المغنى

لابن قدامة

تأليف

أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر

أبى القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى
المتوفى ٣٣٤ هـ

الناشر
مكتبة القاهرة
لصاحبها : على يوسف سليمان
بشارع الصنادقية ٤ بجوار الأزهر بمصر
صندوق البريد ٩٤٦ مصر

فهرست الجزء الأول من كتاب المغنى

(تم الجزء الأول ، ويليه الجزء الثانى وأوله باب ما يبطل الصلاة)

وكان تمام طبع الجزء الأول فى الرابع من شهر ربيع الأول سنة ١٣٨٨ هـ الموافق للحادى والثلاثين من شهر مايو سنة ١٩٦٨ م ، وأسأل الله النفع به ، والتوفيق لإكمال ما بعده إنه على ما يشاء قدير .

طه الزينى

صفحة	الموضوع
٣٤	ليس على المسبوق ببعض الصلاة سجود لذلك — لايشرع السجود لشيء فعله أو تركه عامداً — حكم النافلة حكم الفرض في سجود السهو .
٣٥	لايشرع السجود للسهو في صلاة الجنازة — من تكلم عامداً أو ساهياً بطلت صلاته.
٣٦	إذا تكلم مغلوباً على الكلام — إذا نام فتكلم — إذا أكره على الكلام .
٣٨	الكلام اليسير لايفسد الصلاة — إذا تكلم الإمام لمصلحة الصلاة .
٣٩	الكلام المبطل للصلاة ماانتظم حرفين .
٤٠	النفخ في الصلاة — النحنحة .
٤١	البكاء والتأوه والأنين في الصلاة — الذكر المشروع الذي يقصد به تنبيه غيره .
٤٢،٤٣	الفتح على الإمام إذا ارتج عليه ، أو الرد عليه إذا غلط .
٤٤	إذا قرأ القرآن يقصد به تنبيه آدمي .
٤٥	يكره أن يفتح من هو في الصلاة على من هو في صلاة أخرى أو على من ليس في صلاة — إذا سلم على المصلي هل يرد السلام .
٤٦	إذا دخل قوم على قوم وهم يصلون — إذا أكل أو شرب في الفريضة .
٤٧	إذا ترك في فيه مايذوب كالسكر .
٤٨	باب الصلاة بالنجاسة وغير ذلك .
٤٩	طهارة موضع الصلاة شرط لها — إذا صلى ثم رأى عليه نجاسة .
٥٠	إذا سقطت عليه نجاسة — إذا صلى على منديل طرفه نجس — إذا حمل في الصلاة حيواناً طاهراً أو صبياً .
٥١	إذا صلى في المقبرة أو الحش أو الحمام أو في أعطان الإبل .
٥٢	إذا صلى في المزبلة أو المجزرة أو في محجة الطريق — النهي عن الصلاة في هذا الموضع تعبدي .
٥٣	إذا صلى على ظهر الكعبة — إذا صلى في المواضع الممنوعة أجزأته صلاته .
٥٤	إذا صلى على سطح الحش ونحوه .
٥٥	إذا بنى مسجداً في المقبرة — لاتصح الفريضة في الكعبة ولا على ظهرها وتصح النافلة — الصلاة في الموضع المغصوب .
٥٦	تصلي الجمعة في موضع الغصب — تكره الصلاة في أرض الخسف .
٥٧	لابأس بالصلاة في الكنيسة النظيفة — إذا طين الأرض النجسة بطاهر أو بسط عليها شيئاً طاهراً — يكره تيطين المسجد بطين نجس — لابأس بالصلاة على الحصير والبسط .
٥٨	إذا صلى وفي ثوبه نجاسة — إذا كانت النجاسة دماً أو قيحاً قليلا .
٥٩	المراد باليسير مالا يفحش في القلب — وقدره بعضهم بشبر في شبر .
٦٠	ماتولد من الدم بمنزلته — لافرق بين الدم المجتمع والمتفرق — يعفى عن يسير دم الحيض ودم مالا نفس له سائلة .
٦١	الأقوال في العفو عن يسير القيء .
٦٢	مواضع العفو عن النجاسة المغلظة .

تم الفهرس

﴿ تمت الفهرست ﴾

فهرست الجزء الرابع من كتاب المغنى لابن قدامة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحه

تمت الفهرست

فهرست الجزء الخامس من كتاب المغنى لابن قدامة

صفحة

صفحة

صفحة

تمت الفهرست

فهرست الجزء السادس من كتاب المغنى لابن قدامة

الموضـوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

فهرس الجزء السابع من المغنى

لابن قدامة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع صفحه

فهرس الجزء الثامن من كتاب المغنى لابن قدامة

الصفحة	الموضـــوع

الصفحة	الموضوع

الصفحة	الموضـــــوع

الصفحة	الموضـــوع
٢٥٩	كتاب الجراح

الصفحة	الموضـــوع
٤٨٨	ذهاب بعض الكلام .
٤٤٩	قطع بعض اللسان ـ ذهاب الكلام
٤٥٠	قطع لسان الصغير الذى لا يتكلم .
٤٥١	عودة الكلام أو الذوق بعد ذهابه ـ قطع أحد طرفى اللسان ـ الأسنان وما يجب فيها .
٤٥٤	حدود الأسنان ـ قطع السن المضطربة .
٤٥٥	تثبيت السن بعد قلعها ـ تسويد السن بجناية .
٤٥٦	كلال السن بجناية ـ ما يجب فى اللحيين .
٤٥٧	ما يجب فى اليدين .
٤٥٨	شلل اليد بجناية ـ إن كان له كفان فى ذراع .
٤٥٩	ما يجب فى الثديين .
٤٦٠	ما يجب فى الأليتين ـ حدود الأليتين .
٤٦١	ما يجب فى الذكر .
٤٦٢	ما يجب فى الأنثيين .
٤٦٣	ما يجب فى الرجلين ـ أصابع اليدين والرجلين .
٤٦٤	ما يجب فى الأصبع الزائدة ـ انطلاق البطن بجناية .
٤٦٥	ما يجب فى ذهاب العقل ـ ذهاب العقل بجناية
٤٦٦	ذهاب السمع والعقل والبصر والكلام بجناية . الصعر .
٤٦٨	ما يجب فى لسان الأخرس ـ قطع الذكر بعد الحشفة .
٤٦٩	ما يجب فى إسكتى المرأة ـ موضحة الحر .
٤٧١	لا تقدير فى موضحة غير الرأس والوجه ـ والموضحتان فى الرأس بينهما حاجز .
٤٧٢	ما يجب فى الهاشمة ـ مكان الهاشمة .
٤٧٣	هشم العظم فى موضحتين ـ ما يجب فى المنقلة .
٤٧٤	ما يجب فى الجائفة ـ الجائفتان بينهما حاجز .
٤٧٥	إدخال حديدة فى اليد أو فى الدبر .
٤٧٦	إذهاب البكارة ـ فتق الزوجة عند الوطء .
٤٧٧	إن أكره إمرأة على الزنى فأفضاها .
٤٧٨	إفضاء المرأة بالوطء بشبهه ـ الضلع والترقوة .
٤٧٩	ما يجب فى الزند ـ عظم الساق .
٤٨٠	الشجاج التى لا توقيت فيها ـ الحارصة .
٤٨٢	الحكومة .
٤٨٣	تقويم الجرح بعد برئه .
٤٨٤	إن لطمه على وجهه فلم يؤثر ـ الجناية على العبد فيما لم يوقت فى الحر .

الصفحة	الموضـــوع

﴿ تم بحمد الله ﴾

فهرس الجزء التاسع من المغنى لابن قدامة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحه

الموضوع	الصفحة

تم بحمد الله

صفحة

﴿ كتاب النذور ﴾ ٣

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

(قال الإمام العالم الأوحد ، الصدر الكامل ، السيد الفاضل ، شيخ الإسلام ، سيد العلماء ، إمام أهل السنة ، بقية السلف ، مفتى الأمة ، موفق الدين ، أبو محمد عبد الله رضى الله عنه وأرضاه ، كما اختاره لنصر دينه وارتضاه) .

الحمد لله بارىء البَرِيّات ، وغافر الخطيئات ، وعالم الخفيّات ، المطلع على الضمائر والنيّات ، أحاط بكل شىء علما ، ووَسِع كل شىء رحمةً وحلما ، وقهر كل مخلوق عِزَّةً وحكما (٢٠ : ١١٠ يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ ولا يحيطُونَ به عِلْمًا) لا تدركه الأبصار ، ولا تغيره الأعصار ، ولا تتوهمه الأفكار (وكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَار) أتقن ماصنع وأحكمه ، وأحصى كلَّ شىء وعَلِمه ، وخلق الإنسان وعلّمه ، ورفع قدر العلم وعَظّمه ، وحَظَره على من استرْذَله وَحَرّمه ، وخصّ به مِنْ خلقه مَن كرّمه ، وحضّ عبادَه المؤمنين على النفير للتفقُّه فى الدين . فقال تعالى ، وهو أصدق القائلين (٩ : ١٢٢ فَلَوْلاَ نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ ، طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فى الدِّينِ ، وَلِيُنْذِرُوا قَوْمَهُم إذا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُون) نَدَبَهم إلى إنذار بريّته ، كما ندب إلى ذلك أهلَ رسالته ، ومنحهم ميراثَ أهل نُبوّته ، ورَضِيَهم للقيام بِحُجَّته ، والنيابة عنه فى الإخبار بشريعته ، واختصّهم من بين عباده بخشيته ، فقال تعالى (٣٥ : ٢٨ إِنَّمَا يَخْشَى اللهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ) ثم أمر سائر الناس بسؤالهم ، والرجوع إلى أقوالهم ، وجعل علامة زَيْغهم وضلالهم ذهابَ عُلمائهم ، واتّخاذ الرءوس من جُهّالهم ، فقال النبىُّ ﷺ « إنَّ اللهَ لَا يَقْبِضُ الْعِلْمَ انْتِزاعاً يَنْتَزِعُه مِنَ النّاسِ ، ولكِنْ يَقْبِضُ الْعِلْمَ بقَبْض العُلَمَاء ، حَتَّى إذا لم يَبْقَ عالِمٌ اتّخذَ الناسُ رُؤساء جُهّالاً ، فَسُئِلُوا فَأَفْتَوْا بِغَيْرِ عِلْمٍ ، فَضَلُّوا ، وأَضَلُّوا » وصلّى اللهُ على خاتَم الأنبياء ، وسيّد الأصفياء ، وإمام العلماء ، وأكرَم مَنْ مَشَى تحت أديم السماء ، محمدٌ نبىّ الرحمة ، الداعى إلى سبيل ربّه بالحكمة ، والكاشف برسالته جلابيبَ الغُمّة ، وخيرِ نَبِيٍّ بُعث إلى خير أُمّة ، وأرسله اللهُ بشيراً ونذيراً . وداعياً إلى الله بإذنه وسراجاً مُنيراً ، صلى الله عليه وعلى آله وسلّم تسليما كثير .

أما بعدُ : فإنّ الله برحمته وطَوْله ، وقوّته وحَوْله ، ضَمِن بقاء طائفةٍ من هذه الأمة على الحقّ ، لا يضرُّهم من خذلهم حتى يأتِىَ أمرُ الله وهم على ذلك ، وجعل السبب فى بقائهم بقاء عُلمائهم ، واقتداءهم

بأئمتهم ، وفقهائهم . وجعل هـذه الأمّة مع علمائها ، كالأمم الخالية مع أنبيائها ، وأظهر فى كلّ طبقةٍ من فُقهائها أئمّةً يُقتَدَى بها ، ويُنتهى إلى رأيها ، وجعل فى سَلَف هذه الأمّة أئمّة من الأعلام ، مَهّد بهم قواعدَ الإسلام . وأوضح بهم مُشكلات الأحكام . اتفاقهم حُجّةٌ قاطعة ، واختلافُهم رحمةٌ واسعة . تحيا القلوبُ بأخبارهم ، وتحصُل السعادة باقتفاء آثارهم ، ثم اختصّ منهم نفراً أعلى قدرهم ومناصبهم ، وأبقى ذكرهم ومذاهبهم ، فعلى أقوالهم مدارُ الأحكام ، وبمذاهبهم يُفْتى فقهاءُ الإسلام .

وكان إمامَنا ﴿ أبو عبد الله أحمدُ بنُ محمد ، بن محمد بن حَنْبل رضى الله عنه ﴾ من أوفاهم فَضِيلَة ، وأقربهم إلى الله وسيلة ، وأتْبَعهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأعلمِهم ، وأزهـدهم فى الدُّنيا ، وأطْوَعِهم لربّه ، فلذلك وقع اختيارُنا على مَذْهبه .

وقد أحببتُ أن أشرح مذهبه واختياره ، ليَعْلَم ذلك مَن اقتفى آثاره ، وأُبَيِّنَ فى كثير من المسائل مااخْتُلف فيه مما أُجْمِع عليه ، وأذكرَ لكل إمام ماذهب إليه ، تبرُّكاً بهم ، وتعريفاً لمذاهبهم ، وأشيرَ إلى دليل بعض أقوالهم ، على سبيل الاختصار ، والاقتصار من ذلك على المختار ، وأعْزُوَ ما أمكننى عَزْوُه من الأخبار ، إلى كُتب الأئمّة من عُلماء الآثار ، لتَحْصُل الثقة بمدلولها ، والتمييزُ بين صحيحها ومعلولها ، فيُعتمدَ على معروفها ، ويُعرض عن مجهولها .

ثم بَنَيْتُ ذلك على شرح مختصر ﴿ أبى القاسم ، عُمر بن الُحسين ، بن عبد الله الِخْرَقىّ[1] ﴾ رحمه

---

(١) الخرقى : نسبة إلى الخرق جمع خرقة ، وهى القطعة من القماش ، وكان يبيعها ، وإليك ترجمته من تاريخ بغداد : هو عمر بن الحسين بن عبد الله ، أبو القاسم الخرقى ، صاحب الكتاب المختصر فى الفقه على مذهب أحمد بن حنبل ، قال لى القاضى أبو يعلى محمد بن الحسين الفراء : كانت له مصنفات كثيرة ، وتخريجات على المذهب لم تظهر ، لأنه خرج من مدينة السلام لما ظهر سب الصحابة ، وأودع كتبه ، قال فحكى لى عن الحسن التميمى أنه قال : كانت كتبه مودعة فى درب سليمان ، فاحترقت الدار التى كانت فيها ، واحترقت الكتب أيضاً ، ولم تكن قد انتشرت ، لبعده عن البلد . أخبرنى الحسن بن على الطناجيرى ، أخبرنا عبد الله بن عثمان الصفار ، حدثنى أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقى الفقيه ، قال : قال لى أبو الفضل ابن عبد السميع الهاشمى : جئنا يوماً إلى الفتح بن شرف فقال : اكتبوا رؤيا رأيتها البارحة ، فقلنا : ماهى؟ فقال : رأيت على بن أبى طالب فقلت : جعلت فداك يا أمير المؤمنين ، حدثنى ، فقال : ما أحسن تواضع الأغنياء للفقراء ، قلت : زدنى جعلت فداك يا أمير المؤمنين ، قال ، وأحسن من ذلك تيه الفقراء على الأغنياء ، قال فقلت : زدنى جعلت فداك يا أمير المؤمنين ، قال فأرانى كفه فإذا فيه أسطر تلوح :

قد كنتَ مَيْتاً فصرتَ حَيًّا ... وَعَنْ قَليل تعُودُ مَيْتَا

فَابْنِ بِدارِ البَقَاءِ بَيْتاً ... ودع بِدَارِ الفناء بَيْتَا

حدثت عن عبد الله بن بطة العكبرى ، قال : مات أبو القاسم الخرقى فى سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة بدمشق وزرت قبره .

الله ، لكونه كتاباً مباركاً نافعاً ، ومختصراً موجزاً جامعاً ، ومؤلّفه إمامٌ كبير صالح ذو دين ، أخو وَرَع ، جمع العلمَ والعَمَل ، فنتبرّك بكتابه ، ونجعل الشرح مُرَتَّباً على مسائله ، وأبوابه ، ونبدأ فى كلّ مسألة بشرحها وتبيينها ، وما دلّت عليه بمنطوقها ، ومفهومها ، ومضمونها . ثم نُتْبِع ذلك مايُشابهها مما ليس بمذكور فى الكتاب ، فتَحْصُل المسائل كتراجم الأبواب .

وبالله أستعين فيما أقصده ، وأتوكّلُ عليه فيما أعتمده ، وإياهُ أسألُ أن يُوفّقنا ، ويجعلَ سعينا مُقرِّباً إليه ، ومُزْلِفاً لَدَيْه برحمته ، فنقول ، وبالله التوفيق :

﴿ قال أبو القاسم عُمر بن الحسين ، بن عبد الله ، بن أحمد الخِرَقيّ رحمة الله عليه ﴾[1]

قال القاضى الإمامُ أبو يَعلى رحمه الله : كان الخِرَقيّ عَلاَّمةً ، بارعاً فى مذهب أبى عبد الله . وكان ذا دين وأخا وَرَع . وقال القاضى أبو الحسين : كانت له المُصنّفاتُ الكثيرة فى المذهب ، ولم يُنشر منها إلا المختصرُ فى الفقه ، لأنه خرج من مدينة السلام لما ظهر سَبُّ الصحابة بها ، وأودع كتبه فى دار سُلَيْمان ، فاحترقت الدارُ والكتُب فيها ـ قرأ العلمَ على من قرأه على أبى بكر المرْوَزِيّ ، وحرب الكَرْمانىّ ، وصالح وعبد الله ، ابنىْ أحمد . وروى عن أبيه أبى علىّ الُحسين بن عبد الله ، وكان أبو علىّ فقيهاً صحِبَ أصحاب أحمد ، وأكثرُ صُحبته لأبى بكر المَرْوَزِىّ . وقرأ على أبى القاسم الخِرَقِيّ جماعة من شيوخ المذهب ، منهم أبو عبد الله بن بَطّة ، وأبو الحسن التميمى ، وأبو الحسين بن سَمْعون . قال أبو عبد الله بن بطة : توفى أبو القاسم الخِرَقِيّ سنة أربع وثلاثين وثلثمائة ، ودُفن بدمشق ، وزرتُ قبره ، وسمعتُ مَن يذكر أنّ سبب موته : أنه أنكر مُنكَراً بدمشق ، فضُرب ، وكان موتُه بذلك .

وقال رحمه الله : ﴿ اختصرت هذا الكتاب ﴾ يعنى قرّبته ، وقللّت ألفاظه وأوجزتُه ، والاختصارُ تقليلُ الشىء ، فقد يكون اختصارُ الكتاب بتقليل مَسائله ، وقد يكون بتقليل ألفاظه ، مع تأدية المعنى ومن ذلك قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم : « أُوتيتُ جَوَامِعَ الكَلِم واخْتُصِرَ لِىَ الكلامُ اختصاراً » ومن ذلك مُختصراتُ الطرق ، وفى الحديث : « الجِهَادُ مُختصرُ طَرِيق الجَنّة » وقد نَهِىَ عن اختصار السجود ، ومعناه جمعُ آى السَّجَدات فيقرؤها فى وقت واحد . وقيل : هو أن يَحذف الآية التى فيها السجدةُ ، فلا يقرؤها . وفائدةُ الاختصار : التقريبُ والتسهيلُ على من أراد تعلّمه وحفظه ، فإنّ الكلام يُختصر ليُحفظ ، ويُطَوّل ليُفْهَم . وقد ذكر رحمه الله مقصوده بالاختصار فقال :

﴿ ليَقْرُبَ على مُتَعَلِّمه ﴾ أى يَسْهُل عليه ، ويَقِلّ تَعبُه فى تعلّمه .

وقوله : ﴿ على مذهب أبى عبد الله أحمد ، بن محمد بن حنبل ، رضى الله عنه وأرضاه ﴾ فهو الإمام أبو عبد الله ، أحمد بن محمد ، بن حنبل ، بن هلال ، بن أَسَد ، بن إدريس ، بن عبد الله ، بن حَيّان ، بن

---

(١) كل كلام بين قوسين فهو من كلام الخرقى ، وما عداه فهو شرح له من كلام ابن قدامة .

عبد الله ، بن ذُهل ، بن شَيْبان ، بن ثَعْلبَة ، بن عُكابة ، بن صَعْب ، بن علىّ ، بن بكر ، بن وائل ، بن قاسط ، بن هِنْب ، بن أفْصَى ، بن دُعْمِىّ ، بن جَدِيلة ، بن أسَد ، بن رَبيعة ، بن نزار ، بن مَعدّ ، بن عدنان ، يلتقى نسبُه ونسبَ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى نِزار ، لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، مِنْ ولد مُضر ، بن نزار ، وأحمدُ من ولد رَبيعَةَ ، بن نزار . قال عبد الله بن أحمد : قال أبى : وُلدتُ سنة أربع وستين ومائة : وقال عبدُ الله : ومات فى ربيع الآخَر سنة إحدى وأربعين ومائتين ، وله سبعٌ وسبعون سنة . حملتْ به أُمُّه بمَرْو ، وولدته ببغداد ، ونشأ بها ، وسافر فى طلب العلم أسفاراً كثيرة ثم رجع إلى بغداد ، وتُوفّى بها بعد أن ساد أهلَ عصره ، ونصر الله به دينه . وقال أبو عُبَيْد القاسم بن سَلاّم : ليس فى شرق ولا غرب مثلُ أحمدَ بن حنبل ، مارأيتُ رجلا أعلم بالسنة منه . وقال الإمامُ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعىّ ، رحمة الله ورضوانُه عليه : أحمدُ بنُ حنبل إمامٌ فى ثمانِ خِصال : إمامٌ فى الحديث ، إمامٌ فى الفقه ، إمامٌ فى القرآن ، إمام فى اللغة ، إمام فى الفقر ، إمام فى الزهد ، إمام فى الورع ، إمام فى السنة . وقال عبدُ الرحمن بن مهدى فيه وهو صغير : لقد كاد هذا الغلامُ أن يكون إماماً فى بطن أُمّه . وقال أبو عمر بن النحّاس الرّمْلىّ — وذكر أحمدَ بنَ حَنْبل — : عن الدنيا ما كان أصبَره ، وبالماضين ما كان أشْبَهه ، وبالصالحين رحمه الله ما كان أَلْحَقَه ، عرضت له الدُّنيا فأباها ، والبدعُ فنفاها ، واختَصّه اللهُ سبحانه بنَصْر دينه ، والقيام بحفظ سُنّته ، ورضيه لإقامة حُجته ، ونصر كلامه حين عجز عنه الناس . قيل لبِشْر بن الحارث ، حين ضُرب أحمدُ : يا أبا نَصر ، لو أنّك خرجتَ فقلت : إنّى على قول أحمدَ بن حنبل ؟ فقال بشر : أتريدون أن أقومَ مقام الأنبياء ؟ إن أحمدَ بنَ حنبلٍ قام مقام الأنبياء . وقال علىُّ بن شُعَيب الطُّوسىّ : كان أحمدُ ابنُ حنبل عندنا المثل الذى قال النبىُّ صلى الله عليه وسلم « إنّه كائنٌ فى أمّتى ما كانَ فى بنى إسرائيلَ ، حتى إنّ المِنشارَ لَيُوضَعُ على مَفْرِق رأس أحَدِهم ما يَصُدُّه ذلك عن دِينه » ولولا أنّ أبا عبد الله ، أحمدَ بن محمد بن حَنْبل قام بهذا الشأن ، لكان عاراً وشناراً علينا إلى يوم القيامة ، إنّ قوماً سُئلوا فلم يَخرُجْ منهم أحد(1) وفضائلُه وما قاله الأئمة فى مدحه كثير ، وليس هاهنا موضعُ استقصائه ، وقد صنّف فيه غيرُ واحد من الأئمة كتُباً مُفردة ، وإنما غرضنا هنا الإشارة إلى نُكْتَةٍ من فَضْله ، وذِكْر نسبه ومولده ، ومَبْلَغ عمره ، إذ لا يَحْسُن من مُتَمَسّك بِمَذْهبه ، ومُتَفَتّه على طريقته أن يَجْهَل هذا القدْرَ من إمامه .

ونسأل الله الكريم أن يجمع بيننا وبينه فى دار كرامته . والدرجات العُلَى من جَنّته ، وأن يجعل عملنا صالحاً ، ويجعله لوجْهِه خالصاً ، ويجعل سَعْيَنا مُقرِّباً إليه ، مُبلّغاً إلى رضوانه ، إنه جواد كريم .

---

(1) يريد أن الذين سئلوا حبسوا جميعاً ولم يخرج منهم أحد ، وأنا لا أريد أن ألحق بهم فى الحبس .

كتاب الطهارة

قال أبو القاسم رحمه الله :

باب ماتكون به الطهارة من الماء

التقدير هذا باب ماتكون به الطهارة من الماء ، فحذف المبتدأ للعلم به ، وقوله « تكون الطهارة » أى تحصل وتحدث ، وهى هاهنا تامّة غيرُ محتاجة إلى خَبَر ، ومتى كانت تامّةً كانت بمعنى الحَدَث والحُصول ، تقول : كان الأمر ، أى حدث وَوَقَع . قال الله تعالى (٢ : ٢٨٠ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) أى إن وُجد ذو عُسرة وقال الشاعر :

إذا كانَ الشِّتاءُ فأدْفِئُونِي فَإِنَّ الشَّيْخَ يُهْرِمُهُ الشِّتاءُ

أى إذا جاء الشتاء ، وفى نُسخة مقروءة على ابن عقيل : (باب ماتجوز به الطهارة من الماء) ، ومعناها مُتقارب .

والطهارة فى اللغة : النزاهة عن الأقذار ، وفى الشرع : رفعُ مايمنع الصلاةَ من حَدَث أو نجاسة بالماء ، أو رفع حُكمه بالتراب ، فعند إطلاق لفظ الطهارة فى لفظ الشارع أو كلام الفقهاء ينصرف إلى الموضوع الشرعىّ دون اللغوىّ[1] وكذلك كل ماله موضوع شرعىّ ولغوىّ إنّما ينصرف المُطلق منه إلى الموضوع الشرعى : كالوضوء والصلاة ، والصوم ، والزكاة ، والحج ، ونحوه ، لأنّ الظاهر من صاحب الشرع التكلم بموضوعاته .

والطُّهور ـ بضم الطاء ـ المَصدر ، قاله اليَزيدِيّ ، والطَّهور ـ بالفتح من الأسماء المتعدّية ، وهو الذى يُطهِّر غيرَه ، مثل الغَسول الذى يُغسل به . وقال بعض الحنفيّة : هو من الأسماء اللازمة بمعنى الطاهر سواءً ، لأنّ العرب لاتفرق بين الفاعل والفعُول فى التعدّى واللزوم ، فما كان فاعلُه لازماً كان فعوله لازماً ، بدليل قاعد وقَعُود ، ونائم ونؤوم ، وضارب وضَرُوب ، وهذا غير صحيح . فإنّ الله تعالى قال : (٨ : ١١ لِيُطَهِّرَكُم بِهِ » . وروى جابر رضى الله عنه : أنّ النبى صلى الله عليه وسلم قال « أُعْطِيتُ خَمْساً لم يُعْطَهُنَّ نَبِىٌّ قَبْلِي : نُصِرْتُ بالرُّعْبِ مَسيرَةَ شَهْرٍ ، وجُعِلَتْ لِيَ الأرضُ مَسْجِداً وَطَهُوراً » مُتفق عليه . ولو أراد الطاهر لم يكن فيه مَزيّة ، لأنّه طاهر فى حقّ كل أحَد . وسُئل النبىّ صلى الله عليه وسلم عن التوضّؤ بماء البحر فقال « هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُه الحِلُّ مَيْتَتُه » ولو لم يكن الطهور متعدّياً لم يكن ذلك جواباً للقوم ، حيثُ سألوه عن التعدّى ، إذ ليس كلّ طاهر مُطهِّراً . وما ذكروه لايستقيمُ ، لأنّ العرب فرّقت بين

---

(١) لابد من تقييد كلام الإمام ابن قدامة هنا انصراف لفظ الطهارة إلى الموضوع الشرعى بما إذا كان وارداً فى الصلاة ونحوها ، ووسائلهما .

الفاعل والمَفْعُول ، فقالت : قاعدٌ لمن وُجد منه القُعود ، وقَعُودٌ لمن يَتَكرَّرُ منه ذلك ، فينبغى أن يُفرق بينهما هاهنا ، وليس إلاّ من حيث التعدّى واللزوم [1] .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ والطهارة بالماء الطاهر المطلق الذى لايُضاف إلى اسم شىء غيره ، مثل ماء الباقلّى ، وماء الورد ، وماء الحِمّص ، وماء الزعفران ، وما أشبهه ، مِمّا لايُزايِلُ اسمَه اسمُ الماء فى وقتٍ ﴾ .

قوله « والطهارة » مبتدأ خبره محذوف ، تقديره والطهارة مباحة أو جائزة أو نحو ذلك [2] ، والألف واللام [3] للاستغراق ، فكأنه قال : وكلّ طهارة جائزة بكلّ ماء طاهر مطلق ، والطاهرُ ماليس بنجس ، والمُطلق ماليس بمضاف إلى شىء غيره ، وهو معنى قوله « لايُضاف إلى اسم شىء غيره » وإنّما ذكره صفةً له وتَبْيِيناً ، ثم مَثَّلَ الإضافَةَ فقال : « مثلُ ماء الباقلّى [4] وماء الحِمّص ، وماء الزعفران ، وماأشبهه » وقوله « مما لايزايل اسمه اسم الماء فى وقت » صفة للشىء الذى يضاف إليه الماء ومعناه لايفارق اسمَه اسمُ

(١) لايلزم أن يكون الاختلاف بين الفاعل والفعول من حيث التعدى واللزوم ، بل الاختلاف بينهما من حيث المعنى زيادة ونقصاً . فالقاعد يتحقق فيه معنى القعود العادى بدون اتصافه بالشدة أو الكثرة ، أما القعود بفتح القاف ، فلا بد أن يحدث منه القعود بضم القاف كثيراً حتى يوصف به ، وعلى ذلك فلا يلزم أن يكون الطهور متعدياً ، وإنما هو ما يفعل به الفعل ، كالسحور وهو ما يتسحر به ، وقد ورد فى قوله عليه الصلاة والسلام : « تسحروا فإن فى السحور بركة » بفتح سين السحور ، والمراد الطعام الذى يتناوله الصائم فى وقت السحر ، أما السحور بضم السين فهو التسحر ، أى فعل الفعل أى اسم مصدر من تسحر بمعنى تناول السحور ، وليس الطهور اسم فاعل بصيغة المبالغة بل هو اسم مفعول فى المعنى لافى اللفظ ، وقد ورد ذلك فى اللغة العربية كثيراً . من ذلك ، قولهم : « ركوب » بمعنى مركوب ، و « حلوبة » بمعنى محلوبة ، و « أكولة » بمعنى مأكولة ، فيكون معنى طهور متطهر به ، ومما ينبغى أن يتنبه إليه ، أن فعول وفعولة بمعنى مفعول ومفعولة لايؤخذان إلا من الفعل المتعدى ، فركوب ، وحلوبة ، وأكولة مأخوذة من الأفعال ، ركب ، وحلب ، وأكل ، وكلها متعدية . وطهور ، مأخوذ من طهر ، بتشديد الهاء وهو متعد .

وعلى ذلك يكون كلام بعض الحنفية الذى اعترض عليه ابن قدامة صحيحاً ، لأن المراد منه لا فرق بين الفاعل والفعول إذا كان كل منهما مقصوداً به الدلالة على من حصل منه الفعل ، أما الفعول الذى معنا فليس بمعنى الفاعل وإنما هو بمعنى المفعول .

(٢) الأولى أن يقدر هنا فعل ؛ فيكون التقدير « والطهارة تحصل بالماء » الخ .

(٣) المراد الألف واللام ، الموجودتان فى لفظى : الطهارة . والماء . ومعنى الاستغراق : العموم والشمول لجميع الأفراد .

(٤) الباقلى ، والباقلاء : الفول ، ومن الباقلى نوع يسمى الباقلا القبطى ، حبه أصغر من حب الفول ، وصحة كتابتها بالياء لأن ألفها زائدة على ثلاثة أحرف ، وكتابتها فى أصل هذا الكتاب وفى طبعاته المختلفة ليس بصواب ، والصواب ما هنا .

الماء ـ والمزايلة : المفارقة قال الله تعالى (٤٨ : ٢٥ لَوْ تَزَيَّلُوا لَعَذَّبْنَا الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَاباً أَلِيماً) وقال أبو طالب .

* طَاوَعُوا أَمْرَ الْعَدُوِّ الْمُزَايِلِ *

أى المفارق ـ لا يُذكر الماء إلا مُضافاً إلى المخالط له فى الغالب . ويفيد هذا الوصفُ الاحترازَ من المُضاف إلى مكانه ومقرّه ، كماء النهر والبئر ، فإنه إذا زال عن مكانه زالت النسبةُ فى الغالب ، وكذلك ما تغيّرت رائحتُه تغيُّراً يسيراً ، فإنه لا يُضاف فى الغالب . وقال القاضى : هذا احتراز من التغيُّر بالتراب ، لأنه يصفُو عنه ويزايل اسمَه .

وقد دلّت هذه المسألةُ على أحكام (منها) إباحةُ الطهارة بكلّ ماء موصوف بهذه الصفة التى ذكرها على أىّ صفةٍ كان ، من أصل الخِلقة ، من الحرارة ، والبُرودة ، والعُذوبة والمُلوحة ، نزل من السماء أو نبع من الأرض ، فى بحر أو نهر أو بئر أو غَدير[1] أو غير ذلك . وقد دلّ على ذلك قول الله (٨ : ١١ وَيُنَزِّلُ عليكم مِنَ السَّماء ماء لِيُطَهِّرَكم به) وقوله سبحانه (٢٥ : ٤٨ وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُوراً » وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم » الماءُ طَهُورٌ لا يُنَجِّسُه شَىْءٌ » وقوله فى البحر « هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُه الحِلُّ مَيْتَتُه » وهذا قولُ عامّة أهل العلم ، إلّا أنه حُكى عن عبد الله بن عُمر ، وعبد الله بن عمرو ، أنهما قالا فى البحر : التيمّمُ أعجبُ إلينا منه ، وهو نادر . وحكاه الماوَرْدىّ عن سعيد بن المُسَيّب ، والأول أولى لقول الله تعالى (٥ : ٦ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا) وماءُ البحر ماء فلا يجوز العدول إلى التيم مع وجُوده . ورُوى عن أبى هريرة قال : « سأل رجلٌ النبىَّ صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله ، إنّا نركبُ البحر ، ونحملُ مَعَنا القَليلَ من الماء فإن تَوَضَّأنا به عَطِشْنا ، أفنتَوَضَّأُ بماء الْبَحْر ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هُوَ الطَّهُورُ ماؤه ، الحِلُّ ميْتَتُه » أخرجه أبو داود ، والنسائى ، والترمذى ، وقال : هذا حديث حسن صحيح .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنّه قال : « مَنْ لَمْ يُطَهِّرْهُ ماءُ البحر فلا طَهَّرَهُ اللهُ » ولأنّه ماء باق على أصل خِلقته ، فجاز الوُضوء به كالعَذْب ، وقولهم « هو نار » إن أريد به أنه نار فى الحال فهو خلاف الحِسّ ، وإن أريد أنه يَصِيرُ ناراً ، لم يمنع ذلك الوُضوء به حالَ كونه ماء .

(ومنها) أن الطهارة من النجاسة لا تحصُل إلاّ بما يحصُل به طهارةُ الحَدَث ، لدخوله فى عموم الطهارة ، وبهذا قال مالكٌ ، والشافعىّ ، ومحمدُ بنُ الحسن وَزُفَر . وقال أبو حنيفة : يجوز إزالةُ النجاسة بكلّ مائع طاهر مُزيل للعين والأثَر كالخلّ ، وماء الوَرْد ، ونحوهما . ورُوى عن أحمد مايدلّ على مثل ذلك . لأن النبىّ ﷺ قال : « إذا وَلَغَ الْكَلْبُ فى إناءِ أَحَدِكُمْ فَلْيَغْسِلْهُ سَبْعاً » أطلَق الغسل

---

(١) الغدير : النهر الصغير .

فتقييدُه بالماء يحتاج إلى دليل ، ولأنّه مائع طاهر مُزيل ، فجازت إزالةُ النجاسة به كالماء ، فأمّا مالا يُزيل كالمرَق واللّبَن فلا خلاف فى أنّ النجاسة لاتُزال به . ولنا مارُوى أنّ رسول الله ﷺ قال لأسماء بنت أبى بكر : « إذَا أَصَابَ ثَوبَ إحْدَاكُنَّ الدَّمُ مِنَ الحَيْضَةِ فَلْتَقْرُصْهُ، ثم لِتَنْضَحْهُ[1] بماءٍ ، ثم لِتُصَلِّى فيه » أخرجه البخاريّ . وعن أنس رضى الله عنه أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أَمَرَ بِذَنُوبٍ[2] من ماء فَأُهْرِيقَ[3] على بَوْل الأعرابِىّ » مُتّفق عليه . وهذا أمر يقتضى الوجوب ، ولأنّها طهارة تُراد للصلاة ، فلا تحصُل بغير الماء ، كطهارة الحَدَثِ ، ومُطلق حديثهم مُقيَّد بحديثنا ، والماء يختصّ بتحصيل إحدى الطهارتين ، فكذلك الأخرى .

(ومنها) اختصاص حصول الطهارة بالماء لتخصيصه إيّاه بالذكر ، فلا يحصل بمائع سواه . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وأبو عُبَيْد ، وأبو يوسفَ . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه ـ وليس بثابت عنه ـ أنه كان لايرى بأساً بالوضوء بالنَّبيذ ، وبه قال الحَسَنُ ، والأوزاعىّ . وقال عكرمةُ : النبيذ وَضوء من لم يجد الماء ، وقال إسحق : النبيذُ حُلواً أحبُّ إلىّ من التيمُّم ، وجمعهما أحبّ إلىّ . وعن أبى حنيفة كقول عكرمة . وقيل عنه : يجوز الوضوء بنبيذ التمر إذا طُبخ واشتدّ عند عدم الماء فى السفر ، لما رَوى ابنُ مسعود « أنه كان مع رسول الله ﷺ ليلةَ الجِنّ ، فأراد أن يُصَلِّى صلاةَ الفجر فقال : أَمعَكَ وَضُوء ؟ فقال : لا ، معى إدَاوَةٌ فيها نَبيذٌ ، فقال : « تمرة طيِّبة ، وماء طَهُور » ولنا قول الله تعالى : (٥ : ٦ فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَيَمَّمُوا) وهذا نَصٌّ فى الانتقال إلى التراب عند عدم الماء . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « الصَّعِيدُ الطيِّبُ وَضوءُ المُسْلِمْ ، وإن لم يَجد الماءَ عَشْرَ سنين » ، رواه أبو داود . ولأنه لا يجوز الوُضوء به فى الحَضَر ، أو مع وُجود الماء ، فأشبه الخَلّ والمَرَق ، وحديثهم لا يَثْبُتُ ، وراويه أبو زيد مجهول ، عند أهل الحديث ، لايُعرف له غيرُ هذا الحديث ، ولا يُعرف بصُحبة عبد الله ، قاله الترمذيّ وابن المُنذر . وقد رُوى عن ابن مسعود « أنه سُئل : هل كنتَ مع رسول الله ﷺ ليلة الجِنّ ؟ فقال : ما كان معه مِنَّا أَحَدٌ » رواه أبو داود . ورَوَى مسلم بإسناده عن ابن مسعود قال : « لَمْ أَكُنْ معَ رسول الله ﷺ لَيْلَةَ الجِنّ ، وَوَدِتُ أنِّى كُنْتُ مَعَهُ » .

فصـــل

فأما غير النبيذ من المائعات ، غير الماء ، كالخلّ والدُّهن والمَرَق واللبن ، فلا خلاف بين أهل العلم فيما نَعلم أنه لايجوز بها وُضوء ولا غُسل ، لأنّ الله تعالى أثبت الطَّهورِيَّة للماء بقوله تعالى : (وَيُنَزِّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ) وهذا لايقعُ عليه اسمُ الماء .

---

(١) تقرصه : تضغط عليه بأصابعها أو بيدها ، وتنضحه بالماء ترش عليه حتى يذهب أثره ، والضغط مع الوش لازمان .

(٢) الذنوب : الدلو . (٣) أهريق : صب عليه .

(ومنها) أن المُضاف لاتحصُل به الطهارة ، وهو على ثلاثة أضرب :

﴿ الضرب الأول ﴾ مالا تحصل به الطهارة روايةً واحدةً ، وهو على ثلاثة أنواع :

(أحدها) مااعتُصر من الطاهرات ، كماء الورد ، وماء القَرَنْفل ، وما يَنْزِلُ من عرُوق الشَّجَر إذا قُطِعت رَطْبَةً .

(الثانى) ماخالطه طاهر ، فغيَّر اسمَه ، وغلَب على أجزائه ، حتى صار صِبْغاً أو حِبْراً . أو خَلاًّ أو مَرقاً ، ونحوُ ذلك .

(الثالث) ماطُبِخ فيه طاهر ، فتغيّر به ، كماء الباقلّى المُغْلَى ، فجميعُ هذه الأنواع لايجوزُ الوُضوء بها ، ولا الغُسل . لا نَعلم فيه خلافاً إلاَّ ماحُكى عن ابن أبى لَيْلَى ، والأصحّ فى المياه المُعْتَصَرة أنّها طَهُور يرتفع بها الحَدَث ، ويُزال بها النجس ، ولأصحاب الشافعىّ وجه فى ماء الباقلّى المُغْلَى[1] ، وسائرُ من بلغنا قوله من أهل العلم على خلافهم . قال أبو بكر بن المُنذر : أجمع كلُّ من نحفظ قوله من أهل العلم أن الوضوء غيرُ جائز بماء الورد ، وماء الشجر ، وماء العُصْفُر[2] ، ولا تجوز الطهارة إلا بماء مُطلق يقع عليه اسمُ الماء ، ولأنَّ الطهارة إنما تجوز بالماء ، وهذا لايقع عليه اسم الماء بإطلاقه .

﴿ الضرب الثانى ﴾ ما خالطه طاهر يمكن التحرُّز منه فغيّر إحدى صفاته ـ طعمَه أو لونَه أو ريحَه ، كماء الباقلّى ، وماء الحِمّص ، وماء الزعفران . واختلفَ أهلُ العلم فى الوُضوء به واختلفت الروايةُ عن إمامنا رحمه الله فى ذلك . فرُوى عنه : لاتحصلُ الطهارة به وهو قول مالك والشافعىّ وإسحاق ، وقال القاضى أبو يَعْلَى : وهى أصحّ ، وهى المنصورة عند أصحابنا فى الخلاف ونقل عن أحمدَ جماعةٌ من أصحابه ، منهم أبو الحارث والميمونىُّ ، وإسحاقُ بنُ منصور ـ جوازَ الوضوء به ، وهذا مذهبُ أبى حنيفة وأصحابه ، لأنَّ الله تعالى قال : (فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا) وهذا عامٌّ فى كلّ ماء ، لأنَّه نَكِرةٌ فى سياق النفى . والنكرة فى سياق النفى تَعُمّ ، فلا يجوز التيمُّم مع وجوده . وأيضاً قولُ النبىّ ﷺ فى حديث أبى ذرّ « التُّرَابُ كافيكَ مالَمْ تَجِدِ المَاءَ » وهذا واجدٌ للماء ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا يسافرون ، وغالب أسقيتهم الأدَم ، والغالب أنها تُغَيِّرُ الماء ، فلم يُنقل عنهم تيمم مع وجود شىء من تلك المياه ، ولأنَّه طَهور خالطه طاهر لم يَسلُبه اسمَ الماء ، ولا رِقّته ، ولا جرَيانه ، فأشبه المتغيّر بالدُّهن ـ ووجهُ الأولى : أنَّه ماء تغيّر بمخالطة ماليس بطهور يمكن الاحتراز منه ، فلم يَجز الوضوء به ، كماء الباقلّى المُغْلَى ، لأنَّه زال عن إطلاقه ، فأشبه المُغْلى . إذا ثبت هذا فإن أصحابنا لم يَفرقوا بين المَذْرُور فى الماء مما يَختلط بالماء ، كالزعفران ، والعُصْفُر والأشْنان ، ونحوه ، وبين الحُبوب من الباقلّى والحِمّص ، والثمر ، كالتمر ، والزبيب ، والوَرَق ، وأشباه ذلك .

---

(١) هذا الوجه أنه يجوز الوضوء به ، لأن الغلى يزيل ما شابه من غير الماء فيصير مطلقاً .

(٢) العصفر : نبت أصفر تصبغ الثياب بمنقوعه ، والمراد هنا الماء المنقوع فيه هذا النبت

وقال أصحاب الشافعىّ : ما كان مَذْرُوراً مَنع إذا غَيَّر الماء ، وما عداه لايمنع إلاَّ أن يَنْحَلّ فى الماء ، وإن غيّره من غير انحلال لم يَسلُب طَهُوريته ، لأنه تغيُّرُ مجاورَة ، أشبهَ تغييرالـكافور . ووافقهم أصحابُنا فى الخَشَب ، والعِيدَان ، وخالفوهم فى سائر ماذكرنا ، لأنَّ تغيُّر المـاء به إنما كان لانفصال أجزاء منه إلى المـاء وانحلالها فيه ، فوجب أن يمنع ، كما لو طُبِخ فيه ، ولأنَّه ماء تغير بمخالطةِ طاهر يُمـكن صونُه عنه . أشبه ما لو أُغلِى فيه .

﴿ الضرب الثالث ﴾ من المضاف مايجوز الوضوء به روايةً واحدةً ، وهو أربعة أنواع :

(أحدها) ما أضيف إلى محلّه ، وَمقرّه ، كماء النهر والبئر وأشباههما ، لهذا لاينفكُّ منه ماء ، وهى إضافة إلى غير مخالط . وهذا لاخلاف فيه بين أهل العلم .

(الثانى) مالا يمكن التحرّز منه ، كالطُّحلَب ، والخزّ وسائر ماينبُت فى الماء ، وكذلك ورق الشجر الذى يسقط فى الماء ، أو تحمله الريح فتلقيه فيه ، وماتجذبه السيول من العيدان والتبن ونحوه ، فتلقيه فى المـاء ، وما هو فى قرار المـاء كالـكبريت والقـار وغيرها ، إذا جرى عليه المـاء فتغيّر به ، أو كان فى الأرض التى يقف المـاء فيها ، وهذا كلُّه يُعفَى عنه لأنه يَشُقّ التحرّز منه ، فإن أُخِذ شىء من ذلك فأُلقِى فى الماء وغَيَّره كان حكمُه حُـكمَ ما يمكن التحرُّزَ منه من الزعفران ونحوه ، لأنّ الاحتراز منه ممكن .

(الثالث) مايوافق الماء فى صفتيه : الطَّهارة ، والطَّهورية ، كالتراب إذا غَيَّر الماء ، لا يَمنع الطهوريّة لأنّه طاهر مُطهّر كالماء ، فإن ثَخُنَ بحيثُ لايجرى على الأعضاء لم تجز الطهارة به ، لأنه طينٌ وليس بماء ، ولا فرق فى التراب بين وقوعه فى الماء عن قصد ، أو غير قصد ، وكذلك الملحُ الذى أصله المـــاء ، كالبحْرِىّ ، والملح الذى ينعقد من الماء الذى يُرسل على السَّبَخة فيصيرُ مِلْحاً ، فلا يَسلُب الطهورية لأن أصله الماء ، فهو كالجليد ، والثلج ، وإن كان مَعْدِنيًّا ليس أصلُه الماء فهو كالزعفران وغيره .

(الرابع) مايتغيَّر به المـاء ، بمجاورته من غير مخالطة ، كالدهن على اختلاف أنواعه ، والطاهرات الصُّلْبة ، كالعُود والـكافور والعَنْبر ، إذا لَمْ يهلك فى الماء ، ولم يَمُع فيه ، لايَخرُج به عن إطلاقه ، لأنه تغيير مُجاوَرة ، أشبه ما لو تروَّح الماء بريح شىء على جانبه . ولا نعلمُ فى هـذه الأنواع خلافاً . وفى معنى المُتغيّر بالدهن ماتغيّر بالقَطِرانِ والزِّفْت والشمع ، لأن فى ذلك دُهْنية يتغـيَّر بها المـاء ، تغيُّر مُجاورة ، فلا يَمنـع كالدهن .

فصـــــل

والماء الآجن : وهو الذى يتغير بطول مـكثه فى المـكان من غير مخالطـة شىء يغيره باق على إطلاقه فى قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم على أن الوضوء بالماء الآجن من غير نجاسة حلت فيه جائز ، غيرَ ابن سيرين ، فإنه كره ذلك وقول الجمهور أولى ، فإنه يُروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم توضأ من بئر كأنَّ ماءه نُقَاعَةُ الحِنَّاء » ولأنّه تغيَّر من غير مُخالطه .

فصـــــل

وإذا كان على العضو طاهر كالزعفران والعجين ، فتغيّر به الماء وقتَ غُسله ، لم يمنع حصُول الطهارة به ، لأنّه تغيُّر فى محلّ التطهير . أشبه مالو تغيّر الماء الذى تُزال به النجاسةُ فى محلّها .

« مسألة » قال ﴿ وما سقط فيه مما ذكرنا أو من غيره وكان يسيراً فلم يوجد له طعم ولا لون ولا رائحة كثيرة حتّى يُنسب الماء إليه تُوضِّئ به ﴾ .

قوله « مما ذكرنا » يعنى الباقلّى ، والحِمّص ، والورد ، والزعفران ، وغيرَه ، يعنى من الطاهرات سواه ، وقوله « حتى يُنسب الماء إليه » أى يُضاف إليه على ماقدّمنا ، واعتبُر الـكثرةُ فى الرائحة دون غيرها من الصفات لأن لها سِرَايةً ونُفوذاً ، فإنّها تحصُل عن مجاورةٍ تارةً ، وعن مُخالطةٍ أخرى ، فاعتُبر الـكثرةُ فيها ليُعلم أنّها عن مُخالطة . قال ابن عقيل : غيرُ الخِرَقِىّ من أصحابنا ذهب إلى التسوية بين الرائحة واللون والطعم ، لأنّها صفةٌ من صفات الماء ، فأشبهت اللون والطعم . وقال القاضى : يجبُ التسويةُ بين الرائحة واللون والطعم ، فإن عُفِى عن اليسير فى بعضها عُفِى عنه فى بقيّتها ، وإن لم يُعف عن اليسير فى بعضها لم يُعف عنه فى بقيّتها . وقد ذكرنا معنًى يقتضى الفرق إن شاء الله تعالى .

ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى جواز الوضوء بما خالطه طاهر لم يغيره إلا ماحُكى عن أمّ هانى فى ماء بُلَّ فيه خبز لايُتوضأ به ، ولعلها أرادت ماتغير به . وحكى ابن المنذر عن الزهرىّ : كِسَر بُلّت بالمـاء ـ غيرت لونه أو لم تغير لونه ـ لم يتوضأ به ، والذى عليه الجمهور أولى لأنه طـاهر لم يغير صفة المـاء فلم يمنع كبقية الطاهرات إذا لم تغيره . وقد « اغتسل النبى صلى الله عليه وسلم وزوجته من جَفْنة فيها أثرُ العجين » رواه النَّسائىّ وابنُ ماجه والأثرم .

فصـــــل

وإذا وقع فى الماء مائع لايغيره لموافقة صفتِه صفتَه ـ وهذا يبعد ، إذ الظاهر أنه لابد أن ينفرد عنه بصفة ـ فيعتبر التغير بظهور تلك الصفة . فإن اتفق ذلك اعتبرناه بغيره مما له صفة تظهر على الماء ، كالحُر إذا جُنى عليه دونَ المُوضِحَة قوّمناه كأنه عبد ، وإن شُكَّ فى كونه يَمنعُ بُنى على يقين الطَّهورية ، لأنها الأصلُ ، فلا يزولُ عنها بالشكّ .

فصـــــل

وإن كان الواقع فى الماء ماءً مُستعملاً عُفِى عن يَسيره . قال إسحاقُ بن منصور : قلت لأحمد : الرجل يتوضّأُ فينتَضِحُ من وَضوئه فى إنائه ؟ قال : لابأس به . قال إبراهيمُ النَّخَعِىّ : لابد من ذلك ، ونحوُه عن الحسن . وهذا ظاهر حال النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، لأنهم كانوا يتوضّئون من الأقداح

والأتوار[1]، ويغتسلون من الجِفَان . وقد رُوى « أنّ النبى صلى الله عليه وسلم كان يغتسل هو وميمونة من جَفْنةٍ فيها أثرُ العجين ، واغتسل هو وعائشةُ من إناء واحد تختلفُ أيديهما فيه ، كلٌّ واحدٍ منهما يقول لصاحبه : أبق لى » ومثلُ هذا لايَسْلَمُ من رَشاش يقع فى المـاء ، وإن كثُر الواقع وتفاحش مُنع على إحدى الروايتين . وقال أصحابُ الشافعىّ : إن كان الأكثر المُستعمل مُنع ، وإن كان الأقلّ لم يُمنع . وقال ابن عقيل : إن كان الواقع بحيث لو كان خَلاًّ غيَّر الماء مُنع ، وإلا فلا . وما ذكرنا من الخبر ، وظاهر حال النبىّ ﷺ وأصحابه يَمنع من اعتباره بالخَلّ ، لأنّه من أسرع المائعات نُفوذاً ، وأبلغها سِرَاية ، فيؤثّر قليلهُ فى الماء . والحديثُ دلّ على العفو عن يَسيره ، فإذاً يُرجَع فى ذلك إلى العُرف فما كان كثيراً متفاحشاً مُنع وإلاّ فلا . وإن شُك فالماء باقٍ على الطَّهُورية لأنها الأصلُ ، فلا يزول عنها بالشكّ .

فصـــل

فإن كان معه ماء لايكفيه لطهارته فـكمّله بمائع لم يُغيّره جاز الوضوء به فى إحدى الروايتين ، لأنه طاهرٌ لم يغيّر الماء ، فلم يُمنع كما لو كان الماء قَدْراً يُجزى فى الطهارة . والثانية : لا يجوز ، لأننا نَتيقَّنُ حصول غَسل بعض أعضائه بالمائع ، والأولى أولى . لأنه لما لم تظهر صفةُ المائع على الماء صار حـكم الجميع حكم المـاء ، وما ذكرناه للرواية الثانية يَبْطُل بما إذا كان المـاء قَدْراً يُجزى فى الطهارة فخلطه بمائع ثم توضَّأ به ، وبقى قدرُ المائع أو دونه ، فإنه يجوزُ مع العلم بأنَّ المُستعمَل بعضُ الماء وبعضُ المائع ، وكذلك الباقى ، لاستحالة انفراد الماء عن المائع ، والله أعلم .

فصـــل

ولا يكره الوُضوء بالماء المُسخّن بطاهرٍ إلاّ أن يكون حارًّا يمنعُ إسباغَ الوُضوء ، لحَرارته . وممّن رُوى عنه أنه رأى الوُضوء بالماء المُسَخّن عمرُ ، وابنهُ ، وابنُ عبَّاس ، وأنَسٌ رضى الله عنهم ، وهو قولُ أهل الحجاز ، وأهل العراق جميعهم ، غير مُجاهد ، ولا معنى لقوله . فإنّ زَيْدَ بن أسلم رضى الله عنهما رَوى « أنّ عُمرَ كانَ له قُمْقُمةٌ يُسَخَّنُ فيها الماء » وعن ابن عباس رضى الله عنهما « أنّه[2] دَخَلَ حَمّاماً بالجُحْفَة » ، وذكر ابنُ عَقيل حديثاً عن شَريك رَحّالِ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « أجنبتُ وأنا مع النبى ﷺ فجمعتُ حَطَباً فأحميْتُ الماء ، فاغتسلتُ ، فأخبرتُ النبىَّ صلى الله عليه وسلم ، فلم يُنـكر علىّ » ، ولأنها صفَةٌ خُلق عليها الماء ، فأشبَه ما لو بَرّده .

فصـــل

ولا تـكره الطهارة بالماء المُشَمَّس . وقال الشافعىّ : تـكره الطهارة بماء قُصد إلى تشميسه فى الأوانى ،

---

(١) سيأتى بيان الأتوار قريباً

(٢) الضمير فى « أنه » يعود على النبى صلى الله عليه وسلم .

ولا أكرهُه إلاّ من جهة الطّب[1] ، لما رُوى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « دخل علىّ رسول الله ﷺ وقد سَخّنتُ له الماء فى الشمس فقال : لا تفعلى ياحُمَيْرَاء ، فإنَّه يُورث البَرَص » واختاره أبو الحسن التميمىّ ، ولنا أنه سُخِّن بطاهر ، أشبه مافى البِرَك والأنهار ، وما سُخِّن بالنار ، ومالم يُقصد تشميسُه فإن الضرر لايختلف بالقصد وعدمه . والحديثُ غيرُ ثابت ، يَرويه خالدُ بنُ إسماعيلَ ، وهو متروك الحديث ، وعُمر بن محمد الأعْسم وهو مُنـكر الحديث ، قاله الدارقطنى . قال : ولا يصحّ عن الزّهرىّ . وحُكى عن أهل الطّب أنهم لايعرفون لذلك تأثيراً فى الضرر .

فصـــــل

فأما الماء المُسخَّن بالنجاسة فهو على ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يتحقق وصول شىء من أجزاء النجاسة إلى الماء فيُنجِّسه إذا كان يسيراً .

(والثانى) أن لايتحقق وصول شىء من أجزاء النجاسة إلى المـاء والحائل غيرُ حَصين ، فالماء على أصل الطهارة ويُـكره استعمالُه . وقال الشافعىّ : لايُـكره ، لأن النبىّ ﷺ دخل حَمَّاماً بالجُحفة .

ولنا أنه ماء تردَّدَ بين الطهارة والنجاسة مع وجود سَببها ، فأقلُّ أحواله الـكَراهةُ ، والحديث[2] لايَثْبُتُ عن النبىّ ﷺ ، وإنّما يُروى عن ابن عبَّاسٍ . ولم يَثْبُتْ أَنَّ الوقود كان نجساً ، ولا أن الحائل كان غيرَ حصين ، والحـديثُ قَضِيَّة فى عين[3] لايَثْبُت به نفى الـكراهة إلا فى مثلها ، ولا يثبُت به نفى الـكراهة على الإطلاق .

(القسم الثالث) إذا كان الحائل حصيناً[4] فقال القاضى : يُـكره . واختار الشريف أبو جعفر وابنُ

---

(١) قال علماء الشافعية : إن استعمال الماء المشمس له تأثير ضار على الجلد ، فهو يسبب بياضاً فى الجلد يشبه البرص ، وقال بعضهم إنه يسبب البرص . ولا بد لثبوت الـكراهة : أن يكون التشميس فى إناء منطبع ، أى مصنوع من المعادن ، كالنحاس والرصاص وغيرهما . وعلل بعض العلماء كراهة التشميس من جهة الطب بحدوث التسمم للجسم بما يتحلل من المعدن من الصدأ ، وهو سام . وعلى ذلك فلو كان النحاس ونحوه مغطى بطبقة لا تصدأ كالقصدير والفضة ونحوهما فلا كراهة ، والتعليل الأول هو الصحيح الذى عليه مذهب الشافعية .

(٢) المراد حديث دخول النبى صلى الله عليه وسلم الحمام

(٣) فى عين : أى فى مسألة معينة ، لا فى جميع الأحوال . فالاستدلال بالحديث على عدم الـكراهة لاتثبت إلا فى نفس المسألة المعينة أو فى مثلها ، لا فى جميع المسائل وعموم الأحوال .

(٤) المراد بالحائل هنا وفيما تقدم الحاجز بين الإناء وبين الوقود النجس ، فإذا كان الإناء على نار وقودها نجس وليس بين الإناء وبين الوقود حائل أصلا ، أو كان هنـاك حائل ينفذ منـه الدخان أو اللهب والغبار إلى الماء ، فالحكم الـكراهة ، أما إذا كان الحائل حصيناً أى مانعاً وصول الغبار واللهب إلى المـاء ، ففيه الخلاف المذكور عن القاضى وغيره .

عقيل أنه لايُكره ، لأنه غيرُ متردِّدٍ فى نجاسته ، بخلاف التى قبلها . وذكر أبو الخطاب فى كراهة المُسَخَّن بالنجاسة روايتين على الإطلاق .

فصـــل

ولا يكره الوضوء ، والغُسل بماء زَمْزَم ، لأنَّه ماء طَهُور فأشبه سائر المياه . وعنه يُكره لقول العباس : « لاَ أُحِلهَا لِمُغْتَسِلٍ ، لكن للمُحرم حِلٌّ وبِلٌّ »[1] ولأنه يُزيل به مانعاً من الصلاة ، أشبه إزالة النجاسة به ، والأول أولى . وقول العباس لايُؤخذ بصريحه فى التحريم ، فنى غيره أولى ، وشَرَفُه لايوجب الكراهةَ لاستعماله ، كالماء الذى وَضَعَ فيه النبىُّ صلى الله عليه وسلم كفَّه أو اغْتَسل منه .

فصـــل

الذائب من الثلج والبَرَدِ طَهُور ، لأنَّه ماء نزل من السماء . وفى دُعاء النبى ﷺ : « اللهمَّ طَهِّرْنى بالماء والثَّلْج والبَرَدِ »[2] متفق عليه . فإن أخذ الثلج فأمرَّه على أعضائه لم تحصل الطهارة به ، ولو انبلَّ به العضوُ لأن الواجبَ الْغَسل ، وأقلُّ ذلك أن يُجرى الماءَ على العضو ، إلا أن يكون خفيفاً فيذوب ويَجرى ماؤه على الأعضاء ، فيحصلُ به الْغَسل فيُجزئه .

« مسألة » قال : ﴿ ولا يتوضأ بماء قد وُضِّىء به ﴾ .

يعنى الماءَ المُنفصل عن أعضاء المُتوضِّىء . والمُغتسلُ فى معناه ، وظاهرُ المذهب أن المستعمل فى رفع الحدث طاهرٌ غيرُ مُطَهِّر ، لا يَرفع حدثاً ولا يُزيل نجساً . وبه قال الأوزاعىّ ، وهو المشهور عن أبى حنيفة ، وإحدى الروايتين عن مالك وظاهر مذهب الشافعىّ . وعن أحمدَ روايةٌ أخرى أنه طاهر مُطهّر . وبه قال الحسنُ وعطاء والنَّخَعىّ والزُّهرىّ ، ومكحول ، وأهل الظاهر . والرواية الثانية لمالك والقول الثانى للشافعىّ . ورُوى عن علىّ ، وابن عمر ، وأبى أُمامة ، فيمن نَسِىَ مسح رأسه إذا وجد بَلَلا فى لِحْيته أجزأه أن يمسح رأسه بذلك البلل . ووجْهُ ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المـاءُ لايُجْنُبُ » وقال : « الماءُ لَيْسَ عَلَيْهِ جَنَابَةٌ » . ورُوى « أَنَّ النبى ﷺ اغتسل من الجنابة ، فرأى لُمْعةً لم يُصبها الماء ، فعصر شعره عليها » رواهما الإمام أحمدُ فى المسند ، وابنُ ماجه ، وغيرُهما ، ولأنه غُسل به محل طاهر ، فلم تزل به طَهُوريّته ، كما لو غُسل به الثوب ، ولأنه لاقى محلاً طاهراً ، فلا يخرج عن حكمه بتأدية الفرض به ، كالثوب يُصَلَّى فيه مراراً .

---

(١) البل : الشفاء، أو المباح ، أو هو إتباع بمعنى الأول تأكيد له ، أى حل حل ، أى حلال جداً .

(٢) هـذا الحديث وارد فى دعاء النبى صلى الله عليه وسلم قبل الفاتحة فى الصلاة فى الركعة الأولى ، وقد ورد بلفظ « اللهم اغسلنى بالماء والثلج والبرد » .

وقال أبو يوسف : هو نجس ، وهو روايةٌ عن أبى حنيفة ، لأن النبىّ ﷺ قال : « لاَ يَبُولَنَّ أَحَدُكُم فى الماءِ الدَّائِم ، ولاَ يَغْتَسِلْ فيهِ مِنْ جَنَابَة » رواه أبو داود . فاقتضى أن الْغسل فيه كالبول فيه ، ولأنه يُسَمَّى طهارة ، والطهارة لاتـكون إلا عن نجاسة ، إذ تطهير الطاهر لايُعقل .

ولنا على طهارته « أن النبى ﷺ كان إذا تَوَضَّأَ كادوا يقتتلون على وَضُوئِه» رواه البخارىّ . ولأنه صلى الله عليه وسلم صبَّ على جابر من وَضُوئه ، إذ كان مريضاً ، ولو كان نَجساً لم يجز فعلُ ذلك . ولأن النبىّ ﷺ وأصحابَه ونساءه كانوا يتوضَّئُون فى الأقداح والأتوار(١) ، ويغتسلون فى الجِفان ، ومثل هذا لايَسلمُ من رَشاش يقع فى الماء من المستعمَل ، ولهذا قال ابراهيم النخعى : ولا بد من ذلك ، فلو كان المستعمل نجساً لنجّس المـــاء الذى يقع فيه . وقد رُوى عن النبى ﷺ « أنه قَدَّمت إليه امرأةٌ من نِسائِهِ قَصْعَةً لِيَتَوَضَّأَ منها ، فقالتْ امرأةٌ : إنِّى غَمَسْتُ يَدِى فيها ، وأنا جُنُب ، فقال : المْاَء لايَجْنُب » ورواه الإمام أبو عبد الله فى المُسند « المْاَء لاَ يَنْجُس » وعندهم الحَدَثُ يرتفع من غير نِيَّة ، ولأنه ماء طاهر لاقَى محلا طاهراً ، فـكان طاهراً ، كالذى غُسِل به الثوبُ الطاهر ، والدليل على أن المُحْدِث طاهر مارَوَى أبو هريرة رضى الله عنه ، قال : « لَقِيَنِى رســولُ الله ﷺ ، وأنا جُنُب ، فانْخَنَسْتُ منْهُ فاغْتَسَلْتُ ، ثم جِئْتُ فقال : أين كنت ياأبا هريرة ؟ قلت : يارسولا لله ، كنت جُنُباً فـكَرِهْتُ أنْأُجالِسَكَ فذَهَبْتُ فاغتسلْتُ ، ثم جِئْتُ ، فقال : سُبحانَ اللهِ المسلمُ لا يَنجُس» متفق عليه ، ولأنه لو غمس يده فى الماء لم يُنَجِّسه ، ولو مس شيئاً رطباً لم ينجسه ، ولو حمله مُصَلٍّ لم تَبْطُل صلاته .

وقولهم : إنه نهى عن الْغُسل من الجنابة فى الماء الدائم كنَهْيِه عن البول فيه . قلنا : النهىُ يدل على أنه يؤثّر فى الماء ، وهو المنع من التوضؤ به ، والاقترانُ يقتضى التسوية فى أصل الحـكم ، لا فى تفصيله ، وإنما سُمِّى الوضوء والغُسل طهارة لـكونه يُنقّى الذنوب والآثام ، كما ورد فى الأخبار بدليل ماذكرنا .

إذا ثبت هذا فالدليل على خروجه عن الطَّهورِيَّة قول النبى ﷺ : « لاَ يَغْتَسِلْ أَحَدُكم فى الماء الدائم ، وهو جُنُب » رواه مُسلم . منع من الغسل فيه كمنعه من البول فيه ، فلولا أنه يفيده منعاً لم ينه عنه ، ولأنه أزيل به مانع من الصلاة ؛ فلم يجز استعماله فى طهارة أخرى كالمستعمل فى إزالة النجاسة .

فصــــل

وجميع الأحداث سواء فيما ذكرنا ـ الحدث الأصغر ، والجنابة ، والحيض ، والنِّفاس ، وكذلك المنفصل من غُسل الميت ، إذا قلنا بطهارته . واختلفت الرواية فى المنفصل عن غُسل الذِّمِّيَّة من الحيض . فرُوى أنه مطهّر لأنه لم يُزل مانعاً من الصلاة ، أشبه ماء تبرّد به . وروى أنه غير مطهّر ، لأنها أزالت

(١) الأتوار : جمع تور، بفتح التاء وسكون الواو ، إناء يشرب فيه كالـكوز، والأقداح جمع قدح ، وهو مثل الـكوب أو الـكوز الصغير .

به المـانع من وطء الزوج ، أشبه مالو اغتسلت به مُسلمة ، فإن اغتسلت به من الجنابة كان مُطهّراً وجهاً واحداً ، لأنّه لم يزل مانعاً من الصلاة ، ولا استُعمل فى عبادة ، أشبه مالو تبرّد به ـ ويحتمل أن يُمنع استعماله ، لأنّه استُعمل فى الغُسل من الجنابة ، أشبه مالو اغتسلت به مسلمة .

فصــــل

وإن استُعمل فى طهارة مستحبّة ، غير واجبة كالتجديد[1] ، والغسلة الثانية ، والثالثة فى الوضوء والغسل للجمعة ، والعيدين ، وغيرهما ففيه روايتان : (إحداهما) أنه كالمستعمل فى رفع الحدث ، لأنّها طهارة مشروعة أشبه مالو اغتسل من جنابة (والثانية) لا يُمنع لأنه لم يُزل مانعاً من الصلاة ، أشبه مالو تبرد به . فإن لم تكن الطهارة مشروعة لم يؤثّر استعمالُ الماء فيها شيئاً . وكان كما لو تبرّد به ، أو غسل به ثوباً . ولا تختلف الرواية أنّ ما استعمل فى التبرُّد ، والتنظيف أنّه باقٍ على إطلاقه ، ولا نعلم فيه خلافاً .

فصــــل

فأما المستعمل فى تعبد من غير حدث ، كغسل اليدين من نوم الليل ، فإن قلنا ليس ذلك بواجب لم يؤثر استعماله فى المـاء ، وإن قلنا بوجوبه ، فقـال القاضى : هو طاهر غير مطهر . وذكر أبو الخطاب فيه روايتين : (إحداهما) أنه يخرج عن إطـلاقه ، لأنه مستعمل فى طهارة تعبد ، أشبه المستعمل فى رفع الحدث ، ولأن النبى ﷺ : « نَهَى أن يَغْمِسَ القائمُ من نوم الليل يده فى الإناء قبل غسلها » فدلّ ذلك على أنه يُفيد منعاً (والرواية الثانية) أنه باق على إطلاقه ، لأنه لم يرفع حدثاً ، أشبه المُتبرَّد به ، وعلى قياسه المستعملُ فى غسل الذكر والأنثيين من المذْى ، إذا قلنا بوجوبه ، لأنه فى معناه .

فصــــل

إذا انغمس الجنب ، أو المحدث فيما دون القلّتين ينوى رفعَ الحدث صـار مستعمَلا ، ولم يرتفع حدثُه . وقال الشافعىّ : يصير مُستعملا ويرتفع حدثه ، لأنه إنما يصير مُستعملا بارتفاع حدثه فيه .

ولنا قول رسول الله ﷺ : « لا يَغْتَسِلْ أَحَدُكُمْ فى الماء الدائم ، وهو جُنُب » رواه مسلم . والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، ولأنه بانفصال أوّل جزء من الماء عن بَدَنه صار المـاء مستعملا ، فلم يرتفع الحدث عن سائر البدن ، كما لو اغتسل فيه شخص آخر . فإن كان الماء قلتين فصاعداً ارتفع حدثه ، ولم يتأثر به الماء لأنه لا يحمل الخبث .

فصــــل

إذا اجتمع ماء مستعمل إلى قُلّتين غيرِ مُستعمل صار الـكلّ طهوراً ، لأنه لو كان المستعمل نجساً

---

(١) أى كتجديد الوضوء ، وهو الوضوء على وضوء لم ينقض .

لكان الكل طهوراً ، فالمستعمل أولى . وإن انضم إلى ما دون القلتين ، وكثر المستعملُ ، ولم يبلغ قلّتين مُنـع ، وإن بلغ قلتين باجتماعه فكذلك ، ويحتمل أن يزول المنع لقول النبى ﷺ : « إذا بَلَغ الماءُ قُلَّتَيْن لم يَحْمل الْخَبَث » ، وإن انضم مُستعمل إلى مُستعمل ، ولم يبلغ القلتين ، فهو باق على المنع ، وإن بلغ قلتين ففيه وجهان لما ذكرنا .

« مسئلة » قال ﴿ وإذا كان الماء قُلّتين وهو خمس قِرَب ، فوقعت فيه نجاسة ، فلم يوجد لها طعم ، ولا لون ، ولا رائحة ، فهو طاهر ﴾

القلة : هى الجرة ، سُميت قُلّة لأنها تُقَلّ بالأيدى ، أى تحمل ، ومنه قوله تعالى (٧ : ٥٧ حَتَّى إذا أَقَلَّتْ سَحَاباً ثِقَالا) ويقع هذا الاسم على الكبيرة والصغيرة . والمراد بها هاهنا قلتان من قِلَال هَجَر [1] ، وهما خمس قِرَب كل قربة مائة رطل بالعراقىّ ، فتكون القلتان خمسمائة رطل بالعراقىّ ، هذا ظاهر المذهب عند أصحابنا ، وهو مذهب الشافعىّ .لأنه رُوى عن ابن جريج أنه قال : رأيتُ قِلَال هَجَرَ : القُلّة تَسَعُ قربتين ، أو قربتين وشيئاً ، والاحتياط أن يُجعل قربتين ونصفاً .

ورَوى الأثرمُ وإسماعيلُ بن سعيد ، عن أحمد : أنّ القلتين أربعُ قرب . وحكاه ابنُ المُنذر عن أحمد فى كتابه . وذلك لما رَوى الجُوزَجانىّ بإسناده ، عن يحيى بن عَقِيل ، قال : رأيتُ قِلَال هَجَر ، وأظنّ كل قُلّة تأخذُ قربتين . ورُوى نحو هذا عن ابن جريج .

واتفق القائلون بتحديد الماء بالقرب على تقدير كل قربة بمائة رطل بالعراقىّ . ولا أعلم بينهم فى ذلك خلافاً ، ولعلهم أخذوا ذلك ممن اختبر قِرَب الحجاز ، وعرَف أن ذلك مقدارُها . وإنما خصصنا هذا بقلال هَجَر لوجهين :

(أحدها) أنه قد روى فى حديث مبيناً رواه الخطّابىّ فى معالم السنن بإسناده إلى ابن جُرَيج عن النبى ﷺ مرسلا : « إذا كانَ الْمَاء قُلّتَيْن بِقِلَالِ هَجَر » ، وذكر الحديث . (والثانى) أن قلال هَجَر أكبر ما يكون من القِلَال ، وأشهرها فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم ، ذكره الخطّابىّ ، قال : وهى مشهورة الصنعة معلومة المقدار ، لا تختلفُ كما لاتختلف الصِّيعانُ والمكاييلُ ، ولأن الحَدّ لا يقعُ بالمجهول . وقال أبو عُبَيْد : هى الحِبَاب [2] ، وهى مستفيضة معروفة ، فينبغى أن يُحمل لفظ القلتين عليها لشُهرتها وكبرها ، فإن كل معدود جُعل مقداراً واحداً لم يتناول إلا أكبرَها ، لأنَّها أقربُ إلى العلم ، وأقلُّ فى العدد ، ولذلك جُعل نصابُ الزكاة بالأوْسُق [3] دون الآصُعُ والأمداد .

---

(١) هجر : بلد باليمن ، واسم لجميع بلاد البحرين ، والمراد هنا الأول ، وكانت هجر مشهورة بعظم قلالها . (٢) الحباب : جمع حب ، وهى الجرة مطلقاً ، أو الجرة العظيمة .

(٣) الوسق : ستون صاعاً أو حمل بعير ، والصاع أربعة أمداد والمد رطل وثلث .

قد دَلّت هذه المسألة بصريحها على أن ما بلغ القلتين فلم يتغير بما وقع فيه لا يَنْجُس ، وبمفهومها على أن ما تغـيَّر بالنجاسة نجسٌ ، وإن كَثُر ، وأن ما دون القلتين ينجس بمجرد ملاقاة النجاسة ، وإن لم يتغير . فأما نجاسةُ ما تغيّر بالنجاسة فلا خلاف فيه . قال ابنُ المنذر : أجمع أهلُ العلم على أن المـاء القليل والـكثير إذا وقعت فيه نجاسة فغيّرت للماء طعماً ، أو لوناً ، أو رائحة ، أنه نجس مادام كذلك . وقد روى أبو أُمامة الباهليّ : أنَّ النبيّ ﷺ قال : « الماء طَهورٌ لا يُنَجِّسُه شيء إلاَّ ما غلَب على ريحه ، وطَعْمه ولونه » رواه ابنُ ماجه . وقال حربُ بن إسماعيل : سُئل أحمـدُ عن المـاء إذا تغيّر طعمُه ، وريحُه قال : لا يُتوضأ به ، ولا يُشرب ، وليس فيه حديث ، ولـكن الله تعالى حرّم الميتة ، فإذا صارت الميتةُ فى المـاء فتغيّر طعمُه ، أو ريحه ، فذلك طعمُ الميتة وريحُهَا ، فلا يَحِلّ له ، وذلك أمر ظاهر . وقال الخَلاَّل : إنما قال أحمـد : ليس فيه حديث ، لأنّ هذا الحديث يَرويه سُلمانُ بن عمر ، ورِشْدِينُ بن سَعْد وكلاهما ضعيف . وابنُ ماجه رواه من طريق رِشْدِين ــ وأما ما دون القلتين إذا لاقته النجاسة فلم يتغير بها ، فالمشهور فى المذهب أنه ينجس . ورُوى عن ابن عمر ، وسـعيد بن جُبَير ومجاهد ، وبه قال الشافعيّ وإسحاق وأبو عُبيد . ورُوى عن أحمد رواية أخرى : أن الماء لاينجُس إلا بالتغيّر ، قليله وكثيره . ورُوى ذلك عن حُذيفة ، وأبى هريرة ، وابن عباس ، قالوا : الماء لا ينجُس . ورُوى ذلك عن سعيد بن المُسيّب ، والحَسَن ، وعكرمة ، وعطاء ، وجابر ابن زيد ، وابن أبى ليـلى ، ومالك ، والأوزاعيّ ، والثوريّ ، ويحيى القطّان ، وعبد الرحمن بن مهديّ ، وابن المنذر ، وهو قول للشافعيّ ، لحديث أبى أُمامَة الذى أوردناه .

ورَوى أبو سعيـد ، قال : « قِيلَ : يا رسول الله ، أنتوضّأ من بئر بُضاعة[1] ؟ ــ وهى بئر يُلقى فيهـا الحيض ، ولحوم الـكلاب والنّتَن ــ فقال : « إن الماءَ طَهُورٌ لا يُنَجسهُ شَيْءٌ » رواه أبو داود ، والنَّسائىّ ، والترمذيّ ، وقال حديث حسن . قال الخَلاّل : قال أحمد : حديثُ بئر بضاعة صحيح . ورُوى أن النبى ﷺ « سُئِلَ عن الحِياض التى بين مَـكّة والمَدينة ، تَرِدُها السباعُ ، والـكلاب ، والحُمُر ، وعن الطهارة بها ، فقال : لهَا ما حَمَلَتْ فى بُطونها ، ولنا ماغـبَرَ طَهُورٌ »[2] ، ولم يَفْرق بين القليل والـكثير ، ولأنه لم يظهر عليه إحدى صفات النجاسة ، فلم ينجُس بها كالزائد عن القلتين .

ووجه الرواية الأولى ماروى ابنُ عمر رضى الله عنهما : « أن النبى ﷺ سُئِل عن الماء ، وما يَنُوبهُ من الدواب والسِّباع . فقال : إذا كان الماء قُلَّتَـيْن لم يَحْمِل الخَبَث » رواه أبو داود ، والترمذيّ ، وابنُ

(١) بضاعة : بضم الباء ، وقد تـكسر ، بئر معروفة بالمدينة .

(٢) لهـا : أى للسباع ما شربته فى بطونها،ولنا ما غبر أى بقى طهور ، والطهور صالح للشرب وإزالة الحدث والنجس . وفى بعض الروايات (ولنـا ما بقى شراب طهور) ، وما جاز شربه فى الحالة العادية جاز إزالة الحدث به .

ماجه . وفى لفظ : «إذا بَلَغَ الْمَاءُ قُلَّتَيْنِ لم يُنجِّسْهُ شىء» وتحديده بالقلّتين يدلّ على أن مادونهما ينجس، إذ لو استوى حكم القلتين وما دونهما لم يكن التحديد مُفيداً . وصحّ أن النبىّ ﷺ قال : « إذا استَيْقَظَ أَحَدُكم من مَنَامِه فلا يغْمِسْ يَدَهُ فى الإناء ، حتى يَغْسِلَهَا ثلاثاً ، فإنه لا يَدْرِى أين بَاتَتْ يَدُه » فلولا أنّه يُفيده منعاً لم ينه عنــه . وأمر النبى ﷺ بغسل الإناء من وُلوغ الْكَلْب ، وإراقةِ سُؤْرِه[1] ، ولم يفْرق بين ماتغير ، وما لم يتغيّر ، مع أن الظاهر عدم التغير ، وخبر أبى أمامة ضعيف ، وخبرُ بئر بُضاعة ، والخبرُ الآخر محمولان على الماء الكثير ، بدليل أن ما تغـير نجس ، أو نَخُصُّهما بخبر القُلّتين ، فإنه أخصّ منهما ، والخاص يُقدَّم على العام ، وأما الزائد عن القلتين إذا لم يتغير . ولم تـكن النجاسة بَوْلاً أو عَذِرَة ، فلا يختلف المذهبُ فى طهارته . ورُوِىَ ذلك عن ابن عمر وسعيد بن جبير ومجاهد ، وهو قول الشافعىّ ، وإسحاق وأبى عُبَيْد وأبى ثَوْر ، وهو قول من حكينا عنهم أن اليسير لا ينجُس إلا بالتغيّر . وحُكى عن ابن عباس أنّه قال : « إذا كان الماءُ ذَنُوبَيْن لم يَحْمِل الْخَبَث » . وقال عكرمة « ذَنُوباً أو ذَنُوبَيْن » .

وذَهَب أبو حنيفة ، وأصحابُه إلى أن الكثير يَنجُس بالنجاسة إلا أن يبلُغ حداً يغلب على الظنّ أن النجاسة لا تَصِلُ إليه . واختلفوا فى حدّه ، فقال بعضهم : ما إذا حُرّك أحدُ طرفَيْه لم يتحرك الآخر . وقال بعضهم : ما بلغ عشرة أذرع فى عشرة أذرع ، وما دون ذلك ينجُس ، وإن بلغ ألف قُلّة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يَبُولَنَّ أحَدُكم فى الْمَاءِ الدَّائِمِ ، ثم يَتَوضَّأُ منه » متفق عليه . فنهى عن الوضوء من الماء الراكد بعد البول فيــه ، ولم يفرق بين قليلة وكثيره ، ولأنه ماء حلّت فيــه نجاسة لا يُؤمن انتشارُها إليه ، فينجُس بها كاليسير .

ولنا خبرا القلتين وبئر بُضاعة ، اللذان ذكرناهما ، فإن النبىّ ﷺ قال : الماء طَهُورٌ لا يُنجِّسُه شىء » مع قولهم له : « أنَتَوضَّأ من بئر بُضاعة ؟ »[2] ، وهى بئر يُلقى فيها الحيض ولُحوم الكلاب والنَّتَن ، وبئرُ بُضاعة لاتبلغ الحَدّ الذى ذكروه . قال أبو داود : قَدَّرْتُ بِئْر[2] بضاعة بردائى ، مَدَدْتُه عليهـا ، ثم ذَرَعْتُه[3] فإذا عرْضُها ستة أذرع ، وسألتُ الذى فتح لى باب البُستان : هل غُيّر بناؤها عما كانت عليه ؟ قال : لا ، وسألتُ قَيِّمَها[4] عن عُمقها فقلت : أكثرُ مايكون فيها الماء ؟ قال : إلى الْعَانَة[5] . قلت : فإذا نقص ؟ قال : دون العورة ، ولأنه ماء يبلُغ قُلّتين ، فأشبــه مازاد على عشرة أذرع . وحديثهم عامّ ، وحديثُنا خاصّ فيجب تقديمُه .

---

(١) سؤره : بقية شربه .

(٢) قدرت بئر بضاعة : قست عرضها بدليل قوله : مددته عليها ردائى .

(٣) ذرعته : قسته بالذراع .

(٤) قيمها : القائم على أمرها ، كصاحبها أو حارسها .

(٥) العانة : هى الشعر النابت فوق الذكر ، أو هو المكان الذى ينبت عليه هذا الشعر .

(الثانى) أن حديثهم لابد من تخصيصه فإن مازاد على الحدِّ الذى ذكروه لايمنع من الوضوء به اتفاقاً ، وإذا وجب تخصيصه كان تخصيصه بقول النبىّ ﷺ أولى من تخصيصه بالرأى ، والتَّشهّى من غير أصل يُرجع إليه ، ولا دليل يُعتمد عليه ـ ولأن ماذكروه من الحدِّ تقديرٌ طريقه التوقيفُ ، لا يُصار إليه إلا بنصّ ، أو إجماع ، وليس معهم نصّ ولا إجماع . ولأن حديثهم خاصّ فى البول ، ونحنُ نقول به على إحدى الروايتين ، ونَقْصُر الحكم على ماتناوله النصّ وهو البول ، لأن له من التأكيد والانتشار فى الماء ماليس لغيره ، على ماسنذكره إن شاء الله تعالى .

فإن قيل : المرادُ بقوله « لم يَحْمِل الْخَبَث » أى لم يدفع الخَبَثَ عن نفسه ، أى أنه ينجُس بالواقع فيه .

قلنا : هذا فاسد لوجوه : (أحدها) أن فى بعض ألفاظه لم « يَنْجُس » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، واحتجّ به أحمدُ (والثانى) أنه لو أراد مابلغ القلتين فى القلة ينجس لكان ما فوقهما لاينجُس . لتحقق الفرق بينهما ، فإنه جعل القلتين فصلا بين ماينجَّس وبين مالم يتنجس . فلو سوّينا بينهما لم يبق فصل . (الثالث) أن مقتضاه فى اللغة أنه يَدْفَعُ الخبَثَ ، عن نفسه من قولهم فُلانٌ لايحتملُ الضَّيْم ، أى يدفعُهُ عن نفسه . والله أعلم .

فصـــل

اختلف أصحابنا : هل القلتان خمسمائة رطل تحديداً أو تقريباً ؟ قال أبو الحسن الآمدىّ : الصحيح أنها تحديد ، وهو ظاهر قول القاضى ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، لأن اعتبار ذلك كان احتياطاً ، وما اعتبر احتياطاً كان واجباً ، كغَسل جزء من الرأس مع الوجه ، وإمساك جزء من الليل مع النهار فى الصوم . ولأنَّه قدر يَدْفع النجاسة عن نفسه ، فاعتُبر تحقيقه كالعدد فى الغَسَلات . والصحيح أن ذلك تقريب ، لأن الذين نقلوا تقدير القِلاَل لم يضبطوها بحدّ ، إنما قال ابنُ جُريج : القُلَّة تَسَعُ قربتين ، أو قربتين وشيئاً . وقال يحيى بن عَقِيل : أظنُّها تَسَعُ قربتين ، وهذا لاتحديد فيه ، فإن قولهما يدل على أنهما قرّبا الأمر ، والشيء الزائدُ عن القربتين مشكوك فيه ، مع أنه يقع على المجهول . والظاهر قِلَّتُهُ ، لأن لفظه يدل على تقارب مابين الأمرين ، وكلما قل الشيء كان أقرب إلى القربتين . وكلام أحمد يدل على هذا ، فإنه روى عنه أن القلة قربتان ، ورُوى قربتان ونصف ، ورُوى وثلث ، وهذا يدل على أنه لم يَحُدّ فى ذلك حداً . ثم ليس للقربة حَدّ معلوم . فإن القِرَب تختلف اختلافاً كثيراً ، فلا يكاد قربتان يتفقان فى حد واحد ، لهذا لو اشترى منه شيئاً مُقدَّراً بالقِرَب ، أو أسلم[1] فى شيء محدود بالقِرَب لم يجز ذلك . ولأن النبى ﷺ قد علم أن الناس لايكيلون الماء ولا يَزِنونه ، فلم يكن ليُعرّفهم الحدّ بما لا يُعرف به ، وإنما أراد أن من وجد ماء فيه نجاسة فظنه مُقارباً للقلّتين توضّأ منه ، وإن ظنه ناقصاً عنهما من غير مُقاربة لهما تركه .

---

(١) أسلم : أى أعطى سلماً ، وهو دفع المال لإحضار الشيء فى ميعاد معين .

« وفائدة هذا » : أن من اعتبر التحديد فنقص عن الحدشيئاً يسيراً لم يُعْفَ عنه ، ونُجِّس بورود النجاسة عليه . ومن قال بالتقريب عُفِي عن النقص اليسير عنده ، وتعلّق الحكم بما يُقارب القلتين ، وإن شُكّ فى بلوغ الماء قدراً يَدفع النجاسة أو لا يدفعها ففيه وجهان :

(أحدهما) يُحكم بطهارته لأنه كان طاهراً قبل وقوع النجاسة فيه ، وشُكّ هل يَنْجُس به أو لا ؟ فلا يزول اليقين بالشكّ (والثانى) يحكم بنجاسته ، لأن الأصل قِلّة الماء فنبنى عليه ، ويلزم من ذلك النجاسة .

فصــــل

فأما غير الماء من المائعات ففيه ثلاث روايات :

(إحداهن) أنه ينجُس بالنجاسة ، وإن كثر ، لأن النبى ﷺ « سُئِلَ عن فَأْرَةٍ وَقَعَتْ فى سَمْن ، قال : إنْ كان مَائِعاً فلا تقْرَبُوه »[1] رواه الإمام أحمدُ فى مُسنده ، إسناده صحيح على شرط الصحيحين ، ولم يفرق بين كثيره وقليله ، ولأنها لا قوة لها على دفع النجاسة ، فإنها لا تُطهِّر غيرها ، فلا تدفعها عن نفسها كاليسير (والثانية) أنها كالماء لا ينجُس منها ما بلغ القلتين إلا بالتغيّر . قال حرب : سألت أحمد قلت : كلبٌ وَلَغ فى سَمْن أو زَيْت؟ قال : إذا كان فى آنيةٍ كبيرة مثل حُبّ[2] أو نحوه رَجَوْتُ أن لا يكون به بأس ويُؤكل ، وإن كان فى آنيةٍ صغيرة فلا يُعجبنى . وذلك لأنه كثير ، فلم ينجُس بالنجاسة من غير تغيير كالماء (والثالثة) ما أصله الماء كالخلّ التمرى[3] ، يَدفع النجاسة ، لأن الغالب فيه الماء ، ومالا فلا ، والأوّل أولى .

فصــــل

فأما الماء المستعمل ، وما كان طاهراً غير مُطهّر من الماء ، فإنه يدفع النجاسة عن نفسه إذا كثر . لقول النبى ﷺ : «إذا بَلَغَ الماءُ قُلّتيْنِ لم يَحْمِل خَبَثاً» ويحتمل أن ينجس لأنه طاهر غيرُ مطهّر ، فأشبه الخلّ .

فصــــل

إذا كان الماء كثيراً ، فوقع فى جانب منه نجاسة فتغيَّر بها ، نَظَرْتَ فيما لم يتغير ، فإن نقص عن القلتين فالجميع نجس ، لأن المتغيِّر تنجس بالتغيُّر ، والباقى تنجس بملاقاته . وإن زاد عن القلتين فهو طاهر . وقال ابن عقيل ، وبعض الشافعيّة : يكون نجساً أيضاً ، وإن كَبِر وتباعدت أقطاره لأنه ماء راكد ، بعضُـه

---

(١) فى رواية أخرى (وأريقوه) وبقية الحديث وإن كان جامداً فألقوها وما حولها وكلوه .
(٢) الحب : الجرة مطلقاً أو الجرة العظيمة .
(٣) الخل التمرى : ماء نبيذ التمر الذى صار خلا .

نجس ، فـكان جميعه نجساً ، كما لو تقاربت أقطاراً ، ولأن المتغيّر مائع نجس ، فينجس مايلاقيـه ، ثم تنجس بذلك مايلاقيه إلى آخره ،فإن اضطرب . فزال التغيُّر ، زال التنجيس لزوال علته .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا بلغ الماء قلّتين لم يُنجِّسْهُ شيء » وقوله ﷺ : « الماء طَهورٌ لايُنجِّسُه شيء » وغير المتغيِّر قد بلغ القلتين ، ولم يتغيَّر ، فيدخل فى عموم الأحاديث . ولأنه ماء كثير ، لم يتغير بالنجاسة فـكان طاهراً ، كما لو لم يتغير منه شيء . ولأن العلة فى نجاسة الماء الـكثير التغيُّر فقط ، فيختصّ التنجيس بمحل العلة ، كما لو تغيَّر بعضه بطاهر . فلا يصح القياس على ماإذا كان غيرُ المتغير ناقصاً عن القلتين ، لأنه قليلٌ ينجس بمجرّد الملاقاة للنجاسة ، بخلاف الـكثير .

وأما تباعد الأقطار وتقاربها ، فلا عِـبْرة بها ، إنما العبرةُ بكون غير المتغيِّر قليلاً أو كثيراً ، فلا يمتنع الحـكم بطهارة الماء الملاصق للنجاسة ، بدليل مالو كان فيه كلب أو مَيْتة ، فإن الملاصق له طاهر ، وإن منعت طهارته فالملاصق للملاصق طاهر . وعلى قياس قولهم ينبغى أن يتنجس البحر إذا تغير جانبه ، والماء الجارى وكل ماتغير بعضُه ولا قائل به . وقد قال أحمدُ فى المصانع[1] التى بطريق مكة : لايُنجس تلك شيء .

فصـــل

ولا فرق بين يسير النجاسة وكثيرها ، وسواء كان اليسيرُ مما يدركه الطرْفُ ، أولا يدركه من جميع النجاسات ، إلا أن مايعفى عن يسيره فى الثوب كالدم ونحوه ـ حكم الماء المتنجس به ـ حكمه فى العفو عن يسيره . وكل نجاسة ينجس بها الماء يصير حكمه حكمها ، لأن نجاسة الماء ناشئة عن نجاسة الواقع وفرع عليها ، والفرع يثبت له حكم أصله . وقيل عن الشافعىّ : إنَّ مالا يُدركه الطرف من النجاسة معفوٌّ عنه للمشقة اللاحقة به . ونصّ فى موضع على أن الذباب إذا وقع على خلاء رقيق ، أو بول ، ثم وقع على الثوب غُسل موضعه لنجاسة الذباب ، ممـا لايدركه الطرف ، ولأن دليـل التنجيس لا يفرق بين يسير النجاسة وكثيرها ، ولا بين مايُدركه الطرف ، ومالا يدركه ، فالتفريق تحكم بغير دليل . وما ذكروه من المشقة غير صحيح ، لأننا إنما نحكم بنجاسة ما علمنا وصولَ النجاسة إليه ، ومع العلم لايفترقان فى المشقة . ثم إن المشقة حكمة لايجوز تعليق الحـكم بها ؛ بمجرّدها وجَعْل مالا يدركه الطرف ضابطاً لها غير صحيح . فإن ذلك إنما يعرف بتوقيفٍ أو اعتبار الشرع له فى موضع ، ولا يوجد واحد منهما .

فصـــل

والغديران إذا اتصل أحدها بالآخر بساقيةٍ بينهما فيهاماء قليل أو كثير فهما ماء واحد ، حكمهما حكم الغدير الواحد ، إن بلغا جميعاً قلتين لم يتنجس واحد منهما إلا بالتغيّر ، وإن لم يبلغاها تنجس كل واحد

---

(١) المصانع جمع مصنع : وهو مكان يتجمع فيه ماء المطار فيكون كالحوض .

منهما بوقوع النجاسة فى أحدها لأنه ماء راكد متصّل بعضُه ببعض ، أشبه الغدير الواحد .

فصـــل

﴿ فى المـاء الجارى ﴾

نقل عن أحمد رحمه الله مايدل على الفرق بين الماء الجارى والراكد ، فإنه قال فى حوض الحمّام : قد قيل إنّه بمنزلة الماء الجارى . وقال فى البئر يكون لها مادة : هو واقف لا يجرى ليس هو بمنزلة ما يجرى . فعلى هذا لا يتنجس الجارى إلا بتغيّره ، لأن الأصل طهارته . ولا نعلم فى تنجيسه نصاً ولا إجماعاً، فبقى على أصل الطهارة ، ولأنه يدخل فى عموم قوله عليه السلام : « الماء طهور لا ينجسه شيء » وقوله : « المـاء طهور لا ينجِّسه شيء إلا ما غلب على ريحه وطعمه ولونه » فإن قيل : قد ورد الشرع بتنجيس قليله لقوله عليه السلام « إذا بلغ الماء قلَّتين لم يحمل الخبث »

قلنا : هذا حجة على طهارته ، لأن ماء الساقية بمجموعه قد بلغ القلتين ، فلا يَحمل الخبَث ، وتخصيص الجَرْية منه بهذا التقدير تحكّمٌ لادليل عليه . ثم الخبر إنما ورد فى الراكد ، ولايصحّ قياسُ الجارى عليه ، لقوته بجريانه ، واتصاله بمادّته . ثم الخبرُ إنما يدلُ بمنطوقه على نفى النجاسة عما بلغ القلّتين ، وإنما يُستدّل هاهنا بمفهومه ، وقضاء حقّ المفهوم يَحْصُل بمخالفة مادون القلتين لمـا بلغهما ، وقد حصلت المخالفة بكون مادون القلتين يفترق فيه الماء الجارى والراكد فى التنجيس ، وما بلغهما لايختلف ، وهذا كاف .

وقال القاضى وأصحابه : كل جَرْيَةٍ من الماء الجارى معتبرة بنفسها ، فإذا كانت النجاسة جاريةً مع الماء ، فما أمامها طاهر ، لأنها لم تصل إليه ، وماخلفها طاهر ، لأنه لم يصل إليها ، والْجَريةُ التى فيها النجاسةُ إن بلغت قلتين فهى طاهرة إلّا أن تتغيّر ،بالنجاسة وإن كانت دون القلتين فهى نجسة ، وإن كانت النجاسة واقفة فى جانب النهر أو قراره . أو فى وهدة منه فكلُّ جَرْية تمرُّ عليها ، إن كانت دون القلتين فهى نجسة ، وإن بلغت قلتين فهى طاهرة ، إلاّ أن تَتغيّر، والْجَرْيةُ : هى الماء الذى فيه النجاسة ، وماقرب منها من خلفها وأمامها ـ مما العادة انتشارها إليه ، إن كانت مما ينتشر ـ مع مايحاذى ذلك كلّه مما بين طرفىْ النهر ، فإن كانت النجاسة ممتدة فلكلّ جزء منها مثلُ تلك الجرية المعتبرة للنجاسة القليلة . ولا يُجعل جميع ما يحاذيها جَرْيَةً واحدة ، لئلا يفضى إلى تنجيس الماء الكثير بالنجاسة القليلة ونفى التنجيس عن الكثير مع وجود النجاسة الكثيرة . فإن المحاذى للكثيرة كثير فلا يتنجّس، والمحاذى للقليلة قليل يتنجَّس .

فإننا لو فرضنا كلباً فى جانب نهر وشعرةً منه فى الجانب الآخر لكان المحاذى للشعرة لايبلغ قلتين لقلة ما يحاذيها ، والمحاذى للكلب يبلغ قلالا . وقد ذكر القاضى وابن عقيل : أن الَجرْيَةَ المحاذية للنجاسة فيما بين طرفى النهر ، ويتعيّن حمله على ماذكرنا لما بيَّنّاه .

فإن قيل : فهذا يُفْضى إلى التسوية بين النجاسة الـكثيرة والقليلة . قلنا : الشرع سَوَّى بينهما فى المـاء الراكد وهو أصل ، فتجبُ التسوية بينهما فى الجارى الذى هو فرع .

فصـــــل

فإن كان فى جانب النهر ماء واقف مائل عن سَنَن الماء ، مُتّصل بالجارى ، أو كان فى أرض النهر وَهْدة فيها ماء واقف ، وكان ذلك مع الجَرْية المقابلة له دون القلتين نَجُسا جميعاً بوجود النجاسة فى أحدهما ، لأنه ماء مُتّصل دون القلتين ، فينجُس بها جميعه كالراكد . وإن كان أحدهما قلتين لم ينجُس واحد منهما ماداما متلاقيين ، إلا بالتغيّر ، لأن القلتين تدفعُ النجاسة عن نفسها وعمّا لاقته ، ثم لايخلو من كون النجاسة فى النهر أو فى الواقف ، فإن كانت فى النهر ، وهو قلتان ، فهو طاهر على كلّ حال ، وكذلك الواقف وإن كان دون القلتين فهو نجس قَبْـل مُلاقاته للواقف ، فإذا حاذاه طَهُر باتصاله به ، فإذا فارقه عاد إلى التنجّس لقلتــه ، مع وجود النجاسة فيه . وإن كانت النجاسة فى الواقف لم ينجُس بحال ، لأنه لايزال هو ومالاقاه قلتين ، فإن كان الواقف دون القلتين ، والجَرْيةُ كذلك إلا أنهما بمجموعهما يزيدان عن القلتين ، وكانت النجاسة فى الواقف لم يَنْـجُس واحد منهما ، لأنّها مع ماتلاقيه أكثر من قلتين ، وإن كانت فى النهر فقياس قول أصحابنا أن ينجُس الواقف ، والجريةُ التى فيها النجاسة ، وكلٌّ مايمرّ بعدها بالواقف ، لأن الجرية التى فيها النجاسة كانت نجسةً قبل مُلاقاة الواقف ، ثم تَنجس بها الواقف ، لـكونه ماء دون القلتين ورَدَ عليه ماء نجسٌ ، ولم تطهُر الجَرْية لأنها بمنزلة ماء نجس صُبَّ على ما دون القلتين ، فلمّا صار الواقف نجساً نجس مايمر عليه . ويحتمل أن يحكم بطهارة الجَرية حال ملاقاتها للواقف ، ولا يتنجس الواقفُ بها ، لأنه ماء كثير لم يتغيّر ، فـلا ينجس لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا بَلغَ المـاءُ قلَّتَين لَمْ يُنَجِّسْهُ شَىْء » وهذا مذهب الشافعىّ .

وهذا كله مالم يتغيّر ، فإن تغيّر فهو نجس ، وحـكمه حكم أعيان النجاسة . فإذا كان الواقف متغيّراً وحدَه ، فالجرية التى تمرُّ به إن كانت قلتين فهى طاهرة ، وإن كانت دون القلتين فهى نجسة ، وإن كانت الجرية مُتغيّرة ، والواقف قلتان فهو طاهر ، وإلاّ فهو نجس ، وإن كان بعضُ الواقف متغيّراً ، وبعضه غيرَ متغيّر ، وكان غيرُ المتغيّر مع الجَرية الملاقية له قلتين لم يتجس ، لأنّه ماء زائدٌ عن القلتين لم يتغيّر ، فـكان طاهراً ، كما لو كانت الجرية قلتين ، وإن كان المتغيِّرُ منه الواقف يلى الجـارى ، وغيرُ المتغيّر لا يليه ولا يتصل به من أعلى المـاء ولا من أسفله ، ولا من ناحيةٍ من نواحيه ، وكلٌّ واحد منهما دون القلتين . فينبغى أن يـكون الـكلُّ نجساً لأنّ كل مايلاقى الماء النجس لا يبلغ القلتين ، وإن اتصل به من ناحية ، فكل مالم يتغير طاهر إذا بلغ القلّتين ، لأنه كالغديرَيْن اللذَين بينهما ساقية . وإن شُكّ فى ذلك فالماءُ طاهر ، لأن الأصل الطهارة ، فلا تزول بالشكّ ، والله أعلم .

فصـــل

إذا اجتمعت الجْريات فى موضع ، فإن كان مُتغيراً بالنجاسة فهو نجس ، وإن كثُر ، وإن كان فى بعض الجْريات ماء طاهر متوالٍ يبلغ قلّتين ، إمّا سابقاً ، وإمّا لاحقاً فالجميع طاهر ، مالم يتغير ، لأن القلتين تدفع النجاسة عن نفسها ، وعما اجتمعت معه ، وإن كان المجتمِـع دون القلتين. وفى بعض الجْريات شىء نَجس ، فالكل نجس ، فى ظاهر المذهب ، وإن كان قلتين إلاّ أن الجْرياتِ كلّها نجسة ، أو بعضُ الجْريات طاهر وبعضُها نجس ، ولا يتوالى من الطاهر قُلتان . فظاهرُ المذهب : أن الجميع نجس ، وإن كثُرَ . ويُحتمل أن يكون طاهراً ، وهو مذهب الشافعىّ ، لقوله عليه السلام : « إِذَا بَلَغَ المَاءُ قُلَّتَيْنِ لَمْ يَحْمِلِ الخَبَثَ » ولأنه ماء كثير ، لم يتغيّر بالنجاسة ، فـكان طاهراً ، كما لو كان متغيراً ، فزال تغيُّره بمُـكثه .

ولنـا أنه انضمّ النَّجسُ إلى النَّجس فصار الجميع نَجِساً ، كغير الماء ، وإن كان بعض الجْريات طاهراً لـكنّه قليل فهو مما لا يَدْفَعُ النجاسة عن نفسه ، فعن غيره أولى . فإن كان الماء كثيراً متغيّراً بالنجاسة ، فزال تغيُّره بنفسه طَهُر الجميع ، وإن زال بماء طاهر دون القلتين أو باجتماع ماء نجس إليه ، فظاهر المذهب أنه نجس ، لأنه لايدفع النجاسة عن نفسه ، فلا يدفعها عن غيره . ويحتملُ أن يطهُر لأنه أزال عِلّة التنجيس ، فأزال التنجيس ، كما لو زال بِنَزْحٍ أو بُمكثه .

فصـــل

﴿ فى تطهير الماء النجس ﴾

وهو ثلاثة أقسام : (أحدها) مادون القُلّتين ، فتطهيره بالمكاثرة بقلّتين طاهرتين : إما أن يُصَبّ فيه أو يَنْبعُ فيه ، فيزول بهما تغيُّره ؛ إن كان متغيّراً ، وإن لم يكن متغيراً طهر بمجرد المكاثرة ، لأن القلتين لا تحمل الخبث ولا تنجس إلا بالتغير . ولذلك لو ورد عليها ماء نجس لم ينجسها مالم يتغير به ، فـكذلك إذا كانت واردة . ومن ضرورة الحكم بطهارتهما طهارة ما اختلطتا به .

(القسم الثانى) أن يكون وفق القلتين ، فلا يخلومن أن يكون غير متغير بالنجاسة فيطهر بالمـكاثرة المذكورة لاغير (الثانى) أن يكون متغيراً ، فيطهر بأحَدِ أمرين : بالمـكاثرة المذكورة إذا أزالت التغيّر ، أو بتركه حتى يزول تغيُّره بطول مكثه .

(القسم الثالث) الزائد عن القلتين فله حالان : (أحدهما) أن يكون نجساً بغير التغيّر ، فلا طريق إلى تطهيره بغير المُـكَاثرة (الثانى) أن يكون متغيّراً بالنجاسة ، فتطهيره بأحد أمور ثلاثة : المُـكَاثرة ، أو زوالُ تغيّره بمُـكثه ، أو أن يُنزح منه ما يزول به التغيُّر ، ويبقى بعـد ذلك قُلّتان فصاعداً ، فإنه إن بقى ما دون القلتين قبل زوال تغيّره لم يبق التغيُّر عِلّة تَنجيسه ، لأنه تنجس بدونه . فلا يزول التنجيس

بزواله . ولذلك طهر الكثير بالنزح وطول المكث ، ولم يطهر القليل ، فإن الكثير لما كانت علة تنجيسه التغيُّر زال تنجيسُه بزوال علّتـه ، كالخمرة إذا انقلبت خـلاً ، والقليلُ علّة تنجيسه المُلاقاة لا التغيُّر ، فلم يُؤثّر زوالُه فى زوال التنجيس .

فصـــل

ولا يُعتبر فى المكاثرة صبُّ الماء دفعة واحدة ، لأن ذلك غير مُمكن ، لكن يُوصل الماء على مايمكنه من المتابعة ، إما من ساقية ، وإمّا دَلْوا فدلْواً ، أو يَسِيلُ إليه ماء المطر ، أو يَنْبُعُ قليلاً قليلا حتى يبلُغ قلتين فيحصُل به التطهير .

فصـــل

فإن كُوثرَ بما دون القلتين فزال تغيُّره ، أو طُرِح فيه تراب أو مائع غيّر الماء ، أو غيرُ ذلك فزال تغيُّره به ، ففيه وجهان : (أحدهما) لا يَطهر بذلك ، لأنه لا يَدفع النجاسة عن نفسه ، فعن غيره أولى ، ولأنه ليس بطهور ، فلا يحصل به الطهارة كالمـاء النجس . (والثانى) يطهر ، لأن علّة نجاسته التغيُّر وقد زال ، فيزول التنجيس ، كما لو زال بمُكثه ؟ وكالخمرة إذا انقلبت خلاً .

فصـــل

ولا يطهر غير المـاء من المائعات بالتطهير ، فى قول القاضى وابن عقيل . قال ابنُ عقيل : إلا الزئبقَ ، فإنَّه لقوّته ، وتماسكه يَجْرِى مجرى الجامد . لأنَّ النبى ﷺ سُئل عن السمن إذا وقعت فيه الفأرةُ ، فقال : « إنْ كَانَ مَائِعاً فلا تَقْرَبُوه » . رواه أبو داود ، ولو كان إلى تطهيره طريق لم يأمر بإراقته . واختار أبو الخطّاب أن ما يتأتى تطهيرُه كالزيت يَطْهُر به ، لأنه أمكن غَسله بالماء ؟ فيطهُر به كالجامد ، وطريق تطهيره جَعْله فى ماء كثير ، ويُخَضْخَضُ فيـه حتى يُصيب الماء جميعَ أجزائه ، ثم يُترك حتى يَعْلُوَ على الماء فيؤخذ ، وإن تركه فى جرّة فصَبّ عليه ماء فخضخضه به ، وجعل لها بُزالاً[1] يَخْرُجُ منه الماء جاز . والخبر ورد فى السمن ، ويحتملُ أن لا يمكن تطهيره لأنه يَجْمُدُ فى الماء ، ويحتملُ أن النبى صلى الله عليه وسلم ترك الأمر بتطهيره لمشقّه ذلك ، وقلة وقوعه .

فصـــل

وإذا وقعت النجاسة فى غير الماء ، وكان مائعاً نجُس ، وإن كان جامداً كالسمن الجامد أُخذت النجاسة بما حولهـا فأُلقيت ، والباقى طاهر . لما رَوَت مَيمونةُ رضى الله عنها : « أنَّ رسول الله ﷺ سُئِلَ عن

(١) البزال : ثقب فى الجرة ونحوها يخرج منه الماء ، يقال بزل المائع وبزله ، بتشديد الزاى وابتزله ، وتبزله ، إذا نقب إناءه ليخرج الماء من الثقب .

فأرةٍ سَقَطَتْ فى سَمْنٍ فقال : أَلْقوها وَمَاحَوْلَهَا وكُلوا سَمْنَكُمْ » رواه البخارىّ . وعن أبى هريرة رضى الله عنه : « أنَّ النبىَّ ﷺ سُئِلَ عن الفأرة تَمُوتُ فى السمن فقال : « إنْ كانَ جامِداً فأَلْقُوهَا وما حَوْلَهَا ، وإن كان مائِعاً فلا تَقْرَبُوه » أخرجه الإمامُ أحمدُ فى مسنده ، وإسناده على شرط الصحيحين . وحدُّ الجامد الذى لاتَسرى النجاسةُ إلى جميعه : هو المتماسك الذى فيه قوّة تمنع انتقال أجزاء النجاسة عن الموضع الذى وقعت عليه النجاسة إلى ماسواه . قال المرْوَزِىّ : قيل لأبى عبد الله فى الدُّوشاب ـ يعنى يقع فيه نجاسةٌ ؟ قال إذا كان كثيراً أَخَذوا ماحوله مثلَ السمن . وقال ابنُ عقيل : حَدّ الجامد ماإذا فُتح وعاؤه لم تَسِلْ أجزاؤه. وظاهر ما رويناه عن أحمد خلافُ هذا . فإن الدُّوشابَ لايكاد يبلُغ هذا ، وسمن الحجاز لا يكادُ يبلغه . والمقصود بالُجمود أن لا تَسْرى أجزاء النجاسة . وهذا حاصلٌ بما ذكرنا ، فيُقتصر عليه .

فصـــل

وإن تنجس العجينُ ونحوهُ فلا سبيل إلى تطهيره ، لأنّه لا يمكن غَسْله ، وكذلك إن نُقـع السِّمسِمُ أو شىء من الُحبوب فى المـاء النجس حـتى انتفخ وابتلّ لم يطهر ، قيل لأحمد فى سِمْسِم نُقع فى تِيغَار[١] ، فوقعت فيـه فأرة فماتَتْ ؟ قال : لا يُنْتَفَعُ بشىء منه ، قيل : أَفَيُغْسل مِراراً حتى يذهب ذلك الماء ؟ قال : أليس قد ابتلّ من ذلك الماء ؟ لا يُنَـقَّى منه وإن غُسل .

إذا ثبت هذا فإنَّ أحمد قال فى العجين والسمسم : يُطْعَمُ النَّواضِحَ[٢] ، ولا يُطْعَم لما يُؤكل لحمه ـ يعنى لما يُؤكل لحمه قريباً . وقال مُجاهد وعطاء والثورى وأبو عُبَيد : يُطعم الدَّجاج . وقال مالك والشافعىّ : يُطعم البهائم . وقال ابنُ المنذر : لايُطعم شيئاً ، لأن النبىَّ ﷺ : « سُئِلَ عن شحوم الْمَيتَةِ تُطْلَى بها السُّفنُ ، ويُدْهَنُ بها الجلود ، ويَسْتَصْبِـحُ بها الناس ؟ فقال : لا ، هو حرام » متفق عليه ، وهذا فى معناه[٣] .

ولنا ماروى أحمد بإسناده عن ابن عمر رضى الله عنهما : « أَنَّ قَوْماً اخْتَبزُوا من آبار الذين ظَلَمُوا

---

(١) التيغار : الإجانة بكسر الهمزة وتشديد الجيم وهى إناء ينبذ فيه التمر ونحوه ، وكانت فى الأصل التغار بدون ياء فأثبتناها صحيحة .

(٢) النواضح جمع ناضحة : وهى الدابة التى تخرج الماء ، وهى فى الأصل تشمل البقر والإبل وغيرها من الحمير والبغال ، والمراد هنا تطعم للحمير والبغال ونحوها مما لا يؤكل لحمه ، ولا تطعم للإبل والبقر ونحوها مما يؤكل لحمه .

(٣) قد يفرق بين شحم الميتة وبين لحم الحيوان الحى الذى يطعم الغذاء الذى تشرّب الماء النجس ، أن الميتـة لحمها حرام وشحمها حرام ، أما الحيوان الحى فقد اختلط لحمه بالنجس ، والجسم يحيـل النجاسات والقاذورات إلى حلال ، كالدجاج الذى يأكل العذرة ويخرج لنا البيض ، والبقر والغنم التى تأكل بعض القاذورات وتخرج لنـا اللبن والسمن ، التى هى حلال . فقياس لحم البهائم التى أكلت الطعام الممزوج بالنجاسة على شحم الميتة قياس مع الفارق ، فابن المنذر هنا متشدد وليس على الجادة فى قياسه .

أنفُسهم ، فقـال النبي ﷺ : اعلِفُوه النَّوَاضِحَ » واحتجّ به أحمدُ . وقال فى كسب الحجّام « أطعِمْهُ نَاضِحَكَ ، أوْ رَقِيقَكَ » . وقال أحمـدُ : ليس هذا بمَيْتَة ، يعنى أنَّ نَهْى رسول الله ﷺ إنما تناول المَيْتَةَ ، وليس هذا بداخل فى النهى ولا فى معناها ، ولأن استعمال شحوم المَيْتة فيما سُئل عنـه النبيّ صلى الله عليه وسلم يُفضى إلى تَعَدّى نجاستها ، واستعمال مادُهنت به من الجلود ، فيـكون مُسْتَعْمِلاً للنجاسة ، وليس كذلك هاهنا فإن نجاسة هذا لاتتَعدَّى أكْلَه . قال أحمد : ولا يُطْعَمُ لشىء يُؤْكَلُ فى الحال ولايُحلبُ لَبَنُه ، لئـلا يَتنجس به ، ويصيرَ كالجلال[١] .

« مسألة » قال ﴿ إلا أن تـكون النجاسة بولا أو عَذِرَةً مائعةً ، فإنَّه ينجس ، إلا أن يكون مثلَ المَصانع التى بطريق مكة ، وماأشبهها من المياه الـكثيرة التى لايُمكن نَزْحُها ، فذاك الذى لا يُنجسه شىء ﴾ .

يعنى بالمصـانع ، البرك التى صُنِعت مورداً للحاجّ يَشْرَبُون منها ، ويجتمع فيها ماء كثير : ويَفْضُل عنهم[٢] فتلك لاتتنجس بشىء من النجاسات مالم تتغيّر ، لانعلم أحداً خالف فى هذا . قال ابنُ المنذر ، أجمع أهلُ العلم على أن الماء الـكثير مثلُ الرّجل من البحر ونحوه إذا وقعت فيه نجاسةٌ فلم تُغَـيِّر له لوناً ولا طعماً ولا ريحاً أنه بحاله يُتطهّر منه ، فأما ما يُمـكن نزحه إذا بلغ قلتين فلا يتنجس بشىء من النجاسات ، إلا ببول الآدميّين ، أو عَذِرتهم المائعة . فإنَّ فيه روايتين عن أحمد أشهرهما : أنه ينْجُس بذلك . رُوى نحو هذا عن علىّ والحسن البصرىّ . وقال الخلاّل : وحَدَّثنا عن علىّ رضى الله عنه بإسناد صحيح « أنه سُئِلَ عن صَبىٍّ بَالَ فى بئر ، فأمرهم أن يَنْزِفُوها » ومثلُ ذلك عن الحسن البصرىّ ، ووجه ذلك : ما رَوَى أبو هُريرة عن النبى ﷺ أنّه قال : « لايبُولَنَّ أحَدُكم فى الماء الدَّائم الّذى لا يَجْرِى ، ثم يَغْتَسِلُ منه » متفق عليه . وفى لفظ « ثم يَتَوَضَّأُ مِنْهُ » صحيح . وللبخارىّ « ثمّ يَغْتَسِلُ فيه » وهـذا مُتناول للقليل والـكثير ، وهو خاصٌّ بالبول . وأصحُّ من حديث القلّتين فيتعين تقديمه .

والرواية الثانية : أنه لاينجس ما لم يتغيّر كسائر النجاسات ، اختارها أبو الخطّاب وابنُ عقيل . وهذا مذهبُ الشافعىّ . وأكثر أهل العلم لايفرقون بين البول وغيره من النجاسات ، لقول النبى ﷺ : « إذا بَلَغَ الْماءُ قُلّتَيْن لم ينجس» ولأنّ بول الآدمىّ لايزيدُ على نجاسة بول الـكلب ، وهو لا يُنجس القلتين ، فبول الآدمىّ أولى . وحديث أبى هريرة لابدّ من تخصيصه ، بدليل مايمكن نزحُه فيُقاس عليه ما بلغ القلتين ، أو يُخَصّ بخبر القلتين ، فإن تخصيصه بخبر النبى ﷺ أولى من تخصيصه بالرأى والتحكم من غير دليل ، لأنَّه لو تساوى الحديثان لوجب العدول إلى القياس على سائر النجاسات .

---

(١) هذا يؤيد ماقلناه فى تعليقنا فى الصفحة السابقة من أن الجسم يحيل الغذاء النجس إلى حلال فإعطاء الغذاء النجس للحيوان ينبغى أن يذبح بعده بمدة حتى يستطيع الجسم إحالته وهذا تعليل رأى أحمد هنا .

(٢) سبق بيان معنى المصانع ص ٣٠ من هذا الجزء .

فصـــل

ولم أجد عن إمامنا رحمه الله ولا عن أصحابنـا تحديدَ مايمكن نزحُه بأكثر من تشبيهه بمصانع مكة . قال أحمد : إنما نهى النبي ﷺ عن الراكد من آبار المدينة على قلة ما فيها ، لأن المصانع لم تـكن[1] ، إنمـا أُحدثت . وقال الأثرم:سمعت أبا عبد الله يسأل عن المصانع التى بطريق مكة ؟ فقال : ليس يُنجِّس تلك عندى البول ولا شىء إذا كثر المـاء ، حتى يكون مثل تلك المصانع . وقال إسحاق بن منصور : سئل أحمـد عن بئر بال فيها إنسان ؟ قال : تُـنزح حـتى تَغلبهم . قلت : ما حدُّه ؟ قال : لا يقدرون على نزحها[2] . وقيل لأبى عبد الله : الغدير يُبال فيه ! قال : الغدير أسهل ، ولم ير به بأساً . وقال فى البئر : يكون لها مادّة وهو واقف لايجرى ليس بمنزلة مايجرى ، يعنى أنه يتنجس بالبول فيه إذا أمكن نزحه[3] .

فصـــل

ولا فرق بين البول القليل والـكثير . قال مُهَنّا : سألت أحمـد عن بئرٍ غَزِيرةٍ وقعت فيها خِرْقة أصابها بول ؟ قال : تُـنْزح ، وقال فى قَطْرةِ بول وقعت فى ماء : لايُتوَضّأ منه : وذلك لأن سائر النجاسات لافرق بين قليلها وكثيرها[4] .

فصـــل

إذا كانت بئر الماء ملاصقة لبئر فيها بول أو غيره من النجاسات ، وشُكّ فى وصولها إلى المـاء ، فهو على أصله فى الطهارة . قال أحمد : يكون بين البئر والبالوعة مالم يُغيّر طعماً ولا ريحاً . وقال الحسن : مالم يتغيّر لونه أو ريحه ، فلا بأس أن يُتَوَضّأ منها وذلك لأن الأصل الطهارة فلا تزول بالشك ، وإن أحبَّ عِلم حقيقة ذلك فليطرحْ فى البئر النجّسةِ نِفْطاً ، فإن وجد رائحته فى الماء علم وصوله إليه ، وإلا فلا ، وإن تغيرالماء تغيُّراً يصلح أن يكون من النجاسة ولم يَعلم له سبباً آخرَ ، فهو نجس ، لأنّ الملاصَقَة سبب ، فيُحال الحـكم عليه ، وما عداه مشكوك فيه . ولو وجد ماء متغيِّراً فى غير هذه الصورة ، ولم يَعلم سبب تغيّره فهو طاهر . وإن غلب على ظنه نجاسته ، لأن الأصـل الطهارة ، فلا تزول بالشكّ . وإن وقعت فيه نجاسـة ،

---

(١) أى لم توجد ، فتـكن هنـا تامة ، أى لم توجد بنفسها وإنما أحدثها النـاس رغبة فى تجمع ميـاه الأمطار فيها .

(٢) المراد ينزحون البئر حتى ينزح منها ماء كثير يغلب على الظن أن البول خرج معه .

(٣) فى هـذا الرأى من التشدد مالا يتفق مع تسـاهل السلف فى ميـاه الآبار ، وبئر بضـاعة أكبر شاهد على ذلك .

(٤) هـذا أيضاً غاية فى التشـدد ، فإن البئر الغزيرة ماء كثير لا ينجس إلا بالتغير ، كما سبق بيـانه فيما مضى .

فوجده مُتغيِّراً تغيُّراً يَصلح أن يكون التغيُّر منها ، فهو نجس ، إلّا أن يـكون التغيُّر لايصلح أن يـكون من النجاسة الواقعة فيه لـكثرته وقلتها ، أو لمخالفته لونَها ، أو طَعْمَها ، فهو طاهر ، لأننا لانعلم للنجاسة سبباً ، فأشبه مالو لم يقع فيه شيء .

فصـــل

وإن توضّأ من الماء القليل وصلّى ، ثم وجد فيه نجاسة ، أو توضأ من ماء كثير ثم وجده متغيراً بنجاسة ، وشكّ : هل كان قبل وُضوئه أو بعده ؟ فالأصل صحة طهارته ، وإن علم أن ذلك كان قبل وضوئه بأمارةٍ أعادَ . وإن علم أن النجاسة قبل وضوئه ولم يعلم أكان دون القلتين ، أو كان قلتين ؟ فنقص بالاستعمال أعاد ، لأن الأصل نقص المـاء .

فصـــل

إذا نُزِح ماء البئر النجس ، فنبع فيه بعد ذلك ماء أو صُبَّ فيه ، فهو طاهر ، لأنَّ أرض البئر من جُملة الأرض التى تطْهُر بالمـكاثرة بمرور الماء عليها . وإن نَجُست جوانبُ البئر ، فهل يجب غَسلها ؟ على روايتين :

(إحداهما) يجب : لأنه محلٌّ نجس ، فأشبه رأس البئر .

(والثانية) لايجب : للمشقة اللاحقة بذلك ، فعُفِى عنه ، كمحلّ الاستنجاء ، وأسفل الحِذاء .

فصـــل

قال محمد بن يحيى : سألت عبد الله عن قبور الحجارة التى للرُّوم ، يجىء المطر فيصيرُ فيها ، ويشربون من ذلك ، ويتوضَّئُون ؟ قال : لو غسلت كيف تغسل الماء ؟ يجىء المطر إلاأن يكون قد غسلها مرة أو مرتين والأولى الحـكم بطهارتها ، لأن هذه قد أصابها الماء مرّاتٍ لايُحصى عددها ، وجرى على حيطانها من ماء المطر مايُطَهِّرها بعضُه ، ولأن هذه يشقُّ غَسلها . فأشبهت الأرض التى تطهُر بمجىء المطر عليها .

« مسألة » قال : ﴿ وإذا مات فى الماء اليسير ماليس له نفسٌ سائلة ، مثل الذباب والعقرب والخُنْفُسَاء وما أشبه ذلك ، فلا يُنجِّسُه ﴾ .

النفس هاهنا الدم ، يعنى ماليس له دم سائل ، والعرب تُسمِّى الدم نفساً . قال الشاعر :

أُنْبِئْتُ أَنَّ بَنِى سُحَيْمٍ أَدْخَلُوا ‏ ‏ ‏ أَبْيَاتَهُمْ تَأْمُور (١) نَفْسِ المُنْـذِرِ

يعنى دمه . ومنه قيل للمرأة : نُفَساء ، لسيلان دمها عند الولادة ، وتقول العرب : نُفِسَتْ المرأة إذا حاضت ، ونُفِست من النِّفاس . وكلُّ ماليس له دم سائل كالذى ذكره الخِرَقىّ من الحيوان البرّىّ ، أو

---

(١) التأمور : المراد به هنا الوعاء ، وهو جثة المنذر لأنها وعاء لدمه .

حيوان البحر ، منه العلق والديدان ، والسَّرطان ، ونحوُها لا يَنْجُس بالموت ، ولا يُنَجِّس الماء إذا مات فيه ، فى قول عامّة الفقهاء . قال ابنُ المنـذر : لا أعـلم فى ذلك خلافاً إلاّ ما كان من أحد قولى الشافعىّ ، قال : فيها قولان :

(أحدهما) يُنجِّس قليلَ الماء . قال بعض أصحابه : وهو القياس .

(والثانى) لا يُنَجِّس ، وهو الأصلح للناس . فأمّا الحيوان فى نفسه فهو عنده نجسٌ قولاً واحداً ، لأنه حيوان لا يُؤكل لا لِحُرمَتِه ، فينجُس بالموت كالبغل والحمار .

ولنا قول النبى ﷺ : «إذا وقع الذُّبَابُ فى إناء أَحَدِكُم فَليَمْقُلهُ[1] ، فإن فى أَحَدِ جناحيه داء ، وفى الآخَرِ شفاء» رواه البخارىّ ، وأبو داود . وفى لفظٍ : «إذا وَقعَ الذُّبَابُ فى شراب أَحَدِكم فَلْيَغْمِسْهُ كُلَّه ثم ليَطْرَحْهُ ، فإنَّ فى أَحَدِ جَنَاحَيْه سُمًّا[2] ، وفى الآخَرِ شِفَاءَ» قال ابنُ المنذر : ثبت أنَّ رسول الله ﷺ قال ذلك . قال الشافعىّ : مَقْلُه ليس بقتله .

قلنا : اللفظ عامٌّ فى كل شراب ، بارد أو حار : أو دُهن مما يموتُ بغَمْسه فيه ، فلو كان يُنَجِّس الماء كان أمراً بإفساده . وقد روى أن النبىّ ﷺ قال لسلمان : «ياسلمانُ ، أَيُّمَا طعامٍ أَوْ شَرَابٍ ماتَتْ فيه دَابَّةٌ لَيْسَتْ لها نَفسٌ سائلةٌ فهو الحَلال أَكلُه ، وشُرْبُه ، وَوُضُوءه» وهذا صريح . أخرجه الترمذى والدارقطنىّ . قال الترمذى : يرويه بَقِيَّة ، وهو مُدَلِّس ، فإذا رَوَى عن الثقاة جَوَّد ، ولأن مالا نفس له سائلة لم يتولَّد من النجاسة ، فأشبه دودَ الخَلِّ إذا مات فيه ، فإنهم سَلَّمُوا فى ذلك ، ونحوه أنه لا يُنَجِّس المائع الذى تولَّد منه ، إلاَّ أن يؤخذ ثم يُطرح فيه ، أو يَشُقَّ الاحتراز منه ، أشبه ماذكرنا . فإذا ثبت أنه لا يُنَجِّس ، لزم أن لا يكون نجساً ، لأنه لو كان نجساً لنجَّس كسائر النجاسات .

فصـــل

فإن غيَّر المـاء فحكمه حكم الطاهرات ، إن كان مما لا يمكن التحرز منه كالجراد يتساقط فى الماء ونحوه ، فهو كورق الشجر المتناثر فى الماء يُعْفَى عنه ، وإن كان مما يمكن التحرُّز منه كالذى يُلقى فى الماء قَصْداً ، فهو كالورق الذى يلقى فى الماء ولو تغيَّر الماء بحيوان مُذَكًّى من غير أن يُصيب نجاسَةً . فقد نقل إسحاقُ بنُ منصور قال : سُئِلَ أحمدُ عن شاةٍ مذبوحة وقعت فى ماء فتغيَّر ريحُ الماء ؟ قال : لا بأس ، إنما ذلك إذا كان من نجاسَةٍ . وقال عبدُ الله ابنُ أحمدَ : قال أبى : وأما السَّمكُ إذا غيَّر الماء فأرجو أن لا يكون به بأس .

فصـــل

ذكر ابن عقيل فيمن ضَرَب حيواناً مأكولا ، فوقع فى ماء ثم وجده مَيِّتاً ولم يُعلم هل مات

(١) فليمقله : فليغمسه ، ويطلق المقل على الغمس فى الماء والغوص فيه ، والمناسب هنا الأول .
(٢) فى رواية أخرى (فإن فى أحد جناحيه داءاً) .

بالجراحة أو بالماء ، ؟ فالماء على أصله فى الطهارة ، والحيوانُ على أصله فى الحَظْر ، إلا أن تكون الجراحة مُوحِيَةً[1] ، فيكون الحيوان أيضاً مباحاً ، لأن الظاهر موته بالجراح ، والماء طاهر إلا أن يقع فيه دم .

فصـــل

الحيوان ضربان

ماليست له نفس سائلة ، وهو نوعان : مايتولد من الطاهرات فهو طاهر حياً ومَيِّتاً ، وهو الذى ذكرناه ، الثانى : ما يتولَّد من النجاسات ، كدود الحُشّ[2] وصَرَاصِره ، فهو نجس حيًّا ومَيِّتاً ، لأنه متولد من النجاسة ، فكان نجساً كولَدِ الكلب ، والخنزير . قال أحمدُ فى رواية المَرْوَزِىِّ : صَراصِرُ الكَنِيف والبالوعة إذا وقع فى الإناء أو الحُبِّ[3] صُبَّ ، وصراصر البئر ليست بقذرة ولا تأكل العَذِرة .

(الضرب الثانى) ما له نفس سائلة وهو ثلاثة أنواع :

(أحدها) ماتُباح مَيْتَتُه ، وهو السمك ، وسائر حيوان البحر الذى لايعيش إلا فى الماء ، فهو طاهر حياً وَمَيِّتاً ، ولولا ذلك لم يُبَح أكله ، فإن غيَّر الماء لم يُمنع ، لأنه لا يمكن التحرُّز منه .

(النوع الثانى) مالا تُباحُ مَيْتَتُهُ غيرُ الآدمى ، كحيوان البرّ المأكول ، وغيره كحيوان البحر الذى يعيش فى البرّ ، كالضفدع والتمساح وشِبهِهما ، فكل ذلك يَنْجُس بالموت ، فينجِّس الماء القليل إذا مات فيه ، والكثيرَ إذا غيَّره ، وبهذا قال ابن المبارك والشافعى وأبو يوسف . وقال مالك ، وأبو حنيفة ، ومحمد بنُ الحسن فى الضفدع : إذا ماتت فى الماء ، لا تُفْسده لأنها تعيش فى الماء ، أشبهت السمك .

ولنا أنها تُنَجِّس غير الماء كحيوان البر ، ولأنه حيوان له نفس سائلة لاتُباح مَيْتَتُه . فأشبه طير الماء . ويُفارق السمك ، فإنه مُباح ، ولا يُنَجِّس غيرَ الماء .

(النوع الثالث) الآدمى : الصحيح فى المذهب أنه طاهر حيًّا ومَيِّتاً ، لقول النبى ﷺ : « المُؤْمِنُ لايَنْجُس » متفق عليه . وعن أحمد : أنه سُئل عن بئر وقع فيها إنسان فمات ؟ قال : يُنْزَحُ حتى يَغْلِبَهُم ، وهو مذهب أبى حنيفة[4] ، قال : يَنْجُس ويَطْهُر بالغَسْل ، لأنَّه حيوان له نفس سائلة فنجُس بالموت ، كسائر الحيوانات ، وللشافعى قولان كالروايتين . والصحيح : ما ذكرناه أوَّلا للخبر ، ولأنه آدمى ، فلم

---

(١) موحية : مميتة ، فتكون ذكاته بالجراح فيكون مباحاً .

(٢) الحش : بتثليث حائه مكان قضاء الحاجة ، وسمى حشاً لأنهم كانوا يقضون حوائجهم فى الأرض الزراعية التى تحش خضراؤها .

(٣) الحب : الجرة مطلقاً أو الجرة الكبيرة ، ومعنى صب : أريق ولا يجوز استعماله

(٤) نزح البئر التى مات فيها الإنسان ليس لنجاسة جسمه ، ولكن لنجاسة ما قد يخرج منه من النجاسات أثناء موته ، فإنه لا تضبط مخارجه ، أما ذاته فهى طاهرة بلا خلاف ، هذا ماينبغى القول به .

يَنْجُس بالموت كالشهيد ، ولأنه لو نجُس بالموت لم يطهر بالغُسْل ، كسائر الحيوانات التي تَنْجُس . ولم يفرق أصحابنا بين المسلم والكافر ، لاستوائهما في الآدميَّة ، وفي حال الحياة . ويحتمل أن يَنْجُس الكافر بموْته ، لأنَّ الخبر إنما ورد في المُسلم . ولا يَصح قياس الكافر عليه . لأنه لا يُصَلَّى عليه ، وليس له حُرمة كحرمة المُسلم .

فصـــل

وحكم أجزاء الآدمي وأبعاضه حكم جُملته ، سواء انفصلت في حياته ، أو بعد موته ، لأنها أجزاء من جملته . فكان حكمها كسائر الحيوانات الطاهرة والنجسة ، ولأنها يُصَلَّى عليها ، فكانت طاهرةً كجملته . وذكر القاضي أنها نجسة ، روايةً واحدةً . لأنها لا حُرمة لها ، بدليل أنه لا يُصَلَّى عليها ، ولا يصح هذا ، فإن لها حُرمةً ، بدليل أن كَسْر عَظْم الميِّت ككسر عَظْم الحَي ، ويُصَلَّى عليها إذا وُجدت من الميِّت ، ثم تَبْطُل بشهيدِ المعركة ، فإنه لا يُصَلَّى عليه ، وهو طاهر .

فصـــل

وفي الوَزَغ وجهان :

(أحدهما) لايَنْجُسُ بالموت . لأنه لا نفس له سائلة ، أشبه العقرب ، ولأنَّه إن شُكَّ في نجاسته فالماء يبقى على أصله في الطهارة .

(والثاني) أنه يُنجِّس . لما رُوي عن عليّ رضي الله عنه أنَّه كان يقول : « إن ماتت الوزَغَةُ أو الفأرة في الحُبِّ يُصَبُّ ما فيه ، وإذا ماتت في بئر فانزحها حتى تغلبك .

فصـــل

وإذا مات في الماء حيوان لا يُعلم ، هل ينجس بالموت أم لا ؟ فالماء طاهر ، لأنَّ الأصل طهارته ، والنجاسةُ مشكوك فيها ، فلا تَزول عن اليقين بالشكِّ ، وكذلك الحكم إن شرب منه حيوان يُشَكُّ في نجاسة سُؤْره وطهارته ، لما ذكرنا .

« مسألة » قال : ﴿ ولا يُتوضأ بسُؤر كل بهيمة لا يؤكل لحمُها ، إلا السِّنَّوْر وما دونها في الخِلْقة ﴾ .

« السؤر » فضلة الشرب ـ والحيوان قسمان : نجس وطاهر ، فالنجس نوعان :

(أحدهما) ماهو نجس روايةً واحدةً ، وهو الكلبُ والخنزيرُ ، وما تولَّد منهما ، أو من أحدهما . فهذا نجس عينُه وسُؤْره وجميعُ ماخرج منه . ورُوي ذلك عن عُرْوة ، وهو مذهب الشافعيّ وأبي عُبَيْد ، وهو قول أبي حنيفة في السؤر خاصَّة . وقال مالك والأوزاعيّ وداود : سُؤرهما طاهر يُتوضأ به ويُشرب ، وإن ولغا في طعام لم يَحْرُم أكلُه . وقال الزهريّ : يَتوضأ به إذا لم يجد

غيرَه . وقال عَبْدَةُ بن لُبابَة والثَّوْرىّ ، وابنُ الماجشون ، وابنُ مَسْلمة : يَتَوضَّأُ ويَتَيَمَّم . قال مالك : ويُغْسل الإناء الذى وَلَغ فيه الـكلبُ تَعبُّداً . واحتج بعضهم على طهارته بأنَّ الله تعالى قال : (٥ : ٤ فـكُلُوا مِمَّا أَمْسَـكْنَ عَلَيْـكُمْ) ولم يأمر بغَسْل ما أصابه فمه . وروى ابن ماجه بإسناده عن أبى سعيد الْخُدْرىّ : « أَنَّ رسول الله ﷺ سُئل عن الْحِيَاضِ التى بين مكة والمدينة تَرِدُها السِّباع والـكلاب والْحُمرُ ، وعن الطهارة بها ؟ فقال : « لهـا ما حَمَلَتْ فى بُطونها ، ولنا ماغَبَر طَهُور » ولأنه حيوان فـكان طاهراً كالمأكول .

ولنا ماروَى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبىّ ﷺ قال : إذا وَلغَ الـكلْبُ فى إناءِ أَحَدِكُمْ فَلْيَغْسِلْهُ سَبْعاً » متفق عليه . ولمسلم : « فلْيُرِقْهُ ثم ليغسِلْهُ سَبْعَ مَرَّاتٍ » ، ولوكان سؤره طاهراً لم تجز إراقته ، ولا وجبَ غَسْله .

(فإن قيل) إنما وجب غسله تعبّداً ، كما تُغسل أعضاء الوضوء ، وتُغسل اليد من نوم الليل .

قلنا : الأصلُ وجوب الْغَسل من النجاسة ، بدليل سائر الغَسْل ، ثم لوكان تعبُّداً لمـا أَمَرَ بإراقة الماء ، ولمـا اختصّ الْغَسلُ بموضع الْوُلُوغ ، لعموم اللفظ فى الإناء كلّه . وأما غسلُ اليد من النوم فإنما أمر به للاحتياط ، لاحتمال أن تـكون يدُه قد أصابتها نجاسة فيتنجسُ المـاء ، ثم تَنَجُس أعضاؤه به . وغَسل أعضاء الوضوء شُرع لِلْوَضَاءَة والنظافة ، ليـكون العبدُ فى حال قيامه بين يدى الله تعالى على أحسن حال ، وأ كملها .

ثمَّ إن سلمنـا ذلك فإنمـا عَهِدْنا التعبُّدَ فى غَسل اليدين ، وأما الآنيـةُ والثيابُ ، فإنما يجب غسلها من النجاسات . وقد رُوى فى لفظ : « طُهُور إنَاءِ أَحَدِكُم إذا وَلَغَ الـكلبُ فيه أَنْ يَغْسِلَه سَبْعاً » أخرجه أبو داود ولا يكون الطهور إلاَّ فى محلِّ الطهارة .

وقولهم : إن الله تعالى أمر بأ كل ما أمسكه الـكلبُ قبل غَسله .

قلنـا : الله تعـالى أمر بأ كله ، والنبى ﷺ أمر بغَسله ، فيُعمل بأمرهما . وإن سلمنا أنَّه لايجب غَسله فلأنَّه يَشُقُّ ، فعُفِى عنه . وحديثُهم فى قضيَّة عَيْن يَحتمل أن المـاء المسئول عنه كان كثيراً ، ولذلك قال فى موضع آخر ـ حين سُئل عن الماء وما ينوبُه من السباع : « إذَا بَلَغَ الماءُ قُلّتَيْنِ لم يَحْمِلِ الْخَبَثَ » ولأن الماء لاينجس إلا بالتغيُّر ، على رواية لنا ، وشربُها من الماء لا يغيِّره فلم يُنجِّسه ذلك .

(النوع الثانى) مااختُلف فيـه : وهو سائر سباع البهـائم إلا السِّنور ، وما دونهـا فى الخِلْقة . وكذلك جوارح الطير والحمار الأهلىّ والبغل . فعن أحمدَ : أن سُؤرها نجس ، إذا لم يَجد غَيْره تيَمَّمَ وتركه . رُوىعن ابن عمر : أنه كره سُؤر الحمار ، وهو قول الحسن وابن سيرينَ ، والشَّعْبىّ والأوزاعىّ ، وحَمَّاد ، وإسحاق . وعن أحمد : أنَّه قال فى البغل والحمار : إذا لم يَجدْ غيرَ سُؤرهما تيَمَّمَ معـه ، وهو قول أبى حنيفة والثَّورىّ .

وهذه الرواية تدلّ على طهارة سُؤرها . لأنَّه لو كان نجساً لم تَجُز الطهارة به . ورُوى عن إسماعيل ابن سَعيد : لا بأس بِسُؤْر السباع . لأن عمر قال فى السباع « تَرِدُ عَلَيْنا ونَرِدُ عليها » ورخّص فى سؤر جميع ذلك : الحسنُ وعطاء والزهرىّ ويحيى الأنصارىّ وبُكَيْر بن الأشَجّ ، وربيعةُ وأبو الزِّنَاد ، ومالكٌ والشافعى وابنُ المنذر ، لحديث أبى سعيد فى الحياض . وقد رُوى عن جابر أيضاً . وفى حديث آخر عن جابر : « أن النبىَّ ﷺ سُئل أنتوضّأ بما أفْضَلَتْ الْحُمر ؟ قال : نعم ، وبما أفْضَلَتِ السِّبَاعُ كُلُّها » رواه الشافعى فى مُسنده ، وهذا نصٌّ ، ولأنه حيوان يجوز الانتفاع به من غير ضرورة : فكان طاهراً كالشاة .

ووجه الرواية الأولى : أن النبى ﷺ « سُئِلَ عن الماء وما يَنُوبُه من السِّباع ؟ فقال : إذا بَلَغ الماء قُلَّتين لم ينجُس » ولو كانت طاهرةً لم يَحُدَّه بالقلتين . وقال النبى ﷺ فى الْحُمر يوم خَيْبَرَ : « إنها رِجْس » ولأنه حيوان حَرُم أكلُه لا لِحُرْمته يمكن التحرز منه غالباً ، أشبه الكلب . ولأن السباع والجوارح الغالبُ عليها أكلُ الَمْيتَات والنجاسات ، فتنْجُس أفواهُها ، ولا يتحقّق وجودُ مُطهِّرها . فينبغى أن يُقضى بنجاستها كالكلاب . وحديث أبى سعيد قد أجبنا عنه ، ويتعيَّن حملُه على الماء الكثير عند من يَرَى نجاسة سُؤْر الكلب . والحديثُ الآخرُ يرويه ابن أبى حَبِيبَة . وهو مُنكر الحديث . قاله البخارىُّ ـ وإبراهيمُ بنُ يحيى وهو كذّاب .

والصحيح عندى : طهارة البَغْل والحمارِ ، لأن النبى ﷺ كان يركبها ، وتُركب فى زمنه وفى عصر الصحابة . فلو كان نجساً لبيَّن النبىُّ صلى الله عليه وسلم ذلك ، ولأنهما لا يمكن التحرُّز منهما لُمقْتنِيَهما . فأشبها السِّنَّور . وقول النبى ﷺ : « إنها رِجْس » أراد أنها محرَّمة . كقوله تعالى فى الخمر والَميْسِر والأنصاب والأزلام : إنها رِجْس . ويحتمل أنه أراد لحمها الذى كان فى قُدُورهم فإنه رِجْس ، فإن ذَبْح مالا يَحِلّ أكلُه لا يُطَهِّره .

(القسم الثانى) طاهر فى نفسه وسُؤره وعرَقه ، وهو ثلاثة أضرب :

(الأول) الآدمىُّ : فهو طاهر وسُؤره طاهر ؛ سواء كان مُسلماً ، أو كافراً عند عامَّة أهل العلم ، إلا أنَّه حُكِى عن النَّخَعىِّ أنه كره سُؤر الحائض . وعن جابر بن زيد : لا يُتوضَّأ منه . وقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال : « الُمؤْمِنُ ليس بِنَجِس »[1] . وعن عائشة : « أنها كانت تشرب من الإناء وهى حائض ، فيأخذه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيضع فاه على موضع فيها فيشربُ ، وتَتعرّق العرْق[2] فيأخذه

---

(١) هذه رواية للحديث بالمعنى ، وقد سبق فى أول الكتاب ، وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « سبحان الله إن المؤمن لا ينجس حياً ولا ميتاً » .

(٢) العرق : العظم الذى عليه لحم ، وتعرقه أكل ما عليه من اللحم ، والمعنى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان « يتمصص العظم بعد تمصصها له » .

فيضَعُ فاه على موضع فيها » رواه مسلم . و « كانت تَغْسِلُ رأْسَ رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى حائض » مُتفق عليه . وقال لعائشة : « نَاوِلينى الْخُمرَةَ[1] مِنَ الْمَسْجد ، قالت : إنى حائض ، قال : إن حَيْضَتَكِ لَيْسَتْ فى يَدِكِ »[2] .

(الضرب الثانى) ما أُكل لحمه : فقال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم على أن سؤر ما أُكل لحمه يجوز شربه والوضوء به . فإن كان جَلاَّلاً يأكل النجاسات . فذكر القاضى روايتين : إحداها : أنه نجس ، والثانية : طاهر . فيكون هذا من النوع الثانى من القسم الأول المختلف فيه .

(الضرب الثالث) السِّنور وما دونها فى الخلقة : كالفأرة وابن عُرس . فهذا ونحوه من حشرات الأرض سؤره طاهر ، يجوز شربه والوضوء به ، ولا يكره . وهذا قول أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين من أهل المدينة ، والشام وأهل الكوفة ، وأصحاب الرأى . إلا أبا حنيفة : فإنه كره الوضوء بسؤر الهرّ فإن فعل أجزأ . وقد رُوى عن ابن عمر أنه كرهه . وكذلك يحيى الأنصاريّ ، وابن أبى ليلى . وقال أبو هريرة : « يُغْسَلُ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْن » ، وبه قال ابن المنذر . وقال الحسن وابن سيرين : يُغسل مَرَّة . وقال طاوس : يُغسل سَبْعاً كالكَلْب . وقد رَوَى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة رضى الله عنه ، عن النبيِّ ﷺ ـ فذكر الحديث وقال : « إِذَا وَلَغَتْ فيه الهِرَّة غُسِلَ مَرَّة » .

ولنا ما رُوى عن كبشة بنت كَعْب بن مالك ـ وكانت تحت أبى قَتَادة ـ « أن أبا قتادة دخل عليها فسكبت له وضوءًا . قالت : فجاءت هِرَّة فأصْغَى[3] لها الإناء حتى شَرِبَت . قالت كبشة : فرآنى أنظرُ إليه . فقال : أتعجبين ياابنةأخى ؟ فقلت : نعم ، فقال : إن رسول الله ﷺ قال : « إنها ليست بنَجس ، إنها من الطوَّافين عليكم والطوَّافات » أخرجه أبو داود والنسائىّ والترمذىُّ . وقال : هذا حديثٌ حسن صحيح ، وهذا أحسن شىء فى الباب . وقد دَلَّ بلفظه على نفى الكراهة عن سُؤر الهرّ ، وبتعليله على نفى الكراهة عما دُونها ممَّا يُطَوِّف علينا ، ورَوى ابنُ ماجه ، عن عائشة قالت : « كُنْتُ أَتَوَضَّأ أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من إناءٍ ، قد أصابَتْ منه الهِرَّةُ قبل ذلك » .

وعن عائشة أنها قالت : « إنَّ رسول الله ﷺ قال : إنها لَيْسَتْ بنَجس ، إنها من الطَّوَّافِينَ عليكم ، وقد رأيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَتَوَضَّأ بفَضْلها » رواه أبو داود .

---

(١) الخمرة : حصيرة صغيرة من السعف وهو خوص النخل .

(٢) المعنى : أن يدك التى تناولينى بها الخمرة ليس بها حيض وإنما مكان الحيض معروف ، وما دامت اليد نظيفة فلا حظر .

(٣) أصغى لها الإناء : أماله لها .

فصـــل

إذا أكلت الهرة نجاسة ، ثم شربت من ماء يسير بعد أن غابت ، فالماء طاهر . لأن النبى ﷺ نفى عنها النجاسة . وتوضأ بفضلها ، مع علمه بأكلها النجاسات . وإن شربت قبل أن تغيب ، فقال القاضى وابنُ عقيل : يَنْجس . لأنه وردت عليه نجاسة مُتَيَقَّنة . أشبه مالو أصابه بول . وقال أبو الحسن الآمدىّ : ظاهر مذهب أصحابنا أنه طاهر ، وإن لم تَغِب . لأن النبىَّ ﷺ عَفَى عنها مُطلقاً . وعلل بعدم إمكان الاحتراز عنها . ولأننا حكمنا بطهارة سُؤرها مع الغَيْبة فى مكان لا يَحْتمل ورُودها على ماء كثير يُطَهِّر فاها ، ولو احتمل ذلك فهو شكٌّ لا يُزيل يقين النجاسة ، فوجب إحالةُ الطهارة على العفو عنها ، وهو شامل لما قبل الْغَيْبة .

فصـــل

وإن وقعت الفأرة أو الهرّ ونحوهما فى مائع أو ماء يسير ، ثم خرجت حَيَّـةً فهو طاهر ، نص عليه أحمدُ . فإنه سُئل عن الفأرة تقع فى السمن الذائب فلم تَمُت ؟ قال : لا بأس بأكله . وفى رواية قال : إذا كان حَيًّا فلا شىء ، إنما الـكلامُ فى الميِّت . وقيل : يَحتمل أن ينجُس إذا أصاب الماء مَخْرَجها . لأن مخرَج النجاسة نجس ، فينجس به الماء .

ولنا أن الأصل الطهارة ، وإصابةُ الماء لموضع النجاسة مشكوك فيه ، فإنَّ المخرج ينضَمّ إذا وقع الحيوان فى الماء ، فلا يزول اليقين بالشكِّ .

فصـــل

كل حيوان حكم جلده وشعره وعرَقه ودَمْعِه ولُعَابه ـ حكم سُؤْره فى الطهارة والنجاسة . لأن السؤر إنما يثبت فيه حكم النجاسة فى الموضع الذى ينجس ، لملاقاته لُعابَ الحيوان وجسمه . فلو كان طاهراً كان سُؤره طاهراً ، وإن كان نجساً كان سؤره نجساً .

« مسألة » قال : ﴿ وكلُّ إناء حَلَّتْ فيه نجاسة من وُلُوغ كلْب ، أو بول أو غيره ، فإنه يُغسل سبع مرَّات ، إحداهن بالتراب ﴾ .

النجاسة تنقسم قسمين :

(أحدها) نجاسة الـكلب والخنزير والمتولّد منهما . فهذا لا يختلف المذهب فى أنه يجبُ غَسلها سبعاً إحداهن بالتراب ، وهو قول الشافعى . وعن أحمد : أنه يجبُ غَسلها ثمانياً إحداهن بالتراب . رُوى ذلك عن الحسن ، لحديث عبد الله بن المُغَفَّل : أن رسول الله ﷺ قال : « إِذَا وَلَغَ الْـكَلْبُ فى الإناء فاغْسِلُوه سَبْعَ مرَّاتٍ ، وعَفِّرُوه الثامِنَةَ بالتُّرَابِ » رواه مسلم . والرواية الأولى أصح . ويحمل هذا الحديث على أنه عَدَّ التراب ثامنة ، لأنَّه وإن وُجد مع إحدى الغَسَلات فهو جنس آخر ، فيُجمع بين

الخبرين . وقال أبو حنيفة : لا يجب العدد فى شىء من النجاسات ، إنما يُغسل حتى يَغلب على الظنّ نقاؤه من النجاسة ، لأنه رُوى عن النبى ﷺ أنَّه قال فى الكلب يَلَغُ فى الإناء : « يُغْسَلُ ثلاثاً أو خَمْساً أو سَبْعاً » فلم يُعيّن عدداً لأنها نجاسة ، فلم يجب فيها العدد ، كما لو كانت على الأرض .

ولنا ماروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « إذَا وَلَغَ الكَلْبُ فى إناءِ أَحَدِكم فَلْيَغْسِلْه سَبْعاً » مُتَّفق عليه . ولمسلم وأبى داود : « أُولاهُنَّ بالتراب » وحديث عبد الله بن المغفل الذى ذكرناه يرويه عبدُ الوهاب بن الضَّحاك وهو ضعيف(١) . وقد رَوى غيره من الثقات « فَلْيَغْسِله سَبْعاً » وعلى أنه يحتمل الشك من الراوى ، فينبغى أن يُتوقّف فيه ، ويُعمل بغيره . وأما الأرض فإنه سُومح فى غسلها للمشقة بخلاف غيرها .

فصـــل

فإن جعل مكانَ التراب غيره من الأُشْنان(٢) والصابون ، والنُّخَالة ، ونحو ذلك ، أو غَسَله غَسْلَةً ثامنة ، فقال أبو بكر : فيه وجهان :

(أحدهما) لا يُجزئه : لأنه طهارة أُمِرَ فيها بالتراب . فلم يَقُمْ غيره مَقامه كالتيمّم ، ولأن الأمر به تعبُّد غيرُ معقول ، فلا يجوز القياس فيه .

(والثانى) يُجزئه : لأن هذه الأشياء أبلغ من التراب فى الإزالة ، فنصُّه على التراب تنبيه عليها . ولأنه جامد أُمِرَ به فى إزالة النجاسة ، فأُلحق به مايماثله كالحَجَر فى الاستجمار . فأما الْغَسْلة الثامنة ، فالصحيح أنها لا تقوم مَقَام التراب ، لأنه إن كان القصد به تقوية الماء فى الإزالة فلا يحصُل ذلك بالثامنة . لأن الجمع بينهما أبلغ فى الإزالة . وإن وجب تعبُّداً امتنع إبداله ، والقياس عليه . وقال بعض أصحابنا : إنما يجوز العدول إلى غير التراب عند عدمه أو إفساد المحل المغسول به ، فأما مع وجوده وعدم الضرر فلا ، وهذا قول ابن حامد .

(القسم الثانى) نجاسة غير الكلب والخنزير ، ففيها روايتان :

(إحداهما) يجب العدد فيها قياساً على نجاسة الْوُلوغ . ورُوى عن ابن عمر أنَّه قال : « أُمِرْنَا بِغَسْلِ الأَنجَاسِ سَبْعاً » فينصرفُ إلى أمر النبى صلى الله عليه وسلم .

(والثانية) لايجب العدد بل يُجزىء فيها المكاثرة بالماء من غير عدد ، بحيث تزول عين النجاسة . وهذا قول الشافعىّ ، لما رُوى عن ابن عمر قال : « كَانَتْ الصَّلاَةُ خَمْسِينَ والْغُسْلُ مِنَ الْجَنَابَةِ سَبْعَ مرّات والغَسْلُ من البول سبعَ مرّاتٍ ، فلم يزل النبى ﷺ يسألُ حتى جُعِلَتِ الصَّلاةُ خَمْساً ، والْغَسْل

---

(١) روى الحديث من طرق أخرى صحيحة ، وتأيدت هذه الرواية بغيرها .

(٢) نوع من العشب .

من البَوْل مرَّةً ، والْغُسْلُ من الجنابة مرَّةً » رواه الإمام أحمد فى مسنده ، وأبو داود فى سُنَنِه . وهذا نصٌّ ، إلا أن فى رواته أيوبَ ابنَ جابر وهو ضعيف . وقال النبيُّ ﷺ : « إِذَا أَصَابَ[1] إِحْدَاكُنَّ الدَّمُ من الحَيْضَةِ فَلْتَقْرُصْهُ ، ثم لِتَنْضَحْهُ بماء ، ثم لِتُصَلِّ فيه » رواه البخاريّ ، ولم يأمر فيه بعدد . وفى حديث آخر : « أَنَّ امرأةً رَكِبَتْ رِدْفَ النبيِّ ﷺ على نَاقَتِهِ . فلما نَزَلَتْ إذا على حَقِيبَتِه شَيْءٌ من دَمِها ، فأمرها النبيُّ صلى الله عليه وسلم أن تجْعَلَ فى الماء مِلْحاً ثم تَغْسِلَ به الدَّمَ » رواه أبو داود ولم يأمرها بعددٍ ، وأمر النبيُّ ﷺ بأنْ يُصَبَّ عَلَى بَوْلِ الأعرابىّ سَجْل[2] من ماء » مُتفق عليه . ولم يأمر بالعدد ، ولأنها نجاسةُ غير الكلب . فلم يجب فيها العدد .

ورُوِى أن العدد لا يُعتبر فى غير مَحَلِّ الاستنجاء من الْبَدَن ، ويُعتبر فى محلِّ الاستنجاء كبقية المحالِّ . قال الخلاَّل : هذه الرواية وَهَم . ولم يُثبتها .

فإذا قلنا بوجوب العدد ، ففى قَدْره روايتان : (إحداهما) سبع ، لما قدّمنا .

(والثانية) ثلاث ، لأنّ النبيّ ﷺ قال : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فَلاَ يَغْمِسْ يَدَهُ فى الإِنَاء حتى يَغْسِلَهَا ثلاثاً . فإنه لا يَدْرِى أينَ باتَتْ يَدَهُ » مُتفق عليه . إلا قوله « ثلاثاً » انفرد به مسلم ـ أمر بغَسْلها ثلاثاً لِيَرْتفع وَهْم النجاسة ، ولا يَرْفَعُ وهْمَ النجاسة إلا مايرفع حَقِيقَتها . وقد رُوِى أن النجاسة فى محلِّ الاستنجاء تطْهُر بثلاث ، وفى غيره تطهُر بسبع . لأن محل الاستنجاء تَتَكَرَّر فيه النجاسة ، فاقتضى ذلك التخفيف . وقد اجتُزِىء فيها بثلاثة أحجار ، مع أن الماء أبلغُ فى الإزالة ، فأولى أن يُجْتَزَأَ فيها بثلاث غَسَلات . قال القاضى : الظاهرُ من قول أحمد ما اختار الخِرَقِيّ ، وهو وجوب العدد فى جميع النجاسات .

فإن قلنا : لايجب العدد لم يجب التراب ، وكذلك إن قلنا : لايجب الْغَسْل سبعاً ، لأن الأصل عدمُ وجوبه ، ولم يرد الشرعُ به إلاَّ فى نجاسة الْوُلوغ .

وإن قلنا بوجوب السبع ، ففى وجوب التراب وجهان :

(أحدهما) يجب قياساً على الولوغ .

(والثانى) لايجب ، لأنَّ النبى ﷺ ـ أَمَر بالْغَسْل للدَّم وغيره ، ولم يأمر بالتراب إلاّ فى نجاسة الولوغ ، فوجب أن يُقتصر عليه ، ولأن التراب إن أمر به تعبُّداً وجب قصرُه على محلّه ، وإن أمر به لمعنًى فى الولوغ لُزوجةٍ فيه لاتنقلع إلا بالتراب فلا يوجدُ ذلك فى غيره .

---

(١) سقطت هنا كلمة (ثوب) وقد تقدم هذا الحديث وفيه كلمة ثوب فى طهارة النجاسة عموماً ، والثوب هو الذى يقرص وينضح .

(٢) السجل : الدلو

والمستحبُّ أن يُجعل التراب فى الْغَسْلة الأولى ، لموافقته لفظ الخبَر ، أو ليأتى الماء عليه بعده فينظّفه ، ومتى غسل به أجزأه ، لأنه رُوى فى حديثٍ : « إحْدَاهُنَّ بالتراب » وفى حديثٍ « أولاهن » وفى حديث : « فى الثامنة » فيدلّ على أن محل التراب من الغَسَلات غيرُ مقصود .

فصــــل

إذا أصاب المحلّ نجاساتٌ متساوية فى الحكم فهى كنجاسةٍ واحدة ، وإن كان بعضُها أغلظ ، كالْوُلوغ مع غيره ، فالحكم لأغلظها ، ويدخل فيه مادونه ، ولو غَسل الإناءَ دون السبع ، ثم ولغَ فيه مرة أخرى ، فغسله سبعاً أجزأه ، لأنه إذا أجزأ عما يُماثل فعما دونه أولى .

فصــــل

واذا غسل محلّ النجاسة فأصاب ماء بعض الغسلات محلاً آخر قبل تمام السبع ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب غسلُه سبعاً ، وهو ظاهر كلام الخِرَقى ، واختيار ابن حامد لأنها نجاسة ، فلا يراعى فيها حكم المحل الذى انفصلت عنه ، كنجاسة الأرض ، ومحلّ الاستنجاء . وظاهر قول الخرقىّ أنه يجب غَسلها بالتراب ، وإن كان المحلّ الذى انفصلت عنه قد غُسل بالتراب ، لأنهـا نجاسة أصابت غير الأرض فأشبهت الأولى .

(والثانى) يجب غسله من الأولى ستاً ، ومن الثانية خمساً ، ومن الثالثة أربعاً ، كذلك إلى آخره لأنها نجاسة تَطهُر فى محلها بدون السبـع فطهُرت فى مثله كالنجاسة على الأرض ، ولأن المُنفصـل بعضُ المتّصل ، والمتصل يطهُر بذلك ، فـكذا المنفصل . وتفارق المنفصل عن الأرض ومحلّ الاستنجاء ، لأن العلة فى خفتها المحلّ ، وقد زالت عنه ، فزال التخفيف . والعلة فى تخفيفها ههنا قصورُ حكمها بما مرّ عليهـا من الغسل ، وهذا لازم لها حسب ما كان . ثم إن كانت قد انفصلت عن محلٍّ غُسِل بالتراب غُسِلَ محلُّها بغير تراب ، وإن كانت الأولى بغـير تراب غُسِلَتْ هذه بالتراب ، وهذا اختيار القاضى ، وهو أصح إن شاء الله تعـالى .

فصــــل

ولا فرق بين النجاسة من وُلوغ الـكلب أو يده أو رجـله أو شَعْره ، أو غـير ذلك من أجزائه ، لأن حكم كلّ جزء من أجزاء الحيوان حُـكم بقيـة أجزائه على ما قررناه . وحكم الخِنْزير حكم الـكلب ، لأنّ النص وقـع فى الـكلب ، والخنزيرُ شرٌّ منه ، وأغلظ ، لأن الله تعـالى نص على تحريمـه ، وأجمع المسلمون على ذلك وحُرّم اقتناؤه .

فصـــــل

وغَسْل النجاسة يختلف باختلاف محلّها ، إن كانت جسما لا يتشرّب النجاسة كالآنية ، فغسْله بمرور الماء عليه كلّ مرّة غسلة ، سواء كان بفعل آدمى أو غير فعله ، مثل أن ينزل عليه ماء المطر ، أو يكون فى نهر جار ، فتمرّ عليه جَرْيات النهر فكلّ جرية تمر عليه غَسلة ، لأن القصد غير مُعتبر ، فأشبه مالو صبّه آدمى بغير قصد ، وإن وقع فى ماء قليل راكد نجسّه ولم يَطْهُر ، وإن كان كثيراً احتُسب بوضعه فيه . ومرور الماء على أجزائه غَسْلة ، فإن خَضْخضه فى الماء وحركه بحيث يمرّ عليه أجزاء غيرُ التى كانت ملاقيةً له ، احتُسب بذلك غَسْلةً ثانية ، كما لو مرّت عليه جَريات من الماء الجارى . وإن كان المغسول إناء فطرح فيه الماء ، لم يُحتَسَبْ به غَسْلةً حتى يُفرغه منه ، لأنه العادةُ فى غَسْله ، إلا أن يكون يَسَع قلتين فصاعداً فملأه ، فيحتملُ أن إدارة الماء فيه تجرى مَجْرى الْغَسَلات ، لأن أجزاءه تمرّ عليها جريات من الماء غير التى كانت ملاقيةً له ، فأشبه مالو مرّت عليها جريات من ماء جار . وقال ابن عقيل : لا يكون غَسْلةً إلا بتفريغه منه أيضاً ، وإن كان المغسول جسماً تدخُل فيه أجزاء النجاسة ، لم يُحتَسب برَفْعه من الماء غَسْلَةً إلا بعد عَصْره ، وعَصْرُ كل شيء بحَسَبه ، فإن كان بساطاً ثقيلاً أو زولياً ، فعَصْرُه بتقليبه ودَقّه .

فصـــــل

ما أُزيلت به النجاسة إن انفصل متغيّراً بالنجاسة ، أو قَبْلَ طهارة المحل فهو نجس ، لأنه تغيّر بالنجاسة ، أو ماء قليل لاقى محلاًّ نجساً لم يُطهّره فكان نجساً ، كما لو وردت عليه . وإن انفصل غير متغيّر من الْغَسلة التى طَهُر بها المحل . فإن كان المحلّ أرضاً فهو طاهر ، روايةً واحدةً ، لأن النبى ﷺ « أَمَرَ أن يُصَبَّ على بَوْلِ الأعرابىّ ذَنُوبٌ من مَاء » ليُطَهِّرَ الأرض التى بال عليها ، فلو كان المنفصل نجساً لنجُس به ما انتشر إليه من الأرض ، فتكثُر النجاسة ، وإن كان غيرَ الأرض ففيه وجهان :

قال أبو الخطاب : أصحهما أنه طاهر ، وهو مذهب الشافعى لأنّه انفصل عن محل محكوم بطهارته ، فكان طاهراً كالغسلة الثامنة ، وأن المنفصل بعضُ المتصل ، والمتصل طاهر ، وكذلك المنفصل — والثانى : أنه نجسٌ وهو قول أبى حنيفة . واختاره أبو عبد الله بن حامد ، لأنه ماء قليل لاقى محلاًّ نجساً ، أشبه مالو لم يُطهرها . قال أبو الخطاب : إنما يُحكم بطهارة المنفصل من الأرض إذا كانت قد نَشِفَت أعيانُ البول ، فإن كانت أعيانُها قائمةً ، فجرى الماء عليها طَهَّرها . وفى المنفصل روايتان كالمنفصل عن غير الأرض . قال : وكونه نجساً أصحّ فى كلامه ، والأولى الحكم بطهارته ، لأن النبى ﷺ أمر بغسل بَوْلِ الأعرابى عَقِيبَ بَوْله ، ولم يَشْترط نِشافه .

فصـــل

إذا غسل بعض الثوب النجس جاز ، ويطهر المغسول دون غيره ، فإن كان بغمس بعضه فى ماء يسير راكد يَعْرُكه فيه ، نجس الماء ولم يطهُر منه شيء ، لأنه بغَمْسه فى الماء صار نجساً ، فلم يُطهِّر منه شيئاً . وإن كان يُصَبّ على بعضه فى جَفْنة طَهر ماطَهَّره ، وكان المنفصل نجساً . لأنه لابد من أن يلاقِيَ الماءَ المنفصل جُزءًا غير المغسول فينجُس به .

فصـــل

إذا أصاب ثوبَ المرأة دم حيضها استُحب أن تَحُتَّه بظفرها ، لتُذْهِب خشونته ، ثم تَقرُصه ليَلِينَ للغسل ، ثم تَغْسله بالماء لقول النبي ﷺ لأسماء فى دم الحيض : « حُتِّيه ثم اقرُصِيه ، ثم اغسِليه بالماء » متفق عليه . فإن اقتصرت على إزالته بالماء جاز ، فإن لم يزُل لونُه وكانت إزالته تشق أو يُتْلِفُ الثوب ويَضُرّه عُفِي عنه لقول النبي ﷺ : « ولا يَضُرك أثره » . وإن استَعملت فى إزالته شيئاً يزيله ، كالملح وغيره فحَسَن . لما روى أبو داود بإسناده عن امرأة من غِفار « أن النبيّ ﷺ رَدَفَها على حَقيبته فحاضَتْ ، قالت : فنزلتُ فإذا بها دَمٌ مِنِّى ، فقال : مالَكِ ؟ لعلّكِ نُفِسْتِ ؟ قلت : نعم ؟ قال : فأصلحى من نفسك ، ثم خُذى إناءً من ماء فاطرحى فيه مِلْحاً ، ثم اغسلى ما أصاب الحَقيبة من الدَّم » . قال الخطابىّ : فيه من الفقه : جواز استعمال المِلْح ، وهو مَطْعُوم ، فى غسل الثوب ، وتَنقيته من الدّم . فعلى هذا يجوز غَسْل الثياب بالعَسَل إذا كان يُفسدها الصابون ، وبالخلّ إذا أصابها الحِبْر ، والتدلُّك بالنُّخالة ، وغَسْلُ الأيدى بها ، والبطيخ ، ودقيق الباقلّى ، وغيرها من الأشياء التى لها قوّة الجَلاء ، والله أعلم .

فصـــل

فإذا كان فى الإناء خمر أو شبهه من النجاسات التى يتشرّب بها الإناء ، ثم متى جُعل فيه مائع سواء ، ظهر فيه طعمُ النجاسة أو لونُها لم يَطْهُر بالْغَسل ، لا يستأصل أجزاء النجاسة من جسم الإناء فلم يُطهِّره ، كالسمسم إذا ابتلّ بالنجاسة . قال الشيخ أبو الفرج المَقْدسىّ فى المبهج : آنيةُ الخمر منها المُزفّت . فتطهُر بالْغَسْل . لأن الزفت يمنع وصول النجاسة إلى جسم الإناء . ومنها ماليس بِمُزفّت فيتشرب أجزاء النجاسة فلا يَطْهُر بالتطهير ، فإنه متى ترك فيه مائعٌ ظهر فيه طعمُ الخمر ولونه .

« مسألة » قال ﴿ وإذا كان معه فى السفر إناآن نجس وطاهر ، واشتبها عليه أراقهما ويتيمّم ﴾ .

إنما خصّ حالة السفر بهذه المسألة لأنها الحالة التى يجوز التيمُّم فيها ، ويُعدم فيها الماء غالباً ، وأراد إذا لم يجد ماءً غير الإناءين المُشتبهين ، فإنه متى وجد ماءً طَهوراً غيرهما توضأ به ، ولم يجز التحرّى ولا التيمُّم بغير خلاف . ولا تخلو الآنية المشتبهة من حالين :

(أحدهما) أن لايزيد عدد الطاهر على النجس ، فلا خلاف فى المذهب أنه لايجوز التحرّى فيهما .

(والثانى) أن يَكثُر عدد الطاهرات ، فذهب أبو علىّ النجّاد من أصحابنا إلى جواز التحرى فيهما . وهو مذهب أبى حنيفة ؛ لأنَّ الظاهر إصابةُ الطاهر . ولأن جهة الإباحة قد ترجّحت ، فجاز التحرّى . كما لو اشتبهت عليه أُخْتُهُ فى نساء مصرٍ . وظاهر كلام أحمد : أنه لا يجوز التحرّى فيهما بحال ، وهو قول أكثر أصحابه ، وهو قول المُزنىّ وأبى ثَوْر . وقال الشافعىّ : يتحرّى ويتوضّأ بالأغلب عنده فى الحالين لأنّه شَرْطٌ للصلاة ، فجاز التحرّى من أجله ، كما لو اشتبهت القبلة . ولأن الطهارة تؤدَّى باليقين تارة ، وبالظنّ أخرى ، ولهذا جاز التوضُّؤ بالماء القليل المُتغيِّر الذى لا يُعْلم سبب تغيُّره . وقال ابن الماجشون : يَتَوضّأ من كل واحد منهما وُضُوءاً ويُصَلِّى به . وبه قال محمد بن مَسْلمة . إلا أنه قال : يَغْسل ما أصابه من الأوّل ، لأنّه أمكنه أداء فَرْضَه بيقين ، فلزمه . كما لو اشتبه طاهر بِطَهُورٍ ، وكما لو نَسِىَ صلاةً من يوم لا يَعْلَمُ عَيْنها ، أو اشتبهت عليه الثياب .

ولنا أنه اشتبه المباح بالمحظور فيما لا تُبيحه الضرورة ، فلم يجز التحرّى . كما لو استوى العدد عند أبى حنيفة ، وكما لو كان أحدهما بَوْلاً عند الشافعىّ ، فإنه قد سَلَّمه . واعتذر أصحابه بأنه لا أصل له فى الطهارة .

قلنا : وهذا الماء قد زال عنه أصل الطهارة وصار نجساً . فلم يبق للأصل الزائل أثر . على أن البول قد كان ماءً فله أصل فى الطهارة كهذا الماء النجس .

وقولهم : إذا كثر الطاهر ترجحت الإباحة ـ يبطل بما إذا اشتبهت أُخته فى مائة أو مَيْتَة بمذَكَّيَات ، فإنه لايجوز التحرّى وإن كثر المباح . وأما إذا اشتبهت فى نساء مصر ، فإنه يَشُقّ اجتنابهنّ جميعاً . ولذلك يجوز له النكاح من غير تَحَرٍّ . وأما الْقِبْلَةُ فيباح تركها للضرورة كحالة الخوف . ويجوز أيضاً فى السفر فى صلاة النافلة ، ولأن قبلته ما يَتَوَجَّهُ إليه بظنّه . ولو بان له يقين الخطأ لم يلزمه الإعادة بخلاف مسئلتنا . وأما المتغيِّر من غير سبب يَعْلَمُهُ ، فيجوز الوضوء به استناداً إلى أصل الطهارة ، وإن غلب على ظنه نجاسته . ولا يحتاج إلى تحرٍّ . وفى مسئلتنا عارض يقينُ الطهارة يقينَ النجاسة ، فلم يبق له حكم . ولهذا لايجوز له استعماله من غير تحرّ . ثم يبطلُ قياسهم بما إذا كان أحدهما بَوْلاً ، والآخرُ ماءٌ .

ويدلّ على صحة ما قلنا : أنه لو توضّأ من أحد الإناءين ، وصلَّى ثم غلب على ظنّه فى الصلاة الثانية أن الآخر هو الطاهر ، فتوضأ به وصلَّى من غير غَسْل أثر الأول . فقد علمنا أنه صلَّى بالنجاسة يقيناً . وإن غسل أثر الأول ففيه حرَج ونقضٌ لاجتهاده باجتهاده ، ونعلم أن إحدى الصلاتين باطلةٌ لا بعينها ، فيلزمه إعادتهما . فإن توضّأ من الأوّل ، فقد توضأ بما يعتقده نجساً . وما قاله ابن الماجشون فباطل ، فإنه يُفضى إلى تنجيس نفسه يقيناً ، وبُطلان صلاته إجماعاً . وما قاله ابن مَسْلمة ففيه حرَج ، ويبطل بالقبلة . فإنه لا يلزمه أن يُصَلى إلى أربع جهات .

فصـــــل

وهل يجوز له التيمُّم قبل إراقتهما ؟ على روايتين :

(إحداها) لا يجوز لأنّ معه ماء طاهراً بيقين ، فلم يجز له التيمُّم مع وجوده . فإن خلطهما أو أراقهما جاز له التيمم ، لأنه لم يبق معه ماء طاهر .

(والثانية) يجوز التيمم قبل ذلك ، اختاره أبو بكر ، وهو الصحيح ، لأنه غير قادر على استعمال الطاهر ، أشبهَ مالو كان فى بئر لا يمكنه استقاؤه ، وإن احتاج إليهما للشرب لم تجب إراقتهما بغير خلاف ، فإنه يجوز له التيمم لو كانا طاهرين ، فمع الاشتباه أولى . وإذا أراد الشرب تحرّى وشرب من الطاهر عنده ، لأنها ضرورة تُبيح الشرب من النجس ، إذا لم يجد غيره ، فَمِنَ الذى يظنُّ طهارته أولى ، وإن لم يغلب على ظنه طهارة أحدهما شرب من أحدهما ، وصار هذا كما لو اشتبهت مَيْتَةٌ بمُذَكّاةٍ فى حال الاضطرار ، ولم يجد غيرَها ، فإنه إذا جاز استعمال النجس فاستعمال مايُظَنّ طهارته أولى ، وإذا شرب من أحدهما أو أكل من المشتبهات ثم وجد ماء طهوراً ، فهل يلزمه غَسْلُ فيه ؟ يحتمل وجهين :

(أحدهما) لايلزمه لأن الأصل طهارةُ فيه ، فلا يزول عن ذلك بالشك

(والثانى) يلزمه لأنه محلّ منع استعماله من أجل النجاسة ، فلزمه غَسْل أثره كالمتيقّن .

فصـــــل

وإذا علم عين النجس استُحِبّ إراقتُه ليُزيل الشك عن نفسه ، وإن احتاج إلى الشرب شرب من الطاهر ، ويتيمم إذا لم يجد غير النجس ، وإن خاف العطش فى ثانى الحـال ، فقـال القاضى : يتوضّأ بالماء الطاهر ويَحْبِسُ النجس ، لأنه غيرُمحتاج إلى شربه فى الحال ، فلم يجز التيمم مع وجوده . والصحيح إن شاء الله : أنه يَحْبِسُ الطاهر ويتيمّمُ ، لأن وجود النجس كعدمه عند الحاجة إلى الشرب فى الحال ، وكذلك فى المآل ، وخوف العطش فى إباحة التيمم كحقيقته .

فصـــــل

وإذا اشتبه ماء طهور بمـاء قد بطلت طَهُوريته توضأ من كل واحد منهما وُضوءاً كاملاً ، وصلَّى بالوضوءين صلاةً واحدةً ، لا أعلم فيه خلافاً . لأنه أمكنه أداء فرضه بيقين من غير حرج فيه ، فلزمه ، كما لو كانا طاهرين ولم يكفه أحدهما . وفارق ما إذا كان نجساً ، لأنه ينجس أعضاءه يقيناً ، ولا يأمن أن يكون النجس هو الثانى ، فيبقى نجساً ، ولا تصحّ صلاته . فإن احتاج إلى أحد الإناءين فى الشرب تحرّى فتوضأ بالطَّهور عنده ، ويتيمم معه ليحْصُل له اليقين ، والله أعلم .

فصـــل

وإن اشتبهت عليه ثيابٌ طـاهرة بنجسة لم يجز التحرِّى ، وصلّى فى كل ثوب بعدد النجس ، وزاد صلاةً ، وهذا قول ابن الماجشون . وقال أبو ثور والمزنىّ : لا يُصَلِّى فى شىء منها ، كالأوانى . وقال أبو حنيفة والشافعىّ : يَتَحَرَّى فيها ، كقولهم فى الأوانى والْقِبلة .

ولنا أنه أمكنه أداء فرضه بيقين من غير حَرَج فلزمه ، كما لو اشتبه الطَّهور بالطـاهر ، وكما لو نسى صلاةً من يوم لا يَعلم عَيْنها .

والفرق بين هذا وبين الأوانى النجسة من وجهين :

(أحدها) أنَّ استعمال النجس يتنجّس به ، ويمنع صحة صلاته فى الحال والمآل ، وهذا بخلافه .

(الثـانى) أن الثوب النجس تباح له الصلاة فيه إذا لم يجد غيره ، والمـاء النجس بخلافه .

والفرق بينه وبين القبلة من وجوه :

(أحدها) أن القبلة يكثر الاشتباه فيها فيشقُّ اعتبار اليقين ، فسقط دفعاً المشقة ، وهذا بخلافه .

(الثـانى) أن الاشتباه ههنا حصـل بتفريطه ، لأنه كان يمـكنه تعليم النجس أو غسله ، ولا يمـكنه ذلك فى القبلة .

(الثالث) أن القبلة عليها أدلة من النجوم والشمس والقمر وغيرها ، فيصح الاجتهاد فى طلبها ، ويَقْوى دليلُ الإصابة لها ، بحيث لا يبقى احتمال الخطأ إلا وهماً ضعيفاً ، بخلاف الثياب .

فصـــل

فإن لم يعلم عدد النجس صلَّى فيما يتيقَّن به أنه صلّى فى ثوب طاهر . فإن كثر ذلك وشقَّ . فقال ابن عقيل : يتحرَّى فى أصحّ الوجهين دفعاً للمشقة . والثـانى : لا يتحرَّى ، لأن هذا ينذُر جدًّا ، فلا يُفْرَدُ بحكم ، ويُسْحَبُ عليه دليل الغالب .

فصـــل

وإن ورد ماء فأخـبره بنجاسته صبىٌّ أو كافر أو فاسق ، لم يلزمه قبول خـبَره ، لأنه ليس من أهل الشهادة ، ولا الرواية فلا يلزمه قبول خبره ، كالطفل والمجنون . وإن كان المُخبر بالغاً عاقلاً مسلماً غير معلومَ فِسْقُه ، وعَيَّن سبب النجاسة ، لزم قبول خبره ؛ سواء كان رجلاً أو امرأةً ، حُرًّا أو عبداً ، معلوم العدالة أو مستور الحال ، لأنه خبر دينىّ ، فأشبه الخبر بدخول وقت الصلاة ، وإن لم يُعيِّن سَبَبها . فقال القاضى : لا يلزم قبول خبره ، لاحتمال اعتقاده نجاسة الماء بسبب لا يعتقده المُخبَر ، كالحنفىّ يرى نجاسةَ الماء الـكثير ، والشافعىّ يرى نجاسة المـاء اليسير : بمـا لا نفس له سائلة ، والمُوَسْوِس الذى يعتقد نجاسته بما لا ينَجِّسُه ، ويحتمل أن يلزم قبول خبره إذا انتفت هذه الاحتمالات فى حقه .

فصــــل

فإن أخبره أن كلباً وَلَغَ في هـذا الإناء لزم قبول خبره ، سواء كان بَصيراً أو ضَريراً ، لأن للضرير طريقاً الى العلم بذلك بالخبر والحِسّ ، وإن أخبره أن كلباً وَلَغ في هذا الإناء ولم يَلَغْ في هذا . وقال آخر : لم يلَغْ في الأول وإنما وَلَغ في الثاني ، وجب اجتنابهما ، فيقبلُ قول كل واحد منهما في الإثبات دون النفي ، لأنه يجوز أن يَعلم كل واحد منهما ماخفي على الآخر ، إلا أن يُعيِّنَا وقتاً مُعيناً وكلباً واحداً يضيق الوقت عن شربه منهما ، فيتعارض قولاهما ، ويسقُطان ، ويباح استعمال كل واحد منهما . فإن قال أحدهما : شرب من هذا الإناء . وقال الآخر : نزل ولم يشرب ، قَدَّم قول المثبت ، إلا أن يكون لم يتحقق شُربَه مثلُ الضرير الذي يُخبر عن حِسِّه ، فيقدّم قولَ البصير لأنه أعلم .

فصــــل

اذا سقط على إنسان من طريقٍ ماء لم يلزمه السؤال عنه ، لأن الأصل طهارته . قال صالح : سألت أبي عن الرجل يمرّ بالموضع فيقطُر عليه قطرةٌ أو قطرتان ؟ فقال : إن كانَ مَخْرجاً ــ يعني خلاءً ــ فاغسله ، وإن لم يكن مخرجاً فلا يُسأل عنه ، فإنّ عمر رضي الله عنه مرّ هو وعمرو بنُ العاص على حوض ، فقال عمرو : « ياصاحِبَ الحَوْض ، أَتَرِدُ على حَوْضِكَ السِّباع ؟ فقال عمر : ياصاحبَ الحوض لاتُخْبِرْنَا ، فإنَّا نَرِدُ عَلَيْهَا وتَرِدُّ عَلَيْنَا » رواه مالك في الموطّأ ، فإن سأل ، فقال ابن عقيل : لايلزم المسئولَ رَدُّ الجواب لخبر عمر ، ويحتمل أن يلزمه ، لأنه سأل عن شرط الصلاة ، فلزمه الجواب إذا علم ، كما لو سأل عن القبلة ، وخبر عمر رضي الله عنه يدلّ على أن سُؤر السباع غيرُ نجس ، والله أعلم .

باب الآنية

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وكلّ جلد ميتة دُبغ أو لم يُدبغ فهو نجس ﴾ لا يختلف المذهب في نجاسة المَيْتة قبل الدبغ ، ولا نعلم أحداً خالف فيه ، وأما بعد الدبغ فالمشهور في المذهب أنه نَجِسٌ أيضاً ، وهو إحدى الروايتين عن مالك . ويروى ذلك عن عمر وابنه عبد الله بن عمر ، رضى الله عنهما ، وعمرانَ ابن حُصين ، وعائشةَ رضيَ الله عنهم . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يَطْهُر منها جلدُ ما كان طاهراً في حال الحياة . ورُوى نحو هذا عن عطاء ، والحسن ، والشعبيّ ، والنَّخَعيّ ، وقتادةَ ، ويحيى الأنصاريّ ، وسعيدِ بن جُبَيْر ، والأوزاعيّ ، والليث ، والثوريّ ، وابن المبارك ، وإسحاق . ورُوى ذلك عن عمر ، وابن عباس ، وابن مسعود ، وعائشةَ رضى الله عنهم ، مع اختلافهم فيما هو طاهر في الحياة ، وهو مذهب الشافعيّ ، وهو يرى طهارة الحيوانات كلها إلا الكلبَ والخنزيرَ ، فيطهُر عنده كلُّ جلد إلا جلدَهما . وله في جلد الآميّ وجهان .

وقال أبو حنيفة : يطهُر كلُّ جلد بالدَّبْغ إلا جلدَ الخِنزير . وحُكى عن أبي يوسف : أنه يَطْهُر كلّ جلد ، وهو رواية عن مالك ، ومذهب من حكم بطهارة الحيوانات كلّها ، لأن النبي ﷺ قال : « إذا دُبغ الإهابُ فقد طَهُر » متفق عليه ، ولأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم « وَجَدَ شاةً مَيّتةً أُعْطِيَتْها مَولاةٌ لميمونةَ من الصَّدَقة . فقال رسول الله ﷺ : « هَلاّ انتفعتم بجلدها ؟ قالوا : إنها ميّتة . قال : إنّما حرُم أكلها » . وفي لفظ : « ألاَ أخَذُوا إهابَها فَدَبغُوه فانتفعوا به ؟ » متفق عليه . ولأنه إنما نَجُس باتصال الدماء والرطوبات به بالموت ، والدبغ يُزيل ذلك ، فيرتدّ الجلد إلى ما كان عليه في حال الحياة .

ولنا ما رَوى عبد الله بن عُكيم : « أن النبيَّ ﷺ كتب إلى جُهَيْنَةَ : إني كنتُ رَخَّصْتُ لكم في جُلود المَيْتَة ، فإذا جاءكم كتابي هذا فلا تَنْتَفِعُوا من المَيْتةِ بإهابٍ ، ولا عَصَب » رواه أبو داود في سُننه ، والإمامُ أحمدُ في مسنده . وقال الإمام أحمد : إسنادٌ جَيّد يرويه يحيى بنُ سعيد ، عن شُعبةَ عن الحكم ، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، عن عبد الله بن عُكيم . وفي لفظ : « أتانا كِتابُ رسول الله ﷺ قبل وَفاته بِشَهْرٍ أو شَهْرَيْنِ » وهو ناسخ لما قبله ، لأنه في آخر عمر النبي صلى الله عليه وسلم ولفظهُ دالّ على سبق الترخيص ، وأنه متأخّر عنه لقوله : « كُنْتُ رَخَّصْتُ لكم » وإنما يُؤخذ بالآخِر ، فالآخِر من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإن قيل : هذا مُرْسَل ، لأنّه من كتاب لا يُعرف حامِلُه . قلنا : كتاب النبي صلى الله عليه وسلم كلَفْظه . ولولا ذلك لم يكتُب النبي ﷺ إلى أحَد . وقد كتب إلى ملوك الأطراف ، وإلى غيرهم ، فلزمتهم الحجّة به ، وحصل له البلاغ ، ولو لم يكن حُجَّةً لم تلزمهم الإجابة ، ولا حَصَل به بلاغ ، ولكان لهم عذرٌ في ترك الإجابة لجهلهم بحامل الكتاب وعَدالته .

ورَوى أبو بكر الشافعيّ بإسناده ، عن أبي الزبَيْر ، عن جابر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« لا تَنْتَفِعُوا من المَيْتةِ بَشْيء » وإسناده حسن . ولأنه جزء من المَيْتة ، فكان مُحرَّماً لقوله تعالى (٥ : ٣ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ) فلم يطهر بالدبغ كاللحم ، ولأنه حَرُم بالموت ، فكان نجساً كما كان قبل الدبغ .

وقولهم : إنه إنما نجس باتصال الدماء والرطوبات به : غيرُ صحيح ، لأنه لو كان نجساً لذلك لم ينجُس ظاهرُ الجلد ، ولا ماذكّاه المجوسيّ والوثنيّ ، ولا ماقُدَّ نِصْفَيْن ، ولامتروك التسمية لعدم عِلّة التنجيس ، ولوجب الحكم بنجاسة الصيد الذى لم تَنْسَفِح دماؤه ورطوباته ، ثم كيف يصحّ هذا عند الشافعىّ ، وهو يحكم بنجاسة الشعر والصوف والعظم ؟ وأبو حنيفة يُطَهّر جلد الكلب ، وهو نجس فى الحياة .

فصل

هل يجوز الانتفاع به فى اليابسات ؟ فيه روايتان :

(إحداهما) لايجوز لقوله : « لاتَنْتَفِعُوا من المَيْتةِ بشىء » وقوله : « لاتَنْتَفِعُوا من المَيْتةِ بإهابٍ ولا عَصَب » .

(والثانية) يجوز الانتفاع به ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ألاَ أَخَذُوا إهابها فانْتَفَعُوا به ؟ » وفى لفظ : « ألا أَخَذُوا إهابَها فدَبَغُوه فانْتَفَعُوا به ؟ » ولأن الصحابة رضى الله عنهم لما فَتَحُوا فارس انتفعوا بِسُروجهم وأسلحتهم ، وذبائحهم مَيْتَة ، ولأنه انتفاع من غير ضرر ، أشبه الاصطياد بالكلب ، وركوبَ البَغْل والحمار .

فصل

فأما جلود السباع ، فقال القاضى : لا يجوز الانتفاع بها قبل الدبغ ولا بَعْدَه ، وبذلك قال الأوزاعىّ ، ويزيد بنُ هارون ، وابنُ المبارك ، وإسحق ، وأبو ثَوْر . ورُوى عن عمر وعلىّ رضى الله عنهما كراهةُ الصلاة فى جلود الثعالب ، وكَرِهَهُ سعيد بن جُبَيْر ، والحكمُ ، ومكحول ، و إسحاق . وكُرِه الانتفاعَ بجُلود السنانير عطاء ، وطاوس ، ومُجاهد ، وعَبيدة السَّلْمانىّ . ورخّص فى جلود السباع جابر . ورُوى عن ابن سيرين ، وعُروة أنهم رَخّصُوا فى الركوب على جلود النُّمور ، ورخَّص فيها الزهرىّ . وأباح الحسنُ ، والشعبى ، وأصحاب الرأى الصلاةَ فى جلود الثعالب ، لأن الثعالب تَفْدِى فى الإحرام ، فكانت مُباحةً ، ولما ثبت من الدليل على طهارة جلود المَيْتة بالدباغ .

ولنا ماروى أبو رَيْحانة قال : « كان رسول الله ﷺ نَهَى عن رُكوب النمورُ » أخرجه أبو داود وابنُ ماجه . وعن مُعاوية ، والمقدام بن مَعْد يكرب ، أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن افتراش جُلود السبّاع » رواه الترمذىّ . ورواه أبو داود ، ولفظه : « أن النبىّ ﷺ نَهَى عن جلود السباع » مع ماسبق من نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الانتفاع بشىء من المَيْتة .

وأما الثعالب فيُبنى حكمها على حلها ، وفيها روايتان ، كذلك يُخَرَّجُ فى جـلودها : فإن قلنا بتحريمها فحكم جلودها حكم بقيَّة السباع ، وكذلك السنانير البريّة ، فأما الأهليَّة فمحرمة ، وهل تطهُر جلودها بالدباغ ؟ يُخَرّج على روايتين .

فصــــــل

إذا قلنا بطهارة الجلود بالدباغ لم يَطهُر منها جلدُ مالم يكن طاهراً فى الحياة ، نص أحمدُ على أنه يَطْهُر . وقال بعض أصحابنا : لايطهر إلا ما كان مأكول اللحم ، وهو مذهب الأوزاعىّ ، وأبى ثور ، وإسحاق ، لأنّه رُوى عن النبى ﷺ أنه قال : « دِباغُ الأديم ذَكاتُه » فشبّه الدبغ بالذكاة ، والذكاةُ إنّما تَعْمَل فى مأكول اللحم ، ولأنه أحدُ المُطَهِّرَيْن للجلد ، فلمْ يؤثِّر فى غير مأكول كالذبح . وظاهرُ كلام أحمد أن كلّ طاهر فى الحياة يطهُر بالدبغ ، لعموم لفظه فى ذلك ، ولأن قوله عليه السلام : « أيُّما إهابٍ دُبِغَ فقد طَهُر » يتناول المـأكول وغيرَه ، خرج منه ما كان نجساً فى الحياة لـكون الدبغ إنمـا يؤثّر فى دفع نجاسة حادثةٍ بالموت ، فيبقى فيما عـداه على قضية العموم . وحديثهم يحتمـل أنه أراد بالذكاة التطييب ، من قولهم : رائحةٌ ذَكِيّة ، أى طيّبة . وهذا يُطَيِّب الجميع . ويدلّ على هذا : أنه أضاف الذكاة إلى الجلد خاصّةً ، والذى يختصّ به الجلد هو تطييبه وطهارَتُه . أما الذكاة التى هى الذبح فلا تضاف إلا إلى الحيوان كلّه . ويحتمـل أنه أراد بالذكاة الطهـارة ، فسمَّى الطهارة ذكاةً ، فيـكون اللفظ عامّـاً فى كلّ جلد ، فيتناول ما اختلفنا فيه .

فصــــــل

ولا يَحِلُّ أكلُه بعد الدبـغ فى قول أكثر أهل العـلم . وحُـكى عن ابن حامد : أنه يَحِلّ ، وهو وجه لأصحـاب الشافعىّ ، لقــوله : « دِباغُ الأديم ذَكاتُه » ، ولأنه معـنًى يفيد الطهارة فى الجـلد ، فأباح الأكل كالذبح .

ولنا قوله تعـالى : (٥ : ٣ حُرِّمَتْ عَلَيْـكُمُ الْمَيْتَةُ) والجلد منها . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إنما حَرُمَ من المَيْتَةِ أكْلُهَا » مُتفق عليه ، ولأنه جُزء من الميتة ، فحرم أكله كسائرأجزائها ، ولا يلزم من الطهارة إباحة الأكل ، بدليل الخبائث مما لاينجُس بالموت ، ثم لايُسمع قياسُهم فى ترك كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

فصــــــل

ويجوز بيعه وإجارته والانتفاع به ، فى كلّ ما يمـكن الانتفاع به فيـه ، سوى الأكل ، لأنه صار بمنزلة المُذَكَّى فى غـير الأكل . وَلا يجوز بيعه قبل دَبْغه لأنَّه نجس ، متفق على نجاسـة عينه . فأشبه الخِنْزِير .

فصـــــل

ويفتقر مايُدبغ به إلى أن يكون مُنَشِّفاً للرطوبة مُنَقِّياً للخَبَث ، كالشبّ والقَرَظ . قال ابن عقيل : ويشترط كونه طاهراً . فإن كان نجساً لم يَطْهُر الجلد ، لأنها طهارة من نجاسة ، فلم تحصل بنَجِس ، كالاستجمار والغَسْل . وهل يطهر الجلد بمجرد الدبغ قبل غسله بالماء ؟ فيه وجهان :

(أحدها) لاتحصل ، لقول النبي صلى الله عليه سلم فى جلد الشاة الميتة : « ويطَهِّرها الماء والقَرَظ » رواه أبو داود ؛ ولأن مايُدبغ به تنجّس بملاقاة الجلد ، فإذا اندبغ الجلدُ بقيتْ الآلة نجِسَة ، فتبقى نجاسةُ الجلد لملاقاتها له ، فلا يزول إلا بالغَسل .

(والثانى) يَطْهُر لقوله عليه السلام : « أيمَّا إهَابٍ دُبِغَ فقد طَهُر » ولأنه طَهر بانقلابه ، فلم يفتقر إلى استعمال الماء كالخمرة إذا انقلبت خلاًّ ، والأول أولى . والخبر والمعنى يدلاّن على طهارة عينه ، ولا يمنع ذلك من وجوب غَسْله من نجاسة تلاقيه ، كما لو أصابته نجاسة سِوَى آلة الدبغ ، أو أصابته آلة الدبغ بعد فصله عنها .

فصـــــل

ولا يفتقر الدبغ إلى فعل ، لأنها إزالة نجاسة ، فأشبهت غَسْل الأرض ، فلو وقع جلد مَيتة فى مدبغة بغير فعل طَهُر ؛ كما لو نزل ماء السماء على أرض نجسة طهّرها .

فصـــــل

وإذا ذُبح مالا يؤكل لحمُه كان جلده نجساً ، وهذا قول الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ومالك : يطهُر ، لقول النبى ﷺ : « دِبَاغُ الأدِيم ذَكَاتُه » ، أى كَذكَاته ، فشبّه الدبغ بالذكاة ، والمشبَّه به أقوى من المُشبَّه ، فإذا طهَّرَ الدبغُ مع ضعفه فالذكاة أولى ، ولأن الدبغ يرفع العلّة بعد وجودها ، والذكاةُ تمنعها ، والمنع أقوى من الرفع .

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن افتراش جلود السباع ، وركوب النّمور ، وهو عام فى المذكى وغيره ، ولأنه ذبح لا يُطهِّر اللحم ، فلم يُطهِّر الجلد ، كذبح المجوسىّ ، أو ذبحٍ غير مشروع ، فأشبه الأصل ، والخبر قد أجبنا عنه فيما مضى ، ثم نقول : إن الدبغ إنما يؤثر فى مأكول اللحم فكذلك ماشُبّه به ، ولو سلّمنا أنه يؤثّر فى تطهير غيره ، فلا يلزم حصول التطهير بالذكاة ، لكون الدبغ مزيلا للخبث والرطوبات كلّها مُطيِّباً للجلد على وجه يتهيأ به للبقاء على وجه لايتغير ، والذكاة لايحصلُ بها ذلك ، فلا يُستغنى بها عن الدبغ .

وقولهم : المشبَّه أضعف من المشبه به غير لازم ، فإن الله تعالى قال فى صفة الحور (٣٧ : ٤٩

كَأَنَّهُنَّ بَيْضٌ مَكْنُون) وهُنّ أحسنُ من البَيْض ، والمرأةُ الحسناء تشبه بالظبية وبقرة الوحش ، وهى أحسن منهما[١] وقولهم : إن الدبغ يرفع العلة ــ ممنوع[٢] . فإننا قد بينا أن الجلد لم ينجُس لما ذكرناه ، وإن سلّمنا فإن الذبح لايمنع منها . ثم يبطل ما ذكروه بذبح المجوسىّ والوثنىّ والمُحرم ، وبترك التسمية وما شُقّ نِصْفين .

فصــــل

ظاهر المذهب : أنه لايطهر شىء من النجاسات بالاستحالة إلا الخمرة إذا انقلبت بنفسها خَــلاًّ ، وما عداها لايطهُر ، كالنجاسات إذا احترقت فصارت رماداً . والخنزير إذا وقع فى المَلاَّحة وصار مِلْحاً ، والدخان المُترَقى من وقود النجاسة ، والبخار المتصاعدِ من الماء النجس إذا اجتمعت منه نداوةٌ على جسم صَقيل ثم قُطِّر فهو نجس . ويتخرّج أن تَطْهُر النجاسات كلُّها بالاستحالة قياساً على الخمرة إذا انقلبت ، وجلود المَيتة إذا دُبغت ، والجلاَّلة إذا حُبِسَت . والأوّل ظاهر المذهب . وقد نهى إمامُنا رحمه الله عن الخُبز فى تنُّور شُوِىَ فيه خنزير .

« مسألة » قال ﴿ كذلك آنية عظام الميتة ﴾

يعنى أنها نجسة . وجملة ذلك : أن عظام الميتة نجسة سواء كانت مَيْتَة مايؤكل لحمه ، أو مالا يؤكل لحمه كالفيلَة ، ولاتطهُر بحال . وهذا مذهب مالك والشافعى وإسحاق ، وكره عطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، رضى الله عنهم : عظام الفيَلة . وَرخّص فى الانتفاع بها محمد بن سيرين وغيره ، وابن جُرَيج ؛ لما رَوى أبو داود بإسناده عن ثوبان « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشْتَرى لفاطمةَ رضىَ اللهُ عنها قِلاَدَةً من عَصَب وسوارَيْن من عاج » .

ولنا قول الله تعالى : (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ المَيْتَةُ) والعظم من جملتها فيكون مُحَرَّماً[٣] ، والفيل لايؤكل

---

(١) قول ابن قدامة : إن وجه الشبه فى البيض المكنون أضعف منه فى الحور ، وفى البيضة وبقرة الوحش أضعف من المرأة الجميلة غير مسلم لأن اكتنان البيض محس منظور ومعروف فى الدنيا للناس واكتنان الحور غير محس ، وإنما هو سيحس بعد ذلك فى الجنة ، فوجه الشبه فى البيض من حيث اكتنانه أقوى منه فى الحور ، ووجه الشبه فى البقرة الوحشية وفى الظبية أقوى منه ولا شك فى المرأة الحسناء ، فإن وجه الشبه فى الظبية خفتها ورشاقتها ، ومن رأى الظبية يجزم بأنها أخف جداً من أخف امرأة ، ووجه الشبه فى البقرة الوحشية اتساع العيون ، وهو أقوى بكثير من اتساع عيون أية امرأة ، فلا وجه لما قاله ابن قدامة فى هذا .

(٢) قولهم إن الدبغ يرفع العلة غير ممنوع ، لأن الدبغ يحيل الجلد إلى شىء نظيف يغاير حالته قبل الدبغ والإحالة ترفع الحكم ، كإحالة الدم إلى لبن ، والغذاء النجس إلى دم ثم إلى بيض فى الدجاجة ونحوها .

(٣) عظام الميتة التى لم تعالج بما يطهرها نجسة ولا شك على أرجح الأقوال . أما التى عولجت بما يطهرها كإدخالها النار أو محاليل كيماوية مغيرة لحالتها فهى حلال على أرجح الأقوال .

لحمه ، فهو نجس على كلّ حال . وأما الحديث فقال الخطّـابى ، قال الأصمعىّ : العاجُ الذّبْل[1] ، ويقال : هو عظم ظهر السلحفاة البحرية . وذهب مالك إلى أن الفيل إن ذُكِّىَ فعظمه طاهر ؛ وإلا فهو نجس . لأن الفيل مأكول عنده ، وهو غيرُ صحيح . لأن النبى صلى الله عليه وسلم : « نَهىَ عن أَكْلِ كُلِّ ذِى نَابٍ من السِّبَاع » ، رواه مُسلم . والفيل أعظمها ناباً[2] . فأما عظام بقية الميتات فذهب الثورى وأبو حنيفة إلى طهارتها . لأنّ الموت لاَ يُحِـلها[3] فلا تنجس به كالشعر . ولأن علة التنجيس فى اللحم والجلد اتصال الدماء والرطوبات به ، ولا يوجد ذلك فى العظام .

ولنا قول الله تعالى (٣٦ : ٧٨ ، ٧٩ قال : مَنْ يُحْيِ الْعِظَامَ وهى رَمِيمٌ ؟ قُلْ يُحْيِيهَا الذِى أَنْشَأَهَا أَوَّلَ مرَّةٍ ، وَهُوَ بِكلِّ خَلْقٍ عَلِيم) وما يحيا فهو يموت ، ولأن دليل الحياة ، الإحساس والألم ، والألم فى العظم أشدُّ من الألم فى اللحم والجلد ، والضِّرْسُ يأْلَم ، ويلحقه الضَّرَسُ ، ويُحِسُّ ببرد الماء ، وحرارته ، وما تَحُلّه الحياة ، يَحُلّه الموتِ ، إذ كَان الموت مُفارَقَة الحياة ، وما يَحُلّه الموت يَنْجُس به كاللحم ، قال الحسن لبعض أصحابه ، لما سقط ضِرْسه : أَشْعَرْتَ أن بعضى ماتَ الْيَوْم ؟ وقولهم : إن سبب التنجيس اتصال الدماء والرطوبات ـ قد أجبنا عنه فيما مضى .

فصــــل

والقرن والظفر والحافر ، كالعظم إن أُخذ من مُذَكًّى فهو طـاهر ، وإن أُخذ من حىّ فهو نجس . لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ما يُقطَعُ مِنَ الْبَهِيمَةِ وَهِىَ حَيَّةٌ فهو مَيْتَةٌ » رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن غريب . وكذلك ما يتساقط من قُرون الْوُعول فى حياتها ، ويحتملُ أن هذا طاهر ، لانه طاهرٌ متصل مع عدم الحياة فيه فلم ينجُس بفصله من الحيوان ، ولا بموت الحيوان كالشعر . والخبرُ أريد به ما يُقطع من البهيمة مما فيه حياة ، لأنه بفصله يموت ، فتفارقه الحيـاة ، بخلاف هذا . فإنه لا يموت بفصله ، فهو أشبه بالشعر . وما لا ينجُس بالموت لا بأس بعظامه كالسمك ، لأن موته كتذكية الحيوانات المأكولة .

فصــــل

ولبن الميتة وأنفحتها ، نجسة فى ظاهر المذهب . وهو قول مالك والشافعىّ . ورُوى أنها طاهرة ،

(١) العاج ليس هو الذبل ، وإنما هو سن الفيل وهو الناب الخارج من رأسه .

(٢) سهى ابن قدامة عن كون (من السباع) قيدا فى كل ذى ناب والفيل ليس من السباع لأنه غير مفترس . فمذهب مالك صحيح .

(٣) أى لا تصير متحللة بسبب الموت كما يتحلل اللحم فلا تصير نجسة بالموت ، كما أن الشعر لا ينجس بعد تحلله بالموت .

وهو قول أبي حنيفة ، وداود . لأن الصحابة رضى الله عنهم أكلوا الجُبْن لما دخلوا المدائن ، وهو يُعمل بالأنفحة ، وهى تُؤخذ من صغار المعز ، فهو بمنزلة اللبن ، وذبائحهم مَيْتَة[1] .

ولنا أنه مائع فى وعاء نجس ، فكان نجساً كما لو حلب فى وعاء نجس ، ولأنه لو أصاب الميتة بعد فصله عنها لكان نجساً ، فكذلك قبل فصله . وأما المجوس فقد قيل : إنهم ما كانوا يتولّون الذبح بأنفسهم وكان جزّاروهم اليهود والنصارى ، ولو لم ينقل ذلك عنهم لكان الاحتمال موجوداً . فقد كان فيهم اليهود والنصارى ، والأصل الحِلّ فلا يزول بالشك . وقد رُوى « أنّ أصحاب النبىّ ﷺ الذين قدموا العراق مع خالدٍ كسَرُوا جيشاً من أهل فارس بعد أن نَصبُوا الموائد ، ووضعوا طعامهم ليأكلوا ، فلما فرغ المسلمون منهمْ جلسوا فأكلوا ذلك الطعام » والظاهر أنه كان لحماً ، فلو حكم بنجاسة ما ذُبح ببلدهم لما أكلوا من لحمهم شيئاً ، فإذا حكموا بحل اللحم فالجبن أولى ، وعلى هذا لو دخل أرضاً فيها مجوس وأهل كتاب ، كان له أكلُ جُبْنهم ولحمهم ، احتجاجاً بفعل النبىّ ﷺ وأصحابه .

فصـــل

وإن ماتت الدجاجة وفى بطنها بيضة قد صَلُب قِشْرُها فهى طاهرة . وهذا قول أبى حنيفة ، وبعض الشافعية ، وابن المنذر . وكرهها علىّ بن أبى طالب ، وابن عمر ، وربيعة ، ومالك ، والليث وبعضُ الشافعية ، لأنها جزء من الدجاجة .

ولنا أنها بيضة صُلبة القِشْر ، طرأت النجاسة عليها . فأشبه ما لو وقعت فى ماء نَجِس .

وقولهم : إنها جزء منها : غيرُ صحيح ، وإنما هى مُودعة فيها غيرَ مُتّصلة بها . فأشبهت الولد إذا خرج حياً من المَيْتة . ولأنها خارجة من حيوان يُخْلَقُ منها مثل أصلها . أشبهت الوَلَد الحىّ ، وكراهة الصحابة لها محمولة على كراهية التنزيه ، استقذاراً لها ، ولو وضعت البيضة تحت طائر فصارت فرخاً كان طاهراً بكلّ حال . فإن لم تكمل البيضة ، فقال بعض أصحابنا : ما كان قِشْرُه أبيض فهو طاهر ، وما لم يبيضّ قشره فهو نجس ، لأنه ليس عليه حائل حَصِين . واختار ابنُ عقيل أنه لا ينجُس ، لأن البيضة عليها غاشِيَةٌ رقيقة كالجلد ، وهو القشر قبل أن يَقْوَى . فلا ينجُس منها إلا ما كان لاقَى النجاَسة ، كالسمن الجامد إذا ماتت فيه فأرةٌ إلاّ أن هذه تطهُر إذا غسلها ، لأن لها من القوة ما يَمنعُ تداخل أجزاء النجاسة فيها بخلاف السمن .

« مسألة » قال ﴿ ويكره أن يتوضأ بآنية الذهب والفضة ، فإن فعل كُره ﴾ .

أراد بالكراهة التحريم ، ولا خلاف بين أصحابنا فى أن استعمال آنية الذهب والفضة حرام ، وهو

---

(١) لاتكون ذبائحهم ميتة إلا إذا ذكر عليها اسم غير الله ، أو ذبحت بطريقة غير مباحة فى شرعنا ، أما إذا ذبحت بطريقة مباحة فى شرعنا ، ولم يذكر عليها اسم غير الله فهى حلال كذبيحتنا .

مذهب أبى حنيفة ومالك والشافعىّ ، ولا أعلم فيه خلافاً[1] ، لأن النبى ﷺ قال : « لاَ تَشْرَبُوا فى آنيةِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، ولاَ تَأْكُلُوا فى صِحافِهِمَا ، فإنَّهَا لَهُمْ فى الدنيا ولكم فى الآخِرَةِ » ونهى عن الشرب فى آنية الفضَّة قال : « مَنْ شَرِبَ فيها فى الدُّنْيَا لَمْ يَشْرَبْ فيها فى الآخِرَةِ » وقال عليه الصلاة والسلام : « الذى يَشْرَبُ فى آنية الذَّهَبِ والفِضَّةِ إنما يُجَرْجِرُ فى بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ » متفق عليهنّ . فنهى ، والنهى يقتضى التحريم [وذكر فى ذلك وعيداً شديداً يقتضى التحريم[2]] . ويُروى « نارُ جَهَنَّمَ » برفع الراء ونصبها . فمن رفعها نسب الفعل إلى النار . ومن نصبها أضمر الفاعل فى الفعل وجعل النار مفعولا تقديره يجرجر الشارب فى بطنه نارَ جهنم ، والعلة فى تحريم الشرب فيها مايتضمنه ذلك من الفخر والخيلاء ، وكسر قلوب الفقراء . وهو موجود فى الطهارة منها واستعمالها كيفما كان ، بل إذا حرم فى غير العبادة ففيها أولى .

فإن توضأ منها أو اغتسل فعلى وجهين :

(أحدهما) تصح طهارته وهو قول الشافعىّ ، وإسحق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، لأن فعل الطهارة وماءها لا يتعلق بشىء من ذلك ، أشبهَ الطهارة فى الدار المغصوبة .

(والثانى) لا يصح : اختاره أبو بكر . لأنه استعمل المُحرَّم فى العبادة ، فلم يصحّ كالصلاة فى الدار المغصوبة ، والأول أصحّ . ويفارق هذا الصلاة فى الدار المغصوبة ، لأن أفعال الصلاة من القيام والقعود والركوع والسجود فى الدار المغصوبة مُحرَّم ، لكونه تصرُّفاً فى مِلْك غيره ، بغير إذنه ، وشَغْلاً له ، وأفعال الوضوء من الغَسْل ، والمَسْح ليس بمُحرّم ، إذ ليس هو استعمالاً للإناء ، ولا تصرُّفاً فيه ، وإنما يقع ذلك بعد رفع الماء من الإناء ، وفصله عنه . فأشبه ما لو غرَف بآنية الفضَّة فى إناء غيره ، ثم توضّأ به ، ولأن المكان شرط للصلاة ، إذ لا يمكن وجودُها فى غير مكان ، والإناء ليس بشرط[3] فأشبه مالو صلى وفى يده خاتَم ذهب .

فصــــل

فإن جعل آنية الذهب والفضة مَصَبًّا لماء الوضوء ينفصلُ الماء عن أعضائه إليه ، صحّ الوضوء ، لأن المُنفصل الذى يقع فى الآنية قد رَفَع الحَدث ، فلم يَزُل ذلك بوقوعه فى الإناء . ويحتمل أن تكون كالتى قبلها ، لأن الفخر والخيلاء وكسر قلوب الفقراء يحصل باستعماله ههنا ، كحصوله فى التى قبلها ، وفِعْل الطهارة

---

(١) ينبغى حمل كلام ابن قدامة على الخلاف فى المذاهب الأربعة المعروفة ، وإلا فقد حصل الخلاف فى غيرها كالظاهرية .

(٢) كانت هذه الجملة التى بين القوسين ناقصة من النسخة التى علقنا عليها ، فأثبتناها فى موضعها .

(٣) أى ليس الإناء بشرط للطهارة .

يحصل ههنا قبل وصول الماء إلى الإناء ، وفى التى قبلها بعد فصله عنه ، فهى مثلها فى المعنى ، وإن افترقا فى الصورة .

فصل

ويحرم اتخاذ آنية الذهب والفضة ، وحُكى عن الشافعى أن ذلك لايحرم ، لأن الخبر إنما ورد بتحريم الاستعمال ؛ فلا يحرم الاتخاذ . كما لو اتخذ الرجل ثياب الحرير .

ولنا أن ما حَرُم استعماله مطلقاً حرُم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالطُّنْبُور[1] ، وأما ثياب الحرير فإنها لاتحرُم مطلقاً . فإنها تباح للنساء ، وتُباح للتجارة فيها ، ويحرم استعمال الآنية مطلقاً فى الشرب والأكل وغيرهما . لأن النصّ ورد بتحريم الشرب ، والأكل ، وغيرُهما فى معناهما . ويحرُم ذلك على الرجال والنساء ، لعموم النصّ فيهما ، ووجود معنى التحريم فى حقهما ، وإنما أبيح التحلى فى حق المرأة لحاجتها إلى التزيُّن للزوج ، والتجمُّل عنده ، وهذا يختصُّ الحُلْىَ ، فتختصُّ الإباحةُ به .

فصل

فأما المُضَبَّبُ بالذهب أو الفضة ، فإن كان كثيراً فهو مُحرَّم بكلّ حال ، ذهباً كان أوفضة ، لحاجة ولغيرها ، وبهذا قال الشافعىّ . وأباح أبو حنيفة المُضَبَّبَ ، وإن كان كثيراً لأنه صار تابعاً للمباح ، فأشبه المُضبَّب باليسير[2] .

ولنا أن هذا فيه سَرَف وخُيلاء ، فأشبه الخالص . ويَبْطُل ما قاله بما إذا اتخذ أبواباً من فضّة ، أو ذهب ، أو رُفوفاً فإنّه يَحرُم ، وإن كان تابعاً ، أو فارق اليسير ، فإنه لايوجد فيه المعنى المُحرّم .

إذا ثبت هذا فاختلف أصحابنا ، فقال أبو بكر : يباح اليسير من الذهب والفضة لما ذكرنا ، وأكثر أصحابنا على أنه لايباح اليسير من الذهب ، ولا يباح منه إلا مادَعَت الضرورة إليه ، كأنف الذهب ، وما رَبَط به أسْنَانَه[3] .

وأما الفضة فيباح منها اليسير . لما رَوى أنس : « أن قَدَحَ رسول الله ﷺ انكسرَ فاتخذَ مكان

---

(١) الطنبور : يريد به الآلة الموسيقية ، فيحرم اتخاذها ، أى امتلاكها وإن لم يستعملها مالكها .

(٢) المضبب : المعمول له ضبة ، وهى جزء من الذهب أو الفضة يتصل بالإناء لإصلاحه أوللزينة . وفيها الخلاف الذى ذكر المؤلف .

(٣) أنف الذهب حلال بالنص ، لأن بعض الصحابة كسرت أنفه فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن فأباح له الرسول صلى الله عليه وسلم استعمال أنف من الذهب ، وما ربط به أسنانه هو كبرى الذهب المستعمل الآن وكذلك يحل اتخاذ الأسنان من الذهب لأن غيرها ينتن ، بشرط أن تكون للحاجة لا للزينة عند الإمام الشافعى .

الشَّعب[١] سِلْسِلَة من فِضّة » رواه البخارىّ. ولأن الحـاجة تدعو إليه ، وليس فيه سَرَف ولا خيلاء . فأشبه الضَّبَّة من الصُّفر[٢] ، قال القاضى : ويباح ذلك مع الحاجة وعدمها لما ذكرنا ، إلا أن مايستعمل من ذلك لا يباح كالحَلْقة ، ومالا يستعمل كالضّبة يُباح . وقال أبو الخطـاب : لا يباح اليسيرُ إلا لحاجة . لأن الخبر إنما ورد فى تشعيب القَدَح فى موضع الـكسر وهو لِحَاجة ، ومعنى الحاجة ، أن تدعو الحاجة إلى مافعَلَه به . وإن كان غيرُه يقومُ مقامه . وتُـكره مُباشرة موضـع الفِضَّة بالاستعمال ، كيلا يـكون مُستعمِلاً لها . وسنذكر ذلك فى غير هذا الموضع بأبسط من هذا إن شاء الله تعالى .

فصـــــل

فأما سائر الآنية فمباحٌ اتخاذُها واستعمالهـا ، سواء كانت ثمينة ، كالياقوت والبللور والعقيق والصُّفْر والمَخْرُوط من الزجاج ، أو غيرَ ثمينة : كالخشب والخزف والجـلود ، ولا يُـكره استعمال شىء منها فى قول عامَّة أهل العلم ، إلاَّ أنه رُوى عن ابن عمر أنه كره الْوُضوء فى الصُّفر[٣] والنحاس والرصاص وما أشبه ذلك . واختار ذلك الشيخ أبو الفرج المَقْدِسىّ ، لأن الماء يتَغيّر فيها . ورُوى أن الملائـكة تـكره ريح النحاس . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : ما كان ثميناً لِنفَاسةِ جوهره فهو مُحرم ، لأن تحريم الأثمان تنبيه على تحريم ماهو أعلى منه ، ولأن فيه سَرَفاً وخيلاء وكسر قلوب الفقراء ، فـكان مُحرَّماً كالأثمان .

ولنا ماروى عن عبد الله بن زيد قال : « أتانا رســـول الله صلى الله عليه وسلم فأخرجنا له ماء فى تَوْر[٤] من صُفر فتوضأ » متفق عليه . وروى أبو داود فى سننه عن عائشة قالت : « كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى تَوْر من شَبَه »[٥] ، ولأن الأصل الحل فيبقى عليه . ولا يصح قياسه على الأثمان لوجهين :

(أحدهما) أن هذا لايعرفه إلا خواصّ الناس ، فلا تنكسر قلوب الفقراء باستعماله ، بخلاف الأثمان .

(والثانى) أنهذه الجواهر لقلتها لا يحصُل اتخاذ الآنية منها إلا نادراً ، فلا تفضى إباحتها إلى اتخاذها واستعمالها ، وتعلّق التحريم بالأثمان التى هى واقعة فى مَظِنّة الـكثرة ، فلم يتجاوزه ، كما تعلّق حكم التحريم فى اللباس بالحرير . وجاز استعمال الْقَصَب[٦] من الثّياب ، وإن زادت قيمتُه على قيمة الحرير ، ولأنه لو

---

(١) الشعب : الوصل والإصلاح ، أى جعل سلسلة رابطة لجزءيه .

(٢) عطف النحاس على الصفر عطف مرادف .

(٣) الصفر : النحاس .

(٤) التور : إناء يشبه الـكوز الـكبير .

(٥) قال فى القاموس : « الشبه ، والشبهان ، النحاس الأصفر ويكسر » انتهى ، ومعنى قوله يكسر أن يقال فيه شبه بكسر الشين .

(٦) القصب : ثياب ناعمة من الـكتان .

جَعل فصّ خاتمه جوهرة ثمينة جاز ، وخاتم الذهب حرام ، ولو جَعل فصّه ذَهَباً كان حراماً ، وإن قلّت قيمته .

« مسألة » قال : ﴿ وصوف الميتة وشعرُها طاهر ﴾ .

يعني شعرَ ما كان طاهراً في حياته وصوفَه : ورُوى ذلك عن الحسن وابن سيرين وأصحاب عبد الله قالوا : إذا غُسِل . وبه قال مالك والليث بنُ سعد والأوزاعيّ وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ورُوى عن أحمد مايدلّ على أنه نجس وهو قول الشافعيّ ؛لأنه ينمو من الحيوان فينجُس بموته كأعضائه .

ولنا مارُوى عن النبي صلى اللهُ عليه وسلم أنه قال : « لا بأْسَ بِمَسْكِ المَيْتَة[1] ، إذا دُبِغ ، وصوفها وشعرها إذا غُسل » رواه الدارَقُطنيّ . وقال : لم يأت به إلا يوسف بن السَّفَر ، وهو ضعيف . ولأنه لا تفتقر طهارة منفصله إلى ذكاة أصله ، فلم ينجُس بموته كأجزاء السمك والجراد ، ولأنه لا يَحُلّه الموت ، فلم ينجُس بموت الحيوان كبَيْضِه . والدليل على أنه لاحياة فيه أنه لا يُحِسُّ ولا يَأْلَم ، وهما دليلا الحياة . ولو انفصل فى الحياة كان طاهراً . ولو كانت فيه حياة لنَجُس بِفَصْله ، لقول النبيﷺ « ما أُبِينَ مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيِّتٌ » رواه أبو داود بمعناه . وما ذكروه ينتقض بالبَيْض ، ويفارق الأعضاء فإنَّ فيها حياةً ، وتنجُس بفصلها فى حياة الحيوان ، والنمو بمجرّده ليس بدليل الحياة ، فإن الحشيش ينمو ولا ينجُس .

فصـــل

والريشُ كالشعر فيما ذكرنا ، لأنه فى معناه ، فأمّا أصول الريش والشعر ، إذا كان رطباً إذا نُتِفَ من المَيْتة فهو نَجس ، لأنه رطب فى محلٍّ نجس ، وهل يكون طاهراً بعد غَسْله ؟ على وجهين :

(أحدهما) أنه طاهر : كرءوس الشعر ، إذا تنجّس .

(والثانى) أنه نجس : لأنه جُزء من اللحم لم يَستكمل شعراً ولا رِيشاً .

فصـــل

وشعر الآدميّ طاهر ، مُتّصِلُه ومنفصله ، فى حياة الآدميّ ، وبعد موته . وقال الشافعيّ فى أحد قوليه : إذا انفصل فهو نجس ، لأنه جزء من الآدميّ انفصل فى حياته ، فكان نجساً كعُضوه .

ولنا أن النبي ﷺ فرّق شعره بين أصحابه ، قال أنس : « لَمَّا رَمَى النبيُّ صلى الله عليه وسلم ونَحَرَ نُسكه ناولَ الحْالِقَ شِقَّهُ الأيمنَ فحلَقه ، ثم دعا أبا طَلْحة الأنصاريّ فأعطاه إياه ، ثم ناوله الشِقّ الأيْسر ، قال : احلقه ، فحلقه وأعطاه أبا طَلْحة . فقال : « اقسمهُ بين النـاس » رواه مُسلم وأبو داود . ورُوى أن معاوية أوصى أن يُجعَل نصيبهُ منه فى فيه إذا مات . وكانت فى قلنسوة خالد شعراتٌ من شعر النبي

---

(١) مسك الميتة : جلدها .

صلى الله عليه وسلم ، ولو كان نجساً لما ساغ هذا . ولما فرّقه النبى ﷺ ، وقد عُلِم أنهم يأخذونه يتَـبَرّكون به ، ويحملونه معهم تبركاً به[1] وما كان طاهراً من النبى صلى الله عليه وسلم كان طاهراً من سواه كسائره[2] ، ولأنه شعر متصلهُ طاهر ، فمنفصلُه طاهر كشعر الحيوانات كلها ، وكذلك نقول فى أعضاء الآدمىّ ، ولئن سلّمنا نجاستها فإنها تنجُس من سائر الحيوانات بفصلها فى حياته ، بخلاف الشعر

فصـــــل

وكل حيوان فشعره مثل بقية أجزائه ؛ ما كان طاهراً فشعره طاهر ، وما كان نجساً فشعره كذلك . ولا فرق بين حالة الحياة وحالة الموت ، إلا أن الحيوانات التى حـكمنا بطهارتها لمشقّة الاحتراز منها ، كالسنّور وما دونها فى الخِلْقة فيها بعد الموت وجهان :

(أحدهما) أنها نجسة : لأنها كانت طاهرةً مع وجود علة التنجيس لمعارض ، وهو الحاجة إلى العفو

---

(١) أنكر بعض المعلقين فى تعليقه على هذا الموضوع أن يكون فعل الصحابة تبركا بشعر النبى صلى الله عليه وسلم وقال : إنما كانوا يفعلون ذلك لمعنى المحبة التى تدعو الى الاحتفاظ بأثر الحبيب لدوام ذكراه ، كما هو متعارف عند الناس .

ولست أرى فى التبرك بآثار النبى صلى الله عليه وسلم حرجاً ، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم مبارك بإجماع الأمة ، وهو رحمة للعالمين بنص القرآن : (وما أرسلناك الا رحمة للعالمين) ومصافحة النبى صلى الله عليه وسلم باليد حال حياته تبركا لا مانع منه ، ومما يدل على أن الصحابة كانوا يتبركون بالنبى صلى الله عليه وسلم ذاته وأجزاء جسمه ، أن بعض الصحابة شرب دم النبى صلى الله عليه وسلم ، الذى خرج من حجامته ، فلما علم النبى صلى الله عليه وسلم قال له : « اذن لا تمسك النار » وشرب الدم ليس لدوام الذكرى ، وانما ليختلط بعض أجزاء النبى بجسم الصحابى للبركة ، وبعضهم شرب ماء وضوئه بعد ما توضأ به . وروى البخارى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يكادون يقتتلون على ماء الوضوء النازل من أعضائه ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم صب على جابر بن عبد الله من الماء النازل من وضوئه ، وكان جابر مريضاً ، وظاهر من كل ذلك أن الصحابة ، كانو يتبركون بالنبى صلى الله عليه وسلم وبكل مايمس جسمه ، والشعر جزء من ذاته صلى الله عليه وسلم . وليس فى انكار ذلك توحيد كما قد يفهم بعض النـاس ، فإن جميع العالم يعرف أن الرسول بشر ليس بإله ولاخوف من عبادته بعد أن أعلن هو ، ونص القرآن على أن الله واحد لاشريك له .

ومما يدل دلالة قاطعة على أن الصحابة كانوا يتبركون بشعر النبى صلى الله عليـه وسلم أن معاوية وهو من كتاب الوحى ومن الصحابة المشهورين أوصى أنه يجعل نصيبه من شعر النبى صلى الله عليه وسلم فى فمه بعد موته ولا يكون الاحتفاظ بالأثر بعد موت المحتفظ وإنما هو للبركة .

(٢) السائر : البـاقى ، أى وحيث كان شعر النبى طاهراً فشعر النـاس أيضاً طاهر لاشتراك الجميـع فى الانسانيـة ، وقد نص الرسول صـلى الله عليه وسلم على أن المؤمن لا ينجس حياً ولا ميتاً ، كما سبق فى الحديث ، وكذلك باقى أجزاء الرسول وباقى أجزاء الناس طاهرة أيضاً ، ويكفى فى الاستدلال على طهارة الشعر قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ان المؤمن لا ينجس حياً ولا ميتاً » .

عنها للمشقة . وقد انتفت الحاجة . فتنتفي الطهارة .

(والثاني) هي طاهرة وهذا أصحّ . لأنها كانت طاهرة في الحياة والموتُ لا يقتضي تنجيسها ، فتبقى الطهارة . وما ذكرناه للوجه الأول لا يصح ، لأننا لا نسلم وجود علة التنجيس ، ولئن سلمناه ، غيرَ أن الشرع ألغاه ، ولم يثبت اعتبارُه في موضع ، فليس لنا إثبات حكمه بالتحكّم .

فصل

واختلفت الرواية عن أحمد في الخرز بشعر الخنزير . فرُوي عنه كراهته . وحكي ذلك عن ابن سيرين ، والحكم وحماد ، وإسحاق ، والشافعيّ ، لأنه استعمال للعين النجسة ، ولا يَسلمُ من التنجيس بها ، فحرم الانتفاع بها كجلده .

(والثانية) يجوز الخرز به ، قال : وبالليف أحبّ إلينا ، ورخّص فيه الحسنُ ومالك والأوزاعيّ ، وأبو حنيفة ، لأنّ الحاجة تدعو إليه . وإذا خرز به شيئاً رطباً ، أو كانت الشعرة رَطْبة تنجّس ، ولم يطهر إلا بالغَسل . قال ابن عقيل : وقد رُوي عن أحمد : أنه لا بأس به . ولعلّه قال ذلك لأنه لا يَسْلمُ الناس منه . وفي تكليف غَسْله إتلاف أموال الناس ، فالظاهر أن أحمد إنما عَنَى لا بأس بالْخرز ، فأمّا الطهارةُ فلا بد منها والله أعلم .

فصل

والمشركون على ضربين : أهلُ كتاب ، وغيرُهم . فأهل الكتاب يُباح أكل طعامهم وشرابهم ، والأكل في آنيتهم ، مالم يتحقّق نجاستها . قال ابن عقيل : لا تختلف الرواية في أنه لا يحرم استعمالُ أوانيهم ، وذلك لقول الله تعالى (٥ : ٥ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ) ورُوي عن عبد الله بن المُغفّل قال : « دُلِّيَ جرابٌ من شَحْم يَوْمَ خَيْبَرَ ، فالتزمته ، وقلت : والله لا أُعطِي أَحَداً منه شيئاً . فالتفتُّ ، فإذا رسول الله ﷺ يَبْتَسِمُ » رواه مسلم ، وأخرجه البخاريّ بمعناه . ورُوي « أن النبي صلى الله عليه وسلم أضافه يَهُوديٌّ بخبز وإهالة[1] سَنِخَة » رواه الإمام أحمد في المسند ، وكتاب الزهد ، وتوضأ عمر من جَرَّة نَصْرانية .

وهل يُكره له استعمال أوانيهم ؟ على روايتين :

(إحداها) لا يكره لما ذكرنا (والثانية) يُكره ، لما رَوى أبو ثعلبة الْخُشَنيّ ، قال : قلت يارسول الله : « إنّا بأرْضِ قَوْمٍ أهلِ كتَاب ، أفنَأْكُلُ في آنيتهم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن وَجَدْتُمْ غَيْرَها فلاَتأْكلُوا فيها ، وإن لم تَجِدُوا غيرها فاغْسِلُوها ، وكُلُوا فيها » متفق عليه .

---

(١) الإهالة : الشحم والزيت وكل ما يؤتدم به ، والسنخة : الزنخة التي تغير طعمها بسبب طول بقائها .

وأقلُّ أحوال النهى الـكراهة ، ولأنهم لايتورّعون عن النجاسة . ولاَ تَسْلم آنيتهم من أطعمتهم ، وأدنى مايُؤ ثّر ذلك الـكراهـة ، وأما ثيابهم فما لم يستعملوه ، أو علا منها كالعمامة ، والطيلسان ، والثوب الفَوقانى فهو طـاهر لا بأس بلُبْسه ، وما لاقى عَوْراتِهم ، كالسراويل والثوب السُّفْلاَنِيِّ والإزار . فقـال أحمدُ : أحَبّ إلىَّ أن يُعِيدَ ، يعنى من صَلّى فيه ، فيحتمل وجهين :

(أحدهما) وجوبُ الإعادة : وهو قول القاضى ، وكره أبوحنيفة والشافعىّ ، الأُزُرَ والسَّراويلاَت ، لأنهم يتعبدون[1] بترك النجاسة ، ولا يتحرّزون منها . فالظاهر نجاسة ماوَلِى مَخْرجها .

(والثانى) لايجب . وهو قول أبى الخطّاب ، لأن الأصل الطهارةُ ، فلا تزول بالشك .

« الضرب الثانى » غـير أهل الـكتاب وهم المجوس وعَبَدَةُ الأوثان ونحوُهم . فحكم ثيابهم حـكم ثياب أهل الذمّة ، وأما أوانيهم فقال القاضى : لا يُستعمل ما استعملوه من آ نيتهم ، لأنَّ أوانِيَهم لا تخلو من أطعمتهم ، وذبائحهُم مَيْتَةٌ فلا تخلو أوانيهم من وضعها فيها . وقال أبو الخطّاب : حكمُهم حكمُ أهل الـكتاب ، وثيابُهم وأوانيهم طاهرة مُباحة الاستعمال مالم يُتَيقّن نجاستها ، وهو مذهب الشافعىّ . لأن النبى ﷺ وأصحابه « توضّئوا من مزَادَةِ مشركة » متفق عليه . ولأن الأصل الطها رة ، فلا تزول بالشك.

فظاهر كلام أحمـد رحمه الله مثلُ قول القـاضى ، فإنه قال فى المَجُوس : لا يُؤكل من طعامهم إلا الفاكهة ، لأنّ الظاهر نجاسةُ آ نيتهمْ المُستعملة ، فى أطعمتهم . فأشبهت السراويلات من ثيابهمْ ، ومن يأكل الخنزيرَ من النَّصارى فى موضع يمكنهم أكلُه ، أو يأكل الميتة أو يذبحُ بالسنّ ، والظفر ونحوِه ، فحكمُه حكمُ غير أهل الـكتاب ، لاتفاقهم فى نجاسة أطعمتهم . ومتى شُكّ فى الإناء هل استعملوه فى أطعمتهم أو لم يستعملوه فهو طاهر ، لأن الأصل طهارته ، ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى إباحة الصلاة فى الثوب الذى نَسَجَهُ الـكفار ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابَه إنما كان لباسهُم من نسج الـكفّار . فأما ثيابهُم التى يلبسونهـا فأباح الصلاةَ فيها الثورىّ ، وأصحاب الرأى . وقال مالك فى ثوب الـكفار : يلبسُه على كل حال ، وإن صلّى فيه يُعيد ما دام فى الوقت . ولنا أن الأصل الطهارة ، ولم تترجّح جهةُ التنجيس فيه ، أشبه ما نَسجَه الـكفار[٢] .

فصـــــل

وتباح الصلاة فى ثياب الصبيان ما لم تُتَيقّن نجاستُها . وبذلك قال الثورىّ والشافعىّ ، وأصحاب

---

(١) كذا بالنسخ التى بأيدينا ولعل الأصل (لا يتعبدون) بدليل قوله : ولا يتحرزون منها ، لأنهم لو كانوا يتعبدون بتركها لتحرزوا منها .

(٢) هذا هو الذى أختاره وهو المذهب المناسب لأحوال النـاس فى هذا الزمان فقـد أصبح الـكفار وأهل الـكتاب فى غاية النظافة وأصبحنا نلبس منسوجاتهم التى نستوردها من بلادهم .

الرأى ؛ لأن أبا قتادة روى : « أن النبىّ ﷺ صلّى وهو حاملٌ أُمَامَةَ بنتَ أبى العاص بن الربيع » متفق عليه . و « كان النبى ﷺ يُصلّى فإذا سجد وثب الْحَسَنُ والحسين على ظهره » وتُكره الصلاة لما فيه من احتمال غلبة النجاسة . وتصحُّ الصلاة فى ثوب المرأة الذى تحيضُ فيه ، إذا لم تُتَحقق إصابةُ النجاسة له ، لأن الأصل الطهارة ، والتوقّى لذلك أولى ، لأنه يحتمل إصابة النجاسة إيّاه . وقد روى أبو داود ، عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسولُ الله صلى الله عليه وسلم لا يُصَلِّى فى شُعُرنا[1] ولُحُفِنا » ولعاب الصبيان طاهر . وقد رَوى أبو هريرة قال : « رَأَيْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم حَامِلَ الْحُسَيْن على عاتِقِهِ ، ولُعَابُه يَسِيلُ عليه » وحمل أبو بكر الحسنَ بن علىّ على عاتقه ولُعَابُه يسيلُ وعلىٌّ إلى جانبه . وجعل أبو بكر يقول :

« وابأَبِى شِبْهَ النَّبى لا شَبِيهاً بِعَلِى » وعلىٌّ يضحك .

فصــــل

وإذا صَبَغَ فى حُبٍّ[2] صَبَّاغٌ لم يجب غَسْل الثوب المصبوغ ، سواء كان الصَّبَّاغُ مُسلماً أو كافراً ، نص عليه أحمدُ . لان الأصل الطهارة ، فإذا تحققت نجاسته طهر بالغَسل . وإن بقى اللون ، بدليل قوله عليه السلام فى الدم : « لا يَضُرُّكِ أَثَرُهُ » .

فصول فى الفِطْرة

روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الْفِطْرَةُ خمس : الخِتَان ، والاستِحْدَادُ ، وقَصُّ الشارب ، وتقليمُ الأظفار ، ونَتْفُ الإبط » متفق عليه . وروى عبد الله بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عَشْرٌ من الفِطْرَة : قَصُّ الشارب ، وَإِعْفَاءُ اللِّحْيَةِ ، والسِّوَاكُ ، واستنشَاق الماء ، وقصّ الأظفار ، وغَسْل البَرَاجِمِ[3] ، ونَتْفُ الإبط ، وحَلْقُ العانة ، وانتقاص الماء ، - قال بعض الرواة : ونسيت العاشِرَة ، إلا أن تكون المَضْمَضَة » .

الاستحداد : حلق العانة ، استفعال من الحديد . وانتقاص الماء : الاستنجاء به ، لأن الماء يقطع البولَ وَيرُدّه . قال أبو داود : وقد رُوى عن ابن عبّاس نحوُ حديث عائشة قال « خمسٌ كلُّها فى الرأس » ذكر منها الفَرْق . ولم يذكر إعفاء اللحية . قال أحمدُ : الفرق سُنَّةٌ ، قيل : يا أبا عبد الله ، يَشْهَرُ نفسه ؟ قال : النبى ﷺ : قد فَرَق وأَمَرَ بالفَرْق .

---

(١) الشعر : جمع شعار ، وهو القميص أو الثوب الذى يلبس ملاصقاً للجسد ، واللحف : جمع لحاف ، وهو ما يتغطى به النائم .

(٢) الحب : بضم الحاء : الجرة ، مطلقاً ، أو الجرة العظيمة ، ومثل الجرة ، البرميل من الخشب أو غيره ، فالمراد أنه لا يجب غسل الثوب المصبوغ ، ولكن يستحسن غسله .

(٣) البراجم : جمع برجمة ، بضم الباء والجيم ، وهى المفصل الظاهر والخفى ، وقيل مفاصل الأصابع .

فصل

فأما الختان: فواجب على الرجال، ومَكْرُمة في حقّ النساء، وليس بواجب عليهنّ. هذا قول كثير من أهل العلم. قال أحمد: الرجل أشدّ. وذلك أن الرّجل إذا لم يختتن فتلك الجلدة مُدلاّة على الكَمْرة ولا يُنْقِي ما ثَمّ [1]. والمرأة أهونُ. قال أبو عبد الله: وكان ابن عباس يشدد في أمره. ورُوي عنه أنه لاحجّ له ولا صلاةَ، يعني إذا لم يختتن، والحسنُ يُرخّص فيه، يقول: إذا أسلم لايبالي أن لايَختتنَ. ويقول: أسلم الناسُ، الأسودُ والأبيض، لم يُفتّش أحد منهم، ولم يختتنوا.

والدليل على وجوبه: أن ستر العورة واجب، فلولا أن الختان واجب لم يجز هتك حُرْمة المختون بالنظر إلى عوْرته من أجله، ولأنه من شعار المسلمين، فكان واجباً كسائر شعارهم. وإن أسلم رجل كبير نخاف على نفسه من الختان سقط عنه، لأن الغسل والوضوء وغيرهما يسقط إذا خاف على نفسه منه. فهذا أولى. وإن أمن على نفسه لزمه فعله، قال حنبل: سألتُ أبا عبد الله عن الذمىّ إذا أسلم، ترى له أن يُطَهّر بالختان؟ قال لابد له من ذلك. قلت: إن كان كبيراً أو كبيرة. قال أحبُّ إلىّ أن يتطهّر. لأن الحديث: «اختَتَن إبراهيمُ وهو ابنُ ثمانين سنة» قال تعالى (٢٢ : ٧٨ مِلّةَ أبيكُمْ إبراهيمَ).

ويشرع الختان في حق النساء أيضاً. قال أبو عبد الله: حديث النبي ﷺ: «إذا التقى الختانان وجبَ الغُسْلُ» فيه بيانُ أن النساء كُنّ يَختتنّ. وحديث عمر: «إنّ خَتّانةً خَتَنَتْ فقال: أبقي منه شَيْئاً إذا خفَضْت» وروى الخلاّل بإسناده، عن شداد بن أوس، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «الختانُ سُنّةٌ للرِّجَالِ ومَكْرُمَةٌ للنِّساء» وعن جابر بن زيد مثلُ ذلك موقوفاً عليه. ورُوى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للخافِضة: «أشِمّي [2] ولا تنْهَكي. فإنه أحْظَى للزوج، وأسْرَى للوَجْه» والخفض ختانةُ المرأة [3].

فصل

والاستحداد: حلق العانة: وهو مستحبّ لأنه من الفطرة. ويفحُش بتركه؛ فاستُحِبّت إزالته، وبأي شيء أزاله صاحبه فلا بأس، لأن المقصود إزالته. قيل لأبي عبد الله: ترى أن يأخذ الرجلُ سُفْلته بالمقراض، وإن لم يَستَقْص؟ قال: أرجو أن يُجزئه إن شاء الله. قيل: ياأبا عبد الله، ماتقول في الرجل إذا نَتَفَ عانته؟ فقال: وهل يقوى على هذا أحدٌ؟ وإن اطّلى بنُورةٍ فلا بأس، إلا أنه لا يدع أحداً

(١) ثم: يعني هناك، أي لا ينقى من النجاسة ما هناك داخل هذه الجلدة وتحتها.

(٢) أشمى: خذى قليلا من البظر، ولا تقطعيه كله ولا معظمه لأن النهك الإضعاف جداً.

(٣) ويسمى الخفاض أيضاً

يلى عورته ، إلا من يحلّ له الاطلاع عليها ، من زوجة أو أمة . قال أبو العباس النسائى : ضربتُ لأبى عبد الله نورةً[1] ونوّرتُه بها . فلما بلغ إلى عانته ، نوّرها هو . وروى الخلالُ بإسناده عن نافع قال : « كنتُ أُطْلِى ابنَ عُمر ، فإذا بلغ عانته نوّرها هو بيده » . وقد رُوى ذلك عن النبى ﷺ . قال المروزىّ : كان أبو عبد الله لا يدخلُ الحمّام ، وإذا احتاج إلى النُّورة تنوّر فى البيت ، وأصْلحْتُ له غير مرة نورَة ، تنوّر بها ، واشتريتُ له جلداً ليديْه . فكان يُدخِلُ يديْه فيه ويُنوِّر نفْسه . والحلقُ أفضل لموافقته الخبَر ، وقد قال ابنُ عمر : « هُوَ مِمَّا أحْدَثُوا من النعيم » يعنى النُّورةَ .

فصـــل

ونتف الإبط سنَّة ، لأنه من الفطرة ، ويفحش بتركه . وإن أزال الشعر بالحلق والنُّورة جاز ، ونتفه أفضلُ لموافقته الخبَر ، قال حرب : قلت لإسحاق : نَتفُ الإبط أحبُّ إليك أو بنُورة ؟ قال : نَتفُه إن قدرَ .

فصـــل

ويستحبُّ تقليم الأظفار ، لأنه من الفطرة ، ويتفاحشُ بتركه ، وربما حك به الوسخَ ، فيجتمع تحتها من المواضع المُنتنة . فتصيرُ رائحة ذلك فى رءوس الأصابع . وربما منع وصول الطهارة إلى ما تحته . وقد روينا فى خبر : أن النبىّ ﷺ قال : « مالِى لا أَسْهُو ؟ وأنتم تدخلونَ علىَّ قُلْحاً[2] ورُفْغُ أحدكم بين ظُفْره وأنْمُلَتِه » ومعناه أن أحدكم يطيل أظفاره ثم يحكّ بها رُفغه ومواضع النّتن ، فتصيرُ رائحة ذلك تحت أظفاره . ورُوى فى حديث مسلسل قد سمعناه : أن علياً قال : رأيتُ رسولَ الله ﷺ يُقلِّم أظفاره يوم الخميس ، ثم قال : « يا علىّ ، قَصُّ الظُّفُر ، ونتفُ الإبط ، وحَلْقُ العانة ، يوم الخميس ، والغُسْلُ والطيبُ واللباس يومَ الجمعة » . ورُوى فى حديث : « مَنْ قَصَّ أظْفارَهُ مخالفاً لم يرَ فى عَيْنَيْه رَمَدًا[3] » وفسره أبو عبد الله بنُ بَطّة بأن يبدأ بخنصر اليمنى ، ثم الوسطى ، ثم الإبهام ، ثم البنصر ، ثم السبابة ، ثم بإبهام اليسرى ، ثم الوسطى ، ثم الخنصر ، ثم السبابة ، ثم البنصر .

فصـــل

ويستحب غسل رءوس الأصابع بعد قص الأظفار ، وقد قيل : إن الحك بالأظفار قبل غسلها يضرّ بالجسد . وفى حديث عائشة : «غَسْلُ الْبَرَاجِم» فى تفسير الفِطْرَة ، فيحتمل أنه أراد ذلك . وقال الخطّابىّ :

---

(١) النورة : طلاء يطلى به الشعر فيسقط ، ومثلها البودر الذى يتخذ فى زماننا هذا لإزالة الشعر .

(٢) القلح : جمع أقلح ، وهو الرجل أصفر الأسنان ، أو المتسخ الثياب والرفع بفتح الراء ويضم ، وسخ الأظفار .

(٣) حديث ضعيف لم يثبت .

البراجم : العُقَد التى فى ظهور الأصابع ، والرواجبُ : ما بين البَراجِم ، ومعناه : تنظيفُ المواضع التى تَتَّسخ ، ويجتمع فيها الوَسَخ .

ويستحبُّ دفن ما قَلَّم من أظفاره ، أو أزال من شعره ، لما رَوى الخلاّل بإسناده ، عن مِيل بنت مَشْرَح الأشعريّة قالت : « رأيت أبى يُقلِّمُ أظْفَارَه ويَدْفِنُها ، ويقول : رأيتُ رسول الله ﷺ يفعلُ ذلك » . وعن ابن جُرَيج عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كانَ يُعْجِبُه دفنُ الدَّم » وقال مهنّا : سألتُ أحمدَ عن الرجل يأخذُ من شَعْره ، وأظفاره : أيَدْفِنُهُ أم يُلقيه ؟ قال : يَدْفِنُه ، قلت : بلغك فيه شىء ؟ قال : كان ابنُ عُمر يَدْفِنُه ، وروينا عن النبى ﷺ : أنه أمر بدفن الشَّعْر ، والأظفار ، وقال : لا يَتَلاعَبُ به سَحَرةُ بنى آدمَ » .

فصـــل

واتخاذُ الشعر أفضلُ من إزالته . قال أبو إسحاق : سُئل أبو عبد الله عن الرجل يتخذُ الشعر ؟ فقال : سُنَّةٌ حَسَنة ، لو أمكننَا اتخذْنَاه . وقال : « كان النبىّ ﷺ جُمّة[1] » وقال : تِسْعَةٌ من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم لهم شعر . وقال : عشرة لهم جُمَم . وقال فى بعض الحديث : « إن شعر النبىّ صلى الله عليه وسلم كان إلى شَحْمة أُذُنَيْه » وفى بعض الحديث : « إلى منكبيه » ورَوى البراء بن عازب قال : ما رأيتُ ذَا لِمَّةٍ فى حُلَّةٍ حَمْراءَ أحْسَنَ من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، له شعر يَضْرِبُ مَنْكِبَيه » متفق عليه . وروى ابن عمر عن النبى ﷺ قال : رأيتُ ابنَ مَرْيَم له لِمَّة » قال الخلاّل : سألت أحمد بنَ يحيى – يعنى ثعلباً – عن اللِّمّة ؟ فقال : ما ألمّت بالأذُن . والجُمّة : ما طالت . وقد ذكر البراء بن عازب فى حديثه : أن شعر النبى صلى الله عليه وسلم يَضْرِبُ مَنْكِبَيْه وقد سماه لِمَّة .

ويستحب أن يكون شعر الإنسان على صفة شعر النبى صلى الله عليه وسلم ، إذا طال فإلى مَنْكبيه ، وإن قصَّره فإلى شحمة أذنيه . وإن طوّله فلا بأس ، نص عليه أحمد . وقال أبو عبيدة : كانت له عَقِيصَتان ، وعثمانُ كانت له عَقِيصَتان . وقال وائل بن حُجْر : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولى شعر طويل ، فلما رآنى قال : ذباب ذباب . فرجعت فجززته ، ثم أتيته من الغد فقال : لم أعْنِك » وهذا حسن ، رواه ابن ماجه .

ويستحب ترجيل الشعر وإكرامه ، لما روى أبو هريرة يرفعه : « من كان له شعر فليكرمه » رواه أبو داود .

ويستحب فرق الشعر ، لأن النبى ﷺ فرق شعره ، وذكره من الفطرة فى حديث ابن عباس ، وفى شروط عمر على أهل الذمة : أن لا يفرقوا شعورهم ، لئلا يتشبهوا بالمسلمين .

---

(١) الجمة : معظم شعر الرأس .

فصل

واختلفت الرواية عن أحمد فى حلق الرأس ، فعنه أنه مكروه ، لما روى عن النبى ﷺ أنه قال فى الخوارج : « سِيماهم التَّحْليقُ » فجعله علامة لهم . وقال عمر لصَبِيغ[1] : « لو وَجَدْتُكَ مَحْلُوقاً لضَرَبْتُ الذى فيه عَيْنَاك بالسيْف » ورُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تُوضَعُ النَّوَاصِى إلا فى حَجٍّ أو عُمْرة » رواه الدارقطنىّ فى الأفراد . وروى أبو موسى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « ليسَ مِنَّا مَنْ حَلَقَ » رواه أحمد . وقال ابن عباس : « الذى يَحْلِقُ رأسه فى المِصْر شَيطان » قال أحمدُ : كانوا يكرهون ذلك ، ورُوى عنه : لا يُكره ذلك لكن تركه أفضل . قال حنبل : كنت أنا وأبى نَحْلِقُ رءوسَنا فى حياة أبى عبد الله ، فيَرانا ونحن نَحْلِقُ فلا ينهانا ، وكان هو يأخذ رأسه بالجَلَمين[2] ، ولا يُحْفِيه ، ويأخذه وَسَطاً . وقد روى ابنُ عمر أنّ رسول الله ﷺ : « رأى غُلاماً قد حَلَق بعض رأسه ، وترك بعضه فنهاهُمْ عن ذَلِك » رواه مسلم . وفى لفظ قال : « احْلِقْهُ كُلَّه أو دَعْه كُلَّه » .

ورُوى عن عبد الله بن جعفر : « أن النبى ﷺ لما جاء نَعْىُ جعفر أمْهلَ آلَ جَعْفَرٍ ثلاثاً أن يَأْتِيَهم ثم أتاهم ، فقال : لا تبكون[3] على أخى بعد اليوم ، ثم قال : ادعوا بنى أخى ، فجىء بنا ، قال : ادعوا لى الحالق ، فأمر بنا فحلق رءوسنا » رواه أبو داود الطيالسىّ . ولأنه لا يكره استئصال الشعر بالمقراض . وهذا فى معناه . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس مِنَّا من حَلَق » يعنى فى المُصيبة ، لأنّ فيه : « أو صَلَق ، أو خَرَق » قال ابن عبد البرّ : وقد أجمع العلماء على إباحة الحَلْق وكفى بهذا حجة ، وأما استئصالُ الشعر بالمقراض فغيرُ مكروه ، روايةً واحدةً . قال أحمد : إنما كرهوا الحَلْق بالمُوسَى . وأما بالمقراض فليس به بأس ؛ لأن أدلة الكراهة تختصّ بالحلق .

فصل

فأما حلق بعض الرأس فمكروه ، ويسمى القَزَع ، لما ذكرنا من حديث ابن عمر ، ورواه أبو داود ولفظه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن القَزَع وقال : احلقه كلّه ، أو دَعْه كله » ، وفى شروط عمر على أهل الذمة : « أن يَحْلِقوا مَقادِم رُءوسهم ، ليتميزوا بذلك عن المُسلمين » فمن فعله من المسلمين كان مُتَشبهاً بهم .

فصل

ولا تختلف الرواية فى كراهة حلق المرأة رأسها من غير ضرورة . قال أبو موسى : « برىء رسول الله

---

(١) صبيغ : بفتح الصاد وكسر الباء ، كان يتتبع مشكلات القرآن فضربه عمر رضى الله عنه ومنع أن يجالسه أحد . (٢) الجلمين : آلة الحلاقة وجز الصوف .

(٣) هكذا بالأصل ، والمعنى سوف لا تبكون على أخى بعد اليوم ، والمراد بجعفر : جعفر بن أبى طالب أخى الإمام على كرم الله وجهه .

صلى الله عليه وسلم من الصَّالقة[١] ، والحالقة » متفق عليه . وروى الخلال بإسناده ، عن قتادة عن عكرمة قال : « نهى النبيّ صلى الله عليه وسلم أن تحلقَ المرأة رأسها » قال الحسن : هى مُثْلة . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يسأل عن المرأة تَعْجِزُ عن شعرها ، وعن مُعالجته ، أتأخذه على حديث مَيْمُونة ؟ قال : لأىِّ شىء تأخذه ؟ قيل له : لا تقدر على الدهن ، وما يُصلحه ، وتقع فيه الدَّوابُّ ، قال : إذا كان لضرورة ، فأرجو أن لا يكون به بأس .

فصـــل

ويكره نتف الشَّيْب ، لما روى عمرو بن شعيب : « نهى رسول الله ﷺ عن نتف الشيب ، وقال : إنه نُور الإسلام » وعن طارق بن حَبِيب « أن حَجّاماً أخذ من شارب النبى صلى الله عليه وسلم فرأى شَيْبةً فى لِحْيته ، فأهوى إليها ليأخُذها ، فأمسك النبيّ ﷺ يدَه وقال : من شَابَ شَيْبَةً فى الإسلام كانت له نوراً يوم القيامة » رواه الخلال فى جامعه .

فصـــل

ويكره حلق الْقفَا لمن لم يحلق رأسه ، ولم يحتج إليه . قال المروزىّ : سألت أبا عبد الله عن حلق الْقفَا ، فقال : هو من فعل المجوس . ومن تشبه بقوم فهو منهم . وقال : لا بأس أن يحلق قفاه وقت الحِجَامة . فأما حَفُّ الوجه . فقال مهنّا : سألت أبا عبد الله عن الحَفّ ؟ فقال : ليس به بأس للنساء . وأكرهه للرجال .

فصـــل

ويُستحبُّ خضابُ الشيب بغير السواد ، قال أحمد : إنى لأرى الشيخ المخضوبَ فأفرح به ؛ وذكر رجلا ، فقال : لِمَ لا يَخْتَضِب ؟ فقال : أَسْتَحِى ، قال : سبحان الله ، سُنَّةُ رسول الله ﷺ . قال المروزىُّ قلت : يُحكى عن بشر بن الحارث أنه قال : قال لى ابن دَاودَ : خَضَبْت ؟ قلت : أنا لا أتفرّغ لِغَسْلها ، فكيف أتفرّغ لخضابها ؟ فقال : أنا أُنكر أن يكون بِشْرٌ كشَفَ عمله لابن داود ، ثم قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « غيِّروا الشَّيْب » وأبو بكر وعمر خَضَبا ، والمهاجرون ، فهؤلاء لم يتفرغوا لِغَسْلها ؟ النبى ﷺ قد أمر بالخِضاب ، فمن لم يكن على ما كان عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فليس من الدين فى شىء . وحديثُ أبى ذَرّ ، وحديث أبى هريرة ، وحديث أبى رِمْثَة ، وحديث أُمِّ سَلَمة .

ويستحبُّ الخضاب بالحِنَّاء ، والْكَتَم ، لما روى الخلالُ وابن ماجه ، بإسنادهما عن تميم[٢] بن عبد الله

---

(١) الصالقة : المصوتة صوتاً عالياً عند الموت ، والحالقة : التى تحلق شعرها حزناً على الميت .

(٢) كذا بالأصل والصواب « عثمان بن عبد الله » .

ابن مَوْهَب قال : « دخلت على أُمِّ سَلَمَة ، فأخرجتْ لنا شَعْراً من شعر رسول الله ﷺ مَخضوباً بالْحِنَّاء ، وَالْكَتَم[1] » ، وخضب أبو بكر بالحناء والكتم ، ولا بأس بالورْس والزعفران . لأن أبا مالك الأشجعىّ قال : « كان خِضابُنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الورْسُ ، والزعفران » ، وعن الحكم بن عمرو الغفارىّ ، قال : « دَخَلْتُ أنا وأخى رافعٌ على أمير المؤمنين عُمَر ، وأنا مخضوبٌ بالْحِنّاء ، وأخى مخضوب بالصُّفْرة ، فقال عمر بن الخطّاب : هذا خِضَابُ الإسلام ، وقال لأخى رافع : هذا خِضَابُ الإيمان » .

ويكره الخِضَابُ بالسواد ، قيل لأبى عبد الله : تكرهُ الخضاب بالسواد ؟ قال : إى والله ، قال : وجاء أبو بكر بأبيه إلى رسول الله ﷺ ورأسُه ولِحْيتهُ كالثَّغَامَةِ بياضاً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «غَيِّرُوهما ، وجَنِّبُوه السَّواد »[2] . وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس مرفوعاً : « يكون قَوْمٌ فى آخر الزمان ، يَخْضِبُون بالسَّواد ، كحواصِل الحمام ، لا يَرِيحُونَ رائحةَ الجَنَّة » ، ورخّص فيه إسحاقُ المرأة تتزين به لزوجها.

فصل

ويستحب أن يكتحل وِتْراً ، ويَدَّهن غِبًّا[3] ، وينظر فى المرآة ويتطيّب . قال حنبل : رأيت أبا عبد الله وكانت له صينيّة فيها مرآة ، ومُكْحُلة ومُشْط ، فإذا فرغ من حِزْبه نظر فى المرآة واكتحل وامتشط . وقد روى جابرُ بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « عليكُمْ بالإثْمِد ، فإنه يجلو الْبَصر ويُنْبِتُ الشعر» . قيل لأبى عبد الله : كيف يكتَحِلُ الرجل ؟ قال : وِتْراً ، وليس له إسناد . وروى أبو داود بإسناده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من اكتَحَل فليُوتِر ، من فَعَل فقد أحسن ، ومن لا فلا حَرَج » والوتر : ثلاث فى كل عَيْن ، وقيل : ثلاث فى اليمنى واثنتان فى اليسرى ؛ ليكون الوترُ حاصلا فى العينين معاً .

وروى الخلاّل بإسناده عن عبد الله بن المُغَفّل قال : «نَهَى رسولُ الله ﷺ عن التّرَجُّل[4] إلا غِبًّا » قال أحمد : معناه يَدَّهِنُ يوماً ، ويوماً لا . وكان أحمدُ يُعجبه الطيبُ ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يُحبُّ الطيبَ ويَتطيَّب كثيراً .

---

(١) الكتم بالتحريك : نبات يخرج باليمن ، قالوا إن الصبغ به يخرج أسود ضارباً إلى الحمرة ، والصبغ به وبالحناء معاً يخرج بين السواد والحمرة (قاموس) .

(٢) قيل إن الخضاب بالسواد غير مكروه ، وقد فعله بعض كبار الصحابة ، ولكن الأولى عدم الخضاب به .

(٣) أى وقتاً بعد وقت لا على الدوام .

(٤) الترجل : أى ترجيل الشعر وتسريحه بالدهن .

فصـــــل

ورُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنَّه لعَن الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلة ، والنامِصَة والمتَنَمِّصَة ، والواشِرَة والْمُسْتَوْشِرَةَ » فهذه الخِصال محرّمة . لأن النبى صلى الله عليه وسلم لعن فاعلها ، ولا يجوز لعن فاعل المباح ، والواصلَة : هى التى تَصِلُ شعرها بغيره ، أو شعر غيرها . والمستوصلة : الموصول شَعْرُها بأمرها ، فهذا لايجوز للخَبر ، لما روت عائشةُ رضى الله عنها : « أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إنَّ ابنتى عِرْسٌ ، وقد تمزَّق شـعرُها ، أفأصِلُهُ ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسـلم : لُعِنَت الْوَاصِلةْ والْمُسْتَوْصِلَةُ » فلا يجوز وصل شعر المرأة بشعرٍ آخرَ لهذه الأحاديث . ولما رُوى عن معاوية : « أنه أخرج كبة[1] من شعر فقال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مِثْل هذا ، وقال : إنما هلك بنو إسرائيل حين اتّخَذَ هذا نساؤُهم » وأما وصلُه بغير الشعر ، فإن كان بقدر ماتَشُدّ به رأسَها ، فلا بأس به ، لأن الحاجة داعية إليه ، ولايمكن التحرز منه ، وإن كان أكثر من ذلك ففيه روايتان :

(إحداها) أنه مكروه غيرُ مُحرَّم : لحديث مُعاوية فى تخصيص التى تَصِلُهُ بالشعر ، فيمكن جعل ذلك تفسيراً للفظ العام ، وبقيت الكراهة لعموم اللفظ فى سائر الأحاديث . وروى عنه أنه قال : لاتصلُ المرأة برأسها الشعر ، ولا القَرامِلَ ، ولا الصوف ، نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الوِصَال ، فكلّ شيء يصلُ ، فهو وصال . وروى عن جابر قال : « نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن تَصِلَ المرأةُ برأسِها شَيْئاً » وقال المروزىّ : جاءت امرأةٌ من هؤلاء الذين يَمْشُطون إلى أبى عبد الله فقالت : إنِّى أَصِلُ رَأْسَ المرأة بِقَرامِلَ وأَمْشُطُهَا ، فترى لى أن أَحُجّ مما اكتسبت ؟ قال : لا ، وكره كسبَها . وقال لها : يكونُ من مالٍ أطْيَب من هذا .

والظاهر : أن المحرم إنما هو وصلُ الشعر بالشعر . لما فيه من التدليس ، واستعمال المختلَف فى نجاسته ، وغيرُ ذلك لايحرُم ، لعدم هذه المعانى فيها وحصول المصلحة من تحسين المرأة لزَوْجها من غير مضرة ، والله أعلم .

فصـــــل

فأما النامِصَةُ : فهى التى تَنْتِفُ الشعر من الوجه ، والمُتَنَمِّصَةُ : المَنْتُوف شعرُها بأمرها ، فلا يجوز للخَبَر . وإن حلق الشعر فلا بأس ؛ لأن الخبَر إنّما ورد فى النّتف . نصّ على هذا أحمد .

وأما الواشِرَةَ : فهى التى تَبْرُدالأسنان بِمِبْرَدٍ ونحوه ، لتحددها ، وتفَلّجها . وتُحَسِّنَهَا ، والمستوشرَة: المفعولُ بها ذلك بإذنها ، وفى خبرٍ آخر : « لَعَنَ اللّهُ الْوَاشِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ » والواشمةُ : التى تَغْرِزُ جِلدَها بإبرة ثم تَحْشُوه كُحْلاً ، والْمُسْتَوْشِمَةُ : التى يُفعل بها ذلك .

---

(١) الكبة : بفتح الكاف وضمها : المجموعة من الشعر وغيره .

باب السواك وسنة الوضوء

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ والسواك سنة يُستحبُّ عند كلّ صلاة ﴾ .

أكثر أهل العلم يرون السواك سنة غير واجب ، ولا نَعلم أحداً قال بوجوبه إلا إسحاق ، وداود ، لأنه مأمور به . والأمرُ يقتضى الوجوب ؛ وقد رَوى أبو داود بإسناده : « أن النبى ﷺ : أُمِرَ بالوضوء عند كلّ صلاةٍ طاهراً ، وغيرَ طاهر . فلما شَقّ ذلك عليه أُمِرَ بالسواك عند كلّ صلاة » .

ولنا قول النبى ﷺ : « لَوْلا أَنْ أَشُقَّ على أُمَّتى لأَمَرْتُهم بالسِّواكِ عند كلّ صَلَاةٍ » متفق عليه ، يعنى لأمرتهم أمر إيجاب ، لأن المشقة إنما تلحق بالإيجاب لا بالندب . وهذا يدل على أن الأمر فى حديثهم أمرُ ندب واستحباب . ويحتمل أن يكون ذلك واجباً فى حق النبىّ ﷺ على الخصوص ، جمعاً بين الخبرين . واتفق أهل العلم على أنه سنة مؤكدة ، لحثّ النبىّ صلى الله عليه وسلم ومواظبته عليه ، وترغيبه فيه ، وندبه إليه . وتسميته إياه من الفطرة ، فيما روينا من الحديث . وقد رُوى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « السواكُ مَطْهَرَةٌ للفم ، مَرْضَاةٌ للربّ » رواه الإمام أحمدُ فى مسنده .

وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا دخل بيته بدأ بالسواك » رواه مسلم . ورُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنِّى لأَسْتَاكُ ، حتى لقد خشيتُ أن أُحْفِىَ مَقَادِمَ فَمِى » رواه ابن ماجه .

ويتأكّد استحبابُه فى مواضعَ ثلاثة : عند الصلاة ، للخبر الأوّل ، وعند القيام من النوم ، لما روى حُذيفةُ قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قامَ من الليل يَشُوصُ فاه بالسِّواك » متفق عليه ، يعنى يَغْسِلُه ، يقال : شاصَه يشُوصه ، وماصَه : إذا غسَلَه . وعن عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ لايَرْقُدُ من لَيْلٍ أو نَهارٍ فيَسْتَيقظُ إلاّ تَسَوّك ، قبل أن يَتَوَضّأ » رواه أبو داود . ولأنه إذا نام ينطَبِقُ فُوه فتتغَيّر رائحتُه ، وعند تغيّر رائحة فيه بمأكول أو غيره ، لأن السواك مشروعٌ لإزالة رائحته ، وتطيْيبه .

فصل

ويستاك على أسنانه ولسانه ، قال أبو موسى : « أَتَيْنَا رسولَ الله ، فرأيتُه يَسْتَاكُ على لِسَانه » متفق عليه . وقال عليه السلام : « إنّىَ لأَسْتَاكُ حتّى لَقد خَشِيتُ أنْ أُحْفِىَ مَقادِمَ فَمِى » ويستاك عَرْضاً ، لقوله عليه السلام : « اسْتَاكُوا عَرْضاً ، وادّهِنُوا غِبًّا ، واكْتَحِلُوا وِتراً » لأن السواك طولا من أطراف الأسنان إلى عمودها ربمّا أدمى اللثة ، وأفسد العمود ، ويستحبُّ التيامُن فى سواكه ، لأن عائشة رضى الله

عنهـا قالت : « كان النبي ﷺ يُعْجِبُه التيامُن فى تَنَعُّـله ، وترجُّـله ، وطُهوره ، وفى شأنه كلّه » متفق عليه . ويغسله بالماء ليُزيل ماعليه . قالت عائشة رضى الله عنهـا : « كانَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يُعطينى السِّواكَ أَغْسِلهُ ، فأبدأ به ، فأستاكُ ثم أَغْسِله ، ثم أَدْفَعُهُ إليه » رواه أبو داود . ورُوِى عنها قالت : « كُنّـا نُعِدُّ لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثةَ آنيَةٍ مُخَمَّرةٍ من الليل : إناءً لطُهوره ، وإناء لِسِواكه ، وإناء لشَرابه » أخرجه ابن ماجه .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يكون السواك عُوداً لَيِّناً يُنقى الفم ، ولا يَجْرحُـه ولا يضرُّه ، ولا يتَفَتّت فيه ، كالأراك والعُرجُون ، ولا يَستاك بعود الرُّمان ، ولا الآس ، ولا الأعواد الذكيّة . لأنّه رُوى عن قَبيصَة بن ذُؤَيْب قال : قال رسول الله ﷺ : لاتَخَلَّلُوا بعود الرَّيْحان ، ولا الرُّمان ، فإنهما يُحَرِّكان عِرْق الْجُذام » رواه محمد بن الحسين الأزدىّ ، الحافظ بإسناده . وقيل : السواك بعُود الرَّيحان يَضُرُّ بلَحْمِ الْفَمِ ، وإن استاك بأصْبَعه ، أو خِرْقةٍ ، فقد قيل : لايُصيبُ السُّنة ، لأن الشرع لم يَرِدْ به . ولا يحصُل الإنقاء به حصولَه بالعود ، والصحيحُ أنه يُصيب بقدر مايحصُل من الإنقاء ، ولا يترك القليل من السّنة للعَجْز عن كثيرها ، والله أعلم .

وقد أخـبرنا محمدُ بن عبد الباقى ، أخبرنا رزقُ الله بن عبد الوهاب التميمىّ ، أخـبرنا أبو الحسين ابن بِشران ، أخبرنا ابنُ البَخْترى ، حدثنا أحمدُ بن إسحق بن صالح ، حدثنا خالد بن خِداش ، حـدثنا محمد بن المثنَّى ، حدثنى بعض أهلى ، عن أنس بن مالك : « أن رجُـلاً من بنى عَمْرو بن عَوْف قال : يارسول الله ، إنك رَغَّبْتَنَا فى السِّوَاك ، فهـل دون ذلك من شىء ؟ قال : أَصْبعَيْكَ سِوَاكٌ عنـد وضُوئِكَ ، أَمِرَّهُما على أسْنَانِكَ ، إنه لاعَمل لمن لا نيةَ لَهُ ، ولا أَجْرَ لِمَنْ لاحَسَنَةَ لَهُ » .

« مسألة » قال ﴿ إلاّ أن يكون صائماً ، فيُمسك من وقت صلاة الظهر إلى أن تغرُب الشمس ﴾ .

قال ابن عقيل : لايختلف المـذهب أنّه لايُستحبُّ للصائم السواك بعـد الزوال ، وهل يـكره ؟ على روايتين :

(إحداها) يُكره : وهو قول الشافعىّ ، وإسحق وأبى ثَوْر . ورُوى ذلك عن عمر وعطاء ومُجاهد ، لِمَا رُوِى عن عمر رضى الله عنه أنّه قال : « يَسْتَاكُ ما بَيْنَه وبَيْن الظُّهر ، ولا يَسْتَاكُ بَعدْ ذلك » ولأنّ السواك أنما استُحِبّ لإزالة رائحة الفم . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : لَخُلُوفُ فَمِ الصَّائم عِنْدَ اللهِ أَطْيَبُ مِنْ ريح المِسْك » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، وإزالة المُستطاب مكروه ، كدم الشهداء ، وشَعَثِ الإحرام .

(والثانية) لا يـكره : ورَخَّص فيه غُدْوَةً وَعَشِياً النَّخَعِىّ ، وابن سيرين وعروة ، ومالك ،

وأصحاب الرأى . ورُوى ذلك عن عمر ، وابن عبّاس ، وعائشة رضى الله عنهم ، لعموم الأحاديث المرويّة فى السواك ، وقولِ رسول الله ﷺ : « مِنْ خَيْرِ خِصَالِ الصَّائِم السِّوَاكُ » رواه ابن ماجة . وقال عامرُ ابن ربيعة : رأيت النبيَّ ﷺ مَا لا أُحْصِى يَتَسَوَّكُ وهو صائم » قال الترمذى : هذا حديث حَسَن .

(مسألة) قال ﴿ وغَسْلُ اليدين إذا قام من نوم الليل ، قبل أن يُدخلهما الإناءَ ثلاَثاً ﴾ .

غَسْلُ اليدين فى أول الوضوء مسنون فى الجملة ، سواء قام من النوم أو لم يقم ، لأنها التى تُغمس فى الإناء ، وتَنقُل الوضوء إلى الأعضاء . ففى غسلهما إحراز لجميع الوُضوء ، وقد كان النبى ﷺ يفعله ، فإن عثمان رضى الله عنه وصف وضوء النبى ﷺ فقال : « دَعَا بِالْمَاءِ فأفْرَغَ على كَفَّيْهِ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ فغسلهما ، ثم أَدْخَلَ يَدَهُ فى الإناء » متفق عليه . وكذلك وصفَ عليٌّ وعبد الله بنُ زيد وغيرُهما . وليس ذلك بواجب عند غير القيام من النوم ، بغير خلافٍ نعلمه . فأما عند القيام من نوم الليل فاختلفت الروايةُ فى وُجوبه . فرُوى عن أحمد وجوبُه وهو الظاهر عنه ، واختيار أبى بكر ، وهو مذهبُ ابن عمر ، وأبى هُرَيْرة ، والحسن البصرىّ . لقول النبى ﷺ : « إذا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ من نَوْمِهِ فَلْيَغْسِلْ يَدَيْهِ قَبْلَ أن يُدْخِلَهُمَا الإناءَ ثَلاَثاً ؛ فإنّ أَحَدَكُمْ لا يَدْرِى أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ » متفق عليه . وفى لفظ لمسلم : « فلا يَغْمِسْ يَدَهُ فى وَضُوءٍ حتَّى يَغْسِلَهُمَا ثَلاَثاً » وأمره يقتضى الوجوبَ ، ونهيُه يقتضى التحريم . ورُوى أن ذلك مستحبٌّ ، وليس بواجب وبه قال عطاء ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحابُ الرأى ، وابن المُنذر . لأن الله تعالى قال (٥ : ٦ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاَةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ) الآية . قال زيد بن أسلم فى تفسيرها « إِذَا قُمْتُمْ مِنْ نَوْمٍ » ولأن القيام من النوم داخل فى عموم الآية . وقد أمر بالوضوء من غير غَسْل الكفين فى أوّله . والأمر بالشيء يقتضى حصول الإجزاء به ، ولأنه قائم من نوم ، فأشبه القائم من نَوْم النَّهار . والحديث محمول على الاستحباب ، لتعليله بما يقتضى ذلك ، وهو قوله : « فإنه لاَ يَدْرِى أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ » وطَرَيَانُ الشكِّ على يقين الطهارة لا يُؤَثّر فيها ، كما لو تيقَّن الطهارة ، وشكّ فى الحَدَثِ . فيدل ذلك على أنه أراد الندب .

فصـــل

ولا تختلف الرواية فى أنه لا يجب غسلهما من نوم النهار . وسوَّى الحسنُ بين نوم الليل ونوم النهار فى الوجوب ، لعموم قوله : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ » .

ولنا أن فى الخبر ما يدلّ على إرادة نوم الليل ، لقوله : « فإنّه لاَ يَدْرِى أينَ بَاتَتْ يَدُه » والمبيتُ يكون بالليل خاصّةً ، ولا يصح قياس غيره عليه ، لوجهين :

(أحدهما) أن الْحُكم ثبتَ تعبُّداً . فلا يصح تعديتُه .

(والثانى) أن الليل مَظِنَّةُ النوم ، والاستغراق فيه ، وطول مدته . فاحتمال إصابة يده لنجاسةٍ

لايشعُر بها أكثر من احتمال ذلك فى نوم النهار . قال أحمدُ فى رواية الأثْرم : الحديثُ فى المَبيت بالليل ، فأما النهار فلا بأس به .

فصـــل

فإن غمس يده فى الإناء قبل غَسلها ، فعلى قول من لم يُوجب غَسلها : لا يُؤثّر غَمْسُها شيئاً ، ومن أوجبه قال : إن كان المـاء كثيراً يَدْفَعُ النجاسة عن نفسه لم يُؤثر أيضاً ، لأنه يدفع الخَبَثَ عن نفسه ، وإن كان يسيراً ، فقال أحمد : أَعْجَبُ إلىّ أن يُهَرِيقَ المـاء ، فيحتملُ أن تجب إراقتُه ، وهو قول الحسن ، لأن النهى عن غمس اليد فيه يدلّ على تأثيره فيه . وقد رَوى أبو حفص عمر بن المسلم العُكْبَرِىّ فى الخبر زيادةً عن النبى ﷺ : « فإنْ أَدْخَلَهَا قَبْلَ الْغَسْل أَرَاقَ المَاءَ » ويحتمل أن لاتزول طَهُورِيّتُه ولا تجب إراقته ، لأن طَهُورية المـاء كانت ثابتة بيقين ، والغمسُ المحرّم لا يقتضى إبطال طَهُورِيَةَ الماء . لأنه إن كان لِوَهْمِ النجاسة فالوهم لا يزول به يقين الطَّهُورية . لأنه لم يُزل يقين الطهـارة . فكذلك لايُزيل الطَّهُورِية . فإننا لم نحكم بنجاسة اليد ولا الماء ، ولأن اليقين لا يزول بالشك فبالوهم أولى ، وإن كان تعبُّداً فنقتصر على مقتضى الأمر والنهى ، وهو وجوب الغسل ، وتحريم الغمس ، ولا يُعَـدَّى إلى غير ذلك ، ولا يصح قياسه على رفع الحدث ، لأن هذا ليس بحدث . ولأن من شرط تأثير غمس المُحدث أن يَنوِيَ رفعَ الحدث . ولا فرق ههنا بين أن يَنوِيَ ، أو لاينوى . وقال أبو الخطّاب : إن غمس يده فى المـاء قبل غسلها ، فهل تبطل طَهُوريّته ؟ على روايتين .

فصـــل

وحَدُّ اليد المأمور بغسلها : من الـكوع[1] ، لأنّ اليد المُطلقة فى الشرع تتناول ذلك ، بدليـل قوله تعالى (٥ : ٣٨ والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) وإنمـا تقطع يد السارق من مفصل الـكوع ، وكذلك فى التيمُّم ، يكون فى اليدين إلى الـكوع ، والدِّيَةُ الواجبة فى اليد تجبُ على مَنْ قَطَعها من مَفْصِل الـكوع . وغَمْسُ بعضها ولو إصبعٌ أو ظِفرٌ منها كغَمْسِ جميعها فى أحد الوجهين . لأن ما تعلّق المنع بجميعه تعلّق ببَعضه ، كالحدث والنجاسة . والثانى : لا يمنع ، وهو قول الحسن ، لأن النهى تناول غمس جميعها . ولا يلزم من كون الشىء مانعاً كون بعضه مانعاً ، كما لا يلزم من كون الشىء سبباً ، كونُ بعضه سبباً ، وغمسُها بعد غسلها دون الثلاث كغمسها قبل غسلها ، لأن النهى لا يزول حتى يغسلها ثلاثاً[2] .

---

(١) : الـكوع : هو العظم الناتىء فى أول الساعد مما يلى الـكف ، هـذا أول اليد ، وآخرها أطراف الاصابع .

(٢) التثليث فى جميع أحواله سنةوليس بواجب ، فجعله هنا واجباً تشديد ، والأولى أن غسل اليدين مرة واحدة قبل إدخالها فى الإناء يكفى لامتثال الأمر ، وعدم إراقة الماء ، والأمر للاستحباب .

فصـــل

ولا فرق بين كون يد النـائم مُطْلَقَةً أو مشدودة بشىء ، أو فى جِرَاب ، أو كون النـائم عليـه سراويله ، أو لم يـكن . قال أبو داود : سُئِل أحمدُ : إذا نام الرجل وعليه سراويله ؟ قال : السراويلُ وغيرُه واحد ، قال النبى ﷺ : « إذا انْتَبَهَ أَحَدُكم من مَنَامِهِ فَلَا يُدْخِلْ يَدَهُ فى الإناء حتى يَغْسِلَهَا ثَلَاثًا » يعنى أن الحديث عامٌّ ، فيجب الأخذ بعمومه . ولأن الحـكم إذا تعلق على المَظِنَّة لم يُعتبر حقيقةً الحـكمة ، كالعدة الواجبة لاستبراء الرَّحِم تجبُ فى حَقِّ الآيِسَة ، والصغيرة . وكذلك الاستبراء ، مع أن احتمال النجاسة لا ينحصر فى مسِّ الفرج ، فإنه قد يـكون فى البـدن بَثْرَةٌ أو دُمَّل ، وقد يحُكُّ جسده فيخرج منه دَمٌ بين أظفاره ، أو يخرج من أنفه دَمٌ ، وقد تـكون نَجِسةً قبل نومه فينسى نجاستها لطول نَوْمه . على أن الظاهر عند من أوجب الْغَسْلَ أَنَّهُ تَعَبُّدٌ ، لا لعلّة التَّنْجِيس . ولهذا لم يُحـكم بنجاسة اليد ولا الماء . فيعُمّ الوجوب كلَّ من تناوله الخبَر .

فصـــل

فإن كان القائم من النوم صَبِيًّا أو مجنونًا أو كافراً ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه كالمسلم البالغ العاقل ، لأنه لايدرى أين باتت يده .

(والثانى) أنه لايؤثر غَمْسُه شيئاً . لأن المنع من الْغَمس إنمـا يثبُت بالخطاب ، ولا خطاب فى حقّ هؤلاء ، ولأن وجوب الغسل ها هنا تعبُّد ، ولا تعبُّد فى حقّ هؤلاء . ولأن غمسهم لو أثر فى المـاء لأثّر فى جميع زمانهم ، لأن الغسل المُزيل من حكم المنع من شَرْطه النيّة وماهم من أهلها ، ولا نعلمُ قائلاً بذلك .

فصـــل

والنوم الذى يتعلق به الأمر بغسل اليد مانَقَضَ الْوُضوء ، ذكره القاضى ، لعموم الخـبر فى النوم . وقال ابن عقيل : هو ما زاد على نصف الليل : لأنه لا يـكون بائتاً إلا بذلك ، بدليـل أن من دَفَعَ من مُزْدَلِفَةَ قبل نصف الليل لا يكون بائتاً بها . ولهذا يلزمه دم . بخلاف من دَفَعَ بعد نصف الليل . والأول أصحّ ، وما ذكره يبطل بما إذا جاء مزدَلِفَةَ بعدنصف الليل ، فإنه يـكون بائتاً بها ، ولا دم عليه ، وإنما بات بها دون النصف .

فصـــل

وغَسل اليدين يفتقر إلى النية عند من أوجبه فى أحد الوجهين ، لأنه طهارة تعبُّدية ، فأشبه الوضوء والْغُسل . والثـانى : لا يفتقر إلى النيّة . لأنه معُلَّل بوَهْم النجاسة ، ولا تُعتـبر فى غسلها النيَّة . ولأن المأمور به الْغَسل . وقد أتى به ، والأمر بالشىء يقتضى حصول الإجزاء به ، ولا يفتقر الغسل إلى تسمية .

وقال أبو الخطّاب : يفتقر إليها قياساً على الوضوء . وهـذا بعيد ، فإن التسمية فى الوضوء غـير واجبة فى الصحيح . ومن أوجبها فإنما أوجبها تعبُّداً . فيجب قصرها على محلّها . فإن التعبد به فرع التعليل ، ومن شرطه كون المعنى معقولاً ، ولا يُمكن إلحاقه به لعدم الفرق . فإن الوضوء آكدُ ، وهو فى أربعة أعضاء ، وسببه غير سبب غسل اليد .

فصــــل

ولو انغمس الجُنب فى ماء كثير أو توضأ فى ماء كثير ، يَغْمِسُ فيه أعضاءه ، ولم ينو غَسْلَ اليدين من نوم الليل . صحّ غُسْلُه ووضوؤه ولم يُجزه عن غَسْل اليد من نوم الليل عند من أوجب النية فى غَسْلِهما . لأن بقاء النجاسة على العضو لا يمنعُ رفع الحَدَث . فلو غسل أنفه ، أو يده ، فى الوضوء ، وهو نجس ، لارتفع حَدَثُه ، وبقاء الحدث على الوضوء لايمنعُ رَفْعَ حَدَثٍ آخر . بدليل ما لو توضأ الجُنُبِ يَنْوِى رفع الحَدَث الأصغَر ، أو اغْتَسَل ولم يَنْوِ الطهارة الصُّغْرَى ، صحّت المَنْوِيَّة دون غيرها . وهذا لا يخرجُ عن شبَهِهِ بأحد الأمرين .

فصــــل

إذا وجد ماء قليلا ليس معه ما يغترف به ، ويداه نجستان ، فقال أحمد : لا بأس أن يأخُذَ بفيه ، ويَصُبّ على يده ، وهكذا لو أمكنه غمسُ خِرْقَةٍ أو غيرها ، وصبَّه على يده فعلَ ذلك . فإن لم يمكنه شيء من ذلك تيمَّمَ وتركَه ، لئلا يُنجِّس الماء ويَتَنَجَّسَ به . فإن كان لم يَغسل يديه من نوم الليل توضأ منه عند من يجعل الماء باقياً على إطلاقه ، ومن جعله مستعملاً قال : يتوضأ به ويتيمَّمُ معه ، ولو استيقظ المحبوسُ من نومه فلم يدر : أهو من نوم النهار ، أو الليل ؟ لم يلزمه غَسْلُ يديه ، لأن الأصل عدمُ الوجوب . فلا نوجبُه بالشكّ .

« مسألة » قال ﴿ والتسمية عند الوضوء ﴾ .

ظاهر مذهب أحمد رضى الله عنه : أن التسمية مسنونة فى طهارة الأحداث كُلِّها . رواه عنه جماعة من أصحابه . وقال الخلاَّل : الذى أسفَرت الروايات عنه : أنه لابأس به ، يعنى إذا ترك التسمية . وهذا قول الثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبى عُبَيْدَة ، وابن المُنذر ، وأصحاب الرأى ، وعنه أنها واجبة فيها كلِّها : الوضوء ، والغسل ، والتيمم ، وهو اختيار أبى بكر ومذهبُ الحسن وإسحاق . لما رُوى أن النبى ﷺ قال : « لاَ وُضُوءَ لِمَنْ لم يَذْكُر اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ » رواه أبو داود والترمذىّ . ورواه عن النبى ﷺ جماعة من أصحابه . قال الإمام أحمد : حديث أبى سعيد أحسنُ حديث فى هـذا الباب . وقال الترمذىّ : حديثُ سعيدبن زيد أحسنُ . وهذا نفى فى نـكرة يقتضىأن لايصح وضوؤه بدون التسمية . ووجه الرواية الأولى : أنها طهارة ، فلا تفتقر إلى التسمية ، كالطهارة من النجاسة ، أو عبادة ، فلا تجب

فيها التسمية ، كسائر العبادات ، ولأن الأصل عدمُ الوجوب ، وإنما ثبت بالشرع والأحاديث ·

قال أحمد : ليس يثبُت فى هذا حديث ، ولا أعلم فيه حديثاً له إسناد جَيِّد . وقال الحسنُ بنُ محمـد : ضَعَّف أبو عبد الله الحديثَ فى التسمية .وقال : أقوى شىء فيه حديثُ كَثِير بن زَيْد عن ربيح ، يعنى حديث أبى سعيد ـ ثم ذكر ربيحاً ، أى من هو ؟ ومن أبوه ؟فقال : يعنى الذى يروى حديث سعيدبن زيد ، يعنى أنهم مجهولون ، وضعَّف إسناده ،وإن صحّ ذلك فيُحمل على تأكيد الاستحباب و نفى الكمال بدونها . كقوله : « لا صَلَاةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إلاّ فى المَسْجِدِ » .

فصـــــل

وإن قلنا بوجوبها فتركها عمداً ، لم تصحّ طهارته ، لأنه ترك واجباً فى الطهارة ،أشبه مالو ترك النيّة، وإن تركها سهواً صحّت طهارته . نصّ أحمدُ فى رواية أبى داود ، فإنه قال : سألتُ أحمـد بن حنبل : إذا نسى التسمية فى الوضوء ؟ قال : أرجو أن لا يـكون عليه شىء ، وهذا قول إسحاق . فعلى هذا إذا ذكرها فى أثناء طهارته أتى بها حيثُ ذكرها ، لأنه لما عُفى عنها مع السهو فى جُملة الوضوء ففى بعضه أولى ، وإن تركها عمداً حتى غسل عضواً لم يُعْتَدّ بغسله ، لأنه لم يذكر اسمَ الله عليه مع العمد . وقال الشيخ أبو الفرج : إذا سَمَّى فى أثناء الوضوء أجزأه ، يعنى على كل حال ، لأنه قد ذكر اسم الله على وُضوئه . وقال بعض أصحابنا : لا تسقط بالسهو ، لعموم الخبَر ، وقياساً لها على سائر الواجبات ، والأول أولى ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «عُفِيَ لِأُمَّتِي عنالخَطَإ وَالنِّسْيَانِ» ولأن الوضوء عبادةٌ تتغَايرُ أفعالها ، فكان فى واجباتها ما يَسْقطُ بالسهو كالصلاة ، ولا يصحّ قياسُها على سائر واجبات الطهارة . لأن تلك تأكد وجوبها ، بخلاف التسمية .

إذا ثبت هذا فإن التسمية هى قول : « بِسْمِ اللهِ » لا يقوم غيرُها مَقامَها ،كالتسمية المشروعة على الذبيحة ، وعند أكل الطعام وشرب الشراب ، وموضعها بعد النية قبل أفعال الطهارة كلها . لأن التسمية قولٌ واجب فى الطهارة ، فيكون بعد النية ، لتشمل النيَّةُ جميعَ واجباتها ، وقبل أفعال الطهارة ، ليكون مُسَمِّياً على جميعها ، كما يُسَمِّى على الذَّبيحَة وقتَ ذبحها .

« مسألة » قال ﴿ والمبالغةُ فى الاستنشاق إلا أن يكون صائماً ﴾ .

معنى المبالغة فى الاستنشاق : اجتذاب الماء بالنفَس إلى أقصى الأنف ، ولا يجعله سَعُوطاً ، وذلك سُنَّةٌ مستحبة فى الوضوء ، إلا أن يكون صائماً فلا يُستحبُّ ، لا نعلم فى ذلك خلافاً، والأصل فى ذلك ماروى عاصِمْ بن لَقِيطِ ، بن صَبِرَة ، عن أبيه قال : « قلت : يا رسول الله ، أخبرنى عن الوضوء ؟ قال : أَسْبِـغْ الْوُضوءَ وخَلِّلْ بيْنَ الأصَابع ، وبالِـغْ فى الاسْتِنشَاقِ إلاّ أن تـكونَ صائماً » رواه أبو داود والترمذىّ وقال : حديث حسن صحيح ، ولأنه من أعضاء الطهارة ، فاستُحِبَّت المبالغةُ فيه كسائر أعضائها .

فصـــل

المبالغة مُستحبّة فى سائر أعضاء الوضوء ، لقوله ﷺ : « أَسْبِـغِ الْوُضوءَ » ، والمبالغة فى المضمضة : إدارة المـاء فى أعماق الفم وأقاصيه وأشْداقه ، ولا يجعـلُه وَجُوراً[1] ، ثمّ يَمُجّه ، وإن ابتلعه جاز ، لأن الْغَسل قد حصل ، والمبالغة فى سائر الأعضاء : بالتخليل ، وبتَتبُّعُ المواضع التى ينبو عنها بالدلك والْعَرْك ، ومجاوزة موضـع الوجوب بالْغَسل . وقد رَوى نُعَـيْمُ بن عبد الله أنه رأى أبا هُرَيرة يَتَوضَّأ فَغَسل وجهه ويديه ، حتى كاد يبلغُ الْمَنْـكِبَيْن ، ثم غسل رجليه حتى رفع إلى الساقين ، ثم قال : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « إِنَّ أُمَّتِي يَأْتُونَ يَوْمَ الْقِيامَةِ غُرًّا مُحَجَّلِينَ[2] من أَثَرِ الْوُضـوءِ ، فَمنِ اسْتَطَاعَ منـكُمْ أَنْ يُطيلَ غُرَّتَهُ فَلْيفْعل » متفق عليه . روى أبو حازم عنه قريباً من هذا ، وقال : سمعتُ خَلِيلِي يقول: « تَبْلُغُ الْحِلْيَةُ مِنَ المؤْمِنِ حَيْثُ يَبْلُغُ الْوُضوءِ » متفق عليه .

« مسألة » قال : ﴿ وتخليل اللحية ﴾ .

وجمـلة ذلك : أن اللحية إن كانت خفيفة تَصِفُ البَشَرة ، وجب غسل باطنها ، وإن كانت كثيفةً لم يَجب غسلُ ما تحتهـا ، ويُستحبّ تخليلُها ، وممن رُوى عنـه أنه كان يُخلّل لِحْيته : ابنُ عمر ، وابنُ عبّاس ، والحسنُ ، وأنس ، وابن أبى ليلى ، وعطاء بنُ السائب . وقال إسحاق : إذا ترك تخليل لحيته عامـداً أعاد ، لأنَّ النبى ﷺ : « كان يُخَلِّلُ لِحْيَتَهُ » رواه عنه عُثمان بنُ عفـان ، قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وقال البخارىّ : هذا أصح حديث فى الباب . وروى أبو داود عن أنس : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كانَ إذا تَوَضَّأَ أخذ كفاً من ماءٍ فَأَدْخَلَهُ تَحْتَ حَنَـكه وقال : «هكذا أَمَرَنِى رَبِّى عَزَّ وَجَلّ » وعن ابن عمر قال : « كان رسول الله ﷺ إذ تَوَضَّأَ عرَكَ عَارِضَيْهِ بَعْضَ الْعَرْكِ[3] ، ثم شَبَّكَ لِحْيَتَهِ بأصبعهِ ، مِنْ تَحْتِها » رواه ابن ماجه . وقال عطاء وأبو ثور : يجب غسل باطن شعور الوجه ، وإن كان كثيفاً كما يجب فى الجنابة ، ولأنه مأمور بغسل الوجـه فى الوضوء ، كما أمر بغسله فى الجنابة ، فما وجب فى أحدهما وجب فى الآخر مثله .

ومذهب أكثر أهل العلم : أن ذلك لا يجب ، ولا يجب التخليل ، وممن رَخَّص فى ترك التخليل : ابن عمر ، والحسن بن علىّ ، وطاوس ، والنَّخعىّ ، والشعبىّ ، وأبو العالية ، ومُجاهد ، وأبو القاسم ، ومحمـد

---

(١) لايجعله وجوراً : لايبتلعه ، لأن الوجور بفتح الواو وضمها الدواء ، والمـاء الذى يشرب مع كراهة شربه .

(٢) الغرة : بياض فى الوجه ، والتحجيل ، بياض فى اليدين والرجلين .

(٣) العارضان : هما العظمان اللذان تنبت عليهما اللاحية يميناً وشمالا ، وعركهما : دلكهما والمراد الشعر الذى عليهما ، وتشبيك اللحية : إدخال الأصابع بين شعرها الكثيف من تحت إلى فوق .

ابن علىّ ، وسعيدُ بن عبد العزيز ، والمُنذر ، لأنّ الله تعالى أمَرَ بالْغَسل ولم يذكر التخليل . وأكثرُ من حكى وُضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحكه(١) ولو كان واجباً لما أخلّ به فى وُضوء ، ولو فعله فى كل وضوء ، لنقله كلُّ من حكى وضوءه ، أو أكثرهم ، وتركه لذلك يدلُّ على أن غسل ما تحت الشعر الكثيف ليس بواجب ، لأن النبىّ ﷺ كان كثيف اللّحْية ، فلا يبلغ الماء ما تحت شعرها ، بدون التخليل والمبالغة ، وفعلُه التخليلَ فى بعض أحيانه ، يدلّ على استحباب ذلك ، والله أعلم .

فصــــل

قال يعقوب : سألتُ أحمدَ عن التخليل ؟ فأرانى من تحت لِحْيته(٢) ، يخلل بالأصابع . وقال حنبل : من تحت ذقنه ، من أسفل الذقن ، يُخلِّل جانبى لحيته جميعاً بالماء ، ويمسحُ جانبيها وباطنَها . وقال أبو الحارث . قال أحمد : إن شاء خَلَّلها مع وَجْهه ، وإن شاء إذا مَسحَ رأسه .

ويُستحبُّ أن يتعهّد بقيّة شعور وجهه ، ويمسحَ ماقيه ، ليزول ما بهما من كُحْل أو غَمَص(٣) ، وقد روى أبو داود بإسناده عن أبى أُمَامة أنه : « ذَكَرَ وُضُوءَ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : وَكَانَ يَمْسَحُ المَاقَيْنِ »(٤) .

« مسألة » قال ﴿ وأخذُ ماءٍ جديدٍ للأذنين ، ظاهرِهما وباطنِهما ﴾ .

المستحبُّ : أن يأخذ لأذنيه ماء جديداً . قال أحمد : أنا أستحبُّ أن يأخذ لأذنيه ماءً جديداً ، كان ابن عمر يأخذ لأذنيه ماءً جديداً ، وبهذا قال : مالك والشافعىّ . وقال ابن المُنذر : هذا الذى قالوه غيرُ موجود فى الأخبار . وقد روى أبو أُمَامة وأبو هريرة وعبدُ الله بن زَيْد ، أنَّ النبىّ ﷺ قال : « الأُذُنَانِ مِنَ الرَّأْسِ » رَوَاهُنَّ ابنُ ماجه . وروى ابنُ عباس ، والرُّبَيِّع بنت مُعَوِّذ ، والمقدامُ بن معد يكرب : « أن النبى ﷺ مَسَحَ بِرَأْسِهِ وَأُذُنَيْهِ مَرَّةً وَاحِدَةً » رواهنّ أبو داود .

ولنا أن إفرادهما بماء جديد قد رُوى عن ابن عمر ، وقد ذهب الزهرىُّ إلى أنهما من الوجه . وقال الشعبىُّ : ما أقبل منهما من الوجه ، وظاهرُهما من الرأس ، وقال الشافعىّ ، وأبو ثور : ليسا من الوجه ، ولا من الرأس ، ففى إفرادهما بماء جديد خروج من الخلاف ، فكان أولى ، وإن مسحهما بماء الرأس أجزأه . لأنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم فعله .

---

(١) لم يحكه : أى لم يذكر التخليل فى وضوء النبى صلى الله عليه وسلم .
(٢) أرانى من تحت لحيته : أرانى كيفية التخليل وأنه يبدأ من تحتها عند الذقن .
(٣) الغمص : الرمص ، وهو المسمى عند العامة (بالعماص) .
(٤) الماقين : تثنية « ماق » وهو طرف العين مما يلى الأنف ، وهو مجرى الدمع وموضع الغمص .

فصــــل

قال المروزىّ(١) : رأيتُ أبا عبد الله مسح رأسَه ، ولم أره يمسحُ على عُنقِه . فقلت له : أتمسحُ على عُنقك ؟ قال : إنه لم يُرْوَ عن النبى صلى الله عليه وسلم ؟ فقلت : أليس قد رُوى عن أبى هريرة ؟ قال : هو موضعُ الْغَسال ؟ قال : نعم ، ولكن هكذا يمسحُ النبىُّ صلى الله عليه وسلم لم يفعله . وقال أيضاً : هو زيادة . وذكر القاضى وغيره أن فيه رواية أخرى : أنه مستحبّ . واحتج بعضهم أن فى خبر ابن عباس : « امسَحُوا أعناقكم مَخَافَةَ الْغَسل » والذى وقفتُ عليه عن أحمد فى هذا : أن عبد الله قال : رأيتُ أبى إذا مسح رأْسه ، وأُذنيه فى الوضوء مَسَح قفاه . ووهّنَ الخلاَّلُ هذه الرواية . وقال : هِيَ وَهَم . وقد أنكر أحمدُ حديثَ طلحة بن مُصرِّف ، عن أبيه عن جدِّه : « رأيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسحُ رأسه ، حتى بلغ القَذَال » وهو أول الْقَفَا . وذكر أن سفيانَ كان يُنكره ، وأنكره يحيى أيضاً . وخبَرُ ابن عباس لانعرفه . ولم يروه أصحابُ السنن .

فصــــل

وذكر بعض أصحابنا من سُنن الوضوء : غَسْل داخل العينين . ورُوى عن ابن عمر : أنه عَمِيَ من كثرة إدخال الماء فى عَيْنَيْهِ ، وقال القاضى : إنما يُستحبّ ذلك فى الْغُسْل . نصّ عليه أحمدُ فى مواضع . وذلك لأن غُسْل الجنابة أبلغُ ، فإنه يَعُمُّ جميع البدن ، وتُغسل فيه بواطن الشعور الكثيفة ، وماتحت الجفنين ، ونحوهما ، وداخل العينين ، من جملة البدن الممكن غَسْلُه . فإذا لم تجب ، فلا أقلّ من أن يكونَ مُستحبًّا . والصحيح : أن هذا ليس بمسنون فى وضوء ، ولا غُسل . لأن النبى ﷺ لم يفعله ، ولا أمر به وفيه ضرر . وما ذكر عن ابن عمر فهو دليل على كراهته ، لأنه ذهب ببصره ، وفعل مايخاف منه ذهابَ البصر أو نقصُه من غير ورود الشرع به إذا لم يكن مُحرّماً فلا أقل من أن يكون مكروهاً .

« مسألة » قال ﴿ وتخليل مابين الأصابع ﴾ .

تخليل أصابع اليدين ، والرجلين فى الوضوء مسنون ، وهو فى الرجلين آكد . لقول النبى ﷺ لِلقيط بن صَبرة « أَسْبِغِ الوُضوءَ ، وخلِّلِ الأصابع » وهو حديث صحيح . وقال المُسْتَوْرِدُ بن شَدَّاد : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا تَوَضَّأ دَلَكَ أَصَابِعَ رِجْلَيْهِ بِخِنْصَرِهِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والترمذىّ ، وقال : لا نعرفُه إلاّ من حديث ابن لَهِيعة . ويُستحبُّ أن يُخلِّل أصابع رِجْليه بخنصره ، لهذا الحديث . ويبدأ فى تخليل اليُمنَى من خنصرها إلى إبهامها ، وفى اليُسرى من إبهامها إلى خِنْصَرِها . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يحبُّ التيامُنَ فى وُضوئه . وفى هذا تيامن .

---

(١) المروزى : بالزاى لا بالذال كما فى جميع هذا الكتاب ، وهو نسبة إلى مرو ، إذ يقال فى النسب إليها مروى بسكون الراء ، ومروى ، بفتحها ومروزى بزيادة الزاى بعد الراء ، وهى بلد من بلاد فارس .

فصل

يُستحبّ أن يحرِّكَ رِجْلَه بيَدِه ، ويتعهّدَ عَقِبَه والمواضعَ التى يَزْلقُ عنها الماء . قال أبو داود : قلت لأحمد : إذا توَضَّأ فأدخل رجله فى الماء وأخرجها ؟ قال : ينبغى أن يُمِرَّ يده على رِجْلِه ويُخَلِّل أصابعَه ؛ قلت : فإن لم يفعل ، يُجزئه ؟ قال : أرجو أن يُجزئه من التخليل ، أن يُحَرِّك رجلَه فى الماء ، فإنه ربما زَلِقَ الماء عن الجسد فى الشتاء . قيل له : مَنْ توَضَّأ يُحَرِّك خاتَمَه ؟ قال : إن كان ضَيِّقاً لابُدَّ أن يُحرِّكه . وإن كان واسعاً يدخُل فيه الماء أجزأه ، وقد رَوى أبو رافع رضى الله عنه : « أن رسول الله ﷺ كَانَ إذا توَضَّأ حرَّكَ خاتَمَهُ » ، وإذا شَكَّ فى وصول الماء إلى ما تحته وجب تحريكه ليتيقّن وُصول الماء إليه ، لأن الأصل عدمُ وصوله . وإن الْتفَّ بعضُ أصابعه على بعض ، وكان مُتَّصِلاً لم يجب فصل إحداهما من الأخرى ، لأنهما صارتا كأصْبع واحدة . وإن لم يكن ملتصقاً وجب إيصالُ الماء إلى ما بينهما .

« مسئلة » قال ﴿ وغسل الميامِن قبل المَياسِر ﴾ .

لاخلاف بين أهل العلم — فيما علمنا — فى استحباب البُدَاءة باليُمْنى . وممن رُوى ذلك عنه : أهلُ المدينة ، وأهل العراق ، وأهل الشام ، وأصحابُ الرأى ، وأجمعوا على أنه لا إعادة على من بدأ بيساره قبل يمينه ، وأصل الاستحباب فى ذلك : ماروى : أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعجبه ذلك ويفعله ، فروت عائشة : « أن النبّى ﷺ كان يحبُّ التيمُّنَ فى تَنَعّـلِه وترجُّله ، وطُهوره ، وفى شأنه كلّه » متفق عليه . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذَا تَوَضَّأْتُمْ فابْدَءُوا بمَيَامِنكم » رواه ابنُ ماجه . وحكى عثمان وعلىّ رضى الله عنهما وضُوءَ النبى صلى الله عليه وسلم[(1)] : « فَبَدَأَ باليُمْنَى قبلَ اليُسْرى » رواهما أبو داود . ولايجبُ ذلك لأن اليدين بمنزلة العضو الواحد . وكذا الرجلان . فإن الله تعالى قال (٥ : ٦ وَأَيْدِيَكُمْ — وَأَرجُلَكُمْ) ولم يَفْصل . والفقهاء يُسمُّون أعضاء الوضوء أربعة ، يجعلون اليدين عضواً ، والرجلين عضواً . ولا يجب الترتيب فى العضو الواحد .

---

(١) أى قالوا : فبدأ باليمنى قبل اليسرى .

باب فرض الطهارة

« مسئلة » قال (وفرض الطهارة ماء طاهر ، وإزالة الحدث) .

أراد بالطاهر الطهور : وقد ذكرنا فيما مضى أن الطهارة لاتصح إلا بالماء الطهور . وعنى بإزالة الحدث الاستنجاء بالماء أو بالأحجار . وينبغى أن يتقيد ذلك بحالة وجود الحدث ، كما تقيد اشتراط الطهارة بحالة وجوده . وسمى هذين فرضين لأنهما من شرائط الوضوء . وشرائط الشىء واجبة له . والواجب هو الفرض ، فى إحدى الروايتين . وظاهر كلام الخرقى : اشتراط الاستنجاء لصحة الوضوء . فلو توضأ قبل الاستنجاء لم يصح كالتيمم . والرواية الثانية : يصح الوضوء قبل الاستنجاء ، ويستجمر بعد ذلك بالأحجار ، أو يغسل فرجه بحائل بينه ، وبين يديه ، ولا يمس الفرج . وهذه الرواية أصح ، وهى مذهب الشافعى ، لأنها إزالة نجاسة ، فلم تشترط لصحة الطهارة ، كما لو كانت على غير الفرج . فأما التيمم قبل الاستجمار فقال القاضى : لايصح وجهاً واحداً . لأن التيمم لايرفع الحدث . وإنما أبيح للصلاة ، ومن عليه نجاسة يمكنه إزالتها[1] لاتباح له الصلاة ، فلم تصح نية الاستباحة كالتيمم قبل الوقت . وقال القاضى : فيه وجه آخر : أن التيمم طهارة فأشبهت الوضوء . والمنع من الإباحة لمانع آخر لايقدح فى صحة التيمم ، كما لو تيمم فى موضع نُهِيَ عن الصلاة فيه ، أو تيمم مَنْ على ثوبه نجاسة ، أو على بدنه ، فى غير الفرج ، وقال ابن عقيل : لوكانت النجاسة على غير الفرج من بدنه ، فهو كما لو كانت على الفرج ، لما ذكرنا من العلة ، والأشبهُ التفريق بينهما ، كما لو افترقا فى طهارة الماء . ولأن نجاسة الفرج سبب فى وجوب التيمم . فجاز أن يكون بقاؤها مانعاً منه ، بخلاف سائر النجاسات .

« مسئلة » قال ﴿ والنية للطهارة ﴾ .

يعنى نية الطهارة ، والنيةُ : القصدُ ، يقال : نواك الله بخَيْر ، أى قصدك به . ونويتُ السفر ، أى قصدته ، وعزمتُ عليه . والنية من شرائط الطهارة للأحداث كلّها ، لايصحّ وضوء ، ولا غسل ، ولا تيمم ، إلا بها . ورُوى ذلك عن علىّ رضى الله عنه . وبه قال ربيعةُ ، ومالك ، والشافعى ، والليث ، وإسحاق ، وأبو عبيدة ، وابن المُنذر . وقال الثورىّ وأصحاب الرأى : لاتُشترط النية فى طهارة الماء ، وإنما تُشترط فى التيمم ، لأن الله تعالى قال (٥ : ٦ إذا قُمْتُمْ إلى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ) الآية . ذكر الشرائط ، ولم يذكر النية ، ولوكانت شرطاً لذكرها ؛ ولأن مقتضى الأمر حصول الإجزاء بفعل المأمور به ، فتقتضى الآية حصول الإجزاء بما تضمّنته ، ولأنها طهارة بالماء ، فلم تفتقر إلى النية كغسل النجاسة .

ولنا ماروى عمرُ عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إنما الأعمالُ بالنِّيَّاتِ ، وَإنّما لِكُلِّ امْرِئ

---

(١) أى ولم يزلها ، أما من عليه نجاسة لايمكنه إزالتها فسيأتى حكمها .

مانَوَى » متفق عليه . فنفى أن يكون له(١) عمل شرعىّ بدون النية ، ولأنها طهارة عن حدث ، فلم تصحّ بغير نية . والآية حجة لنـا : فإن قوله : (إذَا قُمْـتُمْ إلى الصَّلاةِ فاغْسِلُوا وُجُوهَـكُمْ) أى للصلاة ، كما يقال : إذا لقيت الأمير فترَجَّل ، أى له ، وإذا رأيت الأسَدَ فاحذر ، أى منه .

وقولهم :ذَكرَ كلّ الشرائط . قلنا : إنما ذكر أركان الْوُضوء ، وَبَيّن النبىُّ صلى الله عليه وسلم شَرْطه ، كآية التيمم .

وقولهم : مقتضى الأمر حصول الإجزاء . قلنـا : بل مقتضاه وجوب الفعل ، وهو واجب ، فاشتُرط لصحته شرط آخر ، بدليل التيمُّم .

وقولهم : إنها طهارة . قلنا : إلا أنهـا عبادة ، والعبادة لا تـكون إلا مَنْوِيّة ، لأنهـا قُربة إلى الله تعالى ، وطاعة له ، وامتثالٌ لأمره ، ولا يحصل ذلك بغير نية .

فصـــل

ومحل النية : القلب ، إذ هى عبارة عن القصد . ومحلُّ القصد القلب ، فمتى اعتقد بقلبه أجزأه . وإن لم يلفظ بلسانه ، وإن لم تَخْطِرُ النية بقلبه لم يُجزه ، ولو سبق لسانهُ إلى غير ما اعتقـده لم يمنـع ذلك صحـة ما اعتقده بقلبه .

فصـــل

وصفتها : أن يقصد بطهارته استباحة شىء لايُستباح إلا بها ، كالصلاة والطواف ، وَمس المصحف ، وينوى رفعَ الحدث . ومعناه : إزالة المانع بين كلِّ فعل يفتقر إلى الطهارة . وهـذا قول مَنْ وافقنا على اشتراط النية . لانعلم بينهم فيه اختلافاً ، فإن نوى بالطهارة ما لا تُشرع له الطهارة ، كالتبرُّد ، والأكل ، والبيع ، والنـكاح ، ونحوه ، ولم ينو الطهارة الشرعيـة . لم يرتفع حـدثه ، لأنه لم ينو الطهارة ، ولا ما يتضمَّنُ نيتها . فلم يحصل له شىء ، كالذى لم يقصد شيئاً ، وإن نوى تجديد الطهارة فتبيّن أنه كان مُحدثاً ، فهل تصح طهارته ؟ على روايتين :

(إحداهما) تصح ، لأنه نوى طهارة شرعية ، فينبغى أن يحصُل له ما نوأه ، للخبر(٢) . وقياساً على ما لو نوى رفع الحدث .

(والثانية لا تصح طهارته . لأنه لم ينو رفع الحـدث ولا ما تضمنه . أشبه مالم نوى التبرُّد . وإن نوى ما تُشرع له الطهارة ولاتُشترط ، كقراءة القرآن والأذان والنوم ، فهل يرتفع حدثه ؟ على وجهين ، أصلهما : إذا نوى تجديد الوضوء وهومُحدث ، والأولى صحـة طهارته . لأنه نوى شـيئاً من ضرورة صحة

---

(١) أى لكل امرىء . (٢) هو حديث : « إنما الأعمال بالنيات » .

الطهارة ، وهو الفضيلة الحاصلة لمن فعل ذلك وهو على طهارة فصحت طهارته ، كما لو نوى بها مالا يباح إلا بها . ولأنه نوى طهارة شرعية فصحت الخبر .

فإن قيل : يبطل هذا بما لو نوى بطهارته مالا تُشرع له الطهارة .

قلنا : إن نوى طهارة شرعية ، مثل أن قصد أن يأكل وهو متطهر طهارة شرعيـة ، أو قصـد أن لا يزال على وضوء ، فهو كمسئلتنا ، وتصحّ طهارته . وإن قصد بذلك نظافة أعضائه من وسخ أو طين أو غيره ، لم تصح طهارته ، لأنه لم يقصدها . وإن نوى وضوءاً مطلقاً ، أو طهارةً ففيه وجهان : أصحُّهما صحته ، لأن الوضوء والطهارة إنما ينصرف إطلاقهما إلى المشروع ، فيـكون ناوياً لوضـوء شرعىّ . والوجه الثانى : لا تصح طهارته فى هـذه المواضع كلها ، لأنه قصد ما يُباح بدون الطهارة ، أشبه قاصـد الأكل . والطهارة تنقسمُ إلى ما هو مشروع وإلى غيره ، فلم تصح مع التردُّد . وإن نوى بطهارته رفع الحدث وتبريد أعضائه ، صحت طهارته . لأن التبريد يحصل بدون النية . فلم يؤثر هذا الاشـتراك ، كما لو قصد بالصلاة الطاعة والخلاص من خصمه ، وإن قصد الجُنُبُ بالغُسل اللُّبثَ فى المسجد ، ارتفع حـدثه لأنه شرط لذلك .

فصـــل

ويجب تقديم النية على الطهارة كلها ، لأنها شرط لها ، فيعتبر وجودها فى جميعها . فإن وجـد شىء من واجبات الطهارة قبل النية لم يُعتدَّ به ، ويُستحبُّ أن ينوىَ قبل غسل كفّيه ، لتشمل النية مسنونَ الطهارة ، ومفروضَها . فإن غَسل كفيه قبل النية ،كان كمن لم يغسلهما ، ويجوز تقديم النيـة على الطهـارة بالزمن اليسير ، كقولنا فى الصلاة ، وإن طال الفصل يجْزه ذلك ، ويستحبّ اسـتصحاب ذكر النية إلى آخر طهارته ، لتـكون أفعاله مقترنةً بالنية . فإن استصحب حُـكمها أجزأه . ومعناه : أن لاينوى قطعها . وإن عزَبت عن خاطره ، وذهَل عنها لم يؤثّر ذلك فى قطعها . لأن ما اشترُطت له النية لاَ يبطُل بعزُوبها ، والذهول عنها كالصلاة والصيام . وإن قطع نيته فى أثنائها ، مثل أن ينوى أن لا يُتمّ طهارته ، وإن نوى جعل الْغُسل لغـير الطهارة لم يبطُل ما مضى من طهارته لأنه وقع صحيحاً . فلم يبطُل بقطع النيـة بعده ، كما لو نوى قطع النية بعد الفراغ من الوضوء ، وما أتى من الغسل بعد قطع النية لم يُعتدّ به ، لأنه وُجد بغير شرطه . فإن أعاد غسله بنية قبل طول الفصل صحّت طهارته ، لوجود أفعال الطهارة كُلّها منويّة مُتوالية . وإن طال الفصل انبنى ذلك على وجوب الموالاة فى الوضوء .

فإن قلنا : هى واجبة بطلت طهارته ، لفواتها ، وإن قلنا : هى غير واجبة أتمها .

فصـــل

وإن شك فى النية فى أثناء الطهارة لزمه استئنافها ، لأنها عبادة شكّ فى شرطها وهو فيها ، فلم تصح

كالصلاة ، إلا أن النية إنما هى القصدُ ، ولا يُعتبر مقارنتها فمهما علم أنه جاء ليتوضأ ، وأراد فعل الوضوء مقارنًا له أو سابقاً عليه قريباً منه ، فقد وُجدت النية ، وإن شك فى وجود ذلك فى أثناء الطهارة لم يَصِح ما فعله منها ، وهكذا إن شك فى غَسْل عضو ، أومسح رأسه كان حكمه حكمَ من لم يأت به ، لأن الأصل عدمُه ، إلا أن يكون ذلك وهْماً كالوسواس ، فلا يلتفتُ إليه ، وإن شك فى شىء من ذلك بعد فراغه من الطهارة لم يلتفت إلى شكه ، لأنه شك فى العبادة بعد فراغه منها . أشبه الشك فى شرط الصلاة ، ويحتمل أن تبطُل الطهارة ، لأن حكمها باقٍ بدليل بُطلانها بمُبطلاتها بخلاف الصلاة . والأول أصح ، لأنها كانت محكوماً بصحتها قبل شكه . فلا يزول ذلك بالشك ، كما لو شك فى وجود الحدث المبطل .

فصـــل

وإذا وَضَّأه غيرُه اعتُبرت النيَّةُ من المتوضِّىء دون المُوَضِّىء ، لأن المتوضىء هو المخاطَبُ بالوضوء ، والوضوء يحصُـل له ، بخلاف الموضِّىء . فإنه آلةٌ لا يُخاطَب ، ولا يحصل له ، فأشبه الإناء ، أو حامل المـاء إليـه .

فصـــل

وإذا توضأ ؛ وصلّى الظهر ، ثم أحدث ، وتوضأ ، وصلى العصر ، ثم علم أنه ترك مسح رأسه ، أو واجباً فى الطهارة فى أحد الوضوءَيْن لزمه إعادة الوضوء والصلاتين معاً ، لأنه تيقن بطلان أحد الصلاتين لا بعيْنها . وكذا لو ترك واجباً فى وضوء إحدى الصلوات الخمس ولم يَعلم عينَه ، لزمه إعادةُ الوضوء ، والصلوات الخمس ، لأنه يعلم أن عليه صلاةً من خمس ، لا يعلم عينَها فلزمته ، كما لو نسى صلاةً فى يوم لا يعلم عينها ، وإن كان الوضوء تجديداً لاعن حدث ، وقلنا : إن التجديد لا يرفع الحدث فـكذلك ، لأن وجوده كعدمه . وإن قلنا : يرفع الحدث لم يلزمه إلا الأولى . لأن الطهارة الأولى إن كانت صحيحة فصلاته كلُّها صحيحة ، لأنها باقية لم تبطل بالتجديد . وإن كانت غير صحيحة فقد ارتفع الحدث بالتجديد .

« مسألة » قال ﴿ وغسل الوجه وهو من منابت شعر الرأس إلى ما انحدر من اللَّحْيَيْنِ ، والذقن ، وإلى أصول الأذنين ، ويَتَعَاهَدُ المَفْصِل ، وهو ما بين اللِّحْيَة ، وَالأُذن ﴾ .

غسل الوجه واجب بالنص ، والإجماع ، وقوله « من مَنَابِتِ شعر الرأس » أى فى غالب الناس ، ولا يُعتبر كلُّ واحد بنفسه . بل لو كان أجلح يَنْحَسِرُ شعرُه عن مُقدّم رأسه غَسل إلى حد منابت الشعر فى الغالب . والأقزع الذى ينزل شعره إلىالوجه يجب عليه غسل الشعر الذى ينزل عن حد الغالب ، وذهب الزهرىُّ إلى أن الأذنين من الوجه يُغسلان معه ، لقوله ﷺ : « سَجَدَ وَجْهِى لله الذى خَلَقه ، وَصوَّرَهُ ، وَشَقَّ سَمْعَهُ ، وبَصَرَه » أضاف السمع إليه ، كما أضاف البصر . وقال مالك : ما بين اللحية والأذن ليس من الوجه ، ولا يجبُ غسله ، لأن الوجه ما تحصلُ به المواجهة . وهذا لايواجَهُ به . قال ابن عبد البرّ : لا أعلم أحداً من فقهاء الأمصار قال بقول مالك هذا .

ولنا على الزهرى قول النبى ﷺ : « الْأُذُنَانِ مِنَ الرَّأْسِ » وفى حديث ابن عباس والربيع والمقدام : « أن النبى صلى الله عليه وسلم مسح أُذُنَيْهِ مَعَ رَأْسِهِ » وقد ذكرناهما . ولم يحك أحد أنه غسلهما مع الوجه ، وإنما أضافهما إلى الوجه ، لمجاورتهما له ، والشيء يُسمى باسم ما جاوره .

ولنا على مالك : أن هذا من الوجه فى حق من لا لحية له ، فكان منه فى حق من له لحية كسائر الوجه . وقوله : إن الوجه مايحصلُ به المواجهة ، قلنا : وهذا يحصُل به المواجهة فى الْغُلَامِ .

ويستحبُّ تعاهد هذا الموضع بالْغَسل . لأنه مما يغفُل الناس عنه . قال المروزىّ : أرانى أبو عبد الله مابين أُذنِهِ ، وصُدْغِه ، وقال : هـذا موضع ينبغى أن يُتَعَاهَد . وهذا الموضـع مَفْصِلِ اللَّحْىِ من الوجه ، فلذلك سماه الخِرَقِىّ مَفْصِلاً .

فصـــل

ويدخل فى الوجه الْعِذَارُ ، وهو الشعر الذى على العظم الناتىء ، الذى هو سَمْت صماخ الأذن ، وما انحطَّ عنه ، إلى وَتِدِ الأذن . والعارض : وهو ما نزل عن حد الْعِذَار ، وهو الشعر الذى على اللَّحْيَيْن . قال الأصمعىّ والمُفَضَّلُ بنُ سلمة : ما جاوزَ وَتِدَ الأذُن عارضٌ . والذقن مجمع اللَّحْيَيْن .

فهذه الشعور الثلاثة من الوجه يجب غسلها معه . وكذلك الشعور الأربعة ، وهى الحاجبان ، وأهداب العينين ، والعَنْفَقَةُ ، والشارب . فأما الصُّدْغ : وهو الشعر الذى بعد انتهاء الْعِذَار ، وهو ما يحاذى رأس الأذن ، وينزل عن رأسها قليلا . والنزَعَتان : وهما ما انحسر عنه الشعر من الرأس متصاعداً فى جانبى الرأس ـ فهما من الرأس . وذكر بعض أصحابنا فى الصُّدْغ وجهاً آخر : أنه من الوجه ، لأنه مُتَّصِل بالعذار ، أشبه العارض ، وليس بصحيح ، فإن الرُّبَيِّعَ بِنْتَ مُعَوِّذ قالت : « رأيتُ رسول الله ﷺ تَوَضَّأَ فَمَسَحَ رَأْسَهُ ، ومسح ما أقبلَ منهُ ، وما أدْبَرَ ، وصُدْغَيْهِ ، وَأُذُنَيْهِ مَرَّةً وَاحِدَةً » فمسحه مع الرأس ، ولم يُنقل أنه غسله مع الوجه ، ولأنه شعر متصل بشعر الرأس ، فكان منه .

فأما التحذيف : وهو الشعر الداخل فى الوجه ما بين انتهاء الْعِذَار والنزعة ، فهو من الوجه ، ذكره ابن حامد . ويحتمل أنه من الرأس ، لأنّه شعر متصل به . والأول أصحّ ، لأن محله لو لم يكن عليه شعر لكان من الوجه ، فكذلك إذا كان عليه كسائر الوجه .

فصـــل

وهذه الشعور كلها إن كانت كثيفةً لا تصف الْبَشَرة أجزأه غسل ظاهرها . وإن كانت تصف البشرة وجب غَسْلُها معه . وإن كان بعضها كثيفاً ، وبعضها خفيفاً ، وجب غسل بَشَرةِ الخفيف معه ، وظاهرِ الكثيف ، أومأ إليه أحمدُ رحمه الله تعالى . ومن أصحابنا من ذكر فى الشارب والْعَنْفَقَة ، والحاجبين ، وأهداب العينين ولِحْيَةَ المرأة وجهاً آخر فى وجوب غَسْلِ باطنها ، وإن كانت كثيفةً لأنها لا تستر

ما تحتها عادة ، وإن وجد ذلك كان نادراً ، فلا يتعلق به حكم ، وهذا مذهب الشافعيّ .

ولنـا أنه شعر ساتر لمـا تحته ، أشبه لحية الرجل ، ودعوى النُّدرة فى الحاجبين والشارب والعنفقة ، غيرُ مُسلّم ، بل العادة ذلك .

فصـــــل

ومتى غسل هذه الشعور ثم زالت عنه ، أو انقلعت جِلدةٌ من يديه ، أو قصّ ظفره ، أو انقلع لم يؤثّر فى طهارته . قال يونس بنُ عُبَيد : مازاده ذلك إلا طهارة ؛ وهذا قول أكثر أهل العلم . وحُكى عن ابن جرير أن ظُهور بشرة الوجه بعد غَسْل شعره يوجب غَسْلها ، قياساً على ظهور قَدَمِ الماسح على الْخُفّ ، ولا يصحّ ، لأن الفرض انتقل إلى الشعر أصلاً . بدليل أنه لو غسل البشرة دون الشعر لم يُجزه ، بخلاف الخفين ، فإنهما بَدَلٌ يجزىء غَسْلُ الرجلين دونهما .

فصـــــل

ويجب غسل ماا سترسل من اللحية . وقال أبو حنيفة والشافعيّ ، فى أحد قوليه : لايجب غسل مانزل منها عن حد الوجـه طولاً وعرضاً ، ولأنه شعر خارج عن محل الفرض ؛ فأشبه مانزل من شعر الرأس عنه . ورُوى عن أبى حنيفة ، أنه لايجب غسل اللحية الـكثيفة . لأن الله تعالى إنمـا أمر بغسل الوجه ، وهو اسم للبشرة التى تحصل بهـا المواجهة ، والشعر ليس ببَشَرَة ، وما تحته لاتحصـل به المواجهة . وقد قال الْخَلاّل : الذى ثبت عن أبى عبد الله فى اللحية : أنه لا يغسلها ، وليست من الوجـه ، الْبتّة . قال : رَوى بكر بن محمد عن أبيه ، قال : سألتُ أبا عبد الله : أيهما أعجب إليك ؟ غَسْلُ اللحية أو التخليل ؟ فقال : غسلها ليس من السنة ، وإن لم يُخلّل أجزأه . وهذا ظاهره مثل مذهب أبى حنيفة فى الرواية التى ذُكرت عنه ، ويحتمل أنه أراد ماخرج عن حد الوجه منها ، وهو قول أبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعيّ . والمشهور عن أبى حنيفـة أن عليه غسل الرُّبع من اللحية ، بناءً على أصـله فى مَسْح الرأس . وظاهرُ مذهب أحمد الذىعليه أصحابه وجوب غسل اللحية كلها مما هو نابت فى محلّ الفرض ، سواء حاذى محل الفرض أو تجاوزه ، وهو ظاهر كلام الشافعيّ . وقول أحمـد فى نفى الْغَسل أراد به غسل باطنها [أى غسل باطنها][1] ليس من السنة . وقد رُوى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم رَأَى رجُلاً قد غَطَّى لِحْيته فى الصلاة فقال : اكْشِفْ وَجْهكَ ، فإن اللحية من الْوَجه » ولأنه نابت فى محل الفرض يدخل فى اسمه ظاهراً ، فأشبه اليد الزائدة ، ولأنه يواجه به فيدخل فى اسم الوجـه ، ويفارق شعر الرأس فإن النازل عنه لايدخل فى اسمه ، والخف لايجب مسح جميعه ، بخلاف مانحن فيه .

فصـــــل

يُستحبُّ أن يزيد فى ماء الوجه ، لأن فيه غضوناً وشعوراً ، ودواخلَ ، وخوارجَ ، ليصل المـاء

---

(١) ما بين القوسين ليس موجوداً فى النسخة التى علقنا عليها .

إلى جميعه . وقد رَوى علىّ رضى الله عنه ، فى وضوء رسول الله ﷺ قال : « ثُمّ أَدْخَلَ يَدَيْهِ فى الإناء جَمِيعاً ، فأَخَذَ بِهِمَا حَفْنَةً مِنْ مَاءٍ فَضَرَبَ بِهِمَا عَلَى وَجْهِهِ ، ثم الثَّانِيَةَ ، ثم الثَّالِثَةَ ، مثل ذلك ، ثم أخذ بكَفِّهِ اليُمنى قبضةً من ماء ، فتركها تَسْتَنُّ عَلَى وَجْهِهِ » رواه أبو داود . وقوله « تستن » أى تسيلُ ، وتنصبُّ . قال أحمد رحمه الله : يُؤخذ للوجه أكثر مما يؤخذ لعضو من الأعضاء . وقال محمد بن الحكم : كره أبو عبد الله أن يأخذ الماء ، ثم يَصُبَّه ، ثم يغسل وجهه ، وقال : هذا مَسْح ، ولكنه يَغْسِلُ غسلاً . وروى أبو داود عن أنس : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانَ إذا تَوَضَّأَ أَخَذَ كَفًّا مِنْ مَاءٍ فأَدْخَلَهُ تَحْتَ حَنَكِهِ ، وقال : هكذا أَمَرَنِى رَبِّى عَزَّ وَجَلّ » .

« مسألة » قال ﴿ والفم ، والأنف من الوجه ﴾ .

يعنى أن المضمضة والاستنشاق واجبان فى الطهارتين جميعاً ـ الْغُسلِ وَالْوُضوء ، فإن غسل الوجه واجبٌ فيهما . هذا المشهور فى المذهب ، وبه قال ابن المُبارك ، وابن أبى ليلى ، وإسحاق . وحُكى عن عطاء ؛ ورُوى عن أحمد روايةٌ أخرى فى الاستنشاق وحده : أنه واجب . قال القاضى : الاستنشاق واجب فى الطهارتين ، روايةً واحدةً . وبه قال أبو عبيد وأبو ثَوْر ، وابن المنذر . لأن النبىّ ﷺ قال : « مَنْ تَوَضَّأَ فلْيَسْتَنْثِرْ » وفى رواية : « إذا تَوَضَّأَ أَحَدُكم فَلْيَجْعَلْ فى أَنْفِهِ ماءً ثم لِيَسْتَنْثِرْ » متفق عليه . ولمسلم : « مَنْ تَوَضَّأَ فَلْيَسْتَنْشِقْ » . وعن ابن عَباس مرفوعاً : « اسْتَنْثِرُوا مرَّتَيْنِ بالغَتَيْنِ أو ثلاثاً » وهذا أمر يقتضى الوجوب . ولأن الأنف لايزال مفتوحاً ، وليس له غِطاء ، يستره بخلاف الفم . وقال غير القاضى : عن أحمد روايةٌ أخرى : إن المضمضة والاستنشاق واجبان فى الكبرى[1] ، مسنونان فى الصغرى ، وهذا مذهب الثورى ، وأصحاب الرأى ؛ لأن الكبرى يجبُ فيها غَسْلُ كل ما أمكن من الْبَدن ، كبواطن الشعور الكثيفة ، ولا يمسح فيها على الحوائل ، فوجبا فيها بخلاف الصغرى . وقال مالك والشافعىّ : لايجبان فى الطهارتين ، وإنما هما مسنونان فيهما . ورُوى ذلك عن الحسن ، والحكم ، وحماد ، وقتادة ، وربيعة ، ويحيى الأنصارىّ ، والليث ، والأوزاعىّ . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عَشْرٌ من الْفِطْرَةِ » وذكر منها : « المضمضة والاستنشاق » . والفطرة السُّنَّة وذكره لهما من الفطرة يدلّ على مخالفتهما لسائر الوضوء . ولأن الفم والأنف عضوان باطنان ، فلا يجب غسلهما كباطن اللحية ، وداخِل العينين ، ولأن الوجه ماتحصُل به المواجهة ، ولا تحصُل المواجهة بهما .

ولنا ماروت عائشة رضى الله عنها ، أن رسول الله ﷺ قال : « المَضْمَضَةُ والاسْتِنشَاقُ مِنَ الْوُضوءِ الذى لابُدَّ مِنْهُ » رواه أبو بكر فى الشافى ، بإسناده عن ابن المبارك عن ابن جريج ، عن عروة ، عن عائشة . وأخرجه الدارَقطنىُّ فى سُنَنِه . ولأن كل من وَصفَ وُضوءَ رسول الله صلى الله عليه وسلم مُستقصياً ذكر

---

(١) هى الغسل الواجب ، كغسل الجنابة والحيض ، والصغرى هى الوضوء .

أنه تمضمض ، واستنشق ، ومداومتُه عليهما تدلُّ على وجوبهما . لأن فعلَه يصلح أن يكون بياناً وتفصيلاً للوضوء المأمور به فى كتاب الله ، وكونهما من الفطرة لاينفى وجُوبَهما ، لاشتمال الفِطرة على الواجب والمندوب . ولذلك ذَكر فيها الخِتَان ، وهو واجب .

فصـــل

والمضمضة : إدارة المـاء فى الفم ، والاستنشاق : اجتـذاب المـاء بالنَّفَس إلى باطن الأنف ، والاستنثار : إخراج المـاء من أنفه ، لـكن يُعَبَّر بالاستنثار عن الاستنشاق ، لـكونه من لوازمه . ولا يجب إدارة الماء فى جميع الفم ، ولا إيصالُ المـاء إلى جميع باطن الأنف ، وإنما ذلك مبالغةٌ مستحبَّةٌ فى حق غير الصائم . وقد ذكرناه فى سنن الطهارة ، وإذا أدار المـاء فيه فهو مُخيَّر بين مَجِّه وبلعه ، لأن المقصود قد حصل به ، فإن جعله فى فيه ينوى رفـع الحـدث الأصغر ، ثم ذكر أنه جُنُب ، فنوى رفع الحدثين ارتفعا جميعاً ، لأن المـاء لا يثبُت له حـكم الاستعمال إلا بعد الانفصال ، ولو كان المـاء قد لبث فى فيه حتى تحلَّل من ريقه ماءٌ يُغيّره لم يمنع ، لأن التغيُّر فى محل الإزالة لايمنـع . أشبه ما لو تغيّر المـاء على عضو بِعَجين عليه .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يتمضمض ويستنشق بيمناه ، ثم يستنثر بيُسراه . لمـا رُوى عن عثمان رضى الله عنه : « أنَّه تَوضَّأَ فدَعَا بماءٍ فغسل يديه ثلاثاً ، ثم غرَف بيمينه ، ثم رَفعَها إلى فيه ، فمضْمَضَ واستنشق بكفٍّ واحدة ، واستَنْثَر بيُسراه ، فعل ذلك ثلاثاً ـ ثم ذكر سائر الوضوء ـ ثم قال : إن النبى ﷺ تَوضَّأَ لنا كما توَضَّأتُ لـكم . فمن كان سائلاً عن وُضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا وُضُوؤه » رواه سعيدُ بن منصور بإسناده . وعن علىّ رضى الله عنه: « أنّه أدْخَلَ يَدَهُ اليُمْنى فى الإناء ، فملأ كفه ، فتمضمض واستنشق ، ونثر بيده اليسرى ـ فعل ذلك ثلاثاً ، ثم قال ـ هذا وضوء نبى الله صلى الله عليه وسلم » رواه أبو بكر فى الشافى ، والنسائىّ .

ويستحبُّ أن يتمضمض ، ويستنشق من كف واحدة ، يجمع بينهما ، قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسْأل : أيهما أعجبُ إليك : المضمضة ، والاستنشاق ، بغَرْفَةٍ واحدة أوكل واحدة منهما على حـدة ؟ قال : بغَرْفَة واحدة . وذلك لمـا ذكرنا من حـديث عثمان ، وعلىّ رضى الله عنهما . وفى حديث عبد الله بن زيد « أنّ : رسول الله ﷺ أدخلَ يديه فى التَّوْر [1] فتمضمضَ ، واستَنْثَر ثلاثَ مرات ، يَتمَضْمَضُ ويستَنْثِرُ من غَرْفة واحِدَة » رواه سعيد ، وفى لفظ : « تَمَضْمَضَ ، واسْتَنْثَرَ ثلاثاً ثلاثاً ، من غَرْفَةٍ واحدةٍ » رواه البخارىّ ، وفى لفظ : « فتمضمض ، واستنشق ، من كف واحدة ،

(١) التور : إناء يشرب منه مثل الكوز .

فعل ذلك ثلاثاً » متفق عليه . وفى لفظ : « أنه مضمض ، واستنشق ، واستنثر ثلاثاً ، بثلاث غَرَفات » متفق عليه ، وفى لفظ : « فمضمض ثلاثاً ، واستنشق ثلاثاً ، من كفّ واحدة » رواه الأثرم ، وابن ماجه . فإن شاء المتوضىء تمضمض واستنشق من ثلاث غرَفات ، وإن شاء فعل ذلك ثلاثاً بغَرفة واحدة . لما ذكرنا من الأحاديث . وإن أفرد المضمضة بثلاث غَرَفاتٍ ، والاستنشاقَ بثلاثٍ جاز . لأنه قد رُوى فى حديث طلحة بن مُصَرِّف ، عن أبيه ، عن جَدّه ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم : « أنه فَصَلَ بَيْنَ الْمَضْمَضَةِ وَالاسْتِنْشَاقِ » رواه أبو داود ، ولأن الكيفية فى الْغَسل غيرُ واجبة .

فصـــل

ولايجب الترتيب بينهما ، وبين غسل بقية الوجه ، لأنهما من أجزائه ، ولكن المستحبّ أن يبدأ بهما قبل الوجه ، لأن كل من وصف وضوء رسول الله ﷺ ذكر أنه بدأ بهما إلا شيئاً نادراً ، وهل يجب الترتيب ، والموالاة بينهما ، وبين سائر الأعضاء غير الوجه ؟ على روايتين :

(إحداهما) تجب : وهو ظاهر كلام الخِرَقىّ ، لأنهما من الوجه ، فوجب غسلهما قبل غسل اليدين ، للآية ، وقياساً على سائر أجزائه .

(والثانية) لا تجب : بل لو تركهما فى وضوئه وصلّى تمضمض ، واستنشق ، وأعاد الصلاة ، ولم يُعد الوضوء . لما رَوَى المقدامُ بنُ معد يكرب: « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أُتِىَ بِوَضُوءٍ ، فغَسَلَ كَفَّيْهِ ثَلَاثًا ، ثُمَّ غَسَلَ وَجْهَهُ ثَلَاثًا ، ثم غَسَلَ ذِرَاعَيْهِ ثَلَاثًا ، ثُمَّ تَمَضْمَضَ ، وَاسْتَنْشَقَ » ، رواه أبو داود . ولأن وجوبهما بغير القرآن ، وإنما وجب الترتيب بين الأعضاء المذكورة ، لأن فى الآية ما يدل على إرادة الترتيب ، ولم يوجد ذلك فيهما . قيل لأحمد : فنسى المضمضة وحدها ؟ قال : الاستنشاق عندى آكد . وذلك لصحة الأخبار الواردة فيه بخصوصه ، قال أصحابنا : وهل يُسَمَّيان فَرْضاً مع وجوبهما ؟ على روايتين وهذا ينبنى على اختلاف الروايتين فى الواجب : هل يُسمّى فرضاً أو لا ؟ والصحيح : أن يُسَمّى فرضاً فيُسمَّيان هاهنا فرضاً ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وغسل اليدين إلى الْمِرْفقين ويُدخِل المرفقين فى الغَسل ﴾ .

لاخلاف بين علماء الأمة فى وجوب غسل اليدين فى الطهارة . وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (٥ : ٦ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ) وأكثرُ العلماء على أنه يجب إدخال المرفقين فى الْغَسل ، منهم عطاء ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال بعض أصحاب مالك ، وابن داود : لا يجب . وحُكى ذلك عن زُفَر ، لأن الله تعالى أمر بالغسل إليهما ، وجعلهما غايته بحرف « إلى » وهو لانتهاء الغاية ، فلا يدخلُ المذكور بعده ، كقوله تعالى : (٢ : ١٨٧ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ) .

ولنا ماروَى جابر قال : « كان النبيُّ صلى الله عليه وسلم إذا تَوَضَّأَ أدار الْمَاءَ إلى مِرْفَقَيْهِ » ، وهذا

بيان للغسل المأمور به فى الآية ؛ فإنّ « إلى » تُستعمل بمعنى « مَعَ » قال الله تعـالى (١١ : ٥٢ وَيَزِدْكُمْ قُوَّةً إِلَى قُوَّتِكُمْ) ، أى مـع قوتـكم (٤ : ٢ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ) و (٣ : ٥٢ مَنْ أَنْصَارِى إِلَى اللهِ ؟) فكان فعله مُبَيِّناً ، وقولهم : إن « إلى » للغاية ، قلنـا : وقد تـكون بمعنى « مع » قال المُبرّد : إذا كان الحدُّ من جنس المحدود دخل فيه ، كقولهم : بعتُ هذا الثوب من هـذا الطرف إلى هذا الطرف .

فصـــل

وإن خُلِقَ له إصبع زائدة ، أو يدٌ زائدة فى محلّ الفرض ، وجب غسلها ، مع الأصلية ، لأنها نابتـة فيه . أشبهت الثُّؤْلُول . وإن كانت ثابتةً فى غير محلّ الفرض كالعضـد ، أو المَنْكِب ، لم يجب غسلهـا ، سواء كانت قصيرةً أو طويلة ، لأنهـا فى غـير محل الفرض ، فأشبهت شعر الرأس إذا نزل عن الوجه ، وهـذا قول ابن حامد ، وابن عقيل . وقال القاضى : إن كان بعضها يحاذى محـل الفرض غسل ما يحاذيه منها ، والأول أصح . واختلف أصحـاب الرأى فى ذلك ، كنحوٍ مما ذكرنا ، وإن لم يعـلم الأصلية منهما وجب غسلهما جميعاً ، لأن غسل إحداهما واجب ، ولا يخرج عن عهدة الواجب يقيناً إلا بغسلهما فوجب غسلهما ، كما لو تنجست إحدى يديه ولم يعلم عينها .

فصـــل

وإن تعلقت جِلدة من غير محل الفرض حتى تدلَّت من محل الفرض وجب غسلها ، لأن أصلها فى محل الفرض ، فأشبهت الإصبع الزائدة ، وإن تعلَّقت من محل الفرض حتى صارت متدلِّية من غير محل الفرض لم يجب غسلها ، قصيرة كانت أو طويلة بلا خـلاف ، لأنها فى غير محل الفرض ، وإن تعلَّقت من أحـد المحلَّين فالتحم رأسها فى الآخر ، وبقى وسطها متجافياً ، صارت كالنابتة فى المحلين يجب غسل ما حاذى محلّ الفرض منها من ظاهرها وباطنها ، وغسل ما تحتها من محل الفرض

فصـــل

وإن قُطعت يده من دون المرفق غَسلَ مابقى من محـل الفرض ، وإن قُطِعت من المرفق غسل العظم الذى هو طرف العضد ، لأن غَسْل العظمين المتلاقيين من الذراع والعضد واجب ؛ فإذا زال أحدهما غُسِل الآخر ، وإن كان من فوق المرفقين سقط الغَسل لعدم محله ، فإن كان أقطع اليدين فوجد من يوضِّئه مُتبرِّعاً لزمه ذلك ، لأنه قادر عليه ، وإن لم يجد من يوضئه إلا بأجر يقدر عليه ، لزمه أيضاً ، كما يلزمه شراء الماء . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا يلزمه ، كما لو عجز عن القيام فى صلاة لم يلزمه استئجار من يُقيمه ويعتمد عليه ، وإن عجز عن الأجر أو لم يقدر على من يستأجره صَلَّى على حسب حاله ، كعادم المـاء والتراب ، وإن وجد

من يُيمِّمه ، ولم يجـد من يوضئه لزمه التيمم ، كعادم المـاء إذا وجد التراب ، وهذا مذهب الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً

فصـــــل

إذا كان تحت أظفاره وسخ يمنـع وصول المـاء إلى ما تحته ، فقال ابن عقيل : لا تصح طهارته حتى يزيله ، لأنه محـل من اليد استتر بما ليس من خلقة الأصـل ستراً منع إيصالَ المـاء إليه مع إمكان إيصاله وعدم الضرر به ، فأشبه ما لو كان عليه شمـع أو غيره . ويحتمل أن لا يلزمه ذلك ، لأن هـذا يستر عادة ، فلو كان غَسْله واجباً لبينه النبي صلى الله عليه وسلم لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليـه ، وقد عاب النبي ﷺ عليهم كونهم يدخُلون عليه قُلْحًا ، ورُفْغ أحدهم بين أُنْمُلته وظُفره ، يعني أن وسخ أرفاغهم تحت أظفارهم يصل إليه رائحة نَتَنِها ، فعاب عليهم نَـتَنَ ريحها لا لبطلان طهارتهم ، ولو كان مبطلا للطهارة ، كان ذلك أهمَّ من نَـتَنِ الرِّيح ، فـكان أحق بالبيان ، ولأن هـذا يستتر عادة ، أشبـه مايستره الشعر من الوجه .

فصـــــل

ومن كان يتوضأ من ماء يسير يغترف منه بيده ، فغرف منه عند غسل يديه لم يؤثر ذلك في المـاء . وقال بعض أصحاب الشافعي : يصير المـاء مستعملا بغرفة منه ، لأنه موضع غسل اليـد ، وهو ناوٍ للوضوء بغَسلها ، فأشبه مالو غمسها في الماء ينوي غسلها فيه .

ولنا أن في حديث عبد الله بن زيد في صفة وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنه دعا بمـاء ، فذكر وضوءه — إلى أن قال — وغسل وجهه ثلاثاً ، ثم أدخـل يده ، فاستخرجها ، وغسـل يديه إلى المرفقين ، مرتين مرتين » . وفي حديث عثمان : « ثم غرف بيـده اليمنى ، فصب على ذراعه اليمنى ، فغسلها إلى المرفقين ثلاثاً ، ثم غرف بيمينه ، فغسل يده اليسرى » رواهما سعيد . وحديث عبد الله بن زيد رواه مسلم وغيره ، وكل من حكى وضوء رسول الله ﷺ لم يحك أنه تحرّز من اغتراف المـاء بيده في موضع غسلها ، ولو كان هذا يفسد الماء كان النبي ﷺ أحق بمعرفته ، ولوجب عليـه بيانه ، لمسيس الحاجة إليه ، إذ كان هـذا لا يعرف بدون البيان ، ولا يتوقاه إلا متحذلق[1] ، وما ذكره لا يصح لأن المغترف لم يقصد بغمس يده إلا الاغتراف دون غسلها ، فأشبه من يغوص في البئر لترقيـة الدلو ، وعليه جنابة ، لا يَقْصِدُ غير ترقيته ، ونيّة الاغتراف عارضت نيّة الطهارة ، فصرفتها ، والله أعلم .

« مسئلة » قال ﴿ ومسح الرأس ﴾ .

لا خلاف في وجوب مسح الرأس . وقد نص الله تعالى عليه بقوله (٥ : ٦ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ)

---

(١) المتحذلق : هو الذي يظهر الحذق ؛ أو الذي يدعي أكثر مما عنده .

واختُلف فى قدر الواروى عن أحمد. : وجوب مسح جميعه فى حق كل أحد . وهو ظاهر كلام الخِرَقِيّ ، ومذهب مالك . وروى عن أحمد يجزىء مسح بعضه ، قال أبو الحارث : قلت لأحمد : فإن مسح برأسه وترك بعضه ؟ قال : يجزئه ، ثم قال : ومن يمكنه أن يأتى على الرأس كله ؟ وقد نقل عن سلمة ابن الأكوع : أنه كان يمسح مُقدّم رأسه ، وابن عمر مسح اليافوخ ، وممن قال بمسح البعض : الحسن ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، إلا أن الظاهر عن أحمد رحمه الله فى حق الرجل : وجوب الاستيعاب ، وأن المرأة يجزئها مسح مقدم رأسها . قال الخلال : العمل فى مذهب أحمد أبى عبدالله أنها إن مسحت مقدم رأسها أجزأها . وقال مهنا : قال أحمد : أرجو أن تكون المرأة فى مسح الرأس أسهل . قلت له : ولم ؟ قال : كانت عائشة تمسح مقدم رأسها ، واحتج من أجاز مسح البعض بأن المغيرة ابن شعبة روى : « أن النبي ﷺ مَسَحَ بِنَاصِيَتِهِ وَعَلَى عِمَامَتِهِ » وأن عثمان مسح مقدم رأسه بيده مرة واحدة ، ولم يستأنف له ماء جديداً ، حين حكى وضوء النبي ﷺ ، رواه سعيد . ولأن من مسح بعض رأسه يقال : مسح برأسه ، كما يقال : مسح برأس اليتيم وقَبَّلَ رأسه .

وزعم بعض من ينصر ذلك أن الباء للتبعيض ، فكأنه قال : وامسحوا بعض رءوسكم ، ولنا قول الله تعالى : (وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ) والباء للإلصاق ، فكأنه قال : وامسحوا رءوسكم . فيتناول الجميع . كما قال فى التيمم (٥ : ٦ وَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ) .

وقولهم : الباء للتبعيض غير صحيح ، ولا يعرف أهل العربية ذلك . قال ابن برهان : من زعم أن الباء تفيد التبعيض . فقد جاء أهلَ اللغة بما لا يعرفونه . وحديث المغيرة يدل على جواز المسح على العمامة ، ونحن نقول به ، ولأن النبي ﷺ لما توضأ مسح رأسه كله . وهذا يصلح أن يكون مُبَيِّناً للمسح المأمور به . وما ذكروه من اللفظ مجاز لا يُعدل إليه عن الحقيقة إلا بدليل .

فصــل

وإذا قلنا بجواز مسح البعض ، فمن أى موضع مسح أجزأه ، لأن الجميع رأس ، إلا أنه لا يُجزىء مسح الأذنين عن الرأس ، لأنهما تبع فلا يجتزىء بهما عن الأصل . والظاهر عن أبى عبد الله أنه لا يجب مسحهما ، وإن وجب الاستيعاب . لأن الرأس عند إطلاق لفظه إنما يتناول ما عليه الشعر .

واختلف أصحابنا فى قدر البعض المجزىء ، فقال القاضى : قدر الناصية . لحديث المغيرة : « أنَّ النبي صلى الله عليه وسلم مسح ناصيته » . وحكى أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعى عن أحمد : أنه لا يُجزىء إلا مسح أكثره ، لأن الأكثر ينطلق عليه اسم الشىء الكامل . وقال أبو حنيفة : يجزىء مسح ربعه . وقال الشافعى : يُجزىء مَسْحُ ما يقع عليه الاسم ، وأقله ثلاث شعرات . وحكى عنه : لو مسح ثلاث شعرات — وحكى عنه لو مسح شعرة — أجزأه ، لوقوع الاسم عليها . ووجه ما قاله القاضى : أن فعل النبى ﷺ يصلح بياناً لما أمر به ، فيحمل عليه .

فصـــل

والمستحب فى مسح الرأس : أن يَبُلّ يديه ، ثم يضعَ طرف إحدى سبابتيه على طرف الأخرى ويضعهما على مُقدّم رأسه ، ويضع الإبهامين على الصدغين ، ثم يُمِر يديه إلى قفاه ، ثم يردهما إلى الموضع الذى بدأ منه . كما روى عبد الله بن زيد فى وصف وضوء رسول الله ﷺ قال : « فمسَحَ رَأْسَهُ بِيَدَيْهِ ، فأقبل بهما وأدبر . بدأ بمقدم رأسه حتى ذهب بهما إلى قفاه ، ثم ردهما إلى المكان الذى منه بدأ » متفق عليه . وكذلك وصف المقدامُ بن معد يكرب رواه أبو داود . فإن كان ذا شعر يخاف أن ينتَفِشَ برَدّ يديه لم يَرُدَّهمَا ، نص عليه أحمد . فإنه قيل له : من له شعر إلى منكبيه ، كيف يمسح فى الوضوء ؟ فأقبل أحمد بيديه على رأسه مرة ، وقال : هكذا ، كراهية أن ينتشر شعره . يعنى أن يمسح إلى قفاه ، ولا يردّ يديه . قال أحمد : حديث علىّ هكذا . وإن شاء مسح . كما روى عن الرُّبَيِّع : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ عندها ، فمسح رأسه كله من فرق الشعر ، كل ناحية لمصب الشعر ، لا يحرك الشعرَ عن هيئته » رواه أبو داود . وسئل أحمد : كيف تمسح المرأة ؟ فقال : هكذا ، ووضع يده على وسط رأسه ، ثم جرها إلى مقدمه ، ثم رفعها فوضعها حيث منه بدأ ، ثم جرها إلى مؤخره . وكيف مسح بعد استيعاب قدر الواجب أجزأه .

فصـــل

ولا يُسن تكرار مسح الرأس فى الصحيح من المذهب ، وهو قول أبى حنيفة ومالك . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وابنه سالم والنخَعىّ ومُجاهد ، وطلحة بن مُصَرّف والحكم ، قال الترمذىّ : والعملُ عليه عند أكثر أهل العلم ، من أصحاب رسول الله ﷺ ، ومَنْ بعدهم . وعن أحمد : أنه يُسَنُّ تكراره ، ويحتمله كلام الخِرَقِىّ ، لقوله : « الثلاثُ أَفْضَلُ » وهو مذهب الشافعىّ . ورُوى عن أنس ، قال ابن عبد البرّ : كلهم يقول : مَسْحُ الرأس مسحةٌ واحدةٌ . وقال الشافعىّ : يمسح برأسه ثلاثاً ، لأن أبا داود رَوى عن شَقِيق بن سلمة قال : « رَأَيْتُ عُثْمَانَ بنَ عَفّانَ غَسَلَ ذِرَاعَيْهِ ثلاثاً ، ومسحَ برأسه ثلاثاً ، ثم قال : رأيتُ رسول الله ﷺ فَعَلَ مِثْلَ هَذَا » . وَرُوِىَ مثلُ ذلك عن غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . ورَوى عثمانُ ، وعلىّ ، وابن عمر ، وأبو هريرة ، وعبد الله ، بن أبى أوفى ، وأبو مالك ، والرُّبيِّع ، وأُبَىُّ بنُ كعب : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تَوَضَّأَ ثَلَاثاً ثلاثاً » وفى حديث أُبىّ قال : « هـذا وُضُـوئِى ووُضُوءِ المُرْسَلِينَ قَبْـلِى » رواه ابن ماجه ، ولأن الرأس أصلٌ فى الطهارة ، فسُنَّ تكرارُها فيه كالوجه .

ولنا أن عبد الله بنَ زيد وصف وُضوء رسول الله ﷺ قال : « وَمَسَحَ برأْسِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً » متفق عليه . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه : « أنه تَوَضَّأَ وَمَسَحَ برَأْسِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً وقال : هذا وضوء

النبي ﷺ ، مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى طُهُورِ رسول الله ﷺ فَلْيَنْظُرْ إلى هذا » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن صحيح ، وكذلك وصف عبدُ الله بن أبى أوْفَى ، وابن عباس ، وسَلَمَةُ بنُ الأكوع ، والرُّبَيِّع ، كلّهم قالوا : « وَمَسَحَ بِرَأْسِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً » . وحكايتهم لوضوء النبى ﷺ إخبار عن الدوام ، ولا يُداوِم إلا على الأفضل الأكمل . وحديثُ ابن عباس حكايةُ وُضوءِ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الليل حال خلوته ، ولا يفعل فى تلك الحال إلا الأفضل ، ولأنه مَسْحٌ فى طهارةٍ ، فلم يُسَنَّ تكراره ، كالمسح فى التيمُّم ، والمسح على الجَبِيرَةِ ، وسائر المسح ، ولم يصحّ من أحاديثهم شيء صريح .

قال أبو داود : أحاديث عثمان الصحاح كلُّها تدلّ على أن مسح الرأس مَرَّةً ، فإنهم ذكروا الوضوء ثلاثاً ثلاثاً ، وقالوا فيها : « ومَسَحَ برأسِه » ولم يذكروا عدداً ، كما ذكروا فى غيره . والحديث الذى ذُكِرَ فيه « مَسَحَ رأسَهُ ثَلاثاً » رواه يحيى بنُ آدم ، وخالفه وكيع ، فقال : « تَوَضَّأَ ثَلاثاً » فقط ، والصحيح عن عثمان « أنه تَوَضَّأَ ثلاثاً ومَسَحَ رَأْسَهُ » ولم يذكر عدداً ، هكذا رواه البخارى ، ومسلم . وقال أبو داود : وهو الصحيح . ومن رُوِى عنه ذلك سوى عثمان ، فلم يصحّ . فإنهم الذين رَوَوْا أحاديثنا وهى صحاح ، فيلزم من ذلك ضَعْفُ ما خالفها . والأحاديث التى ذكروا فيها « أن النبىَّ ﷺ تَوَضَّأَ ثَلاثاً ثلاثاً » أرادوا بها ما سوى المسح . فإن رُوَاتَها حين فَصَّلُوهَا قالوا : « وَمَسَحَ بِرَأْسِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً » والتفصيل يُحكَم به على الإجمال ، ويكون تفسيراً له ، ولا يُعارَض به ، كالخاص مع العام ، وقياسهم منقوض بالتيمم .

فإن قيل : يجوز أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قد مسح مَرَّةً ليُبَيِّن الجواز ، ومسح ثلاثاً ليُبيّن الأفضل . كما فعل فى الغَسل ، فنُقِل الأمران نقلاً صحيحاً من غير تعارض بين الروايات .

قلنا : قول الراوى « هذا طُهورُ رسول الله صلى الله عليه وسلم » يدلّ على أنه طُهوره على الدوام . ولأنّ الصحابة رضى الله عنهم إنما ذكروا صفة وضُوء رسول الله ﷺ لتعريف سائلهم ، ومَنْ حضرهم كيفيةَ وضوئه فى دَوَامه . فلو شاهدوا وُضوءه على صفةٍ أخرى لم يُطْلِقُوا هذا الإطلاق الذى يُفْهَم منه أنّهم لم يُشاهدوا غَيْرَه ، لأن ذلك يكون تدليساً ، وإيهاماً بغير الصواب ، ولا يُظَنّ ذلك بهم ، وتعيّن حملُ حال الراوى لغير الصحيح على الغَلَط لاغيرُ ، ولأن الرواة إذا رَوَوْا حديثاً واحداً عن شخص واحد فاتفق الحُفّاظ منهم على صفةٍ ، وخالفهم فيها واحدٌ ، حكموا عليه بالغَلَط ، وإن كان ثقةً حافظاً ، فكيف إذا لم يكن معروفاً بذلك ؟

فصل

إذا وصل الماء إلى بَشَرة الرأس ، ولم يمسح على الشعر لم يُجزئه ، لأن الفرض انتقل إليه . فلم يُجزِ مسحُ غيره ، كما لو أوصل الماء إلى باطن اللِّحية ، ولم يَغْسل ظاهرَها ، وإن نزل شعرُه عن منابت شعر

الرأس ، فمسح على النازل من منابته لم يُجزئه . لأن الرأس ماترأَّسَ وعَلاَ . ولو رَدّ هذا النازل ، وعقده على رأسه ، لم يُجزئه المسح عليه ، لأنه ليس من الرأس ، وإنما هو نازلٌ ردَّه إلى أعلاه ، ولو نزل عن مَنْبِته ، ولم ينزل عن محل الفرض فمسح عليه أجزأه ، لأنه شعر على محلّ الفرض ، فأشبه القائم على محلّه ، ولأن هذا لابدّ منه لكل ذى شعر . ولو خَضَب رأسه بما يَسْتُره أو طَيَّنَهُ ، لم يُجزئه المسحُ على الخِضاب والطين نص عليه فى الخضاب ، لأنه لم يمسح على محـلّ الفرض ، فأشبه مالو ترك على رأسه خِرْقَةً فمسح عليها ، والله أعلم .

فصـــل

ويمسح رأسه بماء جديد ، غيرِ مافَضَلَ عن ذراعيه ، وهو قول أبى حنيفة والشافعىّ ، والعملُ عليه عند أكثر أهل العلم ، قاله الترمذىّ ، وجوّزه الحسنُ وعُروة والأوزاعىّ ، لما ذكرنا من حديث عثمان ، ويتخرّج لنا مثلُ ذلك إذا قلنا : المستعملُ لا يَخْرُج عن طَهُورِيّته ، سيما الْغَسلةُ الثانية والثالثة .

ولنا : مارَوَى عبدُ الله بنُ زَيْد قال : « مَسَح رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسَه بماءِ غيرِ فَضْلِ يَدَيْه » . وكذلك حكى علىّ ومُعاوية ، رواهنّ أبو داود . قال الترمذىّ : وقد رُوِىَ من وجهٍ : « أنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم أخَذَ لِرَأْسِهِ ماءً جَديداً » ولأنّ البَلَلَ الباقِىَ فى يده مُستعمل ، فلا يُجزىء المسحُ به ، كما لو فصله فى إناء ثم استعمله .

فصـــل

فإن غَسَل رأسه بَدَل مسحه ، فعلى وجهين :

(أحدهما) لايُجزئه : لأنّ الله تعالى أمر بالمسح ، والنبى ﷺ مسح ، وأمر بالمسح ، ولأنه أحدُ نوعى الطهارة ، فلم يُجزىء عن النوع الآخر ، كالمسح عن الغسل .

(والثـانى) يُجزىء : لأنّه لوكان جُنُباً فانغمس فى ماء ينوى الطهارتَيْن ، أجزأه مع عدم المَسْح ، فكذلك إذا كان الْحَدث الأصغرُ منفرداً ، ولأنّ فى صفة غَسْل النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه غَسَل وَجْهَهُ ويديه ، ثم أفرغ على رأسه ، ولم يذكر مسحاً » ، ولأنّ الغَسل أبلغُ من المسح . فإذا أتى به ينبغى أن يُجزئه ، كما لو اغتسل ينوى به الْوُضُوء ، وهذا فيما إذا لم يُمِرّ يده على رأسه . فأما إن أمَرّ يده على رأسه مع الغُسل ، أو بعده ، أجزأه . لأنه قد أتى بالمسح . وقد رُوى عن معاوية : « أنه توضأ للناس كما رأى النبىَّ ﷺ تَوَضَّأَ . فلما بلغ رأسه غرف غَرْفَةً من ماءٍ ، فتلقَّاها بِشماله ، حتى وضعها على وسَطِ رأسه ، حتى قَطَرَ الماء أوكاد يَقْطُر . ثم مسح من مُقَدّمه إلى مُؤَخَّره ، ومن مُؤَخَّره إلى مُقَدّمه » رواه أبو داود . ولو حصل على رأسه ماء المطر ، أو صَبّ عليه إنسان ، ثم مسح عليه يقصد بذلك الطهارة ، أو كان قد صَمَدَ للمطر أجزأه . وإن حصل المـاء على رأسه من غير قصد أجزأه أيضاً ، لأن حصول المـاء على

رأسه بغير قصد لم يُؤَثِّر فى الماء ، فمتى وضع يده على ذلك البلَل ، ومسح به ، فقد مسح بماء غير مستعمل ، نصحَّت طهارته . كما لو حصل بقصده ، فإن لم يمسح بيده ، وقلنا : إن الْغَسل يقومُ مقامَ المسح ، نظرنا ، فإن قصد حصول الماء على رأسه أجزأه ، إذا جرى الماء عليه ، وإلاّ لم يُجْزِه . وإن قلنا : لا يُجزِىء الْغَسل عن المسح لم يُجزِه[1] بحال .

فصل

وإن مسح رأسه بخرقة مبلولة ، أو خشبة أجزأه فى أحد الوجهين ، لأن الله تعالى أمر بالمسح ، وقد فعله فأجزأه ، كما لو مسح بيده أو بيد غيره ، ولأنَّ مسحه بيده غيرُ مُشترَط ، بدليل ما لو مسحه بيد غيره .

(والثانى) لا يُجزئُه : لأن النبى ﷺ مسح بيده . وإن وضع على رأسه خرقة مبلولة فابتلّ بها رأسُه ، أو وضع خرقة ، ثم بلّها حتى ابتلّ شعرُه ، لم يُجزئه . لأن ذلك ليس بمسح ولا غَسْل . ويحتملُ أن يُجزئه ، لأنه بلّ شعره قاصداً للوضوء ، فأجزأه ، كما لو غسله . وإن مسح بإصبع أو إصبعين ، أجزأه إذا مسح بهما مايجبُ مسحُه كلّه . ونقل محمد بن الحكم ، عن أحمد ، أنَّه لايُجزئه . قال القاضى : هذا محمول على وجوب الاستيعاب ، فإنه لايمكنه استيعاب الرأس بإصبعه ، فأما إن استوعبه أجزأه ؛ لأنه مسح ببعض يده ، أشبه مَسْحَهُ بكفه .

فصل

والأُذنان من الرأس ، فقياس المذهب : وجوب مسحهما مع مسحه . وقال الخلاّل: كلهم حكوا عن أبى عبد الله ــ فيمن ترك مسحهما عامداً ، أو ناسياً ــ أنه يُجزئه ؛ وذلك لأنهما تبع للرأس ، لا يُفهم من إطلاق اسم الرأس دخولهما فيه ، ولا يُشبهان بقيَّة أجزاء الرأس . ولذا لم يُجزه مسحهما عن مسحه ، عند من اجتزأ بمسح بعضه ، والأَوْلى مسحُهما معه ؛ لأنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم مسحهما مع رأسه ، فروت الرُّبَيِّع : « أنها رأت النبيّ صلى الله عليه وسلم مَسَحَ رَأْسَه ، ما أَقْبَلَ مِنْهُ : وما أَدْبَرَ ، وَصُدْغَيْهِ ، وَأُذُنَيْهِ مرَّةً وَاحِدَةً » وروى ابن عباس : « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم مَسَحَ رأْسَه وأُذُنَيْهِ وَظَاهِرَهُما وباطِنَهُمَا » وقال الترمذيّ : حديثُ ابن عباس وحديث الرُّبَيِّع صحيحان . وروَى المقدامُ بن مَعْد يكرب : « أن النبيّ ﷺ مسح برأسه وأذنيه وأدخل إصبعيه فى صِمَاخَيْ أُذُنَيْهِ » رواه أبو داود . فيستحبُّ أن يُدخل سَبَّابَتَيْهِ فى صِماخَيْ أُذُنَيْه ، ويمسح ظاهرَ أُذُنَيْهِ بإبهاميه . ولايجب مسح مااستتر بالغضاريف ، لأن الرأس الذى هو الأصلُ لايجب مسح مااستتر منه بالشعر ، والأُذن أولى

---

(١) أصل يجزه : يجزيه ، فلما دخلت عليه لم الجازمة حذفت الياء التى هى حرف العلة ، لأن المضارع المعتل الآخر يجزم بحذف آخره ، وأصل يجزى ، يجزىء ، بمعنى يكفى ويقع الموقع . ويجوز تسهيل الهمزة بجعلها ياء للتخفيف ، وقد استعمل الشارح استعمالين .

« مسألة » قال ﴿ وغَسْل الرجلين إلى الكعبين ، وهما العظمان الناتئان ﴾ .

غسل الرجلين واجب فى قول أكثر أهل العلم ، وقال عبد الرحمن بن أبى ليلى : أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على غَسْل الْقَدَمين ، ورُوى عن علىّ : « أنه مَسَحَ على نَعْلَيْهِ وَقَدَمَيْهِ ، ثم دخل المسجد ، فخلع نَعْلَيْهِ ، ثم صلّى » . وحُكى عن ابن عباس أنه قال « مَاأَجِدُ فى كِتَاب الله إلاّ غَسْلَتَين ومَسْحَتَين » . ورُوى عن أنس بن مالك أنه ذُكر له قولُ الْحَجاج : « اغْسِلُوا الْقَدَمين ، ظَاهِرَهُما وباطِنَهُمَا ، وخَلّلوا ما بَينَ الأصَابِع ، فإنه لَيسَ شىء من ابن آدم أقرب إلى الْخَبَث من قَدَمَيْهِ » ، فقال أنس : « صَدَقَ اللهُ وكَذَبَ الْحَجَّاجُ » وتلا هذه الآية : (فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ، وَأَيْدِيَكُمْ إلَى الْمَرَافِقِ ، وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إلَى الْكَعْبَين . وَحُكى عن الشعبىّ أنه قال : الْوُضُوء مَغْسُولاَنِ وَمَمْسُوحَانِ ، فَالْمَمْسُوحَانِ يَسْقُطَانِ فى التيَمّمُ .

ولم يُعلم من فقهاء المسلمين من يقول بالمسح على الرجلين غيرُ من ذكرنا ، إلا ما حُكى عن ابن جرير ، أنه قال : هو مُخَيَّرٌ بين المسح ، والْغَسل . واحتجّ بظاهر الآية ، وبما روى ابنُ عباس قال : « تَوَضَّأَ النبىُّ ﷺ وَأَدْخَلَ يَدَهُ فى الإِنَاء ، فمَضْمَضَ ، وَاسْتَنْشَقَ مرَّةً وَاحِدَةً ، ثم أَدْخَلَ يَدَهُ ، فَصَبَّ عَلَى وَجْهِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، وصَبَّ عَلَى يَدَيْهِ مَرَّةً واحِدَةً ، وَمَسَحَ بِرَأْسِهِ وأُذُنَيْهِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، ثمَّ أَخذ مِلْءَ كَفٍّ من ماء فَرَشَّ على قَدَمَيْهِ ، وهو مُنْتَعِل » رواه سعيد . وقال أيضاً : حدثنا هُشَيم ، أخبرنا يعلَى بنُ عطاء ، عن أبيه قال : أخبرنى أَوْسُ بن أبى أوس الثقفى : أنه « رأى النبى ﷺ أَتَى كِظَامَةَ [(١)] قَوْمٍ بالطَّائِف ، فَتَوَضَّأَ ، ومَسَحَ على قَدَمَيْهِ » قال هُشَيم : كان هذا فى أوّل الإسلام .

ولنا أن عبد الله بنَ زيد ، وعثمان حكيا وضوء رسول الله ﷺ ، قالا : « فَغَسَلَ قَدَمَيْهِ » وفى حديث عثمان « ثمّ غَسَلَ كِلْتَا رِجْلَيْهِ ثَلاَثاً » متفق عليه . وفى لفظٍ : « ثمّ غَسَلَ رِجْلَهُ الْيُمْنَى إلى الْكَعْبَيْنِ ثَلاَثاً ثَلاَثاً ، ثم غَسَلَ الْيُسْرَى مِثْلَ ذَلِكَ » . وعن على : أنه حَكَى وُضوء رسول الله ﷺ فقال : « ثمّ غَسَلَ رِجْلَيْهِ إلَى الْكَعْبَيْنِ ثَلاَثاً ثَلاَثاً » وكذلك قالت الرُّبيِّع بنت معوّذ والبراء بنُ عازب وعبد الله بن عُمر ، رواهنّ سعيد وغيره . وعن عمر رضى الله عنه : « أنّ رَجُلاً تَوَضَّأَ ، فترك موضع ظُفرٍ مِنْ قَدَمِهِ ، فأبصره النبىُّ ﷺ فقال : ارْجِعْ فَأَحْسِنْ وُضُوءَكَ ، فَرَجَعَ فَتَوَضَّأَ ثم صَلّى » رواه مُسلم . وفى لفظ : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم رأى رَجُلاً يُصَلِّى ، وفى ظَهر قَدَمِهِ لُمْعَةٌ قَدْرُ الدِّرْهم لم يُصِبْهَا الْمَاء ، فأمره النبىُّ صلى الله عليه وسلم أن يُعِيدَ الْوُضُوءَ والصَّلاَةَ » رواه أبو داود والأثرَمُ . قال الأثرمُ : ذكر أبو عبد الله إسناد هذا الحديث .

قلت له : إسنادٌ جَيّد ؟ قال : نعم ، وعن عبد الله بن عمرو « أن النبىَّ ﷺ رأى قوماً يَتَوَضَّئُونَ

---

(١) الكظامة بكسر الكاف : بئر بجنب بئر بينهما مجرى فى باطن الأرض .

وأعقابهم تَلُوح ، فقال : وَيْلٌ للأعْقَابِ مِنَ النَّارِ » وعن عائشة وأبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « وَيْلٌ لِلأعْقَابِ منَ النَّارِ » رواهنّ مسلم

وقد ذكرنا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخليل الأصابع ، وأنه كان يَعْرُكُ أصابعه بخنصره بعضَ الْعَرْكِ . وهذا كُلُّه يدلّ على وجوب الْغَسْل . فإن الممسوح لا يحتاجُ إلى الاستيعاب ، والْعَرْكِ .

وأما الآية : فقد رَوى عكرمةُ عن ابن عباس : أنه كان يقرأ (وَأَرْجُلَكُمْ) قال : عادَ إلى الْغَسْل . ورُوى عن عليّ ، وابن مسعود والشعبيّ : أنهم كانوا يقرءونها كذلك . روى ذلك كلَّهُ سعيدٌ ، وهي قراءة جماعة من القراء ، منهم ابن عامر ، فتكون معطوفة على اليدين في الْغَسل . ومن قرأها بالجرّ فللمجاورة . كما قال ، وأنشدوا :

كَأَنَّ ثَبِيرًا في عَرَانِينِ وَبْلِهِ ... كَبِيرُ أُنَاسٍ في بِجَادٍ مُزَمَّلِ

وأنشد : فَظَلَّ طُهَاةُ اللَّحْمِ مِنْ بَيْنِ مُنْضِجٍ ... صَفِيفَ شِوَاءٍ ، أَوْ قَدِيرٍ مُعَجَّلِ

جَرّ « قديراً » مع العطف للمجاورة . وفي كتاب الله تعالى (١١ : ٢٦ إِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ عَذَابَ يَوْمٍ أَلِيمٍ) جرّ أليما — وهو صفة العذاب المنصوب — لمجاورته المجرور ، وتقول العرب : جُحر ضَبٍّ خربٍ (١) . وإذا كان الأمر فيها محتملا وجب الرجوع إلى بيان النبي ﷺ . ويدل على صحة هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عمرو بن عَبَسَةَ : « ثُمَّ غَسَلَ رِجْلَيْهِ كما أَمَرَهُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ » .

فثبت بهذا : أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أُمِرَ بالْغَسل لا بالمسح ، ويحتمل أنه أراد بالمسح الغسل الخفيف . قال أبو عليّ الفارسيّ : العرب تسمِّي خفيفَ الْغَسل مسحاً ، فيقولون : تمسحت للصلاة ، أي توضأت . وقال أبو زيد الأنصاريّ نحو ذلك . وتحديده بالكعبين دليل على أنه أراد الْغَسل . فإن المسح ليس بمحدود .

فإن قيل : فعطفه على الرأس دليلٌ على أنه أراد حقيقةَ المسح . قلنا : قد افترقا من وجوه :

(أحدها) أن الممسوح في الرأس شعر يَشُقُّ غسله . والرجلان بخلاف ذلك ، فهما أشبه بالمغسولات .

(والثاني) أنهما محدودان بحَدٍّ يُنْتَهَى إِلَيْهِ ، فأشبها اليدين .

(والثالث) أنهما معرضتان للخبث لكونهما يُوطَأُ بهما على الأرض ، بخلاف الرأس . وأما حديث أَوْس « أَنّ النبي ﷺ مَسَحَ على قَدَمَيْهِ » فإنما أراد الغسل الخفيف . وكذلك حديث ابن عباس .

---

(١) أصل الجملة : « هذا جحر ضب خرب » فجحر مرفوع لأنه خبر المبتدأ ، وضب مضاف إليه ، وخرب صفة لجحر لا لضب ، فكان حقها الرفع ، ولكنها جرت لمجاورتها لضب المجرورة ، وهذه لا تحتمل الجر بغير المجاورة ، بخلاف أليم ، فإنها تحتمل أن تكون صفة ليوم ، فيكون جرها مطابقاً للقواعد النحوية ، لأن صفة المجرور مجرورة .

ولذلك قال : « أَخَذَ مِلْءَ كَفٍّ مِنْ ماءٍ فَرَشَّ عَلَى قَدَمَيْهِ » والمسح يكون بالبلل لا برَشِّ الماء .

فأما قول الخِرَقىّ « وهُمَا الْعَظْمَانِ النَّاتِئَانِ » فأراد أن الكعبين هما اللذان فى أسفل الساق من جانبى القدم . وحُكى عن محمد بن الحسن أنه قال : هما فى مُشْط القدم ، وهو مَعْقِدُ الشِّرَاك[1] من الرِّجْل ، بدليل أنه قال « إلى الكعبين » فيدل على أن فى الرجلين كعبين لا غيرُ ، ولو أراد ما ذكرتموه كانت كِعَابُ الرجلين أربعة ، فإن لكل قدم كعبين .

ولنا : أن الكعاب المشهورة فى العرف هى التى ذكرناها . قال أبو عبيد : الكعب الذى فى أصل القدم منتهى الساق إليه ، بمنزلة كِعَاب القنا ، كل عَقْدٍ منها يُسَمَّى كعباً . وقد روى أبو القاسم الجَدَلىّ ، عن النعمان بن بشير ، قال : « كَانَ أَحَدُنَا يُلْزِقُ كَعْبَهُ بِكَعْبِ صاحِبِهِ فى الصَّلاة ، ومَنْكِبَهُ بِمَنْكِبِ صاحِبِهِ » رواه الخلاَّل ، وقاله البخارىّ . ورُوِى « أَنَّ قُرَيْشًا كَانَتْ تَرْمِى كَعْبَىْ رسولِ الله ﷺ مِنْ ورَائِهِ حَتَّى تُدْمِيَهُمَا » ومُشْط القدم أمامَهُ .

وقوله تعالى (إِلَى الْكَعْبَيْنِ) حجة لنا ، فإنه أراد أن كلّ رجل تُغْسَلُ إلى الكعبين ، إذ لو أراد كِعَاب جميع الأرجل لقال : الكِعَاب ، كما قال (وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ) .

فصـــــل

ويلزمه إدخال الكعبين فى الْغَسل ، كقولنا فى المرافق فيما مضى

« مسألة » قال ﴿ ويأتى بالطهارة عضواً بعد عضو كما أمر الله تعالى ﴾ .

وجملة ذلك أن الترتيب فى الوضوء على مافى الآية واجب عند أحمد ، لم أر عنه فيه اختلافاً ، وهو مذهب الشافعى ، وأبى ثور ، وأبى عُبَيْدٍ . وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد : أنه غير واجب . وهذا مذهب مالك ، والثورى ، وأصحاب الرأى . ورُوِى أيضاً عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن . ورُوِى عن علىّ ، ومكحول ، والنخعى ، والزهرى ، والأوزاعى ، فيمن نَسِىَ مسح رأسه ، فرأى فى لحيته بَلَلاً : يَمسح رأسه به . ولم يأمروه بإعادة غَسل رجليه . واختاره ابن المنذر ، لأن الله تعالى أمر بغسل الأعضاء

---

(١) الشراك : هو سير النعل الذى يلف على ظهر القدم من الإبهام إلى الخنصر ، ومعقده موضع عقده أى ربطه ، وهو يربط فوق العظم الناتىء فى القدم خلف الإبهام ، فمحمد بن الحسن يقول : إن الكعب المذكور فى قوله تعالى : « الكعبين » هو هذا العظم الذى خلف الإبهام ، وفى كل رجل كعب فهذان هما الكعبان ، وليس المراد بالكعبين العظمين الناتئين فى آخر الساق فوق القدم ، وإلا لقال الله تعالى : وأرجلكم إلى الكعاب ، لأن فى كل رجل كعبين ، فيكون فى الرجلين أربعة كعاب . وقد رد عليه الشارح ابن قدامة بما تراه ، وأنا أزيد على ذلك أنه لو فسر الكعب بالعظم الذى فوق الإبهام لترتب على ذلك عدم وجوب غسل الأصابع ، لأنها كلها زائدة على الحد المذكور ، وهو عظم الإبهام الذى ذكرناه ، وهذا يبطل تفسير محمد بن الحسن .

وعطف بعضها على بعض بواو الجمع ، وهى لاتقتضى الترتيب ، فكيفما غسل كان ممتثلا . ورُوى عن علىّ وابن مسعود : « ماأبالى بأىِّ أعضائى بَدَأْتُ » . وقال ابن مسعود : « لا بأْسَ أَنْ تَبْدَأَ بِرِجْلَيْكَ قَبلَ يَدَيْكَ فِى الْوُضوء » .

ولنا : أن فى الآية قرينةً تدلّ على أنه أريد بها الترتيب . فإنه أدخل ممسوحاً بين مغسولين ، والعربُ لا تقطع النظيرَ عن نظيره إلا لفائدةٍ . والفائدةُ ههنا الترتيب .

فإن قيل : فائدتُه استحبابُ الترتيب .

قلنا : الآيةُ ما سيقت إلا لبيان الواجب ، ولهذا لم يذكر فيها شيئاً من السنن . ولأنه متى اقتضى اللفظُ الترتيب كان مأموراً به ، والأمرُ يقتضى الوجوب . ولأن كلَّ من حكى وُضوء رسول الله ﷺ حكاه مُرَتَّباً ، وهو مُفسِّر لما فى كتاب الله تعالى : وَتَوضأ مُرَتَّباً ، وقال : « هَذَا وُضُوءٌ لاَ يَقْبَلُ اللهُ الصَّلاَةَ إلاَّ بِهِ » أى بمثله . وما رُوى عن علىّ وابن مسعود ، قال أحمد : إنما عَنَيَا به الْيُسْرَى قبل اليُمْنَى ، لأن مخرجهما من الكتاب واحد ، ثم قال أحمد : حَدَّثنَا جريرٌ ، عن قابوس ، عن أبيه : « أن عَلِيًّا سُئِلَ ، فقيل له : أَحَدُنَا يَسْتَعْجِلُ ، فيغسل شيئاً قبل شىء ؟ قال : لا ، حتى يكون كما أمَرَ اللهُ تعالى » والروايةُ الأخرى عن ابن مسعود ، لا يُعرف لها أصل .

فصـــل

ولا يجب الترتيب بين اليُمنى واليُسرَى ، ولانعلم فيه خلافاً[1] ، لأن مخرجهما فى الكتاب واحد . قال الله تعالى : (وَأَيْدِيَكُمْ ، وَأَرْجُلَكُمْ) والفقهاء يعدون اليدين عُضواً ، والرجلين عُضواً ، ولايجبُ الترتيب فى العضو الواحد ، وقد دلّ على ذلك قولُ علىّ وابنُ مسعود .

فصـــل

وإذا نَكَّسَ وُضوءه ، فبدأ بشىء من أعضائه قبل وجهه . لم يُحْتَسبْ بما غسله قبل وجهه ، فإذا غَسَل وجهه مع بقاء نيّته ، أو بعدها بزمن يسير احتُسب له به ، ثم يرتب الأعضاء الثلاثة . وإن غسل وجهه ، ثم مسح رأسه ، ثم غسل يديه ورجليه ، أعاد مسح رأسه وغَسَل رِجْلَيه ؛ وإن غسل وجهه ويديه ، ثم غسل رجليه ، ثم مسح رأسه ، صَحّ وُضوؤه إلا غَسْل رجليه ، وإن نكّس وُضوءه جميعَه لم يصحّ إلا غَسْلُ وجهه . وإن توضأ مُنَكِّساً أربع مرّات صَحّ وضوؤه ، يحصلُ له من كل مرة غَسلُ عضو إذا كانُ متقارباً .

(١) لم يعلم أن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ بيسراه قبل يمناه ، ولو فعله لنقل إلينا فى حكاية وضوئه صلى الله عليه وسلم . فينبغى التنبيه إلى أن تقديم اليمنى على اليسرى سنة مؤكدة ، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يحب التيامن فى جميع أحواله .

ومذهبُ الشافعيّ مثلُ ما ذكرنا ، ولو غسل أعضاءه دفعةً واحدةً لم يَصِحّ له إلا غَسلُ وجهه ، لأنه لم يُرتّب ، وإن انغمس في ماء جار فلم يمُرّ على أعضائه إلا جَرْيَةٌ واحدة ، فكذلك . وإن مرّ عليه أربعُ جَرَيات وقلنا : الغَسْلُ يُجزىء عن المسح . أجزأه ، كما لو توَضأ أربعَ مرّات ، وإن كان الماء راكداً ، فقال بعض أصحابنا : إذا أخرج وجهه ، ثم يديه ، ثم مسح رأسه ، ثم خرج من الماء أجزأه ، لأن الحَدث إنما يرتفع بانفصال الماء عن العضو . ونص أحمد في رجل أراد الوضوء فانغمس في الماء ، ثم خرج من الماء ، فعليه مسح رأسه ، وغسل رجليه ، وهذا يدل على أن الماء إذا كان جارياً فمرت عليه جرية واحدة أنه يجزئه مسح رأسه ، وغسل رجليه ، وإن اجتمع الحدثان سقط الترتيب والموالاة على ماسنذكره إن شاء الله تعالى :

فصل

ولم يذكر الخِرَقي الموالاة ، وهي واجبة عند أحمد ، نص عليها في مواضع ، وهذا قول الأوزاعي ، وأحد قولي الشافعي . قال القاضي : ونقل حنبل عن أحمد أنها غير واجبة : وهذا قول أبي حنيفة ، لظاهر الآية ، ولأن المأمور به غسل الأعضاء ، فكيفما غسل جاز ، ولأنها إحدى الطهارتين ، فلم تجب الموالاة فيها كالغُسل : وقال مالك : إن تعمّد التفريق بطَل وإلاّ فلا .

ولنا ماذكرنا من رواية عمر : « أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يُصَلّي وفي ظَهْرِ قدَمِه لُمْعَةٌ قَدْرُ الدرهم لَمْ يُصِبها الماء ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعيد الوضوء والصلاة ، ولو لم تجب الموالاة لأجزأه غسل اللمعة ، ولأنها عبادة يفسدها الحَدث ، فاشتُرِطت فيها الموالاة كالصلاة ، والآية دلت على وجوب الغَسل ، والنبي صلى الله عليه وسلم بين كيفيته ، وفسر مجمله بفعله وأمره ، فإنه لم يتوضأ إلا متوالياً ؛ وأمر تارك الموالاة بإعادة الوضوء ، وغسل الجنابة بمنزلة غسل عضو واحد ، بخلاف الوضوء .

فصل

والموالاة الواجبة : أن لايتركَ غسل عُضو حتى يمضي زمن يَجِفُّ فيه العُضو الذي قبله في الزمان المعتدل ؛ لأنه قد يُسرع جفَافُ العضو في بعض الزمان دون بعض ، ولأنه يُعتبر ذلك فيما بين طرَفي الطهارة . وقال ابنُ عقيل ، في رواية أخرى : إنّ حَدّ التفريق المُبطل مايَفْحُش في العادة ، لأنه لم يُحَدّ في الشرع ، فيُرْجع فيه إلى العادة ، كالإحراز والتفرّق في البيع .

فصل

وإن نشفت أعضاؤه لاشتغاله بواجب في الطهارة أو مسنون ، لم يُعد تَفْرِيقاً ، كما لو طَوّل أركان الصلاة . قال أحمد : إذا كان في علاج الوضوء فلا بأس ، وإن كان لوسوسة تلحقه فكذلك ، لأنه

فى علاج الوضوء ، وإن كان ذلك لعبث ، أو شيء زائد على المسنون ، وأشباهه ، عُدَّ تفريقـاً . ويحتمل أن تكون الوسوسة كذلك ، لأنه مُشتغل بما ليس بمفروض ولا مسنون .

« مسئلة » قال ﴿ والوضوء مرّةً مرّةً يُجزىء ، والثلاث أفضل ﴾ .

هذا قول أكثر أهل العلم ، إلا أن مالكاً لم يُوَقّت مرة ولا ثلاثاً . قال : إنما قال الله تعالى : (فاغسِلُوا وجُوهَكُمْ) وقال الأوزاعيّ وسعيدُ بن عبد العزيز : الوضوء ثلاثاً ثلاثاً إلاّ غَسْلَ الرجلين ، فإنه يُنقِيهما . وقد رُوىعن ابن عباس قال « توضّأ النبيُّ صلى الله عليه وسلم مرّةً مرّةً » رواه البخاريّ. وروى أبو هريرة : « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم تَوَضَّأَ مرّتَيْنِ مرّتَيْنِ » رواه الترمذيّ . وقال : هذا حديث حسنغريب . وعن عليّ : «أن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ ثلاثاً ثلاثاً» قال الترمذيّ : حديث عليّ أحسن شيء فى هذاالباب ، وأصح . وقال سعيد : حدثنا سَلّام الطويل ، عن زيد العَمِّى عن معاوية، ابن قُرّة ، عن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ دعَا بماء فتوَضّأ مرّةً مرّةً ثم قال : هذا وَظيفةُ الوُضوء ، وُضُوء مَنْ لا يَقْبَلُ الله له صلاةً إلاّ به » ثم تحدّث ساعةً ، ثم دعا بماء ، فتوضّأ مرتين ، مرتين ، فقال : « هذا وضُوءُ مَنْ توضأه ضاعفَ الله له الأجر ، مرتين » ثم تحدّث ساعةً ، ثم دعا بماء - فتوضأ ثلاثاً ، ثلاثاً ، فقال : « هذا وضُوئِي ، ووُضوء النبيّين مِنْ قَبْلِي » .

ورَوى ابنُ ماجه بإسناده ، عن أُبَيّ بن كعب ، عن النبي صلى الله عليه وسلم نحوَ هـذا ، ورَوى مسلم فىصحيحه : « أنّ عثمانَ دَعا بِوَضُوء فتوَضّأ ، وغَسَل كَفّيْهِ ثلاثَ مرّات ، ثم تمضمض واستَنْثَر ثم غسل وجهه ثلاثَ مرّات ، ثم غسل يده اليُمنَى إلى المِرْفق ثلاثَ مرات ، ثم غسل يده اليُسرى مثل ذلك ، ثم مسح برأسه ، ثم غسل رجله اليمنى إلى الكعبين ثلاث مرات ، ثم غسل اليُسرى مثل ذلك ، ثم قال : رأيتُ رسول صلى الله عليه وسلم توضأ نحوَ وُضوئِى هذا ، ثم قال رسول الله ﷺ « مَنْ توَضّأ نحو وضوئى هذا ثم قامَ فرَكَع رَكعتَيْن لا يُحدِّث فيهما نفسه غُفِرَ له ماتقدّم من ذَنْبِه » قال ابن شهاب : وكان علماؤنا يقولون : هـذا الوضوء أسبغُ مايتَوضّأ به أحدٌ للصلاة .

فصـــل

وإن غسل بعض أعضائه مرة ، وبعضها أكثر جاز . لأنه إذا جاز ذلك فى الكل جاز فى البعض ، وفى حديث عبد الله بن زيد « أن النبيصلىالله عليه وسلم توَضّأ فغَسَل وَجْهَهُ ثلاثاً وغَسَل يَدَيْه مرّتين، ومَسح بِرأْسِهِ مرّةً » متفق عليه .

فصـــل

قال أحمد رحمه الله : لايزيد على الثلاث إلا رجل مُبْتَلًى . وقال ابن المبارك : لا آمَنُ من زاد على الثلاث أنْ يأْثمَ . وقال إبراهيم النخعيّ : تشديد الوضوء من الشيطان ، لوكان هذا فضلا لأُوثِر

به أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم . ورَوى عمرو بن شعيب عن أبيه ، عن جدّه قال : « جاء أعرابىٌّ إلى النبى صلى الله عليه وسلم فسأله عن الوضوء ، فأراه ثلاثاً ثلاثاً ، ثم قال : هـذا الْوُضوء . فمن زَادَ عَلَى هَذَا فَقَدْ أَسَاءَ وَظَلَمَ » رواه أبو داود والنَّسائى وابن ماجه .

فصــــل

وإذا فرغ من وضوئه استُحِبَّ أن يرفع نظره إلى السماء ، ثم يقول ما رواه مسلم فى صحيحه عن عمر ابن الخطاب ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مامِنْـكُمْ مِنْ أَحَدٍ يَتَوَضَّأُ فَيُبْلِغُ ـ أَوْ فَيُسْبِـغُ الوُضوءَ ، ثم يقول : « أشْهَدُ أن لاَ إِلَهَ إلاّ اللهُ ، وأن محمداً عبدُه ورسولُه ، إلا فُتِحتْ له أبوابُ الجَنَّةِ الثمَّانيَـة ، يدخُل من أيِّها شاء » رواه أبو بكر الخلاّل بإسناده ، وفيه « مَنْ تَوَضَّأَ ، فأَحْسَنَ الوُضُوءَ ، ثم رَفَعَ نَظَرَهُ إلى السَّماء ـ وفيه ـ اللهمّ اجْعَلْنِى مِنَ التَّوابِينَ ، واجْعَلْنِى مِنَ الْمُتَطَهِّرِينَ » .

فصــــل

ولا بأس بالمعاونة على الوضوء ، لمـا رَوى المغيرة بن شعبة « أنه أفرغ على النبى ﷺ فى وضوئه » رواه مسلم . ورُوِى عن صفوان بن عَسَّـال ، قال : « صَبَبْتُ على النبىِّ صلى الله عليه وسلم فى السَّفَرِ والْحَضَرِ » وعن أُم عَيَّاش ـ وكانت أَمَةً لرقية بنت رسول الله ﷺ ـ قالت : « كنتُ أُوَضِّىءُ رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا قَائِمَةٌ وهو قاعدٌ » رواهما ابن ماجه . ورُوِى عن أحمد أنه قال : ما أُحِبُّ أن يُعِينَنِى على وُضُوئِى أحَدٌ ، لأنّ عمر قال ذلك .

فصــــل

ولا بأس بتنشيف أعضائه بالمِنديل من بَلَل الوضوء والْغُسل . قال الخلاّل : المنقول عن أحمد : أنه لا بأس بالتنشيف بعد الوضُوء . وممّن رُوِى عنه أخذُ المِنديل بعد الوضوء : عثمانُ والحسنُ بن علىّ ، وأنس ، وكثير من أهل العلم ، ونَهَى عنه جابر ابن عبد الله ، وكَرِهه عبدُ الرحمن بن مَهْدِىّ ، وجماعة من أهل العلم ، لأن مَيْمُونَةَ قالت : « إن النبىّ ﷺ اغْتَسَلَ فأتَيْتُهُ بالمنديل ، فلم يُرِدْها ، وجعل ينفضُ المـاء بيده » متفق عليه . والأوّل أصح ، لأن الأصل الإباحة . وتركُ النبى ﷺ لا يدلّ على الكراهة ، فإن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قد يترُكُ المباح كما يفعلُه . وقد رَوى أبو بـكر فى الشافى ، بإسناده ، عن عُروة ، عن عائشة ، قالت : « كان للنبى صلى الله عليه وسلم خِرْقَةٌ يَتَنَشَّفُ بِهـَا بَعْدَ الوُضُوء » وسُئل أحمد عن هذا الحديث فقال : مُنـكر ، مُنكر . ورُوى عن قيس بن سعد : « أن النبى ﷺ اغتسل ، ثم أتيناه بِمِلْحَفَةٍ ، ودسية ، فالتحفَ بِهاَ » إلا أنّ الترمذى قال : لا يصحّ فى هذا الباب شىء ، ولا يُـكره نفضُ المـاء عن بَدَنه بيديه ، لحديث مَيْمُونة .

« مسألة » قال ﴿ وإذا توضأ لنافلةٍ صَلَّى فريضة ﴾ .

لاأعلم فى هذه المسألة خلافاً . وذلك لأن النافلة تَفتقر إلى رفع الحدث كالفريضة ، وإذا ارتفع الحَدثُ تحقق شرطُ الصلاة ، وارتفع المانع ، فأُبيح له الفرض ، وكذلك كلُّ مايَفتقر إلىالطهارة كمسِّ المصحف ، والطواف ، إذا توضأ له ارتفع حدثُه ، وصحّت طهارتُه ، وأبيح له سائر مايحتاج إلى الطهارة . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

فصــــل

يجوز أن يُصَلِّيَ بالوضوء ما لم يُحدث . ولا نعلمُ فى هذا خلافاً . قال أحمد بن القاسم : سألت أحمد عن رجل صَلَّى أكثر من خمس صلوات بوضوء واحد ؟ قال : ما بأس بهذا ؟ إذا لم ينتقض وضوؤه ، ما ظننتُ أحداً أنكر هذا . وقال : صلَّى النبيُّ ﷺ الصلوات الخمسَ يوم الفتح بوضوء واحدٍ » . ورَوى أنس قال : « كان النبيُّ صلى الله عليه وسلم يَتَوَضَّأُ عِنْدَ كُلِّ صَلاَةٍ . قلت : وكيف كنتم تصنعون ؟ قال يُجزى أحدَنا الوضوء ما لم يُحدث » رواه البخارىّ وأبو داود . وفى مسلم عن بُرَيْدَةَ قال : « صلّى النبيُّ ﷺ يَوْمَ الفَتْحِ خمسَ صَلَوَاتٍ بوضُوءٍ واحدٍ ومَسَحَ على خُفَّيْهِ ، فقال له عمر : إنِّى رأيْتُكَ صَنَعْتَ شَيْئاً لم تكُنْ تَصْنَعُه قال : عَمْداً صَنَعْتُه » .

فصــــل

وتجديد الوضوء مستحبٌّ . نصّ أحمد عليه فى رواية موسى بن عيسى ، ونقل حنبل عنه : أنَّه كان يفعلُه . وذلك لما روينا من الحديث . وعن غُطَيْف الهُذَلِىّ قال « رأيتُ ابنَ عُمَرَ يوماً تَوَضَّأَ لِكُلِّ صَلاَةٍ ، فقلت : أصْلَحَكَ اللهُ ، أفَرِيضَةٌ أم سُنَّةٌ ، الوضوء عند كلّ صلاةٍ ؟ فقال : لا ، لو توضأتُ لِصَلاةِ الصبح لصلَّيْتُ به الصلواتِ كلَّها مالم أُحْدِثْ ، ولكنى سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « مَنْ تَوَضَّأَ عَلَى طُهْرٍ فله عشْرُ حسنات » وإنما رغبت فى الحسنات أخرجه أبو داود ، وابن ماجه : وقد نقل علىُّ بن سعيد عن أحمد : لافَضْلَ فيه ، والأول أصح :

فصــــل

ولا بأس بالوضوء فى المسجد إذا لم يُؤذ أحداً بوضوئه ، ولم يُبلّ موضع الصلاة . قال ابنُ المنذر : أباح ذلك كلُّ من نحفظُ عنه من علماء الأمصار ، منهم : ابنُ عمر ، وابن عباس ، عطاء ، وطاوس ، وأبو بكر بن محمد ، وابن عمر ، وابن حزم ، وابن جُرَيْج ، وعوامّ أهل العلم ، قال : وبه نقول ، إلا أن يَبلّ مكاناً يجتازُ الناس فيه ، فإنّى أكرهه ، إلا أن يفحص الحَصَى عن البَطْحاء ، كما فعل لعطاء وطاوس ، فإذا تَوَضأ رَدّ الحَصَى عَلَيْه ، فإنى لا أكرهه . وقد روى عن أحمد أنه يكرهه صيانةً للمسجد عن البُصاق ، والمُخاط ، وما يخرجُ من فَضَلاَت الْوُضوء .

« مسألة » قال ﴿ ولا يقرأ القرآنَ جُنُبٌ ، ولا حَائِض ، ولا نُفَسَاء ﴾ .

رُويت الكراهية لذلك عن عمر وعليّ والحسن والنخَعِيّ والزهرىّ وقتادة والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . وقال الأوزاعىّ : لا يقرأ إلا آيةَ الركوب ، والنزول (٤٣ : ١٣ سُبْحَانَ الَّذِى سَخَّرَ لَنَا هَذَا) (٢٣ : ٢٩ وَقُلْ رَبِّ أَنْزِلْنِى مُنْزَلاً مُبَارَكاً) وقال ابن عباس : يقرأ وِرْدَه . وقال سعيد بن المُسَيِّب : يقرأ القرآن ، أليس هو فى جوفه ؟ وحُكى عن مالك : للحائض القراءةُ دون الجُنُب ، لأن أيامها تطول. فإن منعناها من القراءة نَسِيَتْ .

ولنا : ماروُى عن علىّ رضى الله عنه : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، لم يَكُنْ يَحْجُبُه ـ أو قال ـ يَحْجِزُه عن قراءة القرآن شَىْءٌ ، لَيْسَ الجَنَابَةَ » ، رواه أبو داود والنسائى والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح . وعن ابن عمر أن النبىّ ﷺ قال : « لا تَقْرَأُ الحَائِضُ ، ولا الجُنُبُ شيئاً من القرآن » ، رواه أبو داود والترمذىّ ، وقال : يرويه إسماعيلُ بن عَيّاش ، عن نافع . وقد ضَعَّف البخارىّ روايته ، عن أهل الحجاز . وقال : إنّمَا روايته عن أهل الشام ، وإذا ثبت هذا فى الجُنب ففى الحائض أولى ، لأنَّ حدثها آكدُ ، ولذلك حَرَّمَ الوطْءَ وَمَنَعَ[١] الصِّيَامَ ، وَأَسْقَطَ الصَّلاة ، وساواها فى سائر أحكامها .

فصـــل

ويحرم عليهم قراءة آيةٍ . فأما بعض آية ، فإن كان ممـا لا يتميزّ به القرآن عن غـيره ، كالتسمية ، والحمـد لله ، وسائر الذِّكر . فإن لم يقصد به القرآن فلا بأس ، فإنه لا خلاف فى أنّ لهم ذكر الله تعالى ، ويحتاجون إلى التسمية عند اغتسالهم ، ولا يمكنهم التحرُّز من هـذا ، وإن قصدوا به القراءة ، أو كان ما قرأوه شيئاً يتميزّ به القرآن عن غيره من الكلام . ففيه روايتان :

(إحداها) لايجوز : ورُوى عن علىّ رضى الله عنـه « أنه سُئِلَ عن الجُنُب يقرأ القرآن ؟ فقال : لا ، ولا حَرْفاً » وهذا مذهبُ الشافعىّ[٢] ، لعموم الخبرَ فى النهى ، ولأنّه قرآن ، فمنع من قراءته ، كالآية

(والثانية) لا يُمنع منه[٣] : وهو قول أبى حنيفة ؛ لأنه لا يحصلُ به الإعجاز ، ولا يُجزىء فى الخُطبة ، ويجوز إذا لم يقصد به القرآن ، وكذلك إذا قصد .

---

(١) فى حرم ومنع وأسقط ضمير مستتر يعود على حدث الحائض .

(٢) أجاز الشافعى للجنب والحائض ، قراءة القرآن آية أو سورة ، إذا قصد به القارىء الذكر ولم يقصد القرآن .

(٣) أى من قراءة الحرف ، لا من قراءة القرآن ، بدليل قوله بعد ذلك لأنه لايحصل به الإعجاز ولا يجزىء فى الخطبة وهذا ينطبق على الحرف الواحد من القرآن .

فصل

وليس لهم اللبث فى المسجد لقول الله تعالى (٤ : ٤٣ وَلَا جُنُبًا إِلاَّ عَابِرِى سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا) وروت عائشةُ قالت : « جاء النبيُّ صلى الله عليه سلم وبيوتُ أصحابه شارعةٌ فى المسجد ، فقال : وَجِّهُوا هَذِهِ الْبُيُوتَ عَنِ الْمَسْجِدِ ، فَإِنِّى لاَ أُحِلُّ الْمَسْجِدَ لِحَائِضٍ وَلَا جُنُبٍ » رواه أبو داود . ويباح العبور للحاجة ، من أخذ شىء ، أو تركه ، أو كون الطريق فيه . فأما لغير ذلك فلا يجوز بحال .

وممن نُقلتْ عنه الرخصةُ فى العبور : ابنُ مسعود ، وابن عبّاس ، وابن المسيب ، وابن جبير ، والحسن ومالك ، والشافعىّ ، وقال الثورىّ ، وإسحاق : لا يَمُرُّ فى المسجد ، إلاّ أن لايجد بُدًّا ، فيتيمم . وهو قول أصحاب الرأى ، لقول النبى ﷺ : « لاَ أُحِلُّ الْمَسْجِدَ لِحَائِضٍ وَلَا جُنُبٍ » .

ولنا قول الله تعالى : (إِلاَّ عَابِرِى سَبِيلٍ) والاستثناء من المنهى عنه إباحةٌ . وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : « نَاوِلِينِى الْخُمْرَةَ مِنَ الْمَسْجِدِ[1] . قالت : إنى حائض ، قال : إِنَّ حَيْضَتَكِ لَيْسَتْ فِى يَدِكِ » رواه مسلم . وعن جابر قال : « كُنَّا نَمُرُّ فى الْمَسْجِدِ وَنَحْنُ جُنُبٌ » رواه ابن المُنذر . وعن زيد بن أسلم : (كان أصحابُ رسول الله ﷺ يَمْشُونَ فى المسجد وهم جُنُبٌ) رواه ابن المنذر أيضاً ، وهذا إشارة إلى جميعهم ، فيكون إجماعاً .

فصل

فأما المُستحاضة ، ومن به سَلَسُ البول فلهم اللَّبْثُ فى المسجد ، والعبور إذا أمنوا تلويث المسجد ، لما رُوى عن عائشة : « أَنَّ امْرَأَةً من أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتكفت معه ، وهى مُستحاضة فكانت ترى الْحُمْرَةَ والصُّفْرَةَ[2] ، وربما وضعنا الطَّسْتَ تَحْتَهَا ، وهى تُصَلِّى » رواه البخارىّ . ولأنه حَدَثٌ لا يمنع الصلاة . فلم يمنع اللبْث ، كخروج الدم اليسير من أنفه ، فإن خاف تلويث المسجد فليس له العبور ، فإن المسجد يُصان عن هذا ، كما يُصان عن البول فيه . ولو خَشِيت الحائض تلويث المسجد بالعبور فيه لم يكن لها ذلك .

فصل

وإن خاف الجنب على نفسه ، أو ماله ، أو لم يمكنه الخروج من المسجد ، أو لم يجد مكاناً غيره ، أو لم يمكنه الغُسل ، ولا الوضوء ، تيمَّم ، ثم أقام فى المسجد . ورُوى عن علىّ ، وابن عباس ، وسعيد

---

(١) سبق شرح الخمرة والكلام على هذا الحديث .

(٢) الحمرة والصفرة : أى الدم الأحمر ، والدم الأصفر والاستحاضة : مرض يسيل معه الدم باستمرار فلذلك أبيح لها الصلاة معها بعد الحشو والعصب كما سيأتى .

ابن جبير ، ومُجاهد ، والحسن بن مُسلم بن يَنَّاق فى تأويل قوله تعـالى : (ولا جُنُباً إلاَّ عَابِرِى سَبِيلٍ) يعـنى مُسافرين لا يجدون ماء ، فيتيممون . وقال بعض أصحابنا : يلبث بغـير تيمُّم ، لأن التيم لا يرفع الحدث . وهذا غير صحيح ، لأنه يُخالف قول من سَمَّينا من الصحابة ، ولأن هذا أمر يُشترط له الطهارة ، فوجب التيم له عند العجز عنها ، كالصلاة ، وسائر ما يُشترط له الطهارة .

وقولهم : لايرفع الحدث ، قلنا : إلّا أنه يقوم مقام مايرفع الحدث فى إباحة مايُستباح به .

فصـــــل

إذا توضأ الجنب فله اللبث فى المسجد فى قول أصحابنا ، وإسحاق ، وقال أكثر أهل العلم : لايجوز ، للآية والخبر . واحتج أصحابنا بما رُوى عن زيد بن أسلم قال : « كَانَ أَصْحَابُ رَسولِ اللهِ ﷺ يَتَحَدَّثُونَ فى المَسْجِدِ عَلَى غَيْرِ وُضوء ، وكان الرجل يكون جُنُباً فَيَتَوَضَّأُ ثُمَّ يَدْخُل فَيَتَحَدَّثُ » ، وهـذا إشارة إلى جميعهم ، فيكون إجماعاً يُخَصُّ به العموم ، ولأنّه إذا توضأ خَفّ حكم الحَدث . فأشبه التيمم عند عدم المـاء ، ودليل خفته : أمر النبى ﷺ الْجنب به إذا أراد النوم ، واستحبابُه لمن أراد الأكل ، ومعاودة الوطء . فأما الحائض إذا توضأت فلا يُباح لها اللبث ، لأن وضوءها لايصحّ .

« مسألة » قال : ﴿ ولا يَمَسُّ المصحف إلا طاهرٌ ﴾ .

يعنى طاهراً من الحَدثين جميعاً . رُوى هذا عن ابن عمر ، والحسن ، وعطـاء ، وطاوس ، والشعبىّ ، والقاسم بن محمد . وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم مخالفاً لهم إلا داود . فإنه أباح مَسّه . واحتجّ بأن النبى ﷺ « كَتَبَ فى كِتَابِهِ آيَةً إلى قَيْصَر [1] » وأباح الحَكَمُ ، وحماد مَسّه بظاهر الكفّ ، لأن آلة المسّ باطن اليد ، فينصرفُ النهى إليه دون غيره .

ولنا قوله تعالى (٥٦ : ٧٩ لا يَمَسُّه إلاّ المُطَهَّرون[2]) وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو

---

(١) وجه الاستدلال : أن قيصر غير طاهر من الحدثين لعدم إسلامه ، وسيمس كتاب النبى صلى الله عليه وسلم المشتمل على الآية ، والآية قرآن ، وقد أبيح مسه لغير الطاهر من الحدثين ، فيجوز بناء على هذا مس المصحف لغير الطاهر .

ولا دليل فى ذلك للظاهرية ، لأن المراد بالمصحف ماكان معداً للقراءة ويطلق عليه اسم المصحف ، أما الآية أو الآيتان اللتان تكتبان فى خطاب ، أو فى كتاب علم ، أو فى صحيفة يومية أو أسبوعية ، أو التى توضع فى إطار فى المنزل أو فى محل العمل ، أو فى الملابس للتبرك بها كما يفعل بعض الناس ، فلا يحرم مسها ، ولا حملها ، لأنها ليست مصحفاً ، كما أشار إليه الشارح .

(٢) المطهرون هنا : هم الملائكة ، والممنوع مسه هواللوح المحفوظ لأنه هو الكتاب المكنون فى قوله تعالى : « إنه لقرآن كريم ۞ فى كتاب مكنون ۞ لا يمسه إلا المطهرون ۞ تنزيل من رب العالمين » فالاستدلال بهذه الآية على عدم جواز مس المصحف لغير الطاهر ليس فى محله ، لأن المصحف ليس مكنوناً بل هو ظاهر للناس ، أما اللوح المحفوظ فهو المكنون المستور عن الناس .

ابن حزم : « أَنْ لاَ يَمَسَّ القرآنَ إلا طَاهر [١] » وهو كتاب مشهور ، رواه أبو عُبَيْد فى فضائل القرآن وغيره . ورواه الأثرم . فأما الآية التى كتب بها النبى ﷺ فإنما قصد بها المراسلة ، والآية فى الرسالة ، أو كتاب فقه ، أو نحوه ، لاتمنع مَسّه ، ولا يَصير الكتاب بها مُصحفاً ، ولا تثبتُ له حُرمته .

إذا ثبت هذا فإنه لايجوز له مَسُّه بشىء من جَسَده ، لأنه من جسده . فأشبه يده . وقولهم : إن المسَّ إنما يختص بباطن اليد ـ ليس بصحيح ، فإن كُلَّ شىء لاَقى شيئاً فقد مَسّه .

فصـــل

ويجوز حمله بِعلاَقَتِهِ ، وهذا قول أبى حنيفة . ورُوى ذلك عن الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والشعبىّ ، والقاسم ، وأبى وائل ، والحكَم ، وحمّاد ، ومنع منه الأوزاعىّ ، ومالك والشافعىّ . قال مالك : أحسنُ ماسمعت أنه لايَحْمِلُ المُصحف بعلاقته ، ولا فى غلافه إلا وهو طاهر . وليس ذلك لأنه يُدَنِّسه ، ولكن تعظيما للقرآن ، واحتجوا بأنه مكلّف ، محدث ، قاصد لحمل المُصحف ، فلم يَجُز ، كما لو حمله مع مَسِّه .

ولنـا : أنه غير ماسٍّ له ، فلم يُمنع منه ، كما لو حمله فى رَحْله . ولأن النهى إنما يتناول المسّ ، والحملُ ليس بمسّ ، فلم يتناوله النهى ، وقياسُهم فاسد . فإن العلّة فى الأصل مسُّه ، وهو غير موجود فى الْفَرع ، والحمل لا أثر له . فلا يصح التعليل به . وعلى هذا لو حمله بعلاقة ، أو بحائل بينه وبينه ، مما لايَتْبَعُهُ فى البيع جاز لما ذكرنا ، وعندهم لايجوز ، ووجه المذهبين ماتقدّم ، ويجوز تقليبُهُ بعُود ، ومسُّه به ، وكَتْبُ المصُحف بيده ، من غير أن يمسه ، وفى تصفُّحه بكمه ، روايتان . وخَرَّج القاضى فى مس غلافه ، وحمله بعلاقته ، روايةً أخرى : أنه لايجوز ، بنـاءً على مسه بكمه . والصحيح : جوازه ، لأن النهى إنما يتناول مسه ، والحملُ ليس [٢] بمسّ .

فصـــل

ويجوز مس كتب التفسير ، والفقه ، وغيرها ، والرسائل وإن كان فيها آيات من القرآن بدليل : « أن النبى ﷺ كَتَب إلى قَيْصَر كتاباً فيه آية » ولأنها لايقع عليها اسمُ مصحف ، ولا تثبت لها حُرمته . وفى مس صبيان الكتاتيب ألواحَهم التى فيها القرآن وجهان :

---

(١) المراد بالطاهر يجوز أن يكون المؤمن المتطهر من نجس الشرك ، كما يجوز أن يكون المتطهر من الحدث ، وعلى ذلك لاتكون الآية دليلا قاطعاً فى الاستدلال بها على حرمة مس المحدث للمصحف .

والعلة فى تحريم مس المصحف للمحدث ، هى تعظيمه وصيانته عن مواطن القذر ، حتى يكون له فى نفوس الناس ماله من المكانة فى دينهم .

(٢) المراد بالحمل الجائز هنا ، حمل المصحف بعلاقته ، أما حمله فى يده ومس يدله ، أو فى ملابسه فممنوع عند الشافعى .

(أحدهما) الجواز : لأنه موضعُ حاجة . فلو اشترطنا الطهارة أدّى إلى تنفيرهم عن حفظه .

(والثانى) المنـع : لدخولهم فى عموم الآية . وفى الدراهم المـكتوب عليها القرآنُ وجهان :

(أحدهما) المنـع : وهو قول أبى حَنِيفة[١] . وكرهه عطاء ، والقاسمُ ، والشعبىّ ، لأن القرآن مكتوب عليها . فأشبهت الوَرَق .

(والثـانى) الجواز[٢] : لأنه لايقع عليها اسم المصحف . فأشبهت كتب الفقه ، ولأنّ فى الاحتراز منها مشقّة . أشبهت ألواح الصبيان .

فصـــل

وإن احتاج المُحْدِث إلى مسّ المصحف عند عدم الماء تيمَّم ، وجاز مسُّه . ولو غسل المُحْدِث بعض أعضاء الوضوء ، لم يجز له مسّه به قبل إتمام وضوئه ، لأنه لا يكون متطهّراً إلا بِغَسْل الجميع .

فصـــل

ولا يجوز المُسَافَرَةُ بالمصحف إلى دار الحرب ، لما رَوى ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تُسَافِرُوا بالقرآن إلى أَرْضِ العَدُوِّ مَخَافَةَ أَنْ تَنَالَهُ أَيْدِيهِم[٣] » .

---

(١) فى منع أبى حنيفة مس الدارهم المكتوب عليها القرآن ، تشديد على الناس يخالف عامة مذهبه ، فإن فى مذهبه تسهيلا كثيراً .

(٢) كانت كلمة الجواز غير موجودة فى النسخة التى علقنا عليها فأثبتاها فى موضعها .

(٣) معلوم أن المنع من السفر به للعلة المذكورة فى الحديث وهى : « مخافة أن تناله أيديهم » أما إذا انتفت العلة ، وأصبح المؤمنون آمنين على قرآنهم أنه لن تمسه يد الكفار بمقتضى معاهدات ، أو أصبح عدم التعرض للكتب السماوية عرفاً متواضعاً عليه كما فى أيامنا هذا ، فلا يحرم السفر به ، بل قد يجب السفر به لاستذكاره ، وحرصاً على عدم نسيانه ، وللرجوع إليه عند الحاجة إلى ذلك ، ولتعليمه لأبناء المسلمين الموجودين فى بلاد الكفار .

باب الاستطابة والحدث

الاستطابة : هي الاستنجاء ، بالماء أو بالأحجار ، يقال : استطاب ، وأطاب : إذا استنجى ، سُمِّيَ استطابةً لأنهُ يُطَيِّب جسده بإزالة الخُبث عنه . قال الشاعر يهجو رجُلاً :

يا رخماً قاظ عَلَى عُرْقُوبِ يُعْجِلُ كَفَّ الْخَارِىءِ الْمُطِيبِ

والاستنجاء : استفعال من نجوْتُ الشجرة ، أى قطعتُها . فكأنه قطع الأذى عنه . وقال ابنُ قتيبة : هو مأخوذ من النَّجْوَة ، وهى ما ارتفع من الأرض ، لأن من أراد قضاء الحاجة استتر بها . والاستجمار : استفعال من الجِمَار ، وهى الحجارة الصغار ، لأنه يستعملها فى استجماره .

« مسألة » قال ﴿ وليس على من نام أو خرجت منه ريح استنجاء ﴾ .

ولا نعلم فى هـذا خلافاً . قال أبو عبد الله : ليس فى الريح اسـتنجاء ، فى كتاب الله ، ولا فى سُنَّة رسوله ، إنما عليه الوضوء . وقد رُوى عن النبى ﷺ : « مَنْ اسْتَنْجَى مِنْ رِيحٍ فَلَيْسَ مِنَّا » رواه الطبرانىّ فى مُعجمه الصغير . وعن زيد بن أسلم فى قوله تعالى (٥ : ٦ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَـكُمْ) إذا قمتم من النوم ، ولم يأمر بغـيره . فدلّ على أنه لايجب ، ولأن الوجوب من الشرع ، ولم يرد بالاستنجاء ههنا نصّ ، ولاهو فى معنى المنصوص عليه ، لأن الاستنجاء إنما شرع لإزالة النجاسة ، ولا نجاسة ههنا .

« مسألة » قال ﴿ والاستنجاء لمـا خرج من السبيلين ﴾ .

هذا فيه إضمار ، وتقديره : والاستنجاء واجب : فحذف خبر الابتداء اختصاراً . وأراد ما خرج غيرَ الريح ، لأنه قد بيّن حكمها ، وسواء كان الخارج معتاداً ، كالبول والغائط ، أو نادراً ، كالحَصَى ، والدُّود ، والشعر رَطْباً ، أو يابساً . ولو احتقن فرجعت أجزاء خرجت من الفرج ، أو وَطِىءَ رجلٌ امرأته دون الفرج ، فدب ماؤه إلى فَرْجها ، ثم خرج منه ، فعليهما الاستنجاء على ظاهر كلام الخِرَقِىّ . وقد صرح به القاضى وغيره . ولو أدخل الميلَ فى ذَكَره ، ثم أخرجه لزمه الاستنجاءَ لأنه خارج من السبيل ، فأشبه الغائط المُسْتَحْجِر . والقياس : أن لايجب من ناشف لا يُنجّس المحل ، للمعنى الذى ذكرنا فى الريح ، وهو قول الشافعىّ . وهكذا الحـكم فى الطاهر ، وهو المنىّ إذا حـكمنا بطهارته ، والقول بوجوب الاستنجاء فى الجملة قول أكثر أهل العلم .

وحُـكى عن ابن سيرين فيمن صلّى يقوم ولم يستنج : لا أعلم به بأساً . وهذا يحتمل أن يكون فيمن لم يلزمه الاستنجاء ، كمن لزمه الوضوء لنوم أو خروج ريح ، أو من ترك الاستنجاء ناسياً . فيـكون موافقاً لقول الجماعة ، ويحتمل أنه لم ير وجوب الاستنجاء ، وهذا قول أبى حنيفة ، لقول النبى ﷺ :

« من اسْتَجْمَرَ فَلْيُوتِرْ ، مَنْ فَعَلَ فَقَدْ أَحْسَنَ ، وَمَنْ لاَ فَلاَ حَرَجَ » رواه أبو داود ، ولأنها نجاسة يكتفى فيها بالمسح ، فلم تجب إزالتها كيسير الدم .

ولنا : قول النبي ﷺ : « إِذَا ذَهَبَ أَحَدُكُم إِلى الْغَائِطِ فَلْيَذْهَبْ معه بِثَلاثَةِ أَحْجَارٍ ، فإنها تُجْزِئ عَنْهُ » رواه أبو داود . وقال : « لاَ يَسْتَنْجِي أَحَدُكُمْ بِدُون ثلاثةِ أحجار » رواه مسلم . وفى لفظٍ لمسلم : « لقـد نهانا أن نَسْتَنْجِي بدون ثلاثةِ أحجـار » فأمر ، والأمر يقتضى الوجوب . وقال : « فإنها تُجْزِئ عَنْهُ » والإجزاء إنما يُستعمل فى الواجب ، ونهى عن الاقتصار على أقل من ثلاثة . والنهى يقتضى التحريم . وإذا حرم ترك بعض النجاسة فترك جميعها أولى . وقال ابنُ المنذر : ثبت أن رسول الله ﷺ قال : « لاَ يَـكْفِي أَحَدَكُمْ دُونَ ثلاثةِ أَحْجَارٍ » وأمر بالعدد فى أخبار كثيرة . وقوله : « لا حَرَجَ » يعنى فى ترك الْوِتْرِ ، لا فى ترك الاستجمار . لأن المأمور به فى الخبر الوتر ، فيعود نفى الحرج إليه . وأما الاجتزاء بالمسح فيه فَلِمَشَقَّة الغسل ، لـكثرة تـكرره فى محل الاستنجاء .

فصـــل

وهو مُخيَّر بين الاستنجاء بالماء أو الأحجار فى قول أكثر أهل العلم . وحُكى عن سعد بن أبى وقّاص ، وابن الزبَيْر : أنهما أنـكرا الاستنجاء بالماء . وقال سعيد ابن المُسَيَّب : وهل يفعل ذلك إلا النساء ؟ وقال عطاء : غَسْلُ الدُّبُرِ مُحْدَث ، وكان الحسن لا يستنجى بالماء . ورُوى عن حُذَيفة القولان جميعاً . وكان ابن عمر لا يستنجى بالماء ، ثم فعله . وقال لنافع : « جرَّبْنَاهُ فَوَجَدْنَاهُ صَالِحًا » وهو مذهب رافع بن خُدَيج ، وهو الصحيح . لما روى أنس قال : « كان النبى ﷺ يَدْخُلُ الْخَلاء فَأَحْمِلُ أَنَا وغُلامٌ نَحْوِى إِدَاوَةً مِنْ ماء[1] وعَنَزَةً فَيَسْتَنْجِي بالْمَاء . متفق عليه . وعن عائشة أنها قالت : مُرْنَ أزواجـكن أن يستطيبوا بالماء فإنى أَسْتَحْيِيهِم ، وأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كَانَ يَفْعَلُه » قال الترمذىّ : هذا حديث صحيح . ورواه سعيد .

وروى أبو هريرة عن النبى ﷺ قال : « نَزَلَتْ هَذِهِ الآيَةُ فى أَهْلِ قُبَاء (٩ : ١٠٨ فِيهِ رِجالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا) قال : كانوا يستنجون بالمـاء ، فنزلت هـذه الآية فيهم » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، ولأنه يُطَهِّرُ المحلّ ويزيل النجاسة ، فجاز ، كما لو كانت النجاسة على محلٍّ آخر . فإن أراد الاقتصار على أحدهما فالماء أفضل ، لـما روينا من الحديث ، ولأنه يُطهِّر المحلّ ويزيل العين والأثر ، وهو أبلغ فى التنظيف . وإن اقتصر على الْحَجَر أجزأه بغير خلاف بين أهل العلم ، لـما ذكرنا من الأخبار . ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، والأفضل أن يستجمر بالحجر ، ثم يُتبعه المـاء . قال أحمد : إن جمعهما

---

(١) الإداوة : إناء يوضع فيه الماء ، والعنزة : رمح صغير فى آخره زج .

فهو أحبُّ إليّ ، لأن عائشة قالت : « مُرْنَ أَزْواجَكُنَّ أَنْ يُتْبِعُوا الحِجَارَةَ المَاءَ مِنْ أَثَرِ الغَائِطِ ، والبَوْل ، فإنِّي أَسْتَحْيِيهِم[1] ، كان النبيُّ ﷺ يَفْعَلُه » . احتجّ به أحمدُ . ورواه سعيد ؛ ولأن الحجر يُزِيلُ عين النجاسة فلا تُصِيبُها يدُه ، ثم يأتي بالماء فيطهر المحلّ ، فيكون أبلغ فى التنظيف وأحسن .

« مسألة » قال ﴿ فإن لم يَعْدُوَا مَخْرَجَهُما أجزأه ثلاثةُ أحجار إذا أنقى بهِنّ ، فإن أنقى بدون الثلاثة لم يُجزه ، حتى يأتيَ بالعَدَد ، وإن لم يُنق بالثلاثة زاد حتى يُنْقِيَ ﴾ .

قوله « يعدوا مخرجهما » يعني الخارجَيْن من السبيلين إذا لم يَتَجَاوَزَا مخرجهما . يقال : عَداكَ الشرّ أى تجاوزك . والمراد — والله أعلم — إذا لم يتجاوزا المخرج بما لم تجرِ العادةُ به ، فإن اليسير لا يمكن التحرز منه ، والعادة جارية به . فإذا كان كذلك ، فإنّه يجزئه ثلاثةُ أحجار مُنْقِيَةٌ . ومعنى الإنقاء : إزالة عين النجاسة ، وبلّتها ، بحيث يخرج الحَجَر نقياً وليس عليه أثر إلا شيئاً يسيراً . ويشترط الأمران جميعاً : الإنقاء ، وإكمال الثلاثة ، أيُّهما وُجد دون صاحبه لم يكف ، وهذا مذهب الشافعيّ ، وجماعة . وقال مالك وداود : الواجبُ الإنقاء دون العدد . لقوله ﷺ : « مَنِ اسْتَجْمَرَ فَلْيُوتِرْ ، مَنْ فَعَلَ فَقَدْ أَحْسَنَ ، وَمَنْ لاَ فلا حَرَجَ » .

ولنا : قول سَلْمان : « لقد نهانا — يعني النبي ﷺ — أن نَسْتَنْجِي بأقلَّ من ثلاثةِ أحْجَارٍ » زاد وما ذكرنا من الأحاديث . وحديثهم قد أجبنا عنه فيما مضى .

فصل

وإذا زاد على الثلاثة استُحِبَّ أن لا يقطع إلاّ على وِتْر . لقوله ﷺ : « مَنْ اسْتَجْمَرَ ، فَلْيُوتِرْ » متفق عليه ، فيستجمر خمساً ، أو سبعاً ، أو تِسْعاً أو ما زاد على ذلك . فإن اقتصر على شَفْعٍ مُنْقِيَةٍ فيما على الثلاثة جاز لقوله صلى الله عليه وسلم : « وَمَنْ لاَ فلاَ حَرَجَ » .

فصل

وكيفما حصل الإنقاء فى الاستجمار أجزأه . وذكر القاضى أن المستحبّ أن يُمِرّ الحجر الأول من مُقدّم صَفحته اليمنى إلى مؤخَّرها ، ثم يُدِيرَه على اليسرى . ثم يرجعَ به إلى الموضع الذى بدأ منه ، ثم يُمِرّ الثانى من مُقدّم صفحته اليُسْرى كذلك ، ثم يُمِرّ الثالثَ على المَسْرُبَة والصفحتين . لقول النبى ﷺ : « أو لاَ يَجِدُ أَحَدُكُمْ حَجَرَيْنِ للصَّفْحَتَيْن ، وحَجَراً للمَسْرُبَة ؟ » رواه الدارقطنيّ . وقال : إسناده حسن . وينبغى أن يَعُمّ المحلّ بكلّ واحد من الأحجار . لأنه إذا لم يَعُمّ به كان ذلك تلفيقاً . فيكون بمنزلة مَسْحَة واحدة ، ولا يكون تكراراً . ذكر هذا الشريف أبو جعفر ، وابن عقيل ، وقالا : معنى الحديث البدايةُ بهذه المواضع ، ويحتمل أن يُجزئه لكل جهة مَسحةٌ لظاهر الخبر . والله أعلم .

---

(١) أستحييهم : أستحى أن أكلمهم فى ذلك .

فصـــــل

ويجزئه الاستجمار فى النادر ، كما يجزىء فى المعتاد ، ولأصحاب الشافعىّ وجه أنه لا يجزىء فى النادر . قال ابن عبد البرّ : ويحتمل أن يكون قول مالك ، لأن النبى ﷺ أمر بِغَسْل الذكر من المَذْىِ ، والأمر يقتضى الوجوب . قال ابن عبد البرّ : واستدلّوا بأن الآثارَ كلّها على اختلاف ألفاظها ، وأسانيدها ليس فيها ذِكْرُ استنجاء إنما هو الْغَسل . ولأن النادر لا يتكرر ، فلا يبقى اعتبار الماء فيه ، فوجب ، كغسل غير هذا المحل .

ولنا : أن الخبر عامٌّ فى الجميع ، وأن الاستجمار فى النادر إنما وجب لما صحبه من بلة المعتاد . ثم إن لم يَشُقّ فهو فى محل المشقة ، فتعتبر مَظِنَّة المشقة دون حقيقتها ، كما جاز الاستجمار على نهر جارٍ ، وأما المَذْىُ فمعتادٌ كثير . وربما كان فى بعض الناس أكثر من البول . قال علىٌّ بن أبى طالب رضى الله عنه : « كُنْتُ رَجُلاً مَذَّاءً » فقال النبى ﷺ : « ذَاكَ ماءُ الْفَحْلِ ، وَلِكُلِّ فَحْلٍ مَاءٌ » . وقال سهل بن حُنَيْف : « كنتُ رَجُلاً مَذَّاءً فكنتُ أُكْثِرُ مِنْهُ الاغْتِسَالَ » ولهذا أوجب مالك منه الْوُضوء ، وهو لا يوجبهُ من النادر . فليس هو من مسألتنا ، ويجب غسل الذكر منه ، والأنثيين فى إحدى الروايتين تعبُّداً . والأخرى أنه لا يجب ، وأمره صلى الله عليه وسلم بِغَسْله للاستحباب ، قياساً على سائر ما يخرج ، والله أعلم .

فصـــــل

ولا يستجمر بيمينه ، لقول سَلْمان فى حديثه : « إنّه لَيَنْهانا ، أنْ يسْتَنْجِيَ أَحَدُنا بِيَمِينه » رواه مسلم . وروى أبو قتادة أن رسول الله ﷺ قال : « لاَ يُمْسِكَنَّ أَحَدُكُمْ ذَكَرَهُ بِيَمِينه ، ولاَ يَتَمَسَّحْ مِنَ الْخَلاَءِ بِيَمِينِهِ » متفق عليه . فإن كان يستنجى من غائط أخذ الْحَجَر بشماله ، فمسح به . وإن كان يستنجى من البول ، وكان الحجر كبيراً أخذ ذكره بشماله فمسح به . وإن كان صغيراً فأمكنه أن يضعه بين عقبيه ، أو بين أصابعه ، ويمسح ذكره عليه فعل ، وإن لم يُمكنه أمسكه بيمينه ، ومسح بيساره لموضع الحاجة . وقيل : يُمسك ذكره بيمينه ، ويمسحُ بشماله ليكون المسحُ بغير اليمين . والأوّل أولَى ، لقول النبى ﷺ : « لاَ يُمْسِكَنَّ أَحَدُكُمْ ذَكَرَهُ بِيَمِينه » وإذا أمسك الحجر باليمين ، ومسح الذكر عليه لم يكن ماسحاً باليمين ، ولا ممسكاً للذكر بها ، وإن كان أقطع اليسرى ، أوبها مرض ، استجمر بيمينه للحاجة . ولا يكره الاستعانة بها فى الماء . لأن الحاجة داعية إليه ، وإن استجمر بيمينه مع الغِنَى عنه ، أجزأه فى قول أكثر أهل العلم .

وحُكى عن بعض أهل الظاهر أنه لا يُجزِئه ، لأنه منهىٌّ عنه ، فلم يُفد مقصوده ، كما لو استنجى بالروث والرِّمَّة . فإن النهى يتناول الأمرين . والفرق بينهما : أن الروث آلة الاستجمار المباشِرَة للمحلّ

وشرطه . فلم يجز استعمال المنهى عنه فيها ، واليد ليست المباشرةَ المحلّ ، ولا شرطاً فيه ، إنما يتناول بها الحجر الملاقِيَ للمحلّ . فصار النهى عنها نَهى تأديب ، لايمنع الإجزاء .

فصـــل

ويبدأ الرجل فى الاستنجاء بالْقُبُل لئلا تتلوثَ يدُه إذا شرع فى الدبر . لأن قُبله بارزٌ تُصيبه اليدُ إذا مدّها إلى الدبر . والمرأة مُخيَّرة فى البداية بأيهما شاءت لعدم ذلك فيها .

ويستحبُّ أن يمكُثَ بعد البول قليلاً ، ويضعَ يده على أصل الذكر من تحت الأنثيين ، ثم يَسْلِته إلى رأسه ، فينتُر ذكره ثلاثاً برفق . قال أحمد : إذا توضأْتَ ، فضع يدك فى سُفْلتك ، ثم اسلِت ماثمّ حتى ينزل . ولا تجعل ذلك من همّك ، ولا تلتفت إلى ظَنِّك . وقد رَوى يَزْدادُ اليمانىّ ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا بَالَ أحدكم فلينْتُر ذكره ثلاث مرّات » رواه الإمام أحمد .

وإذا استنجى بالماء ، ثم فرغ استُحبَّ له دَلْكُ يده بالأرض ، لما رُوى عن ميمونة أن النبى ﷺ فعل ذلك . رواه البخارىّ . وروى : « أن النبَّى صلى الله عليه وسلم قضى حاجته ثم استنجى من تَوْرٍ ودَلَكَ يَدَهُ بالأرض » أخرجه ابنُ ماجه وإن استنجى عَقِب انقطاع البول جاز ، لأن الظاهر انقطاعهُ . وقد قيل : إن الماء يقطع . ولذلك سُمِّى الاستنجاء انتقاصَ الماء .

ويُستحبُّ أن ينضح على فرجه ، وسراويله ، ليزيل الْوَسواس عنه . قال حنبل : سألت أحمد قلت: أتوضأ ، وأستبرىء ، وأجد فى نفسى أنى قد أحدثتُ بعده ؟ قال : إذا توضأت فاستبرىء ، ثم خذ كفاًّ من ماء فرُشَّه على فرجك ، ولا تلتفت إليه . فإنه يذهب إن شاء الله . وقد روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : جاءنى جبريلُ فقال : « يا محمد إذا توضأت فانتضح » وهو حديث غريب .

« مسألة » قال ﴿ والخشبُ والخِرَقُ وكلّ ما أُنْقِىَ به فهو كالأحجار ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب ، وهو قول أكثر أهل العلم ، وفيه رواية أخرى : لايجزىء إلا الأحجار . اختارها أبو بكر ، وهو مذهب داود . لأن النبى ﷺ أمر بالأحجار . وأمره يقتضى الوجوب . ولأنه موضع رخصة ورد الشرع فيها بآلة مخصوصة . فوجب الاقتصار عليها كالتراب فى التيمم .

ولنا ما روى أبو داود عن خُزَيمة قال : « سُئِل النبى صلى الله عليه وسلم عن الاستطابة فقال : بثلاثةِ أحْجارٍ ليس فيها رَجيعٌ[1] » فلولا أنه أراد الحجر وما فى معناه لم يستثن منها الرجيع . لأنه لا يحتاج إلى ذكره ، ولم يكن لتخصيص الرجيع بالذكر معنى . وفى حديث سلمان عن النبى صلى الله

(١) الرجيع : الروث وغائط البهائم الجامد .

عليه وسـلم : « إنّه لَيَنْهَانَا أنْ نَسْتَنْجِى بأقلَّ مِنْ ثَلاَثَةِ أحْجَارٍ ، وأن نَسْتَجْمِر بِرَجِيعٍ ، أو عَظْمٍ » رواه مسلم ، وتخصيص هذين بالنهى عنهما يدل على أنه أراد الحجارة وما قام مقامها ، وروى طاوس عن النبى ﷺ أنه قال : « إذَا أتَى أحَدُكُمْ البَرَازَ فَلْيُنَزِّهْ قِبْلَةَ الله ، ولا يستقبلْها ولا يستدْبرها ، وليستطبْ بثلاثةِ أحْجارٍ أو ثَلاَثةِ أعْوَادٍ أو ثَلاَثِ حَثَيَاتٍ مِنْ تُرابٍ » رواه الدارقطنى ، وقال :

وقد روى عن ابن عباس مرفوعاً . والصحيح أنه مرسل . ورواه سعيد فى سننه موقوفاً على طاوس ، ولأنه متى ورد النص بشىء لمعنى معقول وجب تعديته إلى ما وجد فيه المعنى ، والمعنى ههنا إزالة عين النجاسة . وهذا يحصل بغير الأحجار لحصوله بها . وبهذا يخرج التيمم . فإنه غير معقول ولابد أن يكون ما يستجمر به مُنْقِياً . لأن الإنقاء مشترط فى الاستجمار . فأما الزَّلِج كالزجاج والفحم الرِّخو وشبههما ممـا لا ينقى فلا يجزىء ، لأنه لا يحصل منه المقصود ، ويشترط كونه طاهراً فإن كان نجساً لم يجزه ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يجزئه لأنه يجفف كالطاهر .

ولنا أن ابن مسعود جاء إلى النبى ﷺ بحجرين وَرَوثة يستجمر بها ، فأخذ الحجرين وألقى الروثة وقال : « هذه رِكْسٌ » رواه البخارىّ . وفى لفظ رواه الترمذى قال : « إنها ركس » يعنى نجساً . وهذا تعليل من النبى صلى الله عليه وسلم يجب المصير إليه ، ولأنه إزالة نجاسة . فلا يحصـل بالنجاسة كالغسل ، فإن استنجى ينجس احتمل أن لا يجزئه الاستجمار بعده . لأن المحل تنجس بنجاسة من غير المخرج ، فلم يجزىء فيها غير المـاء كما لو تنجس ابتداء . ويحتمل أن يجزئه لأن هذه النجاسة تابعة لنجاسة المحل فزالت بزوالهـا .

« مسألة » قال ﴿ إلا الروث والعظام والطعام ﴾ .

وجملته : أنه لا يجوز الاستجمار بالروث ولا العظام ، ولا يجزىء فى قول أكثر أهل العلم . وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . وأباح أبو حنيفة الاستنجاء بهما . لأنهما يجففان النجاسة ، ويُنقيان المحلّ فهما كالحجر . وأباح مالك الاستنجاء بالطاهر منهما . وقد ذكرنا نهى النبى ﷺ عنهما . ورَوى مسلم عن ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَ تَسْتَنْجُوا بالرَّوْث ، ولا بالْعِظَام ، فإنهما زَادُ إخوانِـكُم من الجنّ » . وروى الدارقطنىّ : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم نهى أن نَسْتَنْجِىَ بروث ، أو عظم ، وقال : إنهما لا يُطهِّران » وقال : إسناد صحيح . وروى أبو داود عنه عليه السلام أنه قال لرُوَيْفِـع بن ثابت « أَخْبِرِ النـاسَ أَنَّهُ مَنْ اسْتَنْجَى برَجِيعٍ ، أو عَظْمٍ فَهُوَ بَرِىءٌ مِنْ دِين مُحمّـد » وهذا عامّ فى الطاهر منها . والنهى يقتضى الفساد وعدم الإجزاء ، فأما الطعام فتحريمه من طريق التنبيه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علّل النهى عن الروث والرِّمَّة فى حديث ابن مسعود بكونهما زاد إخواننا من الجن ، فزادُنا مع عظم حرمته أولى .

فإن قيل : فقد نهى عن الاستنجاء باليمين كنهيه ههنا . فلم يمنع ذلك الإجزاء ثَمَّ ، كذا ههنا .

قلنا : قد بين فى الحديث أنهما لا يُطَهِّران ، ثم الفرق بينهما . أن النهى ههنا لمعنى فى شرط الفعل ، فمنع صحته كالنهى عن الوضوء بالماء النجس ، وثَمَّ لمعنى فى آلة الشرط ، فلم يمنع كالوضوء من إناء محرم .

فصل

ولا يجوز الاستنجاء بما له حرمة ، كشىء كتب فيه فقه ، أو حديث رسول الله ﷺ لما فيه من هتك الشريعة ، والاستخفاف بحُرمتها . فهو فى الحرمة أعظم من الروث والرمة . ولا يجوز بمتصل بحيوان ، كيده ، وعقبه ، وذَنَب بهيمة ، وصوفها المتّصل بها . قال بعض أصحابنا : يجمعُ المُسْتجمَرُ به ستَّ خصال : أن يكون طاهراً ، جامداً ، مُنقياً ، غير مطعوم ، ولا حُرمة له ، ولا مُتَّصِل بحيوان .

« مسألة » قال ﴿ والحجر الكبير الذى له ثلاث شُعَب يقوم مقام ثلاثة أحجار ﴾ .

وبهذا قال الشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثَوْر . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجزىء أقلُّ من ثلاثة أحجار . وهو قول أبى بكر بن المنذر ، لقوله عليه السلام : « لا يستنجى أحدكم بدون ثلاثة أحجار . ولا يكفى أحدَكم دون ثلاثة أحجار » ولأنه إذا استجمر بحجر تنجَّس ، فلا يجوز الاستجمار به ثانياً كالصغير .

ولنا : أنه استجمر ثلاثاً منقية بما وُجدت فيه شروط الاستجمار فأجزأه ، كما لو فَصّله ثلاثة صغاراً ، واستجمر بها ، إذ لا فرق بين الأصل والفرع إلا فصلُه ، ولا أثر لذلك فى التطهير . والحديث يقتضى ثلاث مَسَحَات بحجر دون عين الأحجار ، كما يقال : ضربته ثلاثة أسواط ، أى ثلاث ضربات بسوط ، وذلك لأن معناه معقول ومراده معلوم ، ولذلك لم نقتصر على لفظه فى غير الأحجار ، بل أجزنا الخشب والخِرَق والمدَر . والمعنى من ثلاثة حاصل من ثلاث شُعَب أو مسحه ذكره فى صخرة عظيمة بثلاثة مواضع منها ، أو فى حائط ، أو أرض ، فلا معنى للجمود على اللفظ مع وجود مايساويه من كل وجه .

وقولهم : ينجس . قلنا : إنما ينجس ماأصاب النجاسة ، والاستجمار حاصل بغيره . فأشبه مالو تنجس جانبُه بغير الاستجمار ، ولأنه لو استجمر به ثلاثةٌ ، لحصل لكل واحد منهم مَسْحَة ، وقام مقام ثلاثة أحجار ، فكذلك إذا استجمر به الواحدُ . ولو استجمر ثلاثةٌ بثلاثة أحجار لكلِّ حجرٍ منها ثلاث شُعَب ، فاستجمر كل واحد منهم من كل حجر بشُعبة أجزأهم ، ويحتمل على قول أبى بكر أن لا يُجزئهم .

فصل

ولو استجمر بحجر ، ثم غسله ، أو كسَر ما تنجَّس منه ، واستَجْمر به ثانياً ، ثم فعل ذلك واستجمر به ثالثاً أجزأه . لأنه حجر يُجزىء غيرَه الاستجمارُ به . فأجزأه كغَيره ، ويحتمل على قول أبى بكر : أن لا يجزئه محافظة على صورة اللفظ ، وهو بعيد .

« مسألة » قال ﴿ وما عدا المخرج فلا يجزىء فيه إلا الماء ﴾ .

وبهذا قال الشافعيّ ، وإسحق ، وابن المنذر . يعنى إذا تجاوز المحلّ بما لم تجر به العادة ، مثل أن ينتشر إلى الصفحتين وامتد فى الحشفة لم يجزه إلا الماء ، لأن الاستجمار فى المحل المعتاد رخصة لأجل المشقة فى غسله لتكرر النجاسة فيه . فما لا تتكرر النجاسةفيه لا يجزىء فيه إلا الغسل ، كساقه ونخذه ، ولذلك قال علىّ رضى الله عنه : إنكم كنتم تبْعَرُونَ بَعْراً ، وأنتم اليوم تَثْلِطُونَ ثَلْطاً . فأَتْبِعُوا الماءَ الأَحْجَارَ » وقوله ﷺ : « يَكْفِى أَحَدَكُم ثلاثةُ أحْجَارٍ » أراد مالم يتجاوز محلّ العادة لما ذكرنا .

فصـــل

والمرأة البكر كالرجل ، لأن عُذرتها تمنع انتشار البول . فأما الثيِّب فإن خرج البول بحدّة فلم ينتشر فكذلك ، وإن تعَدَّى إلى مخرج الحيض ، فقال أصحابنا : يجب غسله . لأن مخرج الحيض والولد غير مخرج البول ، ويحتمل أن لا يجب ، لأن هذا عادة فى حقها . فكفى فيه الاستجمار كالمعتاد فى غيرها ، ولأن الغسل لو لزمها مع اعتياده لبَيَّنه النبى ﷺ لأزواجه . لكونه مما يُحتاج إلى معرفته ، وإن شك فى انتشار الخارج إلى ما يوجب الْغَسل لم يجب ، لأن الأصل عدمه ، والمستحبُّ الْغَسل احتياطاً .

فصـــل

والأقلف : إن كان مُرْتَتِقاً(١) لا تخرج بشرتُه من قلفته فهو كالمختتن ، وإن كان يمكنه كشفها . فإذا بال واستجمر أعادها . فإن تنجست بالبول لزمه غسلها ، كما لو انتشر إلى الْحَشَفة .

فصـــل

وإن انسد المخرج المعتاد ، وانفتح آخر لم يُجزه الاستجمار فيه ، لأنه غير السبيل المعتاد . وحكى عن بعض أصحابنا أنه يُجزئه ، لأنه صار معتاداً .

ولنا : أن هذا نادر بالنسبة إلى سائر الناس ، فلم تثبت فيه أحكام الفرج . فإنه لا ينقض الوضوء مسُّه ، ولا يجب بالإيلاج فيه حدّ ، ولا مهر ، ولا غُسل ، ولا غيرُ ذلك من الأحكام فأشبه سائر البدن .

فصـــل

ظاهر كلام أحمد ، أن محل الاستجمار بعد الإنقاء طاهر . فإن أحمد بن الحسين قال : سألت أبا عبدالله عن الرجل يبول فيستبرىء ويستجمر ويعرق فى سراويله ؟ قال : إذا استجمر ثلاثاً فلا بأس ، وسأله رجل فقال : إذا استنجيتُ من الغائط يصيب ذلك الماء موضعاً مِنّى آخر ؟ فقال أحمد : قد جاء فى الاستنجاء : ثلاثة أحجار ، [فاستنج أنت بثلاثة أحجار](٢) ثم لاتبالى ما أصابك من ذلك الماء . قال : وسألت أحمد

(١) مرتتقاً : ملتزقاً قلفته بكمرته . (٢) مابين القوسين ليس فى النسخة التى علقنا عليها .

عن رشِّ الماء على الْخُفّ إذا لم يستجمر الرجل ؟ قال : أحب إلىَّ أن يغسله ثلاثاً ، وهذا قول ابن حامد .

وظاهر قول المتأخرين من أصحابنا أنه نجس ، وهو قول الشافعىّ وأبى حنيفة . فلو قعد المستجمر فى ماء قليل ، نجسه ، ولو عرق [كان عرقه نجساً][(١)] ، لأنه مسح النجاسة . فلم يُطهِّر به محلّها كسائر المسح .

ووجه الأول : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَ تَسْتَنْجُوا بِرَوْثٍ وَلاَ عَظْمٍ ، فإنَّهما لا يُطَهِّران » فمفهومه أن غيرهما يُطهِّر . ولأن الصحابة رضى الله عنهم كان الغالب عليهم الاستجمار ، حتى إن جماعة منهم أنكروا الاستنجاء بالماء ، وسماه بعضهم بدعة ، وبلادهم حارة . والظاهر : أنهم لا يَسْلَمُون من العرق ، ولم يُنقل عنهم تَوَقِّى ذلك ولا الاحترازُ منه ، ولا ذكر ذلك أصلاً . وقد نُقل عن ابن عمر : « أنه بال بالمُزْدَلِفة فأدخل يده فنضح فَرْجَه ، من تحت ثيابه » . وعن إبراهيم النخعىّ نحوُ ذلك ، ولولا أنهما اعتقدا طهارتَه ما فعلا ذلك .

فصـــل

إذا استنجى بالمـاء لم يحتج إلى تراب . قال أحمد : يُجزئه المـاء وحده . ولم يُنقل عن النبى ﷺ أنه استعمل التراب مع الماء فى الاستنجاء ، ولا أمر به .

فأما عدد الْغَسَلات فقد اختلف عن أحمد فيها . فقال فى رواية ابنه صالح : أقلُّ ما يجزئه من المـاء سبع مرات . وقال فى رواية محمد بن الحكم : ولكن المقعدة يُجزى أن تمسح بثلاثة أحجار ، أو تغسل ثلاث مرات ، ولا يُجزىء عندى إذا كان فى الجسد أن يغسله ثلاث مرات . وذلك لما روت عائشة : « أنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم كَانَ يَغْسِلُ مَقْعَدَتَهُ ثَلاَثاً » رواه ابن ماجه . وقال أبو داود : سُئل أحمد عن حد الاستنجاء بالماء ؟ فقال : يُنْقِى .

وظاهر هذا : أنه لا عدد فيه ، إنما الواجب الإنقاء ، وهذا أصحّ ، لأنَّه لم يصح : عن النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك عـدد ، ولا أمر به . ولا بد من الإنقاء على الروايات كلِّها . وهو أن تذهب لُزُوجة النجاسة ، وآثارُها .

فصول فى آداب التخلى

لا يجوز استقبال القبلة فى الفضاء لقضاء الحاجة ، فى قول أكثر أهل العلم . لما رَوَى أبو أيُّوب قال : قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا أَتَى أَحَدُكُم الْغَائِطَ فَلاَ يَسْتَقْبِل الْقِبْلَةَ وَلا يُوَلِّهَا ظَهْرَهُ ، ولكن شَرِّقُوا ، أو غَرِّبوا . قال أبو أيّوب : فقدمنا الشام فوجدنا مراحيضَ قد بنيت نحوَ الكعبة ، فننحرِفُ عنها ، ونستغفرُ اللهَ عزَّ وجلَّ » متفق عليه . ولمسلم عن أبى هريرة عن رسول الله ﷺ : « إِذَا جَلَسَ أَحَدُكُم عَلَى حَاجَتِهِ فلا يَسْتَقْبِل الْقِبْلَةَ ولا يَسْتَدْبِرْهَا » . وقال عُروةُ بن ربيعة ، وداود :

---

(١) ما بين القوسين ليس فى النسخة التى علقنا عليها وبدله كلمة « نجسة » وهو خطأ

يجوز استقبالها ، واستدبارها ، لما رَوى جابر قال : « نَهَى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نَسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةَ بِبَوْل ، فرأيتُه قَبْلَ أَنْ يُقْبَضَ بِعَامٍ يَسْتَقْبِلُهَا » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن غريب ، وهذا دليل على نسخ النهى ، فيجب تقديمه .

ولنا : أحاديث النهى وهى صحيحة . وحديث جابر يحتمل أنه رآه فى البنيان أو مستتراً بشىء . ولا يَثبتُ النسخ بالاحتمال . ويتعيَّن حمله على ما ذكرنا ، ليكون موافقاً للأحاديث التى نذكرها . فأما فى البنيان ، أو إذا كان بينه وبين القبلة شىء يستره ففيه روايتان :

(إحداهما) لا يجوز أيضاً : وهو قول الثورىّ ، وأبى حنيفة ، لعموم الأحاديث فى النهى .

(والثانية) يجوز استقبالها ، واستدبارها فى البنيان : رُوى ذلك عن العباس ، وابن عمر ، رضى الله عنهما . وبه قال مالك والشافعىّ وابنُ المنذر . وهو الصحيح لحديث جابر ، وقد حملناه على أنه كان فى البنيان . وروت عائشة : « أن رسول الله ﷺ ذُكِرَ لَهُ أَنَّ قَوْماً يَكْرَهُونَ اسْتِقْبَالَ الْقِبْلَةِ بِفُرُوجِهِمْ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَوَقَدْ فَعَلُوهَا ؟ استقبلوا بمقعدتى القبلة » رواه أصحاب السنن . وأكثر أصحاب المسانيد ـ منهم أبو داود الطيالسىّ ـ رواه عن خالد بن الصلت ، عن عراك بن مالك ، عن عائشة . قال أبو عبد الله : أحسنُ ما رُوى فى الرخصة حديثُ عائشة ، وإن كان مرسلا . فإنّ مخرجَه حسن . قال أحمد : عراك لم يَسْمع من عائشة . فلذلك سماه مُرسلا . وهذا كله فى البنيان ، وهو خاص يقدّم على العام . وعن مروان الأصفر قال : « رأيتُ ابنَ عُمَر أَنَاخَ رَاحِلَتَهُ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ ، ثم جَلَسَ يَبُولُ إِلَيْهَا ؛ فقلت : يا أبا عبدالرحمن ، أليس قد نُهِيَ عن هذا ؟ قال : بَلَى ، إنما نُهى عن هذا فى الْفَضَاء ، فإذا كان بينك وبين القبلة شىء يَسْتُرُكَ فلا بأس » رواه أبو داود .

وهذا تفسير لنهى رسول الله ﷺ العامّ ، وفيه جمع بين الأحاديث ، فيتعين المصيرُ إليه . وعن أحمد . أنه يجوز استدبار الكعبة فى البنيان ، والفضاء جميعاً . لما رَوى ابن عمر قال : « رَقِيتُ يَوْماً عَلَى بَيْتِ حَفْصَةَ فَرَأَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ عَلَى حَاجَتِهِ مُسْتَقْبِلَ الشَّامِ ، مُسْتَدْبِرَ الْكَعْبَةِ » متفق عليه .

فصـــل

ويُكره أن يستقبل الشمس ، والقمر بفرجه ، لما فيهما من نور الله تعالى . فإن استتر عنهما بشىء فلا بأس ، لأنه لو استتر عن القبلة جاز . فهنا أولى ، ويكره أن يستقبل الريح لئلا تَرُدَّ عليه رَشَاشَ البول فينجِّسَهُ .

فصـــل

ويُسْتحبُّ أن يستتر عن الناس . فإن وجد حائطاً ، أو كَثيباً ، أو شَجَرَةً ، أو بعيراً استتر به ،

وإن لم يجد شيئاً أبعد حتى لا يراه أحد . لما رُوى عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ أَتَى الْغَائِطَ فَلْيَسْتَتِرْ ، فانْ لم يَجِدْ إِلَّا أَنْ يَجْمَعَ كَثِيباً من الرَّمْلِ فَلْيَسْتَدْبِرْهُ » . ورُوى عنه عليه السلام : « أنه خرج ومعه دَرَقَةٌ[١] اسْتَتَرَ بها ، ثم بال » . وعن جابر قال : « كان النبيُّ ﷺ إذا أراد الْبَرَازَ انْطَلَقَ حَتَّى لاَ يَرَاهُ أَحَدٌ » . والبَرَازُ : الموضع البارز[٢] ، سُمِّى قضاء الحاجة به . لأنها تُقضى فيه . وعن المغيرة بن شعبة قال : « كان النبي ﷺ إذا ذَهَبَ الْمَذْهَبَ أَبْعَدَ » . رَوى أحاديث هذا الفصل كلَّها أبو داود ، وابن ماجه . وقال عبد الله بن جعفر : « كان أَحَبَّ ما اسْتَتَرَ به النبيُّ صلى الله عليه وسلم لِحَاجَتِهِ هَدَفٌ أو حَائِشُ[٣] نَخْلٍ » رواه ابن ماجه .

فصل

ويستحبُّ أن يرتاد لبوله موضعاً رِخْواً ، لئلاّ يترشَّشَ عليه . قال أبو موسى : « كُنتُ مع النبي صلى الله عليه وسلم ذَاتَ يوم ، فأراد أن يَبُول ، فأتى دَمِثاً[٤] فى أَصْلِ حَائِطٍ فَبَالَ ، ثم قال : إذا أراد أَحَدُكُمْ أَنْ يَبُولَ فَلْيَرْتَدْ[٥] لِبَوْلِهِ » .

ويُستحبُّ أن يبول قاعداً ، لئلاَّ يَتَرَشَّشَ عليه ؛ قال ابن مسعود : « مِنَ الْجَفَاءِ أَنْ تَبُولَ وَأَنْتَ قَائِمٌ » . وكان سعدُ بن إبراهيم لايجيزُ شهادة من بال قائماً ، قالت عائشة : « مَنْ حَدَّثَكُمْ أَنَّ رَسول الله ﷺ كان يَبُولُ قائماً فلا تُصَدِّقُوه ، ما كانَ يَبُولُ إلاَّ قاعداً » قال الترمذىّ : هذا أصحُّ شىء فى الباب . وقد رُويت الرخصة فيه عن عمر ، وعلىّ ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت ، وسهل بن سعد ، وأنس ، وأبى هريرة ، وعُروة . ورَوى حُذَيْفَةُ : « أن النبىَّ ﷺ أتى سُبَاطَةَ قوم[٦] ، فَبَالَ قائماً » رواه البخارىّ وغيرُه ، ولعلّ النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك لِتَبْيِينِ الْجَوَازِ ، ولم يَفْعَلْه إلا مرّةً واحدة ، ويحتمل أنه كان فى موضع لا يتمكن من الجلوس فيه . وقيل : فعل ذلك لِعِلَّةٍ كانت بمأبضه — والمأبض : ما تحت الركبة من كل حيوان .

فصل

ويُستحبُّ أن لايرفع ثوبه حتى يَدْنُوَ من الأرض ؛ لما رَوى أبو داود عن النبي ﷺ « أَنَّهُ كان

---

(١) الدرقة : الترس ، والمجن : يتقى به الإنسان ما يصيبه من نبال ونحوها .
(٢) البارز : الفضاء الخارج من العمران .
(٣) حائش النخل : جماعة النخل لا واحد له من لفظه
(٤) دمثاً : مكاناً سهلا ليناً .
(٥) يرتد : يختر المكان الذى يبول فيه .
(٦) السبطاطة : للكناسة تطرح بأفنية البيوت .

إذا أرادَ الْحَاجَةَ لا يَرْفعُ ثَوْبَهُ حَتَّى يَدْنُوَ مِنَ الْأَرْضِ » ولأنّ ذلك أَسْتَرُ لَهُ ، فيـكون أولى .

فصـــل

ولا يجوز أن يبول فى طريق الناس ، ولا مَوْرِد ماء ، ولا ظِلٍّ ينتفعُ به الناس . لما روى مُعاذ قال : قال رسول الله ﷺ : « اتَّقُوا الْمَلَاعِنَ الثَّلَاثَ ، البَرَازَ فى المَوَارِدِ ، وقَارِعَةِ الطَّرِيقِ ، والظِّلّ » رواه أبو داود . وقال رسول الله ﷺ : « اتَّقُوا اللاعِنَيْنِ ، قالوا : وما اللاعنان ، يا رسول الله ؟ قال : الذى يَتَخَلَّى فى طَرِيق الناس ، أو فى ظِلِّهِم » أخرجه مسلم . والمورد : الطريق .

ولا يبول تحت شجرة مُثمرة ، فى حال كون الثمرة عليها ، لئلاَّ تَسْقُط عليه الثمرة ، فتتنجسُ به . فأما فى غير حال الثمرة فلا بأس . فإن النبى ﷺ : « كان أَحَبَّ ما اسْتَتَرَ بِهِ لِحَاجَةٍ هَدَفٌ ، أو حَائِشُ نَخْلٍ » . ولا يَبُولُ فى الماء الدائم ، لأنّ النبى صلى الله عليه وسلم : « نَهَى عَنِ الْبَوْلِ فى الْمَاءِ الرَّاكد » متفق عليه . ولأن المـاء إن كان قليلا تَنَجَّسَ به ، وإن كان كثيراً فربما تغير بتـكرار البول فيـه . فأما الجارى : فلا يجوز التغوُّط فيـه ، لأنه يُؤْذِى من يَمُرُّ به ، وإن بال فيه وهو كثير لا يؤثِّر فيـه البولُ فلا بأس ، لأن تخصيص النبى ﷺ الراكدَ بالنهى عن البول : فيه دليل على أن الجارىَ بخلافه ، ولا يبولُ على مانُهِـى عن الاستجمار به ؛ لأن هذا أبلغُ من الاستجمار به ، فالنهىُ ثَمَّ تنبيهٌ على تحريم البول عليه . ويُـكره أن يبول فى شِقٍّ أو ثُقْبٍ ، لمـا رَوَى عبد الله بن سَرْجَس : « أنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهَى أَنْ يُبَالَ فى الْجُحْرِ » رواه أبو داود ، لأنَّ عبد الله بن الْمُغَفّل قال : قال رسول الله ﷺ : « لاَ يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فى مُسْتَحَمِّهِ(١) » ولأنه لا يأمن أن يكون فيه حيوان يلسعه ، أو يكون مَسْـكناً للجنِّ ، فيَتَأَذَّى بهم . فقد حُـكى أن سعد بن عُبادة بال فى جُحْرٍ بالشام ، ثم استلقى مَيِّتاً ، فَسُمِعَت الجِنُّ تقول :

نَحْنُ قَتَلْنَا سَـيِّدَ الْخَزْ رَجِ سَـعْدَ بنَ عُبَادَهْ
وَرَمَيْنَـاهُ بِسَـهْمَـيْـ ـنِ فَلَمْ نُخْطِئْ فُؤَادَهْ

ولا يبول فى مُسْتَحَمِّهِ ، فإن عامّة الوسواس منـه ، رواه أبو داود ، وابن ماجـه . وقال : سمعتُ علىَّ بن محمـد الطنافسىّ يقول : إنما هـذا فى الْحَفِيرَة . فأمّا اليوم فمغتسلاتهم الْجِصّ ، والصاروج ، والقِيرُ(١) فإذا بال ، وأرسل عليه المـاء ، فلا بأس به . وقد قيـل : إن الْبُصَاق على البول يُورِث

(١) فى مستحمه : فى مكان استحمامه .

(١) الجص : الجير ، والصاروج ، النورة ، وهى أخلاط من الجير وغيره تطلى به الجدران ، والقير : شىء أسود كالزفت ونحوه مما يطلى به أسفل الجدار .

الْوَسواس . وإنّ البول على النار يُورث السَّقَم ، وتَوَقِّى ذلك كلّه أولى ، ويُكره أن يتوضأ على موضع بَوْلِه ، أو يَسْتَنْجِىَ عليه لئلا يَتَنَجَّس به .

فصـــل

ويعتمد فى حال جلوسه على رجله الْيُسرى ، لما رَوى سُراقة بن مالك ، قال : « أَمَرَنَا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن نَتَوَكَّأَ عَلَى الْيُسْرَى ، وأن نَنْصِبَ الْيُمْنَى » رواه الطبرانىّ فى المُعجم ، ولأنه أسهلُ لخروج الخارج ، ولا يُطيل المُقامَ أكثرَ من قدر الحاجة . لأن ذلك يَضُرُّه . وقد قيل : إنه يورث الباسور . وقيل : إنه يُدْمِى الْكَبِدَ ، وربما آذى من ينتظرُه .

ويُستحبُّ أن يُغَطِّى رَأْسَه ، لأن ذلك يُروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه . ولأنه حال كشف الْعَوْرة فَيَسْتَحِى فيها ، ويلبس حِذاءه لئلا تَتَنَجَّس رجلاه . ولايذكر الله تعالى على حاجته إلا بقلبه . وكَرِه ذلك ابنُ عباس ، وعطاء ، وعِكْرِمة . وقال ابن سِيرِينَ : والنخعىّ : لا بأس به ، لأن الله تعالى ذِكْرُه محمود على كل حال .

ولنا أن النبى ﷺ لم يَرُدَّ السلام فى هذه الحال ، فذكر الله أولى . فإذا عَطِسَ حَمِدَ الله بقلبه ، ولم يتكلّم . وقال ابنُ عقيل : فيه رواية أخرى : أنه يَحْمَدُ الله بلسانه . والأول أولى . لما ذكرناه ، فإنه إذا لم يَرُدّ السلام الواجب ، فما ليس بواجب أولى . ولا يَرُدُّ عَلَى مسلِّم . لما رَوى ابنُ عمر : « أَنَّ رَجُلاً مرّ على النبىّ صلى الله عليه وسلم وهو يبُولُ ، فَسَلَّمَ فلم يَرُدَّ عليه السلام » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وعن جابر : « أَنَّ رجلا مَرَّ على النبى صلى الله عليه وسلم وهو يَبُولُ فَسلَّمَ عليه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إِذَا رَأَيْتَنِى عَلَى مِثْلِ هَـذِهِ الْحَالَةِ فلا تُسَلِّمْ عَلَيَّ ، فَإِنَّكَ إِنْ فَعَلْتَ ذَلِكَ لم أَرُدَّ عَلَيْكَ » رواه ابن ماجه . ولا يتكلم ، لما رَوى أبو سعيد قال : سمعتُ النبىّ صلى الله عليه وسلم يقول : « لايَخْرُج الرَّجُلاَنِ يَضْرِبَانِ الْغَائِطَ كَاشِفِينِ عن عَوْرَتَيْهِمَا يَتَحَدَّثَانِ ، فَإِنَّ اللهَ يَمْقُتُ عَلَى ذَلِكَ » رواه أبو داود .

فصـــل

إذا أراد دخول الخلاء ومعه شىء فيه ذكر الله تعالى استُحِبَّ وضعُه . وقال أنس بن مالك : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دَخَلَ الْخَلاَءَ وَضَعَ خَاتَمَهُ » رواه ابن ماجه ، وأبو داود وقال : هذا حديث مُنكر . وقيل : إنما كان النبىّ صلى الله عليه وسلم يضعه لأن فيه « محمدٌ رسولُ الله » ثلاثة أسْطر ، فإن احتفظ بما معه مما فيه ذكر الله تعالى ، واحترز عليه من السقوط ، أو أدار فصَّ الخاتَم إلى باطن كفِّه ، فلا بأس . قال أحمد : الْخَاتَمُ إذا كان فيه اسمُ الله يجعلُه فى باطن كفّه ، ويدخلُ الخلاء . وقال عكرمة : اقلبه هكذا فى باطن كفك ، فاقبض عليه ، وبه قال إسحاق . ورخّص فيه ابن المُسيّب ،

والحسن ، وابن سيرين . وقال أحمد : فى الرجل يدخل الخلاء معه الدراهم ؟ أرجو أن لا يكون به بأس .

فصـــل

ويُقدّم رجله اليسرى فى الدخول ، واليمنى فى الخروج ، ويقول عند دخوله : « بسم الله ، أعوذ بالله من الخُبْثِ ، والخبَائث ، ومن الرِّجْسِ النَّجِسِ الشيطان الرجيم » قال أحمدُ : يقول إذا دخل الخلاء : أعوذ بالله من الخبث والخبائث ، وما دخلتُ قطُّ المتوضَّأَ ولمْ أقلها إلا أصابنى ما أكره . وعن أنس : « أن النبيّ ﷺ كان إذا دخل الخلاء قال : اللَّهُمَّ إنِّى أَعُوذُ بِكَ مِنَ الخُبْثِ والخَبَائِثِ » متفق عليه . وعن علىّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « سَتْرُ مَا بَيْنَ الجِنِّ وَعَوْراتِ بَنِى آدَم إذا دَخَلَ الكَنِيفَ : أن يقول : « بسم الله » وعن أبى أُمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ يَعْجِزْ أَحَدُكُمْ إذَا دَخَلَ مَرْفِقَهُ أَنْ يَقُولَ : اللَّهُمَّ إنِّى أَعُوذُ بِكَ من الرِّجْسِ النَّجِسِ ، والخَبِيثِ المُخَبِّث ، الشيطان الرجيم » رواهما ابن ماجه . قال أبو عُبَيْد : الخُبْثُ بسكون الباء : الشَّر ، والخبائثُ : الشياطين . وقيل الخبُث بضم الباء والخبائث ذُكران الشياطين ، وإناثهم ، فإذا خرج من الخلاء قال غُفْرَانَكَ ، الحمدُ لله الَّذِى أَذْهَبَ عَنِّى الأَذَى وَعَافَانِى . وروى أنس أن النبى ﷺ : « كان إذا خرج من الخلاء قال : غُفْرَانَكَ ، الحمدُ لله الذى أَذْهَبَ عَنِّى الأَذَى وَعَافَانِى ، أخرجه ابن ماجة . وقالت عائشة : « كان رسول الله ﷺ إذا خرج من الخلاء قال : غُفْرَانَكَ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن .

فصـــل

ولا بأس أن يبول فى الإناء . قالت أُمَيْمَةُ بنتُ رُقَيْقَةَ : « كان للنبى ﷺ قَدَحٌ من عِيدَانٍ يَبُولُ فيه ، ويَضَعُهُ تحْتَ السَّرِير » رواه أبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه .

باب ما ينقض الطهارة

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ والذى ينقض الطهارة ما خرج من قُبُلٍ أو دُبُرٍ ﴾ .

وجملة ذلك : أن الخارج من السبيلين على ضربين ـ مُعتاد ، كالبول والغائط ، والمنىّ ، والمذْى ، والْوَدى ، والريح . فهذا ينقض الوضوء إجماعاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن خروج الغائط من الدبر ، وخروج البول من ذكر الرجل ، وقُبُلِ المرأة ، وخروج المذْىِ ؛ وخروج الريح من الدُّبر : أحداثٌ ينقضُ كلٌّ واحد منها الطهارة . ويوجبُ الوضوء . ودم الاستحاضةِ ينقُض الطهارة فى قول عامّة أهل العلم إلا فى قول ربيعة .

(الضرب الثانى) نادر كالدم ، والدود ، والحَصَى ، والشَّعْر . فينقض الوضوء أيضاً . وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وكان عطاء : والحسن ، وأبو مِجْلَز ، والحَكَم ، وحمّاد ، والأوزاعىّ ، وابن المبارك ، يرون الوضوء من الدود يخرُج من الدُّبُرِ ، ولم يوجُب مالك الوضوء من هذا الضرب ، لأنه نادر ، أشبه الخارج من غير السبيل .

ولنا : أنه خارج من السبيل . أشبه المذْىَ . ولأنه لا يخلو من بِلَّة تتعلّق به فينتقضُ الوضوء بها . وقد أمر النبى ﷺ المُستحاضةَ بالوضوء لكلِّ صلاةٍ ودمُها خارج غيرُ معتاد .

فصـــل

وقد نقل صالح عن أبيه فى المرأة يخرج من فرجها الريح : ما خرج من السبيلين ففيه الوضوء . وقال القاضى : خروج الريح من الذكر ، وقُبُل المرأة ينقض الوضوء . وقال ابن عقيل : يحتمل أن يكون الأشبهُ بمذهبنا فى الريح يخرُج من الذكر أن لا ينقُض . لأن المثانة ليس لها منفذٌ إلى الجْوْف ، ولا جَعَلَها أصحابنا جوفاً ، ولم يُبطلوا الصوم بالحُقْنة فيها . ولا نعلم لهذا وجوداً . ولا نعلم وجوده فى حق أحد ، وقد قيل : إنه يعلم وجوده بأن يُحِسّ الإنسان فى ذكره دبيباً . وهذا لا يصحّ . فإن هذا لا يحصل به اليقين ، والطهارة لا تنتقض بالشك . فإن قدر وجود ذلك يقيناً نقض الطهارة ، لأنه خارج من أحد السبيلين ، فنقض قياساً على سائر الخارج .

فصـــل

وإن قَطَّر فى إحليله دُهْناً ، ثم عاد فخرج نقض الوضوء . لأنه خارج من السبيل . ولا يخلو من بلّة نجسة تصحبُه ، فينتقضُ بها الوضوء ، كما لو خرجت منفردة . ولو احتشى قُطناً فى ذكره ثم خرج وعليه بَلَل نقض الوضوء ، لأنه لو خرج مُنفرداً لنقض ، فكذلك إذا خرج مع غيره . فإن خرج ناشفاً ففيه وجهان :

(أحدهما) ينقض : لأنه خارج من السبيل ، فأشبه سائر الخارج .

(والثانى) لاينقض : لأنه ليس بين المثانة والجوف منفذ ، فلا يكون خارجاً من الجوف . ولو احتقن فى دبره فرجعت أجزاء خرجت من الْفَرْج نقضت الوضوء ، وهكذا لو وطىء امرأته دون الْفَرج فَدبّ ماؤه ، فدخل الْفَرْج ، ثم خرج نقض الوضوء (١) ، وعليهما الاستنجاء ، لأنه خارج من السبيل لا يخلو من بلة تصحَبُه من الفرج . فإن لم يعلما خروج شىء منه احتمل وجهين .

(أحدهما) النقض فيهما ، لأنّ الغالب أنّه لا ينفكّ عن الخروج ، فَنقضَ كالنوم .

(والثانى) لا ينقضُ : لأن الطهارةَ متيقَّنة . فلا تزول عنها بالشكّ ، لكن إن كان المحتقن قد أدخل رأس الزرَّاقة ثم أخرجه نقض الوضوء ، وكذلك لو أدخل فيه مِيلاً أو غيره ، ثم خرج نقض الوضوء ، لأنه خارج من السبيل : فنقض كسائر الخارج .

فصـــــل

قال أبو الحارث ، سألت أحمد عن رجل به عِلَّة ربما ظهرت مَقْعَدَتُه ؟ قال : إن علم أنه يظهر معها نَدًى تَوَضَّأ ، وإن لم يعلم فلا شىء عليه . ويحتمل أن أحمد إنما أراد ندى ينفصلُ عنها ، لأنّه خارجٌ من الفرج متصل ، فنقض كالخارج على الحَصى . فأما الرطوبة اللازمة لها فلا تنقض ، لأنها لا تنفكّ عن رطوبة ، فلو نقضت لنقض خروجها على كل حال ؛ ولأنه شىء لم ينفصل عنها ، فلم ينقض كسائر أجزائها . وقد قالوا فيمن أخرج لسانه وعليه بلل ، ثم أدخله ، وابتلع ذلك البلل : إنه لا يُفطر . لأنه لم يثبتُ له حكم الانفصال ، والله أعلم .

فصـــــل

قد ذكرنا أن المذى ينقض الوضوء ، وهو مايخرُج زلِجاً مُتَسبْسِباً عِنْدَ الشهوة فيكون على رأس الذكر . واختلفت الرواية فى حكمه . فرُوى أنه يوجب الوضوء ، وغَسْل الذكر ، والأنثيين ، لما رُوى أن علياً رضى الله عنه قال : « كنتُ رَجُلاً مَذَّاء فاستحيَيْتُ أن أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكَان ابْنَتِه ، فأمَرْتُ المِقْدَادَ بنَ الأسْودِ فسأله ، فقال : يَغْسِلُ ذَكَرهُ ، وَأُنْثَيَيْهِ ويَتَوَضّأ » رواه أبو داود . وفى لفظ : « يَغْسِلُ ذكره ، ويتَوَضّأ » متفق عليه . وفى لفظ : « تَوَضَّأْ وانْضَحْ فَرْجَكَ » والأمر يقتضى الوجوب ، ولأنه خارج بسبب الشهوة ، فأوجب غَسْلاً زائداً على مُوجَب البول كالمنىّ . فعلى هذا يُجزئه غَسلة واحدة ، لأن المأمور به غَسْلٌ مُطلَق ، فيوجب مايقع عليه اسم الغسل . وقد ثبت

---

(١) صورة ذلك : أن تغسل المرأة مكان المنى ثم تتوضأ ، ثم يخرج المنى بعد ذلك فينقض خروجه الوضوء .

فى قوله فى اللفظ الآخر : « وانْضَحْ فَرْجَكَ » وسواء غسله قبل الوضوء أو بعده ؛ لأنه غَسْلٌ غيرُ مُرتبط بالوضوء ، فلم يترتّبَ عليه ، كَغَسل النجاسة .

والرواية الثانية : لايجب أكثر من الاستنجاء والوضوء ، رُوى ذلك عن ابن عبّاس ، وهو قول أكثر أهل العلم ، وظاهر كلام الخِرَقىّ ، لما رَوَى سهل بن حُنَيْفٍ قال : « كنتُ أَلْقى مِنَ المَذْىِ شِدَّةً وعَنَاءً ، فكنتُ أُكْثِرُ مِنْهُ الاغْتِسَال ، فذكرتُ ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنَّمَا يُجْزِئكَ مِنْ ذَلِكَ الْوُضوء » أخرجه أبو داود والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح ، ولأنه خارج لايوجب الاغتسال ، أشبه الْوَدْىَ . والأمر بالنضح ، وغسل الذكر ، والأنثيين ، محمول على الاستحباب ، لأنه يحتمله . وقوله : « إنما يُجْزِيكَ مِنْ ذَلِكَ الْوُضُوء » صريح فى حصول الإجزاء بالوضوء ، فيجب تقديمه .

فأما الودى : فهو ماء أبيض ثَخِينٌ ، يخرج بعد البول كَدِراً . فليس فيه ، وفى بقية الخوارج إلا الْوُضُوء . ورَوَى الأثرم بإسناده ، عن ابن عباس ، قال : « المَنِىُّ ، والْوَدْىُ والمَذْىُ . أما المَنِىُّ ففيه الْغُسل . وأما المَذْىُ والْوَدْىُ ، ففيهما إسْبَاغُ الطهور » .

« مسألة » قال ﴿ وخروج البول والغائط من غير مخرجهما ﴾ .

لا تختلف الرواية أن الغائط ، والبول ، يَنْتَقِضُ الوضوء بخروجهما من السبيلين ، ومن غيرها . ويستوى قليلهما وكثيرهما ، سواء كان السبيلان مُنْسَدَّيْنِ ، أو مفتوحين من فوق المَعِدة ، أو من تحتها . وقال أصحاب الشافعىّ : إن انسدَّ المخرَجُ وانفتح آخرُ دون المعدة لزم الوضوء بالخارج منه ، قولاً واحداً . وإن انفتح فوق المعدة ففيه قولان . أحدها : ينقض الوضوء . والثانى : لاينقضه ، وإن كان المعتاد باقياً ، فالمشهور : أنه لاينتقض الوضوء ، بالخارج من غيره ، وبناه على أصله فى أن الخارج من غير السبيلين لا ينقض .

ولنا عموم قوله تعالى (٥ : ٦ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ) وقول صفوان بن عَسّال : أَمَرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كُنَّا مُسافِرِينَ — أو سَفْراً —[1] أن لانَنْزِع خِفَافَنَا ثَلاثَةَ أيّامٍ ولَيالِيَهُنّ ، إلاّ مِنْ جنَابَةٍ ، لكن مِنْ غَائِطٍ ، وبَوْلٍ ونَوْمٍ » . قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . وحقيقة الغائط : المكان المطمئن ، سُمِّى الخارج به لمجاورته إياه ، فإن المُتبرِّز يتحراه لحاجته ، كما سُمِّى عَذِرَة ، وهى فى الحقيقة : فناء الدار ، لأنه كان يُطرح بالأفنية ، فسمِّى بها للمجاورة . وهذا من الأسماء الْعُرفيّة التى صار المجازُ فيها أشهَرَ من الحقيقة . وعند الإطلاق يُفهم منه المجاز ، ويحملُ

---

(١) سفر : بفتح السين وسكون الفاء : اسم جمع للمسافر ، وأو شك من الراوى : هل قال الرسول صلى الله عليه وسلم مسافرين ، أو قال سفراً .

عليه الـكلام لشهرته ، ولأن الخارج : غائطٌ ، وبول ، فنقضَ كما لو خرج من السبيل .

« مسألة » قال ﴿ وزوال العقل ، إلا أن يكون بنوم يسير جالساً أو قائماً ﴾ .

وزوال العقـل على ضربين : نوم ، وغيره . فأما غير النوم : وهو الجنون والإغمـاء ، والسكر ، وما أشبهـه من الأدوية المُزيلة للعقْل ، فينقضُ الوضوء يَسيرُه وكثيرُه إجماعاً . قال ابن المنذر : أجمـع العلماء على وجوب الوضوء على المُغْمَى عليه ، ولأن هؤلاء حِسُّهم أبعـدُ من حسِّ النائم ، بدليل أنهم لا ينتبهون بالانتباه . ففى إيجاب الوضوء على النائم تنبيه على وجوبه بما هو آكد منه .

الضرب الثـانى : النوم . وهو ناقض للوضوء فى الجمـلة ، فى قول عامّة أهل العـلم ، إلا ما حُـكى عن أبى موسى الأشعرىّ ، وأبى مِجْلَز ، وحُمَيْد الأعرج : أنه لا ينقضُ . وعن سعيد بن المُسيَّب : أنه كان ينام مراراً مُضطجِعاً ينتظرُ الصلاة ، ثم يُصلّى ، ولا يُعيد الوضوء . ولعلهم ذهبوا إلى أن النوم ليس بحدَثٍ فى نَفْسه ، والحدثُ مشكوكٌ فيه ، فلا يزول عن اليقين بالشك .

ولنا : قول صفوان بن عسّال « لـكن من غائط ، وبول ، و نوم » وقد ذكرنا أنه صحيح . وروى علىٌّ رضى الله عنـه عن النبىّ ﷺ قال : « العيْنُ وِكَاءُ السَّه[1] . فمن نامَ فَلْيَتَوَضَّأ » رواه أبو داود وابن ماجه . ولأن النوم مظِنَّةُ الحَدَث ، فأقيم مُقامه كالتقاء الخِتاَنَيْن فى وجوب الغُسْل ، أقيم مَقام الإنزال .

فصـــل

والنوم ينقسم ثلاثة أقسام : نوم المضطجع ، فينقض الوضوء ، يسيرُه ، وكثيرُه فى قول كل من يقول ينقضه بالنوم . (الثانى) نوم القاعد ، إن كان كثيراً نقض روايةً واحدةً . وإن كان يسيراً لم ينقض . وهذا قول حماد ، والحـكم ، ومالك ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى . وقال الشافعىّ : لا ينقض وإن كثر إذا كان القاعد مُتمَكِّناً مُفْضياً بِمحَلِّ الحدَث إلى الأرض . لما روَى أنس قال : « كان أصْحَابُ رسول الله ﷺ يَنَامُونَ ثُمَّ يَقُومُونَ فيُصَلُّونَ وَلاَ يَتوَضَّؤُنَ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وفى لفظ : قال « كان أصحـاب النبى ﷺ ينتظرون العِشاَءَ الآخِرَة ، حتى تخْفِقَ رؤوسُهم ، ثم يُصَلُّونَ ، ولا يَتوَضَّؤُونَ » وهـذا إشارة إلى جميعهم . وبه يتخصص عموم الحـديثين الأولين ، ولأنه مُتَحَفِّظ عن خروج الحَدث ، فلم يُنقض وضوؤه ، كما لو كان نومُه يسيراً .

ولنا عموم الحديثين الأولين . وإنمـا خصصناها فى اليسير لحـديث أنس . وليس فيه بيان كثرةٍ ولا قلة . فإن النائم يَخْـفِقُ رأسُه من يسير النوم ، فهو يقين فى اليسير ، فيُعمل به . وما زاد عليه فهو

---

(١) السه ، والسته ، والإست : من أسماء الدبر ، ومعنى العين وكاء السه : العين المتيقظة كالوكاء وهو الرباط للدبر ، فإذا نامت العين انفك الرباط فأصبحت الدبر عرضة لخروج شىء منها .

مُحتمِل لا يُترك له العموم المُتيقّن . ولأن نقض الوضوء بالنوم بَطَل بإفضائه إلى الحَدث ، ومع الكثرة والغلبة يُفضى إليـه ، ولا يُحَسّ بخروجه منه ، بخلاف اليسير . ولا يصـح قياسُ الكثير على اليسير ، لاختلافهما فى الإفضاء إلى الحَدَث .

(الثالث) ما عدا هاتين الحالتين ، وهو نوم القائم ، والراكع ، والساجد ، فرُوى عن أحمد فى جميع ذلك روايتان :

(إحداهما) ينقض : وهو قول الشافعىّ ، لأنه لم يَرِدْ فى تخصيصه من عموم أحاديث النقض نصّ ، ولا هو فى معنى المنصوص ، لكون القاعد مُتحفِّظاً لاعتماده بمحلّ الحَدثِ إلى الأرض ، والراكع ، والساجد ، ينفرجُ محلُّ الحدث منهما .

(والثانية) لاينقض : إلا إذا كثر . وذهب أبو حنيفة إلى أن النوم فى حال من أحوال الصلاة لاينقض وإن كثر ، لما روى ابن عباس : « أن رسول الله ﷺ كان يَسْجُدُ وَيَنَامُ وَيَنْفُخُ ، ثم يَقُومُ فَيُصَلِّى ، فقلتُ له : صَلَّيْتَ وَلَمْ تَتَوَضَّأْ ، وقد نِمْتَ ؟ فقال : إنَّمَا الْوُضُوء عَلَى مَنْ نَامَ مُضْطَجِعاً . فإنَّه إذا اضطجع استَرْخَتْ مَفَاصِلُه » رواه أبو داود . ولأنه حال من أحوال الصلاة : فأشبهت حالَ الجلوس . والظاهر عن أحمد التسويةُ بين القيام والجلوس ، لأنهما يشتبهان فى الانخفاض ، واجتماع المخرج ، وربما كان القائم أبعد من الحدث لعدم التمكن من الاستثقال فى النوم . فإنه لو استثقل لسقط . والظاهر عنه فى الساجد التسوية بينه ، وبين المضطجع . لأنه ينفرجُ محلُّ الحدث[1] ، ويعتمد بأعضائه على الأرض ، ويتهيأ لخروج الخارج . فأشبه المُضطجع . والحديث الذى ذكروه مُنكر ، قاله أبو داود . وقال ابن المنذر لايثبتُ ، وهو مرسل ، يرويه قتادةُ ، عن أبى العالية . قال شعبة : لم يُسمع منه إلاّ أربعة أحاديث ، ليس هذامنها .

فصـــــل

واختلفت الرواية عن أحمد فى القاعد المستند والمُحتبى . فعنه لاينقض يسيرُه . قال أبو داود : سمعتُ أحمد قيل له : الوضوء من النوم ؟ قال : إذا طال ، قيل : فالمحتبى ؟ قال : يتوضأ ، قيل : فالمتكىء ؟ قال : الاتكاء شديد ، والمُتساند كأنَّه أشدّ - يعنى من الاحتباء - ورأى منها كلِّها الوضوء إلا أن يغفوَ يعنى قليلاً - وعنه ينقض ، يعنى - بكلِّ حال ، لأنه مُعتمد على شىء ، فهو كالمضطجع ، والأولى أنه متى كان معتمداً بمحلّ الحَدث على الأرض أن لا يَنْقُضَ منه إلاّ الكثير . لأن دليل انتفاء النقض فى القاعد لاتفريق فيه ، فَيُسَوّى بين أحواله .

فصـــــل

واختلف أصحابنا فى تحديد الكثير من النوم الذى ينقض الوضوء . فقال القاضى : ليس للقليل حدٌّ

---

(١) ينبغى تقدير « منه » بعد كلمة الحدث ليحصل الربط بين الخبر عنه والخبر .

يُرجع إليه ، وهو على ماجرت به العادة ، وقيل :حد الكثير مايتغيّرُ به النائم عن هيئته ، مثل أن يسقط على الأرض . ومنها أن يرى حُلُماً ، والصحيح : أنه لاحدّ له . لأن التحديد إنما يُعرف بتوقيفٍ ، ولا توقيف فى هـذا . فمتى وجدنا مايدلّ على الكثرة مثلَ سقوط المتمكّن وغيره ، انتقض وضوؤه . وإن شَكّ فى كثرته لم ينتقض وضوؤه ، لأن الطهارة مُتيقّنة فلا تزول بالشك .

فصـــــل

ومن لم يُغلب على عقله فلا وضوء عليه ، لأن النوم الغلبةُ على العقل . قال بعض أهل اللغة . فى قوله تعالى (٢ : ٢٥٥ لاَتَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَلاَ نَوْمٌ) السنة : ابتداء النعاس فى الرأس . فإذا وصل إلى القلب صار نوماً . قال الشاعر :

وَسْنَانُ أقصَدَه النعاسُ ، فرنَّقَتْ فى عَيْنه سِـنَةٌ ، وَلَيْسَ بِنـَائمِ

ولأن الناقضَ زوالُ العقل ، ومتى كان العقل ثابتاً وحِسُّه غيرَ زائل ، مثل من يسمع مايقال عنده ، ويفهمه . فلم يوجد سببُ النقض فى حقه ، وإن شكّ : هل نام أم لا ، أو خطر بباله شىء لايدرى : أرؤيا أو حديث نفس ؟ فلا وضوء عليه .

« مسألة » قال ﴿ والارتداد عن الإسلام ﴾ .

وجملة ذلك أن الرِّدّة تنقض الوضوء ، وتُبطل التيمم ، وهـذا قول الأوزاعىّ ، وأبى ثور ، وهى الإتيان بما يَخرج به عن الإسلام ، إما نُطقاً ، أو اعتقاداً ، أو شكاً يَنقُل عن الإسلام ، فمتى عاود إسلامه ، ورجع إلى دين الحقّ ، فليس له الصـلاة حتى يتوضأ ، وإن كان متوضّئاً قبل ردّته . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ : لايبطُل الوضوء بذلك ، وللشافعىّ فى بطلان التيمُّم به قولان ، لقول الله تعالى (٢ : ٢١٧ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ ، فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ) فشَرَط الموت ولأنها طهارة، فلا تبطل بالردّة كالغُسل من الجنابة .

ولنا : قوله تعالى : (٣٩ : ٦٥ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ) والطهارة عمل ، وهى باقية حُكماً تبطل بمُبطلاتها . فيجب أن تَحبطَ بالشرك . ولأنها عبادة يُفسدها الحَدث، فأفسدها الشرك ، كالصلاة ، والتيمُّم ؛ ولأن الردّة حدث ، بدليل قول ابن عباس : « الحَدثُ حَدَثان : حدثُ اللسان . وحدث الفَرْج وأشدُّهما حَدَثُ اللسان » وإذا أحدث لم تُقبل صـلاته بغير وضوء . لقول النبى صلى الله عليه وسـلم : « لاَ يَقْبَلُ اللهُ صَـلاَةَ أَحَدِكُمْ إِذَا أَحْدَثَ حَتَّى يَتَوَضَّأَ » متفق عليه ، وما ذكروه تمسك بدليل الخطاب : والمنطوقُ مقدَّم عليه . ولأنه شرط الموت لجميـع المذكور فى الآية ، وهو حبوط العمل والخلود فى النار ، وأما غُسل الجنابة فلا يُتصوّر فيـه الإبطال . وإنما يجب الغُسل بسبب جديد يُوجبه ، وهنا يجب الغسل أيضاً عند من أوجب على من أسلم الغسل .

فصل

ولا ينقض الوضوء ماعدا الرِّدة من الكلام ، من الكذب ، والغيبة ، والرَّفَث[1] والْقَذْف ، وغيرها ، نص عليه أحمد . وقال ابن المنذر : أجمع من نحفظ قوله من علماء الأمصار على أن القذف ، وقولَ الزور ، والكذب ، والغيبة لاتوجب طهارةً ، ولا تنقضُ وضوءاً . وقد روينا عن غير واحد من الأوائل : أنهم أمروا بالوضوء من الكلام الْخَبِيثِ ، وذلك استحبابٌ عندنا ممّن أمر به ، ولا نعلم حُجَّةً توجب وضوءاً في شيء من الكلام . وقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ حَلَفَ بِاللاَّتِ والْعُزَّى فَلْيَقُلْ : لاَ إِلَهَ إِلَّا اللهُ » ولم يأمرْ في ذلك بوضوء .

فصل

وليس في القهقهة وُضوء . رُوى ذلك عن عروة ، وعطاء ، والزهريّ ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وابن المُنذر ، وقال أصحاب الرأى[2] : يجب الوضوء من القهقهة داخل الصلاة دون خارجها . وروى ذلك عن الحسن ، والنخَعِيّ ، والثوريّ ، لما رَوى أبو العالية : « أن رسول الله ﷺ كان يُصَلِّى فجاء ضَرِيرٌ فَتَرَدَّى في بِئْرٍ ، فَضَحِكَ طَوَائِفُ ، فأمر النبيُّ ﷺ الذين ضَحِكُوا أَنْ يُعِيدُوا الْوُضُوءَ والصَّلاَةَ » . ورُوى من غير طريق أبي العالية بأسانيدَ ضعاف . وحاصلُه يرجع إلى أبي العالية ، كذلك قال عبد الرحمن بن مهدى ، والإمام أحمد ، والدارقطنيّ .

ولنا : أنه معنًى لا يُبطل الوضوء خارج الصلاة ، فلم يبطلْهُ داخلها ، كالكلام ، وأنه ليس بِحَدَثٍ ولا يُفضى إليه . فأشبه سائر مالا يُبطل ، ولأن الوجوب من الشارع ، ولم يَنُصّ عن الشارع في هذا إيجابٌ للوضوء ، ولافي شيء يقاس هذا عليه . ومارووه مرسل لايثبت ، وقد قال ابن سيرين : لاتأخذوا بمراسيل الحسن ، وأبى العالية ، فإنهما لايباليان عمَّن أخذا . والمخالف في هذه المسألة يَرُدّ الأخبار الصحيحة لمخالفتها أصوله ، فكيف يُخالفها ههنا بهذا الخبر الضعيف عند أهل المعرفة ؟

« مسألة » قال ﴿ ومسُّ الفرج ﴾ .

الفرج : اسم لمخرج الْحَدَث ، ويتناول الذَّكَر ، والدُّبر ، وقُبُل المرأة . وفى نقض الوضوء بجميع ذلك خلاف في المذهب وغيره . فنذكره إن شاء اللهُ مفصَّلا ، ونبدأ بالكلام في مسّ الذكر ، فإنه آكدها .

فعن أحمد فيه روايتان :

(إحداهما) ينقض الوضوء : وهو مذهب ابن عمر ، وسعيد بن المسيَّب ، وعطاء ، وأبان بن عثمان ،

---

(١) الرفث : الكلام الفاحش ، والقذف نسبة الكبيرة إلى المسلم .

(٢) أصحاب الرأى هم أصحاب إبى حنيفة .

وعُروة ، وسليمان بن يَسار ، والزهرىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وهو المشهور عن مالك . وقد رُوى أيضاً عن عمر بن الخطاب ، وأبى هريرة ، وابن سيرين ، وأبى العالية .

(والرواية الثانية) لاوضوء فيه : رُوى ذلك عن علىّ ، وعمّار ، وابن مسعود ، وحذيفة ، وعمران ابن حُصَيْن ، وأبى الدرداء . وبه قال ربيعةُ ، والثورىّ ، وابنُ المنذر ، وأصحاب الرأى ، لما روَى قيسُ ابنُ طَلْق ، عن أبيه ، قال : « قَدِمْنَا على نبىِّ الله ﷺ ، فجاء رَجُلٌ كأنه بدوىٌّ ، فقال : يا رسول الله ، ما تَرَى فى مسّ الرجل ذَكَرَه بعد ما يتَوَضَّأُ ؟ فقال : وهل هو إلا بَضْعَةٌ منك — أو مُضْغَةٌ منك ؟ » رواه أبو داود ، والنسائىّ ، والترمذىّ ، وابن ماجه ، ولأنه عُضو منه ، فكان كسائره .

ووجه الرواية الأولى ما روت بُسْرة بنتُ صَفْوان ، أنّ النبى ﷺ قال : «مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَلْيتَوَضَّأْ» . وعن جابر مثل ذلك . وعن أم حبيبة ، وأبى أيُّوبَ قالا : سمعنا رسول الله ﷺ يقول : « مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ » وفى الباب عن أبى هريرة ، رواهنّ ابن ماجه . وقال أحمد : حديثُ بُسرة ، وحديث أم حبيبة صحيحان . وقال الترمذىّ : حديثُ بُسرة حسن صحيح . وقال البخارىّ : أصحّ شىء فى هذا الباب حديث بُسرة . وقال أبو زُرْعة : حديث أُم حبيبة أيضاً صحيح ، وقد رُوى عن بضعة عشرَ من الصحابة ، فأما خبر قيس ، فقال أبو زُرْعة ، وأبو حاتم : قيس مما لاتقوم بروايته حجة . ثم إن حديثنا متأخِّر ، لأن أبا هريرة قد رواه ، وهو متأخّر الإسلام . صحب النبى ﷺ أربع سنين . وكان قُدُومُ طَلْق على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يؤسِّسُون المسجد أوّل زمن الهجرة ، فيكون حديثنا ناسخاً له : وقياس الذكر على سائر البدن لايستقيمُ ، لأنه تتعلق به أحكام ينفرد بها من وجوب الغُسل بإيلاجه ، والحدّ ، والمَهْر ، وغير ذلك .

فصــــل

فعَلى رواية النقض : لا فرق بين العامد وغيره . وبه قال الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو أيوب ، وأبو خَيْثَمَةَ ؛ لعموم الخبر .

وعن أحمد : لا ينتقض الوضوء إلا بمسّه قاصداً مَسَّه . قال أحمد بن الحسين : قيل لأحمد : الوضوء من مَسّ الذكر ؟ فقال : هكذا — وقبض على يَدِهِ — يعنى إذا قبض عليه . وهذا قول مكحول ، وطاوس ، وسعيد بن جُبَيْر ، وحُمَيْد الطويل . قالوا : إن مسه يريد وضوءاً[1] وإلا فلا شىء عليه . لأنه لمس ، فلا ينقض الوضوء من غير قصد كلمس النساء .

فصــــل

ولا فرق بين بطن الكف وظهره . وهذا قول عطاء ، والأوزاعىّ . وقال مالك ، والليث ،

---

(١) أى إن مسه ليتبول ثم يتوضأ بعد ذلك .

والشافعيّ ، وإسحاق : لاينقض مسّه إلا بباطن كفه . لأن ظاهر الـكف ليس بآلة اللمس . فأشبه ما لو مسه بفخذه . واحتج أحمد بحديث النبي ﷺ : « إذا أَفْضَى أَحَدُكُمْ بِيَدِهِ إلى فَرْجِهِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا سُتْرَةٌ فَلْيَتَوَضَّأْ » وفى لفظ : « إذا أفضى أحدُكُمْ إلى ذَكَرِهِ فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْوُضُوء » رواه الشافعيّ فى مُسنده . وظاهر كفه من يده ، والإفضاء اللمس من غير حائل ، ولأنه جُزء من يده تتعلق به الأحكام المُعَلَّقة على مُطلق اليد ، فأشبه باطن الـكف .

فصـــل

ولا ينقض مسه بذراعه ، وعن أحمد أنه ينقض ، لأنه من يده ، وهو قول عطاء ، والأوزاعيّ . والصحيح الأول ، لأن الحـكم المعلق على مطلق اليد فى الشرع لا يتجاوز الـكوع بدليل قطع السارق ، وغَسل اليد من نوم الليـل ، والمسح فى التيمُّم . وإنما وجب غَسـله فى الوضوء لأنه قيَّدَه بالمرافق ، ولأنه ليس بآلة للمس ، أشبه العضُد . وكونه من يده يبطُل بالعَضُد ، فإنه لا خلاف بين العلماء فيه .

فصـــل

ولا فرق بين ذَكَرِهِ وَذَكَرِ غَيْرِهِ ، وقال داود : لا ينقُضُ مَسُّ ذَكَرِ غيره ، لأنه لا نصَّ فيه ، والأخبار إنما وردت فى ذَكَر نَفْسه ، فيُقْتَصَرُ عليه . ولنا أنَّ مس ذكر غيره معصيةٌ ، وأدعى إلى الشهوة ، وخروج الخارج ، وحاجة الإنسان تدعو إلى مسّ ذكر نفسه ، فإذا انتقض بمس ذكر نفسه فبمسّ ذكر غيره أولى . وهذا تنبيه يُقَدَّم على الدليل ، وفى بعض ألفاظ خبر بُسرة : « مَنْ مَسَّ الذَّكَرَ فَلْيَتَوَضَّأْ » .

فصـــل

ولا فرق بين ذكر الصغير ، والـكبير . وبه قال عطاء ، والشافعيّ ، وأبو ثور . وعن الزهريّ ، والأوزاعيّ : لا وُضوء على من مَسّ ذكر الصغير . لأنَّهُ يجوز مسه ، والنظر إليه . وقد رُوى عن النبى ﷺ « أنه قَبَّلَ زَبِيبَةَ الْحَسَن » ورُوى : « أنّ النبى ﷺ مَسَّ زَبِيبَةَ الْحَسَنِ ولم يَتَوَضَّأْ » .

ولنا عموم قوله : « مَنْ مَسَّ الذَّكر فَلْيَتَوَضَّأْ » ولأنه ذكر آدميّ متصل به ، أشبه الـكبير ، والخبر ليس بثابت . ثم إن نَقْض اللمس لا يلزم منه كون الْقُبْلَة ناقضة . ثم ليس فيه ، أنه صَلَّى ، ولم يَتَوَضَّأْ ، فيُحتمل أنه لم يتوضأ فى مجلسه . وجواز اللمس ، والنظرَ يَبْطُل بِذَكَرِ نفسه .

فصـــل

وفرج الميت كفرج الْحَيِّ ، لبقاء الاسم والْحُرمة ، لاتصاله بجملة الآدميّ ، وهو قول الشافعيّ . وقال إسحاق : لا وضوء عليه . وفى الذكر المقطوع وجهان :

(أحدهما) ينقض : لبقاء اسم الذكر (والآخر) لاينقض : لذهاب الْحُرْمة ، وعدم الشهوة بمسّه فأشبه

ثيل[1] الجمل ، ولو مس الْقَلَفَةَ التى تُقطع فى الخِتَان قبل قطعها انتقض وضوؤه ، لأنها من جِلدةِ الذكر ، وإن مسها بعد القطع ، فلا وضوء عليه ، لزوال الاسم والْحُرمة .

فصــل

فأما مس حَلَقَةِ الدُّبُرِ ، فعنه روايتان أيضاً :

(إحداهما) لاينقض الوضوء : وهو مذهب مالك . قال الخلاّل : العمل والأشيع فى قوله ، وحُجته أنه لايتوضَّأ من مَسِّ الدبر ، لأن المشهور من الحديث : « مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ » وهذا ليس فى معناه ، لأنه لا يقصد مسه ، ولا يفضى إلى خروج خارج .

(والثانية) ينقُض : نقلها أبو داود . وهو مذهب عطاء ، والزهرىّ ، والشافعىّ ، لعموم قوله : « مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ » ولأنه أحد الفرجين ، أشبه الذكر .

فصــل

وفى مس المرأة فرجها أيضاً روايتان :

(إحداهما) ينقض : لعموم قوله : « مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ » وَرَوَى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه عن النبى ﷺ قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ مَسَّتْ فَرْجَهَا فَلْتَتَوَضَّأْ » ولأنها آدمىّ مس فرجه ، فانتقض وضوؤه كالرجل .

(والأخرى) لا ينقض : قال المروزىّ : قيل لأبى عبد الله : فالجارية إذا مَسَّت فرجها ، أعليها وضوء ؟ قال : لم أسمع فى هذا بشىء ، قلت لأبى عبد الله : حديث عن عبد الله بن عمرو ، عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أَيُّمَا امرأة مست فرجها فلتتوضأ » فتبسَّم وقال : هٰذا حديث الزُّبَيْدِىّ ، وليس إسنادُه بذاك ، ولأن الحديث المشهور فى مس الذكَر ، وليس مس المرأة فرجها فى معناه ، لكونه لا يدعو إلى خروج خارج فلم ينقض .

فصــل

فأما لمس فرج الخنثى المُشكل ، فلا يخلو من أن يكون اللامس منه ، أو من غيره . فإن كان اللمس منه ، فلمس أحد فَرْجَيْهِ لم ينتقض وضوؤه ، لأنه يَحتمل أن يكون الملموسُ خِلْقَةً زَائِدَةً . وإن لمسهما جميعاً . وقلنا : لاينقض وضوء المرأة مسّ فرجها لم ينتقض وضوؤها ، لجواز أن يكون امرأةً مست فرجها ، أو خلقةً زائدةً ، وإن قلنا : ينقض ، انتقض وضوؤه ، لأنه لابد أن يكون أحدهما فرجاً . وإن كان اللامس رجلاً فمس الذكر لغير شهوة لم ينتقض وضوؤه ، وإن مسه لشهوة انتقض وضوؤه فى ظاهر

---

[1] (١) الثيل بالكسر والفتح : وعاء قضيب البعير وغيره ، أو القضيب نفسه ، اه قاموس ، وليس بمراد هنا .

المذهب ،فإنه إن كان ذكراً فقد مسَّه ، وإن كان أنثى فقد مسَّها لشهوة ، وإن مسّ قُبُلَ المرأة لم ينتقض وضوؤه، لجواز أن يكون خِلْقَةً زَائِدَةً من رَجُل ، وإن مسهما جميعاً لشهوة انتقض وضوؤه ، لما ذكرنا فى الذكر . وإن كان لغير شهوة انتقض وضوؤه فى الظاهر ،لأنه لايخلو من أن يـكون مسّ ذَكَرَ رجل ، أوفرجَ امرأة . وإن كان اللامس امرأةً فامست أحدها لغير شهوة لم ينتقض وضوؤها ،وإن لمست الذكَرَ لشهوة لم ينتقض وضوؤها ، لجواز أن يـكون خلقةً زائدة من امرأةً ، فإن مَسَّ فرج المرأة لشهوة انبنى على مسّ المرأة الرجل لشهوة .

فإن قلنـا : ينقض انتقض وضوؤها ههنا لذلك ، وإلا لم ينتقض . وإن مستهما جميعـاً لغير شهوة ، وقلنا : إن مسّ فرج المرأة ينقض الوضوء انتقض وضوؤها ههنـا ، وإلا فلا . وإن كان اللامس خُنثى مشكلاً لم ينتقض وضوؤه إلا أن يجمع بين الفرجين فى اللمس . ولو مسّ أحـدُ الْخُنثيين ذَكَرَ الآخر ، ومس الآخرُ فرجه ،وكان اللمس منهما لشهوةٍ ، أو لغيرها ، فلا وضوء على واحد منهما ، لأن كلّ واحد منهما على انفراده يقين الطهارة باق فى حَقِّه ، والْحَدث مشكوك فيه ،فلا نزول عن اليقين بالشك ، لأنه يحتمل أن يكونا جميعاً امرأتين ، فلا ينتقض وضوء لامس الذكر . ويحتمل أن يكونا رجلين ، فلا ينتقض وضوء لامس الفرج . وإن مس كل واحد منها ذكر الآخر احتمـل أن يـكونا امرأتين ، وقد مس كل واحـد منهما خِلْقَةً زائدةً من الآخر . وإن مسّ كلٌّ واحد منهما قُبُلَ الآخر احتمل أن يكونا رجلين .

فصـــل

ولا ينتقض الوضوء بمسّ ماعدا الفرجين من سـائر البدن ، كالرُّفغ ، والأنثيين والإبط ، فى قول عامّة أهـل العـلم ؛ إلا أنه رُوِى عن عُروة قال : من مَسّ أُنْثَيَيْهِ فليتَوَضّأ . وقال الزهرىّ : أحَبُّ إلىَّ أن يتوَضـأ . وقال عِـكرمة : من مسّ مابين الْفَرْجَيْنِ فليتوضأ . وقول الجمهور أولى، لأنه لانص فى هذا ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، فلا يثبت الحـكم فيه ، ولاينتقض وضوء الملموس أيضاً ، لأن الوجوب من الشرع ، وإنما وردت السنة فى اللامس .

ولا ينتقض الوضوء بمس فرج بهيمة . وقال الليث بن سعد : عليه الوضوء . وقال عطاء : من مس قُنْب[(١)] حمار عليه الوضوء ، ومن مسّ ثِيل جَملٍ لاوضوء عليه . وما قلنـاه قول جمهور العلماء ، وهو أولى . لأن هذا ليس بمنصوص على النقض به، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، فلا وجه للقول به .

« مسألة » قال ﴿ والقيء الفاحش والدم الفاحش ، والدود الفاحش يخرُج من الْجروح ﴾

---

(١) القنب — كقفل — جراب قضيب ذى الحافر من الدواب ، وثيل الجمل وعاء قضيبه أو القضيب نفسه كما مر قريباً .

وجملته : أن الخارج من البدن من غير السبيل ينقسم قسمين ، طاهراً ونجساً ، فالطاهر لاينقض الوضوء على حال ما ، والنجس ينقض الوضوء فى الجملة ، روايةً واحدةً ، رُوى ذلك عن ابن عباس ، وابن عمر ، وسعيد بن المُسيَّب ، وعَلْقمة ، وعطاء ، وقَتَادة ، والثورىّ ، وإسحق ، وأصحـاب الرأى ، وكان مالك ، وربيعة ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لايوجبون منه وضُوءاً ، وقال مكحول : لاوضوء إلا فيما خرج من قُبُل أو دبر . لأنه خارج من غير المخرج ، مع بقاء المخرج ، فلم يتعلق به نقض الطهارة كالبُصاق ، ولأنه لانص فيه ، ولا يمـكن قياسه على محل النص ، وهو الخارج من السبيلين ، لـكن الحـكم فيه غير مُعلَّل ، ولأنه لايفترق الحال بين قليله وكثيره ، وطاهره ونجسه . وههنا بخلافه ، فامتنع القياس .

ولنا مارَوى أبو الدرداء : « أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قاء فتوضَّـأ ، فلقيتُ ثَوْبانَ فى مسجد دِمَشْق ، فذكرت له ذلك . فقال ثَوْبان : صدق ، أنا صَبَبْتُ له وَضُوءه » رواه الأثرم والترمذىّ ، وقال : هذا أصحّ شىء فى هذا الباب . قيل لأحمد : أحديث ثوبان ثبت عندك ؟ قال : نعم . وروى الْخَلاّل بإسناده ، عن ابن جُرَيج ، عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : « إذَا قَلَس[1] أَحَـدُكُم فَلْيتَوَضَّـأ » قال ابنُ جريج : وحدثنى ابن أبى مُلَيْـكة ، عن عائشة ، عن النبىّ ﷺ مثـلَ ذلك . وأيضاً فإنه قول من سَمَّينا من الصحـابة . ولم نعرف لهم مُخالفـاً فى عصرهم ، إجمـاعاً . ولأنه خارج يلحقه حـكم التطهير ، فنقض الوضوء ، كالخـارج من السبيل . وقياسُهم منقوض بمـا إذا انفتح مخرج دون المعدة .

فصـــل

وإنما ينتقض الوضوء بالـكثير من ذلك دون اليسير ، وقال بعض أصحابنـا : فيه رواية أخرى : أن اليسير ينقض . ولا نعرف هذه الرواية ، ولم يذكرها الخـلال فى جامعه إلاّ فى القَلْس ، واطَّرحها . وقال القاضى : لا ينقضُ روايةً واحدةً ، وهو المشهور عن الصحابة ، رضى الله عنهم . قال ابن عباس فى الدم : إذا كان فاحشاً فعليه الإعادة . وابن أبى أَوْفى بَزَقَ دَماً ثم قام فصلَّى ، وابن عمر عصر بَثْرَةً فخرج دمٌ وصلّى ، ولم يتوضّأ . قال أبو عبد الله : عِدَّةٌ من الصحابة تـكلَّمُوا فيه : فأبو هريرة كان يُدخل أصابعه فى أنفه . وابن عمر عَصَر بَثْرَةً ، وابن أبى أوفى عصر دُمَّلاً ، وابن عبّاس قال : إذا كان فاحشاً ، وجابر أدخل أصابعه فى أنفه . وابن المُسيّب أدخل أصابعه العشرة أَنْفَه ، وأخرجها مُتَلَطِّخَةً بالدَّمِ ، يعنى وهو فى الصلاة .

وقال أبو حنيفة : إذا سال الدم ففيه الوضوء . وإن وقف على رأس الْجُرح لم يجب ، لعموم قوله عليه السلام : « مَنْ قَاءَ أو رُعِفَ فى صَلاَتِهِ فَلْيتوَضَّأْ » .

ولنا : ما روينا عن الصحابة ، ولم نعرف لهم مُخالفاً . وقد روى الدارقطنىّ بإسناده ، عن النبى ﷺ

---

(١) القلس : بفتح القاف وسكون اللام ما خرج من الفم ملء الفم أو دونه وليس بقىء .

أنه قال : « لَيْسَ الْوُضُوءُ من الْقَطْرَةِ وَالْقَطْرَتَيْنِ »(١) ، وحديثهم لا نعرف صحته . ولم يذكره أصحاب السنن ، وقد تركوا العمل به . فإنهم قالوا : إذا كان دون مِلْءِ الفم لم يجب الْوُضوء منه .

فصل

وظاهر مذهب أحمد : أن الكثير الذى ينقض الوضوء لا حدَّ له أكثرَ من أنه يكون فاحشاً . وقيل يا أبا عبد الله ، ما قدرُ الفاحش ؟ قال : ما فَحُش فى قَلْبِك . وقيل له : مثلُ أى شىء يكون الفاحش ؟ قال : قال ابن عباس : ما فَحُش فى قلبك . وقد نقل عنه أنه سئل : كم الكثير ؟ فقال : شبر فى شبر . وفى موضع قال : قدر الكف فاحش . وفى موضع قال : الذى يوجب الوضوء من ذلك إذا كان مقدار ما يرفعه الإنسان بأصابعه الخمس من القيح ، والصديد ، والقىء ، فلا بأس به . فقيل له : إن كان مقدار عشرة أصابع ؟ فرآه كثيراً . قال الخلاّل : والذى استقرّ عليه قوله فى الفاحش : أنه على قدر ما يستفحشه كلُّ إنسان فى نفسه . قال ابن عقيل : إنما يُعتبر ما يفحُش فى نفوس أوساط الناس ، لا المُتبذلين ، ولا المُوَسْوِسِين ، كما رجعنا فى يسير اللُّقَطَة الذى لا يجب تعريفه إلى مالا تَتَبَّعه نفوس أوساط الناس . ونصُّ أحمد فى هذا كما حكيناه . وذهب إلى قول ابن عباس رضى الله عنه .

فصل

والقيح ، والصديد : كالدم فيما ذكرناه ، وأسهل ، وأخف منه حكماً ، عند أبى عبد الله ، لوقوع الاختلاف فيه . فإنه رُوى عن ابن عمر ، والحسن ، أنهم لم يَرَوْا القيحَ والصديد كالدم . وقال أبو مجلز فى الصديد : لا شىء ، إنما ذكر اللهُ الدم المسفوح . وقال الأوزاعىّ فى قرحة سال منها كغُسالة اللّحم : لا وضوء فيه . وقال إسحاق : كل ما سِوَى الدم لا يوجب وضوءاً . وقال مجاهد ، وعطاء ، وعروة ، والشعبىّ ، والزهرىّ ، وقتادة ، والحكم ، والليث : القيحُ بمنزلة الدم ، فلذلك خفَّ حكمه عنده ، واختياره مع ذلك إلحاقُه بالدَّم ، وإثبات مثل حكمه فيه ، لكن الذى يفحُش منه يكون أكثر من الذى يفحُش من الدم .

فصل

والْقَلْسُ كالدم يَنْقُض الوضوء منه مافَحُش . قال الخلاّل : الذى أجمع عليه أصحاب أبى عبد الله عنه ، أنه إذا كان فاحشاً أعاد الوضوء منه . وقد حكى عنه فيه الوضوء إذا ملأ الفم ، وقيل عنه : إذا كان أقل من نصف الفم لا يتوضأ . والأول المذهب ، وكذلك الْحُكم فى الدود الخارج من الجسد ، إذا كان كثيراً نقض الوضوء ، وإن كان يسيراً لم ينقض ، والكثير مافحش فى النفس .

---

(١) أى من الدم ، أما من البول ونحوه ففيه الوضوء .

فصـــــل

فأما الْجُشاءُ فلا وضوء فيه ، لا نعلم فيــه خلافاً . قال مهنّا : سألت أبا عبد الله عن الرجل يخرج مِنْ فيه الريح مثلُ الْجُشاءِ الـكثير ؟ قال : لا وُضوء عليه ، وكذلك النخاعة ، لا وضوء فيهـا ، سواء كانت من الرأس أو الصدر ، لأنها طاهرة أشبهت الْبُصاق .

« مسئلة » قال ﴿ وأ كل لحم الْجَزور ﴾ .

وجملة ذلك : أن أ كل لحم الإبل ينقض الوضوء على كل حال ، نيئاً ومطبوخاً ، عالماً كان ، أو جاهلا وبهذا قال جابر بن سَمُرة ، ومحمد بن إسحاق ، وإسحاق ، وأبو خَيْثَمة ، ويحيى بن يحيى ، وابن الْمُنذر ، وهو أحد قولى الشافعىّ . قال الخطّابى : ذهب إلى هذا عامّةُ أصحاب الحديث . وقال الثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى : لا ينقض الوضوء بحال ، لأنه رُوى عن ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال : « الْوُضُوءُ مِمَّا يَخْرُجُ لاَ مِمَّا يَدْخُلُ » وروى عن جابر قال : « كَانَ آخِرُ الأَمْرَيْن مِنْ رسول الله صلى الله عليه وسلم تركُ الوضوء مِمَّا مَسَّتِ النَّارُ » ، رواه أبو داود ، ولأنه مأ كول أشبه سائر المأ كولات . وقد رُوى عن أبى عبد الله أنه قال فى الذى يأ كل من لحوم الإبل : إن كان لا يعـلم ليس عليه وضوء . فإن كان الرجل قد علم ، وسمع ، فهذا عليه واجب ؛ لأنَّه قد علم ، فليس هو كمن لا يعـلم ، ولا يدرى . قال الخلال : وعلى هذا استقرّ قول أبى عبد الله فى هذا الباب .

ولنا : ما روى البراء بن عازب قال : « سُئِلَ رسول الله صلى الله عليه وسلم عَنْ لُحُوم الإبلِ ؟ فقال : توضَّؤُوا منها . وسُئل عن لحوم الغنم ؟ فقال : « لا يُتَوضأ منها » رواه مسلم ، وأبو داود . وروى جابر ابن سَمُرة عن النبى ﷺ مثلَه ، أخرجهُ مسلم . ورَوى الإمام أحمدُ بإسناده ، عن أُسَيْد بن حُضَيْر[1] قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « توضَّؤُوا من لحوم الإبل ، ولا تَتَوضَّؤُوا من لحوم الغنم » .

وروى ابن ماجه عن عبد الله بن عمرو ، عن النبى صلى الله عليه وسلم مثلَ ذلك . قال أحمـد ، وإسحاقُ بن راهوَيْه : فيه حـديثان صحيحان عن النبى صلى الله عليه وسلم وحديث البراء ، وحديث جابر بن سَمُرة . وحديثهم عن ابن عباس لا أصل له ، وإنما هو من قول ابن عباس ، موقوف عليه . ولو صح لوجب تقديم حديثنا عليه ، لـكونه أصح منـه وأخصّ ، والخاص يُقدَّم على العام . وحديث جابر لا يُعارض حديثنا أيضاً لصحته وخصوصه .

فإن قيل : فحديثُ جابر متأخّر ، فيكون ناسخاً . قلنا : لا يصح النسخ به لوجوه أربعة :

أحدها : أن الأمر بالوضوء من لحوم الإبل متأخّر عن نسخ الوضوء مما مَسَّت النار ، أو مقارن له ،

(١) هكذا فى القاموس المحيط بضم الحاء ، وفى كتب الحديث بفتح الحاء وكسر الضاد .

بدليل أنه قَرَن الأمر بالوضوء من لحوم الإبل ، بالنهى عن الوضوء من لحوم الغنم ، وهى مما مَسَّت النار ؛ فإمّا أن يكون النسخ حصل بهذا النهى ، وإما أن يكون بشىء قبله . فإن كان به ، والأمر بالوضوء من لحوم الإبل مقارن لنسخ الوضوء مما غَيَّرت النار ، فكيف يجوز أن يكون منسوخاً به ؟ ومن شروط النسخ تأخُّر الناسخ . وإن كان الناسخ قبله ، لم يجز أن يُنسخ بما قبله .

الثانى : أن أكل لحوم الإبل إنما نقض لكونه من لُحُوم الإبل ، لا لكونه مما مَسَّت النار ، ولهذا ينقضُ ، وإن كان نيئاً ، فَنَسْخُ إحدى الجهتين لا يَثبت به نسخُ الجهة الأخرى . كما لو حُرِّمت المرأة للرضاع ، ولكونها رَبيبة ، فنَسْخُ التحريم بالرضاع لم يكن نسخاً لتحريم الربيبة .

الثالث : أن خبرهم عام ، وخبرنا خاص . والعامُّ لا يُنسخ به الخاص ، لأن من شروط النسخ : تعذُّر الجمع ، والجمع بين الخاص والعام ممكن ، بتنزيل العام على ما عدا مَحَلِّ التخصيص .

الرابع : أن خبرنا صحيح مُستفيض ، ثبتت له قوة الصحة ، والاستفاضة ، والخصوص . وخبرُهم ضعيف ، لعدم هذه الوجوه الثلاثة فيه ، فلا يجوز أن يكون ناسخاً له .

فإن قيل : الأمر بالوضوء فى خبركم يحتمل الاستحباب ، فنحمله عليه . ويحتمل أنه أراد بالوضوء قبل الطعام ، وبعده غَسْل اليدين . لأن الوضوء إذا أضيف إلى الطعام اقتضى غَسْل اليد ، كما كان عليه السلام يأمرُ بالوضوء قبل الطعام ، وبعده ، وخُصَّ ذلك بلحم الإبل ، لأنّ فيه من الحَرارةِ والزُّهُومَةِ ما لَيْسَ فى غيره .

قلنا : أما الأول فمخالف للظاهر من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن مقتضى الأمر الوجوب .

الثانى : أن النبى ﷺ سُئل عن حكم هذا اللحم ؟ فأجاب بالأمر بالوضوء منه ، فلا يجوز حمله على غير الوجوب ، لأنه يكون تلبيساً على السائل لا جواباً .

الثالث : أنه عليه السلام قرنه بالنهى عن الوضوء من لحوم الغنم ، والمراد بالنهى ههنا نفى الإيجاب لا التحريم . فيتعيَّنُ حملُ الأمر على الإيجاب ليحصُل الفرق .

وأما الثانى : فلا يصح ، لوجوه أربعة :

أحدها : أنه يلزم منه حمل الأمر على الاستحباب . فإن غَسْل اليد بمفرده غيرُ واجب ، وقد بينا فساده .

الثانى : أن الوضوء إذا جاء فى لسان الشارع وجب حمله على الموضوع الشرعىّ دون اللغوىّ ، لأن الظاهر منه أنه إنما يتكلم بموضوعاته .

الثالث : أنه خرج جواباً لسؤال السائل عن حـكم الوضوء من لحومها ، والصـلاة فى مَبَارِكها . فلا يُفهم من ذلك سوى الوضوء المراد للصلاة .

الرابع : أنه لو أراد غَسْل اليد لما فرق بينه وبين لحم الغنم ، فإن غَسْل اليد منهما مُستحبّ . ولهذا قال : « مَنْ بَاتَ وَفِي يَدِهِ رِيحُ غمر (١) فأَصَابَهُ شَيْءٌ فَلاَ يَلُومَنّ إلاَّ نَفْسَه » وما ذكروه من زيادة الزهومة فأمر يسير لا يقتضى التفريق ، والله أعلم .

ثم لا بد من دليل نصرف به اللفظ عن ظاهره ، ويجب أن يكون الدليل له من القوة بقدر قوة الظواهر ، المتروكة ، وأقوى منها ، وليس لهم دليل ، وقياسهم فاسد ، فإنّه طَرْدِيّ لا معنى فيه ، وانتفاء الحـكم فى سـائر المأكولات ، لانتفاء المقتضى ، لا لـكونه مأكولاً ، فلا أثر لـكونه مأكولا ووجوده كعدمه .

ومن العجب : أن مخالفينا فى هذه المسألة أوجبوا الْوُضوء بأحاديث ضعيفة ، تخالف الأصول . فأبو حنيفة أوجبه بالقهقهة فى الصلاة ، دون خارجها ، بحديث من مراسيل أبى العالية ، ومالك ، والشافعىّ : أوجباه بمسّ الذكر بحديثٍ مُختلَف فيه ، مُعارَضٍ بمثله ، دون مَسِّ بقية الأعضاء ، وتركوا هذا الحديث الصحيح الذى لا مُعارض له ، مع بُعده عن التأويل ، وقوة الدلالة فيه لمخالفته لقياسٍ طَرْدِيّ .

فصـــل

وفى شرب لبن الإبل روايتان :

(إحداها) ينقُض الوضوء : لما رَوى أُسَيْدُ بن حُضَيْرٍ أنّ النبيّ ﷺ قال : « تَوَضَّؤوا من لحوم الإبل وألبانها » رواه الإمام أحمد فى المسند . وفى لفظ : « أنّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عن ألبانِ الإبل ؟ فقال : تَوَضَّؤُوا مِنْ أَلْبَانِها ، وسُئل عن ألبان الغنم ؟ فقال : لاَ تَتَوضَّؤُوا من ألبانها » رواه ابن ماجه . ورُوى نحوُهُ عن عبد الله بن عَمْرو .

(والثانية) لاوضوء فيه : لأن الحديث الصحيح إنما ورد فى اللحم .

وقولهم : « فيه حـديثان صحيحان » يدل على أنه لاصحيح فيـه سواها . فالحـكم ههنا غـير معقول ، فيجب الاقتصار على مورد النص فيه .

وفيما سوى اللحم من أجزاء البعير ، من كبده ، وطِحَاله ، وسَنَامه ، ودُهْنه ، ومَرَقِه ، وكَرِشِه ، ومُصْرانه ، وجهان :

(أحدها) لاينقض : لأنَّ النص لم يتناوله .

---

(١) الغمر بفتح الغين والميم : زنخ اللحم وما يعلق باليد من دسمه .

(والثانى) ينقض : لأنه من جملة الجزور . وإطلاق اللحم فى الحيوان يُراد به جُملته ، لأنه أكثر مافيه . ولذلك لما حرم الله تعالى لحم الخنزير كان تحريماً لجملته ، كذاهَهنا .

فصــل

وما عدا لحمَ الجَزور من الأطعمة لا وضوء فيه ، سواء مَسَّتْهُ النَّار ، أو لم تمسَّه ، هذا قول أكثر أهل العلم . ورُوى ذلك عن الخلفاء الراشدين ، وأُبَىّ بن كعب ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعامر ابن ربيعة ، وأبى الدرداء ، وأبى أُمَامَة ، وعامَّة الفقهاء . ولا نعلم اليوم فيه خلافاً . وذهب جماعة من السلف إلى إيجاب الوضوء مما غيَّرت النار ، منهم : ابن عمر ، وزيد بن ثابت ، وأبو طلحة ، وأبو موسى ، وأبو هريرة ، وأنس ، وعمر بن عبد العزيز ، وأبو مِجْلَز ، وأبو قِلاَبة ، والحسن ، والزهرىّ . لما رَوَى أبو هريرة ، وزيد ، وعائشة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تَوَضَّؤُوا مِمَّا مَسَّت النَّارُ » وفى لفظ : « إنَّمَا الْوُضوء مِمَّا مَسَّتِ النَّارُ » رواهنَّ مسلم .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « وَلاَ تَتَوَضَّؤُوا مِنْ لَحْمِ الْغَنَمِ » وقول جابر : « كان آخِرَ الأمْرَيْنِ من رسول الله ﷺ تَرْكُ الْوُضوء مِمَّا مَسَّتِ النار » رواه أبو داود ، والنسائىّ .

« مسئلة » قال ﴿ وغَسْلُ الميِّت ﴾ :

اختلف أصحابنا فى وجوب الوضوء من غَسْلِ الميت . فقال أكثرهم : بوجوبه ، سواء كان المغسول صغيراً أو كبيراً ، ذكراً ، أو أنثى ، مسلماً أو كافراً ، وهو قول إسحاق ، والنخعىّ . وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبى هريرة . فرُوى عن ابن عمر وابن عباس : أنهما : « كَانَا يَأْمُرَانِ غَاسِلَ المَيِّتِ بِالْوُضوء » . وعن أبى هريرة قال : « أَقَلُّ مافِيه الْوُضُوء » ولا نعلم لهم مخالفاً فى الصحابة ، ولأن الغالب فيه أنه لايَسْلَمُ أن تقع يَدَهُ على فرج الميِّت ، فكان مَظِنَّةُ ذلك قائماً مقامَ حقيقته ، كما أقيم النومُ مقام الحَدث . وقال أبو الحسن التميمى لاوُضوء فيه ، وهذا قول أكثر الفقهاء ، وهو الصحيح إن شاء الله . لأن الوجوب من الشرع ، ولم يرد فى هذا نصّ ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، فبقى على الأصل ولأنه غسل آدمىّ ؛ فأشبه غسل الحَىّ .

وما روى عن أحمد فى هذا يُحمل على الاستحباب ، دون الإيجاب . فإنَّ كلامه يقتضى نفى الوجوب ، فإنه ترك العمل بالحديث المروىّ عن النبى ﷺ : « مَنْ غَسَلَ مَيِّتاً فَلْيَغْتَسِلْ » وعَلَّلَ ذلك بأن الصحيح أنه موقوف على أبى هريرة . وإذا لم يُوجب الغسلُ بقول أبى هريرة ، مع احتمال أن يكون من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلأنْ لايوجَب الوضوء بقوله مع عدم ذلك الاحتمال أولى وأحرى .

« مسألة » قال ﴿ ومُلاقاة جسم الرَّجُل للمرأة لِشَهْوَةٍ ﴾ .

المشهور من مذهب أحمد رحمه الله : أن لَمْسَ النِّسَاء لِشَهْوَةٍ يَنْقُضُ الوضوء ولا ينقضه لغير شهوة ،

وهـذا قول عَلْقمة ، وأبى عُبَيْدَة ، والنخعىّ ، والحكم ، وحمّاد ، ومالك ، والثورىّ ، وإسحاق ، والشعبىّ ، فإنهم قالوا : يجب الوضوء على من قَبَّلَ لِشَهْوَةٍ ، ولا يجب على من قَبَّلَ لرحمة ، وممن أوجب الوضوء فى القُبلة : ابنُ مسعود ، وابن عمر ، والزهرىّ ، وزيد بن أسلم ، ومكحول ، ويحيى الأنصارىّ ، وربيعة ، والأوزاعىّ ، وسعيد بن عبد العزيز ، والشافعىّ .

قال أحمد : المدنيُّون ، والكوفيُّون ، مازالوا يرون أن القُبلة من اللمس تنقُض الوضوء ، حتى كان بأَخَرَةٍ ، وصار فيهم أبو حنيفة : فقالوا : لاتنقُض الوضوء ، ويأخذون بحديث عُرْوَة ، ونرى أنه غلط . وعن أحمد رواية ثانية : لاينقض اللمس بحال . وروى ذلك عن : علىّ ، وابن عباس ، وعطاء ، وطاوس والحسن ومَسْرُوق . وبه قال أبو حنيفة : إلا أن يَطأها دون الفرج ، فينتشِرَ فيها ، لما رَوى حبيب عن عُرْوة ، عن عائشة : أن النبى ﷺ « قَبَّلَ امْرَأَةً مِنْ نِسَائِهِ وَخَرَجَ إِلَى الصَّلَاةِ وَلَمْ يَتَوَضَّأْ » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، وغيرُهما . وهو حديث مشهور ، رواه إبراهيمُ التيمىّ ، عن عائشة أيضاً . ولأن الوجوب من الشرع ، ولم يرد بهذا شرع ، ولا هو فى معنى ماورد الشرع به . وقوله تعالى : (٥ : ٦ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ) أراد به الجماع ، بدليل أن المَسّ أريد به الجماع . فكذلك اللمس . ولأنه ذكره بلفظ المفاعلة ، والمفاعلة لاتكون من أقل من اثنين .

وعن أحمد رواية ثالثة : أن اللمس ينقض بكل حال ، وهو مذهب الشافعىّ لعموم قوله تعالى : (أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ) وحقيقة اللمس : ملاقاة البشرتين . قال الله تعالى مُخبراً عن الجنّ ، أنهم قالوا : (٧٢ : ٨ وَأَنَّا لَمَسْنَا السَّمَاءَ) وقال الشاعر :

* لَمَسْتُ بِكَفِّى كَفَّهُ أَطلب الْغِنَى *

وقرأها ابن مسعود : (أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ) ، وأما حديث القُبْلة فكلُّ طرقه معلولة . قال يحيى بن سعيد : احْكِ عَنِّى : أن هذا الحديث شِبْهُ لاشىء . قال أحمد : نرى أنه غلّط الحديثين جميعاً ، يعنى حديث إبراهيم التيمىّ ، وحديث عُرْوة ، فإن إبراهيم التيمىّ لايصح سماعُه من عائشة ، وعُروة المذكور هاهنا : هو عُرْوة المُزَنِىّ ، ولم يُدرك عائشة ، كذلك قاله سفيان الثورىّ .

قال : ما حدَّثنا حبيبٌ إلا عن عُروة المُزَنىّ ، ليس هو عُرْوَةَ بن الزُّبَيْر . وقال إسحاق : لا تَظنُّوا أن حبيباً لقى عُرْوَة . وقال : قد يمكن أن يُقبِّل الرجل امرأته لغير شهوة ، برًّا بها ، وإكراماً لها ورحمة ، ألا ترى إلى ماجاء عن النبى ﷺ : « أَنَّهُ قَدِمَ مِنْ سَفَرٍ فَقَبَّلَ فَاطِمَةَ » فالقُبْلَةُ تكون لشَهْوَةٍ ، ولغير شهوة ، ويحتمل أنه قَبَّلها من وراء حائل . واللمْسُ لغير شهوةٍ لاينقضُ ، لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم « كان يَمَسُّ زَوْجَتَهُ فِى الصَّلَاةِ وَتَمَسُّه » ، ولو كان ناقضاً للوضوء لم يفعله . قالت عائشة : « إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لَيُصَلِّى وَإِنِّى لمعترِضَةٌ بَيْنَ يَدَيْهِ اعْتِرَاضَ الْجَنَازَةِ . فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَسْجُدَ

غَمَزَنِي فَقَبَضْتُ رِجْلِي » متفق عليه . وفي حديث آخر : « فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُوتِرَ مَسَّنِي بِرِجْلِهِ » . وروى الحسن قال : « كان النبيّ ﷺ جَالِساً في مَسْجِدِهِ في الصَّلَاةِ فَقَبَضَ عَلَى قَدَمِ عَائِشَةَ غَيْرَ مُتَلَذِّذٍ » ، رواه إسحاق بإسناده ، والنسائيّ ، وعن عائشة قالت : « فَقَدْتُ النبيَّ صلى الله عليه وسلم ذَاتَ لَيْلَةٍ فَجَعَلْتُ أَطْلُبُهُ ، فَوَقَعَتْ يَدِي عَلَى قَدَمَيْهِ ، وَهُمَا مَنْصُوبَتَانِ ، وَهُوَ سَاجِدٌ ، وَهُوَ يقول : أَعُوذُ بِرِضَاكَ مِنْ سَخَطِكَ . وَبِمُعَافَاتِكَ مِنْ عُقُوبَتِكَ » رواهما النسائيّ ، ورواه مُسلم : « وَصَلَّى النبيُّ ﷺ حَامِلاً أُمَامَةَ بِنْتَ أَبِي الْعَاصِ بن الرَّبِيعِ ، إذا سَجَدَ وَضَعَهَا ، وَإِذَا قَامَ حَمَلَهَا » متفق عليه .

والظاهرُ أنه لا يَسْلَمُ مِنْ مَسِّهَا . ولأنه لمس لغير شهوة ، فلم ينقُضْ ، كلمس ذوات المحارم . يُحققه أن اللمس ليس بحدث في نفسه . وإنما نقض ، لأنه يُفضى إلى خروج المذْى ، أو المَنِيّ . فاعتُبِرت الحالة التي تفضى إلى الحَدث فيها ، وهى حالة الشهوة .

فصـــل

ولافرق بين الأجنبية ، وذات المحرم ، والكبيرة ، والصغيرة . وقال الشافعيّ : لاينقض لمس ذوات المحارم ، ولا الصغيرة في أحد القولين ، لأن مسهما لا يفضى إلى خروج خارج ، أشبه لمس الرجُلِ الرجُلَ .

ولنا عموم النصّ . واللمسُ الناقض تُعتبر فيه الشهوة ، ومتى وجدت الشهوة فلا فرق بين الجميع . فأما لمسُ الميتة ، ففيه وجهان (أحدهما) ينقضُ : لعمومِ الآية . (والثاني) لا ينقض : اختاره الشريف ، أبو جعفر ، وابن عقيل ، لأنها ليست محلاًّ للشهوة فهى كالرجل .

فصـــل

ولا يختص اللمس الناقض باليد ، بل أى شىء منه لاقى شيئاً من بَشَرتها مع الشهوة انتقض وضوؤه به سواء كان عضواً أصليًّا ، أو زائداً ، وحكى عن الأوزاعيّ : لاينتقض اللمس إلا بأحَدِ أعضاء الوضوء .

ولنا : عموم النص ، والتخصيص بغير دليل تحكُّم لايُصار إليه . ولا ينقض مسُّ شعر المرأة ، ولا ظفرُها ، ولا سِنُّها ، وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ . ولا ينقض لَمسُها بشَعْره ، ولا سِنّه ، ولا ظفْره ، لأن ذلك مما لايقع الطلاق على المرأة بتطليقه ولا الظهار . ولا ينجُس الشعر بموت الحيوان ، ولا بقطْعِه منه في حيـاته .

فصـــل

وإن لمسها من وراء حائل لم ينتقض وضوؤه في قول أكثر أهل العلم . وقال مالك والليث : ينقض إن كان ثوباً رقيقاً ، وكذلك قال ربيعة : إذا غمزها من وراء ثوب رقيق لشهوة ، لأن الشهوة موجودة . وقال المروزيّ : لانعلم أحداً قال ذلك غيرُ مالك ، والليث .

ولنـا : أنه لم يلمس جسمَ المرأة . فأشبه مالو لمس ثيابها ، والشهوةُ بمجرّدها لاتـكفى ، كما لو مسّ رجلا بشهوة ، أو وُجدت الشهوة من غير لمس [1] .

فصـــــل

وإن لمست امرأة رجـلاً ، ووُجـدت الشهوة منهما ، فظاهر كلام الخِرَقيّ نقض وضوئهما لملاقاة بَشَرتهما ، وقد سُئل أحمـد عن المرأة إذا مَسّت زوجها ؟ قال : ماسمعتُ فيه شيئاً . ولـكن هى شقيقةُ الرجل ، يُعجبنى أن تَتَوَضّـأ ؛ لأن المرأة أحد المشتركين فى اللمس ، فهى كالرجـل . وينتقض وضوء الملموس إذا وُجدت منه الشهوة ، لأن ماينتقض بالتقاء البشرتين ، لافرق فيه بين اللامس ، والملموس . كالتقاء الخِتانَيْنِ . وفيه رواية أخرى : لاينتقض وضوء المرأة ، ولا وضوء الملموس وللشـافعىّ قولان كالروايتين . ووجه عدم النقض : أن النص إنما ورد بالنقض بملامسة النساء ، فيتناول اللامسَ ، من الرجال فيختصّ به النقض ، كمس الفرج ، ولأن المرأة ، والملموسَ لانصَّ فيـه ، ولا هو فى معنى المنصوص . لأن اللمس من الرجل مع الشهوة مَظِنّة لخروج المَذْىَ ، النـاقض ، فأقيم مُقَامه ، ولا يوجد ذلك فى حق المرأة . والشهوة من اللامس أشد منها فى الملموس ، وأدعى إلى الخروج . فلا يصح القياس عليهما ، وإذا امتنع النص والقياس ، لم يثبت الدليل [2] .

فصـــــل

ولا ينتقض الوضوء بلمس عضو مقطوع من المرأة ، لزوال الاسم ، وخروجه عن أن يـكون محلاً للشهوة ، ولا بمس رجل ، ولا صبى ، ولا بمس المرأةِ ، المرأةَ . لأنه ليس بداخلٍ فى الآية . ولا هو فى معنى ما فى الآية ، لأن المرأة محلّ لشهوة الرجل شرعاً وطبعاً ، وهذا بخلافه . ولا بمس البهيمة لذلك . ولا بمس خُنْثى مُشـكل ، لأنه لايُعـلم كونه رجـلاً ، ولا امرأة ، ولا بمس الخُنْثى لرجـل ، أو امرأة لذلك . والأصل الطهارة ، فلا تزول بالشك ، ولا أعلم فى هذا كله خلافاً . والله أعلم .

« مسئلة » قال ﴿ ومن تيقن الطهارة ، وشك فى الحدث ، أو تيقن الحدث ، وشك فى الطهارة ، فهو على ماتيقَّن منهما ﴾ .

يعنى إذا علم أنه توضأ ، وشك : هل أحدث أولا ؟ بَنَى على أنه متطهر ، وإن كان مُحدثاً فشكّ : هل توضأ أولا ؟ فهو مُحدث ، يبنى فى الحالتين على ماعلمه قبل الشك ، ويُلغى الشك . وبهذا قال الثورىّ

---

(١) المدار فى النقض على حدوث الشهوة بالفعل أو قوة الظن بحدوثها ، واللمس مع الثوب الخفيف مظنة قوية للشهوة .

(٢) القياس هنا واضح جداً ، فإن الملموس عرضة لتحرك شهوته وخروج المذى والمنى ، والمرأة كالرجل لوجود الشهوة فى كل منهما ، بل قد تـكون المرأة أقوى شهوة من الرجل وأكثر تعرضاً لخروج المنى .

وأهل العراق ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ وسائر أهل العلم فيما علمنا ، إلا الحسن ، ومالكاً ،فإن الحسن قال : إن شك فى الحدث فى الصلاة مضى فيها وإن كان قبل الدخول فيها توضأ. وقال مالك : إن شك فى الحدث إن كان يَلْحقه كثيراً فهو على وضوئه ، وإن كان لا يلحقه كثيراً توضأ ، لأنه لا يدخل فى الصلاة مع الشك .

ولنا : ما روى عبد الله بن زيد ، قال : « شُكِيَ إلى النبيّ ﷺ الرجلُ يُخَيَّلُ إليه وهو فى الصَّلاة أنه يَجِدُ الشيء ؟ قال لاَ يَنْصَرِفْ حتى يَسْمَعَ صوتاً أو يجد رِيحاً» متفق عليه . ولمُسلم عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «إِذَا وَجَدَ أَحَدُكُمْ فى بَطْنِهِ شَيْئاً فَأَشْكَلَ عَلَيْهِ ،أَخَرَجَ مِنْهُ أَمْ لَمْ يَخْرُجْ ؟ فَلاَ يَخْرُجْ مِنَ المَسْجِدِ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَجِدَ رِيحاً » ولأنه إذا شك تعارض عنده الأمران ، فيجب سقوطهما ، كالبيِّنتين إذا تعارضتا ، ويرجع إلى التيقّن ، ولا فرق بين أن يغلب على ظنه أحدهما ، أو يتساوى الأمران عنده لأن غَلَبَة الظّن إذا لم تكن مضبوطة بضابط شرعيّ لا يُلتفت إليها ، كما لا يَلتفت الحاكم إلى قول أحد المتداعِيَيْن إذا غلب على ظنّه صِدْقُه بغير دليل .

فصل

إذا تيقَّن الطهارَةَ ، والحدث معاً ، ولم يعلم الآخِرَ منهما ، مثلُ من تيقّن أنه كان فى وقت الظهر متطهِّراً مرةً ومحدثاً أخرى ، ولا يَعلم أيهما كان بعد صاحبه ، فإنه يرجع إلى حاله قبل الزوال . فإن كان مُحدثاً فهو الآن متطهّر ، لأنه متيقّن أنه قد انتقل عن هذا الحدث إلى الطهارة ، ولم يتيقّن زوالها ، والحدث المتيقّن بعد الزوال يحتمل أن يكون قبل الطهارة ، ويحتمل أن يكون بعدها ، فوجوده مشكوك فيه ، فلا يزول عن طهارةٍ مُتَيَقَّنَةٍ بِشَكّ ، كما لو شهدت بَيِّنة لرجل أنّه وَفَّى زيداً حَقَّه ، وهو مائة ، فأقام المشهود عليه بَيِّنَةً بإقرار خصمه له بمائة ــ لم يثبت له بها حق لاحتمال أن يكون إقراره قبل الاستيفاء منه . وإن كان قبل الزوال متطهِّراً فهو الآن مُحدث ، لما ذكرنا فى الطرف الآخَر .

فصل

وإن تيقّن أنه فى وقت الظهر نَقَض طهارته ، وتوضأ عن حدث ، وشك فى السابق منهما نَظَر . فإن كان قبل الزوال مُتَطهراً فهو على طهارة ، لأنه تيقّن أنه نقض تلك الطهارة ، ثم توضأ ، إذ لا يمكن أن يتوضأ عن حدث ، مع بقاء تلك الطهارة . ونقض هذه الطهارة الثانية مشكوك فيه ، فلا يزول عن اليقين بالشك ، وإن كان قبل الزوال مُحدثاً فهو الآن مُحدث، لأنه تيقَّن أنه انتقل عنه إلى الطهارة ، ثم نقضها ، والطهارةُ بعد نقضها مشكوك فيها ، والله أعلم .

فهذا جميع نواقض الطهارة . ولا تنتقضُ بغير ذلك ، فى قول عامّةِ العلماء ، إلا أنه قد حكى عن مُجاهد ، والحكم ، وحمّاد : فى قصّ الشارب ، وتقليم الأظفار ، ونتف الإبط : الوضوء . وقول جمهور العلماء بخلافهم ، ولا نعلم لهم فيما يقولون حُجّة . والله سبحانه أعلم .

باب ما يوجب الغسل

قال أبو محمد بن بَرِّىّ النحوىّ : غَسْل الجنابة بفتح الغين(١) . وقال ابن السكيت الغِسْل : الماء الذى يُغْتَسل به . والغِسْلُ ما غُسل به الرأس(٢) .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ والموجِبُ للغُسل خروج المنىّ ﴾ .

الألف واللام هنا للاستغراق ، ومعناه أن جميع مُوجبات الْغُسل هذه الستة المُسمّاة .

أولها : خروج المنىّ ، وهو الماء الغليظ الدافق ، الذى يخرج عند اشتداد الشهوة . ومنىُّ المرأة رقيق أصفرُ ، ورَوى مُسلم فى صحيحه بإسناده : أنَّ أمَّ سُلَيْم حَدَّثَتْ أنها سألت النبىَّ ﷺ : المرأةُ ترى فى مَنَامِهاَ ما يَرى الرجل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إِذَا رَأَتْ ذلك المرأةُ فَلْتَغْتَسِلْ ؛ فقالت أمُّ سُلَيْم : واستَحْيَتْ مِنْ ذلك ، وهل يكون هذا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نَعَم ، فمن أيْنَ يكونُ الشَّبَهُ ؟ ماء الرجل غليظ أبيض ، وماء المرأة رقيق أصفر . فمن أيِّهما عَلاَ أو سَبَقَ يكونُ مِنْهُ الشَّبَهُ » وفى لفظ أنها قالت : « هَلْ عَلَى المَرْأَةِ مِنْ غُسْلٍ إذا هِىَ احْتَلَمَتْ ؟ فقال النبى ﷺ : نَعَمْ إذا رَأَتِ المَاءَ » متفق عليه . فَخُروج المنىّ الدافق بشهوة يُوجب الغُسل من الرجال ، والمرأة فى يَقْظة ، أو فى نوم ، وهو قول عامّة الفقهاء . قاله الترمذىّ . ولا نعلم فيه خلافاً .

فصل

فإن خرج شبيهُ المنىّ لمرضٍ أو بَرْدٍ لا عن شهوة ، فلا غُسل فيه ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك . وقال الشافعىّ : يجب به الْغُسل . ويحتمله كلام الخِرَقِىّ . لقوله عليه السلام : « إِذَا رَأَتِ المَاءَ » وقوله : « الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ » ولأنه منىّ خارج ، فأوجب الْغُسل ، كما لو خرج حال إغماء .

ولنا : أن النبى ﷺ وصف المنىَّ المُوجب للغُسل بكونه أبيضَ غليظاً ؟ وقال لعلىّ : « إذا فَضَخْتَ المَاءَ فاغْتَسِلْ » رواه أبو داود . والأثرم : إِذَا رَأَيْتَ فَضْخَ المَاءِ فاغْتَسِلْ » والفضْخُ : خروجه على وجه الشّدة . وقال إبراهيم الحَرْبىّ : « خروجه بالعَجَلة . وقوله : « إذا رَأَتِ المَاءَ » يعنى الاحتلام ، وإنما يخرجُ فى الاحتلام بالشهوة . والحديث الآخر منسوخ ، على أن هذا يجوز أن يمنع كونه مَنيًّا . لأن النبىّ ﷺ وصف المنىَّ بصفة غير موجودة فى هذا .

---

(١) الغسل بالفتح وبالضم : مصدر غسل ، والذى قاله ابن برى أحد قولين فى الغسل ، وهو أن الغسل بالضم اسم ، وبالفتح مصدر .

(٢) الغسل بكسر الغين : يطلق على الماء الذى يغتسل به ، وعلى ما يصاحب الماء عند الاغتسال من (لوف أو نحوه) لتنظيف الجسم ، كما يسمى كل من الماء وما يصاحبه « غسلا وغسلة » بكسر الغين ، وغسولا كصبور ، وغسولا كتنور بتشديد السين .

فصل

فإن أحس بانتقال المنىّ عند الشهوة فأمسك ذَكَره فلم يخرُج . فلا غُسل عليه ، فى ظاهر قول الخِرَقىّ ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، وقول أكثر الفقهاء ، والمشهور عن أحمد : وجوبُ الغُسل . وأنكر أن يكون الماء يرْجِعُ . وأحَبَّ أن يغتسل . ولم يذكر القاضى فى وجوب الغُسل خلافاً ، قال : لأن الجنابة تُباعد الماء عن محلّه ، وقد وُجد . فتكون الجنابة موجودة . فيجب الغُسل [بها ، ولأن الغسل] (١) ، تراعى فيه الشهوة ، وقدحصلت بانتقاله . فأشبه ما لو ظهر .

ولنا : أن النبى ﷺ عَلَّق الاغتسال على الرؤية ، وفَضْخِه بقوله : « إذَا رَأَتِ المَاءَ » و « إذا فَضَخْتَ المَاءَ فاغْتَسِلْ » فلا يَثْبُتَ الحكم بدونه . وما ذكروه من الاشتقاق لا يصح ، لأنه يجوز أن يُسَمَّى جنُباً لمجانبته الماء ، ولا يَحصُلُ إلا بخروجه منه ، ولمجانبته الصلاة ، أو المسجد ، أو غيرهما ، مما مُنِع منه . ولو سُمِّى بذلك مع الخروج لم يلزم وجود التسمية من غير خروج . فإن الاشتقاق لا يلزم منه الاطراد ، ومراعاة الشهوة للحكم لا يلزم منه استقلالها به ، فإنه أحد وصفى العلة ، وشرط الحكم مراعى له ولا يستقلّ بالحكم ، ثم يبطُل بلمس النساء ، وبما إذا وُجدت الشهوة هاهنا من غير انتقال ، فإن الشهوة لا تستقلّ بالحكم فى الموضعين ، مع مراعاتها فيه . وكلام أحمد هاهنا إنما يدل على أن الماء إذا انتقل لزم منه الخروج ، وإنما يتأخّر ، ولذلك يتأخر الغُسل إلى حين خروجه . فعلى هذا إذا خرج المنىّ بعد ذلك لزمه الغسل ، سواء اغتسل قبل خروجه أو لم يغتسل لأنه منىّ خرج بسبب الشهوة ، فأوجب الغسل ، كما لو خرج حال انتقاله . وقد قال أحمد رحمه الله فى الرجل يُجامع ولم يُنزل ، فيغْتَسِلُ ، ثم يخرُج منه المنىّ : عليه الغُسل . وسُئل عن رجل رأى فى المنام أنه يجامع فاستيقظ فلم يجد شيئاً ، فلما مَشَى خرج منه المنىّ . قال : يغتسل . وقال القاضى فى الذى أحسّ بانتقال المنىّ فأمسك ذَكَره ، فاغتسل ، ثم خرج منه المنىّ من غير مقارنَة شهوة بعد البول : لاغُسل عليه ، روايةً واحدةً . وإن كان قبل البول فعلى روايتين ، لأنه بعد البول غير المنىّ المُنْتَقِل ، خرج بغير شهوة ، فأشبه الخارج لمرض . وإن كان قبله فهو ذلك المنىّ الذى انتقل .

ووجه ما قلنا : أن النبىَّ ﷺ أمر بالغُسل عند رؤية الماء ، وفَضْخِه ، وقد وُجِد . ونص أحمد على وجوب الغُسل على المجامع الذى يرى الماء بعد غسْله ، وهذا مثله ، وقد دلَّلْنا على أن من أحس بانتقال المنىّ ولم يخرج ، لا غُسل عليه ، ويلزم من ذلك وجوبُ الغسل عليه بظهوره ، لئلا يُفضى إلى نفى الوجوب عنه بالكلية ، مع انتقال المنىّ لشهوة ، وخروجه .

فصل

فأما إن احتلم ، أو جامع ، فأمنى ، ثم اغتسل ، ثم خرج منه منىّ ، فالمشهور عن أحمد أنه لاغُسل

---

(١) ما بين القوسين غير موجود فى النسخة التى علقنا عليها .

عليه . قال الخلال : تواترت الروايات عن أبى عبد الله : أنه ليس عليه إلا الوضوء ، بال أو لم يبل ، فعلى هذا استقرّ قوله ، ورُوى ذلك عن علىّ ، وابن عباس ، وعطاء ، والزهرىّ ، ومالك ، والليث ، والثورىّ ، وإسحاق . وقال سعيدُ بنُ جُبَيْرٍ : لاغُسل عليه إلاّ عن شهوة ، وفيه رواية ثانية : إن خرج بعد البول فلا غسل فيه ، وإن خرج قبله اغتسل ، وهذا قول الأوزاعىّ ، وأبى حنيفة . ونُقل ذلك عن الحسن . لأنه بقية ماء خرج بالدّفْق ، والشهوة ، فأوجب الغُسل كالأول ، وبعد البول خرج بغير دَفْق وشهوة ، ولا نعلم أنه بقيّةُ الأول ، لأنه لو كان بقيّته لما تخلّف بعد البول . وقال القاضى : فيه رواية ثالثة : عليه الْغُسل بكلّ حال ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن الاعتبار بخروجه كسائر الأحداث . وقال فى موضع آخر : لا غُسل عليه ، روايةً واحدةً ، لأنه جنابة واحدة ، فلم يجب به غسلان ، كما لو خرج دفعةً واحدةً .

والصحيح أنه يجب الْغُسل ، لأن الخروج يَصلُح موجباً للغُسل . وما ذكره يَبْطُل بما إذا جامع فلم ينزل ، فاغتسل ، ثم أنزل . فإن أحمد قد نصّ على وجوب الغسل عليه بالإنزال ، مع وجوبه بالتقاء الختانين .

فصـــل

إذا رأى أنه قد احتلم ولم يجد منيًّا فَلَا غُسل عليه . قال ابنُ المنذر : أجمع على هذا كلُّ من أحفظ عنه من أهل العلم ؛ لكن إن مشى فخرج منه المنىّ ، أو خرج بعد استيقاظه ، فعليه الْغُسل ، نص عليه أحمد ، لأن الظاهر أنه كان انتقل ، وتخلّف خروجه إلى ما بعد الاستيقاظ ، وإن انتبه فرأى منيًّا ، ولم يذكر احتلاماً فعليه الغُسل ، لا نعلم فيه خلافاً أيضاً . ورُوى نحوُ ذلك عن عمر ، وعثمان . وبه قال ابن عباس وعطاء ، وسعيدُ بن جبير ، والشعبىّ ، والنخعىّ ، والحسن ، ومجاهد ، وقتادة ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ؛ لأن الظاهر أن خروجه كان لاحتلامٍ نَسِيه . ورُوى عن عمر رضى الله عنه : « أنه صَلَّى الفجر بالمسلمين ، ثم خرج إلى الْجُرُف ، فرأى فى ثوبه احتلاماً ، فقال : ما أَرَانِي إلاَّ قَدْ احْتَلَمْتُ ، فاغْتَسَلَ ، وغَسَلَ ثَوْبَه ، وصَلَّى » ورُوى نحوهُ عن عثمان ، ورَوت عائشةُ قالت : « سُئِلَ رسول الله ﷺ عَنْ الرَّجلِ يَجِدُ الْبَلَلَ ، ولا يَذْكُرُ احتلَامَاً ؟ قال : يغتسِل - وعن الرجل يرى أنه قد احتلم ، ولا يجد بللاً ، فقال : لا غُسْلَ عَلَيْه » رواه أبو داود ، وابن ماجه . ورَوت أُمّ سَلَمَة : « أن أُمَّ سُلَيْم قالت : يا رسول الله ، هل على المرأة مِنْ غُسْلٍ إذا هِيَ احْتَلَمَتْ ؟ قال : نَعَم ، إذا رَأَتِ المَاءَ » متفق عليه . وهذا يدلّ على أنه لا غُسل عليها إلا أن ترى الماء .

فصـــل

إذا انتبه من النوم فوجد بلَلَاً لا يَعْلَم هل هو منىّ أو غيره ؟ فقال أحمد : إذا وَجد بلّةً اغتسل ، إلّا أن يكون به أَبْرِدَةٌ أو لاعَبَ أهله ، فإنه ربما خرج منه المذى ، فأرجو أن لايكون به بأس ،

وكذلك إن كان انتشر من أول الليل بتذكُّرٍ ، أو رؤية ، لاغُسل عليه ، وهو قول الحسن ، لأنه مشكوك فيه ، يحتمل أنه مذى ، وقد وُجد سببُه ، فلا يوجب الْغُسل مع الشكّ ، وإن لم يكن وَجَد ذلك فعليه الْغُسـل لخبر عائشة ، لأنّ الظاهر أنّه احتلام ، وقد توقف أحمدُ فى هـذه المسئلة فى مواضع . وقال مُجاهد ، وقتادة : لا غُسل عليه ، حتى يوقن بالمـاء الدافق ، قال قتادة : يَشُمُّه ، وهذا هو القياس . ولأن اليقين بقاء الطهارة ، فلا يزول بالشك ، والأولى الاغتسال ، لموافقة الخبر ، وإزالة الشك .

فصـــــل

فإن رأى فى ثوبه منيًّا ، وكان مما لا ينام فيه غيْره ، فعليه الْغُسل . لأن عمر وعثمان اغتسلا حين رأياه فى ثوبهما . ولأنه لايَحْتمل أن يكون إلا منه ، ويعيدُ الصلاة مِنْ أَحْدَثِ نَوْمهٍ نامها فيه ، إلا أن يَرى أمارةً تدل على أنه قبلها ، فيعيدُ مِنْ أدنىَ نَوْمةٍ يُحتمل أنه منها . وإن كان الرأى له غُلاماً يُمكن وجود المَنى منه كابن اثنتى عشرة سنة ، فهو كالرجـل ، لأنه وَجد دليلَه ، وهو مُحتمل للوجود . وإن كان أقلّ من ذلك ، فلا غُسل عليه ، لأنه لايُحتمل ، فيتعيَّنُ حمله على أنه من غيره . فأما إن وجد الرجلُ منيًّا فى ثوب ينام فيه ، هو وغيره ، ممن يَحتلم ، فلا غُسل على واحد منهما . لأن كل واحـد منهما بالنظر إليه مُفْرَداً يحتمـلُ أن لا يـكون منه ، فوجوب الْغسل عليه مشكوك فيه . وليس لأحـدهما أن يأتمَّ بصاحبه ، لأن أحدهما جُنُب يقيناً ، فلا تصحّ صلاتهما ، كما لو سمع كلٌّ واحد منهما صوت ريح ، يظنّ أنها من صاحبه ، أولا يدرى من أيّهما هى ؟

فصـــــل

إذا وطىء امرأته دون الفرج : فدبَّ ماؤه إلى فرجها ، ثم خرج ، أو وَطِئها فى الفرج ، فاغتسلت ، ثم خرج ماء الرجل من فرجها ، فلا غُسل عليها . وبهذا قال قتـادة ، والأوزاعىّ ، وإسحاق . وقال الحسن : تغتسلُ ؛ لأنه منىّ خرج . فأشبه ماءها . والأول أولى ، لأنه ليس مَنِيَّها . فأشبه غير المنىّ .

« مسألة » قال ﴿ والتقاء الختانين ﴾ .

يعنى تغييبَ الْحَشفة فى الفرج ، فإنَّ هذا هو الْموجِب للغُسل ، سواء كانا مُختَتَنَـيْن أو لا ، وسواء أصـاب موضعُ الختان منه موضعَ ختانهـا ، أو لم يصبه ، ولو مسّ الختانُ الختـانَ من غير إيلاج ، فلا غُسل بالاتفاق .

واتفق الفقهاء على وجوب الغُسل فى هذه المسئلة[1] ، إلا ماحُـكى عن داود ، أنه قال : لايجب ، لقوله عليه السلام : « المـاء مِنَ الْمـَاءِ » وكان جماعة من الصحابة رضى الله عنهم يقولون : لا غُسْلَ على

(١) المراد بهذه المسألة : تغييب الحشفة فى الفرج وإن لم ينزل .

مَنْ جَامَعَ فأَكْسَلَ » يعنى لم ينزل . وروَوْا فى ذلك أحاديثَ عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وكانت رخصةً رَخَّص فيها رسول الله ﷺ ثم أمر بالغُسل . قال سهل بنُ سعد : حدثنى أُبَىُّ بنُ كعب أنَّ « المَاءَ مِنَ المَاءِ » كان رُخْصَةً أَرْخَصَ فيها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ثمَّ نَهَى عَنْهَا » متفق عليه . ورواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح . ورُوى عن أبى موسى الأشعرىّ ، قال : « اختلف فى ذلك رهط من المهاجرين ، والأنصار ، فقال الأنصاريُّون : لا يجبُ الْغُسل إلا من الماء الدافق ، أو من الماء . وقال المهاجرون : بل إذا خالطَ ، فقد[1] وجب الْغُسل ، فقال أبو موسى : فأنا أشفيكم من ذلك ، فقمت ، فاستأذنت على عائشة ، فقلت : ياأُمَّاهُ ، أو يا أُمّ المؤمنين ، إنى أريد أن أسألك عن شىء ، وأنا أستحييك ، فقالت : لا تَسْتَحِى أَنْ تسألنى عن شىء كنتَ سائلا عنه أُمَّكَ ، التى وَلَدَتك . فإنما أنا أُمُّكِ . قلت : فما يوجب الغُسل ؟ قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا جَلَسَ بَيْنَ شُعَبِهَا الأَرْبَعِ ، ومَسَّ الْخِتَانُ الْخِتَانَ فَقَدْ وجَبَ الْغُسل » متفق عليه . وفى حديث عن عمر رضى الله عنه ، أنه قال : « مَنْ خَالَفَ فِى ذَلِكَ جَعَلْتُهُ نَكَالاً » . وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا قَعَدَ بَيْنَ شُعَبِهَا الأَرْبَعِ ، وجَهَدَهَا فقَدْ وجَبَ عَلَيْهِ الْغُسْل » متفق عليه . زاد مسلم : « وإن لم يُنزل » قال الأزهرىّ : أراد بين شُعْبَتَىْ رِجْلَيْهَا وشُعْبَتَىْ شَفْرَيْهَا ، وحديثهم[2] منسوخ ، بدليل حديث سهل بن سعد . والحمد لله .

فصــل

ويجب الغسل على كل واطىء ، وموطوء ، إذا كان من أهل الْغُسل ، سواء كان الفرج قُبُلاً أو دُبُراً ، من كلّ آدمىّ أو بهيمة ، حيًّا أو ميتًا ، طائعاً ، أو مكرهاً ، نائماً أو يقظانَ . وقال أبو حنيفة : لا يجب الْغُسل بوطء الميِّتة ، والبهيمة ، لأنَّهُ ليس بمقصود . ولأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص .

ولنا : أنه إيلاج فى فرج ، فوجب به الْغُسل ، كوطء الآدميَّة فى حياتها ، ووطء الآدميّة الميتة داخلٌ فى عموم الأحاديث المرويّة . وما ذكروه ينتقض بوطء العجوز ، والشَّوهاء .

فصــل

وإن أولج بعضَ الْحَشَفة ، أو وطىء دون الفرج ، أو فى السُّرَّة ، ولم يُنزل ، فلا غُسل عليه ، لأنه لم يوجد التقاء الختانين ولا ما فى معناه . وإن انقطعت الْحَشَفَة فأولج الباقى من ذكره ، وكان

(١) خالط : التقى الختانان مع إيلاج الحشفة أو قدرها من مقطوعها .

(٢) المراد بحديثهم : حديث « الماء من الماء » ، وحديث سهل بن سعد ، هو الذى يقول إن الماء من الماء كانت رخصة أرخصها الرسول ثم نهى عنها .

بقدر الحشفة ، وجب الْغُسل ، وتعلقت به أحكام الوطء ، من المهر ، وغيره ، وإن كان أقلَّ ذلك منه لم يجب شيء .

فصـــل

فإن أولج فى قُبُل خنثى مشكل ، أو أولج الخُنْثَى ذَكَرَه فى فرج ، أو وطىء أحدُهما الآخر فى قُبُله ، فلا غُسل على واحد منهما . لأنه يحتملُ أن تكون خِلْقَةً زائدة . فإن أنزل الواطىء ، أو أنزل الموطوء من قُبُله فعلى من أنزل الْغُسل ، ويثبُت لمن أنزل من ذَكَرِه حكمُ الرجال ، ولمن أنزل من قبله حكمُ النساء ، لأن الله تعالى أجرى العادة بذلك فى حق الرجال ، والنساء : وذكر القاضى فى موضع أنه لا يحكم له بالذكوريّة ، بالإنزال من ذكره ، ولا بالأنوثية بالحيض من فرجه ، ولا بالبلوغ بهذا .

ولنا : أنّه أمرٌ خص الله به أحد الصِّنْفين ، فكان دليلا عليه ، كالبول من ذكره ، أو من قُبُله ، ولأنه أنزل الماء الدافق لشهوة ، فوجب عليه الْغُسل ، لقوله ﷺ : « الماءُ مِنَ الماءِ[1] » وبالقياس على من تثبتُ له الذكورية أو الأنوثية .

فصـــل

فإن كان الواطىء أو الموطوء صغيراً ، فقال أحمد : يجب عليهما الْغُسل ، وقال : إذ أتى على الصبية تسعُ سنين ، ومثلُها يوطأ وجب عليها الْغُسل . وسئل عن الغلامُ يجامع مثلَه ، ولم يبلُغ ، فجامع المرأة ، يكون عليهما جميعاً الْغُسل ؟ قال : نعم ، قيل له : أنزل ، أو لم ينزل ؟ قال : نعم ؛ وقال : ترى عائشة حين كان يَطَؤُها النبى ﷺ لم تكن تَغْتَسِلُ[2] ويروى عنها : « إذا التقى الختانان وجب الغسل » ؟ وحمل القاضى كلام أحمد على الاستحباب . وهو قول أصحاب الرأى وأبى ثور ، لأن الصغيرة لا يتعلق بها المأثم ، ولا هى من أهل التكليف ، ولا تجب عليها الصلاة التى تجب الطهارة لها ، فأشبهت الحائض ؛ ولا يصح حمل كلام أحمد على الاستحباب ، لتصريحه بالوجوب ، وذمّه قول أصحاب الرأى . وقوله :

---

(١) سبق أن قال الشارح إن هذا الحديث منسوخ فكيف يستدل به ؟ لعله استدل به لأن النسخ إنما كان نسخ اشتراط نزول الماء مع الجماع ، فقال لا يجب مع تغيب الحشفة نزول الماء والأولى أن يستدل بحديث : « إذا جلس بين شعبها وجهدها فقد وجب الغسل » أو بحديث إذا « التقى الختانان فقد وجب الغسل » .

(٢) وجه الاستدلال بالاستفهام الإنكارى من الإمام أحمد بالنسبة للسيدة عائشة رضى الله عنها : أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها صغيرة قبل بلوغها ، وكان يجامعها ، فهل كانت لا تغتسل من وطء النبى صلى الله عليه وسلم لها؟ يستنكر الإمام أحمد أن لا تكون تغتسل من وطئها مع أنها صغيرة ، ويقول : كانت من غير شك تغتسل ، والذى يؤكد اغتسالها وهى صغيرة ، أنه روى عنها هذا الحديث : « إذا التقى الختانان وجب الغسل » ولم يفرق الحديث بين الصغير والكبير .

هُوَ قولُ سُوءٍ ، واحتجَّ بفعل عائشة ، وروايتهـا للحديث العامّ فى الصغير والـكبير ، ولأنها أجابت بفعلهـا ، وفعـل النبى ﷺ بقولها: « فَعَلْتُهُ أنا ، ورسولُ الله صلى الله عليه وسـلم فاغْتَسَلْنَا » فـكيف تـكون خارجةً منه ؟

وليس معـنى وجوب الغسل فى الصغير : التأثيم بتركه ، بل معنـاه : أنه شرط لصحة الصلاة ، والطواف ، وإباحة قراءة القرآن ، واللُّبث فى المسجد ، وإنما يأثمُ البالغُ بتأخيره فى موضع يتأخَّرُ الواجبُ بتركه ، ولذلك لو أخّره فى غير وقت الصلاة ، لم يأثم ، والصبىُّ لا صلاة عليه ، فلم يأثم بالتأخير ، وبقى فى حقه شرطاً ، كما فى حق الـكبير ، وإذا بلـغ كان حكمُ الحدث فى حقه باقياً ، كالحدث الأصغر ينقض الطهارة ، فى حق الـكبير ، والصغير . والله أعلم .

« مسئلة » قال ﴿ وإذا أسلم الـكافر ﴾ .

وجملته : أن الـكافر إذا أسـلم وجب عليـه الْغُسل ، سواء كان أصلياً ، أو مُرْتَدًّا ، اغتسل قبل إسلامه ، أو لم يغتسل ، وجد منه فى زمن كفره ما يوجبُ الْغُسل ، أولم يُوجد . وهذا مذهب مالك ، وأبى ثور ، وابن المنـذر . وقال أبو بكر : يُستحبُّ الْغُسل ، وليس بواجب ، إلا أن يكون قد وُجدت منه جنابةٌ زمن كفره ، فعليه الْغُسل ، إذا أسلم ، سواء كان قد اغتسل فى زمن كفره ، أولم يغتسل . وهذا مذهب الشافعىّ . ولم يوجب عليـه أبو حنيفة الْغُسل بحال ، لأن العـدد الـكثير ، والجمّ الغفير أسلموا ، فلو أُمِرَ كلُّ من أسلم بالْغُسل لَنُقِلَ نقلا متواتراً أو ظاهراً ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لما بعَثَ مُعاذاً إلى اليمن قال : « ادْعُهُمْ إلى شَهادَةِ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ ، وَأَنَّ مُحمداً عَبْدُهُ وَرَسُولُه ، فَإِنْ هُمْ أَطَاعُوكَ ، فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ عَلَى فُقَرَائِهِمْ » ولو كان الْغُسْلُ واجباً لأمرهم به ، لأنه أوّلُ واجبات الإسلام .

ولنـا ما رَوى قيسُ بن عاصم ، قال : « أَتَيْتُ النبيَّ ﷺ أُرِيدُ الإِسْلاَمَ فأَمَرَنى أَنْ أَغْتَسِلَ بماءٍ وسِدْرٍ[1] » رواه أبو داود ، والنسائىّ ، وأمرُه يقتضى الوجوب . وما ذكره من قلّة النقل ، فلا يصحّ ممن أوجب الْغُسل على من أسلم بعد الجنابة فى شِرْكه ، فإن الظاهر أن البالغ لا يَسْلَمُ منها . ثم إن الخبر إذا صحّ كان حُجَّةً من غير اعتبار شرط آخر ، على أنه قد رُوى : « أَنَّ سَعْدَ بْنَ مُعاذٍ ، وَأُسَيْدَ بنَ حُضَيْرٍ ، حِينَ أَرَادَا الإسلامَ سألا مُصْعَبَ بنَ عُمَيرٍ ، وَأَسْعَدَ بنَ زُرَارَةَ : كَيْفَ تَصْنَعُونَ إذا دَخَلْتُمْ فى هذا الأمر ؟ قالا : نَغْتَسِلُ وَنَشْهَدُ شَهَادَةَ الْحَقّ » وهـذا يدل على أنه كان مُستفيضاً ، ولأن الـكافر لا يَسلم غالباً من جَنَابة تلحقه ، ونجاسةٍ تُصيبه . وهو لا يغتسل ، ولا يرتفـع حدثُه إذا اغتسل ، فأقيمت مَظِنَّتُهُ ذلك مُقامَ حقيقته . كما أُقيم النوم مُقامَ الْحَدَثِ ، والتقاء الختانين مُقامَ الإنزال .

---

(١) السدر : ورق النبق ، يستعمل بدل الصابون للتنظيف .

فصـــل

فإن أجنب الكافر ، ثم أسلم ، لم يلزمه غُسل الجنابة ، سواء اغتسل فى كفره ، أو لم يغتسل . وهذا قول من أوجب غُسل الإسلام ، وقول أبى حنيفة . وقال الشافعىّ : عليه الْغُسل فى الحالين ، وهذا اختيار أبى بكر ؛ لأن عدم التكليف لا يمنع وجوب الغُسل ، كالصبىّ والمجنون[1] واغتساله فى كفره لا يرفع حدثه ، لأنه أحد الحدثين ، فلم يرتفع فى حال كفره ، كالحدث الأصغر . وحُكى عن أبى حنيفة ، وأحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ : أنه يرفع حدَثه ، لأنه أصح نيةً من الصبىّ ، وليسَ بصحيح ، لأنّ الطهارة عبادةٌ محضة فلم تصحّ من كافر كالصلاة .

ولنا : على أنه لا يجب ـ أنه لم ينقل عن النبى ﷺ أنه أمر أحداً بغُسْلِ الْجَنابة مع كثرة من أسلم من الرجال ، والنساء البالغين المتزوّجين ، ولأن المَظِنَّة أقيمت مُقام حقيقة الْحدث ، فسقط حكمُ الحدث[2] كالسفَر مع المشقَّة .

فصـــل

ويستحب أن يغتسل المسلم بماء وسدر ، كما فى حديث قيس . ويستحب إزالة شعره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم : « أمر رجلا أسلم فقال : « احلق » وقال لآخر معه : « أَلْقِ عَنْكَ شَعْرَ الْكُفْرِ وَاخْتَتِنْ » رواه أبو داود . وأقلُّ أحوال الأمر الاستحباب .

« مسألة » ﴿ والطهر من الحيض والنفاس ﴾ .

قال ابن عقيل : هذا تجوز ، فإن المُوجِب للغُسل فىالتحقيق هو الحيض ، والنفاس ، لأنه هو الحدَث ، وانقطاعه شرط وجوب الغُسل ، وصحتِه ، فسماه مُوجباً لذلك . وهـذا كقولهم ؟ انقطاع دم الاستحاضة

---

(١) هنا مضاف محذوف ، أى كحالة الصبى والمجنون ، فإن كلا منهما عليه الغسل عند البلوغ وعند الإفاقة إذا حدث منه إنزل وقت الجنون ، مع أن كلا منهما كان غير مكلف قبل حدوث التكليف عليه بالبلوغ والإفاقة ، فكذلك الكافر إذا أسلم وجب عليه الغسل سواء كان أجنب أم لا .

(٢) معنى هذه الجملة : أن أحداً من الذين أسلموا لم يأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالغسل ، مع أن فيهم المتزوجين والبالغين ، وهؤلاء لا يسلمون من الجنابة غالباً ، بل يكاد يكون مؤكداً ، فلما لم يأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم بالغسل ، كان ذلك دليلا على عدم وجوبه . ومعنى قوله : أن المظنة أقيمت مقام حكم الحدث ، أن البالغين والمتزوجين : مظنة حدوث الحدث لهم ، وقد ألغيت هذه المظنة بعدم أمرهم بالغسل ، فألغى حكم الحدث وهو الغسل ، كما أن السفر مطلقاً يرخص فيه بالإفطار والجمع بين الصلاتين ، لأنه مظنة المشقة ، ولو لم تحدث المشقة فى السفر جاز أيضاً الإفطار والقصر والجمع ، فأقيمت مظنة المشقة مقام المشقة كأنها حدثت بالفعل ، غير أن بين المشبه ، والمشبه به فارقاً ، فهو فى الغسل إلغاء ونفى ، وفى السفر إثبات وإيجاب ، وفى المشبه عدم الغسل ، وفى المشبه به الإفطار والقصر والجمع ، وهما حاصلان .

مُبطل للصـلاة . والمُبطل إنما هو الحـدث الخارج ، لـكن عُفى عنـه للضرورة . فإذا انقطـع الدم زالت الضرورة . فظهر حكم الحدث حينئذ ، وأضيف الحُـكم إلى الانقطاع لظهوره عنده . ولاخلاف فى وجوب الغُسل بالحيض ، والنفاس . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالغُسل من الحيض ، فى أحاديث كثيرة ، فقال لفاطمةَ بنتِ أبى حُبَيْش « دَعِى الصَّلاَةَ قَدْرَ الأيَّامِ التى كُنْتِ تَحِيضِينَ فِيهـا ، ثم اغتسلى ، وصلى » متفق عليه .

وأمر به فى حديث أمِّ سَلَمَة ، وحديث عدىّ بن ثابت ، عن أبيه ، عن جدّه رواهما أبوداود ، وغيره ، وأمر به فى حديث أمِّ حَبِيبَةَ ، وَسَهْلَةَ بنتِ سَهْل ، وحَمْنة بنتِ جَحْش ، وغيرهنّ . وقد قيل فى قول الله تعالى (٢ : ٢٢٢ فإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ) يعنى : إذا اغتسلن ؛ مُنع الزوجُ وطأها قبل الغُسل . فدل على وجوبه عليها . والنفاس كالحيض سواء . فإنّ دم النفاس هو دم الحيض ، إنما كان فى مُدة الحمل ينصرف إلى غذاء الولد ، فحين خرج الولد خرج الدم لعدم مَصْرِفه ، وسُمِّىَ نِفَاساً .

فصـــــل

فأما الولادة إذا عَرِيَتْ عن الدم فلا يجب فيها الغسل فى ظاهر كلام الخِرَقِىّ . وقال غـيره : فيها وجهان . أحدهما : يجب الغُسل بها ، لأنها مَظِنَّة للنفاس المُوجب ، فقامت مَقامه فى الإيجاب ، كالتقاء الختـانين ، ولأنها يستبرىء بها الرحم . أشبهت الحيض ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان ، كالوجهين . الثانى : لايجب وهو الصحيح . فإن الوجوب بالشرع . ولم يرد بالغُسل ههنا ، ولاهو فى معنى المنصوص ، فإنه ليس بدم ولا منىّ . وإنما ورد الشرع بالإيجاب بهذين الشيئين . وقولهم : إنه مَظِنَّة . قلنا : المظانّ إنما يُعلم جعلها مَظِنَّة بنص أو إجماع ، ولانصّ فى هذا ولا إجماع ، والقياس الآخرُ مجرّد طردٍ لامعنى تحته . ثم قد اختلفا فى أكثر الأحكام ، فليس تَشْبِيهُهُ به فى هذا الحكم أولى من مخالفته فى سائر الأحكام .

فصـــــل

إذا كان على الحائض جنابة ، فليس عليها أن تغتسل حـتى ينقطع حيضُها . نصّ عليه أحمـد . وهو قول إسحاق ، وذلك لأن الغُسل لا يفيد شيئاً من الأحكام . فإن اغتسلت للجنابة فى زمن حيضها صح غُسلها ، وزال حكمُ الجنابة نصّ عليه أحمـد ، وقال : تزول الجنابة ، والحيض لا يزول ، حتى ينقطـع الدم . قال : ولاأعلم أحداً قال لاتَغْتَسِلُ إلاعطاء ، فإنه قال : الحيضُ أكبرُ ، قال : ثم نزل عن ذلك ، وقال : تغتسل . وهذا لأن أحد الحدثين لايمنعُ ارتفاع الآخر ، كما لو اغتسل المُحدث الحَدَثَ الأصغر .

فصـــــل

ولا يجب الغسل من غُسل الميت ، وبه قال ابن عبّاس : وابن عمر ، وعائشة ، والحسن ، والنخعىّ ،

والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنـذر ، وأصحاب الرأى . وعن عليّ وأبى هريرة أنهما قالا : من غَسَلَ مَيِّتًا فَلْيَغْتَسِلْ . وبه قال سعيد بن المُسيّب ، وابن سيرين ، والزهريّ . واختاره أبو إسحاق الْجُوْزَجانىّ ، لما رُوى عن أبى هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ غَسَلَ مَيِّتًا فَلْيَغْتَسِلْ ، وَمَنْ حَمَلَ مَيِّتًا فَلْيَتَوَضَّأْ » قال الترمذيّ . هـذا حديث حسن . وذكر أصحابنا رواية أخرى ، عن أحمد فى وجوب الغُسل على من غَسَل الميت الـكافر خاصةً ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم أمَرَ عَلِيًّا أن يغتسل لمّا غَسَلَ أباه .

ولنـا : قول صفوان بن عسال قال : « أَمَرَنَا رسول الله صلى الله عليه وسلم أَنْ لاَ نَنْزِعَ خِفَافَنَا ثَلاَثَةَ أَيَّام ، ولَيَالِيَهُنّ إلاَّ مِنْ جَنَابَةٍ » ولأنه غُسـل آدمى ، فلم يوجب الغُسل ، كغَسل الحىّ . وحديثهم موقوف على أبى هريرة ، قاله الإمام أحمدُ . وقال ابن المنذر : ليس فى هذا حديث يَثْبُت ، ولذلك لا يُعمل به فى وجوب الوضوء ، على من حَمَلَه . وقد ذُكر لعائشة قول أبى هريرة : « ومَنْ حَمَلَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ » قالت : وَهَلْ هِيَ إلا أَعْوَادٌ حَمَلَهَا ؟ ذكره الأثرم بإسناده ، ولا نعلم أحداً قال به فى الوضوء مِنْ حَمْله . وأما حديث عليّ رضى الله عنه ، فقال أبو إسحاق الْجُوْزَجانيّ : ليس فيه أنَّهُ غَسَل أبا طَالِب ، وإنمـا قال النبي صلى الله عليه وسلم : « اذْهَبْ فَوَارِه ، ولا تُحدِثَنَّ شيئاً حتى تَأْتِينِى . قال : فأتيتُه فأخبرتُه ، فأمرنى فاغْتَسَلْتُ » وقـد قيل : يجبُ الغُسل من غَسل الـكافر الْحَيّ . ولا نعلم لقائل هذا القول حُجّةً تُوجبه ، وأهل العلم على خلافه .

فصـــل

ولا يجب الغسل على المجنون ، والمُغمى عليه ، إذا أفاقا من غير احتلام ، ولا أعلم فى هذا خلافاً قال ابن المنذر : ثبت أن رسولَ الله ﷺ اغْتَسَلَ من الْإِغْمَاء » وأجمعوا على أنه لا يجب ، ولأن زوال العقل فى نفسه ليس بموجب ، للغسل ، ووجود الإنزال مشكوك فيـه ، فلا نزول عن اليقين بالشكّ ، فإن تُيُقِّنَ منهما الإنزال ، فعليهما الغُسل ، لأنه يكون من احتلام ، فيدخل فى جملة الموجبات ، المذكورة ، ويُستحبُّ الغُسل[1] من جميع ما نَفَيْنَا وجوبَ الغُسل منه ، لوجود ما يدلّ عليه من فعل النبيّ صلى الله عليه وسلم له ، والخروج من الخلاف .

« مسألة » قال ﴿ والحائض والْجُنب والمشرك ، إذا غمسوا أيديهم فى المـاء فهو طاهر ﴾ .

أما طهارة المـاء فلا إشكال فيه ، إلاّ أن يكون على أيديهم نجاسة ، فإن أجسامهم طاهرة ، وهذه الأحداث لاتقتضى تنجيسها . قال ابن المنذر : أجمع عَوامُّ أهل العـلم على أن عَرَقَ الْجُنب طاهر . ثبت

(١) يسن عند الشافعى الغسل للمجنون والمغمى عليه إذا أفاقا ، ولوكان الجنون والإغماء لحظة واحدة ما لم يتحقق الإنزال وإلا وجب الغسل .

ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، رضى الله عنهم ، وغيرهم ، من الفقهاء . وقالت عائشة : عَرَقُ الحائض طاهر ، وكلُّ ذلك قول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا يُحفظ عن غيرهم خلاف . وقد روى أبو هريرة : « أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم لقيَهُ فى بعض طُرق المدينة وهو جُنُب . قال : فانخنستُ منه ، فاغتسلت ، ثم جئتُ ؛ فقال : أينَ كُنْتَ يا أبا هريرة ؟ قال : يارسول الله ، كنت جُنُباً فكرهتُ أن أُجالِسَكَ وأنا على غير طهارة ، فقال : سُبحانَ الله ، ! إن المؤمن لا ينجُس » متفق عليه . ورُوى : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قدَّم إليه بعضُ نسائه قصعةً ليتوَضّأ منها ، فقالت امرأةٌ : إنِّى غَمَسْتُ يَدِى فيها ، وأنا جُنُب . فقال : « المَاءُ لاَ يُجْنِبُ » وقال لعائشة : « ناولينى الخمرة[1] من المسجد » فقالت : إنى حائض . قال : « إن حَيْضَتكِ لَيْسَتْ فِى يَدِكِ » . و « كان رسول الله ﷺ يَشْرَبُ من سُؤْرِ عائشةَ ، وهى حائض ، ويَضَعُ فاهُ على موضع فِيهَا ، وتَتَعَرَّقُ الْعَرْقَ[2] وهى حائض ، فيأخذه النبىّ صلى الله عليه وسلم ويَضَعُ فاهُ على مَوْضِع فِيها ، وكانت تَغْسِلُ رأس رسول الله ﷺ ، وهى حائض » و « تَوَضَّأَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم مِنْ مَزَادَةِ مُشْرِكَةٍ » متفق عليه ، وتوضأ عمرُ من جرَّةِ نَصْرَانيّة . و « أجاب النبى صلى الله عليه وسلم يَهُودِيًّا دعاه إلى خُبْزٍ وإهالةٍ سَنِخَةٍ »[3] ولأن الكفر معنًى فى قلبه ، فلا يُؤَثِّر فى نجاسة ظاهره ، كسائر ما فى القلب ، والأصلُ الطهارة ، ويتخرَّج التفريق بين الكتابىّ الذى لا يأكل الميتة ، والخنزير ، وبين غيره ممَّن يأكلُ الميتة ، والخنزير ، ومن لاتَحِلُّ ذبيحتُهم ، كما فرَّقنا بينهم فى آنيتِهِمْ ، وَثِيابِهِمْ .

فصـــل

وأما طهورية الماء ، فإن الحائض والكافر لايؤثر غمسهما يديهما فى الماء شيئاً لأن حدثهما لايرتفع . وأما الْجنب فإن لم ينو بغمس يده فى الماء رفع الحدث منها ، فهو باق على طهوريته ، بدليل حديث المرأة التى قالت : « غمست يدى فى الماء وأنا جُنب ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : الماء لايجنب » ، ولأن الحدث لايرتفع من غير نية فأشبه غمس الحائض . وإن نوى رفع حدثها فحكم الماء حكم ما لو اغتسل الجنب فيه للجنابة . وقال بعض أصحابنا : إذا نوى رفع الحدث ثم غمس يده فى الماء ليغترف بها صار الماء مستعملا ، والصحيح ـ إن شاء الله ـ أنه إذا نوى الاغتراف لم يصر مستعملا ، لأن قصد الاغتراف منع قصد غسلها على مابيناه فى المتوضىء إذا اغترف من الإناء بعد غسل وجهه .

---

(١) الخمرة بضم الخاء المعجمة : « السجادة » التى يصلى عليها ، وقد سبق بيانها .

(٢) تتعرق العرق : تأكل اللحم الذى على العظم فيأخذه النبى صلى الله عليه وسلم فيمصه بعدها فيكون فمه على موضع فمها ، وقد سبق بيانه .

(٣) الإهالة : الدهن (الغموس) وسنخة : متغيرة الطعم من طول مكثها ، وقد سبق بيانها أيضاً .

وإن انقطع حيض المرأة ولم تغتسل فهى كالجنب فيما ذكرنا من التفصيل . وقد اختلف عن أحمد فى هذا ، فقال فى موضع فى الجنب والحائض يغمس يده فى الإناء : إذا كانا نظيفين فلا بأس به . وقال فى موضع آخر : كنت لا أرى به بأساً ، ثم حُدِّثتُ عن شعبة ، عن محارب بن دِثَار ، عن ابن عمر ، وكأنى تَهَيَّبْتُهُ . وسئل عن جنب وضع له ماء ، فأدخل يده ينظر حَرَّه من برده ؟ قال : إن كان إصبعاً فأرجو أن لايكون به بأس ، وإن كانت اليد أجمع فكأنه كرهه . وسئل عن الرجل يَدخُل الحمَّام وليس معه أحد ، ولا مايصبّ به على يده ، أترى له أن يأخذ بفمه ؟ قال : لا ، يده وفمه واحد . وقياس المذهب ما ذكرناه . وكلام أحمد محمول على الكراهة المجرّدة[1] لما فيه من الخلاف . وقال أبو يوسف : إن أدخل الْجنب يده فى الماء لم يفسُد ، وإن أدخل رجله فسد ، لأن الجنب نجس[2] وعُفى عن يده لموضع الحاجة ، وكره النخَعِىّ الوضوء بسؤر الحائض ، وقال جابر بن زيد : لايتوضأ به للصلاة . وأكثر أهل العلم لايرون بسؤرها بأساً . منهم : الحسن ، ومجاهد ، والزهرىّ ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو عُبَيد . وقد دلَّلنا على طهارة الجنب ، والحائض . والتفريق بين اليد والرجل لا يصحّ ، لأنهما استويا فيما إذا أصابتهما نجاسة ، فاستويا فى الجنابة . ويحتمل أن نقول به ، لأن اليد يراد بها الاغتراف ، وقصده هو المانع مِنْ جعل الماء مُستعملاً ، وهذا لايوجد فى الرِّجْل ، لأنها لايُغترف بها ، فكان غمسها بعد إرادة الغُسل استعمالاً للماء ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ولا يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة إذا خَلَت بالماء ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى وضوء الرجل بفَضْل وضُوء المرأة ، إذا خلت به ، والمشهور عنه : أنه لايجوز ذلك . وهو قول عبد الله بن سَرْجَس والحسن ، وغُنَيم بن قيس ، وهو قول ابن عمر فى الحائض والْجُنُب . قال أحمد : قد كرهه غيرُ واحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم . وأما إذا كانا جميعاً فلا بأس .

(والثانية) يجوز الوضوء به للرجال ، والنساء ، اختارها ابن عقيل ، وهو قول أكثر أهل العلم . لما روى مسلم فى صحيحه قال : « كان النبىُّ صلى الله عليه وسلم يَغْتَسِلُ بِفَضْلِ وُضُوءِ مَيْمُونَةَ » وقالت ميمونة : « اغْتَسَلْتُ مِنْ جَفْنَةٍ فَفَضَلَتْ فِيهَا فَضْلَةٌ ، فجاء النبىُّ صلى الله عليه وسلم يَغْتَسِلُ ، فقلتُ : إنى قَدِ اغْتَسَلْتُ مِنْهُ ، فقال : الماءُ لَيْسَ عَلَيْهِ جَنَابَةٌ » ولأنه ماء طَهُور ، جاز للمرأة الوضوء به ، فجاز للرجل كفَضْل الرجل .

---

(١) الكراهة المجردة : أى التى ليست بتحريم ، فإن الكراهة يراد بها فى مذهب أحمد التحريم فى أكثر الأحيان .

(٢) المراد بالنجاسة هنا الحدث ، لأن المؤمن لاينجس حياً ولا ميتاً .

ووجه الرواية الأولى : مارَوى الحكم بن عمرو : « أن النبي ﷺ نَهَى أَنْ يَتَوَضَّأَ الرَّجُلُ بِفَضْلِ طَهُورِ المَرْأَةِ » قال الترمذيّ : هـذا حديث حسن . ورواه أبو داود ، وابن ماجه . قال الخَطَّابيّ : قال محمد بن إسماعيل : خبر الأَقْرَع لا يصحّ . والصحيح في هذا خبرُ عبد الله بن سَرْجَس ، وهو موقوف ، ومن رفعه فقد أخطأ . قلنا : قد رواه أحمد ، واحتجّ به وهذا يقدَّم على التضعيف لاحتمال أن يكون قد رُوى من وجه صحيح خَفِيَ عَلَى مَنْ ضَعَّفَه ، وأيضاً فإنه قول جماعة من الصحابة . قال أحمد : أكثر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون : إِذَا خَلَتِ بالمـاء فَلَا يَتَوَضَّأْ منه . فأما حديث ميمونة فقد قال أحمد : أَنْفيه ، لحال سِمَاك ، ليس أحد يرويه غيرُه ، وقال : هـذا فيه اختلاف شديد ، بعضهم يرفعه ، وبعضهم لا يرفعه ، ولأنه يحتمل أنها لم تَخْلُ به ، فيُحمل عليه جمعاً بين الخبرين .

فصـــل

واختلف أصحابنا في تفسير الخـلوة به ، فقال الشريف أبو جعفر قولاً يدلّ على أن الْخَلْوَةَ هي أن لا يحضُرها من لا تَحْصُل الخلوة في النـكاح بحضوره سواء كان رجلا ، أو امرأة ، أو صبيًّا عاقلا ، لأنها إحدى الخـلوتين ، فنافاها حضورُ أحد هؤلاء كالأخرى . وقال القاضي : هي أن لا يُشاهِدَها رجل مُسلم ، فإن شاهدها صبيّ ، أو امرأة ، أو رجل كافر ، لم تخرج بحضورهم عن الخلوة . وذهب بعضُ الأصحاب إلى أن الخلوة استعمالُها الماء من غير مشاركة الرجل في استعماله ، لأنّ أحمد قال : إذا خلت به فلا يُعجبني أن يغتسل هو به ، وإذا شَرَعَا فيه جميعاً فلا بأس به ، لقول عبد الله بن سرجس : اغْتَسِلا جميعاً هو هكذا وأنت هكذا . قال عبد الواحـد في إشارته : كان الإناء بينهما . وإذا خلت به فلا تقربَنّه . رواه الأثرم « وقد كانت عائشةُ تَغْتَسِلُ هي ورسول الله صلى الله عليه وسلم من إناءٍ وَاحِدٍ يَغْتَرِفَانِ منه جميعاً » متفق عليه ؛ فيُخَصّ بهذا عمومُ النهى ، وبقينا فيما عداه على العموم .

فصـــل

فإن خلت به في بعض أعضائها ، أو تجديد طهارة أو استنجاء ، أو غسل نجاسة ، ففيه وجهان :

(أحدهما) المنع : لأنه طهارة شرعية .

(والثاني) لا يُمنع : لأن الطهارة المطلقة تنصرف إلى طهارة الحدث الـكاملة . وإن خلت به ذِمِّيَّة في اغتسالها ، ففيه وجهان :

(أحدهما) هو كخلوة المُسلمة : لأنها أدنى حالاً من المُسلمة ، وأبعدُ من الطهارة ؛ وقد تعلّق بغسلها حكم شرعيّ ؛ وهو حِلّ وطئها ؛ إذا اغتسلت من الحيض ؛ وأمرُها به إذا كان من جنابة .

(والثاني) لا يُؤَثِّر : لأن طهارتهـا لا تصحّ ، فهي كتبرُّدها . وإن خلت المرأة بالمـاء في تبرُّدها ، أو تنظيفها ، أو غَسْل ثوبها من الوَسَخ ، لم يؤثر ، لأنه ليس بطهارة .

فصـــــل

وإنما تُؤَثِّرُ خلوتُها في المـاء القليل ، وما بلغ القلَّتين لا يُؤَثِّر خَلْوتُها فيه ، لأن حقيقة النجاسة والحدث لاتُؤثِّر فيه ، فَوَهْمُ ذلك أولى .

فصـــــل

ومنع الرجل من استعمال فَضْلَةِ طَهُور المرأة تعبُّدىّ غيرُ معقول المعنى ، نصّ عليه أحمـد ، ولذلك يُباح لامرأة سواها التطهُّر به ، في طهارة الحدث ، وغَسْل النجاسة ، وغيرها ، لأن النهى اختصّ الرجلَ ولم يُعقل معناه ، فيجب قصره على محل النهى ، وهل يجوز للرجل غَسْل النجاسة به ؟ فيه وجهان :

(أحدها) لايجوز : وهو قول القاضى ، لأنّه مانع لايرفع حدثه ، فلم يُزل النجس . كسائر المائعات .

(والثانى) يجوز : وهو الصحيح لأنه ماء يُطهر المرأة من الحدث ، والنجاسة ، ويُزيلها من المحـالّ كلها إذا فعلته ، فيُزيلها إذا فعله الرجل ، كسائر المياه ، ولأنه ماء يزيل النجاسة بمباشرة المرأة ، فيُزيلها إذا فعله الرجل كسائر المياه ، والحـديث لا تُعقل عِلَّتُه ، فيُقْتَصرُ على ما ورد به لفظه ، ونحو هذا يُحكى عن ابن أبى موسى ، والله أعلم .

باب الغسل من الجنابة

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ وإذا أجنب غَسَل مابه من أذى ، وتوضأ وُضوءه للصلاة ، ثم أفرغ على رأسه ثلاثاً ، يُروى أصول الشعر ، ثم يُفيض الماء على سائر جسده ﴾ .

قال الفراء : يقال : جَنُبَ الرجل ، وأَجْنب ، وتَجَنَّب ، واجْتَنب : من الجنابة .

ولغُسل الجنابة صفتان : صفة إجزاء ، وصفة كمال . فالذى ذكره الخِرَقِيّ هاهنا صفة الكمال . قال بعض أصحابنا : الكامل يأتى فيه بعشرة أشياء : النية ، والتسمية ، وغسل يديه ثلاثاً ، وغَسل مابه من أذى ، والوُضوء ويحثى على رأسه ثلاثاً يُروى بها أصول الشعر ، ويفيض الماء على سائر جسده ، ويبدأ بشقه الأيمن ، ويدلُك بدنه بيده ، وينتقل من موضع غسله ، فيغسلُ قدميه . ويُستحبُّ أن يُخلل أصول شعر رأسه ، ولحيته ، بماء قبل إفاضته عليه . قال أحمد : الغُسل من الجنابة على حديث عائشة ، وهو مارُوى عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إِذَا اغْتَسَلَ مِنَ الْجَنَابَةِ غَسَلَ يَدَيْهِ ثَلَاثاً ، وتوضأ وُضوءه للصلاة ، ثم يُخللُ شعره بيده ، حتى إذا ظَنَّ أنه قد أَرْوَى بَشَرَته أفاضَ عَلَيْهِ الماء ثَلَاث مَرّاتٍ ، ثم غَسَلَ سَائِرَ جَسَدَهِ » متفق عليه . وقالت ميمونة : « وُضِعَ لرسول الله صلى الله عليه وسلم وَضوء الْجَنَابَةِ ، فَأَفْرَغَ على يَدَيْهِ فغسلهما مَرَّتَيْنِ ، أو ثَلَاثاً ، ثم أَفْرَغَ بِيَمِينِهِ على شِمَاله ، فَغَسَل مَذَاكِيرَهُ ، ثمّ ضَرَبَ بِيَدِهِ الْأَرْضَ أَوِ الْحَائِطَ مَرّتين ، أو ثَلَاثاً ، ثم تَمَضْمَضَ ، وَاسْتَنْشَقَ ، وَغَسَلَ وَجْهَهُ وَذِرَاعَيْهِ ، ثم أفاضَ الماء على رَأْسِهِ ، ثمّ غَسَلَ جَسَدَهُ ، ثم تَنَحَّى عن مَقَامِه ذلك ، فَغَسَلَ رِجْلَيْهِ . فأَتَيْتُهُ بالمنْدِيل فَلَمْ يُرِدْهَا وَجَعَلَ يَنْفُضُ المَاءَ بِيَدَيْهِ » متفق عليه . وفى هذين الحديثين كثير من الخصال المسماة . وأما البداية بشقّه الأيمن : فلأنّ النبيّ ﷺ كان يُحبّ التيمن فى طهوره . وفى حديث عن عائشة : « كَانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اغْتَسَلَ مِنَ الْجَنَابَةِ دَعَا بشَيْءٍ نَحْوِ الْحِلَابِ ، فأخذ بِكَفَّيْه ، ثمّ بدأ بِشِقِّ رَأْسِهِ الأيمن ثم الأيسر ، ثمّ أَخَذَ بكَفَّيْهِ ، فقال بِهِمَا على رَأْسِه » متفق عليه .

وأما غسل الرجلين بعد الغُسل ، فقد اختُلف عن أحمد فى موضعه ، فقال فى رواية : أَحَبُّ إلى أن يغسلهما بعد الوضوء ، لحديث ميمونة ، وقال فى رواية : العمل على حديث عائشة . وفيه أنه توضأ للصلاة قبل اغتساله ، وقال فى موضع : غَسْلُ رجليه فى موضعه ، وبعده ، وقبله ، سواء . ولعله ذهب إلى أن اختلاف الأحاديث فيه يدلّ على أن موضع الغَسل ليس بمقصود ، وإنما المقصود أصل الغسل ، والله تعالى أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وإن غسل مرة ، وعمّ بالماء رأسه وجسده ، ولم يتوضأ ، أجزأه بعد أن يتمضمض ويستنشق ، وينوى به الغُسل والوضوء ، وكان تاركاً للاختيار ﴾ .

هذا المذكور صفة الإجزاء ، والأول هو المختار ، ولذلك قال : وكان تاركاً للاختيار ، يعنى : إذا

فى اغتسالها ، ففيه وجهان :

اقتصر على هذا أجزأه مع تركه للأفضل ، والأولى وقوله : وينوى به الغُسل والوضوء ، يعنى : أنه يُجزئه الغُسل عنهما إذا نواهما ، نص عليه أحمد . وعنه رواية أخرى : لا يُجزئه الغُسل عن الوضوء ، حتى يأتىَ به قبل الغُسل أو بعده . وهو أحد قولى الشافعىّ ، لأنّ النبى صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . ولأن الجنابة والحدث وُجِدَا منه ، فوجبت لهما الطهارتان ، كما لو كانا مُنفردين .

ولنـا : قول الله تعـالى (٤ : ٣٤ لاَ تَقْرَبُوا الصَّـلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْـلَمُوا مَا تَقُولُونَ ، وَلاَ جُنُباً إلاَّ عَابِرِى سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا) ، جعـل الغُسل غايةً للمنع من الصلاة ، فإذا اغتسل يجب أن لا يمنع منها . ولأنهما عبادتان من جنس واحد ، فتدخل الصغرى فى الـكبرى ، كالعُمْرة فى الحج .

قال ابن عبد البرّ : المُغتسل من الجنابة إذا لم يتوضأ ، وعمّ جميع جسده فقد أدىّ ما عليه ، لأن الله تعالى إنما افترض على الْجُنُب الغُسل من الجنابة ، دون الوضوء بقوله (٥ : ٦ وإنْ كُنْتُمْ جُنُباً فَاطَّهَّرُوا) وهو إجماع لا خلاف فيه بين العلماء ، إلا أنهم أجمعوا على استحباب الوضوء قبل الغُسل ، تأسِّياً برسول الله ﷺ ، ولأنه أعْوَنُ على الغُسل ، وأهذبُ فيه . ورُوى بإسناده عن عائشـة قالت : « كان النبىُّ صلى الله عليـه وسلم لاَ يَتَوَضَّأُ بَعْدَ الغُسل مِنَ الْجَنَابَة » ، فإن لم ينو الوضوء لم يُجزه إلاّ عن الغسل ، فإن نواهما ثم أحدث فى أثناء غسله ، أتمّ غُسله ، ويَتَوَضّأ ، وبهـذا قال عطاء ، وعمرو بن دينار ، والثورىّ ، ويُشبه مذهبَ الشافعىّ [1] وقال الحسن : يستأنف الغُسل ، ولا يصحّ ، لأن الحدث لا يُنافى الغسل ، فلا يؤثّر وجوده فيه كغير الحدث .

فصـــــل

ولا يجب عليه إمرارُ يده على جسده فى الغسل ، والوضوء ، إذا تيقّن ، أو غلب على ظنه وصول الماء إلى جميع جسده : وهـذا قول الحسن ، والنخَعىّ ، والشعبىّ ، وحمّاد ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحق ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : إمرارُ يده إلى حيثُ تنالُ يدُهُ واجب . ونحوه قال أبو العالية ، وقال عطاء فى الْجُنُب : يفيض عليه المـاء ؟ قال : لا ، بل يغتسلُ غُسـلاً ، لأن الله تعالى قال : (حَتى تَغْتَسِلُوا) ولا يقال : اغتَسَل إلاَّ لمن دَلَكَ نفسه ، ولأن الغُسل طهارة عن حدث ، فوجب إمرار اليد فيها كالتيمُّم .

ولنا : ما روت أمّ سَلَمة قالت : « قلتُ يا رسـول الله ، إنِّى امرأةٌ أَشُدُّ ضَفْرَ رَأْسِى ، أَفَأَنقُضُهُ لِغُسْلِ الْجَنَابَةِ ؟ فقال : لا ، إنما يـكْفِيكِ أنْ تَحْثِى على رَأْسِكِ ثلاثَ حَثَيَاتٍ ثم تُفِيضِينَ عَلَيْكِ الْمَـاءَ ، فَتَطْهُرِينَ » رواه مسلم . ولأنّه غُسل واجب ، فلم يجب فيه إمرار اليد كغَسْل النجاسة ، وما ذكروه فى

---

[1] مذهب الشافعى : أن الحدث الأصغر يندرج فى الأكبر ، فمن نوى الغسل فقط خرج متوضئاً .

الغسل غيرُ مُسلَّم ، فإنه يقال : غَسَلَ الإناء وإن لم يُمِرَّ فيه يدَه ، ويُسمَّى السيل الكبيرُ : غاسولاً ، والتيمُّم أُمِرنا فيه بالمسح ، لأنه طهارة بالتراب ، ويتعذر في الغالب إمرار التراب إلا باليد .

فإن قيل : فهذا الحديث لم تُذكر فيه النية ، وهي واجبة ، ولا المضمضة ، والاستنشاق ، وهما واجبان عندكم .

قلنا : أما النية فإنها سألته عن الجنابة ، ولا يكون الغُسل للجنابة إلا بنية . وأما المضمضة ، والاستنشاق ، فقد دخلا في عمومه لقوله : « ثُمَّ تُفِيضِينَ عَلَيْكِ الْمَاءَ » والفمُ والأنفُ من جُملتها .

فصل

ولا يجب الترتيب ، ولا الموالاة في أعضاء الوضوء ، إذا قلنا الغُسل يجزىء عنهما، لأنهما عبادتان ، دخلت إحداهما في الأخرى ، فسقط حكم الصغرى، كالعُمرة مع الحجّ ، نص على هذا أحمد . قال حنبل : سألته عن جُنُبٍ اغتسل ، وعليه خاتمٌ ضيق ؟ قال : يغسل موضع الْخَاتَم ؟ قلت : فإن جف غُسله ؟ قال : يغسله ، ليس هو بمنزلة الوضوء الوضوء محدود . وهذا على الجملة ،قال الله تعالى «وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا» قلت : فإن صلَّى ، ثم ذكر ؟ قال : يغسل موضعه ، ثم يُعيد الصلاة . وأكثر أهل العلم لا يرون تفريق الغُسل مبطلاً له ، إلا أن ربيعة قال : من تعمّد ذلك فأرى عليه أن يعيد الغُسل ، وبه قال الليث . واختُلف فيه عن مالك ، وفيه وجه لأصحاب الشافعيّ . وما عليه الجمهور أولى ، لأنه غُسل لا يجب فيه الترتيب ، فلا تجب الموالاة ، كغَسل النجاسة . فلو اغتسل إلا أعضاء وضوئه لم يجب الترتيب فيها ، لأنَّ حكم الجنابة باق . وقال ابن عقيل ، والآمديّ ، فيمن غَسلَ جميع بدنه إلا رجليه ، ثم أحدث : يجب الترتيب في الأعضاء الثلاثة لانفرادها بالحدث الأصغر ، ولا يجب الترتيب في الرجلين ، لاجتماع الحدثين فيهما .

فصل

فعلى هذا تكون واجبات الغسل شيئين لا غيرُ : النية ، وغَسْل جميع البدن ، فأما التسمية فحكمها حكم التسمية في الوضوء على ما مضى ، بل حكمها في الجنابة أخفُّ ، لأن حديث التسمية إنما تناول بصريحه الوضوء لا غيرَ .

فصل

إذا اجتمع شيئان يوجبان الغُسل ، كالحيض ، والجنابة ، أو التقاء الختانين ، والإنزال ، ونواهما بطهارته أجزأه عنهما ، قاله أكثر أهل العلم . منهم : عطاء ، وأبو الزّناد ، وربيعة ، ومالك ،والشافعيّ ، وإسحاق وأصحاب الرأي . ويُروى عن الحسن والنخعيّ ،في الحائض الْجُنُب : يَغْتَسِلُ غُسْلَيْنِ .

ولنا : أن النبي ﷺ لم يكن يغتسل من الجماع إلا غُسلا واحداً ، وهو يتضمّن شيئين : إذ هو لازم

للإنزال فى غالب الأحوال ، ولأنهما سببان يُوجبان الغُسل ، فأجزأ الغُسل الواحد عنهما ، كالحدث والنجاسة ، وهكذا الحكم إن اجتمعت أحداثٌ تُوجب الطهارة الصغرى ، كالنوم ، وخروج النجاسة ، واللمس ، فنواها بطهارته ، أو نوى رفعَ الحدث ، أو استباحة الصلاة ، أجزأه عن الجميع . وإن نوى أحدها ، أو نوت المرأة الحيض دون الجنابة ، فهل تجزئه عن الآخر ؟ على وجهين :

(أحدهما) تجزئه عن الآخر : لأنه غُسل صحيح نوى به الفرض ، فأجزأه كما لو نوى استباحة الصلاة .

(والثانى) تجزئه عما نواه دون ما لم ينوه : لقول النبى ﷺ : « إِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى » وكذلك لو اغتسل للجمعة ، هل تجزئه عن الجنابة ؟ على وجهين ، مضى توجيههما فيما مضى .

فصــــل

إذا بقيت لمعة من جسده لم يُصبها الماء ، فرُوِى عن أحمد أنه سُئل عن حديث العَلاء بن زياد : « أن النبى ﷺ اغتسل ، فرأى لُمعةً لم يُصبها الماء فدَلَكها بشَعْرِه » قال : نَعَمْ آخُذُ به . ورواه ابن ماجه ، عن ابن عبّاس عن النبى صلى الله عليه وسلم . ورُوِى عن علىّ قال : « جاءَ رَجُلٌ إلى النبى ﷺ فقال : إِنِّى اغْتَسَلْتُ مِنَ الْجَنَابَةِ وَصَلَّيْتُ ، ثُمَّ أَصْبَحْتُ فَرَأَيْتُ قَدْرَ مَوْضِعِ الظُّفُرِ لَمْ يُصِبْهُ الماءُ ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو كُنْتَ مَسَحْتَ عَلَيْهِ بِيَدِكَ أَجْزَأَكَ » ، رواه ابن ماجه أيضاً . قال مهنّا : وذكر لى أحمد عن النبى ﷺ : « أنه رأى على رَجُلٍ مَوْضعاً لم يُصِبْهُ الماءُ ، فأمره أن يَعْصِر شَعْرَه عَلَيْهِ » ، ورُوِى عن أحمد أنه قال : يأخذُ ماءً جديداً ، فيه حديث لا يثبت ، يعصر شعره ، وذُكر له حديثُ ابن عبّاس : « أن النبىّ صلى الله عليه سلم عَصَر لِمّته على لُمعةٍ كانت فى جَسَدِهِ » ، قال : ذاك ، ولم يصححه . والصحيح أن ذلك يجزئه ، إذا كان من بَلَلِ الغَسْلَةِ الثانية ، أو الثالثة ، وجرى ماؤه على تلك اللُّمعَةِ ، لأن غَسلها بذلك البلل كغَسْلها بماء جديد ، مع ما فيه من الأحاديث ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ويتوضأ بالمُدِّ ــ وهو رطل ، وثلث ــ ويغتسل بالصاع ــ وهو أربعة أمداد ﴾ .

ليس فى حصول الإجزاء بالمُدِّ فى الوضوء ، والصاع فى الغسل خلافٌ نعلمُه . وقد رَوى سَفِينَةُ قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يَغْسِلُهُ الصَّاعُ مِنَ المَاءِ ، مِنَ الْجَنَابَةِ ، وَيُوَضِّئُهُ المُدّ » رواه مسلم . وَرُوِى : « أَنَّ قوماً سألوا جابراً عن الغُسْل ، فقال : يَكْفِيكَ صَاعٌ ، فقال رجل : ما يكفينى ، فقال جابر : كان يكفى مَنْ هُوَ أَوْفَى شَعْراً منك ، وخيراً منك ــ يعنى النبىّ ﷺ » متفق عليه . وفيه أخبار كثيرة صحاح ، والصاع : خمسة أرطال وثلث ، بالعراقىّ . والمُدّ : ربع ذلك ، وهو رطل وثلث . وهذا قول مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى عُبَيْد ، وأبى يوسف ، وقال أبو حنيفة : الصاع ثمانية أرطال ، لأن أَنَسَ بن مالك قال : « كان رسول الله ﷺ يَتَوضأ بالمُدِّ ــ وهو رِطْلان ــ ويغتسل بالصاع » .

ولنا : ما رُوِى : أن النبى ﷺ قال لكعب بن عُجْرَةَ : « أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ فَرَقًا مِنْ طَعَامٍ »

متفق عليه . قال أبو عُبَيْد : ولا اختلاف بين الناس أعلمه فى أن الفَرَق ثلاثةُ آصع ، والفرَقُ ستةَ عشرَ رِطْلاً ، نثبت أن الصاع خمسة أرطال وثلث . ورُوى أن أبا يوسف دخل المدينة ، فسألهم عن الصاع ؟ فقالوا : خمسة أرطال وثلث ، فطالبهم بالْحُجَّة ، فقالوا : غداً ، فجاء مِنَ الْغَدِ سبعون شيخاً كلٌّ واحد منهم آخـذٌ صاعاً تحتَ رِدَائِه ، فقال : صاعِي وَرِثْتُهُ عن أبى ، وَوَرِثَهُ أبى عن جـدّى ، حتى انتهوا به إلى النبى صلى الله عليه وسلم . فرجع أبو يوسف عن قوله ، وهذا إسناد متواتر ، يفيد القطع ، وقد ثبت أن النبيَّ ﷺ قال : « الْمِـكْيَالُ مِـكْيَالُ أَهْلِ المَدِينَةِ » ولم يثبت لنا تغييرُه ، وحديث أنس هذا انفرد به موسى بن نصر ، وهو ضعيف الحديث ، قاله الدارقطنىّ .

فصـــــل

والرطل العراقىّ : مائة درهم ، وثمانية وعشرون درهما ، وأربعة أسباع درهم ، وهو تسعون مِثْقَالاً ، والمثقالُ : درهم ، وثلاثة أسباع درهم ، هـكذا كان قديماً ، ثم إنهم زادوا فيه مثقالاً ، فجعـلوه إحدى وتسعين مثقالا ، وكمل به مائةً وثلاثون درهماً ، وقصدوا بهذه الزيادة إزالة كسر الدرهم . والعملُ على الأول . لأنه الذى كان موجوداً وقت تقدير العلماء المُدَّ به ، فيـكون المُدّ حينئذٍ مائةَ درهم ، وإحدى وسبعين درهماً ؛ وثلاثةَ أسباع درهم ، وذلك بالرطل الدمشقىّ الذى وزنه ستمائة درهم ، ثلاثة أواقىّ ، وثلاثة أسباع أوقيّة . والصاع أربعـة أمداد ، فيـكون رطلا وأوقية ، وخمسة أسباع أوقية . وإن شئت قلت : هو رطل وسبع رطل .

« مسألة » قال ﴿ فإن أسبغ بدونهما أجزأه ﴾ .

معنى الإسباغ : أن يَعُمَّ جميـع الأعضاء بالماء ، بحيث يجرى عليها ، لأنّ هذا هو الغُسل ، وقد أُمِرْنَا بالغسل . قال أحمـد : إنما هو الغسل ، ليس المسح ، فإذا أمكنه أن يغسل غسلاً ، وإن كان مُدًّا أو أقلّ من مُدّ أجزأه . وهذا مذهب الشافعىّ ، وأكثر أهل العلم ، وقد قيل : لايُجزىء دون الصاع فى الغُسل ، والمُد فى الوضوء . وحُـكى هـذا عن أبى حنيفة ، لأنّه رَوَى عن جابر قال : قال رسـول الله ﷺ : « يُجْزِىءُ مِنَ الْوُضُوءِ مُدٌّ ، ومن الْجَنَابَةِ صَاعٌ » والتقدير بهذا يدل على أنه لايحصلُ الإجزاء بدونه .

ولنا : أن الله تعالى أمر بالغُسل ، وقد أَتَى به ، فيجب أن يُجزئه . وقد رُوى عن عائشة : « أنها كانت تَغْتَسِلُ هِىَ والنبىُّ صلى الله عليه وسلم مِنْ إِنَاءٍ وَاحِدٍ يَسَعُ ثَلَاثَةَ أَمْدَادٍ ، أو قريباً مِنْ ذَلِكَ » رواه مسلم . وعن عبد الله بن زيد : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم تَوَضَّأَ بِثُلُثَىْ مُدّ » .

وحديثهم إنما دل بمفهومه ، وهم لايقولون به ، ثم إنه إنما يدلّ بشرط أن لا يكون للتخصيص فائدة سوى تخصيص الحـكم به . وههنا إنما خصه ، لأنه خرج مَخْرَجَ الغالب ، لأنه لا يـكفى فى الغالب أقل من ذلك ، ثم ما ذكرناه منطوق ، وهو مقدَّمٌ على المفهوم اتفاقاً . وقـد رَوى الأثرم ، عن القَعْنَبِىِّ ،

عن سُليمان بن بلال ، عن عبد الرحمن بن عطاء ، أنه سمع سَعِيدَ بنَ المُسَيّب ، ورجلا من أهل العراق يسأله : عما يكفي الإنسان من غُسل الجنابة ؟ فقال سعيد : إنَّ لِي تَوْرًا[1] يَسَعُ مُدَّيْنِ مِنْ ماء ونحوَ ذلك ، فأغتسل به ، ويكفيني ، ويفضُل منه فَضْلٌ . فقال الرجل : فوالله إنى لأستنثر ، وأتمضمض بمُدَّين من ماء ، ونحوِ ذلك . فقال سعيد بنُ المُسيّب : فبِمَ تأمرنى ، إن كان الشيطانُ يلعبُ بك ؟ فقال له الرجل : فإن لم يكفنى ، فإنّى رجل كما ترى عظيم ، فقال له سعيد بن المُسيّب : ثلاثةُ أمداد ، فقال : ثلاثة أمدادٍ قليل ، فقال له سعيد ، فصاع . وقال سعيد : إن لى رَكْوَةً ، أو قَدَحاً ما يسعُ إلا نِصْفَ المُدّ ماء ، أو نحوه ، ثم أبول ، ثم أتوضأ ، وأفضل منه فَضْلاً . قال عبد الرحمن : فذكرت هذا الحديث الذى سمعتُ من سعيد بن المُسيّب لسُليمان بن يَسَار ، فقال سليمان : وأنا يكفيني مثلُ ذلك ، قال عبد الرحمن : فذكرت ذلك لأبى عُبَيْدَةَ بن عمّار ، بن يا سر ، فقال أبو عُبَيْدَةَ ، وهكذا سمعنا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال إبراهيم النخَعيّ : إنّى لأتوضأ من كُوز[2] الْحُبّ مَرّتَيْن .

فصــــل

وإن زاد على المُدّ فى الوضوء ، والصاع فى الغسل جاز ، فإن عائشة قالت : « كنتُ أغتسِلُ أنا والنبيُّ ﷺ مِنْ إنَاءٍ وَاحِدٍ مِنْ قَدَحٍ يُقَالُ لَهُ الفَرَقَ » رواه البخاريّ . والفرقَ ثلاثة آصع ، وعن أنس قال : « كان رسول الله ﷺ يَغْتَسِلُ بالصاع ، إلى خمسة أمداد » رواه البخاريّ أيضاً .

ويُكره الإسراف فى الماء والزيادة الكثيرة فيه ، لما رَوَيْنا من الآثار . وروَى عبد الله بن عمرو : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرّ بسعد ، وهو يتوضأ ، فقال : ما هذا السرف ؟ فقال : أفى الوضوء إسراف ؟ فقال : نعم ، وإن كنتَ على نَهْرٍ جارٍ » رواه ابن ماجه ، وعن أُبَيّ بن كعب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن للوضوء شيطاناً ، يقال له الْوَلْهَان ، فاتّقُوا وَسْوَاس الماء » وكان يقال : مِنْ قلّةِ فِقْهِ الرَّجُلِ وَلُوعه بالماء .

« مسألة » قال : ﴿ وَتَنْقُضُ المرأة شعرها ، لغُسلها من الحيض ، وليس عليها نقضُه من الجنابة إذا أَرْوَتْ أُصُولَه ﴾ .

نص على هذا أحمد . قال مهنا : سألت أحمد عن المرأة تنقضُ شعرها إذا اغتسلت من الجنابة ؟ فقال : لا ، فقلت له : فى هذا شىء ؟ قال : نعم ، حديث أمّ سَلمة . قلت : فتنقضُ شعرها من الحيض ؟ قال : نعم ، قلت له : وكيف تنقضه من الحيضة ، ولا تنقضه من الجنابة ؟ فقال : حديث أسماء ، عن النبى

---

(١) التور : الكوز الكبير .

(٢) الحب : الجرة مطلقاً أو الجرة الكبيرة ، ولكن يظهر أنها هنا الكبيرة ، لأن كوزها كبير يكفى الوضوء مرتين .

صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ تَنْقُضْه » ولا يختلف المذهب فى أنه لايجب نقضُه من الجنابة ، ولا أعلم فيه خلافاً بين العلماء ، إلّا ما رُوى عن عبد الله بن عمر : روى أحمدُ فى المُسند ، حدثنا إسماعيلُ ، حدثنا أيُّوب ، عن أبى الزبيْر ، عن عُبَيْد بن عُمَيْر ، قال « بَلَغَ عَائِشَةَ أَنَّ عَبْدَ الله بن عُمر يأمرُ النِّسَاء إذا اغْتَسَلْنَ أَنْ يَنْقُضْنَ رُءُوسَهُنَّ ، فقالت : ياعَجَباً لابن عمر ، يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضْنَ رءوسَهُنّ ، أفلا يأمرهنّ أن يَحْلِقْنَ رءوسَهُنّ ؟ لقد كنت أنا ورسولُ الله ﷺ نغتسلُ ، فلا أزيدُ على أن أُفْرِغَ على رأسى ثلاثَ إفْرَاغاتٍ » . واتفق الأئمة الأربعة على أن نقضه غيرُ واجب ، وذلك لحديث أمّ سلمة : أنّها قالت للنبىّ صلى الله عليه وسلم : « إنّى امرأةٌ أَشُدُّ ضَفْرَ رَأْسِي ، أفأَنْقُضُهُ لِلْجَنَابة ؟ قال : لا ، إنمَا يَكْفِيكِ أن تَحْثِي عَلَى رَأْسِكِ ثَلاَثَ حَثَيَاتٍ ، ثم تُفِيضِينَ عَلَيْكِ الْمَاءَ فَتَطْهُرِينَ » رواه مسلم ، إلا أن يكون فى رأسها حشو ، أو سِدْرٌ يمنعُ وصول الماء ، إلى ما تحته ؛ فيجب إزالتُه ، وإن كان خفيفاً لا يمنع لم يجب ، والرجل والمرأة فى هـذا سواء ، وإنما اختصت المرأة بالذِّكر ، لأن العـادة اختصاصُها بكثرة الشعر ، وتوفيره ، وتطويله .

وأما نقضه للغُسل من الحيض فاختَلَفَ أصحابنا فى وجوبه : فمنهم من أوجبه ، وهو قول الحسن ، وطاوس ، لما رُوى عن عائشة رضى الله عنها ، أن النبى ﷺ قال لها : إذ كانت حائضاً : « خُذِى ماءَكِ ، وَسِدْرَكِ ، وَامْتَشِطِى » ولا يكون المشط فى شعر غير مضفور . وللبخارى : « انقضى رأسك وامتشطى » ولابن ماجه « انْقُضِى شَعْرَكِ واغْتَسِلِى » ولأن الأصل وجوبُ نقض الشعر ، ليتحقق وصولُ المـاء إلى مايجب غَسلُه ، فعُفى عنه فى غُسل الجنابة ، لأنه يكثُر فيشُقّ ذلك فيه ، والحيض بخلافه ، فبقى على مقتضى الأصل فى الوجوب ، وقال بعض أصحابنا : هذا مستحبّ غير واجب ، وهو قول أكثر الفقهاء ، وهو الصحيح إن شاء الله ، لأن فى بعض ألفاظ حديث أم سلمة أنها قالت للنبى ﷺ : « إنِّى امْرَأَةٌ أشُدُّ ضَفْر رأسى ، أفأنقضُهُ للحَيْضَةِ ، وللجنابة ؟ فقال : لا ، إنما يكفيك أن تَحْثِي عَلَى رَأْسِكِ ثَلاَثَ حَثَيَاتٍ ، ثم تُفِيضِينَ عَلَيْكِ المَاء ، فَتَطْهُرِينَ » رواه مسلم .

وهذه زيادة يجب قبولها ، وهذا صريح فى نفى الوجوب ، وروت أسماء : « أنها سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن غُسْلِ المَحِيضِ ؟ فقال : تأخذُ إحداكُنَّ ماءَها ، وسِدْرَهَا فَتَطَهَّر ، فَتُحْسِنُ الطُّهُورَ ، ثمَّ تَصُبُّ عَلَى رَأْسِهَا فَتَدْلُكُهُ ، دَلْكاً شَدِيدًا ، حَتَّى تَبْلُغَ شُؤُونَ رَأْسِهَا ، ثمّ تَصُبُّ عَلَيْهَا المَاء » رواه مسلم ، ولو كان النقض واجباً لذكره ، لأنه لايجوز تأخير البيان عن وقت الحـاجة ، ولأنه موضع من البدن فاستوى فيه الحيض والجنابة ، كسائر البدن . وحديث عائشة الذى رواه البخارى ليس فيه أمر بالغسل ، ولو أُمرت بالغسل لم يكن فيه حُجّـة ؛ لأنّ ذلك ليس هو غسـل الحيض ، إنما أُمرت بالغسل فى حال الحيض للإحرام بالحجّ ، فإنّها قالت : « أَدْرَكَنِي يَوْمُ عَرَفَةَ وَأَنَا حَائِضٌ ، فَشَكَوْتُ ذلك

إلى النبيّ ﷺ فقال : « دَعِي عُمْرَتَكِ ، وانْقُضِي رَأْسَكِ ، وامْتَشِطِي » وإن ثبت الأمر بالغسل حُمل على الاستحباب بما ذكرنا من الحديث ، وفيه ما يدل على الاستحباب ، لأنه أمرها بالمَشْط ، وليس بواجب ، فما هو من ضرورته أولى .

فصل

وغسل بشرة الرأس واجب ، سواء كان الشعر كثيفاً ، أو خفيفاً ، وكذلك كل ما تحت الشعر ، كجلد اللِّحْيَة ، وغيرها ، لما روت أسماء « أنها سألت النبي ﷺ عن غُسْلِ الجَنَابَةِ فقال : تَأْخُذُ إِحْدَاكُنَّ ماءً فَتَطَهَّرُ فَتُحْسِنُ الطُّهُورَ - أو تَبْلُغُ الطُّهُورَ - ثم تَصُبُّ عَلَى رَأْسِهَا فَتَدْلُكُهُ ، حتى تَبْلُغَ شُؤُونَ رَأْسِهَا ، ثم تُفِيضُ عَلَيْهَا المَاءَ » وعن عليّ رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ تَرَكَ مَوْضِعَ شَعْرَةٍ مِنْ جَنَابَةٍ لم يُصِبْهَا المَاءُ فُعِلَ به مِنَ النَّارِ كذا ، وكذا - قال عليّ : فمن ثمّ عادَيْتُ شَعْرِي - قال وكان يَجُزُّ شَعْرَهُ » رواه أبو داود ، ولأن ما تحت الشعر بشرة أمكن إيصال الماء إليها من غير ضرر . فلزمه كسائر بشرته .

فصل

فأما غسل ما استرسل من الشعر ، وبلّ ما على الجسد منه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب : وهو ظاهر قول الأصحاب ، ومذهبُ الشافعيّ ، لما رُوي عن النبي ﷺ أنه قال : « تَحْتَ كلِّ شَعْرَةٍ جَنَابَةٌ ، فَبُلّوا الشَّعَرَ ، وأَنْقُوا البَشَرَةَ » رواه أبو داود ، وغيره ، ولأنه شعر نابت في محلّ الغُسل ، فوجب غسلُه كشعر الحاجبين ، وأهداب العينين .

(والثاني) لا يجبُ : ويحتمله كلام الخِرَقيّ ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « يَكْفِيكِ أَنْ تَحْثِي عَلَى رَأْسِكِ ثَلَاثَ حَثَيَاتٍ » مع إخبارها إياه بشدّ ضَفْرِ رأسها ، ومثل هذا لا يُبلّ الشعر المشدودَ ضَفْرُهُ في العادة ، ولأنه لو وجب بلّه لوجب نقضه ، ليُعلم أن الغَسل قد أتى عليه ، ولأن الشعر ليس من أجزاء الحيوان ، بدليل أنه لا ينجُس بموته ، ولا حياة[1] فيه ، ولا ينقضُ الوضوءَ مسّه من المرأة ، ولا تطلقُ بطلاقه[2] ، فلم يجب غسلُه للجنابة كثيابها . وأما حديث « بُلّوا الشَّعَرَ » فيرويه الحارث بن وجيه ، وحده ، وهو ضعيف الحديث ، عن مالك بن دينار ؛ وأما الحاجبان فيجبُ غسلهما ، لأن من ضرورة غسل بشرتهما غسلُهما ، وكذا كلّ شعرٍ من ضرورة غسل بشرته غسلُه ؛ فيجبُ غسله ضرورةَ أن الواجب لا يتمّ إلا به . وإن قلنا يجب غَسْله ، فترك غَسْلَ بعضه لم يتمّ غسله

---

(١) الشعر فيه حياة ولا شك لأنه ينمو بنمو الجسم ، بل يظهر فيه النمو أكثر من الجسم .

(٢) معنى أنها لا تطلق بطلاقه : أنه لو قال لها : شعرك طالق ، لم تصر طالقاً بذلك .

فإن قطع المتروك ، تم غسله ، لأنه لم يبق فى بدنه شىء غير مغسول ؛ ولو غسله ثم انقطع لم يجب غسل موضع القطع ؛ ولم يقدح ذلك فى غسله .

فصـــل

وغسل الحيض كغسل الجنابة إلا فى نقض الشعر ، وأنه يستحب أن تغتسل بماء وسدر ، وتأخذ فرصة(1) ممسكة فتتبع بها مجرى الدم ، والموضع الذى يصل إليه الماء ، من فرجها ، ليقطع عنها زفورة الدم ، ورائحته ، فإن لم تجد مسكا فغيره من الطيب ، فإن لم تجد فالماء شاف كاف . قالت عائشة رضى الله عنها « إن أسماء سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن غسل المحيض ؟ فقال : تأخذ إحداكن سدرتها وماءها فتطهر فتحسن الطهور ، ثم تأخذ فرصة ممسكة فتطهر بها ، فقالت أسماء : وكيف أتطهر بها ؟ فقال : سبحان الله ! تطهرى بها ، فقالت عائشة كأنها تخفى ذلك : تتبعى أثر الدم » رواه مسلم . الفرصة هى القطعة من كل شىء .

فصـــل

ويستحب للجنب إذا أراد أن ينام ، أو يطأ ثانياً ، أو يأكل ، أن يغسل فرجه ، ويتوضأ . وروى ذلك عن على ، وعبد الله بن عمر . وكان عبد الله بن عمر يتوضأ ، إلا غسل قدميه ، وقال ابن المسيب : إذا أراد أن يأكل يغسل كفيه ، ويتمضمض . وحكى نحوه عن إمامنا ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وقال مجاهد : يغسل كفيه لما روى عن عائشة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يأكل وهو جنب غسل يديه » رواه أبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه . وقال مالك : يغسل يديه ، إن كان أصابهما أذى . وقال ابن المسيب ، وأصحاب الرأى : ينام ولا يمس ماء ، لما روى الأسود عن عائشة قالت: « كان النبى ﷺ ينام وهو جنب ، ولا يمس ماء » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، وغيرها . وروى أحمد فى المسند : حدثنا أبو بكر بن عياش ، حدثنا الأعمش ، عن أبى إسحاق ، عن الأسود ، عن عائشة قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجنب ، ثم ينام ، ولا يمس ماء ، حتى يقوم بعد ذلك ، فيغتسل » . وروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه بغسل واحد » رواه البخارى . ولأنه حدث يوجب الغسل ، فلا يستحب الوضوء مع بقائه كالحيض .

ولنا : ماروى أن عمر سأل النبى صلى الله عليه وسلم : « أيرقد أحدنا وهو جنب ؟ قال : نعم ، إذا توضأ » متفق عليه ؛ وعن أبى سعيد قال : قال رسول الله ﷺ « إذا أتى أحدكم أهله ، ثم أراد أن

(1) الفرصة : بكسر الفاء ، وسكون الراء وفتح الصاد : الخرقة ، أو قطعة القطن تتمسح بها المرأة من الحيض ، ومعنى ممسكة : مغموسة فى المسك ، أى مطيبة بالمسك .

يَعُودَ فَلْيَتَوَضَّأْ » رواه مسلم . وعن عائشة : « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كانَ إِذَا أراد أَنْ يَأْكُلَ ، أَوْ يَنَامَ تَوَضَّأَ ـ يعنى وهو جُنُب» رواه أبو داود . فأما حديث عائشة : « يَنَامُ وَهُوَ جُنُبٌ ولاَ يَمَسُّ مَاءً » فرواه أبو إسحاق ، عن الأسود ، عن عائشة . ورواه غيرُ واحد ، عن الأسود ، عن عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم كَانَ يَتَوَضَّأُ قَبْلَ أَنْ يَنَامَ » رواه شُعبة ، والثوريّ ، ويرون أنه غَلَطٌ من أبى إسحاق . قال أحمد : أبو إسحاق رَوى عن الأسود حديثاً خالف فيه الناس ، فلم يقُل أحدٌ عن الأسود مثلَ ماقد قال ، فلو أحاله على غير الأسود ؟ والحديث الآخرُ ليس فيه : أنه لم يتوضأ حين أراد أن يعود ، على أن هذه الأحاديث محمولة على الجواز ، وأحاديثنا تدلُّ على الاستحباب ، فالحائض حدَثُها قائم ، فلا وضوء مع ما ينافيه ، فلا معنى للوضوء .

فصول فى الحمامات

بناء الحمام ، وبيعه ، وشراؤه : وكراؤه مكروه ، عند أبى عبد الله ، قال فى الذى يبنى حماماً للنساء : ليس بعدْل ، قال أبو داود : سألتُ أحمد عن كِرَى الحمّام ؟ قال : أخشى : كأنه كرهه ، وقيل له ، فإن اشترط على المُكْتَرى أن لا يدخُلَهُ أحد بغير إزار ، فقال : ويضبطُ هذا ؟ وكأنَّه لم يُعجبه ، وإنما كرهه لما فيه من فعل المُنكرات ، من كشف العورات ، ومُشاهدتها ، ودخول النساء إيَّاها .

فصـــــل

فأما دخوله : فإن كان الداخل رجلاً يَسْلَمُ من النظر إلى العورات ، ونظرِ الناس إلى عورته ، فلا بأس بدخوله ؛ فإنه يُروَى : « أن ابن عباس دخل حَمَّاماً بالْجُحْفَةِ » ويُرْوى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ويُروَى عن خالد بن الوليد : « أنَّهُ دَخَلَ الحَمّام » وكان الحسن ، وابن سيرين يدخلان الحمّام ، رواه الخلال ، وإن خَشِيَ أن لا يسلم من ذلك كره له ذلك ، لأنه لا يأمن وقوعه فى المحظور . فإنَّ كشف العورة ، ومشاهدتها حرام ، بدليل ما رَوى بَهْزُ بن حكيم ، عن أبيه ، عن جده ، أنَّه قال : « يا رسولَ الله : عوراتُنا ، ما نأتى منها وما نَذَر ؟ قال : احْفَظْ عَوْرَتَكَ إلا من زَوْجَتِكَ ، أو مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ ، قال يارسول الله ، فإذا كان أحدنا خالياً ؟ قال : فالله أحقُّ أن يُستَحْيَى منه من الناس» . وقال النبى ﷺ : « لا يَنظُرُ الرَّجُلُ إِلَى عَوْرَةِ الرَّجُلِ ، ولا تَنظُرُ المَرْأَةُ إِلَى عَوْرَةِ المَرْأَةِ » . وقال عليه السلام : « لا تَمْشُوا عُرَاةً » رواهما مسلم . قال أحمد : إن علمت أن كلَّ مَنْ فى الحمّام عليه إزار فادخله ، وإلا فلا تدخل ، وقال سعيد بن جُبَيْر : دخول الحمام بغير إزار حرام .

فصـــــل

فأما النساء فليس لهنَّ دخوله مع ماذكرنا من الستر ، إلا لعُذر من حيض ، أو نفاس ، أو مرض ،

أو حاجة إلى الغُسل ، ولا يُمكنها أن تغتسل في بيتها ، لتعذُّر ذلك . عليها ، أو خوفها من مرض ، أو ضرر ،فيُباح لها ذلك ، إذا غضَّتْ بصرها ، وسترت عورتها ، وأما مع عدم العُذر فلا . لما رُوى أن رسول الله ﷺ قال : « سَتُفْتَحُ عَلَيْكُمْ أَرْضُ الْعَجَمِ ، وَسَتَجِدُونَ فِيهَا حَمَّامَاتٍ ، فَامْنَعُوا نِسَاءَكُمْ إِلاَّ حَائِضاً أَوْ نُفَسَاءَ » ورُوى « أن عَائِشَةَ دَخَلَ عَلَيْهَا نساء من أهل حمص ، فقالت : لعَلَّكُنَّ من النساء اللائى يَدْخُلْنَ الحَمَّامَاتِ ، سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذا خَلَعَتْ ثِيَابَهَا فِى غَيْرِ بَيْتِ زَوْجِهَا هَتَكَتْ سِتْرَهَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ اللهِ عَزَّ وَجَلّ » .

فصـــل

ومن اغتسل عُرياناً بين الناس لم يجز له ذلك ، لأن كشفها للناس مُحرَّم ، لما ذكرنا ؛ وإن كان خالياً جاز ، لأن موسى عليه السلام اغْتَسَل عُرياناً رواه البخارىّ ، وأيُّوب عليه السلام اغتسل عُرياناً . وإن ستره إنسانٌ بثوب فلا بأس ، فقد كان النبى ﷺ يَسْتَتِرُ بِثَوْبٍ وَيَغْتَسِلُ ، ويُستحبُّ التستُّر ، وإن كان خالياً لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « فَاللهُ أَحَقُّ أَنْ يُسْتَحْيى منه ، من الناس » .

فصـــل

ويجزئه الغسل بماء الحمّام ، قال الخلاّل : ثبت عن أصحاب أبى عبد الله أن ماء الحمام يُجزىء أن يُغتسل منه ، وذلك أن الأصل الطهارة ، فلا تزول بالشكّ . وقال أحمد : لا بأس بالوضوء من ماء الحمّام ، ورُوى عنه أنه قال : لا بأس أن يأخذ من الأنْبُوبة ، وهذا على سبيل الاحتياط ، ولو لم يفعله جاز ، لأن الأصل الطهارة . وقد قال أحمد : ماء الحمام عندى طاهر ، وهو بمنزلة الماء الجارى . وقد رُوى عن الأثرم أنه قال : من الناس من يُشدِّد فيــه ، ومنهم من يقول : هو بمنزلة الماء الجارى ، لأنه يُنْزَفُ ، يخرجُ الأول ، فالأول . قلت : يكون كالجارى ، وهو يستقر فى مكان قبل أن يخرج ؟ فقال : قد قلت لك فيه اختلاف ، وأراه قد ظهر منه أنه يَستحبّ أن يحتاط بماء آخر ، ولم يبيِّن ذلك . وهذا يدل على أن الماء الجارى لا يُنجِّسه إلا التغيُّر ، لأنه لو كان يتنجَّسُ لم يكن لكونه جارياً أثر . ويدل أيضاً على استحباب الاحتياط مع الحكم بطهارة الماء ، لأنَّ ماء الحمام طاهر ،لما ذكرنا من قبل ، وإنما جعله بمنزلة الماء الجارى إذا كان الماء يَفيضُ من الحَوْض ، ويخرُج ، فإن الذى يأتى أخيراً يدفعُ مافى الحوض ، ويثبتُ فى مكانه بدليل أنه لو كان مافى الحوض كدراً وتتابعت عليه دُفَعٌ من الماء صافياً لزالت كُدُورته ، والله أعلم .

فصـــل

ولا بأس بذكر الله فى الحمّام ، فإن ذكر الله حسن فى كل مكان ، مالم يرد المنع منه ، وقد رُوى « أن أبا هريرة دخل الحمام فقال : لا إله إلا الله » . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه كان يذكر الله على كل أَحْيَانِه » فأما قراءة القرآن فقال أحمد : لم يُبْنَ لهذا ، وكره قراءة القرآن فيه أبو وائل ،

والشعبيّ ، والحسن ، ومـكحول وقَبِيصَـة بن ذُؤَيْب ، ولم يـكرهه النّخَعيّ ، ومالك ، لمـا ذكرنا في ذكر الله فيه .

ووجه الأول : أنه محل للتكشُّف ، ويفعل فيه مالا يستحسن عمله في غيره ، فاستحِبّ صيانة القرآن عنه ، والأولى جواز القراءة فيه ، لأننا لانعلم فيه حُجّةً تمنع من قراءته . فأما التسليم فيه ، فقال أحمد : لاأعلم أنى سمعتُ فيه شيئاً . والأولى جوازه لدخوله فى عموم قوله عليه السلام : « أفْشُوا السَّلاَمَ بَيْنَـكُمْ » .

فصـــل

قال أحمد : لا يُعجبنى أن يَدخل المـاءَ إلاّ مُستتراً ، إن للماء سُـكّاناً . وذلك لما رُوى عن الحسن ، والحسين : « أنهما دخلا الماء ، وعليهما بُرْدَان ، فقيل لهما فى ذلك ، فقالا : إن للماء سُكّاناً » ولأن المـاء لا يستُر، فتبدو عورةُ مَنْ دخله عُرياناً .

باب التيمم

التيمم فى اللغة : القصدُ . قال الله تعـالى : (٢ : ٢٦٧ وَلاَ تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ) ، وقال امرؤ القيس :

تَيَمَّمَتِ العَيْنَ الَّتِي عِنْدَ ضَارِجٍ يُفِيءُ عَلَيْهَا الظِّلُّ عِرْمِضُهَا طَامى

وقول الله تعالى (٥ : ٦ فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً) ، أى اقصدوه . ثم نقـل فى عرف الفقهاء إلى مسح الوجه واليدين بشىء من الصعيد . وهو جائز بالكتاب والسنة ، والإجماع . أما الكتاب : فقوله تعـالى (٥ : ٦ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ) . وأما السنة : فحديث عمّار[1] وغيره ، وأما الإجماع : فأجمعت الأمة على جواز التيمُّم فى الجملة .

« مسألة » قال ﴿ ويتيمَّم فى قصير السفر وطويله ﴾ .

طويل السفر : مايبيحُ القَصْر ، والفِطْر ، وقصيرُه : ما دون ذلك ، مما يقع عليه اسم سفر ، مثل أن يكون بين قريتين مُتقاربتين ، أو مُتباعدتين . قال القاضى : لو خرج إلى ضيعة له ، ففارق البنيان والمنازل، ولو بخمسين خطوة ، جاز له التيمم ، والصلاة على الراحلة ، وأكل الميتة للضرورة . فيُباح له التيمُّم فيهما جميعاً . وهـذا قول مالك ، والشافعىّ . وقد قيل : لا يباح إلا فى السفر الطويل .

وقول الله عز وجل : (٥ : ٦ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ ـ إلى قوله ـ فَتَيَمَّمُوا) يدل بمُطلقه على إباحة التيمُّم فى كل سفر ، ولأنّ السفر القصير يـكثر ، فيكثر عدم الماء فيه . فيحتاج إلى التيمُّم فيه . فينبغى أن يسقُط به الفرض كالطويل .

فصـــل

ولا فرق بين سفر الطاعة ، والمعصية . لأن التيمُّم عَزيمة . فلا يجوز تركه ، بخـلاف بقيَّة الرخص . ولأنه حكم لايختص السفر ، فأبيح فى سفر المعصية ، كمسح يوم وليلة .

فصـــل

فإن عَدِمَ المـاء فى الْحَضَرِ بأن انقطع الماء عنهم ، أو حُبس فى مصرٍ . فعليه التيمم ، والصلاة ، وهذا قول مالك ، والثورىّ ،والأوزاعىّ ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة فى رواية عنه : لا يصلى . لأن الله تعالى

---

[1] حديث عمار رضى الله عنه أنه كان فى سفر وأصبح جنباً ولم يجد الماء ، فتمرغ فى التراب ، فلما قابل رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : كان يكفيك هـكذا ، وضرب الأرض بيده ومسح على وجهه وظاهر كفيه وسيأتى بعد صفحات .

شرط السفر ، لجواز التيمُّم ، فلا يجوز لغيره ، وقد رُوى عن أحمد : أنه سئل عن رجل حُبس فى دار ، وأُغلِق عليه البابُ بمنزل المضيف أيتيمَّمُ ؟ قال : لا .

ولنا : ما روى أبو ذرّ : أن رسول الله ﷺ قال : « إنّ الصَّعِيدَ الطيِّبَ طَهُورُ المسلم ، وإن لم يجد الماء عَشْر سِنين . فإذا وَجَدَ الماء فليُمِسَّه بَشَرَته . فإنّ ذلك خَيْرٌ » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . فيدخل تحت عمومه محلّ النزاع ، ولأنه عادمٌ الماء ، فأشبه المسافر . والآية يحتمل أن يكون ذِكر السفر فيها خَرَج مَخْرَج الغالب ، لأن الغالب أن الماء إنما يُعدم فيه ، كما ذكر السفر ، وعدم وجود الكاتب فى الرهن ، وليسا شرطَيْن فيه[1] ، ولو كان حجة فالمنطوقُ مقدّم عليه . على أن أبا حنيفة لا يرى دليل الخطاب حُجّة . والآية إنما يُحتجُّ بدليل خِطَابها .

فعلى هذا إذا تيمم فى الحَضَر ، وصلى . ثم قدر على الماء ، فهل يُعيد ؟ على روايتين :

إحداهما : يُعيد : وهو مذهب الشافعىّ ؛ لأنّ هذا عُذر نادر . فلا يسقط به القضاء كالحيض فى الصوم .

والثانية : لا يُعيد : وهو مذهب مالك . لأنه أتى بما أُمر به ، فخرج من عُهدته ، ولأنه صلّى بالتيمُّم المشروع على الوجه المشروع ، فأشبه المريض ، والمسافر ، مع أن عموم الخبَر يدلّ عليه . وقال أبو الخطّاب : إن حُبس فى المِصْر صَلّى ، ولم يذكر إعادة ، وذكر الروايتين فى غيره ، ويحتملُ أنه إن كان عدم الماء لعُذر نادر ، أو يزول قريباً ، كرجل أغلق عليه الباب ، مثلُ الضيف ونحوه ، أو ما أشبه هذا من الأعذار التى لا تتطاول ، فعليه الإعادة . لأن هذا بمنزلة المتشاغل بطلب الماء وتحصيله . وإن كان عذراً ممتدًّا ، ويوجد كثيراً كالمحبوس ، أو من انقطع الماء فى قريته ، واحتاج إلى استقاء الماء من مسافةٍ بعيدة . فله التيمُّم ولا إعادة عليه ، ولأن هذا عادم الماء ، بعُذر متطاول معتاد ، فهو كالمسافر . ولأن عدم هذا الماء أكثر من عدم المسافر له ، فالنص على التيمم للمسافر تنبيهٌ على التيمم هاهنا . والله أعلم .

فصل

ومن خرج من المِصر إلى أرض من أعماله لحاجة ، كالحَرَّاث ، والحَصاد ، والحَطّاب ، والصَّياد ، وأشباههم ، ممن لا يُمكنه حملُ الماء معه لوضوئه ، فحضرت الصلاة ولا ماء معه ، ولا يمكنه الرجوع ليتوضأ إلا بتفويت حاجته ؛ فله أن يصلّى بالتيمُّم ، ولا إعادة عليه ، لأنه مُسافر . فأشبه الخارج إلى قريةٍ أخرى . ويحتمل أن يلزمه الإعادة لكونه فى أرض من أعمال المصر ، فأشبه المقيم فيه . فإن كانت الأرض

---

(١) يشير بذلك إلى قوله تعالى : « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » فرتب الرهان على السفر وعدم وجود الكاتب ، مع أن الرهن لا يشترط أن يكون فى السفر ، ولا أن لا يوجد الكاتب بل يجوز فى الحضر ، ومع وجود الكاتب ، وكذلك التيمم لا يشترط له السفر بل يكون فى الحضر إذا عدم الماء ، وإنما ذكر السفر لأنه مظنة عدم الماء .

التى يخرج إليها من عمل قرية أخرى . فلا إعادة عليه وجهاً واحداً ، لأنه مُسافر .

« مسألة » قال ﴿ إذا دخل وقت الصلاة وطلبَ الماء فأعوزه ﴾ .

هذه ثلاثة شروط لصحة التيمم :

أحدها : دخول وقت الصلاة : فإن كانت الصلاة مكتوبة مؤداة لم يجز التيمم قبل دخول وقتها ، وإن كانت نافلة لم يجز التيمم لها فى وقت نُهِى عن فعلها فيه ، لأنه ليس بوقت لها . وإن كانت فائتة جاز التيمم لها فى كل وقت ، لأن فعلها جائز فى كل وقت . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يصح التيمم قبل وقت الصلاة ، لأنها طهارة تُبيح الصلاة ، فأبيح تقديمها على وقت الصلاة ، كسائر الطهارات . وروى عن أحمد أنه قال : القياس أن التيمم بمنزلة الطهارة ، حتى يجد الماء ، أو يُحدث . فعلى هذا يجوز قبل الوقت . والمذهب الأول ، لأنه طهارة ضرورة ، فلم يجز قبل الوقت كطهارة المستحاضة ، أو نقول يتيمم للفرض فى وقت هو مُستغنٍ عنه ، فأشبه مالو تيمَّم عند وجود الماء ، وقياسهم ينتقض بطهارة المستحاضة ، ويفارق التيممُ سائرَ الطهارات ، لكونها ليست لضرورة .

الشرط الثانى : طلب الماء : وهذا الشرط ، وإعواز الماء ، إنما يشترط لمن يتيمم لعذر عدم وجود الماء . والمشهور عن أحمد : اشتراط طلب الماء لصحة التيمم . وهو مذهب الشافعىّ . وروى عن أحمد : لايشترط الطلب وهو مذهب أبى حنيفة . لقوله عليه السلام : « الترابُ كافِيكَ مَا لَمْ تَجِدْ المَاءَ » ولأنه غير عالم بوجود الماء قريباً منه . فأشبه مالو طلب فلم يجد .

ولنا قوله تعالى : (فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا) ولايثبت أنه غير واجد إلا بعد الطلب ، لجواز أن يكون بقربه ماء لايعلمه ، ولذلك لما أُمر فى الظِّهار بتحرير رقبة قال (٥٨ : ٤ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) لم يُبح له الصيام حَتَّى يطلب الرقبة ، ولم يُعَدَّ قبل ذلك غيرَ واجد ، ولأنه سبب للصلاة مختصٌّ بها . فلزمه الاجتهاد فى طلبه عند الإعواز كالقِبْلة .

فصــــــل

وصفة الطلب : أن يطلبه فى رَحْله ، ثم إن رأى خُضْرَةً ، أو شيئاً يدلُّ على الماء قصدهُ فاستبرأه ، وإن كان بقُرْبه رَبْوَةٌ أو شيء قائم ، أتاه وطلب عنده ، وإن لم يكن نظر أمامه ، ووراءه ، وعن يمينه ، ويساره ، وإن كانت له رُفْقَةٌ يُدِلّ عليهم طلب منهم ، وإن وجد من له خبرة بالمكان سأله عن مياهه . فإن لم يجد فهو عادم ، وإن دُلَّ على ماء لزمه قصدُه إن كان قريباً ، مالم يَخَفْ على نفسه أو ماله ، أو يخشى فوات رُفقته ، ولم يفت الوقت . وهذا مذهب الشافعىّ .

فصــــــل

فإن طلب الماء قبل الوقت فعليه إعادةُ الطلب بعده ، قاله ابن عقيل . لأنه طلب قبل المخاطبة بالتيمُّم

فلم يسقط فرضُه كالشفيع إذا طلب الشفعة قبل البيع . وإن طلب بعد الوقت ولم يتيمم عَقِبيه جاز التيمم بعد ذلك من غير تجديد طلب .

الشرط الثالث : إعواز الماء بعد الطلب : ولاخلاف في اشتراطه ، لأن الله تعالى قال (٥ : ٦ فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَيَمَّمُوا) وقال عليه السلام : « التُّرَابُ كافيكَ مَالَمْ تَجِدِ الماءَ » فاشترط أن لايجد الماء ، ولأن التيمم طهارة ضرورة ، ولا يرفع الحدث ، فلا يجوز إلا عند الضرورة ، ومع وجود الماء لاضرورة .

فصـــل

وإذا وجَدَ الُجنبُ مايكفي بعض أعضائه لزمه استعمالهُ ، ويتيمّمُ للباقي ، نص عليه أحمد فيمن وجد مايكفيه لوضوئه ، وهو جنب ، قال : يتوضأ ويتيمّمُ . وبه قال عبدة بن أبي لُبابة ، ومَعْمَرٌ ، ونحوَه قال عطاء ، وهو أحد قول الشافعيّ . وقال الحسنُ والزهريّ ، وحماد ، ومالك ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر والشافعيّ ، في القول الثاني ، يتيمم ويتركه ، لأن هذا الماء لايُطهّره ، فلم يلزمه استعماله كالمستعمل .

ولنا : قوله تعالى (فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَيَمَّمُوا) وخبر أبي ذرّ شَرَطَ في التيمُّم عدم الماء ، وهذا واجد ، وقال النبي ﷺ : « إذَا أمَرْتُكُمْ بأمْرٍ فأْتُوا منه مااسْتَطَعْتُمْ » رواه البخاريّ ، ولأنّه وجَدَ من الماء ما يُمكنه استعماله في بعض جسده ، فلزمه ذلك كما لو كان أكثر بدنه صحيحاً وباقيه جَريحاً ، ولأنه قدر على بعض الشرط فلزمه ، كالسُّترة ، وإزالة النجاسة . وإذا كان أكثرُ بدنه صحيحاً ، ولانُسَلِّمُ الحكم في المستعمل : وإن سلمنا فلأنّه لايُطهِّر شيئاً منه بخلاف هذا .

إذا ثبت هذا فإنه يَستعمل الماء قبل التيمم ليتحقق الإعواز المشترط .

فصـــل

وإن وَجَد المُحدث الحدث الأصغر بعض مايكفيه : فهل يلزمه استعماله ؟ على وجهين .

أحدهما : يلزمه استعماله لما ذكرنا في الجُنب ، ولأنه قدر على بعض الطهارة بالماء ، فلزمه كالجُنب ، وكما لو كان بعض بدنه صحيحاً ، وبعضه جريحاً .

والثاني : لايلزمه : لأن الموالاة شرط فيها . فإذا غسل بعض الأعضاء دون بعض لم يفد ، بخلاف الجنابة ، ولذلك إذا وجد الماء لزمه غَسْلُ مالم يَغْسِلهِ فقط . وفي الحدث يلزمه استئناف الطهارة ، وفارق ماإذا كان بعض أعضائه صحيحاً ، وبعضه جريحاً ، لأن العجز ببعض البدن يُخالف العجز ببعض الواجب ، بدليل أن مَنْ بعضُه حُرٌ إذا ملك رَقَبَةً لزمه إعتاقها في كفارته . ولو ملك الُحرُّ بعض رقبة لم يلزمه إعتاقه وللشافعيّ قولان كالوجهين .

فصـــل

ومن حال بينه وبين الماء سبع ، أو عدوّ ، أو حريق ، أو لصّ ، فهو كالعادم ، ولو كان الماء بمجمع

الفُسّاق تخاف امرأة على نفسها منهم ، فهى عادمتُه . وقد توقف أحمد عن هذه المسألة . وقال ابن أبى موسى : تتيمَّمُ ، ولا إعادة عليها فى أصح الوجهين . والصحيح : أنهـا تتيمم ولا إعادة عليها وجهاً واحـداً ، بل لايَحلّ لها المضىُّ إلى المـاء ، لمـا فيه من التعرُّض للزنا ، وهَتْك نفسها ، وعِرْضها ، وتنـكيس رؤوس أهلها ، وربما أفضى إلى قتلها . وقد أبيح لها التيمم حفظاً للقليل من مالها المباَح لها بذلهُ ، وحفظاً لنفسها من مرض ، أو تباطؤ بُرْء ، فههنا أولى . ومن كان فى موضع عند رَحْله ، نخاف إن ذهب إلى الماء ذهب شىء من رَحْله ، أو شَرَدتْ دابتُه أو سُرقت ، أو خاف على أهله لصاً ، أو سبعاً خوفاً شديداً ، فهو كالعادم ، ومن كان خوفه جُبْنـاً لاعن سبب يُخاف من مثله ، لم تُجزِه الصـلاة بالتيمُّم . نص عليه أحمـد فى رَجُل يَخافُ بالليل ، وليس شىء يُخاف منه ، فقال : لابد من أن يتوضَّأ . ويحتمل أن تباح له بالتيمُّم ، ويعيد إذا كان ممن يشتد خوفُه ، لأنه بمنزلة الخائف لسبب . ومن كان خوفه لسبب ظَنَّه فتبيَن عـدمُ السبب ، مثلُ من رأى سَواداً بالليـل ظَنَّه عدواً ، فتبين له أنه ليس بعـدوّ ، أو رأى كلباً فظنه أسـداً أو نمراً ، فتيمم ، وصلى ثم بان خلافه ، فهل يلزمه الإعادة ؟ على وجهين .

أحدهما : لا يلزمه الإعادة : لأنه أتى بما أمر به نخرج عن عهدته .

والثانى : يلزمه الإعادة : لأنه تيمم من غير سبب يُبيح التيمم . فأشبه من نسى الماء فى رحله وتيمم .

فصـــــل

ومن كان مريضاً لا يقـدر على الحركة ، ولا يجد من يُناوله المـاء ، فهو كالعادم . قاله ابن أبى موسى . وهو قول الحسن ، لأنه لاسبيل له إلى الماء ، فأشبه من وجد بئراً ليس له مايستقى به منها ، وإن كان له من يُناوله الماء قبل خروج الوقت فهو كالواجـد ، لأنه بمنزلة من يجد مايستقى به فى الوقت ، وإن خاف خروج الوقت قبل مجيئه ، فقال ابن أبى موسى : له التيمم ، ولا إعادة عليه . وهو قول الحسن لأنه عادم فى الوقت ، فأشبه العادم مطلقاً . ويحتمل أن ينتظر مجىء من يناوله ، لأنه حاضر ينتظر حصول الماء قريباً . فأشبه المشتغل باستقاء الماء وتحصيله .

فصـــــل

إذا وجد بئراً وقدر على التوصُّل إلى مائها بالنزول من غير ضرر ، أو الاغتراف بدلو أو ثوب يَبُـلُّه ثم يعصره ، لزمه ذلك . وإن خاف فوت الوقت ، لأن الاشتغال به كالاشتغال بالوضوء . وحـكم مَن فى السفينة فى الماء كحـكم واجد البئر ، وإن لم يمـكنه الوصول إلى مائهـا إلا بمشقة أو تغرير بالنفس فهو كالعادم . وهذ قول الثورى والشافعىّ ، ومن تبعهم ، ومن كان الماء قريباً منه ، يُمـكنه تحصيله إلا أنه يخاف فوت الوقت ، لزمه السعى إليه ، والاشتغال بتحصيله ، وإن فات الوقت ، لأنه واجد للماء فلا يُباح له التيمم لقوله تعالى (فلم تَجِدُوا ماءً فتيَمَّمُوا) .

فصـــل

وإن بُذِلَ له ماء لطهارته لزمه قبوله ، لأنه قَدَر على استعماله ، ولا مِنَّةَ فى ذلك فى العادة ، وإن لم يجده إلا بثمن لايَقْدِرُ عليه فبُذل له الثمن لم يلزمه قبولهُ ، لأن المِنَّةَ تلحق به ، وإن وجدهُ يباع بثمن مثله فى موضعه ، أو زيادة يسيرة يقدرُ على ذلك مع استغنائه عنه لقُوتِهِ ومُؤْنةِ سَفَرِه . لزمه شراؤه . وإن كانت الزيادة كثيرة تُجحف بماله . لم يلزمه شراؤه ، لأن عليه ضرراً . وإن كانت يسيرةً لاتُجحف بماله ، فقد توقف أحمد فيمن بُذل له ماء بدينار ومعه مائة . فيحتمل إذن وجهين :

(أحـدهما) يلزمه شراؤه : لأنه واجـد للماء قادر عليه ، فيلزمه استعماله بدلالة قوله تعالى : (فَـلَمْ تَجِدُوا ماءً فتيَمَّمُوا) .

(والثـانى) لايلزمه شراؤه : لأن عليه ضرراً فى الزيادة الـكثيرة ، فـلم يلزمه بذلُهـا ، كما لو خاف لصًّا يأخذُ من ماله ذلك المقدار . وقال الشافعىّ : لايلزمه شراؤه بزيادة يسيرة ، ولا كثيرة ، لذلك .

ولنـا : قول الله تعالى : (فَـلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا) وهذا واجد ، فإن القدرة على ثمن العين كالقدرة على العين فى المنع من الانتقال إلى الْبَدَل ، بدليل مالو بيعت بثمن مثلها ، وكالرقبة فى كفارة الظهار ، ولأن ضرر المال دون ضرر النفس ، وقد قالوا فى المريض : يلزمه الْغُسل ، مالم يخف التلف ، فتحمل الضرر اليسير فى المال أحرى ، فإن لم يكن معه ثمنُه فبُذل له بثمن فى الذمّة يقدر على أدائه فى بلده . فقال القاضى : يلزمه شراؤه ، لأنه قادر على أخذه بما لامضرة فيه . وقال أبو الحسن الآمدىّ : لايلزمه شراؤه ، لأن عليه ضرراً فى بقاء الدين فى ذمته ، وربما يتلَف ماله قبل أدائه ، وإن لم يـكن فى بلده مايؤدِّى ثمنه لم يلزمه شراؤه ، لأن عليه ضرراً . وإن لم يبذلهُ له ــ وكان فاضلا عن حاجته ــ لم يَجُزْله مكاثرته عليه[1] لأن الضرورة لاتدعو إليه ، لأن هذا له بدل وهو التيمم ، بخلاف الطعام فى المجاعة[2] .

فصـــل

إذا كان معه ماء فأراقه قبل الوقت ، أو مَرّ بماء قبل الوقت فتجاوزه وعَدِم الماء فى الوقت ، صَلَّى بالتيمم من غير إعادة ، وبه يقول الشافعىّ ، وقال الأوزاعىّ : إن ظن أنه يُدرك الماء فى الوقت ، كقولنا ، وإلا صلّى بالتيمُّم . وعليه الإعادة . لأنه مُفرّط .

---

(١) المكاثرة : المغالبة ، أى لايجوز له أخذه منه بالغلبة والقوة .

(٢) بخلاف الطعام فى المجاعة ، فإن الزائد عن حاجة صاحب الطعام تجوز مكاثرته ومغالبته عليه . وأخذه بالقوة لأن فى أخذه إحياء النفس وليس له بدل ، بخلاف الماء فله بدل وهو التيمم .

ولنا : أنه لم يجب عليه استعماله، فأشبه مالو ظن أنه يُدرك الماء فى الوقت وإن أراق الماء فى الوقت ، أو مرّ به فى الوقت فلم يستعمله ، ثم عدم الماء ، تيمَّم ويُصلِّى وفى الإعادة وجهان :

(أحدهما) لايُعيد : لأنه صلَّى بتيمُّم صحيح ، وتحققت شرائطه، فهو كما لو أراقه قبل الوقت .

(والثانى) يُعيد : لأنه وجبت عليه الصلاة بوضوء ، وهو قد فوّت القدرة على نفسه ، فبقى فى عُهدة الواجب ، وإن وهبه بعد دخول الوقت لم تصحّ الهبة ، والماء باق على مِلكه . فلو تيمَّمَ مع بقاء الماء لم يصحّ تيمُّمه ، وإن تصرف فيه الموهوب له فهو كما لو أراقه(١) .

فصـــــل

إذا نسى الماء فى رحله أو موضع يمكنه استعماله ، وصلَّى بالتيمم . فقد توقف أحمد رحمه الله فى هذه المسألة، وقطع فى موضعٍ أنه لايجزئه . وهو قول الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : يُجزئه ، وعن مالك كالمذهبين ، لأنه مع النسيان غير قادر على استعمال الماء ، فهو كالعادم .

ولنا : أنها طهارة تجب مع الذِّكْر ، فلم تسقط بالنسيان ، كما لو صلَّى ناسياً لحدثه . ثم ذكر ، أو صلَّى الماسحُ ، ثم بان له انقضاء مدة المسح قبل صلاته . ويُفارق ماقاسوا عليه ، فإنه غير مُفرِّط ، وههنا هو مفرِّط بترك الطلب .

فصـــــل

وإن ضل عن رحله الذى فيه الماء ، أو كان يعرف بئراً فضاعت عنه، ثم وجدها ، فقال ابن عقيل : يحتمل أن يكون كالناسى ، والصحيح : أنه لا إعادة عليه . وهو قول الشافعىّ ،لأنه ليس بواجد للماء ، فيدخل فى عموم قوله تعالى : (فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَيَمَّمُوا) ولأنه غير مُفرّط، بخلاف الناسى . وإن كان الماء مع عبده ، فنسيه العبد حتى صلَّى سيِّدُه ، احتمل أن يكون كالناسى ، واحتمل أن لايعيد ، لأن التفريط من غيره .

فصـــــل

إذا صلَّى ثم بان أنه كان بقربه بئر ، أو ماء ، نُظِر ، فإن كانت خفيَّةً بغير علامة ، وطلب ، فلم يجدها ، فلا إعادة عليه ، لأنه غيرُ مفرّط ، وإن كانت أعلامُه ظاهرة فقد فرَّط ، فعليه الإعادة .

« مسألة » قال ﴿ والاختيار تأخير التيمم ﴾ .

ظاهر كلام الخِرقىّ : أن تأخير التيمم أولى بكلّ حال ، وهو المنصوص عن أحمد ، ورُوى ذلك

---

(١) ينبغى أن يقيد الحكم هنا بكونه وهبه ظاناً وجود الماء له .

عن عليّ ، وعطاء ، والحسن ، وابن سيرين ، والزهريّ ، والثوريّ ، وأصحاب الرأى . وقال أبو الخطاب : يُستحبّ التأخير ، إن رَجَا وجود الماء ، وإن يئس من وجوده استُحِبّ تقديمه ، وهو قول مالك . وقال الشافعيّ فى أحد قوليه : التقديم أفضل ، إلا أن يكون واثقاً بوجود الماء فى الوقت . لأنه لايستحبُّ ترك فضيلة أول الوقت ، وهى مُتحققّة لأمرٍ مظنون .

ولنا : قول عليّ رضى الله عنه فى الْجُنُب : يَتَلَوَّمُ مابينه وبين آخر الوقت ، فإن وجد الماء وإلا تيمّم . ولأنه يُستحبُّ التأخير للصلاة إلى بعد العشاء ، وقضاء الحاجة ، كيلا يذهب خشوعها ، وحضورُ القلب فيها ، ويستحبُّ تأخيرها لإدراك الجماعة . فتأخيرُها لإدراك الطهارة المُشترطة أولى .

« مسألة » قال ﴿ فإن تيمم فى أول الوقت ، وصلَّى أجزأه ، وإن أصاب الماء فى الوقت ﴾ .

وجملة ذلك : أن العادم للماء فى السفر إذا صلى بالتيمم ثم وجد الماء ، إن وجده بعد خروج الوقت فلا إعادة عليه إجماعاً . قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من تيمم ، وصلى ثم وجد الماء بعد خروج وقت الصلاة أن لا إعادة عليه . وإن وجده فى الوقت لم يلزمه أيضاً إعادة سواء يَئِسَ من وجود الماء فى الوقت ، أو غلب على ظنِّه وجودُه فيه . وبهذا قال أبو سَلَمة ، والشعبيّ ، والثوريّ ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وقال : عطاء ، وطاوس ، والقاسم بن محمد ، ومكحول ، وابن سيرين ، والزهرى ، وربيعة : يُعيد الصلاة .

ولنا : ما رَوى أبو داود ، عن أبى سعيد : أن رَجُلَيْنِ خَرَجَا فى سَفَرٍ فَحَضَرَتِ الصلاةُ ، وليس معهما ماء ، فتيمَّمَا صعيداً ، فصلّيا ، ثم وجدا الماء فى الوقت ، فأعاد أحدهما الوضوء والصلاة ، ولم يُعد الآخر ، ثم أتيا رسول الله ﷺ فذكرا له ذلك . فقال للذى لم يُعِد : أصبت السُّنَّة ، وأجزأتك صلاتك ، وقال للذى أعاد : لك الأجرُ مرّتين » واحتجّ أحمد بأن ابن عمر تيمّم وهو يرى بيوت المدينة ، وصلّى العَصر ، ثم دخل المدينة ، والشمس مرتفعة فلم يُعد ، ولأنه أدى فرضه كما أُمر ، فلم يلزمه الإعادة . كما لو وجده بعد الوقت ، ولأن عدم الماء عذرٌ معتاد ، فإذا تيمَّم معه يجب أن يسقط فرضُ الصلاة ، كالمرض ، ولأنه أسقط فرض الصلاة ، فلم يَعُد إلى ذمّته ، كما لو وجده بعد الوقت .

« مسألة » قال ﴿ والتيمُّم ضربة واحدة ﴾ .

المسنون عند أحمد : التيمُّم بضربة واحدة ، فإن تيمَّم بضربتين جاز . وقال القاضى : الإجزاء يحصُل بضربة ، والكمال ضربتان . والمنصوص ما ذكرناه . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : التيمم ضربة واحدة ؟ فقال : نعم ، ضربة للوجه والكفَّيْن ، ومن قال ضربتين ، فإنما هو شىء زاده . قال الترمذىّ : وهو قول غير واحد من أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم : منهم علىّ ، وعمّار ، وابن عباس ، وعطاء ، والشعبىّ ، ومكحول ، والأوزاعىّ ، ومالك ، وإسحاق . قال الشافعىّ : لا يُجزىء التيمم إلا

بضربتين ، للوجه ، واليدين إلى المرفقين . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وابنه سالم ، والحسن ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى . لما رَوى ابن الصِّمَّة : « أنّ النبى ﷺ تيمَّم ، فمسح وجهه ، وذراعيه » . وروى ابن عمر ، وجابر ، وأبو أُمامةَ : « أنّ النبى صلى الله عليه وسلم قال : « التيمُّمُ ضَرْبَةٌ لِلْوَجْهِ ، وضَرْبَةٌ لِلْيَدَيْنِ إلى المِرْفَقَيْنِ » ولأنه بدل يؤتى به فى محلّ مُبْدَلِه . وكان حدّه عنهما واحداً كالوجه .

ولنا : ما رَوى عمّار قال : « بَعَثَنِي النبىُّ ﷺ فى حاجَةٍ . فأَجْنَبْتُ ، فلم أجد الماء ، فتمرغتُ فى الصعيد ، كما تَمَرَّغ الدابةُ ، ثم أتيتُ النبىّ صلى الله عليه وسلم . فذكرتُ ذلك له ، فقال : إنَّما كان يَكْفِيكَ أن تقول بِيَدَيْكَ هكذا : ثم ضَرَبَ بِيَدَيْهِ الأرضَ ضَرْبَةً وَاحِدَةً ، ثم مَسَحَ الشِّمالَ على اليمين ، وظاهرَ كَفَّيْهِ ، ووجْهَهُ » متفق عليه . ولأنه حكم عُلِّقَ على مُطلق اليدين فلم يدخُل فيه الذراع ، كقطع السارق ، ومس الفرج . وقد احتج ابنُ عباس بهذا فقال : « إن الله تعالى قال فى التيمم : فامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ) وقال : (والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) وكانت السُّنّة فى القطع من الكفين ، إنما هو الوجه والكفان ، يعنى التيمم .

وأما أحاديثهم فضعيفة . قال الخَلاّل : الأحاديث فى ذلك ضعيفة جدًّا . ولم يرو منها أصحاب السنن إلا حديث ابن عمر . وقال أحمد : ليس بصحيح عن النبى ﷺ ، إنما هو عن ابن عمر ، وهو عندهم حديث مُنكر . وقال الخطَّابى : يرويه محمدُ بن ثابت ، وهو ضعيف . وقال ابن عبد البرّ : لم يروه غير محمد بن ثابت ، وبه يُعرف ، ومن أجله ضَعُف عندهم ، وهو حديث منكر . وحديث ابن الصِّمة صحيح ، لكن إنما جاء فى المتفق عليه « فَمَسَحَ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ »[1] فيكون حُجَّةً لنا . لأن ما عُلِّق على مُطلق اليدين لا يتناول الذراعين .

ثم أحاديثهم لاتعارض حديثنا . فإنها تدلُّ على جواز التيمم بضربتين ، ولا ينفى ذلك جوازَ التيمم بضربة ، كما أن وضوء النبى ﷺ ثلاثاً ثلاثاً لاينفى الإجزاء بمرّة واحدة .

وإن قيل : فقد رُوى فى حديث عمار « إلى المِرْفَقَيْنِ ويحتمل أنه أراد بالكفين اليدين إلى المرفقين :

قلنا : أما حديثه إلى المرفقين فلا يُعوّل عليه ، إنما رواه سَلَمة ، وشَكّ فيه ، فقال له منصور . ماتقول فيه ، فإنه لا يذكر الذراعين أحدٌ غيرُك ؟ فشكّ ، وقال لا أدرى ، أَذَكَرَ الذراعين ، أم لا ؟ قال ذلك النسائىّ . فلا يثبُت مع الشك . وقد أنكر عليه ، وخالف به سائر الرواة الثقات . فكيف يُلتفت إلى مثل هذا ؟ وهو لو انفرد لم يُعوّل عليه ، ولم يحتجّ به .

وأما التأويل فباطل لوجوه :

---

(١) حديث ابن الصمة : « فمسح وجهه وذراعيه » لا يديه ، كما قال الشارح ، فيكون دليلا على مسح الذراعين ومسح الكفين .

أحدها : أن عماراً الراوىَ له ، الحاكىَ لفعل النبى ﷺ أفتى بعد النبى صلى الله عليه وسلم فى التيمُّم للوجه ، والـكفين ، عملاً بالحديث . وقد شاهد فعلَ النبىِّ صلى الله عليه وسلم . والفعلُ لا احتمال فيه .

والثانى : أنه قال ضربة واحدة ، وهم يقولون ضربتان .

والثالث : لا نعرف فى اللغة التعبير بالـكفين عن الذراعين(١) .

والرابع : أن الجمع بين الخبرين بما ذكرناه ، من أن كلَّ واحد من الفعلين جائز أقربُ من تأويلهم ، وأسهل ، وقياسُهم ينتقِض بالتيمُّم عن الغُسل الواجب ، فإنه ينقصُ عن المُبدل(٢) . وكذلك فى الوضوء فإنه فى أربعة أعضاء . والتيمُّم فى عضوين ، وكذا نقول فى الوجه . فإنه لا يجب مسح ما تحت الشعور الخفيفة ، ولا المضمضة والاستنشاق .

فصــــل

ولا يختلف المذهب أنه يُجزىء التيم بضربة واحدة ، وبضربتين ، وإن تيمم بأكثر من ضربتين جاز أيضاً ؛ لأن المقصود إيصالُ التراب إلى محلّ الفرض ، فكيفما حصل جاز كالوضوء .

فصــــل

فإن وصل التراب إلى وجهه ، ويديه ، بغير ضرب ، نحو أن يسفى الريح عليه غباراً يعمُّه ، فإن كان قصد ذلك ، وأحضر النية احتمل أن يُجزئه ، كما لو صمد للمطر حتى جرى على أعضائه ، والصحيح أنه لا يُجزئه لأنه لم يمسح به . وقد أمر الله تعالى بالمسح به ، فإن مسح وجهه بما على وجهه احتمل أن يُجزئه ، لأنه مَسْحٌ بالتراب ، واحتمل أن لا يُجزئه ؛ لأن الله تعالى أمر بقصد الصعيد ، والمسح به ، ولم يأخذ الصعيدَ ؛ وإن لم يكن قصد الريح ، ولا صمد لها ، فأخذ غير ما على وجهه ، فمسح وجهه به ، جاز ؛ وإن أمرَّ ما على وجهه لم يُجزه ، لأنه لم يأخذ التراب لوجهه .

فصــــل

إذا علا على يديه تراب كثير لم يكره نفخُه ، فإن فى حديث عمّار « أن النبىَّ ﷺ ضَرَبَ بِكَفَّيهِ

---

(١) حديث ابن الصمة فيه : « ومسح وجهه وذراعيه » فلا داعى لهذا الاستدلال .

(٢) معنى أن قياسهم ينتقض بالتيمم عن الغسل الواجب فإنه ناقص عن المبدل ، أن القائلين بأن التيمم ضربتان : ضربة للوجه ، وضربة لليدين ، يعللون رأيهم بأن المسح فى التيمم إذا كان للوجه والـكفين فقط يكون ناقصاً عن الوضوء ، وهو الأصل الذى كان التيمم بدلا منه ، فإن فى الوضوء غسل اليدين إلى المرفقين ، فينبغى أن يكون البدل مطابقاً للمبدل منه ، فرد عليهم ابن قدامة : بأن الغسل الواجب يعم البدن فيه بالماء ، والتيمم له مسح الوجه واليدين فقط ، فهو ناقص عنه ؛ وأيضاً الوضوء ليس غسل الوجه واليدين فقط ؛ وإنما مع ذلك مسح الرأس وغسل الرجلين ؛ فهو ناقص عن المبدل منه على رأيكم أيضاً .

الأرضَ ، ونفخ فيهما » قال أحمـدُ : لايضرُّهُ فَعَلَ ، أو لم يفعل ، وإن كان خفيفاً ، فقال أصحابنا : يُكره نفخُهُ روايةً واحدةً . فإن ذهب ما عليها بالنفخ لم يُجزه ، حتى يعيدَ الضرب ، لأنه مأمور بالمسح بشيء من الصعيد .

« مسألة » قال ﴿ يَضْربُ بيديه على الصعيد الطيِّب ، وهو التراب ﴾ .

وجملة ذلك : أنه لايجوز التيمُّ إلا بتراب طاهر ، ذى غُبار ، يَعْلَقُ باليد ؛ لأن الله تعالى قال : (٥ : ٦ فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً ، فامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ) قال ابن عباس : الصعيدُ تراب الحَرْثِ » وقيل فى قوله تعالى (١٨ : ٤٠ فَتُصْبِحَ صَعِيداً زَلَقاً) تراباً أملس ، والطيِّب : الطاهر ، وبهذا قال الشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، وداود . وقال مالك ، وأبو حنيفة : يجوز بكل حال ما كان من جنس الأرض ، كالنُّورة ، والزَّرنيخ ، والحجارة . وقال الأوزاعىّ : الرمل من الصعيد ، وقال حمّاد بن أبى سُلَيمان : لا بأس أن يتيمم بالرُّخام ، لما رَوى البخارىّ عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « جُعِلَتْ لِيَ الأرْضُ مَسْجِداً وطَهُوراً » . وعن أبى هريرة : « أنَّ رَجُلاً أتى النبىَّ صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، إنَّا نَكُونُ بالرَّمْلِ فتُصِيبُنَا الجَنَابَةُ ، والحَيْضُ ، والنِّفَاسُ ، ولا نجد الماء أربعة أشهر ، أو خمسة أشهر ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : عليكم بالأرض » وإنه من جنس الأرض ، فجاز التيمم به كالتراب .

ولنا : الآية . فإن الله سبحانه أمر بالتيمم بالصعيد ، وهو التراب[1] ، فقال (فامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ) ولا يحصل المسح بشيء منه ، إلا أن يكون ذا غبار ، يَعْلَقُ باليد . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « أُعْطِيتُ مَا لَمْ يُعْطَ نَبِيٌّ مِنْ أَنْبِيَاءِ اللهِ ، جُعِلَ لِيَ التُّرابُ طَهُوراً » وذكر الحديث . رواه الشافعىّ فى مُسنده . ولو كان غيرُ التراب طهوراً لذكره فيما مَنَّ الله تعالى به عليه . وقد رَوى حُذَيفةُ أن النبىّ ﷺ قال : « جُعِلَتْ لِيَ الأرْضُ مَسْجِداً وتُرَابُهَا طَهُوراً[2] » ولأن الطهارة اختصت بأعم المائعات وجوداً وهو الماء . فتختص بأعم الجامدات وجوداً وهو التراب ، وخبر أبى ذَرّ نخُصُّه بحديثنا . وخَبرُ أبى هريرة يرويه المُثَنَّى بن الصبّاح وهو ضعيف .

فصـــــل

وعن أحمد رواية أخرى فى السَّبِخَة والرَّمل : أنه يجوز التيمُّ به . قال أبو الحرث : قال أحمد : أرض الحَرْث أحَبُّ إلىّ ، وإن تيمَّمَ من أرض السَّبخة أجزأه ؛ قال القاضى : المواضع الذى أجاز التيمُّمَ بها إذا كان لها غُبار ، والمواضع الذى مَنع إذا لم يكن لها غبار . قال ويُمكن أن يقال فى الرمل مثلُ

(١) يطلق الصعيد على التراب ، وعلى وجه الأرض ، فالدليل لايصلح لأنه ليس نصاً فى المدلول عليه .

(٢) النص على أن ترابها طهور ، لايمنع أن يكون غيره مما على وجه الأرض طهوراً أيضاً .

ذلك . وعنه أنه يجوز ذلك مع الاضطرار خاصَّةً . قال : وفي رواية سنديّ : أرض الْحَرْث أجود من السَّبَخ ، ومن موضع النُّورة ، والْحَصَى ، إلا أن يُضطرّ إلى ذلك ، فإن اضطرّ أجزأه . قال الخلاّل : إنما سَهَّل أحمدُ فيها إذا اضطُرّ إليها ، إذا كانت غَبِرَةً كالتراب . فأما إذا كانت قَلِحَةً كالملح ، فلا يتيمَّمُ بها أصلاً . وقال ابن أبي موسى : يتيمَّمُ عند عدم التراب ، بكلِّ طاهر تصاعد على وجه الأرض ، مثل الرمل ، والسبخة ، والنورة ، والكحل ، وما في معنى ذلك ، ويُصَلِّي ، وهنا يُعيد على روايتين .

فصـــل

فإن دقّ الْخزَفَ ، أو الطين المحروقَ ، لم يجُز التيممُ به . لأن الطبخ أخرجه عن أن يقع عليه اسم التراب . وكذا إن نحتَ المَرْمَرَ ، والكذّان ، حتى صار غباراً ، لم يجُز التيمّم به ، لأنّه غيرُ تراب ، وإن دقّ الطين الصُّلْبَ كالْإِرْمِنِيِّ جاز التيمّم به ، لأنه تراب .

فصـــل

فإن ضرب بيده على لِبْدٍ ، أو ثوب ، أو جُوالق ، أو بَرْذَعَةٍ ، أو في شعير فَعَلِقَ بيديه غبار ، فتيمم به ، جاز . نص أحمد على ذلك كلّه . وكلام أحمد يدل على اعتبار التراب حيثُ كان ، فعلى هذا لو ضرب بيده على صَخْرَةٍ ، أو حائط ، أو حيوان ، أو أي شيء كان ، فصار على يديه غبار ، جاز له التيمُّ به ، وإن لم يكن فيه غبار ، فلا يجوز . وقد روى ابن عمر : « أن النبيَّ ﷺ ضَرَبَ يَدَيْهِ عَلَى الْحَائِطِ وَمَسَحَ بِهِمَا وَجْهَهُ ، ثم ضَرَبَ ضَرْبَةً أُخْرَى فمسَحَ ذِرَاعَيْهِ » رواه أبو داود . ورَوى الأثرم ، عن عمر رضى الله عنه ، أنه قال : « لا يَتَيَمَّمُ بالثَّلْجِ ، فمن لم يجد فَضَفَةَ سَرْجه ، أو معْرَفَةَ دَابَّتَهِ » .

وأجاز مالك ، وأبو حنيفة ، التيمُّم بصخرة لا غُبار عليها ، وتراب نديّ ، لا يَعْلَقُ باليد منه غبار ، وأجاز مالك التيمُّ بالثلج ، والجبْس ، وكلِّ ما تصاعد على وجه الأرض ، ولا يجوز عنده التيمُّ بغُبار اللِّبْدِ ، والثوب ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم لما ضَرَبَ بِيَدِهِ نَفَخَهُمَا .

ولنا : قول الله تعالى : (فامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ) و « مِنْ » للتبعيض ، فيحتاج أن يمسح بجزء منه ، والنفخ لا يُزِيل الغبار الملاصق ، وذلك يكفي .

فصـــل

إذا خالط الترابَ مالا يجوز التيمم به ، كالنُّورة ، والزرنيخ ، والجِصّ ، فقال القاضي : حكمه حكم الماء إذا خالطته الطاهرات ، إن كانت الغلبة للتراب جاز ، وإن كانت الغلبة للمخالط لم يجُز ، وقال ابن عقيل يُمنع ، وإن كان قليلاً ، وهو مذهب الشافعيّ . لأنه ربما حصل في العضو ، فمنع وصول التراب إليه . وهذا فيما يَعْلَقُ باليد ، فأما مالا يعلق باليد فلا يُمنع . فإن أحمد : قد نَصّ على أنه يجوز التيمم من الشعير ، وذلك لأنه لا يحصل على اليد منه ما يحول بين الْغبار وبينها .

فصـــــل

إذا كان فى طين لايجد تراباً ، فحُـكى عن ابن عباس أنه قال : يأخذُ الطينَ فيَطْلى بهِ جسده ، فإذا جَفَّ تيمَّمَ به . وإن خاف فوات الوقت قبل جفافه ، فهو كالعادم . ويحتمل أنه إن كان يجفُّ قريباً انتظر جفافه ، وإن فات الوقت ، لأنه كطالب المـاء القريب ، والمُشتغل بتحصيله من بئر ، ونحوه . وإن لَطَّخَ وجهه بطينٍ لم يُجزه . لأنه لم يقـع عليه اسمُ الصعيد (١) . ولأنه لاغبار فيه ، أشبه الترابَ الندىّ .

فصـــــل

وإن عدم بكل حال صلَّى على حسب حاله ، وهذا قول الشافعىّ . وقال أبو حنيفة ، والثورىّ ، والأوزاعىّ : لا يُصلِّى حتى يَقدر ، ثم يقضى ، لأنها عبادة ، لا تُسقط القضاء . فلم تـكن واجبةً ، كصيام الحائض ، وقال مالك : لا يُصَـلِّى ، ولا يقضى ، لأنه عجز عن الطهارة ، فلم تجب عليـه الصلاة كالحائض . وقال ابن عبد البرّ : هذه رواية مُنـكرة عن مالك . وذكر عن أصحابه قولين :

(أحدهما) كقول أبى حنيفة (والثانى) يُصَـلِّى حسب حاله ، ويُعيد .

ولنا ما رَوى مسلم فى صحيحه : « أن النبى ﷺ بَعَثَ أُنَاساً لِطَلَبِ قِلَادَةٍ أَضَلَّتْهَا عَائِشَةُ ، فَحَضَرَتِ الصَّلَاةُ فَصَلَّوْا بِغَيْرِ وُضُوءٍ ، فأتوا النبىَّ صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك له ، فنزلت آية التيمم ، ولم ينـكر النبى ﷺ ذلك ، ولا أمرهم ، بالإعادة » فدلَّ على أنها غيرُ واجبة . ولأن الطهارة شرط ، فلم تؤخّر الصلاة عند عدمها ، كالسترة ، واستقبال القبـلة . وإذا ثبت هذا ، فإذا صلّى على حسب حاله ، ثم وجد المـاء ، أو التراب ، لم يلزمه إعادةُ الصلاة ، فى إحدى الروايتين ، والأخرى عليـه الإعادة . وهو مذهب الشافعىّ ، لأنه فقد شرط الصلاة ، أشبه ما لو صَلّى بالنجاسة ، والصحيح الأول ، لما ذكرنا من الخبر ، ولأنه أتى بما أُمِرَ فخرج عن عُهدته ، ولأنه شرط من شرائط الصـلاة ، فيسقُط عند العجز عنه ، كسائر شروطها وأركانها ، ولأنه أدَّى فرضه ، على حسبه ، فلم يلزمه الإعادة ، كالعاجز عن السترة ، إذا صلى عرياناً ، والعاجز عن الاستقبال ، إذا صلّى إلى غيرها ، والعاجزُ عن القيام إذا صلَّى جالساً . وقياس أبى حنيفة على الحائض ، فى تأخير الصيام لا يصحّ ، لأن الصوم يدخلُه التأخير ، بخلاف الصلاة ، بدليل أن المُسافر يُؤَخِّر الصوم دون الصـلاة ، ولأن عدم المـاء لو قام مَقَام الحيض لأسقط الصـلاة بالـكلّية . ولأن قياس الصلاة على الصلاة أولى من قياسها على الصيام ، وأما قياس مالك فلا يصحّ ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أَمَرْتُـكُمْ بأَمْرٍ فائْتُوا مِنْهُ ما اسْتَطَعْتُم » وقياس الطهارة على سائر شرائط الصلاة أولى من قياسها على الحائض . فإن الحيض أمر معتاد ، يتـكرر عادة ، والعجز ههنا عُذر نادر غيرُ

---

(١) هذا عند الحنابلة ، أما عند المالـكية فيجوز لأنهم يجيزون التيمم بكل ما على وجه الأرض كما سبق .

معتاد ، فلايصح قياسه على الحيض . ولأن هذا عُذر نادر فلم يُسقط الفرض ، كنسيان الصلاة ، وفقد سائر الشروط . والله تعالى أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وينوى به المكتوبة ﴾ .

لا نعلم خلافاً فى أن التيمّمَ لا يَصِحّ إلا بنية ، غيرَ ما حُكى عن الأوزاعىّ ، والحسن بن صالح : أنه يَصح بغير نيّة . وسائرُ أهل العلم على إيجاب النيّة فيه ، وممن قال ذلك ربيعة ، ومالك ، والليث ، والشافعىّ ، وأبو عُبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وذلك لما ذكرنا فى الوضوء ، وينوى استباحة الصلاة . فإن نوى رفع الحدث ، لم يصحّ . لأنه لا يرفع الحدث ، قال ابن عبد البرّ : أجمع العلماء على أن طهارة التيمُّم لاترفع الحدث . إذا وُجد الماء ، بل متى وَجَدَه أعاد الطهارة ، جُنُباً كان أو مُحْدِثاً وهذا مذهب مالك ، والشافعىّ وغيرهما . وحُكى عن أبى حنيفة أنّه يَرفع الحَدث . لأنه طهارة عن حدث يبيح الصلاة . فيرفع الحدث ، كطهارة الماء .

ولنا : أنه لو وجد الماء لزمه استعماله لرفع الحدث ، الذى كان قبل التيمم ، إن كان جنباً أو محدثاً ، أو امرأةً حائضاً ، ولو رفع الحدث لاستوى الجميع ، لاستوائهم فى الوُجدان ، ولأنها طهارة ضرورة ، فلم تَرفع الحدث ، كطهارة المستحاضة ، وبهذا فارق الماء .

إذا ثبت هذا فإنّه إن نَوى بتيممه فَريضةً ، فله أن يُصَلِّى ما شاء من الفرض والنفل ، سواء نوى فريضة معينة أو مطلقة . فإن نوى نفلا ، أو صلاة مُطلقة ، لم يَجُز أن يصلى به إلا نافلةً . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : له أن يُصَلِّى ما شاء ، لأنها طهارة يَصحّ بها النفل . فصحّ بها الفرض ، كطهارة الماء .

ولنا : قول النبى ﷺ : « إنمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وإنمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ ما نَوَى » وهذا لم ينو الفرض ، فلا يكون له . وفارق طهارة الماء ، لأنها ترفعُ الحدث المانع من فعل الصلاة . فيُباح له جميع ما يمنعه الحدث . ولا يلزم استباحة النفل بنية الفرض ، لأن الفرض أعلى مافى الباب ، فنيّتُه تضمَّنت نية مادونه ؛ وإذا استباحه استباح مادونه تبعاً .

فصل

إذا نوى الفرض استباح كلَّ ما يُباح بالتيمُّم ، من النفل قبل الفرض ، وبعده ، وقراءة القرآن ، ومسِّ المصحف ، واللُّبث فى المسجد ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : لا يتطوع قبل الفريضة بصلاة غير راتبة . وحُكى نحوه عن أحمد ، لأن النفل تَبعٌ للفرض ، فلا يتقدَّم المتبوعَ .

ولنا : أنه تطوُّعٌ فأبيح له فعله ، إذا نوى الفرض ، كالسنن الراتبة وكما بعد الفرض .

وقوله : إنه تبع ؛ قلنا : إنما هو تبع فى الاستباحة ، لافى الفعل ، كالسنن الراتبة ، وقراءة القرآن ، وغيرها . وإن نوى نافلةً أبيحتْ له ، وأبيح له قراءة القرآن ، ومس المصحف ، والطواف ، لأن النافلة آكدُ من ذلك كلِّه ؛ لأن الطهارتين مشتَرَطتَان لها بالإجماع ، وفى اشتراطهما لما سواها خلاف ، فيدخل الأدنى فى الأعلى ، كدخول النافلة فى الفريضة ، ولأن النفل يشتمل على قراءة القرآن ، فنية النفل تشمله . وإن نوى شيئاً من ذلك لم يُبَحْ له التنفل بالصلاة ، لأنه أدنى ، فلا يَستبيح الأعلى بنيته ، كالفرض مع النفل . وإن تيمم للطواف أبيح له قراءة القرآن ، واللبث فى المسجد ، لأنه أعلى منهما فإنه صلاة . ويُشترط له الطهارتان . وله نفل وفرض ، ويدخلُ فى ضمنه اللُّبث فى المسجد . لأنه لا يكون إلا فى المسجد . وإن نوى أحدهما لم يستبح الطواف ، لأنه أعلى منهما . وإن نوى فرض الطواف استباح نفله . وإن نوى نفله ، لم يستبح فرضه كالصلاة . وإن نوى بتيمّمه قراءة القرآن ، لكونه جنباً ، أو اللُّبث فى المسجد أو مسَّ المصحف لم يَستبح غيرَ ما نواه ، لقوله ﷺ : « وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى » ولأنه لم ينو ذلك ، ولا ما هو أعلى منه ، فلم يستبيحه ، كما لا يَستبيح الفرض إذا لم ينوه .

فصـــل

وإن تيمم الصبى لإحدى الصلوات الخمس ، ثم بلغ ، لم يستبح بتيمُّمه فرضاً ، لأن ما نواه كان نفلاً . ويُباح أن يتنفّل به ، كما لو نوى به البالغُ النفل . فأما إن توضأ قبل البلوغ ، ثم بلغ ، فله أن يصلِّيَ فرضاً . ونفلا . لأن الوضوء للنفل يبيح فعل الفرض .

« مسألة » ﴿ فيمسح بهما وجهه وكفيه ﴾ .

لا خلاف فى وجوب مسح الوجه ، والكفين ؛ لقول الله تعالى (٥ : ٦ فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ) ويجب مسح جميعهما ، واستيعاب ما يأتى عليه الماء منهما ، لا يسقط منها إلا المضمضة ، والاستنشاق ، وما تحت الشعور الخفيفة ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال سليمان بن داود : يجزئه إن لم يُصب إلا بعض وجهه ، وبعض كفيه .

ولنا : قوله تعالى : (فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ) والباء زائده ، فصار كأنه قال : فامسحوا وجوهكم ، وأيديكم منه . فيجب تعميمهما ، كما يجب تعميمهما بالغَسْل ، لقوله : (فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ) فيضرب ضربةً واحدةً ، فيمسح وجهه بباطن أصابع يديه ، وظاهر كفيه إلى الكوعين ، بباطن راحتيه . ويستحب أن يمسح إحدى الراحتين بالأخرى ، ويُخَلِّل بين الأصابع ، وليس بفرض . لأن فرض الراحتين قد سقط بإمرار كلّ واحدة على ظهر الكفّ . قال ابن عقيل : رأيت التيمُّم بضربة واحدة قد أسقط ترتيباً مستحقاً فى الوضوء ، وهو أنه يُعتدُّ بمسح باطن يديه ، قبل

مسح وجهه ، وكيفما مسح بعد استيعاب محلّ الفرض أجزأه ، ســواء كان بضربة ، أو ضربتين ، أو ثلاث ، ، أو أكثر .

فصـــــل

وإن تيمم بضربتين للوجه ، واليدين إلى المرفقين ، فإنه يمسحُ بالأولى وجهه ، ويمسح بالثانية يديه . فيضع بطون أصابع يده اليسرى على ظهور أصابع يده اليمنى ، ويمرها على ظهر الكف . فإذا بلغ الكوع قبض بأطراف أصابعه على حرف الذراع ، ويمرها إلى مرفقه ، ثم يدير بطن كفه إلى بطن الذراع ويمرها عليه ، ويرفع إبهامه . فإذا بلغ الكوع أمر الإبها على ظهر إبهام يده اليمنى ، ويمسح بيـده اليمنى يده اليسرى كذلك ، ويمسحُ إحدى الراحتين بالأخرى ، ويخلل بين أصابعهما ، ولو مسح إلى المرفقين بضربة واحدة أو ثلاث ، أو أكثر ، جاز . لأنه مسح محلّ التيمم بالغُبار . فجاز كما لو مسحه بضربتين .

فصـــــل

فإن بقى من محل الفرض شىء لم يصله التراب أمَرّ يده عليها ، مالم ينفصل راحته . فإن فصل راحته ، وكان قد بقى عليها غُبار جاز أن يمسح بها ، وإن لم يبق عليها غبار احتاج إلى ضربة أخرى ، وإن كان المتروك من الوجه مسحه وأعاد مسح يديه ليحصُل الترتيب ، وإن تطاول الفصل بينهما ، وقلنا بوجوب الموالاة استأنف التيمُّم ، لتحصُل الموالاة . ويُرجَع فى طول الفصـل ، وقِصَره إلى القـدر الذى ذكرناه فى الطهارة ، لأن التيمُّم فرع عليها . والحُكم فى التسمية كالحُكم فى التسمية فى الوضوء ، على ما مضى من الخلاف فيه ، لأنه بدل منه .

فصـــــل

ويجب مسحُ اليدين إلى الموضع الذى يُقطع منه السارق ، أومأ أحمد إلى هذا لمّا سُئل عن التيمُّم ، فأومأ إلى كفِّه ، ولم يُجاوزه . وقال : قال الله تعالى : (٥ : ٣٨ والسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) من أين تُقطع يد السارق ؟ أليس من ههنا ؟ وأشار إلى الرُّسْغ . وقد روينا عن ابن عباس نحو هذا . فعلى هذا : إن كان أقطعَ من فوق الرُّسغ سقط مسحُ اليدين ، وإن كان من دونه مَسَحَ مابقى . وإن كان من المَفْصِل ، فقال ابن عقيل : يمسح موضع القطـع ، قال : ونصَّ عليه أحمـدُ . لأن الرّسغين فى التيمُّم كالمرفقين فى الوضوء . فكما أنه إذا قُطع من المِرْفقين فى الوضوء غَسل مابقى ، كذا ههنا يمسح العظم ، الباقىَ . وقال القاضى : يَسقطُ الفرض ، لأن محلّه الكفُّ الذى يؤخذُ فى السرقة . وقد ذهب ، لكن يستحبّ إمرار التراب عليه ، ومسح العظم الباقِى مع بقاء الكفّ إنما كان ضرورةَ استيعاب الواجب ، لأنّ الواجب لايتمّ إلا به . فإذا زال الأصل المأمور به سقط ماوجب لضرورته ، كمن

سقط عنه غَسْل الوجه ، لايجب عليـه غَسل جزء من الرأس . ومن سقط عنه الصيام لايجب عليه إمساك جُزء من الليل .

فصـــل

فإن أوصل التراب إلى محـل الفرض بِخِرْقَةٍ ، أو خشبة . فقـال القاضى : يُجزئه لأن الله تعالى أمر بالمسح ، ولم يُعيِّن آلته ، فلا تتعيَّن ، وقال ابن عقيل : فيه وجهان ، بناء على مسح الرأس بِخِرْقَةٍ رَطْبَةٍ . وإن مسح محـل الفرض بيد واحـدة أو ببعض يده أجزأه ، إذ كانت يدهُ أقربَ إليه من غيرها ، وإن يَمَّمَهُ غيرُه جاز ، كما لو وضّأه غيرُه ، وتُعتبر النيّة فى المُتيمِّ دون المُيمِّ ، لأنه الذى يَتعلّق الإجزاء والمنع به .

« مسألة » قال ﴿ وإن كان ماضَربَ بيديه غيرَ طاهر لم يُجزه ﴾ .

لانعلم فى هذا خلافاً . وبه قال الشافعىّ وأبو ثور ، وأصحـاب الرأى ، إلا أن الأوزاعىّ قال : إن تيمَّم بتراب المَقْبَرَةِ وَصَلّى مضت صلاته .

ولنا : قول الله تعالى : (فتيمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً) والنجس ليس بطيِّب ، ولأن التيمم طهارة ، فلم يُجز بغير طاهر ، كالوضوء . فأما المقـبرة ، فإن كانت لم تُنبش فترابها طـاهر . وإن كان نبشُها ، والدفن فيها تـكرر لايجوز التيمُّ بترابهـا ، لاختلاطه بصديد الموتى ، ولحومهم ، وإن شك فى تـكرر الدفن فيها ، أو فى نجاسة التراب الذى تيمم به ، جاز التيمم به ، لأن الأصل الطهارة ، فلا يزول بالشك ، كما لو شك فى طهارة المـاء .

فصـــل

ويجوز أن يتيمم جماعةٌ من موضع واحد ، بغير خلاف ، كما يجوز أن يتوضأ جماعة من حوض واحد . وأما ماتناثر من الوجه ، واليدين ، بعد مسحهما به . ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز التيمم به : لأنَّه لم يَرفع الحدث . وهذا قول أبى حنيفة .

(والثانى) لايجوز : لأنه مستعمل فى طهارة أباحت الصـلاة . أشبه المـاء المستعمل فى الطهارة . وللشافعى وجهان كهذين .

« مسألة » قال ﴿ وإذا كان به قَرْح ، أو مرض مَخُوف ، وأجنب ، نخشى على نفسه إن أصابه الماء ـ غَسَل الصحيح من جسده ، وتيمم لمـا لم يُصبه الماء ﴾ .

هذه المسألة دالة على أحكام :

منها : إباحة التيمم للجُنب ، وهو قول جمهور العلماء : منهم علىّ ، وابن عباس ، وعمرو بن العاص ، وأبو موسى ، وعمّار . وبه قال الثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو ثَوْر ، وإسحاق ، وابن المُنـذر ،

وأصحاب الرأى . وكان ابن مسعود لايَرى التيمم للجُنب . ونحوُه عن عمر رضى الله عنهما . ورَوى البخارىّ عن شقيق بن سَلمة : « أن أبا موسى ناظرَ ابن مَسعود فى ذلك ، واحتجّ عليه بحديث عَمّار[١] ، وبالآية التى فى المائدة قال : فما دَرى عبدُ الله مايقول ، فقال : إنا لو رَخّصنا لهم فى هذا لأوشك إذا بَرَد على أحدهم المـاء أن يَدَعه ويتيمم » .قال الترمذىّ : ويُروى عن ابن مسعود أنه رجع عن قوله ، وممّـا يدلّ على إباحة التيمم للجُنب: ما رَوى عمران بن حصين : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رَأى رَجُلاً مُعْتزِلاً لم يُصَلِّ مع القوم ، فقال : يافـلان ، مامنعك أن تُصَلّىَ مع القوم ؟ فقال : أصابتنى جنابةٌ ، ولا ماء . قال : عَلَيْكَ بالصَّعِيدِ ، فإنَّه يَـكفيك » متفق عليـه . وحديث أبى ذرّ ، وعمرو بن العاص ، وحديث جابر فى الذى أصابته الشّجة[٢] ، ولأنه حدث ، فيجوز له التيمم ، كالحدث الأصغر .

ومنهـا : أن الجريح والمريض إذا خاف على نفسه من استعمال المـاء فله التيمم . هذا قول أكثر أهل العلم : منهم ابن عباس ، ومُجاهد ، وعِكرمة ، وطاوس ، والنخَعِىّ ، وقتادة ، ومالك ، والشافعىّ . ولم يُرَخِّص له عطاء فى التيمم إلاّ عند عدم المـاء ، لظاهر الآية ، ونحوُه عن الحسن فى المجدور[٣] الُجُنب ، قال : لابدَّ من الْغُسل .

ولنا : قول الله تعـالى : (٤ : ٢٩ وَلاَ تَقْتُـلُوا أَنْفُسَـكُمْ) وحديث عمرو بن العاص حين تيمم من خوف البرد . وحديث ابن عبّاس ، وجابر فى الذى أصابتـه الشّجة ، ولأنه يُبـاح له التيمم إذا خاف العَطَش ، أو خاف من سبُع ، فـكذلك ههنا . فإن الخوف لايختلف ، وإنما اختلفت جهاته .

فصـــــل

واختلف فى الخوف المبيح للتيمم ، فرُوى عن أحمد : لا يُبيحه إلا خوف التلف ، وهذا أحد قولى الشافعىّ ، وظاهر المذهب : أنه يُباح له التيمم إذا خاف زيادة المرض ، أو تباطؤ البرء ، أو خاف شيئاً

---

(١) حديث عمار سبق فى أول التيمم ؛ وأما الآية التى فى المائدة فهى : (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديـكم إلى المرافق وامسحوا برؤسكم وأرجلـكم إلى الـكعبين وإن كنتم جنباً فاطهروا ۞ وإن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه ؛ ما يريد الله ليجعل عليـكم من حرج ؛ ولـكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم لعلـكم تشكرون) .

(٢) سيأتى هذا الحديث قريباً ، وفيه أن الذى أصابته الشجة ، سأل أصحابه هل تجدون لى رخصة فى التيمم ؟ فقالوا : ما نجد لك رخصة ، وأنت تقدر على الماء ، فاغتسل فمات ، فأخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : قتلوه قتلهم الله ، إنما كان يكفيه أن يعصب على جرحه ويتيمم .

(٣) المجدور : المصاب بالجدرى ، المرض المعروف ، وهو فى أوله يضره الماء .

فاحشاً ، أو ألماً غيرَ مُحتمل . وهذا مذهب أبى حنيفة . والقول الثانى : للشافعىّ ، وهو الصحيح ، لعموم قوله تعالى : (وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ) ولأنه يجوز له التيمم إذا خاف ذهاب شىء من ماله ، أو ضرراً فى نفسه ، من لص ، أو سبع ، أو لم يجد الماء إلا بزيادة على ثمن مثله كثيرة ، فَلأَنْ يجوز ههنا أولى . ولأن تركَ القيام فى الصلاة ، وتأخيرَ الصيام لاينحصِرُ فى خوف التلف ، وكذلك تركُ الاستقبال ، فكذا ههنا .

فأما المريض ، أو الجريح الذى لايخاف الضرر باستعمال الماء ، مثل من به الصُّداع ، والحُمّى الحارّة ، أو أمكنه استعمالُ الماء الحارّ ، ولاضرر عليه فيه ، فيلزمه ذلك . لأن إباحة التيمم لنفى الضرر ، ولا ضرر عليه ههنا . وحُكى عن مالك ، وداود إباحة التيمم للمريض مُطلقاً لظاهر الآية .

ولنا : أنه واجد للماء لايستضِرّ باستعماله ، فلم يَجُز له التيمم كالصحيح ، والآية اشتُرط فيها عَدم الماء ، فلم يتناول محلّ النزاع ، على أنه لابدَّ فيها من إضمار الضرورة ، والضرورة إنما تكون عند الضرر .

ومنها : أن الجريح والمريض إذا أمكنه غَسْل بعض جسده دون بعض لزمه غسل ما أمكنه ، وتيمم للباق ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : إن كان أكثر بدنه صحيحاً غسله ، ولا تيمم عليه ، وإن كان أكثره جريحاً تيمم ، ولا غسل عليه ، لأن الجمع بين البدل والمبدل لايجب ، كالصيام ، والإطعام[1] .

ولنا : ماروى جابر قال : « خَرَجْنَا فى سَفَرٍ ، فَأَصَابَ رَجُلاً مِنّا شجَّة فى وجهه ، ثم احتلم ، فسأل أصحابه : هل تجدون لى رُخْصَةً فى التيمُّم؟ قالوا : مَا نَجِدُ لَكَ رُخْصَةً ، وأنْتَ تَقْدِرُ عَلَى الْمَاءِ ، فاغْتَسَل ، فمَاتَ ، فلما قَدِمْنَا على النبىّ صلى الله عليه وسلم أُخْبِر بذَلكَ ، فقَالَ : قتلوُه ، قتَلَهُمُ الله ، ألاَ سَأَلُوا ، إذْ لَمْ يَعْلَمُوا ، فإنَّمَا شِفَاءُ العِيِّ السُّؤالُ . إنما كان يَكْفِيهِ أَنْ يَتَيَمَّمَ ، ويَعْصِبَ على جُرْحِهِ ، ثُمّ يَمْسحَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يَغْسِلَ سائِرَ جَسَدِهِ » رواه أبو داود . وعن ابن عباس مثله . ولأن كل جزء من الجسد يجبُ تطهيره بشىء إذا استوى الجسم كُلُّه فى المرض ، أو الصحة . فيجب ذلك فيه . وإن خالفه غيرُه ، كما لو كان من جُملة الأكثر . فإن حكمه لايسقط بمعنًى فى غيره . وما ذكروه ينتقض بالمسح على الخفين ، مع غَسْل بقية أعضاء الوضوء . ويُفارق ماقاسوا عليه ، فإنه جَمْعٌ بين البدل والمبدل فى محلٍّ واحد بخلاف هذا ، فإن التيمم بدل عمّا لم يُصبه الماء ، دون ما أصابه[2] .

---

(١) يعنى فى الكفارة المخيرة بين الإطعام والصيام وعتق الرقبة ، ككفارة اليمين ، إذا أطعم لايصوم ، وإذا صام لايطعم ، لأن الصيام بدل عن الإطعام عند العجز عنه ، فلا يجمع بين البدل والمبدل منه ، والتيمم بدل عن الماء ، فلا يجمع بين البدل والمبدل منه .

(٢) وجه الفرق بين ماقاسوا عليه وهم الذين منعوا التيمم مع استعمال الماء وهم أبو حنيفة ومالك ، =

فصـــل

مالا يمكن غسله من الصحيح إلا بانتشار الماء إلى الجريح حكمُه حكم الجريح ، فإن لم يمكنه ضبطه ، وقَدَر أن يَسْتَنيب مَنْ يَضْبِطُه ، لزمه ذلك . فإن عَجَز عن ذلك تيمَّم ، وصلَّى ، وأجزأه ، لأنه عجز عن غسله ، فأجزأه التيمُّم عنه ، كالجريح .

فصـــل

إذا كان الجريح جُنباً ، فهو مخير ، إن شاء قدَّم التيمُّم ، على الغَسل وإن شاء أخَّره[1] ، بخلاف ماإذا كان التيمُّم لعدم مايكفيه لجميع أعضائه ، فإنه يلزمه استعمال الماء ، أولا ، لأن التيمم للعدم ، ولا يتحقق مع وجود[2] . وههنا التيمم للعجز عن استعماله فى الجرح ، وهو متحقق على كلّ حال ، ولأنّ الجريح يعلم أن التيمم بدل عن غَسْل الجرح ، والعادم لما يكفى جميع أعضائه لا يعلم القَدْرَ الذى يتيمم له ، إلا بعد استعمال الماء ، وفراغه . فلزمه تقديمُ استعماله . وإن كان الجريح يتطهَّر للحدَث الأصغر ، فذكر القاضى أنه يلزمه الترتيب ، فيجعل التيمم فى مكان الغَسْل الذى يتيممُ بدلاً عنه ، فإن كان الُجرح فى وجهه بحيثُ لايمكنه غَسل شىء منه ، لزمه التيمم أولاً ، ثم يتمَّم للوضوء . وإن كان فى بعض وجهه خُيِّر بين غسل صحيح وجهه ، ثم يتيمم ، وبين أن يتيمم ، ثم يغسل صحيح وجهه ، ويُتمم وُضُوءه ، وإن كان الجرح فى عضو آخر لزمه غَسل ماقبله ، ثم كان فيه على ماذكرنا فى الوجه . فإن كان فى وجهه ، ويديه ، ورجليه ، احتاج فى كلِّ عضو إلى تيمم ، فى محلّ غَسله ، ليحصل الترتيب . ولو غسل صحيح وجهه ، ثم تيمم له ، وليدَيْه تيمُّماً واحداً لم يُجزه ، لأنه يؤدى إلى سقوط الفرض عن جزء من الوجه ، واليدين فى حالة واحـــدة .

فإن قيل . يبطُل هذا بالتيمم عن جملة الطهارة ، حيث يسقُط الفرض عن جميع الأعضاء جملةً واحدة ،

= وبين ما هنا ، أنهم قالوا : إن استعمال التيمم فى الجزء الجريح من الجسم ، والماء فى السليم ، جمع بين البدل وهو التيمم والمبدل منه وهو الماء ، وقاسوه على الصيام والإطعام فى الكفارة ، إذ لايجوز الجمع بينهما ، لأن أحدهما بدل عن الآخر ، والفرق بين المسألتين هو أن التيمم هنا ليس فيه جمع بين البدل والمبدل منه ، لأن التيمم عن الجزء الجريح ، وهو لم يستعمل فيه الماء ، فلم يجمع فيه بين الماء والتراب . أما الصيام والإطعام ، فكل منهما ، إذا حصل يكفى عن الكفارة كلها ، فقد حل محله وعم جميع المحل ، فليس جزء الكفارة باقياً حتى يستعمل فيه الصيام . فهذا هو وجه المفارقة بين المقيس ، والمقيس عليه .

(١) هذا مناف لحديث صاحب الشجة ، فإنه مرتب بثم ، وفيه تأخير الغسل عن التيمم بقوله آخر الحديث « ثم يغسل سائر جسده » .

(٢) أى لا يتحقق مع وجود بعض الماء الذى لايكفى كل المطلوب .

قلنا : إذا كان عن جملة الطهارة فالحكم له دونها ، وإن كان عن بعضها ناب عن ذلك البعض ، فاعتبر فيه مايُعتبر فيما ينوب عنه من الترتيب ؛ ويحتمل أن لايجب هذا الترتيب ، لأن التيمم طهارة مُفردة ، فلا يجب الترتيب بينها ، وبين الطهارة الأخرى ، كما لو كان الجريح جُنُباً ، ولأنه تيمّم عن الحدث الأصغر ، فلم يجب أن يتيمم عن كلِّ عضو فى موضع غَسله ، كما لو تيمم عن جملة الوضوء ، ولأن فى هذا حرجاً ، وضرراً ، فيندفعُ بقوله تعالى (٢٢ : ٧٨ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) . وحكى الماوردىّ ، عن مذهب الشافعىّ مثل هذا . وحكى ابن الصبّاغ عنه مثل القول الأول .

فصل

وإن تيمم الجريح لِجُرح فى بعض أعضائه ، ثم خرج الوقت بطل تيمُّمه ، ولم تبطل طهارته بالماء ، إن كانت غُسلاً لجنابة ، أو نحوها . لأن الترتيب والموالاة ، غيرُ واجبَيْنِ فيها . وإن كانت وضوءاً ، وكان الجرح فى وجهه خُرِّج بطلان الوضوء على الوّجهين اللذين فى الفصل الذى قبل هذا . فمن أوجب الترتيب أبطل الوضوء هاهنا ، لأنّ طهارة العضو الذى ناب التيمُّم عنه بطلت ، فلو لم يبطُل فيما بعده لتقدَّمت طهارة مابعده عليه ، فيفوت الترتيب . ومن لم يوجب الترتيب لم يُبطل الوضوء ، وجوّز له أن يتيمَّم لا غيرُ . وإن كان الجرح فى إحدى رجليه ، أو فيهما ، فعلى قول من لايوجب الترتيب بين الوضوء والتيمُّم : لا تجبُ الموالاة بينهما أيضاً ، وعليه التيمُّم وحده ، ومن أوجب الترتيب فقياس قوله : أن يكون فى الموالاة وجهان ، بناء على الموالاة فى الوضوء . وفيها روايتان :

(إحداها) تجب : فتجب هاهنا ، ويبطل الوضوء لفواتها .

(والثانية) لا تجب : فيكفيه التيمُّم وحده ، ويحتمل أن لا تجب الموالاة بين الوضوء ، والتيمم ، وجهاً واحداً . لأنهما طهارتان . فلم تجب الموالاة بينهما ، كسائر الطهارات . ولأن فى إيجابها حرجاً فينتفى بقوله سبحانه (٢٢ : ٧٨ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) .

فصل

وإن خاف من شدة البرد ، وأمكنه أن يُسَخِّن الماء ، أو يستعمله على وجه يأمنُ به الضرر ، مثل أن يغسل عُضْواً عُضواً ؟ وكلما غَسَل شيئاً ستره . لزمه ذلك . وإن لم يقدر تيمَّم ، وصلّى فى قول أكثر أهل العلم . وقال عطاء ، والحسن : يَغتسل وإن مات ، لم يجعل الله له عذراً . ومقتضى قول ابن مسعود : أنه لايتيمَّم فإنه قال : « لو رَخَّصنا لَهُمْ فى هذا لأوْشَكَ أحدُهم إذا بَرَد عَلَيْهِ الْمَاءُ أن يتيمم ، ويدَعه » .

ولنا قول الله تعالى (٤ : ٢٩ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ) وقوله تعالى : (٢ : ١٩٥ وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ) . ورَوى أبو داود وأبو بكر الخلاّل ، بإسنادهما ، عن عمرو بن العاص ، قال : « احْتَلَمْتُ

فِي لَيْلَةٍ بَارِدَةٍ فِي غَزْوَةِ ذَاتِ السَّلَاسِلِ ، فأشْفَقْتُ إن اغْتَسَلْتُ أَنْ أَهْلِكَ ، فتَيَمَّمْتُ ، ثم صَلَّيْتُ بأصحابي الصُّبْحَ . فذكروا ذلك للنبيّ ﷺ فقال : يا عمرو ، أصَلَّيْتَ بأصحابكَ ، وَأَنْتَ جُنُب ؟ فَأَخْبَرْته بالذى مَنَعَنِى مِنَ الاغْتِسَالِ ، وقلت : إنى سَمِعْتُ اللهَ عَزَّ وَجلَّ يقول : (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) . فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل شيئاً » . وسُكوت النبى صلى الله عليه وسلم يدلّ على الجواز . لأنه لا يُقِرُّ على الخطأ ، ولأنه خائف على نفسه ، فأبيح له التيمم ، كالجريح ، والمريض ، وكما لو خاف على نفسه عطشاً ، أو لِصًّا ، أو سَبُعاً فى طلب الماء . وإذا تيمم ، وصلّى فهل يلزمه الإعادة ؟ على روايتين :

(إحداهما) لا يلزمه : وهو قول الثورىّ ، ومالك ، وأبى حنيفة ، وابن المُنذر ، لحديث عمرو ، فإن النبىّ ﷺ لم يأمره بالإعادة ، ولو وجَبَتْ لأَمَره بها ، ولأنه خائف على نفسه ، أشبه المريض ، ولأنه أتى بما أُمِرَ به . فأشبه سائر من يُصلّى بالتيمم .

(والثانية) يلزمه الإعادة : وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ، لأنه عذر نادر ، غيرُ مُتّصل ، فلم يمنع الإعادة ، كنسيان الطهارة ، والأول أصحّ . ويفارق نسيان الطهارة ، لأنه لم يأت بما أُمِرَ به . وإنما ظَنَّ أنه أتى به ، بخلاف مسألتنا . وقال أبو الخطّاب : لا إعادة عليه إن كان مُسافراً ، وإن كان حاضراً فعلى روايتين ، وذلك لأن الحَضَرَ مَظِنَّةُ القُدرة على تسخين الماء ، ودخول الحمّامات ، بخلاف السفر . وقال الشافعىّ : يُعيد إن كان حاضراً ، وإن كان مسافراً فعلى قولين .

« مسألة » قال ﴿ وإذا تيمم صلّى الصلاة التى حَضَر وقتها ، وصلّى به فوائت ، إن كانت عليه ، والتطوّع إلى أن يدخل وقتُ صلاةٍ أخرى ﴾ .

المذهب : أن التيمم يَبْطُل بخروج الوقت ، ودخوله ، ولعلّ الخِرَقِىّ إنما علّق بطلانه بدخول وقت صلاةٍ أخرى تجوّزاً منه ، إذ كان خروج وقت الصلاة ملازماً لدخول وقت الأخرى ، إلاّ فى موضع واحد ، وهو وقت الفجر ، فإنه يَخْرُجُ مُنفكاً عن دخول وقت الظهر ، ويَبْطُل التيمم بكل واحد منهما فلا يجوز أن يُصَلّى به صلاتين فى وقتين ، رُوى ذلك عن علىّ ، وابن عمر ، وابن عبّاس ، رضى الله عنهم والشعبىّ ، والنخعىّ ، وقتادة ، ويحيى الأنصارىّ ، وربيعة ، ومالك ، والشافعىّ ، والليث ، وإسحاق ، ورَوَى الميمونىّ ، عن أحمد فى المُتيمم قال : إنه ليُعجبنى أن يتيمم لكلّ صلاة . ولكن القياس أنه بمنزلة الطهارة ، حتى يجد الماء ، أو يُحدث ، لحديث النبى ﷺ فى الجنُب يعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم : « يَا أَبَا ذَرّ الصعيدُ الطيبُ طَهُورُ المُسلم ، وإنْ لم يَجِدِ الماءَ عَشْرَ سِنينَ ، فإذَا وَجَدْتَ المَاءَ فأَمِسَّهُ بَشَرَتَكَ » ، وهو مذهب سعيد بن المسيب ، والحسن ، والزهرىّ ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، ورُوى عن ابن عباس ، وأبى جعفر ، لأنها طهارة تُبيح الصلاة ، فلم تَتَقَدّر بالوقت ، كطهارة الماء .

ولنا : ماروى الحارث عن علىّ رضى الله عنه ، أنه قال : « التيمم لِـكلِّ صَلاَةٍ » ، وابنُ عمر قال : « تَيَمَّمْ لِـكُلِّ صَلاَةٍ » ، ولأنها طهارة ضرورة ، فتقيَّدتْ بالوقت ، كطهارة المُستحاضة ، وطهارة المـاء ليست للضرورة بخلاف مسألتنا ، والحديثُ أراد به أنه يشبه الوضوء فى إباحة الصلاة ، ولا يلزم التساوى فى جميـع الأحـكام .

إذا ثبت هـذا فإنه إذا نوى بتيممه مكتوبةً ، فله أن يُصلّى به ما شاء من الصـلاة . فيصلى الحاضرة ويجمعُ بين الصلاتين ، ويقضى فوائت ، ويتطوّعُ قبل الصلاة ، وبعدها ، هذا قول أبى ثور . وقال مالك والشافعىّ : لا يُصَـلِّى به فرضين . وقد رُوى عن أحمد أنه قال : لا يُصَـلّى بالتيمم إلا صـلاةً واحدةً ، ثم يتيممُ للأخرى . وهذ يَحتمل أن يكون مثل قولهما ، لمـا رُوى عن ابن عباس أنه قال : « مِنَ السُّنَّةِ أَنْ لاَ يُصَلِّى بالتيمم إلا صَلاَةً وَاحِدَةً ، ثم يتيمم للأخْرَى » ، وهذا مقتضى سنة النبى ﷺ ولأنها طهارة ضرورة ، فلا يجمع بينها ، وبين فريضتين ، كما لو كانا فى وقتين .

ولنا : أنه طهارة صحيحة ، أباحت فرضاً ، فأباحت فرضين ، كطهارة المـاء ، ولأنه بعد الفرض الأول تيمم صحيح مبيح للتطوع ، نَوى به المـكتوبة ، فكان له أن يُصَلِّى به فرضاً ، كحالة ابتدائه ، ولأن الطهارة فى الأصول ، إنما تتقيدُ بالوقت ، دون الفعل ، كطهارة الماسح على الُخْفِّ ، وهـذه فى النوافل ، وطهارة المستحاضة ، ولأن كل تيمم أباح صلاةً أباح ماهو من نوعها ، بدليل النوافل .

وأما حديث ابن عباس فيرويه الحسن بن عُمـارة ، وهو ضعيف ، ثم يحتمل أنه أراد به صلاتين فى وقتين ، بدليل أنه يجوز أن يُصَلّى به صلوات من التطوع ، ويجمع بين صلاتين : فرض ، ونفل ، وإنما امتنع الجمع بين فرضى وقتين لبطلان التيمم بخروج وقت الأولى منهما .

إذا ثبت هذا : فإن الِخْرَقىَّ إنمـا ذكر قضاء الفوائت ، والتطوع ، ولم يذكر الجمـع بين الصـلاتين . وكذا ذكر الإمام أحمدُ . فيحتمل أن لايجوز الجمع بين الصلاتين ، وهو مذهب أبى ثور .

والصحيح : جواز الجمع ، لمـا ذكرنا من الأدلة ، ولأن ما أباح فرضين فائتين أباح فرضين فى الجمـع ، كسائر الطهارات . وقال المـاوردىّ : ليس للمتيمم أن يجمع بين صلاتين بحال ، لأن الصلاة الثانية تفتقر إلى تيمم ، والتيمم يفتقر إلى طلب ، والطلب يقطع الجمع ، ومن شرطه : الموالاة ، يعنى على مذهب الشافعى وهذا ينبغى أن يتقيّد بالجمع فى وقت الأولى ، فأما الجمع فى وقت الثانية ، فلا تُشترط له الموالاة فى الصحيح .

فإن قيل : فـكيف يمـكن قضاء الفوائت ، والترتيب شرط . فيجب تقـديم الفائتة على الحاضرة ، فـكيف تتأخر الفائتة عنها ؟ قلنا : يمكن ذلك لوجوه :

(أحدها) أن يقدم الفائتة على الحاضرة .

(الثانى) أن ينسى الفائتة ، ثم يذكرها بعد الحاضرة .

(الثالث) أن يخشى فوات وقت الحاضرة فيصليها ، ثم يصلى فى بقية الوقت فوائت .

(الرابع) أنه إذا كثرت الفوائت بحيث لايمكن قضاؤها قبل خروج وقت الحاضرة ، فله أن يصلى الحاضرة فى الجماعة فى أول الوقت ، ويقدمها على الفوائت فى إحدى الروايتين . فإنه لابد من تقديمها على بعض الفوائت فلا فائدة فى تأخيرها . ولأنه لو لزم تأخيرها إلى آخر وقتها للزم ترك الجماعة للحاضرة بالكلية .

« مسألة » قال ﴿ وإذا خاف العطش حَبَس الماء وتيمم ، ولا إعادة عليه ﴾ .

قال ابن المنذر . أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسافر إذا كان معه ماء ، وخشى العطش ، أنه يُبقى ماءه للشرب ، ويتيمم . منهم علىّ ، وابن عباس ، والحسن ، وعطاء ، ومجاهد ، وطاوس ، وقتادة ، والضحاك : والثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . ولأنّه خائف على نفسه من استعمال الماء ، فأبيح له التيمم كالمريض .

فصل

وإن خاف على رفيقه ، أو رقيقه ، أو بهائمه ، فهو كما لو خاف على نفسه . لأن حُرمة رفيقه كحرمة نفسه . والخائف على بهائمه خائف من ضياع ماله ، فأشبه مالو وجد ماء بينه وبينه لص ، أو سبُع يخافه ، على بهيمته ، أو شىء من ماله .

وإن وَجَدَ عَطْشَانَ يَخاف تلفه لزمه سقيه ، ويتيمم . قيل لأحمد : الرجل معه إداوة من ماء للوضوء ، فيرى قوماً عطاشاً أَحَبُّ إليك أن يسقيهم أو يتوضأ ؟ قال : يسقيهم ، ثم ذكر عدة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيممون ، ويَحْبِسُونَ الماء ، لشفاههم . وقال أبو بكر والقاضى : لا يلزمه بذله ، لأنه محتاج إليه .

ولنا : أن حُرمة الآدمىّ تُقدّم على الصلاة ؛ بدليل ما لو رأى حَريقاً ، أو غريقاً فى الصلاة عند ضيق وقتها لزمه ترك الصلاة . والخروجُ لإنقاذه فلأنْ يُقدِّمها على الطهارة بالماء أولى . وقد رُوى فى الخبر : « أَنَّ بَغِيًّا أَصَابَهَا الْعَطَشُ فَنَزَلَتْ بِئْراً ، فَشَرِبَتْ مِنْهُ ، فَلَمَّا صَعِدَتْ رَأَتْ كَلْباً يَلْحَسُ الثَّرَى مِنَ الْعَطَشِ ، فَقَالَتْ : لَقَدْ أَصَابَ هَذَا مِنَ الْعَطَشِ مِثْلُ مَا أَصَابَنِي ، فَنَزَلَتْ فَسَقَتْهُ بِمُوقِهَا فَغَفَرَ اللهُ لَهَا » فإذا كان الأجرُ فى سَقى الكلب ، فغيره أولى .

فصل

وإذا وجد الخائف من العطش ماء طاهراً ، وماء نجساً ، يكفيه أحدهما لشربه فإنه يحبس الماء الطاهر

لشُربه ، ويُريق النجس إن استغنى عن شُربه . وقال القاضى : يَتَوضَّأ بالطاهر ، ويَحْبِسُ النجس لشُربه لأنه وجد ماءً طاهراً مُسْتغْنًى عن شربه ، فأشبه مالو كان ماءً كثيراً طاهراً .

ولنا : أنه لا يقدر على ما يجوز الوضوء به ، ولا على ما يجوز له شربُه ، سوى هـذا الطاهر ، فجـاز له حبسُه إذا خاف العطش ، كما لو لم يـكن معه سواه . وإن وجـدها وهو عطشان شرب الطاهر ، وأراق النجس إذا استغنى عنه ، سواء كان فى الوقت ، أو قبله . وقال بعض الشافعيّة : إن كان فى الوقت شرب النجس ، لأن الطاهر مُسْتَحَقٌّ الطهارة ، فهو كالمعـدوم . وليس بصحيح . لأن شرب النجس حرامٌ ، وإنمـا يصير الطـاهر مستحقًّا للطهارة إذا استُغْنِىَ عن شربه ، وهذا غير مستغنٍ عن شربه ، ووجود النجس كعدمه لتحريم شربه .

فصـــل

وإذا كان الماء موجوداً إلاّ أنه إذا اشتغل بتحصيله ، واستعماله فات الوقت ، لم يُبَح له التيمم ، سواء كان حاضراً ، أومسافراً ، فى قول أكثر أهل العلم ، منهم الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المُنـذر ، وأصحاب الرأى . وعن الأوزاعىّ ، والثورىّ : له التيمم . رواه عنهما الوليد بن مُسلم . قال الوليد : فذكرت ذلك لمالك ، وابن أبى ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز ، فقـالوا : يَغتسل ، وإن طلعت الشمس ، وذلك لقول الله تعالى (٤ : ٤٣ ، ٥ : ٦ فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فتيَمَّمُوا) وحديث أبى ذرّ . وهذا واجدٌ للماء ، ولأنه قادر على الماء ، فلم يَجُز له التيمم ، كما لو لم يَخف فوت الوقت ، ولأن الطهارة شرط ، فلم يُبَحِ تركها خيفةَ فَوْت وقتها ، كسائر شرائطها ، وإن خاف فوت العيد لم يَجُز له التيمم ، وقال الأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى : له التيمم . لأنه يخاف فوتها بالـكليّة ، فأشبه العادم .

ولنا : الآية والخبر ، وماذكرنا من المعنى ، وإن خاف فوت الجنازة فـكذلك ، فى إحدى الروايتين ، لمـا ذكرنا ، والأخرى يباح له التيمم ، ويُصَلِّى عليها . وبه قال النخَعىّ ، والزهرىّ ، والحسن ، ويحيى الأنصارىّ ، وسعدُ بن إبراهيم ، والليث ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ؟ لأنه لا يمـكن استدراكها بالوضوء . فأشبه العادم . وقال الشعبىّ : يُصلى عليها من غـير وُضوءٍ ، ولا تيمُّم ، لأنها لا ركوع فيها ، ولا سجود ، وإنما هى دعاء ، فأشبهت الدعاء فى غير الصلاة .

ولنـا : قول النبى ﷺ : « لاَ يَقْبَلُ اللهُ صَـلاَةً بِغَيْرِ طُهُورٍ » وقوله : « لاَ يَقْبَلُ اللهُ صَلاَةَ مَنْ أَحْدَثَ حَتَّى يَتَوَضَّأَ » وقول الله تعالى (٥ : ٦ إِذَا قُمْتُمْ إلى الصَّلاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَـكُمْ) الآية . ثم أباح ترك الْغَسْل مشروطاً بعـدم المـاء بقوله تعـالى : (٥ : ٦ فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فتَيَمَّمُوا) فما لم يوجـد الشرط يبقى على قضية العموم .

« مسألة » قال ﴿ وَإذا نَسِىَ الجنابة وتيمَّمَ للحدَث لم يُجزه ﴾ .

وبهذا قال مالك ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ : يُجْزئه . لأن طهارتهما واحدة ، فسقطت إحداهما بفعل الأخرى كالبول والغائط .

ولنا : قول النبى ﷺ : « إنمَا الأعْمَالُ بالنِّيَّاتِ وَإنمَا لا امْرِىءٍ مَا نَوَى » وهذا لم ينو الجنابة ، فلم يُجزه عنها ، ولأنهما سببان مُختلفان ، فلم تُجزئه نيّة أحدهما ، عن الآخر كالحج ، والعمرة ، ولأنهما طهارتان فلم تتأدَّ إحداهما بنية الأخرى ، كطهارة الماء عند الشافعىّ ، وفارق ما قاسوا عليه ؛ فإن حكمهما واحد ، وهو الحَدَث الأصغر ، ولهذا تُجزىء نيةُ أحدهما عن نية الآخر فى طهارة الماء .

فصـــل

وإن تيمم للجنابة لم يُجزه عن الحدث الأصغر ، لما ذكرنا . والخلاف فيها كالتى قبلها ، فعلى هذا يحتاج إلى تعيين ما تيمم له من الحدث الأصغر ، والجنابة ، والحيض ، والنجاسة ، فإن نوى الجميع بتيمم واحد أجزأه ، لأنّ فِعْلَهُ واحد ؛ فأشبه طهارة الماء ، وإن نوى بعضها أجزأه عن المنوىّ دون ما سواه ؛ وإن كان التيمم عن جرح فى عضو من أعضائه نوى التيمم عن غَسْل ذلك العضو .

فصـــل

وإذا تيمم للجنابة دون الحدث أُبيح له ما يُباح للمُحدث ، من قراءة القرآن ، واللُّبث فى المسجد ، ولم تُبح له الصلاة والطواف ، ومسُّ المُصحف . وإن أحدث لم يؤثر ذلك فى تيمُّمه لأنه نائب عن الغَسل فلم يؤثر الحدث فيه ، كالغَسل . وإن تيمم للجنابة ، والحدث ، ثم أحدث بطل تيممه للحدث ، وبقى تيمم الجنابة بحاله . ولو تيممت المرأة بعد طُهرها من حَيْضها لِحَدَثِ الحيض ، ثم أجنبت لم يَحْرُم وَطْؤُها ، لأن حكم تيمم الحيض باقٍ ، ولا يبطُل بالوطء ، لأن الوطء إنما يوجب حَدَثَ الجنابة ، قال ابن عقيل : وإن قلنا كلّ صلاة تحتاج إلى تيمم احتاج كل وطء إلى تيمم يخصُّه ، والأول أصحّ .

« مسألة » قال ﴿ وإذا وجد المتيممُ الماء ، وهو فى الصلاة ، خرج فتوضأ أو اغتسل ، إن كان جُنُباً ، واستقبل الصلاة ﴾ .

المشهور فى المذهب : أن المتيمم إذا قَدَر على استعمال الماء بطَلَ تيممه ، سواء كان فى الصلاة أو خارجاً منها ، فإن كان فى الصلاة بطلت لبطلان طهارته ، ويلزمه استعمال الماء ، فيتوضأ إن كان مُحدثاً ، ويغتسل إن كان جُنُباً . وبهذا قال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، وقال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر : إن كان فى الصلاة مضى فيها . وقد رُوى ذلك عن أحمد ، إلّا أنّه رُوى عنه ما يدلُّ على رُجوعه عنه . قال المروزىّ : قال أحمدُ : كنت أقول : يمضى ، ثم تدبّرتُ ، فإذا أكثرُ الأحاديث على أنّه يَخْرُجُ . وهذا يدلّ على رجوعه عن هذه الرواية . واحتجُّوا بأنه وَجَدَ المُبدَل بعد التلبُّس بمقصود البدل ، فلم يلزمه

الخروج ، كما لو وجد الرقبة بعد التلبس بالصيام ، ولأنه غير قادر على استعمال الماء ؟ لأن قدرته تتوقف على إبطال الصلاة ، وهو منهى عن إبطالها بقوله تعالى (٤٧ : ٣٣ وَلاَ تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ) .

ولنا : قوله صلى الله عليه وسلم : « الصَّعِيدُ الطَّيِّبُ وُضُوءُ[1] الْمُسلم ، وَإِنْ لَمْ يَجِدِ الْمَاءَ عَشْرَ سِنِين ؟ فَإِذَا وَجَدْتَ الْمَاءَ فَأَمِسَّه جِلْدَكَ » أخرجه أبو داود والنسائى . دل بمفهومه : على أنه لا يكون طهوراً عند وجود الماء ، وبمنطوقه على وجوب إمساسه جلده عند وجوده ، ولأنه قدر على استعمال الماء ، فبطل تيممه ، كالخارج من الصلاة ، ولأن التيمم طهارة ضرورة ، فبطلت بزوال الضرورة ، كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها . يحققه أن التيمم لا يرفع الحدث ، وإنما أبيح للمتيمم أن يصلى مع كونه محدثاً لضرورة العجز عن الماء ؛ فإذا وُجد الماء زالت الضرورة ، فظهر حكم الحدث كالأصل ، ولا يصح قياسهم . فإن الصوم هو البدل نفسه ، فنظيره إذا قدر على الماء بعد تيممه ، ولا خلاف فى بطلانه . ثم الفرق بينهما : أن مُدة الصيام تطول فيشق الخروج منه ، لما فيه من الجمع بين فرضين شاقين ، بخلاف مسألتنا . وقولهم : إنه غير قادر غيرُ صحيح ، فإن الماء قريب ، وآلته صحيحة ، والموانع مُنتفية . وقولهم : إنه منهى عن إبطال الصلاة ؛ قلنا : لا يحتاج إلى إبطال الصلاة ؛ بل هى تبطل بزوال الطهارة كما فى نظائرها .

فإذا ثبت هذا فمتى خرج فتوضأ لزمه استئناف الصلاة . وقيل فيه وجه آخر : أنه يبنى على مامضى منها ، كالذى سبقه الحدث ، والصحيح : أنه لا يبنى ، لأن الطهارة شرط ، وقد فاتت ببطلان التيمم ، فلا يجوز بقاء الصلاة مع فوات شرطها ، ولا يجوز بقاء مامضى صحيحاً ، مع خروجه منها قبل إتمامها ، وكذا نقول فيمن سبقه الحدث .

وإن سلّمنا ، فالفرق بينهما أن ما مضى من الصلاة انبنى على طهارة ضعيفة ، ههنا ، فلم يكن له البناء عليه ، كطهارة المستحاضة بخلاف من سبقه الحدث .

فصـــل

والمصلى على حسب حاله بغير وُضوء ، ولا تيمم ، إذا وَجد ماء فى الصلاة ، أو تراباً خرج منها بكل حال ، لأنها صلاة بغير طهارة . ويحتمل أن يخرج فيها مثل مافى التيمم إذا وجد الماء . إذا قلنا : إنه لا تلزمه الإعادة ، ولأن الطهارة شرط سقط اعتباره ، فأشبهت السُّترة إذا عجز عنها ، فصلّى عُرياناً . ثم وجد السترة فى أثناء الصلاة قريباً منه . وكل صلاة يلزمه إعادتها ، فإنه يلزمه الخروج منها إذا زال العذر ويلزمه استقبالها . وإن قلنا : لا يلزمه إعادتها فإنها تُشبه صلاة المتيمم إذا وَجد الماء على مامضى من القول فيها .

فصـــل

ولو يَمّمَ الميّتَ ثم قَدرَ على الماء فى أثناء الصلاة عليه ، لزمه الخروج ، لأن غَسْل الميّت ممكن غير

(١) نص الحديث : « طهور المسلم » لا وضوء المسلم ، فيشمل الوضوء وغيره .

متوقّف على إبطال المصلّى صلاته ، بخـلاف مسألتنا ؛ ويحتمل أن تـكون كمسألتنا ؛ لأن المـاء وُجِد بعد الدخول فى الصلاة .

فصـــــل

وإذا قلنا : لا يلزم المصلى الخروجُ لرؤية الماء ، فهل يجوز له الخروج ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك : لأنه شرع فى مقصود البـدل ، فَخُيِّر بين الرجوع إلى المبدل وبين إتمام ما شرع فيه ، كمن شرع فى صوم الـكفارة ، ثم أمكنته الرقبة .

والثانى : لا يجوز له الخروج : لأن مايوجب الخروج من الصلاة لا يُبيح الخروج ، كسائر الأشياء ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

فصـــــل

إذا رأى ماء فى الصلاة ، ثم انقلب قبل استعماله . فإن قلنا : يلزمه الخروج من الصلاة ، فقد بطلت صلاته ، وتيمُّمه برؤية الماء ، والقدرة عليه ، ويلزمه استئناف التيمم والصلاة .

وإن قلنا : لا تبطلُ صلاته ، واندفق وهو فيها ، فقال ابن عقيل : ليس له أن يصـلى بذلك التيمم صلاة أخرى . وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن رؤية الماء حَرَّمت عليه افتتاح صلاة أخرى .

ولو تلبَّس بنافلة ثم رأى ماء ، فإن كان نوى عدداً أتى به ، وإن لم يكن نوى عدداً لم يـكن له أن يزيد على ركعتين ، لأنه أقلُّ الصلاة على ظاهر المذهب . وَيقْوَى عندى أننا إذا قلنا : لا تبطلُ الصلاة برؤية الماء ، فله افتتاح صلاة أخرى ، لأن رؤية الماء لم تُبطل التيمم ، ولو بطل لبطلت الصلاة ، وما وجد بعدها لا يُبطله ، فأشبه ما لو رآه وبينه وبينه سبع ، ثم اندفق قبل زوال المـانع ، وله أن يُصلِّى ما يشاء كما لو لم ير المـاء .

فصـــــل

إذا تيمم ، ثم رأى رَكْباً يَظُنُّ أن معه ماء ، وقلنا بوجوب الطلب ، أو رأى خُضْرةً أو شيئاً يدلّ على المـاء فى موضع يلزمه الطلب فيـه ، بطل تيمُّمه . وكذلك إن رأى سَراباً ظنَّه ماء بطل تيمُّمه . وهذا مذهب الشافعى ، لأنه لـما وجب الطلب ، بطل التيمُّم . وسواء تبيّن له خلاف ظَنِّه أو لم يتبيّن . فأما إن رأى الركب ، أو الْخُضْرة فى الصلاة لم تبطل صلاته ، ولا تيممه ، لأنه دخل فيها بطهارة مُتيقِّنة ، فلا تزول بالشك ، ويحتمل أن لا يبطل تيمُّمه أيضاً ، إذا كان خارجاً من الصـلاة ، لأن الطهارة المُتيقَّنة لا تَبطُل بالشـك ، كطهارة المـاء ، ووجوب الطلب ليس بمُبطـل للتيمم ، لأن كونه مُبطلا إنما يثبتُ بدليل شرعىّ ، وليس فى هذا نص ، ولا معنى نصّ ، فينتفى الدليل .

فصـــل

وإن خرج وقتُ الصلاة وهو فيها ، بطل تيمُّمه ، وبطلت صلاته ، لأن طهارته انتهت بانتهاء وقتها ، فبطلت صلاتُه ، كما لو انقضت مُدَّة المسح وهو فى الصلاة .

فصـــل

ويبطلُ التيمم عن الحدث بكل ما يُبطل الوضوء ، ويزيد برؤية الماء المقدور على استعماله ، وخروج الوقت ، وزاد بعض أصحابنا : ظنَّ وجود الماء على ما ذكرنا . وزاد بعضهم : ما لو نزع عِمَامةً ، أو خُفًّا يجُوزُ له المسح عليه ، فإنه يبطـلُ تيمُّمه ، وذكر أن أحمد نص عليه ، لأنه مُبطل للوضوء ، فأبطل التيمم ، كسائر مبطلاته .

والصحيح أن هذا ليس بمبطل للتيمم ، وهذا قول سائر الفقهاء ، لأنّ التيمم طهارة لم يمسح فيها عليه فلا يَبْطلُ بنزعه كطهارة الماء ، وكما لو كان الملبوس مما لايجوز المسح عليه ، ولا يصح قولهم : إنه مُبطل للوضوء ، لأنّ مُبطلَ الوضوء نَزْعُ ما هو ممسوح عليه فيه ، ولم يُوجد ههنا ، ولأن إباحة المسح لايصير بها ماسحاً ، ولا بمنزلة الماسح ، كما لو لبس عمامةً يجوز المسح عليها ، ومسح على رأسه من تحتها ، فإنه لا تَبْطلُ طهارته بنزعها .

فأما التيمم للجنابة فلا يُبطله إلا رُؤية الماء ، وخروجُ الوقت ، وموجبات الغُسل . وكذلك التيمم لحدث الحيض ، والنفاس ، لا يزول حكمُه إلاّ بحدثهما أو بأحد الأمرين .

فصـــل

يجوز التيمم لـكل مايتَطَهَّر له من نافلة ، أو مَسّ مُصحف ، أوقراءة قرآن ، أو سجود تلاوة ، أو شـكر ، أو لبُث فى مسجد . قال أحمد : يتيمَّمُ ، ويقرأ جزأه ، يعنى الجُنُب ، وبذلك قال عطـاء ، ومـكحول ، والزهرىّ ، وربيعة ، ويحيى الأنصارىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى . وقال أبو مَخْرَمة : لايتيمَّمُ إلا لـمكتوبة ، وكره الأوزاعىّ : أن يمس المتيممُ المُصحف .

ولنا : قول النبى ﷺ : الصَّعِيدُ الطَّيِّبُ طُهور المُسلم ، وإنْ لَمْ يَجِد المَاءَ عَشْرَ سِنِينَ » . وقوله عليه السلام : «جُعِلَتْ لِىَ الأرْضُ مَسْجِداً وَطَهُوراً» ولأنه يستباح بطهارة الماء فيُستباح بالتيمم كالمكتوبة .

فصـــل

وإن كانت على بدنه نجاسة ، وعجز عن غسلها لعدم الماء ، أوخوف الضرر باستعماله ، تيمم لها وصلّى . قال أحمد : هو بمنزلة الجُنُب يتيمم . ورُوى معنى ذلك عن الحسن . ورُوِى عن الأوزاعىّ ، والثورىّ ،

وأبى ثور : يمسحها بالتراب ، ويُصَلّى ، لأن طهارة النجاسة إنما تـكون فى محل النجاسة دون غيره .

وقال القاضى : يحتمل أن يـكون معنى قول أحمـد : إنه بمنزلة الجنب الذى يتيمم ، أى أنّه يُصلى على حسب حاله ، كما يُصلِّى الْجُنُب الذى يتيمم ، وهذاقول الأكثرين من الفقهاء ، لأن الشرع إنما ورد بالتيمم للحدث ، وغَسل النجاسة ليس فى معناه ، لأنه إنما يُؤْتى به فى محلّ النجاسة ، لافى غيره ، ولأن مقصود الغَسل إزالة النجاسة ، ولا يحصل ذلك بالتيمم .

ولنا : قوله عليه السلام : « الصَّعيدُ الطيِّبُ طَهُورُ المُسلِم ، وإنْ لَمْ يَجِد المْـاءَ عَشْرَ سِنِين » وقوله : « جُعِلَتْ لِيَ الأَرضُ مَسْجِداً وطَهُوراً » ولأنها طهارة فى البدن ، تراد للصلاة ، فجاز لها التيمم عند عدم الماء ، أو خوف الضرر باستعماله كالحدث . ويُفارق الغَسلُ التيمم ، فإنه فى طهارة الحدث يُؤتى به فى غير محله ، فيما إذا تيمم لُجرح فى رجله ، أو موضع من بدنه ، غير وجهه ، ويديه ، بخلاف الغَسل ، وقولهم : لم يَرِد به الشرع . قلنا : هو داخل فى عموم الأخبار ، وفى معنى طهارة الحدث لما ذكرنا .

فإذا ثبت هذا فإنه إذا تيمم للنجاسة وصلَّى ، فهل يلزمه الإعادة ؟ على روايتين .

وقال أبو الخطاب : إن كان على جُرحه نجاسة يَستضرُّ بإزالتها تيمم ، وصلَّى ، ولا إعادة عليه ، وإن تيمم للنجاسة عند عدم الماء ، وصلى لزمته الإعادة عندى .

وقال اصحابنا : لاتلزمه الإعادة ، لقوله عليه السلام « التُّرابُ كافِيكَ ما لَمْ تَجِدِ الماءَ » ، ولأنها طهارة ناب عنها التيمم ، فلم تجب الإعادة فيها ، كطهارة الحدث ، وكما لو تيمم لنجاسة على جُرحه يَضُرُّه إزالتها ، ولأنه لو صلى من غير تيمم لم يلزمه الإعادة ، فمع التيمم أولى ، فأما إن كانت النجاسة على ثوبه أو غير بدنه ، فإنه لايتيمم لها ، لأن التيمم طهارة فى البدن ، فلا ينوب عن غير البدن ، كالغَسل . ولأن غير البدن لاينوبُ فيه الجامدُ عند العجز ، بخلاف البدن .

فصـــل

فإن اجتمع عليه نجاسة وحدث ، ومعه مالا يكفى إلا أحدَهما ، غَسل النجاسة ، وتيمم للحدث . نص على هذا أحمد . وقال الخـلاّل : اتفق أبو عبد الله ، وسُفيانُ على هذا ، ولا نعـلم فيه خلافاً . وذلك لأن التيمم للحدث ثابت بالنصّ ، والإجماع ، ومُختلَف فيه للنجاسة .

وإن كانت النجاسة على ثوبه قدَّم غَسلها ، وتيمم للحدث . ورُوى عن أحمـد : أنه يتوضأ ، ويدع الثوب ، لأنه واجد للماء ، والوضوء أشدُّ من غَسل الثوب . وحكاه أبو حنيفة ، عن حمّاد فى الدم . والأول أولى ، لمـا ذكرناه ، ولأنه إذا قدَّم غَسْل نجاسة البدن مع أن للتيمم فيها مدخلا ، فتقديم طهارة الثوب أولى .

وإن اجتمع نجاسة على الثوب ونجاسة على البدن ، وليس معه إلا مايكفي أحدها ، غَسل الثوب ، وتيمم لنجاسة البدن ، لأن للتيمم فيها مدخلا .

فصل

إذا اجتمع جُنُب ، وميّت ، ومن عليها غُسل حيض، ومعهم ماء لايكفي إلا أحدَهم — فإن كان ملكاً لأحدهم ، فهو أحق به ، لأنه يحتاج إليه لنفسه ، فلا يجوز له بذله لغيره ، سواء كان مالكه الميّت ، أو أحدَ الحَيَّيْن .

وإن كان الماء لغيرهم ، وأراد أن يجود على أحدهم، فعن أحمد رحمه الله روايتان :

إحداها : الميِّتُ أحقُّ به : لأن غَسله خاتمةُ طهارته ، فتستحبُّ أن تكون طهارةً كاملة ، والحيُّ يَرجع إلى الماء الماء فيغتسل ، ولأن القصد بغَسل الميّت تنظيفُه ، ولا يحصلُ بالتيمم ، والحيُّ يَقصدبغُسله إباحةَ الصلاة ، ويحصلُ ذلك بالتراب .

والثانية : الحيّ أولى : لأنه مُتعبِّد بالغُسل مع وجود الماء ، والميِّتقد سقط الفرض عنه بالموت . اختار هذا الخلاّل . وهل يقدَّم الُجنُب ، أو الحائض ؟ فيه وجهان :

(أحدها) الحائض: لأنها تقضي حق الله تعالى ، وحق زوجها في إباحة وطئها .

(والثاني) الُجنُب : إذا كان رجُلاً ، لأن الرجل أحق بالكمال من المرأة ، ولأنه يَصلح إماماً لها ، وهي لا تصلح لإمامته .

وإن كان على أحدهم نجاسة فهو أولى به ، وإن وجدوا الماء في مكان ، فهو للأحياء . لأن الميِّت لا يَجِدُ شيئاً ، وإن كانت للميِّت ففَضَلَتْ منه فضلة فهو لورثَتِهِ ، فإن لم يكن لهوارث حاضر ، فللحيّ أخذه بقيمته ، لأن في تركه إتلافَه . وقال بعض أصحابنا : ليس له أخذُه ، لأنّ مالكه لمِيأذن له فيه ، إلا أن يحتاج إليه للعطش ،فيأخذُه بشرط الضمان .

وإن اجتمع جنب ومُحدث ، فالُجنب أحق إن كان الماء يكفيه ، لأنه يستفيدبه مالا يستفيده المحدث . وإن كان وفق حاجة المُحدث فهو أولى ، لأنه يستفيد به طهارةً كاملة . وإن كان لا يكفي واحداً منهما ، فالُجنب أولى به ، لأنه يستفيد به تطهير بعض أعضائه ، وإن كان يكفي كل واحد منهما ويفضل منه فَضلةٌ لا تكفي الآخر ، فالمحدث أولى ، لأن فضلته يُمكن الجنبَ استعمالُها ، ويحتمل أن الجنب أولى ، لأنه يستفيدُ بغُسله مالا يستفيد المحدث .

وإذا تغلب من غيرُه أولى منه على الماء ، فاستعمله ، كان مُسيئاً ، وأجزأه ، لأن الآخَر لم يملكه ، وإنما رُجِّح لشدّة حاجته .

فصل

وهل يكره للعادم جماعُ زوجته إذا لم يَخف العنت ؟ فيه روايتان :

(إحداهما) يُكره : لأنه يفوّت على نفسه طهارةً ممكناً بقاؤها .

(والثانية) لا يُكره : وهو قول جابر بن زيد ، والحسن ، وقتادة ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وحكى عن الأوزاعيّ أنه إن كان بينه وبين أهله أربع ليال فليُصِب أهله ، وإن كان بينه ثلاثٌ فما دونها فلا يُصيبُها . والأولى جواز إصابتها من غير كراهة ، لأن أبا ذرّ قال للنبيّ صلى الله عليه وسلم : « إنِّى أَعْزُبُ عَن المَاء وَمَعِى أَهْلِى ، فتُصِيبُنى الجَنَابَةُ ، فأُصلّى بغير طُهُور ؟ فقال النبى ﷺ : الصَّعِيدُ الطيِّبُ طَهُورٌ » ، رواه أبو داود والنسائىّ . وأصاب ابن عباس من جاريةٍ له رُوميَّة ، وهو عادم للماء ، وصَلّى بأصحابه ، وفيهم عمّار ، فلم يُنكروه . قال إسحاق بن رَاهَوَيْه هو سنّة مسنونة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم فى أبى ذرّ وعمّار ، وغيرها .

فإذا فعلاَ ووَجدَا من الماء ما يغسلان به فرجيهما ، غسلاها ، ثم تيمّما ، وإن لم يجدا تيمما للجنابة والحَدث الأصغر ، والنجاسة ، وصلّيا .

« مسألة » قال ﴿ وإذا شَدَّ الكسيرُ الجبائرَ ، وكان طاهراً ، ولم يَعْدُ بها موضع الكسر ، مسح عليها كلما أحدث إلى أن يَحُلَّها ﴾ .

« الجبائر » ما يُعَدُّ لوضعه على الكسر لينْجَبِرَ ، وقوله : « ولم يَعْـدُ بها مَوْضِـعَ الكسر » أراد لم يَتَجَاوَزْ الكسرَ ، إلا بما لا بُدَّ من وضع الجبيرة عليه ، فإن الجبيرة إنما توضع على طرفى الصحيح ليرجع الكسرُ . قال الخلاّل : كأن أبا عبدالله استحبَّ أن يَتَوَقَّى أن يَبْسُطَ الشّدَّ على الجرح بما يُجاوِزُه ، ثم سَهّلَ فى مسألة المَيْمُونِىّ ، والمَرْوَزِىّ ، لأنّ هذا مما لا ينضبط ، وهو شديد جدًّا . ولا بأس بالمسح على العصائب كيف شدّها ، والصحيح ماذكرناه إن شاء الله . لأنه إذا شدّها على مكان يَستغنى عن شدّها عليه ، كان تاركاً لغَسل ما يُمكنه غسلُه من غير ضرر . فلم يُجْزِ ، كما لو شدَّها على مالا كسر فيه ، فإذا شدّها على طهارة ، وخاف الضرر بنزعها ، فله أن يمسح عليها إلى أن يَحُلَّهَا .

وممن رأى المَسْحَ على العصائب ابنُ عمر ، وعُبَيْدُ بن عُمَيْر ، وعطاء . وأجاز المسح على الجبائر الحسنُ ، والنخَعِىّ ، ومالك ، وإسحاق ، والمُزَنِىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : يُعيد كلَّ صلاةٍ صلاها ، لأن الله تعالى أمر بالغَسل ، ولم يأت به .

ولنا : ما رَوى علىّ رضى الله عنه قال : « انْكَسَرَتْ إحْدَى زَنْدَىَّ ، فأَمَرَنِى النبىُّ صلى الله عليه وسلم : أَنْ أَمْسَحَ عَلَى الجَبائرِ » رواه ابن ماجه . وحديث جابر فى الذى أصابته الشجة ، ولأنه قول

ابن عمر ، ولم يُعرف له فى الصحابة مُخالف ، ولأنه مَسَحَ على حائل أُبيح له المسح عليه . فلم تجب معه الإعادة ، كالمسح على الْخُفّ .

فصـــل

ويُفارق مسحُ الجبيرة مسحَ الْخُفّ من خمسة أوجه :

(أحدها) أنه لايجوز المسح عليها إلا عند التضرُّر بنَزْعها ، والْخُف بخلاف ذلك .

(والثانى) أنه يجب استيعابها بالمَسْح ، لأنه لاضرر فى تعميمها به ، بخلاف الْخُفّ فإنه يَشُقُّ تعميم جميعه ، ويتلفه المسح ، وإن كان بعضها فى محلّ الفرض ، وبعضها فى غيره مسح ما حاذَى محلَّ الْفَرض ، نص عليه أحمدُ .

(والثالث) أنه يمسح على الجبيرة من غير توقيت بيوم ، وليلة ، ولا ثلاثة أيام ، لأنّ مسحها للضرورة ، فيقَدَّرُ بقَدْرها ، والضرورة تدعو فى مسحها إلى حَلّها فيقدر بذلك دون غيره .

(الرابع) أنه يمسح عليها فى الطهارة الكبرى[1] ، بخلاف غيرها ، لأن الضرر يلحقُ بنزعها فيها ، بخلاف الْخُفِّ .

(الخامس) أنه لايُشترط تقدُّم الطهارة على شدّها فى إحدى الروايتين . اختاره الخلاّل ، وقال : قد روى حرب ، وإسحاق ، والمروزىّ : فى ذلك سُهولةً عن أحمد . واحتجّ بابن عمر ، وكأنه ترك قوله الأول ، وهو أشبه ، لأن هذا مما لاينضبط ويَغْلُظُ على الناس جداً ، فلا بأس به . ويقّوى هذا حديثُ جابر فى الذى أصابته الشجة ، فإنه قال : « إنما كان يُجْزِئُه أَنْ يَعْصِبَ عَلَى جُرْحِهِ خِرْقَةً ، وَيَمْسَحَ عليها » ولم يذكر الطهارة ، وكذلك أمرَ عَلياًّ أن يمسح على الجبائر ، ولم يشترطِ طهارةً ، ولأن المسح عليها جاز دفعاً لمشقّة نزعها ، ونزعُها يَشُق إذا لبسها على غير طهارة ، كمشقّته إذا لبسها على طهارة .

والرواية الثانية : لايمسح عليها إلاّ أنْ يَشُدَّها على طهارة ، وهو ظاهر كلام الخِرَقِىّ ، لأنه حائل يمسحُ عليه . فكان من شرط المسح عليه تقدم الطهارة ، كسائر الممسوحات . فعلى هذا إذ لبسها على غير طهاره ، ثم خاف من نزعها تيمم لها . وكذا إذا تجاوز بالشدِّ عليها موضعَ الحاجة ، وخاف من نزعها تيمم لها . لأنه موضعٌ يخافُ الضرر باستعمال الماء فيه ، فيتيمم له كالجرح نفسه .

فصـــل

ولايحتاج مع مسحها إلى تيمم ، ويحتمل أن يتيمم مع مسحها فيما إذا تجاوز بها موضع الحاجة ؛ لأن

---

(١) الطهارة الكبرى : هى غسل الحيض والجنابة ونحوهما ، أما المسح على الخف فلا يكون إلا فى الطهارة الصغرى وهى الوضوء .

ما على موضـع الحـاجة يقتضى المسح ، والزائدُ يقتضى التيمم ، وكذلك فيما إذا شدَّها على غـير طهارة ، لأنها مُخْتَلَفَ فى إباحة المسح عليهـا . فإذا قلنا لا يمسح عليهـا . كان فرضهـا التيمم ، وعلى القول الآخر يكون فرضُها المسحَ . فإذا جمع بينهما خرج من الخلاف ، ومذهب الشافعىّ فى الجمع بينهما : قولان فى الجملة . لحديث جابر فى الذى أصابته الشجّة .

ولنا : أنه محل واحد . فلا يُجمع فيـه بين بدلين[1] كالخفّ ، ولأنه ممسوح فى طهارة . فلم يَجب له التيمم كالخفّ ، وصاحب الشجة الظاهرُ أنه لبسها على غير طهارة .

فصـــل

ولا فرق بين كون الشدّ على كسر أو جُرح . قال أحمد : إذا توضأ ، وخاف على جُرحه الماء مسح على الخِرْقَةِ ، وحديث جابر فى صاحب الشجّة إنما هو فى المسح على عصابة جرح ، لأن الشجَّة اسمٌ لُجرح الرأس خاصةً . ولأنه حائلُ موضع يَخاف الضرر بغسـله . فأشبه الشد على الـكسر . وكذلك إن وضع على جُرحه دواءً ، وخاف من نزعه ، مسح عليه . نص عليه أحمدُ . قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن الُجرح يكون بالرجل يضعُ عليـه الدواء ، فيَخافُ إن نزع الدواء إذا أراد الوضـوء أن يُؤْذِيَه ؟ قال : ما أدرى ما يُؤذيه ؟ ولـكن إذا خافَ على نفسه أو خُوِّفَ من ذلك مسح عليه . وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر : « أَنَّهُ خَرَجَتْ بِإِبْهَامِهِ قَرْحَةٌ فَأَلْقَمَهَا[2] مَرَارَةً ، فـكانَ يَتَوَضَّأُ عليها » .

ولو انقطع ظِفْرُ إنسان ، أو كان بأصبعه جُرح خافَ إن أصابه الماء أن يَزْرَقَّ الُجرح جاز المسح عليه ، نصَّ عليه أحمد . وقال القاضى فى اللَّصُوق على الجرح : إن لم يكن فى نزعه ضرر نزعه ، وغسل الصحيح ويتيمم للجرح ، ويمسحُ على موضع الجرح ، فإن كان فى نزعه ضَرر ، فحـكمه حكم الجبيرَة يمسح عليه .

فصـــل

فإن كان فى رِجْله شَقٌّ فجعل فيه قيْرًا ، فقال أحمد : يَنْزِعُهُ ، ولا يمسح عليه ، وقال : هذا أهون ، هذا لا يخاف منه ، فقيل له : متى يسعُ صاحبَ الجرح أن يمسح على الجرحَ ؟ فقال . إذا خَشِىَ أن يزداد وجَعًا ، أو شِدَّة . وتعليل أحمد فى القَيْرِ بسهولته يقتضى أنه متى كان على شىء يخاف منه جاز المسحُ عليه ، كما قلنا فى الإصبع المجروحة ، إذا جَعل عليها مرارة ، أو عَصَبَها مَسَحها . وقال مالك فى الظِّفْرِ يَسقُط : يكسوهُ مُصْطُـكا[3] ويمسحُ عليه . وهو قول أصحاب الرأى .

---

(١) البدلان : هما المسح ، وهو بدل الغسل ، والتيمم ، وهو بدل الغسل أيضاً ومعنى قوله كالخف : أن الخف يمسح عليه بدل الغسل ، ولا يجب معه التيمم ، فليس فيه جمع بين البدلين .

(٢) جعل فيها فتيلا .

(٣) المصطكا : بفتح الميم وضمها ، الحب المعروف ، وهو إذا بل بالريق لزق على موضع الظفر .

بطلت من أصلها ، فصار كاللابس له على غير طهارة . ولأن التيمم لا يرفع الحدث فقد لبسه وهو مُحدث .
وإن تَطهَّرت المستحاضةُ ، ومن به سَلَس البول ، وشبهما ، ولبسوا خِفَافًا ، فلهم المسحُ عليها . نصّ عليه أحمد . لأن طهارتهم كاملة فى حَقِّهم . قال ابن عقيل : لأنهـا مُضطرّة إلى الترخص ، وأحقُّ من ترخص المُضطرّ . فإن انقطـع الدم ، وزالت الضرورة ، بطلت الطهـارة من أصلهـا ، ولم يـكن لهـا المسح كالمتيمم إذا وَجد المـاء .

فصــــل

إذا لبس خفين ثم أحدث ، ثم لبس فوقهما خفين ، أو جُرْمُوقَيْنِ ، لم يجز المسح عليهما بغير خلاف ، لأنه لبسهما على حدث . وإن مسح على الأولين ، ثم لبس الجُرْمُوقين ، لم يجز المسح عليهما أيضاً . ولأصحاب الشافعىّ وجه فى تجويزه ، لأن المسح قائم مقام غَسل القدم .

ولنا : أن المسح على الخف لم يزل الحدثَ عن الرجل ، فكأنه لبسه على حدث . ولأن الخف الممسوح عليه بدل ، والبدل لا يكون له بدل ، ولأنه لبسه على طهارة غير كاملة ؛ فأشبه المتيمم . وإن لبس الفَوْقانى قبل أن يُحدث جاز المسح عليه بكل حال ، سواء كان الذى تحته صحيحاً أو مُخَرّقاً ، وهو قول الحسن بن صالح والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى ، ومنع منه مالك فى إحدى روايتيه ، والشافعىّ فى أحد قوليه ؛ لأنّ الحاجة لا تدعو إلى لُبسه فى الغالب ، فلا يتعلّق به رُخصة عامّة كالجبيرة .

ولنا : أنه خُفٌّ ساتر ، يمـكن متابعة المشى فيه . أشبه المُفرَد ، وكما لو كان الذى تحته مُخَرّقاً .
وقوله « الحاجةُ لا تدعو إليه » ممنوع ، فإن البلاد الباردة لا يـكفى فيها خف واحد غالباً . ولو سلمنا ذلك ، ولـكن الحاجةُ معتبرة بدليلها ، وهو الإقدام على اللُّبس لا بنفسها ، فهو كالخفّ الواحد .
إذا ثبت هذا فمتى نزع الفوقانىّ قبلَ مسحه لم يُؤثّر ذلك ، وكان لُبسه كعَدمِه ، وإن نزعه بعد مسحه بطلت الطهارة ، ووجب نزع الخفين وغَسلُ الرجلين ، لزوال محل المسح ، ونزعُ أحدِ الخفين كنزعهما ، لأنَّ الرُّخصة تعلقت بهما ، فصار كانـكشاف القدم . ولو أدخل يده من تحت الفوقانىّ ، ومسح الذى تحته جاز ، لأن كل واحد منهما محلٌّ للمسح ، فجاز المسح على ماشاء منهما ، كما يجوز غَسل قدمه فى الخف ، مع أن له المسح عليه ، ولو لبس أحد الجُرموقين فى إحدى الرجلين دون الأخرى ، جاز المسح عليه وعلى الخف الذى فى الرجل الأخرى ، لأن الحـكم تعلق به ، وبالخف فى الرجل الأخرى ، فهو كما لو يـكن تحته شىء .

فصــــل

فإن لبس خفاً مُخَرّقاً ، فوق صحيح ، فعن أحمـد جواز المسح . قال فى رواية حرب : الخفُّ المُخَرّقُ إذا كان فى رجليـه جَوربٌ مَسَحَ وإن كان الخفُّ مُنْخَرِقاً . وأما إن كان تحته لفـائف ، أو خِرَقٌ ، فلا يجوز المسح ، نصّ عليه أحمد فى مواضع .

«مسألة» قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ ومَنْ لبِسَ خُفَّيْهِ وهو كامل الطهارة ، ثم أحدث مَسح عَلَيْهما ﴾ .

لانعلم فى اشتراط تقدم الطهارة لجواز المسح خلافاً . ووجهه : ما رَوى المغيرة قال : « كُنتُ مع النبيِّ صلى الله عليه وسلم فى سَفَرٍ ، فأهْوَيْتُ لِأَنْزِعَ خُفَّيْهِ . فقال : دَعْهُما فَإِنِّى أَدْخَلْتُهُما طَاهِرَتين ، فمسح عليهما » . متفق عليه . فأما إن غسل إحدى رجليه فأدخلها الخف ، ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف لم يجز المسح أيضاً ، وهو قول الشافعىّ ، وإسحاق ونحوه عن مالك . وحكى بعض أصحابنا رواية أخرى ، عن أحمد أنه يجوز المسح ، رواها أبو طالب عنه ، وهو قول يحيى بن آدم ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، لأنه أحدث بعد كمال الطهارة ، واللُّبس . فجاز المسح ، كما لو نزع الخف الأول ، ثم عاد فلبسه ، وقيل أيضاً فيمن غسل رجليه ، ولبس خفيه ، ثم غسل بقية أعضائه : يجوز له المسح . وذلك مبنى على أن الترتيب غيرُ واجب فى الوضوء ، وقد سبق .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « دَعْهُمَا فَإِنِّى أَدْخَلْتُهُمَا طَاهِرَتين » وفى لفظ لأبى داود : « دَعِ الْخُفين فإِنِّى أَدْخَلْتُ الْقَدَمَين الْخُفين وَهُمَا طَاهِرَتَانِ » فجعل العلة وجود الطهارة فيهما جميعاً ، وقت إدخالهما ، ولم توجد طهارتهما وقت لبس الأول . ولأن مااعتبرت له الطهارة اعتبر له كمالها ، كالصلاة ، ومس المصحف ، ولأن الأول خُفٌّ ملبوس قبل رفع الحدث ، فلم يجز المسح عليه ، كما لو لبسه قبل غَسْل قدميه ، ودليل بقاء الحدث : أنه لايجوز له مس المصحف بالعضو المغسول ، فأما إذا نزع الخفّ الأول ، ثم لَبِسَه فقد لبسه بعد كمال الطهارة .

وقول الخِرَقِىّ « ثُمَّ أَحْدَثَ » يعنى الحدث الأصغر . فإن جواز المسح مختص به ، ولا يُجزىء المسح فى جنابة ، ولا غُسْلٍ واجب ، ولا مُستحبّ ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وقد رَوى صفوان بن عسال المرادىّ ، قال : « كان رسول الله ﷺ يَأْمُرُنَا إِذَا كُنَّا مُسَافِرِين - أَوْ سَفْراً - أن لا نَنْزِعَ خِفَافَنَا ثَلاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهِنَّ إِلاَّ مِنْ جَنَابَةٍ ، لَكِنْ مِنْ غَائِطٍ وَبَوْلٍ وَنَوْمٍ » رواه الترمذىّ . وقال : حديث صحيح ، ولأن وجوب الْغَسل يندُر ، فلا شق إيجاب غَسْل القدم ، بخلاف الطهارة الصغرى. ولذلك وجب غَسل ماتحت الشعور الكثيفة . وهكذا الحكم فى العمامة ، وسائر الحوائل ، إلا الجبيرة وما فى معناها .

فصـــــل

فإن تطهَّر ، ثم لبس الخف ، فأحدث قبل بلوغ الرجل قَدَم الْخُفّ . لم يجز له المسح ، لأن الرِّجْلَ حصلتْ فى مَقرّها وهو محدث ، فصار كما لو بدأ اللبس وهو محدث .

فصـــــل

فإن تيمم ، ثم لبس الخف ، لم يكن له المسح ، لأنه لبسه على طهارة غير كاملة ، ولأنها طهارة ضرورة

رواه أبو داود[١] . ولأنه مسح فى طهارة ، فلم يتوقت كمسح الرأس والجبيرة .

ولنا : ما رَوى علىّ رضى الله عنه : « أن النبى ﷺ جَعَلَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنّ للمسافر ، ويوماً وليلة للمقيم » رواه مسلم ، وحديث صفوان بن عسّال ، وقد ذكرناه . وعن عوف بن مالك الأشجعىّ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أَمَرَ بِالْمَسْحِ عَلَى الْخُفَّيْنِ فِي غَزْوَةِ تَبُوكَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنَّ ، لِلْمُسَافِرِ ويوماً وَلَيْلَةً لِلْمُقِيمِ » رواه الإمام أحمد ، وقال : هو أجود حديث فى المسح على الْخُفَّين ، لأنه فى غزوة تبوك ، وهى آخر غزاة غزاها النبى ﷺ ، وهو آخرُ فعله . وحديثهم ليس بالقوىّ ، قاله أبو داود . وفى إسناده مجاهيل ، منهم عبد الرحمن بن رَزين ، وأيوب بن قَطَن ، ومحمد بن زيد ، ويحتمل أنه يمسح ما شاء إذا نزعهما عند انتهاء مدته ، ثم يلبسهما . ويحتمل أنه قال « وَمَا شِئْتَ » من اليوم ، واليومين ، والثلاثة ، ويحتمل أنه منسوخ بأحاديثنا ، لأنها متأخّرة ، لكون حديث عوف فى غزوة تبوك ، وليس بينها وبين وفاة رسول الله ﷺ إلا شىء يسير . وقياسهم ينتقض بالتيمم .

فصـــل

إذا انقضت المدة بطل الوضوء : وليس له المسح إلا أن ينزعهما ، ثم يلبسهما على طهارة كاملة . وفيه رواية أخرى : أنه يُجزئه غَسل قدميه ، كما لو خلعهما . وسنذكر ذلك ، والخلافَ فيه إن شاء الله . وقال الحسن : لا يَبطل الوضوء ، ويُصَلّى حتى يُحدث ، ثم لا يمسح بعدُ حتى يَنزعهما . وقال داود : يَنزع خُفَّيه ولا يصلى فيهما . فإذا نزعهما صلى حتى يُحدث ، لأن الطهارة لاتبطل إلا بحدث ، ونزع الخف ليس بحدث . وكذلك انقضاء المدة .

ولنا : أن غَسل الرجلين شرط للصلاة . وإنما قام المسح مقامه فى المدة . فإذا انقضت لم يَجز أن يقوم مَقامه إلا بدليل ، ولأنها طهارة لا يجوز ابتداؤها فيمنع من استدامتها ، كالتيمم عند رؤية الماء .

« مسألة » قال ﴿ فإن خلع قبل ذلك أعاد الوضوء ﴾ .

يعنى قبل انقضاء المدة إذا خلع خفيه بعد المسح عليهما بطل وضوؤه . وبه قال النخعىّ ، والزهرىّ ، ومكحول ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وهو أحد قولى الشافعىّ . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجزئه غسل قدميه . وهو مذهب أبى حنيفة ، والقول الثانى للشافعىّ . ولأن مسح الخفين ناب عن غسل الرجلين خاصّة ، فظُهورهما يبطل ماناب عنه ، كالتيمم إذا بطل برؤية الماء ، وجب ماناب عنه .

وهذا الاختلاف مبنىّ على وجوب الموالاة فى الوضوء . فمن أجاز التفريق جوّز غَسل القدمين . لأن سائر أعضائه مغسولة ، ولم يبق إلا غَسلُ قدميه ، فإذا غسلهما كمل وضوءه . ومن منع التفريق أبطل وضوءه لفوات الموالاة . فعلى هذا : لو خلع الخفين قبل جفاف الماء عن يديه أجزأه غسل قدميه ، وصار

(١) هذا حديث ضعيف ، تكلم فيه المحدثون بما يفيد عدم ثبوته .

ووجهه : أن القدم مستور بما يجوز المسح عليه ، فجاز المسح كما لو كان السُّفْلانيُّ مكشوفاً ، بخـلاف ما إذا كان تحته لِفافة ، وقال القاضى وأصحـابه : لايجوز المسح إلا على التحتانى ، لأن الفوقانى لايجوز المسح عليه مفرداً ، فلم يجز المسح عليه مع غيره ، كالذى تحته لِفافة ، وإن لبس مُخَرَّقاً على مُخَرَّق ، فاستتر القدم بهما احتمل أن يـكون كالتى قبلها . لأن القدم مستور بالخفين . فأشبه المستور بالصحيحين أو بصحيح مُخَرَّق ، واحتمل أن لايجوز ، لأن القـدم لم يستتر بخف صحيح ، بخلاف التى قبلها .

فصـــل

وإن لبس الْخُفَّ بعد طهارة مسح فيهـا على العِمامة ، أو العِمامةَ بعد طهارة مسح فيهـا على الخف ، فقال بعض أصحابنا : ظاهر كلام أحمد : أنه لايجوز المسح ، لأنه لبس على طهارةٍ ممسوحٍ فيها على بَدَل ، فلم يَستبح المسح باللبس فيها ، كما لو لبس خُفًّا على طهارة ، ومسح فيها على خُفّ ، وقال القاضى : يحتمل جواز المسح ، لأنها طهارة كاملة ، وكل واحـد منهما ليس ببدل عن الآخر ، بخـلاف الخف الملبوس على خُفٍّ ممسوحٍ عليه .

فصـــل

وإن لبس الجبيرة على طهارة مسح فيها على خف أو عمامة ، وقلنا : ليس من شرطها الطهارة ، جاز المسح بكل حال ، وإن اشترطنا لها الطهارة احتمل أن يكون كالعمامة الملبوسة على طهارة مسح فيها على الخف واحتمل جواز المسح بكل حال ، لأن مسحها عزيمة ، وإن لبس الخف على طهارة مسح فيهـا على الجبيرة جاز المسح عليه لأنها عزيمـة ، ولأنها إن كانت ناقصة فهو لنقص لم يَزَل ، فلم يمنع جواز المسح ، كنقص طهارة المُستحاضة قبل زوال عُذرها . وإن لبس الجبيرة على طهارة مسح فيهـا على الجبيرة ، جاز المسحُ ، لمـا ذكرناه .

« مسألة » قال ﴿ يوماً ، وليلة ، للمُقيم ، وثلاثةَ أيام ، ولياليَهُنَّ للمُسافر ﴾ .

قال أحمد : التوقيت ما أثبته فى المسح على الخفين . قيل له : تَذهب إليه ؟ قال : نعم ، وهو من وجوه وبهـذا قال عمر . وعليّ ، وابن مسعود ، وابن عبّـاس ، وأبو زيد ، وشريح ، وعطاء ، والثوريّ ، وإسحاق ، وأصحـاب الرأى ، وهو ظاهر مذهب الشافعيّ . وقال الليث : يمسح مابدا له ، وكذلك قال مالك فى المُسافر . وله فى المقيم روايتان :

إحـداهما : يمسح من غير توقيت .

والثانية : لا يمسح ، لمـا رَوى أُبى بن عمارة ، قال « قلت : يا رسول الله ، أمسح على الخفين ؟ قال : نعم ، قلت : يوماً ؟ قال : يوماً . قلت : ويومين ؟ قال : ويومين . قلت : وثلاثة ؟ قال : وما شئت » ،

فصـــــل

وإذا لم يكن على الْجرْح عِصَابٌ ، فقد ذكرنا فيما تقدم ، أنه يَغْسل الصحيح ، ويتيمم للجُرح . وقد روى حنبلٌ ، عن أحمد فى المجروح ، والمجدور يخافُ عليه : يمسحُ موضع الْجُرح ، ويَغْسل ماحوله ، يعنى يمسح إذا لم يكن عليه عِصَاب .

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز عند عامة أهل العلم . حكى ابن المنذر عن ابن المبارك قال : ليس فى المسح على الخفين اختلاف أنه جائز . وعن الحسن قال : حدثنى سبعون من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مَسَحَ عَلَى الْخُفَّيْنِ » . ورَوى البخاريّ عن سعد بن مالك ، والمغيرة ، وعمرو بن أمية « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم مَسَحَ على الْخفين » . ورَوى أبو داود عن جرير بن عبد الله « أَنَّهُ تَوَضَّأَ ومسح على الْخُفَّين ، فقيل له : أتَفْعَلُ هذا ؟ قال : مايمنعنى أن أمسح ، وقد رأيتُ رسول الله ﷺ يمسح ؟ فقيل له : قبل نزول المائدة أو بعده ؟ فقال : ما أسلمتُ إلا بعد نزول المائدة » . وفى رواية أنه قال : « إِنِّى رَأَيْتُ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم بَالَ ثُمَّ تَوَضَّأَ وَمَسَحَ عَلَى خُفَّيْهِ ـ قال إبراهيم : فكان يُعجبهم هذا ـ لأنَّ إسلام جرير كان بعد نزول المائدة » متفق عليه . ورَوَاهُ حُذَيْفَةَ ، والْمُغيرة عن النبىّ ﷺ ، متفق عليهما قال أحمدَ : ليس فى قلبى من المسح شيء ، فيه أربعون حديثاً عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مارفعوا إلى النبى صلى الله عليه وسلم وما وقفوا .

فصـــــل

وروى عن أحمد أنه قال : الْمَسْحُ أَفْضَلُ ، يَعْنى مِنَ الْغَسل ، لأنَّ النبى ﷺ وأصحابه إنما طلبوا الفضل . وهذا مذهب الشافعيّ ، والحكم ، وإسحاق . لأنه رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إِنَّ اللهَ يُحِبُّ أَنْ يُؤْخَذَ بِرُخَصِهِ » و « ماخُيِّرَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلا اخْتارَ أيْسَرَهُما » ولأن فيه مخالفة أهل البدع . وقد رُوى عن سفيان الثوريّ أنه قال لشُعَيْب بن حرب : لاينفعك ما كتبت ، حتى ترى المسح على الْخُفين أفضلَ من الغَسل . ورَوى حنبل ، عن أحمد ، أنه قال : كُلُّه جائز : المسح ، والغَسل ، مافى قلبى من المسح شيء ، ولا من الغسل ، وهذا قول ابن المنذر . ورُوى عن ابن عمر : أنه أمرهم أن يمسحُوا على خِفافهم ، وخلع خُفَّيه ، وتوضأ ، وقال : حُبِّبَ إلَىَّ الوضوء . وقال ابن عمر : إنِّى لَمُولَعٌ بغَسْل قدمىّ ، فلا تقتدوا بى .

وقيل : الْغَسل أفضل ، لأنه المفروض فى كتاب الله تعالى ، والمسح رُخْصة . وقد ذكرنا من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللهَ يُحِبُّ أَنْ تُقْبَلَ رُخَصُهُ » .

كأنه خلعها قبل مسحه عليهما . وقال الحسن ، وقتادة ، وسليمان بنُ حرب : لايتوضأ ، ولا يغسل قدميه . لأنه أزال الممسوح عليه بعد كمال الطهارة ، فأشبه مالو حلق رأسه بعدالمسح عليه ، أو قلم أظفاره بعد غسلها ، ولأن النزع ليس بحدث ، والطهارة لاتبطُل إلا بالحدث .

ولنـا : أن الوضوء بطل فى بعض الأعضاء ، فبطل فى جميعها ، كما لو أحـدث . وما ذكروه يَبْطُل بنزع أحد الخفين ، فإنه يُبْطِل الطهارة فى القدمين جميعاً ، وإنما ناب مسحُه عن إحداها .

وأما التيمم عن بعض الأعضـاء إذا بطـل فقد سبق القول فيه فى موضعه . وحـكى عن مالك : أنه إذا خلع خفيه غسل قدميه مكانه ، وصحت طهارته . وإن أخره استأنف الطهـارة ، لأن الطهارة كانت صحيحة فى جميع الأعضاء إلى حين نزع الخفين ، أو انقضاء المدة ، وإنمـا بطلت فى القدمين خاصة . فإذا غسلها عَقِبَ النزع لم تَفُت الموالاة ، لقُرب غَسلهما من الطهارة الصحيحة ، فى بقيـة الأعضاء ، بخلاف ما إذا تراخى غَسلهُما ، ولا يصحّ . لأن المسح قد بطـل حـكمه ، وصار الآن يضيف الغَسل إلى الغَسل ، فلم يبق للمسح حـكم ، ولأن الاعتبار فى الموالاة إنما هو لقرب الغَسل من الغَسل لامن حـكمه . فإنّه متى زال حـكم الغَسل بطلت الطهـارة ، ولم ينفـع قرب الغسل شيئـاً ، لـكون الحـكم لايعـود بعد زواله إلا بسبب جـديد .

فصـــــل

وإن نزع العمامة بعد مسحها بطلت طهارته أيضاً . وعلى الرواية الأخرى : يلزمه مسح رأسه وغسل قدميه ، ليحصل الترتيب ، ولو نزع الجبيرة بعد مسحها فهو كنزع العمامة ، إلا أنه إن كان مسح عليها فى غسل يعم البدن لم يحتج إلى إعادة غسل ولا وضوء ؛ لأن الترتيب والموالاة ساقطان فيه .

فصـــــل

ونزع أحد الخفين كنزعهما فى قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وابن المُبـارك ، والشـافعىّ ، وأصحـاب الرأى . ويلزمه نزع الآخر ، وقال الزهرىّ : يَغسل القـدم الذى نزع الخف منه ، ويمسح الآخر ، لأنهما عضوان ، فأشبها الرأس والقدم .

ولنـا : أنهما فى الحـكم كعضو واحد ، ولهذا لا يجب ترتيب أحـدهما على الآخر ، فيبطـل مسـح أحدهما بظهور الآخر ، كالرجل الواحدة . وبهذا فارق الرأس والقدم .

فصـــــل

وانـكشاف بعض القدم من خَرق كنزع الُخف . فإن انـكشفت ظِهارتُه وبقيت بطانته ، لم تَضُرّ . لأن القدم مستورة بما يتبع الخف فى البيع ، فأشبه ما لو لم ينـكشف .

فصــــل

وإن أخرج رجله إلى ساق الخف فهو كخلعه ، وبهذا قال إسحاق وأصحاب الرأى . وقال الشافعىّ : لا يبين لى أنّ عليه الوضوء ، لأن الرجل لم تظهر . وحكى أبو الخطاب فى رءوس المسائل عن أحمد : روايةً أخرى كذلك .

ولنا : أن استقرار الرجل فى الخف شرط جواز المسح ، بدليل ما لو أدخله الخف ، فأحدث قبل استقرارها فيه ، لم يكن له المسح . فإذا تغير الاستقرار زال شرط جواز المسح ، فيبطل المسح لزوال شرطه ، كزوال استتاره ، وإن كان إخراج القدم إلى ما دون ذلك لم يبطل المسح ، لأنها لم تزل عن مُستقرّها .

فصــــل

كره أحمد لبس الخفين وهو يدافع الأخبثين أو أحدهما ، لأن الصلاة مكروهة بهذه الطهارة ، واللبس يراد ليمسح عليه للصلاة . وكان إبراهيم النخعىّ إذا أراد أن يبول لبس خفيه ، ولا يرى الأمر فى ذلك إلا واسعاً . لأن الطهارة كاملة . فأشبه ما لو لبسه إذا خاف غلبة النعاس ، وإنما كرهت الصلاة لأن اشتغال قلبه بمدافعة الأخبثين يذهب بخشوع الصلاة ، ويمنع الإتيان بها على الكمال ، وربما حمله ذلك على العجلة فيها ، ولا يضرُّ ذلك فى اللُّبس .

« مسألة » قال ﴿ ولو أحدث وهو مقيم ، فلم يمسح حتى سافر أتمَّ على مسح مُسافر منذ كان الحدث ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن من لم يمسح حتى سافر : أنهُ يتمّ مسح المسافر ، وذلك لقول النبى ﷺ : « يَمْسَحُ الْمُسَافِرُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهِنَّ » وهو حالَ ابتدائه بالمسح كان مسافراً .

وقوله « منذ كان الحدث » يعنى ابتداء المدة من حين أحدث بعد لبس الخف ، هذا ظاهر مذهب أحمد . وهو مذهب الثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن أحمد رواية أخرى : أن ابتداءها من حين مَسَحَ بعد أن أحدث ، ويُروى ذلك عن عمر رضى الله عنه . فروى الخلاّلُ عنه : أنّه قال : « امْسَحْ إِلَى مِثْلِ سَاعَتِكَ الَّتِى مَسَحْتَ » وفى لفظ قال : « يَمْسَحُ الْمُسَافِرُ إلى السَّاعَةِ الَّتِى تَوَضَّأَ فيها » .

واحتج أحمدُ بظاهر الحديث قوله ﷺ : « يَمْسَحُ المسافرُ عَلَى خُفَّيْهِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيهِنّ » ولأن ماقبل المسح مدة لم تُبَح الصلاة بمسح الخف فيها . فلم تحسب من المدة كما قبل الحدث . وقال الشعبىّ ، وأبو ثور ، وإسحاق : يمسح المُقيمُ خمس صلواتٍ لا يزيدُ عليها .

ولنا : مانقله القاسمُ بن زكريّا المُطرّز ، فى حديث صفوان : « مِنَ الْحَدَثِ إلى الْحَدَثِ » ولأن مابعد الحدث زمان يُستباح فيه المسح ، فكان من وقته كبعد المسح . والخبر أراد أنه يَستبيح المسح دون فعله . والله أعلم .

وأما تقديره بعدد الصلوات : فلا يصح . لأن النبي ﷺ إنما قدّره بالوقت ، دون الفعل . فعلى هذا يمكن المُقيمَ أن يُصَلّي بالمسح سِتَّ صلوات ، وهو أن يُؤَخِّر الصلاة ، ثم يمسح ، ويُصَلّيها ، وفى اليوم الثانى يُعَجِّلها ، فيصلّيها فى أول وقتها ، قبل انقضاء مُدة المسح : وإن كان له عذر يُبيح الجمع من سفر ، أو غيره ، أمكنه أن يُصَلّي سَبْعَ صلوات .

« مسألة » قال ﴿ ولو أحدث مُقيما ، ثم مسح مُقيما ثم سافر ، أتمَّ على مَسْح مُقيم ، ثم خلع ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة . فروى عنه : مثل ماذكر الخِرَقِيّ ، وهو قول الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، ورُوى عنه : أنه يمسح مَسْح المسافر ، سواء مسح فى الحضر لصلاة ، أو أكثر منها ، بعد أن لا تنقضى مُدة المسح ، وهو حاضر ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ويمْسَحُ المُسَافِرُ ثلاثَةَ أيَّام ، ولَيَالِيَهُنَّ » وهذا مسافر . ولأنه سافر قبل كمال مُدة المسح ، فأشبه من سافر قبل المسح بعد الحدث . وهذا اختيار الخلال ، وصاحبه أبى بكر . وقال الخلال : رجع أحمد عن قوله الأول إلى هذا .

وجه قول الخِرَقِيّ : إنّها عبادة تختلف بالحضَر والسفَر ، وُجِد أحَدُ طرفيها فى الحضر ، فغلب فيها حكمُ الحضر كالصلاة . والخبرُ يقتضى أن يمسح المسافر ثلاثاً فى سفره . وهذا يتناول من ابتدأ المسح فى سفره . وفى مسألتنا يُحتسب بالمدة التى مضت فى الحضر .

فصــل

فإن شك ، هل ابتدأ المسح فى السفر ، أو الحضر ؟ بنى على مسح حاضر ، لأنه لايجوز المسح مع الشك فى إباحته . فإن ذَكَرَ بعدُ أنه كان قد ابتدأ المسح فى السفر جاز البناء على مسح مُسافر ؛ وإن كان قد صلى بعد اليوم والليلة مع الشك ثم تيقّن . فعليه إعادةُ ماصَلّى مع الشك . لأنه صلى بطهارة لم يكن له أن يُصَلِّيَ بها ، فهو كما لو صَلّى يَعتقد أنه مُحدث ، ثم ذكر أنه كان على وُضوء — كانت طهارته صحيحة ، وعليه إعادة الصلاة . وإن كان مَسَحَ مع الشك صحّ ، لأن الطهارة تصحّ مع الشك فى سببها . ألا ترى أنه لو شك فى الحدث ، فتوضأ ينوى رفع الحدث ، ثم تيقن أنه كان مُحدثاً أجزأه ؟ وعكسه : مالو شك فى دخول الوقت فصلّى ثم تيقن أنه كان قد دخل لم يُجزه . وكذلك إن شك الماسح فى وقت الحدث بنى على الأحوط عنده . وهذا التفريع على الرواية الأولى . فأما على الثانية فإنه يمسحُ مَسح المسافر على كل حال .

« مسألة » قال ﴿ وإذا مسح مسافر أقَلّ من يوم وليلة ، ثم أقام أو قَدِم ، أتمّ على مسحُ مُقيم وخلع ، وإذا مسح مسافر يوماً وليلةً فصاعداً ، ثم أقام ، أو قَدِم خلع ﴾ .

وهذا قول الشافعىّ وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه مُخالفاً ، لأنه صار مُقيماً لم يجز له أن يمسح مسح المسافر كمحلّ الوفاق ، ولأن المسح عبادة يَختلف حكمها بالحضر والسفر . فإذا ابتدأها فى السفر ثم حضر

فى أثنائها غُلِّب حكم الحضر كالصلاة . فعلى هذا لو مسح أكثر من يوم وليلة ، ثم دخل فى الصلاة ، فنوى الإقامة فى أثنائها بطلت صلاتُه ، لأنه قد بطل المسحُ فبطلت طهارته ، فبطلت صلاته ، لبطلانها . ولو تَلَبَّس بالصلاة فى سَفِينة ، فدخلت البلد فى أثنائها ، بطلت صلاتُه لذلك .

« مسألة » قال ﴿ ولا يمسح إلا على خُفَّين ، أو ما يقوم مقامهما من مقطوع ، أو ما أشبهه مما يُجاوز الكعبين ﴾ .

معناه ـ والله أعلم ـ يقوم مقام الخُفَّين فى ستر محل الفرض ، وإمكان المشى فيه ، وثبوته بنفسه . والمقطوع هو الخف القصير الساق . وإنما يجوز المسح عليه إذا كان ساتراً لمحل الفرض ، لا يُرى منه الكعبان ، لكونه ضيِّقاً أو مشدوداً . وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور . ولو كان مقطوعاً من دون الكعبين لم يجز المسح عليه ، وهذا الصحيح عن مالك . وحُكى عنه وعن الأوزاعىّ جوازُ المسح ، لأنه خف يمكن متابعة المشى فيه ، فأشبه الساتر .

ولنا : أنه لايستر محل الفرض ، فأشبه اللالِكَة[1] ، والنعلين .

فصــل

ولو كان للخف قدم ، وله شَرْج ، مُحاذٍ لمحلّ الفرض جاز المسحُ عليه ، إذا كان الشرج مَشْدُوداً يَسْتُرُ القَدَم ، ولم يكن فيه خلل يَبِينُ منه مَحلّ الفرض . وقال أبو الحسن الآمدىّ : لا يجوز .

ولنا : أنه خف ساتر يُمكن متابعة المشى فيه ، فأشبه غير ذى الشَّرْج .

فصــل

فإن كان الخُف محرماً ، كالنصب ، والحرير ، لم يُسْتَبح المسحُ عليه فى الصحيح من المذهب ، وإن مسح عليه وصلى ، أعاد الطهارة والصلاة . لأنه عاص بِلُبسه ، فلم تُستبح به الرخصة ، كما لايَستبيح المسافر رُخَص السفر لسفَر المعصية . ولو سافر لمعصية لم يَستبح المسح أكثَر من يوم وليلة . لأن يوماً وليلة غيرُ مُختصة بالسفر ، ولا هى من رُخَصِه ، فأشبه غير المرخَّص . بخلاف ما زاد على يوم وليلة ، فإنّه من رُخَص السفر ، فلم يَستبحهُ بسفر المعصية ، كالقصر ، والجمع .

فصــل

ويجوز المسح على كل خف ساتر يمكن متابعة المشى فيه ، سواء كان من جلود ، أو لُبُودٍ ، وما أشبهها . فإن كان خشباً ، أو حَديداً ، أو نحوَها . فقال بعض أصحابنا : لايجوز المسح عليهما ، لأن

---

(١) اللالكة : بكسر اللام الأخيرة : نوع من النعال لايستر الكعبين ، والنعلان معروف وصفهما عند العرب بأنهما دون الكعبين .

الرخصة وردت فى الخفاف المتعارفة للحاجة ، ولا تدعو الحاجة إلى المسح على هذه فى الغالب . وقال القاضى : قياس المذهب جوازُ المسح عليها ، لأنه خف ساتر يمكن المشى فيه أشبه الجلود[1] .

« مسألة » قال ﴿ وكذلك الجورب الصفيق الذى لا يسقط إذا مشى فيه ﴾ .

إنما يجوز المسح على الجورب بالشرطين اللذين ذكرناهما فى الخف (أحدهما) أن يكون صفيقاً لا يبدو منه شيء من القدم (الثانى) أن يمكن متابعة المشى فيه ، هذا ظاهر كلام الخِرَقِىّ . قال أحمد فى المسح على الجوربين بغير نعل ، إذا كان يمشى عليهما ، ويثبتان فى رجليه فلا بأس . وفى موضع قال : يمسح عليهما إذا ثبتا فى العَقِب . وفى موضع قال : إن كان يمشى فيه فلا يَنْثَنِى ، فلا بأس بالمسح عليه . فإنه إذا انثنى ظَهَرَ موضع الوضوء . ولا يُعتبر أن يكونا مُجَلَّدين . قال أحمد : يُذكر المسح على الجوربين عن سبعة ، أو ثمانية من أصحاب رسول الله ﷺ . وقال ابن المنذر : ويروى إباحةُ المسح على الجوربين عن تسعة من أصحاب رسول الله ﷺ ، علىّ ، وعمّار ، وابن مسعود ، وأنس ، وابن عمر ، والبراء ، وبلال ، وابن أبى أَوْفى ، وسهل بن سعد ، وبه قال عطاء ، والحسن ، وسعيد بن المُسَيّب ، والنخعىّ ، وسَعيد بن جُبَيْر ، والأعمش ، والثورىّ ، والحسن بن صالح ، وابن المُبارك ، وإسحق ، ويعقوب ، ومحمد . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعىّ ، ومُجاهد ، وعمرو بن دينار ، والحسن بن مُسلم ، والشافعىّ : لا يجوز المسح عليهما ، إلاّ أن يُنْعَلا[2] ، لأنهما لا يمكن مُتابعة المشى فيهما ، فلم يَجُز المسح عليهما كالرقيقين .

ولنا : ما روى المغيرة بن شعبة » أن النبى صلى الله عليه وسلم مَسَحَ عَلَى الْجَوْرَبَيْنِ والنَّعْلَيْنِ » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وهذا يدلّ على أن النعلين لم يكونا عليهما ، لأنهما لو كانا كذلك لم يذكر النعلين ؛ فإنه لا يقال : مسحت على الخف ، ونعله . ولأن الصحابة رضى الله عنهم مسحوا على الجوارب ، ولم يظهر لهم مُخالف فى عصرهم ، فكان إجماعاً . ولأنه ساترٌ لمحل الفرض ، يَثْبُتُ فى القدم ، فجاز المسحُ عليه كالنعل .

وقولهم : لا يمكن متابعة المشى فيه ، قلنا : لا يجوز المسح عليه إلا أن يكون مما يثبت بنفسه ، ويمكن مُتابعة المشى فيه ، وأما الرقيق فليس بساتر .

فصـــل

وقد سئل أحمد عن جورب الخِرَق يُمسح عليه ؟ فكره الخِرَق ، ولعل أحمد كرهها ، لأنّ الغالبَ

---

(١) الشرط فى جواز المسح ستر محل الفرض وإمكان تتابع المشى فى الخف ، فلو كان خشباً أو حديداً لينين بحيث يمكن المشى فيهما بسهولة فلا مانع من ذلك على رأى من يجوز ذلك .

(٢) ينعلا : يكون لهما نعل من جلد أو غيره متين بحيث يتحمل المشى فيهما .

عليها الخِفَّة ، وأنها لاتَثْبُت بأنفسها . فإن كانت مثلَ جورب الصوف فى الصفاقة ، والثُّبوت ، فلا فرق . وقد قال أحمد فى موضع : لايُجزئه المسحُ على الجورب ، حتى يـكون جَورباً صفيقاً ، يقومُ قائماً فى رجله ، لاينـكسِرُ مثلَ الُخفَّين ، إنما مَسْحُ القوم على الجوربين أنّه كان عندهم بمنزلة الخف ، يقوم مقام الخف ، فى رِجْل الرجل ، يذهبُ فيه الرجل ويجىء .

« مسألة » قال ﴿ فإن كان يثبت بالنعل مَسَحَ ، فإذا خَلَع النعلَ انتقضت الطهارة ﴾ .

يعنى أن الجورب إذا لم يثبُت بنفسه ، وثبت بلُبس النعـل ، أبيح المسحُ عليه ، وتنتقض الطهارة بَخلع النعل ، لأن ثُبوت الجورب أحدُ شرطَىْ جواز المسح ، وإنما حصل بلبس النعـل ، فإذا خلعها زال الشرط ، فبطلت الطهارة ، كما لو ظهر القدم .

والأصل فى هذا : حديثُ المغيرة . وقوله « مَسَحَ عَلَى الجَوْرَبَيْن والنَّعْلَيْنِ » قال القاضى : ويمسحُ على الجورب ، والنعل ، كما جاء الحديث . والظـاهرُ أن النبىَّ ﷺ إنمـا مسح على سُيُور النَّعْلِ التى على ظاهر القدَم . فأما أسفلُه ، وعقبُه فلا يُسَنُّ مسحهُ من الُخفّ . فـكذلك من النعل .

« مسئلة » قال ﴿ وإذا كان فى الخف خَرْقٌ يبدو منه بعض القدم لم يجز المسح عليه ﴾

وجملته : أنه إنمـا يجوز المسح على الخف ونحوه ، إذا كان ساتراً لمحـل الفرض . فإن ظهر من محـل الفرض شىء لم يجز المسح ، وإن كان يَسيراً من موضع الَخرْز ، أو من غيره ، إذا كان يُرى منه القدم ، وإن كان فيه شَقٌّ ينضمّ ، ولا يبدو منه القدم لم يمنع جواز المسح ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب مَعْمَر ، وأحد قولى الشافعىّ .

وقال الثورىّ ويزيد بن هارون ، وإسحاق وابن المنذر : يجوز المسح على كل خف ، وقال الأوزاعىّ : يمسح على الخفّ المُخرّق ، وعلى ماظهر من رجـله . وقال أبو حنيفة : إن تخرّقَ قدرُ ثلاث أصـابع لم يَجُز . وإن كان أقلّ جاز ، ونحوه قال الحسن . وقال مالك : إن كثُر وتفاحش لم يَجُز ، وإلا جاز .

وتَعلّقوا بعموم الحديث ، وبأنه خُفٌ يمـكن متابعة المشى فيه ، فأشبه الصحيح . ولأن الغالب على خِفَاف العرب كونُها مُخرّقة . وقـد أمر النبى صلى الله عليه وسـلم بمسحها من غير تفصيل ، فينصرف إلى الخِفَاف الملبوسة عندهم غالباً .

ولنـا : أنه غير ساتر للقـدم : فـلم يجز المسح عليه ، كما لو كثر وتفـاحش ، أو قياسـاً على غير الخف . ولأن حـكم ماظهر : الغَسلُ ، وما استتر : المسحُ ، فإذا اجتمعاَ غُلِّب حـكم الغَسلِ ، كما لو انـكشفت إحدى قدميه .

فصـــل

ولايجوز المسح على اللفـائف ، والخِرَق . نصّ عليه أحمد . وقيل له : إن أهل الجبل يَلُفُّون على

أرجلهم لفائفَ إلى نصف الساق ؟ قال : لايُجزئه المسحُ على ذلك ، إلا أن يكون جورباً . وذلك لأن اللِّفافَة لا تَثْبتُ بنفسها ، إنما تثبتُ بشدّها ، ولا نَعلم في هذا خلافاً .

« مسألة » قال ﴿ ويمسح على ظاهر القدم ﴾ .

السنة : مسح أعلى الخف دون أسفله وعقبه ، فيضع يده على موضع الأصابع ، ثم يَجرُّها إلى ساقه خَطًّا بأصابعه ، وإن مسح من ساقه إلى أصابعه جاز ، والأول المسنون ، ولا يُسنّ مسح أسفله ، ولا عقبه ، بذلك . قال عروة ، وعطاء ، والحسن ، والنخعيّ ، والثوريّ ، والأوزاعيّ . وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . ورُوى عن سعد : أنه كان يرى مسح ظاهره ، وباطنه . ورُوى أيضاً عن ابن عمر ، وعمر ابن عبد العزيز ، والزهريّ ، ومكحول ، وابن المُبارك ، ومالك ، والشافعيّ . لما رَوى المغيرة بن شعبة قال : « وَضَّأْتُ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم فَمَسَحَ أَعْلَى الْخُفِّ ، وأَسْفَلَهُ » رواه ابن ماجه ، ولأنه يُحاذى محَلّ الفرض ، فأشبه ظاهره .

ولنا : قول عليّ رضى الله عنه : « لَوْ كَانَ الدِّينُ بالرَّأْيِ ، لَكَانَ أَسْفَلُ الْخفِّ أَوْلَى بالمسح مِنْ ظَاهِرِه . وَقَدْ رأيتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يَمْسَحُ ظَاهِرَ خُفَّيْهِ » رواه أبوداود . وعن المُغيرة قال : « رَأَيْتُ رَسُولَ الله ﷺ يَمْسَحُ عَلَى الْخُفَّيْنِ عَلَى ظَاهِرِهما » رواه أبو داود ، والترمذيّ ، وقال : حديثٌ حسن صحيح . وعن عمر قال : « رأيتُ النبى صلى الله عليه وسلم يأمرُ بالمَسْحِ على ظَاهِرِ الْخُفَّيْنِ إِذَا لَبِسَهُمَا وَهُمَا طَاهِرَتَانِ » رواه الخلاّل بإسناده ، ولأن باطنه ليس بمحل لفرض المسح ، فلم يكن مَحلاً لمسنونه كساقه . ولأن مسحه غير واجب ، ولا يكاد يَسلم مَن مُباشرة أذى فيه ، تتنجَّس يدُه به ، فكان تركه أولى . وحديثُهم معلول . قاله الترمذيّ . قال : وسألت أبا زُرْعةَ ومحمداً — يعنى البخاريّ عنه ؟ فقالا : ليس بصحيح . وقال أحمد : هذا من وجه ضعيف . رواه رجاء بن حَيْوَةَ ، عن وَرّاد كاتب المُغيرة ، ولم يَلقَه ، وأسفلُ الخفّ ليس بمحل لفرض المسح ، بخلاف أعلاه .

فصـــــل

والمُجزئ فى المسح : أن يَمْسَحَ أكثرَ مقدَّمِ ظاهره خُطوطاً بالأصابع . وقال الشافعيّ : يُجزئه أقلُّ مايقع عليه اسم المسح ، لأنه أطلق لفظ المسح ، ولم ينقل فيه تقدير ، فوجب الرجوع إلى مايتناوله الاسم . وقال أبو حنيفة : يُجزئه قدرُ ثلاث أصابع . لقول الحسن : سنة المسح خَطٌّ بالأصابع . فينصرف إلى سنة النبيّ ﷺ ، وأقلّ لفظ الجمع ثلاث .

ولنا : أن لفظ المسح ورد مُطلقاً ، وفسّره النبيُّ صلى الله عليه وسلم بفعله فيجب الرجوع إلى تفسيره . وقد روى الخلاّل بإسناده عن المغيرة بن شعبة — فذكر وضوء النبيّ ﷺ قال « ثُمَّ تَوَضَّأَ وَمَسَحَ عَلَى الْخُفَّيْنِ ، فوَضَعَ يَدَهُ الْيُمْنَى عَلَى خُفِّهِ الأَيْمَنِ ، وَوَضَعَ يَدَهُ الْيُسْرَى عَلَى خُفِّهِ الأَيْسَرِ ، ثُمَّ مَسَحَ

أعلاهما مَسْحةً واحدةً ، حَتّى كأنّى أنظُرُ إلى أثَر أصابِعهِ عَلَى الخُفّـيْنِ » قال ابن عقيل : سنة المسح هـكذا : أن يمسح خفيه بيديه ، اليمنى لليمنى ، واليسرى لليسرى . وقال أحمد : كيفما فعله فهو جائز ، باليد الواحدة أو باليدين ، وقول الحسن مع ماذكرنا لايتنافيان .

فصـــــل

فإن مسح بخرقة ، أو خَشَبة احتمل الأجزاء ، لأنه مَسَحَ على خفيه ، واحتمـل المنـع . لأن النبى صلى الله عليه وسلم « مَسَحَ بيَدِهِ » وإن مسح بأصبع ، أو أصبعين ، أجزأه إذا كرر المسح بها ، حتى يصير مِثلَ المسح بأصابعه . وقيل لأحمد : يمسح بالراحتين أو بالأصابع ؟ قال : بالأصابع ، قيل له أيُجزئه بأصبعين ؟ قال : لم أسمع .

فصـــــل

وإن غَسَلَ الخفّ ، فتوقف أحمد ، وأجازه ابن حامد . لأنه أبلغ من المسح . قال القاضى : لايُجزئه ، لأنه أُمِرَ بالمسح ، ولم يفعله ، فـلم يُجزه ، كما لو طرح التراب على وجهه ، ويديه ، فى التيمم ، لـكن إن أمرَّ يدَيْهِ على الخفّين فى حال الغَسل ، أو بعده أجزأه . لأنه قد مسح .

« مسألة » قال ﴿ وإن مسح أسفله دون أعلاه لم يُجزه ﴾ .

لانعلم أحداً قال يُجزئه مسحُ أسفل الخف ، إلا أشهبَ ، من أصحاب مالك ، وبعضَ أصحاب الشافعىّ . لأنه مسح بعض ما يُحاذى محالَّ الفرض . فأجزأه ، كما لو مسح ظاهره ، والمنصوص عن الشافعىّ : أنه لايُجزئه . لأنه ليس محلاًّ لفرض المسح . فـلم يُجزىء مسحُه كالساق . وقد ذكرنا : أن النبىّ ﷺ إنّمَا مَسَحَ ظاهرَ الخفّ . ولا خلاف فى أنه يُجزئ مسح ظاهره . قال ابن المنذر : لاأعلم أحداً يقول بالمسح على الخفين يقول : لايُجزىء المسح على أعلى الخف .

فصـــــل

والحـكم فى المسـح على عقب الخف ، كالحـكم فى مسح أسـفله ، لأنه ليس بمَحَـلٍّ لفرض المسح ، فهو كأسـفله .

« مسألة » قال ﴿ والرجل ، والمرأة فى ذلك سواء ﴾ .

يعنى فى المسح على الخِفَاف ، وسائر أحكامه ، وشروطه ، لعموم الخبَر . ولأنه مَسح أُقيم مَقامَ الغَسل فاستوى فيه الرجال ، والنساء ، كالتيمم ، ولا فرق بين المُستحاضة ، ومن به سَلَس البول ، وغـيرهما ، وقال بعض الشافعيَّة : ليس لهما أن يمسحا على الخفّ أكثر من وقت صـلاةٍ . لأن الطهارة التى لبسا الخف عليها لايُستباحُ بها أكثر من ذلك .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « يَمْسَحُ المُقيمُ يوماً ، وَلَيْلَةً ، وَالمُسافِرُ ثَلاثَةَ أيّامٍ وَلَيالِيَهُنّ » ولأن

المسح لا يبطُل بمبطلات الطهارة ؛ فلا يبطُل بخروج الوقت ، لـكن إن زال عذرها كملا فى بابهما ، فلم يكن لهما المسح بتلك الطهارة ، كالمتيمم إذا أ كمل بالقُدرة على الماء لا يمسح بالخف[1] الملبوس على التيمم .

فصـــل

ويجوز المسح على العمامة . وقال ابن المنذر : وممن مسح على العمامة : أبو بكر الصديق ، وبه قال عمر ، وأنس ، وأبو أُمامةَ . ورُوى عن سعيد بن مالك ، وأبى الدرداء رضى الله عنهم ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والحسن ، وقتادة ، ومـكحول ، والأوزاعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنـذر . وقال عُروة ، والنخعىّ ، والشعبىّ ، والقاسم ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى : لا يمسح عليها ، لقول الله تعالى : (وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ) ولأنه لا تلحقه المشقّة فى نزعها ، فلم يَجُز المسح عليها كالـكُمَّين .

ولنا : مارَوى المغيرة بن شُعبة قال : « تَوَضَّأَ رَسُولُ الله ﷺ ومَسَح على الخفّيْن ، والعِمامَةِ » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح ، وفى مسلم : « أنَّ النبىّ ﷺ مسح على الخفين ، والخِمَار »[2] . قال أحمد : هو من خمسة وجوه عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، روى الخلاّل بإسناده ، عن عمر [رضى الله عنه][3] أنه قال : « مَنْ لَمْ يُطَهِّرْهُ المَسْحُ عَلَى العِمَامَةِ فَلاَ طَهَّرَهُ اللهُ » ولأنه حائل فى محل ورد الشرعُ بمسحه فجاز المسح عليه كالخفَّين ، ولأن الرأس عضو يسقُط فرضُه فى التيمم ، فجاز المسح على حائله كالقدمين ، والآية لا تنفى ماذكرناه ، فإن النبىّ صلى الله عليه وسلم مُبَيِّن لـكلام الله مُفَسِّر له ، وقـد مسح النبىّ ﷺ على العمامة ، وأمر بالمسح عليها ، وهذا يَدلُّ على أن المراد بالآية المسح على الرأس أو حائله[4] .

ومما يبين ذلك : أن المسح فى الغالب لا يُصيب الرأس . وإنما يمسح على الشعر ، وهو حائل بين اليد وبينه ، فـكذلك العمامة . فإنه يقـال لمن لمس عمامته أو قبّلهـا : قبّل رأسه ، ولمسه ، وكذلك أُمِر بمسح الرجلين ، واتفقنا على جواز مسح حائلهما[5] .

فصـــل

ومن شروط جواز المسح على العمامة : أن تـكون ساترة لجميـع الرأس ، إلا ماجرت العادة بكشفه ، كمُقدَّم الرأس ، والأذنين وشبههما من جوانب الرأس ، فإنه يُعفى عنه . بخلاف الخَرْق اليَسِير فى الخُفّ . فإنه لا يُعفى عنه . لأن هذا الـكشف جرت العادة به لِمَشَقَّة التحرُّز عنه . فإن كان تحت العمامة قَلَنْسُوَة يَظهَرُ بعضُها ، فالظاهر جواز المسح عليهما ، لأنهما صارا كالعمامة الواحدة .

---

(١) المراد لا يمسح على الخف الملبوس ، فالباء للملابسة أى لا يمسح ملابساً للخف الملبوس .
(٢) الخمار : هو ما يلف على الرأس والرقبة « كالتلفيحة » عندنا .
(٣) ما بين القوسين غير موجود فى النسخة التى علقنا عليها .
(٤) حائله : الشىء الذى يغطيه . (٥) وهو الخفان .

ومن شروط جواز المسح عليها : أن تكون على صفة عَمَائم المُسلمين ، بأن يكون تحت الحَنَك منها شيء . لأن هذه عمائمُ العرب ، وهى أكثر سَتراً من غيرها ، ويشقّ نزعها ، فيجوز المسحُ عليها . سواء كانت لها ذُؤابة ، أو لم يكن ، قاله القاضى . وسواء كانت صغيرةً ، أو كبيرةً ، وإن لم يكن تحت الحَنَك منها شيء ، ولا لها ذُؤابة لم يَجُز المسح عليها . لأنها على صفة عمائم أهل الذّمة ، ولا يَشُقّ نزعُها . وقد رُوىَ عن النبى ﷺ : « أنه أمرَ بالتَلحّى[١] ، ونهى عن الاقْتِعَاطِ » رواه أبو عُبَيْد . قال : والاقتعاط ، أن لا يكون تحت الحَنَكِ منها شيء[٢] . ورُوى أن عمر رضى الله عنه « رأى رجلا ليس تحت حنكه من عمامته شيء ، فحَنَكه بكَوْرٍ[٣] منها . وقال : ماهذه الفاسقيّة »[٤] ؟ فامتنع المسح عليها للنهى عنها ، وسهولة نزعها . وإن كانت ذات ذؤابة ، ولم تكن مُحَنَّكَة ، ففى المسح عليها وجهان :

(أحدهما) جوازه : لأنها لا تُشبه عمائم أهل الذمة ، إذ ليس من عادتهم الذؤابة .

(والثانى) لا يجوز : لأنها داخلة فى عموم النهى ، ولا يَشُقّ نزعها .

فصــل

وإذا كان بعض الرأس مكشوفاً مما جرت العادة بكشفه استُحِبّ أن يمسح عليه مع العمامة ، نص عليه أحمدُ . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم مسح على عمامته ، وناصيته ، فى حديث المغيرة بن شُعْبة . وهو حديث صحيح . قال الترمذىّ ، وهل الجمع بينهما واجب ؟ وقد توقف أحمد عنه ، فيخرج فيها وجهان :

(أحدهما) وجوبه : للخَبر ، ولأن العمامة نابَتْ عمّا استتر ، فبقى الباقى على مُقتضَى الأصل ، كالجبيرة .

(والثانى) لا يجب : لأن العمامة نابَتْ عن الرأس ، فتعلّق الحكمُ بها ، وانتقل الفرض إليها ، فلم يبق لما ظهر حكم . ولأن وجوبهما معاً يفضى إلى الجمع بين بدل ، ومبدل ، فى عضو واحد . فلم يجُز من غير ضرورة ، كالخفّ . وعلى هذا تخرج الجبيرة .

ولا خلاف فى أن الأذنين لا يجبُ مسحهما لأنه لم يُنقل ذلك ، وليسا من الرأس إلاّ على وجه التبع .

فصــل

وإن نزع العمامة بعد المسح عليها . بطلت طهارتُه ؛ نص عليه أحمد . وكذلك إن كشف رأسه ، إلا

---

(١) التلحى : جعل العمامة نازلة على اللحية وهى شعر الخدين والذقن .

(٢) قال فى القاموس : « واقتعط تعمم ولم يدر تحت الحنك » .

(٣) أى أدار شيئاً منها على حنكه ، والكور ، المكور الملوى .

(٤) الفاسقية : نسبة إلى الفاسق وهو الخارج على العادة هنا ، لأن العرب كان من عادتهم جعل شيء من العمامة تحت الحنك .

أن يكون يَسيراً ، مِثلُ إن حك رأسه ، أو رفعها لأجل الوضوء ، فلا بأس . قال أحمد : إذا زالت العمامة عن هامته لا بأس ، مالم ينقضها ، ويَفحش ذلك . وذلك لأن هذا مما جرت العادة به ، فيشقُّ التحرُّز عنه ، وإن انتقضت العمامة بعد مسحها بطلت طهارتُه ؛ لأن ذلك بمنزلة نزعها ، وإن انتقض بعضُها ففيه روايتان ذكرهما ابن عقيل .

(إحداهما) لاتبطل طهارته : لأنه زال بعض الممسوح عليه مع بقاء العضو مستوراً ، فلم تبطل الطهارة ككشط الُخفّ مع بقاء البِطَانة .

(والثانية) تبطل . قال القاضي : لو انتقض منها كَوْرٌ واحد بطلت ، لأنه زال الممسوح عليه ، فأشبه نزع الخف .

فصـــل

واختلف فى وجوب استيعاب العمامة بالمسح . فرُوى عن أحمد أنه قال : يمسح على العمامة كما يمسح على رأسه ، فيحتمل أنه أراد التشبيه فى صفة المسح دون الاستيعاب ، وأنه يُجزىء مسح بعضها . لأنه ممسوح على وجه الرخصة . فأجزأه مسح بعضه كالخف . ويحتمل أنه أراد التشبيه فى الاستيعاب ، فيخرج فيها من الخلاف مافى وجوب استيعاب الرأس . وفيه روايتان ، أظهرها : وجوب استيعابه بالمسح . فكذلك فى العمامة ، لأن مسح العمامة بدل من الجنس . فيقدر بقدر المبدل : كقراءة غير الفاتحة من القرآن بدلا من الفاتحة ، يجب أن يكون بقدرها . ولوكان البدل تسبيحاً لم يتقدّر بقدرها ، ومَسْحُ الخف بدل من غير الجنس ، لأنه بدل عن الغَسل . فلم يتقدّر به ، كالتسبيح بدلاً عن القرآن . وقال القاضى : يُجزىء مسح بعضها كإجزاء المسح فى الخف على بعضه . ويختص ذلك بأكوارها ، وهى دَوَائِرُها دون وَسَطها وحده .

فإن مسح وسطها ، ففيه وجهان :

(أحدها) يُجزئه : كما يجزىء مسحُ بعض دَوَائرها . (والثانى) لا يُجزئه كما لو مسح أسفل الخف .

فصـــل

والتوقيت فى مسح العمامة كالتوقيت فى مسح الخف . لما رَوى أبو أُمَامَةَ أنّ النبى ﷺ قال : «يَمْسَحُ عَلَى الْخُفَّيْنِ وَالْعِمَامَةِ ثَلَاثًا فى السَّفَرِ ، وَيَوْماً وَلَيْلَةً للمُقِيمِ» ، رواه الخلاّل بإسناده ، إلا أنه من رواية شَهْر بن حَوْشَب . ولأنه ممسوح على وجه الرخصة ، فتوقّت بذلك كالخف .

فصـــل

والعمامة المُحرَّمة ، كعمامة الحرير ، والمغصوبة ، لايجوز المسح عليها ، لما ذكرنا فى الخف المغصوب .

وإن لبست المرأة عمامة لم يجز المسح عليها . لما ذكرنا من التشبُّه بالرجال ، فكانت محرّمة فى حقها ، وإن كان لها عُذر ، فهذا يندر ، فلم يرتبط الحكم به .

فصـــل

ولا يجوز المسح على القَلَنْسوة ـ الطاقية ـ نص عليه أحمد . قال هارون الحمّال : سُئل أبو عبد الله عن المسح على الكُلْتَة ؟ فلم يَرَه ، وذلك لأنها لا تستُر جميع الرأس فى العادة ولا تدور عليه ، وأما القلانس المُبطَّنات ، كدنيات القضاة والنوميات . فقال إسحاق بن إبراهيم ، قال أحمد : لا يَمسح على القَلَنْسوة . وقال ابن المنذر : ولا نعلم أحداً قال بالمسح على القلنسوة ، إلا أن أنساً مَسَح على قَلَنْسُوته ، وذلك لأنها لامشقَّة فى نزعها . فلم يَجُز المسح عليها كالكُلْتَة . ولأنها أدنى من العمامة غير المُحْنكة[1] التى ليست لها ذؤابة . وقال أبو بكر الخلال : إن مسح إنسان على القلنسوة لم أرَ به بأساً ، لأن أحمد قال فى رواية الميمونى : أنا أتوقّاه ، وإن ذهب إليه ذاهب لم يُعنّف . قال الخَلاّل : وكيف يعنِّفه ؟ وقد رُوى عن رجلين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بأسانيد صحاح ، ورجال ثقات . فروى الأثرم بإسناده ، عن عمر أنه قال : « إنْ شاءَحَسَر عَنْ رَأْسِهِ ، وَإنْ شَاءَ مَسَح على قَلَنْسُوته ، وَعِمَامَتِهِ » . ورُوى بإسناده عن أبى موسى « أنّه خرج من الخلاء ، فمسح على القلنسوة » ولأنه ملبوس مُعتاد ، يستُر الرأس ، فأشبه العمامة المحنكة وفارق العمامة التى ليست محنكة ، ولا ذؤابة لها ، لأنها منهى عنها .

فصـــل

وفى مسح المرأة على مِقْنَعَتِها[2] روايتان :

(إحداهما) يجوز : لأن أمّ سَلَمَة كانت تمسح على خِمَارها . ذكره ابن المُنذر ، وقد رُوى عن النبى ﷺ : « أنّه أمرَ بِالْمَسْحِ عَلَى الْخُفّيْنِ وَالخِمارِ » ولأنه ملبوس للرأس ، معتاد يشقّ نزعه فأشبه العمامة .

(والثانية) لا يجوز المسح عليه : فإنّ أحمد سُئل : كيف تمسح المرأة على رأسها ؟ قال : من تحت الخمار ، ولا تمسح على الخمار ، قال : وقد ذكروا أن أمّ سَلَمَة كانت تمسحُ على خمارها .

وممن قال لا تمسحُ على خمارها : نافع ، والنخعىّ ، وحمّاد بن أبى سليمان ، والأوزاعىّ ، وسعيد ابن عبد العزيز ، لأنه ملبوس لرأس المرأة . فلم يجز المسح عليه ، كالوقاية . ولا يجزىء المسح على الوقاية ، روايةً واحدةً ، ولا نعلم فيه خلافاً . لأنها لا يشقّ نزعُها ، فهى كالطاقية للرجل ، والله أعلم .

---

(١) المحنكة : الدائرة تحت الحنك ، أى الدائرة على اللحية .

(٢) المقنعة : بكسر الميم : ما تقنع المرأة به رأسها .

باب الحيض

الحيض : دم يُرْخِيهِ الرحمُ إذا بلغت المرأة ، ثم يعتادها فى أوقات معلومة ، لحكمة تربية الولد ، فإذا حَمَلَتْ انصرف ذلك الدم ، بإذن الله إلى تغذيته . ولذلك لا تحيض الحامل ، فإذا وضعت الولد قلبه الله تعالى بحكمته لبناً يتغذَّى به الطفل ، ولذلك قلّما تحيضُ المُرضع . فإذا خلت المرأةُ من حمل ، ورضاع ، بقى ذلك الدمُ لا مَصْرِفَ له ، فيَسْتقرّ فى مكان ، ثم يخرج فى الغالب فى كل شهر ، ستة أيام ، أو سبعة ، وقد يزيد على ذلك ، ويقل . ويطول شهر المرأة ، ويقصر ، على حسب ما ركّبه الله تعالى فى الطباع . وسُمِّىَ حيضاً من قولهم : حاض السيلُ . قال عمارة بن عقيل :

أَجَالَتْ حَصَاهُنَّ الذَّرارِى وَحَيَّضَتْ　　عَلَيْهِنَّ حَيْضَاتُ السُّيولِ الطَّواحِمِ[1]

وقد علّق الشرع على الحيض أحكاماً :

فمنها : أنه يحرم وطء الحائض فى الفرج ، لقول الله تعالى : (٢ : ٢٢٢ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى . فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ، وَلاَ تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ ، فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللهُ) .

ومنها : أنه يمنع فعل الصلاة ، والصوم ، بدليل قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « أَلَيْسَتْ إِحْدَاكُنَّ إِذَا حَاضَتْ لاَ تَصُومُ وَلاَ تُصَلِّى ؟ »[2] رواه البخارى . وقالت حَمْنة للنبىّ ﷺ : « إِنِّى أَسْتَحَاضُ حَيْضَةً شَدِيدَةً مُنْكَرَةً ، قَدْ مَنَعَتْنِى الصَّوْمَ ، وَالصَّلاَةَ » ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبى حُبَيش : « إِذَا أَقْبَلَتْ الْحَيْضَةُ فَاتْرُكِى الصَّلاَةَ » .

ومنها : أنه يُسقط وجوبَ الصلاة دون الصيام ، لما رُوى أن مُعَاذَةَ قالت : « سَأَلْتُ عَائِشَةَ ، فقلت : ما بَالُ الْحَائِضِ تَقْضِى الصَّوْمَ وَلاَ تَقْضِى الصَّلاَةَ ؟ فقالت : أَحَرُورِيَّةٌ[3] أنتِ ؟ فقلت : لست

---

(١) يصف الشاعر بطحاوات بها حصى ، فيقول : إن الذرارى وهم الأولاد الصغار أجالت حصاهن ، أى لعبوا به وأداروه فى أرضها ، وحيضت : أسالت على هذه الأرض حيضات السيول مياهها التى دفعتها إليها ، والطواحم : الدوافع . ومعنى البيت : لعب الأطفال بحصى هذه الأرض وأداروها فيها ، وأسالت عليها السيول الدوافع ماءها ، ومحل الشاهد أن حاض بمعنى سال ، وهنا حيضت بمعنى سالت .

(٢) فى رواية أخرى : أليس إذا حاضت المرأة لم تصل ولم تصم ؟

(٣) حرورية : نسبة إلى حروراء ، وهى قرية بالكوفة ظهر بها الخوارج على الإمام على رضى الله عنه ، وكان الخوارج زائغى العقيدة ساخطين على الإسلام ، فلما سألت معاذة هذا السؤال ، شكت السيدة عائشة رضى الله عنها فى سؤالها أن يكون إعناتاً لكون السائلة خارجية ، فاستفهمت منها هذا الاستفهام الإنكارى .

بحَرُورِيّة ، ولـكنى أسأل . فقالت : كُنَّا نَحِيضُ على عهـد رسول الله صلى الله عليه وسلم فَنُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّوْمِ ، ولاَ نُؤْمَرُ بِقَضَـاءِ الصَّـلاَةِ » متفق عليـه ، إنما قالت لهـا عائشة ذلك ، لأن الخوارج يَرَوْنَ على الحائض قضاء الصلاة .

ومنها : أنه يمنـع قراءة القرآن . لقوله عليـه السلام : «لاَ تَقْرَأُ الْحَائِضُ وَلاَ الْجُنُبُ شَيْئاً مِنَ الْقُرْآنِ » :

ومنها : أنه يمنع اللُّبث فى المسجد ، والطوافَ بالبيت ، لأنه فى معنى الجنابة .

ومنها : أنه يحرِّمُ الطلاق . لقول الله تعالى (٦٥ : ١ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ) ولما طلق ابن عمر امرأته وهى حائض « أمره النبيُّ ﷺ بِرَجْعَتِهَا وَإِمْسَاكِهَا حَتَّى تَطْهُرَ » .

ومنهـا : أنه يمنع صِحَّة الطهارة ، لأن حدثها مُقيم .

ومنهـا : أنه يوجب الْغُسل عند انقطـاعه ، لقوله عليه السلام : « امْكُثِي قَدْرَ ما كَانَتْ تَحْبِسُكِ حَيْضَتُكِ ، ثمَّ اغْتَسِلِي وَصَلِّي » متفق عليه .

وهو عَلَمٌ[1] على البلوغ ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يَقْبَلُ اللهُ صلاةَ حائِضٍ إلّا بخِمَارٍ » .

ولا تنقضى العِدة فى حق المطلَّقة ، وأشباهها إلا به ، لقوله تعالى : (٢ : ٢٢٨ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ) .

وأكثر هذه الأحكام مُجمع عليها بين علماء الأمة .

وإذا ثبت هـذا . فالحـاجة داعية إلى معرفة الحيض ، ليُعلم ما يتعلَّق به من الأحكام . قال أحمد رحمه الله : الحيضُ يدور على ثلاثة أحاديث : حديث فاطمة ، وأمِّ حبيبة ، وحَمْنـة . وفى روايةٍ : حديث أمِّ سَلَمَةَ ـ مكان حديث أمِّ حبيبة ـ وسنذكر هذه الأحاديث ، وغيرها ، فى مواضعها ، إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ﴿ وأقلُّ الحيض : يوم وليلة ، وأكثره خمسةَ عشرَ يَوْماً ﴾ .

هذا الصحيح من مذهب أبى عبد الله . وقال الخلال : مذهب أبى عبد الله لااختلاف فيه : أنّ أقلّ الحيض يوم ، وأكثره خمسةَ عشر يوماً . وقيـل عنه : أكثرُه : سبعةَ عشر يوماً . وللشافعىّ قولان ، كالروايتين ، فى أقلّه ، وأكثره . وقال إسحاق بن رَاهَوَيْه ، قال عطاء : الحيضُ يوم واحد . وقال سعيد ابن جُبَيْر : أكثره ثلاثة عشر يوماً . وقال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، وصاحباه : أقلُّه ثلاثة أيام ، وأكثره عشرة . لما روَى واثلةُ بنُ الأسقع أن النبىّ ﷺ قال : « أقلُّ الحيض ثلاثة أيام ، وأكثره عَشَرة » . وقال أنس « قُرْءُ المرأة : ثلاثٌ ، أربع ، خمس ، ست ، سبـع ، ثمان ، تسع ، عشرة » ولا يقول أنس

(١) علم : علامة ودليل على بلوغ المرأة ، فإذا حاضت فقد بلغت سن التـكليف ، وصح لها الحمل .

ذلك إلا توقيفاً . وقال مالك بن أنس : ليس لأقلّه حد ، يجوز أن يـكون ساعةً ، لأنه لو كان لأقله حـد لـكانت المرأة لاتدع الصلاة حتى يمضى ذلك الحدّ .

ولنا : أنه ورد فى الشرع مُطلقاً من غـير تحديد ، ولا حدّ له فى اللغـة ، ولا فى الشريعـة . فيجب الرجوع فيه إلى العُرْف والعـادة ، كما فى القبض ، والإحراز ، والتفرّق ، وأشباهها . وقد وجد حيض مُعتاد يوماً . قال عطاء : رأيت من النساء من تحيض يوماً ، وتحيض خمسـة عشَر . وقال أحمد : حـدثنى يحيى بنُ آدم قال : سمعت شريكا يقول : عندنا امرأة تحيض كلّ شهر خمسةَ عَشَرَ يوماً حيضاً مُستقيما . وقال ابن المنـذر : قال الأوزاعىّ : عندنا امرأة تحيض غُدْوَةً وَتَطْهُرُ عَشِيًّا ، يرون أنه حيض تَدَعُ له الصلاة . وقال الشافعىّ : رأيت امرأةً أُثْبِتَ لى عنها أنها لم تَزَلْ تحيضُ يوماً لا تَزِيدُ عليه . وأثبت لى عن نساء أنهنّ لم يزلن يحضن أقل من ثلاثة أيام . وذكر إسحاق بن راهَوَيْه ، عن بكر بن عبدالله المُزَنِىّ أنه قال : تحيض امرأتى يومَيْنِ . وقال إسحاق : قالت امرأة من أهلنا معروفة : لم أُفطر منذ عشرين سنة فى شهر رمضان إلا يومين ، وقولهنّ يجبُ الرجوع إليـه . لقوله تعـالى : (٢ : ٢٢٨ ولا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَـكْتُمْنَ ما خَلَقَ اللهُ فى أَرْحَامِهِنَّ) فلولا أن قولهن مقبول ما حرّم عليهن الـكتمان . وجرى ذلك مجرى قوله : (٢ : ٢٧٣ ولاتَـكْتُمُوا الشَّهَادَةَ) ولم يوجد حيض أقلّ من ذلك عادةً مُسْتَمِرَّةً فى عصر من الأعصار . فلا يـكون حيضاً بحال . وحـديث واثلة يرويه محمد بن أحمـد الشامىّ ؛ وهو ضعيف ، عن حمّاد بن المِنهال ، وهو مجهول . وحديث أنس يرويه الجَلْدُ بن أيّوب ، وهو ضعيف . قال ابن عُيَيْنَةَ : هو مُحْدَث لاأصل له . وقال أحمد فى حديث أنس : ليس هو شيئاً ، هذا من قِبَلِ الجَلْدِ بن أيوب قيل : إنّ محمد بن إسحاق رواه ، قال : ماأراه سمعه إلا من الحسن بن دينار ، وضعّفه جدًّا . قال : وقال يزيد بن زُرَيْعَ : ذاك أبو حنيفة . لم يحتجّ إلا بالجَلْد بن أيوب ، وحديث الجلد قد رُوى عن علىّ رضى الله عنه ما يُعارضه . فإنه قال : مازاد على خمسةَ عشَر استحاضة . وأقلُّ الحيض يوم وليلة.

فصـــل

وأقل الطهر بين الحيضتين : ثلاثةَ عشَر يَوْماً ، لأن كلام أحمد لا يختلف أن العدة تصح أن تنقضى فى شهر واحد ، إذا قامت به البيّنـة ، وقال إسحاق : تَوقيتُ هؤلاء بالخمسةَ عشَرَ باطل . قال أبو بكر : أقل الطهر مبنى على أكثر الحيض ، فإن قلنا : أكثره خمسةَ عشر يوماً ، فأقلُّ الطهر خمسةَ عشر . وإن قلنا : أكثرُه سبعة عشر ، فأقل الطهر ثلاثة عشر . وهذا كأنه بناه على أن شهر المرأة لايزيد على ثلاثين يوماً ، يجتمع لها فيه حيض وطهر ، وأما إذا زاد شهرها على ذلك تصور أن يـكون حيضها سبعةَ عشَرَ ، وطهرها خمسةَ عشرَ ، وأكثر . وقال مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة : أقل الطهر خمسةَ عشَر ، وذكر أبو ثور : أن ذلك لايختلفون فيه .

ولنا : ماروى عن علىّ رضى الله عنه : « أنَّ امْرَأَة جاءَتْهُ وَقَدْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ، فزعمت أنها حاضت فى شهر ثلاث حِيَض ، طَهُرت عند كلّ قُرْء ، وصلت ، فقال علىّ لشُرَيح : قل فيها ، فقال شريح : إن جاءت ببيّنة من بِطَانة أهلها ، ممّن يُرضى دينُه ، وأمانتُه فشهدت بذلك ، وإلا فهى كاذبة ؛ فقال علىّ : « قالون » وهذا بالرومية . ومعناه : جيّد . وهذا لا يقوله إلا توقيفاً ، ولأنه قول صحابىّ انتشر ، ولم نعلم خلافه ، رواه الإمام أحمد بإسناده . ولا يجىء إلا على قولنا : أقله ثلاثة عشر ، وأقل الحيض يوم وليلة . وهذا فى الطهر بين الحيضتين ، فأما الطهر فى أثناء الحيضة فلا توقيت فيه . فإن ابن عباس قال : « أمَّا مَارَأَت الدَّمَ الْبَحْرَانِيَّ فإنَّها لاَ تُصَلِّى وإذَا رَأَتِ الطُّهْرَ سَاعَةً فَلْتَغْتَسِل » . وروى أن الطهر إذا كان أقل من يوم لا يُلتفت إليه . لقول عائشة : « لاَ تَعْجَلنَّ حَتَّى تَرَيْنَ القَصَّةَ[1] البَيْضَاء » ولأن الدم يجرى مرة ، وينقطع أخرى ، فلا يثبت الطهر بمجرّد انقطاعه ، كما لو انقطع أقلّ من ساعة .

« مسألة » قال ﴿ فمن أطبق بها الدم فكانت ممن تميّز ، فتعلمُ إقباله ، بأنّه أسود ثخين ، مُنْتِن ، وإدبارَه رقيق أحمرُ ، تركت الصلاة فى إقباله ، فإذا أدبر اغتسلت ، وتوضّأت لكلّ صلاةٍ وصلّت ﴾ .

قوله : « أطبق بها الدم » يعنى امتدّ ، وتجاوز أكثر الحيض ، فهذه مُستحاضة ، قد اختلط حيضها باستحاضتها ، فنحتاج إلى معرفة الحيض من الاستحاضة ، لتُرتّب على كل واحد منهما حُكمه . ولا تخلو من أربعة أحوال : مميزة ، لاعادة لها ، ومعتادة ، لا تمييز لها ، ومن لها عادة ، وتمييز ، ومن لا عادة لها ، ولا تمييز .

أما المميزة : فهى التى ذكرها الخِرَقِىّ فى هذه المسألة ، وهى التى لدمها إقبال ، وإدبار ، بعضه أسود ، ثخين ، منتن ، وبعضه أحمر مشرق ، أو أصفر ، أو لا رائحة له . ويكون الدم الأسود ، أو الثخين ، لايزيد على أكثر الحيض ، ولا ينقُص عن أقلّه . فحكم هذه : أن حيضها زمان الدم الأسود ، أو الثخين ، أو المنتن . فإن انقطع فهى مُستحاضة ، تغتسل للحيض ، وتتوضأ بعد ذلك لكل صلاة ، وتصلّى .

وذكر أحمد المستحاضة فقال : لها سُنَن ، وذكر المعتادة ، ثم قال : وسنة أخرى ، إذا جاءت فزعمت أنها تُستحاض فلا تطهُر ، قيل لها : أنت الآن ليس لك أيام معلومة ، فتَجلسينها ولكن انظرى إلى إقبال الدم ، وإدباره ؛ فإذا أقبلت الحيضة ، وإقبالها أن تَرَىْ دماً أسود يُعرف ، فإذا تغيّر دمُها ، وكان إلى الصفرة والرقّة ، فذلك دم استحاضة ، فاغتسلى ، وصلِّى ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا اعتبار بالتمييز ؛ إنما الاعتبار بالعادة خاصّةً ، لِما رَوت أمُّ سَلَمَة : « أنَّ امْرَأَةً كَانَتْ تُهَرَاقُ الدِّماء[2]

---

(١) القصة : بفتح القاف : الخرقة التى تضعها المرأة لمنع الدم من السيلان ، ورؤيتها بيضاء دليل على انقطاع الدم .

(٢) هكذا بالأصول الموجودة من هذا الكتاب ، ولابد أن يزاد لفظ « منها » حتى يصح الكلام .

على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، فقال : لتنظر عِدَّةَ الأيامِ واللَّيالى ، التى كانَتْ تَحِيضُهُنَّ قَبْلَ أنْ يُصِيبَهَا الَّذِى أَصَابَهَا ، فَلْتَتْرُكِ الصَّلاَةَ ، قَدْرَ ذَلِكَ مِنْ الشَّهْرِ ، فَإِذَا خَلَّفَتْ ذَلِكَ فَلْتَغْتَسِلْ ، ثُمَّ لَتَسْتَثْفِرْ[1] بِثَوْبٍ ثُمَّ لِتُصَلِّ ، رواه أبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه . وهو أحد الأحاديث الثلاثة التى قال الإمام أحمد : إن الحيض يدور عليها .

ولنا : ماروت عائشةُ قالت : « جاءَتْ فاطِمَةُ بنتُ أبى حُبَيْش إلى رسول الله ، صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ، إنِّى أُسْتَحَاضُ فَلاَ أَطْهُر ، أفأَدَعُ الصَّلاَةَ ؟ فقال النبىّ صلى الله عليه وسلم : إنما ذَلِكَ عِرْقٌ ، ولَيْسَ بالْحَيْضَةِ . فإذَا أَقْبَلَتِ الْحَيضَةُ فاتْرُكِى الصَّلاةَ . فإذَا أَدْبَرَتْ فاغسلى عَنْكِ الدَّمَ وَصلِّى » متفق عليه . وللنسائى وأبى داود « إِذَا كانَ دَمُ الْحَيْضِ فإنّه دَمٌ أَسْوَدُ يُعرَفُ فأَمْسِكى عَنِ الصَّلاةِ ، فإذا كان الآخَرُ فتوَضَّئِى فإنّما هُوَ عِرْقٌ » وقال ابن عباس : « أَمَّا مارَأَتِ الدَّمَ الْبَحْرَانِىّ[2] فإنها تَدَعُ الصَّلاَةَ » وقال : « إنها وَاللهِ لَنْ تَرَى الدَّمَ الَّذِى هُوَ الدَّمُ بَعْدَ أَيَّامِ مَحِيضِهَا إلاَّ كغُسَالَةِ مَاءِ اللَّحْمِ » . وحديث أُمِّ سَلَمة إنمّا يدل على اعتبار العادة ، ولا نزاع فيه ، وحديث فاطمة هو أحد الثلاثة التى يدور عليها الحيض .

فصـــل

ظاهر كلام الخِرَقىّ : أن المميزة إذا عرفت التمييز جَلَستْه من غير اعتبار تكرار . وهو ظاهر كلام أحمد فيما روينا عنه . وكذلك قال ابن عقيل . لأن معنى التمييز أن يتميز أحد الدمَيْن عن الآخر فى الصفة . وهذا يوجد بأول مرة . وبهذا قال الشافعىّ . وقال القاضى وأبو الحسن الآمدىّ . إنما تجلس المميزة من التمييز ماتكرر مرتين أو ثلاثاً ، بناء على الروايتين فيما تثبت به العادة .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إِذَا أَقْبَلَتِ الْحَيْضَةُ فَاتْرُكِى الصَّلاَةَ . فإِذَا أَدْبَرَتْ فَاغْسِلِى عَنْكِ الدَّمَ وَصَلِّى » أمرها بترك الصلاة إذا أقبلت الحيضة ، من غير اعتبار أمر آخر ، ثم مده إلى حين إدباره . ولأن التمييز أمارة بمجرّده ، فلم يحتج إلى ضمّ غيره إليه كالعادة ،. وعند القاضى : إنما تجلسُ من التمييز ماوافق العادة ، لأنه يَعتبر التكرار ؛ ومتى تكرر صار عادة .

فصـــل

فإن لم يكن الأسود مختلفاً ، مثل أن ترى فى كل شهر ثلاثةً أسودَ ، ثمَ يصيرُ أحمرَ ، ويعبرُ أكثر الحيض ، فالأسود وحده حيض ، ولو لم يعبر أكثر الحيض كان جميع الدم حيضاً . لأنه دم أمكن أن يكون حيضاً ، فكان حيضاً كما لو كان كله أحمر . وإن كان مختلفاً ، مثلُ أن ترى فى الشهر الأول خمسة

---

(١) تستثفر : تضع ثوباً بين فخذيها لتمنع الدم ، وأصل الثفر مكان نزول الدم .
(٢) الدم البحرانى : الخالص الحمرة .

أسْودَ ، وفى الثانى أربعةً ، وفى الثالث ثلاثةً ، أوفى الأول خمسةً ، وفى الثـانى ستةً ، وفى الثالث سبعةً ، أو فى الأول خمسةً ، وفى الثانى أربعةً ، وفى الثـالث ستةً ، أو غير ذلك من الاختلاف . فعـلى قولنا : الأسود حيض فى كل حال ، وعلى قول القـاضى : الأسـود حيض فيما وافق العـادة فقط ، وهو ثلاث فى الأولى ، وخمس فى الثانية ، وأربع فى الثالثة ، وما زاد عليه إن تـكرر فهو حيض ، وإن لم يتـكرر فليس بحيض ، وعلى قوله : لا تجلس منه فى الشهر الأول والثـانى إلا اليقين الذى تجلسه مَنْ لاتمييز لهـا . فإن كانت مبتدأة لم تجلس إلا يوماً وليلة ، وهل تجلس الذى يتـكرر فى الشهر الثـالث أو الرابع ؟ ينبنى على الروايتين فيما تثبتُ به العادة ، ويكون حكمها حكم المبتدأة التى ترى دماً لايعبر أكثر الحيض الأحمرُ ههنا كالطهر هناك . والأسود كالدم هناك . فإن كانت ناسيةً ، وكان الأسود فى أثناء الشهر ، وقلنا : إنها تجلس من أول الشهر ، جلستْ ههنا من أول الشهر ما تجلسهُ الناسيةُ ، وإن كان أحمر ، ولا تنتقل إلى الأسود حتى يتـكرّر . فإذا تـكرر انتقلت إليه ، وعلمنا أنه حيض ، فتقضى ماصامته من الفرض فيه .

فصـــــل

فإذا رأت أسودَ بين أحمرين أو أحمر بين أسودين ، وانقطع لدون أكثر الحيض ، فالجميـع حيض ، إذا تـكرر ، لأن الأحمر أشبهُ بالحيض من الطهر ، وإن عبرَ أكثر الحيض ، وكان الأسـودُ بمفرده يصلح أن يكون حيضاً فهو حيض ، والأحمر كله استحاضة . لأن الأحمر الأول أشبهُ بالأحمر الثانى الذى حكمنا بأنّه استحاضة ، وتلفق [1] الأسودَ إلى الأسود ، فيـكون حيضاً . ولا فرق بين كون الأسود قليلا أو كثيراً ، إذا كان بانضمامه إلى بقية الأسود يبلغُ أقل الحيض ، ولا يزيد على أكثره ولا يكون بين طرفيهما زمن يزيد على أكثر الحيض ، وكذلك لا فرق بين كون الأحمر قليلا ، أو كثيراً ، إذا كان زمنه يصلح أن يـكون طهراً . فأما إن كان زمنه لايصلح أن يـكون طهراً ، مثلُ الشىء اليسير ، أو ما دون اليوم ، على إحدى الروايتين . فإنه يلحق بالدمين الذى هو بينهما . لأنه لو كان الدم منقطعاً لم يحكم بـكونه طهراً . فإذا كان الدم جارياً كان أولى ، فلو رأت يوماً دماً أسود ، ثم رأت الثانى دماً أحمر ، ثم رأت الثالث أسود ، ثم صار أحمر ، وعبر : لفقت الأسود إلى الأسود . فصار حيضها يومين ، وباقى الدم استحاضةً . وإن رأت نصف يوم أسود ، ثم صار أحمر ، ثم رأت الثـانى كذلك . ثم رأت الثالث كله أسود ، ثم صار أحمر ، وعبر . فإن قلنا : إن الطهر يكون أقل من يوم ، لَفَقَتْ الأسود إلى الأسود ، وكان حيضُها يومين . وإن قلنا لا يكون أقل من يوم ، فحيضُها الأيامُ الثلاثة الأولى ، والباقى استحاضة . وإن رأت نصف يوم أسود ، ثم صار أحمر ، وعَـبَرَ [2] إلى العـاشر ، ثم رأته كله أسود ، ثم صار أحمر وعـبَرَ . فالأسود حيض كله ، ونصف اليوم الأول . ولو رأت بين الأسود ، وبين الأحمر نقاءً

(١) تلفق : تضم . (٢) عبر : استمر .

يوماً ، أو أكثر ، لم يتغيّر الحكم الذى ذكرناه ؛ لأن الأحمر محكوم بأنه استحاضة ، مع اتصاله بالأسود ، فمع انفصاله عنه أولى .

فصـــــل

إذا رأت فى شهر خمسةً أسودَ ، ثم صار أحمر ، واتصل ، وفى الثـانى كذلك ، ثم صار الثالث كلُّه أحمر ، ثم رأت فى الرابع مثـلَ الأول ، ثم رأت فى الخـامس خمسةً أحمر ، ثم صـار أسود ، واتصـل . فحيضُها الأسودُ من الأول ، والثانى ، والرابع ، وأما الثالث ، والخامس ، فلا تمييز لها فيهما ، لأن حكم الأسود فى الخامس سَقَطَ لِعُبُورِه[1] . فإن قلنا : العـادة تثبت بمرتين جلست ذلك من الأشهر الثلاثة ، وهى الثالث ، والرابع ، والخامس . وإن قلنا : لا تثبتُ إلا بثلاثة ، جلستْ ذلك من الخامس ، لأنها قد رأت ذلك فى ثلاثة أشهر ، وقيل : لا تثبتُ لها عادة ، وتجلس ما تجلسه من الخامس ، من الدم الأسود ، لأنه أشبه بدم الحيض .

فصـــــل

إذا رأت فى كل شهر خمسةَ عشرَ يوماً دماً أسود ، وخمسة عشرَ أحمرَ . فالأسود كلُّه حيض ، لأنه يصلحُ أن يكون حيضاً ، وقد رأت فيه أمارة الحيض ، فيثبت كونه حيضاً .

« مسألة » قال ﴿ فإن لم يكن دمها مُنفصلا ، وكانت لها أيام من الشهر تعرفها أمسكت عن الصلاة فيها ، واغتسلت إذا جاوزتها ﴾

هـذا القسم الثانى : وهى من لها عادة ، ولا تمييز لها ، لـكون دمها غـيرَ مُنفصل ، أى على صفـةٍ لا تختلف ، ولا يتميز بعضُه من بعض ، على ماذكرنا فى المميّزة . وكذلك إن كان مُنفصلا ، إلا أن الدم الذى يصلُح للحيض دون أقلّ الحيض ، أو فوق أكثره فهذه لاتمييز لهـا . فإذا كانت لها عادة قبل أن تستحاض جلست أيامَ عادتها ، واغتسلت عند انقضائها ، ثم تتوضَّأ بعد ذلك لوقت كل صـلاة وتُصَلّى . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وقال مالك : لااعتبار بالعـادة ، إنما الاعتبار بالتمييز ، فإن لم تـكن مميزة استظهرت بعد زمان عادتها بثلاثة أيام ، إن لم تجاوز خمسة عشر يوماً ، وهى بعد ذلك مُستحاضة . واحتجّ بحديث فاطمة الذى ذكرناه .

ولنا : حديث أمِّ سَلَمَة . وقد روى فى حديث فاطمة أن النبىَّ ﷺ قال لها : « دَعِى الصَّلَاةَ قَدْرَ الأيَّامِ الَّتِى كُنْتِ تَحِيضِينَ فِيهَا ، ثم اغْتَسِـلِى ، وَصَـلِّى » متفق عليـه . وفى لفظ قال : « فَإِذَا أَقْبَلَتْ الْحَيْضَةُ فاتْرُكِى الصَّـلَاةَ ، فَإِذَا ذَهَبَ قَدْرُهَا فاغْسِلِى عَنْكِ الدَّمَ وَصَلِّى » متفق عليـه . وروت أمُّ

---

(١) لاستمراره .

حبيبة « أنها سألت النبي ﷺ عن الدم ؟ فقال لهـا : امْـكُثِي قَدْرَ ما كَانَتْ تَحْبِسُكِ حَيْضَتُكِ ، ثمَّ اغْتَسِلِي ، وَصَـلِّي » رواه مسـلم . ورَوى عدىّ بنُ ثابت ، عن أبيه ، عن جدّه ، عن النبي ﷺ قال فى المستحاضة : « تَدَعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا ، ثمَّ تَغْتَسِلُ ، وَتَصُومُ ، وَتُصَلِّى ، وَتَتَوَضَّأُ عِنْدَ كلِّ صَـلَاةٍ » أخرجه أبو داود والترمذىّ ، ولا حجة له فى الحديث على ترك العادة فى حق من لا تمييز لها .

فصـــــل

ولا يختلف المذهب أن العادة لا تثبت بمرة ، وظاهر مذهب الشافعىّ : أنها تثبت بمرّة . وقال بعضهم : تثبت بمرتين . لأن المرة الأولى التى استفتت لها أُمُّ سَـلمة رسول الله ﷺ رَدَّها إلى الشهر الذى يلى شهر الاستحاضة ، ولأن ذلك أقربُ إليها . فوجب ردها إليه .

ولنا : أن العادة مأخوذة من المعاودة ، ولا تحصل المعاودة بمرّة واحدة ، والحديث حجة لنـا . لأنه قال : « لِتَنْظُر عِدَّةَ اللَّيَالِي . والأيَّامِ الَّتِي كَانَتْ تَحِيضُهُنَّ مِنَ الشَّهْرِ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهَا الَّذِى أَصَابَهَا » و « كان » يخبر بها عن دوام الفعل ، وتـكراره . ولا يحصل ذلك بمرّة ، ولا يقال لمن فعل شيئاً مرةً : كان يفعل . وفى الحديث الآخر : « تَدَعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا » والأقراء جمـع ، وأقله ثلاثة . وسائر الأحاديث الدالة على العادة تدلّ على هذا . ولا نفهم من اسم العادة فعلَ مرةٍ بحال . واختلفت الرواية : هل تثبت بمرتين ، أو ثلاث ؟ فعنه أنها تثبت بمرتين ، لأنها مأخوذة من المعاودة ، وقد عاودتهـا فى المرة الثانية . وعنه لا تثبت إلا بثلاث ، لظاهر الأحاديث . ولأن العادة لا تُطلق إلا على ما كَثُر ، وأقله ثلاثة ، ولأن أكثر مايُعتبر له التـكرار اعتُبر ثلاثاً ، كأيام الخيار فى المُصَرَّاة(١) .

فصـــــل

وتثبت العادة بالتمييز . فإذا رأت دماً أسود خمسة أيام فى ثلاثة أشهر ، أوشهرين على الرواية الأخرى ، ثم صار أحمر ، واتصل ، ثم صار فى سائر الأشهر دماً مُبهماً كانت عادتها زَمَنَ الدم الأسود .

فصـــــل

والعادة على ضربين : متفقة ، ومختلفة . فالمتفقة : أن تـكون أياماً متساوية ، كأربعـة فى كلِّ شهر ، فإذا استُحيضت جاست الأربعةَ فقط . وأما المختلفة : فإن كانت على ترتيب ، مثل إن كانت ترى فى شهر ثلاثةً ، وفى الثانى أربعةً ، وفى الثالث خمسةً ، ثم تعود إلى ثلاثةٍ ، ثم إلى أربعةٍ على ما كانت ، فهذه إذا استُحيضت فى شهر ، فعرفَتْ نوبته ، عملت عليه ، ثم على الذى بعده ، ثم على الذى بعـده ، على العادة .

---

(١) المصراة : الناقة أو البقرة أو نحوها التى حبس فيها لبنها مدة حتى يظن مشتريها أنها كثيرة اللبن ، وهذا غش يثبت به الخيار فى ردها لمدة ثلاثة أيام .

وإن نسيت نوبته ، حَيّضناها[1] اليقين ، وهو ثلاثة أيام ، ثم تغتسل ، وتُصلِّى بقية الشهر . وإن أيقنت أنه غير الأول ، وشكّتْ هل هو الثانى ، أو الثالث ؟ جلست أربعة ، لأنها اليقين ، ثم تجلس من الشهرين الآخرين ثلاثةً ، ثلاثةً ، ثم تجلسُ فى الرابع ، أربعةً ، ثم تعود إلى الثلاثة كذلك أبداً ، ويُجزئها غسل واحد ، عند انقضاء المدة التى جلستها ، كالناسية ، إذا جلست أقلّ الحيض ، لأن مازاد على اليقين مشكوك فيه ، فلا نوجب عليها الْغُسل بالشكّ .

ويحتملُ وجوب الْغُسل عليها أيضاً عند مُضِىّ أكثرِ عادتها ، لأن يقين الحيض ثابت ، وحصول الطهارة بالْغُسل مشكوك فيه ، فلا تزول عن اليقين بالشك ، ولأن هذه متيقنة وُجُوبَ الْغُسل عليها فى أحد الأيام الثلاثة فى اليوم الخامس ، وقد اشتبه عليها . وصحة صلاتها تقف على الْغُسل . فيجب عليها لتخرج عن العهدة بيقين . كمن نسى صلاةً من يوم لا يعلم عينها . وهذا الوجه أصحّ لما ذكرنا . وتفارق الناسية فإنها لا تعلم لها حيضاً زائداً على ما جلسته . وهذه تتيقَّن لها حيضاً زائداً ، على ما جلسته تقف صحة صلاتها على غُسلها منه ، فوجب ذلك . فعلى هذا يلزمها غُسلٌ ثانٍ عَقِيبَ اليوم الخامس فى كلّ شهر . وإنْ جلستْ فى رمضان ثلاثةَ أيام ، قضت خمسةَ أيام ، لأن الصوم كان فى ذِمّتها . ولا نعلم أن اليومين اللذين صامتهما أسْقطاَ الفرض من ذِمَّتها ، فبقى على الأصل . ويحتمل أن يلزمها فى كل شهر ثلاثة أغسال : غُسْلٌ عقب اليوم الثالث ، وغسل عقب الرابع ، وغسل عقب الخامس ، لأنّ عليها عقيب الرابع غُسلاً فى أحد الأشهر ، وكل شهر يحتمل أن يكون هو الشهر الذى يجب الغسل فيه بعد الرابع . فيلزمها ذلك كما قلنا فى الخامس.

وإن كان الاختلاف على غير ترتيب ، مثل أن تحيض من شهر ثلاثة ، ومن الثانى خمسة ، ومن الثالث أربعة ، وأشباه ذلك . فإن كان هذا يمكن ضبطه ، ويعتادُها على وجهٍ لا يختلف ، فالحكم فيه كالذى قبله ، وإن كان غير مضبوط جلست الأقلّ من كل شهر ، وهى الثلاثة ، إن لم يكن لها أقلُّ منها ، واغتسلت عَقِيبه . وذكر ابن عقيل فى هذا الفصل : أن قياس المذهب أن فيه روايةً ثانيةً ، وهى إجلاسُها أكثرَ عادتها فى كلّ شهر ، كالناسية للعدد تجلس أكثر الحيض . وهذا لا يصح ، إذ فيه أمرها بترك الصلاة ، وإسقاطها عنها مع يقين وجوبها عليها . فإننا متى أمرناها بترك الصلاة خمسةَ أيام فى كل شهر ، ونحن نعلم وجوبها عليها فى يومين منها فى شهر ، وفى يوم فى شهر آخر ، فقد أمرناها بترك الصلاة الواجبة يقيناً . فلا يحل ذلك ، ولا تسقط الصلاة الواجبة بالاشتباه ، كمن نسى صلاة من يوم لا يعلم عينها ، وفارقت الناسية ، فإننا لانعلم عليها صلاةً واجبةً يقيناً . والأصلَ بقاء الحيض ، وسقوطُ الصلاة ، فتبقى عليه .

---

(١) حيضناها : اعتبرناها حائضاً تأخذ حكم الحائض ثلاثة أيام .

فصـــل

ولا تـكون المرأة معتادة حتى تعرف شهرها ، ووقت حيضها ، وطُهرها ، وشهر المرأة : عبارة عن المدة التى لها فيها حيض ، وطهر . وأقل ذلك أربعةَ عشر يوماً ، تحيض يوماً ، وتطهر ثلاثةَ عَشَر . وإن قلنا : أقلُّ الطهر خمسة عَشَر يوماً ، فأقصر ما يكون الشهر ستة عشر يوماً ، وأكثره لاحد له ، لـكون أكثر الطهر لاحد له . والغالب أنه الشهر المعروف بين الناس . فإذا عرفت أن شهرها ثلاثون يوماً ، وأن حيضها منه خمسة أيام ، وطهرها خمسة وعشرون ، وعرفت أوله فهى معتـادة ، وإن عرفت أيام حيضها ، وأيام طهرها ، فقد عرفت شهرها ، وإن عرفت أيام حيضها ، ولم تعرف أيام طهرها ، أو أيام طهرها ، ولم تعرف أيام حيضها ، فليست مُعتادة . لـكنها متى جهلت شهرها ، رددناها إلى الغـالب ، فحيَّضْنَاها من كل شهر حَيْضَةً ، كما رددناها فى عدد أيام الحيض إلى ستٍّ ، أو إلى سبع ، لـكونه الغالب .

فصـــل

القسم الثالث من أقسام المستحاضة : من لها عادة ، وتمييز . وهى من كانت لها عادة ، فاستُحيضت ، ودمُها متميز ، بعضُه أسود ، وبعضه أحمر . فإن كان الأسود فى زمن العـادة ، فقد اتفقت العادةُ والتمييز فى الدلالة فيُعمل بهما . وإن كان أكثر من العادة أو أقل ، ويصلح أن يكون حيضاً . ففيه روايتان :

(إحداهما) يقدم التمييز : فيُعمل به ، وتَدعُ العـادة . وهو ظاهر كامل الخِرَقِىّ ، لقوله « فـكانت ممن تميز ، تركـت الصلاة فى إقباله » ولم يفرق بين مُعتادة وغيرها . واشترط فى ردها إلى العـادة أن لايـكون دمها مُتّصلا ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ لأن صـفة الدم أمارة قائمة به ، والعادة زمان منقضٍ ولأنه خارج يوجب الْغُسل ، فرجع إلى صفته عنـد الاشتباه كالمنىّ . وظاهر كلام أحمد ، اعتبار العادة ، وهو قول أكثر الأصحاب . لأن النبى صلى الله عليه وسـلم : « رَدَّ أُمَّ حبيبةَ ــ وَالْمَرْأَةَ الَّتِى اسْتَفْتَتْ لَهَا أُمُّ سَـلَمَةَ إِلَى الْعَادَةِ » ولم يفرق ، ولم يستفصل بين كونها مميّزة أو غيرها . وحديث فاطمة قد رُوى فيه : رَدُّها إلى العـادة . وفى لفظ آخر : رَدَّهَا إِلى التَّميـيز . فتعارضت ، روايتان ، وبقيت الأحاديث الباقية خالية عن مُعارض ، فيجب العمل بها . على أن حديث فاطمة قضيَّةُ عيْنٍ[1] وحكايةُ حالٍ ، يحتمل أنها أخبرته أنها لاعادة لها ، أو عَلِم ذلك من غيرها ، أو قرينةِ حالهـا . وحديث عدىّ بن ثابت عامٌّ فى كل مُستحاضة ؛ فيـكون أولى ، ولأنَّ العادة أقوى ، لـكونها لا تَبْطُلُ دِلالتها ، واللون إذا زاد على أكثر الحيض بطلت دلالتُه . فما لاتبطُل دِلالته أقوى وأولى .

فصـــل

ومن كان حيضها خمسةَ أيام من أول كل شهر ، فاستُحيضت ، وصارت ترى ثلاثةَ أيام دماً أسود ،

(١) أى ورد فى مسألة بعينها ، وفى حالة مخصوصة .

فى أول كل شهر ، فمن قدَّم العادة قال : تجلسُ خمسةً فى كل شهر ، كما كانت تجلس قبل الاستحاضة ، ومن قدم التمييز جعل حيضها الثلاثةَ التى ترى الدم الأسود فيها ، إلا أنها لاتترك الصلاة فى الشهر الأول فيما زاد على الثـلاثة ؛ لأنَّا لا نعلم أنهـا مستحاضة إلا بتجاوز الدم أكثر الحيض ، ولا نعـلم ذلك فى الشهر االأول . فإذا عَبَر الدمُ أكثر الحيض فى الشهر الأول ، علمنا أنَّه استحاضة ، فلا تجلس فى الثـانى ما زاد على الدم الأسود ؛ فإن رأت فى كل شهر عَشَرَةَ دماً أسود ، ثم صار أحمر ، واتصـل ، فمن قال : إنها لاتلتفت إلى مازاد على العـادة حتى تتـكرر ، لم يُحَيِّضْهـا فى الشهرين الأوَّلين ، أو الثـلاثة إلا خمسةً قدرُ عادتها ؛ ومن قال : إنّها إذا زادت على العادة جلسته بأول مرة أجلسها فى الشهر الأول خمسةَ عشرَ يوماً ، ثم تغتسل ، وتصلِّى ، وفى الثانى تجلس أيام العـادة ، وهى الخمسةُ الأولى من الشهر ، عند من يُقدِّم العادة على التمييز ، ومن قدم التمييز ، ولم يعتبر فيه التـكرار أجلسها العشرةَ كُلَّها . فإذا تـكرر ثلاثة أشهر على هذا الوصف ، فقـال القاضى : تجلسُ العشرةَ فى الشهر الرابع على الروايتين جميعـاً ، لأن الزيادة على العادة تثبُت بتـكرار الأسود . ويحتملُ أن لاتجلس زيادةً على عادتهـا ، على قول من يُقدِّم العادة على التمييز ، لأنَّا لو جعلنا الزائد على العادة من التمييز حَيْضاً بتـكرره ، لجعلنا الناقص عنهـا استحاضة بتـكرره . فـكانت لاتجلس فيما إذا رأت ثلاثةً أسود ، ثم صار أحمر أكثر من الثلاثة ، والأمرُ بخلاف ذلك .

فصـــل

فإن كان حيضها خمساً من أول شهر ، فاستُحيضت ، فصـارت ترى خمسةً أسود ، ثم يصـير أحمر ، ويتَّصل ، فالأسودُ حيض بلا خلاف ، لموافقته زمن العـادة ، والتمييز . وإن رأت مكان الأسود أحمر ، ثم صار أسود ، وعبَر سقط حكمُ الأسود ، لعبوره أكثرَ الحيض ، وكان حيضُها الأحمرَ لموافقته زمن العادة ، وإن رأت مكان العـادة أحمر ، ثم خمسةً أسودَ ، ثم صار أحمرَ واتَّصَلَ ، فمن قدَّم العادةَ حيَّضها أيام العادة . وإذا تـكرر الأسودُ ، فقال القاضى : يَصير حيضاً ، وأما من يُقدِّم التمييز ، فإنه يجعلُ الأسود وحده حيضاً .

« مسألة » قال ﴿ فإن كانت لها أيام أُنْسِيَتْهَا ، فإنها تقعد ستًّا أو سبعاً فى كلّ شهر ﴾ .

هذه من القسم الرابع من أقسام المستحاضة : وهى من لاعادة لهـا ولا تمييز . وهـذا القسم نوعان : (أحدها) الناسيةُ : ولها ثلاثة أحوال :

أحـدها : أن تـكون ناسيةً لوقتها ، وعَددِها . وهذه يُسمِّيها الفقهاء المتحيِّرةَ .

والثـانية : أن تنسى عددها وتذكر وقتها .

والثـالثة : أن تذكر عددها وتنسى وقتها .

فالناسية لها : هى التى ذكر الخِرَقِىُّ حكمها ، وأنها تجلس فى كل شهر ستة أيام أو سبعة يكون ذلك حيضها ، ثم تغتسل وهى فيما بعد ذلك مستحاضةٌ تصوم ، وتصلّى ، وتطوف . وعن أحمدَ : أنها تجلس أقلَّ الحيض ، ثم إن كانت تعرف شهرها وهو مخالف للشهر المعروف ، جلست ذلك من شهرها . وإن لم تعرف شهرها جلست من الشهر المعروف ، لأنه الغالب . وقال الشافعى فى الناسية لها : لا حيض لها بيقين ، وجميع زمنها مشكوك فيه ، تغتسلُ لكلّ صلاة ، وتصلى ، وتصوم ، ولا يأتيها زوجها . وله قول آخر : إنها تجلس اليقين . وقال بعض أصحابه : الأول أصحّ ، لأن هذه لها أيام معروفة ، ولا يمكن ردُّها إلى غيرها ، فجميع زمانها مشكوك فيه . وقد روت عائشة «أنَّ أمَّ حبيبةَ استُحِيضَتْ سبعَ سنين . فسألت النبىَّ ﷺ ، فأمرها أن تغتسل لكلّ صلاةٍ » . متفق عليه [١] .

ولنا : ما روت حَمْنة بنتُ جحش قالت : « كنتُ أُستَحَاضُ حيضةً كبيرةً شديدةً ، فأتيتُ النبى ﷺ أستفتيه . فوجدتُه فى بيت أُختى زينبَ بنتِ جَحش . فقلت : يا رسول الله ، إنِّى أُستحاضُ حيضةً كبيرةً شديدةً . فما تأمرنى فيها ؟ قد مَنَعَتْنِى الصِّيَامَ والصَّلاةَ ، قال : أَنْعَتُ لك [٢] الكُرْسُفَ ، فإنه يُذهب الدم . قالت : هو أكثر من ذلك ، إنما أَثُجُّ ثجًّا [٣] . فقال النبى ﷺ : « سآمرك أمرين ، أيهما صنعت أجزأ عنك ، فإن قَوِيتِ عليهما فأنت أعلم ، فقال لها : إنما هى رَكْضَةٌ من [٤] الشيطان . فتحيضى ستة أو سبعة أيام فى علم الله ، ثم اغتسلى ، فإذا رأيتِ أنكِ قد طَهُرْتِ ، وَاسْتَنْقَأْتِ [٥] . فصلِّى أربعاً وعشرين ليلة ، أو ثلاثاً وعشرين ليلة ، وأيامها ، وصومى . فإن ذلك يجزئك ، وكذلك فافعلى كما تحيض النساء ، وكما يَطْهُرْنَ لميقات حيضهن وطهرهن . فإن قويتِ أن تؤخرى الظهر وتعجلى العصر ، ثم تغتسلين حتى تطهرين ، وتصلين الظهر والعصر جميعاً ، ثم تؤخرين المغرب ، وتعلين العشاء ، ثم تغتسلين ، وتجمعين بين الصلاتين ، وتغتسلين للصبح فافعلى ، وصومى إن قَوِيتِ على ذلك » .

---

(١) الذى فى البخارى ومسلم أنه أمرها أن تغتسل فقط ، ولم يرد « لكل صلاة » وإنما فيهما فكانت تغتسل لكل صلاة ، وهذا يدل على أنها كانت تفعل ذلك من عند نفسها ، لا بأمر النبى صلى الله عليه وسلم فليس الغسل لكل صلاة واجباً (فرضاً) .

(٢) أنعت لك : أصف لك علاجاً لحالتك ، والكرسف : القطن ، ومعنى إذهابه للدم : امتصاصه له حتى تستطيع الصلاة ، ولا ينزل عليها الدم أثناءها .

(٣) أثج ثجاً : أصب صباً ، ويسيل منى الدم سيلاناً شديداً .

(٤) ركضة من الشيطان ، الركضة : الدفعة ، وإنما نسب الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الدفعة إلى الشيطان لأنها دفعة مرض وليست دفعة عادية.

(٥) استنقأت : استبرأت من الدم ، وأصبحت نظيفة منه .

وقال رسول الله ﷺ « وهو أعجبُ الأمرين إلىّ » رواه أبو داود والترمذى وقال : هذا حديث حسن صحيح . قال : وسألت محمداً[1] فقال : هو حديث حسن . وحكى ذلك عن أحمد أيضاً وهو بظاهره : يثبت الحكم فى حق الناسية . لأن النبى ﷺ لم يستفصلها[2] : هل هى مبتدأة أو ناسية ؟ ولو افترق الحال لاستفصل وسأل . واحتمال أن تكون ناسية أكثر ، فإن حمنة امرأةٌ كبيرة ، كذلك قال أحمد ، ولم يسألها النبى ﷺ عن تمييزها ، لأنه قد جرى من كلامها من تكثير الدم وصفته ما أغنى عن السؤال عنه . ولم يسألها : هل لها عادة فيردَّها إليها ؟ لاستغنائه عن ذلك لعلمه إياه إذ كان مشتهراً . وقد أمر به أُختها أُمّ حبيبة ، فلم يبق إلا أن تكون ناسية ، ولأن لها حيضاً لا تعلم قدره ، فيرد إلى غالب عادات النساء كالمبتدأة ، ولأنها لاعادة لها ولا تمييز فأشبهت المبتدأة .

وقولهم : لها أيام معروفة . قلنا : قد زالت المعرفة ، فصار وجودها كالعدم .

وأما أمره أُمّ حبيبة بالغُسل لكل صلاة . فإنما هو ندب ، كأمره لحمنة فى هذا الخبر . فإن أُمّ حبيبة كانت معتادة رَدَّها إلى عادتها ، وهى التى استفتت لها أُمّ سَلَمَةَ . على أن حديث أُمّ حبيبةَ ، إنما رُوى عن الزهرىّ . وأنكره الليث بن سعد ، فقال : لم يذكر ابن شهاب : أن رسول الله ﷺ أمر أُمّ حبيبةَ أن تغتسل لكل صلاة ، ولكنه شىء فعلته هى .

فصــــل

قوله « ستاً أو سبعاً » الظاهر : أنه ردها إلى اجتهادها ، ورأيها فيما يغلبُ على ظنها أنه أقربُ إلى عادتها ، أو عادة نسائها ، أو ما يكون أشبهَ بكونه حيضاً ، ذكره القاضى فى بعض المواضع . وذكر فى موضع آخر : أنه خيَّرها بين ستٍّ وسبع ، لاعلى طريق الاجتهاد ، كما خيَّر واطىء الحائض بين التكفير بدينار ، أو نصف دينار . بدليل أن حرف « أو » للتخيير . والأول إن شاء الله أصحُّ . لأنا لو جعلناها مُخيَّرة أفضى إلى تخييرها فى اليوم السابع بين أن تكون الصلاة عليها واجبةً ، وبين كونها مُحرَّمة ، وليس لها فى ذلك خِيرَةٌ بحال . أما التكفير : ففعلٌ اختيارىّ يمكن التخيير فيه بين إخراج دينار ، أو نصف دينار فى الحالين ، لأن الواجب لا يتخيَّر بين فعله وتركه .

وقولهم : إن « أو » للتخيير . قلنا : وقد يكون للاجتهاد . كقول الله تعالى (٤٧ : ٤ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وإِمَّا فِدَاءً) و « إما » كـ « أو » فى وضعها . وليس للإمام فى الأسرى إلا فعل ما يؤدّيه إليه اجتهادُه أنه الأصلح .

---

(١) محمد : هو محمد بن عبد الله البخارى صاحب صحيح البخارى .

(٢) يستفصلها : يطلب منها التفصيل ، لحالتها هل هى مبتدأة ، أو قد جاءها الحيض ، ولكنها نسيت عادتها .

فصـــــل

ولا تخلو الناسية من أن تكون جاهلةً بشهرها أو عالمةً به ، فإن كانت جاهلة بشهرها رددناها إلى الشهر الهلالىّ ، فحيَّضناها فى كلِّ شهر حيضةً ، لحديث حَمْنةَ ، ولأنه الغالب ، فتردُّ إليه كردِّها إلى الستّ ، والسبع . وإن كانت عالمة بشهرها حيَّضناها فى كلِّ شهر من شهورها حيضةً ، لأن ذلك عادتُها ، فتردُّ إليها ، كما تردُّ المعتادة إلى عادتها فى عدد الأيام ، إلا أنها متى كان شهرها أقلَّ من عشرين يوماً لم تُحيِّضها منه أكثر من الفاضل عن ثلاثةَ عشرَ يوماً ، أو خمسةَ عشرَ يوماً . لأنها لو حاضت أكثر من ذلك لنقص طُهْرها عن أقلّ الطُّهر ، ولا سبيل إليه .

وهل تجلس أيامَ حيضها من أوّل كل شهر ، أو بالتحرّى والاجتهاد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تجلسُه من أول كل شهر إذا كان يحتمل ؛ لأن النبيَّ ﷺ قالَ لحمنةَ : « تحيَّضى ستَّةَ أيام أو سبعة أيام فى علم الله ، ثم اغتسلى ، وصلِّى أربعاً وعشرين ليلةً أو ثلاثةً وعشرين ليلةً وأيَّامَهَا » فقدَّم حيضها على الطهر ، ثم أمرها بالصلاة والصوم فى بقيَّتِهِ ، ولأن المبتدأة تجلس من أول الشهر ، مع أنه لاعادة لها ، فكذلك الناسية ، ولأن دم الحيض دَمُ جِبِلَّةٍ ، والاستحاضة عارضةٌ . فإذا رأت الدم وجب تغليبُ دم الحيض .

والوجه الثانى : أنها تجلس أيامها من الشهر بالتحرّى ، والاجتهاد . وهذا قول أبى بكر ، وابن أبى موسى ، لأن النبى ﷺ ردَّها إلى اجتهادها فى القدر ، بقوله : « ستًّا أو سبعاً » فكذلك فى الزمان ، ولأن للتحرِّى مَدخلاً فى الحيض ، بدليل أن المميِّزةَ ترجع إلى صفة الدم ، فكذلك فى زمنه . فإن تساوى عندها الزمان كلُّه ، ولم يغلب على ظنها شىء تعيَّن إجلاسُها من أول الشهر لعدم الدليل فيما سواه .

القسم الثانى : الناسية لعددها دون وقتها : كالتى تعلم أن حيضها فى العشر الأول من الشهر ، ولا تعلم عدده . فهى فى قدر ماتجلسه كالمتحيّرة ، تجلس ستاً أو سبعاً فى أصح الروايتين ، إلاّ أنها تجلس من العشر دون غيرها . وهل تجلسها من أول العشر ، أو بالتحرّى ؟ على وجهين . وإن قالت : أعلم أننى كنت أول الشهر حائضاً ولا أعلم آخره ، أو أننى كنتُ آخر الشهر حائضاً ولا أعلم أوله ، أو لا أعلم هل كان ذلك أوّل حيضى ، أو آخره ؟ حَيَّضناها اليومَ الذى عَلِمَتْهُ ، وأتمَّت بقيةَ حيضها مما بعده فى الصورة الأولى ، ومما قبله فى الثانية ، وبالتحرِّى فى الثالثة ، أو مما يلى أولَ الشهر على اختلاف الوجهين .

القسم الثالث : الناسية لوقتها دون عددها : وهذه تتنوَّع نوعين :

أحدهما : أن لاتعلمَ لها وقتاً أصلاً : مثل أن تعلم أن حيضها خمسةُ أيّام ، فإنها تجلس خمسةً من كل شهر ، إمَّا من أوله أو بالتحرِّى ، على اختلاف الوجهين .

والثانى : أن تعلم لها وقتاً : مثل أن تعلم أنها كانت تحيض أياماً معلومة من العشر الأُوَلِ من كل

شهر . فإنها تجلس عدد أيامها من ذلك الوقت دون غيره ، ثم لايخلو عدد أيامها ، إما أن يكون زائداً على نصف ذلك الوقت ، أو لايزيد . فإن كان زائداً على نصفه ، مثلُ أن تعلم أن حيضها ستةُ أيام من العشر الأَوَلِ من كل شهر ، أضعفنا الزائد ، فجعلناه حيضاً بيقين ، وتجلس بقية أيامها بالتحرِّى فى أحد الوجهين ، وفى الآخر من أول العشر . فنى هذه المسألة : الزائدُ يوم ، وهو السادس ، فنضعِّفُه ، ويكون الخامس والسادس حيضاً بيقين ، لأننا متى عددنا لها ستة أيام من أى موضع كان من العشر ، دخل فيه الخامس ، والسادس ، يبقى لها أربعة أيام . فإن أجلسناها من الأول كان حيضُها من أول العشر إلى آخر السادس . منها يومان حيض بيقين ، والأربعة حيض مشكوك فيه ، والأربعة الباقية طهر مشكوك فيه ، وإن أجلسناها بالتحرِّى فأدَّاها اجتهادُها إلى أنها من أول الشهر فهى كالتى ذكرنا ، وإن جلست الأربعةَ من آخر الشهر كانت حيضاً مشكوكاً فيه ، والأربعة الأولى طُهر مشكوك فيه . وإن قالت : حيضى سبعةُ أيام من العشر الأُوَل . فقد زادت يومين على نصف الوقت فَنُضَعِّفُهُمَا ، فيصير لها أربعة أيام حيضاً بيقين ، وهى من أول الرابع إلى آخر السابع ، ويبقى لها ثلاثة أيام تجلسها من أول العاشر أو بالتحرى ، فيكون ذلك حيضاً مشكوكاً فيه ويبقى له ثلاثة طهراً مشكوكاً فيه ، وسائر الشهر طهر . وحكم الحيض المشكوك فيه : حكم الحيض المُتيقَّن فى ترك العبادات ، إن كان حيضها نصفَ الوقت فما دون ، فليس لها حيض بيقين ، لأنها متى كانت تحيض خمسة أيام احتمل أن تكون الخمسةَ الأولى ، وأن تكون الثانيةَ ، وأن تكون بعضُها من الأولى ، وباقيها من الثانية ، فتجلس خمسةً بالتحرِّى ، أو من أول العشر على اختلاف الوجهين .

فصل

ولا يعتبر التكرار فى الناسية ، لأنها عرفت استحاضتها فى الشهر الأول ، فلا معنى للتكرار .

فصل

وإذا ذكرت الناسية عادتها بعد جلوسها فى غيره رجعت إلى عادتها ، لأن تركها لعارض النسيان . فإذا زال العارض عادت إلى الأصل . وإن تبيَّنَ أنها كانت تركت الصلاةَ فى غير عادتها لزمها إعادتُها ، ويلزمها قضاء ماصامته من الفرض فى عادتها . فلو كانت عادتها ثلاثةً من آخر العشر الأول ، فجلست السبعة التى قبلها مُدَّةً ثم ذكرت ، لزمها قضاء ماتركت من الصلاة ، والصيام المفروض فى السبعة ، وقضاء ماصامت من الفرض فى الثلاثة ، لأنها صامته فى زمن حيضها .

« مسألة » قال ﴿ والمبتدأ بها الدمُ تحتاطُ ، فتجلسُ يوماً وليلةً ، وتَغتسلُ وتتوضأ لكلِّ صلاة وتُصَلِّى . فإن انقطع دمُهَا فى خمسة عشر يوماً اغتسلت عند انقطاعه ، وتفعلُ مثلَ ذلك ثانيةً ، وثالثةً . فإن كان بمعنًى واحدٍ عملتْ عليه وأعادت الصومَ ، إن كانت صامت فى هذه الثَّلاثِ مرارٍ لِفَرْضٍ ﴾ .

هذا النوع الثانى من القسم الرابع ، وهى من لاعادة لهـا ولا تمييز ، وهى التى بدأ بهـا الحيض ولم تـكن حاضت قبله . والمشهور عن أحمـد فيها : أنهـا تجلس إذا رأت الدم ، وهى ممن يمـكن أن تحيض ، وهى التى لها تسعُ سنين فصاعداً ، فتترك الصومَ ، والصلاةَ . فإن زاد الدم على يوم وليلة اغتسلت عَقِيبَ اليوم والليلة ، وتتوضأ لوقت كلِّ صـلاةٍ ، وتُصَلِّى وتصومُ . فإن انقطع الدمُ لأكثرِ الحيض فما دونَ اغتسلت غُسلا ثانياً عنـد انقطاعه ، وصنعت مثلَ ذلك فى الشهر الثانى ، والثالث . فإن كانت أيامُ الدم فى الأشهر الثلاثة متساويةً صار ذلك عادةً ، وعلمنا أنها كانت حيضاً ، فيجب عليها قضاء ما صامت من الفرض . لأنَّا تَبَيَّنَّا أنها صامتهُ فى زمن الحيض .

قال القاضى : المذهبُ عندى فى هذا روايةٌ واحدة . قال : وأصحابنا يجعلون فى قدر ماتجلسه المُبتَدَأَةُ فى الشهر الأول أربعَ روايات : إحداهن : أنها تجلس أقلَّ الحيض . والثانية : غالبَه ، والثالثة : أكثرَه ، والرابعة : عادة نسائها ، قال : وليس ههنا موضـعُ الروايات ، وإنمـا موضـعُ ذلك : إذا اتّصل الدمُ ، وحصلت مُستحاضـةً فى الشهر الرابع . وقد نُقـل عن أحمدَ ما يدلّ على صحة قول الأصحاب . فرَوى صالح قال ، قال أبى : أولُ ما يَبْدَأُ الدم بالمرأة تقعـد ستةَ أيام ، أو سبعة أيام ، وهو أكثر ما تجلسُه النساء على حديث حَمْنة . فظاهر هذا : أنها تجلس ذلك فى أول حيضها . وقوله : أكثر ماتجلسه النساء ، يعنى أن الغـالب من النساء هكذا يَحِضْنَ . ورَوى حربٌ عنه قال : سألت أبا عبد الله ، قلت : امرأةٌ أولَّ ماحاضت استمرّ بها الدمُ ، كم يوماً تجلس ؟ قال : إن كان مثلُهـا من النساء من يحضن ، فإن شاءت جلَستْ ستاً أو سبعاً ، حتى يتبيَّن لها حيضٌ ، ووقتٌ ، وإن أرادت الاحتياط جلست يوماً واحـداً أوّل مرة حتى يتبيَّن وقتُها . وقال فى موضع آخر : قالوا هذا وقالوا هذا ، فأيُّها أخذت فهو جائز .

وروى الخلاّل بإسناده ، عن عطـاء فى البـكر : تُستحاضُ ولا تعلم لها قرءاً ، قال : لتنظر قرء أُمِّها أو أختها ، أو عمتها ، أو خالتها ، فلتترك الصـلاة عِدَّة تلك الأيام ، وتَغتسل ، وتصلِّى . قال حنبل : قال أبو عبد الله : هذا حسن ، وأَسْتَحسنهُ جـداً . وهـذا يدلّ على أنه أخذ به . وهـذا قول عطاء ، والثورىّ ، والأوزاعىّ . ورُوى عن أحمد : أنها تجلس أكثرَ الحيض ، إلا أن المشهور فى الرواية عنه مثلُ ماذكر الخِرَقِىّ . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، ومالك : تجلس جميع الأيام التى ترى الدم فيها إلى أكثر الحيض. فإن انقطع لأكثره فما دونَ فالجميع حيض ، لأنَّا حكمنا بأنَّ ابتـداء الدم حيض مع جواز أن يـكون استحاضةً ، فـكذلك أثناؤه . ولأننا حكمنا بـكونه حيضاً فلا ننقض ماحكمنا به بالتجويز ، كما فى المعتادة . ولأن دم الحيض دم جبلّة ، والاستحاضة دمٌ عارض لمرض عرَض ، وعِرْقٍ انقطع ، والأصل فيها الصحةُ والسلامةُ ، وأن دمها دم الجِبِلّة دون العِلّة .

ولنا : أن فى إجلاسها أكثر من أقلِّ الحيض حُـكماً ببراءة ذمتها من عبادة واجبة عليها . فلم يُحـكم

به أوّل مرّة ، كالمعتدّة لا يحكم ببراءة ذمتها من العدّة بأول حَيْضة ، ولا يلزم اليومُ والليلةُ لأنها اليقين . فلو لم نُجلسْها ذلك أدَّى إلى أن لا نُجلسهاَ أصلا ، ولأنَّها ممن لاعادة لها ولا تمييز ، فلم تَجلسْ أكثر الحيض كالناسية .

فصــــل

والمنصوص فى المبتدأة : اعتبار التكرار ثلاثاً . فعلى هذا لا تنتقل عن اليقين فى الشهر الثالث . وقد نُصَّ فى المعتادة ترى الدم زيادةً على عادتها على جُلوسها[1] الزائد بمرّتين فى إحدى الروايتين عنه ، فكذا ههنا ، وقد مضى توجيهما .

وعلى الروايات كلها : إذا انقطع الدم لأكثر الحيض فما دونَ ، وكان فى الأشهر الثلاثة على قدرٍ واحد انتقلت إليه ، وعملت عليه ، وصار ذلك عادةً لها ، وأعادت ما صامته من الفرض فيه ، لأننا تبيَّنا أنها صامته فى حيضها .

فصــــل

وإن انقطع فى الأشهر الثلاثة مُختلفاً ، ففى شهر انقطع على سبع وفى شهر على ست ، وفى شهر على خمس نَظَرتْ إلى أقلّ ذلك وهو الخمس ، فجعلته حيضاً ، ومازاد عليه لا يكون حيضاً حتى يأتىَ عليه التكرارُ . نُصّ عليه . وإن جاء فى الشهر الرابع ستًّا أو أكثر صارت الستة حيضاً لتكررها ثلاثاً ، وكذلك الحكم فى السابع إذا تكرر ثلاثاً . ومن قال بإجلاسها ستًّا أو سبعاً ، فإنَّها تجلسُ ذلك من غير تكرار ، ولا تجلس مازاد عليه حتى يتكرر ، ولذلك مَنْ أجلسها عادةَ نسائها فإنه يُجلسها ماوافق عادتهنَّ من غير تكرار .

فصــــل

ومتى أجلسناها يوماً وليلة أو ستاً أو سبعاً أو عادةَ نسائها ، فرأت الدم أكثر من ذلك ، لم يَحِلَّ لزوجها وطؤها فيه حتى ينقطع ، أو يتجاوز أكثر الحيض ، لأنه يحتملُ أن يكون حيضاً احتمالاً ظاهراً . وإنما أمرناها بالصوم فيه والصلاة احتياطاً لبراءة ذِمّتها ، فيجب ترك وطئها احتياطاً أيضاً . وإن انقطع الدم واغتسلت حَلَّ وطؤها ، وهل يُكره ؟ على روايتين :

(إحداهما) لا يكره : لأنها رأت النقاء الخالصَ ، أشبهت غير المُبتدأة .

(والثانية) يُكره : لأننا لا نأمن مُعاودة الدم ، فكره وطؤها . كالنُّفَساَء إذا انقطع دمها لأقلَّ من أربعين يوماً . فإن عاودها الدم فى زمن العادة لم يطأها ، نصّ عليه . لأنه زمن صادف زمن الحيض ، فلم يجز الوطء فيه ، كما لو لم ينقطع ، وعنه : لا بأس بوطئها . قال الخلاّل : الأحوط فى قوله على ما اتفقوا عليه دون الأنفس الثلاثة أنه لا يطؤها .

---

(١) على جلوسها : جار ومجرور متعلق بنص .

« مسألة » قال ﴿ فإن استمرّ بها الدمُ ، ولم يتميّز قَعَدَتْ فى كلّ شهر ستاً أو سبعاً ، لأن الغالب من النساء هكذا يَحِضْنَ ﴾ .

قوله « استمرّ بها الدم » يعنى زاد على أكثر الحيض ، وقوله « لم يتميّز » يعنى لم يكن دمُها مُنفصلاً على الوجه الذى ذكرناه ، فهذه حكمها : أن تجلس فى كل شهر ستة أيام أو سبعة . وقد ذكر الخِرَقىّ عِلّته وهى أن الغالب من النساء هكذا يَحِضْن[1] . والظاهر أن حيض هذه كحيض غالب النساء . فيجب ردُّها إليه كردّها فى الوقت إلى حيضة فى كلّ شهر ، وهذا أحد قولى الشافعىّ . وعن أحمد : أنها تجلس يوماً وليلة من كلّ شهر ، وهذا القول الثانى للشافعىّ ، لأن ذلك اليقين . وما زاد عليه مشكوك فيه ، فلا تزول عن اليقين بالشكّ . وعنه روايةٌ ثالثة : أنها تجلس أكثر الحيض ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه زمانُ الحيض . فإذا رأت الدم فيه جَلَسَتْهُ كالمعتادة . وعنه : أنها تجلس عادةَ نِسائها ، وهو قول عطاء ، والثورىّ والأوزاعىّ . لأن الغالب أنها تُشْبِهُهُنَّ فى عادتهنّ ، والأول أولى . لحديث حَمْنة . فإنّ النبى ﷺ ردّها إلى ست ، أو سبع ، ولم يردّها إلى اليقين ، ولا إلى عادة نسائها ، ولا إلى أكثر الحيض . ولأنّ هذه تردُّ إلى غالب عادات النساء فى وقتها ، لكونها تجلس فى كل شهر مَرَّة ، فكذلك فى عدد أيامها . وبهذا يبطل ما ذكرناه لليقين ولعادة نسائها .

فصـــل

وهل تُرَدُّ إلى ذلك إذا استمرّ بها الدم فى الشهر الرابع ، أو الثانى ؟ المنصوص : أنها لاتُرَدُّ إلى ست أو سبع إلا فى الشهر الرابع . لأنّا لم نُحَيِّضها أكثرَ من ذلك إذا لم تكن مستحاضة . فأولى أن نفعل ذلك إذا كانت مستحاضة . قال القاضى : ويحتمل أن تنتقل إليها فى الشهر الثانى بغير تكرار ، لأنّا قد عَلمنا استحاضتَها فلا معنى للتكرار فى حَقِّها .

فصـــل

وإن كانت التى استمرَّ بها الدم مُمَيِّزَةً على ماذكرناه فيما مضى جلستْ بالتمييز فيما بعد الأشهر الثلاثة ، وتجلسُ فى الثلاثة اليقين يوماً وليلةً ، إلا أن نقول : العادة تثبُتُ بمرّتين ، فإنها تعود إلى التمييز فى الشهر الثالث ، ويُعمل به . وقال ابن عقيل : وعن أحمد أنها تُرَدُّ إلى التمييز فى الشهر الثانى ، ولا يُعتبر التكرار . فإنه قال : إذا بدأ بها الحيض ولم ينقطع عنها الدم ، ولم تعرف أيامها قعدت إقبالَ الدم إذا أقبل سوادُه وغِلَظُهُ وريحه ، فإذا أدبر وصفا وذهب ريحُهُ صلَّت وصامت . وذلك لأنها مستحاضة مميّزة ، فتردُّ إلى تمييزها ، كما فى الشهر الرابع . ولا يُعتبر التكرار فى التمييز بعد أن تعلم كونَها مستحاضةً على ما نصرناه .

---

(١) فى بعض النسخ لفظ « والظاهر أن يحضن » زيادة بين « هكذا يحضن » وكلمة « والظاهر أن حيض هذه » .

وقال القاضى : لا تجلس منه إلا ما تكرر . فعلى هذا : إذا رأت فى كل شهر خمسةً أحمرَ ، ثم خمسةً أسودَ ، ثم أحمر ، واتصل ، جلستْ زمانَ الأسود ، فكان حيضَها ، والباقى استحاضة .

وهل تجلس زمانَ الأسود فى الشهر الثانى ، والثالث ، والرابع ؟ يُخَرَّجُ ذلك على الروايات الثلاث .

ولو رأت عشرةً أحمر ، ثم خمسةً أسود ، ثم أحمرَ ، واتصل ، فالحكم فيها كالتى قبلها . فإن اتصل الأسودُ وعَبَرَ أكثر الحيض . فليس لها تمييز ، ونُحَيِّضُها من الأسود لأنه أشبهُ بدم الحيض . ولو رأت أقلّ من يوم دماً أسود . فلا تمييز لها ، لأن الأسود لا يصلُح أن يكون حيضاً ، لقلّته عن أقلّ الحيض ، وإن رأت فى الشهر الأول أحمر كلّه ، وفى الثانى ، والثالث ، والرابع خمسةً أسود ، ثم أحمرَ ، واتصل ، وفى الخامس كلّه أحمرَ . فإنها تجلس فى الأشهر الثلاثة اليقين ، وفى الرابع أيامَ الدم الأسود ، وفى الخامس تجلسُ خمسةً أيضاً ، لأنهَا قد صارت مُعتادةً . وقال القاضى : لا تجلس من الرابع إلاّ اليقينَ ، إلاّ أن نقول : بثبوت العادة بمرّتين ، وهذا فيه نظر . فإن أكثر مايقدر فيها : أنها لاعادة لها ، ولا تمييز ، ولو كانت كذلك لجلست ستاً ، أوسبعاً فى أصحّ الروايات ، فكذا ههنا . ومن لم يعتبر التكرار فى التمييز فهذه مُميِّزَة . ومن قال : إن المميِّزَة تجلسُ بالتمييز فى الشهر الثانى قال : إنها تجلس الدمَ الأسودَ فى الشهر الثالث : لأنها لاتعلم أنها مميزة قبله ؛ ولو رأت فى شهر خمسةً أسودَ ، ثم صار أحمرَ واتصل ، وفى الثانى كذلك ، وفى الثالث كلّه أحمرَ ، والرابع رأت خمسةً أحمرَ ، ثم صار أسودَ واتصل ، جلست اليقينَ من الأشهر الثلاثة ، والرابعُ لاتمييز لها فيه . فتصير فيه إلى ستة أيام ، أو سبعة فى أشهر الروايات . إلا أن نقول : العادة تثبت بمرّتين ، فتجلس من الثالث ، والرابع خمسةً خمسةً . وقال القاضى : لا تجلس فى الأشهر الأربعة إلا اليقينَ ، وهذا بعيدٌ لما ذكرناه ، ولو كانت رأت فى الرابع خمسةً أسودَ ، والباقى كلُّه أحمرُ صار عادةً بذلك .

« مسألة » قال ﴿ والصفرة والكدرة فى أيام الحيض من الحيض ﴾ .

يعنى إذا رأت فى أيام عادتها صُفْرَةً ، أوْ كُدْرَةً ، فهو حيض . وإن رأته بعد أيام حيضها لم يُعتدّ به ، نصّ عليه أحمد . وبه قال يحيى الأنصارىّ ، وربيعة ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وعبد الرحمن بن مهدىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . وقال أبو يوسف ، وأبو ثور : لا يكون حيضاً إلا أن يتقدّمه دمٌ أسود . لأن أمَّ عطيّة ـ وكانت بايعتِ النبيَّ ﷺ ـ قالت : « كُنَّا لاَ نَعْتَدُّ بِالصُّفْرَةِ ، وَالْكُدْرَةِ بَعْدَ الْغُسْلِ شَيْئًا » رواه أبو داود : وقال « بعد الطهر » .

ولنا : قوله تعالى : (٢ : ٢٢٢ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ؟ قُلْ هُوَ أَذًى) وهذا يتناول الصُّفرةَ ، والكُدْرَة . وروى الأثرمُ بإسناده عن عائشةَ رضى الله عنها : « أَنَّهَا كَانَتْ تَبْعَثُ إِلَيْهَا النِّسَاءُ

بالدُّرْجَـةِ[1] من الـكُرْسُفِ فيهـا الصُّفْرَةُ ، والـكُدْرَةُ ، فتقول : لاتَعْجَلْنَ حتى تَرَيْنَ الْقَصَّـةَ الْبَيْضَاء[2] ـ تريد بذلك الطهر من الْحَيضةَ » وحديث أُم عطية إنما تناول مابعد الطهر والاغتسال ، ونحن نقول به ؛ وقد قالت عائشة : «ما كُنَّا نَعُدُّ الْـكُدْرَةَ وَالصُّفْرَةَ حَيْضًا» مع قولها المتقدم الذى ذكرناه .

فصـــــل

وحكم الصفرة والـكدرة ، حكم الدم العَبِيط[3] فى أنها فى أيام الحيض حيضٌ . وتجلس منها الْمُبتَدأَةُ كما تجلسُ من غيرها ، وإن رأتها فيما بعد العادة فهو كما لو رأت غيرَها ، على ماسيأتى ذكره إن شاء الله .

وإن طهرت ثم رأت كُدرة أو صُفرة لم يلتفت إليهـا لخبر أمِّ عطية ، وعائشة . وقـد روى النجَّاد بإسناده عن محمد بن إسحاق ، عن فاطمة ، عن أسماء قالت : « كُنَّا فى حِجْرِهَا مَعَ بَنَاتِ بِنْتِهَا ، فـكَانَتْ إحدَانَا تَطْهُرُ ثُمَّ تُصَلِّى ، ثم تُنـكَسُ بالصُّفْرَةِ الْيَسِيرَةِ ؛ فَتَسْأَلُهَا ، فتقول : اعْتَزِلْنَ الصَّـلاَةَ حتى لا تَرَيْنَ إلاَّ الْبَيَاضَ خَالِصاً » والأول أولى لمـا ذكرنا ، وقو عائشة وأم عطية أولى من قول أسماء . وقال القاضى : معنى هذا : أنها لاتلتفت إليه قبل التـكرار ، وقول أسمـاء فيما إذا تـكرر ، فجمع بين الأخبار . والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ويُستمتَع من الحائض بما دون الفرج ﴾ .

وجملته : أن الاستمتاع من الحائض فيما فوق السُّرَّة ، ودون الركبة جائز بالنصّ والإجماع ، والوطء فى الفرج مُحَرَّم بهما . واختُلف فى الاستمتاع بما بينهما . فذهب أحمدُ رحمه الله إلى إباحته . ورُوى ذلك عن عكرمة ، وعطـاء ، والشعبىّ ، والثورىّ ، وإسحـاق ؛ ونحوَه قال الحـكم ، فإنه قال : لا بأس أن تضع على فرجها ثوباً ما لم يُدخِلْهُ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالك ، والشافعىّ : لا يُباح ، لما رُوى عن عائشـة قالت : « كَانَ رسولُ الله يأمُرنِى فأَتَّزِرُ فيُبَاشِرُنِى وَأَنَا حَائِضٌ » رواه البخارى . وعن عمر قال : « سَأَلتُ رسولَ الله ﷺ عمَّا يَحِلُّ للرجُلِ مِنْ امْرَأَتِهِ وَهِىَ حَائِضٌ ؟ فقال : فَوْقَ الإزَارِ »[4] .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ٢٢٢ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِى الْمَحِيضِ) والمَحِيضُ : اسمٌ لمـكان الحيضِ ،

---

(١) الدرجة ، بضم الدال وسكون الراء ، وبكسر الدال وفتح الراء : القطع التى تحتشى بها المرأة أثناء الحيض ، والـكرسف : القطن .

(٢) القصة البيضاء : قطعة القطن التى تخرج بيضاء بعد انقطاع الدم .

(٣) الدم العبيط : الطرى الذى فى قوته .

(٤) أى تحل مباشرة الحائض ، أى مس بشرة الرجل بشرتها فيما فوق الإزار ، أى فى نصفها الأسفل ولا تحل مباشرته إلا من فوق الإزار ، والإزار هو الثوب الذى يغطى من السرة إلى الركبة أو ماتحتها .

كالمقيل ، والمَبيت(١) ، فتخصيصه موضعَ الدم بالاعتزال دليلٌ على إباحته فيما عدَاه .

فإن قيل : بل المحيض الحيض ، مصدر حاضت المرأة حيضاً ومحيضاً بدليل قوله تعالى فى أول الآية : وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ؟ قُلْ هُوَ أَذًى) والأذى : هو الحيض المسئول عنه ، وقال تعالى (٦٥ : ٤ واللاَّئِى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ) .

قلنا : اللفظ يحتمل المعنيَيْن ، وإرادةُ مكان الدم أرجحُ ، بدليل أمرين :

(أحدهما) أنه لو أراد الحيض لكان أمراً باعتزال النساء فى مُدّة الحيض بالكُلِّية والإجماع بخلافه .

(والثانى) أن سبب نزول الآية : « أن اليهود كانوا إذا حاضت المرأة اعتزلوها ، فلم يُؤاكلوها ، ولم يُشاربوها ، ولم يُجامعوها فى البيت . فسأل أصحابُ النبيِّ ﷺ النبيَّ ﷺ فنزلت هذه الآية . فقال النبيُّ ﷺ : اصْنَعُوا كُلَّ شَىْءٍ غَيْرَ النِّكاحِ » رواه مسلم فى صحيحه . وهذا تفسير لمراد الله تعالى .

ولا تتحققُ مخالفة اليهود بحملها على إرادة الحَيْض لأنه يكون موافقاً لهم . ومن السنة قوله عليه السلام : « اصْنَعُوا كُلَّ شَىْءٍ غَيْرَ النِّكاحِ » . ورُوى عنه عليه السلام أنه قال : « اجْتَنِبْ مِنْهَا شِعَارَ الدَّمِ » ولأنه منع الوطء لأجل الأذى ، فاختص مكانه كالدبر ، وما رَوَوْهُ عن عائشة دليل على حل ما فوق الإزار لا على تحريم غيره . وقد يترك النبيُّ صلى الله عليه وسلم بعضَ المُباح تقذُّراً ، كَتَركه أكلَ الضَّبِّ ، والأرنب . وقد رَوى عكرمة عن بعض أزواج النبى صلى الله عليه وسلم : « أن النبيَّ ﷺ كان إذا أراد من الحائض شيئاً ألقى على فرجها ثوباً » ثم ما ذكرناه منطوق ، وهو أولى من المفهوم .

فصـــل

فإن وطىء الحائضَ فى الفرج أثِمَ ، ويَستغفر الله تعالى ، وفى الكفارة روايتان : (إحداهما) يجب عليه كفارة : لما رَوَى أبو داود ، والنسائىّ بإسنادهما عن ابن عبّاس أن النبيَّ ﷺ قال : « فى الَّذِى يأتِى امْرَأَتَهُ وهِىَ حائضٌ : يَتَصَدَّقُ بِدِينَارٍ أو بِنِصْفِ دِينَارٍ »(٢) . (والثانية) لا كفارة عليه : وبه قال مالك ، وأبو حنيفة ، وأكثر أهل العلم ؛ لقول النبى ﷺ : « مَنْ أَتَى كاهِناً فَصَدَّقَهُ بِمَا قَالَ ، أَوْ أَتَى امْرَأَتَهُ فى دُبُرِهَا ، أَوْ أَتَى حائِضاً ، فَقَدْ كَفَرَ بِمَا أُنْزِلَ عَلَى مُحَمَّدٍ ﷺ » رواه ابن ماجة ،

---

(١) يجوز أن يكون المحيض اسم مكان ، أو اسم زمان ، أو مصدراً ميمياً . وقد ذكر الشارح المصدر الميمى بعد ذلك بقوله : فإن قيل بل المحيض الحيض ، أما اسم الزمان فمعناه زمان الحيض ، ويكون المعنى فاعتزلوا النساء فى زمن الحيض .

(٢) وهذا مذهب الشافعى ، ويتصدق بدينار إذا وطىء فى إقبال الدم ، وبنصف دينار إذا وطىء فى إدباره ولكنه على سبيل الاستحباب لا على سبيل الوجوب .

ولم يذكر كفارةً . ولأنه وطء نُهِيَ عنه لأجل الأذى ، فأشبه الوطء في الدبر . وللشافعيّ قولان كالروايتين . وحديث الكفارة مداره على عبدالحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب . وقد قيل لأحمد في نفسك منه شيء ؟ قال نعم ، لأنه من حديث فلان ، أظنُّه قال : عبدالحميد ، وقال : لو صح ذلك الحديث عن النبي ﷺ كنَّا نرى عليه الكفَّارة . وقال في موضع : ليس به بأس ، قد رَوى الناس عنه ، فاختلاف الرواية في الكفارة مبنيٌّ على اختلاف قول أحمد في الحديث . وقد رُوي عن أحمد أنه قال : إن كانت له مقدرة تصدَّق بما جاء عن النبي ﷺ . قال أبو عبد الله بن حامد : كفارةُ وطء الحائض تسقُط بالعَجز عنها ، أو عن بعضها ، ككفارة الوطء في رَمضان .

فصل

وفي قدر الكفارة روايتان :

(إحداهما) أنها دينارٌ : أو نصفُ دينار ، على سبيل التخيير ، أيَّهما أخرج أجزأه ، رُوي ذلك عن ابن عباس .

(والثانية) أن الدم إن كان أحمر فهي دينار : وإن كان أصفر فنصف دينار ، وهو قول إسحاق . وقال النخعيّ : إن كان في فور الدم فدينار . وإن كان في آخره فنصف دينار . لما رَوى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « إن كان دماً أحمر فدينار ، وإن كان دماً أصفر فنصف دينار » رواه الترمذيّ والأول أصحّ . قال أبو داود : الرواية الصحيحة « يَتَصَدَّقُ بدينارٍ أو بنصفِ دينَارٍ » ولأنه حكم تعلّق بالحيض . فلم يُفرق بين أوله ، وآخره ، كسائر أحكامه .

فإن قيل : فكيف تخيَّر بين شيء ونصفه ؟

قلنا : كما تخَيَّر المسافر بين قصر الصلاة وإتمامها ، فأيّهما فعل كان واجباً ، كذا هاهنا .

فصل

وإن وطيء بعد طهرها ، وقبل غُسلها فلا كفارة عليه . وقال قتادة والأوزاعيّ : عليه نصف دينار ، ولو وطيء في حال جرَيان الدم لزمه دينار ، لأنه حكم تعلق بالوطء في الحيض ، فثبت قبل الْغُسل كالتحريم .

ولنا : أن وجوب الكفارة بالشرع . وإنما وردبها الخبر في الحائض ، وغيرُها لا يُساويها . لأنّ الأذَى المانعَ من وطئها قد زال بانقطاع الدم . وما ذكروه يَبْطُل بما لو حلف لا يطأ حائضاً ، فإن الكفارة تجبُ بالوطء في الحيض ، ولا تجب في غيره .

فصل

وهل تجب الكفارة على الجاهل ، والناسي ؟ على وجهين :

(أحـدها) تجب : لعموم الخـبر ، ولأنهـا كفارةٌ تجب بالوطء ، أشبهت كفارةَ الوطء فى الصوم والإحرام .

(والثانى) لا تجب : لقوله عليه السلام : « عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنْ الْخَطَإِ وَالنِّسْيَانِ » ، ولأنها تجب لِمَحْو المأثم ، فلا تجب مع النسيان ، كـكفارة اليمين . فعلى هذا : لو وطىء طاهراً فحاضت فى أثناء وطئه لا كفارة عليه . وعلى الرواية الأولى : عليه كفارة ، وهو قول ابن حامد ، قال : ولو وطىء الصبىُّ لزمته الـكفارةُ لعموم الخـبر ، وقياساً على كفارة الإحرام ، ويحتمل أن لايلزمه كفارة . لأن أحـكام التكليف لاتثبت فى حقه ، وهذا من فروعها فلا تثبت .

فصـــل

وهل تلزم المرأةَ كفارةٌ ؟ المنصوص : أن عليها الـكفارةَ . قال أحمـد فى امرأة غرَّتْ زوجها : إنَّ عليه الـكفارةَ وعليها ، وذلك لأنه وطء يوجب الـكفارة ، فأوجبها على المرأة المُطَاوِعَة . كـكفارة الوطء فى الإحرام . وقال القاضى : فى وجوبها على المرأة وجهان :

(أحدهما) لايجب : لأن الشرع لم يرد بإيجابها عليها ، وإنما يُتَلَقَّى الوجوبُ من الشرع ، وإن كانت مُـكرهةً أو غير عالمة فلا كفارةَ عليهـا ، لقوله عليه السلام : « عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَإِ وَالنِّسْيَانِ ، وَمَا اسْتُـكْرِهُوا عَلَيْهِ » .

فصـــل

والنُّفَسَاءُ كالحائض فى هذا ، لأنّها تساويها فى سائر أحكامها ، ويُجزِىء نصفُ دينار من أى ذهبٍ كان ، إذا كان صافيـاً من الْغِشّ ، ويستوى تِبْرُهُ ، ومَضْرُوبُه ، لوقوع الاسم عليه . وهل يجوز إخراج قيمته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز : لأن المقصود يحصلُ بإخراج هـذا القدر من المال ، على أى صفة كان من المـال . فجاز بأىِّ مال كان ، كالخراج ، والجزية .

(والثانى) لايجوز : لأنه كفارة ، فاختصّ ببعض أنواع المال ، كسائر الـكفَّارات ، فعلى هذا الوجه هل يجوز إخراج الدراهم مكان الدينار ؟ فيه وجهان بناءً على إخراجها عنه فى الزكاة ، والصحيح : جوازه لمـا ذكرنا ، ولأنه حق يُجزىء فيه أحدُ الثَّمَنَيْنِ فأجزأ فيه الآخر ، كسائر الحقوق .

ومَصْرِفُ هذه الـكفارة إلى مَصْرِف سائر الـكفارات لـكونها كفارةً ؛ ولأنّ المساكين مَصْرِفُ حُقوق الله تعالى ، وهذا منها .

« مسألة » قال ﴿ فإن انقطع دمُها فلا تُوطأ حتى تغتسلَ ﴾ .

وجملته : أن وطء الحائض قبـل الغُسل حرام ، وإن انقطع دمها فى قول أكثر أهل العلم . قال ابن

المنذر : هذا كالإجماع منهم . وقال أحمد بن محمد المَرْوَزِىّ : لا أعلم فى هـذا حلافاً . وقال أبو حنيفة : إن انقطع الدم لأكثر الحيض حل وطؤها . وإن انقطع لدون ذلك لم يُبَحْ حتى تغتسل ، أو تَتَيَمَّم أو يمضى عليها وقت صلاةٍ ، لأنّ وجوب الْغُسل لا يمنع من الوطء بالجنابة .

ولنا : قول الله تعـالى (٢ : ٢٢٢ وَلاَ تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ ، فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللهُ) يعنى إذا اغتسلن . هكذا فسره ابن عباس . ولأن الله تعـالى قال فى الآية : (وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ) فأثنى عليهم . فيدلّ على أنه فعلٌ منهم أثنى عليهم به ، وفعلهم هو الاغتسال دون انقطاع الدم ، فشرط لإباحة الوطء شرطين : انقطاعُ الدم ، والاغتسال ، فلا يُباح إلاّ بهما . كقوله تعـالى : (٤ : ٦ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ؛ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ، لمّا اشتُرط لدفع المال إليهم بلوغُ النكاح والرشد ، لم يُبح إلاّ بهما . كذا هاهنا ، ولأنها ممنوعة من الصلاة لِحَدَثِ الحيض ، فلم يُبح وطؤها ، كما لو انقطع لأقلّ الحيض .

وما ذكروه من المعنى منقوض بما إذا انقطع لأقلّ الحيض . ولأن حَدَثَ الحيض آكدُ من حدث الجنابة ، فلا يصحّ قياسُه عليه .

« مسألة » قال ﴿ ولا تُوطأُ مُستحاضةٌ إلاّ أن يخاف على نَفْسِه ﴾ .

اختُلِف عن أحمد فى وطء المُستحاضة . فرُوى : ليس له وطؤها إلاّ أن يَخاف على نفسه الوقوعَ فى محظور : وهو مذهب ابن سيرين ، والشعبىّ ، والنخعىّ ، والحاكم . لمـا رَوى الخلاّل بإسناده ، عن عائشة « أنها قالت : الْمُسْتَحَاضَةُ لاَ يَغْشَاهَا زَوْجُها » ولأن بها أذًى . فيحرمُ وطؤها كالحائض . فإن الله تعالى منع وطء الحائض مُعَلَّلاً بالأذى بقوله : (قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِى الْمَحِيضِ) أمر باعتزالهنّ عَقِيبَ الأذى مذكوراً بفاء التعقيب ، ولأن الحكم إذا ذكر مع وصفٍ يقتضيه ، ويصلح له عُلِّلَ به . كقوله تعالى (٥ : ٣٨ والسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) والأذى يصلح أن يكون عِلّة ، فيعلَّلُ به ، وهو موجود فى المُستحاضة ، فيثبتُ التحريم فى حَقِّها .

فروى عن أحمد إباحةُ وطئها مطلقاً من غير شرط ، وهو قول أكثر الفقهـاء . لمـا رَوى أبو داود عن عكرمة ، عن حَمْنـة بنت جحش « أَنَّهَا كَانَتْ مُسْتَحَاضَةً وَكَانَ زَوْجُهَا يُجَامِعُهَا » وقال : « كَانَتْ أُمُّ حَبِيبَةَ تُسْتَحَاضُ ، وَكَانَ زَوْجُهَا يَغْشَاهَا » ولأن حمنـة كانت تحت طلحـة ، وأُمّ حبيبة تحت عبد الرحمن بن عوف ، وقد سألتا رسول الله ﷺ عن أحكام المُستحاضة ، فلو كان حراماً بيَّنه لهما .

وإن خاف على نفسه الوقوع فى محظور إن ترك الوطء أُبيح على الروايتين . لأن حكمها أخفّ من حكم الحائض ، ولو وطئها من غير خوف فلا كفارة عليـه . لأن الوجوب من الشرع ، ولم يرد بإيجابها فى حقها ، ولا هى فى معنى الحائض ، لمـا بينهما من الاختلاف .

وإذا انقطع دمُها أُبيح وطؤُها من غير غُسل ، لأن الغُسل ليس بواجب عليها أشبه سَلَسَ البول .

« مسألة » قال ﴿ والمبتلى بسَلَسِ البول ، وكثرةِ المذى ، فلا ينقطعُ كالمستحاضة ، يتوضّأُ لكلِّ صَلاةٍ ، بعد أن يَغسِلَ فرجَه ﴾

وجملته : أن المُستحاضة ، ومن به سَلَسُ البول ، أوالمذى ، أو الجريحَ الذى لا يرقأ دَمُه ، وأشباهَهم ممن يستمرّ منه الحدث ، ولا يمكنه حفظ طهارته : عليه الوضوء لكلّ صلاة بعد غَسْلِ مَحَلّ الحدَث ، وشدِّه ، والتحرُّزِ من خروج الحْدث بما يمكنه .

فالمستحاضة تغسل المَحَلّ ، ثم تحشوه بقُطْنٍ ، أو ما أشبهه ، ليردَّ الدم ، لقول النبيِّ ﷺ لحمنةَ حين شكت إليه كثرةَ الدم « أنْعَتُ لَكِ الْكُرْسُفَ فإنّهُ يُذْهِبُ الدّمَ » فإن لم يرتدّ الدم بالقطن استَثْفَرَتْ بخرقة مشقوقة الطرفين ، تَشُدُّها على جَنْبَيْها ، ووسطِها على الفرْج . وهو المذكور فى حديث أمِّ سَلَمَةَ : « لِتَسْتَثْفِرْ بِثَوْبٍ » وقال لحمنة : « تَلَجَّمِى[1] » لمّا قالت « إنهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ » فإذا فعلت ذلك ، ثم خرج الدم ، فإن كان لرخاوة الشدِّ فعليها إعادةُ الشدّ ، والطهارة . وإن كان لغلبة الخارج ، وقوته ، وكونِه لا يُمكن شدُّه أكثرَ من ذلك ، لم تبطل الطهارةُ ، لأنه لا يمكن التحرُّزُ منه ، فتصلِّى ، ولو قطر الدمُ ، قالت عائشة « اعْتَكَفَتْ معَ رسول الله ﷺ امرأةٌ من أزواجه ، فكانت تَرَى الدّمَ وَالصُّفْرَةَ والطَّسْتُ تحتَها ، وهى تُصَلِّى » رواه البخارىّ . وفى حديثٍ « صَلِّى وَإِنْ قَطَرَ الدَّمُ عَلَى الْحَصير » .

وكذلك من به سلسُ البول ، أو كثرةُ المذى ، يَعْصِبُ رأْسَ ذَكَرِه بخرقة ، ويحترس حسب ما يمكنه ، ويفعلُ ماذكر .

وكذلك من به جُرْحٌ يفورُ منه الدم ، أو به ريحٌ أو نحو ذلك من الأحداث ، ممن لا يمكنه قطعهُ عن نفسه . فإن كان مما لا يمكن عَصْبُهُ مثلُ من به جُرْحٌ لا يمكن شدُّه ، أو باسورٌ ، أو ناصور ، لا يتمكّنُ من عَصْبِه ، صلّى على حَسَب حاله ، كما رُوى عن عمر رضى الله عنه : « أنه حِينَ طُعِنَ صَلَّى وجُرْحُهُ يَثْعَبُ[2] دماً » .

فصـــــل

ويلزم كلّ واحد من هؤلاء الوضوء لوقت كلِّ صلاة ، إلا أن لا يخرجَ منه شىء . وبهذا قال الشافعىّ وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : لا يجب الوضوء على المستحاضة . وروى ذلك عن عكرمة . وربيعةَ . واستحبّ مالك لمن به سلسُ البول أن يتوضأ لكلِّ صلاة ، إلا أن يُؤذيَه البردُ . فإن آذاه قال فأرجو أن لا يكون عليه ضيق فى ترك الوضوء . واحتجُّوا بأنّ فى حديث هشام بن عُروة ، عن أبيه ،

---

(١) تلجمى : ضعى على محل الدم خرقة مشقوقة وشدي طرفيها على جنبيك (٢) أى يتفجر دماً .

عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفـاطمة بنتِ أبى حُبَيْش : « فَاغْتَسِلِى وَصَلِّى » ، ولم يأمرها بالوضوء ، ولأنه ليس بمنصوص على الوضوء منه ، ولا فى معنى المنصوص . لأن المنصوص عليه الخـارجُ المعتادُ ، وليس هذا بمعتاد .

ولنا : مارَوى عدىٌّ بن ثابت ، عن أبيه ، عن جدّه ، عن النبى ﷺ فى المُستحاضة : « تَدَعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا ، ثُمَّ تَغْتَسِلُ وَتَصُومُ وَتُصَلِّى ، وَتَتَوَضَّأُ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ » رواه أبو داود ، والترمذىّ . وعن عائشة قالت : « جَاءَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ أَبِى حُبَيْشٍ إِلَى النبىّ ﷺ ـ فذكرت خبرها ـ ثم قال : «اغْتَسِلِى ، ثُمَّ تَوَضَّئِى لِكُلِّ صَلَاةٍ وَصَلِّى » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح ، ولأنه خارج من السبيل ، فنقَضَ الوضوء كالمذْى .

إذا ثبت هـذا فإنّ طهارة هؤلاء مقيَّدةٌ بالوقت ، لقوله : « تَتَوَضَّأُ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ » ، وقوله : « ثُمَّ تَوَضَّئِى لِكُلِّ صَلَاةٍ » ، ولأنها طهارةُ عُذرٍ ، وضرورةٍ فتقيَّدتْ بالوقت كالتيمُّم .

فصـــل

فإن توضأ أحـد هؤلاء قبل الوقت ، وخرج منه شىء بطلت طهـارته ، لأن دخوله يخرج به الوقت الذى توضأ فيه ، وخروج الوقت مُبطل لهذه الطهارة كما قررناه . ولأن الحـدث مُبطل للطهارة ، وإنما عُفِىَ عنه لعدم إمكان التحرز عنه ، مع الحاجة إلى الطهارة . وإن توضأ بعد الوقت صَحَّ وارتفع حـدثُه ، ولم يؤثِّر فيه مايتجدَّدُ من الحـدث الذى لا يمكن التحرُّز منه . فإن دخـل فى الصـلاة عَقيبَ طهارته ، أو أخرها لأمر يتعلَّق بمصلحة الصلاة كلبس الثياب ، وانتظار الجماعـة ، أو لم يَعـلم أنه خرج منه شىء : جاز . وإن أخرها لغير ذلك ففيه وجهان :

(أحدهما) الجوازُ : لأنها طهارة أُريدت للصلاة بعد دخول وقتها ؛ فأشبهت التيمّم ، ولأنها طهارةُ ضرورة ، فتقيَّدت بالوقت كالتيمم .

(والثانى) لايجوز : لأنه إنمـا أُبيح له الصلاةُ بهذه الطهارة مع قيام الحدث للحاجـة والضرورة ، ولا ضرورة ههنا .

وإن خرج الوقت بعد أن خرج منها شىء ، أو أحدثت حدثاً سوَى هذا الخارج ، بطلت الطهـارة . قال أحمدُ فى رواية أحمدَ بن القاسم : إنما أمرها أن تتوضأ لـكلِّ صلاةٍ فتصلى بذلك الوضوء النـافلةَ ، والصلاةَ الفائتة ، حتى يدخل وقت الصلاة الأخرى ، فَتَتَوَضَّأُ أيضاً . وهـذا يقتضى إلحاقهـا بالتيمم فى أنهـا باقية ، ببقاء الوقت ،يجوز لها أن تَتطوَّع بها ، وتقضى بها الفوائتَ ، وتجمـع بين الصلاتين ما لم تُحدث حدثاً آخر ، أو يخرج الوقت .

فصل

ويجوز للمستحاضة الجمعُ بين الصلاتين بوضوء واحد ، « لأن النبيَّ ﷺ أَمَرَ حَمْنَةَ بِنْتَ جَحْشٍ بِالْجَمْعِ بَيْنَ الصَّلاَتَيْنِ بِغُسْلٍ وَاحِدٍ » . وأمر به سَهْلَةَ بِنْتَ سُهَيْلٍ ، وغيرُ المستحاضة من أهل الأعذار مقيس عليها ، ومُلحق بها .

فصل

إذا توضأت المُستحاضة ثم انقطع دمها . فإن تبيَّن أنه انقطع لِبُرْئِهَا باتصال الانقطاع ، تبينّا أن وضوءها بطل بانقطاعه ، لأن الحدث الخارج مُبطل للطهارة عُفِيَ عنه للعذر . فإذا زال العُذر زالت الضرورة وظهر حكم الحدث ، وإن عاد الدم : فظاهر كلام أحمد : أنه لاعبرة بهذا الانقطاع . قال أحمدُ بن القاسم : سألت أبا عبد الله ، فقلت : إنَّ هؤلاء يتكلَّمون بكلام كثير ، ويُؤَقِّتُون بوقت يقولون : إذا توضأت للصلاة وقد انقطع الدم ثم سال بعد ذلك قبل أن تدخل فى الصلاة تعيد الوضوء . ويقولون إذا كان الدم سائلاً فتوضأتْ ، ثم انقطع الدم قولا آخر ؟ قال : لست أنظر فى انقطاعه حين توضأت سالَ أم لم يَسِلْ ، إنما آمرُها أن تتوضأ لكلِّ صلاة ، فتصلِّى بذلك الوضوء النافلةَ ، والفائتة ، حتى يدخلَ وقتُ الصلاة الأخرى . وذلك لأن النبى ﷺ : « أَمَرَهَا بِالْوُضُوءِ لِكُلِّ صَلاَةٍ » من غير تفصيل . فالتفصيل يُخالف مُقتضى الخبَر . ولأن اعتبار هذا يَشقُّ ، والعادة فى المُستحاضة وأصحابِ هذه الأعذار ، أنّ الخارج يجرى ، وينقطع ، واعتبارُ مقدار الانقطاع فيما يُمكن فعل العبادة فيه يَشقُّ ، وإيجاب الوضوء به حرج ، لم يرد الشرع به ، ولا سأل عنه النبى صلى الله عليه وسلم المُستحاضة التى استفتته . فيدلُّ ذلك ظاهراً على عدم اعتباره ، مع قول الله تعالى : (٢٢ : ٧٨ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) ، ولم يُنقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من الصحابة هذا التفصيل .

وقال القاضى وابنُ عقيل : إن تطهرت المُستحاضة حال جريانِ دمِها ثم انقطع قبل دخولها فى الصلاة ولم يكن لها عادة بانقطاعه لم يكن لها الدخول فى الصلاة حتى تتوضأ . لأنها طهارة عُفِيَ عن الحدث فيها لمكان الضرورة . فإذا انقطع الدم زالت الضرورة ، فظهر حكم الحدث كالتيمم إذا وَجَد الماء فإن دخلت فى الصلاة فاتصل الانقطاعُ زمناً يُمكن الوضوء والصلاةُ فيه فهى باطلة . لأننا تبيَّنَّا بُطلان طهارتها بانقطاعه .

وإن عاد قبل ذلك فطهارتُها صحيحة ، لأنَّنا تبيّنّا عدم الطُّهر المُبطل للطهارة ، فأشبه مالو ظنَّ أنه أحدث ، ثم تبيَّن أنه لم يُحدث . وفى صحة الصلاة وجهان :

(أحدهما) يصحُّ : لأنَّنا تَبَيَّنَّا صِحةَ طهارتها ، لبقاء استحاضتها .

(والثانى) لايصحّ : لأنها صَلَّتْ بطهارة لم يكن لها أن تُصَلِّيَ بها ، ولم تَصح ، كما لو تيقَّن الحدث ، وشك فى الطهارة فصلَّى ، ثم تبيَّن أنه كان مُتطهِّراً .

وإن عاودها الدم قبل دخولها فى الصلاة لمدَّةٍ تتَّسع للطهارة ، والصـلاة بطلت الطهارة . وإن كانت لاتتسعُ لم تبطلْ ؛ لأننا تبيّنّا عدم الطهر المُبطل للطهارة ، فأشبه ما لو ظن أنه أحدث فتبيَّن أنه لم يُحدث . وإن كان انقطاعُه فى الصـلاة ، ففى بطلان الصـلاة به وجهان مبنيّانِ على المتيمِّمِ يرى المـاء فى الصـلاة . ذكر ذلك ابنُ حامد .

وإن عاد الدمُ فالحـكم فيه على مامضى فى انقطاعه ، فى غير الصلاة .

وإن توضأت فى زمن انقطاعه ، ثم عاودها الدم قبل الصلاة ، أو فيها ، أو كانت مدةُ انقطاعه تَتَّسع للطهارة والصلاة ـ بطلت طهارتُها بعَوْد الدم ، لأنها بهذا الانقطاع صارت فى حكم الطاهرات ، فصار عَوْدُ الدم كسبق الحـدَث . وإن كان انقطاعاً لايتَّسع لذلك لم يوثِّر عودُه ، لأنها مُستحاضة ، ولا حـكم لهذا الانقطاع ، وهذا مذهب الشافعىّ . وقد ذكرنا من كلام أحمدَ مايدلّ على أنه لاعِبْرَةَ بهذا الانقطاع ، بل متى كانت مُستحاضة ، أو بها عذر من هذه الأعذار فتحرَّزت وتطهَّرت . فطهارتُها صحيحة ، وصلاتها بها ماضية ، مالم يَزُلْ عذرُها ، وتبرأْ من مَرَضها ، أو يخرجْ وقت الصلاة ، أو تُحدثْ حدثاً سوى حَدَثِهَا .

فصـــــل

فإن كانت لها عادة بانقطاع الدم زمناً لايتَّسع للطهارة والصلاة ، فتوضأت ، ثم انقطع دمها ، لم يُحـكم ببطلان طهارتها ، ولا صلاتها ، وإن كانت فيهـا . لأنَّ هـذا الانقطاعَ لايفيد المقصـود ، وإن اتصـل الانقطاع ، وبَرَأَت ، وكان قد جرى منها دمٌ بعد الوضـوء : بطلت طهارتُها ، والصلاة . لأنّا تَبَيَّنّا أنها صارت فى حكم الطاهرات بذلك الانقطاع ، وإن اتَّصل زمناً يتّسع للطهارة والصـلاة ، فالحـكم فيها كالحـكم فى التى لم يَجْرِ لها عادةٌ بانقطاعه على ماذُكر فيه ، وإن كانت لها عادة بانقطاعه زمناً يتَّسع للطهارة والصلاة ، لم تصلّ حال جريان الدم وتنتظر إمساكه إلاّ أن تَخْشَى خروجَ الوقت فتَتَوضّأ وتُصلِّى .

فإن شرعتْ فى الصـــلاة فى آخر الوقت بهذه الطهـارة ، فأمسك الدمُ عنها بطلت طهارتُها ، لأنهـا أمكنتها الصلاةُ بطهارة غير ضروريّة . فلم تصحَّ صلاتُها بغيرها ، كغير المُستحاضة . فإن كان زمنُ إمساكه يختلفُ ، فتارةً يتسع ، وتارة لايتسع ، فهى كالتى قبلها ، إلا أن تعلم أن انقطاعه فى هذا الوقت لايتسع . ويحتمل أنها إذا شرعت فى الصلاة ، ثم انقطع الدم لا تبطل صلاتُها . لأنها شرعت فيها بطهارة يَقِينيَّة ، وانقطاعُ الدم يحتمل أن يـكون مُتّسعاً فتبطُل ، ويحتمل أن يـكون ضَيِّقاً فلا تبطُـل ؟ ولا يزول اليقين بالشكّ ، فإن اتصل الانقطاعُ تبينّا أنه كان مُبطلاً ، فبطلت الطهارةُ والصلاة به .

« مسألة » قال ﴿ وأ كثرُ النفاس أربعون يوماً ﴾ .

هذا قول أ كثر أهل العلم ، قال أبو عيسى الترمذىّ : أجمع أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ ، ومَنْ

بعدهم على أن النفساء تدَعُ الصلاة أربعين يوماً ، إلاّ أن ترى الطُّهر قبل ذلك ، فتغتسلُ وتُصَلى . وقال أبو عُبَيْدٍ : وعلى هذا جماعةُ الناس . ورُوى هذا عن عمر ، وابن عباس ، وعثمان بن أبى العاص ، وعائذ ابن عمرو ، وأُمِّ سلمة رضى الله عنهم ، وبه قال الثورىّ ، وإسحاق وأصحاب الرأى . وقال مالك ، والشافعىّ : أكثرُه ستون يوماً . وحكى ابنُ عقيل عن أحمدَ روايةً مثلَ قولهما ، لأنه رُوى عن الأوزاعىّ أنه قال : عندنا امرأةٌ ترى النِّفاس شهرين . ورُوى مثلُ ذلك عن عطاء أنه وَجَده ، والمرجع فى ذلك إلى الوجود . قال الشافعىّ : غالبه أربعون يوماً .

ولنا : مارَوى أبو سهل ، كثيرُ بنُ زياد ، عن مُسَّة الأزدية ، عن أُمِّ سلمة ، قالت : « كَانَتِ النُّفَسَاءُ تَجْلِسُ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ أَرْبَعِينَ يَوْماً ، وَأَرْبَعِينَ لَيْلَةً » رواه أبو داود ، والترمذىّ . وقال : هذا الحديث لانعرفه إلا من حديث أبى سهل ، وهو ثقوة . قال الخطّابىّ : أثنى محمدُ بن إسماعيل على هذا الحديث . وروى الحَكَم بن عُتَيْبَةَ ، عن مُسَّةَ ، عن أُمِّ سَلَمة ، عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم : « أنها سألته : كَمْ تَجْلِسُ المَرْأَةُ إِذَا وَلَدَتْ ؟ قال : أَرْبَعِينَ يَوْماً ، إِلاَّ أَنْ تَرَى الطُّهْرَ قَبْلَ ذَلِكَ » . رواه الدارقطنىّ . ولأنه قولُ من سَمَّينا من الصحابة ، ولم نَعرف لهم مخالفاً فى عصرهم ، فكان إجماعاً . وقد حكاه الترمذىّ إجماعاً ، ونحوَه حكى أبو عُبَيْدٍ . وماحَكَوْه عن الأوزاعىّ يحتملُ أن الزيادة كانت حيضاً ، أواستحاضةً ، كما لو زاد دَمُها عن الستين ، أو كما لو زاد دمُ الحائض على خمسة عشر يوماً .

فصل

فإن زاد دمُ النفساء على أربعين يوماً ، فصادف عادةَ الحيض فهو حيضٌ . وإن لم يصادف عادةً فهو استحاضة . قال أحمد : إذا استمرَّ بها الدمُ ، فإن كان فى أيام حيضها الذى تَقْعدُه أمسكت عن الصلاة ، ولم يأتها زوجُها ، وإن لم يكن لها أيام كانت بمنزلة المُستحاضة ، يأتيها زوجُها ، وتتوضأ لكلِّ صلاة ، وتصومُ وتصلِّى ، إن أدركها رمضانُ ، ولا تقضى ، وهذا يدلّ على مثل ماقلنا .

« مسألة » قال ﴿ وليس لأقله حدٌّ أىَّ وقت رأت الطهر اغتسلت ، وهى طاهر ، ولا يقربها زوجها فى الفرج ، حتى تُتِمَّ الأربعينَ استحباباً ﴾ .

وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وقال مالك ، والأوزاعىّ ، وأبو عبيد ، إذا لم تر دماً تغتسل ، وتصلِّى . وقال محمد بن الحسن وأبو ثور : أقلُّه ساعة ، وقال أبو عبيد : أقله خمسةٌ وعشرون يوماً .

ولنا : أنه لم يرد فى الشرع تحديدُه . فيُرجَع فيه إلى الوجود ، وقد وُجد قليلاً وكثيراً . وقد رُوى: « أَنَّ امْرَأَةً وَلَدتْ على عهد رسول الله ﷺ فلم تَرَ دَماً ، فَسُمِّيَتْ ذاتَ الْجُفُوف » . قال أبو داود : ذاكرتُ أبا عبد الله حديثَ جَرير : « كَانَتْ امْرَأَةٌ تُسَمَّى الطَّاهِرَ تَضَعُ أَوَّلَ النَّهارِ ، وتَطْهُرُ آخِرَهُ » فجعل يَعْجَبُ منه . وقال علىٌّ رضى الله عنه : « لاَ يَحِلُّ لِلنُّفَسَاءِ إِذَا رَأَتِ الطُّهْرَ إِلاَّ أَنْ تُصَلِّىَ » ولأن

اليسير دم وجدعقيبَ سببه ، وهو الولادة ، فيـكون نفاساً كالـكثير . وقد رُوى عن أحمد : أنّها إذا رأت النقّاء لِدُونِ اليوم لاتثبتُ لهـا أحكام الطاهرات . قال يعقوبُ : سألت أباعبد الله عن المرأة إذا ضربها المخاضُ ، فتكونُ أيامها عشراً فترى النقّاء قبل ذلك ، فتغتسلُ ثم ترى الدم من يومها ؟ قال : هذا أقلُّ من يوم ، ليس عليها شيء . فعلى هذا لاتثبتُ لها أحكام الطاهرات حتى ترى الطهر يوماً كاملاً .

ووجه ذلك : أن الدم يجرى تارةً ، وينقطع أخرى ، فلا يخرج عن حكم النفاس بمجرّد انقطاعـه ؛ لأن ذلك يُفضى إلى أن لاتسقُط الصلاةُ عنها فى نِفَاسها ، إذ ما من وقت صـلاةٍ إلاَّ يُوجَدُ فيه طهر يَجِبُ عليها الصلاة به . وهذا يُخالف النصّ ، والإجماع . وإذا لم يُعتبرمجردُ انقطاع الدم فلا بد من ضابط للانقطاع المعدود طُهْراً . واليومُ يصلح أن يكون ضابطاً لذلك ، فتعلّق الْحُـكم به .

فصـــل

وإن وَلَدَتْ ولم تَرَ دماً ، فهى طاهر لانفـاس لها . لأن النفاس هو الدم ، ولم يُوجـد . وفى وجوب الْغُسل عليها وجهان :

(أحدهما) لايجب : لأن الوجوب من الشرع ، وإنما ورد الشرعُ بإيجابه على النفساء ، وليست هذه نُفَساء ، ولا فى معناها . لأن النفساءَ قد خرج منهـا دم يقتضى خروجُه وجوبَ الْغُسل ، ولم يوجد ذلك فيمن لم يَخْرُجْ منها .

(والثانى) يجب : لأن الولادة مَظِنّةٌ للنفاسِ ، فتعلّق الإيجـابُ بهـا كتعلّقه بالتقاء الختانين ، وإن لم يوجد الإنزالُ .

فصـــل

وإذا طهُرت لِدُونِ الأربعين اغتسلتْ ، وصلت ، وصامت . ويُستحبُّ أن لا يقرَبهـا زوجُها قبل الأربعين . قال أحمدُ : مايعجبنى أن يأتيَها زوجُها ، على حديث عثمان بن أبى العاص : « أَنَّهَا أَتَتْهُ قَبْلَ الأَرْبَعِينَ فقال : لاَتَقْرَبِينِي » ولأنه لايأْمَنُ عَوْدَ الدم فى زمن الوطء ، فيـكون واطئاً فى نفاس . وهذا على سبيل الاستحباب ؛ فإنّا حكمنا لها بأحكام الطاهرات . ولهذا يلزمهـا أن تغتسل وتُصلِّى وتصومَ ، وإن عاد دمُها فى مدة الأربعين ففيه روايتان :

(إحداها) أنه من نفاسها : تدعُ له الصومَ والصلاةَ . نقل عنه أحمد بن القاسم أنه قال : فإن عاودها الدمُ قبل الأربعين أمسكتْ عن الصـلاة ، والصوم . فإن طَهُرت أيضـاً اغتسلت ، وصلّتْ ، وصامت . وهذا قول عطاء ، والشعبىّ . لأنه دمٌ فى زمن النفاس ، فـكان نفاساً كالأوّل ، وكما لو اتصل .

(والثانية) أنه مشكوك فيه : تصوم ، وتصلّى ، ثم تقضى الصومَ احتياطاً . وهذه الرواية المشهورة

عنه ، نقلها الأثرمُ وغيره ، ولا يأتيها زوجُها ، وإنما ألزمها فعلَ العبادات فى هذا الدم ، لأنَّ سببَها مُتيقَّن ، وسقوطُهَا بهذا الدم مشكوك فيه ، فلا يزول اليقين بالشك ، وأمرها بالقضاء احتياطاً . لأن وُجوب الصلاة والصومُ مُتيقَّن ، وسقوط الصوم بفعله فى هـذا الدم مشكوك فيه . فـلا يزول بالشـك . والفرق بين هذا الدم وبين الزائد على الستِّ والسبع فى حق الناسية حيثُ لايجبُ قضاء ماصامته فيه ، مع الشكّ أنّ الغالب مع عادات النساء ستٌّ أو سبعٌ ، وما زاد عليه نادرٌ ، بخـلاف النفاس . ولأن الحيض يتـكرّر ، فيشقُّ إيجابُ القضاء فيه ، والنفاس بخـلافه . وكذلك الدم الزائد عن العادة فى الحيض . وقال مالك : إن رأت الدمَ بعد يومين ، أو ثلاثة ، فهو نفـاس ، وإن تباعد مابينهما فهو حيض ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان فيما إذا رأت الدم يوماً ، وليلة بعد طهر خمسةَ عشَرَ يوماً .

(أحدهما) يكون حيضاً .

(والثانى) يكون نفاساً . وقال القاضى : إن رأت الدم أقلَّ من يوم ، وليلة بعـد طُهْرٍ خمسةَ عشَر يوماً ، فهو دمُ فسادٍ تُصَلِّى ، وتصومُ ، ولا تقضى ، وهذا قول أبى ثور . وإن كان الدم الثانى يوماً وليلةً فالحـكم فيه كما قلناه من أنها تصومُ وَتُصَلِّى ، وتقضى الصوم .

ولنا : أنه دم صادفَ زمنَ النفاس ، فكان نِفاساً ، كما لو استمرّ . ولا فرق بين قليله ، وكثيره ، لمـا ذكرناه من جعله حيضاً ، فإنما خالف فى العبارة ، فإنَّ حـكم الحيض والنفاس واحـد ، وأما ماصامته فى زمن الطُّهر فلا إعادة عليها فيه .

فصـــــل

إذا رأت المرأة الدم بعد وضع شى يتبيَّن فيـه خَلْقُ الإنسان فهو نفاس ، نُصّ عليه . وإن رأته بعـد إلقـاء نطفة ، أو عَلَقة فليس بنفاس ، وإن كان المُلـقَى بَضْعَةً لم يَتَبَـيَّن فيها شيء من خَلْقِ الإنسان ففيها وجهان :

(أحدهما) هو نفاس : لأنه بدء خَلْقِ آدَمِيٍّ ، فكان نفاساً ، كما لو تبيّن فيها خَلْقُ آدمىٍّ .

(والثانى) ليس بنفاس : لأنّه لم يتبيَّن فيها خَلْقُ آدمىّ ، فأشبهت النطفَةَ .

فصـــــل

إذا ولدت المرأة توأمين فذكر أصحابُنا عن أحمد روايتين فيها :

(إحداهما) أن النفاس من الأوّل كلِّه أوله وآخرُه ، قالوا : وهى الصحيحة ، وهذا قول مالك ، وأبى حنيفة . فعلى هذا متى انقضت مُدّةُ النفاس من حين وَضَعت الأوّل لم يكن مابعده نفاساً ، لأنّ مابعد ولادة الأول دمٌ بعدَ الولادة ، فكان نفاساً كالمنفرد ، وآخره منه ، لأن أوله منه فكان آخرُه منه كالمنفرد .

واختلفَ أصحابنا فى الرواية الثانية . فقـال الشريفُ أبو جعفر ، وأبو الخطّاب فى رءوس المسائل :

هى أن أوله من الأول ، وآخره من الثانى . وهـذا قول القاضى فى كتاب الروايتين . لأن الثـانِىَ وُلِدَ ، فلا تنتهى مدةُ النفاس قبل انتهائها منه ، كالمنفرد . فعلى هذا تزيدُ مدة النفاس على الأربعين فى حقّ من وَلَدَت توأمين .

وقال القاضى أبو الحسين فى مسائله ، وأبو الخطاب فى الهداية : الرواية الثانيـة أنه من الثـانى فقط . وهذا قول زُفَرَ . لأنّ مـدة النفاس مدةٌ تتعلق بالولادة . فكان ابتداؤها ، وانتهاؤها من الثـانى ، كمدة الْعِدَّة . فعلى هـذا ما تراه من الدم قبل ولادة الثـانى لا يـكون نفاساً . ولأصحاب الشافعىّ ثلاثة أوجه ، كالأقوال الثـلاثة . وذكر القاضى أنه منهما روايةً واحدةً ، وإنما الخـلافُ الدم الذى بين الولادتين ، هل هو نفاسٌ أو لا ؟ وهذا ظاهره إنكارٌ لرواية من رَوى أنّ آخِرَ النفاس من الأوّل .

فصـــــل

وحكم النُّفَسَاء حكم الحائض فى جميع مايحرُم عليهـا ، ويَسقُط عنها ، لانعلم فى هذا خـلافاً . وكذلك تحريمُ وطئها ، وحِلُّ مُباشرتها ، والاستمتاعُ بما دُون الفرج منها . والخلاف فى الـكفَّارة بوطئها ، وذلك لأنّ دم النفاس هو دم الحيض ، إنما امتنع خروجه مُدَّةَ الحمل لـكونه يَنْصَرِفُ إلى غذاء الحمل ، فإذا وُضِعَ الحمل ، وانقطع الْعِرْقُ الذى كان مجرى الدم ، خرج من الفرج ، فيثبت حكمه كما لو خرج من الحائض .

ويُفَارِقُ النفاسُ الحيضَ : فى أن الْعِدَّةَ لاتحصل به ؛ لأنها تنقضى بوضع الحمـل قبله ، ولا يدلُّ على البلوغ ، لحصوله بالحمل قبله .

« مسألة » قال ﴿ ومن كانت لها أيام فزادت على ما كانت تَعرِفُ ، لم تلتفت إلى الزيادة ، إلا أن تراه ثلاثَ مرّات ، فتعلمُ حينئذ أن حيضَها قد انتقل ، فتصيرُ إليه ، فتترك الأول . وإن كانت صامت فى هذه الثلاث مِرَارٍ . أعادته ، إذا كان صوماً واجباً . وإذا رأت الدم قبل أيامهـا التى كانت تَعرِفُ ، فلا تلتفت إليه حتى يُعاودها ثَلَاثَ مَرَاتٍ ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا كانت لها عادة مُستقرّة فى الحيض ، فرأت الدم فى غير عادتها لم تَعْتَدَّ بما خرج من العادة حَيضاً ، حـتى يتـكرّر ثلاثاً فى إحدى الروايتين ، أو مرّتين فى الأخرى ، نقـل حنبلُ عن أحمد فى امرأة لها أيام معلومة ، فتقدمت الحيضةُ قبل أيامها . لم تلتفت إليهـا ، تصومُ وتصـلِّى . فإن عاودها فى الثانية مثلُ ذلك فإنه دمُ حيض مُنْتقل . ونقل الفضلُ بنُ زياد ، لاتنتقلُ إليه إلاَّ فى الثالثة ، فلتُمْسِكْ عن الصلاة ، والصوم . وفى لفظٍ له قال : سألت أبا عبد الله عن المرأة أيامُ أقرائها معلومة ، فربما زاد فى الأشهر الـكثيرة على أيام أقرائها ، أَتُمْسِكُ عن الصلاة أو تُصَلِّى ؟ قال : بل تصلِّى ، ولا تلتفت إلى مازاد على أقرائها ، إلا أن يـكون دم حيض تنتقل إليه ، أو نحو هذا . قلت : أتصلِّى إلى أن يصيبها ثلاثَ مرارٍ ، ثم تدعُ الصلاة بعد ثلاثٍ ؟ قال : نعم ، بعد ثلاثٍ .

ففى هذه الرواية تصريح بأنها لا تَعُدُّ الزيادة من حيضها ، إلاّ فى المرة الرابعة ، وأنها تصلّى وتصوم فى المرات الثـلاث . وفى روايته الأولى : يحتمل أنها تحتسبه من حيضها فى المرة الثـالثة . لقوله : لاتنتقل إليه إلا فى الثالثة ، ويحتمل أنه أراد بعد الثالثة . وفى رواية حنبل احتمالان :

(أحدهما) أنها تنتقل إليه فى المرة الثانية : وتحتسبُه من حيضها .

(والثانى) أنها لاتنتقل إليه إلّا فى الثالثة : وأكثر الروايات عنه : اعتبار التكرار ثلاثاً فيما خرج عن العادة ، سواء رأت الدم قبل عادتها أو بعدها ، مع بقاء العادة ، أو انقطاع الدم فيها ، أو بعضها . فإنها لاتجلس فى غير أيامها ، حتى تتكرّر مرّتين أو ثلاثاً . فإذا تكرر علمنا أنه حيض مُنتقل ، فتصيرُ إليه ، أى تترك الصلاةَ والصومَ فيه ، وتصيرُ عادةً لها وتترك الأوّل ، أى العادة الأولى . لأنها قد انتقلت عنها ، وصارت العادةُ أكثرَ منها ، أو غيرها . ثم يجب عليها قضاء ما صامته من الفرض فى هـذه المرات الثلاث ، التى أمرناها بالصيام فيها . لأننّا تبيّنّا أنها صامته فى حيض ، والصوم فى الحيض غـير صحيح . فأما الصلاة فليس عليها قضاؤها ، لأن الحائض لاتقضى الصـلاة . قال أبو عبد الله : ولا يُعجبنى أن يأتيها زوجُها فى الأيام التى تُصلى فيها . لأننا لانأمن كونها حيضاً . وإنما تُصلِّى وتصوم احتياطاً للعبادة ، وتركُ الوطء احتياطاً أيضاً . فيجب كما تجبُ الصلاة ، وإن تجاوزت الزيادةُ أكثرَ الحيض فهى استحاضةٌ ، ولا تجلس غيرَ أيام العادة بكلِّ حال .

ومثـالُ ذلك : امرأةٌ عادتُها ثلاثة أيام فى أول كل شهر ، فرأت خمسـةً فى أول الشهر ، أو رأت يومين من آخر الشهر الذى قبله ، والثـلاثة المعتادة ، أو طهُرَت الثلاثة ، ورأت ثلاثةً بعده ، أو أكثر منها ، أو أقلّ قبلها ، أو بعدها ، أو طهُرَت اليومَ الأوّلَ ، ورأت ثلاثةً بعده ، أو أكثرَ منها ، أو طهُرت يومين ، ورأت يومين بعدها ، أو أكثرَ منهـا ، أو رأت الدم يومين ، فى آخر الشهر ، ويوماً فى أوله ، وما أشبه ذلك ـ فإنها لاتجلس فى جميع هـذه الصور ماعدا الأول من الشهر ، حتى تتكرر ، لقول النبى صلى الله عليه وسـلم : « اجْلِسِى قَدْرَ ما كانَتْ تَحْبِسُكِ حَيْضَتُكِ » . ولأنّ لها عادةً فرُدَّت إليها كالمستحاضة .

وقال أبو حنيفة : مارأته قبل العادة ليس بحيض حتى يتكرر مرتين ، ومارآه بعدَها فهو حيض .

وقال الشافعىّ : جميعُه حيض مالم تتجاوز أكثرَ الحيض ، وهذا أقوى عندى ، لأنّ عائشة رضى الله عنها : « كانَ يَبْعَثُ إليها النِّسَاء بالدُّرْجَةِ فيها الصُّفْرَةُ ، والـكُدْرَةُ ، فتقولُ : لا تَعْجَلْنَ حَـتَّى تَرَيْنَ الْقَصَّـةَ الْبَيْضَاءَ » ومعناه لاتعجلن بالغُسل حتى ينقطع الدمُ ، وتذهبَ الصفرةُ ، والـكدرةُ ، ولا يبقى شىء يخرج من المحلّ ، بحيث إذا دخلت فيه قُطْنَةٌ خرجت بيْضَاء . ولولم تُعَدّ الزيادةُ حيضاً للزمها الغُسْلُ عند انقضاء العادة ، وإن كان الدم جارياً . ولأن الشارعَ علّقَ على الحيض أحكاماً ولم يَحُدَّهُ ، فعُلم أنه ردّ

الناس فيه إلى عُرْفهم . والعُرف بين النساء أن المرأة متى رأت دماً يصلح أن يكون حيضاً اعتقدته حيضاً ، ولو كان عُرْفُهُنَّ اعتبار العـادة على الوجه المذكور لنُقِلَ . ولم يَجُزْ التواطؤُ على كِتمانه ، مع دعاء الحـاجة إليه . ولذلك لمَّا : « كان بعضُ أزواج النبيِّ ﷺ معه فى الخميـلةِ لجاءها الدمُ ، فانسَلَّتْ من الخَمِيـلةِ ، فقال لها النبيّ صلى الله عليه وسلم : مالَكِ ؟ أَنُفِسْتِ ؟ قالت : نعم ، فأمرها أن تَأْتَزِرَ » ولم يسألها النبى صلى الله عليه وسلم : هل وافقَ العادةَ ، أو جاء قبلها ؟ ولا هِيَ ذكرتْ ذلك ، ولا سألتْ عنه ، وإنما استدلَّت على الحيضة بخروج الدم ، فأقرّها عليه النبيُّ صلى الله عليه وسلم .

وكذلك حين حاضت عائشةُ فى عُمرتها فى حَجَّة الوداع إنما عَلِمَتِ الحيضة برؤية الدم لاغيرُ . ولم تذكر عادةً ولا ذكرها لها النبيُّ صلى الله عليه وسلم . والظاهرُ أنه لم يأت فى العادة ، لأنّ عائشةَ استكرهتْهُ واشتدّ عليها ، وبكت حين رأته ، وقالت : « وَدِدْتُ أَنِّى لم أَكُنْ حَجَجْتُ الْعَامَ » ولو كانت تعلم لها عادة تَعلمُ مجيئَهُ فيها ، وقد جاء فيها . ما أنكرته ، ولا صَعُبَ عليها . ولو كانت العادةُ معتبرةً على الوجه المذكور فى المذهب لَبَيَّنَهُ النبى ﷺ لأُمَّتِه ، ولَمَا وَسِعَهُ تأْخِيرُ بيانه . إذ لايجوز تأخيرُ البيان عن وقته . وأزواجه وغيرُهُنّ من النساء يحتجْنَ إلى بيان ذلك فى كل وقت ، فلم يكن لِيُغْفِلَ بيانَه . وماجاء عنه عليه السلام ذكرُ العادة ، ولا بيانُهَا إلاَّ فى حق المُستحاضة لا غيرُ . وأما امرأةٌ طاهرٌ ترَى الدمَ فى وقتٍ يُمكن أن يكون حيضاً ، ثم ينقطعُ عنها فلم يَذكر فى حقها عادةً أصلا ، ولأننا لو اعتبرنا التكرار فيما خرج عن العـادة أدى إلى خُلُوِّ نساء عن الحيض بالكلِّيَّةِ مع رؤيتهِنّ الدمَ فى زمن الحيض ، وصلاحيةِ أن يكون حيضاً .

بيـانُه : أن المرأة إذا رأت الدم فى غـير أيام عادتها ، وطَهُرَت أيام عادتها لم تُمْسِكْ عن الصـلاة ثلاثةَ أشْهُرٍ ، فإذا انتقلت فى الشهر الرابع إلى أيامٍ أُخَرَ لم نُحَيِّضْهَا أيضـاً ثلاثة أشهر ، وكذلك أبداً ، فيُفضى إلى إخلائها من الحيض بالكلِّية ، ولا سبيلَ إلى هذا . فعلى هذا القول : تَجلسُ ما تراه من الدم قبل عادتها ، وبعدها ، مالم يزدْ على أكثر الحيض ، فإن زاد على أكثره علمنا أنه استحاضة ، فرَدَدناها إلى عادتها ، ويلزمها قضاءُ ما تركته من الصلاة ، والصيام فيما زاد على عادتها ، لأننا تَبَيَّنَّا أنه ليس بحيض ، وإنما هو استحاضة .

فصـــــل

فإن كانت لها عادة فرأت الدم أكثر منها ، وجاوز أكثر الحيض ، فهى مُستحاضة ، وحيضُها منه قدرُ العادة لاغيرُ ، ولا تجلس بعد ذلك من الشهور المستقبَلَةِ إلا قدرَ العـادة ، ولا أعـلم فى هذا خـلافاً عند من اعتبر العادة .

فأما إن كانت عادتهـا ثلاثةً من كل شهر ، فرأت فى شهر خمسةَ أيامٍ ، ثم استُحِيضَتْ فى الشهر

الآخرِ ، فإنها لا تجلس مما بعـده من الشهور إلا ثلاثةً ثلاثةً ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعيّ : تجلسُ خمسةً من كلِّ شهر ، وهـذا مبنيٌّ على أن العادة لا تَثْبُتُ بمرّة ، فإن رأت خمسةً فى شهرين ، فهل تنتقلُ عادتُها إلى خمسةٍ ؟ يُخَرَّجُ على الروايتين فيما تَثْبُتُ به العـادة ، وإن رأت الخمسةَ فى ثلاثةِ أشهر ، ثم استُحيضت انتقلت إليها ، وجلست من كلِّ شهر خمسةً بغير خلاف بينهم .

« مسألة » قال ﴿ ومن كانت لهـا أيام ، فرأت الطهر قبل ذلك ، فهى طاهر ، تغتسل وتُصَلِّى ، فإن عاودها الدم لم تلتفتْ إليه حتى تجىء أيامُها ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين (أحدهما) فى الطهر بين الدمَيْن (والثانى) فى حكم الدم العائد بعدَه .

أما الأول : فإن المرأة متى رأت الطهر فهى طاهر تغتسل وتلزمها الصلاة والصيام ، سواء رأته فى العادة ، أو بعد انقضائها ، ولم يفرق أصحابنا بين قليل الطهر وكثيره ، لقول ابن عباس : « أَمَّا مَارَأَتِ الطُّهْرَ سَاعَةً فَلْتَغْتَسِلْ » ويتوجَّه أن انقطاع الدم متى نقص عن اليوم ، فليس بطُهْر ، بنـاء على الرواية التى حكيناها فى النفاس ، أنها لاتلتفتُ إلى ما دونَ اليوم . وهو الصحيح إن شاء الله ، لأنّ الدم يجرى مَرّةً . وينقطعُ أخرى . وفى إيجاب الغُسل على من تَطْهُرُ ساعةً بعد ساعة ، حرجٌ ينتفى بقوله (٢٢ : ٧٨ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) ولأنّا لو جعلنا انقطاع الدم ساعةً طهراً ، ولاتَلْتَفِتُ إلى مابعده من الدم أفضى إلى أن لايَسْتقرَّ لها حيض ، فعلى هـذا لايكون انقطاع الدم أقلّ من يوم طُهراً ، إلا أن ترى مايدلُّ عليه ، مثـل أن يكون انقطاعه فى آخر عادتها ، أو ترى القَصَّةَ البيضاء . وهو شىء يتبعُ الحيضَ أبيضُ يُسَمَّى « التريّة » رُوى ذلك عن إمامنا .

ورُوى عنـه : أن القَصَّـةَ البَيْضَاءَ هى القُطْنَةُ التى تحشوها المرأةُ إذاخرجَتْ بَيْضَاءَ كما دَخَلَتْ ، لاتغيُّرَ عَلَيْهَا ، فهى القُصَّةُ البيضاء «بضم القاف»[1] حكى ذلك عن الزهرىّ . ورُوى عن إمامنا أيضاً . وقال أبو حنيفة : ليس النقاء بين الدمين طهراً ، بل لو صامت فيه فرضاً لم يصحّ ولزمها قضاؤه ، ولا يجب عليها فيه صلاة ، ولا يأتيها زوجُها ، فيكون الدمان وما بينهما حيضاً . وهو أحد قولى الشافعىّ ، لأن الدم يسيلُ تارةً وينقطع أخرى . ولأنه لو لم يكن من الحيض لم يُحْتَسَبْ من مُدته .

ولنا : قول الله تعالى : (٢ : ٩٦ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى) وصف الحيض بكونه أذًى ، فإذا ذهب الأذى وجب أن يزول الحيض . وقال ابن عباس : « أَمَّا مَارَأَتِ الدَّمَ الْبَحْرَانِيَّ

---

(١) فى القاموس المحيط للفيروزابادى « والقصة : الجصة ، ويكسر ، وفى الحديث : « حتى ترين القصة البيضاء » أى ترين الخرقة بيضاء كالقصة اه . وقد ضبطت القصة فيه بالفتح ، وقال : وتكسر ، ولم يذكر الضم ، ولعل ابن قدامة اطلع على الضم فى مرجع آخر .

فإنَّهَا لَاتُصَلِّى وَإِذَا رَأَتِ الطُّهْرَ سَاعَةً فَلْتَغْتَسِلْ » وقالت عائشة : « لَاتَعْجَلْنَ حَتَّى تَرَيْنَ الْقَصَّةَ الْبَيْضَاء » ولأنها صامت وهى طاهر ، فلم يلزمها القضاء ، كما لو لم يعُد الدم .

فأما قولهم : إن الدم يجرى تارةً وينقطع أخرى . قلنا : لاعبرة بالانقطاع اليسير وإنما إذا وجد انقطاع كبير يُمكن فيه الصلاةُ والصيام ، وتتأدَّى العبادةُ فيه ، وجبت عليها ، لعدم المانع من وجوبها .

الفصل الثانى : إذا عاودها الدم ، فلا يخلو إما أن يعاودها فى العادة أو بعدها . فإن عاودها فى العادة ففيه روايتان :

(إحداهما) أنه من حيضها : لأنه صادف زمن العادة ، فأشبه مالو لم ينقطع . وهذا مذهب الثورىّ ، وأصحاب الرأى ، والشافعىّ .

(والثانية) ليس بحيض ؛ وهو ظاهر كلام الخِرَقِىّ ، واختيار ابن أبى موسى ، ومذهبُ عطاء . لأنه عاد بعد طهر صحيح . فأشبه مالو عاد بعد العادة .

وعلى هذه الرواية يكون حكمه حكم مالو عاد بعد العادة ، على ما سنذكره فيما بعد إن شاء الله . وقد روى عن أحمد رحمه الله : إذا كانت أيامها عشراً فقعدت خمساً ، ثم رأت الطهر ، فإنها تُصَلِّى . فإذا كان اليوم التاسع ، أو الثامن فرأت الدم صلَّتْ ، وصامت ، وتقضى الصوم ، وهذا على سبيل الاحتياط ، لوجود التردُّد فى هذا الدم . فأشبه دمَ النُّفَسَاءِ العائد فى مدة النِّفاس . فإن رأته فى العادة وتجاوز العادةَ ، لم يخلُ من أن يَعْبُرَ أكثر الحيض ، أو لا يَعْبُر . فإن عبر أكثر الحيض ، فليس بحيض ، لأن بعضه ليس بحيض ، فيكون كلُّه استحاضةً . لأنهُ مُتَّصِل به ؛ فكان أقربَ إليه . فإلحاقه بالاستحاضة أقرب من إلحاقه بالحيض لانفصاله عنه ، وإن انقطع لأكثره فما دونَ ؛ فمن قال : إن مالم يَعْبُر العادةَ ليس بحيض ، فهذا أولى أن لايكون حيضاً . ومن قال : هو حيض ، ففى هذا على قوله ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن جميعه حيض : بناء على الوجه الذى ذكرنا فى أن الزائد على العادة حيض ما لم يعبر أكثر الحيض .

(والثانى) أن ماوافق العادةَ حيضٌ لموافقته العادةَ ، وما زاد عليها فليس بحيض ، لخروجه عنها .

(والثالث) أن الجميع ليس بحيض لاختلاطه بما ليس بحيض . فإن تكرر فهو حيض على الروايتين جميعاً .

فأما إن عاد بعد العادة لم يخلُ من حالين :

(أحدها) أن لا يمكن كونه حيضاً (والثانى) أن يمكن ذلك ، فإن لم يمكن كونه حيضاً لعبوره أكثر الحيض ، وأنه ليس بينه وبين الدم أقلُّ الطهر . فهذا استحاضة كلُّه ، سواء تكرّر أو لم يتكرر ، لأنه لايمكن جعلُ جميعه حيضاً ، فكان جميعُهُ استحاضةً . لأن إلحاق بعضه ببعض أولى من إلحاقه بغيره .

(والثانى) أن يمكن جعله حيضاً . وذلك يتصور فى حالين : (أحدها) أن يكون بضمه إلى الدم

الأول لايكون بين طرفيهما أكثرُ من خمسةَ عشَرَ يوماً . فإذا تـكرر جعلناها حيضةً واحـدةً ، ويُلفَّق أحدهما إلى الآخر ، ويكون الطهر الذى بينهما طُهراً فى خلال الحيض .

والصورة الثانية : أن يكون بينهما أقلُّ الطهر ، إما ثلاثة عشر يوماً ، أو خمسة عشر يوماً . ويكون كل واحد من الدمين يصلُح أن يكون حيضاً بمفرده ، بأن يكون يوماً وليلةً فصاعداً . فهذا إذا تـكرر كان الدَّمانِ حيضتَيْنِ . وإن نقص أحدُهما عن أقلِّ الحيض فهو دم فسادٍ إذا لم يُمكن ضمُّه إلى مابعدَه .

ومثال ذلك : ما لو كانت عادتُها عشرةً من أول الشهر ، فرأت خمسةً منها دماً ، وطهرت خمسةً ، ثم رأت خمسةً دماً ، وتـكرّر ذلك . فالخمسة الأولى ، والثانية حيضةٌ واحدةٌ تلفق الدَّمَ الثانىَ إلى الأول . وإن رأت الثانىَ ستةً أو سبعةً لم يمـكن أن يـكون حيضاً ، لأن طرَفيْهما أكثر من خمسة عشر يوماً . وليس بينهما أقل الطهر . وإن رأت يوماً دماً ، وثلاثةَ عشرَ طُهراً ، ثم رأت يوماً دماً ، وتـكرر هذا كانا حيضتين ، وصـار شهرها أربعة عشر يوماً . وكذلك إن رأت يومين دماً ، وثلاثة عشر طُهراً ، ثم رأت يومين دماً ، وثلاثة عشر طُهراً ، ثم رأت يومين دماً ، وتـكرر شهرُها خمسـة عشر يوماً ، وإن كان الطهر بينهما أحدَ عشرَ يوماً فما دونَ ، وتـكرر ، فهما حيضة واحدة . لأنه ليس بين طرفيهما أكثرُ من خمسة عشر يوماً ، ولا بينهما أقلُّ الطهر ، وإن كان بينهما اثنا عشر يوماً طهراً ، لم يمـكن كونهما جميعاً حيضاً ؛ لأنه لا يمـكن كونهما حيضةً واحـدةً ، لزيادتهما بما بينهما من الطهر على أكثر الحيض ، ولا يمـكن جعلهما حيضتين ، لأنه ليس بينهما أقلُّ الطهر ، فيـكون حيضُها منهما ماوافق العادةَ ، والآخرُ استحاضةً .

وعلى هذا كل مايتفرَّعُ من المسائل ، إلا أنها لاتلتفت إلى مارأته بعدَ الطهر ، فما خرج عن العادة حتى يتـكرر مرتين ، أو ثلاثاً . فإن تـكرر ، وأمكن جعلُه حيضاً فهو حيض ، وإلا فلا . وكلُّ موضع رأت الدم ، ولم تترك العبادة فيه ، ثم تبيَّن أنه كان حيضاً فعليها قضاء الصوم المفروض فيه . وكلُّ موضع عَدَّتْهُ حيضاً ، وتركت فيه العبادةَ ، ثم تبيَّن أنه طهر فعليها قضاء ماتركته من الواجبات فيه .

فصـــل

واختلف أصحابنا فى مراد الخِرَقِىّ رحمـه الله بقوله : « فإن عاودها الدم فلا تلتفتُ إليه » . فقال أبو الحسن التميمىّ ، والقاضى وابنُ عقيـل : أراد إذا عاودها بعد العادة ، وعَبَرَ أكثرَ الحيض ، بدليـل أنه منعها أن تلتفتَ إليه مُطلقاً . ولو أراد غير ذلك لقال : حتى يتكرر . قال القاضى : ويحتملُ أنه أراد إذا عاودها بعد العادة ، ولم يَعْبُر ، فإنها لاتلتفتُ إليه قبل التكرار . وقال أبو حفص العُـكْبَرِىّ : أراد معاودة الدم فى كلّ حال ، سواء كان فى العادة ، أو بعدها ، لأن لفظه مطلق ، يتناول بإطلاقه الزمان كلَّه ، وهذا أظهر إن شـاء الله .

وما ذكروه من الترجيح مُعارَض بمثله . وهو أن قولهم يحتاج إلا إضمار عبور أكثرِ الحيض ، وليس هذا أولى من إضمار التكرار ، فيتساويان . ويَسلَمُ الترجيح الذى ذكرناه .

فصل فى التلفيق

ومعناه ضمُّ الدم إلى الدم اللذين بينهما طُهْر . وقد ذكرنا أن الطهر فى أثناء الحيضة طهر صحيح ، فإذا رأت يوماً طُهراً : ويوماً دماً ، ولم يُجاوز أكثر الحيض ، فإنّها تضمُّ الدمَ إلى الدم ، فيكون حيضاً ، وما بينهما من النقاء طهر ، على ما قررناه . ولا فرق بين أن يكون زمنُ الدم أكثرَ من زمن الطهر ، أو مثلَه ، أو أقلَّ منه . مثل أن ترى يومين دماً ، ويوماً طُهراً ، أو يومين طهراً ، ويوماً دماً ، أو أقلَّ أو أكثرَ . فإن جميع الدم حيض إذا تكرر ، ولم يُجاوز لمدَّةِ أكثر الحيض . فإن كان الدم أقلَّ من يوم ، مثل أن ترى نصف يوم دماً ، ونصفه طُهْراً ، أو ساعةً ، وساعةً . فقال أصحابُنا : هو كالأيامِ ، يُضمُّ الدم إلى الدم ، فيكون حيضاً ، ومابينهما طهر ، إذا بلغ المجتمعُ منه أقلَّ الحيض ، فإن لم يبلغ ذلك فهو دمُ فساد ، وفيه وجهٌ آخرُ : لا يكون الدم حيضاً ، إلا أن يتقدَّمَهُ حيض صحيح مُتّصل ، وهذا كلّهُ مذهبُ الشافعىّ ، وله قولٌ فى النقاء بين الدمين أنه حيض . وقد ذكرناه ، وذكرنا أيضاً وجهاً لنا فى أن النقاء متى كان أقلّ من يوم لم يكن طُهْراً .

فعلى هذا متى نقص النقاء عن يوم كان الدم وما بينه حيضاً كُلُّه ، فإن جاوز الدمُ أكثر الحيض ، بأن يكون بين طرفيه أكثرُ من خمسة عشر يوماً ، مثل أن ترى يوماً دماً ويوماً طهراً ، إلى ثمانية عشر يوماً ، فهى مستحاضة ، لاتخلو من أن تكون معتادةً ، أو مُميِّزةً أولا عادة لها ولا تمييز ، أو يوجد فى حقها الأمران . فإن كانت معتادةً ، مثل أن يكون حيضُها خمسةَ أيام فى أول كل شهر ، فهذه تجلس أول يوم ، ترى الدم فيه فى العادة ، وتغتسلُ عند انقطاعه ، ومابعد ذلك مبنىٌّ على الروايتين فى الطهر فى أثناء الحيضة ، هل يُمنع مابعده أن يكون حيضاً أو لا ؟ فإن قلنا : يُمنع ، فحيضها اليوم الأول خاصةً ، وما بعده استحاضة . وإن قلنا لا يُمنع ، فحيضُها اليومُ الأوّل ، والثالث ، والخامس ، فيحصل لها من عادتها ثلاثةُ أيام ، والباقى استحاضةٌ .

وفى وجه آخر : أنه يُلفَّقُ لها الخمسةُ من أيام الدم جميعها . فتجلس السابعَ والتاسعَ ، والصحيحُ الأول ، لأن هذين اليومين ليسا من عادتها . فلا تجلسهما كغير المُلفِّقة . وإن كانت مُميِّزةً جلست زمان الدم الأسود من الأيام ، فكان حيضَها وباقيه استحاضةٌ . وإن كانت مبتدأةً جلست اليقين فى ثلاثة أشهر ، من أول دم تراه ، أو فى شهرين ، ثم تنتقلُ بعد ذلك إلى ستة أيام ، أو سبعة ، وهل يُلفَّق لها السبعةُ من خمسة عشر يوماً ، أو تجلسُ أربعةَ أيامٍ من سبعةِ أيامٍ ؟ على وجهين ، كما قلنا فيمن عادتُها سبعَة أيام ، فإذا قلنا : تجلسُ زمان الدم من سبعة ، جلست الأول ، والثالث ، والخامس ، والسابع .

وإن أجلسناها ستةَ أيام سقط السابع . وإن قلنا : تُلَفَّق لها ، زادت التاسع والحادى عشر إن قلنا : تجلس ستة ، وإن جلست سبعة زادت الثالث عشر ، وهكذا الحكم فى الناسية ، وهذا أحد قولى الشافعىّ إلا أنه لا يُلَفَّق لها عدد أيامها فى أحد الوجهين . وقال القاضى فى المعتادة : كما ذكرنا . وفى غيرها : ماعَبَر الخمسة عشر استحاضةٌ ، وأيام الدم من الخمسة عشر حيض كلُّها ، إذا تكرر ، فإن كان يوماً ويوماً ، فلها ثمانية أيامٍ حيضٌ ، وسبعةُ طُهْرٌ ، وإن كانت أنصافاً فلها سبعة أيام ونصف حيض ، ومثلها طهر ، وهذا قول ابن بنت الشافعىّ . لأن الطهر فى اليوم السادس عشرَ يفصلُ بين الحيض ، وما بعده ، فإنها فيما بعده فى حكم الطاهرات ، نأمرها بالصلاة والصيام .

ولنا : أن الطهر لو مُيِّزَ بعد الخامسِ عشر لَمُيِّزَ قبله ، كتميز اللَّوْن ، والحكم فيما إذا كان أنصافاً أو مُختلفاً ، يوماً دماً وأياماً طُهْراً ، أو يومًا طُهراً ، وأيامًا دمًا كالحكم فى الأيام الصحاح المتساوية ، إلا أنه إذا كان الجزء الذى ترى الدم فيه أولاً أقلَّ من أقل الحيض ، ففيه وجه : أنه لا يكون حيضًا حتى يسبقه دم متصل ، يصلح أن يكون حيضاً ، وإن قلنا : الطهر يمنعُ مابعدهمن كونه حيضاً قبل التكرار ، وجاء فى العادة فإنها تَضُمُّ إلى الأول ماتُكَمِّل به أقلَّ الحيض . فإذا كانت ترى الدم يوماً ، ويوماً ضمَّتْ الثالثَ إلى الأول ، فكان حيضاً فى المرة الأولى والثانيةِ ، ثم تنتقل إلى ما تكرر فى المرة الثالثة ، أو الرابعة ، على اختلاف الوجهين . وإذا رأت أقلَّ من أقلِّ الحيض ، ثم طهُرتْ ثلاثةَ عشرَ يوماً ، ثم رأت دماً مثل ذلك ، وقلنا : أقل الطهر ثلاثةَ عشرَ يوماً ، فهو دمُ فساد ، لأنه لايصلح أن يكون حيضةً واحدةً ، لفصل أقلِّ الطهر بينهما ، ولا حيضتين ، لنقصان كلِّ واحدٍ منهما عن أقلِّ الحيض . وإن قلنا : أقلُّ الطهر خمسة عشر ضَمَمْنا الأول إلى الثانى ، فكانا حيضةً واحدةً إذا بلغا بمجموعهما أقلَّ الحيض . وإن كان كل واحد من الدمين يبلغ أقلَّ الحيض ، فهما حيضتان إن قلنا : أقلُّ الطهر ثلاثة عشر ، وإن قلنا أقله خمسة عشر ، ضممنا الثانى إلى الأوّلِ فكان حيضاً واحداً ، إذا لم يكن بين طرفيهما أكثرُ من خمسة عشر يوماً ، فإن كان بين طرفيهما خمسة عشر يوماً لم يمكن جعلهما جميعاً حيضاً ، فيجعل أحدهما حيضاً ، والآخرُ استحاضةً ، وعلى هذا فقس .

« مسألة » قال ﴿ والحامل لا تحيض إلاّ أن تراه قبل ولادتها بيومين ، أو ثلاثةً ، فيكون دمَ نِفَاس ﴾ .

مذهب أبى عبد الله رحمه الله : أن الحامل لاتحيض ، وماتراه من الدم فهو دمُ فسادٍ ، وهو قول جمهور التابعين ، منهم سعيدُ بن المُسيَّب ، وعطاء ، والحسن ، وجابر بن زيد ، وعِكْرمة ، ومحمد بن المُنْكَدِر ، والشعبىّ ، ومكحول ، وحَمّاد ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وأبو حنيفة ، وابنُ المنذر ، وأبو عُبَيْد ، وأبو ثَوْر . ورُوى عن عائشة رضى الله عنها . والصحيح عنها أنها إذا رأت الدم لا تُصَلِّى . وقال

مالك ، والشافعىّ ، والليث : ماتراه من الدم حيض إذا أمكن . ورُوى ذلك عن الزهرىّ ، وقتادة ، وإسحاق ، لأنه دمٌ صادف عادة ، فكان حيضاً كغير الحامل .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَتُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تضع ، وَلاَ حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ » فجعل وجود الحيض عَلَماً على براءة الرحم . فدلّ ذلك على أنه لا يجتمع معه .

واحتج إمامُنا بحديث سالم عن أبيه : « أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ ، فَسَأَلَ عُمَرُ النَّبِيَّ ﷺ ، فقال : مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ، ثم لِيُطَلِّقْهَا طَاهِراً ، أو حَامِلاً » فجعل الحمل عَلَماً على عدم الحيض ، كما جعل الطهر عَلَماً عليه . ولأنه زمن لايعتادها الحيض فيه غالباً ، فلم يكن ماتراه فيه حيضاً كالآيسة . قال أحمدُ : إنما يعرف النساء الحملَ بانقطاع الدم . وقولُ عائشة يُحمل على الْحُبْلَى التى قاربت الوضع ، جمعاً بين قوليها ، فإن الحامل إذا رأت الدم قريباً من ولادتها فهو نفاس ، تدع له الصلاة ، كذلك قال إسحاق . وقال الحسن : إذا رأت الدم على الولد أمسكت عن الصلاة . وقال يعقوب بن بختان : سألتُ أحمدَ عن المرأة إذا ضَرَبها المخاضُ قبل الولادة بيوم ، أو يومين ، تُعيد الصلاةَ ؟ قال : لا . وقال إبراهيمُ النخعىّ : إذا ضربها المخاضُ فرأت الدم قال : هو حيض . وهذا قول أهل المدينة ، والشافعىّ . وقال عطاء : تُصَلِّى ، ولا تَعُدُّه حيضاً ، ولا نِفاساً .

ولنا : أنه دم خرج بسبب الولادة . فكان نفاساً كالخارج بعده ، وإنما يُعلم خروجه بسبب الولادة ، إذا كان قريباً منها . ويُعلم ذلك برؤية أماراتها ، من المخاض ، ونحوه ، فى وقته . فأما إن رأت الدم من غير علامة على قرب الوضع لم تترك له العبادة ، لأن الظاهر أنه دمُ فسادٍ . فإن تبيَّن كونه قريباً من الوضع كوضعه بعده بيوم ، أو بيومين ، أعادت الصوم ، المفروض إن صامته فيه . وإن رأته عند علامة على الوضع تركت العبادة . فإن تبيَّنَ بُعْدُهُ عنها أعادت ماتركته من العبادات الواجبة ، لأنها تركتها من غير حيض ولا نفاس .

« مسألة » قال ﴿ وإذا رأت الدم ولها خمسون سنة ، فلا تدع الصوم ، ولا الصلاة ، وتقضى الصوم احتياطاً ، فإن رأته بعد الستين ، فقد زال الإشكالُ ، وتيقّن أنه ليس بحيض ، فتصوم وتصلِّى ، ولا تَقْضِى ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى هذه المسألة . فالذى نقل الخِرَقِىّ ههنا : أنها لاتيأس من الحيض يقيناً إلى ستين سنة ، وما تراه فيما بين الخمسين والستين مشكوك فيه ، لاتترك له الصلاة ولا الصوم ، لأن وجوبهما مُتَيَقَّن فلا يسقط بالشك ، وتقضى الصوم المفروض احتياطاً ، لأن وجوبه كان مُتَيَقَّناً ، وما صامته فى زمن الدم مشكوك فى صحته ، فلا يسقط به ما تُيقِّن وجوبه ، وروى عنه مايدل على أنها بعد الخمسين لاتحيض . وكذلك قال إسحاق بن رَاهَوَيْهِ : ولا يكون حيضاً بعد الخمسين ، ويكون حكمها

فيما تراه من الدم حكم المُستحاضة ، لما رُوى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « إِذَا بَلَغَتْ خَمْسِينَ سَنَةً خَرَجَتْ مِنْ حَدِّ الْحَيْضِ » . ورُوى عنها أنها قالت : « لَنْ تَرَى الْمَرْأَةُ فِى بَطْنِهَا وَلَداً بَعْدَ الْخَمسِين » ورُوى عنه : أن نساء الأعاجم يئِسْنَ من الحيض فى خمسين ، ونساء بنى‌هاشم وغيرهم من العرب إلى ستين سنةً ، وهو قول أهل المدينة لما روى الزبيرُ بن بكّار فى كتاب النسب عن بعضهم : أنه قال : لاَ تَلِدُ لِخَمْسِينَ سَنَةً إلاّ العَرَبِيَّة ، وَلَا تَلِدُ لِستِّينَ إلاّ قُرَشِيَّةٌ . وقال : إن هنداً بنت أبى عبيدة بن عبد الله بن زَمْعَة ولدتْ موسى بنَ عبد الله بنَ حُسين بن حَسَن ، بن علىّ بن أبى طالب ، ولها ستون سنة . وقال أحمد ، فى امرأة من العرب رأت الدم بعد الخمسين : إن عاودها مرتين أو ثلاثاً ، فهو حيض ، وذلك لأن المرجع فى هذا إلى الوجود ، وقد وجد حيض من نساءِ ثِقاتٍ أخْبَرْن به عن أنفسهِنَّ بعد الخمسين ، فوجب اعتقادُ كونه حيضاً كما قبل الخمسين . ولأن الكلام فيما إذا وجد من المرأة دمٌ فى زمن عادتها ، على وجه كانت تراه قبلَ ذلك ، فالوجود ههنا دليلُ الحيض ، كما كان قبل الخمسين دليلاً ، فوجب جعله حيضاً ، وأما إيجابُ الصلاة ، والصوم فيه فللاحتياط ، لوقوع الخلاف فيه .

والصحيح : أنه لافرق بين نساء العرب وغيرهنّ ، لأنهنّ لايختلفن فى سائر أحكام الحيض . فكذلك فى هذا ، وماذُكر عن عائشة لاحجةَ فيه لأن وجود الحيض أمرٌ حقيقىّ ، المرجعُ فيه إلى الوجود والوجودُ لاعلم لها به . ثم قد وجد بخلاف ماقالته ، فإنّ موسى بن عبد الله بن حسن قد ولدته أُمُّه بعد الخمسين . ووجد الحيض فيما بعد الخمسين على وجهه ، فلا يُمكن إنكارُه .

فإن قيل : هذا الدم ليس بحيض ، مع كونه على صفته ، وفى وقته وعادته بغير نص(١) . فهذا تحكم لايقبل . فأما بعد الستين فقد زال الإشكال ، وتُيُقِّنَ أنه ليس بحيض . لأنَّه لم يُوجد ، وقد عُلم أن للمرأة حالاً تنتهى فيه إلى الإياس ، لقول الله تعالى (٦٥ : ٤ وَالَّلائِى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ) قال أحمد فى المرأة الكبيرة ترى الدم : لايكون حيضاً ، هو بمنزلة الجُرْح ، وإن اغتسلت فحسن . وقال عطاء : هى بمنزلة المُستحاضة . ومعنى القولين واحد ، وذلك لأن هذا الدم إذا لم يكن حيضاً فهو دمُ فساد ، وحكمها حكم المستحاضة ، ومَنْ به سَلَسُ البول ، على مامر حكمها .

فصل

وأقلُّ سنٍّ تحيض له المرأة تسعُ سنين ، لأنّ الصغيرة لاتحيضُ ، بدليل قول الله تعالى : (٦٥ : ٤

(١) بغير نص : متعلق بقيل ، والتقدير فإن قيل بغير نص هذا الدم ليس بحيض مع كونه على صفته وفى وقته وعادته فهذا تحكم لايقبل ، وبذلك يعلم أن قول بعض المعلقين إن الكلام مضطرب لعدم وجود جواب « فإن قيل » سهو عن متعلق (بغير نص) وعن أن الجواب هو (فهذا تحكم لايقبل) وقد بينا الجواب ومتعلق بغير نص . فحررنا كما طلب المعلق .

وَاللاَّئى لَمْ يَحِضْنَ) ، ولأن المرجعَ فيه إلى الوجود ، ولم يوجـد من النساء من يحضن عادةً فيما دون هذا السن ، ولأن دم الحيض إنما خلقه الله لحـكمة تربيةِ الحمل به ، فمن لا تصلح للحمل لا توجد فيهـا حكمتُه ، فينتفي ، لانتفاء حكمته ، كالمنيّ ، فإنهما متقاربان فى المعـنى ، فإن أحـدهما يُخلَقُ منه الولد ، والآخرُ يُرَبّيه ويُغَذِّيه ، وكلٌّ واحد منهما لايوجد من صغيرٍ ، ووجوده عَـلَمٌ على البلوغ ، وأقلُّ سن تبلغ له الجاريةُ تسعُ سنين ، فكان ذلك أقلّ سنٍّ تحيضُ له . وقد رُوى عن عائشة أنهـا قالت : « إِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ فَهِيَ امْرَأَةٌ » . ورُوى ذلك مرفوعاً إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم ، والمراد به : حكمها حكم المرأة ، وهذا قول الشافعيّ . وقد حكى عنه أنه قال : رَأَيْتُ جَدَّةً بِنْتَ إِحْدَى وَعِشْرِينَ سَنَةً ، وهـذا يدل على أنها حملت لدونِ عشر سنين ، وحملت ابنتُهَا لمثل ذلك .

فعلى هـذا إذا رأت بنتُ تسع سنين دمًا تركت الصلاة ، لأنّها رأته فى زمن يصلُح للحيض . فإن اتصل يوماً وليلةً فهو حيض يثبت به بلوغُها ، وتَثْبتُ فيه أحكامُ الحيض كلها ، وإن انقطع لدونِ ذلك فهو دمُ فساد ، لايثبت به شيء مما ذكرنا . وإن رأت الدم لدونِ تسع سنين فهو دمُ فساد ، على كلِّ حال لأنه لايجوز أن يكون حيضاً . وقد رَوى المَيْمونيُّ عن أحمد فى بنت عشرٍ رأت الدم ، قال : ليس بحيض ، فعلى هذا ليس التسعُ ولا الْعَشْرُ زمناً للحيض . قال القاضى : فيجبُ على هذا أن يقال : أولُ زمنٍ يصحُّ فيه وجودُ الحيض ثِنْتَا عَشْرَةَ سنةً . لأنه الزمانُ الذى يصحّ فيه بلوغ الغلام ، والأول أصحّ .

« مسألة » قال ﴿ والمستحاضة إن اغتسلت لـكلِّ صـلاة فهو أشد ماقيل فيها . وإن توضأت لـكلِّ صلاةٍ أجزأها ﴾ .

اختلف أهل العلم فى المُستحاضة . فقال بعضهم : يجب عليها الْغُسل لـكلِّ صلاة . رُوى ذلك عن علىّ وابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبَيْر ، وهو أحدُ قولى الشافعىّ فى المُتحيِّرة . لأن عائشة روت : « أَنَّ أُمَّ حَبِيبَةَ اسْتُحِيضَتْ ، فَسَأَلَت النبى صلى الله عليه وسلم ، فَأَمَرَهَا أَنْ تَغْتَسِلَ لِـكُلِّ صَلاَةٍ »(١) متفق عليه . وروى أبو داود : « أَنَّ امْرَأَةً كَانَتْ تُهراقُ الدَّمَ على عهـد رسول الله ﷺ ، وأنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أَمَرَهَا بِالْغُسلِ عِنْدَ كُلّ صَلاَةٍ » .

وقال بعضهم : تغتسل كلَّ يوم غُسْلاً . ورُوى ذلك عن عائشة ، وعن ابن عمر ، وأنس ، وسعيد ، وابن المسيّب ، فإنهم قالوا : تغتسلُ من ظُهرٍ إلى ظُهرٍ . قال مالك : إنى أَحْسَبُ حديث ابن المسيّب إنما هو من طُهر إلى طهر . ولـكن الْوَهم دخل فيه ـ يعنى أن الطاء غير المعجمة أُبْدِلتْ بالظاء المعجمة .

---

(١) سبق أن ذكرنا أن الذى فى البخارى ومسلم هو أن النبى صلى الله عليـه وسلم أمرها أن تغتسـل (فقط) ولم يأمرها بالغسل عنـد كل صلاة ، وأنها هى التى كانت تغتسل لـكل صلاة من عند نفسها ، فكأنها تطوعت بالغسل عند كل صلاة .

وقال بعضهم : تجمع بين كلِّ صلاتَى جمعٍ[1] بغُسل واحدٍ ، وتغتسل للصبح على مافى حديث حمنة . وقد ذكرناه ، وكذلك أمر به سهلةَ بنتَ سُهَيل . وقال بعضهم : تغتسلُ مرّة لانقضاء حيضتها ، وتتوضأ لكلّ صلاة ، وبه قال عطاء ، والنخعىّ ، وأكثرُ أهل العلم على أن الْغُسل عند انقضاء الحيض ، ثم عليها الوضوء لكل صلاة ويُجزئها ذلك . ويُروى هذا عن عُروة ، وبه قال الشافعىّ وأصحاب الرأى . وقال عكرمة ، وربيعة ، ومالك : إنما عليها الْغُسل عند انقضاء حيضها ، وليس عليها للاستحاضة وُضوء ، لأن ظاهر حديث هشام بن عُروة ، عن أبيه عن عائشة فى حديث فاطمة بنت أبى حُبَيْش الغُسْل فقط . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : « فاغْتَسِلِى وصَلِّى » ولم يذكر الوضوء لكلِّ صلاةٍ .

ولنا : أن النبى ﷺ قال لفاطمة : « إنَّمَا ذَلِكِ عِرْقٌ ، وَلَيْسَتْ بِالْحَيْضَةِ . فَإِذَا أَقْبَلَتْ فدَعِى الصلاة فإذا أَدْبَرَتْ فاغْسِلِى عَنْكِ الدَّمَ وَصَلِّى ، وَتَوَضَّئِى لِكلِّ صَلَاةٍ » . وقال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح ، وهذه زيادة يجب قبولها ، وفى حديث عدىّ بن ثابت عن أبيه ، عن جده ، عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المستحاضة : « تَدَعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا ، ثم تَغْتَسِلُ وَتُصَلِى ، وَتَتَوَضَّأُ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ » ولأنّه دمٌ خارج من الفَرْج ، فأوجب الوضوء ، كدم الحيض . وهذا يدلُّ على أن الغُسل المأمور به فى سائر الأحاديث مُستحبٌّ غيرُ واجبٍ . والغسل لكل صلاة أفضلُ ، لما فيه من الخروج من الخلاف ، والأخذُ بالثقة والاحتياط ، وهو أشدُّ ماقيل ، ثم يليه فى الفضل ، والمشقة الجمعُ بين كُلِّ صلاتين بغُسل واحدٍ ، والاغتسال للصبح ولذلك قال النبىّ ﷺ فيه « وَهُوَ أَعْجَبُ الْأَمْرَيْنِ إِلَيَّ » ثم يليه الغُسل كلَّ يوم مرة ، بعد الغسل عند انقضاء الحيض ، ثم تتوضأ لكُلِّ صلاة ، وهو أقلُّ الأمور ، ويجزئها . والله أعلم .

فصل

وحكم طهارة المستحاضة : حكم التيمُّم فى أنها إذا توضأت فى وقت الصلاة صلَّت بها الفَرِيضَة ، ثم قضت الفوائتَ ، وتطوّعت حتى يَخْرُجُ الوقتُ ، نَصَّ على هذا أحمدُ . وعلى قياس ذلك : لها الجمعُ بين الصلاتين بوضوء واحد ، وقال الشافعىّ : لاتجمع بين فرضين بطهارة واحدة . فلا تقضى به فوائتَ ، ولا تجمعُ بين صلاتين . كقوله فى التيمُّم ، ويحتمله قول الخِرَقِىّ . لقوله : « لِكُلِّ صَلَاةٍ » ، وحجتهم قول النبى صلى الله عليه وسلم : « تَوَضَّئِى لِكُلِّ صَلَاةٍ » .

ولنا : أنّه قد رُوى فى بعض ألفاظ حديث فاطمة : « تَوَضَّئِى لِوَقْتِ كُلِّ صَلَاةٍ » ولأنه وضوء يبيح النفل ، فيبيح الفرض ، كوضوء غير المستحاضة ، وحديثهم محمول على الوقت . كقول النبى ﷺ : « أَيْنَمَا أَدْرَكَتْكَ الصَّلَاةُ فَصَلِّ » أى وقتها ، وحديثُ حَمْنة ظاهرٌ فى الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد ، لأنه لم يأمرها بالوضوء بينهما ، وهو مما يخفى ، ويُحتاج إلى بيانه ، ولايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه .

---

(١) صلاتا الجمع : هما الظهر والعصر ، والمغرب والعشاء ، أما الصبح فلا يجمع مع غيره .

فصـــــل

رُوى عن أحمد رحمه الله أنه قال : لابأس أن تشرب المرأةُ دواءً يقطَعُ عنها الحيض إذا كان دواء معروفاً[1] .

---

(١) الدواء الذى يمنع الحيض يمنع الحمل ، ومعنى ذلك أنه يكون للمرأة الحق فى أن تمنع حملها ، ويجب تقييد هذه الفتوى بقيود :

(ا) أن تكون مريضة يؤدى حملها إلى وفاتها عند ولادتها ، كالمريضة بالقلب ، أو بالرئتين ، مرضاً شديداً يؤدى إلى ذهاب نفسها .

(ب) أو تكون المرأة ضعيفة ضعفاً شديداً يترتب عليه فساد عضو من أعضائها ، كذهاب بصرها ، أو سقوط أسنانها أو تشوه جلدها ، لأن الحمل يستمد غذاءه من غذاء أمه ، فإذا لم يجد غذاءه الكافى استمد مايلزمه من جسم أمه ، فيستمد منها المواد اللازمة لبناء جسمه من حديد ، وجير ، وفسفور ، وبروتين ، وغير ذلك . وهذا يزيدها ضعفاً فتهلك عند ولادتها ، ويكون هذا الضعف فى المرأة المصابة بالأنيميا الخبيثة ونحوها .

(ج) أن يكون الزوج أو الزوجة مريضاً بأحد الأمراض الخبيثة التى تسبب خروج الولد مشوهاً كالزهرى ، ونحوه ، فإنه يستحب لها تعاطى الدواء الذى يمنع الحيض إلى أن يتم علاجهما وشفاؤهما .

(د) إذا كانت المرأة سليمة الجسم قوية البنية ، وجب عليها قبل تعاطى الدواء الذى يمنع الحمل ، أن تحصل على موافقة زوجها ، فإن له حقاً فى حدوث الحمل ، كما أنه يجب عليه الحصول على موافقتها إذا أراد العزل عند الجماع ، لأن لها هى أيضاً حقاً فى حصول الحمل .

وينبغى أن يكون منع الحمل حينئذ لأسباب شرعية ، فلا يكون لخوف الفقر ، ولا لخوف التعب والمشقة فى تربية الأولاد ، ولا رغبة فى الغنى الفاحش ، ولا نحو ذلك من الأسباب الدنيوية التى لا يقرها الشرع الحنيف . وعلى العموم ، كل ما يراه أئمة المسلمين وعلماؤهم المجتهدون مبيحاً لتعاطى الدواء الذى يمنع الحيض ، فهو مبيح لتعاطيه .

كتاب الصلاة

الصلاة فى اللغة : الدعاء . قال تعالى (٩ : ١٠٣ وَصَلِّ عَلَيْهِمْ[١] إِنَّ صَلاَتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ) أى ادعُ لهم . وقال النبى ﷺ : « إِذَا دُعِىَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ ، فَإِنْ كَانَ مُفْطِراً فَلْيَطْعَمْ ، وَإِنْ كَانَ صَائِماً فَلْيُصَلِّ »[٢] وقال الشاعر .

تقولُ بِنْتِى وَقَدْ قَرَّبْتُ مُرْتَحَلاً يَا رَبِّ جَنِّبْ أَبِى الْأَوْصابَ وَالْوَجَعَا

عَلَيْكِ مِثْلُ الذى صَلَّيْتِ[٣] ، فاغْتَمِضِى نَوْماً فَإِنَّ لِجَنْبِ الْمَرْءِ مُضْطَجَعَا

وهى فى الشرع : عبارة عن الأفعال المعلومة . فإذا ورد فى الشرع أمر بصلاة ، أو حكم مُعلَّق عليها ، انصرف بظاهره إلى الصلاة الشرعية ، وهى واجبة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب : فقول الله تعالى : (٩٨ : ٥ وَمَا أُمِرُوا إِلاَّ لِيَعْبُدُوا اللهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلاَةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقَيِّمَةِ) . وأما السنّة : فما روى ابنُ عمر عن النبى ﷺ أنه قال : « بُنِىَ الْإِسلامُ على خَمْسٍ شهادة أن لا إلَهَ إلاَّ اللهُ ، وأنَّ محمداً رسولُ الله ، وَإقامِ الصَّلاةِ وَإِيتاءِ الزَّكَاةِ وَصيامِ رَمَضَانَ ، وَحَجِّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً » متفق عليه ، مع آيٍ وأخبارٍ كثيرة ، نذكر بعضها فى غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى . وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على وجوب خمس صلوات فى اليوم والليلة .

فصل

والصلوات المكتوبات خمس فى اليوم والليلة ، ولا خلاف بين المسلمين فى وجوبها . ولا يجبُ غيرُها إلا لعارضٍ من نذرٍ أو غيره . هذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : الْوِتْرُ واجبٌ لما رُوى عن النبى ﷺ أنه قال : « إِنَّ اللهَ قَدْ زَادَكُمْ صَلاَةً وَهِىَ الْوِتْرُ » ، وهذا يقتضى وجوبه . وقال عليه السلام : « الْوِتْرُ حَقٌّ » رواه ابن ماجه .

ولنا : ما روى ابن شهاب عن أنس بن مالك قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فَرَضَ اللهُ عَلَى أُمَّتِى خَمْسِينَ صَلاَةً ـ فذكر الحديث إلى أن قال ـ فَرَجَعْتُ إلى رَبِّى . فقال : هِىَ خَمْسٌ ، وَهِىَ خَمْسُونَ ، مَا يُبَدَّلُ الْقَوْلُ لَدَىَّ »[٤] متفق عليه . وعن عبادة بن الصامت قال : سمعت رسول الله

---

(١) صل عليهم : ادع لهم .

(٢) الحديث فى إجابة الدعوة إلى الوليمة ، ومعناه أن يأكل المفطر ، ويدعو الصائم لصاحب الوليمة بخير . (٣) عليك مثل الذى صليت : أى أدعو لك بمثل ما دعوت لى به .

(٤) أى هى خمس فى العدد والفعل ، وخمسون فى الثواب كما ورد موضحاً فى بعض الأحاديث .

ﷺ يقول : « خَمْسُ صَلَوَاتٍ افْتَرَضَهُنَّ اللهُ عَلَى عِبَادِهِ ، فَمَنْ جَاءَ بِهِنَّ لَمْ يَنْقُصْ مِنْهُنَّ شيئاً اسْتِخْفَافاً(١) بِهِنَّ ، فإنّ الله جاعلٌ له يوم القيامة عَهْداً أَنْ يُدْخِله الْجَنَّةَ . وَمَنْ جَاءَ بِهِنَّ ، وقد نَقَصَ مِنْهُنَّ شَيْئاً ، لم يَكُنْ لَهُ عِنْدَ اللهِ عَهْدٌ ، إن شاء عذَّبه ، وإن شاء غفرَ له » .

ورُوى عن طلحة بن عُبَيْدِ الله : « أَنَّ أَعْرَابِيًّا أتى إلى النبي صلى الله عليه وسلم . فقال : يارسول الله : مَاذَا فَرَضَ اللهُ عَلَيَّ مِنَ الصَّلاَةِ ؟ قال : خَمْسُ صَلَوَاتٍ . قال : فهل غَيْرُهَا ؟ قال : لا ، إلاَّ أن تَطَوَّعَ شَيْئاً ، فقال الرجلُ : والذى بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لاَ أَزِيدُ عَلَيْهَا وَلاَ أَنْقُصُ مِنْهَا . فقال رسول الله ﷺ : أَفْلَحَ الرَّجُلُ إِنْ صَدَقَ » متفق عليه . وزيادة الصلاة يجوز أن تكون فى السنن ، فلا يتعيَّنُ كونها فرضاً ، ولأنها صلاة تُصَلَّى على الراحلة من غير ضرورة ، فكانت نافلةً كالسنن الرواتب .

---

(١) استخفافاً بهن : أى اعتباراً لهن خفيفات على قلبه ، محببات إلى نفسه ، مستقلا لعملهن فى سبيل الله الذى فرضهن عليه .

باب المواقيت

أجمع المسلمون على أن الصلوات الخمس مؤقتة بمواقيتَ معلومةٍ محـدودةٍ ، وقد ورد فى ذلك أحاديث صِحَاحٌ جِيَادٌ ، نذكر أكثرها فى مواضعها إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا زالت الشمسُ وجبت صلاةُ الظهر ﴾ .

بَدَأَ الْخِرَقِيُّ بذكر صلاة الظُّهْرِ . لأن جبريل بدأ بهـا حين أَمَّ النبيَّ ﷺ فى حديث ابن عباس : وجابر ، وبدأ بها صلى الله عليه وسلم حين عَلَّمَ الصحابةَ مواقيتَ الصلاة فى حديث بُرَيْدَة وغيره . وبدأ بها الصحابة حين سُئلوا عن الأوقات فى حديث أبى بَرْزَة ، وجابر ، وغيرهما . تسمَّى الأولى ، والهجير ، والظهر . وقال أبو بَرْزَة : « كان رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى الهجير التى يَدْعونَها الأولى ـ حين تَدْحَضُ الشَّمْسُ » متفق عليه ، يعنى حين تزول الشمس .

وأجمع أهل العلم على أن أول وقت الظهر : إذا زالت الشمس . قاله ابن المنذر وابن عبد البرّ . وقد تظاهرت الأخبار بذلك . فمنها : ما رَوى ابنُ عباس عن النبى ﷺ قال : « أَمَّـنِى جـبريلُ عند البيتِ مَرَّتَـيْنِ ، فَصَلَّى بِىَ الظُّهْرَ فى الأولى منهما ، حين كان الفىء مِثْلَ الشِّرَاكِ ، ثم صَلَّى العصرَ حين صارَ ظِلُّ كلِّ شىء مِثْلَهُ ، ثم صلَّى المغربَ حِينَ وَجَبت الشمسُ ، وأَفْطَر الصَّائِمُ ، ثم صلَّى الْعِشَاءَ حِينَ غَابَ الشفقُ ثم صلَّى الفجرَ حينَ بَرَق الفجرُ ، وَحَرُمَ الطعامُ على الصائمِ ، وَصلَّى فى المرة الثانية الظهرَ : حين صار ظِلُّ كُلِّ شىء مِثْلَهُ لِوَقْتِ الْعَصْرِ بالأَمْسِ ، ثم صلَّى العصرَ حينَ صارَ ظِلُّ كلِّ شىء مِثْلَيْهِ ، ثم صلَّى الْمَغْرِبَ لوقت الأولى ، ثم صلَّى الْعِشَاءَ الأخِيرَةَ حينَ ذَهبَ ثُلُثُ اللّيلِ ، ثم صلَّى الصُّبْحَ حِينَ أَسْفَرت الأرض ، ثم التفت إلىّ جبريلُ وقال : يا محمدُ هـذا وقتُ الأنبياء مِنْ قَبْلِكَ . والوقت فيما بين هَذَيْنِ » ، رواه أبو داودَ ، وابن ماجه ، والترمذىّ . وقال : هـذا حديث حسن . وروى جابر نحوه ، ولم يذكر فيـه : « لِوَقْتِ العصرِ بِالأَمْسِ » وقال البخارىّ : أصحُّ حديثٍ فى المواقيت . حديثُ جابر .

ورَوى بُرَيْدَة عن النبىِّ ﷺ : « أنَّ رجلاً سأله عن وَقْتِ الصلاةِ ؟ فقال : صلِّ معنا هذين اليومين فلمَّا زالت الشمسُ أَمرَ بلالاً فأذَّن ، ثم أمره ، فأقامَ الظهر ، ثم أمره فأقام العصرَ ، والشمسُ مرتفعةٌ بيضاء نَقِيَّةٌ لَمْ يُخَالِطها صفرةٌ ، ثم أمره ، فأقام المغربَ حين غابت الشمسُ ، ثم أمره ، فأقام العِشَاءَ حين غاب الشفقُ ، ثم أمره فأقام الفجرَ حين طَلَعَ الفجرُ ، فلما كان اليومُ الثـانى : أمره فأبردَ فى الظهر فأنعمْ أن يُبْرِدَ بها ـ وصلَّى العصرَ والشمسُ بيضاء مرتفعةٌ آخرُها فوق الذى كان ، وصلَّى المغربَ حين غابَ الشفقُ ، وصلَّى العشاءَ حين غاب ثلثُ الليل ، وصلَّى الفجرَ فأسْفَرَ بها ، ثمّ قال : أينَ السائلُ عن وقت الصلاة ؟ فقال الرجل : أنا يارسولَ الله . فقال : وقتُ صلاتكم بين مارأيتُمْ » رواه مسلم وغيره .

وروى أبو داود ، عن أبي موسى نحوه ، إلا أنه قال : « بَدَأَ فأقامَ الفجْرَ حين انشقّ الفجْرُ ، فصلّى حين كان الرجل لا يعرفُ وَجْهُ صاحِبه ـ أو أنَّ الرجلَ لايعرفُ مَنْ إلى جَنْبِه ـ فلمّا كانَ الغَدُ صلّى الفجرَ وانصرف ، فقلنا : طلعتِ الشمسُ » وفى الباب أحاديثُ كثيرة .

فصـــل

ومعنى زوال الشمس : ميلُها عن كبد السماء . ويُعرف ذلك بطول ظلِّ الشخص بعد تناهى قِصَرِه . فمن أراد معرفة ذلك فليقدِّرْ ظِلَّ الشمس ، ثم يصبرْ قليلاً ، ثم يُقدِّرْهُ ثانياً . فإن كان دون الأول فلم تزل ، وإن زاد ولم ينقص فقد زالت . وأما معرفة ذلك بالأقدام ، فتختلف باختلاف الشهور والبُلدان ، فكلما طال النهار قَصُر الظلُّ ، وإذا قصر طال الظلُّ . فكلَّ يوم يزيدُ أو ينقص . فنذكر ذلك فى وسط كل شهر ، على ماحَكى أبو العبّاس السنجيّ رحمه الله تقريباً .

قال : إن الشمس تزول فى نصف (حَزِيرانَ) على قَدَمٍ وثُلُث ، وهو أقلُّ ماتزول عليه الشمس . وفى نصف (تَمُّوز) ونصف (أيَّار) على قَدَمٍ ونصف وثلث . وفى نصف (آب ، ونيسان) على ثلاثة أقدام . وفى نصف (آذار ، وأيلول) على أربعة أقدام ونصف ، وهو وقت استواء الليل والنهار ، وفى نصف (تَشْرين الأول ، وشَبَاط) على ستة أقدام ونصف ، وفى نصف (تشرين الثانى وكانون الثانى) على تسعة أقدام ، وفى نصف (كانونَ الأول) على عشرة أقدام وسُدس . وهذا أنهى ماتزول عليه الشمس .

فهذا ماتزول عليه الشمس فى أقاليم العراق ، والشام ، وما سَامَتَهُمَا[1] من البلدان .

فإذا أردت معرفة ذلك فقف على مستوٍ من الأرض ، وعلِّم الموضعَ الذى انتهى إليه ، ظلُّكَ ، ثم ضع قدمك اليمنى بين يدى[2] قدَمِكَ اليُسرى ، وألصق عقبك بإبهامك . فما بَلَغَتْ مساحةُ هذا القدرِ بعد انتهاء النقص ، فهو الوقتُ الذى زالت عليه الشمس ، ووجبت به صلاةُ الظهر .

فصـــل

وتجب صلاة الظهر بزوال الشمس ، وكذلك جميع الصلوات تجب بدخول وقتها فى حق من هو من أهل الوجوب ، فأما أهل الأعذار كالحائض والمجنون ، والصبيّ والكافر ، فتجب فى حقه بأول جزء أدركه من وقتها بعد زوال عذره وبهذا قال الشافعيّ رحمه الله . وقال أبو حنيفة رحمه الله يجب تأخيرُ وقتها إذا بقى منه ما لا يتّسع لأكثر منها ، لأنه فى أول الوقت يتخيَّرُ بين فعلها وتركها فلم تكن واجبةً كالنافلة .

---

(١) سامتهما : كان فى مستواهما على خط عرض واحد .

(٢) بين يدى قدمك اليسرى : أى أمامها ، فيضع رجله اليمنى أمام رجله اليسرى بحيث يكون إبهام اليسرى متصلا بعقب اليمنى .

ولنا : أنه مأمور بها فى أول الوقت بقوله تعالى (١٧ : ٧٨ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ) والأمر يقتضى الوجوبَ على الفور . ولأن دخول الوقت سبب للوجوب ، فيترتب عليه حُكمه حين وجوده ، ولأنها يُشترط لها نيةُ الفريضة ، ولو لم تجب لصحَّتْ بدون نية الواجب كالنافلة ، وتفارق النافلة . فإنها لا يُشترط لها ذلك . ويجوز تركُها غير عازم على فعلها . وهذه إنما يجوز تأخيرها مع العزم على فعلها ، كما تؤخَّرُ صلاة المغرب ليلةَ مُزدلِفةَ عن وقتها ، وكما تؤخَّرُ سائر الصلوات عن وقتها إذا كان مُشتغلاً بتحصيل شَرْطها .

فصــــل

ويستقر وجوبها بما وجبت به . فلو أدرك جزءاً من أول وقتها ثم جُنَّ ، أو حاضت المرأة ، لزمهما القضاء إذا أمكنهما . وقال الشافعىّ ، وإسحق : لا يستقرُّ إلا بمضى زمن يُمكن فعلها فيه . ولا يجب القضاء بما دون ذلك . واختاره أبو عبد الله بن بَطّة ، لأنه لم يدرك من الوقت ما يمكنه أن يُصلِّيَ فيه . فلم يجب القضاء ، كما لو طرأ العذر قبل ذلك الوقت .

ولنا : أنها صلاة وجبت عليه ، فوجب قضاؤها إذا فاتته ، كالتى أمكن أداؤها . وفارقت التى طرأ العُذر قبل دخول وقتها ، فإنّها لم تجب ، وقياسُ الواجب على غيره غير صحيح .

« مسألة » قال ﴿ وإذا صار ظل كل شىء مثله فهو آخرُ وقتها ﴾ .

يعنى أن الفىء إذا زاد على مازالت عليه الشمس قدرَ ظلِّ طول الشخص ، فذلك آخرُ وقت الظهر . قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : وأىُّ شىء آخِرُ وقت الظهر ؟ قال : أن يصير الظلُّ مثله ، قيل له : فمتى يكون الظلُّ مثله ؟ قال : إذا زالت الشمس ، فكان الظلُّ بعدَ الزوال مثله فهو ذاك .

ومعرفة ذلك : أن يضبط مازالت عليه الشمسُ ، ثم يَنْظُرَ الزيادةَ عليه . فإن كانت قد بلغت قدر الشخص ، فقد انتهى وقتُ الظهر ، ومثلُ شخص الإنسان سِتَّةُ أقدام ونصف بقدمه ، أو يزيد قليلا . فإذا أردت اعتبار الزيادة بقدمك مسحتها ، على ماذكرناه فى الزوال ، ثم أسقطت منه القدرَ الذى زالت عليه الشمسُ ، فإذا بلغ الباقى ستَّةَ أقدام ونصفاً ، فقد بلغ المِثْلَ ، فهو آخِرُ وقت الظهر ، أو وقت العصر . وبهذا قال مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ والأوزاعىّ ، ونحوَه . قال أبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، وداود . وقال عطاء : لا تفريط للظهر حتى تدخل الشمس صُفْرَةٌ . وقال طاوس : وقتُ الظهر والعصر إلى الليل .

وحُكى عن مالك : وقت الاختيار إلى أن يصير ظلُّ كل شىء مثلَه . ووقت الأداء إلى أن يبقى من غروب الشمس قدرُ مايؤدِّى فيه العصر . لأن النبى صلى الله عليه وسلم جمع بين الظهر والعصر فى الحَضَر . وقال أبو حنيفة : وقت الظهر إلى أن يصير ظلُّ كل شىء مثله . لأن النبى صلى الله عليه وسلم

قال : « إِنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أَهْلِ الْكِتَابَيْنِ كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً ، فقال : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ غُدْوَةٍ إلى نصف النهار على قيراط ؟ فعملتْ اليهودُ ، ثم قالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي نِصْفَ النَّهَارِ إِلَى صلاةِ العَصْرِ على قِيرَاطٍ ؟ فَعمِلَتِ النَّصارَى ، ثم قال : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنَ الْعَصْرِ إلى غُرُوبِ الشَّمْسِ عَلَى قِيرَاطَيْنِ ؟ فأَنْتُمْ هُمْ . فغَضِبَ اليهودُ والنَّصارى ، وقالوا : مَالَنَا أَكْثَرُ عَمَلاً : وَأَقَلُّ عطَاءً ؟ قال : هَلْ نَقَصْتُكُمْ مِنْ حَقِّكُمْ ؟ قالوا : لا ؟ قالَ : فَذَلِكَ فَضْلِي أُوتِيهِ مَنْ أَشَاءُ » أخرجه البخاريّ . وهذا يدل على أن من الظهر إلى العصر أكثرُ من العصر إلى المغرب .

ولنا : أن جبريل عليه السلام صلَّى بالنبى صلى الله عليه وسلم الظهرَ حين كان الفيءُ مِثلَ الشِّرَاكِ فى اليوم الأوّل ، وفى اليوم الثانى : حين صار ظلُّ كلِّ شىء مثلَه ، ثم قال : « الْوَقْتُ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ » . وحديثُ مالك محمول على العُذر بمطرٍ ، أو مرض ، وما احتجّ به أبو حنيفة لاحُجَّة فيه . لأنه قال : إلى صلاة العصر ، وفعلُها يكون بعد دخول الوقت ، وتكامُلِ الشروط ، على أن أحاديثنا قُصِدَ بها بيان الوقت ، وخبرهم قصد به ضربُ المثل . فالأخذُ بأحاديثنا أولى . قال ابنُ عبد البرّ : خالَف أبو حنيفةَ فى قوله هذا : الآثارَ والناسَ ، وخالفه أصحابُه .

« مسألة » قال « وإذا زادَ شيئاً وجبت العصرُ » .

وجملته : أن وقت العصر من حين الزيادة على المثل أدنى زيادة مُتصلٌ بوقت الظهر ، لافصل بينهما . وغير الخِرَقِيّ قال : إذا صار ظل الشىء مثلَه فهو آخرُ وقت الظهر ، وأول وقت العصر . وهو قريب ممَّا قال الخِرَقِيّ ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : إذا زاد على المثلين ، لما تقدّم من الحديث . ولقوله تعالى : (١١ : ١١٤ وَأَقِمِ الصَّلاَةَ طَرَفَيِ النَّهَارِ) ولو كان على ماذكرتموه لكان وسط النهار . وحُكى عن ربيعة : أن وقت الظهر والعصر إذا زالت الشمسُ . وقال إسحاقُ : آخرُ وقت الظهر أولُ وقت العصر ، يشتركان فى قدر الصلاة ، فلو أن رجلين يصليان معاً أحدُهما يصلى الظهرَ والآخرُ العصرَ حين صار ظلُّ كلِّ شىء مثلَه ، كان كل واحد منهما مُصَلِّياً لها فى وقتها . وحُكى ذلك عن ابن المبارك لقول النبى ﷺ فى حديث ابن عباس : « صَلَّى بِيَ الظُّهْرَ لِوَقْتِ الْعَصرِ بالأَمْسِ » .

ولنا : ماتقدم فى حديث جبريل عليه السلام . وقوله تعالى : (وَأَقِمِ الصَّلاَةَ طَرَفَيِ النَّهَارِ) لاينفى ماقلنا ، فإن الطرف ما تراخى عن الوسط ، وهو موجود فى مسئلتنا . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لِوَقْتِ الْعَصْرِ بالأَمْسِ » أراد مقاربة الوقت ، يعنى أن ابتداء صلاته اليومَ العصرَ متصلٌ بوقت انتهاء صلاة الظهر فى اليوم الثانى ، أو مقاربٌ له . لأنه قصد به بيان المواقيت ، وإنما تبين ، أول الوقت بابتداء فعل الصلاة ، وتبين آخرُه بالفراغ منها . وقد بينه قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث عبد الله بن

عمرو « وَقْتُ الظُّهْرِ : مَالَمْ يَحْضُرْ وَقْتُ الْعَصْرِ » رواه مسلم ، وأبو داود . وفى حديث رواه أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « إِنَّ لِلصَّلَاةِ أَوَّلاً وآخِراً . وَإِنَّ أَوَّلَ وقت الظهر حين تزولُ الشمس ، وآخِرَ وقتها حين يدخلُ وقتُ العصر » أخرجه الترمذىّ .

« مسألة » قال ﴿ وإذا صار ظل كل شىء مثلَيْهِ خرج وقتُ الاختيار ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رضى الله عنه فى آخر وقت الاختيار ، فروى : حين يصيرُ ظلُّ كل شىء مِثلَيْهِ . وهو قول مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ . لقوله فى حديث ابن عباس وجابر : « الْوَقْتُ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ » . ورُوى عن أحمد رحمه الله : أن آخره مالم تصفرَّ الشمسُ ، وهى أصحُّ عنه . حكاه عنه جماعة منهم الأثرم قال : سمعتُه يُسأل عن آخرِ وقت العصر ؟ فقال : هو تغيُّر الشمسِ . قيل ولا تقول بالمثل والمثلين ؟ قال : لا . هذا عندى أكثرُ ، وهذا قول أبى ثور ، وأبى يوسف ، ومحمد ، ونحوُه عن الأوزاعىّ لحديث عبد الله بن عمرو أن النبىّ ﷺ قال : « وَقْتُ الْعَصْرِ مَالَمْ تصفرَّ الشَّمْسُ » رواه مسلم . وفى حديث أبى هريرة عن النبى صلّى الله عليه وسلم : « وَإِنَّ آخِرَ وَقْتِهَا حِينَ تصفرُّ الشَّمْسُ » . وفى حديث بُرَيْدَةَ : « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى العصرَ فى اليومِ الثَّانِى وَالشَّمْسُ بَيْضَاءُ نَقِيَّةٌ ، لم تخالطها صُفْرَةٌ » . قال ابن عبد البرّ : أجمع العلماء على أن من صلى العصر والشمسُ بيضاءُ نقيَّة ، فقد صلاّها فى وقتها ، وفى هذا دليل على أن مراعاة المثلين عندهم استحبابٌ ، ولعلهما متقاربان ، ويوجد أحدهما قريباً من الآخر .

فصل

ولا يجوز تأخير العصر عن وقت الاختيار لغير عُذْرٍ . لما تقدم من الأخبار . وروى مسلم وأبو داود بإسنادهما عن أنس بن مالك قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « تِلْكَ صَلَاةُ الْمُنَافِقِينَ ، تِلْكَ صَلَاةُ الْمُنَافِقِينَ : يَجْلِسُ أَحَدُهُمْ ، حتى إذا اصْفَرَّتِ الشَّمْسُ ، فكَانَتْ بَيْنَ قَرْنَىْ شَيْطَانٍ ـ أَوْ عَلَى قَرْنَىْ شَيْطَانٍ ـ قَامَ ، فَنَقَرَ أَرْبَعاً ، لَا يَذْكُرُ اللهَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلاً » ولو أبيح تأخيرُها لما ذمَّه عليه ، وجعله علامةَ النِّفاق .

« مسألة » قال ﴿ ومن أدرك منها ركعةً قبل أن تَغْرُبَ الشَّمْسُ ، فقد أدركها مع الضرورة ﴾ .

وجملة ذلك : أن من أخَّر الصلاة ثم أدرك منها ركعةً قبل غروب الشمس فهو مدرك لها ، ومؤدٍّ لها فى وقتها . سواء أخّرها لعُذر ، أو لغير عذر ، إلا أنه إنما يُباح تأخيرها لعذر ، وضرورة ، كحائض تَطْهُرُ ، أو كافر يُسلمُ ، أو صَبىٍّ يَبْلُغُ ، أو مجنونٍ يُفيقُ ، أو نائمٍ يستيقظُ ، أو مَريضٍ يَبْرَأُ . وهذا معنى قوله : « مع الضرورة » فأما إدراكها بإدراك ركعة منها فيستوى فيه المعذورُ وغيرُه . وكذلك

سائرُ الصلوات يدركها بإدراك ركعة منها فى وقتها . لقول النبي ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصَّلَاةِ فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ » متفق عليه . وفى رواية : « مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الْعَصْرَ » متفق عليه ، ولا أعلم فى هذا خلافاً .

فصل

وهل يدرك الصلاة بإدراك مادون ركعة ؟ فيه روايتان :

(إحداهما) لايدركها : بأقلَّ من ذلك وهو ظاهر كلام الخِرَقِيّ . ومذهب مالك . لظاهر الخبر الذى رويناه . فإن تخصيصه الإدراكَ بركعةٍ يدلُّ على أن الإدراك لايحصل بأقل منها ، ولأنه إدراك للصلاة ، فلا يحصل بأقل من ركعة كإدراك الجمعة .

(والثانية) يدركها : بإدراك جزء منها ، أيَّ جُزْءٍ كان . قال القاضى : ظاهر كلام أحمد : أنه يكون مدركاً لها بإدراكه . وقال أبو الخطاب : من أدرك من الصلاة مقدارَ تكبيرة الإحرام قبل أن يخرُج الوقتُ فقد أدركها ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وللشافعيّ قولان كالمذهبين . ولأن أبا هريرة رَوى عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ أَدْرَكَ سَجْدَةً مِنَ صَلَاةِ الْعصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَلْيُتِمَّ صَلَاتَهُ ، وَإِذَا أَدْرَكَ سَجْدَةً مِنْ صَلَاةِ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَلْيُتِمَّ صَلَاتَهُ » متفق عليه . وللنسائيِّ « فَقَدْ أَدْرَكَهَا » ولأن الإدراك إذا تعلّق به حكمٌ فى الصلاة استوى فيه الركعةُ وما دونها ، كإدراك الجماعة ، وإدراك المسافر صلاةَ المُقيم . ولفظ الحديث الأول يدلُّ بمفهومه ، والمنطوق أولى منه ، والقياس يبْطُلُ بإدراك ركعةٍ دون تشهدها .

فصل

وصلاةُ العصر هى الصلاة الوُسطَى ، فى قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبيّ ﷺ وغيرهم ، منهم : عليّ بن أبى طالب ، وأبو هريرة ، وأبو أيُّوبَ ، وأبو سعيدٍ ، وعبيدة السَّلْمَانيّ ، والحسنُ ، والضّحاك ، وأبو حنيفة ، وأصحابُه . ورُوى عن زيد بن ثابت ، وعائشةَ : « أنها صَلَاةُ الظُّهْرِ » وبه قال عبد الله بن شدّاد ، لما رُوى عن زيد بن ثابت ، قال : « كان رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يُصَلي الظُّهرَ بالْهَاجرَةِ ، ولم يَكُنْ يُصَلِّي صَلَاةً أَشَدَّ عَلَى أَصْحابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ مِنْهَا فنزَلَتْ : (٢ : ٢٣٨ حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى) رواه أبو داود . وروت عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم : أنه قرأ : (حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ والصَّلَاةِ الْوُسْطَى — صَلَاةِ الْعَصْرِ)[1] رواه أبو داود والترمذيّ . وقال : حديث صحيح . وقال طاوس ، وعطاء ، وعِكْرِمة ، ومُجاهد ، والشافعيّ : هى الصبح ، لقول الله

---

(١) هذه قراءة تفسيرية وليست كلمة صلاة العصر من القرآن .

تعالى : (وَالصَّلاَةِ الْوُسْطَى وَقُومُوا لِلهِ قَانِتِينَ) والقنوت : طول القيام . وهو مختص بالصبح ، ولأنها من أثقل الصلاة على المنافقين . ولهذا اختصت بالوصيَّة ، وبالمحافظة عليها .

وقال الله تعالى : (٥٠ : ٣٩ وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقَبْلَ الْغُرُوبِ) يعني صلاة الفجر ، والعصر . وروى جرير بن عبد الله قال : « كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، إِذْ نَظَرَ إِلَى الْقَمَرِ لَيْلَةَ الْبَدْرِ . فقال : أَمَا إِنَّكُمْ سَتَرَوْنَ رَبَّكُمْ كَمَا تَرَوْنَ هَذَا الْقَمَرَ ، لاَ تَضَامُّونَ فِي رُؤْيَتِهِ . فَإِنِ اسْتَطَعْتُمْ أَنْ لاَ تُغْلَبُوا عَلَى صَلاَةٍ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ ، وَقَبْلَ غُرُوبِهَا » متفق عليه . وللبخاري « فافْعَلُوا » ثم قرأ جرير (٢٠ : ١٣٠ وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقَبْلَ غُرُوبِهَا) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « يَتَعَاقَبُونَ فِيكُمْ مَلاَئِكَةٌ بِاللَّيْلِ وَمَلاَئِكَةٌ بِالنَّهَارِ وَيَجْتَمِعُونَ فِي صَلاَةِ الْفَجْرِ ، وَصَلاَةِ الْعَصْرِ ، ثُمَّ يَعْرُجُ الَّذِينَ بَاتُوا فِيكُمْ . فَيَسْأَلُهُمْ رَبُّهُمْ وَهُوَ أَعْلَمُ بِهِمْ : كَيْفَ تَرَكْتُمْ عِبَادِي ؟ فَيَقُولُونَ : تَرَكْنَاهُمْ وَهُمْ يُصَلُّونَ ، وَأَتَيْنَاهُمْ وَهُمْ يُصَلُّونَ » . وقال النبي ﷺ : « مَنْ صَلَّى الْبَرْدَيْنِ[1] دَخَلَ الْجَنَّةَ » يريد هاتين الصلاتين ، وقال : « لَوْ يَعْلَمُونَ مَا فِي صَلاَةِ الْعَتَمَةِ[2] وَالصُّبْحِ لأَتَوْهُمَا وَلَوْ حَبْوًا » متفق على هذه الأحاديث .

وقيل : هي المغرب . لأن الأولى هي الظهر ، فتكون المغرب الثالثة . والثالثة من كل خمس : هي الوُسْطَى . ولأنها وُسطى في عدد الركعات ، ووُسْطَى في الأوقات . لأن عدد ركعاتها ثلاث . فهي وسطى بين الأربع والاثنين ، ووقتها في آخر النهار وأول الليل . وخُصَّتْ من بين الصلاة بأنها وِتْرٌ ، والله وِتْرٌ يُحِبُّ الوترَ ، وبأنها تُصلَّى في أول وقتها في جميع الأمصار ، والأعصار . ويُكْره تأخيرها عنه . وكذلك صلاَّها جبريلُ بالنبي ﷺ في اليومين لوقتٍ واحدٍ . ولذلك ذهب بعض الأئمة إلى أنها ليس لها إلا وقتٌ واحد لذلك . وقال النبي ﷺ : « لا تَزَالُ أُمَّتِي - أو قال : هَذِهِ الأُمَّةُ - بِخَيْرٍ - أو قال على الْفِطْرَةِ - ما لَمْ يُؤَخِّروا الْمَغْرِبَ إِلَى أَنْ تَشْتَبِكَ النُّجُومُ » رواه أبو داود .

وقيل : هي العشاء . لما روى ابن عمر قال : « مَكَثْنَا لَيْلَةً نَنْتَظِرُ رَسُولَ اللهِ ﷺ لِصَلاَةِ

---

(١) البردان : الغداة والعشي ، وأطلق الغداة والعشي على الصلاتين ويسميا بردين لأن البرد النوم ، وهو يكون فيهما لأن الإنسان يميل إلى النوم في الصبح وفي أول الليل ، ولذلك كان ثوابهما عظيماً لمقاومة الإنسان رغبته في النوم وتركهما الصلاة .

(٢) العتمة : هي صلاة العشاء ، ولا يستحب تسميتها العتمة لأن هذا لفظ كان العرب يقولونه ، فلم يستحبه النبي صلى الله عليه وسلم كما سيأتي في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، وفي قوله صلى الله عليه وسلم (لاتغلبنكم الأعراب على اسم صلاتكم فإنما هي العشاء) وإنما سماها النبي صلى الله عليه وسلم هنا عتمة تمشياً مع تسمية العرب حتى يكون أثبت في أذهانهم وكان ذلك في أول الإسلام .

العِشَاء الآخِرَة . فَخَرَجَ إِلَيْنَا حِينَ ذَهَبَ ثُلُثُ اللَّيْلِ أَوْ بَعْدَهُ . وقالَ : إِنَّكُمْ لَتَنْتَظِرُونَ صَلاَةً مايَنْتَظِرُهَا أَهْلُ دِينٍ غَيْرُكُمْ . وَلَوْلاَ أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِي لَصَلَّيْتُ بِهِم هَذِهِ السَّاعَةَ » وقال « إِنَّ أَثْقَلَ الصَّلاَةِ عَلَى الْمُنَافِقِينَ صَلاَةُ الْغَدَاةِ وَالعِشَاءِالآخِرَةِ ، وَلَوْ يَعْلَمُونَ مَا فِيهِمَا لأَتَوْهُمَا وَلَوْ حَبْواً » متفق عليهما .

ولنا : ماروى عن علىّ رضىالله عنه قال : قال رسولالله ﷺ يوم الأحزاب « شَغَلُونَا عَنْ صَلاَةِ الْوُسْطَى صَلاَةِ الْعَصْرِ ، مَلأَ اللهُ بُيُوتَهُمْ وَقُبُورَهُمْ نَاراً » متفق عليه . وعنابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صَلاَةُ الْوُسْطَى صَلاَةُ العَصْرِ » . وعن سَمُرَةَ مثـله . قال الترمذىّ فى كل واحد منهما : هذا حديث حسن صحيح . وهذا نصّ لايجوز التعريج معه على شىء يُخالفه ، ولأن النبىّ ﷺ قال : « الَّذِى يَفُوتُهُ صَلاَةُ العَصْرِ فَكَأَنَّمَا وُتِرَ أَهْلَهُ وَمَالَه(1) » متفق عليـه ، وقال : « مَنْ فَاتَتْهُ صلاَةُ العَصْرِ حَبِطَ عَمَلُهُ » رواه البخارىّ ، وابن ماجه . وقال : « إِنَّ هذِهِ الصَّلاَةَ عُرِضَتْ على مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ فَضَيَّعُوهَا فَمَنْ حَافَظَ عَلَيْهَا كَانَ لَهُ أَجْرُهُ مَرَّتَيْنِ ، وَلاَصلاَةَ بَعْدَهَا حَتَّى يَطْلُعَ الشَّاهِدُ » ـ يعنى النجمَ ـ رواه البخارىّ . وماذكر فى صلاة الصبح فقد شاركته صلاة العصر فى أكثره . ورواية عائشة « وَصلاَةِ العَصْرِ » فالواو : زائدة . كالواو فى قوله تعالى (٦ : ٧٥ وَلِيَكُونَ مِنَ الْمُوقِنِينَ) وفى قوله (٣٣ : ٤٠ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ) وقوله (٢ : ٢٣٨ وَقُومُوا لِلهِ قَانِتِينَ) فالقُنوت : قيـل هو الطاعة ، أى قوموا لله مُطيعين . وقيل : القُنوتُ : السكوت . قال زيد بنُ أرقم « كُنَّا نَتَكَلَّمُ فى الصلاةِ حَتَّى نَزَلَتْ (وَقُومُوا لِلهِ قَانِتِينَ) فأُمِرْنا بالسكوت ، ونُهينا عن الـكلام » ثم مارويناه نص صريح . فكيف يُترك بمثل هذا الْوَهم أو يُعارض به ؟

« مسألة » قال ﴿ وإذا غابت الشمسُ وجبت المغربُ ولايُسْتَحَبُّ تأخيرها إلى أن يَغِيبَ الشَّفق ﴾ .

أما دخول وقت المغرب بغروب الشمس : فإجماعُ أهل العلم . لا نَعلَمُ بينهم خلاَفاً فيه . والأحاديثُ دالّةٌ عليه . وآخرُه : مَغيبُ الشفق ، وبهـذا قال الثورىّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وبعض أصحاب الشافعىّ . وقال مالك ، والأوزاعى ، والشافعىّ : ليس لها إلا وقت واحد : عنـد مغيب الشمس ، لأنّ جبريل عليه السلامُ صلاَّها بالنبى ﷺ فى اليومين لوقت واحد ، فى بيان مواقيت الصلاة . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَ تَزَالُ أُمَّتِي بِخَيْرٍ مالَمْ يُؤَخِّرُوا الْمَغْرِبَ إِلَىأَنْ يَشْتَبِكَ النَّجْمُ » ولأن المسلمين مجموعون على فعلهم فى وقت واحـد فى أول الوقت . وعن طاووس : لاتفوت المغربُ ، والعشاء حتى الفجر ، ونحوُه عن عطاء ، لمـا ذكرناه فى الظهر والعصر .

---

(١) أى أصيب فى أهله وماله .

ولنـا : حديثُ بُرَيْدَةَ : « أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم صـلَّى الْمَغْرِبَ فِى الْيَوْمِ الثانِى حِينَ غابَ الشَّفَقُ » وفى لفظ رواه الترمذىّ : فأَخَّرَ الْمَغْرِبَ إِلَى أَنْ يَغِيبَ الشَّفَقُ » . وروى أبو موسى : « أَنّ النبىّ ﷺ أَخَّرَ الْمَغْرِبَ فى الْيَوْمِ الثَّانِى حَـتَّى كَانَ عِنْدَ سُقُوطِ الشَّفَقِ » رواه مسلم وأبو داود . وفى حديث عبد الله بن عمرو : أنّ النبىّ ﷺ قال : « وَقْتُ الْمَغْرِبِ مالَمْ يُغِبْ الشَّفَقُ » رواه مسلم . وفى حديث أبى هريرة : أنّ النبىّ صـلى الله عليه وسلم قال : « إِنَّ لِلصَّـلاَةِ أَوَّلاً وَآخِراً ، وَإِنَّ أَوَّلَ وَقْتِ الْمَغْرِبِ : حين تَغْرُبُ الشَّمْسُ . وإن آخِرَ وَقْتِهَا : حِين يَغِيبُ الْأُفُقُ » رواه الترمذىّ . وهذه نصوص صحيحة ، لا يجوز مخالفتها بشيء مُحتمَل . ولأنها إحدى الصلوات ، فـكان لهـا وقت مُتّسِـع كسـائر الصلوات ، ولأنها إحدى صلاتَىْ جَمْعٍ . فـكان وقتها مُتّصِلاً بوقت التى تجمع إليها كالظهر ، والعصر . ولأن ما قبل مَغِيبِ الشفق وقتٌ لاستِدَامَتِها . فـكان وقتاً لابتدائها ، كأوّل وقتها .

وأحاديثهم محمولة على الاستحباب والاختيار ، وكراهة التأخير . ولذلك قال الخِرَقِىّ : « وَلاَ يُستحبُّ تَأْخِيرُها » فإنّ الأحاديث فيها تأكيد لفعلها فى أول وقتها . وأقل أحوالها ، تأكيد الاستحباب . وإن قدر أن الأحاديث متعارضة وجب حمل أحاديثهم على أنها منسوخة . لأنها فى أول فرض الصلاة بمـكة . وأحاديثنا بالمدينة متأخِّرة ، فتـكون ناسخةً لما قبلها مما يُخالفها . والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ فإذا غاب الشفق ، وهو الحمرة ، فى السفر ، وفى الحضر البياضُ ، لأنّ فى الحضر قد تنزل الْحُمْرَةُ فتُواريها الْجُدْرانُ ، فيُظَنّ أنها قد غابت ، فإذا غاب البياضُ فقد تَيَقّن ، ووجبت عِشاء الآخِرَةِ إلى ثُلُث الليل ﴾ .

لا خلاف فى دخول وقت العشاء بِغَيْبُوبَةِ الشَّفَقِ . وإنما اختلفوا فى الشفق ماهو ؟ فمذهبُ إمامنا : أن الشفق الذى يخرج به وقت المغرب ، ويدخلُ به وقت العشاء هو الْحُمرةُ . وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء ، ومُجاهد ، وسعيد بن جبير ، والزهرىّ ، ومالك ، والثورىّ وابن أبى ليلى ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وصاحِبَىْ أبى حنيفة . وعن أنس ، وأبى هريرة : الشَّفَقُ الْبَيَاضُ . ورُوى ذلك عن عمر ابن عبد العزيز . وبه قال الأوزاعىّ ، وأبو حنيفة ، وابن المنذر . لأن النعمان بنَ بَشِيرٍ قال : « أَنَا أَعْلَمُ النَّاسِ بِوَقْتِ هَذِهِ الصَّلاَةِ وَصـلاَةِ الْعِشَاءِ . كَانَ رَسُـولُ اللهِ ﷺ يُصَلِّيهَا لِسُقُوطِ الْقَمَرِ الثَّالِثَةَ » رواه أبو داود . ورُوى عن ابن مسعود قال : « رَأَيْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى هَذِهِ الصَّلاَةَ حِينَ يَسْوَدُّ الْأُفُقُ » .

ولنـا : ماروت عائشةُ رضى الله عنها قالت : « أَعْتَمَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسـلم بِالْعِشَاءِ ، حَتَّى نَادَاهُ عُمَرُ بالصلاَةِ . نَامَ النِّسَاءُ وَالصِّبْيَانُ . فَخَرَجَ رَسُولُ اللهِ ﷺ فقال : مَايَنْتَظِرُهَا أَحَدٌ غَيْرُكُمْ »

قال : وَلاَ يُصَلَّى يَوْمَئِذٍ إلاّ بالمَدِينةِ وَكَانُوا يُصَلّونَ فِيمَا بين أن يَغيبَ الشفقُ الأولُ إلَى ثُلُثِ اللّيلِ » رواه البخاريّ . والشفق الأول : هو الحُمرة ، وقال النبي صلى اللهُ عليه وسلم : « وَقْتُ المَغْرِبِ : مَا لَمْ يَسْقُطْ فَوْرَ الشَّفَقِ » رواه أبوداود . وروى : ثور الشفق ، وفور الشفق : فورانه ، وسُطُوعه . وثَوْرُه : ثَوَرَانُ حُمْرتِه ، وإنما يتناول هـذا الحمرة ، وآخِرُ وقت المغرب : أوّلُ وقت العشاء . وروى عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنّهُ قال : « الشفق : الحُمْرَةُ . فإذا غاب الشفق وَجَبَتْ العِشاء » رواه الدارقطنيّ .

وما رووه لا حُجّة لهم فيه . فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يُؤخِّر الصلاةَ عن أول الوقت قليلاً . وهو الأفضل والأولى . ولهـذا رُوى عنه ﷺ أنه قال لبلال : « اجْعَلْ بَيْنَ أَذَانِكَ وَإِقَامَتِكَ قَدْرَ مَا يَفْرُغُ الآكِلُ مِنْ أَكْلِهِ ، وَالمُتَوَضِّئُ مِنْ وُضُوئِهِ ، وَالْمُعْتَصِرُ[1] إِذَا دَخَلَ لِقَضَاءِ حَاجَتِهِ » .

إذا ثبت هـذا : فإنه إن كان فى مـكان يظهر له الأفق ويَبِينُ له مَغيبُ الشفق ، فمتى ذهبت الحمرةُ وغابت دخل وقتُ العشاء . وإن كان فى مكان يستَتِرُ عنه الأفقُ بالجدران والجبال ، استظْهَرَ حتى يغيبَ البياضُ ، ليَسْتَدلّ بغيبتـه على مغيب الحمرة . فيعتبر غيبةَ البياض ، لدلالته على مَغيب الحُمرة ، لا لنفسه .

« مسألة » قال ﴿ فإذا ذهب ثلث الليل ذهب الاختيار ، ووقت الضرورةُ مُبَقًّى إلى أن يطلع الفجر الثانى ، وهو البياض الذى يُرى من قِبَلِ المشرق ، فيَنْتَشِرُ ، ولا ظلمةَ بَعْدَهُ ﴾ .

اختلفت الرواية فى آخر وقت الاختيار ، فرُوى عن أحمدَ : أنه ثلث الليل ، نَصّ عليه أحمد فى رواية الجماعة ، وهو قول عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وأبى هريرة ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك . لأن فى حديث جبريل « أَنَّهُ صَلَّى بالنبى صلى الله عليه وسلم فى المرّةِ الثانية ثُلُثَ اللَّيلِ ، وقال : الْوَقْتُ مَا بين هَذَيْنِ » . وفى حديث بُرَيْدَةَ : « أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم صَلاَّهَا فِى الْيَوْمِ الثَّانى ثُلُثَ اللَّيْلِ » وعن عائشةَ أن النبى ﷺ قال : « صَلُّوا فِيمَا بَيْنَ أَنْ يَغِيبَ الشَّفَقُ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ » وفى حديثها الآخرَ : « وكَانُوا يُصَلُّونَ فِيمَا بين أَنْ يَغِيبَ الشَّفَقُ الأَوَّلُ إِلَى ثُلُثِ الليْلِ » ، ولأنَّ ثُلُثَ اللَّيلِ يجمع الروايات ، والزيادةُ تَعارضت الأخبار فيها ، فـكان ثُلُثُ الليل أولى .

الرواية الثانية : أن آخره : نصفُ الليل ، وهو قول الثوريّ ، وابن المبارك ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وأحـد قولى الشافعيّ ، لمـا روى عن أنس بن مالك ، قال : « أَخَّرَ رسول الله ﷺ صَلاَةَ الْعِشَاءِ إلى نصفِ اللَّيلِ » رواه البخاريّ . وعن أبى سعيد الخُدْرىّ قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « لَوْلاَ ضَعْفُ الضَّعِيفِ وَسُقْمُ السَّقِيمِ لَأَمَرْتُ بِهَذِهِ الصلاة أَنْ تُؤَخَّرَ إِلَى شَطْرِ اللَّيلِ » رواه أبو داود ، والنسائىّ . وفىحديث عبدالله بن عمر عن النبى ﷺ قال : « وَقْتُ الْعِشَاءِ إِلَى نصفِ اللَّيل »

---

(١) المعتصر : قاضى الحاجة من بول أو غائط ، سمى بذلك لأنه يعتصر بطنه .

رواه أبو داود والأولى ـ إن شاء الله تعـالى ـ أن لايُؤَخِّرها عن ثُلُثِ الليل ، وإن أَخَّرها إلى نصف الليل جاز ، وما بعد النصف وقتُ ضرورة ، الحكم فيه حكم وقت الضرورة فى صلاة العصر ، على مامضى شرحه وبيانه ، ثم لايزال الوقت ممتداً حتى يطلع الفجر الثانى[١] .

فصـــل

وتسمى هذه الصـلاة : العشاء ، ولا يُستحبُّ تسميتُها الْعَتَمَة ، وكان ابن عمر إذا سمع رجلا يقول : « العتمة » صاح وغضب ، وقال : « إنما هُوَ الْعِشَاءِ » . ورُوى عن النبى ﷺ أنه قال : « لاَتَغلبـكُمُ الْاعْرَابُ عَلَى اسْمِ صـلاَتِـكُمْ . فَإِنَّهَا الْعِشَاء . وَإِنَّهُمْ يُعْتِمُونَ بالإِبلِ »[٢] . وعن أبى هريرة مثـله ، رواهما ابن ماجه . وإن سماها الْعَتَمَةَ جاز[٣] . فقـد روى أبو داود بإسناده عن مُعـاذٍ أنه قال : « أَبْقَيْنَا ـ يعنى انتظرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ فِى صلاَةِ الْعَتَمَةِ »[٤] ، ولأن هذا نسبة لها إلى لوقت الذى تجب فيه ، فأشبهتْ صلاةَ الصبح والظهرِ وسائر الصلواتِ .

« مسألة » قال ﴿ وإذا طلع الفجر الثانى وجبت صـلاةُ الصبح ، والوقتُ مُبَقَّى إلى ماقبل أن تطلُع الشمس ، ومن أدرك منها ركعة قبل أن تطلع فقد أدركها وهذا مع الضرورة ﴾ .

وجملته : أن وقت الصبح يدخل بطلوع الفجر الثانى إجماعاً ، وقد دلت عليه أخبار المواقيت ، وهو البياض المستطير المنتشر فى الأفق ، ويسمى الفجر الصادق ، لأنه صَدَقَك عن الصبح وبينه لك . والصبحُ ما جمع بياضاً وحُمرةً ، ومنه سُمِّىَ الرجـلُ الذى فى لونه بياضٌ وحُمرة : أَصْبَحَ . فأما الفجر الأول : فهو البياض المُستَدِقُّ صُعُداً من غير اعتراض ، فلا يتعلّق به حكم ويسمَّى الفجرَ الكاذبَ ، ثم لايزال وقت الاختيار إلى أن يُسفر النهار . لمـا تقدم فى حديث جبريل وبريدة ، ومابعد ذلك وقتُ عذر ، وضرورة حتى تطلُع الشمس ، لقول النبى ﷺ فى حديث عبدالله بن عمر : « وَوَقْتُ الْفَجْرِ : مَالَمْ تَطْلُع الشَّمْسُ » ومن أدرك منها ركعة قبـل أن تطلع الشمس كان مُدركاً لها ، وفى إدراكها بما دون ذلك اختلاف ، قد ذكرناه . وقال أصحاب الرأى : فيمن طلعت الشمس وقد صلّى ركعةً : تَفْسُدُ صلاته . لأنه صار فى وقت نُهِىَ عن الصلاة فيـه . وهذا لا يصحّ . لقول رسول الله ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الصُّبْحَ » متفق عليه ، وفى رواية : « مَنْ أَدْرَكَ سَجْدَةً مِنْ صَلاَةِ الصُّبْحِ

---

(١) المراد بالوقت الممتد هنا إلى الفجر الثانى هو وقت الضرورة كما سبق بيانه ، وليس وقت الاختيار لأن وقت الاختيار على أوسع القولين إلى نصف الليل .

(٢) يعتمون بالإبل : أى يجيئون بها بعد الرعى ليلا فى وقت الظلمة التى هى العتمة .

(٣و٤) كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله « لو يعلمون مافى صلاة العتمة والصبح لأتوهما ولو حبواً » وقد سبق سبب تسمية النبى صلى الله عليه وسلم للعشاء عتمة فى هذا الحديث .

قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَلْيُتِمَّ صَلَاتَهُ » متفق عليهما ، ولأنه أدرك ركعة من الصلاة فى وقتها ، فكان مُدركاً لها فى وقتها كبقية الصلوات ، وإنما نُهى عن النافلة . فأما الفرائض فتصلّى فى كل وقت بدليل أن قبل طلوع الشمس وقت نهى أيضاً ، ولا يمنع من فعل الفجر فيه .

فصـــل

إذا شك فى دخول الوقت ، لم يُصلِّ حتى يتيقَّن دخوله ، أو يغلبَ على ظنـه ذلك ، مثلُ مَنْ هو ذو صنعة جرت عادتُه بعمل شىء مقدّر إلى وقت الصـلاة ، أو قارىء جرت عادته بقراءة جزء ، فقرأه ، وأشباه هذا . فمتى فعل ذلك ، وغلب على ظنه دخولُ الوقت أُبيحتْ له الصلاة ، ويُستحبُّ تأخيرها قليلا احتياطاً ، لتزداد غلبة ظنِّه ، إلا أن يَخشى خروجَ الوقت ، أو تـكون صـلاةُ العصر فى وقت الغيم . فإنه يُستحبُّ التبكيرُ بهـا ، لما روى بُرَيْدَةُ قال : « كُنَّا مَعَ رَسُول الله ﷺ فِى غَزَاةٍ فَقَالَ : بَكِّرُوا بِصَلَاةِ الْعَصْرِ فِى الْغَيْمِ ، فإِنَّهُ مَنْ فَاتَتْهُ صَلَاةُ الْعَصْرِ حَبِطَ عَمَلُهُ » رواه البخارى ، وابن ماجه . ومعناه - والله أعلم - : التبكير بها إذا دخل وقت فعلها ليقينٍ أو غلبـة ظنٍّ ، وذلك لأن وقتها المختارَ فى زمن الشتاء يَضِيقُ ، فيخشى خروجه .

فصـــل

ومن أخبره ثقةٌ عن عِلْمٍ عَمِلَ به . لأنه خبر دينى ، فقُبل فيه قول الواحد كالرواية ، وإن أخبره عن اجتهاده لم يقلده ، واجتهد لنفسه ، حتى يغلبَ على ظنه ، لأنه يقدر على الصـلاة باجتهاد نفسه ، فلم يُصلِّ باجتهاد غيره ، كحالة اشتباه القبلة ، والبصيرُ والأعمى ، والمطمورُ القادر على التوصل إلى الاستدلال سواء ، لاستوائهم فى إمكان التقدير بمرور الزمان ، كما بينّا . فمتى صلّى فى هـذه المواضع فبان أنه وافق الوقت ، أو بعده أجزأه ، لأنه أدّى مافُرض عليه ، وخوطبَ بأدائه . وإن بان أنه صلّى قبل الوقت لم يُجزه ، لأن المخاطبة بالصلاة وسببُ الوجوب وجد بعد فعله ، فلم يسقط حكمه بما وُجد قبله ، وإن صلّى من غـير دليل مع الشك لم تُجزه صلاتُه ، سواء أصاب أو أخطأ ، لأنه صلّى مع الشك فى شرط الصلاة ، من غير دليل ، فلم يصح ، كما لو اشتبهت عليه القبلة ، فصلّى من غير اجتهاد .

فصـــل

وإذا سمع الأذان من ثقة ، عالم بالوقت فله تقليدُه ، لأن الظاهرَ أنه لايؤذِّن إلا بعـد دخول الوقت ، فجرى مجرى خبره ، وقد قال النبى ﷺ : « الْمُؤَذِّنُ مُؤْتَمَنٌ » رواه أبو داود ، ولولا أنه يقلَّد ، ويُرجع إليه ما كان مُؤتمناً ، وجاء عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خَصْلَتَانِ مُعَلَّقَتَانِ فِى أعناقِ المؤذِّنينَ للمسلمين : صلاتُهم وصِيَامُهم » رواه ابن ماجه . ولأن الأذان مشروع للإعلام بالوقت ، فـلو لم يجز تقليد

المُؤذِّن لم تحصل الحكمة التى شُرِع الأذان من أجلها ، ولم يزل الناس يجتمعون فى مساجدهم وجوامعهم فى أوقات الصلاة ، فإذا سمعوا الأذان قاموا إلى الصلاة ، وبنوا على أذان المؤذِّن من غير اجتهاد فى الوقت ، ولا مشاهدة مايعرفونه من غير نكير ، فكان إجماعاً .

« مسألة » قال ﴿ والصلاة فى أول الوقت أفضلُ ، إلاّ عشاءَ الآخِرَةِ ، وفى شدة الحرّ الظهر ﴾ .

وجملته : أن الأوقات ثلاثةُ أضرب : وقتُ فضيلةٍ ، وجوازٍ ، وضرورةٍ .

فأما وقت الجواز والضرورة : فقد ذكرناهما ، وأما وقت الفضيلة : فهذا الذى ذكره الخِرَقِىّ ، قال أحمد : أول الوقت أعجب إلىَّ ، إلا فى صلاتين : صلاةِ العشاء ، وصلاةِ الظهر ، يُبْرَدُ بهَا فى الحَرّ ، رواه الأثرم . وهكذا كان يصلّى النبى ﷺ . قال سَيَّار بن سلامة : « دَخَلْتُ أنَا وأبى على أبى برزة الأسلمى ، فسأله أبى : كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى المكتوبةَ ؟ قال : كان يصلى الهجير ـ التى يدعونها الأولى ـ حين تَدْحَضُ الشمسُ ، ويصلى العصرَ ، ثم يرجع أحدنا إلى رَحْله فى أقصى المدينة والشمسُ حيَّة . ونسيت ماقال فى المغرب ، وكان يَستحبُّ أن يُؤَخِّر من العشاء التى تدعونها الْعَتَمَة ، وكان يكره النوم قبلها ، والحديثَ بعدها . وكان ينفتلُ من صلاة الغَداةِ حين يَعرِفُ الرجلُ جليسه ، ويقرأ بالستينَ(1) إلى المائة » .

وقال جابر : « كانَ النبيُّ ﷺ يُصَلِّى الظُّهْرَ بِالْهَاجِرَةِ ، وَالْعَصْرَ وَالشمسُ نَقِيّة ، والمغربَ إذا وجبت ، والعشاء أحياناً ، وأحياناً ، إذا رآهم اجتمعوا عَجَّلَ ، وإذا رآهم قد أبطأوا أخَّر ، والصبحُ كان النبىّ صلى الله عليه وسلم يُصَلِّيها بِغَلَسٍ »(2) متفق عليهما .

وقد رَوى الأموىّ فى المغازى حديثاً أسنده إلى عبد الرحمن بن غَنْم قال : حدثنا مُعاذُ بن جبل قال : « لَمَّا بَعَثَنِى رسولُ الله ﷺ إلى اليمن قال : أَظْهِرْ كَبِيرَ الْإِسْلَامِ وَصَغِيرَهُ . وَلْيَكُنْ مِنْ أَكْبَرِهَا الصَّلَاةُ ، فإنَّهَا رَأْسُ الْإِسْلَامِ بَعْدَ الْإِقْرَارِ بالدِّينِ ، إذا كان الشِّتَاء فَصَلِّ صَلَاةَ الْفَجْرِ ، ثُمَّ أَطِلْ الْقِرَاءَةَ عَلَى قَدْرِ مَا تُطِيقُ ، وَلاَ تُمِلَّهُمْ وَتُكَرِّهْ إلَيْهِمْ أَمْرَ اللهِ ، ثمَّ عَجِّل الصَّلَاةَ الْأُولَى بَعْدَ أَنْ تَمِيلَ الشَّمْسُ ، وَصَلِّ الْعَصْرَ وَالْمَغْرِبَ فى الشتاء ، وَالصَّيفِ ، على ميقاتٍ واحدٍ : الْعَصْرَ وَالشمسُ بيضاء مرتفعةٌ ، والمغربَ حين تغيبُ الشمس ، وَتَوَارَى بِالْحِجَابِ ، وَصَلِّ الْعِشَاءَ فَأَعْتِمْ بِهَا ، فَإنَّ اللَّيْلَ طَوِيلٌ ، فإذا كان الصيفُ فَأَسْفِرْ بالصُّبْحِ ، فإنَّ اللَّيْلَ قَصِيرٌ ، وَإنَّ النَّاسَ يَنَامُونَ ، فَأَمْهِلْهُمْ حَتَّى يُدْرِكُوهَا ، وَصلِّ الظُّهْرَ بَعْدَ أَنْ يَنْقُصَ الظِّلُّ وَتَتَحَرَّكَ الرِّيحُ ، فإن الناس يُقِيلونَ ، فَأَمْهِلْهُمْ حَتَّى يُدركوها ، وَصلِّ الْعَتَمَة فَلاَ تُعْتِمْ بِهَا ، وَلاَ تُصَلِّهَا حَتَّى يَغِيبَ الشَّفَقُ » .

---

(1) أى يقرأ فى الصلاة بعد الفاتحة من ستين آية من القرآن إلى مائة آية . (2) الغلس : الظلمة .

وروى أيضاً فى كتابه عن عمر أنَّهُ قال : « وَالصَّلاَةُ لَهَا وَقْتٌ شَرَطَهُ اللهُ ، لا تَصِحُّ الصَّلاَةُ إِلَّا بِهِ : وَقْتُ صَلاَةِ الْفَجْرِ : حِينَ يُزَايِلُ الرَّجُلُ أَهْلَهُ ، ويحرمُ على الصائمِ الطعامُ والشرابُ ، فأَعْطُوهَا نَصِيبَهَا مِنَ الْقِرَاءَةِ ، وَوَقْتُ صَلاَةِ الظُّهْرِ : إذا كان القيظُ ، واشْتَدَّ الْحَرُّ حين يكون ظِلُّكَ مِثْلَكَ ، وَذَلِكَ حِينَ يَهْجُرُ الْمُهَجِّرُ ، وذلك لِئَلاَّ يَرْقُدَ عَنِ الصلاَةِ . فإذا كان فى الشتاء فَحِينَ تَزِيغُ عَنِ الْفَلَكِ ، حتى تكونَ عَلَى حَاجِبِكَ الأَيْمَنِ . وَالعصرُ ، وَالشَّمْسُ بَيْضَاءُ نَقِيَّةٌ ، قَبْلَ أَنْ تَصْفَرَّ ، والمغربُ حِينَ يُفْطِرُ الصائمُ . والعشاءُ حِينَ يَغْسَقُ اللَّيْلُ ، وَتَذْهَبُ حُمْرَةُ الْأُفُقِ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ ثُلُثُ اللَّيْلِ الأوَّل ، مَنْ نَامَ عَنْهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَلاَ أَرْقَدَ اللهُ عَيْنَهُ . هذه مواقيتُ الصلاة (٤ : ١٠٣ إِنَّ الصَّلاَةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَوْقُوتاً) » .

فصـــل

ولا نعلم فى استحباب تعجيل الظهر فى غير الحر والغيم خلافاً . قال الترمذىّ : وهو الذى اختاره أهلُ العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وَمَنْ بعدهم . وذلك لِمَا ثبت من حديث أبى بَرْزَةَ ، وجابرٍ ، وغيرهما عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقالت عائشةُ رضى الله عنها : « ما رَأَيْتُ أَشَدَّ تَعْجِيلاً لِلظُّهْرِ مِنْ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم ، وَلاَ مِنْ أَبِى بَكْرٍ ، وَلاَ مِنْ عُمَرَ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن . وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الْوَقْتُ الأَوَّلُ مِنَ الصلاَةِ رِضْوَانُ اللهِ ، والوقتُ الأخيرُ عَفْوُ اللهِ تَعَالَى » قال الترمذىّ : هذا حديث غريب .

وأما فى شدة الحَرّ فكلام الخِرَقِىّ يقتضى استحبابَ الإبراد بها على كلِّ حال ، وهو ظاهر كلام أحمد . قال الأثرم : وعلى هذا مذهبُ أبى عبد الله ، سواء ، يُستحبُّ تعجيلُها فى الشتاء ، والإبرادُ بها فى الحَرّ ، وهو قول إسحاق ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، لظاهر قول النبى ﷺ : « إِذَا اشْتَدَّ الْحَرُّ فَأَبْرِدُوا بِالصلاَةِ ، فَإِنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ » رواه الجماعة عن أبى هريرة . وهذا عامّ .

وقال القاضى : إنما يُستحبُّ الإبراد بثلاثة شروط : شدة الحَرّ ، وأن يكون فى البلدان الحارَّة ، ومساجدِ الجماعات ، فأما من صلّاها فى بيته ، أو فى مسجدٍ بفناء بيته ، فالأفضلُ تعجيلُها . وهذا مذهب الشافعىّ . لأن التأخير إنما يستحبّ لينكسرَ الحَرّ ، ويتَّسِعَ فى الحِيطانِ ، وَيَكْثُرَ السعىُ إلى الجماعات . ومن لا يصلى فى جماعةٍ لا حاجة به إلى التأخير . وقال القاضى فى الجامع : لا فرق بين البُلدان الحارَّة وغيرها ، ولا بين كون المسجد يَنْتَابه الناس أو لا . فإن أحمد رحمه الله كان يؤخّرها فى مسجده ، ولم يكن بهذه الصفة ، والأخذُ بظاهر الخبر أَوْلَى .

ومعنى الإبراد بها : تأخيرُها حتى ينكسر الحَرُّ ، ويتسع فى الحيطان . وفى حديث أبى ذَرّ : أن

النبىَّ ﷺ (1) « أَبْرَدَ حَتَّى رَأَيْنَا فَيْءَ التُّلُولِ » وهذا إنما يكون مع كثرة تأخيرها ، ولا يؤخّرها إلى آخر وقتها ، بل يصلّيها فى وقت إذا فرغ يكون بينه وبين آخر الوقت فَضلٌ . وقد روى ابن مسعود قال : « كانَ قَدْرُ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصيفِ ثَلاَثَةَ أَقْدَامٍ ، وفى الشِّتَاء خَمْسَةَ أَقْدَامٍ إلى تِسْعَةِ أَقْدَام » رواه أبو داودَ ، والنسائىّ .

فأما الْجُمعة فيسنُّ تعجيلُها فى كلّ وقت ، بعد الزوال ، من غير براد . لأن سلمة بن الأكْوَع قال : « كُنَّا نُجَمِّعُ مع رسول الله ﷺ إذَا زَالَتِ الشَّمْسُ » متفق عليه ، ولم يبلغنا أنه أخّرها ، بل كان يُعَجِّلها حتى قال سهل بن سَعْد : « ما كُنَّا نَقِيلُ ولا نَتَغَذَّى إلاَّ بَعْدَ الْجُمُعَةِ » أخرجه البخارىّ ، ولأن السنة التبكير بالسعى إليها ، ويجتمع الناس لها ، فلو أخرها لتأذّى الناسُ بتأخير الجمعة .

فصـــل

ذكر القاضى أنه يُستحبُّ تأخيرُ الظهر ، والمغرب فى الْغَيم ، وتعجيلُ العصر والعشاء فيه . قال ونصَّ عليه أحمدُ رحمه الله فى رواية الجماعة ، منهم المروزىّ فقال : يُؤَخِّرُ الظهر فى يوم الغيم ، ويعجِّلُ العصرُ ، ويؤخِّرُ المغربُ ، ويُعَجِّلُ العِشاء . وعلَّل القاضى ذلك بأنه وقت يُخاف منه العوارض ، والموانع من المطر ، والريح والْبَرْدِ . فتلحق المَشقّة فى الخروج لكلّ صلاة . وفى تأخير الصلاة الأولى من صلاتَى الْجَمْعِ ، وتعجيلِ الثانية دفع لهذه المشقة ، لكونه يخرج إليهما خروجاً واحداً . فيحصُل به الرفق ، كما يحصلُ بجَمْعِ الصلاتين فى وقت إحداهما . وبهذا قال أبو حنيفة ، والأوزاعىّ . ورُوى عن عمر رضى الله عنه : مثلُ ذلك فى الظهر ، والعصر . وعن ابن مسعود : يُعجِّل الظهرَ والعصرَ ، ويؤخِّرُ المغربَ . وقال الحسنُ : يؤخِّرُ الظهرَ . وظاهر كلام الخِرَقِىّ : أنه يُستحبُّ تعجيلُ الظهر فى غير الحرِّ ، والمغربِ فى كل حال ، وهو مذهب الشافعىّ . قال : متى غلب على ظنِّه دخولُ الوقت باجتهاده استُحِبَّ له التعجيلُ ، ويحتمل أن أحمدَ رحمه الله إنما أراد بتأخير الظهر والمغرب ، ليَتَيَقَّنَ دخولَ وقتهما . ولا يُصَلِّى مع الشك . وقد نقل أبو طالب كلاماً يدلُّ على هذا . قال : يومَ الغيمِ يؤخِّرُ الظّهر حتى لا يَشُكَّ أنها قد حانت ، ويعجِّلُ العصرَ ، والمغربُ يُؤَخِّرها حتى يعلم أنه سوادُ الليل ، ويُعَجِّلُ العِشاء .

فصـــل

وأما العصر فتعجيلها مستحبٌّ بكل حال . ورُوى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وعائشة ، وأنس ، وابن المبارك ، وأهل المدينة ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . ورُوى عن أبى قِلاَبَة ، وابن شُبْرمة أنهما قالا : إنَّما سُمِّيَتْ العصرَ لِتُعْصر - يعنيان أن تأخيرها أفضل . وقال أصحاب الرأى : الأفضلُ فعلُها

(1) فى النسخ المطبوعة من هذا الكتاب لفظ قال قبل (أبرد) وهو تحريف .

فى آخر وقتها المختار . لما رَوى نافعُ بن خديج : « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كانَ يَأْمُرُ بتأْخيرِ الْعَصْرِ » . وعن عليّ بن شَيْبانَ قال : « قَدِمْنَا على رسولِ الله صلى الله عليه وسلم فكانَ يُؤَخِّرُ الْعَصْرَ ما دامتْ بَيْضَاء نَقيةً » رواه أبو داود . ولأنها آخرُ صلاتَىْ جمع ، فاستُحِبَّ تأخيرُها ، كصلاة العشاء .

ولنا : ماذكرناه من حديث أبى بَرْزَةَ . وقال رافعُ بنُ خُدَيْجٍ : « كُنَّا نُصَلِّى مَعَ رسُولِ اللهِ ﷺ صلاةَ الْعَصْرِ ، ثُمَّ يُنْحَرُ الْجَزُورُ ، فَيُقْسَمُ عَشَرَةَ أَجْزَاء ، ثُمَّ يُطْبَخُ فيُؤْكَلُ لَحْماً نَضِيجاً قَبْلَ مَغِيبِ الشَّمْسِ » متفق عليه . وعن أبى أمامة قال : « صَلَّيْنَا مَعَ عُمَرَ بنِ عَبْدِ العزيز الظُّهْرَ ، ثُمَّ خَرَجْنَا حتى دَخَلْنَا على أَنَسِ بنِ مالكٍ ، فَوَجَدْنَاهُ يُصَلِّى الْعصْرَ ، فقلنا : ياأبا عُمارَةَ ، ما هذه الصلاة التى صَلَّيْتَ ؟ قال : العصرُ . وهذهِ صلاةُ رسولِ الله ﷺ التى كُنَّا نُصَلِّيهَا معه » رواه البخارىّ ، ومسلم .

وعن أبى الْمَلِيح قال : « كُنَّا مَعَ أَبى بُرَيْدَةَ فى غَزْوَةٍ فى يَوْمٍ ذِى غَيْمٍ ، فقال : بَكِّرُوا لِصَلاَةِ العصْر ، فإنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال : مَنْ فَاتَتْهُ[1] صلاةُ الْعَصرِ حَبِطَ عَمَلُهُ » رواه البخارىّ . ورُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الْوَقْتُ الأَوَّلُ مِنَ الصلاةِ رِضْوَانُ اللهِ ، والوقتُ الآخِرُ عَفْوُ اللهِ » يرويه عبدُ الله بن عُمَرَ الْعُمَرِىّ . قال أبو عيسى : هـذا حديث غريب . وأما حديث رافعٍ الذى احتجُّوا به فلا يصحّ . قاله الترمذىّ . وقال الدارقطنىّ : يرويه عبد الواحد بن نافع ، وليس بالقوىّ ، ولا يصحّ عن رافع ، ولا عن غيره من الصحابة ، والصحيح عنهم : تعجيل صلاة العصر والتبكيرُ بها .

فصـــــل

وأما المغربُ فلا خلاف فى استحباب تقديمها فى غير حال الْعُذر ، وهو قول أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم ، قاله الترمذىّ . وقد ذكرنا فى حديث جابر : « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان يصلِّيهَا إذا وَجَبَتْ » . وقال رافعُ بنُ خُدَيْجٍ : « كُنَّا نُصلِّى الْمَغْرِبَ مَعَ النَّبِىِّ صلى الله عليه وسلم ، فَيَنْصَرِفُ أَحَدُنَا وَإِنَّهُ لَيبصِرُ مَوَاقِعَ نَبْلِهِ » متفق عليه . وعن أنس مثلَه ، رواه أبو داود . وعن سلمة بن الأكوع قال : « كانَ النبىُّ ﷺ يصلِّى المَغْرِبَ ساعةَ تَغْرُبُ الشَّمْسُ إِذَا غَابَ حَاجِبُهَا » رواه أبو داود والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح . وهـذا لفظ أبى داود . وفِعْلُ جبريلَ لها فى اليومين فى وقتٍ واحدٍ دليلٌ على تأكيد استحباب تقديمها .

فصـــــل

وأما صلاة العشاء : فيستحبُّ تأخيرها إلى آخر وقتها ، إن لم يَشُقّ . وهو اختيارُ أكثر أهل العلم

---

(١) هكذا فى الأصول الموجودة ، ولعلها أبو بريد ، أو أبو بردة .

من أصحاب النبيِّ ﷺ والتابعين ، قاله الترمذيّ . وحُكي عن الشافعيّ أن الأفضلَ تقديمُها لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « الْوَقْتُ الْأَوَّلُ رِضْوَانُ اللهِ ، والوقتُ الآخِرُ عَفْوُ اللهِ » . وروى القاسمُ بن غنّام ، عن بعض أُمّهَاتِه ، عن أُمِّ فروةقالت : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إِنَّ أَحَبَّ الأَعْمَالِ إِلَى اللهِ عَزَّ وَجَلّ الصلاةُ لِأَوّلِ وَقْتِهَا » ولأن النبي ﷺ لم يكن يؤخّرها ، وإنما أخرها ليلة واحدة ، ولا يفعل إلاّ الأفضل .

ولنا : قول أبي بَرْزَةَ : « أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يَسْتَحِبُّ أَنْ يُؤَخِّرَ مِنَ الْعِشَاءِ الَّتِي يَدْعُونَهَا الْعَتَمَةَ » وقول النبي ﷺ : « لَوْلاَ أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ أَنْ يُؤَخِّرُوا الْعِشَاءَ إلى ثُلُثِ اللَّيلِ ، أَوْ نِصفِهِ » وهو حديث حسن صحيح . وأحاديثهم ضعيفة .

أما خبر : « الوقت الأول رضوان الله » فيرويه عبد الله بن عمر الْعُمَرِيِّ ، وهو ضعيف . وحديث أم فروة رواته مجاهيل . قال أحمدُ رحمه الله : لا أعلم شيئاً ثبت فى أوقات الصلاة ، أولها كذا ، وأوسطها كذا ، وآخرها كذا ، يعنى مغفرة ورضواناً . وقال : ليس ذا ثابتاً ، ولو ثبت فالأخذُ بأحاديثنا الخاصة أولى من الأخذ بالعموم ، مع صحة أخبارنا ، وضعف أخبارهم .

فصـــل

وإنما يستحبُّ تأخيرها للمنفرد ، ولجماعة راضين بالتأخير ، فأما مع المشقّة على المأمومين ، أو بعضهم ، فلا يستحبُّ ، بل يُكره ، نصّ عليه أحمد رحمه الله . قال الأثرم ، قلت لأبي عبد الله : كم قدرُ تأخير العِشاء ؟ فقال : « قدر ما[1] يُؤخِّرها » بعد أن لا يشقَّ على المأمومين . وقد ترك رسول الله ﷺ تأخيرَ العشاء ، والأمر بتأخيرها كراهيةَ المشقّة على أُمّته . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « مَنْ شَقَّ عَلَى أُمَّتِي شَقَّ اللهُ عَلَيْهِ » . وإنما نُقل التأخيرُ عنه مرة أو مرتين ، ولعلّه كان لشُغل ، أو إتيان آخرَ الوقت ، وأما فى سائر أوقاته فإنه كان يصلّيها على ماروواه جابر أحياناً ، وأحياناً : « إذا رآهُمْ قد اجتمعُوا عَجَّلَ ، وإذا رآهم قد أبطؤُا أَخَّرَ » . وعلى ماروواه النعمانُ بنُ بشير : « أَنَّهُ كَانَ يصلِّي الْعِشَاءَ لِسُقُوطِ الْقَمَرِ لِثَالِثَةٍ » فيستحبُّ للإمام الاقتداء بالنبيّ ﷺ فى إحدى هاتين الحالتين ، ولا يؤخِّرها تأخيراً يشقُّ على المأمومين ، فإن النبي ﷺ كان يأمرُ بالتخفيف رفقاً بالمأمومين . وقال : « إِنِّي لَأَدْخُلُ فى الصلاةِ وَأَنَاأُرِيدُ إِطَالَتَهَا ، فَأَسْمَعُ بُكَاءَ الصَّبِيِّ ، فَأُخَفِّفُهَا كَرَاهِيَةَ أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمِّهِ » متفق عليه .

---

(١) كان ما بين القوسين فى نسخ الأصل هكذا (ما قدر يؤخرها) وقد أثبتناها صحيحة ، والمعنى أن قدر تأخيرها ، هو القدر الذى يرضى به المأمومون ولا يشق عليهم .

فصـــل

وأما صلاة الصبح . فالتغليس[1] بها أفضلُ . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق . ورُوى عن أبى بكر ، وعمر ، وابن مسعود ، وأبى موسى ، وابن الزبير ، وعمرَ بن عبد العزيز مايدلُّ على ذلك ، قال ابنُ عبد البرّ ، صحَّ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعن أبى بكر ، وعمر ، وعثمان ، أنهم كانوا يُغَلِّسون ، ومُحالٌ أن يتركوا الأفضلَ ، ويأتوا الدُّونَ ، وهم النهايةُ فى إتيان الفضائل . ورُوى عن أحمدَ رحمه الله ، أن الاعتبار بحال المأمومين ، فإن أَسْفَرُوا فالأفضلُ الإسفارُ ، لأنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يفعلُ ذلك فى العشاء . كما ذكر جابر ، فكذلك فى الفجر . وقال الثورىّ ، وأصحاب الرأى : الأفضلُ الإسفارُ[2] ، لما رَوى رافعُ بن خديج قال : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول : « أَسْفِرُوا بالفَجْرِ ، فإنَّهُ أَعْظَمُ لِلْأَجْرِ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح .

ولنا : ماتقدم من حديث جابر ، وأبى بَرْزَةَ ، وقول عائشة رضى الله عنها : « كان رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يصلِّى الصُّبْحَ ، فَتَنْصَرِفُ النِّسَاءُ مُتَلَفِّعَاتٍ بِمُرُوطِهِنَّ[3] مَايُعْرَفْنَ مِنَ الْغَلَسِ» متفق عليه . وعن أبى مسعود الأنصارىّ : « أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم غَلَّسَ بالصُّبْحِ ، ثُمَّ أَسْفَرَ مَرَّةً ثُمَّ لم يَعُدْ إلى الْإِسْفَارِ حتى قَبَضَهُ اللهُ » رواه أبو داود . قال الخَطَّابىّ : وهو صحيح الإسناد ، وقالت عائشةُ رضى الله عنها : « ماصلَّى النبىُّ صلى الله عليه وسلم صلاةً لِوَقْتِهَا الآخِرِ مَرَّتَيْنِ حَتَّى قَبَضَهُ اللهُ » . وهذا حديث غريب ، وليس إسناده بمتصل .

فأما الإسفار المذكور فى حديثهم : فالمرادُ به تأخيرُها حتى يتبيَّن طلوع الفجر ، وينكشفَ يقيناً ، من قولهم : أَسْفَرَتِ المرأةُ : إذا كشفت وجهها .

فصـــل

ولا يأثمُ بتعجيل الصَّلاةِ التى يُستحبُّ تأخيرها ، ولا بتأخير مايُستحبُّ تعجيلُه إذا أخَّره عازماً على فعله ، مالم يخرُج الوقتُ أو يَضِقْ عن فعل العبادة جميعها ، لأن جبريلَ صلَّاها بالنبىّ ﷺ فى أول الوقت ، وآخره . وصلاها النبىُّ ﷺ فى أول الوقت ، وآخره ، وقالا : « الوقت مابين هذين » ولأن الوجوب موسَّع ، فهو كالتكفير ، يجب مُوَسَّعاً بين الأعيان . فإن أخّر غير عازم على الفعل أَثِمَ بذلك التأخير المقترن بالعزم ، فإن أخرها بحيثُ لم يبقَ من الوقت ما يَتَّسِعُ لجميع الصلاة أَثِمَ أيضاً ، لأن الركعة الأخيرةَ من جملة الصلاة ، فلا يجوزُ تأخيرها عن الوقت كالأولى .

---

(١) التغليس بالفجر : فعلها وقت الغلس ، وهو ظلمة آخر الليل .

(٢) الإسفار افعل صلاة الصبح بعد ظهور الضوء قبل طلوع الشمس .

(٣) المروط : جمع مرط ، بكسر الميم وسكون الراء : الثوب من الخز .

فصــــل

فإن أخَّر الصلاةَ عن أول وقتها بنية فعلها ، فماتَ قبل فعلها لم يكن عاصياً ، لأنه فعل مايجوز له فعله ، والموتُ ليس من فعله ، فلا يأثَمُ به .

فصــــل

ومن صَلَّى قبل الوقت لم تَجُزْ صلاته فى قول أكثر أهل العلم ، سواء فعله عمداً أو خطأ ، كلَّ الصلاة أو بعضها . وبه قال الزهرىّ والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن ابن عمر وأبى موسى : أنهما أعادا الفجرَ ، لأنهما صلَّياها قبل الوقت . ورُوى عن ابن عباس فى مُسافرٍ صلّى الظهرَ قبل الزوال يُجْزِئُه . ونحوَه قال الحسنُ ، والشعبىّ . وعن مالك كقولنا . وعنه فيمن صلَّى العِشاء قبل مغيب الشفق جاهلاً أو ناسياً : يُعيدُ ما كان فى الوقت . فإن ذهب الوقتُ قبل علمه أو ذكره[1] فلا شىء عليه .

ولنا : أن الخطاب بالصلاة يتوجه إلى المكلَّف عند دخول وقتها ، وماوُجد بعد ذلك مايُزيله ويُبرىء الذمة منه ، فيبقى بحاله .

« مسألة » قال ﴿ وإذا تطهّرتِ الحائضُ ، وأسلم الكافرُ ، وبلغ الصّبى قبل أن تغرُب الشمس صلّوا الظهرَ فالعصرَ ، وإن بلغ الصبىُّ ، وأسلم الكافرُ ، وطهُرتِ الحائضُ قبل أن يطلع الفجرُ صَلّوا المغربَ ، وعِشاءَ الآخرةِ ﴾ .

ورُوى هذا القولُ فى الحائض تطهُر عن عبد الرحمن بن عوف ، وابن عباس ، وطاوس ، ومُجاهد ، والنخعِىّ ، والزهرىّ ، ورَبيعةَ ، ومالك ، والليث ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور . قال الإمام أحمد : عامَّةُ التابعين يقول بهذا القول ، إلا الحسنَ وحدَه ، قال : لاتجِبُ إلا الصلاةُ التى طَهُرَتْ فى وقتها وحدَها ، وهو قول الثورىّ ، وأصحاب الرأى ، لأن وقت الأولى خرج فى حال عُذرها . فلم تَجِبْ ، كما لو لم يدرك من وقت الثانية شيئاً . وحُكى عن مالك : أنه إذا أدرك قدرَ خَمْسِ ركعاتٍ من وقت الثانية وجبت الاولى ، لأن قدر الركعة الأولى من الخمس وقتٌ للصلاة الأولى ، فى حال العذر ، فوجبت بإدراكه . كما لو أدرك ذلك من وقتها المختار ، بخلاف ما لو أدرك دون ذلك .

ولنا : مارَوَى الأثرم ، وابن المنذر ، وغيرُهما بإسنادهم ، عن عبد الرحمن بن عوف ، وعبد الله بن عبّاس أنهما قالا فى الحائض تطهُر قبل طلوع الفجر بركعة : تُصلِّى المغربَ والعشاءَ . فإذا طهرت قبل أن تغرُب الشمس : صلَّتْ الظهرَ ، والعصرَ جميعاً . ولأن وقت الثانية وقتُ الأولى حالَ العذر ، فإذا أدركه المعذورُ لزمه فرضاً ، كما يلزمه فرض الثانية .

---

(١) كانت الهاء من (ذكره) ساقطة فى نسخ الأصل .

فصـــل

والقدرُ الذى يتعلّقُ به الوجوب : قدرُ تكبيرة الإحرام . وقال الشافعىّ : قدرُ ركعة ، لأن ذلك هو الذى رُوى عن عبد الرحمن ، وابن عباس . ولأنه إدراكٌ تعلّق به إدراكُ الصلاة ، فلم يكن بأقلَّ من ركعة ، كإدراك الْجُمعة . وقال مالك : خَمْسُ ركعات .

ولنا : أن مادون الركعة تجبُ به الثانية فوجبت به الأولى ، كالركعة والخمس عند مالك . ولأنه إدراكٌ فاستوى فيه القليلُ والكثير ، كإدراك المسافر صلاةَ المُقيم . فأما الْجُمعة فإنما اعتُبرتِ الركعة بكمالها ، لكون الجماعة شَرْطاً فيها ، فاعتبر إدراك ركعة كيلا يفوتَه شرطُها فى مُعظمها ، بخلاف مسألتنا .

فصـــل

وإن أدرك المكلَّفُ من وقت الأولى من صلاتى الْجمع قدراً تجبُ به ، ثم جُنَّ أو كانت امرأةً فحاضت ، أو نُفِسَتْ ، ثم زال العذرُ بعد وقتها . لم تجب الثانيةُ فى إحدى الروايتين . ولا يجبُ قضاؤها . وهذا اختيارُ ابن حامد ، والأخرى : يجبُ ، ويلزم قضاؤها ، لأنها إحدى صلاتى الجمع ، فوجبت بإدراك جزء من وقت الأخرى كالأولى .

ووجه الأولى : أنه لم يدرك جُزءاً من وقتها ، ولا وقتٍ تَبِعَهَا . فلم تجب ، كما لو لم يُدرك من وقت الأولى شيئاً ، وفارق مُدركَ وقت الثانية ، فإنه أدرك وقتَ تَبع الأولى ، فإن الأولى تُفعل فى وقت الثانيةِ مَتبُوعَةً مقصودةً يجب تقديمُها ، والبداية بها ، بخلاف الثانية مع الأولى ، ولأنَّ من لا يُجَوِّزُ الجمع إلا فى وقت الثانية ليس وقتُ الأولى عنده وقتاً للثانية بحال ، فلا يكون مُدركاً لشىء من وقتها ووقتُ الثانية وقتٌ لهما جميعاً . لجواز فعل الأولى فى وقت الثانية . ومن جوّز الجمع فى وقت الأولى ، فإنه يُجَوِّز تقديم الثانية رُخْصَةً تحتاج إلى نية التقديم ، وترك التفريق . ومتى أخّر الأولى إلى الثانية كانت مفعولةً واجبةً لايجوز تركها ، ولا يجب نيةُ جَمْعِهَا ، ولا يشترك ترك التفريق بينهما ، فلا يصح قياس الثانية على الأولى ، والأصل أن لا تجب صلاةٌ إلا بإدراك وقتها .

فصـــل

وهذه المسألةُ تدلّ على أن الصلاة لاتجب على صبى ، ولا كافر ، ولا حائض . إذ لو كانت الصلاة واجبةً عليهم لم يكن لتخصيص القضاء بهذه الحال معنًى . وهذا الصحيحُ فى المذهب .

فأما الحائض فقد ذكرنا حكمها فى بابها . وأما الكافرُ : فإن كان أصليًّا لم يلزمه قضاء ماتركه من العبادات ، فى حال كفره ، بغير خلاف نعلمُه . وقد قال الله تعالى (٨ : ٣٨ قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَاقَدْ سَلَفَ) وأسلم فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم خلق كثير ، وبعده فلم يؤمر

أحدٌ منهم بقضاء . ولأن في إيجاب القضاء عليه تنفيراً من الإسلام فعُفي عنه . واختلف أهلُ العلم في خطابه بفروع الإسلام في حال كفره ، مع إجماعهم على أنه لايلزمه قضاؤها بعد إسلامه . حكى عن أحمد في هذا روايتان :

فأما المُرتدّ : فذكر أبو إسحاق بن شاقلا ، عن أحمد في وجوب القضاء عليه روايتين :

(إحداها) لايلزمه : وهو ظاهر كلام الخِرَقِيّ في هذه المسألة ، فعلى هذا لايلزمه قضاء ماترك في حال كفره ، ولا في حال إسلامه قبل رِدَّته . ولو كان قد حج لزمه استئنافُه ، لأن عمله قد حَبِطَ بكفره . بدليل قوله (٣٩ : ٦٥ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ) فصار كالكافر الأصلّي في جميع أحكامه .

(والثانية) يلزمه : قضاء ماترك من العبادات في حال ردّته ، وإسلامه قبل ردته . ولا يجب عليه إعادةُ الحج ، لأن العمل إنما يحبط بالإشراك مع الموت ، لقوله تعالى : (٢ : ٢١٧ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ) . فشَرَطَ الأمرين لحبوط العمل ، وهذا مذهب الشافعيّ ، ولأن المرتّد أقرَّ بوجوب العبادات عليه ، واعتقد ذلك ، وقدر على التسبُّب إلى إدائها ، فلزمه ذلك ، كالمُحدث . ولو حاضت المرأة المرتدة لم يلزمها قضاء الصلاة في زمن حيضها ، لأن الصلاة غيرُ واجبةٍ عليها في تلك الحال . وذكر القاضي روايةً ثالثةً : أنه لاقضاء عليه لما ترك في حال ردّته . لأنه تركه في حال لم يكن مخاطَباً بها لكفره ، وعليه قضاء ماترك في إسلامه قبل الردّة ، ولأنه كان واجباً عليه ومخاطَباً به قبل الردّة . فيبقى الوجوبُ عليه بحاله ، قال : وهذا المذهبُ ، وهو قول أبي عبد الله بن حامد : وعلى هذا لايلزمه استئناف الحجّ إن كان قد حج ، لأن ذمّته برئَتْ منه بفعله قبل الردة . فلا يشتغل به بعد ذلك كالصلاة التي صلاها في إسلامه ، ولأن الردة لو أسقطَتْ حَجّه وأبطلته ، لأبطلت سائر عباداته المفعولة قبل رِدّته .

فصل

فأما الصبيُّ العاقلُ فإنه تجب عليه في أصح الروايتين . وعنه أنها تجب على من بلغ عشراً . وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى ، فعلى قولنا : إنها لاتجب عليه متى صلّى في الوقت ، ثم بلغ فيه بعد فراغه منها ، وفي أثنائها ، فعليه إعادتُها ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعيّ ، يُجزئه ولايلزمه إعادتها في الموضعين ، لأنه أدّى وظيفةَ الوقتِ فلم يلزمه إعادتها كالبالغ .

ولنا : أنه صلى قبل وجوبها ، فلم تُجزه عمّا وُجِدَ[1] سببُ وجوبها عليه ، كما لو صلى قبل الوقت ،

(١) في هذه العبارة اضطراب ، وهي هكذا في أصول الكتاب ولعل صحتها « فلم تجزه عما وجب بعد وجود سبب وجوبها عليه » .

ولأنه صلى نافلةً ، فلم تجزه عن الواجب ، كما لو نوى نفلاً . ولأنه بلغ فى وقت العبادة وبعد فعلها ، فلزمته إعادتُها كالحجّ ، ووظيفة الوقت فى حق البالغ ظهراً واجبةٌ ولم يأت بها .

فصـــل

والمجنون غير مكلَّف ، ولا يلزمه قضاء ماترَكَ فى حال جنونه إلا أن يُفيق فى وقت الصلاة ، فيَصير كالصبيِّ يبلُغ ، ولانعلم فى ذلك خلافاً ، وقد قال رسول الله ﷺ : « رُفِـعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ : عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَشِبَّ ، وَعَنِ الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَعْقِلَ » أخرجـه أبو داود ، وابن ماجه ، والترمذىّ وقال : حديث حسن ، ولأن مدته تطول غالباً ، فوجوب القضاء عليه يشقُّ فعُفى عنه .

« مسألة » قال ﴿ والمُغْمَى عليه يقضى جميعَ الصلوات التى كانت فى حال إغمائه ﴾ .

وجمـلة ذلك : أن المُغمَى عليه حكمه حـكم النـائم ، لايسقطُ عنه قضاء شىء من الواجبات التى يجب قضاؤها على النائم ، كالصلاة ، والصيام . وقال مالك والشافعىّ : لا يلزمه قضاء الصـلاة إلا أن يُفيق فى جزء من وقتها ، لأن عائشة : « سألت رسول الله ﷺ عن الرجل يُغمَى عَليه ، فَيتْرُكُ الصلاةَ ؟ فقال رسول الله ﷺ : « لَيْسَ مِنْ ذَلِكَ قَضَاءٌ إلاَّ أَنْ يُغْمَى عَلَيْهِ فَيُفِيقَ فى وَقتِهَا فَيُصَلِّيهَا » وقال أبو حنيفة : إن أُغمِىَ عليه خمسَ صلوات قضاها . وإن زادت سـقط فرضُ القضـاء فى الـكل ، لأن ذلك يدخلُ فى التـكرار ، فأسقط القضاءَ كالجنون .

ولنـا : مارُوى « أن عمَّاراً غُشِىَ عليه أياماً لايصلِّى ، ثم استفاق بعد ثلاثٍ فقـال : هل صلَّيْتُ ؟ فقيل : ما صليت منذ ثلاثٍ ، فقال : أعطونى وَضوءاً ، فتوضأ ، ثم صلَّى تلك الليلة » . ورَوى أبو مجلز « أنَّ سَمُرَةَ بنَ جُنْدُب قال : المُغمَى عليه يترك الصلاة ، أو فيترك الصلاة ، يصلِّى مع كل صـلاةٍ صلاةً مثلها ، قال : قال عمران : زَعَمَ ، ولـكن ليُصَلِّيَهُنَّ جميعاً » . ورَوى الأثرمُ هذين الحديثين فى سـننه . وهذا فعلُ الصحابة ، وقولهم ، ولا يعرف لهم مخالفٌ[1] فـكان إجماعاً . ولأن الإغماء لا يُسقط فرضَ الصيام ، ولا يؤثر فى استحقاق الولاية على المُغْمَى عليه فأشبه النوم .

فأما حديثهم فباطل ، يرويه الحـاكم بن سعد . وقد نهى أحمـد رحمه الله عن حديثـه . وضعفه ابن المبـارك . وقال البخارىّ : تركوه . وفى إسناده خارجـةُ بن مُصعَب ، وهو ضعيف أيضاً . ولا يصح قياسه على المجنون ، لأن المجنون تتطاول مُدّته غالباً ، وقد رُفع القـلمُ عنه ، ولا يلزمه صيام ، ولا شىء

---

(١) كانت مخالفـاً بالنصب ، فى النسخة التى علقنا عليهـا ، وفى الأصول الأخرى ، فأثبتناها بالرفـع على الصحيح .

من أحـكام التـكليف . وتثبت الولايةُ عليه . ولا يجوز على الأنبياء عليهم السـلام ، والإغماء بخلافه . ومالا يؤثّر فى إسقاط الخمس لايؤثّر فى إسقاط الزائد عليها كالنوم .

فصـــل

ومن شرب دواء فزال عقلُه به نَظَرْتَ(١) فإن كان زوالاً لايدوم كثيراً فهو كالإغماء . وإن كان يتطاول فهو كالجنون .

وأما السكر : ومن شرب مُحرَّماً يزيل عقـله وقتاً دون وقت . فلا يُؤثِّر فى إسـقاط التـكليف . وعليه قضاء مافاته فى حال زوال عقـله ، لانعـلم فيـه خلافاً . ولأنه إذا وجب عليه القضاء بالنوم المبـاح فبالسكر المحرَّم أولى .

فصـــل

ومافيه السُّموم من الأدوية إن كان الغالبُ من شربه واستعماله الهلاك به أو الجنون لم يُبَحْ شربه ، وإن كان الغالب منه السلامة ، ويرجى منه المنفعة ، فالأولى إباحـة شربه ، لدفع ما هو أخطر منه كغيره من الأدوية ، ويحتمل أن لايباح ، لأنه يُعرِّض نفسـه للهلاك ، فلم يُبَحْ ، كما لو لم يُرد به التداوىَ . والأول أصحّ لأن كثيراً من الأدوية يُخاف منه . وقد أبيح لدفع ما هو أضرُّ منه . فإذا قلنـا : يحرم شربُه ، فهو كالمحرمات من الخمر ونحوه . وإن قلنا : يباح ، فهو كسائر الأدوية المباحة ، والله أعلم .

---

(١) فى الطبعة التى علق عليها الشيخ حامد الفقى نظر ، بدل نظرت ، وذلك بنـاء على ماأشار إليه الشيخ محمد رشيد رضا فى تعليقه على النسخة التى طبعتها دار المنـار وقال فيها : إن الظـاهر أن يقال نظر ، بدل نظرت ، ولا مانع أن يكون خطاباً للقارىء المشتغل بالفقه أو بالفتوى .

باب الأذان

الأذان : إعلام بوقت الصلاة . والأصل فى الأذان : الإعلام ، قال الله عزّ وجل (٩ : ٣ وَأَذَانٌ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ) أى إعلام ، و (٢١ : ١٠٩ آذَنْتُكُمْ عَلَى سَوَاءٍ) أعلمتكم ، فاستوينا فى العلم . وقال الحارث بن حلِّزة :

آذَنَتْنَا بِبَيْنِهَا أَسْمَاءُ رُبَّ ثاوٍ يُمَلُّ مِنْهُ الثَّوَاءُ[1] أى : أعلمتنا

والأذان الشرعىّ : هو اللفظ المعلوم المشروع فى أوقات الصلوات للإعلام بوقتها ، وفيه فضل كثير وأجر عظيم ، بدليل ماروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَافِى النِّدَاءِ وَالصَّفِّ الْأَوَّلِ ، ثُمَّ لَمْ يَجِدُوا إِلاَّ أَنْ يَسْتَهِمُوا عَلَيْهِ لاَسْتَهَمُوا عَلَيْهِ »[2] . وقال أبو سعيد الخدرى : « إِذَا كُنْتَ فى غَنَمِكَ أَوْ بَادِيَتِكَ فَأَذَّنْتَ بِالصَّلاَةِ فَارْفَعْ صَوْتَكَ بِالنِّدَاءِ ، فَإِنَّهُ لاَيَسْمَعُ صَوْتَ الْمُؤَذِّنِ جِنٌّ ، وَلاَ إِنْسٌ وَلاَ شَىْءٌ إِلاَّ شَهِدَ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ . قال أبو سعيد : سمعته من رسول الله ﷺ » ، أخرجهما البخارىّ . وعن معاوية قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الْمُؤَذِّنُونَ أَطْوَلُ النَّاسِ أَعْنَاقاً يَوْمَ الْقِيَامَةِ » أخرجه مسلم . وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « ثَلاَثَةٌ عَلَى كُثْبَانِ الْمِسْكِ[3] أراه قال : يَوْمَ الْقِيَامَةِ - يَغْبِطُهُمُ الْأَوَّلُونَ وَالْآخِرُونَ : رَجُلٌ نَادَى بِالصَّلَوَاتِ الْخَمْسِ فى كلِّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ . وَرَجُلٌ يَؤُمُّ قَوْماً وَهُمْ بِهِ رَاضُونَ . وَعَبْدٌ أَدَّى حَقَّ اللهِ وَحَقَّ مَوَالِيهِ » أخرجه الترمذىّ وقال : حديث حسن غريب .

فصـــل

واختلفت الرواية : هل الأذان أفضل من الإمامة ، أو لا ؟ فرُوى أن الإمامةَ أفضلُ ، لأن النبىَّ ﷺ تولاَّها بنفسه ، وكذلك خلفاؤه ، ولم يتولَّوْا الأذانَ ، ولا يختارون إلا الأفضلَ ، ولأن الإمامةَ يختار لها من هو أكملُ حالاً وأفضلُ ، واعتبار فضيلته دليلُ فضيلةِ منزلته .

والثانية : الأذان أفضلُ ، وهو مذهب الشافعىّ ، لما رَوَينا من الأخبار فى فضيلته . ولما رَوى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الإِمَامُ ضَامِنٌ ، والْمُؤَذِّنُ مُؤْتَمَنٌ ، اللهمَّ أَرْشِدِ الأَئِمَّةَ ،

---

(١) ببينها : بفراقها : ، ثاو : مقيم ، الثواء : الإقامة .

(٢) استهموا عليه : عملوا قرعة بينهم وهيئوا سهاماً عليها أسماؤهم ، فمن تخرج له القرعة كان هو الذى يؤذن ، وهو الذى يقف فى الصف الأول خلف الإمام فى الصلاة .

(٣) الكثبان : جمع كثيب وهو الرمل المجتمع . والمعنى أنهم على مسك كثير كالكثيب .

واغفِرْ لِلمُؤَذِّنينَ » أخرجه أبو داود والنسائىّ . والأمانة أعلى من الضمان . والمغفرة أعلى من الإرشاد ولم يتولّهُ النبىّ ﷺ ، ولا خلفاؤه لضيق وقتهم عنه ، ولهـذا قال عمر رضى الله عنه : لَوْلاَ الخِلاَفَةُ لأذَّنْتُ » وهذا اختيار القاضى ، وابن أبى موسى ، وجماعةٍ من أصحابنا . والله أعلم .

فصـــل

والأصل فى الأذان : ما رَوى محمدُ بن إسحاق قال : حدثنى محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمىّ ، عن محمد بن عبد الله بن زيد بن عبد ربّه ، قال حدثنى أبى عبد الله بن زيد ، قال : « لَمَّا أَمَرَ رسولُ الله ﷺ بالنَّاقوسِ يُعْمَلُ لِيُضْرَبَ بِهِ لِجَمْعِ النَّاسِ للصَّـلاَةِ طَافَ بِىَ وَأَنَا نَائِمٌ رَجُلٌ يَحْمِلُ نَاقُوساً فِى يَدِهِ ، فقلت : يا عبد الله ، أتبيعُ الناس ؟ فقال : وماتصنعُ به ؟ قلت : ندعو به إلى الصَّـلاةِ . قال : أَفَلاَ أَدُلُّكَ على ما هو خيرٌ من ذلك ؟ فقلتُ له : بَلَى ، فقـال تقولُ : اللهُ أكبرُ اللهُ أكبر ، اللهُ أكبر اللهُ أكبر ، أشهدُ أن لا إله إلا الله ، أشهدُ أَنْ لاإلهَ إلا اللهُ ، أشهدُ أَنَّ محمداً رسولُ الله ، أشهدُ أَنَّ محمداً رسولُ الله ، حَىَّ على الصَّلاةِ ، حَىَّ على الصَّلاة ، حَىَّ على الْفَلاَحِ ، حَىَّ على الْفَلاَح ، اللهُ أكْبَرُ اللهُ أكْبَر ، لا إلهَ إلاَّ الله . قال : ثمّ استأْخَرَ عَنِّى غيرَ بعيد ، ثم قال : تقولُ إذا أقمتَ الصَّلاةَ : اللهُ أكبرُ اللهُ أكبر ، أشهدُ أَنْ لا إلهَ إلاَّ الله ، وأشهدُ أَنَّ محمـداً رسولُ الله ، حَىَّ على الصَّـلاةِ ، حَىَّ على الْفَلاَحِ ، قد قامَتِ الصلاةُ ، قد قامَتِ الصلاةُ ، اللهُ أكبرُ ، اللهُ أكبر ، لاإلهَ إلاَّ الله . فلما أصبحتُ أتيتُ رسول الله ﷺ فأخبرتُه بما رأيت ، فقال : إنَّهَا رُؤْيَا حق إن شاءَ الله ، فقم مع بلال فألق عليه ما رأَيْتَ ، فَلْيُؤَذِّنْ به . فإنه أَنْدَى صَوْتاً منك . فقمت مع بـلال ، فجعلتُ ألقيه عليـه ، ويُؤَذِّنُ به ، فسمع ذلك عمرُ بنُ الخطاب رضى الله عنه وهو فى بيته ، فخرج يجرُّ رِدَاءَهُ ، فقال : يارسول الله ، والذى بعثك بالحقِّ ، لقد رأيتُ مثلَ الذى رأى ، فقـال رسول الله ﷺ فلله الحمدُ » رواه الأثرم ، وأبو داود ، وذكر الترمذىّ آخرَه بهـذا الإسناد ، وقال : هو حديثٌ حسن صحيح ، وأجمعت الأمةُ على أن الأذان مشروعٌ للصلوات الخمس .

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ ويذهب أبو عبد الله رحمه الله إلى أذان بلال رضى الله عنه . وهو : اللهُ أكبرُ اللهُ أكبر ، الله أكبرُ الله أكبر ، أشهدُ أن لا إله إلا الله ، أشهدُ أن لا إله إلا الله ، أشهدُ أن محمداً رسول الله ، أشهدُ أن محمداً رسول الله ، حىّ على الصلاة ، حىّ على الصلاة ، حىّ على الفلاح ، حىَّ على الفلاح ، الله أكبر ، الله أكبر ، لا إله إلا الله ﴾ .

وجملة ذلك أن اختيار أحمد رحمه الله من الأذان أذانُ بلال رضى الله عنه ، وهو كما وصف الخِرَقِىّ . وجاء فى خبر عبد الله بن زيد ، وهو خمسَ عَشْرَةَ كلمةً لاترجيعَ فيه . وبهذا قال الثورىّ ، وأصحاب

الرأى ، وإسحق . وقال مالك ، والشافعىّ ، ومن تبعهما من أهل الحجاز : الأذان المسنون أذان أبى مَحْذُورة . وهو مثل ما وصفنا ، إلا أنه يُسَنُّ الترجيع ، وهو أن يذكر الشهادتين مَرَّتَيْنِ مَرَّتَيْنِ ، يخفض بذلك صوته ، ثم يعيدهما رافعاً بهما صوته ، إلا أنّ مالكاً قال : التكبير فى أوله مرتان حَسْبُ . فيكون الأذان عنده : سَبْعَ عَشْرَةَ كلمة ؛ وعند الشافعىّ : تِسْعَ عَشْرَةَ كلمة .

واحتجوا بما روى أبو مَحْذُورَةَ « أن النبىّ ﷺ لقّنه الأذان ، وألقاه عليه ، فقال له تقول : أشهدُ أن لا إله إلا اللهُ ، أشهدُ أن لا إله إلا الله . أشهـدُ أن محمداً رسولُ الله ، أشهد أن محمداً رسولُ الله . تخفضُ بها صوتك ، ثم ترفع صوتك بالشهادة ، أشهد أن لا إله إلا اللهُ ، أشهدُ أن لا إله إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله ، أشهد أن محمداً رسول الله » أخرجه مسلم . ثم ذكر سائر الأذان . وهو حديث متفق عليه ، واحتجّ مالك بأن ابنَ مُحَيْرِيزَ قال : « كانَ الأذانُ الذى يُؤَذِّنُ به أبو مَحْذُورَةَ : الله أكبر الله أكبرُ ، أشهدُ أن لا إله إلا الله » متفق عليه .

ولنا حديث عبد الله بن زيد . والأخذ به أولى ، لأن بلالاً كان يؤذِّن به مع رسول الله صلى الله عليه وسلم دائماً ، سفراً وحضراً ، وأقرّه النبىُّ ﷺ على أذانه بعد أذان أبى محذورة . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل : إلى أى الأذان يَذهبُ ؟ قال : إلى أذان بلال . رواه محمد بن إسحاق ، عن محمد ابن إبراهيم ، عن محمد بن عبد الله بن زيد . لأن حديث أبى محذورة بعد فتح مكة ؟ فقال : أليس قد رجع النبى صلى الله عليه وسلم إلى المدينة فأقرّ بلالاً على أذان عبد الله بن زيد ؟ وهذا من الاختلاف المباح ، فإن رجَّع فلا بأس ، نص عليه أحمد ، وكذلك قال إسحاق ، فإن الأمرين كلاهما قد صحّ عن النبى ﷺ . ويحتملُ أن النبى ﷺ إنما أمر أبا محذورة بذكر الشهادتين سِراً ؛ ليحصُل له الإخلاصُ بهما . فإن الإخلاصَ فى الإسرار بهما أبلغ من قولهما إعلاناً للإعلام . وخصّ أبا محذورةَ بذلك ، لأنه لم يكن مقرًّا بهما حينئذ ، فإن فى الخبر : « أنه كان مُسْتَهزِئاً يحكى أذانَ مؤذِّن النبى صلى الله عليه وسلم ، فسمع النبىُّ صلى الله عليه وسلم صوتَه ، فدعاه فأمره بالأذان ، قال : ولا شىء عندى أبغضُ من النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا مما يأمرنى به » ، فقصد النبىُّ صلى الله عليه وسلم نُطقَه بالشهادتين سِراً لِيُسلِّمَ بذلك ، ولا يوجد هذا فى غيره . ودليل هذا الاحتمال : كونُ النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يأمر به بلالاً ، ولا غيره ممن كان مُسلماً ثابت الإسلام ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ والإقامة : الله أكبر الله أكبر ، أشهد أن لا إلهَ إلا الله ، أشهد أن محمداً رسول الله . حى على الصلاة ، حى على الفلاح ، قد قامت الصلاة ، قد قامت الصلاة ، الله أكبر الله أكبر ، لا إله إلا الله ﴾ .

وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفه : الإقامة مثلُ الأذان ، ويزيد الإقامةَ مرّتين . لحديث عبد الله

ابن زيد : « أنّ الذى علّمه الأذانَ أمهل هُنَيْهَةً . ثم قام فقال مثلها » رواه أبو داود . وروى ابن محيريز عن أبى محذورة : « أن النبىّ ﷺ علّمه الإقامة سبع عشرة كلمة » قال الترمذىّ ، هذا حديث صحيح .

وقال مالك : الإقامةُ عشرُ كلمات ، تقول : قد قامت الصلاة مرة واحدة ، لما روى أنس قال : « أُمِرَ بلالٌ أنْ يَشْفَعَ الأذَانَ وَيُوتِرَ الإقَامَةَ » متفق عليه .

ولنا : ماروى عبد الله بن عمر أنه قال : « إنّما كانَ الأذانُ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مَرَّتَيْنِ مَرَّتَيْنِ ، والإقامةُ مرَّةً مرَّةً إلاّ أنه يقول : قد قامت الصلاةُ ، قد قامت الصلاةُ » أخرجه النسائىّ . وفى حديث عبد الله بن زيد أنه وصَفَ الإقامة كما ذكرنا ، رواه الإمام أحمد عن يعقوب ، بن سعد ، عن أبيه ، عن محمد بن إسحاق ، بالإسناد الذى ذكرناه .

وما احتجوا به من قوله : « فقَامَ فقالَ مِثْلَهَا » فقد قال الترمذىّ : الحديث الصحيح مثل ماروينا . وقال ابن خزيمة : الصحيح مارواه محمد بن عبد الله بن زيد عن أبيه : « ثم اسْتَأْخَرَ غَيْرَ كَثِيرٍ ، ثمّ قَال مِثْلَ مَاقَالَ — وجَعَلَهَا وِتْراً — إلا أنه قال : قَدْ قَامَتِ الصَّلاَةُ ، قَدْ قَامَتِ الصَّلاَةُ » وهذه زيادةُ بيان يجبُ الأخذُ بها ، وتقديمُ العمل بهذه الرواية المشروحة .

وأما خبر أبى محذورة فى تثنية الإقامة ، فإنْ ثبت كان الأخذ بخبر عبد الله بن زيد أولى ، لأنه أذانُ بلال ، وقد بيَّنا وجوب تقديمه فى الأذان ، وكذا فى الإقامة . وخبر أبى محذورة متروك بالإجماع فى الترجيع فى الإقامة ، ولذلك عملنا نحن وأبو حنيفة بخبره فى الأذان ، وأخذ بأذانه مالكٌ والشافعىّ ، وهما يَرَيَانِ إفراد الإقامة .

« مسألة » قال ﴿ ويَترسَّلُ فى الأذان ويَحْدِرُ الإقامة ﴾ .

الترسُّل : التمهل والتأنى ، من قولهم : جاء فلان على رِسله ، والحَدْر : ضد ذلك ، وهو الإسراع ، وقطع التطويل . وهذا من آداب الأذان ومستحباته . لقول النبى ﷺ : « إذَا أَذَّنْت فَتَرسَّل ، وإذا أَقَمْتَ فاحْدُرْ[1] » رواه أبو داود والترمذى ، وقال : هو حديث غريب . وروى أبو عبيد بإسناده عن عمر رضى الله عنه : « أنه قال لمؤذِّن بيت المقدس : إذا أَذَّنْتَ فتَرَسَّلْ . وَإِذَا أَقَمْتَ فاحْذِمْ » . قال الأصمعى : وأصل الحذم — بالحاء المهملة — فى المشى إنما هو الإسراع[2] وأن يكون مع هذا كأنه يَهْوِى بيَدَيْهِ إلى خَلْفِهِ . ولأنّ هذا معنًى يحصُل به الفرق بين الأذان والإقامة . فاستُحب كالإفراد . ولأن الأذان : إعلام الغائبين ، والتثبيتُ فيه أبلغُ فى الإعلام ، والإقامةُ إعلام الحاضرين ، فلا حاجة إلى التثبيت فيها .

---

(١) يجوز ضم الدال وكسرها .

(٢) وكذا فى القراءة والذكر، الحذم : الإسراع .

فصـــل

ذكر أبو عبد الله بن بَطّة : أنه حال ترسُّله ودَرْجِه لايصلُ الـكلامَ بعضَه ببعض مُعْرِباً ، بل جَزْماً . وحكاه عن ابن الأنبارىّ عن أهـل اللغـة ، قال : ورُوى عن إبراهيم النخعىّ قال : شيئان مجزُومانِ كانوا لايُعْرِبُونَهما : الأذانُ ، والإقامةُ . قال : وهذه إشارةٌ إلى جماعتهم .

« مسألة » قال ﴿ ويقول فى أذان الصبح : الصلاة خير من النوم ، مرَّتين ﴾ .

وجملته : أنه يُسَنُّ أن يقول فى أذان الصبح : « الصـلاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ » مرتين — بعد قوله : « حَيَّ على الفلاح » ويُسمَّى التَّثْويب . وبذلك قال ابن عمر ، والحسن البصرىّ ، وابن سـيرينَ ، والزهرىّ ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ وإسحاق ، وأبو ثور ، والشافعىّ فى الصحيح عنه . وقال أبو حنيفة : التثويب بين الأذان والإقامة فى الفجر ، أن يقول : حىَّ على الصـلاة — مرتين حىَّ على الفلاح — مرتين .

ولنـا : ما رَوى النسائىّ بإسناده عن أبى محذورة قال : « قلتُ : يارسول الله ، عَلِّمْنى سُنَّـةَ الأذَانِ ـ فذكره إلى أن قال بعد قوله حىّ على الفلاح ـ فإن كان فى صلاة الصبح ، قلت : الصلاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْم ـ مرَّتَين : الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله » .

وما ذكروه . فقال إسحاق : هذا شيء أحدثه الناس . وقال أبو عيسى : هـذا التثويبُ الذى كرهه أهل العلم ، وهو الذى خرج منه ابن عمر من المسجد لمّا سمعه .

فصـــل

ويكره التثويب فىغير الفجر ، سواء ثَوَّبَ فى الأذان أو بعده . لما رُوِىَ عن بلال أنه قال : « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أُثَوِّبَ فى الفجر . ونهانى أن أُثَوِّبَ فى الْعِشَاءِ » رواه ابن ماجه . و « دَخَلَ ابْنُ عُمَرَ مَسْجِدًا يُصَلِّى فيه ، فسمع رجلا يُثَوِّبُ فى أذان الظهر ، فخرج ، فقيل له : أين ؟ فقال : أخرجتنى الْبِدْعَةُ » ولأن صلاة الفجر وقتٌ ينام فيـه عامة الناس ، ويقومون إلى الصلاة عن نوم ، فاختصت بالتثويب لاختصاصها بالحاجة إليه .

فصـــل

ولايجوز الخروج من المسجد بعـد الأذان إلاّ لعـذر . قال الترمذىّ : وعلى هـذا العمل من أصحاب النبى ﷺ ومَنْ بعدهم : أن لايخرج أحد من المسجد بعد الأذان إلا من عذر . قال أبو الشعثاء : « كُنَّا قُعُوداً مع أبى هُرَيْرَةَ فى المسجـد فأذَّنَ المؤَذِّنُ ، فقام رجل من المسجد يمشى ، فأتبعه أبو هريرة بَصَرَهُ حتى خرج من المسجد ، فقال أبو هريرة : أمَّا هذا فقد عصى أبا القاسم ﷺ » رواه أبو داود والترمذىّ

وقال : حديث حسن صحيح . وعن عثمان بن عفان رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَدْرَكَهُ الأَذَانُ فِى الْمَسْجِدِ ثُمَّ خَرَجَ لَمْ يَخْرُجْ لِحَاجَةٍ ، وَهُوَ لاَ يُرِيدُ الرَّجْعَةَ - فهو مُنَافِقٌ » رواه ابن ماجه . فأما الخروج لعذر فمباح ، بدليل أن ابن عمر خرج من أجل التثويب فى غير حينه . وكذلك من نوى الرجعة ، لحديث عثمان رضى الله عنه .

« مسألة » قال ﴿ ومن أذن لغير الفجر قبل دخول الوقت أعاد إذا دخل الوقت ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : فى أن الأذان قبل الوقت فى غير الفجر لا يُجزىء ، وهذا لا نعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر : أَجمع أهل العلم على أن من السنة أن يؤذن للصلوات بعد دخول وقتها إلاّ الفجر ، ولأن الأذان شُرِعَ للإعلام بالوقت ، فلا يُشرع قبل الوقت ، لئلا يذهب مقصودُه .

الفصل الثانى : أنه يُشرع الأذان للفجر قبل وقتها . وهو قول مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . ومنعه الثورىّ ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، لما روى ابن عمر : « أَنَّ بِلاَلاً أَذَّنَ قَبْلَ طُلُوعِ الْفَجْرِ ، فأَمَرَهُ النَّبِىُّ ﷺ أن يَرْجِعَ فَيُنَادِى : أَلاَ إِنَّ الْعَبْدَ نَامَ ، أَلاَ إِنَّ الْعَبْدَ نَامَ » . وعن بلال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : « لاَ تُؤَذِّنْ حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ الْفَجْرُ هكذا — وَمَدَّ يَدَيْهِ عَرْضاً » رواهما أبو داود .

وقال طائفة من أهل الحديث : إذا كان له مؤذنان يؤذن أحدهما قبل طلوع الفجر ، والآخر بعده ، فلا بأس ، لأن الأذان قبل الفجر يُفَوِّتُ المقصودَ من الإعلام بالوقت : فلم يجز ، كبقية الصلوات ، إلا أن يكون له مؤذنان يحصل إعلام الوقت بأحدهما ، كما كان للنبى صلى الله عليه وسلم .

ولنا : قول النبى ﷺ : « إِنَّ بِلاَلاً يُؤَذِّنُ بِلَيْلٍ ، فَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يُؤَذِّنَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ » متفق عليه . وهذا يدل على دوام ذلك منه . والنبى صلى الله عليه وسلم أقره عليه ، ولم ينهه عنه . فثبت جوازه . وروى زياد بن الحارث الصُّدَائى قال : « لَمَّا كَانَ أَوَّلُ أَذَانِ الصُّبْحِ أَمَرَنِى النبىُّ صلى الله عليه وسلم فَأَذَّنْتُ ، فَجَعَلْتُ أقول : أُقِيمُ أُقِيمُ يا رسول الله ؟ فجعل يَنْظُرُ إلى ناحيةِ الشَّرْقِ ، ويقول : لا ، حَتَّى إِذَا طَلَعَ الْفَجْرُ نَزَلَ ، فبرز ، ثمَّ انصرفَ إِلَىَّ وَقَدْ تَلاَحَقَ أَصحابُهُ ، فَتَوَضَّأَ ، فأرادَ بِلاَلٌ أَنْ يُقِيمَ ، فقال النَّبِىّ ﷺ : إِنَّ أَخَا صُدَاء قد أَذَّنَ ، وَمَنْ أَذَّنَ فَهُوَ يُقِيمُ ، قال : فأَقَمْتُ » رواه أبو داود والترمذىّ . وهذا قد أمره النبى صلى الله عليه وسلم بالأذان قبل طلوع الفجر ، وهو حُجَّة على من قال : إنما يجوز إذا كان له مؤذنان ، فإنَّ زياداً أذَّنَ وحده .

وحديث ابن عمر الذى احتجوا به قال أبو داود : لم يروه إلا حماد بن سلمة ، ورواه حماد بن زيد ،

والدراوردى ، نخالفاه . وقالا : مُؤَذِّن لعُمَر وهذا أصحّ . وقال علىّ بن المدينىّ : أخطأ فيه ، يعنى حَمّاداً . وقال الترمذىّ : هو غـير محفوظ . وحديثهم الآخر : قال ابن عبد البرّ : لايقوم به ، ولا بمثله حُجَّةٌ ، لضعفه وانقطاعه .

وإنما اختصَّ الفجرُ بذلك لأنه وقت النوم لينتبه الناس ، ويتأهبوا للخروج إلى الصلاة . وليس ذلك فى غـيرها . وقد روينا فى حـديثٍ أن النبى ﷺ قال : « إنَّ بِلاَلاً يُؤَذِّنُ بِلَيْـلٍ لِيَنْتَبِهَ نَائِمُكُمْ وَيَرْجِـعَ قَائِمُـكُمْ » رواه أبو داود ، ولا ينبغى أن يتقـدم ذلك على الوقت كثيراً ، إذ كان المعنى فيـه ماذكرناه فيفوت المقصود منه . وقـد رُوى : « أَنَّ بلالاً كان بيْنَ أَذَانِهِ ، وأَذَانِ ابن أُمِّ مكتومٍ أنْ يَنْزِلَ هذا ويَصْعَدَ هذا » .

ويُستحبُّ أيضاً أن لا يُؤَذِّنَ قبل الفجر إلا أن يـكون معه مؤذِّنٌ آخرُ يُؤَذِّنُ إذا أصبح ، كفعل بلال ، وابن أم مكتوم ، اقتداءً برسول الله ﷺ . ولأنه إذا لم يـكن كذلك لم يحصل الإعلام بالوقت المقصود بالأذان . فإذا كانا مؤذنين حصل الإعلام بالوقت الثانى ، وبقربه بالمؤذِّن الأول .

فصـــــل

وينبغى لمن يؤذن قبل الوقت أن يجعـل أذانه فى وقت واحد فى الليالى كلِّها . ليعـلم الناس ذلك من عادته فيعرفوا الوقت بأذانه ، ولايؤذن فىالوقت تارةً وقبله أخرى ، فيلتبس علىالناس ، ويغترُّوا بأذانه ، فربما صلّى بعض من سمعه الصبحَ بنـاء على أذانه قبل وقتها ، وربما امتنع المتَسَحِّرُ من سُحوره ، والمتنفِّلُ من صلاته بناء على أذانه . وَمَنْ عَلِمَ حاله لايستفيدُ بأذانه فائدة ، لتردده بين الاحتمالين ، ولا يُقَدِّم الأذان كثيراً تارةً ويؤخِّرُه أخرى ، فلا يُعلم الوقت بأذانه فتقلُّ فائدته .

فصـــــل

قال بعض أصحابنا : ويجوز الأذان للفجر بعد نصف الليـل ، وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن بذلك يخرج وقت العشاء المختار ، ويدخل وقت الدفع من مُزْدَلِفَةَ ، ووقت رمى الجمرة ، وطوافِ الزيارة . وقد رَوى الأثرم عن جابرٍ قال : « كانَ مُؤَذِّنُ مَسْجِـدِ دِمَشْقَ يُؤَذِّنُ لِصَـلاَةِ الصُّبْحِ فى السَّحَرِ بِقَدْرِ ما يَسِيرُ الرَّاكِبُ سِتَّةَ أَمْيَالٍ . فلا يُنْـكر ذلك مَـكحولٌ ، ولا يَقُولُ فيه شَيْئاً » .

فصـــــل

ويـكره الأذان قبل الفجر فى شهر رمضان ، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، لئـلا يغترَّ الناس به ، فيتركوا سُحورهم . ويحتمل أن لايُـكره فى حق من عرف عادته بالأذان فى الليل ، لأن بلالاً كان يفعلُ ذلك بدليل قوله صلى الله عليـه وسلم : « إنَّ بِلاَلاً يُؤَذِّنُ بِلَيْـلٍ . فـكلُوا واشْرَبوا حتى يُؤَذِّنَ ابنُ

أمِّ مَكْتُومٍ » وقال عليه السلام : « لاَ يَمْنَعَكُمْ مِنْ سُحُورِكُمْ أَذانُ بِلاَلٍ ، فإِنَّهُ يُؤَذِّنُ بِلَيْلٍ لِيُنَبِّهَ نَائِمَكُمْ ويرجع قائمكم » .

فصل

ويستحب أن يؤذن فى أول الوقت ليعلم الناس ، فيأخذوا أهبتهم للصلاة . وروى جابر بن سمرة قال : « كان بِلاَل لاَ يُؤَخِّرُ الأذانَ عَنْ الْوَقْتِ ، وَرُبَّمَا أَخَّرَ الإِقَامَةَ شَيْئاً » رواه ابن ماجه . وفى رواية قال : « كانَ بِلاَلٌ يُؤَذِّنُ إذا مالَتِ الشَّمْسُ لاَ يُؤَخِّرُ ، ثُمَّ لاَ يُقِيمُ حتى يَخْرُجَ النبىُّ ﷺ ، فإذا خَرَجَ أَقَامَ حِينَ يَرَاهُ » رواه أحمد فى المسند .

ويستحب أن يفصل بين الأذان والإقامة بقدر الوضوء ، وصلاة ركعتين ، يتهيؤون فيها . وفى المغرب يَفْصِلُ بجلسة خفيفة . وحُكى عن أبى حنيفة والشافعىّ : أنه لا يُسَنّ فى المغرب .

ولنا : ماروى الإمام أحمد فى مسنده ، بإسناده عن أُبَىِّ بن كعب قال : قال رسول الله ﷺ : « يَابِلاَلُ ، اجْعَلْ بَيْنَ أَذَانِكَ وَ إِقَامَتِكَ نَفَساً يَفْرُغُ الآكِلُ مِنْ طَعَامِهِ فى مَهَلٍ ، وَيَقْضِى حَاجَتَهُ فى مَهَلٍ » . وعن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال لبلال : « اجْعَلْ بَيْنَ أذانِكَ وَ إِقَامَتِكَ قَدْرَ مَا يَفْرُغُ الآكِلُ مِنَ أَكْلِهِ ، وَالشارِبُ مِنْ شُرْبِهِ ، وَالْمُعْتَصِرُ إذا دخَلَ لِقَضَاءِ حَاجَتِهِ » رواه أبو داود ، والترمذىّ . ورَوى تمّام فى فوائده بإسناده عن أبى هريرة عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « جُلُوسُ المُؤَذِّنِ بَيْنَ الْأَذانِ والإقامَةِ فى المَغْرِبِ سُنَّةٌ » . قال إسحاق بن منصور : رأيت أحمد خرج عند المغرب ، فحين انتهى إلى موضع الصف أخذ المُؤذن فى الإقامة فجلس . ورَوى الخلاّل بإسناده عن عبد الرحمن بن أبى ليلى : « أن النبىّ ﷺ جاء وبلال فى الإقامةِ فَقَعَدَ » وقال أحمد : يقعد الرجلُ مقدارَ ركعتين إذا أذّنَ المغرب ، قيل : من أين ؟ قال : من حديث أنس وغيره : « كان أصحابُ رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أَذَّنَ المُؤَذِّنُ ابْتَدَرُوا السَّوَارِىَ[(١)] ، وَصَلَّوْا رَكْعَتَيْنِ » ولأن الأذان مشروع للإعلام ، فيُسَنُّ الانتظار ليدرك الناس الصلاة ، ويتهيَّؤا لها ، دليله سائرُ الصلوات .

« مسألة » قال ﴿ ولا يَسْتحِبُّ أبو عبد الله أن يُؤَذِّن إلا طاهراً . فإن أَذَّن جُنُباً أعاد ﴾ .

المستحبُّ للمؤذن أن يكون متطهراً من الحدث الأصغر ، والجنابة جميعاً . لما رَوى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « لاَ يُؤَذِّنُ إلاَّ مُتَوَضِّئٌ » رواه الترمذىّ . ورُوى موقوفاً على أبى هريرة ، وهو

---

(١) السوارى : جمع سارية ، وهى العمود فى المسجد ، ومعنى ابتدروها ذهبوا إليها لتكون حائلا بينهم وبين من يمشى أمامهم وهم يصلون .

أصحُّ من المرفوع ، فإن أذَّن مُحـدثاً جاز . لأنه لايزيد على قراءة القرآن ، والطهـارة غير مشروطـة له . وإن أذَّن جُنباً فعلى روايتين :

(إحـداهما) لايُعتدُّ به : وهو قول إسحاق .

(والأخرى) يُعتـدُّ به : قال أبو الحسن الآمدىّ : هو المنصوص عن أحمد ، وقولُ أكثر أهـل العلم ، لأنه أحد الحْدثين ، فلم يمنع صحته كالآخر .

ووجه الأولى : مارُوى عن وائل بن حُجْر : أن النبي ﷺ قال : « حَقٌّ وَسُنَّةٌ أَنْ لاَ يُؤَذِّنَ أَحَدٌ إلاَّ وَهُوَ طَاهِرٌ » ، ولأنه ذكر مشروع للصلاة فأشبه القرآن والخُطبة .

فصـــــل

ولا يصحُّ الأذان إلا من مُسلم عاقل ذكر . فأما الكافرُ والمجنون ، فـلا يصحّ منهما . لأنهما ليسا من أهـل العبادات . ولا يُعتـدُّ بأذان المـرأة ، لأنهـا ليست ممن يُشرع له الأذان ، فأشبهت المجنون ، ولا الخنثى ، لأنه لايُعلم كونه رجلاً . وهذا كلُّه مذهب الشافعىّ ، ولا نعلم فيه خلافاً . وهل يُشترط العدالة والبلوغ للاعتداد به ؟ على روايتين : فى الصبىّ ، ووجهين : فى الفاسق .

(إحداهما) يُشترط ذلك ، ولا يعتدّ بأذان صبىّ ، ولا فاسق ، لأنه مشروع للإعـلام ، ولا يحصل الإعلام بقولهما ، لأنهما ممن لايقبل خَبَرُه ولا روايته . ولأنه قد رُوِى : « لِيُؤَذِّنْ لَـكُمْ خِيَارُكُمْ » .

(والثانية) يُعتدّ بأذانه . وهو قول عطاء ، والشعبى ، وابن أبى ليلى ، والشافعى . وروى ابن المنذر بإسناده عن عبد الله بن أبى بكر بن أنس قال : « كَانَ عُمُومَتِي يَأْمرُونَـنِي أَنْ أُوَذِّنَ لَهُمْ ، وَأَنَا غُلاَمٌ ، وَلَمْ أَحْتَلِم . وَأَنَسُ بن مالك شاهدٌ لم يُنكر ذلك » وهذا مما يظهر ، ولايخفى ولم يُنكر ، فيكون إجماعاً . ولأنه ذَكَرٌ تصحُّ صلاتُه ، فاعتدَّ بأذانه ، كالعـدل البالغ . ولا خلاف فى الاعتداد بأذان من هو مستور الحال ، وإنما الخلاف فيمن هو ظاهر الفسق .

ويُستحبّ أن يكون المؤذن عدلاً أميناً بالغاً ، لأنه مؤتمنٌ يرجع إليه فى الصلاة والصيام . فلا يُؤمن أن يغرّهم بأذانه ، إذا لم يكن كذلك ، ولأنه يؤذِّن على موضع عالٍ فلا يؤمن منه النظر إلى العورات .

وفى الأذان المُلَحَّن وجهان :

(أحـدهما) يصـحّ : لأن المقصود يحصُل منه ، فهو كغير المُلَحَّن .

(والآخرُ) لايصح : لمـا روى الدارقطنىّ بإسناده عن ابن عباس قال : « كَانَ للنبىّ صلى الله عليه وسلم مُؤَذِّنٌ يُطَرّب ، فقال رسول الله صلى الله عليـه وسلم : إنّ الأذانَ سَهْلٌ سَمْحٌ ، فإن كَانَ أَذَانُكَ سَهْلاً سَمْحاً ، وَإلاّ فَلاَ تُؤَذِّنْ » .

فصل

ويُستحبُّ أن يكون المؤذن بصيراً ، لأن الأعمى لايَعرف الوقت ؛ فربما غلط . فإن أذن الأعمى صحّ أذانُه ، فإن ابن أمِّ مكتوم كان يؤذِّن للنبيّ ﷺ . قال ابن عمرو : كان رجلا أعمى لا يُنَادِي حتى يقال له : « أَصْبَحْتَ أَصْبَحْتَ » رواه البخاريّ .

ويُستحبُّ أن يكون معه بصير يُعرِّفُه الوقتَ ، أو يُؤذِّن بعد مُؤذِّنٍ بصيرٍ ، كما كان ابن أم مكتومٍ يُؤذن بعد أذان بلال .

ويُستحبُّ أن يكون عالماً بالأوقات ، ليتحرّاها فيؤذنَ في أولها ، وإذا لم يكن عالماً فربما غلط وأخطأ فإن أذَّن الجاهل صحّ أذانه ، فإنه إذا صح أذان الأعْمَى فالجاهل أولى .

ويستحبُّ أن يكون صَيِّتاً [1] يُسمع الناس . واختار النبي ﷺ أبا محذورة للأذان لكونه صَيِّتاً . وفي حديث عبد الله بن زيد أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال له : « أَلْقِهِ عَلَى بِلَالٍ ، فإنّه أَنْدَى [2] صَوْتاً مِنْكَ » .

ويُستَحبُّ أن يكون حَسَنَ الصوتِ ، لأنه أَرَقُّ لِسامعه .

فصل

ولا يجوز أخذ الأجرة على الأذان في ظاهر المذهب . وكرهه القاسمُ بن عبد الرحمن ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . لأن النبيَّ ﷺ قال لعثمان بن أبي العاص : « وَاتَّخِذْ مُؤَذِّناً لاَ يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْراً » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والترمذيّ وقال : حديث حسن . ولأنه قُربةٌ لفاعله ، لا يصحّ إلا من مسلم ، فلم يستأجره عليه كالإمامة . وحكى عن أحمد رواية أخرى : أنه يجوز أخذ الأجرة عليه ورخّص فيه مالك ، وبعض الشافعية . لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الرزق عليه ، فجاز أخذ الأجرة عليه كسائر الأعمال . ولا نعلمُ خلافاً في جواز أخذ الرزق عليه . وهذا قول الأوزاعيّ ، والشافعيّ . لأن بالمسلمين حاجةً إليه . وقد لايوجد متطوّع به . وإذا لم يُدفع الرزق فيه يعطل ، ويرزقه الإمامُ من الْفَيْءِ ، لأنه المُعَدُّ للمصالح ، فهو كأرزاق القضاة والغزاة . وإن وجد متطوع به لم يرزق غيره . لعدم الحاجة إليه .

فصل

وينبغي أن يتولى الإقامة من تولى الأذان ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة ومالك : لافرق

---

(١) صيتاً : عالي الصوت ، يصل صوته إلى بعد كبير .

(٢) أندى صوتاً : أبعد صوتاً فيسمع أكثر .

بينه و بين غـيره . لـما روى أبو داود فى حـديث عبد الله بن زيد : « أنه رأى الأذان فى المنـام ، فأتى النبى ﷺ فأخـبره فقـال : أَلْقِهِ عَلَى بِلَالٍ فألقاه عليه ، فأذن بلال . فقـال عبد الله : أنا رأيته ، وأنا كنتُ أريده ، قال : أَقِمْ أنت ، ولأنه يحصل المقصود منه . فأشبه مالو تولاهما معاً .

ولنا : قول النبى ﷺ فى حـديث زياد بن الحارث الصُّدائىّ : «إِنَّ أَخَا صُدَاء أَذَّنَ ، وَمَنْ أَذَّنَ فَهُوَ يُقِيمُ » ولأنهما فعلان من الذكر يتقدمان الصلاة . فيسن أن يتولاهما واحد كالخطبتين . وما ذكروه يدل على الجواز . وهـذا على الاستحباب . فإن سُبق المؤذنُ بالأذان ، فأراد المؤذن أن يقيم ، فقال أحمد : لو أعاد الأذان كما صنع أبو محـذورة . كما روى عبد العزيز بن رفيـع قال : « رأيتُ رَجُلاً أَذَّنَ قبلَ أبى مَحْذُورَةَ قال : فجاء أبو محذورة فأذَّنَ ثُمَّ أَقامَ » أخرجه الأثرم . فإن أقام من غير إعادة فلا بأس . وبذلك قال مالك ، والشافعىّ وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . لـما ذكروه من حديث عبد الله بن زيد .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يقيم فى موضع أذانه . قال أحمد : أحبُّ إلىَّ أن يُقيم فى مكانه ، ولم يبلغنى فيـه شىء إلا حديث بلال : « لا تَسْبِقْنِى بِآمِينَ » يعنى لو كان يُقيم فى موضع صلاته لـما خاف أن يَسْبِقَهُ بالتأمين لأنّ النبىّ ﷺ إنما كان يُكبّر بعد فراغه من الإقامة ، ولأن الإقامة ، شُرعت للإعـلام ، فشُرعت فى موضعه ، ليكون أبلغ فى الإعلام ، وقد دلَّ على هذا حديثُ عبد الله بن عمر قال : « كُنَّا إِذا سَمِعْنَا الْإِقَامَةَ تَوَضَّأْنَا ، ثُمّ خَرَجْنَا إِلَى الصلاةِ » إلا أن يؤذن فى المنارة ، أو مـكانٍ بعيد من المسجد ، فيقيم فى غـير موضعه ، لئلاَّ يفوتَه بعضُ الصلاة .

فصـــل

ولا يُقيم حتى يأذن له الإمام ، فإن بلالاً كان يستأذن النبىَّ ﷺ . وفى حـديث زياد بن الحارث الصُّدائىّ أنه قال : « فَجَعَلْتُ أَقولُ للنبىِّ ﷺ أُقيمُ أُقيمُ ؟ » . وَرَوى أبو حفص بإسناده عن علىّ قال : « المؤذِّنُ أَمْلَكُ بالأذَانِ ، والإمامُ أَمْلَكُ بالإقامَةِ » .

« مسألة » قال ﴿ ومن صلى بلا أذان ولا إقامة ، كرهنا له ذلك ، ولا يُعيد ﴾ .

يُـكره ترك الأذان للصلوات الخمس ، لأن النبىّ ﷺ كانت صلواته بأذان و إقامة ، والأئمة بعده ، وأمرَ به . قال مالك بن الْحُوَيْرث : « أتيتُ النبىَّ ﷺ أنا ورجُلٌ نُوَدِّعُهُ فقال : إِذَا حَضَرَتِ الصَّلاةُ فَلْيُؤَذِّنْ أَحَدُكُمَا وَلْيَؤُمَّـكُمَا أَكْبَرُكُمَا » متفق عليه . وظاهر كلام الخِرَقِىّ : أن الأذان سنة مؤكدة . وليس بواجب ، لأنه جعل تركه مكروهاً . وهذا قول أبى حنيفة ، والشـافعىّ ، لأنه دعاء إلى الصلاة ، فأشبه قوله « الصلاةُ جامعةٌ » وقال أبو بـكر بن عبد العزيز : هو من فروض الـكفايات . وهـذا قول

أكثر أصحابنا ، وقول بعض أصحاب مالك . وقال عطاء ومجاهد ، والأوزاعيّ : هو فرض لأن النبي ﷺ أَمرَ به مالكاً وصاحبه . وداومَ عليه هو وخلفاؤه وأصحابه ، والأمر يقتضي الوجوبَ ، ومداومته على فعله ، دليل على وجوبه ، ولأنه من شعائر الإسلام الظاهرة ، فكان فرضاً كالجهاد .

فعلى قول أصحابنا : إذا قام به من تحصُل به الكفاية سقط عن الباقين ، لأن بلالاً كان يؤذِّن للنبيِّ ﷺ ، فيكتفي به . وإن صلَّى مُصَلٍّ بغير أذان ، ولا إقامة ، فالصلاةُ صحيحة على القولين . لما رُوى عن علقمةَ ، والأسود أنهما قالا : « دَخَلْنَا على عبد الله ، فَصلَّى بنا بلا أذان ولا إقامة » رواه الأثرم . ولا أعلم أحداً خالف فى ذلك إلا عطاء . قال : ومن نَسِيَ الإقامة يُعيد . والأوزاعيّ قال مرة : يُعيد مادام فى الوقت ، فإن مضى الوقت فلا إعادة عليه ، وهذا شذوذ . والصحيح قول الجمهور ، لما ذكرنا . ولأن الإقامة أحدُ الأذانين ، فلم تَفْسُدُ الصلاةُ بتركها كالآخَر .

فصل

ومن أوجب الأذان من أصحابنا فإنما أوجبه على أهل المِصْر . كذلك قال القاضي : لا يجب على أهل غير المصر من المسافرين ، وقال مالك : إنما يجبُ النداء فى مساجدِ الجماعة التى يُجَمَّع فيها للصلاة ، وذلك لأن الأذان إنما شرع فى الأصل للإعلام بالوقت ليجتمع الناس إلى الصلاة ، ويدركوا الجماعة ، ويكفى فى المصر أذان واحد ، إذا كان بحيث يُسمعهم .

وقال ابن عقيل : يكفى أذان واحد فى المَحَلَّة ، ويجتزىء بقيّتُهم بالإقامة . وقال أحمد فى الذى يصلى فى بيته : يُجزئه أذان المصر ، وهو قول الأسود ، وأبى مِجْلَز ، ومجاهد ، والشعبيّ . والنخَعِيّ ، وعِكرمة ، وأصحاب الرأى . وقال ميمونُ بن مِهْرانَ ، والأوزاعيّ ، ومالك : تكفيه الإقامة . وقال الحسنُ ، وابن سيرين : إن شاء أقام . ووجه ذلك أن النبيَّ ﷺ قال للذى علّمه الصلاة : « إِذَا أَرَدْتَ الصَّلاَةَ فَأَحْسِنِ الوُضُوءَ ، ثُمَّ اسْتَقْبِلِ الْقِبْلَةَ فَكَبِّرْ » ولم يأمره بالأذان . وفى لفظ رواه النسائىّ « فَأَقِمْ ثُمَّ كَبِّرْ » . وحديث ابن مسعود : والأفضل لكلِّ مُصَلٍّ أن يؤذن ويُقيم ، إلا أنه إن كان يصلِّى قضاءً أو فى غير وقت الأذان لم يَجْهَرْ به ، وإن كان فى الوقت فى بادية أو نحوها استُحِبَّ له الجهرُ بالأذان . لقول أبى سعيد : « إذا كنتَ فى غَنَمِكَ أو بَادِيَتِكَ فأذَّنْتَ بِالصَّلاَةِ فارْفَعْ صَوْتَكَ بالنِّدَاء ، فإنَّه لاَ يَسْمَعُ مَدَى صَوْتِ المؤَذِّنِ جِنٌّ وَلاَ إِنْسٌ ، ولاَ شَيْءٌ إلاَّ شَهِدَ لَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ . قال أبو سعيد : سمعتُ ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وعن أنس : أنّ رسول الله ﷺ كَانَ يُغِيرُ[1] إِذَا طَلَعَ الفَجْر . وَكَانَ إِذَا سَمِعَ أَذَاناً أَمْسَكَ

(١) يغير : يهجم على أعدائه ، فإذا سمع آذاناً علم أنهم مسلمون فيكف عن الإغارة .

وَ إلاَّ أَغارَ . فسمع رجلاً يقول : الله أكبر ، الله أكبر ، فقال رسول الله ﷺ : على الْفِطْرَةِ . فقـال : أشهدُ أن لا إله إلا الله ، أشهد أن لا إله إلا الله ؛ فقـال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خَرَجْتَ من النار : فنظرُوا فإذا صاحبُ مَعزٍ » أخرجه مسلم .

فصـــــل

ومن فاتته صلوات استُحِبَّ له أن يؤذِّن للأُولى ثم يُقيم لـكلِّ صـلاةٍ إقامةً ، وإن لم يؤذن فلا بأس . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل يقضى صلاةً ، كيف يصنـع فى الأذان ؟ فذكر حديث هُشَيْم ، عن أبى الزبير ، عن نافع بن جبير ، عن أبى عبيدة بن عبد الله ، عن أبيه « أن المُشركين شَغَلُوا النبيَّ ﷺ عَنْ أربعِ صلواتٍ يوْمَ الْخَنْدَقِ ، حَتَّى ذَهَبَ مِنَ اللَّيْلِ مَاشَاءَ اللهُ قال : فأمَرَ بلاَلاً فأذَّنَ وأقَامَ ، وصَلَّى الظُّهْرَ ، ثُمَّ أَمَرَهُ فأقَامَ ، فَصَلَّى العَصْرَ ، ثُمَّ أَمَرَهُ فأَقامَ ، فصَلَّى الْمَغْرِبَ ، ثم أمَرَهُ فأَقَامَ فَصَلَّى الْعِشَاءَ » قال أبو عبد الله : وهشام الدَّسْتَوَائِىّ . لم يقـل كما قال هُشَيْم جعلها إقامةً إقامةً . فقلت : فـكأنك تختار حديث هشيم ؟ قال : نعم ، هو زيادة ، أىُّ شىء يضرّه ؟ وهذا فى الجماعة . فإن كان يقضى وحـده كان استحبابُ ذلك أدنى فى حقـه ، لأن الأذان والإقامة للإعلام ، ولا حاجـة إلى الإعلام ههنا . وقد رُوى عن أحمد فى رجل فاتته صلوات فقضاها : لِيُؤَذِّنْ ، ويقيمُ مرَّةً واحدةً ، يُصلِّيها كلَّهَا . فسهّل فى ذلك ورآه حسناً . وقال الشافعىّ نحو ذلك ، وله قولان آخران :

أحدهما : أنه يقيمُ ولا يؤذِّن . وهذا قول مالك : لمـا روى أبو سعيد قال : « حُبِسْنَا يَوْمَ الْخَنْدَقِ عَنِ الصَّلاَةِ ، حَتَّى كان بَعْدَ الْمَغْرِبِ بِهَوًى مِنَ اللَّيْلِ ، قال : فدعا رسول الله ﷺ بِلاَلاً ، فأمَرَهُ فأقَامَ الظُّهْرَ ، فصَلاَّهَا ، ثُمَّ أَمَرَهُ فأَقَامَ الْعَصْرَ فَصَلاَّهَا » وَلأَنَّ الأذَانَ للإعلام بالوقت وقد فات .

والقول الثانى : إنْ رُجِىَ اجتماعُ الناس أذّن ، وإلا فلا ، لأن الأذان مشروع للإعلام ، فلا يُشرَع إلا مع الحاجة . وقال أبو حنيفة : يؤذِّنُ لـكلّ صـلاةٍ ، ويقيم ، لأن ما سُنَّ للصـلاة فى أدائها سُنَّ فى قضائها ، كسائر المسنونات .

ولنـا : حـديث ابن مسعود رواه الأثرم ، والنسـائى ، وغيرُهما . وهو متضمّن للزيادة ، والزيادةُ من الثقـة مقبولة . وعن أبى قَتَادة : « أَنَّهُمْ كانوا مع النبىِّ ﷺ ، فنـاموا حتى طَلَعَتِ الشَّمْسُ ، فقال النبى ﷺ : يابلاَلُ ، قُمْ فأذِّن الناسَ بالصَّلاَةِ » متفق عليـه . ورواه عِمْرانُ بن حُصَيْن أيضاً . قال : فَأَمَرَ بِلاَلاً فأذَّنَ فَصَلَّيْنَا ركعتين ، ثم أمَرَهُ فَأَقَامَ فَصَلَّيْنَا » متفق عليه .

ولنـا : على أبى حنيفـة : حديث ابن مسعود ، وأبى سعيد . ولأن الثـانية من الفوائت صـلاة ، وقد أُذِّنَ لِمـاَ قَبْلَهَا ، فأشبهت الثانية من المجموعتين ، وقياسهم منتقض بهذا .

فصـــل

فإن جمع بين صلاتين فى وقتِ أولاهما استُحبَّ أن يُؤَذِّنَ للأول ويُقيمَ ، ثم يقيم للثانية . وإن جمع بينهما فى وقت الثانية فهما كالفائتتين ، لا يتأكد الأذان لها ، لأن الأولى منهما تُصَلَّى فى غير وقتها ، والثانية مسبوقة بصلاةٍ قبلها . وإن جمع بينهما بإقامةٍ واحدةٍ فلا بأس . وقال أبو حنيفة فى المجموعتين : لا يقيم للثانية ، لأن ابن عمر روى : أنَّهُ صَلَّى مَعَ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم الْمَغْرِبَ والْعِشَاءَ بِمُزْدَلِفَةَ بإقامةٍ وَاحِدَةٍ » صحيح . وقال مالك : يؤذن للأولى والثانية ، ويقيم . لأن الثانية منهما صلاة يُشْرَع لها الأذان ، وهى مفعولة فى وقتها ، فيؤذِّن لها كالأولى .

ولنا : على الجمع فى وقت الأولى . ما روى جابر : « أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم جَمَعَ بَيْنَ الظُّهْرِ والْعَصْرِ بِعَرَفَةَ ، وبين الْمَغْرِبِ والْعِشَاءِ بِمُزْدَلِفَةَ بأذانٍ وإقَامَتَيْنِ » رواه مسلم . ولأن الأولى منهما فى وقتها . فيشرع لها الأذان ، كما لو لم يجمعهما .

وأما إذا كان الجمع فى وقت الثانية . فقد روى ابن عمر : « أن النبى صلى الله عليه وسلم جمع بين الْمَغْرِبِ والْعِشَاءِ بِجَمْعٍ كُلّ واحدةٍ منهما بإقَامَةٍ » رواه البخارى ، وإن جمع بينهما بإقامة فلا بأس . لحديث آخر . ولأن الأولى مفعولة فى غير وقتها ، فأشبهت الفائتة . والثانية منهما مسبوقة بصلاة . فلا يُشْرَع لها الأذان ، كالثانية من الفوائت ، وما ذهب إليه مالك يُخالف الخبرَ الصحيح . وقد رواه فى موطَّئه وذهب إلى ما سواه اهـ .

فصـــل

ويُشْرَعُ الأذان فى السفر للراعى ، وأشباهه ، فى قول أكثر أهل العلم ، وكان ابن عمر يقيمُ لكلِّ صلاة إقامةً ، إلا الصبحَ . فإنه يؤذِّن لهَا ويقيم ، وكان يقول : « إنَّمَا الأذَانُ على الأمير ، والإقامة على الذى يَجْمَعُ الناسَ » وعنه : أنه كان لايقيم فى أرض تُقامُ فيها الصلاة . وعن علىّ أنه قال : إنْ شَاءَ أَذَّنَ وَأَقامَ ، وإنْ شَاءَ أَقَامَ » . وبه قال عُرْوَةُ والثورىّ . وقال الحسن ، وابن سيرينَ : تُجزئه الإقَامَةُ . وقال إبراهيم فى المسافرين : إذا كانوا رفاقاً أَذَّنُوا وأقاموا ، وإذا كان وحده أقام للصلاة .

ولنا : أن النبى ﷺ كان يُؤذَّن له فى الْحَضَر والسفَر . وقد ذكرنا ذلك فى حديث أبى قتادة ، وعمران ، وزياد بن الحارث . وأمر به مالكَ بن الْحُوَيرث ، وصاحبَه . وما نقل عن السلف فى هذا فالظاهر أنهم أرادوا الواحد وحده ، وقد بينه إبراهيم النخعىّ فى كلامه . والأذان مع ذلك أفضلُ ، لما ذكرنا من حديث أبى سعيد وحديث أنس . وروى عقبة بن عامر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « يَعْجَبُ رَبُّكَ مِنْ رَاعِي غَنَمٍ فى رَأْسِ الشَّظِيَّةِ[1] لِلْجَبَلِ ، يُؤَذِّنُ لِلصَّلاَةِ وَيُصَلِّى ، فيقولُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ : انْظُرُوا

(١) الشظية : الفلقة ، والشظية للجبل فلقة الجبل ، أى فى رأس القطعة من الجبل التى يرعى فيها غنمه .

إِلَى عَبْدِي هذَا يُؤَذِّنُ وَيُقِيمُ الصلاةَ ، يَخَافُ مِنِّي ، قَدْ غَفَرْتُ لِعَبْدِي وَأَدْخَلْتُهُ الْجَنَّةَ » رواه النسائى .
وقال سَلْمَانُ الفارسىّ : « إِذَا كَانَ الرجلُ بأَرْضٍ قِيّ[1] فأقامَ الصلاةَ صَلَّى خَلْفَه مَلَكَانِ ، فإِنْ أَذَّنَ وأَقَامَ ، صَلَّى خَلْفَهُ مِنَ المَلاَئِكَة مالا يُرَى قُطْرَاهُ[2] يَرْكَعُونَ بِرُكُوعِهِ ، وَيَسْجُدُونَ بِسُجُودِهِ ، وَيُؤَمِّنُونَ عَلَى دُعَائِه » . وكذلك قال سعيد بن المُسيّب ، إلا أنه قال : « صَلَّى خَلْفَهُ مِنَ المَلاَئِكَةِ أَمْثَالُ الجِبَالِ » .

فصل

ومن دخل مسجداً قد صُلِّيَ فيه . فإن شاء أَذَّن وأقام . نصّ عليه أحمدُ . لما روى الأثرم ، وسعيد ابن منصور ، عن أنس : « أنه دَخَلَ مَسجداً قد صَلَّوْا فيه ، فأمَرَ رجُلاً فأذَّن وأقامَ ، فصلَّى بِهِمْ فى جماعةٍ » وإن شاء صلّى من غير أذان ، ولا إقامة . فإن عروة قال : إذا انتهيتَ إلى مسجد قد صلّى فيه ناسٌ أذنوا وأقاموا . فإنّ أذانَهم وإقامَتهم تُجزِئ عمَّن جاء بَعْدَهم . وهذا قول الحسن ، والشعبىّ ، والنخعىّ . إلاّ أن الحسن قال : كان أحبَّ إليهم أن يُقيم . وإذا أذن فالمستحبُّ أن يُخفى ذلك ولا يَجهر به ، ليُغرّ الناسَ بالأذان فى غير محلّه .

فصل

وليس على النساء أذان ، ولا إقامة . وكذلك قال ابن عمر ، وأنس ، وسعيد بن المسيّب ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخعىّ ، والثورىّ ، ومالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . ولا أعلم فيه خلافاً . وهل يُسنُّ لهن ذلك ؟ فقد رُوى عن أحمد قال : إن فعَلْنَ فَلاَ بأْسَ ، وإن لم يفعلْنَ فجائز . وقال القاضى : هل يُستحبُّ لها الإقامة ، على روايتين : وعن جابر : أنها تُقيم ، وبه قال عطاء ، والأوزاعىّ ، وقال الشافعىّ : إن أذَّنّ وأقمنَ فلا بأس وعن عائشةَ : « أنها كانَتْ تُؤَذِّنُ وَتُقِيمُ » وبه قال إسحاق . وقد رُوى عن أمِّ وَرَقة : « أن النبى ﷺ أذنَ لها أن يُؤذّن لها ويقام ، وتَؤُمَّ نِسَاءَ أَهْلِ دَارِهَا » وقيل : إن هذا الحديث يرويه الوليدُ بنَ جُمَيْع ، وهو ضعيف . وروى النّجاد بإسناده عن أسماء بنت يزيد[3] قالت : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ أَذَانٌ وَلاَ إِقَامَةٌ » ولأنَّ الأذانَ فى الأصل للإعلام . ولا يُشرَع لها ذلك ، والأذان يشرع له رفعُ الصوت . ولا يُشْرعُ لها رفع الصوت . ومن لا يُشرع فى حقه الأذانُ لا يُشرع فى حقه الإقامةُ ، كغير المُصلِّى ، وكمن أدرك بعض الجماعة .

---

(١) قال فى القاموس : القى بالكسر قفر الأرض كالقواء بالكسر والمد .
(٢) القطر : الجانب ، ومن ذلك قوله تعالى : « ولو دخلت عليهم من أقطارها ثم سئلوا الفتنة لآتوها » أى من جوانبها .
(٣) فى طبعة أنصار السنة (بريد) بدل يزيد وهو تصحيف .

« مسألة » قال ﴿ ويجعلُ أصابعه مَضْمُومَةً على أُذُنَيْهِ ﴾ .

المشهور عن أحمد : أنه يجعل إِصْبَعَيْهِ فى أُذنَيْه . وعليه العملُ عند أهل العلم ، يستحبون أن يجعل المؤذن إصبعيه فى أذنيه . قال الترمذىّ : لِمَا رَوى أبو جحيفة : « أَنَّ بِلَالاً أَذَّنَ وَوَضَعَ إِصْبَعَيْهِ فى أُذنَيْهِ » متفق عليه . وعن سعد مؤذنِ رسول الله ﷺ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أَمَرَ بِلَالاً أَنْ يَجْعَلَ إِصْبَعَيْهِ فى أذنيه قال : إِنَّهُ أَرْفَعُ لِصَوْتِكَ » . وروى أبو طالب عن أحمدَ أنه قال : أَحَبُّ إِلىَّ أن يَجعَل يديه على أُذنَيْهِ على حديث أبى محذورة . وَضَمَّ أصابعه الأربَع ، وَوَضَعَها على أذنيه . وحكى أبو حفص عن ابن بَطّة قال : سألتُ أبا القاسم الخِرَقىّ عن صفة ذلك ؟ فأرانيه بيديه جميعاً . فضمَّ أصابعه على راحتيه ، ووضعهما على أذنيه . واحتج لذلك القاضى بما روى أبو حفص بإسناده عن ابن عمر : « أَنَّهُ كان إذا بَعثَ مُؤذناً يقول له : اضْمُمْ أصابِعَكَ مَعَ كَفَّيْكَ ، وَاجْعَلْهَا مَضْمُومَةً عَلَى أُذنَيْكَ » وبما رَوى الإمام أحمد عن أبى محذورة : « أنه كان يَضُمُّ أَصَابِعَهُ » والأول أصحُّ لصحة الحديث ، وشهرته ، وعَمل أهل العلمِ به ، وأيَّهما فَعَل فحسنٌ ، وإن ترك الكلَّ فلا بأس .

فصـــل

ويُستحبُّ رفع الصوت بالأذان ، ليكون أبلغَ فى إعلامه ، وأعظمَ لثوابه، كما ذكر فى خبر أبى سعيد ولا يُجهد نفسه فى رفع صوته زيادة على طاقته ، لئلا يَضرّ بنفسه ، وينقطع صوته ، فإن أذَّن لعامة الناس جَهَر بجميع الأذان ، ولا يجهر ببعض ، ويُخَافِتُ ببعض ، لئلا يفوت مقصود الأذان ، وهو الإعلام . وإن أذن لنفسه ، أو لجماعةٍ خاصَّةٍ حاضرين ، جاز أن يُخَافِتَ ويَجْهَر ، وأن يُخَافِتَ ببعضٍ ، ويجهر ببعضٍ ، إلا أن يكون فى « غير »[1] وقت الأذان . فلا يجهر بشىء منه لِئَلَّا يغُرَّ الناسَ بأذانه .

فصـــل

وينبغى أن يؤذن قائماً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن السنة أن يؤذن قائماً . وفى حديث أبى قتادة الذى رويناه : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لبلال : « قُمْ فَأَذِّنْ » وكان مؤذنو رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤذنون قياماً ، وإن كان له عذر فلا بأس أن يؤذن قاعداً . قال الحسن العَبدىّ : رأيت أبا زيد صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكانت رجلُه أُصيبَتْ فى سبيل الله يُؤذن قاعِداً ، رواه الأثرم . فإن أذن قاعداً لغير عُذر فقد كرهه أهل العلم ، ويصحّ ؛ فإنه ليس بآكد من الخطبة ، وتصح من القاعد . قال الأثرم : وسمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن الأذان على الراحلة ؟ فسهَّلَ

(١) لفظة « غير » ساقطة من جميع النسخ ، وقد أثبتناها ليصح الكلام .

فيه . وقال : أمْرُ الأذانِ عندى سهلٌ . ورُوى عن ابن عمر : « أَنَّهُ كَانَ يؤذِّنُ على الراحلة ، ثم ينزلُ فيُقِيمُ » وإذا أبيح التنفل على الراحلة ، فالأذان أولى .

فصــل

ويستحبُّ أن يؤذن على شيء مرتفع ، ليكون أبلغ لتأدية صوته . وقد روى أبو داود ، عن عُروة ابن الزبير ، عن امرأة من بنى النجار قالت : « كان بَيْتِى مِنْ أطْوَلِ بَيْتٍ حَوْلَ المَسْجِدِ ، وكان بلَالٌ يؤذن عليه الْفَجْرَ ، فيأتى بِسَحَرٍ فَيَجْلِسُ على البيت ينظرُ إلى الفَجْرِ ، فإذا رآه تَمَطَّى ، ثمّ قال : اللَّهُمّ إِنِّى أَسْتَعِينُكَ ، وَأَسْتَعْدِيكَ عَلَى قُرَيْشٍ : أن يُقِيمُوا دِينَكَ . قالت : ثم يؤذن » . وفى حديث بدء الأذان فقال رجل من الأنصار : يا رسول الله : « رأيتُ رَجُلاً كأنَّ عَلَيْهِ ثَوْبَيْنِ أَخْضَرَيْنِ ، فَقَامَ عَلَى المَسْجِدِ فَأَذَّنَ ، ثُمَّ قَعَدَ قَعْدَةً ، ثمَّ قَامَ فَقَالَ مِثْلَهَا إلاّ أنَّه يقول : قَدْ قَامَتِ الصلاةُ » .

فصــل

ولا يُستحبُّ أن يتكلَّم فى أثناء الأذان ، وكرهه طائفةٌ من أهل العلم . قال الأوزاعىّ : لم نعلم أحداً يُقتدَى به فعل ذلك . وَرَخَّصَ فيه الحسنُ ، وعطاء ، وقتادةُ ، وسليمانُ بن صُرَد . فإن تكلم بكلام يسير جاز . وإن طال الكلام بطل ، لأنه يقطعُ الموالاةَ المشروطَةَ فى الأذان ، فلا يُعلم أنه أذان ، وكذلك لو سكت سكوتاً طويلا ، أو نام نوماً طويلا ، أو أُغْمِىَ عليه ، أو أصابه جنون يقطع الموالاة ، بطل أذانه ، وإن كان الكلامُ يسيراً مُحَرّماً كالسبِّ ونحوه ، فقال بعض أصحابنا فيه وجهان :

(أحدهما) لايقطعه : لأنه لا يُخِلُّ بالمقصود ، فأشبه المباح .

(والثانى) يقطعه : لأنه مُحرّم فيه .

وأما الإقامة فلاينبغى أن يتكلّم فيها ، لأنّها يُسْتحبُّ حَدْرُها ، وأن لا يُفرّق بينها . قال أبو داود : قلت لأحمد : الرجل يتكلم فى أذانه ؟ فقال : نعم . فقلت له : يتكلم فى الإقامة ؟ فقال : لا .

فصــل

وليس للرجل أن يبنى على أذان غيره ، لأنه عبادة بدنية ، فلا يصحُّ من شخصين كالصلاة . والرِّدةُ تُبطل الأذان إن وُجدت فى أثنائه ، وإن وُجدت بعده . فقال القاضى : قياسُ قوله فى الطهارة : أن تَبطُل أيضاً ، والصحيح أنها لاتبطل لأنها وُجدت بعد فراغه ، وانقضاء حكمه ، بحيث لا يُبطله شىء من مبطلاته . فأشبه سائر العبادات إذا وجدت بعد فراغه منها . بخلاف الطهارة ، فإنها تبطلُ بمُبطلاتها فالأذان أشبهُ بالصلاة فى هذا الحكم منه بالطهارة ، والله تعالى أعلم .

فصـــــل

ولا يصحُّ الأذان إلا مرَتَّباً . لأن المقصود منه يختلُّ بعدم الترتيب وهو الإعلام . فإنه إذا لم يكن مرتباً لم يُعلم أنه أذان . ولأنه شُرع فى الأصل مُرَتَّباً وعلمه النبىُّ ﷺ أبا محذورةَ مرَتَّباً .

« مسألة » ﴿ ويُدير وجهـه على يمينه إذا قال: حىَّ على الصـلاة ، وعلى يسـاره إذا قال : حىَّ على الفلاح . ولا يُزيل قدميه ﴾ .

المستحبُّ : أن يؤذِّن مُستقبلَ القبلة ، لانعلم فيه خلافاً فإن مؤذِّنِى النبىِّ كانوا يؤذنون مُستقبلى القبلة ويُستحبُّ أن يُدير وجهه على يمينه إذا قال « حىَّ على الصلاة » وعلى يساره إذا قال : «حىَّ على الفلاح» ولا يزيل قدميه عن القبـلة ، فى التفاته . لمـا رَوى أبو جحيفـة قال : « رأيت بلالاً يُؤذِّن وأَتَتَبَّعُ[1] فاه ، هنـا ، وهنـا ، وأُصْبُعَاه فى أُذنيه » متفق عليه . وفى لفظ قال : « أَتَيْتُ رسول ﷺ وَهُوَ فى قُبَّةٍ حَمْراءَ مِنْ أَدَمٍ ، فَخَرجَ بِلاَلٌ فَأَذَّنَ . فَلَمَّـا بَلَغَ حَىَّ عَلَى الصَّلاَةِ حَىَّ عَلَى الْفَلاَحِ الْتَفَتَ يَميناً وَشِمَالاً ، وَلَمْ يَسْتَدِرْ » رواه أبو داود . وظاهرُ كلام الخِرَقِىّ : أنه لايَسْتَديرُ ، سواء كان على الأرض أو فوق المنارة . وهو قول الشافعىّ . وذكر أصحابنا عن أحمد فيمن أذّن فى المنارة روايتين :

(إحداهما) لايَدور ، للخبَر . ولأنه يستدبر القبلة ، فـكُرِه كما لو كان على وجه الأرض .

(والثانية) يدور فى مجالهـا لأنه لايحصـل الإعلام بدونه ، وتحصيلُ المقصود بالإخلال بأدب أولى من العَـكْس . ولو أخل باستقبال القبلة ، أو مشى فى أذانه لم يبطل فإن الخطبة آكدُ من الأذان . ولا تبطل بهذا . وسئل أحمـدُ عن الرجل يؤذن وهو يمشى ؟ فقال : نعم ، أمر الأذان عندى سهل ، وسئل عن المؤذن يمشى وهو يقيم . قال : يُعجبنى أن يفْرُغ ثم يمشى . وقال فى رواية حرب : وفى المسافر أحبُّ إلى أن يؤذن ووجهه إلى القبلة ، وأرجو أن يجزىء .

« مسألة » قال ﴿ ويُستحبُّ لمن سمع المؤذن أن يقول كما يقول ﴾ .

لاأعلم خلافاً بين أهل العلم فى استحباب ذلك . والأصل فيه مارَوى أبو سعيـد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا سَمِعْتُمُ النِّدَاءَ فَقُولُوا مِثْلَ مَايَقُولُ الْمُؤَذِّنُ » متفق عليه ، ورواه جماعة عن النبى صلى الله عليه وسلم منهم أبو هريرة ، وعمرو بن العاص وابنه ، وأُم حَبيبة . وقال غير الخِرقىّ من أصحابنا : يُستحبُّ أن يقول عند الحَيْعَلَةِ : لاحول ، ولا قوةَ إلا بالله ، نص عليه أحمدُ . لمـا روى الأثرم بإسناده عن أبى رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه كان إذا سمع الأذان قال مثل مايقول المؤذن . فإذا بلـغ حَىَّ على الصلاة قال : لاحَوْلَ ولا قُوَّة إلاّ بالله » . وروى حفصُ بن عاصم بن عمر بن الخطاب ، عن أبيه

(١) الواو للحال ، أى وأنا أتتبع بها فمه ، يديره هنا وهنا وفى البخارى ومسلم « فجعلت أتتبع » .

عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا قال المؤذن : اللهُ أكبرُ ، الله أكبر ، فقال أحدكم : الله أكبر الله أكبر ، ثم قال : أشهدُ أن لا إله إلا الله ، قال أشهد أن لا إله إلا الله ، ثم قال أشهد أن محمداً رسول الله . قال : أشهد أن محمداً رسول الله ، ثم قال : حيّ على الصلاة . قال : لاحول ولا قوة إلا بالله ، ثم قال : حيّ على الصلاة ، قال لاحولَ ولا قوةَ إلاّ بالله ، ثم قال حيّ على الفلاح ، قال : لا حول ولا قوة إلا بالله ، ثم قال : الله أكبر الله أكبر ، قال : الله أكبرُ الله أكبر ، ثم قال : لا إله إلا الله ، قال : لا إله إلا الله ـ من قلبه دخل الجَنّةَ » رواه مسلم وأبو داود . قال أبوبكر الأثرم : هذا من الأحاديث الجِياد ، يعنى هذا الحديث . وهذا أخصُّ من حديث أبي سعيد فيقدم عليه ، أو يجمع بينهما .

فصــــل

ويُستحبُّ أن يقول فى الإقامة مثلَ مايقول ، ويقول عند كلمة الإقامة : أقامها الله ، وأدامها . لما روى أبو داود بإسناده عن بعض أصحاب النبيّ ﷺ : « أنَّ بِلاَلاً أَخَذَ فى الْإِقَامَةِ ، فلمَّا أَنْ قَالَ : قَدْ قَامت الصَّلاَةُ ، قال النبيّ ﷺ : أقامَها الله ، وأدامَها » وقال فى سائر الإقامة كنحو حديث عمر فى الأذان .

فصــــل

ورَوى سعد بن أبى وقاص قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « مَنْ قَالَ حِينَ يَسْمَعُ النِّدَاء : وأنا أشهدُ أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، وأن محمداً رسولُ الله ، رضيتُ بالله ربًّا وبالإسلام ديناً ، وبمحمَّدٍ ﷺ رَسُولاً ، غُفِرَ له ذنبه » رواه مسلم . وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ قَالَ حِينَ يَسْمَعُ النِّدَاء : اللَّهُمَّ رَبَّ هَذِهِ الدَّعْوَةِ التَّامَّةِ وَالصَّلاَةِ الْقَائِمَةِ ، آتِ مُحَمَّداً الْوَسِيلَةَ وَالْفَضِيلَةَ ، وَابْعَثْهُ مَقاماً مَحْمُوداً الذى وَعَدْتَهُ ـ حَلَّتْ لَهُ شَفَاعَتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ » رواه البخاريّ . وعن أُمّ سَلَمَةَ قالت : « عَلَّمَنِي النبيُّ ﷺ أَنْ أَقُولَ عِنْدَ أَذَانِ الْمَغْرِبِ ـ اللَّهُمَّ هَذَا إقبالُ لَيلِكَ ، وَإِدْبَارُ نَهَارِكَ ، وَأَصْوَاتُ دُعَائِكَ فَاغْفِرْ لِي » رواه أبو داود . ورَوى أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَ يُرَدُّ الدُّعَاء بَيْنَ الْأَذَانِ وَالْإِقَامَةِ » رواه أبو داود أيضاً .

فصــــل

وإذا سمع الأذانَ وهو فى قراءةٍ قطعها ، ليقولَ مثلَ مايقول ، لأنه يَفوتُ ، والقراءة لا تفوت . وإن سمعه فى الصلاة لم يقلْ مثل قوله ، لئلاَّ يَشْتَغِلَ عن الصَّلاَةِ بِمَا لَيْسَ منها . وقد رُوى : « إنَّ فِي الصَّلاَةِ لَشُغْلاً » ، وإن قاله ماعدا الحَيْعَلةَ لم تبطل الصلاة . لأنه ذِكْرٌ ، وإن قال الدعاء إلى الصلاة فيها بطلت ، لأنه خطاب آدميّ .

فصــــل

رُوى عن أحمدَ : أنه كان إذا أذن فقال كلمةً من الأذان قال مِثْلَهَا سِرًّا . فظاهرُ هذا أنه رأى ذلك

مُستحبًّا ، ليكون ما يُظهره أذانًا ودُعاءً إلى الصلاة ، وما يُسِرُّه ذِكراً لله تعـالى ، فيـكون بمنزلة من سمع الأذان .

فصـــل

قال الأثرم : وسمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن الرجـل يقومُ حين يسمعُ المؤذِّنَ مبادراً يركع ؟ فقـال : يُستحبُّ أن يكون ركوعُه بعد مايفرغ المؤذن ، أو يقربُ من الفراغ ، لأنه يقال : إن الشيطان ينفرُ حين يَسْمَعُ الأذان ، فلا ينبغى أن يُبادرَ بالقيام . وإن دخـل المسجدَ فسمع المؤذنَ استُحِبَّ له انتظارُه ليفرغ ، ويقولَ مثل مايقولُ ، جمعاً بين الفضيلتين . وإن لم يقل كقوله وافتتح الصلاة فلا بأس ، نصّ عليه أحمد .

فصـــل

ولا يُستحبُّ الزيادة على مؤذِّنَيْنِ . لأن الذى حُفظ عن النبى ﷺ : « أَنَّهُ كان لَهُ مُؤذِّنَانِ : بلالٌ وابن أُمِّ مكتوم » إلا أن تدعوَ الحاجةُ إلى الزيادة عليهما فيجوز . فقد رُوى عن عثمان رضى الله عنه : أنه كان له أربعة مؤذنين . وإن دعت الحاجةُ إلى أكثر منه كان مشروعاً . وإذا كان أكثرَ من واحـد ، وكان الواحدُ يُسْمِـعُ الناس ، فالمستحبُّ أن يُؤذن واحد بعدَ واحد ، لأن مُؤذِّنِى النبيِّ ﷺ كان أحدهما يُؤذِّن بعد الآخر . وإن كان الإعـلامُ لايحصل بواحـد أذَّنوا على حَسَب مايُحتاج إليه ، إما أن يؤذن كلٌّ واحد فى مَنارةٍ ، أو ناحيةٍ ، أو دَفْعَةً واحدةً فى موضع واحد . قال أحمد : إن أَذَّنَ عِدَّةٌ فى منارةٍ فلا بأس . وإن خافوا من تأذين واحد بعد الآخر فواتَ أوّلِ الوقت أذَّنوا جميعاً دَفْعةً واحدةً .

فصـــل

ولا يُؤذِّنُ قبـل المُؤذِّن الراتب ، إلا أن يتخلَّفَ ، ويخافَ فوات وقت التأذين ، فيؤذِّن غـيرُه . كما رُوى عن زياد بن الحارث الصُّدَائِيِّ : « أنه أذَّنَ للنبيِّ صلى الله عليـه وسلم حِينَ غابَ بِلاَلٌ » ، وقد ذكرنا حديثه . وأذن رجل حين غاب أبو محذورة قبله . فأمّا مع حضوره فلا يَسْبِقُ بالأذان ، فإن مؤذنى النبيِّ صلى الله عليه وسلم لم يكن غيرُهم يسبقهم بالأذان .

فصـــل

وإذا تشاحَّ نَفْسَانِ فى الأذان قُدِّم أحدهما فى الخِصَال المُعتبرةِ فى التَّأْذِينِ ، فَيُقدَّمُ من كان أَعْلَى صوتاً لقول النبى صلى الله عليه وسلم لعبـد الله بن زيد : « أَلْقِهِ عَلَى بِلاَلٍ . فَإِنَّهُ أَنْدَى صَوْتاً مِنْكَ » ، وقدَّم أبا محذورة لصوته ، وكذلك يُقدَّم من كان أبلغ فى معرفة الوقت ، وأشدَّ محافظـةً عليـه ، ومن يرتضيه الجيرانُ ، لأنهم أعلمُ بمن يبلُغهم صوتُه ، ومن هو أَعَفُّ عن النظر . فإن تساويا من جميع الجهات أُقْرِعَ بينهما ، لأن النبيَّ ﷺ قال : « لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَافِي النِّدَاءِ وَالصفِّ الأوّلِ ، ثمّ لَمْ يَجِدُوا إلاَّ أَنْ

يَسْتَهِمُوا عَلَيْهِ لاَسْتَهَمُوا » متفق عليه ، ولمَّا تَشاحَّ الناسُ فى الأذان يوم القادسيّة أقرع بينهم سعد .

فصـــــل

ويُكره اللَّحْنُ فى الأذان ، فإنه ربما غيَّر المعنى ، فإن من قال : أشهدُ أن محمداً رسول الله ، ونصب لام رسول ، أخرجه عن كونه خَبَراً ، ولا يَمُدُّ لفظة « أكبر » لأنه يَجعل فيها ألفاً ، فيصيرُ جمع كَبَرٍ ، وهو الطَّبْلُ ، ولا تسقطُ الهاء من اسم الله تعالى ، واسم الصلاة ، ولا الحاء من الفلاح . لما رَوى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يُؤذِّنْ لَكُمْ مَنْ يُدْغِمُ الهاء ، قلنا : وكيف يقول ؟ قال : يقول : أشهد أن لا إله إلا الله(1) ، أشهد أن محمداً رسولُ الله » أخرجه الدارقطنيّ فى الأفراد . فأما إن كان ألثغ لثغةً لاتتفاحشُ جاز أذانه . فقد رُوى أن بِلاَلاً كان يقول : أسهد يجعل الشين سيناً ، وإن سَلِمَ من ذلك كان أكمل وأحسن .

فصـــــل

وإذا أذَّن فى الوقت كُره له أن يخرج من المسجد ، إلا أن يكون لحاجة ثم يعود ، لأنه ربما احتيج إلى إقامة الصلاة فلا يوجدُ . وإن أذَّن قبل الوقت للفجر ، فلا بأس بذهابه ، لأنه لايُحتاج إلى حضوره . قال أحمد : فى الرجل يُؤذِّن فى الليل ، وهو على غير وضوء ، فيدخُل المنزلَ ، ويدع المَسجد ؟ أرجو أن يكون مُوَسَّعاً عليه . ولكن إذا أذَّن وهو متوضىء فى وقت الصلاة ، فلا أرى له أن يَخرُج من المسجد حتى يُصلِّيَ إلَّا أن تكون له الحاجة .

فصـــــل

فإن أذَّن المؤذِّنُ فى بيته ، وكان قريباً من المسجد فلا بأس ، وإن كان بعيداً فلا ، لأن القريب أذانه من عند المسجد فيأتيه السامعون للأذان . والبعيدُ ربَّما سمعه من لايَعرف المسجدَ فيغتَرُّ به ، ويقصدُه ، فيَضيعُ عن المسجد . وقد رُوى فى الذى يُؤذِّن فى بيته ، وبينه وبين المسجد طريق يسع الناس : أرجو أن لايكون به بأس . وقال فى رواية إبراهيم الحَرْبى فيمن يؤذِّن فى بيته على سطح : معاذَ الله ، ماسمعنا أن أحداً يفعل هذا . فالأول : المراد به القريب . ولهذا كان بلالٌ يؤذِّن على سطح(2) امرأة من قريش ، لمّا كان قريباً من المسجد عالياً . والثانى : محمول على البعيد لما ذكرناه .

فصـــــل

إذا أذن المؤذن ، وأقام ، لم يستحَب لسائر الناس أن يُؤَذِّنَ كل إنسان منهم فى نفسه ، ويُقيمَ بعد فراغ المؤذِّن . ولكن يقول مثلَ مايقول المؤذِّنُ . لأن السُّنَّةَ إنما وردت بهذا ، والله أعلم .

---

(1) إدغام الهاء عدم إيضاحها بذكرها ساكنة بعد الألف ، بأن ينطق باللام ، كقول العامة (اللا) .
(2) أى على سطح بيت امرأة من قريش .

باب استقبال القبلة

استقبال القبلة شرط فى صحة الصلاة إلاّ فى الحالتين اللتين ذكرهما الخِرَقِىّ رحمه الله . والأصل فى ذلك قول الله تعالى (٢ : ١٤٤ وَحَيْثُمَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ) يعنى نحوه ، كما أنشدوا :

أَلاَ مَنْ مُبْلِغٌ عَنَّا رَسُولاً   وَمَا تُغْنِي الرِّسَالَةُ شَطْرَ عَمْرِو

أى نحو عمرو ، وتقول العرب : هؤلاء القوم يشاطروننا إذا كانت بيوتهم تقابل بيوتهم . وقال علىّ رضى الله عنه : شَطْرَهُ : قِبَلَه. وروى عن البراء قال : « قَدِمَ رَسولُ الله صلى الله عليه وسلم فصَلَّى نحوَ بَيْتِ الْمَقْدِسِ سِتَّةَ عَشَرَ شَهْراً ، ثم إنه وُجِّه إلى الكعبة . فمرّ رجل ، وكان يُصَلى مع النبى صلى الله عليه وسلم على قوم من الأنصار ، فقال : إن رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم قد وُجِّهَ إلى الكعبة ، فانْحَرِفُوا إلى الكعبة » أخرجه النسائىّ .

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ إذا اشتدّ الخوفُ ، وهو مطلوب ، ابتدأ الصلاةَ إلى القبلة ، وصلَّى إلى غيرها ، راجلاً وراكباً ، يُومىء إيماء على قدر الطاقة ، ويجعل سجودَه أخفضَ من رُكوعه ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا اشتد الخوفُ بحيث لايتمكن من الصلاة إلى القبلة ، أو احتاج إلى المشى ، أو عجز عن بعض أركان الصلاة ، إمّا لهرَبٍ مُباحٍ من عدُوّ ، أو سيل ، أو سبُع ، أو حريق ، أو نحو ذلك ، مما لايمكنه التخلُّص منه إلا بالهرَب ، أو المسابقة ، أو التحام الحرب ؛ والحاجة إلى الكرّ والفرّ ، والطعن ، والضرب ، والمطاردة . فله أن يُصلِّىَ على حسَبَ حاله ، راجلاً وراكباً ، إلى القبلة ، إن أمكن ، أو إلى غيرها إن لم يُمكن . وإذا عجز عن الركوع ، والسجود ، أومأ بهما ، وينحنى إلى السجود أكثرَ من الركوع على قدر طاقته . وإن عجز عن الإيماء سقط ، وإن عجز عن القيام أو القعود أو غيرهما سقط ، وإن احتاج إلى الطعن ، والضرب ، والكرّ ، والفرّ ، فعل ذلك . ولا يُؤخِّر الصلاةَ عن وقتها ، لقول الله تعالى (٢ : ٢٣٩ فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالاً أَوْ رُكْبَاناً) . وروى مالك عن نافع عن ابن عمر قال : « فَإِنْ كَانَ خَوْفاً هُوَ أَشَدَّ مِنْ ذَلِكَ صَلَّوْا رِجَالاً قِيَاماً عَلَى أَقْدَامِهِمْ ، أورُكْبَاناً مُسْتَقْبِلِي الْقِبْلَةِ وغَيْرَ مُسْتَقْبِلِيهَا » . قال نافع : لاأرى ابن عمر حدّثه إلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإذا أمكنَ افتتاح الصَّلاةِ إلى القبلة ، فهل يجبُ ذلك ؟ قال أبو بكر : فيه روايتان :

(إحداهما) لايجب : لأنه جزء من أجزاء الصلاة . فلم يجب الاستقبالُ فيه كبقية أجزائها ، قال : وبه أقول .

(والثانية) يجب : لما رَوى أنس بن مالك : « أن رسول الله ﷺ كان إذَا كَانَ فى السَّفَرِ فأرادَ أنْ يُصَلى عَلَى رَاحِلَتِهِ اسْتَقْبلَ الْقِبْلَةَ ، ثم كبّر ، ثمَّ صَلّى حَيْثُ تَوَجَّهَتْ بِهِ » رواه الدارقطنىّ . ولأنه

أمكنه ابتداء الصلاة مستقبلا فلم يَجُز بدونه . كما لو أمكنه ذلك فى ركعةٍ كاملة . وتمامُ شرح هذه الصلاة نذكره فى باب صلاة الخوف إن شاء الله .

« مسألة » قال ﴿ وسواء كان مطلوباً ، أو طالباً يَخْشى فوات الْعَدوّ ، وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنّه إن كان طالباً ، فلا يُجزئه أن يُصَلِّيَ إلاَّ صلاةَ آمِنٍ ﴾ .

اختلفت الرواية عن أبى عبد الله رحمه الله فى طالب الْعَدُوّ الذى يخاف فواته . فرُوى أنه يُصلّى على حسب حاله كالمطلوب سواء . رُوى ذلك عن شُرَحْبيل بن حَسَنَة ، وهو قول الأوزاعىّ . وعن أحمد : أنه لا يُصلِّى إلا صلاةَ آمن ، وهو قول أكثر أهل العلم ، لأن الله تعالى قال : (٢ : ٢٣٩ فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالاً أَوْ رُكْبَانًا) فشرطَ الخوف ، وهذا غيرُ خائف . ولأنه آمن فلزمته صلاة الأمن ، كما لو لم يخش فوتهم ، وهذا الخلاف فيمن يأمن رجوعهم عليه إن تشاغل بالصلاة ، ويأمن على أصحابه . فأمّا الخائفُ من ذلك ، فحكمه حكم المطلوب .

ولنا : ما رَوى أبو داود فى سُنَنه ، بإسناده عن عبد الله بن أُنَيْس قال : « بَعَثَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ إلى خالد بن سُفْيَانَ الْهُذَلِيّ ، وَكَانَ نَحْوَ عرَفَةَ ، أَوْ عرَفَاتٍ ، قال : اذْهَبْ فَاقْتُلْهُ . فَرَأَيْتُهُ ، وَحَضَرَتْ صَلاَةُ الْعَصْرِ ، فَقُلْتُ : إِنِّي لَأَخَافُ أَنْ يَكُونَ بَيْنِي وَبَيْنَهُ مَا يُؤَخِّرُ الصَّلاَةَ ، فانْطَلَقْتُ أَمْشِي ، وَأَنَا أُصَلِّي ، أُومِيءُ إِيمَاءً نَحْوَهُ ، فَلَمَّا دَنَوْتُ مِنْهُ ، قالَ لِي ، مَنْ أَنْتَ ؟ قُلْتُ : رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ ، بَلَغَنِي أَنَّكَ تَجْمَعُ لِهَذَا الرَّجُلِ ، فَجِئْتُكَ لِذَلِكَ ، قالَ : إِنِّي لَعَلَى ذلكَ ، فَمَشَيْتُ مَعَهُ سَاعَةً ، حَتَّى إذا أَمْكَنَنِي عَلَوْتُهُ بِسَيْفِي حَتَّى بَرَدَ » وظاهر حاله : أنه أخبر بذلك النبى ﷺ أو كان قد علم جواز ذلك من قِبَله ، فإنه لا يُظَن به أنه يفعل مثل ذلك مخطئاً . وهو رسولُ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم ، ثم لا يخبره به ، ولا يسأله عن حكمه . وروى الأوزاعىّ عن سابق الْبَرْبَرِيّ عن كتاب الحسن : أن الطالب ينزل فَيُصَلِّي بالأرض . فقال الأوزاعىّ : وجدنا الأمرَ على غير ذلك . قال شرحبيل بن حسنة : لا تُصَلُّوا الصبح إلا على ظهر . فنزل الأشتر فصلّى على الأرض ، فمر به شرحبيل ، فقال : مخالف ، خالف الله به . قال : فخرج الأشتر فى الفتنة . وكان الأوزاعىّ يأخذ بهذا فى طلب الْعَدُوّ ، ولأنها إحدى حالتى الحرب ، أشبهت حالة الهرب . والآية لا دلالة فيها على محل النزاع ، لأن مدلولها إباحةُ القصر . وقد أبيح القصر حالة الأمن بغير خلاف ، وهو أيضاً غيرُ محلّ النزاع . ثم وإن دلّت على محل النزاع ، فقد أبيحت صلاة الخوف من غير خوفِ فِتْنَةِ الكفار ، للخوف من سَبُع ، أو سَيْل ، أو حريق ، لوجود معنى المنطوق فيها . وهذا فى معناه ، لأن فوات الكفار ضرر عظيم ، فأبيحت صلاة الخوف عند فَوْته ، كالحالة الأخرى .

« مسألة » قال ﴿ وله أن يتطوع فى السفر على الراحلة ، على ما وصفنا من صلاة الخوف ﴾ .

لانعلم خلافاً بين أهل العلم فى إباحة التطوع على الراحلة فى السفر الطويل . قال الترمذىّ : هـذا عند عامّة أهل العلم . وقال ابن عبد البرّ : أجمعوا على أنه جائز لكل من سافر سفراً يقصر فيه الصلاةَ أن يتطوّع على دابته حيثما توجهت ، يُومىء بالركوع ، والسجود ، يجعل السجود أخفض من الركوع ، وأما السفر القصير ، وهو مالا يُباح فيه القصرُ : فإنه تُباح فيه الصلاةُ على الراحلة عند إمامنا ، والليث والحسن ابن حُيَىّ ، والأوزاعى ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : لايُباح إلا فى سفر طويل ، لأنه رخصة سفرٍ فاختصّ بالطويل كالقصر .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ١١٥ وَلِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللهِ) قال ابن عمر : نزلت هذه الآية فى التطوع خاصة ، حيث توجَّه بك بعـيرك ، وهذا مطلق يتناول بإطلاقه محلّ النزاع . وعن ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم كَانَ يُوتِرُ عَلَى بَعِيرِهِ » وفى رواية : « كَانَ يُسَبِّحُ على ظَهْرِ رَاحِلَتِهِ حَيْثُ كان وَجْهُهُ ، يُومِىءُ برَأْسِهِ ، وكَان ابن عُمَر يَفْعَلُهُ » متفق عليهما . وللبخارىّ : « إلا الفرائض » . ولمسلم وأبى داود : « غير أنه لايُصَلِّى عَلَيْهَا الْمَكْتُوبَةَ » . ولم يَفرِق بين قصير السفر وطويله . ولأن إباحة الصلاة على الراحـلة تخفيف فى التطوع ، كيلا يُؤدِّى إلى قطعها وتقليلهـا ، وهـذا يستوى فيه الطويل ، والقصير. والقصر ، والفطرْ يراعى فيه المشقّـة ، وإنمـا توجد غالباً فى الطويل . قال القاضى : الأحكامُ التى يستوى فيها الطويلُ من السفر والقصيرُ ثلاثة : التيمُّم ، وأكلُ المَيْتة فى المَخْمَصَةِ ، والتطوّع على الراحلة . وبقيّة الرخص تختصّ الطويل ـ الفِطْرُ ، والجمعُ ، والمسحُ ثلاثاً .

فصـــل

وحكم الصلاة على الراحلة : حكم الصلاة فى الخوف فى أنه يُومىء بالركوع والسجود ، ويجعل السجود أخفضَ من الركوع . قال جابر : « بَعَثَنِى رسولُ الله صـلى الله عليه وسلم فى حاجةٍ ، فجئتُ وهو يصلِّى على رَاحِلَتِهِ نَحْوَ المَشْرِق ، والسجودُ أخْفَضُ مِنَ الرُّكُوعِ » رواه أبو داود ، ويجوز أن يصلى على البعير والحمار ، وغـيرهما . قال ابنُ عمر : « رأيتُ رسول الله ﷺ يصلِّى على حمارٍ ، وهو متوجِّهٌ إلى خَيْبر » رواه أبو داود والنسائىّ ، لـكن إن صلّى على حيوان نجس فلا بد أن يكون بينهما سُترةٌ طاهرةٌ .

فصـــل

فإن كان على الراحلة فى مكان واسع كالمنفرد فى العِمَادِيَّة(١) يدور فيها كيف شاء ، ويتمكن من

(١) العمادية : قلعة شمالى الموصل ، وفى بعض النسخ العمارية بالراء بدل الدال ، وضبطت فى نسخة الشيخ حامد الفقى بتشديد الميم ، وفسرها فى الهامش : بأنهـا نوع من السفن الكبيرة ، وهى بالراء تصحيف وتفسيرها سهو عن قول المؤلف بعد قليل : « لأنه كراكب السفينة » اه . والمعنى أن المنفرد فى القاعة المذكورة على دابته يمكنه التوجه بها حيث شاء .

الصلاة إلى القبلة والركوع والسجود ، فعليه استقبال القبلة فى صلاته ، ويسجد على ماهو عليه إن أمكنه ذلك ، لأنه كراكب السفينة . وإن قدر على الاستقبال دون الركوع والسجود استقبل القبلة ، وأومأ بهما نُصَّ عليه . وقال أبو الحسن الآمدىّ : يحتمل أن لا يلزمه شيء من ذلك كغيره . لأن الرخصة العامة تعمُّ ماوُجدت فيه المشقةَ وغيره ، كالقصر والجمع . وإن عجز عن ذلك سقط بغير خلاف . وإن كان يعجزُ عن استقبال القبلة فى ابتداء صلاته ، كراكب راحلةٍ لاتُطيعه ، أو كان فى قطارٍ[1] فليس عليه استقبال القبلة فى شيء من الصلاة . وإن أمكنه افتتاحها إلى القبلة ، كراكب راحلةٍ مُنْفردة تُطيعه ، فهل يلزمه افتتاحها إلى القبلة ؟ يخرج فيه روايتان :

(إحداهما) يلزمه : لما رَوى أنس : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانَ إذا سَافرَ فَأَرَادَ أَن يَتَطَوَّعَ ، اسْتَقْبَلَ بِنَاقَتِهِ الْقِبْلَةَ ، فَكَبَّرَ ثُمَّ صَلَّى حَيْثُ كَانَ وِجْهَةُ رِكَابِهِ » رواه الإمام أحمد فى مسنده وأبو داود ، ولأنه أمكنه استقبالُ القبلة فى ابتداء الصلاة ، فلزمه ذلك كالصلاة كلها .

(والثانية) لايلزمه : لأنه جزء من أجزاء الصلاة ، أشبه سائر أجزائها . ولأن ذلك لايخلو من مشقة فسقط ، وخبر النبى صلى الله عليه وسلم يُحمل على الفضيلة ، والندب .

فصـــل

وقبلة هذا المُصَلِّى : حيث كانت وجهته . فإن عدل عنها نَظَرْتَ . فإن كان عدولُه إلى جهة الكعبة جاز ، لأنها الأصل ، وإنما جاز تركُها للعذر . فإذا عدل إليها أتى بالأصل ، كما لو ركع فسجد فى مكان الإيماء ، وإن عدل إلى غيرها عَمْداً فسدَتْ صلاتُه ، لأنه ترك قبلتَه عَمْداً ، وإن فعل ذلك مغلوباً أو نائماً أو ظناً منه أنها جهة سفره ، فهو على صلاته ، ويَرْجع إلى جهة سفره عند زوال عُذره . لأنه مغلوب على ذلك ، فأشبه العاجز عن الاستقبال . فإن تمادى به ذلك بعد زوال عُذره فسدت صلاتُه . لأنه ترك الاستقبال عمداً . ولا فرق بين جميع التطوعات فى هذا . فيستوى فيه النوافلُ المُطلقة ، والسنن الرواتب ، والمعيَّنةُ ، والوِتْر ، وسجود التلاوة ، وقد « كان النبىُّ صلى الله عليه وسلم يُوتِرُ عَلَى بَعِيره » و « كان يُسَبِّح على بَعِيرِه إلاَّ الفَرائِض » متفق عليهما .

فصـــل

فأما الماشى فى السفر ، فظاهر كلام الخِرَقىّ : أنه لاتباح له الصلاة فى حال مشيه . لقوله : « ولا يُصلِّى فى غير هاتين الحالتين فرضاً ولا نافلةً إلا مُتوجهاً إلى الكعبَة » وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، فإنه قال :

---

(١) قال فى القاموس : « جاءت الإبل قطاراً ، أى مقطورة . اهـ ، ومعنى ذلك أن بعضها ربط إلى بعض فلا تستطيع الانفلات ، ومراد المؤلف بالقطار هنا ما ذكره القاموس ، ويحمل على حكمه ما كان مثله من قطار السكة الحديد ، وكل مالا يستطيع فيه المسافر التوجه معه إلى القبلة كالطائرة ونحوها .

ما أعلم أحداً قال فى الماشى يُصَلى إلا عطاء . ولا يعجبنى أن يُصَلِّى الماشى ، وهذا مذهب أبى حنيفة .

والرواية الثانية : له أن يُصَلِّى ماشياً ، نقلها مُثَنَّى بن جامع ، وذكرها القاضى وغيره . وعليه أن يستقبل القبلة لافتتاح الصلاة ، ثم ينحرفَ إلى جهة سيره ، ويقرأ وهو ماشٍ ، ويركع ثم يسجد على الأرض ، وهذا مذهبُ عطاء ، والشافعىّ . وقال الآمدىّ : يُومىء بالركوع والسجود كالراكب ، لأنها حالة أبيح فيها ترك الاستقبال ، فلم يجب عليه الركوع والسجود كالراكب . وعلى قول القاضى : الركوع والسجود ممكن من غير انقطاعه عن جهة سيره ، فلزمه كالواقف .

واحتجوا بأن الصلاة أبيحت للراكب لئلاّ ينقطعَ عن القافلة فى السفر . وهذا المعنى موجود فى الماشى ولأنه إحدى حالتى سير المسافر ، فأبيحت الصلاة فيها كالأخرى .

ولنا أنه لم يُنقل ، ولا هو فى معنى المنقول . لأنه يحتاج إلى عمل كثير ومشى متتابع ، يقطع الصلاة ، ويقتضى بطلانها . وهذا غير موجود فى الراكب . فلم يَصِحَّ إلحاقه به . ولأن قوله تعالى : (٢ : ١٣٩ وَحَيْثُمَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ) عامٌّ تُرِكَ فى موضع الإجماع بشروط غير موجودة ههنا ، فيبقى وجوبُ الاستقبال فيما عداه على مقتضى العموم .

فصل

وإذا دخل المُصَلِّى بلداً ناوياً للإقامة فيه لم يُصلِّ بعد دخوله إلا صلاةَ المُقيم . وإن دخله مجتازاً به غير ناوٍ للإقامة فيه ، ولا نازل به ، أو نازلا به ، ثم يرتحلُ من غير نيَّة إقامة مدَّةٍ يلزمه بها إتمام الصلاة ـ استدام الصلاةَ مادام سائراً . فإذا نزل فيه صلَّى إلى القبلة ، وبنى على مامضى من صلاته . كقولنا فى الخائف إذا أمن فى أثناء صلاته . ولو ابتدأها وهو نازل إلى القبلة ثم أراد الركوب أتمَّ صلاته ثم ركب . وقيل : يركب فى الصلاة ويتمها إلى جهة سيره ، كالآمن إذا خاف فى أثناء صلاته ، والفرق بينهما ، أن حالة الخوف حالة ضرورة أُبيح فيها مايحتاج إليه من العمل . وهذه رُخصة ورد الشرعُ بها من غير ضرورة إليها ، فلا يباح فيها غيرُ مانقل فيها ، ولم يرد بإباحة الركوب الذى يُحتاج فيه إلى عمل ، وتوجه إلى غير جهة القبلة ، ولا جهة سيره . فيبقى على الأصل ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ولا يصلِّى فى غير هاتين الحالتين فرضاً ولا نافلة إلا متوجهاً إلى الكعبة . فإن كان يُعاينها فبالصواب . وإن كان غائباً عنها فبالاجتهاد بالصواب إلى جهتها ﴾ .

قد ذكرنا أن استقبال القبلة شرط لصحة الصلاة . ولا فرق بين الفريضة والنافلة ، لأنه شرط للصلاة فاستوى فيه الفرضُ والنفل ، كالطهارة والستارة . ولأن قوله تعالى : (وَحَيْثُمَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ) عامّ فيهما جميعاً ، ثم إن كان معايناً للكعبة ففرضُه الصلاة إلى عينها ، لانعلم فيه خلافاً . قال

ابن عقيل : إن خرج عن مُسامَتةِ الكعبة لم تصحَّ صلاتُه . وقال بعض أصحابنا : الناس فى استقبالها على أربعة أضرب :

منهم من يلزمه اليقينُ ، وهو من كان مُعايناً للكعبة ، أو كان بمكة من أهلها ، أو ناشئاً بها ، من وراء حائل مُحْدَث كالحيطان . ففرضُه التوجه إلى عين الكعبة يقيناً . وهكذا إن كان بمسجد النبى ﷺ لأنه مُتيقن صحَّة قبلته ، فإن النبيَّ صلى الله عليه وسلم لا يُقِرّ على الخطأ . وقد روى أسامة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلّى ركعتين ، قِبَلَ القِبْلَةِ ، وقال : هذه القبلةُ » .

الثانى : من فرضه الخبر ، وهو من كان بمكة غائباً عن الكعبة من غير أهلها ، ووجد مُخبراً يُخبره عن يقين ، أو مشاهدة ، مثل أن يكون من وراء حائل ، وعلى الحائل من يُخبره ، أو كان غريباً نزل بمكة ، فأخبره أهل الدار . وكذا لو كان فى مصرٍ ، أو قريةٍ ، ففرضُه التوجه إلى محاريبهم ، وقبلتهم المنصوبة . لأن هذه القِبَلَ ينصبُها أهل الخبرة ، والمعرفة . فجرى ذلك مجرى الخبَر ، فأغنى عن الاجتهاد . وإن أخبره مُخبر من أهل المعرفة بالقبلة ، إما من أهل البلد ، أو من غيره صارَ إلى خبَره ، وليس له الاجتهاد ، كما يقبل الحاكمُ النصَّ من الثقة ، ولا يجتهد .

الثالث : مَنْ فرضُه الاجتهاد ، وهو مَنْ عَدِمَ هاتين الحالتين ، وهو عالم بالأدلّة .

الرابع : من فرضه التقليد ، وهو الأعمى ، ومن لا اجتهاد له ، وعَدِمَ الحالين ، ففرضه تقليد المجتهدين . والواجب على هذين وسائرِ مَنْ بَعُدَ من مكة طلب جهة الكعبة دون إصابة العين . قال أحمدُ : ما بين المشرق والمغرب قِبْلَةٌ . فإن انحرف عن القبلة قليلاً لم يُعِدْ ، ولكن يتحرَّى الوسط ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه كقولنا ، والآخرُ : الفرضُ إصابة العين . لقول الله تعالى (وَحَيْثُمَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ) ولأنه يجب عليه التوجه إلى الكعبة ، فلزمه التوجه إلى عينها كالمعاين .

ولنا : قول النبىّ ﷺ : « مَا بَيْنَ المَشْرِقِ وَالمَغْرِبِ قِبْلَةٌ » رواه الترمذىّ ، وقال حديث حسن صحيح . وظاهره : أن جميع ما بينهما قبلة . ولأنه لو كان الفرض إصابة العين لما صحَّت صلاةُ أهل الصف الطويل ، على خطٍّ مُسْتَوٍ ، ولا صلاة اثنين متباعِدَين يستقبلان قبلة واحدة ، فإنه لا يجوز أن يتوجَّه إلى الكعبة مع طول الصف إلا بقدرها .

فإن قيل : مع البُعْدُ يتسع المُحَاذَى . قلنا : إنما يتسعُ مع تقوُّس الصف ، أمَّا مع استوائه فلا . وشطر البيت : نحوُه وقِبَلُهُ .

فصــل

فأما محاريب الكفار ، فلا يجوز أن يُستدلّ بها ، لأن قولهم لا يُستدل به . فمحاريبهم أولى ، إلا أن يعلم قبلتهم كالنصارى ، يَعلم أن قبلتهم المشرق . فإذا رأى محاريبهم فى كنائسهم عَلِمَ أنها مُستقبلةٌ المَشْرِقَ .

وإن وجد محراباً لايعلم هل هو للمسلمين أو لغيرهم ؟ اجتهد ولم يلتفت إليـه ، لأن الاستدلال إنمـا يجوز بمحاريب المسلمين ، ولا يَعلم وجودَ ذلك . ولو رأى على المحراب آثار الإسـلام ، لم يصلّ إليه ، لاحتمال أن يـكون البـانى له مشركاً مستهزئاً يغُرُّ به المسلمين ، إلا أن يـكون ذلك مما لايتطرقُ إليـه الاحتمال ، ويحصل له العلم أنه من محاريب المسلمين ، فيستقبله .

فصـــــل

ولو صلَّى على جبل عالٍ يخرُجُ عن مُسَامَتَةِ الـكعبة صحَّت صلاته . وكذلك لو صلّى فى مـكان ينزل عن مسامتتها ، لأن الواجب استقبالها ، وما يسامتها من فوقها وتحتهـا . بدليل مالو زالت الـكعبة والعياذ بالله ، صحت الصلاةُ إلى موضع جدارها .

فصـــــل

والمجتهد فى القبلة هو العالم بأدلتها ، وإن كان جاهلا بأحكام الشرع ، فإن كلَّ مَنْ علم أدلة شىء كان من المجتهدين فيه . وإن جهل غيره ، ولأنه يتمكن من استقبالها بدليله ، فـكان مجتهداً فيها كالفقيه . ولو جهل الفقيه أدلتها أو كان أعمى فهو مُقَـلِّد ، وإن علم غيرَها . وأوثق أدلتها : النجومُ . قال الله تعـالى : (١٦ : ١٦ وَبِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ) وقال تعالى (٦ : ٩٧ وَهُوَ الَّذِى جَعَلَ لَـكُمُ النُّجُومَ لِتَهْتَدُوا بِهَا فِى ظُلُمَاتِ الْبَرِّ وَالْبَحْرِ) وآكدها القطبُ الشمالىّ ، وهو نجمٌ خفىٌّ حوله أنجُم دائرة كفَرَاشة الرَّحَى ، فى أحد طرفيها الْفَرقدان ، وفى الآخَرَ الجَدْىُ ، وبين ذلك أنجمٌ صغار منقوشة كنقوش الفَرَاشة ، ثلاثة من فوق ، وثلاثة من أسفل ، تدور هـذه الفراشة حول القطب دوران فراشة الرَّحَى حول سَفُّودُها[1] فى كلِّ يومٍ ولَيْـلَةٍ دورةً ، فى الليل نصفها وفى النهار نصفها . فيكون الجدى عند طلوع الشمس فى مكان الفرقدين عند غروبها ، ويمـكن الاستدلال بها على ساعات الليـل وأوقاته . والأزمنة لمن عرفها ، وعلم كيفية دورانها ، وحولها بناتُ نَعْش ، ممَّا يلى الفرقدين ، تدور حولهـا . والقطب لايبرحُ مكانه فى جميع الأزمانـ ، ولا يتغـيَّرُ كما لايتغير سَفُّودُ الرَّحَى بدورانها . وقيـل : إنه يتغيَّرُ تَغَـيُّراً يسيراً لايتبيَّنُ ولا يُؤَثِّرُ ، وهو نجم خفىٌّ يراه حديدُ النظر إذا لم يـكن القمرُ طالعاً . فإذا قوى نورُ القمر خَفِىَ ، فإذا استدبرته فى الأرض الشاميةِ كنتَ مُستقبلاً الـكعبةَ ، وقيل : إنه ينحرفُ فى دِمَشقَ ، وما قاربَها إلى المشرق قليلا . وكلما قرب إلى المغرب كان انحرافه أكثر ، وإن كان بحَرَّان[2] ومايقاربها اعتدل ، وجعل القطب خلف ظهره معتدلا من غـير انحراف . وقيـل : أعدلُ الْقِبَلَ : قبـلة حَرَّان ، وإن كان بالعراق

---

(١) سفود الرحى : الحديدة التى تدور حولها الرحى وتسمى قطب الرحى .

(٢) حران ، بفتح الحاء : قرية بحلب وبغوطة دمشق ، والمراد هنا الأولى .

جعل القطب حَذْوَ ظهر أذنه اليمنى على عُلوها ، فيكون مستقبلا باب الكعبة إلى المقام ، ومتى استدبر الفرقدين أو الجُدْيَ فى حال عُلُوِّ أحدهما ، ونزول الآخر على الاعتدال كان ذلك كاستدبار القطب ، وإن استدبره فى غير هذه الحال كان مستقبلا للجهة . فإذا استدبر الشرقيَّ منهما كان منحرفاً إلى الغرب قليلاً ، وإذا استدبر الغربىَّ كان مُنحرفاً إلى الشرق . وإن استدبرَ بناتِ نَعْشٍ[1] كان مستقبلاً للجهة أيضاً ، إلا أن انحرافه أكثر .

فصــــل

ومنازل الشمس والقمر ، وهى ثمانية وعشرون منزلا وهى : الشرطان ، والبطين، والثريا ، والدبران ، والهقعة ، والهنعة ، والذراع ، والنثرة ، والطرف ، والجبهة ، والزبرة ، والصرفة ، والعوّاء ، والسِّماكُ ، والغفر ، والزُّبَانَا ، والإكليل ، والقلب ، والشولة ، والنعايم ، والبلدة ، وسعد الذابح ، وسعد بلع ، وسعد السُّعود ، وسعد الأخبية ، والفرع المقدم ، والفرع المُؤخر . وبطن الحوت ، منها أربعة عشر شامية تطلع من وسط المشرق ، أو مائلةً عنه إلى الشِّمال قليلا ، أولها : الشرطان وآخرها السِّماكُ . ومنها أربعةَ عشرَ يمانيّة تطلعُ من المشرق ، أو مايليه إلى التيامن ، أولها الغفر . وآخرها بطن الحوت ، ولكل نجم من الشامية رقيب مِنَ اليمانية ، إذا طلع أحدهما غاب رقيبُه . وينزل القمر كل ليلة بمنزلةٍ منها قريباً منه ، ثم ينتقل فى الليلة الثانية إلى المنزل الذى يليه . قال الله تعالى (٣٦ : ٣٩ وَالْقَمَرَ قَدَّرْنَاهُ مَنَازِلَ حَتَّى عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ) والشمس تنزل بكل منزل منها ثلاثةَ عشرَ يوماً . فيكون عَوْدُها إلى المنزل الذى نزلت به عند تمام حول كامل من أحوال السنة الشمسية .

وهذه المنازلَ يكون منها فيما بين غروب الشمس وطلوعها أربعة عشرَ منزلاً ، ومن طلوعها إلى غروبها مثلُ ذلك . ووقت الفجر منها منزلان ، ووقت المغرب منزل ، وهو نصف سدُس سواد الليل ، وسواد الليل اثنا عشر منزلا ، وكلها تطلع من المشرق وتغرب فى المغرب ، إلا أن أوائل الشامية وأواخرَ اليمانية تطلعُ من وسط المشرق ، بحيث إذا طلع جَعَلَ الطالع منها مُحاذياً لكتفه الأيسر ، كان مستقبلا للكعبة . وكذلك آخر الشامية ، وأول اليمانية يكون مقارباً لذلك . والمتوسط من الشامية وهو الذراع ومايليه من جانبيه يميل مطلَعُه إلى ناحية الشمال ، والمتوسط من اليمانية نحو العقرب ، والنعايم ، والبلدة ، والسعود تميل مطالعها إلى اليمين . فاليمانىّ منها يجعلُه من أمام كتفه اليُسرى والشامىّ يجعله خلف الأيمن قريباً منها ، والغارب منها يجعلُه عند كتفه الأيمن ، كذلك . وإن عرف المتوسط منها بأن يرى بينه وبين أفق السماء سبعةً من ههنا ، وسبعة من ههنا استقبله . ولكل نجم من هذه المنازل نجوم تقاربه ، وتسير بسَيْره ، من عن يمينه وشماله يكثر عددها حكمها حكمه .

---

(١) بنات نعش سبعة كواكب ، أربعة نعش وثلاث بنات ، وهى كبرى وصغرى .

ويُستدلُّ بها عليه ، وعلى ماتدل عليـه كالنَّسْرَيْنِ والشِّعْرَيَيْنِ ، والنظم المقـارن للهقعـة ، والسماك الرامح ، والفـكة ، وغيرها ، وكلها تطلع من المشرق وتغرب فى المغرب . وسهيل : نجم كبير مضىء يطلع من نحو مَهبِّ الجنوب ، ثم يسير حتى يصيرَ فى قبلة المُصلِّى ، ثم يتجاوزها ، ثم يغربُ قريبـاً من مهبِّ الدَّبُور . والناقة أنجم على صورة الناقة تطلُع فى المجرةِ من مَهَبِّ الصَّبَا ، ثم تغيبُ فى مَهَبِّ الشَّمال .

فصـــل [1]

والشمس تطلع من المشرق ، وتغرب فى المغرب ، وتختلف مطالعُهـا ، ومغاربها على حسب اختلاف منازلها ، وتـكون فى الشتاء فى حال توسُّطها فى قبلة المُصَلِّى ، وفى الصيف مُحاذية لقبلته .

فصـــل

والقمرُ يبدو أولَ ليلة من الشهر هلالاً فى المغرب ، عن يمين المُصلِّى ثم يتأخر كل ليـلة نحو المشرقِ مَنْزِلاً ، حتى يكون ليلة السابع وقتَ المغرب فى قبلة المصلِّى ، أو مائلاً عنها قليلا ، ثم يطلُع ليلة الرابع عشر من المغرب قَبْلَ غروب الشمس بدراً تاماً ، وليـلة إحدى وعشرين يكون فى قبلة المصلِّى أو قريباً منها وقت الفجر ، وليلة ثمان وعشرين يبدو عند الفجر كالهلال من المشرق ، وتختلفُ مطالعه باختلاف منازله .

فصـــل

والرياح كثيرة يُستدلّ منها بأربعٍ تَهُب من زوايا السماء ، الجنوبُ تَهُبُّ من الزاوية التى بين القبـلة والمشرق ، مستقبلةً بطنَ كتفِ المُصلِّى الأيسر ، ممـا يلى وجهه . إلى يمينـه ، والشَّمالُ مُقابلتها تهبُّ من الزاوية التى بين المغرب والشمال ، مارّةً إلىمهبِّ الجنوب . والدَّبُور تَهبّ من الزاوية التى بين المغرب واليمين مستقبلة شطر وجه المصلِّى الأيمن ، مارّة إلى الزاوية المقابلة لهـا ، والصَّبَا مُقابلتها تهبُّ من ظهر المصلى ، وربما هبت الرياح بين الحيطان ، والجبال فتدور ، فلا اعتبار بها .

وبين كل رِيحَـيْن ريحٌ تُسَمَّى النَّـكباء ، لتنـكبها طريق الرياح المعروفة ، وتُعرف الرياح بصفاتها ، وخصائصها . فهذا أصحّ ما يُستدل به على القبلة .

وذكر أصحابنا الاستدلال بالمياه ، وقالوا : الأنهـارُ الـكبار تجرى عن يَمْنَة المصلّى إلى يَسْرته على انحراف قليل . وذلك مثلُ دِجْلَةَ ، والفرات ، والنَّهْرَوان ، ولا اعتبار بالأنهار المحدثة . لأنها تحدُث بحسب الحاجات إلى الجهات المختلفة ، ولا بالسواقى ، والأنهـار الصغار ، لأنها لاضابط لهـا . ولابنهرين يجريان من يَسْرَة المُصلِّى إلى يمينه . أحدها : العاصىبالشام . والثانىسيحون بالمشرق ، وهذا الذى ذكروه لاينضبط بضابط . فإن كثيراً من أنهـار الشـام تجرى على غير السَّمْتِ الذى ذكروه . فالأُرْدُنُّ يجـرى نحو القبلة ، وكثير منهـا يجرى نحو البحر ، حيث كان منهـا حتى يَصُب فيه ، وإن اختصت الدلالة بمـا

ذكروه فليس شيء منها فى الشام سوى العاصى ، والفرات حَدُّ الشام من ناحية المشرق .

فمن علم هذه الأدلة فهو مجتهد . وقد يستَدِلُّ أهل كل بلدة بأدلة تختصّ ببلدتهم من جبالها وأنهارها ، وغيرِ ذلك مثل من يعلم أن جبلاً بعينه يكون فى قبلتهم ، أو على أيمانهم ، وغير ذلك من الجهات ، وكذلك إن علم مجرى نهرٍ بعينه .

فمن كان من أهل الاجتهاد إذا خفيت عليه القبلةُ فى السفر ولم يجد مُخبراً . ففرضُه الصلاة إلى جهة يؤدّيه اجتهادُه إليها . فإن خفيت عليه الأدلة لغَيْمٍ ، أو ظلمةٍ تحرّى فصلّى ، والصلاة صحيحة لما نذكره من الأحاديث . ولأنه بذل وسعه فى معرفة الحق مع علمه بأدلّته . فأشبه الحاكم والعالِمَ إذا خفيت عليه النصوص .

فصــــل

إذا صلى بالاجتهاد إلى جهةٍ ثم أراد صلاةً أخرى ، لزمه إعادةُ الاجتهاد . كالحاكم إذا اجتهد فى حادثة ثم حدث مثلها . لزمه إعادة الاجتهاد ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . فإن تغير اجتهادُه عمل بالثانى ، ولم يُعد ماصلَّى بالأول ، كما لو تغير اجتهادُ الحاكم عمل بالثانى فى الحادثة الثانية ، ولم ينقض حكمه الأول ، وهذا لانعلم فيه خلافاً ، فإن تغيَّر اجتهادُه فى الصلاة استدار إلى الجهة الثانية ، وبنى على مامضى م صلاته . نص عليه أحمدُ فى رواية الجماعة . وقال ابن أبى موسى والآمدىّ : لاينتقل ، ويمضى على اجتهاده الأول لئلاّ ينقض الاجتهادُ بالاجتهاد .

ولنا : أنه مجتهِدٌ أداه اجتهاده إلى جهة ، فلم يَجُز له الصلاة إلى غيرها ، كما لو أراد صلاةً أخرى . ولأنه أداه اجتهاده إلى غير هذه الجهة . فلم يجز له الصلاة إليها ، كسائر مَحالِ الوفاق . وليس هذا نقضاً للاجتهاد . وإنما يعمل به فى المستقبل كما فى الصلاة الأخرى . وإنما يكون نقضاً للاجتهاد أن لو ألزمناه إعادة مامضى من صلاته ولم نَعْتَدَّ له به ، فإن لم يبق اجتهاده وظنه إلى الجهة الأولى ولم يؤدّه اجتهاده إلى الجهة الأخرى ، فإنه يبنى على مامضى من صلاته . لأنه لم يظهر له جهة أخرى يتوجّه إليها . فإن بان له يقين الخطأ فى الصلاة بمشاهدةٍ ، أو خبرٍ عن يقين استدار إلى جهة الصواب ، وبنى . كأهل قُباء لمّا أُخْبِروا بتحويل القبلة استداروا إليها وبَنَوْا ، وإن شكّ فى اجتهاده لم يَزُل عن جهته . لأن الاجتهاد ظاهر ، فلا يزول عنه بالشك . وإن بان له الخطأ ولم يعرف جهة القبلة ، كرجل كان يُصلِّى إلى جهة . فرأى بعض منازل القمر فى قبلته ولم يدر أهو فى المشرق أو المغرب ؟ واحتاج إلى الاجتهاد بطلت صلاتُه . لأنه لايمكنه استدامتها إلى غير القبلة ، وليست له جهة يتوجه إليها ، فبطلت لتعذُّر إتمامها .

« مسألة » قال ﴿ وإذا اختلف اجتهاد رجلين ، لم يَتّبِعْ أحدُهما صاحبَه ﴾ .

وجملته : أن المجتهدَيْنِ إذا اختلفا . ففرض كل واحد منهما الصلاةُ إلى الجهة التي يؤديهِ اجتهاده إليها

أنهـا القبلة ، لايسعه تركها ، ولا تقليد صاحبه ، سواء كان أعلمَ منه أو لم يـكن ، كالعالِمَيْنِ يختلفان في الحادثة . ولو أن أحدهما اجتهد فأراد الآخر تقليده من غير اجتهـاد لم يَجُز له ذلك . ولا يسعه الصلاة حتى يجتهد ، سواء اتسع الوقتُ أو كان ضَيِّقاً يخشى خروجَ وقت الصلاة ،[1] كالحاكم ، لايسوغ له الحكم في حادثة بتقليد غيره . وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد في المجتهد الذي يضيق الوقت عن اجتهاده : أن له تقليدَ غيره ، وأشار إلى قول أحمد فيمن هو في مدينة ، فتحرّى فصلّى لغير القبلة في بيت بعيد ، لأن عليه أن يسأل ، قال : فقد جعل فرض المحبوس السؤال ، وهذا غير صحيح . وكلام أحمد إنما دل على أنه ليس لمن في المِصْر الاجتهادُ . لأنه يمكنه التوصل إلى القبلة بطريق الخَبر ، والاستدلال بالمحاريب بخلاف المسافر . وليس فيه دليل على أنه يجوز له تقليد المجتهدين في محل الاجتهاد عند ضيق الوقت ، ألا ترى أن أبا عبد الله لم يَفْرِق بين ضيق الوقت وسعته ، مع اتفاقنا على أنه لايجوز له التقليد مع سعة الوقت . ولأن الاجتهاد في حقه شرط لصحة الصلاة ، فلم يسقط بضيق الوقت مع إمكانه كسائر الشروط .

فصـــل

وإذا اختلف اجتهاد رجلين فصلى كل واحد منهما إلى جهة ، فليس لأحدهما الائتمام بصاحبه . وهذا مذهب الشافعيّ . لأن كل واحد يعتقد خطأ صاحبه . فلم يجز أن يأتمّ به ، كما لو خرجت من أحدهما ريح ، واعتقد كل واحد منهما أنها من صاحبه . فإن لكلّ واحد منهما أن يُصلِّي ، وليس له أن يأتمّ بصاحبه . وقياس المذهب : جواز ذلك ، وهو مذهب أبي ثور . لأن كل واحد منهما يعتقد صحة صلاة الآخر . فإن فرضه التوجه إلى ماتوجه إليه ، فلم يمنع اقتداءه به اختلاف جهته كالمصلين حول الكعبة مُستديرينَ حولها وكالمصلين حال شدّة الخوف . وقد نص أحمد على صحة الصلاة خلف المصلى في جلود الثعالب ، إذا كان يتأوّل قوله صلى الله عليه وسلم : « أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِـغَ فَقَد طَهُرَ » مع كون أحمد لايرى طهارتها . وفارق ما إذا اعتقد كلٌّ واحد منهما حَدَثَ صاحبه ، لأنه يعتقد بطلان صلاته ، بحيث لو بان له يقيناً حدثُ نفسه لزمته إعادة الصلاة . وههنا صلاته صحيحة ظاهراً ، وباطناً ، بحيث لو بان له يقين الخطأ لم يلزمه الإعادة فافترقا . فأما إن كان أحدهما يميل يميناً ، ويميل الآخر شمالاً مع اتفاقهما في الجهة ، فلا يختلف المذهب في أن لأحدهما الائتمامَ بصاحبه . لأن الواجب استقبالُ الجهة وقد اتفقا فيها .

« مسألة » ﴿ وَيَتَّبِـعُ الأعمى أوثقهما في نفسه ﴾ .

يعني إذا اختلف مجتهدان في القبلة ومعهما أعمَى . قلد أوثقهما في نفسه ، وهو أعلمهما عنده ، وأصدقهما قولاً وأشدهما تحرِّياً . لأن الصواب إليه أقرب . وكذلك الحكم في البصير الذي لايعلم الأدلة ، ولا يقدر على تعلمها قبل خروج الوقت ، فرضُه أيضاً التقليدُ ، ويقلد أوثقهما في نفسه . فإن قلد المفضولَ ، فظاهر

---

(١) أي إذا اجتهد في هذا الوقت الضيق يخشى خروج وقت الصلاة .

قول الخِرَقِيّ : أنه لاتصحّ صلاته ، لأنه ترك مايغلبُ على ظنه أن الصواب فيه ، فلم يسُغ له ذلك . كالمجتهد إذا ترك جهة اجتهاده . والأولى صحتها ، وهو مذهب الشافعيّ . لأنه أخـذ بدليل له الأخذ به لو انفرد . فـكذلك إذا كان معه غيره كما لو استويا ولاعبرة بظنّه . بإنه لو غلب على ظنه أن المفضول مُصيبٌ لم يمنع ذلك من تقليد الأفضل . فأما إن استويا عنده فله تقليد من شاء منهما ، كالعاميّ مع العلماء فى بقية الأحكام .

فصـــــل

والمقلد من لا يمكنه الصلاة باجتهاد نفسه ، إما لعدم بصره ، وإما لعـدم بصيرته . وهو العاميّ الذيّ لايمكنه التعلُّم والصلاة باجتهاده قبل خروج وقت الصلاة . فأما من يمكنه فإنَّه يلزمه التعلّم . فإن صلى قبل ذلك لم تصحَّ صلاته . لأنه قَدَر على الصـلاة باجتهاده ، فـلم يصح بالتقليد كالمجتهد . ولا يلزم على هـذا العاميّ ، حيث لايلزمه تعلم الفقه لوجهين :

أحدهما : أن الفقه ليس بشرط فى صحة الصلاة .

والثانى : أن مدته تطول ، فهو كالذى لايقدر على تعلم الأدلة فى مسألتنا . وإن أخر هذا التعلم والصلاة إلى حال يضيق وقتها عن التعلم والاجتهاد ، أو عن أحدهما ، صحت صلاته بالتقليد . كالذى يقدر على تعـلم الفاتحة ، فيضيق الوقت عن تعلمها .

فصـــــل

فإن كان المجتهد به رمَدٌ ، أو عارضٌ يمنعه رؤيةَ الأدلة ، فهو كالأعمى فى جواز التقليد ، لأنه عاجز عن الاجتهـاد . وكذلك لو كان محبوساً فى مـكان لايرى فيه الأدلة ، ولا يجـد مُخـبِراً إلا مجتهداً آخر فى مكان يرى العلامات فيه ، فله تقليده لأنه كالأعمى .

فصـــــل

وإذا شرع فى الصلاة بتقليد مُجتهدٍ ، فقال له قائل : قد أخطـأت القبلةَ . وإنمـا القبلةُ هكذا ، وكان يُخبِرُ عن يقين ، مثل من يقول : قد رأيتُ الشمس أو الـكواكب ، وتيقَّنت أنك مُخطىء . فإنه يرجع إلى قوله ، ويستدير إلى الجهة التى أخبره أنها جهةُ الـكعبة ، لأنه لو أخبر بذلك المجتهد الذى قلده الأعمى لزمه قبولُ خبره ، فالأعمى أولى . وإن أخبره عن اجتهاده أو لم يُبيّن له عن أيّ شيء أخبره ، ولم يـكن فى نفسه أوثقَ من الأول ، مضى على ماهو عليه ، لأنه شرع فى الصلاة بدليلٍ يقيناً ، فلا يزول عنه بالشك وإن كان الثانى أوثقَ فى نفسه من الأول . وقلنـا لايتعيّن عليه تقليدُ الأفضل ، فكذلك . وإن قلنـا : عليه تقليدُه خاصَّةً رجع إلى قوله ، كالبصير إذا تغيّر اجتهادُه فى أثناء صلاته .

فصـــــل

ولو شرع مجتهد فى الصـلاة باجتهاده فعَمِيَ فيها ، بَنَى على مامضى من صلاته . لأنه إنما يمـكنه البناء

على اجتهاد غيره ، فاجتهادُه أولى . فإن استدار عن تلك الجهة بطلت صـلاتُه . وإن أخبره مُخبر بخطئه عن يقين رجع إليـه . وإن أخبره عن اجتهـادٍ لم يَرجع إليه ، لمـا ذكرنا . وإن شرع فيها وهو أعمى فأبصرَ فى أثنائها فشاهدَ مايستدلّ به على صواب نفسه ، مثل أن يرى الشمس فى قبلته فى صلاة الظهر ونحو ذلك ، مضى عليه ، لأن الاجتهادين قـد اتفقا . وإن بانـ له خطؤه استدار إلى الجهة التى أداه إليها ، وبنى على مامضى من صلاته ، فإن لم يَبِنْ له صوابه ولا خطؤه ، بطلت صـلاتُه ، واجتهد . لأن فرضه الاجتهاد ، فلم يَجُز له أداء فرضـه بالتقليد ، كما لو كان بصيراً فى ابتدائهـا . وإن كان مُقلّداً ، مضى فى صلاته ، لأنه ليس فى وُسعه إلا الدليل الذى بدأ به فيها .

« مسألة » قال ﴿ وإذا صلَّى بالاجتهاد إلى جهة ، ثم علم أنه قد أخطأ القبلة ، لم يكن عليه إعادة ﴾ .

وجملته : أن المجتهد إذا صـلى بالاجتهاد إلى جهةٍ ، ثم بان له أنه صلَّى إلى غير جهـة الـكعبة يقيناً ، لم يلزمه الإعادة . وكذلك المقلد الذى صلى بتقليده ، وبهـذا قال مالك ، وأبو حنيفـة ، والشافعىّ فى أحـد قوليه . وقال فى الآخر : يلزمه الإعادة ، لأنه بان له الخطأ فى شرط من شروط الصـلاة ، فلزمته الإعادةُ . كما لو بان له أنه صلّى قبل الوقت أو بغير طهارةٍ أو سِتَارةٍ .

ولنـا : ماروى عامرُ بن ربيعـة ، عن أبيه قال : « كُنَّا مَع النبىِّ ﷺ فى سَفَرٍ فِى لَيْلَةٍ مُظْلِمَةٍ فَلَمْ نَدْرِ أَيْنَ الْقِبْلَةُ فَصَـلَّى كُلُّ رَجُلٍ حِيَالَهُ ، فَلمّا أَصْبَحْنَا ذَكَرْنَا ذَلِكَ للنبىِّ صلى الله عليه وسلم فنَزَلَ (فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللهِ » رواه ابن ماجـه ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن . إلا أنه من حديث أشعثَ السّمان ، وفيه ضعف . وعن عطاء عن جابر قال : « كُنَّا مَع رَسُولِ اللهِ ﷺ فى مَسِيرٍ ، فأَصَابَنَا غَيْمٌ . فتَحَيَّرْنَا فَاخْتَلَفْنَا فِى الْقِبْلَةِ ، فَصَـلَّى كلُّ رَجُـلٍ مِنَّا عَلَى حِدَةٍ ، وَجَعَلَ أَحَـدُنا يَخُطُّ بَيْنَ يَدَيْهِ لِنَعْلَمَ أَمْـكِنَتَنَا ، فَذَكَرْنَا ذَلِكَ للنبىِّ ﷺ فَلَمْ يَأْمُرْنَا بالْإِعَادةِ . وقال : قَدْ أَجْزَأَتْـكُمْ صَلَاتُـكُمْ » رواه الدارقطنىّ . وقال : رواه محمد بن سالم ، عن عطاء ، ويُروى أيضاً عن محمد بن عبد الله العُمَرى ، عن عطـاء ، وكلاهما ضعيف . وقال العُقَيْلِىّ : لايُروى متنُ هذا الحديث من وجه يَثْبُت . وروى مسلم فى صحيحه : « أَنَّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم كَانَ يُصَلِّى نَحْوَ بَيْتِ الْمَقْدِسِ فَنَزَلَتْ (٢ : ١٤٤ قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِى السَّماء ، فَلَنُوَلِّيَنَّكَ قِبْلَةً تَرْضَاهَا . فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ) فمرّ رجل ببنى سَلِمَةَ ، وهم ركوع فى صَـلاَةِ الْفَجْرِ ، وقد صَلَّوْا رَكْعَةً . فنَادَى : أَلاَ إِنَّ الْقِبْـلَةَ قَدْ حُوِّلَتْ ، فـالوا كُلّهم نَحْوَ الْقِبْـلَةِ » ومثل هـذا لايخفى على النبى ﷺ ولا يَتْرُكُ إنـكاره إلاّ وهو جائز ، وقـد كان مامضى من صلاتهم بعد تحويل القبـلة إلى الـكعبة وهو صحيح . ولأنه أتى بمـا أُمر ، فخرج عن العهـد ، كالمصيب . ولأنه صلّى إلى غير الـكعبة للعُذر فـلم تجب عليه الإعادةُ ، كالخائف يُصَلِّى إلى غيرها ، ولأنه

شرطٌ عجز عنـه ، فأشبه سائرَ الشروط . وأما المُصـلِّى قبل الوقت فإنه لم يُؤمر بالصـلاة ، وإنما أُمر بعد دخول الوقت ، ولم يأتِ بمـا أُمرَ ، بخـلاف مسألتنا فإنه مأمور بالصـلاة بغير شك ، ولم يُؤمَرْ إلا بهذه الصلاة ، وسائر الشروط إذا عجز عنها سقطت كذا ههنا . وأما إذا ظنَّ وجودها فأخطأ ، فليست فى مَحلِّ الإجاد . فنظيرُه : إذا اجتهد فى مسألتنا فى الحَضر فأخطأ .

فصـــــل

لافرق بين أن تـكون الأدلة ظـاهرة مكشوفةً واشتبهت عليه ، أو مستورةً بغَيْم ، أو شيء يَسْتُرها عنه . بدليل الأحاديث التى رَويناها ، فإنَّ الأدلة استترت عنهم بالغيم . فلم يُعيدوا ، ولأنه أتى بما أُمِرَ به فى الحالين وعجز عن استقبال القبلة فى الموضعين ، فاستويا فى عدم الإعادة .

فصـــــل

وإن بان له يقين الخطأ وهو فى الصلاة ـ استدار إلى جهة الـكعبة ، وبنى على مامضى من الصلاة . لأن مامضى منها كان صحيحاً ، فجاز البناء عليه ، كما لو لم يَبِنْ له الخطأ ، وإن كانوا جماعة قد أداهم اجتهادُهم إلى جهة فقدَّموا أحدَهم ثم بان لهم الخطأ فى حالٍ واحدةٍ استداروُا إلى الجهة التى بان لهم الصوابُ فيها ، كبَنِى سَلِمَةَ لمَّا بان لهم تحوُّل الـكعبة . وإن بان للإمام وحدَه ، أو للمأمومين دُونَه أو لبعضهم استدار مَنْ بان له الصواب وحده وينوى بعضُهم مُفارقَةَ بَعْضٍ إلا على الوجه الذى قلنا : إن لبعضهم أن يقتدَى بمن خالفه فى الاجتهاد . وإن كان فيهم مُقلد تَبِـع من قلّده وانحرف بانحرافه ، وإن قلد الجميع لم ينحرف إلا بانحراف الجميع لأنه شَرَعَ بدليلٍ يقينىّ فلا ينحرف بالشك إلاّ مَن يلزمُه تقليدُ أوثقهم فإنَّه ينحرفُ بانحرافه .

« مسألة » قال ﴿ وإذا صلى البصير فى حضَرٍ وأخطأ ، أو الأعمى بلا دليل أعادا ﴾ .

أما البصير إذا صلى إلى غير الـكعبة فى الحَضر ثم بان له الخطأ فعليه الإعادة ، سواء إذا صلى بدليل أو غـيره ، لأن الحضر ليس بمحل الاجتهـاد ، لأنَّ من فيـه يقدر على المحاريب والقِبَل المنصوبة ، ويجدُ من يُخـبره عن يقينٍ غالباً ، فلا يـكون له الاجتهاد ، كالقادر على النصِّ فى سائر الأحكام . فإن صلَّى من غير دليل ، فأخطأ لزمته الإعادةُ لتفريطه . وإن أخبره مُخبر . فأخطأه فقد غرّه ، وتبيّن أن خبره ليس بدليل . فإن كان محبوساً لا يجـد من يُخبره . فقـال أبو الحسن التميمىّ : هو كالمسافر يَتحرَّى فى مَحْبِسه ، ويُصلِّى من غـير إعادة ، لأنه عاجز عن الاستدلال بالخـبر ، والمحاريب فهو كالمسافر . وأما الأعمى : فإن كان فى حَضَر . فهو كالبصير ، لأنه يقـدر على الاستدلال بالخبَر ، والمَحاريب . فإنّ الأعمَى إذا لمس المحرابَ : وعلم أنه محراب ، وأنه مُتوجِّه إليه ، فهو كالبصير . وكذلك إذا علم أن باب المسجد إلى الشّمال أو غيرها من الجهات ، جاز له الاستدلالُ به . ومتى أخطأ فعليه الإعادة ، وحكم المقلد حكمُ الأعمى فى هـذا . وإن كان الأعمى أو المُقلد مسافراً ، ولم يجد من يخبره ، ولا مجتهداً يقلِّده . فظاهر كلام الخِرَقِىّ : أنه يعيدُ ،

سواء أصاب أو أخطأ ، لأنه صلى من غـير دليل ، فلزمته الإعادة . وإن أصاب كان كالمجتهد إذا صلى من غير اجتهاد . وقال أبو بكر : يُصلِّي على حسب حاله ، وفى الإعادة روايتان ، سواء أصاب أو أخطأ .

(إحداهما) يُعيد : لما ذكرنا .

(والثانية) لا إعادة عليه : لأنه أتى بما أُمِرَ ، فأشبه المجتهدَ . ولأنه عاجز عن غير ماأَتَى به ، فسقط عنه ، كسائر العاجزين عن الاستقبال ، ولأنه عادمٌ للدليل ، فأشبه المجتهدَ فى الغيم ، والحبس . وقال ابنُ حامد : إن أخطأ أعاد ، وإن أصاب فعلى وجهين . وحكم المقلد لعدم بصيرته كعادم بصره . فأما إن وجد من يقلده ، أو من يخبره ، فلم يستخبره ولم يقلد ، أو خالف المُخبر والمجتهد ، فصلى ، فصلاتُه باطله ، بكل حال . وكذلك المجتهدُ إذا صلى من غير اجتهاد ، فأصاب أو أداه اجتهادُه إلى جهة ، فصلى إلى غيرها . فإن صلاته باطلة بكل حال ، سواء أخطأ أو أصاب ، لأنه لم يأت بما أُمر به ، فأشبه من ترك التوجُّه إلى الكعبة مع علمه بها .

« مسألة » قال ﴿ ولا يَتَّبع دِلاَلَةَ مُشرك بحال . وذلك لأن الكافر لا يُقْبَلُ خبره ، ولا روايته ولا شهادته ، لأنه ليس بموضع أمانة ﴾ .

ولذلك قال عمر رضى الله عنه : « لاَ تَأْتَمِنُوهُمْ بَعْدَ إِذْ خَوَّنَهُمُ اللهُ تَعَالَى » ، ولا يُقبل خبر الفاسق لقلة دينه ، وتطرُّق التهمة إليه . ولأنه أيضاً لا تُقبل روايته ، ولا شهادته ، ولا يقبل خبر الصبيّ لذلك ، ولأنه لا يلحقه مَأْثَمٌ بكذبه ، فتحرّزُه من الكذب غير موثوق به . وقال التميميّ : يقبل خبر الصبيّ المميّز ، وإذا لم يعرف حالَ المخبر . فإن شكّ فى إسلامه ، وكفره لم يقبل خبَره ، كما لو وَجَدَ محاريبَ لا يَعلمُ هل هى للمسلمين أو أهل الذمة ؟ وإن لم يعلم عدالته وفسقه ، قَبِلَ خبره لأنَّ حال المُسلم يبنَى على العدالة ، مالم يظهر خلافُها ، ويَقْبَلُ خبَرَ سائر الناس من المسلمين البالغين العقلاء ، سواء كانوا رجالاً أو نساءً ، ولأنه خبرٌ من أخبار الدين ، فأشبه الرواية . ويَقْبَلُ من الواحد كذلك ، والله أعلم .

آداب المشى إلى الصلاة

يُستحبُّ للرجـل إذا أقبل إلى الصـلاة : أن يُقبل بخوفٍ ، وَوَجَل ، وخشوع ، وخضوع ، وعليه السكينةُ والوقار . وإن سَمِـعَ الإقامة لم يسع إليها[(١)] . لمـا روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « إِذَا سَمِعْتُمُ الْإِقَامَةَ فَامْشُوا وَعَلَيْـكُمُ السَّـكِينَةُ وَالْوَقَارُ ، فَمَا أَدْرَكْتُمْ فَصَـلُّوا ، وَمَا فَاتَـكُمْ فَأَتِمُّوا » . وعن أبى قَتَادَة قال : « بَيْنَا نَحْنُ مَعَ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم إِذْ سَمِـعَ جَلَبَةَ رِجَالٍ . فَلَمَّا صلّى قالَ : مَا شَأْنُـكُمْ ؟ قالوا : « اسْتَعْجَلْنَا إِلَى الصَّلَاةِ . قال : فَلَا تَفْعَلُوا . إِذَا أَتَيْتُمُ الَى الصَّلَاةِ فَعَلَيْـكُمُ السَّـكِينَةُ ، فَمَا أَدْرَكْتُمْ فَصَـلّوا ، وَمَا فَاتَـكُمْ فَأَتِمُّوا » متفق عليهما ، وفى رواية : «فَاقْضُوا» . قال الإمام أحمد : ولا بأس إذا طمع أن يدرك التـكبيرة الأولى : أن يُسْرِعَ شيئاً ، مالم يـكن عَجَلةً تَقْبُح . جاء الحديث عن أصحاب رسول الله ﷺ « أَنَّهُمْ كَانُوا يَعْجَلُونَ شيئاً اذا خَافُوا فَوَاتَ التَّـكْبِيرَةِ الْأُولَى » .

ويستحبُّ أن يقارب بين خطوه لتـكثُر حسناته . فإن كلَّ خُطوة يُـكتب له بهـا حسنة . وقد رَوى عَبْدُ بنُ حُمَيْد فى مسنده ، بإسناده عن زيد بن ثابت ، قال : « أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ ، فَخَرَجَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَمْشِي وَأَنَا مَعَهُ . فَقَارَبَ فِي الْخُطَا ، ثمَّ قال : أَتَدْرِى لِمَ فَعَلْتُ هَذَا ؟ لِتَـكْثُرَ خُطَانَا فِى طَلَبِ الصَّلَاةِ » .

وَيُـكره أن يُشَبِّك بين أصابعه . لمـا رُوى عن كعب بن عُجرةَ أن رسول الله صـلى الله عليه وسـلم قال : « إِذَا تَوَضَّأَ أَحَدُكُمْ فَأَحْسَنَ وُضُوءَهُ ثُمَّ خَرَجَ عَامِداً إِلَى الْمَسْجِدِ فَلَا يُشَبِّـكَنَّ يَدَيْهِ ، فَإِنَّهُ فِى صَلَاةٍ » رواه أبو داود .

فصـــــل

ويُستحبُّ أن يقول ماروى ابن عباس « أَنَّ النبى صلى الله عليه وسلم خَرَجَ الَى الصلاَةِ وهو يقول : « اللَّهُمَّ اجْعَلْ فِى قَلْبِي نُوراً ، وَفِى لِسَانِي نُوراً ، وَاجْعَـلْ فِى سَمْعِي نُوراً ، وَاجْعَلْ فِى بَصَرِى نُوراً ، واجْعَلْ مِنْ خَلْفِي وَمِنْ أَمَامِي نُوراً ، وَاجْعَلْ مِنْ فَوْقِى نُوراً ، وَمِنْ تَحْـتِى نُوراً ، وَأَعْطِنِى نُوراً » أخرجه مسلم . وروى الإمام أحمد فى المسند وابن ماجه فى السنن بإسنادهما عن أبى سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ خَرَجَ مِنْ بَيْتِهِ إِلَى الصَّلَاةِ ، فقال : اللَّهُمَّ إِنِّى أَسْأَلُكَ بِحَقِّ السَّائِلِينَ[(٢)] عَلَيْكَ ، وَأَسْأَلُكَ بِحَقِّ مَمْشَاىَ هَذَا . فَإِنِّى لَمْ أَخْرُجْ أَشَراً ، وَلاَ بَطَراً ، وَلاَ رِيَاءً ، وَلاَ سُمْعَةً . وَخَرَجْتُ

---

(١) لم يسع إليها : لم يسرع إلى داخل المسجد ليلحق الإمام .

(٢) حق السائلين : إجابتهم إلى ما سألوا بناء على وعد الله تعالى لهم بقوله : « ادعونى أستجب لـكم » وقد أوضحنا ذلك فى تعليقنا على « قاعدة جليلة فى التوسل والوسيلة » للإمام ابن تيمية .

اتِّقَاءَ سَخَطِكَ ، وَابْتِغَاءَ مَرْضَاتِكَ . فَأَسْأَلُكَ أَنْ تُنْقِذَنِي مِنَ النَّارِ ، وَأَنْ تَغْفِرَ لِي ذُنُوبِي ، إِنَّهُ لاَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلاَّ أَنْتَ - أَقْبَلَ اللهُ عَلَيْهِ بِوَجْهِهِ ، وَاسْتَغْفَرَ لَهُ سَبْعُونَ أَلْفَ مَلَكٍ ويقول : « بِسْمِ اللهِ ٢٦ : ٧٨ الَّذِي خَلَقَنِي فَهُوَ يَهْدِينِ - إلى قوله - إِلاَّ مَنْ أَتَى اللهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ » .

فصل

فإذا دخل المسجد قدَّم رجله اليمنى وقال : ماروواه مسلم عن أبى حُمَيْد ، أو أبى أَسيد ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمُ الْمَسْجِدَ فَلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ افْتَحْ لِي أَبْوَابَ رَحْمَتِكَ . وَإِذَا خَرَجَ فَلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ مِنْ فَضْلِكَ » . وعن فاطمة بنت رسول الله ﷺ قالت : « كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إِذَا دَخَلَ المسجدَ صَلَّى عَلَى محمد وسلَّم ، وقال : « رَبِّ اغْفِرْ لِي ذُنُوبِي وَافْتَحْ لِي أَبْوَابَ رَحْمَتِكَ وإذا خرج صلَّى على محمد وقال : رَبِّ اغْفِرْ لِي ، وَافْتَحْ لِيَ أَبْوَابَ فَضْلِكَ » رواه الترمذى .

ولا يجلس حتى يركع ركعتين . لما رَوى أبو قتادة أن رسول الله ﷺ قال : « إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمُ الْمَسْجِدَ فَلاَ يَجْلِسْ حَتَّى يَرْكَعَ رَكْعَتَيْنِ » متفق عليه . ثم يجلس مستقبلَ القبلة ، ويشتغلُ بذكر الله تعالى ، أو قراءة القرآن ، أويسكت ، ولايخوض فى حديث الدنيا . ولا يُشَبِّك أصابعه . لما رَوى أبو سعيد عن رسول الله ﷺ أنه قال : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فِي الْمَسْجِدِ فَلاَ يُشَبِّكَنَّ فَإِنَّ التَّشْبِيكَ مِنَ الشَّيْطَانِ ، وَإِنَّ أَحَدَكُمْ لاَيَزَالُ فِي صَلاَةٍ ما كَانَ فِي الْمَسْجِدِ ، حَتَّى يَخْرُجَ مِنْهُ » رواه أحمد فى المسند .

فصل

وإذا أُقيمت الصلاة لم يشتغل عنها بنافلة ، سواء خشى فوات الركعة الأولى أو لم يخشَ . وبهذا قال أبو هريرة ، وابن عمر ، وعُروة ، وابن سيرين ، وسعيد بن جبير ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . ورُوى عن ابن مسعود « أنه دخل والإمامُ فى صلاة الصبح ، فركع ركعتى الفجرِ » وهذا مذهبُ الحسن ، ومكحول ، ومجاهد ، وحمَّاد بن أبى سليمان . وقال مالك : إن لم يَخَفْ فوات الركعة ركعهما خارج المسجد . وقال الأوزاعىّ ، وسعيد بن عبد العزيز ، وأبو حنيفة : يركعهما إلاَّ أن يخاف فوات الركعة الأخيرة .

ولنا : قول النبى ﷺ : « إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلاَةُ فَلاَ صَلاَةَ إِلَّا الْمَكْتُوبَةُ » رواه مسلم . ولأن مايفوته مع الإمام أفضلُ مما يأتى به . فلم يشتغل به ، كما لو خاف فوات الركعة . قال ابن عبد البرّ فى هذه المسألة : الْحُجَّةُ عند التنازع : السنة ، فمن أدلى بها فقد فَلَج ، ومن استعملها فقد نجا . قال : وقد روت عائشة رضى الله عنها « أن النبى ﷺ خرج حين أُقيمتِ الصَّلاَةُ ، فرأى ناساً يُصَلُّونَ ، فقال : أَصَلاَتَانِ مَعاً ؟ » ورَوى نحو ذلك أنس ، وعبد الله بن سَرْجَس ، وابن بُحَيْنَة وأبو هريرة ، عن النبى ﷺ . ورواهنّ

---

(١) فى سند هذا الحديث ضعف .

كلهنَّ ابنُ عبد البَرّ فى كتاب التمهيد . قال : وكل هذا إنكار منه لهذا الفعل ؛ فأما إن أُقيمت الصلاة وهو فى النافلة ، ولم يخشَ فوات الجماعة ، أتمها ولم يقطعها . لقول الله تعالى (٤٧ : ٣٣ وَلاَ تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ) وإن خَشِيَ فوات الجماعة . فعلى روايتين . إحداهما : يُتِمُّها لذلك . والثانية : يقطعها ، لأن مايُدركه من الجماعة أعظمُ أجراً ، وأكثرُ ثواباً مما يفوته بقطع النافلة ، لأن صلاة الجماعة تزيدُ على صلاة الرجل وحدَه سبعاً وعشرين درجةً .

فصــل

قيل لأحمد : قبل التكبير يقول شيئاً ؟ قال : لا ، يعنى ليس قبله دعاء مسنون . إذ لم يُنقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه . ولأن الدعاء يكون بعد العبادة ، لقول الله تعالى : (فإذا فَرَغْتَ فَانْصَبْ * وَإِلَى رَبِّكَ فَارْغَبْ) .

باب صفة الصلاة

رَوى محمد بن عمرو وابن عطاء قال : « سَمِعْتُ أَبَا حُمَيْدٍ الساعِدِيّ في عشرة من أصحاب رسول الله ﷺ منهم أبو قتادة . فقال أبو حُمَيد : أنا أعلمكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قالوا : فاعرض ، قال : كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة يرفعُ يديه ، حتى يُحَاذِيَ بهما مَنْكِبَيْهِ ، ثم يُكَبِّرُ ، حتى يَقِرَّ كلُّ عظم في موضعه معتدلاً . ثم يقرأُ ثم يُكَبِّرُ ، فيرفعُ يديه حتى يُحَاذِيَ بهما مَنْكِبَيْهِ ، ثم يركعُ ويَضَعُ راحتَيْهِ على رُكْبَتَيْهِ ، ثم يعتدلُ . فلا يُصَوِّب رأسه ، ولاَ يُقْنِعُهُ[1] ، ثم يرفع رأسه ، ويقول : سمع اللهُ لمن حمِدَه ، ثم يرفع يديه حتى يُحاذِيَ مَنْكِبَيْهِ مُعتدلاً . ثم يقول : الله أكبرُ . ثم يهوى إلى الأرض ، فيُجافِي يديه عن جَنْبَيْهِ ، ثم يرفع رأسه ، ويَثْني رجلَه اليُسرى ، فيقعُدُ عليها ، ويفتح أصابعَ رِجْلَيْهِ إذا سَجَدَ ، ويَسجُدُ ، ثم يقول : الله أكبرُ ، ويرفع ، ويثْنِي رجلَه اليُسْرَى ، فيقْعُدُ عليها ، حتى يرجعَ كلُّ عَظْمٍ إلى مَوْضِعِه . ثم يصنعُ في الأخرى مثلَ ذلك ، ثم إذا قام من الركعة كبَّرَ ، فرفع يديه حتى يُحَاذِيَ بهما مَنْكِبَيْهِ ، كما كبّر عند افتتاح الصلاة ، ثم يَفْعَلُ ذلك في بقية صلاته ، حتى إذا كانت السجدةُ التي فيها التسليمُ أخَّرَ رِجْلَه اليُسرى ، وقعد مُتَوَرِّكاً على شِقِّهِ الأيْسَرِ . قالوا : صدَقْتَ ، هكذا كان يُصَلِّي ﷺ » رواه مالك في الموطأ ، وأبو داود ، والترمذيّ . وقال : حديثٌ حسن صحيح . وفي لفظ رواه البخاريّ ؛ قال « فإذا رَكَعَ أمكن يديه من ركبتيه ، ثم هَصَرَ[2] ظهره ، فإذا رفع رأسه استوى قائماً حتى يعود كل فقَار مَكانَهُ ، وإذا سجد سجد غيرَ مُفترِش ولاقابِضِهما ، واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة[3] ، فإذا جلس في الركعتين جلس على اليُسرى ونصب الأخرى . فإذا كانت السجدة التي فيها التسليم أخَّر رجله اليُسرى ، وجلس مُتَوَرِّكاً على شِقِّهِ الأيسر ، وقعد على مَقْعَدَتِه » .

فصــــل

ويُستحبّ أن يقوم إلى الصـلاة عند قول المؤذن : قد قامت الصـلاة ، وبهـذا قال مالك . قال ابن المنذر : على هذا أهل الحرمين ، وقال الشافعيّ : يقوم إذا فرغ المؤذن من الإقامة ، وكان عمر بن عبد العزيز ومحمد بن كعب ، وسالم ، وأبو قِلاَبَةَ ، والزهريّ ، وعطاء ، يقومون في أول بَدْوَة من الإقامة . وقال أبو حنيفة : يقوم إذا قال : حيّ على الصلاة ، فإذا قال : قد قامت الصلاة . كبّر . وكان أصحاب عبد الله

---

(١) لايقنعه : لايرفعه .

(٢) هصر ظهره : أماله حتى يستوى جميعه .

(٣) يعنى : يثنى أصابع رجليه حتى يكون باطنها ظاهراً ، فتكون أطرافها إلى الداخل ، فتكون مستقبلة للقبلة .

يُـكَبِّرُون إذا قال المؤذّن : قـد قامت الصـلاة . وبه قال سُوَيْد بن غَفَلَة ، والنخَعِىّ . واحتجُّوا بقول بلال : « لا تَسْبِقْنِى بآمِينَ » فدل على أنه يـكبّر قبل فراغه .

ولا يُستحبّ عندنا أن يـكبّر إلا بعد فراغه من الإقامة ، وهو قول الحسن ، ويحيى بن وثّاب ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، والشافعىّ . وعليه جُلُّ الأئمة فى الأمصار . وإنما قلنا : إنه يقوم عند قوله : قد قامت الصلاة ، لأن هذا خبر بمعنى الأمر ، ومقصوده الإعلام . ليقومُوا ، فيُستحبُّ المبادرةُ إلى القيام امتثالاً للأمر ، وتحصيـلا للمقصود . ولا يـكبّر حتى يفرُغَ المؤذن ، لأن النبى ﷺ « إِنمَا كَانَ يُـكَبِّرُ بَعْدَ فَرَاغِهِ » دل على ذلك ما رُوى عنه : أنه كان يُعَدّل الصفوفَ بعد إقامة الصلاة ، ويقول فى الإقامة مثلَ قول المؤذن . فرَوى أنس قال : « أُقِيمَتِ الصَّـلاَةُ ، فَأَقْبَلَ عَلَيْنَا رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم بِوَجْهِهِ ، فقال : أَقِيمُوا صُفُوفَـكُمْ ، وَتَرَاصُّوا . فإِنِّى أَرَاكُمْ مِنْ وَرَاءِ ظَهْرِى » رواه البخارىّ . وعنه قال : « كَانَ رَسُول الله ﷺ إذا قامَ إِلى الصَّلاَةِ قال : هكذا ، وهكذا ، عن يمينه ، وشماله : اسْتَوُوا ، وتَعَادَلُوا » . وفيما رواه أبو داود عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَنَّ بِلاَلاً أَخَذَ فى الإِقَامَةِ . فلمّا أن قال : قد قامت الصلاةُ قال النبى ﷺ : أقَامَهَا اللهُ وَأَدامهَا » وقال فى سائر الإقامة كنحو حديث عُمر فى الأذان .

فأما حديثهم : فإن بلالاً كان يُقيم فى موضع أذانه . وإلا فليس بين لفظ الإقامة والفراغ منها ما يُفَوِّتُ بِلاَلاً « آمين » مع رسول الله صلى الله عليه وسلم .

إذا ثبت هذا فإنما يقوم المأمومون إذا كان الإمام فى المسجد أو قريباً منه ، وإن لم يـكن فى مَقامه . قال أحمد فى رواية الأثرم : أَذْهَبُ إلى حديث أبى هريرة « خَرَجَ عَلَيْنَا رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم وقَدْ أَقَمْنَا الصُّفُوفَ » إسـناد جيِّد : الزهرىّ عن أبى سَلَمة ، عن أبى هريرة . وقال فى رواية أبى داود : سمعتُ أحمـدَ يقول : ينبغى أن تُقام الصفوفُ قبل أن يدخل الإمام ، فلا يحتاج أن يقف . وعن أبى هريرة قال : « كانت الصلاةُ تُقام لرسول الله ﷺ فيأخذُ الناسُ مَصافّهم قبلَ أن يقومَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم مَقَامَه » رواه مسلم . فإن أقيمت والإمامُ فى غير المسجد ، ولم يعلموا قربه لم يقوموا . لما رَوى أبو قتـادة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا أُقِيمَتِ الصَّـلاَةُ فلاَ تقُومُوا حَتَّى تَرَوْنى » متفق عليـه . وللبخارى : « قد خرجت[1] » وخرج علىّ رضى الله عنه ، والناس ينتظرونه قياماً للصلاة ، فقال : « مَالِى أراكُمْ سَامِدِينَ ؟[2] » .

---

(١) يعنى زيادة قد خرجت على «ترونى» أى حتى ترونى قد خرجت ، وهذه الزيادة فى البخارى ومسلم وغيرهما ، فلعل ابن قدامة اكتفى بما فى البخارى . (٢) سامدين : واقفين متحيرين أو كالمتحيرين .

فصل

ويُستحبُّ للامام تسويةُ الصفوف ، يَلتفتُ عن يمينه ، فيقول : استوُوا رحمكم الله . وعن يساره كذلك ، لما ذكرنا من الحديث . وعن محمد بن مسلم قال : « صَلَّيْتُ إلى جَنْبِ أَنَسِ بن مالك يوماً فقال : هَلْ تَدْرِى لِمَ صُنِعَ هَذَا العُودُ[1] ؟ قلت : لا والله . فقال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذَا قَامَ إلى الصلاة أَخَذَهُ بِيَمِينِهِ فقال : اعْتَدِلُوا وسَوُّوا صُفُوفَكم . ثم أَخَذَهُ بِيَسارِه ، وقال : اعْتَدِلُوا وَسَوُّوا صُفُوفَكُم » . وعنه قال : قال رسول الله ﷺ : « سَوُّوا صُفُوفَكُمْ . فإنَّ تَسْوِيَةَ الصَّفِّ مِنْ تَمَامِ الصَّلاَةِ » متفق عليه .

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ إذَا قَامَ إلى الصَّلاةِ فقال اللهُ أكبرُ ﴾ .

وجملته : أن الصلاة لاتنعقد إلا بقول : الله أكبر . عند إمامنا ومالك ، وكان ابن مسعود ، وطاوس ، وأيوب ، ومالك ، والثوريّ ، والشافعيّ يقولون : افتتاح الصلاة التكبير . وعلى هذا عَوامُّ أهل العلم فى القديم والحديث ، إلا أن الشافعيَّ قال : تنعقد بقوله : الله الأكبرُ . لأن الألف واللام لم تغيّره عن بِنْيَتِهِ ، ومعناه . وإنما أفادت التعريف . وقال أبو حنيفة : تنعقد بكلّ اسم لله تعالى على وجه التعظيم . كقوله : الله عظيم . أو كبير : أو جليل ، وسبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، ونحوه . قال الحاكم : لأنه ذكر لله تعالى على وجه التعظيم . أشبه قوله : الله أكبرُ ، واعتبرَ ذلك بالخطبة حيث لم يتعيَّن لفظُها .

ولنا : أن النبى ﷺ قال : « تَحْرِيمُها التَّكْبِيرُ » رواه أبو داود . وقال للمسىء فى صلاته : « إذَا قُمْتَ إلىَ الصَّلاَةِ فَكَبِّرْ » متفق عليه . وفى حديث رِفاعَة أن النبى ﷺ قال : « لاَ يَقْبَلُ اللهُ صَلاَةَ امْرِئٍ حَتَّى يَضَعَ الوُضُوءَ مَوَاضِعَهُ ، ثم يَسْتَقْبِلَ القِبْلَةَ ، فيقولُ : اللهُ أكبرُ » . وكان النبى صلى الله عليه وسلم يفتتح الصلاة بقوله : « اللهُ أكبرُ » لم يُنقل عنه عدول عن ذلك حتى فارق الدنيا . وهذا يدلّ على أنه لايجوز العدول عنه . وما قاله أبو حنيفة يُخالف دِلالةَ الأخبار . فلا يُصار إليه . ثم يَبْطُلُ بقوله : اللهمَّ أغْفر لِي . ولايَصحّ القياس على الُخطبة ، لأنه لم يرد عن النبى ﷺ فيها لفظ بعينه فى جميع خُطَبه ، ولا أَمَرَ به . ولا يمنع من الكلام فيها ، والتلفظ بما شاء من الكلام المباح ، والصلاة بخلافه . وما قاله الشافعيّ عدول عن المنصوص . فأشبه مالو قال : الله العظيم .

وقولهم : لم تغيِّر بِنْيَتَهُ ولا معناه ، لايصحّ . لأنه نقله عن التنكير إلى التعريف ، وكان متضمِّناً

---

(٣) العود : عود من أعواد الشجر سوى وجعل نظيفاً ليشير به النبى صلى الله عليه وسلم عن يمينه ويساره للمصلين ليسووا صفوفهم .

لإضمار ، أو تقدير : فزال . فإن قوله « اللهُ أكبر » التقديرُ : من كل شيء . ولم يرد فى كلام الله تعالى ولا فى كلام رسوله صلى الله عليه وسلم ، ولا فى المُتعارَف فى كلام الفُصحاء إلا هكذا . فإطلاق لفظ التكبير ينصرف إليها دون غيرها . كما أن إطلاق لفظ التسمية ينصرف إلى قول « بسم الله » دون غيره . وهذا يدلّ على أن غيرها ليس مِثْلاً لها .

فصل

والتكبير ركن فى الصلاة ، لاتنعقد الصلاة إلا به . سواء تركه عمداً أو سهواً ، وهذا قول ربيعة ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وقال سعيد بن المسيّب ، والحسن ، والزهرىّ ، وقتادة ، والحَكَم ، والأوزاعىّ : من نسى تكبيرةَ الافتتاح ، أجزأته تكبيرةُ الركوع .

ولنا : قول النبى ﷺ « تَحْرِيمُهَا التَّكْبِيرُ » يدل على أنه لايدخل فى الصلاة بدونه .

فصل

ولا يصح التكبيرُ إلاّ مُرَتّباً . فإن نَكَّسَهُ لم[1] يَصِحّ ، لأنه لايكون تكبيراً .

ويجب على المصلِّى أن يُسمعه نفسه ، إماماً أو غيره ، إلا أن يكون به عارض من طَرَش[2] أو مايمنعه السماعَ . فيأتى به بحيث لو كان سَمِيعاً أو لاعارضَ به سَمِعَهُ لأنه ذِكْرٌ محلُّه اللسانُ ، ولايكون كلاماً بدون الصوت . والصوتُ مايتأتَّى سماعُه . وأقرب السامعين إليه نفسه . فمتى لم يَسْمَعْهُ لم يَعلم أنه أتى بالقول . ولا فرق بين الرجل والمرأة فيما ذكرناه .

فصل

ويُستحبُّ للامام أن يجهر بالتكبير ، بحيث يسمعُ المأمومون ليكبِّرُوا . فإنهم لايجوز لهم التكبير إلا بعد تكبيره . فإن لم يمكنه إسماعهم جهر بعضُ المأمومين ليُسمعَهم أو ليُسمعَ من لا يسمعُ الإمامَ . لما رَوى جابر قال « صَلَّى بِنَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم وأَبُو بَكْرٍ خَلْفَهُ ، فإذَا كَبَّرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ كَبَّرَ أَبُو بَكْرٍ لِيُسْمِعَنَا » متفق عليه .

فصل

ويُبيِّن التكبير ، ولا يَمُدُّ فى غير موضع المدّ ، فإن فعل بحيث تغيَّر المعنى ، مثل أن يَمُدّ الهمزة الأولى ، فيقول : آلله ، فيجعلها استفهاماً . أو يَمُدّ آكبر ، فيزيد ألفاً ، فيصيرَ جمع كِبْر —

---

(١) نكسه : قلبه فجعل آخره أوله ، وأوله آخره ، بأن يقول أكبر الله .

(٢) الطرش : أهون الصمم .

وهو الطبل[1] ـ لم يَجُز ، لأن المعنى يتغيّرُ به . وإن قال : الله أكبر وأعظم وأجلّ ونحوه . لم يُستحبّ . نُصّ عليه ، وانعقدت الصلاة بالتكبيرة الأولى .

فصل

ولا يُجزئه التكبيرُ بغير العربية مع قدرته عليها . وبهذا قال الشافعيّ ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يُجزئه . لقول الله تعالى (٨٧ : ١٥ وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى) وهذا قد ذكر اسم ربه .

ولنا : ماتقدم من النصوص ، وأن النبي ﷺ لم يعدِلْ عنها ، وهذا يخص ماذكروا . فإن لم يُحسن العربيةَ لزمه تعلّم التكبير بها ، فإن خَشِيَ فواتَ الوقت كبَّر بلغته . ذكره القاضي في المجرّد ، وهو مذهبُ الشافعيّ . وقال القاضي في الجامع : لايكبر بغير العربية ويكون حكمه حكم الأخرس ، كمن عجز عن القراءة بالعربية لايعبّر عنها بغيرها ، والأول أصحّ . لأن التكبير ذكر لله ، وذكر الله تعالى يحصل بكل لسان . وأما القرآن فإنه عربي ، فإذا عبّر عنه بغير العربية لم يكن قرآناً . والذكر لايخرُج بذلك عن كونه ذكراً .

فصل

فإن كان أخرس أو عاجزاً عن التكبير بكلّ لسان سقط عنه . وقال القاضي : عليه تحريكُ لسانه ، لأن الصحيح يلزمُه النطقُ بتحريك لسانه . فإذا عجز عن أحدهما لزمه الآخر . ولا يصح هذا ، لأنه قولٌ عجز عنه ، فلم يلزمه تحريكُ لسانه في موضعه ، كالقراءة ، وإنما لزمه تحريكُ لسانه بالتكبير مع القدرة عليه ضرورة توقف التكبير عليها ، فإذا سقط التكبير سقط ماهو من ضرورته . كمن سقط عنه القيام سقط عنه النهوض إليه ، وإن قدر عليه . ولأن تحريك اللسان من غير نطق عبثٌ لم يَرِد الشرع به ، فلا يجوز في الصلاة كالعبث بسائر جوارحه .

فصل

وعليه أن يأتي بالتكبير قائماً ، فإن انحنى إلى الركوع بحيثُ يصيرُ راكعاً قبل إنهاء التكبير ، لم تنعقد صلاتُه ، إلا أن تكون نافلةً ، لسقوط القيام فيها . ويحتمل أن لاتنعقد أيضاً ، لأن صفة الركوع غيرُ صفة القعود ، ولم يأت بالتكبير قائماً ولا قاعداً ، ولو كان ممن تصحّ صلاته قاعداً كان عليه الإتيان بالتكبير قبل وجود الركوع منه . وقال القاضي : إن كبّر في الفريضة في حال انحنائه إلى الركوع ، انعقدت نَفْلاً ، لأنها امتنع وقوعُها فرضاً ، وأمكن جعلُها نفلا ، فأشبه من أحرم بفريضة ، فبان أنه لم يدخل وقتُها .

فصل

ولايكبّر المأموم حتى يفرغ إمامُه من التكبير . وقال أبو حنيفة : يكبر معه كما يركع معه .

---

(١) الطبل أحد معاني الكبر ، وله معان أخرى كثيرة ، منها الشرف والإثم ومعظم الشيء وغيرها .

ولنا : أن النبى ﷺ قال : « إِنَّمَا جُعِـلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ . فإذا كَبَّرَ فَـكَبِّرُوا » متفق عليـه . والركوع مثل ذلك ، فإنه إنما يركع بعده ، إلا أنه لاتفسد صلاته بالركوع معه ، لأنه قد دخل فى الصلاة ، وهاهنا بخلافه . فإن كبّر قبل إمامه لم ينعقد تـكبيرُه ، وعليه استئنافُ التـكبير بعد تكبير الإمام .

فصـــــل

والتـكبيرُ من الصلاة . وقال أصحاب أبى حنيفة : ليس هو منها ، بدليل إضافته ، إليها بقوله « تَحْرِيمُهَا التَّـكْبِيرُ » ولا يُضاف الشىء إلى نفسه .

ولنـا : قول النبى ﷺ فى الصلاة : « إِنَّمَا هِيَ التَّسْبِيحُ وَالتَّـكْبِيرُ ، وقِرَاءَةُ الْقُرْآنِ » رواه مسلم ، وأبو داود ، وما ذكروه غلط . فإن أجزاء الشىء تُضاف إليه : كيد الإنسانِ ، ورأسه ، وأطرافه .

« مسألة » قال ﴿ وينوى بها المـكتوبة يَعـنى بالتـكبيرة ، ولا نعلم خلافاً بين الأمة فى وجوب النية للصلاة ، وأن الصلاة لاتنعقد إلا بها ﴾ .

والأصل فيه قول الله تعالى : (٩٨ : ٥ وَمَا أُمِرُوا إِلاَّ لِيَعْبُدُوا اللهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ) .

والإخـلاصُ : عملُ القلب ، وهو النِّيةُ وإرادةُ الله وحدَه دون غيره . وقول النبى ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ . وَإِنَّمَا لِامْرِىءٍ مَانَوَى » ومعنى النيـة ، القصـدُ ومحلُّهـا القلب . وإن لفظ بما نواه كان تأكيداً . فإن كانت الصلاة مكتوبة لزمته نية الصلاة بعينها : ظهراً ، أو عصراً ، أو غيرهما . فيحتاج إلى نية شيئين : الفعل والتعيين .

واختلف أصحابنا فى نية الفرضية . فقال بعضهم : لايحتاج إليها ، لأن التعيين يُغنى عنها ، لـكون الظهر مثلا لايـكون إلا فرضاً من المُـكلَّف . وقال ابن حامد : لابد من نية الفرضية ؛ لأن المُعينة قد تـكون نفلا كظُهْرِ الصبيِّ والمُعادة ، فيفتقر إلى ثلاثة أشياء : الفعل ، والتعيين ، والفرضية . ويحتمل هذا كلام الخِرَقىّ لقوله : « يَنْوِى بِهـا المـكتوبة » ، أى الواجبة المُعيّنة . والألف واللام هنـا للمعهود ، أى إنها المـكتوبة الحاضرة . وقال القـاضى : ظاهر كلام الخِرَقى : أنه لايفتقر إلى التعيين ، لأنه إذا نوى المفروضة انصرفت النية إلى الحاضرة . والصحيح : أنه لابد من التعيين ، والألف واللام هنـا للمعهود كما ذكرنا . والحضور لايـكفى عن النية ، بدليل أنه لم يغن عن نية المـكتوبة ، وقد يـكون عليه صلوات ، فلا تتعـيَّن إحداهنَّ بدون التعيين .

فأما الفائتة : فإن عينها بقلبه أنها ظهر اليوم ، لم يحتج إلى نية القضاء ولا الأداء ، بل لو نواها ، فبان أن وقتها قد خرج وقعت قضاء من غير نية . ولو ظن أن الوقت قد خرج فنواها قضاءً فبان أنها فى وقتها ، وقعت أداء من غير نية ، كالأسير إذا تحرى وصام شهراً يريد به شهر رمضان فوافقه ، أو مابعده أجزأه .

وإن ظن أن عليه ظهراً فائتةً فقضاها فى وقت ظهر اليوم ، ثم تبيّن أنه لاقضاء عليه ، فهل يجزئه عن ظهر اليوم ؟ يحتمل وجهين :

(أحدهما) يجزئه : لأن الصلاة معينة ، وإنما أخطأ فى نية الوقت ، فلم يؤثر . كما إذا اعتقد أن الوقت قد خرج ، فبان أنه لم يخرج . أو كما لو نوى ظهر أمس وعليه ظهر يوم قبله .

(والثانى) لايُجزئه : لأنه لم ينو عين الصلاة ، فأشبه ما لو نوى قضاء عصر لم يُجزه عن الظهر . ولو نوى ظهر اليوم فى وقتها ، وعليه فائتة لم يُجزه عنها ، ويتخرّج فيها كالتى قبلها .

فأما إن كانت عليه فوائتُ فنوى صلاةً غير مُعينة ، لم يُجزء عن واحدة منها ، لعدم التعيين . ولو نسى صلاةً من يوم لايَعلم عينها ، لزمه خمسُ صلوات ، ليعلم أنه أدَّى الفائتة . ولو نسى صلاة لايدرى : أظهرٌ هى أم عصر ؟ لزمه صلاتان ، فإن صلّى واحدةً ينوى أنها الفائتة لم يُجزه لعدم التعيين .

فصـــل

فأما النافلة : فتنقسم إلى مُعينة ، كصلاة الكسوف ، والاستسقاء ، والتراويح ، والوِتر ، والسنن الرواتب ، فيفتقر إلى التعيين أيضاً . وإلى مُطْلَقةٍ ، كصلاة الليل ، فيجزئه نية الصلاة لاغيرُ ، لعدم التعيين فيها .

فصـــل

وإذا دخل فى الصلاة بنية مترددة بين إتمامها وقطعها ، لم تصحّ . لأن النية عزم جازم ، ومع التردد لايحصل الجزم . وإن تلبس بها بنيةٍ صحيحة ، ثم نوى قطعها والخروجَ منها بطلت ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لاتبطل بذلك ، لأنها عبادة صح دخوله فيها ، فلم تفسد بنية الخروج منها كالحج .

ولنا : أنه قطع حكم النية قبل إتمام صلاته ففسدت ، كما لو سلّم ينوى الخروج منها : ولأن النية شرط فى جميع الصلاة ، وقد قطعها بما حدث . ففسدت لذهاب شرطها ، وفارقت الحج ، فإنه لايخرج منه بمحظوراته ولا بمفسداته ، بخلاف الصلاة . فأما إن تردد فى قطعها . فقال ابن حامد : لاتبطل ، لأنه دخل فيها بنية مُتيقّنة ، فلا تزول بالشك والتردد ، كسائر العبادات . وقال القاضى : يحتمل أن تبطل وهو مذهب الشافعىّ ، لأن استدامة النية شرط ، ومع[1] التردد لايكون مستديماً لها ، فأشبه مالو نوى قطعها .

فصـــل

والواجب : استصحاب حكم النية دون حقيقتها ، بمعنى أنه لاينوى قطعها . ولو ذَهَل عنها ، وعَزَبت عنه فى أثناء الصلاة ، لم يؤثّر ذلك فى صحتها ، لأن التحرُّز من هذا غير ممكن ، ولأن النية لاتعتبر حقيقتها

(١) هذه الواو ساقطة من جميع النسخ ، وهى ضرورية كما ترى .

فى أثناء العبادة ، بدليل الصوم وغـيره . وقد رُوى عن النبى ﷺ أنه قال : « إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ أَدْبَرَ الشَّيْطَانُ ، وَلَهُ حُصَاصٌ[1] ، فَإِذَا قُضِيَ التَّثْوِيبُ[2] أَقْبَلَ حَتَّى يَخْطِرَ بَيْنَ الْمَرْءِ وَنَفْسِهِ يَقُولُ : اذْكُرْ كَذَا ، اذْكُرْ كَذَا ، حَتَّى يَظَلَّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَدْرِي كَمْ صَـلَّى » متفق عليه . ورواه مالك فى الموطأ . وروى عن عمر رضى الله عنــه : « أَنَّهُ صَلَّى صَلَاةً فَلَمْ يَقْرَأْ فِيهَا ، فقيل له : إِنَّكَ لَمْ تَقْرَأْ ، فقالَ : إِنِّى جَهَّزْتُ جَيْشًا لِلْمُسْلِمِينَ ، حَتَّى بَلَغْتُ بِهِ وَادِيَ الْقُرَى » .

فصـــــل

فإن شك فى أثناء الصلاة ، هل نوى أو لا ؟ أو شك فى تكبيرة الإحرام ، استأنفها . لأن الأصل عدم ماشك فيه . فإن ذكر أنه كان قد نوى ، أو كبّر قبل قطعها أو أخذ فى عمل ، فله البناء . لأنه لم يوجد مُبطل لها . وإن عمل فيها عملا مع الشك . فقال القاضى : تبطل ، وهذا مذهب الشافعىّ . لأن هذا العمل عَرِيَ عن النيّة وحكمها . فإنّ استصحاب حكمها مع الشك لايوجد . وقال ابن حامد : لاتبطل ويبنى أيضاً ، لأن الشك لايُزيل حكم النية ، بدليـل مالو لم يُحدث عمـلا ، فإنه يبنى ، ولو زال حكم النية لبطلت الصـلاة ، كما لو نوى قطعها . وإن شك : هـل نوى فرضاً أو نفلا ؟ أتمّها نفـلا ، إلا أن يذكر أنه نوى الفرض قبل أن يُحدث عملا . وإن ذكر ذلك بعد إحداث عمل ، خرج فيه الوجهان المذكوران فى التى قبلها . فإن شك : هل أحرم بظهر أو عصر ؟ فحكمه حكم مالو شك فى النية ، لأن التعيين شرط وقد زال بالشك . ويحتمل أن يُتمّها نفلا كما لو أحرم بفرض ، فبان أنه قبل وقته .

فصـــــل

وإذا أحرم بفريضة ، ثم نوى نقلهـا إلى فريضة أخرى ، بطلت الأولى ، لأنه قطـع نيتها ، ولم تصحّ الثانية ، لأنه لم ينوها من أولها . فإن نقلها إلى نفل لغير غرض . فقال القاضى : لايصحّ روايةً واحدةً لمـا ذكرناه . وقال فى الجامع : يخرج على روايتين ، وقال أبو الخطاب : يُكره ، ويصحّ . لأنّ النفل يدخل فى نية الفرض . بدليل مالو أحرم بفرض ، فبان أنه لم يدخل وقتُه . وصحة نقلها إذا كان لغرض . وللشافعىّ قولان كالوجهين ، فأما إن نقلها لغرض صحيح ، مثل من أحرم بها منفرداً ، فحضرت جماعةٌ ، فجعلها نفلا ليصلّيَ فرضه فى جماعة . فقال أبو الخطاب : تصحّ من غير كراهة . وقال القاضى : فيه روايتان :

---

(١) له حصاص : له ضراط من شدة غيظه وحزنه .

(٢) التثويب : يطلق على معان مختلفة ، فيطلق على قول المؤذن فى أذان الفجر (الصلاة خير من النوم مرتين) ويطلق على الدعاء إلى الصلاة ، ويطلق على الصلاة بعد الفريضة ، ويطلق على إقامة الصلاة ، وهو المراد هنا .

(إحداهما) لايصح : لأنه لم ينو النفل من أولها .

(والثـانية) يصـح : لأنه لفائدة ، وهى تأدية فرضه فى الجماعة مضاعفةً للثواب ، بخـلاف من نقلها لغير غرض ، فإنه أبطل عمله لغير سبب ولا فائدة .

« مسألة » قال : ﴿ وإن تقدمت النية قبل التكبير وبعد دخول الوقت مالم يفسخها أجزأه ﴾ .

قال أصحابنا : يجوز تقديم النية على التكبير بالزمن اليسير ، وإن طـال الفصل ، أو فسخ نيته بذلك لم يُجزه . وحمل القاضى كلام الخِرَقِىّ على هذا ، وفسره به ، وهذا مذهب أبى حنيفة . وقال الشافعىّ ، وابن المنذر . يُشترط مقارنة النية للتكبير ، لقوله تعالى (٩٨ : ٥ وَمَاأُمِرُوا إِلاَّ لِيَعْبُدُوا اللهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ) فقوله « مخلصين » حال لهم فى وقت العبادة . فإن الحال وصف هيئة الفاعل وقت الفعل ، والإخلاص هو النية . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » ولأن النية شرط ، فـلم يَجُزْ أن تخلوَ العبادةُ عنها ، كسائر شروطها .

ولنـا : أنها عبادة ، فجـاز تقديم نيتها عليها كالصوم ، وتقـديم النية على الفعل لايُخرجه عن كونه منوياً . ولا يخرج الفـاعل عن كونه مُخلصـاً . بدليـل الصوم ، والزكاة إذا دفعهـا إلى وكيله ، وكسائر الأفعال فى أثناء العبادة .

« مسألة » قال ﴿ ويرفع يديه إلى فروع أذنيه أو إلى حذو منكبيه ﴾ .

لانعلم خـلافاً فى استحباب رفع اليدين عند افتتاح الصلاة . وقال ابن المنذر لايختلف أهل العلم فى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة . وقد ذكرنا حديث أبى حُمَيد . ورَوى ابن عمر قال : « رَأَيْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلاَةَ رَفَعَ يَدَيْهِ حَتَّى يُحَاذِيَ بِهِمَا مَنْكِبَيْهِ . وإذا أَرَادَ أَنْ يَرْكَعَ وَبَعْدَ مَايَرْفَعُ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ ، وَلاَ يَرْفَعُ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ » متفق عليه . وهو مخـيّر فى رفعهما إلى فروع أذنيه أو حذوَ منكبيه . ومعناه أن يبلُغ بأطراف أصابعه ذلك الموضع . وإنما خُيِّر لأن كلا الأمرين مروىٌّ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالرفع إلى حـذو المنكبين : فى حديث أبى حُمَيد وابن عمر ، ورواه علىّ وأبو هريرة . وهو قول الشافعىّ ، وإسحاق ، والرفـع إلى حذو الأذنين : رواه وائل بن حُجْر ، ومالك بن الْحُوَيرث ، رواه مسلم . وقال به ناس من أهل العلم . وَمَيْلُ أحمد إلى الأول أكثر . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : إلى أين يَبلُغ بالرفع ؟ قال : أما أنا فأذهبُ إلى المنكبين ، لحديث ابن عمر . ومن ذهب إلى أن يرفع يديه إلى حـذو أذنيه فحسن . وذلك لأن رواة الأول أكثر ، وأقرب إلى النبى ﷺ ، وجوّز الآخر لأن صحة روايته تدلّ على أنه كان يفعل هذا مرّة وهذا مرّة .

فصـــل

ويُستحبّ أن يمد أصابعه وقت الرفع ، ويُضمّ بعضها إلى بعض . لما روى أبو هريرة أن النبى صلى

الله عليه وسلم كان إذا دخل فى الصلاة رفَع يَديه مَدًّا » وقال الشافعىّ : السنة أن يُفرّق أصابعه . لما رُوى عن أبى هريرة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يَنْشُرُ أصابِعَهُ لِلتَّكْبِيرِ » .

ولنا : ماذكرناه . وحديثهم قال الترمذىّ : هذا خطأ ، والصحيح ماورويناه . ثم لو صح كان معناه مدّ أصابعه . قال أحمد : أهل العربية قالوا : هـذا الضم — وضم أصابعه — وهذا النشر — ومد أصابعه — وهذا التفريق — وفرق أصابعه . ولأن النشر لايقتضى التفريق كنشر الثوب . ولهـذا يستعمل فى الشىء الواحد ، ولا تفريق فيه .

فصــــل

ويبتدىء رفع يديه مع ابتـداء التـكبير ، ويـكون انتهاؤه مع انقضـاء تـكبيره . ولا يسبق أحدُهما صاحبه . فإذا انقضى التكبير حط يديه . فإن نسى رفع اليدين حـتى فرغ من التكبير لم يرفعهما ، لأنه سنة فات محلها . وإن ذكره فى أثنـاء التـكبير رفع ، لأن محله باق . فإن لم يمكنه رفعُ يديه إلى المنـكبين رفعَهما قدر مايمكنه . وإن أمكنه رفع إحداهما دون الأخرى رفعها ، لقول النبى ﷺ : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَااسْتَطَعْتُمْ » وإن لم يمكنه رفعهما إلا بالزيادة على المسنون رفعهما ، لأنه يأتى بالسنة وزيادةٍ مغلوبٍ عليها . وقول الشافعىّ كقولنا فى هذا الفصل جميعه .

فصــــل

وإن كانت يداه فى ثوبه رفعهما بحيث يمـكن . لما رَوى وائل بن حجر قال : « أتيتُ النبىَّ ﷺ فى الشتاء ، فرأيتُ أصحابَهُ يرفعون أيديَهم فى ثيابهم فى الصَّلاَةِ » وفى رواية قال : « ثمَّ جِئْتُ فى زَمَانٍ فِيهِ بَرْدٌ شَدِيدٌ فَرَأَيْتُ النَّاسَ عَلَيْهِمْ جُلُّ الثِّيَابِ تَتَحَرَّكُ أَيْدِيهِمْ تَحْتَ الثِّيَابِ » رواها أبو داود . وفى رواية : « فَرَأَيْتُهُمْ يَرْفَعُونَ أَيْدِيَهُمْ إِلَى صُدُورِهِمْ » .

فصــــل

والإمام والمأموم والمنفرد فى هذا سواء . وكذلك الفريضة والنافلة ، لأن الأخبار لاتفريق فيها . فأما المرأة فذكر القاضى فيها روايتين عن أحمد .

إحـداهما : ترفع : لما رَوى الخلاّل بإسناده عن أمِّ الدرداء ، وحفصةَ بنت سـيرين : « أَنَّهُمَا كَانَتَا تَرْفَعَانِ أَيْدِيَهُمَا » وهو قول طاوس . ولأن من شُرِع فى حقه التـكبيرُ شُرِع فى حقه الرفع كالرجل . فعلى هذا تَرْفَع قليلا . قال أحمد : رفعٌ دون الرفع .

والثـانية : لايُشرع ، لأنه فى معنى التجافى . ولا يُشرع ذلك لهـا ، بل تجمـع نفسها فى الركوع ، والسجود ، وسائر صلاتها .

« مسألة » قال ﴿ ثم يضع يده اليُمنَى على كوعه اليُسرى ﴾ .

أما وضع اليمنى على اليُسرى فى الصلاة فمن سنتها فى قول كثير من أهل العلم . يُروى ذلك عن علىّ وأبى هريرة ، والنخعىّ ، وأبى مجلز ، وسعيد بن جبير ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وحكاه ابنُ المنذر عن مالك . وظاهرُ مذهبه الذى عليه أصحابه : إرسال اليدين . ورُوى ذلك عن ابن الزبير ، والحسن .

ولنا : ما رَوى قَبيصةُ بن هُلب عن أبيه ، قال : « كان رسولُ الله ﷺ يؤُمُّنَا فَيأْخُذُ شِمَالَهُ بِيَمِينِهِ » رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن . وعليه العملُ عند أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ ، والتابعين ، ومَنْ بعدهم . وعن أبى حازم ، عن سهل بن سعد قال : « كان النَّاسُ يُؤْمَرُونَ أَنْ يَضَعَ الرَّجُلُ يَدَهُ اليُمْنَى عَلَى ذِرَاعِهِ الْيُسْرَى فى الصَّلاَةِ . قال أبو حازم : « لا أَعْلَمُه إلاَّ يَنْمِى ذَلِكَ إِلَى رَسُول الله صلى الله عليه وسلم » رواه البخارىّ . وعن ابن مسعود : « أنّ النبىَّ ﷺ مَرّ به ، وهُوَ وَاضِعٌ شِمَالَهُ على يَمِينِهِ ، فأخذَ يمينَهُ فوضَعَهَا عَلَى شِمَالِهِ » رواه أبو داود ، ورواها الأثرم . وفى المسند عن غُطَيف قال : « مانَسِيتُ مِنَ الأَشْيَاءِ فَلَمْ أَنسَ أَنِّى رَأَيْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم وَاضِعاً يَمِينَهُ عَلَى شِمَالِهِ فى الصَّلاَةِ » .

ويستحبُّ أن يضعها على كوعه ، وما يقاربه . لما رَوى وائل بن حجر : أنه وصفَ صلاةَ النبىّ ﷺ ، وقال فى وَصْفه : « ثُمَّ وَضَعَ يَدَهُ اليُمْنَى عَلَى ظَهْرِ كَفِّهِ الْيُسْرَى والرُّسْغِ وَالسَّاعِدِ » .

« مسألة » قال ﴿ ويجعلهما تحت سُرَّته ﴾ .

اختلفت الرواية فى موضع وضعهما ، فرُوى عن أحمد : أنه يضعهما تحت سرته . ورُوى ذلك عن علىّ ، وأبى هريرة ، وأبى مِجْلَز ، والنخعىّ ، والثورىّ وإسحاق . لما رُوى عن علىّ أنه قال : « مِنَ السُّنَّةِ وَضْعُ اليمينِ على الشِّمالِ تَحْتَ السُّرَّةِ » رواه الإمام أحمدُ ، وأبو داود . وهذا ينصرف إلى سنة النبىّ صلى الله عليه وسلم . ولأنه قول من ذكرنا من الصحابة . وعن أحمد : أنه يضعهما فوق السرة . وهو قول سعيد بن جُبير ، والشافعىّ . لما رَوى وائل بن حُجْر قال : « رأيتُ النبىَّ صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى فَوَضَعَ يَدَيْهِ على صَدْرِهِ إِحْدَاهُمَا على الأُخْرَى » . وعنه أنه مخيّر فى ذلك ، لأن الجميع مروىّ . والأمرُ فى ذلك واسع .

« مسألة » قال ﴿ ويقول سبحانك اللهمَّ وبحمدك ، وتبارك اسْمُكَ ، وتعالى جَدُّكَ ولاَ إِلَهَ غيرُك ﴾ .

وجملته : أن الاستفتاح من سُنن الصلاة فى قول أكثر أهل العلم ، وكان مالك لا يراه ، بل يكبّر ، ويقرأ . لما رَوى أنس قال : « كان النبىُّ صلى الله عليه وسلم ، وأبو بكر وعمر ، يفتتحونَ الصَّلاَةَ بالحمدُ لله رَبِّ العالمين » متفق عليه .

ولنـا : أن النبيَّ ﷺ كان يستفتحُ بما سنذكره ، وعمل به الصحابة رضى الله عنهم . وكان عمر يستفتحُ به فى صلاته يجهرُ به ليُسمعَه الناسَ ، وعبدُ الله بن مسعود . وحديث أنس أراد به القراءة . كما جاء فى حديث أبى هريرة : « إنَّ اللهَ تَعالَى قالَ : قَسَمْتُ الصَّلاَةَ بَيْنِي وَبَيْنَ عَبْدِى نِصْفَيْنِ » وفسر ذلك بالفاتحة . وهذا مثل قول عائشة : « كان النبيُّ ﷺ يَفْتَتِحُ الصَّلاَةَ بِالتَّكْبِيرِ ، والْقِرَاءَةِ بِالحمدُ لله ربِّ الْعالَمِينَ » ويتعيَّن حمله على هذا ، لأنه قد ثبت عن الذين روى عنهم أنس الاستفتاح بما ذكرناه .

إذا ثبت هذا : فإن أحمد ذهب إلى الاستفتاح بهذا الذى ذكره الخِرَقِىّ . وقال : لوأن رجلا استفتح ببعض ما رُوى عن النبيِّ ﷺ من الاستفتاح كان حسناً ، أو قال : جائزاً . وكذا قول أكثر أهل العلم . منهم عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . قال الترمذىّ : وعليه العملُ عند أهل العلم من التابعين وغيرهم . وذهب الشافعىّ وابن المنذر إلى الاستفتاح بما قد رُوى عن علىّ قال : « كان رَسُولُ اللهِ ﷺ إذا قامَ إلى الصَّلاَةِ كَبَّرَ ، ثمَّ قال : وَجَّهْتُ وَجْهِىَ لِلَّذِى فَطَرَ السَّمٰوَاتِ وَالأَرْضَ حَنِيفاً وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ ، إنَّ صَلاَتِى وَنُسُكِى وَمَحْيَاىَ وَمَمَاتِى لِلّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ، لاَ شَرِيكَ لَهُ ، وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ ، وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ . أَنْتَ المَلِكُ لاَ إِلَهَ إلاَّ أَنْتَ . أَنَا عَبْدُكَ ظَلَمْتُ نَفْسِى ، وَاعْتَرَفْتُ بِذَنْبِى ، فَاغْفِرْلِى ذُنُوبِى جَمِيعاً . لا يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إلاَّ أَنْتَ ، واهْدِنِى لِأَحْسَنِ الْأَخْلاَقِ ، لا يَهْدِى لِأَحْسَنِهَا إلاَّ أَنْتَ ، واصْرِفْ عَنِّى سَيِّئَهَا ، لايَصْرِفُ عَنِّى سَيِّئَهَا إلاَّ أَنْتَ . لَبَّيْكَ وَسَعْدَيْكَ ، وَالْخَيْرُ كُلُّهُ فى يَدَيْكَ ، وَالشَّرُّ لَيْسَ إِلَيْكَ . أَنَا بِكَ وَإِلَيْكَ . تبَارَكْتَ رَبَّنَا وَتَعالَيْتَ ، أَسْتَغْفِرُكَ وَأَتُوبُ إِلَيْكَ » رواه مسلم وأبو داود ، والنسائى . وروى أبو هريرة قال : « كانَ رسولُ الله ﷺ إذا كَبَّرَ فى الصَّلاَةِ أَسْكَتَ إِسْكَاتَةً — حَسِبْتُهُ قَالَ : هُنَيْهَةً — بَيْنَ التَّكْبِيرِ وَالْقِرَاءَةِ . فقلت : يا رسول الله ، أرأَيْتَ إسكاتَكَ بينَ التكبير والقراءة ، ما تقول ؟ قال أقول : اللَّهُمَّ بَاعِدْ بَيْنِى وَبَيْنَ خَطَايَاىَ كما بَاعَدْتَ بَيْنَ المَشْرِقِ والمَغْرِبِ . اللَّهُمَّ نَقِّنِى مِنْ خَطَايَاىَ كما يُنَقَّى الثَّوْبُ الْأَبْيَضُ مِنَ الدَّنَسِ . اللَّهُمَّ اغْسِلْنِى مِنْ خَطَايَاىَ بِالثَّلْجِ والْمَاءِ والْبَرَدِ » متفق عليه .

ولنا : ماروت عائشةُ قالت : « كان رسول الله ﷺ إذَا اسْتَفْتَحَ الصَّلاَةَ قال : « سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وبِحَمْدِكَ ، وتَبَارَكَ اسْمُكَ ، وتَعَالَى جَدُّكَ ، ولاَ إِلَهَ غَيْرُكَ » رواه أبوداود ، وابن ماجه ، والترمذىّ . وعن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم مثلهُ . رواه النسائىّ والترمذىّ . ورواه أنس ، وأسناد حديثه كلهم ثقاة . رواه الدارقطنىّ ، وعمل به السلف . فكان عمر رضى الله عنه يستفتح بين يدى أصحاب رسول الله ﷺ . فروى الأسودُ : « أَنَّهُ صَلَّى خَلْفَ عُمَرَ فَسَمِعَهُ كَبَّرَ ، فقالَ : سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ وَتَبَارَكَ اسْمُكَ ، وَتَعَالَى جَدُّكَ وَلاَ إِلَهَ غَيْرُكَ » ، فلذلك اختاره أحمدُ . وجوّز الاستفتاح بغيره ، لكونه

قد صحّ عن النبي صلى الله عليه وسلم . إلا أنه قال فى حـديث علىّ : بعضُهم يقول : « فى صلاة الليل » . ولأن العمل به متروك ، فإنّا لانعلم أحداً يستفتح به كلّه . وإنما يستفتحون بأوله .

فصـــــل

قال أحمد : ولايجهر الإمام بالافتتاح ، وعليه عامة أهل العلم . لأن النبي ﷺ لم يجهر به . وإنما جهر به عمر ليُعلم الناس ، وإذا نسى الاستفتاح أو تركه عمـداً حتى شرع فى الاستعاذة لم يَعُد إليه ، لأنه سُنّةٌ فات محلها . وكذلك إن نسى التعوّذ حتى شرع فى القراءة ، لم يَعُدْ إليه لذلك .

« مسألة » قال ﴿ ثم يستعيذ ﴾ .

وجملة ذلك : أن الاستعاذة قبل القراءة فى الصلاة سنة . وبذلك قال الحسن وابن سيرين ، وعطـاء ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : يَستعيذ ، لحديث أنس .

ولنـا : قول الله تعالى : « ١٦ : ٩٨ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) . وعن أبى سعيد عن رسول الله ﷺ : « أَنَّهُ كَانَ إِذَا قَامَ إِلَى الصَّلاَةِ اسْتَفْتَحَ ثُمَّ يقول : أَعُوذُ بِاللهِ السَّمِيعِ الْعَلِيمِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ، مِنْ هَمْزِهِ وَنَفْخِهِ وَنَفْثِهِ » . قال الترمذىّ : هذا أشهر حديث فى الباب . وقال ابن المنذر جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول قبل القراءة : « أعوذ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ » وحديث أنس قد مضى جوابه .

وصفـة الاستعاذة : أن يقول : أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، وهـذا قول أبى حنيفـة والشافعىّ . لقول الله تعـالى : (فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) . وعن أحمد أنه يقول : أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم . لخبر أبى سعيد ولقول الله تعالى : (٤١ : ٣٦ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ) وهذا متضمن للزيادة . ونقل حنبل عنه أنه يزيد بعد ذلك : إن الله هو السميع العليم ، وهذا كله واسع . وكيفما استعاذ فهو حسن . ويُسِرُّ الاستعاذة ولا يجهر بها . لا أعلم فيه خلافاً .

« مسألة » قال ﴿ ثم يقرأ : الحمدُ لله رَبِّ العالمين ﴾ .

وجملة ذلك : أن قراءة الفاتحة واجبة فى الصلاة ، وركن من أركانها ، لاتصحّ إلا بها فى المشهور عن أحمـد ، نقله عنه الجماعة ، وهو قول مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ . وروى عن عمر بن الخطاب ، وعثمان ابن أبى العـاص ، وخوّاتِ بن جبير أنهم قالوا : « لاَ صَـلاَةَ إلاَّ بِقِرَاءَةِ فَاتِحَةِ الْـكِتَابِ » . ورُوى عن أحمـد روايةٌ أخرى : أنهـا لاتتعيَّن . وتجزىء قراءة آيةٍ من القرآن ، من أىِّ موضع كان ، وهذا قول أبى حنيفة . لقول النبى صلى الله عليه وسـلم للمسىء فى صـلاته : « ثُمَّ اقْرَأْ مَاتَيَسَّرَ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ »

وقول الله تعالى : (فَاقْرَءُوا مَاتَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ) . وقوله : (٧٣ : ٢٠ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ) ولأن الفاتحة وسائرَ القرآن سواء في سائر الأحكام ، فكذا في الصلاة .

ولنـا : ماروى عُبادة بن الصامت ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَصَـلاَةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ » متفق عليه . ولأن القراءة ركن في الصلاة ، فـكانت مُعَينة كالركوع والسجود .

وأما خبرهم فقد رَوى الشافعيّ بإسناده عن رفاعة بن رافع أنّ النبي ﷺ قال للأعرابي : « ثُمَّ اقْرَأْ بِأُمِّ الْقُرْآنِ ، ومَا شَاءَ اللهُ أَنْ تَقْرَأَ » ثم نحمله على الفاتحة ، وماتيَسَّر معها مما زاد عليها . ويحتمل أنه لم يكن يُحسن الفاتحة . أما الآية فتحتمل أنه أريد الفاتحة ، وماتيسر معها . ويحتمل أنهـا نزلت قبل نزول الفاتحة ، لأنهـا نزلت بمـكة ، والنبيُّ ﷺ مأمور بقيام الليل ، فنسخـه الله تعالى عنه بهـا . والمعنى الذى ذكروه أجمعنا على خلافه ، فإنّ من ترك الفاتحة كان مُسيئاً ، بخلاف بقيَّة السُّوَر .

« مسألة » قال ﴿ وَيَبْتَدِئُهَا بِبِسْمِ اللهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ ﴾ .

وجملة ذلك : أن قراءة « بسم الله الرحمن الرحيم » مشروعة في الصلاة أول الفاتحة . وأول كل سورة فى قول أكثر أهل العلم . وقال مالك والأوزاعيّ : لايقرؤها في أول الفـاتحة ، لحديث أنس . وعن ابن عبد الله بن الْمُغَفَّل ، قال : « سمعنى أبى وأنا أقول : بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . فقال : أَىْ بُنَيّ ، مُحْدَثٌ إياكَ والحَدَث ، قال : ولَمْ أَرَ واحداً من أصحاب رسول الله ﷺ كان بغض إليه الحَدَثُ في الإسلام ـ يعنى منه ـ فَإِنِّى صَلَّيْتُ مع النبي صلى الله عليه وسلم ومع أبى بـكر وعمر وعثمان ، فلم أسمع أحداً منهم يقولها ، فلا تقلها . إذا صلَّيت فقل : الحمد لله رَبِّ العالمين » أخرجه الترمذيّ ، وقال : حديث حسن .

ولنا : مارُوى عن نُعَيْم الْمُجَمِّر(1) أنه قال : « صَلَّيْتُ وَرَاءَ أَبِى هُرَيْرَةَ فَقَرَأَ بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ثُمَّ قَرَأَ بِأُمِّ الْقُرْآنِ ، وقال : وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ إِنِّى لَأَشْبَهُكُمْ صَـلاَةً برسول اللهِ ﷺ » أخرجه النسائيّ . وروى ابن المنذر « أن رسول الله ﷺ قرأ في الصلاة بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ » وعن أُمِّ سلَمَة : « أن النبي ﷺ قرأ في الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم وعَدَّها آيةً ، والحمدُ للهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ، اثنين » .

فأما حديث أنس فقد سبق جوابه ، ثم نحمله على أن الذى كان يسمع منهم : «الحمد لله رب العالمين» وقد جاء مُصرَّحاً به . روى شُعبة ، وشيبانُ ، عن قتادة قال : سمعتَ أنس بن مالك قال : «صَلَّيْتُ خَلْفَ النبيِّ ﷺ وأبى بكر ، وعمر ، فلم أسمع أحداً يَجْهَرُ بِبِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ » وفى لفظ : « وَكُلُّهُمْ يُخْفِى بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ » وفى لفظ : « أَنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم كَانَ يُسِرُّ بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، وأَبَا بـكر ، وعُمَرَ » رواه ابن شاهين . وحديث ابن عبد الله بن الْمُغَفَّلِ محمول على هذا أيضاً ، جمعاً بين الأخبار .

---

(1) ويقال بضم الميم الأولى وسكون الجيم ، وكسر الميم الثانية .

ولأن « بسم الله الرحمن الرحيم » يُستفتح بهـا سائر السور . فاستفتاح الفاتحة بها أولى ، لأنهـا أول القرآن وفاتحته ، وقد سلّم مالك هـذا ، فإنه قال فى قيـام رمضان : لايقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فى أول الفاتحة ، ويستفتحُ بها بقية السور (١) .

« مسألة » قال ﴿ ولايجهر بها ﴾ .

يعنى « بسم الله الرحمن الرحيم » ولاتختلف الرواية عن أحمـد : أن الجهر بهـا غير مسنون (٢) . قال الترمذىّ : وعليه العمل عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ ومن بعـدهم من التابعين . منهم أبو بـكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلىّ . وذكره ابن المنـذر عن ابن مسعود ، وابن الزبير ، وعمّار . وبه يقول الحـكم وحمّاد ، والأوزاعىّ ، والثورىّ ، وابن المبارك ، وأصحاب الرأى . ويروى عن عطاء ، وطاوس ، ومجاهد وسعيد بن جبير ــ الجهر بها ، وهومذهب الشافعىّ ، لحديث أبى هريرة : « أَنَّهُ قرَأَها فى الصَّلاَةِ » وقد صح أنه قال : « مَا أَسْمَعَنَا رَسُولُ الله صلى الله عليه وسـلم أَسْمَعْنَاكُمْ ، وما أَخْفَى علينـا أخْفَيْنـاه عَلَيْـكُمْ » متفق عليه . وعن أنس « أنّه صَلَّى وَجَهَر بِبِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ ، وقال : أَقْتَدِى بِصَلاَةِ

---

(١) فيه أن قراءتها أول الفاتحة أولى لأن إجماع الصحابة وسائر الأمة بالتبع لهم على كتابتها فى أول الفاتحة يدل على أنها منها ، أو فاتحة مستقلة لها ، والأول هو المتبادر . وأما ماعداها فيحتمل ما قيل من أنها للفصل بين السور ، وهذهالحجة ــ أى كتابة المصحف ــ قطعية . ومثلها روايات القراء السبعة المتواترة . وكل منها ترجح كل ماينافيها من أحاديث الآحاد الظنية . ولو لم تكن متعارضة وقابلة للتأويل ، فكيف وهى كذلك ولأجله ؟ اختلف فيها السلف والخلف .

فالحق الصريح : مع القائلين بأن البسملة آية من الفاتحة : وأن قراءتها واجبة . فإنه لايوجد فى ديننا ولا فى شىء مما تناقله البشرخلفاً عن سلف أصح من نقل هذا القرآن بالكتابة ، ثم بحفظ الألوف له ، ولا سيما فاتحته فى عصر التنزيل ، ثم حفظ كل من دخل فى الإسلام لها جيلا بعد جيل .

وأظهر ما قيل فى الأحاديث النافية لقراءة بسملتها فى الصلاة : أن المراد عدم الجهر بها أو عدم سماع الراوى . وأكثر الناس لايسمعون أول قراءة الإمام ، لاشتغالهم بالتكبير ، ودعاء الافتتاح . ولأن العادة الغالبة على الناس : أن القارىء يرفع صوته بالتدريج . ثم إن هـذا النفى معارض بإثبات قراءتها وسماع المأمومين لها ، ومنهم أنس رضى الله عنه . كتبه محمد رشيد .

ملحوظة : رأيت استبقاء هذه التعلتقة للسيد محمد رشيد رضا ، كما هى لقوة دلالتها ، وإبقاء لأثره فى هذا الكتاب ، فهو أول من حققه ونشره مع الشرح الكبير ، فجزاه الله خيراً « طه الزينى » .

(٢) إذاكانت البسملة آية من الفاتحة ، فالجهر بها تابع للجهر بالفاتحة ، والإسرار بها تابع للإسرار بالفاتحة ، وسيأتى للمؤلف مثل ذلك .

رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم » ولما تقدم من حديث أُمِّ سَلَمَة وغيره . ولأنها آية من الفاتحة ، فيجهر بها الإمام فى صلاة الجهر كسائر آياتها .

ولنا : حديث أنس ، وعبد الله بن المغفل[1] . وعن عائشة رضى الله عنها : « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كَان يَفْتَتِـحُ الصَّـلاَةَ بالتَّـكْبِيرِ ، والقراءةِ بالحمْدُ للهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ[2] » متفق عليه . وروى أبو هريرة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « قال الله تعـالى : قَسَمْتُ الصَّلاَةَ بَيْـنِى وَبَيْنَ عَبْدِى نِصْفَـيْنِ ، وَلِعَبْدِى ماسَـأَلَ . فإذَا قَالَ العَبْدُ (الْحَمْدُ لِلهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ) قال الله : حَمِدَنِى عَبْدِى ، وَذَكَرَ الْخَـبَرَ » أخرجه مسلم ، وهذا يدلّ على أنه لم يذكر بسم الله الرحمن الرحيم ولم يجهر بها[3] .

وحديث أبى هريرة الذى احتجّوا به ليس فيه : أنه جهر بها ، ولايمتنع أن يسمع منه حال الإسرار ، كما سمع الاستفتاح والاستعاذة من النبى ﷺ ، مع إسراره بهما . وقد روى أبو قتادة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يُسْمِعُهم الآيةَ أحْيَاناً فى صَلاَة الظُّهْرِ » متفق عليه .

وحديث أُمِّ سَلَمَة ليس فيه : أنه جهر بها ، وسائر أخبار الجهر ضعيفة . فإن رُواتها هم رواة الإخفاء ، وإسناد الإخفاء صحيح ثابت بغير خلاف فيه ، فدل على ضعف رواية الجهر . وقد بلغنا أن الدارقطنىّ قال : لم يصحّ فى الجهر حديث[4] .

فصـــل

واختلفت الرواية عن أحمد : هل هى آية من الفاتحة يجب قراءتها فى الصلاة ، أو لا ؟ فعنه : أنهـا من الفاتحة . وذهب إليه أبو عبد الله بن بطة وأبو حفص وهو قول ابن المبارك ، والشافعىّ ، وأبى عُبَيد . قال ابن المبـارك : من ترك « بسم الله الرحمن الرحيم » فقـد ترك مائةً وثلاثَ عَشْرَةَ آية . وكذلك قال الشافعىّ : هى آية من كل سورة ، لحديث أم سَلَمة . ورَوى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذَا قَرَأْتُمُ الْحَمْـدُ للهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ فاقْرَءوا بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ . فَإِنَّهَـا أُمُّ الْـكِتَابِ ، وَإِنَّهَـا

---

[1] حديث عبد الله بن المغفل معلول بجهل راويه .

[2] هذا ليس قاطعاً فى عدم قراءة البسملة ، لأن السورة اسمها سورة الحمد لله رب العـالمين ، وإذا كانت البسملة آية منها على الراجح فيـكون الرسول صلى الله عليه وسلم يقرؤها ولا يتركها .

[3] قسمة الفاتحة بين الله تعالى وعبده ، لاتقتضى أن البسملة ليست من الفاتحة ، لأن المقسوم الثناء على الله ، وطلب العبد منه تعالى ، أما البسملة فهى للابتداء .

[4] صح فى الجهر حديث سعيد بن جبير أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجهر بالبسملة فكان المشركون يهزءون من ذكر اسم الرحمن فيها لأنه اسم مسيلمة الـكذاب ، فنزل قوله تعالى : « ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت بها » فجعلها وسطاً بين الجهر والإخفاء وكان تارة يجهر بها وتارة يخفيها .

السَّبْعُ الْمَثَانِي . وبِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ آيَةٌ مِنْهَا » ولأن الصحابة رضى الله عنهم أثبتوها فى المصاحف بخطها ، ولم يثبتوا بين الدفتين سوى القرآن . وروى عن أحمد : أنها ليست من الفاتحة ، ولا آية من غيرها ولا يجب قراءتها فى الصلاة . وهى المنصورة عند أصحابه . وقول أبى حنيفة ومالك ، والأوزاعىّ ، وعبد الله بن معبد الرمّانىّ .

واختلف عن أحمد فيها . فقيل عنه : هى آية مفردة كانت تنزل بين كل سورتين ، فصلاً بين السور وعنه : إنما هى بعض آيةٍ من سورة النمل : كذلك قال عبد الله بن مَعْبد والأوزاعىّ : ما أنزل الله بسم الله الرحمن الرحيم إلاّ فى سورة (٢٧ : ٣٠ إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ) .

والدليل على أنها ليست من الفاتحة : مارَوى أبو هريرة قال : سمعتُ النبى ﷺ يقول : « قال الله تعالى : قَسَمْتُ الصَّلاَةَ بَيْنِي وَبَيْنَ عَبْدِي نِصْفَيْنِ ، وَلِعَبْدِي ماسَأَلَ . فإذا قال العبدُ : الحمدُ لله رَبِّ العالمين . قال الله تعالى : حَمِدَنِي عَبْدِي . فإذا قال : الرحمن الرحيم . قال الله : أَثْنَى عَلَيَّ عَبْدِي . فإذا قالَ مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ . قال الله : مَجَّدَنِي عَبْدِي . فإذا قال : إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ . قال الله : هذا بينى وبين عبدى ، ولعبدى ماسأل . فإذا قال : اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ ، صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلاَ الضَّالِّينَ ، قال : هَـذَا لِعَبْدِي وَلِعَبْدِي مَا سَأَلَ » أخرجه مسلم . فلو كانت بسم الله الرحمن الرحيم آيةً لعدّها وبدأ بها . ولم يتحقق التنصيف ، لأن آياتِ الثناء تكون أربعاً ونصفاً ، وآيات الدعاء اثنتين ونصفاً . وعلى ماذكرنا يتحقق التنصيف .

فإن قيل : فقد رَوى عبد الله بن زياد بن سمعان : « يَقُولُ عَبْدِي إذا افْتَتَحَ الصَّلاَةَ : بِسْمِ اللهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ ، فَيَذْكُرُنِي عَبْدِي » .

قلنا : ابن سمعان متروك الحديث ، لايُحتج به ، قاله الدارقطنىّ . واتفاق الرواة على خلاف روايته أولى بالصواب .

ورُوى عن النبىّ ﷺ أنه قال : « سُورَةٌ هِيَ ثَلاثُونَ آيَةً شَفَعَتْ لِقَارِئِهَا : أَلاَ وَهِيَ تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ » وهى ثلاثون آية سوى بسم الله الرحمن الرحيم . وأجمع الناس على أن سورة الكوثر ثلاثُ آياتٍ بدون بسم الله الرحمن الرحيم . ولو كانت منها لكانت أربعاً[1] ، ولأن مواضعَ الآى تجرى مجرى

---

(١) قد أجيب عن هذا وما قبله . بأن عد آيات السور لايذكر فيه البسملة . لأنها مشتركة بين الجميع . ويؤيده ماوراه أحمد ومسلم والنسائي عن أنس من أن النبي ﷺ لما أخبرهم بنزول سورة الكوثر قرأها مع البسملة .

الآى أنفسها فى أنها لاتثبت إلا بالتواتر ، ولم يُنقل فى ذلك تواتر [١] .

فأما قولُ أمِّ سلمَةَ فمن رأيها ، ولا ينكر الاختلاف فى ذلك .

على أننا نقول : هى آية مفردة للفصل بين السور . وحديث أبى هريرة موقوف عليه ، فإنه من رواية أبى بكر الحنفى عن عبد الحميد بن جعفر عن نوح بن أبى بلال قال : قال أبو بكر : راجعت فيه نوحاً ، فوقفه . وهذا يدل على أن رفعه كان وهماً من عبد الحميد ، وأما إثباتهـا بين السور فى المصحف ، فللفصل بينهما ، ولذلك أفردت سطراً على حدتها [٢]

فصـــل

يلزمه أن يأتى بقراءة الفاتحة مرتبة مشددة غير ملحون فيها لحناً يحيل المعنى . فإن ترك ترتيبها أو شدّة منها أو لحنَ لحناً يحيل المعنى : مثل أن يكسر كاف « إياك » أو يضم تاء « أنعمت » أو يفتح ألف الوصل فى « اهدنا » لم يعتد بقراءته ، إلا أن يكون عاجزاً عن غير هذا . ذكر القاضى نحو هذا فى المجرّد ، وهو مذهب الشافعى . وقال القاضى فى الجامع : لاتبطل بترك شدة ، لأنها غير ثابتة فى خط المصحف ، هى صفة للحرف ، ويسمى تاركها قارئاً ، والصحيح الأول . لأن الحرف المشدّد أُقيمَ مُقامَ حرفين ، بدليل أن شدّة راء « الرحمن » أُقيمت مقام اللام ، وَشدَّة ذال « الذين » [٣] أقيمت مقام اللام أيضاً . فإذا أخلَّ بها أخلَّ بالحرف ، وما يقوم مقامه ، وغيَّر المعنى . إلا أن يريد أنه أظهر المُدغم : مثل من يقول « الرحمن » مُظهراً للام . فهذا تصحُّ صلاته ، لأنه إنما ترك الإدغام وهو معدود لحناً لا يُغيِّر المعنى . قال : ولا يختلف المذهب : أنه إذا ليَّنها ولم يحققها على الكمال : أنه لا يُعيد الصلاة ، لأن ذلك لايُحيل المعنى ، ويختلف باختلاف الناس . ولعلّه إنما أراد فى الجامع هذا المعنى ، فيكون قوله مُتَّفقاً . ولايُستحبُّ المبالغة فى التشديد بحيث يزيد على قدر حرف ساكن ، لأنها فى كل موضع أُقيمت مُقام حرف ساكن . فإذا زادها على ذلك زادها عمَّا أُقيمت مُقامه ، فيكون مكروهاً . وفى « بسم الله الرحمن الرحيم » ثلاثُ شدَّات ، وفيما عداها إحدى عشرة تشديدة بغير اختلاف .

---

(١) هذا غلط وقع فيه كثيرون . فقد اتفق عليها القراء السبعة ، وقراءتهم متواترة . ورسم المصحف دليل عملى على التواتر . كما قال العضد ، بل هو أقوى من الرواية القولية .

(٢) مسألة الفصل لا ترد على سورة الفاتحة كما تقدم لنا . ورد هذا الرأى أيضاً بسورة براءة « التوبة » فلم يفصل بينها وبين الأنفال بالبسملة . وذكروا أن سبب نزولها معها : أنها نزلت بالسيف والعقوبة ، لا بالرحمة . وإفرادها بسطر لايدل على شىء . كتبه محمد رشيد رضا .

(٣) الذين : ليس فى ذالها تشديد ، وإنما الشدة فى اللام .

فصــــل

وأقل مايُجزىء فيها : قراءة مسموعة يُسمعها نفْسَه ، أو يـكونُ بحيث يَسمعها لو كان سميعاً ، كما قلنا فى التكبير ، فإنّ مادون ذلك ليس بقراءة . والمستحبُّ : أن يأتىَ بها مرتّلة مُعَربةً يقف فيها عند كل آية ويمكّن حروف المد ، واللين ، مالم يُخرجـه ذلك إلى التمطيط . لقول الله تعـالى (٧٣ : ٤ وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلا) وروى عن أمِّ سَلَمَة : « أنها سُئلت عن قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قالت : كانَ يُقَطِّعُ قِرَاءَتَه آيَةً آيَةً : بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، الْحَمْدُ لِلهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ، الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ » رواه الإمام أحمـدُ فى مسنده . وعن أنس قال : « كانتْ قراءةُ رسـول الله ﷺ مَدًّا . ثُمَّ قَرَأَ بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، يَمُدُّ بِسْمِ اللهِ ، وَيَمُدُّ بالرَّحْمَنِ ، وَيَمُدُّ بالرَّحِيمِ » أخرجه البخاريّ . فإن انتهى ذلك إلى التمطيط والتلحين كان مكروهاً ، لأنه ربما جعل الحركات حروفاً . قال أحمدُ : يُعجبنى من قراءة القرآن السهلةُ . وقال : قوله : « زَيِّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ » قال : يحسِّنه بصوته من غـير تـكلف . وقـد رُوى فى خـبر آخر : « أَحْسَنُ النَّاسِ قِرَاءَةً مَنْ إذا سَمِعْتَ قِرَاءَتَهُ رَأَيْتَ أَنَّهُ يَخْشَى اللهَ » ورُوى : « إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ نَزَلَ بِحُزْنٍ فَاقْرَءُوهُ بِحُزْنٍ .

فصــــل

فإن قطـع قراءة الفاتحة بذكر ، من دعاء أو قراءة ، أو سكوت يسير ، أو فرغ الإمامُ من الفاتحة فى أثناء قراءة المأموم قال : « آمين » ولاتنقطعُ قراءته ، لقول أحمـد : إذ مرّت به آيةُ رحمةٍ سأل ، وإذا مرّت به آيةُ عذاب استعاذ ، وإن كثُر ذلك استأنف قراءتها ، إلا أن يـكون السكوت مأموراً به ، كالمأموم يَشرع فى قراءة الفاتحـة ثم يَسمعُ قراءة الإمام فيُنصت له ، فإذا سـكت الإمامُ أتمَّ قراءتهـا . وأجزأه ، أومأ إليـه أحمـدُ . وكذلك إن كان السكوت نِسياناً أو نَوْماً ، أو لانتقاله إلى غيرها غلطاً لم يبطُل . فمتى ذكر أتى بما بقى منها ، فإن تمادى فيما هو فيه بعد ذكره أبطلها . ولزمه استئنافُها ، كما لو ابتدأ بذلك . فإن نوى قطـع قراءتهـا من غير أن يقطعها لم تنقطـع ، لأن فعـله مُخالف لنيّته ، والاعتبار بالفعل لا بالنية . وكذا إن سكت مع النية سكوتاً يسيراً . لمـا ذكرناه من أنه لاعبرة بالنية . فوجودُها كعدمها . وذكر القاضى فى الجـامع : أنه متى سكت مع النية أبطلها ، ومتى عدل إلى قراءةِ غيرِ الفاتحة عمداً أو دعاءٍ غيرَ مأمور به ، بطلت قراءته . ولم يفرِّقْ بين قليل أو كثير . وإن قدم آيةً منها فى غير موضعهـا عمداً أبطلها . وإن كان غلطاً رجع إلى موضـع الغلط فأتمّهـا . والأولى إن شاء الله ماذكرناه . لأن المعتـبَر فى القراءة وجودُها لانيتّها . فمتى قرأها متواصلةً تواصلاً قريباً صحّت ، كما لو كان ذلك عن غلط .

فصـــل

ويجب قراءة الفاتحـة فى كل ركـعة فى الصحيح من المذهب . وهذا مذهب مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ . وعن أحمد : أنها لاتجب إلا فى ركعتين من الصلاة ، ونحوه عن النخعىّ ، والثورىّ ، وأبى حنيفـة . لما رُوى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : « اقْرَأْ فِي الْأُولَيَيْنِ ، وَسَبِّح فى الْأُخْرَيَيْنِ » ولأن القراءة لو وجبت فى بقية الركعات لسُنَّ الجهرُ بها فى بعض الصلوات كالأوليين . وعن الحسن : أنه إن قرأ فى ركعة واحدة أجزأه لقول الله تعالى : (٧٣ : ٢٠ فَاقْرَءُوا مَاتَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ) . وعن مالك : أنه إن قرأ فى ثلاثٍ أجزأه ، لأنها معظم الصلاة .

ولنـا : مارَوى أبو قتادة : « أن النبىَّ ﷺ كان يَقرأُ فى الظُّهْرِ فى الأُولَيَيْنِ بِأُمِّ الْكِتَابِ ، وَسُورَتَيْنِ ، وَيُطَوِّلُ الْأُولَى ، وَيَقْصُرُ فى الثَّانِيةِ ، وَيُسْمِعُ الآيَةَ أَحْيَانًا . وفى الركعتين الأُخْرَيَيْنِ بِأُمِّ الْكِتَابِ » متفق عليه ، وقال : « صَلُّوا كما رَأَيْتُمُونِى أُصَلِّى » متفق عليه . وعن أبى سـعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَ صَلاَةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ » وعنه ، وعن عبادة قالا : « أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ نَقْرَأَ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ فى كلِّ رَكْعَةٍ » رواهما إسماعيلُ بن سعيد الشالَنْجِىّ . ولأن النبى ﷺ علَّم المُسِىءَ فى صلاته كيفَ يُصَلِّى الركعة الأولى ، ثم قال : « وَافْعَلْ ذَلِكَ فى صَلاَتِكَ كُلِّهَا » فيتناول الأمرَ بالقراءة . وعن جابر قال : « مَنْ صَلَّى رَكْعَةً فَلَمْ يَقْرَأْ فِيهَا فَلَمْ يُصَلِّ ، إلاَّ خَلْفَ الْإِمَامِ »[1] رواه مالك فى الموطـأ ، وحديث علىّ يرويه الحارث الأعورُ . قال الشعبىّ : كان كذّابًا ، ثم هو من قول علىّ . وقد خالفه عمرُ وجابر . والإسرار لا ينفى الوجوبَ ، بدليل الأوليين من الظهر ، والعصر .

فصـــل

ولا تجزئه القراءة بغير العربيـة ، ولا إبدالُ لفظها بلفظٍ عربىّ ، سواء أحسن قراءتها بالعربية ، أو لم يحسن . وبه قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك[2] . وقال بعض أصحابه :

---

(١) أى لاتحسب له صلاته فهو كالذى لم يصل ، إلا إذا كان ذلك خلف الإمام فتحسب له ، لأن الإمام يتحمل قراءته .

(٢) قيل إن أبا حنيفة رجع عن هذا القول ، ولم يعمل به أحد من مقلديه ، كما ذكر ذلك الشيخ محمد رشيد رضا فى تعليقه على هذه المواضع من الطبعة التى منها الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى ، وقد أطال فى الرد على من يجوز ترجمة القرآن .

إنما يجوز لمن لم يحسن العربية . واحتج بقوله تعالى : (٦ : ١٩ وَأُوحِيَ إِلَيَّ هَذَا الْقُرْآنُ لِأُنْذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ) ولا ينذر كلَّ قوم إلا بلسانهم(١) .

ولنا قول الله تعالى (٣٩ : ٢٨ قُرْآناً عَرَبِيًّا) وقوله تعالى (٢٦ : ١٩٥ بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُبِينٍ) ولأن القرآن معجزة : لفظه ومعناه . فإذا غيِّر خرج عن نظمه ، فلم يكن قرآناً ولا مثله . وإنما يكون تفسيراً له . ولو كان تفسيرُه مثلَه لما عجزوا عنه ، لمّا تحداهم بالإتيان بسورةٍ مثلِه . أما الإنذارُ : فإنه إذا فسرّه لهم كان الإنذارُ بالمفسَّر دون التفسير .

فصـــل

فإن لم يحسن القراءة بالعربية لزمه التعلُّم ، فإن لم يفعل مع القدرة عليه لم تصحّ صلاتُه ، فإن لم يقدر ، أو خَشِيَ فوات الوقت وعرَفَ من الفاتحة آيةً كرّرها سبعاً . قال القاضي : ولا يُجزئه غيرُ ذلك ، لأن الآية منها أقربُ إليها من غيرها . وكذلك إن أحسن منها أكثرَ من ذلك كرره بقدره . ويحتمل أن يأتي ببقية الآي من غيرها ، لأن هذه الآيةَ يسقُط فرضُها بقراءتها . فيُعَدل عن تكرارها إلى غيرها . كمن وجد بعض الماء ، فإنه يغسل به ، ويعدل إلى التيمُّم . وذكر القاضي هذا الاحتمال في الجامع . ولأصحاب الشافعيّ وجهان ، كما ذكرنا . فأمّا إن عرف بعض آية لم يلزمْه تكرارُها . وعدل إلى غيرها . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم أمر الذي لا يُحسن القرآن أن يقول : « الحمدُ للهِ وغَيْرَهَا » وهي بعض آية ، لم يأمره بتكرارها . وإن لم يُحسن شيئاً ، وكان يحفظ غيرها من القرآن . قرأ منه بقدرها إن قدر ، لا يُجزئه غيره . لما روى أبو داود عن رفاعة بن رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا قُمْتَ إِلَى الصَّلَاةِ ، فَإِنْ كَانَ مَعَكَ قُرآنٌ فَاقْرَأْ بِهِ ، وَإِلاَّ فَاحْمَدِ اللهَ وَهَلِّلْهُ وَكَبِّرْهُ » ولأنه من جنسها . فكان أولى . ويجب أن يقرأ بعدد آياتها . وهل يعتبر أن يكون بعدد حروفها ؟ فيه وجهان :

(أحدها) لا يُعتبر : لأن الآيات هي المُعتبرة . بدليل أنه لا يكفي عدد الحروف دونها ، فأشبه من فاته صوم يومٍ طويل ، فلا يُعتبر أن يكون القضاء في يوم على قدر ساعاتِ الأداء .

(والثاني) يلزمه ذلك : لأن الحرف مقصود ، بدليل تقرير الحسنات به ويُخالف الصوم ، إذ لا يمكن اعتبارُ المقدار في الساعات إلا بمشقّة ، فإن لم يُحسن إلا آيةً كررها سبعاً . فإن لم يحسن شيئاً من القرآن ولا أمكنه التعلم قبلَ خروج الوقت ، لزمه أن يقول : سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ولا حول ولا قوّةَ إلا بالله . لما روى أبو داود قال : « جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبيِّ ﷺ ، فقال : إِنِّي لَا أَسْتَطِيعُ أن آخُذَ شيئاً من القرآن ، فَعَلِّمْنِي مَا يُجْزِينِي مِنْهُ . فقال : قُلْ سُبحانَ اللهِ والحمدُ للهِ ، ولا إلهَ إلاّ اللهُ ،

---

(١) الإنذار كما يكون بلسان المنذرين ، يكون بلسان المنذر ، وقد أنذر النبي صلى الله عليه وسلم كسرى والمقوقس وغيرهم من الأعاجم باللغة العربية ، فحجة المجيزين واهية .

والله أكبر ، ولا حولَ ولا قوةَ إلاّ بالله . قال : هـذا لله . فما لِيَ ؟ قال : تقـول : اللّهمَّ اغفِرْ لِي وارْحَمْنِي ، وارْزُقْنِي ، واهْدِنِي ، وعافِنِي » ولا يلزمه الزيادة على الخمس الأُوَل ، لأن النبيَّ ﷺ اقتصر عليها ، وإنما زاده عليها حين طلب الزيادة . وذكر بعضأصحاب الشافعيّ : أنه يزيد على هذه الخمس كلمتين حتى تكون مَقامَ سبع آياتٍ ، ولا يصحّ . لأنالنبيَّ ﷺ علّمه ذلك جواباً لقوله : « علِّمْني مايُجْزِئني » والسؤالُ كالمعتاد فى الجواب ، فكأنه قال يُجزئك هذا . وتُفارق القراءةَ من غير الفاتحة . لأنه بدلٌ من غير الجنس ، فأشبه التيمُّم . فإن لم يُحسن هذه الكلمات كلّها قال مايُحسن منها . وينبغى أن يلزمه تكرار مايُحسن منها بقدرها . كمن يُحسن بعض الفاتحة . ويحتملُ أن يُجزئه التحميدُ والتهليلُ والتكبيرُ لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « فإن كان مَعَكَ قُرْآنٌ فاقْرَأْ بِهِ ، وَإلاّ فاحْمَدِ الله وَهَلِّلْهُ وَكَبِّرْهُ » رواه أبو داود .

« مسألة » قال ﴿ فإذا قال : ولا الضالين قال : آمين ﴾ .

وجملته : أنالتأمين عند فراغ الفاتحة سُنَّة للإمام والمأموم . ورُوِى ذلك عن ابن عمر ، وابن الزبير . وبه قال الثوريّ ، وعطاء ، والشافعيّ ، ويحيى بن يحيى ، وإسحاق ، وأبو خيثمة ، وابن أبى شيبةَ ، وسليمان بن داود ، وأصحاب الرأى . وقال أصحاب مالك : لاَ يَحْسُنُ التأمين للإمام . لما روَى مالك عن سُمَىّ ، عن أبى صالح ، عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذَا قَالَ الإمَامُ (غَيْرِ المَغْضُوب عَلَيْهِمْ وَلاَ الضَّالِّينَ) فقولُوا : آمين . فإنَّهُ مَنْ وَافَقَ قَوْلُهُ قَوْلَ المَلاَئِكَةِ غُفِرَ لَهُ » وهذا دليل على أنه لايقولها .

ولنا : مارَوى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذَا أَمَّنَ الإمامُ فَأَمِّنُوا ، فإنَّهُ مَنْ وَافَقَ تَأْمِينُهُ تَأْمِينَ الْمَلاَئِكَةِ غُفِرَ لَهُ » متفق عليه . وروى وائل بن حجر : « أن النبيَّ ﷺ كَانَ إذا قَالَ : ولا الضالين . قال : آمِينَ . وَرَفَعَ بِهَا صَوْتَهُ » رواه أبو داود . ورواه الترمذيّ وقال : « وَمَدَّ بِهَا صَوْتَهُ » وقال : هو حديث حسن . وقد قال بلال للنبيّ ﷺ : « لا تَسْبِقْنِي بآمِينَ » .

وحديثهم لا حجة لهم فيه ، وإنما قُصد به تعريفهم موضعَ تأمينهم . وهو عقيبَ قول الإمام « ولاَ الضَّالِّينَ » لأنه موضع تأمين الإمام ، ليكون تأمين الإمام والمأمومين فى وقت واحد ، موافقاً لتأمين الملائكة . وقد جاء هـذا مصرحاً به ، كما قلنا . وهو مارَوى الإمام أحمدُ فى مسنده عن أبى هريرة أن النبيَّ ﷺ قال : « إذا قَالَ الإمَامُ : وَلاَ الضَّالِّينَ ، فقولوا : آمِينَ ، فَإنَّ المَلاَئِكَةَ تقولُ : آمِينَ ، والإمامُ يقولُ : آمِينَ . فَمَنْ وافَقَ تَأْمِينُهُ تَأْمِينَ المَلاَئِكَةِ غُفِرَ لَهُ مَاتَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ » . وقول النبى ﷺ فى اللفظ الآخَرِ : « إذا أَمَّنَ الإمَامُ » يعنى إذا شَرَعَ فى التأمين .

فصل

ويُسَنُّ أن يجهر به الإمام والمأموم فيما يجهر فيه بالقراءة ، وإخفاؤها فيما يخفى فيه . وقال أبو حنيفة ، ومالك فى إحدى الروايتين عنه : يسنّ إخفاؤها ، لأنه دعاء ، فاستُحِبَّ إخفاؤه كالتشهّد .

ولنا : أن النبى ﷺ قال : « آمين ورفع بها صوته » ولأن النبى ﷺ أمر بالتأمين عند تأمين الإمام . فلو لم يجهر به لم يُعَلِّق عليه ، كحالة الإخفاء .

وما ذكروه يبطلُ بآخر الفاتحة . فإنه دُعاء ويُجْهَرُ به ، ودعاء التشهد تابع له ، فيتبعُه فى الإخفاء . وهذا تابع للقراءة فيتبعها فى الجهر .

فصل

فإن نسى الإمام التأمين أَمَّنَ المأمومُ ، ورفع صوتَه ليذكُر الإمامُ ، فيأتىَ به ، لأنه سُنَّة قولية ، إذا تركها الإمامُ أتى بها المأمومُ كالاستعاذة . وإن أخفاها الإمامُ جهَر بها المأموم ، لما ذكرناه . وإن ترك التأمينَ نسياناً أو عمداً حتى شرع فى قراءة السورة لم يأت به ، لأنه سنّة فات محلُّها .

فصل

فى « آمين » لغتان : قصر الألف ، ومدُّها مع التخفيف فيهما . قال الشاعر :

تَبَاعَدَ مِنِّى فُطْحَلٌ إذْ دَعَوْتُهُ   أَمِينَ . فَزَادَ اللهُ مَابَيْنَنَا بُعْدَا

وأنشدوا فى الممدود :

يَارَبِّ لاَ تَسْلُبَنِّى حُبَّهَا أبداً   وَيَرْحَمُ اللهُ عَبْداً قَالَ : آمِينَا

ومعنى « آمينَ » : اللهمّ استجبْ لى ، قاله الحسن . وقيل : هو اسم من أسماء الله عز وجل . ولا يجوز التشديد فيها ، لأنه يُحيل معناها ، فيجعله بمعنى قاصدين . كما قال الله تعالى (٥ : ٣ وَلاَ آمِّينَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ) .

فصل

يستحبُّ أن يسكت الإمام عقيب قراءة الفاتحة سكتة يستريح فيها ، ويقرأ فيها مَن خلفه الفاتحة كيلا ينازعوه فيها . وهذا مذهب الأوزاعىّ ، والشافعىّ وإسحاق ، وكرهه مالك ، وأصحاب الرأى . .

ولنا : ماروى وابن ماجه أن سمرة حدث : « أَنَّهُ حَفِظَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ سَكْتَتَيْنِ : سَكْتَةً إِذَا كَبَّرَ ، وسكتةً إذا فَرَغَ من قِرَاءَةِ (غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلاَ الضَّالِّينَ) فأنكر عليه عمران ، فكتبا فى ذلك إلى أُبَىِّ بن كعب فكان فى كتابه إليهما : أنَّ سَمُرة قَدْ حَفِظَ » قال أبو سلَمة بن عبد الرحمن : للإمام سكتتان فاغتنموا فيهما القراءة بفاتحة الكتاب : إذا دخل فى الصلاة ، وإذا قال ولا الضالِّين . وقال

عروة بن الزبير أما أنا فأغتنم من الإمام اثنتين إذا قال : (غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلاَ الضَّالِّينَ) فأقرأ عندها ، وحين يختم السورة ، فأقرأ قبل أن يركع . وهذا يدلُّ على اشتهار ذلك فيما بينهم ، رواه الأثرم .

« مسألة » قال ﴿ ثم يقرأ سورةً فى ابتدائها بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ ﴾ .

لانعلم بين أهل العلم خلافاً فى أنه يُسن قراءةُ سورة مع الفاتحة فى الركعتين الأوليين من كل صلاة ، ويجهر بها فيما يجهر فيه بالفاتحة ، ويُسِرُّ فيما يُسَرُّ بها فيه . والأصلُ فى هـذا : فعلُ النبى ﷺ . فإنّ أبا قتادة رَوى : « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كَانَ يَقْرَأُ فى الرَّكْعَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ مِنَ الظُّهْرِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ وَسُورَتَيْنِ ، يُطَوِّلُ فى الأولَى وَيَقْصُرُ فى الثانية يُسْمِعُ الآيةَ أَحْيَاناً . وَكَانَ يَقْرَأُ فى الرَّكْعَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ مِنَ الْعَصْرِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ وَسُورَتَيْنِ يُطَوِّلُ فى الْأُولَى وَيَقْصُرُ فى الثَّانِيَةِ ، وَكَانَ يُطَوِّلُ فى الْأُولَى مِنْ صَلاَةِ الصُّبْحِ ، وَيَقْصُرُ فى الثَّانِيَةِ » وفى رواية «فى الظُّهْرِ كَانَ يَقْرَأُ فى الركعتين الأُخْرَيَيْنِ بِأُمِّ الْكِتَابِ» متفق عليه . وروى أبو بَرْزة : « أن النبيَّ ﷺ كَانَ يَقْرَأُ فى الصُّبْحِ مِنَ السِّتِّينَ إِلَى الْمَائَةِ » . وقد اشتهرت قراءة النبى صلى الله عليه وسلم للسورة مع الفاتحـة فى صلاة الجهر . ونُقل نقلا متواتراً ، وأمرَ به مُعاذاً ، فقال : « اقْرَأْ بِالشَّمْسِ وَضُحَاهَا ، وَبِسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى ، وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى » متفق عليه .

ويُسنُّ أن يفتتح السورة بقراءة : « بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ » ووافق مالك على هـذا . فإنه قال فى قيام رمضان : لايقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فى أول الفاتحة ويستفتح بها فى بقيّة السور . ويُسِرُّ بها فى السورة كما يُسِرُّ بها فى أول الفاتحة . والخلاف هاهنا كالخلاف ثَمَّ ، وقد سبق القول فيه .

فصـــل

ويقرأ بما فى مصحف عثمان ، ونُقل عن أحمد : أنه كان يختار قراءة نافع من طريق إسماعيل بن جعفر قال : فإن لم يكن فقراءة عاصم من طريق أبى بكر بن عَيّاش . وأثنى على قراءة أبى عمرو بن العلاء . ولم يكره قراءة أحد من العشرة إلا قراءة حمزة والكسائىّ ، لما فيها من الكسر ، والإدغام ، والتكلف رزيادة المدّ . ورُوى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « نَزَلَ الْقُرْآنُ بِالتَّفْخِيمِ » وعن ابن عبّاس قال : « أُنْزِلَ الْقُرْآنُ بِالتَّفْخِيمِ ، وَالتَّثْقِيلِ نحو الْجُمعة وأشباهِ ذَلِكَ » ونقل عنه التسهيلُ فى ذلك ، وأن قراءتهما جائزة . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : إمامٌ كان يُصَلِّى بقراءة حمزة أُصَلِّى خلفَه ؟ قال : لايُبْلَغُ به هذا كلُّه ، ولكنها لاتُعجبنى قراءةُ حمزة .

فصـــل

فأما مايخرج عن مصحف عثمان ، كقراءة ابن مسعود وغـيرها ، فلا ينبغى أن يقرأ بها فى الصـلاة ،

لأن القرآن ثبت بطريق التواتر ، وهذه لم يثبت التواتر بها ، فلا يثبت كونها قرآناً . فإن قرأ بشيء منها مما صحت به الرواية ، واتصل إسنادها ، ففيه روايتان :

إحداها : لاتصح صلاته لذلك .

والثانية : تصح : لأن الصحابة كانوا يصلُّون بقراءتهم فى عصر النبى ﷺ وبعده ، وكانت صلاتهم صحيحة بغير شك . وقد صحّ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَقْرَأَ الْقُرْآنَ غَضًّا كما أُنْزِلَ فَلْيَقْرَأْهُ عَلَى قِرَاءَةِ ابْنِ أُمِّ عَبْدٍ » وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم : عمر ، وهشام بن حكيم ، حين اختلفا فى قراءة القرآن فقال : « اقْرَءوا كَمَا عُلِّمْتُمْ » وكان الصحابة رضى الله عنهم قبل جمع عثمان المصحفَ يقرءون بقراآتٍ لم يُثْبِتْها فى المصحف ، ويُصَلُّون بها لايرَى أحد منهم تحريم ذلك ، ولا بطلان صلاتهم به .

فصـــل

ولاتُكره قراءة أواخر السور ، وأوساطها فى إحدى الروايتين ، نقلها عن أحمد جماعة . لأن أبا سعيد قال : « أُمِرْنَا أَنْ نَقْرَأَ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ ، وَمَا تَيَسَّرَ » . وعن أبى هريرة قال : « قَالَ لِي رسول الله صلى الله عليه وسلم : اخْرُجْ فَنَادِ فِي الْمَدِينَةِ : أَنَّهُ لاَ صَلاَةَ إِلاَّ بِقُرْآنٍ ، وَلَوْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ » أخرجهما أبو داود ، وهذا يدلّ على أنه لايتعيّن الزيادة . ورُوى عن ابن مسعود : « أنه كان يقرأ فى الآخِرَةِ من صَلاَةِ الصُّبْحِ آخِرَ آلَ عِمْرَان ، وَآخِرَ الْفُرْقَانِ » رواه الخلاّل بإسناده . وعن إبراهيم النخعىّ قال : كان أصحابنا يقرأون فى الفريضة من السورة بعضَها ، ثم يركع ، ثم يقوم فيقرأ فى سورة أخرى . وقول أبى برزة : « كانَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يَقْرَأُ فى الصُّبْحِ مِنَ السِّتِّينَ إِلَى الْمِائَةَ » دليلٌ على أنه لم يكن يقتصر على قراءة سورة .

والرواية الثانية : يُكره ذلك . نقل المروزىّ عن أحمد : أنه كان يكره أن يقرأ فى صلاة الفرض بآخر سورة ، وقال : سورةٌ أعجبُ إلىَّ . فقال المروزىّ : كان لأبى عبد الله قرابةٌ يُصَلِّى به ، فكان يقرأ فى الثانية من الفجر بآخرِ السُّورَةِ . فلما أكثر قال أبو عبد الله : تقدَّمْ أنت فَصَلِّ ، فقلت له : هذا يُصلِّى بك منذ كم ؟ قال : دعنا منه ، يجىء بآخر السُّوَر ، وكرهه . ولعل أحمدَ إنما أَحَبَّ اتباع النبى ﷺ فيما نُقل عنه ، وكره المداومةَ على خلاف ذلك . والمنقول عن النبى ﷺ قراءةُ السورة ، أو بعض سورة من أوّلها ، فأعجبه موافقة النبى ﷺ ، ولم يُعجبه مخالفتُهُ . ونُقل عنه فى الرجل يقرأ من أوسط السور وآخرها ، فقال : أما آخِرُ السور فأرجو ، وأما أوسطها فلا . ولعله ذهب فى آخر السورة إلى ماروُى فيه عن عبد الله وأصحابه ، ولم يُنقل مثلُ ذلك فى أوسطها . وقد نقل عنه الأثرم قال : قلت لأبى عبد الله : الرجل يقرأ آخر السورة فى الركعة ؟ فقال : أليس قد رُوى فى هذا رخصةٌ عن عبد الرحمن بن زيد ، وغيره

وأما قراءة بعض السورة من أولها فلا خلاف فى أنه غير مكروه ، فإن النبي ﷺ : « قَرَأَ مِنْ سُورَةِ الْمُؤْمِنِينَ إلى ذِكْرِ مُوسَى وَهَرُونَ ثم أَخَذَتْهُ سَعْلَةٌ فَرَكَعَ » ، « وقرأ سورةَ الأعراف فى صلاة المغرب فرّقها مرّتين » رواه النسائىّ .

فصـــــل

ولا بأس بالجمع بين السور فى صلاة النافلة ، فإن النبيّ ﷺ : « قَرَأَ فِي رَكْعَةٍ سُورَةَ الْبَقَرَةِ ، وَآلِ عِمْرَانَ ، وَالنِّسَاء » وقال ابن مسعود : « لقد عَرَفْتُ النَّظَائِرَ الَّتِي كَانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَقْرُنُ بَيْنَهُنَّ - فذكر عِشْرِينَ سُورَةً من المُفَصَّل سُورَتَيْنِ فى رَكْعَةٍ » متفق عليه ، وكان عثمان رضى الله عنه يختم القرآن فى ركعة . وروى ذلك عن جماعة من التابعين .

وأما الفريضة فالمستحبُّ أن يقتصر على سورة مع الفاتحة من غير زيادة عليها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم هكذا كان يُصلِّي أكثر صلاته ، وأمر مُعاذاً أن يقرأ فى صلاته كذلك ، وإن جمع بين سورتين فى ركعة ففيه روايتان :

(إحداها) يُكره : لذلك .

(والثانية) لا يُكره : لأنّ حديث عبد الله بن مسعود مُطلق فى الصلاة ، فيحتملُ أنه أراد الفرض . وقد رَوى الخلاّل بإسناده عن ابن عمر : « أَنَّهُ كَانَ يَقْرَأُ فى المَكْتُوبَةِ بالسُّورَتَيْنِ فِي رَكْعَةٍ » ، وإن قرأ فى ركعة سورةً ، ثم أعادها فى الثانية فلا بأس ، لما رَوى أبو داود بإسناده عن رجل من جُهينة : « أَنَّهُ سَمِعَ النبيَّ صلى الله عليه وسلم يَقْرَأُ فِي صَلَاةِ الصُّبحِ إِذَا زُلْزِلَتْ فى الرَّكْعَتَيْنِ كِلْتَيهِمَا » .

فصـــــل

والمستحبُّ أن يقرأ فى الركعة الثانية بسورة بعد السورة التى قرأها فى الركعة الأولى فى النظم ، لأن ذلك هو المنقول عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد رُوى عن ابن مسعود : « أنه سُئِلَ عَمَّنْ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ مَنْكُوساً ؟ قال : ذلك مَنْكُوسُ الْقَلْبِ » وفسره أبو عُبَيْدَةَ : بأن يقرأ سورةً ثم يقرأ بعدها أخرى ، هى قبلها فى النظم ، فإن قرأ بخلاف ذلك . فلا بأس به . قال أحمد : لمَّا سُئِلَ عن هذه المسألة : لا بأس به ، أليس يُعَلَّمُ الصَّبيُّ على هذا ؟ وقال فى رواية مهنأ : أعجبُ إليّ أن يقرأ من البقرة إلى أسفل . وقد رُوى أن الأحنف قرأ بالكهف فى الأولى . وفى الثانية بيوسف . وذكر أنه صلَّى مع عمر الصبحَ بهما ، استشهد به البخاريّ .

فصـــــل

إذا فرغ من القراءة قال أحمد رحمه الله : يثبُتُ قائماً ، ويسكتُ حتى يرجع إليه نَفَسُه قبل أن يركع ،

ولا يَصِلُ قِرَاءته بتكبيرة الركوع . جاء عن النبي ﷺ : « أنه كان لَهُ سَكْتَتَانِ : سَكْتَةٌ عِنْدَ افْتِتَاحِ الصَّلَاةِ ، وَسَكْتَةٌ إِذَا فَرَغَ مِنَ الْقِرَاءَةِ » وهذا هو حديث سمرة . كذلك رواه أبو داود وغيره .

« مسألة » قال ﴿ فإذا فرغ كبَّر للركوع ﴾

أما الركوع : فواجب بالنص والإجماع قال الله تعالى : (٢٢ : ٧٧ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا واسْجُدُوا) وأجمعت الأمة على وجوبه فى الصلاة على القادر عليه . وأكثر أهل العلم يرون أن يبتدىء الركوع بالتكبير ، وأن يكبّر فى كلِّ خفض ، ورفع ، منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وجابر ، وأبو هريرة وقيس بن عباد ، ومالك ، والأوزاعىّ ، وابن جابر ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وعوامّ العلماء من الأمصار . ورُوى عن عمر بن عبد العزيز وسالم ، والقاسم ، وسعيد بن جبير : أنهم كانوا لا يُتِمُّونَ التكبير . ولعلَّهُم يحتجّون بأن النبي ﷺ لم يُعَلِّمْهُ المسىء فى صلاته ، ولو كان منها لعلَّمه إياه . ولم تبلغْهُم السنَّة عن النبي صلى الله عليه وسلم .

ولنا : ما رَوى أبو هريرة قال : « كان رسول ﷺ الله إِذَا قَامَ إِلَى الصَّلَاةِ يُكَبِّرُ حِينَ يَقُومُ ثُمَّ يُكَبِّرُ حِينَ يَرْكَعُ ، ثُمَّ يَقُولُ : سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ ، حِينَ يَرْفَعُ صُلْبَهُ مِنَ الرُّكُوع . ثُمَّ يَقُولُ ، وَهُوَ قَائِمٌ : رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ ، ثُمَّ يُكَبِّرُ حِينَ يَهْوِى ، ثُمَّ يُكَبِّرُ حِينَ يَرْفَعُ رَأْسَهُ ، ثُمَّ يُكَبِّرُ حِينَ يَسْجُدُ ، ثُمَّ يُكَبِّرُ حِينَ يَرْفَعُ رَأْسَهُ ، ثُمَّ يَفْعَلُ ذَلِكَ فى الصَّلَاةِ كُلِّهَا حَتَّى يَقْضِيَهَا . وَيُكَبِّرُ حِينَ يَقُومُ مِنَ الثنتيْنِ بَعْدَ الْجُلُوسِ » . وقد قال النبي ﷺ : « إِنمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ ، فإذا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا » متفق عليهما . وكان أبو هريرة يكبِّرُ فى كل خفض ورفع . ويقول : « أَنَا أَشْبَهُكُمْ صَلَاةً برسول الله ﷺ » رواه البخارىّ . وعن ابن مسعود قال : « كَانَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يُكَبِّرُ فى كلِّ خفض ، ورفع ، وقيام ، وقعود ، وأبو بكر وعمر » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « صَلُّوا كما رَأَيْتُمُونِى أُصَلِّى » ولأنه شروع فى رُكْن ، فشُرع فيه التكبير ، كحالةِ ابتداء الصلاة . ولأنه انتقال من ركن إلى ركن ، فشرع فيه ذكرٌ يعلم به المأموم انتقاله ليقتدى به ، كحالة الرفع من الركوع .

فصل

ويُسَنُّ الجهر به للإمام ليسمع المأموم ، فيقتدىَ به فى حال الجهر والإسرار جميعاً ، كقولنا فى تكبيرة الإحرام ، فإن لم يجهر الإمامُ بحيث يُسمع الجميع استُحِبَّ لبعض المأمومين رفع صوته ، ليُسمعهم كفعل أبى بكر رضى الله عنه حين صلّى النبى صلى الله عليه وسلم بهم فى مرضه قاعداً ، وأبو بكر إلى جنبه يقتدى به ، والناسُ يقتدون بأبى بكر .

« مسألة » قال { ويرفع يديه كرفعه الأول } .

يعنى يرفعهما إلىحذوَ منكبيه ، أو إلى فروع أذنيه ، كفعله عند تكبيرة الإحرام ويكون ابتداء رفعه عند ابتداء تكبيره ، وانتهاؤه عند انتهـائه . وبهذا قال ابن عمر ، وابن عباس ، وجابر ، وأبو هريرة ، وابن الزبير ، وأنس ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وسالم ، وسعيد بن جبير ، وغيرُهم من التـابعين . وهو مذهب ابن المبـارك ، والشـافعىّ ، وإسحاق ، ومالك فى إحـدى الروايتين عنه . وقال الثورىّ وأبو حنيفة : لايرفع يديه إلا فى الافتتاح . وهو قول إبراهيم النخعىّ . لما رُوى عن عبد الله ابن مسعود أنه قال : « أَلاَ أُصَلِّى لَـكُم صَلاةَ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسـلم ، فَصَلَّى . فَلَمْ يَرْفَعْ يديه إلاّ فى أَوَّلِ مَرَّةٍ » قال الترمذىّ : حديث ابن مسعود حسن . وروى يزيدُ بن زياد عن ابن أبى ليلى عن البَراء بن عازب : « أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم كانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ إذا افْتَتَحَ الصَّلاَةَ ثُم لا يَعُودُ » قالوا : والعملُ بهذين الحديثين أولى ، لأن ابن مسعود كان فقيهاً مُلازماً لرسول الله ﷺ ، عالمًا بأحواله ، وباطن أمره ، وظـاهره ، فتُقدَّم روايته على رواية مَنْ لم يكن حالهُ كحاله . قال إبراهيم النخعىّ لرجل روى حديث وائل بن حُجر : لعلّ وائلاً لم يُصَل مع النبى صلى الله عليه وسلم إلا تلك الصلاة . فترى أن نترك رواية عبد الله الذى لعله لمَ يَفُتْهُ مع النبى ﷺ صلاة ، ونأخذ برواية هذا ؟ ! أو كما قال .

ولـنا ماروى الزهرىّ عن سالم عن أبيه . قال : « رأيتُ رَسُولَ اللهِ صـلى الله عليه وسـلم « إذَا اسْتَفْتَحَ الصَّـلاَةَ رَفَعَ يَدَيْهِ حَتَّى يُحَاذِى بِهِمَا مَنْـكِبَيْهِ ، وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَرْكَعَ ، وَبَعْدَ مَايَرْفَعُ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ ، وَلاَ يَفْعَلُ ذَلِكَ فِى السُّجُودِ » قال البخارىّ : قال علىّ بن المدينىّ — وكان أعـلمَ أهل زمانه — : حقٌّ على المسلمين أن يرفعوا أيديَهم لهذا الحـديث . وحديث أبى حُمَيْد الذى ذكرنا فى أول الباب . وقد رواه فى عشرة من الصحابة منهم أبو قتادة ، فصدّقوه وقالوا : « هكَذَا كانَ يُصَلِّى رَسُول الله ﷺ » ورواه سوى هذين عمرُ وعلىّ ، ووائل بن حجر ، ومالك بن الحويرث ، وأنس ، وأبو هريرة ، وأبو أُسيد ، وسهل بن سعد ، ومحمد بن مَسلَمة ، وأبو موسى وجابر بن عمير الليثىّ . فصار كالمتواتر الذى لايتطرّق إليه شك مع كثرةِ رواته ، وصحةِ سنده . وعمـل به الصحابة والتابعون . وأنـكروا على من لم يعمل به . قال الحسن : « رَأَيْتُ أَصْحَاب النبى صلى الله عليه وسلم يَرْفَعُونَ أَيْدِيَهُمْ إِذَا كَبَّرُوا وإِذَا رَكَعُوا وإذا رَفَعُوا رُءُوسَهُمْ كأَنَّها المَرَاوِحُ » قال أحمد : وقد سُئل عن الرفع : إى لعمرى . ومن يشكّ فى هذا كان ابن عمر إذا رأى من لايرفع حَصَبَهُ ، وأمره أن يرفع .

فأما حديثاهم فضعيفان . فأما حديث ابن مسعود ، فقال ابن المبارك : لم يثبُتْ ، وحديث البراء ، قال ابن عيينة : حدثنا يزيدُ بن أبى زياد ، عن ابن أبى ليلى ، ولم يقـل : « ثُمّ لاَ يَعُودُ ، فلّما قدمتُ الـكوفةَ

سمعتهُ يُحدِّث به فيقول لايعودُ فظننت أنهـم لَقَّنُوه » . وقال الحميـدى وغيره : يزيد بن أبى زياد سـاء حفظُه فى آخر عمره وخَلَط .

ثم لو صحّا كان الترجيحُ لأحاديثنا أولى لخمسة أوجه :

أحدها : لأنها أصحّ إسناداً ، وأعدل رواة ، فالحق إلى قولهم أقرب .

الثـانى : أنها أكثر رواة ، فَظَنُّ الصدقِ فى قولهم أقوى ، والغلط منهم أبعد .

الثالث : أنهم مُثْبِتُون : والمُثبتُ يُخـبر عن شىء شاهده ورواه ، فقوله يجب تقـديمه لزيادة عـلمه ، والنافى لم يَرَ شيئاً . فلا يؤخذ بقوله . ولذلك قدمنا قول الجارح على المُعدّل .

الرابع : أنهم فَصَّـلُوا فى روايتهم ونصوا على الرفع فى الحالتين المختلَف فيهما . والمخـالف لهم عَمَّمَ بروايته المختلَف فيه وغيرَه . فيجب تقديم أحاديثنا لِنَصّها وخصوصها على أحاديثهم العامة التى لانص فيها كما يقدّم الخاصّ على العامّ ، والنصُّ على الظاهر المحتمِل .

الخامس : أن أحاديثنا عمل بها السلفُ من الصحابة والتابعين ، فيدلّ ذلك على قوتها .

وقولهم : إن ابن مسعود إمامٌ . قلنـا : لاننـكر فضله ، لـكن بحيث يُقدَّم على أميرى المؤمنين عمر وعلىّ وسائر من معهم ؟! كلاّ . ولايُساوى واحداً منهم ، فـكيف يرجَّح على جميعهم ؟ مع أن ابن مسعود قد ترك قوله فى الصلاة فى أشياء . منها أنه كان يُطَبِّق فى الركوع ، يضع يديه بين ركبتيه فلم يُؤخذ بفعله ، وأخذ برواية غـيره فى وضع اليدين على الركبتين ، وتركت قراءته وأخـذ بقراءة زيد بن ثابت . وكان لايرى التيمُّم للجُنب . فتُرِكَ ذلك برواية من هو أقلُّ من رواة أحاديثنا وأدنى منهم فضلا ، فههنا أولى .

« مسألة » قال ﴿ ثم يضـع يديه على ركـبتيه ، ويفرِّج أصابعَه ، ويمدُّ ظهره ، ولايرفـع رأسه ، ولايخفضه ﴾ .

وجملته : أنه يُستحبُّ للراكع أن يضـع « يديه »(١) على ركبتيه . ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ وفَعَلَه عمرُ وعلىّ ، وسعد ، وابن عمر ، وجماعة من التابعين . وبه يقول الثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وذهب قوم من السلف إلى التطبيق ، وهو أن يجعـل المُصَـلى إحدى كفيه على الأخرى ، ثم يجعلهما بين ركبتيه إذا ركع . وهذا كان فى أول الإسلام ثم نُسِـخَ . قال مصعب بن سعـد : « ركعت فجعلت يدى بين رُكْبَتَىّ . فنهانى أبى ، وقال : إنا كنا نفعل هذا فنهينا عنه ، وأمرنا أن نضع أيْدِينَا عَلَى الرُّكَب » متفق عليه . وذكر أبو حُمَيْد فى صفة صلاة رسول الله ﷺ : « رأيته إذا ركع أمكن يديه من ركبتيه ثم هصر ظهره » يعنى عصَرَه حتى يَعْتَدِل . ولايبقى محدودباً(٢) ، وفى لفظ :

---

(١) كلمة يديه كانت ناقصة من النسخة التى علقنا عليها .

(٢) سبق لنا بيان معنى هصر الظهر قريباً .

« ثم اعتدل فلم يصوب ولم يقنع[1] ووضع يديه على ركبتيه » وقالت عائشةُ رضى الله عنها : « كان رسولُ الله ﷺ إذا ركع لم يرفع رأسه ولم يصوبه[2] ، ولـكن بين ذلك » متفق عليه . قال أحمدُ : ينبغى له إذا ركع : أن يُلْقِمَ راحتيه ركبتيه ، ويفرق بين أصابعه ، ويعتمد على ضبعيه[3] وساعديه ، ويسوى ظهره ، ولا يرفع رأسه ولا يُنَكِّسه . وقد جاء فى الحديث عن النبى ﷺ : « أنّه كان إذا ركَعَ لو كان قدح ماء على ظهره ماتحركَ » وذلك لاستواء ظهره . والواجب من ذلك الانحناء بحيث يمكنه مسُّ ركبتيه بيدَيه ، لأنه لايخرج عن حدّ القيام إلى الركوع إلّا به ، ولا يلزمه وضعهما ، وإنما ذلك مستحبٌّ ، فإن كانتا عليلتين لايمكنه وضعهما انحنى ولم يضعهما ، وإن كانت إحداهما عليلةً وضع الأخرى ،

فصــــل

ويُستحبُّ أن يُجافى عضديه عن جنبيه . فإن أبا حُمَيْد ذكر : « أن النبى ﷺ وضع يديه على ركبتيه كأنه قابضٌ عليهما ، ووتر[4] يديه فنحاهما عن جنبيه » حديث صحيح .

فصــــل

ويجب أن يطمئن فى ركوعه ، ومعناه أن يمكُث إذا بلغ حد الركوع قليلاً . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : الطمأنينة غيرُ واجبة . لقوله تعالى : (ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا) ولم يذكر الطمأنينة ، والأمرُ بالشىء يقتضى حصولَ الإجزاء به .

ولنا : قول النبى ﷺ للمسىء فى صلاته : « ثم اركع حتى تطمئن راكعاً » متفق عليه . وروى أبو قتادة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أَسْوَأُ النَّاسِ سَرِقَةً الذى يسرق من صلاته . قيل : وكيف يسرقُ من صلاته ؟ قال : لا يُتِمُّ رُكُوعها ولا سُجُودَها » وقال : « لاتجزىء صلاة لا يقيمُ الرجلُ صلبه فيها فى الركوع والسجود » رواه البخارىّ . والآية حجة لنا ، لأن النبى ﷺ فسّرَ الركوع بفِعْله وقوله فالمراد بالركوع مابيّنه النبىُّ صلى الله عليه وسلم .

فصــــل

وإذا رفع رأسه وشك هل ركع أو لا ، أوهل أتى بقدر الإجزاء أو لا ؟ لم يُعتدَّ به ، وعليه أن يعود فيركع حتى يطمئنَّ راكعاً ، لأن الأصل عدم ماشك فيه ، إلّا أن يكون ذلك وَسْواساً ، فلا يلتفتُ إليه . وهكذا الحكم فى سائر الأركان .

---

(١) قنع رأسه : رفعه . (٢) يصوبه : يمله إلى أسفل .

(٣) ضبعيه : تثنية ضبع بفتح الضاد وسكون الباء وهو العضد كلها ، أى الجزء الواصل من الكتف إلى المرفق كله ، أو وسطه ، أومن الإبط إلى نصف العضد من أعلى .

(٤) وتر يديه : نصبهما وشدهما كما يشد الوتر الذى فى القوس ، يريد أنهما غير مسترخيتين .

« مسألة » قال ﴿ ويقول : سبحانَ رَبِّيَ العظيمِ ثلاثاً ، وهو أدنى الكمال ، وإن قال مرّة أجزأه ﴾ .

وجملة ذلك : أنه يُشْرع أن يقول فى ركوعه : سبحانَ رَبِّيَ العظيم . وبه قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : ليس عندنا فى الركوع والسجود شىء محدود . وقد سمعتُ أن التسبيح فى الركوع والسجود .

ولنا : ما رَوى عُقبةُ بن عامر قال : « لما نزلت (فَسَبِّحْ بِاسْمِ رَبِّكَ الْعَظِيمِ) قال النبىّ ﷺ اجْعَلُوهَا فِى رُكُوعِكُمْ » . وعن ابن مسعود أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا رَكَعَ أَحَدُكُمْ فَلْيَقُلْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ سُبْحَانَ رَبِّيَ الْعَظِيمِ وذلك أَدْنَاهُ » أخرجهما أبو داود وابن ماجه . وروى حذيفة أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا ركع : « سبحان ربى العظيم — ثلاث مرات » رواه الأثرم . ورواه أبو داود ولم يقل : « ثلاث مرات » ويجزىء تسبيحةٌ واحدة ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أمَرَ بالتسبيح فى حديث عُقبة ، ولم يذكر عدداً ، فدلّ على أنه يُجزىء أدناه ، وأدنى الكمال ثلاثٌ. لقول النبى ﷺ فى حديث ابن مسعود : « وذلك أدناه » قال أحمد فى رسالته : جاء الحديث عن الحسن البصرىّ أنه قال : «التسبيحُ التامُّ : سَبْعٌ ، والْوَسَطُ : خَمْسٌ ، وأدناه : ثلاثٌ » وقال القاضى : الكاملُ فى التسبيح إن كان منفرداً مالا يخرجه إلى السهو . وفى حق الإمام : مالا يَشقُّ على المأمومين . ويحتمل أن يكون الكمال : عَشْرَ تسبيحاتٍ . لأن أَنَساً روى : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يُصَلى كصلاةِ عُمَر بن عبد العزيز ، فحَزَرُوا ذلك بعَشْرِ تَسْبِيحَاتٍ» وقال بعض أصحابنا : الكمال أن يسبحَ مثل قيامه . لأن النبىَّ ﷺ قد رَوى عنه البراء قال : « قد رَمَقت محمداً صلى الله عليه وسلم وهو يصلِّى ، فوجدت قيامه ، فركعته ، فاعتداله بعد ركوعه ، فسجدته ، فجلسته مابين السجدتين ، فسجدته ، فجلسته مابين التسليم ، والانصراف ، قريباً من السَّواء » متفق عليه . إلا أن البخارىّ قال : « مَا خَلَا القيامَ والقعودَ قريباً من السواء » .

فصــل

وإن قال : سبحان ربى العظيم وبحمده ، فلا بأس . فإن أحمد بن نصر روى عن أحمد : أنه سئل عن تسبيح الركوع والسجود ، سبحان ربى العظيم ، أعجب إليك ، أو سبحان ربى العظيم وبحمده ؟ فقال : قد جاء هذا وجاء هذا وما أدفع منه شيئاً . وقال أيضاً : إن قال « وبحمده » فى الركوع والسجود أرجو أن لا يكون به بأس ، وذلك لأن حذيفة روى فى بعض طرق حديثه « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول فى ركوعه : سبحان ربى العظيم وبحمده . وفى سجوده : سبحان ربِّيَ الأعلى وبِحَمْدِهِ » وهذه زيادة يتعين الأخذ بها . وروى عن أحمد أنه قال : أما أنا فلا أقول : وبحمده . وحكى ذلك ابن المنذر عن الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ووجه ذلك : أن الرواية بدون هذه الزيادة أشهرُ وأكثرُ . وهذه الزيادة قال

أبو داود : نخاف أن لا تـكون محفوظة . وقيل : هذه الزيادة من رواية ابن أبى ليلى ، ويحتملُ أن أحمد تركها لضعف ابن أبى ليلى عنده .

فصـــــل

والمشهور عن أحمد : أن تـكبير الخفض والرفع وتسبيحَ الركوع والسجود وقولَ : «سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد» وقول : «رب اغفر لى» بين السجدتين ، والتشهّد الأول ـ واجب وهو قول إسحاق، وداود . وعن أحمـد : أنه غيرُ واجب وهو قول أكثر الفقهـاء ، لأن النبى ﷺ لم يُعلّمه المسىءَ فى صلاته ، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ولأنه لو كان واجباً لم يسقط بالسهو كالأركان .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به ، وأمرُه للوجوب وفعله . وقال : « صَـلُّوا كما رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي » . وقد روى أبو داود عن علىّ بن يحيى بن خلاّد ، عن عمه ، عن النبى ﷺ أنه قال : « لاَ تَتِمُّ صَلاَةٌ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ حَتَّى يَتَوَضَّأَ ـ إلى قوله ـ ثم يُـكَبِّر ، ثم يركع حتى تَطْمَئِنَّ مَفاصِلُه ، ثم يقول : سَمِـعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ حَتَّى يَسْتَوِىَ قَائِمـاً ، ثم يقول : الله أكبرُ ، ثم يسجـد حتى يَطمئنّ ساجداً ، ثم يقول : الله أكبر ، ويرفـع رأسـه حتى يستوىَ قاعـداً ، ثم يقول : الله أكبرُ ، ثم يسجد حتى تطمئن مفاصلُه ، ثم يرفع رأسه فيـكبر . فإذا فعل ذلك فقد تمت صلاتُه » وهذا نص فى وجوب التـكبير ، ولأن مواضع هذه الأذكار أركان الصلاة ، فـكان فيها ذكر واجب كالقيام .

وأما حديث المسىء فى صلاته فقد ذُكر فى الحديث الذى رويناه تعليمُه ذلك وهى زيادة يجب قبولها ، على أن النبى صـلى الله عليه وسلم لم يعلّمه كل الواجبات ، بدليل أنه لم يُعلّمه التشهدَ ولا السلامَ . ويحتمل أنه اقتصر على تعليمه ماراَه وأساء فيه . ولا يلزم من التساوى فى الوجوب التساوى فى الأحـكام . بدليل واجبات الحج .

فصـــــل

وإذا كان إماماً لم يُستحبُّ له التطويل ، ولا الزيادة فى التسبيح . قال القاضى : لا يستحبُّ له التطويل ولا الزيادة على ثلاث ، كيلا يشقَّ على المأمومين ، وهذا إذا لم يرضَوْا بالتطويل . فإن كانت الجماعةُ يسيرةً ، ورضوا بذلك استحبَّ له التسبيح الـكامل على ماذكرناه . وكذلك إن كان وحده .

فصـــــل

ويُـكره أن يقرأ فى الركوع والسجود . لـما رُوى عن علىّ رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قراءة القرآن فى الركوع والسجود » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وقال ﷺ : « إِنِّي نُهِيتُ أَنْ أَقْرَأَ رَاكِعاً وَسَاجِـداً . فَأَمَّا الركوعُ فَعَظِّمُوا الرَّبَّ فِيـهِ . وَأَمَّا السُّجُودُ فَاجْتَهِدُوا فى

الدُّعاءِ ، فقَمِنٌ أنْ يُسْتَجَابَ لكم » رواه أبو داود ، وقوله « قَمِنٌ » معناه : جدير ، وحَرِىّ .

فصـــل

ومن أدرك الإمام فى الركوع فقد أدرك الركوع . لقول النبى ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ الرُّكُوعَ فَقَدْ أَدْرَكَ الرَّكْعَةَ » رواه أبو داود . ولأنه لم يَفُتْه من الأركان إلا القيام ، وهو يأتى به مع تكبيرة الإحرام ، ثم يُدرك مع الإمام بقية الركعة ، وهذا إذا أدرك الإمامَ فى طمأنينة الركوع ، أو انتهى إلى قدر الإجزاء من الركوع قبل أن يزول الإمام عن قدر الإجزاء فهذا يعتدُّ له بالركعة ، ويكون مدركاً لها . فأما إن كان المأموم يركع والإمام يرفع لم يُجْزه . وعليه أن يأتىَ بالتكبيرة مُنتصباً . فإن أتى بها بعد أن انتهى فى الانحناء إلى قدر الركوع أو ببعضها لم يُجزه ، لأنه أتى بها فى غير محلها إلا فى النافلة . ولأنه يفوته القيام وهو من أركان الصلاة ، ثم يأتى بتكبيرة أخرى للركوع فى حال انحطاطه إليه . فالأولى ركن لاتسقط بحال ، والثانية تكبيرةُ الركوع . والمنصوص عن أحمد : أنها تسقطُ ههنا . ويُجزئه تكبيرة واحدة نقلها أبو داود وصالح . ورُوى ذلك عن زيد بن ثابت وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن، وميمون بن مِهران ، والنخعىّ ، والحكم ، والثورىّ ، والشافعىّ ، ومالك ، وأصحاب الرأى . وعن عمر بن عبد العزيز عليه تكبيرتان ، وهو قول حمَّاد بن أبى سليمان . والظاهر أنهما أرادا أن الأوْلَى له أن يكبّر تكبيرتين ، فلا يكون قولهما مخالفاً لقول الجماعة . فإن عمر بن عبد العزيز قد نقل عنه : أنه كان ممن لايُتِمّ التكبير ، ولأنه قد نُقلت تكبيرة واحدة عن زيد بن ثابت ، وابن عمر . ولم يُعرف لهما فى الصحابة مُخالف ، فيكون ذلك إجماعاً . ولأنه اجتمع واجبان من جنس فى محل واحد ، وأحدهما ركن ، فسقط به الآخر ، كما لو طاف الحاجُّ طواف الزيارة عند خروجه من مكة أجزأه عن طواف الوداع . وقال القاضى : إن نوى بالتكبير الإحرامَ وحدَه أجزأه ، وإن نوى به الإحرام والركوع ، فظاهر كلام أحمد : أنه لايُجزئه ، لأنه شرَّك بين الواجب وغيره فى النية ، فأشبه مالو عَطِسَ عند رفع رأسه من الركوع ، فقال : ربنا ولك الحمدُ يَنْويهما . وقال : نص أحمد فى هذا أنه لايُجزئه ، وهذا القول يخالف نصوص أحمد فلا يُعوّل عليه . وقد قال فى رواية ابنه صالح فيمن جاء والإمام راكع كبَّرَ تكبيرةً واحدةً ، قيل له : ينوى بها الافتتاح؟ قال : نوى أو لم ينو ، أليس قد جاء وهو يريد الصلاة ؟ ولأن نية الركوع لاتنافى نية الافتتاح ، ولهذا حكمنا بدخوله فى الصلاة بهذه النية ، فلم تؤثّر نيةُ الركوع فى فسادها ، ولأنه واجب يُجزىء عنه وعن غيره إذا نواه ، فلم يمنع صحة نيَّة الواجبين ، كما لو نوى بطواف الزيارة له وللوداع . ولا يجوز ترك نصِّ الإمام ومخالفته بقياس مانصَّه فى موضع آخرَ كما لايُترك نص كتاب الله تعالى ورسوله بقياس . والمُستحبُّ تكبيرة ، نص عليه أحمد . قال أبو داود : قلت لأحمد : يكبّر مرتين أحبُّ إليك ؟ قال : إن كبّر تكبيرتين ليس فيه اختلاف .

فصــــل

وإن أدرك الإمامَ فى ركن غير الركوع لم يكبّر إلا تكبيرة الافتتاح . وينحطّ بغير تكبير لأنه لايُعتدّ له به ، وقد فاته محلّ التكبير . وإن أدركه فى السجود أو التشهد الأوّل كبَّر فى حال قيامه مع الإمام إلى الثالثة ، لأنه مأموم له ، فيتابعه فى التكبير . كمن أدرك معه الركعة من أولها ، وإن سلم الإمام قام إلى القضاء بتكبيرٍ . وبهذا قال مالك ، والثورى ، وإسحاق . وقال الشافعى : يقوم بغير تكبير ، لأنه قد كبَّر فى ابتداء الركعة ، ولا إمامَ له يُتابعه فى التكبير .

ولنا : أنه قام فى الصلاة إلى ركن مُعتدّ له به ، فيكبّر ، كالقائم من التشهّد الأوّل ، وكما لو قام مع الإمام ، ولا يُسَلَّم أنه كبَّر فى ابتداء الركعة . فإن ما كبَّر فيه لم يكن من الركعة ، إذ ليس فى أول الركعة سجودٌ ولا تشهُّد ، وإنما ابتداءُ الركعة قيامُه ، فينبغى أن يُكبّر فيه .

فصــــل

ويستحبُّ لمن أدرك الإمام فى حالٍ متابعتُه فيه ، وإن لم يُعتدَّ له به . لما روى أبو هريرة أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا جِئْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ وَنَحْنُ سُجُودٌ فَاسْجُدُوا ولاتَعُدُّوهَا شَيْئًا : وَمَنْ أَدْرَكَ الرُّكُوعَ فَقَدْ أَدْرَكَ الرَّكْعَة » رواه أبو داود . وروى الترمذىّ عن مُعاذ قال : قال النبى ﷺ : « إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ وَالْإِمَامُ عَلَى حالٍ فَلْيَصْنَعْ كما يَصْنَعُ الْإِمَامُ » والعمل على هذا عند أهل العلم . قالوا : إذا جاء الرجل والإمام ساجد فليسجد ، ولا تُجزئه تلك الركعة . قال بعضهم : لعله أن لايرفع رأسه من السجدة حتى يُغفر له .

« مسألة » قال ﴿ ثم يقول : سمع الله لمن حمده ، ويرفع يديه كرفعه الأول ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا فرغ من الركوع رفع رأسه واعتدل قائماً ، حتى يرجع كلُّ عضو إلى موضعه ، ويطمئنّ ، ويبتدىء الرفع قائلا : سمع الله لمن حمده ، ويكون انتهاؤه عند انتهاء رفعه . ويرفع يديه ، لما روينا من الأخبار . وفى موضع الرفع روايتان .

إحداها : بعد اعتداله قائماً ، قال أحمد بن الحسين : رأيتُ أبا عبد الله إذا رفع رأسه من الركوع لايرفع يديه حتى يستتمّ قائماً . ووجهه : أن فى بعض ألفاظ حديث ابن عمر : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا افتتح الصلاة رفع يديه ، وإذا ركع ، وبعد مايرفع رأسه من الركوع » ولأنه رفع فلا يُشرع فى غير حالة القيام ، كرفع الركوع والإحرام .

والثانية : يبتدئه حين يبتدىء رفع رأسه لأن أبا حميد قال : فى صفة صلاة رسول الله ﷺ ثم « قال : سمع الله لمن حمده ، ورفع يديه » . وفى حديث ابن عمر المتفق عليه : « كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا

افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه ، وإذا كبر للركوع ، وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك . ويقول : سمع الله لمن حمده » . وظاهره : أنه رفع يديه حين أخذ فى رفع رأسه . كقوله : « إذا كبَّر أى أخذ فى التكبير » ولأنه حين الانتقال . فشُرع منه كحال الركوع ، ولأنه محلُّ رفع المأموم ، فكان محلا لرفع الإمام كالركوع ولا تختلف الرواية فى أن المأموم يبتدىء الرفع عند رفع رأسه ، لأنه ليس فى حقه ذكر بعد الاعتدال ، والرفعُ إنما جُعل هيئة للذكر بخلاف الإمام ، ثم ينتصب قائماً ويعتدل . قال أبو حميد فى صفة صلاة رسول الله ﷺ « وإذا رفع رأسَهُ استوى قائماً حتى يعود كل فقار إلى مكانه» متفق عليه ، وقالت عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم « فكان إذا رفع رأسه عن الركوع لم يسجد حتى يستوى قائماً» رواه مسلم . وقال النبى ﷺ للمسىء فى صلاته « ثم ارفع حتى تعتدل قائماً » متفق عليه .

فصل

وهذا الرفع والاعتدال عنه واجب . وبه قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب مالك : لا يجبُ . لأن الله تعالى لم يأمُرْ به ، وإنما أمر بالركوع ، والسجود ، والقيام ، فلا يجبُ غيرُه ، ولأنه لو كان واجباً لتضمّن ذكراً واجباً ، كالقيام الأول .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به المسىءَ فى صلاته ، وداوم على فعله ، فيدخلُ فى عموم قوله : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » .

وقولهم : لم يأمر الله به ، قلنا : قد أمر بالقيام . وهذا قيام ، ثم أمْرُ النبىِّ ﷺ يجب امتثاله . وقد أمرَ به ، وقولهم : لايتضمن ذكراً واجباً ــ ممنوع . ثم هو باطل بالركوع والسجود ، فإنهما رُكنان ، ولا ذكر فيهما واجب على قولهم .

فصل

ويسنُّ الجهر بالتسميع[1] للإمام كما يسنُّ الجهرُ بالتكبير ، لأنه ذكر مشروع عند الانتقال من ركن ، فيُشرع الجهر به للإمام كالتكبير .

« مسألة » قال ﴿ ثم يقول ربنا ولك الحمد ، ملء السموات وملء الأرض ، وملء ماشئت من شىء بعد ﴾ .

وجملته : أنهُ يشرع قول « ربنا ولك الحمد » فى حق كل مُصلٍّ فى المشهور عن أحمد ، وهذا قول أكثر أهل العلم : منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبو هريرة . وبه قال الشعبىُّ ، وابن سيرين ، وأبو بردة ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المُنذر . وعن أحمد رواية أخرى : لايقوله المنفرد ، فإنه قال فى رواية

---

(١) التسميع : قول سمع الله لمن حمده .

إسحاق فى الرجُل يُصَلِّى وحـده . فإذا قال : « سمع الله لمن حمده » قال : « ربنا ولك الحمد » ؟ فقال : إنما هذا للإمام جمعهما . وليس هذا لأحد سوى الإمام . ووجهه : أن الخبر لم يَرِدْ به فى حقِّه ، فلم يُشرع له . كقول : « سمع الله لمن حمده » فى حق المأموم .

وقال مالك وأبو حنيفة : لايُشرع قول هذا فى حق الإمام ولا المنفرد . لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « إذا قَالَ الإمامُ : سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ . فَقُولُوا : اللَّهُمَّ رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ ، فإنَّهُ مَنْ وَافَقَ قَولُهُ قَوْلَ الْمَلاَئِكَةِ غُفِرَ لَهُ » متفق عليه .

ولنا : أن أبا هريرة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع ، ثم يقول ، وهو قائم : ربنا ولك الحمد » ، وعن أبى سعيد وابن أبى أوفى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا رفع رأسه قال : سمع الله لمن حمـده ، ربنا ولك الحمـد ، ملء السماء ، وملء الأرض ، وملء ماشئت من شىء بعد » متفق عليـه ، ولأنه حال من أحوال الصلاة ، فيُشرع فيـه ذكر كالركوع والسجود .

وماذكروه لاحجة لهم فيه ، فإنه إن ترك ذكره فى حديثهم فقد ذكره فى أحاديثنا . وراويه أبو هريرة قد صرَّح بذكره فى روايتـه الأخرى ، فحديثهم لو انفرد لم يكن فيـه حجة ، فـكيف تترك به الأحاديث الصحيحة الصريحة ؟

والصحيح : أن المنفرد يقول كما يقول الإمام ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم رُوى عنه أنه قال لبريدة : « يابُرَيْدَةَ ، إذا رَفَعْتَ رَأْسَكَ مِنَ الرُّكُوعِ فَقُلْ : سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ . رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ مِلْءَ السَّماءِ وَمِلْءَ الْأَرْضِ وَمِلْءَ مَاشِئْتَ مِنْ شَيْءٍ بَعْدُ » رواه الدارقطنىّ ، وهـذا عامّ فى جميع أحواله . وقد صح أن النبى صلى الله عليـه وسلم كان يقول ذلك . رواه أبو هريرة ، وأبو سعيد ، وابن أبى أوفى ، وعلىّ بن أبى طالب ، وغـيرهم . وكلُّها أحاديثُ صحاح ، ولم تَفْرق الرواية بين كونه إماماً ومنفرداً . ولأن ماشُرع من القراءة والذكر فى حق الإمام شُرع فى حق المنفرد كسائر الأذكار .

فصـــل

والسنة أن يقول « ربنا ولك الحمـد » بواو ، نصّ عليه أحمـدُ فى رواية الأثرم . قال : سمعتُ أبا عبد الله يُثبت أمر الواو ، وقال : روى فيـه الزهرىّ ثلاثةَ أحاديثَ : عن أنس ، وعن سعيـد بن المُسيّب عن أبى هريرة ، وعن سالم عن أبيه ، وفى حديث علىّ الطويل ، وهذا قول مالك .

ونقل ابن منصور عن أحمد : إذا رفع رأسه من الركوع قال : اللهم ربنا لك الحمد ، فإنه لايجعل فيها الواو ، ومن قال « رَبَّنَا » قال «ولك الحمد» وذلك لأن النبى ﷺ نُقل عنه أنه قال : «رَبَّنَا وَلَكَ الحمدُ»

كما نقل الإمام . وفى حديث ابن أبى أوفى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ ، اللهُمَّ رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ » ، وكذلك فى حديث بريدة . فاستُحِبَّ الاقتداء به فى القولين . وقال الشافعىّ : السنة أن يقول : ربنا لك الحمد ، لأن الواو للعطف ، وليس هاهنا شىء يُعطف عليه .

ولنا : أن السنة الاقتداء بالنبى ﷺ ، ولأن إثبات الواو أكثرُ حروفاً . ويتضمن الحمد مقدراً ومُظهراً . فإن التقدير : ربنا حمدناك ولك الحمدُ ، فإن الواو لما كانت للعطف ولا شىء هاهنا تَعطف عليه ظاهراً ، دلّت على أن فى الكلام مُقدراً . كقوله « سبحانك اللهم وبحمدك » ، أى وبحمدك سبحانك ، وكيفما قال جاز ، وكان حَسَناً لأن كلاًّ قد وردت السنَّة به .

« مسألة » قال ﴿ فإن كان مأموماً لم يزد على قول : ربنا ولك الحمد ﴾ .

لاأعلم فى المذهب خلافاً أنه لايُشرع للمأموم قول « سمع الله لمن حمده » وهذا قول ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبى هريرة ، والشعبىّ ، ومالك ، وأصحاب الرأى . وقال ابن سيرين ، وأبو بردة ، وأبو يوسف ، ومحمد ، والشافعىّ ، وإسحاق : يقول ذلك كالإمام . لحديث بريدة ، ولأنه ذِكْرٌ شرع للإمام فيُشرع للمأموم كسائر الأذكار .

ولنا : قول النبى ﷺ : « إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده ، فقولوا : ربنا ولك الحمد » وهذا يقتضى أن يكون قولهم « ربنا ولك الحمد » عَقِيبَ قوله : « سمع الله لمن حمده » بغير فصل ، لأن الفاء للتعقيب ، وهذا ظاهر يجب تقديمه على القياس ، وعلى حديث بريدة . لأن هذا صحيح مُختص بالمأموم . وحديث بريدة فى إسناده جابر الجعفىّ(1) وهو عامّ . وتقديم الصحيح الخاص أولى . فأما قول « ملء السماء » ، ومابعده فظاهر المذهب : أنه لايُسن المأموم . نص عليه أحمد فى رواية أبى داود وغيره ، وهو قول أكثر الأصحاب . لأن النبى صلى الله عليه وسلم اقتصر على أمرهم بقول : « ربنا ولك الحمد » فدل على أنه لايُشرع فى حقهم سواه . ونقل الأثرم عن أحمد كلاماً يدل على أنه مسنون . قال : وليس يسقط خلف الإمام عنه غيرُ سمع الله لمن حمده ، وهذا اختيار أبى الخطاب ، ومذهب الشافعىّ . لأنه ذكر مشروع فى الصلاة ، أشبه سائر الأذكار .

فصل

وموضع قول : « ربنا ولك الحمد » فى حق الإمام والمنفرد بعد الاعتدال من الركوع . لأنه فى حال رفعه يُشرع فى حقه قول : « سمِعَ الله لمن حمده » فأما المأموم ففى حال رفعه ، لأن قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا قال الإمام : سمع الله لمن حمده ، فقولوا : ربنا ولك الحمد » يقتضى تعقيب قول الإمام قول

(1) جابر الجعفى ضعيف ، ولذلك قال ابن قدامة : وتقديم الصحيح الخاص أولى .

المأموم ، والمأموم يأخذ فى الرفع عقيب قول الإمام : سمع الله لمن حمـده ، فيـكون قوله : ربنا ولك الحمد حينئذ ، والله أعـلم .

فصـــــل

إذا زاد على قول « ملء السماء وملء الأرض ، وملء ماشئت من شيء بعد » فقد نقل أبو الحارث عن أحمد : أنه إن شاء قال : « أهلُ الثناء والمجدِ » قال أبو عبد الله : وأنا أقول ذلك . فظاهر هـذا أنه يُستحبّ ذلك ، وهو اختيار أبى حفص ، وهو الصحيح ، لأن أبا سعيد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول : « ربنا ولك الحمد » ملء السماء وملء الأرض ، وملء ماشئت من شيء بعـد ، أهل الثنـاء والمجد ، أحَقُّ ماقال العبد ، وكلنا لك عبد : لامانع لما أعطيت ، ولا معطى لمـا منعت ، ولا ينفع ذا الجْد منك الجْد » رواه أبو داود والأثرم . وعن ابن أبى أوفى أن النبى ﷺ زاد « اللهمطهِّرنى بالثلج والبَرَد والماء البارد . اللهم طهِّرنى من الذنوب والخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس» رواه مسلم . وقد كان النبى صلى الله عليه يطيل القيام بين الركوع والسجود . قال أنس «كان رسول الله ﷺ إذا قال : سمع الله لمن حمده ، قام حتى نقولَ : قد أوهم[1] . ثم يسجد ويقعد بين السجدتين حتى نقول : قد أوهم » رواه مسلم ، وليست حالة سكوت ، فيُعلم أنه عليه السلام قد كان يزيد على هذه الـكلمات ، لـكونها لاتستغرق هذا القيام كله . ورُوى عن أحمد أنه قيل له : أفلايزيد على هذا فيقول : أهل الثنـاء والمجـد ؟ فقال : قد روى ذلك . وأما أنا فأقول هـذا — إلى « ماشئت من شيء بعد » فظـاهر هذا :أنه لايَستحبّ ذلك فى الفريضة اتباعاً لأكثر الأحاديث الصحيحة .

فصـــــل

إذا قال مكان سمع الله لمن حمده : من حمد الله سمع له ، لم يُجْزىء . وقال أصحاب الشافعىّ : يُجزئه ، لأنه أتى باللفظ والمعنى .

ولنـا : أنه عـكس اللفـظ المشروع . فـلم يُجزىء ، كما لو قال فى التـكبير : الأكبر الله ، ولا نُسـلِّم أنه أتى بالمعنى . فإن قوله سمع الله لمن حمده صيغة خبر تصلح دعاء ، واللفظ الآخر صيغة شرط وجزاء[2] ، لاتصلح لذلك فهما متغايران .

فصـــــل

إذا رفع رأسه من الركوع فعطس . فقال : ربنا ولك الحمد ينوى بذلك لمـا عطس وللرفع . فرُوِىَ

---

(١) أوهم : ظن أنه ليس فى الاعتدال .

(٢) لايلزم أن تـكون « من » شرطية ، بل يجوز أن تـكون موصولة ، والمعنى : الذى حمد الله سمعه كما أن معنى الجملة الأولى : سمع الله للذى حمده ، فلا تغاير .

عن أحمد : أنه لايُجْزِئه . لأنه لم يُخْلِصْهُ للرفع من الركوع ، والصحيح : أن هذا يجزئه . لأن هـذا ذكر لاتُعتـبر له النيـة . وقـد أتى به فأجزأ ، كما لو قاله ذاهـلاً وقلبُه غـير حاضر . وقول أحمـدَ يُحمـل على الاستحباب ، لاعلى نفى الإجزاء حقيقةً .

فصـــــل

إذا أتى بقدر الإجزاء من الركوع ، فاعترضته علة منعته القيامَ سقَطَ عنه الرفعُ لتعذُّره ، ويَسجـُد عن الركوع ، فإن زالت العـلة قبل سجوده فعليه القيام ، لإمـكانه . فإن زالت بعد سجوده إلى الأرض سقط القيامُ ، لأن السجود قد صح وأجزأ ، فسقط ما قبله . فإن قام من سجوده عالماً بتحريم ذلك بطلت صلاته . وإن فعله جهلاً أو نِسياناً لم تبطُل ، ويعود إلى جلسة الفصل ، ويسجد للسهو .

فصـــــل

وإن أراد الركوع فوقـع إلى الأرض : فإنه يقوم فيركـعُ . وكذلك إن ركع وسقط قبل طمأنينته لزمته إعادةُ الركوع . لأنه لم يأت بما يُسقط فرضَه . وإن ركع فاطمأنَّ ثم سقط . فإنه يقوم مُنتصباً ، ولا يحتاج إلا إعادة الركوع ، لأن فرضه قد سقط ، والاعتدال عنه قد سقط بقيامه .

فصـــــل

إذا ركع ثم رفع رأسه ، فذكر أنه لم يُسبح فى ركوعه لم يَعُد إلى الركوع ، سواء ذكره قبل اعتداله قائماً أو بعده ، لأن التسبيح قد سقط برفعـه ، والركوع قد وقع صحيحاً مُجزئاً . فـلو عاد إليه زاد ركوعاً فى الصلاة غير مشروع ، فإن فعله عمداً أبطل الصـلاة ، كما لو زاده لغير عذر . وإن فعله جاهلاً أو ناسياً لم تبطُل الصلاة . كما لو ظن أنه لم يركع ، ويسجد للسهو ، فإن أدركَ المأمومُ الإمامَ فى هذا الركوع لم يدرك الركعة لأنه ليس بمشروع فى حقه ، ولأنه لم يدرك ركوع الركعة ، فأشبه ما لو لم يدركه راكعاً .

« مسألة » قال ﴿ ثم يُكبِّر للسجود ولا يرفع يديه ﴾ .

أما السجود فواجب بالنص والإجماع ، لما ذكرنا فى الركوع ، والطمأنينة فيه ركن لقول النبى ﷺ فى حديث المسيء فى صلاته « ثم اسجد حتى تَطمئنَّ ساجداً » والخلاف فيه كالخلاف فى طمأنينة الركوع . وينحطُّ إلى السجود مُكبِّراً لما ذكرنا من الأخبار ، ولأن الهُوِيَّ إلى السجود ركن ، فلا يخلو من ذكر كسائر الأركان . ويكون ابتداء تكبيره مع ابتـداء انحطاطه ، وانتهـاؤه مع انتهـائه ، والـكلام فى التـكبير ووجوبه قد مضى .

ولا يُستحبُّ رفع يديه فيه فى المشهور من المذهب . ونقل عنـه الميمونىّ أنه يرفـع يديه . وسُئل عن رفع اليدين فى الصلاة ؟ فقال : فى كُلِّ خفض ورفع . وقال فيه عن ابن عمر ، وأبى حُميد ، أحاديثُ

صِحاح ، والصحيح الأوّل . لأن ابن عمر قال : « وَلاَ يَفْعَلُ ذَلِكَ فِى السُّجُودِ » فى حديثه الصحيح . ولمَّا وَصَفَ أبو حُمَيْد صلاةَ رسول الله ﷺ لم يذكر رفع اليدين فى السجود . والأحاديث العامّة مُفَسَّرة بالأحاديث المُفصَّلة التى رويناها ، فلا يبقى فيها اختلاف .

« مسألة » قال ﴿ ويكون أول مايقع منه على الأرض : ركبتاه ، ثم يداه ، ثم جبهته ، وأنفه ﴾ .

هذا المستحبُّ فى مشهور المذهب . وقد رُوى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وبه قال مسلم بن يَسار والنخعِى ، وأبو حنيفة ، والثورى ، والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يضع يديه قبل ركبتيه . وإليه ذهب مالك ، لما رُوى عن أبى هريرة قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إِذَا سَجَدَ أَحَدُكُمْ فَلْيَضَعْ يَدَيْهِ قَبْلَ رُكْبَتَيْهِ ، وَلاَ يَبْرُكْ بُرُوكَ الْبَعِيرِ » رواه النسائى .

ولنا : مارَوى وائل بن حُجْر . قال : « رأيتُ رسولَ الله ﷺ إذا سَجَدَ وَضَعَ رُكْبَتَيْهِ قَبْلَ يَدَيْهِ ، وإِذَا نَهَضَ رَفَعَ يَدَيْهِ قَبْلَ رُكْبَتَيْهِ » أخرجه أبو داود ، والنسائى ، والترمذى . قال الخطابى : هذا أصحّ من حديث أبى هريرة . ورُوى عن أبى سعيد قال : كُنَّا نَضَعُ اليدَيْن قبلَ الرُّكْبَتَيْن ، فأُمِرْنَا بِوَضْعِ الرُّكْبَتَيْنِ قَبْلَ الْيَدَيْنِ » وهذا يدلّ على نسخ ما تقدّمه . وقد رَوى الأثرم حديث أبى هريرة : « إِذَا سَجَدَ أَحَدُكُمْ فَلْيَبْدَأْ بِرُكْبَتَيْهِ قَبْلَ يَدَيْهِ . وَلاَ يَبْرُكْ بُرُوكَ الْفَحْلِ » .

فصل

والسجود على جميع هذه الأعضاء واجب إلا الأنف ، فإن فيه خلافاً سنذكره إن شاء الله . وبهذا قال طاوس ، والشافعى فى أحد قوليه ، وإسحاق . وقال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعى فى القول الآخر : لا يجبُ . والسجود على الجبهة ، لقول النبى ﷺ : « سَجَدَ وَجْهِى » وهذا يدلّ على أن السجود على الوجه . ولأن الساجد على الوجه يُسمَّى ساجداً ، ورضعُ غيره على الأرض لايُسمَّى به ساجداً . والأمر بالسجود ينصرف إلى مايُسمَّى به ساجداً دون غيره . ولأنه لو وجب السجودُ على هذه الأعضاء لوجب كشفُهَا كالجبهة . وذكر الآمدى هذا رواية عن أحمد . قال القاضى فى الجامع : هو ظاهر كلام أحمد ، فإنه قد نصّ فى المريض يرفع شيئاً يسجُد عليه : أنه يُجزئه ، ومعلوم أنه قد أخلّ بالسجود على يديه .

ولنا : ما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « أُمِرْتُ بِالسُّجُودِ على سَبْعَةِ أَعْظُمٍ : الْيَدَيْنِ ، والرُّكْبَتَيْنِ ، والْقَدَمَيْنِ ، والْجَبْهَةِ » متفق عليه . وروى عن ابن عمر رفعه : « إِنَّ الْيَدَيْنِ يَسْجُدَانِ كما يَسْجُدُ الوَجْهُ . فَإِذَا وَضَعَ أَحَدُكُمْ وَجْهَهُ فَلْيَضَعْ يَدَيْهِ . وإذا رَفَعَهُ فَلْيَرْفَعْهُمَا » رواه الإمام أحمد ، وأبو داود والنسائى . وسجود الوجه لاينفى سجود ماعداه . وسقوط الكشف لايمنع وجوبَ السجود . فإنا نقول كذلك فى الجبهة على رواية ، وعلى الرواية الأخرى : فإن الجبهة هى الأصل ،

وهى مكشوفة عادةً ، بخلاف غيرها ، فإن أخلَّ بالسجود بعضو من هذه الأعضاء ، لم تصحَّ صلاته عند من أوجبه . وإن عجز عن السجود على بعض هذه الأعضاء سجد على بقيّتها ، وقرّب العضوَ المريض من الأرض غايةَ ما يُمكنه . ولم يجب عليه أن يرفع إليه شيئاً ، لأنّ السجود هو الهبوط ، ولا يحصل ذلك برفع المسجود عليه . وإن سقط السجودُ على الجبهة لعارض من مرض أو غيره سقط عنه السجود على غيره ، لأنه الأصل وغيره تبع له . فإذا سقط الأصل سقط التبع . ولهذا قال أحمد فى المريض : يرفع إلى جبهته شيئاً يسجُد عليه : إنه يجزئه .

فصل

فى الأنف روايتان :

إحداها : يجب السجود عليه : وهذا قول سعيد بن جُبَيْر ، وإسحاق وأبى خَيْثَمَةَ ، وابن أبى شَيْبَةَ لما رُوى عن ابن عباس أن النبىّ ﷺ قال : « أُمِرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْظُمٍ ، الجبهة — وأشار بيده إلى أنفه — والْيَدَيْنِ والركبتين ، وأطرافِ الْقَدَمَيْنِ » متفق عليه . وإشارته إلى أنفه تدلّ على أنه أراده . وفى لفظٍ رواه النسائىّ أنّ النبىّ ﷺ قال : « أُمِرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْظُم : الجبهة ، والأنف ، واليدين ، والركبتين ، والقدمين » . وروى عِكرمة أن النبىّ ﷺ قال : « لاصَلاَةَ لِمَنْ لاَ يُصِيبُ أَنْفُهُ مِنَ الْأَرْضِ ماتُصِيبُ الْجَبْهَةُ » رواه الأثرم ، والإمام أحمد . ورواه أبو بكر بن عبدالعزيز والدارقطنىّ فى الإفراد متَّصِلاً عن عكرمة ، عن ابن عباس ، عن النبى ﷺ والصحيحُ أنه مُرسل .

والرواية الثانية : لايجب السجود عليه : وهو قول عطاء ، وطاوس ، وعكرمة ، والحسن ، وابن سيرين ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وصاحبَىْ أبى حنيفة ، لأن النبى ﷺ قال : « أُمِرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْظُمٍ » ولم يذكر الأنفَ فيها . ورُوى أن جابراً قال : « رأيتُ النبىَّ صلى الله عليه وسلم سَجَدَ بأَعْلَى جَبْهَتِهِ عَلَى قُصَاصِ[1] الشَّعْرِ » رواه تمّام فى فوائده وغيره . وإذا سجد بأعلى الجبهة لم يسجد على الأنف . ورُوى عن أبى حنيفة أنه إن سجد على أنفه دون جبهته أجزأه . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً سبقه إلى هذا القول ، ولعله ذهب إلى أن الجبهة والأنف عضو واحد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما ذكر الجبهة أشار إلى أنفه والعضو الواحد يجزئه السجود على بعضه . وهذا قول يخالف الحديث الصحيح والإجماع الذى قبله ، فلا يصح .

فصل

ولا تجب مباشرة المصلِّى بشىء من هذه الأعضاء . قال القاضى : إذا سجد على كَوْرِ العمامة ، أو كُمّه ،

(١) قصاص الشعر : بضم القاف نهاية منبته .

أو ذَيْلِهِ ، فالصلاة صحيحة روايةً واحدة ، وهذا مذهب مالك وأبى حنيفة . وممن رخَّص فى السجود على الثوب فى الحرّ والبرد : عطاء وطاوس والنخعىّ ، والشعبىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . ورخص فى السجود على كَوْر العمامة : الحسنُ ، ومكحول ، وعبد الرحمن بن يزيد . وسجد شُرَيح على بُرْنُسِهِ[١] ، وقال أبو الخطاب : لايجب مباشرة المصلِّى بشىء من أعضاء السجود إلا الجبهة ، فإنها على روايتين . وقد روى الأثرم ، قال : سألت أبا عبد الله عن السجود على كَوْر العمامة ؟ فقال : لايسجد على كَوْرها ، ولكن يَحْسُر العمامة . وهذا يحتمل المنع ، وهومذهبُ الشافعىّ . لما رُوى عن خَبَّاب قال : « شَكَوْنَا إلى رَسول الله ﷺ حَرَّ الرَّمْضَاء فى جِبَاهِنَا وَأَكُفِّنَا . فلم يُشْكِنَا[٢] » رواه مسلم . ولأنه سجد على ماهو حامل له ، أشبه ما إذا سجد على يديه .

ولنا : ماروى أنس قال : « كُنَّا نُصَلِّى مع النبى ﷺ فيَضَعُ أَحَدُنَا طَرَفَ الثَّوْبِ مِنْ شِدَّةِ الْحَرِّ فى مَكَانِ السُّجُودِ » رواه البخارىّ ومسلم . وعن ثابت بن الصامت : « أن رسول الله ﷺ صَلَّى فى بَنِى عَبْدِ الأَشْهَلِ ، وَعَلَيْهِ كِسَاءٌ مُلْتَفٌّ بِهِ يَضَعُ يَدَيْهِ عَلَيْهِ ، يَقِيهِ بَرْدَ الْحَصَى » . وفى رواية : « فرأيتُهُ واضعاً يَدَيْهِ عَلَى قَرْنِهِ إِذَا سَجَدَ » رواه ابن ماجه . وروى عن النبىّ ﷺ : « أنه سَجَدَ عَلَى كَوْرِ الْعِمامةِ » وَهُوَ ضَعِيفٌ . وقال الحسن : كان القوم يسجدون على العمامة ، والْقَلَنْسُوة ويدُه فى كُمِّهِ ، ولأنه عضو من أعضاء السجود ، فجاز السجود على حائله كالقدمين[٣] .

فأما حديث خبّاب فالظاهر أنهم طلبوا منه تأخير الصلاة ، أو تسقيفَ المسجد ، أونحوَ ذلك مما يُزيل عنهم ضرر الرمضاء فى جباههم ، وأكفهم . وأما الرخصة فى السجود على كور العمامة ، فالظاهر أنهم لم يطلبوه ، لأن ذلك إنما طلبه الفقراء ، ولم يكن لهم عمائمُ ولاأكمامٌ طوال يتقّون بها الرمضاء . فكيف يطلبُونَ منه الرخصة فيها ؟ ولو احتمل ذلك لكنه لايتعيَّن ، فلم يُحْمَلُ عليه دون غيره ؟ ولذلك لم يعملوا به فى الأكفّ . قال أبو إسحاق : المنصوص عن الشافعىّ أنه لايجب كشفُهما . قال : وقد قيل فيه قول آخر : إنه يجب . وإن سجد على يديه لم يصح روايةً واحدة ، لأنه سجد على عضو من أعضاء السجود ، فالسجود يؤدّى إلى تداخل محل السجود ، بخلاف مسألتنا . وقال القاضى فى الجامع : لم أجد عن أحمد نصاً

(١) البرنس : قلنسوة طويلة ، أو كل ثوب رأسه منه .

(٢) الرمضاء : الأرض ذات الحرارة ، ومعنى لم يشكنا : لم يزل شكوانا وأمرنا بالاستمرار على وضع الجبهة على الأرض مع حرارتها وتحمل المشقة ، وهذا يدل على أن وضع الجبهة على الأرض واجب ، وإلا لأشكاهم .

(٣) فكما يجوز السجود مع لبس الجورب ، والحذاء ، وهما حائلان بين الرجل وبين موضع السجود فكذلك يجوز السجود على طرف الثوب وغيره مما يحول بين الجبهة وموضع السجود .

فى هذه المسألة . ويجب أن تـكون مبنيـة على السجود على غير الجبهة ، هل هو واجب ؟ على روايتين : إن قلنا : لايجب : جاز ، كما لو سجدعلى العمامة . وإن قلنا : يجب : لم يجز ، لئلا يتداخل محل السجود بعضه فى بعض .

والمستحبُّ مباشرة المصلِّى بالجبهة واليدين ليخرج من الخلاف . ويأخذ بالعزيمة . قال أحمد : لايعجبُنى إلا فى الحرّ والبرد ، وكذلك قال إسحاق . وكان ابن عمر يـكره السجود على كور العمامة . وكان عبادة ابن الصامت يَحْسُر عمامته إذا قام إلى الصلاة . وقال النخعىّ : أسجدُ على جبينى أَحَبُّ إلىّ .

« مسألة » قال ﴿ ويكون فى سجوده مُعتدلا ﴾ .

قال الترمذىّ : أهل العلم يختارون الاعتدال فى السجود . وروى عن جابر أن النبى ﷺ قال : « إِذَا سَجَدَ أَحَدُكُمْ فَلْيَعْتَدِلْ ، وَلاَ يَفْتَرِشْ ذِرَاعَيْهِ افْتِرَاشَ الْـكَلْبِ » وقال : هو حديث حسن صحيح . وعن أنس عن النبى ﷺ نحوه ، رواه أبوداود . وفى لفظ عن أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « اعْتَدِلُوا فى السُّجودِ وَلاَ يَسْجُدْ أَحَدُكُمْ وَهُوَ بَاسِطٌ ذِرَاعَيْهِ كَالْـكَلْبِ » وهذا هوالافتراش المنهىّ عنه فى الحديث . وهو أن يضع ذراعيه على الأرض كما تفعلُ السباع . وقد كرهه أهل العـلم . وفى حديث أبى حُمَيد : « وإذا سَجَدَ سَجَدَ غَيْرَ مُفْتَرِشٍ وَلاَ قَابِضِهِمَا » .

« مسألة » قال ﴿ ويُجافى عضديه عن جنبيه ، وبطنَه عن فخـذيه ، وفخذيه عن ساقَيه ، ويـكون على أطراف أصابعه ﴾ .

وجملته : أن من السنَّة أن يُجافى عضديه عن جنبيه ، وبطنَه عن فخـذيه ، إذا سجد ، لأن النبى ﷺ كان يفعل ذلك فى سجوده . قال أبو عبد الله فى رسالته : جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنَّه كان إذا سجد لو مرت بهيمة لنفذت » وذلك لشدّة مُبالغته فى رفـع مرفقيه وعضـديه . ورواه أيضـاً أبو داود فى حديث أبى حميد : « أَنَّ النبىَّ ﷺ كان إذا سجد جافى عضديه عن جنبيه » ولأبى داود : «ثم سجد فأمـكن أنفه وجبهته ونحّى يديه عن جنبيه ، ووضـع يديه حذو منـكبيه » . وقال أبو إسحاق الشعبى : وصف لنا البراء السجودَ ، فوضع يديه بالأرض ، ورفع عجيزته وقال : « هكذا رأيتُ النبىَّ ﷺ يفعلُ » وقال : «كان النبى ﷺ إذا سجد جَخَّ »[1] والجَخُّ الخاوى . رواهما أبو داود والنسائىّ .

ويُستحبُّ أن يـكون على أطراف أصـابع رجليه ، ويَثْنيهما إلى القبلة . قال أحمـدُ : ويفتح أصابعَ رجليه ، ليـكون أصابعهما إلى القبلة . ويسجد على صدور قدميه ، لقول النبى ﷺ : « أُمِرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْظُمٍ » ذكر منها أطراف القدمَيْن ، وفى لفظ : « أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم سجد غير

---

(١) جخ : رفع بطنه عن الأرض ، وفتح عضديه ، أى جافى بين بطنه وذراعيه ، وباعد بينهما حتى يـكون فراغ كبير .

مفترش ، ولاقابضهما ، واستقبل بأطراف رجليه القبلة » من رواية البخاريّ . ومن رواية الترمذىّ : « وفتح أصابع رجليه » وهذا معناه . ومن رواية أبى داود : « سجد فانتصب على كفيهِ وركبتيه وصدور قدميه وهو ساجد » .

فصـــــل

ويستحبّ أن يضـع راحتيه على الأرض مبسوطتين مضمومتى الأصابع بعضها إلى بعض مستقبلا بهما القبلةَ ، ويضعهما حذو منـكبيه ، ذكره القـاضى ، وهو مذهب الشافعىّ ، لقول أبى حميـد : « إن النبى صلى الله عليه وسلم وضع كفيهِ حذو منـكبيه » وروى الأثرم قال : رأيت أبا عبد الله سجد ويداه بحذاء أذنيه . ورُوى ذلك عن ابن عمر وسعيد بن جُبَير ، لمـا رَوى وائل بن حُجْر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سَجَدَ فجعلَ كفيهِ بحذاء أُذُنَيْهِ » رواه الأثرم وأبو داود . ولفظـه : « ثُمَّ سَجَـدَ وَوَضَعَ وَجْهَهُ بَيْنَ كَفَّيْهِ » والجميع حسن .

فصـــــل

والـكمال فى السجود على الأرض أن يضع جميع بطن كفيه وأصابعه على الأرض ، ويرفع مرفقيه ، فإن اقتصر على بعض باطنها أجزأه . قال أحمد : إن وضع من اليدين بقدر الجبهة أجزأه ، وإن جعل ظهور كفيهِ إلى الأرض وسجد عليهما ، أو سجـد على أطراف أصابع يده ، فظاهر الخبر ، أن يجزئه لأنه أمر بالسجود على اليدين ، وقد سجد عليهما . وكذلك لو سجد على ظهور قدميه ، فإنه قد سجد على القدمين . ولايخلو من إصابة بعض أطراف قدميه الأرض . فيـكون ساجداً على أطراف قدميـه ، ولـكنه يـكون تاركاً للأفضل الأحسن ، لمـا ذكرنا من الأحاديث فى ذلك .

فصـــــل

ويستحبّ أن يُفرّق بين ركبتيه ، ورجليه . لمـا رَوى أبو حُميد قال : « وإذَا سَجَدَ فرّج بين فخذيهِ غيرَ حاملٍ بطنَه على شىء من فخذيه » .

فصـــــل

وإذا أراد السجود فسقط على وجهه فماسَّتْ جبهتُه الأرض أجزأه ذلك . وإن لم ينو إلا أن يقطـع نية السجود ، فـلا يُجزئه . وإن انقلب على جنبه ثم انقلب ، فماسَّتْ جبهتُه الأرض . لم يُجزه ذلك ، إلا أن ينوىَ السجود . والفرق بين المسألتين : أن ههنا خرج عن سُنن الصلاة وهيآتها . ثم كان انقـلابه الثانى عائداً إلى الصلاة ، فافتقر إلى تجديد النيّة . وفى التى قبلها : هو على هيئة الصلاة وسنتها باستدامة النية .

« مسألة » قال ﴿ ثم يقول : سبحان ربِّىَ الأعلى ثلاثاً ، وإن قال مرة أجزأه ﴾ .

الحـكم فى هذا التسبيح : كالحـكم فى تسبيح الركوع على ماشرحناه ، والأصـل فيه : حديثُ عُقبةَ بن

عامر قال : لما نزل (٨٧ : ١ سَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى) . قال لنا رسول الله ﷺ : « اجْعَلُوهَا فِي سُجُودِكُمْ » وفى حديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم : « إِذَا سَجَدَ أَحَدُكُمْ فَلْيَقُلْ سُبْحَانَ رَبِّيَ الْأَعْلَى ثَلَاثاً وَذَلِكَ أَدْنَاهُ » . وعن حذيفة : أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سجد قال : (سُبْحَانَ رَبِّيَ الْأَعْلَى ثَلَاثَ مَرَّاتٍ) رواهن ابن ماجه ، وأبو داود ، ولم يقل : (ثَلَاثَ مَرَّاتٍ) والحكم فى عدده وتطويل السجود على ماذكرناه فى الركوع .

فصـــل

وإن زاد دعاء مأثوراً ، أو ذكراً ، مثل ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كَانَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يُكْثِرُ أَنْ يَقُولَ فِي رُكُوعِهِ وَسُجُودِهِ : سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِكَ ، اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي » ، يَتَأَوَّلُ الْقُرْآنَ متفق عليه . وعن أبى سعيد أن النبى ﷺ قال : « يَامُعَاذُ ، إذا وَضَعْتَ وَجْهَكَ سَاجِداً فَقُلْ : اللَّهُمَّ أَعِنِّي عَلَى شُكْرِكَ وَحُسْنِ عِبَادَتِكَ » وقال على رضى الله عنه : «أحب الكلام إلى الله أن يقول العبد وهو ساجد : رَبِّ إِنِّي ظَلَمْتُ نَفْسِي فَاغْفِرْ لِي » رواهما سعيد فى سننه . وعن أبى هريرة : «أن النبى ﷺ كان يقول فى سجوده : اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي ذَنْبِي كُلَّهُ ، دِقَّهُ[1] وَجُلَّهُ وَأَوَّلَهُ ، وآخِرَهُ ، وَسِرَّهُ وَعَلَانِيَتَهُ » رواه مسلم ــ فحسن . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قاله . وقد قال : « وَأَمَّا السُّجُودُ فَأَكْثِرُوا فِيهِ مِنَ الدُّعَاءِ ، فَقَمِنٌ أَنْ يُسْتَجَابَ لَكُمْ » حديث صحيح . وقال القاضى : لاتستحبُّ الزيادة على « سبحان ربِّيَ الأعلى » فى الفرض . وفى التطوع روايتان ، لأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم فيه سوى الأمر بالتسبيح ، وقد ذكرنا هذه الأخبار الصحيحة . وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن أن تتبع . والأمر بالتسبيح لاينفى الأمر بغيره ، كما أن أمره بالتشهد فى الصلاة لم ينف كون الدعاء مشروعاً ، ولو ساغ كون الأمر بالشىء نافياً لغيره ، لكان الأمر بالدعاء نافياً للتسبيح ، لصحة الأمر به وفعل النبى صلى الله عليه وسلم له فيه .

« مسألة » قال ﴿ ثم يرفع رأسه مُكَبِّراً ﴾ .

يعنى إذا قضى سجوده رفع رأسه مكبراً ، وجلس واعتدل ، ويكون ابتداء تكبيره مع ابتداء رفعه وانتهاؤه مع انتهائه . وهذا الرفع والاعتدال عنه واجب ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك وأبو حنيفة : ليس بواجب ، بل يكفى عند أبى حنيفة أن يرفع رأسه مثل حد السيف . لأن هذه جلسةُ فصل بين متشاكلين ، فلم تكن واجبة ، كجلسة التشهد الأول .

---

(١) الدق : بكسر الدال ، فتات الشىء ، والمراد هنا قليل الذنب ، وجله : جل الشىء معظمه ، والمراد هنا عظيم الذنب وكبيره .

ولنـا : قول النبي صلى الله عليه وسلم للمسيء فى صلاته : « ثُمَّ اجْلِسْ حَتَّى تَطْمَـئِنَّ جَالِساً » متفق عليه . ولأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان يفعله ، ولم ينقل أنه أخـلَّ به . قالت عائشة : « وكان — تعنى النبيَّ صلى الله عليه وسلم — إِذَا رَفَعَ مِنَ السَّجْدَةِ لَمْ يَسْجُدْ ، حَتَّى يَسْتَوِىَ قَاعِـداً » متفق عليـه ، ولأنه رفعٌ واجب ، فـكان الاعتـدالُ فيه واجبـاً ، كالرفع من السجدة الأخـيرة ، ولا يُسَـلَّمُ لهم أن جلسة التشهد غير واجبة .

« مسألة » قال ﴿ فإذا جلس واعتدل يكون جلوسه على رجله اليسرى ، وينصب رجله اليمنى ﴾ .

السنَّة : أن يجلس بين السجدتين مُفترِشـاً ، وهو أن يثنىَ رجلَه الْيُسرى ، فيبسُطها ويجلس عليها ، وينصب رجـله اليمنى ، ويُخرجها من تحته . ويجعـل بطون أصابعه على الأرض مُعتمداً عليهـا ، لتـكون أطرافُ أصابعها إلى القبلة . قال أبو حميد فى صفة صـلاة رسول الله صلى الله عليه وسـلم : « ثم ثنى رجله اليسرى وقعد عليها ، ثم اعتـدل حتى رجع كلُّ عظم فى موضعه . ثم هوى ساجـداً » وفى حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذى روته عائشة : « وكان يفرش رجله اليسرى ، وينصب اليمنى » متفق عليه .

ويستحبُّ أن يفتح أصابع رجله اليمنى فيستقبل بها القبلة . ومعناه : أن يثنيها نحو القبلة . قال الأثرم : تفقدت أبا عبد الله فرأيته يفتح أصابع رجـله اليمنى ، فيستقبل بها القبلة . ورَوى بإسناده عن عبد الرحمن ابن يزيد قال : « كُنَّا نُعَـلَّمُ إذا جلسنا فى الصلاة أن يفترش الرجُلُ منَّـا قدمه اليسرى ، وينصبَ قدمه اليمنى على صـدر قَدَمِه . فإن كانت إبهـام أحدنا لتنثنى فيُدخلُ يده حتى يَعدلها » . وعن ابن عمر قال : « من سنة الصـلاة : أن ينصب القـدم اليمنى ، واستقبالُه بأصابعهـا القبلة » رواه النسائىّ . وقال نافع : « كان ابن عمر إذا صلَّى استقبل القبلة بكلِّ شىء ، حتى بنعليه » رواه الأثرم .

فصـــل

ويـكره الإقْعَـاءُ : وهو أن يفرش قدميه ، ويجلس على عقبيه ، بهـذا وصفه أحمد . قال أبو عبيد : هذا قول أهل الحديث . والإقعاء عند العرب : جلوس الرجل على أليتيه ناصباً فخذيه ، مثل إقعاء الـكلب والسبع ، ولا أعلم أحداً قال باستحباب الإقعاء على هذه الصفة .

فأما الأول : فـكرهه علىّ ، وأبو هريرة ، وقتادة ، ومالك ، والشـافعىّ ، وأصحـاب الرأى . وعليه العملُ عند أكثر أهل العلم . وفعَلَه ابن عمر . وقال : « لاتَقْتَدُوا بى ، فإنِّى قد كَبِرْتُ » وقد نقل مهنـا عن أحمد أنه قال : لاأفعلُه ، ولا أَعِيبُ مَنْ فَعَـله . وقال : العبادلة كانوا يفعلونه . وقال طاوس : رأيت العبادلة يفعلونه : ابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير . وعن ابن عبـاس أنه قال : « من السنَّة أن تَمَسَّ أَلْيَتَيْكَ قَدَمَيْكَ » . وقال طاوس : « قلنا لابن عباس فى الإقعاء على القدمين فى السجود ؟ فقـال : هى السنَّة . قال : قلنا : إنَّا لنراه جَفاءً بالرجُلِ ؟ فقال : هى سنَّة نَبِيِّـك » رواه مسلم وأبو داود .

ولنا : ما روى الحارث عن عليّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تُقْعِ بين السجدتين » . وعن أنس قال : قال لى رسول الله ﷺ : « إذا رَفَعْتَ رَأْسَكَ مِنَ السُّجُودِ فَلاَ تُقْعِ كما يُقْعِي الكَلْبُ » رواهما ابن ماجه . وفى صفة جلوس رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى حُمَيْد : « ثم ثنى رجله اليسرى ، وقعد عليها » . وفى حديث عائشة : « أن النبى ﷺ كان يفترش رجله اليسرى ، وينصبُ اليمنى وينهى عن عُقبة الشيطان » وهذه الأحاديث أكثر وأصحّ . فتكون أولى .

وأما ابن عمر فإنه كان يفعل ذلك لكبره ويقول : لاتقتدوا بى .

« مسألة » قال ﴿ ويقول : رَبِّ اغْفِرْ لِى ، رَبِّ اغْفِرْ لِى ﴾ .

المستحبُّ عند أبى عبد الله : أن يقول بين السجدتين : « رب اغفر لى ، رب اغفر لى » يكرر ذلك مراراً ، والواجب منه : مرة . وأدنى الكمال : ثلاث . والكمال فيه مثل الكمال فى تسبيح الركوع والسجود على مامضى من اختلاف الروايتين ، واختلاف أهل العلم مثل ماذكرنا فى تسبيح الركوع والسجود .

والأصل فى هذا ، ماروى حذيفة : « أنه صلى مع النبى ﷺ ، فكان يقول بين السجدتين : رب اغفر لى ، رب اغفر لى » احتج به أحمد ، رواه النسائىّ وابن ماجه . ورُوى عن ابن عباس أنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولُ بَيْنَ السجدتين : اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِى ، وَارْحَمْنِى ، وَاهْدِنِى ، وَعَافِنِى ، وَارْزُقْنِى » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، إلا أنه قال : « فى صلاة الليل » وإن قال : ربِّ اغفر لنا . أو : اللهم اغفر لنا ، مكان : رب اغفر لى ، جاز .

« مسألة » قال ﴿ ثم يُكبِّر ويخرُّ ساجداً ﴾ .

وجملته : أنه إذا فرغ من الجلسة بين السجدتين سجد سجدة أخرى على صفة الأولى ، سواء ، وهى واجبة إجماعاً . وكان النبى ﷺ يسجد سجدتين ، لم يُختلف عنه فى ذلك .

فصل

والمستحبُّ : أن يكون شروع المأموم فى أفعال الصلاة : من الرفع ، والوضع بعد فراغ الإمام منه ، ويكره فعلُه معه فى قول أكثر أهل العلم ، واستَحَبَّ مالك أن تكون أفعاله مع أفعال الإمام .

ولنا : ما روى البراء قال : « كان رسول الله ﷺ إذا قال : سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ ، لَمْ نَزَلْ قِيَاماً حَتَّى نَرَاهُ قَدْ وَضَعَ جَبْهَتَهُ فِى الأَرْضِ ، ثُمَّ نَتْبَعُهُ » متفق عليه . وللبخارى : « لم يَحْنِ أحدٌ منَّا ظَهْرَهُ حتّى يقع رسول الله صلى الله عليه وسلم سَاجِداً ، ثُمَّ نَقَعَ سجوداً بعده » وعن أبى موسى قال : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبنا ، فبيَّنَ لنا سُنَّتنا ، وعلَّمنا صلاتنا ، فقال : إذا صَلَّيْتُمْ فَأَقِيمُوا صُفُوفَكُمْ ، وَلْيَؤُمَّكُمْ أَحَدُكُمْ ، فإذَا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا ــ إلى قوله ــ فإذا ركع فاركعوا ؛ فإن الإمام يركع قبلكم ، ويرفع قبلكم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فتلك بتلك » رواه مسلم . وفى لفظ : « فمهما

أَسْبِقْكُمْ بِهِ إذا ركعتُ تُدركونى به إذا رَفَعْتُ » . وروى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنما جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ به ، فلا تَخْتَلِفُوا عَلَيْهِ ، فإذا كَبَّرَ فكَبِّرُوا ، وإذا ركع فاركعوا ، وإذا قال : سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ ، فقولوا : رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ ، وإذا سَجَدَ فاسْجُدوا ، وإذا صلَّى جالساً فَصَلُّوا جلوساً أَجْمَعُونَ »[1] متفق عليه .

وقوله : « فإذا ركع فاركعوا » يقتضى أن يكون ركوعهم بعد ركوعه ، لأنه عَقَّبَهُ به بفاء التعقيب ، فيكون بعدَه ، كقولك : جاء زيد فعمرو ، أى جاء بعده . وإن وافق إمامه فى أفعال الصلاة ، فركع وسجد معه أساء ، وصحت صلاته .

فصــــل

ولا يجوز أن يسبق إمامه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تَسْبِقُونِى بِالرُّكُوعِ وَلاَ بِالسُّجُودِ وَلاَ بِالْقِيَامِ ، وَلاَ بالانصراف » رواه مسلم . وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَمَا يَخْشَى أَحَدُكُمْ إِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ قَبْلَ الْإِمَامِ أَنْ يَجْعَلَ اللهُ صُورَتَهُ صُورَةَ حِمَارٍ ؟ » متفق عليه . ولما روينا من الأخبار فى الفصل الذى قبله ، ولأنه تابع له ، فلا ينبغى أن يسبقه كما فى تكبيرة الإحرام . فإن سبق إمامه فعليه أن يرفع ليأتى بذلك مؤتمًّا بإمامه . وقد رُوى عن عمر أنه قال : « إذا رفع أحدُكم رأسه والإمامُ ساجد فلْيَسْجُدْ ، وإذا رفَع الإمامُ برأسه فلْيَمْكُثْ قَدْرَ مارفَع » ، فإن لم يفعل حتى لحقه الإمامُ سهواً ، أو جهلا ، فلا شىء عليه ، لأن هذا سبق يسير . وإن سبق إمامه عمداً عالماً بتحريمه ، فقال أحمد فى رسالته : ليس لمن سبق الإمام صلاة ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أَمَا يَخْشَى الَّذِى يَرْفَعُ رَأْسَهُ قَبْلَ الْإِمَامِ أَنْ يُحَوِّلَ اللهُ رَأْسَهُ رَأْسَ حِمَارٍ » ، ولو كانت له صلاة لرجى له الثواب ، ولم يُخْشَ عليه العقاب .

وعن ابن مسعود : «أنه نظر إلى من سبق الإمام ، فقال : لا وحدك صَلَّيت ، ولا بإمامك اقتديت» . وعن ابن عمر نحو من ذلك قال : « وَأَمَرَهُ بالإعادة » لأنه لم يأت بالركن مؤتمًّا بإمامه . فأشبه ما لو سبقه بتكبيرة الإحرام أو السلام . وقال ابن حامد : فى ذلك وجهان . قال القاضى : عندى أنه تصح صلاته . لأنه اجتمع معه فى الركن ، فصحت صلاته ، كما لو رفع معه ابتداء .

فصــــل

فإن ركع ورفع قبل ركوع إمامه ، فقال أبو الخطاب : إن فعَله عمداً فهل تبطل صلاته ؟ على وجهين : لأنه سبقه بركن واحد . فأشبه مالو ركع قبله حَسْبُ ، وإن فعله سهواً فصلاته صحيحة . وهل يعتد بتلك

(١) أجمعون : توكيد للواو فى «فصلوا» ولذلك جاءت مرفوعة وليست حالا ، وإلا جاءت منصوبة .

الركعة ؟ فيه روايتان : فأما إن سبقه بركنين فركع قبله ، فلما أراد أن يركع رفع ، فلما أراد أن يرفع سجد عمداً ، بطلت صلاته ، لأنه لم يقتد بإمامه فى أكثر الركعة . وإن فعله سهواً لم تبطل صلاته ، لأنه معذور ، ولم يعتد بتلك الركعة لعدم اقتدائه بإمامه فيها .

فصل

فإن سبق الإمامُ المأموم بركن كامل ؛ مثل أن ركع ورفع قبل ركوع المأموم لعذر من نعاس ، أو زحام ، أو عجلة الإمام ، فإنه يفعل ماسبق به ، ويدرك إمامه ، ولا شىء عليه . نص عليه أحمد . قال المروزىّ : قلت لأبى عبد الله : الإمامُ إذا سجد ، فرفع رأسه قبل أن أسجد ؟ قال : إن كانت سجدةً واحدةً فاتْبَعْهُ إذا رفع رأسه ، وهذا لاأعلم فيه خلافاً . وإن سبقه بركعة كاملة أو أكثر ، فإنه يتبع إمامه ويقضى ما سبقه الإمام به . قال أحمد ، فى رجل نعس خلف الإمام حتى صلى ركعتين ؟ قال : كأنه أدرك ركعتين . فإذا سلَّم الإمامُ صلى ركعتين ، وإن سبقه بأكثر من ركن وأقل من ركعة ، ثم زال عذره . فالمنصوص عن أحمد : أنه يَتْبَعُ إمامه ، ولا يَعْتَدُّ بتلك الركعة ، فإنه قال فى رجل ركع إمامُه ، وسجد وهو قائم لايشعر ، ولم يركع حتى سجد الإمام فقال : يسجدُ معه ، ويأتى بركعة مكانها .

وقال المروزىّ : قلت لأبى عبد الله : الإمامُ إذا سجد ، ورفع رأسه قبل أن أسجد ؟ قال : إن كانت سجدة واحدة فاتبعه إذا رفع رأسه ، وإن كان سجدتان فلا يعتدّ بتلك الركعة . وظاهر هذا : أنه متى سبقه بركنين بطلت تلك الركعة . وإن سبقه بأقل من ذلك فعله ، وأدرك إمامه . وقال أصحابنا ، فيمن زحم عن السجود يوم الجمعة : ينتظر زوال الزحام ثم يسجد ، وَيَتْبَعُ الإمام ، مالم يخف فوات الركوع فى الثانية مع الإمام . وهذا يقتضى أنه يفعل مافاته ، وإن كان أكثر من ركن واحد . وهذا قول الشافعى لأن النبى ﷺ فعله بأصحابه فى صلاة عُسفانَ ، حين أقامهم خَلْفَه صَفَّين : « فسَجَدَ بالصفِّ الأولِ ، والصفُّ الثانى قائمٌ حتّى قام النبىُّ ﷺ إلى الثانية ، فسجد الصفُّ الثانى ثم تَبِعَهُ » وكان ذلك جائزاً للعُذر . فهذا مثله . وقال مالك : إن أدركهم المسبوق فى أول سجودهم سجد معهم واعتدّ بها ، وإن علم أنه لايقدر على الركوع ، وأدركهم فى السجود حتى يستووا قياماً ، فليَتْبَعْهُم فيما بقى من صلاتهم ، ثم يقضى ركعةً ، ثم يسجد للسهو ، ونحوه . قال الأوزاعىّ : ولم يجعل عليه سجدتى السهو .

والأوْلى فى هذا ـ والله أعلم ـ ما كان على قياس فعل النبى ﷺ فى صلاة الخوف ، فإن مالا نصّ فيه يرد إلى أقرب الأشياء به من المنصوص عليه .

وإن فعل ذلك لغير عذر بطلت صلاته ، لأنه ترك الائتمام بإمامه عمداً ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ثم يرفع رأسه مكبراً ، ويقوم على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه ﴾ .

وجملته : أنه إذا قضى سجـدته الثانية نهض للقيـام مكبراً . والقيـام ركن ، والتكبير واجب فى إحدى الروايتين .

واختلفت الرواية عن أحمد : هل يجلس للاستراحة ؟ فرُوِى عنه : لايجلس ، وهو اختيار الخِرَقِىّ . ورُوى ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وابن عباس . وبه يقول مالك ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال أحمد : أكثر الأحاديث على هذا . وذُكر عن عمر ، وعلىّ ، وعبد الله . وقال النعمان بن أبى عياش « أدركتُ غير واحد من أصحاب النبىِّ ﷺ يفعلُ ذلك » أى لايجلس . قال الترمذىّ : وعليه العمل عند أهل العلم . وقال أبو الزِّناد : تلك السنَّة .

والرواية الثانيـة : أنه يجلس ، اختارها الخـلاّل ، وهو أحـد قولى الشـافعىّ . قال الخـلاّل : رجع أبو عبد الله إلى هذا ــ يعنى ترك قوله بترك الجـلوس . لمـا رَوَى مالك بن الحُوَيْرِث : « أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم كان يجلس إذا رفع رأسه من السجود قبل أَنْ يَنْهَضَ » متفق عليه . وذكره أيضاً أبو حميد فى صفة صلاة رسول الله ﷺ ، وهو حديث حسن صحيح ، فيتعيَّن العمل به والمصير إليه .

وقيل : إن كان المصـلِّى ضعيفاً جلس للاستراحة لحاجته إلى الجـلوس ، وإن كان قوياً لم يجلس لغنـاه عنه . وحُمِل جلوسُ النبى صلى الله عليه وسلم على أنه كان فى آخر عمره عند كِبَرِه وضعفه . وهذا فيه جمع بين الأخبار ، وتوسُّط بين القولين .

فإذا قلنـا : يجلس ، فيحتمـل أنه يجلس مفترشاً على صفة الجـلوس بين السجدتين ، وهو مذهب الشافعىّ ، لقول أبى حميد فى صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثم ثنى رِجله وقعد ، واعتـدل حتى يرجع كل عضو فى موضعه ثم نهض » وهذا صريح فى كيفية جلسة الاستراحة ، فيتعيّن المصيرُ إليه . وقال الخلاّل : رَوَى عن أحمد من لاأحصيه كثرةً أنه يجلس على أليتيه . قال القاضى : يجلس على قدميه ، وأليتيه ، مفضياً بهما إلى الأرض ، لأنه لو جلس مفترشـاً لم يأمن السهو ، فيشكّ هل جلس عن السجدة الأولى ، أو الثانية ؟ وبهذا يأمنُ ذلك . وقال أبو الحسن الآمدىّ : لايختلف أصحـابُنا أنه لايُلصق أليتيه بالأرض فى جلسة الاستراحة ، بل يجلس مُعلقاً عن الأرض .

وعلى كلتا الروايتين : ينهض إلى القيام على صدور قدميه ، مُعتمداً على ركبتيه ، ولا يعتمد على يديه . قال القاضى : لايختلف قوله ، أنه لايعتمد على الأرض ، سواء قلنا : يجلس للاستراحة أو لا يجلس . وقال مالك والشـافعىّ : السنة أن يعتمـد على يديه فى النهوض ، لأن مالك بن الحويرث قال فى صفه صـلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنه « لمـا رفع رأسـه من السجدة الثانية استوى قاعـداً ، ثم اعتمد على الأرض » رواه النسائىّ . ولأن ذلك أعون للمصلِّى .

ولنـا : مارَوى وائل بن حجر قال : « رأيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سجد وضع ركبتيهِ

قبل يديه ، وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه » رواه النسائيّ والأثرم . وفى لفظٍ : « وإذا نهض نهض على ركبتيه ، واعتمد على فخذيه » وعن ابن عمر قال « نَهَى رسولُ الله ﷺ أن يعتمد الرجلُ على يديه ، إذا نهض فى الصلاة » رواهما أبو داود . وقال عليّ رضى الله عنه : « إنَّ من السنَّة فى الصلاة المكتوبة ، إذا نهض الرجل فى الركعتين الأوليين ، أن لايَعتمد بيديه على الأرض ، إلا أن يكون شيخاً كبيراً لايستطيعُ » رواه الأثرم . وقال أحمد : بذلك جاء الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن أبى هريرة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كانَ فى الصلاة ينهض على صدور قدميه » رواه الترمذى . يرويه خالدُ بن إلياس ، قال أحمد : تركَ الناسُ حديثه ، ولأنه أشقُّ فكان أفضلَ ، كالتجافى والافتراش .

وحديث مالك محمول على أنه كان من النبى ﷺ لمشقَّة القيام عليه ، لضعفه ، وكبَره . فإنه قال عليه السلام : « إِنِّي قَدْ بَدَّنْتُ [1] فَلاَ تَسْبِقُونِي بِالرُّكُوعِ وَلاَ بِالسُّجُودِ » .

« مسألة » قال ﴿ إلا أن يَشُقَّ ذلك عليه ، فيعتمد بالأرض ﴾ .

يعنى إذا شق عليه النهوض على الصفة التى ذكرناها ، فلا بأس باعتماده على الأرض بيديه . لانعلم أحداً خالف فى هذا ، وقد دل عليه حديثُ مالك بن الحويرث ، وقول عليّ رضى الله عنه : « إلا أن يكون شيخاً كبيراً » ومشقَّةُ ذلك تكون لكبرٍ أو ضعفٍ ، أو مرضٍ ، أو سِمَنٍ ، ونحوه .

فصل

يستحبُّ أن يكون ابتداء تكبيره مع ابتداء رفع رأسه من السجود ، وانتهاؤه عند اعتداله قائماً ، ليكون مستوعباً بالتكبير جميعَ الركن المشروع فيه . وعلى هذا بقيةُ التكبيرات ، إلا من جلس جلسة الاستراحة فإنه ينتهى تكبيرُه عند انتهاء جلوسه ، ثم ينهضُ للقيام بغير تكبير . وقال أبو الخطّاب : ينهض مكبّراً . وليس بصحيح ، فإنه يُفضى إلى أن يُوَالِيَ بين تكبيرتين فى ركن واحد لم يَرِد الشرعُ بجمعهما فيه .

« مسألة » قال ﴿ ويفعلُ فى الثانية مثل مافعل فى الأولى ﴾ .

يعنى يصنع فى الركعة الثانية من الصلاة مثل ماصنع فى الركعة الأولى ، على ماوصف ، لأن النبى ﷺ وصف الركعة للمسيء فى صلاته ثم قال : « افعل ذلك فى صلاتك كلها » وهذا لاخلاف فيه نعلَمُه ، إلا أن الثانية تنقصُ النية ، وتكبيرةَ الإحرام ، والاستفتاحَ ، لأن ذلك يُراد لافتتاح الصلاة . وقد رَوى مسلم عن أبى هريرة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا نَهض مِنَ الركعةِ الثَّانيةِ استفتحَ القِرَاءة بالحمد لله ربِّ العالمينَ ، ولم يسكت » وهذا يدلّ على أنه لم يكن يستفتح ، ولا يستعيذ ، ولا نعلم فى ترك هذه الأمور الثلاثة خلافاً فيما عدا الركعة الثالثة .

---

(١) « بدنت » بتشديد الدال : كبرت سنى وضعفت ، يقال : « بدن تبديناً » : إذا أسن وضعف .

فأما الاستعاذة فاختلفت الرواية عن أحمد فيها فى كل ركعة . فعنه أنها تختصُّ بالركعة الأولى ، وهو قولُ عطاء ، والحسن ، والنخعىّ ، والثورىّ ، لحديث أبى هريرة هـذا ، ولأن الصـلاة جملة واحـدة . فالقراءة فيها كلِّها كالقراءة الواحدة . ولذلك اعتبرنا الترتيب فى القراءة فى الركعتين . فأشبه مالو سجـد للتلاوة فى أثناء قراءته . فإذا أتى بالاستعاذة فى أولها كفى ذلك كالاستفتاح .

فعلى هذه الرواية : إذا ترك الاستعاذة فى الأولى لنسيان ، أو غيره ، أتى بها فى الثـانية . والاستفتاحُ بخلاف ذلك ، نصَّ عليـه . لأن الاستفتاح لافتتاح الصـلاة ، فإذا فات فى أولهـا فات محلُّه ، والاستعاذة للقراءة ، وهو يستفتحها فى الثـانية . وإن شرع فى القراءة قبل الاستعاذة لم يأت بها فى تلك الركعة ، لأنها سنَّة فات محلها .

والرواية الثانية : يستعيذ فى كل ركعة ، وهو قول ابن سيرين ، والشافعى ، لقوله تعالى : (١٦ : ٩٨ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) فيقتضى ذلك تكريرَ الاستعاذة عنـد تكرير القراءة ، لأنها مشروعة للقراءة ، فتكرّر بتكرّرها ، كما لو كانت فى صلاتين .

فصـــل

المسبوق إذا أدرك الإمام فيما بعد الركعة الأولى لم يستفتح ، وأما الاستعاذة ، فإن قلنا : تختص بالركعة الأولى ،لم يستعذ، لأن مايُدركه المأمومُ مع الإمام آخرُ صلاته ، فإذا قام للقضاء استفتح واستعاذ ، نص على هذا أحمد . وإن قلنا يستعيذ فى كل ركعة استعاذ ، لأن الاستعاذة فى أول قراءة كل ركعة . فإذا أراد المأموم القراءة استعاذ لقول الله تعالى : (فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) .

« مسألة » قال ﴿ فإذا جلس فيها للتشهد يكون كجلوسه بين السجدتين ﴾ .

وجملته : أنه إذا صلى ركعتين جلس للتشهد ، وهذا الجلوس والتشهد فيه مشروعان بلا خلاف . وقد نقله الخلف عن السلف عن النبى ﷺ نقلا متواتراً ، والأُمّةُ تفعله فى صلاتها ، فإن كانت الصلاة مغرباً أو رُباعيَّة ، فهما واجبان فيها على إحدى الروايتين ، وهو مذهب الليث ، وإسحاق . والأخرى : ليسا بواجبين ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، لأنهما يسقطان بالسهو ، فأشبها السنن .

ولنا : أن النبى ﷺ فعله ، وداوم على فعله ، وأمر به فى حديث ابن عباس فقال : « قولوا : التحيات لله » وسجد للسهو حين نَسِيَهُ . وقد قال : « صلُّوا كما رأيتمونى أُصلِّى » وإنما سقط بالسهو إلى بدل ، فأشبه جُبرانات الحجّ تُجبر بالدم ، بخلاف السنن ، ولأنه أحد التشهدين ، فكان واجباً كالآخر .

وصفة الجلوس لهذا التشهد : كصفة الجلوس بين السجدتين ، يكون مفترشاً كما وصفنا . وسواء كان آخر صلاته أو لم يكن . وبهذا قال الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك : يكونُ متورِّكاً

على كل حال . لما رَوى ابن مسعود : « أن النبيّ ﷺ كان يجلسُ فى وسط الصلاة وآخرها متورِّكاً » . وقال الشافعيّ : إن كان متوسطاً كقولنا . وإن كان آخر صلاته كقول مالك .

ولنا : حديث أبى حميد : « أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم جلس - يعنى للتشهد - فافترش رجله اليسرى ، وأقبل بصدر اليمنى على قبلته » وقال وائل بن حجر ، قلت : لأنظرنَّ إلى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلمَّا جَلسَ - يعنى للتشهد - افترش رجله اليسرى ووضع يده اليسرى على فخذه اليسرى ونصب رجله اليمنى » وهذان حديثان صحيحان حسنان يتعيّن الأخذُ بهما ، وتقديمهما على حديث ابن مسعود لصحتهما ، وكثرة رُواتهما ، فإن أبا حميد ذكر حديثه فى عشرة من الصحابة فصدّقوه . وهما متأخّران ، عن ابن مسعود . وإنما يؤخذ بالآخِر ، فالآخِر من أمر رسول الله ﷺ . وقد بيّن أبو حميد فى حديثه الفرقَ بين التشهدين ، فتكون زيادة ، والأخذ بالزيادة واجب .

« مسألة » قال ﴿ ثم يبسُط كفه اليسرى ، على فخذه اليسرى ، ويده اليمنى على فخذه اليمنى ، ويُحلِّق الإبهام مع الوسطى ، وَيُشير بالسبَّابة ﴾ .

وجملته : أنه يستحبُّ للمصلى إذا جلس للتشهد ، وضع اليد اليسرى على فخذه اليسرى مبسوطة ، مضمومة الأصابع ، مستقبلا بجميع أطراف أصابعها القبلة ، ويضع يده اليمنى على فخذه اليمنى ، يقبض منها الخنصر والبنصر . ويُحلِّق[1] الإبهام مع الوسطى ويشير بالسبابة ، وهى الأصبع التى تلى الإبهام ، لما رَوى وائل بن حجر : « أن النبى ﷺ وضع مرفقه[2] الأيمن على فخذه اليمنى ، ثم عقد من أصابعه الخنصر والتى تليها ، وحلَّقَ حلقة بإصبعه الوسطى والإبهام ، ورفع السَّبابة مشيراً بها » . قال أبو الحسن الآمدىّ : وقد رُوى عن أبى عبد الله : أنه يجمع أصابعه الثلاث ويعقد الإبهام ، كعقد الخمسين . لما رَوى ابن عمر : «أن النبى صلى الله عليه وسلم وضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد ثلاثاً وخمسين ، وأشار بالسبَّابة » رواه مسلم . وقال الآمدىّ : ورُوى أنه يبسُط الخِنصر والبِنصر ، ليكون مستقبلا بهما القبلة ، والأول أولى . اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم .

ويشير بالسبابة ، يرفعها عند ذكر الله تعالى فى تشهده ، لما رَويناه ، ولا يُحرِّكها ، لما رَوى عبدُ الله ابن الزبير : « أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان يشير بإصبعه ولا يحرّكها » رواه أبو داود ، وفى لفظ : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قعد يدعو ، وضع يده اليمنى على فخذه اليمنى ، ويده اليسرى على فخذه اليسرى ، وأشار بإصبعه » .

« مسألة » قال ﴿ ويتشهد ، فيقول : التحيّات لله ، والصلوات والطيبات ، السلام عليك أيها النبى

(١) يحلق الإبهام مع الوسطى : يجعلهما كالحلقة .

(٢) مرفق : يقال فيها بفتح الميم وكسر الفاء ، وبكسر الميم وفتح الفاء .

ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهـد أن محمـداً عبده ورسوله ، وهو التشهد الذى علمه النبى ﷺ لعبد الله بن مسعود رضى الله عنه ﴾ .

هذا التشهد هو المختار عند إمامنا ، وعليه أكثر أهل العلم من أصحاب النبى ﷺ ومَنْ بعدهم من التابعـين . قاله الترمذىّ . وبه يقول الثورىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وكثيرٌ من أهل المشرق . وقال مالك : أفضل التشهد : تشهُّد عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « التَّحيَّاتُ لِلهِ ، الزَّاكياتُ لله ، الصـلوات لله » وسائرُه كتشهّد ابن مسعود ؛ لأن عمر قاله على المنبر بمحضر من الصحابة وغـيرهم ، فلم يُنـكروه ، فـكان إجماعاً . وقال الشافعىّ : أفضـل التشهد : مارَوى ابن عباس قال : « كان رسول الله ﷺ يعلمنـا التشهد كما يعلمنـا السورة من القرآن فيقول : قولوا : التحيّاتُ المباركاتُ ، الصـلواتُ الطيّباتُ لله ، سلامٌ عليك أيُّهَا النبىُّ ورحمـةُ اللهِ وَبَرَكاتُه ، سَلامٌ عَلَيْنَا وعَلَى عِبـادِ الله الصَّالِحِينَ ، أشهدُ أن لا إلهَ إلا اللهُ ، وأشهدُ أنَّ مُحمداً رَسُولُ اللهِ » أخرجه مسلم والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح ، إلا أن فى رواية مسلم : « وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحمداً عَبْدُهُ وَرَسُولُه » .

ولنـا : مارَوى عبدُ الله بن مسعود قال : « عـلَّمنى رسول الله ﷺ التشهد ـ كَفِّى بين كفَّيه ـ كما يعلمنى السورة من القرآن : التَّحِيَّاتُ لِلهِ ، والصـلواتُ والطيباتُ ، السلام عليك أيها النبىُّ ورحمة الله وبركاتُه ، السـلام علينا وعلى عباد الله الصـالحين ، أشهـدُ أن لا إله إلا الله ، وأشهـد أن محمـداً عبدُه ورسوله » وفى لفظ : « إذا قعد أحدكم فى الصلاة فليقـل : التحيَّاتُ لله ـ وفيه ـ فإنـكم إذا فعلتم ذلك فقد سَلَّمْتُمْ على كُلِّ عَبْدٍ لِلهِ صَالِحٍ فى السَّماءِ وَفِى الارْضِ ـ وفيه ـ فَلْيَتَخَيَّرْ مِنَ المَسْأَلَةِ مَاشَـاءَ » متفق عليه . قال الترمذىّ : حـديث ابن مسعود قد رُوى من غير وجه . وهو أصحُّ حـديث رُوى عن النبى ﷺ فى التشهد . وقد رواه عن النبى صلى الله عليه وسـلم معه ابن عمر ، وجابر ، وأبو موسى ، وعائشة . وعليه أكثر أهل العلم فتعين الأخذ به وتقديمه .

فأما حديث عمر فلم يروه عن النبى ﷺ ، إنما هو من قوله ، وأكثر أهل العلم على خلافه ، فـكيف يكون إجماعاً ، على أنه ليس الخلاف فى إجزائه فى الصلاة إنما الخلاف فى الأولى والأحسن ، والأحسنُ : تشهد النبى ﷺ الذى علمه أصحابَه وأخذوا به .

وأما حـديث ابن عبّاس فانفرد به ، واختُلِفَ عنـه فى بعض ألفـاظه . ففى رواية مُسـلم أنه قال : « وأشهد أن محمداً عبدُه ورسوله » كرواية ابن مسعود . ثم رواية ابن مسعود أصحُّ إسنـاداً . وأكثر رواة . وقد اتَّفقَ على روايتـه جمـاعة من الصحابة ، فيـكون أولى ، ثم هو متضمّن للزيادة ، وفيـه العطفُ بواو العطف ، وهو أشهر فى كلام العرب ، وفيـه السـلام بالألف ، واللام ، وهما للاسـتغراق . وقال عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه قال : حدثنا عبدُ الله بن مسعود : « أن النبىَّ صلى الله عليـه وسلم

علَّمه التشهد في الصلاة . قال : وَكُنَّا نَتَحَفَّظُهُ عَنْ عَبْدِ اللهِ كَمَا نَتَحَفَّظُ حُروفَ الْقُرْآنِ ، الواو ، والألف » وهذا يدل على ضبطه ، فكان أوْلى .

فصل

وبأى تشهد تشهد مما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم جاز . نص عليه أحمد فقال : تشهد عبد الله أعجبُ إلىّ ، وإن تشهد بغيره فهو جائز ، لأن النبي ﷺ لمّا علمه الصحابة مُختلِفاً دل على جواز الجميع ، كالقراآت المختلفة التي اشتمل عليها المصحف . قال القاضي : وهذا يدل على أنه إذا أسقط لفظةً هي ساقطة في بعض التشهدات المرويّة صح تشهده . فعلى هذا يجوز أن يقال : أقلُّ مايجزىء من التشهد : التحيات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، أو أن محمداً رسول الله . وقد قال أحمد في رواية أبي داود : إذا قال « وأن محمداً عبده ورسوله » ، ولم يذكر « وأشهد » أرجو أن يُجزئه . وقال ابن حامد : رأيت بعض أصحابنا يقول : لو ترك واواً أو حرفاً أعاد الصلاة لقول الأسود : « فكنا نتحفظه عن عبد الله كما نتحفظ حروف القرآن » .

والأول : أصح ، لما ذكرنا . وقول الأسود يدلُّ على أن الأوْلى ، والأحسن الإتيان بلفظه وحروفه وهو الذى ذكرنا أنه المختار ، على أن عبد الله كان يُرخِّص في إبدال لَفَظَات من القرآن ، فالتشهد أولى . فقد رُوى عنه « أن إنساناً كان يقرأ عليه (٤٤ : ٤٣ إِنَّ شَجَرَةَ الزَّقُّومِ طَعَامُ الْأَثِيمِ) فيقول : طعام اليتيم . فقال له عبد الله : قل طعام الفاجر » ، فأما مااجتمعت عليه التشهدات كلها فيتعين الإتيان به . وهذا مذهب الشافعىّ .

فصل

ولا تستحبُّ الزيادة على هذا التشهد ولا تطويله . وبهذا قال النخعىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وعن الشعبىّ ، أنه لم ير بأساً أن يُصَلى على النبيِّ صلى الله عليه وسلم فيه . وكذلك قال الشافعىّ ، وعن عمر : « أنه كان إذا تشهد قال : بسم الله خير الأسماء » . وعن ابن عمر : أنه كان يُسمِّى في أوله ، وقال : « زدت فيه : وحده لاشريك له » وأباح الدعاء فيه بما بدا له . وقال أيوب ، ويحيي بن سعيد ، وهشام بقول عمر في التسمية . وقد رَوَى جابر قال : « كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن : بسم الله ، التحيات لله . وذكر التشهد كتشهد ابن مسعود ـ أسأل الله الجنة ، وأعوذ بالله من النار » ، رواه النسائىّ وابن ماجه . وقال مالك : ذلك واسع ، وسمع ابن عباس رجلا يقول : « بسم الله » فانتهره وبه قال مالك ، وأهل المدينة ، وابن المنذر ، والشافعىّ ، وهو الصحيح . لما رَوَى ابن مسعود : « أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم كان يَجْلسُ في الركعتين الأولين ، كأنه على الرَّضْفِ حتى يقوم » رواه أبو داود . والرَّضْفُ : هى الحجارة المحماة ، يعنى لما يُخففه ، وهذا يدل على أنه لم يُطوّله ، ولم يزد على التشهد شيئاً .

ورُوى عن مسروق قال : « كنا إذا جلسنا مع أبى بكر كأنه على الرَّضْفِ حتى يقوم » رواه الإمام أحمد . وقال حنبل : رأيت أبا عبد الله يصلِّى ، فإذا جلس فى الجلسة بعد الركعتين أخفَّ الجلوس ، ثم يقوم كأنه على الرضف ، وإنما قصد الاقتداء بالنبىِّ ﷺ وصاحبه . ولأن الصحيح من التشهدات ليس فيه تسمية ، ولاشىء من هذه الزيادات . فيُقتصر عليها ، ولم تَصحَّ التسميةُ عند أصحاب الحديث ، ولا غيرُها مما وقع الخلاف فيه ، وإن فعله جاز ، لأنه ذِكْر .

فصـــل

وإذا أدرك بعض الصلاة مع الإمام فجلس الإمامُ فى آخر صلاته ، لم يزد المأمومُ على التشهد الأول ، بل يكرّره . نص عليه أحمدُ فيمن أدرك مع الإمام ركعة ، قال : يُكرِّر التشهد ، ولا يصلِّى على النبىّ صلى الله عليه وسلم ، ولا يدعو بشىء مما يدعى به فى التشهد الأخير ، لأن ذلك ، إنما يكون فى التشهد الذى يُسلم عقيبه ، وليس هذا كذلك .

« مسألة » قال ﴿ ثم ينهض مكبِّراً كنهوضه من السجود ﴾ .

يعنى إذا فرغ من التشهد الأول نهض قائماً على صدور قدميه ، مُعتمداً على ركبتيه ، على ماذكرناه فى نهوضه من السجود فى الركعة الأولى ، ولا يُقدِّم إحدى رجليه عند النهوض، كذلك قال ابن عباس ، وكرهه إسحاق . وروى عن ابن عباس : أن ذلك يقطع الصلاة ، ورخَّص فيه مُجاهد ، وإسحاق للشيخ .

ولنا : أنه لم يُنقل عن النبى ﷺ ، وقد كرهه ابن عباس ، ويُمكن الشيخَ أن يعتمد على يديه ، فيستغنى عنه ، ولا تبطُل الصلاة به ، لأنه ليس بعمل كثير ، ولا وجد فيه مايقتضى البطلان .

فصـــل

ثم يصلى الثالثة ، والرابعةَ كالثانية ، إلا أنه لايقرأ فيهما شيئاً بعد الفاتحة ، ولا يجهر فيهما فى صلاة الجهر . وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ﴿ فإذا جلس للتشهد الأخير تَورَّك ، فنَصب رجله اليمنى ، وجعل باطن رجله الْيُسرى تحتَ فخذه اليمنى ، ويجعل أليتيه على الأرض ﴾ .

السنَّة عند إمامنا رحمه الله : التورك فى التشهد الثانى ، وإليه ذهب مالك والشافعىّ . وقال الثورىّ وأصحاب الرأى : يجلس مُفترشاً كجلوسه فى الأول . لما ذكرنا من حديث وائل بن حجر ، وأبى حُميد فى صفة جلوس النبىِّ صلى الله عليه وسلم .

ولنا : قول أبى حُمَيد : « حتى إذا كانت الركعة التى يقضى فيها صلاتَه : أخر رجله اليسرى ، وجلس متوركاً على شقه الأيسر » وهذا بيان الفرق بين التشهدين ، وزيادة يجب الأخذ بها والمصير إليها . والذى

احتجُّوا به فى التشهد الأول ، ولانزاع بيننا فيه . وأبو حميد راوى حديثهم بيّن فى حديثـه : أن افتراشه كان فى التشهد الأول ، وأنه تورّك فى الثانى ، فيجب المصيرُ إلى قوله وبيانه .

فأما صفة التورُّك : فقال الخِرَقِىّ : يَنْصِبُ رجله اليمنى ، ويجعلُ باطن رجله اليسرى تحت فخذه اليمنى ، ويجعـل أليتيه على الأرض . وذكر القاضى مثل ذلك ، لما رُوى عن عبد الله بن الزبير قال : « كان رسول الله ﷺ إذا قعد فى الصلاة جعل قدمه اليسرى تحت فخـذه وساقه ، وفرش قدمه اليمنى » ، رواه مسلم وأبو داود . وفى بعض ألفـاظ حديث أبى حميد قال : « جلس النبى صلى الله عليـه وسلم على أليتيه ، وجعل بطن قدمه عند مَأْبِض اليمنى و نصب قدمه اليمنى » . وروى الأثرم فى صفته قال : رأيت أبا عبد الله يتورك فى الرابعة فى التشهد ، فيُدخل رجله اليسرى يخرجُها من تحت ساقه الأيمن ، ولا يقعد على شىء منها وينصب اليمنى ويفتح أصابعه ، وينحّى عجزه كله ، ويستقبل بأصابعه اليمنى القبلة ، وركبته اليمنى على الأرض مُلْزَقَة ، وهـكذا ذكر أبو الخطاب ، وأصحاب الشافعىّ ، وأن أبا حميد قال فى صفة صـلاة النبى صلى الله عليه وسلم : « فإذا كان فى الرابعة أفضى بوركه اليسرى إلى الأرض ، وأخرج قدمه من ناحيةٍ واحدةٍ » رواه أبو داود ، وأيّهما فعل فحسن .

فصـــل

وهـذا التشهد والجلوس له : من أركان الصـلاة . وممن قال بوجوبه : عمر ، وابنـه ، وأبو مسعود البدرىّ ، والحسن ، والشافعىّ . ولم يوجبه مالك ، ولا أبو حنيفة ، إلا أن أبا حنيفة أوجب الجلوس قدر التشهد ، وتَعلَّقا بأن النبى ﷺ لم يُعلمه الأعرابىَّ ، فدلّ على أنه غير واجب .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به فقال : « قُولُوا : التَّحِيَّاتُ لِلهِ » وأمْرُه يقتضى الوجوب وفعلَه وداوم عليه . وقد رُوى عن ابن مسعود أنه قال : « كنا نقول ـ قبل أن يُفرض علينا التشهدُ ـ : السلامُ على الله قبل عباده ، السلامُ على جـبريل ، السلام على ميـكائيل ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لاتقولوا السلامُ على الله ، ولـكن قولوا التَّحِيَّاتُ لِلهِ ـ إلى آخره » ، وهذا يدل على أنه فُرِضَ بعد أن لم يكن مفروضاً . وحـديثُ الأعرابىّ يحتمل أنه كان قبل أن يُفرض التشهدُ . ويحتمـل أنه ترك تعليمه ، لأنه لم يره أساء فى تركه .

«مسألة» قال ﴿ ولا يتورَّك إلا فى صلاة فيها تشهدان ، فى الأخير منهما ﴾ .

وجملته : أن جميع جَلَسات الصلاة لايتورَّك فيهـا إلا فى تشهد ثانٍ . وقال الشـافعىّ : يُسَنُّ التورُّك فى كل تشهد يسلم فيه ، وإن لم يكن ثانياً ، كتشهد الصبح ، والجمعة ، وصـلاة التطوّع ، لأنه تشهدٌ يُسَنُّ تطويلُه ، فسُنَّ فيه التورُّك كالثانى .

ولنـا : حديث وائل بن حجر : « أن النبى ﷺ لمّا جَلَس للتشهد افترش رجـله اليسرى و نصب

رجله اليمنى » ولم يفرق بين مايسلِّم فيه ، ومالا يسلم . وقالت عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى كلِّ ركعتين التحية ، وكان يفرش رجـله اليسرى ، وينصب اليمنى » رواه مسلم . وهذان يقضيان على كل تشهد بالافتراش ، إلا ماخرج منه ، لحديث أبى حميد فى التشهد الثانى . فيبقى فيما عـداه على قضية الأصل ، ولأن هذا ليس بتشهد ثانٍ : فلا يتورَّك فيـه كالأول . وهذا لأن التشهد الثانى إنما تَوَرَّك فيـه للفرق بين التشهدين . وماليس فيه إلاَّ تشهد واحد لا اشتباه فيه ، فلا حاجة إلى الفرق ، وما ذكروه من المعنى إن صح فيضمُّ إليه هـذا المعنى الذى ذكرناه : ونعُلِّل الحكم بهما ، والحكم إذا عُلِّل بعلَّتين لم يَجُزْ تعدِّيه ، لتعدى أحدهما دون الآخر ، والله أعلم .

فصـــل

قيل لأبى عبد الله : فما تقول فى تشهد سجود السهو ؟ فقال : يتورَّكُ فيه أيضاً ، هو من بقية الصلاة . يعنى إذا كان من السجود فى صلاة رباعيَّة ، لأن تشهدها يتورَّك فيـه ، وهذا تابع له . وقال القاضى : يتورَّك فى كل تشهد لسجود السهو بعد السلام ، سواء كانت الصلاة رباعية أوركعتين ، لأنه تشهد ثان ، فى الصلاة ، ويحتاج إلى الفرق بينه ، وبين تشهد صُلْب الصلاة . وقال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : الرجلُ يجىء فيدرك مع الإمام ركعةً ، فيجلس الإمام فى الرابعة ، أيتورَّك معه الرجل الذى جاء فى هذه الجلسة ؟ فقال : إن شاء تورّك . قلت : فإذا قام يقضى ، يجلس فى الرابعة هو ، فينبغى له أن يَتَوَرَّك ؟ فقال : نعم ، يَتورَّك هـذا لأنها هى الرابعة له ، نعم يتورَّك ، ويطيـل الجلوس فى التشهد الأخير . قال القاضى : قوله : « إن شاء تورك » على سبيل الجواز ، لأنه مسنون . وقد صرّح فى رواية مهنا فيمن أدرك من صلاة الظهر ركعتين : لايتورَّك إلا فى الأخيرتين . ويحتمل أن يكون هذان روايتين .

« مسألة » قال ﴿ ويتشهَّد بالتشهـد الأوّل ، ويصلِّى على النبىِّ ﷺ فيقول : اللهم صلِّ على محمـد ، وعلى آل محمّد ، كما صليت على آل إبراهيم ، إنك حميد مجيد . وبارِكْ على محمد ، وعلى آل محمد ، كما باركت على آل إبراهيم ، إنك حميد مجيد ﴾ .

وجملته : أنه إذا جلس فى آخر صلاته فإنه يتشهد بالتشهد الذى ذكرناه . ثم يصلى على النبى ﷺ كما ذكر الخِرَقِىّ ، وهى واجبة فى صحيح المذهب ، وهو قول الشافعى ، وإسحاق . وعن أحمد أنها غيرُ واجبة . قال المروزىّ : قيـل لأبى عبد الله : إن ابن راهَوَيْه يقول : لو أن رجلا ترك الصلاة على النبىّ صـلى الله عليه وسلم فى التشهد بطلتْ صلاتُه . قال : ماأجترىء أن أقول هذا . وقال فى موضع : هذا شذوذ ، وهذا يدلُّ على أنه لم يوجبْهَا ، وهـذا قول مالك ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، وأكثر أهل العـلم . قال ابن المنذر : هو قول جُلِّ أهل العلم ، إلا الشافعىّ . وكان إسحاقُ يقول : لايُجزئه إذا ترك ذلك عامداً . قال ابن المنذر : وبالقول الأول أقول ، لأننى لاأجدُ الدلالة موجودةً فى إيجاب الإعادة عليه ، واحتجُّوا بحديث

ابن مسعود : « أن النبي ﷺ علمه التشهد ، ثم قال : إذا قلتَ هذا — أو قضيْتَ هذا — فقد تمّتْ صَلاَتُكَ » . وفى لفظ : « وقد قضيت صلاتك ، فإن شئت أن تقوم فقم ، وإن شئت أن تَقْعُدَ فاقْعُدْ » رواه أبو داود . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا تشهَّدَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْتَعِذْ بِاللهِ مِنْ أَرْبَعٍ » رواه مسلم . أمرنا بالاستعاذة عقيب التشهد من غير فصل . ولأن الصحابة كانوا يقولون فى التشهد قولاً ، فنقلهم عنه النبيُّ صلى الله عليه وسلم إلى التشهد وحدَه ، فدل على أنه لايجبُ غيرُه . ولأن الوجوب من الشرع ولم يرد بإيجابه .

وظاهر مذهب أحمد : وجوبُه . فإن أبا زُرعة الدمشقيّ نقل عن أحمد أنه قال : كنتُ أتهيَّب ذلك ، ثم تبينت ، فإذا الصلاةُ واجبة . فظاهر هذا : أنه رجع عن قوله الأول إلى هذا ، لما روى كعب بن عجرة قال : « إنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم خرج علينا . فقلنا : يارسول الله ، قد علمنا كيف نسلم عليك ، فكيف نصلِّي عليك ؟ قال : قولوا : اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ ، كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى آلِ إبراهيمَ ، إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ ، وَبَارِكْ عَلَى مُحَمَّدٍ ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّد ، كَمَا بَارَكْتَ عَلَى آلِ إبْرَاهِيمَ . إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيد » متفق عليه . ورَوى الأثرم عن فضالة بن عبيد : « سمع النبيُّ ﷺ رجلا يدعو فى صلاته لم يمجد ربه . ولم يصلِّ على النبي ﷺ . فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : عَجَّلَ هَـذَا ، ثمَّ دعاهُ النبيُّ صلى الله عليه وسلم فقال : إذا صَلَّى أَحَدُكُمْ فَلْيَبْدَأْ بِتَمْجِيدِ رَبِّهِ وَالثَّنَاءِ عَلَيْهِ ، ثمَّ لِيُصَلِّ على النبي صلى الله عليه وسلم ، ثمَّ لِيَدْعُ بَعْدُ بِمَا شَاءَ » ولأن الصلاة عبادة شُرِطَ فيها ذكر الله تعالى بالشهادة ، فشُرِط ذكر النبيّ ﷺ كالأذان . فأما حديث ابن مسعود ، فقال الدارقطنيّ : الزيادة فيه من كلام ابن مسعود .

فصل

وصفة الصلاة على النبيّ ﷺ كما ذكر الخِرَقِيّ . لما روينا من حديث كعب بن عجرة ، وقد رواه النسائيّ كذلك ، إلا أنه قال : « كما صليت على إبراهيم ، وآل إبراهيم — وكما باركت على إبراهيم ، وآل إبراهيم » وفى رواية : « كما صليت على إبراهيم ، إنك حميد مجيد . وكما باركت على إبراهيم ، إنك حميد مجيد » قال الترمذيّ : هو حديث حسن صحيح . وفى رواية ابن مسعود : « كما صليت على إبراهيم ، وبارك على محمد ، وعلى آل محمد ، كما باركت على إبراهيم ، فى العالمين . إنك حميد مجيد » رواه مسلم . وعن أبى حميد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « قُولُوا : اللهمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ ، وَعَلَى أَزْوَاجِهِ وَذُرِّيَّتِهِ ، كما صلَّيْتَ على آلِ إبراهيم ، وبَارِكْ على مُحَمَّدٍ ، وعلى أَزْوَاجِهِ ، وَذُرِّيَّتِهِ كما باركتَ على آل إبراهيم ، إنك حَمِيدٌ مَجِيدٌ » رواه البخاريّ .

والأَوْلى : أن يأتِيَ بالصلاة على النبيّ ﷺ على الصفة التي ذكر الخِرَقِيّ . لأن ذلك حديث كعب

ابن عجرة . وهو أصحّ حديث رُوى فيها . وعلى أيِّ صفة أتى بالصلاة عليه مما ورد فى الأخبار جاز . كقولنا فى التشهد ، وظاهرُه : أنه إذا أخلَّ بلفظ ساقطٍ فى بعض الأخبار جاز ، لأنه لو كان واجباً لما أغفله النبىُّ ﷺ . قال القاضى أبو يعلى : ظاهرُ كلام أحمد : أن الصلاة واجبة على النبىِّ ﷺ حسبُ . لقوله فى خبر أبى زرعة : الصلاةُ على النبىِّ ﷺ أمْرٌ ، من تركها أعاد الصلاة ، ولم يذكر الصلاة على آله ، وهذا مذهب الشافعىّ . ولهم فى وجوب الصلاة على آله وجهان . وقال بعض أصحابنا : تجب الصلاة على الوجه الذى فى خبر كعب ، لأنه أمرَ به ، والأمرُ يقتضى الوجوب . والأول أوْلَى . والنبىُّ صلى الله عليه وسلم إنما أمرهم بهذا حين سألوه تعليمَهم . ولم يبتدئهم به .

فصــــل

آل النبىِّ ﷺ أتباعُه على دِينِه . كما قال الله تعالى : (٤٠ : ٤٦ أَدْخِلُوا آلَ فِرْعَوْنَ) يعنى أتباعه من أهل دينه . وقد جاء عن النبى ﷺ : « أنهُ سُئِلَ : مَنْ آلُ مُحَمَّدٍ ؟ فقال : « كلُّ تَقِىٍّ » أخرجه تمّام فى فوائده ، وقيل آله : أهله ، الهاء منقلبة عن الهمزة ، كما يقال : أَرَقْتُ الْمَاء وَهَرَقْتُهُ . فلو قال : وعلى أهل محمد . مكان آل محمد ، أجزأه عند القاضى ، وقال : معناهما واحد . ولذلك لو صُغِّرَ ، قيل : أُهَيْل . قال : ومعناهما جميعاً أهلُ دِينِه . وقال ابن حامد وأبو حفص : لا يجزىء لما فيه من مخالفة لفظ الأثر وتغيير المعنى . فإن الأهل إنما يُعبَّر به عن القرابة ، والآلُ يُعبَّر به عن الأتباع فى الدين[1] .

فصــــل

وأما تفسير التَّحِيَّاتِ : فرُوى عن ابن عباس قال : التحية : العظمة . والصلوات : الصلوات الخمس ، والطيبات : الأعمال الصالحة ، وقال أبو عمرو : التحيات : المُلْكُ . وأنشد :

وَلَكُلُّ مَا نَالَ الْفَتَى قَدْ نِلْتُهُ إلاَّ التَّحِيَّهْ

وقال بعض أهل اللغة : التحيّة : البقاء ، واستشهد بهذا البيت . وقال ابن الأنبارىّ : التحياتّ : السلامُ . والصلواتُ : الرحمة ، والطيباتُ من الكلام .

---

(١) الآل : يختلف معناها باختلاف المواضع ، فتارة تكون الأهل : أى القرابة ، وتارة تكون الأتباع فى الدين . ففى تكبير العيدين يراد بالآل الأتباع بدليل الصلاة على الأزواج ، والأصحاب ، والذرية بعدها . وفى التحيات : يجوز أن يراد بها الأتباع أو الأقارب ، والراجح أن المراد بها الأتباع ، بدليل قوله : كما باركت على آل إبراهيم ، وقرابة إبراهيم ليسوا مؤمنين به حتى يستحقوا البركة . وفى قول النبى صلى الله عليه وسلم : « اللهم صل على آل أبى أوفى » يراد بالآل القرابة ، لأن أبا أوفى ليس له أتباع .

فصـــل

والسنَّةُ إخفاء التشهد ، لأن النبيَّ ﷺ لم يكن يجهر به ، إذ لو جهر به لنقل كما نقلت القراءةُ . وقال عبد الله بن مسعود : « من السنَّة إخفاء التشهد » رواه أبو داود ، ولأنه ذكرٌ غيرُ القراءة لايُنْتَقلُ به من ركن إلى ركن . فاستُحب إخفاؤه كالتسبيح ، ولا نعلم فى هذا خلافاً .

فصـــل

ولا يجوز لمن قدر على العربية التشهُّد ، والصلاة على النبيّ ﷺ بغيرها . لما ذكرنا فى التكبير . فإن عجز عن العربية تشهَّد بلسانه ، كقولنا فى التكبير . ويجيء على قول القاضى : أن لا يتشهَّد ، وحكمه حكم الأخرس . ومن قدر على تعلم التشهد والصلاة على النبى ﷺ لزمه ذلك ، لأنه من فروض الأعيان ، فلزمه كالقراءة . فإن صلى قبل تعلمه مع إمكانه ، لم تصحَّ صلاتُه . وإن خاف فوات الوقت ، أو عجز عن تعلمه ، أتى بما يمكنه منه ، وأجزأه للضرورة ، وإن لم يُحسن شيئاً بالكلِّية سقط كلُّه .

فصـــل

والسنَّة ترتيب التشهد ، وتقديمه على الصلاة على النبيّ ﷺ ، فإن لم يفعل ، وأتى به مُنكَّساً من غير تغيير شيء من معانيه ، ولا إخلالٍ بشيء من الواجب فيه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يُجزئه : ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن المقصود المعنى وقد حصل ، فصحّ كما لو رتَّبَهُ (1) .

(والثانى) لايصحّ : لأنه أخلَّ بالترتيب فى ذِكْرٍ ورد الشرع به مُرتَّباً ، فلم يصحّ كالأذان .

« مسألة » قال ﴿ ويستحبُّ أن يتعوَّذَ من أربع ، فيقول : أعوذ بالله من عذاب جهنم ، أعوذ بالله من عذاب القبر ، أعوذ بالله من فتنة المسيح الدجال ، أعوذ بالله من فتنة المحيا والممات ﴾ .

وذلك لما روى أبو هريرة قال : « كانَ رَسولُ اللهِ ﷺ يَدْعُو : اللَّهُمَّ إنِّى أَعُوذُ بِكَ مِنْ عَذَابِ الْقَبْرِ ، ومِنْ عَذَابِ النَّارِ ، ومِنْ فِتْنَةِ الْمَحْيَا وَالْمَمَاتِ ، وَمِنْ فِتْنَةِ الْمَسِيحِ الدَّجالِ » متفق عليه . ولمسلم : « إذا تَشهّد أَحدُكُمْ فَلْيَسْتَعِذْ مِنْ أَربَع » وذكره .

« مسألة » قال ﴿ وإذا دعا فى تشهده بما ذكر فى الأخبار فلا بأس ﴾ .

وجملته : أن الدعاء فى الصلاة بما وردت به الأخبار جائز . قال الأثرم : قلت لأبى عبدالله : إن هؤلاء

---

(1) مذهب الشافعية فى هذه المسألة فيه تسهيل على الناس ولكن الأولى ترتيب التشهد حتى تكون هيئة الصلاة كما علمها النبى صلى الله عليه وسلم لأصحابه ، وقال : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » .

يقولون : لايدعو فى المكتوبة إلا بما فى القرآن . فنفض يده كالمُغْضَب ، فقال : من يقفُ على هـذا ؟ وقد تواترت الأحاديثُ عن رسول الله ﷺ بخلاف ماقالوا ؟ قلت لأبى عبد الله : إذا جلس فى الرابعـة يدعو بعد التشهد بما شاء ؟ قال : بما شاء ؟ لاأدرى ، ولـكن يدعو بمـا يُعرف ، وبما جاء . فقلت : على حديث عمرو بن سعـد ، قال : سمعتُ عبـدَ الله يقول : « إِذَا جَلَسَ أَحَدُكُمْ فى صـلاته ـ وذكر التشهُّدَ ـ ثم لِيَقُلْ : اللهمَّ إِنِّى أَسْأَلُكَ مِنَ الْخَيْرِ كلِّهِ ماعَلِمْتُ مِنْهُ وَما لَمْ أَعْلَمْ ، وأعوذُ بِكَ من الشرِّ كلِّهِ ما علمتُ منه ، وما لم أعـلَمْ . اللهمَّ إِنِّى أَسْأَلُكَ مِنْ خَيْرِ ما سَأَلَكَ عِبادُكَ الصَّالِحُونَ ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّ ماعَاذَ مِنْهُ عِبادُكَ الصَّالِحُونَ . رَبَّنَا آتِنَا فِى الدُّنيـا حَسَنَةً وَفِى الآخِرَةِ حَسَنَةً ، وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ ، رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا ذُنُوبَنَا وَكَفِّرْ عَنَّا سَيِّئَاتِنَا ، وَتَوَفَّنَا مَعَ الْأَبْرَار ، رَبَّنَا وَآتِنَا ما وَعَدْتَنَا عَلَى رُسُـلِكَ ، وَلاَ تُخْزِنَا يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّكَ لاَتُخْلِفُ الْمِيعَادَ » رواه الأثرم .

وعن عبد الله قال : « كان النبىصلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد ، كما يعلمنا السورة من القرآن ، قال : وعلَّمنا أن نقول : اللهمَّ أَصْلِحْ ذَاتَ بَيْنِنَا ، وَاهْدِنَا سُبُلَ السَّلاَمِ ، وَأَخْرِجْنَا من الظُّلُمَاتِ إلى النُّورِ . واصْرِفْ عَنَّا الْفَوَاحِشَ ، ماظهرَ منها ، ومابطنَ ، وبارِكْ لنا فى أبصارِنَا ، وأسماعِنَا ، وقُلُوبِنَا ، وأزواجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا ، وتُبْ علينا ، إنّك أنت التوَّابُ الرحيم ، واجعلنا شاكرينَ لِنِعْمتِك مُثْنِينَ عليكَ بها ، قابِلِيهَا وَأَتِمَّهَا عَلَيْنَا » رواه أبو داود .

وعن أبى بكر الصديق : أنه قال لرسول الله ﷺ : « علِّمنى دعاء أدعو به فى صـلاتى ، قال : قل : اللهمَّ إِنِّى ظَلَمْتُ نَفْسِى ظُـلْماً كَثِيراً ، وَلا يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلاَّ أَنْتَ ، فَاغْفِرْ لِى مَغْفِرَةً مِنْ عِنْدِكَ ، وَارْحَمْنِى إِنَّكَ أَنْتَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ » متفق عليه . وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل : « ماتقول فى الصـلاة ؟ قال : أتشهَّد ، ثم أسأل الله الجنـة ، وأعوذ به من النـار . أما والله ماأُحْسِنُ دَنْدَنَتَكَ[1] ولا دَنْدَنَةَ معاذ . فقال : « حَوْلَهَا نُدَنْدِنُ » رواه أبو داود . وفى حديث جابر : « أن النبى ﷺ علمهم التشهد ـ فقال فى آخره ـ اسألُ اللهَ الجَنَّةَ ، وأعوذُ باللهِ مِنَ النَّارِ » .

وقول الخِرَقِىّ : « بما ذكر فى الأخبار » يعنى أخبار النبى ﷺ وأصحابه والسلف رحمة الله عليهم . فإن أحمد ذهب إلى حديث ابن مسعود فى الدعاء وهو موقوف عليه . وقال : يدعو بما جاء وبما يَعْرِف ، ولم يقيِّده بمـا جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقال عبد الله بن أحمـد : سمعت أبى يقول فى سجوده :

---

(١) الدندنة : هينمة الـكلام ، أى التكلم بكلام غيرمفهوم ، ولـكن كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلام معاذ مفهومان ، ولـكنِ الرجل لما لم يفهمهما سماهما دندنة .

اللهمَّ كما صُنْتَ وجهى عن السجودِ لغيرِكَ ، فصُنْ وجهى عن المسألة لغيرِكَ . وقال : كان عبد الرحمن يقوله فى سجوده ، وقال : سمعت الثورىّ يقوله فى سجوده .

فصـــــل

ولا يجوز أن يدعو فى صلاته بما يُقصد به ملاذُّ الدنيا وشهواتها ، بما يُشبه كلام الآدميّين وأمانيّهم ، مثل : اللهمَّ ارزُقْنى جاريةً حَسْنَاءَ ، وداراً قَوْراءَ[١] ، وطعاماً طيِّباً ، وبُستاناً أنيقاً . وقال الشافعىّ: يدعو بما أحبَّ ، لقوله ﷺ فى حديث ابن مسعود فى التشهـد : « ثم لِيَتَخَيَّرْ مِنَ الدُّعَاءِ أَعْجَبَهُ إِلَيْهِ » متفق عليه . ولمسلم : « ثُمَّ لِيَتَخَيَّرْ بَعْدُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ مَاشَاءَ ، أَوْ مَاأَحَبَّ » . وفى حديث أبى هريرة : « إِذَا تَشَهَّدَ أَحَدُكُمْ فَلْيَتَعَوَّذْ من أربع ، ثم يَدْعُو لِنَفْسِهِ مابَدَا لَهُ » .

ولنـا : قوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ صَلاَتَنَا هَـذِهِ لاَيَصْلُحُ فِيهَا شَىْءٌ مِنْ كَلامِ الآدَمِيِّينَ ، إِنَّمَـا هِىَ التَّسْبِيحُ ، وَالتَّكْبِيرُ ، وَقِرَاءَةُ الْقُرْآنِ » أخرجه مسلم ، وهـذا من كلام الآدميين[٢] ، ولأنه كلام آدمىّ يُخاطب بمثله ، أشبه تشميت العاطس[٣] ، وردَّ السلام . والخبر محمول على أنه يتخيَّر من الدعاء المأثور وما أشبهه .

فصـــــل

فأما الدعاء بما يتقرب به إلى الله عز وجل ، مما ليس بمأثور ، ولا يُقصد به ملاذّ الدنيا . فظاهر كلام الخِرَقِى وجماعة من أصحابنا : أنه لايجوز . ويحتمله كلام أحمد ، لقوله : ولـكن يدعو بما جاء وبما يُعرف . وحـكى عنه ابن المنذر : أنه قال : لابأس أن يدعُوَ الرجلُ بجميـع حوائجـه من حوائج دنياه ، وآخرته . وهذا هو الصحيح إن شاء الله ، لظواهر الأحاديث . فإن النبىَّ ﷺ قال : « ثم ليتخـير من الدعاء » . وقوله : « ثم يدعو لنفسه بمـا بدا له » . وقوله : « ثم يدعو بعد بما شاء » . ورُوى عن أنس قال : « جاءتْ أُمُّ سُلَيْمٍ إلى النبىِّ صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يارسول الله ، عَلِّمنى دُعاءً أَدْعُو بِهِ فى صَلاَتِى ، فقال : احْمَدِى اللهَ عَشْراً ، وسبِّحِى اللهَ عَشْراً . ثم سَلِى ماشِئْتِ ، يقول : نَعَمْ نَعَمْ نَعَمْ » رواه الأثرم .

---

(١) قوراء : واسعة .

(٢) المراد بكلام الآدميين : مخاطبتهم أو التـكلم بشىء لاتحتمله العبـادة ، كعمل حسبة تجارية ، أو ترديد كلام حدث بين المصلى وأحد الناس ، أما الدعاء فهو مخ العبادة فيجوز بما شاء المصلى .

(٣) يشير الشارح بذلك إلى ماحدث من معاوية بن الحكم السلمى وهو يصلى فقد عطس أحد المصلين معه فشمته وهو فى الصلاة ، فنهاه النبى صلى الله عليه وسلم بعد الصلاة بقوله : « إن صلاتنا هذه لايصلح فيها شىء من كلام الناس » الحديث .

ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يدعون فى صلاتهم بما لم يتعلموه ، فلم ينكر عليهم النبي ﷺ ، ولهذا لمّا قال النبي صلى الله عليه وسلم للرجل : « ماتقول فى صلاتك ؟ قال : أتشهد ، ثم أسأل الله الجنة وأعوذَ به من النار » فصوّبه النبيّ صلى الله عليه وسلم فى دعائه ذلك ، من غير أن يكون علمه إياه . ولمّا قال النبيّ ﷺ : « أما السجود فأكثروا فيه من الدعاء » لم يُعيِّن لهم مايدعون به ، فدل على أنه أباح لهم كل الدعاء ، إلا ماخرج منه بالدليل فى الفصل الذى قبل هذا . وقد رُوى عن عائشة : « أنها كانت إذا قرأت (٥٢ : ٢٧ فَمَنَّ اللهُ عَلَيْنَا وَوَقَانَا عَذَابَ السَّمُومِ) قالت : مُنَّ عَلَيْنَا ، وَقِنَا عَذَابَ السَّمُومِ » . وعن جبير بن نُفير : « أنه سمع أبا الدرداء وهو يقول فى آخر صلاته ، وقد فرغ من التشهد : أعوذ باللهِ مِنَ النِّفَاقِ » ولأنه دُعاء يتقرّب به إلى الله تعالى ، فأشبه الدعاء المأثور .

فصل

وهل يجوز أن يدعوَ لإنسان بعينه فى صلاته ؟ على روايتين :

(إحداهما) يجوز : قال الميمونىّ : سمعت أبا عبدالله يقول لابن الشافعىّ : أنا أدعو لقوم منذ سنين فى صلاتى أبوك أحدهم . وقد رُوى ذلك عن علىّ ، وأبى الدرداء . واختاره ابن المنذر ، لقول النبي ﷺ فى قنوته : « اللهمّ أنجِ الوَليدَ ابنَ الوَليد ، وعَيَّاشَ بن أبى رَبيعَة ، وسَلَمة بنَ هِشامٍ ، والمُسْتَضْعَفينَ مِنَ المُؤْمِنينَ » ولأنه دعاء لبعض المؤمنين ، فأشبه مالو قال : « رَبِّ اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ » .

(والأخرى) لايجوز : وكرهه عطاء والنخعىّ . لشبهه بكلام الآدميّين ، ولأنه دعا لمُعيَّن ، فلم يَجُز كتشميت العاطس . وقد دل على المنع من تشميت العاطس حديث معاوية بن الحكم السلمىّ[1] .

فصل

ويستحبُّ للمصلى نافلةً إذا مرّت به آيةُ رحمةٍ أن يسألها ، أو آية عذاب أن يستعيذ منها . لما رَوى حذيفة : « أنه صلّى مع النبيِّ ﷺ ، فكان يقول فى ركوعه : سبحان ربى العظيم ، وفى سجودِه : سبحان ربى الأعلى ، وما مرّ بآية رحمة إلا وقف عندها ، وسأل ، ولا بآية عذاب إلا وقف عندها فتعوّذ » رواه أبو داود . وعن عوف بن مالك قال : « قمتُ مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلةً ، فقام فقرأ سورةَ البقرة ، لايَمُرّ بآيةِ رحمةٍ إلا وقفَ فسأل : ولا يَمُرُّ بآيةِ عذابٍ إلاّ وَقفَ فتعوّذَ . قال : ثم ركع بقدر قيامه ، يقول فى ركوعه : سُبحانَ ذى الجَبَرُوتِ والملكوتِ ، والكبرياء والعَظمة » رواه أبو داود . ولا يستحبُّ ذلك فى الفريضة ، لأنه لم ينقل عن النبىّ صلى الله عليه وسلم فى فريضة مع كثرة من وصف قراءته فيها .

---

(١) ذكرت هذا الحديث قبل ذلك بقليل فى الهامش .

فصـــل

ويستحبُّ للإمام أن يُرَتِّـل(١) القراءة ، والتسبيح ، والتشهد ، بقـدر مايرى أن مَن خلفه ممن يَثقُل لسانه قد أتى عليه ، وأن يتمكن فى ركوعه وسجوده ، قدرَ مايَرى أن الـكبيرَ والصغيرَ والثقيلَ قد أتى عليـه . فإن خالف وأتى بقدر ماعليـه كُرِه ، وأجزأه . ولا يستحبُّ له التطويل كثيراً ، فيشقُّ على من خلفه ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَمَّ النَّاسَ فَلْيُخَفِّفْ » . وأما المنفرد فله الإطـالة فى ذلك كله ، مالم يخرجه إلى حال يخاف السهو ، فتُكره الزيادة عليه . فقد رُوى عن عمّار « أنه صلَّى صلاةً أوجز فيها ، فقيل له فى ذلك ؟ فقال : أنا أُبَادِرُ الْوَسْوَاس » .

ويستحبُّ للإمام إذا عرض فى الصلاة عارضٌ لبعض المأمومين يقتضى خروجه أن يخفف . فقد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنى لأقوم فى الصلاة وأنا أُريد أن أُطَوِّل فيها فأسمع بكاء الصبىِّ فأتجوّز ، كراهيةَ أن أشق على أُمّه » رواه أبو داود .

« مسألة » قال ﴿ ثم يُسلِّم عن يمينه ، فيقول : السلام عليكم ورحمة الله ، وعن يساره كذلك ﴾ .

وجملته : أنه إذا فرغ من صلاته وأراد الخروج منها ، سلَّم عن يمينه ، وعن يساره ، وهـذا التسليم واجبٌ لايقوم غيرُه مَقامه . وبهـذا قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لايتعيَّنُ السـلام للخروج من الصلاة ، بل إذا خرج بما ينافى الصلاة من عمل ، أو حدث أو غير ذلك جاز . إلا أن السلام مسنون ، وليس بواجب ، لأن النبى ﷺ لم يُعلِّمه المُسىءَ فى صـلاته ، ولو وجب لأمره به ، لأنه لايجوز تأخـير البيان عن وقت الحاجة ، ولأن إحدى التسليمتين غيرُ واجبة ، فـكذلك الأخرى .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « مِفْتَاحُ الصَّـلَاةِ الطُّهُورُ ، وتَحْرِيمُهَا التَّـكْبِيرُ ، وتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ » ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان يُسَلِّمُ مِنْ صَلَاتِهِ » ويُديم ذلك ، ولايُخلّ به . وقـد قال : « صلُّوا كما رأيتمونى أصـلِّى » ولأن الحدث ينافى الصلاة ، فلا يجب(٢) فيهـا . وحديث الأعرابىّ أجبنا عنه فيما مضى(٣) .

فصـــل

ويُشرع أن يسلِّم تسليمتين : عن يمينه ويساره . رُوى ذلك عن أبى بكر الصديق ، وعلى ، وعمّار ،

---

(١) يرتل القراءة : يتأنى فيها ولا يستعجل .

(٢) معنى ذلك أن التسليمة الأولى واجبة ، وعلى قول أبى حنيفة يقوم الحدث مقام التسليم ، فيكون واجباً فى الصلاة وهو ينافيها .

(٣) الإجابة عن حديث الأعرابى : أن النبى صلى الله عليه وسلم علمه ماأساء فيه فقط ، وهو لم يسىء فى التسليم .

وابن مسعود ، رضى الله عنهم . وبه قال نافع بن عبد الحارث ، وعلقمة ، وأبو عبد الرحمن السُّلمىّ ، وعطاء ، والشعبىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وقال ابن عمر ، وأنس ، وسَلَمة بن الأكوع ، وعائشةُ والحسن ، وابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والأوزاعىّ : يُسلِّم تسليمةً واحدة . وقال عمّار بن أبى عمار : كان مسجد الأنصار يسلِّمون فيه تسليمتين ، وكان مسجد المهاجرين : يُسلِّمون فيه تسليمةً . ولما روت عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ يُسلِّمُ تسليمةً واحدةً تِلْقَاءَ وَجْهِهِ » . وعن سلمة بن الأكوع قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلَّى فسلم تسليمة واحدة » رواهما ابن ماجه ، ولأن التسليمة الأولى قد خرج بها من الصلاة ، فلم يُشرع ما بعدها كالثانية .

ولنا : ماروى ابن مسعود قال : « رأيتُ النبيَّ صلى الله عليه وسلم يُسلِّمُ ، حَتَّى يُرَى بَيَاضُ خَدِّهِ عن يَمِينِهِ ، وَيَسَارِهِ » وعن جابر بن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إنَّما يَكْفِي أَحَدَكُم أنْ يَضَعَ يَدَهُ عَلَى فَخِذِهِ ، ثُمّ يُسَلِّمْ عَلَى أَخِيهِ مِنْ عَلَى يَمِينِهِ وشماله » رواهما مسلم . وفى لفظ لحديث ابن مسعود : « أن النبى ﷺ كان يسلم عن يمينه : السلامُ عليكم ورحمة الله ، وعن يساره : السلام عليكم ورحمة الله » . قال الترمذىّ : حديث ابن مسعود حديثٌ حسن صحيح .

وحديث عائشةَ يرويه زهير بن محمد . وقال البخارىّ : يَرْوِى مناكير . وقال أبو حاتم الرازى : هذا حديث منكر . وسأل الأثرم أحمد عن هذا الحديث ؟ فقال : كان يقول هشام : « كان يُسَلِّمُ تَسْلِيمَةً يُسْمِعُنَا » قيل له : إنهم مختلفون فيه عن هشام ، بعضهم يقول : « تسليما » وبعضهم يقول : « تسليمةً » قال : هذا أجودُ . فقد بيّن أحمدُ أن معنى الحديث يرجع إلى أنه يُسمعهم التسليمةَ الواحدة . ومن روى « تسليما » فلا حجة لهم فيه ، فإنه يقع على الواحدة والثنتين . على أن أحاديثنا تتضمَّن زيادة على أحاديثهم ، والزيادة من الثقة مقبولة . ويجوز أن النبى ﷺ فعل الأمرين ليبيِّن الجائزَ والمسنونَ ، ولأنّ الصلاة عبادةٌ ذاتُ إحرام وإحلال ، فجاز أن يكون لها تحلُّلانِ كالحج .

فصــــل

والواجب : تسليمةٌ واحدة ، والثانيةُ سنَّة . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم : أن صلاةَ من اقتصر على تسليمة واحدة جائزة . وقال القاضى فى رواية أخرى : إن الثانية واجبة . وقال : هى أصح لحديث ، جابر بن سمرة . ولأن النبى ﷺ كان يفعلها ويداوم عليها . ولأنها عبادة لها تحللان ، فكانا واجبين ، كتحلُّلَى الحجّ ، ولأنها إحدى التسليمتين ، فكانت واجبةً كالأولى . والصحيح : ماذكرناه . وليس نص أحمدَ بصريح بوجوب التسليمتين ، إنما قال : التسليمتان أصحُّ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديث ابن مسعود وغيره أذهبُ إليه . ويجوز أن يذهب إليه فى المشروعية

والاستحباب ، دون الإيجاب ، كما ذهب إلى ذلك غيره . وقد دل عليـه قوله فى رواية مهنا : أعجب إلىّ التسليمتان . ولأن عائشة ، وسلمة بن الأكوع ، وسهل بن سعد قد رووا : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يسلم تسليمةً واحدة » وكان المهاجرون يسلّمون تسليمةً واحدة . ففيما ذكرناه أجمع بين الأخبار وأقوال الصحابة رضى الله عنهم فى أن يكون المشروع والمسنون تسليمتين ، والواجب واحدة .

وقـد دل على صحـة هـذا : الإجماع الذى حـكاه ابن المنذر ، فلا مَعْدِل عنه . وفعـل النبى صلى الله عليه وسلم يُحمل على المشروعية والسنَّة . فإن أكثر أفعال النبى ﷺ فى الصـلاة مسنونة غير واجبة[1] ، فلا يمتنع حمل فعله لهذه التسليمة على السنَّـة عند قيام الدليل عليها ، والله أعـلم . ولأن التسليمة الواحـدة يخرج بهـا من الصلاة ، فلم يجب عليه شىء آخر فيها . ولأن هذه صلاة ، فتُجزئه فيها تسليمةٌ واحـدة ، ولأن هـذه واحدةٌ كصلاة الجنازة والنافلة .

وأما قوله فى حديث جابر : « إنّما يَكْفِى أَحَدَكُمْ » فإنه يعنى فى إصـابة السنَّة ، بدليـل أنه قال : « أن يضع يده على فخذه ، ثم يسلم على أخيه عن يمينه وشماله » وكل هذا غير واجب .

وهذا الخلاف الذى ذكرناه فى الصلاة المفروضة .

أما صلاة الجنازة والنافلة وسجود التـلاوة : فلا خلاف فى أنه يخرج منهـا بتسليمة واحـدة . وقال القاضى : هذا رواية واحدة ، نص عليه أحمدُ فى صلاة الجنازة ، وسجود التلاوة ، لأنّ أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم لم يسلِّموا فى صلاة الجنازة إلاّ تسليمةً واحدة ، والله أعلم .

فصـــل

والسنَّة أن يقول : السلام عليكم ورحمـة الله ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يسـلم كذلك ، فى رواية ابن مسعود ، وجابر بن سمرة وغيرهما . وقد رَوى وائل بن حجر قال : « صلَّيت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فـكان يسلِّم عن يمينه : السلام عليـكم ورحمـه الله وبركاته ــ وعن شمـاله ــ السلام عليـكم ورحمـة الله وبركاته ، رواه أبو داود . وإن قال ذلك فحسن ، والأول أحسن ، لأن رواته أكثر ، وطرقه أصحّ .

فإن قال : السلام عليـكم ولم يزد ، فظاهر كلام أحمد : أنه يُجزئه ، نص عليه أحمد فى صلاة الجنازة ، وهو مذهب الشافعىّ . لأن النبى ﷺ قال : « تحليلهـا التسليم » والتحليل : يحصل بهذا القول . وقـد رُوى عن سعد قال : « كنت أَرَى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلِّم عن يمينه وشماله ، حتى أرى بياض

---

(١) يمكن حمل كلام ابن قدامة على أن الأفعال المسنونة فى الصلاة أكثر من الواجبـة ، فإن رفع اليدين ودعاء الافتتاح وقراءة السورة أو غيرها بعد الفاتحة ، تزيد فى جملتها على الأركان . على أن تشمل الأفعال الأقوال ، بمعنى أنها أفعال لسانية .

خده : السلامُ عليكم ، ورحمة الله ، السلام عليكم ، ورحمة الله » رواه أبو داود . ورَوى عبد الله بن زيد نحوه عن رسول الله ﷺ . وعن عليّ رضى الله عنه : « أنه كانَ يُسلّم عن يمينه ، وعن يساره : السلامُ عليكم ، السلام عليكم » رواهما سعيد ، ولأن ذكر الرحمة تكرير للثناء ، فلم يجب ، كقوله : وبركاتُه . وقال ابن عقيل : الأصح أنه لايُجزئه ، لأن الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : « السلام عليكم ورحمة الله » ولأنه سلام فى الصلاة ورد مقروناً بالرحمة ، فلم يَجُز بدونها ، كالتسليم على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد .

فصـــل

فإن نَكَّس السلام فقال : عليكم السلام ، لم يُجْزه . قال القاضى : فيه وجه آخر : أنه يُجزىء ، وهو قول الشافعىّ . لأن المقصود يحصُل ، وليس هو بقرآن يُعتبر فيه النظم .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قاله مُرَتّباً ، وأمر به كذلك . قال لأبى تميمة : « لاتَقُلْ عليكَ السلامُ ، فإنّ عليك السلامُ تَحِيَّةُ المَوْتَى » رواه أحمد فى المسند ، ولأنه ذِكْرٌ يُؤْتَى به فى أحد طَرَفَيِ الصلاة ، فلم يَجُز مُنَكَّساً كالتكبير .

فصـــل

فإن قال : سلام عليكم بالتنوين ، فهل يُجزئه ؟ فيه وجهان :

(أحدها) يُجزئه : وهو مذهب الشافعىّ لأن التنوين قام مقام الألف واللام ، ولأن أكثر ماورد فى القرآن من السلام بغير ألف ولام . كقوله تعالى : (١٣ : ٢٦ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ بِمَا صَبَرْتُمْ) ، وقوله : (١٦ :٣٢ يَقُولُونَ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ) وقوله : (٣٩ : ٧٣ وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا سَلَامٌ عَلَيْكُمْ) ، ولأنّا أجزنا التشهد بتشهد ابن عباس وأبى موسى ، وفيهما : « سَلَامٌ عَلَيْكَ » بغير ألف ولام ، والتسليمتان واحد .

(والآخر) لايُجزىء : لأنه يُغيِّر صيغته ، ويُخِلّ بالألف واللام المقتضية للاستغراق ، فلا يقوم التنوين مقامها ، كما فى التكبير . قال أبو الحسن الآمدىّ : لافرق بين التنوين وعدمه ، لأن حذف التنوين لايُخِلّ بالمعنى ، بدليل مالو وقف عليه .

فصـــل

ويسنُّ أن يلتفت عن يمينه فى التسليمة الأولى ، وعن يساره فى الثانية ، كما جاءت السنّة . قال ابن مسعود : « رأيتُ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم يسلم حتى يرى بياض خده عن يمينه ، وعن يساره » ، ويكون التفاته فى الثانية أوفى . لما رَوَى يحيى بن محمد بن صاعد بإسناده عن عَمّار ، عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه كان يسلم عن يمينه حتى يُرى بياض خده الأيمن ، وإذا سلم عن يساره يرى بياض خده

الأيمن ، والأيسر » ، ورواه أبو بكر بإسناده عن ابن مسعود . وقال عبد الله بن أحمد : قال أبى : ثبت عندنا من غير وجه عن النبى صلى الله عليه وسلم : « كان يسلم عن يمينه ، وعن يساره حتى يرى بياض خديه » . قال ابن عقيل : يبتدىء بقوله : السلام عليكم إلى القبلة ، ثم يلتفت قائلا : ورحمة الله عن يمينه ويساره ، لقول عائشة : « كان النبى صلى الله عليه وسلم ، يسلم تلقاء وجهه » معناه ابتداء السلام ، ورحمة الله يكون فى حال التفاته .

فصل

وقد رُوى عن أحمد رحمه الله : أنه يجهر بالتسليمة الأولى ، وتكون الثانية أخفَى من الأولى ، يعنى بذلك فى حق الإمام . قال صالح بن علىّ : سُئل أحمد أى التسليمتين أرفع ؟ قال : الأولى . وفى لفظٍ قال : قال أبو عبد الله : التسليمةُ الأولى أرفع من الأخرى . قال القاضى أبو الحسين : واختار هذه الرواية أبو بكر الخلاّل ، وأبو حفص العكبرىّ ، وحمل أحمدُ حديث عائشة : أنه كان يُسلِّم تسليمةً واحدةً على أنه كان يجهرُ بواحدة ، فتُسمع منه .

والمعنى فى ذلك : أن الجهر فى غير القراءة إنما شُرع للإعلام بالانتقال من ركن إلى ركن ، وقد حصل العلم بالجهر بالتسليمة الأولى ، فلا يُشرع الجهر بغيرها . وكان ابن حامد يُخفى الأولى ويجهرُ بالثانية ، لئلا يَسْبِقَهُ المأمومون بالسلام .

فصل

وقد رَوَى أبو داود والترمذىّ بإسنادهما عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « حَذْفُ السَّلاَمِ سُنَّةٌ » . قال ابن المبارك : معناه : أن لا يمده مداً . قال أحمد : هذا حديث حسن صحيح . وهذا الذى يَسْتَحِبُّهُ أهلُ العلم . قال إبراهيم النخعىّ : التكبير جزم ، والسلام جزم . وقد رُوى : أن معنى هذا الحديث إخفاء التسليمة الثانية ، والصحيح الأول ، لأن الحذف إسقاط بعض الشىء ، والجزم قطع له ، فيتفق معناها ، والإخفاء بخلافه . ويختص ببعض السلام دون جملته . قال أحمد بن أثرم : سمعت أبا عبد الله أحمد بن حنبل يقول : حذفُ السلام سنَّة : هو أن لا يُطَوِّلَ به صوته ، وطوّل أبو عبد الله صوته[1] .

فصل

وينوى بسلامه الخروج من الصلاة . فإن لم ينو . فقال ابن حامد : تبطل صلاته ، وهو ظاهر نص الشافعىّ ، لأنه نطقٌ فى أحد طرفَىِ الصلاة ، فاعتُبِرت له النية كالتكبير . والمنصوص عن أحمد رحمه الله : أنه لا تبطل صلاته ، وهو الصحيح ، لأن نية الصلاة قد شملت جميعَ الصلاة ، والسلامُ من جملتها . ولأنه

(١) يعنى طوله بمثل الممنوع ، لا أنه طوله فى تسليمه فى الصلاة .

لو وجبت النيـة فى السلام لوجب تعينُها كتـكبيرة الإحرام . ولأنهـا عبادة ، فلم تجب النية للخروج منها كسائر العبادات . وقيـاسُ الطرف الأخير على الطرف الأول : غـير صحيح ، فإن النية اعتُبرت فى الطرف الأول ، لينْسَحب حكمُهَا ، على بقيـة الأجزاء بخـلاف الأخير . ولذلك أُفْرِقَ الطرفان فى سائر العبادات . قال بعض أصحابنا : ينوى بالتسليمتين معاً الخروجَ من الصلاة فإن نوى مع ذلك الرد على الملـكين وعلى من خلفه إن كان إماماً . أو على الإمام ومن معه إن كان مأموماً ، فلا بأس ، نص عليه أحمـد . فقال : يسلم فى الصـلاة وينوى فى سلامه الردَّ على الإمام . لمـا رَوى مُسلم عن جابر بن سمرة قال : « كُنَّا إذا صَلَّيْنَا معَ النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، فَـكُنَّا إذا سَلَّمنَا : السلامُ عليـكم السلامُ عليـكم ، فنظر إلينا رسول الله ﷺ فقال : ماشأنُـكم تُشيرون بأيديكم كأنها أذنابُ خَيْلٍ شُمْسٍ[1] ؟ ! إذا سَلَّمَ أَحَدُكم فَلْيَلْتَفِتْ إلى صَاحِبِهِ ، ولا يُومِيء بِيَدِهِ » وفى لفظ : « إنمـا يَـكْفِى أحدكم أن يضعَ يده على فخـذه ، ثم يسلم على أخيه من على يمينه ، وشماله » وروى أبو داود قال : « أمَرَنا النبى ﷺ أن نَرُدَّ على الإمام ، وأن يُسَلِّمَ بعضُنَا على بعضٍ » وهـذا يدل على أنه يسن أن ينوى بسلامه على من معـه من المصلِّين ، وهو مذهب الشافعىّ ، وأبى حنيفة . وقال أبو حفص بن المسلم من أصحابنـا : ينوى بالأولى الخروج من الصـلاة ، وينوى بالثانية السلام على الحفظة والمأمومين ، إن كان إماماً ، والرد على الإمام والحفظة إن كان مأموماً . وقال ابن حامد : إن نوى ذلك فى السـلام مع نية الخروج من الصلاة ، فهل تبطل صلاته ؟ على وجهين . والصحيح ماذكرناه . فإن أحمد رحمـه الله ، قال فى رواية يعقوب : يُسلِّم للصـلاة ، وينوى فى سلامه الردَّ على الإمام . رواها أبو بـكر الخـلاّل فى كتابه . وقال فى رواية إسحاق بن هانى : إذا نوى بتسليمه الرد على الحفظـة أجزأه . وقال أيضـاً : ينوى بسـلامه الخروج من الصـلاة . قيل له : فإن نوى الملـكين من خلفه ؟ قال : لا بأس ، والخروجَ من الصـلاة نختـار . وقد ذكرنا من الحـديث مايدلّ على مشروعية ذلك ، والله أعلم .

فصـــــل

ويستحب ذكر الله والدعاء عقيبَ سلامه ، ويستحبُّ من ذلك ماورد به الأثر ، مثل ماروى المغيرة قال : « كان النبى ﷺ يقول فى دُبُرِ كلِّ صلاَةٍ مكتوبةٍ : لا إله إلا اللهُ وحدَهُ لاشَرِيكَ له ، لهُ المُلْكُ وله الحمْدُ ، وهو على كلِّ شيء قدير ، اللهمَّ لامانع لمـا أعطيت ، ولا معطىَ لمـا منعت ، ولا ينفع ذا الجْد منك الجـد » متفق عليه . وقال ثوبان : « كان رسـول الله ﷺ إذا انصرف من صـلاته استغفر ثلاثاً

---

(١) شمس : جمع شامس أو شموس ، بفتح الشين ، وهو الفرس الجموح الذى لايستطيع ركوبه أحد ، لشراسته ، والفرس الشموس يـكون ذيله مرفوعاً ، فشبه النبى صلى الله عليه وسلم أيدى الصحابة التى يشيرون بها عند السلام بأذناب الخيل الشمس . وهذا الشبيه تقبيح للإشارة باليد عند السلام ليمتنعوا عنها .

وقال : اللهمّ أنتَ السلامُ ومنكَ السَّلامُ ، تباركْتَ ياذَا الجَلالِ والإكرامِ » . قال الأوزاعيّ : « يقول : أستغفرُ اللهَ أستغفرُ اللهَ » رواه مسلم . وقال أبو هريرة : « جاء الْفقَرَاءُ إلى رسول الله ﷺ فقالوا : ذَهَبَ أَهْلُ الدُّثُورِ(١) مِنَ الْأَمْوَالِ بالدَّرَجَاتِ الْعُلَى ، وَالنَّعِيمِ الْمُقِيمِ ، يُصَلُّونَ كما نُصَلِّى ، وَيَصُومُونَ كما نَصُومُ ، وَلَهُمْ فَضْلُ أَمْوَالِهِمْ ، يَحُجُّونَ بِهَا ، وَيَعْتَمِرُونَ ، وَيَتَصَدَّقُونَ ؟ فقال : أَلاَ أُحَدِّثُكُمْ بِحَدِيثٍ إِنْ أَخَذْتُمْ بِهِ أَدْرَكْتُمْ مَنْ سَبَقَكُمْ وَلَمْ يُدْرِكْكُمْ أَحَدٌ بَعْدَكُمْ ، وَكُنْتُمْ خَيْرَ مَنْ أَنْتُمْ بَيْنَ ظَهْرَانَيْهِمْ إِلاَّ مَنْ عَمِلَ مِثْلَهُ ؟ تُسَبِّحُونَ وَتَحْمَدُونَ ، وَتُكَبِّرُونَ خَلْفَ كُلِّ صَلاَةٍ ثلاثاً ، وَثَلاَثِينَ . فَاخْتَلَفْنَا بَيْنَنَا ، فقال بعضُنَا : نُسَبِّحُ ثلاثاً وثلاثين ، ونحمد ثلاثاً وثلاثين ، ونكبّر أربعاً وثلاثين . فرجعتُ إليه فقال : يقول : سُبْحَانَ اللهِ والحمدُ للهِ ، واللهُ أكبرُ ، حتى يكون منهن كُلِّهِنَّ ثلاثٌ وَثَلاَثُونَ » قال فى رواية أبى داود : « يقول هكذا ولا يقطعه : سبحان الله ، والحمدُ لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر » ، فإن عدل إلى غيره جاز . لأنه قد روى عن النبى ﷺ غيرُه . رواه البخارى . وروى مسلم ، والنسائىّ عن عبد الله بن الزبير « أنه حَدَّثَ على المنبر قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لاَ إِلَهَ إلا اللهُ وَحْدَهُ لاَ شَرِيكَ لَهُ ، لَهُ الملكُ وَلَهُ الحمدُ وَهُوَ على كلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ لا حَوْلَ وَلاَ قُوَّةَ إِلاَّ بِاللهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ ، لا إلهَ إلاّ اللهُ وَلا نَعْبُدُ إلاَّ إِيَّاهُ ، له النعمةُ والفضلُ ، والثناء الْحَسنُ الجميل ، لاَ إِلَهَ إلا اللهُ ، مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ . وكان رسول الله ﷺ يُهَلِّلُ بِهِنَّ فى دُبُرِ الصَّلاَةِ » وعن سعد : « أنه كان يُعَلِّمُ بنيه هَؤُلاَءِ الكَلماتِ . ويقول : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوَّذُ بها دُبُرَ كلِّ صلاة : اللهمَّ إِنِّى أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْجُبْنِ ، وَأَعُوذُ بِكَ من الْبُخْلِ وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ أَنْ أُرَدَّ إِلَى أَرْذَلِ الْعُمُرِ ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ فِتْنَةِ الدُّنْيَا وَعَذَابِ الْقَبْرِ » من الصحاح . قال ابن عباس : « إِنَّ رَفْعَ الصوت بالذِّكر حين ينصرفُ الناس من المكتوبة كان على عهد رسول الله ﷺ ، فقال ابن عباس : كنتُ أعلمُ إذا انصرفوا بذلك إذا سَمِعْتُهُ » رواه البخارى ومسلم .

فصل

إذا كان مع الإمام رجال ونساء ، فالمستحبُّ أن يَثْبُتَ هو والرجالُ بقدر مايرى أنهنَّ قد انصرفْنَ ويَقُمْنَ هُنَّ عقيبَ تسليمه . قالت أمُّ سَلمة « إنَّ النساء فى عهد رسول الله ﷺ كنَّ إذا سلَّم من المكتوبة قُمْنَ ، وثبتَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ، ومن صلَّى من الرجال ماشاء الله ، فإذا قام رسول الله ﷺ قام الرجال ـ قال الزهريّ ـ فنرى والله أعلمُ ، لكى يَبْعُد من ينصرفُ من النساء » رواه البخارى ، ولأن

(١) الدثور : جمع دثر ، بفتح الدال وسكون الثاء وهو المال الكثير ، والأموال الكثيرة المختلفة .

الإخلال بذلك من أحدهما يُفضى إلى اختلاط الرجال بالنساء . فإن لم يكن معه نساء فلا يستحبُّ له إطالةُ الجلوس . لما روت عائشةُ رضى الله عنها قالت : « كانَ رسول الله ﷺ إذا سلَّمَ لم يَقعُدْ إلا مقدار مايقول : اللهمَّ أنتَ السّلامُ ومنكَ السّلامُ ، تباركتَ ياذا الجَلالِ وَالإِكْرامِ » رواه ابن ماجه . وعن البراء قال : رَمَقْتُ رَسُولَ الله ﷺ ، فوجدتُ قِيامَهُ فَرَكْعَتَهُ ، فاعْتِدالَهُ بَعْدَ رُكُوعه ، فَسَجْدَتَهُ فَجَلْسَتَهُ بَيْنَ السَّجْدَتَيْنِ ، فَجَلْسَتَهُ بَيْنَ التَّسْليمِ للانْصِرافِ قَرِيباً مِنَ السَّواء » فإن لم يقم فالمستحبّ أن ينحرف عن قبلته ، ولايلبثُ مُستقبلَ القبلة ، لأنه ربما أفضى به الشك ، هل فرغ من صلاته أو لا ؟

وقد روى البخارى بإسناده عن سَمُرة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إِذَا صَلَّى صَلاَةً أَقْبَلَ عَلَيْنَا بِوَجْهِهِ » وعن يزيد بن الأسود قال : «صَلَّيْتُ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ الفَجْرَ فَلَمَّا سَلَّمَ انْحَرفَ» . وعن عليّ : « أنه صَلَّى بِقَوْمٍ الْعَصْرَ ، ثُمَّ أَسْنَدَ ظَهْرَهُ إِلَى الْقِبْلَةِ فَاسْتَقْبَلَ الْقَوْمَ » . وقال سعيد بن المُسيّب : لأن يجلس الرجل على رَضْفَةٍ[1] خير له من أن يجلس مستقبل القبلة حين يُسلم ولا ينحرف . وقال إبراهيمُ : إذا سلم الإمام ، ثم استقبل القبلة فاحصبوه . قال الأثرم : رأيتُ أبا عبد الله إذا سلّم يلتفتُ ويتربَّع . وقال أبو داود : ورأيته إذا كان إماماً ، فسلّم انحرفَ عن يمينه . وروى مسلم ، وأبو داود فى السنن ، عن جابر بن سَمُرة قال : « كان النبيُّ صلى الله عليه وسلم إذا صَلّى الْفَجْرَ يَتَرَبَّعُ فِي مَجْلِسِهِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ حَسْنَاءَ » ، ولفظ مسلم : « مُصَلاّه » وسئل أحمدُ عن تفسير حديث النبى ﷺ : « كان لاَيَجْلِسُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ إِلاَّ قَدْرَ مايقولُ : اللَّهُمَّ أَنْتَ السلامُ » ، يعنى فى مقعده حتى ينحرف ، قال : لاأدرى . ورَوَى الأثرمُ هذه الأحاديث التى ذكرناها .

ويُستحبُّ للمأمومين أن لايثبُوا قبل الإمام لئلا يذكر سهواً فيَسْجُدَ . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « إِنى إِمامُكُمْ ، فلا تُبادِرُونِي بالرُّكوع ، ولا بالسُّجُودِ ، ولا بِالْقِيامِ ، ولا بالانْصِرافِ » ، رواه مسلم ، والنسائىّ . ولفظ مسلم : « فلا تَسْبِقُونِي » فإن خالف الإمامُ السنّة فى إطالة الجلوس مُستقبلَ القبلة ، أو انحرف ، فلا بأس أن يقوم المأموم ويدَعَهُ .

فصـــل

وينصرفُ حيث شاء عن يمين ، وشمال ، لقول ابن مسعود : « لاَيَجْعَلْ أَحَدُكُمْ لِلشَّيْطَانِ حَظًّا مِنْ صَلاَتِهِ، يَرَى حَقًّا عَلَيْهِ أَلاَّ يَنْصَرِفَ إِلاَّ عَنْ يَمِينِهِ . لَقَدْ رَأَيْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم كثيراً مَايَنْصَرِفُ عَنْ شِمَالِهِ » رواه مسلم . وعن قبيصةَ بن هُلْب ، عن أبيه : « أَنَّهُ صَلَّى مع النبى ﷺ فكان

(١) الرضفة : قطعة الجمر المحماة فى النار ، وهى بسكون الضاد ، ويجوز فتحها .

يَنْصَرِفُ عن شِقَّيْهِ »[1] رواهما أبو داود ، وابن ماجه .

فصـــل

قال أحمد : لا يتطوّع الإمام فى مكانه الذى صلّى فيه المكتوبة . كذا قال علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه . قال أحمد : ومن صلى وراء الإمام فلا بأس أن يتطوّع مكانه ، فعل ذلك ابن عمر . وبهـذا قال إسحاق . وروى أبو بكر حديث علىّ بإسناده . وبإسناده عن المغيرة بن شعبة : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يَتَطَوَّعُ الْإِمَامُ فِى مَقَامِهِ الَّذِى يُصَلِّى فِيهِ بِالنَّاسِ » .

« مسألة » قال ﴿ والرجـلُ والمرأة فى ذلك سواء ، إلا أن المرأة تجمعُ نفسها فى الركوع والسجود ، وتجلس مُتربّعة ، أو تُسدل رجليها ، فتجعلهما فى جانب يمينها ﴾ .

الأصل : أن يثبُت فى حقّ المرأة من أحـكام الصلاة ماثبَت للرجال ، لأن الخطاب يَشملُها ، غير أنها خالفته فى ترك التجافى ، لأنهـا عَوْرَةٌ ، فاستُحِبَّ لها جمـعُ نفسها ، ليكون أستر لها . فإنه لا يُؤْمَنُ أن يبدوَ منها شىء حال التجافى ، وذلك فى الافتراش . قال أحمدُ : والسَّدْلُ أعجب إلىّ ، واختاره الخـلاّل . قال علىّ رضى الله عنـه : إذا صلّت المرأةُ فلْتَحْتَفِزْ[2] وَلِتَضُمّ فَخِذَيْهـا . وعن ابن عمر رضى الله عنهما : أنه كان يأمر النساء أن يتربّعن فى الصلاة .

« مسألة » قال ﴿ والمأموم إذا سمع قراءة الإمام فلا يقرأ بالحمد ، ولا بغيرها ﴾ .

لقول الله تعـالى (٧ : ٢٠٤ وإذَا قُرِىءَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ) . ولـما رَوى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبىّ ﷺ قال : « مَالِىَ أُنَازَعُ[3] الْقُرْآنَ ؟ » قال : فانتهى الناسُ أن يقرءوا فيما جَهَرَ فيه النبىُّ صلى الله عليه وسلم) .

وجملة ذلك : أن المأموم إذا كان يسمع قراءة الإمام لم تجب عليه القراءة ولا تُستحبُّ عند إمامنا[4] ، والزهرىّ ، ومالك ، وابن عيينة ، وابن المُبارك ، وإسحاق ، وأحد قولى الشافعىّ . ونحوُه عن سعيد بن المسيب ، وعروة بن الزبير ، وأبى سلمـة بن عبد الرحمن ، وسعيد بن جبير ، وجماعة من السلف ، والقول الآخر للشافعىّ : يقرأ فيما جهر فيـه الإمام ، ونحوه ، عن الليث ، والأوزاعىّ ، وابن عون ، ومكحول ،

---

(١) شقيه : ناحيتيه من اليمين والشمال .

(٢) تحتفز : تستحث نفسها وتجتهد .

(٣) أنازع القرآن ، يقرأ المأمومون معى عند ماأقرأ ، كأنهم ينازعوننى القرآن .

(٤) الراجح أنه يجب عليه القراءة لقوله عليه الصلاة والسلام «لاصلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب» . وقد قال بعض العلماء بإيجاب قراءة الفاتحة على المأموم حتى إنهم قالوا : لاتحسب الركعة للمأموم الذى أدرك الإمام راكعاً ، لأنه لم يقرأ بفاتحة الكتاب والواقع أن أحاديث قراءة الفاتحة لكل مصل صحيحة وقوية جداً .

وأبى ثور ، لعموم قوله عليه السلام : « لَاصَلاَةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ » متفق عليه . وعن عبادة بن الصامت قال : « كُنَّا خَلْفَ رَسُولِ اللهِ ﷺ فى صلاةِ الْفَجْرِ ، فقرأ ، فثقلَتْ عليـه القراءةُ . فلمـا فرغ قال : لَعَلَّـكُمْ تَقْرَءُونَ خَلْفَ إِمَامِكُمْ ؟ قلنا : نَعَم ، يارسول الله ، قال : لا تَفْعَـلُوا إلاَّ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ ، فإنَّهُ لاَصَلاَةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِهَا » ، رواه الأثرم ، وأبو داود . ورُوى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ صَـلَّى صَلاَةً لم يَقْرَأْ فِيهَا بِأُمِّ الْقُرْآنِ فَهِيَ خِدَاجٌ ، فَهِيَ خِـدَاجٌ ، فهى خِدَاجٌ : غـيرُ تمـامٍ . قال : فقلت : يأبا هريرة ، إنى أكونُ أحياناً وراء الإمام ؟ قال : فغمز ذراعى ، وقال : اقْرَأْ بها فى نَفْسِكَ يا فَارِسِىّ » ، رواه مسلم ، وأبو داود . ولأنه ركن فى الصـلاة ، فلم يسقُط عن المأموم كالركوع . ولأن من لزمه القيامُ لزمته القراءة مع القدرة كالإمام والمنفرد .

ولنـا : قول الله تعـالى (٧ : ٢٠٤ وَإِذَا قُرِىءَ الْقُرْآنُ فاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا لَعَلَّـكُمْ تُرْحَمُونَ) . قال أحمد : فالناس على أن هذا فى الصلاة . وعن سعيد بن المسيّب والحسن ، وإبراهيم ، ومحمد بن كعب ، والزهرىّ : أنها نزلت فى شأن الصَّلاة . وقال زيد بن أسلم ، وأبو العالية : كانوا يقرأون خلف الإمام ، فنزلت (وَإِذَا قُرِىءَ القُرْآنُ فاسْتَمِعُوا لَهُ وأَنْصِتُوا لَعَلَّـكُمْ تُرْحَمُونَ) وقال أحمد فى رواية أبى داود : أجمعَ الناسُ على أن هذه الآية فى الصلاة . ولأنه عامٌّ فيتناول فى عمومه الصلاة . وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : « إِنَّمـا جُعِلَ الإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ ، فإِذَا كَبَّرَ فَـكَبِّرُوا ، وإِذَا قَرَأَ فَأَنْصِتُوا » رواه مسلم . والحديث الذى رواه الخِرَقىّ رواه مالك عن ابن شهاب ، عن ابن أُكَيْمة الليثىّ عن أبى هريرة « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم انْصَرَفَ مِنْ صَلاَةٍ فقال : هَلْ قَرَأَ مَعِى أَحَدٌ مِنْـكُمْ ؟ فقـال رجل : نعم يارسول الله ، قال : مالِى أُنَازَعُ الْقُرْآنَ » فانتهى الناس[1] عن القراءة مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما جهر فيه من الصلوات حين سمعوا من رسول الله ﷺ أخرجه مالك فى الموطأ ، وأبو داود ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن . ورواه الدارقطنىّ بلفظ آخرَ ، قال : « صَلَّى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم صَلاَةً فَلَمَّـا قَضَاهَا قال : هَـلْ قَرَأَ أَحَـدٌ مِنْـكُمْ بِشَيْءٍ مِنَ الْقُرْآنِ ؟ فقـالَ رجـلٌ من القوم : أنا يارسولَ اللهِ ، فقـال : فإنى أقول : مَالِى أُنَازَعُ الْقُرْآنَ ؟ إِذَا أَسْرَرْتُ بِقِرَاءَتِى ، فَاقْرَءُوا ، وإِذَا جَهَرْتُ بِقِرَاءَتِى فلا يَقْرَأَنَّ مَعِى أَحَدٌ » .

وأيضاً فإنه إجماع ، قال أحمدُ : ماسمعنا أحـداً من أهل الإسلام يقول : إن الإمام إذا جهر بالقراءة لاتُجزىء صـلاةُ من خلفه إذا لم يقرأ . وقال هذا النبىّ صلى الله عليه وسـلم وأصحابه والتابعون ، وهـذا مالك فى أهل الحجاز ، وهـذا الثورىّ فى أهل العراق ، وهذا الأوزاعىّ فى أهـل الشام ، وهـذا الليث

(١) قوله فانتهى الناس الخ من كلام ابن شهاب الزهرى قاله الحافظ ابن حجر .

فى أهل مصر ، ماقالوا لرجل صلَّى وقرأ إمامُه ولم يقـرأ هو : صلاتُك باطلة ، ولأنهـا قراءة لاتجب على المسبوق، فلم تجب على غيره كالسورة .

فأما حديث عبادة الصحيح فهو محمول على غير المأموم وكذلك حديث أبى هريرة . وقد جاء مصرّحاً به ، رواه الخلاّل بإسناده عن جابر أن النبىَّ ﷺ قال : « كُلُّ صَلاَةٍ لا يُقْرَأُ فِيهَا بِأُمِّ الْقُرْآنِ فَهِيَ خِدَاجٌ ، إلاّ أَنْ تَكُونَ وَرَاءَ الإمامِ » . وقد رُوِى أيضاً موقوفاً عن جابر .

وقول أبى هريرة : « اقْرَأْ بِهَا فِى نَفْسِكَ » من كلامه . وقد خالفه جابر ، وابن الزبـير وغـيرهما ، ثم يحتمل أنه أراد : اقرأ بها فى سكَتَاتِ الإمام ، أوفى حال إسراره ، فإنه يُروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا قَرَأَ الإمَامُ فَأَنْصِتُوا » .

والحديث الآخر ، وحديث عبادة الآخرُ ، فلم يروه غير ابن إسحاق . كذلك قاله الإمام أحمد . وقد رواه أبو داود عن مكحول ، عن نافع بن محمود بن الربيع ، الأنصاريّ وهو أدنى حالا من ابن إسحاق . فإنه غيرُ معروف من أهل الحديث وقياسهم يَبْطُلُ بالمسبوق .

فصـــل

قال أبو داود : قيـل لأحمد رحمه الله : فإنه — يعـنى المأموم — قرأ بفاتحة الـكتاب ، ثم سمع قراءة الإمام ؟ قال : يقطع إذا سمع قراءة الإمام ويُنصِتُ للقراءة . وإنما قال ذلك اتِّباعاً لقول الله تعالى : (وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا) ولقول النبى صلى الله عليه وسلم : « وَإِذَا قَرَأَ فَأَنْصِتُوا » .

فصـــل

وهل يستفتحُ المأموم ويستعيذ ؟ يُنظر : إن كان فى حقه قراءة مسنونة ، وهو فى الصلوات التى يُسِرُّ فيها الإمام ، أو التى له فيها سكتات يمكن فيها القراءة ، استفتحَ المأمومُ واستعاذَ ، وإن لم يسكت أصلا . فلا يَستفتحُ ولا يستعيذ ، وإن سكت قدراً يتَّسع للافتتاح فحسب ، استفتح ولم يستعِذْ . قال ابن منصور ، قلت لأحمـد : سُئِلَ سفيانُ : أيستعيذ الإنسان خلف الإمام ؟ قال : إنما يستعيذُ مَنْ يقرأ . قال أحمـد : صَدَق ، وقال أحمد أيضاً : إن كان ممن يقرأ خلف الإمام ، قال الله تعالى : (١٦ : ٩٨ فإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) . وذكر بعض أصحابنا : أن فيه روايةً أخرى : أنه يَستفتح ويستعيذ فى حال جهـر الإمام ، لأن سمـاعه لقراءة الإمام قام مقـام قراءته ، بخـلاف الاستفتـاح ، والاستعاذة ، والصحيح ما ذكرناه .

« مسألة » قال ﴿ الاستحبابُ : أن يقرأ فى سكتات الإمام ، وفيما لايجهرُ فيه ﴾ .

هـذا قول أكثر أهل العـلم . كان ابن مسعود ، وابن عمر ، وهشام بن عامر ، يقرءون وراء الإمام

فيما أسرَّ به . وقال ابن الزبير : إذا جهر فلا تقرأ . وإذا خافَتَ فاقرأ . ورُوِى معنى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ، والحسن ، والقاسم بن محمد ، ونافع بن جبير ، والحكم ، والزهرىّ . وقال أبو سَلَمة بن عبد الرحمن : للإمام سكتتان ، فاغتنموا فيهما القراءة بفاتحة الكتاب : إذا دخل فى الصلاة ، وإذا قال : ولاالضالِّينَ . وقال عُروة بن الزبير : أمَّا أنا فأغتنمُ من الإمام اثنتين : إذا قال : (غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلاَ الضَّالِّينَ) فأقرأُ عندها ، وحين يختم السورة فأقرأُ قبل أن يركع . وقال الثورىّ وابن عيينة ، وأبو حنيفة : لايقرأ المأموم بحال ، لما ذكرنا فى المسألة التى قبل هذه .

ولنا : قول النبى ﷺ : « فإِذَا أَسْرَرْتُ بِقِرَاءَتِى فَاقْرَءُوا » رواه الترمذىّ ، والدارقطنىّ . ولأن عموم الأخبار يقتضى القراءة فى حق كل مُصلٍّ ، نخصصناها بما ذكرناه من الأدلّة ، وهى مختصة بحالة الجهر . وفيما عداه يبقى على العموم ، وتخصيص حالة الجهر بامتناع الناس من القراءة فيها يدل على أنهم كانوا يقرءون فى غيرها . قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى : فى الإمام يقرأ وهو لايسمع : يقرأ ، قيل له : أليس قد قال الله تعالى : (إِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا) ؟! فقال : هذا إلى أى شىء يَسْتَمِعُ ؟

ويُسنُّ له قراءة السورة مع الفاتحة فى موضعها .

« مسألة » قال ﴿ فإن لم يفعل فصلاته تامّة ، لأن من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة ﴾ .

وجملة ذلك : أن القراءة غير واجبة على المأموم فيما جهر به الإمامُ ، ولا فيما أسرّ به ، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة . وبذلك قال الزهرىّ ، والثورىّ ، وابن عيينة ، ومالك ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . وقال الشافعىّ ، وداود : يجب ، لعموم قوله عليه السلام : « لاصَلاَةَ لمن لايقرأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ » غير أنه خُصَّ فى حال الجهر بالأمر بالإنصات ، ففيما عداه يبقى على العموم .

ولنا : مارَوَى الإمامُ أحمد عن وكيع ، عن سفيان ، عن موسى بن أبى عائشة ، عن عبدالله بن شدّاد قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ كان لَهُ إمَامٌ فَإِنَّ قِرَاءَةَ الإمامِ لَهُ قِرَاءَةٌ » ورواه الخلاّل بإسناده ، عن شعبة ، عن موسى مطوّلا . وأخبَرَناه أبو الفتح بن البطى ، فى حديث ابن البحترى ، بإسناده عن منصور ، عن موسى ، عن عبد الله بن شدّاد قال : « كان رجل يقرأ خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل رجل يومىء إليه أن لايقرأ . فأبى إلا أن يقرأ ، فلما قضى رسول الله ﷺ ، قال له الرجل : مالك تقرأ خلف الإمام ؟ فقال : مَالَكَ تَنْهَانِى أن أقرأ ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا كان لَكَ إِمَامٌ يَقْرَأُ ، فإِنَّ قِرَاءَتَهُ لَكَ قِرَاءَةٌ » وقد ذكرنا حديث جابر : « إلا ورَاءَ الْإِمَامِ » . وروى الخلاّل ، والدارقطنىّ عن النبىِّ ﷺ قال : « يَكْفِيكَ قِرَاءَةُ الْإِمَامِ ، خَافَتَ أَوْ جَهَرَ » ولأن القراءة لو كانت

واجبة عليه لم تسقط كبقية أركانها[1] .

فصـــــل

إذا قرأ بعض الفاتحة فى سكتة الإمام ثم قرأ الإمامُ فأنصت له ، ثم قرأ بقية الفاتحة فى السكتة الثانية ، فظاهر كلام أحمد : أن ذلك حسن . ولاتنقطع القراءة بسكوته لأنه سكوت مأمور به ، فلا يكون مبطلا كقراءته . ولأنه لو أبطلها لم يستفد فائدة ، فإنه لايقرأ فى الثانية زيادةً على ماقرأه فى الأولى .

فصـــــل

فإن لم يسمعه لبعد ، قرأ ، نُصَّ عليه . قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله رحمه الله : فيوم الجمعة ؟ قال : إذا لم يسمع قراءة الإمام ونغمته قرأ ، فإذا سمع فلينصت . قيل له : فالأطروش ؟ قال : لاأدرى ، فيحتمل أن يُشرع فى حقه القراءة ، لأنه لايَسمع . فلا يجب عليـه الإنصاتُ كالبعيد . ويحتمل أن لايقرأ كيلا يُخَلِّط على الإمام ، فإن سمع همهمته ولم يفهم ، فقال فى رواية الجماعة لايقرأ ، ونقل عنه : أنه يقرأ إذا سمع الحرف بعد الحرف .

« مسألة » قال ﴿ ويُسِرُّ القراءة في الظهر والعصر ، ويجهر بها فى الأوليين من المغرب والعشاء ، وفى الصبح كلها ﴾ .

الجهر فى مواضع الجهر ، والإسرار فى مواضع الإسرار : لاختلاف فى استحبابه .

والأصل فيه : فعل النبى ﷺ . وقد ثبت ذلك بنقل الخلف عن السلف ، فإن جهر فى موضع الإسرار أو أسرّ فى موضع الجهر ، ترك السنَّة ، وصحت صلاتُه . إلا أنه إن نسى فجهر فى موضع الإسرار ثم ذكر فى أثناء القراءة ، بنى على قراءته . وإن أسر فى موضـع الجهر ، ففيه روايتان ، إحـداهما : يمضى فى قراءته ، والثـانية : يعود فى قراءته على طريق الاختيار ، لا على طريق الوجوب ، إنما لم يعد إذا جهر لأنه أتى بزيادة . وإن خافت فى موضع الجهر أعاد ، لأنه أخل بصفة مستحبَّة فى القراءة ، يمكنه أن يأتِىَ بها ، وفوّت على المأمومين سماع القراءة .

فصـــــل

وهذا الجهر مشروع للإمام ، ولايشرع للمأموم بغير اختلاف . وذلك لأن المأموم مأمور بالإنصات للإمام والاستماع له ، بل قد منـع من القراءة لأجل ذلك . وأما المنفرد فظاهر كلام أحمـد أنه يُخـيّر . وكذلك من فاته بعض الصلاة فقام ليقضيه . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : رجل فاتته ركعة مع الإمام

---

(١) هذا الحديث عام فى نفى القراءة خلف الإمام سواء الفاتحة وغيرها ولكن حديث عبـادة بن الصامت خصص هذا العموم حيث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القراءة إلا بأم القرآن .

من المغرب أو العشاء ، فقام ليقضى : أيجهر أو يخافت ؟ قال : إن شاء جهر ، وإن شاء خافت . ثم قال : إنما الجهر للجماعة . وكذلك قال طاوس فيمن فاته بعض الصـلاة ، وهو قول الأوزاعىّ . ولا فرق بين القضاء والأداء . وقال الشافعىّ : يُسَن للمنفرد الجهر ، لأنه غير مأمور بالإنصات إلى أحد ، فأشبه الإمام .

ولنا : أنه لا يتحمـل القراءة عن غيره ، فأشـبه المأموم فى سـكتات الإمام . ويفارق الإمام ، فإنه يقصد إسماع المأمومين ، ويتحمل القراءة عنهم . وإلى هذا أشار أحمد فى قوله : إنما الجهر للجماعة .

فصـــل

فأما إن قضى الصلاة فى جماعة . فإن كانت صلاة نهار فقضاها بليل أسرّ ، لأنها صلاة نهـار ، فسُنَّ فيها الإسرار ، كما لو قضاها بنهار ، ولا أعلم فى هذا خلافاً . فإن كانت الفائتةُ صلاة جهر فقضاها فى ليل ، جهر فى ظاهر كلام أحمـد . وإن قضاها فى نهار ، فقال أحمد : إن شاء لم يجهر ، فيحتمل الإسرار ، وهو مذهب الأوزاعىّ والشافعىّ . لأن صـلاة النهـار عجماء . وروَى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « إذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَجْهَرُ بالْقِرَاءَةِ فى صَـلاَةِ النَّهـَارِ ، فارْجُمُوه بالْبَعْرِ » رواه أبو حفص بإسناده . وهـذه قد صارت صلاة نهار . ولأنها صلاة مفعولة بالنهار فأشبه الأداء فيه . ويحتمل أن يجهر فيها ليـكون القضاء على وفق الأداء ، وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور وابن المنذر . ولا فرق عند هؤلاء بين المنفرد والإمام .

« مسألة » قال ﴿ ويقرأ فى الصبح بطوال المفصَّل [1] ، وفى الظهر فى الركعة الأولى : بنحو الثلاثين آية ، وفى الثانيـة : بأيسر من ذلك ، وفى العصر : على النصف من ذلك ، وفى المغرب : بسـور آخر المُفَصّل ، وفى العشاء الآخرة : بوالشمس وضحاها ، وما أشبهها ﴾ .

وجملة ذلك : أن قراءة السورة بعد الفاتحة مسنون . ويُستحبّ أن يكون على الصفة التى بيَّن الخِرَقِىّ ، اقتداءً برسول الله ﷺ واتّباعاً لسنته . ففى حديث أبى برزة : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يقْرَأُ فى صَلاَةِ الْغَدَاةِ بالسِّتِّينَ إلَى الْمِائَة » متفق عليه . وعن جابر بن سَمُرة : « أن النبىّ ﷺ كان يقرأ فى الفجر بقاف ، والقرآن المجيد ، ونحوها ، فـكانت صلاته بَعْدُ إلى التخفيف » وقال قُطْبَةُ بن مالك : « سمعتُ النبىَّ ﷺ يقرأ فى الفجر : (والنَّخْلَ بَاسِقَاتٍ)» رواهما مسلم . وروى النسائىّ : « أنه قرأ فيها الروم » . وروى ابن ماجه عن عبد الله بن السائب قال « قرأ النبى صلى الله عليه وسلم فى صـلاة الصبح بالمؤمنين ، فلما أتى على ذكر عيسى أصـابته شَرْقَةٌ فركع » . وروى أبو داود وابن ماجهْ ، عن عمرو بن حُرَيث قال : « كأنّى أسمعُ صوت النبى ﷺ يقرأ فى صلاة الغداة : (فَلاَ أُقْسِمُ بِالْخُنَّسِ الْجَوَارِ) » .

---

(١) المفصل : من الحجرات إلى آخر القرآن على أصح الأقوال ، وقيل من الجاثية ، أو القتال ، أو قاف ، أو الصافات ، أو الصف ، أو تبارك ، أو الفتح .

فأما صلاة الظهر : فروى مسلم وأبو داود وابن ماجه عن أبي سعيد — يعني الْخُدْرِيّ — رضى الله عنه قال : « اجتمع ثلاثون من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : تعالَوْا حتَّى نَقِيسَ قراءَةَ رسولِ اللهِ ﷺ فيما لَمْ يَجْهَرْ فيه من الصلاة . فما اختلف منهم رجلانِ ، فقاسوا قراءته في الركعة الأولى من الظهر : بقدر ثلاثين آية . وفي الركعة الأخرى : قدرَ النصف من ذلك . وقاسوا ذلك في العصر : على قدر النصف من الركعتين الأُخْرَيَيْنِ من الظهر » هذا لفظ ابن ماجه . ولفظ أبي داود «حَزَرْنَا[1] قيامه في الركعتين الأوليين من الظهر قدرَ ثلاثين آيةً قدر (الم تَنزِيلُ) السجدة . وحَزَرْنا قيامه في الأخريين على النصف من ذلك . وحزرنا قيامه في الأوليين من العصر على قدر الأخريين من الظهر ، وحَزَرْنا قيامه في الأخريين من العصر على النصف من ذلك » . ولفظ مسلم كذلك ، ولم يقل قدر (آلم تَنزِيلُ) وقال : « والأخريين من العصر على قدر ذلك » . وعن جابر بن سمرة قال : « كان النبي صلى الله عليه وسلم يقرأ في الظهر بالليل إذا يغشى ، وفي العصر نحو ذلك ، وفي الصبح أطولَ من ذلك » وفي حديثٍ : « كان يقرأُ في الظهر بِسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى ، وفي الصبح أطولَ من ذلك » أخرجهما مسلم . وروى أبو داود عن جابر بن سمرة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في الظهر والعصر « وَالسَّمَاءِ ذَاتِ الْبُرُوجِ ، والسَّماءِ وَالطَّارِقِ وشِبْهِهِما » . فأما المغرب والعشاء فروى ابن ماجه عن ابن عمر قال : « كان النبي ﷺ يقرأ في المغرب : « قُلْ يَاأَيُّهَا الكَافِرُونَ ، وَقُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ » . وعن البراء « أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في العشاء بالتِّين والزَّيْتُونِ ، في السَّفَرِ » متفق عليه . وروى مسلم أن النبي ﷺ قال : « أَفَتَّانٌ أَنْتَ يَا مُعَاذ ؟ يكفيك أن تقرأ بالشمس وضحاها ، والضُّحَى واللَّيْلِ إِذَا سَجَى ، وَسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الأعْلَى » . وكتب عمر إلى أبي موسى : « أن اقرأ في الصبح بطوال المفصَّل ، واقرأ في الظهر بأواسط المُفَصَّل ، واقرأ في المغرب بقصار المُفَصَّل » رواه أبو حفص بإسناده .

« مسألة » قال ﴿ ومهما قرأ به بعد أُمِّ الكتاب في ذلك كلِّه ، أجزأه ﴾ .

قد ذكرنا أن قراءة السورة غير واجبة . فالتقدير أولى أن لا يجب . والأمر في هذا واسع . قد رُوى عن النبي ﷺ وأصحابه ، أنهم قرؤوا بأقلَّ من ذلك وأكثرَ . فقلت : إن النبي صلى الله عليه وسلم « قرأ في المغرب بالمُرْسَلات ، وقرأ فيها بالتِّين والزيتون » . وعن جبير بن مُطعم : « أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ في المغرب بالطُّورِ » متفق عليه . وقرأ فيها بالأعراف ، رواه زيد بن ثابت . وأخرجه أبو داود . وعن رجل من جُهَيْنة : « أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقرأ في الصبح : (إِذَا زُلْزِلَتْ) في الركعتين كِلْتَيْهِمَا . فلا أدرى أَنَسِيَ رسولُ الله ﷺ أم قرأ ذلك عمداً » رواه أبو داود ، وعنه : « أنه قرأ في الصبح بالمُعَوِّذتينِ » .

---

(١) حزرنا : قدرنا تقديراً مبنياً على الظن (خمنا) .

وكان عليه السلام يُطيل تارة ويقصُر أخرى بحسب الأحوال . وقد روينا أنه قال عليه السلام : « إِنِّى لَأَدْخُلُ فِى الصَّلَاةِ وَأَنَا أُرِيدُ أَنْ أُطِيلَهَا ، فَأَسْمَعُ بُكَاءَ الصَّبِىِّ ، فَأُخَفِّفُ مَخَافَةَ أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمِّهِ » .

فصـــــل

ويُستحبّ أن يطيل الركعة الأولى من كل صلاة ليلحقه القاصد للصلاة . وقال الشافعيّ : يـكون الأُولَيَان متساويَيْن . لحديث أبى سعيد : « حَزَرْنَا قِيامَ رسول الله ﷺ فى الركعتين الأولَيَيْن من الظهر قدر الثلاثين آيةً » ولأن الأخريَيْن يتساويان فكذلك الأوليان . ووافقنا أبو حنيفة فى الصبح ووافق الشافعيّ فى بقية الصلوات .

ولنا : ماروى أبو قتادة : « أن النبى ﷺ كان يقرأ فى الركعتين الأولَيَيْن من الظهر بفاتحة الكتاب ، وسورتين ، يُطوّل فى الأولى ويقصُر فى الثانية . ويُسمع الآية أحياناً . وكان يقرأ فى العصر فى الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورتين ، يطوّل فى الأولى ويقصُر فى الثانية ، وكان يُطوّل فى الركعة الأولى من صلاة الصبح ، ويقصُر فى الثانية » متفق عليه . وروى أبو داود هذا الحديث وفيه قال : « فظننا أنه يريد بذلك أن يدرك الناسُ الركعة الأولى » وعن عبد الله بن أبى أوفى : « أن النبى ﷺ كان يقوم فى الركعة الأولى من صلاة الظهر حتى لايُسْمعَ وقْعُ قدم » وحديث أبى سعيد قد رواه ابن ماجه « وفى الركعة الأخرى قدرَ النصف من ذلك » وهذا أولى ، لأنه يوافق الأحاديث الصحيحة . ثم لو قدّرنا التعارضَ كان تقديم حديث أبى قتادة أوْلى لأنه أصحّ . ويتضمن زيادة ، وهى ضبط التفريق بين الركعتين . قال أحمد رحمه الله : فى الإمام يُطوّل فى الثانية ، يعنى أكثر من الأولى : يقال له فى هذا تَعَلَّمْ . وقال أيضاً فى الإمام يقصُر فى الأولى ويطوّل فى الآخرة : لاينبغى هذا ، يقال له ويُؤمر[1] .

فصـــــل

قال فى رواية أبى طالب وإسحاق بن إبراهيم : لابأس بالسورة فى ركعتين وذلك لما رَوى زيد بن ثابت : « أن النبيَّ ﷺ قرأ فى المَغْرِب فى الركعتين بالأَعْرافِ » . وروى الخلاّل بإسناده عن عائشة رضى الله عنها : « أن النبيَّ ﷺ كان يَقْسِمُ الْبَقَرَةَ فى الرَّكْعَتَيْن » وبإسناده عن الزهرىّ قال : أخبرنى أنسٌ قال : « صلّى بنا أبو بكر رضى اللهُ عنه صلاةَ الفَجْر ، فافتتح سورةَ الْبَقرةِ ، فقرأ بها فى ركعتين . فلما سلّم قام إليه عمر ، فقال : مَا كِدْتَ تفرُغُ حتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ . قال : لو طَلَعَتْ لأَلْفَتْنَا غَيْرَ غَافِلِينَ » وقد « قرأ النبى ﷺ بسورة المؤمنين ، فلما أتى على ذكر عيسى[2] أخذته شَرْقَةٌ فركَعَ[3] » .

---

(١) ماعدا ثانية الجمعة عند الشافعى فيسن تطويلها ليدرك الجمعة أكثر عدد من مريدى الصلاة .

(٢) يريد بذكر عيسى قوله تعالى « وجعلنا ابن مريم وأمه آية وآويناهما إلى ربوة ذات قرار ومعين » الآية رقم ٥٠ من سورة المؤمنين » .

(٣) أخذته شرقة : شرق بريقه وغص به ، فآثر إنهاء القراءة وركع .

ولا بأس أيضاً بقراءة بعض السورة فى الركعة ، لما روينا من الأحاديث ، وهى تتضمن ذلك . وقد نص عليه أحمد . واحتج بما رواه بإسناده عن ابن أَبْزَى قال : « صَلَّيْتُ خلف عُمر ، فقرأ سورةَ يوسُفَ حتى إذا بلغ : (وابْيَضَّتْ عَيْنـاهُ مِنَ الْحُزْنِ) وَقَـعَ عَلَيْهِ الْبُـكَاءُ . فرَكَعَ ، ثم قـرأ سـورة النَّجْمِ فَسجَد فيها . ثم قَامَ فقرأ : (إِذَا زُلْزِلَتْ) » ولأنه إذا جاز أن يقتصر على قراءة آية من السورة فهى بعض السورة .

فصـــــل

وسُئِل أحمد عن الرجل يقرأ فى الركعة بسورة ثم يقوم فيقرأ بها فى الركعة الأخرى ؟ فقال وما بأس بذلك ؟ وقد رَوى النجاد بإسناده ، عن أبى الحويرث : «أن النبى ﷺ صلّى المغرب فقرأ بأمّ الـكتاب ، وقرأ معهـا إذا زلزلت ، ثم قام ، فقرأ فى الثانيـة بأمّ القرآن ، وقرأ إذا زلزلت أيضـاً » رواه أبو داود عن النبى ﷺ . وقد روينا من حديث البخارىّ : « أنَّ رجلاً كان يقرأُ فى كلِّ رَكْعَةٍ : (قل هو الله أحد) فرُفِـعَ إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأقرَّهُ عَلَيْهِ » .

فصـــــل

قال حرب : قلت لأحمـد : فالرجل يقرأ على التـأليف ، اليومَ سورةً ، وغداً التى تليهـا ، ونحوَه ؟ قال : ليس فى هذا شىء ، إلا أنه رُوى عن عثمان أنه فعل ذلك فى المُفَصَّل وحده . وقد رُوى عن أنس قال : « كان أصحـابُ محمد صـلى الله عليه وسـلم يقرءون القرآن من أوله إلى آخره فى الفرائض » إلا أن أحمـد قال : هذا حديث مُنكر . وقال مهنَّا : سألت أحمـد عن الرجـل يقرأ فى الصلاة حيث ينتهى جُزْؤه ؟ قال : لا بأس به فى الفرائض .

فصـــــل

قال أحمد : لا بأس أن يصلِّى بالناس القيامَ وهو ينظر فى المصحف . قيل له : فى الفريضة ؟ قال : لا ، لم أسمع فيـه شيئاً . وقال القـاضى : يُـكره فى الفرض ، ولا بأس به فى التطوّع إذا لم يَحفظ . فإن كان حافظاً كُره أيضاً ، قال : وقد سئل أحمدُ عن الإمامة فى المُصحف فى رمضان فقال : إذا اضطروا إلى ذلك ، نقله علىّ بن سعيد ، وصالح ، وابن منصور . وحُـكى عن ابن حامد : أن النفل والفرض فى الجواز سواء . وقال أبو حنيفة : تبطُل الصلاة به إذا لم يكن حافظاً ، لأنه عملٌ طويل . وقد رَوى أبو بكر بن أبى داود فى كتاب المصاحف بإسناده ، عن ابن عبّاس قال : « نَهانَا أميرُ المؤمنين أن نَؤُمَّ النـاسَ فى المصاحف ، وأن يَؤُمَّنَا إلاَّ مُحتَـلِمٌ » ورُوى عن ابن المسيّب ، والحسن ، ومجاهد ، وإبراهيم ، وسليمان بن حَنْظَلَة ، والربيع : كراهة ذلك . وعن سعيد ، والحسن قالا : تُرَدِّدُ مامَعَكَ مِنَ القُرْآنِ ولا تقرأُ فى المصحف .

والدليل على جوازه . ما رَوى أبو بكر الأثرم وابن أبى داود بإسنادهما ، عن عائشة « أنها كانت يَؤُمُّهَا عبدٌ لها فى المُصحف » وسُئل الزهرىّ : عن رجل يقرأ فى رمضان فى المصحف ؟ فقال : كان خيارُنا يقرءون فى المصاحف . وروى ذلك عن عطاء ، ويحيى الأنصارىّ . وعن الحسن ، ومحمد فى التطوع ، ولأن ماجاز قراءته ظاهراً جاز نظيراً كالحافظ .

ولا نسلم أن ذلك يحتاج إلى عمل طويل ، وإن كان كثيراً فهو متّصل . واختصّت الكراهة بمن يَحفظ . لأنه يشتغل بذلك عن الخشوع فى الصلاة ، والنظر إلى موضع السجود لغير حاجة . وكُره فى الفرض على الإطلاق . لأن العادة أنه لايُحتاج إلى ذلك فيها ، وأُبيحتْ فى غير هذين الموضعين ، لموضع الحاجة إلى سماع القرآن والقيام به ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ولايزيد على قراءة أم الكتاب فى الأخرَيَيْن من الظهر والعصر ، وعشاء الآخرة ، والركعة الأخيرة من المغرب ﴾ .

وجملة ذلك : أنه لايُسنُّ زيادة القراءة على أمِّ الكتاب فى الركعتين غير الأولَيَيْن[1] . قال ابن سيرين : لا أعلمهم يختلفون أنه يقرأ فى الركعتين الأولبين بفاتحة الكتاب وسورة ، وفى الأخريين بفاتحة الكتاب . ورُوى ذلك عن ابن مسعود ، وأبى الدرداء ، وجابر ، وأبى هريرة وعائشة . رواه إسماعيلُ ابن سعيد الشالَنجِىّ عنهم ، بإسناده ، إلا حديثَ جابر فرواه أحمدُ . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . واختلفَ قول الشافعىّ ، فمرة قال كذلك ، ومرة قال : يقرأ بسورة مع الفاتحة فى كل ركعة . ورُوى ذلك عن ابن عمر . لما رَوى الصُّنابحىّ قال « صَلَّيْتُ خَلْفَ أبى بكر الصدِّيق المغربَ فدنَوْتُ منهُ حتّى إنّ ثيابى تَكادُ تَمَسُّ ثيابَهُ ، فقرأ فى الركعة الأخيرة بأمِّ الكتاب ، وهذه الآية (رَبَّنَا لاَتُزِغْ قُلُوبَنَا) .

ولنا : حديث أبى قتادة : « أن النبى ﷺ كان يقرأ فى الظهر فى الركعتين الأولبين بأم الكتاب وسورتين ، وفى الركعتين الأخريين بأم الكتاب ، ويسمعنا الآيةَ » . وكتب عمر إلى شريح : « أن اقرأْ فى الركعتين الأولبين بأم الكتاب وسورة ، وفى الأخريين بأم الكتاب » وما فعله الصديق رحمه الله إنما قصد به الدعاء لا القراء ، ليكون موافقاً لفعل النبى صلى الله عليه وسلم وبقية أصحابه ، ولو قُدِّر

---

(١) هذا معارض بحديث أبى سعيد الخدرى الذى يقول : إن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى صلاة الظهر فى الركعتين الأولبين قدر ثلاثين آية ، وفى الأخريين على النصف من ذلك . ولعل النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يفعل ذلك فى أكثر أحواله وإنما فعله بعض الأحيان ، فلم يصر سنة . بدليل أن لفظ الحديث « وحزرنا قيامه فى الأخريين » والحزر : التقدير بناء على الظن كما سبق بيانه ، ويؤيد قراءة السورة فى الأخريين حديث أبى قتادة الآتى ، إلا إذا حمل على أن الصديق رضى الله عنه ، قرأها للدعاء لا على أنها سنة .

أنه قَصَد بذلك القراءة فليس بموجب تركَ حديث النبيّ صلى الله عليه وسلم وفعله ، ثم قد ذكرنا مذهب عمر ، وغيرَه من الصحابة بخلاف هذا .

فأما إن دعا إنسان فى الركعة الأخيرة بآية من القرآن مثل مافعل الصدّيق . فقد رُوى عن أحمد : أنه سئل عن ذلك ؟ فقال : إن شاء قالَه . ولا ندرى أكان ذلك قراءة من أبى بكر أو دعاء . فهذا يدلّ على أنه لا بأس بذلك . لأنه دعاء فى الصلاة فلم يُكره كالدعاء فى التشهد .

« مسألة » قال ﴿ ومن كان من الرجال وعليه مايستر مابين سُرّته وركبته أجزأه ذلك ﴾ .

وجملة ذلك : أن ستر العورة عن النظر بما لايَصِفُ الْبَشرة واجبٌ ، وشَرْطٌ لصحة الصلاة . وبه قال الشافعيّ ، وأصحاب الرأى . وقال بعض أصحاب مالك : سترُها واجب ، وليس بشرط لصحة الصلاة . وقال بعضهم : هى شرط مع الذِّكْر دون السهو .

احتجُّوا على أنها ليست شرطاً : بأن وجوبها لايختصّ بالصلاة . فلم يكن شرطاً كاجتناب الصلاة فى الدار المغصوبة .

ولنا : ماروت عائشةَ أن النبيّ ﷺ قال : « لايَقْبَلُ الله صلاة حائِضٍ[1] إلاّ بِخِمَارٍ » رواه أبو داود ، والترمذيّ ، وقال : حديث حسن . وقال سلمَةُ بن الأكْوعِ « قلت : يارسول الله ، إنِّى أكون فى الصيف فأُصلِّى فى القميص الواحد ؟ قال : نعم ، وازْرُرْهُ ولو بِشَوْكةٍ » حديث حسن .

وماذكروه ينتقض بالإيمان ، والطهارة . فإنها تجب لمسّ المصحف ، والمسألة ممنوعة : قال ابن عبد البرّ : احتج من قال : السترُ من فرائض الصلاة : بالإجماع على إفساد من ترك ثوبَه ، وهو قادرٌ على الاستتار به ، وصلى عُرْياناً ، قال : وهذا أجمعوا عليه كلّهم .

إذا ثبت هذا : فالكلام فى حد العورة ، والصالح فى المذهب : أنها من الرجل مابين السُّرة والركبة . نصّ عليه أحمد فى رواية جماعة . وهو قول مالك ، والشافعيّ وأبى حنيفة ، وأكثر الفقهاء . وفيه رواية أخرى : أنها الفرجان . قال مهنا سألت أحمد : ما العورة ؟ قال : الفرج ، والدبر . وهذا قول ابن أبى ذئب ، وداود . لما روى أنس : « أن النبيّ ﷺ ـ يومَ خَيْبَرَ ـ حَسَرَ الإزارَ عن فخذه ، حتَّى إنِّى لأنْظُر إلى بياضِ فخذ النبيِّ صلى الله عليه وسلم » رواه البخاريّ ، وقال حديث أنس أسند[2] . وحديث جُرْهُد أحوط . وروت عائشة قالت : « كان رسولُ الله ﷺ فى بَيْتِه كاشفاً عن فخذِه فاسْتَأذَنَ أبو بكرٍ فأَذِنَ لَهُ ، وهو على ذَلِكَ . ثم استأذن عمر ، فأَذِنَ لَهُ وَهُوَ على ذَلِكَ » وهذا يدل على أنه ليس بعورة ، ولأنه ليس بمخرَجٍ للحدث ، فلم يكن عورةً كالساق .

---

(١) الحائض : التى بلغت التكليف لأن الحيض علامة البلوغ عند المرأة والمعنى لايقبل الله صلاة امرأة حاضت وبلغت إلا بالسترة . وليس المعنى أن تكون حائضاً بالفعل لأن الحيض يمنع الصلاة والصيام .

(٢) أسند : أقوى سنداً .

ووجه الرواية الأولى : ماروى الخلال بإسناده ، والإمامُ أحمد في مسنده : عن جُرْهُد : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رآه قد كشف عن فخذه ، فقال : غَطِّ فَخِذَكَ . فإنَّ الْفَخِذَ مِنَ الْعَوْرَةِ » وروى الدارقطنيّ أن رسول الله ﷺ قال لعليّ رضيَ اللهُ عنه : « لا تَكْشِفْ فَخِذَكَ ، وَلا تَنْظُرْ فَخِذَ حَيٍّ ، وَلا مَيِّتٍ » وهذا صريح في الدلالة ، فكان أوْلى . وروى أبو بكر ، بإسناده عن أبي أيُّوبَ الأنصاريّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَسْفَلُ السُّرَّةِ ، وَفَوْقَ الرُّكْبَتَيْنِ مِنَ الْعَوْرَةِ » . وروى الدارقطنيّ بإسناده عن عمرو بن شُعَيْبٍ عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا زَوَّجَ أَحَدُكُمْ عَبْدَهُ أَمَتَهُ أَوْ أَجِيرَهُ ، فَلَا يَنْظُرْ إِلَى شَيْءٍ مِنْ عَوْرَتِهِ . فإنَّ ما تَحْتَ السُّرَّةِ إِلَى الرُّكْبَةِ عَوْرَةٌ » وفي لفظ : « ما بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ مِنْ عَوْرَتِهِ » وهذا نص . والحُرّ والعبد في هذا سواء ، لتناول النصّ لهما جميعاً .

فصل

وليست سُرَّته وركبتاه من عورته ، نص عليه أحمد في مواضع . وهذا قال به مالك ، والشافعيّ . وقال أبو حنيفة : الركبة من العورة ، لأن النبيّ ﷺ قال : « الرُّكْبَةُ من العَوْرَةِ » .

ولنا : ما تقدّم من حديث أبي أيوب ، وعمرو بن شعيب ، ولأن الركبة حدّ ، فلم تكن من العورة كالسرّة .

وحديثهم يرويه أبو الجَنوب ، لايُثبتُه أهل النقل . وقد قَبَّلَ أبو هريرة سُرَّةَ الحسن ، ولو كانت عورة لم يفعلا ذلك .

فصل

والواجب الستر بما يستر لون البشرة . فإن كان خفيفاً يَبِينُ لونُ الجلد من ورائه فيعلمُ بياضُه أو حُمرته ، لم تجز الصلاة فيه ، لأن الستر لا يحصُل بذلك . وإن كان يستر لونها ويصف الخِلْقَة ، جازت الصلاة ، لأن هذا لا يمكن التحرّز منه ، وإن كان الساتر صفيقاً .

فصل

فإن انكشف من العورة يسير لم تبطُل صلاتُه ، نصّ عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعيّ : تبطُل ، لأنه حكم تعلّق بالعورة ، فاستوى قليله وكثيره ، كالنظرة .

ولنا : ما رَوى أبو داود بإسناده عن أيّوب ، عن عمرو بن سَلمة ، قال : « انْطَلَقَ أبي وافداً إلى رسول الله ﷺ في نَفَرٍ مِنْ قَوْمِهِ ، فعلَّمَهُمُ الصَّلاَةَ ، وقال : يَؤُمُّكُمْ أَقْرَؤُكُمْ . فكنتُ أَقْرَأَهُمْ فَقَدَّمُونِي ، فكنتُ ، أَؤُمُّهُمْ وَعَلَيَّ بُرْدَةٌ لِي صَفْرَاءُ صَغِيرَةٌ ، وكنتُ إذا سَجَدْتُ انكشفتْ عَنِّي ،

فقالت امرأةٌ من النِّساء : وَارُوا عَنَّا عورَةَ قَارِئِكُمْ ، فَاشْتَرَوْا لِي قَمِيصاً عُمَانِياً ، فما فَرِحْتُ بشَيْءٍ بَعْدَ الْإِسْلَامِ فَرَحِي بِهِ » ورواه أبو داود والنسائيّ أيضاً عن عاصم الأحول ، عن عمرو بن سلمة . قال : « فكنتُ أَؤُمُّهُمْ فى بُرْدَةٍ مَوْصولةٍ فيها فَتْقٌ ، فكنتُ إذا سَجَدْتُ فيها خَرَجَتْ اسْتِي » وهذا ينتشر ولم يُنكر ، ولا بلغنا أن النبيّ ﷺ أنكره ، ولأن ماصحّت الصلاة مع كثيره حالَ العذرِ فُرِق بين قليله وكثيره ، فى غير حال العذر كالمشى ، ولأنّ الاحتراز من اليسير يشقّ ، فعُفى عنه كيسير الدم .

إذا ثبت هذا فإن حد الكثير مافحُش فى النظر ، ولافرق فى ذلك بين الفرجين وغيرهما ، واليسيرُ مالايفحُش ، والمرجع فى ذلك إلى العادة . وقال أبو حنيفة : إن انكشف من المُغلّظة قدرُ الدرهم أو من المخففة أقلّ من رُبعها لم تبطُل ، وإن كان أكثرَ بطلت .

ولنا : أن هذا شيء لم يرد الشرعُ بتقديره ، فرُجع فيه إلى العُرف ، كالكثير من العمل فى الصلاة ، والتفرّق ، والاحتراز . والتقدير بالتحكّم من غير دليل لايسوغ .

فصل

فإن انكشفت عورتُه عن غير عمد ، فسترها فى الحال من غير تطاول الزمان ، لم تبطُل ، لأنه يسيرٌ من الزمان ، أشبه اليسيرَ فى القدر . وقال التميميّ فى كتابة : إن بدت عورتُه وقتاً ، واستترت وقتاً ، فلا إعادة عليه ، لحديث عمرو بن سلمة . ولم يشترط اليسيرَ ، ولا بدّ من اشتراطه . لأن الكثير يفحُشُ انكشافُ العورة فيه ، ويمكن التحرّز منه ، فلم يُعف عنه كالكثير من القدر .

« مسألة » قال ﴿ إذا كان على عاتقه شيء من اللباس ﴾ .

وجملة ذلك : أنه يجب أن يضع المُصَلِّى على عاتقه شيئاً من اللباس إن كان قادراً على ذلك ، وهو قول ابن المنذر . وحُكى عن أبى جعفر : أن الصلاة لاتجزىء من لم يُخَمِّرْ منكبيه . وقال أكثر الفقهاء : لايجب ذلك ، ولايُشترط لصحة الصلاة . وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، لأنهما ليسا بعورة ، فأشبها بقيةَ البدن .

ولنا : ماروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « لاَ يُصَلِّى الرَّجُلُ فى الثَّوْبِ الْوَاحِدِ لَيْسَ عَلَى عاتِقِهِ مِنْهُ شَيْءٌ » رواه البخارى ، ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه وغيرُهم . وهذا نهى يقتضى التحريم ، ويقدّم على القياس . وروى أبو داود عن بريدة قال : « نَهَى رسولُ الله ﷺ أن يُصَلِّى فى لِحَافٍ ، ولا يَتَوَشَّحَ بِهِ » ويشترط ذلك لصحة الصلاة فى ظاهرِ المذهب . قال القاضى : وقد نُقل عن أحمد مايدل على أنه ليس بشرط ، وأخذه من رواية مُثَنَّى ، عن أحمد فيمن صلّى وعليه سراويلُ ، وثوبُه على إحدى عاتقيه ، والأخرى مكشوفة : يُكْره . قيل له : يُؤمر أن يعيدَ ؟ فلم ير عليه إعادة ، وهذا يحتمل أنه لم ير

عليه الإعادة لستره بعضَ المنكبين فاجْتُزِىء بستر إحدى العاتقين عن ستر الآخر لامتثاله للفظ الخبر .

ووجه اشتراط ذلك : أنه منهىّ عن الصلاة مع كشف المنـكبين ، والنهى يقتضى فسادَ المنهىّ عنه ، ولأنها سُتْرَة واجبة فى الصلاة ، فالإخلال بها يُفسدها كسترة العورة .

فصـــــل

ولا يجب ســتر المنـكبين جميعهما ، بل يُجزىء سترُ بعضهما ، ويُجزىء سترهما بثوب خفيف ، يصف لون البشرة ، لأن وجوب سترهما بالحديث . ولفظه : « لا يُصَلِّى الرجل فى الثوب الواحـد ليس على عاتقه منه شىء » وهذا يقـع على مايعمّ المنـكبين ومالا يعمهما . وقد ذكرنا نص أحمـد فيمن صـلَّى وإحدى منكبيه مكشوفة ، فـلم يوجب عليه الإعادة . فإن طرح على كتفه حبلا أو نحوه فظـاهر كلام الخِرَقِىّ أنه لا يُجزئه ، لقوله : شيئاً من اللباس ، وهذا لا يُسمَّى لباساً ، وهو قول القاضى . وقال بعض أصحابنا : يُجزئه ، لأن هذا شىء ، فيـكون الحديث متناولاً له . وقد رُوى عن جابر : « أنه صلّى فى ثوب واحدٍ مُتَوَشِّحاً به ، كأنى أَنْظُرُ إلَيْهِ كأنَّ على عاتقِهِ ذَنَبُ فأْرَةٍ » وعنه قال : « كان أصحاب رسول الله ﷺ إذا لم يجد أحـدهم ثوباً ألقَى على عاتِقِهِ عِقَالاً وَصلّى » والصحيح : أنه لا يُجزئه ، لأن النبىَّ ﷺ قال : « إذَ صـلّى أحدكم فى ثوب واحد فليخالف بين طرفيه على عاتقه » من الصحاح . ورواه أبو داود ، ولأن الأمر بوضعه على العاتقين للستر ، ولا يحصُـل ذلك بوضع خيط ، ولا يسمَّى سُترة . وما رُوى عن جابر لا يُعلم صحته . وما روى عن الصحابة ، إن صح عنهم فلعدم ماسواه ، والله أعلم .

فصـــــل

ولم يفرق الخِرَقِىّ بين الفرض والنفل ، لأن الحديث عامّ فى كلّ مُصلّ ، ولأن ما اشتُرط للفرض اشتُرط للنفل كالطهارة . ونصَّ أحمد أنه يُجزئه فى التطوّع ، فإنه قال فى رواية حنبـل : يُجزئه أن يَأْتَزِرَ بالثوب الواحد ليس على عاتقه منه شىء فى التطوّع ، لأن النافلة مبناها على التخفيف ، ولذلك يُسامَح فيها بهذا المقدار . واستدلّ أبو بكر على ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا كان الثَّوْبُ ضَيِّقاً فاشْدُدْهُ عَلَى حَقْوِكَ[1] » قال هذا فى التطوع ، وحديث أبى هريرة فى الفرض .

« مسألة » قال ﴿ ومن كان عليه ثوب واحد بعضُه على عاتقه أجزأه ذلك ﴾ .

وجملة ذلك : أن الكلام فى اللباس فى أربعة فصول ، الفصل الأول : فيما يجزىء . والثانى : فى الفضيلة . والثالث : فيما يُكره . والرابع : فيما يَحْرُم .

أما الأول : فإنه يُجزىء ثوب واحد يستر عورته ، وبعضه أو غيره على عاتقه ، لما رَوَى عَمْرُو بنُ سَلَمة

(١) الحقو : المكان الذى يعقد عليه الإزار ، كالذى نربط عليه السروال «الـكلسون» الآن .

« أنهُ رأى رسولَ الله ﷺ يصلى فى ثوب واحد فى بيت أُمِّ سـلمة ، قد ألقى طرفيه على عاتقه » متفق عليه . وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا كان الثَّوْبُ وَاسِعاً فَالْتَحِفْ بِهِ . وإذا كان ضَيِّقاً فأْتزِرْ بِهِ » رواه البخارىّ ، وغيرُه . وعن أبى هريرة رضى الله عنـه : « أن رسـول الله ﷺ سُئِلَ عن الصَّـلاَة فى ثَوْبٍ وَاحِدٍ ؟ فقـال النبىُّ ﷺ : أَوَلِـكُلِّـكُمْ ثَوْبَانِ ؟ » رواه مسلم ، ومالك ، فى مُوَطَّئِه ، « وصلّى جابر فى قميص ليس عليه رداء ، فلمـا انصرف قال : إنّى رأيتُ رسولَ الله ﷺ يُصَلِّى فى قميص » رواه أبو داود .

الفصل الثانى فى الفضيلة : وهو أن يُصَلِّى فى ثوبين ، أو أكثر . فإنه إذاً أبلـغ فى الستر . يُروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « إِذَا أَوْسَعَ اللهُ فَأَوْسِعُوا ، جمع رجل عليه ثيابه ، صلى رجل فى إزارٍ وبُرْدٍ أو فى إزارٍ وقميصٍ ، فى إزارٍ وقَبَاء ، فى سراويلَ ورداء ، فى سراويل وقميصٍ ، فى سراويلَ وقَبَاء ، فى تُبَّانٍ[1] وقميصٍ » .

وروى أبو داود ، عن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أو قال : قالَ عمر : « إِذَا كَانَ لأحَدِكُمْ ثوبان فَلْيُصَلِّ فيهما ، فإنْ لم يـكن إلا ثوبٌ واحدُ فليتَّزِرْ به ، ولاَ يَشْتَمِلِ اشْتِمالَ اليَهُودِ[2] » قَال التميمىّ : الثوب الواحدُ يجزىء ، والثوبان أحسن ، والأربع أكمل : قميص ، وسراويل ، وعمامة ، وإزار . وروى ابن عبد البرّ عن عمر « أنه رأى نافعاً يُصَلِّى فى ثوب واحد ، قال : أَلَمْ تَـكْتَسِ ثَوْبَيْنِ ؟ قلت : بَلَى . قال : فَلَوْ أُرْسِلْتَ فى الدَّارِ ، أَكُنْتَ تَذْهَبُ فِى ثَوْبٍ وَاحِدٍ ؟ قلت : لا ، قال : فاللهُ أَحَقُّ أنْ يُزَيَّنَ لَهُ أو الناسُ ؟ قلت : بل اللهُ » . وقال القاضى : ذلك فى الإمام آكدُ منه فى غيره ، لأنه بين يدى المـأمومين ، وتتعلّق صلاتهم بصلاته . فإن لم يـكن إلا ثوب واحد فالقميصُ ، لأنه أعمّ فى الستر ، فإنه يستُر جميـع الجسـد إلا الرأس ، والرجلين ، ثم الرداء ، لأنه يليه فى الستر ، ثم المئزرُ ثم السراويل . ولا يجزىء من ذلك كلّه إلا ماستَر العورةَ عن غيره ، وعن نفسه ، فلو صلَّى فى قميص واسع الجيب ، بحيث لو ركع أو سجد رأى عورته ، أو كانت بحيث يراها ، لم تصحَّ صـلاته . ودل على ذلك حـديث سَلَمـة بن الأكوع « أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم : أُصَلِّى فى القميص الواحـد ؟ قال : نعم ، وازْرُرْهُ ولو بِشَوْكَةٍ » . قال الأثرم : سُئـل أحمـد عن الرجـل يُصَلِّى فى القميص الواحـد غير مَزْرُورٍ عَلَيـه ؟ قال : ينبغى أن يَزُرَّهُ ، قيـل له : فإن كانت لحيتهُ تغطيـه ولم يـكن متسعَ الجَيْب ؟ قال : إن كان يسـيراً فجـائز .

---

(١) التبان : سراويل صغيرة تستر العورة المغلظة (للقبل والدبر) .

(٢) اشتمال اليهود : لف الثوب على البدن بحيث يغطيه كله ، ويكون ستر العورة فى هذه الحالة غير محكم فتظهر عند الحركة .

فعلى هـذا متى ظهرت عورتُه له أو لغيره فسـدت صلاتُه . فإن لم تظهر لـكون جيب القميص ضيقاً ، أو شد وسَطه بمئزر ، أو حبل فوق الثوب ، أو كان ذا لحية تسدُّ الْجيب ، فتمنع الرؤية ، أو شدَّ إزاره ، أو ألقى على جيبه رداءً أو خِرْقةً ، فاستترت عورتُه به ، أجزأه ذلك . وهذا مذهب الشافعيّ .

الفصل الثالث فيما يُـكره : يـكره اشتمال الصَّماء . لما رَوى البخاريّ عن أبي هريرة ، وأبي سعيـد عن النبيّ صلى الله عليه وسـلم : « أنه نهى عن لِبْسَتَـيْنِ : اشْتِمَالِ الصَّمَّاءِ ، وأَنْ يَحْتَـبِيَ الرَّجُلُ بِثَوْبٍ لَيْسَ بَيْنَ فَرْجِهِ وبَيْنَ السَّمَاءِ شَيْءٌ » . واختُلف فى تفسير اشتمال الصماء . فقـال بعض أصحابنـا : هو أن يضطبع بالثوب ، ليس عليـه غيرُه . ومعنى الاضطباع : أن يضع وسط الرداء تحت عاتقه الأيمن ، وطرَفيه على منـكبه الأيسر ، ويبقى منـكبه الأيمن مـكشوفاً . ورَوى حنبـل عن أحمـد فى اشتمال الصماء : أن يضطبع الرجلُ بالثوب ولا إزارَ عليه ، فيبدو شقُّه وعورته ، أما إن كان عليه إزار فتلك لِبْسَةُ المحْرِم . فلو كان لا يُجزئه لم يفعـله النبيُّ ﷺ . ورَوى أبو بـكر بإسناده عن ابن مسعود قال : « نَهَى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يَلْبَسَ الرَّجُلُ ثوباً واحـداً ، يأخذ بجوانبه على منـكبه : فيُدْعَى تلكَ الصَّماء » . وقال بعض أصحاب الشافعيّ : هو أن يلتحف بالثوب ، ثم يخرج يديه من قِبَـلِ صدره . وقال أبو عُبَيْدٍ : اشتمال الصماء عند العرب : أن يشتمل الرجلُ بثوبه يجلِّلُ به جسـده كلَّه ، ولا يرفعُ منه جانباً يُخرج منه يَدَه ، كأنه يذهبُ به إلى أنه لعله يُصيبُهُ شيء يُريد الاحتراسَ منه ، فلا يقدرُ عليه .

وتفسير الفقهاء : أن يشتمل بثوب واحـد ليس عليه غيرُه ، ثم يرفعَه من أحـد جانبيه ، فيضعه على منـكبيه ، فيبدو منه فرجـه ، والفقهاء أعـلم بالتـأويل . فعلى هذا التفسير يـكون النهى للتحريم ، وتفسد الصـلاة معه .

ويـكره السَّدْلُ : وهو أن يُلْـقِيَ طرف الرداء من الجانبين ، ولا يَرُدَّ أحـد طرفيـه على الـكتف الأخرى ، ولا يَضُمَّ الطرفين بيديه . وكره السـدل ابن مسعود والنخعيّ ، والثوريّ ، والشـافعيّ ، ومُجاهد ، وعطـاء . وعن جابر وابن عمر : الرخصة فيه . وعن مكحول ، والزهرى ، وعبيد الله بن الحسن ابن الحسين : أنهم فعـلوه . وعن الحسن ، وابن سيرين : أنهما كانا يَسْدِلانِ[1] فوق قميصهمـا . قال ابن المنذر : لا أعلم فيه حديثاً يثبُت . وقد رُوى عن أبي هريرة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السَّدْلِ فى الصلاة ، وأن يُغَطِّي الرجلُ فَاهُ » رواه أبو داود ، من طريق عطـاء . ثم رُوى عن ابن جريج أنه قال : أكثرُ ما رأيتُ عطاءً يُصَلِّي سادلاً .

ويـكره إسبالُ القُمُص والأُزُرِ والسراويلات ، على وَجْهِ الْخُيَـلاء . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ جَرَّ ثَوْبَهُ خُيَلَاءَ لم يَنْظُرِ اللهُ إلَيْهِ » متفق عليـه . وروى أبو داود عن ابن مسعود قال :

(١) يقال سدل الثوب يسدله ، ويسدله ، بكسر الدال وضمها ، ومثلها أسدل .

سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسـلم يقول : « مَنْ أَسْبَـلَ إِزَارَهُ فى صَلاَتِهِ خُيلاَءَ فَلَيْسَ مِنَ اللهِ جَلَّ ذِكْرُه فِى حِلٍّ وَلاَ حَرامٍ » .

ويكره أن يُغَطِّى الرجل وجهَه أو فمه . لما ذكرنا من حـديث أبى هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يُغَطِّى الرجلُ فَاهُ » .

وهل يكره التلثُّم على الأنف ؟ على روايتين :

(إحـداهما) يُكره : لأن ابن عمر كرهه .

(والأخرى) لايكره : لأن تخصيص الفم بالنهى عن تغطيته تدلُّ على إباحة تغطية غيره .

وتـكره الصلاة فى الثوب المزَعْفَر للرجال . وكذلك المُعَصْفَر [1] ، لأن البخاريّ ومسلماً رَويا : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى الرجال عن التزَعْفُرِ [2] » ورَوى مُسلم عن علىّ رضى الله عنه قال : « نهانى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن لِبَاسِ المُعَصْفَرِ » . وقال عبد الله بن عمرو : « رأى النبيُّ صلى الله عليه وسـلم عَلَىَّ ثَوْبَيْنِ مُعَصْفَرَيْنِ فقـال : إن هـذَا مِنْ ثِيـَابِ الـكفّار ، فلا تَلْبَسْهُمَا » . ورَوى أبو بكر بإسناده عن عمران بن الحصين أن نبى الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ أَرْكَبُ الأُرْجُوانَ [3] ولاَ أَلْبَسَ المُعَصْفَرَ » .

فأما شد الوسط فى الصلاة فإن كان بِمنطقةٍ ، أو مِئْزرٍ ، أو ثوبٍ ، أو شدِّ قَبَاءٍ ، فلا يُكره ، رواية واحدة . قال أبو طالب : سألت أحمد عن الرجل يصلِّى وعليـه قميص يأْتزرُ بالمنديل ؟ قال : نعم ، قد نقل ذلك ابن عمر ، وإن كان بِخَيْطٍ أو حبل مع سرته ، وفوقها فهل يُكره ؟ على روايتين :

(إحداهما) يكره : لما فيه من التشبُّهِ بأهل الـكتاب ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن التشبه بهم ، وقال : « لا تَشْتَمِلُوا اشْتِمَالَ الْيَهُودِ » رواه أبو داود .

والرواية الأخرى : قال لابأس ، أليس قد رُوى عن النبى ﷺ قال : « لا يُصَـلِّى أَحَـدُكُمْ إلاَّ وَهُوَ مُحْتَزِمٌ » ، وقال ابن سعيد : سألت أحمد عن حديث النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يُصَلِّى أَحَدُكُمْ إلاَّ وَهُوَ مُحْتَزِمٌ » قال : كأنه من شدِّ الوسط . وروى الخلاّل بإسناده عن الشعبىّ قال : كان يقال « شُدَّ حَقْوَكَ فِى الصَّلاَةِ وَلَوْ بِعِقَالٍ » وعن يزيد بن الأصمّ مثلُه .

وأما الصلاة فى الثوب الأحمر . فقـال أصحابنا : يـكره للرجال لُبسه ، والصلاة فيه ، وقد اشترى عمر ثوباً فرأى فيـه خَيْطاً أحمر فردّه . وقد رَوى أبو جُحَيفة قال : « خرج النبى ﷺ فى حُـلّةٍ حَمْـراء ، ثم

---

(١) المزعفر : المصبوغ بالزعفران ، والمعصفر : المصبوغ بالعصفر ، وهما نبتان معروفان .

(٢) التزعفر : الصبغ بالزعفران . (٣) الأرجوان : الأحمر .

رُكِزَتْ لَهُ عَنَزَةٌ (١) فتقَدَّم ، وَصَلّى الظُّهْرَ » وقال البراء : « مارأيتُ من ذى لِمَّة فى حلة حمراء أحسن من رسول الله صلى الله عليه وسلم » متفق عليهما . وروى أبو داود عن هـلال بن عامر قال : « رأيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَخْطُبُ عَلَى بَغْلَةٍ وَعَلَيْهِ بُرْدٌ أَحْمَرُ ، وعليٌّ أمامه يُعَبِّرُ عنه » .

ووجه كراهة ذلك : مارَوى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو ، قال : « دخل على النبى ﷺ رجلٌ عليه بُرْدَانِ أَحْمَرانِ فَسَلَّمَ فَلَمْ يَرُدَّ النبيُّ صلى الله عليه وسلم » . وبإسناده عن رافع بن خديج قال : « خرجنا مع رسول الله ﷺ فى سفر ، فرأى رسول الله صلى الله عليـه وسلم عَلَى رَوَاحِلِنَا أَكْسِيَةً فِيهَا خُيُوطُ عِهْنٍ (٢) أحمر ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَلاَ أَرَى هَذِهِ الْحُمْرَةَ قد عَلَتْكُمْ ؟ فقُمْنَا سِرَاعاً لِقَوْلِ رسول الله ﷺ حتى نفر بعضُ إبلنا ، فأخذْنَا الأَكْسِيَةَ فنزَعْنَاهَا عَنْهَا » . والأحاديث الأُوَل أثبتُ وأبْيَنُ فى الحكم ، فإنّ تركَ النبيّ ﷺ لردِّ السلام عليه يحتمل أن يكون لمعنًى غير الحُمرة . ويحتملُ أنها كانت مُعَصْفَرَةً ، وهو مكروه . وحديثُ رافع يرويه عنه رجل مجهول ، ولأن الحمرة لون فهى كسائر الألوان .

فصـــل

وقد رَوى أبو داود عن أبى دِمْثَة قال : « انطلقتُ مَعَ أبى نحوَ النبيِّ ﷺ فرأيت عليـه بُرْدَيْنِ أخْضَرَيْنِ » وبإسناده عن قتادة قال : قلنـا لأنس : « أيُّ اللِّبَاسِ كانَ أَحَبَّ إِلَى النبيِّ ﷺ ؟ قال : الْحِبَرَةُ » (٣) متفق عليه . وبإسناده عن ابن عُمَيرة أنه قيـل له : « لِمَ تَصْبُغُ بالصُّفْرَةِ ؟ فقـال : إنّى رأيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَصْبُغُ بِهَا ، ولم يكن - يعنى - أَحَبَّ إليه منها . وقد كان يصبُغ بها ثيابه كلَّها حتى عِمَامَتَهُ » . وبإسناده عن ابن عباس قال : قال رسـول الله ﷺ : « الْبَسُوا مِنْ ثيابِكم الْبَيَاضَ ، فإنَّها مِنْ خير ثيابكم ، وكَفِّنُوا فِيها مَوْتَاكُمْ » .

الفصل الرابع : فيما يحرم لبسه والصلاة فيه ، وهو قسمان : قسم تحريمه عامّ فى الرجال والنساء ، وقسم يختصّ تحريمُه بالرجال .

القسم الأول : مايعُمّ تحريمه ، وهو نوعان . أحدها : النجس ، لاتصحّ الصلاة فيه ولاعَلَيْهِ ، لأن الطهارة من النجاسة شرط ، وقد فاتت . والثانى : المغصوب . وهل تصحّ الصلاة فيه ؟ على روايتين . إحداهما : لاتصحّ . والثانية : تصح . وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأن التحريم لايختصّ الصلاةَ ،

---

(١) العنزة : عصا قصيرة فى آخرها حديدة والمعنى أنها ركزت أمامه حائلا بينه وبين المارين من أمامه .

(٢) العهن : الصوف.

(٣) الحبرة : ثياب ثمينة مخططة جميلة الشكل .

ولا النهى يعود إليها ، فلم يمنع الصحة . كما لو غسل ثوبه من النجاسة بماء مغصوب ، وكما لو صلى وعليه عمامة مغصوبة .

ووجه الرواية الأولى : أنه استعمل فى شرط العبادة مايحرُم عليه استعمالُهُ فلم تصحّ ، كما لو صلى فى ثوب نجس . ولأن الصلاة قُربة وطاعة ، وهو منهى عنها على هـذا الوجه ، فكيف يتقرَّب بما هو عاص به ، أو يُؤمر بما هو منهىّ عنه ؟ وأما إذا صلّى فى عمامة مغصوبة ، أو فى يده خاتمٌ من ذهب ، فإنّ الصلاة تصحّ ، لأن النهى لايعود إلى شرط الصلاة ، إذ العمامةُ ليست شرطاً فيها . وإن صلّى فى دار مغصوبة فالخلاف فيها كالخلاف فى الثوب المغصوب ، إلا أن أحمد قال فى الجمعة : يُصَلى فى المواضع الغصب ، لأنها تختص بموضع مُعيّن . فالمنع من الصلاة فيه إذا كان غصباً يُفضى إلى تعطيلها ، فلذلك أجاز فعلها فيه ، كما أجاز صلاة الجمعة خلف الخوارج ، وأهل البدع ، والفجور ، كيلا يفضى إلى تعطيلها .

القسم الثانى : مايختص تحريمه بالرجال دون النساء . وهو الحرير ، والمنسوج بالذهب ، والمُموَّه به . فهو حرام لُبسه ، وافتراشُه فى الصلاة ، وغيرها . لما رَوى أبو موسى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « حُرِّمَ لِبَاسُ الْحَرِيرِ والذَّهَبِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي وَأُحِلَّ لإنَاثِهِمْ » أخرجه أبو داود ، والترمذى . وقال حديث حسن صحيح . وعن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : لا تَلْبَسُوا الْحَرِيرَ ، فإنّ مَنْ لَبِسَهُ فى الدُّنيَا لَمْ يَلْبَسْهُ فِي الأخِرَةِ » متفق عليه . ولا نعلم فى تحريم لبس ذلك على الرجال اختلافاً إلا لعارض أو عذر . قال ابن عبد البرِّ : هذا إجماع ، فإن صلى فيه فالحكم فيه كالصلاة فى الثوب الغصب ، على مابَيّنّاه من الخلاف والروايتين . والافتراش كاللبس فى التحريم . لما روى البخارىّ عن حذيفة قال : « نهانا النبى صلى الله عليه وسلم أن نَشْرَبَ فِي آنِيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَأَنْ نَأْكُلَ فِيهَا ، وَأَنْ نَلْبَسَ الْحَرِيرَ وَالدِّيبَاجَ[1] ، وأن نَجْلِسَ عَلَيْهِ » .

فصــــل

يُباح الْعَلَمُ الْحَرِيرُ إذا كان أربع أصابع فما دُون . لما رُوى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : « نَهَى النبىُّ ﷺ عن الحرير إلاَّ مَوْضِعَ إصْبَعَيْنِ ، أو ثَلاَثٍ أو أربع » ، رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال حديث : حسن صحيح . وفى التنبيه : يُباح وإن كان مُذَهَّباً . وكذلك القول فى الرِّقاع ولبنة[2] الْجَيبِ ، وسَجَفِ الْفِراء وغيرها ، لأنه داخل فيما تناوله الحديث .

فإن لَبِسَ الحرير للقمل ، أو لحكة ، أو لمرض ينفعُه لُبْس الحرير جاز فى إحدى الروايتين ، لأن

(١) الديباج : نوع من ثياب الحرير منقوش .

(٢) الجيب : هو فتحة الجلباب ونحوه ، ولبنته مايقويه من داخله وسجف الفراء ، ما يوضع على أطرافها من الداخل ليحفظها من التآكل .

أنساً رَوى : « أن عبد الرحمن بن عوف ، والزبَير بن العوّام شكيا(١) القمْلَ إلى النبى ﷺ ، فرخّصَ لهما فى قميص الحرير ، فى غَدَاةٍ لَهُما » وفى رواية : « شَـكَيَا إلى رسـول الله ﷺ فَرَخَّصَ لهما فى قُمُصَ الحْرير ، ورأيته عَلَيْهِمَا » متفق عليهما . وما ثبت فى حق صحـابىّ ثبت فى حق غـيره ، ما لم يقُم دليل على التخصيص ، وغيرُ القمل الذى ينتفع فيه بلبس الحرير فى معناه ، فيقاس عليه .

والرواية الأخرى : لايُباح لُبسه للمرض ، لاحتمال أن تكون الرخْصَةُ خاصةً لهما ، وهوقول مالك .

والأول : أصح إن شاء الله تعالى ، والتخصيص على خلاف الأصل .

فأما لبسـه للحرب : فإن كان به حاجة إليـه ، كأن كان بطـانةً لَبَيْضَةٍ ، أو دِرْعٍ ونحوه أبيح . قال بعض أصحابنـا : يجوز مثلُ ذلك من الذهب ، كدرع مُمَوّهٍ ، بالذهب ، وهو لايستغنى عن لُبسه ، وهو محتاج إليه ، وإن لم يكن به حاجة إليه فعلى وجهين :

(أحدهما) يباح : لأن المنع من لُبسه للخيـلاء ، وكسر قلوب الفقراء ، والخيـلاء فى وقت الحرب غير مذموم .

(والثانى) يحرمُ : لعموم الخبر . وظاهرُ كلام أحمـد رحمه الله إباحته مطلقاً ، وهو قول عطـاء . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد اللهُ يسأل عن لُبس الحرير فى الحرب ؟ فقال : أرجو أن لايـكون به بأس . ورَوى الأثرم بإسناده عن عُروة : « أنه كان له يَلْمَقٌ(٢) مِنْ دِيبَاجٍ بِطَانَتُهُ سُنْدُسٍ مَحْشُوٌّ قَزًّا ، كان يَلْبسَهُ فى الحرب » .

فصـــل

فأما المنسوج من الحرير وغيره ، كثوب منسوج من قطن ، وابْرَيسم(٣) ، أو قطن وكتّان ، فالحـكم للأغلب منهما ، لأن الأول مُستهلَك فيه ، فهو كالبيضة(٤) من الفضّة والعَلَم(٥) من الحرير . وقد رُوى عن ابن عباس قال : « إنمَّا نَهَى النبىُّ ﷺ عَنِ الثوب المُصْمَتِ(٦) مِنَ الحْرِيرِ ، وأما الْعَلَمُ وسَدَى الثَّوْبِ فَلَيْسَ بِهِ بَأْسٌ » رواه الأثرم بإسـناده وأبو داود . قال ابن عبد البرّ : مذهبُ ابن عباس وجماعة من

---

(١) شكياً : الأفصح أن يقال شكوا لأن اللغة الفصحى : شكا يشكو واللغةالأقل فصاحة : شكا يشكو .
(٢) اليلمق : القباء ، ثوب يشبه الجبة أو المعطف « البلطو » .
(٣) الأبريسم : الحرير .
(٤) البيضة : الخوذة التى يلبسها المحارب على رأسه لتقيه السيوف وغيرها .
(٥) العلم : القطعة الصغيرة فى الثوب من غير لونه أو من غير جنسه .
(٦) المصمت : الذي كله من الحرير .

أهل العلم : أن المحرم الحرير الصافي ، الذي لايخالطه غيره . فإن كان الأقلَّ الحريرُ فهو مباح ، وإن كان القطن فهو محرّم . فإن استويا ففي تحريمه وإباحته وجهان ، وهذا مذهب الشافعيّ . قال ابن عقيل : الأشبه التحريم ، لأن النصف كثير . فأما الجِبَابُ المحشوّة من إبْرَيْسَم ، فقال القاضي : لايحرُم ، وهو مذهب الشافعيّ ، لعدم الْخُيَلاء فيه . ويحتمل التحريم ، لعموم الخبر ، وهكذا الفُرُش المحشوّة بالحرير .

فصل

فأما الثياب التي عليها تصاوير الحيوانات . فقال ابن عقيل : يُكره لُبسها ، وليس بمحرّم . وقال أبو الخطاب : هو محرَّم ، لأن أبا طلحة قال : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « لاتَدْخُلُ الملائكةُ بَيْتاً فيه كَلْبٌ ولاَ صُورَةٌ » متفق عليه . وحُجّة من لم يَره مُحرَّماً : أن زيد بن خالد رواه عن أبي طلحة عن النبي ﷺ وقال في آخره : « إلاَّ رَقْماً فِي ثَوْبٍ » متفق عليه .

فصل

ويُكره الصليبُ في ثوب . لأن عِمْرَانَ بن حِطَّان رَوى عن عائشةَ : « أنّ رسول الله ﷺ كان لاَ يَتْرُكُ في بَيْتِهِ شَيْئاً فيه تَصْلِيبٌ إلاَّ قَصَّبَهُ[1] » رواه أبو داود .

فصل

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن لُبس الخَزّ[2] ؟ فلم ير به بأساً . وروَى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين ، وأنس بن مالك ، والحسن بن عليّ ، وأبي هريرة ، وقيس ، ومحمد بن الحنفيّة ، وغيلان بن جرير ، وسليل بن عوف : أنهم لبسوا مَطَارِف[3] الخزّ . وبإسناده عن قتادة : أن أنس ابن مالك ، وعائذ بن عمرو ، وعمران بن حصين ، وأبا هريرة ، وابن عباس ، وأبا قتادة كانوا يلبسون الْخزّ . وبإسناده عن عبد الرحمن بن عوف ، والحسين بن عليّ ، وعبد الله بن الحارث بن أبي ربيعة ، والقاسم بن محمد : أنهم لبسوا جِبَابَ الخَزّ . وبإسناده عن أنس بن مالك ، وشُرَيح : أنهم لبسوا بَرَانِسَ الخَزّ ، وبإسناده عن عمّار بن أبي عمّار ، قال : « أَتَتْ مَرْوَانَ مَطَارِفُ مِنْ خَزّ فَكَسَاهَا أَصْحَابَ رسُولِ الله ﷺ ، فَكَسَا أبا هريرة مُطْرَفاً مِنْ خَزّ أَغْبَرَ فكان يَلْبَسُهُ اثنان بِسَعَتِهِ » وهذا اشتهر فلم يظهر بخلافه ، فكان إجماعاً . وروَى أبو بكر بإسناده عن أحمد بن عبد الرحمن الرازيّ ، حدثنا أبي

---

(١) قصبه : بفتح الصاد بدون تشديد ، وبفتحها مشددة معناه : عابه وأنكره .

(٢) الخز : نوع من الكتان ناعم مثل الحرير ، أو قطن ناعم مثل الحرير .

(٣) المطارف : جمع مطرف بضم الميم وفتح الراء وهو رداء من خز مربع به أعلام . (قطع يخالف لونها لونه) .

قال : أخبرنى أبى عبدالله بن سعيد ، عن أبيه سعيد ، قال : « رأيتُ رجلاً يتجارَى عَلَى بَغْلَةٍ بَيْضَاء ، عَلَيْهِ عِمَامَةُ خَزٍّ سَوْداءَ . فقال : كَسانِيهَا رسولُ الله ﷺ » . وروى مالك فى مُوطَّئِهِ : « أن عائشةَ كَسَتْ عبدَ الله بن الزبَيْرِ مُطْرَفَ خَزٍّ كانت تَلْبَسُهُ » .

فصـــل

وهل يجوز لولىّ الصبىّ أن يُلبسه الحرير ؟ فيه وجهان : أشبههما بالصواب : تحريمُه ، لعموم قول النبىّ ﷺ : « حُرِّم لباسُ الحرير على ذُكُور أُمّتى ، وَأُحِلَّ لإِنَاثِهِمْ » . وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال : كُنَّا نَنْزِعُهُ عَنِ الغِلْمَانِ وَنَتْرُكُهُ عَلَى الجَوارِى[1] » وقدم حُذيفة من سفر وعلى صبيانه قُمُص من حرير فمزّقها على الصبيان ، وتركها على الجوارى ، أخرجه الأثرم . ورُوى أيضاً عن عبد الرحمن ابن يزيدَ قال : « كنتُ رابعَ أربعَةٍ أو خامسَ خَمْسةٍ مع عبد الله ، فجاء ابنٌ له صغيرٌ عليه قُمُصٌ مِنْ حَرِيرٍ . فدعاهُ ، فقال له : مَنْ كَساكَ هذا ؟ قال أُمِّى ، فأَخَذَهُ عَبْدُ اللهِ فشقّهُ » .

والوجه الآخر : ذكره أصحابنا أنه يُباح ، لأنهم غيرُ مُكلَّفين . فلا يتعلَّقُ التحريم بلبسهم ، كما لو ألبسه دابةً . ولأنهم محلُّ الزينة فهُمْ كالنِّساء .

والأول : أصحّ ، لظاهر الحديث ، وفعل الصحابة . ويتعلّق التحريم بتمكينهم من المحرمات ، كتمكينهم من شرب الخمر ، وأكل الربا ، وغيرهما . وكونهم محلّ الزينة مع تحريم الاستمتاع بهم يقتضى التحريم لا الإباحة ، بخلاف النساء ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ومن لم يقدر على ستر العورة صلَّى جالساً يُومىء إيماءً ﴾ .

وجملة ذلك : أن العادمَ للسترة الأولى له أن يُصَلِّى قاعداً . رُوى ذلك عن ابن عمر . وقال به عطاء ، وعكرمة ، وقتادة ، والأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى ، ويومىء بالركوع ، والسجود ، وهذا مذهب أبى حنيفة . وقال مجاهد ، ومالك ، والشافعى ، وابن المنذر : يُصَلِّى قائماً بركوع ، وسجود ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « صَلِّ قَائِماً فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَجَالِساً » ، رواه البخارىّ ، ولأنه مستطيع للقيام من غير ضرر ، فلم يجُز تركه له كالقادر على الستر .

ولنا : ماروى الخلاّل بإسناده عن ابن عمر فى قوم انكسرت مراكبهم فخرجوا عُراةً قال : « يُصَلُّونَ جُلُوساً ، يُومِئُونَ إيماءً برُءُوسِهِمْ » ولم يُنقل خلافه ، ولأن الستر آكدُ من القيام بدليل أمرين :

(أحدهما) أنه لايسقُط مع القدرة بحال ، والقيام يسقط فى النافلة .

(والثانى) أن القيام يختصُّ الصلاة ، والسترُ يجبُ فيها ، وفى غيرها ، فإذا لم يكن بد من ترك

---

(١) الجوارى : البنات الصغيرات ، اللاتى لم يحضن ، أى لم يبلغن الشهوة .

أحدهما فترك أخفّهما أولى من ترك آكدهما ، ولأنه إذا استتر أتى ببدل عن القيام والركوع والسجود ، والستر لا بَدَلَ له . والحديث محمول على حالة لا تتضمّن ترك السترة .

فإن قيل : فالستر لا يحصل ، إنما يحصل بعضُه ، فلا يفي بترك القيام .

قلنـا : إذا قلنا العورةُ الفرجان فقد حصل الستر . وإن قلنا : العورةُ ما بين السرة والركبة فقد حصل ستر آكدها وجوباً في الستر ، وأفحشها في النظر ، فـكان سترُه أوْلى .

وإذا ثبت هذا فليس على من صلّى في هذه الحـال إعادة ، لأنه شرط من شرائط الصـلاة عجز عنه ، فسقط ، كما لو عجز عن استقبال القبلة ، فصلى إلى غيرها . وإن صلّى الْعُريان قائماً صحت صلاته في ظاهر كلام أحمد رحمه الله ، وهو قول أصحاب الرأي . وقال ابن جريج : يتخيَّرون بين الصلاة قياماً وقعوداً . وقد رُوِي عن أبي عبد الله رحمـه الله ما يدلُّ على أنهم يصـلُّون قياماً وقعوداً ، فإنه قد قال في الْعُراة : يقوم إمامُهم في وسطهم . وروى عنه الأثرم : إن توارَى بعضهم ببعض فصلَّوْا قياماً ، فهـذا لا بأس به . قيل له : فيومئون أو يسجدون ؟ قال : سبحان الله ! السجود لا بدّ منه .

فهذا يدلُّ على أنه لا يومىء بالسجود في حال ، وأن الأفضل في الْخَلْوة القيام ، إلا أن الخلاّل قال : هذا توهم من الأثرم . قال : ومعنى قول أحمد « يقومُ وسَطَهم » أي يكون وسطهم ، لم يُرد به حقيقة القيام .

وعلى كل حال فينبغي لمن صـلَّى عرياناً أن يَضُمَّ بعضه إلى بعض ويستُر ما أمكن ستره . قيـل لأبي عبد الله : يتربَّعون أو يتضامّون ؟ قال : لا ، بل يتضامُّون . وإذا قلنا : يسجدون بالأرض ، فإنهم يتضامُّون أيضاً . وعن أحمد : أنه يتربّع موضع القيام ، والأوَّل أولى .

فصـــل

إذا وجـد الْعُريان جلداً طاهراً ، أو ورقاً يمكنه خصفُه[1] عليه ، أو حشيشاً يُمكنه أن يربطه عليـه فيستُر به ، لزمه ذلك ، لأنه قادر على ستر عورته بطاهر ، فلزمه كما لو قدر على سترها بثوب . وقد « ستر النبيُّ ﷺ رِجْلَيْ مُصْعَب بن عُمَـيْرٍ بالإذْخِرِ[2] لَمَّا لم يَجِدْ سُتْرَةً » . فإن وجـد طيناً يطلى به جسده ، فظاهر كلام أحمد : أنه لا يلزمه ذلك ، وذلك لأنه يجفّ ويتناثرُ عند الركوع والسجود . ولأن فيه مشقّة شـديدة ، ولم تجر به العادة . واختار ابن عقيل : أنه يلزمه ذلك ، فمـا تناثر سقط حكمه ، ويستتر بما بقي ، وهو قول بعض الشافعية . والأولى : أنه لا يلزمه ذلك ، لأن عليه فيه مشقّة ، ويلحقه به ضرر . ولا يحصُل له كمال الستر ، فإن وجـد ماءً لم يلزمه النزول فيه ، وإن كان كَدِراً ، لأن للماء سُكاناً ، ولا يتمكن فيـه

(١) خصفه : إلزاقه وإطباقه عليها ، ولفه على بدنه .

(٢) الإذخر : عشب طيب الرائحة ، يجعله العرب في بيوتهم .

من السجود . وكذلك لو وجد حفرةً لم يلزمه النزول فيها ، لأنها لاتلصَقُ بجلده فهى كالجدار . وإن وجد سُترة تضرُّ بجسمه كبـاريَّةِ الْقَصَبِ[1] ، ونحوها ممـا يدخُـل فى جسمه ، لم يلزمه الاستتارُ بهـا ، لمـا فيه من الضرر والمنع من إكمال الركوع والسجود .

فصـــل

وإذا بُذِل له سترة لزمه قبولها إذا كانت عاريَّة ، لأنه قدَر على ستر العورة بمـا لامِنّة فيه . وإن وُهب له لم يلزمه قبوله ، لأن عليه فيه منّةً . وإن وجد من يبيعه ثوباً بثمنِ مثله ، أو يؤجّره بأجرة مثله ، أو زيادة يتغابَنُ النَّاس[2] بمثلهـا ، وقـدر على ذلك الْعِوَضِ ، لزمه قبولُه . وإن كانت كثيرةً لا يتغابَنُ الناس بمثلها لم يلزمه ، كما قلنا فى شراء المـاء للوضوء .

فصـــل

فإن لم يجد إلا ثوباً نجساً قال أحمـدُ : يُصَلِّى فيـه ، ولا يصلِّى عُرياناً ، وهو قول مالك والْمُزنِيّ . وقال الشافعيّ ، وأبو ثور : يُصَلِّى عرياناً ولا يُعيد . لأنها سُتْرَةٌ نجسة فلم تَجْزِ له الصلاة فيها كما لو قدر على غيرها . وقال أبو حنيفة : إن كان جميعُه نجساً فهو مُخيَّر فى الفعلين . لأنه لابد من ترك واجب فى كلا الفعلين .

ولنا أن الستر آكد من إزالة النجاسـة ، على ماقررناه فى الصلاة جالساً ، فـكان أولى . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « غَطِّ فَخِذَكَ » وهـذا عامّ . ولأن السترة متفق على اشتراطها ، والطهارةُ من النجاسة مُختلفٌ فيها ، فـكان المتفق عليه أولى .

وما ذكره الشافعيُّ معارَض بمثله ، وهو أنه قدر على ستر عورته ، فلزمه كما لو وجد ثوباً طـاهراً إذا انفرد أنه يُصَلِّى فيـه ، فالمنصوص عن أحمـد : أنه لايعيد . لأن الطهارة من النجاسة شرط ، وقد فاتت ، وقد نص فيمن صلَّى فى موضع نجس لايمـكنه الخروج منه : أنه لايعيد ، فـكذا ههنا . وهو مذهب مالك ، والأوزاعىّ ، وهو الصحيح ، لأنه شرطٌ للصلاة عجز عنه ، فسقط كالسترة ، والاستقبال ، بل أوْلى . فإن السترة آكدُ ، بدليل تقديمها على هـذا الشرط . ثم قد صحت الصلاة وأجزأت عند عدمها ، فههنا أَوْلى . فإن لم يجـد إلا ثوبَ حريرٍ صلَّى فيـه ، ولا يُعيد . وإن لم يجد إلا ثوباً مغصوباً صلَّى عُرياناً لمـا فى ذلك من حقِّ الآدمى : فأشبه مالو لم يجد ماءً يتوضأ به إلا أن يَغْصِبَهُ ، فإنَّه يتَيَمَّمُ ، كذا ههنا ، والله أعلم .

---

(١) بارية القصب : الحصير المنسوج من البوص ونحوه مما كان له شوك أو أطراف مدببة تدخل فى جسم المصلى فتدميه وتضره .

(٢) يتغابن الناس بمثلها : أى يحدث مثلها فى الزيادة فى البيع والشراء ، وليست غبناً فاحشاً يندر مثله ، أي ليست زيادة كبيرة فاحشة .

فصل

فإن لم يجد إلا مايستر عورته ، أو مَنْكِبَيْهِ ستر عورته ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « إِذَا كَانَ الثَّوْبُ وَاسِعاً فَالْتَحِفْ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ ضَيِّقاً فَاتَّزِرْ بِهِ » وهذا الثوب ضيق . وفى المسند عن ابن عمر : عن النبيِّ ﷺ أو عن عمر ، قال : « لايَشْتَمِلُ أَحَدُكُمْ اشْتِمَالَ الْيَهُودِ لِيَتَوَشَّحْ ، من كان له ثوبان فَلْيَأْتَزِرْ وَلْيَرْتَدِ ، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ثَوْبَانِ فَلْيَتَّزِرْ ثُمَّ لِيُصَلِّ » : ولأن الستر للعورة واجب ، متفق على وجوبه متأكد ، وستر المنكبين فيه من الخلاف والتخفيف مافيه ، فلا يجوز تقديمه . وقد رُوى عن أحمد فى الرجل يكون عليه الثوب اللطيف لايبلُغ أن يعقده : يَرَى أن يتّزر به ، ويصلّى ؟ قال : لاأرى ذلك مُجزئاً عنه . وإن كان الثوب لطيفاً صلَّى قاعداً ، وعقد من ورائه . وظاهر هذا : أنه قدم ستر المنكبين على القيام ، وستر ماعدا الفرجين ، ولأنه ذهب إلى أن الحديث فى ستر المنكبين أصحُّ منه فى ستر الفرجين ، وأن القيام له بدل وستر المنكبين لابدل له .

والصحيح ماذكرناه أولا ، لما قدمنا من تأكد ستر العورة والقيام ، وما روينا من الحديث ، وهو صريح فى هذه المسألة . وفيه قصة رواها أبو داود عن جابر قال : « سِرْتُ مَع رسول الله ﷺ وَعَلَيَّ بُرْدَةٌ ذَهَبْتُ أُخَالِفُ بَيْنَ طَرَفَيْهَا ، فلم تَبْلُغْ لِي ، وكَانَتْ لَهَا دَنَادِبُ[1] فَنَكَّسْتُهَا ، ثم خَالَفْتُ بَيْنَ طَرَفَيْهَا ، ثم تَوَاقَصْتُ[2] عَلَيْهَا ، حَتَّى لاتَسْقُطُ ، ثم جِئْتُ حتى قُمْتُ عن يَسَارِ رسول الله ﷺ فأَخَذَ بِيَدِي ، فأَدَارَنِي حتَّى أقامَنِي عن يَمِينه ، فجاء ابنُ صَخْر[3] ، حتى قام عن يَسَارِهِ ، فأَخَذَنَا بِيَدَيْهِ جَمِيعاً حتَّى أقامنا خَلْفَه ، قال : وجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يَرْمُقُنِي وَأَنَا لاَ أَشْعُرُ ، ثمَّ فَطِنْتُ به فأشار إلَيَّ أن اتَّزِرْ بها ، فلمَّا فرغ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم قال : ياجابر ، قلتُ : لَبَّيْكَ يارسول الله ، قال : إذا كَانَ وَاسِعاً فَخَالِفْ بَيْنَ طَرَفَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ ضَيِّقاً فاشْدُدْهُ عَلَى حَقْوِكَ » .

فصل

فإن لم يجد إلا مايستُر بعضَ العورة ستر الفرجين ، لأنهما أفحشُ ، وسترهما آكدُ . فإن كان لايكفى إلا أحدهما ستر أيهما شاء . واختُلف فى أَوْلاهما بالستر . فقيل : الدُّبُرُ لأنه أفحشُ ، لاسيّما فى الركوع والسجود . وقيل : القبُلُ . لأنه مُستقبلٌ به القبلةَ . وليس له ما يستُره ، والدُّبر مستور بالأَلْيَتَيْن .

« مسألة » قال ﴿ فإن صلّى جماعةٌ عراةٌ كان الإمام معهم فى الصفِّ وسطاً ، يُومِئُونَ إيماءً ، ويكون سجودُهم أخفضَ من ركوعهم ﴾ .

---

(١) دنادب : أطراف (شراريب) (٢) تواقصت عليها : تقاصرت ، ونزلت بنفسى إلى أسفل .

(٣) ابن صخر : هو جبار بن صخر ، وقد مر قريباً .

وجملة ذلك : أن الجماعة مشروعة للعُراة ، وبه قال قتادة . وقال مالك والأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى : يُصَلُّونَ فرادى ، ويتباعدُ بعضهم من بعض ، وإن كانوا فى ظُلمة صلَّوْا جماعةً ، ويتقدَّمُهم إمامُهم . وقال الشافعىّ فى القديم كقولهم ، وقال فى موضع آخر : الجماعةُ والانفراد سواء . لأن فى الجماعة الإخلالَ بسنة الموقف ، وفى الانفراد الإخلال بفضيلة الجْماعة ، فيستويان . ووافقنا على مشروعية الجماعة فى النساء الْعُراة . وفى الرجال إذا كان معهم مُكْتَسٍ يصلُح أن يَؤُمَّهُمْ .

ولنا : أنه يمكنهم الجماعة من غير ضرر ، فلزمهم كالمستترين ، وقول النبى ﷺ : « صَلَاةُ الرَّجُلِ فى الْجَمِيعِ تَفْضُلُ عَلَى صَلَاتِهِ وَحْدَهُ بِسَبْعٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً »[1] عامٌ فى كل مُصَلٍّ ، ولا تسقط الجماعة لتعذُّر سببها فى الموقف ، كما لو كانوا فى مكان ضيِّق لا يمكن أن يتقدمهم إمامُهم ، وإذا شُرعت الجماعة لعُراةِ النساء ، مع أن الستر فى حقّهن آكدُ ، والجماعة فى حقهن أخفُّ ، فللرجال أوْلى وأحرى ، وغَضُّ البصر يحصلُ بكونهم صفاً واحداً يسترُ بعضهم بعضاً .

إذا ثبت هذا فإنهم يصلُّون صفاً واحداً ويكون إمامُهم فى وسطهم ، ليكون أسترَ لهم ، وأغضَّ لأبصارهم عنه . وكذلك سُنَّ لإمامَة النساء القيامُ وسطْهن فى كلِّ حال ، لأنهنَّ عورات . فإنْ كان مع الرجال نساء عراةٌ تَنَحَّيْنَ عنهم ، لئلا يرى بعضهم بعضاً ، ويُصلِّين جماعةً أيضاً كالرجال ، إلا أن الجماعة فى حقهن أدنى منها فى حق الرجال ، كما لو كانوا غير عُراة . فإن كان الجميع فى مجلس ، أو فى مكان ضيِّق ، صلَّى الرجالُ واستدبرهم النساء ، ثم صلَّى النساء واستدْبرهنَّ الرجال ، لئلاّ يَرى بعضهم عوارت بعض . فإن كان الرجال لا يسعُهم صفٌّ واحد ، والنساء وقفوا صفوفاً ، وغَضُّوا أبصارهم عمن بين أيديهم ، لأنه موضع ضرورة .

« مسألة » قال ﴿ وقد رُوى عن أبى عبد الله رحمه الله روايةٌ أخرى : أنهم يسجدون بالأرض ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى العراة إذا صَلَّوْا قعوداً . فروى أنهم يُومئون بالركوع والسجود لأن القيام سقط عنهم لحفظ عوراتهم ، وظهورها بالسجود أكثرُ وأفحشُ ، فوجب أن يَسقُط . ورُوى أنهم يسجدون بالأرض لأن السجود آكدُ من القيام ، لكونه مقصوداً فى نفسه ، ولا يسقط فيما يسقُط فيه القيام ، وهو صلاةُ النافلة ، فلهذا لم يسقط .

فصــــل

فإن كان مع العراة واحدٌ له ثوب ، لزمته الصلاة فيه ، لأنه قادر على السترة . فإن أعاره ، وصلى عُرياناً لم تصحّ صلاته ، لتركه الواجب عليه . ويستحَبُّ أن يُعيره بعد صلاته فيه لغيره ليصلِّيَ فيه . لقول

(١) نص الحديث : صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة ، وفى رواية بسبعة وعشرين ضعفاً ، ولعل ابن قدامة رواه بالمعنى .

الله تعالى (٥ : ٨ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى) ولا يجب عليه ذلك ، بخلاف مالو كان معه طعام فاضل عن حاجته ، ووجد من به ضرورة . لزمه إعطاؤه إيّاه ، لأنها حال ضرورة ، فإذا بذله لهم صلّى فيه واحد بعد واحد ، ولم تجز لهم الصلاة عراة لأنهم قادرون على الستر ، إلا أن يخافوا ضيق الوقت ، فيُصلى فيه واحد ، والباقون عراة . وقال الشافعيّ : لا يُصَلِّي أحدٌ عرياناً ، وينتظرُ الثوب . وإن خرج الوقت ، ولا يصحّ ، فإن الوقت آكدُ من القيام ، بدليل مالو كانوا فى سفينة ، أو فى موضع ضيّق لا يُمكن جميعهم الصلاةُ فيه قياماً صلّى واحدٌ بعد واحد ، إلا أن يخافوا فوات الوقت ، فيصلُّون قُعُوداً ، نص الشافعيّ على هذا . والقيام آكدُ من السترة عنده . وعلى رواية لنا ، فأولى أن يكون الوقت مقدَّماً على الستر . فإن امتنع صاحب الثوب من إعارتهم أو ضاق الوقت عن أكثر من صلاة ، فالمستحبُّ أن يؤمَّهم صاحبُ الثوب ، ويقفُ بين أيديهم . فإن كان أُمِّيًّا وهم قُرّاء صلَّى الباقون جماعةً على ماأسلفنا .

قال القاضى : يُصَلِّي هو منفرداً . وإذا أراد صاحبُ الثوب إعارةَ ثوبه ، ومعهم نساء استُحِبَّ أن يبدأ بهنّ ، لأنهنّ آكدُ فى الستر . وإذا صلَّيْنَ فيه أخذه ، فإذا تضايق الوقتُ وفيهم قارىء فالمستحبُّ أن يبدأ به ، ليكون إمامَهم . وإن أعاره لغير القارىء صار حكمُه كحكم صاحب الثوب . فإن استوَوْا ولم يكن الثوب لواحد منهم أقْرِعَ بينهم ، فمن خرجت له القرعة فهو أحقّ . وإن لم يستوُوا فالأولى به من تُسْتَحبُّ البدايةُ بإعارته على ماذكرنا .

« مسألة » قال ﴿ ومن كان فى ماء وطين أومأ إيماء ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا كان فى الطين والمطر ، ولم يمكنه السجود على الأرض إلا بالتلوّث بالطين والبلل بالماء ، فله الصلاة على دابّته ، يُومىء بالركوع والسجود . وإن كان راجلاً أومأ بالسجود أيضاً ، ولم يلزمه السجود على الأرض . قال الترمذيّ : رُوى عن أنس بن مالك « أنه صلَّى على دابَّته فى ماء وطين » والعمل على هذا عند أهل العلم ، وبه يقول أحمد ، وإسحاق ، وفَعَلَه جابر بن زيد ، وأمر به طاوس وعُمارة بن غَزِيَّة . قال ابن عقيل : وقد رُوى عن أحمد أنه يسجُد على متن الماء ، والأول أولى ، لما رَوى يعلى بن أُمية عن النبي ﷺ : « أنه انتهى إلى مَضِيقٍ ، ومَعَهُ أَصحابُهُ ، والسماء مِنْ فَوْقِهِمْ ، وَالبِلَّةُ مِنْ أَسْفَلَ مِنْهُمْ ، فَصَلَّى رسولُ اللهِ ﷺ عَلَى رَاحِلَتِهِ ، وَأَصْحَابُهُ عَلَى ظُهُورِ دَوَابِّهِمْ ، يُومِئُونَ إِيمَاءً ، يَجْعَلُونَ السُّجُودَ أَخْفَضَ مِنَ الرُّكُوعِ » رواه الأثرم ، والترمذى . وقال : تفرّد به عن عمر بن الرماح البلخيّ . وقد رَوى عنه غيرُ واحد من أهل العلم .

قال القاضى أبو يَعْلَى : سألت أبا عبد الله الدامَغانيّ ، فقال : مذهبُ أبى حنيفة أن يُصَلِّيَ على الراحلة فى المطر ، والمرض . وقال أصحاب الشافعيّ : لايجوز أن يُصَلِّيَ الْفَرْضَ على الراحلة ، لأجل المطر والمرض ، وعن مالك كالمذهَبَيْنِ ، واحتجّ من منع ذلك بحديث أبى سعيد الخُدْريّ : « فأَبْصَرَتْ عَيْنَايَ

رَسُولَ الله ﷺ انْصَرَفَ ، وعَلَى جَبْهَتِهِ وَأَنْفِهِ أَثَرُ الْمَاءِ وَالطِّينِ » وهذا حديث صحيح .

ولنا : مارويناه من الحديث ، وفعلُ أنس . قال أحمدُ رحمه الله : قد صلى أنسٌ وهو متوجِّه إلى سرابيط ، في يوم مطرٍ المكتوبةَ على الدابّة . ورواه الأثرم بإسناده : ولم يُنقل عن غيره خلافُه ، فيكون إجماعاً . ولأن المطر عذر يبيح الجمع فأثّر في أفعال الصلاة ، كالسفر يؤثّر في القصر . وأما حديث أبي سعيد فيحْتمل أن الطِّين كان يَسِيراً لا يُؤَثِّرُ في تلويث الثياب .

فصـــل

فأما الصلاة على الراحلة لأجل المرض ، ففيه روايتان :

(إحداهما) يجوز : اختارها أبو بكر ، لأن المشقّة بالنزول في المرض أشدُّ منها بالنزول في المطر ، فإذا أثّر المطرُ في إباحة الصلاة على الراحلة فالمرضُ أولى .

(والثانية) لا يجوز ذلك : واحتجّ لها أحمدُ بأن ابن عمر : « كان يُنْزِلُ مَرْضَاهُ » ولأنه قادر على الصلاة ، أو على السجود ، فلم يَجُز تركه كغير المريض . والفرق بينه وبين المطر : أن النزول في المطر يُبلل ثيابه ، ويلوثها ، ولا يتمكن من الصلاة بالمشقة ، ونزول المريض يؤثّر في حصوله على الأرض ، وهو أسكنُ له ، وأمكن من كونه على الظهر . وقد اختلفت جهة المشقة . فالمشقة على المريض في نفس جهة النزول ، لا في الصلاة على الأرض ، والمشقّةُ على الممطور في الصلاة على الأرض لا في النزول ، ومع هذا الاختلاف لا يصحّ الإلحاق . فإن خاف المريض من النزول ضرراً غيرَ محتمل كالانقطاع عن الرُّفقة ، أو العجز عن الركوب ، أو زيادة المرض ، ونحو هذا ، صلّى على الراحلة ، كما ذكرنا في صلاة الخوف .

فصـــل

ومتى صلّى على الراحلة لمرض أو مطر ، فليس له تركُ الاستقبال . وهو ظاهر كلام الخِرَقيّ حيثُ قال : ولا يُصَلِّي في غير هاتين الحالتين ، فرضاً ولا نافلةً إلا متوجّهاً إلى الكعبة ، ولأن قوله تعالى : (٢ : ١٤٤ وَحَيْثُمَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ) عامّ ، خَرَج منه حالُ الخوف في صلاة الفرض محافظةً على بقاء النفس ، ففيما عداه يبقى الاستقبالُ لعموم الآية .

« مسألة » قال ﴿ وإذا انكشف من المرأة الْحُرّة شيء سوى وجهها أعادت الصلاة ﴾ .

لا يختلف المذهب في أنه يجوز للمرأة كشف وجهها في الصلاة ، وأنه ليس لها كشف ما عدا وجهها وكفَّيْهَا ، وفي الكفين روايتان . واختلف أهلُ العلم . فأجمع أكثرهم على أن لها أن تُصَلِّي مكشوفة الوجه . وأجمع أهلُ العلم على أن للمرأة الحرة أن تُخَمِّرَ رأسها إذا صلّت ، وعلى أنها إذا صلّت وجميع رأسها مكشوف أن عليها الإعادةَ . وقال أبو حنيفة : الْقَدَمان ليسا من العورة ، لأنهما يظهران غالباً ، فهما

كالوجه . وإن انكشف من المرأة أقلُّ من ربع شعرها ، أو ربع فخذها أو رُبْع بَطْنِهَا لم تبطُل صلاتُها . وقال مالك ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ : جميع المرأة عورة ، إلا وجههَا وَكَفَّيْهَا . وما سوى ذلك يجبُ سَتْرُه فى الصلاة . لأن ابن عباس قال فى قوله تعالى : (٢٤ : ٣١ وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَاظَهَرَ مِنْهَا) قال : « الوجه والكفين » . ولأن النبيَّ ﷺ : « نَهَى الْمُحْرِمَةَ عَنْ لُبْسِ الْقُفَّازَيْنِ والنِّقَابِ » ولو كان الوجه والكفان عورةً لما حرم سترها . ولأن الحاجة تدعو إلى كشف الوجه للبيع ، والشراء ، والكفَّيْنِ ، للأخذ والإعطاء .

وقال بعض أصحابنا : المرأة كلها عَورة ، لأنه قد رُوى فى حديث عن النبى ﷺ : « الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ » رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح . لكن رُخِّصَ لها فى كشف وجهها ، وكفيها ، لما فى تغطيته من المشقة ، وأُبيح النظرُ إليه لأجل الخِطْبَةِ لأنه مَجْمَعُ المحاسن ، وهذا قول أبى بكر بن الحارث بن هشام . قال : المرأةُ كلها عورة حتى ظُفْرُهَا . والدليل على وجوب تغطية القدمين ماروت أُمُّ سَلَمَةَ قالت : « قلت : يارسول الله ، تُصَلِّى الْمَرْأَةُ فِى دِرْعٍ[1] وَخِمَارٍ ليس عَلَيْهَا إِزَارٌ ؟ قال : نعم ، إذا كان سَابِغاً ، يُغَطِّى ظُهُورَ قَدَمَيْهَا » رواه أبو داود وقال : وقفه جماعة على أمِّ سلمة . ورفعه عبد الرحمن بن عبد الله بن دِينَار . ورَوى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « لا يَنْظُرُ اللهُ إِلَى مَنْ جَرَّ ثَوْبَهُ خُيَلاَءَ . فقالت أُمُّ سلمة : فَكَيْفَ يَصْنَعُ النِّسَاءُ بِذُيُولِهِنّ ؟ قال : يُرْخِينَ شِبْراً . فقالت : إذاً تَنْكَشِفُ أَقْدَامُهُنَّ ؟ قال : فَيُرْخِينَهُ ذِرَاعاً ، لا يَزِدْنَ عَلَيْهِ » رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح . وهذا يدل على وجوب تغطية القدمين ، ولأنه محل لايجب كشفُه فى الإحرام ، فلم يَجُزْ كشفه فى الصلاة كالساقين .

وما ذكروه من تقدير البطلان بزيادة على رُبع العضو فتحكمٌ لادليل عليه . والتقديرُ لا يُصَار إليه بمجرَّد الرأى . وقد ثبت وجوبُ تغطية الرأس بقول النبى صلى الله عليه وسلم « لايَقْبَلُ اللهُ صَلاَةَ حائِضٍ إلاَّ بِخِمَارٍ » أخرجه الترمذىّ وقال : حديث حسن . وبالإجماع على ماقدّمناه ، فأما الكفَّان فقد ذكرنا فيهما روايتين . إحداهما : لايجب سترهما لما ذكرنا . والثانية : يجب ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ » وهذا عامّ إلا ماخصَّه الدليلُ . وقول ابن عباس : « الوجه والكفان » قد روى أبو حفص عن عبد الله بن مسعود خلافَه قال : (٢٤ : ٣١ وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّ مَاظَهَرَ مِنْهَا) قال : الثيابَ ، ولا يجب كشفُ الكفَّيْن فى الإحرام ، إنما يحرُم أن تلبس فيهما شيئاً مصنوعاً على قدرهما ، كما يحرم على الرجل لبس السراويل ، والذى يستر به عورته .

---

(١) الدرع : القميص . والخمار : مايستر الرأس (الطرحة) ونحوها . والإزار : مايستر أسفل الجسم .

فصـــــل

والمستحبُّ أن تُصَلِّى المرأةُ فى دِرع ، قال : الدرع يشبه القميص لكنه سابغ يُغَطِّى قدميها ـ وخمار يُغطى رأسها ، وعُنقها ، وجلباب تَلْتَحِفُ به من فوقِ الدرع . روى ذلك عن عمر ، وابنه ، وعائشة ، وعَبِيدة السلمانىّ وعطاء وهو قول الشافعىّ . قال : قد اتفق عامتهم على الدرع والخمار وما زاد فهو خير وأستر . ولأنه إذا كان عليها جلباب ، فإنها تجافيه راكعةً وساجدةً . لئلا تَصِفَها ثيابُها فتَبِين عجيزتها ، ومواضع عوراتها .

فصـــــل

ويُجزئها من اللباس ماسترها السترَ الواجب على مابيَّنا بحديث أُمِّ سلمة أنها سألَت رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتُصلِّى المرأةُ فى دِرْعٍ وخِمارٍ لَيْسَ عليها إزارٌ ؟ قال : إذا كان الدِّرْعُ سَابغاً يُغَطِّى ظُهُورَ قَدَمَيْها » وقد رُوى عن ميمونة ، وأُمِّ سَلَمَة « أنهما كانتا تُصَلِّيان فى درع ، وخمار ، ليس عليهما إزار » رواه مالك فى الموطأ . وقال أحمد : قد اتفق عامتهم على الدرع ، والخمار . ولأنها سترت مايجب عليها ستره فأجزأتها صلاتها كالرجل .

فصـــــل

فإن انكشف من المرأة شىء يسير من غير الوجه والكفين ، فلا أعلم فيها قولاً صحيحاً صريحاً . وظاهر قول الخِرَقِىّ : إذا انكشف من المرأة شىء سوى وجهها وكفيها أعادت — يقتضى بُطلان الصلاة بالكشف اليسير ، لأنه شىء ، ويُمكن حمل ذلك على الكثير ، لما قررناه فى عورة الرجل : أنه يُعفى فيها عن اليسير فكذا ههنا . ولأنه يشقُّ التحرز من اليسير فعُفِىَ عنه قياساً على يسير عورة الرجل .

فصـــــل

ويُكره أن تَنْتَقِبَ[1] المرأة وهى تُصَلِّى . لأنه يخل بمباشرة المُصَلَّى بجبهتها ، وأنفها ، ويجرى مجرى تغطية الفم للرجل . وقد نهى النبىُّ صلى الله عليه وسلم عنه . قال ابن عبد البرّ . وقد أجمعوا على أن على المرأة أن تكشف وجهها فى الصلاة والإحرام .

فصـــــل

قال وصلاة الأَمَة مكشوفةَ الرأس جائزة لانَعلم أحداً خالف فى هذا إلا الحسن فإنه من بين أهل العلم أوجب عليها الخمار إذا تزوجت ، أو اتخذها الرجل لنفسه واستُحبَّ لها عطاء أن تتقنَّع إذا صلَّت.

ولنا : أن عمر رضى الله عنه : « ضَرَبَ أَمَةً لآل أَنَسٍ رَآها مُتقنِّعةً ، وقال : اكْشِفِى رأْسَكِ ،

---

(١) تلبس النقاب (البرقع) .

ولاَ تَشَبَّهِى بالحِـرائر » وهذا يدل على أن هـذا كان مشهوراً بين الصحـابة لا يُنـكر ، حتى أنـكر عمر مُخالفتـه . وقال أبو قِلاَبة : إن عمر بن الخطاب كان لايدع أَمةً تقنَّعُ فى خلافتـه . وقال إنما القناعُ للحرائر .

فصـــــل

لم يذكر الخِرقِىّ رحمـه الله عنه سوى كشف الرأس ، وهو المنصوص عن أحمـد رحمـه الله فى رواية عبد الله ، فقال : وإن صلَّت الأمةُ مكشوفة الرأس فلا بأس . واختلف أصحابنا فيما عـدا ذلك . فقال ابن حامد عورتُها كعورة الرجل ، وقد لوّح إليه رحمه الله . وقال القاضى فى المجرَّد : إن انكشف منها فى الصلاة مابين السرة والركبة فالصلاةُ باطلة ، وإن انكشف ماعدا ذلك فالصلاة صحيحة . وقال فى الجامع : عورة الأمة ماعدا الرأس ، واليدين ، إلى المرفقين ؛ والرجلين إلى الركبتين . واحتجّ عليه بقول أحمـد : لا بأس أن يُقلِّبَ الرجلُ الجاريةَ إذا أراد الشراءَ من فوق الثوب ، ويـكشف الذّراعين ، والساقين ، ولأن هذا يَظهر عادة عند الخِدْمة ، والتقليبُ للشراء ، فلم يـكن عورةً ، وماسواه لايظهر عادةً ، ولاتدعو الحاجة إلى كشفه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعىّ . والأظهر عنهم مثلُ قول ابن حامد ، لما رُوى عن أبى موسى أنه قال على المنبر : أَلاَ لاأَعرِفُ أَحَداً أَرَادَ أَنْ يَشْتَرِىَ جَارِيَةً فَيَنْظُرَ إلى مافَوْقَ الرُّكْبَةِ ، أو دُونَ السُّرَّةِ ، لاَيَفْعَلُ ذَلِكَ أَحَدٌ إِلاَّ عَاقَبْتُهُ. وقد ذكرنا حديث الدار قطنىّ ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا زَوَّجَ أَحَدُكُمْ عَبْدَهُ أَمَتَهُ أَوْ أَجِيرَهُ فَلاَ يَنْظُرْ إِلى شَىْءٍ مِنْ عَوْرَتِهِ ، فَإِنَّ ماتَحْتَ السُّرَّةِ إلى رُكْبَتِهِ مِنَ الْعَوْرَةِ » يريد الأمة . فإن الأجير والعبد لايُنظر إلى ذلك منه مُزَوَّجاً وغيرَ مزوّج ، ولأن من لم يكن رأسه عورةً لم يكن صدره عورة كالرجل .

فصـــــل

والمكاتبةُ والمدبّرة ، والمعلّق عِتقُها بصفة ، كالأمة القِنِّ ،[1] فيما ذكرناه ، لأنهنّ إماء يجوز بيعُهنّ وعتقهنّ ، وأما المعتَقُ بعضُها ، فيحتمل وجهين :

(أحدهما) هى كالحرّة : احتياطاً للعبادة .

(والثانى) كالأمة : لعـدم الحرّية الـكاملة ، ولذلك ضُمِنَتْ بالقيمة .

فصـــــل

والخُنثى المُشْكِلُ كالرجل ، لأن ستر مازاد على عورة الرجل محتَمل فـلا نوجب عليه حُكماً بأمرٍ

(١) القن : الرقيقة رقاً خالصاً لم يدخله معارض له من المكاتبة وغيرها .

محتمل متردّد فيه ، وعلى قولنا : العورة الفرجان اللذان فى قُبُله . لأن أحدهما فرج حقيق ، وليس يمكنه تغطيته يقيناً ، إلا بتغطيتهما ، فوجب عليه ذلك ، كما يجب ستر ماقرب من الفرجين ضرورةَ سترهما .

فصـــــل

إذا تلبّست الأمةُ بالصلاة مكشوفةَ الرأس فَعَتَقتْ فى أثنائها فهى كالعُريان ، يجد السترة فى صلاته ، إن أمكنها أو أمكنه السترة من غير زمن طويل ، ولاعمل كثير . ستر ، وبَنى على مامَضىَ من الصلاة ، كأهل قباء لمّا علموا بتحويل القبلة استداروا إليها وَبَنْوا . وإن لم يمكن السترُ إلا بعمل كثير ، أو زمن طويل بطلت الصلاة ، إذ لايمكن المضىّ فيها لكون السترة شرطاً مع القدرة ، ووجدت القدرة ، ولا يمكن العمل فى الصلاة كثيراً ، لأنه ينافيها ، فيبطلها . والمرجع فى اليسير والكثير إلى الْعرف ، من غير تقدير بالخطوة والخطوتين . وذكر القاضى فيمن وَجَدتْ من يناولها السُّتْرةَ فانتظرت احتمالين . أحدهما : تبطلُ صلاتها ، والثانى : لاتبطُل ، لأن الجميع انتظار واحد ، والأول أولى . لأن الفصل طال عليها وهى بادية العورة ، بعد القدرة على الستر ، فلم تصح صلاتُها . كما لو لم تكن منتظرة . فإن لم تعلم بالعِتْق حتى أتمت صلاتها لم تصح . لأنها صلَّت عاريةً جَهلاً بوجوب الستر ، فلم تصح ، كما لو علمت العتقَ وجهلت الْحكم . وإن عتقت ولم تجد ماتستتر به صحت صلاتُها ، لأنها لاتزيدُ على الْحُرة الأصلية العاجزة عن الاستتار .

« مسألة » قال ﴿ ويُستحبّ لأم الولد أن تغطِّىَ رأسها فى الصلاة ﴾ .

وجملة ذلك : أن أُمّ الولد كالأمة فى صلاتها وسترتها ، صرّح بها الخِرَقىّ فى عتق أمهات الأولاد ، فقال : وإن صلت مكشوفة الرأس كُره لها ، وأجزأها . وممن لم يوجب عليها تغطيةَ رأسها النخعىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وقد نقل الأثرم عن أحمد : أنه سأله كيف تُصَلِّى أُمُّ الولد ؟ قال : تغطى شعرها وقدمَها ، لأنها لاتُباع ، وهى تصلِّى كما تصلِّى الْحُرّةِ . فهذا يحتمل أن يكون على الاستحباب ، فيكون كما ذكر الخِرَقِىّ . ويحتمل أن يَجرى على ظاهره فى الوجوب ، لأنها لاتُباع ولا ينقل الملك فيها . فأشبهت الْحُرّة . وقد انعقد سبب حُرّيتها بحيث لايمكن إبطاله ، فغلب فيها حكم الْحُرّية فى العبادة .

والأول : أوْلى ، لأنها أَمةٌ حكمها حكم الإماء ، إلا فى أنها لا يُنقل الملك فيها ، فهى كالموقوفة . وانعقاد السبب للحرية لايوجب الستر ، كالكتابة والتدبير ، ولكن يُستحبُّ لها الستر ، ويُكره لها كشف الرأس ، لما فيها من الشبه بالحرائر .

« مسألة » قال ﴿ ومن ذكر أن عليه صلاة ، وهو فى أخرى ، أتمها وقضى المذكورة ، وأعاد التى كان فيها إذا كان الوقت مُبَقًّى ﴾ .

وجملة ذلك : أن الترتيب واجب فى قضاء الفوائت . نَصَّ عليه فى مواضع . قال فى رواية أبى داود

فيمن ترك صلاةَ سَنَةٍ : يُصَلِّيهَا ، ويعيدُ كلّ صلاة صلاّها ، وهو ذكر لما تركَ من الصلاة . وقد رُوى عن ابن عمر رضى الله عنه مايدلّ على وجوب الترتيب ، ونحوُه عن النخعىّ ، والزهرىّ ، وربيعة ، ويحيي الأنصارىّ ، ومالك ، والليث ، وأبى حنيفة ، وإسحاق . وقال الشافعىّ : لايجب .

ولنا : ماروى : « أن النبى ﷺ فاتَهُ يَوْمَ الْخَنْدَقِ أَرْبَعُ صَلَوَاتٍ ، فَقَضَاهُنَّ مُرَتَّبَاتٍ » وقال : « صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِى أُصَلِّى » وروى الإمام أحمد بإسناده ، عن أبى جمعة حبيب بن سِباع ، وكان قد أدرك النبىّ ﷺ قال : « إنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم عامَ الْأَحْزَابِ صلَّى الْمَغْرِبَ ، فلماَّ فرَغَ قالَ : هَلْ عَلِمَ أَحَدٌ مِنْكُمْ أَنِّى صَلَّيْتُ الْعَصْرَ ؟ فقالوا : يارسولَ الله ، ماصَلَّيْتَهَا ، فَأَمَرَ الْمُؤَذِّنَ ، فأقام الصلاة ، فصلَّى الْعَصر ، ثم أعاد الْمَغْرِبَ » وهذا يدلّ على وجوب الترتيب . وروى أبو حفص بإسناده ، عن نافع ، عن ابن عمر : أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ نَسِيَ صلاةً فَلَمْ يَذْكُرْهَا إلاَّ وَهُوَ مَعَ الْإِمَامِ ، فَلْيُصَلِّ مَعَ الْإِمَامِ ، فَإِذَا فَرَغَ مِنْ صلاَتِهِ فَلْيُعِدِ الصَّلاَةَ الَّتِى نَسِيَ ، ثم ليُعِدِ الصَّلاَةَ الَّتِى صلاَّهَا مع الإمَامِ » . ورُوى موقوفاً عن ابن عمر ، ولأنهما صلاتان مؤقّتتان ، فوجب الترتيبُ فيهما ، كالمجموعتين .

إذا ثبت هذا فإنه يجب الترتيب فيها ، وإن كثرت . وقد نَصَّ عليه أحمد . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لايجبُ الترتيب فى أكثرَ من صلاةِ يومٍ وليلةٍ . ولأن اعتبارَه فيما زاد على ذلك يشقُّ ، ويُفضِى إلى الدخول فى التكرار ، فسقط كالترتيب فى قضاء صيام رمضان .

ولنا : أنها صلوات واجبات ، تُفعل فى وقت يتَّسِع لها ، فوجب فيها الترتيبُ كالخمس ، وإفضاؤه إلى التكرار لايمنعُ وجوب الترتيب ، كترتيب الركوع على السجود . وهذا الترتيب شرط فى الصلاة . فلو أخلَّ به لم تصح صلاته ، بدليل ماذكرنا من حديث أبى جُمُعةَ ، وحديث ابن عمر ، ولأنه ترتيبٌ واجب فى الصلاة ، فكان شرطاً لصحتها ، كترتيب المجموعتين .

إذا ثبت هذا عُدنا إلى مسألة الكتاب : وهى إذا أحرم بالحاضرة ، ثم ذكر فى أثنائها أن عليه فائتةً ، والوقتُ متّسع ، فإنه يُتمّها ، ويقضى الفائتة ، ثم يعيد الصلاة التى كان فيها ، سواء كان إماماً أو مأموماً ، أو مُنفرداً . هذا ظاهر كلام الخِرَقِىّ وأبى بكر . وهو قول ابن عمر ، ومالك ، والليث ، وإسحاق ، فى المأموم . وهو الذى نقله الجماعة عن أحمد فى المأموم . ونقل عنه جماعة فى المنفرد : أنه يقطع الصلاة ويقضى الفائتة . وهو قول النخعىّ ، والزهرىّ ، وربيعة ، ويحيي الأنصارىّ فى المنفرد وغيره . وروى حرب ، عن أحمد فى الإمام : ينصرفُ ويستأنف المأمومون . قال أبو بكر : لاينقلُها غيرُ حرب . وقد نقل عنه فى المأموم : أنه يقطع ، وفى المنفرد : أنه يُتِمُّ الصلاة . وكذلك حكم الإمام يجب أن يكون مثله ، فيكون فى الجميع أداءً روايتان :

(إحداهما) يقطعها .

(والأخرى) يتمّها . وقال طاوس ، والحسن ، والشافعيّ ، وأبو ثور : يُتمّ صلاته ويقضي الفائتة لا غير .

ولنا : على وجوب الإعادة : حديث ابن عمر ، وحديث أبي جمعة ، ولأنه ترتيب واجب ، فوجب اشتراطه لصحة الصلاة ، كترتيب المجموعتين .

ولنا : على أنه يُتمّ الصلاة قوله تعالى : (٤٧ : ٨ وَلاَ تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ) وحديث ابن عمر ، وحديث أبي جمعة أيضاً قال : يَتَعَيَّن حمله على أنه ذكرها ، وهو في الصلاة . فإنه لو نَسِيَهَا حتى يفرُغ من الصلاة لم يجب قضاؤها . ولأنها صلاة ذكر فيها فائتةً ، فلم تفسُد . كما لو كان مأموماً . فإن ظاهر المذهب أنه يمضي فيها . قال أبو بكر : لا يختلف كلام أحمد - إذا كان وراء الإمام - أنه يمضي مع الإمام ويعيدها جميعاً . واختلف قوله إذا كان وحده ، قال : والذي أقول : إنه يمضي ، لأنه يَشْنُع أن يقطع ما دخل فيه قبل أن يُتمَّه ، فإن مضى الإمام في صلاته بعد ذكره انْبَنَتْ صلاة المأمومين على ائتمام المُفترِض بالمتنفّلِ . والأولى أن ذلك يصحّ ، لما سنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى .

وإذا قلنا : يمضي في صلاته ، فليس ذلك بواجب ، فإن الصلاة تصيرُ نفْلاً فلا يلزم اتمامُه . قال مهنا : قلت لأحمد : إني كنت في صلاة الْعَتمة فذكرت أني لم أكن صلّيتُ المغرب ، فصلّيتُ العتمة ، ثم أعدتُ المغربَ والْعَتمة ؟ قال : أصبتَ . فقلت : أليس كان ينبغي أن أخرج حين ذكرتها ؟ قال : بلى ، قلت : فكيف أصبتُ ؟ قال : كلٌّ جائز .

فصل

وقول الخِرَقيّ : « ومن ذكر صلاةً وهو في أخرى » يدل على أنه متى صلّى ناسياً للفائتة أن صلاته صحيحة ، وقد نص أحمد على هذا في رواية الجماعة قال : متى ذكر الفائتة ، وقد سلم أجزأته ويقضي الفائتةَ . وقال مالك : يجبُ الترتيبُ مع النسيان ، ولعلَّ من يذهب إلى ذلك يحتجّ بحديث أبي جمعة ، وبالقياس على المجموعتين .

ولنا : عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَإِ وَالنِّسْيَانِ » ولأن المنسيَّةَ ليست عليها أمارة ، فجاز أن يؤثر فيها النسيان كالصيام .

وأما حديث أبي جمعة فإنه من رواية ابن لَهِيعة ، وفيه ضعف ، ويحتمل أنّ النبيَّ ﷺ ذكرها ، وهو في الصلاة . وأما المجموعتان ، فإنما لم يُعذر بالنسيان لأن عليهما أمارة ، وهو اجتماع الجماعة ، بخلاف مسألتنا . ولا فرق بين أن يكون[1] قد سبق منه ذكر الفائتة ، أو لم يسبق منه لها ذكر . نص عليه أحمد ، لعموم ما ذكرناه من الدليل ، والله أعلم .

---

(١) في النسخ المطبوعة زيادة « لا » قبل يكون وهو تصحيف .

« مسألة » قال ﴿ ومن خشى خروج الوقت اعتقد وهو فيها أن لايُعيدُها وقد أجزأته ﴾ .

يعنى إذا خشى فوات الوقت قبل انقضاء الفائتة ، وإعادة التىهو فيها سقط عنه الترتيب حينئذ ، وُيتِمّ صلاته ويقضى الفائتة فحسبُ . وقوله« اعتقد أن لايُعيدُها » يعنى لايغيِّر نيته عن الفرضية ، ولا يعتقدُ أنه يُعيدها هذا هو الصحيح من المذهب . وهكذا لو لم يكن دخل فيها لـكن لم يبق من وقتها قدرُ مايصليهما جميعاً فيه ، فإنه يسقُط الترتيب ، ويقـدِّمُ الحاضرة . وهو قول سعيد بن المُسيّب والحسن ، والأوزاعىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رواية أخرى : أن الترتيب واجب مع سعة الوقت ، وضيقه ، اختارها الخلاّل . وهو مذهب عطاء ، والزهرىّ ، والليث ، ومالك ، ولا فرق بين أن تـكون الحاضرة جُمعة أو غيرها . قال أبو حفص : هذه الرواية تُخالف مانقله الجماعة ، فإمّا أن يكون غلطاً فى النقل ، وإمّا أن يكون قولاً قديماً لأبى عبد الله . وقال القاضى : وعندى أن المسألة رواية واحـدة : أن الترتيب يسقُط . لأنه قال فى رواية مهنا فى رجل نسى صـلاةً وهو فى المسجد يوم الجمعة عند حضور الجمعة : يبـدأ بالجمعة ، هـذه يخافُ فوتها . فقيل له : كنتُ أحفظ عنك أنه إذا صلَّى وهو ذاكر لصلاة فائتـة أنه يُعيد هذه وهذه ؟ فقال : كنتُ أقول هذا . فظاهر هذا : أنه رجع عن قوله الأول .

وفى رواية ثالثـة : إن كان وقت الحـاضرة يتسع لقضاء الفوائت وجب الترتيب ، وإن كان لايتسع سقط الترتيب فى أول وقتها . نقل ابن منصور فيمن يقضى صلواتٍ فوائتَ فتحضر صلاة : أيؤخّرها إلى آخر الوقت فإذا صلاها يعيدها ؟ فقال : لا ، بل يُصلِّيها فى الجماعة إذا حضرت ، إذا كان لايطمع أن يقضى الفوائتَ كلها إلى آخر وقت هذه الصلاة التى حضرت ، فإن طمع فى ذلك قضى الفوائت ، مالم يخش فوتَ هذه الصلاة . ولا قضاء عليه إذا صلَّى مَرَّةً . وهـذه الروايةُ اختيار أبى حفص العكبرى ، وعلّل القاضى هذه الرواية بأن الوقت لايتسع لقضاء مافى الذمة ، وفعل الحاضرة فسقط الترتيب ، وإن كان يمكنه القضاء والشروع فى أداء الحاضرة كذا هاهنا . ويمكن أن تُحمل هذه الرواية على أنه قـدم الجماعة على الترتيب مشروطاً لضيق الوقت عن قضاء الفوائت جميعها .

وقد ذكر بعض أصحابنا أن فى تقـديم الجماعة على الترتيب روايتين ، ولعله أشار إلى هـذه الرواية . فأما من ذهب إلى تقديم الترتيب بكل حال ، فحجَّتُه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَو نَسِيَهَا فَلْيُصَلِّهَا مَتَى ذَكَرَهَا » وهذا عامّ فى حال ضيق الوقت وسعته . ولأنه ترتيب مُستحقّ مع سعة الوقت ، فيستحق مع ضيقه ، كترتيب الركوع والسجود والطهارة .

ولنا : أنها صلاة ضاق وقتها عن أكثر منها ، فلم يَجُز له تأخيرها ، كما لو لم يـكن عليه فائتة . ولأن الحاضرة آكدُ من الفائتة ، بدليل أنه يقتل بتركها ، ويَـكفر على رواية ، ولايحلّ له تأخيرُها عن وقتها ، والفائتة بخلاف ذلك . وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم لما نامَ عن صلاةِ الفجر أَخَّرها شيئاً ، وأمرهم

فاقتادوا رواحلهم ، ولأنه ركن من أركان الإسلام مؤقّت ، فلمْ يَجُز تقديم فائتة على حاضرة يُخاف فواتها، كالصيام . وقوله عليه السلام : « من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها متى ذكرها » مخصوص بما إذا ذكرَ فوائت ، فإنه لايلزمه فى الحـال إلا الأولى . فنقيس عليه ماإذا اجتمعت حاضرة يُخـاف فوتها ، وفائتـة لتأكد الحاضرة بما بيّناه .

فإن قيل : قد قال النبي ﷺ : « لاَ صَلاَةَ لِمَنْ عَلَيْهِ صَلاَةٌ » .

قلنـا : هذا الحديث لاأصل له . قال إبراهيم الحربىّ : قيل لأحمد : حديث النبى صلى الله عليه وسلم: « لاَصَلاَةَ لِمَنْ عَلَيْهِ صَلاَةٌ » فقال : لاأعرف هذا اللفظ ، قال إبراهيم : ولا سمعت بهـذا عن النبى صلى الله عليه وسلم ، فعلى هذه الرواية : يبدأ فيقضى الفوائتَ على الترتيب ، حتى إذا خاف فوت الحاضرة صلاها ، ثم عاد إلى قضاء الفوائت ، نص أحمد على هذا . فإن حضرت جماعة فى صـلاة الحاضرة ، فقـال أحمد فى رواية أبى داود ، فيمن عليـه صلوات فائتة فأدركته الظهرُ ولم يفرُغ من الصلوات ، يُصَلِّى مع الإمام الظهر ، ويحسِبُها من الفوائت ، ويصلِّى الظهرَ فى آخر الوقت . فإن كان عليه عصر ، وأقيمت صلاة الظهر . فقد ذكر بعض أصحابنا فيمن عليه فائتة وخشى فوات الجماعة روايتين :

(إحداها) يسقط الترتيب : لأنه اجتمع واجبان : الترتيب والجماعـة ، ولا بد من تفويت أحدها ، فـكان مُخيّراً فيهما .

والثانية : لايسقط الترتيب : لأنه آكدُ من الجماعة ، بدليل اشتراطه لصحة الصلاة ، بخلاف الجماعة، وهذا ظاهر المذهب . فإن أراد أن يُصَلِّى العصرَ الفائتة خَلْف من يؤدى الظهر ابتنى ذلك على جواز ائتمام من يصلى العصر خلف من يصلِّى الظهر . وفيه روايتان سنذكرها إن شاء الله تعالى . قال أحمد فيمن ترك صلاة سنين : يعيدها ، فإذا جاء وقت صلاة مـكتوبة صلاها ، ويجعلها من الفوائت التى يُعيدها ، ويصلِّى الظهر فى آخر الوقت ، وقال : ولا يُصَلِّى مكتوبةً إلا فى آخر وقتها حتى يقضِىَ التى عليه من الصلوات .

فصـــل

إذا ترك ظهراً وعصراً من يومين لايَدرى أيُّهما أولا ، ففى ذلك روايتان .

نقل الأثرم أنه يَعْمـل على أكثر ذلك فى نفسه ، ثم يقضى ، يعنى أنه يتحرّى أيَّهمـا نسى أولا فيقضيها ، ثم يقضى الأخرى . وهذا قول أبى يوسف ، ومحمد . لأن الترتيب ممـا تُبيح الضرورة تركه . بدليل ماإذا تضايق الوقتُ ، أو نسى الفائتة فيدخله التحرّى كالقبلة .

والرواية الثانية : أنه يصلِّى الظهر ثم العصر بغير تحرٍّ ، نقلها مهنَّا ، لأن التحرِّىَ فيما فيه أمارة ، وهذا لا أمارة فيه ، فرجـع فيـه إلى ترتيب الشرع ، ويحتمـل أن يلزمه صـلاة الظهر ، ثم العصر ، ثم الظهر .

أو العصر ، ثم الظهر ، ثم العصر . لأنه أمكنه أداء فرضه بيقين ، فلزمه ، كما لو نسى صلاة من يوم لايَعلم عينها . وقد نقل أبو داود عن أحمد ، فى رجل فرّط فى صلاة يومٍ العصر ، ويومٍ الظهرَ ، صلوات لا يَعرفها ؟ قال : يُعيد ، حتى لايكون فى قلبه شيء . وظاهر هذا : أنه يقضى حتى يتيقّن براءةَ ذمته ، وهذا مذهب أبى حنيفة .

فصل

ولا يُعذر فى ترك الترتيب بالجهل بوجوبه . وقال زفر : يُعذر بذلك ، ولنا أنه ترتيب واجب فى الصلاة ، فلم يسقط بالجهل كالترتيب فى المجموعتين . ولأن الجهل بأحكام الشرع مع التمكن من العلم لا يُسقط أحكامها ، كالجهل بتحريم الأكل فى الصوم .

فصل

إذا كثُرَت الفوائت عليه يتشاغَلُ بالقضاء مالم يلحقه مَشقّة فى بدنه ، أو ماله . أما بدنه : فأنْ يضعُفُ أو يخاف المرض . وأما فى المال : فأنْ ينقطع عن التصرف فى ماله بحيثُ ينقطع عن معاشه ، أو يستضرّ بذلك . وقد نص أحمد على معنى هذا . فإن لم يعلم قدرَ ماعليه ، فإنه يُعيد حتى يتيقّن براءة ذمّته . قال أحمد فى رواية صالح فى الرجل يُضيع الصلاة : يُعيد حتى لايشكّ أنه قد جاء بما قد ضَيَّع . فإن نسى صلاة من يوم لايَعلم عينهاَ ، أعاد صلاة يوم وليلة ، نصّ عليه ، وهو قول أكثر أهل العلم . وذلك لأن التعيين شرط فى صحة الصلاة المكتوبة ، ولا يتوصّل إلى ذلك ههنا إلا بإعادة الصلوات الخمس فلزمه .

فصل

إذا نام فى منزل فى السفر ، فاستيقظ بعد خروج وقت الصلاة . فالمستحبُّ له أن ينتقل عن ذلك المنزل ، فيصلِّيَ فى غيره ، نص عليه أحمد . لما رَوى أبو هريرة قال : « عَرَّسْنَا[1] مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ فَلَمْ نَسْتَيْقِظ حَتَّى طَلَعَتِ الشَّمْسُ . فقال رسول الله ﷺ : لِيَأْخُذْ كلُّ رَجُلٍ مِنْكُمْ بِرَأْسِ رَاحِلَتِهِ ، فَإِنَّ هَذَا مَنْزِلٌ حَضَرَ فِيهِ الشَّيْطَانُ . قال : ففعلنا ، ثم دعا بالماء فتوضأ ، ثم سجد سَجْدَتَيْنِ ،[2] ثم أقيمت الصلاة فصلَّى الغدَاةَ » ورَوى نحوه : أبو قتادة ، وعمران بن حصين ، متفق عليها .

ويستحبُّ أن يقضِيَ ركعتى الفجر قبل الفريضة ، لما تقدم من الحديث . فإن أراد التطوع بصلاةٍ أخرى كُرِهَ له ذلك ، وكذلك حكم الصوم لايتطوّع به وعليه فريضة ، فإن فعل صحّ تطوّعه ، بدليل حديث ابن عمر فى الذى يَنسى فريضةً ، فلا يذكرها إلا وراء الإمام ، فإنه يُتمّمُها . فحكم له بصحتها .

---

(١) عرسنا : نمنا آخر الليل .

(٢) المراد بالسجدتين : ركعتا الفجر ، كما سيأتى فى حديث عمران بن حصين .

فأما السنن الرواتب : فلا يكره قضاؤها قبل الفرائض ، كما ذكرنا فى ركعتى الفجر .

فصــــــل

فإن أخَّر الصلاةَ لنوم أو غيره حتى خاف خروج الوقت إن تشاغل بركعتى الفجر ، فإنه يبدأ بالفرض ، ويؤخِّرُ الركعتين . نصَّ عليه أحمد فى رواية جماعة ، منهم أبو الحارث . نقل عنه أنه إذا انتبه قبل طلوع الشمس ، وخاف أن تطلع الشمس بدأ بالفريضة . فإنه إذا قُدِّمت الحاضرة على الفائتة مع الإخلال بالترتيب الواجب مراعاة لوقت الحاضرة . فتقديمُها على السنة أولى ، وهكذا إن استيقظ لا يدرى أطلعت الشمس أو لا ؟ بدأ بالفريضة أيضاً ، نص عليه أحمد ، لأن الأصل بقاء الوقت ، وإمكان الإتيان بالفريضة فيه .

فصــــــل

ويستحبُّ قضاء الفوائت فى جماعة ، فإن النبيَّ ﷺ يوم الخندق فاتَه أربعُ صلوات فقضاهُنَّ فى جماعة . وحديث أبى قتادة ، وغيره ، حين قام رسول الله ﷺ يوم الخندق عن صلاة الفجر ، هو وأصحابه فصلَّى بهم جماعة ، ولا يلزمه القضاء أكثر من مرة عند استيقاظه ، أو ذكره لها . لأن النبيَّ ﷺ لم يُنقل عنه أنه قضى غير مرة . وقال عليه السلام : « من نام عن صلاةٍ أو نسيها فليصلها إذا ذكرها » لم يزد على ذلك . وقد روى عمران بن حصين قال : « سِرْنَا مَعَ رَسولِ اللهِ ﷺ فَعَرَّسَ بِنَا مِنَ السَّحَرِ ، فما اسْتَيْقَظْنَا إلاَّ بِحَرِّ الشَّمْسِ ، قال : فَقَامَ الْقَوْمُ دَهِشِينَ مُسْرِعِينَ لِمَا فَاتَهُمْ مِنْ صَلاَتِهِمْ ، فقال النبى ﷺ : ارْكَبُوا ، فَرَكِبْنَا فَسِرْنَا حَتَّى طَلَعَتِ الشَّمْسُ ، ثم نزل ونزلنا ، وقضى القومُ من حوائجهم ، وتوضَّؤُوا ، فأَمَرَ بلاَلاً فأَذَّنَ وصَلَّى رَكْعَتَيِ الْفَجْرِ وَصَلَّيْنَا ، ثمَّ أَمَرَهُ فأقام ، فَصَلَّى بنَا ، فقلنا : يارسول الله ، ألا نُصَلِّى هذه الصلاةَ لِوَقْتِهَا ؟ قال : لا . لاَيَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الرِّبَا وَيَقْبَلُهُ مِنْكُمْ » رواه الأثرم ، واحتج به أحمد .

فصــــــل

ومن أسلم فى دار الحَرب ، فترك صلوات أو صياماً لايعلمُ وجوبه لزمه قضاؤه ، وبذلك قال الشافعىّ . وعند أبى حنيفة لايلزمه .

ولنا : أنها عبادة تجب مع العلم بها ، فلزمته مع الجهل كما فى دار الإسلام .

« مسألة » قال ﴿ ويُؤدَّب الغلامُ على الطهارة والصلاة ، إذا تمت له عشرُ سنين ﴾ .

معنى التأديب : الضرب ، والوعيد ، والتعنيف . قال القاضى : يجبُ على ولىّ الصبىّ أن يعلِّمه الطهارة والصلاة إذا بلغ سبع سنين ، ويأمرَه بها ، ويلزمه أن يؤدّبه عليها إذا بلغ عشر سنين .

والأصـل فى ذلك : قول النبى ﷺ : « عَلِّمُوا الصَّـبِيَّ الصَّـلاَةَ ابْنَ سَبْعٍ ، وَاضْرِبُوهُ عَلَيْهَا ابنَ عَشْرٍ » رواه الأثرم ، وأبو داود ، والترمذىّ وقال : حديث حسن . وهذا لفظ رواية الترمذىّ . ولفظ حديث غيره : « مُرُوا الصَّبِيَّ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعِ سِنِينَ وَاضْرِبُوهُ عَلَيْهَا لِعَشْرٍ وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ » وهذا التأديب المشروع فى حق الصبىّ لتمرينه على الصـلاة كى يألفها ، ويعتادها ، ولا يتركها عند البلوغ . وليست واجبة عليـه فى ظاهر المذهب . ومن أصحابنا من قال : تجبُ عليه لهذا الحديث ، فإن العقوبة لاتُشرع إلا لترك واجب . ولأن أحمد قد نُقل عنه فى ابن أربعَ عَشْرَةَ : إذا ترك الصلاة : يُعيد . ولعل أحمد رحمه الله أمر بذلك على طريق الاحتياط ، فإنّ الحديث قد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رُفِـعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ ، عن الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ » ولأنه صبىّ فلم يجب عليه كالصغير . وهـذا التأديب للتمرين ، والتعويد ، كالضرب على تعلّم الخط ، والقرآن ، والصناعة وأشباهها . ولا خلاف فى أنها تصحّ من الصبىّ العاقل . ولا فرق بين الذكر والأنثى فيما ذكرناه .

فصـــل

ويُعتـبر لصلاة الصبىّ من الشروط ما يُعتبر فى صـلاة البالغ ، إلا أن قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَ يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلاَّ بِخِمَارٍ » يدلّ على صحة صلاة غير الحائض بغير خمار .

« مسألة » قال ﴿ وسجود القرآن أربع عشرة سجدة ﴾ .

المشهور فى المذهب : أن عزائم سجود القرآن أربعَ عشرةَ سَجْـدة ، وهو قول أبى حنيفة فى إحدى الروايتين ، والشافعىّ فى أحد القولين . وممن رُوى عنه أن فى المفصّل ثلاث سجَدات : أبو بكر ، وعلىّ ، وابن مسعود ، وعمّار ، وأبو هريرة ، وابن عمر ، وعمر بن عبـد العزيز ، وجماعة من التابعين . وبه قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنها خمس عشرة سجدة ، منها سجدة (ص) . ورُوى ذلك عن عُقبة بن عامر . وهو قول إسحاق . لما رَوى ابن ماجه ، وأبو داود عن عمرو بن العـاص : « أن رسول الله ﷺ أَقْرَأَهُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَجْدَةً ، منهـا ثلاث فى الْمُفصّل ، وفى سورة الحج سجدتان » ، وقال مالك فى رواية الشافعىّ فى قول : عزائمُ السجود إحدى عشرة . قال ابن عبد البرّ : هذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيّب ، وابن جبير ، والحسن ، وعكرمة ، ومجاهد ، وعطـاء ، وطاوس ، ومالك ، وطائفة من أهل المدينـة ، لأن أبا الدرداء قال : « قَدْ سَجَدْتُ مع النبىّ ﷺ إحدى عشرة ليس فيها من المفصل شىء » رواه ابن ماجه . وروى ابن عبّاس : « أن النبىّ ﷺ لم يسجد فى شىء من المفصل منذ تحوّل إلى المدينة » رواه أبو داود .

ولنا : ماروى أبو رافع قال : « صليتُ خلف أبى هريرة الْعَتَمة فقرأ (إِذَا السَّمَاءُ انْشَقَّتْ) فسجد ، فقلت : ماهذه السجدة ؟ قال : سجدتُ بها خلف أبى القاسم ﷺ ، فلا أزال أسجد فيها حتى ألقاه » رواه

البخارىّ ، ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجـه والأثرم . ورَوى مُسـلم ، وأبو داود ، وابن ماجه عن أبى هريرة قال : « سجدنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى : (إِذَا السَّمَاءُ انْشَقَّتْ) و (اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ) . ورَوى عبد الله بن مسعود : « أن النبىّ ﷺ قرأ سُورةَ النَّجْمِ فَسَجَدَ بِهَا ، وَمَا بَقِىَ أَحَـدٌ مِنَ الْقَوْمِ إلاَّ سَجَدَ » رواه البخارىّ ، ومسلم وأبو داود . وأبو هريرة إنمـا أسلم بالمدينة ، وهو أولى من حـديث ابن عبّاس ، لأنه إثبـات . ثم إنَّ ترك السجود يدلّ على أنه ليس بواجب ، والسجود يدلّ على أنه مسنون ، ولا تعارض بينهما . وحديث أبى الدرداء قال أبو داود : إسناده واهٍ ، ثمّ لادلالة فيه ، إذ يجوز أن يكون سجود غير المُفَصّل إحدى عَشْرَة ، فيكون مع سجدات المفصل أربع عشرة .

فصـــــل

فعلى الرواية الأولى : ليست (صٓ) من عزائم السجود . وهو قول علقمة والشافعىّ . ورُوى ذلك عن ابن عباس ، وابن مسعود .

والرواية الثانية : هى من العزائم . وهو قول الحسن ، ومالك ، والثورىّ وإسحاق ، وأصحاب الرأى لحديث عمرو بن العاص . ورُوى عن عمر وابنه ، وعثمان « أنهم كانوا يسجدون فيها » . وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس : « أن النبى ﷺ سجد فيها » وحديث أبى الدرداء يدلُّ على أنه سجد فيها .

ولنـا : ماروى أبو داود عن أبى سعيد قال : « قَرَأَ رسولُ الله ﷺ وَهُوَ عَلَى الْمِنْبَرِ (صٓ) فَلَمَّا بَلَغَ السَّجْدَةَ نَزَلَ فَسَجَد ، وَسَجَدَ الناسُ مَعَهُ . فلما كان يومٌ آخرُ قرأها فلمَّا بَلَغَ السَّجْدَةَ تَشَزَّنَ النَّاسُ لِلسُّجُودِ ، فقال رَسُولُ اللهِ ﷺ : إِنَّمَا هِىَ تَوْبَةُ نَبِىّ ، وَلَـكِنِّى رَأَيْتُـكُمْ تَشَزَّنْتُمْ لِلسُّجُودِ[1] ، فنَزَلَ فَسَجَدَ وَسَجَدُوا » . وَرَوى النسائىّ ، عن ابن عباس : « أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد فى صٓ وقال سَجَدَها دَاوُدُ تَوْبَةً ، ونحن نَسْجُدُهَا شُكْراً » . وروى أبو داود عن ابن عبـاس قال : « لَيْسَ صٓ من عزائم السُّجُودِ » والحديث الذى ذكرناه للرواية الأخرى يدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد فيها ، فيكون سجودُه للشكر . كما بيّنه فى حديث ابن عباس .

« مسألة » قال ﴿ فى الحج منها : سجدتان ﴾ .

وبهذا قال الشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وممن كان يسجد فى الحجّ سجدتين : عمر وعلىّ ، وعبد الله بن عمر ، وأبو الدرداء ، وأبو موسى ، وأبو عبـد الرحمن ، السلمىّ ، وأبو العاليـة ، وزرٌ[2] . وقال ابن عبـاس : « فُضِّلَتْ سُورَةُ الْحَجّ بسجدتين » . وقال الحسن ، وسعيـد بن جبير ،

---

(١) تشزنوا للسجود : انتصبوا له ، واستعدوا ، وفى القاموس : تشزن له : انتصب .

(٢) هو زر بن حبيش ، الصحابى المعروف .

وجابر بن زيد ، والنخعىّ ، ومالك ، وأبو حنيفة : ليست الأخيرةُ سجدة . لأنه جمع فيها بين الركوع والسجود . فقال (٢٢ : ٣٨ يَا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا) فلم تكن سجدةً كقوله : (٣ : ٤٣ يَامَرْيَمُ اقْنُتِي لِرَبِّكِ وَاسْجُدِي وَارْكَعِي مَعَ الرَّاكِعِينَ) .

ولنا : حديث عمرو بن العاص الذى ذكرناه . وروى أبو داود ، والأثرم عن عقبة بن عامر قال : قلت لرسول الله ﷺ : فى الحجّ سجدتان ؟ قال : نعم ، من لم يَسْجُدْهما فَلاَ يَقْرَأْهما » .

وأيضاً فإنه قول من سَمَّيْنَا من الصحابة ، لم نعرف لهم مخالفاً فى عصرهم ، فيكون إجماعاً . وقد قال أبو إسحاق : أدركتُ الناس منذ سبعين سنة يسجدون فى الحجّ سجدتين . وقال ابن عمر : « لو كنتُ تاركاً إحْدَاهُمَا تَرَكْتُ الْأُولَى » وذلك لأن الأولى إخبار ، والثانية أمر ، واتباع الأمر أولى . وذكر الركوع لايقتضى ترك السجود ، كما ذُكِر البكاء فى قوله : (١٩ : ٥٨ خَرُّوا سُجَّدًا وَبُكِيًّا) وقوله : (١٧ : ١٠٩ وَيَخِرُّونَ لِلْأَذْقَانِ يَبْكُونَ وَيَزِيدُهُمْ خُشُوعاً[1]) .

فصل

ومواضع السجود : آخرُ الأعراف : (٧ : ٢٠٦ وَلَهُ يَسْجُدُونَ) وفى الرعد : (١٣ : ١٥ وَظِلاَلُهُمْ بِالْغُدُوِّ وَالْآصَالِ) وفى النحل : (١٦ : ٥٠ وَيَفْعَلُونَ مَايُؤْمَرُونَ[2]) وفى بنى إسرائيل : (١٧ : ١٠٩ وَيَزِيدُهُمْ خُشُوعاً) وفى مريم : (١٩ : ٥٨ خَرُّوا سُجَّداً وبُكِيًّا) وفى الحج : (٢٢ : ١٨ إِنَّ اللهَ يَفْعَلُ مَايَشَاء) وقوله : (٢٢ : ٧٧ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) وفى الفرقان : (٢٥ : ٧٣ لَمْ يَخِرُّوا عَلَيْهَا صُمًّا وَعُمْيَاناً) وفى النمل : (٢٧ : ٢٦ رَبُّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ) وفى الم تنزيل : (٣٢ : ١٥ وَهُمْ لاَ يَسْتَكْبِرُونَ) وفى حم السجدة : (٤١ : ٣٨ وهُمْ لاَيَسْأَمُونُ) وآخر النجم : (٥٣ : ٦٢ فَاسْجُدُوا لِلهِ وَاعْبُدُوا) وفى الانشقاق : (٨٤ : ٢١ وَإِذَا قُرِىءَ عَلَيْهِمُ الْقُرْآنُ لاَ يَسْجُدُونَ) وآخر (٩٦ : ١٩ اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ) وقال مالك : السجود فى حم عند : (٤١ : ٣٧ إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُون) لأن الأمر بالسجود هناك فيها .

ولنا : أن تمام الكلام فى الثانية ، فكان السجود بعدها ، كما فى سورة النحل عند قوله : (وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ) وذكر السجود فى التى قبلها كذا ههنا .

---

(١) أى كما أن ذكر البكاء مع السجود لايقتضى ترك السجود .

(٢) يريد قوله تعالى : (ولله يسجد ما فى السموات وما فى الأرض من دابة والملائكة وهم لا يستكبرون * يخافون ربهم من فوقهم ويفعلون مايؤمرون) وذكر الشارح آخر الآية لأنه الذى نسجد عنده .

« مسألة » قال ﴿ ولا يسجُد إلا وهو طاهر ﴾ .

وجملة ذلك : أنه يُشترط للسجود مايُشترط لصـلاة النـافلة من الطهارتين ، من الحدث والنجس ، وستر العورة ، واستقبال القبلة ، والنية ، ولانعلم فيه خلافاً إلا ما رُوى عن عثمانَ بن عفان رضى الله عنه فى الحائض تسمعُ السجدةَ تُومِىءُ برأسها . وبه قال سعيد بن المسيب قال : ويقول : اللهمَّ لكَ سَجَدْتُ . وعن الشعبىّ فيمن سمع السجدة على غير وضوء يسجد حيثُ كان وجهه .

ولنـا : قول النبى ﷺ : «لا يَقْبَلُ اللهُ صَلاَةً بِغَـيْرِ طُهُورٍ » فيدخل فى عمومه السجود . ولأنه صلاةٌ فيُشترط له ذلك ، كذات الركوع .

فصـــل

إذا سمع السجدةَ غيرُ متطهّر لم يلزمه الوضوء ولا التيمُّم . وقال النخعى : يتيمَّمُ ويسجد . وعنه يتوضأ ويسجُد . وبه قال الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى .

ولنـا : أنهـا تتعلّق بسبب ، فإذا فات لم يسجُـد . كما لو قرأ سـجدةً فى الصـلاة . فلم يَسْجُـد ، فإنه لا يسجُد بعدها .

« مسألة » قال ﴿ ويكبّر إذا سجد ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا سجد للتلاوة فعليه التكبير للسجود والرفع منه ، سواء كان فى صلاة أو فى غيرها . وبه قال ابن سـيرين ، والحسن وأبو قِلاَبة ، والنخعىّ ، ومسـلم بن يَسَار ، وأبو عبد الرحمن السـلمىّ ، والشافعىّ وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : إذا كان فى صلاة . واختُلف عنه إذا كان فى غير صلاة .

ولنـا : ما رَوى ابن عمر قال : « كان رسُولُ الله ﷺ يَقْرَأُ عَلَيْنَا الْقُرْآنَ فإذَا مَرَّ بالسَّجْدَةِ كَبَّرَ ، وَسَجَدَ وسَجَدْنَا مَعَهُ » . قال عبد الرزّاق : كان الثورىّ يعجبه هذا الحديث . قال أبو داود : يُعجبه لأنه كبَّرَ . ولأنه سجود مُنفرد . فشرع له التـكبير فى ابتدائه والرفع منه ، كسجود السهو بعـد السلام . وقـد صحّ عن النبى ﷺ : « أنه كَبَّر فيـه للسجود والرفع » ولم يذكر الخِرَقِىُّ التكبيرَ للرفـع . وقـد ذكره غيرُه من أصحابنا ، وهو القياس ، كما ذكرنا . ولايُشرع فى ابتداء السجود أكثرُ من تـكبيرة . قال : يُـكَبّرُ للافتتاح واحدةً ، وللسجود أخرى .

ولنا : حديث ابن عمر . وظاهرُه أن يكبّر واحدةً . وقياسه على سجود السهو بعد السلام .

فصـــل

ويرفع يديه مع تـكبيرة السجود إن سجد فى غير صلاته . وهو قول الشافعىّ . لأنها تـكبيرةُ افتتاح ، وإن كان السجود فى الصـلاة ، فنصّ أحمد : أنه يرفع يديه لأنه يُسَنُّ له الرفـع لو كان منفرداً ،

فـكذلك مع غيره ، قال القاضى : وقياس المذهب : لايرفع ، لأن محلّ الرفع فى ثلاثة مواضع ، ليس هذا منها ، ولأن فى حديث ابن عمر : « أن النبىَّ ﷺ كان لايفعَلُه فى السُّجُودِ » يعـنى رفَع يديه ، وهو حديث متفق عليه . واحتج أحمد بما رَوى وائل بن حجر قال : « قلت لأنظرن إلى صلاة رَسُول الله ﷺ فـكانَ يُـكَبِّرْ إِذَا خَفَضَ ، وَيَرْفَعُ يَدَيْهِ فِى التَّـكْبِيرِ » قال أحمد : هذا يدخل فى هذا كلّه . وهو قول مسلم ابن يسار ، ومحمد بن سيرين .

فصــــل

ويقول فى سجوده مايقول فى سجود الصلاة . قال أحمد : أما أنا فأقول : سبحان ربى الأعلى ، وقد روت عائشةُ رضى الله عنها « أن النبىَّ ﷺ كان يقول فى سجود القرآن بالليل : سَجَدَ وَجْهِى لِلَّذِى خَلَقَهُ وصَوَّرَهُ ، وشَقَّ سَمْعَهُ وَبَصَرَهُ ، بِحَوْلِهِ وَقُوَّتِهِ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وروى الترمذىّ وابن ماجه ، عن ابن عباس رضى الله عنهما قال « جاء رَجُلٌ إلى النبىِّ ﷺ فقال يارسول الله ، إِنِّى رَأَيْتُنِى اللَّيْلَةَ أُصَـلِّى خَلْفَ شَجَرَةٍ ، فقرأتُ السَّجْدَةَ فَسَجَدْتُ ، فسجدَتِ الشَّجَرَةُ لِسُجُودِى ، فَسَمِعْتُهَا وهِىَ تَقُولُ : اللَّهُمَّ اكْتُبْ لِى بِهَا عِنْدَكَ أَجْراً ، وَضَعْ عَنِّى بِهَا وِزْراً ، واجْعَلْهَا لِى عِنْدَكَ ذُخْرًا ، وتَقَبَّلْهَا مِـنِّى كما تَقَبَّلْتَهَا مِنْ عَبْدِكَ دَاودَ . فقرأ النبى صـلى الله عليه وسلم سجدة ثم سجد ، فقال ابن عبـاس : فسمعتهُ يقول مثـل ماأخبره الرجل عن قول الشجرة » قال الترمذىّ : وهـذا حديث غريب ، ومهما قال من ذلك فحسن .

« مسألة » قال ﴿ ويسلم إذا رفع ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمـد فى التسليم فى سجود التلاوة . فرأى أنه واجب ، وبه قال أبو قِلاَبة وأبو عبد الرحمن . وروى أنه غـير واجب ، قال ابن المنـذر : قال أحمـد : أما التسليم فلا أدرى ماهو ؟ قال النخعىّ ، والحسن ، وسعيد بن جبير ويحيى بن وثّاب : ليس فيه تسليم . ورُوِى ذلك عن أبى حنيفة . واختلف قول الشافعىّ فيه .

ووجه الرواية التى اختارها الخِرَقِىّ : قول النبى صلى الله عليه وسلم « تَحْرِيمها التـكبيرُ وتحليلُهـا التسليمُ » ولأنها صلاة ذات إحرام فافتقرت إلى سلام ، كسائر الصلوات ولا تفتقر إلى تشهد ، نص عليه أحمـد فى رواية الأثرم ، لأنه لم يُنقل . ولأنه لاركوع فيه ، فلم يكن له تشهد كصلاة الجنـازة . ويجزئه تسليمةٌ واحدة . نص عليه أحمد فى رواية حرب وعبد الله ، قال يُسلِّم تسليمة واحدة . قال القـاضى يجزئه رواية واحدة . قال إسحاق : يسلم عن يمينه فقط : السلام عليكم . وقال فى المجرد عن أبى بـكر : إن فيه رواية أخرى : لايُجزئه إلا ثنتان .

« مسألة » قال : ﴿ ولا يسجد فى الأوقات التى لا يجوز أن يُصَلِّى فيها تطوعاً ﴾ .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عمَّن قرأ سجود القرآن بعـد الفجر وبعد العصر ، أيَسْجُد ؟ قال : لا . وبهذا قال أبو ثور . ورُوِى ذلك عن ابن عمر ، وسعيد بن المسيّب ، وإسحاق . وكره مالك قراءة السجدة وقت النهى . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يسجد ، وبه قال الشافعىّ . ورُوِى ذلك عن الحسن ، والشعبىّ ، وسالم ، والقاسم ، وعطاء ، وعكرمة ، ورَخَّص فيه أصحابُ الرأى قبل تغيّر الشمس . ولنا عموم قوله عليه السـلام « لاصَـلاَةَ بَعْدَ الْفَجْرِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ ، وَلاَ بَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ » . ورَوَى أبو داود عن أبى تميمة الهُجَيمىّ قال : « كنت أقص بعد صلاة الصبح فأسجد ، فنهانى ابن عمر ، فلم أنته ثلاث مرات ثم عاد ، فقال : إنى صليت خلف النبى صلى الله عليه وسلم ، وَمَع أبى بكر ، وعمر ، وعثمان ، فلم يسجـدوا حتى تطلع الشمس » . وروى الأثرم عن عبد الله بن مِقْسَم : أن قاصًّا كان يقرأ السجدة بعد العصر ، فَيَسْجد فنهاه ابن عمر ، وقال : إنهم لا يعقلون .

« مسألة » قال ﴿ ومن سجد فحسنٌ ، ومن ترك فلا شىء عليه ﴾ .

وجملة ذلك : أن سجدة التـلاوة سنة مؤكدة ، وليس بواجب عند إمامنا ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والليث ، والشافعىّ . وهو مذهب عمر ، وابنه عبد الله . وأوجبه أبو حنيفة وأصحابه ، لقول الله عز وجل (٨٤ : ٢٠ ، ٢١ فَمَا لَهُمْ لاَ يُؤْمِنُونَ * وَإِذَا قُرِىءَ عَلَيْهِمُ الْقُرْآنُ لاَ يَسْجُدُونَ) ولا يُذَمّ إلا على ترك واجب . ولأنه سجود يفعل فى الصلاة فكان واجباً كسجود الصلاة .

ولنا : ماروَى زيد بن ثابت قال : « قرأتُ على النبىّ صلى الله عليه وسلم النجم فلم يسجد منَّا أحدٌ » متفق عليه ، ولأنه إجمـاع الصحابة . وروى البخارىّ ، والأثرم عن عمر : « أنه قرأ يوم الجمعة على المنبر بسورة النحل حتى إذا جاء السجدة نزل ، فسجد وسجد الناس ، حتى إذا كانت الجمعة القابلة قرأ بها ، حتى إذا جاءت السجدة قال: ياأيها الناس ، إنما نمرُّ بالسجود ، فمن سجد فقد أصاب ، ومن لم يسجُد فلا إثمَ عليه ، ولم يسجد عمر » . وفى لفظ : « إنّ الله لم يفرض علينا السجود ، إلاّ أن نشاء » . وفى رواية الأثرم فقال : « عَلَى رِسْلِكُمْ ، إنّ اللهَ لَمْ يَكْتُبْهَا عَلَيْنَا إلاّ أَنْ نَشَاءَ ، فقرأها ، ولم يسجد ، ومنعهم أن يسجدوا » ، وهذا بحضرة الجمع الكثير فلم ينكره أحد ، ولا نُقل خـلافُه . فأما الآية فإنه ذمَّهم لترك السجود غـيرَ معتقدين فضله ، ولا مشروعيَّته . وقياسهم ينتقض بسجود السهو ، فإنه عندهم غير واجب .

فصـــــل

ويُسنُّ السجود للتـالى ، والمستمع ، لانعلم فى هذا خـلافاً . وقد دلّت عليه الأحاديث التى روينـاها . وقد روى البخارىّ ومسلم وأبو داود ، عن ابن عمر ، قال : كان رسول الله ﷺ يَقْرَأُ عَلَيْنَا السُّورَةَ

فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ فَيَسْجُدُ وَنَسْجُدُ مَعَهُ . حَتَّى لَا يَجِدَ أَحَدُنَا مَكَانًا ، لِمَوْضِعِ جَبْهَتِهِ » . فأما السامع غير القاصد للسماع فلا يستحبُّ له . وروى ذلك عن عثمان ، وابن عباس ، وعمران : وبه قال مالك . وقال أصحاب الرأى : عليه السجود . وروى نحوُ ذلك عن ابن عمر ، والنخعىّ ، وسعيد بن جُبَيْر ، ونافع وإسحاق . لأنه سامع للسجدة . فكان عليه السجود كالمستمع . وقال الشافعىّ : لا أؤكد عليه السجود وإن سجد لحسن .

ولنا : ما رُوى عن عثمان رضى الله عنه : « أنه مرَّ بقاص فقرأ القاصّ سجدةً ليسجُدَ عُثْمَانُ مَعَهُ ، فَلَمْ يَسْجُد . وقال : إِنَّمَا السَّجْدَةُ عَلَى مَنِ اسْتَمَعَ » . وقال ابن مسعود وعمران « مَاجَلَسْنَا لها » . وقال سَلمَانُ : « مَاعَدَوْنا لها » ونحوُه ، عن ابن عباس . ولا مُخَالِفَ لهم فى عصر نعلمُه إلا قول ابن عمر : « إنما السجدة عَلَى مَنْ سَمِعهَا » . فيحتمل أنه أراد من سمع عن قصد ، فيحمل عليه كلامه جمعاً بين أقوالهم ، ولا يصح قياس السامع على المستمع لافتراقهما فى الأجر .

فصل

ويشترط لسجود المستمع أن يكون التالى ممن يصلح أن يكون له إماماً . فإن كان صبيًا ، أوامرأةً فلا يسجد السامع ، روايةً واحدة ، إلا أن يكون ممن يصح له أن يأتمَّ به . وممن قال لايسجد إذا سمع المرأة : قتادة ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق . وقال النخعىّ : هى إمامُك . وقد رُوى : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى إلى نفر من أصحابه ، فقرأ رجل منهم سجدة ، ثم نظر إلى رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إِنَّكَ كُنْتَ إِمَامَنَا ، ولو سَجَدْتَ سَجَدْنَا » رواه الشافعىّ فى مسنده . والجوزجانىّ فى المترجَم ، عن عطاء عن النبىّ صلى الله عليه وسلم . وإذا لم يسجد التالى لم يسجد المستمع . وقال الشافعىّ : يسجُد .

ولنا : الحديثُ الذى رويناه ، ولأنه إمامٌ له فلم يسجد بدون إمامه ، كما لو كانا فى صلاة ، وإن قرأ الأمىّ سجدة فعلى القارىء المستمع السجودُ معه . لأن القراءة ليست بركن فى السجود . فإن كان التالى فى صلاة والمستمعُ فى غير صلاة سجدَ معه . وإن كان المستمعُ فى صلاةٍ أخرى لم يسجُد معه إن كانت فرضاً ، روايةً واحدة . وإن كانت نفلا فعلى روايتين . الصحيحُ : أنه لايسجُد . ولاينبغى له أن يستمع ، بل يشتغلُ بصلاته ، كما قال النبىّ صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ فِي الصَّلَاةِ لَشُغْلًا » متفق عليه . ولايسجد إذا فرغ من الصلاة . وقال أبو حنيفة : يسجُد عند فراغه ، وليس بصحيح . فإنه لو ترك السجود لتلاوته فى الصلاة ، لم يسجد إذا فرغ ، فلأنْ لايَسْجُدَ بحكم سماعه أولى ، وهكذا الحكم إن كان التالى فى غير صلاة ، والمستمع فى الصلاة .

فصـــل

ولا يقوم الركـوع مقـام السجود . وقال أبو حنيفة : يقوم مقامه استحباباً لقوله تعالى (٣٨ : ٢٤ وَخَرَّ رَاكِعاً وَأَنَابَ) .

ولنـا : أنه سجود مشروع ، فلا ينوب عنه الركوع ، كسجود الصلاة ، والآية المراد بهـا السجود لأنه قال : (وخرّ) ولا يقـال للراكع : خرّ . وإنمـا روى عن داود عليه السـلام السجود لا الركوع ، إلا أنه عبر عنه بالركوع ـ على أن سجدة ص[1] ليست من عزائم السجود .

فصـــل

وإن قرأ السجدة فى الصـلاة فى آخر السورة . فإن شاء ركع ، وإن شاء سجد ، ثم قام فركع . نص عليه . قال ابن مسعود « إن شئت ركعت ، وإن شئت سجدت » . وبه قال الربيع بن خيثم ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، ونحوه عن علقمة ، وعمرو بن شُرَحْبيـل ومسروق . قال مسروق : قال عبد الله « إذا قرأ أحدكم سورة آخرُها سجدة فليركع إن شاء ، وإن شاء فليسجد ، فإن الركعة مع السجدة . وإن سجد فليقرأ إذا قام سورةً ثم ليركع » . وروى عن عمر رضى الله عنه « أنه قرأ بالنجم ، فسجد فيها ، ثم قام فقرأ سورةً أخرى » .

فصـــل

وإذا كان على الراحلة فى السفر جاز أن يومىء بالسجود حيث كان وجهُه ، كصلاة النـافلة . فعل ذلك علىّ ، وسعيد بن زيد ، وابن عمر وابن الزبير ، والنخعى وعطاء . وقال به مالك والشافعى وأصحاب الرأى . وقد روى أبو داود عن ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ عامَ الفتح سجدةً ، فسجد الناس كلُّهم ، منهم الراكب والساجد فى الأرض ، حتى إن الراكب ليسجد على يده » ولأنها لا تزيد على صلاة التطوع ، وهى تفعل على الراحلة ، وإن كان ماشياً سجد على الأرض . وبه قال أبو العالية ، وأبو زُرعة ، وابن عمر ، وابن جرير ، وأصحاب الرأى ، لما ذكرنا من الحديث والقياس . وقال الأسود بن يزيد وعطاء ، ومجاهد : يومىء . وفعله علقمة وأبو عبد الرحمن . وعلى ماحكاه أبو الحسن الآمـدىّ فى صلاة المـاشى فى التطوع : أنه يومىء فيها . ولا يلزمه السجود بالأرض ، يكون ههنا مثله .

فصـــل

يكره اختصار السجود ، وهو أن ينتزع الآيات التى فيها السجود فيقرأها ويسجدَ فيها . وكرهه الشعبىّ ، والنخعىّ ، والحسن ، وإسحاق ، ورخَّص فيه النعمان ، وصاحبه محمد ، وأبو ثور .

---

(١) يعنى سورة « ص » فى النسخة التى علقنا عليها (صلى الله عليه وسلم) بدل « ص » وهو تصحيف .

ولنا : أنه ليس بمرويّ ، عن السلف فعلُه ، بل كراهتُه ، ولا نظير له يقاس عليه .

فصـــــل

قال بعض أصحابنا : يُـكره للإمام قراءةُ السجدة فى صـلاة لايَجْهر فيهـا . وإن قرأ لم يسجد ، وهو قول أبى حنيفة ، ولم يـكرهه الشافعىّ . لأن ابن عمر روى عن النبى ﷺ : « أنهسَجَدَ فى الظُّهْرِ ثمَّ قامَ فرَكَعَ ، فرأى أصحـابُه أنه قرأ سُورَةَ السَّجْدَةِ » رواه أبو داود . واحتجّ أصحابنـا بأن فيـه إبهاماً على المأموم ، واتباع النبىّ صلى الله عليه وسلم أولى ، وإذا سجد الإمام سجد المأموم . وقال بعض أصحابنا : هو مخيّر بين اتباعه وتركه ، والأولى اتباعُه . لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنّمَا جُعِلَ الْإمَامُ لِيُؤْتَمَّ به ، فإذا سَجَدَ فاسْجُـدُوا » ولأنه لو كان بعيداً لايسمع ، أو أطروشاً فى صـلاة الجهر ، لسجـد بسجود إمامه ، كذا ههنا .

فصـــــل

ويستحبُّ سجود الشكر عند تجدّد النعم ، واندفاع النقم . وبه قال الشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال النخعىّ ، ومالك ، وأبو حنيفة : يُـكره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى أيامه الفتوح ، واستَسْقَى فسُقِيَ ، ولم ينقل أنه سجد ، ولو كان مستحباً لم يُخِلّ به .

ولنا : ماروى ابن المنذر بإسناده عن أبى بكرة : « أن النبىّ ﷺ : كان إذا أتاه أمر يُسَرُّ بِهِ خَرَّ سَاجِداً » ورواه أبو داود ولفظه قال : كان إذا أتاه أمر يُسَرُّ به ، أو بُشِّرَ به خَرَّ ساجداً شكراً لله » وقال الترمذىّ : هذا حديث حسن غريب . وسجد الصديق حين فتح اليمامة ، وعلىٌّ حين وجد ذا الثُّدَيَّة[1] . ورُوى عن جماعة من الصحابة ، فثبت ظهوره وانتشاره ، فبطل ماقالوه ، وتركه تارة لايدل على أنه ليس بمستحبّ . فإن المستحبّ يُفعل تارة ويترك أخرى .

ويشترط لسجود الشكر مايشترط لسجود التلاوة ، والله أعلم .

فصـــــل

ولا يسجد للشكر وهو فى الصلاة . لأن سبب السجـدة ليس منها ، فإن فعل بطلت صـلاته ، إلا أن يكون ناسياً أو جاهلاً بتحريم ذلك . فأما سجدة صٓ[2] إذا سجدها فى الصلاة وقلنا :ليست من العزائم ،

---

(١) ذو الثدية : لقب حرقوص بن زهير كبير الخوارج ، وسمى ذا الثدية ، لوجود نتوء فى عضده يشبه حلمة الثدى ، وقد قتله الإمام على رضى الله عنه ضمن من قتل من الخوارج ولما رآه قتيلا كبر ، وقال « صدق الله وبلغ رسوله » .

(٢) سجدة صٓ يعنى السجدة التى فىسورة صٓ وهى قوله تعالى : « وخر راكعاً وأناب » وفى بعض النسخ صلى الله عليه وسلم بدل صٓ وهو تصحيف .

فيحتمل أن تبطل بها الصلاة ، لأنها سجدة شكر . ويحتمل أن لاتبطـل ، لأن سببها من الصـلاة وتتعلق بالتلاوة ، فهى كسجود التلاوة ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وإذاحضرت الصلاة والْعَشاء بدأ بالْعَشاء ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا حضر الْعَشاء فى وقت الصلاة فالمستحب أن يبدأ بالعَشاء قبل الصلاة ، ليـكون أفرغَ لقلبه ، وأحضرَ لباله ، ولا يستحبُّ أن يعْجَل عن عَشائه أوغَدائه . فإن أنساً روى عن النبى ﷺ قال : « إذا قُرِّبَ الْعَشاء وحَضَرَتِ الصَّـلاةُ فابْدَءوا بِهِ قَبْلَ أَنْ تُصَلُّوا صَـلاَةَ الْمَغْرِبِ ، وَلاَ تَعْجَلُوا عَنْ عَشَائِـكُمْ » وقالت عائشةُ : إنِّى سمعتُ رسـول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لاصَـلاَةَ بِحَضْرَةِ طَعَامٍ ، وَلاَ وَهُوَ يُدَافِعهُ الأَخْبثَانِ » رواهما مسلم وغيره . ولافرق بين أن يحضر صلاة الجماعة ، ويخاف فوتها فى الْجماعة ، أو لايخاف ذلك . فإن فى بعض ألفاظ حديث أنس « إذا حضر الْعَشاء وأُقيمت الصلاة فابدءوا بالْعَشاء » . وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا قُرِّبَ عَشَاءُ أَحَدِكم وَأُقِيمَتِ الصـلاةُ فابدءوا بالعَشاء ، ولا يَعْجَلَنَّ حتى يَفْرُغَ مِنْـهُ » رواهما مسـلم . وقوله : « وأقيمت الصلاة » يعنى الجماعة . وتعشّى ابن عمر وهو يسمع قراءة الإمام .

قال أصحابنا : إنمـا يقدم الْعَشاء على الجماعة إذا كانت نفسـه تتوق إلى الطعـام كثيراً ، ونحوَه قال الشافعىّ . وقال مالك : يبدءون بالصلاة إلا أن يكون طعاماً خفيفاً . وقال بظـاهر الحديث عمر ، وابنه ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال ابن عباس : لانقوم إلى الصلاة وفى أنفسنا شىء . قال ابن عبد البرّ : أجمعوا على أنه لو صلَّى بحضرة الطعام فأكمل صـلاته : أن صـلاته تجزئه ، كذلك إذا صلَّى حاقناً[1] . وقال الشافعىّ ، وأبو حنيفة ، والعنبرىّ : يُكره أن يصلِّىَ ـ وهو حاقن ، وصلاته جائزة مع ذلك ، إن لم يترك شيئاً من فروضها . وقال مالك : أحب أن يعيـد إذا شغله ذلك . قال الطحاوىّ : لايختلفون أنه لو شغل قلبه بشىء من الدنيا أنه لايُستحبُّ له الإعادة ، كذلك إذا شغله البول .

« مسألة » قال ﴿ وإذا حضرت الصلاة ، وهو يحتاج إلى الخلاء بدأ بالخلاء ﴾ .

يعنى إذا كان حاقناً كُرِهَتْ له الصـلاة حتى يَقضى حاجته ، سواء خاف فوت الجماعـة أو لم يخف ، لمـا ذكرنا من حديث عائشة . وروى ثوبان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يَحِلُّ لامْرِىءٍ أَنْ يَنْظُرَ فِى جَوْفِ بَيْتِ امْرِىءٍ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ ، وَلاَ يَقُومَ إلى الصلاةِ وَهُوَ حَاقِنٌ » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن .

والمعنى فى ذلك : أن يقوم إلى الصلاة وبه مايشغله عن خشوعها وحضور قلبه فيها ، فإن خالف وفعل

(١) الحاقن : الذى يحبس الحدث فى نفسه ويصلى وهو يدافعه فيكون غير مطمئن .

صحت صلاته فى هـذه المسألة ، وفى التى قبلها . وقال ابن أبى موسى : إن كان به من مُدافعة الأخبثين مايُزعجه ويَشغَله عن الصلاة ، أعاد فى الظاهر من قوله ، لظاهر الحديثين اللذين رويناهما . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى . وقال ابن عبد البرّ فى حديث ثوبان : لاتقوم به حجّة عند أهل العلم بالحديث .

فهذان من الأعذار التى يُعذر بها فى ترك الجماعة والجمعة ، لعموم اللفظ . فإن قوله : « وأُقيمت الصلاة » عامّ فى كل صلاة . وقوله : « لاصلاة » عامّ أيضاً .

فصـــــل

ويُعذر فى تركهما المريض ، فى قول عامّة أهل العـلم . قال ابن المنذر : لاأعلم خلافاً بين أهل العلم : أن للمريض أن يتخلّف عن الجماعات من أجـل المرض . وقـد رَوى ابن عباس أن النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ فَـلَمْ يَمْنَعْهُ مِنَ اتِّبَاعِهِ عُذْرٌ - قالوا وما الْعُذر يارسـول الله ؟ قال : خَوْفٌ أَوْ مَرَضٌ - لَمْ تُقْبَلْ مِنْهُ الصلاَةُ التى صلَّى » رواه أبو داود . وقد كان بلال يؤذِّن بالصلاة ثم يأتى النبىُّ ﷺ وهو مريض فيقول : « مُرُوا أَبَا بَـكْرٍ فَلْيُصَلِّ بِالنَّاسِ » .

فصـــــل

ويُعذر فى تركهما الخائفُ لقول النبى صلى الله عليه وسـلم : « الْعُذْرُ خَوْفٌ أو مَرَضٌ » والخوف ثلاثة أنواع : خوف على النفس ، وخوف على المال ، وخوف على الأهل .

فالأول : أن يخاف على نفسه سُلطاناً يأخُذُه ، أو عَدُوًّا ، أو لصاً ، أو سَبُعاً ، أو دابّة . أو سَيْلا ، أو نحو ذلك ، مما يُؤذيه فى نفسه . وفى معنى ذلك : أن يخاف غريماً له يُلازمه ، ولاشىء معه يُوفِّيه . فإنّ حبسَه بدين هومُعسر به ظلم له . فإن كان قادراً على أداء الدين لم يكن عذراً له . وكذلك إن وجب عليه حد لله تعالى ، أوحد قذف ، نخاف أن يُؤخذ به ، لم يـكن عُذراً له ، لأنه يجب إيفاؤه . وهـكذا إن تأخر عليه قصاص ، لم يـكن له عذر فى التخلف من أجـله . وقال القاضى : إن كان يرجو الصلح على مال ، فله التخلف حتى يُصالح ، بخلاف الحدود ، فإنه لاتدخلهـا المصالحة ، ولا العفو . وحد القذف إن رُجِىَ العفو عنه فليس بعُذر فى التخلّف ، لأنه يرجو إسقاطه بغير بدل .

ويُعذر فى تركهما بالمطر الذى يُبلّ الثياب ، والوحل الذى يتأذّى به فى نفسه وثيابه . قال عبـد الله ابن الحارث : قال عبد الله بن عبّاس لمؤذّنه فى يوم مطير : « إذا قلت : أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّداً رسـولُ الله ، فلا تقلْ : حَيَّ على الصـلاة ، وقل صَلُّوا فى بُيوتـكم : قال : فـكأنّ النـاس استنكروا ذلك . قال ابن عباس : أَتَعْجَبُونَ من ذلك ؟ قد فعل ذلك من هو خـيرٌ منِّى ، إن الجمعـة عزمة ، وإنى كرهتُ أن

أُخرِجَـكم فتَمَشُوا فى الطين والدَّحْضِ »[١] متفق عليه .

ويُعذر فى ترك الجماعة بالريح الشديدة فى الليلة المظلمة الباردة . وقد روى ابن ماجه عن ابن عمر قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُنـادِى مُنادِيه فى الليـلة المَطِيرة ، أو الليلة البَارِدَة : صَلُّوا فى رِحالِـكُمْ » وإسناده صحيح . ورواه أبو داود ، ونحوه اتفق عليه البخارىّ ومسلم ، إلا أن فيه : « فى الليلة البـاردة أو المَطِيرة فى السَّفَرِ » . وروى أبو المَلِيح : « أنه شـهد النبىَّ صلى الله عليه وسـلم زَمَنَ الْحُدَيْبِيَةِ يَوْمُ جُمعةٍ ، وأصابَهُمْ مَطَرٌ لم يَبُلَّ أَسْفَلَ نِعَالِهِمْ ، فَـأَمَرَهُمْ أن يُصَلُّوا فى رِحالِهِمْ » رواه أبو داود .

ويُعذر أيضاً من يُريد سفراً ويخاف فوت الرفقة .

النوع الثانى : الخوف على ماله بخروجه مما ذكرناه من السلطان ، واللصوص وأشباههما . أو يخاف أن يُسرق منزله ، أو يُحرق ، أو شىء منه ، أو يكون له خبز فى تنور ، أو طبيخ على نار ، يخاف حريقه باشتغاله عنه ، أو يكون له غريم إن ترك ملازمته ذهب بماله ، أو يكون له بضاعة ، أو وديعة عند رجل إن لم يدركه ذهب . فهذا وأشباهه عذر فى التخلف عن الجمعة والجماعات .

النوع الثالث : الخوف على ولده وأهله أن يُضَيَّعُوا ، أو يـكون ولده ضائعاً فيرجو وجوده فى تلك الحال ، أو يكون له قريب يخاف إن تشاغل بهما[٢] مات ، فـلم يَشهده . قال ابن المنـذر : ثبت أن ابن عمر « استُصْرِخَ على سعيد بن زيد بعد ارتفاع الضُّحَى فأتاه بالعقيق وترك الجمعة » وهذا مذهب عطاء ، والحسن ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ .

فصـــل

ويُعذر فى تركهما من يُخاف عليه النعاسُ حتى يفوتاه ، فيصلِّى وحده وينصرف .

---

(١) الدحض : المكان الزلق .

(٢) الضمير فى « بهما » للجمعة والجماعة .

بسم الله الرحمن الرحيم

باب ما يبطل الصلاة

إذا تركه عامداً أو ساهياً

روى أبو هريرة « أن رسول الله ﷺ دخل المسجدَ ، فدخل رجل فصلَّى، ثم جاء فسلَّمَ على النبيِّ صلى الله عليه وسلم فقال : ارْجِعْ فَصَلِّ ، فَإِنَّكَ لَمْ تُصَلِّ ، فَرَجَعَ فصلَّى ، ثم جاء ، فسلّم على النبيِّ ﷺ فقال : ارْجِعْ فَصَلِّ ، فَإِنَّكَ لَمْ تُصَلِّ . ـ ثلاثاً ـ فقال : والذى بعثك بالحق ماأُحْسِنُ غَيْرَهُ ، فَعَلِّمْنِي . قال : إِذَا قُمْتَ إِلَى الصَّلاَةِ فَكَبِّرْ ، ثُمَّ اقْرَأْ مَاتَيَسَّرَ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ ، ثُمَّ ارْكَعْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ رَاكِعاً ، ثمَّ ارْفَعْ حَتَّى تَعْتَدِلَ قَائِماً ، ثمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ سَاجِداً ، ثمَّ ارْفَعْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ جَالِساً ، ثمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ سَاجِداً ، ثم افعل ذلك فى صلاتك كلِّها » متفق عليه . زاد مسلم : « إِذَا قُمْتَ إِلَى الصَّلاَةِ فَأَسْبِغِ الْوُضُوءَ ، ثمَّ اسْتَقْبِلِ الْقِبْلَةَ فَكَبِّرْ » .

« مسألة » قال ﴿ ومن ترك تكبيرة الإحرام ، أوقراءة الفاتحة ، وهو إمام ، أو منفرد ، أو الركوعَ ، أو الاعتدالَ بعد الركوع ، أو السجودَ ، أو الاعتدالَ بعد السجود ، أو التشهُّدَ الأخيرَ ، أو السلامَ : بطلت صلاته ، عامداً كان أو ساهياً ﴾ .

وجملة ذلك : أن المشروع فى الصلاة ينقسم قسمين : واجب ومسنون . فالواجب نوعان :

أحدهما : لايسقط فى العمد ولافى السهو . وهو الذى ذكر الخِرَقِيّ فى هذه المسألة . وهو عشرة أشياء : تكبيرةُ الإحرام ، وقراءة الفاتحة للإمام والمنفرد ، والقيام ، والركوع حتى يطمئنّ . والاعتدالُ عنه حتى يطمئنّ . والسجود حتى يطمئنّ ، والاعتدال عنه بين السجدتين حتى يطمئنّ ، والتشهد فى آخر الصلاة ، والجلوس له ، والسلامُ ، وترتيب الصلاة على ماذكرناه .

فهذه تسمى أركاناً للصلاة ، لاتسقط فى عمد ولا سهو . وفى وجوب بعض ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى . وقد دل على وجوبها حديثُ أبى هريرة فى المسىء فى صلاته ، فإنّ النبيّ ﷺ قال له : « لَمْ تُصَلِّ » وأمره بإعادة الصلاة . فلما سأله أن يُعلمه علّمه هذه الأفعال . فدلّ على أنه لايكون مُصَلّياً بدونها . ودل الحديث على أنها لاتسقط بالسهو ، فإنها لو سقطت بالسهو لسقطت عن الأعرابىّ لكونه جاهلاً بها ، والجاهل كالناسى .

وأما بطلان الصلاة بتركها ففيه تفصيل ، وذلك أنه لايخلو إما أن يتركها عمداً أو سهواً . فإن تركها عمداً بطلت الصلاة فى الحال . وإن ترك شيئاً منها سهواً ثم ذكره فى الصلاة أتى به ، على ماسنبيّنهُ فيما بعد إن شاء الله ، وإن لم يذكره حتى فرغ من الصلاة . فإن طال الفصلُ ابتدأ الصلاةَ ، وإن لم يَطُل بَنَى عليها . نصّ أحمدُ على هذا فى رواية جماعة . وبهذا قال الشافعىّ ، ونحوَه . قال مالك : ويُرجع فى طول الفصل وقِصَره إلى العادة والعُرف .

واختلف أصحاب الشافعىّ ، فقال بعضهم كقولنا . وقال بعضهم : الفصل الطويل قدر ركعة ، وهو المنصوص عن الشافعىّ . وقال بعضهم : قدر الصلاة التى نسى فيها . والذى قلنا أصحّ ، لأنه لاحد له فى الشرع فيُرجع إلى العُرف فيه . ولايجوز التقدير بالتحكم .

وقال جماعة من أصحابنا : متى ترك ركناً فلم يُدْركه حتى سلّم بطلت صلاتُه . قال النخعِىّ ، والحسن : من نسىَ سجدة من صلاة ، ثم ذكرها فى الصلاة سجدها متى ذكرها . فإذا قضى صلاته سجد سجدتَىِ السهو . وعن مكحول ، ومحمد بن أسلم الطُّوسىّ : فى المصلِّى ينسى سجدةً أوركعة ، يُصليها متى ماذكرها ، ويسجد سجدتَى السهو . وعن الأوزاعىّ ، فى رجل نسى سجدة من صلاة الظهر فذكرها فى صلاة العصر : يمضى فى صلاته ، فإذا فرغ سَجَدَهَا[1] .

ولنا : على أن الصلاة لا تبطُل مع قرب الفصل ، أنه لو ترك ركعة أو أكثر فذكر قبل أن يطول الفصل أتى بما ترك ولم تبطل صلاته إجماعاً . وقد دل عليه حديث ذى اليدين[2] . فإذا ترك ركناً واحداً فأولى أن لاتبطل الصلاة ، فإنه لايزيد على ترك ركعة . والدليل على أن الصلاة تبطل بتطاول الفصل : أنه أخلّ بالموالاة . فلم تصحّ صلاته ، كما لو ذَكَرَ فى يوم ثانٍ .

فصـــل

ويلزمه أن يأتى بركعة إلاأن يكون المنسى التشهد والسلامُ . فإنه يأتى بهِ ويُسلم ، ثمّ يسجد للسهو . وقال الشافعىّ : يأتى بالركن ومابعده لاغير . ويأتى الكلام على هذا فى باب سجود السهو . قال أحمد رحمه الله فى رواية الأثرم ، فيمن نسى سجدة من الركعة الرابعة ثم سلم وتكلم : إذا كان الكلام الذى تكلم به من شأن الصلاة قضى ركعة ، لايعتد بالركعة الأخيرة ، لأنها لاتتم إلا بسجدتيها ، فلما لم يسجدمع الركعة سجدتيها وأخذ فى عمل بعد السجدة الواحدة قضى ركعة ، ثم تشهد ، وسلم وسجد سجدتى السهو .

---

(١) سيأتى للشارح أنه يأتى بركعة كاملة بدل السجدة ، أما على مذهب الشافعى ، فإنه يأتى بالسجدة ومابعدها إلى انتهاء الركعة .

(٢) سيأتى إن شاء الله فى باب سجود السهو ، وفيه أن النبى صلى الله عليه وسلم ، سلم من الصلاة قبل تمامها ساهياً ، وكلمة الصحابة ، فلا أعلم أنه سها نبى على ما مضى من صلاته وأتمها .

وإن تكلم بشيء من غير شأن الصلاة ابتدأ الصلاة . قال أبو عبد الله : وبهذا كان يقول مالك « زعموا[1] » . ولعل أحمد رحمه الله ذهب إلى حديث ذى اليدين ، وأن النبى ﷺ تكلم وسأل أبا بكر وعمر « أحَقٌّ مَا يَقُولُ ذُو الْيَدَيْنِ ؟ » ثم بنى على ما مضى من صلاته . وفى الجملة : الحكم فى ترك ركن من ركعة كالحكم فى ترك الركعة بكمالها ، والله أعلم .

فصل

وتختص تكبيرة الإحرام من بين الأركان بأن الصلاة لاتنعقد بتركها ، لقول النبى ﷺ : « تَحْرِيمُهَا التكبيرُ » ولايدخل فى الصلاة بدونها . ويختص القيامُ بسقوطه فى النوافل ، لأنه يطولُ فيشقّ ، فسقط فى النافلة مبالغةً فى تكثيرها كما سقط التوجّه فيها فى السفر على الراحلة مبالغةً فى تكثيرها[2] . وتختصّ القراءة بسقوطها عن المأموم ، لأن قراءة إمامه له قراءة ، ويختصّ السلام بأنه إذا تركه أتى به خاصةً .

« مسألة » قال ﴿ ومن ترك شيئاً من التكبير غيرَ تكبيرة الإحرام ، أو التسبيحَ فى الركوع أو السجود ، أو قولَ سمع الله لمن حمده ، أو قولَ ربَّنا ولك الحمدُ ، أو ربِّ اغفر لى ، أو التشهدَ الأولَ ، أو الصلاةَ على النبىِّ ﷺ فى التشهّد الأخير عامداً ، بطلت صلاته . ومن ترك شيئاً منه ساهياً أتى بسجدتى السهو ﴾ .

هذا النوع الثانى من الواجبات ، وهى ثمانية . وفى وجوبها روايتان :

إحداهما : أنها واجبة ، وهو قول إسحاق .

والأخرى : ليست واجبة ، وهو قول أكثر أهل العلم ، إلا أن الشافعىّ أوجب منها الصلاة على النبىِّ ﷺ وضمّه إلى الأركان . وعن أحمد رواية أخرى كذلك .

وقد ذكرنا الدليل على وجوبها فيما مضى ، وذكرنا حديث يحيى بن خلّاد عن عمه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إِنَّهُ لا تَتِمُّ الصلاَةُ لِأَحَدٍ مِنَ النَّاسِ حَتَّى يَتَوَضَّأَ وَيَضَعَ الْوُضُوءَ - يَعْنِي مَوَاضِعَهُ - ثُمَّ يُكَبِّرَ ، ويحمدَ الله ، وَيُثْنِيَ عليه ، وَيَقْرَأَ بما شَاءَ مِنَ الْقُرْآنِ ، ثُمَّ يقول : اللهُ أكبرُ ، ثم يركعُ حتى تَطْمَئِنَّ مَفَاصِلُه ، ثم يقول : سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ حتَّى يَسْتَوِيَ قَائِماً ، ثم يقول : اللهُ أكبرُ ، ثم يسجدَ حتى تطمئنَّ مَفَاصِلُهُ ، ثم يقول : اللهُ أكبرُ ، ويرفعَ رأسَهُ حَتَّى يستوى قاعداً ، ثم يقول : اللهُ أكبرُ ، ثمَّ يسجُدَ حتى تَطْمَئِنَّ مَفَاصِلُهُ ، ثُمَّ يَرْفَعَ رَأْسَهُ فيُكبّر . فإذا فعلَ ذلك فَقَدْ تَمَّتْ صَلاَتُهُ » وفى رواية : « لاتتمّ صلاة أحدِكُمْ حتَّى يفعلَ ذلكَ » رواه أبو داود .

---

(١) فى التعبير بزعموا : إشارة إلى عدم رضا الإمام أحمد بهذا النقل عن مالك .

(٢) مبالغة فى تكثيرها : أى ترغيباً للناس فى فعلها كثيراً متى كانت سهلة .

وحكم هذه الواجبات ، إذا قلنا بوجوبها : أنه إن تركها عمداً بطلت صلاته ، وإن تركها سهواً وجب عليه السجود للسهو .

والأصل فيه : حديث النبي ﷺ حين قام إلى ثالثة وترك التشهد الأول ، فسبّحوا به فلم يَرْجع ، حتى إذا جلس للتسليم سجَد سَجْدَتَيْن ، وهو جالس ، ولولا أن التشهد سقط بالسهو لرجع إليه ، ولولا أنه واجب لما سجد جَبْراً لنِسْيانه . وغير التشهد من الواجبات مقيسٌ عليه ومُشبَّه به ، ولا يمتنع أن يكون للعبادة واجبات يتخيّر إذا تركها . وأركان لاتصحّ العبادة بدونها ، كالحجّ فى واجباته وأركانه .

فصـــل

وَضمّ بعضُ أصحابنا إلى ذلك نيّةَ الخروج من الصلاة ، والتسليمةَ الثانية . وقد دلّلنا على أنهما ليستا بواجبتين ، وهو اختيار الخِرَقِى ، لكونه لم يذكرهما فى عدد الواجبات . ويختص « رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ » بالمأموم ، والمنفرد . وفى المنفرد رواية أخرى ، أنه لايجب عليه ، ويختصّ « سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ » بالإمام والمنفرد .

القسم الثانى من المشروع فى الصلاة : المسنون . وهو ماعدا ماذكرناه ، وهو اثنان وثلاثون : رفع اليدين عند الإحرام ، وعند الركوع والرفع منه ، ووضع اليمنى على اليسرى ، وحطها تحت السرة ، والنظر إلى موضع سجوده ، والاستفتاح ، والتعوّذ ، وقراءة بسم الله الرحمن الرحيم ، وقول آمين ، وقراءة السورة بعد الفاتحة ، والجهر والإسرار فى موضعهما ، ووضع اليدين على الركبتين فى الركوع ، ومدّ الظهر ، والانحناء فى الركوع والسجود ، ومازاد على التسبيحة الواحدة فيهما ، وعلى المرة فى سؤال المغفرة ، وقول مِلءَ السماء بعد التحميد ، والبداية بوضع الركبتين قبل اليدين فى السجود ، ورفعهما فى القيام ، والتفريق بين ركبتيه فى السجود . ووضع يديه حذو منكبيه أوحذو أذنيه ، وفتح أصابع رجليه فيه ، وفى الجلوس والافتراش فى التشهد الأول ، والجلوس بين السجدتين ، والتورّك فى الثانى ، ووضع اليد اليمنى على الفخذ اليُمْنى مقبوضةً مُحلّقة ، والإشارة بالسبّابة ، ووضع اليد الأخرى على الفخذ الأخرى مبسوطةً ، والالتفات على اليمين والشمال فى التسليمتين ، والسجود على أنفه ، وجلسة الاستراحة ، والتسليمة الثانية ، ونية الخروج من الصلاة فى سلامه على إحدى الروايتين فيهنّ .

وحكم هذه السنن جميعها : أن الصلاة لاتبطُلُ بتركها عمداً ولا سهواً . وفى السجود لها عند السهو عنها تفصيلٌ ، نذكره فى موضعه إن شاء الله .

فصـــل

ويُشترط للصلاة ستة أشياء : الطهارة من الحدث ، والنجاسة ، وَالسترة ، والموضع ، واستقبال القبلة ،

ودخول الوقت ، والنية . فمتى أخل بشيء من هذه الشروط لم تنعقد صلاته . وتختص النية بأنها لا تصح الصلاة مع عدمها بحال ، لا في حق معذور ولا غيره . ويختص الوقت ببعض الصلوات ، وكل ما اعتبر له وقت فلا يصح قبل وقته ، إلا الثانية من المجموعتين تُفعل في وقت الأولى ، حال العُذر إذا جمع بينهما . وبقية الشروط تسقط بالعذر ، على تفصيل ذُكر في مواضعه فيما مضى .

فصل

يُستحبّ للمصلي أن يجعل نظره إلى موضع سجوده . قال أحمد في رواية حنبل : الخشوع في الصلاة أن يجعلَ نظره إلى موضع سجوده ، وروى ذلك عن مسلمة بن يسار وقتادة . وحُكي عن شَريك أنه قال : ينظر في حال قيامه إلى موضع سجوده ، وفي ركوعه إلى قدميه ، وفي حال سجوده إلى أنفه ، وفي حال التشهد إلى حجره . وقد روى أبو طالب العشاري في الإفراد قال : « قلت : يارسول الله ، أين أجعل بصري في الصلاة ؟ قال : موضعَ سجودك ، قال : قلت : يارسول الله ، إنّ ذلك لشديد ، إنّ ذلك لاأستطيع ؟ قال : ففي المكتوبة إذاً » ويُستحبّ أن يُفرّج بين قدميه ويُراوحَ بينهما ، يعتمد على هذه مرّة ، وعلى هذه مرّة ، ولا يُكثر ذلك . لما رَوى الأثرم عن أبي عُبيدة قال : « رأى عبد الله رجلا يصلِّي صافًّا بين قدميه . فقال : لو راوح هذا بين قدميه كان أفضل » ورواه النسائيّ ولفظه : « فقال أخطأ السنَّة لو راوح بينهما كان أعجبَ إليّ » . قال الأثرم : رأيت أبا عبد الله يُفرّج بين قدميه ، ورأيته يُراوح بينهما . ورُوي نحوُ هذا عن ابن ميمون والحسن . ويحتمل أن يكون هذا عند طول القيام كما قال عطاء ، قال : إنّي لأحبّ أن يقلّ فيه التحريك ، وأن يعتدل قائماً على قدميه ، إلا أن يكون إنساناً كبيراً لا يستطيع ذلك . وأما التطوع ، فإنّه يُطول على الإنسان فلا بُدّ من التوكؤ على هذه مرّة ، وعلى هذه مرّة .

فصل

يُكره أن يترك شيئًا من سنن الصلاة ، ويُكره أن يلتفت في الصلاة لغير حاجة ، لما روت عائشةُ رضي الله عنها قالت : « سألتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التفات الرجل في الصلاة ؟ فقال : هُوَ اخْتِلَاسٌ يَخْتَلِسُهُ الشَّيْطَانُ مِنْ صَلَاةِ الْعَبْدِ » من الصحاح رواه سعيد بن منصور . وفي المُسند عن أبي ذرّ قال : قال رسول الله ﷺ : « لايَزَالُ اللهُ مُقْبِلاً عَلَى العَبْدِ وَهُوَ فِي صَلَاتِهِ ، مَالَمْ يَلْتَفِتْ . فَإِذَا الْتَفَتَ انْصَرَفَ عَنْهُ » رواها أبو داود . ولأنه يشغل عن الصلاة . فكان تركه أولى . فإن كان لحاجة لم يُكره . لما روى أبو داود عن سهل بن الحَنْظَلِيَّةِ قال : « ثُوِّبَ[1] بِالصَّلَاةِ ، فجعل رسول الله ﷺ يُصَلِّي وَهُوَ يَلْتَفِتُ إِلَى الشِّعْبِ » قال أبو داود : أرسل فارساً إلى الشِّعْبِ يحرُس . وروى النسائيّ عن

---

(١) ثوب بالصلاة : أقيمت الصلاة ، لأن من معاني التثويب إقامة الصلاة .

ابن عبَّاس رضى الله عنهما قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلتفت يميناً وشمالاً ، ولا يلوى عُنقه خَلْفَ ظهره » ولا تبطُل الصلاة بالالتفات إلا أن يَستدير بجُملته عن القبلةِ أو يستدبرَ القبلة . لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعله . وبهذا قال أبو ثور . قال ابن عبد البرّ : وجمهور الفقهاء على أن الالتفات لا يُفسد الصلاة إذا كان يسيراً .

ويُكره رفع البصر . لما روى البخاريّ أن أنساً قال : قال النبى ﷺ : « مابَالُ أقوامٍ يَرْفَعُونَ أَبْصَارَهُمْ إِلَى السَّمَاءِ فى صلاتِهِمْ ؟ فاشتدّ قوله فى ذلك ، حتى قال : لَيَنْتَهُنَّ ، أو لَتُخْطَفَنَّ أَبْصَارُهم » .

ويكره أن ينظر إلى مايُلهيه أو ينظر فى كتاب . لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : « صلَّى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى خَمِيصةٍ[1] لَهَا أَعْلاَمٌ ، فقال : شَغَلَتْنِى أَعْلاَمُ هَذِهِ ، اذْهَبُوا بِهَا إِلَى أَبِى جَهْمِ بنِ حُذَيْفَةَ ، وَائْتُونِى بِأَنْبِجَانِيَّتِهِ » رواه البخاريّ ومسلم وأبو داود . وقال النبى ﷺ لعائشة : « أَمِيطِى عَنَّا قِرَامَكِ[2] هَذَا . فإِنَّه لا يَزَالُ تَصَاوِيرُه تَعْرِضُ لِى فى صلاَتِى » رواه البخاريّ .

ويُكره أن يصلِّى ويدُه على خاصرته . لما روى أبو هريرة « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يُصلِّىَ الرجلُ مُختصِراً » رواه البخاريّ ومسلم . وعن زياد بن صُبَيْح الحنفىّ قال : « صلّيتُ إلى جنب ابن عمر ، فوضعتُ يدى على خاصرتى . فلما صلَّى قال : هذا الصَّلْبُ فى الصلاة . وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عنه » رواهما أبو داود .

ويُكره أن يُصلِّى وهو معقوص ، أو مكتوف . لما روى مسلم عن ابن عباس « أنه رأى عبد الله ابن الحارث يصلِّى ورأسُه معقوص ، من ورائه ، فقام فجعل يَحُلّه ، فلما انصرف أقبل على ابن عباس ، فقال : مالك ورأسى ؟ فقال : إنى سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إِنَّمَا مَثَلُ هَذَا مَثَلُ الَّذِى يُصَلِّى وَهُوَ مَكْتُوفٌ » .

ويُكره أن يكفّ شعرَه وثيابَه ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أُمِرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أَعْضَاءٍ ، وَلاَ أَكُفَّ شَعْراً ، وَلاَ ثَوْباً » متفق عليه .

ويُكره التشبيك فى الصلاة . لما رَوى ابنُ ماجه عن كعب بن عُجْرة « أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً قد شبَّك أصابعَه فى الصلاة ، ففرَّج رسول الله صلى الله عليه وسلم بَيْنَ أَصَابِعِهِ » . وقال ابن عمر فى الذى يُصلِّى وهو مُشبِّك يديه « تِلْكَ صَلاَةُ المَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ » .

---

(١) فى القاموس : الخميصة : كساء أسود مربع له علمان (خطان مخالفان للونه) والخميصة التى صلى فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم لها أعلام ، والأنبجانية : ثوب من صوف ليس به نقوش ، ولا أعلام ، وهو ثوب خشن أردأ الثياب ، وسيأتى شرح معناه يتوسع فى كراهة استقبال وجه الإنسان وهو يصلى .

(٢) القرام : بكسر القاف ثوب ملون من الصوف فيه رقم ونقوش .

ويكره فرقعة الأصابع . لما روى ابن ماجه عن عليّ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاتُفَرْقِـعْ أَصَابِعَكَ وَأَنْتَ فِي الصَّلاَةِ » .

ويُـكره أن يعتمد على يده فى الجلوس فى الصلاة . لما رُوى عن ابن عمر قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يَجلس الرجُلُ فى الصلاة وهو مُعتَمِدٌ على يدِه » .

ويُـكره مسحُ الحَصَى . لما رَوى أحمدُ فى المسند عن أبى ذرّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ إِلَى الصَّـلاَةِ ، فَإِنَّ الرَّحْمَـةَ تُوَاجِهُهُ ، فَلاَ يَمْسَحِ الحَصَى » وعن مُعَيقيب قال : قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم فى مسح الحصى فى الصلاة : « إِنْ كُنْتَ فَاعِلاً فَمَرَّةً وَاحِدَةً » رواه مسلم ورواهما ابن ماجه وأبو داود .

ويُـكره العبَثُ كلّه ومايشغل عن الصلاة ، ويَذْهَبُ بخشوعها . وقد رُوى « أَنَّ رسول الله ﷺ رأى رجلاً يعبَثُ فى الصلاة ، فقال : لَوْ خَشَعَ قَلْبُ هَذَا لَخَشَعَتْ جَوَارِحُه » .

ولا نعلم بين أهل العلم فى كراهة هذا كُلِّه اختلافاً . وممن كرهه الشافعيّ . ونُقل كراهة بعضه عن ابن عباس ، وعائشة ، ومُجاهد ، والنخعيّ ، وأبى مِجْلَز ، ومالك ، والأوزاعيّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى .

ويُـكره أن يُلصق إحدى قدميه بالأخرى فى حال قيامه . لمـا رَوى الأثرم عن عُيَيْنَة بن عبد الرحمن قال : « كنتُ مع أبى فى المسجد ، فرأى رجـلا يُصَلِّى قد صفّ بين قدميه ، وألزق إحـداهما بالأخرى ، فقال أبى : لقد أدركتُ فى هـذا المسجد ثمانيةَ عشرَ رجلا من أصحاب النبى صلى الله عليـه وسلم مارأيتُ أحداً منهم فعل هـذا قطّ » . وكان ابن عمر لايُفرّج بين قدميه ، ولا يَمَسُّ إحـداهما بالأخرى ، ولـكن بين ذلك ، لايُقارِبُ ولا يُباعد .

ويُـكره أن يُغمض عينيه فى الصلاة ، نصّ عليه أحمد . وقال : هو فعـل اليهود . وكذلك قال سفيان ، ورُوى ذلك عن مجاهد ، والثورىّ ، والأوزاعىّ . وعن الحسن : جوازُه من غير كراهة . وقد رُوى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ فِي الصَّلاَةِ فَلاَ يُغْمِضْ عَيْنَيْهِ » رواه الطبرانى فى مُعجمه ، وعبد الرحمن بن أبى حاتم ، وقال : هذا حديث منكر .

ويُـكره أن يُـكثر الرجـل مسحَ جبهته فى الصـلاة . لمـا رَوى ابن المنذر عن ابن مسعود قال : « مِنَ الجَفَاءِ أَنْ يُكْثِرَ الرجُـلُ مَسْحَ جَبْهَتِهِ قَبْلَ أَنْ يَفْرُغَ مِنَ الصَّـلاَةِ » . ورُوى أيضاً مرفوعاً . وكرهه الأوزاعىّ . وقال سعيدُ بن جُبَير : هو من الجفاء . وروى الأثرم عن ابن عباس قال : « لاَ تَمْسَحْ جَبْهَتَكَ ، وَلاَ تنفُخْ ، ولا تُحَرِّكِ الحَصَى » ورخّص فيه مالك ، وأصحاب الرأى .

وكره أحمد التروّح في الصلاة إلاّ من الغمّ الشديد . وبذلك قال إسحاق : وكرهه عطاء ، وأبو عبد الرحمن ، ومسلم بن يَسار ، ومالك . ورَخّص فيه ابنُ سيرين ، ومُجاهد ، والحسن ، وعائشة بنت سعد .

وكره التميّل في الصلاة . لما رَوى النجّاد بإسناده عن النبي ﷺ قال « إذَا قامَ أحَدُكُمْ فى صلاتِهِ فلْيُسْكِنْ أطْرَافَهُ ، وَلاَ يَتَمَيّلْ مِثْلَ الْيَهُودِ » ، ولاتبطل الصلاة بجميع ذلك إلا ما كان منها فعلاً ، كالعبَث ، وفرقعة الأصابع ، إذا كثر متوالياً ، فإنه يُبطل الصلاة .

فصـــل

ولا بأس بعَدّ الآى في الصلاة . وتوقف أحمدُ عن عدّ التسبيح . قال أبو بكر : لابأس به . لأنه في معنى عد الآى ، وهو قول ابن أبي مُلَيْكة ، وطاوس ، وابن سيرين ، والشعبيّ ، والمغيرة بن حكيم ، وإسحاق . وكرهه أبو حنيفة ، والشافعيّ ، لأنه يَشْغَلُ عن خشوع الصلاة المأمور به .

ولنا : أنه إجماع ، رواه الأثرم بإسناده عن يحيى بن وَثاب ، وطاوس ، والحسن ، ومحمد بن سيرين ، وإبراهيم النخعيّ ، والمغيرة بن حكيم ، ومجاهد ، وسعيد بن جُبَير ، ولم يُعرف لهم في عصرهم مُخالف ، مع أن الظاهر أن ذلك ينتشر ، ولا يخفَى ، فيكون إجماعاً . وإنما توقف أحمد عن عدّ التسبيح لأن المنقول عمن ذكرناهم عَدُّ الآى . قال أحمد : أما عدُّ الآى فقد سمعنا ، وأمّا عدّ التسبيح فما سمعنا . وكان الحسن لايرى بعدّ الآى في الصلاة بأساً ، وكره أن يَحْسِبَ في الصلاة شيئاً سواه .

ولا بأس بالإشارة في الصلاة باليد والعَيْن . لأن مَعْمَراً روى عن الزهريّ عن أنس ، وعن عُبَيْد الله عن نافع عن ابن عمر : « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يُشيرُ في الصلاة » رواه الدبريّ ، عن عبد الرزاق ، عن مَعْمَر .

ولا بأس بقتل الحيَّة والعقرب . وبه قال الحسن ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وكرهه النخعيّ . ولا معنى لقوله ، فإن النبي ﷺ « أمر بقتل الأسْوَدَيْنِ في الصلاة . الحيّةِ والعَقْرَبِ » رواه أبو داود . ورأى ابن عمر ريشةً حَسِبَهَا عَقْرَباً فضربها بنعله . فأما القملُ فقال القاضي : الأولى التغافلُ عنه ، فإنْ قتلها فلا بأس ، لأن أنساً كان يقتُل القملَ ، والبراغيثَ في الصلاة . وكان الحسن يقتلُ القملَ . وقال الأوزاعيّ : تركه أحبُّ إليَّ . وكان عمر يقتلُ القملَ في الصلاة ، رواه سعيد .

وإذا تثاءب في الصلاة استُحِبّ أن يكْظِمَ مااستطاع . فإن لم يقدر استُحِبّ له أن يضع يده على فيه ، لقول رسول الله ﷺ : « إذَا تثَاءَبَ أَحَدُكُمْ فِي الصَّلاَةِ فَلْيَكْظِمْ مَااسْتَطَاعَ ، فإنَّ الشَّيْطَانَ يَدْخُلُ » من الصحاح . وفي رواية قال : « إذَا تثَاءَب أَحَدُكُمْ فَلْيَضَعْ يَدَهُ عَلَى فِيهِ ، فإنَّ الشَّيْطَانَ يَدْخُلُ » رواه سعيد في سننه . قال الترمذيّ : هو حديث حسن .

وإذا بدره البُصاق ، وهو فى المسجد يَبْصُق فى ثوبه ، ويَحُكُّ بعضَه ببعض ، وإن كان فى غير المسجد يَبْصُق عن يَساره ، أو تحت قدمه .

ولنا : مارَوى مسلم عن أبى هريرة « أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى نُخَامَةً فى قِبْلَةِ المَسْجِدِ فَأَقْبَلَ على الناس فقال : مَابَالُ أَحَدِكُمْ يَقُومُ مُسْتَقْبِلَ رَبِّهِ فَيَتَنَخَّعُ أَمَامَهُ ، أَيُحِبُّ أَنْ يُسْتَقْبَلَ فَيُتَنَخَّعَ فِى وَجْهِهِ ؟ فإِذَا تَنَخَّعَ أَحَدُكُمْ فَلْيَتَنَخَّعْ عَنْ يَسَارِهِ ، أو تَحْتَ قدمه ، فإن لم يجد فليقُل [(١)] هـكذا » . ووصف القاسمُ ، فتفل فى ثوبه ، ثم مسح بعضَه على بعض . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البُصاق فِى المَسْجِدِ خَطِيئَةٌ . وكفّارتُهَا دَفْنُهَا » رواه مسلم أيضاً .

ولا بأس بالعمل اليسير فى الصلاة للحاجة . لما رَوى أبو داود عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كَانَ رسولُ الله ﷺ يُصَلِّى والبابُ عَلَيْهِ مُغلق . فجئتُ فاستفتحت فمشى ، ففتح لِى ، ثم رَجَع إِلَى مُصَلاهُ » . وعن جابر رضى الله عنه أنه قال « إنّ رسول الله ﷺ بَعَثَنِى بِحَاجَةٍ ، فأدركتُهُ وهو يُصَلِّى ، فسلَّمتُ عليه فأشار إلىّ . فلمّا فرغ دعانى ، فقال : إنّكَ سَلَّمتَ علىّ آنفاً ، وأنا أُصَلِّى » .

ولا تَبْطُل الصلاة بجميع ذلك إلا أن يتوالى ويَكْثُر ، كالذى قبله ، والله أعلم .

---

(١) فليقل : فليفعل هـكذا ، وكثيراً ما يطلق القول فى الحديث على الفعل ، وعلى الإشارة ، كما سبق فى الحديث ، « وقال بيده » أى أشار بيده ، وقوله هـكذا : إشارة إلى ما مثله من تفله فى ثوبه ومسح بعضه ببعض ، ويكون التفل من داخل الثوب لا من خارجه ، حتى لا يكون القذر ظاهراً فى ثوب المصلى .

باب سجدتى السهو

قال الإمام أحمد : يُحفظ عن النبي ﷺ خمسة أشياء : سلَّم من اثنتين فسجد ، سلَّم من ثلاث فسجد . وفى الزيادة والنقصان ، وقام من اثنتين ولم يتشهّد . وقال الخطّابى : المعتمد عند أهل العلم هذه الأحاديث الخمسة ، يعنى حديثى ابن مسعود ، وأبى سعيد ، وأبى هريرة وابن بُحَيْنة .

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ ومن سلّم وقد بقى عليه شىء من صلاته أتى بما بقى عليه من صلاته ، وسلم ، ثم سجد سجدتى السهو ، ثم تشهّد وسلم . كما رَوى أبو هريرة ، وعمرانُ بن حُصَين ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم : أنه فعل ذلك ﴾ .

وجملة ذلك : أن من سلم قبل إتمام الصلاة ساهياً ثمّ علم قبل طول الفصل ، ونَقْضِ وضوئِه ، فعليه أن يأتى بما بَقِىَ ، ثم يتشهّد ويُسلم ، ثم يسجد سجدتين ويتشهّد ويُسلم . وإن لم يذكر حتى قام فعليه أن يجلس لِيَنْهَضَ إلى الإتيان بما بقى عن جلوس ، فإنّ هذا القيام واجبٌ للصلاة ، ولم يأت به قاصداً لها ، فكان عليه الإتيانُ به مع القصد ، ولا نعلَمُ فى جواز إتمام الصلاة فى حقِّ من نَسِىَ الركعةَ فما زاد اختلافاً .

والأصل فى ذلك : مارَوى ابنُ سيرينَ ، عن أبى هريرة قال : « صَلَى بنا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم إحْدَى صَلاَتَى العَشِىّ — قال ابن سيرين : سمّاها أبو هريرة ، ولكن أنا نَسِيتُ ـ فصلّى ركعتين ، ثم سلّم ، فقام إلى خَشَبةٍ مَعْرُوضةٍ فى المسجد ، فوضَع يَدَهُ عليها ، كأنّه غَضْبَانُ ، فشبّك أصابعَه ، ووضع يده اليُمنى على ظهر كفه اليُسرى ، وخرجت السُّرعان[1] من المسجد ، فقالوا : أَقُصِرَتِ الصَّلاَةُ ؟ وفى القوم أبو بكر ، وعمر ، فهاباه أن يُكلّماه . وفى القوم رجل فى يديه طول ، يقال له : ذو اليدين . فقال : يارسول الله ، أنَسِيتَ أم قُصِرَتِ الصَّلاَةُ ؟ قال : لم أَنسَ ولم تُقْصَر ، فقال : أَكما يقول ذو اليدين ؟ قالوا : نعم . قال : فتقدم ، فصلّى ماترك من صلاته ، ثم سلّم ، ثم كبّر ، وسجد مثل سجوده ، أو أطولَ ، ثم رفع رأسه فكبّر ، ثم كبّر ، وسجد مثلَ سجوده أو أطول ، ثم رفع رأسه فكبّر ، — قال : فربما سألوه : ثم سلّم ؟ قال : ثبت أن عمران بن حُصَين قال : ثم سلّم متفق عليه . ورواه أبو داود ، وزاد قال : « قلت : فالتشهّد ؟ قال لم أسمع فى التشهد ، وأحَبّ إلىّ أن يتشهّد » ورَوى مسلم بإسناده عن أبى المهلّب ، عن عمران بن الحُصَين قال : « سلّم رسول الله ﷺ فى ثلاث ركعات من العَصر : ثم قام فدَخلَ الحُجْرة ، فقام رجل بَسِيطُ اليَدَيْنِ ، فقال : أَقُصِرَتِ الصَّلاَةُ يارَسولَ الله ؟ فخرَجَ مُغْضَباً فصَلّى الركعةَ التى كان تَركَ ، ثم سلّم ، ثم سجد سَجْدَتَى السَّهو ، ثم سلّم » . ورَوى ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم[2] ، وذو اليدين مثلَ حديث أبى هريرة .

---

(١) السرعان : جمع سريع ، وهو أسرع فى الخروج بعد الصلاة .

(٢) فى الطبعة التى علقنا عليها جملة : « رضى الله عنهم » بعد أبى هريرة ، والصحيح ما هنا .

فصــــل

فإن طال الفصــلُ أو انتقض وضوؤه استأنف الصــلاة . وكذلك قال الشافعىّ : إن ذكر قريباً مثل فعل النبي صلى الله عليه وسلم يوم ذى اليــدين ، ونحوه . قال مالك : وقال يحيى الأنصــارىّ ، والليث ، والأوزاعىّ : يبنى مالم ينقض وضوؤه .

ولنــا : أنها صلاة واحدة ، فلم يجز بناء بعضها على بعض مع طول الفصــل ، كما لو انتقض وضوؤه ، ويُرجع فى طول الفصل إلى العادة من غير تقدير بمدّة . وهو مذهب الشافعىّ فى أحــد الوجوه . وعنه : يُعتبر قدر ركعة . وقال بعضهم : يُعتبر بقدر مُضىّ الصلاة التى نَسى فيها . والصحيح : لاحدّ له ، لأنه لم يرد الشرع بتحديده ، فيُرجع فيه إلى العادة ، والمقاربة لمثل حال النبى ﷺ فى حديث ذى اليدين .

فصــــل

فإن لم يذكر حتى شرع فى صلاة أخرى ، نظرتَ . فإن كان ماعمل فى الثانية قليلاً ، ولم يطل الفصل ، عاد إلى الأولى فأتمَّها ، وإن طال بطلت الأولى وهذا مذهب الشافعىّ . وقال الشيخ أبو الفرج فى المُبهج : يَجعل ماشرع فيه من الصلاة الثانية تماماً للأولى . فيبنى إحــداهما على الأخرى ، ويــكون وجود السلام كعدمه ، لأنه سهو معذور فيه . وسواء كان ماشرع فيه نفلا أو فرضاً . وقال الحسن ، وحمّاد بن أبى سليمان ، فيمن سلّم قبل إتمام المــكتوبة ، وشرع فى تطوّع : يبطل المــكتوبة : قال مالك : أحَبُّ إلىَّ أن يبتدئها . ونصّ عليه أحمد ، فقال فى رواية أبى الحارث : إذا صلى ركعتين من المغرب ، وسلم ، ثم دخل فى التطوع : إنه بمنزلة الــكلام ، يستأنف الصلاة .

ولنــا : أنه عمل عمــلاً من جنس الصلاة سهواً ، فلم تبطُــل ، كما لو زاد خامسةً . وأما بنــاء الثانيــة على الأولى فلا يصحّ ، لأنه قــد خرج من الأولى ولم ينوها بعــد ذلك ، ونية غيرها لاتُجْزىء عن نيّتهــا كحــالة الابتداء .

« مسئلة » قال ﴿ ومن كان إماماً فشك ، فلم يدر كم صلَّى ؟ تحرّى ، فبنى على أكثر وهمه . ثم سجد بعد السلام ، كما رُوى عن عبد الله بن مسعود ، عن النبى صلى الله عليه وسلم ﴾ .

قوله : « على أكثر وهمه » أى مايغلب على ظنــه أنه صــلاة . وهــذا فى الإمام خاصّــة . ورُوى عن أحمد رحمه الله روايةٌ أخرى : أنه يبنى على اليقين ، ويسجد قبل السلام ، كالمنفرد سواء ، اختارها أبو بكر . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعبد الله بن عمرو وشُريح ، والشعبىّ ، وعطاء ، وسعيد ابن جُبَير ، وهو قول ســالم بن عبد الله ، وربيعــة ، ومالك ، وعبــد العزيز بن أبى سَلَمــة ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، والأوزاعىّ . لما رَوى أبو سعيد الُخدرىّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

« إذا شَـكَّ أَحَـدُكُمْ فى صـلاَتِه ، فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صـلَّى ، أثلاثاً أم أربعـاً ؟ فليطرح الشكّ ، وَلْيَبْنِ عَلَى مَااسْتَيْقَنَ ، ثُمَّ يَسْجُدُ سجدَتَيْنِ قبلَ أَنْ يُسلِّمَ . فإنْ كانَ صلَّى خمساً شَفَعْنَ له صلاَتَهُ ، وإن كان صلَّى تمامَ الأربع كانتا ترغيماً للشَّيْطَان » وأخرجه مسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه . وعن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال : « إذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فى صلاتِه فَلَمْ يَدْرِ أَزَادَ أَوْ نَقَصَ ! فإنْ كَانَ شَكَّ فى الواحدة ، والاثنتين ، فلْيَجْعَلْهُمَا وَاحِدَةً ، حتَّى يكونَ الوهْمُ فى الزِّيادَةِ . ثم لِيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ ، وَهُوَ جَالِسٌ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّم » رواه الأثرم وابن ماجة . ولأن الأصل عدم الإتيان بما شك فيه ، فلزمه الإتيان به ، كما لو شك هل صلَّى أو لا ؟ وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد عن أحمد رواية أخرى فى المنفرد : أنه يبنى على غالب ظنه كالإمام ، وهو ظاهر كلام أحمد رحمه الله فى رواية من قال : بين التحرِّى واليقين فرق . أما حديث عبد الرحمن بن عوف فيقول : « إذَا لَمْ يدْرِى ثَلاَثاً ؟ أَوْ اثْنَتَيْنِ : جَعَلَهَا اثْنَتَيْنِ » . قال : فهـذا عمل على اليقين ، فبنى عليه ، والذى تتحرَّى يكون قد صلى ثلاثاً فيدخل قلبَه شك أنه إنمـا صلى اثنتين إلا أن يكون أكثرُ مافى نفسه أنه قد صلى ثلاثاً ، وقد دخل قلبَه شكٌّ ، فهذا يتحرَّى أصوب . ذلك ويسجد بعد السلام ، قال : فبينهما فرق . فظاهر هذا : أنه إنمـا يبنى على اليقين إذا لم يـكن له ظن ، ومتى كان له غالب ظن عمل عليه . ولا فرق بين الإمام والمنفرد . روى ذلك عن علىّ بن أبى طـالب ، وابن مسعود ، وبنحوه قال النخعىّ ، وقاله أصحاب الرأى ، إن تـكرر ذلك عليه ، وإن كان أول ماأصابه ، أعاد الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لاغِرَارَ فى الصَّلاَةِ » .

ووجه هذه الرواية : ماروى عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « إذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فى صـلاَتِهِ فَلْيَتَحَرَّ الصَّـوابَ ، فَلْيُتِمَّ عَلَيْهِ ثُمَّ لِيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » متفق عليـه . وللبخارىّ « بَعْدَ التَّسْلِيمِ » وفى لفظ : « فَلْيَنْظُرْ أَحْرَى ذَلِكَ للصَّوَابِ » وفى لفظ : « فليتحرَّ أَقْرَبَ ذَلِكَ للصَّوَابِ » وفى لفظ : « فليتحرَّ الَّذِى يَرَى أَنَّه الصَّوابُ » رواها كلّها مسلم . وفى لفظ رواه أبو داود قال : « إذَا كُنْتَ فِى صـلاةٍ فَشَـكَـكْتَ فى ثلاَثٍ ، أَوْ أَرْبَعٍ ، وَأَكْثَرُ ظَنِّكَ عَلَى أَرْبَعٍ ، تَشَهَّدْتَ ثُمَّ سَجَدْتَ سَجْدَتَيْنِ وَأَنْتَ جَالِسٌ » .

فعلى هـذا يُحمل حديث أبى سعيد على من استوى عنده الأمران ، فلم يـكن له ظنّ . وحديثُ ابن مسعود على من له رأى . وظن يعمل بظنه ، جمعاً بين الحديثين وعملاً بهما ، فيـكون أولى . ولأن الظن دليل فى الشرع ، فوجب اتباعه كما لو اشتبهت عليه القبلة .

واختار الخِرَقىّ التفريق بين الإمام والمنفرد ، فجعـل الإمام يبنى على الظن ، والمنفردَ يبنى على اليقين ، وهو الظاهر فى المذهب . نقله عن أحمد الأثرم وغيره . والمشهور عن أحمد : البناء على اليقين فى حق

المنفرد ، لأن الإمام له من ينبّهه ويذكّره إذا أخطأ الصوابَ ، فليعمل بالأظهر عنده . فإن أصاب أقرّه المأمومون ، فيتأكد عنده صوابُ نفسه . وإن أخطأ سبّحوا به ، فرجع إليهم ، فيُجعل له الصواب على كلتا الحالتين ، وليس كذلك المنفرد ، إذ ليس له من يذكّره فيبنى على اليقين ، ليحصُل له إتمام صلاته ، ولا يكون مغروراً بها . وهو معنى قوله ﷺ : « لاغِرَارَ فى الصَّلاَةِ » . وعلى هذا يُحمل حديث أبى سعيد ، وعبد الرحمن بن عوف على المنفرد . وحديث ابن مسعود على الإمام ، جمعاً بين الأخبار ، وتوفيقاً بينها . فإن استوى الأمران عند الإمام بنى على اليقين أيضاً . وعلى الرواية الثانية يُحمل حديث أبى سعيد وعبد الرحمن على من لا ظنّ له . وحديث ابن مسعود على من له ظنّ .

فأما قول أصحاب الرأى فيُخالف السنّة الثابتةَ عن رسول الله ﷺ . وقد رَوى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « إنَّ أَحَدَكُمْ إذا قَامَ فَصَلَّى جَاءَهُ الشَّيْطَانُ فَلَبَّسَ عَلَيْهِ حتَّى لايَدْرِى كَمْ صَلَّى ؟ فإذَا وَجَدَ ذَلِكَ أحَدُكُمْ فلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ وَهُو جَالِسٌ » متفق عليه . ولأنه شك فى الصلاة فلم يُبطلها ، كما لو تكرر ذلك منه . وقوله ﷺ : « لاغِرَار » يعنى لاينقص من صلاته . ويحتمل أنه أراد لايخرج منها وهو فى شك من تمامها . ومن بنى على اليقين لم يبق فى شك من تمامها . وكذلك من بنى على غالب ظنه فوافقه المأمومون ، أو ردّوا عليه غلطه ، فلا شك عنده .

فصل

ومتى استوى عنده الأمران بَنى على اليقين ، إماماً كان أو مُنفرداً ، وأتى بما بقى من صلاته ، وسجد للسهو قبل السلام ، لأن الأصل البناء على اليقين . وإنما جاز تركه فى حق الإمام لمعارضته الظنَّ الغالبَ ، فإذا لم يوجد وجب الرجوعُ إلى الأصل .

فصل

وإذا سها الإمامُ فأتى بفعل فى غير موضعه لزم المأمومين تنبيهُه . فإن كانوا رجالا سبّحوا به ، وإن كانوا نساء صفقْنَ ببُطُونِ أكفِّهِنَّ على ظهور الأخرى ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك : التسبيح للرجال ، والنساء . ولقول النبى ﷺ : « مَنْ نَابَهُ شَىْءٌ فى صَلاَتِهِ فَلْيَقُلْ : سُبْحَانَ اللهِ » متفق عليه .

وحكى عن أبى حنيفة أن تنبيه الآدمىّ بالتسبيح أو القرآن أو الإشارة يُبطل الصلاة . لأن ذلك خطاب آدمىّ . وقد رَوَى أبو غطفانَ عن أبى هريرة : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَشَارَ بِيَدِهِ فِى الصَّلاَةِ إشَارَةً تُفْقَهُ أَوْ تُفْهَمُ فَقَدْ قَطَعَ الصَّلاَةَ » .

ولنا : مارَوى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « التَّسْبِيحُ للرِّجال والتَّصفيقُ للنِّساء » . وعن سهل بن سعد قال : قال رسول الله ﷺ : « إذَا نَابَكُمْ فى صَلاتِكُمْ شَىْءٌ فَلْيُسَبِّحِ الرِّجالُ

وليُصَفِّقِ النِّساء » متفق عليهما . ورَوى عبد الله بن عمر قال : « قُلْتُ لبلال كيف كان النبي ﷺ يَردّ عليهم ، حين كانوا يُسلِّمون عليه في الصلاة ؟ قال : كانَ يُشِيرُ بِيَدِهِ » . وعن صُهَيْب قال : « مررتُ برسول الله ﷺ وهو يصلِّي ، فسلمتُ عليه فردَّ عليّ إشارةً . وقال : لا أعلمُ إلاّ أنه قال : إشارةً بأصبعه » قال الترمذيّ : كلا الحديثين صحيح . وقد ذكرنا حديث أنس « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يُشِيرُ في الصَّلَاةِ » .

فأما حديث مالك ففي حق الرجال ، فإن حديثَنا يُفَسِّره ، لأن فيه تفصيلاً ، وزيادةَ بيان يتعين الأخذُ بها .

وأما حديث أبي حنيفة فضعيف يرويه أبو غطفان وهو مجهول . فلا يعارض به الأحاديثُ الصحيحة .

فصل

إذا سبّح به اثنان يثق بقولهما لزمه قبولُه ، والرجوع إليه ، سواء غلَب على ظنه صوابُهما أو خلافه . وقال الشافعي : إن غلب على ظنه خطؤهما لم يعمل بقولهما ، لأن مَنْ شكّ في فعل نفسه لم يعمل بقول غيره ، كالحاكم إذا نَسي حكماً حكم به ، فشهد به شاهدان وهو لا يذكره .

ولنا : أن النبيّ ﷺ رجع إلى قول أبي بكر ، وعمر رضى الله عنهما ، في حديث ذى اليدين لما سألهما « أحَقٌّ ما يَقُولُ ذُو الْيَدَيْنِ ؟ » فقالا : نعم ، مع أنه كان شاكاً بدليل أنه أنكر ماقاله ذو اليدين ، وسألهما عن صحة قوله ، وهذا دليل على شكِّه . ولأن النبيّ ﷺ أمرهم بالتسبيح ليُذَكِّروا الإمام ، ويعمل بقولهم . وروى ابن مسعود « أن النبي ﷺ صلَّى فزاد أو نقص - إلى قوله - إنَّمَا أنا بَشَرٌ أنْسَى كَمَا تَنْسَوْنَ ، فَإذَا نَسِيتُ فَذَكِّرُونِي » يعنى بالتسبيح ، كما روى عنه في الحديث الآخر . وكذا نقول في الحاكم : إنه يَرجع إلى قول الشاهدين . وإن كان الإمام على يقين من صوابه وخطأ المأمومين لم يَجز له متابعتُهم . وقال أبو الخطاب : يلزمه الرجوع إلى قولهم ، كالحاكم يحكم بالشاهدين ، ويترك يقين نفسه . وليس بصحيح ، فإنه يعلم خطأهم فلا يتّبعهم في الخطأ . وكذا نقول في الشاهدين : متى علم الحاكم كذبهما لم يَجز له الحكم بقولهما ، لأنه يعلم أنهما شاهدا زور ، فلا يَحلّ له الحكم بقول الزور . وإنما اعتُبرت العدالة في الشهادة ليغلبَ على الظنّ صدقُ الشهود . وردّت شهادة غيرهم لأنه لايعلم صدقهم ، فمع يقين العلم بالكذب أوْلى أن لايقبل .

وإذا ثبت هذا فإنه إذا سبح المأمومون فلم يرجع في موضع يلزمه الرجوع فيه بطلت صلاته ، نص عليه أحمدُ ، وليس للمأمومين اتّباعه . فإن اتّبعوه لم يخلُ من أن يكونوا عالمين بتحريم ذلك أو جاهلين به . فإن كانوا عالمين بطلت صلاتهم ، لأنهم تركوا الواجب عمداً . وقال القاضى : في هذا ثلاث روايات :

إحداها : أنه لايجوز لهم متابعته ، ولايلزمهم انتظاره ، إن كان نسيانُه فى زيادة يأتى بها ، وإن فارقوه وسلّموا صحّت صلاتهم . وهذا اختيار الخلاّل .

والثانية : يُتابعونه فى القيام استحساناً .

والثالثة : لايتابعُونه ولا يسلّمون قبله ، لكن ينتظرونه ليسلّم بهم ، وهو اختيار ابن حامد ، والأول أولى . لأن الإمام مخطىء فى ترك متابعتهم ، فلا يجوز اتباعه على الخطأ .

الحال الثانى : إن تابعوه جهلا بتحريم ذلك ، فإنّ صلاتهم صحيحة . لأن أصحاب النبى ﷺ تابعوه فى التسليم فى حديث ذى اليدين . وفى الخامسة فى حديث ابن مسعود فلم تبطُل صلاتهم . وروى الأثرم بإسناده عن الزبير « أنه صلّى صلاة العصر ، فلمّا سلّم قال له رجل من القوم : ياأبا عبد الله ، إنك صلّيْتَ رَكَعَاتٍ ثلاثاً ، قال : أ كذاك ؟ قالوا : نعم ، فرجع فصلّى ركعةً ، ثم سجد سجدتين » وعن إبراهيم قال « صَلَّى بنا عَلْقمةُ الظهرَ خمساً ، فلمّا سلّم قال القوم : ياأبا شِبْل قد صلّيت خمساً ، قال : كلاّ ، مافعلتُ ، قالوا : بلى ، قال : وكنت فى ناحية القوم وأنا غُلام ، فقلت : بَلَى قَدْ صَلّيْتَ خمساً ، قال لى : يا أعور ، وأنت تقول ذلك أيضاً ؟ قلت : نعم ، فسجد سجدتين ، فلم يأمروا مَنْ وراءهم بالإعادة » فدل على أن صلاتهم لم تبطل بمُتابعتهم ، ومتى عمل الإمام بغالب ظنه فسبّح به المأمومون فرجع إليهم ، فإنّ سجوده قبل السلام لما فعله من الزيادة فى الصلاة سهواً . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل جلس فى الركعة الأولى من الفجر فسبَّحوا به فقام : متى يسجد للسهو ؟ فقال : قبل السلام .

فصـــل

فإن سبّح بالإمام واحد لم يرجع إلى قوله ، إلا أن يغلب على ظنه صدقه ، فيعمل بغالب ظنه لابتسبيحه . لأن النبى ﷺ لم يَقبل قول ذى اليدين وحده ، فإن سبّح فسّاق لم يَرجع إلى قولهم ، لأن قولهم غيرُ مقبول فى أحكام الشرع .

وإن افترق المأمومون طائفتين ، وافقه قوم ، وخالفه آخرون ، سقط قولهم لتعارضهم ، كالبيّنتين إذا تعارضتا . ومتى لم يرجع ، وكان المأموم على يقين من خطأ الإمام ، لم يتابعه فى أفعال الصلاة ، وليس هذا منها . وينبغى أن ينتظره ههنا ، لأن صلاة الإمام صحيحة لم تفسُد بزيادة ، فينتظرُه كما ينتظرُ الإمامُ المأمومين فى صلاة الخوف .

« مسألة » قال ﴿ وما عدا هذا من السهو فسجوده قبل السلام ، مثل المنفرد إذا شك فى صلاته ، فلم يَدر كَمْ صلّى ؟ فبنى على اليقين ، أو قام فى موضع جلوس ، أو جلس فى موضع قيام ، أو جهر

فى موضع تخافُت ، أو خافَت فى موضع جَهر ، أو صلَّى خمساً ، أو ماعدا ذلك من السهو ، فـكل ذلك يسجـد له قبل السلام ﴾ .

وجملة ذلك : أن السجود كله عند أحمد : قبل السلام ، إلا فى الموضعين اللذين ورد النصّ بسجودهما بعد السلام . وهما إذا سلم من نقْصٍ فى صـلاته ، أو تحرَّى الإمامُ فبنى على غالب ظنه . وما عداهما يسجد له قبل السلام ، نصّ على هذا فى رواية الأثرم . قال : أنا أقول : كلُّ سهو جاء عن النبى ﷺ أنه يسجد فيه بعد السلام ، وسائر السجود يسجد فيه قبل السلام ، هو أصح فى المعنى . وذلك أنه من شأن الصلاة ، فيقضيه قبل أن يُسلّم ، ثم قال : سجد النبىّ ﷺ فى ثلاثة مواضع بعد السلام ، وفى غيرها قبل السلام . قلت : اشرح الثلاثة المواضع التى بعد السلام ، قال : سلم من ركعتين ، فسجد بعد السـلام ، هذا حديث ذى اليدين . وسلم من ثلاث فسجد بعد السلام ، هـذا حديث عمران بن حُصَين . وحديث ابن مسعود فى موضع التحرّى سجد بعد السلام . قال القاضى : لايختلف قول أحـمد فى هذين الموضعين : أنه يسجد لهما بعد السلام . واختلف فيمن سها فصلى خمساً هل يسجد قبل السلام أو بعـده ؟ على روايتين . وماعدا هذه المواضع يسجد لها قبل السلام رواية واحدة . وبهذا قال سليمان بن داود ، وأبو خَيْثَمة ، وابن المنذر . وحكى أبو الخطاب عن أحمد روايتين أخريين .

إحداهما : أن السجود كله قبل السلام . روى ذلك عن أبى هريرة ، ومكحول ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، وربيعة ، والليث ، والأوزاعى ، وهو مذهب الشافعى لحـديث ابن بُحَينة وأبى سعيد . وقال الزهرىّ : كان آخر الأمرين السجود قبل السلام ، ولأنه تمـام للصلاة وجبرٌ لنقصها ، فـكان قبل سلامها كسائر أفعالها .

والثانية : أن ما كان من نَقْصٍ سجد له قبل السلام ، لحديث ابن بُحَينة . وما كان من زيادة سجد له بعد السـلام ، لحـديث ذى اليدين ، وحـديث ابن مسعود حين صلَّى النبى صلى الله عليه وسلم خمسـاً ، وهذا مذهبُ مالك وأبى ثور .

وروى عن ابن مسعود أنه قال : « كل شىء شككـتَ فيه من صلاتك من نُقصـان من ركوع ، أو سجود ، أو غير ذلك ، فاستقبل أكثر ظنه ، واجعـل سجدتى السهو فى هذا النحو قبـل التسليم . فأما غير ذلك من السهو فاجعله بعد التسليم » رواه سعيد .

وقال أصحاب الرأى : سجود السهو كلُّه بعد السـلام ، وله فعلهما قبل السلام . يُروى نحو ذلك عن علىّ ، وسعد بن أبى وقاص ، وابن مسعود ، وعمّـار ، وابن عبّـاس ، وابن الزبَير ، وأنس ، والحسن ، والنخعىّ ، وابن أبى ليلى . لحديث ذى اليدين ، وحديث ابن مسعود فى التحرّى . وروى ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ : « لِـكلِّ سَهْوٍ سَجْدَتَانِ بَعْدَ التَّسْلِيمِ » رواه سعيد ، وعن عبدالله بن جعفر قال :

قال رسول الله ﷺ « مَنْ شَكَّ فِي صَلاَتِهِ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ بَعْدَمَا يُسَلِّم » رواهما أبو داود .

ولنا : أنه قد ثبت عن النبي ﷺ السجود قبل السلام وبعده في أحاديث صحيحة متفق عليها . ففيما ذكرناه عَمَلٌ بالأحاديث كلها ، وجَمْعٌ بينهما من غير ترك شيء منها . وذلك واجب مهما أمكن . فإنَّ خبرَ النبي ﷺ حجّة يجب المصير إليه والعمل به . ولا يُترك إلا لعارض مثله أو أقوى منه . وليس في سجوده بعد السلام أو قبله في صورة ماينفي سجوده في صورة أخرى في غير ذلك الموضع ، وذكر نسخ حديث ذي اليدين لاوجه له . فإن راوييه أبا هريرة وعمران بن حُصَين هجرتهما متأخرة . وقول الزهريّ «مُرسَل» لايقتضي نسخاً ، فإنه لايجوز أن يكون آخر الأمرين سجوده قبل السلام ، لوقوع السهو في آخر الأمر فيما سجوده قبل السلام . وحديث ثوبان راويه إسماعيل بن عَيّاش ، وفي روايته عن أهل الحجاز ضعف . وحديث ابن جعفر فيه ابن أبي ليلى ، وهو ضعيف . وقال الأثرم : لايثبت واحد منهما .

فصـــل

في تفصيل المسائل التي ذكرها الخرقي في هذه المسألة .

قوله « مثل المنفرد إذا شك في صلاته ، فلم يَدْرِ كم صلى ؟ فبنى على اليقين » .

قد ذكرنا أن ظاهر المذهب : أن المنفرد يبني على اليقين ، ومعناه : أنه ينظر ماتيقن أنه صلاه من الركعات ، فيتمّ عليه ويُلغي ماشكّ فيه ، كما قال النبيّ صلى الله عليه وسلم في حديث عبد الرحمن ابن عوف : « إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي الثِّنْتَيْنِ وَالوَاحِدَةِ فَلْيَجْعَلْهَا وَاحِدَةً ، وَإِذَا شَكَّ فِي الثِّنْتَيْنِ وَالثَّلاَثِ ، فَلْيَجْعَلْهُمَا اثْنَتَيْنِ ، وَإِذَا شَكَّ فِي الثَّلاَثِ وَالأَرْبَعِ فَلْيَجْعَلْهَا ثَلاَثاً ، ثم لِيُتِمَّ مابقي من صلاته ، حتى يكون الوهمُ في الزيادة ، ثم يسجدُ سجدتين وهو جالس ، قبل أن يُسلِّم » رواه ابن ماجه هكذا ؛ وسواء غلب على ظنه خلاف ذلك ، أم لم يغلب على ظنه ، إلا أن يكون هذا الوهم مثلَ الوسواس . فقد قال ابن أبي موسى : إذا كثر السهو حتى يصير مثل الوسواس لها عنه[1] . وذكرنا أن في المنفرد رواية أخرى : أنه يبني على مايغلب على ظنه ، والصحيح في المذهب : ماذكر الخِرقيّ رحمه الله . والحكم في الإمام إذا بنى على اليقين : أنه يسجُد قبل السلام كالمنفرد . وإذا تحرّى المنفرد على الرواية الأخرى سجد بعد السلام .

فصـــل

قوله « أو قام في موضع جلوس أو جلس في موضع قيام » .

أكثر أهل العلم يرون أن هذا يسجد له . وممن قال ذلك : ابن مسعود ، وقتادة ، والثوريّ ،

(١) لها عنه ، تركه ولم يعتد به .

والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وكان علقمةُ والأسودُ يقعُدان فى الشىء يُقام فيه ، ويقومان فى الشىء يُقعَد فيه ، فلا يَسْجُدان .

ولنا : قول النبى ﷺ : « إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » وقال : « إِذَا زَادَ الرَّجُلُ أَوْ نَقَصَ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » رواهما مسلم ، عن ابن مسعود ، عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقوله صلى الله عليه وسلم : « لِكُلِّ سَهْوٍ سَجْدَتَانِ بَعْدَ السَّلَامِ » رواه أبو داود . ولأنه سهو فسجد له كغيره . مع ما نذكره فى تفصيل المسائل .

فأما القيام فى موضع الجلوس ، ففى ثلاث صور . إحداها : أن يترك التشهد الأول ويقوم . وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : ذكره قبل اعتداله قائماً ، فيلزمه الرجوع إلى التشهّد . وممن قال يجلس : علْقمة ، والضحاك ، وقتادة ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وابن المنذر . وقال مالك : إن فارقت أليتاه الأرض مضى . وقال حسّان بن عطية : إذا تجافت ركبتاه عن الأرض مضى .

ولنا : ما روى المغيرةُ بن شعْبة عن النبى ﷺ قال : « فإِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ فِي الرَّكْعَتَيْنِ ، فَلَمْ يَسْتَتِمَّ قَائِماً ، فَلْيَجْلِسْ ، فإذا اسْتَتَمَّ قَائِماً فَلَا يَجْلِسْ ، وَيَسْجُدُ سَجْدَتَيِ السَّهْوِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . ولأنه أخلّ بواجب ذكره قبل الشروع فى ركن مقصود ، فلزمه الإتيان به . كما لو لم تفارق أليتاه الأرض .

المسألة الثانية : ذكره بعد اعتداله قائماً ، وقبل شروعه فى القراءة ، فالأوْلى له : أن لا يجلس ، وإن جلس جاز . نَصَّ عليه . قال النخعىّ : يرجع ما لم يستفتح القراءة . وقال حمّاد بن أبى سليمان : إن ذكر ساعةَ يقومُ جلس .

ولنا : حديث المغيرة ، وما نذكره فيما بعدُ . ولأنه ذكره بعد الشروع فى ركن ، فلم يلزمه الرجوع . كما لو ذكره بعد الشروع فى القراءة . ويحتمل أنه لا يجوز له الرجوع . لحديث المغيرة . ولأنه شرع فى ركن فلم يجز له الرجوع ، كما لو شرع فى القراءة .

المسألة الثالثة : ذكره بعد الشروع فى القراءة : فلا يجوز له الرجوع ، ويمضى فى صلاته فى قول أكثر أهل العلم . وممن رُوى عنه أنه لا يرجع : عمر ، وسعد بن أبى وقّاص ، وابن مسعود ، والمغيرة بن شُعْبة ، والنعمان بن بَشِير ، وابن الزبَيْر ، والضحاك بن قيس ، وعُقبة بن عامر ، وهو قول أكثر الفقهاء . وقال الحسن : يرجع ما لم يركع ، وليس بصحيح ، لحديث المغيرة وروى أبو بكر الآجُرىّ بإسناده عن معاوية «أنه صلّى بهم فقام فى الركعتين ، وعليه الجلوس ، فسُبِّحَ به ، فأبى أن يجلس ، حتى إذا جلس

يُسَلِّمَ سجد سجدتين وهو جالس ، ثم قال : رأيتُ رسول الله ﷺ فَعَلَ هَذَا » ، ولأنه شرع فى ركن مقصود فلم يجز له الرجوع ، كما لو شرع فى الركوع .

إذا ثبت هذا : فإنه يسجد قبل السلام فى جميع هذه المسائل ، لحديث معاوية . ولما رَوى عبد الله ابن مالك بن بُحينة « أن النبى ﷺ صلَّى بهم الظهر فقام فى الركعتين الأوليين ، ولم يجلس ، فقام الناس معه . فلما قضى الصلاة وانتظر الناسُ تسليمه كبّر وهو جالس ، فسجد سجدتين قبل أن يسلم » متفق عليه .

فصـــل

إذا علم المأمومون بتركه التشهد الأول قبل قيامهم ، وبعد قيام إمامهم تابعوه فى القيام ، ولم يجلسوا للتشهد . لأن النبى ﷺ لمّا سها عن التشهد الأول وقام ، قام الناس معه ، وفعله جماعة من الصحابة ممن صلّى بالناس ، نهضوا فى الثانية عن الجلوس ، فَسبَّحوا بهم ، فلم يلتفتوا إلى من سَبَّح بهم . وبعضهم أومأ إليهم بالقيام فقاموا . قالوا : ومما احتجّ به أحمد من فعل الصحابة : أنهم كانوا يقومون معه . قال : حدثنا يزيدُ بن هارون ، أخبرنا المسعوديّ ، عن هلال بن عُلاَثة ، قال : « صلّى بنا المغيرةُ بن شُعبة ، فلمّا صلّى ركعتين قام ولم يجلس ، فَسبَّح به مَنْ خلفه ، فأشار إليهم أن قوموا ، فلما فرغ من صلاته سلم ، وسجد سجدتين ، وسلم ، ثم قال : هكذا صنع رسول الله ﷺ » . قال : وحدثنا وَكيع ، قال أخبرنا عِمران بن حُدَير عن مضر بن عاصم الليثيّ ، قال : « أوْهَم عمرُ بن الخطاب رضى الله عنه فى القَعْدة فسَبَّحوا به ، فقال : سبحان الله هكذا — أى قوموا » . وروى بإسناده مثل ذلك عن سعد . ورواه الآجُريّ عن ابن مسعود ، وعن عُقبة بن عامر . قال : « إنى سمعتكم تقولون سبحان الله ، لكيما أجلس ، فليست تلك السنَّة ، إنما السنَّة التى صنعتُ » وقد ذكرنا حديث ابن بُحَينة .

فأما إن سبّحوا به قبل قيامه ولم يرجع ، تشهدوا لأنفسهم ، ولم يتّبعوه فى تركه ، لأنه ترك واجباً تعين فعلُه عليه ، فلم يكن لهم متابعتهُ فى تركه . ولو رجع إلى التشهد بعد شروعه فى القراءة لم يكن لهم متابعتهُ فى ذلك لأنه أخطأ .

فأما الإمام فمتى فعل ذلك عالماً بتحريمه بطلت صلاتُه ، لأنه زاد فى الصلاة من جنسها عمداً ، أو ترك واجباً عمداً . وإن كان جاهلا بالتحريم أو ناسياً لم تبطل ، لأنه زاد فى الصلاة سهواً . ومتى علم بتحريم ذلك وهو فى التشهد نهض ولم يُتمّ الجلوس .

ولو ذكر الإمام التشهد قبل انتصابه وبعد قيام المأمومين وشروعهم فى القراءة فرجع لزمهم الرجوع ، لأن الإمام رجع إلى واجب فلزمهم متابعته ، ولا اعتبار بقيامهم قبله .

فصـــل

وإن نسى التشهد دون الجلوس له ، فحكمه فى الرجوع إليه حكم مالو نسيه مع الجلوس ، لأن التشهد هو المقصود .

فأما إن نسى شيئاً من الأذكار الواجبة : تسبيح الركوع والسجود ، وقول : ربّ اغفر لى بين السجدتين ، وقول : ربنا ولك الحمد ـ فإنه لايرجع إليه بعد الخروج من محلّه . لأن محلّ الذكر ركن قد وقع مُجزئاً صحيحاً . فلو رجع إليه لكان زيادة فى الصلاة ، وتكراراً لركن . ثم يأتى بالذكر فى ركوع أو سجود زائد غير مشروع ، بخلاف التشهد ، ولكنه يمضى ويسجد للسهو لتركه ، قياساً على ترك التشهد .

الصورة الثانية : قام من السجدة الأولى ولم يجلس للفصل بين السجدتين . فهذا قد ترك ركنين : جلسة الفصل ، والسجدة الثانية ، فلا يخلو من حالين .

أحدهما : أن يذكر قبل الشروع فى القراءة فيلزمه الرجوع . وهذا قول مالك والشافعىّ ، ولا أعلم فيه مُخالفاً ، فإذا رجع فإنه يجلس جلسة الفصل ، ثم يسجد السجدة الثانية ، ثم يقوم إلى الركعة الأخرى . وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لايحتاج إلى الجلوس لأن الفصل قد حصل بالقيام ، وليس بصحيح . لأن الجلسة واجبة ، ولا ينوب عنها القيام كما لو تعمد ذلك . فأما إن كان جلس للفصل ثم قام ولم يسجد فإنه يسجد ولا يلزمه الجلوس . وقيل : يلزمه ليأتى بالسجدة عن جلوس ولايصح ، لأنه أتى بالجلسة فلم تبطل بسهو بعدها ، كالسجدة الأولى ، ويصير كأنه سجد عَقِيب الجلوس . فإن كان يظن أنه سجد سجدتين وجلس جلسة الاستراحة لم يُجزه عن جلسة الفصل ، لأنها هيئة فلا تنوب عن الواجب ، كما لو ترك سجدة من ركعة ثم سجد للتلاوة . وهكذا الحكم فى ترك ركن غير السجود مثل الركوع أو الاعتدال عنه . فإنه يرجع إليه متى ذكره قبل الشروع فى قراءة الركعة الأخرى ، فيأتى به ثم بما بعده ، لأن ماأتى به بعده غير معتدّ به لفوات الترتيب .

الحال الثانى : ترك ركناً : إما سجدة ، أو ركوعاً ساهياً ، ثم ذكره بعد الشروع فى قراءة الركعة التى تليها ، بطلت الركعة التى ترك الركن منها ، وصارت التى شرع فى قراءتها مكانها . نَصّ على هذا أحمد فى رواية الجماعة . قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن رجل صلّى ركعة ثم قام ليصلّى أخرى ، فذكر أنه إنما سجد للركعة الأولى سجدة واحدة ؟ فقال : إن كان أول ماقام قبل أن يحدث عمله للأخرى فإنه ينحطّ ، ويسجد ، ويعتدّ بها ، وإن كان أحدث عمله للأخرى ألغى الأولى وجعل هذه الأولى . قلت : يستفتح أو يُجزىء الاستفتاح الأول ؟ قال : لايستفتح ويجزئه الأول . قلت : فنسى سجدتين من ركعتين ؟ قال : لايَعتدّ بتينك الركعتين ، والاستفتاح ثابت . وهذا قول إسحاق . وقال الشافعىّ : إذا ذكر الركن المتروك قبل السجود فى الثانية فإنه يعود إلى السجدة الأولى ، وإن ذكره بعد سجوده فى الثانية

وقعتا عن الأولى . لأن الركعة الأولى قد صح فعلها ، وما فعله فى الثانية سهواً لا يبطل الأولى ، كما لو ذكر قبل القراءة . وقد ذكر أحمد هذا القولَ عن الشافعىّ وقرَّ به . وقال : هو أشبه ، يعنى من قول أصحاب أبى حنيفة ، إلا أنه اختار القول الذى حكاه عنه الأثرم . وقال مالك : إن ترك سجدةً فذكرها قبل رفع رأسه من ركوع الثانية ألغى الأولى . وقال الحسن ، والنخعىّ ، والأوزاعىّ : من نسى سجدةً ثم ذكرها سجدها فى الصلاة متى ذكرها . وقال الأوزاعىّ : يرجع إلى حيث كان من الصلاة وقت ذكرها ، فيمضى فيهـا . وقال أصحـاب الرأى ، فيمن نسى أربع سجدات من أربع ركعات ثم ذكرها فى التشهـد : سجد فى الحال أربع سجدات وتمت صلاته .

ولنـا : أن المزحوم فى الجمعة إذا زال الزحام والإمام راكع فى الثانية فإنه يتبعه ويسجد معه ، ويكون السجود من الثانية دون الأولى ، كذا ههنا .

فصـــل

فإن مضى فى موضع يلزمه الرجوع ، أو رجع فى موضع يلزمه المضى عالماً بتحريم ذلك فسدت صلاته ، لأنه ترك واجباً فى الصلاة عمداً ، وإن فعل ذلك مُعتقداً جوازه لم تبطل ، لأنه تركه من غير تعمد ، أشبه مالو مضى قبل ذكر المتروك . لـكن إذا مضى فى موضع يلزمه الرجوع فسدت الركعة التى ترك ركنهـا ، كما لو لم يذكره إلا بعد شروعه فى قراءةِ غيرها ، فلم يَعُد إلى الصحة بحال .

الصورة الثالثة : قام عن التشهد الأخير إلى زائد ، فإنّه يرجع إليه متى ماذكره لأنه قام إلى زيادة غير معتدّ له بها ، فلزمه الرجوع كما لو ذكر قبل السجود .

ويأتى تفصيل هذه الصورة فيما إذا صلى خمساً . وفى هذه الصور الثلاث : يلزمه السجود قبل السلام .

فصـــل

قوله « أو جلس فى موضع قيام » .

فهذا يتصور بأن يجلس عقيب الأولى ، أو الثالثة يظنّ أنه موضع التشهد ، أو جلسة الفصـل . فمتى ماذكر قام ، وإن لم يذكر حتى قام أتمّ صـلاته وسجد للسهو ، لأنه زاد فى الصـلاة من جنسها مالو فعله عمداً أبطلها ، فلزمه السجود إذا كان سهواً كزيادة ركعة .

فصـــل

والزيادات على ضربين : زيادة أفعال ، وزيادة أقوال . فزيادات الأفعال قسمان :

أحدهما : زيادة من جنس الصلاة : مثل أن يقوم فى موضع جلوس ، أو يجلس فى موضع قيام ، أو يزيد

ركعة ، أو ركناً ، فهذا تبطُل الصلاة بعَمده ، ويُسجد لسهوه ، قليلاً كان أو كثيراً ، لقول النبي ﷺ : « إِذَا زَادَ الرَّجُلُ أَوْ نَقَصَ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » رواه مسلم .

والثانى : من غير جنس الصلاة ، كالمشى ، والحكّ ، والتروّح[1] ، فهذا تبطل الصلاة بكثيره ، ويعفى عن يسيره . ولا يسجد له . ولا فرق بين عمده وسهوه .

الضرب الثانى : زيادات الأقوال ، وهى قسمان أيضاً .

أحدهما : مايُبطل عمدُه الصلاة : كالسلام وكلام الآدميّين . فإذا أتى به سهواً فسلّم فى غير موضعه سجد على ماذكرناه فى حديث ذى اليدين ، وإن تكلم فى الصلاة سهواً ، فهل تبطل الصلاة به أو يسجد للسهو ؟ على روايتين :

القسم الثانى : مالا يُبطل عمده الصلاة . وهو نوعان :

أحدهما : أن يأتى بذكر مشروع فى الصلاة فى غير محلّه ، كالقراءة فى الركوع والسجود ، والتشهد فى القيام ، والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد الأول ، وقراءة السورة فى الأخريين من الرباعية ، أو الأخيرة من المغرب ، وما أشبه ذلك إذا فعله سهواً ، فهل يُشرع له سجود السهو ؟ على روايتين :

إحداهما : لايُشرع له سجود ، لأن الصلاة لاتبطُل بعمده ، فلم يُشرع السجود لسهوه ، كترك سنن الأفعال .

والثانية : يُشرع له السجود ، لقوله ﷺ : « إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ وَهُوَ جَالِسٌ » رواه مسلم . فإذا قلنا : يُشرع له السجود ، فذاك مُستحبّ غير واجب ؛ لأنه جَبرٌ لغير واجب ، فلم يكن واجباً كجبر سائر السنن . قال أحمد : إنما السهو الذى يجب فيه السجود : مارُوى عن النبى ﷺ ، ولأن الأصل عدم وجوب السجود .

النوع الثانى : أن يأتى فيها بذكر ، أو دعاء لم يرد الشرعُ به فيها ، كقوله « آمينَ ربَّ العالمينَ » وقوله فى التكبير : الله أكبر كبيراً ، ونحو ذلك ، فهذا لايُشرع له السجود[2] ، لأنه رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ سَمِعَ رَجُلاً يقولُ فى الصَّلَاةِ : الحمدُ لله حمداً كثيراً طيِّباً مُبَارَكاً فِيهِ كما يُحِبُّ رَبُّنَا وَيَرْضَى ، فلم يأمُرْهُ بالسُّجُودِ » .

فصـــل

وإذا جلس للتشهد فى غير موضع التشهد[3] قدرَ جلسة الاستراحة . فقال القاضى : يلزمه السجود ، سواء

(١) التروح : رفع الرجل وخفضها . (٢) فى بعض النسخ : لايشرع له سجود .
(٣) فى بعض النسخ : إذا جلس للتشهد فى غير موضعه .

قلنـا : جلسة الاستراحة مسنونة أو لم نقل ، لأنه لم يُردها بجـلوسه ، إنمـا أراد غيرها وكان سهواً . ويحتمل أن لا يلزمه ، لأنه فعلٌ لو تعمـده لم تبطل به صـلاته ، فلا يسجد لسهوه ، كالعمل اليسير من غير جنس الصـــلاة .

فصـــــل

قوله « أو جهر فى موضع تخَافُت ، أو خافَت فى موضع جهر » .

وجمـلة ذلك : أن الجهر والإخفات فى موضعهما من سنن الصلاة لا تبطل الصلاة بتركه عمـداً . وإن تركه سهواً ، فهل يُشرع له السجود من أجله ؟ فيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : لا يُشرع . قال الحسن وعطاء وسالم ومجاهد ، والقاسم ، والشعبى والحـاكم : لا سهو عليه . وجهر أنس فى الظهر والعصر ولم يسجد . وكذلك علقمة والأسود . وهذا مذهب الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، لأنه سنّة فلا يُشرع السجود لتركه ، كرفع اليدين .

والثـانية : يُشرع ، وهو مذهب مالك ، وأبى حنيفـة فى الإمام ، لقول النبى ﷺ : « إذا نَسِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » ولأنه أخلّ بسنّةٍ قوليّة . فشُرع السجود لها ، كترك القُنوت .

وماذكروه يبطل بالقنوت وبالتشهد الأول ، فإنه عند الشافعىّ سنّة ، ويسجد تاركه . فإذا قلنا بهذا كان السجودُ مستحبّا غيرَ واجب ، نَصَّ عليه أحمد . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل سها فجهر فيما يُخَافَت فيه ، فهل عليه سجدتا السهو ؟ قال : أما عليه فلا أقول عليه ، ولـكن إن شاء سجـد . وذكر أبو عبد الله الحديث عن عمر أو غيره « أنه كان يُسْمَعُ منه نَغْمَةٌ فى صَلَاةِ الظُّهْرِ » قال : وأنسٌ جهر فلم يسجد . وقال : إنما السهو الذى يجب فيه السجود ، مارُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم . وقال صالح ، قال أبى : إن سجد فلا بأس . وإن لم يسجد فليس عليـه ، ولأنه جبرٌ لمـا ليس بواجب ، فلم يـكن واجباً كسائر السنن .

فصـــــل

قوله : « أو صلّى خمساً » يعنى فى صلاة رُباعيـة ، فإنه متى قام إلى الخامسة فى الرباعية أو إلى الرابعـة فى المغرب أو إلى الثالثة فى الصبح ، لزمه الرجوع متى ما ذكر ، فيجلسُ . فإن كان قد تشهد عَقِيبَ الركعة التى تمّت بها صـلاته ، سجد للسهو ثم يُسلّم . وإن كان تشهد ، ولم يُصَلّ على النبى ﷺ صـلّى عليه ، ثم سجد للسهو وسلّم ، وإن لم يكن تشهد ، تشهّد وسجد للسهو ، ثم سلّم ، فإن لم يذكر حتى فرغ من الصلاة سجد سجدتين عَقِيب ذكره وتشهّد ، وصلاتُه صحيحة . وبهذا قال علقمة ، والحسن ، وعطاء ، والزهرىّ ، والنخعىّ ، ومالك ، والليث ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : إن ذكر قبـل أن يسجُد جلس للتشهد . وإن ذكر بعد السجود وكان جلس عَقِيب الرابعة قدر التشهد صحّت صلاته ويُضيف

إلى الزيادة أخرى لتـكون نافلة . فإن لم يـكن جلس فى الرابعة بطل فرضه ، وصارت صلاته نافلة ، ولزمه إعادة الصلاة . ونحوه قال حمّاد بن أبى سليمان . وقال قتادة ، والأوزاعىّ فيمن صلّى المغرب أربعاً : يُضيف إليها أخرى ، فتـكون الركعتان تطوعاً . لقول النبى ﷺ فى حديث أبى سعيد فيمن سجد سجـدتين : « فإنْ كانَتْ صَلاَتُهُ تَامَّةً كَانَتْ الرَّكعَةُ وَالسَّجْدَتَانِ نَافِلَةً » رواه أبو داود ، وابن ماجه . وفى رواية : « فإنْ كانَ صَلَّى خَمساً شَفَعْنَ لَهُ صَلاَتهُ » رواه مسلم .

ولنـا : ماروى عبد الله بن مسعود قال : « صَـلَّى بِنَا رسُولُ الله ﷺ خَمْساً ، فَلَمَّا انْفَتَلَ تَوَشْوَشَ الْقَوْمُ بَيْنَهُم فقال : ما شَأْنُـكُمْ ؟ قالوا : يارسُولَ الله : هلْ زِيدَ فى الصلاة ؟ قال : لا . قالوا : فَإنَّكَ قد صَلَّيْتَ خمساً . فَانْفَتَلَ ، ثم سَجَـدَ سَجْدَتَيْنِ ، ثم سَلّم ، ثم قال : إنمَا أَنَا بَشَرٌ أَنْسَى كما تَنْسَوْنَ ، فَإِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » وفى رواية قال « إنمَا أَنَا بَشَرٌ مِثْلُكُمْ ، أَذْكُرُ كما تَذْكُرُونَ ، وَأَنْسَى كما تَنْسَوْنَ . ثُمَّ سَجَدَ سَجْدَتَيِ السَّهْوِ » وفىرواية فقال : « فإذا زَادَ الرَّجُلُ أَوْ نَقَصَ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » رواها كلّها مسـلم . والظاهر : أن النبى ﷺ لم يجلس عقيب الرابعـة ، لأنه لم يُنقل . ولأنه قام إلى الخامسة مُعتقداً أنه قام عن ثالثة ، ولم تبطل صلاته بهذا ، ولم يُضف إلىالخامسة أخرى . وحديث أبى سعيد حُجّة عليهم أيضاً . فإنه جعـل الزائدة نافلةً من غير أن يفصل بينها ، وبين التى قبلها بجلوس ، وجعل السجدتين يَشفعانها ، ولم يضُم إليها ركعة أخرى . وهذا كله خلاف لـما قالوه . فقد خالفوا الخبرين جميعاً . وقولنا يوافق الخبرين جميعاً ، والحمد لله رب العالمين .

« مسـألة » قال ﴿ فإن نسى أنّ عليـه سجودَ سهو ، وسـلّم . كبّر ، وسجد سجدتَي السهو ، وتشهـد ، وسـلم ، ما كان فى المسجـد ، وإن تـكلّم ، لأنّ النبىّ صـلى الله عليـه وسـلم سجـد بعـد السلام ، والـكلام ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى ثلاثة فصول :

الفصل الأول

أنه إذا نسى سجود السهو ، ثم ذكره قبـل طول الفصل فى المسجد ، فإنه يسجد . سواء تـكلّم ، أو لم يتـكلّم . وبهذا قال مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور . وكان الحسن وابن سيرين يقولان : إذا صرف وجهه عن القبلة لم يَبْنِ ، ولم يسجد . وقال أبو حنيفة : إن تـكلم بعد الصلاة سقط عنه سجود السهو ، ولأنه أتى بما ينافيها . فأشبه مالو أحدث .

ولنـا : ماروى ابن مسعود « أن النبى ﷺ سَجَدَ بَعْدَ السَّلاَمِ وَالْـكَلاَمِ » ، رواه مسلم ، وأيضـاً الحديث الذى ذكرناه فى المسألة التى قبل هـذه ، فإنه عليهالصلاة والسلام « تكلّم وتـكلّم المأمومون ، ثم

سجد ، وسجدوا معه » ، وهذا حجة على الحسن ، وابن سيرين . لقوله : « فلمَّا انْفَتَلَ تَوَشْوَشَ القَوْمُ بَيْنَهُمْ ، ثمَّ سَجَدَ بَعْدَ انْصِرَافِهِ عَنْ الْقِبْلَةِ » ، ولأنه إذا جاز إتمام ركعتين من الصلاة بعد الكلام . والانصراف كما فى حديث ذى اليدين فالسجود أولى .

الفصل الثانى

أنه لايسجد بعد طول المدة . واختُلف فى ضبط المدة التى يسجد فيها فى قول الخِرَقِىّ يسجد ما كان فى المسجد ، وإن خرج لم يسجد ، نَصّ عليه أحمد ، وهو قول الحكم وابن شُبْرُمة . وقال القاضى : يُرْجع فى طول الفصل وقصره إلى العادة ، وهذا قول الشافعىّ . لأن النبى ﷺ رجع إلى المسجد بعد خروجه منه فى حديث عمران بن حُصَين ، فالسجود أولى . وحكى ابن أبى موسى عن أحمد روايةً أخرى : أنه يسجد وإن خرج وتباعد ، وهو قول ثان للشافعىّ ، لأنه جُبْران يأتى به بعد طول الزمان كجُبْران الحج . وهذا قول مالك إن كان لزيادة ، وإن كان لنقص أتى به ، مالم يطل الفصل ، لأنه لتكميل الصلاة .

ولنا : أنه لتكميل الصلاة ، فلا يأتى به بعد طول الفصل كركن من أركانها ، وكما لو كان من نقص وإنما ضبطناه بالمسجد ، لأنه محل الصلاة وموضعها ، فاعتُبرت فيه المدة كخيار المجلس .

الفصل الثالث

أنه متى سجد للسهو فإنه يُكبّر للسجود والرفع منه ، سواء كان قبل السلام أو بعده : فإن كان قبل السلام سلم عَقِبه ، وإن كان بعده تشهّد وسلَّم . سواء كان محلّه بعد السلام ، أو كان قبل السلام فنسيه إلى مابعده . وبهذا قال ابن مسعود ، والنخعىّ ، وقتادة ، والحكم ، وحمّاد ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى فى التشهد والسلام . وقال أنس والحسن وعطاء : ليس فيهما تشهد ولاتسليم . وقال ابن سيرين وابن المنذر : فيهما تسليم بغير تشهد . قال ابن المنذر : التسليم فيهما ثابت من غير وجه ، وفى ثبوت التشهد نظر . وعن عطاء : إن شاء تشهد وسلم ، وإن شاء لم يفعل .

ولنا ، على التكبير : قول ابن بُحَينة « فلمَّا قَضَى الصَّلاَةَ سَجدَ سَجدَتَيْنِ كبّر فى كلِّ سَجدَةٍ وَهُوَ جَالِسٌ قَبْلَ أَنْ يُسلم ، وسجدَهُمَا النَّاسُ مَعَهُ » وهو حديث صحيح . وقول أبى هريرة « ثمَّ كَبّر ، وسجد ، مثلَ سجوده ، أو أطولَ ، ثمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ فكَبّر » ولأن النبىَّ ﷺ كان يُكبّر فى كل رفع وخفض . وأما التسليم فقد ذكره عمران بن حُصَين فى حديثه الذى رواه مسلم قال فيه : « سَجدَ سَجدَتَى السَّهْوِ ، ثُمَّ سَلّم » . وفى حديث ابن مسعود «ثمَّ سجد سجدتين ثم سلم» ، وأما التشهد فقد روى أبو داود فى حديث عمران بن حُصَين « أن النبى صلى الله عليه وسلم صلَّى بهم ، فسها ، فسجد سجدتين ، ثم تشهد ، ثم سلم » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن غريب ، ولأنه سجود يُسلم له . فكان معه تشهد ، كسجود

صُلْب الصلاة . ويَحتمل أن لايجب التشهد . لأن ظاهر الحديثين الأولين : أنه سلم من غير تشهد ، وهما أصحّ من هذه الرواية . ولأنه سجود مفرد ، فلم يجب له تشهد كسجود التلاوة .

فصـــــل

وإذا نسى سجود السهو حتى طال الفصل ، لم تبطُل الصلاة . وبذلك قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : أنه إن خرج من المسجد أعاد الصلاة . وهو قول الحكم ، وابن شُبْرمة ، وقول مالك ، وأبى ثور فى السجود الذى قبل السلام .

ولنا : أنه جابر للعبادة بعدها ، فلم تبطل بتركه ، كَجُبْرَانَاتِ الحجّ ، ولأنه مشروع للصلاة خارجٌ منها فلم تفسد بتركه كالأذان .

فصـــــل

ويقول فى سجوده مايقول فى سجود صُلب الصلاة ، ولأنه سجود مشروع فى الصلاة ، أشبه سجود صُلب الصلاة .

فصـــــل

وإن نَسِى السجود حتى شرع فى صلاة أخرى سجد بعد فراغه منها فى ظاهر كلام الخِرَقِىّ ، لأنه فى المسجد . وعلى قول غيره : إن طال الفصل لم يسجد ، وإلا سجد .

فصـــــل

وسجود السهو لما يُبطل عمدُه الصلاةَ واجب . وعن أحمد : غيرُ واجب ، ولعلّ مبناها على أن الواجبات التى شُرع السجود لجَبْرِها غيرُ واجبة ، فيكون جبرُها غيرَ واجب . وهذا قول الشافعى ، وأصحاب الرأى ، لقول النبى ﷺ : « كَانَتِ الرَّكْعَةُ وَالسَّجدَتَانِ نَافِلَةً لَهُ » .

ولنا : أن النبى ﷺ أمر به فى حديث ابن مسعود ، وأبى سعيد ، وفَعله ، وقال : « صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِى أُصَلِّى » وقوله : « نافلة » يعنى أن له ثواباً فيه ، كما أنه سَمَّى الركعة أيضاً نافلة ، وهى واجبة على الساهى بلا خلاف . فأما المشروع[1] لما لايُبطِل عمدُه الصلاةَ فغيرُ واجب . قال أحمد : إنما يجبُ السجود فيما رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، يعنى وما كان فى معناه ، فنقيسُ على زيادة خامسةٍ سائرَ زياداتِ الأفعال ، من جنس الصلاة ، وعلى ترك التشهد : تركَ غيره من الواجبات ، وعلى التسليم من نُقصانٍ : زياداتِ الأقوال المبطلة عمداً .

---

(١) أى فأما السجود المشروع الخ .

فصـــل

فإن تركَ الواجبَ عمداً ، فإن كان قبل السلام بطلت صلاتُه ، لأنه أخل بواجب فى الصلاة عمداً . وإن ترك الواجب بعد السلام لم تبطُل صلاته ، لأنه جبر للعبادة خارج منها ، فلم تبطل بتركه كجُبْرانات الحج ، وسواء كان محله بعد السلام أو قبله فنسيه فصار بعد السلام .

وقد نُقل عن أحمد مايدلُّ على بُطلان الصلاة ، ونُقل عنه التوقف ، فنقل عنه الأثرمُ فيمن نسى سجود السهو . فقال : إن كان فى سهو خفيف فأرجو أن لا يكون عليه . قلت : فإن كان فيما سها فيه النبي صلى الله عليه وسلم ؟ فقال : هاه ، ولم يُجب ، فبلغنى عنه أنه يَسْتَحِبُّ أن يعيد ، فإن كان هذا فى السهو ففى العمد أولى .

« مسألة » قال ﴿ وإن نسى أربع سَجَدَاتٍ منأربع رَكَعَات ، وذكر وهو فى التشهد ، سجد سجدة تُصِحّ له ركعة ، ويأتى بثلاث رَكَعَاتٍ ، ويسجد للسهو فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى قال : كان هذا يلعب ، يبتدىء الصلاة من أولها ﴾ .

هذه المسألة مبنية على من ترك ركناً من ركعة ، فلم يذكره إلا فى التى بعدها . وقد ذكرنا أنه إذا لم يذكره حتى شرع فى قراءة التى بعدها بطلت ، فلما شرع فى قراءة الثانية ههنا قبل ذكر سجدة الأولى بطلت الأولى ، ولما شرع فى قراءة الثالثة قبل ذكر سجدة الثانية بطلت الثانية . وكذلك الثالثة تبطل بالشروع فى قراءة الرابعة فلم يبق إلا الرابعة ، ولم يسجد فيها إلا سجدة فيسجد الثانية حين ذكر ، ويَتِمّ له ركعة ، ويأتى بثلاث ركعات ، وهذا قول مالك والليث . لأن كل ركعة بطلت بشروعه فى الثانية قبل إتمام الأولى . وفيه رواية أخرى عن أحمد : أن صلاته تبطل ويبتدئها ، لأن هذا يؤدِّى إلى أن يكون مُتلاعباً بصلاته ، ثم يحتاج إلى إلغاء عملٍ كثير فى الصلاة . فإنّ بينَ التحريمة والركعة المعتدّ بها ثلاثَ ركَعاتٍ لاغيةً ، وهذا قول إسحاق ، وأبى بكر الآجُرِىّ . وقال الشافعىّ : يصح له ركعتان ، لأنه لما قام إلى الثانية سهواً قبل إتمام الأولى كان عملُه فيها لاغياً ، فلما سجد فيها انضمت سجدتُها إلى سجدة الأولى فكملت له ركعة ، وهكذا الثالثة ، والرابعة يحصُل له منها ركعة . وحكى أبو عبد الله هذا القول عن الشافعىّ ، ثم قال : هو أشبه مما يقول هؤلاء — يعنى أصحاب الرأى — قال الأثرم : فقلت له ، فإنه إذا فعل لايستقيم . لأنه إنما نوى بهذه السجدة عن الثانية لا عن الأولى . قال : فكذلك أقول إنه يحتاج أن يسجد لكلِّ ركعة سجدتين . ويحتمل أن يكون هذا القول المحكىّ عن الشافعىّ هو الصحيح ، وأن يكون مذهباً لأحمد ، لأنه قد حسّنه . وإنما اعتذر عن المصير إليه ، لكونه إنما نوى بالسجدة الثانية عن الركعة الثانية . وهذا لايمنع جعلها عن الأولى ، كما لو سجد فى الركعة الأولى يحسِبُ أنّه فى الثانية ، أو سجد فى الثانية يحسَبُ أنه فى الأولى ، والله أعلم .

وقال الثورىّ وأصحاب الرأى : يسجد فى الحال أربعَ سجداتٍ . وقال الحسن بن صالح فيمن نسى من كل ركعة سجدتيها : يسجد فى الحال ثمانى سجدات ، وهذا فاسد . لأن ترتيب الصلاة شرط فيها ، فلا يسقط بالنسيان ، كما لو قدم السجود على الركوع ناسياً . وإن لم يذكر حتى سلم ابتدأ الصلاة . فإنه لم يبق له غير ركعة تنقُص سجدةً ، فإذا سلم بطلت أيضاً . نص أحمد على بطلانها فى رواية الأثرم ، فحينئذ يستأنف الصلاة .

فصـــل

وإذا ترك ركناً ، ثم ذكره ولم يعلم موضعَه بنى الأمرَ على أسوأ الأحوال ، مثل أن يترك سجدة لا يعلم أمن الركعة الرابعة ، أم من الركعة التى قبلها ؟ جعلها من التى قبلها ، لأنه يلزمه حينئذ ركعة كاملة . ولو حسبَها من الركعة الرابعة أجزأته سجدةٌ واحدة . فإن ترك سجدتين لا يعلم أمن الركعتين أم من ركعة ؟ جعلهما من ركعتين ليلزمه ركعتان . وإن علم أنه ترك ركناً من ركعة هو فيها لا يعلم أركوع هو أم سجود ؟ جعله ركوعاً ، ليلزمه الإتيان به وبما بعده . وعلى قياس هذا : يأتى بما تيقن به إتمامَ الصلاة ، لئلا يخرج منها وهو شاكٌّ فيها ، فيكون مُغَرَّراً بها . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا غِرَارَ فى صَلَاةٍ وَلاَ تَسْلِيمٍ » رواه أبو داود . قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن تفسير هذا الحديث . قال : أما أنا فأرى أن لا يخرج منها إلا على يقين ، لا يخرج منها على غَرَر حتى يتيقّن أنها قد تَمَّت ، ولو ترك سجدة من الأولى ، فذكرها فى التشهد أتى بركعة وأجزأته . وقد روى الأثرم بإسناده عن الحسن فى رجل صلَّى العصر ، أو غيرها ، فنسى أن يركع فى الثانية حتى ذكر ذلك فى الرابعة ، قال : يمضى فى صلاته ، ويتمّها أربعَ ركعات ، ولا يَحْتَسِبُ بالتى لم يركع فيها ، ثم يسجد للوَهَم .

فصـــل

وإن شك فى ترك ركن من أركان الصلاة ، وهو فيها هل أخلّ به أو لا ؟ فحكمه حكم من لم يأت به إماماً كان أو مُنفرداً ، لأن الأصل عدمه . وإن شك فى زيادة توجب السجود فلا سجود عليه ، لأن الأصل عدمها فلا يجب السجود بالشك فيها . وإن شك فى ترك واجب يُوجب تركه سجود السهو ، فقال ابن حامد : لا سجود عليه ، لأنه شك فى سببه فلم يلزمه بالشك ، كما لو شك فى الزيادة . وقال القاضى : يحتمل أن يلزمه السجود ، لأن الأصل عدمه ، ولو شك فى عدد الركعات ، أو فى ركن فى الصلاة لم يسجد ، لأن السجود لزيادة أو نقص ، أو احتمال ذلك ولم يوجد .

فصـــل

إذا سها سهوين ، أو أكثر من جنس ، كفاه سجدتان للجميع . لا نعلم أحداً خالف فيه ، وإن كان

السهو من جنسين ، فـكذلك حكاه ابن المنذر قولاً لأحمد ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم : النخعىّ ، والثورىّ ، ومالك ، والليث ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى .

وذكر أبو بـكر فيه وجهين . أحـدهما : ماذكرنا . والثـانى : يسجد سجودين . وقال الأوزاعىّ ، وابن أبى حازم ، وعبد العزيز بن أبى سَلَمة : إذا كان عليه سجودان أحدُهما قبل السـلام ، والآخر بعده سجدهما فى مَحَلّيْهما . لقول النبى صلى الله عليه وسـلم « لِـكُلِّ سَهْوٍ سَجْدَتَانِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . وهذان سهوان ، فلـكل واحد منهما سجدتان ، ولأن كلّ سهو يقتضى سجوداً ، وإنمـا تداخلا فى الجنس الواحد لاتفاقهما ، وهذان مختلفان .

ولنا : قول النبى ﷺ « إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » وهذا يتناول السهو فى موضعين . ولأن النبى ﷺ سها فسلّم ، وتـكلّم بعد صلاته فسجد لها سجوداً واحداً . ولأن السجود أُخّر إلى آخر الصلاة ليجمع السهوَ كلّه ، وإلا فَعَلَه عَقِيب سَبَبِه . ولأنه شُرِع للجبر ، فجَبرَ نقص الصلاة وإن كَثُرَ ، بدليل السهو مرّات من جنس واحد . وإذا انجبرت لم يُحتج إلى جابر آخر ، فنقول : سهوان فأجزأ عنهما سجود واحد ، كما لوكانا من جنس [1] . وقوله : « لِـكُلِّ سَهْوٍ سَجْـدَتَانِ » فى إسـناده مقال ، ثم إن المراد به لـكل سهو فى صـلاة ، والسهو وإن كثر فهو داخـل فى لفظ السهو ، لأنه اسمُ جنس فيـكون التقدير لـكل صـلاة فيها سهو سجدتان . ولذلك قال : « لِـكُلِّ سَهْوٍ سَجْدَتَانِ بعد السـلام » هـكذا فى رواية أبى داود : ولا يلزمه بعد السلام سجودان .

إذا ثبت هذا فإنّ معنى الجنسين أن يكون أحدهما قبل السلام والآخر بعده ، لأن محلّيهما مُختلفان . وكذلك سبباهما وأحكامهما . وقال بعض أصحابنا : الجنسان أن يـكون أحدهما من نقص ، والآخر من زيادة ، والأولى ماقلناه إن شاء الله تعالى . فعلى هذا إذا اجتمعا سجد لماقبل السلام ، لأنه أسبق وآكد . ولأن الذى قبل السلام قـد وجب لوجوب سببه ولم يوجـد قبله مايمنع وجوبه ، ولا يقوم مقامه ، فلزمه الإتيان به ، كما لو لم يـكن عليه سهو آخر ، وإذا سجد له سقط الثانى لإغناء الأول عنه ، وقيامه مقامه .

فصـــل

ولو أحرم منفرداً فصـلّى ركعـة ، ثم نوى مُتابعة الإمام ، وقلنـا : بجواز ذلك فسها فيما انفرد فيـه ، وسها إمامه فيما تابعه فيه ، فإنّ صلاته تنتهى قبل صلاة إمامه ، فعلى قولنـا هما من جنس واحـد إن كان محلّهما واحداً . وعلى قول من فسر الجنسين بالزيادة والنقص : يحتمل كونهما من جنسين وهكذا لو صلّى من الرباعية ركعة ، ودخل مع مسافر فنوى مُتابعته ، فلما سلم إمامُه قام ليتمّ ماعليه . فقـد حصل مأموماً

(١) أى كما لو كانا من جنس واحد ، فالوصف ملاحظ ، وقد جرى المؤلفون على حذف الوصف فى مثل هذا الموضع اختصاراً لفهمه من السياق .

فى وسط صلاته ، منفرداً فى طرفيها . فإذا سها فى الوسط والطرفين جميعاً . فعلى قولنا : إن كان محل سجودهما واحداً فهى جنس واحد ، وإن اختلف محل السجود فهى جنسان . وقال بعض أصحابنا : هى جنسان ، هل يُجزئه لها سجدتان أو أربعُ سَجَدات ، على وجهين . ولأصحاب الشافعىّ فيها وجهان كهذين ووجه ثالث أنه يحتاج أن يسجد ستّ سجدات ، لكلّ سهو سجدتان .

« مسألة » قال ﴿ وليس على المأموم سجودُ سهوٍ ، إلا أن يَسْهُوَ إمامه فيسجدَ معه ﴾ .

وجملته : أن المأموم إذا سها دون إمامه فلا سجود عليه فى قول عامة أهل العلم . وحُكى عن مكحول أنه قام عن قُعود إمامه فسجد .

ولنا : أن معاوية بن الحكم « تكلّم خلفَ النبى ﷺ فلم يأمره بسجود » . وروى الدارقطنىّ فى سُننه ، عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال : « لَيْسَ عَلَى مَنْ خَلْفَ الإِمامِ سَهْوٌ ؛ فإنْ سَهَا إمَامُهُ فَعَلَيْهِ وَعَلَى مَنْ خَلْفَهُ » ولأن المأموم تابع للإمام ، وحكمه حكمه إذا سها ، وكذلك إذا لم يسهُ . وإذا سها الإمامُ ، فعلى المأموم مُتابعته فى السجود ، سواء سها معه ، أو انفرد الإمام بالسهو . وقال ابن المنذر : أجمع كل من نَحفظُ عنه من أهل العلم على ذلك . وذكر إسحاق : أنه إجماع أهل العلم ، سواء كان السجود قبل السلام أو بعده ، لقول رسول الله ﷺ : « إنَّمَا جُعِلَ الإمامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ ، فإذَا سَجَدَ فاسْجُدُوا » ولحديث ابن عمر الذى رويناه .

وإذا كان المأموم مسبوقاً ، فسها الإمام فيما لم يدركه فيه ، فعليه متابعته فى السجود ، سواء كان قبل السلام أو بعده . رُوى هذا عن عطاء ، والحسن ، والنخعىّ ، والشعبىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وقال ابن سيرين ، وإسحاق : يقضى ، ثم يسجد . وقال مالك ، والأوزاعىّ ، والليث ، والشافعىّ فى السجود قبل السلام كقولنا ، وبعده كقول ابن سيرين . ورُوى ذلك عن أحمد ، ذكره أبو بكر فى زاد المُسافر ، لأنه فعلٌ خارج من الصلاة ، فلم يَتْبع الإمامَ فيه كصلاةٍ أخرى .

ولنا : قول النبى ﷺ : « فإذَا سَجَدَ فاسْجُدُوا » : وقوله فى حديث ابن عمر : « فإن سَهاَ إمامُه فعَلَيْهِ وَعَلَى مَنْ خَلْفَهُ » ولأن السجود من تمام الصلاة ، فيتابعه فيه ، كالذى قبل السلام وكغير المسبوق ، وفارق صلاةً أخرى ، فإنه غيرُ مؤتمّ به فيها . إذا ثبت هذا فمتى قضى ففى إعادة السجود روايتان :

إحداهما : يُعيده : لأنه قد لزمه حكم السهو ، ومافعله من السجود مع الإمام كان مُتابعاً له ، فلا يسقط به مالزمه كالتشهد الأخير .

والثانية : لايلزمه السجود : لأن سجود إمامه قد كَمُلَتْ به الصلاة فى حقه وحصل به الْجُبْران ، فلم يحتج إلى سجود ثانٍ ، كالمأموم إذا سها وحده . وللشافعىّ قولان كالروايتين . فإن نسى الإمامُ

السجود سجد المسبوق فى آخر صلاته روايةً واحدةً ، لأنه لم يوجد من الإمام مايَكْمُلُ به صلاة المأموم .
وإذا سها المأموم فيما تفرد فيه بالقضاء سجد روايةً واحدةً ، لأنه قد صار منفرداً ، فلم يتحمّل عنه الإمام .
وهكذا لو سها فسلم مع إمامه قام فأتمّ صلاته ، ثم سجد بعد السلام كالمنفرد سواء .

فصـــل

فأما غير المسبوق إذا سها إمامُه فلم يسجد ، فهل يسجد المأموم ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يسجد : وهو قول ابن سيرين ، والحكم ، وحمّاد ، وقَتادة ، ومالك ، والليث ، والشافعى ، وأبى ثور . قال ابن عقيل : وهى أصحّ ، لأن صلاة المأموم نقصت بسهو الإمام ، ولم تنجبرْ بسجُوده . فيلزم المأموم جبرها .

والثانية : لايسجد : روى ذلك عن عطاء ، والحسن ، والنخعىّ ، والقاسم ، وحمّاد بن أبى سليمان ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، لأن المأموم إنما يسجد تبعاً ، فإذا لم يسجد الإمامُ لم يوجد المقتضى لسجود المأموم وهذا إذا تركه الإمام لعُذر . فإن تركه قبل السلام عمداً ، وكان الإمام ممن لايرى أن السجود واجب ، فهو كتاركه سهواً . وإن كان يعتقد وجوبه بطلت صلاته ، وهل تبطل صلاة المأموم ؟ فيه وجهان :
أحدهما : تبطل : لأنه ترك واجباً فى الصلاة عمداً ، فبطلت صلاة المأموم كترك التشهد الأول .
والثانى : لاتبطُل : لأنه لم يبق من الصلاة إلا السلام .

فصـــل

إذا قام المأموم لقضاء مافاته فسجد إمامه بعد السلام ، فحكمه حكم القائم عن التشهد الأول ، إن سجد إمامه قبل انتصابه قائماً لزمه الرجوع . وإن انتصب قائماً ولم يَشرع فى القراءة لم يرجع . وإن رجع جاز . وإن شرع فى القراءة لم يكن له الرجوع ، نص عليه أحمد . قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : رجل أدرك بعض الصلاة ، فلما قام ليقضى إذا على الإمام سجودُ سهو ؟ فقال : إن كان عمل فى قيامه ، وابتدأ فى القراءة مضى ثم سجد . قلت : فإن لم يَستتِمّ قائماً ؟ قال : يرجع مالم يعمل . قيل له : قد استَتمّ قائماً ؟ فقال : إذا استتمّ قائماً وأخذ فى عمل القضاء سجد بعد مايقضى ، وذلك لأنه قام عن واجب إلى ركن ، أشبه القيام عن التشهد الأول . وذكر ابن عقيل أن فيه رواياتٍ ثلاث[1] . وهذا أولى وهو منصوص عليه بما قد رويناه .

---

(١) هكذا فى أصول هذا الكتاب : « ثلاث » ، وهو خطأ نحوى فى المشهور من القواعد إلا على لغة ربيعة التى تقف على المنصوب بالسكون .

فصـــــل

وليس على المسبوق ببعض الصلاة سجود لذلك ، فى قول أكثر أهل العـلم . ويروى عن ابن عمر ، وابن الزبير ، وأبى سعيد ، وعطـاء ، وطاوس ، ومُجاهد ، وإسحاق فيمن أدرك وِتراً من صـلاة إمامه : سجد للسهو ، لأنه يجلسُ للتشهد فى غير موضع التشهّد .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « وَمَا فَاتَـكُمْ فَأَتِمُّوا » وفى رواية : « فاقْضُـوا » ولم يأمر بسجود ، ولا نُقل ذلك . وقـد فات النبىَّ صـلى الله عليه وسلم بعضُ الصـلاة مع عبـد الرحمن بن عوف فقضاها ، ولم يكن لذلك سجود ، والحديث متفق عليه ، وقد جلس فى غير موضع تشهده ، ولأن السجود يُشرع للسهو ههنا ، ولأن متابعة الإمام واجبةٌ فلم يسجد لفعلها ، كسائر الواجبات .

فصـــــل

ولا يُشرع السجود لشىء فَعَلَه أو تَرَكَه عامداً ، وبهذا قال أبو حنيفـة . وقال الشافعىّ : يسجد لترك التشهّد ، والقنوت عمداً ، لأن ماتعلّق الجبرُ بسهوه تعلّق بعمده ، كجُبْرانات الحج .

ولنـا : أن السجود يُضاف إلى السهو ، فيدلّ على اختصاصـه به ، والشرع إنمـا ورد به فى السهو ، فقال : « إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » ولا يلزم من انجبار السهو به انجبارُ العمد ، لأنه معذور فى السهو غيرُ معذور فى العمد . وما ذكروه يَبطُل بزيادة ركن أو ركعة ، أو قيام فى موضع جلوس ، أو جلوس فى موضـع قيـام . ولا يُشرع لحديث النفس ، لأن الشرع لم يرد به فيـه ، ولأن هـذا لا يُمكن التحرّز منه ، ولا تـكاد صلاة تخلو منه ، ولأنه معفوّ عنه .

فصـــــل

وحكم النافلة حكم الفرض فىسجود السهو فى قول عامة أهل العلم ، لانعلم فيه مُخالفاً ، إلا أنَّ ابن سيرين قال : لايُشرع فىالنافلة . وهذا يُخالف عموم قولالنبى ﷺ : « إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْجدْ سَجْدَتَيْنِ » وقال : « إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ فَزَادَ أَوْ نَقَصَ فَلْيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ » ولم يفرق . ولأنها صلاة ذات ركوع وسجود فيسجد لسهوها كالفريضـة . ولو قام فى صـلاة الليل فحـكمه حكم القيام إلى ثالثة فى الفجر ، نصّ عليه أحمد . وقال مالك : يُتمّها أربعاً ، ويسجد للسهو ليلاً كان أو نهاراً . وقال الشافعىّ بالعراق كقوله . وقال الأوزاعىّ فى صـلاة النهار كقوله ، وفى صلاة الليل إن ذكر قبل ركوعه فى الثالثة جلس ، وسجد للسهو . وإن ذكر بعد ركوعه أتمّها أربعاً .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « صلاةُ الليل مَثْنَى » ولأنها صلاةٌ شُرعت ركعتين ، فـكان حكمها ماذكرنا فى صلاة الفجر ، فأما صلاة النهار فيتمُّها أربعاً .

فصل

ولا يُشرع السجود للسهو في صلاة جنازة ، لأنها لاسجود في صُلبها ، ففي جَبْرها أولى ، ولا في سجود تلاوة : لأنه لو شُرع لكان الجبرُ زائداً على الأصل ، ولا في سجود سهو ، نص عليه أحمد . وقال إسحاق : هو إجماع ، لأن ذلك يُفضي إلى التسلسل ، ولو سها بعد سجود السهو ، لم يسجد لذلك ، والله تعالى أعلم .

« مسألة » قال ومن ﴿ تكلم عامداً أو ساهياً بطلت صلاته ﴾ .

أما الكلام عمداً ، وهو أن يتكلّم عالماً أنه في الصلاة مع علمه بتحريم ذلك لغير مصلحة الصلاة ، ولا لأمر يُوجب الكلامَ فتبطُل الصلاة إجماعاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من تكلم في صلاته عامداً ، وهو يُريد صلاح صلاته أنّ صلاته فاسدة ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ هَذِهِ الصَّلَاةَ لاَ يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ ، إنما هِيَ التَّسْبِيحُ وَالتَّكْبِيرُ ، وَقِرَاءَةُ الْقُرْآنِ » ، رواه مسلم . وعن زيد بن أرقم قال : « كُنَّا نتكلم في الصلاةِ ، يكلّم أحدُنا صاحبه ، وهو إلى جنبه ، حتى نزلت : (٢ : ٢٣٨ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ) فأُمِرْنَا بالسُّكوتِ » ، متفق عليه . ولمسلم : « وَنُهِينَا عَنِ الْكَلَامِ » . وعن ابن مسعود قال : « كُنَّا نُسَلِّمُ على رسول الله صلى الله عليه وسلم وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ فَيَرُدُّ عَلَيْنَا ، فلمَّا رَجَعْنَا مِنْ عِنْدِ النجاشيِّ سَلمْنَا عَلَيْهِ فَلَمْ يَرُدَّ عَلَيْنَا ، فَقُلْنَا : يَا رَسُولَ اللهِ . كُنَّا نُسَلِّم في الصَّلَاةِ فَتَرُدُّ عَلَيْنَا ؟ قال : إنّ في الصَّلَاةِ لَشُغْلاً » متفق عليه . ورواها أبو داود ولفظه في حديث ابن مسعود : « فَلَمَّا قَضَى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاةَ . قال : إِنَّ اللهَ يُحْدِثُ مِنْ أَمْرِهِ مَايَشَاءُ ، وَإِنَّ اللهَ قَدْ أَحْدَثَ أَنْ لاَ تَكَلَّمُوا فِي الصَّلَاةِ » .

فأما الكلام غير ذلك فيقسم خمسة أقسام :

أحدها : أن يتكلم جاهلا بتحريم الكلام في الصلاة . قال القاضي في الجامع : لا أعرف عن أحمد نصاً في ذلك ، ويحتمل أن لاتبطل صلاته ، لأن الكلام كان مباحاً في الصلاة بدليل حديث ابن مسعود ، وزيد بن أرقم ، ولايثبت حكم النسخ في حق من لم يعلمه ، بدليل أن أهل قُباء لم يثبت في حقهم حكم نسخ القبلة قبل علمهم ، فبنَوْا على صلاتهم ، بخلاف الناسي ، فإنّ الحكم قد ثبت في حقه . وبخلاف الآكل في الصوم جاهلاً بتحريمه . فإنّه لم يكن مُباحاً ، وقد دل على صحة هذا : حديثُ معاوية بن الحكم[1] السلمي

---

(١) في بعض النسخ : الحاكم بدل الحكم ، وهو تصحيف ، وقد أعيدت صحيحة بعد قليل ، ولم تذكر في الخطأ والصواب ، وقد وقع الخطأ لوجودها كذلك في الطبعة التي عليها الشرح الكبير ، وقد أصلحت فيها أيضاً بعد قليل .

قال : « بَيْنَا أَنَا أُصَلِّى مَعَ رَسُولِ الله ﷺ إِذْ عَطَسَ رَجُلٌ مِنَ الْقَوْمِ ، فقلت : يرحمك الله ، فرمانى القومُ بأبصارهم . فقلت : واثُكْلَ أَبَيْنَا[1] ، ماشأنُكُمْ تنظرونَ إلىّ ؟ فجعلوا يَضْرِبُونَ بِأَيْدِيهِمْ عَلَى أَفْخَاذِهِمْ ، فَلَمَّا رَأَيْتُهُمْ يُصَمِّتونى[2] ، لَكِنِّى سَكَتّ ، فلمّا صَلّى رسول الله صلى الله عليه وسلم فبأبى هُوَ وَأُمّى مارَأَيْتُ مُعَلِّماً قَبْلَهُ وَلاَ بَعْدَهُ أَحْسَنَ تَعْلِيماً مِنْهُ . فَوَاللهِ مَاكَهَرَنِى[3] ، وَلاَ ضَرَبَنِى ، ولاشَتَمَنِى » ثم قال : « إِنَّ الصَّلاَةَ لاَ يَصْلُحُ فِيهَا شَىْءٌ مِنْ كَلاَمِ النَّاسِ » إنما هى التسبيحُ ، والتكبير ، وقراءةُ القُرْآنِ ـ أو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم » فلم يأمره بالإعادة ، فدل على صحتها ، وهذا مذهب الشافعىّ . والأولى أن يُخرّج هذا على الروايتين فى كلام الناسى ، لأنه معذور مثله .

القسم الثانى : أن يتكلم ناسياً وذلك نوعان :

أحدهما : أن ينسى أنه فى صلاة ففيه روايتان :

إحداهما : لاتبطل الصلاة : وهو قول مالك ، والشافعىّ . لأن النبى ﷺ تكلم فى حديث ذى اليدين ولم يأمر معاوية بن الحكم بالإعادة ، إذ تكلّم جاهلاً ، وما عُذِر فيه بالجهل عُذِر فيه بالنسيان .

والثانية : تفسد صلاته : وهو قول النخعىّ ، وقتادة ، وحمّاد بن أبى سليمان ، وأصحاب الرأى لعموم أحاديث المنع من الكلام . ولأنه ليس من جنس ماهو مشروع فى الصلاة ، فلم يُسامح فيه بالنسيان ، كالعمل الكثير من غير جنس الصلاة .

النوع الثانى : أن يظن أن صلاته تمّت ، فيتكلم . فهذا إن كان سلاماً لم تبطُل الصلاة روايةً واحدةً لأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابَه فعلوه ، وبنوا على صلاتهم . ولأن جنسه مشروع فى الصلاة ، فأشبه الزيادة فيها من جنسها ، وإن لم يكن سلاماً . فالمنصوص عن أحمد فى جماعة من أصحابه : أنه إذا تكلم بشىء مما تكمل به الصلاة ، أوشىء من شأن الصلاة ، مثل كلام النبى صلى الله عليه وسلم ذا اليدين لم تفسد صلاته ، وإن تكلم بشىء من غير أمر الصلاة . كقوله : ياغلامُ اسقنى ماء ، فصلاته باطلة . وقال فى رواية يوسُف بن موسى : من تكلم ناسياً فى صلاته يظنّ أن صلاته قد تمت ، إن كان كلامه فيما تتمّ به الصلاة بنى على صلاته . كما كلم النبى ﷺ ذا اليدين . وإذا قال : ياغلام اسقنى ماء أو

---

(١) الثكل : فقد الأبناء ، وقد قال معاوية بن الحكم هذه الكلمة حزناً على ما رآه من الصحابة ، واعتقد أنه سيموت ، وأن أباه سيثكله ، أى يفقده .

(٢) يصمتونى : يسكتونى ، وكان أصلها يصمتوننى ، فحذفت نون الرفع تخفيفاً ، هكذا فى بعض النسخ ، وفى نسخة الشرح الكبير : يصيمونى ومعناها يرموننى بالخطأ ويعيبوننى .

(٣) كهرنى : لغة فى قهرنى .

شبهها ، أعاد . وممن تـكلم بعد أن سلم ، وأتم صلاته : الزبير ، وابناه : عبد الله ، وعروة . وصوَّبه ابن عباس ، ولا نعلم عن غيرهم فى عصرهم خلافه .

وفيه رواية ثانية : أن الصلاة تفسد بكل حال . قال فى رواية حرب : أما من تكلم اليوم أعاد الصلاة . وهذه الرواية اختيار الخلاّل ، وقال : على هذا استقرت الروايات عن أبى عبد الله بعد توقفه ، وهذا مذهب أصحاب الرأى ، لعموم الأخبار فى منع الـكلام .

وفيه رواية ثالثة : أن الصلاة لاتفسد بالـكلام فى تلك الحال بحال ، سواء كان من شأن الصلاة أو لم يـكن ، إماماً كان أو مأموماً . وهذا مذهب مالك ، والشافعىّ ، لأنه نوع من النسيان ، فأشبه المتكلّم جاهلاً ، ولذلك تـكلم النبى ﷺ وأصحابه ، وبَنَوا على صلاتهم .

وفيه رواية رابعة : وهو أن المتـكلم إن كان إماماً تـكلم لمصلحة الصلاة لم تفسد صلاته ، وإن تكلم غيرُه فسدت صلاته ، ويأتى الـكلام على الفرق بينهما فيما بعدُ إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث : أن يتـكلم مغلوباً على الـكلام ، وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : أن تخرج الحروف من فيه بغير اختياره ، مثل أن يتثاءب فيقول هاه ، أو يتنفسّ فيقول : آه . أو يَسْعَل فينطق فى السَّعلة بحرفين ، وما أشبه هذا ، أو يغلَط فى القراءة فيَعْدِل إلى كلمة من غير القرآن ، أو يَجيئُه البُكاء ، فيبكى ، ولا يقدرُ على ردّه . فهذا لاتفسُد صلاته . نص عليه أحمد فى الرجل يـكون فى الصلاة فيجيئُه البكاء فيبـكى ، فقال : إذا كان لايقدر على ردّه ، يعنى لاتفسد صلاته . وقال : قد كان عمر يبـكى حتى يُسمع له نَشيج . وقال مهنا : صلّيتُ إلى جنب أحمد فتثاءب خمس مرّات ، وسمعتُ لتثاؤبه هاه ، هاه ، وهذا لأن الـكلام ههنا لايُنسَب إليه ، ولا يتعلّق به حكم من أحكام الـكلام . وقال القاضى فيمن تثاءب فقال آه ، آه : تفسد صلاته . وهذا محمول على من فعل ذلك غيرَ مغلوب عليه ، لما ذكرنا من فعل أحمد خلافَه .

والنوع الثانى : أن ينام ، فيتـكلّم ، فقد توقّف أحمد عن الجواب فيه ، وينبغى أن لاتبطُل صلاته ، لأن القلم مرفوع عنه ، ولا حكمَ لـكلامه . فإنه لو طلّق ، أو أقرّ أو أعتق ، لم يلزمه حكم ذلك .

النوع الثالث : أن يُـكره على الـكلام . فيحتمل أن يخرّج على كلام الناسى ، لأن النبى ﷺ جمع بينها ، فى العفو بقوله صلى الله عليه وسلم : « عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَإِ وِالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتُكْرِهوا » . وقال القاضى : هذا أولى بالعفو ، وصحة الصلاة ، لأن الفعل غير منسوب إليه ، ولهذا لو أكره على إتلاف مال لم يضمنه . ولو أتلفه ناسياً ضمنه . والصحيح إن شاء الله : أن هذا تفسُد صلاته ، لأنه أتى بما يُفسد الصلاة عمداً ، فأشبه مالو أكره على صلاة الفجر أربعاً ، أو على أن يركع فى كل ركعة ركوعين . ولا يصح قياسُه على الناسى لوجهين :

أحـدهما : أن النسيان يـكثُر ولا يمُكن التحرز منه بخلاف الإكراه .

والثـانى : أنه لو نسى فزاد فى الصـلاة ، أو نسى فى كل ركعة سجدةً لم تفسـد صلاته . ولم يثبُت مثلُ هذا فى الإكراه .

القسم الرابع : أن يتكلم بـكلام واجب ، مثل أن يخشى على صبىّ ، أو ضرير ، الوقوعَ فى هَلَكة ، أو يرى حيّة ونحوها تقصد غافلاً أو نائماً ، أو يرى ناراً يخاف أن تشتعل فى شىء ، ونحو هذا . ولا يُمكن التنبيه بالتسبيح . فقال أصحابُنا : تبطل الصلاة بهذا . وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ ، لما ذكرنا فى كلام المُكره ، ويحتمل أن لاتبطُل الصلاة به ، وهو ظاهر قول أحمد رحمه الله . فإنه قال فى قصة ذى اليدين : إنما كلّم القوم النبىَّ صلى الله عليه وسلم حين كلّمهم ، لأنه كان عليهم أن يُجيبوه . فعلّل صحـة صلاتهم بوجوب الإجابة عليهم . وهـذا متحقّق ههنا . وهـذا ظاهر مذهب الشافعىّ ، والصحيح عند أصحـابه ، أن الصلاة لاتبطل بالـكلام فى جميع هـذه الأقسام . ووجه صحة الصلاة ههنا : أنه تـكلم بـكلام واجب عليه ، أشبه كلام المُجيب للنبىّ صلى الله عليه وسلم .

القسم الخامس : أن يتكلم لإصلاح الصلاة . ونذكره فيما بعدُ إن شاء الله تعالى .

فصـــل

وكل كلام حكمنا بأنه لايُفسد الصلاة فإنما هو فى اليسير منـه . فإن كثر وطال أفسد الصلاة . وهـذا منصوص الشافعىّ . وقال القاضى فى المجرّد : كلام الناسى إذا طال يُعيد رواية واحدة . وقال فى الجامع : لافرق بين القليل والـكثير فى ظاهر كلام أحمـد ، لأن ماعُفى عنـه بالنسيان استوى قليلُه وكثيرُه ، كالأكل فى الصيام . وهذا قول بعض الشافعيَّة .

ولنـا : أن دلالة أحاديث المنع من الـكلام عامة تُرِكَتْ فى اليسير بما ورد فيه من الأخبار . فتَبقى فيما عـداه على مقتضى العموم . ولا يصح قيـاس الـكثير على اليسير . لأنه لايمكن التحرّز منه ، وقد عُفى عنه فى العمل من غير جنس الصلاة بخلاف الـكثير .

« مسألة » قال ﴿ إلا الإمام خاصة ، فإنه إذا تـكلم لمصلحة الصلاة لم تبطل صلاته [ومن ذكر وهو فى التشهد أنه قد ترك سجدة من ركعة فليأت بركعة بسجدتيها ويسجد للسهو][1] ﴾ .

وجملته : أن مَن سلم عن نقص من صلاته يَظُنّ أنها قد تمت ، ثم تـكلم ، ففيه ثلاث روايات :

إحداهنّ : أن الصلاة لاتفسد إذا كان الـكلام فى شأن الصلاة ، مثـل الـكلام فى بيان الصلاة ،

---

(١) مابين المربعين أعاده ابن قدامة ليشرحه ، لأنه لم يسبق له شرحه فيما مضى ، ومحله سجود السهو ، وهو ساقط من بعض النسخ وثابت فى بعضها .

مثل كلام النبي ﷺ وأصحابه فى حديث ذى اليدين . لأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه تكلّموا ، ثم بنوا على صلاتهم ، ولنا فى رسول الله أسوة حسنة .

والرواية الثانيـة : تفسد صلاتهم . وهو قول الخـلاّل ، وصاحبه ، ومذهب أصحاب الرأى ، لعموم أحاديث النهى .

والثـالثة : أن صـلاة الإمام لاتفسد . لأن النبى ﷺ كان إماماً فتكلم وبنى على صـلاته ، وصلاة المأمومين الذين تـكلموا تفسـد . فإنّه لايصح اقتـداؤهم بأبى بـكر وعمر رضى الله عنهما . لأنهما تـكلّمـا مُجيبَيْن للنبى ﷺ ، وإجابتُه واجبة عليهما . ولابذى اليدين ، لأنه تكلم سائلاً عن نقص الصلاة فى وقت يُمكن ذلك فيها . وليس بموجود فى زماننا ، وهذه الرواية اختيار الخِرَقِىّ ، واختص هذا بالكلام فى شأن الصـلاة ، لأن النبىّ ﷺ وأصحابه إنما تـكلموا فى شأنها . فاختصت إباحة الـكلام بورود النصّ ، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك دون غيره ، فيمتنع قياس غيره عليه .

فأما من تـكلم فى صلب الصلاة من غير سلام ، ولا ظنّ التمام ، فإنّ صلاته تفسدُ إماماً كان أو غيره لمصلحة الصـلاة أو غيرها . وذكر القاضى فى ذلك الروايات الثلاث ، ويحتمله كلام الخرقىّ لعموم لفظه ، وهو مذهب الأوزاعىّ . فإنّه قال : لو أن رجلاً قال للإمام وقد جهر بالقراءة فى العصر : إنهـا العصرُ ، لم تفسد صلاته . ولأن الإمام قد تَطرّقه حال يحتاج إلى الـكلام فيهـا ، وهو مالو نسى القراءة فى ركعة ، فذكرها فى الثانية فقد فسدت عليه ركعة . فيحتاج أن يُبدلها بركعة هى فى ظنّ المأمومين خامسة ، ليس لهم موافقته فيها . ولاسبيل إلى إعلامهم بغـير الـكلام ، وقد شك فى صلاته ، فيحتاج إلى السؤال ، فلذلك أُبيح له الـكلام . ولم أعلم عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن الصحابة ولا عن الإمام نصاً فى الـكلام فى غير الحال التى سلم فيهـا معتقداً تمـام الصلاة ، ثم تـكلم بعد السلام ، وقياس الكلام فى صلب الصلاة عالمـاً بها على هذه الحالة مُمتنع . لأن هذه حالُ نسيان غيرُ ممكن التحرزُ من الـكلام فيها . وهى أيضاً حال يتطرّق الجهلُ إلى صاحبهـا بتحريم الـكلام فيها ، فلا يصح قيـاس مايفارقهـا فى هـذين الأمرين عليها ، ولا نصّ فيها . وإذا عـدم النص والقياس ، والإجمـاع امتنع ثُبوت الحـكم ، لأن إثباتَه يكون ابتداء حكم بغير دليل ولاسبيل إليه .

فصــــل

والـكلام المبطل : ماانتظم حرفين ، هذا قول أصحابنا ، وأصحاب الشافعىّ . لأن بالحرفين تـكون كلمة كقوله : أب : وأخ ، ودم ، وكذلك الأفعـال ، والحروف ، ولا تنتظم كلمـة من أقلّ من حرفين ، ولو قال : لا ـ فسدت صلاته . لأنها حرفان لام ، وألف . وإن ضحك فبان حرفان ، فسدت صلاتُه . وكذلك إن قهقته ، ولم يـكن حرفان ، وبهـذا قال جابر بن عبـد الله ، وعطـاء ، ومجاهد ، والحسن ، وقتـادة ،

والنخعىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعـلم فيه مُخالفـاً[1] . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن الضحك يُفسد الصلاة ، وأكثر أهل العلم على أن التبسّم لا يُفسدها . وقد روى جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال : « الْقَهْقَهَةُ تَنْقُضُ الصَّلاَةَ وَلاَ تَنْقُضُ الْوُضُوءَ » . رواه الدارقطنىّ فى سُننه .

فصـــل

فأما النفخ فى الصلاة فإن انتظم حرفين أفسد صلاتَه ، لأنه كلام ، وإلا فلا يُفسدها . وقد قال أحمد : النفخ عندى بمنزلة الـكلام . وقال أيضاً : قد فسدت صلاته ، لحديث ابن عباس : « مَنْ نَفَخَ فِى الصَّلاَةِ فَقَدْ تَـكلّمَ » . ورُوى عن أبى هريرة أيضاً ، وسعيد بن جُبَير . وقال ابن المنذر : لا يثبت عن ابن عباس ، ولا أبى هريرة رضى الله عنهما . وروى عن أحمد أنه قال : أكرهه ، ولا أقول يقطع الصلاة ، ليس هو كلاماً . ورُوى ذلك عن ابن مسعود ، وابن عباس ، وابن سيرين ، والنخعىّ ، ويحيى بن أبى كثير ، وإسحاق . قال القاضى : الموضع الذى قال أحمـد : يقطع الصلاة إذا انتظم حرفين ، لأنه جعله كلاماً . ولا يكون كلاماً بأقلّ من حرفين . والموضع الذى قال : لا يقطع الصلاة ، إذا لم ينتظم منه حرفان . وقال أبو حنيفة : إن سُمّع فهو بمنزلة الـكلام ، وإلا فلا يضرّ .

والصحيح : أنه لا يقطع الصلاة مالم ينتظم منه حرفان . لما رَوى عبد الله بن عمر قال : « انْكَسَفَتِ الشَّمْسُ عَلَى عَهْدِ رسُول الله صلى الله عليه وسلم — فذكر الحديث إلى أن قال — ثمَّ نَفَخَ فى سُجُودِهِ فقال : أُفّ ، أُفّ »[2] . رواه أبو داود .

وأما قول أبى حنيفة فإن أراد مالا يسمعه الإنسان من نفسه فليس ذلك بنفخ ، وإن أراد مالا يسمعه غيرُه فلا يصح ، لأن ما أبطل الصلاة إظهارُه أبطلها إسرارُه ، ومالا فلا ، كالـكلام .

فصـــل

فأما النحنحة . فقال أصحابنا : إن بان منها حرفان بطلت الصلاة بها ، كالنفخ . ونقل المروزىّ ، قال : كنت آتى أبا عبدالله فيتنحنح فى صلاته لأعلم أنه يُصلِّى . وقال مهنا : رأيت أبا عبدالله يتنحنح فى الصلاة . قال أصحابنا : هذا محمول على أنه لم ينتظم حرفين . وظاهر حال أحمد أنه لم يَعتبر ذلك لأن ، النحنحة لا تُسمَّى كلاماً ، وتدعو الحاجةُ إليها فى الصـلاة . وقد رُوى عن على رضى الله عنـه قال : « كانتْ لِى سَاعةٌ فى

---

(١) يستثنى من ذلك ماسيأتى للشارح أنه يباح التكلم به فى الصلاة ولا يفسدها ، وإن كان جملة ، كقول العاطس : الحمد لله ، وقول من سمع أن أباه مات (إنا لله وإنا إليه راجعون) إلى ماسيذكره الشارح .

(٢) أف : مكونة من ثلاثة أحرف ، فكيف يقول ابن قدامة : لا يقطع الصلاة مالا ينتظم منه حرفان . ويستدل بهذا الحديث وهو دليل عليه لا له .

السَّحَرِ أَدْخُلُ فِيهَا على رسُول الله صلى الله عليه وسلم فإن كان فى صلاةٍ تَنَحْنَحَ ، فكان ذلك إذْنى ، وإن لم يكن فى صلاة أَذِنَ لِى» رواه الخلال بإسناده . واختلفت الرواية عن أحمد فى كراهة تنبيه المُصلِّى بالنحنحة فى صلاته . فقال فى موضع : لا تنحنحَ فى الصلاة . قال النبى صلى الله عليه وسلم : « إِذَا نَابَكُمْ شَىْءٌ فى صَلَاتِكُمْ فَلْيُسَبِّحِ الرِّجَالُ ، وَلْتُصَفِّقِ النِّسَاء » . وروى عنه المروزىّ أنه كان يتنحنح ، ليُعْلِمه أنه فى صلاة ، وحديث علىّ يدل عليه ، وهو خاص فيقدم على العام .

فصـــل

فأما البكاء ، والتأوه ، والأنين الذى ينتظم منه حرفان ، فما كان مغلوباً عليه لم يؤثّر على ما ذكرنا من قبل ، وما كان من غير غَلَبَة . فإن كان لغير خوف الله أفسد الصلاة ، وإن كان من خشية الله ، فقال أبو عبد الله بن بَطّة فى الرجل يتأوّه فى الصلاة : إن تأوّه من النار فلا بأس . وقال أبو الخطاب : إذا تأوّه ، أو أنّ ، أو بكى لخوف الله لم تبطل صلاتُه . قال القاضى : التأوه ذكر مدَحَ اللهُ تعالى به إبراهيم عليه الصلاة والسلام فقال : (١١:٧٥ إنَّ إبْرَاهِيمَ لَأَوَّاهٌ حَلِيمٌ) والذكر لا يُفسد الصلاة ، ومدح الباكين بقوله تعالى (١٩ : ٥٨ خَرُّوا سُجَّداً وبُكِيًّا) وقال (١٧ : ١٠٩ ويَخِرُّونَ لِلأَذْقَانِ يَبْكُونَ) . ورُوِى عن مطرّف بن عبد الله ، بن الشخِّير عن أبيه أنه قال «رأيتُ رسول الله ﷺ يُصلِّى ولِصَدْرِهِ أزيزٌ ، كأزيزِ[1] المِرْجَلِ ، مِنَ البُكاء» رواه الخلال . وقال عبد الله بن شدّاد : « سمعت نشيجَ[2] عمر وأنا فى آخر الصُّفُوفِ » . ولم أر عن أحمد فى التأوّه شيئاً ، ولا فى الأنين . والأشبه بأصولنا : أنه متى فعله مختاراً أفسد صلاته . فإنه قال فى رواية مهنا فى البكاء الذى لا يفسد الصلاة : إنه ما كان من غَلَبَة ، ولأن الحكم لا يثبت إلا بنص أو قياس أو إجماع ، والنصوص العامة تمنع من الكلام كلِّه . ولم يَرد فى التأوّه والأنين ما يخصّهما ويُخرجهما من العموم ، والمدح على التأوه لا يوجب تخصيصه ، كتشميت العاطس ، وردّ السلام والكلمة الطيِّبة التى هى صدقة .

فصـــل

إذا أتى بذكر مشروع يقصد به تنبيه غيره فذلك ثلاثة أنواع :

الأول : مشروع فى الصلاة ، مثل أن يسْهُوَ إمامُه فيسبّح به ليذكّره ، أو يترك إمامُه ذكراً فيرفعُ المأموم صوتَه ليذكّره ، أو يستأذن عليه إنسانٌ فى الصلاة أو يكلّمه ، أو ينوبُه شيء ، فيسبّح ليُعلم أنه فى صلاة . أو يخشى على إنسان الوقوع فى شيء ، فيسبّح به ليوقظه ، أو يخشى أن يُتلف شيئاً ، فيسبّح

(١) المرجل : القدر من الحجارة أو النحاس ، وأزيزه : صوت غليان الماء فيه .

(٢) نشيج عمر : احتباس البكاء فى حلقه بدون انتحاب .

به ليتركه . فهذا لايؤثر فى الصلاة فى قول أكثر أهل العلم . منهم الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . وحُكى عن أبى حنيفة أن من أفهم غير إمامه بالتسبيح فسدت صلاته . لأنه خطاب آدمىّ فيدخُل فى عموم أحاديث النهى عن الكلام .

ولنا : قول النبى ﷺ « مَنْ نَابَهُ شَىْءٌ فى الصَّلَاةِ فَلْيَقُلْ سُبْحَانَ اللهِ ، فإنّهُ لايسمَعُهُ أحَدٌ يقولُ سُبْحَانَ اللهِ إلاّ الْتَفَتَ » وفى لفظ : «إذَا نَابَكُمْ أَمْرٌ فلْيُسَبِّحِ الرِّجالُ ، ولْتُصَفِّقِ النِّسَاءُ» متفق عليه . وهو عامّ فى كل أمر ينوب المصلى . وفى المسند عن علىّ : « كُنتُ إذا استأذنتُ على النبى ﷺ إن كان فى صَلَاةٍ سَبَّحَ ، وإنْ كانَ فِى غَيْرِ صَلَاةٍ أَذِنَ » ولأنه نبّه بالتسبيح أشبه مالو نبّه الإمام ، ولو كان تنبيه غير الإمام كلاماً مُبطلا لكان تنبيه الإمام كذلك .

فصـــل

وفى معنى هـذا النوع : إذا فَتَح على الإمام إذا أُرْتِجَ عَلَيـه ، أو ردّ عليـه إذا غَلِطَ . فـلا بأس به فى الفرض والنفل . رُوى ذلك عن عثمان ، وعلىّ ، وابن عمر ، رضى الله عنهم . وبه قال عطاء والحسن ، وابن سيرين ، وابن مَعْقِل ، ونافع بن جُبَير بن مُطْعِم ، وأبو أسماء الرَّحَبِىّ ، وأبو عبد الرحمن السُّلَمِىّ . وكرهـه ابن مسعود ، وشُرَيح والشعبىّ ، والثورىّ . وقال أبو حنيفة : تبطـل الصـلاة به ، لمـا رَوى الحارث ، عن علىّ قال : قال رسول الله ﷺ : « لَا يُفْتَحُ عَلَى الإمَامِ » .

ولنـا : ماروى ابن عمر : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلّى صلاةً ، فقرأ فيها ، فَلُبِّس عليه ، فلما انصرف قال لأبى : أصَلّيتَ مَعَنا ؟ قال : نعم ، قال : فما مَنَعَـكَ(1) ؟ » رواه أبو داود . قال الخطابىّ: وإسناده جيّد . وعن ابن عباس قال« تَرَدّد رسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم فى القِراءةِ فى صَلَاةِ الصُّبْـحِ ، فَلَمْ يفْتَحُوا عَلَيه ، فَلَمّا قَضَى الصَّلاةَ نَظَرَ فى وُجُوهِ القَوْمِ فقال : أَمَا شَهِدَ الصَّلَاةَ مَعَكُمْ أُبَىّ بْنُ كَعْبٍ؟ قالوا : لا ، فرأى القومُ أنه إنّما تَفَقّدَهُ ليَفْتَحَ عَلَيْهِ ، رواه الأثرم . وروى مُسَوَّر بن يزيد المالـكىّ ، قال : « شهدتُ رسول الله ﷺ يقرأ فى الصَّلَاةِ فترك آيةً من القُرْآن . فقيل : يارسول الله ، آيةُ كذا وكذا تركتها ، قال : « فَهَـلَّا ذَكّرتَنِيهَا ؟ » . رواه أبو داود والأثرم . ولأنه تنبيه لإمامه بمـا هو مشروع فى الصلاة فأشبه التسبيح . وحديث علىّ يرويه الحارث . وقال الشعبىّ : كان كذّاباً ، وقد قال عن نفسه « إذا اسْتَطْعَمَكَ الإمَامُ فَأَطْعِمْهُ » يعنى إذا تعايا ، فأرْدُدْ عليـه . رواه الأثرم . وقال الحسن : إنّ أهل الـكوفة يقولون : لاتَفْتَحْ على الإمام . ومابأس به ؟ أليس يقول : سبحان الله ؟ وقال أبو داود : لم يسمع أبو إسحاق من الحارث إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها .

---

(1) أى فما منعك أن تفتح علىّ عندما لبس علىّ .

فصل

وإذا أُرتج على الإمام في الفاتحة لزم مَنْ وراءه الفتحُ عليه ، كما لو نسى سجدة لزمهم تنبيهه بالتسبيح . فإن عجز عن إتمام الفاتحة ، فله أن يستخلف من يُصَلّى بهم لأنه عُذر ، فجاز أن يستخلف من أجله ، كما لو سبقه الحدث ، وكذلك لو عجز في أثناء الصلاة عن ركن يمنع الائتمام ، كالركوع أو السجود . فإنه يستخلف مَنْ يتم بهم الصلاة كمن سبقه الحدث بل هذا أولى بالاستخلاف لأن من سبقه الحدث قد بطلت صلاته . وهذا صلاته صحيحة ، ويسقط عنه ماعجز عنه ، وتصحّ صلاته ، لأن القراءة ركن عجز عنه في أثناء الصلاة . فسقط كالقيام . فأما المأموم فإن كان أُمّياً عاجزاً عن قراءة الفاتحة صحت صلاتُه أيضاً ، وإن كان قارئاً نوى مُفارقته وأتمّ وحده . ولا يصح له إتمام الصلاة خلفه . لأن هذا قد صار حكمه حكم الأميّ .

والصحيح : أنه إذا لم يقدر على قراءة الفاتحة أن صلاته تفسُد . لأنه قادر على الصلاة بقراءتها ، فلم تصح صلاته بدون ذلك ، لعموم قوله عليه الصلاة والسلام «لاَ صَلاَةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ» ولا يصحّ قياسُ هذا على الأميّ ، لأن الأميّ لو قدر على تعلمها قبل خروج الوقت لم تصح صلاته بدونها ، وهذا يُمكنه أن يخرج فيسأل عمّا وقف عليه ، ويُصَلِّي ، ولا قياس على أركان الأفعال ، لأن خروجه عن الصلاة لا يُزيل عجزه عنها ، ولا يأمن عَوْد مثل ذلك لعجزٍ بخلاف هذا .

النوع الثاني : مالا يتعلق بتنبيه آدميّ إلا أنه لسبب من غير الصلاة. مثل أن يعطس فيحمدَ الله ، أو تلسعه عقرب فيقول ، بسم الله . أو يسمع أو يرى ما يَغُمّه فيقول : (إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ) . أو يرى عَجَباً فيقول : سبحان الله ـ فهذا لا يُسْتَحبُّ في الصلاة . ولا يُبطلها . نص عليه أحمد في رواية الجماعة ، فيمن عطس : فحمد الله لم تبطل صلاته . وقال في رواية مهنا ، فيمن قيل له وهو يُصَلِّي : وُلد لك غلام ، فقال : الحمد لله . أو قيل له : احترق دُكَّانك ، قال : لا إله إلا الله ، أو ذهب كيسُك ، فقال : لاحَوْلَ ولا قوّة إلا بالله ، فقد مضت صلاتُه . ولو قيل له : مات أبوك . فقال : (إِنَّا لِلَّهِ وإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ) فلا يُعيد صلاتَه . وذكر حديث عليّ حين أجاب الخارجيّ[1] . وهذا قول الشافعيّ ، وأبي يُوسف . وقال أبو حنيفة : تفسد صلاتُه ، لأنه كلام آدميّ . وقد روى عن أحمد مثلُ هذا ، فإنه قال فيمن قيل له وُلد لك غلام . فقال : الحمدُ للهِ رَبِّ العَالَمِينَ ، أو ذكر مُصيبةً ، فقال (إِنَّا لِلَّهِ ، وإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ) ، قال : يُعيد الصلاة . وقال القاضي : هذا محمول على من قصد خطاب آدميّ .

وانما : ما رَوى عامر بن ربيعة قال : « عَطِسَ شَابٌّ مِنَ الْأَنْصَارِ خَلْفَ رَسُولِ الله ﷺ وهو في الصَّلَاةِ فقال : « الحمدُ للهِ حَمْداً كثيراً ، طَيِّباً مُبَارَكاً فيه حَتَّى يَرْضَى رَبُّنَا ، وَبَعْدَ مَا يَرْضَى مِنْ أَمْرِ

(١) سيأتي هذا الحديث قريباً .

الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ » فلمّا انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنِ القائلُ هَذِهِ الْكَلِمَةِ فإنَّه لم يَقُلْ بأساً ، مَاتَنَاهَتْ دُونَ الْعَرْشِ » رواه أبو داود . وعن عليّ رضى الله عنه أنه قال له رجل من الخوارج ، وهو فى صلاة الغداة فناداه : (لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ) قال فأنصت له حتى فهمَ ، ثم أجابه وهو فى الصلاة : (فَاصْبِرْ إِنَّ وَعْدَ اللهِ حَقٌّ ، وَلاَ يَسْتَخِفَّنَّكَ الَّذِينَ لاَيُوقِنُونَ) احتج به أحمد . ورواه أبو بكر النجّاد بإسناده . ولأنَّ مالا يُبطل الصلاة ابتداء لايُبطلها إذا أُتِى به عَقِيب سبب ، كالتسبيح لتنبيه إمامه . قال الخلاّل : اتفق الجميع عن أبى عبد الله : على أنه - يعنى العاطس - لايرفع صوته بالحمد ، وإن رَفَعَ فلا بأس ، بدليل حديث الأنصارىّ . وقال أحمدُ فى الإمام يقول : « لاإله إلاَّ اللهُ » فيقول مَنْ خلفه : « لاَ إِلَهَ إلاَّ اللهُ » يرفعون بها أصواتهم . قال : يقولون ، ولكن يخفون ذلك فى أنفسهم ، وإنما لم يكره أحمد ذلك كما كره القراءة خلف الإمام لأنه يَسيرٌ لايمنع الإنصات فجرى مجرى التأمين . قيل : لأحمد : فإن رفعوا أصواتهم بهذا ؟ قال : أكرهه ، قيل : فينهاهم الإمام ؟ قال : لاينهاهم . قال القاضى : إنما لم ينههم ، لأنه قد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم الجهر بمثل ذلك فى صلاة الإخفاء ، فإنه كان يُسمعهم الآية أحياناً .

فصل

قيل لأحمد رحمه الله : إذا قرأ (٧٥ : ٤٠ أَلَيْسَ ذَلِكَ بِقَادِرٍ عَلَى أَنْ يُحْيِيَ الْمَوْتَى ؟) هل يقول : (سُبْحَانَ رَبِّيَ الأَعْلَى) قال : إن شاء قاله فيما بينه وبين نفسه ، ولا يجهر به فى المكتوبة وغيرها . وقد رُوِى عن عليّ رضى الله عنه « أنَّه قرأ فى الصلاة (سَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الأَعْلَى) فقال : سُبْحَانَ رَبِّيَ الْأَعْلَى » ، وعن ابن عبّاس « أنه قرأ فى الصلاة : (أَلَيْسَ ذَلِكَ بِقَادِرٍ عَلَى أَنْ يُحْيِيَ الْمَوْتَى ؟) فقال : سُبْحَانَكَ وَبَلَى » . وعن موسى بن أبى عائشة قال : « كَانَ رَجُلٌ يُصَلِّى فَوْقَ بَيْتِهِ فَكَانَ إِذَا قرأ : (أَلَيْسَ ذَلِكَ بِقَادِرٍ عَلَى أَنْ يُحْيِيَ الْمَوْتَى ؟) قال : سُبحانك ، فبَلَى ، فسألوه عن ذلك ؟ فقال : سمعتهُ عن رسول الله ﷺ » رواه أبو داوود . ولأنه ذكر ورد الشرع به ، فجاز التسبيح فى موضعه .

النوع الثالث : أن يقرأ القرآن يقصد به تنبيه آدمىّ مثل أن يقول : (ادْخُلُوهَا بِسَلاَمٍ) يُريد الإذن ، أو يقول لرجل اسمُه يحيى (١٩ : ١٢ يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ) ، أو (١١ : ٣٢ يَانُوحُ قَدْ جَادَلْتَنَا فَأَكْثَرْتَ جِدَالَنَا) . فقد رُوِى عن أحمد : أن صلاته تبطُل بذلك ، وهو مذهب أبى حنيفة . لأنه خطاب آدمىّ ، فأشبه مالو كلّمه . ورُوِى عنه مايدل على أنها لاتبطل ، لأنه قال فيمن قيل له : مات أبوك ، فقال : (إِنَّا لِلّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ) ، لايُعيد الصلاة . واحتجّ بحديث علىّ حين قال للخارجىّ (فاصْبِرْ

إنَّ وَعْدَ اللهِ حَقٌّ) . ورُوى نحو هذا عن ابن مسعود ، وابن أبى ليلى . ورَوى أبوبكر الخلاّل بإسناده ، عن عطاء بن السائب قال : استأذنّا على عبدالرحمن بن أبى ليلى ، وهو يُصَلِّى ، فقال : (١٢ : ٩٩ ادْخُلُوا مِصْرَ إِنْ شَاءَ اللهُ آمِنِينَ) فقلنا : كيف صنعت ؟ فقال : استأذنّا على عبد الله بن مسعود وهو يصلِّى ، فقال : (ادْخُلُوا مِصْرَ إِنْ شَاءَ اللهُ آمِنِينَ) . ولأنه قرأ القرآن فلم تفسُد صلاته ، كما لو لم يقصد به التنبيه . وقال القاضى : إن قصد التلاوة دون التنبيه لم تَفْسُد صلاته وإن قصد التنبيه دون التلاوة فسدت صلاتُه ، لأنه خاطب آدمياً ، وإن قصدهما جميعاً ففيه وجهان :

(أحدهما) لاتفسد صلاته : وهو مذهب الشافعىّ . لما ذكرنا من الآثار والمعنى .

(والثانى) تفسد صلاته : لأنه خاطب آدمياً ، أشبهَ مالو لم يقصد التلاوة .

فأما إن أتى بما لايتميّز به القرآن من غيره ، كقوله لرجل اسمُه إبراهيم : ياإبراهيمُ ، أو لعيسى : ياعيسى ، ونحو ذلك فسدت صلاتُه . لأن هذا كلام الناس ، ولم يتميّز عن كلامهم بما يتميَّز به القرآن . فأشبه مالو جمع بين كلمات متفرّقة فى القرآن ، فقال : ياإبراهيم ، خذ الكتاب الكبير .

فصــــل

يُكره أن يفتح من هو فى الصلاة على من هو فى صلاةٍ أخرى ، أو على من ليس فى صلاة . لأن ذلك يَشْغَلُه عن صلاته . وقد قال النبى ﷺ : « إنَّ فى الصَّلاَةِ لَشُغْلاً » وقد سُئل أحمد عن رجل جالسٍ بين يدى المُصَلِّى يقرأ ، فإذا أخطأ فتح عليه المصلّى : فقال : كيف يفتح إذا أخطأ هذا ؟ ويتعجَّب من هذه المسألة ؛ فإن فعل لم تبطل صلاته ، لأنه قرآن ، وإنما قصد قراءته دون خطاب الآدمىّ بغيره . ولا بأس أن يفتح على المصلى مَنْ ليس معه فى الصلاة . وقد رَوى النجّاد بإسناده قال : كنتُ قاعداً بمكّة ، فإذا رجل عند المقام يُصلى ، وإذا رجل قاعد خلفهُ يُلَقِّنُه ، فإذا هو عثمان رضى الله عنه .

فصــــل

إذا سلم على المصلِّى لم يكن له ردّ السلام بالكلام ، فإن فعل بطلت صلاته . رُوى نحو ذلك عن أبى ذرّ ، وعطاء ، والنخعىّ . وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . وكان سعيد بن المسيّب ، والحسن ، وقَتادة : لايرون به بأساً . ورُوى عن أبى هريرة أنه أمر بذلك . وقال إسحاق : إن فعله متأوّلا جازت صلاته .

ولنا : مارَوى جابر قال : « كُنَّا مع رَسُول الله ﷺ فى حاجَةٍ ، فرجَعْتُ وَهُوَ يُصَلِّى عَلَى رَاحِلَتِهِ ، وَوَجْهُهُ إِلَى غَيْرِ الْقِبْلَةِ ، فسلّمتُ عليه ، فلم يَرُدَّ علىّ . فلمّا انصرف قال : أما إنه لم يمنعنى أنأردّ عليك إلا أنّى كنتُ أُصلِّى » . وقول ابن مسعود « قُلْنا : يارسُول الله ، كُنَّا نُسلّم عَلَيْكَ فِى الصَّلاَةِ فَتَرُدُّ

عَلَيْنَا ؟ قال : « إنّ فى الصَّلاَةِ لَشُغْلاً » رواها مسلم . ولأنه كلام آدمىّ ، فأشبه تشميت العاطس ـ إذا ثبت هذا فإنه يردّ السلام بالإشارة . وهذا قول مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور : وعن ابن عباس : أنه سلّم عليه موسى بن جميل وهو يصلّى ، فقبض ابن عباس على ذراعه ، فكان ذلك ردًّا من ابن عباس عليه . وإن ردّ عليه بعدَ فراغه من الصلاة فحسن . رُوى هذا عن أبى ذرّ ، وعطاء ، والنخعىّ ، وداود . لما روى ابن مسعود قال : « قَدِمتُ عَلَى رسول الله ﷺ وَهُوَ يُصَلِّى ، فسلَّمتُ عَلَيْهِ فَلَمْ يَرُدَّ عَلَىَّ السَّلاَمَ ، فأخذنى ماقدّم وماحدّث ، فلما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاةَ قال : إنَّ اللهَ يُحْدِثُ مِنْ أَمْرِهِ مَايَشَاءُ . وَإنَّ اللهَ قَدْ أَحْدَثَ أَنْ لاَتَكَلَّمُوا فِى الصَّلاَةِ » فردَّ علىّ السلام . وقد رَوى صُهَيب قال : « مَرَرْتُ برسول الله ﷺ وهُوَ يُصَلِّى ، فَسَلَّمتُ عَلَيْهِ ، وكلّمتُه ، فَرَدَّ إشارَةً » . قال بعض الرواة : ولا أعلمه إلا قال إشارةً بأصبعه . وعن ابن عمر قال : « خَرَجَ رسول الله صلى الله عليه وسلم إلَى قُبَاء[1] فصلَّى فيه قال : فجاءته الأنصارُ فسلَّموا عليه ، وهو يُصَلى ، قال : فقلتُ لبلال : كيف رأيتَ رسول الله صلى الله عليه وسلم يردّ عليهم ، حينَ كَانُوا يُسَلِّمُونَ عَلَيْهِ وهُوَ يُصَلِّى ؟ قال يعقوب : هكذا ، وبسط يعنى كفّه ، وجعل بطنَهُ أسْفَلَ ، وظهره إلى فَوْق » قال الترمذىّ : كلا الحديثين صحيح ، رواها أبو داود ، والأثرم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

فصــــل

وإذا دخل قوم على قوم وهم يصلّون . فسُئل أحمد عن الرجل يدخل على القوم وهم يصلّون : أيُسَلِّم عليهم ؟ قال : نعم . ورَوى ابن المنذر ، عن أحمد أنه سلّم على مُصلٍّ ، فعل ذلك ابنُ عمر . وكرهه عطاء ، وأبو مِجْلَز ، والشعبىّ ، وإسحاق . لأنه ربَّما غلط المصلِّى ، فرد عليه السلام . وقد رَوى مالك فى مُوَطّئه « أن ابن عُمَر سَلّم على رجل ، وهو يصلِّى ، فردّ عليه السلام ، فرجع إليه ابن عمر ، فنهاه عن ذلك » . ومن ذهب إلى تجويزه احتجّ بقول الله تعالى (٢٤ : ٦١ فَإذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتاً فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ) أى على أهل دينكم . ولأن النبىّ ﷺ حين سلَّم أصحابُه عليه ردّ عليهم إشارةً ، ولم يُنكر ذلك عليهم .

فصــــل

إذا أكل أو شرب فى الفريضة عامداً بطلت صلاته ، رواية واحدة ، ولا نعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أن المُصَلِّى ممنوعٌ من الأكل والشرب . وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن مَنْ أكل أو شرب ، فى صلاة الفرض عامداً أنّ عليه الإعادة ، وأن ذلك يُفسد الصومَ الذى

---

(١) أى إلى مسجد قباء .

لايُفْسَدُ بالأفعال ، فالصلاة أولى . فإن فعـل ذلك فى التطوع أبطـله فى الصحيح من المذهب ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأن ما أبطـل الفرض أبطل التطوع ، كسائر مُبطـلاته . وعن أحمـد رواية أخرى : أنه لايُبطلها . ويُروى عن ابن الزبير وسعيد بن جُبَير أنهما شربا فى التطوع ، وعن طاوس : أنه لا بأس به . وكذلك قال إسحاق : لأنه عمل يَسير ، فأشبه غير الأكل . فأمّا إن كثُر فلا خلاف فى أنه يُفسدها ، لأن غير الأكل من الأعمال يُفسد إذا كثر ، فالأكلُ والشرب أولى . وإن أكل أو شرب فى فريضة ، أو تطوع ناسياً لم يُفسد . وبهذا قال عطاء والشافعىّ . وقال الأوزاعىّ : تفسدُ صـلاته ، لأنه فِعلٌ مُبطـلٌ من غير جنس الصلاة ، فاستوى عمدُه وسهوُه كالعمل الكثير .

ولنـا : عموم قوله ﷺ : «عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَإِ وَالنِّسْيَانِ» ولأنه يُسَوَّى بين قليله وكثيره حالَ العمد ، ويُعفى عنه فى الصلاة كالعمل من جنسها ، ويُشرع لذلك سجود السهو ، وهذا قول الشافعىّ . فإنّ مايُبطل عمدُه الصلاةَ إذا عُفِي عنه لأجل السهو شُرع له السجود ، كالزيادة من جنس الصلاة . ومتى كثُر ذلك أبطل الصلاة بغير خلاف ، لأن الأفعال المعفوّ عن يسيرها إذا كثرت أبطلت ، فهذا أولى .

فصـــل

إذا ترك فى فيه مايذوبُ كالسكر ، فذاب منه شىء فابتلعه ، أفسد صلاته ، لأنه أكلٌ . وإن بقى بين أسنانه ، أو فى فيه من بقايا الطعام يسيرٌ يَجرى به الريق فابتلَعه ، لم تَفسُد صلاتُه ، لأنه لايمكن الاحترازُ منه . وإن ترك فى فيه لُقمة ، ولم يبتلعهـا كُره ، لأنه يشغَلُه عن خشوع الصـلاة ، والذكر والقراءة فيها ، ولايُبطلها ، لأنه عمل يسير . فأشبه مالو أمسك شيئاً فى يده ، والله أعلم .

باب الصلاة بالنجاسة وغير ذلك

« مسألة » قال ﴿ وإذا لم تكن ثيابُه طاهرةً ، وموضعُ صلاته طاهراً أعاد ﴾ .

وجملة ذلك : أن الطهارة من النجاسة فى بدن المصلّى وثوبه شرط لصحة الصلاة ، فى قول أكثر أهل العلم ، منهم ابن عباس ، وسعيد بن المسيّب ، وقتادة ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ويُروى عن ابن عباس أنه قال : ليس على ثوبٍ جنابة ، ونحوه عن أبى مِجْلَز ، وسعيد بن جُبَيْر ، والنخعىّ . وقال الحارث العُكْلِىّ ، وابن أبى ليلى : ليس فى ثوبٍ إعادة . ورأى طاوس دماً كثيراً فى ثوبه ، وهو فى الصلاة فلم يُبالِه . وسُئل سعيدُ بن جُبَير عن الرجل يَرى فى ثوبه الأذَى وقد صلّى ؟ فقال: اقرأ علىّ الآية التى فيها غَسْلُ الثياب ؟ !

ولنا : قول الله تعالى : (٧٤ : ٤ وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ) قال ابن سيرين : هو الغَسل بالماء . وعن أسماء ابنة أبى بكر الصدّيق رضى الله عنه ، قالت « سُئِلَ رسول الله ﷺ عن دَمِ الْحَيْضِ يكونُ فى الثوب ؟ قال : اقرُصِيهِ وَصَلِّى فِيهِ » وفى لفظ قالت : « سَمِعْتُ امْرَأَةً تَسْأَلُ رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف تَصْنَعُ إحْدَانَا بِثَوْبِهَا إذَا رَأَتِ الطُّهْرَ ، أَتُصَلِّى فيه ؟ قال : تَنْظُرُ فِيهِ . فَإِنْ رَأَتْ فِيهِ دَماً فَلْتَقْرُصْهُ بِشَىْءٍ مِنْ مَاءٍ وَتَنْضَحْ مَالَمْ تَرَ ، وَلْتُصَلِّ فِيهِ[2] » رواه أبو داود . ورُوى عن النبى ﷺ أنه قال : « إِنَّهُمَا يُعَذَّبَانِ وَمَا يُعَذَّبَانِ فى كَثِيرٍ . أَمَّا أَحَدُهُمَا فَكَانَ لايَسْتَتِرُ مِنْ بَوْلِهِ » متفق عليه .

وفى رواية : « لايَسْتَنْزِهُ مِنْ بَوْلِهِ[3] » ولأنها إحدى الطهارتين . فكانت شرطاً للصلاة كالطهارة من الحدث .

---

(١) هذه الآية نزلت قبل فرض الصلاة ، فلا تدل على اشتراط الطهارة فيها ، ويمكن الاستدلال بها على ذلك فيقال : إذا أمر الله بتطهير الثياب خارج الصلاة ففى الصلاة أولى . وبعض العلماء يقول : إن المراد تطهير النفس من الغدر والخيانة والمعاصى .

(٢) يمكن أن يكون هذا دليلا لاشتراط طهارة الثوب ، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم طلب غسل الثوب الذى فيه الدم ، ويمكن أن يكون دليلا على استحباب غسل الثوب المتنجس قبل الصلاة فيه .

(٣) وفى رواية « لايستبرىء من بوله » وأول هذا الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم مرَّ على قبرين فعلم بالوحى أنهما يعذبان فى قبريهما ، فأخذ جريدة فشقها نصفين ، وجعل على كل منهما نصفها وقال : «لعله أن يخفف عنهما مالم ييبسا . ثم قال إنهما ليعذبان ، وما يعذبان فى كبير ، أما أحدهما فكان لايستبرىء من بوله ، وأما الآخر فكان يمشى بين الناس بالنميمة . ووجه الاستدلال أن عدم الاستبراء من البول يترتب عليه تنجيس الثوب ، وإذا كان تنجيس الثوب يعذب عليه ، فلا يكون إلا إذا خالف ماأمر به الشرع ، والشرع لم يأمر بطهارة الثوب خارج الصلاة على سبيل الوجوب الذى يترتب على تركه العذاب ، فلم يبق =

فصـــــل

وطهارة موضع الصلاة شرط أيضاً ، وهو الموضع الذى تقع عليه أعضاؤه ، وتلاقيه ثيابُه التى عليه ، فـلو كان على رأسه طرَف عمامةٍ ، وطرفها الآخر يسقطُ على نجاسة لم تصحّ صـلاتُه . وذكر ابن عقيـل احتمالاً فيما تقع عليه ثيابه خاصة أنه لايُشترط طهارتُه ، لأنه يُباشرها بما هو مُنفصل عن ذاته . أشبه مالو صلَّى إلى جانبه إنسان نجسُ الثوب ، فالتصق ثوبُه به . والأول المـذهبُ . لأن سُـترته تابعـة له . فهى كأعضاء سجوده . فأما إذا كان ثوبه يَمسّ شيئاً نجساً كثوب من يُصَـلِّى إلى جانبه ، أو حائط لايستند إليه . فقال ابن عقيل : لاتفسُد صلاته بذلك ، لأنه ليس بمحلٍّ لبدنه ، ولاسُترته . ويحتمل أن يفسد ، لأن سترته ملاقيةٌ لنجاسةٍ . أشبه مالو وقعت عليها ، وإن كانت النجاسة مُحاذية لجسمه فى حال سجوده بحيثُ لايلتصق بها شىء من بدنه ، ولا أعضائه ، لم يمنع صحـة صلاته ، لأنه لم يباشر النجاسة . فأشبه مالو خرجت عن محاذاته .

فصـــــل

وإذا صـلَّى ثم رأى عليه نجاسـة فى بدنه أو ثيابه ، لا يعـلم ، هل كانت عليـه فى الصـلاة أو لا ؟ فصلاتُه صحيحة ، لأن الأصل عدمها فى الصلاة . وإن علم أنها كانت فى الصلاة ، لـكن جهلها حتى فرغ من الصلاة ففيه روايتان :

إحداهما : لاتفسد صلاته : هذا قول ابن عمر ، وعطاء ، وسعيد بن المُسيّب ، وسالم ، ومجاهد ، والشعبىّ ، والنخعىّ ، والزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر .

والثانية : يُعيده : وهو قول أبى قِلاَبة ، والشافعىّ ، لأنها طهارة مُشترطة للصلاة ، فلم تَـسقُط بجهلها ، كطهارة الحدث . وقال ربيعة ، ومالك : يُعيد ما كان فى الوقت ، ولا يُعيد بعده .

ووجه الرواية الأولى : ماروى أبو سعيـد قال : « بَيْنَا رَسُولُ الله ﷺ يُصَـلِّى بأصحابه ، إذ خلـع نَعْلَيْهِ ، فَوَضَعَهُمَا عَنْ يَسَارِهِ ، فخلَع الناسُ نِعَالَهُمْ ، فلمَّا قَضَى رسول الله صلى الله عليه وسلم صَلاَتَه قال : مَاحَملَـكُمْ عَلَى إلْقَائِـكُمْ نِعالَـكُمْ ؟ قالوا : رَأَيْنَاكَ أَلْقَيتَ نَعْلَيْكَ فَأَلْقَيْنَا نِعَالَنَا . قال : إنَّ جِبريلَ أَتَانِى فَأَخْبَرَنِى أَنَّ فِيهِمَا قَذَراً » رواه أبو داود . ولو كانت الطهارة شرطاً مع عدم العـلم بها ، لزمه استئنافُ الصلاة ، وتفارق طهارةَ الحدث ، لأنها آكدُ . لأنها لايُعفى عن يَسيرها ، وتختص البدن . وإن كان قد علم بالنجاسة ، ثم نسيها وصلَّى . فقـال القاضى : حكى أصحابنا فى المسألتين روايتين . وذكـر هو فى مسألة

= إلا أن العـذاب لسبب الصلاة فى الثوب المتنجس بسبب البول الذى ينزل فيه ، بسبب عدم الاستبراء أو الاستنزاه .

النسيان : أن الصلاة باطلة ، لأنه منسوب إلى التفريط ، بخلاف الجاهل بها . قال الآمدىّ:يُعيد إذا كان قد توانى . روايةً واحدةً ، والصحيح التسوية بينهما . لأن ماعُذر فيه بالجهل عُذر فيه بالنسيان ، بل النسيان أولى ، لورود النص بالعفو فيه بقول النبى ﷺ : « عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَأ وَالنِّسْيَانِ » .

وإن علم بالنجاسة فى أثناء الصلاة.فإن قلنا : لايُعذر بالجهل والنسيان ، فصلاتُه باطلة ويلزمه استئنافها . وإن قلنا : يُعذر ، فصلاته صحيحة ، ثم إن أمكنه طرح النجاسة من غير زمن طويل ، ولا عمل كثير ألقاها وبَنَى ، كما خلع النبى صلى الله عليه وسلم نعليه حين أخبره جبريلُ بالقذَر فيهما ، وإن احتاج إلى أحد هذين بطلت صلاته ، لأنه يُفضى إلى أحد أمرين : إما استصحاب النجاسة مع العلم بها زمناً طويلا ، أو يعمل فى الصلاة عملا كثيراً ، فتبطل به الصلاة . كالعُريان يجد السترة بعيدة منه .

فصـــل

وإذا سقطت عليه نجاسة ، ثم زالت عنه ، أو أزالها فى الحال لم تبطُل صلاته ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما علم بالنجاسة فى نعليه خلعهما وأتم صلاته ، ولأن النجاسة يُعفى عن يسيرها ، فعُفى عن يسير زمنها ، ككشف العورة ، وهذا مذهب الشافعىّ .

فصـــل

وإذا صلى على منديل طرفُهُ نجس ، أو كان تحت قدمه حبلٌ مشدود فى نجاسة ، ومايُصلى عليه طاهر . فصلاتُه صحيحة ، سواء تحرّك النجس بحركته أو لم يتحرّك ، لأنه ليس بحامل للنجاسة ، ولا بمصلّ عليها ، وإنما اتصل مُصلاّه بها . أشبه مالو صلَّى على أرض طاهرة متّصلة بأرض نجسة . وقال بعض أصحابنا : إذا كان النجس يتحرّك بحركته لم تصحّ صلاته . والمعوّل على ماذكرنا . فأما إن كان الحبل أو المنديل متعلّقاً به بحيثُ ينجرّ معه إذا مشى لم تصح صلاتُه ، لأنه مُستتبع لها ، فهو كحاملها . ولو كان فى يده ، أو وسطه حبل مشدود فى نجاسة ، أو حيوان نجس ، أو سفينة صغيرة فيها نجاسة تنجرّ معه إذا مشى لم تصح صلاتُه ، لأنه مستتبع لها ، فهو كحاملها . وإن كانت السفينةُ كبيرةً لا يُمكنه جرّها ، أو الحيوان كبيراً لايقدر على جرّه إذا استعصى عليه ، لم تفسُد صلاته ، لأنه ليس بمستتبع لها . قال القاضى : هذا إذا كان الشدّ فى موضع طاهر ، فإن كان مشدوداً فى موضع نجس فسدت صلاته ، لأنه حامل لما هو مُلاق للنجاسة . والأولى : أن صلاته لاتفسُد . لأنه لايقدر على استتباع ماهو مُلاقٍ للنجاسة ، فأشبه مالو أمسك سفينة عظيمةً فيها نجاسة ، أو غصناً من شجرة عليها نجاسة .

فصـــل

وإذا حمل فى الصلاة حيواناً طاهراً ، أو صبياً لم تبطُل صلاته ، لأن النبى ﷺ : « صلّى وهو حاملٌ

أُمَامَةَ ابنَةَ أبى العـاصِ » متفق عليه . ورَكِبَ الحسنُ والْحُسَيْنُ على ظهره وهو ساجـد ، ولأن مافى الحيوان من النجاسة فى مَعِدته ، فهى كالنجاسة فى معدة المصلِّى ، ولو حمل قارورةً فيها نجاسـة مسدودة ، لم تصح صلاته . وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لاتفسد صلاتُه ، لأن النجاسة لاتخرج منها ، فهى كالحيوان . وليس بصحيح ، لأنه حامل لنجاسة غير معفوّ عنها فى غير معدنها ، فأشبه مالو حملها فى كمّـه .

« مسألة » قال ﴿ وكذلك إن صلَّى فى المقبرة ، أو الْحُشّ ، أوالحمّـام ، أو فى أعطـان الإبل أعاد ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى الصلاة فى هذه المواضع . فرُوى أن الصلاة لاتصحّ فيها بحال . وممن رُوى عنه : أنه كره الصلاة فى المقبرة علىّ ، وابن عبّاس ، وابن عمر ، وعطـاء ، والنخعىّ ، وابن المنـذر . وممن رأى أن يصلَّى فى مرابط الغنم ولا يُصلّى فى مبارك الإبـل : ابن عمر ، وجابر بن سَمُرة ، والحسن ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو ثور . وعن أحمد رواية أخرى : أن الصلاة فى هذه صحيحة مالم تـكن نجسة . وهو مذهبُ مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ . لقوله عليه السلام « جُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ مَسْجِداً وطَهُوراً » وفى لفظ : « فحيـثُما أدْرَكَتْـكَ الصَّلاَةُ فَصَلِّ فإنّهُ مَسْجِدٌ » وفى لفظ : « أيْـنَما أدْرَكَتْكَ الصَّلاَةُ فَصَلِّ ، فإنّه مَسْجِدٌ » متفق عليها ، ولأنه موضع طاهر فصحّت الصلاة فيه كالصحراء .

ولنـا : قول النبىصلى الله عليه وسلم : «الأَرْضُ كلُّهَا مَسْجِدٌ إلاّ الْحَمّـامَ والمقبَرَةَ» رواه أبو داود . وهذا خاص مقـدم على عموم ماروه ، وعن جابر بن سَمُرة « أن رَجُلاً سأل رسول الله ﷺ : أنُصَلِّى فى مرَابِضِ الغَنَم ؟ قال : نعم . قال : أنُصَلِّى فى مبـارك الإبل ؟ قال : لا » رواه مسلم . وعن البراء قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَ تُصَلُّوا فى مبَارِكِ الإبلِ فإنّها مِنَ الشَّيَاطِينِ » رواه أبو داود . وعن أُسَيْد بن حُضَير ، أن رسول الله ﷺ قال : « صَلُّوا فِى مَرَابِضِ الغَنَمِ ، ولا تُصَلُّوا فى مَبَارِكِ الإبلِ » رواه الإمام أحمد فى مسنده ، والنهى يقتضى التحريم . وهـذا خاص يُقدّم على عموم ماروره . ورُوى هذا الحديث عن ابن عمر ، وأبى هريرة ، وعبد الله بن مُغَفّـل ، رواهنّ الأثرم .

فأما الْحُشّ : فإن الحـكم يثبت فيه بالتنبيه ، لأنه إذا مُنع من الصلاة فى هذه المواضع لـكونها مظانّ للنجاسة فالْحُشّ مُعدّ للنجاسة ، ومقصود لها ، فهو أولى بالمنع فيه . وقال بعضُ أصحـابنا : إن كان المصلِّى عالمـاً بالنهى فى هـذه المواضع لم تصح صلاته فيهـا ، لأنه عاص بصلاته فيهـا . والمعصيه لاتـكون قُربةً ولا طاعةً ، وإن لم يـكن عالمـاً فهل تصح صلاته ؟ على روايتين :

إحداهمـا : لاتصح : لأنه صلَّى فيما لاتصح الصـلاة فيه مع العـلم ، فلا تصح مع الجهـل ، كالصـلاة فى محـل نجس .

والثانية : تصح : لأنه معذور .

فصـــــل

وذكر بعض أصحابنا مع هذه المواضع المَزْبلة ، والمجزرة ، ومحَجّة[1] الطريق ، وظهر بيت الله الحرام ، والموضع المغصوب . لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « سَبْعُ مَواطِنَ لا تَجُوزُ فيها الصَّلاَةُ : ظَهْرُ بَيْتِ اللهِ ، والمَقبَرة ، والمَزْبَلة ، والمجزَرة ، والحمّام ، وعَطَنَ الإبل ، وَمَحجّةُ الطَّرِيق » رواه ابن ماجه . وعن ابن عمر قال : « نَهَى رسول الله ﷺ أن يُصَلَّى فى سَبْعِ مَواطِنٍ وذكرها — وقال : وقارعة الطريق ، ومعاطن الإبل ، وفوق الكعبة » وقال : الحكم فى هذه المواضع السبعة كالحكم فى الأربعة سواء . ولأن هذه المواضع مظِنّة النجاسات ، فعلق الحكم عليها دون حقيقتها ، كما يثبت حكم نقض الطهارة بالنوم ، ووجوب الغسل بالتقاء الختانين .

فصـــــل

وقال القاضى : المنع من هذه المواضع تعبّدى لا لعلة معقولة ، فعلى هذا يتناول النهى كلّ ماوقع عليه الاسم ، فلا فرق فى المقبرة بين القديمة والحديثة ، وما تقلّبت أتربتها أو لم تتقلب ، لتناول الاسم لها . فإن كان فى الموضع قبر ، أو قبران لم يُمنع من الصلاة فيها ، لأنها لايتناولها اسمُ المقبرة . وإن نقلت القبور منها جازت الصلاة فيها . لأن مسجد رسول الله ﷺ « كانت فيه قبورُ المُشركينَ فنُبِشَتْ » متفق عليه . ولا فرق فى الحمّام بين مكان الغسل ، وصبّ الماء ، وبين بيت المسلخ الذى ينزع فيه الثياب ، والأتّون ، وكلّ مايُغلق عليه باب الحمام ، لتناول الاسم له . وأما المعاطن فقال أحمد : هى التى تُقيم فيها الإبل ، وتأوى إليها . وقيل : هى المواضع التى تُناخ فيها إذا وردت ، والأول أجود . لأنه جعلها مقابلة لمراح الغنم . والحُشّ : المكان الذى يُتّخذ للغائط والبول ، فيُمنع من الصلاة فيما هو داخل بابه . ولا أعلم فى منع الصلاة فيه إلا أنه قد مُنع من ذكر الله تعالى فيه والكلام ، فمنعُ الصلاة فيه أولى . ولأنه إذا منع الصلاة فى هذه المواضع لكونها مَظانّ للنجاسات فهذا أولى ، فإنه بُنى لها . ويحتمل أن المنع فى هذه المواضع مُعلّل بأنها مظانّ للنجاسات ، فإن المقبرة تُنبش ويَظهر التراب الذى فيه صديد الموتى ، ودماؤهم ولحومهم[2] . ومعاطن الإبل يُبال فيها ، فإن البعير البارك كالجدار يُمكن أن يستتر به ويبول . كما رُوى عن ابن عمر : « أنه أناخ بعيرَه مُستقبلَ القبلة ثم جلس يَبُول إليه » ولا يتحقق هذا فى حيوان سواها . لأنه فى حال ربضه لايستر ، وفى حال قيامه لايثبُت ولايستر . والحمّام موضع الأوساخ والبول ، فنهى عن الصلاة فيها لذلك . وتعلق الحكم بها وإن كانت طاهرة ، لأن المظنّة يتعلّق الحكم بها ، وإن

---

(١) محجة الطريق : وسطه الذى يسير فيه الناس .

(٢) علل بعض العلماء منع الصلاة فى المقبرة بأن الصلاة فيها ، مظنة تعظيم الموتى ، واللجوء إليهم . ولا مانع من كون المانع مظنة النجاسة ومظنة تعظيم الموتى .

خفيت الحـكمة فيهـا ، ومتى أمـكن تعليل الحـكم تعين تعليلهُ ، وكان أولى من قهر التعبد ، ومرارة التحـكم . يدل على صحة هذا : تعدية الحـكم إلى الْحُشّ المسكوت عنـه بالتنبيه من وجود معنى المنطوق فيه ، وإلا لم يـكن ذلك تنبيهاً . فعلى هذا يمكن قصر الحـكم على ما هو مظنّة منها ، فلا يثبُت حكم المنع في موضع المسلخ من الحمام ، ولا في وسطه لعدم المظنّة فيه ، وكذلك ما أشبهه ، والله أعلم .

فصـــل

وزاد أصحابنا المجزرة ، والمزبلة ، ومحجّة الطريق ، وظهر الـكعبة ، لأنها في خبر عمر وابنه ، وقالوا : لايجوز فيها الصلاة . ولم يذكرها الخِرَقيّ ، فيحتمل أنه جوّز الصلاة فيها . وهو قول أكثر أهل العلم ، لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : « جُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ مَسْجِداً » وهو صحيح متفق عليه . واستثنى منه « المقبرة ، والحمام ، ومعاطن الإبل » بأحاديث صحيحة خاصة . فيما عدا ذلك يبقى على العموم . وحديث عمر وابنه يرويهما العمرى ، وزيد بن جُبير . وقد تُـكُلِّمَ فيهمـا من قِبَل حفظهما ، فـلا يترك الحـديث الصحيح بحديثهما . وهذا أصحّ ، وأكثر أصحابنا فيما علمت عمـلوا بخبر عمر وابنه في المنـع من الصـلاة في المواضع السبعة .

ومعنى محجةالطريق : الجادّةالمسلوكة التي تسلـكها السابلة ، وقارعة الطريق : يعنى التي تقرعها الأقدامُ فاعلة بمعنى مفعولة ، مثل الأسواق ، والمشارع ، والجـادة للسفر . ولا بأس بالصـلاة فيما علا منهـا يَمنة ، ويَسرة ولم يكثر قرع الأقدام فيه . وكذلك لا بأس بالصلاة في الطريق التي يقل سالـكوها كطريق الأبيات اليسيرة . والمجزرة : الموضع الذى يذبح القصَّابون فيـه البهائم ، وشبههم معروف بذلك مُعَدًّا . والمزبلة : الموضع الذى يجمع فيـه الزبل . ولا فرق في هـذه المواضع بين ما كان منها طاهراً ونجساً ، ولا بين كون الطريق فيها سالـكا أو لم يـكن ، ولا في المعاطن بين أن يكون فيها إبل في الوقت أو لم يكن . وأما المواضع التي تبيت فيها الإبل في مسيرها أو تناخ فيها لِعَلَفْها ووردها ، فلا يمنع الصلاة فيها . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن موضع فيـه أبعار الإبل يُصلّى فيه ؟ فرخّص فيـه ، ثم قال : إذا لم يـكن من معاطن الإبل التي نُهِى عن الصلاة فيها التي تأوى إليها الإبل .

فصـــل

ويُـكره أن يصلّى إلى هـذه المواضع . فإن فعل صحّت صلاته . نص عليه أحمـد في رواية أبي طالب . وقد سُئل عن الصلاة إلى المقبرة ، والحمّام والْحُشّ ؟ قال : لاينبغى أن يكون في القبلة قبر ، ولا حُشّ ، ولا حمّام ، فإن كان يُجزئه . وقال أبو بكر : يتوجّه في الإعادة قولان :

(أحدهما) يُعيد : لموضع النهى ، وبه أقول .

(والثاني) يصح : لأنه لم يصلّ في شيء من المواضـع المنهىّ عنها . وقال أبو عبد الله بن حامد : إن

صلَّى إلى المقـبرة والحُش . فحكمه حكم المصلِّى فيهما إذا لم يكن بينه وبينهما حائل . لما رَوى أبو مَرْثَد الغَنَوِىّ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « لا تُصَلُّوا إلى القُبور ، ولا تَجْلِسُوا إِلَيْهَا » متفق عليه . وقال الأثرم : ذكر أحمد حديث أبى مَرْثَد ، ثم قال : إسنادُه جيّد . وقال أنس : « رآنِى عُمَرُ وأنا أُصَلِّى إلى قَبْرٍ فجعَلَ يُشير إلىّ : القبرَ القبرَ » قال القاضى : وفى هذا تنبيه على نظائره من المواضع التى نهى عن الصلاة فيها . والصحيح : أنه لا بأس بالصلاة إلى شىء من هذه المواضع إلا المقبرة ، لأن قوله صلى الله عليه وسلم : « جُعِلَتْ لِىَ[1] الأرْضُ مَسْجِداً » يتناول الموضع الذى يُصَلِّى فيه من هى فى قبلته . وقياس ذلك على الصلاة إلى المقبرة لا يصح ، لأن النهى إن كان تعبداً غير معقول المعنى امتنع تعديته ودخول القياس فيه . وإن كان لمعنًى مُختصّ بها ، وهو اتخاذ القبور مسجداً ، والتشبّه بمن يُعَظّمها ، ويصلِّى إليها فلا يتعداها الحكم ، لعدم وجود المعنى فى غيرها . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : «إنَّ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ كَانُوا يَتَّخِذُونَ قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ وَصَالِحِيهِمْ مَسَاجِدَ ، أَلاَ فَلاَ تَتَّخِذُوا القُبُورَ مَسَاجِدَ ، إِنِّى أَنْهَاكُمْ عَنْ ذَلِكَ » وقال : « لَعْنَةُ اللهِ عَلَى الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى اتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ » يُحَذّر ما صَنَعوا[2] متفق عليهما . فعلى هذا لا تصح الصلاة إلى القبور للنهى عنها ، ويصح إلى غيرها لبقائها فى عموم الإباحة ، وامتناع قياسها على ما ورد النهى فيه ، والله أعلم .

فصـــل

وإن صلَّى على سطح الحُشّ ، أو الحمّام ، أو عطن الإبل ، أو غيرها . فذكر القاضى أن حكمه حكم المصلِّى فيها . لأن الهواء تابع للقرار فيثبتُ فيه حكمه . ولذلك لو حلف لا يدخل داراً فدخل سطحها حنث . ولو خرج المعتكف إلى سطح المسجد كان له ذلك ، لأن حكمه حكم المسجد . والصحيح إن شاء الله : قصر النهى على ما تناوله ، وأنه لا يُعَدَّى إلى غيره ، لأن الحكم إن كان تعبّدياً فالقياس فيه ممتنع . وإن عُلِّل فإنما يُعلِّل بكونه[3] للنجاسة . ولا يُتَخَيَّلُ هذا فى سطحها ، فأما إن بَنى على طريق ساباطاً[4] أو أخرج عليه خُروجاً ، فعلى قول القاضى : حكمه حكم الطريق ، لما ذكره فيما تقدم . وعلى قولنا : إن كان الساباط مُباحاً له ، مثل أن يكون فى دَرْب غير نافذ بإذن أهله أو مُستَحَقّاً له ، أو حَدَث الطريقُ بعده فلا بأس بالصلاة عليه . وإن كان على طريق نافذٍ فليس ذلك له ، فيكون المصلِّى فيه كالمصلى فى الموضع المغصوب على ما سنذكره إن شاء الله تعالى . وإن كان الساباط على نهر تجرى فيه السفن فهو كالساباط على الطريق

---

(١) لفظ لى ساقط من النسخ المطبوعة ولا بد من ذكره لأن نص الحديث مشتمل عليه .

(٢) جملة يحذر ما صنعوا ، من كلام السيدة عائشة رضى الله عنها .

(٣) هكذا بالأصول ، ويظهر أن كلمة «محلا» سقطت من الناسخ ، والتقدير يعلل بكونه محلا للنجاسة .

(٤) الساباط : سقيفة بين دارين تحتها طريق .

فى القولين جميعاً . وهذا مما يدل على ماذكرناه لأنه لوكانت العلة كونه تابعاً للقَرار لجازت الصلاة ههنا لسكون القَرار غير ممنوع من الصلاة فيه ، بدليل مالو صلَّى عليه فى سفينة ، أو لو جمد ماؤه فصلى عليه صحّ . ولأنه لوكانت العلة ماذكره لصحّت الصلاة على ماحاذى مَيْمنة الطريق ومَيْسَرتها ، وما لاتقرعُه الأقدام منها . وهذا فيما إذا كان السطح جارياً على موضع النهى . فإن كان المسجد سابقاً ، وجُعل تحته طريق ، أو عطن ، أو غيرهما من مواضع النهى . أو كان فى غير مقبرة فحدثت المقبرة حوله ، لم تمتنع الصلاة فيه بغير خلاف ، لأنه لم يتبَع ماحدث بعده ، والله أعلم .

فصل

وإن بنى مسجداً فى المقبرة بين القبور فحكمه حكمها ، لأنه لايخرج بذلك عن أن يكون فى المقبرة . وقد روى قتادة « أنّ أَنَساً مَرّ على مَقْبَرَةٍ وَهُمْ يَبْنُونَ فيها مَسْجِداً ، فقال أنس : كَانَ [1] يَكْرَهُ أَنْ يُبْنَى مَسْجِدٌ فى وَسَطِ القُبُورِ » .

فصل

ولا تصح الفريضة فى الكعبة ولا على ظهرها . وجوّزه الشافعىّ ، وأبو حنيفة لأنه مسجد . ولأنه محل لصلاة النفل ، فكان محلاً للفرض كخارجها .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ١٥٠ وَحَيْثُمَا كُنتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ) ، والمصلِّى فيها ، أو على ظهرها غيرُ مستقبل لجهتها . والنافلة مبناها على التخفيف والمسامحة ، بدليل صلاتها قاعداً ، وإلى غير القبلة فى السفر على الراحلة .

فصل

وتصح النافلة فى الكعبة وعلى ظهرها ، لانعلم فيه خلافاً . لأن النبى صلى الله عليه وسلم : « صَلَّى فِى الْبَيْتِ رَكْعَتَيْنِ » إلا أنه إن صلَّى تلقاء الباب أو على ظهرها ، وكان بين يديه شىء من بناء الكعبة متّصل بها صحت صلاته ، فإن لم يكن بين يديه شىء شاخص ، أو كان بين يديه آجرٌ مُعَبًّى غير مبنى ، أو خشب غير مَسْمُور فيها . فقال أصحابنا : لاتصحّ صلاته ، لأنه غيرُ مستقبل لشىء منها ، وإن كان الخشب مَسْمُوراً والآجُرّ مبنياً صحت صلاته لأن ذلك تابع لها . والأولى : أنه لايُشترط كون شىء منها بين يديه ، لأن الواجب استقبال موضعها وهوائها دون حيطانها ، بدليل مالو انهدمت الكعبة صحت الصلاة إلى موضعها . ولو صلَّى على جبل عال يخرج عن مُسامتتها صحت صلاتُه إلى هوائها كذا هاهنا .

فصل

وفى الصلاة فى الموضع المغصوب روايتان :

---

(١) الضمير فى كان يعود إلى النبى صلى الله عليه وسلم ولم يذكر للعلم به .

إحداهما : لاتصح : وهو أحد قولى الشافعىّ .

والثانية : تصح : وهو قول أبىحنيفةَ ومالك . والقول الثانى للشافعىِّ ، لأن النهى لايعود إلىالصلاة فلم يمنع صحتها ، كما لو صلَّى وهو يرى غريقاً ، يمكنه إنقاذه فلم يُنقذه ، أو حريقاً يقدر على إطفائه فلم يُطفئه أو مَطَلَ غريمه الذى يُمكن إيفاؤه وصلَّى .

ولنا : أن الصلاة عبادة أتى بها على الوجه المنهى عنه ، فلم تصح كصلاة الحائض وصومها . وذلك لأن النهى يقتضى تحريمَ الفعل واجتنابه ، والتأثيمَ بفعله ، فكيف يكون مُطيعاً بما هو عاص به ، ممتثلا بما هو محرم عليه ؟ متقرّباً بما يَبْعُد به ؟ فإنحركاته وسكناته منالقيام والركوع والسجود أفعال اختياريَّة هو عاص بها ، منهى عنها . فأما من رأى الحريق فليس بمنحى عن الصلاة ، إنما هو مأمور بإطفاء الحريق وإنقاذ الغريق ، وبالصلاة ، إلا أن أحدهما آكدُ من الآخر ، أما فى مسألتنا ، فإن أفعال الصلاة فى نفسها منهىّ عنها .

إذا ثبت هذا . فلا فرق بين غصبه لرقبة الأرض بأخذها ، أو دعواه مِلْكيتها ، وبين غصبه منافعها بأن يدّعى إجارتها ظالماً ، أو يضع يده عليها ليسكُنها مدّة ، أو يُخرج رَوْشَناً ، أو ساباطاً فى موضع لايَحلّ له ، أو يغصب راحلة ويصلِّى عليها ، أو سفينة ويصلِّى فيها ، أو لوحاً فيجعلُه فى سفينة ويصلِّى عليه ، كل ذلك حكمه فى الصلاة حكم الدار على مابيناه .

فصـــل

قال أحمد رحمه الله : تُصَلَّى الجمعةُ فى موضع الغصب ، يعنى لوكان الجامع أو موضع منه مغصوباً صحت الصلاة فيه ، لأن الجمعة تختصّ بُبقعة . فإذا صلاها الإمام فىالموضع المغصوب فامتنع الناس من الصلاة فيه فاتتهُم الجمعة . وإن امتنع بعضُهم فاتته الجمعة ، ولذلك أُبيحت خلف الخوارج والمُبتدعة . وكذلك تصح فىالطرق ، ورحاب المسجد لدعاء الحاجة إلى فعلها فىهذه المواضع . وكذلك فىالأعياد والجنازة[1] .

فصـــل

قال أحمد رحمه الله : أكره الصلاة فى أرض الخَسْف ، وذلك لأنها موضع مسخوط عليه ، وقد قال النبى ﷺ لأصحابه يوم مَرُّوا بالحِجْرِ : « لاَتَدْخُلُوا عَلَى هَؤُلاَءِ الْمُعَذَّبِينَ إلاَّ أَنْ تَكُونُوا بَاكِينَ ، أَنْ يُصِيبَكُمْ مِثْلُ مَاأَصَابَهُمْ » متفق عليه .

---

(١) أى وكذلك الحكم فى الأعياد والجنازة تصلى فى المكان المغصوب ، وفى الطرق ، وغير ذلك مما يباح فى الجمعة .

فصـــل

ولا بأس بالصلاة فى الكنيسة النظيفة ، رخص فيها الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، والشعبى ، والأوزاعى ، وسعيد بن عبد العزيز . ورُوى أيضاً عن عمر وأبى موسى . وكره ابن عباس ، ومالك : الكنائسَ من أجل الصور .

ولنا : أن النبى ﷺ صلَّى فى الكعبة وفيها صور[1] ثم هى داخلة فى قوله عليه السلام : « فَأَيْنَمَا أَدْرَكَتْكَ الصَّلَاةُ فَصَلِّ فَإِنَّهُ مَسْجِدٌ » .

فصـــل

وإذا كانت الأرض نجسة وطيَّنها بطاهر ، أو بسط عليها شيئاً طاهراً ، صحَّت الصلاة مع الكراهة فى ظاهر كلام أحمد رحمه الله . وهو قول طاوس ، ومالك ، والأزاعى ، والشافعى ، وإسحاق . وذكر أصحابُنا فى المسألة روايتين . إحداهما : لاتصح ، لأنها مدفنُ النجاسة ، أشبهت المقبرة .

ولنا : أن الطهارة إنما تشترط فى بدن المصلى وثوبه وموضع صلاته ، وقد وُجد ذلك كلّه . ولانسلّم العلة فى الأصل ، فإنه لو صلَّى بين القبور لم تصح صلاتُه وإن لم يكن مَدفناً للنجاسة . وقد قيل : إن الحكم غيرُ معلّل فلا يقاس عليه .

فصـــل

ويكره تطيين المسجد بطين نجس ، أو تطبيقه بطوابق نجسة ، أو بناؤه بلَبِنٍ نجس ، أو آجرّ نجس . فإن فعل وباشر المصلى أرضه النجسة ببدنه أو ثيابه لم تصح صلاته . وأما الآجرّ المعجون بالنجاسة : فهو نجس ، لأن النار لاتُطَهِّره[2] . فإن غُسل طهر ظَاهِرُه ، لأن النار أكلت أجزاء النجاسه الظاهرة ، وبقى أثرُها فتطهُر بالغَسْل كالأرض النجسة ، وبقى باطنها نجساً ، لأن الماء لم يَصلْ إليه . فإن صلّى عليه فهو كما لو صلّى على بساط طاهر مفروش على أرض نجسة . وكذلك الحكم فى البساط الذى باطنُه نجس ، وظاهره طاهر ، ومتى انكسر من الآجرّ النجس قطعةٌ فظهر بعض باطنه فهو نجس لاتصحّ الصلاة عليه[3] .

فصـــل

ولا بأس بالصلاة على الحصير ، والبُسط من الصوف ، والشعر ، والوبر ، والثياب ، من القطن ، والكتان ، وسائر الطاهرات . وصلَّى عمر على عبقرىّ[4] ، وابن عباس على طِنْفِسَة ، وزيد بن ثابت وجابر

---

(١) لم يصل النبى صلى الله عليه وسلم فى الكعبة إلا بعد أن أزال الأصنام التى فيها .

(٢) يرى الإمام مالك أن النار تطهره وهذا أسهل ، ولا مانع من الأخذ به لحاجة الناس إليه .

(٣) فى ذلك مشقة شديدة على الناس فالأولى الأخذ بمذهب الإمام مالك .

(٤) العبقرى : بساط جميل الشكل منقوش ، منسوب إلى عبقر ، وهى قرية ثيابها فى غاية الحسن .

على حصـير ، وعليّ وابن عبـاس ، وابن مسعود ، وأنس على المنسوج . وهو قول عوامّ أهـل العـلم ، إلا ماروى عن جابر : أنه كره الصـلاة على كل شيء من الحيوان ، واستحبّ الصـلاة على كل شيء من نبات الأرض ونحوه ، قال مالك ، إلا أنه قال في بساط الصوف والشعر : إذا كان سجوده على الأرض لم أر بالقيام عليه بأساً ، والصحيح : أنه لا بأس بالصلاة على شيء من ذلك . وقد صلّى النبي صلى الله عليه وسلم على حصير في بيت عُتبان[1] بن مالك ، وأنس متفق عليهما . وروى عنه المغيرة بن شعبة « أنّه كَانَ يُصَلِّي عَلَى الْحَصِيرِ والفَرْوَةِ المَدْبُوغَـةِ » وفيما رواه ابن ماجه : « أنّ النبي صلى الله عليه وسـلم صلّى مُلْتَفًّا بِـكِساءٍ ، يَضَعُ يَدَهُ عَلَيْهِ إِذَا سَجَـد » ولأن مالم تـكره الصلاة فيه لم تُـكره الصـلاة عليـه ، كالـكتّـان والخوص .

وتصح الصلاة على ظهر الحيوان ، إذا أمـكنه استيفاء الأركان عليه ، والنـافلة في السفر . وإن كان الحيوان نجساً ، أو عليه بساطٌ طاهر صحّت الصلاة عليه ، فإن النبي صلى الله عليه وسـلم صلّى على حمـار ، وفعله أنس . وتصحّ الصلاة على العَجَلة ، وهي خشب على بـكرات إذا أمـكنه ذلك ، لأنها محلّ تستقرّ عليه أعضاؤه ، فهي كغيرها .

« مسألة » قال : ﴿ وإن صلّى وفي ثوبه نجاسة ، وإن قلّت ، أعاد ﴾ .

قد ذكرنا أن الطهارة من النجاسة شرط لصحة الصلاة ، ولافرق بين كثيرها وقليلها ، إلاّ فيما نذكره بعدُ إن شاء الله تعالى . وممّن قال لايُعفى عن يسير البول مثل رؤس الإبر : مالك ، والشافعي ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : يُعفى عن يسير جميـع النجاسات ، لأنه يتحرّى فيهـا بالمسح في محلّ الاستنجاء ، ولو لم يُعف عنها لم يكفِ فيها المسح كالـكثير ، ولأنه يشقّ التحرّز منه فعُفي عنه كالدم .

ولنـا : عموم قوله تعالى (وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ) وقول النبي ﷺ « تَنَزَّهُوا مِنَ البَوْلِ فإنّ عامّةَ عَذَابِ القَبْرِ مِنْهُ » ، ولأنهـا نجاسة لاتشقّ إزالتهـا ، فوجبت إزالتها كالـكثير . وأما الدم فإنّه يَشُقّ التحرّز منه . فإن الإنسان لايكاد يخلو من بثرة أو حكة ، أو دمّل ، ويخرج من أنفه ، وفيه ، وغيرهما ، فيشقّ التحرز من يسيره أكثرَ من كثيره . ولهذا فُرِق في الوضوء بين قليله وكثيره .

« مسألة » قال : ﴿ إلا أن يـكون ذلك دماً أو قيحاً يسيراً مما لا يفحُش في القلب ﴾ .

أكثر أهل العلم يرون العفو عن يسير الدم والقيح . وممن رُوى عنه : ابن عباس ، وأبو هريرة ، وجابر ، وابن أبي أَوْفَى ، وسعيد بن المسيّب ، وسعيد بن جُبَير ، وطاوس ، ومجاهـد ، وعُروة ، ومحمد ابن كنانة ، والنخعيّ ، وقتادة ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ في أحد قوليه ، وأصحاب الرأي . وكان ابن عمر

---

(١) عتبان : الأشهر كسر عينه وقد تضم .

ينصرف من قليــله وكثيره . وقال الحسن : كثيره وقليله سواء ، ونحوُه عن سليمان التيميّ ، لأنه نجاسة ، فأشبه البول .

ولنـا : مارُوىعن عائشة قالت : « قد كان يكون لإحدانا الدرعُ ، فيه تحيض وفيه تُصيبها الجنابة . ثم ترى فيــه قطرةً من دم فتقْصَعُهُ بِرِيقها » وفى لفظ « مَا كَانَ لإحْدَانَا إلاّ ثَوْبٌ فِيــه تَحِيضُ ، فإنْ أصَابَهُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهَا بَلّتْهُ بِرِيقِهَا ثمّ قَصَعَتْهُ بِظُفْرِهَا » رواه أبو داود ، وهـذا يدل على العفو عنه ، لأن الريق لايطهّر به ويتنجس به ظفرها ، وهو إخبار عن دوام الفعل . ومثل هذا لايخفى على النبى صلى الله عليه وسلم ولا يصدر إلا عن أمره ، ولأنه قول من سّمينا من الصحابة ، ولا مخالفَ لهم فى عصرهم ، فيـكون إجماعاً[1] . وما حـكى عن ابن عمر[2] فقد روى عنه خلافه ، فروى الأثرم بإسناده عن نافع « أن ابن عمر كان يسجـد فيخرج يديه فيضعهما بالأرض ، وهمـا يقطران دماً من شقـاق كان فى يديه ، وعَصَرَ بَثْرَةً فخرج منهـا شىء من دم ، وقيح ، فمسحه بيده وصَلَّى ، ولم يتوَضّأ[3] » وانصرافُه منه فى بعض الحالات لايُنافى ماروبناه عنه ، فقـد يتورّع الإنسـان عن بعض مايرى جوازه ، ولأنه يشق التحرز منه ، فعفى عنه كأثر الاستنجاء .

فصــــل

وظاهر مذهب أحمد : أن اليسير : مالا يفحُش فى القلب ، وهو قول ابن عبّاس . قال : « إلاّ إذَا كانَ فاحِشاً أعادَ » . ورُوى ذلك عن سعيد بن المسيّب . وروى عن أحمد : أنه سُئل عن الـكثير ؟ فقال : شبر فى شبر . وفى موضع قال : قدر الـكفّ فاحِش . وظاهر مذهبه : أنه مافَحُش فى قلب مَنْ عليه الدم . وقال ابن عباس : « مافَحُشَ فى قلبـك » قال الخـلاّل : والذى استقرّ عليـه قوله فى الفاحش : أنه على قدر مايستفحشُه كلّ إنسان فى نفسه . وقال ابن عقيل : إنما يُعتبر مايفحُش فى نفوس أوساط النـاس . وقال قتادة فى موضـع الدرهم فاحش ، ونحوه عن النخعىّ ، وسـعيد بن جُبَير ، وحمّاد بن أبى سليمان ، والأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى . لأنه رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « تُعَادُ الصَّـلاَةُ مِنْ قَدْرِ الدِّرْهَمِ مِنَ الدَّمِ » .

ولنـا : أنه لاحد له فى الشرع ، فرُجع فيه إلى العُرف ، كالتفرّق ، والإحراز ، وما رووه لايصحّ .

---

(١) الأولى عدم التعويل على ماقاله ابن قدامة من اعتبار عدم الغسل جائزاً بالإجماع بل غسل النجاسة الـكثيرة واجب ، وما ورد من ذلك فهو خاص بالقليل الذى يعفى عنه .

(٢) الذى حكى عن ابن عمر : هو أنه كان ينصرف من الصلاة بسبب قليل الدم وكثيره .

(٣) ينبغى حمل ماورد من ذلك على القليل جداً من الدم والقيح الذى لايعتدّ به ، ولا يظهر له أثر واضح فى الثوب أو فى مكان الصلاة .

فإن الحافظ أبا الفضل المقدسيّ قال : هو موضوع ، ولأنّه إنما يدلُّ على محلِّ النزاع بدليل خطابه ، وأصحاب الرأى لايرونه حُجَّة .

فصـــل

والقيح والصديد وما تولَّد من الدم بمنزلته ، إلا أن أحمد قال : هو أسهل من الدم . ورُوى عن ابن عمر ، والحسن أنهما لم يرياه كالدم . وقال أبو مِجْلَز فى الصديد : إنما ذكر الله الدم المسفوح . وقال أبىُّ بن ربيعة ، رأيتُ طاوساً كأنَّ إزاره نِطْعٌ[1] من قُروح كانَتْ بِرجْليْهِ . وقال إسماعيل السرَّاج : رأيت حاشية إزار مُجاهد قد ثبتت[2] من الصديد والدم من قروح كانت بساقَيْهِ . وقال إبراهيم فى الذى يكون به الْحُبُون[3] : يُصلِّى ولا يغسله . فإذا برىء غسله . وقال عروة ، ومحمد بن كنانة مثلَ ذلك . فعلى هذا يُعفى منه عن أكثر مما يُعفى عن مثله من الدم لأنه لا يفحُش منه إلا أكثر من الدم . ولأن هذا لا نص فيه ، وإنما ثبتت النجاسة فيه لأنه مُستحيل من الدم إلى حال مستقذرة .

فصـــل

ولا فرق بين كون الدم مُجتمعاً أومتفرقاً ، بحيثُ إذا جمع بلغ هذا القدر ، ولو كانت النجاسة فى شىء صفيق قد نفذت من الجانبين فاتصل ظاهره بباطنه فهو نجاسة واحدة وإن لم يتصلا ، بل كان بينهما شىء لم يصبه الدم ، فهما نجاستان إذا بلغا لو جُمِعا قدراً لايُعفى عنه لم يُعف عنهما ، كما لو كانا فى جانبى الثوب .

فصـــل

ويُعفى عن يسير دم الحيض ، لما ذكرنا من حديث عائشةَ رضى الله عنها ، وعن سائر دماء الحيوانات الطاهرة . فأما دم الكلب والخنزير فلا يُعفى عن يسيره ، لأن رطوباته الطاهرة من غيره لايُعفى عن شىء منها فدمه أولى ، ولأنه أصاب جسم الكلب فلم يُعف عنه كالماء إذا أصابه . وهكذا كل دم أصاب نجاسة غير معفوّ عنها لم يُعف عن شىء منه لذلك .

فصـــل

ودم مالا نفس له سائلة كالبقّ ، والبراغيث ، والذباب ونحوه ، فيه روايتان :

إحداهما : أنه طاهر : وممن رخص فى دم البراغيث عطاء ، وطاوس ، والحسن ، والشعبىُّ ، والحاكم

---

(١) النطع : بكسر النون وفتحها مع سكون الطاء ، وفتحها : البساط من الجلد . يقول إن القروح جعلت إزاره كالجلد من لزوجتها عليه .

(٢) ثبتت : التصقت بالإزار .

(٣) قال فى القاموس : الحبن بالكسر خراج كالدمل ، وما يعترى فى الجسد فيتقيح ويرم ، والدمل ، كالحبنة ، والجمع حبون ، اه وضبط الحبنة بكسر الحاء وسكون الباء .

وحبيب بن أبى ثابت ، وحمّاد ، والشافعيُّ ، وإسحاق . ولأنه لو كان نجساً لنجّس الماء اليسير إذا مات فيه ، فإنه إذا مكث فى الماء لايَسلم من خروج فَضْلَةٍ منه فيه ، ولأنه ليس بدم مسفوح ، وإنما حرَّم الله الدم المسفوح .

والرواية الثانية : عن أحمد قال فى دم البراغيث : إذا كثر إنّى لأفزع منه . وقال النخعىُّ : اغسل ما استطعت . وقال مالك فى دم البراغيث : إذا كثر وانتشر فإنِّى أرى أن يُغسل ، والأول أظهر . وقول أحمد : إنى لأفزع منه : ليس بصريح فى نجاسته ، وإنما هو دليل على توقُّفه فيه ، وليس المنسوب إلى البراغيث دم ، إنما هو بولُها فى الظاهر ، وبول هذه الحشرات ليس بنجس ، والله أعلم . وقال أبو الخطاب دم السمك طاهر ، [لأن إباحته لاتقف على سفحه[1]] ، ولو كان نجساً ، لوقفت الإباحة على إراقته بالذبح ، كحيوان البر . ولأنه إذا ترك استحال نصار ماء . وقال أبو ثور : هو نجس ، لأنه دم مسفوح ، فيدخل فى عموم قوله تعالى : (أَوْ دَماً مَسْفُوحاً) .

فصل

واختلفت الرواية فى العفو عن يسير القىء . فروى عن أحمد أنه قال : هو عندى بمنزلة الدم ، وذلك لأنه خارج من الإنسان نجس من غير السبيل ، فأشبه الدم . وروى عنه فى المذى أنه قال : يُغسل ماأصاب الثوب منه ، إلا أن يكون يسيراً . وروى الخلال بإسناده قال : سُئل سعيدُ بن المسيّب وعُروة بنُ الزبير وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يَسار عن المذى يخرج ، فكلُّهم قال : إنه بمنزلة القَرْحة ، فما علمت منه فاغسله ، وما غلبك منه فدَعْهُ . ولأنه يخرج من الشباب كثيراً ، فيشقّ التحرُّز منه ، فعُفى عن يسيره كالدم . وكذلك المنىّ إذا قلنا بنجاسته . ورُوى عنه فى الودى مثلُ ذلك ، إلا أن الظاهر عنه أن حكمه حكم البول ، لأنه من مخرجه . ورُوى عن أحمد أيضاً أنه يُعفى عن ريق البغل ، والحمار ، وعرَقهما ، إذا كان يسيراً . وهو الظاهر عن أحمد . قال الخلال : وعليه مذهب أبى عبد الله لأنه يشقّ التحرُّز منه . قال أحمد : من يَسلم من هذا ممن يركب الحمير ؟ إلا أنى أرجو أن يكون ماخفّ منه أسهل . قال القاضى : وكذلك ما كان فى معناهما من سباع البهائم ، سوى الكلب والخنزير . وكذلك الحكم فى أبوالها ، وأرواثها ، وبول الخُفَّاش . قال الشعبىّ ، والحاكم ، وحمّاد ، وحبيب بن أبى ثابت : لابأس ببول الخفافيش ، وكذلك الخشاف . لأنه يشق التحرُّز منه ، فإنه فى المساجد يكثر فلو لم يعف عن يسيره لم يَقِرّ فى المساجد . وكذلك بول مايُؤكل لحمه إن قلنا بنجاسته ، لأنه يشقّ التحرز منه لكثرته . وعن أحمد : لايُعفى عن يسير شىء

---

(١) معنى هذه العبارة التى بين القوسين ، أن إباحة أكل السمك لاتتوقف على سفح دمه وإسالته بذبحه كما تتوقف إباحة أكل حيوان البر على سفح دمه بالذبح ، ولو كان دم السمك نجساً ، لتوقفت إباحة أكله على سفح دمه بالذبح .

من ذلك ، لأن الأصل أن لايُعفى عن شىء من النجاسة ، خولف فى الدم ، وما تولّد منه ، فيبقى فيما عداه على الأصل .

فصـــــل

وقد عُفى عن النجاسات المُغلّظة لأجل محلّها فى ثلاثة مواضع :

أحدها : محلّ الاستنجاء : فعُفى فيه عن أثر الاستجمار بعد الإنقاء ، واستيفاء العدد بغير خلاف نعلمه . واختلف أصحابنا فى طهارته . فذهب أبو عبدالله بن حامد ، وأبو حفص بن المسلمة إلى طهارته ، وهو ظاهر كلام أحمد . فإنه قال فى المستجمر يعرق فى سراويله : لابأس به . ولو كان نجساً لنجّسه . ووجـه ذلك : قول النبى ﷺ فى الروث والرِّمَّة « إنّهمـا لايَطْهُرانِ » مفهومه : أن غـيرهما يطهر ، ولأنه معنًى يُزيل حكم النجاسة فيُزيلها كالمـاء .

وقال أصحابنا المتأخرون : لايطهُر المحلّ ، بل هو نجس . فلو قعد المستجمر فى ماء يسير نجّسه ، ولو عرق كان عرقه نجساً ، لأن المسح لايُزيل أجزاء النجاسة كلّها ، فالباقى منها نجس ، لأنه عين النجاســة ، فأشبه مالو وجد فى المحلّ وحده .

الثــانى : أسفل الخُفّ والحـذاء ، إذا أصـابته نجاسة فدلـكها بالأرض حتى زالت عينُ النجاســة ، ففيه ثلاث روايات .

إحداهن : يُجزىء دلـكه بالأرض ، وتُباح الصلاة فيه . وهو قول الأوزاعىّ ، وإسحاق . لما رَوى أبو داود بإسناده ، عن أبى هريرة عن النبى ﷺ أنه قال « إِذَا وَطِىءَ أَحَدُكُمُ الأَذَى بِخُفَّيْهِ فطَهُورُهُما التُّرَابُ » وفى لفظ « إِذَا وَطِىءَ أَحَدُكُمُ الأَذَى بِنَعْلَيْهِ فإِنَّ التُّرَابَ لَهُ طَهُور » وعن عائشـة رضى الله عنها عن رسول الله ﷺ مثل ذلك . وعن أبى سعيد قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمْ إِلَى المَسْجِدِ فلْيَنْظُرْ . فإِنْ رَأَى فِى نَعْلِهِ قَذَراً أَوْ أَذًى فَلْيَمْسَحْهُ ، وَلْيُصَلِّ فِيهِمَا » وعن ابن مسعود قال « كُنَّا لاَ نَتَوَضَّـأُ مِنْ مَوْطِىءٍ » رواهما أبو داود . ولأن النبى ﷺ وأصحـابه كانوا يصلون فى نعالهم . قال أبو مَسْلمة سعيد بن يزيد : سألت أنس بن مالك : « أَكَانَ رسُولُ الله صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى فى نَعْلَيْهِ ؟ قال : نَعَمْ » متفق عليه . والظاهر أن النعل لاتخلو من نجاسة تُصيبها ، فلو لم يُجزىء دلـكها لم تصحّ الصلاة فيها .

والثانية : يجب غسلُه كسائر النجاسات ، فإن الدلك لايُزيل جميع أجزاء النجاسة .

والثالثة : يجبُ غسله من البول ، والعَذِرَة دون غيرهما ، لتغلُّظ نجاستهما ، وفُحشهما .

والأول : أولى . لأن اتباع الأثر واجب .

فإن قيل : فقول النبي ﷺ في نعليـه « أَنَّ فِيهِمَا قَذَراً [١] » يدل على أنه لم يُجز دلـكهما ولم يُزل القذَر منهما .

قلنـا : لادلالة في هـذا ، لأنه لم يُنقل أنه دلـكهما . والظاهر : أنه لم يدلـكهما ، لأنه لم يعلم بالقَذَر فيهما حتى أخبره جبريلُ عليه السلام .

إذا ثبت هذا : فإن دلـكهما يُطهِّرها في قول ابن حامد ، لظاهر الأخبار . وقال غيره : يُعفى عنه مع بقاء نجاسته ، كقولهم في أثر الاستنجاء . وقال القاضي : إنما يُجزىء دلـكهما بعد جفاف نجاستهما ، لأنه لا يبقى لها أثر . وإن دلـكهما قبل جفافهما لم يُجزه ذلك ، لأن رطوبة النجاسة باقية فلا يُعفى عنها . وظاهر الأخبار لا يُفرق بين رطب وجاف ، ولأنه محلّ اجتُزِىء فيه بالمسح ، فجاز في حال رطوبة الممسوح كمحلّ الاستنجاء ولأن رطوبة المحل معفوّ عنها إذا جفّت قبل الدلك ، فيُعفى عنها إذا جفّت به كالاستجمار .

والثـالث : إذا جَبَر عظمه بعظم نجس فجُبِر لم يلزمه قلعــه ، إذا خاف الضرر ، وأجزأته صـلاتُه ، لأنها نجاسة باطنة يتضرّر بإزالتها ، فأشبهت دماء العروق ، وقيل يلزمه قلعه مالم يخف التلف .

وإن سقط سن من أسنانه فأعادها بحرارتها ، فثبتت فهي طـاهرة ، لأنهـا بعضُه . والآدمي بجملته طاهر حياً وميِّتاً . وكذلك بعضه . وقال القاضي : هي نجسة ، حكمها حكم سائر العظام النجسة . لأن ماأُبينَ [٢] من حيّ فهو ميّت ، فإنمـا حُكم بطهـارة الجملة لحرمتها ، وحُرمتها آكدُ من حرمة البعض . فلا يلزم من الحـكم بطهارتها الحـكم بطهارة مادونها .

فصـــــل

وإذا كان على الأجسام الصقيلة كالسيف والمرآة ، نجاسة ، فعُفي عن يَسيرها كالدم ونحوه عُفي عن أثر كثيرها بالمسح ، لأن الباقي بعد المسح يسير ، وإن كثر محلّه عُفي عنه كيسير غيره .

« مسـألة » قال ﴿ وإذا خفي موضع النجاســة من الثوب اسـتظهر ، حتى يتيقن أن الغسـل قد أتى على النجاسة ﴾ .

وجملتـه : أن النجاسـة إذا خفيت في بدن أو ثوب وأراد الصـلاة فيه ، لم يجز له ذلك حتى يتيقن زوالها ، ولا يتيقن ذلك حتى يغسل كلّ محلٍّ يحتمل أن تـكون النجاسة أصـابته ، فإذا لم يعلم جهتها من الثوب غسله كُلَّه . وإن علمها في إحدى جهتيه غسل تلك الجهة كلّهـا . وإن رآها في بدنه أو ثوب هو لابسُه غسل كل مايدركه بصرُه من ذلك . وبهذا قال النخعي ، والشافعيّ ، ومالك ، وابن المُنـذر .

(١) أى حين خلعهما ولما سئل قال : إن جبريل أخبرني أن فيهما قذراً .
(٢) أبين : فصل أو قطع .

وقال عطاء والحـكم وحمّاد : إذا خفيت النجاسة فى الثوب نضحه كلّه . وقال ابن شُبْرُمة يتحرّى مكان النجاسة فيغسله . ولعلهم يحتجّون بحديث سهل بن حُنَيف فى المذى عن النبى ﷺ قال « قلتُ : يارسول الله ، فـكيف بما أصاب ثوبى منه ؟ قال : يُجْزِئُكَ أَنْ تَأْخُذَ كَفًّا مِنْ مَاءٍ . فَتَنْضَحَ بِهِ حَيْثُ تَرَى أَنَّهُ أَصَابَ مِنْهُ » فأمره بالتحرّى والنضح .

ولنـا : أنه متيقن للمانع من الصلاة ، فلم تُبح له الصلاةُ إلا بتيقّن زواله ، كمن تيقن الحدث وشك فى الطهـارة . والنضح لايزيل النجاسة . وحـديث سهل فى المذى دون غيره ، فلا يُعـدَّى ، لأن أحكام النجاسة تختلف ، وقوله « حَيْثُ تَرَى أَنَّهُ أَصَابَ مِنْهُ » محمول على من ظَنّ أنه أصاب ناحية من ثوبه ، من غير تيقن ، فيجزئه نضح المـكان أو غسله .

فصـــــل

وإن خفيت النجاسة فى فضاء واسع صلّى حيثُ شاء ، ولايجب غسل جميعه . لأن ذلك يشق ، فلو مُنع من الصلاة أفضى إلى أن لايجد موضعاً يُصَلِّى فيه ، فأما إن كان موضعاً صغيراً كبيت ونحوه ، فإنه يغسله كلَّه ، لأنه لايشقّ غسله ، فأشبه الثوب .

« مسألة » قال ﴿ وماخرج من الإنسان أو البهيمة التى لايؤكل لحمها من بول أو غيره فهو نجس ﴾ .

يعنى ماخرج من السبيلين ، كالبول والغائط والمَذْى والوَدْى والدم وغيره ، فهذا لانعلم فى نجاسته خلافاً ، إلا أشياء يسيرةً ، نذكرها إن شاء الله تعالى .

أما بول الآدمىّ : فقد رُوى عن النبى ﷺ فى الذى مرّ به ، وهو يُعذَّب فى قبره : « أَنَّهُ كَانَ لاَيَسْتَبْرِىءُ مِنْ بَوْلِهِ » متفق عليه . وروى فى خبرٍ : « إِنَّ عَامَّةَ عَذَابِ الْقَبْرِ مِنَ الْبَوْلِ » .

وأما الودى : فهو ماء أبيض يخرج عقيب البول خاثر ، فحكمه حكم البول سواء ، لأنه خارج من مخرج البول وجار مجراه .

وأما المذى : فهو ماء لزج رقيق يخرج عقيب الشهوة على طرف الذكر . وظاهر المذهب : أنه نجس . قال هارون الحمال : سمعت أبا عبد الله يذهب فى المـذى إلى أنه يغسل ماأصاب الثوب منه ، إلا أن يكون يسيراً . وقد ذكرنا الاختـلاف فى العفو عن يسيره فيما مضى . وروى عن أحمـد رحمه الله : أنه بمنزلة المنىّ . قال فى رواية محمـد بن الحـكم : أنه سأل أبا عبد الله عن المـذى ، أشـد أو المنىّ ؟ قال : هما سواء ، ليسا من مخرج البول ، إنما هما من الصلب والترائب . كما قال ابن عباس : هو عندى بمنزلة البصاق والمخاط . وذكر ابن عقيل نحو هذا . وعُلِّل بأن المذى جزء من المنىّ ، لأن سببهما جميعاً الشهوة ، ولأنه خارج تحلله الشهوة ، أشبه المنىّ ، فظاهر المـذهب : أنه نجس ، لأنه خارج من السبيل ليس بدءاً لِخَلْقِ آدمىٍّ . فأشبه

البول ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بغسل الذكر منه ، والأمر يقتضى الوجوب .

ثم اختلف عن أحمد : هل يُجزىء فيه النضح أو يجب غسله ؟ قال فى رواية محمد بن الحكم : المذى يُرشّ عليه الماء . أذهب إلى حديث سهل بن حُنَيْف ، ليس يدفعه شىء ، وإن كان حديثاً واحداً . وقال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : حديث سهل بن حُنَيف فى المذى ماتقول فيه ؟ قال : الذى يرويه ابن إسحاق ؟ قلت : نعم ، قال : لاأعلم شيئاً يُخالفه ، وهو مارَوى سهل بن حُنَيف قال : « كُنْتُ أَلْقَى مِنَ المَذْيِ شِدَّةً وَعَنَاءً . فذكرتُ ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يُجْزِئُكَ مِنْهُ الوُضُوءُ . قلت : فكيف بما أصاب ثوبى منه ؟ قال : يَكْفِيكَ أَنْ تَأْخُذَ كفاً مِنْ ماء ، فَتَنْضَحَ بِهِ حَيْثُ تَرَى أَنَّهُ أَصَابَ مِنْهُ » . قال الترمذىُّ : هذا حديث صحيح . ورُوى عنه وجوب غسله . قال محمد بن داود : سألت أبا عبد الله عن المذى يُصيب الثوب ، كيف العمل فيه ؟ قال : الغَسلُ ليس فى القلب منه شىء ، وقال : حديث محمد بن إسحاق ربّما تهيَّبْتُه . قال ابن المنذر : وممن أمر بغسل المذى عمر ، وابن عباس ، وهو مذهب الشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وكثير من أهل العلم . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بغسل الذكر منه فى حديث المقداد ، ولأنه نجاسة ، فوجب غسلها كسائر النجاسات . ولحديث سهل بن حُنَيف . قال أحمد : حديث محمد بن إسحاق لاأعرفه عن غيره ، ولاأحكم لمحمَّد بن إسحاق ، وربما تهيَّبْتُه . وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، واختيار الخلاّل .

فصــــل

وفى رطوبة فرج المرأة احتمالان :

(أحدها) أنه نجس : لأنه فى الفرج لايُخلق منه الولد ، أشبه المذى .

(والثانى) طهارته : لأنَّ عائشة كانت تَفْرُك المنىّ من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو من جماع . فإنّه ما احتلم نبىّ قط ، وهو يلاقى رطوبة الفرج ، ولأننا لو حكمنا بنجاسة فرج المرأة لحكمنا بنجاسة منيّها . لأنه يخرُج من فرجها فيتنجّس برطوبته . وقال القاضى : ماأصاب منه فى حال الجماع فهو نجس ، لأنه لايَسلم من المذى وهو نجس ، ولا يصحّ التعليل ، فإن الشهوة إذا اشتدَّت خرج المنىُّ دون المذى كحال الاحتلام .

فصــــل

وبول مايُؤكل لحمه ورَوْثه طاهر . وهذا مفهوم كلام الخِرَقِىّ . وهو قول عطاء ، والنخعىّ ، والثورىّ ، ومالك . قال مالك : لايرى أهلُ العلم أبوالَ ماأُكل لحمُه وشُرب لبنه نجساً . ورخّص فى أبوال الغنم الزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ . وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة الصلاة

فى مرابض الغنم ، إلا الشافعىّ ، فإنَّه اشترط أن تكون سليمةً من أبعارها وأبوالها . ورخّص فى ذَرْق الطائر ، أبو جعفة ، والحكم ، وحمّاد ، وأبو حنيفة . وعن أحمد : أن ذلك نجس ، وهو قول الشافعىّ وأبى ثور ، ونحوُه عن الحسن . لأنه داخل فى عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « تَنَزَّهُوا مِنَ الْبَوْلِ » ولأنه رَجِيعٌ[1] فكان نجساً كرجيع الآدمىّ .

ولنا : أن النبى ﷺ أمر العُرَنيينَ أن يشربوا من أبوال الإبل ، والنجس لا يُباح شربه ، ولو أبيح للضرورة لأمرهم بغَسل أثره إذا أرادوا الصلاة . « وكان النبى ﷺ يُصَلِّى فى مَرَابِضِ الغَنَمِ » متفق عليه . وقال : « صَلُّوا فى مَرَابضِ الغَنَمِ » متفق عليه . وهو إجماع كما ذكر ابن المنذر . وصلى أبو موسى فى موضع فيه أبعار الغنم ، فقيل له : لو تقدمت إلى ههنا ؟ فقال : هذا وذاك واحد . ولم يكن للنبى ﷺ وأصحابه مايُصلُّون عليه من الأوْطِئَة والمُصَلَّيَات . وإنما كانوا يصلُّون على الأرض . ومرابضُ الغنم لاتخلو من أبعارها وأبوالها ، فدلّ على أنهم كانوا يباشرونها فى صلاتهم . ولأنه مُتحلِّل معتاد من حيوان يؤكل لحمه فكان طاهراً كاللبن ، وذرق الطائر عند من سَلّمه ، ولأنه لو كان نجساً لتنجَّست الحُبُوب التى تَدْرُسها البقر ، فإنَّها لاتسلم من أبوالها فيتنجَّس بعضُها ، ويختلط النجس بالطاهر ، فيصيرُ حكم الجميع حكم النجس .

فصــــل

فأما الخارج من غير السبيلين فالحيوانات فيه أربعة أقسام :

(أحدها) الآدميُّ : فالخارج منه نوعان : طاهر : وهو ريقه ، ودمه ، وعرَقه ، ومُخاطه ، ونُخَامَتُه ، فإنَّه جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم فى يوم الحُدَيْبية أنه « مَاتَنَخَّمَ نُخَامَةً إلاَّ وَقَعَتْ فى كَفِّ رَجُلٍ مِنْهُمْ ، فَدَلَكَ بِهَا وَجْهَهُ » رواه البخارىّ . وَلَوْلاَ طَهَارَتُهَا لَمْ يَفْعَلُوا ذَلِكَ. وفى حديث أبى هريرة : « أَنَّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم رأى نُخَامةً فى قِبْلَةِ المَسْجِدِ فَأَقْبَلَ عَلَى النَّاسِ فقال : مابَالُ أَحَدِكُمْ يَقُومُ يَسْتَقْبِلُ رَبَّهُ فَيَتَنَخَّعُ أَمَامَهُ ، أَيُحِبُّ أَنْ يُسْتَقْبَلَ فَيُتَنَخَّعَ فى وَجْهِهِ ، فإِذَا تَنَخَّعَ أَحَدُكُمْ فليتَنَخَّعْ عَنْ يَسَارِهِ ، أَوْ تَحْتَ قَدَمَهُ . فإِنْ لَمْ يَجِدْ فَلْيَقُلْ هكذا ــ وَوصفَ القاسمُ . فتفل فى ثوبه ، ثم مَسَحَ بَعْضَهُ بِبَعْضٍ » رواه مسلم ، ولو كانت نجسة لما أمر بمسحها فى ثوبه وهو فى الصلاة ولا تحت قدمه ، ولا فرق بين مايخرج من الرأس والبلغم الخارج من الصدر ، ذكره القاضى ، وهو مذهب أبى حنيفة . وقال أبو الخطاب : البلغم نجس ، لأنه طعام استحال فى المعدة أشبه القىء[2] .

---

(١) رجيع : يعنى فضلات راجعة من الطعام بعد استحالتها إلى قذر .

(٢) ليس البلغم طعاماً استحال فى المعدة ، وإنما هو مادة مخاطية خارجة من شعب الرئة ، فهو والنازل من الرأس سواء .

ولنـا : أنه داخل فى عموم الخـبرين . ولأنه أحـد نوعى النُّخامة ، أشـبه الآخر . ولأنه لو كان نجساً نجُس به الفمُ ، ونقَضَ الوضوء ، ولم يَبلُغنا عن الصحابة رضى الله عنهم مع عموم البلوى به شىء من ذلك .

وقولهم : إنه طعام مستحيل فى المعدة غير مسلّم ، إنمـا هو منعقد من الأبخرة ، فهو كالنازل من الرأس وكالمخاط . ولأنه يشق التحرُّز منه ، أشبه المُخاط .

النوع الثانى : نجس : وهو الدم وما تولّد منه من القيح ، والصديد ، وما يخرج من المعدة من القىء ، والقَلْس[1] . فهذا نجس ، وقد تقدَّم بيان حكمه .

القسم الثانى : ماأُكل لحمه فالخارج منه ثلاثة أنواع :

(أحدها) نجس : وهو الدم وما تولد منه .

(الثـانى) طاهر : وهو الريق ، والدمع ، والعرق ، واللبن ، فهذا لانعلم فيه خلافاً .

(الثالث) القىء ونحوه : فحـكمه حكم بوله ، لأنه طعام مستحيل ، فأشبه الروث . وقد دللنا على طهارة بوله ، فهذا أولى وكذلك منيُّه .

القسم الثالث : مالا يُؤكل لحمه : ويمكن التحرُّز منه ، وهو نوعان :

(أحدها) الـكلب ، والخنزير : فهما نجسان بجميع أجزائهما ، وفضَلاتهما . وما ينفصل عنهما .

(الثانى) ماعداهما من سباع البهائم ، وجوارح الطير ، والبغل ، والحمار . فعن أحمد رحمه الله : أنها نجسة بجميع أجزائها وفَضَلاتها ، إلا أنه يُعفى عن يسير نجاستها ، وعنه مايدلّ على طهارتها . فحـكمها حكم الآدميّ على مافُصِّل .

القسم الرابع : مالا يمـكن التحرُّز منه وهو نوعان :

(أحدها) ماينجُس بالموت : وهو السنّور ، وما دونه فى الخِلْقـة . فحـكمه حكم الآدمى . ماحكمنا بنجاسته من الآدمى ، فهو منـه نجس . وما حكمنا بطهارته من الآدميّ ، فهو منه طاهر ، إلا منيَّه ، فإنه نجس ، لأن منيّ الآدمى بدء خلق آدمى فشرُف بتطهيره ، وهذا معدوم ههنا .

النوع الثانى : مالا نفس له سائلة ، فهو طاهر بجميع أجزائه وفضَلاته .

« مسألة » قال ﴿ إلا بول الغلام الذى لم يأ كل الطعام ، فإنه يُرشّ الماء عليه ﴾ .

هذا استثناء منقطع ، إذ ليس معنى الـكلام طهارة بول الغلام ، إنما أراد أن بول الغلام الذى لم يطعم الطعام يُجزىء فيـه الرشّ ، وهو أن يُنْضَح عليه المـاء حتى يَغْمُره ، ولايحتـاج إلى رشّ وعصر . وبول الجارية يُغْسل وإنــ لم تَطْعَم ، وهذا قول علىّ رضى الله عنه . وبه قال عطاء ، والحسن ، والشافعىّ ،

---

(١) القلس : بفتح القاف وسكون اللام ، ما خرج من الحلق ملء الفم أو دونه وليس بقىء .

وإسحاق . وقال القاضى : رأيت لأبى إسحاق بن شاقلا كلاماً يدلّ على طهارة بول الغلام . لأنه لوكان نجساً لوجب غسلُه[1] . وقال الثورى وأبوحنيفة : يغسل بول الغلام كما يغسل بول الجارية ، لأنه بول نجس ، فوجب غسله كسائر الأبوال النجسة . ولأنه حكم يتعلّق بالنجاسة فاستوى فيه الذكر والأنثى كسائر أحكامها .

ولنا : ما روت أمّ قيس بنت مِحْصَن « أنها أَتَتْ بابنٍ لَهَا صَغِيرٍ لَمْ يَأْكُلِ الطعام إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجلسه رسول الله ﷺ فى حِجْرِه ، فبالَ عَلَى ثَوْبِهِ ، فدعا بماء فَنَضَحَهُ . وَلم يَغْسِلْهُ » وعن عائشة رضى الله عنها . قالت : « أُتِيَ رَسُولُ الله ﷺ بِصَبِيٍّ فَبَالَ عَلَى ثَوْبِهِ فَدَعَا بِمَاء ، فَأَتْبَعَهُ بَوْلَهُ ، وَلَمْ يَغْسِلْهُ » متفق عليهما . وعن لُبَابَةَ بِنْتِ الحارث قالت : « كَانَ الْحُسَيْنُ بنُ علىّ فى حِجْرِ رسول الله ﷺ فَبَالَ عَلَيْهِ ، فقلت : الْبَسْ ثَوْباً آخَرَ وَأَعْطِنِي إِزَارَكَ حَتَّى أَغْسِلَهُ . فقال : إِنَّمَا يُغْسَلُ مِنْ بَوْلِ الأُنْثَى ، وَيُنْضَحُ مِنْ بَوْلِ الْغُلَامِ الذَّكَرِ » رواه أبو داود . وعن علىّ رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « بَوْلُ الْغُلَامِ يُنْضَحُ ، وَبَوْلُ الْجَارِيَةِ يُغْسَلُ » قال قتادة : هذا مالم يطعما الطعام ، فإذا طعما غُسل بولهما . رواه الإمام أحمد فى مُسنده . وهذه نصوص صحيحة عن النبى ﷺ واتّباعها أولى . وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحّ من قول من خالفه .

فصـــل

قال أحمد : الصبىّ إذا طعم الطعام وأراده واشتهاه غُسل بوله . وليس إذا طعم ، لأنه قد يلْعَقُ العسلَ ساعةَ يُولد . والنبى صلى الله عليه وسلم حَنَّكَ بالتمرِ[2] ، ولكن إذا كان يأكُلُ ، ويريدُ الأكل . فعلى هذا ما يُسقاه الصبىّ أو يَلعقه للتداوى لا يُعَدُّ طعاماً يوجب الغَسل ، وما يَطْعمهُ لغذائه ، وهو يريده ، ويشتهيه هو الموجب لغسل بوله ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ والمنىّ طاهر . وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه كالدم ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد فى المنىّ . فالمشهور : أنه طاهر . وعنه أنه كالدم ، أى أنه نجس . ويُعفى عن يسيره . وعنه : أنه لا يُعفى عن يسيره ، ويُجزىء فركه يابسه على كل حال . والرواية الأولى : هى المشهورة فى المذهب ، وهى قول سعد بن أبى وقّاص ، وابن عمر . وقال ابن عباس : « امْسَحْهُ عَنْكَ بِإِذْخِرَةٍ أوخِرْقَةٍ وَلاَ تَغْسِلْهُ إِنْ شِئْتَ » . وقال ابن المسيّب : إذا صلّى فيه لم يُعد ، وهو مذهب الشافعىّ ،

---

(١) لعل عدم وجوب غسل بول الصبى للمشقة فى التحرز منه وكثرة الغسل لأن الناس يحبون حمل الصبيان كثيراً ، ولا يحبون حمل الإناث . (٢) حنك بالتمر : كان المسلمون يأتون بأطفالهم المولودين إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فيأخذ تمرة فيمضغها حتى تكون كالعجينة ، ثم يدلكها فى فم الطفل ، تعويداً له على الطعام ، وهذه يتحلل منها شىء إلى معدة الطفل ، فلا يعتبر هذا طعاماً يترتب عليه نجاسة بول الصبى .

وأبى ثور ، وابن المنـذر . وقال مالك : غسـل الاحتـلام أمر واجب . وعلى هـذا مذهب الأوزاعى ، والثورى . وقال أصحاب الرأى : هو نجس ، ويُجزىء فرك يابسه . لما روت عائشةُ : « أَنَّهَا كَانَتْ تَغْسِلُ المنيَّ مِنْ ثَوْبِ رسول الله ﷺ قالت : ثم أَرَى فِيـهِ بُقْعَةً أَوْ بُقَعاً » وهو حديث صحيح . قال صالح : قال أبى : غَسل المنىّ من الثوب أحوطُ ، وأثبت فى الرواية . وقد جاء الفرك أيضاً عن عائشـة رضى الله عنهـا أن النبىَّ ﷺ قال فى المنىِّ يُصِيبُ الثوب « إِنْ كان رَطْباً فَاغْسِلِيهِ وَإِنْ كَانَ يَابِساً فَافْرُكِيهِ » وهذا أمر يقتضى الوجوب ، ولأنه خارج مُعتاد من السبيل ، أشبه البول .

ولنـا : ماروت عائشةُ رضى الله عنها قالت : « كُنْتُ أَفْرُكُ المنىَّ مِنْ ثَوْبِ رسول الله ﷺ فَيُصَلِّى فِيهِ » متفق عليـه . وقال ابن عبَّاس : « امْسَحْهُ عَنْكَ بِإِذْخِرَةٍ[1] أو بِخِرْقَةٍ ، وَلاَ تَغْسِلْهُ ، إنما هُوَ كَالْبُزَاقِ وَالْمُخَاطِ » ورواه الدارقطنى مرفوعاً إلى النبى ﷺ . ولأنه لايجب غسله إذا جف فلم يكن نجساً كالمخاط . ولأنه بدء خلق آدمىّ ، فـكان طاهراً كالطين . ويُفَارق البول من حيث إنه بدء خلق آدمىّ .

فصـــل

فإن خفى موضع المنىّ فرك الثوب كلّه إن قلنا بنجاسته ، وإن قلنا بطهارته استُحِبّ فركه . وإن صلّى فيه من غـير فرك أجزأه . وهـذا مذهب الشافعىّ وغيره ، ممن قال بالطهارة . قال ابن عباس : « يَنْضَحُ الثَّوْبَ كلَّه » وبه قال النخعىّ وحمَّاد ، ونحوُه عن عائشـة ، وعطـاء . وقال ابن عمـر ، وأبو هريرة ، والحسن : يغسل الثوب كلّه . ولنـا أن فركه يُجزىء إذا علم مكانه ، فـكذلك إذا خفى . وأما النضح فلا يفيـد ، فإنه لايطهّره إذا عـلم مكانه ، فكذلك إذا خفى . وأما إذا قلنا بالطهـارة ، فلا يجب شىء من ذلك لـكن يُستحبّ كحال العلم به .

فصـــل

قال أحمد رحمه الله : إنما يُفْرك منىّ الرجل ، أما مَنِىّ المرأة فلا يُفرك . لأن الذى للرجل ثخين ، والذى للمرأة رقيق ، والمعنى فى هذا : أن الفرك يراد للتخفيف ، والرقيق لايبقى له جسم بعد جفافه يزول بالفرك ، فلا يفيد فيه شيئاً . فعلى هذا إن قلنا : بنجاسته ، فلا بد من غسله رطباً كان أو يابساً كالبول . وإن قلنـا بطهارته : استُحِبّ غسله ، كما يُستَحب فرك منىّ الرجـل . وأما الطهارة والنجاسة فلا يفترقان فيه ، لأن كل واحد منهما منىّ ، وهو بدء لخلق آدمىّ خارج من السبيل .

فصـــل

فأما العَلَقة . فقال ابن عقيل : فيها روايتـان كالمنىّ ، لأنها بدء خلق آدمىّ . والصحيح : نجاستها ،

---

(١) الإذخرة : واحدة من الإذخر ، وهو عشب طيب الرائحة يكون فى البيوت عند العرب .

لأنها دم . ولم يرد من الشرع فيها طهارة ، وقياسها على المنيّ ممتنع ، لكونها دماً خارجاً من الفرج . فاشبهت دم الحيض .

فصـــل

ومن أمنى وعلى فرجه نجاسة نَجُسَ منيّه لإصابته النجاسة ، ولم يُعفَ عن يسيره لذلك . وذكر القاضى فى المنى من الجماع : أنه نجس ، لأنه لا يَسْلَم من المذى . وقد ذكرنا فساد هذا . فإن منىّ النبى صلى الله عليه وسلم إنما كان من جماع ، وهو الذى وردت الأخبار بفركه ، والطهارة لغيره إنما أُخذت من طهارته ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ والبول على الأرض يُطهّرها دلو من ماء ﴾ .

وجملة ذلك : أن الأرض إذا تنجّست بنجاسة مائعة كالبول ، والخمر ، وغيرهما . فطهورها أن يغمرها بالماء ، بحيث يذهب لونُ النجاسة وريحُها ، فما انفصل عنها غيرَ متغيّر بها فهو طاهر ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تطهر الأرض حتى ينفصل الماء ، فيكون المنفصلُ نجساً . لأن النجاسة انتقلت إليه ، فكان نجساً كما لو وردت عليه .

ولنا : ما رَوى أنس قال : « جاء أعرابىّ فبال فى طائفة المسجد فزَجَرهُ الناسُ فنهاه النبى صلى الله عليه وسلم ، فلما قضى بولَه أمرَ بِذَنُوبٍ مِنْ ماء فأُهَرِيقَ عَلَيْهِ » ، وفى لفظ ، فدعاه فقال : « إنّ المساجد لاتَصْلُحُ لِشْيء مِنْ هَذَا البَوْلِ والقذَر ، وإنَّما هِيَ لِذِكر اللهِ تعالى ، والصَّلاة وقِراءة القُرآنِ - أو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - وأمرَ رجلاً فَجَاءَ بِدَلْوٍ مِنْ ماء فشنَّهُ عَلَيْهِ » متفق عليه ، ولولا أن المنفصل طاهر لكان قد أمر بزيادة تنجسيه ، لأنه كان فى موضع فصار فى مواضع ، وإنما أراد النبى صلى الله عليه وسلم تطهير المسجد .

فإن قيل فقد رُوى عن ابن مُغَفّل أن النبى ﷺ : « قال خُذُوا مَا بَالَ عَلَيْهِ مِنَ التُّرابِ وَأهْرِيقُوا عَلَى مَكَانِه ماءً » ورَوى أبو بكر بن عَيّاش ، عن سمعان ، عن أبى وائل ، عن عبد الله ، عن النبى ﷺ قال : « فأَمَرَ بِهِ فَحُفِرَ » .

قلنا : ليست هذه الزيادة فى خبر مُتّصل ، قاله الخطّابىّ . وحديث ابن مُغَفّلٍ مُرسل . قال أبو داود : ابن مُغَفّل لم يُدرِكْ النبىَّ ﷺ . وحديث سمعان مُنكر . قاله الإمام ، وقال : ماأعرف سمعان ، ولأن البِلّة الباقية فى المحلّ بعد غسله طاهرة . وهى بعض المنفصل ، فكذلك المنفصل . وقولهم : إن النجاسة انتقلت إليه . قلنا : بعد طهارتها ، لأن الماء لو لم يُطهّرها لنجس بها حال مُلاقاته لها . ولو نجس بها لما طهُر المحلّ ، ولكان الباقى منه فى المحلّ نجساً . قال القاضى : إنما يُحكم بطهارة المنفصل إذا نُشِفت النجاسة ، وذهبت أجزاؤها ، ولم يبق إلا أثرها . فإن كانت أجزاؤها باقيةً طهر المحلّ ونجُس المنفصل .

وهـذا الشرط الذى ذكره لم أره عن أحمـد ولا يقتضيه كلام الخِرَقىّ ، ولا يصحّ . لأنه إن أراد ببقاء أجزائها بقاء رطوبتها ، فهو خـلاف الخبر . فإن قوله : فلما قضى بوله أمر بذنوب من ماء فأهريق عليه ، يدل على أنه صُبّ عليه عقيب فراغه منه ، وإن أراد بقاء البول متنقّعاً فلا فرق بينه وبين الرطوبة . فإنّ قليل البول وكثيره فى التنجيس سواء ، والرطوبة أجزاء تنجُس كما ينجُس المتنقّع فلا فرق إذاً .

فصـــل

وإن أصاب الأرض ماء المطر ، أو السيول فغمرها وجرى عليها . فهو كما لو صُبَّ عليها . لأن تطهير النجاسة لاتعتبر فيه نية ، ولا فعل ، فاستوى ماصبّه الآدمىّ وماجرى بغير صبّه . قال أحمد رحمه الله ، فى البول يكون فى الأرض فتمطر عليه السماء : إذا أصابه من المطر بقدر مايكون ذَنُوباً كما أمر النبى ﷺ أن يُصَبّ على البول فقد طهُر . وقال المروزىّ : سُئل أبو عبد الله عن ماء المطر يختلط بالبول ؟ فقال : ماء المطر عندى لايُخالط شيئاً إلا طهره إلا العَذِرَة ، فإنها تقطع . وسئل عن ماء المطر يُصيب الثوب ، فلم ير به بأساً ، إلا أن يكونَ بُبِلَ فيه بعد المطر . وقال : كل ماينزل من السماء إلى الأرض . فهو نظيف داسته الدوابّ ، أو لم تدسه. وقال فى الميزاب : إذا كان فى الموضع النظيف : فلا بأس بما قطر عليك من المطر ، إذا لم تعلم أنه قذر ، قيل له : فأسألُ عنه ؟ قال : لاتسأل ، ومادعاك إلى أن تسأل : وهو ماء المطر ؟ إذا لم يكن موضعَ مخرَج أوموضعَ قذر فلا تغسلْهُ . واحتجّ فى طهارة طين المطر بحديث الأعرابىّ الذى بال فى المسجد . قال إسحاق بن منصور ، وقال إسحاق بن راهَوَيْه كما قال أحمد . واحتجّ بأن أصحاب النبى ﷺ والتابعين كانوا يخوضون المطر فى الطرقات فلايغسلون أرجلهم لمّا غلب الماء القذر. وممن روى عنه : أنه خاض طين المطر وصلّى ، ولم يغسل رجليه : عمرُ ، وعلىّ رضى الله عنهما . وقال ابن مسعود : « كُنّا لانتَوضأ من مَوْطِئ »[1] ونحوه عن ابن عباس . وقال بذلك سعيد بن المسيّب وعلقمة ، والأسود ، وعبد الله بن مُغَفّل ، ومَعْقِل بن مُقَرِّن[2] ، والحسن ، وأصحاب الرأى ، وعوامّ أهل العلم ، لأن الأصل الطهارة ، فلا تزول بالشك .

فصـــل

ولاتطهر الأرض حتى يذهب لون النجاسة ورائحتُها . لأن بقاءهما دليل على بقاء النجاسة . فإن كانت مما لايزول لونها إلا بمشقة سقط عنه إزالتها ، كالثوب ، وكذلك الحكم فى الرائحة .

---

(١) الموطىء : مكان الوطء ، وهو المشى .

(٢) فى النسخ المطبوعة (عبد الله بن مغفل بن مقرن ، والصحيح عبد الله بن مغفل ومعقل بن مقرن ، والذى سبب إسقاط الواو ومابعدها سهو الناسخ ، لأن أصل الكلام ومعقل بن مقرن ، فاشتبهت مغفل بمعقل فترك الناسخ معقلا والواو .

فصـــــل

إذا كانت النجاسـة ذات أجزاء متفرّقة كالرميم ، والرّوْث ، والدم ، إذا جفّ فاختلطت بأجـزاء الأرض لم تطهُر بالغسـل . لأن عينهـا لاتنقلب ، ولا تطهر إلا بإزالة أجزاء المـكان بحيثُ يتيقّن زوال أجزاء النجاسة . ولو بادر البولَ وهو رطب فقلع الترابَ الذى عليه أثره ، فالبـاق طاهر . لأن النجس كان رطباً ، وقد زال . وإن جفّ فأزال ماوُجد عليه الأثرُ لم يطهُر . لأن الأثر إنما يَبِينُ[1] على ظـاهر الأرض ، لـكن إن قَلَع ماتيقّن به زوالَ ماأصابه البول فالباقى طاهر .

فصـــــل

ولاتطهر الأرض النجسة بشمس ولا ريح ولا جفاف . وهذا قول أبى ثور ، وابن المنذر ، والشافعىّ فى أحد قوليه . وقال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن : تطهر إذا ذهب أثرُ النجاسة . وقال أبوقِلاَبة : جُفوف الأرض طُهورها ، لأن ابن عمر روى « أنّ الـكِلاَبَ كانت تَبُولُ وتُقْبِلُ وتُدْبِرُ فى المَسْجِدِ فَلَمْ يَـكُونُوا يَرُشُّونَ شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ » أخرجه أبو داود .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « أَهْرِيقُوا عَلَى بَوْلِهِ سَجْلاً مِنْ مَاءٍ» والأمر يقتضى الوجوب[2] ولأنه محـل نجس فـلم يطهر بغير الغسـل كالثياب . وأما حديث ابن عمر فرواه البخـارىّ ، وليس فيـه ذكـر البول . ويحتمل أنه أراد أنها كانت تبول ثم تُقبل وتدبر فى المسجد . فيـكون إقبالهـا وإدبارها فيـه بعد بولهـا .

فصـــــل

ولا تطهر النجاسة بالاستحالة ، فلو أحرق السرجين النجس فصار رماداً ، أو وقع كلب فى ملاحة فصار ملحاً لم تطهر ، لأنها نجاسة لم تحصل بالاستحالة[3] . فلم تطهر بها كالدم إذا صار قيحـاً أو صديداً . وخرج عليه الخمر فإنه نَجُس بالاستحالة فجاز أن يطهُر بها .

---

(١) يبين : يظهر ويرى . وقد قال بعض المعلقين : لعل كلمة يبين محرفة ، وأن صحتها يبق ، ولا أرى فيها تحريفاً وقد شرحتها .

(٢) يرى ابن تيمية أن الشمس والهواء يطهران الأرض وينبغى تقييد ذلك بما إذا كانت النجاسة ماء ، أما إذا كان غائطاً واختلط بالأرض ثم ضربتها الشمس ، ولفحها الهواء ، فإن ذلك لايطهرها .

(٣) ينبغى القول بأن الاستحالة تطهر ، لأن الشىء النجس تغير وأصبح شيئاً آخر ، فلا تـكون النجاسة داخلة فيه ولا يلاحظ حكمها معه . وقد قال ابن تيمية إن الاستحالة تجلب الطهارة للشىء النجس إذا استحال إلى شىء آخر . وقد قال الإمام الشافعى ، إن الخمر إذا استحالت إلى خل طهرت وطهر دنها تبعاً لها ، واستحالة الدم إلى لبن ، وإلى بيض وإلى حيوان تطهره فلا داعى للتشدد والقول بأن الاستحالة لاتطهر .

فصـــل

والمنفصل من غُسالة النجاسة ينقسم إلى ثلاثة أقسام .

أحدهـا : أن ينفصل متغيّراً بهـا فهو نجس إجماعاً . لأنه متغيّر بالنجاسـة ، فـكان نجساً كما لو وردت عليه .

الثـانى : أن ينفصل غير متغيّر قبـل طهارة المحل ، فهو نجس أيضـاً . لأنه ماء يسير لاقى نجاسـة لم يُطهرّها . فـكان نجساً كالمتغيّر ، وكالباقى فى المحلّ ، فإن الباقى فى المحلّ نجس . وهو جزء من المـاء الذى غُسلت به النجاسة ، ولأنه كان فى المحل نجساً وعَصْرُه لايجعله طاهراً .

الثـالث : أن ينفصـل غير متغيّر من الغَسلة التى طهّرت المحلّ ، ففيه وجهان أصحهما : أنه طـاهر . وهو قول الشـافعىّ ، لأنه جزء من المتّصل . والمتصـل طـاهر فـكذلك المنفصل . ولأنه ماء أزال حـكم النجاسة ولم يتغيّر بهـا ، فـكان طاهراً كالمنفصل من الأرض .

والثانى : هو نجس . وهو قول أبى حنيفة ، لأنه ماء يسير لاقى نجاسةً فنجُس بها كما لو وردت عليه . وإذا حكمنا بطهارته ، فهل يكون طَهُوراً ؟ على وجهين :

(أحدها) يكون طَهُوراً . لأن الأصل طَهُوريته ، ولأن الحَدث فيه لم يُنجسه ، ولم يُغيّره ، فلم تزل طَهُوريتّه كما لو غَسل به ثوباً طاهراً .

(والثانى) أنه غير مُطهرّ : لأنه أزال مانعاً من الصلاة ، أشبه مارفع به الحدث .

فصـــل

إذا جمع المـاء الذى أزيلت به النجاسة قبل طهارة المحل ، وبعده فى إناء واحد ، وكان دون القلتين . فالجميع نجس ، تغيّر ، أو لم يتغيّر . وقال بعض أصحـاب الشافعىّ : هو طاهر ، لأنه ماء أُزيلت به النجاسة ، ولم يتغيّر بها ، فأشبه ماء الغسلة التى طهّرت المحلّ .

ولنـا : أنه اجتمع المـاء النجس ، والطاهر ، وهو يسير ، فـكان نجساً . كما لو اجتمع مع ماء غير الذى غُسل به المحلّ .

« مسألة » قال ﴿ وإذا نسى فصلّى بهم جُنُباً أعاد وحده ﴾ .

وجملته : أن الإمام إذا صلّى بالجماعة مُحدثاً ، أو جنباً ، غير عالم بحدثه ، فلم يعلم هو ، ولا المأمومون . حتى فرغوا من الصلاة ، فصلاتهم صحيحة ، وصلاة الإمام باطـلة . رُوى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وعلى ، وابن عمر رضى الله عنهم . وبه قال : الحسن ، وسعيـد بن جُبَـير ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وسليمان بن حرب ، وأبو ثور . وعن علىّ أنه يُعيد ويُعيدون . وبه قال ابن سيرين ، والشعبى ، وأبو حنيفة وأصحابه ، لأنه صلى بهم مُحدثاً أشبه مالو علم .

ولنـا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم . رُوى أن عمر رضى الله عنه صلّى بالنـاس الصبح ، ثم خرج إلى الْجُرُف [(1)] ، فأهْراقَ الماء ، فوجد فى ثوبه احتلاماً . فأعاد ولم يعيدوا . وعن محمد بن عمرو بن الْمُصْطَلِق الْخُزَاعِىّ ، أنّ عثمان صلَّى بالناس صلاة الفجر ، فلما أصبح وارتفع النهار ، فإذا هو بأثَر الجنابة . فقـال : كبرت والله ، كبرت والله ، فأعاد الصلاة ، ولم يأمرهم أن يُعيدوا . وعن علىّ أنه قال : إذا صـلَّى الْجُنُب بالقوم فأتم بهم الصلاة آمره أن يغتسل ويُعيد ، ولا آمرُهم أن يُعيدوا . وعن ابن عمر : أنه صلَّى بهم الغداة ثم ذكر أنه صلى بغـير وضوء ، فأعاد ، ولم يُعيدوا ، رواه كله الأثرم . وهـذا فى محلّ الشُّهْرَة ولم يُنقل خلافه ، فـكان إجماعاً ، ولم يثبت مانقل عن علىّ فى خلافه . وعن البراء بن عازب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا صَلَّى الْجُنُبُ بِالْقَوْمِ أَعَادَ صَلَاتَهُ وَتَمَّتْ لِلْقَوْمِ صَلَاتُهُمْ » أخرجه أبو سليمان محمـد بن الحسن الْحَرّانىّ فى جُزْء ، ولأن الحدث مما يخفى ، ولا سبيل للمأموم إلى معرفته من الإمام ، فـكان معذوراً فى الاقتداء به ، ويُفارق ماإذا كانـ على الإمام حدثُ نفسه ، لأنه يكون مستهزئاً بالصلاة ، فاعلاً لمـا لايحلّ . وكذلك إن علم المأموم ، فإنَّه لاعُذر له فى الاقتداء به ، وقياس المعذور على غيره لاتصحّ ، والحكم فى النجاسة كالحـكم فى الحـدث سواء ، لأنها إحدى الطهارتينـ ، فأشبهت الأخرى ، ولأنهـا فى معناها فى خفائها على الإمام والمأموم ، بل حـكم النجاسة أخفّ ، وخَفاؤها أكثرُ ، إلا أنَّ فى النجاسة روايةً أخرى أنَّ صلاة الإمام تصحّ أيضاً إذا نَسِيهاَ .

فصـــل

إذا علم بحدث نفسه فى الصلاة ، أو علم المأمومون لزمهم استئناف الصلاة ، نصّ عليـه . قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن رجل صلَّى بقوم ، وهو غيرُ طاهر بعض الصلاة فذكر ؟ قال : يُعجبنى أن يبتدئوا الصلاة ، قلت له : يقول لهم استأنفوا الصلاة ؟ قال : لا ، ولـكن ينصرفُ ويتـكلّم ويبتدئون هم الصلاة . وقال ابن عقيل : فيه عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : إذا علم المأمومون أنهم يبنون على صلاتهم . وقال الشافعىّ : يبنون على صلاتهم ، سواء علم بذلك ، أو علم المأمومون . لأنـ مامضى من صلاتهم صحيح ، فـكان لهم البناء عليه ، كما لو قام إلى خامسة فسبّحوا به فلم يرجع .

ولنـا : أنه ائتمَّ بمنـ صلاتُه فاسدة مع العلم منهما ، أو من أحـدهما ، أشبه مالو ائتمَّ بامرأة ، وإنّما خولف هذا فيما إذا استمرَّ الجهلُ منهما للإجماع ، ولأن وجوب الإعادة على المأمومين حال استمرار الجهل يشقُّ لتفرُّقهم ، بخلاف ماإذا علموا فى الصلاة ، وإن علم بعض المأمومين دون بعض . فالمنصوص أن صلاة الجميع تفسُد ، والأولى أن يختص البطلانُ بمن علم دون من جَهِل ، لأنه معنًى مُبطلٌ اختص به ، فاختصّ بالبطلان كحَدَثِ نفسه .

---

(١) الجرف : موضع قرب مكة .

فصـــــل

إذا اختلَّ غيرُ ذلك من الشروط فى حق الإمام ، كالستارة[1] واستقبال القبلة ، لم يُعف عنــه فى حق المـأموم . لأن ذلك لايخفى غالباً ، بخلاف الحدث والنجاسة . وكذا إن فسدت صلاته لترك ركن فسدت صلاتُهم ، نصَّ عليه أحمد فيمن ترك القراءة يُعيد ويُعيدون ، وكذلك فيمن ترك تكبيرة الإحرام .

فصـــــل

وإن فسدت لفعل يُبطل الصلاةَ ، فإن كان عن عمد أفسد صلاة الجميـع ، وإن كان عن غـير عمد لم تفسُد صلاة المـأمومين ، نص عليه أحمد فى الضحك أنه يُبطل صـلاة الإمام ولا تَفْسُد صلاة المـأمومين .

وعن أحمد فيمن سبقه الحدث روايتان :

إحـداهما : أن صلاة المأمومين تفسُد لأنه أمرٌ أفسد صلاةَ الإمام ، فأفسد صـلاة المـأمومين كترك الشرط . وقد ثبت هذا الحـكم فى الشرط بما رُوى عن عمر رضى الله عنه : أنه صلَّى بالنـاس المغرب ، فلم يسمعوا له قراءةً ، فلما قضى صلاته قالوا : ياأمير المؤمنين كأنك خَفَضْتَ من صوتك . قال : وما سمعتم ؟ قالوا : ماسمعنا لك قراءة . قال : فما قرأت فى نفسى ، شغلتنى عيرٌ جهزّتها إلى الشام . ثم قال : لاصلاة إلا بقراءة ، ثم أقام فأعاد ، وأعاد الناس ، والصحيح الأوَّل . لأن عمر رضى الله عنه لـما طُعن وهو فى الصلاة أخذ بِيَدِ عبد الرحمن بن عَوْفٍ فقدَّمه ، فأتمَّ بهم الصـلاة ، ولو فسدت صـلاتُهم للزمهم استئنافهـا ، ولا يصح القياسُ على ترك الشرط ، لأنَّ الشرط آكدُ ، بدليل أنه لايُعفى عنه بنسيان بخلاف المبطل

فصـــــل

إذا سبقَ الإمامَ الحدثُ فله أن يستخلف من يُتِمُّ بهم الصلاة . رُوى ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وعلقمة ، وعطاء ، والحسن ، والنخعىّ ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وحُـكى عن أحمد رواية أخرى : أنَّ صـلاة المـأمومين تَبطُل ، لأنّ أحمـد قال : كنتُ أذهب إلى جواز الاستخلاف وجَبُنْتُ عنه .

وقال أبو بكر : تبطل صـلاتهم رواية واحدة ، لأنه فقـد شرط صحـة الصلاة فى حق الإمام ، فبطلت صلاة المأموم ، كما لو تعمّد الحدَث .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه لما طُعِنَ أخذ بيد عبد الرحمن بن عوف فقدّمه ، فأتمّ بهم الصلاة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة وغيرهم ، ولم ينكره منكر ، فـكان إجماعاً . وقد احتجّ أحمد بقول عمر ، وعلىّ ، وقولُهما عنده حجّة فلا مَعْدِل عنه . وقول أحمد : جَبُنْتُ عنه ، إنّما يدلّ على التوقّف ، وتوقّفه مَرَّةً لايُبطل ماانعقد الإجماع عليه . وإذا ثبت هذا فإن للإمام أن يستخلف من يُتمّ بهم الصلاة ، كما فعل

---

(١) الستارة : الثوب ونحوه مما يستر العورة فى الصلاة .

عمر رضى الله عنه . وإن لم يستخلف فقدم المأمومون منهم رجلا فأتمّ بهم جاز . وإن صلّوا وحداناً جاز . قال الزهرىّ فى إمام ينوبهُ الدم ، أو رُعِف ، أو يجـد مَذْيًا : ينصرفُ ، وليقُلْ : أتمُّوا صلاتكم . وقال الشافعىّ فى آخر قوليه : الاختيار أن يُصَلِّى القومُ فرادى ، إذا كان ذلك . ولعل توقُّف أحمـد ، إنما كان فى الاستخلاف ، لافى صحة صلاة المأمومين ، فإنَّه قد نص على أن صلاة المأمومين لاتفسُد بضحك الإمام ، فهذا أولى . وإن قَدَّمت كل طائفة من المأمومين لهم إماماً يُصلِّى بهم ، فقياس المذهب جوازه ، وهو مذهب الشافعىّ . وقال أصحاب الرأى : تفسُد صلاتهم كلِّهم .

ولنـا : أن لهم أن يصلُّوا وُحْدَانًا ، فـكان لهم أن يقدّموا رجالا ، كحالة ابتـداء الصلاة . وإن قدم بعضهم رجلا وصلَّى الباقون وُحْدَانًا جاز .

فصـــــل

فأما الذى سبقه الحدث فتبطل صلاته ويلزمه استئنافها . قال أحمد : يُعْجِبُنِى أن يتوضأ ، ويستقبل ، هذا قول الحسن ، وعطاء ، والنخعى، ومكحول . وعنأحمد أنه يتوضأ ويبنى . رُوى ذلك عنابن عمر ، وابن عباس ، لما رُوى عن عائشة أن النبىّ ﷺ قال : « مَنْ قَاءَ أَوْ رُعِفَ فى صَلاَتِهِ فَلْيَتَوَضَّأْ ، وَلْيَبْنِ عَلَى مَامَضَى مِنْ صـلاتِهِ » . وعنه رواية ثالثة : إن كان الحدث من السبيلين ابتدأ ، وإن كان من غيرهما بَنَى ، لأن حكم نجاسة السبيل أغلظ . والأثر إنما ورد بالبناء فىالخارج من غيرالسبيل ، فلايُلحق به ماليس فى معناه . والصحيح الأول . لمـا رَوى علىّ بن طَلْقٍ قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا فَسَا أَحَدُكُمْ فى صلاَتِهِ فَلْيَنْصَرِفْ فَلْيَتَوَضَّأْ وَلْيُعِدْ صلاَتَهُ » رواه أبو داود والأثرم . وعن علىّ بن أبى طـالب رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ كان قائماً يصلِّى بهم فانصرف ، ثم جاء ورأسُه يقطُرُ ، فقـال : « إِنِّى قُمْتُ بِكُمْ ثمّ ذَكَرْتُ أَنِّى كُنْتُ جُنُبًا ، وَلَمْ أَغْتَسِلْ ، فَانْصَرَفْتُ فَاغْتَسَلْتُ ، فَمَنْ أَصَابَهُ مِنْكُمْ مِثْلُ الذِى أَصَابَنِى أَوْ أَصَابَهُ فى بَطْنِهِ رِزٌّ فَلْيَنْصَرِفْ ، فَلْيَغْتَسِلْ ، أَو لِيَتَوَضَّأْ وَلْيَسْتَقْبِلْ صلاَتَهُ » رواه الأثرم . ولأنه فقد شرط الصلاة فىأثنائها على وجه لايعود إلابعد زمن طويل ، وعمل كثير ففسدت صلاته ، كما لو تنجَّس نجاسةً يحتاج فى إزالتها إلى مثـل ذلك ، أو انـكشفت عورته ، ولم يجد السترة إلا بعيدةً منه ، أو تعمد الحدث ، أو انقضت مدة المسح ، وحديثهم ضعيف .

فصـــــل

قال أصحابنـا : يجوز أن يستخلف من سُبِقَ ببعض الصلاة ، ولمن جاء بعد حـدث الإمام ، فيبنى على مامضى من صلاة الإمام من قراءة ، أو ركعة ، أو سجدة ، ويقضى بعـد فراغ صلاة المأمومين . وحُـكى هـذا القول عن عمر ، وعلىّ ، وأكثرمن وافقهمـا فى الاستخـلاف . وفيه رواية أخرى أنه مخيَّر بين

أن يبنيَ ، أو يبتدىء . قال مالك : ويصلى لنفسه صلاةً تامّةً ، فإذا فرغوا من صلاتهم قعدوا ، وانتظروه ، حتى يُتِم ويُسلّم معهم ، لأن اتباع المأمومين للامام أولى من اتباعه لهم ، فإنّ الإمام إنما جُعل ليُؤتمّ به . وعلى كلتا الروايتين إذا فرغ المأمومون قبل فراغ إمامهم ، وقام لقضاء مافاته فإنّهم يجلسون ، وينتظرونه حتى يُتِمّ ويُسلّم بهم ، لأن الإمام ينتظر المأمومين فى صلاة الخوف ، فانتظارهم له أولى . وإن سلموا ولم ينتظروه جاز . وقال ابن عقيل يَسْتَخلِفُ من يُسلّم بهم ؛ والأولى انتظارُه . وإن سلّموا لم يحتاجوا إلى خليفة ، فإنه لم يبق من الصلاة إلا السلام ، فلا حاجة إلى الاستخلاف فيه ، ويقوى عندى : أنه لايصح الاستخلاف فى هذه الصورة . لأنه إن بنى جلس فى غير موضع جلوسه ، وصار تابعاً للمأمومين . وإن ابتدأ جلس المأمومون فى غير موضع جلوسهم ، ولم يرد الشرع بهذا . وإنما ثبت الاستخلاف فى موضع الإجماع حيث لم يحتج إلى شىء من هذا ، فلا يُلحق به ماليس فى معناه ، والله أعلم .

فصــــل

وإذا استخلف من لايَدرى كم صلّى ؟ احتمل أن يبنى عَلَى اليقين . فإن وافق الحق وإلا سبّحوا به ، فرجع إليهم ، ويسجدُ للسهو . وقال النخعىّ : ينظر مايصنع من خلفه . وقال الشافعىّ : يتصنّع ، فإن سبّحوا به جلس ، وعلم أنها الرابعة . وقال الأوزاعىّ : يصلّى بهم ركعة . لأنه تيقن بقاء ، ركعة ، ثم يتأخّر ويقدم رجُلاً يُصلّى بهم مابقى من صلاتهم . فإذا سلّم قام الرجل فأتمّ صلاتَه . وقال مالك : يصلّى لنفسه صلاةً تامّةً . فإن فرغوا من صلاتهم قعدوا ، وانتظروه . والأقوال الثلاثة الأولى متقاربة .

ولنا : على أنه لايستخلف : أنه إن شك فى عدد الركعات فلم يَجُزْ له الاستخلاف لذلك ، كغير المستخلف .

ولنا : على أنه يبنى عَلَى اليقين : أنه شكٌّ من لاظنّ له ، فوجب البناء على اليقين كسائر المصلين :

فصــــل

ومن أجاز الاستخلاف ، فقد أجاز نقل الجماعة إلى جماعة أخرى للعُذر . ويشهد لذلك : أن النبى صلى الله عليه وسلم : « جَاءَ وأبو بَكْرٍ فِي الصَّلاَةِ ، فَتَأخّرَ أبو بَكْرٍ ، وتقدم النبى صلى الله عليه وسلم فأتمّ بهم الصلاةَ » وفعل هذا مرة أخرى « جَاءَ حَتَّى جَلَسَ إلَى جَانِبِ أبى بَكْرٍ عَنْ يَسَارِهِ ، وأبو بَكْرٍ عَنْ يَمِينِهِ قائمٌ ، يأتمّ بالنبىّ ﷺ ويأتمّ الناس بأبى بَكْرٍ » وكلا الحديثين صحيح متفق عليهما ، وهذا يَقوّى جواز الاستخلاف والانتقال من جماعة إلى جماعة أخرى حال العذر .

فيخرج من هذا : أنه لو أدرك اثنان بعض الصلاة مع الإمام . فلما سلّم الإمام ائتمّ أحدهما بصاحبه ، ونوى الآخر إمامته : أن ذلك يصحّ . لأنّه فى معنى الاستخلاف ، ومن لم يُجز الاستخلاف لم يُجز ذلك .

ولو تخلّف إمام الحىّ من الصـلاة لِغَيْبَةٍ ، أو مرض ، أو عُـذر ، وصلّى غـيره وحضر إمام الحىّ فى أثنـاء الصلاة ، فتأخرّ الإمامُ وتقدّم إمام الحىّ ، فبنى على صلاة خليفته ،كما فعـل النبى صلى الله عليه وسلم وأبو بـكر ، ففى ذلك وجهان :

أحـدهما : يجـوز : لأن النبى ﷺ فعله ، فيجوز لغيره أن يفعل مثل فعله .

والثـانى : لايجوز : لاحتمال أن يـكون ذلك خاصًّا بالنبىّ صـلى الله عليه وسـلم ، لعدم مساواة غيره له فى الفضل .

فصـــل

إذا وجـد المُبْطِلُ فى المأموم دون الإمام ، مثـل أن يـكون المأموم مُحدثاً ، أونجساً ، ولم يعلم بذلك إلا بعد فراعه من الصلاة ، أو سبقه الحدث فى أثناء الصـلاة ، أو ضحك ، أو تـكلّم ، أو ترك ركنـاً ، أو غير ذلك من المبطـلات . ولم يـكن مع الإمام من تنعقد به الصـلاة سواه . فقياس المذهب : أن حكمه حـكم الإمام معه على مافصّلناه . لأن ارتباط صلاة الإمام بالمأموم كارتباط صلاة المأموم بالإمام ، فما فسد ثَمَّ فسد ههنا ، وما صحّ ثَمّ صحّ ههنا .

فصـــل

قال أحمد رحمه الله فى رجلين أَمَّ أحدهما صاحبه فَشَمّ كل واحد منهما ريحاً ، أو سمع صوتاً يعتقد أنه من صاحبه ، وكل يقول : ليس منى : يتوضآن ويصليـان ، إنما فسدت صلاتهما . لأن كل واحد منهمـا يعتقد فساد صلاة صاحبه ، وأنه صار فذًّا ، وهذا على الرواية التى تقول بفساد صـلاة كل واحد من الإمام والمأموم بفساد صلاة صاحبه لـكونه صار فذاً .

وعلى الرواية المنصوصة : ينوى كل واحد منهما الانفراد ، ويُتِمّ صلاته . ويحتمل أنه إنما قضى بفساد صلاتهما إذا أتّما الصـلاة على ما كان عليه من غير فسخ النيّة . فإنّ المـأموم يعتقد أنه مُؤْتمّ بمُحـدث ، والإمام يعتقد أنه يَؤُمّ مُحدثاً ، وأما الوضوء فلعل أحمد رحمه الله إنمـا أراد بقوله : « يتوضآن » لتصحّ صلاتهما جماعةً . إذ ليس لأحدهما أن يأتمّ بصاحبه ، أويَؤُمّه مع اعتقاد حدثه . ولعله أمر بذلك احتياطاً . أما إذا صليا منفردين فإنّه لايجب الوضوء على واحد منهما لأن يقين الطهارة موجود فى كل واحد منهما . والحدث مشكوك فيه ، فلا يزول اليقين بالشك .

فصـــل

ونُقل عن أحمـد فى إمامٍ صلّى بقوم فشهد اثنان عن يمينه أنّه أحدث ، وأنـكر الإمام ، وبقيـة

المأمومين : يُعيد ، ويعيدون ، وهذا لأنّ شهادتهما إثبــات يقدّم على النفى لاحتمال علمهما به ، مع خفائه عنه ، وعن بقية المأمومين .

وقوله : « يُعيدون » لأن المأمومين متى علم بعضهم بحدث إمامهم لزمت الجميع الإعادة على المنصوص ، ويحتمل أن تختص الإعادة مَنْ علم دون غيره على ماتقدَّم ، والله أعلم[1] .

---

(١) الأعذار المبيحة للاستخلاف فى الصلاة تتجمع أسبابها فى عجزه عن إتمام الصلاة وأمثلة ذلك :

(أ) أن يحصل للإمام مرض شديد .

(ب) أن يحصل له عجز عن ركن قولى ، كقراءة الفاتحة ، أو واجب قولى كتسبيحات الركوع و السجود .

فإن حصل من ذلك ونحوه جاز له أن يستخلف واحداً بدله ، سواء كان من المقتدين به أو من غيرهم ليتم بهم الصلاة ، وليس من الأعذار المبيحة للاستخلاف عنـد الحنابلة ، سبق الحدث للإمام ، لأن صلاته تبطل به ، ويترتب على ذلك بطلان صلاة المأمومين ، فيبتدئون صلاة جديدة . أما عنـد الشافعية ، فعلم الإمام بحدث نفسه مطلقاً مبيح له الاستخلاف ، سواء سبقه الحدث ، أوكان ناسياً أنه محدث فتذكر ذلك. كما أن للإمام أن يستخلف غيره لإتمام الصلاة بالمأمومين من غير سبب ، بشرط أن يكون الخليفة صالحاً لإمامة هذه الصلاة ، وللمأمومين أن يستخلفوا من يروه لإتمام الصلاة بهم . أما عنـد الحنابلة فلا يجوز للمأمومين استخلاف أحد غير الذى استخلفه الإمام ، لكن إذا خرج من الصلاة لعذر ولم يستخلف ، فللمأمومين استخلاف إمام يكمل بهم الصلاة .

باب الساعات التى نهى عن الصلاة فيها

روى ابن عباس قال : « شهد عنـدى رجال مَرْضِيُّونَ — وأرضاهم عندى عمر رضى الله عنه — أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تُشْرِقَ الشمس ، وبعد العصر حتى تغرُبَ الشمس » . وعن أبى سعيد قال : قال رسول الله ﷺ : « لاصَلاَةَ بَعْدَ الصُّبحِ حَتَّى تَرْتَفِعَ الشَّمْسُ ، وَلاَ صَلاَةَ بَعْدَ العَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ » متفق عليهما . وفى لفظ : « بَعْدَ صَلاةِ الفَجْرِ وَبَعْدَ صَلاةِ العَصْرِ » رواه مسلم . وعن أبى هريرة مثلُ حديث عمر ، إلا أنه قال : « وَعَنِ الصَّلاَةِ بَعْدَ الصُّبحِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ » . وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول صلى الله عليه وسلم : « إِذَا بَدَا حَاجِبُ الشَّمْسِ فَأَخِّرُوا الصَّلاَةَ حَتَّى تَبْرُزَ ، وَإِذَا غَابَ حَاجِبُ الشَّمْسِ فأَخِّرُوا الصَّلاَةَ حَتَّى تَغِيبَ » رواهما مسلم . وعن عُقبة بن عامر قال : « ثَلاَثُ سَاعَاتٍ كَانَ رَسُولُ الله ﷺ يَنْهَانَا أَنْ نُصَلِّيَ فِيهِنَّ ، أو أَنْ نَقْبُرَ فِيهِنَّ مَوْتَانَا : حِينَ تَطْلُعُ الشَّمْسُ بَازِغَةً حَتَّى تَرْتَفِعَ ، وَحِينَ يَقُومُ قَائِمُ الظَّهِيرَةِ حَتَّى تَمِيلَ ، وَحِينَ تَتَضَيَّفُ الشَّمْسُ للغُروب حَتَّى تَغْرُبَ » وعن عمرو بن عَبَسَة قال : قلت يارسول الله ، أخبرنى عن الصلاة ، قال : صَلِّ صَلاَةَ الصُّبحِ ، ثم أَقْصِرْ عَنِ الصَّلاةِ حِينَ تَطْلُعُ الشَّمْسُ حَتَّى تَرْتَفِعَ ، فإِنَّهَا تَطْلُعُ حِينَ تَطْلُعُ بَيْنَ قَرْنَىْ شَيْطَانٍ ، وحِينَئِذٍ يَسْجُدُ لَهَا الكُفَّارُ ، ثمَّ صَلِّ فإِنَّ الصَّلاةَ مَحْضُورَةٌ مَشْهُودَةٌ ، حَتَّى يَسْتَقِلَّ الظِّلُّ بالرُّمْحِ ، ثم أَقْصِرْ عَنِ الصَّلاةِ فَإِنَّ حِينَئِذٍ تُسْجَرُ جَهَنَّمُ ، فإِذَا أَقْبَلَ الفَيْءُ ، فَصَلِّ فَإِنَّ الصَّلاةَ مَشْهُودَةٌ مَحْضُورَةٌ ، حَتَّى تُصَلِّيَ العَصْرَ ، ثمَّ أَقْصِرْ عَنِ الصَّلاةِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَإِنَّهَا تَغْرُبُ بَيْنَ قَرْنَىْ شَيْطَانٍ ، وَحِينَئِذٍ يَسْجُدُ لَهَا الكُفَّارُ » رواهنَّ مسلم .

« مسألة » قال أبو القاسم : ﴿ ويقضى الفوائت من الصلوات الفرض ﴾ .

وجملته : أنه يجوز قضاء الفرائض الفائتة فى جميع أوقات النهى وغيرها . رُوى نحو ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، وغير واحد من الصحابة . وبه قال أبو العالية ، والنخعىّ ، والشعبىّ ، والحكم ، وحمّاد ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال أصحاب الرأى : لا تُقضَى الفوائت فى الأوقات الثلاثة التى فى حديث عُقبة بن عامر ، إلا عَصْرُ يومه يُصَلِّيها قبل غُروب الشمس ، لعموم النهى وهو متناول للفرائض ، وغيرها . ولأن النبى ﷺ لمّا نَامَ عن صلاة الفجر حتَّى طلعت الشمس أَخَّرها حتَّى ابيضَّت الشمسُ ، متفق عليه ، ولأنها صلاةٌ ، فلم تَجُز فى هذه الأوقات كالنوافل .

وقد رُوى عن أبى بـكر رضى الله عنـه : « أَنَّهُ نَامَ فِى دَالِيَةٍ[1] فَاسْتَيْقَظَ عِنْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ ، فَانْتَظَرَ حَتَّى غَابَتِ الشَّمْسُ ، ثُمَّ صَلَّى » . وعن كعب — أحسبه ابن عُجْرة — « أَنَّهُ نام حتى طلع قرنُ الشمس فأجلسه ، فلمَّا أن تعالت الشمسُ قال له : صَلِّ الآنَ » .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَنْ نَامَ عَنْ صَلاَةٍ أَوْ نَسِيهَا فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا » متفق عليـه . وفى حديث أبى قتادة : « إِنَّمَا التَّفْرِيطُ فِى الْيَقَظَةِ عَلَى مَنْ لَمْ يُصَلِّ الصَّـلاَةَ حَتَّى يَجِىءَ وَقْتُ الْأُخْرَى ، فَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَلْيُصَلِّهَا حِينَ يَنْتَبِهُ لَهَا » متفق عليه ، وخـبر النهى مخصوص بالقضاء فى الوقتين الآخرَين ، وبعصر يومه ، فنقيس محلّ النزاع على المخصوص ، وقياسهم منقوض بذلك أيضاً . وحديث أبى قتادة يدلّ على جواز التأخير ، لا على تحريم الفعل .

فصـــل

ولو طلعت الشمس وهو فى صـلاة الصبح أتمَّهـا . وقال أصحـاب الرأى : تفسُـد ، لأنهـا صارت فى وقت النهى .

ولنـا : ماروى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إِذَا أَدْرَكَ أَحَدُكُمْ سَجْدَةً مِنْ صَـلاَةِ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغِيبَ الشَّمْسُ فَلْيُتِمَّ صَلاَتَهُ ، وَإِذَا أَدْرَكَ سَجْدَةً مِنْ صَـلاَةِ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَلْيُتِمَّ صَلاَتَهُ » متفق عليه ، وهذا نص فى المسألة يقدّم على عموم غيره .

فصـــل

ويجوز فعل الصلاة المنذورة فى وقت النهى ، سواء كان النذر مطلقاً أو مؤقتاً . وقال أبو حنيفة : لايجوز ، ويتخرج لنا مثله بناء على صوم الواجب فى أيام التشريق .

ولنـا : أنها صـلاة واجبة . فأشبهت الفوائت من الفرائض وصلاة الجنازة ، وقد وافقنا فيه فيما بعـد صلاة العصر وصلاة الصبح .

« مسألة » قال ﴿ ويركع للطواف ﴾ .

يعنى فى أوقات النهى . وممن طاف بعد الصبح والعصر وصلَّى ركعتين : ابن عمر ، وابن الزبير ، وعطاء ، وطاوس ، وفعله ابن عباس ، والحسن ، والحسين ، ومجاهد ، والقاسم بن محمد . وفعله عُروة بعد الصبح . وهذا مذهب عطاء ، والشافعىّ ، وأبى ثور . وأنـكرت طائفة ذلك . منهم أبو حنيفة ، ومالك . واحتجُّوا بعموم أحاديث النهى .

---

(١) الدالية هنا : شىء يتخذ من خوص يشد فى رأس جذع طويل .

ولنا : ماروى جُبَيْرُ بنُ مُطْعِمٍ أن رَسُول الله صلى الله عليه وسلم قال : «يَا بَنِى عَبْدِ مَنَافٍ ، لا تَمْنَعُوا أَحَداً طَافَ بِهَذَا البَيْتِ وَصَلَّى فى أَىِّ سَاعَةٍ شَاءَ مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ » رواه الأثرم ، والترمذىّ ، وقال : حديث صحيح ، ولأنه قول من سمّينا من الصحابة ، ولأن ركعتى الطواف تابعة له [1] . فإذا أبيح المتبوع ينبغى أن يُباح التبَع . وحديثهم مخصوص بالفوائت . وحديثنا لاتخصيص فيه ، فيكون أولى .

« مسألة » قال ﴿ ويصلِّى على الجنازة ﴾ .

أما الصلاة على الجنازة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، وبعد العصر حتى تميل للغروب ، فلا خلاف فيه . قال ابن المنذر : إجماع المسلمين فى الصلاة على الجنازة بعد العصر والصبح ، وأما الصلاة عليها فى الأوقات الثلاثة التى فى حديث عُقبة بن عامر فلا يجوز . ذكرها القاضى وغيره . قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن الصلاة على الجنازة إذا طلعت الشمس ؟ قال : أما حين تطلع فما يُعجبنى ، ثم ذكر حديث عُقبة بن عامر ، وقد رُوى عن جابر ، وابن عمر نحوُ هذا القول ، وذكره مالك فى الموطأ ، عن ابن عمر . وقال الخطّابىّ : هذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : إن الصلاة على الجنازة تجوز فى جميع أوقات النهى ، وهذا مذهب الشافعىّ ، لأنها صلاة تُباح بعد الصبح ، والعصر . فأبيحت فى سائر الأوقات كالفرائض .

ولنا : قول عُقبة بن عامر « ثَلَاثُ سَاعَاتٍ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يَنْهَانَا أَنْ نُصَلِّىَ فِيهِنَّ وَأَنْ نَقْبُرَ فِيهِنَّ مَوْتَانَا » وذكره مقروناً بالدفن دليل على إرادة صلاة الجنازة . ولأنها صلاة من غير الصلوات الخمس ، فلم يجز فعلها فى هذه الأوقات الثلاثة كالنوافل المطلقة . وإنما أُبيحت بعد الصبح والعصر لأن مدتهما تطول ، فالانتظار يُخاف منه عليها ، وهذه مُدتها تقصُر . وأما الفرائض فلا يُقاس عليها لأنها آكدُ ، ولا يصح قياس هذه الأوقات الثلاثة على الوقتين الآخرين ، لأن النهى فيها آكد وزمنها أقصر ، فلا يخاف على الميت فيها . ولأنه نهى عن الدفن فيها ، والصلاة المقرونة بالدفن تتناول صلاة الجنازة ، وتمنعها القرينة من الخروج بالتخصيص ، بخلاف الوقتين الآخرين ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ويصلِّى إذا كان فى المسجد وأقيمت الصلاة وقد كان صلاّها ﴾ .

وجملته : أن من صلَّى فرضه ثم أدرك تلك الصلاة فى جماعة استُحِبّ له إعادتها ، أىَّ صلاةٍ كانت ، بشرط أن تُقام وهو فى المسجد ، أو يدخل المسجد وهم يُصَلُّونَ ، وهذا قول الحسن ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، فإن أقيمت صلاة الفجر أو العصر وهو خارج المسجد لم يُسْتَحَبّ له الدخول ، واشترط القاضى لجواز الإعادة فى وقت النهى : أن يكون مع إمام الحىّ ، ولم يفرق الخِرَقِىّ بين إمام الحىّ وغيره ، ولا بين

---

(١) هكذا فى الأصل ، والصحيح أن يقال : تابعتان له .

المصلي جماعةً وفرادى . وكلام أحمد يدلّ على ذلك أيضاً . قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عمَّن صلَّى في جماعة ، ثم دخل المسجد وهم يصلُّونَ ، أيصلي معهم ؟ قال : نعم . وذكر حديث أبي هريرة « أَمَّا هَذَا فَقَدْ عَصَا أَبَا الْقَاسِمِ » إنما هي نافلة فلا يدخل ، فإن دخل صلَّى ، وإن كان قد صلَّى في جماعة . قيل : لأبي عبد الله : والمغرب ؟ قال : نعم ، إلا أنه في المغرب يشفع . وقال مالك : إن كان صلَّى وحده أعاد المغرب ، وإن كان صلَّى في جماعة لم يُعدها . لأن الحديث الدال على الإعادة قال فيه : « صَلَّيْنَا في رِحَالِنَا » . وقال أبو حنيفة : لا تُعاد الفجر ، ولا العصر ولا المغرب ، لأنها نافلة ، فلا يجوز فعلها في وقت النهي لعموم الحديث فيه . ولا تعاد المغرب ، لأن التطوع لا يكون بوتر . وعن ابن عمر ، والنخعيّ : تعاد الصلوات كلها إلا الصبح ، والمغرب . وقال أبو موسى وأبو مِجْلز ، ومالك ، والثوريّ ، والأوزاعيّ : تُعاد كلها إلا المغرب ، لئلا يتطوّع بوتر . وقال الحاكم : إلا الصبح وحدها .

ولنا : ماروى جابر بن يزيد بن الأسود عن أبيه قال « شَهِدْتُ مَعَ رَسُول الله ﷺ حَجَّتَهُ فَصَلَّيْتُ مَعَهُ صَلاَةَ الْفَجْرِ في مَسْجِدِ الْخَيْفِ[1] ، وأنا غلام شابّ . فلما قضى صلاته إذا هو برجلين في آخر القوم لم يُصَلِّيَا معه . فقال : عليّ بهما ، فأُتي بهما تَرْعَدُ فرائصهما . فقال : مَامَنَعَكُمَا أَنْ تُصَلِّيَا مَعَنَا ؟ فقالا : يارسول الله ، قد صلَّينا في رِحالنا . قال : لاتَفْعَلاَ ، إذا صلَّيْتُمَا في رِحَالِكما ، ثم أَتَيْتُمَا مَسْجِدَ جَمَاعَةٍ فَصَلِّيَا مَعَهُمْ ، فإنها لَكُمْ نَافِلَةٌ » رواه أبو داود ، والترمذيّ وقال : حديث حسن صحيح ، والأثرم . وروى مالك في المُوطَّأ ، عن زيد بن أسلم عن بُسْر بن مِحجنّ ، عن أبيه « أنه كان جالساً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأُذِّنَ للصَّلاَة . فقام رسول الله ﷺ فصلَّى ، ثم رَجَعَ وَمِحْجَنٌ في مَجْلِسِهِ ، فقال رسول الله ﷺ : مامَنَعَكَ أَنْ تُصَلِّيَ مَعَ النَّاسِ ، أَلَسْتَ بِرَجُلٍ مُسْلِمٍ ؟ فقال : بلى يارسول الله ، ولَكِنِّي قَدْ صَلَّيْتُ في أَهْلِي . فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : إِذَا جِئْتَ فَصَلِّ مَعَ النَّاسِ ، وإِنْ كُنْتَ قَدْ صَلَّيْتَ » وعن أبي ذرّ قال « إن خَلِيلِي – يعني النبيّ ﷺ – أَوْصَانِي أَنْ أُصَلِّيَ الصَّلاَةَ لِوَقْتِهَا ، فإذا أدركتَهَا مَعَهُم فَصَلِّ فإنَّها لك نَافِلَة »[2] رواه مسلم . وفي رواية : « فإنْ أدركتَها معهم فَصَلِّ وَلاَ تَقُل : إني قَدْ صَلَّيْتُ فَلاَ أُصَلِّي » ، رواه النسائيّ .

وهذه الأحاديث بعمومها تدلّ على محلّ النزاع . وحديث يزيد بن الأسود صريح في إعادة الفجر ، والعصر مثلها ، والأحاديث بإطلاقها تدلّ على الإعادة سواء كان مع إمام الحي أو غيره ، وسواء صلَّى وحده أو في جماعة . وقد روى أنس قال : « صَلَّى بِنَا أَبُو مُوسَى الغَدَاةَ في المِرْبَدِ فَانْتَهَيْنَا إلى المَسْجِدِ

---

(١) الخيف : الغرة البيضاء في الجبل الأسود الذى خلف جبل أبي قبيس ، وبذلك سمى مسجد الخيف

(٢) الضمير في معهم يعود على الأمراء الموصوفين بتأخير الصلاة في أول الحديث .

الْجَامِـعِ ، فَأُقِيمَتِ الصـلاةُ فَصَلَّيْنَا مَعَ الْمُغِيرَةِ بن شُعْبَةَ » . وعن صلة ، عن حذيفة « أنه أَعَادَ الظُّهْرَ والعَصْرَ والمغْرِبَ ، وكان قَدْ صلاَّهُنَّ فى جَمَاعَةٍ » رواهما الأثرم .

فصـــل

إذا أعاد المغرب شفعها برابعة ، نص عليه أحمد . وبه قال الأسود بن يزيد ، والزهرىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، ورواه قتادة ، سعيد بن المسيّب . وروى صِلَة ، عن حُذَيفة : « أَنَّه لمَّا أَعَادَ المَغْرِبَ قال : ذَهَبْتُ أَقُومُ فى الثَّالِثَةِ فَأَجْلَسَنِى » وهذا يحتمل أنه أمره بالاقتصار على ركعتين لتكون شَفْعاً . ويحتمل أنه أمره بالصلاة مثل صلاة الإمام .

ولنا : أن هذه الصلاة نافلة ، ولا يُشرع التنفُّلُ بوتْرٍ غيرِ الْوِتْرِ . فكان زيادة ركعة أولى من نُقصانها لئلاّ يُفارق إمامه قبل إتمام صلاته .

فصـــل

إن أقيمت الصـلاة وهو خارج من المسجـد ، فإن كان فى وقتِ نَهْىٍ لم يُسْتَحَبّ له الدخول . وإن كان فى غير وقت نَهْى استُحِبَّ له الدخول فى الصلاة معهم . وإن دخل وصلَّى معهم فلا بأس ، لـما ذكرنا من خـبر أبى موسى ، ولا يُستَحَبّ . لـما رَوى مجاهد قال : « خَرَجْتُ مَعَ ابنِ عُمَر مِنْ دَارِ عَبْدِ اللهِ ابن خَالدِ بن أَسِيد حَتَّى إذا نَظَرَ إلى بَابِ المَسْجِدِ إذا النَّاسُ فى الصلاةِ . فَلَمْ يَزَلْ وَاقِفاً حَتَّى صلَّى النَّاسُ وقال : إنِّى صَلَّيْتُ فى الْبَيْتِ » رواه الإمام أحمدُ فى المسند .

فصـــل

إذا أعاد الصلاة فالأُولى فرضُه . رُوى ذلك عن علىّ رضى الله عنه . وبه قال الثورىّ ، وأبو حنيفة وإسحاق والشافعىّ فى الجديد . وعن سعيد بن المسيّب ، وعطاء ، والشعبىّ : التى صلّى معهم المكتوبة . لما رُوى فى حديث يزيد بن الأسود أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا جِئْتَ إلى الصَّـلاَةِ فَوَجَدْتَ النَّاسَ فَصَلِّ مَعَهُمْ ، وإِنْ كُنْتَ قَدْ صَلَّيْتَ تَـكُنْ لَكَ نَافِلَةً ، وَهَذِهِ مَـكْتُوبَة » .

ولنـا : قوله فى الحديث الصحيح : « تَـكُنْ لَـكُما نَافِلَةً » وقوله فى حـديث أبى ذر « فإنها لك نافلة » ولأن الأولى قـد وقعت فريضةً وأسقطت الفرض ، بدليـل أنهـا لاتجب ثانياً . وإذا برئت الذمة بالأولى استحال كون الثـانية فريضة ، وجعـل الأولى نافلة . قال حمّاد ، قال إبراهيم : إذا نوى الرجـل صـلاة وكتبتها الملائكة فمن يستطيع أن يُحوّلها ؟ فمـا صلّى بعدها فهو تطوّع ، وحديثهم لاتصريح فيه ،

فيجب أن يُحمل معناه على مافى الأحاديث الباقية سواء . فعلى هذا لاينوى الثانيةَ فرضاً ، ولـكن ينويها ظُهراً مُعادَةً ، وإن نواها نافلةً صحّ .

فصـــل

ولا تجب الإعادة . قال القاضى : لاتجب روايةً واحدةً . وقال بعض أصحابنا فيهـا رواية أخرى : أنها تجب مع إمام الحىّ ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بها .

ولنـا : أنها نافلة ، والنافلة لاتجب . وقد قال النبى ﷺ : « لاتُصَلّى صَلاةٌ فى يَوْمٍ مَرَّتين » رواه أبو داود ، ومعناه واجبتان ، والله أعلم . والأمر للاستحباب .

فعلى هذا إن قصد الإعادة فلم يُدرك إلا ركعتين ، فقال الآمدىّ : يجوز أن يُسلّم معهم ، لأنهـا نافلة ، ويُستحبّ أن يتمّها . لأنه قصدها أربعاً . ونص أحمد رحمه الله على أنه يتمّها أربعاً ، لقوله صلى الله عليـه وسلم : « وَما فَاتَـكُمْ فأَتِمُّوا » .

« مسألة » قال ﴿ فى كل وقت نُهِـىَ عن الصلاة فيه وهو بعد الفجر حتى تطلع الشمس ، وبعد العصر حتى تغرب الشمس ﴾ .

اختلف أهل العلم فى الأوقات المنهىّ عن الصلاة فيها ، فذهب أحمد رحمـه الله إلى أنها من بعد الفجر حتى ترتفع الشمس قدرَ رُمح ، وبعـد العصر حتى تغرب الشمس ، وحال قيام الشمس حتى تزول . وعدّها أصحابه خمسةَ أوقات : من الفجر إلى طلوع الشمس وقت ، ومن طلوعها إلى ارتفاعها وقت ، وحال قيامها وقت ، ومن العصر إلى شروع الشمس فى الغروب وقت ، وإلى تـكامل الغروب وقت . والصحيح : أن الوقت الخـامس من حين تَتَضيَّفُ الشمس للغروب إلى أن تغرب . لأن عُقبـة بن عامر قال : « ثَلاثُ ساعات كانَ رَسُولُ الله ﷺ ينهانا أنْ نُصَـلِّيَ فيهنّ ، وأن نقبُر فيهنَّ مَوْتانا : حيـن تطلع الشمس » بازغةً حتى ترتفع ، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل ، وحين تَتَضَيَّفُ الشمس للغروب حتى تغرب ، فجعل هذه ثلاثة أوقات . وقد ثبت لنا وقتان آخران بحديث عمر وأبى سعيد ، فيكون الجميع خمسة . ومن جعل الخامس وقت الغروب فلأنّ النبىّ ﷺ خصّه بالنهى فى حديث ابن عمر ، عن رسول الله صلى الله عليه وسـلم أنه قال : « إذَا بَدَا حَاجِبُ الشَّمْس فأَخِّرُوا الصَّـلاةَ حتَّى تبْرزُ ، وَإذَا غَابَ حَاجِبُ الشَّمس فأَخِّروا الصَّلاةَ حتَّى تَغِيبَ » وفى حديث : « وَلاَ تَتَحَرَّوا بِصَلاتِـكُمْ طُلُوعَ الشَّمسِ وَلَا غُروبِها » وعلى كل حال فهذه الأوقات المذكورة منهىّ عن الصلاة فيها . وهو قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال ابن المنذر : إنما المنهى عنه الأوقات الثلاثة التي فى حديث عُقبة ، بدليل تخصيصها بالنهى فى حديثه ، وحديث

ابن عمر ، وقوله : « لَا تُصَلُّوا بَعْدَ العَصْرِ إِلَّا أَنْ تُصَلُّوا والشَّمسُ مُرْتَفِعَةٌ » رواه أبو داود . وقالت عائشة « وَهِمَ عُمَرُ إِنَّمَا نهى رسول الله ﷺ أن يَتَحرَّى طُلُوع الشَّمْسِ أَوْ غُرُوبَهَا » .

ولنا ماذكرنا من الأحاديث فى أول البـاب وهى صحيحة صريحة والتخصيص فى بعض الأحاديث لايعارض العموم الموافق له ، بل يدل على تأكد الحكم فيما خصّه . وقولُ عائشةَ فى ردّ خبر عمر غيرُ مقبول فإنَّه مُثبت لروايته عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وهى تقول برأيها . وقول النبى صلى الله عليه وسلم أصحّ من قولها . ثم هى قد روت ذلك أيضاً . فروى ذكوانُ مَوْلى عائشة أنها حدثته : « أن رسول الله ﷺ كان يُصَلِّى بَعْدَ العَصْرِ وَيَنْهَى عَنْهُ » رواه أبو داود . فكيف يُقبـل ردها لمـا قد أقرّت بصحته . وقد رواه أبو سعيد ، وعمرو بن عَبَسَة ، وأبو هريرة ، وابن عمر ، والصُّنَابِحِىّ ، وأمّ سَلَمة كنحو رواية عمر ، فلا يُترك هذا بمجرد رأى مختلِف مُتناقض .

فصـــل

والنهى عن الصلاة بعد العصر متعلق بفعل الصـلاة . فمن لم يصلّ أُبيح له التنفل ، وإن صلّى غيره . ومن صـلّى العصر فليس له التنفّـل ، وإن لم يصلّ أحد سواه . لانعـلم فى هذا خلافاً عند من يمنع الصلاة بعد العصر .

فأما النهى بعدالفجر فيتعلّق بطلوع الفجر ، وبهذا قال سعيدُ بن المُسيَّب ، والعلاء بن زياد ، وحُمَيد بن عبد الرحمن ، وأصحاب الرأى . وقال النخَعِىُّ : كانوا يكرهون ذلك ، يعنى التطوع بعد طـلوع الفجر . ورُويت كراهيته عن عبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو . وعن أحمـد رواية أخرى : أن النهى مُتعلق بفعل الصلاة أيضاً كالعصر . ورُوى نحْو ذلك عن الحسن ، والشافعىّ ، لمـا روى أبو سعيد أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لَا صَـلَاةَ بَعْدَ صَـلَاةِ العَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمسُ ، وَلَا صَـلَاةَ بَعْدَ صَلَاةِ الفَجْرِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ » رواه مسلم . وروى أبو داود حديث عمر بهـذا اللفظ . وفى حديث عمرو بن عَبَسَةَ قال : « صَلِّ صَلَاةَ الصُّبْحِ ثُمَّ أَقْصِرْ عَنِ الصَّلَاةِ » كذا رواه مسلم . وفى رواية أبى داود قال : « قلت يارسول الله ، أى الليل أسمع ؟ قال : جوف الليل الآخر ، فصلّ ماشئت ، فإن الصـلاة مكتوبة مشهودة ، حتى تُصَلِّى الصبح ، ثم أَقصِرْ حتى تَطْلُعَ الشمس ، فترتفع قدرَ رُمح ، أو رُمْحَين » ولأن لفظ النبى ﷺ فى العصر علق على الصلاة دون وقتها . فكذلك الفجر ، ولأنه وقت نَهْىٍ بعدَ صلاةٍ فيتعلّق بفعلها كبعدَ العصر . والمشهور فى المذهب الأوّل . لمـا رَوى يسـارٌ مولى بن عمر قال : « لمـا رآنى ابنُ عمـر ، وأنا أُصلِّى بعد طلوع الفجر ، فقال : يايسار ، إنّ رسول الله صلى الله عليه وسـلم خرج علينا ونحن نُصلِّى هذه الصلاة ، فقال : « لِيُبَلِّغْ شَاهِدُكُمْ غَائِبَكُمْ لَا تُصَلُّوا بَعْدَ الفَجْرِ إِلا سَجْدَتَيْنِ » رواه أبو داود . وفى لفظ

« لَا صَلَاةَ بَعْدَ طُلُوعِ الفَجْرِ إلاَّ سَجْدَتَانِ » رواه الدارقطنى . وفى لفظ : « إلَّا رَكْعَتَي الفَجْرِ » وقال هو غريب . ورواه قُدامة بن موسى . وقد رَوى عنه غير واحد من أهل العلم ، وقال : هذا ما أجمع عليه أهل العلم . وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذَا طَلَعَ الفَجْرُ فَلَا صَلَاةَ إلاَّ رَكْعَتَا الفَجْرِ » وهذا يُبيّن مراد النبىّ صلى الله عليه وسلم من اللفظ المُجمل ، ولا يُعارضه تخصيص مابعد الصلاة بالنهى . فإنّ ذلك دليل خطاب ، وهذا منطوق ، فيكون أولى . وحديث عمرو بن عَبَسَةَ قد اختلفت ألفاظ الرواية فيه ، وهو فى سنن ابن ماجه حتى يطلع الفجر .

« مسألة » قال ﴿ ولا يبتدىء فى هذه الأوقات صلاةً يتطَوَّعُ بها ﴾ .

لا أعلم خلافاً فى المذهب أنه لايجوز أن يبتدىء صلاة تطوع غير ذات سبب . وهو قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال ابن المنذر . رَخّصَت طائفة فى الصلاة بعد العصر . روينا ذلك عن علىّ ، والزبير ، وابنه ، وتميم الدارىّ ، والنعمان بن بَشير ، وأبى أيُّوب الأنصارىّ ، وعائشة . وفعله الأسودُ بن يزيد ، وعمر ، وابن ميمون ، ومسروق ، وشُرَيح ، وعبد الله بن أبى الهُذَيْل ، وأبو بُرْدَة ، وعبد الرحمن بن الأسود ، وابن البيلمانى ، والأحنف بن قيس . وحُكى عن أحمد أنه قال : لانفعله ، ولا نعيبُ فاعله . وذلك لقول عائشة رضى الله عنها « ماتَرَكَ رسُول الله صلىالله عليه وسلم رَكْعَتَيْنِ بَعْدَ الْعَصْرِ عِنْدِى قَطّ » وقولها : « وهِمَ عُمر ، إنما نهى رسول الله ﷺ أن يتَحَرَّى طُلُوعُ الشمس ، أو غُرُوبها » رواهما مسلم . وقول علىّ عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَصَلَاةَ بَعْدَ الْعَصْرِ إلاَّ وَالشَّمْسُ مُرْتَفِعَةٌ » .

ولنا : الأحاديث المذكورة فىأول الباب ، وهى صحيحة صريحة . وروى أبو نُضْرَة قال : « صَلَّى بِنَا رسول الله صلى الله عليه وسلم صَلَاةَ الْعَصْرِ بِالْمُخَمَّص ، فقال : إنَّ هَذِهِ الصَّلَاةَ عُرِضَتْ عَلَى مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ فَضَيَّعُوهَا ، فَمَنْ حَافَظَ عَلَيْهَا كَانَ لَهُ أَجْرُهُ مَرَّتَيْنِ ، وَلاَ صَلَاةَ بَعْدَهَا حَتَّى يَطْلُعَ الشَّاهِدُ » رواه مسلم . وهذا خاصّ فى محل النزاع .

وأما حديث عائشة . فقد رَوى عنها ذَكْوانُ مولاها أنها حدَّثته « أن رسول الله ﷺ كان يُصَلِّى بعد العصر ، وينهى عَنْهَا » رواه أبو داود . وروى أبو سَلَمة أنه « سأل عائشة عن السجدتين اللتين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُصليهما بعد العصر ؟ فقالت : كان يُصليهما قبل العصر ، ثم إنه شُغل عنهما أو نَسيَهُما فصلاَّهما بعدالعصر ، ثم أثبتهما . وكان إذا صَلَّى صلاةً أَثْبَتَهَا » وعن أمّ سَلَمة قالت : « سمعتُ رسول الله ﷺ ينهى عنها ، ثم رأيتهُ يُصَلِّيهَا ، وقال : يابنتَ بن أبى أُمَيَّة ، إنَّهُ أَتَانِى نَاسٌ مِنْ عَبْدِ الْقَيْسِ بالإسْلَامِ مِنْ قَوْمِهِمْ فَشَغَلُونِى عَنِ الرَّكْعَتَيْنِ اللَّتَيْنِ بَعْدَ الظُّهْرِ فَهُمَا هَاتَانِ » رواهما مسلم .

وهذا يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم إنَّمَا فعله لسبب ، وهو قضاء مافاته من السنة ، وأنه نهى عن الصلاة بعد العصر ، كما رواه غيرهما . وحديث عائشةَ يدلّ على اختصاص النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ونَهْيِه غَيْرَه[1] ، وهذا حجة على من خالف ذلك . فإن النزاع إنما هو فى غير النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبت ذلك من غير معارض له .

فصــــل

فأما التطوع لسبب غير ماذكره الخِرَقىّ . فالمنصوص عن أحمد رحمه الله فى الْوِتر أنه يفعله قبل صلاة الفجر . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يسأل : أيُوتر الرجل بعد مايطلع الفجر ؟ قال : نعم . ورُوى ذلك عن ابن مسعود ، وابن عمر ، وابن عباس ، وحُذَيفة ، وأبى الدرداء ، وعُبَادة بن الصامت ، وفَضَالة بن عُبَيْد ، وعائشة ، وعبد الله بن عامر بن ربيعة ، وعمرو بن شُرَحْبِيل . وقال أيُّوب السخْتيانىّ وحُمَيد الطويل : إنَّ أكثر وترنا لبَعْدَ طلُوع الفجر . وبه قال مالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه « أنه خرج بعد طلوع الفجر ، فقال : لَنِعْمَ ساعةُ الْوِترِ هَذِهِ » . ورُوى عن عاصم قال : « جاء ناس ، إلى أبى موسى ، فسألوه عن رجل لم يوتر حتى أذّن المؤذّن ؟ قال : لاوِتْرَ له ، فأتَوْا عليًّا فسألوه فقال : أغرق فى النزع ، الْوِتْرُ مَابَيْنَهُ وَبَيْنَ الصَّلاَةِ » وأنكر ذلك عطاء ، والنخعى ، وسعيد بن جُبَير . وهو قول أبى موسى على ماحكينا ، واحتجّوا بعموم النهى .

ولنا : مارَوى أبو بَصْرَة[2] الغِفَارِىٌّ قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إنَّ اللهَ زَادَكُمْ صَلاَةً فَصَلُّوهَا مَابَيْنَ الْعِشَاءِ إلَى صلاة الصُّبْحِ : الْوِتْرُ الْوِتْرُ » رواه الأثرم ، واحتج به أحمد . ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، وأحاديث النهى الصحيحة ليست صريحة فى النهى قبل صلاة الفجر ، على ماقدَّمناه . إنما فيه حديث ابن عمر ، وهو غريب . وقد رَوى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ نَامَ عَنِ الْوِترِ أَوْ نَسِيَهُ فَلْيُصَلِّهِ إِذَا أَصْبَحَ أَوْ ذَكَرَ » رواه ابن ماجه ، وهذا صريح فى محلّ النزاع .

إذا ثبت هذا : فإنه لاينبغى لأحد أن يتعمّد ترك الوتر حتى يصبح ، لهذا الخبر ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فإِذَا خَشِىَ أَحَدُكُمْ الصُّبْحَ فَلْيُصَلِّ رَكْعَةً تُوتِرُ لَهُ مَاقَدْ صَلَّى » متفق عليه ، وهكذا قال مالك وقال : مَنْ فَاتَتْهُ صَلاَةُ اللَّيْلِ فَلَهُ أَنْ يُصَلِّىَ بَعْدَ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ يُصَلِّىَ الصُّبْحَ .

---

(١) لم يذكر فى خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم صلاته بعد العصر دون أمته ، وحديث أم سلمة يدل على أن الركعتين اللتين صلاهما بعد العصر هما ركعتا الظهر صلاهما بعد العصر قضاء .

(٢) يقال فيه أبو نضرة : بالنون بدل الباء ، وبالضاد المعجمة .

وحكاه ابن أبي موسى في الإرشـاد مذهباً لأحمـد ، قياساً على الوتر . ولأنّ هذا الوقت ، لم يثبت النهى فيه صريحاً ، فـكان حكمه خفيفاً .

فصـــــل

فأما قضاء سُنَّة الفجر بعدها فجائز ، إلا أن أحمد اختار أن يقضيهما من الضُّحَى وقال : إن صلاّهما بعد الفجر أجزأ . وأما أنا فأختـار ذلك . وقال عطاء ، وابن جريج والشافعيّ : يقضيهما بعـدها . لمـا رُوى عن قيس بن فَهْد قال : « رآنِي رسولُ الله ﷺ وَأَنَا أُصَلِّي رَكْعَتَيِ الْفَجْرِ بَعْدَ صَلَاةِ الْفَجْرِ ، فقال : مَاهَاتَانِ الركعتان ياقَيْس ؟ قلت : يارسول الله ، لم أكُنْ صَلَّيْتُ ركعتَيِ الفَجْرِ ، فَهُمَا هَاتَانِ » رواه الإمام أحمـد ، وأبو داود ، والترمذيّ . وسكوت النبي ﷺ يدلّ على الجواز . ولأنّ النبي صلى الله عليه وسلم قضى سُنَّة الظهر بعـد العصر ، وهذه في معناها . ولأنها صـلاةٌ ذات سبب ، فأشبهت ركعتى الطواف . وقال أصحاب الرأى : لايجوز لعموم النهى . ولمـا رَوى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : « مَنْ لَمْ يُصَلِّ رَكْعَتَيِ الْفَجْرِ فَلْيُصَلِّهِمَا بَعْدَ مَاتَطْلُعُ الشَّمْسُ » رواه الترمذيّ ، وقال : لانَعْرِفُه إلاَّ مِنْ حديث عمرو بن عاصم . قال ابن الجوزيّ رحمه الله : وهو ثقـة . أخرج عنه البخاريّ . وكان ابن عمر يقضيهما من الضحى . وحديث قيس مرسل ، قاله أحمد والترمذيّ . لأنه يرويه محمد بن إبراهيم عن قَيْس ولم يسمع منه . ورُوى من طريق يحيى بن سعيد عن جدّه ، وهو مرسل أيضاً . ورواه الترمذيّ قال : « قلت : يارسول الله ، إنّي لم أَكُنْ رَكَعْتُ رَكْعَتَيِ الْفَجْرِ ؟ قال : فلا ، إذاً » ، وهذا يحتمل النهى . وإذا كان الأمر هكذا كان تأخيرها إلى وقت الضحى أحسن ، لنخرج من الخلاف ، ولا نخالف عموم الحديث ، وإن فعلها فهو جائز . لأن هذا الخبر لايَقْصُر عن الدلالة على الجواز والله أعلم .

فصـــــل

وأما قضـاء السنن الراتبة بعد العصر . فالصحيح جوازه ، لأن النبي ﷺ فعله ، فإنه قضى الركعتين اللتين بعد الظهر بعد العصر في حـديث أُمّ سلمَة . وقضى الركعتين اللتين قبل العصر بعـدها في حـديث عائشة . والاقتداء بما فعله النبي ﷺ مُتعيّن . ولأن النهى بعد العصر خفيف . لمـا رُوى في خـلافه من الرخصة ، وماوقع من الخلاف فيه . وقول عائشة « إنَّهُ كَانَ يَنْهَى عَنْهَا » معناه والله أعلم نهى عنها لغير هذا السبب ، أو أنه كان يفعلها على الدوام ، وينهى عن ذلك ، وهـذا مذهب الشافعيّ . ومنعه أصحاب الرأى لعموم النهى ، وما ذكرناه خاص ، فالأخذ به أولى . إلا أن الصحيح في الركعتين قبل العصر أنها لاتُقضى ، لما روت عائشـة : « أن النبيّ ﷺ صلاّها ، فقلت له : أتَقْضِيهما إذَا فاتَتَا ؟ قال : لا » رواه ابن النجار في الجزء الخامس من حديثه .

فصــــل

فأما قضاء السنن فى سائر أوقات النهى ، وفعل غيرها من الصلوات التى لها سبب ، كتحية المسجد ، وصلاة الـكسوف ، وسجود التـلاوة . فالمشهور فى المـذهب : أنه لايجوز . ذكره الخرَقىّ فى سجود التلاوة ، وصلاة الـكسوف . وقال القـاضى : فى ذلك روايتان : أصحّهما أنه لايجوز . وهو قول أصحـاب الرأى ، لعموم النهى .

والثانية : يجوز . وهو قول الشافعىّ ، لأن النبى ﷺ قال « إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُم المَسْجِدَ فلا يَجْلِسْ حَتَّى يَرْكَعَ رَكْعَتَيْنِ » متفق عليه . وقال فى الـكسوف « فإِذَا رَأَيْتُمُوهما فَصَلُّوا » وهذا خاص فى هذه الصلاة ، فيقدم على النهى العام فى الصلاة كلّها . ولأنها صلاة ذات سبب فأشبهت ماثبت جوازه .

ولنا : أن النهى للتحريم والأمر للندب ، وترك المحرّم أولى من فعل المندوب .

وقولهم : إن الأمر خاص فى الصـلاة . قلنا : ولـكنه عام فى الوقت والنهى خاص فيه فيقدّم . ولا يصح القيـاس على القضاء بعد العصر ، لأن حـكم النهى فيه أخفّ لما ذكرنا. ولا على قضاء الوتر بعـد طلوع الفجر لذلك . ولأنه وقت له بدليل حديث أبى بَصْرة ، ولاعلى صلاة الجنازة لأنّهـا فرض كفاية ، ويخاف على الميّت ، ولا على ركعتى الطواف . لأنهما تابعتان لما لايمنع منه النهى . مع أننـا قد ذكرنا : أن الصحيح أنه لا يُصلّى على الجنازة فى الأوقات الثلاثة التى فى حديث عقبة بن عامر . وكذلك لاينبغى أن يركع للطواف فيها . ولا يُعيد فيها جماعة . وإذا منعت هذه الصلوات المتأكدّة فيها ، فغـيرها أولى بالمنع . والله أعلم .

فصــــل

ولا فرق بين مـكة وغـيرها فى المنع من التطوع فى أوقات النهى . وقال الشافعىّ : لا يمنع فيهـا . لقول النبى ﷺ « لاَ تَمْنَعُوا أحدًا طَافَ بِهذَا البَيْتِ وَصَلَّى فى أىِّ سَاعَةٍ شَاءَ مِنْ لَيْلٍ أَو نَهـَارٍ » وعن أبى ذَرّ قال : سمعت رسـول الله ﷺ يقول : « لاَ يُصَلِّينَ أَحَدٌ بَعْدَ الصبح إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ وَلاَ بَعْدَ العَصْرِ إِلَى أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ إِلاّ بمـكة ـ يقول : قال ذلك ثلاثًا » رواه الدارقطنى .

ولنا : عموم النهى . وأنه معنى يمنع الصلاة ، فاستوت فيه مكة وغيرها كالحيض . وحـديثُهم أراد به ركعتى الطواف فيختصّ بهمـا . وحـديث أبى ذَرّ ضعيف يرويه عبد الله بن المُؤَمَّل ، وهو ضعيف ، قاله يحيى بن مَعِين .

فصــــل

ولا فرق فى وقت الزوال بين الجمعة وغيرها ، ولا بين الشتاء والصيف . كان عمر بن الخطـاب ينهى

عنه . وقال ابن مسعود : « كُنَّا نُنْهَى عَنْ ذَلِكَ » يعنى يوم الجمعة . وقال سعيد المقبرىّ : أدركت الناس وهم يتقون ذلك . وعن عمرو بن سعيد بن العاص عن أبيه قال : « كنتُ أبقى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإذا زالت الشمس قاموا فصلّوا أربعاً » ورخّص فيه الحسن ، وطاوس ، والأوزاعىّ ، وسعيد ابن عبد العزيز ، والشافعىّ ، وإسحاق فى يوم الجمعة . لما روى أبو سعيد « أن النبى صلى الله عليه وسلم نَهَى عن الصلاةِ نصْفَ النَّهارِ إلاَّ يَوْمَ الجُمعةِ » . وعن أبى قَتَادة مثله ، رواه أبو داود . ولأن النـاس ينتظرون الجمعة فى هذا الوقت ، وليس عليهم قطع النوافل .

وقال مالك : أكرهه إذا علمتُ انتصاف النهار ، وإذا كنتُ فى موضع لا أعلمه ، ولا أستطيع أن أنظر ، فإنى أراه واسعاً . وأباحه فيهـا عطاء فى الشتاء دون الصيف ، لأنّ شدة الحر من فيح جهنم ، وذلك الوقت حين تُسْجَر جهنم .

ولنا : عموم الأحاديث فى النهى . وذكر لأحمد الرخصة فى الصلاة نصف النهار يوم الجمعة ؟ قال : فيه حديث النبى ﷺ من ثلاثة وجوه : حديث عمرو بن عَبَسَة ، وحديث عُقبة بن عامر ، وحديث الصُّنَابِحىّ رواه الأثرم عن عبد الله الصنابحىّ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إنَّ الشَّمْسَ تَطْلُعُ وَمَعَهَا قَرْنُ الشَّيْطَانِ ، فإذَا ارْتَفَعَتْ فَارَقَهَا ، ثم إذا استوت قارَنَهَا ، فإذَا زَالَتْ فَارَقَهَا ، فإذا دَنَتْ للغروبِ قَارَنَهَا ، فإذا غَرَبَتْ فَارَقَها . ونَهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فى تلك السَّاعَاتِ » ولأنه وقت نهى ، فاستوى فيه يوم الجمعة وغيره كسائر الأوقات . وحديثهم ضعيف ، فى إسناده ليث بن أبى سليم ، وهو ضعيف ، وهو مُرسل . لأن أبا الخليل يرويه عن أبى قتادة ، ولم يسمع منه .

وقولهم : إنهم ينتظرون الجمعة . قلنا : إذا علم وقت النهى فليس له أن يُصَلِّى ، فإن شك فله أن يصلِّى حتى يعلم . لأن الأصل الإباحة فلا تزول بالشك ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وصلاة التطوع مَثْنَى مَثْنَى ﴾ .

يعنى يُسلِّم من كل ركعتين ، والتطوّع قسمان : تطوّع ليل ، وتطوع نهـار . فأما تطوع الليـل : فـلا يجوز إلا مَثْنَى مَثْنَى . هذا قول أكثر أهل العلم . وبه قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : إن شئت ركعتين ، وإن شئت أربعاً ، وإن شئت ستًّا ، وإن شئت ثمانياً .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « صَلاةُ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى » متفق عليه . وعن عائشة قالت : قال رسول ﷺ : « مِفْتَاحُ الصَّلاَةِ الطُّهُورُ ، وَبَيْنَ كلِّ رَكْعَتَيْنِ تَسْلِيمَةٌ » رواه الأثرم .

« مسألة » قال ﴿ وإن تطوع بأربع فى النهار فلا بأس ﴾ .

الأفضل فى تطوع النهار : أن يكون مَثْنَى مَثْنَى . لما رَوى علىّ بن عبد الله البارقىّ ، عن ابن عمر ،

عن النبي صلى الله عليه وسـلم أنه قال : « صَلَاةُ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى » رواه أبو داود والأثرم . ولأنه أبعد عن السهو ، وأشبه بصلاة الليل ، وتطوّعات النبيّ صلى الله عليه وسلم . فإن الصحيح فى تطوعاته ركعتان . وذهب الحسن ، وسعيد بن جُبَيْر ، ومالك ، والشـافعيّ ، وحماد بن أبى سليمان ، إلى أن تطوّع الليل والنهـار مَثْنَى مَثْنَى لذلك .

والصحيح : أنه إن تطوع فى النهار بأربع فلا بأس ، فعل ذلك ابن عمر . وكان إسحاق يقول : صلاة النهار أختار أربعـاً . وإن صلَّى ركعتين جاز ، ويشبهه قول الأوزاعىّ وأصحاب الرأى . لمـا روى عن أبى أيُّوب ، عن النبي صلى الله عليه وسـلم أنه قال : « أَرْبَعٌ قَبْلَ الظُّهْرِ لاَ يُسَـلَّمُ فِيهِنَّ ، تُفْتَحُ لَهُنَّ أَبْوَابُ السَّمَاءِ » رواه أبو داود . ولأن مفهوم قول النبي صلى الله عليه وسـلم : « صَـلاَةُ اللَّيْـلِ مَثْنَى مَثْنَى » أن صلاة النهار رباعية .

ولنا : على أن الأفضل مثنى : ماتقدم ، وحديث أبى أيُّوب يرويه عُبَيد الله بن مُعَتّب ، وهو ضعيف ، ومفهوم الحديث المتفق عليه يدل على جواز الأربع لا على تفضيلهـا . وأما حديث البارقىّ فإنّه تفرّد بزيادة لفظة « النهار » من بين سائر الرواة . وقد رواه عن ابن عمر نحوٌ من خَمسةَ عَشَرَ نَفْساً ، لم يقل ذلك أحد سواه . وكان ابن عمر يُصَلِّى أربعاً ، فيدلّ ذلك على ضعف روايته . أو على أن المراد بذلك الفضيلة مع جواز غيره ، والله أعلم .

فصـــــل

قال بعض أصحابنا : ولا يزاد فى الليل على اثنتين ، ولا فى النهار على أربع . ولا يصح التطوع بركعة ولا بثلاث . وهذا ظـاهر كلام الخِرَقىّ . وقال القـاضى : لو صلَّى ستاً فى ليل أو نهار كُره وصحّ . وقال أبو الخطاب : فى صحة التطوع بركعة روايتان .

إحـداهما : يجوز ، لمـا روى سعيد قال : حدثنـا جرير ، عن قابوس ، عن أبيه قال : « دَخَلَ عُمَرُ الْمَسْجِدَ فَصلّى رَكْعَةً ، ثمّ خَرَجَ فتَبِعَهُ رَجُـلٌ ، فقال : ياأمير المؤمنين ، إنّما صَلَّيْتَ رَكْعَةً . قال : هو تطوّع ، فمن شاء زاد ، ومن شاء نقص » .

ولنـا : أن هذا خلاف قول رسول الله ﷺ : « صَلَاةُ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى » ، ولأنه لم يرد الشرع بمثله ، والأحكام إنما تُتَلَقّى من الشارع ، إمّا من نصّه ، أو معنى نصّه . وليس ههنا شىء من ذلك .

فصـــــل

والتطوعات قسمان :

أحدهمـا : ماتُسنّ له الجمـاعة : وهو صلاة الـكسوف والاستسقاء ، والتراويح ، ونذكرها إن شاء الله في مواضعهـا .

والثانى : مايفعل على الانفراد ، وهى قسمان : سنّة مُعَيّنة ونافلة مطلقة . فأما المعيّنة فتتنوّع أنواعاً .

منها : السنن الرواتب مع الفرائض ، وهى عشر ركعات — ركعتان قبل الظهر ، وركعتان بعدها ، وركعتان بعد المغرب ، وركعتان بعد العشاء ، وركعتان قبل الفجر . وقال أبو الخطاب : وأربع قبل العصر . لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رَحِمَ اللهُ امْرَأً صَلَّى قَبْلَ العَصْرِ أَرْبَعاً » رواه أبو داود . وقال الشافعىّ : قبل الظهر أربع . لما روى عبد الله بن شقيق ، قال : « سألتُ عائشةَ عن صَلاَةِ رسُولِ الله ﷺ ؟ فقالَتْ : كان يُصَلّى فى بَيْتِهِ قَبْلَ الظُّهْرِ أرْبَعاً ، ثمّ يَخْرُجُ فيُصَلّى بالناس ، ثم يدخل فيُصَلّى رَكْعَتَيْنِ ، وَكَانَ يُصَلّى بالنّاسِ المَغْربَ ، ثم يَدْخُل فيُصَلّى رَكْعَتَيْنِ ، ثم يُصَلِّى بالناس العِشاَء ، ويَدْخُلُ بَيْتِي ، فيُصَلِّى ركعتين » . رواه مسلم .

ولنا : ماروى ابن عمر قال : « حَفِظْتُ عَنْ رَسُول الله ﷺ عَشْرَ رَكَعَاتٍ : رَكْعَتَيْنِ قَبْلَ الظُّهْرِ ، ورَكْعَتَيْنِ بَعْدهاَ ، ورَكْعَتَيْنِ بَعْدَ المَغْرِبِ فى بَيْتِهِ ، ورَكْعَتَيْنِ بَعْد العِشاَءِ فى بَيْتِهِ ، ورَكْعَتَيْنِ قَبْلَ الصُّبْحِ ، كانت ساعةً لايُدخلُ على النبىّ ﷺ فيها . حدثتنى حفصة : أنه كان إذا أَذَّنَ المؤذن ، وطلع الفجر صلَّى ركعتين » متفق عليه . ولمسلم : « بَعْدَ الْجُمُعَةِ سَجْدَتَيْنِ » . ولم يذكر ركعتين قبل الصبح . وروى الترمذىّ ، عن عائشة عن النبىّ صلى الله عليه وسلم مثل ذلك . وقال : هو حديث صحيح . وقوله : « رَحِمَ اللهُ امْرَأً صَلَّى قَبْلَ العَصْرِ أَرْبَعاً » ترغيب فيها . ولم يجعلها من السنن الرواتب ، بدليل أن ابن عمر راويه ، ولم يحفظها عن النبى صلى الله عليه وسلم . وحديث عائشة قد اختلف فيه ، فروى عنها مثل رواية ابن عمر .

فصل

وآكد هذه الركعات ركعتا الفجر ، قالت عائشة رضى الله عنها « إنَّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم لَم يَكُنْ عَلَى شَىْءٍ مِنَ النَّوافِلِ أَشَدَّ مُعاَهَدَةً مِنْهُ عَلَى رَكْعَتَيِ الفَجْرِ » متفق عليه . وفى لفظ : « مارَأَيْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم فى شَىْءٍ مِنَ النَّوافِلِ أَسْرَعَ مِنْهُ إِلَى الرَّكْعَتَيْنِ قَبْلَ الفَجْرِ » أخرجه مسلم وقال : « رَكْعَتاَ الفَجْرِ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْياَ وَمَا فيهاَ » وفى لفظ : «أَحَبُّ إِلَىَّ مِنَ الدُّنْياَ وَمافيهاَ» رواه مسلم . وعن أبى هريرة : قال : قال رسول الله ﷺ « صَلُّوهُماَ وَلَوْ طَرَدَتكُمُ الْخَيْلُ » رواه أبو داود .

ويُستحبُّ تخفيفهما . فإن عائشة قالت : « كَانَ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى رَكْعَتَيِ الفَجْرِ فيُخَفِّفُ ، حَتَّى إنِّى لأَقُولُ : هَلْ قَرَأَ فِيهما بِأُمِّ الكِتَابِ ؟ » متفق عليه .

ويستحبُّ أن يقرأ فيهما : (قُلْ يَاأَيُّهَا الكافِرُونَ ـ و ـ قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) لما روى أبو هريرة

« أن رسول الله ﷺ قرأ فى ركعتى الفجر : (قُلْ يَاأَيُّهَا الْـكَافِرُونَ ـ و ـ قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) » رواه مسلم . وقال ابن عمر : « رَمَقْتُ النَّبيَّ ﷺ شهراً فكان يقرأ فى الركعتين قبل الفجر : (قُلْ يَاأَيُّهَا الكافِرُونَ ـ و ـ قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) » قال الترمذى : هذا حديث حسن . وعن ابن عباس قال : « كانَ رسول الله ﷺ يَقْرَأُ فى رَكْعَتَي الفَجْرِ : (قُولُوا آمَنَّا بِاللهِ وَمَا أُنْزِلَ إِلَيْنَا) الآية التى فى البقرة ، وفى الآخِرَةِ منهما (آمَنَّا بِاللهِ وَاشْهَدْ بِأَنَّا مُسْلِمُونَ) » رواه مسلم .

فصــــل

ويستحبُّ أن يضطجع بعد ركعتى الفجر على جنبه الأيمن ، وكان أبو موسى ، ورافع بن خُدَيج ، وأنس بن مالك يفعلونه ، وأنكره ابن مسعود ، وكان القاسم وسالم ونافع لا يفعلونه . واختلف فيه عن ابن عمر . وروى عن أحمد : أنه ليس بسنَّة ، لأن ابن مسعود أنكره .

ولنا : ماروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ رَكْعَتَي الْفَجْرِ فَلْيَضْطَجِعْ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن . ورواه البزّار فى مسنده وقال : « عَلَى شِقِّهِ الْأَيْمَنِ » . وعن عائشة قالت : « كانَ النبيُّ ﷺ إِذَا صَلَّى رَكْعَتَي الْفَجْرِ اضْطَجَعَ عَلَى شِقِّهِ الْأَيْمَنِ » متفق عليه وهذا لفظ رواية البخارىّ . واتباع النبي ﷺ فى قوله وفعله أولى من اتباع من خالفه كائناً من كان .

فصــــل

ويقرأ فى الركعتين بعد المغرب (قُلْ يَاأَيُّهَا الْـكَافِرُونَ) و (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) لما روى ابن مسعود قال : « ما أُحْصِي ماسَمِعْتُ رسول الله ﷺ يقرأ فى الركعتين بعد المغرب وفى الركعتين قبل الفجر بـ (قُلْ يَا أَيُّهَا الْـكَافِرُونَ) و (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) أخرجه الترمذىّ ، وابن ماجه .

ويُسْتَحَبُّ فعل السنن فى البيت . لما ذكرنا من حديث ابن عمر « أنّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كان يُصَلِّى رَكْعَتَي الفَجْرِ وَالْمَغْرِبِ ، والعِشَاءِ فى بَيْتِهِ » وقال أبو داود : مارأيت أحمد ركعهما ، يعنى ركعتى الفجر فى المسجد قطّ ، إنما كان يخرج ، فيقعد فى المسجد ، حتى تُتَمام الصلاة . وقال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله سُئل عن الركعتين بعد الظهر أين يُصَلَّيَان ؟ قال : فى المسجد ، ثم قال : أما الركعتان قبل الفجر ففى بيته ، وبعد المغرب فى بيته ، ثم قال : ليس ههنا شيء آكدُ من الركعتين بعد المغرب . وذكر حديث ابن إسحاق : « صَلُّوا هَاتَيْنِ الرَّكْعَتَيْنِ فى بُيُوتِكُمْ » قيل لأحمد : فإن كان منزل الرجل بعيداً ؟ قال : لا أدرى . وذلك لما روى سعد بن إسحاق ، عن أبيه عن جدّه « أن النبيّ ﷺ أتاه فى مسجد بنى

عَبْدِ الْأَشْهَلِ ، فصـلَّى المغربَ ، فرآهم يتطوّعون بعـدها . فقال : هذه صـلاة البُيوت » رواه أبو داود .
وعن رافع بن خُدَيج قال : « أتانا النبيّ صلى الله عليه وسلم فى بنى عَبْدِ الأشهل ، فصـلَّى بِنَا الْمَغْرِبَ فى مسجدنا ، ثم قال : اركَعُوا هَاتَيْنِ الركعتين فى بيوتـكم » رواه ابن ماجـه ، والأثرم ولفظـه قال : « صَلُّوا هَاتَيْنِ الرَّكْعَتَـيْنِ فى بُيُوتِـكُمْ » .

فصـــل

كل سنَّة قبل الصلاة ، فوقتها من دخول وقتها إلى فعل الصلاة ، وكل سنة بعـدها ، فوقتها من فعل الصلاة إلى خروج وقتها ، فإن فات شىء من وقت هذه السنن ، فقال أحمد : لم يبلغنا أن النبى ﷺ قضى شيئاً من التطوع إلا ركعتى الفجر ، والركعتين بعد العصر[1] . وقال ابن حامد : تقضى جميع السنن الرواتب فى جميـع الأوقات ، إلا أوقات النهى . لأن النبى ﷺ قضى بعضها ، وقسنا البـاقى عليه . وقال القـاضى وبعض أصحابنـا : لايُقضى إلا ركعتـا الفجر ، تُقضى إلى وقت الضحى ، وركعتا الظهر . فإن أحمـد قال : ماأعرف وِتراً بعـد الفجر . وركعتا الفجر تقضى إلى وقت الضحى . قال مالك : تُقضى ركعتـا الفجر إلى وقت الزوال ، ولاتقضى بعد ذلك . وقال النخعىّ ، وسعيد بن جُبَيْر ، والحسن : إذا طلعت الشمس فلا وِتْرَ . وقال بعضهم : من صلَّى الغَدَاة فلا وِتر عليه . والأول أصحّ ، لمـا ذكرنا . وقال أحمد رحمه الله : أحبّ أن يكون له شىء من النوافل يُحافظ عليه إذا فات قُضِىَ .

النوع الثـانى : تطوعات مع السنن الرواتب ، يُستَحَبُّ أن يصلِّى قبل الظهر أربعاً ، وأربعاً بعـدها . لمـا روت أمّ حبيبة قالت : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « مَنْ حافَظَ عَلَى أَرْبَعِ رَكَعَاتٍ قَبْلَ الظُّهْرِ وَأَرْبَعٍ بَعْدَهَا حَرَّمَهُ اللهُ عَلَى النَّارِ » رواه أبو داود والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح غريب . وروى أبو أيّوب عن النبى ﷺ قال : « أَرْبَعٌ قَبْلَ الظُّهْرِ لَيْسَ فِيهِنَّ تَسْلِيمٌ ، تُفْتَحُ لَهُنَّ أَبْوَابُ السَّمَاءِ » وقد ذكرناه ، وعلى أربع قبل العصر . لقول رسول الله ﷺ « رَحِمَ اللهُ امْرَأً صَلَّى قَبْلَ الْعَصْرِ أَرْبَعاً » رواه أبو داود . وعن علىّ رضى الله عنه فى صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وأَرْبَعاً قَبْلَ الظُّهْرِ إِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ وَرَكْعَتَيْنِ بَعْدَهَا ، وأَرْبَعاً قَبْلَ الْعَصْرِ يَفْصِـلُ بين كلّ ركعتين بالسـلام على الملائـكة المقرّبين ، والنبيِّين ، ومن تبعهم من المسلمين » رواه ابن ماجه . وعلى أربع بعد سنة المغرب ، لمـا روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ صَـلَّى بَعْـدَ الْمَغْرِبِ سِتَّ رَكَعَاتٍ لَمْ يَتَـكَلَّمْ بَيْنَهُنَّ بِسُوءٍ عُدِلْنَ له بِعِبَادَةِ اثْنَـتَىْ عَشْرَةَ سَنَـة » رواه الترمذىّ . وقال : لانعرفه إلا من حـديث

---

(١) والركعتين بعد الظهر ، اللذين قيل إنهما صلاهما بعد العصر كما سبق .

عمر بن أبى خَثْعَم ، وضعَّفه البخاريّ جـداً . وعلى أربع بعـد العشاء ، لما رُوى عن شُرَيح بن هانىء ، عن عائشة قال : « سألتها عن صـلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالت : ما صـلَّى رَسُولُ اللهِ ﷺ العِشاءَ قَطّ إلاَّ صلَّى أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ ، أَو سِتَّ رَكَعَاتٍ » رواه أبو داود .

فصـــــل

واختُلف فى أربع ركعات ، منها : ركعتان قبل المغرب بعد الأذان . فظاهر كلام أحمد ، أنهما جائزتان وليستا سنَّة . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : الركعتان قبل المغرب ؟ قال : مافعلته قطّ إلا مرّة ، حين سمعتُ الحـديث . وقال : فيهما أحاديثُ جِيَاد . أو قال : صحاح عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وأصحـابه والتابعين ، إلا أنه قال : « لِمَنْ شَاء » فمن شاء صلَّى . وقال : هذا شيء يُنـكره النـاس ، وضحك كالمتعجّب وقال : هذا عندهم عظيم .

والدليل على جوازهما : ماروى أنس قال : « كنـا نُصَـلِّى على عهـد رسول الله صلى الله عليه وسـلم ركعتين بعد غروب الشمس قبل صلاة المغرب ـ قال المختـار بن فلفل ـ فقلت له : أ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاّهما ؟ قال : كان يرانا نُصلّيهما ، فلم يأمرنا ولم ينهنا » متفق عليه . وقال أنس : « كُنَّا بالمدينة إذا أذَّن المؤذّن لصلاة المغرب ابتدرُوا السَّوارِيَ ، فركعوا ركعتين ، حتى إنَّ الرجـل الغريبَ لَيَدْخُلُ المسجدَ فيحْسَبُ أن الصلاة صُلِّيَتْ من كثرة مَنْ يُصلِّيهما » رواه مسلم . وعن عبد الله بن المُغفل قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : « بَيْنَ كُلِّ أَذَانَيْن صلَاةٌ ـ قالها ثلاثاً ـ ثم قال فى الثالثة : لِمَنْ شاَء » أخرجهما مسلم . وقال عقبة : « كُنَّا نفعلُه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » وعن عبد الله بن المُزَنيّ قال : قال رسول الله ﷺ : « صَـلُّوا قبل المغرب ركعتين ، قال : ثم قال : صلُّوا قبل المغرب ركعتين ، قال ثم قال : صلوا قبل المغرب ركعتين لمن شاَء » خشية أن يتّخذها الناسُ سُنَّةً متفق عليه .

ومنها : الركعتان بعد الوتر ، فظاهر كلام أحمد : أنه لايُستحبُّ فعلهما . وإن فعلهما إنسان جاز . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن الركعتين بعد الوتر ؟ ؟ قيل له : قد رُوى عن النبى ﷺ من وُجوه : فما ترى فيهما ؟ فقال : أرجو إن فعله إنسان لايُضيَّق عليه ، ولـكن يكون وهو جالس كما جاء فى الحديث ، قلت : تفعله أنت ؟ قال : لا ، مافعله . وعدَّهما أبو الحسن الآمدى من السنن الراتبـة ، والصحيح أنهمـا ليستا بسنَّة لأن أكثر من وصف تهجُّد النبيّ صـلى الله عليه وسـلم لم يذكرهما . من ذلك حـديث ابن عبَّاس ، وزيد بن خالد ، وعائشة فيما رواه عنها عروة ، وعبد الله بن شقيق ، والقاسم . واختُلف فيه عن أبى سلَمة ، وأكثرُ الصحابة ، ومَنْ بعدهم من أهل العلم على تركها .

ووجه الجواز : ماروى سعد بن هشام عن عائشة « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يصلِّى من الليل

تِسعَ ركَعاتٍ ، ثم يسلّمُ تسليماً يسمعنا ، ثم يصلّي ركعتين بعدما يسلم ، وهو قاعد ، فتلك إحدى عَشْرَةَ رَكْعَةَ ، وقال أبو سلمة : سألت عائشة عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : كان يصلّي ثلاث عشرة ركعة ، يُصلي ثمانيَ ركعات ، ثم يُوتر ، ثم يصلّي ركعتين ، وهو جالس . فإذا أراد أن يركع قام ، فركع ثم يصلي ركعتين بين النّداء والإقامة مِنْ صَلَاة الصُّبح ، رواهما مسلم . وروى ذلك أبو أمامة أيضاً ، وأوصى بهما خالد بن مَعْدان ، وكثير بن مُرَّة الحَضرميّ . وفعلهما الحسن . فهذا وجه جوازهما .

النوع الثالث : صلوات مُعيَّنة سوى ذلك .

منها صلاة الضحى وهي مُستحبّة ، لما روى أبو هريرة قال : «أوصاني خليلي بثلاثٍ : صيامِ ثلاثةِ أيامٍ منْ كل شهر ، وركعتي الضحى ، وأن أوتر قبلَ أن أرقُد » متفق عليه . وعن أبي الدرداء رضي الله عنه قال : « أوْصانِي حَبيبي بثلاث لن أدعهُنَّ ماعشتُ : بصيام ثلاثة أيّام من كلّ شهر ، وصلاة الضحى ، وأن لا أنام حتى أُوترِ » وروى أبو ذرّ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « يُصبحُ عَلَى كُلِّ سُلَامَى مِنْ أحَدِكُم صَدَقَةٌ ، فكلُّ تَسْبيحةٍ صَدَقَةٌ ، وكلُّ تَحْميدَةٍ صَدَقَةٌ ، وكلُّ تَهليلةٍ صَدَقَةٌ ، وكلُّ تَكْبيرةٍ صَدَقَةٌ ، وأمْرٌ بالمَعْروفِ صَدَقَة ، ونَهْيٌ عَنِ المُنْكَرِ صَدَقَة ، ويُجزيء مِنْ ذلك ركعتان ، يركعهما من الضحى » رواهما مسلم ، فأقلها ركعتان لهذا الخبر . وأكثرها ثمانٍ في قول أصحابنا . لما روت أمّ هانيء « أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل بيتها يوم فتح مكة ، وصلّى ثماني ركعاتٍ ، فلم أرَ صلَاةً قطّ أخفَّ منها ، غيرَ أنّه يُتِمُّ الركوعَ والسُّجُود » متفق عليه .

ووقتها : إذا علت الشمس ، واشتدَّ حرها ، لقول النبي ﷺ « صَلَاةُ الأوَّابينَ حِينَ تَرْمَضُ[1] الفِصالُ » رواه مسلم .

قال بعض أصحابنا : لاتُستحبُّ المداومة عليها لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يداوم عليها . قالت عائشة : « مارأيتُ النبيَّ يُصلي الضحى قَطّ » متفق عليه . وعن عبد الله بن شقيق ، قال : قلت لعائشة : « أكان رسول الله ﷺ يُصلّي الضحى ؟ قالت : لا ، إلاّ أن يجيء من مَغيبه » رواه مسلم . وقال عبد الرحمن بن أبي ليلى : « ماحدَّثني أحدٌ أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يُصلّي الضحى إلاّ أمُّ هانيء ، فإنها حدثت أن النبي ﷺ دخل بيتها يوم فتح مكة ، فصلَّى ثمانيَ ركعاتٍ ، مارأيتُه قطّ صلَّى صلاة أخفَّ منها غير أنه كان يُتمّ الركوع ، والسجود » متفق عليه . ولأن في المداومة عليها تشبيهاً بالفرائض . وقال

(١) الفصال جمع فصيل : وهو ولد الناقة أو البقرة ، ومعنى رمضت الفصال : تألمت أقدامها من شدة الحر لمشيها على الرمضاء وهي الأرض الشديدة الحرارة .

أبو الخطاب : تُستحبُّ المداومة عليها ، لأن النبي ﷺ أوصى بها أصحابه وقال : « مَنْ حَافَظَ عَلَى شُفْعَةِ الضُّحَى غُفِرَتْ ذُنُوبُهُ ، وإنْ كانت مِثْلَ زَبَدِ البَحْرِ » قال الترمذىّ : لانعرفه إلا من حديث النهّاس ابن فَهْم ، ولأن أحبّ العمل إلى الله ماداوم عليه صاحبه .

فصـــل

فأما صلاة التسبيح ، فإن أحمد قال : ماتُعجبنى . قيل له : لم ؟ قال : ليس فيها شىء يصحّ ، ونفض يده كالمنكر . وقد رُوى عن ابن عباس : أن رسول الله ﷺ قال للعبّاس بن عبد المُطّلب : « ياعمّاه ، ألا أُعطيك ، ألا أَمْنَحُكَ ، ألا أَحْبُوكَ ، ألا أفعل بك ؟ عَشْر خصال إذا أنت فعلت ذلك غفر الله لك ذنبك أوّله وآخره ، وقديمَه ، وحديثَه ، وخَطأه ، وعمدَه ، وصغيره ، وكبيره ، وسِرّه ، وعلانيتَه ، عشر خصال : أن تُصَلِّى أربع ركعات تقرأ فى كل ركعة فاتحة الكتاب ، وسورةً ، فإذا فرغت من القرآن قلت : سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر ، خمس عَشْرَةَ مَرَّةً ، ثم تركع ، وتقولها وأنت راكع عشراً ، ثم ترفع رأسك من الركوع فتقولها عشراً ، ثم تَهْوِى ساجداً ، فتقولها وأنت ساجد عشراً ثم ترفع رأسك من السجود فتقولها عشراً ، ثم تسجد فتقولها عشراً ، ثم ترفع رأسك فتقولها عشراً ، فذلك خمس وسبعون فى كل ركعة ، تفعل ذلك فى الأربع ركعات ، إن استطعت أن تُصلّيها فى كل يوم مرة فافعل ، فإن لم تفعل ففى كل جمعة مرة ، فإن لم تفعل ففى كل شهر مرة ، فإن لم تفعل ففى كل سنة مرة فإن لم تفعل ففى عمرك مرة » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، ولم يُثْبت أحمدُ الحديثَ المروىّ فيها ، ولم يرها مُستحبّة ، وإن فعلها إنسان فلا بأس ، فإن النوافل والفضائل لايُشترط صحة الحديث فيها .

فصـــل

﴿ فى صلاة الاستخارة ﴾

عن جابر بن عبد الله الأنصارىّ قال : « كان رسول الله ﷺ يُعلِّمنا الاستخارة فى الأمور كلّها ، كما يُعلِّمنا السورةَ من القرآن ، يقول : إذا هَمَّ أَحَدُكُمْ بالأمر ، فليركَعْ ركعتين من غير الْفَرِيضَةِ ، ثمّ ليقُلْ : اللهمّ إنِّى أَسْتَخِيرُكَ بِعِلْمِكَ ، وَأَسْتَقْدِرُكَ بِقُدْرَتِكَ ، وَأَسْأَلُكَ مِنْ فَضْلِكَ الْعَظِيمِ ، فإنَّكَ تَقْدِرُ وَلاَ أَقْدِرُ ، وَتَعْلَمُ وَلاَ أَعْلَمُ ، وَأَنْتَ عَلاَّمُ الغُيُوبِ ، اللهمّ إنْ كُنْتَ تَعْلَمُ أَنَّ هَذَا الأمرَ خَيْرٌ لِى فِى دِينِى ، وَمَعَاشِى ، وَعَاقِبَةِ أَمْرِى - أَوْ قَالَ فِى عَاجِلِ أَمْرِى وَآجِلِهِ - فاقْدُرْهُ لِى ، وَيَسِّرْهُ لِى ، ثُمَّ بَارِكْ لِى فِيهِ ، وَإِنْ كُنْتَ تَعْلَمُ أَنَّ هَذَا الأمْرَ شَرٌّ لِى فِى دِينِى ، وَمَعِيشَتِى ، وَعَاقِبَةِ أَمْرِى - أَوْ قَالَ فِى عَاجِلِ أَمْرِى وَآجِلِهِ - فاصْرِفْهُ عَنِّى ، وَاصْرِفْنِى عَنْهُ ، وَاقْدُرْ لِىَ الْخَيْرَ حَيْثُ كَانَ ، ثُمَّ رَضِّنِى بِهِ - وَيُسَمِّى حَاجَتَهُ » أخرجه البخارىّ .

فصـــل

﴿ فى صلاة الحاجة ﴾

عن عبد الله بن أبى أوفى قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ إِلَى اللهِ حَاجَةٌ ، أو إلى أَحَدٍ مِنْ بَنِى آدَمَ فَلْيَتَوَضَّأْ ، وَلْيُحْسِن الْوُضُوءَ ، ثمَّ لِيُصلِّ ركعتين ، وَلْيُثْنِ عَلَى اللهِ تَعَالَى ، وَلْيُصلِّ على النبى صلى الله عليه وسلم ، ثمَّ ليقُلْ : لاَ إِلَه إلاَّ الله ، الحليمُ الكريمُ ، لا إله إلا اللهُ العلىّ العظيمُ ، سبحان الله ربّ العرش العظيمِ ، الحمدُ لله ربِّ العالمين ، أَسْأَلُكَ مُوجِبَاتِ رَحْمَتِكَ ، وَعَزَائِمَ مَغْفِرَتِكَ ، وَالْغَنِيمَةَ مِنْ كُلِّ بِرّ ، وَالسلامةَ من كُلِّ إِثْمٍ ، لاَ تَدَعْ لِي ذَنْباً إلاَّ غفرْتَهُ ، وَلاَ هَمّاً إلاَّ فرَّجْتَهُ ، وَلاَ حَاجَةً هِيَ لكَ رِضاً إلاَّ قَضَيْتَهَا ، يا أَرْحَمَ الرَّاحِمِينَ » رواه الترمذىّ ، وقال حديث غريب .

فصـــل

﴿ فى صلاة التوبة ﴾

عن علىّ رضى الله عنه قال : حدثنى أبو بكر ـ وصدق أبو بكر ـ قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « مَامِنْ رَجُلٍ يُذْنِبُ ذَنْباً ، ثمَّ يقُوم فَيَتَطَهَّر ، ثمَّ يصلِّى ركعتين ، ثم يستغفرُ الله تعالى ، إلا غفَرَ لَهُ » ثم قرأ : (وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللهَ) إلى آخرها رواه أبو داود ، والترمذىّ وقال : حديث حسن غريب .

فصـــل

ويسنّ لمن دخل المسجد أن لايجلس حتى يُصلِّى ركعتين قبل جلوسه . لما روى أبو قتادة قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ المَسْجِدَ فلا يَجْلِسْ حتَّى يَرْكعَ رَكْعَتَيْنِ » متفق عليه . فإذا جلس قبل الصلاة سُنّ له أن يقوم فيصلِّى ، لما روى جابر . قال : « جَاءَ سُلَيْكٌ الغَطفَانِىّ ورسولُ الله صلى الله عليه وسلم يَخْطُبُ فقال : ياسُلَيْكُ ، قُمْ فَارْكَعْ رَكْعَتَيْنِ وتَجَوَّزْ فِيهِمَا » رواه مسلم .

ويُستحبُ أن يتطوّع بمثل تطوّع النبىّ ﷺ . فإنّ علياً رضى الله عنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صلَّى الفَجْرَ تمَهَّلَ حتى إذا كانت الشمسُ من هَهُنا — يعنى من قِبَلِ المشرق — مقدارُها مِنْ صلاة الظهر من العصر من هَهُنا — يعنى من قِبَلِ المغرب — قام فصلَّى ركعتين ، ثم تمهّل ، حتى إذا كانت الشمس من ههنا — يعنى من قِبَل المشرق — مقدارُها من صلاة الظهر من ههنا قام فصلَّى أربعاً وأربعاً قبل الظهر ، إذا زالت الشمس ، وركعتين بعدها ، وأربعاً قبل العصر ، يفصل بين كل ركعتين

بالســلام على الملائــكة المُقرّبين ، والنبيِّينَ ، ومَنْ تَبِعهم من المسلمين ، فتلك ستّ عَشْرةَ ركعةً ، تطوُّعُ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنهار ، وقَلَّ مَنْ يُدَاوِمُ عَلَيْهَا » .

فصـــل

فأما النوافل المُطلقة فتُشرع فى الليل كلّه . وفى النهار فيما سوى أوقات النهى ، وتطوع الليل أفضلُ من تطوع النهار . قال أحمد : ليس بعد المكتوبة عندى أفضل من قيام الليل ، والنبى صلى الله عليه وسلم قد أمر بذلك قال الله تعالى (١٧ : ٧٩ وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ) وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « أَفْضَلُ الصَّـلاةِ بَعْدَ الفَرِيضَةِ صَلَاةُ اللَّيْلِ » قال الترمذىّ : هـذا حديث حسن ، وكان قيام الليل مفروضاً بدليل قوله تعالى : (٧٣ : ٢١ يَاأَيُّهَا المُزَّمِّلُ قُمِ اللَّيْلَ إلاَّ قَلِيلاً * نِصْفَهُ) ثم نُسخ بقوله : (٧٣ : ٢٠ إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَى مِنْ ثُلُثَي اللَّيْلِ) الآية .

فصـــل

وأفضــل التهجّد جوفُ الليــل الآخِر . لمـا روى عَمْرو بن عَبَسَة قال : « قلت : يارسول الله ، أَيُّ اللَّيْلِ أَسْمَعُ ؟ قال : جَوْفُ اللَّيْلِ الآخِرِ ، فصَلِّ مَاشِئْتَ » رواه أبو داود . وقال النبى صلى الله عليه وسلم « أَفْضَلُ الصـلاَةِ صَلاَةُ داود ، كَانَ يَنَامُ نصفَ اللَّيْلِ وَيَقُومُ ثُلُثَهُ ، وَيَنَامُ سُدُسَهُ » . وفى حديث ابن عبَّاس فى صفة تهجّد رسول الله ﷺ أنَّه نام حتى انتصف الليلُ ، أو قَبْلَه بقليل ، أو بعـده بقليل ، ثم استيقظ — فوصف تهجُّـدَهُ حتى قال — ثم أَوْتَرَ ، ثم اضطجع حتى جاء المؤذّن » وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينامُ أَوَّلَ اللَّيْلِ ، ويُحْيِي آخِرَه . ثم إن كانت له حاجة إلى أهله قضَى حاجَته ، ثم نامَ . فإذا كان عند النِّداء الأوّل وثَبَ فأفاضَ عليه الماء ، وإنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ حَاجَةٌ تَوَضَّأَ » وقالت : « مَاأُلْفِيَ عِنْدِي رسولُ الله ﷺ مِنَ السَّحَرِ الأَعْلَى فى بَيْتِى إلاَّ نَائِماً » متفق عليهنَّ . وفى رواية أبى داود : « فما يَجِيء السَّحَرُ حتَّى يَفْرُغَ مِنْ وِتْرِه » ولأنَّ آخر الليل ينزل فيه الربُّ تبارك وتعالى إلى السماء الدنيا . لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « يَنْزِلُ رَبُّنَا تَبَارَكَ وَتَعَالَى إِلى السَّمَاءِ الدُّنْيَا حِينَ يَبْقَى ثُلُثُ اللَّيْلِ الآخِر . فيقول : مَنْ يَدْعُونِى فَأَسْتَجِيبَ لَهُ ؟ من يَسْأَلُنِى فَأُعْطِيَهُ ؟ مَنْ يَسْتَغْفِرُنِى فأَغْفِرَ لهُ ؟ » متفق عليـه . قال أبو عبد الله : إذا أغفى — يعنى بعـد التهجّد — فإنَّه لايَبِينُ عليـه أثرُ السهر . وإذا لم يُغْفِ يَبِينُ عليه . وقال مسروق : سألت عائشة « أَيّ حينٍ كان يُصلِّى رسول الله ﷺ ؟ قالت : كان إذا سمع الصارِخَ[1] قامَ فصلَّى » متفق عليه .

(١) الصارخ : الديك ، يصيح قبل الفجر .

فصـــل

ويقول عند انتباهه : ماروواه عُبادة عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ تَعَارَّ[1] مِنَ اللَّيْلِ ، فَقَالَ : لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ وَحْدَهُ لاَشَرِيكَ لَهُ ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ، الحمدُ لِلهِ ، وَسُبْحَانَ اللهِ ، ولاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ ، واللهُ أَكْبَرُ ، وَلاَ حَوْلَ وَلاَ قُوَّةَ إِلاَّ بِاللهِ ، ثم قال : اللهمَّ اغْفِرْ لِي ، أَوْ دَعَا استُجِيبَ لَهُ . فَإِنْ تَوَضَّأَ وَصَلَّى قُبِلَتْ صلاتُه » رواه البخاريّ . وعن ابن عباس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قام من الليل يتهجّد قال : اللهمَّ لك الحمدُ ، أنتَ نورُ السمواتِ والأرض ، ومَنْ فيهنّ ، ولك الحمدُ ، أنت قيُّومُ السمواتِ ، والأرض ، ومن فيهنّ ، ولك الحمدُ ، أنت مَلِكُ السموات والأرض ومن فيهنّ ، ولك الحمد أنت الحقّ ، ووعدُك الحقّ ، وقولُك الحقّ ، ولقاؤك حقّ ، والجنة حقّ ، والنار حقّ ، والساعة حقّ ، والنبيُّون حقّ ، ومحمد صلى الله عليه وسلم حقّ . اللهم لك أسلمتُ ، وبك آمنتُ ، وعليك توكلتُ ، وإليك أنبتُ ، وبك خاصَمْتُ ، وإليك حاكَمْتُ ، فاغفر لى ماقدَّمتُ وما أخَّرتُ ، وما أسرَرْتُ وما أعلَنْتُ ، أنت المقدِّم ، وأنت المؤخِّر ، لا إله إلا أنت ، ولاَ حولَ ولا قوةَ إلاَّ بكَ » متفق عليه . وفى مسلم : « أنت ربُّ السموات والأرض » وفيه : « أنت إلهى لا إله إلا أنت » وعن عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ إذا قام من الليل افتتح صلاتَه : اللهمَّ ربَّ جبريلَ ، وميكائيلَ وإسرافيلَ ، فاطِرَ السموات والأرض ، عالِمَ الغيبِ ، والشهادةِ ، أنت تحكُمُ بين عبادكَ فيما كانوا فيه يختلفون . اهْدِنِي لما اخْتُلِفَ فيه من الحقِّ بِإِذْنِكَ ، إنّك تَهْدِي مَن تشاء إلى صراطٍ مُستقيم » أخرجه مسلم . وعنها قالت : « كان — تَعْنِي رسولَ الله ﷺ — إذا قام كبَّر عَشْراً ، وحَمِدَ عَشْراً ، وسبَّح عَشراً ، وهَلَّلَ عَشْراً ، واستغفر عشراً . وقال : اللهمَّ اغفر لى ، واهدنى ، وارزُقنى ، وعافنى — ويتعوّذ من ضيق المقام يوم القيامة » رواه أبو داود .

فصـــل

ويستحب أن يتسوّك . لما رَوى حذيفة قال : « كان النبى ﷺ إذا قام من الليل يَشُوصُ[2] فاهُ بالسِّوَاكِ » متفق عليه . وعن ابن عباس : « أنه رقد عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستيقظ فَتَسَوَّكَ وتوضَّأ » وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « كنَّا نُعِدّ له — تَعْنِي رسولَ الله ﷺ سِوَاكَهُ وطَهُورَه .

---

(١) تعار من الليل : صحا فتكلم بهذه الكلمات .

(٢) يشوص فاه : ينظفه من أسفل إلى أعلى ، أو يدلكه بالسواك .

فروى أن الأفضل كثرةَ الركوعِ ، والسجودِ . لقول ابن مسعود : « إنى لأعلم النظائر التى كان —

فَيَبْعَثُه اللهُ مَاشَاءَ أَنْ يبعَثَه فَيَتَسَوَّك ، وَيَتَوَضَّأ ، ويُصَلِّى تِسْعَ رَكَعَاتٍ » أخرجهما مسلم

فصـــــل

ويستحب أن يفتح تهجُّده بركعتين خفيفتين ، لما رَوى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ من اللَّيل فليَفْتَتِحْ صَلاَته بركعتين خَفِيفَتَيْن » وعن زيد بن خالد أنه قال : « لَأَرْمُقَنَّ صَلاَةَ رسول الله ﷺ اللَّيلةَ . فصَلّى ركعتين خفيفتين ، ثم ركعتين طويلتين ، طويلتين ، ثم صلَّى ركعتين ، وهما دونَ اللتين قبلهما ، ثم صَلّى ركعتين ، وهما دونَ اللتين قبلهما ، ثمَّ صلَّى ركعتين ، وهما دونَ اللتين قبلهما . ثم صَلّى ركعتين وهما دونَ اللتين قبلهما . ثم أوتر ، وذلك ثلاثَ عَشْرَةَ رَكْعَةً » وقال ابن عباس : « كان رسول الله ﷺ يُصَلِّى من الليل ثلاثَ عَشْرَةَ ركْعةً » أخرجهما مسلم .

وقد اختُلف فى عدد ركعات تهجُّد النبى صلى الله عليه وسلم . فنى هذين الحديثين : أنه ثلاثَ عَشْرَةَ ركعة ، وقالت عائشة : « ما كان يَزِيدُ فى رَمضَانَ ولا غَيْرِه عَلَى إِحْدَى عَشْرَةَ ركعة ، يُصَلِّى أَرْبَعًا ، فلا تَسأَلْ عن حُسْنِهِنَّ وطُولِهِنَّ ، ثم يُصَلِّى أَرْبعاً فلا تَسْأَلْ عَنْ حُسْنِهِنَّ وَطُولِهِنَّ ، ثم يُصَلِّى ثلاثًا » وفى لفظ قالت : « كانت صلاتُه فى شهر رمضان وغيره بالليل ثلاثَ عَشْرَةَ ركعة ، منها ركعتا الفجر » وفى لفظ : « منها الوترُ وركعتا الفجر » وفى لفظ : « كان يُصَلِّى ثلاثَ عَشْرَةَ ركعةً بِرَكْعَتَى الفَجْر » وفى لفظ : « كان يُصَلِّى فيما بين صلاة العشاء إلى الفجر إحدى عَشْرَةَ ركعة ، يُسلم من كل ركعتين ، ويُوتِرُ بواحدة » متفق عليهنَّ . ولعلها لم تَعُدَّ الركعتين الخفيفتين اللتين ذكرها غيرُها . ويحتمل أنه صلَّى فى ليلةٍ ثلاثَ عَشْرَةَ ، وفى ليلة إحدى عَشْرَةَ .

فصـــــل

ويُستحب أن يقرأ المتهجد جزءاً من القرآن فى تهجُّده . فإنَّ النبى ﷺ كان يفعله ، وهو مُخيَّر بين الجهر بالقراءة ، والإسرار بها ، إلا أنه إن كان الجهر أنشطَ له فى القراءة ، أو كان بحضرته من يَسْتَمِعُ قراءته ، أو ينتفع بها فالجهر أفضل ، وإن كان قريباً منه من يتهجّد أو من يَستضِرّ برفع صوته فالإسرارُ أولى ، وإن لم يكن لاهذا ولا هذا ، فليفعل ماشاء . قال عبدُ الله بن أبى قيس : « سألتُ عائشةَ : كيف كانت قراءة رسول الله ﷺ ؟ فقالت : كلَّ ذلك كان يفعلُ ، ربّما أسَرَّ وربّما جَهَرَ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وقال أبو هريرة : « كانت قراءةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَرْفَعُ طَوْراً ، وَيَخْفِضُ طَوْراً » وقال ابن عبَّاس « كانت قراءة رسول الله ﷺ على قدر مايَسْمَعُه مَنْ فى الْحُجْرة ، وهو فى البيت » رواهما أبو داود . وعن أبى قتادة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج ، فإذا هو بأبى بكر

يُصلِّي يَخفِضُ من صَوْته ، ومرّ بعُمر وهو يصـلِّي رافعاً صوته قال : فلمّا اجتمعنا عنـد النبي صلى الله عليه وسلم قال : يا أبا بكر ، مررتُ بك وأنت تُصَلِّي تَخفِضُ صوتك ؟ قال : إنِّي أسْمعتُ من ناجيتُ يارسول الله ، قال : فارفع قليلاً . وقال لعمر : مررتُ بك وأنت تصلِّي رافعاً صوتك . قال فقال : يارسول الله أُوقظ الوَسْنَانَ ، وأطْرُدُ الشَّيْطَانَ ، قال : اخفِضْ من صوتك شيئاً » رواه أبو داود . وقال أبو سعيـد : « اعتـكف رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المسجد ، فسمعهم يجهرون بالقراءة فـكشف السِّتْرَ وقال : ألاَ إنَّ كلَّـكُمْ مناجٍ رَبّه ، فلا يُؤْذِيَنَّ بَعْضُـكُمْ بعضاً ، ولا يرفعْ بَعْضُـكُمْ على بعضٍ فىالقراءة ـ أو قال ـ فى الصلاةِ» أخرجه أبو داود .

فصـــــل

ومن كان له تهجّد ففـاته ، استُحبَّ له قضاؤه بين صـلاة الفجر والظهر ، لقول رسول الله ﷺ : « من نَامَ عَنْ حِزْبه ، أو عَنْ شَيْءٍ منه ، فقرأه فيما بَيْنَ صَلاَةِ الفَجْرِ وَصلاةِ الظُّهْرِ كتب له كأنَّمَا قرأهُ مِنَ اللَّيْلِ » . وعن عائشة قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا عمل عملاً أثْبتَهُ، وكان إذا نام من الليل ، أو مرض صلَّى من النهار اثنتى عَشْرَةَ ركعة . قالت : وما رأيتُ رسول الله ﷺ قام ليـلةً حتى الصباح ، وما صام شهراً مُتتابعاً إلا رمضان » أخرجهما مسلم .

فصـــــل

ويُستحبُّ التنفّل بين المغرب ، والعشـاء . لمـا رُوى عن أنس بن مالك فى هـذه الآية : (٣٢ : ١٦ تَتَجَافَى جُنُوبُهُمْ عَنِ الْمَضَاجِـعِ) الآية ، قال « كانوا يتنفّلون مابين المغرب والعشاء يُصَلُّونَ » رواه أبو داود ، وعن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليـه وسلم قال : « مَنْ صَلَّى بَعْدَ الْمَغْرِبِ عِشْرِينَ رَكْعَةً بَنَى اللهُ لَهُ بَيْتاً فِي الْجَنَّة » قال أبو عيسى : هذا حديث غريب .

فصـــــل

وما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم تخفيفه أو تطويلُه فالأفضل اتّباعه فيه . فإنه عليه السلام لا يفعل إلاّ الأفضل . وقد ذكرنا بعض ما كان النبي ﷺ يخفّفه ويطوله ، وما عدا ذلك فاختلفت الرواية فيه :

فروى أن الأفضـل كثرةُ الركوع ، والسجود . لقول ابن مسعود : « إنِّى لأعـلمُ النظائرَ التى كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يَقْرِنُ بينهُنَّ سُورَتَيْنِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ : عِشْرُونَ سُورَةً مِنَ الْمُفَصّل » ، رواه مسلم . وقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : « مَامِنْ عَبْدٍ سَجَدَ سَجْدَةً إلاَّ كَتَبَ اللهُ لهُ بِهاَ حَسَنَةً ، وَمَحا عَنْهُ بِهاَ سَيِّئَةً ، وَرَفَعَ لَهُ بِهاَ دَرَجَةً » .

والثانية : التطويل أفضل ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أفضلُ الصَّلاةِ طولُ القُنُوتِ » رواه مسلم . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « كَانَ أَكْثَرُ صَلاَتِهِ التَّهَجُّدَ » وكان يطيله على ماقد مرّ ذكره . ولا يداوم إلاّ على الأفضل .

والثالثة : هما سواء ، لتعارض الأخبار فى ذلك ، والله أعلم .

فصـــل

والتطوع فى البيت أفضل . لقول رسول الله ﷺ : « عَلَيْكُمْ بالصلاَةِ فى بُيوتكم . فإنَّ خير صلاة المرء فى بيته ، إلا الصلاةَ المكتوبة » رواه مسلم . وعن زيد بن ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « صَلاَةُ المرء فى بَيْتِهِ أفضلُ مِنْ صَلاَتِهِ فى مَسْجِدِى هذا إلاَّ المكتوبة » رواه أبو داود . وقال « إذَا قَضَى أحَدُكُمْ الصلاَةَ فى مسجده فَلْيَجْعَلْ لبَيْتِهِ نَصِيباً من صَلاَتِهِ . فإنَّ الله جاعلٌ فى بَيْتِهِ مِنْ صلاتهِ خَيراً » رواه مسلم . ولأن الصلاة فى البيت أقربُ إلى الإخلاص ، وأبعدُ من الرياء ، وهو من عمل السرّ ، وفعلُه فى المسجد علانيةٌ ، والسرّ أفضل .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يكون للإنسان تطوُّعات يداوم عليها . فإذا فاتت يقضيها . قال أبو داود : سمعتُ أحمد رحمه الله يقول : يُعجبنى أن يكون للرجل ركعاتٌ من الليل ، والنهار معلومةٌ . فإذا نَشِطَ طوّلها ، وإذا لم ينشَط خففّها . وقالت عائشة : « سُئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : أىُّ الأعمال أفضلُ ؟ قال : أدْوَمُهُ وَإنْ قَلّ » ، وفى لفظ قال : « أحبُّ الأعمالِ إلى اللهِ : الذى يُدَاوِمُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ ، وإنْ قَلّ » متفق عليه . وقالت : « كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا صلَّى صلاةً أَحَبَّ أن يُدَاوِمَ عَلَيْهَا » ، وقالت : « كان عَمَلُه دِيمَةً ، وكان إذا عمل عملاً أَثْبَتَهُ » رواه مسلم . وقال عبد الله بن عمرو : قال لى رسول الله ﷺ : « لاتَكُنْ مِثْلَ فُلاَنٍ . كان يقومُ اللَّيلَ فتَرَكَ قِيَامَ اللَّيلِ » متفق عليه .

فصـــل

يجوز التطوع جماعةً وفُرَادَى . لأن النبىّ ﷺ فعل الأمرين كلَيْهما . وكان أكثرُ تطوعه منفرداً . وصلّى بحُذَيْفَةَ مرّةً ، وبابن عباس مرّةً ، وبأنس ، وأُمّه ، واليتيم مرّة ، وأَمَّ أصحابَه فى بيت عُتْبَانَ مرّةً ، وأَمَّهُم فى ليالى رمضان ثلاثاً . وسنذكر أكثر هذه الأخبار فى مواضعها إن شاء الله تعالى وهى كلُّها صحاح جِيَاد .

« مسألة » قال ﴿ ويُباح أن يتطوّع جالساً ﴾ .

لا نعلم خلافاً فى إباحة التطوع جالساً ، وأنه فى القيام أفضلُ ، وقد قال النبىّ ﷺ : « مَنْ صَلَّى قائماً فهو أفضلُ ، ومن صلَّى قاعداً فلهُ نِصْفُ أَجْرِ الْقَائِمِ » متفق عليه . وفى لفظ مسلم : « صلاةُ الرَّجُلِ قاعِداً نصفُ الصَّلاةِ » وقالت عائشة : « إن النبى ﷺ لم يَمُتْ حَتَّى كَانَ كَثِيرٌ مِنْ صَـلاَتِهِ وَهُوَ جَالِسٌ » ورُوى نحو ذلك عن حَفْصَةَ ، وعبد الله بن عمرو ، وجابر بن سَمُرة ، أخرجهنّ مسلم . ولأن كثيراً من الناس يَشقُّ عليه طُولُ القيـام ، فلو وجب فى التطوع لتُرِك أكثرُه ، فسامح الشـارع فى ترك القيام فيه ترغيباً فى تـكثيره ، كما سامح فى فعله على الراحلة فى السفر ، وسامح فى نية صوم التطوع من النهار .

« مسألة » قال ﴿ ويكون فى حال القيام متربّعاً ، ويثنى رجليه فى الركوع والسجود ﴾ .

وجُملته أنه يُستحبّ للمتطوّع جالسـاً أن يـكون فى حال القيام[1] متربّعاً . رُوى ذلك عن ابن عمر ، وأنس ، وابن سيرين ، ومُجَاهد ، وسعيد بن جُبَيْر ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وعن أبى حنيفة كقولنا . وعنه يجلس كيف شاء . ورُوى عن ابن المسيّب ، وعُروة ، وابن عمر يجلس : كيف شاء . لأن القيام سقط ، فسقطت هيئتُه . ورُوى عن ابن المسيّب ، وعُروة ، وابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء الْخراسانىّ : أنهم كانوا يَحْتَبُونَ[2] فى التطوّع ، واختلف فيه عن عطاء والنخعىّ .

ولنـا : أن القيام يُخالف القعود ، فينبغى أن تُخالف هيئتُه فى بدله هَيْئَةَ غيره كمخالفة القيام غيرَه ، وهو مع هذا أبعـد من السهو والاشتباه ، وليس إذا سقط القيام لمشقّته يلزم سقوط مالا مشقّة فيه ، كمن سقط عنه الركوع والسجود ، لايلزم سقوط الإيماء بهما .

وهذا الذى ذكرنا من صفة الجلوس مُستحبٌّ غيرُ واجب ، إذ لم يرد بإيجابه دليل .

فأما قوله : « وَيَثْنِي رِجْلَيْهِ فى الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ » فقـد رُوى عن أنس . قال أحمـد : يروى عن أنس : « أنه صلَّى مُتَرَبِّعاً . فلما ركع ثَنَى رِجْلَهُ » وهذا قول الثورىّ . وحَكى ابن المنذر ، عن أحمد ، وإسحاق أنه لايَثْنى رجليه إلا فى السجود خاصّةً ، ويكون فى الركوع على هيئة القيام ، وذكره أبو الخطاب . وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ، وهو أقْيَسُ ، لأن هيئة الراكع فى رجليه هيئةُ القائم ، فينبغى أن يكون على هيئته . وهذا أصحّ فى النظر ، إلا أن أحمد ذهب إلى فعل أنس وأخذ به .

---

(١) فى حال القيام : يعنى فى جلوسه الذى يقرأ فيه الفاتحة ، وهذا الجلوس يقوم مقام القيام ، إذا صلى من قيام .

(٢) الاحتباء : الجلوس على الألية ونصب الساقين .

فصــــل

وهو مُخَيَّر فى الركوع والسجود ، إن شاء من قيام ، وإن شاء من قعود . لأن النبى ﷺ فعل الأمرين . قالت عائشة : « لم أر رسول الله ﷺ يُصَلِّى صلاةَ الليل قاعداً قطّ حتى أسَنَّ ، فكان يقرأ قاعداً ، حتى إذا أراد أن يركع قام فقرأ نحواً من ثلاثين آية ، أو أربعين آية ، ثم ركع » متفق عليه . وعنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يُصلِّى لَيْلاً طويلاً قائماً ، وليلاً طويلاً قاعداً ، وكان إذا قرأ وهو قائم ، ركع وسجد ، وهو قائم ، وإذا قرأ وهو قاعد ، ركع وسجد ، وهو قاعد » رواه مسلم . قال الترمذى : كلا الحديثين صحيح قال : وقال أحمد ، وإسحاق ، والعمل على كلا الحديثين .

« مسألة » قال ﴿ والمريض إذا كان القيام يزيد فى مرضه صلَّى قاعداً ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن من لا يُطيق القيام ، له أن يُصلِّى جالساً . وقد قال النبى ﷺ لعِمْرَانَ بن حُصين : « صلِّ قَائماً ، فإن لم تَسْتَطِعْ فقَاعِداً ، فإنْ لم تَسْتَطِعْ فعَلَى جَنْبٍ » رواه البخارى وأبو داود ، والنسائى ، وزاد « فإنْ لم تَسْتَطِعْ فَمُسْتَلْقِياً » (لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إلا وُسْعَهَا) وروى أنس قال : « سَقَطَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عَنْ فَرَسٍ فَخُدِشَ ، أو جُحِشَ[1] شِقُّهُ الأَيْمَنُ ، فَدَخَلْنَا عَلَيْهِ نَعُودُهُ ، فحضرتِ الصلاةُ فصلَّى قاعداً ، وصلَّيْنا خَلْفَهُ قُعُوداً » متفق عليه ، وإن أمكنه القيامُ ، إلا أنه يخشى زيادة مرضه به ، أو تباطؤ برئه ، أو يشق عليه مشقّة شديدة . فله أن يصلِّى قاعداً ، ونحوَ هذا . قال مالك ، وإسحاق ، وقال ميمون بن مِهْرَان : إذا لم يستطع أن يقوم لدنياه ، فليصلّ جالساً . وحُكى عن أحمد نحو ذلك .

ولنا قول الله تعالى (٢٢ : ٧٨ ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فى الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) وتكليف القيام فى هذه الحال حرج ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم صلَّى جالساً لما جُحِشَ شِقُّهُ الأيمن ، والظاهر : أنه لم يكن يَعْجِزُ عن القيام بالكلية ، لكن لما شقّ عليه القيامُ سقط عنه ، فكذلك يسقط عن غيره ، وإذا صلَّى قاعداً ، فإنه يكون جلوسه على صفة جلوس المتطوع جالساً على ما ذكرنا .

فصــــل

وإن قدر على القيام بأن يتَّكِئ على عصاً أو يستند إلى حائط ، أو يعتمد على أحد جانبيه لزمه . لأنه قادر على القيام من غير ضرر ، فلزمه كما لو قدر بغير هذه الأشياء .

---

(١) جحش شقه الأيمن : سحج جلده ، أو قشر ، أو هو كالخدش ، إلا أنه خدش شديد .

فصـــل

وإن قدر على القيام ، إلا أنه يـكون على هيئة الراكع كالأحدب ، أو من هو فى بيت قصير السقف لايمـكنه الخروج منه ، أو فى سفينة ، أو خائف لايأمن أن يُعـلم به إذا رفَعَ رأسـه . فإنّه إن كان ذلك لِحَدَبٍ أو كِبَرٍ . لزمه قيامُ مثله . وإن كان لغير ذلك احتمل أن يلزمه القيام قياساً على الأحدب . واحتمل أن لايلزمه . فإن أحمد رحمه الله قال فى الذى فى السفينة لايقدرُ على أن يستَتِمّ قائمـاً لقِصَرِ سَماءِ السفينة : يُصَلِّى قاعـداً ، إلا أن يـكون شيئاً يسيراً ، فيُقاس عليه سائر مافى معنـاه . لقول النبى ﷺ : « صَلِّ قَائِماً ، فإنْ لم تَسْتَطِـعْ فقَاعِداً » وهذا لم يستطع القيام .

فصـــل

ومن قدر على القيـام ، وعجز عن الركوع أو السجود لم يسقط عنه القيـام . ويُصَلِّى قائمـاً فيومىء بالركوع . ثم يجلس فيومىء بالسجود ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يسقط القيـام ، لأنها صلاة لاركوع فيها ولا سجود ، فسقط فيها القيام كصلاة النافلة على الراحلة .

ولنـا : قول الله تعالى (٢ : ١٣٨ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ) وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « صَـلِّ قَائِماً » ، ولأن القيام ركن قدر عليه ، فلزمه الإتيانُ به كالقراءة . والعجز عن غيره لايقتضى سقوطه ، كما لو عجز عن القراءة ، وقياسهم فاسد لوجوه .

أحـدها : أن الصلاة على الراحلة لايسقُط فيها الركوع :

والثـانى : أن النافلة لايجب فيها القيام ، فما سقط على الراحلة لسقوط الركوع والسجود .

والثالث : أنه منقوض بصلاة الجنازة .

فصـــل

وإن قدر المريض على الصلاة وحده قائمـاً ، ولا يقدر على ذلك مع الإمام لتطويله ، يحتمل أن يلزمه القيام ويُصَلِّى وحـده . لأن القيام آكدُ ، لـكونه ركناً فى الصلاة لاتتمّ إلا به ، والجماعة تصح الصلاة بدونها . واحتمل أنه مخيّر بين الأمرين ، لأننا أبحنا له ترك القيام المقدور عليـه مع إمام الحىّ العاجز عن القيام مراعاةً للجماعة فههنا أولى ، ولأن العجز يتضاعف بالجماعة أكثر من تضاعفه بالقيـام ، بدليل : « أنّ صلاةَ القاعِد على النّصف من صلاة القائم » و « صلاةُ الجماعة تَفْضُل على صَـلاَة الرجل وحدَه سبعاً وعشرين دَرَجَةً » وهذا أحسنُ ، وهو مذهب الشافعىّ .

« مسألة » قال { فإن لم يطق جالساً فنائماً }

يعني مُضطجعاً ، سماه نائماً ، لأنه في هيئة النائم . وقدجاء مثل هذه التسمية عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال : «صَــلَاَةُ القَاعِدِ على النِّصْفِ مِنْ صَلَاَةِ القَائِمِ ، وصَــلَاَةُ النَّائِمِ على النّصفِ مِنْ صَــلَاَةِ القَاعِد » رواه البخاريّ هــكذا . فمن عجز عن الصلاة قاعداً فإنّه يصلِّى على جنبه ، مُستقبلَ القبلة ، بوجهه ، وهــذا قول مالك ، والشافعيّ ، وابن المنذر . وقال سعيد بن المسيّب والحارث العُـكْلِيّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، يُصــلِّى مستلقياً ، ووجهه ورجــلاه إلى القبلة ، ليكون إيماؤه إليها ، فإنه إذا صــلى على جنبه كان وجهه فى الإيماء إلى غير القبلة .

ولنــا : قول النبى ﷺ : « فإنْ لم يَسْتَطِــعْ فَعلَى جَنْبٍ » ولم يقــل : فإن لم يستطع فمستلقياً ، ولأنه يستقبل القبلة إذا كان على جنبه ، ولا يستقبلها إذا كان على ظهره ، وإنمــا يستقبل السماء . ولذلك يوضع الميّت فى قبره على جنبه قَصْدَ التوجيه إلى القبلة .

وقولهم : إن وجهه فى الإيماء يــكون إلى القبلة .

قلنــا : استقبال القبلة من الصحيح لا يــكون فى حال الركوع بوجهه ، ولا فى حال السجود ، إنمــا يكون إلى الأرض ، فلا يُعتبر فى المريض أن يستقبل القبلة فيهما أيضاً .

إذا ثبت هذا فالمستحبُّ أن يصلِّى على جنبه الأيمن . فإن صلَّى على الأيسر جاز . لأن النبى ﷺ لم يُعيِّن جنباً بعينه ، ولأنه يستقبل القبــلة على أى الجنبين كان . فإن صلَّى على ظهره مع إمكان الصــلاة على جنبه ، فظاهر كلام أحمد : أنه يصح ، لأنه نوع استقبال . ولهذا يُوجَّه الميّت عند الموت كذلك ، والدليل يقتضى أن لا يصح ، لأنه خالف أمر النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله « فعلَى جَنْب » . ولأنه نقــله إلى الاستلقاء عند عجزه عن الصــلاة على جنبه . فيدل على أنه لا يجوز ذلك مع إمكان الصلاة على جنبه . ولأنه ترك الاستقبال مــع إمــكانه ، وإن عجز عن الصــلاة على جنبه صلَّى مستلقياً للخبر ، ولأنه عجز عن الصلاة على جنبه فسقط كالقيام والقعود .

فصــــل

إذا كان بعينه مرض . فقال ثقات من العلماء بالطبّ : إن صلَّيت مُستلقياً أمــكن مُداواتك ، فقال القاضى : قياس المذهب جواز ذلك . وهو قول جابر بن زيد ، والثوريّ ، وأبى حنيفة . وكرهه عُبَيد الله ابن عبد الله ، بن عُتْبة ، وأبو وائل . وقال مالك ، والأوزاعيّ : لا يجوز . لمــا رُوى عن ابن عبــاس : « أنّه لمّــا كُفَّ بَصَرُه أتاه رجل فقال : لوصَــبَرْتَ علىَّ سَبْعَةَ أيام لم تُصَلِّ إلاّ مُستلقِياً دَاوَيْتُ عَيْنَكَ ، ورَجَوْتُ أن تَبْرأ ، فأرسل فى ذلك إلى عائشة وأبى هريرة ، وغيرهما ، من أصحاب رســول الله ﷺ فــكُلٌّ قال له : إن مِتّ فى هذه الأيام ، ما الذى تصنع بالصلاة ؟ فترك معالجة عينه » .

ولنا : أن النبيّ ﷺ صلَّى جالساً لما جُحِش شِقّه ، والظاهر : أنه لم يــكن يعجز عن القيام ، لــكن

كانت عليه مشقّة فيه ، أو خوف ضرر ، وأيّهما قُدّر فهو حجة على الجواز ههنا ، ولأنّا أبحنا له ترك الوضوء إذا لم يجد الماء إلا بزيادة على ثمن المثل حفظاً لجُزء من ماله ، وتركَ الصوم لأجل المرض والرمد . ودلّت الأخبار على جواز ترك القيام لأجل الصلاة على الراحلة خوفاً من ضرر الطين فى ثيابه وبدنه ، وجاز ترك الجمعة ، والجماعة صيانةً لنفسه ، وثيابه من البلل ، والتلوّث بالطين ، وجاز ترك القيام اتبّاعاً لإمام الحىّ إذا صلّى جالساً ، والصلاة على جنبه ، ومستلقياً فى حال الخوف من العدو ، ولا ينقص الضرر بفوات البصر عن الضرر فى هذه الأحوال . فأما خبر ابن عباس — إن صحّ — فيحتمل أن المخبِرَ لم يُخبِرْ عن يقين ، وإنما قال : أرجو ، أو أنه لم يُقْبَلْ خبرُه لكونه واحداً ، أو مجهول الحال ، بخلاف مسألتنا .

فصل

وإن عجز عن الركوع والسجود أومأ بهما ، كما يومىء بهما فى حالة الخوف ؛ ويجعل السجود أخفض من الركوع ، وإن عجز عن السجود وحده ركع ، وأومأ بالسجود ، وإن لم يمكنه أن يحنىَ ظهره حَنَى رقَبتَه ، وإن تقوّس ظهره فصار كأنه واقع ، فمتى أراد الركوع زاد فى انحنائه قليلاً ، ويقرّب وجهه إلى الأرض فى السجود أكثر ما يمكنه ، وإن قدر على السجود على صُدغه لم يفعل ، لأنه ليس من أعضاء السجود . وإن وضع بين يديه وِسادةً أو شيئاً عالياً ، أو سجد على ربوة ، أو حجر ، جاز . إذا لم يمكنه تنكيس وجهه أكثر من ذلك . وحكى ابن المنذر عن أحمد أنه قال : أختارُ السجود على المِرْفَقة . وقال : هو أحبُّ إلىَّ من الإيماء . وكذلك قال إسحاق ، وجوّزه الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ورخّص فيه ابن عباس ، وسجدت أمّ سلمة على المِرْفَقة . وكره ابن مسعود السجودَ على عُودٍ وقال : يُومىء إيماءً .

ووجه الجواز : أنه أتى بما يُمكنه من الانحطاط فأجزأه ، كما لو أومأ ، فأما إن رفع إلى وجهه شيئاً فسجد عليه فقال بعض أصحابنا : لايُجزئه . ورُوى عن ابن مسعود ، وابن عمر ، وجابر ، وأنس ، أنهم قالوا : « يومىء ولايرفعَ إلى وجهه شيئاً » وهو قول عطاء ، ومالك ، والثورىّ . ورَوى الأثرم عن أحمد أنه قال : « أىَّ ذلك فعل فلا بأس ، يُومىء ، أو يرفع المِرْفَقة فيسجدُ عليها . قيل له : المِرْوَحة ؟ قال : لا ، أما المِرْوَحة فلا . وعن أحمد أنه قال : الإيماء أحبُّ إلىّ ، وإن رفع إلى وجهه شيئاً فسجد عليه أجزأه . وهو قول أبى ثور . ولابد من أن يكون بحيث لا يمكنه الانحطاط أكثر منه . ووجه ذلك : أنه أتى بما أمكنه من وضع رأسه ، فأجزأه كما لو أومأ ، ووجه الأول أنه سجد على ماهو حامل له ؛ فلم يُجزه ، كما لو سجد على يديه .

فصل

وإن لم يقدر على الإيماء برأسه أومأ بطَرْفه ، ونوى بقلبه ، ولا تسقط الصلاة عنه مادام عقله

ثابتاً . وحُـكى عن أبى حنيفة أن الصلاة تسقُط عنه . وذكر القاضى : أن هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية محمد بن يزيد . لمـا رُوى عن أبى سعيد الْخُـدرىّ أنه قيـل له فى مرضه : الصـلاة ، قال : قد كفـانى ، إنما العمل فى الصحة ، ولأن الصلاة أفعال عجز عنها بالـكلية فسقطت عنه لقول الله تعـالى (لا يُـكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ وُسْعَهَا)(١).

ولنا : ماذكرناه من حديث عِمران ، وأنه مُسلم بالغ عاقل ، فلزمته الصلاة كالقادر على الإيماء برأسه ، ولأنه قادر على الإيماء أشبه الأصل .

فصـــــل

إذا صلَّى جالساً فسجد سجدة وأومأ بالثانية مع إمكان السجود جاهلا بتحريم ذلك ، وفعل مثل ذلك فى الثانية ، ثم علم قبل سلامه سجد سجدةً تُتِمّ له الركعة الثانية ، وأتى بركعة ، كما لو ترك السجود نِسياناً . وذكر القاضى : أنه تَتِمّ له الركعة الأولى بسجدة الثـانية ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . وليس هـذا مقتضى مذهبنا . فإنه متى شرع فى قراءة الثانية قبل إتمـام الأولى ، بطلت الأولى ، وصارت الثانية أولاه . وقد مضى هذا فى سجود السهو .

فصـــــل

ومتى قدر المريض فى أثناء الصـلاة على ما كان عاجزاً عنه من قيـام أو قعود ، أو ركوع أو سجود أو إيماء ، انتقل إليه ، وبنى على مامضى من صـلاته . وهكذا لو كان قادراً ، فعجز فى أثناء الصـلاة أتمّ صلاته على حسب حاله . لأن مامضى من الصلاة كان صحيحاً ، فيبنى عليه كما لو لم يتغيّر حاله .

« مسألة » قال ﴿ والوترُ ركعة ﴾ .

نص على هذا أحمـد رحمه الله . وقال : إنّا نذهب فى الوتر إلى ركعة . وممن رُوى عنـه ذلك عثمانُ ابن عفان ، وسعد بن أبى وقّاص ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وابن عمر ، وابن الزبير ، وأبو موسى ، ومعاوية ، وعائشـة رضى الله عنهم ، وفعل ذلك معاذ القارىء ، ومعه رجال من أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك منهم أحد . وقال ابن عمر : « الوتر ركعة ، كان ذلك وِتْرَ رسول الله ﷺ ، وأبى بـكر ، وعمر » وبهذا قال سعيد بن المسيّب ، وعطاء ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحق ، وأبو ثور . وقال هؤلاء : يصلِّى ركعتين ، ثم يسلِّم ، ثم يُوتر بركعة . وقد روى عن ابن عمر ، وابن عباس : أن النبى

---

(١) الآية لايمكن الاستدلال بهـا على سقوط الصلاة ، لأن مفهومها يقول : إن الله يكلف النفس ما تستطيعه . والإيمـاء للصلاة ، يستطيعه المريض فى أشد أحواله ، كما أنه يستبعد أن يقول ابن مسعود وما نسب إليه .

ﷺ قال : « الوِترُ رَكْعَةٌ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ » وقالت عائشة : « كانت صلاة رسول الله ﷺ من الليل عَشْرَ رَكْعاتٍ ويُوتر بِسَجْدَةٍ » وفي لفظ : « كان يُصَلِّي باللَّيلِ إحْدَى عَشْرَةَ رَكْعَةً يُوتِرُ مِنْهَا بِوَاحِدَةٍ » . وقال النبي ﷺ : « صَلاَةُ اللَّيلِ مَثْنَى مَثْنَى ، فإذَا خَشِيتَ الصُّبْحَ فَأَوْتِرْ بِوَاحِدَةٍ » أخرجهنّ مسلم .

فصـــــل

قوله « الوتر ركعة » يحتمل أنه أراد جميع الوتر ركعة ، وما يُصلّى قبله ليس من الوتر ، كما قال الإمام أحمد : إنّا نذهبُ في الوتر إلى ركعة ، ولكن يكون قبلها صلاةُ عشرِ ركعات ، ثم يُوتر ، ويُسلِّم . ويحتمل أنه أراد أقل الوتر ركعة . فإنَّ أحمد قال : إنّا نذهبُ في الوتر إلى ركعة ، وأن أوتر بثلاثٍ أو أكثرَ فلا بأس . وممن رُوي عنه أنه أوتر بثلاث : عمر ، وعليّ ، وأُبيّ ، وأنس ، وابن مسعود ، وابن عبّاس ، وأبو أُمامة ، وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أصحاب الرأي . قال أبو الخطاب : أقل الوتر ركعة ، وأكثره : إحدى عَشْرَةَ ركعة . وأدنى الكمال : ثلاثُ ركعات . وقال الثوريّ وإسحاق : الوترُ ثلاث ، وخمس ، وسبع ، وتسع ، وإحدى عَشْرَة . وقال أبو موسى : ثلاثٌ أحبُّ إليَّ من واحدة ، وخمسٌ أحبُّ إليَّ من ثلاث ، وسبعٌ أحبُّ إليَّ من خمس ، وتسعٌ أحبُّ إليَّ من سبع . وقال ابن عباس : إنما هي واحدة ، أو خمس ، أو سبع ، أو أكثر من ذلك ، يوتر بما شاء . وقد روى أبو أيوب قال : قال رسول الله ﷺ : « الوترُ حَقّ على كلّ مُسلم ، فمن أحبَّ أن يُوتر بخمس فليفعل ، ومن أحبَّ أن يوتر بثلاث فليفعل ، ومن أحبَّ أن يوتر بواحدة فليفعل » أخرجه أبو داود . وروت عائشة « أن النبي ﷺ كان يوتر بتسع » وروت : « أنه كان يُوتر بسبع » وروت : « أنه كان يُوتر بخمس » رواهنّ مسلم . وعن عبد الله بن قيس قال : قلت لعائشة : « بِكَمْ كانَ رسول الله ﷺ يُوتِرُ ؟ قالت : كان يُوتِرُ بأربع ، وثلاث ، وستّ ، وثلاث ، وثمان ، وثلاث ، وعَشْرٍ ، وثلاث ، ولم يكن يوتر بأقلّ من سبع ، ولا بأكثر من ثلاث عَشْرَة » رواه أبو داود .

« مسألة » قال ﴿ يقْنُتُ فيها ﴾ .

يعني أن القنوت مسنون في الوِتر في الركعة الواحدة في جميع السنة . هذا المنصوص عند أصحابنا . وهذا قول ابن مسعود ، وإبراهيم ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . ورُوي ذلك عن الحسن ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا يقنتُ إلاّ في النصف الأخير من رمضان . ورُوي ذلك عن عليّ ، وأُبيّ . وبه قال ابن سيرين ، وسعيد بن أبي الحسن ، والزهريّ ، ويحيى بن ثابت ، ومالك ، والشافعيّ . واختاره أبو بكر الأثرم ، لما رُوي عن الحسن : « أن عمر جمع الناس على أُبيّ بن كعب ، فكان يُصلِّي لهم عشرين

ليلةً ، ولا يقنُت إلاَّ فى النصف الثانى » رواه أبو داود . وهذا كالإجماع . وقال قتادة : يقنُت فى السنة كلها إلا فى النصف الأول من رمضان لهذا الخبر . وعن ابن عمر : « أنه لايقنُت إلاَّ فى النصف الأخـير من رمضان » وعنه : لايقنت فى صلاة بحال ، والرواية الأولى : هى المختارة عند أكثر الأصحاب . وقد قال أحمد فى رواية المروزىّ : كنت أذهب إلىأنه فى النصف من شهر رمضان ، ثم أنّى قَنَتَ هو دعاء وخير . ووجهه : مارُوى عن أُبَىّ « أن رسول الله ﷺ كان يوتر فيقنُت قبل الركوع . وعن علىّ رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يقول فى آخر وتره : اللهُمَّ إنّى أَعُوذُ بِرِضَاكَ مِنْ سَخَطِكَ ، وأَعُوذُ بِمُعَافَاتِكَ مِنْ عُقُوبَتِكَ ، وأعُوذُ بِكَ مِنْكَ ، لاأُحْصِى ثَنـاءً عَلَيْكَ ، أنْتَ كَمَا أَثْنَيْتَ عَلَى نَفْسِـكَ » وكان للدوام ، وفعـل أُبَىّ يدل على أنه رآه ، ولا ينـكر اختلاف الصحابة فى هذا ، ولأنه وتر . فيُشرع فيـه القنوت كالنصف الآخر ، ولأنه ذكر يُشرع فى الوتر ، فيُشرع فى جميع السنة كسائر الأذكار .

فصـــــل

ويقنُت بعد الركوع . نص عليه أحمد . وروى نحو ذلك عن أبى بـكر الصديق ، وعمر ، وعثمان ، وعلىّ ، وأبى قِلَابة ، وأبى المتوكّل ، وأيّوب السَّخْتيانى وبه قال الشافعى . ورُوى عن أحمد أنه قال : أنا أذهبُ إلى أنّه قال بعد الركوع . فإن قنت قبله ، فلا بأس ، ونحو هذا قال أيُّوب السختيانىّ . لمـا رَوى حميد قال : سئل أنس عن القنوت فى صلاة الصبح فقال : « كُنَّا نَقْنُتُ قبلَ الركوع ، وبَعْدَهُ » رواه ابن ماجه . وقال مالك ، وأبو حنيفة : يقنُتُ قبل الركـوع . ورُوى ذلك عن أُبَىّ ، وابن مسعود ، وأبى موسى ، والبراء ، وابن عبـاس ، وأنس ، وعمر بن عبد العزيز ، وعبيدة ، وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، وحُميدالطويل : لأن فى حديث أبىّ : ويقنُت قبلالركوع . وعن ابن مسعود « أن النبىّ ﷺ قَنَتَ بعدَ الركوع » رواه مسلم . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبدالله يُسأل عنهذه المسألة ؟ فقال : أَقْنُتُ بعد الركوع . وذكر حديث الزهرىّ عن سعيد ، وأبى سَلَمة عن أبى هريرة ، عن النبىﷺ ، وأنسعن النبى ﷺ ، وغير واحد قَنَتَ بعد الركوع . وحديث ابن مسعود يرويه أبانُ بن أبى عيّاش ، وهو متروك الحديث . وحديث أُبَىّ قد تُـكلّم فيه أيضاً . وقيل ذكر القنوت فيه غير صحيح ، والله أعلم .

فصـــــل

ويُستحبُّ أن يقول فى قنوت الوتر : مارَوى الحسن بن علىّ رضى الله عنهما قال : «عَلّمنى رسول الله ﷺ كَلِماتٍ أَقُولُهُنَّ فِى الوِتْرِ : اللهمّ اهْدِنِى فيمَنْ هَدَيْتَ ، وعَافِنِى فِيمَنْ عَافَيْتَ ، وتَوَلَّنِى فِيمَنْ تَوَلَّيْتَ ، وبَارِكْ لِى فِيمَا أَعْطَيْتَ ، وقِنِى شَرَّ مَاقَضَيْتَ ، إنَّكَ تَقْضِى ولاَ يُقْضَى عَلَيْكَ . وإنّه لاَيَذِلُّ

مَنْ وَالَيْتَ ، ولاَ يَعِزُّ مَنْ عَادَيْتَ ، تَبَارَكْتَ رَبَّنَا وتَعَالَيْتَ » أخرجه أبو داود والترمذيّ وقال : هذا حديث حسن . ولا نعرف عن النبي ﷺ في القنوت شيئاً أحسن من هذا . ويقول : ماروى عليّ رضى الله عنه « أن النبي ﷺ كان يقول في وتره » وقد ذكرناه . وعن عمر رضى الله عنه : « أنه قنت في صلاة الفجر فقال : بسم الله الرحمن الرحيم ، اللهمَّ إنَّا نَسْتَعِينُكَ ونَسْتَهْدِيكَ ، ونَسْتَغْفِرُكَ ونُؤْمِنُ بِكَ ، ونَتَوَكَّلُ عَلَيْكَ ونُثْنِي عَلَيْكَ الْخَيْرَ كُلَّهُ ، ولاَ نَكْفُرُكَ . بسم الله الرحمن الرحيم ، اللهمَّ إِيَّاكَ نَعْبُدُ ، ولكَ نُصَلِّي ونَسْجُد ، وإِلَيْكَ نَسْعَى ونَحْفِدُ ، نَرْجُو رَحْمَتَكَ ، ونَخْشَى عَذَابَكَ ، إنَّ عذابك الْجِدَّ بالكُفَّارِ مُلْحِقٌ . اللهمَّ عذِّب كَفَرَةَ أهل الكتاب ، الذين يَصُدُّونَ عن سَبِيلِكَ » وهاتان سورتان في مصحف أُبيّ بن كعب . ورَوى أبو عُبَيدٍ بإسناده عن عُروة أنه قال : « قرأتُ في مصحف أُبيّ بن كعب هاتين السورتين : « اللهمّ إنَّا نستعينك ـ اللهمَّ إيَّاك نعبُد » . وقال ابن سيرين : كتبهما أُبيّ في مُصحفه ، يعني إلى قوله « بالكفارِ مُلْحِق » . قال ابن قُتَيْبَةَ : «نحفِدُ» نُبادِرُ . وأصل الْحَفْدِ : مُداركة الخطو والإسراع[1] . « والجِدّ » بكسر الجيم : أي الحقّ لا اللعب «مُلْحِق» بكسر الحاء لاحق . هكذا يُرْوَى هذا الحرف ، يقال : لَحِقْتُ القومَ وأَلْحَقْتُهُمْ بمعنى واحد . ومن فتح الحاء أراد أن الله يُلحقه إيَّاه ، وهو معنى صحيح . غير أن الرواية هي الأولى . وقال الخلاّل : سألتُ ثعلباً عن مُلحِق ومُلحَق ؟ فقال : العرب تقولها معاً .

فصـــــل

إذا أخذ الإمام في القنوت أمَّن مَنْ خلفَه ، لا نعلم فيه خلافاً . وقاله إسحاق . وقال القاضي : وإن دَعَوْا معه فلا بأس . وقيل لأحمد : إذا لم أسمع قنوت الإمام أدعو ؟ قال : نعم ، فيرفع يديه في حال القنوت . قال الأثرم : كان أبو عبد الله يرفع يديه في القنوت إلى صدره . واحتجَّ بأن ابن مسعود رفع يديه في القنوت إلى صدره . ورُوِى ذلك عن عمر ، وابن عباس . وبه قال إسحاق ، وأصحاب الرأى . وأنكره مالك ، والأوزاعيّ ، ويزيد بن أبي مريم .

ولنا : قول النبي ﷺ : « إِذَا دَعَوْتَ الله فادعُ بِبطُونِ كَفَّيْكَ وَلاَ تَدْعُ بِظُهُورِهِمَا . فإِذَا فَرَغْتَ فَامْسَحْ بِهِمَا وَجْهَكَ » . رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأنه فعلُ من سمَّينا من الصحابة ، وإذا فرغ من القنوت فهل يمسح وجهه بيده ؟ فيه روايتان :

(١) يقال حفد يحفد حفداً : بوزن ضرب يضرب ضرباً ، وللفعل مصدر آخر هو (حفدان) بفتح الحاء والفاء ، ومعناه : خف وأسرع .

إحداهما : لا يفعل . لأنه رُوى عن أحمد أنه قال : لم أسمع فيه بشيء ، ولأنه دعاء في الصلاة فلم يُستحبّ مسح وجهه فيه كسائر دعائها .

الثانية : يستحبُّ للخبر الذى رويناه . وروى السائبُ بن يزيد : « أن رسول الله ﷺ كان إذا دعا رفع يَدَيْهِ وَمَسَحَ وَجْهَهُ بِيَدَيْهِ » ، ولأنه دعاء يرفع يديه فيه ، فيمسح بهما وجهه ، كما لو كان خارجاً عن الصلاة وفارق سائر الدعاء ، فإنه لا يرفع يديه فيه .

فصـــل

ولا يُسنُّ القنوت فى الصبح ولا غيرها من الصلوات سوى الوتر . وبهذا قال الثورىّ ، وأبو حنيفة . ورُوى عن ابن عباس ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وأبى الدرداء . وقال مالك ، وابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، والشافعىّ : يُسَنُّ القنوت فى صلاة الصبح فى جميع الزمان . لأن أنساً قال : « مازال رسول الله ﷺ يَقْنُتُ فى الفَجْرِ حَتَّى فَارَقَ الدُّنْيَا » ، رواه الإمام أحمد فى المسند . وكان عمر يقنُتُ فى الصبح بمحْضَرٍ من الصحابة وغيرهم .

ولنا ما رُوى : أن النبىَّ ﷺ قَنَتَ شَهْراً يدعو على حىٍّ من أحياء العرب ثمَّ تَرَكَهُ »[1] . رواه مسلم . وروى أبو هريرة وأبو مسعود عن النبى ﷺ مثل ذلك . وعن أبى مالك قال : قلت لأبى : ياأبهْ ، إنك قد صليت خلف رسول الله ﷺ وأبى بكر ، وعمر ، وعثمانَ ، وعلىٍّ ههنا بالكوفة نحواً من خمس سنين ، أكانوا يقنتون ؟ قال : أىْ بُنَىَّ ، مُحْدَث ، قال الترمذىُّ : هذا حديث حسن صحيح . والعمل عليه عند أكثر أهل العلم . وقال إبراهيم النخعىّ : أول من قنت فى صلاة الغداة علىّ . وذلك أنه كان رجلا مُحارباً يدعو على أعدائه . وروى سعيد فى سننه عن هُشَيم ، عن عُروة الهمدانى ، عن الشعبى قال : لما قنت علىٌّ فى صلاة الصبح أنكر ذلك الناس ، فقال علىٌّ : إنما استنصرنا على عدوِّنا هذا . وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يقنُت فى صلاة الفجر إلا إذا دعا لقوم أو دعا على قوم » ، رواه سعيد . وحديث أنس يحتمل أنه أراد طول القيام ، فإنَّه يُسمَّى قنوتاً . وقُنوتُ عمر يحتملُ أنه كان فى أوقات النوازل ، فإن أكثر الروايات عنه أنه لم يكن يقنُت . رَوى ذلك عنه جماعة ، فدل على أن قنوته كان فى وقت نازلة .

---

(١) قنت رسول الله صلى الله عليه وسلم شهراً يدعو على قبيلتى رعل وذكوان ثم تركه ، وهذا القنوت غير القنوت الذى رواه الحسن بن علىّ ووالده علىّ رضى الله عنهما ، فإن الدعاء على رعل وذكوان كان دعاء بالانتقام منهما ، أما قنوت الحسن وعلى ، فكان ثناء على الله ، وتقرباً إليه ورجاء منه .

فصـــــل

فإن نزل بالمسلمين نازلة فللإمام أن يقنت فى صلاة الصبح ، نص عليه أحمد . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله سُئِل عن القنوت فى الفجر ؟ فقال : إذا نزل بالمسلمين نازلة قنت الإمام وأمّن من خلفه ، ثم قال : مثل ما نزل بالمسلمين من هذا الكافر — يعنى بَابَك — قال أبو داود : سمعتُ أحمد يُسأل عن القنوت فى الفجر ؟ فقال : لو قنت أياماً معلومة ، ثم يترُكُ كما فعل النبىُّ ﷺ ، أو قنت على الُخَرَّمِيَّة . أو قنت على الدوام ، والُخْرَّمِيَّة : هم أصحاب بَابَك[1] . وبهذا قال أبوحنيفة والثورىّ ، وذلك لما ذكرنا من أن النبىَّ ﷺ « قنت شهراً يدعو على حى من أحياء العرب ثم تركه » وإن علياً قنت وقال : إنما استنصرنا على عدونا هذا ، ولا يقنت آحاد الناس .

ويقول فى قنوته نحواً مما قال النبى ﷺ وأصحابه . ورُوى عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقول فى القنوت : « اللهمَّ اغفر للمؤمنين والمؤمنات ، والمسلمين والمسلمات ، وألِّف بين قلوبهم ، وأصلح ذاتَ بينهم ، وانصرهم على عدوِّكَ وعدوِّهم ، اللهم العن كفرة أهل الكتاب الذين يُكذِّبونَ رُسُلَكَ ، ويقاتلون أولياءك . اللهمَّ خالف بين كلمتهم ، وزلزل أقدامهم ، وأنزل بهم بأسك الذى لا يُرَدُّ عن القوم المجرمين . بسم الله الرحمن الرحيم ، اللهمَّ إنا نستعينُك » ، ولا يقنت فى غير الصبح من الفرائض . قال عبد الله عن أبيه : كل شىء يثبُت عن النبىِّ ﷺ فى القنُوت ، إنما هو فى الفجر . ولا يقنت فى الصلاة إلا فى الوتر ، والغداة ، إذا كان مستنصراً يدعو للمسلمين . وقال أبو الخطاب : يقنُت فى الفجر والمغرب ، لأنهما صلاتا جهر فى طرفى النهار . وقيل : يقنُت فى صلاة الجهر كلّها ، قياساً على الفجر . ولا يصح هذا لأنه لم يُنقل عن النبىِّ ﷺ ولا عن أحد من أصحابه القنوتُ فى غير الفجر والوتر .

« مسألة » قال (مفصولة مما قبلها) .

الذى يختاره أبو عبد الله : أن يفصل ركعة الوتر عما قبلها ، وقال : إن أوتر بثلاث لم يسلم فيهنَّ لم يضيّق عليه عندى . وقال : يُعجبنى أن يُسَلِّمَ فى الركعتين . وممن كان يسلم بين الركعتين والركعة : ابن عمر ، حتى يأمر ببعض حاجته . وهو مذهب مُعاذ القارىء ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة :

---

(١) بابك الخرمى — نسبة إلى خرمة ، بضم الخاء المعجمة وتشديد الراء المهملة مفتوحة وبهاء فى آخره : قرية بفارس كما فى القاموس — وقد ظهر بابك فى الجبال بناحية أذربيجان ، وكان يقول بتناسخ الأرواح ويبيح كل المحرمات من الأمهات وغيرهن ، واتبعه على كفره جماعات ، فقتلوا كثيراً من المسلمين وهتكوا كثيراً من الحرمات . فجهز لهم خلفاء بنى العباسى جيوشاً كثيفة مع الأفشين الحاجب ، ومحمد بن يوسف الثغرى ، وأبى دلف العجلى ، وبقيت العساكر الإسلامية تحاربهم نحواً من عشرين سنة ، إلى أن أخذ بابك وأخوه إسحاق بن إبراهيم وصلبا بسر من رأى فى أيام المعتصم العباسى .

لايفصل بسلام . وقال الأوزاعىُّ : إن فصل فحسن ، وإن لم يفصل فحسن ، وحجَّـة من لم يفصل : قول عائشة : «أن النبىَّ ﷺ كان يوتر بأربع ، وثلاثٍ ، وست ، وثلاث ، وثمانٍ ، وثلاثٍ» . وقولها كان يصلِّى أربعاً فلا تسأل عن حُسنهنَّ وطولهنَّ . ثم يصلِّى أربعاً ، فلا تسأل عن حسنهنَّ وطولهنَّ ، ثم يصلِّى ثلاثاً » . فظاهر هذا : أنه كان يصلِّى الثلاث بتسليم واحد . وروت أيضاً أن النبىَّ ﷺ كان يوتر بخمسٍ لايجلس إلا فى آخرهنَّ » رواه مسلم .

ولنا : ماروت عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ يُصلِّى فيما بين أن يفرُغ من صـلاة العشـاء إلى الفجر إحـدى عَشْرَةَ ركعةً ، يُسلِّم بين كلِّ ركعتين ، ويُوتر بواحدةٍ » رواه مسلم . وقال النبىُّ ﷺ : « صلاة الليل مَثْنَى مَثْنَى ، فإذا خِفْتَ الصُّبحَ فأوْتر بواحدةٍ » متفق عليـه . وقيل لابن عمر : « مامَثْنَى مَثْنَى ؟ قال : يُسلِّم فى كل ركعتين » . وقال عليه السلام : «الوتر ركعة من آخر الليل» رواه مسلم . وعن ابن أبى ذِئْب ، عن نافع ، عن ابن عمر « أن رجلا سأل رسول الله ﷺ عن الوتر ؟ فقـال رسول الله ﷺ : افْصِلْ بَيْنَ الوَاحِدَةِ والثِّنْتَـيْنِ بالتسليم » رواه الأثرم بإسناده ، وهذا نصٌّ .

فأما حديث عائشة الذى احتجُّوا به فليس فيه تصريح بأنها بتسليم واحد ، وقد قالت فى الحديث الآخر يُسلِّم بين كلِّ ركعتين » فأما إذا أوتر بخمس فيأتى الـكلام فيه .

إذا ثبت هذا فإنه إذا صلَّى خلف إمام يصلِّى الثلاثَ بتسليم واحد ، تابعَه لئلا يُخالف إمامه . وبه قال مالك . وقد قال أحمد فى رواية أبى داود ، فيمن يُوتر ، فيسلم من الثِّنْتَـيْنِ فيكرهُونه ، يعنى أهلَ المسجد . قال : فلو صار إلى مايريدون ؟ يعنى أن ذلك سهل ، لاتضرُّ موافقته إياهم فيه .

فصـــل

يجوز أن يوتر بإحدى عَشْرَةَ ركعة ، وبتسع ، وبسبع ، وبخمس ، وبثلاث ، وبواحدة . لما ذكرنا من الأخبار . فإن أوتر بإحدى عَشْرَةَ سلَّم من كلّ ركعتين . وإن أوتر بثلاث سلَّم من الثنتين ، وأوتر بواحدة . وإن أوتر بخمس لم يجلس إلا فى آخرهنَّ . وإن أوتر بسبع جلس عقيب السادسة ، فتشهَّد ، ولم يُسلِّم ، ثم يجلس بعد السابعة فيتشهَّـد ، ويسلم . وإن أوتر بتسع لم يجلس إلا عقيبَ الثامنة ، فيتشهد ، ثم يقوم فيأتى بالتاسعـة ، ويسلِّم . ونحو هذا قال إسحاق . وقال القـاضى : فى السبع لايجلس إلا فى آخرهنَّ أيضاً ، كالخمس . فأما الإحدى عَشْرةَ والثلاث ، فقد ذكرناها .

وأما الخمس : فقـد رُوى عن زيد بن ثابت : أنه كان يُوتر بخمس لاينصرف إلا فى آخرها . ورَوَى عُروة عن عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ يُصـلِّى من الليل ثلاثَ عَشْرَةَ ركعة ، يُوتر من ذلك

بخمس ، لايجلس فى شىء منها ، إلا فى آخرها » متفق عليه ، وعن ابن عباس عن النبى ﷺ قال : « ثم أوترَ بخمس لم يجلس بَيْنَهُنَّ » وفى لفظ : « فتوضَّأ ثم صلَّى سبعاً أو خمساً أوتر بهنّ ، لم يُسلِّمْ إلا فى آخرهن » رواه أبو داود . وقال صالح مولى التَّوْأَمَة : « أدركتُ الناسَ قبل الحَرّة [1] يقومون بإحدى وأربعين ركعةً ، ويُوترون بخمس ، يُسلِّمون بين كل اثنتين ، ويُوترون بواحدة ، ويصلُّون الخمس جميعاً » . رواه الأثرم .

وأما التسع والسبع فروى زُرارة بن أوفى ، عن سعيد بن هشام ، قال : قلت يعنى لعائشة : « يا أُم المؤمنين ، أنبئينى عن وِترِ رسول الله ﷺ ؟ فقالت : كُنّا نُعِدُّ له سِوَاكَهُ وطَهوره فيبْعَثُهُ الله ما شاء أن يبعثَهُ ، فيتسوَّكُ وَيتوضَّأ ، وَيصلِّى سبع رَكعات ، لايجلس فيها إلا فى الثامنة ، فيذكر الله ويحمده ، ويدعوه ثم ينهض ولا يسلِّم ، ثم يقوم فيصلِّى التاسعة ، ثم يقعد فيذكر الله ويدعوه ، ثم يُسلِّم تسليماً ، يُسمعنا ، ثم يصلِّى ركعتين بعد ما يُسلِّم وهو قاعد ، فتلك إحدى عَشْرَةَ ركعة ، يابنىَّ . فلما أسنَّ رسول الله ﷺ وأخذه اللحمُ أوتر بسبع ، وصنع فى الركعتين مثلَ صُنْعه فى الأول . قال : فانطلقتُ إلى ابن عباس فحدثته بحديثها . فقال : صَدَقَتْ » رواه مسلم وأبو داود . وفى حديث أبى داود : فقال ابن عباس : « هذا هو الحديث » وفيه « أوتر بسبع لم يجلس إلاّ فى السادسة ، والسابعة ، ولم يُسلِّم إلا فى السابعة » وفيه من طريق أخرى : « ويسلِّم بتسليمة شديدة ، يكاد يُوقظ أهلَ البيت من شدة تسليمه » وهذا صريح فى أن السبع يجلس فيها عقب السادسة . ولعل القاضى يحتجّ بحديث ابن عباس : «صلَّى سبعاً أو خمساً أوتر بهنّ ، لم يسلم إلاّ فى آخِرهنّ » . وعن أُمِّ سلمة قالت : « كان رسول الله ﷺ يُوتر بسبع ، أو خمس ، لايفصل بينهنَّ بتسليم ، ولا كلام » رواه ابن ماجه . وكلا الحديثين فيه شك فى السبع ، وليس فى واحد منهما أنه لايجلس عقيبَ السادسة . وحديث عائشة فيه تصريح بذلك ، وهو ثابت ، فيتعيّن تقديمه .

فصل

الوتر غير واجب . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو بكر : هو واجب ، وبه قال أبوحنيفة . لأن النبى ﷺ قال : « إذا خِفْتَ الصبحَ فأوترْ بواحدَةٍ » وأمر به فى أحاديث كثيرة . والأمر يقتضى الوجوب ، ورَوى أبو أيّوب قال : قال رسول الله ﷺ : «الوترُ حَقٌّ فمن أحبَّ أن يُوتر بخمس فليفعل ،

---

(١) المراد بالحرة : وقعة الحرة الثانية ، لأن الحرة الأولى غزوة حنين ، والثانية الموقعة التى حدثت بين جيوش يزيد بن معاوية ، وعبد الله بن الزبير ، ومن معه من المسلمين ، والحرة : موضع قبلى المدينة كانت فيه المعركة ، وسميت البقعة بالحرة ، لأن الحرة هى الأرض ذات الحجارة النخرة السود ، وكانت أرض المعركة كذلك .

ومن أحبَّ أن يوتر بثلاث فليفعل ، ومن أحبَّ أن يوتر بواحدة فليفعل » رواه أبو داود وابن ماجـه . وعن بُرَيْدَة قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الوتر حقٌّ ، فمن لم يوتر فليس منَّا ، الوترُ حـقٌّ فمَنْ لم يوتر فليس منَّا ، الوتر حقٌّ فمَنْ لم يوتر فليس منَّا » رواه أحمـد فى المسند من غـير تـكرار . وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبىّ ﷺ مثله من المسند أيضاً . وعن خارجـةَ بن حُذَافة قال : « خرج علينا رسول الله ﷺ ذاتَ غَدَاةٍ ، فقال : « إنَّ الله قد أمدَّكم بصلاةٍ هى خيرٌ لـكم من حُمْرِ النَّعَمِ وهِيَ الوِتْرُ ، فجعلها لـكم فيما بين العشاء إلى طُلُوع الفجر » رواه أحمد ، وأبو داود . وعن أبى بَصْرة قال : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : «إنَّ الله زادكم صلاةً فصلُّوها مابين العشاء إلى صلاة الصبح : الوِتْرُ الوتْرُ » رواه الأثرم، واحتجَّ به أحمد .

ولنا : ماروى عبدُ الله بن مُحَيْرِيز : « أنَّ رجلاً من بنى كِنَانَةَ يُدعى الْمُخْدَجِىّ سمـع رجلاً بالشام يدعى أبا محمد ، يقول : إن الوتر واجب ، قال : فرُحتُ إلى عُبَادَةَ بن الصامت فأخبرتُه ، فقال عُبـادة : كذب أبو محمد . سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : «خمسُ صلواتٍ كتبهُنَّ الله تعالى على العباد ، فمن جاء بهنَّ لم يُضيِّع منهنَّ شيئاً استخفَافاً بحقِّهنَّ كان له عند الله عهد أن يُدخله الجنَّة ، ومن لم يأت بهنَّ فليس له عند الله عهد ، إن شاء عذبه وإن شاء أدخله الجنَّة » رواه أبو داود ، وأحمد . وعن علىّ رضى الله عنه « إنَّ الوِترَ ليس بحَتْمٍ ، ولا كصلواتـكم المـكتوبة ، ولـكن رسول الله ﷺ أوتر . ثم قال : ياأهـل القرآن ، أوتروا ، فإنَّ الله وِتْرٌ يحب الوِتر » رواه أحمـد فى المسند . وقد ثبت أن « الأعرابىّ لـما سأل النبىّ ﷺ : مافرضُ الله علىَّ فى اليوم والليلة ؟ قال : خمسُ صلواتٍ . قال : هل علىَّ غيرُهنَّ ؟ قال : لا ، إلاّ أن تطَّوَّع . فقال الأعرابى : والذى بعثـك بالحقِّ لاأزيدُ عليهنَّ ، ولا أنقص منهُنَّ ، فقـال : أفلح الرجلُ إن صدق » ولأنه يجوز فعله على الراحلة ، من غير ضرورة فلم يـكن واجباً كالسنن . وقد رَوى ابن عمر : « أن النبىَّ ﷺ كان يُوْتِرُ على بَعيره » متفق عليه ، وقال : « كان رسول الله ﷺ يُسَبِّحُ على الراحِلَةِ قِبَلَ أيِّ وَجْهٍ تَوَجَّهَ وَيُوْتِرُ عَلَيْهَا ، غيرَ أنَّهُ لايُصَلِّى عليها المـكتوبة » رواه مسلم وغيره .

وأحاديثهم قد تُـكلِّم فيها . ثم إن المراد بها تأكيدُه ، وفضيلتُه ، وأنه سنَّة مؤكَّدة ، وذلك حقٌّ . وزيادة الصلاة يجوز أن تـكون ، سُنَّة ، والتوعُّد على تركه للمبالغة فى تأكيده . كقوله : « مَنْ أَكَلَ هَاتَيْنِ الشَّجَرَتَيْنِ فَلاَ يَقْرَبَنَّ مَسْجِدنَا » .

فصـــــل

وهو سنَّة مؤكَّدة . قال أحمد : من ترك الوتر عمداً فهو رجلُ سُوء ، ولا ينبغى أن تُقبل له شهادة ،

وأراد المبالغة فى تأكيده ، لما قد ورد فيه من الأحاديث فى الأمر به ، والحثّ عليه ، فخرج كلامه مخرج كلام النبيّ ﷺ ، وإلاّ فقد صرح فى رواية حنبل . فقال : الوترُ ليس بمنزلة الفرض . فلو أن رجلا صلَّى الفريضة وحدها جاز له ، وهما سنَّة مؤكدة : الركعتان قبل الفجر ، والوتر . فإن شاء قضى الوتر ، وإن شاء لم يقضه . وليس هما بمنزلة المكتوبة .

واختلف أصحابنا فى الوتر ، وركعتى الفجر ، فقال القاضى : ركعتا الفجر آكدُ من الوتر ، لاختصاصهما بعدد لا يزيد ، ولا ينقص ، فأشبها المكتوبة . وقال غيره : الوتر آكدُ ، وهو أصحّ . لأنه مُختلف فى وجوبه . وفيه من الأخبار ما لم يأت مثلُه فى ركعتى الفجر ، لكن ركعتا الفجر تليه فى التأكيد ، والله أعلم .

فصـــل

ووقته : ما بين العِشاء ، وطلوع الفجر الثانى . فلو أوتر قبل العشاء لم يصحّ وتره . وقال الثورىّ ، وأبو حنيفة : إنْ صلاه قبل العشاء ناسياً لم يُعده ، وخالفه صاحباه . فقالا : يُعيد . وكذلك قال مالك ، والشافعىّ : فإنّ النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الوترُ جَعَلَهُ اللهُ لَكُمْ مَا بَيْنَ صَلاَةِ الْعِشاَءِ إلى صَلاَةِ الْفَجْرِ » . وفيه حديث أبى بَصْرة : « إنَّ اللهَ زَادكُمْ صَلاَةً فَصَلُّوهَا ما بَيْنَ الْعِشاَءِ إلى صَلاَةِ الصُّبْحِ » وفى المسند عن مُعاذ قال ، سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «زَادَنِى رَبِّى صَلاَةً وَهِىَ الْوِتْرُ ، وَوَقْتُهاَ ما بَيْنَ الْعِشاَءِ إلى طُلُوعِ الْفَجْرِ » ولأنه صلاةٌ قبل وقته ، فأشبه مالو صلَّى نهاراً . وإن أخَّر الوتر حتى يطلُعَ الصبح ، فات وقتُه وصلاّه قضاء . ورُوى عن ابن مسعود أنه قال : « الوترُ ما بَيْنَ الصلاَتَيْن » وعن علىّ رضى الله عنه نحوُه ، لحديث أبى بَصْرة . والصحيح : أن وقته إلى طلوع الفجر . لحديث مُعاذ ، والحديث الآخر . وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « فَإِذَا خَشِىَ أَحَدُكُمْ الصُّبْحَ صَلَّى رَكْعَةً فأَوْتَرَتْ لَهُ مَاقَدْ صَلَّى ، وقال : « اجْعَلُوا آخِرَ صَلاَتِكُمْ بِاللَّيْلِ وِتْراً » متفق عليه . وقال : « أَوْتِرُوا قَبْلَ أَنْ تُصْبِحُوا » وقال : « الْوِتْرُ رَكْعَةٌ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ » وقال : « مَنْ خَافَ أَنْ لاَ يَقُومَ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ فَلْيُوتِرْ مِنْ أَوَّلِهِ » أخرجهنّ مسلم .

فصـــل

والأفضل فعله فى آخر الليل . لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَنْ خَافَ أَنْ لاَ يَقُومَ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ فَلْيُوتِرْ مِنْ أَوَّلِهِ . وَمَنْ طَمِعَ أَنْ يَقُومَ آخِرَهُ فَلْيُوتِرْ آخِرَ اللَّيْلِ . فإنَّ صَلاَةَ آخِرَ اللَّيْلِ مَشْهُودَة ، وذلك أفضلُ » وهذا صريح . وقال صلى الله عليه وسلم : « الْوِتْرُ رَكْعَةٌ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ » « وكان النبى صلى الله عليه وسلم يُوتِرُ آخِرَ اللَّيْلِ » وقالت عائشة : « مِنْ كُلِّ اللَّيْلِ قَدْ أَوْتَر رَسُولُ الله

صلى الله عليه وسلم ، فانْتَهَى وِتْره إلى السَّحَرِ » . ومن كان له تهجّد جعل الوتر بعد تهجده ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك . وقال : « اجْعَلُوا آخِرَ صَلاَتِكُمْ بِاللَّيْلِ وِتْراً » ، مع ماذكرنا من الأخبار . فإنْ خاف أن لايقوم من آخر الليل استُحبّ أن يُوتر أوّله . لأنّ النبيّ ﷺ أوصى أبا هريرة ، وأبا ذرّ ، وأبا الدرداء بالوتر قبل النوم . وقال : « مَنْ خَافَ أَنْ لاَ يَقُومَ آخِرَ اللَّيْلِ فَلْيُوتِرْ مِنْ أَوَّلِهِ » وهذه الأحاديث كلها صحاح ، رواها مسلم ، وغيره . وروى أبو داود أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال لأبى بكر : « مَتَى تُوتِرِ ؟ قال : أُوتِرُ من أوّل الليل . وقال لعمر : متى تُوتر ؟ قال : آخِرَ الليل ، فقال لأبى بكر : أَخَذَ هذا بالْحَزْمِ ، وقال لعمر : وأخذ هذا بالقُوَّة » وأىّ وقت أوتر من الليل بعد العشاء أجزأه ، لانعلم فيه خلافاً . وقد دلّت الأخبار عليه .

فصـــل

ومن أوتر من الليل ثم قام للتهجّد ، فالمستحبُّ أن يُصَلِّيَ مَثْنَى مَثْنَى ، ولا ينقض وتره . رُوى ذلك عن أبى بكر الصديق ، وعمار ، وسعد بن أبى وقاص ، وعائذ بن عمرو ، وابن عباس ، وأبى هريرة ، وعائشة . وكان علقمة لايرى نقض الوتر . وبه قال طاوس ، وأبو مجلز . وبه قال النخعىّ ، ومالك ، والأوزاعىّ ، وأبو ثور . وقيل لأحمد : ولا ترى نقض الوتر ؟ فقال : لا ، ثم قال : وإن ذهب إليه رجل فأرجو لأنه قد فعله جماعة . ومروىٌّ عن علىّ ، وأسامة ، وأبى هريرة ، وعمر ، وعثمان ، وسعد ، وابن عمر ، وابن عباس ، وابن مسعود . وهو قول إسحاق .

ومعناه : أنه إذا قام للتهجّد يُصلى ركعةً تشفَعُ الوتر الأوّل ، ثم يصلِّى مثنى مثنى ثم يُوتر فى آخِر التهجد . ولعلهم ذهبوا إلى قول النبى ﷺ : « اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وتراً » .

ولنا : ماروى قيسُ بن طَلْق قال : « زارنا طَلْقُ بنُ علىّ فى يوم من رمضان ، فأمسى عندنا ، وأفطر ، ثم قام بنا تلك الليلة ، ثم انحدر إلى المسجد فصلَّى بأصحابه ، حتى إذا بقى الوترُ قدَّم رجُلاً ، فقال : أَوْتِرْ بأصحابك ، فإنى سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « لاوِتْرَانِ فى لَيْلَةٍ » رواه أبو داود ، والترمذىّ وقال : حديث حسن . ورُوى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال : « أمَّا أنا فإنِّى أنام على فِرَاشى فإن استيقظتُ صلَّيتُ شَفْعاً حتى الصباح » رواه الأثرم . وكان سعيد بن المسيَّب يفعله .

فصـــل

فإن صلَّى مع الإمام ، وأحب مُتابعته فى الوتر ، وأحبَّ أن يُوتر آخِرَ الليل ، فإنَّه إذا سلم الإمام لم يسلّم معه ، وقام فصلَّى ركعةً أخرى ، يشفعُ بها صلاته مع الإمام ، نص عليه . وقال : إن شاء أقام

على وتر ، وشفع إذا قام . وإن شاء صلَّى مثنى . قال : ويشفع مع الإمام بركعة أحبُّ إليَّ . وسُئل أحمدُ عمَّن أوتر يُصلِّي بعدها مثنى مثنى ؟ قال : نعم ، ولكن يكون الوترُ بعد ضَجْعة .

فصـل

ويُسْتَحَبُّ أن يقرأ في ركعات الوتر الثلاث في الأولى : بسبّح . وفي الثانية : (قُلْ يَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ) وفي الثالثة : (قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ) وبه قال الثوريّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وقال الشافعيّ : يقرأ في الثالثة (قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ) والمعوذتين . وهو قول مالك في الوتر . وقال في الشفع : لم يبلغني فيه شيء معلوم . وقد رُوي عن أحمد : أنه سئل : يقرأ بالمعوذتين في الوتر ؟ قال : ولم لا يقرأ ؟ وذلك لما روت عائشة : « أن رسول الله ﷺ كان يقرأ في الركعة الأولى بِسبّح اسمَ رَبِّكَ الأَعْلَى ، وفي الثانية : (قُلْ يَاأَيُّهَا الْكَافِرُونَ) وفي الثالثة (قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ) والمعوّذتين رواه ابن ماجه . ولنا ماروى عن أُبيّ ابن كعب قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر (بسبح اسم ربك الأعلى) و(قل يأيها الكافرون) و (قل هو الله أحد) » رواه أبو داود وابن ماجه . وعن ابن عباس مثلُه ، رواه ابن ماجه . وحديث عائشة في هذا لا يثبت ، فإنه يرويه يحيى بن أيُّوب ، وهو ضعيف . وقد أنكر أحمدُ ، ويحيى بن معين زيادة المعوذتين .

فصـل

قال أحمد رحمه الله : الأحاديث التي جاءت « أن النبي ﷺ أوتر بركعة » كان قبلها صلاة مُتقدّمة . قيل له : أوتر في السفر بواحدة ؟ قال يُصَلِّي قبلها ركعتين . قيل له : يكون بين الركعة وبين المثنى ساعة ؟ قال : يُعجبني أن يكون بعده ومعه . ثم احتجّ فقال : « صلاة الليل مثنى مثنى ، فإذا خشي أحدكم الصبح فليوتر بركعة » فقيل له : رجل تنفَّل بعد العشاء الآخِرة ، ثم تعشَّى ، ثم أراد أن يوتر ؟ قال : نعم . وسُئل عمن صلَّى من الليل ، ثم نام ، ولم يوتر ؟ قال يُعجبني أن يركع ركعتين ، ثم يسلّم ، ثم يوتر بواحدة . وسُئل عن رجل أصبح ولم يوتر ؟ قال : لا يوتر بركعة ، إلا أن يخاف طلوع الشمس . قيل يوتر بثلاث ؟ قال : نعم ، يُصَلِّي الركعتين ، إلا أن يخاف طلوع الشمس . قيل له : فإذا لحق مع الإمام ركعة الوتر ؟ قال : إن كان الإمام يَفصِلُ بينهن بسلامٍ أجزأته الركعة ، وإن كان الإمام لا يسلّم في الثِّنتين تبعه ، ويقضي مثل ما صلَّى ، فإذا فرغ قام يقضي ولا يقنُت . وقيل لأبي عبد الله : رجل ابتدأ يصلِّي تطوُّعاً ، ثم بدا له لجعل تلك الركعة وتراً ؟ فقال : لا ، كيف يكون هذا ؟ قد قلب نيّته ، قيل له : أيبتدىء الوتر ؟ قال : نعم . وقال أبو عبد الله : إذا قَنَتَ قبل الركوع كبّر ، ثم أخذ في القُنوت . وقد رُوي عن عمر

رضى‌الله عنه : «أنه كان إذا فرغ من القراءة كبّر ثم قنَتَ ، ثم كبّر حين يركع . ورُوى ذلك عن علىّ ، وابن مسعود ، والبراء ، وهو قول الثورىّ . ولا نعلم فيه خلافاً .

فصــــل

يُستحبّ أن يقول بعد وتره : سبحانَ المَلِكِ القدُّوس ثلاثاً ، ويَمُدُّ صوته بها فى الثالثة . لما رَوى أُبَىّ بن كعب قال : كان رسول الله ﷺ إذا سلّم من الوتر قال : سُبْحَانَ المَلِكِ القدُّوسِ » هكذا رواه أبو داود . وروى عبد الرحمن بن أبزَى ، قال : « كان رسول الله ﷺ يُوتر (بِسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الأَعْلَى) و (قُلْ يَاأَيُّهَا الْكَافِرونَ) و (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) وإذا أراد أن ينصرف من الوتر قال : سُبْحانَ المَلِكِ القدُّوس ثلاثَ مرّات ، ثم يرفع صوته بها فى الثالثة » أخرجه الإمام أحمد فى المسند .

« مسألة » قال ﴿ وقيام شهر رمضان عشرون ركعة ، يعنى صلاة التراويح ﴾ ،

وهى سُنّة مؤكدة . وأول من سَنّها رسول الله ﷺ قال أبو هريرة « كان رسول الله ﷺ يرغبُ فى قيام رمضان من غير أن يأمرهم فيه بعزيمة ، فيقول : مَنْ قَامَ رَمَضَانَ إِيمَاناً واحْتِساباً غُفِرَ لَهُ ماتقدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ » وقالت عائشة « صلّى النبى ﷺ فى المسجد ذات ليلة ، فصلّى بصلاته ناس ، ثم صلّى من القابلة وكثُر الناس ، ثم اجتمعوا من الليلة الثالثة ، أو الرابعة ، فلم يخرُج إليهم رسول الله ﷺ ، فلمّا أصبح قال : قَدْ رأيتُ الذى صَنَعْتُمْ ، فَلَمْ يَمْنَعْنِي مِنَ الْخُرُوجِ إِلَيْكُمْ إلاّ أَنِّى خَشِيتُ أَنْ تُفْتَرَضَ عَلَيْكُمْ ـ قال وذلك فى رمضان » رواها مسلم . وعن أبى ذرّ قال « صُمنا مع رسول الله ﷺ رمضان ، فلم يَقُم بنا شيئاً من الشهر ، حتى بقى سبع ، فقام بنا حتى ذهب ثلثُ الليل . فلمّا كانت السادسة لم يقم بنا . فلمّا كانت الخامسة[1] قام بنا ، حتى ذهب شَطْرُ الليل . فقلت يارسول الله : لو نَفَّلْتنا قيامَ هذه الليلة ؟ قال : فقال : إِنَّ الرَّجُلَ إِذَا صَلَّى مَعَ الإِمَامِ حَتَّى يَنْصَرِفَ حُسِبَ لَهُ قِيَامُ لَيْلَةٍ . قال فلمّا كانت الرابعة لَمْ يقُم ، فلمّا كانت الثالثة جمع أهله ، ونساءه ، والناس ، فقام بنا حتّى خَشِينَا أن يَفُوتَنا الفَلَاحُ . قال قلت : وما الفَلاحُ ؟ قال : السُّحُورُ ، ثم لم يَقُم بنا بَقِيَّةَ الشَّهْرِ » رواه أبو داود ، والأثرم ، وابن ماجه . وعن أبى هريرة قال : « خرج رسول الله ﷺ فإذا الناس فى رمضان يُصلّون فى ناحية المسجد . فقال : ماهؤلاء ؟ قيل : هؤلاء ناس ليس معهم قرآن ، وأُبىُّ بن كعب يصلّى بهم ، وهم يصلّون بصلاته ، فقال النبى ﷺ : أَصَابوا ، ونِعْمَ مَاصَنَعُوا » رواه أبو داود . وقال رواه مسلم بن خالد ، وهو ضعيف . ونُسِبَت التراويح إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، لأنه جمع الناس عَلَى أُبَىِّ بن كعب ، فكان يُصلّيها

---

(١) المراد بالسادسة والخامسة الليالى الباقيات من رمضان ، ولذلك ذكر السادسة قبل الخامسة .

بهم . فروى عبد الرحمن بن عبد القاريّ قال « خرجتُ مع عمرَ بن الخطاب ليلةً فى رمضان ، فإذا الناسُ أوزاعٌ متفرِّقون ، يُصَلِّى الرجلُ لنفسه ، ويصلى الرجل ، فيُصلِّى بصلاته الرَّهْطُ . فقال عمر : إنِّى أرى لو جمعتُ هؤلاء على قارىء واحدٍ لـكان أمثـل . ثم عزم فجمعهم على أُبَىِّ بن كعب . قال : ثم خرجت معه ليلةً أخرى ، والناس يصلُّون بصلاة قارئهم . فقال : نعمتِ البدعةُ هذه ، والتى ينـامون عنها أفضلُ من التى يقومون ـ يُريد آخِرَ الليل ، وكان الناس يقومون أولّه » أخرجه البخارىّ .

فصـــــل

والمختار عند أبى عبدالله رحمه الله فيها : عشرون ركعة ، وبهذا قال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وقال مالك : ستة وثلاثون ، وزعم أنه الأمر القديم . وتعلّق بفعل أهل المدينة . فإنَّ صالحاً مولَى التوأمة قال : « أدركتُ الناسَ يَقُومونَ بإحدى وأربعين ركعة ، يوترون منها بخَمْسٍ » .

ولنـا : أن عمر رضىالله عنه لما جمع الناس على أُبَىّ بن كعب كان يُصلِّى لهم عشرين ركعة . وقد رَوى الحسن « أن عمر جمع الناس على أُبَىّ بن كعب ، فكان يُصلِّى لهم عشرين ليلة ، ولا يقنُت بهم إلا فى النصف الثانى ، فإذا كانت العشرُ الأواخرُ تخلَّف أُبَىّ نصلّى فى بيته ، فكانوا يقولون : أَبَقَ[1] أُبَىّ » رواه أبو داود ورواه السائب بن يزيد . ورُوى عنه من طرق . ورَوى مالك عن يزيد بن رُومان قال : « كان الناسُ يقومون فى زمن عمر فى رمضان بثلاثٍ وعشرين ركعةً » وعن علىّ « أنه أمر رجلاً يُصلِّى بهم فى رمضان عشرين ركعة » وهذا كالإجماع . فأما مارواه صـالح فإنَّ صالحاً ضعيف ، ثم لا ندرى مَنِ النـاسُ الذين أخبر عنهم ؟ فلعله قد أدرك جماعةً من الناس يفعلون ذلك ، وليس ذلك بحجة . ثم لو ثبت أن أهل المدينة كلَّهم فعـلوه لـكان مافعله عمر ، وأجمع عليـه الصحابة فى عصره أَوْلى بالاتباع . قال بعض أهل العـلم : إنما فعل هذا أهلُ المدينة لأنَّهم أرادوا مساواة أهل مكة . فإن أهل مكة يطوفون سبعاً بين كل ترويحتين ، فجعل أهلُ المدينة مـكَانَ كلِّ سبعٍ أربعَ رَكَعَات . وما كانـ عليـه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أَوْلى وأحقّ أن يتَّبع .

فصـــــل

والمختـار عنـد أبى عبد الله : فعلها فى الجماعة . قال فى رواية يوسف بن موسى : الجمـاعة فى التراويح أفضل . وإن كان رجـل يُقْتَدَى به فصـلاها فى بيته خِفْتُ أن يَقْتَدِىَ النـاسُ به . وقد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم : « اقْتَدُوا بِالْخُلَفَاء » وقد جاء عن عمر أنه كان يصلِّى فى الجماعة . وبهذا قال المزنىّ ،

(١) أبق : هرب .

وابن عبد الحكم ، وجماعة من أصحاب أبى حنيفة . قال أحمد : كان جابر ، وعلىّ ، وعبد الله يصلّونها فى جماعة . قال الطحاوىّ : كل من اختار التفرُّد ينبغى أن يكون ذلك على أن لا يقطع معه القيام فى المساجد . فأما التفرد الذى يقطع معه القيامُ فى المساجد فلا . ويروى نحو هذا عن الليث بن سعد . وقال مالك ، والشافعىّ : قيام رمضان لمن قَوِىَ فى البيت أحبّ إلينا . لما رَوى زيد بن ثابت قال : «احْتَجَرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم حُجَيْرَةً بِخَصَفَةٍ[1] أوْ حَصِيرٍ ، فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها ، فَتَتَبَّعَ إليه رجالٌ وجاؤا يُصلُّون بِصَلاَتِه . قال : ثم جاؤا ليلةً فحضَرُوا ، وأبطأ رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهم ، فلم يخرُج إليهم ، فرفعوا أصواتهم وحَصَبُوا البابَ ، فخرج إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم مُغْضَباً . فقال : مازال بكم صنيعكم حتّى ظَنَنْتُ أنَّه سَيُكْتَبُ عَلَيْكُمْ ، فَعَلَيْكُمْ بالصَّلاَةِ فى بُيُوتِكُمْ . فإنَّ خَيْرَ صَلاَةِ المَرْءِ فى بَيْتِهِ إلاّ الصَّلاَةَ المكْتُوبَةَ » رواه مسلم .

ولنا : إجماع الصحابة على ذلك . وجمع النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه ، وأهله فى حديث أبى ذرّ . وقوله : « إنَّ القومَ إذَا صَلَّوْا مَعَ الإمَامِ حَتَّى يَنْصَرِفَ كُتِبَ لَهُمْ قِيَامُ تِلْكَ اللَّيْلَةِ » . وهذا خاصّ فى قيام رمضان ، فيقدَّم على عموم مااحتجُّوا به . وقول النبى صلى الله عليه وسلم ذلك لهم مُعلَّل بخشية فرضه عليهم . ولهذا ترك النبىّ صلى الله عليه وسلم القيام بهم مُعلِّلا بذلك أيضاً ، أو خشيةَ أن يتَّخذه الناس فرضاً . وقد أُمِنَ هذا أن يُفعل بعده .

فإن قيل : فعلىٌّ لم يَقُمْ مع الصحابة ، قلنا : قد رُوى عن أبى عبد الرحمن السلمىّ : أنَّ عليًّا رضى الله عنه قام بهم فى رمضان . وعن إسماعيل بن زياد قال : مرّ علىٌّ على المساجد ، وفيها القناديلُ فى شهر رمضان . فقال : نوّر الله على عمر قبره ، كما نوّر علينا مساجدَنا ، رواهما الأثرم .

فصـــل

قال أحمد رحمه الله : يقرأ بالقوم فى شهر رمضان مايخفّ على الناس ، ولا يشُقّ عليهم ، ولاسيّما فى الليالى القصار . والأمر على مايحتمله الناس . وقال القاضى : لا يُستحبُّ النقصانُ عن خَتْمَةٍ فى الشهر ، ليَسمع الناسُ جميع القرآن . ولا يزيد على ختمةٍ كراهيةَ المشقّةِ على مَن خلفه ، والتقدير بحال الناس أولى . فإنّه لو اتفق جماعة يرضون بالتطويل ويختارونه ، كان أفضل . كما رَوى أبو ذَرّ قال : « قُمْنَا مع النبىّ ﷺ حَتَّى خَشِينَا أَنْ يَفُوتَنَا الْفَلاَحُ ، يعنى السّحورَ » وقد كان السلف يطيلون الصلاة ، حتى قال بعضهم :

---

(١) الخصفة : خوص ينسج ليوضع فيه التمر (قفة كبيرة) ، كالذى يوضع فيه التمر العراقى الآن ، ومعنى احتجر حجيرة : فصل جزءاً من المكان بالخصفة أو الحصيرة فكان كالحجرة .

كانوا إذا انصرفوا يستعجلون خَدَمَهُم بالطعام مَخافَةَ طلُوع الفجر . وكان القارىء يقرأ بالمائتين .

فصل

قال أبو داود : سمعتُ أحمد يقول : يُعجبنى أن يُصَلِّىَ مع الإمام ويُوتِرَ معه . قال النبىّ ﷺ : « إنَّ الرَّجُلَ إذَا قامَ مَعَ الإمامِ حَتَّى يَنْصَرِفَ كُتِبَ لَهُ بَقِيَّةُ لَيْلَتِهِ » قال : وكان أحمد يقوم مع الناس ، ويُوتِر معهم . قال الأثرم : وأخبرنى الذى كان يؤمّه فى شهر رمضان أنه كان يُصَلّى معهم التراويح كلّها ، والوتر . قال : وينتظرنى بعد ذلك حتى أقوم ، ثم يقوم كأنه يذهب إلى حديث أبى ذرّ : « إذَا قَامَ مَعَ الإمَامِ حتى يَنْصَرِفَ كُتِبَ لَهُ بَقِيَّةَ لَيْلَتِه » قال أبو داود : وسُئل أحمد عن قوم صلّوا فى رمضان خمسَ تراويح لم يتروّحوا بينها ؟ قال : لا بأس . قال : وسُئل عمن أدرك من ترويحة ركعتين : يُصَلِّى إليها ركعتين ؟ فلم ير ذلك . وقال : هى تطوّع . وقيل لأحمد : نُؤخِّر القيام ؟ يعنى فى التراويح إلى آخرِ الليل ؟ قال : لا ، سُنَّة المسلمين أحبُّ إلىّ .

فصل

وكره أبو عبدالله التطوّع بين التراويح ، وقال : فيه عن ثلاثة من أصحاب رسول الله ﷺ : عُبادة ، وأبو الدرداء ، وعُقبة بن عامر . فذكر لأبى عبد الله فيه رخصة عن بعض الصحابة ؟ فقال : هذا باطل . إنما فيه عن الحسن ، وسعيد بن جُبَيْر . وقال أحمد : يتطوّع بعد المكتوبة ، ولا يتطوّع بين التراويح . وروى الأثرم : عن أبى الدرداء أنه أبصر قوماً يُصلُّون بين التراويح ، فقال : ما هذه الصلاة ؟ أتصلّى وإمَامُكَ بين يديك ؟ ليس مِنّا مَنْ رَغِبَ عَنَّا » وقال : « مِنْ قِلَّةِ فِقْهِ الرَّجُلِ أَنْ يُرَى فى المَسْجِدِ وَلَيْسَ فى صَلَاةٍ » .

فصل

فأما التعقيب : وهو أن يصلِّى بعد التراويح نافلةً أخرى جماعةً ، أو يصلّى التراويح فى جماعة أخرى . فعن أحمد : أنه لا بأس به ، لأن أنس بن مالك قال : «ما يرجعون إلا لِخَيْرٍ يَرْجُونَه أو لشرٍّ يَحْذَرُونه » وكان لا يرى به بأساً . ونقل محمد بن الحكم عنه الكراهة ، إلا أنه قول قديم . والعمل على ما رواه الجماعة . وقال أبو بكر : الصلاة إلى نصف الليل أو إلى آخره لم تُكره روايةً واحدةً . وإنما الخلاف فيما إذا رجعوا قبل النوم . والصحيح أنه لا يكره . لأنه خير ، وطاعة فلم يُكره ، كما لو أخّره إلى آخر الليل .

فصل

فى ختم القرآن . قال الفضل بن زياد : سألت أبا عبد الله فقلت : أَخْتِمُ القرآن ، أجْعَلُهُ فى الوتر ، أو فى التراويح ؟ قال : اجعله فى التراويح ، حتى يكون لنا دعاء بين اثنين . قلت : كيف أصنع ؟ قال : إذا

فرغت من آخر القرآن فارفع يديك قبل أن تركع ، وادعُ بنا ، ونحن فى الصلاة ، وأطِلِ القيامَ . قلت : بم أدعو ؟ قال : بما شئت . قال : ففعلت بما أمرنى ، وهو خَلْفِى يدعو قائماً ، ويرفع يديه . قال حنبل : سمعتُ أحمد يقول فى ختم القرآن : إذا فرغت من قراءة (قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ) فارفع يديك فى الدعاء قبل الركوع . قلت : إلى أى شىء تذهب فى هـذا ؟ قال : رأيتُ أهلَ مكة يفعلونه . وكان سُفيان بن عُيَيْنَةَ يفعله معهم بمكة . قال العباس بن عبد العظيم : وكذلك أدركنا الناس بالبصرة وبمكة . ويَروى أهلُ المدينة فى هذا شيئاً ، وذُكِرَ عن عثمان بن عفّان .

فصـــل

واختلف أصحابنا فى قيام ليلة الشك . فحُكِى عن القاضى أنه قال : جرت هذه المسألة فى وقت شيخنا أبى عبد الله فصلَّى ، وصلاها القاضى أبو يعلى أيضاً . لأن النبى ﷺ قال : « إِنَّ اللهَ فَرَضَ عَلَيْكُمْ صِيَامَهُ ، وَسَنَنْتُ لَكُمْ قِيَامَهُ » فجعل القيام مع الصيام . وذهب أبو حفص العُكْبَرِىّ إلى ترك القيام . وقال : المعوّل فى الصيام على حديث ابن عمر ، وفعل الصحابة والتابعين . ولم يُنقل عنهم قيام تلك الليلة : واختاره التميميون ، لأن الأصل بقاء شعبان . وإنما صرنا إلى الصوم احتياطاً للواجب ، والصلاة غيرُ واجبة ، فتبقى على الأصل .

فصـــل

قال أبو طالب : سألت أحمد إذا قرأ (قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ النَّاسِ) يقرأ من البقرة شيئاً ؟ قال : لا . فلم يَستحِبُّ أن يَصِلَ خَتْمَته بقراءة شىء ، ولعله لم يثبُت فيه عنده أثر صحيح يصير إليه . قال أبو داود : وذكرت لأحمد : قول ابن المبارك : إذا كان الشتاء فاختم القرآن فى أول الليل . وإذا كان الصيفُ فاختمه فى أول النهار . فكأنه أعجبه ذلك . لما رُوى عن طلحة بن مُصَرِّف ، قال : أدركت أهل الخير من صدر هذه الأمة يَستحبُّون الخَتْمَ فى أول الليل ، وفى أول النهار . يقولون إذا ختم فى أول الليل صلّت عليه الملائكة حتى يُصبح ، وإذا ختم فى أول النهار صلّت عليه الملائكة حتى يُمسى . وقال بعض أهل العلم يُستحبُّ أن يجعل خَتْمَةَ النهار فى ركعتى الفجر أو بعدهما ، وختمة الليل فى ركعتى المغرب أو بعدهما ، يستقبلُ بختمه أول الليل ، وأول النهار .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يجمع أهله عند ختم القرآن ، وغيرَهم لحضور الدعاء . قال أحمد : كان أنس إذا ختم القرآن جمع أهله وولده . ورُوى ذلك عن ابن مسعود وغيره . ورواه ابن شاهين مرفوعاً إلى رسول الله

صلى الله عليه وسلم . واستحسن أبو بكر التكبيرَ عند آخر كل سورة من الضحى إلى آخر القرآن . لأنه رُوى عن أُبىّ بن كعب أنه قرأ على النبى صلى الله عليه وسلم فأمره بذلك . رواه القاضى فى الجامع بإسناده .

فصل

وسُئل أبو عبد الله عن الإمام فى شهر رمضان يدع الآيات من السورة ، ترى لمن خلفه أن يقرأها ؟ قال : نعم ، ينبغى أن يفعل . قد كانوا بمكة يوكلّون رجلا يكتُب ماترك الإمامُ من الحروف وغيرِها ، فإذا كان ليلة الختمة أعاده . وإنما استحب ذلك لتتم الختمة ويكمل الثواب .

فصل

ولا بأس بقراءة القرآن فى الطريق ، والإنسان مضطجع . قال إسحاق بن إبراهيم : خرجت مع أبى عبد الله إلى الجامع ، فسمعته يقرأ سورة الكهف . وعن إبراهيم التيمىّ قال : كنت أقرأ على أبى موسى ، وهو يمشى فى الطريق ، فإذا قرأت السجدة قلت له : أتسجُد فى الطريق ؟ قال : نعم . وعن عائشة أنها قالت : « إنىّ لأَقرأ القرآنَ وأنا مُضْطَجِعَةٌ على سَرِيرِى » ، رواه الفِرْيابىّ فى فضائل القرآن ، عن عائشة .

فصل

يستحبُّ أن يقرأ القرآن فى كل سبعة أيام ليكون له ختْمة فى كل أسبوع . قال عبد الله بن أحمد : كان أبى يختِمُ القرآن فى النهار فى كل سبعة ، يقرأ فى كل يوم سُبعاً ، لا يتركه نظراً . وقال حنبل : كان أبو عبد الله يختمُ من الجمعة إلى الجمعة . وذلك لما رُوى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمرو : « اقْرَإِ الْقُرْآنَ فى سَبْعٍ ، ولا تَزِيدَنَّ عَلَى ذَلِكَ » رواه أبو داود . وعن أَوْس بن حُذَيفة قال : « قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم . لقد أبطأْتَ عنّا الليلةَ . قال : إنّه طرأَ عَلَىّ حِزْبِى مِنَ القُرآنِ فَكَرِهتُ أن أخرُجَ حَتَّى أُتِمَّهُ » قال أوس : « سألتُ أصحابَ رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف تُحزِّبون القرآن ؟ قالوا : ثلاثٌ ، وخمسٌ ، وسَبْعٌ ، وتسعٌ ، وإحدى عَشْرَةَ ، وثلاثَ عَشْرَةَ ، وحزبُ المُفَصَّل وَحْدَه » رواه أبو داود . ويُكره أن يؤخِّر ختمةَ القرآن أكثرَ من أربعين يوماً . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم « سأله عبدُ الله بن عمرو : فى كَمْ نَخْتِمُ القرآنَ ؟ قال : فى أربعين يوماً . ثم قال فى شهر ، ثم قال فى عشرين ، ثم قال فى عشر ، ثم قال فى سبع ، لم ينزل عن سبع » ، أخرجه أبو داود . وقال أحمد : أكثر ماسمعتُ أن يُختِم القرآنُ فى أربعين ، ولأنّ تأخيره أكثرَ من ذلك يُفضى إلى نِسيان القرآن والتهاون به ، فكان ماذكرنا أولى ، وهذا إذا لم يكن له عُذر . فأمّا مع العُذر فواسع له .

فصـــل

وإن قرأه فى ثلاث فحسن . لما رُوى عن عبد الله بن عمرو قال : « قلتُ لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إنّ بِي قُوَّةً . قال : « اقرأهُ فى ثَلاَثٍ » . رواه أبو داود ، فإن قرأه فى أقلّ من ثلاث ، فقد رُوى عن أبى عبد الله أنه قال : أكرَهُ أن يَقرأه فى أقلّ من ثلاثٍ » . وذلك لما رَوى عبد الله بن عمرو . قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاَ يَفْقَهُ مَن قَرَأَهُ فِى أَقَلَّ مِنْ ثَلاَثٍ » . رواه أبو داود . ورُوى عن أحمد أن ذلك غيرُ مقدّر . وهو على حسب مايجدُ من النشاط والقوّة . لأن عثمان كان يختمُه فى ليلة . ورُوى ذلك عن جماعة من السلف . والترتيلُ أفضلُ من قراءة الكثير مع العَجَلَة ، لأن الله تعالى قال : (وَرَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلا) . وعن عائشة أنها قالت : « وَلاَ أَعْلَمُ نَبِيَّ اللهِ قَرأَ الْقُرْآنَ كُلَّهُ فِى لَيْلَةٍ » رواه مسلم . وعنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايَخْتِمُ القرآنَ فى أقلّ من ثَلاَثٍ» . رواه أبو عُبَيد فى فضائل القرآن . وقال ابن مسعود : « مَنْ قَرأَ القُرآنَ فى أَقلّ مِنْ ثلاَثٍ فهَذّ[1] كهَذِّ الشِّعْرِ ، ونَثْرٌ كنَثْرِ الدَّقَلِ[2] » .

فصـــل

كره أبو عبد الله القراءة بالألحان وقال : هى بدعة . وذلك لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه ذكر فى أشراط الساعة أن يُتَّخَذَ القرآنُ مَزامِيرَ يُقَدِّمُونَ أَحَدَهُمْ لَيْسَ بأَقْرَئِهِمْ وَلاَ أَفْضَلِهِمْ إلاَّ لِيُغَنِّيَهُمْ غِنَاءً » ، ولأن القرآن معجز فى لفظه ونظمه والألحان تُغيِّره . وكلام أحمد فى هذا محمول على الإفراط فى ذلك ، بحيث يجعل الحركات حروفاً ، ويمُد فى غير موضعه . فأما تحسينُ القراءة ، والترجيعُ ، فغير مكروه . فإنّ عبد الله بن المُغَفّل قال : « سمعتُ رسول الله ﷺ يوم فتح مكة يقرأ سورة الفتح ، قال : فقرأ ابن المُغفَّل ، ورَجَّعَ فى قِرَاءَتِهِ » ، وفى لفظ قال : « قرأَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم عام الفتح فى مَسِير له سورةَ الفتح ، على راحلته ، فرجَّع[3] فى قِرَاءَتِهِ » قال معاوية بن قُرّة : « لولا أنّى أخافُ أن تجتمع علىّ الناس لحكَيْتُ لكم قِراءَتَهُ » رواهما مسلم . وفى بعض الألفاظ فقال : « أ أ أ » . وروى أبو

---

(١) الهذّ : إسراع القراءة وقطعها ، وهذّ الشعر الإسراع بقراءته . والمعنى أن الذى يقرأ القرآن فى أقل من ثلاثة أيام لاتكون قراءته قراءة محبوبة للقرآن ، وإنما يكون مسرعاً لقراءة الشعر .

(٢) الدقل : ردئ التمر ، ونثره : رميه وإبعاده ، والشئ الردئ يرمى بسرعة لأنه لايحتاج إلى إمعان فيه ، كما لايحتاج إلى الاحتفاظ به ، فشبه ابن مسعود رضى الله عنه الذى يقرأ القرآن فى أقل من ثلاث بالذى ينثر الدقل فى سرعته وعدم اهتمامه ، تقبيحاً لهذا الفعل .

(٣) رجع فى قراءته : نغم فيها وحسن صوته .

هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « ماأَذِنَ اللهُ لِشَيْءٍ كأَذَنِه[1] لِنَبِيٍّ حَسَنِ الصَّوْتِ يَتَغَنَّى بالقُرْآنِ يَجْهَرُ بِهِ » يعنى استمع[2] . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « زَيِّنُوا القرآنَ بأَصْوَاتِكُمْ » . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَغَنَّ بالْقُرْآنِ » وقد اختلف السلف فى معنى قوله يتغنّى بالقرآن . فقال ابن عُيَيْنة ، وأبو عُبَيد ، وجماعة وغيرهما : معناه يستغنى بالقرآن .

قال أبو عُبَيْد : وكيف يجوز أن يُحمل على أن من لم يَغْنَ بالقرآن ليس من النبيّ صلى الله عليه وسلم ؟ وقالت طائفة منهم معناه : يُحسِّن قراءته ويترنَّم به ، ويرفع صوته به ، كما قال أبو موسى للنبيّ صلى الله عليه وسلم : لو علمتُ أنك تسمعُ قراءتى لحَبَّرْتُهُ لكَ تَحْبِيراً[3] . وقال الشافعى : يرفع صوته به . وقال أبو عبد الله : حَزَّنَهُ ، فيقرؤه بحُزْنٍ مثل صوت أبى موسى[4] .

وعلى كل حال فقد ثبت أن تحسين الصوت بالقرآن ، وتطريبه مُستحبٌّ غيرُ مكروه ، مالم يخرُج ذلك إلى تغيير لفظه ، وزيادة حروفه . فقد رُوى عن عائشة رضى الله عنها ، أنها قالت للنبى صلى الله عليه وسلم : « أَسْتَمِعُ قِرَاءَةَ رَجُلٍ فى المَسْجِدِ لَمْ أَسْمَعْ قِرَاءَةً أَحْسَنَ مِنْ قِرَاءَتِهِ . فقام النبىّ ﷺ فَاسْتَمع قِرَاءَتَهُ ، ثم قال : هَـذَا سَالِمٌ مَوْلَى أَبِي حُذَيْفَةَ ، الحمدُ لِلهِ الَّذِى جَعَلَ فِى أُمَّتِى مِثْلَ هَـذَا » . وقال النبى صلى الله عليه وسلم لأبى موسى : « إِنَّنِي مَرَرْتُ بِكَ الْبَارِحَةَ ، وَأَنْتَ تَقْرَأُ ، فَقَدْ أُوتِيتَ مِزْمَاراً مِنْ مَزَامِيرِ آلِ دَاوُدَ » .

فقال أبو موسى : « لَوْ أَعْلَمُ أَنَّكَ تَسْتَمِعُ لَحَبَّرْتُهُ لَكَ تَحْبِيراً » .

مع ماذكرنا من الأخبار والله أعلم .

---

(١) أذن إليه وله ، أذناً بفتح الهمزة والذال : استمع له معجباً ، وهذا كناية عن رضى الله عن النبى الذى يتغنى بالقرآن ، وقد بينت مافى هذا الحديث من أنواع البلاغة فى شرحى لكتاب المجازات النبوية للشريف الرضى ، فليرجع إليه من شاء .

(٢) لايكفى تفسير الأذن بالاستماع فقط وإنما ينبغى أن يقال : يعنى استمع راضياً محباً للسماع .

(٣) حبرته لك تحبيراً : جملته لك ، وحسنت صوتى به أكثر مما حسنته فى قراءتى بدون علمى باستماعك لى .

(٤) كان فى صوت أبى موسى الأشعرى خشوع عند قراءة القرآن ، حتى كان النبى صلى الله عليه وسلم يقول له إذا أراده أن يقرأ القرآن : « ذكرنا ربنا يا أبا موسى » .

باب الإمامة

الجماعة واجبة للصلوات الخمس ، رُوِى نحو ذلك عن ابن مسعود ، وأبى موسى . وبه قال عطاء ، والأوزاعىّ ، وأبو ثور ، ولم يُوجبها مالك ، والثورىّ ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، لقول النبى ﷺ : « تَفْضُلُ صَلَاةُ الْجَمَاعَةِ عَلَى صَلَاةِ الفَذِّ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً » متفق عليه . ولأنَّ النبىّ صلى الله لم يُنكر على اللذيْنِ قالا : صَلَّينا فى رحالنا . ولو كانت واجبةً لأنكر عليهما . ولأنها لو كانت واجبة فى الصلاة لكانت شرطاً لها كالجمعة .

ولنا : قول الله تعالى (٤ : ١٠١ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ) الآية . ولو لم تكن واجبة لرخّص فيها حالة الخوف[1] ، ولم يجز الإخلالُ بواجبات الصلاة من أجلها . ورَوَى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ آمُرَ بِحَطَبٍ لِيُحْتَطَبَ ، ثُمَّ آمُرَ بِالصَّلَاةِ فَيُؤَذَّنَ لَهَا ، ثُمَّ آمُرَ رَجُلاً فيؤمّ الناس ، ثمَّ أُخَالِفَ إِلى رِجالٍ لايَشْهَدُونَ الصَّلَاةَ فأُحَرِّقَ عَلَيْهِمْ بُيُوتَهُمْ » متفق عليه[2] .

وفيه : مايدل على أنه أراد الجماعة ، لأنه لو أراد الجمعة لما همّ بالتخلف عنها . وعن أبى هريرة قال : « أتى النبىَّ صلى الله عليه وسلم رجلٌ أعمى ، فقال : يارسول الله ، ليس لى قائدٌ يقودُنى إلى المسجد ، فسأله أن يُرَخِّصَ له أن يصلِّى فى بيته ، فرخَّص له . فلما وَلّى دعاه ، فقال : تَسْمَعُ النِّداءَ بالصلاةِ ؟ قال : نعم ، قال : فَأَجِبْ » رواه مسلم . وإذا لم يُرخِّص للأعمى الذى لم يجد قائداً فغيرُه أولى . وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ سَمِعَ الْمُنَادِىَ فَلَمْ يَمْنَعْهُ مِنَ اتِّبَاعِهِ عُذْرٌ . قالوا : وما الْعُذْرُ ؟ قال : خوف ، أو مرض ، لم تُقْبَلْ منهُ الصلاةُ التى صَلَّى » أخرجه أبو داود .

ورَوَى أبو الدرداء عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه ﷺ قال : « مَامِنْ ثَلَاثَةٍ فِى قَرْيَةٍ ، أَوْ بَلَدٍ لَاتُقَامُ فِيهِم الصلاةُ إلا اسْتَحْوَذَ عَلَيْهِمُ الشَّيْطَانُ ، فَعَلَيْكَ بِالْجَمَاعَةِ ، فإِنَّ الذِّئْبَ يَأْكُلُ الْقَاصِيَةَ »[3]

---

(١) وجه الاستدلال : أن الجماعة لو كانت غير واجبة أى غير مفروضة لرخص فيها ، أى لجاز تركها حالة الخوف والفزع فى الحرب ، ولكنها لم يرخص فيها ، لأنها مشروعة فى صلاة الخوف ، وأحكامها موجودة فى باب صلاة الخوف من صلاة طائفة مع الإمام وانتظار طائفة أخرى للحراسة ، وأخذ السلاح فى أثناء الصلاة وغير ذلك مما لايكون فى الصلاة العادية . وسيأتى ذلك مفصلا إن شاء الله . ومعنى وجوب صلاة الجماعة وفرضيتها أنها فرض كفاية متى قام بها البعض سقطت عن الباقين .

(٢) ورد الحديث بألفاظ تغاير ألفاظ هذه الرواية منها « ثم أخالف إلى رجال يتخلفون عن الجماعة » .

(٣) القاصية : البعيدة ، المنفردة ، والمراد يأكل الذئب القاصية المنفردة من الغنم ، فشبه النبى صلى الله

أخرجه أبو داود . وحديثهم يدل على أن الجماعة غير مُشترطة ، ولا نزاع بيننا فيه ، ولا يلزم من الوجوب الاشتراط ، كواجبات الحج والإحدادِ فى العدّة .

فصل

وليست الجماعة شرطاً لصحة الصلاة ، نصّ عليه أحمد . وخرّج ابنُ عقيل وجهاً فى اشتراطها ، قياساً على سائر واجبات الصلاة ، وهذا ليس بصحيح ، بدليل الحديثين اللذين احتجُّوا بهما ، والإجماع . فإننا لانعلم قائلاً بوجوب الإعادة على من صَلّى وحده ، إلا أنه رُوى عن جماعة من الصحابة ، منهم ابن مسعود وأبو موسى : أنهم قالوا : من سمع النداء[1] من غير عُذْرٍ فلا صَلاَةَ لَهُ .

فصل

وتنعقد الجماعة باثنين فصاعداً ، لانعلم فيه خلافاً . وقد رَوى أبو موسى أن النبى ﷺ قال : « الاثْنَانِ فَمَا فَوْقَهُمَا جَمَاعَةٌ » رواه ابن ماجه . وقال النبى صلى الله عليه وسلم لمالك بن الْحُوَيرث ، وصاحبه : « إِذَا حَضَرَتِ الصَّلاَةُ فَلْيُؤَذِّنْ أَحَدُكُمَا وَلْيَؤُمَّكُمَا أَكْبَرُكُمَا » وأمَّ النبى صلى الله عليه وسلم حُذَيفة مرّة ، وابن مسعود مرّة ، وابن عباس مرّة .

ولو أمَّ الرجلُ عبدَه أو زوجته ، أدرك فضيلةَ الجماعة . وإن أمَّ صَبِيًّا جاز فى التطوّع ، لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم أمَّ فيه ابن عباس وهو صبىّ ، وإن أمَّهُ فى الفرض . فقال أحمد : لاتنعقد به الجماعة ، لأنه لايصلح أن يكون إماماً ، لنقص حاله ، فأشبه من لاتصحّ صلاته . وقال أبو الحسن الآمدىّ : فيه رواية أخرى : أنه يصحّ أن يكون إماماً ، لأنَّه مُتنفّل ، فجاز أن يكون مأموماً بالمفترض ، كالبالغ ، ولذلك قال النبى ﷺ فى الرجل الذى فاتته الجماعة : « مَنْ يَتَصَدَّقُ عَلَى هَذَا فَيُصَلِّى مَعَهُ ؟ » .

فصل

ويجوز فعلها فى البيت ، والصحراء ، وقيل فيه رواية أخرى : أن حضور المسجد واجب إذا كان قريباً منه ، لأنه يُروى عن النبى ﷺ أنه قال : « لاَصَلاَةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إلاَّ فِى الْمَسْجِدِ »[2] .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « أُعْطِيتُ خَمْساً لَمْ يُعْطَهُنَّ أَحَدٌ قَبْلِي : جُعِلَتْ لِيَ الأَرْضُ

عليه وسلم المنفرد من الناس عن الجماعة بالشاة القاصية ، وشبه الشيطان بالذئب ، ووجه الشبه حدوث الضرر فى كل من المشبه والمشبه به .

(١) أى فتخلف عن الجماعة من غير عذر

(٢) رواه الدارقطنى عن جابر وأبى هريرة بسند ضعيف .

طَيِّبَةً وَطَهُوراً وَمَسْجِداً ، فَأَيُّمَا رَجُلٍ أَدْرَكَتْهُ الصَّلَاةُ صَلَّى حَيْثُ كَانَ » متفق عليه . وقالت عائشة : « صَلَّى النبيُّ ﷺ فى بيتــه ، وهو شاكٍ ، فصَلَّى جَالِساً وصــلَّى وراءه قومٌ قياماً ، فأشارَ إِلَيْهِمْ أَنْ اجْلِسُوا »[1] رواه البخاريّ . وقال النبى صلى الله عليه وسلم لرجلين : « إذا صَلَّيْتُمَا فِي رِحَالِكُمَا ، ثُمَّ أَدْرَكْتُمَا الْجَماعةَ فَصَلِّيَا مَعَهُمْ يَكُنْ لَكُمَا نَافِلَةً » .

وقوله : لاصلاة لجار المسجــد إلا فى المسجد ، لا نعرفه إلا من قول علىّ نفسه . كذلك رواه سعيد فى سننه . والظاهر أنه إنمـا أراد الجماعة ، وعبّر بالمسجد عن الجماعــة ، لأنه محلُّها ومعناه : لا صلاة لجار المسجد إلا مع الجمــاعة ، وقيــل : أراد به الكمال والفضيلة ، فإنّ الأخبار الصحيحة دالّة على أن الصــلاة فى غير المسجد صحيحة جائزة .

فصـــــل

وفعل الصلاة فيما كثر فيــه الجمعُ من المساجد أفضلُ ، لقول النبى ﷺ : « صَــلاَةُ الرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ أَزْكَى مِنْ صَلاَتِهِ وَحْدَهُ ، وَصَلاَتُهُ معَ الرَّجُلَيْنِ أَزْكَى مِنْ صَلاَتِهِ مَعَ الرَّجُلِ . ومَا كَانَ أَكْثر ، فَهُوَ أَحَبُّ إِلَى الله تَعالى » رواه أحمد فى المسند . فإن تساويا فى الجماعة ، ففعلُها فى المسجد العتيق أفضلُ ، لأن العبادة فيه أكثر[2] .

وإن كان فى جواره أو غير جواره مسجد ، لاتنعقــد الجماعة فيه إلا بحضوره ففعلها فيــه أولى ، لأنه يَعمُره بإقامة الجماعة فيه ، ويُحصِّلها لمن يُصلّى فيه . وإن كانت تقام فيه ، وكان فى قصده غيرَه كسرُ قلبِ إمامه ، أو جماعته ، فجبرُ قلوبهم أولى . وإن لم يكن كذلك ، فهل الأفضل قصد الأبعــد أو الأقرب ؟ فيه روايتان :

(إحــداهما) قصد الأبعد : لتكثُّر خطاه فى طلب الثواب ، فتكثر حسناته .

(والثــانيــة) الأقــرب : لأن له جواراً ، فكان أحقَّ بصلاته ، كما أن الجار أحقُّ بهديَّةِ جاره ، ومعروفه من البعيد .

وإن كان البلد ثغراً ، فالأفضلُ اجتماع الناس فى مسجد واحد ، ليكون أعلى للكلمة ، وأوقع للهيبة . وإذا جاءهم خــبرٌ عن عدوهم سمعــه جميعُهم ، وإن أرادوا التشاور فى أمر حضر جميعُهم . وإن جاء عَيْنُ

---

[1] (١) يروى هذا الحديث بلفظ وصلى وراءه « رجال » بدل قوم ، ولم يرد فيه لفظ « شاك » وأصلها شاكى : أى متوجع من المرض .

[2] (٢) يريد أكثر ثواباً ، وهو مسجد مكة الذى فيه الكعبة .

الـكفار[1] رآهم ، فأخـبر بـكثرتهم . قال الأوزاعىّ : لو كان الأمر إلىَّ لسمَّرتُ أبواب المساجد التى فى الثغر أو نحو هذا ليجتمع الناس فى مسجدٍ واحد .

فصـــــل

ولا يـكره إعادة الجماعة فى المسجد ، ومعناه : أنه إذا صلَّى إمامُ الحَىّ ، وحضر جماعةٌ أخرى استُحِبَّ لهم أن يُصَلُّوا جمـاعة ، وهو قول ابن مسعود ، وعطـاء ، والحسن ، والنخعىّ ، وقتـادة ، وإسحـاق . وقال سالم ، وأبو قِلاَبة ، وأيوب ، وابن عَوْن ، والليث ، والبَتّى ، والثورىّ ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ : لاتُعَاد الجماعة فى مسجد له إمام راتب فى غير ممرِّ الناس .

فمن فاتته الجماعة : صلَّى منفرداً ، لئلاَّ يُفضىَ إلى اختلاف القلوب ، والعداوة ، والتهاون فى الصلاة مع الإمام ، ولأنَّه مسجد له إمام راتب ، فـكُرِهَ فيه إعادة الجماعة ، كمسجد النبى ﷺ .

ولنـا : عموم قوله صلى الله عليه وسـلم : « صَلاَةُ الْجَمَاعَةِ تَفْضُلُ عَلَى صَـلاَةِ الْفَذِّ بِخَمْسٍ وعِشْرِينَ دَرَجَـةً ـ وفى رواية ـ بِسَبْعٍ وعِشْرِينَ دَرَجَـةً » وروى أبو سـعيد قال : « جاَءَ رَجُلٌ وقد صـلَّى رسـول الله ﷺ قال : أَيُّـكُمْ يَتَّجِرُ عَلَى هَذَا ؟ فقامَ رَجُلٌ فَصَلَّى مَعَهُ » قال الترمذىّ هـذا حديث حسن ، رواه الأثرم ، وأبو داود . فقال : « ألا رجل يَتَصَدَّقُ على هـذا فَيُصَلِّى مَعَهُ » . وروى الأثرم بإسناده عن أبى أُمامة عن النبىِّ ﷺ مثله وزاد : « قال : فلما صَلَّيَا قال : وهَذَانِ جَمَاعَةٌ » ولأنه قادر على الجماعة فاستُحِبَّ له فعلها ، كما لو كان المسجد فى ممرّ الناس .

فصـــــل

فأما إعادة الجماعة فى المسجد الحرام ، ومسجد رسـول الله ﷺ ، والمسجد الأقصى ، فقد رُوى عن أحمد : كراهةُ إعادة الجماعة فيها . وذكره أصحابنا ، لئلا يتوانى الناس فى حضور الجماعة مع الإمام الراتب فيها ، إذا أمكنتهم الصلاة فى الجماعة مع غيره . وظاهرُ خبر أبى سعيد ، وأبى أُمامة : أن ذلك لايُـكره ، لأن الظاهر : أن هذا كان فى مسجـد النبى صلى الله عليه وسلم ، والمعنى يقتضيه أيضاً . فإن فضيلة الجماعة تحصُل فيها ، كحصولها فى غيرها .

« مسألة » قال ﴿ وَيؤُمُّ القومَ أقرؤُهم لـكتاب الله تعالى ﴾ .

لاخلاف فى التقديم بالقراءة ، والفقه على غيرها . واختُلف فى أيهما يُقدَّم على صاحبه ؟ فمذهب أحمد رحمه الله : تقـديم القارىء ، وبهذا قال ابن سيرين ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى . وقال عطاء ، ومالك ،

---

(١) عين الـكفار : جاسوسهم الذى يتلمس أخبار المسلمين ليبلغها للـكفار .

والأوزاعىّ ، والشـافعىّ ، وأبو ثور : يؤمُّهم أفقههُم إذا كان يقرأ مايـكفى فى الصـلاة ، لأنه قد ينوبُه فى الصلاة مالا يَدرى مايفعلُ فيه إلاَّ بالفقه ، فيـكون أوْلى ، كالإمامة الـكبرى ، والُحكم .

ولنا : مارَوى أوس بن ضَمْعَج ، عن أبى مسعود ، أنَّ النبى ﷺ قال : «يَؤُمُّ القَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِـكِتَابِ اللهِ ، فإنْ كَانُوا فى الْقِرَاءَةِ سَوَاءً فأَعْلَمُهُمْ بالسُّنَّةِ ، فإنْ كَانُوا فى السُّنَّةِ سَوَاءً فأَقْدَمُهُمْ هِجْرَةً ، فإنْ كَانُوا فى الهِجْرَةِ سَوَاءً فأَقْدَمُهُمْ سِنًّا » أو قال «سِلْمًا »(١) . وروى أبوسعيد أن النبى ﷺ قال : « إذَا اجْتَمَعَ ثَلاَثَةٌ فلْيَؤُمَّهُمْ أَحَدُهُمْ ، وأحَقُّهُمْ بالإمامةِ أَقْرَؤُهُمْ » رواهما مسـلم . وعن ابن عمر قال : « لمَّا قَدِمَ المهـاجرونَ الأولونَ الْعَصَبة ـ مَوْضِـعٌ بقُبَاءَ ـ كان يَؤُمُّهُمْ سـالِمٌ مَوْلَىأَبِى حُذَيْفَةَ وكانَ أَكْثَرَهُمْ قُرْآناً » رواه البخارىّ وأبو داود . وكان فيهم عمرُ بن الخطاب ، وأبو سَلَمَةَ بن عبد الأسَدِ . وفى حديث عمر بن سَلَمة : « أن النبى ﷺ قال : « لِيَؤُمَّـكُمْ أَكْثَرُكُمْ قُرْآناً » ولأن القراءة ركن فى الصلاة ، فـكان القادرُ عليها أوْلى كالقادر على القيام مع العاجز عنه .

فإن قيـل : إنما أمر النبى ﷺ بتقديم القـارىء لأن أصحابه كان أقرؤهم أفقههم ، فإنهم كانوا إذا تعـلّموا القرآن تعلّموا معه أحـكامه . قال ابن مسعود : كنَّا لانُجـاوز عَشْرَ آيات حتى نعرفَ أمرهاَ ، ونَهْيهاَ ، وأحكامَها . قلنا : اللفظ عامٌّ فيجب الأخذ بعمومه ، دون خصوص السبب . ولا يُخَصّ مالم يقم دليل على تخصيصه ، على أن فى الحديث مايُبطل هذا التأويل . فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فإن استَوَوْا فأَعْلَمُهُمْ بالسُّنَّةِ » ففاضل بينهم فى العلم بالسنة مع تساويهم فى القراءة ، ولو قدَّم القـارىء لزيادة علم لـما نقلهم عند التســاوى فيه إلى الأعلم بالسنة ، ولو كان العـلم بالفقه على قدر القراءة لازم من التساوى فى القراءة التساوى فيه ، وقـد قال النبى ﷺ : « أقرؤكم : أُبَىٌّ ، وأقضاكم : علىٌّ ، وأعلـكم بالحـلال والحرام : معـاذ بن جبل ، وأفْرَضُـكم(٢) : زيد بن ثابت » فقد فُضِّلَ بالفقه من هو مفضول بالقراءة ، وفُضِّلَ بالقراءة من هو مفضول بالقضاء والفرائض ، وعلم الحلال والحرام .

قيل لأبى عبد الله : حـديث النبى ﷺ : « مُرُوا أبا بَـكْرٍ يُصَلِّى بالناسِ » أهو خـلاف حديث أبى مسعود ؟ قال : لا ، إنما قوله لأبى بكر ـ عندى ـ « يُصَلِّى بالنَّاسِ » للخلافة ، يعنى أن الخليفة أحقٌّ بالإمامة ، وإن كان غيره أقرأ منه ، فأمرُ النبى ﷺ أبا بكر بالصلاة يدلّ على أنه أراد استخلافه .

---

(١) أى إسلاماً .

(٢) أفرضكم : أعلمكم بالفرائض ، وهي مسائل الميراث ، وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه أعلم الصحابة بالميراث .

فصـــــل

ويُرجّح أحـد القارئين على الآخر بـكثرة القرآن ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لِيَؤُمّـكُمْ أَكْثَرُكُمْ قُرْآناً » وإن تساويا فى قدر مايحفظ كلٌّ واحد منهما ، وكان أحدهما أجودَ قراءةً ، وإعراباً ، فهو أولى ، لأنه أقرأ ، فيدخل فى عموم قوله : « يَؤُمُّ القومَ أقرؤهم لـكِتَابِ اللهِ » .

وإن كان أحدهما أكثرَ حفظاً ، والآخر أقلّ لحنـاً ، وأجودَ قراءة ، فهو أولى ، لأنه أعظم أجـراً فى قراءته لقوله صلى الله عليه وسلم : «مَنْ قَرَأَ القُرْآنَ فأَعْرَبَهُ فَلَهُ بِكُلِّ حَرْفٍ عَشْرُ حَسَنَاتٍ ، ومَنْ قَرَأَهُ وَلَحَنَ فِيهِ فلَهُ بِكُلِّ حَرْفٍ حَسَنَةٌ » » رواه الترمذىّ ، وقال حديث حسن صحيح .

« مسألة » قال ﴿ فإن استوَوْا فأفقههم ﴾ .

وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فإنْ كانوا فى القِرَاءَةِ سَوَاءً فأَعْلَمُهُمْ بالسُّنّةِ » . ولأن الفقه يُحتاج إليه فى الصلاة ، للإتيان بواجباتها ، وسننهـا ، وجَبْرها إن عَرَض ما يُحوج إليـه فيهـا ، فإن اجتمع فقيهـان قارئان ، وأحدهما أقرأ ، والآخر أفقه ، قدم الأقرأ ، نصّ عليه ، للخبر . وقال ابن عقيل : الأفقه أولى لتميزه بما لا يُستغنى عنه فى الصلاة ، وهذا يخالف عمومَ الخبر ، فلا يُعول عليه[1] .

وإن اجتمع فقيهان أحدهما : أعلمُ بأحكام الصلاة ، والآخرُ : أعرفُ بما سواها . فالأعلم بأحكام الصلاة أولى ، لأن علمه يُؤثّر فى تكميل الصلاة بخلاف الآخر .

« مسألة » ﴿ فإن استوَوْا فأسنُّهم ﴾ .

يعنى : أكبرهم سناً ، يقدّم عند استوائهم فى القراءة ، والفقه . وظاهر قول أحمد : أنه يقدم أقدمُهما هجرة ثم أسنّهما ، لأنه ذهب إلى حديث أبى مسعود وهو مُرتّب هكذا . قال الخطابىّ : وعلى هذا الترتيب تُوجد أكثر أقاويل العلماء . ومعنى تقدّم الهجرة أن يكون أحدهما أسبق هجرةً من دار الحرب إلى دار الإسلام ، لأن الهجرة قُربة وطاعة ، فيقدّم السابق إليها لسبقه إلى الطاعة[2] .

فإذا استويا فيها إما لهجرتهما معاً ، أو عدمها منهما ، فأسنُّهم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم لمـالك

---

(١) قد يفسر أقرؤكم : بأعلمكم بالقرآن أحكامه ومواعظه ، وخاصه وعامه وناسخه ومنسوخه ، وغير ذلك ، فيكون معنى الأقرأ هو الأفقه . وقد وافق ابن عقيل هنا مذهب الشافعى وغيره ممن سبق قولهم بتقديم الأفقه ، لأنه قد ينوبه فى الصلاة شىء فيكون عالماً بأوجه العمل ويتصرف على مقتضى علمه ، بخلاف القارىء غير الفقيه فلا يستطيع التصرف .

(٢) ليس المراد الأقدم هجرة فقط ، ولوكان أقل علماً بالقرآن والسنة ، وإنما المراد الأقدم هجرة مع فضله فى العلم بالقرآن والسنة ، لأن سبق الهجرة علامة على السبق فى العلم والفقه .

ابن الْحُويرث وصاحبه : « لِيَؤُمَّكُمَا أَكْبَرُكُمَا » متفق عليه . ولأن الأسنّ أحقّ بالتوقير ، والتقديم . وكذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سَهْل ، لمّا تكلّم فى أخيه[1] « كَبِّرْ كَبِّرْ » أى دع الأكبر يتكلم . وقال أبو عبد الله بن حامد : أحقُّهم بعد القراءة ، والفقه أشرفُهم[2] ، ثم أقدمهم هِجْرَةً ، ثم أسنُّهم .

والصحيح : الأخذ بما دل عليه حديث النبىّ صلى الله عليه وسلم فى تقديم السابق بالهجرة ، ثم الأسنّ لتصريحه بالدلالة ، ولا دلالة فى حديث مالك بن الْحُوَيرث على تقديم الأسنّ ، لأنه لم يثبت فى حقهما هجرة . ولا تفاضُلهما فى شَرَف ، ويرجّح بتقديم الإسلام ، كالترجيح بتقديم الهجرة ، فإن فى بعض ألفاظ حديث أبى مسعود : « فإن كانوا فى الهجرة سواء فأقدمُهم سِلْماً » ولأن الإسلام أشرفُ من الهجرة ، فإذا قُدِّم بتقدّمها ، فتقدُّمه أولى .

فإذا استووا فى هذا كلّه قدم أشرفهم ، أى أعلاهم نسباً ، وأفضلهم فى نفسه ، وأعلاهم قدراً ، لقول رسول ﷺ : « قَدِّمُوا قُرَيْشاً ولا تَقَدَّموها »[3]

فصــــل

فإن استووا فى هذه الخصال ، قدّم أتقاهم وأورعهم ؛ لأنه أشرف فى الدين ، وأفضل ، وأقرب إلى الإجابة ، وقد جاء : « إِذَا أَمَّ الرَّجُلُ الْقَوْمَ وَفِيهِمْ مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنْهُ لَمْ يَزَالُوا فى سِفَالٍ[4] » ذكره أحمد فى رسالته . ويُحمل تقديم هذا على الأشرف ، لأن شرف الدين خيرٌ من شرف الدنيا ، وقد قال تعالى : (٤٩ : ١٣ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ) .

فإذا استووا فى هذا كله أُقْرِعَ بينهم ، نصّ عليه أحمد ، رحمه الله . وذلك لأن سعد بن أبى وَقّاص أَقْرَعَ بينهم فى الأذان ، فالإمامةُ أولى . ولأنهم تساوَوْا فى الاستحقاق ، وتعذّر الجمع ، فأقرع بينهم كسائر الحقوق .

---

(١) أى لما أراد أن يتكلم هو قبل أخيه ، وكانا حضرا إلى النبى صلى الله عليه وسلم ليكلماه فى بعض شأنهما .

(٢) أشرفهم : أوثقهم قرابة برسول الله ﷺ وليس المراد أشرفهم أعلاهم فى شأن الدنيا من جهة المال والجاه ، والأوثق صلة بالرسول صلى الله عليه وسلم لايخلو من علم وفضل ، فهو الأحق بالتقديم لذلك .

(٣) رواه الشافعى والبيهقى وغيرهما بأسانيد صحيحة كما فى الجامع الصغير ، ومعنى ولا تقدموها : لاتتقدموا عليها ، فأصل تقدموها ، تتقدموها ، فحذفت إحدى التاءين تخفيفاً .

(٤) السفال : الأسفل ، والمراد أنهم فى انتقاص ونزول من الدرجات العليا التى يحبها الله ورسوله ، وهذا تحذير من فعل ذلك .

وإن كان أحدهما يقوم بعمارة المسجد، وتعاهُدِهِ فهو أحقّ به . وكذلك إن رضى الجيرانُ أحدَهما دون الآخر قُدِّم بذلك .

ولا يقدَّمُ بحسن الوجْهِ، لأنه لامَدْخَل له فى الإمامة ، ولا أثر له فيها ، وهذا كلّه تقديم استحباب ، لاتقديم اشتراط ، ولا إيجاب ، لانعلم فيه خلافاً . فلو قُدِّم المفضول كان ذلك جائزاً ، لأن الأمر بعد هذا أمرُ أدبٍ واستحباب .

« مسألة » قال ﴿ ومن صلَّى خلف من يُعلِن ببدعة أو يَسْكَرُ أعاد ﴾ .

الإعلان : الإظهار ، وهو ضد الإسرار . وظاهر هذا : أن من ائتمّ بمن يُظهر بدعته ، ويتكلّم بها ، ويدعو إليها ، أو يُناظر عليها فعليه الإعادة . ومن لم يُظهر بدعته فلاإعادة على المؤتمّ به ، وإن كان مُعتقداً لها . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : الرافضةُ الذين يتكلّمون بما تَعرف ؟ فقال نعم ، آمُره أن يُعيد ، قيل لأبى عبد الله : وهكذا أهلُ البدع كلهم ؟ قال : لا ، إن منهم من يسكُتُ ، ومنهم من يقفُ ، ولايتكلّم . وقال : لاتصلّ خلف أحد من أهل الأهواء ، إذا كان داعيةً إلى هواه . وقال : لاتصلّ خلف المرجىء[1] إذا كان داعيةً . وتخصيصه الداعية ، ومن يتكلّم بالإعادة دون من يقف ، ولايتكلم يدلّ على ماقلناه . وقال القاضى : المعلن بالبدعة من يعتقدها بدليل ، وغير المعلن من يعتقدها تقليداً .

ولنا : أن حقيقة الإعلان هو الإظهار ، وهو ضد الإخفاء والإسرار ، قال الله تعالى (٦٤ : ٤ وَيَعْلَمُ مَاتُسِرُّونَ ومَا تُعْلِنُونَ) وقال تعالى مُخبراً عن إبراهيم (١٤ : ٣٨ رَبَّنَا إِنَّكَ تَعْلَمُ مَا نُخْفِي وَمَا نُعْلِنُ) ولأن المظهر لبدعته لاعُذر للمصلِّى خلفه ، لظهور حاله ، والمُخْفى لها من يُصلِّى خلفه معذور ، وهذا له أثر فى صحة الصلاة ، ولهذا لم تجب الإعادة خلف المُحْدث ، والنجس[2] ، إذا لم يُعلم حالهما لخفاء ذلك منهما . ووجبت على المصلِّى خلف الكافر ، والأمىّ لظهور حالها غالباً . وقد رُوى عن أحمد أنه لايصلِّى خلف مُبتدع بحال . قال فى رواية أبى الحارث : لايُصلِّى خلف مُرْجىء ولا رافضىّ ، ولا فاسقٍ ، إلّا أن يخافهم ، فيصلى ثم يُعيد . وقال أبو داود ، قال أحمد : متى ماصلَّيتَ خلف من يقول : « القرآن مخلوق » فأعد ، قلت : وتعرفه ؟ قال : نعم . وعن مالك : أنه لايصلِّى خلف أهل البدع .

فحصل من هذا : أن من صلَّى خلف مُبتدع مُعلنٍ ببدعته ، فعليه الإعادة . ومن لم يُعلنها ففى الإعادة خلفه روايتان . وأباح الحسن ، وأبو جعفر ، والشافعىّ : الصلاة خلف أهل البدع ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صَلُّوا خَلْفَ مَنْ قَالَ لاَ إِلَهَ إِلّا اللهُ » رواه الدارقطنىّ . ولأنه رجل صلاته صحيحة ،

---

(١) المرجىء : أحد المرجئة ، وهم طائفة يقولون إن أمر المسلم مفوض إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء أثابه ، ولا يحكمون بما بين الله فى كتابه من إثابة المطيع وتعذيب العاصى .

(٢) النجس : أى المتنجس ، لأن المؤمن لاينجس حياً ولا ميتاً .

فصحّ الائتمامُ به كغيره . وقال نافع : كان ابن عمر يُصلّى مع الخَشَبيّة(١) ، والخوارج ، زمن ابن الزبير ، وهم يقتتلون ، فقيل له : أتصلّى مع هؤلاء ، ومع هؤلاء ، وبعضهم يقتُـل بعضـاً ؟ فقال : من قال : حيَّ على الصلاة أجبته ، ومن قال : حيَّ على الفـلاح أجبتُه ، ومن قال : حيَّ على قتل أخيك المسـلم ، وأخذِ ماله ، قلت : لا ، رواه سعيد . وقال ابن المنـذر ، وبعض الشافعية : من نُـكفِّره ببدعته كالذى يُـكذّب الله ورسوله ، لايُصلَّى خَلْفَهُ ، ومن لا نـكفِّره تصح الصلاةُ خلفه .

ولنـا : مارَوى جابر قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على منبره يقول : لاتَؤُمَّنَّ امْرَأَةٌ رَجُلاً ، ولا فَاجِرٌ مُؤْمِناً ، إلاَّ أَنْ يَقْهَرَهُ بِسلْطَانٍ ، أو يَخَافَ سَوْطَهُ أو سَيْفَهُ » رواه ابن ماجه . وهذا أخصُّ من حديثهم ، فتعيَّن تقديمه . وحديثهم نقول به فى الُجمع والأعياد ، ولا تُعاد(٢) ، وهو مطلق ، فالعمل به فى موضع يحصـل الوفاء بدلالتهم ، وقيـاسهم منقوض بالُخنثى والأمىِّ . ويُروى عن حبيب بن عمـر الأنصارىّ ، عن أبيه قال : سألت واثلةَ بن الأَسْقَع قلت : أأُصَلِّى خلفَ الْقَدَرِىِّ ؟ قال : لاتُصَلِّ خلفه ، ثم قال : أمّا أنا لو صلَّيت خلفه لأعدتُ صلاتى ، رواه الأثرم . وأما قول الِخرَقىّ : أويَسْـكَر ، فإنه يعنى من يشرب مايُسكره من أىّ شراب كان ، فإنه لايُصَلِّى خلَفه لفسقه .

وإنما خصه بالذكر فيما يرى من سائر الفسّاق لنص أحمد عليه . قال أبو داود : سألت أحمد ، وقيل له : إذا كان الإمامُ يسكر . قال : لاتُصَـلِّ خلفه البتَّة . وسأله رجل قال : صليت خلف رجل ، ثم علمت أنه يسكر ، أُعيـدُ ؟ قال : نعم أَعِدْ . قال : أيتهما صلاتى ؟ قال : التى صلَّيت وحدك . وسأله رجل ، قال : رأيت رجلا سكران ، أُصَلِّى خلفه ؟ قال : لا ، قال : فأُصَلِّى وحدى ؟ قال : أين أنت ؟ فى البادية ؟ المساجد كثيرة ، قال : أنا فى حانوتى ، قال : تخطَّاه إلى غيره من المساجد .

فأما من يشرب من النبيذ المختلَف فيـه مالايُسكرُه معتقداً حِلَّه ، فلا بأس بالصلاة خلفه . نصّ عليه أحمد . فقال : يصلِّى خلف من يشرب المسكر ، على التأويل ، نحن نروى عنهم الحديث ، ولا نصلِّى خلفَ من يَسكر ، وكلام الِخرَقِىّ بمفهومه يدل على ذلك ، لتخصيصه من سكر بالإعادة خلفه .

وفى معنى شارب مايُسكر كلُّ فاسق ، فلا يصلِّى خلفه ، نص عليه أحمد . فقال : لاتصلِّ خلف فاجر ، ولافاسق . وقال أبو داود : سمعت أحمد رحمه الله سئل عن إمام قال : أُصَـلِّى بكم رمضانَ بكذا ، وكذا دِرْهَماً . قال : أسأل الله العافية ، من يُصَلِّى خلف هذا ؟ ورُوى عنه أنه قال : لاتصلوا خلف من لايؤدِّى

(١) الخشبية : بصيغة النسبة إلى الخشب : طائفة من الجهمية .

(٢) لفظ « لا » ساقط من النسخ المطبوعة ، ولا بد منه لأن المعنى : لاتعاد الجمعة والعيد إذا صليتا وراء المبتدع .

الزكاة ، ولاتصلِّى خلف من يُشارط[1] ، ولا بأس أن يدفعوا إليه من غير شرط .

وهذه النصوص : تدل على أنه لايصلَّى خلف فاسق . وعنه رواية أخرى : أن الصلاة جائزة ذكرها أصحابنا ، وهذا مذهب الشافعىّ . لقول النبى ﷺ : « صَلُّوا خَلْفَ مَنْ قَالَ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ » . وكان ابن عمر يصلى خلف الْحَجّاج ، والحسينُ ، والحسنُ ، وغيرهما من الصحابة كانوا يُصلُّونَ مع مَرْوَانَ ، والذين كانوا فى ولاية زياد وابنـه كانوا يُصَلُّون معهما . وصلَّوْا وراء الوليـد بن عُقْبَة ، وقد شرب الخمر ، وصلَّى الصبح أربعاً . وقال : أزيدكم ؟ فصار هـذا إجماعاً . ورُوى عن أبى ذرّ قال : قال لى رسول الله ﷺ : « كَيْفَ أَنْتَ إِذَا كَانَتْ عَلَيْكَ أُمَرَاءُ يُؤَخِّرُونَ الصَّلاَةَ عَنْ وَقْتِهَا ؟ » قال : قلت : فما تأمرنى ؟ قال : « صَلِّ الصَّلاَةَ لِوَقْتِهَا ، فَإِنْ أَدْرَكْتَهَا مَعَهُمْ فَصَلِّ ، فإنها لَكَ نافلة » رواه مسلم . وفى لفظ : « فإِنْ صَلَّيْتَ لِوَقْتِهَا كَانَتْ نَافِلَةً ، وَ إِلا كُنْتَ قَدْ أَحْرَزْتَ صَلاَتَكَ » . وفى لفظ : « فإِنْ أَدْرَكْتَ الصَّلاَةَ مَعَهُمْ فَصَلِّ ، وَلاتَقُلْ : إِنِّى قَدْ صَلَّيْتُ ، فَلا أُصلِّى » وفى لفظ : « فإِنَّهَا زِيَادَةُ خَيْرٍ » وهذا فعل يقتضى فسقهم ، وقد أمره بالصلاة معهم . وقول النبىّ ﷺ : « صلاَةُ الْجَماعَةِ تَفْضُلُ صلاَةَ الْفَذِّ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً[2] » عام فيتناول محل النزاع ، ولأنه رجل تصح صلاته لنفسه فصح الائتمام به كالعدل .

ووجه الأولى : قوله عليه السلام : « لاَيَؤُمَّنَّ فَاجِرٌ مُؤْمِناً إلاَّ أَنْ يَقْهَرَهُ بِسُلْطَانِهِ ، أَوْ بِسَيْفِهِ » . ولأن الإمامة تتضمن حمل القراءة ، ولايُؤْمَنُ تركه لها ، ولايُؤْمَنُ تركُ بعض شرائطها كالطهارة ، وليس ثَمَّ أمارة ، ولا غلبة ظنّ يؤمنان ذلك ، والحديث أجبنا عنه ، وفعل الصحابة محمول على أنهم خافوا الضرر بترك الصلاة معهم . فقد روينا عن عطاء ، وسعيد بن جُبَيْر : أنهما كانا فى المسجد والْحَجّاج يخطُب فصلّيا بالإيماء ، وإنما فعلا ذلك لخوفهما على أنفسهما إن صلَّيا على وجه يَعلم بهما . ورَوَيناه عن قَسامة بن زُهَير . قال : لما كان من شأن فلان ما كان ، قال له أبو بكر . تنحّ عن مُصلاَّنا ، فإنَّا لانُصَلِّى خَلْفَكَ . وحديث أبى ذرّ : يدل على صحتها نافلة ، والنزاع فى الفرض .

فصـــل

فأما الجمع والأعياد فإنهَا تُصَلَّى خلف كلِّ برٍّ وفاجِر ، وقد كان أحمد يشهَدُها مع المعتزلة . وكذلك

---

(١) يشارط : يشترط أن يأخذ كذا أجراً لإمامة الناس فى مصلاه .

(٢) رواه أحمد والبخارى ، وابن ماجه بهذا اللفظ عن أبى سعيد ، ورواه مالك والجماعة إلا أبو داود بلفظ « تفضل صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة » وقد سبق أن ذكر الشارح الروايتين .

والفذ : هو المنفرد الذى يصلى وحده . ومن هـذا المعنى يقال للتفوق فى علمه أو فنه : هو فذ ، أي منفرد عن غيره لايجامعه أحد ولا يساويه فى ماتفوق فيه .

العلماء الذين فى عصره . وقد روينا أن رجلا جاء محمد بن النَّضْر ، فقال له : إن لى جيراناً من أهل الأهواء لايشهدون الْجُمُعة ، قال : حَسْبُكَ ، ماتقول فيمن ردَّ على أبى بكر وعمر ؟ قال : رجل سوء ، قال : فإن ردَّ على النبى ﷺ ؟ قال : يكفُر . قال : فإن ردَّ على العلىِّ الأعلى ؟ ثم غُشِيَ عليه ثم أفاق ، فقال : ردُّوا عليه والذى لاإله إلا هو ، فإنه قال (٦٢ : ٩ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ ، فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ) وهو يعلم أن بنى العباس سَيَلُونَهَا ، ولأن هذه الصلاة من شعائر الإسلام الظاهرة ، وتليها الأئمة دون غيرهم ، فتركها خلفهم يُفْضى إلى تركها بالكلية .

إذا ثبت هـذا : فإنها تعادُ خلف من يُعاد خلفه غيرها . قال أحمد : أما الْجُمعة فينبغى شهودُها ، فإن كان الذى يصلِّى منهم أعاد . ورُوى عنه أنه قال : من أعادها فهو مبتدع ، وهـذا يدل بعمومه على أنها لاتُعاد خلف فاسق . ولامبتدع ، لأنها صلاة أُمِرَ بها ، فلم تجب إعادتها كسائر الصلوات .

فصــل

فإن كان المباشر لها عَدْلاً ، والمُوَلِّى له غيرُ مرضيِّ الحال لبدعته أو فسقه لم يُعدها ، نصّ عليه . وقيل له : إنهم يقولون إذا كان الذى وضعه يقول بقولهم فسدت الصلاة . قال : لست أقول بهذا ، ولأن صلاته إنما ترتبط بصلاة إمامه ، فلا يضرّ وجود معنًى فى غيره ، كالحدث أو كونه أُمِّيًا ، وعنه : تُعَاد ، والصحيح : الأول .

فصــل

وإن لم يعلم فسقَ إمامِهِ ، ولا بدعتَه حتى صلَّى معه ، فإنه يُعيد ، نصَّ عليه . وقال ابن عقيل : لا إعادة عليه ، لأن ذلك مما يَخفى ، فأشبه المُحدِثُ والنَّجس . والصحيح : أن هـذا يُنظر فيه ، فإن كان ممّن يُخفى بدعتَه وفُسوقه ، صحّت الصلاة خلفه لما ذكرنا فى أول مسألة . وإن كان ممّن يُظهر ذلك ، وجبت الإعادة خلفه ، على الرواية التى تقول بوجوب إعادتها خلف المُبتدع ، لأنه معنًى يمنع الائتمام ، فاستوى فيه العلم وعدَمه ، كما لو كان أُمِّيًّا . والحدث والنجاسة يُشترط خفاؤهما على الإمام ، والمأموم معاً ، ولايخفى على الفاسق فسقُ نفسه . ولأنّ الإعادة إنما تجب خلف من يُعلن ببدعته ، وليس ذلك فى مَظِنَّةِ الخفاء ، بخلاف الحدث والنجاسة .

فصــل

وإن لم يَعلم حاله ولم يظهر منه مايمنع الائتمام به ، فصلاةُ المأموم صحيحة ، نصَّ عليه أحمد . لأن الأصل فى المسلمين السلامة ، ولو صلَّى خلف من يَشُكُّ فى إسلامه ، فصلاته صحيحة ، لأن الظاهر أنه لا يتقدَّمُ للإمامة إلا مُسلم .

فصــــل

فأما المخالفون فى الفروع ، كأصحاب أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ . فالصـلاة خلفهم صحيحة غيرُ مكروهة نصّ عليه أحمد . لأن الصحابة والتـابعين ، ومن بعدهم لم يزل بعضهم يأتمّ ببعض مع اختلافهم فى الفروع ، فكان ذلك إجماعاً .

ولأن المخالف إما أن يـكون مُصيباً فى اجتهاده ، فله أجران : أجرٌ لاجتهاده ، وأجرٌ لإصابته . أو مُخطئاً فله أجر على اجتهاده ، ولا إثم عليه فى الخطـأ ، لأنه محطوط عنـه . فإن علم أنه يترك ركناً ، أو شرطاً يعتقده المأموم دون الإمام ، فظاهر كلام أحمـد صحّة الائتمام به . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبـد الله يُسأل عن رجل صلَّى بقوم وعليه جلود الثعالب ، فقال : إن كان يلبَسُه وهو يتأوّل « أيُّمَا إهَابٍ دُبِـغَ فَقَدْ طَهُرَ » فيصلِّى خلفـه . قيل له : أفتراه أنت جائزاً ؟ قال : لا ، نحن لانراه جائزاً ، ولـكن إذا كان هو يتأوّل فلا بأس أن يُصَلِّى خلفه . ثم قال أبو عبد الله : لو أن رجلا لم ير الوضوء من الدم لم يُصَلِّ خلفه ؟ ! ثم قال : نحن نرى الوضوء من الدم ، فلا نُصـلِّى خلف سعيد بن المسيب ، ومالك ، ومن سهّل فى الدم ؟ أى بلى . ورأيت لبعض أصحاب الشافعىّ مسألة مُفردة فى الردّ عَلَى من أنـكر هذا . واستدل بأن الصحابة كان يُصَـلِّى بعضهم خلف بعض مع الاختـلاف . ولأن كل مجتهد مُصيبٌ أو كالمصيب فى حط المأثم عنه ، وحصول الثواب ، وصحة الصلاة لنفسه ، فجاز الائتمام به ، كما لو لم يترك شيئاً . وذكر القاضى فيه روايةً أخرى : أنه لايصـحّ ائتمامُه به ، لأنه يرتـكب مايعتقـده المأموم مُفسداً للصـلاة ، فـلم يصحّ ائتمامه به ، كما لو خالفه فى القبلة حال الاجتهاد فيها .

فصــــل

وإن فعـل شيئاً من المُختَلف فيه يعتقـد تحريمه ، فإن كان يتركُ مايعتقده شرطاً للصـلاة ، أو واجباً فيها ، فصـلاتُه فاسدة ، وصلاةُ من يأتمُّ به . وإن كان المأموم يخالفـه فى اعتقاد ذلك ، لأنه ترك واجباً فى الصلاة ، ففسدت صلاته ، وصلاة من ائتمّ به ، كالمُجمَع عليه . وإن كان يفعل ما يعتقد تحريمه فى غـير الصـلاة كالمتزوّج بغير وَلِىّ ممّن يرى فساده ، وشاربِ يسـيرِ النبيذ ممّن يعتقد تحريمَه ، فهـذا إن دام عَلَى ذلك فهو فاسق ، حكمه حكم سائر الفُسّاق . فإن لم يدُم عليه ، فلا بأس بالصـلاة خلفه لأنه من الصغائر . ومتى كان الفاعل كذلك عامياً قلّد من يعتقـد جوازه ، فلا شىء عليه ، لأن فرض العـامىّ سؤالُ العلماء ، وتقليدُهم لقول الله تعالى (١٦ : ٤٣ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ) .

فصل

ولا تصح الصلاة خلف مجنون ، لأن صـلاته لنفسـه باطلة ، وإن كان يُجنّ تارةً ، ويُفيق أخرى

فصلَّى وراءه حال إفاقته صحّت صلاته . ويـكره الائتمام به لئلاّ يـكون قد احتلم حال جنونه ، ولم يَعـلم . ولئلاّ يُعرّض الصلاة للإبطال فى أثنائها لوجود الجنون فيها ، والصــلاة صحيحة ، لأن الأصل السلامة ، فلا تَفسُد بالاحتمال .

فصــــل

وإذا أُقيـمت الصلاة ، والإنسان فى المسجد ، والإمام ممن لا يصلُح للإمامــة ، فإن شاء صلَّى خلفـه وأعاد . وإن نوى الصلاة وحده ، ووافق الإمام فى الركوع والسجود ، والقيام والقعود ، فصلاته صحيحة لأنه أتى بأفعال الصلاة ، وشروطها ، على الـكمال . فلا تفسد بموافقته غـيرَه فى الأفعال ، كما لو لم يقصد الموافقة . وروى عن أحمـد أنه يُعيد . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : الرجل يـكون فى المسجد ، فتقام الصلاة ، ويـكون الرجل الذى يصلِّى بهم لا يرى الصلاة خلفه . ويـكره الخروج من المسجد بعد النداء ، لقول النبى ﷺ : كَيْفَ يَصْنَعُ ؟ قال : إن خرج كان فى ذلك شُنْعَة ، ولـكن يُصَلِّى معه ويُعيد ، وإن شاء أن يصلِّى بصلاته ويكون يُصلِّى لنفسه ثم يكبّر لنفسه ، ويركع لنفسه ، ويسجد لنفسه ، ولا يُبالى أن يكون سجوده مع سجوده ، وتـكبيره مع تـكبيره . قلت : فإن فعل هذا لنفسه ، أيعيد ؟ قال : نعم ، قلت : فـكيف يُعيد ، وقد جاء : أن الصلاة هى الأولى . وحـديث النبى ﷺ : « اجْعَلُوا صَلَاتَـكُمْ مَعَهُمْ سُبْحَةً »[1] ؟ قال : إنما ذاك إذا صلَّى وحـده ، فنوى الفرض . أما إذا صلَّى معه ، وهو ينوى أن لا يَعتد بها ، فليس هذا مثل هذا ، فقد نصَّ على الإعادة ، ولـكن تعليله إفسادَها بكونه نوى أن لا يَعتدّ بهـا يدلُّ على صحتها ، وإجزائهـا إذا نوى الاعتداد بهـا ، وهو الصحيح ، لمـا ذكرنا أوّلا . وكذلك لو كان الذين لا يرضَوْنَ الصلاةَ خلفـه جماعة فأمَّهُمْ أحـدهم ، ووافقوا الإمام فى الركوع والسجود كان جائزاً ، والله أعلم .

« مسألة » قال : ﴿ وإمامة العبد والأعمى جائزة ﴾ .

هذا قول أكثر أهل العلم . ورُوى عن عائشة رضى الله عنها : أن غلاماً لها كان يؤُمُّها . وصلَّى ابن مسعود وحذيفـة ، وأبو ذرّ وراء أبى سعيـد ، مولى أبى أَسيد ، وهو عبد . وممن أجاز ذلك : الحسن ، والشعبىّ ، والنخعىّ ، والحـكم ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحـاب الرأى . وكره أبو مِجْلَز إمامةَ العبد . وقال مالك : لا يؤُمُّهم إلا أن يكون قارئاً ، وهم أُمِّيُّون .

ولنا : قول النبىّ ﷺ : « يَؤُمُّ الْقَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِـكِتَابِ اللهِ تَعَالَى » . وقال أبو ذرّ : « إنَّ خَلِيلِي أوصانى أن أَسْمَعَ وأُطِيعَ ، وإن كان عَبْداً مُجَدَّعَ الْأَطْرَافِ ، وأنْ أُصَلِّى الصَّلَاةَ لِوَقْتِهَا ، فإنْ أدركت

---

(١) سبحة : صلاة تطوع ، أى اعتدوها نفلا لـكم لا فرضاً .

القومَ وقد صَلّوْا كنت أَحْرَزْتَ صَلاَتَكَ ، وإلاَّ كَانَتْ لَكَ نَافِلَةً » رواه مسلم . ولأنه إجماع الصحابة فعلت عائشة ذلك . ورُوِى أن أبا سعيد مولى أبى أَسيد قال : تزوَّجْتُ وأنا عبد ، فدعوتُ نفراً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأجابونى ، فكان فيهم أبو ذَرّ ، وابن مسعود ، وحذيفة ، فحضرت الصلاةُ وهم فى بيتى ، فتقدَّم أبو ذَرّ ليصلِّىَ بهم ، فقالوا له : وراءك ؟ فالتفت إلى ابن مسعود ، فقال : أكذلك ياأبا عبد الرحمن ؟ قال : نعم . فقدَّمونى ، وأنا عبد ، فصلَّيْتُ بهم ، رواه صالح فى مسائله بإسناده . وهذه قصة مثلُها ينتشر ، ولم يُنكر ، ولا عُرِف مخالف لها ، فكان ذلك إجماعاً . ولأن الرقّ حقٌّ ثبت عليه ، فلم يمنع صحة إمامته ، كالدَّين . ولأنه من أهل الأذان للرجال يأتى بالصلاة على الكمال ، فكان له أن يؤمَّهم كالْحُرّ . وأما الأعمى فلا نعلمُ فى صحة إمامته خلافاً ، إلا ماحُكى عن أنس أنه قال : ماحاجتهم إليه ؟ وعن ابن عباس أنه قال : كيف أؤمُّهم وهم يَعْدِلُونَنِى إلى القِبْلة ؟ والصحيح عن ابن عباس : أنه كان يَؤُمُّ وهو أَعْمَى ، وعتبان بن مالك ، وقَتَادة ، وجابر . وقال أنس : « إن النبىَّ ﷺ استخلَفَ ابنَ أمِّ مَكْتُومٍ يَؤُمُّ النَّاسَ وَهُوَ أَعْمَى » ، رواه أبو داود . وعن الشعبىّ أنه قال : « غزا النبىّ ﷺ ثلاثَ عَشْرَةَ غَزْوَةً كلُّ ذلك يقدّم ابنَ أُمِّ مكتومٍ يُصَلِّى بالنَّاسِ » ، رواه أبو بكر . ولأن العمى فقد حاسة لايخلُّ بشىء من أفعال الصلاة ، ولا بشروطها ، فأشبه فقد الشمّ .

إذا ثبت هذا فالْحُرُّ أَوْلى من العبد ، لأنه أكمل منه ، وأشرف . ويصلِّى الجمعة والعيد إماماً ، بخلاف العبد . وقال أبوالخطاب : والبصيرُ أوْلى من الأعمى ، لأنه يستقبل القبلة بعلمه ، ويتوقَّى النجاسات ببصره . وقال القاضى : هما سواء ، لأن الأعمى أخشعُ لأنه لايشتغل فى الصلاة بالنظر إلى مايلهيه فيكون ذلك فى مقابلة فضيلة البصير عليه ، فيتساويان[1] ، والأول أصحّ . لأن البصير لو أغمض عينه كان مكروهاً ، ولو كان ذلك فضيلة لكان مستحباً ، لأنه يُحَصِّلُ بتغميضه مايُحَصِّله الأعمى ، ولأن البصير إذا غضَّ بصره مع إمكان النظر كان له الأجر فيه ، لأنه يترك المكروه مع إمكانه اختياراً ، والأعمى يتركه اضطراراً ، فكان أدنى حالاً وأقلّ فضيلةً .

فصل

ولا تصح إمامة الأخرس : بمثله ولا غيره ، لأنه يترك ركناً وهو القراءة تركاً مأيوساً من زواله ، فلم تصحّ إمامتُه ، كالعاجز عن الركوع والسجود .

فصل

وتصح إمامة الأصمّ : لأنه لايخلُّ بشىء من أفعال الصلاة ، ولا شروطها ، فأشبه الأعمى . فإن

(١) وهذا مذهب الشافعى .

كان أصمّ أعمى صحّت إمامتُه لذلك . وقال بعض أصحابنا : لاتصح إمامته ، لأنه إذا سها لايمكن تنبيهه بتسبيحٍ ، ولا إشارة ، والأولى صحّتها ، فإنه لايمنع من صحة الصلاة احتمال عارض لايتيقّن وجوده ، كالمجنون حال إفاقته .

فصــــل

فأما أقطع اليدين : فقال أحمد رحمه الله : لم أسمع فيه شيئاً ، وذكر الآمدىّ فيه روايتين :

(إحداهما) تصحُّ إمامتُه : اختارها القاضى ، لأنه عجز لايخلُّ بركن فى الصلاة ، فلم يمنع صحة إمامته ، كأقطع أحد الرجلين والأنف .

(والثانية) لاتصحُّ : اختارها أبو بكر ، لأنه يُخلُّ بالسجود على بعض أعضاء السجود ، أشبه العاجز عن السجود على جبهته . وحكم أقطع اليد الواحدة كالحكم فى قطعهما جميعاً . وأما أقطع الرجلين فلا يصحُّ الائتمامُ به ، لأنه مأيوس من قيامه ، فلم تصحُّ إمامته ، كالزَّمِنِ ، وإن كان مقطوع إحدى الرجلين ، ويمكنه القيام صحَّت إمامته ، ويتخرَّج على قول أبى بكر أن لاتصحُّ إمامتُه لإخلاله بالسجود على عضو ، والأول أصحُّ ، لأنه يسجد على الباقى من رجله أو حائلها .

« مسألة » قال : ﴿ وإن أمّ أُمّىٌّ أُمِّيًّا وقارئًا أعاد القارىء وحده ﴾ .

الأُمىُّ : من لايُحسن الفاتحة ، أو بعضَها ، أو يُخلُّ بحرف منها ، وإن كان يحسن غيرها ، فلا يجوز لمن يُحسنها أن يأتمَّ بِهِ ، ويصحُّ لمثله أن يأتمَّ به ، ولذلك خصَّ الخِرَقِىّ القارىء بالإعادة ، فيما إذا أمَّ أُمِّيًّا وقارئًا . وقال القاضى : هذه المسألة محمولة على أن القارىء مع جماعة أُمِّيين ، حتى إذا فسدت صلاة القارىء بقى خلف الإمام اثنان فصاعداً ، فإن كان معه أُمىٌّ واحد وكانا خلف الإمام ، أعادا جميعاً ، لأن الأمىَّ صار فذًّا .

والظاهر أن الخِرَقِىّ إنما قصدَ بيان من تفسُد صلاته بالائتمام بالأُمىِّ ، وهذا يخصُّ القارىء دون الأمىِّ . ويجوز أن تصح صلاة الأمىِّ لكونه عن يمين الإمام ، أو كونهما جميعاً عن يمينه ، أو معهم أُمىٌّ آخر . وإن فسدت صلاته لكونه فذًّا فما فسدت لائتمامه بمثله ، إنما فسدت لمعنًى آخر . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ فى الجديد . وقيل عنه : يصحُّ أن يأتمَّ القارىء بالأمىِّ فى صلاة الإسرار ، دون صلاة الجهر . وقيل عنه : يجوز أن يأتمَّ به فى الحالين ، لأنه عجز عن ركن ، فجاز للقادر عليه الائتمامُ به ، كالقاعد بالقائم . وقال أبو حنيفة : تفسُد صلاة الإمام أيضاً ، لأنه لمّا أحرم معه القارىء لزمته القراءة عنه ، لكون الإمام يحتمل القراءة عن المأموم ، فعجز عنها ، ففسدت صلاته .

ولنا : على الأول أنه ائتمَّ بعاجز عن ركن سوى القيام ، يقدر عليه المأموم ، فلم تصحّ كالمؤتمِّ بالعاجز ، عن الركوع والسجود . ولأن الإمام يتحمَّل القراءة عن المأموم ، وهذا عاجز عن التحمل للقراءة

الواجبة على المأموم ، فلم يصحّ له الائتمام به لئلا يُفضى إلى أن يُصَلِّى بغير قراءة ، وقياسهم يَبْطُلُ بالأخرس ، والعاجز عن الركوع ، والسجود والقيام . ولا مَدْخَلَ للتحمُّل فيه بخلاف القراءة .

ولنا : على صحة صلاة الإمام أنه أَمَّ من لايصحّ له الائتمام به ، فلم تبطل صلاته ، كما لو أَمَّت امرأة رجلاً ونساء ، وقولهم : إنه يلزم القراءة عن القارىء لايصحُّ لأن الله تعالى قال (٢ : ٢٨٦ لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ وُسْعَهَا) ومن لاتجب عليه القراءة عن نفسه فعن غيره أوْلى . وإن أَمَّ الأمىُّ قارئاً واحداً لم تصحّ صلاة واحد منهما ، لأن الأُمىَّ نوى الإمامة ، وقد صار فذًّا .

فصــل

وإن صلَّى القارىء خلف من لايعلم حاله فى صلاة الإسرار ، صحت صلاته ، لأن الظاهر : أنه لايتقدَّم إلا من يُحسن القراءة ، ولم يَنْخَرِم الظاهر ، فإنه أَسَرَّ فى موضع الإسرار ، وإن كان يُسِرُّ فى صلاة الجهر ، ففيه وجهان :

أحدهما : لاتصحُّ صلاة القارىء ، ذكره القاضى . لأن الظاهر أنه لو أحسن القراءة لجهر .

والثانى : تصحُّ ، لأن الظاهر أنه لايؤمُّ الناس إلا من يُحسن القراءة ، وإسراره يحتمل أن يكون نِسياناً أو لجهله ، أو لأنه لايُحسن أكثرَ من الفاتحة ، فلا تبطل الصلاة بالاحتمال ، فإن قال : قد قرأت فى الإسرار صحت الصلاة على الوجهين ، لأن الظاهر صِدقه .

ويُستحبُّ الإعادة احترازاً من أن يكون كاذباً ، ولو أسرَّ فى صلاة الإسرار ثم قال : ما كنت قرأت الفاتحة ، لزمه وَمن وراءه الإعادة . وقد رُوى عن عمر رضى الله عنه : أنه صلَّى بهمُ المغرب ، فلما سلَّمَ قال : أما سمعتمونى قرأت ؟ قالوا : لا ، قال : فما قرأتُ فى نفسى ، فأعاد بهم الصلاة .

فصــل

من ترك حرفاً من حروف الفاتحة لعجزه عنه ، أو أبدله بغيره ، كالألثغ : الذى يجعل الراء غيناً ، والأرتّ : الذى يُدغم حرفاً فى حرف ، أو يَلْحَن لحناً يُحيل المعنى ، كالذى يكسر الكاف من إياكَ ، أو يَضُمُّ التاء من أنعمتَ ، ولا يقدر على إصلاحه ، فهو كالأمىِّ لايصح أن يأتمَّ به قارىء . ويجوز لكل واحد منهم أن يؤمَّ مثله ، لأنهما أُمِّيان ، فجاز لأحدهما الائتمام بالآخر كالّلذَيْن لايُحْسنان شيئاً . وإن كان يقدر على إصلاح شىء من ذلك فلم يفعل لم تصحَّ صلاته ، ولا صلاة من يأتمّ به .

فصــل

إذا كان رجلان لايُحسن واحد منهما الفاتحة ، وأحدهما يُحسن سبع آيات من غيرها ، والآخر لايحسن

شيئاً من ذلك ، فهما أُمِّيان ، لكل واحد منهما الائتمام بالآخر . والمستحَبُّ أن لا يؤمَّ الذى يحسن الآيات ، لأنه أقرأ . وعلى هذا كلُّ من لا يُحسن الفاتحة يجوز أن يؤمَّ من لا يُحسنها ، سواء استويا فى الجهل ، أو كانا متفاوتين فيه .

فصـــل

تُكره إمامة اللحَّان ، الذى لا يُحيل المعنى ، نص عليه أحمد . وتصح صلاته بمن لا يلحَن ، لأنه أتى بفرض القراءة . فإن أحال المعنى فى غير الفاتحة لم يمنع صحة الصلاة ، ولا الائتمام به إلا أن يتعمَّده ، فتبطل صلاتهما .

فصـــل

ومن لا يفصح ببعض الحروف ، كالضاد ، والقاف . فقال القاضى : تُكره إمامتُه ، وتصحُّ ، أعجمياً كان أو عربياً . وقيل فيمن قرأ ولا الضالّين بالظاء : لا تصحُّ صلاته لأنه يُحيل المعنى(1) . يقال ظل يفعل كذا إذا فعله نهاراً ، فحكمه حكم الألثغ . وتكره إمامة التمتام : وهو من يكرّر التاء . والفأفاء : وهو من يكرر الفاء . وتصحُّ الصلاة خلفهما ، لأنهما يأتيان بالحروف على الكمال ، ويزيدان زيادة هما مغلوبان عليها فعُفى عنها ، ويكره تقديمهما لهذه الزيادة .

« مسألة » قال ﴿ وإن صلَّى خلف مشرك ، أو امرأة أو خُنثى مُشكِل أعاد الصلاة ﴾ .

وجملته : أن الكافر لا تصحُّ الصلاة خلفه بحال ، سواء علم بكفره بعد فراغه من الصلاة أو قبل ذلك . وعلى من صلَّى وراءه الإعادة . وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور ، والمُزَنىّ : لا إعادة على من صلَّى خلفه ، وهو لا يعلم ، لأنه ائتمّ بمن لا يعلم حاله ، فأشبه مالو ائتمّ بمُحدث .

ولنا : أنه ائتمّ بمن ليس من أهل الصلاة ، فلم تصح صلاته . كما لو ائتمّ بمجنون . وأما المُحدث فيشترط أن لا يعلم حدث نفسه ، والكافر يعلم حال نفسه . وأما المرأة فلا يصحُّ أن يأتمّ بها الرجل بحال ، فى فرض ، ولا نافلة ، فى قول عامّة الفقهاء . وقال أبو ثور : لا إعادة على من صلّى خلفها ، وهو قياس قول المُزَنىّ . وقال بعض أصحابنا : يجوز أن تؤمّ الرجالَ فى التراويح ، وتكون وراءهم ، لما رُوى عن أمّ ورَقة بنت عبد الله بن الحارث « أن رسول الله ﷺ جَعَلَ لها مُؤَذِّناً يُؤَذّن لها ، وأمرها أن تَؤُمّ أهلَ دَارِها » رواه أبو داود . وهذا عامّ فى الرجال والنساء .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تؤُمَّنَّ امرأةٌ رَجُلاً » ولأنها لا تؤذّن للرجال ، فلم

---

(1) مخرج الضاد قريب جداً من الظاء ، ولذلك ترى من يخرجها من مخرجها المضبوط يشمها شيئاً من الظاء والأولى العفو عن ذلك والحكم بصحة صلاة من ينطق الضاد ظاء ولا سيما أن بعض العلماء حكم بصحة صلاته . وقال ابن كثير فى نفسيره إن الحكم بصحة صلاته هو الصحيح من مذاهب العلماء .

يجز أن تؤمّهم ، كالمجنون . وحديث أم وَرَقَة إنما أذن لها أن تؤمّ نساء أهل دارها كذلك ، رواه الدراقطنيّ . وهذه زيادة يجب قبولها ، ولو لم يذكر ذلك لتعيّن حملُ الخبر عليه ، لأنه أذِن لها أن تؤمّ في الفرائض بدليل : أنه جعل لها مُؤذّناً ، والأذان إنما يُشرع في الفرائض ، ولاخلاف في أنها لاتؤمّهم في الفرائض . ولأن تخصيص ذلك بالتراويح ، واشتراط تأخّرها تحكّمٌ يخالف الأصول بغير دليل ، فلا يجوز المصيرُ إليه . ولو قُدّر ثبوت ذلك لأمّ وَرَقَة لكان خاصًّا بها ، بدليل أنه لايُشرع لغيرها من النساء أذان ولا إقامة ، فتختصّ بالإمامة ، لاختصاصها بالأذان والإقامة .

وأما الخنثى : فلا يجوز أن يؤم رجلا ، لأنه يحتمل أن يكون امرأةً . ولايؤمّ خنثى مثله ، لأنه يجوز أن يكون الإمام امرأةً ، والمأموم رجلا . ولايجوز أن تؤمّه امرأة ، لاحتمال أن يكون رجلا . قال القاضي : رأيت لأبي حفص البرمكيّ : أن الخنثى لاتصحّ صلاته في جماعةٍ ، لأنه إن قام مع الرجال احتمل أن يكون امرأة ، وإن قام مع النساء أو وحده أو ائتمّ بامرأة احتمل أن يكون رجلاً ، وإن أمّ الرجالَ احتمل أن يكون امرأةً ، وإن أمّ النساء فقام وسطهنّ احتمل أنه رجل ، وإن قام بين أيديهن احتمل أنه امرأة . ويحتمل أن تصحّ صلاته في هذه الصورة ، وفي صورةٍ أخرى ، وهو أن يقوم في صف الرجال مأموماً ، فإنّ المرأة إذا قامت في صف الرجال لم تبطُل صلاتها ، ولا صلاةُ من يليها .

فصــل

يُكره أن يؤمّ الرجلُ نساءً أجانبَ لارجل معهنّ ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى أَنْ يَخْلُوَ الرَّجُلُ بِالمَرْأَةِ الأَجْنَبِيَّةِ » .

ولا بأس أن يؤمّ ذواتَ محارمه ، وأن يؤمّ النساء مع الرجال ، فإنّ النساء كنّ يُصلّينَ مع النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد ، وقد أمَّ النبيُّ صلى الله عليه وسلم نساء ، وقد أمَّ النبي صلى الله عليه وسلم أنساً وأمّه في بيتهم .

فصــل

إذا صلَّى خلف من شك إسلامه ، أو كونه خُنثى ، فصلاته صحيحة مالم يبن كفره ، وكونه خنثى مشكلاً ، لأن الظاهر من المصلّين الإسلام ، سيَّما إذا كان إماماً ، والظاهر السلامة من كونه خنثى ، سيَّما من يؤمّ الرجال . فإن تبيّن بعد الصلاة أنه كان كافراً ، أو خنثى مشكلاً ، فعليه الإعادة على مابيّنّا . وإن كان الإمام ممن يُسلم تارةً ، ويرتدّ أخرى لم يُصلّ خلفه حتى يعلم على أيّ دين هو . فإن صلَّى خلفه ، وهو لم يعلم ماهو عليه نظرنا . فإن كان قد علم قبل الصلاة إسلامَه ، وشك في ردّته فهو مسلم . وإن علم ردّته وشك في إسلامه لم تصحّ صلاته . فإن كان علم إسلامه فصلَّى خلفه ، فقال بعد الصلاة : ما كنتُ أسلمتُ أو ارتددتُ ، لم تبطل الصلاة . لأن صلاته كانت صحيحةً حُكماً ، فلا يُقبل قول هذا في إبطالها ،

لأنه ممّن لايُقبـل قوله . وإن صلّى خلف من علم ردّته . فقال بعد الصلاة : قد كنتُ أسلمتُ ، قُبل قوله ، لأنه ممّن يُقبل قوله .

فصـــل

قال أصحابنـا : يحكم بإسلامه بالصلاة ، سواء كان فى دار الحرب ، أو فى دار الإسلام ، وسواء صلّى جماعةً أو فُرَادَى . فإن أقام بعد ذلك على الإسلام فلا كلام ، وإن لم يُقم عليـه فهو مُرتدّ ، يجرى عليه أحكام المرتدّين . وإن مات قبل ظهور ماينافى الإسلام فهو مسلم يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ المسلمون ، دون الكافرين . وقال أبو حنيفة : إن صلّى جماعةً أو منفرداً فى المسجد كقولنا : وإن صلّى فُرَادَى فى غير المسجد ، لم يُحكم بإسلامه . وقال بعض الشافعيّة : لايُحكم بإسلامه بحالٍ ، لأن الصلاة من فروع الإســلام ، فلم يصر مُسلماً بفعلها ، كالحجّ والصيام ، ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا : لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ ، فَإِذَا قَالُوهَا : عَصَمُوا مِنِّى دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلاَّ بِحَقِّهَا[1] » . وقال بعضهم : إن صلّى فى دار الإسلام فليس بمسلم . لأنه قد يقصـد الاستتار بالصلاة ، وإخفاء دينه . وإن صلّى فى دار الحرب فهو مسلم ، لأنه لاتُهَمَةَ فى حقّه .

ولنـا قول النبى ﷺ نُهِيتُ عَنْ قَتْلِ الْمُصَلِّينَ ، وقال : « بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمُ الصَّلاَةُ » فجعل الصـلاة حداً بين الإسلام والـكفر ، فمن صلّى فقد دخل فى حد الإسلام . وقال فى المملوك « فإذا صلّى فَهُوَ أَخُوكَ » ولأنها عبادة تختصّ بالمسلمين ، فالإتيان بها إسلامٌ كالشهادتين . وأما الحجّ : فإنّ الـكفّار كانوا يفعلونه والصيام إمساك عن المُفطرات ، وقد يفعله من ليس بصائم .

فصـــل

فأما صلاته فى نفسه ، فأمر بينه وبين الله تعالى ، فإن عُلم أنه قد أسلم ، ثمّ توضأ ، وصلّى بنية صحيحة ، فصلاته صحيحة . وإن لم يكن كذلك ، فعليـه الإعادة ، لأن الوضوء لايصحّ من كافر ، وإذ لم يُسلم قبـل الصلاة ، كان حال شروعه فيها غيرَ مُسلم ، ولا متطهّر ، فلم يصحّ منه .

« مسألة » قال ﴿ وإن صلّت امرأة بالنساء قامت معهنّ فى الصفّ وَسَطاً ﴾ .

اختلفت الرواية : هل يُستحبُّ أن تصلّى المرأة بالنساء جماعةً ؟ فرُوى أن ذلك مُستحب . وممن رُوى عنه أن المرأة تؤم النساء : عائشة ، وأمّ سلمة ، وعطاء ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . ورُوى عن أحمـد رحمه الله : أن ذلك غير مُستحبّ . وكرهه أصحاب الرأى ، وإن فعلت

---

(١) رواه البخارى وغيره .

أجـزأهنّ . وقال الشعبيّ ، والنخعيّ ، وقتـادة : لهنّ ذلك في التطوع دون المـكتوبة . وقال الحسن ، وسُلَيم بن يَسار : لاتؤمّ في فريضة ، ولا نافلة . وقال مالك : لاينبغي للمرأة أن تؤمّ أحداً ، لأنَّه يُكره لها الأذان ، وهو دعاء إلى الجماعة ، فـكره لها مايُراد الأذان له .

ولنـا : حديث أُمّ ورقة ، ولأنهنَّ من أهل الفرض ، فأشبهن الرجال ، وإنما كره لهنَّ الأذان ، لـا فيه من رفع الصوت ، ولسن من أهله .

إذا ثبت هذا : فإنَّها إذا صلَّت بهنّ قامت في وسطهنّ ، لانعلمُ فيه خلافاً بين من رأى لها أن تؤمّهنّ ولأن المرأة يُستحبُّ لها التستر ، ولذلك لايُستحبُّ لها التجافي . وكونها في وسط الصف أسترُ لها ، لأنَّها تستتر بهنّ من جانبيها ، فاستُحبَّ لها ذلك ، كالعُريان . فإن صلَّت بين أيديهنّ احتمل أن يصحّ ، لأنه موقف في الجـلة ، ولهـذا كان موقفاً للرجـل . واحتمـل أن لايصح لأنَّها خالفت موقفهـا ، أشبه مالو خالف الرجل موقفه .

فصـــل

وتجهر في صلاة الجهر ، وإن كان ثمَّ رجال لاتجهر إلاَّ أن يكونوا من محارمها فلا بأس .

فصـــل

ويُباح لهن حضور الجماعة مع الرجال ، لأن النساء كنّ يُصَلِّينَ مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت عائشـة : « كان النِّسَاء يُصَلِّينَ مـع رسول الله ﷺ ، ثمَّ يَنْصَرِفْنَ مُتَلَفِّعَاتٍ بِمُرُوطِهِنّ ، ما يُعْرَفْنَ مِنَ الغَلَس » متفق عليه ؛ وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللهِ مَسَاجِدَ اللهِ ، ولْيَخْرُجْنَ تَفِلاَتٍ » يعني غـير متطيّبات ، رواه أبو داود . وصلاتها في بيتها خـير لها وأفضل . لـا رَوى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تَمْنَعُوا نِسَاءَكُمُ المَسَاجِدَ ، وَبُيُوتُهُنَّ خَيْرٌ لَهُنَّ » رواه أبو داود . وقال صلى الله عليه وسلم : « صَـلاَةُ المَرْأَةِ في بَيْتِهَا أَفْضَلُ مِنْ صَـلاَتِهَا في حُجْرَتِهَا ، وَصَـلاَتُهَا فِي مَخْدَعِهَا أَفْضَلُ مِنْ صَلاَتِهَا في بَيْتِهَا » رواه أبو داود .

فصـــل

إذا أَمَّتِ المرأة امرأةً واحدةً ، قامت المرأة عن يمينها ، كالمأموم مع الرجال ، وإن صلت خلف رجل قامت خلفه ، لقول النبي ﷺ : « أَخِّرُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَخَّرَهُنَّ اللهُ » وإن كان معهما رجل قام عن يمين الإمام ، والمرأةُ خلفهما . كما رَوى أنس « أن رسول الله ﷺ صـلَّى بِهِ وَبِأُمِّهِ أَو خَالَتِهِ ، فأَقَامَنِي عَنْ يَمِينِهِ ، وأَقَامَ المَرْأَةَ خَلْفَنَا » رواه مسلم . وإن كان مع الإمام ، رجل وصبيّ وامرأة ، وكانوا في تطوّع

فاما خلف الإمام ، والمرأة خلفهما . كما رَوى أنس « أن رسول الله ﷺ صلَّى بهم ، قال : فَصَفَفْتُ أَنَا واليَتِيمُ وراءَهُ ، والمرأةُ خَلْفَنَا ، فصلَّى لنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ رَكْعَتَيْنِ ، ثم انْصَرَفَ » متفق عليه .

وإن كانت فرضاً جعلَ الرجل عن يمينه ، والغلامَ عن يساره ، كما فعل عبد الله بن مسعود بعلقمةَ ، والأسود ، ورواه عن النبي ﷺ أنه فعل ذلك ، رواه أبو داود . وإن وقفا جميعاً عن يمينه فلا بأس ، وإن وقفا وراءه . فرَوى الأثرم : أن أحمد توقّف فى هـذه المسألة ، وقال : ما أدرى ؟ فذُكر له حديث أنس . فقال : ذاك فى التطوّع .

واختلف أصحابنـا فيـه . فقال بعضهم : لايصح ، لأن الصبىّ لا يصلُح إماماً للرجال فى الفرض ، فلم يُصافَّهُم كالمرأة . وقال ابن عقيـل : يصحّ ، لأنه يصحّ أن يُصافَّ الرجل فى النفل ، فصح فى الفرض ، كالمتنفّل يقف مع المفترض . ولا يُشترط فى صحة مُصافَّته صحة إمامته ، بدليل الفاسق والعبد والمسافر فى الجمعة ، والمفترض مع المتنفّل . ويفارق المرأة ، لأنه يصحّ أن يُصَافَّ الرجال فى التطوّع ويؤمّهم فيـه فى رواية ، بخلاف المرأة . وقال الحسن فى ثلاثة أحدهم امرأة : يقومون متواتِرِينَ بعضُهم خَلْفَ بعض .

ولنـا : حديث أنس ، وهو قول أكثر أهل العلم ، لا نعلم أحداً خالف فيـه ، إلاّ الحسن ، واتباع السنّة أولى . وقول الحسن : يُفضى إلى وقوف الرجل وحده فذًّا . ويردّه حديث وابصة ، وعلىّ بن شيبان .

وإن اجتمع رجال ، وصبيان ، وخَنَاثَى ، ونساء ، تقدَّم الرجال ، ثم الصبيان ، ثم الخَنَاثَى ، ثم النساء ، لأن النبى ﷺ صلَّى فصفَّ الرجال ، ثم صفَّ خلفهم الغِلْمَانَ » رواه أبو داود .

فصـــل

وإن وقفت المرأة فى صف الرجال كُرِهَ ، ولم تبطُل صـلاتها ، ولا صلاةُ مَن يليهـا ، وهـذا مذهب الشافعىّ . وقال أبو بكر : تبطل صلاة من يليها ، ومَن خَلفها دونها . وهذا قول أبى حنيفة ، لأنّه مَنْهِىٌّ عن الوقوف إلى جانبهـا ، أشبه ما لو وقف بين يدى الإمام .

ولنـا : أنهـا لو وقفت فى غير صـلاة لم تبطُل صلاتُه ، فـكذلك فى الصـلاة . وقد ثبت أن عائشة كانت تعترِضُ بين يَدَىْ رسول الله ﷺ نائمةً وهو يُصَلِّى ، وقولهم : إنه منهىّ . قلنـا : هى المنهيّة عن الوقوف مع الرجال ، ولم تفسُد صلاتها ، فصلاة مَن يليها أولى .

« مسألة » قال ﴿ وصاحبُ البيت أحقّ بالإمامة ، إلاّ أن يكون بعضهم ذا سُلطان ﴾ .

وجملته : أن الجماعة إذا أُقيمت فى بيت فصاحبه أولى بالإمامة من غيره ، وإن كان فيهم من هو أقرأ منه ، وأفقه ، إذا كان ممّن يمكنه إمامتهم ، وتصح صلاتهم وراءه ، فعـل ذلك ابن مسعود ، وأبو ذرّ ، وحُذَيفة ، وقد ذكرنا حديثهم . وبه قال عطاء ، والشافعىّ ، ولا نعلم فيه خلافاً . والأصل فيه قول النبى

ﷺ : « ولا يُؤَمَّنَّ الرَّجُلُ فى بَيْتِهِ ، وَلاَ فِى سُلْطَانِهِ ، وَلاَ يُجْلَسُ عَلَى تَـكْرِمَتِهِ إِلاَّ بِإِذْنِهِ » رواه مسلم وغيره . وروى مالك بن الْحُوَيرث عن النبى ﷺ : « مَنْ زَارَ قَوْماً فَلاَ يَؤُمُّهُمْ وَلْيَؤُمَّهُمْ رَجُلٌ مِنْهُمْ » رواه أبو داود . وإن كان فى البيت ذو سلطان فهو أحقُّ من صاحب البيت ، لأنَّ ولايته على البيت ، وعلى صاحبه ، وغيره . وقد أمَّ النبىُّ ﷺ عِتْبَانَ بنَ مَالِكٍ ، وأنساً فى بُيوتهما .

فصـــــل

وإمام المسجد الراتب أولى من غـيره ، لأنه فى معنى صاحب البيت والسلطـان . وقد رُوى عن ابن عمر : أنه أتى أرضاً له ، وعندها مسجد يُصَلِّى فيه مولًى لابن عمر ، فصلَّى معهم ، فسألوه أن يُصَلِّى بهم ، فأبى وقال : صاحبُ الْمَسْجِدِ أحقُّ ، ولأنه داخل فى قوله « مَنْ زَارَ قَوْماً فَلاَ يَؤُمَّهُمْ » .

فصـــــل

وإذا أذِنَ المستحقُّ من هؤلاء لرجلٍ فى الإمامة ، جاز ، وصار بمنزلة من أذن فى استحقاق التقدُّم ، لقول النبى ﷺ : « إلاَّ بِإِذْنِهِ » ولأن الإمامة حقٌّ له ، فله نقلها إلى مَنْ شاء . قال أحمد : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَ يُؤَمُّ الرَّجُلُ فى سُلْطَانِهِ ، ولا يُجْلَسُ عَلَى تَـكْرِمَتِهِ فى بَيْتِهِ إلاَّ بِإِذْنِهِ » أرجو أن يكون الإذنُ فى الـكلِّ ، ولم ير بأساً إذا أذِنَ له أن يُصَلِّى .

فصـــــل

وإن دخـل السلطان بلداً له فيـه خليفة فهو أحقُّ من خليفته ، لأنَّ ولايته على خليفته ، وغـيره . ولو اجتمع العبد ، وسيِّده فى بيت العبد ، فالسيِّد أولى ، لأنه المالك على الحقيقة ، وولايته على العبد . وإن لم يكن سيده معهم فالعبد أولى لأنه صـاحبُ البيت . ولذلك لما اجتمع ابن مسعود وحُـذَيفة ، وأبو ذرٍّ فى بيت أبى سعيد مولَى أبى أَسِيد ، وهو عبد ، تقدَّم أبو ذرٍّ لِيُصَلِّيَ بهم ، فقالوا له : وَرَاءَكَ ، فالتفتَ إلى أصحابه ، فقال : أ كذلك ؟ قالوا : نعم ، فتأخَّر وقدَّموا أبا سعيد ، فصلَّى بهم . وإن اجتمع المؤجِّر ، والمستأجر فى الدار المؤجَّرة ، فالمستأجر أولى ، لأنه أحقُّ بالسُّـكْنَى والمنفعة .

فصـــــل

والمُقيم أولى من المُسافر ، لأنَّه إذا كان إماماً حصلت له الصـلاة كلُّهـا فى جمـاعة ، وإن أمَّه المسافر احتاج إلى إتمـام الصلاة مُنفرداً . وإن ائتم بالمُسافر جاز ، ويتمُّ الصلاة بعـد سلام إمامه . فإن أتم المسافر الصلاة جازت صلاتُهم . وحُـكي عن أحمد فى صلاة المقيمين روايةٌ أخرى ، أنَّها لا تجوز ، لأنَّ الزيادة نفلٌ

أمَّ بها مُفْتَرِضِينَ ، والصحيح : الأول . لأن المسافر إذا نوى إتمام الصلاة ، أو لم ينو القصرَ لزمه الإتمامُ فيصير الجميعُ فرضاً .

« مسألة » قال ﴿ ويأتم بالإمام مَنْ فى أعلى المسجد ، وغير المسجد ، إذا اتصلت الصفوف ﴾ .

وجملته : أنه يجوز أن يكون المأموم مساوياً للإمام ، وأعلى منه ، كالذى على سطح المسجد ، أو على دِكّة عالية ، أو رَفّ فيه . رُوى عن أبى هريرة : أنه صلَّى بصلاة الإمام على سطح المسجد ، وفعلَه سالمٌ ، وبه قاله الشافعىّ ، وأصحاب الراى . وقال مالك : يُعيد الجمعة إذا صلَّى فوق سطح المسجد بصلاة الإمام .

ولنا : أنهما فى المسجد ، ولم يعلُ الإمامُ ، فصحَّ أن يأتمّ به كالمتساويَيْن ، ولا يُعْتَبَرُ اتصالُ الصفوف إذا كانا جميعاً فى المسجد . قال الآمدىّ : لاخلاف فى المذهب أنَّه إذا كان فى أقصى المسجد ، وليس بينه وبين الإمام مايمنع الاستطراق والمُشاهدة ، أنه يصحّ اقتداؤه به ، وإن لم تتَّصل الصفوف ، وهذا مذهب الشافعىّ . وذلك لأن المسجد بُنى للجماعة ، فكلّ مَن حصل فيه فقد حصل فى محلّ الجماعة . وإن كان المأموم فى غير المسجد أو كانا جميعاً فى غير مسجد ، صحَّ أن يأتمَّ به ، سواء كان مساوياً للإمام ، أو أعلى منه ، كثيراً كان العلو أو قليلا ، بشرط كون الصفوف متَّصلة ، ويُشاهد مَنْ وراء الإمام . وسواء كان المأموم فى رَحْبةِ الجامع ، أو دار ، أو على سطح ، والإمام على سطح آخر ، أو كانا فى صحراء ، أو سفينتين ، وهذا مذهب الشافعىّ ، إلاّ أنه يَشترط أن لايكون بينهما مايمنع الاستطراق فى أحد القولين .

ولنا : أن هذا لاتأثير له فى المنع من الاقتداء بالإمام ، ولم يرد فيه نهى ، ولا هو فى معنى ذلك ، فلم يمنع صحة الائتمام به ، كالفصل اليسير . إذا ثبت هذا فإنَّ معنى اتصال الصفوف : أن لايكون بينهما بُعدلم تجْرِ العادةُ به ، ولايمنع إمكانَ الاقتداء . وحُكى عن الشافعىّ : أنه حدَّ الاتصالَ بما دون ثلاثِ مائةِ ذراعٍ . والتحديدات بابُها التوقيف ، والمرجعُ فيها إلى النصوص والإجماع ، ولا نعلم فى هذا نصاً نرجع إليه ، ولا إجماعاً نعتمد عليه ؛ فوجب الرجوع فيه إلى العُرف ، كالتفرُّق والإحراز ، والله أعلم .

فصل

فإن كان بين الإمام والمأموم حائل يمنع رؤية الإمام ، أو مَنْ وراءه . فقال ابن حامد : فيه روايتان :

إحداهما : لايصح الائتمام به ، اختاره القاضى . لأن عائشة قالت لنساء كنَّ يُصلِّينَ فى حُجرتها : لاتصلِّين بصلاة الإمام ، فإنكُنَّ دونه فى حجاب ، ولأنه « لا »[1] يمكنه الاقتداء به فى الغالب .

والثانية : يصحّ . قال أحمد : فى رجل يُصلِّى خارج المسجد يوم الجمعة ، وأبواب المسجد مُغْلَقَة : أرجو أن لايكون به بأس . وسُئل عن رجل يُصلِّى يوم الجمعة ، وبينه وبين الإمام سُترة ، قال : إذا لم يقدر

(١) حرف « لا » ساقط من النسخة التي علقنا عليها ، وهو لابد منه .

على «غير» ذلك[1] . وقال فى المنبر : إذا قطع الصف لا يضُرّ ، ولأنه أمكنه الاقتداء بالإمام فيصحّ اقتداؤه به من غير مشاهدة كالأعمى . ولأن المشاهدة تُراد للعلم بحال الإمام ، والعلم يحصُل بسماع التـكبير ، فجرى مجرى الرؤية . ولا فرق بين أن يـكون المأموم فى المسجد ، أو فى غيره . واختار القـاضى : أنَّه يصحّ إذا كانا فى المسجد ، ولا يصح فى غيره . لأن المسجد محلُّ الجماعة ، وفى مَظِنَّة القُرب ، ولا يصحّ فى غيره ، لعدم هذا المعنى ، ولخبَر عائشة .

ولنـا : أن المعنى المجوّز أو المانع ، قد استويا فيه ، فوجب استواؤهما فى الحكم ، ولابد لمن لا يُشاهد أن يسمع التـكبير ، ليمـكنه الاقتداء ، فإن لم يسمع لم يصحّ ائتمامُه به بحال ، لأنه لا يمـكنه الاقتداء به .

فصـــل

وكل موضع اعتبرنا المشاهدة فإنَّه يكفيه مشاهدةُ مَنْ وراء الإمام ، سواء شـاهده من بابٍ أمَامَه ، أو عن يَمِينِه ، أو عَنْ يَسَارِه ، أو شـاهد طَرفَ الصفّ الذى وراءه ، فإنَّ ذلك يُمـكنه الاقتداء به . وإن كانت المُشاهدة تحصُل فى بعض أحوال الصلاة ، فالظاهر صحَّة الصلاة ، لما رُوى عن عائشـة قالت : «كان رسول الله ﷺ يُصَلِّى مِنَ اللَّيْلِ ، وجِدَارُ الْحُجْرَةِ قَصِيرٌ ، فَرَأى النَّاسُ شَخْصَ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، فَقَامَ أُنَاسٌ يُصَلُّون بِصَلاَتِهِ ، وأَصْبَحُوا يَتَحَدَّثُونَ بِذَلك . فقام الليلة الثانية ، فقـام معه أناس يُصلُّون بِصلاَتِهِ» رواه البخارىّ ، والظاهر : أنهم إنما كانوا يرونه فى حال قيامه .

فصـــل

وإذا كان بينهما طريق ، أو نهر تجرى فيـه السفن ، أو كانا فى سفينتين مفترقتين ، ففيه وجهان : أحدهما : لا يصح أن يأتمَّ به ، وهو اختيار أصحابنا ، ومذهب أبى حنيفة ، لأن الطريق ليست محلاً للصلاة ، فأشبه ما يمنع الاتصال . والثانى : يصح ، وهو الصحيح عندى . ومذهب مالك ، والشافعىّ ، لأنه لا نصَّ فى منع ذلك ، ولا إجماع ، ولا هو فى معنى ذلك ، لأنه لا يمنع الاقتداء ، فإنَّ المؤثِّر فى ذلك ما يمنع الرؤية ، أو سماع الصوت ، وليس هـذا بواحد منهما . وقولهم : إن بينهما ما ليس بمحلّ للصـلاة فأشبه ما يمنع . وإن سـلمنا ذلك فى الطريق فلا يصحّ فى النهر ، فإنه تصحّ الصـلاة عليه فى السفينة . وإذا كان جامداً ، ثمَّ كونه ليس بمحلّ للصلاة إنما يمنع الصـلاة فيه . أما المنع من الاقتداء بالإمام فتحـكُّم محض ، لا يلزم المصيرُ إليه ، ولا العمل به . ولو كانت صـلاة جنازة أو جمعة أو عيـد لم يؤثِّر ذلك فيها ، لأنهـا تصحّ فى الطريق ، وقد صلّى أنس فى موت حُمَيد بن عبد الرحمن بصلاة الإمام ، وبينهما طريق .

---

(١) كلمة غير ساقطة من النسخة التى علقنا عليها ، والمعنى تصح صلاته إذا لم يقدر على غير ذلك .

« مسألة » قال ﴿ ولا يكون الإمام أعلى من المأموم ﴾ .

المشهور فى المذهب : أنه يكره أن يكون الإمام أعلى من المأمومين ، سواء أراد تعليمهم الصلاة ، أو لم يرد ، وهو قول مالك ، والأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن أحمد مايدلّ على أنه لايُكره ، فإنّ علىّ بن المَدينىّ قال : سألنى أحمد عن حديث سهل بن سعد ، وقال : إنما أردتُ أن النبىّ ﷺ كان أعلى من الناس ، فلا بأس أن يكون الإمام أعلى من الناس بهذا الحديث . وقال الشافعىّ : أختار للإمام الذى يُعلِّم من خلفه أن يصلّى على الشىء المرتفع ، فيراه من خلفه فيقتدون به ، لما رَوى سهل بن سعد قال : « لَقَدْ رأيتُ رسُولَ الله ﷺ قامَ عَلَيْهِ - يعنى المِنْبَرَ - فكبّر ، وكبّر الناس وَراءه ، ثم ركع ، وهو على المِنْبَرِ ، ثم رَفَعَ : فَنزلَ القَهْقَرَى ، حتى سجد فى أصل المِنْبَر ، ثم عاد ، حتى فرغ من آخر صلاته ، ثم أقبل على الناس ، فقال : أيّها النَّاسُ ، إنّما فَعَلْتُ هَذَا لتأْتَمُّوا بِى . ولِتَعْلَمُوا صَلاَتِى » متفق عليه .

ولنا : مارُوى أنَّ عمّار بنَ ياسر كان بالمدائن : فأقيمت الصلاة ، فتقدّم عمّار ، فقام على دُكّان[1] ، والناس أسفلَ منه ، فتقدّم حُذَيْفَةُ فأخذ بيده ، فأتبعه عمّار حتّى أنزله حُذَيفة . فلمّا فرغ من صلاته ، قال له حُذَيفة : ألم تسمع رسول الله ﷺ يقول : « إِذَا أَمَّ الرَّجُلُ القَوْمَ ، فَلاَ يَقُومَنَّ فى مَكَانٍ أَرْفَعَ مِنْ مَقَامِهِمْ » ؟ قال عمّار : فلذلك اتبعتُكَ حين أخذْتَ على يَدِى . وعن هُمام : أن حُذَيْفَةَ أَمَّ الناس بالمدائن على دُكّان ، فأخذ أبو مسعود بقميصه ، فجَبَذه ، فلمّا فرغ من صلاته قال : أَلَمْ تَعْلَمْ أنهم كانوا يَنْهَوْنَ عن ذلك ؟ قال : بلى ، فذكرتُ حين مَدَدْتَنِى ، رواهما أبو داود . وعن ابن مسعود : أن رجلا تقدّم يؤمّ بقوم على مكان ، فقام على دُكّان ، فنهاه ابن مسعود . وقال للإمام استوِ مع أصحابك . ولأنه يحتاج أن يَقْتَدِىَ بإمامه ، فينظُرَ رُكوعَه وسُجودَه . فإذا كان أعلى منه ، احتاج أن يرفع بصره إليه ليُشاهده ، وذلك منهىّ عنه فى الصلاة . فأما حديث سهل ، فالظاهر : أن النبىّ ﷺ كان على الدرجة السُّفلَى ، لئلاّ يحتاج إلى عمل كبير فى الصعود ، والنزول ، فيكون ارتفاعاً يسيراً ، فلا بأس به جمعاً بين الأخبار . ويحتمل أن يختصّ ذلك بالنبىّ ﷺ ، لأنه فعل شيئاً ، ونهى عنه ، فيكون فعلُه له ، ونهيُه لغيره ، ولذلك لايُستحبّ مثلُه لغير النبىّ صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبىّ لم يُتِمّ الصلاةَ على المِنْبَرِ ، فإن سجوده ، وجلوسه إنّما كانا على الأرض ، بخلاف مااختلفنا فيه .

فصـــل

ولا بأس بالعلو اليسير لحديث سهل ، ولأن النهى مُعلَّل بما يُفضى إليه من رفع البصر فى الصلاة وهذا

---

(١) الدكان : بناء يسطح أعلاه للقعود فيه ، والمكان المرتفع ، ويطلق على الحانوت ، لأنه يكون مرتفعاً عن الأرض .

يَخُصُّ الـكثير ، فعلى هذا يكون اليسير مثلَ درجة المِنبر ، ونحوها لما ذكرنا فى حديث سهل ، والله أعلم .

فصـــل

فإن صلَّى الإمامُ فى مـكان أعلَى من المأمومين ، فقال ابن حامد : لاتصحُّ صـلاتهم ، وهو قول الأوزاعىّ ، لأن النهى يقتضى فسـاد المنهىّ عنه . وقال القـاضى : لاتبطُل ، وهو قول أصحـاب الرأى ، لأن عمَّاراً أتمَّ صلاته ، ولو كانت فاسـدة لاستأنفها ، ولأن النهى مُعلَّل بما يُفضى إليه من رفـع البصر فى الصلاة ، وذلك لا يُفسدها ، فسببه أولى .

فصـــــل

وإن كان مع الإمام من هو مساوٍ له أو أعلى منه ، ومن هو أسفل منه ، اختصَّت الـكراهة بمن هو أسفل منه ، لأن المعنى وُجد فيهم دون غيرهم . ويحتمل أن يتناول النهى الإمامَ لـكونه منهيًّا عن القيام فى مكان أعلى من مقامهم ، فعلى هذا الاحتمال تبطُل صلاة الجميع عند من أبطل الصلاة بارتـكاب النهى .

« مسألة » قال ﴿ ومن صلَّى خلف الصفّ وحده ، أو قام بجنب الإمام عن يساره ، أعاد الصلاة ﴾ .

وجملته : أن من صلَّى وحده ركعةً كاملة لم تصحّ صلاته ، وهذا قول النخعىّ ، والحـكم ، والحسن ابن صالح ، وإسحاق ، وابنالمنذر . وأجازه الحسن ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحابالرأى . لأن أبا بـكر ركع دون الصفّ ، فـلم يأمره النبىّ صلى الله عليه وسـلم بالإعادة ، ولأنه موقف للمرأة ، فـكان موقفـاً للرجل ، كما لو كان مع جماعة .

ولنـا : ماروى وابصةُ بنُ مَعْبَد « أن النبىّ ﷺ رأَى رَجُلاً يُصلِّى خَلْفَ الصَّفِّ وَحْدَهُ ، فأمَرَهُ أَنْ يُعيدَ » رواه أبو داود ، وغيره . وقال أحمد : حديث وابصة حسن . وقال ابنالمنذر : ثَبَّتَ الحديثَ أحمدُ وإسحاق . وفى لفظ : سُئل النبى ﷺ عن رجل صلَّى وراء الصفوف وحده . قال « يُعيد » رواه تمَّـام فى الفوائد . وعن علىّ بن شَيْبان « أنه صَلَّى بِهِمْ نَبِىُّ الله صلى الله عليه وسلم ، فانْصَرَفَ وَرَجُلٌ فَرْدٌ خَلْفَ الصَّفِّ ، فوَقَفَ نَبِىُّ الله ﷺ حَتَّى انْصَرَفَ الرَّجُلُ ، فقال النبىّ ﷺ اسْتَقْبِلْ صَلاَتَكَ ، وَلاَ صَلاَةَ لِفَرْدٍ خَلْفَ الصَّفّ » ، رواه الأثرم . وقال : قلت لأبى عبد الله : حـديث ملازم بن عمرو ـ يعنى هـذا الحديث ـ فى هذا أيضاً حسن ؟ قال : نعم . ولأنه خالف الموقف ، فلم تصحّ صلاته ، كما لو وقف أمام الإمام . فأما حديث أبى بـكرة ، فإنَّ النبىّ ﷺ قـد نهـاه ، فقـال « لاتَعُدْ » ، والنهى يقتضى الفساد ، وعَذره فيما فعـله لِجَهْلِهِ بتحريمه ، وللجَهْـل تأثيرٌ فى العفو ، ولا يلزم من كونه موقفـاً للمرأة كونَه موقفاً للرجل ، بدليل اختلافهما فى كراهية الوقوف واستحبابه .

وأما إذا وقف عن يسارِ الإمام ، فإن كان عن يمين الإمام أحد صحَّت صلاته ، لأن ابن مسعود صلَّى

بين عَلْقَمَةَ والأسود ، فلما فرغوا قال : «هَـكَذَا رَأَيْتُ رسولَ الله ﷺ فعَلَ» ، رواه أبو داود . ولأن وسط الصفّ موقف للإمام فى حق النســاء ، والعراة ، وإن لم يـكن عن يمينه أحـد ، فصلاة من وقف عن يساره فاسدة ، سواء كان واحداً ، أو جماعةً . وأكثر أهل العلم يرون للـمأموم الواحد : أن يقف عن يمين الإمام . وأنه إن وقف عن يساره خالف السنَّة . وحُـكى عن سعيد بن المسيَّب : أنه كان إذا لم يـكن معه إلا مأموم واحد جعله عن يَساره . وقال مالك ، والشافعىّ ، وأصحـاب الرأى : إن وقف عن يسار الإمام صحَّت صلاته . لأن ابن عبَّاس لما أحرم عن يسار رسول الله ﷺ أداره عن يمينه ، ولم تَبْطُلْ تحرِيمَتُهُ[١] ، ولو لم يكن مَوْقِفاً لاستأنف التحريمة ، كأمامَ الإمامِ[٢] ، ولأنه موقف فيما إذا كان عن الجانب الآخرِ آخرُ[٣] فـكان موقفاً ، وإن لم يكن آخرُ كاليمين ، ولأنَّه أحدُ جانبى الإمام فأشبه اليمين .

ولنـا : أن ابن عبَّـاس قال : « قام النبىُّ ﷺ : يُصلِّى مِنَ اللَّيلِ ، فجئتُ ، فقُمْتُ ، فوَقَفْتُ عَنْ يَسَارِهِ ، فَأَخَذَ بِذُؤَابَتِى[٤] فأدارنى عَنْ يَمِينِهِ » متفق عليه . ورَوى جابر قال : « قام النبىُّ صلى الله عليه وسـلم يُصلِّى فَجِئْتُ ، فَوَقَفْتُ عَنْ يَسَـارِهِ ، فأَدَارَنِى عَنْ يَمِينِهِ » رواه أبوداود . وقولهم إنَّه لم يأمره بابتداء التحريمة . قلنا : لأن مافعله قبل الركوع لايُؤثِّر ، فإن الإمام يُحرم قبل المأمومين ، ولا يضرُّ انفرادُه بما قبلَ إحرامِهم . وكذلك المأمومون يُحرم أحدُهم قبل البـاقين ، فلا يضرُّ . ولا يلزم من العفو عن ذلك العفوُ عن ركعة كاملةٍ . وقولهم : إنه موقف إذا كان عن يمـين الإمام آخرُ . قلنـا : كونه موقفاً فى صورةٍ لايلزم منه كونه موقفاً فى أخرى ، كما خَلْفَ الصفِّ ، فإنه موقف لاثنين ، ولا يـكون موقفاً لواحدٍ ، فإن مَنعوا هذا أثبتناه بالنصِّ .

فصـــــل

فإن وقف عن يسار إمامه ، وخَلْفَ الإمامِ صَفٌّ ، احتمل أن تصحّ صلاته ، لأن النبى ﷺ جلس عن يسار أبى بكر . وقد رُوى أن أبا بكر كان الإمام ، ولأن مع الإمام من تنعقد صلاته به . فصحّ الوقوف عن يساره ، كما لو كان معه عن يمينه آخرُ ، واحتمل أن لاتصحّ ، لأنه ليس بموقف ، إذا لم يـكن صفّ ،

(١) تحريمته : تـكبيرة الإحرام التى افتتح بها الصلاة . فلوكان الوقوف على يسار الإمام يبطل الصلاة ويقتضى إعادتها لأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإعادة تـكبيرة الإحرام وابتداء الصلاة من جديد .

(٢) كأمام الإمام : أى كما لو وقف المأموم أمام الإمام فإنه يجب أن يرجع ويستأنف الصلاة ويبطل مافعله وهو أمام الإمام .

(٣) أى ولأن الوقوف عن يسار الإمام موقف إذا فى الجانب الآخر وهو يمين الإمام شخص آخر واقف ، فيـكون موقف الآتى بعده يسار الإمام ، فصحت صلاته لذلك .

(٤) الذؤابة : مقدم شعر الرأس فوق الجبهة .

فلم يكن موقفاً مع الصفّ ، كأمامَ الإمام . وفارق ما إذا كان عن يمينه آخرُ ، لأنه معه فى الصف ، فـكان صفاً واحداً ، كما لو كان وقف معه خَلْف الصفّ .

فصـــل

السنَّة : أن يقف المأمومون خلف الإمام ، فإن وقفوا قُدَّامه لم تصحّ . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعىّ . وقال مالك ، وإسحق : تصحّ ، لأن ذلك لا يمنع الاقتداء به ، فأشبه من خلفَه .

ولنـا : قوله عليه السلام : « إنمـا جُعـل الإمامُ ليؤتَمَّ به » ولأنه يَحتاج فى الاقتـداء إلى الالتفات إلى ورائه ، ولأن ذلك لم ينُقل عن النبى ﷺ ، ولا هو فى معنى المنقول ، فلم يصحّ . كما لو صلَّى فى بيته بصلاة الإمام ، ويُفارق من خلف الإمام ، فإنَّه لا يحتاج فى الاقتداء إلى الالتفات إلى ورائه .

فصـــل

وإذا كان المأموم واحداً ذكراً . فالسُّنَّة : أن يقف عن يمين الإمام ، رجلاً كان أو غُلاماً ، لحديث ابن عباس ، وأنس . ورَوى جابر بن عبد الله قال : « سِرْتُ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ فى غَزْوَةٍ فَقَامَ يُصَلِّى فَتَوَضَّأْتُ ، ثمَّ جِئْتُ حَتَّى قُمْتُ عَنْ يَسَارِ رسُولِ الله ﷺ ، فأَخَـذَ بِيَدِى ، فأَدَارَنِى حَتَّى أقَامَنى عَنْ يَمِينِهِ ، فجاء جَبَّارُ بنُ صَخْرٍ حَتَّى قامَ عَنْ يَسَارِه ، فأَخَذَنَا بِيَدَيْهِ جَمِيعاً حَتَّى أَقَامَنَا خَلْفَهُ » رواه مسلم ، وأبو داود . فإن كانوا ثلاثة تقدَّم الإمام ، ووقف المأمومان خلفه . وهذا قول عمر ، وعلىّ ، وجابر بن زيد ، والحسن ، وعطاء ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وكان ابن مسعود يرى أن يقفوا جميعاً صفاً .

ولنـا : أن النبى ﷺ أخّر[1] جبَّاراً وجابراً ، فجعلهما خلفه ، ولما صلى بأنَسٍ واليتيم جعلهما خَلْفَه ، وحـديث ابن مسعود يدلّ على جواز ذلك . وحـديث جابر وجبّار يدلّ على الفضل ، لأنه جعلهما خلفه ولا ينقلهما إلاَّ إلى الأكمل . فإن كان أحد المأمومين صبيًّا ، وكانت الصلاة تطوّعاً ، جعلهما خلفه ، لخبر أنس . وإن كانت فرضـاً جعل الرجل عن يمينـه ، والغلامَ عن يساره ، كما جاء فى حديث ابن مسعود . وإن جعلهما جميعاً عن يمينـه جاز . وإن وقفهما خلفه ، فقـال بعض أصحابنا : لا تصحّ ، لأنه لا يؤمّه ، فلم يصافّه[2] كالمرأة . ويحتمل أن تصحّ ، لأنه بمنزلة المتنفّل يصحّ أن يصافَّ المُفترض ، كذا هاهنا .

فصـــل

وإن أمَّ امرأةً وقفت خلفه ، لأن النبى ﷺ قال : « أخِّرُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَخَّرَهُنَّ اللهُ » ولأن

---

(١) فى جميع النسخ المطبوعة : « اخرج جباراً » والصحيح أخر كما هنا . وستأتى صحيحة بعد ذلك .

(٢) يصافه : أى يـكون معه فى صف واحـد ، وأصله يصافقه ، فأدغمت الفاء فى الفاء . وفى النسخة التى علقنا عليها : « يصادفه » وهو تصحيف .

أمّ أنس وقفت خلفهما وحدها ، فإن كان معهما رجل وقف عن يمينه ، ووقفت المرأة خلفهما . وإن كان معهم رجلان وقفا خلفه ، ووقفت المرأة خلفهما . وإن كان أحدهما غُلاماً فى تطوّع ، وقف الرجل والغلام وراءه ، والمرأة خلفهما لحديث أنس . وإن كانت فريضةً ، فقد ذكرنا ذلك ، وتقف المرأة خلفهما . وإن وقفت معهم فى الصف فى هـذه المواضع ، صحّ ، ولم تبطل صلاتها ، ولا صلاتهم على ماذكرنا فيما تقدَّم . وإن وقف الرجل الواحد ، والمرأة خلف الإمام . فقال ابن حامد : لاتصحّ ، لأنها لاتؤمّه فلا تـكون معه صَفّاً وقال ابن عقيل : تصحّ على أصح الوجهين ، ولأنه وقف معه مفترضٌ صـلاته صحيحة ، فأشبه مالو وقف معه الرجلُ . وليس من الشرط أن يكون ممن تصحّ إمامته ، بدليل القارىء مع الأمىّ ، والفاسق ، والمتنفِّل مع المفترض .

فصـــــل

إذا كان المأموم واحداً فـكبّر عن يسار الإمام ، أداره الإمامُ عن يمينه ، ولم تبطل تحريمتُه ، كما فعل النبىُّ ﷺ بابن عباس ، وجابر . وإن كبّر فذًّا خلفَ الإمام ، ثم تقدَّم عن يمينه ، أو جاء آخرُ فوقف معه ، أو تقدَّم إلى صفٍّ بين يديه ، أو كانا اثنين فـكبَّر أحدهما وتوسوس الآخرُ ثمَّ كبَّر قبل رفع الإمام رأسه من الركوع ، أو كبَّر واحد[1] عن يمينه ، فأحسّ بآخرَ ، فتأخَّر معه قبل أن يُحرم الثـانى ، ثم أحرم معه ، أو أحرم عن يساره ، فجاء آخرُ فوقف عن يمينه قبل رفـع الإمام رأسه من الركوع صحت صلاتهم . وقد نصّ أحمـد فى رواية الأثرم فى الرجلين يقومان خلف الإمام ليس خلفـه غيرهما . فإن كبّر أحدهما قبل صاحبه خاف أن يدخل فى الصلاة خلف الصفّ ، فقـال : ليس هذا من ذاك ، ذاك فى الصلاة بكمالها . أو صـلّى ركعة كاملةً وما أشبه هذا . فأمّا هـذا فأرجو أن لايـكون به بأس . ولو أحرم رجـل خلف الصفّ ، ثم خرج من الصف رجل ، فوقف معه صحَّ لمـا ذكرنا .

فصـــــل

وإن كبَّر المأموم عن يمين الإمام ، ثم جاء آخرُ فـكبَّر عن يساره أخَّرهما الإمام إلى ورائه ، كما فعل النبىُّ صلى الله عليه وسلم بجابر وجبَّار . ولا يتقدَّم الإمامُ إلا أن يكون وراءه ضيِّق ، وإن تقـدم جاز . وإن كبَّر الثانى مع الأول عن اليميـن ، وخرجا جاز . وإن دخل الثالث وهما فى التشهُّدِ كبَّر وجلس ، عن يمين صاحبه ، أو عن يساره . ولا يتأخَّران فى التشهُّد ، فإن فى ذلك مشقّة .

فصـــــل

فإن أحرم اثنان وراء الإمام ، فخرج أحـدهما لعذر ، أو لغير عذر ، دخـل الآخرُ فى الصفّ أو نبَّه

---

(١) فى النسخة التى علقنا عليها (أو كبر واحداً) بالنصب وهو تصحيف .

رجـلاً نخرج معه . أو دخـل فوقف عن يمين الإمام ، فإن لم يمـكنه شيء من ذلك نوى الانفراد ، وأتمَّ مُنفرداً ، لأنه عذر حدث له ، فأشبه ما لو سبق إمامَه الْحدثُ .

فصــــل

إذا دخل المأموم فوجد فى الصف فُرجةً دخل فيها ، فإن لم يجد وقف عن يمين الإمام . ولا يُستحبُّ أن يجذب رجلاً فيقوم معه . فإن لم يمكنه ذلك نبّه رجلا نخرج فوقف معه . وبهذا قال عطاء ، والنخعىّ ، قالا : يجذبُ رجـلاً فيقومُ معه . وكره ذلك مالك ، والأوزاعىّ ، واستقبحه أحمد ، وإسحق . قال ابن عقيل : جوّز أصحابنـا جذب رجل يقوم معه صفاً ، واختار هو أن لا يفعل ، لمـا فيه من التصرّف فيـه بغـير إذنه . والصحيح : جواز ذلك ، لأن الحالة داعيـة إليه ، فجاز كالسجود على ظهره ، أو قدمـه حال الزحام . وليس هذا تصرّفاً فيه ، إنّما هو تنبيـه له ، ليخرُج معه ، فجرى مجرى مسألته أن يُصلِّى معـه . وقد رُوى عن النبىّ ﷺ أنه قال : «لِينُوا فِى أَيْدِى إِخْوَانِـكُمْ» يريد ذلك . فإن امتنع من الخروج معه لم يـُكرهه ، وصلّى وحده .

فصــــل

قال أحمد : يُصلِّى الإمام برجل قائم ، وقاعد ، ويتقدّمهما . وقال : إذا أَمّ برجلين أحدهما غيرُ طاهر ائتمّ [1] الطَّاهر معه . وهذا يحتمل : أنه أراد إذا علم المحدث بحدثه نخرج ، ائتم [2] الآخرُ إن كان عن يمين الإمام ، وإن لم يكن عن يمينه صار عن يمينه كما ذكرنا . فأمّا إن كان خلفه ، وعلم المحدِثُ فأتمّا الصلاة لم تصحّ . وإن لم يعلم المحدث بحدثه حتى تمّت الصلاة صحّت ، لأنه لو كان إماماً صحّ الائتمامُ به ، فلأنْ تصحّ مُصافّتُه أولى .

فصــــل

ومن وقف معه كافر ، أو من لا تصحّ صـلاته غير ما ذكرنا ، لم تصحّ مُصافّته . لأن وجوده وعدمه واحد . وإن وقف معه فاسق ، أو متنفّل صارا صفًا ، لأنهما رجلان صلاتهما صحيحة . وكذلك لو وقف قارىء مع أُمىّ ، أو من به سَلَس البول مع صحيـح ، أو متيمّم مع متوضىء كانا صفًّا ، لمـا ذكرنا . فإن وقف معه خُنثى مشكلٌ لم يـكن صفًّا معه ، إلا عند[3] من أجاز وقوف المرأة مع الرجـل ، لأنه يحتمل أن يكون امرأة .

(١ ، ٢) لفظ أتم بدل ائتم فى بعض النسخ .

(٣) لفظ « عند » ساقط من النسخ المطبوعة .

فصـــــل

ولو كان مع الإمام خُنثى مشكل وحده ، فالصحيح أن يقفه عن يمينه ، لأنه إن كان رجلا فقد وقف فى موقفه . وإن كان امرأةً لم تبطُل صلاتها بوقوفها مع الإمام ، كما لاتبطل بوقوفها مع الرجال . ولا يجوز أن يقف وحده ، لأنه يحتمل أن يكون رجلاً . فإن كان معهما رجل وقف الرجل عن يمين الإمام ، والخُنثى عن يساره . أو عن يمين الرجل ، ولا يقف خلفه ، لأنه يحتملُ أن يكون امرأةً إلاّ عند من أجاز مُصافةَّ المرأة . فإن كان معهم رجل آخر وقف الثلاثة خلفه صفًّا لما ذكرنا . فإن كان مع الخنثى خُنثى آخرُ ، فقال أصحابنا : يقف الخنثيان صفًّا خلف الرجلين ، لأنه يحتمل أن يكونا امرأتين ، ويحتمل أن يقفا مع الرجلين . لأنه يحتمل أن يكون أحدهما وحده رجلاً فلا تصحّ صلاته ؛ وإن كان معهم نساء وقفنَ خلف الخَنَاثى . قال أبو الخطاب : إذا اجتمع رجال ، وصبيان ، وخناثى ، ونساء ؛ تقدم الرجال ، ثم الصبيان ، ثم الخناثَى ، ثم النساء . ورَوى أبو مالك الأشعرىّ ، عن أبيه أنه قال : « ألا أُحَدِّثُكُمْ بِصَلاةِ النبىِّ ﷺ ؟ قال : أقام الصلاة ، فَصفّ الرجالَ ، وصَفّ خلفَهم الغلمانَ ، ثم صلّى بهم ، ثم قال هكذا صلاتُه قال عبد الأعلى : لا أحسبه إلا قال : صلاة أُمَّتِى » رواه أبو داود .

فصـــــل

السنَّة : أن يتقدم فى الصف الأول أولو الفضل ، والسن ، ويلى الإمامَ أكملُهم وأفضلُهم . قال أحمد : يلى الإمامَ الشيوخُ ، وأهل القرآن ، وتؤخَّر الصبيان ، والغلمان ، ولا يلون الإمامَ . لما رَوى أبو مسعود الأنصارى قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لِيَلِنِى مِنْكُمْ أُولُو الْأَحْلَامِ[1] وَالنُّهَى ، ثم الذين يَلونَهُمْ ، ثمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ » رواه مسلم . وعن أنس قال : « كان رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يُحِبُّ أن يَلِيَهُ المُهَاجِرُونَ وَالْأَنْصَارُ ، لِيَأْخُذُوا عَنْهُ » وقال أبو سعيد : « إنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم رَأَى فى أَصْحَابِهِ تأخُّراً فقال : تَقَدَّمُوا فَأْتَمُّوا بِىَ ، وَلِيَأْتَمَّ بِكُمْ مَنْ بَعْدَكُمْ ، وَلاَ يَزَالُ قَوْمٌ يَتَأَخَّرُونَ حَتَّى يُؤَخِّرَهُمُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ » رواه مسلم وأبو داود . وروى أحمد فى مسنده ، عن قيس ابن عبَّاد قال : « أتيتُ المدينةَ للقاءِ أصْحَابِ محمد ﷺ فأُقِيمَتِ الصَّلاَةُ وَخَرَجَ عُمَرُ مع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقمتُ فى الصفِّ الأوَّل ، فجاء رجلٌ فنظَرَ فى وجوه القوم ، فعرَفَهُمْ غَيْرِى ، فَنَحَّانِى وَقَامَ فِى مَكَانِى ، فَمَا عَقَلْتُ صَلاَتِى ، فَلَمَّا صَلَّى قال : أَىْ بُنَىّ ، لاَيَسُؤْكَ اللهُ ، فَإِنِّى لم آتِكَ الَّذِى

(١) الأحلام ، العقول ، والنهى : العقول أيضاً ، فهو من عطف المرادف .

أَتَيْتُ بِجَهَالَةٍ ، ولـكنَّ رسولَ الله صلى اللهُ عليـه وسلم قال لَنَا : كُونُوا فى الصَّفِّ الذى يَلِينِى ، وَإِنِّى نَظَرْتُ فِى وُجُوهِ الْقَوْمِ فَعَرَفْتُهُمْ غَيْرَكَ » وكان الرجل أُبَىَّ بن كعب .

فصـــل

وخير صفوف الرجال أوّلها ، وشرّها آخرُها ، وخير صفوف النساء آخرُها ، وشرّها أوّلها . لقول رسول الله ﷺ : « خَـيْرُ صُفُوفِ الرِّجَالِ أَوَّلُهَا ، وَشَرُّهَا آخِرُهَا ، وَخَـيْرُ صُفُوفِ النِّسَـاءِ آخِرُهَا ، وَشَرُّها أَوَّلُهَا » رواه مسلم وأبو داود . وعن أُبىّ بن كعب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الصَّفُّ الْاوَّلُ عَلَى مِثْلِ صَفِّ المَلَائِـكَةِ ، وَلَوْ تَعْلَمُونَ فَضِيلَتَهُ لَا بْتَدَرْتُمُوهُ » رواه أحمد فى المسند . وعن أنس أن رسول الله ﷺ قال : « أَتِمُّوا الصَّفَّ الْمُقَدَّمَ ، فَمَا كَانَ مِنْ نَقْصٍ فَلْيَـكُنْ فى الصَّفِّ الْمُؤَخَّرِ » . وعن عائشـة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللهَ وَمَلَائِـكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى مَيَامِنِ الصُّفُوفِ » رواهما أبو داود .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يقف الإمام فى مقـابلة وَسَـطِ الصفِّ ، لقول النبى صـلى الله عليه وسـلم : « وَسِّطُوا الْإِمَامَ وَسُـدُّوا الْخَلَلَ(٢) » رواه أبو داود . ويُـكره أن يدخل فى طـاق القبلة إلا أن يـكون المسجد ضَيِّقاً . وكرهه ابن مسعود ، وعَلْقمة ، والحسن ، وإبراهيم ، وفعـله سعيد بن جُبَيْر ، وأبو عبد الرحمن السلمىّ ، وقيس بن أبى حازم .

ولنـا : أنه يستتر به عن بعض المأمومين فـكُره ، كما لو جعل بينه وبينهم حجاباً .

فصـــل

ولا يـكره للإمام أن يقف بين السوارى(١) ، ويُـكره للمأمومين ، لأنها تقطع صفوفهم . وكرهه ابن مسعود ، والنخعىّ . ورُوى عن حُذيفة ، وابن عباس ، ورخَّص فيـه ابنُ سيرين ، ومالك ، وأصحـاب الرأى ، وابن المنذر . لأنه لادليل على المنع منه .

ولنـا : مارُوى عن معاوية بن قُرّة ، عن أبيه قال : « كُنَّا نُنْهَى أَنْ نَصُفَّ بَيْنَ السَّوَارِى ،

---

(١) الخلل : المـكان المنفرج بين الشخصين فى الصف .

(٢) السوارى : جمع سارية ، وهى العمود فى المسجد .

على عَهْدِ رسول الله ﷺ ، ونُطْرَدُ عَنْهَا طَرْدًا » رواه ابن ماجـه ، ولأنهـا تقطـع الصفّ ، فإن كان الصفّ صغيراً قدر مابين الساريتين لم يكره لأنه لاينقطع بها .

« مسألة » قال ﴿ وإذا صلّى إمام الحيّ جالساً صلّى مَن وراءه جلوساً ﴾ .

المستحبُّ للإمام إذا مرض، وعجز عن القيام : أن يستخلف ، لأن النـاس اختلفوا فى صحـة إمامته ، فيخرج من الخلاف . ولأن صلاة القائم أكملُ ، فيستحبُّ أن يـكون الإمام كاملَ الصلاة . فإن قيـل : قد صلّى النبىّ ﷺ قاعداً بأصحابه ، ولم يستخلف . قلنـا : صـلّى قاعداً ليُبَيِّنَ الجواز ، واستخلف مرّةَ أخرى ، ولأن صلاة النبى ﷺ قاعداً أفضلُ من صلاة غيره قائماً . فإن صلّى بهم قاعداً جاز ، ويُصَـلونَ مِنْ ورائه جلوساً ، فعـل ذلك أربعة من الصحابة : أُسَيْد بن حُضَيْر[1] ، وجابر ، وقيس بن فهـد ، وأبو هريرة . وبه قال الأوزاعىّ ، وحمّاد بن زيد ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال مالك فى إحدى روايتيه لاتصحُّ صلاة القادر على القيام خلف القاعد ، وهو قول محمد بن الحسن . لأن الشعبى رَوى عن النبىّ ﷺ أنه قال : « لاَ يَؤُمَّنَّ أَحَدٌ بَعْدِى جَالِساً » أخرجه الدارقطنى . ولأن القيـام ركن ، فلا يصح ائتمام القادر عليه بالعاجز عنه ، كسائر الأركان . وقال الثورى ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى يُصَلُّونَ خلفـه قياماً ، لمـا رَوت عائشة « أنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم اسْتَخْلَفَ أَبَا بَـكْرٍ ، ثُمَّ إِنَّ النبىَّ ﷺ وَجَدَ فِى نَفْسِهِ خِفَّةً ، فَخَرَجَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، فَأَجْلَسَاهُ إِلَى جَنْبِ أَبِى بَـكْرٍ ، فَجَعَلَ أَبُو بَـكْرٍ يُصَلِّى وَهُوَ قَائِمٌ بِصَلاَةِ النبىِّ ﷺ والناسُ يُصَلُّونَ بِصَلاَةِ أَبى بَـكر ، والنبىُّ صـلى الله عليه وسلم قَاعِدٌ » متفق عليه . وهـذا آخِرُ الأمرين من رسول الله ﷺ . ولأنه ركن قدر عليه ، فلم يجز له تركه ، كسائر الأركان .

ولنا : ماروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ ، فَلاَ تَخْتَلِفُوا عَلَيْهِ . وَإِذَا صَـلَّى جَالِساً ، فَصَلُّوا جُلُوساً أَجْمَعُونَ » متفق عليه . وعن عائشة رضى الله عنها قالت : « صَلَّى بِنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ فى بَيْتِهِ ، وَهُوَ شَاكٍ ، فَصَلَّى جَالِساً ، وَصلَّى وَرَاءَهُ قَوْمٌ قِيَاماً فأشار إليهم : أن اجْلِسُوا ، فَلَمَّا انْصَرَفَ قَالَ : إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ ، فإذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا ، وإِذَا رَفَعَ فَارْفَعُوا ، وإِذَا قَالَ سَمِـعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ ، فَقُولُوا : رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ ، وَإِذَا صـلَّى جَالِساً فَصَلُّوا جُلُوساً أَجْمَعُونَ » وروى أنس نحوه ، أخرجهما البخارىّ ، ومسلم . ورَوى جابر عن النبىِّ ﷺ مثله ، أخرجه مسلم . ورواه أُسَيْد بن حُضَيْر ، وعمل به . قال ابن عبد البر : رُوى هذا الحديث عن النبىِّ

---

[1] يروى أهل الحديث «حضيراً» بفتح الحاء وكسر الضاد ، ولـكنها فى القاموس المحيط للفيرزابادى بضم الحاء وفتح الضـاد بصيغة التصغير ، وهو أضبط وقـد سبق ذلك فى الجزء الأول من هذا الـكتاب

ابن عبّاد قال : « اتيت المدينة للقاء أصحاب محمد ﷺ فاقيمتِ الصلاة وخرج عمر مع اصحاب رسول الله

صلى الله عليه وسلم من طُرق متواترة ، من حديث أنس ، وجابر ، وأبى هريرة ، وابن عمر ، وعائشة ، كلّها بأسانيد صحاح . ولأنها حالة قعود الإمام فكان على المأمومين متابعته كحال التشهّد .

فأما حديث الشعبيّ فمرسل ، يرويه جابر الجُعْفِيّ ، وهو متروك ، وقد فعله أربعة من أصحاب النبى ﷺ بعده . فأما حديث الآخرين ، فقال أحمد : ليس فى هذا حجة ، لأن أبا بكر كان ابتدأ الصلاة فإذا ابتدأ الصلاة قائماً صلّوا قياماً ، فأشار أحمد إلى أنّه يمكن الجمع بين الحديثين بحمل الأول على من ابتدأ الصلاة جالساً ، والثانى : على ما إذا ابتدأ الصلاة قائماً ، ثم اعتلّ فجلس ، ومتى أمكن الجمع بين الحديثين وجب ، ولم يُحمل على النسخ ، ثم يحتمل أن أبا بكر كان الإمام . قال ابن المنذر : فى بعض الأخبار أن النبىّ صلى الله عليه وسلم صلّى بالناس . وفى بعضها أن أبا بكر كان الإمام . وقالت عائشة : « صَلَّى النبيُّ صلى الله عليه وسلم خَلْفَ أَبِى بَكْرٍ فى مَرَضِهِ الَّذِى مَاتَ فِيهِ قاعداً » وقال أنس : « صَلَّى النبيُّ صلى الله عليه وسلم فى مَرَضِهِ خلفَ أَبِى بَكْرٍ قَاعِداً فى ثَوْبٍ مُتَوَشِّحاً بِهِ » قال الترمذىّ : كلا الحديثين حسن صحيح ، ولا يُعرف للنبىِّ ﷺ خلف أبى بكر صلاةٌ إلا فى هذا الحديث . وروَى مالك عن ربيعةَ الحديث قال : وكان أبو بكر الإمامَ ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى بصلاةِ أبى بَكْر ، وقال : « مَامَاتَ نبيٌّ حَتَّى يَؤُمَّهُ رَجُلٌ مِنْ أُمَّتِهِ » قال مالك : العمل عندنا على حديث ربيعة هذا ، وهو أحبُّ إلىّ ، فإن قيل : لو كان أبو بكر الإمام لكان عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم . قلنا : يحتمل أنه فعل ذلك لأنّ وراءه صفًّا .

فصل

فإن صلّوا وراءه قياماً ففيه وجهان :

أحدهما : لا تصحّ صلاتهم : أومأ إليه أحمد ، فإنه قال : إن صلّى الإمامُ جالساً والذين خلفه قياماً لم يقتدوا بالإمام ، إنما اتبّاعهم له إذا صلّى جالساً صلّوا جلوساً ، وذلك لأن النبىّ ﷺ أمرهم بالجلوس ، ونهاهم عن القيام . فقال فى حديث جابر : « إِذَا صَلَّى الإِمَامُ قاعِداً فصَلُّوا قُعُوداً ، وإِذَا صَلَّى قَائِماً فصَلُّوا قِيَاماً ، ولا تَقُومُوا وَالْإِمامُ جَالِسٌ ، كما يَفْعَلُ أَهْلُ فَارِسَ بِعُظَمائِهَا » فقعدنا ، والأمر يقتضى الوجوب ، والنهى يقتضى فساد المنهىّ عنه ، ولأنه ترك اتباع إمامه ، مع قدرته عليه ، أشبه تاركَ القيام فى حال قيام إمامه .

والثانى : تصحّ : لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما صلّى وراءه قوم قياماً لم يأمرهم بالإعادة ، فعلى هذا يُحمل الأمر على الاستحباب ، ولأنه تكلّف القيامَ فى موضع يجوز له القعود أشبه المريض ، إذا تكلّف القيام ، ويحتمل أن تصح صلاة الجاهل بوجوب القعود ، دون العالم بذلك ، كقولنا فى الذى ركع دون

الصفّ ، فأما من وجب عليه القيام فقعد ، فإنّ صلاته لاتصحّ ، لأنه ترك ركنا يقدر على الاتيان به .

فصـــــل

ولا يؤمّ القاعدُ من يقدر على القيام إلا بشرطين :

أحدهما : أن يكون إمامَ الحيّ ، نص عليه أحمدُ فقال : ذلك لإمام الحيّ لأنه لاحاجة بهم إلى تقديم عاجز عن القيـام . إذا لم يكن الإمامَ الراتب ، فلا يتحمّل إسقاط ركن فى الصـلاة لغير حاجة . والنبيّ صلى الله عليه وسلم حيثُ فعل ذلك كان هو الإمام الراتب .

الثـانى : أن يكون مرضه يُرجى زوالُه ، لأنّ اتخـاذ الزَّمِنِ[1] ، ومن لايُرجَى قدرته على القيـام إماماً راتباً يُفضى إلى تركهم القيام على الدوام ولاحاجة إليه ، ولأن الأصل فى هـذا فعلُ النبى ﷺ ، والنبى صلى الله عليه وسلم كان يُرجَى بُرؤه .

« مسألة » قال ﴿ فإن ابتدأ بهم الصلاة قائماً ، ثم اعتلّ ، فجلس ائتمُّوا خلفه قياماً ﴾ .

إنمـا كان كذلك ، لأنّ أبا بكر حيثُ ابتدأ بهم الصلاة قائمـاً ، ثم جاء النبيّ صلى الله عليه وسلم فأتمّ الصلاة بهم جالساً أتمّوا قيامـاً ، ولم يجلسوا . ولأن القيام هو الأصل . فمن بدأ به فى الصـلاة لزمه فى جميعها إذا قدر عليه ، كالتنازع فى صلاة المُقيم ، يلزمه إتمامُها ، وإن حدث مُبيح القصر فى أثنائها .

فصـــــل

فإن استخلف بعضُ الأئمة فى زماننـا ، ثم زال عذره فحضر ، فهل يجوز أن يفعـل كفعل النبى صلى الله عليه وسلم مع أبى بكر ؟ فيه روايتان :

إحداهما : ليس له ذلك . قال أحمد فى رواية أبى داود : ذلك خاصّ للنبيّ صلى الله عليه وسلم دون غيره ، لأن هذا أمر يخـالف القياس ، فإن انتقال الإمام مأموماً ، وانتقـال المأمومين من إمام إلى آخر لايجوز ، إلاّ لعذر يُحوج إليه ، وليس فى تقديم الإمام الراتب مايُحوج إلى هـذا ، أما النبيّ ﷺ فـكانت له من الفضيلة على غيره ، وعظم التقـدّم عليـه ماليس لغيره ، ولهذا قال أبو بـكر : ما كان لابن أبى قُحافَة أن يتقدّم بين يَدَىْ رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والثـانية : يجوز ذلك لغيره . قال أحمـد فى رواية أبى الحارث : من فعل كما فعـل رسول الله ﷺ يُكبّر ويقعُد إلى جنب الإمام يبتدىء القراءة من حيث بلغ الإمام ، ويُصلّى للنـاس قيامـاً . وذلك لأن الأصل أنّ مافعله النبى صلى الله عليه وسلم كان جائزاً لأمته ، مالم يقم دليل على اختصاصه به . وفيه رواية ثالثة أنّ ذلك لايجوز إلا للخليفة دون بقية الأئمة . قال فى رواية المَرُّوذِىّ : ليس هذا لأحد إلاّ للخليفة .

---

(١) الزمن : المقعد ، الذى لايستطيع القيام .

وذلك لأن رُتبة الخلافة تفضُل رُتبة سائر الأئمة ، فلا يُلحق بها غيرُها ، وكان ذلك للخليفة ، لأنّ خليفة النبيّ صلى الله عليه وسلم يقوم مَقامه .

فصــل

ويجوز للعاجز عن القيام أن يؤم مثله ، لأنه إذا أمّ القادرين على القيام فمثلُه أولى ، ولا يُشترط فى اقتدائهم به أن يكون إماماً راتباً ، ولا مرجوًّا زوالُ مرضه ، لأنه ليس فى إمامته لهم ترك ركن مقدور عليه ، بخلاف إمامته للقادرين على القيام .

فصــل

ولايجوز لتارك ركن من الأفعال إمامةُ أحدٍ ، كالمضطجع ، والعاجز عن الركوع والسجود . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال الشافعيّ : يجوز ، لأنه فعل أجازه المرض ، فلم يُغيّر حكم الائتمام كالقاعد بالقائم .

ولنا : أنه أخلّ بركن لايسقط فى النافلة ، فلم يجز للقادر عليه الائتمام به ، كالقارىء بالأمّيّ ، وحكم القيام حق بدليل سقوطه فى النافلة ، وعن المقتدين بالعاجز . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر المصلّين خلفَ الجالس بالجلوس ، ولاخلاف فى أن المصلّى خلف المضطجع لايضطجع . فأمّا إن أمّ مثلَه فقياسُ المذهب صحّته ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم صلّى بأصحابه فى المطر بالإيماء ، والعُراةُ يُصلّون جماعةً بالإيماء[1] . وكذلك حالَ المسايفة[2] .

فصــل

ويصح ائتمام المتوضىء بالمتيمم لا أعلم فيه خلافاً ، لأنّ عمرو بن العاص صلّى بأصحابه متيمِّماً ، وبلغ النبيّ ﷺ فلم يُنكره . وأَمَّ ابنُ عباس أصحابه متيمّماً . وفيهم عمّار بن ياسر فى نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يُنكروه . ولأنه مُتطهّر طهارةً صحيحة ، فأشبه المتوضّىء . ولا يصح ائتمام الصحيح بمن به سَلَسُ البول . ولا غيرُ المستحاضة بها ، لأنهما يُصَلِّيَانِ مع خروج الحدث من غير طهارة له ، بخلاف المتيمّم . فأما من كانت عليه نجاسة ، فإن كانت على بدنه فتيمّم لها جاز للطاهر الائتمامُ به عند القاضى ، لأنه كالمتيمّم للحدث . وعلى قياس قول أبى الخطاب لايجوز الائتمام به . لأنه أوجب عليه الإعادة . وإن كانت على ثوبه لم يصحّ الائتمام به ، لأنه تارك لشرط . ولايجوز ائتمام المتوضّىء ولاالمتيمّم

---

(١) هذا على رأى من يجيز ذلك،أما عندالشافعى وغيره فعليهم القيام والركوع وإتمام أفعال الصلاة .

(٢) المسايفة : المحاربة بالسيوف عند شدة المعركة ، فيصلى المحارب بالإيماء ، ومثل المسايفة كل شغل فى المعركة يمنع من إتمام أفعال الصلاة ، فإنه يجوز معه الصلاة بالإيماء .

بعادم الماء والتراب ، ولا اللابس بالعارى ، ولا القادر على الاستقبال بالعاجز عنه ، لأنه تارك لشرط يقدر عليه المأمومُ ، فأشبه المعافَى بمن به سَلَسُ البول ، ويصحّ ائتمام كل واحد من هؤلاء بمثله ، لأن العُراة يصلون جماعة ، وقد سبق هذا .

فصــــل

وفى صلاة المفترض خلف المتنفل روايتان :

إحداهما : لاتصح : نص عليه أحمد فى رواية أبى الحارث ، وحنبل . واختارها أكثر أصحابنا ، وهذا قول الزهرىّ ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، لقول النبى ﷺ : « إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ به ، فلاتَخْتَلِفُوا عَلَيْهِ » متفق عليه ، ولأن صلاة المأموم لاتتأدى بنية الإمام ، أشبه صلاة الجمعة خلف من يُصَلِّى الظهر .

والثانية : يجوز : نقلها إسماعيلُ بن سعد . ونقل أبو داود قال : سمعتُ أحمدَ سئل عن رجل صلّى العصر ، ثم جاء فنسى ، فتقدّم يُصلى بقوم تلك الصلاة ، ثم ذكر لمّا أن صلّى ركعة ، فمضى فى صلاته ؟ قال : لا بأس ، وهذا قول عطاء ، وطاوس ، وأبى رجاء ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وسليمان بن حرب ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وأبى إسحاق الجَوْزَجانىّ ، وهى أصحّ لما روى جابر بن عبد الله : « أنَّ مُعاذاً كان يُصَلِّى مع رسول الله ﷺ ثم يرجع فيُصَلِّى بِقَوْمِهِ تِلْكَ الصلاةَ » متفق عليه . ورُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ صَلَّى بِطَائِفَةٍ مِنْ أَصْحَابِهِ فى الْخَوْفِ رَكْعَتَيْنِ . ثمّ سلم ، ثم صلّى بالطائفة الأخرى رَكْعَتَيْنِ ثمَّ سَلَّمَ » رواه أبو داود ، والأثرم . والثانية منهما تقع نافلة ، وقد أمَّ بها مُفترضين .

ورُوى عن أبى خلدة قال : أتينا أبا رجاء لِنُصلِّىَ معه الأولى ، فوجدناه قد صلّى ، فقلنا : جئناك لنصلِّىَ معك ، فقال : قد صلّينا ، ولكن لا أُخيّبكم ، فقام فصلّى وصلّينا معه . رواه الأثرم ، ولأنهما صلاتان اتفقتا فى الأفعال ، فجاز ائتمام المصلى فى إحداهما بالمصلى فى الأخرى كالمتنفل خلف المفترض . فأما حديثهم فالمراد به لا تختلفوا عليه فى الأفعال ، بدليل قوله : « فإذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا ، وَإِذَا رَفَعَ فَارْفَعُوا ، وَإِذَا سَجَدَ فَاسْجُدُوا ، وَإِذَا صلَّى جَالِساً فَصَلُّوا جُلُوسًا أَجْمَعُونَ » ولهذا يصح ائتمام المتنفل بالمفترض مع اختلاف نيتهما ، وقياسهم ينتقض بالمسبوق فى الجمعة ، يدرك أقلّ من ركعة ، ينوى الظهر خلف من يُصَلِّى الجمعة .

فصــــل

ولا يختلف المذهب فى صحة صلاة المتنفل وراء المفترض ، ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً ، وقد دل عليه قول النبىّ ﷺ : « أَلاَ رَجُلٌ يَتَصَدَّقُ عَلَى هَذَا فَيُصَلِّيَ مَعَهُ » والأحاديث التى فى إعادة الجماعة ، ولأن صلاة المأموم تتأدّى بنية الإمام ، بدليل مالو نوى مكتوبةً فبان قبل وقتها .

فصـــــل

فإن صلَّى الظهر خلف من يُصَلِّي العصر ، ففيه أيضاً روايتان : نقل إسماعيل بن سعد جوازه ، ونقل غيره المنع منه . ونقل إسماعيل بن سعد قال : قلت لأحمد : فما ترى إن صـلَّى في رمضان خلف إمام يُصَلِّي بهم التراويح ؟ قال : ويجوز ذلك من المكتوبة . وقال في رواية المروزيّ : لا يعجبنا أن يصـلِّي مع قوم التراويح ويأتمّ بها للعَتَمَةِ ، وهذه فرع على ائتمام المفترض بالمتنفل ، وقد مضى الكلام فيها .

فصـــــل

فإن كانت إحدى الصلاتين تخالف الأخرى في الأفعال ، كصلاة الكسوف ، أو الجمعة خلف من يُصَلِّي غيرها ، وصـلاةُ غيرها وراء من يُصَلِّيهما ، لم تصحّ روايةً واحـدةً ، لأنه يُفضي إلى مخالفة إمامه في الأفعال ، وهو منهيّ عنه .

فصـــــل

ومن صلَّى الفجر ، ثم شكّ ، هل طلع الفجر أولا ؟ أو شك في صلاةٍ صلاَّها : هل فعلها في وقتها أو قبله ؟ لزمته إعادتها ، وله أن يَؤُمّ في الإعادة من لم يُصَلّ . وقال أصحابنا : يخرّج على الروايتين في إمامة المتنفل مفترضاً .

ولنا : أن الأصل بقاء الصلاة في ذمته ، ووجوب فعلها ، فيصحّ أن يؤمّ فيها مُفترضاً ، كما لو شك ، هل صلَّى أم لا ؟ ولو فاتت المأموم ركعة ، فصـلَّى الإمامُ خمساً ساهياً . فقال ابن عقيل : لا يُعتـدّ للمأموم بالخامسة ، بأنها سهو وغلط . وقال القاضي : هذه الركعة نافلة له ، وفرض للمأموم ، فيخرج فيها الروايتان . وقد سئل أحمد عن هذه المسائل فتوقّف فيها . والأولى أن يُحتسب له بها ، لأنه لو لم يُحتسب له بها للزمه أن يصلِّي خمساً مع علمه بذلك . ولأن الخامسة واجبة على الإمام . عند من يوجب عليه البناء على اليقين ، وعند استواء الأمرين عنده . ثم إن كانت نفـلا فالصحيح صحـة الائتمام به ، وقوله : إنه غلط ، قلنا : لا يُخرجه الغلط عن أن يـكون نفـلا مُثاباً فيـه . فلذلك قال النبيّ صلى الله عليه وسلم : « كانَتِ الرَّكْعَةُ وَالسَّجْدَتَانِ نَافِلَةً لَهُ » .

وإن صلَّى بقوم الظهر يظنها العصر . فقال أحمـد : يعيد ، ويعيدون ، وهذا على الرواية التي منع فيها ائتمام المفترض بالمتنفل . فإن ذكر الإمام وهو في الصلاة فأتمَّها عصراً كانت له نافلة ، وإن قلب نيّته إلى الظهر بطلت صلاته ، لما ذكرناه متقدِّماً . وقال ابن حامد : يُتمُّها ، والفرض باقٍ في ذمته .

فصـــــل

ولا يصح ائتمام البالغ بالصبيّ في الفرض ، نص عليه أحمد ، وهو قول ابن مسعود ، وابن عباس وبه

قال عطاء ومجاهد ، والشعبيّ ومالك ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وأبو حنيفة . وأجازه الحسن ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . ويتخرّج لنا مثل ذلك بناء على إمامة المتنفل للمفترض ، ووجه ذلك عموم قوله : « يَؤُمُّكُمْ أَقْرَؤُكُمْ لِكِتابِ اللهِ تَعالَى » وهـذا داخل فى عمومه . وروى عمرو بن سَلَمَة الْجَرْمىّ : « أن النبيّ ﷺ قال لقومه : يَؤُمُّكُمْ أَقْرَؤُكُمْ . قال : فكنتُ أؤمُّهم وأنا ابنُ سَبْعِ سِنِينَ أو ثمانِ سِنِينَ » رواه أبو داود ، وغيره . ولأنه يُؤَذِّن للرجال ، فجاز أن يؤمَّهم كالبالغ .

ولنـا : قول ابن مسعود وابن عباس ، ولأن الامامة حال كمال ، والصبيّ ليس من أهل الـكمال . فلا يؤمّ الرجال كالمـرأة ، ولأنه لا يُؤْمَنُ من الصـبى الإخـلالُ بشرط من شرائط الصـلاة ، أو القراءة حال الإسرار .

فأما حديث عمرو بن سـلمة الجَرْمىّ . فقـال الخطَّابىّ : كان أحمد يُضْعِف أمر عمرو بن سَلَمة . وقال مرّة : دعه ، ليس بشىء بيّن . وقال أبو داود : قيل لأحمـد ، حديث عمرو بن سلمة ؟ قال : لاأدرى أىّ شىء هذا ؟ ولعله إنمـا توقّف عنه . لأنَّه لم يتحقَّق بلوغ الأمر إلى النبيّ صلى الله عليه وسـلم ، فإنَّه كان بالبادية فى حىّ من العرب ، بعيد من المدينة ، وقوّى هذا الاحتمال قوله فى الحديث : وكنتُ إذا سجدتُ خرجتْ استى ، وهذا غير سائغ .

فصـــل

فأما إمامته فى النفل ، ففيها روايتان :

(إحداهما) لاتصحّ : لمـا ذكرنا فى الفرض .

(والثانى) تصـح : لأنه متنفِّل يؤمُّ متنفِّلين ، ولأن النافلة يدخلها التخفيف ، ولذلك تنعقد الجماعة به فيها إذا كان مأموماً .

فصـــل

يكره أن يؤمّ قوماً أكثرهم له كارهون ، لما روى أبو أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثَلاثَةٌ لاتُجاوِزُ صَلاتُهُمْ آذانَهُمْ : العَبْدُ الآبِقُ حَتَّى يَرْجِعَ ، وامرأةٌ باتَتْ وَزَوْجُها عَلَيْها ساخِطٌ ، وإمامُ قَوْمٍ وَهُمْ لَهُ كارِهُونَ » قال الترمذىّ : هـذا حديث حسن غريب . وعن عبد الله بن عمرو : أن رسول الله ﷺ قال : « ثَلاثَةٌ لاتُقْبَلُ مِنْهُمْ صَلاةٌ : مَنْ تَقَدَّمَ قَوْماً هُمْ لَهُ كارِهُونَ ، وَرَجُلٌ يأْتِي الصَّلاةَ دِباراً — والدِّبار : أن يأتى بعد أن يفوته الوقت — ورجل اعْتَبَدَ مُحَرَّراً »[1] رواه أبو داود .

---

(١) اعتبد محرراً : أى جعل الحر عبداً بأن اشتراه أو باعه ، فإن الحر لايباع ولايشترى ، ومن باعه أو اشتراه فقد عبده واعتبده أى جعله عبداً ، وقد ورد النهى فى الأحاديث الكثيرة عن بيع الحر وأكل ثمنه.

وقال عليّ لرجل أمّ قوماً وهم له كارهون : إنَّك لَخَرُوطٌ[1] ، قال أحمد رحمه الله : إذا كرهه واحـد أو اثنان أو ثلاثة فـلا بأس ، حـتى يـكرهه أكثر القوم . وإن كان ذا دين وسنّـة فـكرهه القوم لذلك لم تُـكره إمامتهم ، قال منصور : أمَا إنّا سألنا أمرَ الإمامة ، فقيل لنا : إنمـا عُنِيَ بهذا الظَّلَمة ، فأمّا من أقام السنّة فإنما الإثمُ على من كرهه .

فصـــل

ولا تـكره إمامة الأعرابيّ إذا كان يصلُح لها ، نص عليه . وهذا قول عطاء ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وكره أبو مِجْلز إمامته . وقال مالك : لا يؤمُّهم ، وإن كان أقرءهم ، لقول الله تعالى : (٩ : ٩٧ الْأَعْرَابُ أَشَدُّ كُفْراً وَنِفَاقاً وَأَجْدَرُ أَنْ لاَ يَعْلَمُوا حُدُودَ مَاأَنْزَلَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ) .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسـلم : « يَؤُمُّ الْقَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِـكِتَابِ اللهِ تَعَالَى » ولأنه مُـكلّف من أهل الإمامة أشبه المهاجر ، والمهاجر أولى منه . لأنه يُقدَّم على المسبوق بالهجرة ، فمن لاهجرة له أولى . قال أبو الخطاّب : والحَضَرِيُّ أولى من البدَوِيّ . لأنه مُختلف فى إمامته ، ولأن الغـالب جفاؤهم ، وقلة معرفتهم بحدود الله .

فصـــل

ولا تُـكره إمامة ولد الزنا إذا سَلِمَ دينهُ . قال عطاء : له أن يؤمَّ إذا كان مَرْضِيًّا . وبه قال سليمان ابن موسى ، والحسن ، والنخعيّ ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، وإسحـاق . وقال أصحـاب الرأى : لاتجزىء الصـلاة خلفه . وكره مالك أن يُتَّخذ إماماً راتباً . وكره الشافعيُّ إمامته ، لأن الإمامة موضـع فضيلة ، فـكره تقديمُه فيها كالعبد .

ولنـا : قوله « يَؤُمُّ القومَ أقرَؤُهُمْ لِـكِتَابِ اللهِ » وقالت عائشة : « لَيْسَ عَلَيْهِ مِنْ وِزْرِ أَبَوَيْهِ شَيْءٌ » وقـد قال تعالى (٦ : ١٦٤ وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) وقال (٤٩ : ١٣ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ) والعبد لاتُـكره إمامته وإنما الحُرُّ أولى منه ، ثم إن العبد ناقص فى أحـكامه ، لايلى النـكاح ولا المال ، ولا تقبل شهادته فى بعض الأشياء ، بخلاف هذا .

فصـــل

ولا تُـكره إمامة الجُنـديّ والخَصِيّ إذا سـلم دينهُما ، لمـا ذكرنا فى العبد ، ولأنه عـدل من أهـل الإمامة أشبه غيره .

---

(١) الخروط : الدابة الجموح تجتذب رسنها من يد ممسكها ثم تمضى ، والمرأة الفاجرة ، ومن يتخرط فى الأمور جهلا ، ويمكن تفسير الخروط هنا بالدابة الجموح على التشبيه ، بمعنى عدم الانقياد للحق ، أو بمن يتخرط فى الأمور جهلا ، والتفسير الأول عندى أولى .

فصــــل

من شروط صحة الجماعة أن ينوى الإمام والمأموم حالهما ، فينوى الإمامُ أنّه إمامٌ ، والمأموم أنه مأموم . فإن صَلّى رجلان ينوى كلٌ واحد منهما أنّه إمامُ صاحبه ، أو مأموم له ، فصلاتهما فاسدة ، نص عليهما . لأنه ائتمّ بمن ليس بإمام فى الصورة الأولى ، وأمَّ مَن لم يأتمّ به فى الثانيـة . ولو رأى رجلين يُصليان فنوى الائتمام بالمأموم ، لم يصحّ ، لأنه ائتمّ بمن لم ينو إمامته . وإن نوى الائتمام بأحدهما لا بعينه لم يصح ، حتى يُعيّن الإمام ، لأن تعيينه شرط . وإن نوى الائتمامَ بهما معاً لم يصـحّ ، لأنه نوى الائتمام بمن ليس بإمام ، ولأنه نوى الائتمام باثنين . ولا يجوز الائتمام بأكثر من واحد . ولو نوى الائتمام بإمامين لم يجُز . لأنه لا يمكن اتباعهما معاً .

فصــل

ولو أحرم منفرداً ، ثم جاء آخرُ فصلّى معه ، فنوى إمامته صحّ فى النفل ، نصّ عليه أحمد . واحتجّ بحـديث ابن عبّاس ، وهو أن ابن عباس قال : « بتُّ عِنْدَ خَالَتِي مَيْمُونَةَ ، فقامَ النبيُّ ﷺ مُتَطَوِّعاً مِنَ اللَّيل ، فقَامَ إلىَ القِرْبَةِ فتوضَّأ فقامَ فَصَلَّى ، فَقُمْتُ لمّا رَأَيْتُهُ صَنَعَ ذَلكَ ، فَتوضّأْتُ مِنَ القِرْبَةِ ، ثُمَّ قُمْتُ إلىَ شِقِّهِ الأَيْسَرِ ، فَأَخَـذَ بِيَدِي مِنْ وَرَاءِ ظَهْرِهِ يَعْدِلُنِي كذَلكَ إِلَى الشِّقِّ الأَيْمَنِ » متفق عليه ، وهذا لفظ رواية مسلم . فأمّا فى الفريضة فإن كان ينتظر أحداً ، كإمام المسجد يُحرم وحده ، وينتظر من يأتى فيصلّى معه ، فيجوز ذلك أيضاً ، نصّ عليه أحمد . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أحرم وحده ، ثم جاء جابر وجَبّار فأحرما معه ، فصلّى بهما ، ولم يُنكر فعلهما ، والظاهر أنها كانت صلاةً مفروضة ، لأنهم كانوا مسافرين ، وإن لم يـكن كذلك . فقد رُوى عن أحمد : أنه لا يصحّ ، هـذا قول الثورىّ ، وأصحـاب الرأى فى الفرض والنفل جميعـاً ، لأنه لم ينو الإمامة فى ابتداء الصـلاة ، فلم يصح . كما لو ائتمّ بمأموم . ورُوى عن أحمد أنه قال : فى النفس منها شىء ، مع أن حديث ابن عباس يُقوّيه ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وهو الصحيح ، إن شاء الله تعالى . لأنّه قد ثبت فى النفل بحديث ابن عباس ، وحديث عائشة : « كانَ رَسولُ اللهِ ﷺ يُصَلِّي مِنَ اللَّيْلِ وجِدَارُ الْحُجْرَةِ قَصِيرٌ . فَرأَى النَّاسُ شَخْصَ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، فَقَامَ نَاسٌ يُصَلُّونَ بِصَلاَتِهِ » وقد ذكرناه ، والأصل مساواة الفرض للنفل فى النية . وقوى ذلك حديث جابر ، وجبار فى الفرض . ولأن الحاجة تدعو إلى نقل النية إلى الإمامة ، فصلّى كحالة الاستخلاف ، وبيان الحاجة أن المنفرد إذا جاء قوم فأحرموا وراءه ، فإن قطع الصـلاة ، وأَخْبَر بحـاله قَبُح ، وكان مرتـكِباً للنهى ، بقوله تعالى (٤٧ : ٣٣ وَلاَ تُبْطِلُوا أَعْمَالَـكُمْ) وإن أتمّ الصـلاة بهم ، ثم أخـبرهم بفساد صلاتهم كان أقبح ، وأشق . ولأن الانفراد أحـدُ حالتى عدم الإمامة فى الصـلاة ، فجاز الانتقال

منها إلى الإمامة ، كما لو كان مأموماً ، وقياسهم ينتقض بحالة الاستخلاف .

فصل

وإن أحرم منفرداً ، ثم نوى جعل نفسه مأموماً ، بأن يحضر جماعة فينوى الدخول معهم فى صلاتهم ، ففيه روايتان :

إحداهما : هو جائز : سواء كان فى أول الصلاة ، أو قد صلى ركعة فأكثر ، لأنه نقل نفسه إلى الجماعة ، فجاز كما لو نوى الإمامة .

والثانية : لايجوز : لأنه نقل نفسه إلى جعله مأموماً من غير حاجة ، فلم يجز . كالإمام ، وفارق نقله إلى الإمامة ، لأن الحاجة داعية إليه . فعلى هذا يقطع صلاته ، ويستأنف الصلاة معهم . قال أحمد فى رجل دخل المسجد فصلَّى ركعتين ، أو ثلاثاً ينوى الظهر ، ثم جاء المؤذن فأقام الصلاة ، سلَّم من هذه ، وتصيرُ له تطوعاً ، ويدخل معهم ، قيل له : فإن دخل فى الصلاة مع القوم واحتسب به . قال : لا يُجزيه ، حتى يَنْوِيَ بها الصلاة مع الإمام ، فى ابتداء الفرض .

فصل

وإن أحرم مأموماً ، ثم نوى مُفارقة الإمام وإتمامها منفرداً لعذر جاز ، لما روى جابر قال : « كَانَ مُعَاذٌ يُصَلِّي مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ صَلاَةَ الْعِشَاءِ ، ثُمَّ يَرْجِعُ إلى قَوْمِهِ فَيَؤُمُّهُم ، فَأَخَّر النبيُّ صلى الله عليه وسلم صَلاَةَ الْعِشَاءِ ، فَصَلَّى مَعَهُ ، ثُمَّ رَجَعَ إلى قَوْمِهِ فَقَرَأَ سُورَةَ البقرَةَ فتأخر رَجُلٌ فَصَلَّى وَحْدَهُ فقيل له : نَافَقْتَ يَافُلاَنُ ، قال : مَانَافَقْتُ ، ولكن لآتينَّ رسول الله ﷺ فَأُخْبِرُهُ ، فأتى النبيَّ صلى الله عليه وسلم فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ ، فقال : أَفَتَّانٌ أَنْتَ يَامُعَاذُ ؟ أَفَتَّانٌ أَنْتَ يَامُعَاذُ ؟ مَرَّتَيْنِ ـ اقرأ سورة كذا ، وسورة كذا ـ قال ـ وسُورة ذَاتِ البُرُوجِ ، وَاللَّيلِ إِذَا يَغْشَى ، وَالسَّماءِ وَالطَّارِقِ ، وَهَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَة » متفق عليه ، ولم يأمر النبي ﷺ الرجل بالإعادة ، ولا أنكر عليه فعله ، والأعذار التى يخرج لأجلها مثل المشقَّة بتطويل الإمام ، أو المرض ، أو خشية غَلَبة النُّعاس ، أو شىء يُفسد صلاته ، أو خوف فوات مال ، أو تلفه ، أو فوت رُفقته ، أو من يخرج من الصف لايجدُ من يقفُ معه ، وأشباه هذا ، وإن فعل ذلك لغير عُذر ، ففيه روايتان :

إحداهما : تفسُد صلاته : لأنه ترك مُتابعة إمامه لغير عذر ، أشبه مالو تركها من غير نيَّة المفارقة .

والثانية : تصحُّ : لأنه لو نوى المنفردُ كونه مأموماً لصحَّ فى رواية ، فنيَّة الانفراد أولى . فإنَّ المأموم قد يصير منفرداً بغير نية ، وهو المسبوق إذا سلَّم إمامه ، وغيره لايصير مأموماً بغير نيَّة بحال .

فصـــل

وإن أحرم مأموماً ، ثم صار إماماً ، أو نقـل نفسه إلى الائتمام بإمام آخر جاز فى موضـع واحـد ، وهو إذا سبق الإمامَ الحدث فاستخلف من يُتِمّ بهم الصـلاة ، وقد ذكرنا هذا ، ولا يصح فى غيره ، إلا أن يُدركَ اثنان بعض الصلاة مع الإمام ، فلمَّا سلَّم ائتمّ أحدُهما بصاحبه فى بقية الصلاة ، ففيه وجهان . وإن نوى كل واحـد منهما أنه إمام صاحبه ، أو مأموم له فسدت صلاتهما ، لمـا ذكرناه من قبلُ . وإن نوى الإمام الائتمام بغيره لم يصحّ ، إلاَّ فى موضع واحد ، وهو إذا استخلف الإمام من يُصَلى ، ثم جاء فى أثناء الصلاة ، فتقدَّم فصار إماماً ، وبنى على صلاة خليفته ، ففى ذلك ثلاث روايات قد ذكرناها .

« مسألة » قال ﴿ ومن أدرك الإمام راكعاً فركع دون الصف ، ثم مشى حتى دخل فى الصف ، وهو لا يعلم بقول النبىّ ﷺ لأبى بَـكْرةَ : «زَادَكَ اللهُ حِرْصاً وَلاَ تَعُدْ» قيل له : لا تَعُدْ ، وقد أجزأته صلاته ، فإن عاد بعد النهى لم تجزئه صلاته ، ونص أحمد رحمه الله على هذا فى رواية أبى طالب ﴾ .

وجملة ذلك : أن من ركع دون الصف ، ثم دخل فيه ، لايخلو من ثلاثة أحوال :

إما أن يُصَلِّى ركعة كاملة . فلا تصحّ صلاته ، لقول النبى ﷺ : «لاَصَلاَةَ لِمُفْرِدٍ خَلْفَ الصَّفِّ» .

والثانى : أن يَدِبَّ راكعاً حـتى يدخل فى الصفّ قبـل رفع الإمام رأسه من الركوع ، أو أن يأتىَ آخَرُ فيقفَ معه قبل أن يرفع الإمام رأسه من الركوع ، فإنَّ صلاته تصحّ . لأنه أدرك مع الإمام فى الصف مايُدْرِكُ به الركعة . وممّن رخّص فى ركوع الرجل دون الصفّ : زيد بن ثابت ، وفعله ابنُ مسعود ، وزيد ابن وَهْب ، وأبو بـكر بن عبد الرحمن ، وعُروة ، وسعيـد بن جُبَير ، وابن جُرَيج ، وجوَّزه الزهرى ، والأوزاعىّ ، ومالك ، والشافعىّ إذا كان قريباً من الصفّ .

الحال الثالث : إذا رفع رأسه من الركوع ، ثم دخل فى الصفّ ، أو جاء آخرُ فوقف معه قبل إتمام الركعة ، فهذه الحـال التى يُحمل عليها قول الخِرَقى . ونصّ الإمام أحمـد . فمتى كان جاهلاً بتحريم ذلك صحّت صلاته ، وإن علم لم تصحّ . وروَى أبو داود عن أحمد : أنه يصحّ ، ولم يفرق[1] ، وهـذا مذهب مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . لأن أبا بكرة فعل ذلك ، وفعله من ذكرنا من الصحابة .

ولنا : مارُوى « أَنَّ أبا بَـكْرة انتهى إلى النبى صلى الله عليه وسلم وهو راكع ، فركع قبل أن يصل إلى الصفّ ، فذكر ذلك للنبىّ ﷺ فقـال : زَادَكَ اللهُ حِرْصاً ، وَلاَ تَعُدْ » ، رواه البخارى ، ورواه أبو داود ، ولفظه : «أَنَّ أَبَا بَـكْرَةَ جَاءَ ورسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم رَاكِـعٌ فَرَكَعَ دُونَ الصفِّ ،

(١) ولم يفرق : أى لم يفرق بين من علم بالنهى عن ذلك ، ومن لم يعلم ، فجعل صلاة الاثنين صحيحة .

ثم مَشَى إلى الصفِّ ، فلمَّا قَضَى النبيُّ ﷺ الصلاةَ قال : أَيُّكُمُ الَّذِي رَكَعَ دُونَ الصفِّ ، ثُمَّ مَشَى إلى الصفِّ ؟ فقال أبو بَكْرَةَ : أنا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : زَادَكَ اللهُ حِرْصاً ، وَلاَ تَعُدْ » فلم يأمره بإعادة الصلاة ، ونهاه عن العَوْد ، والنهى يقتضى الفساد . فإن قيل : إنما نهاه عن التهاون ، والتخلّف عن الصلاة . قلنا : إنما يعود النهى إلى المذكور ، والمذكور الركوع دون الصفّ ، ولم ينسبه النبي ﷺ إلى التهاون ، وإنما نسبه إلى الحِرْص ، ودعا له بالزيادة فيه ، فكيف ينهاه عن التهاون ، وهو منسوب إلى ضدّه ؟ ورُوى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنها لاتصحُّ صلاته عالماً كان أو جاهلاً ، لأنه لم يُدرك فى الصفِّ مايُدرك به الركعة . أشبه مالو صلَّى ركعة كاملة . وعلى هذا يُحمل حديث أبى بَكْرَةَ على أنه دخل فى الصفِّ قبل رفع النبي ﷺ رأسه . وقد قال أبو هريرة : لاَ يَرْكَعْ أَحَدُكُمْ حَتَّى يَأْخُذَ مَقَامَهُ مِنَ الصَّفِّ . ولم يفرق القاضى فى هذه المسألة بين من رفع رأسه من الركوع ، ثم دخل ، وبين من دخل فيه راكعاً . وكذلك كلام أحمد ، والخِرَقىّ ، ولا تفريق فيه . والدليل يقتضى التفريق ، فيُحمل كلامهم عليه ، وقد ذكره أبو الخطاب نحواً مما ذكرنا .

فصــــل

وإن فعل هذا لغير عذر ، ولا خَشِىَ الفواتَ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يُجزيه : لأنه لو لم يجز مُطلقاً لم يجز حال العذر ، كالركعة كلها .

والثانى : لايُجزيه : لأن الأصل أن لايجوز لكونه يفوته فى الصفّ ماتَفُوته الركعةُ بفواته ، وإنما أُبيح فى المعذور لحديث أبى بَكْرَةَ ، ففى غيره يبقى على الأصل .

فصــــل

إذا أحسَّ بداخل وهو فى الركوع يُريد الصلاة معه ، وكانت الجماعةُ كثيرةً كُره انتظارُه . لأنه يَبعد أن يكون فيهم مَنْ لايَشُقُّ عليه . وإن كانت الجماعة يسيرةً ، وكان انتظاره يشقُّ عليهم كُره أيضاً لأنَّ الذين معه أعظمُ حُرمةً من الداخل ، فلا يَشُقُّ عليهم لنفعه ، وإن لم يشقّ لكونه يَسيراً . فقد قال أحمد : ينتظرُه ، مالم يَشقّ على من خلفه . وهذا مذهب أبى مِجلز ، والشعبىّ ، والنخعىّ ، وعبد الرحمن ابن أبى ليلى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وقال الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة : لاينتظرُه ، لأن انتظاره تشريكٌ فى العبادة ، فلا يُشرع كالرياء .

ولنا : أن انتظاره ينفع ولا يشقّ ، فشُرع كتطويل الركعة ، وتخفيف الصلاة . وقد ثبت أن النبى ﷺ كان يُطيل الركعة الأولى حتى لايَسْمَعَ وقع قدم . وأطال السجود حين ركب الحسنُ على ظهره . وقال : « إنَّ ابنِي هَذَا ارْتَحَلَنِي فَكَرِهْتُ أَنْ أُعْجِلَهُ » وقال : « إِنِّي لأَسْمَعُ بُكَاءَ الصَّبِيِّ وَأَنَا

فى الصَّلاَةِ فَأُخَفِّفُهَا كَرَاهَةَ أَنْ أَشُقَّ على أُمِّهِ » وقال : « مَنْ أَمَّ النَّاسَ فَلْيُخَفِّفْ فإنَّ فِيهِمُ الـكَبِيرَ ، والضَّعِيفَ ، وذَا الْحَــاجَةِ » . وشُرِع الانتظار فى صلاة الخوف لتدركه الطائفة الثانية ، ولأن مُنتظر الصلاة فى صلاةٍ . وقـد كان النبى ﷺ ينتظرُ الجمـاعةَ ، فقـال جابر : « كان النبىُّ صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى الْعِشَاءَ أَحْيَانًا ، وَأَحْيَانًا إذا رَآهُمْ قَدِ اجْتَمَعُوا عَجَّــلَ ، وإذا رَآهُمْ قَـدْ أَبْطَئُوا أَخَّرَ » . وبهــذا كلّه يبطُل ماذكروه من التشريك . قال القاضى : والانتظار جائز ، غيرُ مستحبّ ، وإنما ينتظرُ من كان ذا حُرْمة ، كأهل العلم ، ونُظرائهم من أهل الفضل .

« مسـألة » قال ﴿ وسُترة الإمام سُترة لمن خلفه ﴾ .

وجملته : أنه يُسْتَحَبُّ للمُصَلِّى أن يصلِّى إلى سُتْرةٍ ، فإن كان فى مسجـد أو بيت صلَّى إلى الحـائط ، أو سارية . وإن كان فى فضاء صلَّى إلى شىء شاخص بين يديه ، أو نصب بين يديه حَرْبَةً ، أو عصًى . أو عرَضَ البعيرَ فصلَّى إليه . أو جعل رَحله بين يديه . وسئل أحمد : يُصلِّى الرجل إلى سُـترة فى الحضر والسفر ؟ قال : نعم ، مثل آخِرَةِ[1] الرَّحْل . ولا نعـلم فى استحباب ذلك خلافًا . والأصل فيه أن النبىَّ ﷺ كان تُرْكَزُ لَهُ الحَرْبَةُ فيُصلِّى إليها ، ويُعرض البعير فيُصلِّى إليه . ورَوى أبو جُحَيْفة : « أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم رُكِزَتْ لَهُ العَنَزَةُ[2] فتقدم ، وصلَّى الظهر ركعتين يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْهِ الْحِمَـارُ والـكَلْبُ لا يُمْنَعُ » متفق عليه . وعن طلحة بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا وَضَعَ أَحَدُكُمْ بينَ يَدَيْهِ مِثْلَ مُؤَخَّرَةِ الرَّحْلِ ، فَلْيُصَلِّ ، ولاَ يُبالِ مَنْ مَرَّ وَرَاءَ ذَلِكَ » أخرجه مسلم .

إذا ثبت هـذا فإن سُترة الإمام سُترة لمن خلفه ، نصَّ على هذا أحمد ، وهو قول أكثر أهل العـلم ، كذلك قال ابن المنذر . وقال الترمذىّ ، قال أهل العلم : سُترة الإمام سترة لمن خلفه . قال أبو الزِّناد : كلُّ من أدركتُ من فقهاء المدينـة الذين يُنتهى إلى قولهم : سـعيدُ بن المُسَيَّب ، وعُروة بن الزبَيْر ، والقاسم بن محمد ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، وخارجة بن زيد ، وعُبَيدالله بن عبدالله بن عُتْبة ، وسليمان ابن يَسار ، وغيرُهم يقولون سُترة الإمام سُترة لمن خلفـه . ورُوى ذلك عن ابن عمر . وبه قال النخعىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، والشـافعىّ ، وغيرهم . وذلك لأن النبىَّ ﷺ صلَّى إلى سُتْرةٍ ولم يأمر أصحـابه بنَصْب سُترة أخرى . وفى حديث عن ابن عباس قال : « أَقْبَلْتُ رَاكِبًا عَلَى حِمَارٍ أَتَانٍ[3] والنبىُّ ﷺ

---

(١) آخرة الرحل : بمد الهمزة وكسر الخاء ضد قادمته ، أى مؤخرته . والرحل : هو مايوضع على البعير ليركب عليه . وستأتى فى كلام ابن قدامة بعد قليل .

(٢) العنزة : خشبة فى آخرها حديدة يمكن بها غرزها فى الأرض ، ومعنى ركزت : غرزت . ومعنى يمر بين يديه الحمار والكلب : يمر أمامه من وراء العنزة لا بينها وبين النبى صلى الله عليه وسلم .

(٣) الأتان : أنثى الحمار .

يصلّى بالناس بمنًى إلى غير جـدار ، فَمَرَرْتُ بَيْنَ يَدَىْ بَعْضِ أَهْلِ الصَّفّ ، فنزلتُ فأرسـلتُ الأتانَ تَرْتَعُ ، فَدَخَلْتُ فى الصَّفّ ، فلم يُنـكِر عَلَىَّ أحدٌ » متفق عليـه . ومعنى قولهم : سترة الإمام سترة لمن خلفه . أنه متى لم يَحُل بين الإمام وسترته شىء يقطع الصلاة ، فصلاة المأمومين صحيحـة ، لايَضرُّها مرور شىء بين أيديهم فى بعض الصفّ ، ولافيما بينهم وبين الإمام . وإن مرّ مايقطع الصلاة بين الإمام وسترته قطع صلاتَه وصلاتَهم . وقد دلّ على هذا مارَوى عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه قال : « هَبَطْنَا مَعَ النبىّ ﷺ مِنْ ثَنِيَّةِ أَذَاخِرَ[1] فَحَضَرَتِ الصَّلاةُ ، يَعْنِى إلى جَدْرٍ[2] فاتخذها قبلةً ، ونحنُ خلفه ، فجـاءت بَهْمَةٌ[3] تمرُّ بَيْنَ يَدَيْهِ ، فمـازَالَ يَدْرَؤُها[4] حَتَّى لَصِقَ بَطْنُهُ بِالْجَـدْرِ ، فمرَّت مِنْ وَرائِهِ » رواه أبو داود . فلولا أن سُترته سترة لهم لم يـكن بين مرورها بين يديه ، وخلفه فرق .

فصـــــل

وقدر السترة فى طولها : ذراع ، أو نحوه . قال الأثرم : سُئل أبو عبـد الله عن آخِرَةِ الرحل كم مقدارها ؟ قال : ذراع . كذا قال عطاء : ذراع . وبهذا قال الثورىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن أحمد : أنها قدر عَظْمِ الذراع ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ . والظاهر أن هـذا على سبيل التقريب لا التحديد . لأن النبىّ ﷺ قدَّرها بآخِرَةِ الرحل ، وآخِرَةُ الرحل مختلفة فى الطول ، والقصر ، فتارة تـكون ذراعاً ، وتارةً تـكون أقلّ منه ، فما قارب الذراع أجزأ الاستتار به ، والله أعلم .

فأما قدرها فى الغِلَظ والدقة ، فلا حـدّ له نعلمـه ، فإنه يجوز أن تـكون دقيقةً كالسهم ، والحَرْبة ، وغليظةً كالحائط ، فإن النبىّ ﷺ كان يَسْتَتِرُ بالعَنَزَةِ . وقال أبو سعيد : كنَّا نستتر بالسهم ، والحجَر فى الصـلاة . ورُوى عن سَبْرَة أن النبىّ ﷺ قال : « اسْتَتِرُوا فِى الصَّلاةِ ولَوْ بِسَهْمٍ » رواه الأثرم . وقال الأوزاعىّ : يُجزيه السهم ، والسوط . قال أحمـد : وما كان أعرضَ فهو أعجب إلىّ ، وذلك لأن قوله : « ولَوْ بِسَهْمٍ » يدلّ على أن غيره أوْلى منه .

فصـــــل

ويُستحبُّ للمصلّى أن يدنوَ من سُترته ، لما رَوى سهل بن أبى خَيْثَمَةَ يَبْلُغ به النبىّ ﷺ أنه قال : « إذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ إلَى سُتْرَةٍ فَلْيَدْنُ مِنْهَا لَايَقْطَعُ الشَّيْطَانُ عَلَيْهِ صَلَاتَهُ » رواه أبو داود . وعن أبى

---

(١) أذاخر : بفتح الهمزة وكسر الخاء ، موضع قرب مكة ، والثنية : الأرض المرتفعة أو العقبة .
(٢) الجدر : بفتح الجيم وسكون الدال ، الحائط كالجدار .
(٣) البهمة : بفتح الباء وسكون الهاء ، أولاد الضأن والمعز والبقر .
(٤) يدرؤها : يدفعها ويبعدها عنه حتى لاتمر أمامه بينه وبين الجدر .

سعيد قال : قال رسول الله ﷺ : «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فَلْيُصَلِّ إِلَى سُتْرَةٍ ، وَلْيَدْنُ مِنْهَا» رواه الأثرم . وعن سهل بن سعد قال : «كَانَ بَيْنَ النبيِّ ﷺ وَبَيْنَ القِبْلَةِ مَمَرُّ الشَّاةِ » رواه البخاريّ . وعن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « ارْهَقُوا[1] القِبْلَةَ» رواه الأثرم . وذكر الخطّابىّ فى معالم السنن : أن مالك بن أنس ، كان يُصَلِّى يوماً مُتنائياً عن السترة ، فمرّ به رجل لايعرفه فقال : ياأيُّها المصلِّى ، أَدْنُ من سُترتك . فجعل مالك يتقدَّم وهو يقرأ (٤:١١٣ وَعَلَّمَكَ مَالَمْ تَكُنْ تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللهِ عَلَيْكَ عَظِيماً) ولأن قربه من السترة أَصْوَنُ لصلاته ، وأبعدُ من أن يمرّ بينه وبينها شيء يحُول بينه وبينها .

إذا ثبت هــذا فإنه يجعل بينه وبين سترته ثلاثةَ أَذْرُعٍ فما دون . قال مهنا : سألت أبا عبــد الله عن الرجل يُصَلِّى كم ينبغى أن يكون بينه وبين القبلة ؟ قال : يدنو من القبلة مااستطاع ، ثم قال بعد : إن ابن عمر قال : « صــلَّى النبىُّ ﷺ فى الـكَعْبَةِ ، فـكَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الحــائِط ثَلاثَةُ أَذْرُعٍ » قال الميمونىّ : فقــد رأيتك على نحوٍ من أربعــة . قال : بالسهو . وكان عبــد الله بن مُغَفّل يجعــل بينه وبين سُــترته سِتَّة أذرع . قال عطاء : أقلّ مايـكفيك ثلاثةُ أذرع ، وبه قال الشافعىّ، لخبر ابن عمر عن بلال « أن النبى ﷺ صَلَّى فِى مُقَدَّمِ البَيْتِ ، وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجِدَارِ ثَلاثَةُ أَذْرُعٍ » وكلّما دنا فهو أفضلُ ، لما ذكرنا من الأخبار والمعنى .

فصــــل

ولا بأس أن يستتر ببعــير ، أو حيوان . وفعــله ابن عمر . وأنس ، وحُكِى عن الشــافعىّ : أنه لايستتر بدابة .

ولنــا : مارَوى ابنُ عمر أن النبىّ ﷺ صَلَّى إلى بعير ، رواه البخارىّ ، ومسلم . وفى لفظ : «كَانَ رسُــول الله ﷺ يَعْرِضُ رَاحِلَتَهُ ، وَيُصَلِّى إِلَيْهــا » قال : قلت : فإذا ذهب الرِّكَابُ ؟ قال : يعرض الرَّحْلَ ويُصَلِّى إلى آخِرَتِهِ ، فإن استتر بإنسان فلا بأس ، فإنه يقوم مقام غيره من السترة . وقد رُوى عن حُمَيْدِ بن هلال قال : « رَأَى عُمَرُ بنُ الْخَطَّابِ رَجُلاً يُصَلِّى ، والنَّاسُ يَمُرُّونَ بَيْنَ يَدَيْهِ فَوَلاَّهُ ظَهْرَهُ[2] وَقَالَ بِثَوْبِهِ هَـكَذَا ، وَبَسَطَ يَدَيْهِ هَـكَذَا ، وقال : صَلِّ وَلاَ تَعْجَلْ » وعن نافع قال : «كَانَ ابنُ عُمَرَ إِذَا لَمْ يَجِدْ سَبِيلاً إِلَى سَارِيَةٍ مِنْ سَوارِى الْمَسْجِد . قال : وَلِّنِى ظَهْرَكَ » رواهما البخارىّ بإسناده .

---

(١) ارهقوا القبلة : ادنوا منها ، وفعله رهق كفرح .

(٢) يعــنى أن عمر رضى الله عنه ، وقف أمام المصــلى الذى لم يستتر وجعل ظهره سترة للمصلى بدل السترة التى لم يضعها هو ، وبسط يديه ، وقال له صل ولاتعجل فأمامك السترة .

فصــــل

فإن لم يجد سترة خطَّ خطًّا وصلَّى إليه ، وقام ذلك مقام السُّتْرَة ، نص عليه أحمد . وبه قال سعيد بن جُبَيْر ، والأوزاعيّ ، وأنكر مالك الخط ، والليث بن سعد ، وأبو حنيفة . وقال الشافعيّ بالخطّ بالعراق . وقال بمصر : لايخطّ المصلِّي خطًّا إلاَّ أن يكون فيه سنَّة تتَّبع .

ولنا ماروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فَلْيَجْعَلْ تِلْقَاءَ وَجْهِهِ شَيْئًا ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَلْيَنْصِبْ عَصاً ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَعَهُ عَصًا ، فَلْيَخُطَّ خَطًّا ، ثُمَّ لَايَضُرُّهُ مَنْ مَرَّ أَمَامَهُ » . رواه أبو داود ، وسُنَّةُ النبيّ صلى الله عليه وسلم أولى أن تتبع .

فصــــل

وصفة الخطّ مثل الهلال . قال أبو داود : سمعتُ أحمد بن حنبل يقول غير مرَّة ، وسُئل عن الخطّ ، فقال : هكذا عَرْضاً مثلُ الهلال . قال : وسمعتُ مُسَدّداً قال : قال ابن داود : الخطّ بالطول . وقال فى رواية الأثرم : قالوا ، طولا . وقالوا : عرضاً . وقال : أما أنا فأختار هذا ، ودوّر بإصبعه مثل القَنْطَرة وكيف ماخطَّه أجزأه ، فقد نقل حنبل : أنه قال : إن شاء مُعترضاً وإن شاء طولا ، وذلك لأن الحديث مُطلق فى الخطِّ ، فكيفما أتى به فقد أتى بالخطِّ ، فيجزيه ذلك ، والله أعلم .

فصــــل

وإن كان معه عصاً ، فلم يمكنه نصبها . فقال الأثرم : قلت لأحمد : الرجل يكون معه عَصاً لم يقدر على غَرْزها ، فألقاها بين يديه ، أيلقيها طولا أم عَرْضاً ؟ قال : لا ، بل عرضاً . وكذلك قال سعيد بن جبير ، والأوزاعيّ . وكرهه النخعيّ .

ولنا : أن هذا فى معنى الخط ، فيقوم مقامه ، وقد ثبت استحباب الخط بالحديث الذى رويناه .

فصــــل

وإذا صلَّى إلى عُود ، أو عمود ، أو شيء فى معناها ، استُحِبَّ له أن ينحرف عنه ، ولا يصمد له صَمْداً ، لما رَوى أبو داود ، عن المقداد بن الأسود ، قال : « مَارَأَيْتُ رسول الله ﷺ صَلَّى إلى عُودٍ أو إلى عمود ، ولا شجرةٍ ، إلاَّ جعله على حاجبه الأيمن ، أو الأيسر ، ولا يَصْمُدُ لَهُ صَمْداً »[1] ، أى لايستقبله وسطاً ، ومعنى الصَّمْد : القصد .

---

(١) صمد صمداً : قصد قصداً ، أى لايقصد العود ولا العمود ولا الشجرة قصداً ، بحيث يجعلها فى مواجهته تماماً بل يميل عن قصدها قليلا بحيث تكون على يمينه أو على يساره .

فصـــل

تُكره الصلاة إلى المتحدثين لئلا يشتغل بحديثهم ، واختُلف فى الصلاة إلى النائم فرُوى أنه يُكره . ورُوى ذلك عن ابن مسعود ، وسعيد بن جبير . وعن أحمد : مايدل على أنه يكره فى الفريضة خاصَّةً ، ولا يكره فى التطوّع ، لأن النبىّ ﷺ : « كانَ يُصَلِّى مِنَ اللّيْلِ ، وعائِشَةُ مُعْتَرِضَةٌ بيْنَ يَدَيْهِ ، كَاعْتِرَاضِ الْجَنَازَةِ » متفق عليه . قال أحمد : هذا فى التطوّع ، والفريضةُ أشدُّ . وقد رُوى أن النبىَّ ﷺ « نَهَى عن الصلاة إلى النائم ، والمتحدّث » رواه أبو داود . فخرج التطوع من عمومه ، لحديث عائشة ، بقى الفرض على مقتضى العموم . وقيل : لايُكره فيهما ، لأنَّ حديث عائشة صحيح ، وحديث النهى ضعيف . قال الخطَّابى : وقد قال أحمد : لافرق بين الفريضة والنافلة ، إلاَّ فى صلاة الراكب ، وتقديم قياس الخبر الصحيح أولى من الخبر الضعيف .

فصـــل

ويُكره أن يُصَلِّى مُستقبلاً وجه إنسان ، لأن عمر أدَّب على ذلك . وفى حديث عائشة : « أَنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم كان يُصَلِّى حِذَاءَ وَسَطِ السَّرِيرِ ، وَأَنَا مُضْطَجِعَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْقِبْلَةِ ، تَكُونُ لِيَ الْحَاجَةَ فَأَكْرَهُ أَنْ أَقُومَ ، فَأَسْتَقْبِلَهُ ، فَأَنْسَلَّ انْسِلاَلاً » ، متفق عليه . ولأنه شبه السجود لذلك الشخص . ويُكره أن يصلِّى إلى نار . قال أحمد : إذا كان التنور فى قبلته لايصلِّى إليه ، وكره ابن سيرين ذلك . وقال أحمد : فى السراج والقنديل يكون فى القبلة ، أكرهه ، وأكره كلّ شىء ، حتى كانوا يكرهون أن يجعلوا شيئاً فى القبلة ، حتى المُصحف ، وإنما كره ذلك لأن النار تُعبد من دون الله ، فالصلاة إليها تشبه الصلاة لها . وقال أحمد : لاتُصَلِّ إلى صورة منصوبة فى وجهك ، وذلك لأن الصورة تُعبد من دون الله . وقد رُوى عن عائشة قالت : « كَانَ لَنَا ثَوْبٌ فِيهِ تَصَاوِيرُ ، فَجَعَلْتُهُ بَيْنَ يَدَى رسول الله صلى الله عليه وسلم وَهُوَ يصلِّى ، فَنَهَانِى ـ أو قالت : كَرِهَ ذَلِكَ » رواه عبد الرحمن بن أبى حاتم بإسناده ، ولأن التصاوير تشغل المصلِّى بالنظر إليها ، وتُذهله عن صلاته . وقال أحمد : يُكره أن يكون فى القبلة شىء مُعلَّق ، مصحف ، أو غيره ، ولا بأس أن يكون موضوعاً بالأرض . وقد رَوى مجاهد قال : « لَمْ يَكُنْ عَبْدُ اللهِ بنُ عُمَر يَدَعُ شَيْئاً بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْقِبْلَةِ إلاَّ نَزَعَهُ ، لاَسَيْفاً ، وَلاَ مُصْحَفاً » رواه الخلاَّل بإسناده . قال أحمد : ولا يُكْتَبُ فى القبلة شىء ، وذلك لأنه يشغل قلب المُصلِّى ، وربما اشتغل بقراءته عن صلاته . وكذلك يُكره تزويقُه ، وكل مايشغل المُصلِّى عن صلاته ، فقد رُوى أن النبىَّ ﷺ صلَّى فى خميصة لها أعلام فلما قضى صلاته قال : « اذْهَبُوا بِهَذِهِ إِلَى أَبِى جَهْمِ بنِ حُذَيْفَةَ ، فَإِنَّهَا أَلْهَتْنِى آنِفاً عَنْ صَلاَتِى وَائْتُونِى بِأَنْبِجَانِيَّتِهِ » متفق عليه . ورُوى أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال لعائشة : « أَميطى عَنَّا

قِرَامَكِ(١) ، فَإِنَّهُ لاَ يَزَالُ تَصَاوِيرُهُ تَعرِضُ لِي فِي صَلاَتِي » رواه البخاريّ . وإذا كان النبيّ ﷺ ، مع ماأيده الله تعالى به من العصمة والخشوع شغله ذلك ، فغيرُه من الناس أولى .

فصـــل

ويكره أن يُصَلِّي وأمامه امرأة تُصَلِّي ، لقول النبي ﷺ : « أَخِّرُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَخَّرَهُنَّ اللهُ » ، فأما في غير الصلاة ، فلا يكره لخبر عائشة . ورَوَى أبو حفص بإسناده عن أمِّ سَلَمَةَ قالت : « كَانَ فِرَاشِي حِيَالَ مُصَلَّى النبيِّ صلى الله عليه وسلم » وإن كانت عن يمينه ، أو يساره لم يُكره ، وإن كانت في صلاة . وكَرِهَ أحمد أن يصلِّي و بين يديه كافر . ورُوِي ذلك عن إسحاق ، لأن المشركين نَجَس .

فصـــل

ولا بأس أن يُصَلِّ بمكة إلى غير سُترة . ورُوِي ذلك عن ابن الزبير ، وعطاء ، ومجاهد . قال الأثرم : قيل لأحمد : الرجل يُصَلِّي بمكة ، ولا يستتر بشيء ؟ فقال : قد روى عن النبيّ ﷺ أنه صلَّى ثَمَّ ، ليس بينه وبين الطواف سُترة . قال أحمد : لأن مكة ليست كغيرها ، كأن مكة مخصوصة ، وذلك لما رَوَى كثيرُ ابن كَثير بن المطلب ، عن أبيه ، عن جده المطلب قال : « رأيتُ رسُولَ اللهِ ﷺ يُصَلِّي حِيَالَ الْحِجْرِ والناسُ يَمُرُّونَ بَيْنَ يَدَيْهِ » رواه الخلاّل بإسناده . ورَوَى الأثرم بإسناده عن المطلب ، قال : « رأيتُ رسولَ اللهِ ﷺ إِذَا فَرَغَ مِنْ سَبْعِهِ جاء حَتَّى يُحَاذِيَ الركنَ بَيْنَهُ و بَيْنَ السَّقِيفَةِ ، فَصَلَّى رَكْعَتَيْهِ فِي حَاشِيَةِ المَطَافِ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُ و بَيْنَ الطَّوافِ أَحَدٌ » . وقال ابن أبي عمّار : رأيتُ ابنَ الزبير جاء يُصَلِّي ، والطواف بينه ، وبين القبلة ، تمرُّ المرأةُ بين يديه فَيَنْظُرُها حتى تَمُرَّ ، ثم يضع جَبْهَتَهُ في موضع قَدَمِهَا ، رواه حنبل ، في كتاب المناسك . وقال المعتمر : قلت لطاوس : الرجل يُصَلِّي يعني بمكة ، فيمرُّ بين يديه الرجل ، والمرأة ؟ فقال : أو لا يرى الناسُ بعضهُم بعضاً ، وإذا هو يرى أن لهذا البلد حالاً ليس

(١) القرام : بكسر القاف يطلق على الستر الأحمر ، وعلى الثوب الملون من الصوف الذى فيه رقم ونقوش ، والمراد هنا الثانى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فإن تصاويره تعرض لى » والخميصة : كساء له أعلام ، والأنبجانية : كساء من صوف وهو ثوب مصمت ليست فيه نقوش ولا أعلام ، وهو من أردأ الثياب الغليظة ، وإنما بعثه النبى صلى الله عليه وسلم لأبى جهم ، لأنه الذى كان أهداه الخميصة التى شغلته عن صلاته حينما صلى فيها ، وإنما طلب منه أنبجانيته لئلا يكسر قلبه برد هديته إليه ، بل أخذ الأنبجانية حتى تكون هدية مكان الهدية المردودة ، وهى منسوبة إلى أنبجان ، وقيل منسوبة إلى منبج وأبدلت الميم همزة وزيدت الألف والنون للنسب ، والوجه الأول أحسن ، وقد سبق معنى الأنبجانية باختصار ، فى موضع الصلاة فى الثوب المنقوش ، والأفصح أن تنطق بكسر الباء ، ويجوز فتحها .

لغيره من البلدان ، وذلك لأن الناس يكثرون بمكة ، لأجل قضاء نُسُكهم ، ويزدحمون فيها ، ولذلك سمّيت (بَكَّة) لأن الناس يتباكُّونَ فيها ، أى يزدحمون [1] ويدفعُ بعضهم بعضاً ، فلو منع المُصلِّى مَنْ يجتاز بين يديه لضاق على الناس . وحكم الحرم كله حكم مكة فى هذا ، بدليل ماروى ابن عباس قال : « أقبلتُ رَاكِباً على حِمَارٍ أتانٍ ، والنبيُّ ﷺ يُصَلِّى بالناس بِمِنًى إلى غَيْرِ جِدَارٍ » متفق عليه ، ولأنّ الحرم كله محل المشاعر ، والمناسك ، فجرى مجرى مكة فى ما ذكرناه .

فصـــل

ولو صلّى فى غير مكة إلى غير سُترة لم يكن به بأس . لما روى ابن عباس قال : « صَلَّى النبيُّ ﷺ فى فَضَاءٍ لَيْسَ بَيْنَ يَدَيْهِ شَىْءٌ » رواه البخاريّ . ورُوى عن الفضل بن عبّاس : « أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم أَتَاهُمْ فى بَادِيَتِهِمْ فَصَلَّى إلَى غَيْرِ سُتْرَةٍ » ولأنّ السترة ليست شرطاً فى الصلاة ، وإنما هى مستحبّة ، قال أحمد فى الرجل يُصَلِّى فى فضاء ليس بين يديه سترة ولا خط : صلاتُه جائزة . وقال : أُحِبُّ أن يفعل ، فإن لم يفعل يُجزيه .

« مسألة » قال ﴿ ومن مرّ بين يدى المصلِّى فليَرُدُّه ﴾ .

وجملته : أنه ليس لأحدٍ أن يمرّ بين يدى المصلّى إذا لم يكن بين يديه سُترة ، فإن كانت بين يديه سترة لم يمرّ أحد بينه وبينها ، لما روى أبو جُهَيْمٍ الأنصاريّ ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لَوْ يَعْلَمُ المارّ بَيْنَ يَدَيِ المُصَلِّى مَاذَا عَلَيْهِ مِنَ الإثْمِ لَكَانَ أَنْ يَقِفَ أَرْبَعِينَ خَيْراً لَهُ مِنْ أَنْ يَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ » متفق عليه . ولمسلم : « لَأَنْ يَقِفَ أَحَدُكُمْ مِائَةَ عَامٍ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمُرَّ بَيْنَ يَدَىْ أَخِيهِ ، وهُوَ يُصَلِّى » . وقد سَمَّى النبى ﷺ الذى يمرُّ بين يدى المصلِّى شيطاناً ، وأمر بردّه ومُقاتلته . ورُوى عن يزيد ابن نمر أنه قال : « رَأَيْتُ رَجُلاً بِتَبُوكَ مُقْعَداً ، فقال : مَرَرْتُ بَيْنَ يَدَىْ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَأَنا عَلَى حِمَارٍ ، وَهُوَ يُصَلِّى ، فقال : اللَّهُمَّ اقْطَعْ أَثَرَهُ . فَمَا مَشَيْتُ عَلَيْهَا بَعْدُ » رواه أبوداود . وفى لفظ قال : « قَطَعَ صَلاَتَنَا قَطَعَ اللهُ أَثَرَهُ » . وإن أراد أحدٌ المرورَ بين يدى المصلّى فله منعُه فى قول أكثر أهل العلم . منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وسالم . وهو قول الشافعيّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه خلافاً . والأصل فيه ماروى أبو سعيد قال : « سَمِعْتُ النبيَّ ﷺ يقول : إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ يُصَلِّى إِلَى شَىْءٍ يَسْتُرُهُ مِنَ النَّاسِ ، فأَرَادَ أَحَدٌ أَنْ يَجْتَازَ بَيْنَ يَدَيْهِ فَلْيَدْفَعْهُ ، فإِنْ أَبَى فَلْيُقَاتِلْهُ ، فإنَّمَا

---

(١) هذا أحد قولين فى تسمية مكة « بكة » ، وقيل إنها سميت « بكة » لأنها تبك أعناق الجبابرة ، أى تدقها وتكسرها ، فلم يقصدها جبار بسوء إلا قصمه الله .

هُوَ شَيْطَانٌ » متفق عليه . ورواه أبو داود ، ولفظ روايته : « إذا كانَ أحَدُكُمْ يُصلِّى فلاَ يَدَعْ أحَداً يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْهِ ، ولْيَدْرَأْهُ ما اسْتَطَاعَ ، فإنْ أبَى فَلْيُقَاتِلْهُ ، فإنّما هُوَ شَيْطَانٌ » ومعناه [١] : أى ليدفعه ، وهذا فى أول الأمر لايزيد على دفعه . فإن أبى ولَجَّ فليقاتله ، أى يُعنّفه فى دَفعـه من المرور ، فإنما هو شيطان ، أى فعلُه فعلُ شيطان ، أو الشيطان يحملُه على ذلك . وقيل معناه : أن معـه شيطاناً . وأكثر الروايات عن أبى عبد الله : أن المارّ بين يدى المصلِّى إذا لج فى المرور ، وأبى الرجوع ، أن المصلِّى يشتدُّ عليه فى الدفع ، ويجتهد فى ردّه ، ما لم يُخرجه ذلك إلى إفساد صلاته ، بكثرة العمل فيها . ورُوى عنه أنه قال : يدرأُ مااستطاع ، وأكره القتال فى الصلاة ، وذلك لما يُفضى إليه من الفتنة ، وفساد الصلاة . والنبىُّ ﷺ إنّما أمر بردِّه ودفعه ، حفظاً للصـلاة عمّا ينقصها ، فيعـلم أنه لم يُرد مايُفسـدها ويقطعها بالكلّية ، فيُحمل لفظ المقاتلة على دفعٍ أبلغَ من الدفع الأوّل ، والله أعلم .

وقد روت أمُّ سَلَمَة قالت : « كانَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى فى حُجْرَةِ أمِّ سَلَمَة ، فمرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ عَبْدُ اللهِ أوْ عُمَرَ بنُ أبى سَلَمَة فقال بيده [٢] ، فرجع ، فمرّت زَيْنَبُ بِنْتُ أمِّ سَلَمَة ، فقال بيده هـكذا ، فمضَتْ ، فلما صلَّى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « هُنَّ أغْلَبُ » رواه ابن ماجه وهذا يدلُّ على أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم لم يجتهد فى الدفع .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يردّ مامرّ بين يديه من كبير وصغير ، وإنسانٍ وبهيمـةٍ . لمـا روينا من ردّ النبى صلى الله عليه وسلم عمر ، وزينب ، وهما صغيران . وفى حـديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه : « أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم صَلَّى إلى جِدْرٍ فاتَّخَذَهُ قِبْلَةً ، ونَحْنُ خَلْفَهُ ، فجاءَتْ بَهِيمَةٌ تَمرُّ بَيْنَ يَدَيْهِ ، فمَا زَالَ يَدْرَأُ بِهَا حَتَّى لَصِقَ بَطْنُهُ بالجِدْرِ فمرّتْ مِنْ وَرَائِهِ [٣] » .

فصـــل

فإن مرَّ بين يديه إنسان فعبَر ، لم يُستحَبَّ ردُّه من حيث جاء ، وهذا قول الشعبىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وابن المنـذر . ورُوى عن ابن مسعود : أنه يردُّه من حيث جاء ، وفعلُه سالم لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم أمر بردِّه ، فتناول العابر .

---

(١) أى معنى فليدرأه : فليدفعه .

(٢) قال بيده : أشار بيده . وقد ورد إطلاق القول على الإشارة كثيراً فى الحديث النبوى الشريف .

(٣) سبق هذا الحديث قريباً ، والجـدر : الجـدار . وورد فى الرواية الأخرى : فمرت بهمة ، بدل بهيمة ، وقد بينا معناه هناك .

ولنا أن هذا مرور ثانٍ فينبغي ألا يُنسب إليه كالأول ، ولأن المـارّ لو أراد أن يعود من حيث جاء لـكان مأموراً بمنعه ، ولم يَحِلَّ للعابر العَوْدُ ، والحديث لم يتناول العابر ، إنما فى الخبر : «فَأَرادَ أَحَدٌ أَنْ يَجْتَازَ بَيْنَ يَدَيْهِ فَلْيَدْفَعْهُ » وبعد العبور فليس هذا مريداً للاجتياز .

فصـــــل

والمرور بين يدى المصلِّى ينقص الصلاة ولا يقطعها . قال أحمد : يَضَعُ[(١)] من صلاته ولـكن لا يقطعها . ورُوى عن ابن مسعود : « أَنَّ مَمَرَّ الرَّجُلِ يَضَعُ نِصْفَ الصَّلاة . وكان عَبْدُ اللهِ إذا مَرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ رَجُلٌ الْتَزَمَهُ حَتَّى يَرُدَّه » رواه البخارىّ ، بإسناده . قال القـاضى : ينبغى أن يُحمل نقص الصـلاة على من أمكنه الردّ فلم يفعـله ، أما إذا ردّ فـلم يمـكنه الردُّ ، فصلاته تامّة ، لأنه لم يوجـد منه ما ينقُص الصلاة ، فلا يؤثّر فيها ذنبُ غيره .

فصـــــل

ولا بأس بالعمل اليسير فى الصـلاة للحـاجة . قال أحمـد : لا بأس أن يحمل الرجـل وَلَده فى الصلاة الفريضة ، لحديث أبى قَتادة ، وحـديث عائشة : « أَنَّها اسْتَفْتَحَتْ الْبَاب فَمَشَى النبيُّ صلى الله عليه وسلم وَهُوَ فى الصَّلَاةِ حَتَّى فَتَحَ ، لهَا وأمر النبيّ صلى الله عليه وسلم بِقَتْلِ الأسودَين فى الصَّلَاةِ[(٢)] ، فإذا رأى العَقْرَبَ خَطَا إِلَيْهَا وأَخَذَ النَّعْلَ ، وَقَتَلَهَا ، وردَّ النَّعْلَ إِلَى مَوْضِعِهَا ، لأن ابن عمر نظر إلى ريشةٍ فحسبها عقرباً فضَربها بنعْلِهِ . وحديث النبىّ ﷺ : « أَنَّهُ الْتَحفَ بإزاره وَهُوَ فى الصَّلَاةِ « فلا بأس إنْ سَقَطَ رداء الرَّجُلِ أن يَرْفَعَهُ ، فإن انحلّ إزارُه أن يَشدَّه . وإذا عتقت الأمة وهى تصلِّى اختمرت[(٣)]، وبَنَتْ على صلاتها ، وقال : من فعل كفعل أبى بَرْزَة حين مشى إلى الدابّة ، وقد أفلتت منه ، فصـلاته جائزة . وهذا لأن النبىّ ﷺ هو المشرِّع ، فما فعله أو أمر به فلا بأس به .

ومثل هذا ما رَوى سهلُ بن سعد أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم صلَّى على مِنْبَره ، فإذا أرادَ أَنْ يَسْجُدَ نَزَلَ عنْ المِنـبَرِ فَسَجَدَ بالأرْضِ ، ثُم رَجَـعَ إلى المِنْبَرِ كـذلك حَتَّى قَضَى صَلاَتَهُ » . وحـديث جابر فى صلاة الـكسوف قال : « ثُم تأخَّر وتأخَّرت الصُّفُوفُ خَلْفَهُ ، حَتَّى انْتَهَيْنَا إِلَى النِّسَاء ، ثُم تقدَّمَ ، وتقدَّم الناسُ مَعَهُ ، حَتَّى قام فى مَقَامِهِ » متفق عليـه . وعن أبى بَـكْرَةَ قال : كان رسولُ اللهِ صلى الله

(١) يضع من صلاته : يحط من قيمتها وينقصها .

(٢) حديث عائشة رواه أحمد وأصحاب السنن ، وحسنه الترمذى . وحديث أمره صلى الله عليه وسلم بقتل الأسودين فى الصلاة الحية والعقرب ، رواه أحمد وأصحاب السنن ، وصححه ابن حبان والحاكم .

(٣) اختمرت : لبست الخمار ، وهو (الطرحة) أو مثلها مما يغطى رأسها ورقبتها .

عليه وسلم يصلّى بنا ، فكان الحسنُ بن علىّ يجىء وهو صغير ، فكان كلما سجد النبىُّ صلى الله عليه وسلم وثب على ظهره ويرفع النبىُّ صلى الله عليه وسلم رأسه رفعاً رفيقاً حتى يضعه بالأرض » رواه الأثرم . وحديث عمرو بن شعيب ؛ أن النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يزل يدارىء[1] البهيمة حتى لصق بالجدر » . وحديث أبى سعيد ، بالأمر بدفع المارّ بين يدى المصلّى ، ومقاتلته إذا أبى الرجوع . فكلُّ هذا وأشباهه لا بأس به فى الصلاة ، ولا يُبطلها . ولو فعل هذا لغير حاجة كره ، ولا يُبطلها أيضاً ، ولا يتقدَّر الجائز من هذا بثلاث ، ولا بغيرها من العدد ، لأن فعل النبىّ صلى الله عليه وسلم الظاهرُ منه زيادتُه على ثلاثٍ ، حتى تأخر كتأخُّر الرجال ، فانتهوا إلى النساء ، وفى حمله أُمامة ووضعها فى كلّ ركعة وهذا فى الغالب يزيد على ثلاثة أفعال ، وكذلك مشىُ أبى برزة مع دابّته ، ولأن التقدير بابُه التوقيف وهذا لا توقيف فيه ولكن يرجع فى الكثير ، واليسير إلى العُرف فيما يُعدّ كثيراً أو يسيراً ، وكلّ ماشابه فعلَ النبىّ صلى الله عليه وسلم فهو معدود يسيراً .

وإن فعل أفعالا مُتفرّقة لو جُمعت كانت كثيرة ، وكلّ واحد منها بمُفرده يسير فهى فى حد اليسير ، بدليل حمل النبىّ ﷺ لأُمامة فى كلّ ركعة ، ووضعها ، وما كثُر وزاد على فعل النبىّ صلى الله عليه وسلم أبطل الصلاة ، سواء كان لحاجة أو غيرها . إلا أن يكون لضرورة ، فيكون حكمه حكم الخائف ، فلا تبطلُ صلاته به . وإن احتاج إلى الفعل الكثير فى الصلاة لغير ضرورة قطع الصلاة وفعله . قال أحمد : إذا رأى صبيّين يقتتلان يتخوف أن يلقى أحدهما صاحبه فى البئر ، فإنّه يذهبُ إليهما فيخلّصهما ويعود فى صلاته ، وقال إذا لزم رجل رجلاً فدخل المسجد ، وقد أقيمت الصلاةُ ، فلما سجد الإمام خرج الملزوم ، فإن الذى كان يلزم يخرُج فى طلبه ، يعنى ويبتدىء الصلاة . وهكذا لو رأى حريقاً يُريد إطفاءه ، أو غريقاً يُريد إنقاذه خرج إليه ، وابتدأ الصلاة ، ولو انتهى الحريق إليه ، أو السيل وهو فى الصلاة ، ففرّ منه ، بنى على صلاته ، وأتمّها صلاةَ خائفٍ ، لما ذكرنا من قبلُ ، والله أعلم .

« مسألة » ﴿ ولا يقطع الصلاة إلا الكلبُ الأسودُ البهيم ﴾ .

يعنى : إذا مرّ بين يديه ، هذا المشهور عن أحمد رحمه الله ، نقله الجماعة عنه . قال الأثرم : سُئل أبو عبد الله مايقطع الصلاة ؟ قال : لا يقطعها عندى شىء إلا الكلب الأسود البهيم ، وهذا قول عائشة . وحُكى عن طاوس ، ورُوى عن مُعاذ ، ومجاهد أنّهما قالا : الكلبُ الأسود البهيم شيطان ، وهو يقطع الصلاة . ومعنى البهيم الذى ليس فى لونه شىء سوى السواد .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقطعها الكلبُ الأسود ، والمرأة إذا مرّت ، والحمار . قال : وحديث

---

(١) يدارىء البهيمة : يدفعها عن المرور أمامه وهو يصلى .

عائشة من الناس من قال : ليس بحجّة على هذا . لأن المارّ غيرُ اللابث ، وهو فى التطوّع ، وهو أسهل ، والفرض آكدُ .

وحديث ابن عباس : مررتُ بين يدى بعض الصفّ . ليس بحجّة ، لأن سُترة الإمام سُترة لمن خلفه. ورُوى هذا القول عن أنس ، وعِكْرمة ، والحسن ، وأبى الأحوص ، ووجه هذا القول ماروى أبوهريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يَقْطَعُ الصَّلَاةَ الْمَرْأَةُ وَالْحِمَارُ وَالْكَلْبُ ، وَيَقِى ذَلِكَ مِثْلُ مُؤْخِرَةِ الرَّحْلِ »(١) . وعن أبى ذرّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ يصلِّى فإِنَّهُ يَسْتُرُهُ مِثْلُ آخِرَةِ الرَّحْلِ ، فإِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ يَدَيْهِ مِثْلُ آخِرَةِ الرَّحْلِ ، فإِنَّهُ يَقْطَعُ صَلَاتَهُ الحمارُ ، والمرأةُ ، والْكَلْبُ الأَسْود »(٢) قال عبدُ الله بن الصامت : ياأبا ذرّ ، مابال الكلب الأسود من الكلب الأحمر ، من الكلب الأصفر ؟ قال ياابن أخى : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما سألتنى فقال : « الكلبُ الأسودُ شَيْطَانٌ » رواهما مسلم وأبو داود وغيرهما . وقال النبى صلى الله عليه وسلم للذى مرّ بين يديه على حمار : « قَطَعَ صَلَاتَنَا » وقد ذكرنا هذا الحديث . وكان ابن عباس ، وعطاء يقولان : يقطع الصلاة ، الكلبُ والمرأة الحائض . ورواه ابن عباس، عن النبى ﷺ أخرجه أبو داود وابن ماجه . قال أبو داود : رفعه شُعبة ، ووقفه سعيدٌ ، وهشام ، وهُمام ، على ابن عباس . وقال عُروة والشعبىّ ، والثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى : لايقطع الصلاة شىء . لما روى أبو سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَ يَقْطَعُ الصَّلَاةَ شَىْءٌ » رواه أبو داود . وعن الفضل بن عباس قال : « أَتَانَا رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم وَنَحْنُ فى بَادِيَةٍ . فَصَلَّى فى صَحْرَاءَ لَيْسَ بَيْنَ يَدَيْهِ سُتْرَةٌ ، وحِمَارٌ لَنَا وكَلْبَانِ يَعْبَثَانِ بَيْنَ يَدَيْهِ ، فَمَا بَالَى ذلك » رواه أبو داود . وقالت عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى صلَاته مِنَ الليل ، وأنا مُعترِضَةٌ بَيْنَهُ وبَيْنَ القِبْلَةِ » وحديث ابن عباس « أَقْبَلْتُ رَاكِباً عَلَى حِمَارٍ أتَانٍ ، والنبىُّ صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى، فَمَرَرْتُ عَلَى بَعْضِ الصَّفِّ ، ونَزَلْتُ فأَرْسَلْتُ الأَتَانَ تَرْتَعُ ، فَدَخَلْتُ فى الصّف فلم يُنْكِرْ علىَّ أَحَدٌ » متفق عليهما .

وحديث زينبَ بنت أُمّ سَلَمة حين مرّت بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقطع صلاته ، ورُوى : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يُصَلِّى فجاءت جاريتَان من بَنِى عبد المطَّلب حتى أخذتا بُركْبَتَيه ففرَّع(٣) بَيْنَهُما فَمَا بالَى ذلك » .

---

(١) رواه أحمد ومسلم وابن ماجه . (٢) رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن .

(٣) فرع بينهما : بجد بينهما ولم يبال بهما .

ولنا حديث أبى هريرة وأبى ذرّ ، وحديث أبى سعيد : « لايَقْطَعُ الصَّلَاةَ شَىْءٌ » برويه مجـالد ابن سعيد ، وهو ضعيف فلا يُعارَض به الحـديث الصحيـح ، ثم حديثنا أخصّ ، فيجب تقـديمه لصحته وخصوصه . وحديث الفضل بن عباس فى إسناده مُقاتل : ثم يحتمل أن الـكلب لم يكن أسود ولا بهيماً ، ويجوز أن يكونا بعيدين . ثم هذه الأحاديث كلها فى المرأة ، والحمار يعارض حديث أبى هريرة وأبى ذرّ فيهما ، فيبقى الـكلب الأسود خالياً عن معارض ، فيجب القول به لثبُوته وخلوّه عن معارض .

فصـــل

ولا يقطع الصلاة شىء سوى ماذكرنا ، لا من الـكلاب ، ولا من غيرها ، لأن النبى صلى الله عليـه وسلم خصها بالذكر . وقيل له : مابال الـكلب الأسود ، من الـكلب الأحمر ، من الـكلب الأصفر ؟ قال : « الـكلبُ الأسْوَدُ شَيْطَانٌ » . الـكلب الأسود إذا لم يكن بهيماً لم يقطع الصلاة لتخصيصه البهيم بالذكر ، لقوله عليه السلام : « لَوْلَا أَنَّ الـكِلَابَ أُمَّةٌ مِنَ الْأُمَمِ لَأَمَرْتُ بِقَتْلِهَا ، فاقْتُلُوا مِنْهَا كُلَّ أَسْوَدَ بَهِيمٍ ، فإنّه شَيْطَانٌ » فبيّن أن الشيطان هو الأسود البهيم . قال ثعلب : البهيمُ : كل لون لم يخالطه لون آخرُ ، فهو بهيم ، فمتى كان فيـه لون آخرُ ، فليس ببهيم ، وإن كان بين عينيه نـكتتان تخالفا لونه لم يخرج بهـذا عن كونه بهيماً يتعلّق به أحكام الأسود البهيم ، من قطع الصـلاة ، وتحريم صيـده ، وإباحة قتله ، فإنه قد رُوى فى حديث : « عَلَيْـكُمْ بِالْأَسْوَدِ الْبَهِيمِ ذِى الغُرَّتَيْنِ فَإِنَّهُ شَيْطَانٌ » .

فصـــل

ولا فرق فى بطلان الصلاة بين الفرض والتطوع ، لعموم الحديث فى كل صـلاة ، ولأن مُبطلات الصلاة يتساوى فيها الفرض والتطوع فى غير هذا ، فـكذلك هذه . وقد رُوى عن أحمد كلامٌ يدل على التسهيل فى التطوع ، فالصحيح التسوية . وقد قال أحمـد : يحتجون بحـديث عائشة ، فإنه فى التطوع ، وما أعلم بين التطوّع والفريضة فرقاً إلاّ أن التطوع يُصلّى على الدابّة .

فصـــل

فإن كان الـكلب الأسود البهيم واقفاً بين يدى المصلّى ، أو نائماً ، ولم يمرّ بين يديه ، فعنه روايتان :

إحداها : تبطل : لأنه بين يديه ، أشبه المارّ ، وقد قالت عائشة : عَدَلْتُمونَا بالـكلاب ، والحُمُر . وذكرت فى معارضة ذلك أنها كانت تـكون مُعترضة بين يَدَىْ رسول الله ﷺ وهو يُصَلِّى كاعتراض الجنازة . فيدلّ ذلك على التسوية بينهما ، ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « يَقْطَعُ الصَّـلَاةَ المَرْأَةُ والحِمَارُ ، والـكَلْبُ » ولم يذكر مروراً .

والثانية : لاتبطل الصلاة به : لأن الوقوف ، والنوم مخالف لحـكم المرور ، بدليل أن عائشة كانت

تنام بين يدى رسول الله ﷺ فلا يكرهُه ، ولا يُنكره . وقد قال فى المارّ : « لأنْ يَقِفَ أَرْبعينَ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ» وكانَ يُصَلِّى إِلَى الْبَعِيرِ ، ولو مرّ بين يديه لم يدعه ، ولهذا منع البهيمة من المرور . وكان ابن عمر يقول لنافع : وَلِّنِى ظَهْرَكَ لِيَسْتَتِرَ به ، ممن يمر بين يديه . وقعد عمر بين يدى المُصلِّى يستره من المرور . فدلّ على أن الوقوف ليس فى حكم المرور ، فلا يقاس عليه . وقول النبى ﷺ : « يَقْطَعُ الصَّلاَةَ » لا بدّ فيه من إضمار المرور ، أو غيره فيتعين حمله عليه .

فصـــل

ومن صلّى إلى سترة فمرّ من ورائها مايقطع الصلاة لم تنقطع ، وإن مرّ من ورائهـا غير مايقطعها ، لم يكره لما مرّ من الأحاديث . وإن مرّ بينه و بينها قطعها إن كان مما يقطعها ، وإن لم يكن بين يديه سترة فمرّ بين يديه قريباً منه مايقطعها قطعها . وإن كانت مما لا يقطعها كُره . وإن كان بعيداً لم يتعلق به حكم ، ولا أعلم أحداً من أهل العلم حدّ البعيدَ من ذلك ، ولا القريب ، إلا أن عِكْرِمة قال : إذا كان بينك و بين الذى يقطع الصلاة قَذْفَةٌ بحجر لم يقطع الصلاة .

وقد رَوى عبد بن حميد فى مسنده ، وأبو داود فى سننه ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، قال : أحْسِبُهُ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ إِلَى غَيْرِ سُتْرَةٍ فإنه يقطعُ صَلاَتَهُ الكَلْبُ ، والحِمارُ ، والخِنْزِيرُ ، والمجوسِىُّ ، واليهودِىُّ ، والمرأةُ[1] . ويُجزى عنه إِذَا مَرُّوا بين يَدَيْهِ قَذْفَةٌ بِحَجَر » هذا لفظ رواية أبى داود . وفى مُسند عبد بن حُمَيد : « والنَّصْرانِىُّ ، والمَرْأَةُ ، الحائضُ » وهذا الحديث لو ثبت لتعيّن المصير إليه ، غير أنه لم يجزم برفعه ، وفيه ماهو متروك بالإجماع ، وهو ماعدا الثلاثة المذكورة ، ولايمكن تقييد ذلك بموضع السجود ، فإن قوله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيْنَ يَدَيْهِ مِثلُ آخِرَةِ الرَّحْلِ قَطَعَ صَلاَتَهُ الكَلْبُ الأَسْوَدُ » يدلّ على أن ماهو أبعد من السُّترة تنقطع صلاته بمرور الكلب فيه ، والسترة تكون أبعد من موضع السجود . والصحيح : تحديد ذلك بما إذا مشى إليه ، ودفع المارّ بين يديه لاتبطُل صلاته ، لأن النبىّ ﷺ أمر بدفع المارّ بين يديه ، فتقيّد لدلالة الإجماع بما يقرب منه ، بحيث إذا مشى إليه لم تبطل صلاته ، واللفظ فى الحديثين واحد . وقد تعذر حملهما على إطلاقهما ، وقد تقيّد أحدهما بدلالة الإجماع بقيد ، فتقيّد الآخرُ به ، والله أعلم .

---

(١) قال أبو داود إن زيادة الخنزير واليهودى والمجوسى فى هذه الرواية فيها نكارة .

فصـــــل

إذا صلَّى إلى سُترة مغصوبة ، فاجتاز وراءها كلب أسود ، فهـل تنقطع صـلاته ؟ فيه وجهان ، ذكرهما ابن حامد.

أحدهما : تبطل صلاته : لأنه ممنوع من نَصْبها والصلاة إليها ، فوجودها كعدمها .

والثانى : لاتبطُل : لقول النبىّ ﷺ « يَقِي ذَلِكَ مِثْـلُ آخِرَةِ الرَّحْلِ » وهَذَا قَدْ وُجِدَ . وأصل الوجهين إذا صلَّى فى ثوب مغصوب هل تصح صلاته ؟ على روايتين .

باب صلاة المسافر

الأصـل فى قصر الصلاة الـكتاب والسنة والإجمـاع . أما الـكتاب : فقول الله تعـالى (٤ : ١٠٠ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاَةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ ، الَّذِينَ كَفَرُوا) قال : يعنى ابن أمية « قلت لعمر بن الخطاب : (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاَةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا) وقد أمِنَ الناس . فقال : عجبتُ مما عجبتَ منه ، فسألت رسول الله ﷺ فقال : « صَدَقَةٌ تَصَدَّقَ اللهُ بِهَا عَلَيْكُمْ ، فاقبلوا صَدَقَتَهُ » أخرجه مسلم .

وأما السنة : فقد تواترت الأخبار أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يَقْصُر فى أسفاره ، حاجًّا ، ومُعتمراً ، وغازياً . وقال ابن عمـر : « صَحِبْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ حَتَّى قُبِضَ . يَعْنى فى السَّفَرِ ، وكان لايَزِيدُ عَلَى رَكْعَتَيْنِ ، وأبا بكرٍ حتَّى قُبِضَ ، وكان لايَزِيدُ عَلَى رَكْعَتَيْنِ ، وَعُمَرَ ، وَعُثْمان كذلكَ » . وقال ابن مسعود : « صَلَّيْتُ مَعَ النبىِّ صلى الله عليه وسلم رَكْعَتَيْنِ ، وَمَعَ أَبى بَكْرٍ رَكْعَتَيْن ، ومع عمر رَكْعَتَيْنِ ، ثم تَفَرَّقَتْ بكمُ الطُّرُقُ . وَوَدِدْتُ أَنَّ لِيَ مِنْ أَرْبَعٍ رَكْعَتَيْنِ مُتَقَبَّلَتَيْنِ » . وقال أنس : « خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم إِلَى مَكَّةَ ، فَصَلَّى رَكْعَتَيْنِ حَتَّى رَجَعَ ، وَأَقَمْنا بِمَكَّةَ عَشْراً نَقصُرُ الصَّلاَةَ حَتَّى رَجَعَ » متفق عليه .

وأجمع أهل العلم على أن من سافر سفراً تُقصَر فى مثله الصلاة فى حَجٍّ أو عمرةٍ ، أو جهادٍ : أَنَّ له أن يَقصرَ الرباعيَّة ، فيصلِّيَها ركعتين .

« مسألة » قال ﴿ وإذا كانت مسافة سفره ستة عشر فرسخاً ، أو ثمانيـة وأربعين ميلا بالهـاشمىّ فله أن يقصُر ﴾ .

قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : فى كم تُقصَر الصلاة ؟ قال : فى أربعةِ بُرُدٍ ،قيل له : مسيرةُ يوم تامّ ؟ قال : لا . أربعةُ بُرُدٍ : سِتَّةَ عَشَرَ فَرْسَخاً ، ومَسِيرةُ يَوْمَيْنِ . فمذهب أبى عبد الله : أن القصر لايجوز فى أقلَّ من ستةَ عَشَر فرسخاً ، والفرسخ : ثلاثة أميال ، فيـكون ثمانيةً وأربعين ميلاً . قال القاضى : والميلُ : اثنـا عشر ألف قـدم ، وذلك مسيرةُ يومين قاصدَيْن . وقد قدّره ابن عباس فقال : من عُسْفَانَ إلى مَكة ، ومن الطائف إلى مكة ، ومن جُدّة إلى مكة . وذكر صاحبُ المسالك : أن من دِمَشق إلى القَطِيفَة أربعةً وعِشْرين ميلاً ، ومن دمشق إلى الـكسوة اثنى عشر ميلا ، ومن الـكسوة إلى جاسم أربعةً وعشرين ميلاً . فعلى هـذا تـكون مسافة القصر يومين قاصدين . وهـذا قول ابن عباس ، وابن عمر . وإليه ذهب مالك ، والليث ، والشافعىّ ، وإسحق .

ورُوى عن ابن عمر : أنه كان يقصُر فى مسيرة عشْرِ فراسخ ، قال ابن المُنذر : ثبت أن ابن عمر كان يَقْصُرُ إلى أرض له ، وهى ثلاثون مِيلاً .

ورُوى نحو ذلك عن ابن عباس ، فإنّه قال : يقصُر فى اليوم ، ولا يقصُر فيما دونه . وإليه ذهب الأوزاعىّ . وقال : عامّة العلماء يقولون : مسيرةُ يوم تامّ ، وبه نأخذ . ويُروى عن ابن مسعود : أنه يقصُر فى مسيرة ثلاثة أيام ، وبه قال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « يَمْسَحُ الْمسافِرُ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنَّ » وهذا يقتضى أن كلَّ مسافر له ذلك ، ولأن الثلاثة متفق عليها ، وليس فى أقلّ من ذلك توقيف ولا اتفاق .

وروى عن جماعة من السلف رحمةالله عليهم مايدلّ على جواز القصر فى أقلّ من يوم . فقال الأوزاعىّ : كان أنس يقصُر فيما بينه وبين خمسة فراسخ ، وكان قَبِيصَةُ بنُ ذؤيب وهانىء بن كلثوم ، وابن مُحَيْرِيز يقصُرون فيما بين الرملة وبيت المقدس .

ورُوى عن علىّ رضى الله عنه : أنه خرج من قصره بالكوفة حتى أتى النُّخَيْلَة فصلَّى بها الظهر ، والعصر ، ركعتين ، ثم رجع من يومه ، فقال : أردتُ أن أُعلِّمَكُمْ سُنَّتَكُمْ . وعن جُبَيْرِ بن نُفَيْر قال : « خَرَجْتُ مَعَ شُرَحْبِيلَ بنَ السِّمْطِ إلى قَرْيَةٍ عَلَى رَأْسِ سَبْعَةَ عَشَرَ ميلاً . أو ثَمانِيَةَ عَشَرَ ميلاً فصلَّى ركعتين ، فقلت له : فقال : رأيتُ عمر بن الخطاب يُصلِّى بالْحُلَيْفَةِ رَكْعَتَيْنِ ، وقال : إنما فعلتُ كما رأيتُ النبىَّ صلى الله عليه وسلم يَفْعَلُ » رواه مسلم .

ورُوى أن دِحْيَةَ الْكَلْبِيَّ خرج من قرية من دمشق مرّة إلى قدر ثلاثة أميال ، فى رمضان . ثم إنه أفطر ، وأفطر معه أُناس . وكره آخرون أن يُفطروا ، فلما رجع إلى قريته قال : « وَاللهِ لَقَدْ رَأَيْتُ الْيَوْمَ أَمْراً مَا كُنْتُ أَظُنُّ أَنِّى أَرَاهُ ، إنَّ قَوْماً رَغِبُوا عَنْ هَدْىِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، يَقُولُ ذَلِكَ لِلَّذِينَ صَامُوا قَبْلُ » رواه أبو داود . ورَوى سعيد ، حدثنا هاشم ، عن أبى هارون الْعَبْدِىّ ، عن أبى سعيد الْخدرى قال : « كان رسول الله ﷺ إذَا سافَرَ فَرْسَخاً قصرَ الصَّلاَةَ » . وقال أنس : « كان رسُولُ اللهِ ﷺ إذا خرج مسيرةَ ثلاثة أميال ، أو ثلاثة فراسخ صلَّى ركعتين » شُعْبَةُ الشَّاكّ ، رواه مسلم ، وأبو داود .

واحتجّ أصحابنا بقول ابن عباس ، وابن عمر ، قال ابن عباس : ياأهل مكة ، لاتَقصُرُوا فى أدنى من أربعة بُرُد ، من عُسْفانَ إلى مكة . قال الخطّابىّ : وهو أصحّ الروايتين ، عن ابن عمر . ولأنها مسافة تجمع مَشَقّة السفر ، من الحَلِّ والشدّ ، فجاز القصر فيها ، كمسافة الثلاث ، ولم يجز فيما دونها . لأنه لم يثبت دليل يوجب القصر فيه ، وقول أنس : « إنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَانَ إذَا خَرَجَ مَسِيرَةَ ثَلاَثَةِ أَمْيَالٍ ، أَوْ ثَلاثَةَ فَراسِخَ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ » يحتمل أنه أراد به إذا سافر سفراً طويلا قصر إذا بلغ ثلاثة أميال .

كما قال فى لفظه الآخر : « إنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم صلَّى بالمَدِينَةِ أَرْبَعاً ، وبِذِى الْحُلَيْفَةِ رَكْعَتَيْنِ » . قال المصنّف : ولا أرى لما صار إليه الأئمة حُجَّةً ، لأن أقوال الصحابة مُتعارضة مختلفة ، ولا حُجّة فيها مع الاختلاف .

وقد رُوى عن ابن عباس ، وابن عمر ، خلافُ مااحتجَّ به أصحابنا . ثم لو لم يوجد ذلك لم يكن فى قولهم حُجَّةٌ مع قول النبى ﷺ وفعلِه . وإذا لم تثبت أقوالهم امتنع المصيرُ إلى التقدير الذى ذكروه لوجهين :

أحدهما : أنه مخالف لسنَّة النبىّ ﷺ التى رويناها ، ولظاهر القرآن . لأن ظاهره إباحة القصر لمن ضرب فى الأرض . لقوله تعالى : (٤ : ١٠٠ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ) وقد سقط شرط الخوف بالخبر المذكور عن يَعْلَى بن أُميَّة ، فبقى ظاهر الآية متناولا كلَّ ضَرْبٍ فى الأرض . وقول النبى ﷺ : « يَمْسَحُ الْمُسَافِرُ ثلاثة أيام » جاء لِبَيان أكثر مُدَّة المسح . فلا يصح الاحتجاج به هاهنا ، وعلى أنه يُمكنه قطعُ المسافة القصيرة فى ثلاثة أيام . وقد سمَّاه النبى ﷺ سَفَراً ، فقال : « لا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ تُسَافِرُ مَسِيرَةَ يَوْمٍ إِلاَّ مَعَ ذِى مَحْرَمٍ » .

والثانى : أن التقدير بابه التوقيف . فلا يجوز المَصِيرُ إليه برأى مجرَّد سيَّما وليس له أصل يُرَدُّ إليه ، ولا نظير يقاس عليه ، والحجَّة مع من أباح القصر لكلِّ مسافر إلا أن ينعقد الإجماع على خلافه .

فصــــل

وإذا كان فى سفينة فى البحر فهو كالبرّ ، إن كانت مسافةُ سفره تبلُغ مسافة القصر أُبيح له ، وإلا فلا ، سواء قطعها فى زمن طويل ، أو قصير اعتباراً بالمسافة . وإن شك هل السفر مُبيح للقصر أو لا ؟ لم يُبَح له ، لأن الأصل وجوب الإتمام ، فلا يزول بالشكّ . وإن قَصَر لم تصحّ صلاته . وإن تبيَّن له بعدها أنه طويل ، لأنَّه صلَّى شاكًّا فى صحة صلاته ، فأشبه مالو صلَّى شاكًّا فى دُخول الوقت .

فصــــل

والاعتبار بالنيَّة لا بالفعل ، فيُعتبر أن ينوىَ مسافةً تُبيحُ القَصر . فلو خرج يقصد سفراً بعيداً ، فقصر الصلاة ، ثم بدا له فرجع ، كان ماصلاَّه ماضياً صحيحاً ، ولا يقْصُر فى رجوعه ، إلاَّ أن تكون مسافة الرجوع مُبيحةً بنفسها ، نصَّ أحمد على هذا . ولو خرج طالباً لعبدٍ آبق ، لا يعلم أين هو ؟ أو مُنتجعاً غيثاً ، أو كَلَأً متى وجده أقام ، أو رجع ، أو سائحاً فى الأرض لا يقصد مكاناً لم يُبَح له القصر . وإن سار أيَّاماً . وقال ابن عقيل : يباح له القصر إذا بلغ مسافة مُبيحة له ، لأنه مسافر سفراً طويلا .

ولنا : أنه لم يقصد مسافة القصر ، فلم يُبَح له كابتداء سفره ، ولأنه لم يُبِح القَصْرَ فى ابتدائه ، فلم يُبِحْهُ فى أثنائه ، إذا لم يُغيِّر نيَّته ، كالسفر القصير ، وسفر المعصية . ومتى رجع هذا يقصد بلده ، أو نوى

مسافة القصر ، فله القصر لوجود نيّته المبيحة . ولو قصد بلداً بعيداً أو فى عزمه أنه متى وجد طَلِبَتَهُ[1] دونه رجع أو أقام ، لم يُبَح له القصر ، لأنه لم يَجزم بسفر طويل . وإن كان لا يرجع ، ولا يقيم بوجوده فله القصر .

فصل

ومتى كان لمقصده طريقان يُباح القصر فى أحدهما دون الآخر ، فسلك البعيد ليقصُر الصلاة فيه أُبيحَ له ، لأنه مسافر سفراً بعيداً مباحاً ، فأبيح له القصر ، كما لو لم يجد سِواه ، أو كان الآخرُ مَخُوفاً أو شاقاً .

فصل

وإن خرج الإنسان إلى السفر مُكرهاً ، كالأسير ، فله القصر إذا كان سفرُه بعيداً ، نص عليه أحمد . وقال الشافعىّ : لا يقصُر ، لأنه غيرُ ناوٍ للسفر ، ولا جازم به ، فإنَّ نِيَّته أنه متى أفْلَتَ رجع .

ولنا : أنه مسافر سفراً بعيداً غيرَ مُحَرَّم ، فأبيح له القصر ، كالمرأة مع زوجها ، والعبد مع سيّده ، إذا كان عزمهما أنه لو مات ، أو زال ملكهما رجع ، وقياسهم مُنتقض بهذا .

إذا ثبت هذا فإنَّه يُتمُّ إذا صار فى حُصونهم ، نصَّ عليه أيضاً ، لأنه قد انقضى سفره . ويحتمل أنه لا يلزمه الإتمامُ ، لأنَّ فى عزمه أنه متى أفلت رجع ، فأشبه المحبوس ظلماً .

« مسألة » قال ﴿ إذا جاوز بيوت قريته ﴾ .

وجملته : أنه ليس لمن نوى السفرَ القصرُ حتَّى يخرُج من بيوت قريته ، ويجعلَها وراء ظهره . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . وحُكى ذلك عن جماعة من التابعين . وحُكى عن عطاء ، وسليمان بن موسى ، أنهما أباحا القصر فى البلد لمن نوى السفر . وعن الحارث بن أبى ربيعة « أنه أراد سفراً فصلَّى بهم فى منزله ركعتين ، وفيهم الأسودُ بنُ يزيد ، وغيرُ واحد من أصحاب عبد الله » . ورَوى عُبَيد بن جُبَير قال : كنتُ مع أبى بَصْرة الغِفارىّ فى سفينة ، من الفُسطاط فى شهر رمضان ، فدفع ، ثم قَرُب غداؤه ، فلم يُجاوز البيوتَ حتى دعا بالسُّفْرَة . ثم قال : اقتربْ ، قلت : ألستَ ترى البُيوت ؟ قال أبو بَصْرة : أترْغَبُ عَنْ سُنَّة رسول الله ﷺ ؟ فأكَلَ » رواه أبو داود .

ولنا : قول الله تعالى (٤ : ١٠٠ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاَةِ) ولا يكون ضارباً فى الأرض حتى يخرُج . وقد رُوى عن النبى ﷺ « أنَّه كَانَ يَبْتَدِىءُ القَصْرَ إِذَا خَرَجَ مِنَ المَدِينَةِ » قال أنس : « صَلَّيْتُ مع النبى صلى الله عليه وسلم الظهرَ بالمَدِينَةِ أرْبعاً ، وبِذِى الْحُلَيْفَةِ رَكْعَتَيْنِ » متفق عليه . فأمَّا أبو بَصْرة فإنَّه لم يأكل حتى دفع ، وقوله : لم يُجاوز البيوت : معناه ـ والله أعلم ـ لم يبعُد منها ، بدليل قول عُبَيْدٍ له : ألست ترى البيوت ؟

---

(١) طلبته : حاجته .

إذا ثبت هذا : فإنه يجوز له القصر وإن كان قريباً من البيوت . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للذى يريد السفر : أن يقصر الصلاة إذا خرج من بيوت القرية التى يخرج منها . ورُوى عن مجاهد أنه قال : إذا خرجت مسافراً فلا تقصر الصلاة يومك ذلك إلى الليل ، وإذا رجعت ليلا فلا تقصر ليلتك حتى تُصبح .

ولنا : قول الله تعالى (٤ : ١٠٠ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ) وأن النبيّ ﷺ « كَانَ إِذَا خَرَجَ مِنَ الْمَدِينَةِ لَمْ يَزِدْ عَلَى رَكْعَتَيْنِ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْهَا » وحديث أبى بَصْرة . وقال عبدالرحمن الهمذانى : خرجنا مع علىّ رضى الله عنه مَخْرجه إلى صِفِّين ، فرأيته صلَّى ركعتين بين الجِسْر ، وقنطرة الكوفة . وقال البخارىّ : خرج علىّ فقَصَرَ . وهو يرى البُيوت ، فلما رجع قيل له : هذه الكوفة . قال : لا ، حتى نَدْخُلَها ، ولأنه مُسافر ، فأبيح له القصر كما لو بَعُد .

فصــــل

وإن خرج من البلد وصار بين حيطان بساتينه فله القصر ، لأنه قد ترك البيوت وراء ظهره ، وإن كان حول البلد خراب قد تهدَّم ، وصار فضاء أُبيح له القصر فيه لذلك ، وإن كانت حيطانه قائمةً فكذلك . قاله الآمدىّ . وقال القاضى : لا يُباح ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن السُّكْنَى فيه مُمكنة ، أشبه العامر .

ولنا : أنها غير مُعدَّة للسُّكْنَى ، أشبهت حيطان البساتين ، وإن كان فى وسط البلد نهر فاجتازه فليس له القصر ، لأنه لم يخرج من البلد ، ولم يُفارق البنيان ، فأشبه الرَّحْبَةَ ، والميدان فى وسط البلد . وإن كان للبلد محالّ كل مَحَلَّة مُنفردة عن الأخرى كبغداد ، فمتى خرج من مَحَلَّتِهِ أُبيح له القصر إذا فارق مَحَلَّته . وإن كان بعضها مُتَّصلا ببعض لم يقصُر حتى يُفارق جميعَها . ولو كانت قريتان متدانيتين فاتَّصل بناء إحداهما بالأخرى فهما كالواحدة ، وإن لم يتَّصل فلكلِّ قريةٍ حكم نفسها .

فصــــل

وإذا كان البدوىّ فى حِلَّة لم يقصُر حتى يُفارق حِلَّته ، وإن كانت حِلَلاً ، فلكلِّ حِلَّةٍ حكمُ نفسها ، كالقرى ، وإن كان بيته مُفرداً فحتى يفارق منزله ، ورَحْله ، ويجعله وراء ظهره ، كالحضرىّ .

« مسألة » قال ﴿ إذا كان سفره واجباً أو مُباحاً ﴾ .

وجملته : أن الرُّخَص المختصَّة بالسفر ، من القصر ، والجمع ، والفطر ، والمسح ثلاثاً ، والصلاة على الراحلة تطوُّعاً ، يُباح فى السفر الواجب ، والمندوب ، والمباح ، كسفر التجارة ، ونحوه ، وهذا قول أكثر أهل العلم .

وروى ذلك عن علىّ ، وابن عباس ، وابن عمر . وبه قال الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ،

وأهل المدينة ، وأصحاب الرأى . وعن ابن مسعود : لايقصُر إلا فى حَجٍّ أو جهاد ، لأن الواجب لايُترك إلا لواجب . وعن عطاء كقول الجماعة ، وعنه : لايقصر إلا فى سبيلٍ من سُبُل الخير ، لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم إنما قَصَر فى سفر واجب أو مندوب .

ولنا : قول الله تعالى (٤ : ١٠٠ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ) وقوله تعالى (١ : ١٨٤ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ[(١)]) . وقالت عائشة : « إِنَّ الصَّلَاةَ أَوَّلَ مافُرِضَتْ رَكْعَتَانِ ، فَأُقِرَّتْ صَلَاةُ السَّفَرِ ، وَأُتِمَّتْ صَلَاةُ الْحَضَرِ » متفق عليه . وعن ابن عباس رضى الله عنه قال : « فَرَضَ اللهُ الصَّلَاةَ على لِسَانِ نَبِيِّكُمْ فِى الْحَضَرِ أَرْبَعاً ، وفى السَّفَرِ رَكْعَتَيْنِ ، وَفِى الْخَوْفِ رَكْعَةً » رواه مسلم . وقال عمر رضى الله عنه : « صَلَاةُ السَّفَرِ رَكْعتَانِ ، والْجُمُعَةُ رَكْعتَانِ ، وَالعِيدُ رَكْعتَانِ ، تمامٌ غَيْرُ قَصْرٍ على لِسَانِ مُحَمَّدٍ ﷺ ، وَقَدْ خَابَ مَنِ افْتَرَى » رواه سعيد ، وابن ماجه .

ورُوِى عن إبراهيم أنه قال : « أَتَى رسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم رَجُلٌ فقال : يَارسُولَ اللهِ ، إِنِّى أُرِيدُ البَحْرَيْنِ فى تِجَارةٍ ، فَكَيْفَ تَأْمُرُنِى فى الصلاَةِ ؟ فقال له رسولُ اللهِ ﷺ : صَلِّ رَكْعَتَيْنِ » رواه سعيد ، عن أبى معاوية ، عن الأعمش ، عن إبراهيم . وقال صفوان بن عسَّال : « أَمَرَنَا رسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم إِذَا كُنَّا مُسَافِرِينَ أَوْ[(٢)] سَفْراً أَنْ لاَ نَنْزِعَ خِفَافَنَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنَّ » وهذه النصوصُ تدلّ على إباحة الرُّخَص فى كل سفر ، وقد كان النبىُّ صلى الله عليه وسلم يترخّص فى عَوْدِهِ من سَفَرِهِ ، وهو مباح .

فصـــل

ولا تباح هذه الرُّخَصُ فى سفر المعصية كالإباق ، وقطع الطريق ، والتجارة فى الخمر ، والمحرَّمات .

---

(١) وردت هذه الآية فى الطبعة التى علقنا عليها ، وفى طبعة المنار التى عليها الشرح الكبير : هكذا « وإن كنتم مرضى أو على سفر فعدة من أيام أخر » وجعلت فى طبعة الشيخ حامد الفقى الآية ١٨٤ من السورة الثانية ، وقد أثبتنا الآية هنا صحيحة وصححنا رقم السورة .

(٢) لفظة « أو » ساقطة فى هذا الموضع من النسخة التى علقنا عليها ، ومن الطبعة الأولى التى عليها الشرح الكبير ، فأثبتناها ليصح الحديث ، و« أو » شك من الراوى : هل قال النبى صلى الله عليه وسلم إذا كنتم مسافرين أو قال : إذا كنتم سفراً ، والفرق بين المسافرين والسفر أن السفر اسم جمع للمسافر ، والمسافرين جمع مذكر سالم للمسافر .

نصّ عليه أحمد ، وهو مفهوم كلام الخِرَقيّ لتخصيصه الواجب والمباح ، وهذا قول الشافعيّ . وقال الثوريّ والأوزاعيّ ، وأبو حنيفة : له ذلك ، احتجاجاً بما ذكرنا في النصوص ، ولأنه مسافر ، فأبيح له الترخّص كالمطيع .

ولنا قول الله تعالى (فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ) أباح الأكل لمن لم يكن عادياً ولا باغياً ، فلا يباح لباغ ولا عاد . قال ابن عباس : غيرَ باغ على المسلمين ، مفارقٍ لجماعتهم ، يُخيف السبيل ، ولا عاد عليهم . ولأن الترخّص شُرع للإعانة على تحصيل المقصد المباح ، توصّلا إلى المصلحة . فلو شرع هاهنا لشُرع إعانةً على المحرّم تحصيلا للمفسدة ، والشرعُ منزّه عن هذا . والنصوص وردت في حق الصحابة ، وكانت أسفارُهم مُباحةً ، فلا يثبُت الحكم فيمن سفرُه يُخالف سفرهم ، ويتعيّن حمله على ذلك جمعاً بين النصّين ، وقياس المعصية على الطاعة بعيدٌ لتضادّهما .

فصــل

فإن عدم العاصي بسفره الماء فعليه أن يَتَيَمَّمَ لأن الصلاة واجبة لا تسقط ، والطهارة لها واجبة أيضاً ، فيكون ذلك عزيمة . وهل تلزمه الإعادة ؟ على وجهين :

أحدهما : لا تلزمه : لأن التيمّم عزيمة بدليل وجوبه ، والرخص لا تجب .

والثاني : عليه الإعادة : لأنه حكم يتعلّق بالسفر ، أشبه بقيّة الرخّص ، والأول أولى ، لأنه أتى بما أُمر به من التيمم والصلاة ، فلم يلزمه إعادتها ، ويفارق بقية الرخص ، فإنه يُمنع منها ، وهذا يجب فعلهُ . ولأن حكم بقية الرخص المنعُ من فعلها . ولا يمكن تعدية هذا الحكم إلى التيمم ، ولا إلى الصلاة ، لوجوب فعلهما ، ووجوب الإعادة ليس بحكم في قضية الرُّخَص ، فكيف يمكن أخذه منها ، أو تعديته عنها . ويُباح له المسح يوماً وليلةً ، لأن ذلك لا يختصُّ السفر ، فأشبه الاستجمار ، والتيمُّم ، وغيرهما من رُخص الحَضَر . وقيل لا يجوز لأنه رُخصة ، فلم تُبَح له كرخص السفر ، والأول أولى ، وهذا ينتقض بسائر رُخص الحضر .

فصــل

إذا كان السفر مباحاً ، فغيَّر نيته إلى المعصية انقطع الترخُّص ، لزوال سببه . ولو سافر لمعصية فغيَّر نيته إلى مباح صار سفراً مباحاً ، وأُبيح له مايباح في السفر المباح ، وتُعتبر مسافة السفر من حين غيَّر النية ، ولو كان سفره مباحاً فنوى المعصية بسفره ، ثم رجع إلى نية المباح اعتُبرت مسافةُ القصر من حين رُجوعه إلى نيّة المباح ، لأن حكم سفره انقطع بنيّة المعصية ، فأشبه ما لو نوى الإقامة ، ثم عاد فنوى السفر . فأما إن كان السفر مُباحاً لكنه يعصى فيه لم يمنع ذلك الترخُّص ، لأن السبب هو السفر المباح ، وقد وُجد فثبت حكمه ، ولم يمنعه وجود معصية ، كما أن معصيته في الحضر لا تمنع الترخُّص فيه .

فصـــل

وفى سفر التنزُّه والتفرُّج روايتان :

إحداهما : تُبيح الترخّص : وهـذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، لأنه سـفر مباح فدخل فى عموم النصوص المذكورة ، وقياساً على سفر التجارة .

والثانية : لا يترخّص فيه . قال أحمد : إذا خرج الرجل إلى بعض البلدان تنزُّهاً ، وتلذُّذاً ، وليس فى طلب حـديث ، ولا حجٍ ، ولا عُمرة ، ولا تجارة ، فإنه لا يَقصرُ الصلاة ، لأنه إنما شُرع إعانةً على تحصيل المصلحة ، ولا مصلحة فى هذا ، والأول أولى .

فصـــل

فإن سافر لزيارةالقبور والمشاهد . فقال ابن عقيل : لا يُباح له الترخُّص ، لأنه منهىّ عن السفر إليها . قال النبى ﷺ : « لاَ تُشَدُّ الرِّحالُ إلاَّ إلَى ثَلاَثَةِ مَسَاجِدَ » متفق عليـه . والصحيح إباحتُه ، وجواز القصرفيه ، لأن النبى ﷺ كان يأتى قُباءَ راكباً ، وماشياً . وكان يزور القبور . وقال : « زُورُوها تُذَكِّرُكُمُ الآخِرَةَ » وأما قوله ﷺ : « لاَتُشَدُّ الرِّحَالُ إلاَّ إلَى ثَلاَثَةِ مَسَاجِدَ » فيُحمل على نفى التفضيل ، لا على التحريم ، وليست الفضيلة شرطاً فى إباحة القصر ، فلا يضرّ انتفاؤها .

فصـــل

والملاَّح الذى يسير فى سفينة ، وليس له بيت سوى سفينته فيهـا أهله ، وتنُّورُه ، وحاجته ، لا يباح له الترخُّص . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن المَلاَّح : أيقصُر و يُفطر فى السفينة ؟ قال : أما إذا كانت السفينةُ بيتَه فإنه يُتِمّ ويصومُ ، قيل له : وكيف تـكونَ بَيْتَه ؟ قال : لا يكون له بيت غيرُها ، معه فيها أهلهُ ، وهو فيها مُقيم . وهـذا قول عطـاء . وقال الشافعى : يَقْصُر و يُفطر ، لعموم النصوص . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إنَّ اللهَ وَضَعَ عَنِ المُسَافِرِ الصَّوْمَ وَشَطْرَ الصَّلاَةِ » رواه أبو داود . ولأنَّ كون أهله معه لا يمنع الترخُّص كالجَمَّال[1] .

ولنـا : أنه غير ظاعن عن منزله ، فلم يُبح له الترخُّص كالمقيم فى المدن . فأما النصوص ، فإن المراد بها الظاعن عن منزله ، وليس هـذا كذلك . وأما الجمال ، والمُـكارىّ[2] فلهم الترخّص وإن سافروا بأهلهم .

---

(١) يعنى أن الجمال الذى يسافر بجمله لتوصيل المسافرين ، ومعه أهله ، يباح له القصر والإفطـار ، فـكذلك ملاح السفينة .

(٢) المـكارى : الذى يـكرى دابته سواء كانت حماراً أو حصاناً أو غيرهما ليركبها المسافرون ، فهذا إذا كان معه أهله ومتاعه فى سفره يباح له قصر الصلاة والإفطار والمسح على الخفين . ومثل الجمال والمسافر

قال أبو داود : سمعتُ أحمدَ يقول فى المُكارى الذى هو دهرَه فى السفر : لابد من أنْ يقْدَم ، فيقيمَ اليوم ، قيل : فيقيمُ اليوم واليومين ، والثلاثةَ فى تهيئه للسفر . قال : هـذا يقْصُر . وذكر القاضى ، وأبو الخطّاب : أنه ليس له القصر ، كالملاَّح ، وهـذا غيرُ صحيح ، لأنه مسافر مشقوق عليـه ، فكان له القصرُ كغيره . ولايصحّ قياسه على الملاَّح ، فإن الملاَّح فى منزله سفراً وحضراً ، ومعه مَصالحه وتنُّوره وأهله ، وهذا لايوجد فى غيره . وإن سافر هـذا بأهـله كان أشقَّ عليه ، وأبلغ فى استحقاق الترخُّص . وقد ذكرنا نص أحمد فى الفرق بينهما ، والنصوص متناولة لهذا بعمومها ، وليس هو فى معنى المخصوص ، فوجب القول بثبوت حكم النصّ فيه ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ومن لم ينو القَصر فى وقت دخوله إلى الصلاة لم يقصُر ﴾ .

وجملته : أن نية القصر شرط فى جوازه ، ويعتبر وجودها عنـد أول الصلاة كنية الصلاة ، وهـذا قول الخِرَقىّ واختاره القاضى . وقال أبو بكر : لاتُشترط نيّته لأن مَنْ خُيِّر فى العبادة قبل الدخول فيها خُيِّر بعد الدخول فيها كالصوم . ولأن القصر هو الأصل ، بدليل خبر عائشة ، وعمر ، وابن عباس ، فلا يحتـاج إلى نية كالإتمام ، فى الحضر . ووجه الأول : أن الإتمام هو الأصـلُ على ماسنذكره فى مسـألة (لِلْمُسافِرِ أَنْ يَقْصُرَ ولَهُ أنْ يُتِمّ) وإطلاق النية ينصرف إلى الأصل ، ولاينصرف عنه ، إلا بتعيين مايصرفه إليه ، كما لو نوى الصلاة مطلقاً ، ولم ينو إماماً ولا مأموماً ، فإنّه ينصرف إلى الانفراد ، إذ هو الأصـل ، والتفريع يقع على هـذا القول . فلو شك فى أثنـاء صلاته : هل نوى القصر فى ابتدائها أو لا ؟ لزمه إتمامُها احتياطاً . لأن الأصل عدمُها . فإن ذكر بعـد ذلك أنه كان قد نوى القصر لم يَجُز له القصر ، لأنه قد لزمه الإتمامُ ، فلم يزل . ولو نوى الإتمامَ أو ائتمّ بمُقيم فسدت الصلاةُ وأراد إعادتها لزمه الإتمامُ أيضاً ، لأنهـا وجبت عليـه تامّةً بتلبُّسه بها خلف المُقيم ، ونيّة الإتمـام ، وهـذا قول الشـافعىّ . وقال الثورىّ ، وأبو حنيفة : إذا فسدت صلاة الإمام عاد المسافرُ إلى حاله .

ولنـا : أنها وجبت بالشروع فيها تامّةً ، فلم يَجُز له قصرُها ، كما لو لم تَفْسُد .

فصـــل

ومن نوى القصر ، ثم نوى الإتمام ، أو نوى مايلزمه به الإتمامُ من الإقامة ، أو قلب نيَّته إلى سفر معصية ، أو نوى الرجوع عن سفره ، ومسافةُ رجوعه لايُباح فيه القصرُ ، ونحو هذا لزمه الإتمامُ ، ولزم مَنْ خلفه متابعتُه ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك : لايجوز له الإتمـام ، لأنه نوى عدداً ، فإذا زاد عليه حصلت الزيادة بغير نيّة .

صاحب السيارة أو الطائرة أو سائقها الذى ينقل بها المسافرين ، فيباح لهؤلاء جميع رخص السفر ، وإن كان معهم أهلهم .

ولنا : أن نية صلاة الوقت قد وُجدت ، وهى أربع ، وإنما أبيح ترك ركعتين رُخْصَةً . فإذا أسقط نية الترخّص صحت الصلاة بنيتهما ، ولزمه الإتمام ، ولأن الإتمام الأصلُ ، وإنما أُبيح تركه بشرطٍ، فإذا زال الشرط عاد الأصل إلى حاله .

فصل

وإذا قَصَر المسافر مُعتقداً لتحريم القصر لم تصح صلاته ، لأنه فعل مايعتقدُ تحريمه فلم يقع مُجزئاً ، كمن صلَّى يعتقد أنه محدث ، ولأن نية التقرب بالصلاة شرط ، وهذا يعتقد أنه عاص فلم تحصل نية التقرّب .

« مسألة » قال ﴿ والصبحُ والمغربُ لا يُقصران ، وهذا لاخلاف فيه ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن لا يَقْصُر فى صلاة المغرب ، والصبح ، وأن القصر إنما هو فى الرباعية ، ولأن الصبح ركعتان ، فلو قُصرت صارت ركعة ، وليس فى الصلاة ركعة إلا الوتر ، والمغرب وتر النهار ، فلو قصر منها ركعةً لم تبق وتراً ، وإن قُصرت اثنتان صارت ركعةً ، فيكون إجحافاً بها ، وإسقاطاً لأكثرها . وقد رَوى عليّ بن عاصم ، عن داود بن أبى هند ، عن عامر ، عن عائشة أم المؤمنين قالت : (افْتَرَضَ اللهُ الصَّلاةَ عَلَى نَبِيّكُمْ صلى الله عليه وسلم بِمَكَّةَ رَكْعَتَيْنِ رَكْعَتَيْنِ إلاَّ صَلاةَ المغرب ، فلمَّا هاجَرَ إلى المَدينةِ فأقامَ بِهـا ، واتَّخَذَهَا دارَ هِجْرَةٍ زادَ إلى كُلِّ رَكْعَتَيْنِ رَكْعَتَيْنِ إلا صَلاةَ الْغَداةِ ، لِطُولِ القِراءَةِ فِيهَا ، وإلاَّ صَلاةَ الْجُمُعَةِ لِلْخُطْبَةِ ، وإلاّ صَلاةَ المَغْرِبِ فإنَّها وِترُ النَّهارِ ، فافتَرَضَهَا اللهُ عَلَى عِبادِهِ إلاَّ هذِهِ الصَّلاةَ ، فإذَا سافَرَ صلَّى الصَّلاةَ الَّتِي كانَ افْتَرَضَهَا اللهُ عَلَيْهِمْ » .

« مسألة » قال ﴿ وللمسافر أن يتمّ ، ويقصُر كما له أن يصوم ويفطر ﴾ .

المشهور عن أحمد : أن المسافر إن شاء صلَّى ركعتين ، وإن شاء أتمّ . ورُوى عنه أنه توقَّف وقال : أنا أُحِبُّ العافية من هذه المسألة . وممن رُوى عنه الإتمام فى السفر عثمان ، وسعد بن أبى وقَّاص ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة رضى الله عنهم . وبه قال الأوزاعيّ ، والشافعى ، وهو المشهور عن مالك . وقال حمَّاد بن أبى سليمان : ليس له الإتمام فى السفر ، وهو قول الثورىّ ، وأبى حنيفة . وأوجب حمَّاد الإعادة على من أتمّ . وقال أصحاب الرأى : إن كان جلس بعد الركعتين قدرَ التشهد فصلاته صحيحة ، وإلاّ لم تصحّ . وقال عمر بن عبد العزيز : الصلاةُ فى السفر ركعتان حتمٌ لايصلُح غيرهما . ورُوى عن ابن عباس أنه قال : من صلَّى فى السفر أربعاً فهو كمن صلَّى فى الحَضر ركعتين . واحتجوا بأن صلاة السفر ركعتان ، بدليل قول عمر ، وعائشة ، وابن عباس على ماذكرناه . ورُوى عن صفوان بن مُحْرِز أنه سأل ابن عمر عن الصلاة فى السفر . فقال : ركعتان ، فمن خالف السنَّة كفر . ولأن الركعتين الأُخْرَيَيْن يجوز تركهما إلى غير بدل ، فلم تجز زيادتهما على الركعتين المفروضتين ، كما لو زادهما على صلاة الفجر .

ولنـا قول الله تعـالى : (٤ : ١٠٠ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا) وهذا يدل على أن القصر رخصة مخيَّر بين فعله وتركه ، كسائر الرخص . وقال يَعْلَى بن أمية : قلت لعمر بن الخطاب : (فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا) فقـال : عجبتُ مما عجبتَ منه ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقـال : « صَدَقَةٌ تَصَدَّقَ اللهُ بِهَا عَلَيْكُمْ فَاقْبَلُوا صَدَقَتَهُ » رواه مسلم . وهذا يدل على أنه رُخصة ، وليس بعزيمة ، وأنهـا مقصورة . وروى الأسود عن عائشة أنهـا قالت : « خَرَجْتُ مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي عُمْرَةِ رَمَضَانَ فَأَفْطَرَ وَصُمْتُ ، وَقَصَرَ وَأَتْمَمْتُ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللهِ أَنْتَ بِأَبِي وَأُمِّي أَفْطَرتَ وَصُمْتُ ، وَقَصرتَ ، وَأَتْمَمْتُ ، فقال : أَحْسَنْتِ » رواه أبو داود والطيالسيّ فى مُسنده . وهذا صريح فى الحُـكم . ولأنه لو ائتمَّ بمُقيم صَلَّى أربعاً ، وصحت الصلاة ، والصلاة لا تزيد بالائتمام . قال ابن عبد البرّ : وفى إجماع الجمهور من الفقهاء على أن المسافر إذا دخل فى صلاة المقيمين ، فأدرك منها ركعة أن يلزمه أربعٌ دليل واضح على أن القصرَ رُخصة ، إذ لو كان فرضُه ركعتين لم يلزمه أربعٌ بحال .

وروى بإسناده عن عطاء عن عائشة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يُتِمّ فى السفر ، ويقصر . وعن أنس قال : « كُنَّا ـ أَصْحَابَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ نُسَافِرُ ، فَيُتِمُّ بَعْضُنَا ، وَيَقْصُرُ بَعْضُنَا ، وَيَصُومُ بَعْضُنَا ، وَيُفْطِرُ بَعْضُنَا ، فَلَا يَعِيبُ أَحَدٌ عَلَى أَحَدٍ » ولأن ذلك إجماع الصحابة رحمة الله عليهم . بدليل أن فيهم من كان يتمُّ الصلاة ، ولم ينـكر الباقون عليه ، بدليل حديث أنس « وكانت عائشة تُتِمُّ الصـلاة » رواه مسلم والبخارىّ ، وأتمَّهـا عُثمان ، وابن مسعود وسعد . قال عطاء : كانت عائشةُ وسعدٌ يُوَفِّيان الصلاة فى السفر ، ويصومان . وروى الأثرم بإسناده عن ، سعد : أنه أقام بِمَعَانَ[1] شَهْرَيْنِ ، فـكان يُصَلِّي رَكْعَتَين ، ويُصَلِّي أربعاً . وعن المِسْوَرِ بن مَخْرَمَةَ قال : أقمنا مع سعد ببعض قرى الشام أربعين ليلة ، يقصرُها سعدُ ويتمُّها .

وسأل ابن عباس رجل فقال : كنتُ أُتمُّ الصلاة فى السفر ، فلم يأمره بالإعادة . فأما قول عائشــة : فُرضت الصـلاة ركعتين ، فإنما أرادت أن ابتداء فرضها كان ركعتين ، ثم أُتمت بعـد الهجرة ، فصارت أربعاً ، وقد صرحت بذلك حين شرحت ، ولذلك كانت تُتِمُّ الصـلاة ، ولو اعتقدت ما أراد هؤلاء لم تُتِمّ ، وقول ابن عباس مثل قولها . ولا يبعُد أن يـكون أخذه منها ، فإنه لم يـكن فى زمن فرض الصلاة فى سِنٍّ مَنْ يعقلُ الأحكام ، ويعرف حقائقها ، ولعله لم يـكن موجوداً ، أو كان فرضُها فى السَّنَة التى ولد فيها ، فإنها فرضت بمكة ليلة الإسراء قبل الهجرة بثلاث سنين . وكان ابن عباس حين مات النبى ﷺ

---

(١) معان : موضع بطريق حجاج الشام .

ابنَ ثَلاثَ عَشْرَةَ سَنَةً . وفى حديثه ما اتفقَ على تركه وهو قوله : والخوفُ ركعة ، والظاهرُ أنه أراد ما أرادت عائشةُ من ابتداء الفرض ، فلذلك لم يأمر من أتمّ بالإعادة ، وقول عمر : « تمامٌ غيرُ قَصْرٍ » أراد بها تمامٌ فى فضلها ، غيرُ ناقصةِ الفضيلة ، ولم يرد أنها غيرُ مقصورة الركعات ، لأنّه خلاف ما دلّت عليه الآية ، والإجماع إذ الخلاف إنما هو فى القصر والإتمام .

وقد ثبت بروايته عن النبى ﷺ فى حديث يَعْلَى بن أُميّة أنها مقصورة ، ويُشبه هذا ماوراه مجاهد قال : « جاءَ رَجُلٌ إِلَى ابنِ عبَاسٍ فقال : إنِّى وصاحبٌ لِى كُنَّا فى سَفَرٍ ، وكان صاحبِى يقصرُ وأنا أُتمُّ ، فقال له ابن عباس : أنتَ كنتَ تَقْصُرُ وصاحِبُك يُتِمُّ » رواه الأثرم . أراد أن فعله أفضلُ من فعلك . ثم لو ثبت أن أصل الفرض ركعتان لم يمتنع جواز الزيادة عليهما ، كما لو ائتمَّ بِمُقيم ، ويُخالف زيادة ركعتين على صلاة الفجر ، فإنه لايجوز زيادتهما بحال .

« مسألة » قال ﴿ والقصرُ والفِطر أعجبُ إلى أبى عبد الله رحمه الله ﴾ .

أما القصر : فهو أفضل من الإتمام فى قول جمهور العلماء ، وقد كره جماعة منهم الإتمامَ . قال أحمد : مايُعجبنى . وقال ابن عباس للذى قال له : كنتُ أُتِمُّ الصلاةَ وصاحبى يقصرُ : أنت الذى كنتَ تقصرُ وصاحبكَ يتمّ . وشدّد ابن عمر على من أتمَّ الصلاة . فرُوى أن رجلا سأله عن صلاة السفر فقال : ركعتان ، فمن خالف السُّنة كفر . وقال بِشْرُ بن حَرْب : « سألتُ ابنَ عمر : كيف صلاة السفر ياأبا عبد الرحمن ؟ قال أَنْتُمْ إِمَّا[1] تَتَّبِعُونَ سُنَّةَ نبيّكم ﷺ أَخْبَرْتُكم ، وَإِمَّا لاَ تَتَّبِعُونَ سُنَّةَ نَبِيّكُمْ فَلاَ أُخْبِرُكُمْ ؟ قلنا : فَخَيْرُ مَا اتُّبِعَ سُنَّةُ نَبِيِّنَا ياأبا عبد الرحمن . قال : كانَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم إِذَا خَرَجَ مِنَ المَدِينَةِ لَمْ يَزِدْ على رَكْعَتَيْنِ ، حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْهَا » رواه سعيد . قال حدثنا حمّاد بن زيد ، عن بِشْر : « ولمّا بلغ ابنَ مسعود أن عثمان صلَّى أربعاً اسْتَرْجَعَ ، وقال : صَلَّيْتُ مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ، ومع أبى بكر ركعتين ، ومع عمر ركعتين ، ثم تفرّقَتْ بكم الطرقُ وَوَدِدْتُ أنَّ حَظِّى من أربعٍ ركعتَانِ ، مُتقبَّلتانِ » . وهذا قول مالك ، ولا أعلم فيه مخالفاً من الأئمة ، إلا الشافعىّ فى أحد قوليه ، قال : الإتمامُ أفضلُ ، لأنه أكثرُ عملا ، وعدداً ، وهو الأصل ، فكان أفضلَ كغَسل الرجلين .

ولنا : أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم كان يُداوم على القصر ، بدليل ماذكرنا من الأخبار . وقال ابن عمر : « صَحِبْتُ رسُولَ اللهِ ﷺ فى السَّفَرِ فَلَمْ يَزِدْ على رَكْعَتَينِ حَتَّى قبضَهُ اللهُ ، وَصَحِبْتُ أَبَا بَكْرٍ فَلَمْ يَزِدْ على رَكْعَتَينِ حَتَّى قبضَهُ اللهُ ، وَصَحِبْتُ عمرَ فَلَمْ يَزِدْ على رَكْعَتَينِ حَتَّى قبضَهُ اللهُ

(١) فى النسخة التى علقنا عليها : قال إما أنتم متبعون ، وهو تصحيف .

تعالَى » متفق عليه . وعن ابن مسعود ، وعمران بن حُصَين ، مثل ذلك . وروى سعيد بن المسيَّب ، عن النبى ﷺ أنه قال : خِيَـارُكُمْ مَنْ قَصَرَ فى السَّفَرِ وأَفْطَرَ » رواه الأثرم ، مع ماذكرنا من أقوال الصحابة ، فيما مضى . ولأنه إذا قصر أدَّى الفرض بالإجماع ، وإذا أتمَّ اختُلف فيـه ، وأما الغَسل فـلا نسلم له أنه أفضل من المسح ، والفِطرُ نَذكرُه فى بابه .

فصـــــل

واختلفت الرواية فى الجمـع ، فرُوى أنه أفضـل من التفريق ، لأنه أكثَرُ تخفيفـاً وسهولةً ، فكان أفضل كالقصر ، وعنه التفريق أفضلُ لأنّه خروج من الخلاف ، فكان أفضـل كالقصر . ولأنه لم ينقـل عن النبيّ صلى الله عليه وسلم المداومةُ عليه ، ولو كان أفضل لأدامه كالقصر .

« مسألة » قال ﴿ وإذا دخل وقت الظهر على مسافر وهو يريد أن يرتحل صلاّها وارتحل ، فإذا دخل وقت العصر صـلاَّها ، وكـذلك المغرب والعشاء الآخرة ، وإن كان سـائراً فأحَبَّ أن يؤخّر الأولى إلى وقت الثانية فجائز ﴾ .

جملة ذلك : أن الجمع بين الصلاتين فى السفر فى وقت إحداهما جائز فى قول أكثر أهل العلم . وممّن رُوى عنه ذلك سعيد بن زيد ، وسعد ، وأسامة ، ومعـاذ بن جبل ، وأبو موسى ، وابن عباس ، وابن عمر ، وبه قال طاوس ، ومجاهد ، وعِـكْرمة ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسـحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر .

ورُوى عن سليمان بن أخى زُريق بن حـكيم ، قال : مرَّ بنـا نائلةُ ربيعة ، وأبو الزناد ، ومحمد بن المنـكدر ، وصفوان بن سُلَيم ، وأشياخٌ من أهل المدينة ، فأتينـاهم فى منزلهم ، وقد أخـذوا فى الرحيل فصلَّوْا الظهرَ والعصرَ جميعاً ، حين زالت الشمس ، ثم أتينا المسجد ، فإذا زُرَيق بن حكيم يُصَلِّى للنـاس الظهر . وقال الحسن ، وابن سيرينَ ، وأصحاب الرأى : لايجوز الجمـع إلا فى يوم عَرَفـة بعَرفة ، وليـلةَ مُزدلفة بهـا ، وهذا رواية ابن القاسم عن مالك ، واختياره . واحتَجوا بأن المواقيت تثبُت بالتواتر ، فلا يجوز تركها بخبر واحد .

ولنـا : مارَوى نافع عن ابن عمر : « أنه كان إذا جدَّ به السيرُ جمـعَ بين المغرب والعشاء ، يقول : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذَا جَدَّ به السَّيْرُ جَمعَ بَيْنَهُمَا » . وعن أنس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذَا ارْتَحَلَ قَبْلَ أنْ تَزيغَ[1] الشَّمْسُ أَخَّرَ الظُّهْرَ إلَى وَقْتِ الْعَصْرِ ، ثُمَّ نَزَلَ ، فَجَمَعَ بَيْنَهُمَا ، وإنْ زاغَتْ الشَّمْسُ قَبْلَ أنْ يَرْتَحِلَ صَلَّى الظُّهْرَ ، ثُمَّ رَكِبَ » متفق عليهما . ولمسلم

(١) تزيغ الشمس : تميل فيوجد الظل ، وهو المسمى بالزوال ، وهو وقت صلاة الظهر .

عن النبيّ صلى الله عليه وسلم : « إِذَا عَجَّلَ عَلَيْهِ السَّيْرُ يُؤَخِّرُ الظُّهْرَ إِلَى وَقْتِ الْعَصْرِ فَيَجْمَعُ بَيْنَهُمَا ويُؤَخِّرُ الْمَغْرِبَ حَتَّى يَجْمَعَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعِشَاءِ حَتَّى يَغِيبَ الشَّفَقُ » . ورَوى الجمعَ مُعاذ بن جبل ، وابن عباس ، وسنذكر أحاديثهما فيما بعد ، وقولهم : لانترك الأخبار المتواترة . قلنا : لانتركها ، وإنما نُخصّصها ، وتخصيص المتواتر بالخبر الصحيح جائز بالإجماع . وقد جاز تخصيص الكتاب بخبر الواحد بالإجماع ، فتخصيص السنَّة بالسنَّة أولى ، وهذا ظاهر جداً . فإن قيل : معنى الجمع فى الأخبار أن يُصلِّ الأولى فى آخر وقتها ، والأخرى فى أول وقتها . قلنا : هذا فاسد لوجهين :

أحدهما : أنه قد جاء الخبرُ صريحاً فى أنه كان يجمعهما فى وقت إحداهما ، على ماسنذكره ، ولقول أنس : « أَخَّرَ الظُّهْرَ إِلَى وَقْتِ الْعَصْرِ ، ثُمَّ نَزَلَ فَجَمَعَ بَيْنَهُمَا وَيُؤَخِّرُ الْمَغْرِبَ حَتَّى يَجْمَعَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعِشَاءِ ، حَتَّى يَغِيبَ الشَّفَقُ » فيبطُل التأويل .

الثانى : أن الجمع رُخصة ، فلو كان على ماذكروه لكان أشدَّ ضِيقاً ، وأعظم حَرَجاً من الإتيان بكلِّ صلاة فى وقتها ، لأن الإتيان بكلِّ صلاة فى وقتها أوسعُ من مراعاة طرفى الوقتين ، بحيث لايبقى من وقت الأولى إلا قدرُ فعلها ، ومن تدبّر هذا وجده كما وصفنا . ولو كان الجمع هكذا لجاز الجمعُ بين العصر ، والمغرب ، والعشاء ، والصبح . ولا خلاف بين الأمة فى تحريم ذلك ، والعمل بالخبر على الوجه السابق إلى الفهم منه أولى من هذا التكليف الذى يُصان كلامُ رسول الله صلى الله عليه وسلم من حمله عليه .

إذا ثبت هذا فمفهوم قول الخِرَقىّ : إن الجمع إنما يجوز إذا كان سائراً فى وقت الأولى ، فيؤخِّر إلى وقت الثانية ، ثم يجمع بينهما . ورواه الأثرم عن أحمد : ورُوى نحوُ هذا القول عن سعد ، وابن عمر ، وعِكرمة ، أخذاً بالخبرين اللذين ذكرناهما . ورُوى عن أحمد جوازُ تقديم الصلاة الثانية إلى الأولى ، وهذا هو الصحيح ، وعليه أكثر الأصحاب . قال القاضى : الأول هو الفضيلة ، والاستحباب ، وإن أحبَّ أن يجمع بين الصلاتين فى وقت الأولى منهما جاز، نازلاً كان أو سائراً أو مُقيماً فى بلد إقامة لاتمنع القصر ، وهذا قول عطاء ، وجمهور علماء المدينة ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . لما روَى مُعاذ بن جبَل قال : « خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فِي غَزْوَةِ تَبُوكَ فَكَانَ إِذَا ارْتَحَلَ قَبْلَ زَيْغِ الشَّمْسِ [1] أَخَّرَ الظُّهْرَ حَتَّى يَجْمَعَهَا إِلَى الْعَصْرِ فَيُصَلِّيَهُمَا جَمِيعاً ، وإِذَا ارْتَحَلَ قَبْلَ زَيْغِ الشَّمْسِ صَلَّى الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ جَمِيعاً ثُمَّ سَارَ ، وَإِذَا ارْتَحَلَ قَبْلَ الْمَغْرِبِ أَخَّرَ الْمَغْرِبَ حَتَّى يُصَلِّيَهَا مَعَ الْعِشَاءِ ، وَإِذَا

---

(١) زيغ الشمس : ميلها عن وسط السماء ، وابتداء حدوث الظل للأشياء وهو وقت صلاة الظهر . والمعنى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا سافر قبل وقت الظهر أخرها إلى العصر ، وهكذا السنة فى الجمع . فمن كان سائراً فى وقت الصلاة الأولى من الصلاتين المجموعتين ، صلاهما فى وقت الأخيرة ، ومن كان سائراً فى وقت الأخيرة صلاهما فى وقت الأولى .

أُرْتَحَـلَ بَعْدَ الْمَغْرِبِ عَجَّلَ الْعِشَـاءَ فَصَـلاَّها مَعَ الْمَغْرِبِ » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال : هـذا حديث حسن .

وروى ابن عباس ، عن النبىِّ ﷺ فى الظهر ، والعصر ، مثل ذلك ، وقيل : إنه متفق عليه ، وهذا صريح فى محل النزاع . وروى مالك فى الموطأ عن أبى الزبير عن أبى الطفيل : أنَّ مُعاذاً أخبره : « أَنَّهُمْ خَرَجُوا مَعَ رسُولِ اللهِ ﷺ فى غَزْوَةِ تَبُوكَ ، فَـكَانَ رسُـولُ اللهِ ﷺ يَجْمَعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ ، وَالْمَغْرِبِ ، وَالْعِشَاءِ ، قال : فَأَخَّرَ الصَّـلاَةَ يوماً ، ثُمَّ خَرَجَ فَصَلَّى الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ جَمِيعاً ، ثُمَّ دَخَلَ ، ثُمَّ خَرَجَ فصلَّى الْمَغْرِبَ ، وَالْعِشَاءَ جَمِيعاً » . قال ابن عبد البرّ : هذا حديث صحيح ثابت الإسناد .

وقال أهل السير : إن غزوة تبوك كانت فى سنة تسع ، وفى هـذا الحـديث أوضح الدلائل ، وأقوى الْحُجج فى الردِّ على من قال : لايجمع بين الصـلاتين إلا إذا جدَّ به السَّير ، لأنه كان يجمع وهو نازل غير سائر . ما كِثٌ فى خبائه ، يخرج فيُصلِّى الصلاتين جميعاً ، ثم ينصرفُ إلى خبائه . وروى هذا الحديث مسلم فى صحيحه ، قال : « فَـكَانَ يصلِّى الظُّهْرَ والْعَصْرَ جَمِيعاً ، والْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ جَمِيعاً » والأخذ بهذا الحديث متعين لثبوته ، وكونه صريحاً فى الْحُـكم ، ولا مُعارض له ، ولأن الجمـع رخصة من رُخَص السفر ، فلم يختصّ بحالة السير ، كالقصر ، والمسح . ولـكن الأفضـل التأخير ، لأنه أخـذ بالاحتياط ، وخروج من خلاف القائلين بالجمع ، وعملٌ بالأحاديث كلّها .

فصـــل

ولايجوز الجمع إلا فى سفر يُبيح القصر . وقال مالك والشافعىّ فى أحد قوليه : يجوز فى السفر القصير ، لأن أهل مكة يجمعون بعرَفة ، ومزْدَلِفَة ، وهو سفر قصير .

ولنـا : أنه رُخْصة تثبُت لدفع المشقَّة فى السفر ، فاختصت بالطويل ، كالقصـير ، والمسح ثلاثاً ، ولأنه تأخيرٌ للعبادة عن وقتها ، فأشبه الفطر . ولأنّ دليل الجمع فعلُ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، والفعلُ لاصيغة له ، وإنّما هو قضيّةٌ فى عين ، فلا يثبت حكمها إلا فى مثلها ، ولم يُنقل أنه جمع إلا فى سفر طويل .

فصـــل

ويجوز الجمع لأجـل المطر بين المغرب والعِشاء ، ويُروى ذلك عن ابن عمر ، وفعَلَه أبان بن عثمان ، فى أهل المدينـة ، وهو قول الفقهاء السبعـة ، ومالك والأوزاعىّ ، والشافعىّ وإسحق . ورُوى عن مروان ، وعمر بن عبد العزيز ، ولم يُجوّزه أصحابُ الرأى .

ولنـا أن أبا سَلَمة بن عبد الرحمن . قال : إنَّ من السُّنّة إذا كان يومٌ مطـير أن يجمـع بين المغرب والعشـاء ، رواه الأثرم ، وهذا ينصرف إلى سُنَّة رسول الله ﷺ . وقال نافع : إن عبد الله بن عمر كان

يجمع إذا جمـع الأمراء بين المغرب والعشاء . وقال هشام بن عُرْوَة : رأيتُ أبانَ بنَ عـثمان يجمـع بين الصلاتين فى الليلة المطيرة المغرب والعشاء ، فيُصَلِّيهمامعه عروة بن الزبير ، وأبو سَلَمة بن عبد الرحمن ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، لاينكرونه ، ولايُعرف لهم فى عصرهم مخالف ، فكان إجماعاً ، رواه الأثرم .

فصـــــل

فأمّا الجمع بين الظهر والعصر ، فغيرُ جائز . قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : الجمـع بين الظهر والعصر فى المطر ؟ قال لا ، ماسمعتُ ، وهذا اختيارُ أبى بكر ، وابن حامد ، وقول مالك . وقال أبو الحسن التميمىّ: فيـه قولان ، أحـدهما : أنه لابأس به وهو قول أبى الخطّاب ، ومذهب الشافعىّ ، لما رَوى يحيى بن واضح ، عن موسى بن عُقبة ، عن نافع ، عن ابن عمر : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم جَمَعَ فِى المَدِينَةِ بَيْنَ الظُّهْرِ والْعَصْرِ فِى المَطَرِ » ولأنه معنًى أباح الجمع فأباحه بين الظهر والعصر ، كالسفر .

والثـانى : أن مستند الجمـع ماذكرناه من قول أبى سَلَمة والإجماع ، ولم يَرِد إلاّ فى المغرب والعشاء ، وحديثهُم غيرُ صحيح ، فإنّه غيرُ مذكور فى الصحاح والسُّنَن . وقول أحمد : ماسمعتُ يَدُلُّ على أنه ليس بشىء ، ولايصح القياس على المغرب ، والعشاء ، لما فيهما من المشقّة لأجل الظُّلمة ، والمَضَرَّة ، ولا قياس على السفر ، لأن مَشقَّته لأجل السير ، وفوات الرفقة ، وهو غيرُ موجود هاهنا .

فصـــــل

والمطر المبيح للجمع هو : مايَبُلُّ الثياب ، وتلحقُ المشقَّة بالخروج فيه . وأما الطلُّ والمطرُ الخفيف ، الذى لايَبُلُّ الثيابَ فلا يُبيح ، والثلج كالمطر فى ذلك ، لأنه فى معناه ، وكذلك الْبَرَد .

فصـــــل

فأما الوَحَلُ بمُجَرَّده . فقال القـاضى : قال أصحـابنا : هو عُذر ، لأن المشقّة تلحَقُ بذلك فى النعـال والثيـاب ، كما تلحق بالمطر ، وهو قول مالك . وذكـر أبو الخطـاب فيه وجهـاً ثانيـاً : أنّه لايُبيح ، وهو مذهب الشـافعىّ ، وأبى ثور ، لأن مشقّته دون مشقّة المطر ، فإن المطر يَبُلُّ النعـال ، والثيـاب ، والْوَحَلَ لايَبُلُّهـا ، فلم يصحّ قيـاسُه عليـه ، والأول أصحُّ . لأن الْوَحَلَ يُلَوِّثُ الثيـابَ ، والنِّعـالَ ، ويتعرّضُ الإنسانُ للزلَقِ فيتـأذَّى نفسهُ وثيـابهُ ، وذلك أعظمُ من البلل ، وقد سـاوى المطر فى العُذر فى ترك الجمعة والجماعة ، فدلّ على تساويهما فى المشقّة المرعيّة فى الحـكم .

فصـــــل

فأما الريح الشديدة فى الليلة المظلمة الباردة ففيها وجهان :

أحدها : يُبيح الجمع . قال الآمدىّ : وهو أصحّ ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ، لأن ذلك عُذر

فى الجمعة والجماعة ، بدليل مارَوى محمد بن الصبّاح حدّثنا سُفيان ، عن أيّوب ؛ عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : كان رسول الله ﷺ يُنادى مُنَادِيه فى اللَّيْـلَةِ المَطِـيرَةِ ، أو اللَّيْـلَةِ ، الْبَارِدَةِ ذَاتِ الرِّيحِ : صَلُّوا فِى رِحَالِـكُمْ » رواه ابن ماجه ، عن محمد بن الصبّاح .

والثانى : لايُبيحه : لأن المشقة فيه دون المشقة فى المطر ، فلا يَصِحّ قياسُه عليه ، ولأن مشقّتها من غير جنس مشقّة المطر ، ولا ضابط لذلك يجتمعان فيه ، فلم يَصِحّ إلحاقه به .

فصـــــل

هل يجوز الجمـع لمنفرد ، أو من كان طريقه إلى المسجد فى ظلال يمنعُ وصولَ المطر إليه ، أو من كان مُقامه فى المسجد ؟ على وجهين :

أحـدهما : الجواز : لأن الْعُـذر إذا وُجِـد استوى فيه حال وجود المشقة ، وعدمهـا كالسفر ، ولأن الحاجة العامَّة إذا وُجِـدت أثبتت الحـكم فى حق من ليست له حاجة ، كالسَّـلَم[1] وإباحة اقتنـاء الـكلب للصيد ، والمـاشية ، فى حقّ من لايحتاج إليهما ، ولأنه قد رُوى : « أن النبىّ صلى الله عليه وسـلم جَمَعَ فِى المَطَرِ ، ولَيْسَ بَيْنَ حُجْرَتِهِ وَالْمَسْجِدِ شَيْءٌ » .

والثـانى : المنع : لأن الجمع لأجـل المشقّة ، فيختصّ بمن تلحقه المشقة ، دون من لاتلحقه ، كالرخصة فى التخلف عن الجمعـة ، والجماعـة ، يختص بمن تلحقـه المشقـة ، دون من لاتلحقه ، كمن فى الجـامع ، والقريب منـه .

فصـــــل

ويجوز الجمع لأجل المرض ، وهو قول عطاء ، ومالك . وقال أصحاب ، الرأى والشافعىّ : لايجوز ، فإن أخبار التوقيت ثابتة ، فلا تُترك بأمر مُحتَمل .

ولنا : مارَوى ابن عبَّاس قال : « جمع رسول الله ﷺ بَيْنَ الظُّهْرِ والْعَصْرِ ، وَبَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ وَلاَ مَطَرٍ » وفى رواية : « مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ وَلاَ سَفَرٍ » رواهما مسلم . وقد أجمعنا على أن الجمع لايجوز لغير عذر ، ثبت أنه كان لمرض . وقد رُوى عن أبى عبد الله أنه قال فى حديث ابن عباس : هـذا عندى رُخصة للمريض ، والمُرضع . وقد ثبت أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أمر سَهْلَةَ بِنْتَ سُهَيْلٍ

(١) السلم : هو دفع ثمن الشىء للبائع لإحضاره له فى وقت معين ، وهو غير موجود عند دفع الثمن ، فهو شراء شىء غير حاضر ، وهو ممنوع فى الأحوال العادية . ولمـا كانت الحاجة تدعو إليه أبيح لحـاجة بعض الناس إليه ، مع أن كل الناس لايحتاجون للسلم ، ولـكنه أصبح مباحاً لجميع الناس وكذلك اقتناء الـكلب ، أصل السبب فى إباحته الحاجة إلى اقتنائه ، كالصيد وحراسة الماشية ، ولـكن أصبح مباحاً لجميع الناس ، بسبب احتياج بعضهم إليه .

وَحَمْنَةَ بِنْتَ جَحْشٍ لَمَّا كَانَتَا مُسْتَحَاضَتَيْنِ بِتَأْخِيرِ الظُّهْرِ وَتَعْجِيلِ الْعَصْرِ ، وَالْجَمع بَيْنَهُمَا بِغُسْلٍ وَاحِدٍ فأَبَاح لهما الْجَمع لِأَجْلِ الاسْتِحَاضَةِ ، وأخبارُ المواقيت مخصوصة بالصُّوَرِ التى أجمعنا على جواز الجمع فيها ، فيُخَصُّ منها مَحَلُّ النزاع بما ذكرنا .

فصـــل

والمرض المُبيح للجمع هو مايلحقه بتأدية كلِّ صلاة فى وقتها بسببه مشقة ، وضعف . قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : المريضُ يجمع بين الصلاتين ؟ فقال : إنى لأرجو له ذلك إذا ضَعُف ، وكان لايقدر إلا على ذلك . وكذلك يجوز الجمع للمُستحاضة ، ولمن به سَلَس البول ، ومن فى معناهما . لما روينا من الحديث ، والله أعلم .

فصـــل

والمريض مخير فى التقديم والتأخير ، كالمسافر ، فإن استوى عنده الأمران فالتأخير أولى ، لما ذكرنا فى المسافر . فأما الجمع للمطر ، فإنما يجمع فى وقت الأولى ، لأن السلف إنما كانوا يجمعون فى وقت الأولى ، ولأن تأخير الأولى إلى وقت الثانية يفضى إلى لزوم المشقة ، والخروج فى الظلمة أو طول الانتظار فى المسجد إلى دخول وقت العشاء ، ولأن العادة اجتماع الناس للمغرب ، فإذا حبسهم فى المسجد ليجمع بين الصلاتين كان أشقُّ من أن يُصَلِّى كلَّ صلاة فى وقتها ، وربما يزول العذر قبل خروج وقت الأولى ، فيبطُل الجمع ويمتنع . وإن اختاروا تأخير الجمع جاز ، والمستحبُّ أن يؤخِّر الأولى عن أول وقتها شيئاً . قال الأثرم : سألتُ أبا عبد الله عن الجمع بين الصلاتين فى المطر ؟ قال : نعم ، يجمع بينهما ، إذا اختلط الظلامُ قبل أن يغيب الشفق ، كذا صنع ابن عمر . قال الأثرم : وحدثنا أبو أُسامة ، حدثنا عبيد الله ، عن نافع قال : كان أمراؤنا إذا كانت الليلة المطيرةُ أبطئوا بالمغرب . وعجَّلوا العشاء قبل أن يغيب الشفق . فكان ابن عمر يُصَلِّى معهم ، ولا يرى بذلك بأساً . قال عبيد الله : ورأيتُ القاسم ، وسالماً يُصَلِّيان معهم فى مثل تلك الليلة . قيل لأبى عبد الله : فكأنَّ سُنَّةَ الجمع بين الصلاتين فى المطر عندك أن يجمع قبل أن يغيب الشفق ، وفى السفر يُؤخِّر حتى يغيب الشفق ؟ قال : نعم .

فصـــل

ولا يجوز الجمع لغير من ذكرنا . وقال ابن شُبْرمة : يجوز إذا كانت حاجة أو شىء مالم يتخذه عادة ، لحديث ابن عباس : « أنَّ النبىَّ ﷺ جَمَعَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ ، وَالْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ ، مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ وَلَا مَطَرٍ » فقيل لابن عباس : لِمَ فعل ذلك ؟ قال : أراد أن لايُحرج أمته » .

ولنا : عموم أخبار التوقيت ، وحديث ابن عباس حملناه على حالة المرض ، ويجوز أن يتناول من عليه

مشقة ، كالمُرضع ، والشيخ الضعيف ، وأشباههما ، ممَّن عليه مشقة فى ترك الجمع . ويحتمل أنه صلَّى الأولى فى آخر وقتها ، والثانيةَ فى أول وقتها ، فإنَّ عمرو بن دينار رَوى هـذا الحديث عن جابر بن زيد ، عن ابن عباس . قال عمرو : قلت لجابر : أبا الشعثاء ، أظنُّه أخَّر الظهر ، وعجل العصر ، وأخَّر المغرب ، وعجَّل الْعِشاء ؟ قال : وأنا أظنُّ ذلك .

فصـــل

قال : ومن شرط جواز الجمع نية الجمع فى أحد الوجهين ، والآخر لايُشترط ذلك ، وهو قول أبى بكر والتفريع على اشتراطه ، وموضع النية يختلف باختلاف الجمع . فإن جمع فى وقت الأولى فموضعه عند الإحرام بالأولى فى أحد الوجهين ، لأنها نية يفتقر إليها ، فاعتُبرت عند الإحرام كنيَّة القصر . والثانى موضعها من أول الصلاة الأولى إلى سلامها ، أىُّ ذلك نوى فيـه أجزأه ، لأن موضع الجمع حين الفراغ من آخر الأولى إلى الشروع فى الثانية . فإذا لم تتأخَّر النية عنه أجزأه ذلك . وإن جمـع فى وقت الثانية ، فموضع النية فى وقت الأولى من أوله إلى أن يبقى منه قدرٌ مايُصَلِّيها ، لأنه متى أخَّرها عن ذلك بغير نية صارت قضاءً لاجمعاً . ويحتمل أن يكون وقتُ النية إلى أن يبقى منه قدر مايُدركها به ، وهو ركعة ، أو تكبيرة الإحرام على ماقدَّمنا ، والذى ذكره أصحابنا أولى ، فإنَّ تأخيرها ، من القدر الذى يضيق عن فعلها حرام .

فصـــل

فإن جمع فى وقت الأولى اعتُبرت المواصلة بينهما ، وهو أن لايفرق بينهما إلا تفريقًا يسيراً . فإن أطال الفصل بينهما بطل الجمع ، لأن معنى الجمع المتابعة أو المقاربة ، ولم تكن المتابعة فلم يبق إلاَّ المقاربة ، فإن فرق بينهما تفريقًا كثيراً بطل الجمع ، سواء فرَّق بينهما لنوم ، أو سهو ، أو شُغل ، أو قصدٍ أو غير ذلك . لأن الشرط لايثبُت المشروطُ بدونه . وإن كان يسيراً لم يمنع ، لأنه لايمكن التحرُّز منه ، والمرجع فى اليسير والكثير إلى العُرف والعادة ، لاحدّ له سوى ذلك . وقدّره بعض أصحابنا بقدر الإقامة والوضوء والصحيح : أنه لاحدّ له ، لأنّ مالم يرد الشرع بتقديره لاسبيل إلى تقديره ، والمرجـع فيه إلى الْعُرف ، كالإحراز ، والقبض . ومتى احتـاج إلى الوضوء والتيمُّم فعـله ، إذا لم يطل الفصل . وإن تكلم بكلام يسير لم يبطُل الجمع ، وإن صلَّى بينهما السُّنَّة بطل الجمع ، لأنه فرَّق بينهما بصلاة ، فبطل الجمع . كما لو صلَّى بينهما غيرها . وعنه لايبطُل لأنه تفريقٌ يسيرٌ ، أشبه مالو توضأ . وإن جمع فى وقت الثانية جاز التفريق لأنه متى صلَّى الأولى ، فالثانية فى وقتها ، لاتخرج بتأخيرها عن كونها مؤدّاة . وفيه وجه آخر : أن المتابعة مُشترطة ، لأن الجمع حقيقته ضمُّ الشىء إلى الشىء ، ولا يحصل مع التفريق ، والأول : أصحُّ . لأن الأولى بعد وقوعها صحيحةً لاتبطُل بشىء يوجَدُ بعدها ، والثانية : لاتقع إلا فى وقتها .

فصل

ومتى جمع فى وقت الأولى اعتبُر وجودُ العذر المُبيح حالَ افتتاح الأولى ، والفراغ منها ، وافتتاح الثانية ، فمتى زال الْعُذر فى أحد هذه الثلاثة لم يُبَح الجمع . وإن زال المطر فى أثناء الأولى ، ثم عاد قبل الفراغ منها ، أو انقطع بعدالإحرام بالثانية ، جاز الجمع ولم يؤثّر انقطاعه ، لأن الْعُذر وُجد فى وقت النيَّة ، وهو عند الإحرام بالأولى ، وفى وقت الجمع وهو آخِرُ الأولى ، وأوّلُ الثانية ، فلم يضرّ عدمه فى غير ذلك . فأما المسافر إذا نوى الإقامة فى أثناء الصلاة الأولى انقطع الجمع والقصر ، ولزمه الإتمام . ولو عاد فنوى السفر لم يُبَح له الترخّص حتى يُفارق البلد الذى هو فيه . وإن نوى الإقامة بعد الإحرام بالثانية ، أو دخلت به السفينةُ بلَده فى أثنائها احتمل أن يُتِمها ، ويصحُّ قياساً على انقطاع المطر . قال بعض أصحاب الشافعىّ : هذا الذى يقتضيه مذهبُ الشافعىّ . ويحتمل أن ينقلب نفلاً ، ويبطُل الجمع ، لأنه أحَدُ رُخَص السفر ، فبطَل بذلك ، كالقصر والمسح ، ولأنه زال شرطها فى أثنائها : أشبه بسائر شروطها . ويفارق انقطاع المطر من وجهين :

أحدهما : أنه لايتحقّق انقطاعه لاحتمال عَوْدِه فى أثناء الصلاة .

والثانى : أن يَخْلُفه عُذر مُبيح ، وهو الْوَحَل ، بخلاف مسألتنا . وكذلك الحكم فى المريض يبرأ ، ويزول عذره فى أثناء الصلاة الثانية . فأما إن جمع بينهما فى وقت الثانية اعتبُر بقاء الْعُذر إلى حين دخول وقتها ، فإن زال فى وقت الأولى ، كالمريض يبرأ ، والمسافر يَقْدَم ، والمطر ينقطع ، لم يُبَح الجمع ، لزوال سببه . وإن استمرّ إلى حين دخول وقت الثانية جَمَع ، وإن زال الْعُذر ، لأنهما صارتا واجبتين فى ذمته ، ولا بد له من فعلهما .

فصل

وإن أتمّ الصلاتين فى وقت الأولى ، ثم زال الْعُذر بعد فراغه منهما قبل دخول وقت الثانية أجزأته ، ولم تلزمه الثانية فى وقتها ، لأن الصلاة وقعت صحيحةً ، مُجزِئة عن مافى ذمته ، وبَرِئت ذمته منها ، فلم تشتغل الذمة بها بعد ذلك ، ولأنه أدّى فرضه حال العذر ، فلم يبطل بزواله بعد ذلك ، كالمتيمّم إذا وجد الماء بعد فراغه من الصلاة .

فصل

وإذا جمع فى وقت الأولى فله أن يُصَلِّى سُنَّة الثانية منهما ، ويُوتر قبل دخول وقت الثانية ، لأن سُنّتها تابعة لها ، فيتبَعُها فى فعلها ، ووقتها . والوتر وقته مابين صلاة العشاء إلى صلاة الصبح ، وقد صلى العشاء فدخل وقته .

فصل

وإذا صلَّى إحدى صلاتى الجمع مع إمام ، وصلَّى الثانية مع إمام آخر ، وصلَّى معه مأموم فى إحدى

الصلاتين ، وصلَّى معه فى الثـانية مأموم ثانٍ صحّ . وقال ابن عقيل : لايصحُّ لأن كل واحـد من الإمام والمأموم أحدُ من يُتِمّ به الجمع ، فلم يجز اختلافه ، وإذا اشتُرط دوامه كالعذر اشتُرط دوامُه فى الصلاتين .

ولنا : أن لـكلِّ صلاة حكم نفسها ، وهى منفردة بنيّتها ، فلم يُشتَرط اتحـادُ الإمام ولا المأموم كغير المجموعتين . وقوله إن : الإمام والمأموم أحدُ من يَتِمُّ به الجمع لايصحّ ، فإنه يجوز للمريض والمسافر الجمع منفرداً ، وفى المطر فى أحد الوجهين . وإن قلنـا : إن الجمع فى المطر لايصحُّ إلا فى الجماعة ، فالذى يَتِمُّ به الجمع الجمـاعةُ لاعين الإمام والمـأموم ، ولم تختلّ الجمـاعة ، وعلى ماذكرناه لو ائتمّ المـأموم بإمام لاينوى الجمع ، فنواه المأموم ، فلّما سـلم الإمام صَلّى المـأموم الثانية جاز ، لأننا أبحنـا له مُفـارقة إمامه فى الصـلاة الواحدة لعذر ، ففى الصلاتين أولى ، ولأن نيتهما لم تختلف فى الصلاة الأولى ، وإنما نوى أن يفعل فعـلا فى غيرها ، فأشبه مالو نوى المسافر فى الصلاة الأولى إتمام الثانية . وهكذا لو صلَّى المسافرُ بمقيمين ، فنوى الجمع ، فلما صلَّى بهم الأولى قام ، فصلَّى الثانية جاز على هذا . وكذلك لو صلَّى أحدَ صلاتى الجمـع منفرداً ، ثم حضرت جماعـةٌ يُصَلُّون الثانية ، فأَمّهم فيها ، أو صـلَّى معهم مأموماً جاز . وقول ابن عقيل : يقتضى أن لايجوز شىء من ذلك .

« مسألة » قال : ﴿ وإذَا نسى صلاةَ حضرٍ فذكرها فى السفر ، أو صلاة سفرٍ فذكرها فى الحضر ، صلَّى فى الحالتين صلاة حضر ﴾ .

نص أحمد رحمه الله على هاتين المسألتين فى رواية أبى داود والأثرم . قال فى رواية الأثرم : أما المقيم إذا ذكرها فى السفر فذاك بالإجماع يُصَلِّى أربعاً ، وإذا نسيها فى السفر فذكرها فى الحضر صلَّى أربعاً بالاحتياط ، فإنمّا وجبت عليه الساعةَ ، فذهب أبو عبد الله إلى ظاهر الحديث « فَلْيُصَلِّهَا إذَا ذَكَرَهَا » أمَّا إذا نسى صلاة الْحَضَر ، فذكرها فى السفر ، فعليه الإتمامُ إجمـاعاً ، ذكره الإمام أحمد ، وابن المنـذر . لأن الصلاة تَعيَّن عليه فعلها أربعاً ، فـلم يجز له النقصان من عـددها ، كما لو سافر ، ولأنه إنمـا يقضى مافاته ، وقد فاته أربع . وأما إن نسى صلاة السفر فذكرها فى الْحَضر . فقال أحمد عليه الإتمام احتياطاً . وبه قال الأوزاعىّ وداود ، والشافعىّ ، فى أحد قوليه . وقال مالك ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى : يُصَلِّيهَا صلاة سفرٍ ، لأنه إنما يقضى مافاته ، ولم يفُتْه إلا ركعتان .

ولنـا : أنّ القصر رُخصة من رُخَص السفر ، فيبطل بزواله ، كالمسح ثلاثاً ، ولأنهـا وجبت عليه فى الحضر ، بدليل قوله عليه السلام : « فَلْيُصَلِّهَا إذَا ذَكَرَهَا » ولأنها عبـادة تختلف بالْحَضر ، والسفر . فإذا وُجد أحد طرفيها فى الْحَضر غُلِّب فيها حكمه ، كما لو دخلت به السفينة البلد فى أثناء الصلاة ، وكالمسح . وقياسُهم ينتقض بالجمعة إذا فاتت ، وبالمتيمَّم إذا فاتته الصلاة ، فقضاها عند وجود المـاء .

فصـــــل

وإن نسيها فى سفر ، وذكرها فيه ، قضاها مقصورةً ، لأنهـا وجبت فى السفر . وفُعلت فيـه ، أشبه مالو صلاها فى وقتها . وإن ذكرها فى سفر آخرَ فـكذلك ، لمـا ذكرنا . وسواء ذكرها فى الحَضر ، أو لم يذكرها . ويحتمل أنه « إذا »[1] ذكرها فى الحَضر لزمته تامَّةً ، لأنه وجب عليه فعلُها تامَّة بذكره إياها فبقيت فى ذمته ، والأول أولى . لأن وجوبها وفعلها فى السفر ، فكانت صـلاةَ سفر ، كما لو لم يذكرها فى الحَضر . وذكر بعض أصحابنا : أن من شرط القصر كون الصلاة مؤدّاةً لأنها صلاة مقصورة ، فاشتُرط لها الوقت كالجمعة ، وهـذا فاسد . فإن هـذا اشتراطٌ بالرأى ، والتحـكم ، لم يرد الشرعُ به . والقيـاس على الجمعة غيرُ صحيح . فإن الجمعة لاتُقضَى ، ويُشترط لها الخطبتان ، والعدد ، والاستيطان ، فجاز اشتراط الوقت لها بخلاف صلاة السفر .

فصـــــل

وإذا سافر بعد دخول وقت الصلاة . فقال ابن عقيل ، فيه روايتان :

إحداهما : قصرُها . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أن له قصرها ، وهذا قول مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحـاب الرأى ، لأنه سافر قبـل خروج وقتهـا ، أشبه ما لو سافر قبل وجوبها .

والثانية : ليس له قصرها : لأنها وجبت عليه فى الحَضر ، فلزمه إتمامها . كما لو سافر بعد خروج وقتها أو بعد إحرامه بها ، وفارق ماقبل الوقت ، لأن الصلاة لم تجب عليه .

« مسألة » قال : ﴿ وإذا دخل مع مُقيمٍ وهو مُسافر ائتمّ ﴾[2].

وجملة ذلك : أن المسافر متى ائتمَّ بِمُقِيم لزمه الإتمـام ، سواء أدرك جميع الصلاة أو ركعةً أو أقلّ . قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن المسـافر ، يدخُل فى تشهُّد المُقيم ؟ قال : يُصَلِّى أربعاً . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وجماعة من التـابعين . وبه قال الثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال إسحاق : للمسافر القصرُ ، لأنها صلاة يجوز فعلها ركعتين ، فلم تزد بالائتمام كالفجر . وقال طاوس ، والشعبىّ ، وتميم بن حَذْلَمَ فى المسافر يدرك من صلاة المقيم ركعتين : يُجزيان . وقال الحسن ، والنخعىّ ، والزهرىّ ، وقتـادة ، ومالك : إن أدرك ركعة أتمَّ ، وإن أدرك دونهـا قصر . لقول النبى

---

(١) لفظ « إذا » ساقط من النسخ المطبوعة .

(٢) هـكذا بالأصول ، ولعلها : « أتم » أى صلى الصلاة تامة لإتمامه بمن يتمها ، وهو الإمام المقيم .

صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَدْرَكَ مِنَ الصَّلَاةِ رَكْعَةً فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ » ولأن من أدرك من الجمعة ركعةً أتمّها جمعة ، ومن أدرك أقلّ من ذلك ، لا يلزمه فرضها .

ولنا ماروى عن ابن عباس أنه قيل له : « مابالُ المُسَافِرِ يُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ فِي حَالِ الانفِرَادِ ، وأرْبَعاً إذا ائتمّ بِمُقيم ؟ فقال : تِلْكَ السُّنَّة » رواه أحمد في المسند . وقوله « السنّة » ينصرف إلى سُنَّة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنه فعلُ من سَمَّينا من الصحابة ، ولا نعرف لهم في عصرهم مُخالفاً . قال نافع : « كَانَ ابنُ عُمَرَ إِذَا صَلَّى مَعَ الإِمَامِ صَلاَّهَا أَرْبعاً ، وإِذَا صلَّى وَحْدَهُ صَلاَّهَا رَكْعَتَيْن » رواه مسلم . ولأن هذه صلاةٌ مردودة من أربع إلى ركعتين ، فلا يصلّيها خلف من يُصلِّي الأربع ، كالجمعة . وما ذكره إسحاق لايصحّ عندنا ، فإنه لاتصح له صلاة الفجر خلف من يُصَلِّي الرباعية ، وإدراك الجمعة يُخالف مانحن فيه ، فإنه لو أدرك ركعةً من الجمعة رجع إلى ركعتين ، وهذا بخلافه . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : إنّمَا جُعِلَ الإمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ فَلَا تَخْتَلِفُوا عَلَيْهِ » ، ومفارقة إمامه اختلافٌ عليه ، فلم يجز مع إمكان متابعته . وإذا أحرم المسافرون خلف مسافر ، فأحدث ، واستخلف مُسافراً آخرَ ، فلهم القصر لأنهم لم يأتمّوا بِمُقيم . وإن استخلف مُقيما لزمهم الإتمامُ ، لأنهم ائتمُّوا بِمُقيم . وللإمام الذى أحدث أن يُصلِّي صلاةَ المسافر ، لأنه لم يأتمّ بِمُقيم ، ولو صلَّى المسافرون خلف مُقيم ، فأحدث ، واستخلف مسافراً أو مُقيما ، لزمهم الإتمامُ لأنهم ائتمُّوا بِمُقيم . فإن استخلف مسافراً لم يكن معهم في الصلاة فله أن يُصَلِّي صلاةَ السفر ، لأنه لم يأتمّ بمُقيم .

فصـــل

وإذا أحرم المسافر خلف مُقيم ، أو مَن يغلب على ظنّه أنه مُقيم ، أو من يَشكُّ هل هو مقيم أو مسافر ؟ لزم الإتمام ، وإن قصر إمامُه ، لأن الأصل وجوب الصلاة تامَّة ، فليس له نية قصرها مع الشك في وجوب إتمامها ويلزمه إتمامها اعتباراً بالنّية ، وهذا مذهب الشافعيّ . وإن غلب على ظنه أن الإمام مُسافر لرؤية حِلْيَة المسافرين عليه ، وآثار السفر ، فله أن ينوى القصر ، فإن قصر إمامُه قصَر معه ، وإن أتمّ لزمه مُتابعتُه . وإن نوى الإتمامَ لزمه الإتمام ، سواء قصر إمامه ، أو أتمّ ، اعتباراً بالنية . وإن نوى القصر فأحدث إمامُه قبل علمه بحاله ، فله القصر ، لأن الظاهر أنّ إمامه مُسافر لوجود دليله ، وقد أُبيحت له نيّة القصر ، بناء على هذا الظاهر . ويحتمل أن يلزمه الإتمام احتياطاً .

فصـــل

إذا صلَّى المسافر صلاة الخوف بمسافرين ففرَّقهم فرقتين ، فأحدث قبلَ مفارقة الطائفة الأولى ، واستخلف مُقيماً لزم الطائفتين الإتمامُ ، لوجود الائتمام بمُقيم . وإن كان ذلك بعد مفارقة الأولى أتمَّت الثانية

وحدها ، لاختصاصها بالائتمام بالمقيم . وإن كان الإمام مُقيما ، فاستخلف مُسافراً ممن كان معه فى الصلاة ، فعلى الجميع الإتمامُ ، لأن المستخلَف قد لزمه الإتمامُ باقتدائه بالمقيم ، فصار كالمقيم . وإن لم يكن دخل معه فى الصلاة ، وكان استخلافه قبل مفارقة الأولى فعليها الإتمامُ ، لائتمامها بمقيم ، ويقصُر الإمام والطائفة الثانية . وإن استخلف بعد دخول الثانية معه ، فعلى الجميع الإتمام ، وللمستخلَف القصرُ وحده ؛ لأنه لم يأتمّ بمقيم .

« مسألة » قال : ﴿ وإذا صلَّى مسافر ، ومقيم خلف مسافر ، أتمّ المقيم إذا سلَّم إمامُه ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن المقيم إذا ائتمّ بالمسافر ، وسلَّم المسافر من ركعتين ، أن على المقيم إتمام الصلاة . وقد رُوى عن عمران بن حُصين قال : « شَهِدْتُ الْفَتْحَ مَعَ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، فَأَقَامَ بِمَكَّةَ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ لَيْلَةً ، لاَ يُصَلِّي إلاَّ رَكْعَتَيْنِ ، ثمَّ يَقُولُ لأَهْلِ الْبَلَدِ : صَلُّوا أَرْبَعاً فإِنَّا سَفْرٌ »[1] رواه أبو داود ، ولأن الصلاة واجبة عليه أربعاً ، فلم يكن له ترك شيء من ركعاتها كما لو لم يأتمّ بمسافر .

فصـــل

ويُستحبُّ للإمام إذا صلَّى بمقيمين أن يقول لهم عقيب تسليمه ، أتمُّوا ، فإنَّا سفْر ، لما ذكرنا من الحديث ، ولئلا يشتبه على الجاهل عددَ ركعات الصلاة ، فيظنَّ أن الرباعية ركعتان . وقد روى الأثرم عن الزهرىّ : أن عثمان إنما أتمّ الصلاة لأن الأعراب حَجُّوا ، فأراد أن يُعَرّفهم أن الصلاة أربع .

فصـــل

وإذا أمّ المسافرُ المقيمين فأتمّ بهم الصلاة ، فصلاتهم تامَّة صحيحة . وبهذا قال الشافعىّ وإسحاق . وقال أبو حنيفة ، والثورىّ : تفسُد صلاة المقيمين ، وتصحّ صلاة الإمام ، والمسافرين معه . وعن أحمد نحو ذلك . قال القاضى : لأنّ الركعتين الأُخْرَيَيْنِ نَفْلٌ من الإمام فلا يؤمُّ بها مفترضين .

ولنا : أن المسافر يلزمه الإتمام بنيَّته ، فيكون الجمع واجباً : ولو كانت نفلا ، فائتمام المفترض بالمتنفِّل جائز على مامضى .

فصـــل

وإن أمّ المسافرُ مسافرين ، فنسى ، فصلاَّها تامَّة ، صحّت صلاته وصلاتهم . ولا يلزم لذلك سجود سهو لأنها زيادة لا يُبْطِلُ الصلاةَ عمدُها ، فلا يجب السجود لسهوها ، كزيادات الأقوال ، مثل القراءة فى السجود ، والقعود . وهل يُشرع السجود لها ؟ يُخرَّج على الروايتين فى الزيادات المذكورة . واختار

---

(١) سفر : اسم جمع للسافر ، أى فإنا مسافرون .

ابن عقيل : أنه لايحتاج إلى سجود ، لأنه أتى بالأصل ، فـلم يحتج إلى جُبران . ووجه مشروعيته أن هذه زيادة نقصت الفضيلة ، وأخلت بالـكمال ، فأشبهت القراءة فى غـير محلّها ، وقراءة السورة فى الأخْرَيَيْن .
وإذا ذكر الإمام بعد قيـامه إلى الثالثة لم يلزمه الإتمام ، وله أن يجلس ، فإن الموجب للإتمـام نيّته ، أو الائتمام بِمُقِيم ، ولم يوجد واحد منهما . وإن عـلم المـأموم أن قيامه لسهو ، لم يلزمه متابعتُه وسبَّحُوا به ، لأنه سهو ، فلا يجب اتباعه فيه . ولهم مفارقته إن لم يرجع ، كما لو قام إلى ثالثـة فى الفجر . وإن تابعوه لم تبطـل صلاة الإمام ، فلا تبطُل صلاة المـأموم بمتابعته فيهـا ، كزيادات الأقوال . ولأنهم لو فارقوا الإمام وأتمّوا صحّت صلاتهم ، فمع موافقته أولى . وقال القاضى : تفسُد صلاتهم لأنهم زادوا ركعتين عمداً ، وإن لم يعلموا : هل قام سهواً أو عمداً ، لزمهم متابعتُه ، ولم يـكن لهم مفارقتـه ، لأن حـكم وجوب المتـابعة ثابت فلا يزول بالشك .

« مسألة » قال : ﴿ وإذا نوى المسافر الإقامة فى بلد أكثر من إحدى وعشرين صلاةً أتمّ ﴾ .

المشهور عن أحمد رحمه الله : أن المدة التى تلزم المسافر الإتمام بنية الإقامة فيها ، هى ما كان أكثر من إحدى وعشرين صلاة . رَواه الأثرم والمروزى وغيرهم . وعنه أنه إذا نوى إقامة أربعة أيام أتمّ ، وإن نوى دونها قصَر ، وهذا قول مالك والشافعى وأبو ثور . لأن الثلاث حد القبلة بدليل قول النبى ﷺ : «يُقيم المُهاجر بعد قضاء منسكه ثلاثاً» . ولما أجلى عمر رضى الله عنه أهل الذمّة ضرب لمن قدم منهم تاجراً ثلاثاً ، فدلّ على أن الثلاث فى حكم السفر ومازاد فى حكم الإقامة . ويُروى هذا القول عن عثمان رضى الله عنه . وقال الثورى وأصحاب الرأى : إن أقام خمسة عشر يوماً مع اليوم الذى يخرج فيـه أتمّ . وإن نوى دون ذلك قصر . ورُوى ذلك عن ابن عمر وسعيد بن جبير والليث بن سعيد ، لما رُوى عن ابن عمر ، وابن عباس : «أنهما قالا إذا قَدِمت وفى نفسك أن تُقيم بها خمس عشرة ليـلة فأكمل الصلاة ، ولا يعرف لهم مخالف[1] . ورُوى عن سعيد بن المسيب مثل هـذا القول . ورَوى عنه قتادة قال : إذا أقمت أربعاً فصلِّ أربعاً . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه قال : يتمُّ الصلاة الذى يُقيم عشراً ، ويقصُر الصلاة الذى يقول : أخرج اليوم ، أخرج غداً شهراً ، وهذا قول محمد بن على ، وابنه والحسن بن صالح .

وعن ابن عباس قال : إذا قَدِمت بلدة ، فلم تدر متى تخرج فأتمّ الصـلاة ، وإن قلت : أخرج اليوم ، أخرج غداً ، فأقمت عشراً فأتم الصلاة . وعنه أنه قال : إن النبى ﷺ أقام فى بعض أسفاره تسع عشرة يصلِّى ركعتين . قال ابن عباس : فنحن إذا قمنا تسع عشرة نصلِّى ركعتين ، وإذا زدنا على ذلك أتممنا ، رواه البخارى . وقال الحسن : صلِّ ركعتين ركعتين إلى أن تقدم مصراً ، فأتمّ الصلاة وصم ، وقالت

---

(١) سيأتى رد هذا القول ، وروى البيهقى بإسناد صحيح ، أن ابن عمر : أقام بأذربيجان ستة أشهر يقصر الصلاة .

عائشة : إذا وضعت الزاد والمزاد ، فأتم الصلاة ، وكان طاوس : إذا قدم مكة صلّى أربعاً .

ولنا : ماروى أنس قال : « خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ إِلَى مَكَّةَ فَصَلَّى رَكْعَتَيْنِ حَتَّى رَجَعَ وَأَقَامَ بِمَكَّةَ عَشْراً يَقْصُرُ الصَّلَاةَ » متفق عليه . وذكر أحمد حديث جابر ، وابن عباس : « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدِمَ لِصُبْحِ رَابِعَةٍ ، فَأَقَامَ النبيُّ صلى اللهُ عليه وسلم الْيَوْمَ الرابعَ ، وَالْخَامِسَ ، وَالسَّادِسَ ، وَالسَّابِعَ وَصَلَّى الْفَجْرَ بِالْأَبْطَحِ [1] يَوْمَ الثَّامِنِ ، فَكَانَ يَقْصُرُ الصَّلَاةَ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ » ، وقد أجمع [2] على إقامتها قال : فإذا أجمع أن يُقيم كما أقام النبيّ ﷺ قصَرَ ، وإذا أجمع على أكثر من ذلك أتمّ . قال الأثرم : وسمعتُ أبا عبد الله يذكر حديث أنس في الإجماع على الإقامة للمسافر ، فقال : هو كلامٌ ليس يفقهُه كلّ أحد . وقوله : « أَقَامَ النبيُّ صلى اللهُ عليه وسلم عَشْراً يَقْصُرُ الصَّلَاةَ » فقال : « قَدِمَ النبيُّ ﷺ لِصُبْحِ رَابِعَةٍ ، وَخَامِسَةٍ ، وَسَادِسَةٍ ، وَسَابِعَةٍ - ثمَّ قال - وَثَامِنَةٍ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ ، وَتَاسِعَةٍ ، وَعَاشِرَةٍ » فإنما وجه حديث أنس أنه حَسَب مُقام النبيِّ صلى الله عليه وسلم بمكة ومِنًى ، وإلاَّ فلا وجه له عندى غيرُ هذا ، فهذه أربعة أيام ، وصلاة الصبح بها يوم التروية تمام إحدى وعشرين صلاةً يقصُر . فهذا يدلُّ على أن من أقام إحدى وعشرين صلاةً يقصُر ، وهى تزيد على أربعة أيام ، وهذا صريح فى خلاف من حدّه أربعة أيام . وقول أصحاب الرأى : لم نعرف لهم مُخالفاً فى الصحابة غيرُ صحيح ، فقد ذكرنا الخلاف فيه عنهم . وذكرنا عن ابن عباس نفسه خلافَ ماحكوه عنه ، رواه سعيد فى سننه ، ولم أجد ماحكوه عنه فيه . وحديث ابن عباس فى إقامة تِسْعَ عَشْرَةَ ، وجهُه أن النبيَّ ﷺ لم يُجمع الإقامة . قال أحمد : أقام النبى صلى اللهُ عليه وسلم بمكة ثمانى عشرة زمن الفتح لأنه أراد حُنيناً ، ولم يكن ثم إجماع المقام وهذه إقامته التى رواها ابن عباس ، والله أعلم .

فصل

ومن قصد بلداً بعينه فوصله غير عازم على الإقامة به مدة ينقطع فيها حكم سفره فله القصر فيه ، قال أحمد فيمن دخل مكة لم يُجمع على إقامة تزيد على إقامة النبى ﷺ بها ، وهو أن يَقْدَم رابعَ ذى الحِجَّة : فله القصر ، وذلك لأن النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم كان فى أسفاره يقصُر حتى يرجع ، وحين قدم مكةَ ، وأقام بها ماأقام ، كان يقصر فيها ، وهذا خلاف قول عائشةَ ، والحسن . ولا فرق بين أن يقصد الرجوع إلى بلده كما فعل النبى ﷺ فى حَجَّة الوداع على مافى حديث أنس ، وبين أن يريد بلداً آخر ، كما فعل صلى اللهُ عليه وسلم فى غزوة الفتح ، على مافى حديث ابن عباس .

(١) مسيل الماء الذى فيه دقاق الحصى .

(٢) أجمع على إقامتها : نواها ورتب أمره عليها .

فصـــل

وإن مرّ في طريقه على بلد له فيه أهل أو مال . فقال أحمد في موضع : يُتِمّ . وقال في موضع يُتِمّ إلا أن يكون مارًّا ، وهذا قول ابن عباس . وقال الزهرىّ : إذا مرّ بمزرعةٍ له أتمّ . وقال مالك : إذا مرّ بقريةٍ فيها أهلُه ، أو مالُه أتمّ إذا أراد أن يُقيم بها يوماً وليـلةً . وقال الشافعىّ ، وابن المنذر : يقصُر ما لم يُجْمع على إقامة أربعٍ ، لأنه مُسافر لم يُجمع على أربع .

ولنا : ما رُوى عن عثمان أنه صلَّى بمِنًى أربع ركعات ، فأنكر الناسُ عليه . فقال : ياأيها الناس : إنِّى تأهَّلْتُ بمكة منـذ قدمت ، وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : « مَنْ تَأَهَّلَ فِي بَلَدٍ فَلْيُصَلِّ صَـلَاةَ الْمُقِيمِ »[1] رواه الإمام أحمـدُ في المُسند . وقال ابن عباس : إذا قدمتَ على أهـل لك ، أو مال ، فصلّ صلاة المقيم ، ولأنه مُقيم ببلد فيه أهلُه ، فأشبه البلد الذى سافر منه .

فصـــل

قال أحمد : من كان مقيما بمكة ، ثم خرج إلى الحج ، وهو يريد أن يرجع إلى مكة ، فلا يقيم بها حتى ينصرف ، فهذا يُصلِّى بعرفة ركعتين ، لأنه حين خرج من مكة أنشأ السفر فهو فى سفر من حين خرج من مكة . ولو أن رجلا كان مُقيماً ببغداد ، فأراد الخروج إلى الـكوفة ، فعرضت له حاجة بالنهروان ، ثم رجع فمرّ ببغداد ذاهباً إلى الـكوفه صلَّى ركعتين ، إذا كان يمرُّ ببغداد مجتازاً ، لا يريد الإقامة بها . وإن كان الذى خرج إلى عرفة فى نيته الإقامة بمكة إذا رجع فإنه لا يقصُر بعرفة ، ولذلك أهل مكة لا يقصرون[2] وإن صلَّى رجـل مكىّ يقصُر الصلاة بعرفة ركعتين ، ثم أقام بعـد صلاة الإمام ، فأضاف إليها ركعتين أُخْرَيَيْنِ صحت الصلاة ، لأن المـكىّ يقصُر بتأويل[3] ، فصحت صلاة من يأتمّ به .

فصـــل

وإذا خرج المسافر فذكر حاجةً ، فرجع إليهـا فله القصر فى رجوعه ، إلاَّ أن يكون نوى أن يُقيم إذا رجع مدة تقطع القصر ، أو يكون أهله أو ماله فى البلد الذى رجع إليه لما ذكرنا ، هكذا حُكى عن أحمد. وقوله فى الرواية الأخرى : أتمَّ إلاَّ أن يكون مارًّا يقتضى أنه إذا قصد أَخْذَ حاجته ، والرجوعَ من غير

---

(١) هذا حديث منقطع ، والمسافر الذى يتم بوجود أهله وماله خاص بعثمان رضى الله عنه ومن وافقه والصحيح أنه لا يجب عليه الإتمام لذلك ، وقد قيل إن جمهور الصحابة أنكروا على عثمان هذا الرأى .

(٢) هذا على رأى من يحدد مسافة القصر بالسفر الطويل ، أما من يبيح القصر فى السفر الطويل والقصير فيجيز لأهل مكة القصر ، وقد صلى أهل مكة مع النبى ﷺ ومنى قاصرين ، ولم يأمرهم بالإتمام .

(٣) التأويل : هو أن القصر مباح فى السفر عموماً ، فحمله بعض الفقهاء على الطويل فقط ، وأجازه بعضهم فى الطويل والقصير .

إقامة ، أنه يقصُر . والشافعيّ : يرى له القصر مالم ينو فى رجوعه الإقامة فى البلد أربعاً ، قال : ولو كان أتمّ أحبُّ إلىّ . وقال مالك : يُتِمّ حتى يخرج فاصلاً للثانية ، ونحوه قول الثورىّ .

ولنا : أنه قد ثبت له حكم السفر بخروجه ، ولم يوجد إقامةٌ تقطع حكمه ، فأشبه مالو أتى قريةً غير مُخْرَجِه.

« مسألة » قال ﴿ وإن قال اليومَ أخرجُ ، غداً أخرج قصر ، وإن أقام شهراً ﴾ .

وجملة ذلك : أن من لم يُجمع الإقامة مدة تزيد على إحدى وعشرين صلاة فله القصر ، ولو أقام سنين مثل أن يُقيم لقضاء حاجة يرجو نجاحها ، أو لجهاد عدو ، أو حبس سلطان ، أو مرض . وسواء غلب على ظنّه انقضاء الحاجة فى مدة يسيرة ، أو كثيرة ، بعد أن يحتمل انقضاؤها فى المدة التى لاتقطع حكم السفر . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم : أن للمسافر أن يقصر مالم يُجمع إقامةً ، وإن أتى عليه سنون . وقد روى ابن عباس قال : « أَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ فِي بَعْضِ أَسْفَارِهِ تِسْعَ عَشْرَةَ يُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ » رواه البخارى . وقال جابر : « أَقَامَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم فِي غَزْوَةِ تَبُوكَ عِشْرِينَ يَوْماً يَقْصُرُ الصَّلَاةَ » رواه الإمام أحمدُ فى مُسنده . وفى حديث عمران بن حُصين : « أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم أَقَامَ بِمَكَّةَ ثَمَانِي عَشْرَةَ لاَ يُصَلِّي إِلاَّ رَكْعَتَيْنِ » رواه أبو داود . ورُوى عن عبد الرحمن بن المِسْوَر ، عن أبيه ، قال : « أَقَمْنَا مَعَ سَعْدٍ بِعُمَانَ ، أَوْ سَلْمَانَ ، فَكَانَ يُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ ، وَيُصَلِّي أَرْبعاً ، فَذَكَرْنَا ذَلِكَ لَهُ . فقال : نَحْنُ أَعْلَمُ » رواه الأثرم

وروى سعيد بإسناده عن المِسْوَرِ بنِ مَخْرَمَةَ قال : أَقَمْنَا مَعَ سَعْدٍ بِبَعْضِ قُرَى الشَّامِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً يَقْصُرُهَا سَعْدٌ ، وَيُتِمُّهَا . وقال نافع : أقام ابن عمر بأَذْرِبِيجَانَ ستّة أشهر يُصَلِّى ركعتين ، وقد حال الثلجُ بينه وبين الدُّخول . وعن حفص بن عبد الله : أن أنس بن مالك أقام بالشام سنين يُصَلِّى صلاةَ المسافر . وقال أنس : أقام أصحابُ رسول الله ﷺ بِرَامَهُرْمُز سبعة أشهر ، يقصُرون الصَّلاةَ . وعن الحسن ، عن عبد الرحمن بن سَمُرة قال : أقمتُ معه سنتين بكابل ، يقصر الصلاة ، ولا يجمع . وقال إبراهيم : كانوا يقيمون بالرّيِّ السَّنَةَ وأكثرَ من ذلك ، وبِسِجِسْتَانَ ، السَّنَتَيْنِ لايجمعون ، ولا يصومون . وقد ذكرنا عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : ويقصُر إذا قال اليوم أخرج غداً أخرج شهراً ، وهذا مثلُ قول الخِرَقِيّ ، ولعل الخرقى رحمه الله إنما قال ذلك اقتداء به ، ولم يُرد أن نهاية القصر إلى شهر ، وإنما أراد أنّه لانهاية للقصر ، والله أعلم .

فصل

وإن عزم على إقامة طويلة فى رُسْتَاقٍ[1] يتنقل فيه من قرية إلى قرية لايُجمع على الإقامة بواحدةٍ منها

---

(١) الرستاق ، والرزداق ، جماع القرى ، أو السواد المزروع من الأرض ، يسكنه الناس وهو معرب « رستاق » .

مدة تُبطل حكم السفر لم يَبطُل حكم سفره ، لأن النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم أقام عَشْراً بمكة وعَرَفة ومِنًى ، فكان يقصُر فى تلك الأيام كلها .

وروى الأثرم بإسناده عن مُوَرِّق ، قال : سألتُ ابن عمر : قلت : إنِّى رجلٌ تاجر ، آتى الأهوازَ ، فأنتقلُ فى قراها من قرية إلى قرية ، فأُقيم الشهرَ وأكثرَ من ذلك ، قال : تنوى الإقامة ؟ قلت : لا ، قال : لاأراك إلاَّ مسافراً ، صلِّ صلاةَ المسافرين . ولأنَّه لم ينو الإقامة فى بلد بعينه ، فأشبه المتنقل فى سفره من منزل إلى منزل .

فصـــل

وإذا دخل بلداً فقال : إن لقيتُ فلاناً أقمتُ ، وإن لم ألقه لم أُقِم ، لم يَبْطُل حكم سفره ، لأنَّه لم يجزم بالإقامـة ، ولأنَّ المُبطل لحـكم السفر هو العزم على الإقامة ، ولم يوجد ، وإنمـا علَّقه على شرطٍ ، وليس ذلك بجزاء .

فصـــل

ولا بأس بالتطوُّع نازلا ، وسائراً على الراحـلة ، لمـا رَوى ابن عمر : « أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَانَ يُسَبِّحُ[1] عَلَى ظَهْرِ رَاحِلَتِهِ حَيْثُ كَانَ وَجْهُهُ ، يُومِىءُ بِرَأْسِهِ » وكان ابن عمر يفعله . وروى نحو ذلك جابر ، وأنس ، متفق عليهنَّ ، ورَوت أمّ هانىء بنتُ أبى طالب : « أَنَّ النبيَّ ﷺ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ اغْتَسَلَ فِى بَيْتِهَا ، فَصَلَّى ثَمَانِىَ رَكَعَاتٍ » متفق عليه . وعن علىّ رضى الله عنـه : « أَنَّ النبيَّ صلى اللهُ عليه وسـلم كَانَ يَتَطَوَّعُ فِى السَّفَرِ » رواه سعيد ، ويُصَـلِّى ركعتى الفجر ، والوتر ، لأن ابن عمر رَوى : « أنَّ النبىّ ﷺ كَانَ يُوتِرُ عَلَى بَعِيرِهِ » ولَمَّا نامَ النبىُّ صلى اللهُ عليه وسلم عن صَلاَةِ الفجر حتى طلعت الشمسُ صلَّى ركعتى الفجر قبلها » متفق عليهما .

وأمَّا سائر السنن ، والتطوعات قبل الفرائض وبعدها . فقـال أحمد : أرجو أنْ لايـكون بالتطوع فى السفر بأس . ورُوى عن الحسن قال : كَانَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم يُسافرون فيتطَوَّعُونَ قَبْلَ المَكْتُوبَةِ وَبَعْدَهَا .

ورُوى ذلك عن عمرو ، وعلىّ ، وابن مسعود ، وجابر ، وأنس ، وابن عبـاس ، وأبى ذَرّ وجماعةٍ من التابعين كثير ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وابن المُنـذر . وكان ابن عمر لايتطوَّع مع الفريضة قبلها ، ولا بعدها ، إلاَّ من جوف الليل . ونُقل ذلك عن سعيد بن المُسيَّب ، وسعيد

(١) يسبح : يصلى ،

ابن جُبَيْر ، وعليّ بن الْحسين ، لما رُوى : « أَنَّ ابنَ عُمَرَ ، رَأَى قَوْماً يُسَبِّحُونَ بَعْدَ الصَّلاَةَ . فقال : لو كنتُ مُسَبِّحاً لأتممْتُ صَلاَتِي . ياابن أخي ، صحبتُ رسُولَ اللهِ ﷺ فلم يَزِدْ على ركعتين ، حتى قبضه الله ، وصَحِبْتُ أبا بكر ، فلم يَزِدْ على ركعتين حتى قبضه الله ، وذكر عمر ، وعثمانَ وقال (٣٣ : ٢١ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ) متفق عليه ، ووجه الأول ماروى عن ابن عباس قال : « فَرَضَ رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم صَلاَةَ الْحَضَرِ ، فَكُنَّا نُصَلِّي قَبْلَهَا وَبَعْدَهَا ، وَكُنَّا نُصَلِّي فِي السَّفَرِ قَبْلَهَا وَبَعْدَهَا » رواه ابن ماجه . وعن أبي بَصْرَةَ الغِفَارِيّ ، عن البراء بن عازب قال : « صَحِبْتُ رَسُولَ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم ثَمَانِيَةَ عَشَرَ سَفَراً ، فَمَا رَأَيْتُهُ تَرَكَ رَكْعَتَيْنِ إِذَا زَاغَتِ الشَّمْسُ قَبْلَ الظُّهْرِ » ، رواه أبو داود . وحديث الحسن عن أصحاب رسول الله ﷺ قد ذكرناه ، فهذا يدلّ على أنه لا بأس بفعلها ، وحديث ابن عمر : يدل على أنه لا بأس بتركها ، فيُجمع بين الأحاديث ، والله أعلم .

كتاب صلاة الجمعة

الأصل فى فرض الجمعة الكتاب، والسنّة، والإجماع.

أما الكتاب. فقوله تعالى (٦٢ : ٩ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ)، فأمر بالسعى، ويقتضى الأمر الوجوب، ولا يجب السعى إلاَّ إلى الواجب ونهى عن البيع، لئلاّ يشتغل به عنها، فلو لم تكن واجبةً لما نهى عن البيع من أجلها. والمراد بالسعى هاهنا: الذهاب إليها، لا الإسراع، فإن السعى فى كتاب الله لم يُرَدْ به العَدو، قال الله تعالى: (٨٠ : ٨ وَأَمَّا مَنْ جَاءَكَ يَسْعَى)، وقال: (١٧ : ١٩ وَسَعَى لَهَا سَعْيَهَا)، وقال: (٢ : ٢٠٥ سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا)، وقال: (٥ : ٣٣، ٦٤ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا)، وأشباه هذا لم يُرَدْ بشىء من الْعَدْوِ. وقد رُوى عن عمر أنه كان يقرأها: (فَامْضُوا إِلَى ذِكْرِ اللهِ).

وأمَّا السُّنّة: فقول النبى صلى اللهُ عليه وسلم: « لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ، أَوْ لَيَخْتِمَنَّ اللهُ عَلَى قُلُوبِهِمْ، ثُمَّ لَيَكُونُنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ » متفق عليه.

وعن أبى الجَعْد الضَّمْرِىّ أن رسول اللهُ ﷺ قال: « مَنْ تَرَكَ ثَلَاثَ جُمَعٍ تَهَاوُنًا طَبَعَ اللهُ عَلَى قَلْبِهِ »، وقال عليه السلام: « الْجُمُعَةُ حَقٌّ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ، إِلَّا أَرْبَعَةً: عَبْدٌ مَمْلُوكٌ، أَوِ امْرَأَةٌ، أَوْ صَبِيٌّ، أَوْ مَرِيضٌ »، رواهما أبو داود. وعن جابر قال: « خَطَبَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ، فَقَالَ: وَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ تَعَالَى قَدِ افْتَرَضَ عَلَيْكُمُ الْجُمُعَةَ فِي مَقَامِي هَذَا، فِي يَوْمِي هَذَا، فِي شَهْرِي هَذَا، مِنْ عَامِي هَذَا، فَمَنْ تَرَكَهَا فِي حَيَاتِي، أَوْ بَعْدَ مَمَاتِي، وَلَهُ إِمَامٌ عَادِلٌ، أَوْ جَائِرٌ، اسْتِخْفَافًا بِهَا، وَجُحُودًا لَهَا، فَلَا جَمَعَ اللهُ لَهُ شَمْلَهُ، وَلَا بَارَكَ لَهُ فِي أَمْرِهِ، أَلَا وَلَا صَلَاةَ لَهُ، أَلَا وَلَا زَكَاةَ لَهُ، أَلَا وَلَا حَجَّ لَهُ، أَلَا وَلَا صَوْمَ لَهُ، وَلَا بِرَّ لَهُ، حَتَّى يَتُوبَ، فَإِنْ تَابَ تَابَ اللهُ عَلَيْهِ »، رواه ابن ماجه، وأجمع المسلمون على وجوب الجمعة.

« مسألة » قال: ﴿ وَإِذَا زَالَتِ الشمسُ يوم الجمعة صَعِد الإمام على المِنْبَرِ ﴾.

المُستحبُّ: إقامةُ الجمعة بعد الزوال. لأنَّ النبىَّ ﷺ كان يفعلُ ذلك: قال سَلَمة بن الأكوع: « كُنَّا نُجَمِّعُ مَعَ النبيِّ صلى اللهُ عليه وسلم إِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ، ثُمَّ نَرْجِعُ نَتَّبِعُ الْفَيْءَ »[1] متفق عليه. وعن أنس: « أن النبيَّ ﷺ كَانَ يُصَلِّي الْجُمُعَةَ حِينَ تَمِيلُ الشَّمْسُ » أخرجه البخارىّ. ولأنَّ

(١) الفىء: الظل.

في ذلك خروجاً من الخلاف ، فإن علماء الأمة اتفقوا على أن مابعد الزوال وقتٌ للجمعة ، وإنما الخـلاف فيما قبله ، ولا فرق في استحباب إقامتها عقيب الزوال ، بين شدة الحرّ ، وبين غيره . فإن الجمعة يجتمع لها الناس ، فلو انتظروا الإبراد شقّ عليهم . وكذلك كان النبيُّ ﷺ يفعلها إذا زالت الشمس في الشتاء والصيف ، على ميقات واحد ، فيُستحبُّ أن يصعد للخطبة على مِنْبَرٍ ، ليُسْمِـعَ الناس ، وكان النبيُّ صلى الله عليه وسلم يخطُب الناسَ على مِنْبَره . وقال سهل بن سعد : « أَرْسَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إِلَى فُلاَنَةَ امْرَأَةٌ سَمَّاهَا سَهْلٌ : أَنْ مُرِي غُلاَمَكِ النَّجَّارَ يَعْمَلْ لِي أَعْوَاداً أَجْلِسُ عَلَيْهِنَّ إِذَا كَلَّمْتُ النَّاسَ » متفق عليه. وقالت أمُّ هشام بنتُ حارثة بن النعمان : « مَا أَخَذْتُ « قاف »[1] إلاَّ عَنْ لِسَانِ رَسُول الله صـلى اللهُ عليه وسلم يَقْرَؤُهَا كُلَّ جُمْعَةٍ عَلَى المِنْبَرِ إِذَا خَطَبَ النَّاسَ » ، وليس ذلك واجباً ، فلو خطب على الأرض أو على رَبْوَةٍ ، أو وِسَادَةٍ ، أو على راحلته ، أو غـير ذلك جاز ، فإن النبيَّ صلى اللهُ عليه وسلم قد كان قبل أن يُصنع المنبرُ يقوم على الأرض اه .

فصـــــل

ويُستحبُّ أن يكون المنبر على يمين القبلة ، لأنَّ النبيَّ ﷺ هكذا صنع .

« مسألة » قال : ﴿ فإذا استقبل الناسَ سَلَّمَ عليهم ، وردُّوا عليه ، وجلس ﴾ .

يُستحبُّ للإمام ، إذا خرج أن يُسلِّمَ على الناس ، ثم إذا صَعِدَ المنبر ، فاستقبل الحاضرين ، سلَّمَ عليهم وجلس إلى أن يفرغ المؤذّنونَ من أذانهم . كان ابن الزبير إذا عـلا عـلى المنبر سلَّمَ ، وفعـله عمر بن عبد العزيز . وبه قال الأوزاعيّ والشافعيّ . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يُسَنُّ السلام عقيب الاستقبال ، لأنَّه قد سلّم حال خروجه .

ولنا : ماروى جابر قال : « كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إِذَا صَعِدَ المِنْبَرَ سَلَّمَ » رواه ابن ماجه . وعن ابن عمر ، قال : « كَانَ رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم إِذَا دَخَلَ المَسْجِدَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ سَلَّمَ عَلَى مَنْ عِنْدَ المِنْـبَرِ جَالِساً ، فَإِذَا صَعِدَ المِنْبَرَ تَوَجَّه النَّاسَ سَلَّمَ عَلَيْهِمْ » رواه أبو بكر بإسناده ، عن الشعبيّ ، قال : « كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ إِذَا صَعِدَ المِنْبَرَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ اسْتَقْبَلَ النَّاسَ ، فقال : السلامُ عَلَيْـكُمْ وَرَحْمَةُ اللهِ ويحمد الله تَعَالَى ، وَيُثْنِي عَلَيْهِ ، وَيَقْرَأُ سُورَةً ثُمَّ يَجْلِسُ ، ثمَّ يَقُومُ فَيَخْطُبُ ، وَكَانَ أَبُو بَـكْرٍ ، وَعُمَرُ يَفْعَلاَنه » رواه الأثرم . ومتى سلّم ردّ عليه الناس . لأن رَدّ السلام آكدُ من ابتدائه ، ثم يجلس حتى يفرُغَ المؤذّنون ليستريح . وقد روى ابن عمر قال : « كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَخْطُبُ خُطْبَتَيْنِ يَجْلِسُ إِذَا صَعِدَ المِنْبَرَ حَتَّى يَفْرُغَ

---

(١) تعني : ماتعلمت سورة « قاف » إلا من لسان النبي صلى الله عليه وسلم .

الْمُؤَذِّنُونَ ، ثمَّ يَقُومُ فَيَخْطُبُ ، ثمَّ يَجْلِسُ فَلاَ يَتَكَلَّمُ ، ثمَّ يَقُومُ فَيَخْطُبَ » رواه أبو داود .

« مسألة » قال : ﴿ وأخذ المؤذنون فى الأذان ، وهذا الأذان الذى يمنع البيع ، ويلزم السعى إلاَّ لمن منزله فى بُعد ، فعليه أن يَسْعَى فى الوقت الذى يكون به مُدْرِكاً للجُمُعة ﴾ .

أما مشروعيَّة الأذان عقيب صعود الإمام فلا خلاف فيه ، فقد كان يُؤذَّنُ للنبيِّ ﷺ . قال السائب ابن يزيد : « كَانَ النِّدَاءُ إِذَا صَعِدَ الْإِمَامُ عَلَى الْمِنْبَرِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم ، وَأَبِى بَكْرٍ وَعُمَر ، فَلَمَّا كَانَ عُثْمَانُ كَثُرَ النَّاسُ ، فَزَادَ النِّدَاء الثالثُ عَلَى الزَّوراء » رواه البخاريّ . وأما قوله : هذا الأذان الذى يمنع البيع ، ويلزم السعى ، فلأن الله تعالى أمر بالسعى ، ونهى عن البيع بعد النداء ، بقوله سبحانه : (٦٢ : ٩ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ) . والنداء الذى كان على عهد رسول الله ﷺ هو النداء عقيب جلوس الإمام على المنبر ، فتعلّق الحكم به دون غيره ، ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل الزوال أو بعده . وحكى القاضى رواية عن أحمد : أن البيع يحرم بزوال الشمس ، وإن لم يجلس الإمام على المنبر ، ولا يصحّ هذا ، لأن الله تعالى علّقه على النداء ، لا على الوقت ، ولأنَّ المقصود بهذا إدراكُ الجمعة ، وهو يحصل بما ذكرنا ، دون ماذكره ، ولو كان تحريم البيع مُعلقاً بالوقت لما اختصّ بالزوال ، فإن ماقبله وقت أيضاً ، فأمَّا مَنْ كان منزلُه بعيداً لايُدرِكُ الْجُمعة بالسعى وقت النداء ، فعليه السعى فى الوقت الذى يكون به مُدركاً للجمعة ، لأنَّ الجمعة واجبةٌ ، والسعى قبل النداء من ضرورة إدراكها ومالايتمّ الواجب إلا به فهو واجب ، كاستقاء الماء من البئر للوضوء ، إذا لم يقدر على غيره ، وإمساك جزء من الليل مع النهار فى الصوم ، ونحوهما .

فصـــل

وتحريم البيع ووجوب السعى يختصّ بالمخاطَبين بالْجمعة ، فأما غيرهم من النساء والصبيان والمسافرين ، فلا يثبُت فى حقّه ذلك . وذكر ابن أبى موسى فى غير المخاطَبين روايتين ، والصحيح ماذكرنا ، فإنَّ الله تعالى إنما نهى عن البيع مَنْ أمره بالسعى ، فغيرُ المخاطب بالسعى لايتناوله النهى ، ولأن تحريم البيع مُعلَّل بما يحصل به من الاشتغال عن الْجمعة ، وهذا معدوم فى حقِّهم . فإن كان المُسافر فى غير المصر ، أو كان إنساناً مُقيما بقرية لاجمعة على أهلها ، لم يُحرم البيع قولاً واحداً ولم يكره . وإن كان أحد المتبايعَيْن مُخاطباً والآخرُ غير مخاطب ، حرم فى حق المخاطب ، وكُره فى حقِّ غيره لما فيه من الإعانة على الإثم ، ويحتمل أن يُحرم أيضاً لقوله تعالى : (٥ : ٢ وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) .

فصـــل

ولا يحرم غيرُ البيع من العقود ، كالإجارة ، والصلح ، والنكاح ، وقيل : يحرم . لأنه عقد مُعاوضة أشبه البيع .

ولنا : أن النهى مختص بالبيع ، وغيره لا يساويه فى الشغل عن السعى ، لقلة وجوده ، فلا يصحُّ قياسه على البيع .

فصـــل

وللسعى إلى الجمعة وقتان : وقت وجوب ، ووقت فضيلة . فأما وقت الوجوب : فما ذكرناه . وأما وقت الفضيلة : فمن أول النهار ، فكلّما كان أبكر كان أولى ، وأفضل . وهذا مذهب الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : لايُستحبُّ التبكير قبل الزوال ، لقول النبى ﷺ : « مَنْ رَاحَ إِلَى الْجُمُعَةِ » . والرّواح بعد الزوال ، وَالْغُدُوُّ قبله . قال النبى صلى الله عليه وسلم : « غُدْوَةٌ[1] فى سَبِيلِ اللهِ أَوْ رَوْحَةٌ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا » . ويُقال : تَرَوَّحْتُ عند انتصاف النهار . قال امرىء القيس : * تَرُوحُ مِنَ الْحَىِّ أَمْ تَبْتَكِرْ *

ولنا : مارَوى أبو هريرة : أن رسول الله ﷺ قال : « مَنِ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ غُسْلَ الْجَنَابَةِ ، ثمَّ رَاحَ فى السَّاعَةِ الْأُولَى ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَدَنَةً[2] ، وَمَنْ رَاحَ فى السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَقَرَةً ، وَمَنْ رَاحَ فى السَّاعَةِ الثَّالِثَةِ ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ كَبْشاً أَقْرَنَ ، وَمَنْ رَاحَ فى السَّاعَةِ الرَّابِعَةِ ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ دَجَاجَةً ، وَمَنْ رَاحَ فى السَّاعَةِ الْخَامِسَةِ ، فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَيْضَةً ، فَإِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ حَضَرَتِ الْمَلَائِكَةُ يَسْتَمِعُونَ الذِّكْرَ » متفق عليه . وفى لفظ : « إِذَا كَانَ يَوْمُ الْجُمُعَةِ وَقَفَ عَلَى كُلِّ بَابٍ مِنْ أَبْوَابِ الْمَسْجِدِ مَلَائِكَةٌ يَكْتُبُونَ الْأَوَّلَ فَالْأَوَّلَ ، فإذا خَرَجَ الْإِمَامُ طَوَوْا الصُّحُفَ وَجَاءوا يَسْتَمِعُونَ » متفق عليه . وقال عَلْقَمة : « خَرَجْتُ مَعَ عَبْدِ اللهِ إِلَى الْجُمُعَةِ فَوَجَدْتُ ثَلَاثَةً قَدْ سَبَقُوهُ ، فَقَالَ رَابِعُ أَرْبَعَةٍ ، وَمَا رَابِعُ أَرْبَعَةٍ بِبَعِيدٍ ، إِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ : « إِنَّ النَّاسَ يَجْلِسُونَ مِنَ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى قَدْرِ رَوَاحِهِمْ إِلَى الْجُمُعَةِ » رواه ابن ماجه . ورُوى أن النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ غَسَّلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَاغْتَسَلَ ، وَبَكَّرَ وَابْتَكَرَ ، كَانَ لَهُ بِكُلِّ خُطْوَةٍ يَخْطُوهَا أَجْرُ سَنَةٍ صِيَامِهَا وَقِيَامِهَا » أخرجه الترمذى ، وقال : حديث حسن . رواه ابن ماجه ، وزاد : « وَمَشَى

---

(١) روى هذا الحديث برواية أخرى الغدوة ، بلام القسم فى أوله .

(٢) البدنة : الناقة العظيمة الجسم .

وَلَمْ يَرْكَبْ ، وَدَنَا مِنَ الْإِمَامِ ، فَاسْتَمَعَ ، وَلَمْ يَلْغُ » . قوله « بَكَّرَ » أى خرج فى بُكرة النهار ، وهى أوله . و « ابتكر » بالغ فى التبكير ، أى جاء فى أول البُكرة على ماقال امرؤ القيس :

* تَرُوحُ مِنَ الْحَيِّ أَمْ تَبْتَكِرْ *

وقيل معناه : ابتكر العبادة من بُكورة . وقيل : ابتكر الْخُطبة ، أى حضر الخطبة ، مأخوذ من باكورة الثمرة ، وهى أوّلها ، وغيرُ هذا أجود . لأن من جاء فى بُكرة النهار، لزم أن يحضر أوّل الخطبة . وقوله : « غسَّل واغتسل » أى جامع امرأته ، ثم اغتسل ، ولهذا قال فى الحديث الآخر : « مَنِ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ غُسْلَ الْجَنَابَةِ » قال أحمد : تفسير قوله : « مَنْ غَسَّلَ وَاغْتَسَلَ » مُشدَّدة ، يُريد يُغَسِّل أهله وغيرُ واحد من التابعين : عبد الرحمن بن الأسود ، وهلال بن يساف ، يَستحبُّون أن يُغَسِّل الرجل أهله يوم الجمعة ، وإنما هو على أن يطأ ، وإنما استُحِبَّ ذلك ليكون أسكن لنفسه ، وأغضَّ لطَرْفه فى طريقه . ورُوى ذلك عن وكيع أيضاً . وقيل : المراد به غَسَلَ رأسه ، واغْتَسَل فى بدنه . حُكى هذا عن ابن المبارك ، وقوله : « غُسْلَ الْجَنَابَةِ » على هذا التفسير . أى كغُسل الجنابة . وأمّا قول مالك : فمخالف للآثار . لأن الْجُمُعة يُستحبُّ فعلُها عند الزوال ، وكان النبيُّ ﷺ يُبَكِّر بها . ومتى خرج الإمامُ طُوِيت الصحف ، فلم يُكتب من أتى الجمعة بعد ذلك ، فأيُّ فَضِيلَةٍ لهذا ؟ وإن أخَّر بعد ذلك شيئاً دخل فى النهى والذم . كما قال النبيّ ﷺ للذى جاء يتخطَّى النـاس : « رَأَيْتُكَ آنَيْتَ وَآذَيْتَ »[1] ، أى أخَّرت المَجِيء . وقال عمر لعثمان حين جاء ، وهو يخطُب : أيُّ ساعة هذه ؟ على سبيل الإنكار عليه ، وإنْ أخَّر أكثر من هذا فاتته الجمعة . فكيف يكون لهؤلاء بَدَنَةٌ ، أو بقرة ، أو أفضلُ ، وهم من أهل الذمّ . وقوله : « رَاحَ إِلَى الْجُمُعة » أى ذهب إليها ، لايحتمل غيرَ هذا .

فصـــل

والمستحبُّ أن يمشى : ولا يركب فى طريقها ، لقوله : « وَمَشَى لَمْ يَرْكَبْ » . ورُوى عن النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم : « أنه لم يركبْ فى عيدٍ ، ولا جَنَازَةٍ » ، والجمعة فى معناها ، وإنما لم يذكرها . لأنَّ النبى ﷺ كان بابُ حُجرته شارعاً فى المسجد ، يخرج منه إليه . فلا يحتمل الركوب ، ولأنَّ الثواب على الخطوات بدليل ماروبناه ، ويُستحبُّ أن يكون عليه السكينة ، والوقار فى حال مَشْيه ، لقول النبى ﷺ : « إِذَا سَمِعْتُمُ الْإِقَامَةَ فَامْشُوا ، وَعَلَيْكُمُ السَّكِينَةُ وَالْوَقَارُ ، وَلاَ تُسْرِعُوا » ، ولأنّ الماشى إلى الصلاة فى صلاة ، ولا يُشبّك بين أصابعه ، ويُقارب بين خطاه[2] ، لتكثُرَ حسناته . وقد روينا

---

(١) آنيت : أخرت حضورك إلى الجمعة ، وآذيت: من تخطيت رقابهم بتخطيك ، فإن الناس يكرهون أن يأتى المتأخر فيسير من فوق رءوسهم .

(٢) ويقارب بين خطاه : ليس داخلا فى حيز النفى ، بل هو استئناف ، أى من المستحب أن يقارب بين خطاه ، فإن كل خطوة تحسب ، وكلما كثرت الخطا كثر الثواب .

عن النبي ﷺ : « أَنَّهُ خَرَجَ مَعَ زَيدِ بنِ ثَابِتٍ إِلى الصَّلاَةِ فقارب بين خطاه ، ثم قال : إنما فعلت لتكثر خطانا فى طلب الصلاة » وروى عن عبدالله بن رواحة : « أَنَّهُ كَانَ يُبَكِّرُ إِلى الْجُمُعَةِ ، وَيَخْلَعُ نَعْلَيْهِ ، وَيَمْشِي حَافِياً يَخْتَصِرُ فى مَشْيِهِ » ، رواه الأثرم . ويُكثِرُ ذكر الله فى طريقه ، ويغضُّ بصره ، ويقول ماذكرناه فى باب صفة الصلاة ، ويقول أيضاً : « اللَّهُمَّ اجْعَلنِي مِنْ أَوْجَهِ مَنْ تَوَجَّهَ إِلَيْكَ ، وَأَقْرَبِ مَنْ تَوَسَّلَ إِلَيْكَ ، وَأَفْضَلِ مَنْ سَأَلَكَ ، وَرَغِبَ إِلَيْكَ » . وروينا عن بعض الصحابة أنه مشى إلى الجمعة حافياً ، فقيل له فى ذلك ، فقال : إنى سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « مَنْ اغْبَرَّتْ قَدَمَاهُ فِي سَبِيلِ اللهِ حَرَّمَهُمَا اللهُ عَلَى النَّارِ » .

فصـــل

وتجب الجمعة ، والسعى إليها سواء كان من يقيمها سُنِّياً ، أو مُبتدِعاً ، أو عَدْلاً ، أو فاسقاً ، نص عليه أحمد . ورُوى عن العباس بن عبد العظيم : أنه سأل أبا عبد الله عن الصلاة خلفهم ـ يعنى المعتزلة ـ يوم الْجُمعة قال : أما الْجُمُعةُ فينبغى شُهودُها ، فإن كان الذى يُصلِّى منهم أعاد ، وإن كان لايدرى أنه منهم فلا يُعيد . قلت : فإن كان يقال : إنه قد قال بقولهم . قال : حتى يستيقن ، ولا أعلمُ فى هذا بين أهل العلم خلافاً ، والأصلُ فى هذا عموم قول الله تعالى : (٦٢ : ٩ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ ، وَذَرُوا الْبَيْعَ) وقول النبي ﷺ : « فَمَنْ تَرَكَهَا فى حَيَاتِي ، أَوْ بَعْدِي وَلَهُ إِمَامٌ عَادِلٌ أَوْ جَائِرٌ اسْتِخْفَافاً بِهَا ، أَوْ جُحُوداً بِهَا ، فَلاَ جَمَعَ اللهُ لَهُ شَمْلَهُ » وإجماع الصحابة رضى الله عنهم . فإنَّ عبد الله بن عمر ، وغيره من أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يشهدونها مع الحَجَّاج[1] ، ونظرائه ، ولم يُسمع من أحد منهم التخلّف عنها . وقال عبد الله بن أبى الْهُذَيل : تذاكرنا الجمعة أيام المختار[2] ، فأجمع رأيهم على أن يأتوه ، فإنما عليه كذِبُه ، ولأن الْجُمُعة من أعلام الدين الظاهرة ، ويتولاها الأئمةُ وَمَنْ ولَّوه ، فتركُها خلف من هذه صفته يُؤدِّى إلى سُقوطها .

وجاء رجل إلى محمد بن النَّضْر الحارثىّ فقال : إن لى جيراناً من أهل الأهواء ، فكنت أَعِيبُهم ، وأتنقصُهم ، فجاءونى فقالوا : ماتخرج تذكّرنا ؟ قال : وأىُّ شىء يقولون ؟ قال : أول ما أقول لك : أنهم لايرون الجمعة . قال : حَسْبُك ماقولك فيمن ردّ[3] على أبى بكر وعمر رحمهما الله ؟ قال : قلت رجلُ

(١) هو الحجاج بن يوسف الثقفى ، وكان والياً لبنى أمية شديداً على من خالفهم من المسلمين ، حتى قتل عبد الله بن الزبير بعد أن حاصر مدينة رسول الله ﷺ ، وكان بعض الصحابة يعتبرونه حاكماً جائراً .

(٢) المختار : هو المختار بن عبيد الله الثقفى ، كان خارجياً ثم صار من الشيعة الذين يناصرون الإمام على رضى الله عنه ، وهو رئيس الطائفة الكيسانية من الشيعة ، وكان مغالياً فى التشيع .

(٣) رد على أبى بكر وعمر : يعنى رد أحدهما ولم ينفذه ، وكذلك معنى رد على النبى صلى الله عليه وسلم ورد على الله : أى عصى أمره وأبى تنفيذه .

سُوءٍ . قال : فما قولك فيمن ردَّ على النبيِّ ﷺ ؟ قال : قلت كافر ، فمكث ساعةً ، ثم قال : ماقولك فيمن ردَّ على العلِّي الأعلى ؟ ثمَّ غُشِيَ عليه ، فمكث ساعةً ، ثم قال : رُدُّوا عليه والله ، قال الله تعالى : (٦٢ : ٩ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ) قالها والله ، وهو يعلم أن بنى العباس يسألونها .

إذا ثبت هذا فإنها لاتُعاد خلف من يُعاد خلفه بقيَّةُ الصلوات . وحُكى عن أبى عبد الله روايةٌ أخرى أنها لاتُعاد ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى . والظاهر من حال الصحابة رحمة الله عليهم ، أنهم لم يكونوا يُعيدونها ، فإنَّه لم يُنقل عنهم ذلك .

« مسألة » قال ﴿ فإذا فرغوا من الأذان خطبهم قائماً ﴾ .

وجملة ذلك : أن الخطبة شرطٌ فى الجمعة ، لاتصحّ بدونها ، كذلك قال عطاء ، والنخعىّ ، وقتادة ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الحسن ، قال : تجزئهم جميعَهم خطب الإمام ، أو لم يخطب لأنها صلاة عيد ، فلم تُشترط لها الخطبة ، كصلاة الأضحى .

ولنا : قول الله تعالى : (٦٢ : ٩ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ) والذكر هو الخطبة ، ولأن النبى ﷺ ماترك الخطبة للجمعة فى حال . وقد قال : « صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِى أُصَلِّى » . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : قُصِرَتِ الصَّلَاةُ لِأَجْلِ الْخُطْبَةِ ، وقول عائشة نحوٌ من هذا . وقال سعيد بن جُبَير : كانت الجمعة أربعاً ، فجعلت الخطبة مكان الركعتين . وقوله : خطبهم قائماً ، يحتمل أنه أراد اشتراط القيام فى الخطبة ، وأنه متى خطب قاعداً لغير عُذر لم تصحّ ، ويحتمله كلام أحمد رحمه الله . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن الخطبة قاعداً ، أو يقعُد فى إحدى الخطبتين فلم يُعجبه ، وقال الله تعالى : (٦٢ : ١١ وَتَرَكُوكَ قَائِمًا) وكان النبىُّ صلى الله عليه وسلم يخطُب قائماً . فقال له الهيثمُ بن خارجة : كان عمر بن عبد العزيز يجلس فى خطبته ، فظهر منه إنكار ، وهذا مذهب الشافعىّ . وقال القاضى : يُجزيه الخطبة قاعداً ، وقد نصّ عليه أحمد ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه ذكرٌ ليس من شرطه الاستقبال ، فلم يجب له القيام ، كالأذان . ووجه الأول مارَوى ابن عمر : « أن النبىَّ ﷺ كَانَ يَخْطُبُ خُطْبَتَيْنِ وَهُوَ قَائِمٌ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا بِجُلُوسٍ » متفق عليه . وقال جابر بن سَمُرة : « إِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَانَ يَخْطُبُ قَائِمًا ، ثُمَّ يَجْلِسُ ، ثُمَّ يَقُومُ فَيَخْطُبُ قَائِمًا ، فَمَنْ نَبَّأَكَ أَنَّهُ يَخْطُبُ جَالِساً فَقَدْ كَذَبَ ، فَقَدْ وَاللهِ صَلَّيْتُ مَعَهُ أَكْثَرَ مِنْ أَلْفَىْ صَلَاةٍ » أخرجه مسلم ، وأبو داود ، والنَّسائىّ . فأمَّا إن قعد لعُذر من مرض ، أو عجز عن القيام فلا بأس ، فإن الصلاة تصحُّ من القاعد العاجز عن القيام ، فالخطبة أولى . ويُستحبُّ أن يَشرع فى الخطبة عند فراغ المؤذِّن من أذانه ، لأن النبىَّ صلى الله علية وسلم كان يفعل ذلك .

فصـــل

ويستحبُّ أن يستقبل الناس الخطيب إذا خطب . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : يـكون الإمام متباعداً ، فإذا أردت أن أنحرف إليه حوّلت وجهى من القبلة . فقال : تنحرف إليه ، وَممن كان يستقبل الإمام ابن عمر ، وأنس ، وهو قول شريح وعطاء ومالك والثورى والأوزاعى وسعيد بن عبد العزيز وابن جابر ،ويزيدبن أبى مريم والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : هذا كالإجماع . وروى عن الحسن أنه استقبل القبلة ولم ينحرف إلى الإمام . وعن سعيد بن المسيب أنه كان لايستقبل هشام بن إسماعيل إذا خطب ، فوكل به هشام شرطياً يعطفه إليه ، والأول أولى ، لما روى عدى بن ثابت عن أبيه عن جده قال : « كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا قام على المنبر استقبله أصحابه بوجوههم » رواه ابن ماجه . وعن مطيع بن يحيى المدنى ، عن أبيه، عن جده قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قام على المنبر أقبلنا بوجوهنا إليه » أخرجه الأثرم . ولأن ذلك أبلغ فى سماعهم ، فاستحب كاستقبال الإمام إياهم .

« مسألة » قال : (لحمد الله وأثنى عليه وصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ، وجلس وقام ، فأتى أيضاً بالحمد لله والثناء عليه والصلاة على النبى ﷺ وقرأ ووعظ وإن أراد أن يدعو لإنسان دعا) .

وجملته : أنه يشترط للجمعةخطبتان، وهـــذا مذهب الشافعى . وقال مالك والأوزاعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى : يجزيه خطبة واحدة . وقد روى عن أحمد مايدل عليه ، فإنه قال : لاتـكون الخطبة إلا كما خطب النبى صلى الله عليه وسلم أو خطبة تامة . ووجه الأول أن النبى ﷺ كان يخطب خطبتين كما روينا فى حديث ابن عمر وجابر بن سمرة ، وقد قال : «صلوا كما رأيتمونى أصلى» ولأن الخطبتين أقيمتا مقام الركعتين . فـكل خطبة مكان ركعة ، فالإخلال بإحداهما ، كالإخلال بإحدى الركعتين . ويشترط لـكل واحدة منهما حمد الله تعالى ، والصلاة على رسوله . صلى الله عليه وسلم ، لأن النبى ﷺ قال : « كل أمر ذى بال لايبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر » وإذا وجب ذكر الله تعالى وجب ذكر النبى صلى الله عليه وسلم . لمـا روى فى تفسير قوله تعالى (٩٤ : ١ ألم نشرح لك صدرك ورفعنا لك ذكرك) قال : لا أذكر إلا ذكرتَ معى، ولأنه موضع وجب فيه ذكر الله تعالى ، والثناء عليه ،فوجب فيه الصلاة على النبى ﷺ كالأذان ، والتشهّد .

ويحتمل أن لاتجب الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم، لأن النبى ﷺ لم يَذكر فى خطبه ذلك ، فأما القراءة ، فقـال القاضى : يحتمل أن تُشترط لـكل واحدة من الخطبتين ، وهو ظاهر كلام الخِرَقِى . لأن الخطبتين أقيمتا مقام ركعتين ، فـكانت القراءة شرطاً فيهما كالركعتين . ويحتمل أن تشترط فى

إحداها ، لما روى الشعبيّ قال : « كانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ : إذَا صَعِدَ المِنْبَرَ يَوْمَ الجُمعةِ اسْتَقْبَلَ النَّاسَ . فقال : السَّلامُ عَلَيْكُمْ . وَيَحْمَدُ اللهَ وَيُثْنِي عَلَيْهِ ، وَيَقْرَأُ سُورَةً ، ثمَّ يَجْلِسُ ، ثمَّ يَقُومُ فيخطبُ ، ثمَّ يَنْزِلُ . وكانَ أبو بكر ، وعمر ، يَفْعَلاَنِه » رواه الأثرم . فظاهر هذا : أنه إنما قرأ فى الخطبة الأولى . ووعظ فى الخطبة الثانية وظاهر كلام الخِرقيّ : أن الموعظة إنما تكون فى الخطبة الثانية لهذا الخبر . وقال القاضى : تجب فى الخطبتين لأنها بيانُ المقصود من الخطبة ، فلم يجز الإخلال بها .

وقال أبو حنيفة : لو أتى بتسبيحة واحدة أجزأ ، لأن الله تعالى قال : (٦٢ : ٩ فاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ) ولم يُعيِّن ذكراً ، فأجزأ مايقع عليه اسم الذكر ، ويقع اسم الخطبة على دون ماذكرتموه بدليل ، « أنَّ رَجُلاً جاءَ إلى النَّبيِّ ﷺ ، وقالَ : عَلِّمْنِي عَمَلاً أدْخُلُ بِهِ الجَنَّةَ . فقال : لَئِنْ أَقْصَرْتَ فِي الخُطْبَةِ لَقَدْ أعْرَضْتَ [1] فى المَسْأَلَةِ » وعن مالك روايتان كالمذهبين .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم فسرَّ الذكر بفعله ، فيجب الرجوع إلى تفسيره . قال جابر بن سَمُرة : « كَانَتْ صَلاَةُ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَصْداً ، وخُطْبَتُهُ قَصْداً ، يَقْرَأُ آياتٍ منَ القُرآنِ ، ويُذَكِّرُ النَّاسَ » وقال جابر : « كَانَ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم يَخْطُبُ النَّاسَ ، يَحْمَدُ اللهَ وَيُثْني عَلَيْهِ بِمَا هُوَ أَهْلُهُ . ثمَّ يقولُ : مَنْ يَهْدِهِ اللهُ فَلاَ مُضِلَّ لَهُ : وَمَنْ يُضْلِلْ فَلاَ هَادِيَ لَهُ » وقال ابن عمر : « كانَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَخْطُبُ قائِماً . ثمَّ يَجْلِسُ ، ثمَّ يَقُومُ » كما يفعلون اليوم . فأمّا التسبيحُ ، والتهليل فلا يُسمَّى خُطبة . والمراد بالذكر : الخطبة . وما رَوَوْهُ ، مجاز ، فإن السؤال لايُسمَّى خطبة ، ولذلك لو ألقى مسألةً على الحاضرين لم يكفِ ذلك اتفاقاً . وقال أصحابنا : ولا يكفى فى القراءة أقلُّ من آية ، لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لم يقتصر على أقلَّ من ذلك . ولأن الحكم لايتعلَّق بما دونها بدليل منع الجُنُب من قراءتها ، دون ماهو أقلُّ من ذلك .

وظاهر كلام أحمد : أنه لايُشترط ذلك ، لأنه قال : القراءةُ فى الخطبة على المنبر ليس فيها شىء مؤقَّت [2] . ما شاء قرأ . وقال : إن خطب بهم وهو جُنُب . ثم اغتسل ، وصلَّى بهم ، فإنه يُجزيه ، والجُنُبُ ممنوع من قراءة آيةٍ . وَالخِرقيّ قال : قرأ شيئاً من القرآن ، ولم يعيِّن المقروء . ويحتمل أن لايجب شىء سوى حمد الله والموعظة . لأن ذلك يُسمَّى خطبة ، ويحصُل به المقصود ، فأجزأ ، وما عداه ليس على اشتراطه دليل . وَلا يجب أن يخطب على صفة خُطبة النبيِّ ﷺ بالاتفاق ، لأنه قد رُوى أنه كان

---

(١) أعرضت فى المسألة : أكثرت فيها . يعنى أن تقصير الخطبة يثاب عليها كما يثاب من الله تعالى بكثرة سؤاله .

(٢) مؤقت ؛ يعنى محدد ، أى ليست مقدرة لابآية ولابغيرها . فلو قرأ أقل من آية كفى .

يقرأ آياتٍ ، ولا يجب قراءة آياتٍ ، ولـكن يُستحبُّ أن يقرأ آياتٍ كذلك ، ولما روَت أمُّ هشام بنت حارثة بن النعمان ، قالت : « مَا أَخَذْتُ (قٓ وَالْقُرْآنِ الْمَجِيدِ) إلاَّ مِنْ فِي[1] رسولِ الله ﷺ ، يخطُبُ بِهَا فى كُلِّ جُمُعَةٍ » وعن أختٍ لِعَمْرَةَ كانت أكبرَ منها مثلُ هذا ، رواهما مسلم . وفى حديث الشعبيّ : « أَنَّ النَّبيَّ صلى الله عليه وسلم كَانَ يَقْرَأُ سُورَةً » .

فصـــــل

يُستحبُّ أن يجلس بين الخطبتين جلسةً خفيفةً ، لأن النبيَّ ﷺ كَانَ يفعل ذلك ، كما روينا فى حديث ابن عمرَ ، وجابر بن سَمُرة ، وليست واجبةً فى قول أكثر أهل العلم . وقال الشافعيّ :هى واجبة لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان يجلسها .

ولنا : أنها جلسة ليس فيها ذكر مشروع ، فلم تكن واجبة كالأولى ، وقد سرد الخطبة جماعة . منهم : المغيرة بن شعبة ، وأُبَيّ بن كعب ، قاله أحمد ورُوى عن أبى إسحاق قال : رأيتُ عَلِيًّا يخطبُ على المِنْبر ، فلم يَجْلِسْ حَتَّى فَرَغَ . وجلوس النبى صلى الله عليه وسلم كان للاستراحة ، فلم تكن واجبة كالأولى ، ولـكن يُستحبُّ . فإن خطب جالساً لعُذر ، فصل بين الخطبتين بسكتةٍ ، وكذلك إن خطب قائماً فلم يجلس . قال ابن عبد البرّ : ذهب مالك ، والعراقيون ، وسائر فقهاء الأمصار إلا الشافعيّ أن الجلوس بين الخطبتين لاشيء على من تركه .

فصـــــل

والسنَّة : أن يخطب مُتطهرًا . قال أبو الخطاب : وعنه أن ذلك من شرائطها ، وللشافعيّ قولان كالروايتين . وقد قال أحمد فيمن خطب وهو جُنُب ، ثم اغتسل وصلَّى بهم : يُجزيه ، وهذا إنما يكون إذا خطب فى غير المسجد ، أو خطب فى المسجد غيرَ عالم بحال نفسه ، ثم علم بعد ذلك ، والأشبه بأصول المذهب اشتراطُ الطهارة من الجنابة ، فإن أصحابنا قالوا : يُشترط قراءة آية ، فصاعداً . وليس ذلك للجُنب ، ولأن الخِرَقيّ اشترط للأذان الطهارة من الجنابة ، فالخطبة أولى .

فأما الطهارة الصغرى : فلا تُشترط ، لأنه ذكر يتقدم الصلاة ، فلم تكن الطهارة فيه شرطاً ، كالأذان ، لـكن يُستحبّ أن يكون متطهراً من الحدث ، والنجس ، لأن النبى ﷺ كان يُصلِّى عقيب الخطبة ، لا يفصل بينهما بطهارةٍ . فيدل على أنه كان متطهراً ، والاقتداء به إن لم يكن واجباً فهو سُنَّة ، ولأننا استحببنا ذلك للأذان ، فالخطبة أولى . ولأنه لو لم يكن متطهراً احتاج إلى الطهارة بين الصلاة ، والخطبة ، فيفصل بينهما ، وربما طوّل على الحاضرين .

---

(١) « فى » رسول الله : أى فمه ، فهو من الأسماء الستة مجرور بالياء .

فصـــــل

والسنّة : أن يتولّى الصلاة من يتولّى الْخُطْبَةَ . لأن النبيّ ﷺ كان يتولاهما بنفسه ، وكذلك خلفاؤه من بعده . وإن خطب رجل ، وصلّى آخرُ لعُذر جاز . نصّ عليه أحمد . ولو خطب أميرٌ فعُزل وَوَلِيَ غيرُه ، وصلّى بهم ، فصلاتُهم تامّة ، نصّ عليه ، لأنه إذا جاز الاستخلاف فى الصلاة الواحدة للعذر ، ففى الخطبة مع الصلاة أولى .

وإن لم يكن عذر . فقال أحمد رحمه الله : لا يُعجبنى من غير عذر ، فيحتمل المنع ، لأن النبيّ ﷺ كان يتولاهما ، وقد قال : « صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِى أُصَلِّى » ولأن الخطبة أُقيمت مقام ركعتين ، ويحتمل الجواز ، لأن الخطبة منفصلة عن الصلاة ، فأشبهتا صلاتين . وهل يُشترط أن يكون المصلِّى ممن حضر الْخُطبة ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يُشترط ذلك ، وهو قول الثورىّ ، وأصحاب الرأى ، وأبى ثور ، لأنه إمامٌ فى الجمعة ، فاشتُرط حضورُه الخطبة ، كما لو لم يَستخلف .

والثانية : لا يُشترط ، وهو قول الأوزاعىّ والشافعىّ ، لأنه ممّن تنعقد به الجمعة ، فجاز أن يؤمّ فيها ، كما لو حضر الخطبة .

وقد رُوى عن أحمد رحمه الله : أنه لا يجوز الاستخلاف لعُذر ؛ ولا غيره ، قال فى رواية حنبل ، فى الإمام إذا أحدث بعد ما خطب فقدّم رجلا يُصلِّى بهم : لم يُصلِّ بهم إلا أربعاً ، إلا أن يُعيد الخطبة ، ثم يُصلِّى بهم ركعتين ، وذلك لأن هـذا لم يُنقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من خلفائه ، والأول المذهب .

فصـــــل

ومن سنن الخطبة أن يقصد الخطيب تلقاء وجْهِهِ ، لأن النبيّ ﷺ كان يفعل ذلك ، ولأنه أبلغ فى سماع الناس ، وأعدل بينهم ، فإنه لو التفت إلى أحد جانبيه لأعرض عن الجانب الآخر ، ولو خالف هذا واستدبر الناس ، واستقبل القبلة صحّت الخطبة ، لحصول المقصود بدونه ، فأشبه مالو أذّن غيرَ مستقبل القبلة . ويُستحبّ أن يرفع صوته ليُسمع الناس ، قال جابر : « كَانَ رسولُ اللهِ ﷺ إِذَا خَطَبَ احْمرّتْ عَيْنَاهُ ، وَعَلاَ صَوْتُهُ ، وَاشْتَدَّ غَضَبُهُ ، حَتَّى كأَنَّهُ مُنْذِرُ جَيْشٍ يقول : صَبَّحَكُمْ وَمَسَّاكُمْ ، ويقول : أَمَّا بَعْدُ ، فإِنَّ خَيْرَ الْحَدِيثِ كِتَابُ اللهِ تَعَالَى ، وَخَيْرَ الْهَدْىِ هَدْىُ مُحَمَّدٍ صلى الله عليه وسلم ، وَشَرَّ الْأُمُورِ مُحْدَثَاتُهَا ، وكلّ بِدْعَةٍ ضَلاَلَةٌ » .

ويُستحبُّ تقصير الخطبة . لما روى عمَّار قال : « إنّي سَمِعْتُ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم يقول : إنَّ طُولَ صَلاَةِ الرَّجُلِ وقِصَرِ خُطْبَتِهِ مَئِنَةٌ(١) مِنْ فِقْهِهِ ، فَأَطِيلُوا الصَّلاَةَ ، وَأَقْصِرُوا الْخُطْبَةَ » . وقال جابر بن سَمُرة : « كُنْتُ أُصَلِّي مع النبيِّ ﷺ ، وكانَتْ صلاَتُهُ قَصْداً ، وخُطْبَتُهُ قَصْداً » رَوى هذه الأحاديث كلها مسلم . وعن جابر بن سمرة قال : « كانَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم لايُطِيلُ المَوْعِظَةَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، إنَّمَا هِيَ كَلِمَاتٌ يَسِيرَاتٌ » رواه أبو داود .

ويُستحبُّ أن يعتمد على قوس ، أو سيف ، أو عصى ، لما روى الحكم بن حَزْن الحلفى ، قال : « وَفَدْتُ إِلَى رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، فَأَقَمْنَا أَيَّاماً شَهِدْنَا فِيهَا الْجُمُعَةَ مَعَ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَقَامَ مُتَوَكِّئاً عَلَى عَصًى ، أَو قَوْسٍ ، فَحَمِدَ اللهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ كَلِماتٍ طَيِّبَاتٍ خَفِيفَاتٍ مُبَارَكَاتٍ » ، رواه أبو داود . ولأن ذلك أعون له ، فإن لم يفعل فيُستحبُّ أن يُسكِنَ أطْرَافَهُ ، إمَّا أن يضع يمينه على شماله ، أو يُرسلهما ساكنتين مع جنبيه .

ويُستحبُّ أن يبدأ بالحمد قبل الموعظة ، لأن النبيَّ ﷺ كان يفعل ذلك ، ولأن كلَّ أمر ذى بال لايُبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر ، ثم يُثَنِّي بالصلاة على النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، ثمَّ يَعِظُ ، فإن عكس ذلك صحَّ ، لحصول المقصود منه .

ويُستحبُّ أن يكون فى خطبته مُتَرَسِّلاً(٢) مُبَيِّناً ، مُعْرِباً لايَعْجَلُ فيها ، ولا يُمَطِّطُهَا ، وأن يكون مُتَخَشِّعاً متَّعظاً بما يعظ الناس به ، لأنه قد رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عُرِضَ عَلَيَّ قَوْمٌ تُقْرَضُ شِفَاهُهُمْ بِمَقَارِيضَ مِنْ نَارٍ ، فَقِيلَ لِي : هَؤُلاَءِ خُطَبَاءُ مِنْ أُمَّتِكَ يَقُولُونَ مَالَا يَفْعَلُونَ » .

فصـــل

سُئل أحمد عن قراءة سورة الحجِّ على المنبر : أَيُجزئه ؟ قال : لا ، لم يزل الناس يخطبون بالثناء على الله تعالى ، والصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال : لا تكون الخطبة إلا كما خطب النبيُّ ﷺ ، أو خُطبةً تامَّة ، ولأن هـذا لايُسمَّى خطبة ، ولا يَجمع شروطها ، وإن قرأ آياتٍ فيها حمدُ الله تعالى ، والموعظةُ ، وصلَّى على النبيِّ ﷺ صحَّ لاجتماع الشروط .

فصـــل

وإن قرأ السجدة فى أثناء الخطبة ، فإن شاء نَزَل فسَجد ، وإن أمكن السجود على المنبر سجد

---

(١) مئنة : المئنة هى قول إنه كذا ، ومعنى مئنة من فقهه ، يترتب عليها أن يقال إنه لفقيه .

(٢) مترسلا : متمهلا على رسله وهينته لامسرعاً ،

عليه ، وإن ترك السجود فلا حَرَج ، فعله عمر ، وترك . وبهذا قال الشافعيّ ، وترك عثمان ، وأبو موسى وعمّار ، والنعمان بن بَشِير ، وعُقبة بن عامر . وبه قال أصحاب الرأى ، لأن السجود عندهم واجب . وقال مالك : لاينزل ، لأنه صلاة تطوُّع ، فلا يشتغل بها فى أثناء الخطبة ، كصلاة ركعتين .

ولنـا : فعلُ عمر ، وتركُه ، وفعل من سَمَّينا من الصحابة رحمة الله عليهم ، ولأنه سُنَّةٌ وجـد بسببها لايطول الفصل بها ، فاستُحِبَّ فعلُها ، كحمد الله تعـالى إذا عطس ، وتشميت العاطس . ولا يجب ذلك ، لمـا قدمنا من أن سجود التلاوة غيرُ واجب ، ويفارق صـلاةَ ركعتين ، لأن سَبَبَها لم يوجد ، ويطُول الفصل بهـا .

فصـــــل

والموالاة شرط فى صحة الخطبة ، فإن فصل بعضها من بعض بكلام طويل ، أو سكوت طويل ، أو شىء غير ذلك يقطع الموالاة استأنفها . والمرجع فى طول الفصل وقِصَره إلى العادة ، وكذلك يشترط الموالاة بين الخطبة والصلاة ، وإن احتاج إلى الطهارة تطهّر وبنى على خطبته ، مالم يطُل الفصل .

فصـــــل

ويُستحبُّ أن يدعو للمؤمنين والمؤمنات ، ولنفسه والحاضرين . وإن دعا لسلطان المسلمين بالصلاح فحسن ، وقد روى ضَبَّةُ بن مِحْصَن : أن أبا موسى كان إذا خطب فحمد اللهوأثنى عليه ، وصلّى على النبى صلى الله عليه وسلم ، يدعو لعُمَر وأبى بـكر ، وأنـكر عليه ضَبَّة البداية بعُمر ، قبل الدعاء لأبى بـكر ، ورُفع ذلك إلى عمر ، فقال لضَبَّة : أنت أوثق منه ، وأرشدُ . وقال القـاضى : لايُستحبُّ ذلك ، لأن عطاء قال : هو مُحدث ، وقد ذكرنا فعل الصحابة له ، وهو مُقـدَّم على قول عطاء ، ولأن سلطان المسلمين إذا صلح كان فيه صلاح لهم ، ففى الدعاء له دعاء لهم ، وذلك مستحب غير مكروه .

« مسألة » قال ﴿ وينزل فيصلِّى بهم الجمعة ركعتين ، يقرأ فى كل ركعة : الحمد لله وسورة ﴾ .

وجملة ذلك : أن صلاة الجمعة ركعتان عقيب الخطبة يقرأ فى كل ركعة : الحمـد لله وسورة ، ويجهرُ بالقراءة فيهما ، لاخلاف فى ذلك كلّه . قال ابن المنذر : أجمع المسلمون على أن صلاة الجمعة ركعتان ، وجاء الحديث عن عمر : أنهقال : « صَلاَةُ الْجُمُعَةِ رَكعتان ، تمامٌ غَيْرُ قَصْرٍ [1] ، على لِسَانِ نَبِيِّـكُمْ ﷺ » . رواه الإمام أحمد ، وابن ماجه .

ويُستحبُّ أن يقرأ فى الأولى بسورة الجمعة ، والثانية بسورة المنافقين ، وهذا مذهب الشافعيّ ، وأبى ثور . لمـا رُوى عن عُبَيد الله بن أبى رافع ، قال : « صَلَّى بِنَا أبو هُرَيْرَةَ الْجُمُعَةَ ، فقرأ سُورَةَ الْجُمُعَةِ

(١) تمام : غير قصر : يعنى أن الجمعة فرضت ركعتين ، ولم تفرض أربعاً ثم قصرت ركعتين .

فى الرَّكْعةِ الْأُولَى ، وفى الرَّكْعةِ الآخِرَةِ إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ ، فلما قَضَى أبو هُرَيْرَةَ الصَّلَاةَ أَدْرَكْتُهُ فَقُلْتُ : يا أبا هريرة ، إنَّكَ قَرَأْتَ سُورتين ، كان عَلِيٌّ يقرأ بِهِمَا فى الكوفةِ ، قال : إِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَقْرَأُ بِهِمَا فى الْجُمُعَةِ » أخرجه مسلم . وإن قرأ فى الثانية بالغاشية فحسن ، فإن الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بَشِير : « ماذَا كَانَ يَقْرَؤُهُ رسُولُ اللهِ ﷺ يَوْمَ الْجمعةِ عَلَى إِثْرِ سُورَةِ الجمعةِ ؟ فقالَ : كانَ يَقْرَأُ (هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ) أخرجه مسلم . وَإِنْ قَرَأَ فى الأولى يسبّح ، وفى الثانية بالغاشية ، فإن النعمان بن بَشِير قال : « كانَ رسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَقْرَأُ فِى الْعِيدَيْنِ ، وفى الجمعةِ بِسَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى ، وَهَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ . فإِذَا اجْتَمَعَ الْعِيدُ والْجمعَةُ فى يَوْمٍ وَاحِدٍ قَرَأَ بِهِمَا أَيْضاً فى الصَّلَاتَيْنِ » أخرجه مسلم .

وروى سمرة بن جندب « أن رَسُولَ اللهِ ﷺ كانَ يَقْرَأُ فى صَلَاةِ الْجُمعةِ بِسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى ، وَهَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ مَعاً » رواه أبو داود ، والنسائىّ . وقال مالك : أما الذى جاء به الحديث : هل أتاك حديث الغاشية ، مع سورة الجمعة . والذى أدركتُ عليه الناس : بِسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى . وحُكِى عن أبى بكر عبد العزيز : أنه كانَ يَستحبُّ أن يقرأ فى الثانية : سَبِّح ، ولعله صار إلى ماحكاه مالك : أنه أدرك الناس عليه ، واتّباع رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم أحسنُ . ومهما قرأ فهو جائز ، حسن ، إلا أن الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم أحسنُ ، ولأن سورة الجمعة تليقُ بالجمعة ، لما فيها من ذكرها ، والأمرِ بها والحثّ عليها .

«مسألة» قال ﴿ ومن أدرك مع الإمام منها ركعةً بسَجْدتيها أضاف إليها أخرى ، وكانت له جمعة ﴾ .

أكثرُ أهل العلم يرون أن من أدرك ركعة من الجمعة مع الإمام فهو مدرك لها ، يضيف إليها أخرى ويُجزيه ، وهذا قول ابن مسعود ، وابن عمر ، وأنس ، وسعيد بن المُسيَّب ، والحسن ، وعَلْقمة ، والأسْوَد ، وعُروة ، والزهرىّ ، والنخَعِىّ ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وقال عطاء ، وطاوس ، ومُجاهد ، ومكحول : من لم يدرك الخطبة صلَّى أربعاً ، لأنّ الْخُطبةَ شرط للجمعة ، فلا تكون جمعةً فى حَقِّ من لم يوجد فى حقّه شرطُها .

ولنا : مارَوى الزهرىّ ، عن أبى سَلَمة ، عن أبى هريرة ، عن النبىّ ﷺ قال : « مَنْ أَدْرَكَ فِى الْجُمعةِ رَكْعَةً فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ » رواه الأثرم . ورواه ابن ماجه ، ولفظه « فَلْيُصَلِّ إِلَيْهَا أُخْرَى » . وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصَّلَاةِ فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ » متفق عليه . ولأنه قولُ من سَمَّينا من الصحابة ، ولا مخالف لهم فى عصرهم .

« مسألة » قال ﴿ ومن أدرك معه أقلَّ من ذلك بنى عليها ظهراً ، إذا كان قد دخل بنية الظهر ﴾ .

أما من أدرك أقلّ من ركعة ، فإنَّه لا يـكونُ مدركاً للجمعة ، ويُصَلِّى ظهراً أربعاً ، وهو قول جميع من ذكرنا فى المسألة قبلَ هـذه ، وقال الحـكم ، وحمَّاد ، وأبو حنيفـة : يكون مُدركاً للجمعة بأىّ قدر أدرك من الصلاة مع الإمام ، لأن من لزمه أن يبنى على صلاة الإمام إذا أدرك ركعة لزمه إذا أدرك أقلّ منها ، كالمسافر يُدركُ المقيمَ ، ولأنه أدرك جزءاً من الصلاة ، فـكان مُدركاً لها كالظهر .

ولنـا : قوله عليه السلام : « مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْجُمُعَةِ فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلاَةَ » فمفهومه أنه إذا أدرك أقلّ من ذلك لم يكن مُدركاً لهـا ، ولأنه قول من سَمَّيْنا من الصحابة والتابعين ، ولا مُخالف لهم فى عصرهم ، فيـكون إجماعاً . وقد رَوى بِشْرُ بن معـاذ الزيات ، عن الزهرىّ عن أبى سَلَمة ، عن النبى صلى الله عليـه وسلم أنه قال : « مَنْ أَدْرَكَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ رَكْعَةً ، فَلْيُضِفْ إِلَيْهَا أُخْرَى ، وَمَنْ أَدْرَكَ دُونَهَا صَلاَّهَا أَرْبَعاً » ولأنه لم يدرك ركعة فلم تصحَّ له الجمعة ، كالإمام إذا انفضُّوا قبل أن يسجُد . وأما المسافر فإدراكه إدراك إلزام ، وهذا إدراك إسقاط للعدد ، فافترقا . وكذلك يُتمُّ المسافر خلف المقيم ، ولا يقصرُ المقيم خلف المسافر ، وأما الظهر : فليس من شرطها الجماعة ، بخلاف مسألتنا .

فصـــــل

فأما قوله بسجدتيها ، فيحتمل أنه للتأكيد كقوله تعـالى : (٦ : ٣٨ وَلاَ طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ) ويحتمل أنه للاحتراز من الذى أدرك الركوع ، ثم فاتته السجدتان ، أو إحداهما ، حتى سلَّم الإمام ، لزحام أو نسيان ، أو نوم ، أو غَفْلَة . وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أحرم مع الإمام ، ثم زُحم فلم يقدر على الركوع ، والسجود ، حتى سلَّم الإمام . فرَوى الأثرم ، والميمونىّ ، وغيرُهما : أنه يكون مُدركاً للجُمعة ، يصلى ركعتين ، اختارها الخلاّل ، وهذا قول الحسن ، والأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى ، لأنه أحرم بالصلاة مع الإمام فى أول ركعة ، أشبه مالو ركع وسجد معـه . ونَقل صالح ، وابن منصور ، وغيرهما : أنه يستقبل الصلاة أربعاً ، وهو ظاهر قول الخِرَقىّ ، وابن أبى موسى ، واختيار أبى بكر ، وقول قتادةَ وأيُّوب السختيانىّ ، ويونس بن عُبَيد ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وابن المنـذر ، لأنه لم[1] يدرك ركعة كاملة ، فلم يكن مدركاً للجُمعة كالتى قبلها .

فصـــــل

ومتى قدر المزحوم على السجود على ظهر إنسان ، أو قدمه ، لزمه ذلك ، وأجزأه . قال أحمد فى رواية

(١) لفظ « لم » ساقط من النسخ المطبوعة .

أحمد بن هاشم : يسجُد على ظهر الرجل ، والقدم ، ويُمكّن الجبهة والأنف فى العيدين ، والجمعة . وبهذا قال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال عطاء ، والزهرىّ ، ومالك : لايفعل . قال مالك : وتبطلُ الصلاة إن فعل ، لقول النبىِّ صلى الله عليه وسلم : « وَمَكِّنْ جَبْهَتَكَ مِنَ الْأَرْضِ » .

ولنا : مارُوى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « إِذَا اشْتَدَّ الزِّحَامُ فَلْيَسْجُدْ عَلَى ظَهْرِ أَخِيهِ » . رواه سعيد فى سننه ، وهذا قاله بمحضر من الصحابة وغيرهم ، فى يوم جمعة ، ولم يظهر له مخالف ، فكان إجماعاً ، ولأنه أتى بما يمكنه حال العجز ، فصحّ ، كالمريض يسجُد على المِرْفَقَةِ[1] ، والخبر لم يتناول العاجز . لأن الله لايُكلِّفُ نفساً إلا وُسعها ، ولا يأمر العاجزَ عن الشىء بفعله .

فصـــل

وإذا زُحم فى إحدى الركعتين لم يخلُ من أن يُزحم فى الأولى ، أو فى الثانية . فإن زُحم فى الأولى ، ولم يتمكن من السجود على ظهر ، ولا قدم ، انتظر حتى يزول الزحام ثم يسجُد ويَتْبَعُ إمامه ، مثلَ مارُوى عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم فى صلاةِ الْخَوْفِ ، بعُسفان . سجد معه صَفّ ، وبقى صفّ لم يسجُد معه ، فلما قام إلى الثانية سجدوا ، وجاز ذلك للحاجة ، كذا هاهنا . فإذا قضى ماعليه ، وأدرك الإمام فى القيام ، أو فى الركوع اتبعه فيه ، وصحت له الركعة ، وكذا إذا تعذر عليه السجود مع إمامه ، لمرض ، أو نوم أو نسيان ، لأنه معذور فى ذلك ، فأشبه المزحوم . فإن خاف أنه إن تشاغل بالسجود فاته الركوع مع الإمام فى الثانية ، لزمه متابعته ، وتصير الثانية أولاهُ ، وهـذا قول مالك . وقال أبو حنيفة : يشتغل بقضاء السجود ، لأنه قد ركع مع الإمام فيجب عليه السجود بعده ، كما لو زال الزحام والإمام قائم . وللشافعىّ كالمذهبين .

ولنا : قول النبىِّ صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ ، فَإِذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا » فإن قيل : فقد قال : « فَإِذَا سَجَدَ فاسْجُدُوا » قلنا : قد سقط الأمرُ بالمتابعة فى السجود عن هـذا لعُذره ، وبقى الأمر بالمتابعة فى الركوع متوجِّهاً لإمكانه ، ولأنه خائف فوات الركوع ، فلزمه متابعة إمامه فيه ، كالمسبوق ، فأما إذا كان الإمام قائماً ، فليس هـذا اختلافاً كثيراً ، وقد فعل النبىُّ صلى الله عليه وسلم مثله بعسفان .

إذا تقرر هـذا فإنه إن اشتغل بالسجود معتقداً تحريمه لم تصحّ صلاته ، لأنه ترك واجباً عمداً ، وفعلَ مالا يجوز له فعله . وإن اعتقد جواز ذلك فسجد لم يعتدّ بسجوده ، لأنه سجد فى موضع الركوع جهلاً ،

(١) المرفقة : المخدة ونحوها مما هو لين عال يستطيع معه المريض السجود بسهولة لمرضه .

فأشبه الساهى . ثم إن أدرك الإمام فى الركوع ركع معه ، وصحت له الثانيـة دون الأولى ، وتصير الثانية أولاه . فإن فاته الركوع سجد معه ، فإن سجد السجدتين معه ، فقـال القاضى : يتم بهما الركعة الأولى ، وهذا مذهب الشافعىّ . وقياس المذهب أنه متى قام إلى الثانية وشرع فى ركوعها ، أو شىء من أفعالها المقصودة أن الركعة الأولى تبطُل على ماذكر فى سـجود السهو ، ولـكن إن لم يقم ، ولـكن سـجد السجدتين من غيرقيام تمّت ركعتُه . وقال أبو الخطاب : إذا سجد مُعتقداً جوازَ ذلك اعتُدَّ له به ، وتصح له الركعة ، كما لو سجد وإمامه قائم ، ثم إن أدرك الإمام فى ركوع الثانية صحّت له الركعتان . وإن أدرك بعد رفع رأسه من ركوعه فينبغى أن يركع ، ويَتْبعه ، لأن هـذا سبقٌ يسير ، ويحتمل أن تفوته الثانية بفوات الركوع . وإن أدركه فى التشّهد تابعه ، وقضى ركعة بعد سلامه كالمسبوق .

وقال أبو الخطاب : ويسجدُ للسهو ، ولا وجـه للسجود هاهنا : لأنَّ المأموم لاسجود عليـه لسهو ، ولأن هذا فعله عمداً ، ولا يُشرع السجود للعمد ، وإن زُحم عن سجدةٍ واحدةٍ ، أو عن الاعتدال بين السجدتين ، أو بين الركوع والسجود ، أو عن جميع ذلك ، فالحـكم فيه كالحـكم فى الزحام عن السجود . فأما إن زُحم عن السجود فى الثانيـة ، فزال الزحام قبل سلام الإمام ، سَجَد واتّبعه ، وصحّت الركعة ، وإن لم يزل حتى سَلَّمَ ، فلا يخلو من أن يكون أدرك الركعة الأولى أو لم يُدركها ، فإن أدركها فقد أدرك الجمعة بإدراكها ، ويسجد الثانيةَ بعـد سـلام الإمام ، ويتشهّد ويُسلِّمُ ، وقد تمَّت جمعتُه ، وإن لم يـكن أدركَ الأولى فإنه يسجُدِ بعـد سلام إمامه ، وتصـحُّ له الركعة ، وهل يـكون مدركاً للجمعة بذلك ؟ على روايتين .

فصـــل

وإذا ركع مع الإمام ركعةً فلمَّا قام ليقضىَ الأخرى ذكر أنه لم يسجد مع إمامه إلا سجدةً واحدةً . أو شكَّ : هل سجد واحـدةً أو اثنتين ؟ فإنه إن لم يـكن شرع فى قراءة الثانيـة رجع فسجد للأُولى فأتمّها ، وقضى الثانية ، وتمَّت جُمُعته ، نصّ أحمـد على هذا فى رواية الأثرم . وإن كان شرع فى قراءة الثانية بطلت الأولى ، وصارت الثانيـة أُولاه . وعلى كلا الحالتين يُتِمُّهَا جمعةً على مانقله الأثرم ، وقياس الرواية الأخرى فى المزحوم أنه يُتِمُّهَا هاهنا ظهراً ، لأنَّه لم يُدرك ركعةً كاملةً ، ولو قضى الركعة الثانية ثم علم أنه ترك سجدةً من إحداها لايدرى من أىّ الركعتين تركها ؟ أو شكَّ فى تركها ، فالحـكم واحد ، ويجعلها من الأولى ويأتى بركعةٍ مكانَها . وفى كونه مُدركاً للجمعة وجهان : بناءً على الروايتين ، فأمَّا إن شكَّ فى إدراك الركوع مع الإمام ، مثل أن كبّر والإمامُ راكع ، فرفع إمامه رأسه ، فشكَّ هل أدرك المُجْزِىَ من الركوع مع الإمام أو لا ؟ لم يعتدّ بتلك الركـعة ، ويصلِّى ظهراً ، قولا واحداً ، لأن الأصل أنه ما أتى بهـا معه .

فصـــل

وكلُّ من أدرك مع الإمام مالا يتمُّ به جُمُعَةٌ ، فإنه فى قول الخِرَقىّ ينوى ظُهراً ، فإن نوى جمعة لم تصح فى ظاهر كلامه ، لأنه اشترط للبناء على ماأدرك أن يكون قد دخل بنية الظهر ، فمفهومه أنه إذا دخل بنية الجمعة لم يبن عليها . وكلام أحمد فى رواية صالح ، وابن منصور ، يحتمل هذا لقوله فيمن أحرم ، ثم زُحم عن الركوع والسجود ، حتى سلَّم إمامه قال : يستقبلُ ظهراً أربعاً ، فيحتمل أنه أراد أنه يستأنف الصلاة ، وذلك لأن الظهر لاتتأدَّى بنية الجمعة ابتداء ، وكذلك دواماً ، كالظهر مع العصر ، وقال أبو إسحاق بن شاقلا : ينوى جمعةً لئلا يخالف نية ، إمامه ثم يبنى عليها ظُهراً . وهذا ظاهر قول قتادة ، وأيّوب ، ويونس ، والشافعىّ . لأنهم قالوا فى الذى أحرم مع الإمام بالجمعة ثم زُحم عن السجود حتى سلَّم الإمام : أتمها أربعاً ، فجوَّزوا له إتمامها ظهراً ، مع كونه إنما أحرم بالجمعة . وقال الشافعىّ : من أدرك ركعة فلما سلَّم الإمام عَلِمَ أن عليه منها سجدة قال : يسجُد سجدةً ، ويأتى بثلاث رَكَعاتٍ ، لأنه يجوز أن يأتمّ بمن يُصَلِّى الجمعة ، فجاز أن يبنى صلاته على نيتها ، كصلاة المقيم مع المسافر ، وكما ينوى أنه مأموم ، ويُتِمُّ بعد سلام إمامه منفرداً . ولا يصح أن ينوى الظهر خلف من يُصَلِّى الجمعة فى ابتدائها ، وكذلك فى أثنائها .

فصـــل

وإذا صلَّى الإمام الجمعة قبل الزوال ، فأدرك المأمومُ معه دون الركعة ، لم يكن له الدخول معه ، لأنها فى حقه ظهر ، فلا يجوز قبل الزوال ، كمُعْذر يوم الجمعةِ ، فإن دخل معه كانت نفلاً فى حقِّه ، ولم تُجزئه عن الظهر . ولو أدرك منها ركعةً ثم زَحُم عن سجودها ، وقلنا : تصيرُ ظهراً فإنها تنقلب نفلاً لئلا تكون ظهراً قبل وقتها .

فصـــل

ولو صلَّى مع الإمام ركعة ، ثم زُحم فى الثانية ، وأُخْرِجَ من الصف ؛ فصار فَذًّا ، فنوى الانفراد عن الإمام ، فقياسُ المذهب . أنه يتِمّهَا جمعة ، لأنه مدرك لركعةٍ منها مع الإمام ، فيبنى عليها جمعةً ، كما لو أدرك الركعة الثانية ، وإن لم ينو الانفراد ، وأتمّها مع الإمام ، ففيه روايتان :

(إحداهما) لاتصحّ : لأنه فَذٌّ فى ركعة كاملةٍ ، أشبه مالو فعل ذلك عمداً .

(والثانية) تصحّ ، لأنه قد يُعفى فى البناء عن تكميل الشروط ، كما لو خرج الوقت ، وقد صلّوا ركعة ، وكالمسبوق بركعة ، يقضى ركعة وحده .

« مسألة » قال ﴿ ومتى دخل وقت العصر وقد صَلَّوْا ركعةً أتمُّوا بركعة أخرى وأجزأتهم جمعة ﴾ .

ظاهر كلام الخِرَقيّ أنه لايُدرك الجمعة إلا بإدراك ركعة فى وقتها ، ومتى دخل وقت العصر قبل ركعة لم تكن جمعة . وقال القاضى : متى دخل وقت العصر بعد إحرامه بها أتمّها جمعةً ، ونحوَ هذا قال أبو الخطاب ، لأنه أحرم بها فى وقتها ، أشبه مالو أتمَّها فيه ، والمنصوص عن أحمد : أنه إذا دخل وقتُ العصر بعد تشهّده ، وقبل سلامه ، سلم وأجزأته ، وهذا قول أبى يوسف ، ومحمد . وظاهر هذا : أنه متى دخل الوقت قبل ذلك بطلت ، أو انقلبت ظهراً . وقال أبو حنيفة : إذا خرج وقتُ الجمعة قبل فراغه منها بطلت ، ولا يبنى عليها ظهراً ، لأنهما صلاتان مختلفتان ، فلا يبنى إحداهما على الأخرى ، كالظهر والعصر . والظاهر أن مذهب أبى حنيفة فى هذا كما ذكرنا عن أحمد ، لأن السلام عنده ليس من الصلاة . وقال الشافعىّ : لايُتِمُّها جمعةً ، ويبنى عليها ظهراً ، لأنهما صلاتا وقت واحد ، فجاز بناء إحداهما على الأخرى ، كصلاة الحضر والسفر ، واحتجُّوا على أنه لايُتِمُّها جمعةً بأن ما كان شرطاً فى بعضها كان شرطاً فى جميعها كالطهارة وسائر الشروط .

ولنا : قوله ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مِنَ الْجُمُعةِ رَكْعَةً فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ » ولأنه أدرك ركعة من الجمعة فكان مدركاً لها كالمسبوق بركعة، ولأن الوقت شرط يختص الجمعة ، فاكتُفِى به فى ركعة كالجماعة، وما ذكروه ينتقض بالجماعة ، فإنه يكتفى بإدراكها فى ركعةٍ ، فعلى هذا إن دخل وقت العصر قبل ركعةٍ فعلى ، قياس قول الخِرَقىّ تفسدُ ، ويستأنفها ظهراً ، كقول أبى حنيفة . وعلى قول أبى إسحاق بن شاقلا ، يُتِمُّها ظهراً ، كقول الشافعىّ . وقد ذكرنا وجه القولين .

فصـــل

إذا أدرك من الوقت ما يُمكنه أن يخطب ثم يُصَلِّى ركعة ، فقياس قول الخِرَقىّ أن له التلبّس بها . لأنه أدرك من الوقت مايدركها فيه . فإن شكَّ : هل أدرك من الوقت مايدركها به أو لا ؟ صحّت ، لأن الأصل بقاء الوقت وصحّتها .

« مسألة » قال ﴿ ومن دخل والإمام يخطبُ لم يجلس حتى يركع ركعتين يُوجز فيهما ﴾ .

وبهذا قال الحسن ، وابن عيينة ، ومكحول ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال شُرَيح ، وابن سيرين ، والنخعىّ ، وقتادة ، والثورىّ ، ومالك ، والليث ، وأبو حنيفة : يجلسُ ، ويكره له أن يركع ، لأن النبىّ ﷺ قال للذى جاء يَتَخَطّى رقاب الناس : «اجْلِسْ ، فقدآذَيْتَ وآنَيْتَ» رواه ابن ماجه ، ولأن الركوع يشغله عن استماع الخطبة ، فكره ، كركوع غير الداخل .

ولنا : مارَوى جابر قال : جاء رجل والنبىُّ[1] صلى الله عليه وسلم يخطبُ الناسَ فقال : « وَصَلَّيْتَ يَا فُلَانُ » ؟ قال : لا ، قال : « قُمْ فَارْكَعْ » وفى رواية : « فَصَلِّ رَكْعَتَيْنِ » متفق عليه .

---

(١) فى النسخة التى علقنا عليها « إلى النبى » بدل (والنبى) وهو تصحيف .

ولمسلم قال : ثم قال : « إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمْ يَوْمَ الجمعةِ والْإِمَامُ يَخْطُبُ فَلْيَرْكَعْ رَكْعَتَيْنِ ، وَلْيَتَجَوَّزْ فِيهِمَا » وهذا نصّ ، ولأنه دخل المسجد فى غير وقت النهى . عن الصلاة ، فسُنَّ له الركوع ، لقول النبى ﷺ : « إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمُ الْمَسْجِدَ فَلَا يَجْلِسْ حَتَّى يَرْكَعَ رَكْعَتَيْنِ » متفق عليه .

وحديثهم قضيَّةٌ فى عين ، يحتمل أن يكون الموضعُ يضيق عن الصلاة ، أو يكون فى آخر الخطبة ، بحيثُ لو تشاغل بالصلاة فاتته تكبيرة الإحرام . والظاهر أن النبى صلى الله عليه وسلم إنما أمره بالجلوس ليكفَّ أذاه عن الناس ، لتخطّيه إياهم ، فإن كان دخوله فى آخر الخطبة بحيثُ إذا تشاغل بالركوع فاته أولُ الصلاة ، لم يُستحبّ له التشاغلُ بالركوع .

فصـــــل

وينقطع التطوُّع بجلوس الإمام على المنبر ، فلا يُصَلِّى أحد غير الداخل : يُصَلِّى تحية المسجد ، ويتجوَّز فيهما ، لما رَوى ثعلبة بن أبى مالك : أنهم كانوا فى زمن عمر بن الخطاب يوم الجمعة يُصلُّونَ حتى يخرُج عمر ، فإذا خرج عمر ، وجلس على المنبر ، وأذَّن المؤذِّنون ، جلسوا يتحدثون ، حتى إذا سكت المؤذِّن ، وقام عمر سكتوا فلم يتكلَّم أحد ، وهذا يدل على شُهرة الأمر بينهم .

فصـــــل

ويجب الإنصات من حينِ يأخذ الإمامُ فى الخطبة ، فلا يجوز الكلام لأحدٍ من الحاضرين ، ونهى عن ذلك عثمان ، وابن عمر . وقال ابن مسعود : إذا رأيته يتكلَّم ، والإمامُ يخطب فاقرَعْ رَأْسَهُ بالعصَى ، وكرِهَ ذلك عامّة أهل العلم ، منهم مالك ، وأبو حنيفة ، والأوزاعىّ . وعن أحمد رواية أخرى : لايحرمُ الكلام ، وكان سعيد بن جبير ، والنخعىّ والشعبىّ ، وإبراهيم بن مهاجر ، وأبو بردة يتكلمون والحجّاج يخطبُ ، وقال بعضهم : إنا لم نُؤمر أن نُنصت لهذا . وللشافعىّ قولان كالروايتين ، واحتجَّ من أجاز ذلك بما رَوى أنس قال : « بَيْنَمَا النبيُّ صلى الله عليه وسلم يَخْطُبُ يَوْمَ الْجُمُعةِ إِذْ قَامَ رَجُلٌ فقال : يارَسُولَ اللهِ ، هَلَكَ الْكُرَاعُ ، وهَلَكَ الشَّاةُ ، فادْعُ اللهَ أَنْ يَسْقِيَنَا — وذكر الحديث ، إلى أن قال — ثمَّ دَخَلَ رَجُلٌ مِنْ ذَلِكَ الْبَابِ فى الجمعةِ الْمُقْبِلَةِ ، ورسُولُ اللهِ ﷺ قائمٌ يَخْطُبُ ، فاستقبله قائمًا ، فقال : يارَسُولَ اللهِ ، هَلَكَتِ الأمْوَالُ وانْقَطَعَ النَّسْلُ ، فادْعُ اللهَ يَرْفَعْهَا عَنَّا » متفق عليه . ورُوى : « أَنَّ رجُلاً قام والنبيُّ ﷺ يخطبُ يَوْمَ الجمعة ، فقال : يارسُولَ اللهِ ، مَتَى السَّاعةُ ؟ فأعْرَضَ النبيُّ ﷺ ، وَأَوْمَأَ النَّاسُ إِلَيْهِ بالسُّكُوتِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ ، وَأَعَادَ الْكَلَامَ ، فلما كانَ فى الثالثة قال له النبىُّ صلى الله عليه وسلم : « وَيْحَكَ ، ماذَا أَعْدَدْتَ لَهَا ؟ : قال : حُبَّ اللهِ وَرَسُولِهِ ، قال : إِنَّكَ

مَعَ مَنْ أَحْبَبْتَ ، ولم يُنـكر عليهم النبيّ صلى الله عليه وسلم كلامهم ، ولو حرَّم عليهم لأنـكره عليهم .

ولنـا : مارَوى أبو هريرة قال : إن رسـولَ اللهِ ﷺ قال : « إِذَا قُلْتَ لِصَاحِبِكَ أَنْصِتْ يَوْمَ الْجمعةِ والإمَامُ يَخْطُبُ فَقَدْ لَغَوْتَ » متفق عليـه . وَرُوى عن أُبَىِّ بن كعب : « أَنَّ رسول اللهِ ﷺ قَرَأَ يَوْمَ الْجمعـةِ (تَبَارَكَ) فَذَكَّرَنَا بِأَيَّامِ اللهِ ، وَأَبُو الدَّرْدَاء ، أَوْ أَبُو ذَرّ يَغْمِزُنِى . فَقُلْتُ : مَتَى أُنْزِلَتْ هَذِهِ السُّورَةُ ، فَإِنِّى لَمْ أَسْمَعْهَا إِلاَّ الآنَ؟ فَأَشَارَإِلَيْهِ أَنِاسْكُتْ ، فَلَمَّا انْصَرَفُوا قالَ : سَأَلْتُكَ مَتَى أُنْزِلَتْ هَذِهِ السورة ؟ فَلَمْ تُخْبِرْنِى . قالَ أُبَىّ : لَيْسَ لَكَ مِنْ صَلاَتِكَ الْيَوْمَ إِلاَّ مَالَغَوْتَ . فَذَهَبَ إِلَى رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، فَذَكَرَ لَهُ ، وَأَخْبَرَهُ بِمَا قالَ أُبَىّ ، فقال رسُولُ اللهِ ﷺ : صَدَقَ أُبَىّ » رواه عبـد الله بن أحمـد فى المسند وابن ماجـه . ورَوى أبو بكر بن أبى شيبة ، بإسناده عن أبى هريرة نحوه ، وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ تَكَلَّمَ يَوْمَ الْجُمعةِ وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ فَهُوَ كَمَثَلِ الحِمارِ يَحْمِلُ أَسْفَاراً » رواه ابن أبى خيثمة .

وما احتجوا به فيحتمل أنه مختص بمن كلم الإمام ، أو كلَّمه الإمام ، لأنه لايشتغل بذلك عن سماع خطبته ، ولذلك سأله النبيُّ ﷺ هَلْ صَلَّى ؟ فأجابه . وسأل عمر عثمان حين دخل وهو يخطُبُ ، فأجابه فتعيَّن حملُ أخبارهم على هـذا ، جمعاً بين الأخبار ، وتوفيقاً بينها ، ولا يصح قياس غيره عليه ، لأن كلام الإمام لايـكون فى حال الخطبـة خلافَ غيره ، وإن قُدِّر التعارض ، فالأخذ بحديثنا أولى ، لأنه قول النبىّ صلى الله عليه وسلم ونصُّه ، وذلك سكوتُه ، والنصُّ أقوى من السكوت .

فصـــل

ولا فرق بين القريب والبعيد ، لعموم ماذكرناه ، وقد رُوى عن عثمان رضى الله عنـه : أنه قال : « مَنْ كَانَ قَرِيباً يَسْمَعُ ويُنْصِتُ ، ومَنْ كَانَ بَعِيداً يُنْصِتُ ، فإنَّ الْمُنْصِتِ الذى لايَسْمَعُ مِنَ الحَظِّ مالِلسَّامِـعِ » . وقد رَوى عبدُ الله بن عمرو ، عن النبى ﷺ قال : « يَحْضُرُ الجُمعةَ ثَلاثَةُ نَفَرٍ : رَجُلٌ حَضَرَهَا يَلْغُو ، وَهُوَ حظُّهُ مِنْهـا . وَرَجُلٌ حَضَرَهَا يَدْعُو ، فَهُوَ رَجُلٌ دَعَا اللهَ ، فإنْ شـاءَ أَعْطَاهُ ، وَإِنْ شاءَ مَنَعَهُ . وَرَجُلٌ حَضَرَهَا بِإِنْصَاتٍ ، وَسُكُونٍ ، وَلَمْ يَتَخَطَّ رَقَبَةَ مُسْلِمٍ ، وَلَمْ يُؤْذِ أَحَـداً ، فَهِيَ كَفَّارَةٌ إِلَى الْجُمعةِ الَّتِى تَلِيهَا ، وَزِيادَةُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ : وذلك أَنَّ اللهَ تَعَالَى يَقُولُ : (٦ : ١٦٠ مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَمْثَالِهَا) » رواه أبو داود .

فصـــل

وللبعيد أن يذكر الله تعالى ، ويقرأ القرآن ، ويُصَلِّى على النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا يرفع صوته

قال أحمد : لا بأسَ أن يصلِّي على النبيِّ صلى الله عليه وسلم فيما بينه وبين نفسه ، رخَّص له فى القراءة ، والذكر عطاء ، وسعيد بن جُبَيْر ، والنخعيّ ، والشافعيّ . وليس له أن يرفع صوته ، ولا يُذاكر فى الفقه ، ولا يُصلِّي ، ولا يجلس فى حَلْقَةٍ . وذكر ابن عقيل أنَّ له المذاكرةَ فى الفقه ، وصلاةَ النافلة .

ولنا : عموم مارويناه : وأن النبيَّ ﷺ نهى عن الحِلَقِ[1] يَوْمَ الجمعةِ ، قبل الصَّلَاةِ » رواه أبو داود . ولأنه إذا رفع صوته منع من هو أقرب منه من السماع ، فيكون مُؤذياً له ، فيكون عليه إثمُ من آذى المسلمين ، وصدَّ عن ذكر الله تعالى . وإذا ذكر الله فيما بينه وبين نفسه من غير أن يُسمع أحداً فلا بأس ، وهل ذلك أفضلُ أو الإنصات ؟ يحتمل وجهين :

(أحدهما) الإنصات أفضلُ ، لحديث عبد الله بن عمرو ، وقول عثمان .

(والثانى) الذكر أفضلُ ، لأنه يحصلُ له ثوابه من غير ضرر ، فكان أفضلَ كما قبل الخطبة .

فصل

ولا يحرم الكلام على الخطيب ، ولا على من سأله الخطيب ، لأن النبيَّ ﷺ : « سَأَلَ سُلَيْكاً الدَّاخِلَ وَهُوَ يَخْطُبُ : أَصَلَّيْتَ ؟ قال : لا » وعن ابن عمر : « أَنَّ عُمَرَ بَيْنَا هُوَ يَخْطُبُ يَوْمَ الْجُمعةِ إِذْ دَخَلَ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ[2] صلى الله عليه وسلم ، فَنَادَاهُ عمر : أَيَّةُ سَاعَةٍ هَذِهِ ؟ قال : إِنِّى شَغِلْتُ الْيَوْمَ ، فَلَمْ أَنْقَلِبْ إِلَى أَهْلِى حَتَّى سَمِعْتُ النِّدَاءَ ، فَلَمْ أَزِدْ عَلَى أَنْ تَوَضَّأْتُ ، قال عمر : الوُضُوءَ أيضاً ؟ وقد عَلِمْتَ أَنَّ رسُولَ الله صلى الله عليه وسلم كَانَ يَأْمُرُ بِالغُسْلِ » ؟ ! متفق عليه . ولأن تحريم الكلام علّته الاشتغال به عن الإنصات الواجب ، وسماع الخطبة ، ولا يحصُل ها هنا . وكذلك من كلَّم الإمام لحاجة ، أو سأله عن مسألة ، بدليل الخبر الذى تقدم ذكره .

فصل

وإذا سمع الإنسان مُتكلِّماً لم ينهه بالكلام ، لقول النبى ﷺ : « إِذَا قُلْتَ لِصَاحِبِكَ أَنْصِتْ ، وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ فَقَدْ لَغَوْتَ » ، ولكن يُشير إليه ، نصّ عليه أحمد ، فيضع أصبعه على فيه . وممّن رأى أن يُشير ، ولا يتكلّم زيدُ بن صُوحَان ، وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وابن المُنذر وكره الإشارةَ طاوس .

---

(١) الحلق : بفتح الحاء واللام : اسم جمع للحلقة ، وهى اجتماع القوم مستديرين كالحلقة ، وبكسر الحاء وفتح اللام جمع حلقة ، ويجوز هنا نطقها على الضبطين المذكورين

(٢) هو عثمان رضى الله عنه ، كما سبق فى الأحاديث فى هذا الكتاب .

ولنا : أن الذى قال للنبىّ صلى اللهُ عليه وسلم متى الساعة ؟ أومأ الناسُ إليه بحَضْرَةِ رسول الله ﷺ بالسكوت ، ولأنَّ الإشارة تجوزُ فى الصلاة التى يُبطلها الكلام ، ففى الخطبة أولى .

فصل

فأمَّا الكلام الواجب كتحذير الضرير من البئر ، أو من يخاف عليه ناراً ، أو حيّة ، أو حريقاً ، ونحو ذلك ، فله فعلُه ، لأن هذا يجوز فى نفس الصلاة مع إفسادها ، فهاهنا أولى . فأمَّا تشميتُ العاطس ، وردّ السلام ، ففيه روايتان ، قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله سُئل : يردُّ الرجل السلام يوم الجمعة ؟ فقال : نعم ، ويُشَمِّتُ العاطس ؟ فقال : نعم ، والإمامُ يخطبُ ، قال أبو عبد الله : قد فعله غيرُ واحد . قال ذلك الحسنُ ، والشعبىّ ، والنخعىّ ، والحكم ، وقتادة ، والثورىّ ، وإسحاق . وذلك لأنَّ هذا واجب ، فوجب الإتيان به فى الخطبة ، كتحذير الضرير ، والرواية الثانية : إن كان لايسمع ردّ السلام وشمّت العاطس[1] ، وإن كان يسمع لم يفعل . قال أبو طالب : قال أحمد : إذا سمعت الخطبة فاستمع وأنصت ، ولا تقرأ ، ولا تشمّت ، وإذا لم تسمع الخطبة فاقرأ وشمّت ، وردّ السلام . وقال أبو داود ، قلت لأحمد : يردّ السلام والإمامُ يخطب ، ويشمّت العاطس ؟ قال : إذا كان ليس يسمع الخطبة فيردّ ، وإذا كان يسمع فلا ، لقول الله تعالى : (٧ : ٢٠٤ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا) . وقيل لأحمد : الرجل يسمع نَغْمَةَ الإمام بالخطبة ، ولا يدرى مايقول يردّ السلام ؟ قال : لا ، إذا سمع شيئاً . ورُوى نحو ذلك عن عطاء ، وذلك لأن الإنصات واجب ، فلم يجز الكلام المانع منه ، من غير ضرورة ، كالأمر بالإنصات ، بخلاف من لم يسمع . وقال القاضى : لايردّ ولا يُشمّت . ورُوى نحو ذلك عن ابن عمر وهو قول مالك والأوزاعىّ وأصحاب الرأى . واختلف قول الشافعىّ ، فيحتمل أن يكون هذا القول مختصاً بمن يَسمع ، دون من لم يسمع ، فيكون مثلَ الرواية الثانية . ويحتمل أن يكون عامًّا فى كلِّ حاضر يسمَعُ ، أو لم يسمع ، لأنَّ وجوب الإنصات شاملٌ لهم ، فيكون المنع من ردّ السلام ، وتشميت العاطس ثابتاً فى حقّهم كالسامعين .

فصل

لايُكره الكلام قبل شروعه فى الخطبة ، وبعد فراغه منها ، وبهذا قال عطاء ، وطاوس ، والزهرىّ وبكر المُزَنىّ ، والنخعىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، ويعقوب ، ومحمد . ورُوى ذلك عن ابن عمر وكرهه الحكم . وقال أبو حنيفة : إذا خرج الإمام حَرُم الكلام . قال ابن عبد البرّ : إنَّ عمر ، وابن عباس كانا يكرهان الكلام ، والصلاة بعد خروج الإمام ، ولا مُخَالِفَ لهما فى الصحابة .

---

(١) فى الطبعة الأولى للمغنى والشرح الكبير ، وتشميت العاطس وماهنا هو الصحيح . والمراد إن كان يسمع الخطبة امتنع عن رد السلام وتشميت العاطس ، وإن كان لا يسمعها لبعده مثلا، رد السلام وشمت العاطس .

ولنا : أن النبيّ ﷺ قال : «إِذَا قُلْتَ لِصَاحِبِكَ وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ أَنْصِتْ فَقَدْ لَغَوْتَ» نخصّه بوقت الخطبة . وقال ثعلبة بن أبي مالك : إنهم كانوا فى زمن عمر إذا خرج عمر وجلس على المنبر وأذّن المؤذّنون جلسوا يتحدثون ، حتى إذا سكت المؤذّنون ، وقام عمر ، سكتوا فلم يتكلّم أحد . وهذا يدلّ على شُهرة الأمر بينهم ، ولأنّ الـكلام إنما حَرُم لأجل الإنصات للخطبة ، فلا وجه لتحريمه مع عدمها . وقولهم لامخالِفَ لهما فى الصحابة ، قد ذكرنا عن عمومهم خلاف هذا القول .

فصـــل

فأمّا الـكلام فى الجلسة بين الخطبتين فيحتملُ أن يكون جائزاً لأن الإمام غيرُ خاطب ولا مُتكلِّم ، فأشبه ماقبلها وبعدها ، وهذا قول الحسن . ويحتمل أن يمنع منه وهو قول مالك ، والشافعيّ والأوزاعيّ وإسحاق ، لأنَّه سكوت يسير فى أثناء الخطبتين ، أشبه السكوت للتنفّس .

فصـــل

إذا بلغ الخطيب إلى الدعاء فهل يَسُوغُ الـكلام ؟ فيه وجهان :

أحدهما : الجواز : لأنه فرغ من الخطبة ، وشرع فى غـيرها ، فأشبه مالو نزل . ويحتمل أن لايجوز ، لأنَّه تابع للخطبة ، فيثبت له ماثبت لها ، كالتطويل فى الموعظة ، ويحتمل أنه إن كان دعاء مشروعاً كالدعاء للمؤمنين والمؤمنات وللإمام العادل ، أنصت له ، وإن كان لغيره لم يلزم الإنصات ، لأنه لاحُرمة له .

فصـــل

ويُـكره العبث والإمام يخطب ، لقول النبي ﷺ : « وَمَنْ مَسَّ الْحَصَى فَقَدْ لَغَا » رواه مسلم . قال الترمذيّ : هذا حديث صحيح واللغو : الإثمُ ، قال الله تعالى : (٢٣ : ٣ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ) ولأنّ العبث يمنع الخشوع والفهم ، ويُـكره أن يشرب والإمام يخطب إن كان ممن يسمع ، وبه قال : مالك ، والأوزاعيّ ، ورخّص فيه مجاهد ، وطاوس ، والشافعيّ ، لأنه لايشغل عن السماع .

ولنا : أنه فعـلٌ يشتغل به ، أشبه مسّ الحصى . فأمّا إن كان لايسمع ، فلا يُـكره نص عليه ، لأنَّه لايستمع ، فلا يشتغل به .

فصـــل

قال أحمد : لايُتصَدَّقُ[1] على السّؤال والإمام يخطب ، وذلك لأنهم فعلوا مالا يجوز فلا يُعينهم عليه . قال أحمد : وإن حَصَبَهُ كان أعجب إليَّ ، لأنَّ ابن عمر رأى سائلا يسأل والإمام يخطب يوم الجمعة فحصبه

(١) يعنى : لايتصدق على السائلين (الشحاذين) والإمام يخطب .

وقيل لأحمد : فإن تصدق عليه إنسان ، فناوله والإمام يخطب ، قال : لايأخذُ منه . قيل : فإن سأل قبل خطبة الإمام ، ثم جلس ، فأعطانى رجلٌ صدقة أناولها إيّاه ؟ قال : نعم ، هذا لم يَسأل والإمامُ يخطب .

فصــــل

ولا بأس بالاحتباء[1] والإمام يخطب ، رُوى ذلك عن ابن عمر ، وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ وإليه ذهب سعيد بن المُسيّب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وشريح ، وعكرمة بن خالد ، وسالم ، ونافع ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . قال أبو داود : لم يبلغنى أن أحداً كرهه إلا عُبَادة بنُ نُسَىّ ، لأنَّ سهل بن مُعاذ روى : « أنَّ النبىَّ صلى اللهُ عليه وسلم نَهَى عَنِ الْحِبْوَةِ[2] يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ » رواه أبو داود .

ولنا : ماروى يَعلى بنُ شدّاد بن أوس ، قال : « شَهِدْتُ مَعَ مُعَاوِيَةَ بَيْتَ الْمَقْدِسِ ، فَجَمَّعَ بِنَا ، فَنَظَرْتُ ، فَإِذَا جُلُّ مَنْ فِي الْمَسْجِدِ أَصْحَابُ رَسُولِ الله ﷺ ، فَرَأَيْتُهُمْ مُحْتَبِينَ ، وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ » . وفعله ابن عمر ، وأنس ، ولم نعرف لهم مخالفاً ، فكان إجماعاً ، والحديث فى إسناده مقال ، قاله ابن المنذر والأولى تركه لأجل الخبر ، وإن كان ضعيفاً ، ولأنَّه يكون مُتهيّئاً للنوم ، والوقوع ، وانتقاض الوضوء ، فيكون تركه أولى ، والله أعلم . ويُحمل النهى فى الحديث على الكراهة ، ويُحمل أحوال الصحابة الذين فعلوا ذلك على أنهم لم يَبلغهُم الخبر .

« مسألة » قال : ﴿ وإذا لم يكن فى القرية أربعون رجلا عُقلاء لم تجب عليهم الجمعة ﴾ .

وجملته : أن الجمعة إنما تجب بسبعة شرائط : إحداها : أن تكون فى قرية . والثانى : أن يكونوا أربعين . والثالث : الذكوريّة . والرابع : البلوغ . والخامس : العقل . والسادس : الإسلام . والسابع : الاستيطان . وهذا قول أكثر أهل العلم . فأما القرية : فيعتبر أن تكون مبنية بما جرت العادة ببنائها به من حجر ، أو طين ، أو لَبِن[3] ، أو قَصَب ، أو شجر ، ونحوه . فأمّا أهلُ الخيام ، وبيوت الشعر ، والحركات ، فلا جمعة عليهم ، ولا تصحّ منهم ، لأن ذلك لاينْصَبُ للاستيطان[4] غالباً ، وكذلك كانت قبائل العرب حول المدينة ، فلم يُقيموا جمعة ، ولا أمرهم بها النبىّ ﷺ ، ولو كان ذلك لم يَخْفَ ولم يُترك نقله ، مع كثرته ، وعموم البلوى به ، لكن إن كانوا مقيمين بموضع يسمعون النداء ، فيه لزمهم السعى

---

(١) الاحتباء : أن يضم الجالس ركبتيه إلى بطنه .

(٢) الحبوة بفتح الحاء أشهر من ضمها ، وسكون الباء اسم للاحتباء الذى سبق بيانه .

(٣) اللبن : الطوب الأخضر الذى لم يحرق ، والقصب : البوص .

(٤) الاستيطان : التوطن بالمكان بحيث يعتبر وطناً يعود إليه إذا خرج منه ، ولا يتركه إلى مكان آخر إلا فى النادر غير الغالب .

إليها ، كأهل القرية الصغيرة إلى جانب المِصْر[1] ، ذكره القاضى . ويُشترط فى القرية أيضاً أن تكون مُجتمعة البناء بما جرت به العادة فى القرية الواحدة ، فإن كانت مُتفرّقة المنازل تفرّقاً لم تجر العادة به لم تجب عليهم الجمعة ، إلاّ أن يجتمع منها مايسكنُه أربعون ، فتجب الجمعة بهم ، ويتبعهم الباقون . ولا يشترط اتصال البنيان بعضه ببعض . وحُكى عن الشافعىّ أنه شرط ، ولا يصحّ . لأن القرية المتقاربة البنيان قرية مبنيّة على ماجرت به عادة القرى ، فأشبهت المتصلة . ومتى كانت القرية لاتجب الجمعة على أهلها بأنفسهم وكانوا بحيث يسمعون النداء من المِصْر ، أو من قرية تُقام فيها الجمعة ، لزمهم السعى إليها لعموم الآية[2] .

فصـــل

فأما الإسلام ، والعقل،والذكوريّة ، فلا خلاف فى اشتراطها ، لوجوب الجمعة وانعقادها ، لأن الإسلام والعقل شرطان للتكليف ، وصحة العبادة المحضة ، والذكوريَّة شرط لوجوب الْجُمعة وانعقادها ، لأن الجمعة يجتمع لها الرجال ، والمرأة ليست من أهل الحضور فى مجامع الرجال ، ولكنها تصحّ منها لصحة الجماعة منها ، فإن النساء كنّ يُصلّين مع النبى صلى اللهُ عليه وسلم فى الجماعة .

وأمّا البلوغ : فهو شرط أيضاً لوجوب الْجُمعة ، وانعقادها فى الصحيح من المذهب وقول أكثر أهل العلم ، لأنَّه من شرائط التكليف ، بدليل قوله عليه السلام : « رُفِـعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ » . وذكر بعضُ أصحابنا فى الصبى المميّز روايةً أخرى : أنها واجبة عليه ، بناء على تكليفه ، ولا مُعوّل عليه .

فصـــل

فأما الأربعون : فالمشهور فى المذهب أنه شرط لوجوب الجمعة وصحتها . ورُوى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، وعُبَيد الله بن عبد الله بن عُتْبة ، وهو مذهب مالك ، والشافعىّ ورُوى عن أحمد أنها لاتنعقد إلا بخمسين . لما رَوى أبو بكر النجّاد ، عن عبد الملك الرّقاشىّ ، حدثنا رجاء بن سَلَمة ، حدثنا عبّاد بن عبّاد المُهَلّبىّ ، عن جعفر بن الزبَير ، عن القاسم ، عن أبى أُمَامَةَ قال : «قَالَ رَسُول الله ﷺ : تَجِبُ الْجُمُعَةُ عَلَى خَمْسِينَ رَجُلاً ، وَلاَ تَجِبُ عَلَى مَادُونَ ذَلِكَ » وبإسناده عن الزهرىّ ، عن أبى سَلَمة ، قال : قلت لأبى هريرة : عَلَى كَمْ تَجِبُ الْجُمُعَةُ مِنْ رَجُلٍ ؟ قال : « لَمَّا بَلَغَ أَصْحَابُ رَسُول الله ﷺ خَمْسِينَ جَمَّعَ بِهِمْ رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم » . وعن أحمد أنها تنعقد بثلاثة ، وهو قول الأوزاعى

(١) المصر : هو البلد الذى فيه حاكم سياسى كالمحافظ والمدير ونحو ذلك .

(٢) الآية هى قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » لم يخص أهل قرية ولا أهل مصر .

وأبي ثور ، لأنَّه يتناوله اسم الجمع ، فانعقدت به الجماعة ، كالأربعين . ولأنَّ الله تعالى قال : (٦٢ : ٩ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ) ، وهذه صيغة الجمع ، فيدخل فيه الثلاثة . وقال أبو حنيفة : تنعقد بأربعة ، لأنَّه عدد يزيد على أقل الجمع المطلق ، أشبه الأربعين ، وقال ربيعة : تنعقد باثني عشر رجلا ، لما رُوي عن النبيّ ﷺ أنَّه كتب إلى مُصْعَب بن عُمَيْر بالمدينة ، فأمره أن يُصَلِّي الْجُمُعة عند الزوال ركعتين ، وأن يخطُب فيهما ، فجَمع مُصْعَبُ بنُ عُمَيْر في بيت سعد بن خَيْثَمَةَ باثْنَيْ عَشَرَ رَجُلاً » وعن جابر قال : كنا مع رسُول الله ﷺ يوم الجمعة ، فقدِمَتْ سُوَيْقَةٌ فَخَرَجَ النَّاسُ إليها فلم يبق إلا اثنا عشر رجلا أنا فيهم ، فأنزل الله تعالى : (٦٢ : ١١ وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْواً انْفَضُّوا إِلَيْهَا وَتَرَكُوكَ قَائِماً) إلى آخر الآية رواه مسلم . ومايُشترط للابتداء يُشترط للاستدامة .

ولنا : مارَوى كعب بن مالك قال : « أَوَّلُ مَنْ جَمَّعَ بِنَا أَسْعَدُ بنُ زُرَارَة فِي هَزْمِ النَّبِيتِ[1] مِنْ حَرَّةِ بَنِي بَيَاضَةَ فِي نَقِيعٍ يُقَال له : نَقِيعُ الْخَضِمَاتِ . قُلْتُ لَهُ : كَمْ كُنْتُمْ يَوْمَئِذٍ ؟ قَالَ أَرْبَعُونَ » رواه أبو داود والأثرم .

ورَوى خَصِيف ، عن عطاء ، عن جابر بن عبد الله ، قال : « مَضَتِ السُّنَّة أَنَّ فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ فَمَا فَوْقَهَا جُمُعَةً » ، رواه الدارقطنيّ . وضعفه ابن الجوزيّ ، وقول الصحابيّ : « مَضَتِ السُّنَّة » ينصرف إلى سُنَّة رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم . فأمَّا من رَوى أنهم كانوا اثنى عشر رجلا فلا يصحّ ، فإنَّ ماروينا أصحّ منه ، رواه أصحاب السنن ، والخبر الآخر يحتمل أنهم عادوا فحضروا القَدْر الواجبَ ، ويحتمل أنهم عادوا قبل طول الفصل . فأمَّا الثلاثة والأربعة فتحَكُّم بالرأى فيما لامَدْخل له فيه ، فإنَّ التقديرات بابُها التوقيف ، فلا مدخل للرأى فيها ، ولا معنى لاشتراط كونه جمعاً ، ولا للزيادة على الجمع ، إذ لا نصّ في هذا ، ولا معنى نصّ ، ولو كان الجمع كافياً فيه لا كْتُفِيَ بالاثنين ، فإن الجماعة تنعقدُ بهما .

فصــــل

فأمَّا الاستيطان : فهو شرط في قول أكثر أهل العلم ، وهو الإقامة في قرية على الأوصاف المذكورة لايظعنون عنها صيفاً ولا شتاء ، ولا تجب على مسافر ولا على مقيم في قرية يظعَنُ أهلها عنها في الشتاء دون

(١) هزم النبيت : الهزم مااطمأن من الارض ، أي المنخفض ، والحرة الارض ذات الحجارة الدقيقة الهشة ، والنبيت أبو قبيلة من العرب ، واسمه عمر بن مالك بن الأوس ، وبياضة بطن من الانصار وهو بياضة بن عامر بن زريق بن حارثة ، وحرة بني بياضنة بينها وبين المدينة ميل . والنقيع : موضع يتقع فيه الماء ، أي يستمر مدة فإذا شربته الارض نشأ بعده النبات ، فتخضمه الدواب ، ولذلك سمى نقيع الخضمات وهو من أودية الحجاز يدفع سيله إلى المدينة ، يسلك العرب إلى مكة منه ، وقد حماه عمر ابن الخطاب رضى الله عنه لخيل المسلمين ، وهو على مسافة عشرين فرسخاً من المدينة ، أو نحو ذلك .

الصيف ، أو فى بعض السنّة ، فإن خربت القرية ، أو بعضها ، وأهلها مقيمون بهـا عازمون على إصلاحها فحكمها باقٍ فى إقامة الجمعة بها ، وإن عزموا على النقْلة عنها لم تجب عليهم ، لعدم الاستيطان .

فصـــل

واختلفت الرواية فى شرطين آخرين:

أحدُها : الحريّة ، ونذكرها فى موضعها إن شاء الله تعالى .

والثانى : إذنُ الإمام ، والصحيح أنه ليس بشرط ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، والثانية هو شرط ، رُوى ذلك عن الحسن ، والأوزاعىّ ، وحبيب بن أبى ثابت ، وأبى حنيفة ، لأنَّه لايقيمها إلا الأئمةُ فى كلِّ عصر ، فصار ذلك إجماعاً .

ولنا : أنَّ عليًّا صلَّى الجمعة بالناس وعثمانُ محصورٌ ، فلم يُنكره أحد ، وصوّب ذلك عثمانُ ، وأمر بالصَّلاةِ معهم ، فروى حُمَيْد بن عبد الرحمن عن عُبَيد الله بن عدىّ بن الخِيَار : « أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى عُثْمَانَ وَهُوَ مَحْصُورٌ ، فقال : إِنَّهُ قَدْ نَزَلَ بِكَ مَاتَرَى ، وَأَنْتَ إِمَامُ الْعَامَّةِ ، وَهُوَ يُصَلِّى بِنَا إِمَام فِتْنَةٍ ، وَأَنَا أَتَحَرَّجُ مِنَ الصَّلَاةِ مَعَهُ ، فقال : إِنَّ الصَّلَاةَ مِنْ أَحْسَنِ مَايَعْمَلُ النَّاسُ ، فَإِذَا أَحْسَنُوا فَأَحْسِنْ مَعَهُمْ وَإِذَا أَسَاؤُا فَاجْتَنِبْ إِسَاءَتَهُمْ » أخرجه البخارىّ ، والأثرم وهذا لفظ رواية الأثرم . وقال أحمد : وقعت الفتنة بالشام تسعَ سنين ، فكانوا يُجَمِّعون .

وروى مالك فى الموطّأ ، عن أبى جعفر القارىء : أنَّه رأى صاحب المقصورة فى الفِتْنَةِ حين حضرت الصلاة ، فخرج يتبعُ الناس يقول : مَنْ يُصَلِّى بالناس ؟ حتى انتهى إلى عبـد الله بن عمر ، فقال له عبد الله ابن عمر : تقدَّم أنت فصلِّ بين يَدَى الناس ، ولأنها من فرائض الأعيان ، فلم يُشترط لهـا إذن الإمام ، كالظهر ، ولأنَّها صلاة أشبهت سائر الصلوات . وماذكروه إجماعاً لايصحّ ، فإنَّ الناس يُقيمون الجُمُعات فى القرى من غير استئذان أحـد ، ثم لو صحّ أنه لم يقع إلا ذلك لـكان إجماعاً على جواز ماوقع ، لاعلى تحريم غيره ، كالحجّ يتولاَّه الأئمّة ، وليس بشرط فيه .

فإن قلنا : هو شرط فلم يأذن الإمام فيه ، لم يجز أن يُصَلُّوا جُمُعَةً ، وَصَلَّوْا ظهراً ، وإن أذن فى إقامتها ثم مات ، بطل إذنُه بموته ، فإن صَلَّوْا ثمَّ بان أنَّه قد مات قبلَ ذلك فهل تجزيهم صلاتهم ؟ على روايتين : أصحّهما أنها تجزيهم ، لأنَّ المسلمين فى الأمصار النائية عن بلد الإمام لايُعيدون ماصَلَّوا من الجُمات بعدمَوْته ، ولا نعلم أحداً أنـكر ذلك عليهم ، فكان إجماعاً ، ولأنَّ وجوب الإعادة يَشُقّ ، لعمومه فى أكثر البلدان وإن تعذّر إذنُ الإمام لِفِتْنَةٍ . فقال القاضى : ظاهرُ كلامه صحّتها بغير إذن على كلتا الروايتين ، فعلى هذا يكون الإذن مُعتبراً مع إمكانه ، ويَسقط اعتباره بتعذّره .

فصـــــل

ولا يُشترط للجمعة المِصْرُ ، رُوِى نحو ذلك ، عن ابن عمر ، وعمر بن عبـد العزيز ، والأوزاعىّ ، والليث ، ومكحول ، وعِكْرِمة ، والشافعىّ . ورُوِى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : لاجُمُعَةَ ولا تَشْرِيقَ إلاّ فى مِصْرٍ جَامِـعٍ . وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وإبراهيم ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، لأنه قد رُوِى عن النبىِّ ﷺ أنه قال : « لاَجُمُعَةَ وَلاَ تَشْرِيقَ[1] إلاَّ فِى مِصْرٍ جَامِـعٍ » .

ولنا : مارَوى كعب بن مالك : أنه قال : « أَسْعَدُ بْنُ زُرَارَةَ أول مَنْ جَمَّعَ بِنَا فى هَزْمِ النَّبِيتِ ، مِنْ حَرَّةِ بَنِى بَيَاضَةَ ، فى نَقِيعٍ يُقَالُ لَهُ : نَقِيعُ الْخَضِمَاتِ » رواه أبو داود . وقال ابن جُرَيْج : قلت لعطاء : تعنى إذا كان ذلك بأمر النبى صلى اللهُ عليه وسلم ؟ قال : نعم . قال الخطـابىّ : حَرَّة بنى بَيَاضَةَ على ميلٍ من المدينـة . وعن ابن عباس قال : « إنَّ أَول جُمُعَةٍ جُمِّعَتْ بَعْدَ جُمُعَةِ الْمَدِينَةِ لَجُمُعَةٌ جُمِّعَتْ بِجُوَاثَا مِنْ الْبَحْرَيْنِ ، من قُرَى عَبْدِ الْقَيْسِ » رواه البخارىّ . ورَوى أبو هريرة : « أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى عُمَرَ يَسْأَلُهُ عن الْجمعةِ بِالبَحْرَيْنِ ، وَكَانَ عَامِله عَلَيْهَا ، فَـكَتَبَ إِلَيْهِ عمر ، جَمِّعُوا حَيْثُ كُنتُمْ » رواه الأثرم ، قال أحمد : إسناد جَيِّد . فأمّا خبرهم فلم يصحّ . قال أحمد : ليس هـذا بحديث ، ورواه الأعمش عن أبى سعيد المقبُرِىّ ولم يَلْقَهُ . قال أحمـد : الأعمش لم يسمع من أبى سعيـد ، إنّما هو عن علىّ ، وقول عمر يخالفهُ .

فصـــــل

ولا يُشترط لصحة الجمعـة إقامتُها فى البنيان ، ويجوز إقامتها فيما قاربه من الصحراء ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعىّ : لاتجوز فى غير البنيان ، لأنه موضع يجوز لأهـل المصر قصرُ الصلاة فيـه ، فأشبه البعيد .

ولنا : أن مُصعبَ بنَ عُمـير جمّع بالأنصار فى هَزْمِ النَّبِيتِ فى نَقِيـع الْخَضِمَاتِ ، والنقيع : بطن من الأرض يُسْتَنْقَعُ فيه المـاء مُدَّة ، فإذا نَضَبَ الماء نَبَتَ الْـكَلأُ ، ولأنَّه موضعٌ لصَلاَةِ العيد ، فجازت فيه الجمعة ، كالجامع . ولأنَّ الْجمعة صلاةُ عيدٍ فجازت فى المصلَّى كصلاة الْأَضْحَى . ولأن الأصل عدم اشتراط ذلك ، ولا نصّ فى اشتراطه ، ولا معنى نصّ فلا يشترط .

« مسألة » قال ﴿ وإن صلّوْا أعادوها ظهراً ﴾ .

وجملته : أن ما كان شرطاً لوجوب الجمعة ، فهو شرط لانعقادها ، فمتى صلَّوْا جُمُعة مع اختلال بعض شروطها لم يصحّ ، ولزمهم أن يُصَلّوا ظهراً ، ولا يُعَدّ فى الأربعين الذين تنعقد بهم الجمعة من لاتجب عليه

---

(١) التشريق : صلاة العيد .

ولا يُعتبر اجتماع الشروط للصحّة ، بل تصحّ ممّن لاتجب عليه ، تبعاً لمن وجبت عليه ، ولا يُعتبر فى وجوبها كونه ممّن تنعقد به ، فإنّها تجب على مَن يسمع النداء من غير أهل المصر ، ولا تنعقد به .

فصـــــل

ويُعتبر استدامةُ الشروط فى القَدر الواجب من الخطبتين . وقال أبو حنيفة فى رواية عنه : لا يُشترط العدد فيهما ، لأنه ذكرٌ يتقدّم الصلاة ، فلم يُشترط له العدد كالأذان .

ولنـا : أنه ذكر من شرائط الجمعـة ، فـكان من شرطه العدد كتكبيرة الإحرام ، ويُفارق الأذانَ فإنّه ليس بشرط ، وإنما مقصوده الإعلام ، والإعلام ، للغائبين . والخُطبة مقصودُها التذكير والمَوْعِظة ، وذلك إنما يكون للحاضرين ، وهى مُشتقّة من الخطاب ، والخطاب إنّما يكون للحاضرين . فعلى هذا إن انفَضُّوا فى أثناء الخطبة ثم عادوا فحضروا القَدْرَ الواجب أجزأهم ، وإلا لم يجزئهم ، إلاّ أنْ يحضروا القدر الواجب ، ثم ينفضُّوا ، ويعودوا قبل شروعه فى الصـلاة ، من غير طول الفصل . فإن طال الفصل لزمه إعادةُ الخطبة ، إن كان الوقتُ مُتّسِعاً ، لأنّهم من أهل وجوب الجمعة ، والوقت مُتّسع لها لتصحّ لهم الجمعة ، وإن ضاق الوقت صلّوا ظهراً ، والمرجع فى طول الفصل وقِصَره إلى العادة .

فصـــــل

ويُعتبر استدامة الشروط فى جميع الصلاة ، فإن نقص العدد قبل كمالها فظاهر كلام أحمد : أنه لايُتِمُّهَا جُمعةً ، وهذا أحـد قولى الشافعىّ . لأنه فقد بعض شرائط الصـلاة ، فأشبه فقد الطهارة . وقياس قول الخِرَقىّ أنهم إن انفضُّوا بعد ركعة أنّه يُتِمُّهَا جُمُعَةً : وهذا قول مالك . وقال المزنىّ : هو الأشبه عندى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مِنَ الْجُمعَةِ رَكْعَةً أَضَافَ إِلَيْهَا أُخْرَى » . ولأنّهم أدركوا ركعةً فصحّت لهم جمعةٌ كالمسبوقين بركعة ، ولأن العدد شرط يختصّ الجمعة ، فلم يفت بفواته فى ركعة ، كما لو دخل وقت العصر وقد صلّوا ركعة . وقال أبو حنيفة : إن انفضُّوا بعد ماصلّى ركعة بسَجْدَةٍ واحدة أتمّها جُمعة . لأنهم أدركوا مُعظم الركعة . فأشبه مالو أدركوها بسجدتيهـا . وقال إسحاق : إن بقى معه اثنا عشر رجلا ، أتمّها جمعة . لأنّ أصحاب النبى ﷺ انفضُّوا عنـه فلم يبق معه إلا اثنا عشر رجلا . فأتمّها جمعة . وقال الشافعىّ فى أحد أقواله : إن بقى معه اثنان أتمّها جمعة ، وهو قول الثورىّ ، لأنه أقل الجمع . وحكى عنه أبو ثور : إن بقى معه واحد أتمّها جمعة ، لأن الاثنين جماعة .

ولنـا : أنهم لم يدركوا ركعة كاملةً بشرط الجمعة ، فأشبه مالو انفضَّ الجميعُ قبل الركوع فى الأولى . وقولهم : أدرك معظم الركعة يَبْطلُ بمن لم يفتْهُ من الركعة إلا السجدتان . فإنّه أدرك معظمَها . وقول الشافعىّ : بقى معه من تنعقد به الجماعة لايصحّ ، لأن هذا لايكفى فى الابتداء ، فلا يكفى فى الدوام .

إذا ثبت هذا فـكلّ موضع قلنـا : لايُتِمّها جمعةً ، فقياس قول الخِرقىّ : أنهـا تبطلُ ، ويستأنف

ظهراً إلا أن يمكنهم فعلُ الجمعة مرّةً أخرى ، فيعيدونها . قال أبو بكر : لا أعلم خلافاً عن أحمد إن لم يَتِمَّ العَدَدُ فى الصلاة والخطبة أنّهم يعيدون الصلاة . وقياس قول أبى إسحاق بن شاقلا : أنهم يُتِمُّونها ظهراً ، وهذا قول القاضى ، وقال : قد نصَّ عليها أحمدُ فى الذى زُحِمَ عن أفعال الجمعة ، حتى سلَّم الإمام يتِمُّها ظهراً ، ووجه القولين قد تقدّم .

« مسألة » قال ﴿ وإذا كان البلدُ كبيراً يحتاج إلى جوامع ، فصلاة الجمعة فى جميعها جائزة ﴾ .

وجملته : أن البلد متى كان كبيراً يشقّ على أهله الاجتماع فى مسجد واحد . ويتعذّر ذلك لتباعد أقطاره ، أو ضيق مسجده عن أهله ، كبغداد ، وأصبهان ، ونحوهما من الأمصار الكبار ، جازت إقامة الجمعة فيما يحتاج إليه من جوامعها ، وهذا قول عطاء ، وأجازه أبو يوسف فى بغداد دون غيرها . لأن الحدود تُقام فيها فى موضعين ، والجمعة حيث تقام الحدود ، ومقتضى قوله : أنه لو وجد بلد آخرُ تقام فيه الحدود فى موضعين ، جازت إقامة الجمعة فى موضعين منه . لأن الجمعة حيث تقام الحدود ، وهذا قول ابن المبارك . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ : لاتجوز الجُمعة فى بلد واحد فى أكثر من موضع واحد . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يكن يُجَمّع إلا فى مسجد واحد ، وكذلك الخلفاء بعده ، ولو جاز لم يُعطِّلُوا المساجد ، حتّى قال ابن عمر : لا تقامُ الْجُمعة إلا فى المسجد الأكبر ، الذى يُصلِّى فيه الإمام .

ولنا : أنها صلاةٌ شُرع لها الاجتماع ، والخطبة ، فجازت فيما يحتاج إليه من المواضع كصلاة العيد . وقد ثبت أن عليًّا رضى الله عنه كان يخرُج يوم العيد إلى المُصَلِّى ويستخلف على ضَعَفَةِ الناس أبا مَسْعُودٍ البَدْرِىّ ، فيُصَلِّى بهم . فأمّا ترك النبىّ ﷺ إقامة جمعتين ، فلغناهم عن إحداهما ، ولأنَّ أصحابه كانوا يرون سماع خطبته : وشهودَ جُمُعته ، وإن بعدت منازلهم . لأنّه المُبَلِّغ عن الله تعالى ، وشارع الأحكام . ولمّا دعت الحاجة إلى ذلك فى الأمصار صُلِّيتْ فى أماكن ، ولم يُنكر ، فصار إجماعاً وقول ابن عمر يعنى أنّها لاتُقام فى المساجد الصغار ، ويُترك الكبير ، وأما اعتبار ذلك بإقامة الحدود فلا وجه له . قال أبو داود : سمعتُ أحمد يقول : أىُّ حَدٍّ كان يُقام بالمدينة ؟ قدِمَها مُصْعَبُ بنُ عُمَيْر وهم مُخْتَبِئُونَ فى دارٍ فجمَّع بهم ، وهم أربعون .

فصل

فأمّا مع عدم الحاجة فلا يجوز فى أكثر من واحد ، وإن حصل الغِنَى باثنين لم تجز الثالثة ، وكذلك مازاد ، لانعلم فى هذا مخالفاً إلاّ أن عطاء قيل له : إنَّ أَهْلَ الْبَصْرَةِ لاَيَسَعُهُمُ الْمَسْجِدُ الأَكْبَرُ . قال : لِكُلِّ قَوْمٍ مَسْجِدٌ يُجَمِّعُونَ فيه ، ويجزى ذلك من التجميع فى المسجد الأكبر ، وماعليه الجمهور أولى ، إذ لم يُنقل عن النبى صلى الله عليه وسلم وخُلفائه أنهم جمعوا أكثر من جُمُعة إذ لم تدع الحاجة إلى ذلك ، ولا يجوز إثبات الأحكام بالتحكم بغير دليل ، فإن صَلَّوا جمعتين فى مصر واحد من غير حاجة ، وإحداهما

جمعة الإمام فهي صحيحة ، تقدّمت أو تأخّرت ، والأخرى باطلة ، لأنّ في الحكم ببطلان جمعة الإمام افتياتاً عليه ، وتفويتاً له الجمعة ، ولمن يُصلّي معه ، ويُفضي إلى أنه متى شاء أربعون أن يقصدوا صلاةَ أهل البلد أمكنهم ذلك ، بأن يجتمعوا في موضع ، ويسبقوا أهل البلد بصلاةِ الجُمعة ، وقيل : السابقةُ هي الصحيحة لأنَّها لم يتقدَّمها مايُفسدها ، ولا تفسُد بعد صحّتها بما بعدها . والأولى أصحّ ، لما ذكرنا ، وإن كانت إحداها في المسجد الجامع ، والأخرى في مكان صغير لا يسع المصلين ، أو لا يمكنهم الصلاة فيه ، لاختصاص السلطان وجُنده به ، أو غير ذلك . أو كان أحدهما في قَصَبةِ[1] البلد ، والآخرُ في أقصى المدينة ، كان مَنْ وُجدت فيه هذه المعاني صلاتهم صحيحة دون الأخرى ، وهذا قول مالك ، فإنه قال : لا أرى الجمعة إلا لأهل القَصَبة ، وذلك لأن لهذه المعاني مَزِيَّةً تقتضي التقديم ، فقدم بها كجمعة الإمام . ويحتمل أن تصحّ السابقة منهما دون الأخرى . لأن إذن الإمام آكدُ ، ولذلك اشتُرط في إحدى الروايتين ، وإن لم يكن لإحداها مزيَّة ، لكونهما جميعاً مأذوناً فيهما ، أو غير مأذون في واحدة منهما ، وتساوى المكانان في إمكان إقامة الجمعة في كلّ واحد منهما . فالسابقة هي الصحيحة . لأنَّها وقعت بشروطها ، ولم يزاحمها مايُبطلها ، ولا سبقها مايُغني عنها ، والثانية باطلة ، لكونها واقعةً في مصرٍ أقيمت فيه جمعة صحيحة تُغني عمَّا سواها . ويُعتبر السبقُ بالإحرام . لأنه متى أحرم بإحداهما حرم الإحرام بغيرها ، للغنى عنها ، فإن وقع الإحرام بهما معاً ، فهما باطلتان معاً ، لأنَّه لا يمكن صحّتهما معاً ، وليست إحداهما بالفساد أولى من الأخرى فبطلتا كالمتزوّج أختين . أو إذا زوّج الوَليَّان رجلين وإن لم تعلم الأولى منهما . أو لم يعلم كيفية وقوعهما بطلتا أيضاً ، لأنَّ إحداهما باطلة ، ولم تُعلم بعينها ، وليست إحداهما بالإبطال أولى من الأخرى ، فبطلتا كالمسألتين ، ثم إن علمنا فسادَ الجمعتين لوقوعهما معاً ، وجب إعادة الجمعة إن أمكنَ ذلك ، لبقاء الوقت . لأنَّه مصرٌ ماأقيمت فيه جمعة صحيحة ، والوقت مُتّسع لإقامتها فلزمتهم . كما لو لم يُصَلُّوا شيئاً ، وإن تيقنَّا صحّة إحداهما لا بعينها ، فليس لهم أن يصلُّوا إلاَّ ظهراً . لأنه مِصرٌ تيقنَّا سقوط فرض الجمعة فيه بالأُولَى منهما . فلم يجز إقامة الجمعة فيه ، كما لو علمناها . وقال القاضي : يحتمل أن لهم إقامةَ جمعةٍ أخرى . لأنَّنَا حكمنا بفسادهما معاً ، فكأن المصر ماصُلِّيَتْ فيه جمعة صحيحة ، والصحيح الأوَّل . لأن الصحيحة لم تفسُد ، وإنما لم يمكن إثبات حكم الصحة لها بعينها لجهلها ، فيصير هذا كلُّه كما لو زوَّج الوليَّان أحدُهما قبل الآخر ، وجُهل السابقُ منهما ، فإنَّه لا يثبت حكم الصحّة بالنسبة إلى واحد بعينه ، وثبت حكم النكاح في حقّ المرأة بحيث لا يَحِلّ لها أن تَنْكِحَ زَوْجاً آخر ، فأمَّا إن جَهلنا كيفية وقوعهما ، فالأَوْلى أن لا يجوز إقامة الجُمعة أيضاً ، لأنَّ الظاهر صحة إحداهما ، لأنَّ وقوعهما معاً بحيثُ لا يسبق إحرامُ إحداهما الأخرى بعيدٌ جداً ، وما كان في غاية النُّدرة فحكمه حكم المعدوم ، ولأنَّنا شككنا في شرط إقامة الجُمعة ، فلم يجز إقامتها ، مع

---

(١) قصبة البلد : وسطها ومكان اجتماع أهل البلد .

الشك فى شرطها ، ويحتمل : أن لهم إقامتها . لأننا لم نتيقن المانع من صحتها ، والأول أولى .

فصـــــل

وإن أحرم بالجمعة فبيّن فى أثناء الصلاة أن الجمعة قد أُقيمت فى المصر بطلت الْجُمُعة ، ولزمهم استئناف الظهر ، لأننا تبيّنّا أنه أحرم بهـا فى وقت لايجوز الإحرام بالْجُمُعة فلا تصحّ ، فأشبه مالو تبيَّن أنه أحرم بها بعد دخول وقت العصر . وقال القاضى : يُستحبُّ أن يستأنف ظهراً ، وهذا من قوله يدلّ على أن له إتمامها ظهراً ، قياساً على المسبوق الذى أدرك دون الركعة ، وكما لوأحرم بالجمعة فانفضّ العدد قبل إتمامها ، والفرق ظاهر ، فإن هذا أحرم بها فى وقت لاتصحّ الجمعة فيه ، ولا يجوز الإحرام بها . والأصل الذى قاس عليه بخلاف هذا .

فصـــــل

وإذا كانت قرية إلى جانب مِصرٍ يسمعون النداء منه ، فأقاموا جمعةً فيها لم تبطل جمعة أهل المصر ، لأنهم فىغير المصر ، ولأنَّ لجمعة المصر مزيَّةً بكونها فيه . ولو كان مِصْرَانِ مُتقاربان يسمع أهلُ كلّ مصر نداء المصر الآخر ، كأهل مصر والقاهرة[1] لم تبطل جمعةُ أحدهما بجمعة الآخر وكذلك القريتان المتقاربتان لأن لـكل قوم منهم حكم أنفسهم بدليل أن جمعة أحد الفريقين لايتمّ عددها بالفريق الآخر ، ولا تلزمهم الْجُمُعة بـكمال العِدَّة بالفريق الآخر . وإنمـا يلزمهم السعى ، إذا لم يـكن لهم جمعـة ، فهم كأهل المحلّة القريبة من المصر .

« مسألة » قال ﴿ ولا جمعة على مسافر ، ولا عبد ، ولا امرأة ﴾ .

وعن أبى عبد الله رحمه الله فى العبد روايتان : إحداهما : أن الْجمعة عليـه واجبة ، والرواية الأخرى ليست عليه بواجبة . أما المرأة فلا خلاف فى أنها لاجمعة عليها . قال ابن المنذر : أجمـع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم : أن لاجمعة على النساء ، ولأنَّ المرأة ليست مـن أهل الحضور فى مجامع الرجال ، ولذلك لاتجب عليها جماعة . وأما المسافر فأكثر أهل العلم يرون أنه لاجمعة عليه كذلك ، قاله مالك فى أهل المدينة والثورىّ فى أهل العراق ، والشافعىّ ، وإسحاق وأبو ثور . ورُوى ذلك عن عطاء ، وعمر بن عبد العزيز والحسن ، والشعبىّ . وحُـكى عن الزهرىّ والنخعىّ أنها تجب عليه ، لأنَّ الجماعة تجب عليه فالجمعة أولى .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يسافر فلا يُصلِّى الْجُمُعة فى سفره ، وكان فى حَجَّة الوداع بعرفة يوم جمعةٍ ، فصلَّى الظهر والعصر ، جمع بينهما ، ولم يُصلّ جمعة . والخلفاء الراشدون رضى الله عنهم كانوا

---

(١) كانت القاهرة مدينة حديثة منفصلة عن مصر الأصلية وهى مصر القديمة ، وحكم الشـارع مبنى على هذا الذى كان ، أما الآن فالقاهرة ومصر القديمة كلها مدينة واحدة ، أى مصر واحد .

يسافرون فى الحجّ وغيره ، فلم يصلّ أحـد منهم الْجُمُعة فى سفره ، وكذلك غيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومَنْ بعـدهم . وقد قال إبراهيم : كانوا يُقيمون بالرَّىّ السنَّة وأكثر من ذلك ، وبِسجِسْتان السنين لايُجَمِّعون ، ولا يُشَرِّقون[1] . وعن الحسن ، عن عبد الرحمن بن سَمُرة قال : أقمتُ معه سنين بكابُل يَقْصُر الصلاة ، ولا يُجَمّع . رواهما سعيد . وأقام أنس بنيسابور سنةً ، أو سنتين ، فـكان لايُجَمّع ، ذكره ابن المنذر ، وهذا إجماع مع السنة الثابتة فيه فلا يسوغ مخالفته .

فصـــــل

فأما العبد ففيه روايتان :

(إحداهما) لاتجب عليه الجمعة ، وهو قول من سمينا فى حق المسافر .

(والثانية) تجب عليه ، ولايذهب من غير إذن سيّده ، نقلها المروزىّ ، واختارها أبو بكر ، وبذلك قالت طائفة ، إلاَّ أنَّ له تركها إذا منعه السيد ، واحتجُّوا بقوله تعالى : (٦٢ : ٩ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلاَةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ) ولأنَّ الجماعة تجب عليـه ، والجمعة آكد منها ، فتـكون أولى بالوجوب . وحُـكى عن الحسن ، وقتادة أنهـا تجب على العبد الذى يؤدِّى الضريبة ، لأن حقه عليه قد تحوّل إلى المـال ، فأشبه مَنْ عليه الدين .

ولنـا : ماروى طارق بن شهاب ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الْجُمُعَةُ حَقٌّ وَاجِبٌ عَلَى كلِّ مُسْلِمٍ إِلاَّ أَرْبَعَةً : عَبْدٌ مَمْلُوكٌ ، أَوْ امْرَأَةٌ أَوْ صَبِيٌّ ، أَوْ مَرِيضٌ » رواه أبو داود . وقال طارق : رأى النبىَّ ﷺ ولم يسمع منه ، وهو من أصحابه . وعن جابر « أَنَّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ باللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فعَلَيْهِ الْجُمُعة يَوْمَ الْجُمُعةِ إِلاَّ مَرِيضاً ، أَوْ مُسَافِراً ، أَوْ امْرَأَةً ، أَوْ صَبِيًّا ، أَوْ مَمْلُوكاً » رواه الدارقطنىّ . وعن تميم الدارىّ قال : «سَمِعْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الْجُمُعَةُ وَاجِبَةٌ إِلاَّ عَلَى خَمْسَةٍ : امْرَأَةٍ ، أَوْ صَبِيٍّ أَوْ مَرِيضٍ ، أَوْ مُسَافِرٍ ، أَوْ عَبْدٍ » رواه رجاء بن مرجاء الغفارىّ ، فى سننه ، ولأن الجمعة يجب السعى إليها من مكان بعيد ، فلم تجب عليه ، كالحجّ والجهاد ، ولأنه مملوك المنفعة ، محبوس على السيِّد ، أشبه المحبوس بالدَّيْنِ ،ولأنها لو وجبت عليه لجاز له المضىّ إليها من غير إذن سيّده ، ولم يـكن لسيده مَنعُهُ منها ، كسائر الفرائض . والآيةُ مخصوصة بذوى الأعذار ، وهذا منهم .

---

(١) لايشرقون : لايصلون العيد ، ولايحتفـلون بأيام التشريق بعد عيد الأضحى ، كما يحتفـل المقيمون فى بلدهم .

فصـــــل

والمـكاتَبُ والُمدبَّر[1] حكمهما فى ذلك حكم القنِّ لبقاء الرقِّ فيهما ، وكذلك مَن بعضُه حرّ ، فإنّ حق سيِّده متعلّق به ، وكذلك لايجب عليه شىء مما يسقُط عن العبد .

فصـــــل

إذا أجمع المسافر إقامة تمنع القصر ، ولم يُرد استيطان البلد ، كطلب العلم ، أو الرباط ، أو التاجر الذى يقيم لبيع متاعه ، أو مُشترى شىء لايُنَجَّزُ إلاّ فى مُدَّة طويلة ، ففيه وجهان :

(أحدهما) تلزمه الجمعـة ، لعموم الآية ، ودلالة الأخبار التى رويناها ، فإنّ النبىَّ صلى الله عليـه وسلم أوجبها إلاّ على الخمسة الذين استثناهم ، وليس هذا منهم .

(والثانى) لاتجب عليه ، لأنه ليس بمستوطن ، والاستيطان من شرط الوجوب ، ولأنه لم ينو الإقامة فى هذا البلد على الدوام ، فأشبه أهل القرية الذين يسكنونها صيفاً ، ويظعنون عنها شتاء ، ولأنهم كانوا يقيمون السنَة والسَّنَتَيْن لايُجمِّعون ، ولا يُشَرِّقون ، أى لايُصَلُّونَ جُمُعَةً ولا عيـداً . فإن قلنا : تجب الجمعة عليه فالظاهر أنها لاتنعقد به لعدم الاستيطان الذى هو من شروط الانعقاد .

فصـــــل

ولا تجب الجمعة على مَن فى طريقه إليها مطر يَبُلّ الثياب ، أو وَحَلٌ يَشُقُّ المشىُ إليها فيه . وحُـكى عن مالك أنه كان لايجعل المطرُ عذراً فى التخلُّف عنها .

ولنـا : مارُوى عن ابن عباس « أَنَّهُ أَمَرَ مُؤَذِّنَهُ فى يَوْمِ جُمُعَةٍ فى يَوْمٍ مَطِيرٍ إذا قُلْتَ : أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّداً رَسُـولُ اللهِ فَلاَ تَقُلْ : حَىَّ عَلَى الصَّـلاَةِ ، قُلْ : صَـلُّوا فِى بُيُوتِـكُمْ . قال : فـكأَنَّ النَّاسَ اسْتَنـكَرُوا ذلك . فقـال : أَتَعْجَبُونَ مِنْ ذَا ؟ فَعَلَ ذَا مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنِّى ، إنَّ الْجُمُعَةَ عَزْمَةٌ ، وَإِنِّى كَرِهْتُ أَنْ أُخْرِجَـكُمْ إِلَيْهَا ، فَتَمْشُوا فِى الطِّينِ ، وَالدَّحْضِ »[2] أخرجه مسلم ، ولأنه عذر فى الجماعة ، فـكان عذراً فى الجمعة كالمرض ، وتسقط الجمعة بكلّ عذر يُسقط الجماعة ، وقد ذكرنا الأعذار فى آخر صفة الصلاة ، وإنّما ذكرنا المطر هاهنا لوقوع الخلاف فيه .

---

(١) المـكاتب : العبد الذى اتفق معه سيده وكتب معه عقداً أن يعتقه عند سداد مبلغ من المـال أو القيام بعمل أو نحو ذلك . والمدبر : هو العبد الذى قال له سيده أنت حر بعد موتى . والقن : هو العبـد الخالص الذى لم يتصف بمكاتبة ولا تدبير ولا غير ذلك .

(٢) الدحض : الزلق ، والطين .

فصـــــل

تجب الجمعة على الأعمى ، وقال أبو حنيفة : لا تجب عليه . ولنا عموم الآية والأخبار وقوله : « الْجُمُعَةُ وَاجِبَةٌ إلاَّ عَلَى أَرْبَعَةٍ » وما ذكرنا فى وجوب الجماعة عليه .

«مسألة» قال ﴿ وإن حضروها أجزأتهم ، يعنى تجزيهم الجمعة عن الظهر ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أنْ لا جُمُعَة على النساء ، وأجمعوا على أنهنَّ إذا حضرْنَ فَصَلَّيْنَ الجمعة أنَّ ذلك يُجزى عنهنَّ ، لأن إسقاط الجمعة للتخفيف عنهنَّ ، فإذا تحمّلوا المشقة وصلّوْا أجزأهم[1] كالمريض .

فصـــــل

والأفضل للمسافر حضور الجمعة لأنها أكمل . فأما العبد فإن أذِنَ له سيِّده فى حضورها فهو أفضل ، لينال فضل الجمعة وثوابها ، ويخرج من الخلاف . وإن منعه سيِّده لم يكن له حضورها إلاّ أن نقول بوجوبها عليه ، وأما المرأة فإن كانت مُسِنَّةً فلا بأس بحضورها ، وإن كانت شابّةً جاز حضورها ، وصلاتهما فى بيوتهما خيرٌ لهما كما روى فى الخبر « وَبُيُوتُهُنَّ خَيْرٌ لَهُنَّ » وقال أبو عمرو الشيبانىّ : رأيتُ ابن مسعود يُخرج النساء من الجامع يوم الجمعة ، يقول : أُخْرُجْنَ إلَى بُيُوتِكُنَّ خَيْرٌ لَكُنَّ .

فصـــــل

ولا تنعقد الجمعة بأحد من هؤلاء ، ولا يصحّ أن يكون إماماً فيها . وقال أبو حنيفة والشافعىّ : يجوز أن يكون العبد ، والمسافر إماماً فيها ، ووافقهم مالك فى المسافر . وحُكى عن أبى حنيفة : أن الجمعة تصحّ بالعبيد ، والمسافرين ، لأنّهم رجال تصحّ منهم الجمعة .

ولنا : أنهم من غير أهل فرض الجمعة ، فلم تنعقد الجمعة بهم ، ولم يُجز أن يَؤُمّوا فيها ، كالنساء والصبيان ، ولأن الجمعة إنما تنعقد بهم تبعاً لمن انعقدت به ، فلو انعقدت بهم ، أو كانوا أئمّة فيها صار التَّبَعُ مَتبوعاً ، وعليه يخرج الحُرّ المُقيم[2] ولأن الجمعة لو انعقدت بهم لانعقدت بهم منفردين كالأحرار المقيمين ، وقياسهم متنقض بالنساء والصبيان .

فصـــــل

فأما المريض ومن حبسه العذر من المطر والخوف ، فإذا تكلف حضورها وجبت عليه وانعقدت به ،

---

(١) هكذا فى أصول الكتاب ، ولاشك أن ضمير جمع النسوة هو النون المشددة ، فكان ينبغى أن يقال ، فإذا تحملن ، وصلين أجزأهن ، ولكن هذا تصحيف .

(٢) هذه الجملة ساقطة من النسخة الازهرية

ويصحّ أن يكون إماماً فيها ، لأن سقوطها عنهم إنما كان لمشقة السعى ، فإذا تكلّفوا ، وحصَلُوا في الجامع ، زالت المشقة فوجبت عليهم ، كغير أهل الأعذار .

« مسألة » قال ﴿ ومن صلَّى الظهر يوم الجمعة ممّن عليه حضور الجمعة قبل صلاة الإمام أعادها بعد صلاته ظهراً ﴾ .

يعنى من وجبت عليه الجمعة إذا صلَّى الظهر قبل أن يصلِّى الإمامُ الجمعة لم يصحّ ، ويلزمه السعى إلى الجمعة ، إن ظنّ أنه يُدركها ، لأنها المفروضة عليه ، فإن أدركها معه صلاَّها ، وإن فاتته فعليه صلاةُ الظهر ، وإن ظنَّ أنه لايُدركها انتظر حتى يتيقَّن أن الإمام قد صلَّى ، ثم يُصلى الظهر . وهذا قول مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ فى الجديد . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى القديم : تصحّ ظُهرُه قبل صلاة الإمام ، لأن الظهر فرض الوقت ، بدليل سائر الأيام ، وإنما الجمعة بدلٌ عنها ، وقائمة مقامها . ولهذا إذا تعذّرت الجمعة صلَّى ظهراً ، فمن صلَّى الظهر فقد أتى بالأصل ، فأجزأه كسائر الأيام ، وقال أبو حنيفة : ويلزم السعى إلى الجمعة ، فإن سعى ، بطلت ظهرهُ ، وإن لم يسع أجزأته .

ولنا : أنه صلَّى مالم يخاطب به ، وترك ماخُوطب به ، فلم تصحّ ، كما لو صلَّى العصر مكان الظهر . ولا نزاع فى أنه مخاطَب بالجُمُعة فسقطت عنه الظهر ، كما لو كان بعيداً ، وقد دلّ عليه النصّ والإجماع ، ولا خلاف فى أنه يأثَمُ بتركها ، وترك السعى إليها ، ويلزم من ذلك أن لايخاطَب بالظهر ، لأنه لايخاطَب فى الوقت بصلاتين ، ولأنَّه يأثَمُ بترك الجمعة وإن صلى الظهر ، ولا يأثَمُ بفعل الجمعة وترك الظهر بالإجماع والواجب مايأثَمُ بتركه دون مالم يأثَمْ به . وقولهم : إن الظهر فرض الوقت لايصحّ ، لأنها لو كانت الأصلَ لوجب عليه فعلُها ، وأثِمَ بتركها ، ولم تجزه صلاةُ الجمعة مع إمكانها ، فإنَّ البدل لايُصار إليه إلا عند تعذّر المُبدل ، بدليل سائر الأَبْدَال مع مُبدلاتها ، ولأنَّ الظهر لو صحَّت لم تبطُل بالسعى إلى غيرها ، كسائر الصلوات الصحيحة ، ولأنَّ الصلاة إذا صحَّت بَرِئَت الذمَّة منها ، وأَسْقَطت الفرض عمَّن صلاَّها ، فلا يجوز اشتغاله بها بعد ذلك ، ولأنَّ الصلاة إذا فرغ منها لم تبطُل بشىء من مُبطلاتها ، فكيف تبطُل بما ليس من مُبطلاتها ، ولا ورد الشرع به . فأمَّا إذا فاتته الجمعة ، فإنَّه يصيرُ إلى الظهر ، لأنَّ الجمعة لا يمكن قضاؤها ، لأنَّها لاتصحّ إلا بشروطها ، ولا يوجد ذلك فى قضائها ، فتعيَّن المصيرُ إلى الظهر عند عدمها ، وهذا حال البدل .

فصل

فإن صلَّى الظهر ، ثم شكّ : هل صلَّى قبل صلاة الإمام أو بعدها ؟ لزمه إعادتها ، لأن الأصل بقاء الصلاة فى ذمّته ، فلا يبرأ منها إلا بيقين ، ولأنَّه صلاَّها مع الشك فى شرطها ، فلم تصحّ ، كما لو صلاَّها

مع الشك فى طهارتها . وإن صلاَّها مع صلاة الإمام لم تصحّ ، لأنه صلاَّها قبل فراغ الإمام منها ، أشبه مالو صلاَّها قبله فى وقت يعلم أنه لايُدركها .

فصل

فأمَّا من لاتجب عليه الجمعة ، كالمسافر ، والعبد ، والمرأة ، والمريض ، وسائر المعذورين ، فله أن يُصلِّى الظهر قبل صلاة الإمام ، فى قول أكثر أهل العلم . وقال أبو بكر عبد العزيز : لاتصحّ صلاته قبل الإمام لأنَّه لايتيقَّن بقاء العذر ، فلم تصحّ صلاتُه كغير المعذور .

ولنا : أنه لم يخاطَب بالجمعة ، فصحّت منه الظهر ، كالو كان بعيداً مِنْ موضع الجمعة ، وقوله : لايتيقَّن بقاء العذر . قلنا : أما المرأة فمعلوم بقاء عذرها . وأما غيرُها فالظاهر بقاء عذره ، والأصلُ استمراره ، فأشبه المتيمّم إذا صلَّى فى أوَّل الوقت ، والمريضَ إذا صلَّى جالساً .

إذا ثبت هذا فإنَّه إن صلاَّها ، ثم سعى إلى الجمعة لم تبطُل ظهره ، وكانت الجمعة نَفْلاً فى حقّه ، سواء زال عُذره أو لم يزل . وقال أبو حنيفة : تبطُل ظهره بالسعى إليها كالتى قبلها

ولنا : مارَوى أبو العالية قال : سَأَلْتُ عَبْدَ اللهِ بنَ الصَّامِتِ ، فقلت : نُصَلِّى يَوْمَ الْجُمُعَةِ خَلْفَ أُمَرَاء ، فَيُؤَخِّرُونَ الصَّلاَةَ ؟ فقال : سَأَلْتُ أَبَا ذَرٍّ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : سَأَلْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم عَنْ ذَلِكَ فقال : « صَلُّوا الصَّلاَةَ لِوَقْتِهَا ، وَاجْعَلُوا صَلاَتَكُمْ مَعَهُمْ نَافِلَةً » ، وفى لفظ : « فَإِذَا أَدْرَكْتَهَا مَعَهُمْ فَصَلِّ ، فَإِنَّهَا لَكَ نَافِلَةٌ » ولأنها صلاة صحيحة أسقطت فرضه ، وأبرأت ذمته فأشبهت مالو صلَّى الظهر منفرداً ، ثم سعى إلى الجماعة ، والأفضلُ أن لايُصَلُّوا إلا بعد صلاة الإمام ، ليخرجوا من الخلاف ، ولأنَّه يحتمل زوال أعذارهم ، فيدركون الجمعة .

فصل

ولا يُكره لمن فاتته الجمعة ، أو لم يكن من أهل فرضها أن يُصَلِّى الظهر فى جماعةٍ إذا أَمِن أن يُنْسَب إلى مُخَالفة الإمام ، والرغبة عن الصلاة معه ، أو أنه يرى الإعادة إذا صلَّى معه ، فعل ذلك ابن مسعود ، وأبو ذرٍّ ، والحسن بن عُبَيد الله ، وإياس بن معاوية ، وهو قول الأعمش ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وكرهه الحسن ، وأبو قِلاَبة ، ومالك ، وأبو حنيفة ، لأنَّ زمن النبىِّ ﷺ لم يَخْلُ من معذورين ، فلم يُنقل أنهم صَلَّوْا جماعةً .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « صَلاَةُ الْجَمَاعَةِ تَفْضُلُ صَلاَةَ الْفَذِّ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً » ورُوى عن ابن مسعود أنه فاتته لجمعة فصلَّى بعلقمة ، والأسود . واحتجَّ به أحمدُ ، وفعَله مَنْ ذكرنا من قبل . ومُطَرّف ، وإبراهيم ، قال أبو عبد الله : ماأعجب الناس ينكرون هذا ! ، فأمَّا زمن النبىّ ﷺ فلم يُنقل إلينا أنه اجتمع جماعةٌ معذورون يحتاجون إلى إقامة الجماعة .

إذا ثبت هذا فإنَّه لايُستحبُّ إعادتها جماعةً فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ، ولافى مسجدٍ تكره إعادة الجماعة فيه ، وتُكره أيضاً فى المسجد الذى أقيمت فيه الجمعة ، لأنه يُفضى إلى النسبة إلى الرغبة عن الجمعة ، أو أنه لايرى الصلاة خلف الإمام ، أو يعيد الصلاة معه فيه ، وفيه افتياتٌ على الإمام ، وربما أفضى إلى فتنةٍ ، أو لخوف ضررٍ به وبغيره ، وإنّما يُصلّيها فى منزله ، أو موضعٍ لاتحصُل هذه المَفْسَدةُ بصلاتها فيه .

« مسألة » قال : ﴿ ويُستحبُّ لمن أتى الجمعة أن يغتسل ويلبس ثوبين نظيفين ويتطيّب ﴾ .

لاخلاف فى استحباب ذلك ، وفيه آثار كثيرة صحيحة ، منها مارَوى سَلْمانُ الفارسيّ قال : قال رسول الله ﷺ : « لاَيَغْتَسِلُ رَجُلٌ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَيَتَطَهَّرُ مَا اسْتَطَاعَ مِنْ طُهْرٍ وَيَدَّهِنُ مِنْ دُهْنِهِ ، أَوْ يَمَسُّ مِنْ طِيبِ بَيْتِهِ ثُمَّ يَخْرُجُ فَلاَ يُفرِّقُ بَيْنَ اثْنَيْنِ[1] ثُمَّ يُصَلِّي مَا كُتِبَ لَهُ ، ثُمَّ يُنْصِتُ إِذَا تَكَلَّمَ الإِمَامُ إِلَّا غُفِرَ لَهُ مَابَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجُمُعَةِ الْأُخْرَى » رواه البخاريّ ، وليس ذلك بواجب فى قول أكثر أهل العلم . قال الترمذيّ : العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ومَنْ بعدهم ، وهو قول الأوزاعيّ ، والثوريّ ، ومالك والشافعيّ ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وقيل : إنَّ هذا إجماع ، قال ابن عبد البرّ : أجمع علماء المسلمين قديماً وحديثاً على أن غُسل الجمعة ليس بفرض واجب . وحُكى عن أحمد رواية أخرى : أنه واجب . ورُوى ذلك عن أبى هريرة ، وعمرو بن سُلَيم . وقاول عمَّار بنُ ياسر رجلاً فقال عمّار : إنَّهُ إذاً شَرٌّ مِمَّنْ لاَيَغْتَسِلُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، ووجهه قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « غُسْلُ الجمعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ » وقوله عليه السلام « مَنْ أَتَى مِنْكُمُ الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ » وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « حَقٌّ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ أَنْ يَغْتَسِلَ فِي كُلِّ سَبْعَةِ أَيَّامٍ يَوْماً يَغْسِلُ رَأْسَهُ وَجَسَدَهُ » متفق عليهنّ .

ولنا : ماروى سَمُرةُ بن جُندُب قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ تَوَضَّأَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَبِهَا وَنِعِمَتْ ، وَمَن اغْتَسَلَ فَالْغُسْلُ أَفْضَلُ » ، رواه النسائى ، والترمذيّ ، وقال : حديث حسن . وعن أبى هريرة عن النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم : « مَنْ تَوَضَّأَ فَأَحْسَنَ الْوُضُوءَ ، ثُمَّ أَتَى الْجُمُعَةَ ، فَاسْتَمَعَ ، وَأَنْصَتَ غفِرَ لَهُ مَابَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجُمُعَةِ ، وَزِيَادَةُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ، وَمَنْ مَسَّ الْحَصَى ، فَقَدْ لَغَا » متفق عليه . وأيضاً فإنّه إجماع ، حيث قال عمر لعثمان : أَيَّةُ سَاعَةٍ هَذِهِ ؟ فقال : إِنِّي شُغِلْتُ اليومَ فَلَمْ أَنْقَلِبْ إِلَى أَهْلِي ، حَتَّى سَمِعْتُ النِّدَاءَ فَلَمْ أَزِدْ عَلَى الْوُضُوءِ . فقال له عمر : والْوُضُوءُ أيضاً ـ وقد علمت أن رسول الله ﷺ

---

(١) أى لايفرق بين اثنين جالسين فى المسجد بأن يفرقهما بمشى من بينهما ، وهذا هو تخطى الرقاب المنهى عنه .

كان يأمرُ بالغُسْل ؟ ـ ولو كان واجباً لردّه ، ولم يَخْفَ على عثمان ، وعلى من حضر من الصحابة وحديثهم محمول على تأكيد الندب ، ولذلك ذُكر فى سياقه : « وَسِوَاكٌ [1] وَأَن يَمَسّ طِيباً » كذلك رواه مسلم ، والسّواك ، ومسّ الطيب لايجب ، ولما ذكرنا من الأخبار . وقالت عائشة : « كَانَ النَّاسُ مَهنَةَ [2] أَنْفُسِهِمْ ، وَكَانُوا يَرُوحُونَ إِلَى الْجُمُعَةِ بِهَيْئَتِهِمْ ، فَتَظْهَرُ لَهُمْ رَائِحَـةٌ ، فَقِيلَ لَهُمْ : «لَوِ اغتَسَلْتُمْ» ، رواه مسلم بنحو هذا المعنى [3] .

فصــــل

وقت الغسل بعد طلوع الفجر ، فمن اغتسل بعد ذلك أجزأه ، وإن اغتسل قبله لم يجزئه ، وهذا قول مجاهد ، والحسن ، والنخعىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . وحُكى عن الأوزاعىّ أنه يُجزيه الغسلُ قبل الفجر . وعن مالك : أنه لا يُجزيه الغسلُ إلا أن يتعقّبه [4] الرواح .

ولنا : قول النبى ﷺ « مَنِ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ » واليومُ من طلوع الفجر ، وإن اغتسل ، ثم أحدث أجزأه الغُسل وكفاه الوضوء ، وهذا قول مجاهد ، والحسن ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ . واستَحبّ طاوس ، والزهرىّ ، وقتادة ، ويحيى بن أبى كَثِير إعادةَ الغُسل .

ولنا : أنه اغتسل يوم الجمعة ، فدخل فى عموم الخبر ، وأشبهَ من لم يُحدث ، والحدث إنّما يؤثّر فى الطهارة الصغرى ، ولا يؤثّر فى المقصود من الغُسل ، وهو التنظيف وإزالة الرائحة ، ولأنه غُسل فلا يؤثّر الحدَثُ فى إبطاله ، كغُسل الجنابة .

فصــــل

ويفتقر الغُسل إلى النية ، لأنه عبادة مَحْضَةٌ ، فافتقر إلى النية ، كتجديد الوضوء ، فإن اغتسل للجمعة والجنابة غُسلا واحداً ونواهما أجزأه ، ولا نعلم فيه خلافاً .

ورُوى ذلك عن ابن عمر ، ومجاهد ، ومكحول ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبى ثور . وقد ذكرنا أن معنى قول النبى ﷺ «مَنْ غَسَّلَ واغْتَسَلَ» أى جامع ، واغتسل ، ولأنهما

---

(١) سيأتى نص هذا الحديث فى (فصل التطيب مندوب) .

(٢) مهنة : بكسر الميم وسكون الهاء وبفتح الميم والهاء ، وبفتح الميم وكسر الهاء : الخدمة .

(٣) نص كلام عائشة رضى الله عنها : «كان النـاس أهل عمل ، ولم يكن لهم كفاة ، فكانوا يكون لهم تفل ، فقيل لهم : لو اغتسلتم يوم الجمعة ؟ والكفاة : جمع كاف ، وهو من يقوم بأمر غيره ويكفيه ، وهذا معنى قولها فى الشرح « مهنة أنفسهم » أى خدم أنفسهم ، والتفل تغير الرائحة ، يقال تفل يتفل من باب فرح يفرح إذا تغيرت رائحته . وهذا مفسر فى الشرح بقوله على لسان السيدة عائشة « فتظهر لهم رائحة » .

(٤) يتعقبه الرواح : يكون الرواح إلى الجمعة عقب الغسل مباشرة : أى يغتسل فيذهب إلى الجمعة .

غُسلان اجتمعا ، فأشبها غُسل الحيض والجنابة ، وإن اغتسل للجنابة ، ولم ينو غسل الجمعة ، ففيه وجهان : أحدهما لا يُجزيه .

ورُوى عن بعض بنى أبى قتادة : أنه دخل عليه يوم جمعة مُغْتَسِلاً فقال : للجمعة اغتسلتَ ؟ فقال : لا ، ولـكن للجنابة ، قال : فأعِدْ غُسل الجمعة . ووجه ذلك قول النبى ﷺ « وإنّما لِأمْرِئٍ مانَوَى » والثانى يُجزيه ، لأنه مُغتسل ، فيدخل فى عموم الحـديث ، ولأن المقصود التنظيف ، وهو حاصل بهذا الغسل ، وقد رُوى فى بعض الحديث « مَنِ اغْتَسَلَ يَوْمَ الجمعةِ غُسْلَ الجنَابَةِ »[1] .

فصــــل

ومن لا يأتى الجمعة فلا غسل عليه . قال أحمـد : ليس على النساء غسل يوم الجمعـة ، وعلى قياسهن الصبيان ، والمسافر ، والمريض . وكان ابن عمر ، وعَلْقمة لا يغتسلان فى السفر ، وكان طلحة يغتسل .

ورُوى عن مجاهد ، وطاوس ، ولعلّهم أخذوا بعموم قوله « غُسْلُ الجمعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ » وغيره من الأخبار العامة .

ولنا : قوله عليه السلام : « مَنْ أَتَى الجمعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ » ولأنّ المقصود التنظيف ، وقطع الرائحـة ، حتى لا يتأذىّ غيرُه به ، وهذا مختصّ بمن أتى الجمعة ، والأخبار العامة يراد بها هذا . ولهذا سمّاه غُسل الجمعة ، ومن لايأتيها لايكون غُسله غُسل الجمعة ، وإن أتاها أحدٌ ممن لاتجب عليه استُحِبّ له الغُسل ، لعموم الخبر ، ووجود المعنى فيه .

فصــــل

ويُستَحبُّ أن يلبس ثوبين نظيفين ، لما رَوى عبد الله بن سَلاَمٍ أنه سَمِعَ رسُولَ اللهِ ﷺ فى يَوْم الجمعة ، يقول : « ما عَلَى أَحَدِكُمْ لو اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ لِيَوْمِ جُمُعَةٍ سِوَى ثَوْبَىْ مِهْنَتِهِ »[2] رواه مسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه . وجاء فى حديث « مَنْ لَبِسَ أَحْسَنَ ثِيَابِهِ يَوْمَ الجُمُعَةِ وَاغْتَسَل » وذكر الحديث وأفضلُها البياض لقوله عليـه السلام : « خَـيْرُ ثِيَابِـكُمُ الْبيَاضُ ، أَلْبِسُوهَا أَحْيَاءَكُمْ ، وَكَفِّنُوا فِيهَا مَوْتَاكُمْ » . ويُستحبُّ أن يَعْتَمّ ويرتدىَ[3] لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ، والإمامُ فى هذا ونحوه آكدُ من غيره ، لأنه المنظور إليه من بين الناس .

---

(١) المراد : مثل غسل الجنابة ، وليس المراد نفس غسل الجنابة .

(٢) أى غير الثوبين الذين يعمل فيهما عمله ، ويخدم نفسه فيهما .

(٣) أى يلبس الرداء : وهو الثوب الذى يغطى الصدر والظهر .

فصـــــل

والتطيّب مندوب إليه ، والسواك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « غُسْلُ الْجمعةِ وَاجِبٌ عَلَى كلِّ مُحْتَلِمٍ وَسِوَاكٌ وَأَنْ يَمَسّ طِيباً » .

وَرَوى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « إنَّ هَذَا يَوْمُ عِيدٍ جَعَلَهُ اللهُ لِلْمُسْلِمِينَ ، فَمَنْ جَاءَ مِنْكُمْ إِلَى الْجُمُعةِ فَلْيَغْتَسِلْ ، وَ إِنْ كَانَ طِيبٌ فلْيَمَسَّ مِنْهُ ، وَعَلَيْكُمْ بالسِّوَاكِ » ويُستحبّ أن يدَّهن ، ويتنظّف بأخذ الشعر ، وقطع الرائحة ، لقوله عليه السلام « لايَغْتَسِلُ رَجُلٌ يوْمَ الجمعةِ ، وَيتَطَهَّرُ مااسْتَطَاعَ مِنْ طُهْرٍ وَيَدَّهِنُ مِنْ دُهْنِهِ ، أَوْ يَمَسّ مِنْ طِيبِ بَيْتِهِ ، ثم يَخْرُجُ فَلاَ يفَرِّقُ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، ثم يُصَلِّي مَا كُتِبَ لَهُ ، ثم يُنْصِتُ إِذَا تَكَلَّمَ الإمامُ إلاّ غُفِرَ لَهُ مابَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجُمعةِ الْأُخْرَى » .

فصـــــل

إذا أتى المسجد كُره له أن يتخطّى رقاب الناس ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « فَلاَ يُفَرِّقُ بَيْنَ اثْنَيْنِ » وقوله « وَلَمْ يَتَخَطّ رَقَبَةَ مُسْلِمٍ ، وَلَمْ يُؤْذِ أَحَداً » وقوله فى الذى جاء يتخطّى رقاب الناس « اجْلِسْ فَقَدْ آذَيْتَ وَأَنَيْتَ » .

ورُوى عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ تَخَطَّى رِقَابَ النَّاسِ يَوْمَ الجمعةِ اتَّخَذَ جِسْراً إِلَى جَهَنَّمَ » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال:لانعرفه إلاّ من حديث رِشْدِينَ بن سعد ، وقد ضعّفه بعضُ أهل العلم من قِبَلِ حفظه . فأما الإمامُ إذا لم يجد طريقاً فلا يُكره له التخطّى ، لأنه موضع حاجة .

فصـــــل

فإن رأى فُرْجَةً لايَصِلُ إليها إلا بالتخطّى ، ففيه روايتان :

(إحداهما) له التخطّى ، قال أحمد : يدخلُ الرجل مااستطاع ، ولايدع بين يديه موضعاً فارغاً ، فإن جهل ، فترك بين يديه خالياً ، فليتخطّ الذى يأتى بعده ، ويتجاوزْه إلى الموضع الخالى ، فإنه لاحُرمة لمن ترك بين يديه خالياً ، وقعد فى غيره . وقال الأوزاعىّ : يتخطّاهم إلى السَّعَةِ . وقال قتادة : يتخطّاهم إلى مُصَلاّه . وقال الحسن : تخطّوْا رقابَ الذين يجلسون على أبواب المساجد ، فإنّه لاحُرمة لهم . وعن أحمد روايةٌ أخرى : إن كان يتخطَّى الواحدَ والاثنين ، فلا بأس ، لأنه يسيرٌ فعُفِىَ عنه ، وإن كثر كرهناه . وكذلك قال الشافعىّ ، إلاّ أن لايجد السبيل إلى مُصَلاَّه إلاّ بأن يتخطّى فيَسَعُه التخطّى إن شاء الله تعالى .

ولعل قول أحمد ومن وافقه فى الرواية الأولى فيما إذا تركوا مكاناً واسعاً ، مثل الذين يَصُفُّون فى آخر المسجد ، ويتركون بين أيديهم صفوفاً خالية ، فهؤلاء لاحُرمة لهم ، كما قال الحسن ، لأنهم خالفوا أمر النبيّ ﷺ ورغِبُوا عن الفضيلة وخَيْرِ الصفوف وجلسوا فى شرّها . ولأن تخطِّيهم ممَّا لابد منه ، وقوله الثانى فى حق من لم يفرّطُوا ، وإنما جلسوا فى مكانهم لامتلاء مابين أيديهم ، لـكن فيه سعة يمكن الجلوس فيه لازدحامهم ، ومتى كان لم يمكن الصلاة إلاَّ بالدخول ، وتخطِّيهم جاز ، لأنه موضعُ حاجة .

فصـــل

إذا جلس فى مكان ثم بدت له حاجة ، أو احتاج إلى الوضوء ، فله الخروج . قال عُقبة : « صَلَّيْتُ وَرَاءَ النبيِّ صلى الله عليه وسلم بالمَدِينَةِ العَصْرَ ، فَسَلَّمَ ، ثمَّ قامَ مُسْرِعاً فَتَخَطَّى رِقابَ النَّاسِ إلَى حُجَرِ بَعْضِ نِسائِهِ . فقـال : ذَكَرْتُ شَيْئاً مِنَّ تِبْرٍ عِنْدَنَا فَـكَرِهْتُ أَنْ يَحْبِسَنِي ، فَأَمَرْتُ بِقِسْمَتِهِ » رواه البخاريّ ، فإذا قام من مجلسه ، ثم رجع إليه ، فهو أحقّ به ، لقول النبيّ ﷺ : « مَنْ قَامَ مِنْ مَجْلِسِهِ ثمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وحكمه فى التخطّى إلى موضعه حكمُ مَنْ رَأى بين يديه فُرْجَةً .

فصـــل

وليس له أن يقيم إنسـاناً ويَجْلس فى موضعه ، سواء كان المـكانُ راتبـاً لشخص يجلس فيه ، أو موضعَ حَلْقةٍ لمن يُحَدِّث فيها ، أو حلقةٍ للفقهاء يَتَذَاكَرُونَ فيها ، أو لم يكن ، لمارَوى ابن عمر قال : « نَهَى رسول الله صلى الله عليه وسلم أَنْ يُقِيمَ الرَّجُـلُ — يَعْنِي أَخَاهُ — مِنْ مَقْعَدِهِ ويَجْلِسُ فِيهِ » متفق عليه . ولأن المسجد بيت الله والنـاس فيه سواء ، قال الله تعالى (٢٢ : ٢٥ سَوَاءً العـاكِفُ فِيهِ والْبَادِ) فمن سبق إلى مكان فهو أحق به ، لقول النبيّ ﷺ « مَنْ سَبَقَ إِلى مَالَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقّ بِهِ » رواه أبو داود . وكمقاعد الأسواق ، ومشارع المياه ، والمعادن ، فإن قدّم صاحباً له ، فجلس فى موضع ، حتى إذا جاء قام النائب ، وأجلسه جاز ، لأن النـائب يقوم باختياره . وقد رُوى أنّ محمد بن سيرين ، كان يُرسل غُلاماً له يوم الجمعة فيَجلسُ فيه ، فإذا جاء محمد قام الغلام ، وجلس محمد فيه . فإن لم يـكن نائباً فقام ليجلس آخرُ فى مـكانه فله الجلوس فيه ، لأنه قام باختيار نفسه ، فأشبه النائب . وأما القائم فإن انتقل إلى مثل مكانه الذى آثرَ به فى القُرب ، وسماع الخطبة ، فلا بأس . وإن انتقل إلى مادونه كُره له ، لأنه يُؤْثِر على نفسه فى الدين ، ويحتمل أن لايُـكره ، لأنّ تقديم أهل الفضل إلى مايلى الإمام مشروع ، ولذلك قال النبيّ صلى الله عليـه وسـلم « لِيَلِـنِي مِنْـكُمْ أُولُوا الأَحْلَامِ والنُّهَى » . ولو آثر شخصاً بمـكانه لم يجز لغيره أن يسبقه إليه ، لأنّ الحق للجالس آثرَ به غيره ، فقـام مقامه

فى استحقاقه ، كما لو تحجر [1] مَوَاتاً ، أو سَبَقَ إليـه ، ثم آثَرَ غيره به . وقال ابن عقيـل : نحوَ ذلك ، لأن القـائم أسقط حقه بالقيـام ، فبقى على الأصـل ، فـكان السـابق إليه أحقَّ به ، كمن وسَّع لرجل فى طريق ، فمرّ غيرُه ، وما قلناه أصحّ ، ويُفَارِق التوسعة فى الطريق ، لأنّها إنّما جُعلت للمرور فيها . فمن انتقل من مكان فيها لم يبق له فيهـا حق يُؤْثَرُ به ، وليس كذلك المسجد ، فإنه للإقامة فيه ، ولا يسقط حق المنتقل من مكانه إذا انتقل لحاجة ، وهذا إنما انتقل مُؤْثِراً لغيره ، فأشبه النائب الذى بعثه إنسـان ليجلس فى موضع يحفظه له ، ولو كان الجالس مملوكاً لم يـكن لسيّده أن يُقيمه ، لعموم الخبر . ولأنّ هذا ليس بمال ، وهو حقٌّ دينىّ ، فاستوى هو وسيّده فيه ، كالحقوق الدينية كلّها ، والله أعلم .

فصـــــل

وإن فرش مُصَلًّى له فى مكان ، ففيه وجهان .

أحـدهما : يجوز رفعه والجلوس فى موضعه ، لأنه لاحُرمة له ، ولأن السبق بالأجسـام لا بالأوطئة ، والمُصلَّيات ، ولأن تركه يُفضى إلى أن صاحبه يتـأخّر ، ثم يتخطّى رقاب المُصلّين ، ورفعهُ ينفى ذلك .

والثـانى : لايجوز ، لأنّ فيه افتياتاً على صاحبه ، ربّمـا أفضى إلى الخصومة ، ولأنه سبق إليه ، فـكان كمتحجّر الموات .

فصـــــل

ويُستَحَبُّ الدنوّ من الإمام ، لقول النبىّ ﷺ : «مَنْ غسَّل واغْتَسَلَ ، وبَـكَّرَ وابْتَـكَر ، ومَشَى ولَمْ يَرْكَبْ ، وَدَنَا مِنَ الإِمَامِ ، فاسْتَمَعَ وَلَمْ يَلْغُ ، كَانَ لَهُ بِـكُلِّ خُطْوَةٍ عَمَلُ سَنَةٍ ، أجْرُ صِيامِهاَ وقِيامِهاَ » . رواه أبو داود ، والنسائىّ ، والترمذىّ ، وابن ماجه ، وهذا لفظه .

وعن سَمُرة أن النبىّ ﷺ قال : « احْضُرُوا الذِّكْرَ ، وادْنُوا مِنَ الإمَامِ ، فإنّ الرَّجُلَ لايَزَالُ يَتَبَاعَدُ حَتىّ يُؤَخَّرَ فِى الْجَنَّةِ ، وإنْ دَخَلَهَا » رواه أبو داود ، ولأنه أمـكنُ له من السماع .

فصـــــل

وتُـكره الصلاة فى المقصورة التى تُحْمَى [2] نصّ عليه أحمد . ورُوى عن ابن عمر أنه كان إذا حضرت الصلاة وهو فى المقصورة خرج ، وكرهه الأحنف ، وابن مُحَيْرِيز ، والشعبى . وإسحق . ورخّص فيها أنس ، والحسن ، والحسين ، والقاسم ، وسـالم ، ونافع ، لأنه مكان من الجامع فلم تـكره الصـلاة فيه كسائر المسجد . ووجه الأول : أنه يمنع الناس من الصلاة فيه كالمغصوب ، فـكره لذلك . فأما إن كانت لاتحمى

---

(١) تحجر مواتاً : الموات الأرض التى ليس لها صاحب ، وتحجيرها تسويرها بسور ليحميها وينتفع بها ، فليس لغيره الاعتداء عليه فيها

(٢) تحمى : أى يمنع غيره من الصلاة فيها .

فيحتمل أن لاتكره الصلاة فيها ، لعدم شبه الغصب . ويحتمل أن تكره ، لأنها تقطع الصفوف ، فأشبهت مابين السوارى . واختلفت الرواية عن أحمد فى الصف الأول ، فقال فى موضع : هو الذى يلى المقصورة ، لأن المقصورة تحمى ، قال ماأدرى : هل الصف الأول الذى يقطعه المنبر ، أو الذى يليه ؟ والصحيح : أنه الذى يقطعه المنبر ، لأنه هو الأول فى الحقيقة ، ولو كان الأول مادونه أفضى إلى خُلُوّ مايلى الإمام ، ولأن أصحاب النبى ﷺ كان يليه فضلاؤهم ، ولو كان الصف الأول وراء المنبر لوقفوا فيه .

فصل

ويُستحبُّ لمن نعس يوم الجمعة أن يتحوّل عن موضعه ، لما روى ابن عمر قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إِذَا نَعِسَ أَحَدُكُمْ يَوْمَ الجمعةِ فى مَجْلِسِهِ فَلْيَتَحَوَّلْ إلى غَيْرِهِ » رواه أبو مسعود أحمد بن الفُرات فى سننه ، والإمام أحمد فى مُسنده ، ولأن تحوّله عن مجلسه يَصرف عنه النوم .

فصل

ويُستحبُّ أن يُكثر من الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة ، لما رُوى عن أبى الدرداء قال : قال رسول الله ﷺ « أَكْثِرُوا مِنَ الصَّلاَةِ عَلَيَّ يَوْمَ الجمعةِ فإِنَّهُ مَشْهُودٌ تَشْهَدُهُ المَلاَئِكَةُ » رواه ابن ماجه . وعن أوس بن أوس قال : قال النبيُّ صلى الله عليه وسلم « أَفْضَلُ أَيَّامِكُمْ يَوْمُ الجمعةِ ، فيه خُلِقَ آدَمُ ، وَفِيهِ قُبِضَ ، وَفِيهِ النَّفْخَةُ ، وَفِيهِ الصَّعْقَةُ ، فَأَكْثِرُوا عَلَيَّ مِنَ الصَّلاَةِ فِيهِ ، فإِنَّ صَلاَتَكُمْ مَعْرُوضَةٌ عَلَيَّ » قالوا : يارسول الله ، وكَيْفَ تُعْرَضُ صَلاَتُنَا عَلَيْكَ ، وقد أَرَمْتَ[1] — أى بَلِيتَ — قال : « إِنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ حَرَّمَ عَلَى الأَرْضِ أَجْسَادَ الأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ السَّلاَمُ » رواه أبو داود .

فصل

ويُستحبُّ قراءة الكهفِ يوم الجمعة ، لما رُوِى عن علىّ رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ قَرَأَ الكَهْفَ يَوْمَ الجمعةِ فَهُوَ مَعْصُومٌ إِلَى ثَمَانِيَةِ أَيَّامٍ مِنْ كُلِّ فِتْنَةٍ ، فإِنْ خَرَجَ الدَّجَّالُ عُصِمَ مِنْهُ » رواه زيدون بن علىّ فى كتابِهِ بإسناده . وعن أبى سعيد الخُدْرىّ أنه قال : مَنْ قَرَأَ سُورَةَ الكَهْفِ يَوْمَ الجمعةِ أَضَاءَ لَهُ مِنَ النُّورِ مَابَيْنَهُ وبَيْنَ الْبَيْتِ العَتِيقِ » ، وقال خالد بن مَعْدان : « مَنْ قَرَأَ سُورَةَ الكَهْفِ يَوْمَ الجمعةِ قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ الإمامُ كَانَتْ لَهُ كَفَّارَةً مَابَيْنَهُ وَبَيْنَ الجمعةِ ، وَبَلَغَ نُورُهَا الْبَيْتَ العَتِيقَ » .

---

(١) أرمت : أصلها أرممت ، بميمين فحذفت إحداهما تخفيفاً ، بعد نقل حركة الميم الأولى إلى الراء ، كما حذفت إحدى السينين فى أحسست تخفيفاً ، فصارت أحست .

فصل

يُستحبُّ الإكثار من الدعاء يوم الجمعة ، لعلَّه يوافق ساعة الإجابة ، لأنَّ النبى صلى الله عليه وسلم ذكر يوم الجمعة فقال : « فِيهِ سَاعَةٌ لاَ يُوَافِقُهَا عَبْدٌ مُسْلِمٌ وَهُوَ يُصَلِّى يَسْأَلُ اللهَ شَيْئًا إِلاَّ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ » وأشار بيده يُقلِّلها ، وفى لفظ « وَهُوَ قَائِمٌ يُصَلِّى » متفق عليه . واختُلف فى تلك الساعة ، فقال عبد الله ابن سَلاَم وطاوس : هى آخرُ ساعةٍ فى يوم الجمعة . وفسّر ابنُ سلام الصلاة بانتظارها . ورُوى مرفوعاً عن النبىِّ ﷺ ، فرُوى عن عبد الله بن سَلاَم قال : « قُلْتُ وَرَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم جَالِسٌ : إِنَّا لَنَجِدُ فى كِتَابِ اللهِ : فى يَوْمِ الجمعةِ سَاعَةٌ لاَ يُوَافِقُهَا عَبْدٌ مُؤْمِنٌ يُصَلِّى يَسْأَلُ اللهَ فِيهَا شَيْئًا إِلاَّ قَضَى حَاجَتَهُ . قال عبد الله بن سلام : فأشار إِلَىَّ النبىّ ﷺ : أَوْ بَعْضُ سَاعَةٍ ، فقلت : صدقت ، أو بعض ساعة ، قلت : أى ساعة هى ؟ قال : هى آخرُ ساعةٍ من ساعات النهار — قلت : إنها ليست ساعةَ صلاةٍ قال : بلى — إِنَّ العَبْدَ المُؤْمِنَ إِذَا صَلَّى ثُمَّ جَلَسَ لاَ يُجْلِسُهُ إِلاَّ الصَّلاَةُ فَهُوَ فى صَلاَةٍ »[1] رواه ابن ماجه ، ويكون القيام على هذا بمعنى الملازمة والإقامة ، كقول الله تعالى : (٣ : ٧٦ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لاَ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلاَّ مَادُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا) وعن أنس عن النبى ﷺ أنه قال « الْتَمِسُوا السَّاعَةَ الَّتِى تُرْجَى فى يَوْمِ الْجُمعةِ بَعْدَ العَصْرِ إِلَى غَيْبُوبَةِ الشَّمْسِ » أخرجه الترمذى[2] وقيل : هى مابين أن يجلس الإمام إلى أن يقضى الصلاة ، لما رَوى أبو موسى قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « هِىَ مَا بَيْنَ أَنْ يَجْلِسَ الْإِمَامُ إِلَى أَنْ يَقْضِىَ الصَّلاَةَ » رواه مسلم ، وعن عمرو بن عوف المزنىّ قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « فى الْجُمُعةِ سَاعَةٌ مِنَ النَّهَارِ لاَ يَسْأَلُ الْعَبْدُ فِيهَا شَيْئًا إِلاَّ أُعْطِىَ سُؤْلَهُ » قيل : أى ساعة هى ؟ قال : حِينَ تُقَامُ الصَّلاَةُ إِلَى الانْصِرَافِ مِنْهَا » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن غريبٌ ، فعلى هذا التفسير تكون الساعة مختلفة فتكون فى حق كل قوم فى وقت صلاتهم ، وقيل : هى مابين الفجر إلى طلوع الشمس ، ومن العصر إلى غروبها ، وقيل : هى الساعة الثالثة من النهار . وقال كعب : لو قسم الإنسان جُمَعه فى جمع أتى على تلك الساعة ، وقيل هى مُتنقِّلة فى اليوم . وقال ابن عمر : إنَّ طَلَبَ حاجةٍ فى يَوْمٍ لَيَسِيرٌ ، وقيل : أخفى اللهُ تعالى هذه الساعة ليجتهد عبادُه فى دُعائه ، فى جميع اليوم طلباً لها ، كما أخفى ليلة القدر فى ليالى رمضان ، وأولياءه فى الخلق ليَحْسُنَ الظنُّ بالصالحين كلّهم .

---

(١) فى الحديث انقطاع واضطراب .

(٢) فى بعض رواته ضعف ، ووصف بالكذب .

« مسألة » قال : ﴿ وإن صلوا الجمعة قبل الزوال فى الساعة السادسة أجزأتهم ﴾ .

وفى بعض النسخ فى الساعة الخامسة ، والصحيح فى الساعة السادسة ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أنه لايجوز صلاتُها فيما قبل السادسة . ورُوى عن ابن مسعود ، وجابر ، وسعيد ، ومعاوية: أنّهم صلّوها قبل الزوال . وقال القاضى وأصحابُه يجوز فعلُها فى وقت صلاةِ العيد . وروى ذلك عبد الله عن أبيه قال : نَذْهَبُ إلى أنّها كصَلاَةِ العيدِ . وقال مُجاهد : ما كان للناس عيدٌ إلاَّ فى أوّل النهار . وقال عطاء : كلُّ عيد حين يمتدّ الضُّحَى ، الجمعةُ والأضْحَى ، والفطر ، لما رُوى عن ابن مسعود أنه قال : « مَا كَانَ عِيدٌ إلاَّ فى أَوَّلِ النَّهَارِ ، وَلَقَدْ كَانَ رَسُولُ الله ﷺ يُصَلِّى بِنَا الجمعةَ فى ظِلِّ الْحَطِيمِ » ، رواه ابن البَخْترىّ ، فى أماليه بإسناده . ورُوى عن ابن مسعود ، ومعاوية أنهما صَلَّيا الجمعةَ ضُحًى ، وقالا : إنَّمَا عَجَّلْنَا خَشْيَةَ الحرِّ عَلَيْكُمْ . وروى الأثرم حديث ابن مسعود ، ولأنَّها عيد لجازت فى وقت العيد كالفطر والأضحى ، والدليل على أنها عيد ، قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إنَّ هَذَا يَوْمٌ جَعَلَهُ اللهُ عِيداً لِلْمُسْلِمِينَ » وقوله « قَدِ اجْتَمَعَ لَكُمْ فِى يَوْمِكُمْ هَذَا عيدانِ » . وقال أكثر أهل العلم : وقتها وقت الظهر ، إلاَّ أنه يُستحبّ تعجيلها فى أول وقتها لقول سَلَمة بن الأكوع « كُنَّا نُجَمِّعُ مَعَ النبىّ ﷺ إذَا زَالَتِ الشَّمْسُ ثُمَّ نَرْجِعُ نَتَّبِعُ الفَىْءَ »[(١)] متفق عليه . وقال أنس « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى الجمعة حِينَ تَمِيلُ الشَّمْسُ » رواه البخارىّ ، ولأنَّهما صلاتا وقت فكان وقتهما واحداً ، كالمقصورة والتامة ، ولأن إحداهما بدل عن الأخرى وقائمة مقامها ، فأشبه الأصل المذكور ، ولأن آخر وقتهما واحد ، فكان أوله واحداً ، كصلاة الحضَر والسفَر .

ولنا : على جوازها فى السادسة السُّنَّةُ والإجماعُ . أما السنَّة : فما رَوى جابر بن عبد الله قال : « كان رسول الله ﷺ يُصَلِّى ـ يعنى الجمعة ـ ثم نَذْهَبُ إلَى جِمَالنَا فنُرِيحُهَا حَتَّى تَزُول الشَّمْسُ » أخرجه مسلم . وعن سهل بن سعد قال « مَا كُنَّا نَقِيلُ ولاَ نتغدَّىَ إلاّ بَعْدَ الجمُعةِ فى عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ » متفق عليه . قال ابن قُتَيبة : لايُسَمَّىَ غَدَاء ، ولا قَائِلَةً (إلا)[(٢)] بَعدَ الزوال . وعن سَلَمة قال « كُنَّا نُصَلِّى مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ الْجُمَعَةَ ، ثم نَنْصَرِفُ وَلَيْس لِلْحِيطَانِ فَىْءٌ » رواه أبو داود . وأما الإجماع : فروى الإمام أحمد عن وكيع ، عن جعفر بن بُرْقانَ ، عن ثابت بن الحجاج ، عن عبد الله ابن سِيدان[(٣)] قال : شهدت الخطبة مع أبى بكر فكانت صلاته وخطبته قبل نصف النهار ، وشهدتها مع عمر بن الخطاب،

---

(١) الفىء الظل ، ولا يوجد الظل إلابعد الزوال . فهذا يدل على أن صلاتها كانت بعد الزوال .

(٢) لفظ (إلا) ساقط من جميع النسخ المطبوعة ترتب الأرقام .

(٣) هو تابعى كبير إلا أنه غير معروف العدالة كما قال الحافظ ابن حجر ، قال البخارى : لايتابع على حديثه اهـ رشيد رضا .

فـكانت صلاته وخطبته إلى أن أقول قد ينتصف النهار ، ثم صليّتها مع عُثمان بن عفان ، فـكانت صلاته وخطبته إلى أن أقول : قد زال النهار ، فما رأيت أحداً عاب ذلك ، ولا أنـكره ، قال : وكذلك رُوى عن ابن مسعود ، وجابر ، وسعيد ، ومعاوية : أنهم صلّوا قبـل الزوال ، وأحاديثهم تدلّ على أن النبيّ صلى الله عليه وسلم فعَلها بعد الزوال فى كثير من أوقاته ، ولا خلاف فى جوازه ، وأنه الأفضلُ والأولى . وأحاديثُنا تدلّ على جواز فعلها قبل الزوال ، ولا تنافى بينهما . وأما فى أول النهـار فالصحيح : أنهـا لاتجوز ، لمـا ذكره أكثر أهل العلم . ولأن التوقيت لايثبت إلا بدليـل من نصّ ، أو مايقوم مقامه ، وما ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا عن خلفائه أنهم صلّوها فى أول النهار . ولأن مقتضى الدليل كونُ وقتها وقتَ الظهر ، وإنما جاز تقديمها عليه بما ذكرنا من الدليل ، وهو مختصّ بالساعة السادسة ، فلم يجز تقديمها عليها والله أعلم . ولأنها لو صُلّيَتْ فى أول النهار لفاتت أكثرَ المصلّين ، فإن العادة اجتماعهم لها عند الزوال ، وإنما يأتيهاَ ضُحىً آحادٌ من النـاس ، وعـددٌ يسيرٌ ، كما روى عن ابن مسعود أنه أتى الجمعة ، فوجد أربعةً قد سبقوه . فقال : رابع أربعة ، وما رابع أربعة ببعيد .

إذا ثبت هذا : فالأولى أن لاتُصَلّى إلّا بعد الزوال ، ليخرُج من الخلاف ، ويفعلهـا فى الوقت الذى كان النبى صلى الله عليه وسلم يفعلُها فيه فى أكثر أوقاته ، ويُعجّلهـا فى أول وقتها فى الشتـاء والصيف ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يُعَجّلها ، بدليـل الأخبـار التى رويناها . ولأن النـاس يجتمعون لهـا فى أول وقتها ، ويُبَـكّرون إليها قبـل وقتها . فلو انتظر الإبراد بهـا لشقّ على الحاضرين ، وإنما جُعل الإبراد بالظهر فى شدّة الحرّ دفعاً للمشقّة التى يحصُل أعظَم منها بالإبراد بالجمعة .

فصـــــل

وإن اتفق عيدٌ فى يوم جمعة سقط حضورُ الجمعة عمّن صلّى العيد ، الّا الإمامَ ، فإنهـا لاتسقط عنه ، إلّا أن لايجتمع له من يُصلّى به الجمعة ، وقيل : فى وجوبهـا على الإمام روايتـان ، وممّن قال بسقوطها : الشعبيّ ، والنخعيّ ، والأوزاعيّ . وقيل : هذا مذهب عمر ، وعثمان ، وعليّ ، وسعيد ، وابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير . وقال أكثر الفقهاء : تجب الجمعة ، لعموم الآية والأخبار الدالة على وجوبها . ولأنهما صلاتان واجبتان ، فلم تسقط إحداها بالأخرى كالظهر مع العيد .

ولنـا : مارَوى إياسُ بن أبى رَمْلَةَ الشامى قال « شَهِدْتُ مُعَاوِيَةَ يَسْأَلُ زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ : هَلْ شَهِدْتَ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ عِيـدَيْنِ اجْتَمَعَا فى يَوْمٍ واحِدٍ ؟ قال : نعم . قال : فَـكَيْف صَنَعَ ؟ قال : صَلّى العِيدَ ، ثمّ رَخّصَ فى الْجُمُعَةِ ، فقالَ ، «مَنْ شَاءَ أَنْ يُصَلِّى فليُصَلِّ » رواه أبو داود والإمام أحمد ، ولفظـه « مَنْ شَاءَ أَنْ يُجَمِّعَ فلْيُجَمِّعْ » . وعن أبى هريرة ، عن رسول الله صلى الله عليـه وسلم قال :

«اجْتَمَعَ فِي يَوْمِـكُمْ هَذَا عِيدَانِ ، فَمَنْ شَاءَ أَجْزَأَهُ مِنَ الْجُمُعَةِ ، وإنَّا مُجَمِّعُونَ» رواه ابن ماجه . وعن ابن عمر ، وابن عباس ، عن النبي صلى الله عليه وسلم نحوُ ذلك . ولأن الجمعة إنما زادت عن الظهر بالخطبة . وقد حصل سماعها في العيد ، فأجزأه عن سماعها ثانياً ، ولأن وقتهما واحد بما بيّناه ، فسقطت إحداهما بالأخرى ، كالجمعة مع الظهر . وما احتجّوا به مخصوص بما رويناه ، وقياسهم منقوض بالظهر مع الجمعة . فأمّا الإمامُ فلم تسقط عنه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « وَإِنَّا مُجَمِّعُونَ » ولأنه لو تركها لامتنع فعلُ الجمعة في حقّ من تجِبُ عليه ، ومن يريدها ممّن سقطت عنه ، بخلاف غيره من النـاس .

فصـــــل

وإن قدّم الجمعة فصلّاها في وقت العيد ، فقد رُوى عن أحمد قال : تُجزِىء الأولى منهما ، فعلى هذا يُجزيه عن العيد والظهر ، ولا يلزمه شيء إلى العصر ، عند من جوّز الجمعة في وقت العيد . وقد رَوى أبو داود بإسناده ، عن عطاء ، قال : اجْتَمَعَ يَوْمُ الْجُمُعَةِ وَيَوْمُ فِطْرٍ عَلَى عَهْدِ ابنِ الزُّبَيْرِ ، فقال : عِيدَانِ قَدْ اجْتَمَعَا فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ فجمعهما ، وصلاّهما رَكعتَين بُكْرةً ، فلم يَزِدْ عَلَيْهِمَا حَتى صَلّى العَصْرَ . ورُوى عن ابن عبّاس أنه بلغه فعلُ ابن الزبير ، فقال : أصابَ السُّنّة[1] . قال الخطابيّ : وهذا لايجوز أن يُحمل إلا على قول من يذهب إلى تقديم الجمعة قبل الزوال ، فعلى هذا يكون ابن الزبير قد صلّى الجمعة . فسقط العيد ، والظهر ، ولأن الجمعة إذا سقطت مع تأكدّها، فالعيد أولى أن يسقط بها . أما إذا قدّم العيد ، فإنّه يحتاج إلى أن يُصَلّي الظهر في وقتها ، إذا لم يُصلّ الجمعة .

« مسألة » قال ﴿ وتجب الجمعة على من بينه وبين الجامع فرسخ ﴾ .

هذا في حق غير أهل المِصْر ، أما أهل المصر فيلزمهم كلّهم الجمعة ، بعدُوا أو قرُبوا ، قال أحمد : أما أهلُ المصر فلا بدّ لهم من شهودها ، سمعوا النّداء ، أو لم يسمعوا . وذلك لأن البلد الواحد بُنيَ للجمعة ، فلا فرق بين القريب ، والبعيد ، ولأن المِصْرَ لايكاد يكون أكثر من فرسخ ، فهو في مَظِنَّة القرب ، فاعتُبر ذلك ، وهذا قول أصحاب الرأى ، ونحُوه قول الشافعيّ . فأما غير أهل المصر ، فمن كان بينه وبين الجامع فرسخ فما دون فعليه الجمعة ، وإن كان أبعد فلا جمعة عليه . ورُوى نحو هذا عن سعيد بن المسيّب ، وهو قول مالك ، والليث ، ورُوى عن عبد الله بن عمرو قال : الجمعة على من سمع النـداء ، وهذا قول الشافعيّ ، وإسحق . لما رَوى عبد الله بن عمرو : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الْجُمُعَةُ عَلَى مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ » رواه أبو داود. والأشبه أنه من كلام عبد الله بن عمرو ، ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم

---

(١) رواه النسائي بسند صحيح .

قال للأعمى الذى قال : ليس لى قائد يقودنى « أَتَسْمَعُ النِّدَاء ؟ قال : نعم ، قال : فأَجِبْ » ولأنّ من سمع النداء داخلٌ فى عموم قول الله تعالى (٦٢ : ٩ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ) ورُوى عن ابن عمر ، وأبى هريرة ، وأنس ، والحسن ، ونافع ، وعكرمة ، والحكم ، وعطاء ، والأوزاعىّ : أنهم قالوا : الجمعةُ عَلَى مَنْ آوَاهُ اللَّيْلُ إِلَى أَهْلِهِ . لما رَوى أبو هريرة أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « الْجُمُعَةُ عَلَى مَنْ آوَاهُ اللَّيْلُ إِلَى أَهْلِهِ » وقال أصحاب الرأى : لا جُمُعَةَ على من كان خارج مِصر . لأن عثمان رضى الله عنه صَلَّى العيد فى يوم جمعة ، ثم قال لأهل العوالى : من أراد منكم أن ينصرف فلينصرف ، ومن أراد أن يقيم حتى يُصَلِّى الجمعة فَلْيُقِمْ ، ولأنهم خارجَ المصر ، فأشبه أهل الحِلَل[1] .

ولنا : قول الله تعالى (٦٢ : ٩ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ) . وهذا يتناول غير أهل المصر إذا سمعوا النداء ، وحديث عبد الله بن عمرو ، ولأن غير أهل المصر يسمعون النداء ، وهم من أهل الجمعة ، فلزمهم السعى إليها ، كأهل المصر . وحديث أبى هريرة غيرُ صحيح ، يرويه عبد الله بن سعيد المقبُرىّ ، وهو ضعيف . قال أحمد بن الحسن : ذكرت هذا الحديث لأحمد بن حنبل فغضب وقال : استغفر رَبَّك : استغفر رَبَّك ، وإنما فعل أحمد هذا لأنه لم ير الحديث شيئاً ، لحال إسناده ، قال ذلك الترمذىّ . وأما ترخيص عثمان لأهل العوالى فلأنّه إذا اجتمع عيدان اجتُزِىء بالعيد ، وسقطت الجمعة ، عمّن حضره ، على ماقررناه فيما مضى . وأما اعتبار أهل القرى بأهل الحِلَل فلا يصحّ ، لأن أهل الحِلَل غير مستوطنين ، ولاهم ساكنون بقرية ولا فى موضع جُعل للاستيطان ، وأما اعتبار حقيقة النداء فلا يمكن ، لأنه قد يكون من الناس الأصمّ ، وثقيل السمع ، وقد يكون النداء بين يدى المنْبَر ، فلا يسمعه إلا من فى الجامع ، وقد يكون المؤذّن خَفِيَّ الصوتِ ، أو فى يوم ذى ريح ، ويكون المستمع نائماً ، أو مشغولا بما يمنع السماع ، فلا يسمع ، ويسمع من هو أبعد منه ، فيُفضى إلى وجوبها على البعيد دون القريب . وما هذا سبيلُه ينبغى أن يقدّر بمقدارٍ لا يختلف . والموضع الذى يُسمع منه النداء فى الغالب إذا كان المنادى صَيِّتاً[2] فى موضع عالٍ ، والريح ساكنة ، والأصوات هادئة ، والمستمع سميع غيرُ ساهٍ ولالاهٍ — فرسَخٌ ، أو ماقاربه ، فحُدّ به ، والله أعلم .

فصل

وأهل القرية لا يَخلُون من حالين : إما أن يكون بينهم وبين المصر أكثرُ من فرسخ ، أولا ، فإن

---

(١) الحلل : جمع حلة بتشديد اللام وكسر الحاء : وهى الأماكن المنفصلة عن المدينة .

(٢) صيتاً : رفيع الصوت عاليه .

كان بينهم أكثرُ من فرسخ لم يجب عليهم السعى إليه ، وحالهم معتبر بأنفسهم . فإن كانوا أربعين اجتمعت فيهم شرائط الجمعة فعليهم إقامتها ، وهم مخيَّرون بين السعى إلى المِصْر ، وبين إقامتها فى قريتهم ، والأفضلُ إقامتها ، لأنه متى سعى بعضهم أخلّ على الباقين الجمعةَ ، وإذا أقاموا حضرها جميعُهم ، وفى إقامتها بموضعهم تكثير جماعاتِ المسلمين ، وإن كانوا ممّن لاتجب عليهم الجمعة بأنفسهم ، فهم مخيّرون بين السعى إليها ، وبين أن يُصلوا ظهراً ، والأفضل السعى إليها ، لينال فضل الساعى إلى الجمعة ، ويخرج من الخلاف .

والحال الثانى : أن يكون بينهم وبين المصر فرسخ فما دون ، فيُنظر فيهم . فإن كانوا أقلّ من أربعين فعليهم السعى إلى الجمعة لما قدّمنا ، وإن كانوا ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم ، وكان موضع الجمعة القريب منهم قرية أخرى لم يلزمهم السعى إليها ، وصَلَّوْا فى مكانهم ، إذ ليست إحدى القريتين بأولى من الأخرى وإن أحبّوا السعى إليها جاز ، والأفضل أن يُصلّوا فى مكانهم كما ذكرنا من قبل ، فإن سعى بعضهم فنقص عدد الباقين لزمهم السعى ، لئلاّ يؤدّى إلى ترك الجمعة من تجب عليه . وإن كان موضع الجمعة القريب مِصْراً فهم مخيَّرون أيضاً بين السعى إلى المصر ، وبين إقامة الجمعة فى مكانهم ، كالتى قبلها ، ذكره ابن عقيل . وعن أحمد : أن السعى يلزمهم إلاّ أن يكون لهم عذر ، فيصلُّون جمعة ، والأول أصحّ ، لأن أهل القرية لاتنعقد بهم جمعة أهل المصر فكان لهم إقامة الجمعة فى مكانهم ، كما لو سمعوا النداء من قريةٍ أخرى ، ولأن أهل القرى يُقيمون الجُمَع فى بلاد الإسلام ، وإن كانوا قريباً من المصر من غير نكير .

فصـــــل

وإذا كان أهل المصر دون الأربعين ، فجاءهم أهلُ القرية فأقاموا الجمعة فى المصر لم يصحّ ، لأن أهل القرية غيرُ مستوطنين فى المصر ، وأهل المصر لاتنعقد بهم الجمعة لقلّتهم ، وإن كان أهل القرية ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم ، لزم أهلَ المصر السعىُ إليهم ، لأنهم ممن بينه وبين موضع الجمعة أقلُّ من فرسخ ، فلزمهم السعى إليها ، كما يلزم أهل القرية السعىُ إلى المصر إذا أقيمت به ، وكان أهل القرية دون الأربعين وإن كان فى كل واحد منهما دون الأربعين لم يجز إقامة الجمعة فى واحد منهما .

فصـــــل

ومن تجب عليه الجمعة لايجوز له السفر بعد دخول وقتها ، وبه قال الشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : يجوز ، وسُئل الأوزاعىّ عن مُسافر يسمع أذان الجمعة وقد أَسْرَجَ دابّتَهُ ، فقال : لِيَمْضِ فى سَفَرِهِ ، لأنّ عمر رضى الله عنه قال : « الْجُمعةُ لاتَحْبِسُ عَنْ سَفَرٍ » .

ولنا : ماروى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : مَنْ سَافَرَ مِنْ دَارِ إِقَامَةٍ يَوْمَ الْجُمعةِ دَعَتْ عَلَيْهِ الْمَلاَئِكَةُ لاَ يُصْحَبُ فِى سَفَرِهِ ، وَلاَ يُعَانُ عَلَى حَاجَتِهِ » رواه الدارقطنىّ فى الأفراد

وهذا وعيد لا يلحق بالمباح ، ولأن الجمعة قد وجبت عليه فلم يجز له الاشتغال بما يمنع منها ، كاللهو والتجارة ، وما رُوى عن عمر ، فقد روى عن ابنه وعائشة : أخبارٌ تدلّ على كراهية السفر يوم الجمعة فتعارض قوله ثم نحمله على السفر قبل الوقت .

فصـــل

وإن سافر قبل الوقت فذكر أبو الخطاب فيه ثلاث روايات :

(إحداها) المنع : لحديث ابن عمر .

(والثانية) الجواز : وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العلم ، لقول عمر . ولأن الجمعة لم تجب ، فلم يحرُم السفر كالليل .

(والثالثة) يباح للجهاد دون غيره . وهـذا الذى ذكره القاضى . لما رَوَى ابن عباس « أن النبى ﷺ وجّه زيد بن حارثة ، وجعفر بن أبى طالب ، وعبد الله بن رَوَاحة فى جيش مُؤْتَة ، فتخلّف عبد الله فرآه النبىّ صلى الله عليه وسلم فقال : ماخَلّفَكَ ؟ قال : الْجُمعةُ ، فقال النبىّ ﷺ : لَرَوْحَةٌ فى سَبِيلِ اللهِ أَوْ قَالَ غَدْوَةٌ — خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا . قال : فراح مُنْطَلِقاً » رواه الإمام أحمد فى المسند . والأولى الجواز مطلقاً ، لأن ذمّته بريئة من الجمعة ، فلم يمنعه إمكان وجوبها عليه ، كما قَبْلَ يومها . وذكر أبو الخطاب : أن الوقت الذى يمنع السفر ، ويختلف فيما قبله زوال الشمس ، ولم يفرق القاضى بين ماقبل الزوال وما بعده ، ولعله بنى على أن وقتها وقت العيد ، ووجه قول أبى الخطاب على أن تقديمها رخصة على خلاف الأصل فلم يتعلّق به حكم المنع ، كتقديم الآخرة من المجموعتين إلى وقت الأولى .

فصـــل

وإن خاف المسافر فوات رُفقته جاز له ترك الجمعة ، لأن ذلك من الأعذار المُسقطة للجمعة والجماعة ، وسواء كان فى بلده فأراد إنشاء السفر ، أو فى غيره .

فصـــل

قال أحمد : إن شاء صلى بعد الْجُمعة ركعتين ، وإن شاء صلّى أربعاً ، وفى رواية إن شاء ستًّا . وكان ابن مسعود ، والنخعىّ ، وأصحاب الرأى يرون أن يُصلّى بعدها أربعاً . لما رَوَى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مُصَلِّياً بَعْدَ الْجُمعةِ فَلْيُصَلِّ بَعْدَهَا أَرْبَعاً » رواه مسلم . وعن علىّ وأبى موسى ، وعطاء ، ومُجاهد ، وحُمَيد بن عبد الرحمن ، والثورىّ : أنه يُصلّى ستًّا ، لما رُوى عن ابن عمر « أَنَّهُ كَانَ إِذَا كَانَ بِمَكَّةَ فَصَلَّى الْجُمعةَ تَقَدَّمَ فَصَلَّى رَكْعَتَيْنِ ، ثُمَّ تقدَّمَ فَصَلَّى

أَرْبَعاً ، وإذا كان فى المدينة صلَّى الجمعة ، ثم رجع إلى بيتـه ، فصلَّى ركعتين ، ولم يُصلِّ فى المسجد ، فقيل له ، فقال : كان رسول الله ﷺ يفعلُ ذلك » رواه أبو داود .

ولنـا : أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك كلَّه ، بدليل مارُوى من الأخبار ، ورُوى عن ابن عمر « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم كان يُصَلِّى بَعْدَ الْجُمعةِ رَكْعَتَيْنِ » متفق عليه . وفى لفظ لمسلم « وكَانَ لاَ يُصَلِّى فى المَسْجِدِ حَتَّى يَنْصَرِفَ فَيُصَلِّى رَكْعَتَيْنِ ق بَيْتِهِ » وهذا يدل على أنه مهما فعل من ذلك كان حسناً . قال أحمد فى رواية عبد الله : ولو صلَّى مع الإمام ، ثم لم يُصلِّ شيئاً حتى صلَّى العصرَ كان جائزاً ، قد فعله عِمْرانُ بن حُصَين . وقال فى رواية أبى داود : يُعجبنى أن يُصلِّى ، يعنى بعد الجمعة .

فصـــل

فأما الصلاة قبل الجمعة فلا أعلم فيه إلا مارُوى « أن النبىّ ﷺ كانَ يَرْكَعُ مِنْ قَبْلِ الْجمعةِ أَرْبَعاً » أخرجه ابن ماجـه . ورَوى عمرو بن سعيد بن العاص ، عن أبيـه قال : « كُنْتُ أَلْقَى أَصْحَاب رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، فإِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ قامُوا فَصَلَّوا أَرْبَعاً . قال أبو بـكر : كُنَّا نـكون مع حبيب بن أبى ثابت فى الجمعة فيقول : أزالتِ الشَّمْسُ بَعْدُ ؟ ويلتفت ، فإذا زالت الشمس صلَّى الأربعَ التى قبل الجمعة » ، وعن أبى عُبيدَة ، عن عبـد الله بن مسعود « أنه كان يُصَلِّى قبلَ الجمعةِ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ ، وبَعْدَهَا أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ » رواه سعيد .

فصـــل

ويُستحبّ لمن أراد الركوع يوم الجمعة أن يفصل بينها وبينه بـكلام ، أو انتقال من مـكانه ، أو خروج إلى منزله ، لمـا رَوى السائبُ بن يزيد ابن أخت النمِر ، قال : « صَلَّيْتُ مَعَ مُعاوِيَةَ الْجُمُعَةَ فِى المَقْصُورَةِ فلمّـا سَلَّمَ الإِمَامُ قمتُ فى مَقَامِى فصَلَّيْتُ ، فلمّـا دَخَل أرْسَلَ إلىّ فقال : لاتَعُدْ لِمـا فَعَلْتَ ، إِذَا صَلَّيْتَ الْجُمُعَةَ ، فَلاَ تَصِلْهَا بِصَـلاَةٍ حَتَّى تَتَـكَلَّمَ ، أو تَخْرُجَ ، فإنّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَمرنَا بِذَلكَ ، أَنْ لاَ نُوصِلَ صَلاَةً حَتَّى نَتَـكَلَّمَ ، أو نَخْرُجَ » أخرجه مسلم ، وعن نافع أن ابن عمر رأى رجلا يُصَلِّى يوم الجمعة ركعتين فدفعه وقال : أتصلى الجمعةَ أربعاً . وكان عبد الله يصلِّى يوم الجمعةِ ركعتين فى بيته ، ويقول: هـكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم .

فصـــل

قال أحمد : إذا كانوا يقرءون الـكتاب يوم الجمعة على الناس بعد الصلاة أعجبُ إلىّ أن يسمع ، إذا كان فتحاً من فتوح المسلمين ، أو كان فيه شىء من أمور المسلمين فليَستمع ، وإن كان شيئاً إنّمـا فيه ذكرهم فلا يَستمع ، وقال فى الذين يُصلّون فى الطرقات : إذا لم يـكن بينهم باب مغلق فلا بأس ، وسُئل

عن رجُل يصلّى خارجاً من المسجد يوم الجمعة ، وأبواب المسجدِ مغلقة ، قال : أرجو أن لايكون به بأس ، وسُئِل عن الرجل يصلّى يوم الجمعة و بينه وبين الإمام سُترة ، قال : إذا لم يكن يقدرُ على غير ذلك[1] وقال : إذا دخلوا يوم الجمعة فى دار فى الرحبة ، فأغلقوا عليهم الباب ، فلم يقدروا أن يخرجوا ، وكانوا يسمعون التكبير ، فإن كان الباب مفتوحاً يرون الناس كان جائزاً ، ويُعيدون الصلاة إذا كان مغلقاً ، هؤلاء لم يكونوا مع صلاة الإمام ، وهذا والله أعلم لأنهم إذا كانوا فى دار ولم يروا الإمام كانوا متحيّزين عن الجماعة ، فإذا اتفق مع ذلك عدم الرؤية لم يَصحّ ، وأما إذا كانوا فى الرحبة ، أو الطريق ، فليس بينهم إلا باب المسجد ، ويسمعون حِسّ الجماعة ، ولم يفُت إلا الرؤية ، فلم يمنع من الاقتداء .

فصـــل

ويُستحبّ أن يقرأ فى صلاة الصبح يوم الجمعة (ألّم . السَّجْدَةَ) و (هَلْ أَتَى عَلَى الإِنْسَانِ) نصّ عليه أحمد . لما رَوى ابن عباس ، وأبو هريرة « أنّ النبيّ ﷺ كان يَقْرأُ فِي صَلَاةِ الفَجْرِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ (أَلّم . تَنْزِيلُ) و (هَلْ أَتَى عَلَى الإِنْسَانِ حِينٌ مِنَ الدَّهْرِ) رواهما مسلم . قال أحمد رحمه الله : ولا أحبّ أن يداوم عليها ، لئلا يَظنّ الناس أنها مُفضّلة بسجدة ، ويحتمل أن يستحبّ المداومة عليها ، لأن لفظ الخبر يدلّ عليها ، وكان النبى صلى الله عليه وسلم إذا عَمِل عَمَلا أثبته ، ودام عليه ، وكان عملُه دِيمةً[2] .

---

(١) يعنى : يجوز .

(٢) ديمة : فعلة من الدوام ، أصلها « دومة » فقلبت الواو الساكنة ياء لوقوعها بعد الكسرة .

باب صلاة العيدين

الأصل فى صلاة العيد الـكتابُ والسنّة ، والإجماع . أما الـكتاب : فقول الله تعالى . (١٠٨ : ٢ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وانْحَرْ) المشهور فى التفسير : أن المراد بذلك صلاة العيد . وأما السنة : فثبت أن رَسُول الله صلى الله عليه وسلم بالتواتر أنّه كان يُصَلِّى صلاةَ العيدَيْنِ . قال ابن عباس « شَهِدْتُ صَلاَةَ الفِطْرِ مَعَ رَسُول اللهِ ﷺ وَأَبِى بَـكْر ، وعُمَر ، فـكلُّهم يُصَلّيها قَبْلَ الْخُطبَةِ » وعنه « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم صَلّى العيدَ بغَيْرِ أَذَانٍ وَلاَ إِقَامَةٍ » متفق عليها . وأجمع المسلمون على صلاة العيدين ، وصلاةُ العيد فرض على الـكفاية ، فى ظاهر المذهب ، إذا قام بها من يـكفى سقطت عن الباقين ، وإن اتفق أهل بلد على تركها قاتلهم الإمام ، وبه قال بعض أصحاب الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : هى واجبة على الأعيان ، وليست فرضاً ، لأنها صلاةٌ شُرعت لها الخطبة ، فـكانت واجبةً على الأعيان ، وليست فرضاً كالجمعة . وقال ابن أبى موسى : وقيل : إنّها سنّة مؤكدة غيرُ واجبة ، وبه قال مالك ، وأكثر أصحاب الشافعىّ ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للأعرابىّ حين ذكر خَمْس صَلَوات ، قال : هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهُنّ ؟ قال : « لاَ إلاّ أَنْ تَطَوَّعَ » وقوله عليه السـلام « خَمْسُ صَلَواتٍ كَتَبَهُنّ اللهُ عَلَى العَبْدِ » الحديث . ولأنها صلاةٌ ذات ركوع ، وسجود لم يُشرع لهـا أذان ، فلم تجب ابتـداء بالشرع ، كصلاة الاستسقاء والـكسوف . ثم اختلفوا فقـال بعضهم : إذا امتنع جميعُ النـاس من فعلهـا قاتلهم الإمام عليهـا ، وقال بعضهم : لا يقـاتلهم .

ولنـا : على أنها لاتجب على الأعيان : أنهـا لايُشرع لهـا الأذان ، فلم تجب على الأعيـان كصلاة الجنازة . ولأن الخبر الذى ذكره مالك ومن وافقه يقتضى نفى وجوب صلاة سوى الخمس ، وإنّما خُولف بفعل النبىّ صلى الله عليه وسلم ، ومن صلّى معه ، فيختصّ بمن كان مثلهم ، ولأنها لووجبت على الأعيان لوجبت خُطبتها ، ووجب استماعها كالجمعة .

ولنـا على وجوبها فى الجـملة : أمر الله تعـالى بهـا بقوله (١٠٨ : ٢ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وانْحَرْ) والأمر يقتضى الوجوب ، ومداومة النبىّ صلى الله عليه وسلم على فعلها ، وهذا دليل الوجوب ، ولأنها من أعلام الدين الظاهرة ، فـكانت واجبةً كالجمعة . ولأنها لو لم تجب لم يجب قتال تاركيهـا ، كسائر السنن ، يحقّقه أن القتال عقوبةٌ لاتتوجّه إلى تارك مندوب ، كالقتل ، والضرب . فأما حديث الأعرابىّ فلا حجّة لهم فيه ، لأن الأعراب لاتلزمهم الجمعة ، لعدم الاستيطـان ، فالعيدُ أولى . والحديث الآخر مخصوص بمـا ذكرناه ، على أنه إنما صرّح بوجوب الخمس ، وخصّها بالذكر ، لتأكيدها ، ووجوبها ، على الأعيـان ،

ووجوبها على الدوام ، وتـكررها فى كل يوم وليلة ، وغيرُها يجب نادراً ، ولعارض ، كصلاة الجنازة ، المنذورة ، والصلاة المختلف فيها ، فلم يذكرها ، وقيـاسهم لايصح ، لأن كونها ذاتَ ركوع وسجود لاأثر له ، بدليل أن النوافل كلّها فيها ركوع وسجود ، وهى غيرُ واجبة ، فيجب حذفُ هذا الوصف ، لعدم أثره ، ثم ينقض قياسهم بصلاة الجنازة ، وينتقض على كلّ حال بالمنذورة .

« مسألة » قال ﴿ ويظهرون التـكبير فى ليـالى العيدين ، وهو فى الفطر آكدُ . لقول الله تعـالى (٢ : ١٨٥ ولِتُـكْمِلُوا العِدَّةَ ، ولِتُـكَبِّرُوا اللهَ عَلَى مَاهَدَاكُمْ وَلَعَلَّـكُمْ تَشْـكُرُونَ ﴾ .

وجملته : أنه يُستحبُّ للناس إظهار التـكبير فى ليلتى العيدين : فى مساجدهم ، ومنازلهم ، وطرقهم ، مسافرين كانوا أو مقيمين ، لظاهر الآية المـذكورة . قال بعض أهـل العـلم فى تفسيرها : لتـكملوا عـدّة رمضان ، ولتـكبّروا الله عند إكماله على ماهداكم ، ومعنى إظهـار التـكبير رفعُ الصوت به . واستُحِبّ ذلك لمـا فيه من إظهار شعائر الإسلام ، وتذكير الغير . وكان ابن عمر يـكبّر فى فِتْيَةٍ بمِنًى يسمعهُ أهلُ المسجد ، فيـكبّرون ويـكبّر أهـل الأسواق ، حتى ترتجَّ مِنًى تـكبيراً . قال أحمد : كان ابن عمر يُـكبّر فى العيدين جميعاً ، ويُعجبنا ذلك ، واختصّ الفطرُ بمزيد تأكيـدٍ ، لورود النصّ فيه ، وليس التـكبير واجباً . وقال داود : هو واجب فى الفطر ، لظاهر الآية .

ولنا : أنه تـكبير فى عيد ، فأشبه تـكبيرالأضحى . ولأنَّ الأصلَ عدمُ الوجوب ، ولم يرد من الشرع إيجابه ، فيبقى على الأصل ، والآيةُ ليس فيهـا أمر ، إنّما أخبر الله تعالى عن إرادته فقال : (٢ : ١٨٥ يُرِيدُ اللهُ بِـكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِـكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُـكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُـكَبِّرُوا اللهَ عَلَى مَاهَدَاكُمْ) .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يكبّر فى طريق العيد ، ويجهر بالتكبير . قال ابنأبى موسى : يُـكَبِّر الناسُ فى خروجهم من منازلهم لصلاتى العيدين جهراً ، حتى يأتى الإمامُ المُصلَّى ، ويُـكَبِّرُ الناسُ بتـكبير الإمام فى خطبته ، ويُنصتون فيما سوى ذلك . قال سعيد : حدّثنا عبدُ العزيز بن محمد ، حدثنا عُبَيْد الله بن عمر ، عن نافع ، عن ابن عمر « أَنَّهُ كَانَ إِذَا خَرَجَ مِنْ بَيْتِهِ إِلَى الْعِيدِ كَبَّرَ حَتَّى يَأْتِيَ الْمُصَلَّى » ورُوى ذلك عن سعيد ابن جُبَيْر ، وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، واختُلف فيه عن إبراهيم .

فصـــل

قال القاضى : التـكبير فى الأضحى : مُطلق ، ومقيّد . فالمقيّد : عقيب الصلوات . والمطلق : فى كلّ حال ، فى الأسواق ، وفى كل زمان . وأما الفطر : فمسنونه مطلق غيرُ مقيّد . على ظاهر كلام أحمـد ،

وهو ظاهر كلام الخِرَقىّ . وقال أبو الخطّاب : يُكَبِّر من غروب الشمس من ليـلة الفطر ، إلى خروج الإمام إلى الصلاة ، فى إحدى الروايتين ، وهو قول الشافعىّ ، وفى الأخرى إلى فراغ الإمام من الصلاة .

« مسألة » قال ﴿ فإذا أصبحوا تطهَّروا ﴾ .

وجملته : أنه يُستحبُّ أن يتطهَّر بالغُسل للعيد ، وكان ابن عمر يغتسلُ يومَ الفطر . ورُوى ذلك عن علىّ رضى الله عنـه . وبه قال علقمة ، وعُروة ، وعطاء ، والنخعىّ ، والشعبىّ ، وقتادة ، وأبو الزناد ، ومالك ، والشافعىّ ، وابن المنذر . لما رَوى ابن عباس ، والفاكه بن سعد « أنّ رَسُولَ الله ﷺ كانَ يَغْتَسِلُ يومَ الْفِطْرِ وَالأضحَى » . ورُوى أيضاً أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال فى جمعة من الجمع « إنَّ هَذَا يَوْمٌ جَعَلَهُ اللهُ عِيداً لِلْمُسْلِمِينَ فَاغْتَسِلُوا ، وَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ طِيبٌ فلا يضرّه أَنْ يَمَسَّ مِنْهُ ، وَعَلَيْكُمْ بِالسِّوَاكِ » رواه ابن ماجه . فعلى هـذه الأشياء تـكون الْجُمعةُ عِيداً ، وَلأَنَّهُ يَوْمٌ يَجْتَمِعُ النَّاسُ فِيهِ للصَّلاَةِ ، فَاسْتُحِبّ الْغُسْلُ فِيهِ ، كَيَوْمِ الْجُمُعةِ ، وَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى الْوُضُوءِ أَجْزَأَهُ لأنَّه إذَا لم يَجِب الْغُسْلُ لِلْجُمُعةِ مَعَ الأمْرِ بِهِ فيها فَغَيْرُهَا أَوْلَى .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يتنظَّفَ ، ويلبس أحسن ما يجد ويتطيّب ، ويتسوّك ، كما ذكرنا فى الجمعة ، لما ذكرنا من الحديث . وقال عبد الله بن عمر « وَجَدَ عُمَرُ حُلَّةً مِنْ إِسْتَبْرَقٍ فى السُّوقِ فَأَخَذَهَا فَأَتَى بِهَا النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقـال : يَارَسُولَ اللهِ ، ابْتَعْ هَـذِهِ تَتَجَمَّلْ بِهَا فى الْعِيدَيْنِ وَالْوَفْدِ[1] ، فقـال النبيُّ ﷺ : إِنَّما هَذِهِ لِبَاسُ مَنْ لاَخَلاَقَ لَهُمْ » متفق عليه .

وهذا يَدُلُّ على أَنَّ التجمّل عندهم فى هذه المواضع كان مشهوراً . ورَوى ابن الأحمر فى العيدين والجمعة بإسناده ، عن ابن عباس قال : « كَانَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَلْبَسُ فى العِيدَيْنِ بُرْدَ حِبَرَةٍ »[2] وبإسناده عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « مَا عَلَى أَحَدِكُمْ أَنْ يَكُونَ لَهُ ثَوْبَانِ سِوَى ثَوْبَىْ مِهْنَتِهِ وَعِيدِهِ » . وقال مالك : سمعتُ أهل العلم يستحبُّون الطيب ، والزينة ، فى كل عيد ، والإمام بذلك أحقّ ، لأنه المنظور إليه من بينهم ، إلاَّ أنَّ المعتـكف يُستحبُّ له الخروج فى ثياب اعتكافه ، ليبقى عليه أثر العبادة والنسك . وقال أحمـد فى رواية المروزىّ : طاوس كان يأمر بزينة الثياب . وعطاء قال : هو يوم التخشّع ، واستحسنهما جميعاً ، وذكر استحباب خروجه فى ثياب اعتكافه فى غير هذا الموضع .

---

(١) والوفد : أى عند مقابلة وفود العرب التى تأتى إلى النبى صلى الله عليه وسلم .

(٢) برد حبرة : هو من برود اليمن ، وهى ثياب مخططة جميلة معدودة من أفخر الثياب عند العرب .

فصـــــل

ووقت الغسل بعـد طلوع الفجر فى ظاهر كلام الخِرَقىّ ، لقوله : « فإذَا أَصْبَحُوا تَطَهَّرُوا » . قال القاضى والآمدىّ : إن اغتسل قبل الفجر لم يُصب سنَّةَ الاغتسال ، لأنه غُسل الصلاة فى اليوم ، فلم يُجز قبل الفجر ، كغُسل الجمعة . وقال ابن عقيل : المنصوص عن أحمد أنه قبل الفجر وبعده ، لأن زمن العيد أضيق من وقت الجمعـة ، فلو وُقف على الفجر ربَّما فات ، ولأن المقصود منه التنظيف ، وذلك يحصُل بالغُسل فى الليل ، لقربه من الصلاة ، والأفضل أن يكون بعد الفجر ، ليخرج من الخلاف ، ويكون أبلغ فى النظافة ، لقربه من الصلاة . وقول الخِرَقىّ : تطهَّروا لم يخُصّ به الغُسل ، بل هو ظاهر فى الوضوء ، وهو غير مختصّ بما بعد الفجر .

« مسألة » قال ﴿ وَأَكَلُوا إِنْ كَانَ فِطْراً ﴾ .

السنّة أن يأكل فى الفطر قبل الصلاة ، ولا يأكل فى الأضحى حتَّى يُصَلِّى ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : علىّ ، وابن عباس ، ومالك ، والشافعىّ ، وغيرهم ، لا نعلم فيه خلافاً . قال أنس « كان النبىّ ﷺ لا يَغْدُو يَوْمَ الفِطْرِ حَتَّى يَأْكُلَ تَمَرَاتٍ » رواه البخارىّ ، وفى رواية استشهد بها « يأكلهُنَّ وِتْراً » .

ورُوِى عن بُرَيْدَةَ قال : « كَانَ النبىُّ ﷺ لا يَخْرُجُ يَوْمَ الفِطْرِ حَتَّى يُفْطِرَ ، ولاَ يَطْعَمُ يَوْمَ الأضْحَى حَتَّى يُصَلِّىَ » رواه الأثرم ، والترمذىّ . ولفظ رواية الأثرم : « حَتَّى يُضَحِّى » ولأن يوم الفطر يوم حرُم فيه الصيام عقيب وجوبه ، فاستُحِبّ تعجيل الفطر ، لإظهار المبادرة إلى طاعة الله تعالى : وامتثال أمره فى الفطر على خلاف العادة ، والأضحى بخلافـه ، ولأن فى الأضحى شُرِعَ الأُضْحِيّة ، والأكلُ منها ، فاستُحِبَّ أن يكون فِطْرُهُ على شىء منها . قال أحمـد : والأَضْحَى لا يأكلُ فيه حتَّى يرجع ، إذا كان له ذَبْحٌ ، لأن النبىَّ ﷺ أكل من ذبيحته ، وإذا لم يكن له ذبح لم يُبالِ أن يأكلَ .

فصـــــل

والمستحَبُّ أن يُفطر على التمـر ، لأنَّ النبىّ ﷺ كان يُفطر عليـه ، ويأكلُهُنّ وتراً ، لقول أنس « وَيَأْكُلُهُنَّ وِتْراً » ولأن الله تعالى وِتْرٌ يُحِبُّ الوتر ، ولأن الصائم يُستَحَبُّ له الفطر كذلك[1] .

« مسألة » قال « ثم غدَوا إلى المصلَّى مُظهِرِينَ للتـكبير » .

السُّنَّة أن يُصَلَّى ، العيدُ فى المُصَلَّى ، أمر بذلك علىّ رضى الله عنه ، واستحسنه الأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى ، وهو قول ابن المنذر . وحكى عن الشافعىّ : إن كان مسجد البلد واسعاً ، فالصلاة فيـه أولى ، لأنه خيرُ البقاع ، وأطهرها ، ولذلك يُصلى أهلُ مكة فى المسجد الحرام .

---

(١) يعنى : يستحب له الفطر على التمر ، وأن يكون العدد المأكول منه عند الإفطار عليه وتراً .

ولنا : أن النبي ﷺ كان يخرُج إلى المُصَلَّى ، ويدعُ مسجده ، وكذلك الخلفاء بعـده ، ولا يترك النبيُّ صلى اللهُ عليـه وسلم الأفضلَ مع قربه ، ويتـكلف فعلَ الناقص مع بُعده ، ولا يَشْرَعُ لأمّته تركَ الفضائل ، ولأننا قد أُمِرنا باتباع النبيّ والاقتداء به ، ولا يجوز أن يكون المأمور به هو الناقص ، والمنهيّ عنه هو الـكامل . ولم يُنقل عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه صلّى العيـد بمسجده إلا من عُذْرٍ . ولأن هذا إجماع المسلمين ، فإنّ الناس في كل عصر ، ومصر ، يخرجون إلى المُصَلَّى فيصلُّون العيد في المصلَّى ، مع سعة المسجد وضيقه ، وكان النبيّ ﷺ يُصلّى في المصلَّى مع شرف مسجده ، وصلاة النفل في البيت أفضلُ منها في المسجد مع شرفه ، وروينا عن عليّ رضى الله عنه « أنه قيل له : قد اجتمع في المسجد ضعفاء الناس وعُميانهم ، فلو صلّيت بهم في المسجد ، فقال : أُخالِفُ السُّنَّة إذاً ، ولـكن نخرُج إلى المصلَّى ، وأسْتَخْلِفُ مَنْ يُصَلِّى بهم في المسجدأَرْبعاً » .

فصـــل

ويُستحبُّ للإمام إذا خرج أن يُخَلّف من يصلِّى بضَعَفة الناس في المسجد ، كما فعـل عليّ رضى الله عنه ، فرَوى هُذَيل بنُ شُرَحْبيلَ . قال « قِيلَ لِعَلِيٍّ رضىَ اللهُ عنه : لَوْ أَمَرْتَ رَجُلاً يُصَلِّى بضَعَفَةِ النَّاسِ هَوْناً فِي المَسْجِدِ الأكبر؟ قال : إن أَمَرْتُ رَجُلاً يُصَلى أَمَرْتُه أنْ يُصَلِّىَ لَهُمْ أرْبعاً » رواه سعيد ، ورُوى أنه استخلف أبا مسعود ، فصلّى بهم في المسجد .

فصـــل

وإن كان عـذرٌ يمنـع الخروج من مطر ، أو خوف ، أو غـيره ، صلّوا في الجامع . كما روى أبو هريرة أنه أصابهم مطر في يوم عيد ، فصَلَّى بهمُ النبيُّ صلى الله عليه وسـلم صَلاَةَ العيدِ في المسجد » رواه أبو داود ، وابن ماجه .

فصـــل

يُستحبُّ التبـكير إلى العيد بعد صلاة الصبح ، إلاّ الإمامَ ، فإنّه يتـأخّر إلى وقت الصلاة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل كذلك . قال أبو سعيد « كان النبيُّ ﷺ يَخْرُجُ يَوْمَ الفِطْرِ وَالأَضْحى إلى المُصَلَّى ، فأوّلُ شَىْءٍ يَبْدَأُ بِهِ الصَّلاَةُ » رواه مسـلم . ولأن الإمام يُنْتَظَر ، ولا يَنْتَظِر . ولو جاء إلى المُصَلَّى وقعد في مـكان مستتر عن النـاس ، فلا بأس . قال مالك : مضت السنّة أن يخرج الإمام من منزله قدر مايبلغ مُصَلّاه ، وقد حلّت الصلاة ، فأما غيرُه فيُستحبّ له التبـكير ، والدنوّ من الإمام ،

ليحصُل له أجر التبـكير ، وانتظار الصلاة ، والدنوّ من الإمام ، من غير تخطِّي رقاب الناس ، ولا أذَى أحدٍ . قال عطاء بن السائب : كان عبد الرحمن بن أبي ليـلى ، وعبـد الله بن مَعْقِل يُصَلّيان الفجر يوم العيد ، وعليهما ثيابُهما ، ثم يتدافعان إلى الجبَّانَةِ ، أحَدهما يـكبّر والآخرُ يُهلّل . ورُوى عن ابن عمر « أنه كان لايَخرج حتى تخرجَ الشمس » .

فصـــــل

ويستحب أن يخرج إلى العيد ماشياً ، وعليه السكينة والوقار ، كما ذكرنا في الجمعة . وممّن استحَبَّ المشيَ عمر بن عبد العزيز ، والنخعيّ ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وغيرهم . لما رُوى أن النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يركب في عيد ، ولاجنازة . ورَوى ابن عمر « أنّ النبيّ ﷺ كَانَ يَخْرجُ إِلَى العيدِ مَاشِياً » رواه ابن ماجه . وقال عليّ رضي الله عنه « مِنَ السنّة أنْ يأتِيَ العيدَ مَاشِياً » رواه الترمذيّ ، وقال : حديث حسن . وإن كان له عذر ، وكان مكانه بعيداً فركب فلا بأس ، قال أحمد رحمـه الله: نحن نمشي ومكاننا قريب ، وإن بَعُد ذلك عليه فلا بأس أن يركب . قال : حدّثنا سعيد ، حدّثنا الوليد بن مسلم ، عن عبد الله بن العلاء بن زبير ، « أنّه سَمِعَ عُمَرَ بنَ عَبْدِ العَزِيزِ على المِنْبرِ يَوْمَ الجمعةِ يقول : إنّ الفِطْرَ غَداً فامْشُوا إِلَى مُصَلاَّكُمْ ، فإنّ ذَلِكَ كَانَ يُفْعَـلُ ، ومَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ القُرى فلْيَرْكَبْ ، فإذا جاء المَدِينَةَ فلْيَمْشِ إلى المُصلّى» .

فصـــــل

ويـكبّر في طريق العيد ، ويرفع صوته بالتـكبير ، وهو معنى قول الخِرَقيّ : مُظهرين للتـكبير . قال أحمد : يـكبّر جهراً إذا خرج من بيته حتى يأتي المُصَلَّى . رُوى ذلك عن عليّ ، وابن عمر ، وأبي أمامة ، وأبي رُهْم ، وناسٍ من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وأبان بن عثمان ، وأبي بكر بن محمد . وفعله النخعيّ ، وسعيد بن جُبَيْر ، وعبد الرحمن بن أبي ليلى . وبه قال الحـكم ، وحمّـاد ، ومالك ، وإسحـاق ، وأبو ثور ، وابن المنـذر . وقال أبو حنيفة : يُـكبّر يوم الأضحى ، ولا يـكبّر يوم الفطر ، لأن ابن عبّاس سمع التـكبير يوم الفطر فقال : مَاشَأْنُ النّـاسِ؟ فقيل : يـكبّرون ، فقال : أَمَجَانِينُ النّـاسُ ؟ وقال إبراهيم : إِنمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ الحَوّاكُونَ (1) .

---

(1) الحواكون : المراد بهم هنا السوقة الذين لايفقهون معنى الخشوع في العبادة والذكر ، فيرفعون أصواتهم بطريقة منكرة يأباها العباد الخاشعون . فإنكار ابن عباس رضي الله عنه للتكبير لم يكن إنكاراً لأصله وإنما إنكار لما صاحبه مما ينفر منه . ويبعده عن مظاهر العبادة ، ولا يمكن أن ينكر ابن عباس أصل التكبير ، فهو ثابت .

ولنا : أنه فعلُ من ذكرنا من الصحابة رضى الله عنهم ، وقولهُم . قال نافع : كان ابن عمر يكبّر يوم العيد فى الأضحى والفطر ، ويكبّر ويرفع صوته . وقال أبو جميلة : رأيت علياً رضى الله عنه خرج يوم العيد فلم يزل يكبّر حتى انتهى إلى الجبّانة ، فأما ابن عباس فكان يقول : يكبّرون مع الإمام ، ولا يكبّرون وحدهم ، وهذا خلاف مذهبهم . وإذا ثبت هذا ، فإنّه يكبّر حتى يأتى المُصَلّى ، لما ذكرنا عن علىّ رضى الله عنه وغيره . قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله فى الجهر بالتكبير : حتى يأتى المُصَلّى ، أو حتّى يخرج الإمام ؟ قال : حتى يأتىَ المُصَلّى . وقال القاضى : فيه رواية أخرى حتى يخرج الإمام .

فصـــل

ولا بأس بخروج النساء يوم العيد إلى المُصَلّى . وقال ابن حامد : يُستَحبّ ذلك . وقد رُوى عن أبى بكر وعلىّ رضى الله عنهما أنّهما قالا : « حقٌّ على كلِّ ذَاتِ نِطاقٍ أَنْ تَخْرُجَ إلى العيدَيْنِ » ، وكان ابن عمر يُخْرِج من استطاع من أهله فى العيدين . وروت أم عطيّة قالت « أَمَرَنَا رَسُول الله صلى اللهُ عليه وسلم أنْ نُخْرِجَهُنّ فى الفِطْرِ والأَضْحَى : العواتق ، وذواتُ الخُدُورِ . فأما الحيّض فيعتزلن الصلاة ، ويشهدْن الخيْرَ ، ودَعوةَ المُسلمين ، قلت : يارسول الله : إحدانا لا يكون لها جلباب ؟ قال : لتُلْبِسْهَا أُختُهَا مِنْ جِلبَابِها » متفق عليه . وهذا لفظ رواية مسلم . ولفظ رواية البخارىّ . قالت : « كنَّا نُؤْمَرُ أَنْ نَخْرُجَ يومَ العيدِ حَتَّى تَخْرُجَ البِكْرُ مِنْ خِدْرِهَا ، وحَتّى يَخْرُجَ الْحُيَّضُ فيَكُنّ خَلفَ النَّاسِ فيُكَبِّرْنَ بتَكبيرِهم ، ويَدْعُونَ بدُعَائِهِمْ ، يَرْجُونَ بَرَكَةَ ذَلِكَ الْيَوْمِ وطُهْرَتَهُ » . وعن أمّ عطية « أن رَسُول الله صلى الله عليه وسلم جَمع نِسَاءَ الأَنْصارِ فى بَيْتٍ فَأَرْسَلَ إلينا عمرَ ابن الخطاب ، فقام على الباب فسلّم ، فرددنا عليه ، فقال : أنا رَسُولُ رَسُولِ الله صلى اللهُ عليه وسلم إليكُنّ ، وأمرَنَا بالعيدين ، أن نُخْرِجَ فيهما الحيّض ، والعُتُقَ [1] ، ولا جُمُعَةَ عَلَيْنَا ونَهانَا عن اتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ » رواه أبو داود . وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد : أن ذلك جائز غير مستحبّ ، وكرهه النخعىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، وقالا : لا نَعرف خروج المرأة فى العيدين عندنا ، وكرهه سفيان ، وابن المبارك ـ ورخّص أهلُ الرأى للمرأة الكبيرة ، وكرهوه للشابّة ، لما فى خروجهنّ من الفتنة . وقول

---

(١) العتق : جمع عاتق ، وهى المرأة أول ما أدركت أو التى لم تتزوج ، أو التى بين الإدراك والتعنيس ، والمراد غير المتزوجات .

عائشة رضى الله عنها : لَوْ رَأَى رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم مَا أَحْدَثَ النِّسَاءُ لَمَنَعَهُنَّ الْمَسَاجِدَ ، كما مُنِعَتْ نِسَاءُ بَنِي إِسْرَائِيلَ ؛ وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تُتبع . وقول عائشة مختص بمن أحدثت دون غيرها . ولا شك بأن تلك يُكره لهـا الخروج ، وإنمـا يستحب لهن الخروج غيرَ مُتَطَيِّبَاتٍ ، ولا يلبسْنَ ثَوْبَ شُهْرَةٍ ، ولا زِينَةٍ ، ويخرجْنَ فى ثياب البِذْلَة ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ولْيَخْرُجْنَ تَفِلَاتٍ[1] » ولا يُخَالِطْنَ الرِّجَالَ بَلْ يَكُنَّ نَاحِيَةً مِنْهُمْ» .

« مسألة » قال ﴿ فإذا حلّت الصلاة تقدّم الإمام فصلّى بهم ركعتين ﴾ .

لاخلاف بين أهل العلم فى أن صلاة العيد مع الإمام ركعتان ، وفيما تواتر عن النبي ﷺ أنه صلّى العيد ركعتين ، وفعله الأئمة بعده إلى عصرنا ، لم نعلم أحداً فعلَ غير ذلك ، ولا خالف فيه . وقد قال عمر رضى الله عنه : « صلاةُ العيد ركعتان تمامٌ غيرُ قَصْرٍ[2] ، على لسـان نَبِيِّكم ﷺ ، وقَدْ خَابَ مَنِ افْتَرَى» . وقوله : حلّت الصلاة ، يحتمل معنيين : أحدهما : أن معناه إذا دَخَل وقتهـا ، والصلاة هاهنا صلاة العيد ، وحلّت من الحلول كقولهم ، حلّ الدَّيْنُ : إذا جاء أجلُه ، والثانى : معناه إذا أبيحت الصـلاة ، يعنى النافلة . ومعناه إذا خرج وقت النهى ، وهو إذا ارتفعت الشمس قِيدَ رُمْحٍ[3] ، وحلّت من الحِلّ وهو الإباحة ، كقول الله تعالى (٧ : ١٥٦ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ) وهذا المعنى أحسن ، لأن فيه تفسيراً لوقتها ، وتعريفاً له بالوقت الذى عرف فى مكان آخر ، وعلى القول الأول ليس فيه بيـان لوقتها ، فعلى هذا يـكون وقتها من حين ترتفع الشمس قِيدَ رُمْح ، إلى أن يقوم قائم الظهيرة ، وذلك مابين وقتى النهى عن صلاة النافلة . وقال أصحاب الشافعى : أول وقتها إذا طلعت الشمس ، لمـا رَوى يزيدُ بن خُمَيْر قال : « خَرَجَ عَبْدُ اللهِ بْنُ بُسْرٍ صاحب رسول الله صلى الله عليه وسـلم فِي يَوْمِ عِيدِ فِطْرٍ أَوْ أَضْحَى فَأَنْكَرَ إِبْطَاءَ الإِمَامِ ، وقال : إِنَّا كُنَّا قَدْ فَرَغْنَا سَاعَتَنَا هَذِهِ ، وَذَلِكَ حِينَ صَلَاةِ التَّسْبِيحِ[4] » رواه أبو داود وابن ماجه .

---

(١) تفلات : التفل الوسخ والقذر وليس المراد أن يخرجن قذرات فى يوم العيد بل المراد أن يخرجن غير متزينات زينة تلفت النظر وتدعو إلى افتتان الرجال بهن .

(٢) أى إنها فرضت من أول الأمر ركعتان ، ولم تكن أربعاً ثم قصرت .

(٣) قيدَ رمح : قدر رمح ، والرمح معروف ، وهو خشبة فى آخرها سلاح ، كالسونكى ، الذى مع الجيش المصرى وغيره .

(٤) الرواية ، حين التسبيح .

ولنا : ماروى عُقبة بن عامر قال : ثَلَاثُ سَاعَاتٍ كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَنْهَانَا أَنْ نُصَلِّي فِيهِنَّ ، وَأَنْ نَقْبُرَ فِيهِنَّ مَوْتَانَا — حِينَ تَطْلُعُ الشَّمْسُ بَازِغَةً حَتَّى تَرْتَفِعَ ، ولأنه وقت نهى عن الصلاة فيه ، فلم يكن وقتاً للعيد ، كقبل طلوع الشمس . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم ومَنْ بعده لم يصلُّوا حتى ارتفعت الشمس ، بدليل الإجماع على أن الأفضل فعلُها فى ذلك الوقت ، ولم يكن النبى ﷺ يفعلُ إلاَّ الأفضل ، والأولى ، ولو كان لها وقت قبل ذلك لكان تقييده بطلوع الشمس تحكّماً بغير نصّ ، ولا معنى نصّ ، ولا يجوز التوقيت بالتحكّم .

وأما حديث عبد الله بن بُسْر فإنّه أنكر إبطاء الإمام عن وقتها الْمُجْمَعِ عليه ، فإنّه لو حُمل على غير هذا لم يكن ذلك إبطاء ، ولا جاز إنكارُه ، ولا يجوز أن يُحمل ذلك على أن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يفعلُ ذلك فى وقت النهى ، لأنه مكروه بالاتفاق ، على أن الأفضل خلافُه ، ولم يكن النبىّ ﷺ ليداوم على المكروه ، ولا المفضول ، ولو كان يداوم على الصلاة فيه لوجب أن يكون هو الأفضل ، والأولى ، فتعيّن حملهُ على ما ذكرنا .

فصل

ويُسنُّ تقديم الأضحى ليتّسع وقتُ التضحية ، وتأخير الفطر ليتّسع وقتُ إخراج صدقة الفطر ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، ولا أعلم فيه خلافاً . وقد رُوى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم كتب إلى عمرو بن حزم « أَنْ أَخِّرْ صَلَاةَ الفِطْرِ ، وَعَجِّلْ صَلَاةَ الأَضْحَى »[1] ولأن لكلّ عيدٍ وظيفةً . فوظيفَةُ الفِطر إخراج الفِطرة ، ووقتُها قبل الصلاة ، وَوَظِيفَةُ الأضحى التضحية ، ووقتها بعد الصلاة ، وفى تأخير الفطر ، وتقديم الأضحى توسيع لوظيفة كلّ منهما .

« مسألة » قال ﴿ بلا أذان ولا إقامة ﴾ .

ولا نعلم فى هذا خلافاً ممّن يُعتدّ بخلافه : إلا أنه رُوى عن ابن الزبير أنه أذَّن وأقام ، وقيل أولُ من أذَّن فى العيد ابنُ زياد ، وهذا دليل على انعقاد الإجماع قبله على أنه لا يُسنّ لها أذان ، ولا إقامة . وبه يقول مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يُصلِّى العيد بلا أذان ، ولا إقامة . فروى ابن عباس « أَنَّ النبيَّ ﷺ صَلَّى الْعِيدَيْنِ بِغَيْرِ أَذَانٍ وَلاَ إِقَامَةٍ » وعن جابر مثلُه ، متفق عليهما . وقال جابر بن سَمُرة « صَلَّيْتُ مَعَ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم العِيدَ غَيْرَ مَرَّةٍ وَلاَ مَرَّتَيْنِ بِلاَ أَذَانٍ وَلاَ إِقَامَةٍ » رواه مسلم . وعن عطاء قال : « أَخْبَرَنِي جَابِرٌ

(١) رواه الشافعى من طريق شيخه إبراهيم بن محمد ، وهو ضعيف .

أَنْ لاَ أَذَانَ يَوْمَ الْفِطْرِ حِينَ يَخْرُجُ الْإِمَامُ ، وَلاَ بَعْدَ مَايَخْرُجُ الْإِمَامُ ، وَلاَ إِقَامَةَ ، وَلاَ نِدَاء ، وَلاَ شَيْء ، وَلا نِدَاءَ يَوْمَئِذٍ ، ولا إِقَامَةَ » رواه مسلم . وقال بعض أصحابنا : يُنَادَى لهـا : الصلاةُ جامِعَةٌ ، وهو قول الشافعيّ . وسنَّةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أحَقّ أن تُتَّبع[1]

« مسألة » قال ﴿ ويقرأ فى كلّ ركعة منها بالحمد لله ، وسورة ، ويجهر بالقراءة ﴾ .

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى أنه يُشرع قراءة الفاتحة ، وسورة فى كلّ ركعة من صلاة العيد ، وأنه يُسنّ الجهر ، إلاَّ أَنَّهُ رُوى عن عليّ رضى الله عنه : أنه كان إذا قرأ فى العيدين أَسْمَعَ من يَلِيهِ ، ولم يَجْهَرْ ذَلِكَ الْجَهْرَ . وقال ابن المنذر : أكثرُ أهل العلم يرون الجهر بالقراءة ، وفى إخبار من أخبر بقراءة النبيّ ﷺ دليلٌ على أنه كان يجهر ، ولأنها صلاةُ عيدٍ ، فأشبهت الجُمُعة .

ويُستحبُّ أن يقرأ فى الأولى بِسَبِّح ، والثانية بالغَاشِيَةِ ، نصّ عليه أحمد . لأن النعمان بنَ بَشِيرٍ قال : « كَانَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَقْرَأُ فى الْعِيدَيْنِ وَفِى الْجُمُعَةِ (بِسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى) و (هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ) وَرُبَّمَا اجْتَمَعَا فى يَوْمٍ وَاحِدٍ ، فَقَرَأَ بِهِمَا » رواه مسلم . وقال الشافعيّ يقرأ (بِقٓ) (واقْتَرَبَتْ السَّاعَةُ) لما رُوى أن عمر سأل أبا واقدٍ الليثيّ « مَاذَا كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَقْرَأُ بِهِ فى الْفِطْرِ وَالْأَضْحَى ؟ فقال : كان يَقْرَأُ (بِقٓ ، والقرْآنِ المَجِيدِ) و (اقْتَرَبَتِ السَّاعَةُ وَانْشَقَّ الْقَمَرُ) » رواه مسلم . وقال أبو حنيفة : ليس فيه شيء يُوقّت[2] . وكان ابن مسعود يقرأ بالفاتحة وسورة من المفصّل ، ومهما قرأ به أجزأه ، وكان حَسَناً ، إلاَّ أن الأوّل أحسن ، لأن عمر رضى الله عنه عَمِل به ، وكان ذلك مذهبَه ، ولأن فى (سَبِّح) الحثّ على الصلاة ، وزكاة الفطر ، على ماقاله سعيدُ بن المسيّب ، وعمر بن عبد العزيز فى تفسير قوله تعالى (٨٧ : ١٤ قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى) فاختصَّت الفضيلة بهـا ، كاختصاص الجمعة بسورتها .

فصـــــل

وتكون القراءة بعد التكبير فى الركعتين ، نصَّ عليه أحمد . ورُوى ذلك عن أبى هريرة ، وفقهاء المدينة السبعة ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهرىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، والليث . وقد رُوى عن أحمد أنه يُوالى بين القراءتين ، ومعناه أن يكبّر فى الأولى قبل القراءة ، وفى الثانية بعدها ، اختارها أبو بكر .

---

(١) يفهم من قول الشارح ، وسنة رسول الله أحق أن تتبع . أن الشافعى ، قال : ينادى بالصلاة جامعة للعيد من عند نفسه ، ولم يروه عن النبى صلى الله عليه وسلم . ولكن روى عن الزهرى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأمر المؤذن فينادى للعيد : الصلاة جامعة .

(٢) يوقت : يحدد ويخصص من السور التى يقرأ بها .

ورَوى ذلك عن ابن مسعود ، وحُذَيفة ، وأبي موسى ، وأبي مسعود البدريّ ، والحسن ، وابن سيرين ، والثوريّ ، وهو قول أصحاب الرأي . لما رُوى عن أبي موسى قال « كانَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يُكَبِّرُ تَكْبِيرَةَ عَلَى الجَنَازَةِ وَيُوَالِي بَيْنَ القِرَاءَتَيْنِ » رواه أبو داود . ورَوى أبو عائشة جليسٌ لأبي هريرة « أنَّ سَعِيدَ بْنَ العَاصِ سَأَلَ أَبَا مُوسَى وَحُذَيْفَةَ : كَيْفَ كانَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يُكَبِّر في الأضحى ، والفطر ؟ فقال أبو موسى : كان يكبِّر أربعاً ، تكبيرَه على الجنازة ، فقال حُذَيفة : صَدَق » .

ولنا : مارَوى كثير بن عبد الله ، عن أبيه عن جدِّه « أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كَبَّر في العيدَيْنِ في الأُولَى سَبْعاً قَبْلَ القِرَاءَةِ ، وفي الثَّانيةِ خَمْساً قَبْلَ القِرَاءَةِ » رواه الأثرم ، وابن ماجَه ، والترمذيّ وقال : هو حديث حسن ، وهو أحسن حديث في الباب . وعن عائشة « أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كانَ يُكَبِّرُ في العِيدَيْنِ سَبْعاً ، وخَمْساً قَبْلَ القِراءة » رواه أحمد في المسند . وعن عبد الله بن عمرو قال : « قالَ النبيّ صلى الله عليه وسلم : التَّكْبِيرُ في الفِطْرِ سَبْعٌ في الأُولَى ، وخَمْسٌ في الأَخِيرَةِ ، والقِرَاءَةُ بَعْدَهُما كِلَيْهِما » رواه أبو داود ، والأثرم . ورواه ابن ماجه ، عن سعدٍ مؤذِّن النبيّ ﷺ مثلَ ذلكَ . وحديث أبي موسى ضعيف . قاله الخطَّابيّ : وليس في رواية أبي داود أنَّه والَى بين القراءتين ، ثم نحمله على أنَّه والى بين الفاتحة والسورة ، لأن قراءة الركعتين ، لا يمكن الموالاة بينهما ، لما بينهما من الركوع والسجود .

« مسألة » قال ﴿ ويكبِّر في الأولى سبعَ تكبيرات ، منها تكبيرة الافتتاح ﴾ .

قال أبو عبد الله : يُكبِّر في الأولى سبعاً مع تكبيرة الإحرام ولا يُعتدّ بتكبيرة الركوع ، لأن بينهما قراءة . ويكبِّر في الركعة الثانية خمس تكبيراتٍ ولا يُعتدّ بتكبيرة النُّهوض ، ثم يقرأ في الثانية ، ثم يكبِّر ، ويركع . ورُوى ذلك عن فقهاء المدينة السبعة ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهريّ ، ومالك ، والمزنيّ .

وروى عن أبي هريرة ، وأبي سعيد الخُدْريّ ، وابن عبَّاس ، وابن عمر ، ويحيى الأنصاريّ ، قالوا : يُكبِّر في الأولى سبعاً : وفي الثانية خمساً . وبه قال الأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، إلاَّ أنهم قالوا : يُكبِّر سبعاً في الأولى سوى تكبيرة الافتتاح ، لقول عائشة « كانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يُكَبِّرُ في العِيدَيْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ تَكْبِيرَةً سِوَى تَكْبِيرَةِ الافْتِتَاحِ » . ورُوى عن ابن عبَّاس ، وأنس ، والمغيرة بن شُعبة وسعيد بن المسيّب ، والنخعيّ « يُكبِّر سبعاً ، سبعاً » وقال أبو حنيفة ، والثوريّ : في الأولى والثانية ، ثلاثاً ، ثلاثاً . واحتجُّوا بحديثي أبي موسى اللذين ذكرناهما .

ولنا : أحاديث كثير ، وعبد الله بن عمرو ، وعائشة التي قدّمناها . قال ابن عبد البّر : قد رُوى

عن النبي صلى اللهُ عليه وسـلم مِنْ طرق كثيرة حِسَانٍ « أنّه كَبَّرَ فِي العِيدِ سَبْعاً فى الأُولَى . وَخَمْساً فى الثَّانِيَةِ » من حديث عبد الله بن عمرو ، وابن عمر ، وجابر ، وعائشة ، وأبى واقد ، وعمرو بن عوف المزنى[1] . ولم يرو عنه من وجه قوىّ ولا ضعيف خلافُ هذا ، وهو أولى ما عُمِل به . وحديث عائشة المعروف عنها : « أنّ رَسُول الله ﷺ كَبَّرَ فِي الفِطْرِ وَالأَضْحَى سَبْعاً وَخَمْساً سِوَى تَكْبِيرَتَيِ الرُّكُوعِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . وحديث أبى موسى ضعيف ، يرويه أبو عائشةَ جليس لأبى هريرة ، وهو غير معروف .

« مسألة » قال ﴿ ويرفع يديه مع كل تكبيرة ﴾ .

وجملته : أنه يستحبّ أن يرفع يديه فى حال تكبيره ، حسب رفعهما مع تكبيرة الإحرام ، وبه قال عطاء ، والأوزاعىّ ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقال مالك ، والثورىّ : لا يرفعهما فيما عدا تكبيرة الإحرام ، لأنها تكبيراتٌ فى أثناء الصلاة فأشبهت تكبيراتِ السجود .

ولنا : ما رُوى أن النبىّ ﷺ كان يرفعُ يَدَيْهِ مع التكبير . قال أحمد : أمّا أنا فأرَى أنّ هذا الحديث يدخُل فيه هذا كلُّه . ورُوى عن عمر « أنّه كَانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ فِي كُلِّ تَكْبِيرَةٍ ، وفى العِيدِ » رواه الأثرم ، ولا يُعرف له مخالف فى الصحابة ، ولا يُشبه هذا تكبيرَ السجود ، لأن هـذه يقع طرفاها فى حال القيام ، فهى بمنزلة تكبيرة الافتتاح .

« مسألة » قال ﴿ ويستفتح فى أولها ويحمد الله ، ويُثنى عليـه ، ويُصلِّى على النبى ﷺ بين كل تكبيرتين ، وإن أحبّ قال : الله أكبرُ كبيراً ، والحمد لله كثيراً ، وسبحان الله بُكرةً وأصيلاً ، وصلّى اللهُ على محمد النبىّ الأمىّ ، وعليه السلام . وإن أحبّ قال غير ذلك ، ويكبّر فى الثانية خمسَ تكبيراتٍ سِوَى التكبيرة التى يقوم بها من السجود ، ويرفع يديه مع كلّ تكبيرة ﴾ .

قوله : يستفتح . يعنى يدعو بدعاء الاستفتاح ، عقيب التكبيرة الأولى ، ثم يكبّر تكبيرات العيد ، ثم يتعوّذ ، ثم يقرأ . وهذا مذهب الشافعىّ . وعن أحمد رواية أخرى : أنّ الاستفتاح بعد التكبيرات اختارها الخلاّل ، وصاحبه ، وهو قول الأوزاعىّ ، لأن الاستفتاح تليـه الاستعاذة ، وهى قبل القراءة . وقال أبو يوسف : يتعوّذ قبل التكبير ، لئلا يفصل بين الاستفتاح والاستعاذة .

ولنا : أن الاستفتاح شُرع ليُستفتح به الصلاة ، فكان فى أوّلها كسائر الصلوات ، والاستعاذةُ شُرعت للقراءة ، فهى تابعة لها ، فتكون عند الابتداء بها ، لقول الله تعالى (١٦ : ٩٨ فإِذَا قَرَأْتَ

---

(١) عمرو بن عوف المزنى : هو جد كثير بن عبد الله ، روى تكبير النبى صلى الله عليه وسلم فى العيدين سبعاً فى الأولى وخمساً فى الثانية .

القُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) . وقد رَوى أبو سعيد « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم كَانَ يَتَعَوَّذُ قَبْـلَ القِرَاءةِ » وإنمـا جمع بينهما فى سائر الصلوات ، لأن القراءة تلى الاستفتاح من غير فاصل ، فلزم أن يليه مايـكون فى أوّلهـا ، بخلاف مسألتنا ، وأيًّا مافعـل كان جائزاً . وإذا فرغ من الاستفتاح حَمِدَ الله ، وأثنى عليـه ، وصلّى على النبيّ صلى الله عليه وسـلم ، ثم فعل هـذا بين كل تـكبيرتين . فإن قال ماذكره الخِرَقِىّ فحسن ، لأنه يجمع ماذكرناه . وإن قال غيره ، نحو أن يقول : سُبْحَانَ اللهِ وَالْحَمْدُ لِلّهِ وَلَا إِله إِلاّ اللهُ واللهُ أَكْبَرُ ، أو ماشاء من الذكر ـ فجائز . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعىّ : يُـكبّر متواليـاً ، لاذكر بينه ، لأنه لوكان بينه ذكر مشروع لنُقل كما نُقل التـكبير ، ولأنه ذكر من جنس مسنون ، فـكان متواليًا ، كالتسبيح فى الركوع والسجود .

ولنـا : مارَوى علقمةُ : أنّ عبد الله بن مسعود ، وأبا موسى ، وحُذَيفة ، خرج عليهم الوليدُ بن عقبة قبل العيد يوماً ، فقال لهم : إنّ هذا العيدَ قد دنا ، فـكيف التـكبيرُ فيه ؟ فقال عبدُ الله : تبدأ فتـكبّر تـكبيرةً ، تفتتح بها الصلاة ، وتحمَدُ ربّكَ ، وتصلّى على النبيّ صلى الله عليه وسلم ، ثم تدعو ، وتـكبّر ، وتفعل مثل ذلك ، ثم تدعو ، وتـكبِّر ، وتفعل مثل ذلك ، تدعو ، وتـكبِّر ، وتفعل مثل ذلك ، ثم تدعو ، وتـكبِّر ، وتفعل مثلَ ذلك ، ثم تدعو ، وتـكبِّر ، وتفعل مثل ذلك ، ثم تقرأ ، ثم تـكبّر ، وتركع ، ثم تقوم ، فتقرأ ، وتحمَدُ رَبّك ، وتُصلّى على النبىّ ﷺ ، ثم تدعو ، وتـكبِّر ، وتفعل مثل ذلك ، ثم تـكبِّر ، وتفعل مثل ذلك ، ثم تـكبّر وتفعل مثل ذلك ، ثم تركع ، فقال حُذَيفَة ، وأبو موسى : صَدَقَ أبو عبد الرحمن ، رواه الأثرم فى سُنَنِه . ولأنها تـكبيرات حالَ القيـام ، فاستُحِبَّ أن يتخلّلها ذكر ، كتـكبيرات الجنازة ، وتفارق التسبيح ، لأنه ذكر يَخْفَىَ ولا يَظْهَر ، بخلاف التـكبير ، وقياسُهم مُنتقِض بتـكبيرات الجنازة . قال القاضى : يقفُ بين كلّ تـكبيرتين بقدر آية ، لاطويلة ، ولا قصيرة ، وهذا قول الشافعىّ .

فصـــــل

والتـكبيرات والذكر بينها سُنّة ، وليس بواجب ، ولا تبطل الصلاة بتركه عمداً ، ولا سهواً ، ولا أعلم فيه خلافاً . فإن نسى التـكبير ، وشرع فى القراءة لم يَعُد إليه ، قاله ابن عقيل ، وهو أحد قولى الشافعىّ ، لأنه سُنّة ، فلم يَعُد إليه بعد الشروع فى القراءة كالاستفتاح . وقال القاضى : فيها وجه آخر : أنه يعودُ إلى التـكبير ، وهو قول مالك ، وأبى ثور . والقول الثانى للشافعىّ ، لأنه ذكره فى محلّه ، فيأتى به كما قبل الشروع فى القراءة ، وهذا لأن محله القيام ، وقد ذكره فيه . فعلى هذا يقطع القراءة ، ويكبّر ، ثم يستأنف القراءة ، لأنه قطعها متعمّداً بذكر طويل ، وإن كان المنسيّ شيئاً يسيراً احتمل

أن يبنى ، لأنه لم يَطلُ الفصل ، أشبه مالو قطعها بقول آمين ، واحتمل أن يبتدىء ، لأنّ محلّ التكبير قبل القراءة ، ومحل القراءة بعده ، فيستأنفها ، ليأتيَ بها بعدَه ، وإن ذكر التكبير بعد القراءة فأتى به لم يُعِد القراءة ، وجهاً واحداً ، لأنّها وقعت موقعَها ، وإن لم يذكره حتى ركع ، سقط وجهاً واحداً ، لأنه فات المحلّ ، وكذلك المسبوق ، إذا أدرك الركوع لم يكبّر فيه . وقال أبو حنيفة : يُكبّر فيه ، لأنه بمنزلة القيام ، بدليل إدراك الركعة به .

ولنا : أنه ذكر مسنون حال القيام ، فلم يأت به فى الركوع ، كالاستفتاح ، وقراءة السورة ، والقُنوت عنده ، وإنما أدرك الركعة بإدراكه ، لأنه أدرك مُعظمها ، ولم يَفُته إلاّ القيام ، وقد حصل منه مايُجزى فى تكبيرة الإحرام ، فأما المسبوق إذا أدرك الإمام بعد تكبيره ، فقال ابنُ عقيل : يُكبّر لانّه أدرك محله ، ويحتمل أن لايُكبِّر لأنه مأمور بالإنصات إلى قراءة الإمام ، ويحتمل أنه إن كان يسمَعُ قراءة الإمام أنصت ، وإن كان بعيداً كبّر .

فصـــل

وإذا شك فى عدد التكبيرات بنى على اليقين ، فإن كبّر ، ثم شكّ : هل نوى الإحرام أو لا ؟ ابتدأ الصلاةَ هُوَ ، ومن خَلْفه ، لأن الأصل عدم النية ، إلاّ أن يكون وَسْواساً ، فلا يُلتفتُ إليه ، وسائر المسألة قد سبق شرحُها .

« مسألة » قال ﴿ فإذا سلّم خطب بهم خطبتين ، يجلس بينهما ، فإن كان فِطراً حضّهم على الصدقة وبيّن لهم مايُخرجون ، وإن كان أضحى يُرَغّبهم فى الأُضحية ، ويُبيّن لهم مايُضحَّى به ﴾ .

وجملته : أن خطبتى العيدين بعد الصلاة ، لانعلم فيه خلافاً بين المسلمين ، إلا عن بنى أميّة .

ورُوى عن عُثمان ، وابن الزبير : أنّهما فعلاه ، ولم يصح ذلك عنهما ، ولا يُعتدّ بخلاف بنى أميّة ، لأنه مسبوق بالإجماع الذى كان قبلهم ، ومُخالف لسنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم الصحيحة ، وقد أُنكر عليهم فعلُهم ، وعُدّ بدعةً ، ومخالفاً للسنّة . فإن ابن عمر قال : « إنّ النبيّ ﷺ وأبا بكر ، وعمر ، وعثمان ، كانوا يُصلّون العيدين قَبْلَ الخُطْبَةِ » متفق عليه .

ورَوى ابن عباس مثلَه ، رواه مسلم ، ورواه عن النبيّ صلى الله عليه وسلم جماعة . ورَوى طارق بن شهاب قال : قدَّمَ مَرْوَانُ الْخُطبَةَ قَبْلَ الصَّلَاةِ ، فَقَامَ رَجُلٌ ، فقال : خَالَفْتَ السُّنة ، كَانَتِ الْخطبَةُ بَعْدَ الصَّلَاةِ ، فقال : تُرِكَ ذَاكَ يَاأَبَا فُلَانَ ، فقام أبو سعيد ، فقال : أَمَّا هَذَا الْمُتكلّم فَقَدْ قَضَى مَاعَلَيْهِ ، قال لنا رسول الله ﷺ : « مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَراً ، فَلْيُنْكِرْهُ بِيَدِهِ ، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيُنْكِرْهُ بِلِسَانِهِ ، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيُنْكِرْهُ بِقَلْبِهِ ، وَذَلِكَ أَضْعَفُ الْإِيمَانِ » ، رواه أبو داود الطيالسى ،

عن شعبة ، عن قيس بن مسلم ، عن طارق ، ورواه مسلم فى صحيحه ، ولفظه : « فَلْيُعَيِّرْهُ » . فعلى هذا ، من خطب قبـل الصلاة فهو كمن لم يخطب ، لأنه خطب فى غير محلّ الخطبة ، أشبه مالو خطب فى الجمعـة بعد الصلاة .

إذا ثبت هذا : فإنَّ صفة الخطبتين كصفة خُطبتى الجمعة ، إلاَّ أنه يستفتح الأولى بتِسْعِ تـكبيرات مُتواليات ، والثانية بسبعٍ مُتواليات . قال القاضى : وإن أدخـل بينهما تهليلاً ، أو ذكراً فحسن . وقال سعيد : حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن عُبَيْد الله بن عبد الله بن عُتْبة قال : يُـكبّر الإمامُ على المنبر يوم العيد ، قبل أن يخطب تِسْعَ تَـكْبِيرَاتٍ ، ثم يخطب ، وفى الثانية سَبْعَ تـكبيراتٍ ويُستَحبُّ أن يُـكثر التـكبير فى أَضْعَافِ[1] خُطْبته .

وروى سعد مؤذّن النبىّ صلى الله عليه وسلم : « أنَّ النبىّ ﷺ كان يُـكبّر بين أضعـاف الخطبة ، يُـكثر التـكبير فى خُطبتى العيدين » رواه ابن ماجه[2] . فإذا كبّر فى أثناء الخطبة كبّر الناسُ بتكبيره . وقد رُوى عن أبى موسى : أنَّه كان يُـكبّر يوم العيد على المنبر اثنتين وأربعين تـكبيرة ، ويجلس بين الخطبتين ، لما رَوى ابن ماجه بإسناده ، عن جابر قال : « خَرَجَ رَسُولُ الله ﷺ يَوْمَ فِطْرٍ أَوْ أَضْحَى فَخَطَبَ قَائِمًا ، ثمَّ قَعَدَ قَعْدَةً ، ثُمَّ قَامَ » ويجلس عقيب صعوده المنبر . وقيل : لايجلس عقيب صعوده ، لأنَّ الجلوس فى الجمعة للأذان ، ولا أذان هاهنا . فإن كان فى الفطر أمرهم بصدقةِ الفطر ، وبيّن لهم وجوبها وثوابها ، وقدرَ المُخْرَج وجِنْسَه ، وعلى من تجب ، والوقتَ الذى تُخرج فيه . وفى الأضحى يذكر الأُضحية وفضلَها ، وأنَّها سنَّة مؤكّدة ، ومايُجزى فيها ، ووقتَ ذبحها ، والعيوبَ التى تمنع منها ، وكيفيَّة تفرِقتها ومايقوله عند ذبحها ، لما رُوى عن أبى سعيد قال : « كَانَ رَسُول الله صلى اللهُ عليـه وسلم يَخْرُجُ يَوْمَ الفِطْرِ ، وَالْأَضْحَى إِلَى الْمُصَلَّى ، فَأَوَّلُ مَايَبْدَأُ بِهِ الصَّلاَةُ ، ثمَّ ينصرِفُ ، فيقومُ مُقَابِلَ النَّاسِ وَالنَّاسُ جُلُوسٌ عَلَى صُفُوفِهِمْ ، فَيَعِظُهُمْ ، وَيُوصِيهِمْ ، وَيَأْمُرُهُمْ ، وَإِنْ كَانَ يُرِيدُ أَنْ يَقْطَعَ بَعْثًا قَطَعَهُ ، أَوْ يَأْمُرَ بِشَىْءٍ أَمَرَ بِهِ ، ثُمَّ يَنْصَرِفُ » رواه البخارىّ . ورَوى مسـلم نحوَه ، وعن جابر قال : شَهِدْتُ مَعَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم الصَّلاَةَ يَوْمَ الْعِيدِ ، فَبَدَأَ بِالصَّلاَةِ قَبْلَ الْخُطبَةِ بِلاَ أَذَانٍ وَلاَ إِقَامَةٍ ثُمَّ قَامَ مُتَوَكِّئًا عَلَى بِلاَلٍ ، فَأَمَرَ بِتَقْوَى اللهِ ، وَحَثَّ عَلَى طَاعَتِهِ ، وَوَعَظَ النَّاسَ فَذَكَّرَهُمْ ، ثُمَّ مَضَى حَتَّى أَتَى النِّسَاءَ ، فَوَعَظَهُنَّ وَذَكَّرَهُنَّ » متفق عليه . وعنه قال : قال رسول الله ﷺ « مَنْ ذَبَحَ قَبْلَ

---

(١) أضعاف الخطبه : أثناؤها .

(٢) هذا حديث ضعيف .

أنْ يُصَلِّي ، فَإِنَّمَا هُوَ شَاةُ لَحْمٍ عَجَّلَهُ لأَهْلِهِ لَيْسَ مِنَ النُّسُكِ فِي شَيْء . وَمَنْ ذَبَحَ قَبْلَ الصَّلاَةِ فَلْيَذْبَحْ مَكَانَهَا أُخْرَى ، وَمَنْ ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلاَةِ فَقَدْ تَمَّ نُسُكُهُ ، وَقَدْ أَصَابَ سُنَّةَ الْمُسْلِمِينَ » .

فصل

والخطبتان سُنَّة ، لا يجب حضورها ، ولا استماعهما ، لما رَوى عبد الله بن السائب ، قال : « شَهِدْتُ مَعَ رَسُول الله ﷺ الْعِيدَ ، فَلَمَّا قَضَى الصَّلاَةَ ، قال : إِنَّا نَخْطُبُ ، فَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَجْلِسَ لِلْخُطْبَةِ فَلْيَجْلِسْ ، وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَذْهَبَ فَلْيَذْهَبْ » رواه النسائيّ . وابن ماجه ، ورواه أبو داود وقال : هو مُرسل . وإنما أُخرت عن الصلاة والله أعلم ، لأنها لمّا كانت غيرَ واجبةٍ جُعلت في وقت يتمكن مَنْ أراد تركها مِنْ تَرْكِهَا . بخلاف خطبة الجمعة ، والاستماع لها أفضلُ . وقد رُوى عن الحسن ، وابن سيرين أنهما كرها الكلام يوم العيد ، والإمامُ يخطب ، وقال إبراهيم : يخطبُ الإمامُ يوم العيد ، قدرَ مايرجع النساء إلى بُيُوتِهِنّ . وهذا يدلُّ على أنه لايُستحَبُّ لهنَّ الجلوسُ ، لاستماع الخطبة ، لئلاّ يختلطْنَ بالرِّجال وحديث النبيّ صلى الله عليه وسلم في موعظته النِّساءَ بعد فراغه من خطبته دليلٌ على أنهنَّ لم يَنْصَرِفْنَ قَبْلَ فَرَاغِهِ ، وسُنّة النبيّ ﷺ أحقّ بالاتباع .

فصل

ويُستحبُّ أن يخطُبَ قائماً ، لما رَوى جابر . قال : « خَرَجَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَوْمَ فِطْرٍ أَوْ أَضْحَى فَخَطَبَ قَائِماً ، ثمَّ قَعَدَ ، ثمَّ قَامَ » رواه ابن ماجه ، ولأنها خطبة عيد ، فأشبهت خطبة الجمعة . وإن خطب قاعداً فلا بأس ، لأنها غيرُ واجبة ، فأشبهت صلاة النافلة . وإن خطب على راحلته فحسن . قال سعيد : حدّثنا هُشَيْم ، حدثنا حُصَيْن ، حدثنا أبو جَمِيلة ، قال : رَأَيْتُ عَلِيًّا صَلَّى يَوْمَ عِيدٍ فَبَدَأَ بِالصَّلاَةِ . قَبْلَ الْخُطْبَةِ ، ثمَّ خَطَبَ عَلَى دَابتِهِ ، وَرَأَيْتُ عُثمانَ بنَ عَفَّانَ يَخْطُبُ عَلَى رَاحِلَتِهِ ، وَرَأَيْتُ الْمُغِيرَةَ بنَ شُعْبَةَ يَخْطُبُ عَلَى رَاحِلَتِه .

« مسألة » قال ﴿ ولا يتنفّل قبل صلاة العيدين ، ولا بعدها ﴾ .

وجُملته : أنه يُكره التنفّل قبل صلاة العيد وبعدها ، للإمام ، والمأموم ، في موضع الصلاة . سواء كان في المُصلَّى ، أو المسجد ، وهو مذهبُ ابن عبّاس ، وابن عمر . ورُوى ذلك عن عليّ ، وابن مسعود وحُذَيفة ، وبُرَيْدَة ، وسَلَمة بن الأكوع ، وجابر ، وابن أبي أوْفَى . وقال به شُرَيح ، وعبد الله بنُ مُغفّل ، والشعبيّ ، ومالك ، والضحّاك ، والقاسم ، وسالم ، ومَعْمَر وابنُ جُرَيج ، ومسروق . وقال الزهريّ : لم أسمع أحداً من علمائنا يذكر أن أحداً من سَلَف هذه الأمة ، كان يُصَلّي قبل تلك الصلاة ، ولا بعدها ، يعني صلاة العيد . وقال : ماصَلَّى قبلَ العيد بَدريّ . ونهى عنه أبو مسعود البدريّ . ورُوى

أن عليًّا رضى الله عنه رأى قوماً يُصلُّون قبل العيد ، فقال : مَا كَانَ هَذَا يُفْعَلُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ .
وقال أحمد : أَهْلُ الْمَدِينَةِ لاَ يَتَطَوَّعُونَ قَبْلَهَا ، وَلاَ بَعْدَهَا ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ يَتَطَوَّعُونَ قَبْلَهَا وَبَعْدَهَا ، وأهلُ الكُوفَةِ لاَيَتَطَوَّعُونَ قَبْلَهَا ، وَيَتَطَوَّعُونَ بَعْدَهَا ، وهذا قول علقمة ، والأسود ، ومُجاهد ، وابن أبى ليلى ، والنخعىّ ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : لايتطوّع فى المصلَّى قبلها ، ولا بعدها . وله فى المسجد روايتان : إحداهما يتطوّع لقول النبىّ ﷺ : « إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمُ الْمَسْجِدَ فَلاَ يَجْلِسْ حَتَّى يَرْكَعَ رَكْعَتَيْنِ » وقال الشافعىّ يُكره التطوّع للإمام دون المأموم ، لأن الإمام لايُستحبُّ له التشاغل عن الصلاة ، ولم يُكره للمأموم ، لأنَّه وقتٌ لم يُنْهَ عن الصلاة فيه ، أشبه مابعد الزوال .

ولنا : ماروى ابن عبَّاس « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم خَرَجَ يَوْمَ الْفِطْرِ فَصَلَّى رَكْعَتَيْنِ لَمْ يُصَلّ قَبْلَهُمَا وَلاَ بَعْدَهُمَا » متفق عليه . وروى ابن عمر نحوَه ، ولأنه إجماع كما ذكرناه عن الزهرىّ ، وغيره ، ونهى أصحابُ رسول الله ﷺ عنه ، ورَوَوا الحديث ، وعملوا به ، ولأنه وقت نُهِيَ الإمامُ عن التنفّل فيه ، فكره للمأموم ، كسائر أوقات النهى ، وكما قبل الصلاة عند أبى حنيفة ، وكما لو كان فى المصلَّى عند مالك . قال الأثرم : قلت لأحمد : قال سُلَيمانُ بن حَرْب : إنَّمَا ترك النبىّ صلى الله عليه وسلم التطوّع لأنه كان إماماً . قال أحمد : فالذين رووا هذا عن النبىّ ﷺ لم يَتَطَوَّعُوا . ثمَّ قال ابن عمر ، وابن عبَّاس : هما راوياه ، وأخذا به ، يُشيرو الله أعلم إلى أنَّ عمل راوى الحديث به تفسيرٌ له ، وتفسيره يُقدَّم على تفسير غيره ، ولو كانت الكراهةُ للإمام ، كيلا يَشتغل عن الصلاة ، لاختصَّت بما قبل الصلاة ، إذ لم يبق بعدها مايشتغلُ به ، ولأنه تنفّل فى المصلَّى وقتَ صلاَة العيد ، فكره ، كالذى سلَّموه ، وقياسُهم منتقض بالإمام . وقد رُوى عن عمرو بن شُعَيْب عن أبيه ، عن جدّه « أنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم كانَ يُكَبِّر فى صَلاَةِ الْعِيدِ سَبْعاً ، وَخَمْساً ، ويَقُولُ : لاصَلاَةَ قَبْلَهَا ، ولا بَعْدَهَا» . حكى ابن عقيل : أن الإمام ابن بَطَّة رواه بإسناده

فصـــل

قيل لأحمد : فإن كان رجل يُصَلِّى صلاةً فى ذلك الوقت ؟ قال : أخافُ أن يقتدى به بعضُ من يراه ، يعنى لايُصَلِّى. قال ابن عقيل : وكره أحمدُ أن يَتَعمَّد لقضاء صلاةٍ ، وقال : أخاف أن يَقْتدوا به .

فصـــل

وإنَّما يُكره التنفّل فى موضع الصلاة ، فأمَّا فى غيره فلا بأس به ، وكذلك لوخرج منه، ثمَّ عاد إليه بعد الصلاة ، فلا بأس بالتطوُّع فيه . قال عبد الله بن أحمد : سمعتُ أبى يقول : رَوى ابن عباس : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، لم يُصَلّ قَبْلَهَا ، ولا بَعْدَهَا . ورأيتهُ يُصَلِّى بعدها ركعاتٍ فى البيتِ ، وربَّما

صلاّها في الطريق ، يدخُل بعض المساجد . ورُوى عن أبي سعيد قال : « كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لاَ يُصَلِّى قَبْلَ الْعِيدِ شَيْئاً ، فَإِذَا رَجَعَ إِلَى مَنْزِلِهِ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ » ، رواه ابن ماجه ، ولأنَّه إنما ترك الصلاة في موضع الصلاة ، اقتداء برسُول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، ولاشتغاله بالصلاة ، وانتظارها ، وهذا معدوم في غير موضع الصلاة .

« مسألة » قال ﴿ وإذا غدا من طريقٍ رجع من غيره ﴾ .

وجملته : أن الرجوع في غير الطريق التي غَدَا منها سُنَّة ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ . والأصلُ فيه أن رسول الله ﷺ كان يفعلُه ، قال أبو هريرة : « كَانَ رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم إِذَا خَرَجَ يَوْمَ الْعِيدِ فِي طَرِيقٍ رَجَعَ فِي غَيْرِهِ » قال الترمذيّ ، هذا حديث حسن . وقال بعض أهل العلم : إنما فعل هذا قصداً لسلوك الأبعد في الذهاب ، ليكثُروا به ، وخطُواته إلى الصلاة ، ويعود في الأقرب ، لأنَّه أسهلُ ، وهو راجع إلى منزله . وقيل : كان يُحبّ أن يشهد له الطريقان . وقيل : كان يُحبّ المساواة بين أهل الطريقين في التبرّك بمروره بهم ، وسرورهم برؤيته ، وينتفعون بمسألته . وقيل : لتحصُل الصدَّقَةُ ممَّن صَحِبَهُ على أهل الطريقين من الفقراء . وقيل : لتبرّك الطريقين بوطئه عليهما . وفي الجملة الاقتداء به سُنَّة ، لاحتمال بقاء المعنى الذي فعله من أجله ، ولأنَّه قد يفعلُ الشيء لمعنًى ، ويبقى في حقّ غيره سُنَّة ، مع زوال المعنى ، كالرَّمَلِ ، والاضْطِبَاعِ[1] في طواف القدوم ، وفَعَلَه هُوَ، وأَصْحَابُهُ لإِظْهَارِ الْجَلَدِ لِلْكُفَّارِ ، وبقي سُنَّةً بعد زوالهم ، ولهذا رُوى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : فِيمَ الرَّمَلاَنُ الآنَ ؟ ولمن نُبْدِي مَنَا كِبنَا ، وقَدْ نَفَى اللهُ الْمُشْرِكِينَ ؟ ثم قال ـ مع ذلك ـ : لانَدَعُ شَيْئاً فَعَلْنَاهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ .

« مسألة » قال ﴿ ومن فاتته صلاة العيد صلى أربع ركعات كصلاة التطوع ، وإن أحبّ فَصَلَ بسلام بين كلّ ركعتين ﴾ .

وجملته : أن من فاتته صلاة العيد فلا قضاء عليه ، لأنها فرضُ كفاية ، وقام بها مَنْ حصلت الكفاية به ، فإن أحبّ قضاءها فهو مخيَّر إن شاء صلاَّها أربعاً ، إما بسلام واحد ، وإما بسلامين ، روى هذا عن ابن مسعود ، وهو قول الثوريّ ، وذلك لما رُوى عن عبد الله بن مسعود أنه قال : «مَنْ فَاتَهُ الْعِيدَ

(١) الرمل ، والرملان : الهرولة والإسراع عند السعي بين الصفا والمروة ، وقد فعله النبي صلى الله عليه وسلم في أول الإسلام ليرى المشركين قوة المسلمين . والاضطباع : أن يدخل الرداء من تحت إبطه الأيمن ويرد طرفه على يساره ، ويبدى منكبه الأيمن ، ويغطى الأيسر ، وسمى اضطباعاً لإبداء أحد الضبعين فيه ، والضبع مابين الإبط إلى نصف العضد من أعلاه ، وقد فعل النبي صلى الله عليه وسلم الاضطباع في الطواف في أول الإسلام ، ليرى المشركون مناكب المسلمين ، فيجدوها قوية ممتلئة . فيدخل الخوف من المسلمين في قلوبهم .

فَلْيُصَلِّ أَرْبَعاً ، وَمَنْ فاتَتْهُ الْجُمعةُ فَلْيُصَلِّ أَرْبَعاً » . ورُوى عن علىّ رضى الله عنـه ، أنه قال : « إنْ أَمَرْتُ رَجُلاً أَنْ يُصَلِّى بِضَعَفَةِ النَّاسِ أَمَرْتُهُ أَنْ يُصَلِّى أَرْبَعاً » رواهما سعيد . قال أحمد رحمه الله : يُقَوّى ذلك حديثُ علىّ « أَنَّهُ أَمَرَ رَجُلاً يُصَلِّى بِضَعَفَةِ النَّاسِ أَرْبَعاً ، وَلاَ يَخْطُبُ » ولأنه قضاء صلاة عيد ، فـكان أربعاً ، كصلاة الجمعة ، وإن شاء أن يُصَلِّى ركعتين ، كصلاة التطوّع . وهذا قول الأوزاعىّ ، لأن ذلك تطوع ، وإن شاء صلاها على صفة صلاة العيد بتكبير ، نقل ذلك عن أحمدَ إسماعيلُ بنُ سعد ، واختاره الجُوزَجانىّ ، وهـذا قول النخعىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لما رُوى عن أنس : أنه كان إذا لم يشهد العيـد مع الإمام بالبصرة جمع أهله ، ومواليَه ، ثمّ قام عبدُ الله بن أبى عُتْبةَ مولاه ، فصلّى بهم ركعتين ، يُـكبر فيهما ، ولأنّه قضاء صلاة ، فـكان على صفتها ، كسائر الصلوات ، وهو مخيّر إن شاء صلاّها وحده ، وإن شاء فى جماعة . قيل لأبى عبد الله : أين يُصَلِّى ؟ قال : إن شاء مضى إلى المُصلَّى ، وإن شاء حيثُ شاء .

فصـــــل

وإن أدرك الإمامَ فى التشهّد جلس معه ، فإذا سلّم الإمامُ قام فصلّى ركعتين ، يأتى فيهما بالتـكبير ، لأنه أدرك بعض الصلاة التى ليست مُبْدَلةً من أربع ، فقضاها على صفتها ، كسائر الصلوات وإن أدركه فى الخُطبة ، فإنْ كان فى المسجد صلَّى تحيّةَ المسجد ، لأنها إذا صُلّيت فى خطبة الجمعة التى يجب الإنصاتُ لها ، ففى خطبة العيد أولى ، ولا يـكون حكمه فى ترك التحيـة حكمَ من أدرك العيد . وقال القاضى : يجلسُ فيستمع الخطبةَ ، ولا يصلّى ، لئلاّ يشتغل بالصلاة عن استماع الخطبة ، وهذا التعليلُ يَبطُل بالداخل فى خطبة الجمعة ، فإن النبىّ ﷺ أمر الداخلَ بالركوع ، مع أن خطبة الجمعة آكدُ ، فأمّا إن لم يـكن فى المسجد ، فإنّه يجلس فيستمع ، ثم إن أحبّ قضى صلاة العيد على ماذكرناه .

فصـــــل

إذا لم يعلم بيوم العيد إلا بعد زوال الشمس خرجَ من الغَد فَصَلَّى بهمُ العيدَ ، وهذا قول الأوزاعىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وصوّبه الخطّابىّ . وحُـكى عن أبى حنيفة أنهـا لا تُقْضَى . وقال الشافعىّ : إن علم بعد غروب الشمس كقولنا ، وإن علم بعد الزوال لم يُصَلّ ، لأنّهـا صلاةٌ شُرع لها الاجتماع ، والخطبة ، فلا تُقضى بعد فوات وقتها ، كصلاة الجمعة ، وإنمـا يُصَلّيها إذا علم بعـد غروب الشمس ، لأنّ العيد هو الغَدُ ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « فِطْرُكُمْ يَوْمَ تُفْطِرُونَ ، وَأَضْحاكُمْ يَوْمَ تُضَحُّونَ ، وَعَرَفَتُـكُمْ يَوْمَ تُعَرِّفُونَ » .

ولنا : مارَوى أبو عمير بن أنس عن عمومةٍ له ، من أصحاب رسول الله ﷺ : « أَنَّ رَكْباً جاءوا

إِلَى النبيِّ صلى الله عليه وسلم فَشَهِدُوا أَنَّهُمْ رَأَوُا الهِلَالَ بِالْأَمْسِ ، فَأَمَرَهُمْ أَنْ يُفْطِرُوا ، فَإِذَا أَصْبَحُوا أَنْ يَغْدُوا إِلَى مُصَلَّاهُمْ» رواه أبو داود . وقال الخطّابىّ : سُنّة رسول الله ﷺ أولى . وحديث أبوعمير صحيح ، فالمصيرُ إليه واجب . ولأنها صلاة مؤقّتة ، فلا تسقط بفوات الوقت ، كسائر الفرائض ، وقياسُهم على الجمعة لا يصحّ ، لأنها معدول بها عن الظهر بشرائط ، منها الوقت ، فإذا فات واحد منها ، رُجع إلى الأصل .

فصـــــل

فأما الواحد إذا فاتته حتى تزول الشمس ، وأَحَبَّ قضاءها قضاها متى أحبّ . وقال ابن عقيل : لايقضيها إلا من الغد ، قياساً على المسألة التى قبلها ، وهذا لايصحّ لأن مايفعله تطوّع ، فمتى أحبّ أتى به ، وفارق ما إذا لم يعلم الإمام والناس لأن الناس تفرقوا يومئذٍ على أن العيد فى الغد ، فلا يجتمعون إلّا من الغَدِ ، ولا كذلك هاهنا ، فإنّه لايحتاج إلى اجتماع الجماعة ، ولأن صلاة الإمام هى الصلاةُ الواجبة ، التى يُعْتبر لها شروط العيد ، ومكانُه ، وصفةُ صلاته ، فاعتُبر لها الوقت ، وهذا بخلافه .

فصـــــل

ويُشترط الاستيطان لوجوبها ، لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يُصَلّها فى سفره ، ولا خلفاؤه ، وكذلك العددُ المشترط للجمعة ، لأنها صلاةُ عيد ، فأشبهت الجمعة . وفى إذن الإمام روايتان : أصحّهما : ليس بشرط ، ولايُشترط شىء من ذلك لصحتها ، لأنها تصحّ من الواحد فىالقضاء . وقال : أبوالخطّاب : فى ذلك كلِّه روايتان . وقال القاضى : كلام أحمد يقتضى روايتين : إحداهما : لايقام العيد إلا حيثُ تقامُ الجمعة ، وهذا مذهبُ أبى حنيفة ، إلاّ أنه لا يرى ذلك إلا فى مصرٍ ، لقوله : لا جُمُعَةَ ولا تَشرِيقَ[1] إلاّ فى مِصْرٍ جَامِعٍ . والثانية : يُصَلّيها المنفرد ، والمسافر ، والعبد ، والنّساء على كلِّ حال ، وهذا قول الحسن ، والشافعىّ ، لأنه ليس من شرطها الاستيطان ، فلم يكن من شرطها الجماعة كالنوافل ، إلاّ أن الإمام إذا خطب مرّةً ، ثم أرادوا أن يُصَلُّوا لم يخطُبوا ، وصلّوْا بغير خطبة ، كيلا يؤَدِّىَ إلى تفريق الكلمة ، والتفصيل الذى ذكرناه أولى ماقيل به ، إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ﴿ ويبتدىء التكبير يومَ عَرفة من صلاة الفجر ﴾

لا خلاف بين العلماء رحمهم الله فى أن التكبير مشروع فى عيد النحر . واختلفوا فى مُدّته فذهب إمامُنا رضى الله عنه إلى أنه من صلاة الفجر يومَ عَرَفَةَ إلى العصر من آخر أيام التشريق ، وهو قول عمر ، وعلىّ ، وابن عبّاس ، وابن مسعود ، رضى الله عنهم . وإليه ذهب الثورىّ ، وابن عُيَيْنة ،

---

(١) التشريق : صلاة العيد كما سبق بيانه .

وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، والشافعيّ فى بعض أقواله . وعن ابن مسعود : أنه كان يُـكبِّر من غداة عَرَفَةَ إلى العصر ، من يوم النحر . وإليه ذهب عَلْقَمَةُ ، والنخعيّ ، وأبو حنيفة لقوله تعالى : (٢٢ : ٢٨ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ) وهى العشر . وأجمعنا على أنه لا يـكبّر قبل يوم عرفة ، فينبغى أن يـكبّر يوم عرفة ، ويوم النحر . وعن ابن عمر ، وعمر ابن عبـد العزيز : أن التـكبير من صلاة الظهر يوم النحر إلى الصبح من آخر أيام التشريق . وبه قال مالك ، والشافعيّ فى المشهور عنه ، لأن الناس تبع للحاجّ . والحاجّ يقطعون التلبية مع أول حَصَاةٍ ، ويـكبّرون مع الرمى ، وإنما يرمون يوم النحر . فأوّل صلاةٍ بعـد ذلك الظهر ، وآخرُ صلاة يُصـلّون بمِنًى الفَجْرَ من اليوم الثـالث ، من أيام التشريق .

ولنـا : ماروى جابر : أن النبيّ ﷺ صلّى الصبحَ يومَ عَرَفَة ، وأقبل علينا ، فقال : « اللهُ أَكْبَرُ اللهُ أَكبرُ » ومـدّ التـكبير إلى العَصْر ، من آخر أيام التشريق ، أخرجـه الداراقطنيّ من طرق . وفى بعضها « اللهُ أكبرُ اللهُ أكبرُ ، لاَ إِلَهَ إلاّ اللهُ ، واللهُ أَكْبَرُ ولِلهِ الْحَمْدُ » ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم . رُوى ذلك عن عمر ، وعليّ ، وابن عبّاس ، وابن مسعود ، رواه سعيد عن عمر ، وعليّ وابن عباس . وروى بإسناده عن محمد بن سعيد « أنّ عَبْدَ اللهِ كان يُـكَبِّرُ مِنْ صَلاَةِ الغَدَاةِ يَوْمَ عَرَفَةَ إلى العَصْرِ مِنْ يَوْمِ النَّحْرِ ، فأتَانَا عليّ بعْدَهُ فـكبَّر مِنْ غَـدَاةِ عَرَفَةَ إلى صَلاَةِ العَصْرِ مِنْ آخَرِ أيّامِ التَّشْرِيقِ : اللهُ أَكْبَرُ اللهُ أَكْبَرُ ، لاَ إِلَهَ إلاّ اللهُ ، واللهُ أَكْبَرُ اللهُ أَكْبَرُ ، ولِلهِ الْحَمْدُ » قيل لأحمـد رحمه الله : بأى حديث تذهبُ إلى أن التـكبير من صـلاة الفجر يوم عرفـة إلى آخر أيام التشريق ؟ قال : لإجماع عمر ، وعليّ وابن عبّـاس ، وابن مسعود رضى الله عنهم ، ولأنّ الله تعالى قال : (٢ : ٢٠٣ واذْكُرُوا اللهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ) وهى أيّام التشريق ، فتعيّن الذكر فى جميعها . ولأنها أيام يُرْمَى فيها ، فـكان التـكبيرُ فيهـا كيوم النحر . وقوله تعـالى (٢٢ : ٢٨ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ) والمراد به ذكر الله تعالى على الهدايا ، والأضاحيّ .

ويُستحبُّ التـكبيرُ عند رؤية الأنعام فى جميع العَشْر ، وهـذا أولى من قولهم وتفسيرهم ، لأنهم لم يعملوا به فى كلّ العَشْر ، ولا فى أكثره . وإن صحّ قولهم فقد أمر الله تعالى بالذكر فى أيام معدودات ، وهى أيام التشريق ، فيُعمل به أيضاً . وأما المُحْرِمون فإنّهم يـكبّرون من صـلاة الظهر يوم النحر ، لما ذكروه ، لأنهم كانوا مشغولين قبل ذلك بالتلبية ، وغيرُهم يبتدىء من يوم عرفةَ ، لعدم المانع فى حقهم ، مع وجود المقتضى . وقولهم : إن الناس تَبعٌ لهم فى هذا دَعْوَى مُجرّدة ، لادليل عليها ، فلا تُسمع .

فصـــل

وصفة التكبير : الله أكبرُ الله أكبرُ ، لا إله إلا اللهُ ، والله أكبرُ اللهُ أكبرُ ولله الحمدُ . وهذا قول عمر ، وعليّ ، وابن مسعود . وبه قال الثوريّ ، وأبو حنيفة ، وإسحاق ، وابن المبارك . إلا أنه زاد : على ماهدانا : لقوله (٢٢ : ٣٨ وَلِتُكَبِّرُوا اللهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ) وقال مالك ، والشافعيّ : يقول : الله أكبر ، الله أكبر ، ثلاثاً ، لأن جابراً صلّى في أيام التشريق ، فلما فرغ من صلاته قال : الله أكبر ، الله أكبر ، الله أكبر ، وهذا لايقوله إلا توقيفاً ، ولأن التكبير شِعار العيد ، فكان وِتْراً كتكبير الصلاة والخطبة .

ولنا : خبر جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو نصّ في كيفية التكبير ، وأنه قول الخليفتين الراشدَيْن . وقول ابن مسعود ، وقول جابر : لايُسمع مع قول النبيّ ﷺ ، ولا يُقدّم على قول أحد ممن ذكرنا ، فكيف قدّموه على قول جميعهم ؟ ولأنه تكبير خارجَ الصلاة ، فكان شفعاً كتكبير الأذان ، وقولهم : إن جابراً لايفعله إلا توقيفاً فاسد . لوجوه :

(أحدها) أنه قد روى خلافُ قوله ، فكيف يُترك ماصُرّح به لاحتمال وجود ضدّه ؟

(الثانى) أنه إن كان قوله توقيفاً ، كان قول من خالفه توقيفاً ، فكيف قدّموا الضعيف على ماهو أقوى منه ، مع إمامة من خالفه ، وفضلِهم في العلم عليه ، وكثرتهم ؟

(الثالث) أن هذا ليس بمذهب لهم ، فإن قول الصحابيّ لايُحمل على التوقيف عندهم .

(الرابع) أنه إنما يُحمل على التوقيف ماخالف الأصول ، وذكر الله تعالى لايخالف الأصل ، ولاسيَّما إذا كان وِتراً .

« مسألة » قال ﴿ ثم لايزال يكبِّر دُبُر كلّ صلاة مكتوبة صلاّها في جماعة . وعن أبي عبد الله رحمه الله : أنَّه يكبِّر لصلاة الفرض ، وإن كان وحده ، حتى يُكبِّر لصلاة العصر من آخر أيام التشريق ، ثم يقطع ﴾ .

المشروع عند إمامنا رحمه الله التكبير عقيب الفرائض في الجماعات ، في المشهور عنه . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : أَذْهَبُ إلى فعل ابن عمر أنه كان لا يكبِّر إذا صلَّى وحده ؟ قال أحمد : نعم . وقال ابن مسعود : إنَّما التكبيرُ على من صلَّى في جماعة ، وهذا مذهب الثوريّ ، وأبي حنيفة . وقال مالك : لا يكبِّر عقيب النوافل ، ويكبر عقيب الفرائض كلها . وقال الشافعي : يكبر عقيب كلّ صلاة فريضةً كانت أو نافلة ، مُنفرداً صلاَّها أو في جماعة . لأنها صلاة مفعولة ، فيكبِّر عقيبها كالفرض في جماعة .

ولنا : قول ابن مسعود ، وفعلُ ابن عمر ، ولم يُعرف لهما مخالف في الصحابة ، فكان إجماعاً . ولأنه

ذكر مختصّ بوقت العيد ، فاختصّ بالجماعة ، ولا يلزم من مشروعيته للفرائض مشروعيته للنوافل ، كالأذان والإقامة . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنه يكبِّر للفرض ، وإن كان منفرداً ، وهو مذهبُ مالك ، لأنه ذكر مُستحبٌّ للمسبوق ، فاسْتُحِبَّ للمنفرد كالسلام .

فصـــل

والمسافرون كالمقيمين فيما ذكرنا ، وكذلك النِّساء يكبِّرن في الجماعة ، وفي تكبيرهنَّ في الانفراد روايتان ، كالرجال . قال ابن منصور : قلتُ لأحمد : قال سفيان : لا يكبر النساء أيام التشريق إلا في جماعة ؟ قال : أحسن . وقال البخاري : كان النساء يكبِّرنَ خلف أبانِ بن عثمان وعمرَ بن عبد العزيز ، ليالِيَ التشريق مع الرجال في المسجد ، وينبغي لهنَّ أن يَخفِضْنَ أصْوَاتَهُنَّ حَتَّى لا يسمعهُنَّ الرجال . وعن أحمد رواية أخرى : أنهنَّ لا يكبِّرن ، لأن التكبير ذكر يُشرع فيه رفع الصوت ، فلم يُشرع في حقهنَّ كالأذان .

فصـــل

والمسبوق ببعض الصلاة يكبِّر إذا فرغ من قضاء مافاته ، نصّ عليه أحمد . وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال الحسن : يُكبِّر ثم يقضي . لأنه ذكر مشروع في آخر الصلاة . فيأتي به المسبوقُ قبل القضاء ، كالتشهّد . وعن مجاهد ، ومكحول : يكبِّر ثم يقضي ، ثم يكبِّر لذلك .

ولنا : أنه ذكر شرع بعد السلام ، فلم يأت به في أثناء الصلاة ، كالتسليمة الثانية ، والدعاء بعدها ، وإن كان على المُصلِّي سجود سهو بعد السلام سجده ، ثم يُكبِّر . وبهذا قال الثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، ولا أعلم فيه مُخالفاً ، لأنه سجود مشروع للصلاة ، فكان التكبير بعده ، وبعد تشهّده كسجود صلب الصلاة ، وآخرُ مدّة التكبير العصرُ من آخر أيّام التشريق ، لما ذكرناه في المسألة التي قبلها .

فصـــل

وإذا فاتته صلاة من أيام التشريق فقضاها فيها ، فحكمُها حكمُ المؤدَّاة في التكبير لأنها صلاة في أيام التشريق . وكذلك إن فاتته من غير أيام التشريق ، فقضاها فيها كذلك . وإن فاتته من أيام التشريق فقضاها في غيرها لم يُكبِّر ، لأن التكبير مُقيّد بالوقت ، فلم يُفعل في غيره كالتلبية .

فصـــل

ويكبِّر مُستقبلَ القبلة ، حكاه أحمد عن إبراهيم . قال أبو بكر : وعليه العمل ، وذلك لأنه ذكر مختصّ بالصلاة ، أشبه الأذان والإقامة ، ويحتمل أن يكبِّر كيفما شاء ، لما روى جابر : أن النبيّ ﷺ أقبل عليهم فقال : « اللهُ أكبرُ ، الله أكبرُ » وإن نسي التكبير حتى خرج من المسجد لم يكبِّر ، وهذا

قول أصحاب الرأى ، لأنه مختصٌ بالصلاة من بعدها ، فأشبه سجود السهو ، ويحتمل أن يـكبِّر لأنه ذكر فاستُحِبّ ، وإن خرج ، وبَعُد ، كالدعاء والذكر المشروع بعدها ، وإن ذكره فى المسجد عاد إلى مكانه ، فجلس ، واستقبل القبلة ، فـكبّر . وقال الشافعىّ : يُـكبِّر ماشياً ، وهـذا أقيس ، لأن التـكبير ذكر مشروع بعد الصلاة فأشبهسائر الذكر . قال أصحابنا : وإذا أحدث قبل التـكبير لم يكبِّر ، عامداً كان أو ساهياً ، لأنَّ الحدث يقطع الصلاة عمدُه وسهوه . وبالغ ابن عقيل ، فقال : إن تركه حتى تـكلّ لم يكبِّر ، والأولى إن شاء الله أن يُـكبِّر ، لأن ذلك ذكر منفرد بعد سـلام الإمام ، فلا تُشـترط له الطهارة ، كسائر الذكر ، ولأن اشتراط الطهارة إمَّا بنصّ ، أو معناه ، ولم يوجد ذلك . وإذا نسى الإمام التـكبيرَ كبَّر المأمومُ ، وهذا قول الثورىّ ، لأنه ذكر يَتْبَعُ الصلاة ، أشبه سائر الذكر .

فصـــــل

قال القاضى : ظاهر كلام أحمد أنه يكبِّرعقيب صلاة العيد ، وهو قول أبى بكر ، لأنها صلاة مفروضة فى جماعة فأشبهت الفجر . وقال أبوالخطاب : لايُسَنّ لأنها ليست من الصلوات الخمس ، أشبهت النوافل ، والأول أولى ، لأنَّ هذه الصلاة أخصّ بالعيد ، فـكانت أحق بتـكبيره .

فصـــــل

ويُشرع التـكبير فى غير أدْبَار الصلوات ، وكان ابن عمر يكبِّر بمِـنًى فى تلك الأيام خلف الصلوات وعلى فراشه ، وفى فُسْطَاطِهِ ، ومَجْلسه ، ومَمْشاه ، تلك الأيامَ جميعاً ، وكان يُـكبِّر فى قُبّته بما يسمعه أهلُ المسجد ، فيـكبِّرون ، ويكبِّر أهل الأسواق ، حتى ترتجّ مِنًى تـكبيراً . وكذلك يُستَحبُّ التـكبير فى أيام العَشْر كلّها ، لقول الله تعالى (٢٢ : ٢٨ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِى أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ) كما قال : (٢:٢٠٣ وَاذْكُرُوا اللهَ فِى أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ) . والأيام المعلومات أيامُ العشر ، والمعدودات أيام التشريق . قال البخارىّ : وكان ابن عمر وأبو هريرة يَخْرُجان إلى السوق فى العشر ، يكبِّران ويُـكبِّرُ الناس بتـكبيرهما ، ويُستحبُّ الاجتهاد فى عمل الخير فى أيام العَشْر ، من الذكر ، والصلاة ، والصيام ، والصدقة ، وسائر أعمال البرّ ، لما رَوى ابن عباس ، عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم قال : « ما الْعَمَلُ فى أَيَّامٍ أَفْضَلَ مِنْهَا فى هَذِهِ الأَيَّامِ ، قَالُوا وَلاَ الْجِهَادُ فى سَبيلِ اللهِ ؟ قال : وَلاَ الْجِهَادُ ، إلاَّ رَجُلٌ خَرَجَ يُخَاطِرُ بِنفْسِهِ ، وَمَالِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَىْءٍ » أخرجه البخارىّ .

فصـــــل

قال أحمد رحمه الله : ولا بأس أن يقول الرجل للرجل يوم العيد : تقبّل الله منـا ومنك . وقال حرب : سُئل أحمد عن قول الناس فى العيدين : تقبّل الله منا ومنكم ، قال : لا بأس به ، يرويه أهلُ الشام عن أبى

أُمَامَة ، قيل : ووائلةَ بن الأسقع ؟ قال : نعم . قيل : فلا تـكره أن يقال هذا يوم العيد ؟ قال : لا. وذكر ابن عقيل فى تهنئة العيد أحاديثَ ، منها : أن محمد بن زياد ، قال : كنتُ مَع أبِي أُمَامَةَ الباهِليّ ، وغيره من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، فـكانوا إذا رَجَعُوا مِنَ العيد ، يقول بعضهم لبعض : تقبّـل الله منّا ومنك . وقال أحمـد : إسناد حـديث أبى أُمَامَةَ إسـناد جيّد ، وقال علىّ بن ثابت : سألت مالك ابنَ أنس : منذُ خمسٍ وثلاثين سنة ؟ وقال : لَمْ يَزَلْ يُعْرفَ هذا بالمدينة . ورُوى عن أحمد أنه قال : لاأبتدى به أحَداً ، وإن قاله أحد رددته عليه .

فصـــــل

قال القاضى : ولا بأس بالتعريف عَشِيّة عَرَفةَ بالأمصار . وقال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن التعريف فى الأمصار ، يجتمعون فى المساجد يوم عرَفةَ ؟ قال : أرجو أن لا يـكون به بأس ، قد فعله غير واحد . وروى الأثرم عن الحسن قال : أولُ من عرّف بالبصرة ابنُ عباس رحمه الله ، وقال أحمـد : أول من فعله ابن عباس ، وعمرو بن حُرَيث . وقال الحسن وبكر ، وثابت ، ومحمد بن واسع : كانوا يشهدون المسجد يوم عرَفة . قال أحمد : لا بأس به ، إنّما هو دُعاء ، وذكر لله ، فقيل له : تفعله أنت ؟ قال : أمّا أنا فلا . ورُوى عن يحيى بن مَعِين : أنه حضر مع الناس عَشيّةَ عرَفَةَ .

كتاب صلاة الخوف

صلاة الخوف ثابتة بالكتاب والسنّة ، أما بالكتاب : فقول الله تعالى (٤ : ١٠٢ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلاةَ) الآية . وأما السنّة : فثبت أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يُصلّي صلاةَ الخوف . وجمهور العلماء متفقون على أن حـكمها باقٍ بعد النبي ﷺ . وقال أبو يوسف : إنما كانت تختصّ بالنبيّ صلى الله عليـه وسلم لقوله تعالى : (وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ) وليس بصحيح ، فإن ماثبت فى حقّ النبيّ صلى الله عليه وسلم ثبت فى حقّنا . مالم يقم دليل على اختصاصه به ، فإن الله تعالى أمر باتّباعه بقوله (٦ : ١٥٥ فاتّبعُوه) . وسُئل عن القُبْـلة للصائم ، فأجاب بأنى أفعل ذلك ، فقال ، السائل : لَسْتَ مثلَنا ، فغضب وقال « إِنِّي لَأَرْجو أَنْ أَكُونَ أَخْشَاكُمْ لِلّهِ تَعَالَى ، وأَعْلَمَـكُمْ بِمَا أَتَّـقِي » ولو اختص بفعله لمـا كان الإخبار بفعله جواباً ، ولا غضب من قول السائل : لستَ مثلَنا ، لأن قوله : إذاً يـكونُ صواباً ، وكان أصحابُ النبيّ صلى الله عليه وسلم يحتجّون بأفعال رسول الله ﷺ ، ويرونهـا معارضَة لقوله ، وناسخةً له ، ولذلك لما أخْبَرتْ عائشةُ وأمّ سَلمة بأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « كَانَ يُصْبِـحُ جُنُباً مِنْ غَيْرِ احْتِلَامٍ ثُمَّ يَغْتَسِلُ ، ويَصُومُ ذَلِكَ اليَوْمَ » تركوا به خبرَ أبى هريرة « مَنْ أَصْبَحَ جُنُبـاً فَلاَ صَوْمَ لَهُ » ولـمّا ذكروا ذلك لأبى هريرة قال : هُنَّ أعْلَمُ ، إنّمـا حَدَّثَـنِي بهِ الفَضْلُ بنُ عبّـاسٍ ، ورجع عن قوله ، ولو لم يـكن فعلُه حجّة لغيره لم يـكن مُعارضاً لقوله . وأيضاً فإن الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على صلاة الخوف . فرُوى أن علياً رضى الله عنه صلَّى صلاةَ الخوف ليلة الهَدِير[1] ، وصلَّى أبو موسى الأشعريّ صلاة الخوف بأصحابه .

ورُوى أن سعيد بنَ العاص كان أميراً على الجيش بِطَبَرِسْتَانَ ، فقال : أيُّكم صَلّى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاةَ الخوف ؟ فقال حُذَيفة : أنا ، فقدّمه فصلَّى بهم . فأمّا تخصيص النبي صلى الله عليه وسلم بالخطاب ، فلا يوجب تخصيصه بالحـكم ، لما ذكرناه . ولأنّ الصحـابة رضى الله عنهم أنـكروا على مانعى الزكاة قولَهم إنّ الله تعالى خصّ نبيّه بأخذ الزكاة بقوله (٩ : ١٠٣ خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً) وقد قال الله تعالى (٦٦ : ١ يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلّ اللهُ لَكَ) وهذا لايختصّ به . فإن قيـل : فالنبيّ ﷺ أخّر الصلاة يوم الخندق ، ولم يُصَلّ ؟ قلنا : هذا كان قبل نزول صلاة الخوف ، وإنّما يؤخذ بالآخِر ، فالآخِر ، من أمر رسول الله ﷺ ، ويـكون ناسخاً لمـا قبله ، ثم إن هـذا الاعتراض باطل فى نفسه ، إذ لاخلاف فى أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان له أن يُصَلِّي صَلاَةَ الْخَوْفِ ، وقد أمره الله تعالى بذلك فى كتابه ، فلا يجوز الاحتجاج بما يُخالفُ الـكتاب ، والإجماع . ويحتمل أن النبيّ صلى الله

(١) الهدير : صوت الجمل من غير شقشقة ، والمراد ليلة وقعة الجمل .

عليه وسلم أخّر الصلاة نِسْيانًا ، فإنّه رُوى أنّ النبى ﷺ سألهم عن صلاتها ، فقالوا : ماصلّينا . ورُوى أن عمر قال : ماصَلَّيتُ العَصْرَ ، فقال النبىّ صلى الله عليه وسلم « واللهِ مَاصَلَّيْتُهَا » أو كما جاء . ويدلّ على صحة هذا أنّه لم يكن ـ ثَمَّ قتال يمنعه من الصلاة ، فدلّ على ماذكرناه .

« مسألة » قال ﴿ وصلاة الخوف إذا كان بإزاء العدوّ ، وهو فى سفرٍ صَلَّى بطائفة ركعةً ، وأتمت لأنفسها أخرى ، بالحمد لله ، وسورة ، ثم ذهبت تحرُس . وجاءت الطائفة الأخرى التى بإزاء العدوّ ، فصلّت معه ركعةً ، وأتمّت لأنفسها أخرى ، بالحمد لله وسورة ، ويُطيل التشّهد حتى يُتِمّوا التشّهد ، ويُسَلِّمْ بهم ﴾ .

وجملة ذلك : أن الخوف لايؤثّر فى عدد الركعات فى حق الإمام والمأموم جميعاً ، فإذا كان فى سفر يُبيح القصرَ ، صَلَّى بهم ركعتين ، بكلّ طائفة ركعة ، وتُتِمّ لأنفُسِها أخرى ، على الصفة المذكورة ، وإنما يجوز ذلك بشرائط – منها : أن يكون العدوّ مُباحَ القِتَال ، وأن لايُؤْمَنَ هُجُومُه . قال القاضى : ومن شرطها كونُ العدوّ فى غير جِهَةِ القِبْلَةِ . ونصّ أحمدُ على خلاف ذلك فى رواية الأثرم ، فإنه قال : قلت له : حديث سهل نستعمله ، مُستقبلين القبلة ـ كانوا أو مستدبرين ؟ قال : نعم ، هو أنكى . ولأن العدوّ قد يكون فى جهة القبلة على وجهٍ لايُمكن أن يُصَلِّى بهم صَلَاةَ عُسْفَان[1] لانتشارهم ، أو استتارهم ، أو الخوف من كَمِين ، فالمنع من هذه الصلاة يُفضى إلى تفويتها . قال أبو الخطّاب : شرطها أن يكون فى المصلّين كثرةٌ يمكن تَفريقهم طائفتين ، كل طائفة ثلاثةٌ ، فأكثر . وقال القاضى : إن كانت كلّ فرقة أقلّ من ثلاثة كرهناه ، لأن أحمد ذهبَ إلى ظاهر فعل النبىّ صلى الله عليه وسلم . ووجه قولها : أن الله تعالى ذكر الطائفةَ بلفظ الجمع ، لقوله تعالى (٤ : ١٠٢ فَإِذا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ) وَأقلّ لفظ الجمع ثلاثة ، والأوْلَى أن لايُشترط هذا . لأن مادون الثلاثة عدد تصحّ به الجماعة ، فجاز أن يكونوا طائفةً كالثلاثة . وأما فعل النبىّ ﷺ ، فإنّه لايُشترط[2] فى صلاة الخوف أن يكون المصلّون مثل أصحاب النبىّ صلى الله عليه وسلم فى العدد ، وجهاً واحداً ، ولذلك اكتفينا بثلاثة ، ولم يكن كذلك أصحابُ النبىّ صلى الله عليه وسلم .

ويُستحبُ أن يخفف بهم الصلاة ، لأن موضوع صلاة الخوف على التخفيف ، وكذلك الطائفة التى تُفارقه تصلّى لنفسها ، تقرأ بسورة خفيفة ، ولا تُفارقه حتى يستقلّ قائماً ، لأن النهوض يشتركون فيه

---

(١) صلاة عسفان : ستأتى صفتها بعد صفحات ، وعسفان موضع على مرحلتين من مكة ، كانت فيه غزوة للنبى صلى الله عليه .

(٢) فى النسخ المطبوعة : لايشترك بدل لايشترط وهو تصحيف ، ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب .

جميعاً ، فلا حاجة إلى مفارقتهم إيّاه قبله ، والمفارقة إنما جازت للعذر . ويقرأ ، ويتشهّدُ ويُطيل في حال الانتظار حتى يُدركوه . وقال الشافعيّ في أحد قوليه : لا يقرأ حالَ الانتظار ، بل يُؤخّر القراءةَ ليقرأ بالطائفة الثانية ، ليكون قد سَوَّى بين الطائفتين .

ولنا : أن الصلاة ليس فيها حالُ سكوت ، والقيام محلٌّ للقراءة ، فينبغي أن يأتي بها فيه ، كما في التشهّد إذا انتظرهم ، فإنّه يتشهّد ، ولا يسكت ، كذا هاهنا ، والتسوية بينهم تحصلُ بانتظاره إيّاهم في موضعين ، والأولى في موضع واحدٍ . إذا ثبت هذا فقال القاضي : إن قرأ في انتظارهم قرأ بعد ماجاءوا بقدر فاتحة الكتاب ، وسورةٍ خَفيفَةٍ ، وإن لم يقرأ في انتظارهم قرأ إذا جاءوا بالفاتحة وسورةٍ خَفيفَةٍ ، وهذا على سبيل الاستحباب ، ولو قرأ قبل مجيئهم ، ثم ركع عند مجيئهم ، أو قبله ، فأدركوه راكعاً ، ركعوا معه ، وصحّت لهم الركعة مع ترك السنة . وإذا جلس للتشهّد قاموا فصَلَّوْا ركعةً أخرى ، وأطال التشهّد بالدعاء ، والتوسّل ، حتى يدركوه ، ويتشهّدُوا ، ثمّ يُسلِّم بهم . وقال مالك : يتشهّدُون معه ، فإذا سلَّم الإمامُ قاموا ، فقَضَوْا مافاتهم كالمسبوق . وماذكرناه أولى لقول الله تعالى (٤ : ١٠٢ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ) وهذا يدلّ على أن صلاتهم كلّها معه .

وفي حديث سهل « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قَعَدَ حَتَّى صَلَّى الَّذِينَ خَلْفَهُ رَكْعَةً ، ثمّ سَلَّمَ » رواه أبو داود . ورُوي : أنه سلم بالطائفة الثانية ، ولأن الأولى أدركت معه فضيلةَ الإحرام ، فينبغي أن يُسلّم بالثانية ، ليُسَوِّيَ بينهم ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ . إلا فيما ذكرنا من الاختلاف . وقال أبو حنيفة : يُصَلِّي كما روى ابن عمر . قال : « صَلَّى النبيّ صلى الله عليه وسلم صلاةَ الخوف بإحدى الطائفتين ركعةً وسجدتين ، والطائفةُ الأخرى مواجَهةٌ للعدوّ ، ثم انصرفوا ، وقاموا في مقام أصحابهم ، مُقبلين على العدوّ ، وجاء أولئك ، ثمّ صَلَّى لهم النبيُّ ﷺ ركعةً ، ثم سَلّم ، ثمّ قَضَى هؤلاء ركعةً ، وهَؤُلاَء رَكْعَةً » متفق عليه . وقال أبو حنيفة : يُصَلِّي بإحدى الطائفتين رَكْعَةً ، والأخرى مُواجِهَةٌ لِلْعَدُوِّ ، ثم تنصرف التي صلّت معه إلى وجه العدوّ ، وهي في صلاتها ، ثم تجيء الطائفة الأخرى ، فتصلِّي مع الإمام الركعة الثانية ، ثم يسلِّم الإمامُ ، وترجع الطائفة إلى وجه العدوّ ، وهي في الصلاة ، ثم تأتي الطائفة الأولى إلى موضع صلاتها ، فتُصَلِّي ركعةً مُنفردة ، ولا تقرأ فيها ، لأنها في حكم الائتمام ، ثم تنصرف إلى وجه العدوّ . ثم تأتي الطائفة الأخرى إلى موضع الصلاة ، فتصلِّي الركعة الثانية منفردة ، وتقرأ فيها ، لأنّها قد فارقت الإمام بعد فراغه من الصلاة ، فحكمها حكمُ المسبوق إذا فارق إمامه . قال : وهذا أولى ، لأنكم جوّزتم للمأموم فراق إمامه قبل فراغه من الصلاة ، وهي الطائفة الأولى ، وللثانية فراقُه في الأفعال ، فيكون جالساً وهم قيام ، يأتون بركعةٍ وهم في إمامته .

ولنـا : مارَوى صالح بن خَوّات عمّن صلّى مع النبىّ صلى الله عليـه وسلم يومَ ذَاتِ الرِّقاع[1] صلاة الخوف « أَنَّ طائفـةً صَلَّتْ مَعَهُ ، وَطَائِفَةٌ وُجَاهَ[2] العَدُوّ ، فصلّى بالتى مَعَهُ رَكْعَةً ثمَّ ثَبَتَ قَائِمـاً ، وَأَتَمُّوا لِأَنفُسِهِمْ ، ثمَّ انْصَرَفُوا ، وَصَفُّوا وجَاهَ العَدُوّ . وَجَاءَتِ الطَّائِفَةُ الأُخْرَى ، فَصَلَّى بِهِمُ الرَّكْعَةَ الَّتِى بَقِيَتْ مِنْ صَلاَتِهِ ، ثمَّ ثَبَتَ جَالِساً ، وَأَتَمُّوا لِأَنفُسِهِمْ ، ثمَّ سَلَّمَ بِهِمْ » رواه مسلم

وروى سهل بن أبى حَثْمَة مثل ذلك ، والعمل بهذا أولى . لأنه أشبه بـكتاب الله تعالى ، وأ حوط للصلاة ، والحرب . أما موافقة الـكتاب ، فإنَّ قول الله تعـالى : (٤ : ١٠٢ ولتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ) يقتضى أن جميع صلاتها معه ، وعنده تصلى معه ركعةً فقط ، وعندنا جميع صلاتها معه — إحدى الركعتين توافقه فى أفعاله وقيامه ، والثانية تأتى بها قبل سلامه ، ثم تسلّم معه ، ومن مفهوم قوله : (لَمْ يُصَلُّوا) أن الطائفة الأولى قد صلّت جميع صلاتهـا ، وعلى قولهم : لم تُصَلِّ إلا بعضَها . وأمَّا الاحتياط للصلاة ، فإن كلّ طائفة تأتى بصلاتها متواليةً ، بعضُها توافق الإمامَ فيها فعْلاً ، وبعضُها تُفارقه وتأتى به وحدها كالمسبوق . وعنده تنصرف فى الصلاة ، فإمَّا أن تمشىَ ، وإما أن تركب ، وهـذا عمل كثيرٌ . وتستدبرُ القبلة ، وهذا يُنافى الصلاة ، وتُفرّق بين الركعتين تفريقاً كثيراً بما يُنافيها . ثم جعلوا الطائفة الأولى مُؤْتَمّةً بالإمام بعد سلامه ، ولا يجوز أن يكون المأموم مأموماً فى ركعة يأتى بها بعد سلام إمامه . وأما الاحتياط للحرب ، فإنَّه يتمكّن من الضرب والطعن والتحريض ، وإعلام غيره بما يراه ممّا خَفِىَ عليه من أمر العدوّ ، وتحذيره ، وإعلام الذين مع الإمام بمـا يحدُث ، ولا يمـكن هذا على قولهم . ولأن مَبْنَى صلاة الخوف على التخفيف ، لأنهم فى موضع الحاجة إليه ، وعلى قولهم تطول الصلاة أضعاف ما كانت حالَ الأمن ، لأنَّ كلّ طائفة تحتاج إلى مُضىّ إلى مكان الصلاة ، ورجوعٍ إلى وِجَاه العدوّ ، وانتظارٍ لمضىّ الطائفة الأخرى ، ورجوعها . فعلى تقدير أن يكون بين المـكانين نصفُ ميل ، تحتاج كلّ طائفة إلى مشى ميلٍ ، وانتظار للأُخرى قدر مشى ميل ، وهى فى الصلاة ، ثم تحتاج إلى تـكلّف الرجوع إلى موضع الصلاة ، لإتمام الصلاة من غير حاجةٍ إليه ، ولا مصلحةٍ تتعلّق به ، فلو احتاج الآمنُ إلى مثل هذه الـكُلْفَةِ فى الجماعة لسقطَتْ عنه ، فـكيف يُـكلّف الخائف هذا ، وهو فى مَظِنّة التخفيف ، والحاجة

---

(١) ذات الرقاع : الرقاع جمع رقعة وهى القطعة المخالفة لباقى الثوب ، وسميت هذه الغزوة بذلك لأن المسلمين لفوا على أرجلهم الخرق والرقاع حماية لها من حر الأرض وعسف السير ، وكانت أرجلهم قد تآكلت من كثرة المشى ، وقيل سميت بذلك باسم جبل فيه بقع حمر وبيض وسود ، وكانت الغزوة قريبة منه

(٢) وجاه : على وزن فعال من المواجهة ، وغالباً تبدل هذه الواو تاء للتخفيف ، لأن الواو المكسورة والمضمومة فى أول الـكلمة ثقيلة ، فيقال تجاه ، ويجوز ضمها وكسرها ، ومن ذلك حديث النبى صلى الله عليه وسلم لابن عباس «احفظ الله تجده تجاهك» ، أصلها وجاهك ، فأبدلت الواو تاء للتخفيف .

إلى الرفق به . وأما مُفارقة الإمام لجائزة للعذر ، ولا بدَّ منها على القولين ، فإنهم جوَّزوا للطائفة الأولى مُفارقةَ الإمام ، والذهابَ إلى وجه العدوّ ، وهذا أعظم مما ذكرناه . فإنَّه لا نظير له فى الشرع ، ولا يوجد مثلُه فى موضع آخر .

فصــــل

وإنْ صَلَّى بهِمْ كمذهب أبى حنيفة جاز ، نص عليه أحمد . ولكن يكون تاركاً للأَوْلَى والأحسن ، وبهذا قال ابن جرير ، وبعض أصحاب الشافعىّ .

فصــــل

ولا تجب التسوية بين الطائفتين ، لأنه لم يرد بذلك نصّ ولا قياس ، ولا يجب أن تكون الطائفة التى بإزاء العدوّ ممَّن تحصُل الثقة بكفايتها ، وحِراستها ، ومتى خَشِى اختلالَ حالهم ، واحتِيج إلى مَعُونتهم بالطائفة الأخرى ، فللإمام أن ينْهَدَ[1] إليهم بمن معه ، ويَبْنُوا على مامضى من صلاتهم .

فصــــل

فإن صلوا الجمعة صلاة الخوف جاز ، إذا كانت كلّ طائفة أربعين ؛ فإن قيل : فالعدد شرط فى الجمعة كلِّها ، ومتى ذهبت الطائفة الأولى بقى الإمام منفرداً ، فتبطُل كما لو نقص العدد . فالجواب : أن هذا جاز لأجل العذر ، ولأنه يترقَّب مجىء الطائفة الأخرى ، بخلاف الانفضاض ، ولا يجوز أن يخطُب بإحدى الطائفتين ، ويُصَلى بالأخرى ، حتى يصلِّى معه من حضر الخطبة ، وبهذا قال الشافعىّ .

فصــــل

والطائفة الأولى فى حكم الائتمام قبل مفارقة الإمام ، فإن سها لحقهم حكمُ سهوه فيما قبل مفارقته ، وإن سَهَوْا لم يلزمهم حكمُ سهوهم ، لأنهم مأمومون ، وأما بعد مفارقته فإن سها لم يلزمهم حكمُ سهوه ، فإن سهَوْا لحقهم حكم سهوهم ، لأنهم منفردون . وأما الطائفة الثانيـة فيلحقها حكم سهو إمامها فى جميع صلاته ، ما أدركت منها ، وما فاتهـا ، كالمسبوق يلحقه حكم سهو إمامه فيما لم يدركه ، ولا يلحقها حكمُ سهوها فى شىء من صلاتها ، لأنها إن فارقته فعلاً لقضاء مافاتهـا فهى فى حكم المؤتمّ به ، لأنهم يُسلِّمون بسلامه ، فإذا فرغت من قضاء مافاتها سجد ، وسجدت معه ، فإن سجد الإمام قبل إتمامها سجدت ، لأنها مؤتمّة به ، فيلزمها متابعتهُ ، ولا تُعيد السجود بعد فراغها من التشهّد ، لأنها لم تنفرد عن الإمام ، فلا يلزمها من السجود أكثرُ مما يلزمه ، بخلاف المسبوق . وقال القاضى : ينبنى هذا على الروايتين فى المسبوق إذا سجدمع إمامه ، ثم قضى ماعليه ، وقد ذكرنا الفرق بينهما .

---

(١) ينهد : ينهض .

« مسألة » قال { وإن خاف وهو مقيم صلّى بكلّ طائفةٍ ركعتين ، وأتمّت الطائفة الأولى بالحمد لله في كلّ ركعة ، والطائفة الأخرى تُتمّ بالحمد لله ، وسورة } .

وجملة ذلك : أن صلاة الخوف جائزة في الحضَر ، إذا احتيج إلى ذلك بنزول العدوّ قريباً من البلد ، وبه قال الأوزاعيّ ، والشافعيّ . وحُكي عن مالك أنها لا تجوز في الحضَر ، لأن الآية إنّما دلّت على صلاة ركعتين ، وصلاةُ الحضَر أربع ، ولأن النبيّ ﷺ لم يفعلها في الحضَر ، وخالفه أصحابه ، فقالوا كقولنا .

ولنا : قول الله تعالى : (٤ : ١٠٢ وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ) الآية ، وهذا عامّ في كلّ حال ، وترك النبي صلى الله عليه وسلم فعلَها في الحضَر إنّما كان لغناه عن فعلها في الحضَر ، وقولهم : إنما دلّت الآية على ركعتين . قلنا : وقد يكون في الحضَر ركعتان ، الصبح ، والجمعة ، والمغربُ ثلاث . ويجوز فعلُها في الخوف في السفَر ، ولأنّها حالة خوف ، فجازت فيها صلاة الخوف كالسفر . فإذا صلّى بهم الرباعيّة صلاةَ الخوف فرّقهم فرقتين ، فصلّى بكلّ طائفةٍ ركعتين ، وهل تفارقه الطائفة الأولى في التشهّد الأول ، أو حين يقوم إلى الثالثة ؟ على وجهين ، أحدهما : حين قيامه إلى الثـالثة ، وهو قول مالك ، والأوزاعيّ ، لأنّه يحتاج إلى التطويل من أجل الانتظار . والتشهد يُستَحبّ تخفيفه ، ولذلك كان النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم إذا جلس للتشهّد كان كأنّه على الرَّضْفِ[1] حتى يقوم ، ولأنّ ثواب القائم أكثرُ ، ولأنه إذا انتظرهم جالساً فجاءت الطائفة فإنّه يقوم قبل إحرامهم ، فلا يحصلُ اتّباعهم له في القيام .

والثـاني : في التشهّد ، لتدرك الطائفة الثانية جميعَ الركعة الثالثة ، لأنّ الانتظار في الجلوس أخفُّ على الإمام ، ولأنه متى انتظرهم قائماً احتاج إلى قراءة السورة في الركعة الثالثة ، وهو خلاف السُّنَّة ، وأيَّ مافعل كان جائزاً ، وإذا جلس الإمام للتشهّد الأخير جلست الطـائفةُ معه فتشهّدت التشهّد الأول ، وقامت وهو جالس ، فأتمت صلاتها ، وتقرأ في كلّ ركعة بالحمد لله وسورة ، لأنّ ماتقضيه أولُ صلاتها ، ولأنها لم يحصلْ لهـا مع الإمام قراءةُ السورة . ويُطوّل الإمام التشهّد ، والدعاء ، حتى تُصلّي الركعتين ، ثم يتشهّد ، ويُسلّم بهم . فأما الطائفة الأولى : فإنّما تقرأ في الركعتين بعد مفارقة إمامها الفـاتحة وحدها ، لأنّها آخرُ صلاتها ، وقد قرأ إمامُها بهـا السورة في الركعتين الأوليَيْن ، وظاهر المذهب أن ماتقضيه الطائفة الثانية أولُ صلاتها . فعلى هذا تَسْتَفْتِـح إذا فارقت إمامَها ، وتستعيذُ ، وتقرأ الفاتحة ، وسورةً . وقد رُوي أنه آخِرُ صَلَاتِها ، ومقتضاه ألا تستفتح ، ولا تستعيذ ، ولا تقرأ السورة ، وعلى كلّ حال

---

(١) الرضف : هو الحجارة المحماة بحر النـار ، وهو اسم جنس جمعي واحده رضفة ، بسكون الضاد وفتحها .

فينبغي لها أن تُخفّف . وإن قرأت سورةً فلتكن من أخفّ السور ، أو تقرأ آية أو اثنتين من سورة . وينبغي للإمام أن لايُعَجِّل بالسلام ، حتى يَفرُغ أكثرُهم من التشهّد ، فإن سلَّم قبل فراغ بعضهم أتمّ تشهُّده ، وسلّم .

فصـــــل

واختلفت الرواية فيما يقضيه المسبوق ، فرُوى أنه أول صلاته ، ومايدركه مع الإمام آخرها ، وهذا ظاهر المذهب ، كذلك قال ابن عمر ، ومجاهد ، وابن سيرين ، ومالك ، والثوريّ . وحُكي عن الشافعيّ وأبي حنيفة ، وأبي يوسف ، والحسن بن حي . وروى عن أحمد أن مايقضيه آخرُ صلاته ، وبه قال سعيد ابن المسيّب ، والحسن ، وعمر بن عبدالعزيز ، ومكحول ، وعطاء ، والزهريّ ، والأوزاعيّ ، وإسحق ، والمُزَنيّ ، وأبو ثور ، وهوقول الشافعيّ . وروايةٌ عن مالك ، لقول النبيّ ﷺ « وَمَا فَاتَـكُمْ فَأَتِمُّوا » متفق عليه ، ولأنه آخرُ صلاته حقيقةً ، فكان آخرَها حكماً ، كغير المسبوق . ولأنه يتشهّد في آخر مايقضيه ، ويسلّم ، ولو كان أولَ صلاته لما تشهّد ، وكان يكفيه تشهُّده مع الإمام . وللرواية الأولى قوله « وَمَا فَاتَـكُمْ فَاقْضُوا » وهو صحيح ، ولأنّه يُسمّى قضاء ، والقضاء للفائت ، والفائت أول الصلاة . ومعنى قوله « فأَتِمُّوا » أي اقضوا ، لأنّ القضاء إتمامٌ ، ولذلك سمّاه فائتاً ، والفائت أول الصلاة . ولأنه يقرأ فيما يقضيه الفاتحة ، وسورة ، فكان أول الصلاة كغير المسبوق . ولا أعلمُ خلافاً بين الأئمة الأربعة في قراءة الفاتحة ، وسورة . قال ابن عبد البرّ : كل هؤلاء القائلين بالقولين جميعاً يقولون : يقضى مافاته بالحمد لله وسورة ، على حسب ماقرأ إمامُه إلا إسحاق ، والمزنيّ ، وداود ، قالوا : يقرأ بالحمد وحدها ، وعلى قول من قال : إنّه يقرأ في القضاء بالفاتحة وسورة لا تظهرُ فائدة الخلاف ، إلاّ أن يكون في الاستفتاح والاستعاذة ، حال مُفارقة الإمام ، وفي موضع الجلسة للتشهّد الأول ، في حق من أدرك ركعة من المغرب ، والرباعيّة ، والله أعلم .

فصـــــل

واختلفت الرواية في موضع الجلسة والتشهّد الأول في حق من أدرك ركعة من المغرب ، أو الرباعية ، إذا قضى . فرُوى عن أحمد : أنه إذا قام استفتح فصلَّى ركعتين متواليتين ، يقرأ في كلّ واحدة بالحمد لله وسورة ، نصّ عليه في رواية حرب . وفعل ذلك جُنْدُب ، وذلك لأنهما أوّلُ صلاته ، فلم يتشهّد بينهما كغير المسبوق . ولأن القضاء على صفة الأداء ، والأداء لا جلوس فيه ، ولأنهما ركعتان يقرأ في كل واحدة منهما بالحمد لله ، وسورة ، فلم يجلس بينهما كالمُؤَدّاتَين . والرواية الثانية : أنه يقوم فيأتي بركعة ، يقرأ فيها بالحمد لله وسورة ، ثم يجلس ، ثم يقوم ، فيأتي بأخرى بالحمد لله وسورة في المغرب ، أو بركعتين

متواليتين فى الرباعية ، يقرأ فى أولاهما بالحمد لله وسورة ، وفى الثانية بالحمد وحدها . نقلها صالح ، وأبو داود والأثرم ، وفعل ذلك مسروق . وقال عبد الله بن مسعود : كما فعل مسروق يُفعل ، وهو قول سعيد بن المسيّب ، فإنه رُوى عنه أنه قال للزهرىّ : ماصلاةٌ يُجْلَسُ فى كلّ ركعةٍ منها . قال سعيد : هى المغرب ، إذَا أدركْتَ منها ركعةً ، ولأنّ الثالثة آخِرُ صلاته فِعلاً ، فيجبُ أن يجلس قبلها ، كغير المسبوق .

وقد روى الأثرم بإسناده ، عن إبراهيم ، قال : جاء جُنْدُب ، ومسروق ، إلى المسجد ، وقد صلَّوا ركعتين من المغرب ، فدخلا فى الصفّ ، فقرأ جُندُب فى الركعة التى أدرك مع الإمام ، ولم يقرأ مسروق ، فلمّا سلّم الإمام قاما فى الركعة الثانية ، فقرأ جُندُب ، وقرأ مسروق ، وجلس مسروق فى الركعة الثانية ، وقام جُندُب ، وقرأ مسروق فى الركعة الثالثة ، ولم يقرأ جُندُب ، فلما قضيا الصلاة أتيا عبد الله ، فسألاه عن ذلك ، وقَصَّا عليه القِصّة ، فقال عبد الله : كما فَعَلَ مَسروق يُفْعَل . وقال عبد الله : إذا أدركت ركعةً من المغرب فاجلسْ فيهنّ كُلِّهنّ ، وأيًّا مافعل من ذلك جاز إن شاء الله تعالى ، ولذلك لم يُنكر عبد الله على جُندُب فعلَه ، ولا أمره بإعادة صلاته .

فصـــل

إذا فرقهم فى الرباعية فرقتين فصلّى بالأولى ثلاث رَكَعات وبالثانية ركعةً ، أو بالأولى ركعةً ، والثانية ثلاثاً صحّت الصلاة ، لأنه لم يزد على انتظارين ، ورد الشرع بمثلهما . وبهذا قال الشافعىّ ؛ إلّا أنه قال : يسجدُ للسهو ، ولا حاجة إليه ، لأن السجود للسهو ، ولا سهو هاهنا ، ولو قدّر أنه فعله ساهياً لم يحتجْ إلى سجود ، لأنّه مما لا يُبطِل عمدُه الصلاة ، فلا يُسْجدُ لِسَهْوِه ، كما لو رفع يديه فى غير موضع الرفع ، وترك رفعهما فى موضعه . فأما إن فرقهم أربع فرق ، فصلّى بكلّ طائفة ركعة ، أو ثلاثَ فرق ، فصلّى بإحداهنّ ركعتين ، والباقين ركعةً ركعةً ، صحّت صلاة الأولى ، والثانية ، لأنّهما ائتمّا بمن صلاتُه صحيحة ، ولم يوجد منهما مايُبطل صلاتهما ، وتَبْطُل صلاة الإمام بالانتظار الثالث ، لأنّه لم يُنقل عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فزاد انتظاراً لم يَرِد الشرع به ، فتبطُل صلاته به ، كما لو فعله من غير خوف . ولا فرق بين أن تكون به حاجة إلى ذلك ، أو لم تكن ، لأنّ الرُّخَص إنّما يُصار فيها إلى ماورد الشرع به ، ولا تصحّ صلاة الثالثة ، والرابعة ، لائتمامها بمن صلاتُه باطلة ، فأشبه مالو كانت صلاته باطلةً من أوّلها ، فإن لم يعلما ببطلان صلاة الإمام ، فقال ابنُ حامد : لا تبطُل صلاتهما ، لأنّ ذلك مما يخفى ، فلم تبطل صلاة المأموم ، كما لو ائتمّ بمُحدث . وينبغى على هذا أن يخفى على الإمام ، والمأموم ، كما اعتبرنا فى صحة صلاة من ائتمّ بمُحدث خفاءه على الإمام والمأموم ، ويحتمل أن لا تصح صلاتهما ، لأن الإمام والمأموم يَعْلَمانِ وجودَ المُبطل ، وإنما خفى عليهم حكمه ، فلم يمنع ذلك البطلان ، كما لو علم الإمام . والمأموم

حدَثَ الإمام ، ولم يعلما كونَه مُبطلا . وقال بعض أصحاب الشافعيّ ، كقول ابن حامد ، وقال بعضهم : تصحّ صلاةُ الإمام والمأمومين جميعاً ، لأنّ الحاجةَ تدعو إلى ذلك ، فأشبه مالو فرّقهم فرقتين . وقال بعضهم ، المنصوصُ أن صلاتهم تبطلُ بالانتظار الأول ، لأنه زاد على انتظار رسول الله صلى الله عليه وسلم زيادةً لم يَرِد الشرعُ بها .

ولنا على الأول : أن الرُّخَصَ إنما تُتَلَقَّى من الشرع ، ولم يرد الشرع بهذا . وعلى الثانى : أن طول الانتظار لاعِبْرةَ به ، كما لو أبطأت الثانية فيما إذا فرقهم فرقتين .

« مسألة » قال ﴿ وإن كانت الصلاةمغرباً صلَّى بالطائفة الأخرى ركعة وأتمت لأنفسها ركعتين ، تقرأ فيهمابالحمدالْهَدِ لله ، ويصلى بالطائفةالأخرى ركعةً ، وأتمت لأنفسها ركعتين ، تقرأ فيهما بالحمد لله وسورة ﴾ .

وبهذا قال مالك ، والأوزاعيّ ، وسُفْيان ، والشافعيّ فى أحد قوليه . وقال فى آخرَ يُصَلى بالأولى ركعة ، والثانية ركعتين ، لأنه رُوى عن علىّ رضى الله عنه : أنه صلى ليلةَ الهدير[1] هكذا ، ولأن الأولى أدركت معه فضيلةَ الإحرام والتقدّم ، فينبغى أن تزيد الثانيـة فى الركعات ، ليُجْبَر نقصُهم ، وتُساوى الأولى .

ولنا : أنه إذا لم يكن بد من التفضيل فالأولى أحقّ به ، ولأنه يَجْبُرُ مافات الثانيةَ بإدراكها السلام مع الإمام ، ولأنها تُصلِّى جميعَ صلاتها فى حكم الائتمام ، والأولى تفعل بعض صلاتها فى حكم الانفراد ، وأيًّا مّا فعل فهو جائز على ما قدّمنا . وهل تفارقه الطائفة الأولى فى التشهّد ، أو حين يقوم إلى الثالثة ؟ فعلى وجهين ، وإذا صلَّى بالثانية الركعة الثالثـة ، وجلس للتشهّد ، فإنَّ الطائفة الأولى تقوم ، ولا تتشهّد معه ، ذكره القاضى ، لأنه ليس بموضع لتشهّدها ، بخلاف الرباعية . ويحتمل أن تتشهّد معه ، لأنها تقضى ركعتين متواليتين ، على إحدى الروايتين ، فيُفضى إلى أن تصلِّى ثلاثَ ركَعات بتشهّد واحد ، ولا نظير لهذا فى الصلوات . فعلى هذا الاحتمال تتشهّد معه التشهّد الأول ، ثم تقوم كالصلاة الرباعيّة سواء .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يحمل السلاح فى صلاة الخوف لقول الله تعالى : (٤: ١٠٢ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ) ولأنهم لا يأمنون أن يفجأهم عدوهم ، فيميلون عليهم . كما قال الله تعالى : (٤ : ١٠٢ وَدَّ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً) والمستحبُّ من ذلك : مايدفع به عن نفسه ، كالسيف ، والسكين ، ولا يثقله ، كالجَوْشَن[2] ، ولا يمنع من إكمال السجود كالمِغْفَر[3]

---

(١) الهدير : صوت البعير فى غير شقشقة ، والمراد يوم وقعة الجمل .

(٢) الجوشن : الدرع ، وهو مايقى الصدر فى الحرب من الطعنات .

(٣) المغفر : حلقات من الحديد ونحوه يضعها المحارب على وجهه كالقناع على وجه المرأة فيقى وجهه .

ولا ما يؤذى غيره كالرُّمح ، إذا كان مُتَوَسِّطاً ، فإن كان فى الحاشية لم يُكره . ولا يجوز حمل نجس ولا ما يُخلّ بركن من أركان الصلاة ، إلا عند الضرورة ، مثل أن يخاف وقوع الحجارة ، أو السهام به ، فيجوز له حمله للضرورة . قال أصحابنا : ولا يجب حمل السلاح ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأكثر أهل العلم ، وأحد قولى الشافعىّ ، لأنه لو وجب لكان شرطاً فى الصلاة كالسترة ، ولأن الأمر به للرفق بهم والصيانة لهم ، فلم يكن للإيجاب ، كما أن النبىَّ ﷺ لما نهى عن الوِصَالِ[1] رفقاً بهم لم يكن للتحريم . ويحتمل أن يكون واجباً . وبه قال داود ، والشافعىّ فى القول الآخر ، والحجة معهم . لأن ظاهر الأمر الوجوب ، وقد اقترن به ما يدل على إرادة الإيجاب به ، وهو قوله تعالى : (٤ : ١٠٢ وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذًى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ) ونفى الحَرَج مشروطاً بالأذى دليل على لزومه عند عدمه . فأما إن كان بهم أذًى من مطر ، أو مرض ، فلا يجب بغير خلاف ، بتصريح النصّ بنفى الحرج فيه .

فصـــل

ويجوز أن يُصلِّى صلاة الخوف على كلّ صفة صلاّها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال أحمد : كلّ حديث يُروى فى أبواب صلاة الخوف فالعملُ به جائز . وقال : ستّة أوجه ، أو سبعة ، يُروى فيها كلّها جائز . وقال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : تقول بالأحاديث كلّها ، كلّ حديث فى موضعه ، أو تختار واحداً منها ؟ قال : أنا أقول من ذهب إليها كلّها فحسن ، وأما حديث سهل فأنا أختاره ؛ إذا تقرر هذا فنذكر الوجوه التى بلغنا أن النبى ﷺ صلَّى عليها ، وقد ذكرنا منها وجهين :

(أحدهما) ماذكره الخِرَقىّ ، وهو حديث سهل .

(والثانى) حديث ابن عمر ، وهو الذى ذهب إليه أبو حنيفة .

(والثالث) صلاةُ النبىّ صلى الله عليه وسلم بعُسفان ، وهو ماروى أبو عيَّاش الزُّرَقىّ قال : كنَّا مع النبىّ صلى الله عليه وسلم بعُسْفَان وعلى المشركين خالدُ بن الوليد ، فصلّينا الظهر . فقال المشركون : لقد أصبنا غِرَّةً لو حملنا عليهم فى الصلاة ، فنزلت آية القصر بين الظهر ، والعصر . فلما حضرت العصرُ قام رسول الله ﷺ مستقبلَ القبلة ، والمشركون أمامه ، فصفّ خلفَ رسول الله صلى الله عليه وسلم صفٌّ ، وصَفَّ خلف ذلك الصفّ صفٌّ آخرُ . فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وركعوا جميعاً ، ثم سجد وسجد الصفّ الذى يليه ، وقام الآخرون يحرسونهم ، فلما صلّى بهؤلاء السجدتين وقاموا سجد الآخرون

---

(١) الوصال : هو مواصلة الصيام ليلا ونهاراً بدون سحور ولا غيره من المفطرات بالليل ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه رفقاً بالمسلمين ، ولكنه فى ذاته غير محرم إلا إذا أدى إلى ضرر بالصائم ، كالضعف الشديد ، أو تأخير اندمال جرح أو نحو ذلك .

الذين كانوا خلفهم ، ثم تأخر الصفّ الذى يليه إلى مَقامِ الآخرين ، وتقدّم الصفّ الآخرُ إلى مقام الصفّ الأول ، ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ، ثم سجد وسجد الصف الذى يليه ، وقام الآخرون يحرسُونهم ، فلما جلس رسول الله ﷺ والصفُّ الذى يليه سجد الآخرون ، ثم جلسوا جميعاً فسلَّم بهم . فصلاّها بعسفان ، وصلاّها يوم بنى سُلَيْم ، رواه أبو داود . وروى جابر عن النبىّ صلى الله عليه وسلم نحو هذا المعنى ، أخرجه مسلم .

ورُوى عن حذيفة : أنه أمر سعيد بن العاص بطَبَرِسْتانَ حين سألهم أيُّكمْ شهد مع رسول الله ﷺ صلاةَ الْخوف ؟ فقال حُذَيْفة : أنا ، وأمره بنحو هـذه الصلاة ، قال : وتأمر أصحابك إن هاجهم هَيْجٌ فقد حلّ لهم القتال ، والـكلام . رواه الأثرم بإسناده . وإن حرس الصفّ الأول فى الأولى ، والثانى فى الثانية ، أو لم يتقدم الثانى إلى مقام الأول ، أو حرس بعض الصف وسجد الباقون ، جاز ذلك كلُّه ، لأن المقصود يحصُل ، لـكن الأولى فعل مثل مافعل النبى صلى الله عليـه وسلم . ومن شرط هذه الصلاة أن يكون العدوّ فى جهة القبـلة ، لأنه لا يمـكن حراستهُم فى الصلاة إلاّ كذلك ، وأن يكونوا بحيثُ لايخفى بعضهم على بعض ، ولا يُخاف كمينٌ لهم .

فصـــل

الوجه الرابع : أن يصلّى بكل طائفة صلاة منفردة ، ويسلم بها ، كما رَوى أبو بَـكْرةَ . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى خوف الظهر فصفّ بعضُهم خلفـه ، وبعضُهم بإزاء العدُوّ ، فصلّى ركعتين ثم سلم ، فانطلق الذين صلَّوا ، فوقفوا موقف أصحابهم ، ثم جاء أولئك ، فصلَّوا خلفه ، فصلى بهم ركعتين ، ثم سلَّم ، فـكان لرسول الله ﷺ أربعٌ ، ولأصحابه ركعتان . أخرجه أبو داود ، والأثرم ، وهذه صفة حسنة ، قليـلة الـكُلفة ، لايُحتاج فيها إلى مُفارقة الإمام ، ولا إلى تعريف كيفية الصلاة . وهذا مذهب الحسن ، وليس فيها أكثر من أن الإمام فى الثانية مُتَنفِّل يَؤُمّ مفترضين .

فصـــل

الوجه الخامس : أن يُصلى بالطائفة الأولى ركعتين ، ولا يُسلّم ، ثم تُسلم الطائفة وتنصرف ، ولا تقضى شيئاً ، وتأتى الطائفة الأخرى ، فيصلّى بها ركعتين ويسلّمُ بها ، ولا تقضى شيئاً . وهـذا مثل الوجه الذى قبله ، إلاَّ أنه لايُسلّم فى الركعتين الأوليين ، لمـا روى جابر قال : أقبلنا مع النبى صلى الله عليه وسلم حتَّى إذا كنَّا بذات الرِّقاع ، فذكر الحديث . قال : فنودى بالصـلاة فصلَّى بطائفة ركعتين ، ثم تأخّروا وصلَّى بالطائفة الأخرى ركعتين ، قال : وكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أربعُ ركعَاتٍ وللقوم ركعتين ، ركعتين ، متفق عليه . وتأول القاضى هذا على أن النبىّ ﷺ صلَّى بهم كصلاة الْحضَر ، وأن كلّ طائفة قضت ركعتين ، وهذا ظاهرُ الفساد جداً ، لأنه يخالف صفةالرواية ، وقول أحمد ، ويحمله على محمل فاسد .

أما الرواية : فإنه ذكر أنه صلَّى بكلّ طائفة ركعتين ، ولم يذكر قضاء . ثم قال في آخرها : وللقوم ركعتين ركعتين . وأما قول أحمد : فإنَّه قال : ستَّةُ أوجه أو سبعة يُروى فيها كلُّها جائز ، وعلى هذا التأويل لاتكون ستَّةً ولا خمسة . ولأنه قال : كلُّ حديث يُروى في أبواب صلاة الخوف فهو جائز ، وهذا مخالف لهذا التأويل ، وأما فساد المَحْمل فإنَّ الخوف يقتضي تخفيف الصلاة وقَصْرَهَا ، كما قال الله تعالى : (٤ : ١٠١ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا) وعلى هذا التأويل يجعل مكان الركعتين أربعاً ، ويتمّ الصلاة المقصورة ، ولم ينقل عن النبي ﷺ أنه أتمّ صلاة السفر ، فكيف يحمل هاهنا على أنه أتمّها في موضع وُجِد فيه مايقتضي التخفيف .

فصـــل

الوجه السادس : أن يُصلّي بكل طائفة ركعةً ، ولا تقضي شيئاً . لما روى ابن عباس قال : « صلّى رسول الله صلى الله عليه وسلم بذي قَرَدٍ[1] صلاةَ الخوف ، والمشركون بينه وبين القبلة فصفّ صفاً خلفه وصَفّاً موازيَ العدوّ . فصلّى بهم ركعةً ، ثم ذهب هؤلاء إلى مصافّ هؤلاء ورجع هؤلاء إلى مصاف هؤلاء ، فصلّى بهم ركعةً ، ثمّ سلّم عليهم ، فكانَتْ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ رَكْعَتانِ ، وكانت لهم ركعة ، ركعةٌ » رواه الأثرم .

وعن حُذَيفة « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم صلَّى صلاةَ الخوف بهؤلاء ركعةً ، وبهؤلاء ركعةً ، ولم يَقْضُوا شيئاً » رواه أبو داود . ورُوي مثله عن زيد بن ثابت ، وأبي هريرة ، رواهنّ الأثرم وكذلك قال أبو داود في السنن ، وهو مذهب ابن عباس ، وجابر ، قال : إنّما القصرُ ركعةٌ عند القتال . وقال طاوس ، ومجاهد ، والحسن ، وقتادة ، والحكم ، كذا يقولون : ركعة في شدّة الخوف ، يومىء إيماء . وقال إسحاق : يُجزئك عند الشدّة ركعةٌ تومىء إيماء ، فإن لم يقدر فسجدةٌ واحدةٌ ، فإن لم يقدر فتكبيرةٌ ، لأنها ذكر لله تعالى . وعن الضحّاك أنه قال : ركعةٌ ، فإن لم يقدر كبّر تكبيرةً حيث كان وجهُه . فهذه الصلاة يقتضي عمومُ كلامِ أحمدَ جوازَها . لأنَّه ذكر ستة أوجه ، ولا أعلم وجهاً سادساً سواها ، وأصحابنا ينكرون ذلك . قال القاضي : لاتأثير للخوف في عدد الركعات . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : ابن عمر ، والنخعيّ ، والثوريّ ، ومالك ، والشافعيّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وسائر أهل العلم من علماء الأمصار ، لايجيزون ركعة ، والذي قال منهم ركعة ، إنما جعلها عند شدة القتال : والذين روينا عنهم صلاة النبيّ ﷺ أكثرهم لم ينقُصُوا عن ركعتين ، وابن عباس لم يكن ممّن يحضر النبيّ صلى الله عليه وسلم في غَزَواته ، ولا يعلم ذلك إلا بالرواية عن غيره ، فالأخذ برواية مَنْ حَضَرَ الصلاةَ وصلاّها مع النبيّ صلى الله عليه وسلم أولى .

---

[1] ذو قرد : موضع قرب المدينة أغار فيه الكفار على لقاح رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فغزاهم ، وسميت هذه الغزوة غزوة ذي قرد .

فصل

ومتى صلّى بهم صلاة الخوف من غير خوف فصلاته وصلاتهم فاسدة ، لأنها لاتخلو من مُفارقِ إمامَه لغير عُذر ، وتاركٍ مُتابعة إمامه فى ثلاثةِ أركان ، أو قاصرٍ للصلاة مع إتمام إمامه ، وكلّ ذلك يُفسد الصلاة ، إلا مُفارقة الإمام لغير عذر على اختلاف فيه . وإذا فسدت صلاتُهم فسدت صلاة الإمام ، لأنه صلّى إماماً بمن صلاته فاسدة ، إلا أن يصلّى بهم صلاتين كاملتين ، فإنّه تَصحّ صلاتُه وصلاة الطائفة الأولى ، وصلاة الثانية تُبنى على ائتمام المفترض بالمتنفّل ، وقد نصرنا جوَازه .

« مسألة » قال ﴿ وإذا كان الخوف شديداً وهم فى حال المسايفة ، صلّوا رجالا ، ورُكباناً ، إلى القبلة ، وإلى غيرها ، يومِئُونَ إيماء ، يبتدئون تكبيرةَ الإحرام إلى القبلة ، إن قدروا ، أو إلى غيرها ﴾ .

أما إذا اشتدّ الخوف والتحم القتالُ . فلهم أن يُصلُّوا كيفما أمكنهم ، رجالاً ورُكباناً ، إلى القبلة إن أمكنهم ، وإلى غيرها إن لم يمكنهم ، يومِئون بالركوع والسجوَد ، على قدر الطاقة ، ويجعلون السجود أخفض من الركوع ، ويتقدّمون ويتأخّرون ، ويضربون ويَطْعَنُونَ ، ويَكِرّون ويَفِرُّون ، ولا يؤَخّرون الصلاة عن وقتها . وهذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة ، وابن أبى ليلى : لايُصلّى مع المسايفَةِ ، ولا مع المشى ، لأن النبىّ ﷺ لم يُصلِّ يوم الخندق ، وأخّر الصلاة ، ولأن ما منع الصلاة فى غير شدّة الخوف منعها معه ، كالحدث والصِّياح وقال الشافعىّ : يُصلِّى ، ولكن إن تابع الطعن ، أو الضرب ، أو المشى ، أو فعل مايطولُ بطلت صلاته ، لأن ذلك من مُبطلات الصلاة ، أشبه الحدث .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ٢٣٩ فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالاً ، أَوْ رُكْبَاناً) قال ابن عمر : فإن كان خوفٌ أشدُّ من ذلك صلّوا رجالاً قياماً على أقدامهم ، ورُكباناً مُسْتَقْبِلِي القِبْلَةَ ، وغيرَ مُستقبليها . متفق عليه ورُوى ذلك عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبىّ ﷺ صلّى بأصحابه فى غير شدة الخوف ، فأمرهم بالمشى إلى وِجاهِ العدوّ ، ثم يعودون لقضاء مابقى من صلاتهم ، وهذا مشىٌ كثير ، وعملٌ طويل ، واستدبارٌ للقبلة ، وأجاز ذلك من أجل الخوف الذى ليس بشديد ، فمع الخوف الشديد أولى . ومن العجب أن أبا حنيفة اختار هذا الوجه دون سائر الوجوه ، التى لاتشتمل على العمل فى أثناء الصلاة ، وسوّغه مع الغِنَى عنه ، وإمكانِ الصلاة بدونه ، ثم منعه فى حال لايُقْدَرُ إلاّ عليه ، وكان العكس أولى ، سيّما مع نصّ الله تعالى على الرخصة فى هذه الحال ، ولأنه مُكلّف تصح طهارته ، فلم يجز له إخلاء وقت الصلاة عن فعلها كالمريض . ويخصّ الشافعىّ بأنّه عمل أُبيحَ من أجل الخوف . فلم تبطُل الصلاة به ، كاستدبار القبلة ، والركوب ، والإيماء ، ولأنه لايخلو عند الحاجة إلى العمل الكثير من أجل ثلاثة أمور : إمّا تأخير الصلاة عن وقتها ، ولا خلاف بيننا فى تحريمه ، أو ترك القتال ، وفيه هلاكه ، وقد قال الله تعالى (٢ : ١٩٥ وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ) ، وأجمع المسلمون على أنه لايلزمه هذا ،

أو متابعة العمل للمتنازَع فيه ، وهو جائز بالإجماع ، فتعيّن فعلُه ، وصحة الصـلاة معه ، ثم ماذكره يُبْطِلُ المشيَ الـكثير والعَدْوَ فى الهرَبِ ، وغيره . وأما تأخير الصلاة يوم الخَنْدَق . فرَوى أبو سعيد : أنه كان قبل نزول صـلاة الخوف ، ويحتمـلُ أنه شغله المشركون فنسى الصـلاة ، فقد نقـل مايدل على ذلك . وقد ذكرناه فيما مضى ، وأكده أن النبيّ صلى الله عليه وسـلم وأصحـابه لم يـكونوا فى مُسايَفةٍ تُوجب قطع الصلاة . وأما الصّياحُ ، والحَدَث : فلا حاجة بهم إليه ، ويمكنهم التيمّم ، ولا يلزم من كون الشىء مبطلاً مع عدم العُذر أن يُبْطِلَ معه ، كخروخ النجاسة من المُستحاضة ، ومن به سَلَس البول .

وإن هرب من العدو هرباً مُباحاً ، أو من سيل ، أو سبع ، أو حريق ، لا يمـكنه التخلّص منه بدون الهرب ، فله أن يُصلّى صلاة شـدّة الخوف ، سواء خاف على نفسه ، أو ماله ، أو أهله . والأسيرُ إذا خافهم على نفسه إن صلّى ، والمختفى فى موضع يصليان كيفما أمكنهما ، نص عليه أحمد فى الأسير . ولو كان قاعـداً لا يمـكنه القيـام ، أو مُضطجعاً لا يمـكنه القعود ، ولا الحركة ، صلّى على حَسَب حاله ، وهذا قول محمد بن الحسن . وقال الشافعىّ : يُصلّى ويُعيد ، وليس بصحيح . لأنه خائف صلّى على حَسَب ما يُمـكنه ، فلم تلزمه الإعادة كالهارب ، ولا فرق بين الحضر والسفر فى هذا ، لأن المُبيح خوفُ الهـلاك ، وقد تساويا فيه . ومتى أمكن التخلّص بدون ذلك : كالهارب من السيل يصعدُ إلى رَبْوة ، والخائف من العدوّ يُمكنه دخول حصن يأمن فيه صولةَ العدُوّ ، ولُحُوقَ الضرر ، فيصلّى فيه ، ثم يخرج ، لم يـكن له أن يصلّى صلاَة شِدّة الخوف ، لأنها إنما أبيحت للضرورة : فاختصّت بوجود الضرورة .

فصـــــل

والعاصى بهربه كالذى يهرَب من حقٍّ توجّه عليـه ، وقاطع الطريق ، واللصّ ، والسارق ، ليس له أن يُصلّى صلاَة الخوف . لأنها رُخصة ثبتَتْ للدفع عن نفسه فى محـلّ مُبـاح ، فلا تثبُت بالمعصية كرُخَص السفر .

فصـــــل

قال أصحابنا : يجوز أن يُصَلّوا فى حال شدّة الخوف جماعةً ، رجالاً ، وركباناً . ويحتمل أن لا يجوز ذلك ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنهم يحتاجون إلى التقدّم والتأخّر ، وربّمـا تقدّموا الإمامَ ، وتعذّر عليهم الائتمامُ . واحتجّ أصحابنا بأنّهـا حالةٌ يجوز فيها الصـلاةُ على الانفراد ، فجاز فيها صلاةُ الجماعـة ، كركوب السفينة ، ويُعْفَى عن تقدّم الإمام للحاجة إليه ، كالعفو عن العمـل الـكثير ، ولمن نَصرَ الأوّل أن يقول : العفوُ عن ذلك لا يثبُت إلا بنصّ ، أو معنى نصّ ، ولم يوجـد واحد منهما ، وليس هـذا فى معنى العمل الـكثير ، لأن العمل الـكثير لا يختصّ الإمامة ، بل هو فى حال الانفراد ، كحال الائتمام ، فلا يؤثّر الانفرادُ فى نفيه ، بخلاف تقدّم الإمام .

فصل

وإذا صلّوا صلاةَ الخوف ظنًّا منهم أن ثَمّ عَدُوًّا فبان أنه لاعدوّ ، أو بان عدوٌّ لكن بينهم وبينه مايمنع عبورَه إليهم ، فعليهم الإعادة ، سواء صلّوا صلاةَ شدّة الخوف ، أو غيرها . وسواء كان ظنهم مُستنداً إلى خبر ثقةٍ ، أو غيره أو رُؤية سَوادٍ ، أو نحوه . لأنهم تركوا بعض واجبات الصلاة ظناً منهم سقوطها ، فلزمتهم الإعادةُ . كما لو ترك المتوضّىء غَسل رجليه ، ومسح على خُفيه ، ظنًّا منه أن ذلك يُجزى عنه ، وصلّى ، ثم تبيّن أن خُفه كان مُخرّقاً . وكما لو ظنّ المُحدث أنه مُتطهّر ، فصلّى . ويحتمل أن لاتلزم الإعادةُ إذا كان عَدُوًّا بينهم وبينه مايمنع العبور . لأن السبب للخوف متحقّق ، وإنما خفى المانع .

« مسألة » قال ﴿ ومن أمن وهو فى الصلاة أتمّها صلاة آمن ، وكذلك إن كان آمناً ، فاشتدّ خوفه أتمّها صلاةَ خائف ﴾ .

وجملته : أنه إذا صلّى بعض الصلاة حال شدّة الخوف مع الإخلال بشىء من واجباتها ، كالاستقبال وغيره ، فأمِن فى أثناء الصلاة أتمّها آتياً بواجباتها . فإذا كان راكباً إلى غير القبلة نزل مُستقبلَ القبلة ، وإن كان ماشياً ، وقف ، واستقبل القبلة ، وبنى على مامضى ، لأن مامضى كان صحيحاً قبل الأمن ، فجاز البناء عليه . كما لو لم يُخلّ بشىء من الواجبات ، وإن ترك الاستقبال حال نزوله أو أخلّ بشىء من واجباتها بعد أمنه ، فسدت صلاتُه . وإن ابتدأ الصلاةَ آمناً بشروطها ، وواجباتها ، ثم حدث شِدّةُ خوف ، أتمّها على حَسَب مايحتاج إليه ، مثل أن يكون قائماً على الأرض مُستقبلا ، فيحتاج أن يركب ويستدبر القبلة أتمّها على حسب مايحتاج إليه ، ويطعن ويضرب ، ونحو ذلك ، فإنّه يصير إليه ، ويبنى على مامضى من صلاته .

وحُكى عن الشافعىّ : أنه إذا أمن نزل فبنى ، وإذا خاف فركب ابتدأ . لأنّ الركوب عمل كثير ، ولا يصحّ ، لأن الركوب قد يكون يسيراً ، فمثله فى حقّ الآمن لايبطل . ففى حق الخائف أولى كالنزول ، ولأنه عمل أبيح للحاجة ، فلم يمنع صحّة الصلاة كالهرب .

كتاب صلاة الكسوف

الكسوف والخسوف شيء واحد، وكلاهما قد وردت به الأخبار، وجاء القرآن بلفظ الخُسوف .

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ وإذا خَسَفَتِ الشمسُ، أو القمر، فزع الناس إلى الصلاة، إن أحبُّوا جماعةً، وإن أحبُّوا فُرَادَى ﴾ .

صلاة الكسوف ثابتة بسُنَّة رسول الله ﷺ على ماسنذكره، ولا نعلم بين أهل العلم فى مشروعيتها لكسوف الشمس خِلافاً . وأكثر أهل العلم على أنَّها مشروعة لخسوف القمر : فعله ابن عباس . وبه قال عطاء، والحسن، والنخعىّ، والشافعىّ، وإسحاق . وقال مالك : ليس لكُسوف القمر سُنَّة . وحكى ابن عبد البرّ عنه، وعن أبى حنيفة : أنهما قالا : يُصلِّى الناسُ لخسوف القمر وُحْدَاناً ركعتين، ركعتين، ولا يصلون جماعةً، لأن فى خروجهم إليها مَشَقَّة .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « إنَّ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ آيتَانِ مِنْ آيَاتِ اللهِ لاَ يُخْسَفَانِ لِمَوْتِ أَحَدٍ وَلاَ لِحَيَاتِهِ، فَإِذَا رَأَيْتُمْ ذَلِكَ فَصَلُّوا » متفق عليه . فأمر بالصلاة لهما أمراً واحداً . وعن ابن عباس : أنه صلَّى بأهل البصرة فى خُسوف القمر ركعتين، وقال : إنّما صلّيت لأنّى رأيتُ رسول الله ﷺ يُصلى، ولأنّه أحدُ الكسوفين، فأشبه كسوف الشمس، ويُسنّ فعلُها جماعةً وفُرَادَى . وبهذا قال مالك، والشافعىّ . وحُكى عن الثورىّ أنه قال : إن صلاّها الإمامُ صلّوها معه، وإلاّ فلا تُصلّوا .

ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « فَإِذَا رَأَيْتُمُوهَا فَصَلُّوا » ولأنَّها نافلة فجازت فى الانفراد كسائر النوافل . وإذا ثبت هذا فإنْ فعلها فى الجماعة أفضلُ لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم صلاّها فى جماعة، والسُّنَّة أن يُصلِّيها فى المسجد، لأنَّ النبىّ ﷺ فعلها فيه . قالت عائشة « خَسَفَتِ[1] الشَّمْسُ فِى حَيَاةِ رَسُولِ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم، فَخَرَجَ إِلَى الْمَسْجِدِ فَصَفَّ النَّاسُ وَرَاءَهُ » رواه البخارىّ . ولأنّ وقت الكسوف يضيق، فلو خرج إلى المصلّى احتمل التجلى قبل فعلها . وتُشرع فى الحضر، والسفر، بإذن الإمام، وغير إذنه . وقال أبو بكر : هى كصلاة العيد، فيها روايتان .

ولنا : قول النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم : « فَإِذَا رَأَيْتُمُوهَا فَصَلُّوا »، ولأنها نافلة، أشبهت سائر النوافل، وتُشرع فى حقّ النساء، لأنّ عائشة وأسماء : صَلَّتَا مع رسول الله ﷺ . رواه البخارىّ

---

(١) خسفت الشمس تخسف : من باب ضرب يضرب، لازم ويأتى متعدياً، فيقال: خسف الله الشمس يخسفها، مثل ضرب يضرب أيضاً، والأولى أن يقال فى الشمس كسفت الشمس، وفى القمر خسف القمر، وكسف وخسف، وزنهما واحد، ويستعملان متعديين، ولازمين كما سبق بيانه، ومعناهما واحد، وهو احتجاب كل من الشمس والقمر .

ويُسنّ أن يُنَادَى لهـا : الصلاةُ جامعةٌ ، لمـا رُوى عن عبد الله بن عمرو قال : لمّا كَسَفَتِ الشّمْسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ نُودِيَ بِالصَّلَاةُ جامعةٌ : متفق عليه ، ولا يُسنُّ لهـا أذان ، ولا إقامة ، لأن النبيّ ﷺ صلاّها بغير أذان ولا إقامة ، ولأنّها من غير الصلوات الخمس ، فأشبهت سائر النوافل .

« مسألة » قال ﴿ يقرأ فى الأولى بأمّ الـكتاب ، وسورة طويلة ، يجهر بالقراءة ، ثم يركـع ، فيطيل الركوع ، ثم يرفع ، فيقرأ ، ويطيل القيام ، وهو دون القيام الأول ، ثم يركـع ، فيطيل الركوع ، وهو دون الركوع الأول ، ثم يسجدُ سجدتين طويلتين ، فإذا قام فعل مثل ذلك ، فيـكون أربعُ ركعاتٍ ، وأربعُ سجدات ، ثم يتشهّد ويُسلم ﴾ .

وجملته : أن المستحبّ فى صلاة الـكسوف أن يصلِّي ركعتين ، يُحرم بالأولى ، ويستفتح ، ويستعيذ ، ويقرأ الفاتحة ، وسورةَ البقرة ، أو قدرها فى الطول ، ثم يركع فيسبّح اللهَ تعالى قدر مائة ، ثم يرفـع ، فيقول : سمع الله لمن حمده ، ربّنا ولك الحمد ، ثم يقرأ الفاتحة ، وآلَ عمران ، أو قدرَها ، ثم يركع قدر ثلثي ركوعه الأول ، ثم يرفع فيُسمِّع [1] ويُحمِّد ، ثم يسجدُ ، فيطيل السجود فيهما ، ثم يقومُ إلى الركعة الثانية ، فيقرأ الفاتحـة ، وسورةَ النساء ، ثم يركع فيسبّح بقدر ثلثي تسبيحه فى الثانية ، ثم يرفـع ، فيقرأ الفاتحة والمائدة ، ثم يركع ، فيُطيل دون الذى قبله ، ثم يرفع ، فيسمّع ويحمّد ، ثم يسجد ، فيطيل فيكون الجميع ركعتين ، فى كلّ ركعة قيامان ، وقراءتان ، وركوعان ، وسجودان ، ويجهر بالقراءة ، ليـلاً كان أو نهاراً ، وليس هذا التقدير فى القراءة منقولا عن أحمد . لـكن قد نقل عنه أن الأولى أطول من الثانية . وجاء التقدير فى حديث ابن عبّاس أن النبى ﷺ قام قياماً طويلاً نحواً من سورة البقرة متفق عليه ، وفى حديث لعائشة : حَزَرْتُ قِرَاءَةَ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم فرأَيْتُ أنه قرأَ فى الرَّكْعَـةِ الأُولَى : سُورَةَ البَقَرَةِ ، وفى الثانية : سُورَةَ آلِ عِمْرانَ . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ : إلا أنهما قالا : لا يطيل السجود حكاه عنهما ابنُ المنذر . لأنّ ذلك لم يُنقل ، وقالا : لا يجهر فى كسوف الشمس ، ويجهر فى كسوف الشمس ، ويجهر فى خسوف القمر ، ووافقهم أبو حنيفة ، لقول عائشة : حَزَرْتُ قِرَاءَةَ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم ، وَلَوْ جَهر بالقِرَاءَةِ لم تَحْتَجْ إلى الظن والتخمين . وكذلك قال ابن عبّاس : قام قيـاماً طويلا نحواً من سورة البقرة . وروى سَمُرة « أن النبيّ ﷺ صلّى فى خُسُوفِ الشَّمْسِ ، فَلَمْ أَسْمَعْ لَهُ صَوْتاً » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن صحيح ، ولأنها صلاةُ نهار ، فلم يجهر فيها كالظهر . وقال أبو حنيفة : يُصلّى ركعتين ، كصلاة التطوّع ، لما رَوى النعمانُ بن بشير ، قال : انـكسفت الشمسُ على عهـد رسول الله صلى الله عليه وسـلم ، فخرج ، فـكان ، يُصلّى ركعتين ، ويُسـلّم ، ويُصلِّي ركعتين ويسلّم حتى انجلت الشمس ، رواه أحمد عن عبد الوهاب الثقفيّ ، عن أيوّب ، عن أبى قِلاَبة ، عن النعمان.

---

(١) يعني يقول : سمع الله لمن حمده ، ربنا ولك الحمد

ورَوى قَبِيصَةُ : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « فإذَا رَأَيْتُمُوهَا فصَلُّوا كَأَحْدَثِ صَلَاةٍ صَلَّيْتُمُوها مِنَ المَكْتُوبَةِ » .

ولنا : أن عبد الله بن عمرو قال في صفة صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف : ثمّ سَجَدَ فَلَمْ يَكَدْ يَرْفَعُ ، رواه أبو داود . وفى حديث عائشة : ثمّ رَفَعَ ، ثُمَّ سَجَدَ سُجُوداً طَوِيلاً ، ثم قامَ قِياماً طَوِيلاً وَهُوَ دُونَ القِيامِ الأوّلِ ، ثمّ رَكَعَ رُكُوعاً طَوِيلاً ، وهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الأوّلِ ، ثمّ سَجَدَ سُجُوداً طَوِيلاً ، وهُوَ دُونَ السُّجُودِ الأوّل ، رواه البخاريّ ، وترك ذكره في حديث ، لا يَمْنَعُ مَشْرُعِيّته إذا ثبت عن النبيّ ﷺ . وأما الجهرُ فقد رُوى عن عليّ رضى الله عنه ، وفعله عبدُ الله بن زيد ، وبحضرته البراء بنُ عازب ، وزيدُ بن أرقم . وبه قال أبو يوسف ، وإسحاق ، وابن المنذر . ورَوت عائشةُ « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم صلّى صَلَاةَ الكُسُوفِ وَجَهَرَ فِيهَا بالقِرَاءَةِ » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن صحيح ، ولأنها نافلة شُرعت لها الجماعة ، فكان من سُنَنِها الجهرُ ، كصلاة الاستسقاء ، والعيد ، والتراويح . فأمّا قولُ عائشةَ رضى الله عنها : حَزَرْتُ قِرَاءَتَهُ ، ففى إسناده مَقَالٌ ، لأنّه من رواية ابن إسحاق . ويحتملُ أن تكون سمعتْ صوتَه ، ولم تفهم للبُعد ، أو قرأ من غير أوّل القرآن بقَدْر البقرة ، ثم حديثنا صحيح صريح ، فكيف يُعارَض بمثل هذا . وحديث سَمُرةَ يجوز أنّه لم يسمع لبُعده ، فإنّ فى حديثه دَفعتُ إلى المَسْجِدِ ، وهُوَ بَازِزٌ يعنى مُغْتَصًّا بالزحام ، قاله الخطّابىّ . ومَن هذا حاله لا يصلُ مكاناً يَسمع منه ، ثم هذا نفىٌ محتمِل لأمور كثيرة ، فكيف يُترك من أجله الحديثُ الصحيح الصريح ، وقياسهم منتقض بالجمعة ، والعيدين ، والاستسقاء . وقياسُ هذه الصلاة على هذه الصلوات أولى من قياسها على الظهر ، لبُعدها منها ، وشبَهِها بهذه .

وأما الدليل على صفة الصلاة فرَوت عائشةُ قالت : خَسَفَتِ الشَّمْسُ فِي حَيَاةِ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم ، فخَرَجَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم إلَى المَسْجِدِ فقَامَ وكَبَّر ، وصَفَّ النَّاسُ وراءه ، فاقْتَرَأَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم قِرَاءَةً طَوِيلَةً ، ثم كبَّر ، فركَعَ رُكُوعاً طَوِيلاً ، ثمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ ، فقالَ : « سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ ، رَبَّنَا وَلَكَ الحَمْدُ » ثم قامَ فاقْتَرَأَ قِرَاءَةً طَوِيلَةً ، هِيَ أَدْنَى مِنَ القِرَاءَةِ الأُولَى ، ثمَّ كَبَّرَ فرَكَعَ رُكُوعاً طَوِيلاً هُوَ أَدْنَى مِنَ الرُّكُوعِ الأَوَّلِ ، ثم قالَ « سَمِعَ اللهُ لِمَنْ حَمِدَهُ ، رَبَّنَا وَلَكَ الحَمْدُ » ثمَّ سَجَدَ ، ثمَّ فَعَلَ فى الرَّكْعَةِ الأُولَى ، مِثْلَ ذَلِكَ ، حتّى استكمل أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ ، وَأَرْبَعَ سَجَدَاتٍ ، وَانجَلَتِ الشَّمْسُ قَبْلَ أَنْ يَنْصَرِفَ .

وعن ابن عباس مثل ذلك : وفيه : أنه قام فى الأولى قياماً طويلا ، نحواً من سورة البقرة ، متفق

عليهما . ولأنها صلاةٌ يُشرع لها الاجتماع ، نخالفت سائر النوافل ، كصلاة العيدين ، والاستسقاء . فأما أحاديثهم فمتروكة غيرُ معمول بها ، باتفاقنا ، فإنهم قالوا : يُصلّي ركعتين ، وحديث النعمان فيه : أن يصلِّي ركعتين ، ثم ركعتين ، حتى انجلت الشمس ، وحديث قَبيصَة فيه : أنّه يُصلّي كأحدث صلاةٍ صَلَّيْتُمُوها ، وأحد الحديثين يُخالف الآخر ، ثم حديث قَبيصَة مرسل . ثم يحتمل أنه صلّى ركعتين في كلّ ركعة ركوعين ، ولو قُدّر التعارضُ لكان الأخذُ بأحاديثنا ، أولى ، لصحّتها ، وشُهرتها ، واتفاق الأئمة على صحّتها ، والأخذ بها ، واشتمالها على الزيادة ، والزيادة من الثقة مقبولة ، ثم هي ناقلة عن العادة ، وقد رُوى عن عُروة أنه قيل له : إنّ أخاك صلّى ركعتين فقال : إنّه أخطأ السُّنَّة .

فصل

ومهما قرأ به جاز ، سواء كانت القراءة طويلةً أو قصيرة . وقد رُوى عن عائشة : « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم كَانَ يُصَلِّي في كُسُوفِ الشَّمْسِ وَالْقَمَرِ أَرْبَعَ رَكَعَاتٍ ، وَأَرْبَعَ سَجَدَاتٍ ، وقرأ في الأولى بالعنكبوت ، والروم ، وفي الثانية بيس » أخرجه الدارقطنيّ .

فصل

ولم يبلُغنا عن أحمد رحمه الله أن لها خُطبةً ، وأصحابُنا على أنها لاخطبة لها ، وهذا مذهب مالك ، وأصحاب الرأى . وقال الشافعيّ : يخطُب كخُطْبتى الجمعة ، لما روت عائشة رضى الله عنها « أَنَّ النبيّ ﷺ انْصَرَفَ ، وَقَدْ انْجَلَتِ الشَّمْسُ ، فَخَطَبَ النَّاسَ وَحَمِدَ اللهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثمَّ قال : إِنَّ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ آيَتَانِ مِنْ آيَاتِ اللهِ لاَيَخْسِفَانِ لِمَوْتِ أَحَدٍ وَلاَ لِحَيَاتِهِ ، فَإِذَا رَأَيْتُمْ ذَلِكَ فادْعُوا اللهَ ، وَكَبِّرُوا ، وَصَلُّوا وَتَصَدَّقُوا — ثمَّ قال — ياأُمَّةُ مُحَمّد ، واللهِ ماأَحَدٌ أَغْيَرُ مِنَ اللهِ أَنْ يَزْنِيَ عَبْدُهُ ، أَوْ تَزْنِيَ أَمَتُهُ . ياأُمّة محمد ، لَوْ تَعْلَمُونَ مَاأَعْلَمُ لَضَحِكْتُمْ قَلِيلاً ، وَلَبَكَيْتُمْ كَثِيراً » متفق عليه .

ولنا : هذا الخبر ، فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم أمرهم بالصلاة ، والدعاء ، والتكبير ، والصدقة ، ولم يأمرهم بخطبة ، ولو كانت سُنَّة لأمرهم بها ، ولأنها صلاةٌ يفعلها المنفرد في بيته ، فلم يُشرع لها خطبة ، وإنما خطب النبي ﷺ بعد الصلاة ليُعلِّمَهُمْ حُكمَها ، وهذا مختصّ به ، وليس في الخبر مايدلّ على أنه خطب كخطبتى الجمعة .

فصل

ويُستحبُّ ذكر الله تعالى ، والدعاء ، والتكبير ، والاستغفار ، والصدقة ، والعتق ، والتقرّب إلى الله تعالى بما استطاع ، لخبر عائشة هذا . وفي خبر أبي موسى « فافْزَعُوا إلى ذِكْرِ اللهِ تَعَالَى ، ودُعَائِه

واسْتِغْفَارِهِ » . ورُوى عن أسماء : أنهــا قالت : إنْ كُنَّا لَنُؤْمَرُ بالعِتْقِ فى الـكُسُوفِ ، ولأنَّه تخويف من الله تعالى . فينبغى أن يُبَادَرَ إلى طاعة الله تعالى ، ليـكشفه عن عباده .

فصـــــل

ومقتضى مذهب أحمد : أنه يجوز أن يُصلّى صلاةَ الـكسوف على كلّ صفة رُويت عن النبىّ ﷺ كقوله فى صلاة الخوف ، إلاّ أن اختياره من ذلك الصلاةُ على الصِّفَةِ التى ذكرنا . قال أحمد رحمه الله : رَوى ابنُ عباس ، وعائشة ، فى صلاة الـكسوف أربعَ ركَعاتٍ ، وأربعَ سَجَدَاتٍ ، وأمّا علىّ فيقول : ستُّ رَكَعاتٍ ، وأَرْبَعُ سَجَدَاتٍ ، فذهب إلى قول ابن عباس ، وعائشة . ورُوى عن ابن عباس : أنّه صلّى ستّ رَكَعاتٍ ، وأرْبعَ سَجَدَاتٍ . وكذلك حُذَيْفة ، وهـذا قول إسحق ، وابن المنذر وبعضُ أهل العلم . قالوا : تجوزُ صلاةُ الـكسوف على كلّ صفة صحّ أن النبىّ صلى الله عليه وسلم فعَلَها . وقد رُوى عن عائشة ، وابن عباس « أَنَّ النبىّ ﷺ صلَّى ستَّ رَكعَاتٍ ، وَأَرْبَعَ سَجَدَاتٍ » أخرجه مسلم . وروى عنـه أنه صلَّى أربع ركَعاتٍ ، وسجدتين فى كل ركعة . رواه مسلم ، والدارقطنىّ ، بإسناده ، عن طاوس ، عن ابن عباس ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر : ورَوينا عن علىّ ، وابن عباس ؛ أنهما صلّيا هـذه الصلاة ، وحُـكى عن إسحاق : أنه قال : وَجْـهُ الجمع بين هذه الأحاديث : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم إنّما كان يزيد فى الركوع إذا لم ير الشمس قد انجلت ، فإذا انجلت سجد ، فمن هاهنا صارت زيادةُ الركعات ، ولا يُجاوز أربع ركعات ، فى كلّ ركعة ، لأنه لم يأتنا عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أكثر من ذلك .

فصـــــل

وصلاة الـكسوف سُنّة مؤكّدة ، لأن النبىّ ﷺ فعلها ، وأمر بها ، ووقتها من حين الـكسوف إلى حين التجلّى ، فإن فاتت لم تُقْضَ . لأنه رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إِذَا رَأَيْتُم ذَلِكَ، فَافْزَعُوا إِلَى الصَّلاَةِ حَتَّى تَنْجَلِيَ » فجعل الانجلاءَ غايةً للصلاة ، ولأن الصلاة إنما سُنّت رغبةً إلى الله فى ردّها ، فإذا حصل ذلك حصل مقصود الصلاة ، وإن انجلت وهو فى الصلاة أتمّها ، وخفّفها ، وإن استترت الشمسُ والقمر بالسحاب . وهما منـكسفان صلّى ، لأن الأصل بقـاء الـكسوف . وإن غابت الشمس كاسفةً ، أو طلعت على القمر ، وهو خاسف[1] لم يُصلّ ، لأنه قد ذهب وقت الانتفاع بنورها ، وإن غاب القمرُ ليلاً . فقال القاضى : يُصلّى ، لأنه لم يذهب وقت الانتفاع بنوره ، وضوئه ، ويحتمل أن لا يصلّى ، لأن مايصلّى له قد غاب ، أشبه مالو غابت الشمس . وإن فرغ من الصلاة والـكسوفُ قائم ، لم يزد ، واشتغل بالذكر ، والدعاء ، لأن النبىّ ﷺ لم يزد على ركعتين .

---

(١) خسوف القمر إنما يـكون بالليل لابالنهار .

فصل

وإذا اجتمع صلاتان ، كالكسوف مع غيره من الجمعة ، أو العيد ، أو صلاة مكتوبة ، أو الوتر ، بدأ بأخوفهما فَوْتاً ؛ فإن خيف فوتهما بدأ بالصلاة لواجبة ؛ وإن لم يكن فيهما واجبة كالكسوف ، والوتر ، أو التراويح ، بدأ بآكدهما ، كالكسوف ، والوتر ، بدأ بالكسوف ، لأنه آكدُ . ولهذا تُسنُّ له الجماعة ، ولأن الوتر يُقضى ، وصلاة الكسوف لا تُقضى . فإن اجتمعت التراويح ، والكسوف فبأيهما يبدأ ؟ فيه وجهان ، هذا قول أصحابنا ، والصحيح عندى : أن الصلوات الواجبة التى تُصلَّى فى الجماعة مقدّمة على الكسوف بكلّ حال ، لأن تقديم الكسوف عليها يُفضى إلى المشقّة لإلزام الحاضرين بفعلها مع كونها ليست واجبة عليهم ، وانتظارهم للصلاة الواجبة ، مع أن فيهم الضعيف ، والكبير ، وذا الحاجة . وقد أمر النبيّ صلى الله عليه وسلم بتخفيف الصلاة الواجبة كيلا يشقّ على المأمومين ، فإلحاق المشقة بهذه الصلاة الطويلة الشاقّة مع أنها غيرُ واجبة أولى ، وكذلك الحكم إذا اجتمعت مع التراويح ، قدّمت التراويح لذلك ، وإن اجتمعت مع الوتر فى أول وقت الوتر قدّمت ، لأن الوتر لا يفوتُ ، وإن خيف فواتُ الوتر قدّم ، لأنه يسيرٌ يمكن فعلُه ، وإدراك وقت الكسوف ، وإن لم يبق إلا قدرُ الوتر فلا حاجة بالتلبّس بصلاةِ الكسوف ، لأنها إنما تقع فى وقت النَّهْى ، وإن اجتمع الكسوف وصلاة الجنازة قدّمت الجنازةُ ، وجهاً واحداً ، لأن الميِّت يُخاف عليه ، والله أعلم .

فصل

إذا أدرك المأمومِ الإمامَ فى الركوع الثانى ، احتمل أن تفوته الركعة . قال القاضى : لأنه قد فاته من الركعة ركوعٌ ، أشبه مالو فاته الركوع من غير هذه الصلاة ، ويحتمل أن صلاته تصحّ ، لأنه يجوز أن يصلَّى هذه الصلاة بركوع واحد ، فاجتُزىء به فى حقّ المسبوق . والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وإذا كان الكسوف فى غير وقت الصلاة جعل مكان الصلاة تسبيحاً هذا ظاهر المذهب ، لأن النافلة لاتُفعل فى أوقات النهى ، سواء كان لها سبب ، أو لم يكن ﴾

روى ذلك عن الحسن ، وعطاء ، وعِكرمة بن خالد ، وابن أبى مُلَيْكة ، وعمرو بن شُعَيْب ، وأبى بكر بن محمد ، بن عمرو ، بن حزم ، ومالك ، وأبى حنيفة ، خلافاً للشافعىّ . وقد مضى الكلام فى هذا ، ونصّ عليه أحمدُ . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن الكسوف ، يكون فى غير وقت الصلاة ، كيف يصنعون ؟ قال : يذكرون الله ، ولا يُصلون إلاّ فى وقت صلاةٍ . قيل له : وكذلك بعد الفجر ؟ قال : نعم ، لا يصلُّون .

ورُوى عن قتادة قال : انكسفت الشمسُ بعد العصر ، ونحن بمكّة ، فقاموا قياماً يدعون ، فسألتُ عن ذلك عطاء . قال : هكذا يصنعون فسألت عن ذلك الزهرىّ قال : هكذا يصنعون .

وروى إسماعيلُ بن سعيد ، عن أحمد : أنهم يصلُّون الكسوفَ فى أوقات النهى . قال أبو بكر عبد العزيز : وبالأول أقول ، وهو أظهر القولين عندى . وقد تقدّم الكلام فى ذلك فى بابه .

فصـــل

قال أصحابنا : يصلى للزلزلة كصلاة الكسوف ، نص عليه . وهو مذهب إسحق ، وأبى ثور . قال القاضى : ولا يُصلَّى للرجْفة ، والريح الشديدة ، والظلمة ونحوها .

وقال الآمدىّ : يُصلَّى لذلك ، ولرمى الكواكب ، والصواعق ، وكثرة المطر ، وحكاه عن ابن أبى موسى . وقال أصحاب الرأى : الصلاة لسائر الآيات[1] حَسَنَة ، لأن النبىّ ﷺ علّل الكسوف بأنه آية من آيات الله تعالى يُخوّف بها عباده ، وصلَّى ابن عباس للزلزلة بالبصرة . رواه سعيد . وقال مالك ، والشافعىّ : لا يصلَّى لشىء من الآيات سوى الكسوف . لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يُصلّ لغيره ، وقد كان فى عصره بعض هذه الآيات ، وكذلك خلفاؤه . ووجه الصلاة للزلزلة فعلُ ابن عباس ، وغيرُها لا يصلَّى له ، لأن النبىّ ﷺ لم يُصلّ لها ، ولا أحدٌ من أصحابه ، والله أعلم .

---

(١) الآيات : العلامات الدالة على قدرة الله تعالى ، كالزلازل والعواصف الشديدة ، والظلمة بالنهار . وغيرها .

كتاب صلاة الاستسقاء

صلاة الاستسقاء سُنَّة مؤكّدة ، ثابتة بسُنَّة رسول الله ﷺ وخلفائه رضى الله عنهم

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا أجدبت الأرض واحتبس القطر خرجوا مع الإمام فكانوا فى خروجهم . كما رُوى عن النبى صلى اللهُ عليه وسلم ، أنه كان إذا خرج للاستسقاء خرج متواضعاً مُتبذّلا متخشّعاً ، متذللا ، متضرّعاً ﴾ .

وجملة ذلك : أن السنّة الخروج لصلاة الاستسقاء على هذه الصفة المذكورة ، متواضعاً لله تعالى متبذّلا أى فى ثياب البِذْلة ، أى لايلبس ثياب الزينة ، ولا يتطيّب ، لأنه من كمال الزينة ، وهذا يومُ تواضع ، واستكانة ، ويكون متخشّعاً فى مَشْيه ، وجلوسه فى خضوع ، متضرّعاً لله تعالى ، متذلّلا له ، راغباً إليه . قال ابن عبّاس : « خَرَجَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لِلاسْتِسْقَاءِ مُتَبَذِّلاً ، مُتَوَاضِعاً ، مُتَخَشِّعاً ، مُتَضَرِّعاً ، حَتّى أَتَى الْمُصَلَّى ، فلم يَخْطُبْ كَخُطبتكم هَذِهِ ، ولَكِنْ لَمْ يَزَلْ فى الدُّعَاءِ وَالتَّضَرُّعِ ، وَالتَّكْبِيرِ ، وَصَلَّى رَكْعَتَيْن ، كَمَا كَانَ يُصَلِّي فِي الْعِيدِ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . ويستحبُّ التنظف بالماء ، واستعمال السواك ، ومايقطع الرائحة . ويُستحبُّ الخروج لكافّة الناس ، وخروج مَن كان ذا دِينٍ وستْر ، وصلاح ، والشيوخُ أشدّ استحباباً ، لأنه أسرعُ للإجابة . فأما النساء : فلا بأس بخروج العجائز ومَنْ لاهيئة لها . فأمَّا الشوابُّ وذواتُ الهيئة : فلا يُستحبُّ لهنّ الخروج ، لأنّ الضرر فى خروجهنّ أكثرُ من النفع . ولا يُستحبُّ إخراج البهائم ، لأنَّ النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم لم يفعله . وإذا عزم الإمام على الخروج استُحِبَّ أن يَعِدَ الناسَ يوماً يخرجُون فيه ، ويأمرهم بالتوبة من المعاصى ، والخروج من المظالم والصيام ، والصدقة ، وترك التشاحن ، ليكون أقرب لإجابتهم ، فإن المعاصى سببُ الجَدْب ، والطاعةُ تكون سبباً للبركات . قال الله تعالى : (٩١ : ٩٦ وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَى آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِمْ بَرَكَاتٍ مِنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ ، وَلَكِنْ كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُمْ بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ) .

« مسألة » قال : ﴿ فيصلّى بهم ركعتين ﴾ .

لانعلم بين القائلين بصلاة الاستسقاء خلافاً فى أنها ركعتان . واختلفت الرواية فى صفتها . فرُوى أنه يكبّر فيهما كتكبير العيد ، سبعاً فى الأولى ، وخمساً فى الثانية . وهو قول سعيد بن المسيّب ، وعمر بن عبد العزيز ، وأبى بكر بن محمد ، بن عمرو ، بن حزم ، وداود ، والشافعىّ . وحُكى عن ابن عباس ، وذلك لقول ابن عباس فى حديثه : وصلَّى ركعتين ، كما كان يُصلِّى فى العيد .

ورَوى جعفر بن محمد عن أبيه « أن النبيَّ ﷺ وأبا بكر ، وعمر ، كانوا يُصَلُّون صلاةَ الاستسقاء ، يكبّرون فيها سبعاً ، وخمساً ، والرواية الثانية : أنه يُصَلِّى ركعتين كصلاة التطوّع ، وهو مذهب مالك ،

والأوزاعىّ ، وأبى ثور ، وإسحاق ، لأن عبد الله بن زيد قال : استسقى النبىُّ صلى اللهُ عليه وسلم فصلّى ركعتين ، وقَلَبَ رِدَاءَهُ » متفق عليه .

ورَوى أبو هريرة : نحوَه ، ولم يذكر التكبير ، وظاهرُه أنه لم يكبّر ، وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، وكيفما فعل كان جائزاً حسناً . وقال أبو حنيفة : لا تُسنّ الصلاة للاستسقاء ، ولا الخروج لهـا ، لأنّ النبىّ ﷺ استسقى على المنبر يوم الجمعة ، ولم يُصلّ لها . واستسقى عمر بالعبّاس ، ولم يُصلّ ، وليس هذا بشىء فإنّه قد ثبت بما رواه عبد الله بن زيد ، وابن عباس وأبو هريرة : أنه خرج وصلّى ، وماذكروه لايُعارض مارَوَوْه ، لأنه يجوز الدعاء بغير صلاة ، وفعل النبىّ ﷺ لمـا ذكروه لايمنع فَعلَ ماذكرناه ، بل قد فعل النبىُّ صلى اللهُ عليـه وسلم الأمرين . قال ابن المنـذر : ثبت أن النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم صلّى صـلاةَ الاستسقاء ، وخطب ، وبه قال عوامّ أهلُ العلم ، إلا أبا حنيفة ، وخالفه أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، فوافقا سائر العلماء ، والسنّة يُستغنَى بهـا عن كلّ قول . ويُسنُّ أن يجهر بالقراءة . لمـا رَوى عبد الله بن زيد قال : « خَرَجَ النَّبِىُّ ﷺ يَسْتَسْقِى فَتَوَجَّهَ إِلَى الْقِبْلَةِ يَدْعُو ، وَحَوَّلَ رِدَاءَهُ[1] ، ثُمَّ صَلَّى رَكْعَتَيْنِ جَهَرَ فِيهِمَا بِالْقِرَاءَةِ » متفق عليه . وإن قرأ فيهما بِسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى ،وَهَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ فحسن . لقول ابن عباس : صلّى ركعتين ، كما كان يُصلّى فى العيد .

ورَوى ابن قتيبة فى غريب الحديث بإسناده عن أنس : أن النبىَّ ﷺ خرج للاستسقاء فتقدّم فصلّى بهم ركعتين ، يجهر فيهما بالقراءة ، وكان يقرأ فى العيدين ، والاستسقاء ، فى الركعة الأولى : بفاتحة الكتاب ، وسبّح اسمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى . وفى الركعة الثانية : بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ ، وَهَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ » .

فصـــل

ولا يُسنُّ لها أذان ، ولا إقامة ، لانعلم فيـه خلافاً . وقد روى أبو هريرة قال : « خَرَجَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَسْتَسْقِى ، فَصَلَّى بِنَا رَكْعَتَيْنِ ، بِلاَ أَذَانٍ ، وَلاَ إِقَامَةٍ ، ثُمَّ خَطَبَنَا ، وَدَعَا اللهَ تَعَالَى ، وَحَوَّلَ وَجْهَهُ نَحْوَ الْقِبْلَةِ رَافِعاً يَدَيْهِ وَقَلَبَ رِدَاءَهُ ، فَجَعَلَ الْأَيْمَنَ عَلَى الْأَيْسَرِ ، وَالْأَيْسَرَ عَلَى الْأَيْمَنِ » . رواه الأثرم ، ولأنّها صلاةٌ نافلة ، فلم يؤذّن لها ، كسائر النوافل . قال أصحابنا : وينادَى لها الصلاةُ جامعة ، كقولهم فى صلاة العيد والكسوف .

---

(١) حول رداءه : جعل يمينه يساره إشارة إلى طلب تغيير الحـال ، ويسن تحويل الرداء فى صـلاة الاستسقاء عند الشافعى . ويفعل المأمومون مثله ، وتحويل الرداء للرجال دون النساء فلا يسن لهن فعله ، وعند الشافعى يجعل أعلى الرداء أسفله ، وأسفله أعلاه ، مع جعل يمينه يساره .

فصـــــل

وليس لصلاة الاستسقاء وقت معيّن إلا أنّها لاتفعل فى وقت النهى بغير خلاف ، لأنّ وقتها متّسع ، فلا حاجة إلى فعلها فى وقت النهى ، والأولى فعلها فى وقت العيد ، لما روت عائشة : « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم خَرَجَ حِينَ بَدَا حَاجِبُ الشَّمْسِ » رواه أبو داود ، ولأنّها تُشبهها فى الموضع والصفة ، فكذلك فى الوقت لأن وقتها لايفوت بزوال الشمس ، لأنّها ليس لها يوم مُعيّن ، فلا يكون لها وقت معيّن . وقال ابن عبد البرّ : الخروج إليها عند زوال الشمس عند جماعة العلماء ، إلا أبا بكر بن حزم ، وهذا على سبيل الاختيار ، لا أنه يتعيّن فعلُها فيه .

« مسألة » قال ﴿ ثمّ يخطب ، ويستقبل القبلة ﴾ .

اختلفت الرواية فى الخطبة للاستسقاء ، وفى وقتها ، والمشهور أن فيها خطبةً بعد الصلاة . قال أبو بكر : اتفقوا عن أبى عبد الله أنّ فى صلاة الاستسقاء خطبةً وصعوداً على المنبر . والصحيح أنها بعد الصلاة ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، ومحمد بن الحسن . قال ابن عبد البرّ : وعليه جماعة الفقهاء ، لقول أبى هريرة : صلّى ركعتين ثم خطبنا . ولقول ابن عباس : صَنَعَ فى الاسْتِسْقَاءِ كما صَنَعَ فى العِيدَيْنِ . ولأنها صلاةٌ ذات تكبير ، فأشبهت صلاةَ العيد ، والرواية الثانية : أنه يخطبُ قبل الصلاة . رُوى ذلك عن عمر ، وابن الزبير ، وأبان بن عثمان ، وهشام بن إسماعيل ، وأبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم . وذهب إليه الليث بن سعد ، وابن المنذر ، لما روى أنس وعائشة « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم خَطَبَ وَصَلّى . وعَنْ عَبْدِ اللهِ بن زَيْدٍ قال : رأيتُ النبىّ صلى الله عليه وسلم يومَ خرجَ يَسْتَسْقِى حوّل ظَهْرَهُ إلى النَّاسِ ، واسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ يَدْعُو ، ثمّ حَوّل رِدَاءَهُ ، ثم صلّى رَكْعَتَيْنِ ، جَهَرَ فِيهِمَا بالقِرَاءَةِ » متفق عليه .

وروى الأثرم بإسناده ، عن أبى الأسود قال : أدركتُ أبانَ بن عُثمان ، وهشامَ بن إسماعيل ، وعمر بن عبد العزيز ، وأبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، كانوا إذا أرادوا أن يستسقوا خرجوا للبَرازِ[1] ، فكانوا يخطبون ، ثم يدعون الله ، ويُحوّلون وجوههم إلى القبلة ، حين يدعون ، ثمّ يحوّل أحدُهم رداءه من الجانب الأيمن على الأيسر ، وما على الأيسر على الأيمن ، ويَنزل أحدهم فيقرأ فى الركعتين ، يجهر بهم . الرواية الثالثة : هو مخيّر فى الخطبة قبل الصلاة ، وبعدها . لورود الأخبار بكلا الأمرين ، ودلالتها على كلتا الصفتين . فيحتمل أن النبىّ ﷺ فعل الأمرين . والرابعة : أنه لايخطب ، وإنما يدعو ، ويتضرّع . لقول ابن عباس : لم يخطب كخطبتكم هذه ، لكن لم يزل فى الدعاء ،

(١) البراز : الخلاء ، والأماكن الخارجة عن العمران .

والتضرع ، وأيًّا مافعل من ذلك فهو جائز ، لأنّ الخطبة غيرُ واجبة على الروايات كلّها . فإن شاء فعلها ، وإن شاء تركها . والأولى أن يخطبَ بعد الصلاة خطبةً واحدةً لتكون كالعيد ، وليكونوا قد فرغوا من الصلاة إن أُجيب دعاؤهم ، فأُغيثوا ، فلا يحتاجون إلى الصلاة فى المطر . وقول ابن عباس : لم يخطب كخطبتكم نفيٌ للصفة ، لا لأصل الخطبة ، أى لم يخطب كخطبتكم هذه ، إنّما كان جُلّ خطابته الدعاء ، والتضرّع ، والتكبير .

« مسألة » قال ﴿ ويستقبل القبلة ، ويحوّل رداءه ، فيجعل اليمين يساراً ، واليسار يميناً ، ويفعل الناسُ كذلك ﴾ .

وجملته : أنه يُستحبُّ للخطيب استقبالُ القبلة فى أثناء الخُطبة لما روى عبدُ الله بن زيد « أن النبيّ صلى الله عليه وسلم خَرَجَ يَسْتَسْقِي فَتَوَجَّهَ إلى القِبْلَةِ يَدْعُو » رواه البخاريّ . وفى لفظ « فَحَوّلَ إلَى النَّاسِ ظَهْرَهُ ، واسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ يَدْعُو » .

ويُستحبُّ أن يدعوَ سراً حال استقباله فيقول : اللهمّ أمرتنا بدعائك ، ووعدتنا إجابتك، فقد دعوناك كما أمرتنا ، فاستجب لنا كما وعدتنا ، اللهم فامْنُنْ علينا بمغفرة ذنوبنا ، وإجابتنا فى سُقْيانا ، وسَعَةَ أرزاقنا ، ثم يدعو بما شاء من أمر دينٍ ودُنيا ، وإنما يُستحبّ الإسرار ، ليكون أقربَ من الإخلاص ، وأبلغ فى الخشوع ، والخضوع ، والتضرع ، وأسرع فى الإجابة ، قال الله تعالى (٧ : ٥٥ ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعاً وَخُفْيَةً) واستُحِبّ الجهر ببعضه ، ليسمع الناس ، فيؤمّنوا على دعائه .

ويُستحبّ أن يحوّل رداءه فى حال استقبال القبلة ، لأن فى حديث عبد الله بن زيد « أنّ النبى صلى الله عليه وسلم خَرَجَ يَسْتَسْقِي فحوّل إلى النَّاسِ ظَهْرَهُ واسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ ثمّ حوّل رِداءَهُ » متفق عليه ، وهذا لفظ رواه البخاريّ . وفى لفظ رواه مسلم « فحَوّلَ رِداءَهُ حِينَ اسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ » وفى لفظ « وقَلَبَ رِدَاءَهُ » متفق عليه .

ويُستحبُّ تحويل الرداء للإمام والمأموم فى قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : لايُسنُّ ، لأنه دعاء ، فلا يستحبُّ تحويل الرداء فيه ، كسائر الأدعية . وسُنّةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أحقّ أن تُتّبع . وحُكى عن سعيد بن المسيّب ، وعُروة ، والثوريّ : أن تحويل الرداء مختصّ بالإمام دون المأموم ، وهو قول الليث ، وأبى يوسف ، ومحمد بن الحسن ، لأنه نُقل عن النبى صلى الله عليه وسلم دون أصحابه .

ولنا : أن مافعله النبيّ صلى الله عليه وسلم ثبت فى حقّ غيره ، مالم يقُم على اختصاصه به دليل ، كيف وقد عُقل المعنى فى ذلك وهو التفاؤل بقَلْب الرداء ليَقْلِبَ اللهُ مابهم من الجدب إلى الخِصْب وقد جاء ذلك

فى بعض الحديث ، وصفة قَلْبِ الرداء : أن يجعل ماعلى اليمين على اليسار ، وما على اليسار على اليمين . رُوى ذلك عن أبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز . وهشام بن إسماعيل ، وأبى بكر بن محمد ، بن عمرو ابن حزم ، ومالك . وكان الشافعىّ يقول به ، ثم رجع فقال : يجعل أعلاه أسفله . لأن النبىّ ﷺ اسْتَسْقَى وعليه خَمِيصَةٌ سَوْدَاء ، فأراد أن يجعلَ أسْفَلَهَا أعلاهَا ، فلمَّا ثَقُلَتْ عليه جَعلَ العطافَ الذى على الأيسر على عاتقه الأيمن ، والذى على الأيمن على عاتقه الأيسر ، رواه أبو داود . ودليلُنا مارَوى أبو داود بإسناده ، عن عبد الله بن زيد : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم حوّل رداءه ، وجعل عِطَافَهُ الأيمن ، على عاتقه الأيسر ، وجعل عِطَافه الأيسر ، على عاتقه الأيمن . وفى حديث أبى هريرة نحوُ ذلك ، والزيادة التى نقلوها إن ثبتت فهى ظنُّ الراوى ، لايُترك لها فعلُ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وقد نقل تحويلَ الرداء جماعةٌ لم يَنْقُل أحدٌ منهم أنه جعل أعلاه أسفله ، ويَبْعُد أن يكون النبىّ صلى الله عليه وسلم ترك ذلك فى جميع الأوقات لثقل الرداء .

فصـــل

ويُستحبُّ رفع الأيدى فى دُعاء الاستسقاء . لما روى البخارىّ عن أنس قال : كان النبىّ ﷺ لايرفع يديه فى شىء من دعائه ، إلا الاستسقاء ، وأنه يرفع حتى يُرى بياضُ إبطَيْه . وفى حديثٍ أيضاً لأنس : فرفع النبىُّ صلى الله عليه وسلم ، ورفع الناس أيديَهم .

« مسألة » قال ﴿ ويدعو ، ويدعون ، ويكثرون فى دعائهم الاستغفار ﴾ .

وجملته : أن الإمام إذا صعد المنبر جلس ، وإن شاء لم يجلس ، لأن الجلوس لم يُنقل ، ولا هاهنا أذان ليجلس فى وقته ، ثم يخطب خطبة واحدةً ، يفتتحها بالتكبير ، وبهذا قال عبد الرحمن بن مهدى . وقال مالك ، والشافعىّ : يخطبُ خطبتين كخطبتى العيدين ، لقول ابن عباس : صنع النبىُّ ﷺ كما صنع فى العيد ، ولأنها أشبهتها فى التكبير ، وفى صفة الصلاة ، فتشبهها فى الخطبتين .

ولنا : قول ابن عباس لم يخطب كخطبتكم هذه ، ولكن لم يزل فى الدعاء والتضرّع والتكبير . وهذا يدلّ على أنه مافصل بين ذلك بسكوت ، ولاجلوس ، ولأنَّ كلّ من نقل الخطبة لم ينقل خطبتين ، ولأن المقصود إنما هو دعاء الله تعالى ، ليغيثهم ، ولا أثر لكونها خطبتين فى ذلك ، والصحيح من حديث ابن عباس أنه قال : صلَّى ركعتين ، كما كان يُصلِّى فى العيد ، ولو كان النقل كما ذكروه فهو محمول على الصلاة ، بدليل أول الحديث .

ويُستحبُّ أن يستفتح الخطبة بالتكبير ، كخطبة العيد ، ويكثر من الاستغفار ، والصلاة على النبىّ صلى الله عليه وسلم ، ويقرأ كثيراً (٧١ : ١٠ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّاراً) وسائر الآيات التى فيها الأمر به ، فإن الله تعالى وعدهم بإرسال الغيث إذا استغفروه .

ورُوى عن عمر رضى الله عنـه أنه خرج يَسْتَسْقِى ، فلم يزد على الاستغفار . وقال : لقد استسقيتُ بمجَادِيحِ[1] السَّماء . وعن عمر بن عبـد العزيز : أنه كتب إلى ميمون بن مِهْران يقول : قد كتبتُ إلى البلدان أن يخرجوا إلى الاستسقاء إلى موضع كذا وكذا ، وأمرتهم بالصدقة والصلاة . قال الله تعالى : (٨٧ : ١٤ ، ١٥ قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى ، وَذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى) وأمرتهم أن يقولوا كما قال أبوهم آدمُ : (٧ : ٢٣ رَبَّنَا ظَلَمْنَا أَنْفُسَنَا وَإِنْ لَمْ تَغْفِرْ لَنَا وَتَرْحَمْنَا لَنَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ) ويقولوا كما قال نوح : (١١ : ٤٧ وَإِلاَّ تَغْفِرْ لِي وَتَرْحَمْنِي أَكُنْ مِنَ الْخَاسِرِينَ) ويقولوا كما قال يونس : (٢١ : ٨٧ فَنَادَى فِي الظُّلُمَاتِ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ أَنْتَ سُبْحَانَكَ إِنِّي كُنْتُ مِنَ الظَّالِمِينَ) ويقولوا كما قال موسى : (٢٨ : ١٦ رَبِّ إِنِّي ظَلَمْتُ نَفْسِي فَاغْفِرْ لِي ، فَغَفَرَ لَهُ إِنَّهُ هُوَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ) ، ولأن المعاصىَ سببُ انقطاع الغيث ، والتوبة تمحو المعاصىَ المانعةَ من الغيث ، فيأتى الله به ، ويُصلِّى على النبى صلى الله عليـه وسلم ، ويدعو بدعائه . فروى جابر أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « اللهمَّ اسْقِنا غَيْثاً مُغِيثاً مَرِيئاً ، مَرِيعاً ، نَافِعاً ، غَيْرَ ضَارٍّ ، عَاجِلاً غَيْرَ آجِلٍ » رواه أبو داود . قال الخطّابىّ : مَرِيعاً : يُروى على وجهين ، بالياء والباء . فمن رواه بالياء جعـله من المَراعَة ، يقال : أمرع المكانُ إذا أخصب ، ومن رواه مُرْبِعاً كان معناه مُنْبِتاً للرَّبيع . وعن عائشة قالت : « شَكَا النَّاسُ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ قُحُوطَ الْمطرِ ، فأَمرَ بِمِنْبَرٍ فَوُضِـعَ لَهُ فى الْمُصَلّى ، وَوَعَدَ النَّاسَ يَوْماً يَخْرُجُونَ فِيهِ ، فَخَرَجَ رَسُـولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم حِينَ بَدَا حَاجِبُ الشَّمْسِ ، فَقَعَدَ عَلَى الْمِنْبَرِ فَـكَبَّر : وحمد الله ـ ثم قال ـ إِنَّـكُمْ شَـكَوْتُمْ جَدْبَ دِيَارِكُمْ ، وَاسْتِئْخَارَ الْمَطَرِ عَنْ إِبَّانِ زَمَانِهِ عَنْـكُمْ . وَقَدْ أَمَرَكُمُ اللهُ أَنْ تَدْعُوهُ ، وَوَعَدَكُمْ أَنْ يَسْتَجِيبَ لَـكُمْ ، ثمَّ قالَ : (الْحَمْدُ لِلهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ . الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ . مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ) لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ يَفْعَلُ مَا يُرِيدُ . اللهمَّ أَنْتَ اللهُ لاَ إِلَهَ إِلاَّ أَنْتَ الْغَنِيُّ ، وَنَحْنُ الْفُقَرَاء ، أَنْزِلْ عَلَيْنَا الْغَيْثَ ، وَاجْعَلْ مَا أَنْزَلْتَ لَنَا قُوَّةً وَبَلاَغاً إِلى حِينٍ . ثمَّ رَفَعَ يَدَيْهِ ، فَلَمْ يَزَلْ فى الرَّفْعِ حَتَّى بَدَا بَيَاضُ إِبِطَيْهِ . ثمَّ حَوَّلَ إِلَى النَّاسِ ظَهره ، وَقَلَبَ أو حَوَّلَ رِدَاءه ، وَهُوَ رَافِـعٌ يَدَيْهِ ، ثمَّ أَقْبَلَ عَلَى النَّاسِ فَنَزَلَ فَصَلَّى رَكْعَتَيْنِ » . وقال عبدُ الله بن عمرو : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذَا اسْتَسْقَى قال : اللَّهُمَّ اسْقِ عِبَادَكَ وَبَهَائِمكَ ، وَانْشُرْ رَحْمَتَكَ ، وَأَحْيِ بَلَدَكَ الْمَيِّتَ » رواهما أبو دواد .

---

(١) مجاديح السماء : جمع مجدح ، بكسر الميم ، وسكون الدال ، وهى : أنواؤها ، والأنواء جمع نوء : وهو الحالة الجوية التى ينزل معها المطر .

وروى ابن قُتَيبة بإسناده فى غريب الحديث عن أنس « أنَّ النبىَّ ﷺ خرج للاستسقاء ، فصـلَّى بهم ركعتين ، يجهر فيهما بالقراءة ، وكان يقرأ فى العيـدين والاستسقاء فى الركعة الأولى بفاتحة الـكتاب (وَسَبِّحِ اسْمَ رَبِّكَ الْأَعْلَى) ، وفى الركعة الثانيـة فاتحة الـكتاب (وَهَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ) ، فلما قضى صلاته استقبل القوم بوجهه ، وقلب رداءه ، ورفع يديه ، وكبَّر تـكبيرة ، قبل أن يَسْتَسْقِىَ . ثمَّ قال : « اللَّهُمَّ اسْقِنَا وَأَغِثْنَا ، اللَّهُمَّ اسْقِنَا غَيْثًا مُغِيثًا ، وَحَيًا رَبِيعاً ، وَجَـدًا طَبَقًا ، غَدَقًا مُغْدِقًا مُونِقًا ، هَنِيئًا مَرِيئًا مَرِيعاً مُرْبِعاً مُرْتِعاً ، سَائِلاً مُسِيلاً مُجَلِّلاً ، دِيمًا دَرُوراً ، نافعاً غيْرَ ضارٍّ ، عاجلاً غَيْرَ رَائِثٍ . اللَّهُمَّ تُحْيِي بِهِ البِلَادَ ، وَتُغِيثُ بِهِ العِبَادَ ، وَتَجْعَـلُه بَلَاغاً للحاضِرِ مِنَّا وَالْبَادِ . اللهُمَّ أَنْزِلْ فى أَرْضِنَا زِينَتَهَا ، وَأَنْزِلْ عَلَيْنَا فى أَرْضِنَا سَـكَنَهَا . اللهمّ أَنْزِلْ عَلَيْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُوراً ، فَأَحْيِ بِهِ بَلْدَةً مَيْتًا ، وَأَسْقِهِ مِمَّا خَلَقْتَ أَنْعَاماً وَأَنَاسِيَّ كَثِيراً » . قال ابن قُتَيبة : المُغيث : المُحيي ، بإذن الله تعالى ، والحيا الذى تحيا به الأرض والمال . والجَدَا : المطرُ العامّ ، ومنه أُخِذ جَدَا العطيّة ، والجَدْوَى مقصور ، والطبَق : الذى يُطَبِّق الأرض ، والغَدَقُ والمُغْـدِق : الـكثير القَطْرِ ، وَالمُونِقُ : المُعجِبُ ، والمَرِيع : ذو المَراعَةِ والخِصْبِ ، والمُرْبِعُ من قولك : رَبَعْتُ مكانَ كذا إذا أقمتَ به ، وارْبَـعْ على نَفْسِك ، ارفقْ ، والمرتع : من رَتَعتِ الإبلُ إذا رَعَتْ ، والسابل : من السَّبْلِ ، وهو المطر . يقـال : سَبْل سابل ، كما يقال : مَطَر ماطِر . والرائثُ : البَطِيء ، والسَّـكَنُ : القوّة ، لأن الأرض تَسْـكُنُ به .

ورُوى عن عبد الله بن عمر أن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان إذا استسقى قال : « اللهمَّ اسْقِنا غَيْثًا مُغِيثًا هَنِيئًا مَرِيعاً غَدَقًا مُجَلِّلاً[1] ، طَبَقًا سَحًّا دَائِمًا . اللهُمَّ اسْقِنَا الغَيْثَ ، وَلَا تَجْعَلْنَا مِنَ القَانِطِين . اللهمّ إنَّ بالعِبَـادِ وَالبِلَادِ مِنَ اللَّأْوَاءِ[2] وَالضَّنْكِ ، وَالجَهْدِ مَا لَا نَشْكُوهُ إلاَّ إِلَيْكَ . اللهمَّ أَنْبِتْ لَنَا الزَّرْعَ ، وَأَدِرَّ لَنَا الضَّرْعَ[3] ، وَاسْقِنَا مِنْ بَرَكَاتِ السَّماء ، وَأَنْزِلْ عَلَيْنَا مِنْ بَرَكَاتِكَ . اللهمَّ ارْفَعْ عَنَّا الجَهْدَ ، وَالجُوعَ ، وَالعُرْيَ وَاكْشِفْ عَنَّا مِنَ الْبَلَاءِ مَا لَا يَـكْشِفُهُ غَيْرُكَ . اللهمَّ إِنَّا نَسْتَغْفِرُكَ ، إِنَّكَ كُنْتَ غَفَّاراً ، فَأَرْسِلَ السَّمَاءَ عَلَيْنَا مِدْرَاراً » .

---

(١) مجللا : مغطياً لجميـع المرتفعات ، وإذا كان المطر على المرتفعات كان أفضـل ، لأنه يبعد عن البيوت ، والطرقات ، فلا يكون منه أذى ، وطبقاً عام : يطبق الأمكنة كلها .

(٢) اللأواء : الشدة ، والضيق : العسر فى العيش ، والجهد : التعب ، والمشقة .

(٣) أدر لنا الضرع : الضرع : الثدى ، وإدراره إنزال اللبن منه . والمعنى : اجعل مواشينا تفيض أثداؤها باللبن .

فصـــــل

وهل من شرط هذه الصلاة إذن الإمام ؟ على روايتين :

إحداها : لايُستحبُّ إلا بخروج الإمام ، أو رجـل من قِبَله . قال أبو بكر : فإذا خرجوا بغـير إذن الإمام دَعَوْا وانصرفوا بلا صلاة ، ولا خطبة . نصّ عليه أحمد . وعنه أنهم يُصلُّون لأنفسهم ، ويخطب بهم أحدهم ، فعلى هذه الرواية يكون الاستسقاء مشروعاً فى حقّ كل أحد ، مُقيم ومُسافر ، وأهل القرى والأعراب ، لأنها صـلاة نافلة ، فأشبهت صلاةَ الـكسوف . ووجه الرواية الأولى ، أن النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم لم يأمر بها ، وإنما فعلها على صفةٍ فلا يتعدّى تلك الصفة ، وهو أنه صلاّها بأصحابه ، وكذلك خلفاؤه ، ومَنْ بعدهم ، فلا تُشرع إلا فى مثل تلك الصفة .

فصـــــل

ويُستحبُّ أن يستسقى بمن ظهر صلاحُه ، لأنَّه أقرب إلى إجابة الدعاء ، فإنَّ عمر رضىالله عنه استسقى بالعبَّاس عمّ النبىّ ﷺ . قال ابن عمر : استسقى عمرُ عامَ الرَّمادةِ[1] بالعبَّاس ؟ فقال : اللهمَّ إنَّ هذا عَمّ نَبيِّكَ صلى اللهُ عليه وسلم نَتَوَجَّهُ إِلَيْكَ بِهِ ، فَأَسْقِنَا ، فَمَا بَرِحُوا حَتَّى سَقَاهُمُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ » . ورُوى أن معاوية خرج يستسقى ، فلما جلس على المنبر قال : أينَ يزيدُ بنُ الأسود الجرَشىّ ؟ فقـام يزيدُ ، فدعاه معاويةُ ، فأجلسه عند رِجْلَيْهِ ، ثمّ قال : اللَّهُمَّ إِنَّا نَسْتَشْفِعُ إِلَيْكَ بِخَيْرِنَا ، وَأَفْضَلِنَا يَزِيدَ بنِ الأَسْودِ . يَايَزِيدُ ، ارْفَعْ يَدَيْكَ ، فَرَفَعَ يَدَيْهِ ، وَدَعَا اللهَ تَعَالَى . فَثَارَتْ فِى الْغَرْبِ سَحَابَةٌ مِثْلُ التُّرْسِ وَهَبَّ لَهَا رِيحٌ فَسُقُوا حَتَّى كَادُوا لاَيَبْلُغُونَ مَنَازِلَهُمْ واستسقى به الضحَّاك مَرّةً أخرى .

« مسألة » قال : ﴿ فإن سقوا وإلاّ عادوا فى اليوم الثانى ، والثالث ﴾ .

وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وقال إسحق : لا يخرجون إلا مَرّةً واحـدةً ، لأنّ النبى صلى الله عليه وسلم لم يخرُج إلا مرّة واحدةً ، ولـكن يجتمعون فى مساجدهم ، فإذا فرغوا من الصلاة ذكروا الله تعالى ، ودعَوْا ، ويدعو الإمامُ يومَ الجمعة على المنبر ، ويؤمِّن الناس .

ولنا : أن هـذا أبلغُ فى الدعاء والتضرّع ، وقد جاء عن النبى ﷺ أنه قال : « إنّ اللهَ يُحِبُّ المُلِحِّينَ فى الدُّعَاءِ » وأما النبيّ صلى الله عليه وسلم فلم يخرج ثانياً ، لاستغنائه عن الخروج بإجابته أول مرّة ، والخروج فى المرّة الأولى آكدُ مما بعدها ، لورود السنَّة به .

---

(١) عام الرمادة : يقال أرمد الناس إذا أمحلوا وهلكت مواشيهم ، وعامالرمادة أى المحل والجدب ، كان فى أيام عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، هلكت فيه الناس والأموال من الجدب .

فصـــل

وإن تأهبوا للخروج فسُقوا قبل خروجهم لم يخرجوا ، وشـكروا الله على نعمته ، وسألوه المزيد من فضله ، وإن خرجوا فسُقوا قبل أن يُصَلُّوا صلَّوْا شكراً لله تعالى ، وحَمِدوه ، ودَعَوْه . ويُستحبّ الدعاء عند نزول الغيث . لما رُوى أن النبيّ ﷺ قال : « اطْلُبُوا اسْتِجَابَةَ الدُّعَاءِ عِنْدَ ثَلَاثٍ : عِنْدَ الْتِقَاءِ الْجُيُوشِ ، وَإِقَامَةِ الصَّلَاةِ ، وَنُزُولِ الغَيْثِ » وعن عائشةَ رضى الله عنها « أَنَّ النبيَّ صلى اللهُ عليه وسلم كَانَ إِذَا رَأَى المطر قال : « صَيِّباً[1] نَافِعاً » . رواه البخاريّ .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يقف فى أول المطر ، ويخرج رَحْله ، ليُصيبه المطر . لما روَى أنس : « أن النبيّ ﷺ لم يَنْزِلْ عَنْ مِنْبَرِهِ حَتَّى رَأَيْنَا المَطَرَ يَتَحَادَرُ عَنْ لِحْيَتِهِ » رواه البخاريّ . وعن ابن عباس أنه كان إذا أمطرت السماء قال لغلامه « أَخْرِجْ رَحْلِي وَفِرَاشِي يُصِبْه المَطَرُ » .

ويُستحبُّ أن يتوضأ من ماء المطر إذا سال السيلُ ، لما رُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ كَانَ إِذَا سَالَ السَّيْل يقول : اخْرُجُوا بِنَا إِلَى هَذَا الَّذِى جَعَلَهُ اللهُ طَهُوراً فَنَتَطَهَّر » .

فصـــل

ويُستَحبُّ أن يستسقوا عقيبَ صلواتهم ، ويوم الجمعـة يدعو الإمامُ على المنبر ، ويؤمّن النـاس . قال القاضى : الاستسقاء ثلاثةُ أضرب ، أكملها الخروج ، والصلاة على ماوصفنا ، ويليه استسقاء الإمام يوم الجمعة على المنبر ، لما رُوى « أَنَّ رَجُلاً دَخَلَ المَسْجِدَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَرَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسلم يَخْطُبُ ، فَاسْتَقْبَلَ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَائِماً ثمّ قال : يَارَسُولَ اللهِ هَلَكَتِ الأَمْوَالُ وَانْقَطَعَتِ السُّبُلُ ، فَادْعُ اللهَ يُغِثْنَا . فَرَفَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَدَيْهِ فقال : « اللّهُمّ أَغِثْنَا ، اللّهُمّ أَغِثْنَا ، اللّهُمّ أَغِثْنَا » قال أنس : وَلَا وَاللهِ مَايُرَى فى السَّمَاءِ مِنْ سَحَابٍ وَلَا قَزَعَةٍ ، وَلَا شَىْءٍ وَلَا بَيْنَنَا وبين سَلْعٍ مِنْ بَيْتٍ وَلَا دَارٍ ، فَطَلَعَتْ مِنْ وَرَائِهِ سَحَابَةٌ مِثْلُ التُّرْسِ ، فَلَمَّا تَوَسَّطَتِ السَّمَاءَ ، انْتَشَرَتْ ثمّ أَمْطَرَتْ ، فَلَا وَاللهِ مَارَأَيْنَا الشَّمْسَ سِتًّا . ثُمَّ دَخَلَ مِنْ ذَلِكَ البَابِ رَجُلٌ فِى الْجُمُعَةِ الْمُقْبِلَةِ وَرَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم يَخْطُبُ قَائِماً ، وقال : يَارَسُولَ اللهِ ، هَلَكَتِ المَوَاشِى ، وَانْقَطَعَتِ السُّبُل ، فَادْعُ اللهَ أَنْ يُمْسِكَهَا عَنَّا . قال : فَرَفَعَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَدَيْهِ ، وقال : اللّهُمّ حَوَالَيْنَا وَلَا عَلَيْنَا ،

(١) صيباً : مطراً نازلا من السماء ، ونصبه بمفعول محذوف ، والتقدير : اللهم اجعله .

اللهمَّ عَلَى الظِّرَابِ [١] ، والآكامِ [٢] ، وَبُطُونِ الأَوْدِيَةِ ، وَمَنَابِتِ الشَّجَرِ . قال : فَانْقَطَعَتْ ، وَخَرَجْنَا نَمْشِي فى الشَّمْسِ » متفق عليه .

والثالث أنَ يَدْعُوا الله تعالى عقيبَ صلواتهم ، وفى خلواتهم .

فصــــل

وَإِذَا كَثُرَ المطرُ بحيث يضرّهم . أو مياهُ العيون [٣] ، دَعَوُا الله تعالى أن يُخففه ، ويصرف عنهم مَضَرّته ، ويجعله فى أماكن تنفعُ ولا تضرّ ، كدعاء النبىّ ﷺ فى الفصل الذى قبل هذا ، ولأنّ الضرر بزيادة المطر أحدُ الضررين ، فيُستَحبُّ الدعاء لإزالته كانقطاعه .

« مسألة » قال ﴿ وإن خرج معهم أهل الذّمة لم يُمنَعُوا ، وأمِرُوا أن يكونوا منفردين عن المسلمين ﴾ .

وجملته : أنه لايُستحبُّ إخراج أهل الذّمة ، لأنهم أعداء الله الذين كفروا به ، وبدّلوا نعمته كُفراً ، فهم بعيدون من الإجابة ، وإن أُغيث المسلمون فربّما قالوا : هذا حصل بدعائنا ، وإجابتنا ، وإن خرجوا لم يُمْنَعوا . لأنّهم يطلبون أرزاقهم من ربّهم ، فلا يُمنعون من ذلك ، ولا يبعد أن يُجيبهم الله تعالى . لأنه قد ضمن أرزاقهم فى الدنيا ، كما ضمن أرزاق المؤمنين ، ويُؤمَروا بالانفراد عن المسلمين ، لأنه لايؤمن أن يصيبهم عذاب ، فيعم من حضرهم ، فإنّ قومَ عادٍ استَسْقَوْا ، فأرْسَلَ اللهُ عَلَيْهِمْ رِيحاً صَرْصَراً فأهْلَكَتْهُمْ .

فإن قيل : فينبغى أن يمنعوا الخروج يوم يخرج المسلمون لئلا يظنوا أن ماحصل من السقيا بدعائهم .

قلنا : ولايُؤمن أن يتّفق نزول الغيث يوم يخرجون وحدهم ، فيكونُ أعظَم لفتنتهم ، وربّما افتتن غيرُهم بهم .

---

(١) الظراب جمع ظرب بفتح الظاء وبكسر الراء ، وهو الجبل المنبسط ، أو الجبل الصغير .

(٢) والآكام : المرتفعات .

(٣) مياه العيون : يعني أو كثرت مياه العيون حتي تكاد تغرقهم أو تغرق ممتلكاتهم .

باب الحكم فيمن ترك الصلاة

« مسألة » قال ﴿ ومن ترك الصلاة وهو بالغ عاقل جاحداً لها ، أو غيرَ جاحد دُعى إليها فى وقت كلِّ صلاة ثلاثةَ أيام ، فإنْ صلَّى ، وإلا قُتِـل ﴾ .

وجملة ذلك : أن تارك الصلاة لايخلو : إما أن يـكون جاحداً لوجوبها ، أو غيرَ جاحد ، فإن كان جاحداً لوجوبها نُظِرَ فيه . فإن كان جاهلاً به ، وهو ممّن يجهـلُ ذلك كالحديث الإسـلام ، والناشىء ببَادِيةٍ — عُرِّف وجوبهـا ، وعُلِّم ذلك ، ولم يُحـكم بـكفره ، لأنه معـذور ، فإن لم يـكن ممّن يجهل ذلك ، كالناشىء من المسلمين فى الأمصار والقُرى ، لم يُعذر ، ولم يُقبل منه ادّعاء الجهل ، وحُـكِم بكفره ، لأنّ أدلّة الوجوب ظاهرةٌ فى الـكتـاب والسنّة ، والمسلمون يفعلونهـا على الدوام ، فلا يخفى وجوبُهـا على من هذا حاله ، ولايجحدُها إلا تـكذيباً لله تعالى ، ولرسوله ، وإجماع الأمّة . وهذا يصير مرتدّا عن الإسلام ، حكمه حكم سائر المرتدّين فى الاستتابة ، والقتل ، ولا أعلم فى هذا خلافاً وإن تركها لمرض أو عجزٍ عن أركانهـا ، وشروطها ، قيـل له : إنّ ذلك لايُسقط الصـلاةَ ، وإنّه يجب عليه أن يُصلّى على حَسَب طاقته .

وإن تركها تهاوُناً ، أو كسلاً ، دُعِيَ إلى فعلها ، وقيل له :إن صَلّيْتَ ، وإلاّ قتَلْناكَ . فإن صلّى ، وإلاّ وجب قتلُه ، ولا يُقتلُ حتى يُحْبَس ثلاثاً ، ويُضيّقَ عليه فيهـا ، ويُدعى فى وقت كلّ صـلاة إلى فعلها ، ويُخوّف بالقتل . فإن صَلَّى ، وإلاّ قُتِلَ بالسيف ، وبهذا قال مالك ، وحمّادُ بن زيد ، ووكيع ، والشافعيّ . وقال الزهريّ : يُضرَب ، ويُسْجَن وبه قال أبو حنيفة ، قال: ولا يُقْتَلُ ، لأنّ النبيّ ﷺ قال : « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاّ بِإِحْدَى ثَلَاثٍ : كُفْرٍ بَعْدَ إِيمَانٍ ، أَوْ زِنًا بَعْدَ إِحْصَانٍ ، أَوْ قَتْلِ نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقّ » متفق عليه . وهذا لم يصدر منه أحـدُ الثلاثة ، فلا يحلّ دمه ، وقال النبيّ صلى الله عليه وسلم « أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا : لا إِلَهَ إِلاّ اللهُ ، فَإِذَا قَالُوهَا عَصَمُوا مِنِّى دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا » متفق عليه . ولأنه فرع من فروع الدين ، فلا يُقتل بتركه ، كالحجّ ، ولأن القتـل لو شُرع لشُرع زجراً عن ترك الصـلاة ، ولا يجوزُ شَرعُ زاجرٍ يَمْنَعُ[1] تحقُّق المزجورِ عنه ، والقتلُ يمنع فعلَ الصلاة دائماً ، فلا يُشرع . ولأن الأصل تحريم الدم ، فلا تثبت الإباحةُ إلا بنصّ ، أو معنى نصّ ، والأصلُ عدمُه .

ولنـا : قول الله تعـالى (٩ : ٥ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ - إلى قوله — فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ ،

---

(١) كلمة يمنع ساقطة من النسخة التى علقنا عليها ومن الطبعات الأخرى وهى ضرورية ولا يتم الكلام بدونها .

وَآتَوُا الزَّكَاةَ ، فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ) فأباح قتلهم . وشرط فى تخلية سبيلهم التوبة ، وهى الإسلام ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، فمتى ترك الصلاة متعمداً لم يأت بشرط تخليته ، فبقى على وجوب القتل . وقول النبى ﷺ « مَنْ تَرَكَ الصَّلاَةَ مُتَعَمِّداً فَقَدْ بَرِئَتْ مِنْهُ الذِّمَّةُ » وهذا يدل على إباحه قتله . وقال عليه السلام « بَيْنَ العَبْدِ وَبَيْنَ الكُفْرِ تَرْكُ الصَّلاةِ » رواه مسلم ، والكفر مُبيح للقتل . وقال عليه السلام « نُهِيتُ عَنْ قَتْلِ المُصَلِّينَ » . وعن أنس قال : قال أبو بكر : إنما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا شَهِدُوا أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاّ اللهُ ، وأنّ مُحمداً رَسُولُ اللهِ ، وَأَقَامُوا الصَّلاَةَ ، وآتَوُا الزَّكَاةَ » ، رواه الدارقطنى . فمفهومه أن غير المُصلين يُباح قتلهم ، ولأنها ركن من أركان الإسلام ، لاتدخله النيابة بنفس ، ولا مال ، فوجب أن يقتل تاركه كالشهادة ، وحديثهم حُجّة لنا ، لأنّ الخبر الذى رويناه يدلّ على أن تركها كُفرٌ . والحديث الآخر استَثْنَى منه « إلاّ بِحَقِّهَا » والصلاةُ من حقّها . ثم إن أحاديثنا خاصّة ، فنخصّ بها عموم ماذكروه . ولا يصحّ قياسها على الحجّ ، لأن الحجّ مُختلَف فى جواز تأخيره ، ولا يجب القتل بفعل مُختلَف فيه . وقولهم : إنّ هذا يُفضى إلى تركِ الصلاة ، بالكلّية . قلنا : الظاهر أن من يَعلم أنه يُقتل إن ترك الصلاة لايتركها ، سيّما بعد استتابته ثلاثةَ أيام ، فإن تركها بعد هذا كان مَيئُوساً من صلاته ، فلا فائدة فى بقائه ، ولا يكون القتل هو المُفوّت له ، ثم لو فات به احتمال الصلاة لحصل به صلاةُ ألف إنسان ، وتحصيل ذلك بتفويت احتمال صلاة واحدٍ لايخالف الأصل .

إذا ثبت هذا فظاهر كلام الخِرَقىّ أنه يجب قتله بترك صلاة واحدة ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، لأنّه تارك للصلاة ، فلزم قتله كتارك ثلاث ، ولأنّ الأخبار تتناول تارك صلاةٍ واحدةٍ ، لكن لايثبت الوجوبُ حتى يضيقَ وقت التى بعدها ، لأن الأولى لايُعلم تركها إلاّ بفوات وقتها ، فتصيرُ فائتةً لايجب القتل بفواتها ، فإذا ضاق وقتُها عُلم أنه يُريد تركها ، فوجب قتلُه ، والثانية لايجب قتله حتى يترك ثلاثَ صلواتٍ ، ويَضيقَ وقتُ الرابعة عن فِعْلها . لأنّه قد يترك الصلاة والصلاتين لشُبْهةٍ ، فإذا تكرر ذلك ثلاثاً تحقق أنه تاركها رغبةً عنها ، ويُعتبر أن يَضيق وقت الرابعة عن فعلها لما ذكرناه . وحَكى ابن حامد عن أبى إسحاق بن شاقلا : أنّه إن ترك صلاةً لاتُجمع إلى مابعدها ، كصلاة الفجر ، والعصر ، وجب قتله ، وإن ترك الأولى من صلاتى الجمع ، لم يجب قتلُه . لأن الوقتين كالوقت الواحد عند بعض العلماء ، وهذا قول حَسَن .

واختلفت الرواية : هل يُقتل لكفره أو حدًّا ؟ فرُوى أنه يُقتل لكفره ، كالمرتدّ . فلا يُغسّل ، ولا يكفّن ، ولا يُدفنُ بَيْن المسلمين ، ولا يَرِثُه أحد ، ولا يَرِثُ أحداً ، اختارها أبو إسحق ابن شاقلا ، وابن حامد ، وهو مذهبُ الحسن ، والشعبىّ ، وأيّوب السَّخْتيانىّ والأوزاعىّ ، وابن

المبارك ، وحمّاد بن زيد ، وإسحق ، ومحمد بن الحسن ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بَيْنَ العَبْدِ وَبَيْنَ الكُفْرِ تَرْكُ الصَّلاَةِ » وفي لفظ عن جابر قال : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول « إنَّ بَيْنَ الرَّجُلِ وَبَيْنَ الشِّرْكِ تركُ الصَّلاةِ » وعن بُرَيْدة قال : قال رَسُول الله صلى الله عليه وسلم : « بَيْنَنَا وبَيْنَهُمْ تَرْكُ الصَّلاَةِ ، فَمَنْ تركَها فَقَدْ كَفَرَ » رواهنّ مسلم . وقال النبيّ ﷺ « أولُ ماتَفْقِدُونَ مِنْ دِينِكُمْ الأَمَانَةُ ، وآخِرُ ماتَفْقِدُونَ الصَّلاَةُ » . قال أحمد : كل شيء ذهب آخره لم يبق منه شيء . وقال عمر رضي الله عنه : « لاَحَظَّ في الإسْلاَمِ لِمَنْ تَرَكَ الصَّلاَةَ » . وقال عليّ رضي الله عنه : « مَنْ لَمْ يُصَلِّ فَهُوَ كَافِرٌ » . وقال ابن مسعود : « مَنْ لَمْ يُصَلِّ فَلاَ دِينَ لَهُ » . وقال عبد الله بن شقيق « لَمْ يَكُنْ أَصْحابُ رسول الله ﷺ يَرَوْنَ شَيْئاً مِنَ الأَعْمالِ تَرْكُهُ كُفْرٌ غَيرَ الصَّلاَةِ » ، ولأنها عبادة يدخل بها في الإسلام ، فيخرج بتركها منه كالشهادة .

والرواية الثانية : يُقتل حدًّا مع الحكم بإسلامه ، كالزاني المحصَن ، وهذا اختيار أبي عبد الله بن بَطّة ، وأنكر قول من قال : إنه يكفر . وذكر أنّ المذهبَ على هذا ، لم يجدْ في المذهب خلافاً فيه . وهذا قول أكثر الفقهاء ، وقول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ . ورُوى عن حُذَيفة أنه قال : « يَأْتِي عَلَى النَّاسِ زَمَانٌ لاَيَبْقَى مَعَهُمْ مِنَ الْإِسْلاَمِ إلاَّ قَوْلُ لاَ إِلٰهَ إلاَّ اللهُ . فقيل له : وَمَا يَنْفَعُهُمْ ؟ قال : تُنْجِيهِمْ مِنَ النَّارِ لاَ أَبَالَكَ » . وعن والان قال : « انْتَهَيْتُ إِلَى دَارِي فَوَجَدْتُ شَاةً مَذْبُوحَةً ، فَقُلْتُ : مَنْ ذَبَحهَا ؟ قالوا : غُلاَمُكَ . قلت : وَاللهِ إنَّ غُلاَمِي لاَيُصَلِّي ، فقال النِّسْوَةُ : نحنُ عَلَّمْنَاهُ فَسَمَّى ، فرجعتُ إلى ابن مسعود ، فسألته عن ذلك ، فأمرني بأكلها » . والدليل على هذا قول النبي ﷺ : « إنَّ اللهَ حَرَّمَ عَلَى النَّارِ مَنْ قَالَ لاَ إِلٰهَ إلاَّ اللهُ يَبْتَغِي بِذَلِكَ وَجْهَ اللهِ » وعن أبي ذرّ قال : أتيتُ رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم ، فقال : « مَامِنْ عَبْدٍ قَالَ لاَإِلٰهَ إلاَّ اللهُ ، ثُمَّ مَاتَ عَلَى ذَلِكَ إلاَّ دَخَلَ الْجَنَّةَ » وعن عُبادة بن الصامت ، قال : سمعتُ رسول الله ﷺ يقول : « مَنْ شَهِدَ أَنْ لاَ إِلٰهَ إلاَّ اللهُ وَأَنَّ مُحَمدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّ عِيسَى عَبْدُ اللهِ وَرَسُولُهُ ، وَكَلِمَتُهُ أَلْقَاهَا إِلَى مَرْيَمَ وَرُوحٌ مِنْهُ ، وَأَنَّ الْجَنَّةَ حَقّ ، وَالنَّارَ حَقّ ، أَدْخَلَهُ اللهُ الْجَنَّةَ عَلَى مَا كَانَ مِنْ عَمَلٍ » . وعن أنس أن رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم قال : « يَخْرُجُ مِنَ النَّارِ مَنْ قَالَ لاَ إِلٰهَ إلاَّ اللهُ ، وَكَانَ فِي قَلْبِهِ مِنَ الْخَيْرِ مَايَزِنُ بُرَّةً »[1] . متفق على هذه الأحاديث كلّها ، ومثلها كثير . وعن عُبادة بن الصامت أن النبيّ ﷺ قال : « خَمْسُ صَلَوَاتٍ كَتَبَهُنَّ اللهُ عَلَى الْعَبْدِ فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ ، فَمَنْ جَاءَ بِهِنَّ لَمْ يُضَيِّعْ مِنْهُنَّ شَيْئاً اسْتِخْفَافاً بِحَقِّهِنَّ

---

(١) البرة : حبة القمح ، والمراد بالخير الإيمان أي يدخل الجنة من كان في قلبه أقل قدر من الإيمان ، وأقله اعتقاد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً عبده ورسوله .

كَانَ لَهُ عِنْدَ اللهِ عَهْدٌ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ ، وَمَنْ لَمْ يَأْتِ بِهِنَّ فَلَيْسَ لَهُ عِنْدَ اللهِ عَهْدٌ ، إِنْ شَاءَ عَذَّبَهُ وَإِنْ شَاءَ أَدْخَلَهُ الْجَنَّةَ » ولو كان كافراً لم يُدخله فى المشيئة . وقال الخلاّل فى جامعه : حدثنا يحيى ، حدثنا عبد الوهاب ، حدثنا هشام بن حسّان ، عن عبد الله بن عبد الرحمن ، عن أبى شُمَيْلة « أَنَّ النبىَّ ﷺ خَرَجَ إِلَى قُبَاء فَاسْتَقْبَلَهُ رَهْطٌ مِنَ الْأَنْصَارِ يَحْمِلُونَ جَنَازَةً عَلَى بَابٍ . فقال النبى ﷺ : مَاهٰذَا ؟ قَالُوا مَمْلُوكٌ لِآلِ فُلَانٍ كَانَ مِنْ أَمْرِهِ . قال : أَ كَانَ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلٰهَ إِلَّا اللهُ ؟ قالوا : نَعَمْ ، وَلٰكِنَّهُ كَانَ وَكَانَ فقال : أَمَا كَانَ يُصَلِّى ؟ فقالوا : قَدْ كَانَ يُصَلِّى ، وَيَدَعُ . فقال لهم : ارْجِعُوا بِهِ فَغَسِّلُوهُ ، وَكَفِّنُوهُ وَصَلُّوا عَلَيْهِ ، وَادْفِنُوهُ ، وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لَقَدْ كَادَتِ الْمَلَائِكَةُ تَحُولُ بَيْنِى وَبَيْنَهُ »[1] . ورُوى بإسناده عن عطاء عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « صَلُّوا عَلَى مَنْ قَالَ لَا إِلٰهَ إِلَّا اللهُ » ولأنّ ذلك إجماعُ المسلمين . فإنّنا لا نعلم فى عصرٍ من الأعصار أحداً من تاركى الصلاة تُرِكَ تغسيلُه ، والصلاة عليه ، ودفنُه فى مقابر المسلمين ، ولا مُنع ورثتُه ميراثَهُ ، ولا مُنع هو ميراثَ مُورِّثه ، ولا فُرّق بين زوجين لترك الصلاة مع أحدهما ، لكثرة[2] تاركى الصلاة ، ولو كان كافراً لثبتت هذه الأحكام كلها ، ولا نعلم بين المسلمين خلافاً فى أن تارك الصلاة يجب عليه قضاؤها ، ولو كان مرتدًّا ، لم يجب عليه قضاء صلاةٍ ولا صيامٍ .

وأما الأحاديث المتقدمة فهى على سبيل التغليظ ، والتشبيه له بالكفار لا على الحقيقة ، كقوله عليه السلام : « سِبَابُ الْمُسْلِمِ فُسُوقٌ ، وَقِتَالُهُ كُفْرٌ » ، وقوله : « كُفْرٌ بِاللهِ تَبَرُّؤٌ مِنْ نَسَبٍ وَإِنْ دَقَّ » . وقوله : « مَنْ قَالَ لِأَخِيهِ يَا كَافِرُ ، فَقَدْ بَاءَ بِهَا أَحَدُهُمَا » . وقوله : « مَنْ أَتَى حَائِضاً أَوْ امْرَأَةً فِى دُبُرِهَا ، فَقَدْ كَفَرَ بِمَا أُنْزِلَ عَلَى مُحَمَّدٍ » ، قال : « وَمَنْ قَالَ مُطِرْنَا بِنَوْءِ الْكَوَاكِبِ ، فَهُوَ كَافِرٌ بِاللهِ مُؤْمِنٌ بِالْكَوَاكِبِ »[3] وقوله : « مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ فَقَدْ أَشْرَكَ » ، وقوله : « شَارِبُ الْخَمْرِ كَعَابِدِ وَثَنٍ » وأشباه هذا مما أريد به التشديد فى الوعيد ، وهو أصوب القولين والله أعلم .

---

(١) تحول بينى: وبينه من كثرتهم ، وإذا حضرت الملائكة الكثيرة جنازة شخص ، فلا يكون كافراً ، وإنما يكون مؤمناً له من الفضل مايستوجب حضور الملائكة جنازته .

(٢) أى مع كثرة تاركى الصلاة فى جميع الأعصار .

(٣) إذا اعتقد قائل هذا القول أن الكواكب مؤثرة فى المطر بنفسها فهو كافر ، وأما إذا اعتقد أنها علامة تدل على ماقضاه الله وقدره ، فهو مؤمن ولا شك .

فصـــــل

ومن ترك شرطاً مجمعاً عليه ، أو ركناً كالطهارة والركوع والسجود ، فهو كتاركها ، حكمه حكمه ، لأن الصلاة مع ذلك وجودها كعدمها ، وإن ترك مختلفاً فيه ، كإزالة النجاسة ، وقراءة الفاتحة[1] ، والطمأنينة والاعتدال بين الركوع والسجود ، أو بين السجدتين معتقداً جواز ذلك فلا شيء عليه ، وإن تركه معتقداً تحريمه لزمته إعادة الصلاة ، ولا يُقتل من أجل ذلك بحال ، لأنه مختلَف فيه ، فأشبه المتزوج بغير وَلِيّ ، وسارق مال له فيه شبهة ، والله أعلم .

---

(١) من ترك قراءة الفاتحة فى صلاته وهو منفرد مع العلم والعمد ، فهو على الصحيح تارك لركن من أركان الصلاة ، وترك الركن أشد إثماً من ترك الشرط ، والطهارة شرط للصلاة ، وقد حكم الشارح بأن تاركها كتارك الصلاة ، فالأولى أن يكون تارك الفاتحة كما ذكرنا تاركاً للصلاة .

كتاب الجنائز

يُستحبُّ للإنسان ذكرُ الموت ، والاستعدادُ له ، فإنّه رُوى عن النبيّ ﷺ أنه قال : « أَكْثِرُوا مِنْ ذِكْرِ هَاذِمِ اللَّذَّاتِ ، فَمَا ذُكِرَ فِي كَثِيرٍ إِلاَّ قَلَّلَهُ ، وَلاَ فِي قَلِيلٍ إِلاَّ كَثَّرَهُ »(١) روى البخاريّ أوله ، وإذا مرض استُحبّ له أن يصبر . ويُكره الأنين ، لما رُوى عن طاوس : أنه كرهه ، ولا يتمنّى الموتَ لضرّ نزل به ، لقول النبي ﷺ : « لاَ يَتَمَنَّيَنَّ أَحَدُكُمُ الْمَوْتَ لِضُرٍّ نَزَلَ ، وَلْيَقُلْ(٢) : اللَّهُمَّ أَحْيِنِي مَا كَانَتِ الْحَيَاةُ خَيْراً لِي ، وَتَوَفَّنِي إِذَا كَانَتِ الْوَفَاةُ خَيْراً لِي » وقال الترمذيّ : هذا حديث حسن صحيح ، ويُحسن ظنّه بربّه تعالى . قال جابر : « سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم يقولُ قَبْلَ مَوْتِهِ بِثَلاَثٍ : لاَ يَمُوتَنَّ أَحَدُكُمْ إِلاَّ وَهُوَ يُحْسِنُ الظَّنَّ بِاللهِ تَعَالَى » رواه مسلم وأبو داود . وقال مُعتمِر ، عن أبيه : إنّه قال له عند موته : حدّثني بالرُّخص .

فصــــل

يُستحبُّ عِيادة المريض . قال البراء : « أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم باتِّبَاعِ الْجَنَائِزِ وَعِيَادَةِ الْمَرِيضِ » رواه البخاريّ ، ومسلم . وعن عليّ رضى الله عنه « أَنَّ النبيّ ﷺ قال : مَا مِنْ رَجُلٍ يَعُودُ مَرِيضاً مُمْسِياً إِلاَّ خَرَجَ مَعَهُ سَبْعُونَ أَلْفَ مَلَكٍ يَسْتَغْفِرُونَ لَهُ حَتَّى يُصْبِحَ ، وكَانَ لَهُ خَرِيفٌ ، فى الْجَنَّةِ ، ومن أَتَاهُ مُصْبِحاً خَرَجَ مَعَهُ سَبْعُونَ أَلْفَ مَلَكٍ يَسْتَغْفِرُونَ لَهُ حَتَّى يُمْسِيَ ، وكَانَ لَهُ خَرِيفٌ فِي الْجَنَّةِ » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن غريب ، وإذا دخل على مريض دعا له وَرَقاه . قال ثابت لأنس : ياأبا حمزة . اشتكيتُ . قال أنس : أَفَلاَ أَرْقِيكَ بِرُقْيَةِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ؟ قال : بلَى . قال : « اللَّهُمَّ رَبَّ النَّاسِ ، مُذْهِبَ الْبَاسِ ، اشْفِ أَنْتَ الشَّافِي ، شِفَاءً لاَ يُغَادِرُ سَقَماً » . وروى أبو سعيد قال : « أَتَى جِبْرِيلُ النبيَّ ﷺ فَقَالَ : يَا مُحَمَّدُ ، اشْتَكَيْتَ ؟ قال : نعم . قال : بِسْمِ اللهِ أَرْقِيكَ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ يُؤْذِيكَ ، مِنْ كُلِّ نَفْسٍ ، وَعَيْنِ حَاسِدَةٍ ، اللهُ يَشْفِيكَ » . وقال أبو زُرْعَة : كلا هذين الحديثين صحيح . ورُوى أن النبي ﷺ قال : « إِذَا دَخَلْتُمْ عَلَى الْمَرِيضِ فَنَفِّسُوا لَهُ فى الأَجَلِ ، فَإِنَّهُ لاَ يَرُدُّ مِنْ قَضَاءِ اللهِ شَيْئاً ، وَإِنَّهُ يُطَيِّبُ نَفْسَ الْمَرِيضِ » رواه ابن ماجه ، ويُرغّبه فى التوبة ، والوصيّة لما روى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ وَلَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ إِلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » متفق عليه .

---

(١) رواه البيهقى . (٢) لفظ الصحيحين : فإن كان لابد متمنياً فليقل الخ

فصـــــل

ويُستحبُّ أن يَلِي المريضَ أرفقُ أهـلهِ به ، وأعلمُهم بسياسته ، وأتقاهم لربِّه تعالى ، ليُذَكِّره اللهَ تعالى ، والتوبةَ من المعاصى ، والخروجَ من المظالم ، والوصيَّة . وإذا رآه منزولاً به تعهّد بَلَّ حَلْقِهِ بِتَقْطِيرِ ماء ، أَوْ شَرَابٍ فيهِ ، وَيُنَدِّى شَفَتَيْهِ بقُطْنَةٍ ، وَيَسْتَقْبِلُ به القبلة . لقول رسـول الله ﷺ : « خَيْرُ المجالِسِ ما استُقْبِلَ بِهِ القِبْلَةُ » ويلقنه قول : « لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ » لقول رسول اللهِ صلى الله عليـه وسلم : « لَقِّنُوا مَوْتَاكُمْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ » رواه مسـلم . وقال الحسن : سُئِل رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « أَيُّ الأَعْمَالِ أَفْضَلُ ؟ قالَ : أَنْ تَمُوتَ يَوْمَ تَمُوتُ وَلِسَانُكَ رَطْبٌ مِنْ ذِكْرِ اللهِ » رواه سعيد ، ويكون ذلك فى لُطف ، ومُداراة ، ولا يكرّر عليه ، ولا يُضجره ، إلا أن يتـكلّم بشىء فيُعيد تلقينَه ، لتـكون لا إلَه إلاّ اللهُ آخِرَ كلاَمِه . نصّ على هذا أحمـد . وَرُوى عن عبـد الله بن المبارك . أنه لمـا حضره الموتُ جعل رجلٌ يُلَقّنُهُ لا إله إلا الله ، فأكثر عليه . فقال له عبدُ الله : إذَ قُلْتُ مرّة ، فأنا عَلَى ذلك ، مالم أتـكلّم . قال الترمذىّ : إنّمـا أراد عبـدُ الله مارُوى عن النبىّ ﷺ أنه قال : « مَنْ كَانَ آخِرُ كلامِهِ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ دَخَلَ الجَنَّةَ » رواه أبوداود بإسناده . ورَوى سعيد بإسناده ، عن مُعاذ بن جَبَل : أنه لمّا حضرته الوفاة قال : أَجْلِسونى . فلمّا أجلسوه . قال : كَلِمَةٌ سَمِعْتُهَا مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ كُنْتُ أُخَبِّؤُهَا ، وَلَوْلاَ مَاحَضَرَنِى مِنَ المَوْتِ مَاأَخْبَرْتُـكُمْ بِهـا ؛ سَمِعْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « مَنْ كَانَ آخِرُ قَوْلِهِ عِنْدَ المَوْتِ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ وَحْـدَهُ لاَ شَرِيكَ لَهُ إِلاَّ هَدَمَتْ مَا كَانَ قَبْلَهَا مِنَ الخَطَايَا ، وَالذُّنُوبِ ، فَلَقِّنُوهَا مَوْتَاكُمْ » فقيـلَ : يارسولَ اللهِ . فَكَيْفَ لِلأَحْيَاءِ ؟ قال : « هِيَ أَهْدَمُ ، وأَهْدَمُ » قال أحمد : ويقرءون عند الميّتِ إذا حضر لِيُخفَّف عنه بالقراءة ، يقرأ (يس) وأمر بقراءة فاتحة الـكتاب . ورَوى سعيد ، حدثنا فرج بن فضـالة ، عن أسَدِ بن وَدَاعَةَ ؛ لمّا حَضَرَ غُضَيْفَ بنَ حارثٍ المَوْتُ حَضَرَهُ إخْوَنُهُ . فقـال : هَلْ فِيكُمْ مَنْ يَقْرَأُ سُورَةَ (يس) ؟ قال رجل من القوم : نعم ، قال : اقرأ ، ورتّل ، وانصِتُوا ، فقرأ ، ورتّل ، وأسمع القوم ، فلمـا بلغ (فَسُبْحَانَ الَّذِى بِيَدِهِ مَلَـكُوتُ كُلِّ شَيْءٍ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ) خَرَجَتْ نَفْسُه . قال أسَدُ بن وَدَاعـة : فَمَنْ حضره منكم الموتُ ، فشُدّد عليه الموت ، فليقرأ عنده سورة (يس) فإنّه يُخفّف عنه الموتُ .

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ وإذا تُيقّن الموتُ وُجّه إلى القبلة ، وغُمِّضَتْ عيناه ، وشُدّ لِحْياه ، لئلاّ يسترْخِيَ فَـكّهُ ، وجُعِل على بَطْنِه مرآةٌ ، أو غَيْرُها لئلاّ يَعلُو بَطْنُه ﴾ .

قوله : إذا تيقن الموت : يحتمل أنه أراد حضور الموت ، لأن التوجيه إلى القبلة يُستَحبُّ تقديمه على الموت ، واستحبّه عطاء ، والنخعيّ ، ومالك ، وأهل المدينة ، والأوزاعيّ ، وأهل الشام ، وإسحق . وأنكره سعيد بن المُسيّب ، فإنهم لمّا أرادوا أن يُحوّلوه إلى القبلة قال : مالكم ؟ قالوا : نُحوّلك إلى القبلة ، قال : لَمْ أَكُنْ على القِبْلَةِ إلَى يَوْمِي هَذَا ؟ والأوّل أولَى . لأن حُذَيفة قال : وَجِّهُونِي . وَلأنَّ فِعْلَهُمْ ذَلِكَ بِسَعِيدٍ دليلٌ عَلَى أَنَّه كَانَ مَشْهُوراً بَيْنَهُم ، يَفْعَلُه المُسْلِمُونَ كُلُّهُمْ بِمَوْتَاهُمْ ، ولأنّ خَيْرَ المجَالس ما اسْتُقْبِلَ بِهِ القِبْلَةَ . ويحتمل أن الخِرَقيّ أرادَ تيقّن وجُود الموْتِ ، لأن سائر ماذكر إنّما يُفعل بعد الموت ، وهو تغميضُ الميِّت ، فإنّه يُسنّ عقيب الموت،لما رُوى عن أُمّ سَلَمَة قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبى سَلَمَة ، وقد شَقّ بَصَرُه فَأَغْمَضَه ، ثمّ قال : « إنَّ الرُّوحَ إذَا قُبِضَ تَبِعَهُ البَصَرُ » فضجّ الناس من أهله ، فقال : « لَا تَدْعُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ إلَّا بِخَيْرٍ ، فإنّ المَلَائِكَةَ يُؤَمِّنُونَ عَلَى مَاتَقُولُونَ » ثمّ قال : «اللهُمّ اغفِرْ لأبى سَلَمَة ، وارْفَعْ دَرَجَتَهُ فى المَهْدِيِّينَ المُقرَّبينَوَاخْلُفْهُ فِى عَقِبِه فِى الغَابِرِينَ ، وَاغْفِرْ لَنَا وَلَهُ يَارَبَّ العَالَمِينَ ، وَأَفْسِحْ لَهُ فى قَبْرِهِ وَنَوِّرْ لَهُ فِيهِ » أخرجه مسلم . وروى شَدّاد بن أوس قال : قال رسول الله ﷺ «إذَا حَضَرْتُمْ مَوْتَاكُمْ فَأَغْمِضُوا البَصَرَ فإنَّ البصَرَ يَتْبَعُ الرُّوحَ ، وَقُولُوا خَيْراً ، فَإنَّهُ يُؤَمَّنُ عَلَى مَاقَالَ أَهْلُ المَيِّتِ » رواه أحمد فى المسند . وروى أن عمر رضى الله عنه قال لابنه حينحضرته الوفاة : ادْنُ مِنّى ، فَإذَا رَأَيْتَ رُوحِيقَدْ بَلَغَتْ لَهَاتِي [1] ، فَضَعْ كَفَّكَ اليُمْنَى عَلَى جَبْهَتِي ، وَاليُسْرَى تَحْتَ ذَقَنِي ، وَأَغْمِضْنِي »ويُستَحبُّ شَدّ لَحْيَيْهِ بِعِصَابَةٍعَرِيضَةٍ يربطها من فوق رأسه ، لأن الميّت إذا كان مفتوح العينين والفم ، فلم يغمّض حتى يَبْرُد ، بَقى مفتوحاً ، فيقبُح منظرُه ، ولا يُؤمن دخول الهوامّ فيه ، والماء فى وقت غُسْله . وقال بكر بن عبد الله المُزَنيّ ، ويقول الذى يُغمضه ، بِسْمِ اللهِ وعلى وفاة رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم . ويُجعلُ على بطنه شيء من الحديد ، كمرآة ، أو غيرها ، لئلاّ ينتفخ بطنُه . فإن لم يكن شيء من الحديد ، فطينٌ مبلول . ويُستحبُّ أن يَلِيَ ذلك منه أرفقُ الناس به ، بأرفق مايقدرُ عليه . قال أحمد : تُغمّض المرأةُ عينَه إذا كانت ذات محرم له . وقال : يكره للحائض ، والجُنُب تغميضه ، وأن تقرَباه ، وكره ذلك عَلْقمة . ورُوى نحوه عن الشافعيّ وكره الحسن ، وابن سيرين ، وعطاء : أن يُغسِّل الحائضُ والجُنُبُ المَيّتَ . وبه قال مالك . وقال إسحق وابن المنذر : يغسّله الجُنُب ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « المُؤمِنُ لَيْسَ يَنْجُسُ » ، ولا نعلم بينهم

---

(١) اللهاة : اللحمة المشرفة على الحلق ، أو مابين منقطع اللسان إلى منقطع القلب من أعلى الفم .

اختلافاً فى صحة تغسيلهما ، وتغميضهما له ، ولـكن الأولى أن يكون المتولى لأموره فى تغميضه وتغسيله طاهراً لأنه أ كملُ وأحسن .

فصــــل

ويُستحبُّ المسارعة إلى تجهيزه إذا تُيقّن موته ، لأنه أصوب له ، وأحفظ من أن يتغيَّر ، وتصعبَ مُعافاته ، قال أحمد : كرامة الميّت تعجيله . وفيما روى أبو داود أن النبىّ ﷺ قال « إِنِّى لأَرَى طَلْحَةَ قَدْ حَدَثَ فِيهِ الْمَوْتُ فَآذِنُونِى بِهِ وَعَجِّلُوا ، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِى لجيفةِ مُسلم أَنْ تُحْبَسَ بَيْنَ ظَهْرَانَىْ أَهْلِهِ » . ولا بأس أن يُنتظر بها مقدارُ مايجتمع لها جماعة ، لما يؤمَّل من الدعاء له ، إذا صُلِّىَ عليه ، مالم يُخف عليه ، أو يَشُقَّ على الناس . نصّ عليه أحمد . وإن اشتبه أمر الميّت اعتُبر بظهور أمارات الموت ، من استرخاء رجليه ، وانفصال كفّيه ، وميل أنفِه ، وامتداد جِلْدة وجهه ، وانخساف صُدْغَيْه ، وإن مات فجأةً ، كالمصعوق ، أو خائفاً من حرب ، أو سبع ، أو تردّى من جَبَل ، انتُظر به هذه العلامات ، حتى يُتيقّن موتُه . قال الحسن فى المصعوق : يُنتَظر به ثلاثاً .

قال أحمد رحمه الله : إنه رُبما تَغير فى الصيف فى اليوم والليلة ، قيل : فـكيف تقول ؟ قال : يُترك بقَدْر مايُعلم أنه ميت ، قيل له من غُدْوةٍ إلى الليل ؟قال : نعم .

فصــــل

ويُسارَع فى قضاء دَيْنه ، لما رُوى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال« نَفْسُ الْمُؤْمِن مُعَلَّقَةٌ بدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، وإن تعذَّر إيفاء دينه فى الحال استُحِبّ لوارثه أو غيره أن يَتَـكفَّل به عنه . كما فعَلَ أبو قتادة ، لما أُتِىَ النبىّ ﷺ بجنَازةٍ فَلَمْ يُصلِّ عَلَيْهَا . قال أبو قتادة : صَلِّ عليها يارسول الله ، وعلىّ دينُهُ ، فصلّى عليه . رواه البخارىّ .

ويُسْتَحبُّ المُسارَعَةُ إلى تفريق وصيته ليُعَجّل له ثوابها بجريانها على الموصَى له .

فصــــل

ويُستحبُّ خلعُ ثياب الميت : لئلاَّ يخرج منه شىء يَفْسُد به ، ويتلوّث بهـا ، إذا نُزِعَت عنه ، ويُسَجَّى بثَوْبٍ يَستر جَميعه . قالت عائشة : سُجِّىَ رسول الله صلى الله عليـه وسلم بثوبِ حَبِرَةٍ[1] ، متفق عليـه . ولا يترك الميت على الأرض ، لأنه أسرع لفساده ، ولـكن على سرير ، أو لَوْح ، ليـكون أحفظَ له .

---

(١) ثوب الحبرة : من أجود الثياب ، وهى ثياب يمنية مخططة جميلة الشكل .

« مسألة » قال : ﴿ فإذا أخذ فى غسله ستر من سرته إلى ركبتيه ﴾ .

وجملته : أن المستحبَّ تجريد الميت عنـد غسله ، ويستر عورته بمئزر ، هـذا ظاهر قول الخِرَقى ، ورواه الأثرم عن أحمد ، فقال : يُغَطّى مَا بَيْنَ سُرّتِهِ وَرُكْبَتَيْهِ ، وهذا اختيار أبى الخطّاب ، وهو مذهب ابن سيرين ، ومالك ، وأبى حنيفة . وروى المروزىّ عن أحمد أنه قال : يُعْجِبُنى أن يُغَسَّل الميت ، وعليه ثوب ، يُدخل يَدَهُ مِنْ تحت الثوب قال : وكان أبو قِلاَبة إذا غسّل ميتًا جلّله[1] بثَوْب . قال القاضى : السنَّة أن يُغَسّل فى قميص رقيق ، ينزلُ الماء فيه ، ولا يمنع أن يصل إلى بدَنه ، ويُدخل يده فى كُمّ القميص فيُمِرُّها على بدَنه ، والماء يُصَبُّ ، فإن كان القميص ضيقًا فُتِق رأسُ الدَّخَارِيص[2] ، وأدخل يدَه منه ، وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم غُسّل فى قَميصه . وقال سعـد : اصنعوا بى كما صُنِـع برسول الله ﷺ . قال أحمـد : غُسِّل النبىُّ صلى الله عليه وسلم فى قَميصه ، وقد أرادوا خلعه ، فنودُوا : أنْ لاتَخْلَعُوه ، واسْتُروا نَبِيَّكُمْ .

ولنـا : أن تجريده أمكنُ لتغسيله ، وأبلـغ فى تطهيره ، والحىّ يتجرّد إذا اغتسل ، فـكذا الميّت ، ولأنه إذا اغتسل فى ثوبه تنجّس الثوبُ بما يخرُج ، وقد لايطهر بصبّ الماء عليه ، فيتنجّس الميّت به .

فأمّا النبى ﷺ فذاك خاصّ له ، ألا ترى أنهم قالوا : نُجَرّده كما نُجَرّد موتانا ، كذلك روت عائشة . قال ابن عبد البرّ . رُوى ذلك عنها من وجه صحيح . فالظاهر أن تجريد الميّت فيما عدا العورة كان مشهوراً عندهم ، ولم يكن هذا ليخفى على النبىّ ﷺ بل الظاهر أنه كان بأمْرِه . لأنهم كانوا ينتهون إلى رأيه ، ويَصْدُرُون عن أمره فى الشرعيّات ، واتباعُ أمرِه وفعله أولى من اتباع غيره ، ولأن مايُخْشَى من تنجيس قميصه بما يخرُج منه كان مأمونًا فى حقّ النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم لأنه طيّبٌ حيًّا وميّتًا بخلاف غـيره . وإنما قال سعد : ألحِـدوا لِى لَحْداً ، وانْصِبُوا علىَّ اللَّبِنَ نصْباً ، كما صُنِـعَ برسُولِ الله ﷺ . ولو ثبت أنه أراد الغُسل ، فأمر رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم أولى بالاتباع .

وأما ستر مابين السرة والرّكبة ، فلا نعلم فيه خلافًا ، فإنّ ذلك عورة ، وستر العورة مأمور به ، وقد قال النبىّ ﷺ لعلىّ : « لاتَنْظُرْ إلَى فَخِذِ حَىٍّ ، وَلاَ مَيِّتٍ » . قال ابن عبد البرّ . ورُوى « النَّاظِرُ مِنَ الرِّجَالِ إلَى فُرُوجِ الرِّجَالِ كَالنَّاظِرِ مِنْهُمْ إلَى فُرُوجِ النِّسَاءِ ، وَالْمُتَكَشِّفُ مَلْعُونٌ » .

---

(١) جلله : غطاه . (٢) الدخاريص ما يدخل فيه الأزرار (كالعراوى) .

فصـــل

قال أبو داود : قلت لأحمد : الصبيُّ يُستَر كما يُستَر الكبير ؟ ، أعنى الصبيَّ الميّت فى الغُسل ، قال : أيّ شيء يُستر منه ، وليست عورتُه بعَوْرة ، ويُغَسّله النساء ؟

« مسألة » قال : ﴿ والاستحباب أنْ لايُغسّل تحت السماء ، ولا يحضره إلاّ من يُعين فى أمره مادام يُغَسّل ﴾ .

وجملة ذلك : أن المستحبّ أن يُغَسّل فى بيت . وكان ابن سيرين : يَستحبُّ أن يكون البيت الذى يُغَسّل فيه مظلماً . وذكره أحمد ، فإن لم يكن ، جُعل بينه وبين السماء[1] ستراً . قال ابن المنذر : كان النخعيّ يحب أن يُغَسّل و بينه و بين السماء سُتْرة . ورَوى أبو داود بإسناده . قال : أوصى الضحّاك أخاه سالماً . قال : إذا غسّلتنى فاجعل حولى ستراً ، واجعل بينى و بين السماء ستراً . وذكر القاضى أن عائشة قالت : أتانا رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم ونحن نُغَسّل ابنته ، فجعلنا بينها وبين السقف ستراً ، قال : وإنّما استحبّ ذلك خشية أن يستقبل السماء بعَوْرته ، وإنما كُره أن يحضره من لايُعين فى أمره . لأنّه يُكره النظرُ إلى الميِّت إلا لحاجة ، ويُستحبُّ للحاضرين غضّ أبصارهم عنه ، إلا مِنْ حاجة . وسببُ ذلك أنه ربّما كان بالميِّت عَيْب يَكْتُمُهُ ، ويَكره أن يُطّلع عليه بعد موته ، وربّما حدث منه أمر يكره الحيّ أن يطلع منه على مثله ، وربما ظهر فيه شيء هو فى الظاهر مُنْكر ، فيُحَدَّث به ، فيكون فضيحة له ، وربّما بدت عورته ، فشاهدها . ولهذا أحببنا أن يكون الغاسل ثقةً ، أميناً صالحاً ، ليستُر مايطّلع عليه ، وفى الحديث عن النبى ﷺ أنه قال « لِيُغَسّل مَوْتَاكُمْ الْمَأْمُونُونَ » رواه ابن ماجه .

ورُوى عنه عليه السلام أنه قال : « مَنْ غَسّلَ مَيِّتاً ، ثُمَّ لَمْ يُفْشِ عَلَيْهِ خَرَجَ مِنْ ذُنُوبِهِ كَيَوْمَ وَلَدَتْهُ أُمُّهُ » رواه ابن ماجه أيضاً . وفى المسند عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ غَسّلَ مَيِّتاً ، فَأَدَّى فِيهِ الْأَمَانَةَ ، وَلَمْ يُفْشِ عَلَيْهِ مَايَكُونُ مِنْهُ عِنْدَ ذَلِكَ ، خَرَجَ مِنْ ذُنُوبِهِ كَيَوْمَ وَلَدَتْهُ أُمُّهُ » وقال : « لِيَلِهِ أَقْرَبُكُمْ مِنْهُ إِنْ كَانَ يَعْلَمُ[2] ، فَإِنْ كَانَ لاَ يَعْلَمُ فَمَنْ تَرَوْنَ أَنَّ عِنْدَهُ حَظًّا مِنْ وَرَعٍ وَأَمَانَةٍ » . وقال القاضى : لوَليّه أن يُدخله كيف شاء ، وكلامُ الخِرَقيّ عامّ فى المنع ، والعلّة تقتضى التعميم ، والله أعلم .

---

(١) كلمة السماء ساقطة من النسخة التى علقنا عليها ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب .

(٢) إن كان يعلم : أى إن كان يعلم أحكام الدين جملة ، ومن بينها أحكام غسل الميت ، فاذا لم يوجد العالم بأمور الدين جملة مع العلم بأحكام الغسل ، فيغسله الورع التقى مع علمه بأحكام غسل الميت .

فصـــل

وينبغي للغاسل ولمن حضر إذا رأى من الميت شيئاً مما ذكرناه مما يُحبّ الميت ستره أن يستره ، ولا يحدّث به ، لما رويناه . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ سَتَرَ عَوْرَةَ مُسْلِمٍ سَتَرَهُ اللهُ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ » وإن رأى حَسَناً مثل أمارات الخَيْر من وَضَاءَةِ الوجه ، والتبسّم ونحو ذلك استُحِبَّ إظهاره ليكثُر الترحّم عليه ، ويحصلَ الحثّ على مثل طريقته ، والتشبّه بجميل سيرته . قال ابن عقيل : وإن كان الميّت مغموصاً عليه في الدين والسنّة ، مشهوراً ببدعته ، فلا بأس بإظهار الشرّ عليه ، لتُحذَرَ طريقته. وعلى هذا ينبغي أن يَكْتُمَ مايرى عليه من أمارات الخير ، لئلاّ يغترّ المغترّ بذلك ، فيقتدي به في بدعته .

« مسألة » قال ﴿ وتُلَيَّن مفاصله إن سهُلت عليه ، وإلا تركها ﴾ .

معنى تُلين المفاصل : هو أن يَرُدَّ ذراعيه إلى عَضُدَيه ، وعَضُدَيه إِلَى جَنْبَيْهِ ، ثمَّ يَرُدَّها ، ويرُدّ ساقيه إلى فَخِذَيْه ، وفخذيه إلى بَطْنِه ، ثم يَرُدّها ، ليكون ذلك أبقى لِلينهِ ، فيكون ذلك أمكن لِلْغَاسِلِ من تَكْفِينهِ وتَمْدِيدِه ، وخلع ثيابه ، وتغسيله . قال أصحابنا : ويُستَحبُّ ذلك في موضعين : عقيب موته ، قبل قَسْوتها ببرودته ، وإذا أخذ في غُسْله ، وإن شقّ ذلك لقسوة الميّت ، أو غيرها تركه ، لأنَّه لا يؤمن أن تنكسر أعضاؤه ، ويصير به ذلك إلى الْمُثْلَةِ[1] .

« مسألة » قال : ﴿ ويلف على يديه خِرقةً فيُنَقّي مابه من نجاسة ، ويعصِرَ بطنه عَصْراً رفيقاً ﴾ .

وجملته : أنه يُستحبُّ أن يُغَسَّل الميت على سرير ، يترك عليه متوجِّهاً إلى القبلة منحدراً نحو رجليه لينحدر الماء بما يخرُج منه ، ولا يرجع إلى جهة رأسه ، ويبدأ الغاسل فيَحْني الميّت حَنْياً رفيقاً ، لا يبلغ به قريباً من الْجُلوس ، لأن في الجلوس أذيَّةً له ، ثم يُمِرّ يده على بطنه ، يعصِرُه عصراً رفيقاً ، ليخرج ما معه من نجاسة ، لئلاّ يخرج بعد ذلك ، ويَصُبّ عليه الماء حين يُمِرّ يده صبًّا كثيراً ، ليُخْفِيَ مايَخْرُجُ منه ، ويَذْهَبَ به الماء ، ويُستحبُّ أن يكون بقربه مِجْمَرٌ فيه بَخور ، حتى لا يظهر منه ريح . وقال أحمد رحمه الله : لا يُعْصَرُ بطنُ الميّت في المرة الأولى ، ولكن في الثانية . وقال في موضع آخر : يُعصر بطنه في الثالثة ، يُمسح مَسْحاً رفيقاً مَرَّة واحدة . وقال أيضاً : عصرُ بطن الميّت في الثانية أمكن لأن الميّت لا يلين حتى يصيبه الماء . ويَلُفّ الغاسل على يده خِرْقَةً خَشِنَةً يمسحه بها ، لئلاّ يَمَسّ عَوْرَتَه ، لأن النظر إلى العورة حرام ، فاللمس أولى ، ويُزيل ما على بدنه من نجاسة ، لأن الحيّ يبدأ بذلك في اغتساله من الجنابة .

ويُستحبُّ أن لا يَمَسّ بقيّة بدنه إلا بخِرْقة ، قال القاضي : يُعِدّ الغاسل خِرْقتين ، يَغْسِلُ بإحداها

---

(١) المثلة : الشناعة ، وبشاعة المنظر .

السبيلين ، والأخرى سائرَ بَدنه ، فإن كان الميّت امرأةً حاملاً لم يعصر بطنها ، لئلاّ يُؤذِيَ الوَلَد ، وقد جاء في حديث رواه الخلاّل بإسناده عن أمّ سُلَيْم قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِذَا تُوُفِّيَتِ المَرْأَةُ فَأَرَادُوا غُسْلَهَا فَلْيَبْدَأُوا بِبَطْنِهَا ، فَلْيُمْسَحْ مَسْحاً رَفِيقاً ، إِنْ لَمْ تَكُنْ حُبْلَى ، فَإِنْ كَانَتْ حُبْلَى فَلَا يُحَرِّكْهَا » .

« مسألة » قال ﴿ ويوضّئه وضوءه للصلاة ، ولا يدخل الماء في فيه ، ولا في أنفه ، فإن كان فيهما أذًى أزاله بخِرْقَةٍ ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذ أنجاه[1] ، وأزال عنه النجاسة ، بدأ بعد ذلك فوضأه وضوء للصلاة ، فيَغْسِلُ كفيّه ، ثم يأخذ خِرْقَةً خَشِنَةً فيَبُلّها ، ويجعلها على أصبعه ، فيمسح أسنانه ، وأنفه ، حتى يُنظّفهما ، ويكون ذلك في رفق ، ثم يَغْسِلُ وجهه ، ويُتِمّ وضوءه ، لأن الوضوء يبدأ به في غُسل الحيّ ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للنساء اللاتى غَسَّلْنَ ابنته « ابْدَأْنَ بِمَيَامِنِهَا ، وَمَوَاضِعِ الوُضُوءِ مِنْهَا » متفق عليه .

وفي حديث أمّ سليم « فَإِذَا فَرَغْتِ مِنْ غَسْلِ سُفْلَتِهَا غَسْلاً نَقِيّاً بماء وَسِدْرٍ فَوَضِّئِيهَا وُضُوءَ الصَّلَاةِ ، ثمّ اغْسِلِيهَا » ولا يُدخل الماء فاه ، ولا مُنْخُرَيه ، في قول أكثر أهل العلم ، كذلك قال سعيد ابن جُبَير ، والنخعيّ ، والثوريّ ، وأبو حنيفة . وقال الشافعيّ : يُمَضمضه ، وينشّقه كما يفعل الحيّ .

ولنا : أن إدخال الماء فاه وأنفه لايؤمن معه وصولُه إلى جوفه ، فيُفضي إلى المُثْلة به ، ولا يُؤمَن خروجه في أكفانه .

« مسألة » قال ﴿ وَيَصُبّ عليه الماء ، فيبدأ بميامنه ويقلبُه على جنبيه ، ليَعُمّ الماء سائرَ جسمه ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا وضّأه بدأ بغَسل رأسه ، ثم لحيته ، نصّ عليه أحمد ، فيَضربُ السدر فيغسلهما برَغوته ، ويغسل وجهه ، ويَغسل اليد اليُمنى من المنكب إلى الكفّين ، وصَفْحَةَ عنقه اليُمنى ، وشِقّ صدره ، وجَنْبَيه ، وفخذه ، وساقه ، يغسل الظاهر من ذلك ، وهو مُستلق ، ثم يصنع ذلك بالجانب الأيسر ، ثم يرفعه من جانبه الأيمن ، ولا يَكُبّهُ لِوَجهه ، فيغسل الظّهر ، وما هناك من وَرِكه ، وفخذه ، وساقه ، ثم يعود فيَحْرِفُه على جنبه الأيمن ، ويغسل شقّه الأيسر كذلك . هكذا ذكره إبراهيم النخعيّ ، والقاضي ، وهو أقرب إلى موافقة قوله عليه السلام : « ابْدَأْنَ بِمَيَامِنِهَا » وهو أشبه بغسل الحيّ .

---

(١) أنجاه : خلصه مما عليه من القذر .

« مسألة » قال ﴿ ويكون في كلّ المياه شيء من السدر ، ويَضربُ السدرَ فيَغسلُ برغوته رأسَه ولحيَته ﴾ .

هذا المنصوص عن أحمد . قال صالح : قال أبي : الميّت يُغَسّل بماء وسدر ، ثلاثَ غَسَلاتٍ ، قلت : فيُبَقَّى عليه ؟ فقال : أيّ شيء يكون هو أنقى له ، وذكر عن عطاء أن ابن جُرَيج قال له : إنه يبقى عليه السدر إذا غُسّل به كلّ مرة . فقال عطاء : هو طَهُور ، وفي رواية أبي داود عن أحمد . قال : قلت ، يعني لأحمد : أفلا تصبّون ماء قَراحاً[1] يُنَظّفه ؟ قال إن صَبّوا فلا بأس . واحتجّ أحمد بحديث أمّ عَطيّة أنَّ رسُولَ الله صلى الله عليه وسلم حِينَ تُوُفّيَتْ ابنتهُ قال : اغسِلْنَها ثلاثاً ، أو خَمساً ، أوْ أكْثَرَ مِنْ ذَلكَ : إن رَأَيْتُنّ بماء وسِدْرٍ ، واجْعَلْنَ فِي الآخِرَةِ كَافُوراً » متفق عليه . وحديث ابن عباس أن النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم قال : « اغسِلُوه بِمَاء وسِدْرٍ » متفق عليه ، وفي حديث أمّ سُلَيم « ثُمّ اغسِلِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ ثَلاثَ مَرّاتٍ بمَاء وَسِدْرٍ » وذهب كثير من أصحابنا المتأخرين إلى أنه لا يَتْرُكُ مع الماء سدراً يغيّره . ثم اختلفوا ، فقال ابن حامد : يُطرح في كلّ المياه شيء يسيرٌ من السدر لا يُغيّره ، ليجمع بين العمل بالحديث ، ويكون الماء باقياً على طهوريّته . وقال القاضي ، وأبو الخطّاب : يُغسل أول مرة بالسدر ، ثمّ يُغسل بعد ذلك بالماء القَراح . فيكون الجميع غَسلَةً واحدةً . ويكون الاعتداد بالآخِر دون الأول ، لأن أحمد رحمه الله : شبّه غُسْلَه بغُسْلِ الجنابة ، ولأن السدر إن غيّر الماء سلبه وصْفَ الطَّهُورية ، وإن لم يغيّره فلا فائدة في ترك يسيرٍ لا يؤثّر . وظاهر كلام احمد الأول ، ويكون هذا من قوله دالاًّ على أن تغيير الماء بالسدر لا يُخرجه عن طَهُوريته . قال بعض أصحابنا : يتّخذ الغاسل ثلاثةَ أوانٍ : آنيةً كبيرةً يجمع فيها الماء الذي يَغْسلُ به الميّت ، يكون بالبعد منه ، وإناءين صغيرين يطرَحُ من أحدهما على الميّت ، والثالث : يَغْرِفُ به من الكبير في الصغير الذي يغسل به الميّت ، ليكون الكبير مَصُوناً ، فإذا فسد الماء الذي في الصغير وطار فيه من رشاش الماء كان ما بقي في الكبير كافياً ، ويضربُ السدر فيَغسِلُ برغوته رأسَه ، ولِحْيَتَه ، ويُبْلِغُه سائر بدنه ، كما يفعل الحيُّ إذا اغتسل .

فصـــل

فإن لم يجد السدرَ غسله بما يقوم مقامه ، ويقرُب منه كالخِطْمِيّ[2] ونحوه ، لأن المقصود يحصل منه ، وإن غسله بذلك مع وجود السدر جاز ، لأن الشرع ورد بهذا لمعنى معقول ، وهو التنظيف ، فيتعدّى إلى كلّ ما وجد فيه المعنى .

---

(١) قراحاً : صافياً لا يشوبه شيء من سدر أو غيره .

(٢) الخطمي بكسر الخاء وفتحها : نبات نافع في شد الجسم إذا خلط بالماء المغسول به .

« مسألة » قال ﴿ ويستعمل فى كل أموره الرفق به ﴾ .

ويُستحبُّ الرفقُ بالميت فى تقليبه ، وعَرْكِ أعضائه ، وعَصْر بطنه ، وتليين مفاصله ، وسائر أموره ، احتراماً له . فإنّه مُشبّه بالحى فى حُرمته . ولا يأمن إن عَنُفَ به أن ينفصل منه عضو ، فيكون مُثْلَةً به ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « كَسْرُ عَظْمِ المَيِّتِ كَكَسْرِ عَظْمِ الحَيِّ » ، وقال : « إنّ اللهَ يُحِبُّ الرِّفْقَ فِي الأَمْرِ كُلِّهِ » .

« مسألة » قال ﴿ والماء الحارّ والأُشنان ، والخِلاَل ، يُستعمل إن احتيج إليه ﴾ .

هذه الثلاثة تستعمل عند الحاجة إليها مثل : أن يحتاج إلى الماء الحارّ لشدّة البرد ، أو لوسخ لا يزول إلاّ به ، وكذا الأُشنان[1] : يُستعمل إذا كان على الميّت وسَخ .

قال أحمد : إذا طال ضَنَى المريض غُسل بالأُشنان ، يعنى أنه يكثُر وسخه ، فيحتاج إلى الأُشنان ليُزيله . والخِلاَل : يحتاج إليه لإخراج شىء ، والمستحبُّ أن يكون من شجرةٍ ليّنة كالصفصاف ، ونحوه ، مما يُنَقّى ولا يجرح ، وإن لف على رأسه قُطناً وفحَسنٌ . ويتتبّع ماتحت أظفاره حتى يُنَقّيه ، فإن لم يحتج إلى شىء من ذلك لم يستحبّ استعماله ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : المُسخّن أولى بكلّ حال ، لأنه يُنَقّى مالا يُنَقّى البارد .

ولنا : أن البارد يُمسكه ، والمسخّن يُرخيه ، ولهذا يُطرح الكافور فى الماء ليشدّه ويُبرّده ، والإنقاء يحصل بالسدر إذا لم يكثُر وسَخُه ، فإن كثر ولم يزل إلا بالحارّ صار مستحبّاً .

« مسألة » قال ﴿ ويغسل الثالثة : بماء فيه كافور ، وسِدْر ، ولا يكون فيه سدر صحاح ﴾ .

الواجب فى غسل الميّت مرة واحدة ، لأنه غُسل واجب ، من غير نجاسة أصابته ، فكان مرّة واحدةً ، كغُسل الجنابة ، والحيض ، ويُستحبُّ أن يُغَسّل ثلاثاً كلّ غسلة بالماء ، والسدر ، على ماوصفنا ، ويجعل فى الماء كافوراً فى الغسلة الثالثة ، لِيَشُدّه ويُبرّده ويُطيّبُه . لقول رسول الله ﷺ للنساء اللاتى غَسَّلْنَ ابنته : « اغْسِلْنَهَا بالسِّدْرِ وِتراً ثلاثاً أو خَمْساً أو أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ إِنْ رَأَيْتُنَّ ، وَاجْعَلْنَ فى الغَسْلَةِ الأَخِيرَةِ كافُوراً » . وفى حديث أُمّ سلَيم « فَإِذَا كَانَ فى آخر غَسْلَةٍ مِنَ الثَّالِثَةِ ، أو غَيْرِهَا فاجْعَلِى مَاءً فيهِ شىءٌ مِنْ كافورٍ وشىء من سِدْرٍ ، ثمَّ اجْعَلِى ذَلِكَ فى جَرَّةٍ جَدِيدَةٍ ، ثمَّ أَفْرِغِيهِ عَلَيْهَا ، وَابْدَئى برأْسِهَا حَتَّى يَبْلُغَ رِجْلَيْهَا » ، ولا يُجعل فى الماء سدر صحيح ، لأنه لافائدة فيه ؛ لأن السدر إنما أمر به

(١) الأشنان : نبات ورقه جامد أشد من ورق السدر يستعمل لإزالة الوسخ اللاصق بالجسم .

للتنظيف ، والمُعدّ للتنظيف إنما هو المطحون ، وهذا لايستعمله المُغتسل به من الأحياء ، إلاّ كذلك . قال أبو داود : قلت لأحمد : إنّهم يأتون بسبع ورقات من سدر ، فيُلقونها فى الماء فى الغسلة الأخيرة ، فأنكر ذلك ولم يُعجبه . وإذا فرغ من الغَسلة الثالثة لم يُمر يده على بطن الميّت لئلاّ يخرج منه شىء ، ويقع فى أكفانه . قال أحمد : ويُوضّأ الميّت مرّة واحدة فى الغَسلة الأولى ، وما سمعنا إلاّ أنه يُوضّأ أول مرة ، وهذا والله أعلم مالم يخرج منه شىء ، ومتى خرج منه شىء أعاد وضوءه ، لأن ذلك ينقضُ الوضوء من الحىّ ، ويوجبُه ، وإن رأى الغاسلُ أن يزيد على ثلاث لكونه لم يُنَقّ بها ، أو غير ذلك غسّله خمساً أو سَبْعاً ، ولم يقطع إلاعلى وِترٍ . قال أحمد : ولا يزاد على سبع ، والأصل فى هذا قول النبى ﷺ « اغْسِلْنَهَا ثلاثاً أو خَمْساً أو سَبْعاً » لم يزد على ذلك ، وجعل جميع ماأمر به وتراً . وقال أيضاً : أغْسِلْنَهَا وِتراً ، وإنْ لم يُنَقّ بسبع فالأولى غسله حتى ينقّى ، ولا يقطع إلا على وتر ، لقوله ﷺ : « اغْسِلْنَهَا ثَلاَثاً أَوْ خَمْساً أَوْ سَبْعاً ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ إِنْ رَأَيْتُنَّ » ، ولأن الزيادة على الثلاث إنّمـا كان للإنقاء أو للحاجة إليها ، وكذلك فيما بعد السبع . ولم يذكر أصحابنا أنه يزيد على سبع .

« مسألة » قال ﴿ فإن خرج منه شىء غسّله إلى خمس ، فإن زاد فإلى سبع ﴾ .

يعنى إن خرجت نجاسة من قُبُله أو دُبُره ، وهو على مُغْتَسَله بعد الثلاث . غسّله إلى خمسٍ ، فإن خرج بعد الخامسة غسله إلى سبع ، ويُوضّيه فى الغسلة التى تلى خروج النجاسة . قال صالح ، قال أبى : يُوَضأ الميّت مرة واحدة ، إلاّ أن يخرج منه شىء ، فيعاد عليه الوضوء ، ويغسله إلى سبع ، وهو قول ابن سيرين ، وإسحاق واختار أبو الخطاب : أنه يغسل موضع النجاسة ، ويُوَضّأ ، ولا يجب إعادة غسله ، وهو قول الثورىّ ، ومالك ، وأبى حنيفة . لأن خروج النجاسة من الحىّ بعد غُسله لايُبطله ، فكذلك الميّت . وعن الشافعىّ كالمذهبين .

ولنا : أن القصد من غسل الميت أن يكون خاتمة أمره الطهارة الكاملة ، ألا ترى أن الموت جرى مجرى زوال العقل فى حق الحىّ ، وقد أوجب الغُسلَ فى حقِّ الميِّت . فكذلك هذا . ولأن النبى ﷺ قال : « اغْسِلْنَهَا ثَلاَثاً ، أَوْ خَمْساً ، أو سَبْعاً إِنْ رَأَيْتُنَّ ذَلِكَ بِمَاءٍ وَسِدْرٍ » .

فصـــل

وإن خرجت منه نجاسة من غير السبيلين . فقال أحمد فيما روى أبو داود : الدم أسهلُ من الحدث ، ومعناه : أن الدم الذى يخرج من أنفه أسهلُ من الحدث فى أن لايُعاد له الغُسل . لأن الحدث ينقض الطهارة بالاتفاق ، ويُسوّى بين كثيره وقليله ، ويحتمل أنه أراد أن الغسل لايُعاد من يسيره ، كما لاينقض الوضوء ، بخلاف الخارج من السبيلين .

« مسألة » قال ﴿ فإن زاد حَشاهُ بالقطن ، فإن لم يستمسك فبالطين الحُرّ ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا خرجت منه نجاسة بعد السبع لم يَعُد إلى الغسل . قال أحمد : من غَسّل ميّتاً لم يُغَسّله أكثر من سبع ، لا يجاوزه ، خرج منه شيء ، أو لم يخرج ، قيل له : فتُوَضّيه إذا خرج منه شيء بعد السبع ؟ قال : لا . لأن النبيّ ﷺ كذا أمر : ثلاثاً ، أو خمساً أو سبعاً فى حديث أم عَطِيّة ، ولأن زيادة الغَسل وتكريره عند كل خارج يُرخيه ويُفضى إلى الحرج ، ولكنه يَغْسل النجاسة ، ويحشُو مَخْرَجَها بالقطن . وقيل يُلْجِمُ بالقطن كما تفعل المستحاضة ، ومن به سَلَس البول ، فإن لم يمسكه ذلك حشى بالطين الحُرّ ، وهو الخالص الصُّلْب ، الذى له قوة تُمسك المَحلّ . وقد ذكر أحمد : أنه لا يُوَضّأ ، ويحتمل أنه يوضأ وضوء الصلاة ، كالجنب إذا أحدث بعد غُسله . وهذا أحسن .

فصـــــل

والحائض والجُنب إذا ماتا كغيرهما فى الغُسل . قال ابن المنذر : هـذا قول من نحفظ عنه من علماء الأمصار . وقال الحسن ، وسعيد بن المسيَّب : ما مات ميِّت إلا جنب . وقيل عن الحسن : إنه يُغَسَّل الجنب للجنابة ، والحائض للحيض ، ثم يُغسلان للموت ، والأولى أولى ، لأنهما خرجا من أحكام التكاليف ولم يبق عليهما عبادة واجبة ، وإنما الغُسل للميِّت تعبّد ، وليكون فى حال خروجه من الدنيا على أكمل حال ، من النظافة والنضارة ، وهـذا يحصُل بغُسل واحد ، ولأن الغُسل الواحد يُجزى من وُجد فى حقه موجبان له ، كما لو اجتمع الحيض والجنابة .

فصـــــل

والواجب فى غُسل الميت : النيّة ، والتسمية فى إحدى الروايتين ، وغسله مرة واحدة ، لأنه غُسل تعبّد ، عن غير نجاسة أصابته ، شُرِط لصحة الصلاة . فوجب ذلك فيه كغُسل الجنابة ، وقد شبّه أحمد غُسله بغُسل الجنابة ، ولما تعذّرت النية ، والتسمية من الميِّت اعتُبرت فى الغاسل ، لأنه المخاطَب بالغُسل . قال عطاء : يُجزيه غسلة واحدة إن أنْقَوْهُ . وقال أحمد : لا يُعجبنى أن يُغسل واحدةً ؛ لأن النبى ﷺ قال : « اغسِلْنَهَا ثَلاثاً أوْ خَمْساً » وهـذا على سبيل الكراهة دون الإجزاء ، لما ذكرناه . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال فى المحرم الذى وَقَصَتْهُ[1] ناقتُه « اغسِلُوهُ بماءٍ وسِدْرٍ » ولم يذكر عدداً . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا تعتبر النيّة ، لأن القصد التنظيف ، فأشبه غَسل النجاسة ، ولا يصح هـذا : لأنه لو كان كذلك لما وجب غسلُ متنَظِّف ، ولجاز غسله بماء الوَرْد ، وسائر ما يحصُل به التنظيف ، وإنما هو غُسل تعبّد ، أشبه غُسل الجنابة .

(١) وقصته ناقته : ألقته فانكسر فمات .

« مسألة » قال ﴿ وينشّفه بثوب ، ويجمّر أكفانه ﴾ .

وجملته : أنه إذا فرغ الغاسل من غُسل الميت نشّفه بثوب ، ليلاّ يَبُلّ أكفانه . وفى حديث أمّ سُلَيم : فإذا فَرَغْتِ مِنْها فأَلْقِ عَلَيْها ثَوْبًا نَظِيفًا . وذكر القاضى فى حديث ابن عباس فى غُسل النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم قال : فجَفَّفُوه بِثَوْبٍ ، ومعنى تجمير أكفانه تبخيرُها بالعود ، وهو أن يترك العود على النار فى مِجْمرٍ ثم يُبَخّر به الكفنُ حتى تَعْبَقَ رائحتُه ، ويَطِيبَ ، ويكون ذلك بعد أن يُرَشّ عليه ماء الوَرْد ، لتعْلَقَ الرائحةُ به . وقد رُوى عن جابر ، قال : قال رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم : « إذَا جَمَّرْتُمُ المَيِّتَ فجَمِّرُوه ثلاثًا » ، وأوصى أبو سعيد ، وابن عمر ، وابن عباس ، أن تجمّر أكفانُهم بالعُود . وقال أبو هريرة : يُجَمَّر الميّت ، ولأن هـذا عادة الحىّ عند غُسله ، وتجديدِ ثيابه ، أن يجمّر بالطّيب ، والعُود . فكذلك الميّت .

« مسألة » قال ﴿ ويكفّن فى ثلاثة أثواب بيض ، يُدرج فيها إدراجاً ، ويُجعل الحَنُوط فيما بينها ﴾ .

الأفضل عند إمامنا رحمه الله : أن يكفّن الرجل فى ثلاث لفائف بيض ، ليس فيها قميص ، ولاعِمَامَة . ولا يزيد عليها ، ولا يُنْقَصُ منها . قال الترمذىّ : والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبىّ ﷺ وغيرهم ، وهو مذهب الشافعىّ . ويُستحبّ كون الكفَن أبيضَ ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم كُفِّنَ فى ثَلَاثَةِ أثوابٍ بيضٍ ، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الْبَسُوا مِنْ ثِيَابِكُمُ البياض[1] فإنّه أطْهَرُ وأطْيَبُ ، وكَفِّنُوا فيهِ مَوْتَاكُمْ » رواه النسائى . وحُكى عن أبى حنيفة : أن المستحبّ أن يُكفّن فى إزار ، ورداء وقميص . لما رَوى ابن المغفّل : أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم « كُفِّن فى قميصه . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أَلْبَسَ عَبْدَ اللهِ بنَ أُبىّ قميصَهُ وَكَفَّنَهُ بِهِ » ، رواه النسائىّ .

ولنا : قول عائشة رضى الله عنها : « كُفِّنَ رسول الله ﷺ فى ثلاثة أثْوَابٍ : بِيضٍ[2] سَحُولِيَّةٍ ، لَيْسَ فيها قميصٌ ولا عِمَامَةٌ » متفق عليه ، وهو أصحُّ حديث رُوى فى كَفَنِ رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم ، وعائشةُ أقربُ إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وأعرفُ بأحواله . ولهذا لما ذُكر لها قول الناس إن النبىَّ ﷺ كُفّن فى بُرْدٍ ، قالت : « قَدْ أُتِىَ بالْبُرد » ولكنهم لم يُكفّنُوه فيه ، فحفظَتْ ماأغفَلَهُ غيرُها وقالت أيضاً : « أُدْرِجَ النبىُّ ﷺ فى حُلَّةٍ يَمَنِيَّةٍ كانت لِعَبْدِ اللهِ بن أَبِى بَكْر ، ثمّ نُزِعَتْ عَنْهُ ،

---

(١) أى ذات البياض ، لأن البياض لايلبس .

(٢) سحولية : نسبة إلى سحول . وهى قرية باليمن ينسج بها نوع من القطن ينسب إليها ، أو نسبة إلى السحول ، وهو القصار لأنه يسحلها أى يغسلها .

فرفع عبدُ الله بنُ أبي بكرٍ الحُلَّةَ ، وقال : أكفَّنُ فيها ، ثمَّ قال : لَمْ يُكفَّنْ فيها رسول الله ﷺ وأُكفَّنُ فيها ؟ فتصدَّقَ بها » رواه مسلم . ولأن حال الإحرام أكملُ أحوال الحيّ ، وهو لا يلبس المخيط وكذلك حالة الموت أشبه بها .

وأما إلباسُ النبيّ ﷺ عبد الله بن أُبَيّ قميصه : فإنما فعل ذلك تكرِمَةً لابنه عبد الله بن عبد الله ابن أُبيّ ، وإجابة لسؤاله حين سأله ذلك ليتبَرَّكَ به أبوه ، ويَنْدَفِعَ عنه العذاب ببركة قميص رسول الله ﷺ ، وقيلَ إنما فعَلَ ذلك جزاءً لعبد الله بن أبيّ عن كسوته العباس قميصه يوم بَدْر ، والله أعلم .

فصـــل

والمستحبُّ أن يُؤخذ أحسنُ اللفائف ، وأوسعها ، فيبسط أولاً ليكون الظاهر للناس حسنَها . فإن هذا عادةُ الحيّ يجعلُ الظاهر أفخر ثيابه . ويَجعل عليها حَنُوطاً ، ثم يبسط الثانية التي تليها في الحُسن ، والسَّعة عليها ، ويُجعل فوقها حَنُوطاً[1] وكافوراً ، ثم يبسطُ فوقهما الثالثة ، ويَجعل فوقها حَنُوطاً وكافوراً ، ولا يُجعل على وجه العليا ، ولا على النعش شيء من الحَنُوط ، لأن الصدّيق رضى الله عنه قال : لا تجعلوا على أكفانى حَنُوطاً ، ثم يُحمل الميِّت مستوراً بِثَوْبٍ ، فيوضع عليها مستلقياً ، لأنّه أمكنُ لإدراجه فيها ، ويُجعل ما عند رأسه أكثر مما عند رجليه ، ويُجعل من الطيب على وجهه ، ومواضع سجوده ، ومغَابِنه[2] ، لأن الحيَّ يتطيبُ هكذا ، ويجعل بقية الحَنوط والكافور في قُطن ، ويُجعل منه بين أَلْيَتَيْهِ برفق ، ويكثر ذلك ليَرُدّ شيئاً إن خرج منه حين تحريكه ، ويُشدُّ فوقه خِرْقَةٌ مَشْقُوقَةُ الطرف كالتُّبَّانِ وهو السراويل بلا أكمام ، ويجعل الباقي على منافذ وجهه ، في فيه ، ومُنْخُرِيه ، وعينيه ، لئلا يَحدُث منهنّ حادث . وكذلك الجِراحُ النافذة ، ويُترك على مواضع السجود منه ، لأنّها أعضاء شريفه ، ثم يُثْنَى طرَفُ اللفافة العُليا على شقِّه الأيمن ، ثم يُرَدُّ طرفُها الآخرُ على شِقِّهِ الأيسر ، وإنما استُحبَّ ذلك لئلاّ يسقُط عنه الطرَف الأيمن ، إذا وُضع على يمينه ، في القبر ، ثم يُفعل بالثانية ، والثالثة كذلك ، ثم يُجمع ما فَضَل عند رأسه ، ورجليه ، فيُرَدُّ على وجهه ، ورجليه ، وإن خاف انتشارها عقدها ، وإذا وُضع في القبر حَلّها ولم يَخرِق الكفَنَ .

---

(١) الحنوط ، والحناط : الأول بفتح الحاء ، وضم النون ، والثاني بكسر الحاء وفتح النون مخففة : كل طيب يخلط للميت .

(٢) المغابن : الأماكن المستورة ، كتحت الإبط وبين الأفخاذ ، وتحت الركبتين .

فصـــــل

وتُـكره الزيادة على ثلاثة أثواب فى الـكفن ، لما فيه من إضاعة المال ، وقد نهى عنه النبيُّ صلى الله عليه وسلم ، ويُحرم ترك شىء مع الميِّت من ماله لغير حاجة ، لما ذكرنا ، إلا مثل ماروى عن النبيِّ ﷺ أنه تُرِكَ تحته قطيفةٌ فى قَبْره ، فإن تُرِك نحو ذلك فلا بأس .

« مسألة » قال ﴿ وإن كفّن فى قميص ، ومئزر ، ولفافة جعل المئزر مما يلى جلده ، ولم يزرّ عليه القميص ﴾ .

التـكفين فى القميص ، والمئزر ، واللفافة : غيرُ مكروه ، وإنما الأفضل الأول ، وهذا جائز لا كراهة فيه « فإن النبيَّ صلى الله عليه وسلم أَلْبَسَ عَبْدَ الله بنَ أُبَيٍّ قَمِيصه لما ماتَ » رواه البخاريّ . فيُؤْزَرُ بالمئزر ، ويُلْبَسُ القميصَ ، ثم يُلَفُّ باللِّفافة بعـد ذلك . وقال أحمد : إن جعلوه قميصاً فأَحَبُّ إلىَّ أن يكون مثل قميص الحىّ ، له كمَّان ، ودَخَارِيص (١) ، وأزرار ، ولا يُزَرّ عليه القميص .

فصـــــل

قال أبو داود : قلت : لأحمد يتخذ الرجل كفنه ، يُصلِّى فيه أياماً ، أو قلت يُحرم فيـه ؟ ثم يَغسله ، ويضعه لـكفنه ، فرآه حَسَناً . قال : يُعجبنى أن يـكون جـديداً ، أو غسيلا ، وكره أن يَلْبَسَهُ حتى يُدَنِّسه .

فصـــــل

ويجوز التـكفين فى ثوبين ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم فى المحرم الذى وَقَصَتْهُ دابته : « اغْسِلُوهُ بِمَاءٍ وَسِدْرٍ وَكَفِّنُوهُ فِي ثَوْبَيْنِ » رواه البخارىّ . وكان سُوَيْد بن غَفَلَة يقول . يُـكَفَّن فى ثوبين . وقال الأوزاعىّ : يُجزى ثوبان ، وأقلُّ مايجزى ثوب واحد ، يستر جميعه . قالت أُمُّ عَطِيَّة :« لَمَّا فَرَغْنَا يَعْنِي مِنْ غُسْلِ بِنْتِ رَسُولِ اللهِ ﷺ أَلْقَى إِلَيْنَا حَقْوَهُ(٢) فقال : أَشْعِرْنَها إِيَّاهُ ، وَلَمْ يَزِد على ذَلِكَ» رواه البخارىّ . وقال : معنى أشعرنها إياه : الففنها فيـه . قال ابن عقيل : العورة المغلّظة يسترها ثوب واحد ، فجسد الميِّت أولى . وقال القاضى : لا يُجزى أقلُّ من ثلاثة أثواب لمن يقدر عليها . ورُوى مثل ذلك عن عائشة ، واحتجَّ بأنه لو جاز أقل منها لم يَجُز التكفين بها فى حقِّ من له أيتام ، احتياطاً لهم ، والصحيح الأوّل . وماذكره القاضى : لا يصحُّ ، فإنه يجوز التـكفين بالحَسنِ مع حصول الإجزاء بما دونه .

---

(١) الدخاريص : مايدخل فيه الزراير ، كالعراوى .

(٢) الحقو بفتح الحاء وقد تـكسر مع سكون القاف : الإزار ومعنى أشعر بها إياه اجعلنه ملاصقاً .

فصـــــل

قال أحمد : يكفَّنُ الصبيُّ في خِرقةٍ ، وإن كفِّنَ في ثلاثة ، فلا بأس ، وكذلك قال إسحاق، ونحوه . قال سعيد بن المسيّب ، والثوريّ ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم : لا خلاف بينهم في أن ثوباً يجزئه ، وإن كُفِّن في ثلاثة فلا بأس ، لأنه ذكر ، فأشبه الرجل .

فصـــــل

فإن لم يجد الرجل ثوباً يستر جميعه ، سُتر رأسه ، وجعل على رجليه حشيشاً ، أو ورقاً . كما رُوى عن خبّاب : أن مُصْعَبَ بنَ عُمَيرٍ قُتِلَ يوم أُحُد ، فلم يُوجد له شيء يكفَّن فيه إلا نَمِرَةٌ[1] فكُنَّا إذا وَضَعْنَاهَا على رَأْسِه خَرَجَتْ رِجْلاَهُ ، وإذا وَضَعْنَاها على رِجْلَيْهِ خَرَجَ رَأْسُه ، فأمَرَنَا النبيُّ ﷺ أنْ نُغَطِّيَ رَأْسهُ ، وَنَجْعَلَ عَلَى رِجْلَيْهِ مِنَ الإِذْخِرِ »[2] رواه البخاريّ . فإن لم يجد إلا مايستر العورة سترها ، لأنها أهم في الستر ، بدليل حالة الحياة ، فإن كثر القتلى وقلّت الأكفان كُفِّن الرجلان ، والثلاثة في الثوب الواحد ، كما صُنع بقتلى أُحُد . قال أنس : كَثُرَتْ قَتلى أُحُد ، وقَلَّتِ الثياب . قال : فكُفِّنَ الرجلُ والرجلانِ والثلاثةُ في الثوب الواحد ، ثم يُدْفنون في قبر واحد . قال الترمذيّ : حديث أنس حديث حسن غريب .

« مسألة » قال ﴿ وتجعل الذَّرِيرة في مَفَاصله ، ويُجعل الطيب في مواضع السجود ، والمغابن ، ويُفعل به كما يُفعل بالعروس ﴾ .

الذريرة : هي الطيب المسحوق ، ويُستحبُّ أن يُجعل في مفاصل الميّت ومغابنه . وهي المواضع التي تَنْثَنِي من الإنسان كطيّ الركبتين ، وتحت الأبطين ، وأصول الفخذين . لأنها مواضع الوسخ ، ويتبع بإزالة الوسخ والدرن منها من الحي ويتبع بالطيب من المسك ، والكافور ، مواضع السجود ، لأنها أعضاء شريفة ، ويفعل به كما يفعل بالعروس . لأنه يروى عن النبي ﷺ : «اصنعوا بموتاكم كما تصنعون بعرائسكم . وكان ابن عمر يتبع مغابن الميت ومرافقه بالمسك . قال أحمد : يخلط الكافور بالذريرة ، وقيل له : يذرّ المسك على الميت أو يطلى به قال : لا يبالي . قد روى عن ابن عمر أنه ذرّ عليه .

ورُوى عنه أنه مسحه بالمسك مسحاً ، وابن سيرين : طَلاَ إنساناً بالمسك من قَرْنه[3] إلى قَدَمِه . وقال إبراهيم النخعيّ : يوضع الحَنُوط على أعظُمِ السجود . والجبهة ، والراحتين ، والركبتين ، وصدور القدمين .

---

(١) النمرة : بفتح النون وكسر الميم ، بردة من صوف تلبسها الأعراب .
(٢) الإذخر : عشب طيب الرائحة يجعله العرب في بيوتها . (٣) قرنه : رأسه .

« مسألة » قال ﴿ ولا يجعل فى عينيه كافوراً ﴾ .

إنّما كره هذا : لأنه يُفسد العضو ويُتلفه ، ولا يصنع مثله بالحىّ . قال أحمد : ماسمعنا إلّا فى المساجد. وحُـكى له عن ابن عمر أنه كان يفعل ، فأنـكر أن يكون ابن عمر فعله ، وكره ذلك .

« مسألة » قال ﴿ وإن خرج منه شىء يسير بعد وضعه فى أكفانه لم يعد إلى الغُسل وحُمِلَ ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم فى هـذا خلافاً . والوجه فى ذلك : أن إعادة الغُسل فيهـا مشقّة شديدة ، لأنه يحتـاج إلى إخراجـه ، وإعادة غُسله وغَسل أكفانه ، وتجفيفها ، أو إبدالها ، ثم لا يُؤمن مثلُ هـذا فى المرة الثانية ، والثالثة ، فسقط لذلك . ولا يحتاج أيضاً إلى إعادة وُضوئه ، ولا غَسل موضع النجاسة ، دفعاً لهذه المشقّة ، ويحمل بحاله . ويروى عن الشعبىّ : أن ابنةً له لمّا لُفَّتْ فى أكفانها ، بدا منها شىء ، فقال الشعبىّ : ارفعوا ، فأما إن كان الخارج كثيراً فاحشاً ، فمفهوم كلام الخِرَقىّ هاهنا : أنه يُعاد غُسله ، إن كان قبل تمام السبعة ، لأنّ الـكثير يتفاحش ، ويُؤمن مثله فى المرة الثانيـة ، لتحفظهم بالشدّ والتلَجُّم ، ونحوه .

ورواه إسحاق بن منصور عن أحمد . قال الخلّال : وخالفه أصحاب أبى عبد الله ، كلُّهم رووا عنه : لا يُعاد إلى الغُسل بحال . قال : والعمل على ما اتُّفِق عليه لمـا ذكرنا من المشقّة فيـه . ويحتمل أن تحمل الروايتان على حالتين . فالموضع الذى قال لا يُعاد غُسله : إذا كان يسيراً ، ويخفى على المُشيِّعين ، والموضع الذى أمر بإعادته : إذا كان يظهر لهم ، ويتفحّش .

« مسألة » قال ﴿ وإن أحبَّ أهلُه أن يروه لم يُمنعوا ﴾ .

وذلك لما رُوى عن جابر قال : لما قُتل أبى جعلت أكشفُ الثوبَ عن وجهه وأبـكى ، والنبىُّ صلى الله عليه وسلم لا ينهانى . وقالت عائشة : رأيتُ رسول الله ﷺ يُقَبِّلُ عثمانَ بن مظعون ، وهو ميِّت ، حتى رأيتُ الدموع تَسيل . وقالت : أقبل أبو بكر فتيمّم النبىَّ صلى الله عليه وسلم وهو مُسَجًّى ببُردِ حِبَرَةٍ ، فـكشفَ عن وجهه ، ثم أكبَّ عليه فقبّله ، ثم بكى . فقال « بِأَبِى أَنْتَ يَانَـبِيَّ ٱللهِ ، لَا يَجْمَعُ ٱللهُ عَلَيْكَ مَوْتَتَـيْنِ » وهذه أحاديث صحاح .

« مسألة » قال ﴿ والمرأة تُـكفَّن فى خمسة أثواب : قميص ، ومِئزر ، ولُفافة ، ومِقْنَعةٍ ، وخامسةٍ تُشدُّ بها فخذاها ﴾ .

قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن تـكفَّن المرأة فى خمسة أثوابٍ ، وإنما استُحبَّ ذلك : لأن المرأة تزيد فى حال حياتها على الرجل فى الستر ، لزيادة عورتها على عورته ، فـكذلك بعد الموت ، ولمّا كانت تلبس المَخِيطَ فى إحرامها ، وهو أكمل أحوال الحياة استُحِبَّ إلباسُها إياه بعد

موتها . والرجل بخلاف ذلك . فافترقا فى اللبس بعد الموت ، لافتراقهما فيه فى الحياة ، واستويا فى الغسل بعد الموت ، لاستوائهما فيه فى الحياة ، وقد روى أبو داود بإسناده ، عن ليلى بنت قانف الثقفية . قالت: كنتُ فيمَنْ غسَّلَ أمَّ كُلثوم بنتِ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم عِنْدَ وَفَاتِهَا ، فكانَ أوَّل ما أعطانا رسول الله ﷺ الحَقْوَ (١) ، ثم الدِّرْع ، ثمَّ الخِمار ، ثم المِلْحَفة ، ثم أُدْرِجَتْ بعد ذلك فى الثوب الآخر . قالت : ورسول الله صلى الله عليه وسلم عند الباب ، معه كَفَنَهَا يُنَاوِلُناها ثوباً ثوباً . إلَّا أن الخِرَقِيّ إنّما ذكر لُفافةً واحدةً . فعلى هذا تُشَدُّ الخِرْقَةُ على فخِذيها أوَّلا ، ثم تُؤَزَّر بالمئزر ، ثم تُلْبَسُ القَميصَ ، ثم تُخَمَّر بالمِقْنَعة (٢) ، ثم تُلَفّ بلفافة واحدةٍ . وقد أشار إليه أحمد فقال : تخمّر ويُترك قدرُ ذراع ، يُسْدَلُ على وَجْهِها ، ويُسدَلُ على فخذيها الحَقْوُ . وسُئل عن الحَقْوِ ؟ فقال : هو الإزار . قيل : الخامسة . قال : خرقةٌ تشدُّ على فخذيها . قيل له : قميص المرأة ؟ قال : يُخَيَّط . قال : يُكَفَّ ولا يُزَرّ عليها . والذى عليه أكثر أصحابنا وغيرهم : أن الأثواب الخمسة : إزار ، ودرع ، وخمار ، ولفافتان ، وهو الصحيح . لحديث ليلى الذى ذكرناه ، ولما روت أمّ عطية أن النبيّ صلى الله عليه وسلم ناولها إزاراً ، ودرعاً ، وخماراً ، وثوبين .

فصــــل

قال المروزىّ : سألت أبا عبد الله : فى كم تُكَفَّن الجارية إذا لم تبلُغ ؟ قال : فى لُفافتين وقميص ، لاخمار فيه . وكفَّن ابنُ سيرين بِنْتاً له قد أعْصَرَتْ (٣) فى قميص ولُفافَتَيْن . ورُوى فى بَقير ، ولُفافتين قال أحمد : البقير : القميص الذى ليس له كُمّان ولأن غير البالغ لايلزمها سَتْر رأسها فى الصلاة . واختلفت الرواية عن أحمد فى الحَدّ الذى تصير به فى حكم المرأة فى الكفن . فرُوى عنه : إذا بلغت ، وهو ظاهر كلامه فى رواية المروزى ، لقول النبىّ ﷺ : « لاَ يَقْبَلُ اللهُ صَلاَةَ حَائِضٍ إلاَّ بِخِمَارٍ » مفهومه أن غيرها لاتحتاج إلى خمار فى صلاتها ، فكذلك فى كفنها . ولأنّ ابن سيرين كفّن ابنته ، وقد أعصرت - أى قاربت المحيض - بغير خمار » . ورَوى عن أحمد أكثر أصحابه : إذا كانت بنتَ تسع يُصنع بها مايُصنع بالمرأة . واحتجّ بحديث عائشة : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم دخل بها ، وهى بنتُ تسع سنين . ورُوى عنها أنها قالت : إذا بلغت الجاريةُ تسعاً فهى امرأة .

---

(١) الحقو : الإزار ، والدرع : القميص .

(٢) المقنعة : هى ماتقنع به المرأة رأسها أى تلفها ، وهى الخمار .

(٣) أعصرت ، بلغت شبابها أو حاضت ، والمراد هنا الأول .

فصـــــل

قال أحمد : لايُعجبنى أن تـكفَّن فى شىء من الحرير . وكره ذلك الحسن . وابن المبارك ، وإسحاق . قال ابن المنذر : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم . وفى جواز تكفين المرأة بالحرير احتمالان : أقيسهما الجوازُ، لأنَّه من لباسها فى حياتها ، لـكن كرهناه لها ، لأنّها خرجت عن كونها محلاً للزينة والشهوة . وكذلك يُكره تـكفينها بالمُعَصْفر ونحوه لذلك . قال الأوزاعىّ : لايُـكفن الميِّت فى الثياب المُصَبَّغة ، إلا ما كان من العَصْبِ ، يعنى ماصبغ بالعَصْب ، وهو نبت ينبُت باليمن .

« مسألة » قال : ﴿ ويُضْفرُ شعرها ، ثلاثةَ قرُون ، ويُسْدلُ من خلفها ﴾ .

وجملة ذلك : أن شعر الميّتة يُغسل ، وإن كان مَعْقوصًا نُقِضَ ، ثمَّ غُسِلَ ، ثمَّ ضُفِرَ ثَلاَثَةَ قُرون : قَرْنَيْهَا ، ونَاصِيتَها ، ويُلْقى من خَلْفِهَا . وبهذا قال الشافعىّ : وإسحاق ، وابن المنذر وقال الأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى ، لايُضْفَرُ . ولـكن يُرسل مع خدّيها من بين يدَيْهَا من الجانبين ، ثم يُرْسل عليه الخمارُ . لأنّ ضَفْرَهُ يحتاج إلى تسريحها ، فَيَنْقَطع شَعْرُها ويُنْتَف .

ولنا : ماروت أُمّ عطيَّة . قالت : ضَفَرْنا شعرها ثلاثةَ قُرون ، وألقيناه خَلْفَهَا يعنى بنتَ رسول الله ﷺ ، متفق عليه . ولمُسلم : فضَفَرنَا شَعْرَهَا ثَلاَثَةَ قُرونٍ . قَرْنَيْهَا وَنَاصيتَها . وللبخارىّ : جَعَلْنَ رأسَ بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ثَلاَثَةَ قُرُونٍ نَقَضْنَهُ ، ثمَّ غَسَلْنَهُ ، ثم جَعَلْنَهُ ثَلاَثَةَ قُرُونٍ ، وإنما غَسَلْنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وتعليمه .

وفى حديث أُمّ سُليم عن النبىّ ﷺ : « وَاضْفِرْنَ شَعْرَها ثَلاَثَةَ قُرُونٍ ، قُصَّةً وَقَرْنَيْنِ وَلاَتُشَبِّهْنَهَا بالرِّجَالِ » . فأما التسريح : فـكرهه أحمد ، وقال : قالت عائشة : عَلاَمَ تَنُصُّونَ[1] مَيِّتَـكُمْ ؟ قال : يعنى لاتُسَرِّحوا رأْسَه بالمُشْطِ . ولأن ذلك يَقْطَعُ شعره ، ويَنْتِفُهُ . وقد رُوى عن أُمّ عطية قالت : مَشَطْنَاهَا ثَلاَثَةَ قُرُونٍ . متفق عليه ، قال أحمد : إنّما ضَفَرْنَ ، وأنـكر المَشط . فـكأنه تأوَّل قولها : مَشَطْنَاها . على أنها أرادت ضَفَرْنَاها ، لما ذكرناه ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ والمشى بالجنازة الإسراع ﴾ .

لاخلاف بين الأئمة رحمهم الله فى استحباب الإسراع بالجنازة،وبه ورد النصّ ، وهو قول النبى ﷺ « أَسْرِعُوا بِالْجَنَازَةِ ، فَإِنْ تَـكُنْ صَالِحَةً فَخَيْرٌ تُقَدِّمُونَهَا إِلَيْهِ . وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ ذَلِكَ فَشَرٌّ تَضَعُونَهُ عَنْ رِقَابِـكُمْ » متفق عليه ، وعن أبى هريرة قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا تَبِـعَ الْجَنَازة

(١) أى تتركون نصوصه أى خصل شعره كما هى بدون تسريح ولا ضفر .

قال : انْبَسِطُوا بِهَا ، وَلاَ تَدِبُّوا دَبِيبَ الْيَهُودِ بِجَنَائِزِهَا » رواه أحمد فى المسند . واختلفوا فى الإسراع المستحبّ . فقال القاضى . المُستحبُّ : إسراع لايخرج عن المشى المعتاد ، وهو قول الشافعىّ . وقال أصحاب الرأى : يَخُبُّ وَيَرْمُلُ . لما روى أبو داود عن عُيَيْنَةَ بن عبد الرحمن ، عن أبيه . قال : كُنَّا فى جنازةِ عُثمان بن أبى العاص ، فكنّا نمشى مشياً خَفِيفاً ، فلَحِقَنا أبو بكر ، فرَفَعَ سَوْطهُ . فقال : لقد رأيتُنَا مع النبىّ صلى الله عليه وسلم نَرْمُلُ[1] رَمَلاً .

ولنا : مارَوى أبو سعيد عن النبىّ ﷺ : أنه مُرَّ عليه بجنازةٍ تَمْخُضُ مَخْضاً[2] ، فقال عليه السلام : « عَلَيْكُمْ بِالْقَصْدِ[3] فى جَنَائِزِكُمْ » من المسند . وعن ابن مسعود قال : « سألنا نَبِيَّنَا صلى الله عليه وسلم عَنِ الْمَشْىِ بِالْجَنَازَةِ . فقال : مَادُونَ الْخَبَبِ »[4] رواه أبو داود والترمذىّ . وقال : يرويه أبو ماجد وهو مجهول . وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « انْبَسِطُوا بها وَلا تَدِبُّوا دَبِيبَ الْيَهُودِ » يدل على أن المراد إسراعٌ يخرُج به عن شبه مشى اليهود بجنائزهم ، لأن الإسراف فى الإسراع يَمْخَضُها ، ويُؤذِى حامليها ومتبعيها . ولا يُؤمن على الميِّت . وقد قال ابن عباس فى جنازةِ ميمونة : لاتُزَلْزِلُوا وارفُقُوا ، فإنها أُمُّكُمْ .

فصـــل

واتباع الجنائز سُنَّة . قال البراء : أَمرنا رسول الله ﷺ باتّباع الجنائز وهو على ثلاثة أضرب .

أحدها : أن يُصلِّى عليهـا ، ثم ينصرف . قال زيد بن ثابت : إذا صَلَّيْتَ فقد قضيت الذى عليك . وقال أبو داود : رأيتُ أحمد مالا أحصِى صَلَّى على جنائز ، ولم يَتّبعها إلى القبر ، ولم يستأذن .

الثانى : أن يتبعها إلى القبر ، ثم يقف حتى تُدفن لقول رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ شَهِدَ الْجَنَازَةَ حَتَّى يُصَلِّى فَلَهُ قِيراطٌ ، وَمَنْ شَهِدَهَا حَتَّى تُدْفَنَ كَانَ لَهُ قِيرَاطَانِ ، قِيلَ : وَمَاالْقِيرَاطَانِ ؟ قال : مِثْلُ الْجَبَلَيْنِ الْعَظِيمَيْنِ » متفق عليه .

الثالث : أن يقف بعد الدفن فيستغفر له ، ويسأل الله له التثبيت ، ويدعو له بالرحمة . فإنه روى عن النبى ﷺ أنه كان إذا دَفَنَ مَيِّتاً وقَفَ وقال : « اسْتَغْفِرُوا لَهُ ، وَأَسْأَلُوا اللهَ لَهُ التَّثْبِيتَ فَإِنَّهُ الآنَ يُسْأَلُ » رواه أبو داود . وقد رُوى عن ابن عمر أنه كان يقرأ عنده بعدالدفن أوّل البقرة وخاتمتها .

---

(١) نرمل رملا : نسرع إسراعاً

(٢) تمخض مخضاً : تتحرك تحركاًشديداً ، أى تسرع إسراعاً .

(٣) القصد : الاعتدال فى المشى . (٤) الخنب : الإسراع والجرى .

فصـــل

يُستحبُّ لمتبع الجنازة أن يكون مُتخشِّعاً ، متفكراً فى مآله ، متعظاً بالموت ، وبما يصير إليه الميِّت ، ولا يتحدث بأحاديث الدنيا ، ولا يضحك . قال سعدُ بن مُعاذ : ماتبعت جنازةً فحدّثت نفسى بغير ماهو مفعول بها . ورأى بعضُ السلف رجلاً يضحك فى جنازة ، فقال : أتضحك ، وأنت تتّبع الجنازة ؟ لا كلمتك أبداً .

« مسألة » قال ﴿ والمشىُ أمامها أفضل ﴾ .

أكثر أهل العلم : يرون الفضيلة للماشى أن يكون أمام الجنازة . رُوى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ، وعثمان ، وابن عمر ، وأبى هريرة ، والحسن بن على ، وابن الزبير ، وأبى قتادة ، وأبى أَسيد ، وعُبَيد بن عُمير ، وشُرَيح ، والقاسم بن محمد ، وسالم ، والزهرىّ ، ومالك ، والشافعىّ . وقال الأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى : المشى خلفها أفضلُ ، لما رَوى ابن مسعود ، عن النبىِّ ﷺ أنه قال : « الْجَنَازَةُ مَتْبُوعَةٌ ، وَلاَ تَتْبَعُ ، لَيْسَ مِنْهَا مَنْ تَقَدَّمَهَا » . وقال علىٌّ رضى الله عنه : فضلُ الماشى خلف الجنازة على الماشى قُدَّامها ، كفضل المكتوبة على التطوّع ، سمعتُه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنَّها متبوعة فيجب أن تُقدّم ، كالإمام فى الصلاة ، ولهذا قال فى الحديث الصحيح « مَنْ تَبِعَ جَنَازَةً » .

ولنا : مارَوى ابن عمر ، قال : رأيتُ النبىَّ صلى الله عليه وسلم ، وأبا بكر ، وعمر ، يمشون أمامَ الجنازة » . رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وعن أنس نحوهُ ، رواه ابن ماجه . قال ابن المنذر : ثبت أن النبىّ ﷺ ، وأبا بكر ، وعمر ، كانوا يمشون أمام الجنازة . وعن ابن عمر قال : السنَّة فى الجنازة أن يمشىَ أمامها . وقال أبو صالح : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشون أمام الجنازة ، ولأنهم شُفعاء له ، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : « مَا مِنْ مَيِّتٍ تُصَلِّى عَلَيْهِ أُمَّةٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ يَبْلُغُونَ مِائَةً كُلُّهُمْ يَشْفَعُونَ لَهُ إِلاَّ شُفِّعُوا فِيهِ » رواه مسلم . وقال ﷺ : « مَامِنْ أَرْبَعِينَ مِنْ مُؤْمِنٍ يَشْفَعُونَ لِمُؤْمِنٍ إِلاَّ شَفَّعَهُمُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ » رواه ابن ماجه . ولهذا يقولون فى الدعاء له : اللَّهمَّ إِنَّا جِئْنَاكَ شُفَعَاءَ لَهُ ، فَشَفِّعْنَا فِيهِ » . والشَّفِيعُ يَتَقَدَّمُ الْمَشْفُوعَ لَهُ . وحديث ابن مسعود يرويه أبو ماجد ، وهو مجهول ، قيل ليحيى : مَن أبو ماجد هـذا ؟ قال : طائر طار . قال الترمذىّ : سمعت محمد بن إسماعيل يُضَعِّف هذا الحديث ، والحديث الآخرُ ، لم يذكره أصحاب السنن ، وقالوا : هو ضعيف ، ثم نحمله على من تقدّمها إلى موضع الصلاة ، أو الدفن ، ولم يكن معها . وقياسُهم يبطُل بسنّة الصبح ، والظهر ، فإنها تابعة لها ، وتتقدمهما فى الوجود .

فصل

ويُكره الركوب فى اتباع الجنائز ، قال ثوبان : « خَرجْنَا مع النبىّ ﷺ فى جَنازة ، فرأى ناساً رُكْباناً فقال : ألا تَسْتَحُونَ ؟ إنَّ مَلاَئِكَةَ اللهِ عَلَىأَقْدَامِهِمْ وَأَنتُمْ عَلَىظُهُورِ الدَّوَابِّ » رواه الترمذىّ . فإن ركب فى جنازة ، فالسنَّة أن يكون خلفها . قال الخطابىّ فى الراكب : لاأعلمهم اختلفوا فى أنه يكون خلفها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الرَّاكِبُ يَسِيرُ خَلْفَ الْجَنَازَةِ ، والماشِي يَمْشِي خَلْفَهَا ، وَأَمَامَهَا ، وَعَنْ يَمِينِهَا ، وَعَنْ يَسَارِهَا قرِيباً مِنْهَا » رواه أبو داود . وروى الترمذىّ نحوَه ، ولفظه « الرَّاكِبُ خَلْفَ الْجَنَازَةِ ، وَالماشِي حَيْثُ شَاءَ مِنْهَا ، وَالطِّفْلُ يُصَلَّى عَلَيْهِ » وقال : هذا حديث صحيح : ولأن سير الراكب أمامها يُؤذى المشاة ، لأنه موضع مشيهم على ماقدمناه .

فأما الركوب فى الرجوع منها فلا بأس به ، قال جابر بن سَمُرة : « إنَّ النبىَّ ﷺ اتَّبَعَ جَنَازَةَ ابنِ الدَّحْدَاحِ مَاشِياً ، وَرَجَعَ عَلَى فَرَسٍ » رواه مسلم . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن .

فصل

ويُكره رفع الصوت عند الجنازة ، لنهى النبى صلى الله عليه وسلم « أَنْ تُتْبَعَ الْجَنَازَةُ بِصَوْتٍ » قال ابن المنذر : روينا عن قيس بن عبَّاد أنه قال : « كَانَ أَصْحَابُ رسول اللهِ ﷺ يَكْرَهُونَ رَفْعَ الصوتِ عِنْدَ ثلاَثٍ : عِنْدَ الْجَنَائِزِ ، وعِنْدَ الذِّكْرِ . وَعِنْدَالْقِتَالِ » وذكر الحسن عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنّهم كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ خَفْضَ الصَّوْتِ عِنْدَ ثَلاَثٍ — فذكر نحوه » . وكره سعيدُ ابن المسيّب ، وسعيد بن جُبَير ، والحسنُ ، والنخعىّ ، وإمامنا ، وإسحاق ، قول القائل خلف الجنازة : اسْتَغْفِرُوا لَهُ ، وقال الأوزاعىّ : بدعة . وقال عطاء : مُحْدَثَة . وقال سعيدُ بن المسيّب فى مرضه : إيَاىَ وحادِيهِمْ ، هذا الذى يَحْدُو لَهُمْ ، يقول : اسْتَغْفِرُوا لَهُ ، غَفَرَ اللهُ لَكُمْ . وقال فُضَيْل بن عمرو : بَيْنَا ابنُ عُمَر فى جَنازَةٍ إِذْ سَمِعَ قائِلاً يقولُ : اسْتَغْفِرُوا لَهُ غَفَرَ اللهُ لَكُمْ ، فقال ابن عمر : لاغَفَرَ اللهُ لكَ » رواهما سعيد . قال أحمد : ولا يقول خلف الجنازة : سلِّم رحمك الله . فإنه بدعة : ولكن يقول : بِسْمِ اللهِ وَعَلَى مِلَّةِ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، ويذكر اللهَ إذا تناول السرير[1] .

فصل

ومَسُّ الجَنَازَةِ بالأيدى والأكمام والمناديل مُحْدَثٌ مَكروهٌ . ولا يُؤْمَنُ معه فسادُ الميِّت[2] ، وقد

---

(١) السرير : النعش . (٢) مس الميت : إذا كان المراد بالجنازة الميت فى النعش فإنه لايليق مسه لأن ذلك يؤذيه ، وإذا كان المراد مس النعش الذى فيه الميت للتبرك فهو بدعة ، لايليق بالمسلمين .

منع العلماء مَسَّ القَبْرِ ، فَمَسُّ الجَسَدِ مَعَ خَوْفِ الأذَى أَوْلَى بالمَنْعِ .

فصـــل

ويـكره اتباع الميِّت بنارٍ . قال ابن المنذر : يـكره ذلك كلٌّ من يُحفظ عنه . روى عن ابن عمر ، وأبى هريرة ، وعبد الله بن مغفل ، ومَعْقِل بن يسار ، وأبى سعيد ، وعائشة ، وسعيد بن المسيّب « أنهم وَصَّوْا أنْ لاَ يُتْبَعُوا بنَارٍ » . وروى ابن ماجه : « أنّ أبا مُوسَى حِينَ حَضَرَهُ المَوْتُ قال : لاَ تَتْبِعُونِى بِمجْمَرٍ : قالوا له : أَوَ سَمِعْتَ فِيهِ شيئاً ؟ قال : نَعَمْ ، مِنْ رسُول الله صلى الله عليه وسلم » . وروى أبو داود بإسناده ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ تُتْبَعُ الجِنَازَةُ بِصَوْتٍ ، ولاَ نَارٍ » فإنْ دُفِنَ ليلاً فاحتاجوا إلى ضوء ، فلا بأس به ، إنما كُرِهت المجامر فيها البخور . وفى حديث عن النبىّ ﷺ : أنه دَخَلَ قبراً لَيْلاً فأُسْرِجَ لَهُ سِرَاجٌ » ، قال الترمذى : هذا حديث حسن .

فصـــل

ويُكره اتبـاع النساء الجنائز ، لمـا رُوى عن أُمِّ عطيّة قالت : « نُهِينَا عَنِ اتِّبَاعِ الجَنَائِزِ ، ولَمْ يُعْزَمْ عَلَيْنَا » متفق عليه . وكره ذلك ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبو أمامة ، وعائشة ، ومسروق ، والحسن ، والنخعىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحق . ورُوى « أن النبىّ ﷺ خرج ، فإذا نِسْوةٌ جلوس قال : مايُجْلِسُكُنَّ ؟ قُلْنَ : نَنْتَظِرُ الجِنَازَةَ ، قال : هَلْ تُغَسِّلْنَ ؟ قُلْنَ : لاَ ، قَالَ : هَلْ تَحْمِلْنَ ؟ قُلْنَ : لاَ ، قَالَ : هَلْ تُدْلِينَ فِيمَنْ يُدْلِى ؟ قُلنَ : لا ، قال : فارْجِعْنَ مَأْزُورَاتٍ[1] غَيْرَ مَأْجُوراتٍ » رواه ابن ماجه . ورُوى : « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم لَقِيَ فاطِمَةَ فقـال : ماأَخْرَجَكِ يافاطِمَةُ مِنْ بَيْتِكِ ؟ قالت : يارسول الله : أَتَيْتُ أَهْلَ هَذَا البَيْتِ فَرَحِمْتُ إلَيْهِمْ مَيِّتَهُمْ ، أَوْ عَزَّيْتُهُمْ بِهِ ، قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : فَلَعَلَّكِ بَلَغْتِ مَعَهُمْ الكُدَى ؟ قالت : معاذَ الله ، وقد سَمِعْتُكَ تَذْكُرُ فِيهَا ماتَذْكُرُ : قال : لَوْ بَلَغْتِ مَعَهُمْ الكُدَى[2] ؟ فذكر تشديداً » رواه أبو داود .

---

(١) مأزورات : أصلها موزرات من الوزر وهو الذنب وقلبت الواو همزة لتخفيف النطق بها .

(٢) الكدى : المقابر ، ومعنى ذكر تشديداً ، أنه حذر من ذلك تحذيراً شديداً ، وفى بعض الروايات : أنه صلى الله عليه وسلم حرم الجنة على من يذهب من النساء إلى المقابر .

فصـــل

فإن كان مع الجنازة منـكر يراه ، أو يسمعه . فإن قدر على إنـكاره ، وإزالته أزاله ، وإن لم يقـدر على إزالته ، ففيه وجهان . أحدهما : يُنـكره ويتّبعها ، فيسقط فرضه بالإنـكار ، ولا يترك حقاً لباطل . والثـانى : يرجع ، لأنه يؤدّى إلى استماع محظور ، ورؤيته ، مع قدرته على ترك ذلك . وأصـلُ هـذا فى الغسل ، فإنّ فيه روايتين ، فيخرج فى اتباعها وجهان .

« مسـألة » قال ﴿ والتربيع أن يوضع على الـكتف اليمنى إلى الرجـل ، ثم الـكتف اليسرى إلى الرجـل ﴾ .

التربيع : هو الأخـذ بجوانب السرير الأربع ، وهو سنّة فى حمـل الجنـازة ، لقول ابن مسعود : « إِذَ اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ جَنَازَةً ، فَلْيَأْخُذْ بِجَوَانِبِ السَّرِيرِ الأَرْبَعِ ، ثُمَّ لْيَتَطَوَّعْ بَعْدُ أو لِيَذَرْ ، فإنّه مِنَ السُّنَّة » رواه سعيد فى سننه . وهذا يقتضى سنة النبى صلى الله عليه وسلم .

وصفة التربيع المسنون : أن يبدأ فيضع قائمة السرير اليسرى على كتفه اليمنى من عند رأس الميت ، ثم يضع القائمة اليسرى من عند الرجل على الـكتف اليمنى ، ثم يعود أيضاً إلى القائمة اليمنى من عند رأس الميت فيضعها على كتفه اليسرى ، ثم ينتقل إلى اليمنى عند رجليه . وبهذا قال أبو حنيفه ، والشافعىّ . وعن أحمد رحمه الله : أنه يدور عليها ، فيأخذ بعدَ ياسِرَةِ المؤخّرة يامِنَةَ المؤخّرةَ ثم المقدّمـة ، وهو مذهب إسحاق . وروى عن ابن مسعود وبن عمر وسعيد بن جبير وأيوب ، ولأنه أخف .

ووجه الأول : أنه أحد الجانبين ، فينبغى أن يبدأ فيه بمقدمه كالأول .

فأما الحمل بين العمودين ، فقال ابن المنـذر : روينا عن عثمانـ ، وسعيد بن مالك ، وابن عمر ، وأبى هريرة ، وابن الزبير : أنهم حملوا بين عمودى السرير . وقال به الشافعىّ ، وأحمد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وكرهه النخعىّ ، والحسن ، وأبو حنيفة ، وإسحاق ، والصحيح الأول . لأن الصحابة رحمة الله عليهم قد فعلوه ، وفيهم أُسْوَةٌ حَسَنَة . وقال مالك : ليس فى حمل الميّت توقيت ، يحمل مِنْ حيثُ شاءَ . ونحوه قال الأوزاعىّ . واتباع الصحابة رضى الله عنهم فيما فعلوه ، وقالوه أحسن وأولى .

فصـــل

إذا مرّت به جنازة لم يُستحبّ له القيام لهـا ، لقول علىّ رضى الله عنه : « قَامَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم ثُمَّ قَعَدَ » رواه مسلم . وقال إسحق : معنى قول على يقول : كان النبى ﷺ إذا رأى جنازةً قامَ ، ثُمَّ تَرَكَ ذَلِكَ بَعْدُ . قال أحمد : إن قام لم أَعِبْهُ ، وإن قعـد فلا بأس . وذكر ابن أبى موسى ،

والقاضى : أنّ القيام مُستحبٌّ ، لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا رَأَى أَحَدُكُمْ الْجِنَازَةَ فَلْيَقُمْ حِينَ يَرَاهَا حَتَّى تُخَلِّفَهُ » رواه مسلم . وقد ذكرنا « أن آخِرَ الأَمْرَيْنِ مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ تَرْكَ القِيامَ لَهَا » والأخذُ بالآخِرِ من أمره أولى ، فقد روى فى حديث : أنّ يَهُودِيًّا رأى النبى صلى الله عليه وسلم قام للجِنَازَةِ ، فقال : يامحمد ، هكذا نَصْنَعُ ، فترك النبيُّ ﷺ القيام لَهَا » .

فصـــــل

ومن يتبّع الجنازة استُحِبّ له أن لايجلس حتى تُوضع ، وممّن رأى أن لايجلس حتى توضع عن أعناق الرجال : الحسنُ بن علىّ ، وابن عمر ، وأبو هريرة ، وابن الزبير ، والنخعىّ ، والشعبىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحق . ووجه ذلك مارَوى مسلم بإسناده عن أبى سعيد قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إِذَا اتبعْتُمُ الْجَنَازَةَ فَلاَ تَجْلِسُوا حَتَّى تُوضَعَ » . ورأى الشافعىّ أن هذا منسوخ بحديث علىّ ، ولايصحّ . لأن قول علىّ يحتمل ماذكره إسحق . والسبب الذى ذكرناه فيه ، وليس فى اللفظ عموم فيعمّ الأمرين جميعاً . فلم يجزالنسخ بأمر مُحتمل ، ولأن قول علىّ : « قَامَ رَسُولُ اللهِ ﷺ ثُمَّ قَعَدَ » يدلّ على ابتداء فعل القيام ، وهاهنا إنما وُجدت منه الاستدامة .

إذا ثبت هذا فأظهر الراويتين عن أحمد أنه أريد بالوضع وضعُها عن أعناق الرجال ، وهو قول مَنْ ذكرنا من قبل .

وقد روى الثورىّ الحديث : إِذَا اتَّبَعْتُمُ الْجِنَازَةَ فَلاَ تَجْلِسُوا حَتَّى تُوضَعَ بِالْأَرْضِ » . ورواه أبو معاوية : « حَتَّى تُوضَعَ فِي اللَّحْدِ » . وحديثُ سفيان أصحّ .

فأما من تقدّم الجنازةَ فلا بأس أن يجلس قبل أن تنتهى إليه . قال الترمذىّ : رُوى عن بعض أهل العلم من أصحاب النبىّ صلى الله عليهاوسلم أنهم كانوا يتقدّمون الجنازة ، فيجلسون قبل أن تنتهى إليهم ، فإذا جاءت الجنازةُ لم يقومُوا لها ، لما تقدّم .

« مسألة » قال ﴿ وأحقُّ الناس بالصلاة عليه : من أوصى له أن يُصلِّى عليه ﴾ .

هذا مذهب أنس ، وزيد بن أرقم ، وأبى بَرْزَة ، وسعيد بنزيد ، وأم سلمة ، وابن سيرين . وقال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ : الولىّ أحقُّ ، لأنها ولاية ، تترتب بترتُّب العصبات . فالولىُّ فيها أولى ، كولاية النكاح .

ولنا : إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، رُوى أن أبا بكر أوصى أن يُصلِّى عليه عمر ، قاله أحمد : قال :

وعمر أوصى أن يصلِّي عليه صُهَيْب ، وأمُّ سَلَمة أوصت أن يصلِّي عليها سعيدُ بن زيد ، وأبو بَكْرة أوصى أن يُصلِّيَ عليه أبو بَرْزَةَ . وقال غيرُه : عائشةُ أوصت أن يُصَلِّيَ عليها أبو هريرة ، وابن مسعود أوصى أن يُصَلِّيَ عليه الزبَيْرُ ، ويونس بن جُبَير أوصى أن يُصَلِّي عليه أنس بنُ مالك ، وأبو سَرِيحَة أوصى أن يُصلِّي عليه زيدُ بن أرقم ، فجاء عمرو بن حُرَيث ، وهو أمير الكوفة ليتقدّم فيُصلِّيَ عليه ، فقال ابنُه : أيها الأمير ، إنّ أبي أوصى أن يُصلِّي عليه زيدُ بن أرقم ، فقدّم زيداً . فهذه قضايا انتشرت ، فلم يظهر لها مُخالف ، فكان إجماعاً[1] . ولأنه حق للميّت ، فإنها شفاعة له ، فتقدّم وصيّته فيها ، كتفريق ثُلُثه ، وولاية النكاح يقدّم فيها الوصيّ أيضاً ، فهي كمسألتنا . وإن سُلِّمت فليست حقّاً له ، إنما هي حق للمُوَلَّى عليه ، ثم الفرق بينهما : أن الأمير يقدَّم في الصلاة ، بخلاف ولاية النكاح ، ولأن الغرض في الصلاة الدعاء ، والشفاعة إلى الله عز وجل ، فالميت يختار لذلك من هو أظهر صلاحاً ، وأقرب إجابةً في الظاهر ، بخلاف ولاية النكاح .

فصـــل

فإن كان الوصيُّ فاسقاً ، أو مبتدعاً ، لم تُقبل الوصية . لأن المُوصي جَهِل الشرعَ فرددنا وصيّته ، كما لو كان الوصيُّ ذِمِّيًّا ، فإن كان الأقرب إليه كذلك[2] لم يقدّم وصلَّى غيرُه ، كما يُمنع من التقديم في الصلوات الخمس .

« مسألة » قال ﴿ ثم الأمير ﴾ .

أكثر أهل العلم يرون تقديم الأمير على الأقارب في الصلاة على الميّت . وقال الشافعيّ في أحد قوليه : يقدّم الوليّ ، قياساً على تقديمه في النكاح ، بجامع اعتبار ترتيب العَصبات . وهو خلاف قول النبيِّ صلى الله عليه وسلم : « لا يَؤُمُّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ في سُلْطَانِهِ » . وحكى أبو حازم قال : شهدتُ حُسيناً حين مات الحسنُ ، وهو يدفع في قفَا سَعِيدِ بن العاص ويقول « تَقَدَّمْ ، لولا السُّنَّة ماقَدَّمْتُكَ » ، وسعيدٌ أمير المدينة . وهذا يقتضي سنَّة النبيّ ﷺ . وروى الإمامُ أحمدُ بإسناده عن عمَّارٍ مولى بني هاشم ، قال : شهدتُ جنازة أمِّ كلثوم بنتِ عليّ وزيد بن عمر ، فصلَّى عليها سعيدُ بنُ العاص ، وكان أمير المدينة ، وخلفه يومئذٍ ثمانون من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم . فيهم ابنُ عمر ، والحسنُ ،

---

(١) أي إجماعاً سكوتياً ، وقد حمل الشافعية هذه الوقائع على إجازة أولياء الميت للوصية ، ولو لم يجيزوها لما صحت عندهم ، لأنهم يوجبون أن يصلي على الميت أقرب الناس إليه ، على الترتيب الذي ذكر في مذهبهم .

(٢) كذلك : أي فاسقاً أو مبتدعاً .

والحُسين . وسَمّى فى موضع آخرَ زيدَ بن ثابت ، وأبا هريرة . وقال علىّ رضى الله عنه : « الإمَامُ أَحَقُّ مَنْ صَلَّى عَلَى الجَنَازَةِ » . وعن ابن مسعود نحوُ ذلك . وهذا اشتهر فلم يُنكَر ، فكان إجماعاً . ولأنها صلاة شُرعت فيها الجماعة ، فكان الإمام أحقّ بالإمامة فيها ، كسائر الصلوات . وقد كان النبىّ صلى الله عليه وسلم يُصلِّى على الجنائز ، مع حضور أقاربها والخُلفاء بعده ، ولم يُنقل إلينا أنهم استأذنوا أولياء الميِّت فى التقدّم عليها .

فصـــل

والأمير هاهنا الإمامُ ، فإن لم يكن فالأميرُ مِنْ قِبَلِهِ ، فإن لم يكن فالنائبُ من قِبَله فى الإمامة ، فإن الحُسَين قدَّم سعيد بن العاص ، وإنّما كان أميراً من قِبَلِ مُعاوية . فإن لم يكن فالحاكم .

« مسألة » قال ﴿ ثم الأب وإن علا ، ثم الابن وإن سَفَل ، ثم أقربُ العَصَبة ﴾ .

الصحيح فى المذهب : ماذكره الخِرَقِىّ فى أن أولى الناس بعد الأمير : الأبُ ، ثم الجدّ أبو الأب ، وإن علا ، ثم الابن ، ثم ابنه ، وإن نزل ، ثم الأخ الذى هو عَصَبة ، ثم ابنه ، ثم الأقرب ، فالأقرب ، من العصبات . وقال أبو بكر : إذا اجتمع جدٌّ وأخٌ ، ففيه قولان . وحُكى عن مالك أن الابن أحقُّ من الأب ، لأنه أقوى تعصيباً منه ، بدليل الإرث ، والأخ أولى من الجدّ لأنه يُدلى بالبنوّة ، والجَدُّ يُدلى بالأبوّة .

ولنا : أنهما استويا فى الإدلاء ، لأن كلّ واحد منهما يُدلى بنفسه ، والأب أرأف وأشفق ، ودعاؤه لابنه أقرب إلى الإجابة ، فكان أولى ، كالقريب مع البعيد ، إذ كان المقصود الدعاء للميِّت ، والشفاعة له ، بخلاف الميراث .

فصـــل

وإن اجتمع زوج المرأة وعصبتُها ، فظاهر كلام الخِرَقِىّ تقديمُ العَصبات ، وهو أكثر الروايات عن أحمد ، وقول سعيد بن المسيّب ، والزهرىّ ، وبُكَيْر بن الأشجّ . ومذهب أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ . إلا أن أبا حنيفة يقدّم زوج المرأة على ابنها منه . ورُوى عن أحمد تقديم الزوج على العَصَبات ، لأن أبا بَكْرةَ صَلَّى على امرأته ، ولم يستأذن إخوَتها . ورُوى ذلك عن ابن عبّاس ، والشعبىّ ، وعطاء وعمر بن عبد العزيز ، وإسحاق . ولأنه أحقّ بالغُسل ، فكان أحقَّ بالصلاة ، كمحلّ الوفاق .

ولنا ، أنه يُروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لأهل امرأته : « أَنتُمْ أَحَقُّ بها » . ولأن الزوج قد زالت زوجيته بالموت ، فصار أجنبياً ، والقرابة لم تزل . فعلى هذه الرواية إن لم يكن لها عَصَبات ، فالزوج أولى . لأن له سبباً ، وشفقة ، فكان أولى من الأجنبىّ .

فصل

فإن اجتمع أخٌ من الأبوين ، وأخ من أب ، ففي تقديم الأخ من الأبوين أو التسوية وجهان ، أخذاً من الروايتين في ولاية النكاح ، والحُكم في أولادهما ، وفي الأعمام ، وأولادهم ، كالحكم فيهما سواء ، فإن انقرض العَصَبةُ من النسب ، فالمَوْلَى المُنعِمُ ، ثم أقرب عصباته ، ثم الرجل من ذوى أرحامه ، الأقرب فالأقرب ثم الأجانب .

فصل

فإن استوى وَلِيَّان في درجة واحدة ، فأولاهما أحقُّهما بالإمامة في المكتوبات ، لعموم قول النبيِّ صلى الله عليه وسلم : « يَؤُمُّ القَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِكِتَابِ اللهِ » . قال القاضي : ويحتمل أن يقدم له الأسنّ ، لأنه أقرب إلى إجابة الدعاء ، وأعظم عند الله قدراً . وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ : والأول أولى . وفضيلة السنّ معارضة بفضيلة العلم ، وقد رجّحها الشارع في سائر الصلوات ، مع أنه يُقصد فيها إجابة الدعاء ، والحظُّ للمأمومين . وقد روى عليه السلام أنَّهُ قال : « أَئِمَّتُكُمْ شُفَعَاؤُكُمْ » وَلا نُسَلِّمُ أن الأسنَّ الجاهلَ أعظمُ قدراً من العالم ، وَلا أقربَ إجابة ، فإن استووا ، وَتشاحُّوا أُقْرِعَ بينهم ، كما في سائر الصلوات .

فصل

ومن قدمه الوليُّ فهو بمنزلته ، لأنها ولاية تثبُت له ، فكانت له الاستنابة فيها ، ويقدَّم نائبه فيها على غيره ، كولاية النكاح .

فصل

والحُرُّ البعيدُ أولى من العبد القريب ، لأن العبد لا ولايةَ له . ولهذا لا يلي في النكاح ، ولا المال . فإن اجتمع صبيٌّ ومملوك ، ونساء ، فالمملوك أولى ، لأنه تصحّ إمامته بهما . فإن لم يكن إلا نساء ، وصبيان ، فقياس المذهب أنه لا يصحّ أنْ يؤُمّ أحدُ الجنسين الآخرَ ، ويصلّي كلّ نوع لأنفسهم ، وإمامُهم منهم ، ويُصلِّي النساء جماعةً إمامتُهنّ في وسَطِهنّ ، نصّ عليه أحمد ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعيُّ يُصلِّين مُنفَرِداتٍ ، لا يسبق بعضُهنّ بعضاً ، وإن صلَّين جماعةً جاز .

ولنا : أنهن من أهل الجماعة ، فيُصلِّين جماعةً كالرجال ، وماذكروه من كونهنّ مُنفردات لا يسبق بعضُهن بعضاً تحكّم ، لا يصار إليه إلا بنصّ ، أو إجماع . وقد صلَّى أزواج النبيِّ صلى الله عليه وسلم على سعد بن أبي وقّاص . رواه مسلم .

فصــــل

فإن اجتمع جنائز فتَشَاحَّ أولياؤهم فيمن يتقدَّم للصلاة عليهم ، قدّم أَوْلاهُمْ بالإمامة فى الفرائض . وقال القاضى : يقدّم السابق ، يعنى من سبق مَيِّتُه .

ولنا : أنهم تساووا ، فأشبهوا الأولياء إذا تساووا فى الدرجة ، مع قول النبىّ ﷺ « يَؤُمّ القَوْمَ أَقْرَؤُهُمْ لِكِتَابِ اللهِ » ، وإن أراد ولىّ كلّ مَيّت إفراد مَيّته بِصَلاَةٍ جاز .

« مسألة » قال ﴿ والصلاة عليه : يكبّر ويقرأ الحمد ﴾ .

وجملة ذلك : أن سنة التكبير على الجنازة أربع ، لا تُسنُّ الزيادة عليها ، ولا يجوز النقص منها ، فيكبّر الأولى ، ثم يستعيذ ، ويقرأ الحمد ، يبدؤها ببسم الله الرحمن الرحيم ، ولا يُسنُّ الاستفتاح .

قال أبو داود : سمعتُ أحمد يُسأل عن الرجل يستفتح الصلاة على الجنازة بسبحانك اللهم وبحمدك ؟ قال : ماسمعتُ . قال ابن المنذر : كان الثورىّ يَستحِبُّ أن يستفتح فى صلاة الجنازة ، ولم نجده فى كتب سائر أهل العلم . وقد رُوى عن أحمد مثلُ قول الثورىّ ، لأن الاستعاذة فيها مشروعة ، فسنّ فيها الاستفتاح كسائر الصلوات .

ولنا : أن صلاة الجنازة شُرِعَ فيها التخفيف ، ولهذا لايقرأ فيها بعد الفاتحة بشىء ، وليس فيها ركوع ، ولا سجود ، والتعوّذ سنّة للقراءة مطلقاً ، فى الصلاة وغيرها ، لقول الله تعالى (١٦ : ٩٨ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ) .

إذا ثبت هذا ، فإنّ قراءة الفاتحة واجبة فى صلاة الجنازة ، وبهذا قال الشافعىّ وإسحق . ورُوى ذلك عن ابن عبّاس . وقال الثورىّ ، والأوزاعىّ ، وأبو حنيفة : لا يقرأ فيها بشىء من القرآن ، لأن ابن مسعود قال : إن النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يُوَقِّتْ فيها قولا ، ولا قراءةً . ولأن مالا ركوع فيه ، لا قراءة فيه ، كسجود التلاوة .

ولنا : أن ابن عباس صلّى على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب ، فقال : « إِنَّهُ مِنَ السُّنَّةِ » أو « مِنْ تَمَامِ السُّنَّةِ » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وروى ابن ماجه بإسناده عن أمّ شَرِيك قالت : « أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ نَقْرَأَ عَلَى الْجَنَازَةِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ » . وروى الشافعىّ فى مسنده بإسناده ، عن جابر : « أَنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم كَبَّرَ عَلَى الْجَنَازَةِ أَرْبَعًا ، وَقَرَأَ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ بَعْدَ التَّكْبِيرَةِ الأُولَى » ثم هو داخل فى عموم قوله ﷺ : « لَا صَلاَةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ بِأُمِّ الْقُرْآنِ » ، ولأنها صلاة يجب فيها القيام فوجبت فيها القراءة ، كسائر الصلوات ، وإن صح مارَوَوْه عن ابن مسعود فإنّما قال : « لم يُوَقِّتْ » أى لم يقدّر ، ولا يدلّ هذا على نفى أصل القراءة . وقد رَوى ابن المنذر عنه :

أنه قرأ على جنازة بفاتحـة الـكتاب ، ثم لايعارض ماروبناه ، لأنه نفى يقدّم عليـه الإثبات ، ويفارق سجود التلاوة ، فإنه لا قيام فيه ، والقراءة إنما محلُّها القيام .

فصـــل

ويُسِرُّ القراءة ، والدعاء فى صلاة الجنازة . لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً . ولا يقرأ بعد أمِّ القرآن شيئاً . وقد رُوى عن ابن عباس : أنه جهر بفاتحة الـكتاب . قال أحمد : إنما جهر ليُعلمهم .

« مسألة » قال ﴿ ويكبر الثانية ، ويصلِّى على النبي ﷺ كما يُصلِّى عليه فى التشهد ﴾ .

هكذا وصف أحمد الصلاة على الميّت ، كما ذكر الخِرَقيّ وهو مذهب الشافعيّ ورُوى عن ابن عباس « أنه صلَّى عَلَى جَنَازَةٍ بِمَـكَّةَ فـكَبَّرَ ، ثُمَّ قَرَأَ وَجَهَرَ وَصَلَّى عَلَى النبيِّ صلى الله عليـه وسلم ، ثم دَعَا لِصاحبِها ، فأَحْسَنَ ، ثم انصرف . وقال : هَـكَذَا يَنْبَغِى أَنْ تَـكُونَ الصَّلَاةُ عَلَى الْجَنَازَةِ » . ورَوى الشافعيّ فى مُسنده ، عن أبى أُمامة بن سهل ، أنه أخبره رجل من أصحاب النبيِّ ﷺ « أنَّ السنَّة فىالصلاة على الجَنَازة أن يكبِّر الإمامُ ، ثم يقرأ بفاتحة الـكتاب بعد التـكبيرة الأولى ، يقرأ فى نفسه ، ثمّ يُصلِّى على النبيّ صلى الله عليه وسلم ويُخلص الدعاء للجنازة فى التـكبيرات ، لا يقرأ فى شىء منهنّ ، ثم يُسلِّم سرًّا فى نَفْسِه » . وصفـة الصلاة على النبي ﷺ كصفة الصلاة عليه فى التشهّد . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سألوه : كيف نُصلِّى عليك ؟ علَّمهم ذلك . وإن أتى بهـا على غـير ماذكر فى التشهد ، فلا بأس ، لأن القصد مُطلق الصلاة . قالالقاضي يقول : اللهم صلِّ على ملائـكتك المقربين ، وأنبيائك المرسلين ، وأهل طاعتك أجمعين ، من أهل السموات وأهل الأرضين ، إنك على كل شىء قدير . لأن أحمد قال فى رواية عبد الله : يُصلى على النبيّ ﷺ ويُصلِّى على الملائـكة المقربين .

« مسألة » قال ﴿ ويكبّر الثالثة ، ويدعو لنفسه ، ولوالديه ، وللمسلمين ، ويدعو للميِّت ﴾ .

وإن أحبّ أن يقول : اللهم اغْفِرْ لِحَيِّنَا وَمَيِّتِنَا ، وَشَاهِدِنَا ، وَغَائِبِنَا ، وَصَغِيرِنَا وَكَبِيرِنَا ، وَذَكَرِنَا وَأُنْثَانَا إِنَّكَ تعلم مُنْقَلَبَنَاومثوانا . إنَّكَ على كلِّ شيء قدير . اللهمّ من أَحْيَيْتَهُ مِنَّا فَأَحْيِهِ علىالْإِسْلَامِ ومن توفَّيْتَهُ فَتَوفَّهُ علىالْإِيمَانِ . اللهمّ إِنَّهُ عَبْدُكَ ، وابنُ أَمَتِكَ ، نَزَلَ بِكَ ، وَأَنْتَ خَيْرُ مَنْزُولٍ بِهِ ، وَلاَ نَعْلَمُ إِلاَّ خَـيْراً . اللهمّ إِنْ كَانَ مُحْسِناً فَجَازِهِ بِإِحْسَانِهِ ، وَإِنْ كَانَ مُسِيئاً فتَجَاوَزْ عَنْهُ . اللهمّ لاَ تَحْرِمْنَا أَجْرَهُ ، وَلاَ تَفْتِنَّا بَعْدَهُ . والواجب أدنى دعاء ، لأن النبيّ قال : « إِذَا صَلَّيْتُمْ عَلَى الميِّت ، فَأَخْلِصُوا لَهُ الدُّعَاءَ » رواه أبو داود . وهذا يحصل بأدنى دعاء . ولأن المقصود الشفاعة للميِّت والدعاء له فيجب أقلُّ ذلك .

ويُستحبُّ أن يدعو لنفسه ، ولوالديه ، وللمسلمين . قال أحمد : وليس على الميِّت دعاء مؤقّت ، والذى ذكره الخِرَقىّ حسن ، يجمع ذلك . وقد روى أكثره فى الحديث فمن ذلك : مارَوى أبو إبراهيم الأشهلى عن أبيه قال : « كَانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صَلَّى على الجنازة قال : اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِحَيِّنَا وَمَيِّتِنَا وَشَاهِدِنَا وَغَائِبِنَا ، وَصَغِيرِنَا وَكَبِيرِنَا ، وَذَكَرِنَا وَأُنْثَانَا » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وروى أبو داود ، عن أبى هريرة عن النبىّ ﷺ مثل حديث أبى إبراهيم وزاد : « اللهمَّ مَنْ أَحْيَيْتَهُ مِنَّا فَأَحْيِهِ على الْإِيمَانِ ، وَمَنْ تَوَفَّيْتَهُ مِنَّا فَتَوَفَّهُ عَلَى الْإِسْلَامِ ، اللهمَّ لَا تَحْرِمْنَا أَجْرَهُ ، وَلَا تُضِلَّنَا بَعْدَهُ » . وفى حديث آخر عن أبى هريرة عن النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم : « اللَّهُمَّ أَنْتَ رَبُّهَا ، وَأَنْتَ خَلَقْتَهَا ، وَأَنْتَ هَدَيْتَهَا لِلْإِسْلَامِ ، وَأَنْتَ قَبَضْتَهَا ، وَأَنْتَ أَعْلَمُ بِسِرِّهَا وَعَلَانِيَتِهَا ، جِئْنَا شُفَعَاءَ ، فَاغْفِرْ لَهُ » رواه أبو داود . ورَوى مسلم بإسناده عن عوف بن مالك قال : « صَلَّى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فحفظت من دعائه ، وهو يقول : اللهمَّ اغْفِرْ لَهُ وَارْحَمْه ، وَعَافِهِ ، وَاعْفُ عَنْهُ ، وَأَكْرِمْ نُزُلَهُ وَأَوْسِعْ مَدْخَلَهُ ، وَاغْسِلْهُ بِالْمَاءِ وَالثَّلْجِ وَالْبَرَدِ ، وَنَقِّهِ مِنَ الْخَطَايَا ، كَمَا نَقَّيْتَ الثَّوْبَ الْأَبْيَضَ مِنَ الدَّنَسِ ، وَأَبْدِلْهُ دَاراً خَيْراً مِنْ دَارِهِ ، وَأَهْلاً خَيْراً مِنْ أَهْلِهِ ، وَزَوْجاً خَيْراً مِنْ زَوْجِهِ ، وَأَعِذْهُ مِنْ عَذَابِ الْقَبْرِ ، وَمِنْ عَذَابِ النَّارِ » حتى تمنيت أن أكون ذلك الميِّت .

فصـــل

زاد أبو الخطاب على ماذكره الخِرَقىّ : اللهمّ جئناك شُفعاء له فشفعنا فيه ، وَقِهِ فتنة الْقَبر ، وعذابَ النار ، وأَكْرِمْ مثواهُ ، وأَبْدِلْهُ داراً خيراً من داره ، وجواراً خيراً من جِوَارِهِ ، وافعل بنا ذلك ، وبجميع المسلمين . وزاد ابن أبى موسى : « الحمدُ لِلهِ الذى أماتَ وَأَحْيَا ، الحمدُ لِلهِ الذى يُحيِى الْمَوتَى ، له العظمةُ والكبرياء ؛ والملكُ وَالْقُدرة ، والثناء ، وهو على كُلِّ شىء قدير . اللهمَّ إنه عَبْدُكَ ، ابنُ عَبْدِكَ ، ابنُ أَمَتِكَ ، أنتَ خلقتَهُ ، ورزقتَهُ ، وأنتَ أَمَتّه ، وأنت تُحْيِيهِ . وأنت تعلم سِرَّهُ ، جئناك شُفعاء له ، فشفعنا فيه . اللهمَّ إنا نستجيرُ بِحَبْلِ جِوَارِكَ له ، إنك ذو وَفَاء وَذِمّة . اللهم وَقِهِ من فِتْنة القَبْر ، ومن عذاب جَهنَّم . اللهمَّ إن كان مُحْسناً فجازه بإحسانه ، وإن كان مُسيئاً فتجاوز ، عنه . اللهم قد نزل بك وأنت خير منزول به ، فقيراً إلى رحمتك ، وأنت غنىّ عن عذابه اللهم ثبت عند المسألة مَنطِقَهُ ، وَلاَ تَبتَلِهِ فِى قَبْرِهِ . اللهم لاتحرمنا أجره ، ولا تفتنا بعده » .

فصـــل

وقوله : « لانعلم إلا خيراً » إنما يقوله لمن لم يعلم منه شرًّا لئلاً يكون كاذباً . وقد روى القاضى حديثاً

عن عبد الله بن الحارث عن أبيه : « أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم علمهم الصلاة على الميت : اللهمَّ اغْفِرْ لأَحْيَائِنَا ، وَأَمْوَاتِنَا ، وَصَغِيرِنَا ، وَكَبِيرِنَا ، وَشَاهِدِنَا ، وَغَائِبِنَا . اللَّهُمَّ إِنَّ عَبْدَكَ وَابنَ عَبْدِكَ نَزَلَ بِفِنَائِكَ ، فاغْفِرْ لهُ ، وَارحَمْهُ ، وَلاَ نَعْلَمُ إِلاَّ خَيْراً ، فقلت — وأَنا أصغرُ الجماعة — يارسولَ الله : وإن لم أعلَمْ خيراً ؟ قال : « لاَتَقُلْ إِلاَّ مَاتَعْلَمُ » ، وإنما شُرِع هذا للخبر . ولأنَّ النبيَّ ﷺ لما أُثْنِيَ عنده على جنازة بخير . قال : «وَجَبَتْ» وَأُثْنِيَ على أخرى بشرّ ، فقال : « وَجَبَتْ » ثم قال : « إِنَّ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ شَهِيدٌ » رواه أبو داود ، متفق عليه . وفي حديث عن النبي ﷺ أنه قال : « مَا مِنْ عَبْدٍ مُسْلِمٍ يَمُوتُ يَشْهَدُ لَهُ اثْنَانِ مِنْ جِيرَانِهِ الأَدْنَيْنَ بِخَيْرٍ إِلاَّ قال الله تعالى : « قَدْ قَبِلْتُ شَهَادَةَ عِبَادِي عَلَى مَاعَلِمُوا ، وَغَفَرْتُ لَهُ مَاأَعْلَمُ » رواه الإمام أحمد في المسند . وفي لفظ عن النبي ﷺ أنه قال : « مَامِنْ مُسْلِمٍ يَمُوتُ ، فَيَقُومُ رَجُلاَنِ مِنْ جِيرَانِهِ الأَدْنَيْنَ ، فَيَقُولاَنِ : اللهُمَّ لاَنَعْلَمُ إِلاَّ خَيْراً — إِلاَّ قال الله تعالى : « قَدْ قَبِلْتُ شَهَادَتَهُمَا لِعَبْدِي ، وَغَفَرْتُ لَهُ مَالاَ يَعْلَمَانِ » أخرجه اللالكائي .

فصـــل

وإن كان الميِّت طفلا جعل مكان الاستغفار له : اللهمَّ اجعلْهُ فَرَطاً[1] لوالِدَيْهِ ، وذُخراً ، وسَلَفاً ، وأَجْراً ، اللهمَّ ثَقِّل به مَوَازِينَهُمَا ، وأَعْظِمْ به أُجُورَهما . اللهمَّ اجعله في كَفالَةِ إبراهيمَ ، وأَلحِقْهُ بصالحِ سَلَفِ المُؤمنين ، وأَجِرْهُ بِرَحْمَتِكَ مِنْ عَذَابِ الجَحِيمِ ، وأَبدِلْهُ داراً خيراً من داره ، وأهلاً خيراً من أهله . اللهمّ اغفرْ لأسلافنا ، وأَفْرَاطِنَا ، ومَنْ سَبَقَنَا بالإيمان ، ونحو ذلك ، وبأيّ شيء دعا مما ذكرنا أو نحوه أجزأه . وليس فيه شيء مُؤقّت .

« مسألة » قال ﴿ ويكبِّر الرابعة ، ويقف قليلا ﴾ .

ظاهر كلام الخِرَقِيّ : أنه لايدعو بعد الرابعة شيئاً . ونقله عن أحمد جماعة من أصحابه . وقال : لاأعلم فيه شيئاً . لأنه لو كان فيه دعاء مشروع لنُقل . وروى عن أحمد : أنه يدعو ثم يُسلم . لأنه قيام في صلاة فكان فيه ذكر مشروع ، كالذي قبل التكبيرة الرابعة . قال ابن أبي موسى ، وأبو الخطاب : يقول : ﴿ رَبَّنَا آتِنَا في الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ ﴾ . وقيل يقول : اللَّهُمَّ لاتَحْرِمْنَا أَجْرَهُ ، ولا تَفْتِنَّا بَعْدَهُ . وهذا الخلاف في استحبابه ، ولا خلاف في المذهب أنه غيرُ واجب . وأن الوقوف بعد التكبير قليلاً مشروع . وقد روى الجُوْزجانيُّ ، بإسناده عن زيد بن أرقم : « أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ كان يُكَبِّر أربعاً ، ثمَّ يقول ماشاء اللهُ ثمَّ يَنْصَرِفُ » . قال الجُوْزَجانيّ : وكنتُ أَحسَبُ

---

(١) فرطاً : أجراً وعملا صالحاً يتقدمانه إليك يسبقهما حتى يعرضا عليك .

أن هـذه الوَقْفَةَ ليُـكَبِّر آخِرُ الصُّفوف ، فإنَّ الإمام إذا كبّر ثم سلّم خفتُ أن يـكون تسليمَهُ قبل أن يكبّر آخرُ الصفوف . فإن كان هكذا ، فالله عزَّ وجلّ الموفّق له . وإن كان غير ذلك ، فإنى أبرأ إلى الله عزَّ وجل من أن أتأوّل على رسول الله ﷺ أمراً لم يُرِدْه ، أو أراد خلافه .

« مسألة » قال ﴿ ويرفع يديه فى كل تـكبيرة ﴾ .

أجمع أهل العـلم على أن المصلِّىَ على الجنائز يرفعُ يديه فى أول تـكبيرة يكبّرها . وكان ابن عمر يرفع يديه فى كلّ تـكبيرة . وبه قال سالم ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، وقيس بن أبى حازم ، والزهرىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ . وقال مالك ، والثورىّ ، وأبو حنيفة : لايرفع يديه إلاّ فى الأولى ، لأن كل تـكبيرة مَقامَ ركعة ، ولا تُرْفع الأيدى فى جميع الركعات .

ولنا : مارُوِى عن ابن عمر قال : « كان رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَرْفَعُ يَدَيْهِ فى كلّ تَـكْبِيرَةٍ » رواه ابن أبى موسى . وعن ابن عمر وأنس : « أنَّهُمَا كَانا يَفْعَلاَنِ ذَلِكَ » ولأنها تـكبيرة حالَ الاستقرار أشبهت الأولى ، وماذكروه غير مُسَلّم . فإذا رفع يديه فإنه يَحطّهما عندانقضاء التـكبير ، ويضع اليمنى على اليسرى كما فى بقية الصـلوات . وفيما روى ابن أبى موسى : « أنَّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم صلَّى على جَنَازَةٍ فَوَضَعَ يَمِينَهُ عَلَى شِمَالِهِ » .

« مسألة » قال ﴿ ويُسلّم تسليمةً واحدةً عن يمينه ﴾ .

السنّةُ أن يُسلّم على الجنازة تسليمة واحـدة ، قال رحمه الله : التسليمُ على الجنـازة تسليمةٌ واحدة ، عن سِتَّة من أصحاب النبى ﷺ ، وليس فيه اختلاف إلاَّ عن إبراهيم . ورُوِى تسليمة واحدة عن علىّ وابن عباس ، وجابر ، وأبى هريرة ، وأنس بن مالك ، وابن أبى أوْفى ، ووائِلَة بن الأَسْقع . وبه قال سعيدُ بن جُبَيْر ، والحسن ، وابن سيرين ، وأبو أُمامَة بن سهل ، والقاسم بن محمد ، والحارث ، وإبراهيم النخعىّ ، والثورىّ ، وابن عُيَيْنَة ، وابن المبارك ، وعبد الرحمن بن مهدى ، وإسحق . وقال ابن المبارك: من سلم على الجنازة تسليمتين فهو جاهل جاهل . واختار القاضى أن المُستَحبّ تسليمتان ، وتسليمةٌ واحدة تُجزى . وبه قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، قياساً على سائر الصلوات .

ولنـا : ماروى عطاء بن السائب : « أنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم سَـلَّم عَلَى الجَنَازَةِ تَسْلِيمَةً » رواه الجَوْزجانِىّ ، بإسناده . وأنه قول من سَمَّينا من الصحابة ، ولم يُعْرف لهم مخـالف فى عصرهم ، فـكان إجماعاً . قال أحمد : ليس فيه اختلاف إلاّ عن إبراهيم . قال الجَوْزجانىّ : هـذا عندنا لااختلاف فيه ، لأن الاختلاف إنمـا يـكون بين الأقران ، والأشكال . أما إذا أجمع ، واتفقت الرواية عن الصحابة والتابعين ، فشذّ عنهم رجل لم يُقَلْ لهذا اختلاف . واختيار القاضى فى هـذه المسألة مخـالف لقول إمامه ،

وأصحابه ، وإجماع الصحابة ، والتابعين ، رضى الله عنهم .

إذا ثبت هـذا فإن المستحبّ أن يُسلِّم تسليمةً واحـدةً عن يمينه ، وإن سلّم تِلقـاء وجهه فلا بأس . قال أحمد : يُسلِّم تسليمةً واحـدة ، وسُئل : يُسلّم تِلقـاء وجهه ؟ قال : كلّ هـذا ، وأكثر ماروى فيه عن يمينه . قيل : خِفْيَةً ؟ قال : نعم . يعنى أن الكلّ جائز ، والتسليم عن يمينه أَوْلى ، لأنه أكثر مارُوى : ، وهو أشبه بالتسليم فى سائرالصلوات . قال أحمد : يقول : السلامُ عليكم ورحمةُ الله . ورَوى عنه علىّ بن سعيد أنه قال : إذا قال : السـلامُ عليكم أجزأه . وروى الخلال بإسناده ، عن علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه « أنَّهُ صَلَّى عَلَى يَزِيدَ بن الُمكَفَّف ، فسلّم واحِدَةً عن يمينه : السلامُ عليكم » .

فصـــل

رُوى عن مجاهد أنه قال : إذا صلّيت فلا تبرح مُصَـلاَّكَ حتى ترفـع ، قال ورأيت عبـد الله ابن عمر لايبرَحُ مصلاَّه إذا صـلَّى على جنـازة حتى يراها على أيدى الرجال . قال الأوزاعىّ : لاتُنْقَضُ الصفوف حتى تُرفع الجَنَازة .

فصـــل

والواجب فى صلاة الجنازة النيَّة ، والتكبيرات . والقيام ، وقراءة الفاتحة ، والصلاة على النبىِّ ﷺ وأدنى دعاء للميِّت ، وتسليمة واحدة ، ويشترط لها شرائط المكتوبة إلا الوقت ، وتسقط بعض واجباتها عن المسبوق على ماسنبيّن . ولا يجوز أن يُصَلِّى على الجنائز وهو راكب ، لأنه يُفوِّت القيامَ الواجب . وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، ولا أعلم فيه خلافاً .

فصـــل

ويُستحبُّ أن يُصَفَّ فى الصلاة على الجنائز ثلاثةُ صفوف ، لما رُوى عن مالك بن هُبيْرة حمصىّ ، وكانت له صحبـة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ صَلَّى عَلَيْهِ ثَلاَثَةُ صُفُوف فَقَدْ أَوْجَبَ » قال : فكان مالك بن هُبَيْرة إذا استقلّ أهـلَ الْجَنَازَةِ جَزَّأهم ثلاثةَ أجزاء . رواه الخلاّل بإسناده . وقال الترمذىّ : هذا حديث حسن . قال أحمـد : أُحِبُّ إذا كان فيهم قلّة أن يجعلهم ثلاثةَ صُفوف . قالوا : فإن كان وراءه أربعة ، كيف يجعلهم ؟ قال : يجعلهم صَفّين ، فى كلّ صف رَجُلَين . وكره أن يكونوا ثلاثةً ، فيكون فى صفّ رجل واحـد . وذكر ابن عقيـل : أن عطاء أبى رَباح روى « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسـلم صَلَّى عَلَى جَنَازَةٍ فَكَانُوا سَبْعَةً[1] ، فجَعَلَ الصَّفَّ الأَوَّلَ ثَلاَثَةً ، والثَّانِىَ

(١) سبعة : أى بما فيهم النبى صلى الله عليه وسلم ، حتى تصح القسمة التى ذكرها .

اثنـَيْنِ ، والثَّـالِثَ وَاحِداً » قال ابن عقيل : ويُعايا بها[١] . فيقال : أين تَجِدُونَ فذًّا انفرادُه أفضلُ ؟ ولا أحْسَبُ هذا الحديث صحيحاً . فإنّنى لم أره فى غير كتاب ابن عقيل ، وأحمـدُ قد صار إلى خلافه ، وكره أن يكون الواحد صفًّا ، ولو علم أحمد فى هذا حديثاً لم يَعْدُه إلى غيره . والصحيح فى هذا أن يجعل كلّ اثنين صفًّا .

فصـــــل

ويُستحبُّ تسوية الصفّ فى الصلاة على الجنازة ، نص عليه أحمد ، وقيل لعطاء : أَحَقٌّ على الناس أن يَصُفُّوا على الجَنَازَةِ كما يَصُفُّون فى الصلاة ؟ قال : لا ، قوم يَدْعون ، ويستغفرون . ولم يُعجب أحمد قولُ عطاء هذا . وقال : يُسوون صفوفهم ، فإنّها صلاة . ولأن النبىَّ ﷺ « نعى النجاشىّ فى اليوم الذى مات فيه ، وخرج إلى المصلَّى ، فصفّ بهم ، وكبّر أربعاً » متفق عليه . ورُوى عن أبى المَلِيح : أنّه صلَّى على جنازة فالتفت ، فقال : استووا لتحسُنَ شفاعتكم .

فصـــــل

ولا بأس بالصلاة على الميّت فى المسجد إذا لم يُخف تلويثُه ، وبهذا قال الشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . وكره ذلك مالك ، وأبو حنيفة . لأنه رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ صَلَّى عَلَى جَنَازَةٍ فِى المَسْجِدِ فَلاَ شَىْءَ لَهُ » من المسند .

ولنا : مارَوى مسلم ، وغيره ، عن عائشة رضى الله عنها ، قالت : « مَاصَلَّى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَى سُهَيْلِ بنِ بَيْضَاءَ إلاَّ فِى المَسْجِدِ » ، وقال سعيد : حدثنا مالك ، عن سالم بن النَّضْر ، قال : « لَمَّا مَاتَ سَعْدُ بْنُ أَبِى وَقَّاصٍ ، قَالَتْ عَائِشَةُ رَضِىَ اللهُ عَنْهَا : مُرُّوا بِهِ عَلَىَّ حَتَّى أَدْعُوَ لَهُ ، فَأَنْكَرَ النَّاسُ ذَلِكَ ، فقالت : مَاأَسْرَعَ مَانَسِىَ النَّاسُ ! مَاصَلَّى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَى سُهَيْلِ بنِ بَيْضَاءَ إلاَّ فِى المَسْجِدِ » . وقال : حدثنا عبد العزيز بن محمد ، عن هشام بن عُروة ، عن أبيه ، قال : صُلِّىَ على أبى بكر فى المسجد . وقال : حـدثنا مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : صُلِّىَ على عُمَر فى المسجد ، وهذا كان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، فلم يُنكر ، فكان إجماعاً . ولأنها صلاة ، فلم يُمنع منها كسائر الصلوات ، وحديثهم يرويه صالح مولى التوْأمة . قال ابن عبد البرّ : من أهل العلم مَنْ لايَقْبَلُ من حديثه شيئاً لضعفه ، لأنه اختلط ، ومنهم من يقبل منه مارواه عن ابن أبى ذِئْب خاصّةً . ثم يُحْمَلُ على من خِيفَ عليه « الانفجار »[٢] ، وتلويثُ المسجد .

---

(١) يعايا بها : يمتحن بها للتعجيز .

(٢) كلمة الانفجار ساقطة من النسخة التى علقنا عليها .

فصـــل

فأمّا الصلاة على الجنازة فى المقبرة ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداها : لا بأس بها ، لأنّ النبى صلى الله عليه وسلم صـلّى على قبر وهو فى المقبرة . قال ابن المنـذر : ذكر نافع : أنّه صُلّىَ على عائشة ، وأمّ سَلَمَةَ وَسْطَ قُبُورٍ بالبَقِيعِ[1] صَلَّى عَلَى عَائِشَةَ أَبُو هُرَيْرَةَ ، وحضر ذلك ابنُ عمر ، وفعل ذلك عمر بن عبد العزيز .

والرواية الثانيـة : يُـكره ذلك . رُوى ذلك عن علىّ ، وعبد الله بن عمر ، وابن العـاص ، وابن عبّاس . وبه قال عطاء ، والنخعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الْأَرْضُ كُلُّهَا مَسْجِدٌ إلاَّ الْمَقْبَرَةَ وَالْحَمَّامُ » ولأنه ليس بموضع للصلاة غير صلاة الجنازة ، فـكُرِهَتْ فيه صلاة الجنازة كالحمّام .

« مسألة » قال ﴿ ومن فاته شىء من التكبير قضاه متتابعاً فإن سلّم مع الإمام ولم يقض فلا بأس ﴾ .

وجملة ذلك : أن المسبوق بتكبير الصـلاة فى الجنازة يُسنّ له قضاء مافاته منهـا . وممن قال : يقضى مافاته : سعيدُ بن المسيّب ، وعطاء ، والنخعىّ ، والزهرىّ ، وابن سيرين ، وقتادة ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . فإن سلّمَ قبـل القضاء فلا بأس . هذا قول ابن عمر ، والحسن ، وأيّوب السَّخْتِيانى ، والأوزاعىّ . قالوا : لايقضى مافات من تـكبير الجنازة . قال أحـمد : إذا لم يقض لم يُبال . العُمَرىّ عن نافع ، عن ابن عمر : أنه لايقضى . وإن كبّر متتابعاً فلا بأس . كذلك قال إبراهيم . وقال أيضاً : يُبادر بالتكبير قبـل أن يَرْفع . وقال أبو الخطّاب : إن سلّم قبل أن يقضيه ، فهل تصحّ صلاته ؟ على روايتين :

إحداها : لاتصحّ . وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ . لقوله عليه السلام : « مَاأَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا ، وَمَا فَاتَـكُمْ فَأَتِمُّوا » وفى لفظ : « فَاقْضُوا » وقياساً على سائر الصلوات .

ولنا : قول ابن عمر ، ولم يعرف له فى الصحابة مخالف . وقد رُوى عن عائشة أنها قالت « يارَسُولَ اللهِ ، إِنِّى أُصَـلِّى عَلَى الْجَنَازَةِ ، وَيَخْـفَى عَلَىَّ بَعْضُ التَّـكْبِيرِ ؟ قال : مَاسَمِعْتِ فَـكَبِّرِى . وَمَافَاتَكِ فَلاَ قَضَاءَ عَلَيْكِ » وهذا صريح . ولأنّها تـكبيرات متواليات حال القيام ، فلم يجب قضاء مافاته منها ، كتكبيرات العيد . وحديثهم ورد فى الصلوات الخمس بدليل قوله فى صدر الحديث : « وَلاَ تَأْتُوهَا وَأَنْتُمْ تَسْعَوْنَ » .

---

(١) البقيع : هو بقيع الغرقد ، وهو مقـبرة أهل المدينة ، وسمى بقيع الغرقد ، لشجر عظيم فيه يسمى الغرقد .

ورُوى أنه سَعَى فى جنازة سعد حتى سقط رداؤه عن مَنْـكِبَيه ، فعلم أنَّه لم يرد بالحديث هـذه الصلاة . ثم الحديث الذى رويناه أخصّ منه ، فيجبُ تقديمه . والقياس على سائر الصلوات لايصحّ ، لأنه لايقضى فى شىء من الصلوات التـكبير المنفرد ، ثم يبطُل بتـكبيرات العيد .

إذا ثبت هـذا فإنَّه متى قضى أتى بالتـكبير مُتوالياً ، لاذكر معـه . كذلك قال أحمد . وحكاه عن إبراهيم ، قال : يُبادر بالتكبير متتابعاً ، وإن لم يرفع قضى مافاته ، وإذا أدرك الإمام فى الدعاء على الميِّت تابعه فيه . فإذا سلم الإمامُ كبّر ، وقرأ الفاتحـة ، ثم كبر ، وصـلَّى على النبىّ ﷺ ، وكبّر وسلم . وقال الشافعىّ : متى دخل المسبوق فى الصلاة ابتدأ الفاتحة ، ثم أتى بالصلاة فى الثانية . ووجه الأوّل : أن المسبوق فى سائر الصلوات يقرأ فيما يقضيه الفاتحة ، وسورةً على صفة مافاته . فينبغى أن يأتى هاهنا بالقراءة على صفة مافاته ، والله أعلم .

فصـــل

قال : وإذا أدرك الإمام فيما بين تـكبيرتين . فعن أحمد : أنّه ينتظر الإمام حتى يكبّر معه . وبه قال أبو حنيفة ، والثورىّ ، وإسحاق . لأن التـكبيرات كالركعات . ثم لو فاتته ركعة لم يتشاغل بقضائهـا ، كذلك إذا فاتته تـكبيرة . والثانيـة : يُـكبّر ولا ينتظر ، وهو قول الشافعىّ : لأنه فى سائر الصـلوات متى أدرك الإمام كبّر معه ، ولم ينتظر . وليس هذا اشتغالاً بقضاء مافاته ، وإنَّما يُصلِّى معه ، ماأدركه ، فيُجزيه ذلك ، كالذى يكبّر عَقِيبَ تـكبير الإمام ، أو يتأخّر عن ذلك قليلاً ، وعن مالك كالروايتين . قال ابن المنذر : سهل أحمد فى القولين جميعاً .

ومتى أدرك الإمام فى التـكبيرة الأولى فـكبّر ، وشرع فى القراءة ، ثم كبّر الإمام قبـل أن يُتمها ، فإنه يُـكبّر ، ويتابعه ، ويقطع القراءة ، كالمسبوق فى بقية الصلوات ، إذا ركع الإمام قبل إتمام القراءة .

« مسألة » قال ﴿ ويُدْخَل قبرَه من عند رجليه إن كان أسْهَلَ عليهم ﴾ .

الضمير فى قوله : « رجليه » يعود إلى القبر ، أى من عند موضع الرجلين : وذلك أن المستحبّ أن يوضع رأس الميت عند رجل القبر ، ثم يُسلّ سَلاًّ إلى القبر . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وأنس ، وعبد الله ابن يزيد الأنصارىّ ، والنخعىّ ، والشعبىّ ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : توضع الجنازة على جانب القبر مما يلى القبلة ، ثمَّ يُدْخَلُ القبر مُعترِضاً . لأنه يُروى عن علىّ رضى الله عنه ، ولأن النخعىّ قال : حدَّثنى مَن رأى أهل المدينة فى الزمن الأول . يُدْخلون موتاهم من قِبَلِ القبلة ، وأن السَّلَّ شىء أحدثه أهلُ المدينة .

ولنـا : مارَوى الإمام أحمد بإسناده عن عبـد الله بن يزيد الأنصارىّ : أن الحارث أوصى أن يَليَه عند موته ، فصلَّى عليه ، ثم دخل القبر ، فأدخله من رِجْلَىِ القَبْر ، وقال : هذا السنَّة ، وهذا يقتضى سنَّة

النبيّ صلى الله عليـه وسلم . ورَوى ابن عمر ، وابن عبّاس « أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم سُلَّ مِنْ قِبَلِ رَأْسِهِ سَلاًّ » وماذكر عن النخعيّ لايصح ، لأن مذهبـه بخلافه ، ولأنه لايجوز على العـدد الـكثير أن يُغيّروا سنّةً ظاهرةً فى الدفن إلا بسبب ظاهر ، أو سُلطان قاهر . قال : ولم يُنقل من ذلك شىء ، ولو ثبت فسُنّة النبيّ ﷺ مُقدَّمة على فعل أهل المدينة ، وإن كان الأسهلُ عليهم أخذُه من قِبَلِ القبلة ، أو من رأس القبر فلا حرج فيه . لأن استحباب أخذه من رِجْلى القبر ، إنما كان طلباً للسهولة عليهم ، والرفق بهم . فإن كان الأسهل غيرَه كان مستحبًّا . قال أحمد رحمه الله : كلٌّ لابأس به .

فصـــل

قال أحمد رحمه الله : يُعَمّق القبرُ إلى الصدر ، الرجلُ والمرأةُ فى ذلك سواء ، كان الحسن وابن سيرين يَستحِبَّان أن يُعَمّق القبرُ إلى الصدر . وقال سعيد : حدثنا إسماعيلُ بن عيّاش عن عمرو بن مُهاجر : أن عمر بن عبد العزيز لما مات ابنه ، أمرهم أن يحفِرُوا قبره إلى السُّرَّة ، ولا يُعمِّقوا ، فإنَّ ماعلى ظهر الأرض أفضلُ ممـا سَفُل منها . وذكر أبو الخطّاب : أنه يُستحَبُّ أن يُعمّق قدرَ قامة ، وبَسْطَةٍ ، وهو قول الشافعيّ . لأنالنبيّ ﷺ قال : « احْفِرُوا ، وَأَوْسِعُو ، وَأَعْمِقُوا » رواه أبو داود . ولأن ابن عمر أوصى بذلكفىقبره ، ولأنه أحرى إلا أن تناله السباع ، وأبعد علىمن يَنْبُشه . والمنصوص عنأحمد : أن المستحبّ تعميقه إلى الصدر . لأن التعميق قدر قامة ، وبسطة ، يشقّ ، ويخرجُ عن العادة . وقول النبيّ صلىالله عليه وسلم « أَعْمِقُوا » ليس فيه بيانٌ لقدر التعميق . ولم يصحّ عن ابن عمر أنه أوصى بذلك فىقبره . ولو صحَّ عند أبى عبد الله لم يعده إلى غيره .

إذا ثبت هذا ، فإنَّه يُستحبُّ تحسينه ، وتعميقه ، وتوسيعه ، للخـبر . وقد روى زيد بن أسلم قال : « وَقَفَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عَلَى قَبْرٍ . فقـالَ : اصْنَعُوا كَذَا ، اصْنَعُوا كَذَا ، ثمَّ قالَ : مابِى أَنْ يـكُونَ يُغْـنِى عَنْهُ شَيْئاً ، ولـكنَّ اللهَ يُحِبُّ إِذَا عُمِـلَ العَمَلُ أَنْ يُحْكَمَ » قال مَعْمَر : وبلغنى أنه قال : « ولَـكِنَّهُ أَطْيَبُ لِأَنْفُسِ أَهْلِهِ » رواه عبد الرّزاق فى كتاب الجنائز .

فصـــل

والسنّة أن يُلحَد قبرُ الميِّت . كما صُنع بقبر النبيّ ﷺ ، قال سعدُ بن أبى وقّاص : « أَلْحِدُوا[1] لِى لَحْداً ، وانْصِبُوا عَلَيَّ اللَّبِنَ نَصْباً ، كما صُنِـعَ برَسُولِ الله صلى اللهعليه وسلم » رواه مُسلم . ومعنى اللحد . أنه إذا بلغ أرض القبر حفر فيه مما يَلِى القِبْلَةَ مَـكاناً يُوضع الميِّت فيه . فإن كانت الأرض رِخوةً جُعل له

(١) يقال : لحد القبر ، وألحده : إذا حفره وشقه فى الأرض .

من الحجارة شِبهُ اللَّحْد . قال أحمد : ولا أحبّ الشَّقّ . لما رَوى ابن عباس أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « اللَّحْدُ لَنَا ، وَالشَّقُّ لِغَيْرِنَا » رواه أبو داود ، والنسائي ، والترمذيّ . وقال : هذا حديث غريب . فإن لم يمكن اللحد شُقّ له في الأرض . ومعنى الشقّ : أن يَحفر في أرض القبر شَقًّا يضع الميِّت فيه ، ويَسْقُفُهُ عليه بشيء ، ويضعُ الميِّت في اللحد على جنبه الأيمن ، مُستقبلَ القبلة بوجهه ، ويضعُ تحتَ رأسه لَبِنَةً[1] ، أو حجراً ، أو شيئاً مُرتفعاً . كما يصنع الحيّ . وقد رُوى عن عمر رضى الله عنه قال : « إِذَا جَعَلْتُمُونِي فِي اللَّحْدِ فَأَفْضُوا بِخَدِّي إِلَى الْأَرْضِ » ويُدنَى من الحائط ، لئلاّ ينكبَّ على وَجْهِهِ ، ويُسند من ورائه بتراب ، لئلاّ ينقلب . قال أحمد رحمه الله : ماأُحِبُّ أن يُجعل في القبر مَضْرَبَةً[2] ، ولا مِخَدَّة . وقد جُعل في قبر النبيّ صلى الله عليه وسلم قطيفةٌ حمراء . فإن جعلوا قطيفة فَلِعلَّةٍ فإذا فرغوا نصبوا عليه اللَّبِنَ نَصْباً . ويُسدّ خَلَلُهُ بالطين ، لئلاّ يصل إليه التراب ، وإن جعل مكان اللَّبِن قَصَباً فحسن ، لأن الشعبيّ قال : جُعل على لحد النبيّ ﷺ طَنٌّ قَصَب[3] فإنِّي رأيتُ المهاجرين يستحبُّون ذلك . قال الخلاَّل : كان أبو عبد الله يميل إلى اللَّبن ، ويختاره على القَصَب . ثم ترك ذلك ، ومال إلى استحباب القصب على اللبن ، وأما الخشب فكرهه على كل حال ، ورخَّص فيه عند الضرورة ، إذا لم يوجد غيرُه . وأكثر الروايات عن أبي عبد الله : استحباب اللبن ، وتقديمُه على القَصَب . لقول سعد : « انْصِبُوا عَلَيَّ اللبِنَ نَصْباً ، كما صُنِعَ بِرَسُولِ اللهِ ﷺ » . وقول سعد أولى من قول الشعبيّ ، فإن الشعبيّ لم يرَ ، ولم يحضر وأيّهما فعله كان حسناً . قال حنبل : قلت لأبي عبد الله : فإن لم يكن لبن ؟ قال : يُنصب عليه القصب ، والحشيش ، وما أمكن من ذلك ، ثم يُهالُ عليه التراب .

فصل

روى عن أحمد أنه حضر جِنَازَةً ، فلما أُلْقِيَ عليه الترابُ قام إلى القبر ، فحَثَى عليهِ ثلاثَ حَثَياتٍ ، ثمّ رجع إلى مكانه . وقال : قد جاء عن عليّ وصحّ : أنه حَثَى على قبر ابن مُكَفَّف . ورُوى عنه أنه قال : إن فعل فحسن ، وإن لم يفعل فلا بأس .

ووجه استحبابه : ما روى « أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ صَلَّى عَلَى جِنَازَةٍ ، ثمّ أَتَى قَبْرَ الميِّتِ مِنْ قِبَلِ رَأْسِهِ ، فَحَثَى عَلَيْهِ ثَلَاثاً » أخرجه ابن ماجه وعن عامر بن ربيعة « أنّ رَسُولَ الله ﷺ صَلَّى عَلَى عُثْمَانَ ابنَ مَظْعُونٍ ، فكبَّر عليه أربعاً ، ثمّ أَتَى القبرَ فحَثَى عَلَيْهِ ثَلَاثَ حَثَيَاتٍ ، وهو قائم عِنْدَ رَأْسِهِ »

---

(١) لبنة : طوبة خضراء غير محروقة . (٢) المضربة : القطعة من القطن .

(٣) القصب : البوص ، والطن : الحزمة منه .

رواه الدارقطنيّ . وعن جعفر بن محمد عن أبيه « أنّ رسول الله ﷺ حَثَى عَلَى المَيِّتِ ثَلاثَ حَثَيَاتٍ بِيَدَيْهِ جَمِيعاً » أخرجه الشافعيّ في مسنده ، وفعله عليّ رضي الله عنه . ورُوِي عن ابن عبّاس « أَنَّهُ لَمَّا دُفِنَ زَيْدُ بنُ ثَابِتٍ حَثَى فِي قَبْرِهِ ثَلاثاً . وقال : هـكذا يَذْهَبُ العِلْمُ » .

فصـــل

ويقول حين يضعه في قبره . ماروى ابن عمر « أَنَّ النَّبيَّ ﷺ كَانَ إِذَا أَدْخَلَ المَيِّتَ القَبْرَ قال : بِسْمِ اللهِ وَعَلَى مِلَّةِ رَسُولِ اللهِ ﷺ » . ورُوِي « وعَلَى سُنَّةِ رسُولِ اللهِ ﷺ » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن غريب . وروى ابن ماجه ، عن سعيد بن المسيّب قال « حَضَرْتُ ابنَ عُمَرَ فِي جَنَازَةٍ . فَلَمَّا وَضَعَهَا في اللَّحْدِ قال : بِسْمِ اللهِ ، وَفي سَبِيلِ اللهِ ، وَعلى مِلَّةِ رَسُولِ اللهِ . فَلَمَّا أَخَذَ في تَسْوِيَةِ اللَّبِنِ على اللَّحْدِ قال : اللهمّ أَجِرْهَا مِنَ الشَّيْطَانِ وَمِنْ عَذَابِ القَبْرِ ، اللَّهُمَّ جَافِ الأَرْضَ عَنْ جَنْبَيْهَا وَصَعِّدْ رُوحَهَا ، وَلَقِّهَا مِنْكَ رِضْوَاناً ، قلت : يا بن عمر ، أشيء سمعته من رسول الله ﷺ ، أم قلته برَأْيِكَ ؟ قال : إِنِّي إِذاً لقادر على القول ! بَلْ سَمِعْتُهُ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم » . ورُوِي عن عمر رضي الله « أَنَّهُ كَانَ إِذَا سُوِّيَ على الميِّت قال : اللهمّ أَسْلَمَهُ إِلَيْكَ الأَهْلُ وَالمالُ ، وَالعَشِيرَةُ وَذَنْبُهُ عَظِيمٌ فاغْفِرْ لَهُ » رواه ابن المنذر .

فصـــل

إذا مات فيسفينة في البحر ، فقال أحمد رحمه الله : يُنْتَظَر به . إن كانوا يرجون أن يجدوا له موضعاً يدفنونه فيه حبسوه يوماً أو يومين ، مالم يخافوا عليه الفساد . فإن لم يجـدوا غُسِّل وكُفِّنَ ، وحُنِّطَ[١] ، ويُصَلَّى عليه ، ويُثَقَّلُ بشَيء ، ويلقى في الماء . وهذا قول عطاء ، والحسن . قال الحسن : يُترك في زَنْبِيل[٢] ويُلْـقَى في البَحر . وقال الشافعيّ : يُربط بين لَوْحَيْن ليحمـله البحرُ إلى الساحل ، فربّمـا وقع إلى قوم يدفنونه ، وإن ألقوه في البحر لم يأثَموا ، والأول أولى . لأنه يحصل به الستر المقصود من دفنه . وإلقاؤه بين لوحين تعريض له للتغيّر ، والهتك ، وربّمـا بقي على السـاحل مهتوكاً عُرياناً ، وربّمـا وقع إلى قوم من المشركين ، فـكان ماذكرناه أولى .

« مسألة » قال ﴿ والمرأة يُخمَّر قبرها بثوب ﴾ .

لانعلم في استحباب هذا بين أهل العلم خلافاً . وقد روى ابن سيرين : أن عمر كان يُغَطِّي قبر المرأة .

---

(١) حنط : وضع عليه الحنوط ، وهو الطيب الذي يوضع على الميت .

(٢) الزنبيل : وعاء من خوص كالقفة .

ورُوى عن علىّ : أنه مرّ بقوم قد دفنوا ميتًا ، وبسطوا على قبره الثوب ، فجذبه . وقال : إنما يُصنع هذا بالنساء ، وشهد أنس بن مالك دفن أبى زيد الأنصارىّ فَخُمِّرَ القبر بثوب ، فقال عبد الله بن أنس : ارفعوا الثوب ، إنما يُخَمَّر النساء . وأنس شاهد على شَفير القبر لا يُنكر . ولأن المرأة عورة ، ولا يُؤمن أن يبدوَ منها شىء ، فيراه الحاضرون . فإن كان الميّت رجلاً كره سترُ قبره ، لما ذكرنا . وكرهه عبد الله بن يزيد ، ولم يكرهه أصحاب الرأى . وأبو ثور . والأول أولى . لأن فعل علىّ رضى الله عنه ، وأنس ، يدلّ على كراهته ، ولأن كشفه أمكن ، وأبعدُ من التشبّه بالنساء ، مع مافيه من اتباع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

« مسألة » قال ﴿ وَيُدْخِلُها مَحْرَمُها ، فإن لم يكنّ فالنساء ، فإن لم يكنّ فالمشايخ[1] ﴾ .

لاخلاف بين أن أهل العلم فى أن أولى الناس بإدخال المرأة قبرها مَحْرَمُها ، وهو من كان يَحِلُّ له النظر إليها فى حياتها ، ولها السفرُ معه . وقد رَوى الخلاّل بإسناده ، عن عمر رضى الله عنه : « أنه قَامَ عِنْدَ مِنْبَرِ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم حِينَ تُوُفِّيَتْ زَيْنَبُ بِنْتُ جَحْشٍ ، فقال : أَلاَ إِنِّى أَرْسَلْتُ إِلَى النِّسْوَةِ : مَنْ يُدْخِلُهَا قَبْرهَا ؟ فَأَرْسَلْنَ : مَنْ كَانَ يَحِلُّ لَهُ الدُّخُولُ عَلَيْهَا فِى حَيَاتِهَا ، فَرَأَيْتُ أَنْ قَدْ صَدَقْنَ » ولما تُوفّيت امرأة عمر قال لأهلها « أَنْتُم أَحَقُّ بِهَا » ولأن محرمها أولى الناس بولايتها فى الحياة ، فكذلك بعد الموت . وظاهر كلام أحمد : أن الأقاربَ يقدّمون على الزوج . قال الخلاّل : استقامت الرواية عن أبى عبد الله أنه إذا حضر الأولياء ، والزوج ، فالأولياء أحبّ إليه . فإن لم يكن الأولياء ، فالزوج أحقّ من الغريب ، لما ذكرنا من خبر عمر . ولأن الزوج قد زالت زَوْجيّته بموتها ، والقرابة باقية . وقال القاضى : الزوج أحقّ من الأولياء . لأن أبا بكر أدخل امرأته قبرَها دون أقاربها . ولأنه أحقُّ بغُسْلها منهم . فكان أولى بإدخالها قبرها ، كمحلّ الوفاق . وأيُّهما قُدّم فالآخرُ بعده ، فإن لم يكن واحد منهما . فقد رُوى عن أحمد أنه قال : أحَبّ إلىّ أن يُدخلها النساء ، لأنه مُباح لهنّ النظر إليها ، وهنّ أحقُّ بغُسلها . وعلى هذا يقدم الأقرب منهنّ ، فالأقرب كما فى حقّ الرجل . وروى عنه : أن النساء لايستطعن أن يُدخِلْنَ القبرَ . ولا يَدْفِنَّ ، وهذا أصحّ وأحسن ، لأن النبىّ ﷺ حِينَ مَاتَتْ ابْنَتُهُ أَمَرَ أَبَاطَلْحَةَ : فَنَزَلَ فِى قَبْرِهَا » . وروى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « أَيُّكم لَمْ يُقَارِفِ اللَّيْلَةَ ؟ قال أبوطلحة : أنا ، فأمره النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فنزل ، فأدْخَلها ، قَبْرَهَا » رواه البخارىّ ، ورأى النبى صلى الله عليه وسلم النِّساء فى جنازة فقال : « هَلْ تَحْمِلْنَ ؟ قُلْنَ : لاَ ، قَالَ : هَلْ تُدْلِينَ

---

(١) المشايخ : جمع مشيخة : والمشيخة جمع شيخ ، وهو الرجل الكبير السن ، ولا يظن بالمشايخ الفقهاء ونحوهم ، فإن هذا غير مراد إلا إذا كانوا من كبار السن ولا يوجد غيرهم من المحارم والنساء . وسيأتى لابن قدامة قوله : لأنهم أقل شهوة ، وأبعد من الفتنة .

فيمن يُدْلِي ؟ قُلْنَ : لاَ ، قالَ : فارْجِعْنَ مأْزُورَاتٍ غَيْرَ مأْجُورَاتٍ » رواه ابن ماجه . وهـذا استفهام إنـكار فدلّ . على أن ذلك غيرُ مشروع لهنّ بحال . وكيف يُشرع لهنّ وقد نهاهن رسول الله صلى الله عليه وسلم من اتّباع الجنائز ؟ ولأن ذلك لو كان مشروعاً لفُعل فى عصر النبى ﷺ أو خلفائه ، ولنُقل عن بعض الأئمة . ولأن الجنازة يحضرها جموع الرجال . وفى نزول النساء فى القبر بين أيديهم هتْكٌ لهنّ مع عَجْزِهنّ عن الدفن ، وضعفهن عن حمل الميّتة ، وتقليبها : فلا يُشرع ، لـكن إن عُدم محرمها استُحبّ ذلك للمشايخ ، لأنهم أقلُّ شهوةً ، وأبعدُ من الفِتْنَةِ ، وكذلك من يليهم من فُضَلاء الناس ، وأهل الدين ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم أمر أبا طلحة فنزل فى قبر ابنته دون غيره .

فصـــل

فأما الرجل فأولى الناس بدفنه ، أولاهم بالصـلاة عليه من أقاربه . لأن القصد طلبُ الحظّ للميّت ، والرفق به . قال عليّ رضى الله عنه : « إنمَا يَلِي الرَّجُلَ أَهْلُهُ » ولَمَّا توفّى النبى ﷺ « أَلْحَدَهُ الْعَبَّاسُ وعَلِيّ ، وَأُسَامَةُ » رواه أبو داود . ولا توقيت فى عدد من يدخل القبر ، نصّ عليه أحمد . فعلى هذا يكون عددهم على حسب حال الميّت ، وحاجته ، وماهو أسهل فى أمره . قال القاضى : يُستحبُّ أن يكون وِتراً ، لأن النبى ﷺ أَلْحَدَهُ ثَلاَثَةٌ ، ولعلّ هذا كان اتفاقاً ، أو لحاجتهم إليه . وقد روى أبو داود عن أبي مَرْحَب : أن عبدالرحمن بن عوف نزل فى قبر النبيّ ﷺ قال : « كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَيْهِمْ أَرْبَعَةً » وإذا كان المتولّى فقيهاً كان حَسَناً . لأنه مُحتاج إلى معرفة مايصنَعُه فى القبر .

« مسألة » قال ﴿ ولا يُشَقّ الـكفن فى القبر ، وتحلّ العُقَد ﴾

أما شقّ الـكفن فغيرُ جائز . لأنه إتلافٌ مُستغنًى عنه ، ولم يرد الشرع به . وقد قال النبى ﷺ : « إِذَا كَفَّنَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ فَلْيُحْسِنْ كَفَنَهُ » رواه مسلم ، وتخريقه يُتلفه ، ويذهب بحُسنه . وأما حلّ العُقَد من عند رأسه ، ورجليه : فمستحبّ ، لأن عَقْدَها كان للخوف من انتشارها ، وقد أُمِنَ ذلك بدَفْنِه . وقد رُوى « أن النبيّ ﷺ لَمَّا أَدْخَلَ نُعَيْم بنَ مَسْعُودٍ الأَشْجَعِيَّ الْقَبْرَ نَزَعَ الأَخِلَّةَ[1] بفيهِ » . وعن ابن مسعود ، وسَمُرَةَ بن جُنْدُب نحوُ ذلك .

« مسألة » قال ﴿ ولا يُدْخِلُ القبْرَ آجُرًّا ، ولا خَشَباً ، ولا شيئاً مَسَّتْهُ النارُ ﴾

---

(١) الأخلة : جمع خلال بكسر الخاء وفتح اللام مخففة ، وهو مايخل به الثوب ، أى يضم به ، كعود صغير من القصب ، أو شوكة ، أو نحوها ، وقد نزعه صلى الله عليه وسلم بفمه لأنه كان غائراً وسط الـكفن ، ونزعه ليجعل الـكفن مفتوحاً غير مغلق كما هى السنة .

قد ذكرنا أن اللَّبِنَ ، والقَصَبَ مُستحبّ ، وكره أحمدُ الخشب . وقال إبراهيم النخعيّ : كانوا يستحبون اللَّبِن ، ويكرهون الخشَب .

ولا يستحبُّ الدفن فى تابوت ، لأنه لم يُنقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا أصحابه . وفيه تشبّه بأهل الدُّنيا ، والأرضُ أنْشَفُ لِفَضَلاَتِهِ ، ويُكْرَه الآجرّ[1] . لأنه من بناء المُترفين ، وسائرُ ما مسّته النار ، تفاؤلا بأن لا تمسَّه النار .

فصـــــل

وإذا فرغ من اللّحد أهال عليه التراب ، ويُرفع القبر عن الأرض قدرَ شبْر ، ليُعلم أنه قبر ، فيُتَوَقَّى ، ويُترحّم على صاحبه . وروى الساجى عن جابر « أن النبيّ ﷺ رُفِـعَ قَبْرُهُ عَنِ الْأَرْضِ قَدْرَ شِبْرٍ » وروى القاسمُ بن محمد قال : قُلْتُ لِعائشة « يا أُمَّهْ ، اكْشِفِي لِي عَنْ قَبْرِ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَصَاحِبَيْهِ . فَكَشَفَتْ لِي عَنْ ثَلاَثَةِ قُبُورٍ لاَ مُشْرِفَةٍ[2] وَلاَ لاَطِيَةٍ ، مَبْطُوحَةٍ بِبَطْحَاءِ الْعَرْصَةِ الْحَمْرَاءِ » رواه أبو داود . ولا يستحبّ رفعه ، بأكثر من تُرابه . نصّ عليه أحمد ، وروى بإسناده عن عُقبة بن عامر أنه قال : « لاَ يُجْعَلُ فِى الْقَبْرِ مِنَ التُّرَابِ أَكْثَرُ مِمَّا خَرَجَ مِنْهُ حِينَ حُفِرَ » . وروى الخلاّل بإسناده عن جابر قال : « نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يُزَادَ على القَـبْرِ على حُفْرَتِهِ » ولا يُستحبُّ رفع القبر إلا شيئاً يسيراً ، لقول النبى ﷺ لعلىّ رضى الله عنه : « لاَ تَدَعْ تِمْثَالاً إِلَّا طَمَسْتَهُ ، وَلاَ قَبْرًا مُشْرِفًا إِلَّا سَوَّيْتَهُ » رواه مسلم وغيره . والمشرف مارُفع كثيراً بدليل قول القاسم فى صفة قبر النبىّ ﷺ وصاحبيه « لا مشرفة ، ولا لاطية » ويستحبُّ أن يرُشّ على القبر ماء لِيَلْتَزِقَ تُرابُه . قال أبو رافع : « سلّ رسولُ الله ﷺ سَعْدًا ، وَرَشَّ على قَبْرِه ماء » رواه ابن ماجه . وعن جابر « أَنَّ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم رُشَّ على قَبْرِهِ ماء » رواهما الخلاّل جميعاً .

فصـــــل

ولا بأس بتعليم القبر بحجَرٍ ، أو خشَبة . قال أحمد : لا بأس أن يعلّم الرجل القبر علامةً يعرفه بها ، وقد « عَلَّمَ النبىُّ ﷺ قَبْرَ عُثْمَانَ بْنِ مَظْعُونٍ » . وروى أبو داود بإسناده عن المطّلب قال : « لمَّـا مَاتَ

---

(١) الآجر : الطوب الأحمر المحروق .

(٢) مشرفة : مرتفعة عن الأرض كثيراً ، ولا طية ، أى ولا ملتصقة بالأرض ، يقال لطأ بالأرض يلطأ : إذا لصق بها ، فأصل لاطية لاطئة ، خففت الهمزة .

عُثْمَانُ بْنُ مَظْعُونٍ أُخْرِجَ بِجَنَازَتِهِ : فَدُفِنَ ، أَمَرَ النبيّ ﷺ رَجُلاً أَنْ يأْتِيَهُ بِحَجَرٍ ، فَلَمْ يَسْتَطِعْ حَمْلَهُ ، فقامَ رَسُولُ الله ﷺ فَحَسَرَ عن ذِرَاعَيْهِ ثمّ حَمَلَهَا ، فَوَضَعَهَا عِنْدَ رَأْسِهِ ، وقال : أُعَلِّمُ بِهَا قَبْرَ أَخِي ، وَأَدْفِنُ إِلَيْهِ مَنْ مَاتَ مِنْ أَهْلِهِ » ورواه ابن ماجه عن النبيّ ﷺ من رواية أنس .

فصـــــل

وتسنيم[1] القبر أفضلُ من تسطيحه ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة ، والثوريّ . وقال الشافعيّ : تسطيحه أفضلُ . قال : وبلغنا أن رسول الله ﷺ سطّحَ قبرَ ابنه إبراهيم . وعن القاسم قال : « رَأَيْتُ قَبْرَ النبيِّ صلى الله عليه وسلم وَأَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرَ مُسَطَّحَةً » .

ولنا : ما رَوى سفيان التّمار أنه قال : « رَأَيْتُ قَبْرَ النَّبِيِّ ﷺ مُسَنَّماً » رواه البخاريّ بإسناده . وعن الحسن مثلُه ، ولأن التسطيح يُشبه أبنية أهل الدنيا ، وهو أشبه بشمار أهل البدع ، فكان مكروهاً . وحديثنا أثبت من حديثهم ، وأصحّ ، فكان العمل به أولى .

فصـــــل

وسئل أحمد عن الوقوف على القبر بعد ما يُدفن يُدْعَى للميت ؟ قال : لا بأس به ، قد وقف عليّ ، والأحنفُ بنُ قيس . وروى أبو داود بإسناده عن عثمان قال : « كانَ النبيُّ ﷺ إِذَا دُفِنَ الرَّجُلُ وَقَفَ عَلَيْهِ وَقَالَ : اسْتَغْفِرُوا لِأَخِيكُمْ ، وَاسْأَلُوا لَهُ التَّثْبِيتَ ، فَإِنَّهُ الآنَ يُسْأَلُ » . وروى الخلاّل بإسناده ، ومسلم والبخاريّ عن (السريّ) قال : « لَمَّا حَضَرَتْ عَمْرَو بنَ العاص الوفَاةُ قال : اجْلِسُوا عِنْدَ قَبْرِي قَدْرَ ما يُنْحَرُ جَزُورٌ ، وَيُقَسَّمُ ، فَإِنِّي أَسْتَأْنِسُ بِكُمْ » .

فصـــــل

فأما التلقين بعد الدفن فلم أجد فيه عن أحمد شيئاً ، ولا أعلم فيه للأئمة قولاً ، سوى ما رواه الأثرم ، قال : قلت لأبي عبد الله : فهذا الذي يصنعون إذا دُفن الميّت : يقف الرجل ، ويقول : يافلانَ ابنَ فلانٍ ، اذكر ما فارقتَ عليه : شهادةَ أن لا إله إلا الله ؟ فقال : ما رأيتُ أحداً فعل هذا ، إلاّ أهلَ الشام ، حين مات أبو المُغيرة ، جاء إنسان ، فقال ذاك ، قال : وكان أبو المغيرة يَروى فيه عن أبي بكر بن أبي مريم ، عن أشياخهم ، أنهم كانوا يفعلونه ، وكان ابن عيّاش يرويه . ثم قال فيه ، إنّما لأُثْبِتَ عَذَابَ الْقَبْرِ . قال القاضي وأبو الخطاب : يُسْتَحَبُّ ذلك ، ورويا فيه عن أبي أُمامةَ الباهليّ أن النبيّ صلى الله عليه وسلم

---

(١) تسنيم القبر : جعله ذا سنام ، أي مرتفعاً محدودباً كسنام البعير ونحوه .

قال : « إِذَا مَاتَ أَحَدُكُمْ فَسَوَّيْتُمْ عَلَيْهِ التُّرَابَ فَلْيَقِفْ أَحَدُكُمْ عِنْدَ رَأْسِ قَبْرِهِ ، ثُمَّ لِيَقُلْ : يافلانَ ابنَ فُلاَنَةَ ، فإِنَّهُ يَسْمَعُهُ وَلاَ يُجِيبُ ، ثُمَّ لِيَقُلْ يَا فُلاَنَ ابنَ فُلاَنَةَ الثَّانِيَةَ ، فَيَسْتَوِى قاعِدًا ، ثُمَّ لِيَقُلْ يَا فُلاَنَ ابنَ فُلاَنَةَ ، فإِنَّهُ يَقُول : أَرْشِدْنَا يَرْحَمُكَ اللهُ ، وَلَـكِنْ لاَ تَسْمَعُونَ ، فيقول : اذْكُرْ مَاخَرَجْتَ عَلَيْهِ مِنَ الدُّنْيَا : شَهَادَةَ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلَّا اللهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَنَّكَ رَضِيتَ باللهِ رَبًّا ، وبالإِسْلاَمِ دِينًا ، وبِمُحَمَّدٍ ﷺ نَبِيًّا ، وبالقُرْآنِ إِمَامًا . فإِنَّ مُنْـكَرًا ونَـكِيرًا يَتَأَخَّرُ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فيقولُ : انْطَلِقْ فَمَا يُقْعِدُنَا عِنْدَ هَذَا وَقَدْ لُقِّنَ حُجَّتَهُ ، وَيَـكُونُ اللهُ تعالى حُجَّتَهُ دُونَهُمَا » فقال رجل : يا رسول الله ، فإن لم يُعرف اسمُ أُمِّهِ ، قال : « فَلْيَنْسُبْهُ إِلَى حَوَّاءَ » رواه ابن شاهين فى كتاب ذكر الموت بإسناده .

فصـــل

سئل أحمد عن تطيين القبور فقال : أرجو أن لايكون به بأس ، ورخّص فى ذلك الحسن والشافعى . وروى أحمد بإسناده عن نافع ، عن ابن عمر : أنَّه كان يتعاهد قبر عاصم بن عمر . قال نافع : وتُوُفِّىَ ابنٌ له وهو غائب ، فقدِمَ ، فسألنا عنـه ، فدَلَلْنَاهُ عليه ، فـكان يتعاهد القبر ، ويأمر بإصلاحه . ورُوى عن الحسن ، عن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَيَزَالُ المَيِّتُ يَسْمَعُ الْأَذَانَ مَالَمْ يُطَيَّنْ قَبْرُهُ » أو قال : مالم يُطْوَ قبره .

فصـــل

ويكره البناء على القبر ، وتجصيصه والـكتابة عليه . لما روى مسلم فى صحيحه قال : « نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ أن يُجَصَّصَ الْقَبْرُ ، وَأَنْ يُبْـنَى عَلَيْهِ ، وَأَنْ يُقْعَدَ عَلَيْهِ ـ زاد الترمذىّ ـ وَأَنْ يُـكْتَبَ عَلَيْهِ » وقال : هذا حديث حسن صحيح ، ولأن ذلك من زينة الدنيا ، فلا حاجة بالميِّت إليه . وفى هـذا الحديث دليل على الرخصة فى طين القبر ، لتخصيصه التجصيص بالنهى ، ونهى عمر بن عبد العزيز أن يُبنى على القبر بآجرّ ، فأوصى بذلك ، وأوصى الأسودُ بن يزيد : أن لاتجعلوا على قبرى آجرًّا . وقال إبراهيم : كانوا يكرهون الآجُرّ فى قبورهم . وكره أحمد أن يُضرب على القبر فُسْطَاطٌ ، وأوصى أبو هريرة حين حضرته الوفاة : أن لايَضْرِبُوا عليه فُسْطاطًا[1] .

فصـــل

ويُـكره الجلوس على القبر ، والاتـكاء عليه ، والاستناد إليه ، والمشى عليه ، والتغوط بين القبور ،

---

(١) الفسطاط : السرادق كالخيمة ونحوها ، ومثل ذلك المقصورة التى تعمل الآن ، فهى مكروهة .

لما تقدّم من حديث جابر . وفى حديث أبى مَرْثَد الغَنَوِىّ : « لاَ تَجْلِسُوا عَلَى الْقُبُورِ ، وَلاَ تُصَلُّوا إِلَيْهَا » صحيح . وذُكر لأحمد أن مالكاً يتأوّل حديث النبىّ صلى الله عليه وسلم ، أنه نهى أن يُجلَس على القبور : أى للخلاء ـ فقال : ليس هـذا بشىء ، ولم يُعجبه رأى مالك . وروى الخلاّل بإسناده عن عقبة بن عامر قال : قال رَسول الله صلى الله عليه وسلم : « لأَنْ أَطَأَ على جَمْرَةٍ أَوْ سَيْفٍ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَطَأَ على قَبْرِ مُسْلِمٍ ، وَلاَ أُبَالِي أَوَسْطَ الْقُبُورِ قَضَيْتُ حَاجَتِي ، أَوْ وَسَطَ السُّوقِ » رواه ابن ماجه .

فصـــــل

ولا يجوز اتخاذ السُّرُج على القبور ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « لَعَنَ اللهُ زَوَّارَاتِ الْقُبُورِ ، وَالْمُتَّخِذَاتِ عَلَيْهِنَّ الْمَسَاجِدَ وَالسُّرُجَ » رواه أبو داود ، والنسائىّ . ولفظـه : لَعَنَ رَسُولُ اللهِ ﷺ ، ولو أُبيح لم يَلْعَن النبىُّ صلى الله عليه وسلم مَنْ فعله . ولأنّ فيه تضييعاً للمال فى غير فائدة ، وإفراطاً فى تعظيم القبور ، أشبه تعظيم الأصنام . ولا يجوز اتخاذ المساجد على القبور لهذا الخبر . ولأن النبى ﷺ قال : « لَعَنَ اللهُ الْيَهُودَ اتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ » يُحَذِّرُ مثل مَاصَنَعُوا ، متفق عليـه . وقالت عائشة : إنما لم يُبرز قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم لئلاَّ يُتَّخَذَ مسجداً ، ولأن تخصيص القبور بالصلاة عندها يُشبه تعظيم الأصنام بالسجود لها ، والتقرّب إليها . وقد روينـا أن ابتداء عبادة الأصنـام تعظيم الأموات ، باتخاذ صورهم ومَسْحها ، والصلاة عندها[1] .

فصـــــل

والدفن فى مقابر المسلمين أعجبُ إلى أبى عبد الله من الدفن فى الْبُيوت ، لأنه أقل ضرراً على الأحياء من ورثته ، وأشبه بمساكن الآخرة ، وأكثر للدعاء له ، والترحم عليـه . ولم يزل الصحابة والتابعون ، ومن بعدهم يُقبرونَ فى الصحارى . فإن قيل : فالنبىّ ﷺ قبر فى بيته ، وقبر صاحباه معه ؟ قلنا : قالت عائشة : « إِنَّمَا فُعِل ذَلِكَ لِئَلاَّ يُتَّخَذَ قَبْرُهُ مَسْجِداً » ، رواه البخارىّ . ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يَدْفِنُ أصحابه فى البَقيع ، وفِعْلُه أولى من فعل غيره ، وإنما أصحابه رأوا تخصيصه بذلك . ولأنَّه رُوى :

---

(١) كان الناس يعبدون الله وحده ، ثم ظهر فيهم الصالحون والمتدينون ، فأحبوهم وعظموهم ، وزاد تعظيمهم لهم حتى عملوا لهم صوراً مجسمة (تماثيل) ليذكروهم بها بعد موتهم ، ويظلوا على حبهم وتعظيمهم ، فلما طال عليهم الأمد عبدوهم ، ولكن ليست عبـادة كعبادة الله ، ولكن عبـادة تشفع بهم وتقرب إلى الله ، ولذلك قال الله تعـالى على لسانهم : (مانعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى) ، وكان من هذه التماثيل بمكة ، إساف ونائلة ، تمثالان لرجل وامرأة ، واللات : تمثال لرجل كان يلت السويق ، أى يضرب الدقيق بالسمن وهكذا ، فنهى الله عن ذلك قطعاً لدابر الشرك ، واستئصالا لجذوره ، وإماتة لبذوره .

« يُدْفَنُ الْأَنْبِيَاءُ حَيْثُ يَمُوتُونَ » وَصِيَانَةً لَهُمْ عَنْ كَثْرَةِ الطُّرَّاقِ ، وَتَمْيِيزاً لَهُ عَنْ غَيْرِهِ .

فصـــــل

ويُستحبُّ الدفن فى المقبرة التى يكثُر فيها الصالحون ، والشهداء ، لتناله بركتهم ، وكذلك فى البقاع الشريفة . وقد رَوى البخارىّ ، ومسلم بإسنادهما : أَنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ لَمَّا حَضَرَهُ الْمَوْتُ سَأَلَ اللهَ تَعَالَى أَنْ يُدْنِيَهُ إِلَى الْأَرْضِ الْمُقَدَّسَةِ رَمْيَةً بِحَجَرٍ ، قال النبى صلى اللهُ عليـه وسلم : « لَوْ كُنْتُ ، ثَمَّ لَأَرَيْتُكُمْ قَبْرَهُ عِنْدَ الْكَثِيبِ الْأَحْمَرِ » .

فصـــــل

وجمع الأقارب فى الدفن حسن لقول النبىّ ﷺ لمَّا دَفن عثمان بن مظعون : « أَدْفِنُ إِلَيْهِ مَنْ مَاتَ مِنْ أَهْلِهِ »(١) ، ولأن ذلك أسهلُ لزيارتهم ، وأكثر للترحّم عليهم ، ويسنّ تقديمُ الأبِ ، ثم مَن يليه فى السن ، والفضيلة ، إذا أمكن .

فصـــــل

ويُستحبُّ دفنُ الشهيد حيث قُتِلَ . قال أحمد : أما القتلى فعلى حديث جابر أن النبىّ صلى اللهُ عليـه وسلم قال : « ادْفِنُوا الْقَتْلَى فِي مَصَارِعِهِمْ » . وروى ابنُ ماجه : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقَتْلَى أُحُدٍ أن يُرَدُّوا إِلَى مَصَارِعِهِمْ . فأمّا غيرُهم فلا يُنْقَل الميّتُ مِنْ بَلَدِهِ إلى بلد آخر إلا لغرض صحيح وهذا مذهب الأوزاعىّ ، وابن المنذر . قال عبد الله بن أبى مُلَيْكة : توفى عبدُ الرحمن بن أبى بكر بالحُبشَة ، فحمل إلى مكة ، فَدُفن ، فلمَّا قَدِمت عائشةُ أتت قبره ، ثم قالت : واللهِ لَوْ حَضَرْتُكَ مَادُفِنْتَ إلاَّ حَيْثُ مُتَّ ، وَلَوْ شَهِدْتُكَ مَازُرْتُكَ ، ولأن ذلك أخفّ لمُؤنَتِه ، وأسلم له من التغيّر . فأما إن كان فيه غرض صحيح جاز . وقال أحمد : ماأعلم بنقل الرجل يموتُ فى بلده إلى بلد أخرى بأساً . وسُئل الزهرىّ عن ذلك . فقال : قد حُمل سعدُ بن أبى وقّاص ، وسعيد بن زيد ، من العقيق إلى المدينـة . وقال ابن عُيَيْنَة : مات ابن عمر هنا ، فأوصى أن لايُدْفَنَ هاهنا ، وأن يُدْفَن بِسَرِف(٢) .

فصـــــل

وإذا تنازع اثنان من الورثة . فقال أحدهما يُدفن فى المقبرة المُسَبّلة . وقال الآخر : يدفن فى ملـكه ،

---

(١) هذا قطعة من حديث سبق ، وهى أن النبى صلى الله عليه وسلم وضع حجراً على قبر عثمان بن مظعون . وقال : أعلم بها قبر أخى ، وأدفن إليه من مات من أهله .

(٢) سرف : موضع قرب التنعيم ، والتنعيم : أقرب مكان من الحل إلى الحرم

دفن فى المُسَبّلة ، لأنَّه لامِنَّة فيه ، وهو أقلّ ضرراً على الوارث فإن تشاحَّا فى الـكفن قدّم قول من قال : نُـكفنه من مِلْـكه ، لأن ضرره على الوارث بلحوق المنّة ، وتـكفينهُ من ماله قليل الضرر . وسُئل أحمدُ عن الرجل يوصى أن يُدفن فى داره . قال : يُدفن فى المقابر مع المسلمين ، فإن دُفن فى داره أضرّ بالورثة . وقال : لا بأس أن يشترى الرجل مَوْضِـعَ قَبْرِه ، ويُوصِى أن يُدفَنَ فيه ، فعل ذلك عثمانُ بن عفَّان ، وَعائشةُ ، وعمر بن عبد العزيز ، رضى الله عنهم .

فصـــل

وإذا تنازع اثنان فى الدفن فى المقبرة المُسَبّلة قدّم أسبقهما ، كما لو تنازعا فى مقاعد الأسواق ، ورحاب المساجد ، فإن تساويا أُقْرِع بينهما .

فصـــل

وإن تيقن أن الميِّت قد بلى وصار رميماً جاز نَبْشُ قَبْرِه ، ودفنُ غَيْرِه فيه ، وإن شَكَّ فى ذلك رجع إلى أهل الخبرة . فإن حفر فوجد فيها عظاماً دَفَنَها وحَفَرَ فى مكان آخرَ ، نصّ عليه أحمد . واستدلّ بأن كسر عظم الميِّت كـكسر عظم الحىّ . وسُئل أحمد عن الميّت يُخْرَج من قبره إلى غيره ، فقال : إذا كان شىء يؤذيه[1] . قـد حُوّل طَلْحَةُ وحُوِّلَتْ عَائِشَةُ . وسُئل عَنْ قَوْمٍ دُفِنُوا فى بساتين ، ومواضع رديئة ؟ فقـال : قد نَبَشَ مُعاذٌ امرأته ، وقد كانت كُفِّنَتْ فى خُلْقَانٍ[2] ، فـكفَّنَها ، ولم ير عبـد الله بأساً أن يُحَوَّلُوا .

« مسألة » قال ﴿ ومن فاتته الصلاة عليه صلَّى على القبر ﴾ .

وجملة ذلك : أن من فاتته الصـلاة على الجنازة ، فله أن يصلِّى عليها مالم تُدْفَن ، فإن دُفِنَتْ ، فله أن يُصلِّى على القبر إلى شهر . هذا قول أكثر أهل العـلم من أصحاب النبىّ ﷺ وغيرهم . رُوى ذلك عن أبى موسى ، وابن عمر ، وعائشة ، رضى الله عنهم . وإليه ذهب الأوزاعىّ ، والشافعىّ . وقال النخعىّ ، ومالك ، وأبو حنيفة : لا تُعاد الصلاةُ على الميِّت إلاَّ للولىّ إذا كان غائباً ، ولا يُصلّى على القبر إلاّ كذلك ، ولو جاز ذلك لـكان قبرُ النبىّ ﷺ يُصَلَّى عليه فى جميع الأعصار .

---

(١) أى إذا كان فى القبر الذى سيحول منه شىء يؤذيه ، كأن كانت الأرض تنقع الماء ، أو فى مكان غير صالح للدفن .

(٢) خلقان : جمع خلق ، وهو الثوب البالى ، ويظهر أنهم لم يجدوا وقت دفنها غير الخلقان ، فلما وجدت الثياب الجديدة ، نبشها معاذ ، وكفنها فيها ، ثم أعاد دفنها .

ولنا : ماروى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم ذكر رجلاً مات ، فقال : « فَدُلُّونِى عَلَى قَبْرِهِ ، فأتَى قَبْرَهُ ، فَصَلَّى عَلَيْهِ » متفق عليه . وعن ابن عباس أنه مرّ مع النبى ﷺ على قبر منبوذ ، فأمّهم وصلّوا خَلْفه . قال أحمد رحمه الله : ومن شكّ فى الصلاة على القبر يُروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من ستة وجوه ، كلُّها حسان ، ولأنه من أهل الصلاة ، فيسنّ له الصلاة على القبر كالولىّ ، وقبر النبىّ صلى الله عليه وسلم لايُصلَّى عليه لأنّه لايصلَّى على القبر بعد شهر .

فصــــل

ومن صلَّى مرّةً فَلاَ يُسنُّ له إعادة الصلاة عليها ، وإذا صلّى على الجنازة مرّةً لم توضع لأحد يُصلّى عليها . قال القاضى : لايحسُن بعد الصلاة عليه ويُبادَرُ بدفنه ، فإن رُجىَ مجىء الولىّ أخّر إلى أن يجىء ، إلاّ أن يُخاف تغيُّره . قال ابن عقيل : لاينتَظَرُ بهِ أحدٌ ؛ لأنَّ النبىّ ﷺ قال فى طلحة بن البراء « أَعْجِلُوا بِهِ ، فَإِنَّهُ لاَ يَنْبَغِى لِجِيفَةِ مُسْلِمٍ أَنْ تُحْبَسَ بَيْنَ ظَهْرَانَىْ أَهْلِهِ » فأمّا من أدرك الجنازة ممّن لم يُصلِّ ، فله أن يُصلِّى عليها ، فعل ذلك علىّ ، وأنس ، وسَلْمان بن ربيعة ، وأبو حمزة ، وَمَعْمَرُ بن سُمَيْر .

فصــــل

ويُصَلّى على القبر ، وتعادُ الصلاة عليه قبل الدفن جماعةً ، وفرادى . نصّ عليهما أحمد ، وقال : وما بأس بذلك ، قد فعله عدّة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفى حديث ابن عبّاس قال : « انْتَهَى النبىُّ ﷺ إِلَى قَبْرٍ رَطْبٍ فصَفُّوا خَلْفَهُ وكَبَّر أَرْبَعًا » متفق عليه .

فصــــل

وتجوز الصلاة على الغائب فى بلد آخر بالنية ، فيستقبلُ القبلة ويصلِّى عليه كصلاته على حاضر ، وسواء كان الميت فى جهة القبلة أو لم يكن ، وسواء كان بين البلدين مسافةُ القصر أو لم يكن ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك وأبو حنيفة : لايجوز . وحكى ابن أبى موسى عن أحمد روايةً أخرى ، كقولهما . لأن من شرط الصلاة على الجنازة حضُورها ، بدليل مالو كان فى البلد لم تجُز الصلاة عليها مع غيبتها عنه .

ولنا : ماروى عن النبىّ ﷺ أنه نَعَى النَّجَاشىّ صاحبَ الْحَبشة فى اليوم الذى مات فيه ، وصلّى بهم بالمصلَّى ، فكبَّرَ عليه أربعاً ، متفق عليه . فإن قيل : فيحتمل أن النبىّ ﷺ زُوِيَتْ له الأرضُ ، فأُرِىَ الْجَنَازَة . قلنا : هذا لم يُنقل ، ولو كان لأَخْبَرَ به .

ولنا : أن نقتدى بالنبىّ ﷺ مالم يثبُت ما يقتضى اختصاصه ، ولأن الميِّت مع البُعد لاتجوز الصلاة عليه ، وإن رُئى . ثم لو رآه النبىُّ ﷺ لاختصَّت الصلاة به . وقد صَفَّ النبىُّ صلى الله عليه وسلم فصلَّى بهم ، فإن قيل : لم يكن بالْحَبَشَةِ مَنْ يُصَلِّى عليه . قلنا : ليس هذا مذهبكم ، فإنّكم لاتجيزون الصلاة

على الغريق ، والأسير ، ومن مات بالبوادى ، وإن كان لم يصلّ عليه ، ولأن هذا بعيد ، لأنّ النجاشيّ ملكُ الحبشة ، قد أسلم ، وأظهر إسلامه ، فيبعدُ أن يكون لم يوافقه أحدٌ يُصَلِّى عليه .

فصل

فإن كان الميِّت فى أحد جانبى البلد لم يُصَلِّ عليه من الجانب الآخر ، قال : وهذا اختيار أبى حفص البرمكىّ ، لأنه يُمكنه الحضور للصلاة عليه ، أو على قبره . وصلَّى أبو عبد الله بن حامد على ميِّت مات فى أحد جانبى بغداد ، وهو فى الجانب الآخر ، لأنه غائب ، فجازت الصلاة عليه ، كالغائب فى بلد آخر ، وهذا مختصّ بما إذا كان معه فى هذا الجانب .

فصل

وتتوقّت الصلاة على الغائب بشَهْر ، كالصلاة على القبر ، لأنه لا يُعلم بقاؤه من غير تلَاشٍ . أكثر من ذلك . وقال ابن عقيل : فى أَكِيل السَّبُع ، والمحترق بالنار ، يحتمل أن لا يصلَّى عليه ، لذهابه ، بخلاف الضائع ، والغريق ، فإنَّه قد بقى منه ما يصلَّى عليه ، ويُصَلّى عليه إذا عُرف قبل الغُسل كالغائب ، فى بلد بعيد ، لأن الغسل تعذَّر لمانع ، أشبه الحىّ إذا عجز عن الغسل ، والتيمم ، صلّى على حسب حاله .

« مسألة » قال ﴿ وإن كبّر الإمام خمساً كبّر بتكبيره ﴾

لا يختلف المذهب أنه لايجوز الزيادة على سبع تكبيرات ، ولا أنقص من أربع ، والأولى أربع ، لايزاد عليها . واختلفت الرواية فيما بين ذلك ، فظاهر كلام الخِرَقِىّ : أن الإمام إذا كبَّر خمساً تابعه المأموم ، ولا يتابعه فى زيادة عليها . ورواه الأثرم عن أحمد . ورَوى حرب عن أحمد إذا كبَّر خمساً لا يكبِّر معه ، ولا يسلِّم إلاَّ مع الإمام . قال الخلاّل : وكلّ من رَوى عن أبى عبد الله يُخالفه . وممَّن لم ير متابعة الإمام فى زيادةٍ على أربع : الثورىّ ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ . واختارها ابن عقيل لأنها زيادة غيرُ مسنونة للإمام ، فلا يُتابعه المأموم فيها ، كالقنوت فى الركعة الأولى .

ولنا : مارُوى عن زيد بن أرقم : أنّه كبّر على جنازة خمساً ، وقال : « كَانَ النبى صلى الله عليه وسلم يُكَبِّرُهَا » أخرجه مسلم ، وسعيد بن منصور ، وغيرهما . وفى رواية سعيد : فسُئل عن ذلك . فقال : سُنَّة رسول الله ﷺ . وقال سعيد : حدثنا خالد بن عبد الله ، عن يحيى الجابرىّ ، عن عيسى مولًى لحُذَيفة : أنّه كبَّر على جنازةٍ خمساً ، فقيل له . فقال : مولاى ، وولىُّ نعمتى صلَّى على جنازةٍ وكبَّر عليها خمساً . وذكر حُذَيفة أن النبىّ صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . ورَوى بإسناده : « أن عَلِيًّا صَلَّى عَلَى سَهْلِ بنِ حُنَيْفٍ فكَبَّر عَلَيْهِ خَمْساً » ، وكان أصحاب مُعاذ يكبِّرون على الجنائز خمساً . ورَوى الخلال بإسناده ، عن عمر بن الخطاب قال : « كلّ ذلك قد كان ، أربعاً ، وخمساً ، وأمر الناس بأربع » . قال أحمد :

فى إسناد حديث زيد بن أرقم : إسناد جيّد رواه شعبة ، عن عمرو بن مرّة ، عن عبد الرحمن بن أبى ليلى ، عن زيد بن أرقم . ومعلوم أن المصلّين معه كانوا يتابعونه . ورَوى الأثرم عن علىّ رضى الله عنه : « أَنَّهُ كَانَ يُكَبِّرُ عَلَى أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم غَيْرِ أَهْلِ بَدْرٍ خَمْساً ، وَعَلَى سَائِرِ النَّاسِ أَرْبَعاً » وهذا أولى مما ذكروه .

فأما إن زاد الإمام على خمس ، فعن أحمد : أنه يكبّر مع الإمام إلى سبع . قال الخلال : ثبت القول عن أبى عبد الله أنه يكبّر مع الإمام إلى سبع ، ثم لا يزاد على سبع ، ولا يسلّم إلا مع الإمام . وهذا قول بكر بن عبد الله المُزَنىّ . وقال عبد الله بن مسعود « كَبِّرْ مَا كَبَّرَ إِمَامُكَ ، فإِنَّهُ لاَ وَقْتَ وَلاَ عَدَدَ » .

ووجه ذلك : ما رُوى « أَنَّ النبىَّ ﷺ كبَّر على حَمْزَةَ سَبْعاً » رواه ابن شاهين . وكبّر علىّ عَلَى جِنَازَةِ أَبِى قَتَادَةَ سَبْعاً ، وَعَلَى سَهْلِ بْنِ حُنَيْفٍ سِتًّا . وقال : « إِنَّهُ بَدْرِىٌّ » ورُوى « أَنَّ عمر رضى الله عنه جمع الناس فاستشارهم ، فقال بعضهم : كبّر النبىّ ﷺ سَبْعاً . وقال بعضهم خمساً . وقال بعضهم : أربعاً . فجمع عمرُ الناس على أربع تكبيرات ، وقال : هو أطولُ الصَّلاَةِ وقال الحكم بن عُيَيْنَةَ : إنّ عَلِيًّا رضى الله عنه صلّى على سهل بن حُنَيف فكبّر عليه ستًّا ، وكانوا يكبّرون على أهل بدر : خمساً ، وستاً ، وسبعاً .

فإن زاد على سبع لم يُتابعه ، نصّ عليه أحمد . وقال فى رواية أبى داود : إن زاد على سبع ينبغى أن يُسَبِّح به ، ولا أعلم أحداً قال بالزيادة على سبع إلا عبد الله بن مسعود ، فإنّ عَلقمةَ رَوى أن أصحابَ عبد الله قالوا له « إنّ أَصْحَابَ مُعَاذٍ يُكَبِّرُونَ على الجنائزِ خَمْساً ، فَلَوْ وَقَّتَّ لَنَا وَقْتاً [1] ؟ فقال : إذا تقدّمكم إمامُكم فكبِّروا ما يكبِّر ، فإنّه لا وَقْتَ ولا عَدَدَ » رواه سعيد ، والأثرم . والصحيح : أنه لا يزاد على سبع ، لأنه لم يُنقل ذلك من فعل النبىّ ﷺ ، ولا أحدٍ من الصحابة ، ولكن لا يُسلّم حتى يُسَلِّم إمامُه . قال ابن عقيل : لا يختلف قول أحمد إذا كبّر الإمام زيادةً على أربع أنّه لا يُسلّم قبل إمامه على الروايات الثلاث ، بل يَتْبَعُهُ ، ويقف فيُسلّم معه . قال الخلاّل : العمل فى نصّ قوله ، وما ثبت عنه : أنه يكبّر ما كبّر الإمام ، إلى سبع ، وإن زاد على سبع فلا ، ولا يسلّم إلا مع الإمام . وهو مذهب الشافعىّ ، فى أنه لا يُسَلِّم قبل إمامه . وقال الثورىّ وأبو حنيفة : ينصرف كما لو قام الإمامُ إلى خامسة فارقه ، ولم ينتظر تسليمه . قال أبو عبد الله : ما أعجب حال الكوفيين سُفْيان ينصرفُ إذا كبّر الرابعة ، والنبىّ ﷺ كبّر خمساً ، وفعله زيد بن أرقم ، وحُذَيفة . وقال ابن مسعود : كبِّر ما كبَّر إمامُك ، ولأن هذه زيادة قول مُختلَف فيه ، فلا يُسلّم قبل إمامه إذا اشتغل به ، كما لو صلّى خلف من يقنُتُ

---

(١) أى حددت لنا حداً نقف عنده فى التكبير ، أى نكبره ولا نتعداه .

فى صلاة يُخالفه الإمام فى القنوت فيهـا ، ويخالف ماقاسوا عليه من وجهين : أحـدهما : أن الركعة الخامسة لا خلاف فيها : والثانى : أنها فعل ، والتـكبيرة الزائدة بخلافها ، وكلّ تـكبيرة قلنا يُتابع الإمامَ فيها فله فعلها ، ومالا فلا .

فصـــــل

والأفضل أن لايزيد على أربع ، لأن فيه خروجا من الخـلاف ، وأكثر أهل العلم يرون التـكبير أربعاً . منهم : عمر ، وابنه ، وزيد بن ثابت ، وجابر ، وابن أبى أوفى ، والحسن بن علىّ ، والبراء بن عازب ، وأبو هريرة ، وعُقبة بن عامر ، وابن الحَنَفية ، وعطـاء ، والأوزاعىّ ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والثورىّ والشافعىّ ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم كبّر على النجاشىّ أربعاً ، متفق عليه . وكبّر على قبرٍ بعـد مادفن أربعاً ، وجمع عمر النـاس على أربع ، ولأنّ أكثر الفرائض لا تزيد على أربع . ولا يجوز النقصان منها .

ورُوى عن ابن عباس : أنه كبّر على الجنازة ثلاثاً ، ولم يعجب ذلك أبا عبد الله ، وقال : قد كبّر أنس ثلاثاً ناسياً فأعاد ، ولأنه خلاف مانُقل عن النبىّ ﷺ ، ولأن الصلاة الرباعية إذا نقص منها ركعة بطلت ، كذلك هاهنا . فإن نقص منها تـكبيرةً عامداً بطلت ، كما لو ترك ركعةً عمداً ، وإن تركها سهواً احتمل أن يُعيدها ، كما فعل أنس . ويحتمل أن يكبرها مالم يطُل الفصل ، كما لو نسى ركعةً ، ولا يُشرع لها سجود سهو فى الموضعين .

فصـــــل

قال أحمد رحمـه الله : يُـكبَّر على الجنازة ، فيجيئون بأخرى ، يكبّر إلى سبع ، ثم يقطع ، ولا يزيد على ذلك ، حتى تُرفع الأربع . قال أصحابنا : إذا كبّر على جنازة ، ثم جىء بأخرى كبّر الثانيـة عليهما ، وينويهما . فإن جىء بثالثة كبّر الثالثة عليهنّ ونواهنّ ، فإن جىء برابعة كبّر لرابعة عليهنّ ، ثم يكمل التـكبير عليهنّ إلى سبع ، ليحصل للرابعة أربعُ تـكبيرات ، إذ لايجوز النقصان منهنّ ، ويحصل للأولى سبع ، وهو أكثر ماينتهى إليـه التكبير . فإن جىء بخامسةٍ لم ينوها بالتـكبير ، وإن نواها لم يُجـز ، لأنه دائر بين أن يزيد على سبع ، أو ينقص فى تـكبيرها عن أربع ، وكلاهما لايجوز وهـكذا لوجىء بثانية بعد تـكبيرة الرابعة لم يجز أن يكبّر عليها الخامسة ، لما بيّنّا . فإن أراد أهل الجنازة الأولى رفعَهـا قبل سلام الإمام لم يجُز ، لأن السلام ركنٌ لاتتمّ الصلاة إلا به .

إذا تقرّر هذا فإنّه يقرأ فى التـكبيرة الخامسة الفاتحة ، وفى السادسة يُصلّى على النبىّ صلى الله عليه وسلم ويدعو فى السابعة ، ليكمّل لجميع الجنائز القراءة والأذكار ، كما كمل لهنّ التـكبيرات . وذكر ابن عقيل وجهاً ثانياً . قال : ويحتمل أن يكبّر مازاد على الأربع متتابعاً ، كما قلنـا فى القضاء للمسبوق . ولأن النبىّ

ﷺ كبّر سبعاً ، ومعلوم أنّه لم يرد أنّه قرأ قراءتين . والأول أصحّ ، لأن الثانية وما بعدها جنائز ، فيعتبر فى الصلاة عليهنّ شروط الصلاة ، وواجباتها كالأولى .

« مسألة » قال ﴿ والإمام يقوم عند صدر الرجل ووسط المرأة ﴾ .

لا يختلف المذهب فى أن السنّة أن يقوم الإمام فى صلاة الجنازة حِذَاء وسط المرأة ، وعند صدر الرجل أو عند مَنْـكِبَيه ، وإن وقف فى غير هذا الموضع خالف سنّة الموقف وأجزأه . وهذا قول إسحق ، ونحوه قول الشافعىّ ، إلا أن بعض أصحابه قال : يقوم عند رأس الرجل ، وهو مذهب أبى يوسف ، ومحمد . لما روى عن أنس : « أنّه صلّى عَلَى رَجُلٍ فَقَامَ عِنْدَ رَأْسِهِ ، ثم صلى على امرأة فقام حيال وسط السرير فقال له العلاء بن زياد : هكَذَا رأيتَ رَسُولَ الله ﷺ قامَ عَلَى الْجَنَازَةِ مَقَامَكَ منها ، ومن الرجل مقامك منه ؟ قال ، نعم . فلمّا فرغ قال : احْفَظُوا » قال الترمذىّ : هـذا حديث حسن . وقال أبو حنيفة : يقوم عند صدر الرجل والمرأة ، لأنهما سواء ، فإذا وقف عند صـدر الرجل فـكذا المرأة . وقال مالك : يقف من الرجل عنـد وسطه . لأنه يُروى هـذا عن ابن مسعود ، ويقف من المرأة عند مَنْـكبها ، لأنّ الوقوف عند أعاليهـا أمثلُ ، وأسلم .

ولنـا : ما رَوى سَمُرة قال : « صَلَّيْتُ وَرَاءَ النبىِّ صلى اللهُ عليه وسلم عَلَى امْرَأَةٍ مَاتَتْ فِى نِفَاسِهَا ، فَقَامَ وَسَطَهَا » متفق عليه . وحديث أنس الذى ذكرناه ، والمرأة تخالف الرجل فى الموقف ، فجاز أن تخالفه هاهنا . ولأن قيامه عند وسط المرأة سترٌ لها من الناس ، فـكان أولى .

فأمّا قول من قال : يقف عند رأس الرجل ، فغير مُخالف لقول من قال بالوقوف عند الصدر ، لأنهما متقاربان ، فالواقف عند أحدهما واقف عند الآخر ، والله أعلم .

فصـــــل

فإن اجتمع جنائزُ رجال ونساء ، فعن أحمد روايتان :

إحداهما : يُسوى بين رءوسهم : وهذا اختيار القاضى ، وقول إبراهيم ، وأهـل مـكة ، ومذهب أبى حنيفة . لأنّه يروى عن ابن عمر : أنه كان يُسوِّى بين رءوسهم . ورَوى سعيد ، بإسناده عن الشعبىّ « أنَّ أُمَّ كُلْثُومَ بِنْتَ عَلِيٍّ وَابْنَهَا زَيْدَ بْنُ عُمَـر تُوُفِّيَا جَمِيعاً ، فَأُخْرِجَتْ جَنَازَتَاهُمَا ، فصـلَّى عَلَيْهِمَا أميرُ الْمَدِينة ، فَسَوَّى بَيْنَ رُءوسِهِمَا وَأَرْجُلِهِمَا ، حِينَ صَلَّى عَلَيْهِمَا » وبإسناده عن حبيب بن أبى مالك . قال : قدم سعيد بن جُبَيْر على أهل مكة وهم يسوّون بين الرجل والمرأة إذا صُلِّىَ عليهما ، فأرادهم على أن يجعلوا رأس المرأة عند وسط الرجل ، فأبوا عليه .

والرواية الثانية : أن يقف الرجال صفاً والنساء صفاً ، ويجعل وسط النساء عند صدور الرجال . وهذا اختيار أبي الخطَّاب ، ليكون موقفُ الإمام عند صدر الرجل ، ووسط المرأة . وقال سعيد : حدّثني خالد ابن يزيد بن أبي مالك الدمشقيّ ، قال : حدثني أبي ، قال : « رَأَيْتُ وَاثِـلَةَ بن الأَسْقَعِ يُصَلِّي عَلَى جَنَائِزِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِذَا اجْتَمَعَتْ فَيَصُفُّ الرِّجَالَ صَفًّا ، ثمَّ يَصُفُّ النِّسَاءَ خَلْفَ الرِّجَالِ ، رأسُ أول امرأةٍ يضعها عند رُكْبَةِ آخرِ الرِّجال ، ثم يصفّهن ، ثم يقوم وسط الرجال ، وإذا كانوا رجالا كلّهم صفّهم ، ثم قام وسطهم » وهذا يشبه مذهب مالك ، وقول سعيد بن جُبَير ، وماذكرناه أولى . لأنه مدلول عليه بفعل النبيّ ﷺ ولا حجّة في قول أحد خالف فعله أو قوله والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ولا يُصَلَّى على القبر بعد شهر ﴾ .

وبهذا قال أصحاب الشافعيّ ، وقال بعضهم : يُصَلَّى عليه أبداً ، واختاره ابن عقيل . لأن النبيّ ﷺ صلَّى على شهداء أُحدٍ بعد ثماني سنِينَ . حديث صحيح متفق عليه . وقال بعضهم : يُصَلّى عليه مالم يَبْلَ جسدُه وقال أبو حنيفة : يُصَلَّى عليه الولي إلى ثلاثٍ ، ولا يصلّى عليه غيرُه بحالٍ . قال إسحاق : يصلّى عليه الغائب إلى شهرٍ ، والحاضر إلى ثلاث .

ولنا : ماروى سعيد بن المسيّب « أَنَّ أُمَّ سَعْدٍ مَاتَتْ وَالنَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم غَائِبٌ . فَلَمَّا قَدِمَ صَلَّى عَلَيْهَا ، وَقَدْ مَضَى لِذَلِكَ شَهْرٌ » أخرجه الترمذيّ . وقال أحمد : أكثر ماسمعنا أن النبيّ ﷺ صلَّى على قبر أمّ سعد بن عُبَادة بعد شهر . ولأنها مدة يغلب على الظن بقاء الميت فيها ، فجازت الصلاة عليه فيها ، كما قبل الثلاث وكالغائب ، وتجويز الصلاة عليه مطلقاً باطل بقبر النبي صلى الله عليه وسلم . فإنّه لايُصلَّى عليه الآن اتفاقاً . وكذلك التحديد ببِلَى الميِّت ، فإنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لا يَبْلَى ، ولا يُصَلَّى على قبره .

فإن قيل : فالخبر دلّ على الجواز بعد شهر ، فكيف منعتموه ؟ .

قلنا : تحديده بالشهر يدلُّ على أن صلاة النبي ﷺ كانت عند رأسه ليكون مُقَارِباً لِلْحَدِّ ، وتجوز الصلاة بعد الشهر قريباً منه ، لدلالة الخبر عليه . ولا يجوز بعد ذلك لعدم وروده .

«مسألة» قال ﴿ وإذا تشاحّ الورثة في الكفن ، جُعل بثلاثين درهماً ، فإن كان موسراً فبخمسين ﴾ .

وجملة ذلك : أنه يستحب تحسين كفن الميّت ، بدليل ماروى مسلم أن النبي ﷺ ذكر رجلا من أصحابه قُبِضَ فكُفِّنَ في كَفَنٍ غيرِ طَائِلٍ فقال : « إِذَا كَفَّنَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ فَلْيُحْسِنْ كَفَنَهُ » .

ويستحب تكفينه في البياض ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «الْبَسُوا مِنْ ثِيَابِكُمُ البَيَاضَ . فإِنَّه أَطْهَرُ وَأَطْيَبُ ، وكَفِّنُوا فِيهَا مَوْتَاكُمْ » رواه النسائيّ . وكُفّن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب

سَحُولِيَّة . وإن تشاحّ الورثة فى الكفن جعل كفنه بحسب حاله ، وإن كان موسراً كان كفنه رفيعاً حسناً ، ويجعل على حسب ما كان يلبس فى حال الحياة ، وإن كان دون ذلك فعلى حسب حاله . وقول الخِرَقىّ : جعل بثلاثين درهماً وإن كان موسراً فبخمسين ، ليس هو على سبيل التحديد ، إذ لم يَرِدْ به نصّ ، ولا فيه إجماع . والتحديد إنما يكون بأحدهما . وإنما هو تقريب — فلعله كان يُحَصَّل الجيد والمتوسط فى وقته بالقدر الذى ذكره . وقد روى عن ابن مسعود : « أَنَّهُ أَوْصَى أَنْ يُكَفَّنَ بِنَحْوٍ مِنْ ثَلَاثِينَ دِرْهَماً » .

والمستحبُّ أن يكفّن فى جديد ، إلاَّ أن يُوصى الميِّت بغير ذلك ، فتُمْتَثَلُ وصيته . كما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال : « كَفِّنُونِى فى ثَوْبَىَّ هَذَيْنِ ، فإنَّ الْحَىَّ أَحْوَجُ إلَى الْجَدِيدِ مِنَ الْمَيِّتِ ، وإنما هُمَا لِلْمِهْنَةِ وَالتُّرَابِ » وذهب ابن عقيل إلى أن التكفين فى الخليع أولى لهذا الخبر . والأول أولى لدلالة قول النبى صلى الله عليه وسلم وفعل أصحابه عليه .

فصــــل

ويجب كفن الميت . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به ، ولأن سُترته واجبة فى الحياة ، فكذلك بعد الموت ، ويكون ذلك من رأس ماله مُقدَّماً على الدين ، والوصيَّة ، والميراث . لأن حمزةَ ومُصعَب ابن عُمَير رضى الله عنهما لم يوجد لكلّ واحد منهما إلاَّ ثوب فكفِّن فيه ، ولأنَّ لباس المُفْلس مقدّم على قضاء دينه ، فكذلك كَفَنُ الميِّت . ولا ينتقل إلى الوارث من مال الميِّت إلا مافضل عن حاجته الأصلية ، وكذلك مُؤُونةُ دَفْنه وتجهيزه ، ومالابدَّ للميِّت منه . فأما الحَنُوط والطِّيب فليس بواجب ، ذكره أبو عبد الله بن حامد لأنه لايجب فى الحياة ، فكذلك بعد الموت . وقال القاضى : يحتمل أنه واجب ، لأنه ممَّا جرت العادة به . وليس بصحيح ، فإن العادة جرت بتحسين الكفن ، وليس بواجب .

فصــــل

وكفن المرأة ومؤونة دفنها من مالها ، إن كان لها مال . وهذا قول الشعبىّ ، وأبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعىّ . وقال بعضهم : يجب على الزوج . واختلفوا عن مالك فيه ، واحتجُّوا بأن كسوتها ونفقتها واجبة عليه ، فوجب عليه كفنها ، كسيِّد العبد والوالد .

ولنا : أن النفقة والكسوة تجب فى النكاح للتمكّن من الاستمتاع . ولهذا تسقط بالنشوز والبَيْنُونة وقد انقطع ذلك بالموت . فأشبه مالو انقطع بالفُرْقة فى الحياة ، ولأنها بانت منه بالموت ، فأشبهت الأجنبية وفارقت المملوك ، فإن نفقته تجب بحقِّ الملك لا بالانقطاع . ولهذا تجب نفقة الآبقِ وفطرته ، والوالد أحقُّ بدَفْنه وتولِّيه[1] .

---

(١) الوالد أحق بدفن ولده وتولى أمره فالعلاقة بين الوالد وولده تخالف العلاقة بين الزوج وزوجته .

إذا تقرر هذا : فإنه إن لم يـكن لها مال فعلى من تلزمه نفقتها من الأقارب . فإن لم يـكن ، ففي بيت المال ، كمن لازوج لها .

« مسألة » قال ﴿ والسقط إذا ولد لأكثر من أربعة أشهر غُسِّلَ وَصُلِّيَ عَلَيْهِ ﴾ .

السقط : الولد تضعه المرأة ميتاً ، أو لغير تمام ، فأما إن خرج حيًّا واستهلّ[1] ، فإنَّه يُغسَّل ، ويُصَلّى عليه بغير خلاف ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الطفل إذا عرفت حياته ، واستهلّ يُصلّى عليه . وإن لم يَسْتَهِلّ قال أحمد : إذا أَتَى له أربعة أشهر غُسِّلَ وصُلّى عليه . وهذا قول سعيد بن المسيّب ، وابن سيرين ، وإسحاق . وصلّى ابن عمر على ابنٍ لابنته وُلدَ مَيّتاً . وقال الحسن ، وإبراهيم ، والحَكَم ، وحمّاد ، ومالك ، والأوزاعيّ ، وأصحاب الرأى : لايُصلّى عليه حتى يَسْتَهِلّ . وللشافعيّ قولان كالمذهبين . لما رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الطِّفْلُ لاَ يُصَلَّى عَلَيْهِ وَلاَ يَرِثُ وَلاَ يورَثُ حَتَّى يَسْتَهِلّ » رواه الترمذيّ . ولأنه لم يثبُت له حكم الحيـاة ، ولا يرث ، ولا يورث ، فلا يُصَلّى عليـه ، كمن دون أربعة أشهر .

ولنـا : ماروى المغيرة أن النبيّ ﷺ قال : « والسِّقْطُ يُصَلَّى عَلَيْهِ » رواه أبو داود ، والترمذيّ . وفى لفظ رواية الترمذى : « والطِّفْلُ يُصَلَّى عَلَيْهِ » وقال : هـذا حديث حسن صحيح . وذكره أحمد ، واحتجّ به وبحديث أبى بكر الصديق رضى الله عنه قال : « مَا أَحَدٌ أَحَقُّ أَنْ يُصَلَّى عَلَيْهِ مِنَ الطِّفْلِ » ولأنه نَسَمَةٌ نُفخ فيـه الروح ، فيصلّى عليـه ، كالمُسْتَهِلّ . فإن النبيّ صلى الله عليـه وسلم أخبر فى حديثه الصادق المصدوق أنه يُنْفَخُ فيه الروح لأربعـة أشهر . وحديثهم قال الترمذيُّ : قد اضطرب الناس فيه ، فرواه بعضهم موقوفاً . قال الترمذى : كان هذا أصحّ من المرفوع ، وأما الإرث فلأنه لاتُعلم حياتُه حال موت مُوَرِّثه . وذلك من شروط الإرث ، والصـلاة من شرطها أن تصادف من كانت فيه حياة ، وقد علم ذلك بمـا ذكرنا من الحديث . ولأن الصلاة عليه دعاء له ولوالديه وخير فلا يحتاج فيها إلى الاحتياط واليقين ، لوجود الحياة بخلاف الميراث ، فأما من لم يأت له أربعة أشهر ، فإنّه لايُغسَّل ، ولا يُصلَّى عليه ، ويُلَفُّ فى خِرْقَةٍ ، ويُدفَن . ولا نعلم فيـه خلافاً إلا عن ابن سيرين . فإنه قال : يُصَلَّى عليه إذا عُلم أنه نفخ فيه الروح ، وحديث الصادق المصدوق يدلّ على أنه لايُنفخ فيه الروح إلا بعد أربعة أشهر ، وقبل ذلك فلا يكون نَسَمَةً ، فَلَا يُصَلَّى عليه ، كالجمادات والدم .

« مسألة » قال : ﴿ فإن لم يتبيّن أذكر هو أم أنثى ؟ سُمّى اسماً يصلح للذكر والأنثى ﴾ .

هـذا على سبيل الاستحباب ، لأنه يُروى عن النبى ﷺ أنه قال : « سَمُّوا أَسْقَاطَكُمْ فَإِنَّهُمْ

---

(١) استهل : صرخ وظهر صوته .

أَسْلَافُـكُمْ» رواه ابن السّماك بإسناده ، قيل : إنهم إنما يسمّون ليُدْعَوْا يوم القيامة بأسمائهم . فإذا لم يعلم هل السقط ذكر أو أنثى ؟ سمّى اسماً يصلُحُ لهما جميعاً ، كسلَمة ، وقتـادة ، وسعادة ، وهنـد ، وعُتبـة ، وهِبَة الله ، ونحو ذلك .

« مسألة » قال : ﴿ وتغسل المرأة زوجها ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المرأة تغسل زوجها إذا مات ، قالت عائشة : « لَوْ اسْتَقْبَلْنَا مِنْ أَمْرِنَا مَا اسْتَدْبَرْنَا مَا غَسَّلَ رَسُولَ اللهِ ﷺ إِلَّا نِسَاؤُهُ » رواه أبو داود . وأوصى أبو بـكر رضى الله عنه أن تُغَسِّلَه امرأته أسماء بنْتُ عُمَيْس ، وكانت صائمةً ، فعزم عليها أن تُفطر . فلَمَّا فَرَغَتْ مِنْ غُسْلِهِ ذَكَرَتْ يَمِينَهُ . فقالت : لا أُتْبِعُهُ الْيَوْمَ حِنْثاً ، فَدَعَتْ بِمَاءٍ فَشَرِبَتْ . وغَسَّلَ أَبَا مُوسَى امْرَأَتُهُ أُمُّ عَبْدِ اللهِ ، وأوصى جابِرُ بنُ زَيْد أن تُغَسِّلَهُ امْرَأَتُه . قال أحمد : ليس فيه اختلاف بين الناس .

« مسألة » قال : ﴿ وإن دعت الضرورة إلى أن يُغَسِّل الرجلُ زوجته فلا بأس ﴾ .

المشهور عن أحمد : أن للزوج غُسلَ امرأته ، وهو قول عَلقمة ، وعبد الرحمن بن يزيد بن الأسود ، ابن زيد ، وسليمان بن يَسار ، وأبي سَـلَمة بن عبد الرحمن ، وقتادة ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وإسحاق . وعن أحمد رواية ثانية ، ليس للزوج غُسلها . وهو قول أبي حنيفة ، والثوريّ . لأن الموت فُرْقَةٌ تُبِيحُ أختَها ، وأربعاً سواها ، فحرّمت النظرَ واللمسَ كالطلاق .

ولنا : ما روى ابن المنذر : « أنّ عَلِيّاً رَضِيَ اللهُ عَنْهُ غَسَّلَ فَاطِمَةَ رضِيَ اللهُ عَنْهَا » واشتهر ذلك فى الصحابة ، فلم ينـكروه ، فـكان إجماعاً . ولأن النبيّ ﷺ قال لعائشة رضى الله عنها : « لَوْ مُتِّ قَبْـلِي لَغَسَّلْتُكِ وَكَفَّنْتُكِ » رواه ابن ماجه . والأصل فى إضافة الفعل إلى الشخص أن يكون للمباشرة ، وحمْله على الأمر يُبطل فائدة التخصيص . ولأنه أحد الزوجين ، فأُبيح له غُسل صاحبه كالآخر . والمعنى فيه أن كلّ واحد من الزوجين يَسْهُلُ عليه اطلاع الآخر على عورته ، دون غيره ، لـما كان بينهما فى الحياة ، ويأتى بالغُسل على أكمل ما يُمكنه ، لـما بينهما من المودّة والرحمة ، وما قاسوا عليه لا يصحّ ، لأنّه يمنع الزوجة من النظر . وهذا بخلافه ، ولأنه لا فرق بين الزوجين إلاّ بقاء العدّة ، ولا أثر لها ، بدليل مالو مات المطلّق ثلاثاً ، فإنّه لايجوز لها غُسله مع العدّة ، ولأن المرأة لو وضعت حملها عقب موته كان لها غُسله ، ولا عدّة عليها . وقول الخِرَقِيّ : وإن دعت الضرورة إلى أن يُغَسِّل الرجلُ زوجته فلا بأس - يعنى به أنه يكره له غُسلها مع وجود من يُغَسّلها سواه ، لما فيه من الخلاف ، والشبهة ، ولم يرد أنه محرّم ، فإن غُسْلها لو كان محرّماً لم تبحه الضرورة ، كغُسل ذوات محَارِمه ، والأجنبيات .

فصل

فإن طلّق امرأته ، ثم مات أحدهما فى العدّة ، وكان الطلاق رَجْعِيًّا ، فحكمهما حكم الزوجين قبل الطلاق . لأنها زوجة تعتدّ للوفاة ، وترثه ويرثها ، ويُباح له وطؤها ، وإن كان بائناً لم يجُز ، لأن اللمس والنظر محرّم حال الحياة ، فبعد الموت أولى ، وإن قلنا : إن الرجعية محرّمة لم يُبح لأحدهما غُسل صاحبه ، لما ذكرناه .

فصل

وحكم أم الولد حكم المرأة فيما ذكرنا . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا يجوز لها غسل سيّدها ، لأنّ عتقها حصل بالموت ، ولم يبق عُلْقة من ميراث ، ولا غيره ، وهذا قول أبى حنيفة .

ولنا : أنها فى معنى الزوجة فى اللمس ، والنظر ، والاستمتاع ، فكذلك فى الغُسل ، والميراث ليس من المقتضى ، بدليل الزوجين إذا كان أحدهما رقيقاً . والاستبراء هاهنا كالعدّة ، ولأنها إذا ماتت يلزمه كفنها ، ودفنها ، ومؤنتها ، بخلاف الزوجة . فأما غير أمّ الولد من الإماء فيحتمل أن لا يجوز لها غُسل سيّدها . لأن الملك انتقل فيها إلى غيره ولم يكن بينهما من الاستمتاع ماتصير به فى معنى الزوجات ، ولو مات قبل الدخول بامرأته احتمل أن لا يُباح لها غُسله لذلك ، والله أعلم .

فصل

وإن كانت الزوجة ذِمِّيَّةً فليس لها غُسل زوجها ، لأن الكافر لا يَغَسّل المُسلم ، لأن النية واجبة فى الغسل ، والكافرُ ليس من أهلها ، وليس لزوجها غُسلها ، لأنّ المسلم لا يُغَسّل الكافر ، ولا يتولّى دَفْنَه ، ولأنه لا ميراث بينهما ، ولا موالاة . وقد انقطعت الزوجية بالموت ، ويتخرّج جواز ذلك بناء على جواز غسل المسلم الكافر .

فصل

وليس لغير من ذكرنا من الرجال غُسل أحدٍ من النساء ، ولا أحدٍ من النساء غُسلُ غير من ذكرنا من الرجال ، وإن كُنَّ ذوات رَحِمٍ مَحْرَمٍ . وهذا قول أكثر أهل العلم . وحُكى عن أبى قِلاَبة أنه غَسَّل ابنته ، واستعظم أحمدُ هذا ، ولم يعجبه . وقال : أليس قد قيل : استأذن على أمّك ، وذلك لأنها محرّمة حال الحياة ، فلم يجز غُسلها كالأجنبية ، وأخته من الرضاع . فإن دعت الضرورة إلى ذلك بأن لا يوجد من يُغَسّل المرأة من النساء . فقال مهنا : سألت أحمد عن الرجل يُغَسِّل أخته إذا لم يجد نساء ؟ قال : لا ، قلت فكيف يصنع ؟ قال : يُغَسِّلها وعليها ثيابها ، يَصُبُّ عليها الماء صَبًّا ، قلت لأحمد : وكذلك كلّ ذاتِ محرَم وَتغَسِّلُ عَلَيْها ثيابَها ؟ قال : نعم . وقال الحسن ومحمد ، ومالك : لا بأس

بغُسل ذات مَحْرَم عند الضرورة ، فأمّا إن مات رجل بين نسوة أجانب ، أو امرأة بين رجال أجانب ، أو مات خنثى مُشكل فإنه يُيَمَّم . وهذا قول سعيد بن المسيّب ، والنخعىّ ، وحمّاد ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وحكى أبو الخطّاب روايةً ثانيةً : أنّه يُغَسّل من فوق القميص ، يُصَبُّ عليه الماء من فوق القميص صبًّا . ولا يُمَسّ ، وهو قول الحسن ، وإسحق .

ولنا : ما روى تمّام الرازىّ فى فوائده بإسناده ، عن مكحول ، عن واثلة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا مَاتَتِ الْمَرْأَةُ مَعَ الرِّجَالِ لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُمْ مَحْرَمٌ تُيَمَّمُ كَمَا يُيَمَّمُ الرِّجَالُ » . ولأن الغُسْلَ من غير مسّ لا يحصل به التنظيف ، ولا إزالة النجاسة ، بل ربّما كثرت ، ولا يَسْلَمُ من النظر ، فكان العدول إلى التيمّم أولى ، كما لو عدم الماء .

فصل

وللنساء غُسل الطفل بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من يحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة تُغَسِّل الصبى الصغير ، قال أحمد : لهنّ غُسْل مَنْ له دون سبع سنين . وقال الحسن : إذا كان فطيماً أو فوقه . وقال الأوزاعىّ : ابن أربع أو خمس . وقال أصحاب الرأى : الذى لم يتكلّم .

ولنا : أن من له دون السبع لم نؤمر بأمره بالصلاة ، ولا عورة له ، فأشبه ماسلّموه . فأمّا من بلغ السبع ولم يبلُغ . فحكى أبو الخطاب فيه روايتين . والصحيح أن من بلغ عشراً ليس للنساء غُسلُه . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ » وأمره بضربهم للصلاة لعشر ، يحتمل أن يلحق بمن دون السبع ، لأنه فى معناه ، ويحتمل أن لايلحق به ، لأنه يُفارقه فى أمره بالصلاة ، وقُربه من المراهق .

فأمّا الطفلة الصغيرة فلم ير أبو عبد الله أن يُغَسِّلها الرجل . وقال : النساء أعجب إلىّ ، وذُكر له أن الثورىّ يقول : تُغَسِّل المرأةُ الصبىَّ ، والرَّجُلُ الصبيَّةَ . قال : لا بأس أن تُغَسِّل المرأة الصبىّ . وأما الرجل يُغَسِّل الصبيَّة فلا أجترىء عليه ، إلا أن يُغَسِّل الرجل ابنته الصغيرة . فإنه يُروى عن أبى قِلاَبَة أنّه غَسَّل بنتاً له صغيرة . والحسن قال : لا بأس أن يُغَسِّل الرجل ابنته إذا كانت صغيرة . وكره غسلَ الرجلِ الصغيرَ سعيدٌ والزهرىّ[1] . قال الخلال : القياس التسوية بين الغلام والجارية ، لولا أن التابعين فرقوا بينهما . فكرهه أحمد لذلك . وسوّى أبو الخطاب بينهما ، فجعل فيهما روايتين ، جرياً على مُوجَب القياس . والصحيح ماعليه السلف من أن الرجل لا يُغَسِّل الجارية ، والتفرقة بين عورة الغلام والجارية . لأن عورة

(١) الواو بين سعيد ، والزهرى ، غير موجودة فى النسخ المطبوعة .

الجارية أفحشُ . ولأن العادة مُعاناة المرأة للغـلام الصغير ، ومباشرة عورته فى حال تربيته . ولم تجر العادة بمباشرة الرجل عورةَ الجارية فى الحياة ، فـكذلك حالة الموت ، والله أعلم .

فأما الصبىّ إذا غَسَّل الميِّتَ ، فإن كان عاقلاً صح غُسله ، صغيراً كان أو كبيراً لأنه يصح طهارته ، فصحّ أن يطهّر غيره ، كالـكبير .

فصـــــل

ويصح أن يُغَسِّل المُحْرِمُ الحلالَ ، والحلالُ المُحْرِمَ ، لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما تصحُّ طهارته وغسله ، فـكان له أن يُغَسِّل غيره .

فصـــــل

ولا يصحُّ غُسل الـكافر المُسلِمَ . لأنها عبادة ، وليس الـكافر من أهلها . وقال مكحول فى امرأة توفّيت فى سفر ، ومعها ذو محرم ونساء نَصَارَى : يُغَسِّلُهَا النساء . وقال سفيان فى رجل مات ، مع نساء ليس معهنَّ رجل . قال : إن وجدُوا نَصْرَانيًّا أو مجوسيًّا فلا بأس ، إذا توضَّأ أن يُغَسِّله ، ويُصَلِّى عليه النساء . وغَسّلت امرأةُ عَلْقَمَةَ امرأةً نَصْرَانية ، ولم يُعجب هذا أبا عبد الله . وقال : لا يُغَسّله إلا مُسلم ويُيَمّم ، لأن الـكافر نجس[1] ، فلا يطهِّر غُسلُه المسلم ، ولأنه ليس من أهـل العبادة . فلا يصحّ غُسله المسلم كالمجنون .

وإن مات كافر مع مسلمين لم يغسّلوه ، سواء كان قريباً منهم ، أو لم يـكن . ولا يتولّوا دفنه ، إلاَّ أن لا يجدوا من يواريه ، وهذا قول مالك . وقال أبو حَفْص العُكبَرِىّ : يجوز له غُسل قريبه الـكافر ، ودفنه . وحكاه قولاً لأحمد ، وهو مذهب الشافعىّ . لما رُوى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال : « قُلْتُ للنبىِّ ﷺ : إنَّ عَمَّكَ الشَّيْخَ الضَّالَّ قَدْ مَاتَ . فقال النبىُّ ﷺ : اذْهَبْ فَوَارِهِ » .

ولنـا : أنه لا يُصَلِّى عليه ، ولا يدعو له ، فلم يـكن له غُسله ، وتولّى أمره كالأجنبى ، والحديث إن صحّ يدلّ على مواراته ، وله ذلك إذا خاف من التعيير به ، والضرر ببقائه . قال أحمد رحمه الله فى يهودىّ أو نصرانىّ مات ، وله ولد مُسلم : فليركب دابَّة ، وليسر أمام الجنازة ، وإذا أراد أن يدفن ، رجع مثلَ قول عمر رضى الله عنه .

« مسألة » قال : ﴿ والشهيد إذا مات فى موضعه لم يُغَسّل ، ولم يُصَلّ عليه ﴾ .

يعنى : إذا مات فى المعترك ، فإنه لا يُغَسّل روايةً واحدة ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه

---

(١) أى نجس العقيدة ، وهى نجاسة معنوية شبهت بالنجاسة الحسية . ومعنى (المشركون نجس) المشركون كالنجس فى القذارة ، فحذف وجه الشبه والأداة وصار تشبيهاً بليغاً .

خلافاً إلاَّ عن الحسن ، وسعيد بن المسيّب قالا : يُغَسّل الشهيد ، مامات ميّت إلا جُنباً . والاقتداء بالنبيِّ صلى الله عليه وسلم وأصحابه فى ترك غُسلهم أولى .

فأما الصلاة عليه ، فالصحيح أنه لا يُصلّى عليه ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يُصلّى عليه ، اختارها الخلاَّل . وهو قول الثورىّ ، وأبى حنيفة ، إلاَّ أن كلام أحمد فى هذه الرواية يُشير إلى أنّ الصلاة عليه مُستحبّة غيرُ واجبة . قال فى موضع : إنّ صلّى عليه فلا بأس به . وفى موضع آخر قال : يُصلّى ، وأهل الحجاز لا يُصلون عليه ، وماتضرّه الصلاة ، لا بأس به . وصرّح بذلك فى رواية المروزىّ ، فقال : الصلاة عليه أجود ، وإن لم يُصلُّوا عليه أجزأ . فكأن الروايتين فى استحباب الصلاة لا فى وجوبها . إحداهما يُستحبُّ ، لما رَوى عقبة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم خَرَجَ يَوْماً ، فَصَلَّى عَلَى أَهْلِ أُحُدٍ صَلاَتَهُ عَلَى المَيِّتِ ، ثُمَّ انْصَرَفَ إِلَى المِنْبَرِ » متفق عليه . وعن ابن عبّاس : « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم صَلَّى عَلَى قَتْلَى أُحُدٍ » .

ولنا : ماروى جابر : « أَنَّ النبيَّ ﷺ أَمَرَ بِدَفْنِ شُهَدَاءِ أُحُدٍ فِى دِمَائِهِمْ ، وَلَمْ يُغَسِّلْهُمْ ، وَلَمْ يُصَلِّ عَلَيْهِمْ » متفق عليه ولأنه لا يُغَسّل مع إمكان غُسله ، فلم يُصلّ عليه كسائر من لم يُغَسّل . وحديث عُقبة مخصوص بشهداء أُحُد . فإنّه صلّى عليهم فى القبور بعد ثمانى سنين ، وهم لا يُصلُّون على القبر أصلاً ، ونحن لا نُصلّى عليه بعد شهر . وحديث ابن عبّاس يرويه الحسن بن عُمارة ، وهو ضعيف ، وقد أنكر عليه شُعبة رواية هذا الحديث . وقال : إن جرير بن حازم يُكَلّمُنى فى أن لا أتكلّم فى الحسن بن عُمارة ، وكيف لا أتكلّم فيه ، وهو يَروى هذا الحديث ؟ ثم نَحمِلُه على الدعاء .

إذا ثبت هذا : فيحتمل أن ترك غُسل الشهيد لما تضمّنه من الغُسل من إزالة أثر العبادة المُستحسنة شرعاً ، فإنه جاء عن النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم أنه قال : « وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لاَ يُكْلَمُ[1] أَحَدٌ فِى سَبِيلِ اللهِ ــ وَاللهُ أَعْلَمُ بِمَنْ يُكْلَمُ فى سَبِيلِهِ ــ إلاَّ جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَاللَّوْنُ لَوْنُ دَمٍ وَالرِّيحُ رِيحُ مِسْكٍ » رواه البخارىّ ، وقال النبىّ ﷺ : « لَيْسَ شَىْءٌ أَحَبُّ إِلَى اللهِ مِنْ قَطْرَتَيْنِ وَأَثَرَيْنِ : أَمَّا الأَثَرَانِ : فَأَثَرٌ فِى سَبِيلِ اللهِ ، وَأَثَرٌ فِى فَرِيضَةِ اللهِ تَعَالَى » رواه الترمذىّ ، وقال هو حديث حسن . وقد جاء ذكر هذه العلة فى الحديث ، فإن عبد الله بن ثعلبة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زَمِّلُوهُمْ بِدِمَائِهِمْ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ كَلْمٌ يُكْلَمُ فِى اللهِ إلاَّ يَأْتِى يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَدْمَى ، لَوْنُهُ لَوْنُ الدَّمِ وَرِيحُهُ رِيحُ المِسْكِ » رواه النسائىّ .

---

(١) الكلم : بفتح الكاف وسكون اللام الجرح ، ومن ذلك قول العرب (كلم اللسان أنكى من كلم السنان) أى جرح الكلام أشد من جرح السلاح .

ويحتمل أن الغُسل لايجب إلاَّ من أجل الصلاة ، إلا أن الميّت لافعل له ، فأمرنا بغسله لنُصلِّي عليه ، فمن لم تجب الصلاة عليـه لم يجب غُسله كالحيّ . ويحتمل أن الشهداء فى المعركة يَـكثُرون فيَشُقّ غُسْلهم ، وربما يكون فيهم الجراح ، فيتضررون ، فعُفِى عن غسلهم لذلك .

وأما سقوط الصلاة عليهم : فيحتمل أن تـكون علّته كونهم أحياء عند ربّهم ، والصلاة إنما شُرِعت فى حقّ الموتَى . ويحتمل أن ذلك لغنـاهم عن الشفاعة لهم ، فإنّ الشهيد يَشْفَعُ فى سبعين من أهـله ، فلا يحتاج إلى شفيع ، والصلاةُ إنما شُرِعَت للشفاعة .

فصـــــل

فإن كان الشهيد جُنباً غُسّل ، وحكمه فى الصلاة عليه حـكم غيره من الشهداء . وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لايُغَسّل لعموم الخبر ، وعن الشافعىّ كالمذهبين .

ولنا : ماروِى « أنَّ حَنْظَلَةَ بنَ الرَّاهِبِ قُتِلَ يَوْمَ أُحُدٍ ، فقال النبىُّ صلى الله عليه وسلم : « مَاشَأْنُ حَنظَلَةَ ؟ فَإِنِّى رَأَيْتُ المَلاَئِـكَةُ تُغَسِّلُهُ ، فقالوا : إنه جَامعَ ، ثُمَّ سَمِـعَ الهَيْعَةَ[1] فَخَرَجَ إلى القِتَالِ »[2] رواه ابن إسحاق فى المغازى . ولأنَّه غُسل واجب لغير الموت ، فسقط بالموت ، كغَسل النجاسة ، وحديثهم لاعموم له ، فإنه قضيَّةٌ فى عين ، ورد فى شهداء أُحُدٍ ، وحديثُنا خاصّ فى حنظلة ، وهو من شهداء أُحُدٍ . فيجب تقديمه .

إذا ثبت هذا فمن وجب الغُسل عليه بسبب سابق على الموت ، كالمرأة تطهرُ من حيض ، أو نفاس ، ثم تُقتل فهى كالجُنب ، للعـلة التى ذكرناها . ولو قتلت فى حيضها ، أو نفاسها ، لم يجب الغُسل ، لأن الطهر من الحيض شرط فى الغسل ، أو فى السبب المُوجب ، فلا يثبت الحـكم بدونه . فأمَّا إن أسـلم ثم استُشْهِدَ فلا غسل عليـه ، لأنه رُوِى « أنَّ أُصَيْرِمَ بنَ عَبْدِ الأَشْهَلِ أَسْلَمَ يَوْمَ أُحُدٍ ثُمَّ قُتِلَ فَـلَمْ يُؤْمَرْ بِغُسْلِهِ »[3] .

فصـــــل

والبالغ وغيره سواء ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، وابن المنـذر . وقال أبو حنيفة : لايثبتُ حكم الشهادة لغير البالغ ، لأنه ليس من أهل القتال .

---

(١) الهيعة : نداء الحرب (أو الكبسة) كما يسمونها الآن .

(٢) ويسمى حنظلة هذا « غسيل الملائكة » تسمية له بأعجب أحواله ، وهو ما أخبر به النبى صلى الله عليه وسلم عنه من أن الملائـكة غسلته .

(٣) هذا داخل فى شهداء أحد ، فإنهم لم يغسلوا ، فلا يجوز الاستدلال به على عدم غسل من أسلم ثم قتل .

ولنا : أنه مُسلم قُتل فى معترك المشركين بقتالهم أشبه البالغ ، ولأنه أشبه البالغ فى الصلاة عليه . والغُسل إذا لم يقتله المشركون ، فيشبهه فى سقوط ذلك عنه بالشهادة ، وقد كان فى شُهداء أُحُدٍ حارِثَةُ بن النُّعمان ، وعُمَيْرُ بن أبى وقَّاص أخو سعد ، وهما صغيران ، والحديث عامّ فى الكلّ ، وما ذكره يبطُل بالنِّساء .

« مسألة » قال { ودفن فى ثيابه وإن كان عليه شىء من الجلود والسلاح نُحِّىَ عنه } .

أما دفنه بثيابه فلا نعلم فيه خلافاً ، وهو ثابت بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « ادْفِنُوهُمْ بِثِيَابِهِمْ » . وروى أبو داود ، وابن ماجه ، عن ابن عباس : « أنَّ رسولَ الله ﷺ أمرَ بقَتْلَى أحد أن يُنزَع عنهم الحديد ، والجلود ، وأن يُدفنوا فى ثيابهم ، بدمائهم ، وليس هذا بحتْم ، لكنَّه الأَوْلى . وللولىّ أن ينزع عنه ثيابَه ، ويكفِّنه بغيرها ، وقال أبو حنيفة : لا يُنزع عنه شىء لظاهر الخبر .

ولنا : ما رُوى « أنَّ صَفِيَّةَ أَرْسَلَتْ إلى النبىِّ صلى الله عليه وسلم ثَوْبَيْنِ ليُكَفِّنَ فِيهِمَا حَمْزَةَ فَكَفَّنَهُ فى أحَدِهِما ، وكَفَّنَ فى الآخَرِ رَجُلاً آخَرَ » رواه يعقوب بن شَيْبَة ، وقال : هو صالح الإسناد . فدلَّ على أن الخيار إلى الولىِّ ، والحديث الآخَرُ يُحمل على الإباحة ، والاستحباب .

إذا ثبت هذا : فإنه يُنزع عنه من لباسه مالم يكن من عامَّة لباس الناس ، من الجلود ، والفِرَاء ، والحديد . قال أحمد : لا يُترك عليه فرو ، ولا خُفّ ، ولاجلد . وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو حنيفة . وقال مالك : لا يُنزع عنه فرو ، ولا خُفّ ، ولا مَحْشُوّ . لقول النبىّ ﷺ « ادْفِنُوهُمْ بِثِيَابِهِمْ » وهذا عامّ فى الكلّ ، وما رويناه أخصّ ، فكان أولى .

« مسألة » قال { وإن حُمِل وبه رَمَقٌ غُسِّل وصُلِّىَ عليه } .

معنى قوله : « رَمَق » أى حياة مستقرّة ، فهذا يغسَّل ، ويصلَّى عليه ، وإن كان شهيداً ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم « غَسَّلَ سَعْدَ بنُ مُعَاذٍ ، وصَلَّى عليه ، وكان شهيداً ، رماه ابن العَرِقَةِ[1] يوم الخَنْدَقِ بسَهْمٍ فقَطع أَكْحَلَهُ فحُمِل إلى المَسْجِدِ ، فلَبِثَ فِيهِ أيَّاماً حتَّى حَكَمَ فى بَنِى قُرَيْظَةَ ثُمَّ انفَتَحَ جُرْحُهُ فمَاتَ » وظاهر كلام الخِرَقىّ أنه متى طالت حياته بعد حمله غُسِّل وصُلِّىَ عليه ، وإن مات فى المعترك ، أو عقب حمله لم يُغَسَّل ، ولم يُصلّ عليه ، ونحو هذا قول مالك ، قال : إن أكل ، أو شرب ، أو بقى يومين

(١) العرقة : بفتح العين وكسر الراء ، وقد تفتح اسمها ، قلابة ، بكسر القاف ، سميت بذلك لطيب ريحها، وابن العرقة : اسمه حبان ، والأكحل عرق فى اليد ، ويسمى عرق الحياة لأنه إذا أصيب مات المصاب فيه ، وقد طلب سعد بن معاذ رضى الله عنه من الله تعالى أن يطيل حياته حتى يحكم فى بنى قريظة من اليهود الذين خانوا رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين وقد أجاب الله دعاءه .

أو ثلاثة غُسِّل وقال أحمد فى موضع : إن تكلم أو أكلَ أو شرب صُلِّى عليه . وقول أصحاب أبى حنيفة نحوٌ من هذا . وعن أحمد أنه سُئِلَ عن المجروح إذا بقى فى المعترك يوماً إلى الليل ثم مات ، فرأى أن يُصَلَّى عليه . وقال أصحاب الشافعىّ : إن مات حال الحرب لم يُغَسَّل ، ولم يُصَلّ عليه ، وإلاَّ فلا ، والصحيح : التحديد بطول الفصل ، أو الأكل . لأن الأكل لا يكون إلاّ من ذى حياة مستقرّة ، وطول الفصل يدلّ على ذلك ، وقد ثبت اعتباره فى كثير من المواضع .

وأما الكلامُ والشرب ، وحالة الحرب ، فلا يصحّ التحديد بشىء منها . لأنه يُروى أن النبىّ ﷺ قال يوم أُحُدٍ : « مَنْ يَنْظُرُ مَا فَعَلَ سَعْدُ بنُ الرَّبِيعِ ؟ فقالَ رَجُلٌ : أَنَا أَنْظُرُ لَكَ يَا رَسُولَ اللهِ ، فَنَظَرَ فَوَجَدَهُ جَرِيحاً بِهِ رَمَقٌ ، فقال له : إنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَمَرَنِى أَنْ أَنْظُرَ فى الْأَحْيَاءِ أَنْتَ أَمْ فى الْأَمْوَاتِ ؟ قال : فَأَنَا فى الْأَمْوَاتِ ، فَأَبْلِغْ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنِّى السَّلَامَ » وذكر الحديث ، قال : ثمّ لم أَبْرَحْ أَنْ مَاتَ . ورُوِى : « أَنَّ أُصَيْرِمَ بنَ عَبْدِ الْأَشْهَلِ وُجِدَ صَرِيعاً يَوْمَ أُحُدٍ ، فَقِيلَ لَهُ : مَا جَاءَ بِكَ ؟ قال : أَسْلَمْتُ ثمَّ جِئْتُ » وهما من شهداء أُحُد دخلا فى عموم قول النبى ﷺ : « ادْفِنُوهُمْ بِدِمَائِهِمْ وَثِيَابِهِمْ » ولم يُغَسّلهم ، ولم يُصَلّ عليهم ، وقد تكلّما ، وماتا بعد انقضاء الحرب وفى قصة أهل اليمامة عن ابن عمر « أَنَّهُ طَافَ فى الْقَتْلَى فَوَجَدَ أَبَا عَقِيلٍ الْأُنَيْفِيّ قال : فَسَقَيْتُهُ ماءً وَبِهِ أَرْبَعَةَ عَشَرَ جُرْحاً كُلُّهَا قَدْ خَلَصَ إِلَى مَقْتَلٍ ، فَخَرَجَ المَاءُ مِنْ جِرَاحَاتِهِ كُلِّهَا فَلَمْ يُغَسَّلْ » وفى فتوح الشام « أن رجلا قال : أَخَذْتُ ماءً لَعَلِّى أَسْقِى ابنَ عَمِّى إِنْ وَجَدْتُ بِهِ حَيَاةً ، فَوَجَدْتُ الْحَارِثَ بنَ هِشَامٍ فَأَرَدْتُ أَنْ أَسْقِيَهُ ، فَإِذَا رَجُلٌ يَنْظُرُ إِلَيْهِ ، فَأَوْمَأَ لِى أَنْ أَسْقِيَهُ ، فَذَهَبْتُ إِلَيْهِ لِأَسْقِيَهُ فَإِذَا آخَرُ يَنْظُرُ إِلَيْهِ ، فَأَوْمَأَ لِى أَنْ أَسْقِيَهُ فَلَمْ أَصِلْ إليه حَتَّى مَاتُوا كُلُّهُم » ولم يُفْرَد أحد منهم بغسل ، ولا صلاة ، وقد ماتوا بعد انقضاء الحرب .

فصــــل

فإن كان الشهيد عاد عليه سلاحُه فقتله ، فهو كالمقتول بأيدى العدوّ . وقال القاضى : يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عليه لأنه مات بغير أيدى المشركين ، أشبه مالو أصابه ذلك فى غير المعترك .

ولنا ما رَوى أبو داود عن رجل من أصحاب النبىّ ﷺ قال : « أَغَرْنَا عَلَى حَىٍّ مِنْ جُهَيْنَةَ فَطَلَبَ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ رَجُلاً مِنْهُمْ ، فَضَرَبَهُ فَأَخْطَأَهُ ، فَأَصَابَ نَفْسَهُ بِالسَّيْفِ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَخُوكُمْ يَا مَعْشَرَ الْمُسْلِمِينَ . فابْتَدَرَهُ النَّاسُ ، فَوَجَدُوهُ قَدْ مَاتَ ، فَلَفَّهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِثِيَابِهِ ، وَدِمَائِهِ ، وَصَلَّى عَلَيْهِ ، فقالوا : يا رَسُولَ الله : أَشَهِيدٌ هُوَ ؟ قال : نَعَمْ ،

وأنا لَهُ شَهِيدٌ » وعامر بن الأكوع بارَزَ مَرْحَباً يوم خيبر فذهب يُسْفِلُ لَهُ(١) فرجع سَيْفُهُ على نَفْسِهِ ، فكانت فيها نَفْسُه . فلم يُفْرَد عن الشهداء بحُكم . ولأنه شهيدُ المعركة ، فأشبه مالو قتله الكفَّار . وبهذا فارق ، مالو كان فى غير المعترك ، فأما إن سقط عن دابَّته أو وُجد ميتاً ، ولا أثر به ، فإنه يُغَسّل ، نصّ عليه أحمد ، وتأوّل الحديث «ادْفِنُوهُمْ بِكُلُومِهِمْ(٢)» فإذا كان به كَلْمٌ لم يُغَسّل ، وهذا قول أبى حنيفة فى الذى يوجد ميّتاً لاأثر به . وقال الشافعىّ : لايُغَسّل بحال ، لاحتمال أنه مات بسبب من أسباب القتال .

ولنا : أن الأصل وجوب الغُسل ، فلا يسقط بالاحتمال ، ولأن سقوط الغُسل فى محل الوفاق مقرون بمن كُلِمَ فلا يجوز حذف ذلك عن درجة الاعتبار .

فصـــــل

ومن قتل من أهل العدل(٣) فى المعركة فحكمه فى الغُسل والصلاة حكم من قُتل فى معركة المشركين . لأن عَلياً رضى الله عنه لم يُغَسّل من قُتل معه ، وعَمّار أوصى أن لايُغَسّل وقال : ادْفِنُونى فى ثِيَابِى ، فإنّى مُخَاصِمٌ . قال أحمد : قد أوصى أصحاب الجمل إنّا مُستشهدون غدًا ، فَلاَ تَنْزِعُوا عَنَّا ثوباً ، ولا تَغْسِلُوا عَنَّا دَماً ، ولأنه شهيد المعركة أشبه قتيل الكفار ، وهذا قول أبى حنيفة . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : يُغَسّلون ، لأن أسماء غَسَّلَتْ ابنها عبدَ الله بنَ الزُّبيْر ، والأول أولى ، لما ذكرناه . وأما عبد الله بن الزبَيْر فإنه أُخِذَ وَصُلِبَ ، فهو كالمقتول ظُلماً ، وليس بشهيد المعركة .

وأما الباغى : فقال الخِرَقىّ : من قتل منهم غُسِّل ، وكُفِّنَ وصُلِّىَ عليه ، ويحتمل إلحاقه بأهل العدل ، لأنه لم يُنقل إلينا غُسل أهل الجَمَل وصفِّين من الجانبين ، ولأنهم يكثُرون فى المعترك ، فيشُقّ غُسلهم ، فأشبهوا أهل العدل . فأمّا الصلاةُ على أهل العدل ، فيحتمل أن لايُصَلَّى عليهم ، لأننا شبهناهم بشهداء معركة المشركين ، فى الغُسل ، فكذلك فى الصلاة ، ويحتمل أن يصلَّى عليهم ، لأنَّ عَلِيًّا رضىَ الله عنه صلى عليهم(٤) .

---

(١) أى ليضربه من أسفل . (٢) أى بجراحهم ودمائهم .

(٣) أهل العدل : هم أهل الحق ، أى إذا خرج على الإمام جماعة من المسلمين ، ونقضوا بيعته بعد ما لزمتهم ، ووقفوا للمسلمين يقطعون طريقهم ويمنعونهم حقوقهم فحاربهم الإمام ، فمن قتل من رجال الإمام فهو شهيد ، ورجال الإمام هم أهل العدل . والخارجون على الإمام يسمون البغاة .

(٤) تقدم فى أول الفصل أن علياً لم يغسلهم فهل صلى عليهم بدون غسل ؟

فصل

فأما من قُتل ظلماً ، أو قُتل دون ما له ، أو دون نفسه ، وأهله ، ففيه روايتان :

إحداهما : يُغَسَّل ، اختارها الخلاّل ، وهو قول الحسن ، ومذهب الشافعيّ ، ومالك . لأن رتبته دون رتبة الشهيد فى المعترك ، فأشبه المَبْطُون[1] . ولأن هذا لايكثر القتل فيه ، فلم يجز إلحاقه بشهيد المعترك .

والثانية : لايُغَسّل ، ولا يُصَلَّى عليه ، وهو قول الشعبىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق فى الغسل ، لأنه قتل شهيداً ، أشبه شهيد المعترك . قال النبىّ ﷺ : « مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ » .

فصل

فأمّا الشهيد بغير قتل كالمبطون ، والمطعون ، والغَرِق[2] ، وصاحب الهدم ، والنفساء ، فإنهم يُغَسَّلون ويُصلَّى عليهم لانعلم فيه خلافاً إلا مايُحكى عن الحسن ، لايُصلِّى على النفساء ، لأنها شهيدة .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم « صَلَّى عَلَى امْرَأَةٍ مَاتَتْ فِي نِفَاسِهَا ، فَقَامَ وَسْطَهَا » متفق عليه . وصلَّى على سعد بن مُعاذ وهو شهيد ، وصلَّى المسلمون على عمر ، وعلىّ رضى الله عنهما ، وهما شهيدان . وقال النبىّ ﷺ الشهداء خمسة : المطعون ، والمبطون ، والغَرِق ، وصاحب الْهَدْم ، والشهيدُ فى سبيل الله » قال الترمذىّ : هذا حديث صحيح متفق عليه .

وعن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الشَّهَادَةُ سَبْعٌ سِوَى الْقَتْلِ » وزاد على ماذكر فى هذا الخبر صاحبَ الحريق ، وصاحبَ ذات الْجَنْب[3] ، والمرأَةَ تَمُوتُ بِجَمْعٍ شَهِيدة ، وكل هؤلاء يُغَسَّلُونَ ويُصَلَّى عليهم ، لأن النبىّ ﷺ ترك غُسل الشهيد فى المعركة لما يتضمَّنه من إزالة الدم المستطاب شرعاً ، أو لمشقَّة غُسلهم لكثرتهم ، أو لما فيهم من الجراح ، ولا يوجد ذلك هاهنا .

فصل

فإن اختلط موتى المسلمين بموتى المشركين ، فلم يميّزوا صَلَّى على جميعهم ينوى المسلمين . قال أحمد : ويجعلهم بينه وبين القبلة ، ثم يُصَلِّى عليهم . وهذا قول مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : إن كان المسلمون أكثر صلى عليهم ، وإلاّ فلا . لأن الاعتبار بالأكثر ، بدليل أن دار المسلمين الظاهر فيها الإسلام ، لكثرة المسلمين بها ، وعكسها دار الحرب ، لكثرة من بها من الكفار .

---

(١) المبطون : الميت مريضاً ببطنه .

(٢) هو الغريق ، وصاحب الهدم : هو الذى انهدم عليه بيته فمات تحته .

(٣) ذات الجنب : الكلى ، أى الميت مريضاً بالكلى ، وجمع هو مزدلفة أى تموت فى الحج شهيدة .

ولنـا : أنه أمـكن الصلاة على المسلمين من غير ضرر فوجب ، كما لو كانوا أكثر ، ولأنه إذا جاز أن يقصد بصلاته ودعائه الأكثرَ جاز قصدُ الأقلّ ، ويبطل ماقالوه بما إذا اختلطت أخته بأجنبيّات ، أو مَيْتةٌ بمذَكَّيات ثبت الحـكم للأقلّ دون الأكثر .

فصـــــل

وإن وجد ميّت فلم يُعلم أمسلم هو أم كافر ؟ نُظِر إلى العلامات ، من الختان ، والثياب والخِضاب ، فإن لم يـكن عليه علامة ، وكان فى دار الإسلام غُسّل ، وصُلِّيَ عليه ، وإن كان فى دار الكفر لم يُغَسّل ، ولم يُصَلَّ عليه ، نصّ عليه أحمد ، لأن الأصل أن من كان فى دار فهو من أهلها ، يثبت له حـكمهم ، مالم يَقُم على خلافه دليل .

« مسألة » قال ﴿ والمحرم يُغَسّل بماء ، وسدر ، ولا يقرّب طيباً ، ويـكفّن فى ثوبيه ، ولا يُغَطّى رأسه ولا رجلاه ﴾ .

إنما كان كذلك لأن المحرم لايبطل إحرامه بموته . فلذلك جُنِّبَ مايُجَنَّبه المحرم من الطيب ، وتغطية الرأس ، ولُبس المَخيط ، وقطع الشعر ، رُوى ذلك عن عثمان ، وعلى ، وابن عبّاس . وبه قال عطاء ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحق . وقال مالك ، والأوزاعىّ ، وأبو حنيفة : يبطلُ إحرامه بالموت ، ويُصنع به كما يُصنع بالحلال . ورُوى ذلك عن عائشة ، وابن عمر ، وطاوس ، لأنها عبادة شرعية ، فبطلت بالموت ، كالصلاة والصيام .

ولنـا : مارَوى ابن عباس « أنَّ رَجُلاً وَقَصَهُ[1] بَعِيرُهُ وَنَحْنُ مَعَ النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فقال النبى ﷺ : اغْسِلُوهُ بِمَاءٍ وَسِدْرٍ ، وكَفِّنُوهُ فِي ثوبَيْهِ ، ولاَ تُمِسُّوهُ طِيباً ، ولا تُخَمِّرُوا رَأْسَهُ . فإنّ الله يَبْعَثُهُ يَوْمَ القِيَامَةِ مُلَبّداً » وفى رواية « مُلَبِّياً » متفق عليه .

فإن قيل : هذا خاصّ له ، لأنه يُبعث يوم القيامة مُلَبّياً .

قلنـا : حـكم النبىّ صلى الله عليه وسلم فى واحد حكمه فى مثله ، إلاّ أن يَرِد تخصيصه ، ولهـذا ثبت حكمه فى شهداء أُحُد فى سائر الشهداء . وقد رُوى عن النبىّ ﷺ أنه قال : « حُكْمِي عَلَى الوَاحِدِ حُكْمِي عَلَى الجمَاعَةِ » . قال أبو داود : سمعت أحمد بن حنبل يقول : فى هـذا الحديث خمس سنن : كفّنوه فى ثوبَيْه ، أى يـكفّن فى ثوبين ، وأن يـكون فى الغَسَلاَت كلّها سِدْر ، ولا تخمّروا رأسه ،

---

(١) وقصه : كسره . أى وقع من عليه فانكسر فمات .

ولا يُقرِّبوه طيباً ، ويـكون الـكفن من جميع المـال . وقال أحمد فى موضع : يُصَبُّ عليه الماء صَبّاً ، ولا يُغَسَّل كما يُغَسَّل الحَلال ، وإنما كره عَرْكَ رأسه ، ومواضِـع الشعر ، كيلا يتقطَّع شعرُه .

واختلف عنه فى تغطية رجليه ، فروى حنبل عنه : لا تُغطَّى رجـلاه . وهو الذى ذكره الخِرَقىّ . وقال الخلاّل : لا أعرف هذا فى الأحاديث ، ولا رواه أحد عن أبى عبد الله غير حنبل . وهو عندى وَهَم من حنبل . والعمل على أنه يُغَطَّى جميع المحرم إلا رأسه ، لأن إحرام الرجل فى رأسه ، ولا يُمنع من تغطية رجليه فى حياته ، فـكذلك فى مماته .

واختلفوا عن أحمد فى تغطية وجهه . فنَقَل عنه إسماعيـل بن سعيد : لا يُغَطَّى وجهه ، لأن فى بعض الحديث « وَلاَ تُخَمِّروا رَأْسَهُ وَلاَ وَجْهَهُ » ونقل عنه سائر أصحـابه : لا بأس بتغطية وجهه ، لحديث ابن عباس الذى رويناه ، وهو أصح ماروى فيه ، وليس فيه إلا المنع من تغطية الرأس ، ولأن إحرام الرجل فى رأسه ولا يمنع من تغطية وجهه فى الحياة ، فبعد الموت أولى . ولم ير أن يُلْبَسَ المُحْرِمُ المَخِيط بعـد موته ، كما لا يَلْبَسُهُ فى حياته .

وإن كان الميِّت امرأةً مُحْرِمةً أُلْبِسَتْ القَمِيصَ وخُمِّرَتْ كما تفعل ذلك فى حياتها ، ولم تُقرَّب طيباً ، لأنه يَحرُم عليها فى حياتها ، فـكذلك بعد موتها .

« مسألة » قال ﴿ وإن سقط من الميِّت شىء غسل وجعل معه فى أكفانه ﴾ .

وجملته : أنه إذا بان من الميِّت شىء وهو موجود غُسِّل وجُعل معه فى أكفانه ، قاله ابن سيرين ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وقد رُوى عن أسماء : «أَنَّهَا غَسَّلَتْ ابْنَهَا فَـكَانَتْ تَنْزِعُهُ[1] أَعْضَاءً كُلَّمَا غَسَّلَتْ عُضْواً طَيَّبَتْهُ وَجَعَلَتْهُ فى كَفَنِهِ » ولأن فى ذلك جمع أجزاء الميِّت فى موضع واحد ، وهو أولى من تفريقها .

فصـــــل

فإن لم يوجد إلا بعض الميّت ، فالمذهب : أنه يُغَسّل ويُصَلَّى عليه . وهو قول الشافعىّ . ونقل ابن منصور عن أحمـد : أنه لا يُصَلَّى على الجوارح[2] . قال الخلال : ولعله قول قديم لأبى عبـد الله . والذى استقرّ عليه قول أبى عبد الله : أنه يُصَلَّى على الأعضاء . وقال أبو حنيفة ، ومالك : إن وُجـد الأكثر

(١) معنى أنها كانت تنزعه أعضاء أنها وجدت أعضاءه منفصلة عنه ، لأن الحجاج صلبه بعد قتله وبقى مدة مصلوباً : فـكان هذا سبباً فى تحلل أعضائه . أما نزع أعضاء الميت منه وهى متصلة به فهو حرام شديد الحرمة ، لأن الميت كالحى فنزع عضو منه أو جزء وهو ميت حرام كما ينزع من الحى .

(٢) الجوارح : جمع جارحة ، وهى الأعضاء التى يفعل بها الإنسان مايريد ، كاليد والرجل ونحوهما .

صُلِّيَ عليـه وإلا فلاَ . لأنه بعضٌ لايزيد على النصف فلم يُصلِّ عليه ، كالذى بان[1] فى حياة صاحبه ، والشعر ، والظفر .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم . قال أحمد : صلّى أبو أيُّوب على رِجْلٍ ، وصلَّى عمر على عظام بالشام ، وصلَّى أبو عُبَيْدَة على رُءوس بالشام ، رواهما عبـد الله بن أحمـد بإسناده . وقال الشافعىّ : ألقى طائر يداً بمكّة من واقعة الجمل ، فعُرِفَتْ بالخاتَم ، وكانت يَدَ عَبْدِ الرحمن بن عَتَّابِ بن أُسِيد فصلَّى عليها أهلُ مكة ، وكان ذلك بمحضَر من الصحابة ، ولم نعرف من الصحابة مُخالفاً فى ذلك . ولأنه بعضٌ من جملة تجب الصلاة عليها ، فيُصَلَّى عليـه كالأكثر ، وفارق مابان فى الحيـاة . لأنه من جمـلةٍ لايُصَلَّى عليها . والشعر والظفر لاحياة فيه .

فصـــل

وإن وجد الجزء بعـد دفن الميت غُسِّل وصُلِّيَ عليه ، ودُفِنَ إلى جانب القبر ، أو نُبِشَ بعضُ القبر ودُفن فيه ، ولاحاجة إلى كشف الميِّت ، لأن ضرر نبش الميِّت وكشفِه أعظم من الضرر بِتفَرُّقة أجزائه .

فصـــل

والمجدور[2] ، والمحترق ، والغريق ، إذا أمـكن غسْله غُسِّل ، وإن خيف تقطعه بالغُسل صُبَّ عليه الماء صباً ، ولم يُمَسّ . فإن خيف تقطعه بالماء لم يُغَسَّل ، ويُيمم إن أمكن ، كالحىّ الذى يؤذيه الماء ، وإن تعذّر غُسل الميِّت لعدم المـاء يُمِّم ، وإن تعذَّر غُسل بعضه دون بعض غُسِّل ماأمـكن غسْله ، ويُمِّمَ الباقى ، كالحىّ سواء .

فصـــل

فإن مات فى بئرٍ ذاتُ نَفَسٍ[3] فأمكنُ معالجة البئر بالأكسِيَةِ المَبْلُولَةِ تُدَارُ فى البئر حتّى تجتذبَ بخارَه ، ثم ينزل من يُطْلِعهُ ، أو أمكن إخراجُه بكلاّليبَ من غير مُثْلَةٍ لزم[4] ذلك . لأنه أمكن غُسله من غير ضرر ، فلزم كما لو كان على ظهر الأرض ، وإذا شك فى زوال بُخاره أُنزل إليه سراجٌ أو نحوُه ، فإن انطفأ ، فالبُخار باقٍ ، وإن لم ينطفىء فقد زال . فإنه يقال : لاتبقى النار إلا فيما يعيش فيه الحيوان[5]

---

(١) بان : انفصل . (٢) المجدور : الميت بالجدرى . (٣) يعنى إنساناً .

(٤) الكلاليب : الخطاطيف ، والمثلة : الشناعة كإخراجه قطعاً يشنع منظرها ، أو نحو ذلك .

(٥) هذه نظرية معروفة ، فإن اشتعال النار يحتاج إلى الأكسجين ، والأكسجين هو الذى يحتاجه الإنسان والحيوان فى تنفسه ، فإذا لم يوجد الأكسجين كان الهواء فاسداً ، فلا يعيش فيـه الإنسان ولا تشتعل النار .

وإن لم يمكن إخراجه إلاّ بمثلة ، ولم يكن إلى البئر حاجةٌ طُمَّتْ عليه ، فكانت قبْرَه ، وإن كان طمُّها بضرّ بالمارة ، أُخْرِجَ بالكلاليب ، سواء أفضى إلى المُثْلَةِ أو لم يفض ، لأنَّ فيه جمعاً بين حقوق كثيرة ، نفع المارة ، وغسل الميِّت ، وربما كانت المُثلة فى بقائه أعظمَ ، لأنه يتقطّع ويُنْتِنُ ، فإن نزل على البئر قوم فاحتاجوا إلى الماء ، وخافوا على أنفسهم ، فلهم إخراجه وجهاً واحداً . وإن حصلت مُثْلة ، لأن ذلك أسهلُ من تَلَف نفوس الأحياء ، ولهذا لو لم يجد من السترة إلا كَفَن الميِّت ، واضطُرَّ الحيّ إليه قُدِّم الحيّ ، ولأن حرمة الحيّ وحفظَ نفسه أولى من حفظ الميِّت عن المُثلة ، لأنَّ زوال الدنيا أهونُ على الله من قتل مُسلم ، ولأن الميِّت لو بلع مال غيره شُقَّ بطنُه لحفظ مال الحيّ ، وحفظُ النفس أولى من حفظ المال ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وإن كان شاربه طويلا أُخِذَ وجُعِلَ معه ﴾ .

وجملته : أن شارب الميِّت إن كان طويلاً استُحِبَّ قصّه . وهذا قول الحسن ، وبكر بن عبد الله ، وسعيد بن جُبَير ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة ، ومالك : لايُؤخذ من الميِّت شيء ، فإنّه قَطْعُ شيء منه ، فلم يُستحبّ كالختان . واختلف أصحاب الشافعيّ كالقولين .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « اصْنَعُوا بِمَوْتَاكُمْ كَمَا تَصْنَعُونَ بِعَرَائِسِكُمْ » . والعروس يُحسّن ، ويُزال عنه مايُستقبح من الشارب ، وغيره . ولأن تركه يُقبّح منظره ، فشُرعت إزالته ، كفتح عينيه ، وفمه ، شُرع مايزيله ، ولأنه فعل مسنون فى الحياة ، لامضرّة فيه ، فشُرع بعدَ الموت كالاغتسال، ويخرج على هذا الختان لما فيه من المضرّة ، فإذا أُخذ الشعر جُعل معه فى أكفانه ، لأنه من الميِّت فيُستحبُّ جعله فى أكفانه ، كأعضائه ، وكذلك كل ماأُخذ من الميِّت من شعر ، أو ظفر ، أو غيرهما ، فإنه يُغَسَّل ويُجعل معه فى أكفانه كذلك .

فصـــل

فأما الأظفار إذا طالت ففيها روايتان :

إحداهما : لاتُقَلَّم . قال أحمد : لاتُقَلَّم أظفاره ، ويُنَقَّى وَسَخُهَا ، وهو ظاهر كلام الخِرَقيّ ، لقوله : والخلال يستعمل إن احتيج إليه ، والخِلال يُزال به ماتحت الأظفار ، لأن الظفر لايظهر كظهور الشارب ، فلا حاجة إلى قصّه .

والثانية : يُقصّ إذا كان فاحشاً نصَّ عليه ، لأنه من السنّة ، ولا مَضَرَّة فيه ، فيُشرع أخذه كالشارب ويُمكن أن تُحمل الرواية الأولى على ماإذا لم تكن فاحشة .

وأما العانة فظاهر كلام الخِرَقيّ : أنها لاتُؤخذ ، لتركه ذكرها . وهو قول ابن سيرين ، ومالك ،

وأبى حنيفة . لأنه يحتاج فى أخـذها إلى كشف العورة ، ولَمْسِها ، وهَتْك الميِّت ، وذلك مُحرَّم لا يُفعل لغير واجب . ولأن العورة مستورة ، يُستغنى بسترها عن إزالتها . ورُوى عن أحمد أن أخذها مسنون ، وهو قول الحسن ، وبكر بن عبد الله ، وسعيد بن جُبَيْر ، وإسحاق . لأن سعد بن أبى وقَّاص جَزَّ عانَةَ مَيِّتٍ . ولأنّه شعرٌ إزالته من السنَّة ، فأشبه الشارب . والأوّل أولى ، ويفارق الشارب العانَةَ لأنه ظاهر يتفاحش لرؤيته ، ولا يحتاج فى أخذه إلى كشف العورة ، ولا مَسّها .

فإذا قلنا بأخذها فإن حنبلا روى أن أحمد سُئل : ترى أن تُستَعْمَل النُّورَة ؟ قال : الموسى أو مقراض يؤخذ به الشعر من عانته . وقال القاضى : تُزال بالنورة ، لأنه أسهل ، ولا يَمَسّها . ووجـه قول أحمد : أنّه فعل سعد ، والنُّورة لا يُؤمن أن تُتْلِفَ جلد الميِّت .

فصـــــل

فأما الختان فلا يُشرع . لأنه إبانةُ جزء من أعضائه . وهذا قول أكثر أهل العلم . وحُكى عن بعض النـاس أنه يُختَن ، حكاه الإمام أحمـد ، والأول أولى ، لمـا ذكرناه . ولا يُحلق رأس الميِّت ، لأنه ليس من السنَّة فى الحياة ، وإنّما يراد لزينة أو نسك ، ولا يُطلب شىء من ذلك هاهنا .

فصـــــل

وَإِنْ جُبِرَ عَظْمُه بعظم ، فجبر ، ثم مات ، لم ينزع إن كان طـاهراً ، وإن كان نجسـاً فأمـكن إزالته من غير مُثْـلة أزيل . لأنه نجاسة مقدور على إزالتها من غير مَضرة ، وإن أفضى إلى المُثلة لم يُقلع ، وصار فى حكم الباطن ، كما لو كان حيـًا ، وإن كان على الميّت جَبِيرَة يُفضى نزعها إلى مُثلة مُسحت كَمَسْح جَبِيرة الحىّ ، وإن لم يُفض إلى مثلة نُزعت فغُسل ما تحتها . قال أحمد : فى الميّت تـكون أسنانه مربوطةً بذهب ، إن قدرَ على نَزْعِهِ من غير أن يسقط بعض أسنانه نَزَعَهُ ، وإن خاف أن يسقط بعضُها تركه .

فصـــــل

ومن كان مُشَنَّجاً ، أو به حَدَب ، أو نحوُ ذلك ، فأمـكن تمديده بالتليين ، والماء الحارّ فُعل ذلك ، وإن لم يمـكن إلا بُعنفٍ تركَهَ بحاله ، فإن كان على صفة لا يمـكن تركه على النعش إلاّ على وجـه يشتهر بالمُثْـلة تُرك فى تابوت ، أو تحت مِـكَبّة ، مثل مايُصْنع بالمرأة ، لأنه أصْوَن وأستر لحاله .

فصـــــل

ويستحبُّ أن يترك فوق سرير المرأة شىء من الخَشَب ، أو الجريد ، مثـل القبّة يُترك فوقه ثوب ،

ليكون أستر لهـا ، وقد رُوى « أن فَاطِمَةَ بِنْتَ رَسُولِ الله صلى اللهُ عليه وسلم رَضِىَ اللهُ عَنْهـا أولُ مَنْ صُنِـعَ لَهـاَ ذَلِكَ بأَمْرِهاَ » .

« مسألة » قال ﴿ ويُستَحبُّ تعزية أهل الميت ﴾ .

لا نعلم فى هذه المسألة خلافاً إلا أن الثورىّ قال : لا تُستحبُّ التعزية بعد الدفن ، لأنه خاتمة أمره . ولنا عموم قوله عليه السلام « مَنْ عَزَّى مُصَاباً فَلَهُ مِثْـلُ أَجْرِهِ » رواه الترمذىّ ، وقال : هو حديث غريب . وروى ابن ماجه فى سُنَنه عن عبد الله بن أبى بكر ، بن محمد ، بن عمرو ، بن حزم ، عن أبيه ، عن جدّه عن النبىّ صلى الله عليه وسـلم أنه قال : « مَامِنْ مُؤْمِنٍ يُعَزِّى أَخَاهُ بِمُصِيبَةٍ إلاّ كَسَاهُ اللهُ مِنْ حُلَلِ الـكَرَامَةِ يوْمَ القِيـامَةِ » وقال أبو بَرْزَة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ عَزَّى ثَـكْلَى[1] كُسِىَ بُرداً فِى الجَنَّـةِ » . قال الترمذىّ : هذا ليس إسناده بالقوىّ .

والمقصود بالتعزية تسلية أهل المصيبة ، وقضاء حقوقهم ، والتقرّب إليهم ، والحاجة إليها بعد الدفن كالحاجة إليهـا قبله .

فصـــــل

ويُستحبُّ تعزية جميع أهل المصيبة كبارهم ، وصغارهم ، ويخصّ خيارهم ، والمنظور إليه من بينهم ، ليستنّ به غيره ، وذا الضعف منهم عن تحمّل المُصيبة لحـاجته إليهـا ، ولا يُعَزِّى الرجـلُ الأجنبِىُّ شوَابَّ النِّسَاء مَخَافَةَ الفِتْنَةِ .

فصـــــل

ولا نعلم فى التعزية شيئاً محدوداً ، إلاّ أنه يروى « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم عَزَّى رجُلاً فقال : رَحِمَكَ اللهُ وآجَرَكَ » رواه الإمام أحمـد . وعَزَّى أحمدُ أبا طـالب ، فوقف على باب المسجد فقـال : أَعْظَمَ اللهُ أجْرَكُمْ ، وأَحْسَنَ عَزَاءَكُمْ . وقال بعض أصحابنا : إذا عَزَّى مسلماً بمُسلم قال : أَعْظَمَ اللهُ أَجْرَكَ ، وأَحْسَنَ عَزَاكَ ، ورَحِمَ اللهُ مَيِّتَكَ ، واستَحبَّ بعض أهل العـلم أن يقول ماروى جعفر بن محمد ، عن أبيه عن جده قال : « لَمَّا تُوُفِّى رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم وجاءَتِ التَّعْزِيَةُ سَمِعُوا قَائِلاً يَقُول : إنَّ فى اللهِ عَزاءً مِنْ كُلِّ مُصِيبَةٍ ، وَخَلَفاً مِنْ كُلِّ هَالِكٍ ، ودَرْكاً مِنْ كُلِّ مافَاتَ ، فَبِاللهِ فَثِقُوا ، وإيّاه فارجو ، فإنّ المصاب من حُرِمَ الثَّوابَ » رواه الشافعىّ فى مُسنده . وإن عَزَّى مسلمـاً بكافر قال : أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك .

---

(١) الثـكلى : التى فقدت ولدها .

فصـــل

وتوقف أحمد رحمه الله عن تعزية أهل الذمة ، وهى تخرّج على عيادتهم . وفيها روايتان : إحداهما : لا نَعُودُهم . فـكذلك لا نُعزّيهم ، لقول النبىّ ﷺ : « لا تَبْدَءوهم بالسَّلَامِ » وهذا فى معناه . والثانية نَعُودُهم : لأن النبىّ ﷺ « أَتَى غُلَامًا مِنَ الْيَهُودِ كَانَ مَرِضَ يَعُودُهُ فَقَعَدَ عِنْدَ رَأْسِهِ ، فقال لهُ : أَسْلِمْ . فَنَظَرَ إِلَى أَبِيهِ وَهُوَ عِنْدَ رَأْسِهِ فقال له : أَطِعْ أَبَا الْقَاسِمِ ، فَأَسْلَمَ ، فَقَامَ النبىُّ ﷺ وَهُوَ يَقُولُ : الحمدُ للهِ الَّذِى أَنْقَذَهُ بِى مِنَ النَّارِ » رواه البخارىّ . فعلى هذا نُعزّيهم ، فنقول فى تعزيتهم بمُسلم : أَحْسَنَ اللهُ عَزَاءَكَ وَغَفَرَ لِمَيِّتِكَ . وعن كافر ، أَخْلَفَ اللهُ عَلَيْكَ وَلَا نَقَصَ عَدَدَكَ ؛ وَ يَقْصِدُ زِيَادَةَ عَدَدِهِمْ لِتَكْثُرَ جِزْيَتُهُمْ . وقال أبو عبد الله بن بَطّة : يقول : أعطاك الله على مُصيبتك أفضلَ ما أعطى أحَدًا من أَهْلِ دِينِكَ . فأمّا الردّ من المُعَزَّى فبلغنا عن أحمد بن الحسين قال : سمعْتُ أبا عبد الله وهو يُعَزَّى فى عَبْثَرَ بن عَمِّه ، وهو يقول : استجاب اللهُ دُعَاكَ وَرَحِمَنَا وَ إِيَّاكَ .

فصـــل

قال أبو الخطاب : يُكره الجلوس للتعزية . وقال ابن عقيل : يُكره الاجتماع بعد خروج الرُّوح ، لأنّ فيه تهييجاً للحُزْن . وقال أحمد : أكره التعزية عند القبر إلا لمن لم يعزِّ ، فيعزِّى إذا دُفِنَ الميِّت ، أو قبل أن يُدفن . وقال : إن شئت أخذت بيد الرجل فى التعزية ، وإن شئت لم تأخذ ، وإذا رأى الرجل قد شق ثوبه على المُصيبة عزّاه ، ولم يترك حقًّا لباطل ، وإن نهاه فحَسَن .

« مسألة » قال ﴿ والبكاء غير مكروه إذا لم يكن معه ندب ، ولا نياحَة ﴾ .

أما البكاء بمجرّده فلا يـكره فى حال ، وقال الشافعىّ : يُباح إلى أن تخرج الروح ، ويـكره بعد ذلك لما روى عبد الله بن عَتيك قال : « جاءَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم إِلَى عَبْدِ اللهِ بن ثَابِتٍ يَعُودُهُ ، فَوَجَدَهُ قَدْ غُلِبَ ، فَصَاحَ بِهِ ، فَلَمْ يُجِبْهُ ، فَاسْتَرْجَعَ ، وقال : غُلِبْنَا عَلَيْكَ أَبَا الرَّبِيعِ . فَصَاحَ النِّسْوَةُ وَبَكَيْنَ ، فَجَعَلَ ابنُ عَتِيكٍ يُسْكِتُهُنَّ . فقال له النبىّ صلى الله عليه وسلم : دَعْهُنَّ ، فَإِذَا وَجَبَ فَلَا تَبْكِيَنَّ بَاكِيَةٌ » يعنى إذا مات .

ولنا : ماروى أنس قال : « شَهِدْنَا بِنْتَ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَرَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم جَالِسٌ عَلَى الْقَبْرِ . فَرَأَيْتُ عَيْنَيْهِ تَدْمَعَانِ » وَقبّل النبىّ ﷺ عُثْمَانَ بنَ مَظْعُون وهو ميّت ، ورفع رأسه ، وعيناه تُهْرَاقان . وقال أنس : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أَخَذَ الرَّايَةَ زَيْدٌ فَأُصِيبَ ، ثُمَّ أَخَذَهَا جَعْفَرٌ فَأُصِيبَ ، ثُمَّ أَخَذَهَا عَبْدُ اللهِ بنُ رَوَاحة فَأُصِيبَ ، وَ إِنَّ عَيْنَيْ رَسُولِ اللهِ ﷺ لَتَذْرِفَانِ »

وقالت عائشة « دَخَلَ أَبُو بَكْرٍ فَكَشَفَ عَنْ وَجْهِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَقَبَّلَهُ ثُمَّ بَكَى» . وكلها أحاديث صحاح . وروى الأموى فى المغازى عن عائشة : « أَنَّ سَعْدَ بنَ مُعَاذٍ لَمَّا مَاتَ جَعَلَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ يَنْتَحِبَانِ ، حَتَّى اخْتَلَطَتْ عَلَيَّ أَصْوَاتُهُمَا » . ويُروى « أنّ النبيّ ﷺ دَخَلَ عَلَى سَعْدِ بن عُبَادَةَ وَهُوَ فِي غَاشِيَتِهِ فَبَكَى وَبَكَى أَصْحَابُهُ ، وقال : أَلَا تَسْمَعُونَ ؟ إِنَّ اللهَ لَا يُعَذِّبُ بِدَمْعِ العَيْنِ ، وَلَا بِحُزْنِ القَلْبِ ، وَلَكِنْ يُعَذِّبُ بِهَذَا - وَأَشَارَ إِلَى لِسَانِهِ - أَوْ يَرْحَمُ » . وعنه رضى الله عنه « أَنَّهُ دَخَلَ عَلَى ابْنِهِ إِبْرَاهِيمَ وَهُوَ يَجُودُ بِنَفْسِهِ ، فَجَعَلَتْ عَيْنَا رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم تَذْرِفَانِ ، فقال له عبد الرحمن بنُ عَوْف : وَأَنْتَ يَارَسُولَ اللهِ ؟ فقال : يا ابْنَ عَوْفٍ إِنَّهَا رَحْمَةٌ ، ثُمَّ أَتْبَعَهَا بِأُخْرَى ، فقال : إِنَّ العَيْنَ تَدْمَعُ والقَلْبَ يَحْزَنُ ، وَلَا نَقُولُ إِلَّا مَا يُرْضِي رَبَّنَا ، وَإِنَّا بِفِرَاقِكَ يَا إِبْرَاهِيمُ لَمَحْزُونُونَ » متفق عليهما . وحديثهم محمول على رفع الصوت ، والندب ، وشبههما ، بدليل ماروى جابر : « أنّ النبيّ ﷺ أَخَذَ ابْنَهُ فَوَضَعَهُ فِي حِجْرِهِ فَبَكَى ، فَقَالَ لَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بنُ عَوْفٍ : أَتَبْكِي ؟ أَوَ لَمْ تَكُنْ نَهَيْتَ عَنِ البُكَاءِ ؟ قال لا ، وَلَكِنْ نَهَيْتُ عَنْ صَوْتَيْنِ أَحْمَقَيْنِ فَاجِرَيْنِ ، صَوْتٍ عِنْدَ مُصِيبَةٍ ، وَخَمْشِ وُجُوهٍ وَشَقِّ جُيُوبٍ ، وَرَنَّةِ شَيْطَانٍ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن . وهذا يدلّ على أنه لم ينه عن مُطْلق البكاء . وإنما نهى عنه موصوفاً بهذه الصفات . وقال عمر رضى الله عنه : « مَا عَلَى نِسَاءِ بَنِي المُغِيرَةِ أَنْ يَبْكِينَ عَلَى أَبِي سُلَيْمَانَ مَالَمْ يَكُنْ نَقْعٌ أَوْ لَقْلَقَةٌ » قال أبو عبيد : اللقلقة : رفع الصوت ، والنقع : التراب يوضع على الرأس .

فصل

وأما الندب : فهو تعداد محاسن الميّت ، وما يَلْقَوْن بفقده بلفظ النداء . لأنه يكون بالواو مكان الياء ، وربما زيدت فيه الألف ، والهاء ، مثل قولهم : وارَجُلاَهْ واجَبَلاَهْ ، واانقطاعَ ظَهْرَاهْ ، وأشباه هذا . والنّياحة وخَمْش الوجوه ، وشقّ الجيوب وضرب الخدود ، والدعاء بالويل والثّبور : فقال بعض أصحابنا : هو مكروه . ونقل حرب عن أحمد كلاماً فيه احتمال إباحة النوح والندب ، اختاره الخلاّل وصاحبه لأنّ واثلة بنَ الأسْقَع وأبا وائل كانا يستمعان النَّوْح وَيَبْكِيان . وقال أحمد : إذا ذكرت المرأة مثلَ ماحُكى عن فاطمة فى مثل الدّعاء لا يكون مثلَ النَّوْح ، يعنى لا بأس به . ورُوى عن فاطمة رضى الله عنها أنها قالت : «ياأَبَتَاهُ ، مِنْ رَبِّهِ مَاأَدْنَاهُ ، ياأَبَتَاهُ، إِلَى جِبْرِيلَ أَنْعَاهُ ، يا أَبَتَاهُ أَجَابَ رَبًّا دَعَاهُ» . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه : « أَنَّ فَاطِمَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أَخَذَتْ قَبْضَةً مِنْ تُرَابِ قَبْرِ النبيِّ ﷺ فَوَضَعَتْهَا عَلَى عَيْنِهَا ، ثم قالت :

مَاذَا عَلَى مُشْتَمٍّ تُرْبَةِ أَحْمَـــدٍ أَنْ لَا يَشُمَّ مَـدَى الزَّمَانِ غَوالِيَا [(١)]

صُبَّتْ عَلَيَّ مُصِيبَةٌ ، لَوْ أَنَّهـــا صُبَّتْ عَلَى الأَيَّامِ عُـــدْنَ لَيالِيَا

وظاهر الأخبار تدل على تحريم النَّوْح . وهـذه الأشياء المذكورة ، لأنّ النبي ﷺ نهى عنها في حديث جابر لقول اللهُ تعالى (٦٠ : ١٢ وَلَا يَعْصِينَكَ فِي مَعْرُوفٍ) قال أحمد : هو النوح . ولَعَن النبيُّ صلى الله عليه وسلم النائحةَ والمستمعة . وقالت أمّ عطية « أَخَذَ عَلَيْنَا رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم عِنْدَ البَيْعَةِ أَنْ لَا نَنُوحَ » متفق عليهنّ . وعن أبي موسى أن النبيّ ﷺ قال « لَيْسَ مِنَّا مَنْ ضَرَبَ الْخُدُودَ ، وَشَقَّ الْجُيُوبَ ، وَدَعَا بِدَعْوَى الْجَاهِلِيَّةِ » متفق عليه . ولأنّ ذلك يُشبه الظلم [(٢)] والاستغاثة والسخط بقضاء الله . وفي بعض الآثار : أنّ أهل البيت إذا دَعَوْا بالويْلِ والثُّبور ، وقف ملَكُ الموتِ في عتبةِ الباب ، وقال : « إِنْ كَانَتْ صَيْحَتُكُمْ عَلَيَّ فَإِنِّي مَأْمُورٌ ، وَإِنْ كَانَتْ على مَيِّتِكُمْ فَإِنَّهُ مَقْبُورٌ ، وَإِنْ كَانَ على رَبِّكُمْ فالوَيْلُ لَكُمْ وَالثُّبُورُ ، وَإِنَّ لِي فِيكُمْ عَوْدَاتٍ ثم عودات » وقال النبي ﷺ « إِذَا حَضَرْتُمُ المَيِّتَ فقُولُوا خَيْراً . فإِنَّ الملَائِكَةَ يُؤَمِّنونَ على مَاتَقُولُونَ »

فصـــل

وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إِنَّ المَيِّتَ يُعَذَّبُ فِي قَبْرِهِ بِمَا يُنَاحُ عَلَيْهِ » . وفي لفظ : « إن المَيِّتَ لَيُعَذَّبُ بِبُكَاءِ أَهْلِهِ عَلَيْهِ » وروى ذلك عن عمر ، وابنه ، والمُغيرة . وهي أحاديث متفق عليها . واختلفَ أَهلُ العِلْمِ فِي مَعْنَاهَا ، فحملها قوم على ظواهرها وقالوا : يتصرّف في خلقه بما شاء ، وأيدوا ذلك بما روى أبو موسى أن رسول الله ﷺ قال : «مَامِنْ مَيِّتٍ يَمُوتُ فَيَقُومُ بَاكِيهِمْ فَيَقُولُ: وَاجَبَلَاهُ ، وَاسَنَدَاهُ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ إِلَّا وَكَّلَ اللهُ بِهِ مَلَكَيْنِ يَلْهَزَانِهِ [(٣)] : أَهَكَذَا كُنْتَ ؟ » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن . وروى النعمان بن بشير قال : « أُغْمِيَ عَلَى عَبْدِ اللهِ بن رَوَاحَةَ ، فَجَعَلَتْ أُخْتُهُ تَبْكِي ، وَتَقُول : وَاجَبَلَاهُ ، وا كَذَا ، وَا كَذَا ، تُعَدِّدُ عَلَيْه . فقالَ حِينَ أَفَاقَ : مَاقُلْتِ لي شَيْئاً إِلّا قِيلَ لِي : أَنْتَ كَذَلِكَ ؟ فلمّا مَاتَ لَمْ تَبْكِ عَلَيْهِ » أخرجه البخاريّ . وأنكرت عائشة رضى الله

---

(١) يروى هذا البيت « على من شم بدل مشتم ، والغوالي : جمع غالية وهي نوع من أنواع الطيب جيد ، معروف عند العرب كما يروى البيت الثاني صبت على مصائب بدل مصيبة . والبيتان مرويان لشاعرة غير فاطمة رضى الله عنها ، ونسبتهما إلى السيدة فاطمة لايجوز .

(٢) الظلم هنا معناه الكفر ، أو يشبه نسبة الظلم إلى الله بإماتته الميت ، وهو كفر أيضاً ، ويجوز أن تكون كلمة الظلم هنا أصلها التظلم فسقطت منها التاء تصحيفاً .

(٣) يلهزانه : يضربانه بجمع أيديهما على جانبي فمه وشدقيه تأديباً له على صدور هذا الكلام منه ، والفعل لهز يلهز من باب منع يمنع وقولهما : أهكذا كنت : تبكيت له وتوبيخ .

عنها حَمْلها على ظاهرها ، ووافقها ابن عبّاس . قال ابن عبّاس : « ذَكَرْتُ ذَلِكَ لعائشة فقالت : يرحم الله عمر ، ماحَدَّث رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم : إنّ اللهَ لَيُعَذِّبُ المُؤْمِنَ بِبُكَاءِ أَهْلِهِ عَلَيْهِ . وَلَكِنَّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم قال : إنَّ اللهَ لَيَزِيدُ الكَافِرَ عَذَاباً بِبُكَاءِ أَهْلِهِ عَلَيْهِ . وقالت : حَسْبُكُم القرآنُ (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) قال ابن عباس عند ذلك : « وَاللهُ أَضْحَكَ وَأَبْكَى » وذكر ذلك ابن عبّاس لابن عمر حين روى حديثه ، فما قال شيئاً ، رواه مسلم .

وحمله قوم على من كان النوحُ بسَبَبِه ، ولم ينه أَهْلَهُ لقول الله تعالى (٦٦ : ٦ قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً) وقول النبيّ ﷺ : « كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ » وحمله آخرون على من أوصى بذلك في حياته ، كقول طَرَفَةَ :

إذا مِتُّ فَانْعَيْنِي بِمَا أَنَا أَهْلُهُ ... وَشُقِّي عَلَيَّ الْجَيْبَ يَا ابْنَةَ مَعْبَدِ

وقال آخر : مَنْ كَانَ مِنْ أُمَّهَاتِي بَاكِياً أَبَداً ... فَالْيَومَ إِنّي أُرَانِي الْيَوْمَ مَقْبُوضا

يُسْمِعْنَنِيهِ فَإِنّي غَيْرُ سَامِعِهِ ... إِذَا جُعِلْتُ عَلَى الأَعْنَاقِ مَعْرُوضا

ولا بد من حمل البكاء في هذه الأحاديث على البكاء غير المشروع ، وهو الذي معه ندب ، ونياحة ، ونحو هذا ، بدليل ماقدّمناه من الأحاديث في صدر المسألة .

فصـــل

وينبغي للمصاب أن يستعين بالله تعالى ، ويتعزَّى بعَزائه ويمتثل أمره في الاستعانة بالصبر والصلاة ، ويتنجّز ماوعد الله به الصابرين ، حيث يقول سبحانه : (٢ : ١٥٥ - ١٥٧ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ الَّذِينَ إِذَا أَصَابَتْهُمْ مُصِيبَةٌ قَالُوا إِنَّا لِلهِ وَ إِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ * أُولَئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِنْ رَبِّهِمْ وَرَحْمَةٌ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُهْتَدُونَ) وروى مسلم في صحيحه عن أُمِّ سَلَمَةَ رضى الله عنها قالت « سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يقول: « مَامِنْ عَبْدٍ تُصِيبُهُ مُصِيبَةٌ فيقول (إِنَّا لِلهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ) اللهمّ أجرْنِي في مُصِيبَتِي وَاخْلُفْ لِي خَيْراً مِنْهَا إِلَّا آجَرَهُ اللهُ فِي مُصِيبَتِهِ ، وَأَخْلَفَ لَهُ خَيْراً مِنْهَا ، قالت : فَلَمَّا مَاتَ أبو سَلَمَةَ قُلْتُ كَمَا أَمَرَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ ، فَأَخْلَفَ لِي خَيْراً مِنْهُ رَسُولَ اللهَ صلى الله عليه وسلم » . وليحذرْ أن يتكلّم بشيء يُحْبِط أجره ، ويُسخِطُ ربّه ، مما يشبه التظلّم ، والاستغاثة ؛ فإنّ الله عدل ، لا يجور ، وله ما أخذَ وله ما أعطَى ، وهو الفعّال لما يريد ، فلا يدعو على نفسه . فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال لمّا مات أبو سَلَمة : « لَا تَدْعُو على أَنفُسِكُمْ إِلَّا بِخَيْرٍ ، فَإِنَّ المَلَائِكَةَ يُؤَمِّنُونَ على ماتَقُولُونَ » ويحتسب ثواب الله ويحمَدُه . لما روى أبو موسى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا مَاتَ وَلَدُ العَبْدِ قالَ اللهُ تَعَالَى

لِلاَئِـكَتِهِ : قَبَضْتُمْ وَلَدَ عَبْدِي ؟ فَيَقُولُونَ : نَعَمْ . فيقولُ : قَبَضْتُم ثَمَرَةَ فُؤَادِهِ ؟ فيقولون : نَعَمْ . فيقول : مَاذا قَالَ عَبْدِي ؟ فيقولون : حَمِدَكَ وَاسْتَرْجَعَ . فيقول : ابْنُوا لِعَبْدِي بَيْتاً في الجَنَّةِ ، وَسَمُّوه بَيْتَ الحَمْدِ قال » الترمذيّ : هذا حديث حسن غريب .

« مسألة » قال ﴿ ولا بأس أن يُصلح لأهل الميّت طعاماً يبعثُ به إليهم ، ولا يصلحون هم طعاماً يُطعمون الناس ﴾ .

وجملته : أنه يُستحبّ إصلاح طعام لأهل الميّت ، يبعثُ به إليهم إعانةً لهم ، وجبراً لقلوبهم . فإنّهم ربما اشتغلوا بمصيبتهم ، وبمن يأتي إليهم عن إصلاح طعام لأنفسهم . وقد روى أبو داود في سُننه بإسناده عن عبد الله بن جعفر ، قال : « لَمّا جاءَ نَعْيُ جَعْفَر قالَ رسُولُ الله ﷺ : اصْنَعُوا لآلِ جَعْفَرٍ طَعَاماً . فإنَّه قَدْ أَتَاهُمْ أَمْرٌ شَغَلَهُمْ » . ورُوى عن عبدالله بن أبى بكر أنه قال « فَمَا زَالَتِ السُّنَّةَ فِينا حَتَّى تَرَكَهَا مَنْ تَرَكَهَا » فأما صُنع أهل الميت طعاماً للناس فمكروه ، لأن فيه زيادةً على مُصيبتهم وشُغلاً لهم إلى شُغْلهم ، وتشبّهاً بصنع أهل الجاهلية . ويُروى « أن جَرِيراً وَفَدَ على عمر فقال : هل يُنَاحُ على مَيّتكم ؟ قال : لا ، قال : وهل يجتمعون عند أهل الميّت ، ويجعلون الطعام ؟ قال : نعم . قال : ذاكَ النَّوْحُ » وإن دعت الحاجةُ إلى ذلك جاز ، فإنّه ربما جاءهم من يحضُر ميّتهم من القُرَى ، والأماكن البَعِيدَة » ويبيتُ عندهم ولا يمكنهم إلا أن يُضَيّفوه .

« مسألة » قال ﴿ والمرأة إذا ماتت وفى بطنها ولد يتحرّك فلا يُشَقُّ بطنُها ، ويسطو عليه القوابلُ فيُخْرِجْنَهُ ﴾ .

معنى « يسطو القوابل » أن يُدْخِلْنَ أيدِيَهُنَّ فى فرجها ، فيُخرجن الولد من مخرَجه . والمذهب أنه لايُشَقّ بطنُ الميّتة لإخراج ولدها ، مسلمةً كانت أو ذِمِّيَّةً وتخرجه القوابل إن عُلمت حياته بحركة ، وإن لم يوجد نساء لم يسط الرِّجالُ عليه . وتُترك أمّه حتى يُتَيَقّن موته ، ثم تُدفن . ومذهب مالك ، وإسحاق قريب من هذا ، ويحتمل أن يُشَقّ بطنُ الأمّ إن غلب على الظنّ أن الجنين يحيا ، وهو مذهب الشافعيّ[1] لأنه إتلاف جزء من الميت لإبقاء حيّ فجاز ، كما لو خرج بعضه حيًّا ، ولم يمكن خروج بقيّته إلا بشقّ ، ولأنه يُشَقُّ لإخراج المال منه ، فلإبقاء الحيّ أولى .

---

(١) مذهب الشافعى هنا قوى ، ولاسيما أن الطب تقدم ، وأصبح يمكن الطبيب معرفة حياة الميت وعدمها ، وأصبح شق البطن عملية ناجحة متعارفاً عليها بين الناس فى الأحياء وتسمى عملية القيصرية ، ولا يترتب عليها إتلاف جزء من الميت كما يقول المؤلف ، بل يمكن خياطة الشق بعد إخراج الطفل ، كما يفعل بالحى ، وفى هذا إخراج للحى من الميت .

ولنـا : أن هذا الولد لا يعيش عادةَ[1] ولا يتحقق أنه يحيا ، فلا يجوز هتك حرمة متيقّنه لأمر موهوم ، وقد قال عليه السلام « كَسْرُ عَظْمِ الميِّتِ كَكَسْرِ عَظْمِ الحَيِّ » رواه أبو داود ، وفيه مُثلة . وقد نهى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن المُثلة ، وفارق الأصل فإنَّ حياته متيقّنة ، وبقاءه مظنون . فعلى هذا إن خرج بعض الولد حيًّا ، ولم يمكن إخراجه إلا بشَقِّ شُقَّ المَحَلُّ ، وأُخرج لما ذكرنا ، وإن مات على تلك الحال فأمكن إخراجُه أُخْرِجَ وَغُسِّلَ ، وإن تعذَّرَ غُسله تُرِك ، وغُسِّلت الأمُّ ، وما ظهر من الولد . وما بقى ففى حكم الباطن ، لا يُحتاج إلى التيمّم من أجله ، لأن الجميع كان فى حكم الباطن ، فظهر البعض ، فتعلّق به الحكم ، وما بقى فهو على ما كان عليه ، ذكر هـذا ابن عقيل . وقال : هى حادثة سُئِلْتُ عنها فأفتيتُ فيها .

فصـــل

وإن بَلعَ الميِّت مالاً لم يَخْلُ من أن يكون له أو لغيره ، فإن كان له لم يُشَقّ بطنه ، لأنه استهلكه فى حياته ، ويحتمل أنه إن كان يسيراً تُرك ، وإن كثرت قيمتُه شُقَّ بطنه ، وأخرج ، لأن فيه حفظَ المال عن الضّياع ، ونفع الورثة الذين تعلّق حقّهم بماله بمرضه ، وإن كان المال لغيره ، وابتلعه بإذنه ، فهو كماله ، لأنَّ صاحبه أذن فى إتلافه ، وإن بلعه غصْباً ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يُشَـقُّ بطنُه ، ويُغْرَم مِنْ تركته ، لأنَّه إذا لم يُشَقّ من أجل الولد المرجوّ حياتُه ، فمن أجل المال أولى .

(والثانى) يُشَقّ إن كان كثيراً ، لأن فيه دفع الضرر عن المالك بردِّ ماله إليه ، وعن الميِّت بإبراء ذمته ، وعن الورثة بحفظ التركة لهم ، ويفارق الجنين من وجهين :

(أحدها) أنه لا يتحقّق حياته[2] .

(والثانى) أنه ماحصل بجنايته[3] . فعلى هذا الوجه إذا بَلِيَ جَسَدُه ، وغلب على الظنِّ ظهور المال

---

(١) إذا كان الولد فى تمام أشهره فإنه يحيا ، لوجود المراضع اللاتى يتممن مقام الأم ، وحياته بعد تقرير الأطباء ذلك ليس أمراً موهوماً ، بل هو متيقن وأما حرمة كسر عظم الميت ، فذلك إذا كان بدون فائدة ، أما ، إذا كان لفائدة عظيمه كحياة إنسان فلا مانع منه شرعاً .

(٢) سبق أنه يمكن معرفة إمكان حياته بقول الطبيب الثقة .

(٣) سواء حصل دخول المال فى جوف الإنسان الحى بيده أو بيد غيره وجب إخراجه بالطرق الطبية المعروفة أولا بدون جراحة ، فإذا لم يمكن إلا بجراحة ناجحة تبقى معها حياة من بلع المال وجب إجراء الجراحة ، أما إذا كانت الجراحة لا تؤمن عاقبتها ، فيغرم مثل المال .

وتخلُّصه من أعضاء الميّت جازَ نبشُه ، وإخراجه . وقد روى أبو داود : « أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : إِنَّ هَذَا قَبْرُ أَبِي رِغَالٍ[1] وآيَةُ ذَلِكَ أَنَّ مَعَهُ غُصْناً مِنْ ذَهَبٍ إِنْ أَنتُمْ نَبَشْتُمْ عَنْهُ أَصَبْتُمُوهُ مَعَهُ » فابتدره الناس فاستخرجوا الغُصْنَ ، ولو كان فى أذن الميّت حَلَق ، أو فى إصبعه خاتمٌ أُخذ ، فإن صعب أخذُه بُرِدَ وأُخِذَ ، لأن تركه تضييع للمال .

فصـــل

وإن وقع فى القبر ماله قيمة نُبِش ، وأُخْرِجَ . قال أحمد : إذا نسى الحَفّارُ مِسْحَاتَهُ فى القبر جاز أن يُنْبَشَ عنها . وقال فى الشىء يسقط فى القبر مثل الفأس والدراهم يُنْبَشُ ، قال : إذا كان له قيمة يعنى يُنْبَشَ . قيل : فإن أعطاه أولياء الميّت؟ قال : إن أعطوه حقّه أىَّ شىء يُرِيد ؟ وقد رُوى أن المغيرة بن شُعبة طرحَ خاتَمَهُ فى قَبْرِ النبىِّ ﷺ ثم قال : خاتَمِى ، ففُتِحَ مَوْضِعٌ مِنْهُ فأَخَذَ المُغِيرَةُ خاتَمَهُ فكَانَ يقول : أنَا أَقْرَبُكُمْ عَهْداً بِرَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم .

فصـــل

وإن دفن من غير غُسل ، أو إلى غير القبلة نُبِشَ ، وغُسِّلَ ووجِّه ، إلاّ أن يُخاف عليه أن يتفسَّخَ ، فيُترك . وهذا قول مالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور . وقال أبو حنيفة : لايُنْبَشُ ، لأنّ النبش مُثْلَة وقد نُهِى عنها .

ولنا : أن الصلاة تجبُ ولاتسقط بذلك ، كإخراج ماله قيمة ، وقولهم : إن النبش مُثلة . قلنا : إنما هو مُثلة فى حقّ من يُقبر ولا يُنْبَش .

فصـــل

وإن دُفن قبل الصلاة ، فعن أحمد أنه يُنْبَش ، ويُصَلَّى عليه ، وعنه أنه إن صلَّى على القبر جاز . واختار القاضى : أنه يُصَلَّى على القبر ، ولا يُنْبَش ، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعىّ ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم صلَّى عَلَى قَبْرِ المِسْكِينَةِ ، ولم يَنْبِشهَا . ووجه الأول أنه دُفِنَ قبل واجب فنُبش ، كما لو دُفن من غير غُسل ، وإنما يُصَلَّى على القبر عند الضرورة . وأما المسكينة فقد كانت صُلِّيَ عليها ، ولم

(١) أبو رغال : بكسر الراء هو أبو ثقيف وكان من ثمود وكان بحرم مكة يدفع عنه ، فلما خرج منه أصابته النقمة التى أصابت قومه فى الطريق إلى الطائف فدفن هناك ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم هذا الحديث حين خرج إلى الطائف مع أصحابه فوجد قبر أبى رغال هناك .

تبق الصلاةُ عليها واجبةً فلم تُنْبَش لذلك ، فأما إن تغيّر الميّت لم يُنْبَشْ بحَالٍ .

فصــــل

وإن دفن بغير كفن ففيه وجهان : أحـدهما يُترك ، لأن القصد بالـكفن سَترُه ، وقد حصـل سترُه بالتراب ، والثـانى : يُنبَش ، ويـكفّن ، لأنّ التـكفين واجب ، فأشبه الغُسل ، وإن كفّن بثوب مغصوب . فقال القاضى : يُغَرّم قيمتَه من تركته ، ولا يُنبَش ، لما فيه من هتك حُرمته مع إمـكان دفع الضرر بدونها ، ويحتمل أن يُنبَش إذا كان الـكفن باقياً بحاله ليُرَدّ إلى مالـكه عن ماله ، وإن كان بالياً فقيمتُه من تركتـه ، فإن دُفن فى أرض غصب أو أرض مُشترَكة بينـه وبين غيره بغـير إذن شريـكه نُبش ، وأخرج ، لأن القـبر فى الأرض يدوم ضررُه ، ويـكثرُ بخـلاف الـكفَن . فإن أذن المـالك فى الدفن فى أرضـه ثم أراد إخراجه لم يملك ذلك ، لأن فى ذلك ضرراً ، وإن بلى الميّت ، وعاد تراباً فلصـاحب الأرض أخـذُها ، وكلّ موضـع أجزنا نَبْشَه لحرمـة ملك الآدمىّ ، فالمستحبُّ تركهُ احتراماً للميّت .

« مسألة » قال ﴿ وإذا حضرت الجنـازة ، وصـلاة الفجر بُدىء بالجنـازة ، وإذا حضرت صـلاة المغرب بُدىء بالمغرب ﴾ .

وجملته : أنه متى حضرت الجنازة والمـكتوبة بدىء بالمـكتوبة ، إلاّ الفجر والعصر : لأن مابعـدهما وقتُ نُهِىَ عن الصلاة ، فيه ، نصّ عليه أحمد ، على نحوٍ من هـذا ؛ وهو قول ابن سيرين . ويُروى عن مُجاهد ، والحسن ، وسعيد بن المسيّب ، وقتادة ، أنهم قالوا : يُبدأ بالمـكتوبة ، لأنها أهمّ وأيسرُ ، والجنازة يتطاول أمرها ، والاشتغال بهـا ، فإن قـدم جميع أمرها على المـكتوبة أفضى إلى تفويتهـا ، وإن صلّى عليها ثم انتظر فراغ المـكتوبة لم يَعُد تقديمُها شيئاً إلاّ فى الفجر والعصر ، فإن تقـديم الصلاة عليها بعيد أن يقع فى غير وقت النهى عن الصلاة ، فيـكون أوّلا .

فصــــل

قال أحمد : تـكره الصلاةُ يعنى على الميّت فى ثلاثة أوقات : عند طلوع الشمس ، ونصفَ النهار ، وعند غروب الشمس ، وذكر حديث عُقبة بن عامر : ثَلَاثُ سَاعَاتٍ كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَنْهَانَا أَنْ نُصَلِّىَ فِيهِنَّ ، أَوْ نَقْـبُرَ فِيهِنَّ مَوْتَانَا : حِينَ تَطْلُعُ الشَّمْسُ بَازِغَةً حَتَّى تَرْتَفِـعَ ، وَحِينَ يَقُومُ قَائِمُ الظَّهِيرَةِ حَتَّى يَمِيلَ ، وَحِينَ تَتَضَيَّفُ الشَّمْسُ لِلغُروبِ حَتَّى تَغْرُبَ ، رواه مسلم . ومعنى تتضيّف : أى تجنَحُ وتميلُ للغروب ، من قولك تضيَّفتُ فلاناً : إذا مِلْتَ إليه . قال ابن المبـارك : معنى أن نقبُر فيهنّ موتانا : يعنى الصلاةَ على الجَنازَة . قيل لأحمد : الشمسُ على الحيطان مُصْفَرَّة ؟ قال : يُصَلَّى عَلَيْهَا

مالمَ تدْنُ للغروب فلا ، وتجوز الصلاة على الميّت فى غيرهذه الأوقات ، رُوى ذلك عن ابن عمر ، وعطاء ، والنخعىّ ، والأوزاعىّ ، والثورىّ ، وإسحق ، وأصحاب الرأى . وحُكى عن أحمد أنّ ذلك جائز ، وهو قول للشافعىّ قياساً على مابعد الفجر ، والعصر ، والأولُ أصحّ ، لحديث عُقبة بن عامر ، ولا يصحّ القياس على الوقتين الآخَرين لأن مدتهما تطول ، فيُخاف على الميّت فيهما ، ويشقّ انتظار خروجهما ، بخلاف هذه . وكره أحمد أيضاً دفن الميّت فى هذه الأوقات لحديث عُقبة . فأمّا الصلاة على القبر والغائب ، فلا يجوز فى شىء من أوقات النهى ، لأن علة تجويزها على الميّت مُعلّلة بالخوف عليه ، وقد أمِنَ ذلك هاهنا ، فيبقى على أصل المنع ، والعملُ بعموم النهى .

فصــــل

فأما الدفن ليلاً . فقال أحمد : ومابأس بذلك . وقال : أبو بكر دُفِنَ لَيْلاً . وعلىّ دفن فاطمة ليلاً . وحديث عائشة : كُنَّا سَمِعْنَا صَوْتَ المَسَاحِى مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ فى دَفْن النبىِّ صلى اللهُ عليه وسلم ، وَمِمَّن دُفِنَ لَيْلاً عُثْمانُ ، وَعَائِشَةُ ، وَابنُ مَسْعُودٍ ، وَرَخّص فيه عُقبة بن عامر ، وسعيد بن المسيّب ، وعطاء والثورى ، والشافعىّ ، وإسحاق . وكرهه الحسن . لما رَوى مسلم فى صحيحه أن النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم خَطَبَ يوماً ، فذكر رجلاً من أصحابه قُبض وكفّن فى كفن غيرِ طائلٍ ، ودُفن ليلاً ، فزجَرَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم أَنْ يُقْبَرَ الرَّجُلُ بِاللَّيْلِ إلا أن يُضطر إنسان إلى ذلك . وقد رُوى عن أحمد أنه قال : إليه أذهبُ .

ولنا ماروى ابن مسعود قال : والله لَكَأَنِّى أَسْمَعُ رَسُولَ الله ﷺ فى غَزْوَةِ تَبُوكَ ، وَهُوَ فِى قَبْرِ ذِى النِّجَادَيْنِ ، وَأَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ ، وَهُوَ يَقُولُ : « أَدْنِيَا مِنِّى أَخَاكُمَا حَتَّى أُسْنِدَهُ فِى لَحْدِهِ » ، ثمّ قال : لمَّا فَرَغَ مِنْ دَفنِه وَقَامَ عَلَى قَبْرِهِ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ : « اللهمَّ إِنِّى أَمْسَيْتُ عَنْهُ رَاضِياً فَارْضَ عَنْهُ » وكان ذلك ليلاً ، قال : فوالله لقد رأيتَنِى وَلَوَدِدْتُ أَنِّى مَكَانَهُ ، وَلَقَدْ أَسْلَمْتُ قَبْلَهُ بِخَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، وَأَخَذَهُ مِنْ قِبَلِ الْقِبْلَةِ » رواه الخلاّل فى جامعه . وروى ابن عبّاس أن النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم دَخَلَ قَبْراً لَيْلاً ، فَأُسْرِجَ لَهُ سِرَاجٌ ، فَأَخَذَ مِنْ قِبَلِ الْقِبْلَةِ وَقَالَ : « رَحِمَكَ اللهُ إِنْ كُنْتَ لأَوَّاهاً تَلاَّءً[1] لِلقُرْآنِ » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن .

ورُوى أن النبىّ ﷺ سأل عن رجل فقال « مَنْ هَذَا » قالوا : فلانٌ ، دُفِنَ البارحة ، فَصَلَّى عَلَيْهِ .

---

(١) تلاء : كثير التلاوة للقرآن ، وهى صيغة مبالغة من التلاوة على وزن فعال بتشديد العين وأصلها تلاو ، فوقعت الواو آخر الكلمة بعد ألف زائدة ، فقلبت همزة تخفيفاً لنطقها على اللسان ، وهذه قاعدة صرفية معروفة .

أخرجه البخاريّ ، فلم ينكر عليهم . ولأنه أحد الآيتين[1] ، فجاز الدفن فيه كالنهار . وحديث الزجر محمول على الكراهة ، والتأديب ، فإن الدفن نهاراً أولى ، لأنه أسهل على مُتّبعها ، وأكثرُ للمصلّين عليها وأمكن لاتباع السنّة فى دفنه وإلحاده .

« مسألة » قال ﴿ ولا يصلِّى الإمامُ على الغالّ ، ولا من قتل نفسه ﴾ .

الغالّ : هو الذى يكتم غنيمته ، أو بعضها ليأخذه لنفسه ، ويختصّ به . فهذا لايُصلَّى عليه الإمامُ ، ولاعلى من قتل نفسه متعمّداً ، ويصلِّى عليه سائرُ الناس ، نصّ عليهما أحمد . وقال عمر بن عبد العزيز ، والأوزاعىّ : لايصلِّى على قاتل نفسه بحال ، لأنّ من لايُصلِّى عليه الإمامُ لايُصلَّى عليه غيره ، كشهيد المعركة . وقال عطاء ، والنخعىّ ، والشافعىّ : يصلِّى الإمامُ وغيرُه على كلّ مسلم ، لقول النبىّ ﷺ : « صَلُّوا عَلَى مَنْ قَالَ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ » رواه الخلاَّل بإسناده .

ولنا : ماروى جابر بنُ سَمُرة : « أَنَّ النبيَّ صلى اللهُ عليه وسلم جَاؤُوه بِرَجُلٍ قَتَلَ نَفْسَهُ بِمَشَاقِصَ فَلَمْ يُصَلِّ عَلَيْهِ » . رواه مسلم . وروى أبو داود أنّ رجلاً انطلق إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم فأخبره عَنْ رَجُلٍ أَنَّهُ قَدْ مَاتَ ، قال : « وَمَايُدْرِيكَ ؟ » قال : رَأَيْتُهُ يَنْحَرُ نَفْسَهُ ، قال « أَنْتَ رَأَيْتَهُ ؟ » قال : نَعَمْ ، قال : « إِذاً لاَ أُصَلِّى عَلَيْهِ » . وروى زيد بن خالد الجُهَنىّ قال : تُوُفِّى رَجُلٌ مِنْ جُهَيْنَةَ يَوْمَ خَيْبَرَ ، فَذُكِرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللهِ ﷺ فقال : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » فتغيَّرَتْ وُجُوهُ القَوْمِ ، فَلَمَّا رَأَى مَابِهِمْ قال : « إِنَّ صَاحِبَكُمْ غَلَّ مِنَ الْغَنِيمَةِ » احتجّ به أحمد . واختصّ هذا الامتناع بالإمام لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم لمَّا امتنع من الصلاة على الغالّ قال : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » . ورُوى أنه أمر بالصلاة على قاتل نَفْسه ، وكان النبىّ ﷺ هو الإمامُ فأُلحِقَ به مَنْ ساواه فى ذلك ، ولايلزم من ترك صلاة النبىّ صلى الله عليه وسلم ترك صلاة غيره . فإنّ النبىّ ﷺ كان فى بدء الإسلام لايُصَلِّى عَلَى مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لاَ وَفَاءَ لَهُ ، وَيَأْمرُهُمْ بالصَّلاَةِ عَلَيْهِ ، فإنْ قِيلَ هذا خاصّ للنبىّ ﷺ لأنّ صلاته سكن قلنا : ماثبتَ فى حقّ النبىّ صلى الله عليه وسلم ثبتَ فى حقّ غيره ، مالم يقم على اختصاصه دليل . فإن قيل : فقد ترك النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم الصلاة على من عَلَيْهِ دَيْنٌ . قلنا : ثم صلَّى عليه بعدُ . فروى أبو هريرة أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرَّجُلِ المتوفَّى عَلَيْهِ الدينُ فيقول : « هَلْ تَرَكَ لِدَيْنِهِ مِنْ وَفَاءٍ ؟ » فَإِنْ حُدِّثَ أَنَّهُ تَرَكَ وَفَاءً صَلَّى عَلَيْهِ ، وَإِلاَّ قَالَ لِلْمُسْلِمِينَ : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » فلمَّا فتح الله الفتوح قام ، فقال : « أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ ، فَمَنْ تُوُفِّى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ، وَتَرَكَ دَيْناً عَلَيَّ قَضَاؤُهُ ،

---

(١) يريد بالآيتين الليل والنهار ، فهما آيتان من آيات الله ، أى علامتان من علامات وجوده وقدرته وجميل صنعه ، وقد قال الله تعالى : (ومن آياته الليل والنهار ، والشمس ، والقمر) .

وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ » قال الترمذيّ هذا حديث صحيح ، ولولا النسخ كان كمسألتنا . وهذه الأحاديث خاصَّة ، فيجب تقديمها على قوله : « صَلُّوا عَلَى مَنْ قَالَ لاَ إِلَٰهَ إِلاَّ اللهُ » على أنه لا تعارض بين الخبرين . فإن النبيَّ ﷺ ترك الصلاة على هذين ، وأمر بالصلاة عليهما . فلم يكن أمره بالصلاة عليهما مُنافياً لتركه الصلاة عليهما ، كذلك أمره بالصلاة على مَنْ قال لاَ إِلٰهَ إلا اللهُ .

فصــــل

قال أحمد : لا أشهد الجَهمِيّة ، ولا الرَّافِضَةَ[1] ، ويَشْهَدُهُ مَنْ شاء ، وقد ترك النبيُّ ﷺ الصلاة على أقلَّ مِنْ هذا : الدين ، والغُلول[2] ، وقاتل نَفْسه . وقال : لا يُصَلَّى على الرافضيّ ، وقال أبو بكر ابن عيَّاش : لا أُصلِّي على رافضيّ ولا حَرُورِيّ[3] . وقال الفِرْيَابِيّ : من شَتَم أبا بكر فهو كافر ، لا أُصلِّي عليه ، قيل له : فكيف نصنع به وهو يقول لا إله إلا الله ؟ قال : لا تَمَسُّوه بأيديكم ، ارفعوه بالخَشَب ، حتَّى توارُوه فى حُفرته . وقال أحمد : أهلُ البدع لا يُعادُون إن مَرِضُوا ، ولا تُشْهَدُ جنَائِزُهُمْ إن ماتوا ، وهذا قول مالك . قال ابن عبد البرّ : وسائر العلماء يُصَلُّون على أهل البِدَع والخوارج وغيرهم ، لعمُوم قوله ﷺ : « صَلُّوا على مَنْ قَالَ لاَ إِلَهَ إِلَّا اللهُ محمدٌ رَسُولُ الله » .

ولنا : أن النبيّ ﷺ ترك الصلاة بأَدْوَنَ[4] من هذا ، فأولى أن نترك الصلاة به . ورَوى ابن عمر أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِنَّ لِكُلِّ أُمَّةٍ مَجُوساً ، وَأَنَّ مَجُوسَ أُمَّتِي الَّذِينَ يَقُولُونَ لاَ قَدَرَ ، فَإِنْ مَرِضُوا فَلاَ تَعُودُوهُمْ ، وَإِنْ مَاتُوا فَلاَ تَشْهَدُوهُمْ » رواه الإمام أحمد .

فصــــل

ولا يُصلَّى على أطفال المشركين ، لأنَّ لهم حكم آبائهم ، إلاَّ من حكمنا بإسلامه ، مثل أن يُسلم أحد

---

(١) الرافضة : فرقة من الشيعة بايعوا زيد بن على بن أبى طالب رضى الله عنه ثم قالوا له : تبرأ من الشيخين أبى بكر وعمر ، فأبى وقال : كانا وزيرى جدى ، وتركوه ورفضوه ، وارفضوا عنه ، فسموا : الروافض والرافضة لذلك .

(٢) أى صاحب الدين الذى لا وفاء له ، وصاحب الغلول وقد سبق بيانه .

(٣) الحرورى : الخارجى ، وهو أحد الخوارج الذين خرجوا على الإمام على رضى الله عنه ، وسموا بذلك نسبة إلى حروراء ، وهى بلدة اجتمعوا فيها أول اجتماع لهم .

(٤) أى بسبب أدون : أى أقل من هذا .

أبويه ، أو يموت أو يُسْبَى مُنفرداً من أبويه ، أو من أحدهما ، فإنه يُصَلَّى عليه . قال أبو ثور : من سُبِيَ من أحد أبويه لا يُصَلَّى عليه حتَّى يختارَ الإسلامَ .

ولنا : أنه محكوم له بالإسلام أشبه ما لو سبي منفرداً منهما .

فصل

ويُصَلَّى على سائرِ المُسلمينَ من أهل الكبائر ، والمرجوم في الزِّنا ، وغيرهم . قال أحمد : من استقبل قبلتنا ، وصلَّى بصلاتنا نُصَلِّي عليه ، وندفنه ، ويُصَلَّى على ولد الزِّنا ، والزانية ، والذى يُقاد منه بالقصاص أو يُقْتَلَ فِي حَدٍّ . وسُئل عمّن لا يُعطِى زكاةَ ماله ، فقال : يُصَلَّى عليه ، ما يُعلم أنَّ رَسُولَ الله ﷺ تَرَكَ الصَّلاةَ على أحدٍ إلاَّ على قاتِلِ نَفْسِه ، والغالّ ، وهذا قول عطاء ، والنخعيّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . إلا أن أبا حنيفة قال : لا يُصَلَّى على الْبُغاةِ ، ولا المحاربين ، لأنَّهم باينوا أهل الإسلام ، أشبهوا أهل دار الحرب . وقال مالك : لا يُصَلَّى على من قُتل فى حَدٍّ لأن أبا بَرْزَةَ الْأَسْلَمِيَّ ، قال : لَمْ يُصَلِّ رَسُولُ الله ﷺ على ماعِزِ بن مالكٍ ، وَلَمْ يَنْهَ عَنِ الصَّلاةِ عَلَيْهِ ، رواه أبو داود[1] .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « صَلُّوا على مَنْ قَالَ لاَ إِلَهَ إِلَّا اللهُ » رواه الخلال بإسناده . وروى الخلاَّل بإسناده ، عن أبى شُمَيْلَةَ أنّ النبيّ ﷺ خَرَجَ إِلَى قُبَاءَ فَاسْتَقْبَلَهُ رَهْطٌ مِنَ الْأَنْصَارِ يَحْمِلُونَ جَنَازَةً على بَابٍ ، فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : « ما هَذَا ؟ » قالوا : مَمْلُوكٌ لآلِ فُلاَنٍ ، قال : « أَ كَانَ يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلَّا اللهُ ؟ » قالوا : نَعَمْ ، وَلَكِنَّهُ كَانَ وَكَان ، فقال : « أَ كَانَ يُصَلِّى ؟ » قالوا : قَدْ كَانَ يُصَلِّى ، وَيَدَعُ ، فقال لهم : «ارْجِعُوا بِهِ ، فَغَسِّلُوهُ وَكَفِّنُوهُ ، وَصَلُّوا عَلَيْهِ ، وَادْفِنُوهُ ، وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لَقَدْ كَادَتِ المَلاَئِكَةُ تَحُولُ بَيْنِى وَبَيْنَهُ » .

وأما أهل الحرب : فلا يُصَلَّى عليهم ، لأنهم كفَّار ، ولا يُقبل فيهم شفاعة ، ولا يُستجاب فيهم دُعاء . وقد نُهينا عن الاستغفار لهم ، وقال الله تعالى لنبيّه (٩ : ٨٤ وَلاَ تُصَلِّ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا وَلاَ تَقُمْ على قَبْرِهِ) وقال : (٩ : ٨٠ إِنْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللهُ لَهُمْ) وأما ترك الصلاة على ماعز ، فيحتمل أن النبى ﷺ أَمَرَ مَنْ يُصَلِّى عليه لعُذر ، بدليل أنه رَجَمَ الغَامِدِيَّةَ ،

---

(١) هذا الحديث فى إسناده بعض المجهولين ، وكيف يترك النبى صلى الله عليه وسلم الصلاة عليه مع أنه قال فى الغامدية التى زنت ورجمها ثم صلى عليها : « لقد تابت توبة لو قسمت على أهل المدينة لكفتهم » ا إنه أولى بالصلاة عليه من غيره الذين يشربون الخمر ، ويؤذون جيرانهم بألسنتهم وأعمالهم ولا يتوبون عن ذلك ، بل يصرون عليه .

وَصلّى عليها . فقال له عمر : ترجُمها وتُصَلّى عليها ؟ فقال : « لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ قُسِّمَتْ عَلَى أَهْلِ المَدِينَةِ لَوَسِعَتْهُمْ » كذلك رواه الأوزاعىّ ، وروى مَعْمَرٌ ، وَهِشَامٌ عن أبانَ أنه أمرهم بالصلاة عليها . قال ابن عبد البرّ وهو الصحيح .

« مسألة » قال ﴿ وإذا حضرت جنازة رجل ، وامرأة ، وصبى ، جُعل الرجل مما يلى الإمام . والمرأة خلفه ، والصبى خلفهما ﴾ .

لا خلاف فى المذهب أنه إذا اجتمع مع الرجال غيرُهم أنه يُجعل الرجل مما يلى الإمام ، وهو مذهب أكثر أهل العلم ، فإن كان معهم نساء ، وصبيان ، فنقل الخِرَقِىّ ها هنا أن المرأة تقدّم مما يلى الرجل ، ثم يُجعل الصبىّ خلفهما ، مما يلى القبلة . لأن المرأة شخص مُكلَّف ، فهى أحوج إلى الشفاعة . ولأنه قد رُوى عن عمّارٍ مولى الحارث بن نوفل : أنه شهد جنازة أمّ كُلثوم ، وابنها ، فجُعل الغلامُ مما يلى القبلة ، فأنكرت ذلك ، وفى القوم ابن عبَّاس ، وأبو سعيد الخُدرىّ ، وأبو قتادة ، وأبو هريرة ، فقالوا : هذه السنّة . والمنصوص عن أحمد فى رواية جماعة من أصحابه أن الرجال مما يلى الإمام ، والصبيان أمامهم ، والنساء يَلِينَ القبلة . وهذا مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأنهم يقدّمون عليهنّ فى الصفّ فى الصلاة المكتوبة ، فكذلك يقدّمون عليهنّ مما يلى الإمام ، عند اجتماع الجنائز كالرجال .

وأما حديث عُمارة ، فالصحيح فيه أنه جعلها مما يلى القبلة ، وجعل ابنَها مما يليه كذلك ، رواه سعيد وعمّار مولَى بنى سُلَيم ، عن عمار مولَى بنى هاشم . وأخرجه كذلك أبو داود ، والنسائىّ ، وغيرهما ولفظه قال : شهدتُ جَنَازَةَ صبِىٍّ وامرَأةٍ فَقُدِّمَ الصبىُّ مِمَّا يَلِيَ القَوْمَ ، وَوُضِعَتِ المرأة وَرَاءَهُ ، وفى القَوْمِ أبو سَعِيد الخُدْرِىّ ، وابنُ عبَّاس ، وأبو قَتادة ، وأبو هريرة فقلنا لهم ، فقالوا : السنَّة .

فأما الحديث الأول فلا يصحّ ، فإن زيد بن عمر هو ابن أمّ كلثوم بنتِ علىّ الذى صلّى عليه معها ، وكان رجلاً له أولاد كذلك . قال الزبير بن بكّار ، ولا خلاف فى تقديم الرجل على المرأة ، ولأن زيداً ضُرِب فى حرب كانت بين عَدِىّ فى خلافة بعض بنى أُميَّة فصُرِعَ وحُمِلَ ، فمات ، والتفّت صارِختَانِ عليه ، وعلى أُمّه ، ولا يكون إلاّ رجلا .

فصـــل

ولا خلاف فى تقديم الخُنثَى على المرأة ، لأنه يحتمل أن يكون رجلاً ، وأدنى أحواله أن يكون مساوياً لها ، ولا فى تقديم الحُرّ على العبد ، لشرفه ، وتقديمه عليه فى الإمامة ، ولا فى تقديم الكبير على الصغير كذلك . وقد رَوى الخلاّل بإسناده عن علىّ رضى الله عنه فى جنازَة رجُل وامرأة ، وحرّ وعبد ، وصغير وكبير ، يُجعل الرجل مما يَلى الإمام ، والمرأة أمام ذلك ، والكبير ممّا يلى الإمام ، والصغير أمام ذلك ،

والحرّ مما يلى الإمام ، والمملوك أمام ذلك ، فإن اجتمع حرٌّ صغير ، وعبد كبير . قال أحمد فى رواية الحسن بن محمد ، فى غلام حرّ ، وشيخ عبد ، يقدّم الحرّ إلى الإمام ، هذا اختيار الخلّال ، وغلط من روى خلاف ذلك ، واحتجّ بقول علىّ : الحرّ مما يلى الإمام ، والمملوك وراء ذلك ونقل أبو الحارث : يقدّم أكبرُهما إلى الإمام ، وهو أصحُّ إن شاء الله تعالى . لأنّه يقدّم فى الصفّ فى الصلاة ، وقول علىّ أراد به إذا تساويا فى الكِبَر والصغَر ، بدليل أنه قال : والكبيرُ ممّا يلى الإمامَ والصغيرُ أمامَ ذلك .

فصل

فإن كانوا نوعاً واحداً قدّم إلى الإمام أفضلُهم لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يوم أُحُدٍ يَدْفِنُ الاثنَيْن والثلاثةَ فى القبر الواحد ، ويقدِّم أكثرَهم أخذاً للقرآن ، ولأن الأفضل يقدَّم فى صفّ المكتوبة فيقدّم ها هنا كالرجل مع المرأة ، وقد دلّ على الأصل قولُه عليه السلام : « لِيَلِنِى مِنكُمْ أُولُوا الْأَحْلَامِ وَالنُّهَى » وإن تَسَاوَوْا فى الفضل . قدّم الأكبرُ ، فالأكبر ، فإن تساوَوْا قدّم السابق . وقال القاضى : يقدّم السابق ، وإن كان صَبِيًّا ، فلا تُقدّم المرأة وإن كانت سابقةً لموضع الذكورية . فإن تساووا قَدَّم الإمامُ من شاء منهم ، فإن تشاحَّ الأولياء فى ذلك أُقْرِعَ بينهم .

فصل

ولا خلاف بين أهل العلم فى جواز الصلاة على الجنائز دَفْعَةً واحدةً ، وإن أفرد كلّ جنازة بصلاةٍ جاز ، وقد رُوى عن النبىّ ﷺ أنّه صلَّى على حمزةَ مع غيره . وقال حنبل : صلَّيْتُ مع أبى عبد الله على جنازةِ امرأةٍ مَنفُوسَةٍ[1] . فصلَّى أبو إسحاق على الأُمِّ ، واستأمر أبا عبد الله ، وقال : صَلِّ عَلَى ابْنَتِهَا المولودة أيضاً . قال أبو عبد الله : لو أنهما وُضِعا جميعاً كانت صلاتهما واحدةً ، تصير إذا كانت أنثى عن يمين المرأة ، وإذا كان ذكراً عن يسارها . وقال بعض أصحابنا : إفرادُ كلّ جنازة بصلاة أفضلُ مالم يُريدوا المبادَرة . وظاهر كلام أحمد فى هذه الرواية التى ذكرناها أنه أفضلُ فى الإفراد ، وهو ظاهر حال السلف ، فإنّه لم يُنقل عنهم ذلك .

« مسألة » قال ﴿ وإن دُفنوا فى قبر : يكون الرجل مما يَلِي القِبْلَةَ ، والمرأةُ خلفه ، والصبىّ خلفهما ، ويَجعل بين كلّ اثنين حاجزاً من تُراب ﴾ .

وجملته : أنه إذا دُفن الجماعةُ فى القبر ، قدِّم الأفضلُ منهم إلى القِبْلة ، ثم الذى يليه فى الفضيلة ، على حسب تقديمهم إلى الإمام فى الصلاة ، سواء على ماذكرنا فى المسألة قبل هذه . لما رَوى هشامُ بن عامر

---

(١) منفوسة : ميتة بحمى النفاس .

قال : شُكِيَ إلى رسول الله ﷺ الجِرَاحَاتُ يَوْمَ أُحُدٍ فقال : «احْفِرُوا وَأَوْسِعُوا ، وَأَحْسِنُوا ، وَادْفِنُوا الاثْنَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ فِي قَبْرٍ وَاحِدٍ ، وقدِّمُوا أَكْثَرَهُمْ قُرْآنًا » رواه الترمذيّ ، وقال : حديث حسن صحيح .
فإذا ثبت هذا : فإنَّه يجعل بين كلّ اثنين حاجزاً من التراب ، فيجعل كلّ واحد منهم في مثل القبر المنفرد لأن الكفن حائلٌ غيرُ حَصين . قال أحمد : ولو جُعل لهم شبهُ النهر وجعل رأس أحدهم عند رِجْل الآخر ، وجُعل بينهما شيء من التراب لم يكن به بأس ، أو كما قال .

فصــــل

ولا يُدفن اثنان في قبر واحد ، إلا لضرورة ، وسُئل أحمد عن الاثنين والثلاثة يُدْفَنُون في قبر واحد ، قال : أمّا في مصرٍ فلا ، وأما في بلاد الروم فتكثرُ القتلَى ، فيُحفر شبه النّهر ، رأسُ هذا عند رِجْل هذا ، ويجعل بينهما حاجزاً ، لا يلتزق واحد بالآخر ، وهذا قول الشافعيّ . وذلك أنه لا يتعذّر في الغالب إفرادُ كلّ واحد يُقبر في المِصْر ، ويتعذّر ذلك غالباً في دار الحرب ، وفي موضع المُعترك ، وإن وُجدت الضرورة جاز دَفْنُ الاثنين ، والثلاثة وأكثرَ ، في القبر الواحد ، حيثما كان من مصرٍ ، أو غيره . فإن مات أقاربُ بدأ بمن يُخافُ تَغَيّره ، وإن استووا في ذلك بدأ بأقربهم إليه ، على ترتيب النفقات : فإن استووا في القرب قدّم أسنهم وأفضلهم .

« مسألة » قال ﴿ وإن ماتت نصرانيّة وهي حاملة من مُسلم ، دُفنت بين مقبرة المسلمين ، ومقبرة النصارى ﴾ .

اختار هذا الكلام أحمد ، لأنها كافرة ، لا تُدفن في مقبرة المسلمين ؛ فيتأذّوا بعذابها ، ولا في مقبرة الكفّار ، لأن ولدها مُسلم فيتأذّى بعذابهم ، وتُدفن مُنفردةً ، مع أنه رُوى عن واثِلَة بن الأَسْقع مثلُ هذا القول . ورُوى عن عمر أنها تُدفن في مقابر المسلمين . قال ابن المنذر : لا يثبُت ذلك . قال أصحابنا : ويُجعل ظهرها إلى القِبلة ، على جانبها الأيسر ، ليكون وجه الجنين إلى القِبْلة على جانبه الأيمن ، لأن وجه الجنين إلى ظهرها .

« مسألة » قال ﴿ وَيَخلع النِّعال إذا دخل المقابر ﴾

هذا مُستحبٌّ . لما روَى بَشِيرُ بن الخَصَاصِيَة قال : بينا أنا أُمَاشِي رَسُولَ الله ﷺ إذا رَجُلٌ يَمْشِي في القُبُور عَلَيْهِ نَعْلَانِ ، فقال « يَاصَاحِبَ السِّبْتِيَّتَينِ أَلْقِ سِبْتِيَّتَيْكَ »[1]، فنظر الرجل ، فلمّا عرف

(١) السبتيتين تثنية سبتية : والسبتية منسوبة إلى السبت بكسر السين ، وهو جلد البقر ، أو الجلد المدبوغ مطلقاً ، أو المدبوغ بالقرظ ، والمراد ياصاحب النعلين المدبوغين ، أو ياصاحب النعلين من جلود البقر .

رسولَ الله صلى الله عليه وسلم خَلَعَهما ، فرَمَى بهما » رواه أبو داود . وقال أحمد : إسنادُ حديث بَشِير ابن الخصَاصِيَّةِ جيِّد ، أذهبُ إليه إلا مِنْ عِلّة ، وأكثر أهل العلم لايرون بذلك بأساً . قال جرير بن حازم : رأيت الحسن ، وابن سيرين يمشيان بين القبور فى نعالهما ، ومنهم من احتجّ بقول النبيّ ﷺ : « إِنَّ العَبْدَ إِذَا وُضِعَ فِى قَبْرِهِ وَتَوَلَّى عَنْهُ أَصْحَابُه أَنَّهُ يَسْمَعُ قَرْعَ نِعَالِهِمْ » رواه البخاريّ . وقال أبو الخطّاب : يشبه أن يكون النبيّ صلى الله عليه وسلم إنما كره للرجل المشى فى نعليه لما فيهما من الْخُيَلاَء ، فإن نِعَال السِّبْتِ من لباس أهل النعيم ، قال عنتر :

* يُحْذَى نِعَالَ السِّبْتِ لَيْسَ بِتَوْأَمِ *

ولنا : أمرُ النبيّ ﷺ فى الخبر الذى تقدّم ، وأقلّ أحواله الندب ، ولأن خلع النعلين أقربُ إلى الخشوع ، وزىّ أهل التواضع ، واحترام أموات المسلمين ، وإخبار النبيّ صلى الله عليه وسلم بأن الميّت يسمعُ قَرْعَ نعالهم لاينفى الكراهة ، فإنه يدلّ على وقوع هذا منهم ، ولا نزاع فى وقوعه ، وفعلهم إياه مع كراهيته . فأما إن كان للماشى عذر يمنعه من خلع نعليه ، مثل الشوك يخافه على قدميه ، أو نجاسة تمسّهما لم يكره المشى فى النعلين . قال أحمد فى الرجل يدخل المقابر وفيها شوك يَخْلَعُ نعليه : هذا يضيق على الناس حتى يمشى الرجل فى الشوك ، وإن فعله فحسن هو أحْوَطُ ، وإن لم يفعله رجل ، يعنى لابأس ، وذلك لأن العذر يمنع الوجوب فى بعض الأحوال ، والاستحباب أولى ، ولايدخل فى الاستحباب نزع الخِفاف ، لأن نزعها يشقّ . وقد رُوى عن أحمد أنه كان إذا أراد أن يخرُج إلى الجنازة لبس خُفّيه مع أمره بخلع النعال . وذكر القاضى أن الكراهة لاتتعدّى النِّعالَ إلى الشّمشكات ولا غيرها ، لأن النهى غيرُ معلّل فلا يتعدّى محلّه .

فصل

ويكره المشى على القبور ، وقال الخطابىّ : ثبت أن النبيّ ﷺ نهى أن توطأ القبور . وروى ابن ماجه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَأَنْ أَمْشِيَ على جَمْرَةٍ أَوْ سَيْفٍ أَوْ أَخْصِفَ نَعْلِي بِرِجْلِي أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَمْشِيَ عَلَى قَبْرِ مُسْلِمٍ ، وَمَا أُبَالِي أَوسَطَ القُبُور ـ كذا قال ـ قَضَيْتُ حَاجَتِي أَوْ وَسَطَ السُّوقِ » [1] لأنه كره المشى بينها بالنعلين ، فالمشىُ عليها أولى .

فصل

ويكره الجلوس عليها ، والاتّكاء عليها ، لما رَوى أبو يزيد قال : قال رسول الله ﷺ : « لَأَنْ

(١) هذا الحديث ضعيف السند مضطرب المتن ، وفيه تناقض فى ألفاظه .

يَجْلِسَ أَحَدُكُمْ عَلَى جَمْرَةٍ تَحْرِقُ ثِيَابَهُ فَتَخْلُصُ إِلَى جِلْدِهِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَجْلِسَ عَلَى قَبْرٍ » رواه مسلم. قال الخطابىّ . وروى أن النبىّ ﷺ رأى رجلاً قد اتكأ على قبرٍ فقال : « لَا تُؤْذِ صاحب القَبْرِ » .

« مسألة » قال ﴿ ولا بأس أن يزور الرجال المقابر ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى إباحة زيارة الرجال القبور . وقال علىّ بن سعيد : سألت أحمد عن زيارة القبور ، تركها أفضل عندك أو زيارتها ؟ قال : زيارتها . وقد صحّ عن النبىّ ﷺ أنه قال : « كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ القُبُورِ فَزُورُوهَا ، فَإِنَّهَا تُذَكِّرُكُمُ المَوْتَ » رواه مسلم ، والترمذىّ بلفظ : فإنها تذكر الآخرة .

فصــــل

وإذا مر بالقبور أو زارها استُحبَّ أن يقول مارَوى مسلم عن بُرَيْدَة قال : كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يُعَلِّمُهُمْ إِذَا خَرَجُوا إِلَى المَقَابِرِ فَكَانَ قَائِلُهُمْ يقول : السَّلَامُ عَلَيْكُمْ أَهْلَ الدِّيَارِ مِنَ المُؤْمِنِينَ وَالمُسْلِمِينَ ، وَإِنَّا إِنْ شَاءَ اللهُ بِكُمْ لَلَاحِقُونَ ، نَسْأَلُ اللهَ لَنَا وَلَكُمُ العافيةَ » وفى حديث عائشة : « وَيَرْحَمُ اللهُ المُسْتَقْدِمِينَ مِنَّا وَالمُسْتَأْخِرِينَ » . وفى حديث آخر : « اللهمّ لَا تَحْرِمْنَا أَجْرَهُمْ ، وَلَا تَفْتِنَّا بَعْدَهُمْ » وإن أراد قال : « اللهمّ اغْفِرْ لَنَا وَلَهُمْ » وكان حسناً .

فصــــل

قال ولا بأس بالقراءة عند القبر . وقد رُوى عن أحمد أنه قال : إذا دخلتم المقابر اقرأوا آية الكرسىّ وثلاث مرار (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) ثم قل : اللهمّ إن فضله لأهل المقابر . ورُوى عنه أنه قال : القراءة عند القبر بدعة . وروى ذلك عن هُشَيم ، قال أبو بكر : نقل ذلك عن أحمد جماعة ، ثم رجع رجوعاً أبان به عن نفسه . فرَوى جماعة أنَّ أحمدَ نَهَى ضريراً أن يقرأ عند القبر ، وقال له : إنّ القراءة عند القبر بدعة ، فقال له محمد بن قُدامة الجوهرىّ ، يا أباعبد الله : ماتقول فى مُبَشِّر الحلبىّ ؟ قال : ثقة ، قال: فأخبرنى مُبَشِّر عن أبيه ، أنه أوصى إذا دُفن يُقرأ عنده بفاتحة البقرة ، وخاتمتها . وقال : سمعتُ ابنَ عمر يُوصى بذلك . قال أحمد بن حنبل : فارجع ، فقلْ للرجل يقرأ [1] . وقال الخلال : حدثنى أبو علىّ الحسن ابنُ الهيثم البزّار شيخنا الثقة المأمون ، قال : رأيت أحمد بن حنبل يُصلِّى خلف ضرير يقرأ على القبور . وقد رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ دَخَلَ المَقَابِرَ فَقَرَأَ سُورَةَ يس خُفِّفَ عَنْهُمْ يَوْمَئِذٍ ، وَكَانَ لَهُ بِعَدَدِ مَنْ فِيهَا حَسَنَاتٌ » وروى عنه عليه السلام : « مَنْ زَارَ قَبْرَ وَالِدَيْهِ فَقَرَأَ عِنْدَهُ

(١) هذا الحديث منكر ، تكلم رجال السند فى راويه بما يجعله ليس أهلا الرواية .

أَوْ عِنْدَهُمَا يٰس غُفِرَ لَهُ »(١) .

فصـــــل

وأىّ قربة فعلها ، وجعـل ثوابهـا للميّت المُسلم نفعه ذلك إن شاء الله(٢) . أما الدعاء ، والاستغفار ، والصدقة ، وأداء الواجبات ، فلا أعلم فيه خلافاً إذا كانت الواجبات مما يدخلُه النيابة . وقد قال الله تعالى (٥٩ : ١٠ وَالَّذِينَ جَاؤُا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ) . وقال الله تعالى (٤٧ : ١٩ وَاسْتَغْفِرْ لِذَنْبِكَ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ) ودعا النبىّ ﷺ لأبى سَلَمة حين مات ، وللميّت الذى صَلّى عليه فى حديث عَوْف بن مالك ، ولـكلّ ميّت صَلّى عليه . وسأل رجل النبىّ ﷺ فقال : يَارَسُولَ اللهِ ، إِنَّ أُمِّى مَاتَتْ فَيَنْفَعُهَا إِنْ تَصَدَّقْتُ عَنْهَا ؟ قال : نَعَمْ » رواه أبو داود . ورُوى ذلك عن سَعْد بن عُبادة ، وجاءت امرأة إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فقالت : « يَارَسولَ اللهِ إِنَّ فَرِيضَةَ اللهِ فِى الْحَجِّ أَدْرَكَتْ أَبِى شَيْخاً كَبِيراً لايَسْتَطِيعُ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى الرَّاحِلَةِ ، أفَأَحُجُّ عَنْهُ ؟ قال : أَرَأَيْتِ لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكِ دَيْنٌ أَكُنْتِ قَاضِيَتَهُ ؟ قَالَتْ : نَعَمْ ، قال : فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى » وقال للذى سأله : إن أُمِّى ماتَتْ وَعَلَيْهَا صَوْمُ شَهْرٍ أَفَأَصُومَ عَنْها ؟ « قَالَ : نَعَمْ » وهذه أحاديث صحاح ، وفيها دلالة على انتفاع الميّت بسائر القُرَب ، لأن الصوم والحجّ والدعاء ، والاستغفار ، عبادات بدنيّة ، وقد أوصل الله نفعها إلى الميّت ، فـكذلك ماسواها ، مع ماذكرنا من الحديث فى ثواب من قرأ يس ، وتخفيف الله تعالى عن أهل المقابر بقراءته . وروى عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جدّه : أن رَسُولَ الله صلى الله عليـه وسـلم قال لعمرو بنِ العـاصِ : « لَوْ كَانَ أَبُوكَ مُسلِماً فَأَعْتَقْتُمْ عَنْهُ أَوْ تَصَدَّقْتُمْ عَنْهُ أَوْ حَجَجْتُمْ عَنْهُ بَلَغَهُ ذَلِكَ » وهذا عامّ فى حجّ التطوّع ، وغيره . ولأنه عمل برّ ، وطاعـةٍ فوصل نفعهُ وثوابه ، كالصدقة ، والصيام ، والحجّ الواجب . وقال الشـافعىّ ماعـدا الواجب ، والصدقة ، والدعاء ، والاستغفار ، لايُفعل عن الميّت ، ولا يَصِلُ ثوابه إليه ، لقول الله تعالى (٥٣ : ٣٩ وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلاَّ مَاسَعَى) وقول النبى ﷺ : « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ(٣) » . ولأن نفعه لايتعدّى فاعله .

---

(١) وهذا الحديث وما قبله ضعيفان .

(٢) هذا يخالف ماقاله الإمام ابن تيمية فى كتابه قاعدة جليلة فى التوسل والوسيلة ، من أن إهداء ثواب القراءة إلى الميت ، وكذلك الأعمال الأخرى لاينفعه إلا ماقرره الرسول صلى الله عليه وسلم من قوله : (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم نافع ، أو ولد صالح يدعو له) .

(٣) ومذهب الشافعى هو الحق ، وهو السنة ، كما ورد فى الأحاديث . وأما ماستدل به ابن قدامة ، فلا دليل فيه على ماادعاه ، لأن جميع الأحاديث التى ذكرها لاتعدو قضاء حج أو صوم واجبين ، والصدقة لم تحدث ولم يقرها الرسول صلى الله عليه وسلم إلا من الولد ، والولد كسب أبيه ، وهو وماله لأبيه كما قال —

فلا يتعدّى ثوابُه . وقال بعضهم : إذا قرىء القرآنُ عِنْدَ الميّت ، أو أُهْدِىَ إليـه ثوابُه كان الثوابُ لِقَارِئِه ، ويـكون الميت كأنه حاضرها ، وترجى له الرحمة .

ولنـا : ماذكرناه ، وأنه إجماع المسلمين ، فإنهم فى كلّ عصر ومصر ، يجتمعون ويقرءون القرآن ، ويُهدون ثوابه إلى موتاهم ، من غير نَـكِيرٍ (١) ولأنَّ الحديثَ صَحّ عن النبىّ ﷺ « إنَّ المَيِّتَ يُعَذَّبُ ببُـكَاءِ أَهْلِهِ عَلَيْهِ » والله أكرم من أن يوصل عُقوبةَ المعصية إليه ، ويَحْجُبَ عنه المَثُوبة (٢) ولأنَّ المُوصل لثَوابِ ماسلّموه ، قادر على إيصال ثواب مامنعوه (٣) ، والآية مخصوصة بما سلّموه ، وما اختلفنا فيه فى معناه فنقيسه عليه (٤) ولا حجّة لهم فى الخبر الذى احتجّوا به ، فإنّما دلّ على انقطاع عمله ، فلا دلالة فيه عليه . ثم لو دلّ عليه كان مخصوصاً بما سلّموه ، وفى معناه مامنعوه ، فيتخَصّص به أيضاً بالقياس عليه ، وما ذكروه من المعنى غيرُ صحيح ، فإن تعدِّى الثواب ليس بفرعٍ لتعدِّى النفع ، ثم هو باطل بالصوم ، والدعاء ، والحجّ ، وليس له أصل يُعتبَر به ، والله أعلم (٥) .

« مسألة » قال ﴿ وتـكره للنساء ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى زيارة النساء القبور ، فرُوى عنه كراهتها ، لما رَوت أمّ عطية قالت :

الرسول صلى الله عليه وسلم ، فلم يعد ماأجازه الرسول صلى الله عليه وسلم الحديث المذكور وهو (إذا مات ابن آدم) الحديث . وقد بينت ذلك بإيضاح فى تعليقى على كتاب قاعدة جليلة فى التوسل والوسيلة لابن تيمية فليطلع عليه من شاء .

(١) الذى فعله المسلمون واجتمعوا عليه من قراءة القرآن فى عهد المؤلف لايعتبر حجة شرعية يبنى عليهـا حكم ، وإنمـا الذى تبنى عليه الأحكام ، فعل الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة ، وإذا وصل المسلمون فى عهد من العهود إلى الإجماع على ماليس بموجود فى كتاب ولا سنة ، لايكون حكماً شرعياً ، وإنما يكون بدعة . مالم يؤسس على الكتاب والسنة ، وما كان يجوز للمؤلف أن يحتج بهذه الحجة ، وهى ظاهرة الضعف ولا تؤدى إلى المطلوب .

(٢) سبق أن بينا أن هذا الحديث مخصوص بمن أوصى بالنوح عليه ، أو بمن كان يرضيه فى حيـاته نوح أهل الميت عليه ويحبذه ، أما من لم يوص ولم يحبذ فلا تصله عقوبة ، لأنه لاذنب عليه فى كل مايفعله أهله . فلو ذبح أهل الميت عجلا أو خروفاً تحت نعش الميت ، وهو سائر فى طريقه إلى المقـبرة كما يفعل أهل الشرك فإنهم آثمون ، والميت لاذنب له ولا عقوبة عليه . وقال الله تعالى : (لـكل امرىء منهم مااكتسب من الإثم) وقال : (وأن ليس للإنسان إلا ماسعى) وعدل الله يأبى أن يعذب إنساناً بمالم يفعل .

(٣) الله قادر على كل شىء ، ولـكنه كان وعده مأتياً ، وكان عذابه بالـكفار والمذنبين واقع .

(٤) لايجوز القياس هنا لأنه قياس مع الفارق ، ولا قياس مع النص .

(٥) ظاهر من كلام ابن قدامة أنه رجح رأيه بكل ماأمكنه حتى وصل إلى ترجيحه بما لايعتبر دليلا له ، ولسنا نكره أن يصل ثواب قراءة الحى إلى الميت ، بل كلنا يتمنى ذلك ، ولـكن الدليل لايساعد على مانتمنى ولا يحقق مانريد .

« نُهِينَا عَنْ زِيَارَةِ القُبُورِ ، ولَمْ يُعْزَمْ عَلَيْنَا » رواه مسلم . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « لَعَنَ اللهُ زَوَّارَاتِ القُبُورِ » قال الترمذيّ : هذا حديث صحيح ، وهذا خاصّ فى النساء ، والنهى المنسوخ كان عامًّا للرجال ، والنساء . ويحتمل أنه كان خاصًّا للرجال ، ويحتمـلُ أيضاً كونُ الخـبر فى لَعْن زوّارات القُبور بعد أمر الرجال بزيارتها ، فقد دار بين الحظر والإباحة ، فأقلّ أحواله الـكراهة ، ولأن المرأة قليلة الصبر ، كثيرةُ الجزع . وفى زيارتها للقبر تهييج لحزنها ، وتجديد لذكر مُصابها ، ولا يُؤْمَنُ أن يفضى بها ذلك إلى فعل مالا يجوز ، بخلاف الرجل . ولهـذا اختصَصْنَ بالنَّوْح ، والتعديد ، وخُصِصْنَ بالنهى عن الحَلْق ، والصَّلْق[1] ، ونحوها . والرواية الثانية لايـكره ، لعموم قوله عليه السلام : « كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا » وهذا يدلّ على سبق النهى ، ونسخه ، فيدخلُ فى عمومه الرجالُ والنساء . ورُوى عن ابن أبى مُلَيكة أنه قال لعائشة : يَاأُمَّ الْمُؤْمِنِينَ ، أَيْنَ أَقْبَلْتِ[2] ؟ قالت : مِنْ قَبْرِ أَخِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ . فقلت لها : قَدْ نَهَى رسول الله ﷺ عن زيارة القبور ؟ قالت : نَعَمْ ، قَدْ نَهَى ، ثمّ أَمَرَ بزِيَارَتِها . وروى الترمذيّ : أن عائشة زارت قبر أخيها . ورُوى عنها أنها قالت : لَوْ شَهِدْتُهُ مَازُرْتُهُ .

فصـــل

ويـكره النَّعْىُ ، وهو أن يبعث منادياً ينادى فى الناس : إنّ فلاناً قد مات ، ليشهدوا جنازته . لما رَوى حذيفة قال : سمعتُ النبيصلى‌الله عليه وسلم يَنْهَى عَنِ النَّعْى . قال الترمذى : هذا حديث حسن. واستحبّ جماعة من أهل العلم أن لايَعْلَمَ الناس بجنائزهم ، منهم : عبد الله بن مسعود ، وأصحابه : علقمة ، والربيع بن خيثم ، وعمرو بن شرَحْبيل . قال علقمة : لاتُؤْذِنُوا بى أحداً . وقال عمرو بن شرحبيل : إذا أنا مُتُّ ، فلا أُنْعَى إلى أَحَدٍ . وقال كثير من أهـل العلم : لابأس أن يعلم بالرجـل إخوانُه ، ومعارفه ، وذوو الفضل من غير نداء . قال إبراهيم النخعيّ : لابأس إذا مات الرجل أن يُؤْذَنَ صديقُه ، وأصحـابه . وإنما كانوا يكرهون أن يُطاف فى المجالس أَنْعَى فلاناً كفعل الجاهليّة . وممّن رخّص فى هذا : أبو هريرة ، وابن عمرو ، وابن سيرين . ورُوى عن ابن عمر أنه نُعِيَ إليه رافع بن خديج . قال : كَيْفَ تُرِيدُونَ أَنْ تَصْنَعُوا بِهِ ؟ قال : نَحْبِسُهُ حَتَّى نُرْسِلَ إِلَى قُبَاءَ ، وإلى مَنْ قَدْ بَاتَ حَوْلَ الْمَدِينَةِ لِيَشْهَدُوا جَنَازَتَهُ . قال : نِعْمَ مَارَأَيْتُمْ . وقال النبيّ صلى الله عليه وسلم فى الذى دُفِنَ ليلاً : « أَلاَ آذَنْتُمُونِي ؟» . وقد صحّ عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ : « نَعَى لِلنَّاسِ النَّجَاشِيَّ فِي الْيَوْمِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ ، وَخَرَجَ بِهِمْ

---

(١) الحلق : حلق الشعر . والصلق : الصراخ والصوت المرتفع .

(٢) هكذا فى الأصول ، ولعل أصلها (من أين أقبلت) فسقطت (من) .

إلَى المُصَلَّى فَصَفَّ بِهِمْ ، وَكَبَّرَ أَرْبَعَ تَكْبِيرَاتٍ » متفق عليه . وفى لفظ : « إنَّ أَخَاكُمُ النَّجَاشِيَّ قَدْ مَاتَ . فَقُومُوا فَصَلُّوا عَلَيْهِ » . ورُوى عن النبيّ ﷺ أنه قال : « لاَ يَمُوتُ فِيكُمْ أَحَدٌ إلاَّ آذَنْتُمُونِي بِهِ » أو كما قال . ولأنّ فى كثرة المصلِّين عليه أجراً لهم ، ونفعاً للميِّت . فإنه يحصُل لكلِّ مصلٍّ منهم قيراط من الأجر . وجاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَا مِنْ مُسْلِمٍ يموت فيُصلِّى عليه ثلاثةُ صُفُوفٍ مِنَ المُسْلِمِينَ إلاَّ أَوْجَبَ »(1) . وقد ذكرنا هذا . ورَوى الإمامُ أحمد بإسناده ، عن أبى المَلِيح أنه صلَّى على جنازة ، فالتفت فقال : اسْتَوُوا وَلْتَحْسُنْ شَفَاعَتُكُمْ ، أَلاَ وَإنَّهُ حَدَّثنِى عَبْدُ الله بنُ سَلِيط عن إحْدَى أُمَّهَاتِ المُؤْمِنِينَ وهى ميمونةُ ، وكان أخاها من الرضاعة ، أن رسول الله ﷺ قال : « مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُصَلِّى عَلَيْهِ أُمَّةٌ مِنَ النَّاسِ إلاَّ شُفِّعُوا فِيهِ » . فسألت أبا المَلِيح عن الأُمَّة ؟ فقال : أربعون .

---

(1) أوجب : يعنى أوجب الثواب ، لأن دعاء المصلين تؤمن عليه الملائكة ، والله تعالى يقبل دعاء المؤمنين .

كتاب الزكاة

قال أبو محمد بن قُتيبة : الزكاة من الزكاء ، والنماء ، والزيادة . سُمِّيت بذلك لأنها تُثمِّر المال ، وتُنمِّيه ، يقال : زكا الزرعُ ، إذا كثر رَيْعُهُ . وزكت النفقة إذا بورك فيها . وهى فى الشريعة حق يجب فى المـال . فعند إطلاق لفظها فى موارد الشريعة ينصرف إلى ذلك . والزكاة أحد أركان الإسلام الخمسة ، وهى واجبة بكتاب الله تعالى ، وسنَّة رسوله صلى الله عليه وسلم ، وإجماع أُمته .

أما الـكتاب : فقول الله تعـالى : (٢ : ٤٣ وَآتُوا الزَّكَاةَ) ، وأما السُّنة : فإنَّ النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم بعث مُعاذاً إلى اليمن ، فقـال : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ اللهَ افْـتَرَضَ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَـذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ ، فَتُرَدُّ فِي فُقَرَائِهِمْ » متفق عليه . فى آيٍ ، وأخبارٍ ، سِوَى هذين كثيرة .

وأجمع المسلمون فى جميـع الأعصار على وجوبها ، واتفق الصحابة رضى الله عنهم على قتال مانعيها . فروى البخاريّ بإسناده ، عن أبى هريرة ، قال : لَمَّا تُوُفِّيَ النبيُّ ﷺ ، وكان أبو بكر ، وكفر من كفر من العربِ . فقال عمر : كيف تقاتل الناس وقد قال رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم : « أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ ، فَمَنْ قَالَهَا فَقَدْ عَصَمَ مِنِّى مَالَهُ ، وَنَفْسَهُ إِلاَّ بِحَقِّهِ وَحِسَابُهُ عَلَى اللهِ ؟ فقال : وَاللهِ لَأُقْتُلَنَّ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الصَّلاَةِ وَالزَّكَاةِ ، فإِنَّ الزَّكَاةَ حَقُّ المَالِ ، وَاللهِ لَوْ مَنَعُونِى عَنَاقاً[1] كَانُوا يُؤَدُّونَهَا إِلَى رسولِ اللهِ صلى الله عليـه وسلم لَقَاتَلْتُهُمْ عَلَى مَنْعِهَا . قال عمر : فَوَاللهِ مَاهُوَ إِلاَّ أَنْ رَأَيْتُ اللهَ قَدْ شَرَحَ صَدْرَ أَبِى بَـكْرٍ لِلْقِتَالِ ، فَعَرَفْتُ أَنَّهُ الحَقّ » . ورواه أبو داود وقال : «لو منعونى عِقالاً » قال أبو عبيد : العقال صدقة العام . قال الشاعر :

سَعَى عِقَالاً فَلَمْ يَتْرُكْ لَنَا سَبَداً[2] فَـكَيْفَ لَوْ قَدْ سَعَى عَمْرٌو عِقَالَيْنِ ؟

وقيل : كانوا إذا أخذوا الفريضة أخذوا معها عِقَالَهَا ، ومن رواه « عَنَاقًا » فى روايته دليـل على أخذ الصغيرة من الصغار .

فصـــــل

فمن أنـكر وجوبها جهلاً به ، وكان ممّن يَجهلُ ذلك ، إما لحداثة عهده بالإسلام ، أو لأنه نشأ

---

(١) العناق : أنثى المعز ، والمعنى لومنعونى شيئاً قليلا مما كانوا يؤدونه إلى رسول الله صـلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه ، وقيل العناق معناها زكاة عامين ، أى لومنعونى زكاة عامين ، والأول أقرب .

(٢) السبد : الشعر القليل ، والمعنى لم يترك لنا شيئاً له قيمة . وقد أخذ زكاة عام ، فـما بالك لو أخذ زكاة عامين ، لاشك لو فعل لم يترك لنا سبداً ، ولا لبداً .

ببادية نائية عن الأمصار ـ عُرِّف وجوبَها ، ولا يُحكم بكفره ، لأنه معذور . وإن كان مسلماً ناشئاً ببلاد الإسلام بين أهل العلم ، فهو مُرْتَدّ ، تجرى عليه أحكام المرتدين ويستتاب ثلاثاً ، فإن تاب وإلاَّ قُتِلَ . لأن أدلة وجوب الزكاة ظاهرة فى الكتاب ، والسنة ، وإجماع الأمة ، فلا تكاد تخفى على أحد ، ممن هذه حاله ، فإذا جحدها فلا يكون إلا لتكذيبه الكتابَ والسُّنة ، وكُفره بهما .

فصــــل

وإن منعها مُعتقداً وجوبَها وقدَر الإمام على أخذها منه أخذها وعزَّره ، ولم يأخذ زيادة عليها فى قول أكثر أهل العلم . منهم : أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحابهم . وكذلك إن غَلّ ماله ، وكتمه[1] ، حتى لا يأخذُ الإمام زكاته ، فظهر عليه . وقال إسحق بن راهويه ، وأبو بكر عبد العزيز : يأخذها ، وشَطْرَ ماله[2] . لما رَوى بَهْزُ بن حَكيم ، عن أبيه ، عن جدّه ، عن النبىّ ﷺ أنه كان يقول : « فى كلِّ سَائِمَةِ الإِبِلِ ، فى كلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ لاَ تُفَرَّقُ عَنْ حِسَابِهَا ، فَمَنْ أَعْطَاهَا مُؤْتَجِرًا فَلَهُ أَجْرُهَا ، وَمَنْ أَبَاهَا فإِنِّى آخِذُهَا وَشَطْرَ مالِهِ ، عَزَمَةٌ مِنْ عَزَمَاتِ رَبِّنَا . لاَ يَحِلُّ لآلِ مُحَمَّدٍ مِنْهَا شَىْءٌ » . وذكر هذا الحديث لأحمد فقال : ماأدرى ماوجهه[3] ؟ وسئل عن إسناده . فقال : هو عندى صالح الإسناد . رواه أبو داود ، والنسائىّ فى سننهما .

ووجه الأول : قول النبى ﷺ : « لَيْسَ فى المَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ » ولأن منع الزكاة كان فى زمن أبى بكر رضى الله عنه ، بموت رسول الله ﷺ ، مع توفّر الصحابة رضى الله عنهم ، فلم ينقُل أحدٌ عنهم زيادة ، ولا قولا بذلك . واختلف أهل العلم فى العُذر عن هذا الخبر . فقيل : كان فى بدء الإسلام حيثُ كانت العقوبات فى المال ، ثم نُسخ بالحديث الذى رويناه . وحكى الخطابىّ عن إبراهيم الحربىّ أنه يُؤخذ منه السنّ الواجبة عليه ، من خيار ماله ، من غير زيادة ، فى سنّ ولا عدد ، لكن ينتقى من خير ماله ما تزيدُ به صدقَتُه فى القيمة ، بقدر شطر قيمة الواجب عليه . فيكون المراد بـ«ماله» هاهنا الواجب عليه من ماله ، فيُزاد عليه فى القيمة بقدر شطره ، والله أعلم .

فأما إن كان مانع الزكاة خارجاً عن قبضة الإمام قاتَلَه ، لأن الصحابة رضى الله عنهم قاتلوا مانعيها . وقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه : « لو منعونى عقالا كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليه » . فإن ظفر به ، وبماله ، أخذها من غير زيادة أيضاً ، ولم تُسبَ ذريته ، لأن الجناية من غيرهم ، ولأن المانع لا يُسْبَى فذرّيته أولى ، وإن ظفر به دون ماله دعاه إلى أدائها ، واستتابه ثلاثاً ، فإن تاب وأدَّى ، وإلاّ قتل ، ولم يُحكم بكفره . وعن أحمد مايدلّ على أنه يكفرُ بقتاله عليها ، فروى الميمونىّ

---

(١) عطف تفسير . (٢) شطر ماله : نصفه ، أو جزؤه .

(٣) وجهه : أنه عقوبة على كتمان المال وإخفائه .

عنه : إذا منعوا الزكاة كما منعوا أبا بـكر ، وقاتلوا عليها ، لم يُوَرَّثُوا ، ولم يُصَلَّ عليهم . قال عبد الله بن مسعود : « مَا تَارِكُ الزَّكَاةِ بِمُسْلِمٍ » .

ووجه ذلك : ما رُوِى « أن أبا بكر رضى الله عنه لما قَاتَلَهُمْ وَعَضَّتْهُمُ الْحَرْبُ قالو : نُؤَدِّيها . قال : لاَ أَقْبَلُهَا حَتَّى تَشْهَدُوا أَنَّ قَتْلاَنَا فى الْجَنَّةِ وَقَتْلاَكُمْ فى النَّارِ » . ولم يُنقل إنـكار ذلك عن أحد من الصحابة ، فدلّ على كفرهم .

ووجه الأول : أن عمر وغيره من الصحابة امتنعوا من القتال فى بدء الأمر ، ولو اعتقدوا كفرهم لما توقّفوا عنه ، ثم اتفقوا على القتال ، وبقى الـكفر على أصل النفى ، لأن الزكاة فرع من فروع الدين ، فلم يكفر تاركه بمجرّد تركه ، كالحجّ ، وإذا لم يكفر بتركه لم يكفر بالقتال عليه ، كأهل البغى وأما الذين قال لهم أبو بكر هذا القول فيحتمل أنهم جحدوا وجوبها ، فإنه نُقل عنهم أنهم قالوا : إنّما كنّا نؤدّى إلى رسول الله ﷺ ، لأن صلاته سَكَنٌ لنا ، وليس صلاة أبى بكر سَكَناً لنا ، فلا نؤدى إليه . وهذا يدلّ على أنهم جحدوا وجوب الأداء إلى أبى بكر رضى الله عنه . ولأن هذه قضية فى عين ، فلا يتحقّق من الذين قال لهم أبو بكر هـكذا القول . فيحتمل أنهم كانوا مُرْتَدِّين ، ويحتمل أنهم جحدوا وجوب الزكاة . ويحتمل غير ذلك ، فلا يجوز الحـكم به فى محلّ النزاع . ويحتمل أن أبا بكر قال ذلك لأنهم ارتـكبوا كبائر ، وماتوا من غير توبة ، فحـكم لهم بالنار ظاهراً ، كما حكم لقتلى المجاهدين بالجنة ظاهراً ، والأمر إلى الله تعالى فى الجميع . ولم يحـكم عليهم بالتخليد ، ولا يلزم من الحـكم بالنار الحـكم بالتخليد ، بعد أن أخبر النبى صلى الله عليه وسلم : « أن قوماً من أمّته يدخلون النار ، ثم يخرجهم الله تعالى منها ، ويدخلهم الجنة » .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وليس فيما دون خمس من الإبل سائمة صدقة ﴾ .

بَدَأَ الْخِرَقِىّ رحمه الله بذكر صدقة الإبل ، لأنهـا أهمّ ، فإنّها أعظمُ النَّعَمِ قيمةً وأجساماً ، وأكثر أموال العرب ، فالاهتمام بها أولى ، ووجوب زكاتها ممّا أجمع عليه علماء الإسـلام ، وصحّت فيه السُّنّة عن النبىّ صلى الله عليه وسلم . ومن أحسن مارُوى فى ذلك مارواه البخارىّ فى صحيحة قال : حدّثنا محمد ابن عبد الله بن المُثَنَّى الأنصارىّ ، قال : حدّثنى أبى قال : حـدثنا ثُمَامَةُ بن عبد الله بن أنس ؛ أن أنساً حدّثه : « أن أبَا بَكْرٍ الصدِّيقَ رَضِىَ الله عنه كَتبَ له هَذا الْكِتَابَ لمّا وَجَّهَهُ إلى البَحْرَيْنِ : بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، هَذِهِ فَرِيضَةُ الصَّدَقَةِ التى فرض رسولُ الله صلى الله عليه وسلم على الْمُسْلِمينَ ، والتى أمرَ اللهُ بِها ورَسُولهُ صلى الله عليه وسلم ، فَمَنْ سُئِلَهَا عَلى وَجْهِهَا فَلْيُعْطِهَا ، وَمَنْ سُئِلَ فَوْقَها فَلاَ يُعْطِ : فِى أَرْبَعٍ وَعِشرِينَ فَمَا دُونَهَا مِنَ الإِبلِ فى كُلِّ خَمْسٍ شَاةٌ ، فإذا بَلَغتْ خَمْساً وَعِشرِينَ

إلى خَمْسٍ وَثَلاَثِينَ فَفِيهَا بِنْتُ مَخَاضٍ أُنثَى ، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتًّا وَثَلاَثِينَ إِلَى خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ فَفِيهَا بِنْتُ لَبُونٍ أُنثَى ، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتًّا وَأَرْبَعِينَ إِلَى سِتِّينَ فَفِيهَا حِقَّـةٌ طَرُوقَةُ الْجَمَـلِ . فَإِذَا بَلَغَتْ وَاحِدَةً وسِتِّينَ إِلَى خَمْسٍ وَسَبْعِينَ فَفِـيهَا جَذَعَةٌ ، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتًّا وَسَبْعِـينَ إِلى تِسْعِينَ فَفِيهَا ابْنَتَا لَبُونٍ ، فَإِذَا بَلَغَتْ إِحْدَى وتِسْعِينَ إِلَى عِشْرِين ومِائَةٍ فَفِيهَا حِقَّتَانِ طَرُوقَتَا الفَحْلِ ، فإِذَا زَادَتْ عَلَى عِشْرِينَ ومِائَةٍ فَفِي كُلِّ أَرْبعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ ، وفى كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ ، وَمَنْ لَمْ يَـكُنْ مَعَهُ إِلاّ أَرْبَعٌ مِنَ الإِبلِ فَلَيْسَ فِيهَا صَدَقَةٌ إِلاّ أَنْ يَشَاء رَبُّهَا ، فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْساً مِنَ الإِبلِ فَفِيهَا شَاةٌ » ، وذكر تمام الحديث ، نذكره إن شاء الله تعالى فى أبوابه . ورواه أبو داود فى سُنَنِه ، وزاد : « وَإِذَا بَلَغَتْ خَمْساً وَعِشْرِينَ فَفِيهَا بِنْتُ مَخَاضٍ إِلى أَنْ تَبْلُغَ خَمْساً وثَلاَثِينَ ، فإِنْ لَمْ يَـكُنْ فِيهَا ابْنَةُ مَخَـاضٍ فَفِيهَا ابْنُ لَبُونٍ ذَكَر » وهذا كله مجمع عليه ، إلى أن يبلغ عشرين ومائة ، ذكره ابن المنذر . قال : ولا يصحّ عن علىّ رضى الله عنه ماروُى عنه فى خمس وعشرين ، يعنى ماحُكى عنه فى خمس وعشرين خمس شيـاهٍ . وقول الصدّيق رضى الله عنه : « الَّتِى فَرَضَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسـلم » ، يَعْـنِى قَدَّر ، والتقدير يُسمَّى فرضاً ، ومنه فَرض الحـاكم للمرأة فرضاً . وقوله : « ومَنْ سُئِلَ فَوْقَهَا فَلاَ يُعْطِ » يعنى لايُعطى فوق .

وأجمع المسلمون على أن مادون خمس من الإبل لازكاة فيه . وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث : « وَمَنْ لَمْ يَـكُنْ مَعَهُ إِلاّ أَرْبَعٌ مِنَ الإِبلِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ فِيهَا صَدَقَةٌ إِلاّ أَنْ يشَاءَ رَبُّهَـا » وقال : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسٍ ذَوْدٍ صَدَقَةٌ » متفق عليه . والسائمة الراعية . وقد سامت تسوم سوماً : إذا رعت ، وأسمتها إذا رعيتها ، وسوّمتها إذا جعلتها سـائمة . ومنه قول الله تعـالى (١٦ : ١٠ وَمِنْهُ شَجَرٌ فِيهِ تُسِيمُونَ) أى ترعون . وفى ذكر السائمة احتراز من الْعَـلُوفَةِ والعوامِلِ ، فإنه لازكاة فيها عند أكثر أهل العـلم . وحُـكى عن مالك : فى الإبل النواضح والعَلُوفة الزكاة ، لعموم قوله عليه السلام : « فى كُلِّ خَمْسٍ شَاةٌ » . قال أحمد : ليس فى العوامل زكاة ، وأهل المدينة يرون فيها الزكاة ، وليس عندهم فى هذا أصل .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فى كل سائمة فى كل أربعين بنت لبون » فى حديث بَهْز بن حـكيم ، فقيّده بالسـائمة . فدلّ على أنه لازكاة فى غيرها ، وحـديثهم مطلق ، فيُحمـل على المقيّد ، ولأن وصف النمـاء معتبر فى الزكاة ، والْعَلُوفة يستغرق عَلَفُها نماءَها ، إلا أن يُعِدّها للتجارة ، فيـكون فيها زكاة التجارة .

« مسألة » قال ﴿ فإذا ملك خمساً من الإبل فأسامها أكثر السنة ، ففيها شاة ، وفى العشر شاتان ، وفى الخمس عَشْرَةَ ثلاثُ شياه ، وفى العشرين أربع شياه ﴾ .

وهذا كله مُجمع عليه ، وثابت بسنّة رسول الله ﷺ بما رويناه وغيره ، إلا قولَه « فأسامها أكثر السنة » فإن مذهب إمامنا ومذهب أبى حنيفة أنهـا إذا كانت سائمة أكثر السنة ، ففيها الزكاة . وقال الشافعىّ : إن لم تكن سائمةً فى جميع الحَول فلا زكاة فيها ، لأن السوم شرط فى الزكاة ، فاعتُبر فى جميع الحول كالمِلك وكمال النصاب . ولأن الْعَلَف يُسقِط ، والسوم يوجب ، وإذا اجتمعا غُلِّب الإسقاط ، كما لو ملك نصاباً بعضُه سائمة ، وبعضُه عَلُوفة .

ولنـا : عموم النصوص الدالَّة على وجوب الزكاة فى نُصُب[1] الماشية ، واسم السوم لا يزول بالعَلَف اليسير . فلا يمنع دخولهـا فى الخـبر ، ولأنه لا يمنع حقّه للمُؤْنة فأشبهت السائمـة فى جميـع الحَوْل ، ولأن العَلَف اليسير لا يُمكن التحرّز منه ، فاعتباره فى جميع الحول يُسقط الزكاة بالكلّية ، سيّما عند من يَسُوغ له الفرار من الزكاة ، فإنه إذا أراد إسقاط الزكاة « عَلَفَهَا »[2] يوماً فأسقطها . ولأن هـذا وصفٌ معتبر فى رفع الكُلْفة ، فاعتُبِر فيه الأكثر ، كالسقى بما لا كُلْفَة[3] « فيه » فى الزرع والثمار .

وقولهم « السوم شرط » يحتمل أن يمنع ، ونقول : بل الْعَلَف إذا وُجـد فى نصف الحول فما زاد مانعٌ . كما أن السقى بكُلْفة مانع من وجوب العُشْر ، ولا يـكون مانعاً حتى يوجد فى النصف فصاعداً ، كذا فى مسألتنا ، وإن سلّمنا كونَه شرطاً فيجوز أن يـكون الشرط وجوده فى أكثر الحول ، كالسقى بمالا كلفة فيـه شرط فى وجوب الْعُشر ، ويكتفى بوجوده فى الأكثر ، ويفارق ماإذا كان فى بعض النصاب معلوفٌ لأن النصاب سببٌ للوجوب ، فلا بد من وجود الشرط فى جميعه ، وأما الحول فإنه شرط الوجوب ، فجاز أن يُعتبر الشرطُ فى أكثره .

فصـــل

ولا يجزى فى الغنم المُخْرَجة فى الزكاة إلا الجَذَعُ من الضأن ، والثَّنِىُّ من المعز ، وكذلك شاة الْجُبْرَانِ ، وأيّهما أخرج أجزأه . ولا يُعتبر كونها من جنس غنمه ، ولا جنس غنم البلد ، لأن الشاة مُطلقة فى الخبر الذى ثبت به وجوبها ، وليس غنمه ولا غنم البلد سبباً لوجوبها ، فلم يتقيّد بذلك : كالشاة الواجبة فى الْفِدية وتـكون أنثى ، فإن أخرج ذكراً لم يُجزئه ، لأن الغنم الواجبة فى نصبهـا إناث . ويحتمل أن يجزئه لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أطلق لفظ الشاة ، فدخل فيه الذكر والأنثى . ولأنَّ الشاة إذا تعلّقت بالذِّمة

---

(١) نصب : جمع نصاب ، وهو الحد والمقدار الذى تجب فيه الزكاة .

(٢ ، ٣) مابين القوسين غير موجود فى النسخة التى عاقنا عليها .

دون العين أجزأ فيها الذكر كالأُضْحية ، فإن لم يكن له غنم لزمه شراء شاة . وقال أبو بكر : يُخرج عَشَرَة دراهم ، قياساً على شاة الْجُبران .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم نص على الشاة ، فيجب العملُ بنصه ، ولأن هذا إخراج قيمة فلم يجز ، كما لو كانت الشاة واجبةً فى نصابها ، وشاة الْجُبران مختصة بالبدَلِ بعَشَرَةِ دراهم بدليل أنَّها لا تجوز بدلاً عن الشاة الواجبة فى سائمة الغنم .

فصــــل

فإن أخرج عن الشاة بعيراً لم يُجزئه ، سواء كانت قيمتُه أكثرَ من قيمة الشاة ، أو لم يكن . وحكى ذلك عن مالك وداود . وقال الشافعيّ ، وأصحاب الرأى : يُجزئه البعير عن العشرين فما دونها . ويخرج لنا مثل ذلك إذا كان المُخرَج مما يُجزى عن خمس وعشرين ، لأنه يُجزىء عن خمس وعشرين ، والعشرون داخلة فيها ، ولأن ما أجزأ عن الكثير أجزأ عما دونه : كابنَتَىْ لَبُونٍ عما دون ست وسبعين .

ولنا : أنه أخرج غيرَ المنصوص عليه ، من غير جنسه ، فلم يُجزه ، كما لو أخرج بعيراً عن أربعين شاةً . ولأن النصّ ورد بالشاة ، فلم يُجزىء البعير ، كالأصل ، أو كشاة الجبران ، ولأنها فريضة وجبت فيها شاةٌ يُجزىء عنها البعير ، كنصاب الغنم . ويفارق ابنتى لبون عن الْجَذَعَةِ ، لأنها من الجنس .

فصــــل

وتكون الشاةُ المخرجة كحال الإبل فى الجودة والرداءة . فيُخرج عن الإبل السِّمان سَمِينَةً ، وعن الْهِزال هزيلة ، وعن الكرائم كريمة ، وعن اللئام لَئِيمَةً . فإن كانت مِرَاضاً أخرج شاة صحيحة على قدر هزيلة المال ، فيقال له : لو كانت الإبلُ صحاحاً كم كانت قيمتها وقيمةُ الشاة ؟ فيقال : قيمة الإبل مائة ، وقيمة الشاة خمسة ، فينقص من قيمتها قدرُ ما نقصت الإبل ، فإذا نقصت الإبل خُمس قيمتها وجب شاة قيمتها أربعة ، وقيل : تُجزئه شاة تُجزىء فى الأضحية ، من غير نظر إلى القيمة . وعلى القولين لا تُجزئه مريضة ، لأن المخرج من غير جنسها ، وليس كلّه مِرَاضاً ، فينزّل منزلة اجتماع الصحاح والمِرَاض ، لا تُجزىء فيه إلاّ الصحيحة .

« مسألة » قال ﴿ فإذا صارت خمساً وعشرين ففيها بنتُ مَخاض ، إلى خمسٍ وثلاثين ﴾ .

فإن لم يكن فيها بنت مَخاض ، فابنُ[1] لبون ذَكر ، فإذا بلغت ستًّا وثلاثين ففيها ابنةُ لبون ، إلى خمس وأربعين ، فإذا بلغت ستاً وأربعين ، ففيها حِقَّة « طروقة الفحل[2] » إلى ستّين ، فإذا بلغت إحدى

---

(١) أى بلغت السن الذى تستحق فيه طرق الفحل لها وهى سن الشباب والقوة .

(٢) فى الأصول (وابن لبون) والصحيح ما أثبتناه .

وستين ففيها جَذَعَةٌ(١) إلى خمس وسبعين فإذا بلغت ستاً وسبعين ، ففيها ابنتا لبون ، إلى تسعين . فإذا بلغت إحدى وتسعين ففيها حِقَّتانِ إلى عشرين ومائة . وهـذا كلُّه مُجمَع عليـه . والخبرُ الذى رويناه مُتناول له .

وابنة المخاض : التى لها سنة ، وقد دخلت فى الثانية ، سُمِّيت بذلك لأن أمهـا قد حملت غـيرها ، والماخضُ : الحاملُ ، وليس كون أُمِّها ماخضاً شرطاً فيها ، وإنما ذُكر تعريفاً لها بغالب حالها ، كتعريفه الربيبة بالحِجر(٢) ، وكذلك بنت لبون(٣) . وبنت المخاض أدنى سن يوجد فى الزكاة ، ولا تجب إلا فى خمس وعشرين إلى خمس وثلاثين خاصّة ، وبنت اللبون : التى تمّت لها سنتان ودخلت فى الثالثة ، سمّيت بذلك لأن أمها قد وضعت حملها ولها لبن . والحِقّة : التى لها ثلاث سنين ودخلت فى الرابعة . لأنهـا قد استحقّت أن يطرقها الفحل ، ولهذا قال : طروقة الفحل واستحقت أن يُحمل عليها ، وتُركب . والجَذعة : التى لها أربع سنين ودخلت فى الخامسة ، وقيل لها ذلك لأنها تُجذع إذا سقطت سِنّها ، وهى أعلى سن تجب فى الزكاة ، ولا تجب إلا فى إحدى وستين إلى خمس وسبعين ، وإن رضى ربّ المال أن يُخرج مكانهـا ثَنِيّة جاز ، وهى التى لها خمسُ سنين ، ودخلت فى السادسة ، سميت ثنيّة : لأنها قد ألقَتْ ثَنِيَّتيها .

وهذا الذى ذكرنا فى الأسنان ذكره أبو عُبَيْد ، وحكاه عن الأصمعىّ ، وأبى زيد الأنصارىّ ، وأبى زياد الهلالىّ ، وغيرهم .

وقول الخِرَقىّ : « فإن لم يكن ابنة مخاض » أراد إن لم يكن فى إبله ابنة مخاض أجزأه ابنُ لبون ، ولا يجزئه مع وجود ابنةِ مخاض ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا ابْنَةُ مَخاضٍ فابْنُ لَبُونٍ ذَكَر » فى الحديث الذى رويناه شرط فى إخراجه عَدَمها ، فإن اشتراها ، وأخرجها جاز ، وإن أراد إخراج ابن لبون بعد شرائها لم تُجْزِ ، لأنه صار فى إبله بنت مَخاضٍ ، فإن لم يكن فى إبله ابنُ لبون ، وأراد الشراء لزمه شراء بنتِ مخاض ، وهـذا قول مالك . وقال الشافعىّ : يُجزيه شراء ابن لبون ، لظاهر الخبر وعمومه .

---

(١) الجذعـة : هى التى أجذعت مقدم أسنـانها ، أى أسقطته ، وهى التى بلغت أربع سنين ودخلت فى الخـامسة .

(٢) تعريف الربيبة بالحجر ؛ إشارة إلى قوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » فالربيبة بنت الزوجة ، وهى محرمة سواء كانت فى حجر الزوج أو كانت بعيدة عنه ، وإنمـا قيل اللاتى فى حجوركم تعبيراً بغالب أحوالها ، لأن الغـالب أن تكون الربيبة فى الحجر .

(٣) أى وكذلك عرف بنت اللبون بغالب أحوالها ، لأن تعريفها فى الواقع ، هى التى بلغت سنتين ودخلت فى الثالثة ، سواء كانت أمها مرضعاً ذات لبن أو لا ، ولكن الغالب أن تكون مرضعاً .

ولنـا : أنهما استويا فى الْعَدم ، فلزمته ابنة مخاض ، كما لو استويا فى الوجود ، والحـديث محمول على وجوده . لأن ذلك للرفق به ، إغناءً له عن الشراء ، ومع عدمه لا يَستغنى عن الشراء ، فـكان شراء الأصل أولى ، على أنّ فى بعض ألفاظ الحديث « فَمَنْ لَمْ يَـكُنْ عِنْدَهُ ابْنَةُ مَخَاضٍ عَلَى وَجْهِهَا ، وَعِنْدَهُ ابنُ لَبُونٍ فإنَّه يُقْبَلُ مِنْهُ ، ولَيْسَ مَعَهُ شَيْءٌ » فشرط فى قبوله وجودَه وعدَمَها ، وهذا فى حديث أبى بـكر . وفى بعض الألفاظ : « ومَنْ بَلَغَتْ عِنْدَهُ صَدَقَةٌ بِنتَ مَخَاضٍ ، ولَيْسَ عِنْدَهُ إلاّ ابنُ لَبُونٍ » وهذا يفسد بتعين حمل المطلق عليه ، وإن لم يجد إلا ابنة مخاض معيّنة فله الانتقال إلى ابن لبون ، لقوله فى الخـبر : فإن لم يـكن عنـده بنتُ مخـاض ، على وجههـا » ولأن وجودها كعدمهـا ، لـكونها لا يجوز إخراجها ، فأشبه الذى لا يجد إلا ما لا يجوز الوضوء به فى انتقاله إلى التيمم ، وإن وجد ابنة مخاض أعلى من صفـة الواجب لم يُجزه ابن لبون ، لوجود بنت مخـاض على وجهها ، ويخير بين إخراجها ، وبين شراء بنت مخاض على صفة الواجب ، ولا يخيّر بعض الذكورية بزيادة سنّ فى غير هذا الموضع ، ولا يُجزيه أن يُخرج عن ابن لبون حِقًّا ، ولا عن الِحقّة جَذَعاً لعدمهما ، ولا وجود لهما . وقال القاضى وابن عقيل : يجوز ذلك مع عدمهما لأنهما أعلى وأفضل ، فيثبُت الحـكم فيهما ، بطريق التنبيه .

ولنا : أنه لا نصّ فيهما ، ولا يصحّ قياسهما على ابن لَبون مكان بنت مَخاض ، لأن زيادة سن ابن لبون على بنت مخاض يمتنع بها من صغار السباع ، ويَرْعَى الشجرَ بنفسه ، ويَرِدُ المـاء ، ولا يوجد هذا فى الِحقّ مع بنت لبون ، لأنهما يشتركان فى هذا ، فلم يبق إلا مجرد السن فلم يقابل إلا بتوجيه .

وقولهما : إنه يدل على ثبوت الحـكم فيهما بطريق التنبيه .

قلنـا : بل يدل على انتفـاء الحـكم فيهما ، بدليـل خطـابه ، فإنّ تخصيصه بالذكر دونهما دليـل على اختصاصه بالحـكم دونهما .

فصــــل

وإن أخرج عن الواجب سنًّا أعلى من جنسه ، مثل أن يُخرج بنتَ لبون عن بنت مَخاض ، وحِقَّةً عن بنت لبون ، أو بنتِ مَخاضٍ ، أو أخرج عن الَجذعةِ ابنتى لبون أو حِقَّتين ، جاز لا نعلم فيه خلافاً . لأنه زاد على الواجب من جنسه ما يجزى عنه مع غيره ، فـكان مُجزياً عنه على انفراده ، كما لو كانت الزيادة فى العدد . وقد رَوى الإمام أحمدُ فى مُسنده ، وأبو داود فى سننه ، بإسنادهما عن أُبىّ بن كعب ، قال : « بعثنى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم مُصَدِّقًا[1] . فمررت برجل فلما جمع لى ماله لم أجد عليه فيه إلا بنت

---

(١) مصدقاً : جامعاً للصدقات .

مخاض ، فقلت له : أدِّ بنتَ مخاضٍ فإنها صدقتُـكَ . فقال : ذاكَ مالا لبن فيه ولا ظهر ، ولـكن هذه ناقة فتيّة عظيمة سمينة فخذها ، فقلت : ماأنا بآخذٍ مالم أومر به ، وهذا رسولُ الله ﷺ منكَ قريبٌ ، فإن أحببت أن تأتيه فتعرضَ عليه ماعرضْتَ عليَّ فافعل . فإن قبله منك قبلتُه ، وإن ردَّه عليك رددتُه . قال : فإني فاعل ، فخرج معي ، وخرج بالناقة التي عرض عليَّ ، حتى قدَّمهـا على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له : يا نَبِيَّ اللهِ ، أتاني رَسُولُكَ ليأخذَ منّي صـدقَةَ مالي ، وايمُ الله ، ماقام في مالي رسول الله ، ولا رسوله قطّ قبله ، فجمعت له مالي ، فزعم أن ماعليَّ فيـه بنتُ مخاض ، وذاكَ مالا لبن فيـه ، ولا ظهر ، وقد عرضتُ عليه ناقةً فتيّةً سمينةً عظيمة ليأخذُها ، فأبى ، وهاهي ذهِ ، قد جئتُكَ بها يارسول الله خذْها . « فقـال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : ذَاكَ الذي وجَبَ عَلَيْكَ ، فإنْ تطوّعْتَ بَخَيْرٍ أَجْزَلَ اللهُ فيهِ ، وَقَبِلْنَاهُ مِنْكَ . فقال : فهاهي ذهِ يارسولَ الله ، قد جئتكَ بهـا . قال : فأمر رسولُ اللهِ ﷺ بقَبْضِهاَ ، ودعا له في ماله بالبركة » . وهـكذا الحـكم إذا أخرج أعلى من الواجب في الصِّفَة ، مثل أن يُخرج السمينة مكان الهزيلة ، والصحيحةَ مكان المريضة ، والـكريمةَ مكان اللئيمةِ ، والحاملَ عن الحوائل ، فإنها تُقبل منه ، وتُجزيه ، وله أجرُ الزيادة .

فصـــــل

ويُخرج عن ماشيته من جنسها على صفتها ، فيُخرج عن البخاتيِّ بُختيَّة[1] ، وعن العِراب عرَبيَّة ، وعن الـكرام كريمةً ، وعن السِّمان سمينةً ، وعن اللِّئامِ والهزال لئيمة هزيلة . فإن أخرج عن البخاتيّ عرَبيّة بقيمة البختيّة ، أو أخرج عن السّمان هزيلةً بقيمة السَّمينة جاز . لأن القيمة مع اتّحاد الجنس هي المقصود ، أجاز هذا أبو بكر . وحكى عن القاضي وجه آخر : أنه لايجوز ، لأن فيه تفويت صفة مقصودة فلم يجزْ كما لو أخرج من جنسٍ آخر . والصحيح الأول ، لما ذكرنا . وفارق خلافَ الجنس ، فإنالجنس مرعيّ في الزكاة ، ولهذا لو أخرج البعيرَ عن الشاة لم يجُز ، ومع الجنس يجوز إخراج الجَيِّد عن الرديء ، بغير خلاف .

« مسألة » قال ﴿ فإذا زادت على عشرين ومائة ، ففي كلِّ أربعين بنت لبون وفي كلّ خمسين حقة ﴾ .

ظاهر هذا : أنها إذا زادت على العشرين والمائة واحدةً ففيها ثلاثُ بنات لبون ، وهو إحدى الروايتين عن أحمـد : ومذهب الأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وإسحاق . والرواية الثانية : لايتعدّى الفرض إلى ثلاثين ومائة ، فيكون فيها حقّة وبنتا لبون . وهذا مذهب محمد بن إسحاق بن يَسار ، وأبي عُبَيْد ،

(١) البخاتي : النياق الخراسانية ، والعراب النياق العربية . والخراسانية كبيرة السنام والأجسام .

ولمالك روايتان ، لأنّ الفرض لايتغير بزيادة الواحدة ، بدليل سائر الفروض .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « فإِذَا زَادَتْ على عِشْرِينَ وَمِائَةٍ فَفِى كلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ » والواحد زيادة ، وقد جاء مُصرحاً به فى حديث الصدقات الذى كتبه رسول الله ﷺ ، وكان عند آل عمر بن الخطّاب » رواه أبو داود والترمذيّ ، وقال : هو حديث حسن . وقال ابن عبد البرّ : هو أحسن شيء رُوى فى أحاديث الصدقات ، وفيه : « فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة ، ففيها ثلاث بنات لبون » . وفى لفظ : « إلى عشرين ومائةٍ ، فإذا زادت واحدةً ففى كلِّ أربعين بنتُ لبون ، وفى كل خمسين حِقّة » أخرجه الدارقطنيّ . وأخرج حديث أنس من رواية إسحاق بن راهويه ، عن النضر ابن إسماعيل ، عن حمّاد بن سَلَمَة ، قال : « أَخَذْنَا هَذَا الْكِتَابَ مِنْ ثُمَامَةَ يُحَدِّثُ بِهِ عَنْ أَنَسٍ . وَفِيهِ : فإِذَا بَلَغَتْ إِحْدَى وَعِشْرِينَ وَمِائَةً ففى كل أربعين بنت لبون ، وفى كل خمسين حِقّة» ، ولأن سائر ماجعله النبيّ ﷺ غايةً للفرض إذا زاد عليه واحدةٌ تغيّر الفرضُ ، كذا هذا .

وقولهم : إن الفرض لايتغيّر بزيادة الواحدة . قلنا : وهذا ماتغيّر بالواحدة وحدها ، وإنّما تغيَّر بها مع ماقبلها . فأشبهت الواحدةَ الزائدةَ عن التسعين ، والستّين وغيرهما . وقال ابن مسعود ، والنخعيّ ، والثوريّ وأبو حنيفة : إذا زادت الإبل على عشرين ومائة استُؤنفت الفريضة ، ففى كل خمس شاةٌ إلى خمس وأربعين ومائة ، فيكون فيها حِقّتان ، وبنتُ مخاض ، إلى خمسين ومائة ، ففيها ثلاث حقاق ، وتُستأنف الفريضة فى كلِّ خمسٍ شاةٌ لما رُوى « أن النبيّ ﷺ كَتَبَ لِعَمْرِو بنِ حَزْمٍ كِتَاباً ذَكَرَ فِيهِ الصَّدَقَاتِ وَالدِّيَاتِ » وذكر فيه مثل هذا .

ولنا : أن فى حديثَي الصدقات الذى كتبه أبو بكر لأنَسٍ ، والذى كان عند آل عمر بن الخطاب مثل مذهبنا ، وهما صحيحان . وقد رواه أبو بكر عن النبيّ صلى الله عليه وسلم بقوله : « هَذِهِ فَرِيضَةُ الصَّدَقَةِ التى فَرَضَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم علىالْمُسْلِمِينَ » . وأما كتاب عمرو بن حزم فقد اختُلف فى صفته فرواه الأثرم فى سننه ، مثل مذهبنا . والأخذ بذلك أولى ، لموافقته الأحاديث الصحاح ، وموافقته القياس . فإن المال إذا وجب فيه من جنسه لم يجب من غير جنسه ، كسائر بهيمة الأنعام ، ولأنه مال احتمل المواساة من جنسه ، فلم يجب من غير جنسه . كالبقر والغنم ، وإنما وجب فى الابتداء من غير جنسه ، لأنه مااحتمل المواساة من جنسه ، فلم يجب من غير جنسه . فعدلنا إلى غير الجنس ضرورةً ، وقد زال ذلك بزيادة المال وكثرته . ولأنه عندهم يُنقل من بنت مخاض إلى حِقّة بزيادة خمسٍ من الإبل ، وهى زيادة يَسيرة لاتقتضى الانتقال إلى حِقة . فإنّا لم نَنْقُل فى محلِّ الوفاق من بنت مخاض إلى حِقّة إلا بزيادة إحدى وعشرين ، وإن زادت على مائةٍ وعشرين جُزءاً مِن بعير لم يتغيَّر الفرض عند أحدٍ من الناس . لأن

فى بعض الروايات « فإذا زادت واحدة » وهذا يُقيّد مطلق الزيادة فى الرواية الأخرى . ولأن سائر الفروض لاتتغير بزيادة جزء . وعلى كلا الروايتين : متى بلغت الإبل مائة وثلاثين ففيها حِقة ، وبنتا لَبُونٍ وفى مائة وأربعين حِقّتان ، وبنتا لبون ، وفى مائة وخمسين ثلاثُ حِقَاق . وفى مائة وستين أربعُ بَنَاتِ لَبُونٍ . ثم كلما زادت عشراً أَبْدَلْتَ مكان بِنْت لَبُون حِقَّةً ، ففى مائة وسبعين حقة وثلاث بنات لبون ، وفى مائة وثمانين حِقّتان وابنتا لبون ، وفى مائة وتسعين ثلاث حِقَاق وبنت لبون . فإذا بلغت مائتين اجتمع الْفَرضان ، لأن فيهما خمسين أربع مرات ، وأربعين خمس مرات ، فيجب عليه أربع حقاق ، أو خمس بنات لبون ، أىَّ الفرضين شاء أخرج ، وإن كان الآخر أفضل منه . وقد رُوى عن أحمد : أن عليه أربعَ حِقَاق . وهذا محمول على أن عليه أربع حقاق بصيغة التخيير ، اللهم إلا أن يكون المخرِج ولياً ليتيم ، أو مجنون ، فليس له أن يُخرج من ماله إلا أدنى الفرضين . وقال الشافعىّ : الْخِيرَةُ إلى الساعى ، ومُقتضى قوله أنَّ رَبَّ المال إذا أخرج لزمه إخراجُ أعلى الفرضين . واحتج بقول الله تعالى : (٢ : ٢٦ وَلاَ تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ) ولأنه وجد سبب الفرضين ، فكانت الخِيرَة إلى مُستحقِّه ، أو نائبه ، كقتل العمد الموجب للقصاص ، أو الدية .

ولنا قول النبى ﷺ فى كتاب الصدقات الذى كتبه ، وكان عند آل عمر بن الخطاب : «فإذا كانت مائتين ، ففيها أربع حقاق ، أو خمس بنات لبون » أىُّ البنتين وُجدت أُخذت، وهذا نصٌّ لايُعرَّج معه على شىء يخالفه ، وقوله عليه السلام لمعاذ : « إِيَّاكَ وكَرَائِمَ أَمْوَالِهِمْ » ولأنها زكاة ثبت فيها الخيار ، فكان ذلك لربِّ المال ، كالخِيرَة فى الْجبران بين مائتين ، أو عشرين درهما ، وبين النزول ، والصعود ، وتعيين الْمُخْرَج . ولا تتناول الآية مانحن فيه ، لأنه إنما يأخذ الفرض بصفة المال ، فيأخذ من الكرام كرائم ، ومن غيرها من وسطها ، فلا يكون خبيثاً . لأن الأدنى ليس بخبيث ، وكذلك لو لم يوجد إلا سبب وجوبه وجب إخراجه . وقياسهم يبطُل بشاةِ الْجُبران . وقياسنا أولى منه ، لأن قياس الزكاة على الزكاة أولى من قياسها على الدّيات .

إذا ثبت هذا : فكان أحد الفرضين فى ماله دون الآخر ، فهو مخيّر بين إخراجه ، أو شراء الآخر ، ولا يتعين عليه سوى إخراج الموجود ، لأن الزكاة لاتجب فى عين المال . وقال القاضى : يتعيَّن عليه إخراج الموجود . لأن الزكاة لا تجب فى عين المال ، ولعله أراد إذا لم يقدر على شراء الآخر .

فصـــــل

فإن أراد إخراج الفرض من النوعين نظرنا . فإن لم يحتج إلى تَشْقِيصٍ (١) ، كرجل عنده أربعمائة ،

(١) تشقيص : تفريق .

يخرج منهـا أربعَ حِقَاق ، وخمسَ بَنات لَبُون جاز ، وإن احتاج إلى تشقيص ، كزكاة المائتين لم يَجُز . لأنه لا يمـكنه ذلك إلا بالتشقيص . وقيـل : يحتمل أن يجوز على قياس قول أصحابنـا : يجوز أن يُعْتِقَ نصفَيْ عبدين فى الـكفارة ، وهذا غير صحيح . فإن الشرع لم يُرد بالتشقيص فى زكاة السائمة إلّا مِنْ حاجة. ولذلك جُعل لها أوقاصاً ، دفعاً للتشقيص عن الواجب فيها ، وعدل فيهـا دون خمس وعشرين من الإبل عن إيجاب الإبل إلى إيجاب الغَنَم ، ولا يجوز القول بتجويزه مع إمكان العدول عنه إلى إيجـاب فريضة كاملة . وإن وجد أحـد الفريضتين كاملا والآخرُ ناقصاً لا يُمـكنه إخراجه إلا بجُبْران[1] معه ، مثل أن يجـد فى المائتين خمس بنات لبون ، وثلاثَ حِقَاق تعين أخذ الفريضة الـكاملة . لأن الْجُبْران بدلٌ يُشترط له عدمُ المبدَل ، وإن كانت كلّ واحـدة تحتاج إلى جبران ، مثلُ أن يجـد أربعَ بنات لَبُون ، وثلاثَ حِقَاق ، فهو مخير أيهما شاء أخرج مع الْجُـبْران ، إن شاء أخرج بنـات اللبون وحقة ، وأخـذ الجبران ، وإن شاء أخرج الحقاق وبنتَ اللبُونِ مع جُبْرانهـا . فإن قال : خـذوا مِنّى حِقّة وثلاثَ بنات لبون مع الْجُبْران لم يَجُز . لأنه يَعدِل عن الفرض مع وجوده إلى الْجُـبْران ، ويحتمل الجواز ، لأنه لابد من الجبران . وإن لم يوجد إلا حِقّة ، وأربع بنات لبون أدّاها ، وأخذ الْجُبْران ، ولم يكن له دفع ثلاث بنات لبون مع الْجُبْران ، فى أصحّ الوجهين ، وإن كان الفرضان معدومين أو مَعِيبَيْن ، فله العدول عنهما مع الْجُبْران . فإن شاء أخرج أربع جَذَعاتٍ ، وأخـذ ثمانىَ شِياهٍ ، أو ثمانين درهماً ، وإن شاء دفع خمس بناتِ مخاضٍ ومعها عشر شياه أو مائة درهم . وإن أحبّ أن يَنْقُل عن الْحِقاق إلى بنات المَخاض ، أو عن بنات اللبون إلى الجِذاع ، لم يَجُز ، لأنّ الحِقاق وبناتِ اللبون منصوص عليهنّ فى هذا المـال ، فلا يُصْعد إلى الحقاق بجُبْران . ولا يَنْزِل إلى بنات اللبون بجُبْران .

« مسألة » قال ﴿ ومن وجبت عليه حِقّة ، وليست عنده ، وعنده ابنة لبون أُخِـذت منه ، ومعهـا شاتان ، أو عشرون دِرْهما ، ومن وجبت عليه ابنة لبون وليست عنده وعنده حِقّة أُخِذت منه وأُعْطِىَ الْجُبْرانَ شاتَـيْنِ أو عشرين درهما ﴾

المذهب فى هذا : أنه متى وجبت عليـه سنٌّ وليست عنده . فله أن يُخرج سنًّا أعلى منها ، ويأخـذُ شاتين ، أو عشرين درهما ، أو سِنًّا أنزل منها ، ومعها شاتَيْن أو عشرين درهما ، إلاّ ابنة مخاضٍ ، ليس له أن يُخرج أنزل منها ، لأنّها أدنى سنّ تجب فى الزكاة ، أو جَذَعَة . ولا يُخرج أعلى منها إلّا أن يرضى ربُّ المال بإخراجها ، لا جُبْران معها فتُقْبَلُ منه ، والاختيار فى الصعود ، والنزول ، والشياه ، والدراهم ، إلى ربّ المال . وبهذا قال النخعىّ والشافعىّ ، وابنُ المنذر . واختُلف فيه عن إسحق . وقال الثورىّ : يُخرج شاتين ، أو عشرةَ دراهم . لأنالشاة فىالشرع مُتقوَّمة بخَمْسَةِ دراهم[2] بدليل أن نصابها أربعون ،

(١) الجبران شاة أو أكثر تخرج مع السن الأدنى لتعوض نقصه أو ثمن الشاة .

(٢) هذا باعتبار زمان المؤلف ، أماالآن وما بعد الآن فيعتبر السعر الذى تواضع عليه أهل الزمان .

ونصابُ الدراهم مائتان . وقال أصحاب الرأى : يدفع قيمةَ ماوجب عليه ، أو دونَ السنّ الواجبة ، وفضلَ مابينهما دَراهم .

ولنا : قوله عليه السلام فى الحديث الذى رويناه من طريق البخارىّ « وَمَنْ بَلَغَتْ عِنْدَهُ مِنَ الإِبِلِ صَدَقَةُ الجذعة وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ جَذَعَةٌ وَعِنْدَهُ حِقَّةٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهُ الْحِقَّةُ وَيَجْعَلُ مَعَهَا شَاتَيْنِ إِنِ اسْتَيْسَرَتَا له ، أو عِشْرِينَ دِرْهَمًا . ومن بلغت عنده صدقةُ الحِقّة ، وليست عنده ، وعنده الجَذَعة ، فإنها تُقبل منه الجَذَعةُ ويُعطيه المصدّق عشرين درهما ، أو شاتين . ومن بلغت عنده صدقةُ الحِقّة وليست عنده إلا بنتُ لبون ، فإنها تُقبل منه بنت لبون ، ويعطى شاتين ، أو عشرين درهما ، ومن بلغت صدقتُه بنتَ لَبون ، وعنده حِقّة ، فإنّها تُقبل منـه الحِقة ، ويُعطيه المصـدّق عشرين درهما ، أو شاتين . ومن بلغت صدقتـه بنتَ لَبون ، وليست عنده ، وعنده ابنةُ مخاض ، فإنها تقبل منه ابنةُ مخاض ، ويُعطَى معها عشرين درهماً أو شاتَيْنِ » وهذا نص ثابت صحيح ، لم يُلتفت إلى ماسواه .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز العدول إلى هذا الجُبْران مع وجود الأصل . لأنه مشروط فى الخبر بعدم الأصل ، وإن أراد أن يُخرج فى الجُبران شاةً ، وعَشَرَة دراهم . فقال القـاضى : لا يُمنع هـذا ، كما قلنا فى الـكفّارة ، فله إخراجها من جنسين ، لأن الشاة مَقامَ عشرة دراهم . فإذا اختار إخراجها وعشرةً جاز ، ويحتمل المنع . لأنَّ النبى صلى الله عليه وسلم خـيَّر بين شاتين وعشرين درهماً . وهـذا قسم ثالث ، فتجويزه يُخالف الخبر . والله أعلم بالصواب .

فصـــــل

فإن عدم السنَّ الواجبة والتى تليها ، كمن وجبت عليه جَذَعة ، فعدمها ، وعدم الجذَعَة وابنةَ اللبون . فقال القاضى : يجوز أن ينتقل إلى السنّ الثالث مع الجُبْران فيخرج ابنة اللبون فى الصورة الأولى ، ويُخرج معها أربعةَ شياه ، وأربعين درهماً ، ويُخرج ابنةَ مخاض فى الثانية ، ويُخرج معها مثل ذلك : وذكر أن أحمد أومأ إليه ، وهذا قول الشافعىّ . وقال أبو الخطّاب : لاينتقل (إلا)[1] إلى سِنٍّ تلى الواجب . فأما إن انتقل من حِقّة إلى بنت مخاض ، أو من جَذَعة إلى بنت لَبون ، لم يَجُز . لأنَّ النصَّ ورد بالعدول إلى سنٍّ واحدة ، فيجب الاقتصار عليها ، كما اقتصرنا فى أخذ الشياه عن الإبل على الموضع الذى ورد به النصّ ، هذا قول ابن المنذر . ووجه الأول : أنه قد جوّز الانتقال إلى السنِّ الذى تليه مع الجُبْران ، وجوّز العدول عن ذلك أيضاً إذا عدم مع الجـبْران إذا كان هو الفرض . وهاهنا لو كان موجوداً أجزأ . فإن عُدم جاز العدول إلى مايليه مع الجُبْران . والنصّ إذا عقل عدّى وعمل بمعناه . وعلى مقتضى هذا القول يجوز العدول عن الجَذَعة إلى بنت المخاض مع ستّ شياه ، أو ستّين درهماً ، ويَعدل عن ابنـة المخاض إلى الجَذَعة ،

(١) لفظ « إلا » ساقط من جميع النسخ المطبوعة ، ولا بد منه ليصح المعنى .

ويأخذ ستّ شياه ، أو ستّين درهماً . وإن أراد أن يُخرج عن الأربع شياهٍ شاتين ، وعشرين درهماً جاز . لأنهما جُبرانان ، فهما كالكفّارتين . وكذلك فى الجُبْران الذى يُخرجه عن فرض المائتين من الإبل ، إذا أخرج عن خمس بنات لبُون خمسَ بناتِ مخاض ، أو مكان أربع حِقاق أربعَ جَذَعاتٍ جاز أن يُخرِجَ بَعْضَ الجُبْرانِ دَرَاهم وبَعْضَهُ شِياهاً . ومتى وَجَد سنًّا تلى الواجب لايجوز العدول إلى سنٍّ لاتليه ، لأن الانتقال عن السنّ التى تليه إلى السنّ الأخرى بدل ، ولا يجوز مع إمكان الأصل . فإن عدم الحِقّة وابنة اللبون ووَجد الجَذَعة : وابنةَ المَخاضِ ، وكان الواجب الحِقّة لم يجز العدول إلى بنت المخاض ، وإن كان الواجب ابنةَ لبون ، لم يجز إخراج الجَذَعة . والله أعلم .

فصـــل

فإن كان النصاب كلّه مِراضاً ، وفريضته معدومة ، فله أن يعدل « إلى »[1] السنّ السُّفلَى مع دفع الجُبْران ، وليس له أن يصعد مع أخذ الجُبران ، لأن الجُبران أكثرُ من الفضل الذى بين الفرضين . وقد يكون الجُبرانُ خَيْراً من الأصل . فإن قيمة الصحيحتين أكثرُ من قيمة المريضتين ، وكذلك قيمة مابينهما فإذا كان كذلك لم يجز فى الصعود ، وجاز فى النزول ، لأنه متطوّع بشىء من ماله ، وربُّ المال يُقْبلُ منه الفضلُ . ولا يجوز للساعى أن يُعْطِىَ الفضلَ من[2] المساكين . فإن كان المُخرِج ولىّ اليتيم لم يَجُز له أيضاً النزول ، لأنه لايجوز أن يُعْطِىَ الفضلَ من مالِ اليَتيمِ فيتعيَّن شراء الفرض من غير المال اه .

فصـــل

ولا يدخل الجُبرانُ فى غير الإبل . لأن النصّ فيها ورد ، وليس غيرُها فى معناها ، لأنها أكثرُ قيمةً . ولأن الغنم لاتختلف فريضتها باختلاف سِنّها . وما بين الفريضتين فى البقر يُخالف مابين الفريضتين فى الإبل فامتنع القياس . فمن عَدِم فريضةَ البقر أو الغنم ، ووجد دونَها لم يَجُز له إخراجها ، فإن وجد أعلى منها فأحبَّ أن يدفعها مُتطوِّعاً بغير جُبْرانٍ قُبِلَتْ منه ، وإن لم يفعل كلِّف شراءها من غير ماله .

فصـــل

قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله رحمه الله : تفسير الأَوْقَاصِ[3] . قال : مابين الفريضتين . قلت له : كأنه مابين الثلاثين إلى الأربعين فى البقر ، وما أشبه هذا ؟ قال : نعم ، والسبَق مادون الفريضة . قلت له :

(١) مابين القوسين ساقط فى النسخة التى علقنا عليها (٢) من المساكين : أى من حق المساكين .

(٣) الأوقاص : جمع وقص بفتح الواو وسكون القاف وهو القدر الذى بين النصابين كما مثله الشارح ، وسمى وقصاً لأن الوقص من معانيه النقص ، فكأن هذا القدر ينقص من الحساب .

كأنه مادون الثـلاثين من البقر ، وما دون الفريضة ؟ فقال : نعم . وقال الشعبيّ : السَّبَق[1] ما بين الفريضتين أيضاً . قال أصحابُنا : الزكاة تتعلّق بالنصاب دون الوَقْص . ومعناه : أنه إذا كان عنده أكثرُ من الفريضة ، مثل أن يكون عنده ثلاثون من الإبل ، فالزكاة تتعلّق بخمسة وعشرين دون الخمسة الزائدة عليها . فعلى هذا لو وجبت الزكاة فيها ، وتلفت الخمسُ الزائدة قبل التمكُّن من أدائها ، وقلنا إن تلف النصاب قبل التمكن يُسقط الزكاة ، لم يَسقُط هاهنا منها شيء . لأن التالف لم تتعلق الزكاةُ به ، وإن تلف منها عَشْرٌ سقط من الزكاة خُمْسُها . لأن الاعتبار بتلَف جُزء من النصاب ، وإنما تلف منها من النصاب خمسه . وأما من قال : لا تأثير لتلَف النصاب في إسقاط الزكاة ، فلا فائدة : في الخلاف عنده ، في هذه المسألة ، فيما أعلم . والله تعالى أعلم .

---

(١) السبق : بفتح السين والباء هنا الفارق بين النصابين ، أو الفاصل بينهما ، كالتسعة البقرات بعد الثلاثين فهي فاصل بين النصابين ، فإذا بلغت أربعين وجبت الزكاة ، وأصل السبق : الحد الذي يوضع بين المتسابقين فمن وصل إليه فقد سبق .

باب صدقة البقر

وهى واجبة بالسنَّة والإجماع . أما السنَّة : فما رَوى أبو ذرّ رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَامِنْ صَاحِبِ إِبِلٍ ، وَلاَ بَقَرٍ ، وَلاَ غَنَمٍ لاَ يُؤَدِّى زَكَاتَهَا إِلاَّ جَاءَتْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَعْظَمَ مَا كَانَتْ وَأَسْمَنَ تَنْطِحُهُ بِقُرُونِهَا ، وَتَطَؤُهُ بِأَخْفَافِهَا ، كُلَّمَا نَفِدَتْ أُخْرَاهَا عَادَتْ عَلَيْهِ أُولاَهَا حَتَّى يُقضى بَيْنَ النَّاسِ» متفق عليه . ورَوى النسائىّ ، والترمذىّ عن مسروق : «أَنَّ النبىّ ﷺ بَعَثَ مُعَاذاً إِلَى الْيَمَنِ ، وَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ[1] دِينَاراً ، وَمِنَ الْبَقَرِ مِنْ كُلِّ ثَلاَثِينَ تَبِيعاً[2] أَوْ تَبِيعَةً ، وَمِنْ كُلِّ «أَرْبَعِينَ»[3] مُسِنَّةً[4]» . وروى الإمام أحمد بإسناده ، عن يحيى بن الحكم أنَّ مُعاذاً قال : « بَعَثَنِى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم أُصَدِّقُ أَهْلَ الْيَمَنِ[5] ، وَأَمَرَنِى أَنْ آخُذَ مِنَ الْبَقَرِ مِنْ كُلِّ ثَلاَثِينَ تَبِيعاً ، وَمِنْ كُلِّ أَرْبَعِينَ مُسِنَّةً . قال : فعرضوا عَلَىَّ أَنْ آخُذَ مَا بَيْنَ الْأَرْبَعِينَ وَالْخَمْسِينَ وَمَا بَيْنَ السِّتِّينَ وَالسَّبْعِينَ ، وَمَا بَيْنَ الثَّمَانِينَ وَالتِّسْعِينَ ، فَأَبَيْتُ ذَلِكَ . وَقُلْتُ لَهُمْ : حَتَّى أَسْأَلَ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم عَنْ ذَلِكَ . فَقَدِمْتُ فَأَخْبَرْتُ النبىَّ ﷺ ، فَأَمَرَنِى أَنْ آخُذَ مِنْ كُلِّ ثَلاَثِينَ تَبِيعاً ، وَمِنْ كُلِّ أَرْبَعِينَ مُسِنَّةً ، وَمِنَ السِّتِّينَ تَبِيعَيْنِ ، وَمِنَ السَّبْعِينَ مُسِنَّةً وَتَبِيعاً ، وَمِنَ الثَّمَانِينَ مُسِنَّتَيْنِ ، وَمِنَ التِّسْعِينَ ثَلاَثَةَ أَتْبِعَةٍ ، وَمِنَ الْمِائَةِ مُسِنَّةً وَتَبِيعَيْنِ ، وَمِنَ الْعَشَرَةِ وَمِائَةٍ مُسِنَّتَيْنِ وَتَبِيعاً ، وَمِنَ الْعِشْرِينَ وَمِائَةٍ ثَلاَثَ مُسِنَّاتٍ أَوْ أَرْبَعَةِ أَتْبَاعٍ ، وَأَمَرَنِى رسولُ الله ﷺ أَنْ لاَ آخُذَ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ شَيْئاً إِلاَّ إِنْ بَلَغَ مُسِنَّةً أَوْ جَذَعاً يَعْنِى تَبِيعاً . وَزَعَمَ أَنَّ الْأَوْقَاصَ لاَ فَرِيضَةَ فِيهَا » .

وأما الإجماع : فلا أعلم اختلافاً فى وجوب الزكاة فى البقر . وقال أبو عُبَيد : لا أعلم الناس يختلفون فيه اليوم ، ولأنها أحد أصناف بهيمة الأنعام ، فوجبت الزكاة فى سائمتها ، كالإبل ، والغنم .

« مسألة » قال ﴿ وليس فيما دون ثلاثين من البقر سائمةً صدقة ﴾ .

وجملة ذلك : أنه لا زكاة فيما دون الثلاثين من البقر فى قول جمهور العلماء . وحُكى عن سعيد بن

---

(١) الحالم : البالغ .

(٢) التبيع : هو الذى بلغ سنة ودخل فى الثانية وسمى بذلك لأنه يتبع أمه فى المرعى .

(٣) ما بين القوسين ساقط فى النسخة التى علقنا عليها .

(٤) المسنة : هى التى بلغت سنتين ودخلت فى الثالثة ، وتسمى الثنية .

(٥) أصدق أهل اليمن : أجمع صدقاتهم .

المسيّب ، والزهريّ ، أنهما قالا : فى كلّ خمسٍ شاةٌ ، ولأنّها عُدِلَتْ بالإبل فى الْهَدْى ، والْأُضْحِيَة . فـكذلك فى الزكاة .

ولنا : ماتقدّم من الخبر . ولأنَّ نُصُب الزكاة إنما ثبتت بالنصّ ، والتوقيف . وليس فيما ذكراه نصّ ولا توقيف ، فلا يثبت ، وقياسُهم فاسد . فإن خمساً وثلاثين من الغنم تعدِلُ خمساً من الإبل فى الهدى ، ولا زكاة فيها .

إذا ثبت هذا : فإنَّه لازكاة فى غير السائمة من البقر فى قول الجمهور . وحُكى عن مالك : أن فى العوامل والمعلوفة صدقةٌ ، كقوله فى الإبل . وقد تقدَّم الـكلام فيه . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه ، قال الراوى: أحسبه عن النبىّ صلى الله عليه وسلم فى صـدقة البقر قال : « وَلَيْسَ فِي الْعَوَامِلِ شَيْءٌ » رواه أبو داود . ورُوى عن عمرو بن شُعَيب عن أبيـه ، عن جـدِّه ، عن النّبىّ ﷺ قال : « لَيْسَ فِي الْبَقَرِ الْعَوَامِلِ صَدَقَةٌ » وهذا مُقيّد يُحمل عليه المطلق . ورُوى عن علىّ ومُعاذ ، وجابر أنهم قالوا : « لاَصَدَقَةَ فِي الْبَقَرِ الْعَوَامِلِ » ولأنَّ صفة النماء مُعتبرة فى الزكاة ، ولا يوجد إلا فى السائمة .

« مسألة » قال ﴿ وإذا ملك الثلاثين من البقر فأسامها أكثر السنة ، ففيها تبيع ، أو تبيعة ، إلى تسع وثلاثين ، فإذا بلغت أربعين ، ففيها مُسِنَّة إلى تسع وخمسين ، فإذا بلغت ستين ، ففيها تبيعان إلى تسع وستين ، فإذا بلغت سبعين ففيها تبيع ومُسِنَّة ، وإذا زادت ففى كل ثلاثين تبيع ، وفى كلّ أربعين مُسِنَّة ﴾ .

التبيع : الذى له سنة ودخل فى الثانية . وقيل له ذلك لأنه يَتْبَعُ أُمّه . والمسنَّة : التى لها سنتان ، وهى الثنيّة ، ولا فرض فى البقر غيرُهما ، وبما ذكر الخِرَقىّ هاهنا قال أكثر أهل العلم ، منهم الشعبىّ ، والنخعىّ والحسن ، ومالك ، والليث ، والثورىّ ، وابن المـاجشون ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو عبيـد ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة فى بعض الروايات عنه : فيما زاد على الأربعين بحسابه : فى كل بقرة رُبْعُ عُشْرِ مُسِنَّة ، فراراً من جعل الوقص تسعة عشر . وهو مخالف لجميع أوقاصها فإن جميع أوقاصها عشرة عشرة .

ولنا : حديث يحيى بن الحـكم الذى رويناه ، وهو صريح فى محل النزاع ، وقول النبى صلى الله عليه وسـلم فى الحديث الآخَر : « فى كلِّ ثلاثينَ تَبِيعٌ ، وَفِى كلِّ أَرْبَعِـينَ مُسِنَّةٌ » يدل على أن الاعتبـار بهذين العددين ، ولأن البقر أحدُ بهيمة الأنعام ، ولا يجوز فى زكاتها كسرٌ كسائر الأنواع ، ولا يُنقـل من فرض فيها إلى فرض بغير وَقْص ، كسائر الفروض ، ولأن هذه زيادة لا يتم بها أحد العددين ، فلا يجب فيهـا شىء ، كما بين الثـلاثين والأربعين ، وما بين الستين والسبعين . ومخـالفة قولهم للأصول أشـدُّ من الوجوه التى ذكرناها ، وعلى أن أوقاص الإبل والغنم مختلفة ، فجاز الاختلاف ههنا .

فصـــــل

وإذا رضى ربُّ المال بإعطاء المُسِنَّة عن التبيع ، والتبيعين ، عن المُسِنَّة ، أو أخرج أكثر منها سناً عنها جاز . ولا مدخل للجُبران فيها . كما قدمناه فى زكاة الإبل .

فصـــل

ولا يُخرَج الذكر فى الزكاة أصلاً إلاّ فى البقر ، فإنّ ابن اللبون ليس بأصل ، إنما هو بَدَل عن ابنة مخاض . ولهذا لا يُجزىء مع وجودها ، وإنما يُجزىء الذكر فى البقر عن الثلاثين ، وماتكرر منها كالستين والسبعين وماتركب من الثلاثين وغيرها كالسبعين فيها تبيع ، ومُسِنّة ، والمائة فيها مُسِنَّة وتبيعان ، وإن شاء أخرج مكان الذكور إناثاً ، لأن النصّ ورد بهما جميعاً . فأما الأربعون ، وما تكرر منها ، كالثمانين ، فلا يُجزىء فى فرضها إلا الإناث ، إلاّ أن يُخرج عن المُسِنَّة تبيعين فيجوز ، وإذا بلغت البقر مائةً وعشرين اتفق الفرضان جميعاً ، فيُخيّر ربُّ المال بين إخراج ثلاث مُسِنَّات ، أو أربع أتبعة ، والواجب أحدهما أيُّهما شاء ، على مانطق به الخبرُ المذكور ، والخِيرَةُ فى الإخراج إلى رَبِّ المال ، كما ذكرنا فى زكاة الإبل وهذا التفصيل فيما إذا كان فيها إناث ، فإن كانت كلّها ذكوراً أجزأ الذكر فيها بكلِّ حال ، لأن الزكاة مواساة ، فلا يكلَّف المواساةَ من غير ماله . ويحتمل أنه لا يُجزئه إلا إناث فى الأربعينيات . لأن النبى ﷺ نصّ على المُسِنَّات ، فيجب اتباع مَوْرِده ، فيكلّف شراءها ، فإذا لم تكن فى ماشيته ، كما لو لم يجد إلا دونها فى السنّ ، والأول أولى ، لأننا أخرنا الذكر فى الغنم مع أنه لا مَدْخَلَ له[1] » فى زكاتها مع وجود الإناث ، فالبقر التى للذكر فيها مدخل أولى ، لأن للذكر فيها مدخلا .

« مسألة » قال ﴿ والجواميس كغيرها من البقر ﴾ .

لاخلاف فى هذا نعلمه . وقال ابن المنذر : أجمع كل من يُحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، ولأن الجواميس من أنواع البقر ، كما أن البخاتىّ من أنواع الإبل ، فإذا اتفق فى المال جواميس ، وصِنْف آخر من البقر ، أو بخاتىُّ وعِرَاب ، أو معز وضأن كُمِّل نصاب أحدهما بالآخر ، وأخذ الفرض من أحدهما على قدر المالين على ماسنذكره ، إن شاء الله تعالى .

فصـــــل

واختلفت الرواية فى بقر الوحش ، فرُوى أن فيها الزكاة ، اختاره أبو بكر . لأن اسم البقر يشملها ،

---

(١) ما بين القوسين ساقط فى النسخة التي علقنا عليها .

فيدخُل في مُطلق الخبر ، وعنه : لازكاة فيها ، وهى أصحّ ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، لأن اسم البقر عند الإطلاق لاينصرف إليها ولا يُفهم منه إذ كانت لا تُسمَّى بقراً بدون الإضافة ، فيقال : بقر الوحش ، ولأن وجود نصاب منها موصوفاً بصفة السَّوْم حولاً لاوجود له . ولأنها حيوان لايُجزىء نوعه في الأضحية ، والهَدْى ، فلا تجب فيه الزكاة كالظِّباء ، ولأنها ليست من بَهيمة الأنعام ، فلا تجب فيها الزكاة ، كسائر الوحوش ، وسرّ ذلك أن الزكاة إنّما وجبت في بَهيمة الأنعام دون غيرها ، لكثرة النَّماء فيها من دَرّها ، ونَسْلها ، وكثرة الانتفاع بها ، لكثرتها ، وخِفّة مُؤْونَتها ، وهذا المعنى يختصّ بها ، فاختصّت الزكاة بها دون غيرها ، ولا تجب الزكاة في الظِّباء روايةً واحدةً ، لعدم تناول اسم الغَنَم لها .

فصـــل

قال أصحابنا : تجب الزكاة في المتولّد بين الوحشيّ والأهليّ سواء كانت الوحشيةَ الفحولُ أو الأمّهات . وقال مالك ، وأبو حنيفة : إن كانت الأمّهات أهليةً وجبت الزكاة فيها ، وإلاّ فلا ، لأن ولد البهيمة يتبعُ أُمّه . وقال الشافعيّ : لازكاة فيها ، لأنها متولّدة من وحشيّ ، أشبه المتولّد من وحشيّين .

واحتجّ أصحابنا بأنها متولّدة بين ماتجب فيه الزكاة ، ومالاتجب فيه ، فوجبت فيها الزكاة . كالمتولّدة بين سائمة ومعلوفة ، وزعم بعضهم أن غنم مكّة متولّدة من الظِّباء والغَنَم ، وفيها الزكاة بالاتفاق . فعلى هذا القول : تُضَمّ إلى جنسها من الأهليّ في وجوب الزكاة ، ويكمّل بها نصابُه ، وتكون كأحد أنواعه ، والقول بانتفاء الزكاة فيها أصحّ ، لأن الأصل انتفاء الوجوب ، وإنما ثبت بنصّ أو إجماع ، أو قياس ، ولا نصّ في هذه ، ولا إجماع ، إنّما هو في بهيمة الأنعام ، من الأزواج الثمانية . وليست هذه داخلةً في أجناسها ولا حُكمها ، ولا حقيقتها ، ولا معناها ، فإنّ المتولّد بين شيئين ينفرد باسمه ، وجنسه ، وحكمه ، عنهما ، كالبغل المتولّد بين الفرس والحمار ، والسِّمْعِ[1] المتولّد بين الذئب والضَّبع ، والعِسْبارِ[2] المتولد بين الضِّبْعان والذئبة ، فكذلك المتولّد بين الظباء ، والمعز ، ليس بمعز ولا ظبي ، ولا تتناوله نصوص الشارع ، ولا يُمكن قياسه عليها ، لتباعُد مابينهما ، واختلاف حكمهما في كونه لايُجزىء في هَدْيٍ ، ولا أُضْحِيةٍ ولادِيَةٍ ، ولو أسلم في الغنم لم يتناوله العقد ، ولو وكّل وكيلاً في شراء شاةٍ لم يدخل في الوكالة ، ولا يحصلُ منه مايحصل من الشاة من الدرّ وكثرة النسل ، بل الظاهر أنه لايَنْسِلُ له أصلا ، فإن المتولّد بين ثِنْتَيْنِ لا نسل له ، كالبغال ، ومالا نسل له لادرّ فيه ، فامتنع

(١) في جميع نسخ الكتاب السبع بدل السمع ، وهو تصحيف

(٢) في جميع نسخ الكتاب : العسار ، بدل العسبار وهو تصحيف أيضاً .

القياس ، ولم يدخل فى نص ولا إجماع ، فإيجاب الزكاة فيها تحكم بالرأى ، وإذا قيل: تجب الزكاة احتياطاً، وتغليباً للإيجاب ، كما أثبتنا التحريم فيها فى الحرم ، والإحرام احتياطاً لم يصح ، لأن الواجبات لاتثبُت احتياطاً بالشك ، ولهذا لاتجب الطهارة على من تيقّنها ، وشكّ فى الحَدَث ، ولا غيرُها من الواجبات . وأما السَّوْمُ والعَلْفُ فالاعتبار فيه بما تجب فيه الزكاة ، لا بأصله الذى تولّد منه . بدليل أنه لو عُلف المتولّد من السائمة لم تجب زكاتُه . ولو أسام أولادَ المعلوفَةِ لوجبتْ زكاتُها . وقول من زعم أن غنم مكّة متولّدة من الغنم ، والظِّباء لا يصح ، لأنها لو كانت كذلك لحرُمت فى الحرم ، والإحرام ، ووجب فيها الجزاء ، كسائر المتولّد بين الوحشى والأهلى ، ولأنها لو كانت كذلك متولِّدةً من جنسين لما كان لها نسلٌ كالسِّمْع والبِغَال .

باب صدقة الغنم

وهى واجبة بالسنّة والإجماع ، أما السنّة : فما روى أنس فى كتاب أبى بكر الذى ذكرنا أوله قال : « وَفِي صَدَقَةِ الغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ شَاةٌ ، فإذا زادت على مائتين إلى ثلاثمائة ففيها ثلاثُ شياهٍ ، فإذا زادت على ثلاثمائةٍ ففى كل مائةٍ شاةٌ ، وإذا كانت سائمةُ الرجل ناقصةً من أربعين شاةً واحدةً فليس فيها صدقة ، إلّا أن يَشاء ربُّها ، ولا يُخرج فى الصدقة هَرِمةٌ[1] ، ولا ذاتَ عُوارٍ ، ولا تيساً إلا ماشاء المُصدّق » . واختار سوى هذا كثير ، وأجمع العلماء على وجوب الزكاة فيها .

« مسألة » قال أبو القاسم ﴿ وليس فيما دون أربعين من الغنم سائمةً صدقةٌ ﴾ .

فإذا ملك أربعين من الغنم فأسامها أكثر السنة ، ففيها شاةٌ إلى عشرين ومائة ، فإذا زادت واحدةً ففيها شاتان ، إلى مائتين . فإذا زادت واحدةً ففيها ثلاثُ شياه ، وهذا كلّه مُجمع عليه ، قاله ابن المنذر ، إلا المعلوفة فى أقلّ من نصف الحول ، على ماذكرنا من الخلاف فيه . وحُكى عن مُعاذٍ رضى الله عنه : أن الفرض لا يتغيّر بعد المائة وإحدى وعشرين ، حتى تبلغ مائتين واثنين وأربعين ، ليكون مثلى مائة وإحدى وعشرين ، ولا يثبت عنه . ورَوى سعيد عن خالد بن مُغيرة عن الشعبىّ ، عن مُعاذ ، قال : « كَانَ إِذَا بَلَغَتِ الشِّيَاهُ مِائَتَيْنِ لَمْ يُغَيِّرْهَا حَتَّى تَبْلُغَ أَرْبَعِينَ وَمائتين ، فَيَأْخُذُ مِنْهَا ثَلَاثَ شِيَاهٍ ، فإذا بَلَغَتْ ثَلَاثَمِائَةٍ لم يُغيِّرهَا حَتَّى تَبْلُغَ أَرْبَعِينَ وَثَلَاثَمِائَةٍ ، فَيَأْخُذُ مِنْهَا أَرْبعاً » ولفظ الحديث الذى ذكرناه دليل عليه . والإجماع على خلاف هذا القول دليل على فساده ، والشعبىّ لم يلق مُعاذاً .

« مسألة » قال ﴿ فإذا زادت ففى كل مائةِ شاةٍ شاةٌ ﴾

ظاهر هذا القول : أن الفرض لا يتغيّر بعد المائتين وواحدة ، حتى يبلغ أربعمائةٍ ، فيجب فى كل مائةٍ شاةٌ ويكون الوقص مابين المائتين وواحدة إلى أربعمائة . وذلك مائةٌ وتسعةٌ وتسعون ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد ، وقولُ أكثر الفقهاء . وعن أحمد رواية أخرى: أنها إذا زادت على ثلاثمائة وواحدة ففيها أربعُ شياه ، ثم لا يتغيّر الفرض حتى تبلغ خمسمائةٍ فيكون فى كلّ مائةٍ شاةٌ ويكون الوقص الكبير بين ثلاثمائة وواحدة إلى خمسمائة ، وهو أيضاً مائةٌ وتسعةٌ وتسعون . وهذا اختيار أبى بكر . وحُكى عن النخعىّ ، والحسن بن صالح ، لأنّ النبىَّ ﷺ جعل الثلاثمائة حداً للوقص ، وغايةً له ، فيجب أن يتعقّبه تغيُّر النصاب ، كالمائتين .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « فَإِذَا زَادَتْ فَفِي كُلِّ مِائَةٍ شَاةٌ » وهذا يقتضى أن لا يجب فى دون المائة شىء ، وفى كتاب الصدقات الذى كان عند آل عمر بن الخطاب : فإذا زادت على ثلاثمائةٍ

---

(١) الهرمة : العجوز .

وواحدة ، فليس فيها شىء حتى تبلغ أربعمائة شاة فنيها أربعُ شياه ، وهذا نصّ لا يجوز خلافُه إلا بمثله ، أو أقوى منه ، وتحديد النصاب لاستقرار الفريضة ، لا للغاية ، والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ولا يؤخذ فى الصدقة تَيْسٌ ، ولا هَرِمة ، ولا ذاتُ عُوَار ﴾ .

ذات العُوار : المَعيبَةُ وهـذه الثلاث لا تُؤخذ لدناءتها فإنّ الله تعالى قال : (٢ : ٢٦٧ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ) وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم : « ولا يُخرج فى الصدقة هَرِمة ، ولا ذات عُوار ، ولا تَيْس ، إلَّا ماشاء المُصدّق » وقد قيل : لا يؤخذ تيس الغَنَم ، وهو فَحْلُها لفضيلته ، وكان أبو عُبَيْد يروى الحديث « إلا مَاشاء المُصَدّق » وبفتح الدال ، يعنى صاحبَ المال . فعلى هـذا يـكون الاستثناء فى الحـديث راجعاً إلى التيس وحـده . وذكـر الخطابىّ : أن جميـع الرواة يخالفونه فى هـذا فيروونه « المُصَدّق » بـكسر الدال ـ أى العامل . وقال : التيس لا يؤخذ لنقصه ، وفساد لحمه ، وكونه ذكراً ، وعلى هذا لا يأخذ المصدّق وهو الساعى أحدَ هذه الثلاثة ، إلا أن يرى ذلك بأن يـكون جميعُ النصاب من جنسه ، فيـكون له أن يأخذ من جنس المـال ، فيأخذ هَرِمة ، وهى الـكبيرة من الهَرِمات ، وذاتَ عُوارٍ من أمثالها ، وتَيْساً من التُّيُوس . وقال مالك ، والشافعىّ : إن رأى المصدِّق أن أخذ هذه الثلاثة خيرٌ له وأنفعُ للفقراء ، فله أخذه ، لظاهر الاستثناء ولا يختلف المـذهب أنه ليس له أخذ الذكر فى شىء من الزكاة ، إذا كان فى النصاب إناث ، فى غـير أَتْبِعَةِ البَقَر ، وابن اللَّبُون ، بدلا عن بنت مَخَاض إذا عَدِمها . وقال أبوحنيفة : يجوز إخراج الذكر من الغنم الإناث لقوله ﷺ « فى أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ » ولفظ الشاة يقع على الذكر والأنثى ، ولأنّ الشاة إذا أُمِر بها مطلقاً أجزأ فيها الذكر كالأُضْحِية والهَدْى .

ولنا : أنه حيوان تجب الزكاة فى عينه ، فـكانت الأنوثة مُعتبرةً فى فرضه . كالإبل ، والمُطلق يتقيّد بالقياس على سائر النُّصُب ، والأضحية غيرُ مُعتبرة بالمال ، بخلاف مسألتنا . فإن قيل : فما فائدة تخصيص التيس بالنهى إذاً ؟ قلنا : لأنه لا يؤخذ عن الذكور أيضاً . فلو ملك أربعين ذكراً ، وفيهـا تيس مُعَدّ للضراب لم يجز أخذُه ، إما لفضيلته فإنه لا يُعَدّ للضراب إلا أفضلُ الغنم ، وأعظمُها ، وإما لدانه ، لفساد لحمه ، ويجوز أن يُمنع من أخـذه للمعنَيَيْن جميعاً ، وإن كان النصاب كلُّه ذكوراً جاز إخراج الذكر فى الغنم وجهاً واحـداً ، وفى البقر فى أصحّ الوجهين ، وفى الإبل وجهان ، والفرق بين النُّصُب الثـلاثة أن النبىّ صلى الله عليـه وسلم نصّ على الأنثى فى فرائض الإبل ، والبقر ، وأطلق الشاة الواجبـة . وقال فى الإبل « مَنْ لَمْ يَجِدْ بِنْتَ مَخَاضٍ أَخْرَجَ ابْنَ لَبُونٍ ذَكَراً » ومن حيث المعنى : أن الإبل يتغيَّر فرضها بزيادة السنّ ، فإذا جوّزنا إخراج الذكر أفضى إلى التسوية بين الفريضتين ، لأنه يخرج ابن لبون عن خمس وعشرين ، ويخرجه عن ستّة وثلاثين ، وهذا المعنى يختصّ الإبل ، فإن قيل : فالبقر أيضاً يأخذ منها تبيعاً عن ثلاثين ، وتبيعاً عن أربعين ، إذا كانت أتبعةً كلَّها ، وقلنا : تؤخـذ الصغيرة

عن الصغار . قلنا : هـذا لايلزم مثله فى إخراج الأنثى ، فلا فرق . ومن جوّز إخراج الذكر فى الـكلّ . قال : يأخذ ابن لبون من خمس وعشرين ، قيمتُه دون قيمة ابن لبون يأخذه من ستة وثلاثين ويـكون بينهما فى القيمة كما بينهما فى العدد ، ويـكون الفرض بصفة المال ، وإذا اعتبرنا القيمة لم يؤدّ إلى التسوية كما قلنا فى الغنم .

فصـــــل

ولا يجوز إخراج المَعيبة عن الصحاح ، وإن كثُرت قيمتها ، لما نهى عن أخذها . ولما فيه من الإضرار بالفقراء ، ولهذا يستحقّ ردّها فى البيع ، وإن كثُرت قيمتها ، وإن كان فى النصاب صحاح ومراض أخرج صحيحة على قدر قيمة المالَيْن ، فإن كان النصاب كلُّه مراضاً إلامقدار الفرض ، فهو مخيّر بين إخراجه وبين شراء مريضة قليلةِ القيمةِ فيُخرجها ، ولو كانت الصحيحة غيرَ الفريضة بعدد الفريضة مثل من وجب عليه ابنتا لَبون ، وعنده حُوَارَان[1] صحيحان كان عليه شراء صحيحتين فيُخرجهما ، وإن وجبت عليه حِقّتان وعنده ابنتا لبون صحيحتان خـيّر بين إخراجهما مع الْجُبران ، وبين شراء حِقَّتين صحيحتين على قدر قيمة المال ، وإن كان عنده جَذَعتان صحيحتان . فله إخراجهما مع أخذ الْجُـبران ، وإن كانت عليه حِقّتان ونصفُ ماله صحيح ، ونصفه مريض . فقال ابن عقيل : له إخراج حِقّة صحيحة ، وحِقّة مريضة . لأن النصف الذى يجب فيه إحدى الحِقّتين مريض كلّه . والصحيح فى المذهب خلافُ هذا ، لأن فى ماله صحيحاً ومريضاً فلم يَملك إخراج مريضةٍ كما لو كان نِصاباً واحداً ، ولم يتغيَّر النصف الذى وجبت فيه الحِقّة فى المراض ، وكذلك لو كان لشريـكين لم يتعيَّن حقّ أحدهما فى المراض دون الآخـر : وإن كان النصاب مراضاً كلّه . فالصحيح فى المذهب جواز إخراج الفرض منه ، ويكون وسَطاً فى القيمة ، والاعتبار بقلة العيْب وكثرته ، لأن القيمة تأتى على ذلك . وهو قول الشافعى ، وأبى يوسف ومحمد . وقال مالك : إن كانت كلّهـا جرباء أخرج جَرْباء ، وإن كانت كلّها هَتْماء[2] كلِّف شراء صحيحـة . وقال أبو بـكر : لاتجزىء إلا صحيحة ، لأن أحمد قال : لايُؤخذ إلا مايجوز فى الأضاحى ، وللنهى عن أخذ ذات العُوار ، فعلى هذا يكلَّف شراء صحيحة بقدر قيمة المريضة .

ولنـا : قول النبىّ ﷺ : « إِيَّاكَ وَكَرَائِمَ أَمْوَالِهِمْ » وقال : « إِنَّ اللهَ تَعَالَى لَمْ يَسْأَلْـكُمْ خَيْرَهُ ، وَلَمْ يَأْمُرْكُمْ بِشَرِّهِ » رواه أبو داود ، ولأن مبْنَى الزكاة على المواساة وتـكليف الصحيحة عن المراض إخلالٌ بالمواساة ، ولهذا يأخذُ من الردىء من الحبوب والثمار من جنسه ، ويأخذ من اللئام والهِزَال من المواشى من جنسه ، كذا ههنا .

---

(١) الحوار بضم الحاء وقد تـكسر : ولد الناقة إلى أن يفصل عن أمه فيسمى بعد فصاله فصيلا .

(٢) الهتماء : مكسورة الثنايا .

وقد ذكرنا أن الاستثناء فى الحديث يدلّ على جواز إخراج المَعيبة فى بعض الأحوال ، أو نحمله على ما إذا كان فيه صحيح . فإنّ الغالب الصحة ، وإن كان جميع النصاب مريضاً إلا بعضَ الفريضة أخرج الصحيحة وتمّم الفريضة من المِراض على قدر المال . ولا فرق فى هذا بين الإبل ، والبقر ، والغنم . والحكم فى الهَرِمة كالحكم فى المَعيبة سواء .

« مسألة » قال ﴿ ولا الرُّبىّ ، ولا الماخض ، ولا الأكولة ﴾ .

قال أحمد : الرُّبىّ[1] التى وضعت وهى تربّى ولدها ، يعنى قريبة العهد بالولادة ، وتقول العرب : فى رِبَابِهَا ، كما تقول : فى نِفَاسِها . قال الشاعر :

* حَنِينَ أُمّ البَوِّ[2] فى رِبَابِهَا *

قال أحمد : والماخض : التى قد حان ولادها ، فإن كان فى بطنها ولد لم يحن ولادها ، فهى خلفة وهذه الثلاث لا تؤخذ لحقّ ربّ المال . قال عمر لساعيه : « لا تأخذ الرُّبىّ ولا الماخض ، ولا الأكولة[3] ، ولا فَحْل الغَنَم » وإن تطوّع ربّ المال بإخراجها جاز أخذُها ، وله ثواب الفضل ، على ما ذكرنا فى حديث أُبَىّ بن كعب .

وإذا ثبت هذا ، وأنه منع من أخذ الردىء من أجل الفقراء ، ومن أخذ كرائم الأموال من أجل أربابه — ثبت أن الحقّ فى الوسط من المال . قال الزهرىّ : إذا جاء المصدّق قسّم الشياه أثلاثاً : ثلثٌ خِيَارٌ ، وثلثٌ أَوْسَاطٌ ، وثُلثٌ شِرَارٌ ، وأخذ المصدّق من الوسط . ورُوى نحوُ هذا عن عمر رضى الله عنه ، وقاله إمامنا ، وذهب إليه ، والأحاديث تدلّ على هذا . فروى أبو داود والنسائىّ بإسنادهما عن سعد بن دُلَيم . قال : « كُنْتُ فِي غَنَمٍ لِي ، فَجَاءَنِي رَجُلاَنِ عَلَى بَعِيرٍ ، فقالا : إنا رسولا رسولِ الله ﷺ إِلَيْكَ لِتُؤَدِّيَ إِلَيْنَا صَدَقَةَ غَنَمِكَ ، قلت : وَمَا عَلَيَّ فِيهَا ؟ قالاَ : شَاةٌ ، فَأَعْمِدُ إِلَى شَاةٍ قَدْ عَرَفْتُ مَكَانَهَا مُمْتَلِئَةٍ مَخْضاً وَشَحْماً ، فَأُخْرِجُهَا إِلَيْهِمَا ، فقالا : هذه شافع ، وقد نهانا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أَنْ نَأْخُذَ شَاةً شَافِعاً » والشافع : الحامل — سُمّيت بذلك ، لأن ولدها قد شَفَعها ، والمَخضُ اللبن . وقال سُوَيْدُ بنُ غَفَلَةَ « سِرْتُ — أو أخبرنى مَنْ سَارَ — مع مُصدّق رسول الله ﷺ ، فإذا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَنْ لاَ نَأْخُذَ مِنْ رَاضِعِ لَبَنٍ . قال : فكَانَ يَأْتِي المِيَاهَ حِينَ تَرِدُ الغَنَمُ فيقولُ : أَدُّوا صَدَقَاتِ أَمْوَالِكُمْ ، قال : فعَمَدَ رَجُلٌ مِنْهُمْ إِلَى نَاقَةٍ كَوْمَاءَ — وهى العظيمة

---

(١) قال فى القاموس : الربى كحبلى الشاة إذا ولدت وإذا مات ولدها أيضاً والحديثة النتاج ، والمراد هنا الأول أو الأخير كما ذكره الشارح ، وفى طبعات المغنى كتبت (الربا) وهو خطأ (٢) البو : ولد الناقة .
(٣) الأكولة ، والأكيلة : الشاة التى تنصب ليصاد بها الذئب وتكون رديئة قبيحة .

السَّنام – فأَبَى أَنْ يَقْبَلَهاَ » رواه أبو داود ، والنسائىّ .

وروى أبو داود بإسناده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ثلاثٌ من فَعَلَهُنَّ فَقَدْ طَعِمَ طَعْمَ الإِيمَانِ : مَنْ عَبَدَ اللهَ وَحْدَهُ ، وَأَنَّهُ لاَ إِلهَ إِلاَّ هُوَ ، وَأَعْطَى زَكَاةَ مَالِهِ طَيِّبَةً بِهاَ نَفْسُهُ رَافِدَةً عَلَيْهِ كلَّ عامٍ ، وَلَمْ يُعْطِ الْهَرِمَةَ ، وَلاَ الدَّرِنَةَ ، ولا المَرِيضَةَ ، ولا الشَّرَطَ اللئيمةَ ، ولكن مِنْ وَسَطِ أَمْوَالِكُمْ ، فإِنَّ اللهَ لَمْ يَسْأَلْكُمْ خَيْرَهُ وَلَمْ يَأْمُرْكُمْ بِشَرِّهِ » .

رافدة : يعنى مُعينة[1] ، والدرنة : الجرباء ، والشرط : رُذَالة المال .

« مسألة » قال ﴿ وتعدّ عليهم السَّخْلة ، ولا تؤخذ منهم ﴾ .

السخلة بفتح السين وكسرها : الصغيرة من أولاد المعز .

وجملته : أنه متى كان عنده نصاب كاملٌ فنُتجت منه سِخَال فى أثناء الحول ، وجبت الزكاة فى الجميع عند تمام حول الأمّهات ، فى قول أكثر أهل العلم . وحُكى عن الحسن والنخعىّ : لازكاة فى السِّخال حتى يحول عليها الحول ، ولقوله عليه السلام : « لاَ زَكَاةَ فِى مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ » .

ولنا : ماروى عن عمر أنه قال لساعيه : « اعْتَدَّ عَلَيْهِمْ بِالسَّخْلَةِ يَرُوحُ بِهاَ الرَّاعِى عَلَى يَدَيْهِ ، وَلاَ تَأْخُذْهَا مِنْهُمْ » وهو مذهب علىّ ؛ ولا نعرف لها فى عصرهما مخالفاً ، فكان إجماعاً . ولأنّه نماء نصاب فيجب أن يضمّ إليه فى الحول ، كأموال التجارة : والخبر مخصوص بمال التجارة ، فنقيس عليه .
فأمّا إن لم يكمل النصاب إلا بالسِّخال احتسب الحول من حين كمل النصاب فى الصحيح من المذهب . وهو قول الشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يُعتبر حول الجميع من حين ملك الأمهات ، وهو قول مالك ، لأنّ الاعتبار بحول الأمهات دون السِّخال فيما إذا كانت نصاباً ، وكذلك إذا لم تكن نصاباً .

ولنا : أنه لم يحُل الحول على نصاب ، فلم تجب الزكاة فيها ، كما لو كملت بغير سخالها ، أو كمال التجارة ، فإنّه لاتختلف الرواية فيه ، وإن نُتجت السخال بعد الحول : ضمّت إلى أمهاتها فى الحول الثانى وحده . والحكم فى فُصلان الإبل ، وعجول البقر ، كالحكم فى السِّخال .

إذا ثبت هذا : فإن السخلة لاتؤخذ فى الزكاة ، لما قدمنا من قول عمر ، ولما سنذكره فى المسألة التى تلى هذه ، ولا نعلم فيه خلافاً ، إلا أن يكون النصاب كله صغاراً ، فيجوز أخذ الصغيرة فى الصحيح من المذهب وإنما يتصوّر ذلك بأن يبدل كباراً بصغار فى أثناء الحول ، أو يكون عنده نصاب من الكبار فتوالد نصاب

---

(١) فى جمع الطبعات فسرت الرافدة بالمعيبة ، ولم يتنبه لها أحد ممن علق على الكتاب ، والصحيح أن الرافدة هى المعينة ، أى نفسه معينة له على إعطائها كل عام ،فصححت معينة إلى معيبة .

من الصغار ، ثم تموت الأمهات ، ويحول الحول على الصغار . وقال أبو بـكر : لايؤخذ أيضاً إلا كبيرةٌ تجزىء فى الأضحية ، وهو قول مالك : لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا حَقُّنَا فِى الْجَذَعَةِ أَوْ الثَّنِيَّةِ » ولأنَّ زيادة السن فِى الْمَالِ لاَيَزِيدُ بِهِ الواجِبُ كذلك نقصانه لاينقص به .

ولنا قول الصدّيق رضى الله عنه : « وَاللهِ لَوْ مَنَعُونِى عَنَاقاً كَانُوا يُؤَدُّونَهَا إِلَى رسولِ الله صلى الله عليه وسلم لَقَاتَلْتُهُمْ عَلَيْهَا » فدلّ على أنهم كانوا يؤدّون العناق ، ولأنه مال تجب فيه الزكاة من غير اعتبار قيمته . فيجب أن يؤخذ من عينه ، كسائر الأموال ، والحديث محمول على مافيه كبار . وأما زيادة السنّ : فليست تمنع الرفق بالمالك فى الموضعين ، كما أن مادون النصاب عَفْو ، وما فوقه عَفْو . فظاهر قول أصحابنا : أن الحـكم فى الفُصلان والعجول ، كالحـكم فى السِّخال ، لمـا ذكرنا فى الغنم ، ويـكون التعديل بالقيمة مكان زيادة السنّ ، كما قلنا فى إخراج الذكر من الذكور . ويحتمل أن لايجوز إخراج الفُصلان والعجول . وهو قول الشافعىّ : كيـلا يُفضى إلى التسوية بين الفروض ، فإنه يُفضى إلى إخراج ابنـة المخاض عن خمس وعشرين ، وستّ وثلاثين ، وستّ وأربعين ، وإحدى وستين . ويُخرج ابنتى اللبون عن ستّ وسبعين ، وإحدى وتسعين ، ومائة وعشرين ، ويُفضى إلى الانتقال من ابنة اللبون الواحدة . من إحدى وستين إلى اثنتين فى ستّ وسبعين ، مع تقارب الوَقْص بينهما ، وبينهما فى الأصل أربعون . والخبر ورد فى السِّخال ، فيمتنع قياس الفُصلان والعجول عليها ، لما بينهما من الفرق .

فصـــــل

وإن ملك نصاباً من الصغار انعقد عليه حول الزكاة من حين مَلَـكه . وعن أحمد : لاينعقد عليه الحول حتى يبلُغ سناً يُجزىء مثـلُه فى الزكاة ، وهو قول أبى حنيفة . وحُـكى ذلك عن الشعبىّ ، لأنَّه رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَيْسَ فِى السِّخَالِ زَكَاةٌ » ، وقال : « لاَ نَأْخُذُ مِنْ راضِعِ لَبَنٍ » ، ولأن السنّ معنًى يتغيَّر به الفرض ، فكان لنقصانه تأثير فى الزكاة كالعدد .

ولنا : أن السخال تعدّ مع غيرها ، فتعدّ منفردة كالأمّهات . والخبر يرويه جابر الْجُعْفِىّ ، وهو ضعيف عن الشعبىّ مرسَـلاً ، ثم هو محمول على أنَّه لاتجب فيهـا قبل حول الحول ، والعدد تزيد الزكاة بزيادته ، بخلاف السنّ . فإذا قلنـا بهذه الرواية ، فإذا ماتت الأمهات إلا واحـدةً لم ينقطـع الحول ، وإن ماتت كلّها انقطع الحول .

« مسألة » قال ﴿ ويؤخذ من المعز الثنىّ ، ومن الضأن الْجَذَع ﴾ .

وجملته : أنه لايُجزى فى صدقة الغنم إلا الْجَذَع من الضأن ، وهو ماله ستّة أشهر . والثنىّ من المعز ، وهو ماله سنة ، فإن تطوّع المالك بأفضـل منها فى السنّ جاز . فإن كان الفرض فى النصاب أخـذه ،

وإن كان كلّه فوق الفرض خُيّر المالك بين دفع واحـدةٍ منه ، وبين شراء الفرض فيُخرجه ، وبهـذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة فى إحدى الروايتين عنه : لايُجزى إلا الثنيّة منهما جميعاً ، لأنهما نوعا جنس ، فـكان الفرض منهما واحـداً ، كأنواع الإبل والبقر ، وقال مالك : تُجزيء الجَذَعَة منهما لذلك . ولقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « إنّما حَقُّنَا فِى الجَذَعَةِ والثَّنِيَّةِ » .

ولنـا : على جواز إخراج الجَذَعة من الضأن معهذا الخبر . قولُ سعد بن دُلَـيمْ : « أتانى رجـلان على بعير فقالا : إنّا رَسُولاَ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم إِلَيْكَ لتُؤَدِّىَ صَدَقَةَ غَنَمك . قلت : وأىَّ شىء تَأْخُذَانِ ؟ قالا : عَنَاقٌ : جَذَعَةٌ أَوْ ثَنِيَّةٌ » أخرجه داود .

ولنـا : ماروى مالك عن سُوَيْد بن غَفَلَة قال : « أَتَانَا مُصَدِّقُ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَقَالَ : أُمِرْنَا أَنْ نَأْخُذَ الجَذَعَةَ مِنَ الضَّأْنِ ، والثَّنِيَّةَ مِنَ المَعزِ » وهـذا صريح ، وفيه بيان المُطلق فى الحديثين قبله . ولأن جَذَعة الضأن تُجزيء فى الأضحية ، بخلاف جَذَعة المعز ، بدليل قول النبيّ صلى الله عليه وسلم لأبى بُرْدَة بن نِيـَار فى جَذَعة المَعز : « تُجْزِئُكَ وَلاَ تُجزِيء عَنْ أَحَدٍ بَعْدَكَ » قال إبراهيم الحَرْبى : إنمـا أجزأ الجَذَعُ من الضأن لأنه يَلْقَحُ ، والمعز لايلقح إلا إذا كان ثَنِيًّا .

« مسألة » قال ﴿ فإن كانت عشرين ضأناً ، وعشرين معزاً ، أخذ من أحدهما مايـكون قيمته نصف شاة ضأن ، ونصف معز ﴾ .

لانعلم خلافاً بين أهل العلم فىضمّ أنواع الأجناس بعضها إلى بعض فى إيجاب الزكاة ، وقال ابن المنذر : أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على ضمّ الضأن إلى المعز .

إذا ثبت هذا : فإنّه يُخرج الزكاة منأى الأنواع أحبّ ، سواء دعت الحاجة إلى ذلك ، بأن يـكون الواجب واحداً ، أولا يـكون أحد النوعين موجباً لواحد ، أو لم تدع بأن يـكون كل واحدمن النوعين يجبُ فيه فريضة كاملة . وقال عـكرمة ، ومالك ، وإسحق : يُخرج من أكثر العددين ، فإن استويا أخرج من أيّهما شاء . وقال الشافعيّ : القياسُ أن يأخذ من كل نوع مايخصّه ، اختـاره ابن المنـذر . لأنها أنواع تجب فيهـا الزكاة فتجب زكاة كلّ نوع منه ، كأنواع الثمرة والحبوب .

ولنـا : أنهما نوعا جنس من الماشية ، فجاز الإخراج من أيّهما شاء ، كما لو استوى العـددان ، وكالسِّمان والمهازيل . وماذكره الشافعيّ : يُفضى إلى تشقيص الفرض ، وقد عُدل إلى غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من أجله . فالعدول إلى النوع أولى .

فإذا ثبت هذا : فإنه يُخرج من أحد النوعين ، ماقيمته كقيمة المخرَج من النوعين ، فإذا كان النوعان

سواء ، وقيمة المخرَج من أحدهما اثنا عشر ، وقيمة المخرج من الآخر خمسةَ عشرَ ، أخرج من أحـدهما ماقيمتُه ثلاثةَ عشرَ ونصفٌ ، وإن كان الثلث معزاً ، والثلثان ضـأناً . أخرج ماقيمته أربعـةَ عشرَ . وإن كان الثلث ضأناً والثلثان معزاً ، أخرج ماقيمته ثلاثة ، وهكذا لو كان فى إبله عشرٌ بخَاتِىّ ، وعشرٌ مُهْرِيّة ، وعشرٌ عِرَابية ، وقيمة ابنة المخاض البُخْتيّة : ثلاثون ، وقيمة المهرية : أربعة وعشرون ، وقيمة العِرَابية : اثنا عشر ، أخرج ابنة مخاض قيمتها ثلث قيمة ابنة مخاض بختية ، وهو عشرة ، وثلث قيمة مُهْرِيّة ثمانية ، وثلث قيمة عرابية أربعة ، فصار الجميع اثنين وعشرين . وهـذا الحـكم فى أنواع البقر ، وكذلك الحـكم فى السِّمان مع المهازيل ، والـكرام مع اللئام . فأما الصحاح مع المراض ، والذكور مع الإناث ، والـكبار مع الصغار ، فيتعيّن عليه صحيحة ، وكبيرة ، أنثى على قدر قيمة المالين ، إلا أن يتطوّع ربّ المال بالفضل ، وقد ذكر هذا .

فصـــــل

فإن أخرج عن النّصاب من غير نوعه مما ليس فى ماله منه شىء ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يُجزىء لأنّه أخرج عنه من جنسه ، فجاز كما لو كان المال نوعين فأخرج من أحدهما عنهما .

(والثانى) لايُجزىء لأنّه أخرج من غير نوع ماله أشبه مالو أخرج من غير الجنس . وفارق ماإذا أخرج من أحد نوعى ماله ، لأنّه جاز فراراً من تشقيص الفرض . وقد جوّز الشارع : الإخراج من غير الجنس فى قليل الإبل ، وشاة الْجُبْران لذلك ، بخلاف مسألتنا .

« مسألة » قال : ﴿ وإن اختلط جماعة فى خمس من الإبل ، أو ثلاثين من البقر ، أو أربعين من الغنم وكان مرعاهم ، ومسرحهم ، ومبيتهم ، ومحلَبُهم ، وفحلهم واحداً ، أُخذت منهم الصدقة ﴾ .

وجملته : أن الْخُلطةَ فى السائمة تجعلُ مال الرجلين كمال الرجل الواحـد فى الزكاة ، سواء كانت خُلْطة أعيان : وهى أن تـكون الماشية مُشتركة بينهما لـكلّ واحد منهما منها نصيب مُشاع ، مثل أن يرثا نصاباً أو يشترياه ، أو يوهبَ لها ، فيُبقياه بحـاله . أو خُلطةَ أوصاف ، وهى أن يـكون مالُ كلّ واحد منهما مُميّزاً ، فخلطاه ، واشـتركا فى الأوصاف التى نذكرها ، وسواء تساويا فى الشركة ، أو اختلفا ، مثـل أن يكون لرجل شاة ، ولآخر تسعة وثلاثون ، أو يكون لأربعين رجلاً أربعون شاةً لـكلّ واحد منهم شاة نصّ عليهما أحمد . وهذا قول عطاء ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، والليث وإسحاق . وقال مالك : إنّمـا تؤثّر الْخُلطة إذا كان لـكلّ واحد من الشركاء نصاب . وحكى ذلك عن الثورىّ ، وأبى ثور ، واختاره ابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لاأثر لهـا بحال . لأن ملك كلّ واحد دون النصاب ، فلم يجب عليه زكاة ، كما لو لم يختلط بغيره . ولأبى حنيفة فيما إذا اختلطا فى نصابين : أن كلّ واحد منهما يملك أربعين من الغَنَم . فوجبت عليه شاة ، لقوله عليه السلام : « فِى أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ » .

ولنـا : ماروى البخارىّ فى حديث أنس الذى ذكرنا أوله : « لاَيُجْمَعُ بَيْنَ مُتفرِّقٍ ، وَلاَ يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِـعٍ خَشْيَةَ الصَّدَقَـةِ » وما كان من خليطين ، فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية ، ولا يجىء التراجع إلاَّ على قولنا فى خُلطة الأوصاف . وقوله : لايُجمع بين متفرّق . إنما يـكون هذا إذا كان لجماعةٍ ، فإنَّ الواحد يَضُمّ ماله بعضه إلى بعض ، وإن كان فى أماكن . وهذا لايفرّق بين مُجْتَمِع . ولأنَّ للخُلطة تأثيراً فى تخفيف المؤْنة ، فجاز أن تُؤَثِّر فى الزكاة ، كالسَّوْم والسَّقْى ، وقياسهم مع مخالفة النصّ غير مسموع .

إذا ثبت هـذا : فإنّ خُلطة الأوصاف يُعتـبر فيها اشتراكهم فى خمسة أوصاف : المسرح ، والمبيت ، والمَحْلَب ، والمشرب ، والفَحل . قال أحمد : الخليطان أنْ يـكون راعيهما واحداً ، ومراحهما واحـداً ، وشِرْبهما واحداً ، وقد ذكر أحمد فى كلامه شرطاً سادساً ، وهو الراعى . قال الخِرَقىّ : وكان مرعاهم ، ومسرحهم واحداً . فيحتمل أنَّه أراد بالمرعى : الراعى ، ليكون موافقاً لقول أحمد ، ولـكون المرعى هو المسرح . قال ابن حامد : الراعى ، والمسرح ، شرط واحـد . وإنما ذكر أحمد المسرح ، ليكون فيه راعٍ واحدٌ ، والأصل فى هذا ماروى الدارقطنىّ فى سننه بإسناده عن سعد بن أبى وقَّاص ، قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لاَيُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ ، وَلاَ يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِـعٍ خَشْيَةَ الصَّدَقَةِ » . والخليطان مااجتمعا فى الحوض ، والفحل ، والراعى . ورُوى الرَّعْى ، وبنحو من هذا . قال الشافعىّ . وقال بعض أصحاب مالك : لايُعتـبر فى الخلطة إلا شرطان : الراعى ، والمرعى ، لقوله عليه السلام : « لاَيُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِـعٍ ، وَلاَ يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ » والاجتماع يحصل بذلك ، ويسمَّى خُلطةً ، فاكتفى به .

ولنا : قوله صلى الله عليه وسلم : « وَالْخَلِيطَانِ مَااجْتَمَعَا فِى الْحَوْضِ وَالرَّاعِى وَالْفَحْلِ » فإن قيـل : فلم اعتبرتم زيادةً على هذا ؟ قلنا : هـذا تنبيه على بقية الشرائط ، وإلغاء لمـا ذكروه ، ولأن لـكلّ واحد من هذه الأوصاف تأثيراً ، فاعتُبر كالمرعى .

إذا ثبت هذا : فالمبيتُ معروف ، وهو المَراحُ الذى تَرُوح إليه الماشية قال الله تعالى : (١٦ : ٦ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ) والمَسْرَحُ والمرعَى واحـد ، وهو الذى ترعى فيه . الماشية . يقال : سَرَحت الغنم : إذا مضت إلى المرعَى ، وسرحتها أنا بالتخفيف والتثقيل . ومنه قوله تعالى : (وَحِينَ تَسْرَحُونَ) والمحلَب : الموضع الذى تُحلَب فيه الماشية ، ويُشترط أن يكون واحداً ، ولا يُفرِد كلّ واحد منهما لحلب ماشيته موضعاً ، وليس المراد منـه خلط اللبن فى إناء واحـد . لأن هذا ليس بمَرْفَق ، بل مَشَقَّة ، لمـا فيه من الحاجة إلى قسمة اللبن ، ومعنى كون الفحل واحداً : « أن لاتـكون فُحولة أحد المـالين لاتَطْرُق غيرَه[1] » ، وكذلك الراعى : هو أن لايكون لـكلّ مال راع ينفرد برعايته ، دون الآخر .

---

(١) فى الجملة التى بين القوسين حرف « لا » زائد ، فتحذف « لا » التى بعد أن أو « لا » التى بعد كلمة « المالين » فيستقيم الـكلام ، لأن المعنى اختصاص فحولة كل من المالين بطرق ماشيتهما فقط ولا تطرق غيرها ، وإذا أثبتنا حرف «لا» فى الأول وفى الآخر حصل نفى المعنى المطلوب ، ولـكن جميع الأصول هكذا .

ويُشترط أن يكون الخليطان من أهل الزكاة ، فإن كان أحدهما ذمّياً ، أو مُكاتَباً لم يعتدّ بخُلطته ، ولا نُشترط نيّة الخُلْطة ، وحُكى عن القاضى : أنه اشترطها .

ولنا : قوله عليه السلام : « والخَلِيطَانِ : مااجْتَمَعَا فى الحَوْض ، والرَّاعِى ، والفَحْلِ » ولأن النيّة لاتؤثّر فى الخُلطة . فلا تؤثّر فى حكمها ، ولأن المقصود بالخُلطة من الارتفاق يحصُل بدونها . فلم يتغيّر وجودها معه ، كما لاتتغيّر نيّة السَّوْمِ فى الإسَامَةِ ، ولا نِيّة السقى فى الزرع ، والثّمار ، ولا نيّة مُضِىّ الحول فيما يُشتَرط الحول فيه .

فصــــل

فإن كان بعض مال الرجل مختلطاً ، وبعضُه منفرداً ، أو مختلطاً مع مالٍ لرجل آخر . فقال أصحابنا : يَصِيرُ مالُه كلُّه كالمختلط ، بشرط أن يكون مال الخلطة نِصاباً ، فإن كان دون النصاب لم يثبُت حكمها . فلو كان لرجل ستُّون شاةً ، منها عشرون مختلطةٌ مع عشرين لرجل آخر ، وجب عليهما شاةٌ واحِدَةٌ ، رُبعها على صاحب العشرين ، وباقيها على صاحب الستّين ، لأننا لما ضممنا مِلك صاحب الستين صار صاحب العشرين كالمخالط لستّين ، فيكون الجميع ثمانين ، عليها شاة بالحِصَص ، ولو كان لصاحب الستين ثلاثةٌ خُلطاء ، كلّ واحد منهم بعشرين بعشرين . وجب على الجميع شاةٌ ، نصفُها على صاحب الستّين ، ونصفها على الخُلَطاء ، على كلّ واحد منهم سُدُس شاةٍ ، ولو كان رجلان لكلّ واحد منهما ستّون ، فخالط كلّ واحد منهما صاحبَه بعشرين فقط ، وجب عليهما شاةٌ واحدة بينهما نصفين ، فإن اختلطا فى أقلّ من ذلك . لم يثبُت لهما حكم الخُلطة ، ووجب على كلّ واحد منهما شاةٌ كاملة ، وإن اختلطا فى أربعين ، لواحد منهما عشرة والآخر ثلاثون ، ثبت لهما حكم الخُلطة ، لوجودها فى نصاب كامل .

فصــــل

ويعتبر اختلاطهم فى جميع الحول ، وإن ثبت لهم حكمُ الانفراد فى بعضه زكَّوْا زكاة المُنفردين . وبهذا قال الشافعىّ فى الجديد . وقال مالك : لايُعتبر اختلاطهم فى أول الحول ، لقول النبىّ ﷺ : « لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع » يعنى فى وقت أخذ الزكاة .

ولنا : أن هذا مال ثبت له حكم الانفراد ، فكانت زكاتُه زكاة المنفرد ، كما لو انفرد فى آخر الحول . والحديث محمول على المجتمع فى جميع الحول .

إذا تقرّر هذا فمتى كان لرجلين ثمانون شاةً بينهما نصفين ، وكانا منفردين ، فاختلطا فى أثناء الحول . فعلى كلٍّ واحد منهما عند تمام حوله شاةٌ ، وفيما بعد ذلك من السِّنين يزكّيان زكاةَ الخُلطة ، وإن اتفق

حولاهما أخرجا شاةً عند تمام حولٍ على كلِّ واحد منهما نصفُها . وإن اختلف حولاهما ، فعلى الأوّل منهما عند تمام حوله نصفُ شاةٍ ، فإذا تمّ حولُ الثانى ، فإن كان الأول أخرجها من غير المال ، فعلى الثانى نصف شاة أيضاً . وإن أخرجها من النصّاب نَظَرْتَ ، فإن أخرج الشاة جميعها عن مِلكه ، فعلى الثانى أربعون جزءاً من تسعة وسبعين جزءاً ، من شاةٍ . وإن أخرج نصفَ شاةٍ ، فعلى الثانى أربعون جزءاً من تسعة وسبعين ونصف جزء من شاة .

فصــــل

وإن ثبت لأحدهما حكم الانفراد دون صاحبه . ويتصوّر ذلك بأن يملك رجلان نصابين فيخلطاهما ، ثم يبيع أحدهما نصيبه أجنبيًّا ، أو يكون لأحدهما نصاب منفرد فيشترى آخرُ نصاباً ويخلطه به فى الحال . إذا قلنا : اليسير معفو عنه ، فإنه لابدّ أن تكون عقيب ملكها منفردةً فى جُزْء ، وإن قلّ ، أو يكون لأحدهما نصاب ، وللآخر دون النصاب ، فاختلطا فى أثناء الحول ، فإذا تمّ حَوْل الأول : فعليه شاة ، فإذا تمّ حول الثانى : فعليه زكاة الْخُلْطة ، على التفصيل الذى ذكرناه ، ويزكّيان فيما بعد ذلك زكاةَ الْخُلْطة . كلّما تمّ حول أحدهما فعليه من زكاة الجميع بقدر مالَهُ منه ، فإذا كان المالان جميعاً ثمانين شاةً فأخرج الأول منها شاةً زكاةَ الأربعين التى يملكها . فعلى الثانى أربعون جزءاً من تسعة وسبعين جزءاً . فإن أخرج الشاة كلّها من ملكه ، وحال الحول الثانى . فعلى الأول نصف شاةٍ زكاة خُلْطة . فإن أخرجه وحده ، فعلى الثانى تسعة وثلاثون جزءاً ، من سبعة وسبعين جزءاً ونصف جزء من شاةٍ ، وإن توالدت شيئاً حُسِبَ معها .

فصــــل

وإن كان بينهما ثمانون شاةً مختلطة ، مضى عليها بعضُ الحول ، فتبايعاها ، باع كلٌّ واحد منهما غنَمه صاحَبه بمختلطةً ، وبعثاها على الْخُلْطَةِ لم يُقْطَع حولُهما ، ولم تزل خُلْطَتُهما . وكذلك لو باع بعضَ غنمه من غير إفراد ، قلّ المَبيع أو كثر ، فأمّا إن أفردها ثم تبايعاها ، ثم خلطاها ، وتطاول زمن الإفراد بطل حكم الْخُلْطة ، وإن خلطاها عقيب البيع . ففيه وجهان ، أحدهما : لاينقطع ، لأنّ هذا زمنٌ يسير يُعَقَ[1] ، والثانى : ينقطع لأن الانفراد قد وجد فى بعض الحول ، فيزكّيان زكاة المنفردين . وإن أفرد كلّ واحد منهما نصف نصاب وتبايعاه ، لم ينقطع حكم الْخُلطة . لأن ملك الإنسان يُضَمّ بعضه إلى بعض ، فكأنّ الثمانين مُختلطةٌ بحالها ، كذلك إن تبايعا أقلّ من النصف : وإن تبايعا أكثر من النصف منفرداً بطل حكم الْخُلْطة ، لأن مِنْ شرطها كونُها فى نصاب ، فمتى بقيت فيما دون النصاب صارا منفردين .

---

(١) هكذا بالأصل ، والأولى أن يقال : يعفى عنه .

وقال القاضي : تبطُل الْخُلْطَةُ في جميع هذه المسائل في المَبِيع ، ويصيرُ منفرداً ، وهذا مذهب الشافعيّ ، لأنّ عنده أن المَبِيع بِجِنْسِه ينقطع حكمُ الحول فيه ، فتنقطع الخلطة ضرورةَ انقطاع الحول . وسنبَيّن إن شاء الله أنّ حكم الحول لا ينقطع في وجوب الزكاة . فلا تنقطع الخُلْطة ، لأن الزكاة إنَّما تجب في المشتَرَى ببنائه على حول المبيع ، فيجب أن يُبْنَى عليه في الصفة التي كان عليها .

فأما إن كان مالُ كل واحد منهما منفرداً ، فخلطاه ، ثم تبايعاه ، فعليهما في الحول زكاةُ الانفراد . لأن الزكاة تجبُ فيه ببنائه على حول الأول ، وهو منفرد فيه . ولو كان لرجل نصاب منفرد فباعه بنصاب مختلط زكَّى كلٌّ واحد منهما زكاة الانفراد ، لأن الزكاة في الثاني تجب ببنائه على الأول ، فهما كالمال الواحد الذي حصل الانفراد في أحد طرفيه ، فإن كان لكل واحد منهما أربعون مختلطةً مع مالٍ آخرَ فتبايعاها ، وبعثاها مختلطةً لم يبطُل حكم الخُلطة ، وإن اشترى أحدهما بالأربعين المختلطة أربعين منفردة ، وخلطها في الحال احتمل أن يُزَكِّي زكاةَ الخُلْطة . لأنه يبني حولها على حول مختلطة ، وزمن الانفراد يسيرٌ فعفي عنه ، واحتمل أن يزكّي زكاة المنفرد ، لوجود الانفراد في بعض الحول .

فصـــل

وإن كان لرجل أربعون شاةً . ومضى عليها بعضُ الحول ، فباع بعضها مُشاعاً في بعض الحول . فقال أبو بكر : ينقطع الحول ، ويستأنفان حولًا من حين البيع ، لأن النصف المشترَى قد انقطع الحولُ فيه ، فكأنه لم يجز في حول الزكاة أصلاً . فلزم انقطاع الحول في الآخر . وقال ابن حامد : لا ينقطع الحول فيما بقي للبائع . لأن حدوث الخُلْطة لا يمنع ابتداء الحول ، فلا يمنع استدامته ، ولأنه لو خالط غيره في جميع الحول وجبت الزكاة ، فإذا خالط في بعضه نفسَه وفي بعضه غيرَه كان أولى بالإيجاب ، وإنما بطل حولُ المَبيعة لانتقال الملك فيها ، وإلّا فهذه المشرون لم تزل مُخالِطَةً لمال جارٍ في الزكاة ، وهكذا الحكم فيما إذا علَّم على بعضها وباعه مختلطاً ، فأمّا إن أفرد بعضها وباعه ، ثم خلطه المشترى في الحال بغنم الأول . فقال ابن حامد : ينقطع الحول ، لثبوت حكم الانفراد في البعض . وقال القاضي : يحتمل أن يكون كما لو باعها مختلطةً . لأنّ هذا زمنٌ يسير .

وهذا الحكم فيما إذا كانت الأربعون لرجلين فباع أحدُهما نصيبه أجنبيًّا ، فعلى هذا إذا تمّ حول الأوّل فعليه نصفُ شاةٍ ، ثمّ إذا تم حولُ الثاني نظرنا في البائع ، فإن كان أخرج الزكاة من[1] المال فلا شيء على المشترى ، لأن النصاب نقص في بعض الحول ، إلّا أن يكون الفقير مخالطاً لهما بالنصف الذي صار له ، فلا ينقُص النصاب إذاً ، ويُخرج الثاني نصف شاة ، وإن كان الأول أخرج الزكاة من غير المال ، وقلنا : الزكاة تتعلّق بالذمّة ، وجب على المشترى نصف شاةٍ . وإن قلنا : تتعلَّق بالعين . فقال القاضي : يجب

(١) في جميع النسخ المطبوعة لفظ « غير » زائد قبل المال ، وهو خطأ لأنه يغير الحكم ويجعل الكلام فاسداً .

نصفُ شاة أيضاً ، لأن تعلق الزكاة بالعين ، لا بمعنى أن الفقراء ملكوا جزءاً من النصاب ، بل بمعنى أنه تعلّق حقّهم به ، كتعلّق أرْشِ [1] الجِنَايَةِ بالجانى ، فلم يمنع وجوب الزكاة . وقال أبو الخطاب : لا شىء على المشترى ، لأن تعلُّق الزكاة بالعين نقصَ النِّصابَ . وهـذا الصحيح ، فإنّ فائدة قولنا : الزكاة تتعلّق بالعين : إنما تظهر فى منع الزكاة ، وقد ذكره القاضى فى غير هذا الموضع .

وعلى قياس هذا : لو كان لرجلين نصابُ خُلْطة ، فباع أحدهما خَليطَه فى بعض الحول ، فهى عكسُ المسألة الأولى فى الصورة ، ومثلُها فى المعنى ؛ لأنه كان فى الأول خليطَ نفسه ، ثم صار خليطَ أجنبىّ ، وههنا كان خليطَ أجنبىّ ، ثم صار خليط نفسه ، ومثله لو كان رجلان متوارثان لهما نصابُ خُلْطة ، فمات أحدهما فى بعض الحول ، فورثه صاحبه . على قياس قول أبى بكر : لا يجب عليه شىء حتى يتمّ الحَول على المالين ، من حين ملكه لهما ، إلّا أن يكون أحدهما بمفرده يبلغُ نصاباً ، وعلى قياس قول ابن حامد : تجبُ الزكاة فى النصف الذى كان له خاصّة .

فصـــل

إذا استأجر أجيراً يَرْعَى له بشاةٍ مُعَيَّنة من النصاب ، فحال الحول ، ولم يُفردها ، فهما خليطان ، تجب عليهما زكاةُ الخُلْطَةِ ، وإن أفردها قبل الحول ، فلا شىء عليهما ، لنُقصان النصاب . وإن استأجره بشاة موصوفة فى الذمّة ، صحّ أيضاً ، فإذا حال الحول وليس له مايقتضيه غيرَ النصاب انبنى على الدَّيْنِ : هل يَمنع الزكاة فى الأموال الظاهرة ؟ وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ﴿ وتراجعوا فيما بينهم بالحصص ﴾

قد ذكرنا أن الخلطاء تؤخذ الصدقة من أموالهم ، كما تؤخذ من مال الواحد . فظاهر كلام أحمد : أن الساعىَ يأخذ الفرضَ من مال أىّ الخليطين شاء . سواء دعت الحاجة إلى ذلك ، بأن تكون الفريضة عيناً واحدةً لا يُمكن أخذها من المالين جميعاً ، أو لا يجدُ فرضهما جميعاً إلّا فى أحد المالين ، مثل أن يكون مال أحدهما صحاحاً كباراً ، ومال خليطه صغاراً أو مراضاً . فإنه تجب صحيحةٌ كبيرةٌ ، أو لم تدعُ الحاجة إلى ذلك ، بأن يجد فرض كلّ واحد من المالين فيه . قال أحمد : إنما يجىء المصدّق فيجد الماشيةَ فيصدّقها ، ليس يجىء فيقول : أىّ شىء لك ؟ وإنما يصدّق مايجدُه . والخليطُ قد ينفع ، وقد يضرّ . قال الهيثم بن خارجة لأبى عبد الله : أنا رأيتُ مسكيناً كان له فى غَنَمٍ شاتان ، فجاء المصدّق فأخذ إحداهما ، والوجه فى ذلك قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَا كَانَ مِنْ خَلِيطَيْنِ فَإِنَّهُمَا يَتَرَاجَعَانِ بِالسَّوِيَّةِ »

---

(١) الأرش : الدية . أى المال الذى يدفع فى نظير الجناية إذا لم يجب فيهـا القصاص ، أو وجب وعفا الأولياء عنه .

وقوله : « لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشْيَةَ الصَّدَقَةِ » وهما خَشيتان : خشية ربّ المال من زيادة الصدقة ، وخشية الساعى من نُقصانها . فليس لأرباب الأموال أن يجمعوا أموالهم المتفرّقة التى كان الواجب فى كلٍّ واحد منها شاة ، ليقلّ الواجبُ فيها ، ولا أن يفرّقوا أموالهم المجتمعة التى كان فيها باجتماعها فرض ، ليسقُط عنها بتفرقتها ، وليس للساعى أن يفرّق بين الخلطاء ، لتكثُر الزكاة ، ولا أن يجمعها إذا كانت متفرّقة لتجب الزكاة ، ولأن المالين قد صارا كالمال الواحد فى وجوب الزكاة . فكذلك فى إخراجها ، ومتى أخذ الساعى الفرض من مال أحدهما رجع على خليطه بقدر قيمة حصّته من الفرض . فإذا كان لأحدهما ثُلُث المال ، وللآخر ثلثاه ، فأخذ الفرض من مال صاحب الثلُث رجع بثلثى قيمة المخرَج على صاحبه ، وإن أخذه من الآخر رجع على صاحب الثلث بثلث قيمة المُخرَج . والقول قول المرجوع عليه مع يمينه ، إذا اختلفا وعُدِمت البيِّنة ، لأنه غارم ، فكان القول قوله كالغاصب إذا اختلفا[1] فى قيمة المغصوب بعد تلفه .

فصـــل

إذا أخذ الساعى أكثر من الفرض بغير تأويل . مثل أن يأخذ شاتين مكان شاةٍ ، أو يأخذ جذعةً مكان حِقَّة ، لم يكن للمأخوذ منه الرجوع إلا بقدر الواجب . وإن كان بتأويلٍ سائغ ، مثل أن يأخذ الصحيحة عن المراض ، والكبيرة عن الصغار ، فإنّه يرجع بالحصّة منها ، لأنّ ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإذا أداه اجتهاده إلى أخذه ، وجب دفعُه إليه ، وصار بمنزلة الفرض الواجب ، وكذلك إذا أخذ القيمة رجع بما يخصّ شريكه منها ، لأنّه بتأويل .

فصـــل

إذا ملك رجل أربعين شاةً فى المُحرّم ، وأربعين فى صَفَر ، وأربعين فى ربيع . فعليه فى الأول عند تمام حوله شاةٌ ، فإذا تمّ حول الثانى ، فعلى وجهين :

أحدهما : لازكاة فيه لأن الجميع ملكُ واحدٍ ، فلم يزد فرضُه على شاةٍ واحدةٍ ، كما لو اتفقت أحواله[2] .

والثانى : فيه الزكاة . لأنّ الأول استقلّ بشاة ، فتجب الزكاة فى الثانى ، وهى نصف شاة لاختلاطها بالأربعين الأولى ، من حين ملكها ، وإذا تمّ حول الثالث فعلى وجهين :

أحدهما : لازكاة فيه . والثانى : فيه الزكاة ، وهو ثلثُ شاةٍ ، لأنّه مَلَكه مختلطاً بالثمانين المتقدّمة .

---

(١) الضمير فى اختلفا : راجع للغاصب ، والمغصوب منه .

(٢) اتفقت أحواله : الأحوال جمع حول لاجمع حال ، أى إذا اتفقت مبادىء أحواله وهى السنين التى ملك فيها الأموال .

وذكر أبو الخطَّاب فيـه وجهاً ثالثاً : وهو أنه يجب في الثاني شاةٌ كاملة ، وفي الثالث شاةٌ كاملة ، لأنه نصابٌ كامل ، وجبت الزكاة فيه بنفسه . فوجبت فيه ـ شاةٌ كاملة ، كما لو انفرد ، وهذا ضعيف . لأنه لو كان الملك للثاني ، والثالث ، أجنبيَّين ملَـكَاهما مختلطين ، لم يكن عليهما إلا زكاةُ خُلطة . فإذا كان لمالك الأول كان أولى . فإن ضمّ بعض ماله إلى بعض أولى من ضمّ ملك الخليط إلى خليط ، وإن ملك في الشهر الثاني مايغيّر الفرض ، مثل أن ملك مائةَ شاةٍ : فعليه عند تمام حوله شاةٌ ثانية ، على الوجه الأول . وكذلك الثالث . لأننا نجعل ملـكه في الإيجاب كملـكه للـكلّ في حال واحدة ، فيصير كأنه ملك مائتين وأربعين . فيجب عليه ثلاثُ شياه ، عند تمام حول كلّ مالٍ شاةٌ . وعلى الوجه الثاني : يجب عليه في الشهر الثاني حصّة من فرض المالين معاً ، وهو شاة ، وثلاثة أسباع شاةٍ . لأنه لو ملك المالين دفعةً واحدةً كان عليه فيهما شاتان ، حصــةُ المائة منها : خمسة أسباعهما ، وهو شاة وثلاثة أسباع شاة . وعليه في الثالث : شاةٌ وربُع ، لأنه لو ملك الجميــع دفعةً واحدة ، وهو مائتين وأربعون شاة ، لـكان عليه ثلاثُ شياه . حصّة الثالث منهنّ : رُبعهنّ وسُدُسهنّ ، وهوشاة وربع . ولو كان المالك للأموال الثلاثة ثلاثة أشخاص وملَكَ الثاني سائمته مختلطة بسائمة الأوّل ، ثم ملك الثالث سائمته مختلطة بغنمها ، لـكان الواجب في الثاني والثالث : كالواجب على المالك في الوجه الثاني لاغير .

فصــــل

فإن ملك عشرين من الإبل في المحرّم ، وخمساً في صفَر ، فعليـه في العشرين عند تمام حولها : أربعُ شياه ، وفي الخمس عند تمـام حولها : خمسُ بناتِ مخاض ، على الوجهين الأولين . وعلى الوجه الثالث . عليه شاةٌ . وإن ملك في المحرّم خمساً وعشرين ، وفي صفَر خمساً ، فعليـه في الأول عنـد تمام حوله بنتُ مخاض ، ولا شيء عليه في الخمس في الوجه الأوّل . وعلى الثاني ، عليه سدُس بنت مخاض ، وعلى الثالث عليه فيها شاة . فإن ملك مع ذلك في ربيــع شيئاً ، ففي الوجه الأول عليه في الأول عند تمـام حوله بنتُ مخاض ، ولا شيء عليه في الخمس ، حتى يتمّ حولُ الستّ ، فيجبُ فيهـا رُبْع بنتِ لَبون ونصف تسعها . وفي الوجه الثاني : عليه في الخمس سدُس بنتِ مخاض إذا تمّ حولها . وفي الستّ سدُس بنت لَبون عند تمام حولها . وفي الوجه الثالث : عليه في الخمس الثانية شاةٌ عند تمام حولها ، وفي الستّ شاة ، عند تمام حولها .

فصــــل

فإن كانت سائمةُ الرّجل في بُلْدَانٍ شتّى ، وبينهما مسافة لاتُقْصَرُ فيها الصلاة ، أو كانت مجتمعة ، ضمّ بعضها إلى بعض ، وكانت زكاتها كزكاة الخلطة ، بغير خلاف نعلمه ، وإن كان بين البُلدان مسافةُ القَصر فعن أحمد فيه روايتان :

(إحداهما) أن لـكلّ مال حكم نفسه ، يُعتبر على حدته إن كان نصاباً ففيـه الزكاة ، وإلاّ فلاَ . ولا

يُضَمُّ إلى المال الذى فى البلد الآخر ، نص عليه . قال ابن المنذر : لاأعلم هذا القول عن غير أحمد . واحتجّ بظاهر قوله عليه السلام : «لايُجْمَعُ بَيْنَ مُتفرِّقٍ ، ولا يُفرَّق بين مجتمع ، خشيةَ الصَّدَقَةِ » وهذا مفرّق فلا يُجمع ، ولأنه لما أثّر اجتماع مالين لرجلين ، فى كونهما كالمال الواحد ، يجب أن يُؤثّر افتراقُ مال الرجل الواحد ، حتّى يجعله كالمالين .

(والثانية) قال فيمن له مائةُ شاة فى بُلدانٍ متفرقة : لا يأخذُ المُصدّق منها شيئاً ، لأنه لايُجمع بين متفرِّق ، وصاحبها إذا ضَبَطَ ذلك وعرَفه أخرج هو بنفسه يَضَعُها فى الفقراء ، روى هذا عن الميمونى وحنبل ، وهذا يدل على أن زكاتها تجب مع اختلاف البُلدان ، إلا أن الساعىَ لايأخذُها ، لكونه لايجدُ نصاباً كاملاً مجتمعاً ، ولايعلم حقيقةَ الحال فيها ، فأما المالك العالم بملكه نصاباً كاملاً ، فعليه أداء الزكاة . وهذا اختيار أبى الخطّاب ، ومذهبُ سائر الفقهاء . قال مالك : أحسنُ ماسمعتُ فيمن كان له غنم على راعيَين مُتفرِّقَيْنِ ببُلْدانٍ شتّى : أن ذلك يُجمع على صاحبه ، فيؤدِّى صدقته . وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى ، لقوله عليه السلام « فِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ » ولأنه مِلكُ واحدٍ أشبه مالو كان فى بُلدانٍ مُتقاربةٍ أو غير السائمة . ونحمل كلام أحمد فى الرواية الأولى على أن المصدِّق لا يأخذها ، وأما ربُّ المال فيُخرج . فعلى هذا يُخرج الفرض فى أحد البلدين ، لأنه موضعُ حاجةٍ .

« مسألة » قال ﴿ وإن اختلطوا فى غير هذا أخذ من كلٍّ واحد منهم على انفراده إذا كان مايخصّه تجبُ فيه الزكاة ﴾ .

ومعناه : أنهم إذا اختلطوا فى غير السائمة ، كالذهب ، والفضة ، وعُروض التجارة ، والزروع ، والثمار ، لم تؤثّر خُلْطتهم شيئاً ، وكان حكمهم حكم المنفردين ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وعن أحمد رواية أخرى : أن شركة الأعيان تؤثّر فى غير الماشية . فإذا كان بينهم نصابٌ يشتركون فيه ، فعليهم الزكاة . وهذا قول إسحق ، والأوزاعىّ فى الحَبّ والثمرِ . والمذهب الأول : قال أبو عبد الله : الأوزاعىّ . يقول فى الزرع : إذا كانوا شركاء فخرج لهم خمسةُ أوْسُقٍ [1] يقول : فيه الزكاة ، قاسه على الغَنَم . ولا يُعجبنى قولُ الأوزاعىّ .

وأما خلطة الأوصاف فلا مدخل لها فى غير الماشية بحال ، لأن الاختلاط لايحصُل ، وخرّج القاضى وجهاً آخَر : أنها تؤثّر . لأن المؤونة تخِفّ إذا كان المُلقّح واحداً ، والصعّاد ، والناطور ، والجَرِينُ . وكذلك أموال التجارة ، والدكّان واحد ، والمخزن ، والميزان ، والبائع ، فأشبه الماشية ، ومذهبُ الشافعىّ على نحو ممّا حكينا من مذهبنا . والصحيح أن الخُلْطة لاتؤثّر فى غير الماشية ، لقول النبى

(١) الوسق : الحمل الكبير للبعير ، ويقدر بستين صاعاً .

صلى الله عليه وسلم « وَالْخَلِيطَانِ مَا اشْتَرَكَا فِي الْحَوْضِ وَالْفَحْلِ وَالرَّاعِي » فدل على أن مالم يوجد فيه ذلك لا يكون خُلطة مؤثِّرة . وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لاَ يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ خَشْيَةَ الصَّدَقَةِ » إنّما يكون في الماشية . لأن الزكاة تقلّ بجمعها تارةً وتكثُرُ أخرى ، وسائر الأموال تجب فيها فيما زاد على النصاب بحسابه . فلا أثر لجمعها . ولأن الْخُلْطة في الماشية تؤثّر في النفع تارةً ، وفي الضرر أخرى ، ولو اعتبرناها في غير الماشية أثّرت ضرراً محضاً بربّ المال ، فلا يجوز اعتبارها

إذا ثبت هذا : فإن كان لجماعة وَقْف ، أو حائط مُشترك بينهم ، فيه ثَمَرَة ، أو زرع ، فلا زكاة عليهم ، إلا أن يحصُل في يد بعضهم نصابٌ كامل . فيجب عليه ، وقد ذكر الخِرَقيّ هذا في باب الوقف . وعلى الرواية الأخرى : إذا كان الخارج نصاباً ففيه الزكاة ، وإن كان الوقف نصاباً من السائمة فيحتملُ أنّ عليهم الزكاة ، لاشتراكهم في مِلك نصاب تؤثّر الْخُلْطة فيه ، وينبغي أن تخرج الزكاة من غيره . لأن الوقف لا يجوز نقل الملك فيه ، ويحتمل أن لا تجب الزكاة فيه لنقص الملك فيه ، وكماله معتبر في إيجاب الزكاة ، بدليل مال المكاتب .

فصل

ولا زكاة في غير بهيمة الأنعام من الماشية ، في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : في الخيل الزكاة إذا كانت ذُكوراً وإناثاً ، وإن كانت ذكوراً مفردة أو إناثاً منفردة ففيها روايتان . وزكاتها دينار عن كلّ فرس ، أو رُبع عُشْر قيمتها . والخِيرَةُ في ذلك إلى صاحبها ، أيّهما شاء أخرج ، لما روى جابر : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « فِي الْخَيْلِ السَّائِمَةِ فِي كُلِّ فَرَسٍ دِينَارٌ » . ورُوى عن عمر « أنّه كَانَ يَأْخُذُ مِنَ الرَّأْسِ عَشَرَةً ، ومن الفرس عشرة ، وَمِنَ الْبِرْذَوْنِ خَمْسةً » ولأنه حيوان يُطلب نماؤه من جهة السوم ، أشبه النعم .

ولنا : أن النبي ﷺ قال : « لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي فَرَسِهِ وَغُلاَمِهِ صَدَقَةٌ » متفق عليه . وفي لفظ « لَيْسَ عَلَى الرَّجُلِ فِي فَرَسِهِ وَلاَ فِي عَبْدِهِ صَدَقَةٌ » وعن عليّ أن النبي ﷺ قال : « عَفَوْتُ لَكُمْ عَنْ صَدَقَةِ الخيل والرَّقِيقِ » رواه الترمذيّ . وهذا هو الصحيح . وروى أبو عُبَيد في الغريب عن النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ فِي الْجَبْهَةِ وَلاَ فِي النَّخَّةِ ، وَلاَ فِي الْكُسْعَةِ صَدَقَةٌ » وفسرّ الجبهة بالخيل ، والنخّة بالرقيق، والكُسْعة بالحمير . وقال الكسائيّ : النخة بضم النون[1] . البقر العوامل . ولأن مالا زكاة في ذكوره المفردة ، وإناثه المفردة لا زكاة فيهما إذا اجتمعا ، كالحمير ، ولأنّ مالا يُخرَج زكاةٌ من جنسه من السائمة ، لا تجب فيه كسائر الدوابّ . ولأن الخيل دوابٌّ ، فلا تجب الزكاة فيها ، كسائر

(١) يجوز فيها فتح النون وضمها ، والكسعة بضم الكاف لا غير .

الدوابّ . ولأنهـا ليست من بهيمة الأنعـام ، فلم تجب زكاتها ، كالوحوش . وحـديثهم يرويه غَوْرَكُ السعدىّ ، وهو ضعيف .

وأما عمر : فإنما أخذ منهم شيئاً تبرّعوا به ، وسألوه أخذَه ، وعوّضهم عنه برِزْقِ عَبِيدهم ، فروى الإمام أحمد بإسناده عن حارثة قال « جَاءَ نَاسٌ مِنْ أَهْلِ الشَّامِ إِلَى عُمَرَ . فَقَالُوا : إِنَّا قد أَصَبْنَا مَالاً ، وخَيْلاً ، ورَقِيقاً نُحِبُّ أَنْ يَكُونَ لَنَا فِيهَا زَكَاةٌ وَطَهُور . قال : مَا فَعَلَهُ صَاحِبَايَ قَبْلِي فأَفعَلَهُ ، فاستشار أصحابَ رسُول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم علىّ . فقال : هُوَ حَسَنٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ جِزْيَةً يُؤْخَذُونَ بِهَا مِنْ بَعْدِكَ » . قال أحمد : فـكان عمر يأخذ منهم ، ثم يرزق عَبِيدهم ، فصـار حديث عمر حُجَّةً عليهم من وجوه : أحدها : قوله « مَافَعَلَه صَاحِبَايَ » يعنى النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وأبا بـكر . ولو كان واجبـاً لما تركا فعله ، الثانى : أن عمر امتنع من أخذها . ولا يجوز أن يمتنع من الواجب . الثالث : قول علىّ « هُوَ حَسَنٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ جِزْيَةً يُؤْخَذُونَ بِهَا مِنْ بَعْدِكَ » فسمّى جزية إن أُخِذوا بها . وجُعِل مشروطاً بعدم أخذهم به،فيدلّ على أن أخذهم بذلك غيرُ جائز . الرابع : استشارة عمر أصحابه فى أخذه ، ولو كان واجبـاً لما احتاج إلى الاستشارة . الخامس : أنه لم يُشِرْ عليه بأخـذه أحدٌ سوى علىّ بهذا الشرط الذى ذكره . ولو كان واجباً لأشاروا به . السادس : أن عمر عوَّضهم عنه رَزْق عَبِيدهم، والزكاة لايؤخذ عنها عِوَض ، ولا يصحّ قياسهـا على النَّعَم لأنها يـكمُلُ نمـاؤها ، ويُنْتَفع بدرّها ، ولحمها ، ويُضَحّى بجِنْسها ، وتـكون هَدياً وفِدْيَةً عن محظورات الإحرام . وتجب الزكاة من عينها ، ويُعتبر كمال نصابها ، ولا يُعتبر قيمتُها . والخيلُ بخلاف ذلك .

« مسألة » قال ﴿ والصدقة لاتجب إلاّ على أحرار المسلمين ﴾ .

وفى بعض النسخ « إلاّ على الأحْرارِ المُسْلِمِينَ » ومعناهما واحـد ، وهو أن الزكاة لاتجب إلى على حرّ ، مسلم ، تامّ الملك ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولانعلم فيه خلافاً إلا عن عطاء ، وأبى ثور . فإنهما قالا : على العبد زكاة ماله .

ولنـا : أن العبد ليس بتـامّ الملك ، فـلم تلزمه زكاةٌ كالـمكاتَب ، فأما الـكافر فلا خلاف فى أنه لازكاة عليه ، ومتى صار أحد هؤلاء من أهل الزكاة وهو مالك للنصاب استقبل به حولاً ، ثم زكّاه ، فأما الحرّ المُسلم إذا ملك نصاباً خالياً عن دَيْنٍ فعليه الزكاةُ عند تمام حوله ، سواء كان كبيراً ، أو صغيراً ، أو عاقلاً أو مجنوناً .

« مسألة » قال ﴿ والصبىّ ، والمجنون ، يُخرج عنهما وليُّهما ﴾ .

وجملة ذلك : أن الزكاة تجب فى مال الصبىّ ، والمجنون . لوجود الشرائط الثلاث فيهما . رُوى ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وابن عمر ، وعائشة ، والحسن بن علىّ ، وجابر ، رضى الله عنهم . وبه قال جابر ابن زيد ، وابن سيرين ، وعطاء ، ومجاهـد ، وربيعـة ، ومالك ، والحسن بن صالح ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، والعنبرىّ ، وابن عُيَيْنة ، وإسحق ، وأبو عُبَيْـد ، وأبو ثور . ويُحـكى عن ابن مسعود ، والثورىّ : والأوزاعىّ أنهم قالوا ، تجب الزكاة ، ولا تُخرَج حتى يبلغ الصبى ، ويُفيقَ المعتوه . قال ابن مسعود «أحْصىَ مَا يَجِبُ فِى مَالِ اليَتِيمِ مِنَ الزَّكَاةِ . فإذَا بَلَغَ أَعْلِمُهُ ، فَإنْ شَاءَ زَكى ، وإن لَمْ يَشَأْ لم يُزَكِّ » . ورُوى نحو هـذا عن إبراهيم . وقال الحسن ، وسعيد بن المسيب ، وسعيـد بن جُبَير ، وأبو وائل والنخعى وأبو حنيفة : لا تجب الزكاة فى أموالها . وقال أبو حنيفة : يجب العشر فى زروعهما وثمرتهما . وتجب صـدقة الفطر عليهما . واحتجّ فى نفى الزكاة بقوله عليـه السلام : « رُفِـعَ القَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ : عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ »[1] ، وبأنها عبادة محضة ، فلا تجب عليهما ، كالصلاة والحجّ .

ولنـا : مارُوى عن النبىِّ صلى الله عليـه وسلم أنه قال : « مَنْ وَلِىَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهَ وَلاَ يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ » أخرجه الدارقطنىّ . وفى رواية المثنّى بن الصبّاح ، وفيـه مقال . ورُوى موقوفًا على عمر « وإنّما تأكلهُ الصَّدَقَةُ بإخْرَاجِهَا » وإنما يجوز إخراجها إذا كانت واجبةً ، لأنه ليس له أن يتبرّع بمال اليتيم ، ولأن من وجب العُشر فى زَرْعه وجب رُبْع العُشر فى وَرِقِهِ ، كالبالغ العاقل . ويُخالف الصلاة والصوم ، فإنها مختصّة بالبدن ، وبنية الصبىّ ضعيفة عنها ، والمجنون لا يتحقّق منه نيّتها ، والزكاة حـقٌّ يتعلق بالمـال ، فأشبه نفقَةَ الأقارب ، والزوجات ، وأُرُوش الجنايات ، وقِيَم المُتْلفـاتِ . والحديث أُريد به رفع الإثم ، والعبادات البدنية ، بدليل وجوب العُشر وصدقةِ الفطر ، والحقوق المالية ، ثم هو مخصوص بما ذكرناه ، والزكاة فى المال فى معناه فنقيسها عليه .

إذا تقرّر هذا ، فإن الولىّ يُخرجها عنهما من مالهما . لأنها زكاة واجبة ، فوجب إخراجها ، كزكاة البالغ العاقل ، والولىّ يقوم مقامه فى أداء ماعليه . ولأنها حقّ واجب على الصبىّ والمجنون ، فـكان على الولىّ أداؤه عنهما ، كنفقة أقاربه . وتُعتبَرُ نيّة الولىّ فى الإخراج كما تُعتبر النيَّة من ربّ المال .

« مسألة » قال ﴿ والسيِّد يزكّى عمّا فى يد عبده لأنه مالـكه ﴾ .

يعنى أن السيد مالك لمـا فى يد عبده . وقد اختلفت الرواية عن أحمـد رحمه الله فى زكاة مال العبد

---

(١) تمام الحديث : وعن النائم حتى يستيقظ .

الذى مَلّكه إيّاه . فروى عنه : زكاته على سيِّده ، هـذا مذهب سفيان ، وإسحق ، وأصحاب الرأى . ورُوىعنه : لا زكاة فى ماله ، لا على العبد ولا على سيده . قال ابن المنذر : وهذا قول ابن عمر ، وجابر، والزهرىّ ، وقتادة ، ومالك ، وأبى عُبَيد ، وللشافعىّ قولان كالمذهبين . قال أبو بكر : المسألة مبنيّة على الروايتين فى ملك العبد : إذا ملكه سيّده .

إحـداهما : لا يملك . قال أبو بكر : وهو اختيارى ، وهو ظاهر كلام الخرقىّ هاهنا ، لأنه جعـل السيد مالكاً لمال عبده ، ولو كان مملوكاً للعبد لم يكن مملوكاً لسيده . لأنه لا يتصور اجتماع ملـكين كاملين فى مالٍ واحد . ووجهه : أن العبد مال ، فلا يملك المال ، كالبهائم . فعلى هذا تكون زكاته على سيد العبد ، لأنه ملك له فى يد عبده . فـكانت زكاته عليه كالمال الذى فى يد المُضارب والوكيل .

والثانية : يملك . لأنه آدمىّ يملك النـكاح ، فملكَ المالَ كالحرّ . وذلك لأنه بالآدمية يتمهَّد للملك من قِبَلِ أن الله تعالى خلق المال لبنى آدم ليستعينوا به على القيام بوظائف العبادات ، وأعباء التكاليف فإنّ الله تعالى خَلَقَ لـكُم مافِى الأرض جميعاً . فبالآدمية يتمهّد للملك ، ويصلُح له ، كما يتمهَّد للتكليف ، والعبادة . فعلى هـذا : لا زكاة على السيد فى مال العبد ، لأنه لا يملكه ، ولا على العبد ، لأن ملـكه ناقص ، والزكاة إنما تجب على تامّ الملك .

فصـــل

ومَنْ بعضه حرّ ، عليـه زكاة ماله . لأنه يملك بجزئه الحرّ ، ويُورَث عنـه ، وملـكه كامل فيـه . فـكانت زكاته عليه كالحرّ الـكامل . والمدبر وأم الولد كالقِنّ . لأنه لا حرية فيهما .

« مسألة » قال ﴿ ولا زكاة على مكاتب ﴾ .

فإن عجز استقبل سيدُه بما فى يده من المـال حولًا ، وزكّاه إن كان نصاباً ، وإن أدّى ، وبقى فى يده نصاب الزكاة استقبل به حولاً . لا أعـلم خلافاً بين أهل العـلم فى أنه لا زكاة على المـكاتَب ، ولا على سيِّدِه فى ماله ، إلاّ قول أبى ثور . ذكر ابن المنذر نحو هـذا . واحتجّ أبو ثور بأنَّ الحَجْر من السيِّد لا يمنع وجوبَ الزكاة ، كالحجر على الصبىّ ، والمجنون ، والمرهون . وحُـكى عن أبى حنيفة : أنه أوجب العُشرَ فى الخارج من أرضه ، بناءً على أصله فى أن العُشر مُؤنةُ الأرض ، وليس بزكاة .

ولنا : ماروى أن النبىّ ﷺ قال : « لازَكَاةَ فى مَالِ المـكَاتَبِ » رواه الفقهاء فى كتبهم ، ولأن الزكاة تجب على طريق المواساة . فلم تجب فى مال المـكاتَب ، كنفقة الأقارب . وفارق المحجورَ عليه ، فإنّه مُنع التصرّفَ لنقص تصرّفه ، لالنقص ملـكه ، والمرهونُ منع التصرّف فيه بعَقْده . فلم يَسقط حق الله تعالى ، ومتى كان منع التصرف فيه لِدَيْن لا يُمـكن وفاؤه من غيره ، فلا زكاة عليه .

إذا ثبت هـذا : فمتى عجز وَوُدَّ فى الرقّ صار ما كان فى يده مِلْـكاً لسيِّده . فإن كان نصاباً أو يبلغ بضمّه إلى مافى يده نصاباً استأنف له حولاً من حين مَلَـكَه وزكّاه ، كالمستفاد سواء ، ولا أعلم فى هذا خلافاً . فإن أدّى المكاتَبُ نُجُومَ[1] كتابته ، وبقى فى يده نصاب ، فقد صار حُرًّا كاملَ المِلك ، فيستأنف الحولَ من حين عِتْقه ، ويزكّيه إذا تمّ الحولُ . والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ولا زكاة فى مالٍ حتى يَحُول عليه الحول ﴾ .

روى أبو عبد الله بن ماجه فى السنن بإسناده عن عمر ، عن عائشـة قالت : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول : « لاَ زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الحَوْلُ » وهـذا اللفظ غير مُبَقّى على عمومه . فإنّ الأموال الزكاتية خمسة : السائمـةُ من بهيمة الأنعام ، والأثمانُ ، وهى الذهب ، والفضة ، وقِيَمُ عُرُوضِ التجارة ، وهذه الثلاثة الحولُ شرط فى وجوب زكاتها : لانعلم فيه خِلافاً ، سوى ماسنذكره فى المستفاد . والرابع : مايُـكال ويُدَّخر من الزروع ، والثمار ، والخامس : المعدن . وهذان لايُعتبر لهما حول .

والفرق بين مااعتُبر لهالحول ، ومالم يعتبر له : أن مااعتُبر له الحول مُرْصَدٌ للنَّماء . فالماشية : مُرْصَدة للدرّ ، والنسل ، وعُروضُ التجارة : مُرْصَدة للربح ، وكذا الأثمان ، فاعتبر له الحول . لأنه مَظِنَّة النماء ، ليـكون إخراج الزكاة من الربح . فإنه أسهل وأيسرُ . ولأن الزكاة إنما وجبت مواساةً ، ولم نعتبر حقيقة النماء لـكثرة اختلافه ، وعدمضبطه ، ولأنَّ مااعتُبرت مَظِنَّته لم يُلتفت إلى حقيقته ، كالحـكم مع الأسباب ، ولأن الزكاة تتـكرّر فى هذه الأموال . فلا بد لهـا من ضابط ، كيلا يُفْضِيَ إلى تعاقُب الوجوب فى الزمن الواحد مرّات ، فينفدَ مالُ المالك .

أما الزروع والثمـار : فهى نماء فى نفسها ، تتـكامل عند إخراج الزكاة منهـا ، فتُؤخذ الزكاة منها حينئذٍ ، ثم تعود فى النقص لا فى النمـاء . فلا تجب فيها زكاةٌ ثانية ، لعدم إرصادها للنّماء ، والخارج من المعدن مُستفادٌ خارج من الأرض ، بمنزلة الزرع والثمر ، إلاّ أنه إن كان من جنس الأثمان ففيـه الزكاة عند كلّ حول . لأنه مَظِنَّة للنماء ، من حيثُ إنَّ الأثمـانَ قِيَمُ الأموال . ورأس مال التِّجارات . وبهذا تحصل المضاربَة والشركة ، وهى مخلوقة لذلك ، فـكانت بأصلها ، وخلقتها كال التجارة المُعَدّ لها .

فصـــل

فإن استفاد مالاً ممـا يُعتبر له الحول ، ولا مال له سواه ، وكان نِصَاباً ، أو كان له مال من جنسه ،

(١) نجوم الـكتابة : الأقساط التى حددها لها سيده كل شهر أو كل سنة ، حتى يصير حراً بعد انتهاء مدة المكاتبة .

لا يبلُغ نصاباً ، فبلغ بالمستفاد نِصَاباً . انعقد عليـه حول الزكاة من حينئذٍ . فإذا تمّ حولٌ وجبت الزكاةُ فيه ، وإن كان عنده نِصَابٌ ، لم يخلُ المستفادُ من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون المستفاد من نمائه كربح مال التجارة ، ونتاج السائمة . فهذا يجب ضمُّه إلى ماعندَه من أصله ، فيُعتبر حولهُ بحوله . لانعلم فيه خلافاً . لأنه تَبَعٌ له من جنسه ، فأشبه النمـاء المتّصل ، وهو زيادة قيمة عُروض التجارة . ويشمل العبدَ والجاريةَ .

(الثـانى) أن يـكون المُستفادُ من غير جنس ماعنده . فهـذا له حـكم نفسه ، لايُضَمّ إلى ماعنده فى حول ، ولا نصاب . بل إن كان نِصاباً استقبل به حولاً وزكاه ، وإلا فلا شىء فيه . وهذا قول جمهور العلماء .

ورُوى عن ابن مسعود ، وابن عباس ، ومعاوية « أَنَّ الزَّكَاةَ تَجِبُ فِيهِ حِينَ اسْتَفَادَهُ » قال أحمد عن غير واحد : يُزَكِّيه حينَ يَستفيدُه . ورَوى بإسناده عن ابن مسعود قال : « كَانَ عَبْدُ اللهِ يُعْطِينَا وَيُزَكِّيهِ » وعن الأوزاعىّ فيمن باع عبدَه ، أو داره : أَنَّهُ يُزَكِّى الثَّمَنَ حينَ يَقَـعُ فى يَدِه ، إلاَّ أن يكون له شهر يُعْلَم ، فيؤخِّره حتى يُزَكِّيَهُ مع ماله .

وجمهور العلماء على خلاف هذا القول . منهم : أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلىّ ، رضى الله عنهم . قال ابن عبد البرّ : على هذا جمهور العلمـاء . والخـلافُ فى ذلك شذوذ ، ولم يُعَرِّج عليه أحد من العلماء ، ولا قال به أحد من أئمّة الفتوى . وقد رُوى عن أحمد فيمن باع داره بعشرة آلاف درهم إلى سنةٍ ، إذا قبض المال يُزَكِّيه ، وإنّمـا نرى أن أحمد قال ذلك ، لأنه مَلَكَ الدراهم فى أول الحول ، وصارت دَيْناً له على المُشترى ، فإذا قبضه زكاه للحول الذى مرّ عليه فى مِلـكه ، كسائر الدُّيُون . وقد صرح بهذا المعنى فى رواية بـكر بن محمد عن أبيه . فقال : إذا كَرَى داراً ، أو عبداً فى سنة بألف ، فحصلت له الدراهم وقبضها زكاها إذا حال عليهـا الحولُ من حين قبضها ، وإن كانت على المُـكْتَرى ، فمن يومَ وَجَبتْ له فيها الزكاة ، بمنزلة الدين ، إذا وجب له على صاحبه زكاه من يومَ وَجَبَ لَهُ .

(القسم الثالث) : أن يستفيد مالاً من جنس نِصَابٍ عنده ، قد انعقد عليـه حولُ الزكاة ، بسببٍ مُستقلٍّ ، مثل أن يـكون عنده أربعون من الغَنَم مضى عليها بعض الحول ، فيشترى أو يَتَّهِبُ[1] مائةً . فهذا لاتجب فيـه الزكاة ، حتى يمضى عليه حولٌ أيضاً . وبهـذا قال الشـافعىّ . وقال أبو حنيفة : يَضُمّه إلى ماعنده فى الحول ، فيزكّيهما جميعـاً عند تمـام حول المال الذى كان عنده ، إلاّ أن يـكون عِوَضاً عن مال مُزَكًّى ، لأنه يُضَمُّ إلى جنسه فى النصاب ، فوجب ضمّه إليـه فى الحول كالنِّتاج ، ولأنه إذا ضُمّ

---

(١) يتهب : توهب له مائة .

فى النصاب وهو سبب ، فضمُّه إليه فى الحول الذى هو شرط أولى .

وبيان ذلك : أنه لو كان عنده مائتا درهم مضى عليها نصفُ الحول ، فوُهِبَ له مائةٌ أخرى ، فإنّ الزكاة تجب فيها إذا تمّ حولها بغير خلاف . ولولا المائتان ماوجب فيها شىء . فإذا ضُمَّت إلى المائتين فى أصل الوجوب ، فكذلك فى وقته ، ولأن إفراده بالحول يُفضى إلى تشقيص[1] الواجب فى السائمة ، واختلاف أوقات الواجب ، والحاجة إلى ضبط مواقيت التملّك ، ومعرفة قدر الواجب فى كلّ جزء مَلَكه ، ووجوب القدر اليسير الذى لايتمكّن من إخراجه ، ثم يتكرّر ذلك فى كلّ حول ، ووقت . وهذا حَرَجٌ مدفوع بقوله تعالى (٢٢ : ٧٨ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) ، وقد اعتبر الشرع ذلك بإيجاب غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من الإبل ، وجَعل الأوقاصَ فى السائمة ، وضمّ الأرباح ، والنِّتاج إلى حول أصلها ، مقروناً بدفع هذه المَفْسَدَة . فيدلّ على أنه عِلّة لذلك ، فيجب تعدية الحكم إلى محلّ النزاع . وقال مالك كقوله فى السائمة ، دفعاً للتشقيص الواجب ، وكقولنا فى الأثمان ، لعدم ذلك فيها .

ولنا : حديث عائشةَ عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « لاَزَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ » . وروى التِّرْمِذىّ عن ابن عمر : أنه قال « مَنِ اسْتَفَادَ مَالاً فَلاَ زَكَاةَ فِيهِ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ » ورُوى مرفوعاً عن النبىّ صلى الله عليه وسلم إلا أن الترمذىّ قال : الموقوفُ أصحّ . وإنّما رفعه عبد الرحمن بن يزيد ، بن أسلم ، وهو ضعيف . وقد رُوى عن أبى بكر الصدِّيق ، وعلىّ ، وابن عمر ، وعائشة ، وعطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والنخعىّ : أنه لازكاة فى المستفاد حتى يَحُولَ عليه الحول ، ولأنه مملوك أصلاً ، فيُعتَبَر فيه الحول شرطاً ، كالمستفاد من غير الجنس . ولا تشبه هذه الأموال الزروع والثمار ، لأنها تتكامل ثمارُها دفعةً واحدة . ولهذا لاتتكرّر الزكاة فيها ، وهذه نماؤها بنقلها ، فاحتاجت إلى الحول .

وأما الأرباح والنِّتاج : فإنما ضُمَّت إلى أصلها . لأنها تبع له ، ومتولِّدة منه ، ولا يوجد ذلك فى مسألتنا . وإن سلّمنا أنّ عِلّة ضَمِّها : ماذكروه من الحَرَج ، فلا يوجد ذلك فى مسألتنا . لأن الأرباح تكثُر ، وتتكرّر فى الأيام ، والساعات ، ويعسُر ضَبْطُها . وكذلك النِّتاج . وقد يوجد ولا يشعر به ، فالمشقّة فيه أتمّ ، لكثرة تكرّره ، بخلاف هذه الأسباب المستقلّة . فإنّ الميراث ، والاغتنام ، والاتّهاب ، ونحوَ ذلك يندُر ، ولايتكرّر . فلا يشقّ ذلك فيه ، فإن شقّ فهو دون المشقّة فى الأرباح ، والنِّتاج ، فيمتنع قياسُه عليه ، واليُسر فيما ذكرنا أكثرُ ، لأنّ الإنسان يتخيّر بين التأخير والتعجيل . وماذكروه

---

(١) تشقيص : تفريق .

يتعيّن عليه التعجيل . ولاشكّ أن التخيير بين شيئين أيسرُ من تعيين أحدهما ، لأنه مع التخيير ، فيختار أيسرهما عليه ، وأحبَّهما إليه ، ومع التعيين يفوته ذلك . وأما ضمُّه إليه فى النصاب ، فلأن النصاب مُعتَبر لحصول الغِنَى ، وقد حصل الغِنَى بالنصّاب الأوّل ، والحولُ مُعتبر ، لاسيّما « فى »[1] المال ليَحْصُل أداء الزكاة من الربح . ولا يحصل ذلك بمرور الحول على أصله ، فوجب أن يُعتبر الحولُ له .

فصـــــل

ويعتبر وجود النصاب فى جميع الحول . فإن نقص الحولُ نقصاً يسيراً . فقال أبو بكر : ثبت أن نقص الحول ساعةً أو ساعتين مَعفوٌ عنه . وظاهر كلام القاضى : أن النقص اليسير فى أثناء الحول يَمنعُ . لأنّه قال فيمن له أربعون شاةً ، فماتت منها شاةٌ ، ونُتِجَت أخرى : إذا كان النِّتاج ، والموت حصلا فى وقت واحد لم تسقُط الزكاة ، لأنّ النصاب لم ينقُص ، وكذلك إن تقدّم النِّتاج الموتَ ، وإن تقدّم الموتُ النِّتاجَ سقطت الزكاة . لأن حكم الحول سقط بنقْصان النِّصاب ، ويحتمل أن كلام أبى بكر أراد به النقص فى طرف الحول ، ويحتمل أن القاضى أراد بالوقت الواحد الزمن المتقارب ، فلا يكون بين القولين اختلاف . وحُكى عن أبى حنيفة أن النصاب إذا كمل فى طرفى الحول لم يَضُرَّ نقصُه فى وسطه .

ولنا : أن قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « لاَ زَكَاةَ فِى مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ » ، يقتضى مرور الْحول على جميعه . ولأن مااعُتبر فى طرفى الْحول اعُتبر فى وسطه ، كالملك والإسلام .

فصـــــل

وإذا ادّعى ربُّ المال أنه ماحال الحول على المال ، أو لم يتمّ النصابُ إلاّ منذُ شهر ، أو أنه كان فى يدى وديعةً ، وإنّما اشتريتهُ من قريب ، أو قال : بعته فى الحول ثم اشتريته ، أو رُدَّ علىّ . ونحو هذا مما ينفى وجوب الزكاة ، فالقولُ قوله من غير يمين . قال أحمد . فى رواية صالح : لا يُستحلف الناسُ على صَدَقاتهم . فظاهر هذا : أنه لايُستحلف وجوباً ولااستحباباً ، وذلك لأن الزكاة عبادة ، فالقول قولُ من تجب عليه ، بغير يمين ، كالصلاة ، والكفّارات .

« مسألة » قال ﴿ ويجوز تقدِمَة الزكاة ﴾ .

وجملته : أنه متى وُجد سبب وجوب الزكاة ، وهو النصاب الكامل ، جاز تقديم الزكاة . وبهذا قال الحسن ، وسعيد بن جُبَير ، والزهرىّ ، والأوزاعىّ ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد . وحُكى عن الحسن : أنه لايجوز ، وبه قال ربيعة ، ومالك ، وداود ، لأنه رُوى عن النبىّ ﷺ أنه قال :

---

(١) لفظ « فى » غير موجود فى النسخ المطبوعة .

« لَا تُؤَدَّى زَكَاةٌ قَبْـلَ حُلُولِ الْحَوْلِ » ولأنّ الحول أحدُ شَرْطَيِ الزَّكَاةِ ، فلم يجز تقـديم الزكاة عليه ، كالنصاب . ولأن للزكاة وقتاً فلم يجز تقديمها عليه ، كالصلاة .

ولنا : ماروى عليّ : « أنّ العَبَّاسَ سَـأَلَ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم فِي تَعْجِيلِ صَدَقَتِهِ قَبْلَ أَنْ تَحُلَّ ، فَرَخَّصَ لَهُ فِي ذَلِكَ » . رواه أبوداود . وقال يعقوب بن شَيْبَة : هو أثبتها إسناداً . وروى الترمـذيّ ، عن عليّ ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال لعمر : « إِنَّا قَدْ أَخَذْنَا زَكَاةَ العَبَّاسِ عَامَ الأَوَّلِ لِلعَـامِ » . وفي لفظ قال : « إِنَّا كُنَّا تَعَجَّلْنَا صَدَقَةَ العَبَّاسِ لِعَامِنَا هَذَا عَامَ أَوَّلَ » رواه سعيد عن عطاء ، وابن أبي مُلَيْـكة ، والحسن بن مسـلم ، عن النبيّ ﷺ مُرسلاً . ولأنه تعجيلٌ لمـال وجد سبب وجوبه قبل وجوبه . فجاز ، كتعجيل قضاء الدَّيْن قبل حلول أجله ، وأداء كفّارة اليمين بعد الحلف ، وقبل الحِنْث ، وكفّارة القتل بعد الجُرْح قَبْلَ الزُّهُوقِ . وقد سـلَّم مالك تعجيل الـكفّارة ، وفارق تقديمَها قبل النِّصاب ، لأنه تقديمُ لهـا على سَبَبِها ، فأشبه تقديم الـكفَّارة على اليمين ، وكفَّارةِ القتـل على الجُرْح ، ولأنه قد قدّمها على الشرطين . وهاهنا قدّمها على أحدهما .

وقولهم : إن للزكاة وقتاً . قلنا : الوقتُ إذا دخل في الشيء رِفقـاً بالإنسان كان له أن يُعَجّله ، ويترك الإرفاق بنفسه ، كالدَّيْنِ المؤَجَّـل ، وكمن أدَّى زكاةَ مال غائب ، وإن لم يـكن على يقين من وجوبها ، ومن الجائز : أن يـكون المـالُ تالفـاً في ذلك الوقت . وأما الصلاة ، والصيام ، فتعبُّد مَحْض ، والتوقيت فيهما غيرُ معقولٍ ، فيجب أن يُقْتَصر عليه .

فصـــل

ولا يجوز تعجيل الزكاة قبل مِلك النصاب ، بغـير خلاف علمناه . ولو ملك بعض نصاب ، فعجَّـل زكاته ، أو زكاةَ نصاب لم يَجُز ، لأنه تعجَّل الحُـكم قبل سببه ، وإن ملك نصاباً فَعجَّل زكاته ، وزكاةَ مايستفيده ، وما يَنْتُج منه ، أو يَرْبَحُه فيه ، أجزأه عن النِّصاب دون الزيادة ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يُجزيه ، لأنه تابع لمـا هو مالـكُه .

ولنا : أنه عجَّل زكاة مال ليس في مِلـكه ، فلم يجُز ، كالنصاب الأول ، ولأن الزائد من الزكاة على زكاة النصاب إنّما سببُها الزائد في الملك ، فقد عجَّل الزكاة قبل وجود سببها . فأشبه مالو عجَّل الزكـاة قبل ملك النصاب .

وقوله : إنه تابع . قلنا : إنما يتبع في الحول . فأمّا في الإيجاب ، فإنَّ الوجوب ثبت بالزيادة لا بالأصل ولأنه إنما يصيرُ له حكمٌ بعد الوجود ، فأما قبل ظهوره فلا حكم له في الزكاة .

فصـــل

وإن عجّل زكاة نصاب من الماشية فتوالدت نصاباً ، ثم ماتت الأمّهاتُ ، وحال الحول على النتاج ، أجزأ المُعَجّل عنهـا . لأنها دخلت فى حول الأمَّهات ، وقامت مَقامَها . فأجزأت زكاتُها عنها . فإذا كان عنده أربعون من الغنم ، فعجّل عنها شاةً ، ثم توالدت أربعين سَخْلةً ، وماتت الأمّهات ، وحال الحولُ على السِّخال أجزأت المعجّلة عنهـا . لأنها كانت مُجزئةً عنها ، وعن أمّهاتها لو بقيت ، فلَأَنْ تجزىء عن إحداها أولى . وإن كان عنـده ثلاثون من البقر فعجّل عنها تبيعاً ، ثم توالدت ثلاثين عِجْـلة ، وماتت الأمّهات ، وحال الحولُ على العجول ، احتمل أن يُجزى عنها ، لأنها تابعة لهـا فى الحول . واحتمل أن لايُجزى عنها . لأنه لوعجّـل عنها تبيعاً مع بقاء الأمهات لم يُجز عنها ، فلأن لا يُجزى عنها إذا كان التعجيل عن غيرها أولى . وهكذا الحـكم فى مائة شاةٍ ، إذا عجّـل عنها شاةً فتوالدت مائةٌ ، ثم ماتت الأمّهات وحال الحولُ على السِّخال ، وإن توالد نصفُها ، ومات نصف الأمّهات ، وحال الحول على الصغار ، ونصف الـكبار ، فإن قلنـا بالوجه الأول : أجزأ المعجّل عنهما جميعاً ، وإن قلنا بالثانى : فعليه فى الخمسين سَخْلةً شاةٌ ، لأنهـا نصاب لم تؤدّ زكاتُه . وليس عليه فى العجول إذا كانت خمسةَ عشرَ شىء ، لأنَّهـا لم تبلُغ نصاباً . وإنَّما وجبت الزكاة فيها بناء على أمّهاتها التى عُجِّلت زكاتها .

وإن ملك ثلاثين من البقر ، فعجّل مُسِنَّةً زكاةً لها . ولنتاجها ، فنُتِجَت عَشْراً أجزأته عن الثلاثين دون العشر ، ووجب عليه فى العشر رُبع مُسِنَّة ، ويحتمل أن تُجزئه المُسِنَّة المُعجّلة عن الجميع . لأن العَشْرَ تابعة للثلاثين فى الوجوب ، والحول ، فإنّه لولا ملـكه للثلاثين لـما وجب عليه فى العشر شىء .

فصارت الزيادة على النصاب مُنقسمةً أربعة أقسام :

(أحدُها) مالا يتبع فىوجوب ، ولاحول ، وهو المستفاد من غير الجنس ، ولا يُجزىء تعجيلُ زكاته قبل وجوده ، وكمال نصابه بغير خلاف .

(الثانى) مايتبع فىالوجوب دون الحول ، وهو المستفاد من الجنس بسبب مُستقلّ ، فلا يُجزىء تعجيلُ زكاته أيضاً قبل وجوده ، مع الخلاف فى ذلك .

(الثالث) مايتبع فىالحول دون الوجوب ، كالنتاج ، والربح ، إذا بلغ نصاباً ، فإنه يتبع أصله فىالحْول فلا يُجزىء التعجيل عنه قبل وجوده ، كالذى قبله .

(الرابع) مايتبع فىالوجوب والحول ، وهو الربح ، والنتاج ، إذا لم يبلغ نصاباً ، فهذا يحتمل وجهين :

(أحدهما) لايُجزىء تعجيل زكاته قبل وجوده ، كالذى قبله .

(والثانى) يجزىء . لأنه تابع فى الوجوب والحْول فأشبه الموجود .

فصل

إذا عجّل الزكاة لأكثرَ من حول ففيه روايتان :

إحداهما : لايجوز . لأن النصّ لم يرد بتعجيلها لأكثر من حول .

والثانية : يجوز .

ورُوِى عن الحسن أنه كان لايرى بأساً أن يُخرج الرجل زكاة ماله قبل حِلّها لثلاث سِنين . لأنه تعجيلٌ لها بعد وجود النصاب . أشبه تقديمها على الحول الواحد ، ومالم يرد به النصّ ، يقاس على المنصوص عليه ، إذا كان في معناه ، ولا نعلم له معنًى سوى أنه تقديم للمال الذى وجد سبب وجوبه ، على شرط وجوبه ، وهذا متحقّق فى التقديم فى الحولين ، كتحققه فى الحول الواحد .

فعلى هذا إذا كان عنده أكثرُ من النصاب ، فعجّل زكاته لحولين جاز . وإن كان قدر النصاب ، مثل من عنده أربعون شاةً فعجّل شاتين لحولين ، وكان المعجّل من غيره جاز ، وإن أخرج شاةً منه ، وشاةً من غيره ، جاز عن الحول الأول ، ولم يجز عن الثانى . لأن النصاب نقص ، فإن كمل بعد ذلك ، وصار إخراج زكاته ، وتعجيله لها قبل كمال نصابها ، وإن أخرج الشاتين جميعاً من النصاب لم تجز الزكاة فى الحول الأول ، إذا قلنا : ليس له ارتجاع ماعجّله . لأنه كالتالف ، فيكون النصاب ناقصاً ، فإن كمل بعد ذلك استؤنف الحول من حينَ كَمُلَ النِّصاب ، وكان ماعجّله سابقاً على كمال النصاب ، فلم يجُز عنه .

فصل

وإن عجّل زكاة ماله ، لحال الحول والنصاب ناقص مقدارَ ماعجّله أجزأت عنه ، ويكون حكم ماعجّله حكم الموجود فى مِلكه يتمّ النصاب به ، فلو زاد ماله حتى بلغ النصاب ، أو زاد عليه ، وحال الحول أجزأ المعجّل عن زكاته ، لما ذكرنا ، فإن نقص أكثرَ مما عجّله فقد خرج بذلك عن كونه سبباً للزكاة . مثل من له أربعون شاةً فعجّل شاةً ثم تلفت أخرى ، فقد خرج عن كونه سبباً للزكاة ، فإن زاد بعد ذلك إما بنتاج ، أو شراء مايتمّ به النصاب استؤنف الحول من حينَ كَمُلَ النصاب ، ولم يُجْزِ ماعجّله عنه ، لما ذكرنا ، وإن زاد بحيثُ يكون انضمامه إلى ماعجّله يتغيّر به الفرض ، مثل من له مائة وعشرون ، فعجّل زكاتها شاةً ، ثم حال الحول وقد أُنتِجتْ سَخْلَةً ، فإنّه يلزمه إخراج شاةٍ ثانية ، وبما ذكرناه . قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : ماعجّله فى حكم التالف ، فقال فى المسألة الأولى : لاتجبُ الزكاة ولا يكون المُخرَج زكاةً . وقال فى هذه المسألة : لايجبُ عليه زيادة . لأن ماعجّله زال ملكه عنه فلم يُحسب من ماله ، كما لو تَصدّق به تطوّعاً .

ولنـا : أنّ هذا نصاب تجبُ فيه الزكاة بحول الحول . فجاز تعجيلهـا منه . كما لو كان أكثر من أربعين ، ولأن ماعجّله بمنزلة الموجود فى إجزائه عن ماله ، فـكان بمنزلة الموجود فى تعلّق الزكاة به ، ولأنها لو لم تُعجّل كان عليه شاتان ، فـكذلك إذا عُجِّلت . لأن التعجيل إنمـا كان رفقـاً بالمساكين . فلا يصير سبباً لنقص حقوقهم ، والتبرّع يُخرج ماتبرّع به عن حـكم الموجود فى ماله . وهذا فى حـكم الموجود فى الإجزاء عن الزكاة .

فصـــــل

وكل موضع قلنا لايُجزئة ماعجّله عن الزكاة ، فإن كان دفعها إلى الفقراء مُطلقاً ، فليس له الرجوع فيها ، وإن كان دفعها بشرط أنها زكاة مُعجّلة . فهل له الرجوع ؟ على وجهين ، يأتى توجيههما .

فصـــــل

فأما تعجيل العُشر من الزرع ، والثمرة ، فظاهر كلام القاضى : أنه لايجوز ، لأنّه قال : كل ماتتعلّق الزكاة فية بسببين : حول ، ونصاب ، جاز تعجيلُ زكاته . فمفهوم هذا : أنه لايجوز تعجيـل زكاة غيره . لأن الزكاةَ معلّقة بسبب واحـد ، وهو إدراك الزرع ، والثمرة ، فإذا قدّمها قدّمها قبـل وجود سببها ، لـكن إن أدّاها بعد الإدراك ، وقبل يُبْس الثمرة ، وتصفية الحَبّ جاز . وقال أبو الخطّاب : يجوز إخراجها بعد وجود الطَّلْع والحِصْرِم ، ونبات الزروع ، ولايجوز قبـل ذلك ، لأن وجود الزرع وإطْلاع النخيل بمنزلة النّصاب ، والإدراك بمنزلة حلول الحول ، فجـاز تقديمُها عليه . وتعلّق الزكاة بالإدراك لايمنع جواز التعجيل ، بدليل أن زكاة الفطر يتعلّق وجوبها بهلال شوّال ، وهو زمن الوجوب .

فإذا ثبت هذا : فإنّه لايجوز تقديمها قبل ذلك ، لأنّه يكون قبل وجود سببها .

فصـــــل

وإن عجل زكاة ماله ، ثم مات ، فأراد الوارث الاحتساب بها عن زكاة حوله لم يجز . وذكر القاضى وجهـاً فى جوازه ، بنـاءً على مالو عجل زكاة عامين ، ولا يصحّ . لأنه تعجيل للزكاة قبل وجود سببهـا . أشبه مالو عجل زكاة نصاب لغيره ، ثم اشتراه ، وذلك لأن سبب الزكاة مِلْكُ النصاب ، وملك الوارث حادث ، ولا يَبْنى الوارث على حول الموروث ، ولأنه لم يُخرج الزكاة ، وإنما أخرجها غيرُه عن نفسه ، وإخراج الغير عنه من غير ولايةٍ ولا نيابةٍ ، لايُجزىء ، ولو نوى ، فـكيف إذا لم ينو . وقد قال أصحابنا : لو أخرج زكاته وقال : إن كان مُوَرِّثِى قد مات فهذه زكاة ماله ، فبان أنه قد مات لم يقع الموقع . وهذا أبلغ ، ولا يُشبه هذا تعجيل زكاة العامين . لأنه عجل بعد وجود السبب ، وأخرجها بنفسه ، بخلاف هذا .

فإن قيل : فإنه لمّا مات المورّث قبل الحَول كان للوارث ارتجاعُها ، فإذا لم يرتجعها احتُسب بها كالدين .

قلنـا : فلو أراد أن يحتسب الدين عن زكاته لم يصحّ ، ولو كان له عند رجـل شاةٌ من غَصْب ، أو قَرْضٍ ، فأراد أن يحتسبها عن زكاته لم تجزه .

« مسألة » قال ﴿ ومن قدّم زكاة ماله ، فأعطاها لمستحقّها ، فمات المُعْطَى قبل الحول ، أو بلغ الحول وهو غنيّ منها ، أو من غيرها أجزأت عنه ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا دفع الزكاة المعجّلة إلى مستحقّها لم يخلُ من أربعة أقسام :

(أحدها) أن لا يتغيَّر الحال ، فإنَّ المدفوع يقع موقعه ، ويُجزىء عن المزكّي ، ولا يلزمه بدله ، ولا له استرجاعُه ، كما لو دفعها بعد وجوبها .

(الثانى) أن يتغيّر حال الآخذ لها ، بأن يموت قبل الحول ، أو يستغنى ، أو يرتدّ قبل الحول . فهذا فى حكم القِسْم الذى قبله ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشـافعيّ : لا يُجزىء . لأن ما كان شرطـاً للزكاة إذا عُدم قبل الحول لم يُجزِ ، كما لو تلف المال ، أو مات رَبّه .

ولنـا : أنه إذا أدّى الزكاة إلى مستحقّها ، فلم يمنع الإجزاءَ تغيُّر حاله ، كما لو استغنى بها ، ولأنه حقّ أدّاه إلى مستحقّه فبرىء منه ، كالدين يتعجّله قبل أَجَله ، وما ذكروه متنقض بما إذا استغنى بهـا ، والحـكم فى الأصل ممنوع . ثم الفرق بينهما ظاهر ، فإن المال إذا تلف تبيّن عدم الوجوب . فأشبه ما لو أدّى إلى غريمه دراهم يَظُنّها عليه ، فتبيّن أنها ليست عليه ، وكما لو أدّى الضامن الدين ، فبـان أن المضمون عنه قد قضاه . وفى مسألتنا الحقّ واجبٌ ، وقد أخذه مُستحِقّه .

القسم الثالث : أن يتغيّر حال ربّ المال قبل الحول ، بموته أو رِدّته ، أو تلف النصاب ، أو نفسه ، أو بَيْعه . فقال أبو بـكر : لا يرجع بهـا على الفقير ، سواء أعلمه أنها زكاة مُعجّلة ، أو لم يُعلمـه . وقال القاضى : وهو المذهب عندى . لأنها وصلت إلى الفقير ، فلم يـكن له ارتجاعها ، كما لو لم يُعْـلِمْهُ ، ولأنها زكاة دُفعت إلى مستحقّها فلم يجز استرجاعها ، كما لو تغيّر حالُ الفقير وحده . قال أبو عبد الله بن حامد : إن كان الدافع لها الساعى استرجعها بكلِّ حال ، وإن كان الدافع ربّ المـال ، وأعلمه أنها زكاة معجّلة رجع بها ، وإن أطلق لم يرجع بها ، وهذا مذهب الشافعيّ . لأنه مال دفعه عما يستحقّه القابض فى الثانى ، فإذا طرأ ما يمنع الاستحقاق وجب ردّه كالأجرة إذا انهدمَتْ الدارُ قبل السُّـكْنَى ، أما إذا لم يُعلمه ، فيحتمل أن يكون تطوّعاً ، ويحتمل أن يـكون هِبَةً ، فلم يُقْبل قوله فى الرجوع فعلى قول ابن حامد : إن كانت العين باقيةً لم تتغيّر أخذها ، وإن زادت زيادةَ متّصلة[1] أخذها بزيادتها ، لأنها تمنع فى الفُسوخ .

---

(١) الزيادة المتصلة : كالسمن ، ونمو الجسم ، والمنفصلة : كالمولود من البهيمة المعطاة فى الزكاة ، فيأخذ الأولى مع ما زاد عليها من السمن وكبر الحجم ، ويأخذ الثانية دون مولودها .

وإن كانت مُنفصلةً أخذها دون زيادتها . لأنها حدثت في مِلْكِ الفقير ، وإن كانت ناقصةً رجع على الفقير بالنقص ، لأن الفقير قد ملـكها بالنقص . فـكان نقصها عليه ، كالمبيع إذا نقص في يد المشترى ، ثم علم عَيْبَه ، وإن كانت تالفةً أخذ قيمتها يوم القبض . لأن مازاد بعد ذلك أو نقص فإنّما هو في ملك الفقير ، فلم يَضمنْهُ ، كالصَّداقِ يتْلَفُ في يد المرأة .

القسم الرابع : أن يتغيَّر حالها جميعاً ، فحكمُه حكم القِسْم الذى قبله سواء .

فصـــــل

إذا قال ربّ المال : قد أعلمته أنّها زكاة مُعَجّلة فلى الرجوع ، فأنـكر الآخذ . فالقول قول الآخذ . لأنه مُنـكر . والأصلُ عدم الإعلام ، وعليه اليمين ، وإن مات الآخذُ ، واختلف المخرج ووارث الآخذِ فالقول قول الوارث ، ويحلفُ أنّه لايعلم أن مورّثه أُعلِمَ بذلك . فأمّا مَن قال بعدم الاسترجاع فلا يمين ، ولا غيرها .

فصـــــل

إذا تسلّف الإمامُ الزكاة ، فهلـكت في يده ، فلا ضمانَ عليه ، وكانت من ضمان الفقراء . ولا فرق بين أن يسأله ذلك ربّ المال ، أو الفقراء ، أو لم يسأله أحد ، لأن يده كيد الفقراء . وقال الشافعيّ : إن تسلّمها من غير سؤال ضَمِنَهَا . لأنّ الفقراء رُشّدٌ لايُوَلّى عليهم ، فإذا قبض بغير إذنهم ضَمِنَ ، كالأب إذا قبض لابنه الـكبير . وإن كان بسؤالهم كان من ضمانهم ؛ لأنّه وكيلهم . فإذا كان بسؤال أرباب الأموال لم يُجزئهم الدفع ، وكان من ضمانهم ، لأنه وكيلهم . وإن كان بسؤالهم ففيه وجهان ، أصحّهما : أنه من ضمان الفقراء .

ولنا : أن للإمام ولايةً على الفقراء ، بدليل جواز قبض الصدقة لهم بغير إذنهم سلفاً ، وغيره . فإذا تلفت في يده من غير تفريط لم يضمن ، كوليّ اليتيم إذا قبض له . وما ذكروه يبطُل بما إذا قبض الصدقة بعد وجوبها . وفارق الأب في حق ولده الـكبير ، فإنّه لايجوز له القبض له لعـدم ولايته عليه . ولهـذا يضمن ماقبضه له من الحقّ بعد وجوبه .

« مسألة » قال ﴿ ولايجوز إخراج الزكاة إلا بنيَّة ﴾ .

إلا أن يأخـذها الإمام منه قهراً . مذهب عامّة الفقهاء : أن النيّة شرط في أداء الزكاة ، إلا ماحُـكى عن الأوزاعيّ أنه قال : لاتجب لهـا النيّة . لأنهـا دين ، فلا تجب لها النيّة كسائر الديون . ولهذا يخرجها وليّ اليتيم ، ويأخذها السلطان من الممتنع .

ولنا : قول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » وأداؤها عمل . ولأنها عبادة فتتنوّع إلى فرض

ونفل . فافتقرت إلى النيَّة كالصلاة وتفارق قضاء الدين ، فإنه ليس بعبادة . ولهذا يسقط بإسقاط مُستحِقّه ووليّ الصبي والسلطان ينوبان عند الحاجة .

فإذا ثبت هذا : فإن النيَّة أن يعتقد أنهـا زكاته ، أو زكاة من يُخرِج عنه ، كالصبيّ ، والمجنون ، ومحلُّها القلب ، لأن محلّ الاعتقادات كلّها القلب .

فصـــــل

ويجوز تقديم النيَّة على الأداء بالزمن اليسير ، كسائر العبادات ، ولأن هذه تجوز النيابة فيها فاعتبار مقارنة النيَّة للإخراج يؤدّى إلى التغرير بماله . فإن دفع الزكاة إلى وكيله ، ونوى هو دون الوكيل جاز ، إذا لم تتقدّم نيّته الدفع بزمن طويل . وإن تقدّمت بزمن طويل لم يَجُز ، إلاّ أن يـكون قد نوى حال الدفع إلى الوكيل ، ونوى الوكيـل عند الدفع إلى المستحِقّ . ولو نوى الوكيل ولم ينو الموكّل لم يَجُز . لأن الفرض يتعلّق به ، والإجزاء يقع عنه . وإن دفعهـا إلى الإمام ناوياً ، ولم ينو الإمامُ حال دفعهـا إلى الفقراء جاز ، وإن طال ، لأنه وكيـل الفقراء . ولو تصدّق الإنسان بجميع ماله تطوّعاً ، ولم ينو به الزكاة لم يُجزئه ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال أصحـاب أبي حنيفة : يُجزئه استحباباً . ولا يصحّ ، لأنه لم ينو به الفرض ، فلم يُجزئه ، كما لو تصدّق ببعضه ، وكما لو صَلَّى مائةَ ركعةٍ ، ولم ينو الفرض بها .

فصـــــل

ولو كان له مال غائب فشكّ في سلامته ، جاز له إخراج الزكاة عنه . وكانت نيّة الإخراج صحيحـة . لأن الأصل بقاؤه . فإن نوى إن كان مالى سالمـاً فهذه زكاته ، وإن كان تالفاً فهى تطوّع فبان سالمـاً . أجزأت نيّتـه ، لأنه أخلص النيَّة للفرض ، ثم رتّب عليهـا النفل ، وهـذا حـكمها ، كما لو لم يقُـلْه ، فإذا قاله لم يَضرّ .

ولو قال : هـذا زكاة مالى الغائب ، أو الحـاضر صحّ . لأن التعيين ليس بشرط ، بدليل أن من له أربعون ديناراً إذا أخرج نصف دينار عنها صحّ ، وإن كان ذلك يقع عن عشرين غير مُعيّنة .

وإن قال : هـذا زكاة مالى الغائب ، أو تطوّع لم يُجزئه . ذكره أبو بـكر . لأنه لم يُخلص النية للفرض . أشبه مالو قال : أُصلِّى فرضاً أو تَطوُّعاً .

وإن قال : هذا زكاة مالى الغائب إن كان سالمـاً ، وإلاّ فهو زكاة مالى الحاضر ، أجزأه عن السالم منهما . وإن كانا سالمين ، فعن أحدهما ، لأن التعيين ليس بشرط .

وإن قال : زكاة مالى الغائب ، وأطلق ، فبان تالفـاً ، لم يـكن له أن يَصرفه إلى زكاة غيره . لأنه عَيّنه ، فأشبه مالو أعتق عبداً عن كفّارة عَيّنها ، فلم يقع عنها ، لم يـكن له صرفه إلى كفّارة أخرى .

هذا التفريع فيما إذا كانت العيّنةُ مما لايمنع إخراج زكاته فى بلد ربّ المال ، إما لقربه ، أو لـكون البلد لايوجد فيه أهل السُّهمان ، أو على الرواية التى تقول : بإخراجها فى بلد بعيد عن بلد المـال .

وإن كان له مورث غائب فقـال : إن كان مُورثى قد مات ، فهذه زكاة ماله الذى ورثته منه ، فبان ميِّتاً لم يُجزئه ماأخرج ، لأنه يَبنى على غير أصل . فهو كما لو قال ليلة الشكّ : إن كان غد من رمضان فهو فرضى ، وإن لم يـكن فهو نفل[1] .

« مسألة » قال ﴿ إلا أن يأخذها الإمام منه قهراً ﴾ .

مقتضى كلام الِخرقىّ : أن الإنسان متى دفع زكاته طَوْعاً لم تجزئه إلا بنية ، سواء دفعها إلى الإمام أو غيره ، وإن أخذها الإمام منه قهراً أجزأت من غير نية ، لأن تعذر النية فى حقه أسقط وجوبها عنه ، كالصغير والمجنون . وقال القاضى : متى أخذها الإمام أجزأت من غير نية ، سواء أخذها طوعاً أو كرهاً . وهذا قول الشافعى ، لأن أخذ الإمام بمنزلة القسم بين الشركاء ، فلم يحتج إلى نيـة . ولأن للامام ولاية فى أخذها . ولذلك يأخذها من الممتنع اتفاقاً ، ولو لم يُجزئه لمـا أخذها ، أو لأخذها ثانياً وثالثاً حتى ينفد ماله . لأن أخذها إن كان لإجزائها ، فلا يحصل الإجزاء بدون النية ، وإن كان لوجوبها ، فالوجوب باق بعد أخذها ، واختار أبو الخطـاب ، وابن عقيل : أنها لاتجزىء فيما بينه وبين الله تعالى ، إلا بنيـة ربّ المـال ، لأن الإمام إما وكيله ، وإما وكيل الفقراء ، أو وكيلهما معاً . وأى ذلك كان فـلا تجزىء نيتـه عن نية رب المـال ، ولأن الزكاة عبادة تجب لها النية ، فلا تجزىء عمن وجبت عليه بغير نية إن كان من أهل النية كالصلاة ، وإنما أخذت منه مع عدم الإجزاء حراسة للعلم الظاهر ؛ كالصلاة يُجبر عليها ليأتى بصورتها ؛ ولو صلَّى بغير نية لم يُجزئه عند الله تعالى . قال ابن عقيل : ومعنى قول الفقهاء : يُجزىء عنه . أى فى الظـاهر بمعنى أنه لايطالب بأدائها ثانياً ، كما قلنـا فى الإسلام . فإن المرتدّ يطالَب بالشهادة ، فمتى أتى بها حُـكِم بإسلامه ظاهراً ، ومتى لم يـكن مُعتقداً صحّة مايلفظ به لم يصحّ إسلامُه باطناً . قال : وقول أصحابنا : لاتُقبل توبة الزّنديق ، معناه : لايسقُط عنه القتلُ الذى توجّه عليه ، لعدم علمنـا بحقيقة توبته . لأن أكثر مافيه : أنه أظهر إيمانَه ، وقد كان دهرَه يُظهر إيمانَه ، ويستُر كفرَه . فأمّا عند الله عزّ وجلّ فإنّها تصحّ إذا علم منه حقيقةَ الإنابة ، وصِدْقَ التوبة ، واعتقاد الحقّ .

ومن نصر قول الِخرَقىّ : قال : إن للإمام ولايةً على الُممتنع ، فقامت نيّته مقام نيّته ، كولىّ اليتيم ، والمجنون . وفارق الصلاة . فإن النيابة فيها لاتصحّ . فلابد من نيَّة فاعلها .

وقوله : لايخلو من كونه وكيلاً له ، أو وكيلا للفقراء أو لهما — قلنا : بل هو وال على المالك . وأما

---

(١) أى فلا تصح هذه النية ، لأنه لم يعين المنوى وشك فيه .

إلحاق الزكاة بالقِسْمة فغيرُ صحيح . فإنَّ القسمة ليست عبادةً ، ولا يعتبرُ لها نيَّة ، بخلاف الزكاة .

فصل

يُستحبُّ للإنسان أن يَلِي تفرقةَ الزكاة بنفسه ، ليكون على يقين من وصولها إلى مستحقِّها ، سواء كانت من الأموال الظاهرة أو الباطنة . قال الإمام أحمد : أعجبُ إليَّ أن يُخرجها . وإن دفعها إلى السلطان فهو جائز . وقال الحسن ، ومكحول ، وسعيد بن جُبَير ، وميمون بن مِهْران : يضعها ربُّ المال في موضعها ، وقال الثوريّ : احْلِفْ لهم واكْذِبْهُمْ . ولا تُعطهم شيئاً إذا لم يضعوها مواضعها . وقال : لاتعطهم ، وقال عطاء : أعطهم إذا وضعوها مواضعها . فمفهومه : أنه لايُعطيهم إذا لم يكونوا كذلك . وقال الشعبيّ وأبو جعفر : إذا رأيتَ الوُلاةَ لايعدلون فضعها في أهل الحاجة من أهلها . وقال إبراهيم : ضعوها في مواضعها ، فإن أخذها السلطان أجزأك . وقال سعيد : أنبأنا أبو عَوانة عن مُهاجرِ أبي الحسن ، قال : أَتَيْتُ أَبَا وَائِلٍ وَأَبَا بُرْدَةَ بالزَّكَاةِ ، وَهُمَا عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، فَأَخَذَاهَا . ثمَّ جِئْتُ مَرَّةً أُخْرَى ، فَرَأَيْتُ أَبَا وَائِلٍ وَحْدَهُ فقال لي : رُدّها فَضَعْهَا مَوَاضِعَهَا » وقد رُوى عن أحمد أنه قال : أَمَّا صَدَقَةُ الْأَرْضِ فيُعْجِبُنِي دَفْعُهَا إِلَى السُّلْطَانِ . وَأَمَّا زكاةُ الأَمْوَالِ ، كالمَوَاشِي ، فلاَ بَأْسَ أَنْ يَضَعَهَا في الفُقَرَاءِ وَالمساكِينِ .

فظاهر هذا أنه استحبّ دفع العُشر خاصَّةً إلى الأئمة . وذلك لأن العُشر قد ذهب قوم إلى أنه مؤُونة الأرض ، فهو كالخراج ، يتولاَّه الأئمَّة ، بخلاف سائر الزكاة .

والذى رأيتُ في الجامع قال : أَمَّا صَدَقَةُ الفطر فيُعجبني دفعُها إلى السلطان . ثم قال أبو عبد الله : قيل لابن عمر : « إِنَّهُمْ يُقَلِّدُونَ بِهَا الكِلاَبَ ، وَيَشْرَبُونَ بِهَا الْخُمُورَ ؟ قال : ادفَعْهَا إِلَيْهِمْ » وقال ابن أبي موسى ، وأبو الخطاب : دفع الزكاة إلى الإمام العادل أفضلُ ، وهو قول أصحاب الشافعيّ .

وممن قال يدفعها إلى الإمام : الشعبيّ ، ومحمد بن علي . وأبو رَزِين ، والأوزاعيّ : لأن الإمام أعلَمُ بمصارفها ، ودفعُها إليه يُبْرِئه ظاهراً وباطناً ، ودفعها إلى الفقير لايبرئه باطناً ، لاحتمال أن يكون غيرَ مُستحِقّ لها . ولأنه يَخْرُجُ من الخلاف : وتزول عنه التُّهَمَة . وكان ابن عمر يدفع زكاته إلى من جاءه من سُعاة ابن الزُّبَير ، أو نَجْدَةَ الحَرُورِيّ ، وقد روى عن سهيل بن أبي صالح قال : « أَتَيْتُ سَعْدَ بن أَبي وَقَّاصٍ فَقُلْتُ : عِنْدِي مَالٌ وَأُرِيدُ أَنْ أُخْرِجَ زَكَاتَهُ ، وَهَؤُلاَءِ الْقَوْمُ عَلَى مازَرَى ، فَمَا تَأْمُرُنِي ؟ قال : ادفَعْهَا إِلَيْهِمْ ، فَأَتَيْتُ ابنَ عُمَرَ ، فقالَ مِثْلَ ذَلِكَ ، فَأَتَيْتُ أَبَا هُرَيْرَة ، فقالَ مِثْلَ ذَلِكَ . فأتَيْتُ أَبَا سَعِيدٍ ، فقالَ مِثْلَ ذَلِكَ » . ويُروى نحوُه عن عائشة رضي الله عنها .

وقال مالك ، وأبو حنيفة ، وأبو عُبَيد : لايُفرِّق الأموالَ الظاهرة إلاَّ الإمام ، لقول الله تعالى :

(٩ : ١٠٣ خُـذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا) ، ولأنّ أبا بكر طالبهم بالزكاة ، وقاتلهم عليها . وقال : « لَوْ مَنَعُونِي عَنَاقاً كَانُوا يُؤَدُّونَهَا إِلَى رَسُولِ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم لَقَاتَلْتُهُمْ عَلَيْهَا » ووافقه الصحابة على هذا . ولأنّ ماللإمام قبضُه بحكم الولاية ، لايجوز دفعه إلى المولّى عليه ، كولىّ اليتيم. وللشافعىّ قولان كالمذهبين .

ولنا : على جواز دفعها بنفسه : أنه دفع الحقّ إلى مُستحقّه الجائز تصرّفه . فأجزأه ، كما لو دفع الدين إلى غريمه ، وكزكاة الأموال الباطنة[1] . ولأنّه أحد نوعى الزكاة . فأشبه النوع الآخر ، والآية تدل على أن للإمام أخذها . ولاخلاف فيه ، ومطالبةُ أبى بكر لهم بها لكونهم لم يؤدّوها إلى أهلها ، ولو أدّوها إلى أهلها لم يقاتلهم عليها . لأنّ ذلك مختلف فى أجزائه . فلا تجوز المقاتلةُ من أجله . وإنما يُطالب الإمامُ بحكم الولاية ، والنيابة عن مُستحقّيها ، فإذا دفعها إليهم جاز . لأنهم أهلُ رُشْد ، فجاز الدفع إليهم ، بخلاف اليتيم .

وأمّا وجه فضيلة دفعها بنفسه : فلأنّه إيصالُ الحقّ إلى مستحقّيه ، مع توفير أجر العِمالة ، وصيانة حقّهم عن خطر الخِيانة ، ومُباشرة تفريج كُرْبة مُستَحِقّها ، وإغنائه بها ، مع إعطائها للأولى بها من محاويج أقاربه ، وذوى رحمه ، وصلةِ رحمه بها . فكان أفضل ، كما لو لم يكن آخِذُها ، من أهل العدل .

فإن قيل : فالكلام فى الإمام العادل إذ الخيانة مأمونة فى حَقّه .

قلنا : الإمام لايتولّى ذلك بنفسه ، وإنما يفوّضه إلى سُعاته ، ولا تؤمن منهم الخِيانة . ثم ربّما لايصل إلى المستحقّ الذى ، قد علمه المالك من أهله ، وجيرانه شىء منها ، وهم أحقّ الناس بصلته ، وصداقته ، ومواساته .

وقولهم : إن أخذ الإمام يبرئه ظاهراً وباطناً ـ قلنا يبطُل هذا بدفعها إلى غير العادل ، فإنه يبرئه أيضاً وقد سلّموا أنه ليس بأفضل . ثم إنّ البراءة الظاهرة تكفى .

وقولهم : إنّه تزول به التُّهَمَةُ . قلنا : متى أظهرها زالت التهمة ، سواء أخرجها بنفسه . ولا يختلف المذهب إن دفعها إلى الإمام ، سواء كان عادلاً ، أو غير عادل ، وسواء كانت من الأموال الظاهرة أو الباطنة ، يبرأ بدفعها ، سواء تَلِفَت فى يد الإمام ، أو لم تتلف ، أو صرفها فى مصارفها ، أو لم يصرفها ، لما ذكرنا عن الصحابة . ولأنّ الإمام نائب عنهم شرعاً ، فبرىء بدفعها ، كولىّ اليتيم إذا قبضها له ، ولا يختلف المذهب أيضاً فى أنّ صاحب المال يجوز أن يُفرّقها بنفسه .

---

(١) فرق كبير بين الزكاة الباطنة والظاهرة ، وفرق بين الدين أيضاً وبين الزكاة ، لأن الزكاة تجب النية عند إخراجها بخلاف الدين . وقد سبق للشارح أن فرق بين الدين والزكاة .

فصـــــل

إذا أخذ الخوارجُ ، والبغاةُ الزكاةَ أجزأت عن صاحبها . وحَكى ابن المنذر عن أحمد والشافعيّ ، وأبي ثور في الخوارج : أنَّه يُجزىء ، وكذلك كلّ من أخذها من السلاطين أجزأت عن صاحبها ، سواء عَدلَ فيها ، أو جار ، وسواء أخـذها قهراً ، أو دفعها إليه اختياراً قال أبو صالح : « سَأَلْتُ سَعْدَ بنَ أَبِي وَقَّاصٍ وَابْنَ عُمَرَ وَجَابِراً وَأَبَا سَعِيدٍ الْخُدْرِيّ وأَبَا هُرَيْرَة ، فقلت : هَذَا السُّلْطَانُ يَصْنَعُ مَاتَرَوْنَ أَفَأَدْفَعُ إِلَيْهِمْ زَكَاتِي ؟ فقالوا كلّهم : نَعَمْ » . وقال إبراهيم : يُجزىء عنك ماأخـذ منك العشّارون . وعن سَلَمة بن الأَكْوعِ : « أَنَّهُ دَفَعَ صَدَقَتَهُ إِلَى نَجْدَةَ » ، وعن ابن عمر : « أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ مُصَدِّق ابن الزُّبير ، وَمُصَدِّق نَجْدَة ؟ فقال : إِلَى أَيِّهِمَا دَفَعْتَ أَجْزَأَ عَنْكَ » . وبهـذا قال أصحاب الرأى : فيما غَلَبُوا عليه . وقالوا : إذا مرّ على الخوارج فعشّروه لايجزىء عن زكاته . وقال أبو عُبَيْد في الخوارج ، يأخذون الزكاة : على من أخذوا منه الإعَادَة . لأنّهم ليسوا بأئمة ، فأشبهوا قُطّاع الطريق .

ولنا : قول الصحابة من غير خلاف في عصرهم علمناه فيكون إجماعاً ، ولأنه دفعها إلى أهل الولاية . فأشبه دفعها إلى أهل البغى .

فصـــــل

وإذا دفع الزكاة استُحِبّ أن يقول : اللهمّ اجْعَلْهـا مَغْنَماً ، ولاتَجْعَلْهَا مَغْرَماً . ويحمدُ الله على التوفيق لأدائها . فقد رَوى أبو هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا أَعْطَيْتُمُ الزَّكَاةَ ، فَلاَ تَنْسَوْا ثوابَها أَنْ تَقولُوا : اللَّهُمَّ اجْعَلْهَا مَغْنَماً ، ولاَ تَجْعَلْهَا مَغْرَماً » . أخرجه ابن ماجه .

وَيُسْتَحَبُّ للآخذ أن يدعو لصاحبها ، فيقول : آجرَكَ اللهُ فِيمَا أَعْطَيْتَ وَبَارَكَ لَكَ فِيمَا أَنْفَقْتَ ، وجَعَلَهُ لَكَ طَهُوراً . وإن كان الدفع إلى الساعى أو الإمام شكره ، ودعا له ، قال الله تعالى (٩ : ١٠٣ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلاَتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ) قال عبد الله ابن أبي أوفى : « كان أبي من أصحاب الشجرة ، وكان النبيّ صلى الله عليه وسلم إذا أتاه قوم بصدقتهم قال : اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى آلِ فُلاَنٍ ، فأَتَاهُ أَبِي بِصَدَقَتِهِ ، فَقَالَ : اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى آلِ أَبِي أَوْفَى » متفق عليه . والصلاة هاهنا الدعاء ، والتبريك ، وليس هذا بواجب ، لأن النبيّ ﷺ حين بعث مُعاذاً إلى اليمن قال : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ فِي فُقَرَائِهِمْ » متفق عليه . فلم يأمره بالدعاء ، ولأن ذلك لايجب على الفقير المدفوع إليه ، فالنائب أولى .

فصـــــل

ويجوز دفع الزكاة إلى الـكبير ، والصغير ، سواء أكل الطعام أو لم يأكل . قال أحمـد : يجوز أن يُعْطِيَ زكاته فى أجر رَضاعِ لَقِيطٍ غيره ، فهو فقير من الفقراء ، وعنه : لايجوز دفعها إلاّ إلى مَنْ أكَلَ الطَّعامَ ، قال المروزىّ : كان أبو عبد الله لايرى أن يُعطَى الصغير من الزكاة إلا أن يَطْعَمَ الطَّعامَ . والأوّل أصحّ ، لأنه فقير ، فجـاز الدفع إليه ، كالذى طَعِمَ ، ولأنه يحتاج إلى الزكاة لأجر رضاعه ، وكسوته ، وسائر حوائجه ، فيدخل فى عموم النصوص ، ويدفع الزكاة إلى وليّه لأنّه يقبض حقوقه ، وهذا من حقوقه . فإن لم يـكن له ولىّ دفعها إلى من يُعْنَى بأمره ، ويقوم به ، من أُمّه أو غيرها . نصّ عليه أحمد ، وكذلك المجنون . قال هارون الحمّال : قلت لأحمد : وكيف يُصنع بالصِّغار ؟ قال : يُعْطَى أوليـاؤهم . فقلت : ليس لهم ولىّ ، قال : فيُعطَى من يُعنَى بأمرهم من الـكبار . فرخّص فى ذلك . وقال مهنا : سألت أبا عبد الله يُعطَى من الزكاة المجنون ، والذاهبُ عقلُه ؟ قال : نعم ، قلت : من يقبضها له ؟ قال : وليّه ، قلت : ليس له ولىّ ؟ قال : الذى يقوم عليه . وإن دفعها إلى الصبىّ العاقل ، فظاهر كلام أحمد أنه يُجزئه . قال المروزىّ : قلت لأحمد : يُعطِى غلاماً يتيماً من الزكاة ؟ قال : نعم ، قلت : فإنى أخافُ أن يُضَيِّعه ، قال : يدفعه إلى من يقوم بأمره . وقد رَوى الدارقطنىّ بإسناده ، عن أبى جُحَيْفة قال : « بَعَثَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسـلم ساعِياً ، فأَخَذَ الصَّدَقَةَ مِنْ أَغْنِيَائِنَا فَرَدَّهَا فِى فُقَرَائِنَا ، وكُنْتُ غُلاَماً يَتِيماً لاَ مالَ لِى ، فأَعْطَانِى قَلُوصاً[1] » .

فصـــــل

وإذا دفع الزكاة إلى من يظنّه فقيراً لم يحتج إلى إعلامه أنّها زكاة . قال الحسن : أتريد أن تُقرّعه ؟! لاتُخبره ؟ وقال أحمد بن الْحُسَين : قلت لأحمد : يدفع الرجلُ الزكاة إلى الرجل ، فيقول : هذا من الزكاة أو يسكت ؟ قال : ولم يُبَكِّته بهذا القول ؟ ! يُعطيه ، ويسكت ، ماحاجته إلى أن يُقرّعه ؟

« مسألة » قال ﴿ ولا يُعطَى من الصدقة المفروضة للوالدين ، وإن عَلَوا ولا للولد وإن سَفَلَ ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أنّ الزكاة لايجوز دفعها إلى الوالدين ، فى الحال التى يُجْبَرُ الدافع إليهم على النفقة عليهم ، ولأن دفع زكاته إليهم تُغنيهم عن نفقتـه ، وتُسقطهـا عنه ، ويعودُ نفعُها إليه ، فـكأنه دفعها إلى نفسه ، فلم تَجُزْ كما لو قضى بهـا دينه . وقول الخِرَقىّ : الوالدين ، يعنى الأب ، والأم ، وقوله : وإن عَلَوا : يعنى آباءهما وأمّهاتهما ، وإن ارتفعت درجتهم من الدافـع ، كأبوى الأب ، وأبوى

---

(١) القلوص : الناقة الشابة أو القوية على السير .

الأمّ ، وأبوى كلّ واحد منهم ، وإن علت درجتهم ، من يرث منهم ، ومن لا يرث ، وقوله : والولد وإن سفل ، يعنى وإن نزلت درجتـه من أولاده البنين ، والبنات ، الوارث ، وغير الوارث . نصّ عليه أحمد ، فقال : لايُعْطِى الوالدين من الزكاة ، ولا الولدَ ، ولا ولدَ الولدِ ، ولا الجدَّ ولا الجدّةَ ، ولا وَلَدَ البنْتِ ، قال النبيّ ﷺ : « إنَّ ابنِي هَـذَا سَيِّدٌ » يعنى الحسن ، فجعله ابنه ولأنه من عمودَىْ نسبه ، فأشبه الوارث ، ولأن بينهما قرابةً جزئيةً وبَعضيَّة بخلاف غيرها .

فصـــل

فأما سائر الأقارب فمن لايُورّث منهم يجوز دفـع الزكاة إليه ، سواء كان انتفاء الإرث لانتفاء سببه لـكونه بعيد القرابة ممَّن لم يُسَمّ اللهُ تعالى ، ولا رسولُه صلى الله عليه وسلم له ميراثاً . أو كان لمانع ، مثل أن يكون محجوباً عن الميراث ، كالأخ المحجوب بالابن ، أو الأب ، والعمّ المحجوب بالأخ ، وابنه ، وإن نزل ، فيجوز دفع الزكاة إليه ، لأنه لاقرابة جُزئيةً بينهما ، ولاميراث،فأشبها الأجانبَ ، وإن كان بينهما ميراث ، كالأخوين اللذَيْن يرثُ كلّ واحد منهما الآخرَ ، ففيه روايتان :

(إحداهما) يجوز لـكلّ واحد منهما دفعُ زكاته إلى الآخر ، وهى الظاهرة عنه . رواها عنه الجماعة . قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، وإسحاق بن منصور ، وقد سأله : يُعطِى الأخَ ، والأختَ ، والخـالةَ من الزكاة ؟ قال : يُعطِى كلّ القَرَابَةِ ، إلاَّ الأَبَوَيْنِ والوَلَدَ . وهـذا قول أكثر أهل العـلم . قال أبو عُبَيد : هو القول عندى ، لقول النبى ﷺ : « الصَّدَقَةُ عَلَى المِسْكِينِ صَدَقَةٌ ، وَهِيَ لِذِى الرَّحِمِ اثْنَانِ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » فلم يشترط نافلة ، ولا فريضة ، ولم يفرق بين الوارث ، وغيره ، ولأنه ليس من عمودَىْ نسبه ، فأشبه الأجنبيّ .

(والرواية الثانية) لايجوز دفعها إلىالمورُوث ، وهو ظاهر قول الخِرَقيّ لقوله : ولا لمن تلزمه مُؤْنَته ، وعلىالوارث مُؤْنة الموروث لأنه يلزمه مؤنته فيُغنيه بزكاته عنمؤنته ، ويعود نفعُ زكاته إليه ، فلم يجزُ . كدفعها إلى والده ، أو قضاء دَيْنه بهـا . والحـديث يحتمل صدقةَ التطوُّع ، فيُحمل عليها ، فعلى هذا إن كان أحدهما يرث الآخرَ ، ولا يرثُه الآخرُ كالعمَّة مع ابن أخيها ، والعتيق مع مُعتِقه ، فعلى الوارث منهما نفقةُ مورّثه ، وليس له دفع زكاته إليه ، وليس على الموروث منهما نفقة وارثه ، ولا يُمنع من دفع زكاته إليه ، لانتفاء المقتضى للمنـع ، ولو كان الأَخَوَانِ لأحـدهما ابن ، والآخرُ لا ولد له ، فعلى أبى الابن نفقةُ أخيه ، وليس له دفع زكاته إليـه ، والذى لا ولدَ لَهُ ، له دفـع زكاته إلى أخيه ، ولا يلزمه نفقته ، لأنه محجوب عن ميراثه ، ونحو هـذا قول الثورىّ . فأما ذوو الأرحام فى الحال الذى يرثون فيهـا ، فيجوز دفعها إليهم فى ظاهر المذهب ، لأن قرابتهم ضعيفة ، لايرث بهـا مع عصَبة ولا ذى فرض ،

غير أحد الزوجين ، فلم تمنع دفع الزكاة ، كقرابة سائر المسلمين فإن ماله يصيرُ إليهم إذا لم يكن له وارث .

« مسألة » قال : ﴿ ولا للزوج ، ولا للزوجة ﴾ .

أمَّا الزوجة : فلا يجوز دفع الزكاة إليها إجماعاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم : على أن الرجل لايُعطى زوجته من الزكاة ، وذلك لأن نفقتها واجبةٌ عليه ، فتستغنى بها عن أخذ الزكاة ، فلم يجز دفعها إليها ، كما لو دفعها إليها على سبيل الإنفاق عليها . وأما الزوج ، ففيه روايتان :

إحداها : لايجوز دفعها إليه ، وهو اختيار أبى بكر ، ومذهب أبى حنيفة ، لأنَّه أحد الزوجين . فلم يجز للآخر دفع زكاته إليه ، كالآخر ، ولأنَّها تنتفع بدفعها إليه ؛ لأنَّه إن كان عاجزاً عن الإنفاق عليها تمكّن بأخذ الزكاة من الإنفاق ، فيلزمه ، وإن لم يكن عاجزاً ، ولكنه أيسر بها لزمته نفقةُ المُوسرين ، فتنتفع بها فى الحالين . فلم يجُز لها ذلك ، كما لو دفعتها فى أجرة دار ، أو نفقة رقيقها ، أو بهائمها . فإن قيل : فيلزم على هذا الغَرِيم[1] . فإنه يجوز له دفع زكاته إلى غَرِيمه ، ويلزم الآخذ بذلك وفاء دينه ، فينتفع الدافع بدفعها إليه قلنا : الفرق بينهما من وجهين :

أحدها : أن حقَّ الزوجة فى النفقة آكدُ من حق الغَرِيم ، بدليل أن نفقة المرأة مقدَّمة فى مال المُفْلِس على أداء دينه ، وأنَّها تملك أخذها من ماله بغير علمه ، إذا امتنع من أدائها . والثانى : أن المرأة تنبسط فى مال زوجها بحكم العادة ، ويُعدّ مال كلّ واحد منهما مالاً للآخر . ولهذا قال ابن مسعود : فى عبد سرق مرآة امرأةِ سيِّده . عبدكم سرقَ مالَكُمْ ، ولم يقطعه . ورُوى ذلك عن عمر ، وكذلك لاتُقبل شهادة كلّ واحد منهما لصاحبه ، بخلاف الغَرِيم مع غَرِيمه .

والرواية الثانية : يجوز لها دفع زكاتها إلى زوجها ، وهو مذهب الشافعيّ ، وابن المنذر ، وطائفة من أهل العلم لأنَّ زينب امرأة عبد الله بن مسعود قالت : يانَبِيَّ الله ، إنَّكَ أَمَرْتَ الْيَوْمَ بِالصَّدَقَةِ ، وَكَانَ عِنْدِي حَلْيٌ لِي ، فَأَرَدْتُ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِ . فَزَعَم ابنُ مَسْعُودٍ أَنَّهُ هُوَ وَوَلَدُهُ أَحَقُّ مَنْ تَصَدَّقْتُ عَلَيْهِمْ ، فقَالَ النبيّ ﷺ : « صَدَقَ ابنُ مَسْعُودٍ ، زَوْجُكِ وَوَلَدُكِ أَحَقُّ مَنْ تَصَدَّقْتِ بِهِ عَلَيْهِمْ » ، رواه البخاريّ . ورُوى أن امرأة عبد الله سألت النبيّ صلى الله عليه وسلم عن بنى أخٍ لها أيتام فى حِجْرِهَا أفتعطيهم زَكَاتَهَا ؟ قال : « نعم » .

ورَوى الْجُوزجانىّ بإسناده ، عن عطاء ، قال : « أَتَتْ النبيّ صلى الله عليه وسلم امْرَأَةٌ ، فَقَالَتْ : يَارَسُولَ اللهِ ، إنَّ عَلَيَّ نَذْراً أَنْ أَتَصَدَّقَ بِعِشْرِينَ دِرْهَماً ، وَإنَّ لِي زَوجاً فَقِيراً . أَفَيُجْزِىءُ عَنِّى أَنْ

---

(١) الدائن ، والمدين ، كل منهما يطلق عليه غريم .

أَعْطِيَهُ ؟ قالَ : نَعَمْ . لَكَ كِفْلَانِ[1] مِنَ الْأَجْرِ » . ولأنه لاتجب نفقته ، فلا يمنع دفع الزكاة إليه ، كالأجنبيّ ، ويفارق الزوجة ؛ فإن نفقتها واجبة عليه . ولأنّ الأصل جواز الدفع لدخول الزوج في عموم الأصناف المُسَمَّيْنَ في الزكاة ، وليس في المنع نصّ ، ولا إجماع ، وقياسه على من ثبت المنع في حقّه غير صحيح ، لوضوح الفرق بينهما ، فيبقى جواز الدفع ثابتاً ، والاستدلال بهذا أقوى من الاستدلال بالنصوص لضعف دلالتها .

فإن الحديث الأول في صدقة التطوّع . لقولها : أردتُ أن أَتَصَدَّق بِحَلْي لي ، ولا تجب الصَّدقةُ بِالْحُلِيِّ ، وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « زَوجُكِ وَوَلَدُكِ أَحَقُّ مَنْ تَصَدَّقْتِ بِهِ عَلَيْهِمْ » ، والولد لاتُدفع إليه الزكاة .

والحديث الثانى : ليس فيه ذكر الزوج ، وذكر الزكاة فيه غيرُ محفوظ . قال أحمد : مَنْ ذكر الزكاة فهو عندى غيرُ محفوظ ، إنّما ذاكَ صَدَقَةٌ من غير الزكاة . كذا قال الأعمش : فأمّا الحديث الآخرُ ، فهو مُرْسَل ، وهو في النذر .

فصـــل

فإن كان في عائلته من لايجب عليه الإنفاق عليه ، كيتيم أجنبيّ . فظاهر كلام أحمد : أنه لايجوز له دفع زكاته إليه . لأنّه ينتفع بدفعها إليه ، لإغنائه بها ، عن مؤنته . والصحيح إن شاء الله جوازُ دفعها إليه . لأنه داخل في أصناف المستحقّين للزكاة ، ولم يرد في منعه نصّ ، ولا إجماع ، ولا قياس صحيح ، فلا يجوز إخراجه من عموم النصّ بغير دليل ، وإن توهّم أنه ينتفع بدفعها إليه . قلنا : قد لاينتفع به ، فإنّه يصرفها في مصالحه التي لايقوم بها الدافع ، وإن قُدّر الانتفاع ، فإنّه نفع لايَسقُط به واجب عليه ، ولا يُجْتلَبُ به مالٌ إليه ، فلم يمنع ذلك الدفع ، كما لو كان يصله تبرّعاً ، من غير أن يكون من عائلته .

فصـــل

وليس لمخرج الزكاة شراؤها ممّن صارت إليه . ورُوى ذلك عن الحسن ، وهو قول قتادة ، ومالكٌ ، قال أصحاب مالك : فإن اشتراها لم يُنقَض البيع . وقال الشافعيّ وغيره : يجوز لقول النبيّ ﷺ : « لاَتَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيّ ، إلاّ لِخَمْسَةٍ ، رَجُلٍ ابْتَاعَها بماله »[2] . وروى سعيد في سننه أن رجلاً تصدّق على أمّه

---

(١) كفلان : تثنية كفل بكسر الكاف وسكون الفاء ، وهو النصيب : نصيب للصدقة ، ونصيب للقرابة والعلاقة الزوجية .

(٢) هذا قطعة من حديث أخرجه أبو داود .

بصدقةٍ ، ثم ماتت ، فسأل النبيّ صلى الله عليه وسلم فقال : «قَدْ قَبِلَ اللهُ صَدَقَتَكَ وَرَدَّهَا إِلَيْكَ الْمِيرَاثُ» وهذا فى معنى شرائها ، ولأن ماصحّ أن يُملك إرثاً صحّ أن يُملك ابتياعاً ، كسائر الأموال .

ولنـا ماروى عمر أنه قال : حَمَلْتُ عَلَى فَرَسٍ فِي سَبِيلِ[(١)] اللهِ فَأَضَاعَهُ الَّذِى كَانَ عِنْدَهُ ، وظَنَنْتُ أَنَّه بَاعَهُ بِرَخَصٍ ، فأَرَدْتُ أَنْ أَشْتَرِيَه ، فسألت رَسُولَ الله صلى الله عليه وسـلم فقـال : « لاَ تَبْتَعْهُ ، ولاَ تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ ، ولَوْ أَعْطَاكَهُ بِدِرْهَمٍ ، فإِنَّ العَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ كَالـكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ » متفق عليه ، فإن قيل . يحتمل أنهـا كانت حَبْساً فى سبيل الله ، فمنعه لذلك . قلنـا : لو كانت حبساً لما باعهـا للذى هى فى يده ، ولا همّ عمر بشرائهـا ، بل كان يُنـكر على البـائع ويمنعه ، فإنّه لم يـكن يُقِرّ على منـكر ، فـكيف يفعـله ، ويُعِين عليه ، ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم ماأنـكر بيعها ، إنمـا أنـكر على عمر الشراء مُعَلِّلا بكونه عائداً فى الصدقة . الثانى : أننا نحتجّ بعموم اللفظ من غير نظر إلى خصوص السبب ، فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ تَعُدْ فِي صَدَقَتِكَ » أى بالشراء ، فإن العـائد فى صدقته كالعائد فى قيئه ، والأخذُ بعموم اللفظ أولى من التمسك بخصوص السبب ، فإن قيل : فإن اللفظ لايتناول الشراء ، فإنّ العَوْدَ فى الصـدقة استرجاعُها بغـير عِوَض ، وفسخٌ للعقد ، كالعَوْد فى الهِبَة . والدليـل على هذا قول النبيّ ﷺ : « العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كالعَائِدِ فى قَيْئِهِ » ولو وهب إنساناً شيئاً ثم اشـتراه منه جاز . قلنا : النبيّ صلى الله عليه وسـلم ذكر ذلك جواباً لعمر حين سأله عن شراء الفرس ، فلو لم يـكن اللفظ متناولاً للشراء المسؤول عنه ، لم يكن مُجيباً له ، ولا يجوز إخراج خصوص السبب من عموم اللفظ ، لئلاّ يخلو السؤال عن الجواب . وقد رُوى عن جابر أنه قال : إِذَا جَاءَ المُصَدِّق فادْفَعْ إِلَيْهِ صَدَقَتَكَ ، ولاَتَشْتَرِهَا ، فإنَّهُمْ كانُوا يَقُولُونَ ابْتَعْهَا ، فأقول : إِنَّمَـا هِيَ لِلهِ . وعن ابن عمر أنه قال : لاَ تَشْـتَرِ طُهُورَ مَالِكَ . ولأن فى شرائه لها وسيلةً إلى استرجاع شىء منها ، لأن الفقير يستحى منه ، فلا يماكسُه فى ثمنها وربما رَخَّصها له طَمَعاً فى أن يدفع إليه صَدَقَةً أخرى ، وربّما علم أنه إن لم يبعه إيّاها استرجعها منه ، أو توهّم ذلك ، وماهذا سبيله ينبغى أن يُجْتَنب ، كما لو شرط عليه أن يبيعه إيّاها ، وهو أيضاً ذريعة إلى إخراج القيمة ، وهو ممنوع من ذلك . أما حديثهم ، فنقول به ، وإنّها ترجع إليه بالميراث ، وليس هذا محلّ النزاع . قال ابن عبد البرّ : كلّ العلماء يقولون : إذا رجعت إليه بالميراث طابت له ، إلاّ ابن عمر ، والحسن بن حيّ ، وليس البيع فى معنى الميراث لأن الملك ثبت بالميراث حكما ، بغير اختياره ، وليس

---

(١) حملت على فرس فى سبيل الله : أى تصدقت بها على أحد المجاهدين فى سبيل الله ، بدليل أنه باعه، ولو كان حمله عليها فقط ثم يعيدها لما باعها .

بوسيلةٍ إلى شيء ممّا ذكرنا ، والحـديث الآخرُ مُرْسَل ، وهو عامّ ، وحديثنا خاصّ صحيح ، فالعمل به أولى من كلّ وجه .

فصـــــل

فإن دعت الحاجـة إلى شراء صدقته ، مثـل أن يـكون الفرض جُزْءاً من حيوان لا يمـكن الفقير الانتفاعُ بعينه ، ولا يجد من يشتريه سوى المالك لباقيه ، ولو اشتراه غيره لتضرّر المالك بسوء المشاركة ، أو إذا كان الواجب فى ثمرة النخل ، والـكرم عنباً ، ورُطَبـاً ، فاحتاج الساعى إلى بيعها قبـل الجِذَاذِ ، فقد ذكر القاضى أنه يجوز بيعُها من ربِّ المـال فى هذا الموضع ، وكذلك يجىء فى الصورة الأولى ، وفى كلِّ موضع دعت الحاجة إلى شرائه لَهـا ، لأن المنع من الشراء فى محلّ الوفاق إنّما كان لدفع الضرر عن الفقير ، والضرر عليه فى منع البيع هاهنا أعظم ، فدفعُه بجواز البيع أولى .

فصـــــل

قال مهنا : سألت أبا عبد الله عن رجل له على رجل دين برَهْن ، وليس عنده قضاؤه ، ولهذا الرجل زكاة مال ، يريد أن يُفرّقها على المساكين ، فيدفع إليه رَهْنَهُ ، ويقول له : الدين الذى لى عليك هو لك ويَحْسِبُه من زكاة ماله ، قال : لا يجزيه ذلك . فقلت له : فيدفع إليـه من زكاته ، فإن ردّه إليه قضاه من ماله أخذه ؟ فقـال نعم . وقال فى موضـع آخر ، وقيل له : فإن أعطاه ثم ردّه إليه ؟ قال : إذا كان بحيلةٍ فلا يُعجبنى ، قيل له : فإن استقرض الذى عليه الدين دراهمَ ، فقضاه إيَّاها ، ثم ردّها عليه وحَسَبها من الزكاة ، فقال : إذا أراد بها إحْياء مالهِ فلا يجوز. فحصل من كلامه أنَّ دفع الزكاة إلى الغريم جائز ، سواء دفعها ابتداءً أو استوفَى حقَّه ثم دفع مااستوفاه إليه ، إلاَّ أنه متى قصد بالدفع إحياء ماله ، أو استيفاء دَيْنه ، لم يَجُز ، لأنَّ الزكاة لحقّ الله تعالى ، فلا يجوز صرفهـا إلى نفعه ولا يجوز أن يَحْتَسِبَ الدين الذى له من الزكاة ، قبل قَبْضِه لأنه مأمور بأدائها وإيتائها ، وهذا إسقاط ، والله أعلم .

« مسألة » ﴿ ولا لـكافر ولا لمملوك ﴾ .

لا نعلم بين أهل العـلم خلافاً فى أن زكاة الأموال لا تُعطى لـكافر ، ولا لمملوك . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أن الذمّىّ لا يُعطَى من زكاة الأموال شيئاً ، ولأن النبىّ ﷺ قال لمُعاذ : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ من أَغْنِيَاَئِهِمْ ، وَتُرَدّ فى فقرائهم » فخصّهم بصَرْفها إلى فقرائهم ، كما خصّهم بوجوبها على أغنيائهم .

وأما المملوك فلا يملـكها بدفعها إليـه ، وما يُعطاه فهو لسيّده ، فـكأنّه دفعها إلى سيّده ، ولأن العبد يجب على سيّده نفقته ، فهو غنى بغَنَائه .

« مسألة » قال ﴿ إلا أن يكونوا من العاملين عليها ، فيعطَوْن بحقّ ماعملوا ﴾ .

وجملته : أنه يجوزه للعامل أن يأخذ عِمَالته من الزكاة ، سواء كان حُرًّا ، أو عبداً . وظاهر كلام الخِرَقيّ أنه يجوز أن يكون كافراً ، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد ، لأن الله تعالى قال : (وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا) وهذا لفظ عامّ يدخل فيه كلّ عامل على أيّ صفة كان ، ولأن مايأخذ على العِمالة أُجْرة عَمِله فلم يُمْنع من أخذه ، كسائر الإجارات . والرواية الأخرى : لا يجوز أن يكون العامل كافراً لأن من شرط العامل أن يكون أميناً ، والكفر ينافى الأمانة ، ويجوز أن يكون غَنِياً ، وذا قَرَابَةٍ لربّ المال . وقوله : بحقّ ما عملوا ، يعنى يُعطيهم بقدر أُجْرَتِهِمْ . والإمامُ مخيّر إذا بعث عميلاً إن شاء استأجره إجارةً صحيحة ويدفع إليه مايُسمِّى له ، وإن شاء بعثه بغير إجارة . ويدفع إليه أجر مثله ، وهذا كان المعروف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنّه لم يبلغنا أنه قاطع أحداً من العمال على أجر . وقد رَوى أبو داود بإسناده عن ابن الساعديّ قال : « اسْتَعْمَلَنِى عُمَرُ عَلَى الصَّدَقَةِ فَلَمَّا فَرَغْتُ مِنْهَا وَأَدَّيْتُهَا إِلَيْهِ أَمَرَ لِي بِعِمالةٍ ، فقُلْتُ : إِنَّمَا عَمِلْتُ لِلهِ ، وَأَجْرِى على اللهِ . قال : خُذْ مَاأُعْطِيتَ ، فإِنِّى قَدْ عَمِلْتُ عَلَى عَهدِ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَعَمَّلَنِى ، فقلتُ مِثْلَ قَوْلِكَ . فقال لِيَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم : إِذَا أُعْطِيتَ شَيْئاً مِنْ غَيْرِ أَنْ تَسْأَلَهُ فَكُلْ وَتَصَدقْ » .

فصـــل

ويُعْطَى مِنهَا أَجْرُ الْحَاسِبِ ، والكَاتِبِ ، والحَاشِدِ ، والخَازِنِ ، والحَافِظِ ، والرَّاعِي ، ونحوهم ، فكلّهم معدودون من العاملين عليها . ويدفع إليهم من حِصّة العاملين عليها ، فأمّا أجر الوزّان ، والكيّال ليَقْبِضَ الساعى الزكاةَ ، فعلَى ربِّ المَالِ . لأنَّهُ مِنْ مُؤْنَةِ دَفْعِ الزكاة .

فصـــل

ولا يُعطَى الكافر من الزكاة ، إلاّ لكونه مُؤَلَّفاً ، على ماسنذكره ، ويجوز أن يُعْطِيَ لإنسانٍ ذَا قَرَابَةٍ من الزكاة ، لكونه غازياً ، أو مُؤَلَّفاً ، أو غارماً فى إصلاح ذاتِ البَيْن أو عاملاً ، ولا يُعْطَى لغيْرِ ذَلِكَ . وقد رَوى أبو داود بإسناده ، عن عطاء بن يَسَارٍ ، عن النبيّ ﷺ أنهُ قال : « لا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيّ ، إلا لخمسة : لِغَازٍ فى سَبيلِ اللهِ ، أَوْ لِعَامِلٍ عَلَيْهَا ، أَوْ لِغَارِمٍ ، أَوْ رَجُلٍ ابْتَاعَهَا بمَالِهِ ، أَوْ لِرَجُلٍ كَانَ لَهُ جَارٌ مِسْكِينٌ ، فتَصَدّقَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَأَهْدَى المِسْكِينُ إِلَى الْغَنِيّ » . ورواه أيضاً عن عطاء ، عن أبى سعيد ، عن النبى صلى الله عليه وسلم .

فصـــــل

وإن اجتمع فى واحد أسبابٌ تقتضى الأخذَ بها جاز أن يُعطَى بها . فالعامل الفقير له أن يأخذ عِمَالَتَه ، فإن لم تُغنِه ، فله أن يأخذ ما يتمّ به غناه ، فإن كان غازياً ، فله أخذُ ما يكفيه لِغَزْوِه ، وإن كان غَارِماً أخذَ ما يَقْضِى بِهِ غُرْمَهُ . لأنَّ كلّ واحد من هذه الأسباب يَثْبُتُ حكمُهُ بانفراده ، فوجود غيره لا يمنع ثبوت حكمه ، كما لم يمنع وجوده . وقد رُوِى عن أحمد أنه قال : إذَا كَانَ لهُ مائتان ، وعليه مثلُها لا يُعْطَى من الزكاة ، لأنّ المُغنِى خمسون درهماً ، وهذا يدلّ على أنه يُعتبر فى الدفع إلى الغارم أن يكون فقيراً ، فإذا أُعطِى لأجْلِ الغرم ، وجب صرفُه إلى قضاء الدَّيْنِ ، وإن أُعطِىَ للفقيرِ جاز أن يقضىَ به دينه .

« مسألة » قال ﴿ ولا لبنى هاشم ﴾ .

لا نعلم خلافاً فى أن بنى هاشم لا تَحِلّ لهم الصدقة المفروضة ، وقد قال النبى ﷺ : « إنَّ الصَّدَقَةَ لا تَنْبَغِى لآلِ مُحَمَّدٍ ، إنمَا هِىَ أَوْسَاخُ النَّاسِ » أخرجه مسلم ، وعن أبى هريرة قال : « أَخَذَ الْحَسَنُ تَمْرَةً مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ ، فقال النبىّ ﷺ : « كِخْ كِخْ ، لِيطْرَحَهَا ، وقال : أمَا شَعَرْتَ أنَّا لاَ نأْكُلُ الصَّدَقَةَ » متفق عليه .

« مسألة » قال ﴿ ولا لمواليهم ﴾ .

يعنى أن موالى بنى هاشم ، وهم من أعتقهم هاشمىّ ، لا يُعْطَوْنَ من الزكاة . وقال أكثر العلماء : يجوز : لأنهم ليسوا بقرابة النبىّ ﷺ ، فلم يُمنعوا الصدَقَةَ كسائر الناس ، ولأنهم لم يُعَوَّضُوا عنها بخمس الْخُمس . فإنهم لا يُعْطَوْنَ منه . فلم يَجُزْ أن يحرموها ، كسائر الناس .

ولنا : ما رَوَى أبو رافع « أنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ بَعَثَ رَجُلاً مِنْ بَنِى مَخْزُومٍ عَلَى الصَّدَقَةِ ، فقال لِأَبِى رَافِعٍ : اصْحَبْنِى كَيْمَا تُصِيبُ مِنْهَا . فقال : لا ، حَتَّى آتِىَ رَسُولَ اللهِ ﷺ فأَسْأَلهُ ، فَانْطَلَقَ إِلَى النبىّ ﷺ فَسَأَلَهُ ، فقال : إنَّا لاَ تَحِلّ لَنَا الصَّدَقَةُ ، وَإِنَّ مَوَالِى الْقَوْمِ مِنْهُمْ » أخرجه أبو داود ، والنسائى ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح ، ولأنهم ممن يرثهم بنوهاشم بالتعصيب ، فلم يجز دفع الصدقة إليهم ، كبنى هاشم . وقولهم : إنّهم ليسوا بقرابة ـ قلنا : هم بمنزلة القرابة . بدليل قول النبى ﷺ : « الْوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » وقوله : « مَوَالِى الْقَوْمِ مِنْهُمْ » وثبت فيهم حكم القرابة ، من الإرث ، والعَقْل[1] ، والنَّفَقَة ، فلا يمنع ثبوتَ حُكم تحريم الصدقة فيهم .

---

(١) العقل هو دفع الدية ، فتقسم الدية على العصبات الوارثين كل بحسب نصيبه ، ويسمون العاقلة ، فالمولى وهو العتيق يكون ضمن العاقلة لثبوت قرابة الولاء .

فصـــل

فأما بنو المُطَّلِب : فهل لهم الأخذُ من الزكاة ؟ على روايتين :

إحـداها : ليس لهم ذلك . نقلها عبد الله بن أحمد ، وغيره ، لقول النبيّ ﷺ : « إِنَّا وَبَنُو الْمُطَّلِبِ لَمْ نَفْتَرِقْ فِى جَاهِلِيَّةٍ وَلاَ إِسْلاَمٍ ، إِنَّمَا نَحْنُ وَهُمْ شَىْءٌ وَاحِدٌ » .

وفى لفظ رواه الشافعىّ فى مُسنده : « إِنَّمَا بَنُو هَاشِمٍ ، وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَىْءٌ وَاحِـدٌ ـ وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ ، وَلِأَنَّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ ؛ فَلَمْ يَكُنْ لَهُمُ الأَخْـذُ كَبَنِى هَاشِمٍ . وقد أكَّد ذلك ماروى أنَّ النبيّ ﷺ عَلَّل منعهم الصَّـدقة باستغنائهم عنها بخُمس الخُمس ، فقـال : « أَلَيْسَ فِى خُمْسِ الْخُمْسِ مَايُغْنِيكُمْ ؟ » .

والرواية الثانية : لهم الأخذ منها ، وهو قول أبى حنيفة . لأنَّهم دخلوا فى عموم قوله تعالى : (٩ : ٦١ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ) الآية . لـكن خرج بنو هاشم ، لقول النبيّ ﷺ : « إِنَّ الصَّدَقَةَ لاَتَنْبَغِى لِآلِ مُحَمَّدٍ » ، فيجب أن يختصّ المنع بهم ، ولا يَصحّ قياس بنى المُطلب على بنى هاشم « لأنَّ بنى هاشم »[1] أقرب إلى النبى صلى الله عليه وسلم وأشرف ، وهم آل النبى ﷺ . ومُشاركة بنى المطلب لهم فى خُمْس الْخُمْسِ مااستحقّوه بمجرّد القرابة بدليل أن بنى عبد شمس ، وبنى نَوْفَل يساوونهم فى القرابة ولم يُعطَوْا شيئاً . وإنما شاركوهم بالنُّصْرة ، أو بهما جميعاً . والنُّصْرة لاتقتضى منع الزكاة .

فصـــل

وروى الخلاّل بإسناده ، عن ابن أبى مُلَيكة : « أنَّ خالد بن سعيد بن العاص بعث إلى عائشة سُفْرةً من الصدقة ، فردّتهـا ، وقالت : إِنَّا آلَ مُحَمَّدٍ صلى اللهُ عليـه وسلم لاَتَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ » ، وهذا يدلّ على تحريمها ، على أزواج النبى صلى اللهُ عليه وسلم .

فصـــل

وظاهر قول الخِرَقىّ هاهنا : أن ذوى القُرْبى يُمنعون الصـدقة ، وإن كانوا عاملين وذكر فى باب قَسْم الفىء والصدقة : مايدلّ على إباحة الأخذ لهم عَمالةً . وهو قول أكثر أصحابنا . لأنّ مايأخذونه أجر ، فجاز لهم أخذه ، كالحَمَّال ، وصاحب المخزن إذا أجّرهم مخزنه .

ولنا : حديث أبى رافع ، وقد ذكرناه . ومارَوى مسلم بإسناده : « أَنَّهُ اجْتَمَعَ رَبِيعَةُ بنُ الْحَارِث

---

(١) مابين القوسين ساقط من النسخة التى علقنا عليها .

وَالعَبَّاسُ بنُ عَبدِ المُطَّلبِ ، فقالا : وَاللهِ لَوْ بَعَثْنَا هـذَيْنِ الغُلامَيْنِ إلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ فكَلَّمَاهُ ، فَأَمَّرَهُمَا عَلَى هَذِهِ الصَّدقَاتِ ، فَأَدَّيَا مَايُؤَدِّي النَّاسُ وَأَصابا مايُصِيبُ النَّاسُ ؟ فَبَيْنَمَا هُمَا فِي ذَلِكَ إِذْ جَاءَ عَلِيّ بنُ أَبِي طَالِبٍ ، فَوَقَفَ عَلَيْهِمَا ، فَذَكَرا لَهُ ذَلِكَ ، قال عليّ : لا تَفْعَلا ، فَوَاللهِ مَاهُوَ بِفَاعِلٍ ، فَانْتَحَاهُ رَبِيعَةُ بنُ الحَارِث ، فقالَ : وَاللهِ مَاتَصْنَعُ هَذَا إلاَّ نَفَاسَةً مِنْكَ عَلَيْنَا . قال : فَأَلْقَى عَلِيّ رِدَاءَهُ ثمَّ اضْطَجَع ، ثُمَّ قَالَ : أَنَا أَبُو الحَسَن . وَاللهِ لاأَرِيمُ مَكَانِي حَتَّى يَرْجِعَ إِلَيْكُمَا ابْنَاكُمَا بِخَبَر مَابَعَثْتُمَا بِهِ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ ـ فذكر الحديث ، إلى أنْ قال : فَأَتيَا رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم فَقَالا : يَارَسُولَ اللهِ : أَنْتَ أَبَرّ النَّاسِ ، وَأَوْصَلُ النَّاسِ ، وَقَدْ بَلَغْنَا النِّكَاحَ ، فَجِئْنَا لِتُؤَمِّرَنا عَلَى بَعْضِ هَذِهِ الصَّدقَاتِ ، فَنُؤَدِّيَ إِلَيْكَ مَايُؤَدِّي النَّاسُ ، وَنَصِيبَ كَمَا يُصِيبُونَ ، فَسَكَتَ طَوِيلاً ثمَّ قالَ : « إِنَّ الصَّدَقَةَ لاتَنْبَغِي لِآلِ مُحَمَّدٍ ، إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ » ، وفي لفظ أنه قال : « إِنَّ الصَّدَقَةَ إِنَّمَا هِيَ أَوسَاخُ النَّاسِ ، وَإِنَّهَا لاتَحِلّ لِمُحَمَّدٍ ، وَلاَ لِآلِ مُحمد » .

فصـــل

ويجوز لذوي القُرْبى الأخـذُ من صدقة التطوّع . قال أحمد في رواية ابن القاسم : إنّما لا يُعْطَوْن من الصـدقة المفروضة ، فأما التطوّع فلا . وعن أحمـد رواية أخرى : أنّهم يمنعون صـدقةَ التطوّع أيضاً . لعموم قوله ﷺ : « إنَّهَا لَا تَحِلّ لَنَا الصَّدَقَةُ » والأول : أظهر . فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « المَعْرُوفُ كُلُّه صَدَقَةٌ » متفق عليـه . وقال الله تعـالى (٥ : ٤٨ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ) وقال تعالى (٢ : ٢٨ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ، وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) ، ولاخلاف في إباحة المعروف إلى الهاشمي ، والعفو عنه وإنْظَاره . وقال إخوة يوسف (١٢ : ٨٨ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا) والخبر أريد به صدقةُ الفرض ، لأن الطلب كان لها والألف واللام تعود إلى المعهود . وروى جعفر بن محمد عن أبيه « أَنَّهُ كَانَ يَشْرَبُ مِنْ سِقَايَاتٍ بَيْنَ مَكَّةَ وَالمَدِينَة . فَقُلْتُ لَهُ : أَتَشْرَبُ مِنَ الصَّدقَةِ ؟ فقال : إِنَّمَا حُرِّمَتْ عَلَيْنَا الصَّدقَةُ المَفْرُوضَةُ »(١) .

ويجوز أن يأخذوا من الوصايا للفقراء ، ومن النذور ، لأنهما تطوّع . فأشبه ما لو وصّى لهم .

---

(١) إذا كانت الصدقة المفروضة حرمت على آل محمد صلى الله عليه وسلم لأنها أوساخ الناس ، فأولى بالتحريم صدقة التطوع لما فيها من زيادة المنة ، ولأن صاحبها يعطيها بنفسه بخلاف صدقة الفرض فإن الإمام يجمعها بنفسه ويوزعها على الفقراء فتكون المنة فيها أقل ، والمواجهة بين معطيها وآخذها غير ظاهرة ، بخلاف صدقة التطوع ففيها المواجهة بين المعطى والآخذ وفيها من استعلاء المعطى على الآخذ مافيه .

وفى الكفارة وجهان :

أحدهما : يجوز . لأنها ليست بزكاة ، ولا هي أوساخُ الناس . فأشبهت صدقة التطوّع .

والثانى : لايجوز . لأنّها واجبة ، أشبهت الزكاة .

فصـــل

وكلّ من حُرم صدقة الفرض من الأغنياء ، وقرابة المتصدّق ، والكافر ، وغيرهم . يجوز دفعُ صدقة التطوّع إليهم ، ولهم أخذها قال الله تعالى : (٧٦ : ٨ وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيرًا) ، ولم يكن الأسير يومئذ إلا كافراً . وعن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما قالت : « قَدِمَتْ عَلَيَّ أُمِّي وَهِيَ مُشْرِكَةٌ ، فَقُلْتُ : يَارَسُولَ اللهِ ، إِنّ أُمِّى قَدِمَتْ عَلَيَّ وَهِيَ رَاغِبَةٌ ، أَفأَصِلُهَا ؟ قال : « نَعَمْ ، صِلِي أُمَّكِ » وكسا عمر خاله حُلّةً كانَ النَّبيُّ ﷺ أعطاه إيَّاهَا » . وعن أبى مسعود ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا أَنْفَقَ الْمُسْلِمُ عَلَى أَهْلِهِ وَهُوَ يَحْتَسِبُهَا فَهِيَ لَهُ صَدَقَةٌ » متفق عليه . وقال النبى صلى الله عليه وسلم لسعد : «إن نفقتَكَ على أهْلِكَ صَدَقة ، وَإِنَّ مَا تَأْكُلُ امْرَأَتُكَ صَدَقَةٌ » متفق عليه .

فصـــل

فأما النبيّ ﷺ فالظاهر : أن الصدقة جميعَها كانت مُحَرَّمَةً عليه ، فرضها ونفلها ، لأن اجتنابها كان من دلائل نبوّته ، وعلاماتها . فلم يكن ليُخِلّ بذلك وفى حديث إسلام سَلْمان الفارسيّ : أن الذى أخبره عن النبيّ ﷺ ووصفه قال : « إِنَّهُ يَأْكُلُ الهَدِيَّةَ وَلَا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ » . وقال أبو هريرة : « كَانَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم إِذَا أُتِيَ بِطَعَامٍ سَأَلَ عَنْهُ ؟ فَإِنْ قِيلَ : صَدَقَةٌ ، قَالَ لِأَصْحَابِهِ : كُلُوا ، وَلَمْ يَأْكُلْ . وَإِنْ قِيلَ لَهُ : هَدِيّة ، ضَرَبَ بِيَدِهِ فَأَكَلَ مَعَهُمْ » أخرجه البخاريّ . وقال النبيُّ ﷺ فِي لحم تُصُدِّقَ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ» هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَهُوَ لَنَا هَدِيَّةٌ » . وقال عليه السلام : «إِنِّى لَأَنْقَلِبُ إِلَى أَهْلِي فَأَجِدُ الثَّمْرَةَ سَاقِطَةً عَلَى فِرَاشِي فِي بَيْتِي ، فَأَرْفَعُهَا لِآكلها ثُمَّ أَخْشَى أَنْ تَكُونَ صدَقَةً فَأُلْقِيهَا » رواه مسلم وقال : « إِنَّا لَا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ » ، ولأن النبيّ ﷺ كان أشرف الخلق . وكان له من المغانم خُمْسُ الْخُمْس والصَّفِيُّ (١) ، فحُرم نوعى الصَّدقَةِ فَرْضهـا ونَفْلهـا ، وآلهُ دونه فى

---

(١) الصفى : بفتح الصاد وكسر الفاء وتشديد الياء مايصطفيه الرئيس لنفسه من الغنيمة قبل قسمتها على المحاربين . وكان ذلك من حقه صلى الله عليه وسلم .

الشرف ، ولهم خُمس الخُمس وَحْدهُ[1] ، فَحُرِمُوا أَحَد نَوْعَيْها ، وهو الفرض .

وقد رُوى عن أحمد : أن صدقة التطوّع لم تكن مُحرّمة عليه . قال الميمونىّ : سمعتُ أحمد يقول : الصدقةَ لا تحل للنبىّ وأهل بيته : صدقةُ الفِطْر ، وزكاةُ الأَمْوالِ ، والصَّدقةُ يَصْرفُها الرجلُ على مُحْتاج يُرِيدُ بها وجهَ الله تعالى ، فأما غير ذلك فلا ، أليس يقال : كل معروف صدقة ؟ وقد كان يُهْدَى للنبىّ ﷺ ويَسْتَقْرِضُ . فليس ذلك من جنس الصدقة على وجه الحاجة .

والصحيح : أن هذا لا يدلّ على إباحة الصدقة له ، إنما أراد أنّ ماليس من صدقة الأموال على الحقيقة ، كالقرض ، والهديّة . وفعل المعروف ، غيرُ محرّم عليه ، لكن فيه دلالة على التسوية بينه ، وبين آله فى تحريم صدقة التطوّع عليهم لقوله : بأنّ الصدقة على المحتاج يُريد بها وجهَ الله مُحرّمة عليهما ، وهذا هو صدقة التطوّع . فصارت الروايتان فى تحريم صدقة التطوّع على آله . والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ولا لِغَنِىّ . وهو الذى يملك خمسين درهما ، أو قيمتها من الذهب ﴾ .

يعنى لا يُعْطَى من سَهْم الفقراء ، والمساكين غَنِىّ ، ولا خلاف فى هذا بين أهل العلم ، وذلك لأن الله تعالى جعلها للفقراء ، والمساكين ، والغنىّ غيرُ داخل فيهم ، وقد قال النبىّ ﷺ لمُعاذٍ : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدّ فِى فُقَرَائِهِمْ » وقال : « لَاحَظّ فِيهَا لِغَنِىّ ، ولا لقوىّ مُكْتَسِبٍ » ، وقال « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِىّ وَلَا لِذِى مِرَّةٍ سَوِىّ »[2] أخرجه أبو داود والترمذىّ، وقال : حديث حسن . ولأن أخذ الغنىّ منها يمنع وصولها إلى أهلها ، ويُخلّ بحكمة وجوبها ، وهو إغناء الفقراء بها .

واختلف العلماء فى الغنى المانع من أخذها . ونُقل عن أحمد فيه روايتان ، أظهرهما : أنه مِلْكُ خمسين درهما ، أو قيمتها من الذهب ، أو وجودُ ماتحصلُ به الكفاية على الدوام : من كسب ، أو تجارة ، أو عَقَارٍ ، أو نحو ذلك . ولو ملك من العروض ، أو الحبوب ، أو السائمة ، أو العَقار ، مالا تَحْصُل به الكفاية ، لم يكن غنيًّا ، وإن ملك نصاباً . هذا الظاهر من مذهبه ، وهو قول الثورىّ ، والنخعىّ ، وابن المبارك وإسحاق . ورُوى عن علىّ وعبد الله أنهما قالا : « لَا تَحِلّ الصَّدَقَةُ لِمَنْ لَهُ خَمْسُونَ دِرْهَمًا ، أو عَدْلُهَا ، أو قِيمَتُهَا مِنَ الذَّهَبِ » ، وذلك لما رَوَى عبدُ الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ سَأَلَ وَلَهُ مَايُغْنِيهِ جَاءَتْ مَسْأَلَتُهُ يَوْمَ القِيَامَةِ خُمُوشًا ، أو خُدُوشًا ، أو

---

(١) وحده : الضمير يعود على خمس الخمس أى لهم خمس الخمس منفرداً عن الصفى ، فحرموا نوعاً واحداً ، وأحل لهم نوع . (٢) المرة : القوة ، والسوى : المستوى الخلق الذى ليس به عيب يمنعه عن التكسب كالعرج والعمى ، وقطع اليد ونحوها .

كُدُوحاً فى وَجْهِهِ » فقيل : يارسول الله ، ما الغِنى ؟ قال : « خَمْسُونَ دِرْهَماً ، أو قِيمَتُها منَ الذَّهَبِ » رواه أبو داود والترمذىّ ، وقال : حديث حسن .

فإن قيل هـذا يرويه حـكيم بن جُبَيْر ، وكان شُعبةُ لايروى عنه ، وليس بقوىّ فى الحديث — قلنا : قد قال عبد الله بن عثمان لسُفْيان : حِفْظى : أن شعبة لايروى عن حـكيم بن جُبَيْر ، فقال سُفيان : وحدّثناه زُبَيْدٌ ، عن محمد بن عبد الرحمن . وقد قال علىّ ، وعبد الله مثلَ ذلك .

والرواية الثانية . أن الغِنَى ماتحصلُ به الـكفاية . فإذا لم يـكن محتاجاً حَرُمت عليه الصدقة، وإن لم يملك شيئاً ، وإن كان مُحتاجاً حلّت له الصدقة ، وإن ملك نِصاباً ، والأثمان وغيرُها فى هذا سواء وهذا اختيار أبى الخطّاب ، وابن شهاب العُـكْبَرىّ . وقول مالك ، والشافعىّ . لأن النبىّ ﷺ قال لقَبِيصَة بن المُخارِق : « لاَتَحِلّ المَسْأَلَةُ إلاّ لِأحَدِ ثَلاَثَةٍ : رَجُلٍ أصَابَتْهُ فاقَةٌ حَتَّى يَقُولَ : ثَلاَثَةٌ مِنْ ذَوِى الحِجَى[1] مِنْ قَوْمِهِ قَدْ أصَابَتْ فُلاَناً فَاقَةٌ ، فَحَلَّتْ لَهُ المَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَواماً مِنْ عَيْشٍ . أو سِدَاداً مِنْ عَيْشٍ » رواه مسلم - فمدَّ إباحة المسـألة إلى وجود إصابة القِوَام أو السِّدادِ . ولأنّ الحـاجة هى الفقر ، والغِنَى ضدّها ، فمن كان محتـاجاً فهو فقير ، يدخـل فى عموم النصّ ، ومن استغنى دخـل فى عموم النصوص المحرّمة . والحديث الأول فيه ضعف ، ثم يجوز أن تحرم المسألة ، ولا يحرم أخذَ الصدقة إذا جاءته من غير المسألة ، فإنّ المذكور فيه تحريم المسـألة فنقتصر عليه . وقال الحسنُ ، وأبو عُبَيـد : الغِنَى ملك أوقيةٍ ، وهى أربعون درهماً . لمـا رَوى أبو سعيد الخُدْرِىّ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ سَأَلَ وَلَهُ قِيمَةُ أُوقِيَّةٍ فَقَدْ أَلْحَفَ[2] ». وكانت الأوقية على عهد رسول الله ﷺ أربعين درهماً. رواه أبو داود .

وقال أصحـاب الرأى : الغِنَى الموجبُ للزكاة هو المـانعُ من أخذها ، وهو مِلْكُ نصاب ، تجب فيه الزكاة من الأثمان ، والعرُوض المُعدَّة للتجارة ، أو السـائمة ، أو غيرها . لقول النبى ﷺ لمُعاذٍ : «أَعْلِمْهُمْ أنَّ عَلَيهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدّ فِي فقَرَائِهِمْ » فجعـل الأغنياء مَنْ تجبُ عليهم الزكاة . فيدّل ذلك على أن من تجب عليه غنىّ ، ومن لاتجب عليه ليس بغنىّ ، فيـكون فقـيراً ، فتُدفع الزكاة إليـه ، لقوله : « فَتُرَدّ فى فقَرَائِهِمْ » ولأن الموجب للزكاة الغِنَى ، والأصل عدمُ الاشتراك ، ولأن من لانصاب له لاتجب عليه الزكاة ، ولا يُمنع منها . كمن يملك دون الخمسين ، ولاله مايـكفيه ، فيحصل الخلاف بيننا ، وبينه فى أمور ثلاثة :

أحدها : أن الغِنَى المانعَ من الزكاة غيرُ الموجب لهـا عندنا ، ودليل ذلك : حديث ابن مسعود ،

---

(١) الحجى : بكسر الحاء وفتح الجيم : العقل ، والاتزان .

(٢) ألحف : زاد فى المسألة وفعلماينهى الله عنه .

وهو أخصّ من حديثهم . فيجب تقديمه ، ولأن حديثهم دلّ على الغِنَى الموجبِ ، وحديثنا دلّ على الغِنَى المانع ، ولا تعارُض بينهما ، فيجب الجمع بينهما .

وقولهم : الأصلُ عدم الاشتراك ، قلنا : قد قام دليله بما ذكرناه ، فيجب الأخذُ به .

(الثانى) أن من له مايكفيه من مالٍ غير زَكائىّ ، أو من مكسبه ، أو أجرة عقارات ، أو غيره ، وليس له الأخذُ من الزكاة . وبهذا قال الشافعىّ ، وإسحق ، وأبوعُبَيدة ، وابن المنذر . وقال أبو يوسف: إن دفع الزكاةَ إليه فهو قبيح ، وأرجو أن يُجزئه . وقال أبو حنيفة ، وسائر أصحابه : يجوز دفع الزكاة إليه ، لأنه ليس بغَنِيّ لما ذكروه فى حُجَّتِهم .

ولنا : مارَوى الإمامُ أحمدُ ، حدثنا يحيى بن سعيد ، عن هشام بن عُرْوة ، عن أبيه عن عُبَيد الله ابن عَدىّ بن الخِيَار ، عن رجلين من أصحاب النبىّ صلى الله عليه وسلم أنهما أتيا رسول الله ﷺ فسألاهُ الصَّدَقَة ، فَصَعَّدفيهما البَصَر ، فرآهُما جَلْدَيْنِ[1] ، فقال : « إنْ شِئْتُمَا أَعطَيْتُكُمَا ، وَلاَ حَظَّ فِيهاَ لِغَنِىّ وَلاَ لِقَوِىّ مُكْتَسِبٍ » . قال أحمد : ماأجوده من حديث . وقال : هو أحسنها إسناداً . وروى عمرو بن شُعَيْب ، عن أبيه ، عن جَدِّه : أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « لاتَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِىّ ، وَلاَ لِذِى مِرَّةٍ سَوِىّ » رواه أبو داود والترمذىّ وقال : حديث حسن صحيح ، إلا أن أحمد قال : لاأعلم فيه شيئاً يصحّ . قيل : فحديث سالم بن أبى الجَعْد ، عن أبى هريرة ؟ قال : سالم لم يَسْمَع من أبى هريرة . ولأن له مايُغنيه عن الزكاة ، فلم يجز الدفعُ إليه ، كمالك النصاب .

(الثالث) أن من ملك نصاباً زَكائِيًّا لاتتمّ به الكفاية من غير الأثمان . فله الأخذ من الزكاة . قال الميمونىّ : ذاكرت أبا عبد الله فقلت : قد يكون للرجل الإبلُ ، والغنمُ تجب فيها الزكاة ، وهو فقير ، ويكون له أربعون شاةً ، وتكون له الضيعة لاتكفيه ، فيعطَى من الصدقة ؟ قال : نعم . وذكر قول عمر « أَعْطُوهُمْ وَإِنْ رَاحَتْ عَلَيْهِمْ مِنَ الإبلِ كَذَا وَكَذَا » قلت : فهذا قدر من العدد ، أو الوقت ؟ قال : لم أسمعه . وقال فى رواية محمد بن الحَكم : إذا كان له عَقار يشغله ، أو ضيعة تُساوى عَشرَة آلاف ، أو أقلّ ، أو أكثر ، لاتُقيمهُ ، يأخذ من الزكاة ، وهذا قول الشافعىّ . وقال أصحاب الرأى : ليس له أن يأخذ منها ، إذا ملك نصاباً زكَوِيًّا لأنَّه تجب عليه الزكاة ، فلم تجب له ، للخبر .

ولنا : أنه لايملك مايُغنيه ، ولا يقدر على كسب مايكفيه ، فجاز له الأخذُ من الزكاة ، كما لو كان مايملك لاتجبُ فيه الزكاة ، ولأن الفقر عبارة عن الحاجة ، قال الله تعالى : (٣٥ : ١٥ يَاأَيُّهَا النَّاسُ أَنْتُمُ الفُقَرَاءُ إِلَى اللهِ) أى المُحْتَاجُونَ إِلَيْهِ . وقال الشاعر :

---

(١) جلدين : قويين يقدران على العمل والكسب .

فَيَارَبِّ إِنِّى مُؤْمِنٌ بِكَ عَابِدٌ * مُقِرٌّ بِزَلاَّتِى ، إِلَيْكَ فَقِيرُ

وقال آخر :

* إِنِّى إِلَى مَعْرُوفِهَا لَفَقِيرُ *

وهذا محتاج ، فيكون فقيراً غيرَ غنىّ ، ولأنه لو كان مايملكه لازكاة فيه لكان فقيراً . ولا فرق فى دفع الحاجة بين المالين ، وقد سَمّى الله تعالى الذين لهم سفينةٌ فى البحر مَساكِينَ ، فقال تعالى : (١٨: ٨٠ أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِى الْبَحْرِ) . وقد بيَّنا بما ذكرناه من قبلُ أن الغِنَى يختلف مُسَمَّاه ، فيقع على مايوجب الزكاة ، وعلى مايمنع منها . فلا يلزم من وجود أحدهما وجودُ الآخر ، ولا من عدمه عدمُه ، فمن قال : إن الغِنَى هو الكفاية سوّى بين الأثمان ، وغيرها ، وجوّز الأخذ لكلّ من لا كفاية له . وإن ملك نُصُباً من جميع الأموال ، ومن قال بالرواية الأخرى : فرّق بين الأثمان ، وغيرها ، لخبر ابن مسعود . ولأنَّ الأثمانَ آلة الإنفاق المُعَدَّة له ، دون غيرها . فجوّز الأخذَ لمن لا يملك خمسين درهماً ، أو قيمتها من الذهب ، ولا تحصُلُ به الكفاية من مَكْسَب ، أو أجرة ، أو عَقار ، أو غيره ، أو نماء سائمة ، أو غيرها ، وإن كان له مالٌ مُعَدّ للإنفاق من غير الأثمان ، فينبغى أن تعتبر الكفاية فى حولٍ كاملٍ . لأن الحول يتكرّر وجوبُ الزكاة بتكرّره . فيأخذ منها كلّ حول ما يكفيه إلى مثله ، ويعتبر وجود الكفاية له ، ولعائلته ، ومَنْ يَمُونه ، لأن كلّ واحد منهم مقصودٌ دفعُ حاجته ، فيُعتبر له مايُعتبر للمنفرد ، وإن كان له خمسون درهماً جاز أن يأخذ لعائلته ، حتى يصير لكلّ واحد منهم خمسون قال أحمد فى رواية أبى داود ، فيمن يُعْطى الزكاةَ وله عِيَالٌ : يُعْطَى كلُّ واحدٍ من عياله خمسين خمسين وهذا لأنَّ الدفع إنّمَا هو إلى العيال ، وهذا نائب عنهم فى الأخذ .

فصــــل

وإن كان للمرأة الفقيرة زوج مُوسر يُنفق عليها ، لم يجز دفعُ الزكاة إِلَيْهَا ، لأنّ الكفاية حاصلةٌ لها بما يصلها من نفقتها الواجبة . فأشبهت من له عَقار يستغنى بأجرته ، وإن لم ينفق عليها ، وتعذّر ذلك جاز الدفع إليها ، كما لو تعطّلَتْ منفعةُ الْعَقارِ وقد نصّ أحمد على هذا .

« مسألة » قال ﴿ ولا يُعْطَى إلا فى الثمانية الأصناف ، التى سَمّى الله تعالى ﴾ .

يعنى قول الله تعالى (٩ : ٦١ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى الرِّقَابِ ، وَالْغَارِمِينَ ، وَفِى سَبِيلِ اللهِ ، وَابْنِ السَّبِيلِ) ، وقد ذكرهم الخرقىّ فى موضع آخر ، فنؤخِّرُ شرحهم إليه .

وقد روى زياد بن الحارث الصُّدائى . قال : « أتيتُ النبىّ ﷺ فبايعتُه . قال : فأتاهُ رَجُلٌ فقَالَ :

أَعْطِنِي مِنَ الصَّدَقَةِ ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم : إِنَّ اللهَ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِ نَبِيٍّ وَلاَ غَيْرِهِ فِي الصَّدَقَاتِ حَتَّى حَكَمَ فِيهَا ، فَجَزَّأَهَا ثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، فَإِنْ كُنْتَ مِنْ تِلْكَ الأَجْزَاءِ أَعْطَيْتُكَ حَقَّكَ » رواه أبو داود . وأحكامُهم كلّها باقية . وبهذا قال الحسن ، والزهريّ ، وأبو جعفر محمد بن عليّ . وقال الشعبيّ ، ومالك ، والشافعيّ وأصحاب الرأى : انقطع سَهْمُ المؤلّفة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد أعزّ الله تعالى الإسلام ، وأغناه عن أن يتألّف عليه رجال ، فلا يُعْطَى مشرك تألفاً بحال ، قالوا : وقد رُوى هذا عن عمر .

ولنا : كتاب الله ، وسُنّة رسوله ، فإن الله تعالى سَمّى المُؤلّفة فى الأصناف الذين سَمّى الصَّدَقَةَ لهم ، والنبيّ ﷺ قال : « إِنَّ اللهَ تَعَالَى حَكَمَ فِيهَا فَجَزَّأَهَا ثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ » وكان يُعْطِي المؤلّفة كثيراً ، فى أخبار مشهورة ، ولم يزل كذلك حتى مات ، ولا يجوز ترك كتاب الله ، وسنّة رسوله ، إلا بنسخ ، والنسخ لا يثبتُ بالاحتمال . ثم إن النسخ إنما يكون فى حياة النبيّ صلى الله عليه وسلم ، لأن النسخ إنما يكون بنصّ ، ولا يكون النصّ بعد موت النبى ﷺ ، وانقراض زمن الوحى ، ثم إن القرآن لا يُنْسخ إلا بقرآن . وليس فى القرآن نسخ كذلك ولا فى السنّة . فكيف يُترك الكتاب والسنّة بمجرّد الآراء ، والتحكمّ ، أو بقول صحابىّ ، أو غيره ؟ على أنهم لا يرون قول الصحابىّ حُجّة يترك بها قياس ، فكيف يتركون به الكتاب والسنّة ؟ قال الزهرىّ : لا أعلم شيئاً نَسخَ حُكم المؤلّفة ، على أن ما ذكروه من المعنى لا خلاف بينه ، وبين الكتاب والسنّة ، فإن الغِنَى عنهم لا يوجب رَفْعَ حكمهم وإنما يمنع عَطِيَّتَهم حال الغِنَى عنهم . فمتى دعت الحالة إلى إعطائهم أعْطُوا ، فكذلك جميع الأصناف إذا عُدِم منهم صنف فى بعض الزمان ، سقط حكمه فى ذلك الزمن خاصّة ، فإذا وُجدَ عاد حكمه ، كذا ههنا(١) .

فصـــل

ولا يجوز صرف الزكاة إلى غير من ذكر الله تعالى ، من بناء المساجد ، والقناطر ، والسقايات ، وإصلاح الطرقات ، وسدّ البثوق ، وتكفين الموتى ، والتوسعة على الأضياف ، وأشباه ذلك من القُرَب التى لم يذكرها الله تعالى . وقال أنس ، والحسن : « مَا أَعْطَيْتَ فِي الْجُسُورِ وَالطُّرُقِ فَهِيَ صَدَقَةٌ مَاضِيَةٌ »

(١) كلام ابن قدامة هو عين الصواب ، لأن عزة الإسلام التى تكلموا عنها فى زمانهم ، قد جاء بعدها أزمنة كان الإسلام فى أشد الحاجة إلى المؤلفة قلوبهم فيها ، وهذا يختلف باختلاف الأقطار وباختلاف آراء الأئمة ، فنى بعض الأقطار يكون المسلمون فيه قلة ، فهؤلاء يحتاجون إلى تألف قلوب الكفار ليسالموهم أو يسلموا معهم ، وفى زماننا هذا اجتمع الكفار فى كل بقاع الأرض ضد المسلمين ، فنحن فى أشد الحاجة إلى المؤلفة قلوبهم ليتكلموا عنا كلمة طيبة ، أو يعطوا رأياً موافقاً لمصلحتنا فى مجلس الأمن ، أو فى الجمعية العمومية للدول ، وهكذا كل ما يرفع شأن الإسلام من كافر لا بأس بإعطائه لنتألف قلبه .

والأوّل أصحّ . لقوله سبحانه وتعالى : (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ) ، « وإنّما » للحصر ، والإثبات ، تثبت المذكور ، وتنفى ماعداه والخبر المذكور قال أبو داود : سمعتُ أحمد وسُئِلَ : يكفَّن الميّت من الزكاة ؟ قال : لا ، ولا يُقْضَى من الزكاة دينُ المَيّت ، وإنما لم يجز دفعها فى قضاء دين الميّت . لأنّ الغارم هو الميّت ، ولايمكن الدفع إليه ، وإن دفعها إلى غريمه صار الدفع إلى الغريم لا إلى الغارم . وقال أيضاً : يقضى من الزكاة دين الحىّ ، ولا يقضى منها دين الميّت . لأن الميّت لايكون غارماً . قيل : فإنّما يُعطى أهلُه . قال : إن كانت على أهله فنعَمْ .

فصـــل

وإذا أعطى من يَظُنّه فقيراً فبان غنيًّا . فعن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : يُجزئه ، اختارها أبو بكر . وهذا قول الحسن ، وأبى عُبَيد ، وأبىحنيفة . لأن النبى ﷺ أعطى الرجلين الجَلْدَيْنِ وقال : « إِنْ شِئْتُمَا أَعْطَيْتُكُمَا مِنْهَا وَلاَحَظَّ فِيهَا لِغَنِيّ ، وَلاَ لِقَوِىّ مُكْتَسِبٍ » وقال للرجل الذى سأله الصدقة : « إِنْ كُنْتَ مِنْ تِلْكَ الْأَجْزَاءِ أَعْطَيْتُكَ حَقَّكَ » ، ولو اعتبر حقيقة الغنى لما اكتفى بقولهم . وروى أبو هريرة عن رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم قال : « قَالَ رَجُلٌ لأَتَصَدَّقَنَّ بِصَدَقَةٍ ، فَخَرَجَ بِصَدَقَتِهِ ، فَوَضَعَهَا فِى يَدِ غَنِىّ ، فَأَصْبَحُوا يَتَحَدَّثُونَ : تُصُدِّقَ عَلَى غَنِىّ ، فأتى ، فقيل له : أَمَّا صَدَقَتُكَ فَقَدْ قُبِلَتْ ، لَعَلَّ الْغَنِىّ أَنْ يَعْتَبِرَ فَيُنْفِقَ مِمَّا أَعْطَاهُ اللهُ » متفق عليه .

والرواية الثانية : لايُجزئه . لأنّه دفع الواجب إلى غير مُستحقّه . فلم يخرج من عُهدته ، كما لو دفعها إلى كافر ، أو ذى قَرابة ، كديُون الآدميّين . وهذا قول الثورىّ ، والحسن بن صالح ، وأبى يوسف ، وابن المنذر . وللشافعىّ قولان كالروايتين .

فأمّا إن بان الآخذُ عبداً ، أو كافراً ، أو هاشميًّا ، أو قرابةً للمُعطى ممّن لايجوز الدفع إليه ، لم يُجزه روايةً واحدةً . لأنه ليس بمستحقّ ، ولا تخفى حاله غالباً ، فلم يجزه الدفع إليه ، كديون الآدميّين . وفارق من بان غنيًّا بان الفقر والغنى ممّا يعسر الاطلاع عليه ، والمعرفة بحقيقته ، قال الله تعالى : (٢ : ٢٧٣ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ)) ، فاكتفى بظهور الفقر ، ودعواه بخلاف غيره .

« مسألة » قال : ﴿ إلاّ أن يتولّى الرجل إخراجها بنفسه ، فيسقط العامل ﴾ .

وجملته : أن الرجل إذا تولّى إخراج زكاته بنفسه ، سقط حقّ العامل منها . لأنّه إنّما يأخذ أجراً لعمله ، فإذا لم يعمل فيها شيئاً ، فلا حقّ له ، فيسقط . وتبقى سبعة أصناف ، إن وجد جميعهم أعطاهم وإن وُجد بعضُهم اكتفى بعطيته ، وإن أعطى البعض مع إمكان عطية الجميع جاز أيضاً .

« مسألة » قال ﴿ وإن أعطاها كلّها فى صنف واحد أجزأه ، إذا لم يخرجه إلى الغنىّ ﴾ .

وجملته : أنّه يجوز أن يقتصر على صنف واحد من الأصناف الثمانية . ويجوز أن يعطيها شخصاً واحداً وهو قول عمر ، وحُذَيفة ، وابن عبّاس . وبه قال سعيد بن جُبَير ، والحسن ، والنخعيّ ، وعطاء ، وإليه ذهب الثوريّ ، وأبو عُبَيد ، وأصحاب الرأى .

ورُوى عن النخعيّ أنه قال : إن كان المالُ كثيراً يحتمل الأصناف قسّمه عليهم . وإن كان قليلا جاز وضعه فى صنف واحد . وقال مالك : يتحرّى موضع الحاجة منهم ، ويقدم الأولى فالأولى . وقال عكرمة ، والشافعيّ : يجب أن يَقْسِمَ زكاة كلّ صنف من ماله على الموجود من الأصناف الستّة الذين سُهْمَانُهُمْ ثابتة ، قسمةً على السواء ، ثم حِصّة كلّ صنف منهم لاتصْرَفُ إلى أقلّ من ثلاثةٍ منهم ، وإن وُجد منهم ثلاثة ، أو أكثر . فإن لم يجد إلا واحداً صَرَفَ حِصَّة ذلك الصنف إليه .

ورَوى الأثرمُ عن أحمد كذلك . وهو اختيار أبى بكر ، لأنّ الله تعالى جعل الصدقة لجميعهم وشرّك بينهم فيها . فلا يجوز الاقتصار على بعضهم ، كأهل الخُمس .

ولنا : قول النبيﷺ لمعاذٍ : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدّ فِي فُقَرَائِهِمْ » فأخبر أنه مأمور بردّ جملتها فى الفقراء ، وهم صنف واحد ، ولم يذكر سواهم ، ثم أتاه بعد ذلك مالٌ : « فَجَعَلَهُ فِي صِنْفٍ ثَانٍ سِوَى الْفُقَرَاءِ ، وَهُمُ الْمُؤَلَّفَةُ : الْأَقْرَعُ بْنُ حَابِسٍ ، وَعُيَيْنَةُ بْنُ حِصْنٍ ، وَعَلْقَمَةُ ابنُ عُلَاثَةَ ، وَزَيْدُ الْخَيْلِ ، قسّم فيهم الذهبيَّة التى بعث بها إليه علىّ من اليمن ، وإنّما يؤخذ من أهل اليمن الصَّدَقَةُ ، ثم أتاه مال آخرُ : « فَجَعَلَهُ فى صِنْفٍ آخَرَ » لقوله لقَبِيصةَ بنِ المُخارق حين تحمَّل حَمالة ، فأتى النبيَّﷺ يسأله فقال : «أَقِمْ يَاقَبِيصَةُ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا» . وفى حديث سلمة بن صخر البياضىّ : « أَنَّهُ أَمَرَ لَهُ بِصَدَقَةِ قَوْمِهِ » ، ولو وجب صرفها إلى جميع الأصناف ، لم يَجُز دفعها إلى واحد ، ولأنها لايجب صرفها إلى جميع الأصناف ، إذا أخذها الساعى ، فلم يجب دفعها إليهم إذا فرّقها المالك ، كما لو لم يجد إلا صنفاً واحداً . ولأنّه لايجب عليه تعميم أهل كلّ صنف بها ، فجاز الاقتصار على واحد ، كما لو وصّى لجماعةٍ لايمكن حصرهم . ويخرجُ على هذين المعنيين الخُمس . فإنه يجب على الإمام تفريقه على جميع مستحقّيه ، واستيعاب جميعهم به ، بخلاف الزكاة . والآية أريد بها بيانُ الأصناف الذين يجوز الدفع إليهم ، دون غيرهم .

إذا ثبت هذا : فإن المستحبّ صرفها إلى جميع الأصناف ، أو إلى من أمكن منهم ، لأنه يخرج بذلك عن الخلاف ، ويحصلُ الإجزاء يقيناً ، فكان أولى .

فصـــل

قول الخِرَقىّ : « إذا لم يخرجه إلى الغنىّ » يعنى به الغِنى المانع من أخـذ الزكاة ، وقد ذكرناه . وظـاهر قول الخِرَقىّ ، أنه لايدفع إليـه مايحصُل به الغِنَى . والمذهب : أنه يجوز أن يدفع إليه مايُغنيه من غير زيادة . نصّ عليه أحمد فى مواضع . وذكره أصحابه ، فتعيّن حملُ كلام الخِرَقىّ على أنّه لايدفع إليه زيادةً على مايحصُل به الغِنَى . وهذا قول الثورىّ ، ومالك ، والشـافعىّ ، وأبى ثور . وقال أصحاب الرأى : يُعطى ألفـاً وأكثر ، إذا كان محتاجاً إليها ، ويـكره أن يزاد على المائتين .

ولنا : أنّ الغِنَى لو كان سابقاً منع ، فيمنع إذا قارن ، كالجمع بين الأختين فى النـكاح .

فصـــل

وكُلُّ صنف من الأصناف يُدفع إليه ماتندفع به حاجتُه ، من غير زيادة . فالغـارم ، والمـكاتب ، يُعطَى كلّ واحد منهما مايقضى به دينه ، وإن كثُر ، وابن السبيل : يعطى مايُبلّغه إلى بلده . والغازى : يُعطَى مايـكفيه لغزوه ، والعامـل : يعطى بقـدر أجره . قال أبو داود : سمعتُ أحمـد قيـل له : يَحْمِلُ فى السَّبِيل بألفٍ من الزكاة ؟ قال : ما أعْطَى فهو جائز . ولايُعْطَى أحد من هؤلاء زيادةً على ماتندفع به به الحاجة . لأن الدفع لها فلا يزاد على ماتقتضيه .

فصـــل

وأربعة أصناف يأخذون أخذاً مُستقرًّا ، ولا يراعى حالهم بعد الدفع ، وهم : الفقراء ، والمساكين ، والعاملون ، والمؤلّفة . فمتى أخذوها ملـكوها ملـكاً دائماً ، مستقرًّا ، لايجب عليهم ردّها بحال ، وأربعة منهم وهم : الغارمون ، وفى الرّقاب ، وفى سبيـل الله ، وابن السبيل . فإنّهم يأخذون أخـذاً مراعًى . فإن صرفوه فى الجهة التى استحقّوا الأخذ لأجلها ، وإلاّ استُرجع منهم .

والفرق بين هذه الأصنافِ والتى قبلها : أن هؤلاء أخذوا لِمعْنًى لم يحصُل بأخذهم للزكاة ، والأولون حَصَلَ المقصودُ بأخذهم ، وهو غِنَى الفُقراء ، والمساكين ، وتأليف المؤلَّفين ، وأداء أجر العاملين ، وإن قضى هؤلاء حاجتهم بها ، وفضل معهم فضل ، ردّوا الفضلَ ، إلاَّ الغازى . فإن ما فضل له بعـد غزوه ، فهو له ، ذكره الخِرَقِىّ فى غير هذا الموضع . وظاهر قوله فى المـكاتَب أنه لا يردّ ما فضـل فى يده . لأنه قال : وإذا عجز المـكاتَب ورُدّ فى الرقّ ، وكان قد تُصُدِّقَ عليـه بشىء فهو لسيّده ، ونصّ عليه أحمـد أيضـاً فى رواية المروزىّ ، والـكَوْسَج . ونقل عنه حنبل : إذا عجز يَرُدّ مافى يديه فى المـكاتبين . وقال أبو بـكر عبد العزيز : إن كان باقياً بعَيْنه استُرجع منه ، لأنه إنّما دُفع إليـه ليَعْتِقَ به ، ولم يقع . وقال

القاضى : كلامُ الخِرَقِىّ محمول على أن الذى بقى فى يده لم يكن عَيْنَ الزكاة ، وإنما تصرّف فيها ، وحصل عِوَضها وفائدتها ، ولو تلف المال الذى فى يد هؤلاء بغير تفريط ، لم يُرجع عليهم بشىء .

« مسألة » قال ﴿ ولا يجوز نقل الصدقة من بلدها إلى بلد تُقْصَرُ فى مثله الصلاة ﴾ .

المذهب : على أنه لا يجوز نقل الصدقة من بلدها إلى مسافة القصر . قال أبو داود : سمعتُ أحمد سُئل عن الزكاة : يُبْعَثُ بها من بلد إلى بلد ؟ قال : لا . قيل : وإن كان قرابته بها ؟ قال : لا . واستحبّ أكثر أهل العلم أن لا تُنْقَلَ من بلدها . وقال سعيد : حدثنا سُفيان عن مَعْمَر ، عن ابن طاوس ، عن أبيه ، قال : فى كتاب مُعاذ بن جَبَل : « مَنْ أَخْرَجَ مِنْ مِخْلاَفٍ إِلَى مِخْلاَفٍ ، فَإِنَّ صَدَقَتَهُ وَعُشْرَهُ تردّ إلى مِخْلاَفِهِ[1] » . ورُوى عن عمر بن عبد العزيز « أنه رَدَّ زكاةً أُتِيَ بها من خُرَاسَانَ إلى الشَّامِ إِلَى خُرَاسَانَ » ورُوى عن الحسن ، والنخعىّ أنهما كرها نقل الزكاة من بلد إلى بلد ، إلاّ لِذِى قَرَابَةٍ . وكان أبو العالية يَبْعَثُ بزكاته إلى المدينة .

ولنا : قول النبىّ ﷺ لمعاذ : « أَخْبِرْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فتَرَدّ فى فُقَرَائِهِمْ » وهذا يختصّ بفقراء بَلَدِهِم ، ولما بعث مُعاذٌ الصدقة من اليمن إلى عمر أنكر عليه ذلك عُمَر ، وقال : « لَمْ أَبْعَثْكَ جَابِياً ، وَلاَ آخِذَ جِزْيَةٍ ، وَلَكِنْ بَعَثْتُكَ لِتَأْخُذَ مِنْ أَغْنِيَاءِ النَّاسِ فَتَرُدَّ فِى فُقَرَائِهِمْ . فقال مُعاذ : أنا مَا بَعَثْتُ إِلَيْكَ بِشَىْءٍ وَأَنَا أَجِدُ أَحَدًا يَأْخُذُهُ مِنِّى » رواه أبو عُبَيْد فى الأموال . ورُوى أيضاً عن إبراهيم بن عطاء ، مولى عمران بن حُصَيْن « أنّ زياداً ، أو بعض الأمراء بعث عِمْرَانَ على الصَّدَقَةِ ، فلمّا رجع قال : أينَ المالُ ؟ قال : أَلِلْمَالِ بَعَثْتَنِى ؟ أَخَذْنَاهَا مِنْ حَيْثُ كُنَّا نَأْخُذُهَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، وَوَضَعْنَاهَا حيثُ كُنَّا نَضَعُهَا على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم » . وَلأَنَّ المقصود إغناء الفقراء بها . فإذا أبحنا نقلها أفضى إلى بقاء فقراء ذلك البلد مُحتاجين .

فصـــل

فإن خالف ونقلها أجزأته فى قول أكثر أهل العلم . قال القاضى : وظاهر كلام أحمد يقتضى ذلك ، ولم أجد عنه نصًّا فى هذه المسألة . وذكر أبو الخطّاب فيها روايتين :

إحداهما : يُجزيه ، واختارها . لأنه دفع الحقّ إلى مستحقّه ، فبرىء منه كالدَّيْنِ ، وكما لو فرّقها فى بلدها .

والأخرى : لا تجزئه ، اختارها ابن حامد . لأنه دفع الزكاة إلى غير من أمر بدفعها إليه ، أشبه ما لو دفعها إلى غير الأصناف .

---

(١) المخلاف : الجهة ، كالمدينة ، أو الناحية ، كالمحافظة أو المديرية أو نحوها .

فصـــــل

فإن استغنى عنها ، فقراء أهلِ بلدها جاز نقلُها . نصّ عليه أحمد ، فقال : قد تُحمل الصدقة إلى الإمام إذا لم يكن فقراء ، أو كان فيها فضلٌ عن حاجتهم . وقال أيضاً : لاتَخْرُجُ صَدَقَةُ قوم عنهم ، من بلد إلى بلد ، إلاّ أن يكون فيها فضلٌ عنهم ، لأن الذى كان يجىء إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم وأبى بكر . وعمر من الصدقة إنّمـا كان عن فَضْلٍ عنهم ، يُعْطَوْنَ ما يـكفيهم ، ويُخْرَجُ الفضلُ عنهم . وروى أبو عُبَيد فى كتاب الأموال بإسناده عن عمرو بن شُعَيب : أن مُعاذَ بن جَبَلٍ لم يزل بالْجَنـد ، إذ بعثه رسـول الله صلى الله عليـه وسلم ، حتى مات النبىّ ﷺ ، ثم قدم على عمر ، فردّه على ما كان عليه ، فبعث إليه مُعاذٌ بثُلُث صَدَقةِ الناس ، فأنـكر ذلك عمر ، وقال : « لَمْ أَبْعَثْكَ جَابِياً وَلاَ آخِذَ جِزْيَةٍ ، لـكن بعثتُك لتأخذ من أغنياء الناس ، فَتَرُدّ على فقرائهم ، فقال مُعاذ : مابعثت إليكَ بشىء ، وأنا أجد أحداً يأخذه منّى . فلما كان العامُ الثانى بعثَ إليـه بشَطْر الصَّدَقةِ ، فتراجعا بمثل ذلك . فلمَّا كان العامُ الثالث بعث إليه بها كُلِّها ، فراجعه عمرُ بمثل ماراجعه ، فقال مُعاذ : ماوجدتُ أَحَداً يأخـذُ منِّى شَيْئاً » وكذلك إذا كان ببادية ولم يجد من يدفعُها إليه ، فرّقها على فقراء أقرب البلاد إليه .

فصـــــل

قال أحمـد فى رواية محمـد بن الحَكَم : إذا كان الرجل فى بلدٍ ، ومالُه فى بلد ، فأحبّ إلىّ أن تؤدَّى حيث كان المال ، فإن كان بعضه حيث هو ، وبعضه فى مصرٍ يُؤدِّى زكاةَ كلّ مالٍ حيثُ هو . فإن كان غائباً عن مصره ، وأهله ، والمالُ معه ، فأسهل أن يُعطِيَ بعضَه فى هذا البلد وبعضه فى البلد الآخر ، فأمَّا إذا كان المال فى البلد الذى هو فيه حتى يمكُثَ فيه حولاً تامًّا ، فلا يبعثُ بزكاته إلى بلدٍ آخرَ . فإن كان المالُ تجارةً يُسافِر به ، فقال القاضى : يُفَرِّق زكاته حيث حال حولهُ ، فى أى موضع كان . ومفهوم كلام أحمد فى اعتباره الحول التامّ : أنه يُسهِّل فى أن يُفَرِّقها فى ذلك البلد ، وغيره من البُلدان التى أقام بها فى ذلك الحول وقال فى الرجل يغيب عن أهله ، فتجب عليه الزكاة : يُزَكّيه فى الموضع الذى كَثُرَ مُقامُه فيه .

فأمّا زكاة الفطر ، فإنّه يفرّقها فى البـلد الذى وجبت عليه فيه ، سواء كان ماله فيه ، أو لم يـكن . لأنه سبب وجوب الزكاة ، ففرّقت فى البلد الذى سببها فيه .

فصـــــل

والمستحبّ تفرقـة الصـدقة فى بلدها ، ثم الأقرب ، فالأقرب من القُرَى ، والبُلدانِ ، قال أحمـد فى رواية صالح : لا بأس أن يُعْطِيَ زكاتَه فى القُرَى التى حوله ، مالم تُقْصَرِ الصَّـلاَةُ فى أثنائهـا .

ويبدأ بالأقرب ، فالأقرب . وإن نقلها إلى البعيد لتحرّى قرابةٍ ، أو من كان أشدّ حاجةً ، فلا بأس مالم يجاوز مسافة القصر .

فصـــــل

وإذا أخـذ الساعى الصـدقة فاحتاج إلى بيعها لمصلحة ، من كُلْفةٍ فى نقْلها ، أو مرضها أو نحوهما ، فله ذلك . لما روَى قيسُ بن أبى حازم « أنّ النبىَّ ﷺ رَأى فى إبلِ الصَّدَقَةِ نَاقَةً كَوْمَاءَ[1] ، فَسَأَلَ عَنْها ؟ فَقَالَ الْمُصَدِّقُ : إِنِّى ارْتَجَعْتُها بِإِبِلٍ فَسَـكَتَ » رواه أبو عُبَيد فى الأموال ، وقال : الرَّجْعَـةُ أَنْ يَبِيعَهَا ، وَيَشْتَرِى بِثَمَنِها مِثْلَها ، أَوْ غَيْرَها ، فإن لم يـكن حاجة إلى بيعها . فقال القاضى : لا يجوز ، والبيْع باطل . وعليه الضمان ، ويحتمل الجواز لحديث قيس ، فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم سَـكتَ حين أخبره المصدّق بارتجاعها ، ولم يَسْتَفْصِل .

« مسألة » قال ﴿ وإن باع ماشيـةً قبـل الحول بمثلهـا ، زكَّاها ، إذا تمّ حـولٌ من وقت ملـكه الأوّل ﴾ .

وجملتـه : أنه إذا باع نصاباً للزكاة ممّا يُعتبر فيـه الحولُ بجنْسه ، كالإبل بالإبل ، أو البقر بالبقر ، أو الغنم ، بالغنم ، أو الذهب بالذهب ، أو الفضّة بالفضة ، لم ينقطع الحول ، وبنى الحول الثانى على حول الأول ، وبهـذا قال مالك . وقال الشافعىّ : لا ينبنى حولُ نصـاب على حول غـيره بحـال ، لقوله : « لَازَكَاةَ فِى مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْـهِ الْحَوْلُ » . ولأنّه أصلٌ بنفسه ، فلم يَنْبَنِ على حول غـيره ، كما لو اختلف الجنسان . ووافقنا أبو حنيفـة فى الأثمان ، ووافق الشافعىّ فيما سواها . لأن الزكاة إنّمـا وجبت فى الأثمان لـكونها ثمناً . وهذا المعنى يشملُها بخلاف غيرها .

ولنـا : أنه نصابٌ يُضَمّ إليـه نماؤه فى الحول ، فبنى حول بدله من جنسه على حوله ، كالعروض ـ والحديث مخصوص بالنّماء ، والربح ، والعُروض ، فنقيس عليـه محلّ النزاع ، والجنسان لايُضَمّ أحـدهما إلى الآخر ، مع وجودهما . فأولى أن لايبنى حول أحدهما على الآخر .

فصـــــل

قال أحمد بن سعيد : سألتُ أحمـد عن الرجل يـكون عنده غَنَمٌ سائمة ، فيبيعها بضِعْفِها من الغَنَم : أيزكّيها كلّها . أم يُعطى زكاة الأصل ؟ قال : بل يُزَكّيها كلّها على حديث عمر فى السَّخْلة ، يَرُوح بهـا الراعى ، لأنّ نماءها معها . قلت : فإن كانت للتجارة ؟ قال : يُزَكّيها كلَّها على حـديث حِمَاس ، فأمّا إن

---

(١) كوماء : سمينة .

باع النصاب بدون النصاب ، انقطع الحولُ ، وإن كان عنده مائتان فباعهما بمائةٍ فعليه زكاة مائةٍ وحدها .

« مسألة » قال : ﴿ وكذلك إن أبدل عشرين ديناراً بمائتى درهم ، أو مائتى درهم بعشرين ديناراً ، لم تبطُل الزكاة بانتقالها ﴾ .

وجملة ذلك : أنه متى أبدل نصاباً من غير جنسه انقطع حولُ الزكاة ، و استأنف حولاً ، إلاّ الذهب بالفضة ، أو عُروض التجارة ، لكون الذهب ، والفضة كالمال الواحد ، إذ هما أُرُوش الجنايات ، وقيم المُتْلَفات . ويضم أحدهما إلى الآخر فى الزكاة ، وكذلك إذا اشترى عَرْضاً للتجارة بنصابٍ من الأثمان ، أو باع عَرْضاً بنصاب ، لم ينقطع الحول . لأن الزكاة تجب فى قيمة العروض ، لا فى نفسها ، والقيمة هى الأثمان . فكانا جنساً واحداً . وإذا قلنا : إن الذهب والفضة لا يُضَمّ أحدهما إلى صاحبه لم يُبْن حولُ أحدهما على حول الآخر . لأنهما مالان لا يُضَمّ أحدُهما إلى الآخر ، فلم يُبْنَ حولُه على حوله ، كالجنسين من الماشية ، وأما عُروض التجارة ، فإنّ حولها يُبْنَى على حول الأثمان ، بكلّ حال .

« مسألة » قال ﴿ ومن كانت عنده ماشية ، فباعها قبل الحول بدراهمَ فراراً من الزكاة لم تسقُط الزكاةُ عنه ﴾ .

قد ذكرنا أن إبدال النصاب بغير جنسه يقطع الحول ، ويستأنف حولاً آخر ، فإن فعل هذا فراراً من الزكاة لم تسقُط عنه ، سواء كان المُبدَل ماشيةً ، أو غيرها من النُّصُب . وكذا لو أتلف جزءاً من النّصاب قصداً ، للتنقيص لتسقُط عنه الزكاة لم تسقُط ، وتؤخذ الزكاة منه ، فى آخر الحول ، إذا كان إبدالُه وإتلافُه عند قُرب الوجوب ، ولو فعل ذلك فى أول الحول لم تجب الزكاة . لأن ذلك ليس بمَظِنّةٍ للفرار . وبما ذكرناه قال مالك ، والأوزاعىّ ، وابن الماجُشُون . وإسحق ، وأبو عُبَيْد . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ : تسقط عنه الزكاة . لأنه نقص قبل تمام حوله ، فلم تجب فيه الزكاة ، كما لو أتلف لحاجته .

ولنا : قول الله تعالى (٦٨ : ١٧ ـ ٢٠ إِنَّا بَلَوْنَاهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَثْنُونَ * فَطَافَ عَلَيْهَا طَائِفٌ مِنْ رَبِّكَ وَهُمْ نَائِمُونَ * فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ) فعاقبهم الله تعالى بذلك ، لفرارهم من الصدقة ، ولأنه قصد إسقاط نصيب من انعقد سبب استحقاقه . فلم يسقط ، كما لو طلّق امرأته فى مرض موته . ولأنه لمّا قصد قصداً فاسداً اقتضت الحكمةُ معاقبته ، بنقيض قصده . كمن قتل مُوَرِّثه ، لاستعجال ميراثه ، عاقبه الشرع بالحِرْمان ، وإذا أتلفه لحاجته لم يقصد قصداً فاسداً .

فصـــل

وإذا حال الحولُ أخرج الزكاة من جنس المال المبيع ، دون الموجود . لأنَّه الذى وجبت الزكاة بسببه ولولاه لم تجب فى هذا زكاة .

فصـــل

فإن لم يقصد بالبيع ، ولا بالتنقيص الفرارَ انقطع الحولُ ، واستأنف بما استبدل به حولاً ، إن كان مَحلاًّ للزكاة ، فإن وجد بالثانى عَيْباً فردّه ، أو باعه بشرط الخيار ، ثم استردّه استأنف أيضاً حولاً ، لزوال ملكه بالبيع ، قلّ الزمانُ أو كثُر . وقد ذكر الخِرَقىّ هذا فى موضع آخر . فقال : والماشية إذا بيعَتْ بالخيار ، فلم ينقض الخيار حتى رُدّت استقبل البائعُ بها حولاً ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى لأنه تجديدُ ملْك . وإن حال الحول على النصاب الذى اشتراه وجبت فيه الزكاة . فإن وجد به عَيْباً قبل إخراج زكاته ، فله الردّ ، سواء قلنا الزكاةُ تتعلّق بالعين ، أو بالذمّة . لما بيّنا من أن الزكاة لاتجب فى العين بمعنى استحقاق الفقراء جزءاً منه ، بل بمعنى تعلّق حقّ به ، كتعلّق الأَرْش بالجانى ، فيردّ النصاب ، وعليه إخراجُ زكاته من مالٍ آخرَ ، فإن أخرج الزكاة منه ، ثم أراد ردّه ؟ انبنى على المعيب إذا حدث به عيب آخر عند المشترى ، هل له رده ؟ على روايتين ، وانبنى أيضاً على تفريق الصفقة . فإن قلنا : يجوز ، جاز الردّ هاهنا ، وإلا لم يَجُز ، ومتى ردّه فعليه عِوَضُ الشاة المُخرَجة تُحْسَبُ عليه بالحِصّة من الثّمن ، والقول قوله فى قيمتها ، مع يمينه ، إذا لم تكن بَيِّنة ، لأنها تَلِفت فى يده ، فهو أعرف بقيمتها . ولأن القيمة مُدَّعاةٌ عليه ، فهو غارم . والقول فى الأصول قولُ الغارم .

وفيه وجه آخر : أن القول قولُ البائع . لأنه يَغْرَمُ الثمن فيردّه . والأول أصحّ . لأن الغارم لثمن الشاة المُدَّعاةِ هو المشترى ، فإن أخرج الزكاة من غير النصاب . فله الردّ وجهاً واحداً .

فصـــل

فإن كان البيع فاسداً لم ينقطع حولُ الزكاة فى النصاب ، وبنى على حوله الأوّل . لأن الملك ماانتقل فيه إلاّ أن يتعذّر رَدّهُ ، فيصير كالمغصوب ، على مامضى .

فصـــل

ويجوز التصرّف فى النصاب الذى وجبت الزكاة فيه بالبيع ، والهبة ، وأنواع التصرّفات . وليس للساعى فسخُ البيع . وقال أبو حنيفة : تصحّ ، إلاّ أنه إذا امتنع من أداء الزكاة نُقِضَ البيعُ فى قَدْرها . وقال الشافعىّ : فى صحّة البيع قولان : (أحدُها) لايصحّ ، لأننا إن قلنا إن الزكاة تتعلّق بالعين فقد باع مالاً يَملكه ، وإن قلنا تتعلّق بالذمّة فقدرُ الزكاة مُرْتَهَنٌ بها ، وبَيْعُ الرّهْنِ غيرُ جائز .

ولنـا : أن النبيّ ﷺ : « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَـارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَـلاَحُهَا » متفق عليـه . ومفهومه : صحّة بيعها إذا بدا صلاحُها ، وهو عامّ فيما وجبت فيه الزكاة ، وغيره ، « وَنَهَى عَنْ بَيْـعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ ، وبَيْعِ العِنَبِ حَتَّى يَسْوَدَّ » وهما مما تجب الزكاة فيه ، ولأن الزكاة وجبت فى الذمّة ، والمال خالٍ عنهـا . فصحّ بيعـه ، كما لو باع ماله ، وعليه دين آدمىّ ، أو زكاة فطر ، وإن تعلّقت بالعين فهو تعلّق لايمنع التصرّف فى جزء من النصاب ، فلم يمنع بيع جميعه ، كأَرْش الجِنَايَة .

وقولهم : باع مالاً يملـكه ، لايصحّ . فإنّ الملك لم يثبُت للفقراء فى النصاب . بدليل أن له أداء الزكاة من غيره ، ولا يتمـكَّن الفقراء من إلزامه أداء الزكاة منه ، وليس برَهْن ، فإن أحـكام الرَّهْنِ غيرُ ثابتة فيه ، فإذا تصرّف فى النصاب أخرج الزكاة من غيره ، وإلا كُلِّف إخراجها ، وإن لم يـكن له كُلِّف تحصليها ، فإن عجز بقيت الزكاة فى ذمّته ، كسائر الديون ، ولا يؤخذ من النصاب ، ويحتمل أن يفسخ البيـع فى قدر الزكاة ، تُؤخذ منه ، ويرجع البـائع عليه بقدرها ، لأنّ على الفقراء ضرراً فى إتمام البيـع ، وتفويتـاً لحقوقهم ، فوجب فسْخُـه ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسـلم : « لاَ ضَرَرَ ولاضِرَارَ » وهذا أصحّ .

« مسألة » قال ﴿ والزكاة تجب فى الذمّة بحلول الحول ، وإن تلف المال ، فرَّط أو لم يُفرّط ﴾ .

هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة :

أحـدُها : أن الزكاة تجب فى الذمّة ، وهو إحـدى الروايتين عن أحمد ، وأحـد قولى الشافعىّ . لأن إخراجها من غير النصاب جائز ، فلم تـكن واجبةً فيه ، كزكاة الفطر ، ولأنّها لو وجبت فيه لامتنع تصرّف المال فيه ، ولتمـكّن المستحقون من إلزامه أداء الزكاة من عينه ، أو ظهر شىء من أحكام ثبوته فيها ، وأسقطت الزكاة بتلف النصاب ، من غير تفريط ، كسقوط أَرْش الجناية ، بتلَف الجانى .

والثانية : أنها تجب فى العين . وهذا القول الثانى للشافعىّ : وهـذه الرواية هى الظاهرة عند بعض أصحابنا ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « فى أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ » وقوله : « فِيمَا سَقَتِ السَّماءُ العُشْرُ . وفِيمَا سُقِيَ بِدَالِيةٍ[1] أو نَضْحٍ نِصْفُ العُشْرِ » وغير ذلك من الألفاظ الواردة بحرف «فى» وهى للظرفية ، وإنما جاز الإخراج من غير النصاب رُخْصَةً .

وفائدة الخلاف : أنها إذا كانت فى الذمّة فحال على ماله حولان لم يؤدّ زكاتهما وجب عليه أداؤها لمـا مضى ، ولا تنقُص عنه الزكاة فى الحول الثانى . وكذلك إن كان أكثرَ من نصاب لم تنقُص الزكاة ،

(١) الدالية : الساقية .

وإن مضى عليه أحوالٌ ، فلو كان عنده أربعون شاةً مضى عليها ثلاثةُ أحوال ، لم يُؤدِّ زكاتها ، وجب عليه ثلاثُ شياهٍ وإن كانت مائةَ دينار. فعليه سبعةُ دنانيرَ ونصفٌ ، لأن الزكاة وجبت فى ذمّته ، فلم يؤثّر فى تنقيص النصاب ، لكن إن لم يكن له مال آخرُ يؤدّى الزكاة منه احتمل أن تسقط الزكاة فى قدرها . لأن الدَّيْن يمنعُ وجوبَ الزكاة .

وقال ابن عقيل : لاتسقط الزكاة بهذا بحال . لأن الشيء لايُسْقِطُ نفسَه ، وقد يُسقط غيره . بدليل أن تغيّر الماء بالنجاسة فى محلّها لايمنع صحَّة طهارتها ، وإزالتها به ، ويمنع إزالة نجاسةِ غيرها . والأول أولى ، لأن الزكاة الثانية غيرُ الأولى .

وإن قلنا : الزكاة تتعلّق بالعين ، وكان النصاب مما تجب الزكاة فى عينه ، فحالت عليه أحوالٌ لم تُؤدّ زكاتُها تعلّقت الزكاة فى الحول الأول من النصاب بقدرها . فإن كان نصاباً لازيادة عليه ، فلا زكاة فيه ، فيما بعد الحول الأوّل . لأن النصاب نقص فيه ، وإن كان أكثرَ من نصاب عُزل قدر فرض الحول الأول . وعليه زكاة مابقى . وهذا هو المنصوص عن أحمد فى رواية جماعةٍ . وقال فى رواية محمد بن الحكم: إذا كانت الغَنَمُ أربعينَ ، فلم يأته المُصدّق عامين ، فإذا أخذ المصدّق شاةً ، فليس عليه شيء فى الباقى ، وفيه خلاف . وقال فى رواية صالح : إذا كان عند الرجل مائتا درهم ، فلم يُزَكّها حتى حال عليها حول آخرُ يزكّيها للعام الأوّل . لأن هذه تصير مائتين غيرَ خمسةِ دراهم . وقال فى رجل له ألف درهم فلم يُزَكّها سنينَ : يُزكّى فى أوّل سَنَةٍ خمسةً وعشرين ، ثمّ فى كلّ سنة بحساب مابقى . وهذا قول مالك والشافعىّ وأبى عُبَيد ، فإن كان عنده أربعون من الغنم نُتِجَتْ سَخْلَةً فى كلّ حول ، وجب عليه فى كلّ سنةٍ شاةٌ . لأن النصاب كَمُل بالسَّخْلة الحادثة ، فإن كان نتاج السخلة بعد وجوب الزكاة عليه بمدّة استُؤنف الحولُ الثانى ، من حين نُتِجَت . لأنه حينئذ كَمُلَ .

فصل

فإن ملك خمساً من الإبل ، فلم يؤدّ زكاتها أحوالاً ، فعليه فى كلّ سنة شاةٌ ، نصّ عليه فى رواية الأثرم . قال فى رواية الأثرم : المالُ غيرُ الإبل إذا أدَّى من الإبل لم ينقص ، والخمس بحالها ، وكذلك مادون خمس وعشرين من الإبل لاتَنقُص زكاتها فيما بعد الحول الأول . لأن الفرض يجب من غيرها ، فلا يمكن تعلقه بالعين . وللشافعىّ قولان : أحدهما : أن زكاتها تنقص كسائر الأموال ، فإن كان عنده خمس من الإبل فمضى عليها أحوال ، لم تجب عليه فيها إلا شاة واحدة . لأنها نقصت بوجوب الزكاة فيها فى الحول الأول عن خمس كاملة ، فلم يجب عليه فيها شيء ، كما لو ملك أربعاً وجزءاً من بعير .

ولنا : أن الواجب من غير النصاب فلم ينقص به النصاب ، كما لو أداه ، وفارق سائر الأموال ، فإن الزكاة يتعلّق وجوبها بعينه ، فينقصه ، كما لو أدّاه من النصاب . فعلى هذا لو ملك خمساً وعشرين ، فحالت

عليه أحوال . فعليه فى الحول الأول : بنت مخاض ، وعليه لكلّ حول بعده أربعُ شياه ، وإن بلغت قيمة الشاة الواجبة أكثر من خمس من الإبل . فإن قيل : فإذا لم يكن فى خمس وعشرين بنتُ مخاض فالواجب فيها من غير عينها ، فيجب أن لا تنقص زكاتها أيضاً فى الأحوال كلّها . قلنا : إذا أدّى عن خمس وعشرين أكبرَ من بنت مَخاض جاز ، فقد أمكن تعلّق الزكاة بعينها ، لإمكان الأداء منها ، بخلاف عشرين من الإبل ، فإنّه لا يُقبل منه واحدةٌ منها ، فافترقا .

فصـــل

الحكم الثانى : أن الزكاة تجب بحلول الحول ، سواء تمكّن من الأداء أولم يتمكّن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولى الشافعىّ . وقال فى الآخر : التمكّن من الأداء شرط فيُشترط للوجوب ثلاثة أشياء : الحول ، والنصاب ، والتمكّن من الأداء ، وهذا قول مالك ، حتى لو أتلف الماشية بعد الحول قبل إمكان الأداء لازكاة عليه ، إذا لم يقصد الفرار من الزكاة ، لأنها عبادة ، فيُشترط لوجوبها إمكان أدائها ، كسائر العبادات .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « لاَزَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ » فمفهومه وجوبها عليه إذا حال الحول ، ولأنه لو لم يتمكّن من الأداء حتى حال عليه حولان ، وجبت عليه زكاة الحولين . ولا يجوز وجوب فرضين فى نصاب واحد ، « فى حال واحد »[1] وقياسهم ينقلب عليهم . فإننا نقول : هذه عبادة ، فلا يشترط لوجوبها إمكان أدائها . كسائر العبادات . فإن الصوم يجب على الحائض ، والمريض العاجز عن أدائه ، والصلاة تجب على المُغْمَى عليه ، والنائم . ومن أدرك من أول الوقت جزءاً ثم جن أو حاضت المرأة . والحجّ يجب على من أيسر فى وقت لايتمكّن من الحجّ فيه ، أو منعه من المضىّ مانع ، ثم الفرق بينهما أن تلك عبادات بدنية ، يكلّف فعلها ببدنه ، فأسقطها تعذّر فعلها ، وهذه عبادة مالية يمكن ثبوت الشركة للمساكين فى ماله . والوجوب فى ذمّته مع عجزه عن الأداء ، كثبوت الدّيون فى ذمة المُفلس ، وتعلّقها بماله بجنايته .

فصـــل

الثالث : أن الزكاة لاتسقط بتلَف المال ، فرّط أو لم يُفرّط ، هذا المشهور عن أحمد . وحَكى عنه الميمونىّ أنه إن تلف النصاب قبل التمكن من الأداء سقطت الزكاة عنه ، وإن تلف بعده لم تسقُط . وحكاه ابن المنذر مذهباً لأحمد . وهو قول الشافعىّ ، والحسن بن صالح ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وبه قال مالك : إلا فى الماشية ، فإنّه قال : لاشىء فيها حتى يجىء المصدّق ، فإن هلكت قبل مجيئه

---

(١) مابين القوسين ساقط من النسخة التى علقنا عليها .

فلا شيء عليه ، وقال أبو حنيفة : تسقُط الزكاة بتلَف النصاب على كلّ حال ، إلا أن يـكون الإمامُ قد طالبه بها فمنعها . لأنه تلف قبل محلّ الاستحقاق ، فسقطت الزكاة ، كما لو تلفت الثمرة قبل الجَذَاذ . ولأنه حقّ يتعلّق بالعين فسقط بتلفها ، كأرْش الجناية في العبد الجانى ، ومن اشترط التمـكن . قال : هذه عبادة يتعلّق وجوبها بالمال ، فيسقط فرضها بتلفه قبل إمكان أدائها كالحجّ . ومن نصر الأول قال : مال وجب في الذّمة ، فـلم يسقط بتلف النصاب ، كالدين ، أو لم يشـترط في ضمانه إمكانَ الأداء ، كثمن المَبيع ، والثمرة لاتجب زكاتها في الذمّة حتى تُحْرَز . لأنها في حـكم غير المقبوض . ولهـذا لو تلفت بجائحة كانت في ضمان البائع ، على مادلّ عليه الخبر ، وإذا قلنا بوجوب الزكاة في العين فليس هو بمعنَى استحقاق جزء منه ، ولهـذا لا يمنع التصرّف فيـه ، والحجّ لايجب حتَّى يتمـكَّن من الأداء ، فإذا وجب لم يسقط بتلف المال ، بخـلاف الزكاة ، فإنَّ التمـكن ليس بشرط لوجوبهـا ، على ماقدّمناه . والصحيح إن شاء الله أن الزكاة تسقُط بتلف المال ، إذا لم يُفرّط في الأداء لأنها تجب على سبيل المُواساة ، فلا تجب على وجه يجب أداؤها مع عدم المال ، وفقر من تجب عليه ، ومعنى التفريط : أن يتمكَّن من إخراجها ، فلا يُخرجها ، وإن لم يتمكَّن من إخراجها ، فليس بمُفرّط سواء كان ذلك لعدم المستحقّ ، أو لبُعْد المـال عنه ، أو لـكون الفرض لايُوجَد في المال ، ويحتاج إلى شرائه ، فلم يجد مايشتريه ، أو كان فيطلب الشراء ، أو نحو ذلك . وإن قلنا بوجوبها بعد تلف المـال ، فأمـكن المالك أداؤها أدّاها ، وإلاَّ أُنْظِرَ بها إلى مَيْسَرته ، وتمـكُّنه من أدائهـا من غير مَضرّة عليه ، لأنه إذا لزم إنظـارُه بدَين الآدميّ المتعيّن ، فبالزكاة التي هي حقّ الله تعالى أولى .

فصـــل

ولا تسقط الزكاة بموت ربّ المـال ، وتُخرج من ماله ، وإنْ لم يُوصِ بهـا ، هذا قول عطـاء ، والحسن ، والزهريّ ، وقتادة ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحق ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وقال الأوزاعيّ والليث : تؤخذ من الثلث مُقدّمةً على الوصايا ولا يُجاوز الثلث . وقال ابن سيرين ، والشعبيّ ، والنخعيّ ، وحمّاد بن سليمان ، وداود بن أبي هِنْد ، وحُمَيْد الطويل ، والمثنَّى ، والثوريّ : لا تخرج إلا أن يـكون أوصى بهـا . وكـذلك قال أصحاب الرأى ، وجعلوها إذا أوصى بهـا وصيّة تخرُج من الثلث ، ويُزاحَم بهـا أصحابُ الوصايا ، وإذا لم يوصِ بهـا سقطت ، لأنهـا عبادة من شرطها النيّـة ، فسقطت بموت من هي عليه ، كالصوم .

ولنا : أنهـا حقّ واجب ، تصحّ الوصيّة به ، فـلم تسقط بالموت كدين الآدميّ ، ولأنهـا حقّ مالىّ واجب ، فلم يسقط بموت مَنْ هو عليه كالدّين ، ويفارق الصوم ، والصـلاة ، فإنّهما عبادتان بدنيّتان ، لا تصحّ الوصيّة بهما ، ولا النيابة فيهما اهـ .

فصـــل

وتجب الزكاة على الفور ، فلا يجوز تأخيرُ إخراجها مع القدرة عليـه ، والتمـكّن منه ، إذا لم يخش ضرراً . وبهـذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفـة : له التأخير مالم يطـالب ، لأن الأمر بأدائهـا مُطلَق ، فلا يتعيّن الزمن الأول لأدائها دون غيره ، كما لا يتعيّن لذلك مكانٌ دون مكان .

ولنـا : أن الأمر المطلق يقتضي الفور على مايذكر في موضعـه ، ولذلك يستحقّ المؤخِّر للامتثـال العقابَ ، ولذلك أخرج الله تعـالى إبليس ، وسَخِطَ عليـه ، ووبّخه بامتناعه عن السجود . ولو أنّ رجلا أمر عبده أن يَسْقِيَهُ ، فأخّر ذلك استحقّ العقوبة ، ولأن جواز التأخير ينافي الوجوب ، لـكون الواجب مايعاقَبُ على تركه . ولو جاز التأخير لجاز إلى غير غاية ، فتنتفي العقوبة بالترك . ولو سلمنا أن مُطلق الأمر لا يقتضي الفور ، لاقتضاه في مسألتنا ، إذ لو جاز التأخير هاهنا لأخّره بمقتضى طبعه ، ثقةً منه بأنّه لا يأثَمُ بالتأخير ، فيسقط عنه بالموت ، أو بتَلَف ماله ، أو بعجزه عن الأداء ، فتضرّر الفقراء . ولأن هاهنا قرينة تقتضي الفور ، وهو أن الزكاة وجَبتْ لحاجة الفقراء ، وهي ناجزة ، فيجب أن يكون الوجوب ناجزاً ، ولأنها عبادة تتـكرّر ، فلم يجز تأخيرها إلى وقت وجوب مثلها ، كالصلاة والصوم . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله سُئل عن الرجـل يَحُول الحول على ماله فيؤخّر عن وقت الزكاة ؟ فقال : لا ، ولِمَ يُؤَخِّر إخراجها ؟ وشدّد في ذلك . قيل : فابتدأ في إخراجها ، فجعل يخرج أولا ، فأولا . فقال : لا ، بل يُخرجها كلَّها إذا حال الحَول . فأمّا إذا كانت عليـه مَضَرّة في تعجيـل الإخراج ، مثل من يَحُول حوله قبل مجيء الساعي ، ويَخْشَى إن أخرجها بنفسه أخذها الساعي منه مرّة أخرى ، فله تأخيرها . نصّ عليـه أحمـد . وكذلك إن خشي في إخراجهـا ضرراً في نفسه ، أو مالٍ له سواها ، فله تأخـيرها ، لقول النبي ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ولأنّه إذا جاز تأخيرُ قضاء دَيْنِ الآدَمِيّ لِذَلِكَ ، فتأخير الزكاة أولى .

فصـــل

فإن أخّرها ليدفعها إلى من هو أحقّ بها من ذي قَرابة ، أو ذي حاجة شديدة ، فإن كان شيئاً يسيراً فلا بأس ، وإن كان كثيراً ، لم يجُز . قال أحمـد : لا يجري على أقاربه من الزكاة في كلّ شهـر ، يعني لا يؤخّر إخراجها حتّى يَدْفَعَها إليهم متفرّقة في كلّ شهر شيئاً ، فأمّا إن عجّلهـا ، فدفعها إليهم ، أو إلى غيرهم متفرقة ، أو مجموعة جازَ ، لأنه لم يؤخِّرها عن وقتها . وكذلك إن كان عنـده مالان ، أو أموال زكاتها واحدة ، وتختلف أحوالها مثل أن يكون عنده نصاب ، وقد استفاد في أثناء الحول من جنسه دون النصاب لم يجز تأخير الزكاة ليجمعها كلَّها ، لأنه يمكنه جمعها بتعجيلها في أول واجب منها .

فصـــــل

فإن أخَّر الزكاة فلم يدفعها إلى الفقير حتى ضاعت لم تسقط عنه كذلك . قاله الزهريّ ، والحكم ، وحمّاد ، والثورى ، وأبو عُبَيْد . وبه قال الشافعيّ : إلا أنه قال : إن لم يكن فرّط فى إخراج الزكاة ، وفى حفظ ذلك المُخْرَج رجع إلى ماله . فإن كان فيما بقى زكاة أخرجها وإلّا فلا . قال أصحاب الرأى : يزَكّى مابقى إلّا أن ينقص عن النصاب ، فتسقط الزكاة ، فرّط أو لم يُفرِّط . وقال مالك : أراها تُجزئه إذا أخرجها فى محلّها ، وإن أخرجها بعد ذلك ضَمِنَها ، وقال مالك : يُزَكّى مابقى بقسطه وإن بقى عشرةُ دراهم .

ولنا : أنه حقّ متعيّن على رب المال تلف قبل وصوله إلى مستحقّه ، فلم يبرأ منه بذلك . كدَيْن الآدمى . قال أحمد : ولو دفع إلى أحد زكاته خمسةَ دراهم ، فقبل أن يقبضها منه قال : اشتر لى بها ثوباً ، أو طعاماً ، فذهبت الدراهمُ ، أو اشترى بها ماقال ، فضاع منه ، فعليه أن يُعطِىَ مكانها . لأنه لم يقبضها منه ؛ ولو قبضها منه ، ثم ردّها إليه . وقال : اشتر لى بها ، فضاعت ؛ أو ضاع ما اشترى بها ، فلا ضمان عليه ؛ إذا لم يكن فرّط ؛ وإنّما قال ذلك . لأن الزكاة لايملكها الفقيرُ إلا بقبضها ؛ فإذا وكّله فى الشراء بها كان التوكيل فاسداً ؛ لأنه وكله فى الشراء بما ليس له ، وبقيت على مِلك ربّ المال ؛ فإذا تلفت كانت فى ضمانه .

فصـــــل

ولو عَزَل قَدر الزكاة . فنوى أنه زكاة فتلف ، فهو فى ضمان رَبّ المال ، ولا تسقط الزكاة عنه بذلك . سواء قدر على أن يدفعها إليه ، أو لم يقدر . والحكم فيه كالمسألة التى قبلها اهـ .

« مسألة » قال ﴿ ومن رهن ماشيةً فحال عليها الحولُ أدّى منها ، إذا لم يكن له مايؤدّى عنها ، والباقى رَهْن ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا رهن ماشيةً فحال الحول ، وهى فى يد المُرْتَهِنِ وجَبَتْ زكاتُها على الراهن ، لأنّ ملكه فيها تامّ ، فإن أمكنه أداؤها من غيرها وجبت ؛ لأن الزكاة من مُؤْنة الرهن ، ومُؤنة الرهن تلزم الراهن ، كنفقة النِّصاب ، ولا يُخرجها من النصاب ، لأن حقّ المرتهن متعلّق به ، تعلّقاً يمنع تصرّف الراهن فيه ، والزكاة لايتعيّن إخراجها منه ، فلم يملك إخراجها منه ، كزكاة مالٍ سواه ، وإن لم يكن له مايؤدّى منه سوى هذا الرهن ، فلا يخلو من أن يكون له مال يمكن قضاء الدين منه ، ويبقى بعد قضائه نصاب كامل ، مثل أن تكون الماشية زائدةً على النصاب قدراً يمكن قضاء الدين منه ، ويبقى النصاب ، فإنّه يُخرج الزكاة من الماشية ، ويقدّم حقّ الزكاة على حقّ المرتهن ، لأن المرتهن يرجع إلى بدَل ، وهو

استيفاء الدين ، وحقوق الفقراء فى الزكاة لابَدَل لها ، وإن لم يكن له مال يقضى به الدين ، ويبقى بعد قضائه نصابٌ ، ففيه روايتان :

إحداهما : تجب الزكاة أيضاً ، ولا يمنع وجوب الدين الزكاة فى الأموال الظاهرة ، وهى المواشى ، والحبوب ، قاله فى رواية الأثرم . قال : لأنّ المُصدِّق لو جاء فوجد إبلاً وغَنَماً لم يَسْأل صاحبَها أىُّ شىء عليك من الدَّيْن ؟ ولكنّه يزَكّيها ، والمال ليس كذلك ، وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ هاهنا . لأنَّ كلامه عامّ فى كل ماشيةٍ ، وذلك لأن وجوب الزكاة فى الأموال الظاهرة آكدُ لظهورها ، وتعلّق قلوب الفقراء بها ، لرؤيتهم إيّاها ، ولأن الحاجة إلى حفظها أشد ، ولأن الساعىَ يتولّى أخذَ الزكاة منها ؛ ولا يُسأل عن دين صاحبها .

والرواية الثانية : لاتجب الزكاة فيها . ويمنع الدينُ وجوبَ الزكاة فى الأموال كلّها ؛ من الظاهرة والباطنة . قال ابن أبى موسى : الصحيحُ مِنْ مذهبه أن الدين يمنع وجوب الزكاة على كل حال ؛ وهو مذهب أبى حنيفة . وروى ذلك عن ابن عباس ؛ ومكحول ؛ والثورى . وحكى ذلك ابن المنذر عنهم فى الزرع ، إذا استدان عليه صاحبُه ، لأنه أحد نوعى الزكاة ، فيمنع الدين وجوبَها ، كالنوع الآخر . ولأن المدين محتاج ؛ والصدقة إنما تجب على الأغنياء لقوله عليه السلام : « أُمِرْتُ أَنْ آخُذَ الصَّدَقَةَ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَأَرُدَّهَا فِى فُقَرَائِهِمْ » وقوله عليه السلام : « لَا صَدَقَةَ إِلَّا عَنْ ظَهْرِ غِنًى » . وروى أبو عُبَيد فى كتاب الأموال ، عن السائب بن يزيد قال : سمعتُ عثمان بن عَفَّان يقول : هذا شهر زكاتكم . فمن كان عليه دين فليؤدّه ، حتى تُخرجوا زكاة أموالكم ، ومن لم يكن عنده زكاة لم يُطْلَب منه ، حتَّى يأتىَ تطوّعاً . قال إبراهيم النخعىّ : أراه يعنى شهرَ رَمضان .

فصـــل

ولو أسلم فى دار الحرب ، وأقام بها سنين ، لم يُؤدِّ زكاةً ، أو غلَبَ الخوارجُ على بلدةٍ ، فأقام أهلُه سنينَ لايُؤَدُّون الزكاة ، ثم غلَبَ عليهم الإمامُ أدَّوا المَاضِىَ ، وهذا مذهب مالك ، والشافعىّ . وقال أصحاب الرأى : لازكاة عليهم ، لما مضى فى المسألتين .

ولنا : أن الزكاة من أركان الإسلام ، فلم تسقط عمّن هو فى غير قبضة الإمام ، كالصلاة والصيام .

فصـــل

إذا تولَى الرجلُ إخراج زكاته . فالمستَحَبُّ أن يبدأ بأقاربه الذين يجوزُ دفع الزكاة إليهم . فإن زينب سألت النبىّ ﷺ : أَيُجْزِى عَنِّى مِنَ الصَّدَقَةِ النَّفَقَةُ عَلَى زَوْجِى ؟ فقال النبىّ صلى الله عليه وسلم : « لَهَا

أَجْرَانِ : أَجْرُ الصَّدَقةِ ، وأَجْرُ القَرَابَةِ » رواه البخاريّ ، وابن ماجه . وفى لفظ : يَسَعُنِى أَنْ أَضعَ صَدَقَتِى فى زَوْجِى وبَنِى أَخٍ لى أَيْتَامٍ ؟ فقال : « نَعَمْ ، لَهَا أَجْرَانِ : أَجْرُ الصَّدَقةِ ، وَأَجْرُ الْقَرَابَةِ » رواه النسائىّ . وَلَمَّا تصدَّق أَبو طَلْحَةَ بحائطه ، قال النبىّ صلى الله عليه وسلم : « اجْعَلْهُ فِى قَرَابَتِكَ » رواه أبو داود ويُستحبّ أن يبدأ بالأقرب ، فالأقرب ، إلاّ أن يكون منهم من هو أشدّ حاجةً فيقدّمه ، ولو كان غير القرابة أحوج أعطاه . قال أحمد : إن كانت القرابة مُحتاجةً أعطاها ، وإن كان غيرهم أحوج أعطاهم ، ويُعطى الجيرانَ . وقال : إن كان قد عوّد قوماً برًّا ، فيجعله فى ماله ، ولا يجعله من الزكاة ، ولا يُعطى الزكاة مَنْ يَمُونُ ، ولا من تجرى عليه نفقته . وإن أعطاهم لم يجز ، وهذا والله أعلم إذا عوّدهم برًّا من غير الزكاة . وإذا أعطى من تجرى عليه نفقتُه تطوّعاً شيئاً من الزكاة يصرفه فى غير النفقة وحوائجه فلا بأس . وقال أبو داود : قلت لأحمد : يُعطى أخاه ، وأخته من الزكاة ؟ قال : نعم ، إذا لم يُبْقِ به ماله ، أو يدفع به مَذَمَّةً . قيل لأحمد : فإذا استوى فقراء قَرَاباتى والمساكينُ . قال : فهم كذلك أولى . فأمّا إن كان غيرهم أحوجَ ، فإنما يُريد يُغنيهم ويدعُ غيرهم ، فلا . قيل له : فيُعطى امرأةَ ابنه من الزكاة ؟ قال إن كان لايريد به كذا (شيئاً ذكره) فلا بأس به ، كأنَّه أراد منفعة ابنه . قال أحمد : كان العلماء يقولون فى الزكاة : لاتُدفع بها مَذَمّة ، ولا يُحابى بها قريب ، ولا يقى بها مالاً . وسُئل أحمد عن رجل له قرابة يُجرى عليها من الزكاة ؟ قال : إن كان عدّها من عياله فلا يُعطيها . قيل له : إنما يُجرى عليها شيئاً معلوماً فى كلّ شهر . قال : إذاً كفاها ذلك[1] .

وفى الجملة : من لايجب عليه الانفاق عليه ، فله دفع الزكاة إليه ، ويقدّم الأحوج ، فالأحوج ، فإنّ شاء قدّم من هو أقرب إليه ، ثمّ من كان أقرب فى الجوار ، وأكثر ديناً ، وكيف فرّقها بعد مايضعها فى الأصناف الذين سمّاهم الله تعالى جاز . والله أعلم .

---

(١) إذاً كفاها ذلك ، يعنى أنه قد كفاها ما كان يعطيها كل شهر فكأنه استبقى ماله فلا يجوز دفعها لهم

باب زكاة الزروع والثمار

والأصل فيها الكتاب والسنّة . أما الكتاب فقول الله تعالى : (٢ : ٢٦٧ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ) . والزكاة تسمى نفقة بدليل قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللهِ) ، وقال الله تعالى : (٦ : ١٤١ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ) قال ابن عبّاس: حقه : الزكاة المفروضة . وقال مرّة : العُشر ، ونصفُ العشر . ومن السُّنة قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةٌ » متفق عليه . وعن ابن عمر عن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالْعُيُونُ ، وَكَانَ عَثَرِيًّا[1] الْعُشْرُ ، وَفِيمَا سُقِيَ بِالنَّضْحِ نِصْفُ الْعُشْرِ » ، أخرجه البخاريّ ، وأبو داود ، والترمذيّ . وعن جابر أنه سمع النبي ﷺ يقول : « فِيمَا سَقَتِ الْأَنْهَارُ وَالْغَيْمُ الْعُشْرُ ، وَفِيمَا سُقِيَ بِالسَّانِيَةِ نِصْفُ الْعُشْرِ » أخرجه مسلم ، وأبو داود . وأجمع أهل العلم على أن الصدقة واجبة في الحِنْطَةِ ، والشعير ، والتمر ، والزبيب ، قاله ابن المنذر ، وابن عبد البرّ .

« مسألة » قال أبو القاسم : ﴿ وكل ماأخرج الله عزّ وجلّ من الأرض ، ممّا يَيْبَسُ ، وَيَبْقَى ممّا يُكالُ ، ويبلغ خمسة أوسقٍ فصاعداً . ففيه العُشرُ إن كان سَقْيُهُ مِنَ السَّماءِ ، والسَّوْحِ ، وإن كان يُسْقَى بالدّوالي والنّوَاضِحِ ، ومافيه الكُلَف . فنصْفُ العُشر ﴾ .

هذه المسألة تشتمل على أحكام : منها : أن الزكاة تجب فيما جمع هذه الأوصاف : الكيلَ ، والبقاء ، واليُبْسَ من الحبوب ، والثمار ، مما يُنبته الآدميّون ، إذا نبت في أرضه ، سواء كان قوتاً . كالحِنْطَةِ ، والشعير ، والسُّلْتِ[2] ، والأُرْزِ ، والذُّرَةِ ، والدُّخْنِ[3] ، أو من القُطْنِيَّاتِ[4] . كالباقلَّى[5] ، والعدس والماشِ[6] ، والحمّص ، أو من الأبازير . كالكُسْفَرة ، والكمّون ، والكراويا ، أو البزور . كبزر

---

(١) العثرى بفتح العين المهملة والثاء المثلثة : مايسقيه المطر أو السيح .

(٢) السلت : نوع من الشعير أو هو الحامض منه .

(٣) الدخن : حب صغير أملس كارأد القمح .

(٤) القطنيات : ويقال لها القطنية بضم القاف وكسرها وقيل إنها حبوب الأرض مطلقاً ، أو هي ماعدا الحنطة والشعير والزبيب والترمس ، أو هي الحبوب التي تطبخ ، وهذا هو المناسب هنا ، وجمعها القطاني .

(٥) بالمد والقصر الفول . (٦) الماش : حب كالحمص .

الـكَتّان ، والقِثَّاء ، والخِيَار ، أو حَبّ البقول . كالرشاد[١] ، وحبّ الفُجْل ، والقِرْطِم[٢] ، والتُّرْمس والسِّمْسِم ، وسائر الحبوب . وتجب أيضاً فيما جمع هـذه الأوصاف من الثمار : كالتمـر ، والزبيب ، والمشمش ، واللوز ، والفستق ، والبندق . ولا زكاة فى سائر الفواكـه . كالخَوْخ ، والإجَّاص[٣] ، والـكُمّثْرَى ، والتفاح ، والمشمش ، والتين ، والجَوْز . ولا فى الخضر ، كالقِثـاء[٤] ، والخيـار ، والبَاذِنجَانَ ، واللفت ، والجزر . وبهذا قال عطاء فى الحبوب ، كلها . ونحوُه قول أبى يوسف ، ومحمد ، فإنَّهما قالا : لا شيء فيما تُخرجه الأرض إلّا ما كانت له ثمرة باقية ، يبلغُ مَكيلُها خمسةَ أوسُق .

وقال أبو عبد الله بن حامد : لاشيء فى الأبازير[٥] ، ولا البذور ، ولاحبّ البقول . ولعله لايوجب الزكاة إلا فيما كان قوتاً ، أو أُدْماً . لأن ما عـداه لا نصّ فيه ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، فيبقى على النفى الأصلىّ . وقال مالك ، والشافعىّ : لازكاة فى ثمر إلاّ التمر ، والزبيب . ولافى حب إلا ما كان قوتاً فى حالة الاختيار ، لذلك إلاّ فى الزيتون على اختلاف . وحُكى عن أحمد إلاّ فى الحِنْطَة ، والشعير ، والتمر ، والزبيب . وهـذا قول ابن عمر ، وموسى بن طَلْحة ، والحسن ، وابن سـيرين ، والشعبىّ ، والحسن بن صالح ، وابن أبى ليلى ، وابن المبارك ، وأبى عُبَيْد . والسُّلْت : نوع من الشعير . ووافقهم إبراهيم وزاد الذرة ، ووافقهم ابن عباس وزاد الزيتون . لأن ماعدا هـذا لا نصّ فيـه ، ولا إجمـاع ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، ولا المجمع عليه ، فيبقى على الأصل .

وقد رَوى عمرو بن شُعَيب عن أبيه ، عن عبد الله بن عمرو ، أنه قال : إنّما سَنَّ رَسُول الله ﷺ الزكاة فى الحِنْطَة ، والشعير ، والتمر ، والزبيب . وفى رواية عن أبيـه ، عن جَدّه ، عن النبىّ ﷺ أنه قال : «وَالْعُشْرُ فى التَّمْرِ وَالزَّبِيبِ ، وَالحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ» . وعن موسى بن طلحة عن عمر ، أنه قال : إنّما سَنَّ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم الزَّكَاةَ فِى هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ : « الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرِ وَالزَّبِيبِ » . وعن أبى بُرْدة عن أبى موسى ، ومُعاذ : أنَّ رسـول الله ﷺ بعَثَهُمَا إِلَى الْيَمَنِ يُعَلِّمَانِ النَّـاسَ أَمْرَ دِينِهِمْ ، فَأَمَرَهُمْ أَنْ لاَ يَأْخُـذُوا الصَّدَقَةَ إِلَّا مِنْ هَـذِهِ الْأَرْبَعَـةِ : الْحِنْطَةِ ، وَالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرِ ، وَالزَّبِيبِ » . رواهنّ كلّهُنَّ الدارقطنىّ ، ولأن غير هذه الأربعـة لا نصّ فيها ، ولا إجمـاع ، ولا هو

(١) حب الرشاد : معروف عند البزارين ، وهو يستعمل فى بعض الأدوية ويؤكل .

(٢) القرطم : حب تأكله الطيور ، ويأكله الإنسان وهو معروف يوجد عند العطارين .

(٣) الإجاص : نوع من الكمثرى ، أو فاكهة تشبهها .

(٤) المقصود هنا النبات نفسه لا بذوره ، أما بذوره فتجب فيها الزكاة كما سبق .

(٥) الأبازير : هى الحبوب التى تغرس فى الأرض لتنبت النبات ، والبذور مثلها إلا أنها قد تطلق على النبات بعد خروجه من الأرض .

فى معناها فى غلبة الاقتيات بهـا ، وكثرة نفعها ، ووجودها . فلم يصحّ قياسـه عليها ، ولا إلحاقه بهـا ، فيبقى على الأصـل . وقال أبو حنيفة : تجب الزكاة فى كلّ ما يُقصد بزراعته نماء الأرض ، إلا الحطب ، والقَصَب ، والحشيش ، لقوله ﷺ : « فِيما سَقَتِ السَّماءُ الْعُشْرُ » وهذا عامّ ، ولأن هذا يُقصد بزراعته نماء الأرض ، فأشبه الحبّ .

ووجه قول الخِرَقِىّ : أنّ عموم قوله ﷺ : « فِيما سَقَتِ السَّماءُ العُشْرُ » وقوله صلى الله عليه وسلم لمُعاذ : « خُذِ الحَبَّ مِنَ الحَبِّ » يقتضى وجوب الزكاة فى جميع ماتناوله[1] ، خرج منـه مالا يُـكال ، وما ليس بحبّ ، بمفهوم قوله ﷺ : « لَيْسَ فى حَبٍّ ، وَلاَ تَمْرٍ صَدَقَةٌ ، حتى يَبْلُغَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ » رواه مسلم ، والنسائىّ . فدلّ هـذا الحديث على انتفاء الزكاة مما لا توسيق فيـه ، وهو مكيال . ففيما هو مكيل يبقى على العموم[٢] . والدليل على انتفاء الزكاة ممّا سوى ذلك ما ذكرنا من اعتبار التَّوْسِيق .

ورُوى عن علىّ أنّ رسول الله ﷺ قال : « لَيْسَ فى الْخَضْرَوَاتِ صَـدَقَةٌ » . وعن عائشـةَ أنَّ رسول الله ﷺ قال : « لَيْسَ فيما أَنْبَتَتِ الأَرْضُ مِنَ الْخُضَرِ صَـدَقَةٌ » وعن موسى بن طلحة عن أبيه ، وعن أنس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثله . رواهنّ الدارقطنىّ ، وروى الترمـذىّ بإسناده ، عن مُعاذ : أنّه كتب إلى النبىّ ﷺ يسأله عن الْخَضْرَاوَاتِ ، وهى البُقول ، فقال : « لَيْسَ فيهاَ شَىْءٌ » وقال : يرويه الحسنُ بن عُمارة ، وهو ضعيف . والصحيح : أنه عن موسى بن طلحـة ، عن النبى ﷺ مرسل . وقال موسى بن طلحـة : جاء الأثر عن رسول الله ﷺ فى خمسـة أشياء : الشعير ، والحنطة ، والسُّلت ، والزبيب ، والتمـر ، وما سوى ذلك مما أخرجت الأرض فلا عُشر فيه . وقال : إن مُعاذاً لم يأخذ من الْخُضَر صَدَقة .

وروى الأثرم بإسناده أن عامل عمر كتب إليه فى كرومٍ فيها من الفِرْسِك[٣] والرمّان ماهو أكثر غَلَّة من الـكروم أضعافاً ، فـكتب عمر إنّه ليس عليها عُشر ، هى من العِضَاه .

فصـــــل

ولا شىء فيما ينبُت من المُباح الذى لا يُملك إلا بأخذه : كالبَطْم ، والعَفْص ، والزعبل ، وهو شعير الجبل ، وبزر قطونا ، وبزر البقلة ، وحبّ الثُّمَامُ ، والقتّ ، وهو بزر الأُشْنـان ، إذا أدرك ، وتناهى نُضجُه ، حصلت فيه مرورة ، وملوحة . وأشباه هذا ، ذكره ابن حامد لأنه إنمـا يُملك بحيازته ، وأخذ

---

(١) أى ماتناوله لفظ الحب مطلقاً ، سواء كان يقتات أو لا ، وسواء كان ييبس أو لا ييبس .

(٢) خرج من العموم ماخصص بالأحاديث الصحيحة وهومالا يؤكل على سبيل الاقتيات وماحصرت فيه الزكاة هو الأقوات الأربعة .

(٣) الفرسك : الخوخ أو ضرب منه أحمر أو أجرد .

الزكاة إنما تجب فيه إذا بدا صلاحه ، وفى تلك الحال لم يكن مملوكاً له ، فلا يتعلق به الوجوب ، كالذى يلتقطه اللقّاط ، من السنبل ، فإنه لازكاة فيه ، نصّ عليه أحمد . وذكر القاضى فى المباح : أنّ فيه الزكاة إذا نبت فى أرضه ، ولعله بَنَى هذا على أن مانبت فى أرضه من الكلأ ، يكون ملكاً له ، والصحيح خلافه . فأمّا إن نبت فى أرضه مايزرعُه الآدميون ، مثل أن سقط فى أرض إنسان حَبّ من الحنطة ، أو الشعير ، فنبت ، ففيه الزكاة ، لأنه يملكه . ولو اشترى زرعاً بعد بُدُوّ الصلاح فيه ، أو ثمرةً قد بدأ صلاحُها ، أو مَلَكها بجهة من جهات الملك ، لم تجب فيه الزكاة ، لما ذكرنا .

فصـــل

ولا تجب فيما ليس بِحَبّ ، ولا ثمر ، سواء وُجِد فيه الكيلُ ، والادِّخار ، أو لم يوجد ، فلا تجب فى وَرَقٍ مثل ورق السِّدْر ، والخَطْمِىّ ، والأُشْنَانِ ، والصَّعْتَر ، والآس ، ونحوه ، لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص . ومفهوم قوله عليه السلام : « لاَ زَكَاةَ فِى حَبٍّ وَلاَ ثَمَرٍ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ » أن الزكاة لاتجب فى غيرهما . قال ابن عقيل فى ثمر السِّدر : فورقه أولى ، ولأن الزكاة لاتجب فى الحَبّ المُباح ، ففى الورق أولى . ولا زكاة فى الأزهار كالزعفران ، والعُصْفُر ، والقُطْن ، لأنه ليس بحبّ ولا ثمر ، ولا هو بمكيل ، فلم تجب فيه زكاة كالخَضْرَاوات . قال أحمد : ليس فى القُطن شىء ، وقال : ليس فى الزعفران زكاة ، وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ واختيار أبى بكر .

ورُوى عن علىّ فى الفاكهة ، والبَقْل ، والتوابل ، والزّعفران ، زكاة . وعن عمر أنه قال : إنّما سَنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة فى الحِنْطَة ، والشعير ، والتمر ، والزبيب . وكذلك عبد الله بن عمر . وحُكى عن أحمد : أن فى القطن ، والزعفران ، زكاة . وخرج أبو الخطّاب فى العُصفر والوَرْس وجهاً ، قياساً على الزعفران . والأولى ماذكرناه ، وهذا مخالف لأصول أحمد . قال : المروىّ عنه روايتان : إحداهما : أنه لازكاة إلا فى الأربعة . والثانية : أنها إنما تجب فى الحِنْطة ، والشعير ، والتمر ، والزبيب ، والذرة ، والسُّلْت ، والأرز ، والعَدَس ، وكلّ شىء يقوم مقام هذه حتى يدخّر ، ويجرى فيه القَفِيزُ ، مثلُ : اللوبيا ، والحُمّص ، والسماسم ، والقُطْنِيّات ، ففيه الزكاة . وهذا لايجرى فيه القفيز ، ولا هو فى معنى ماسمّاه .

فصـــل

واختلفت الرواية فى الزيتون . فقال أحمد فى رواية ابنه صالح : فيه العُشْرُ إذا بلغ — يعنى خمسةَ أوْسُق ، وإن عُصِرَ قُوِّم ثَمَنُه ، لأنّ الزيت له بقاء . وهذا قول الزهرىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، والليث ، والثورىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن ابن عبّاس ، لقول الله تعالى : ﴿ وآتُوا

حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ) فى سياق قوله : (والزَّيْتُونَ والرُّمَّانَ) . ولأنه يمكن إدّخار غلّته ، أشبه التمر ، والزبيب . وعن أحمد : لازكاة فيه ، وهو اختيار أبى بكر . وظاهر كلام الخِرَقىّ ، وهذا قول ابن أبى ليلى والحسن بن صالح ، وأبى عُبَيْدَة ، وأحد قول الشافعىّ ، لأنه لايدّخر يابساً ، فهو كالخضراوات ، والآية لم يرد بها الزكاة . لأنها مكّية . والزكاة إنما فُرِضَتْ بالمدينة ، ولهذا ذكر الرمان ، ولا عُشْرَ فيه . وقال مجاهد : إذا حَصَدَ زَرْعَه ألقى لهم من السُّنْبُل . وإذا جَدَّ نَخْلهُ ألْقَى لهم من الشماريخ . وقال النَّخَعِىّ وأبو جعفر : هذه الآية منسوخة ، على أنها محمولة على مايتأتّى حصادُه ، بدليل أن الرمان مذكور بعده ، ولا زكاة فيه . اهـ

فصـــل

الحكم الثانى : أن الزكاة لاتجب فى شىء من الزروع ، والثمار ، حتى تبلُغ خمسةَ أوسُق . هذا قول أكثر أهل العلم منهم : ابن عمر ، وجابر ، وأبو أُمَامَة بن سَهْل ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، والحسن ، وعطاء ، ومكحول ، والحكم ، والنخعىّ ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وابن أبى ليلى ، والشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وسائر أهل العلم . لانعلم أحداً خالفهم إلاّ مجاهداً ، وأبا حنيفة ، ومن تابعه . قالوا : تجب الزكاة فى قليل ذلك ، وكثيره ، لعموم قوله عليه السلام : « فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ الْعُشْرُ » . ولأنه لايعتبر له حول ، فلا يُعتبر له نصاب .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةٌ » متفق عليه . وهذا خاصّ يجب تقديمه ، وتخصيص عموم مارَوَوْه به ، كما خَصَّصنا قوله : « فى سائمة الإبل الزكاة » بقوله : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ ذَوْدٍ[1] صَدَقَةٌ » وقوله : « فِى الرِّقَةِ[2] رُبْعُ العُشْرِ » بقوله : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ صَدَقَةٌ » . ولأنه مال تجب فيه الصدقة ، فلم تجب فى يَسيره ، كسائر الأموال الزكائيّة وإنما لم يُعتبر الحول ، لأنه يكمُلُ نماؤه باستحصاده ، لا ببقائه . واعتُبر الحول فى غيره ، لأنه مَظِنَّة لكمال النماء فى سائر الأموال ، والنصاب اعتُبر ليبلُغ حداً يحتملُ المواساةَ منه . فلهذا اعتُبر فيه . يحققه أن الصدقة إنما تجب على الأغنياء ، بما قد ذكرنا فيما تقدّم ، ولا يحصل الغنى بدون النصاب ، كسائر الأموال الزكائية اهـ .

فصـــل

وتُعتبر خمسةُ الأَوْسُقِ بعد التصفية فى الحُبوب ، والجَفَافِ فى الثمار . فلو كان له عَشَرةُ أَوْسُقٍ عِنَباً ،

---

(١) المراد بالذود هنا الإبل المجتمعة ، أى ليس فى الإبل المجتمعة التى تقل عن خمس زكاة .

(٢) الرقة : الفضة .

لايجىء منه خمسة أوسق زبيباً لم يجب عليه شيء ، لأنه حال وجوب الإخراج منه فاعتُبر النصاب بحـاله .
ورَوى الأثرم عنـه : أنه يُعتبر نصاب النخل ، والـكرم ، عِنَباً وَرُطَباً ، ويُؤخذ منه مثل عُشر الرُّطَب تمراً ، اختاره أبو بكر . وهـذا محمول على أنه أراد يؤخذ عُشر مايجىء به منـه من التمر ، إذا بلغ رُطَبُهَا خَمْسَةَ أَوْسُق ، لأن إيجاب قدر عُشر الرُّطَب من التمر إيجـابٌ لأ كثر من العُشر . وذلك يُخالف النصّ والإجماع ، فلا يجوز أن يحمل عليه كلامُ أحمد ، ولاقول إمام اه .

فصـــــل

والعَلَس[١] : نوع من الحِنْطَـة ، يدّخر فى قِشْرِه ، ويزعُم أهلُه ، أنه إذا أُخـرج من قشره ، لايبقى بقاء غيره من الحِنطَة ، ويزعمون أنه يخرجُ على النصف ، فيُعتبرُ نِصابُه فى قِشْرِه للضرر فى إخراجه . فإذا بلغ بقِشْرِهِ عَشَرَةَ أَوْسُقٍ : ففيه العُشْر ، لأنَّ فيه خمسة أَوْسُق . وإن شكـكنا فى بلوغه نصاباً خيَّر صاحبُه بين إخراج عُشْره وبين إخراجه من قشره لنقدره بخمسة أوسُق . كقولنا : فى مغشوش الذهب والفضة إذا شكـكنا فى بلوغ مافيها نصاباً ، ولا يجوز تقدير غيره من الحِنْطة فىقِشْرِه ، ولاإخراجُه قبل تصفيته . لأن الحاجة لاتدعو إلى بقائه فى قشره ، ولا العادة جارية به ، ولايُعلم قدرُ مايَخرج منه .

فصـــــل

وذكر أبو الخطَّاب : أن نصاب الأرز مع قِشْرِه عشَرَةُ أَوْسُق ، لأنه يدّخر مع قشره . فإذا أخرج من قشره لم يبق بقاء مافى القشر ، فهو كالعَلَس سواء فيما ذكرنا . وقال غيره : لايُعتـبر نصابه بذلك ، إلاّ أن يقول ثقات من أهل الخبرة إنّه يخرج على النصف ، فيـكون كالعَلَس ، ومتى لم يوجـد ثقـات من أهل الخبرة إنّه يخرج على النصف ، فيـكون كالعَلَس : ومتى لم يوجد ثقات يُخبِرُون بهـذا : أو شكـكنا فى بلوغه نصاباً خيَّرنا رَبَّه بين إخراج عُشره فى قِشْره : وبين تصفيته ليُعْلَمَ قدرُه مُصَفًّى . فإن بلغ نصاباً أُخذ منه ، وإلاّ فلا . لأن اليقين لا يحصُل إلاّ بذلك ، فاعتبرناه كمغشوش الأثمان . اه .

فصـــــل

ونصاب الزيتون خمسةُ أوسُق . نصّ عليه أحمـدُ فى رواية صالح . ونصاب الزعفران : والقُطْن : وما أُلحق بهما من الموزونات ألفٌ وستمائةِ رِطْلٍ بالعراقىّ . لأنهليس بمـكيل ، فيقوم وزنه مقام كَيْله . ذكره القاضى فى المجرّد . وحكى عنه : إذا بلغت قيمته نصاباً من أدنى ماتُخرجه الأرض ، ممَّا فيه الزكاة ، ففيه الزكاة، وهذا قول أبى يوسف فى الزعفران . لأنّه لم يُمـكن اعتباره بنفسه ، فاعتُبر بغيره ، كالعروض

---

(١) العلس : نوع من البر يكون كل حبتين فى قشرة .

تُقوّم بأدنى النصابين من الأثمان وقال أصحاب الشافعيّ فى الزعفران : تجب الزكاة فى قليله وكثيره ، ولا أعلم لهذه الأقوال دليلاً ولا أصلاً ، يَعتمِدُ عليه ، ويردّها قول النبيّ ﷺ : «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةٌ » . وإيجاب الزكاة فى قليله ، وكثيره مخالف لجميع أموال الزكاة ، واعتباره بغير مخالف لجميع مايجب عُشره ، واعتبارُه بأقلّ مافيـه الزكاة قيمةً لانظير له أصلاً ، وقياسه على العروض لايصحّ . لأن العروض لاتجب الزكاة فى عينها ، وإنما تجب فى قيمتها . ويؤدّى من القيمة التى اعتُبرت بها ، والقيمة يردّ إليها كلّ الأحوال المتقوّمات ، فلا يلزم من الردّ إليهـا الردّ إلى مالم يردّ إليه شىء أصلا . ولاتُخرَج الزكاة منه ، ولأن هـذا مال تُخرج الزكاة من جنسه ، فاعتُبر نصابه بنفسه ، كالحبوب ، ولأنه خارج من الأرض يجب فيه العُشر ، أو نصفُه ، فأشبه سائر مايجب فيه ذلك ، ولأنه مال تجب فيه الزكاة ، فلم يجب فى قليله ، وكثيره ، كسائر الأموال . ولأنه لانصّ فيما ذكروه . ولا إجماع ، ولا هو فى معناها ، فوجب أن لايقال به ، لعدم دليله اهـ .

فصـــل

الحـكم الثالث : أن العُشر يجب فيما سُقى بغير مُؤْنة . كالذى يشرَبُ من السماء ، والأنهار ، وما يشرب بعُروقه ، وهو الذى يُغْرَسُ فى أرض ماؤها قريب من وجهها ، تصل إليه عروق الشجر ، فيستغنى عن سقى . وكذلك ما كانت عُروقه تصل إلى نَهْرٍ أو ساقية . ونصفُ العشر فيما سُقى بالمُؤَن ، كالدّوالى والنواضح ، لانعلم فى هـذا خلافاً ، وهو قول مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم . والأصل فيه قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالْعيُونُ أَوْ كَانَ عَثَرِيًّا الْعُشْرُ ، وماسُقى بالنضح نصفُ العشر » رواه البخارىّ . قال أبو عُبَيد : العَثَرِىّ ماتسقيه السماء ، وتسمّيه العامة : العذى . وقال القـاضى : هو المـاء المستنقع فى بركة ، أو نحوها يَصُبّ إليه ماء المطر فى سواق تُشَقّ له ، فإذا اجتمع سُقِىَ منه ، واشتقاقه من العاثُور وهى الساقية التى يجرى فيها المَاء . لأنها يعثُر بها من يَمرّ بها . وفى رواية مسلم : « وَفِيمَا يُسقى بالسَّانِيَةِ نصفُ العُشر » والسوانى : هى النواضح ، وهى الإبلُ يُستَقى بهـا ، لشُرب الأرض : وعن مُعاذ قال : بَعَثَنِى رسولُ الله ﷺ إلى اليمن ، فأمرَنِى أَنْ آخُذَ مِمَّا سَقَتِ السَّمَاءُ أَو سُقِىَ بَعْلاً[1] العُشْرُ ، وَمَا سُقِىَ بدَالِيـةٍ[2] نصفُ العُشرِ . قال أبو عُبَيد : البَعْلُ : ماشَرِبَ بعُروقِهِ من غـير سَقْى . وفى الجملة كل ماسُقِىَ بكُلْفَةٍ ومُؤْنةٍ من دَالِيةٍ أو سانِيَةٍ أو دُولابٍ ، أو ناعُورة ، أو غير ذلك . ففيه نصفُ العُشر ، وماسُقى بغير مُؤْنة ، ففيه العُشر . لما رَوينا من الخبر ، ولأن للـكُلْفَةِ تأثيراً فى إسقاط الزكاة جملةً ، بدليل العَلُوفة ، فبأن يُؤَثّر فى تخفيفها أولى . ولأنّ الزكاة إنما تجب فى المال النامى ، وللـكلفة

(١) البعل : هو مايشرب من الأرض بعروقه . (٢) الدالية : الساقية .

تأثير فى تمليل النماء . فأثّرت فى تقليل الواجب فيها ، ولا يؤثّر حفر الأنهار ، والسواقى فى نقصان الزكاة ، لأنَّ المُؤْنَة تقلّ ، لأنها تـكون من جملة إحياء الأرض ، ولا تتكرّر كلّ عام . وكذلك لايؤثّر احتياجُها إلى ساقٍ يسقيها ، ويُحوّل الماء فى نواحيها ، لأن ذلك لابدّ منه فى كل سَقْى يُـكَلّفه ، فهو زيادة على المُؤْنة فى التنقيص ، يجرى مجرى حَرْث الأرض ، وتحسينها . وإن كان الماء يجرى من النهر فى ساقية إلى الأرض ويستقرّ فى مكان قريب من وجهها ، لايصعد إلاَّ بغَرْف ، أو دولاب . فهو من الـكُلْفة المُسقطة لنصف الزكاة على مامرّ . لأن مقدار الـكلفة ، وقرب المـاء ، وبعـده لايعتبر . والضابط لذلك هو أن يحتاج فى ترقية الماء إلى الأرض بآلةٍ من غَرْف ، أو نَضْح ، أو داليةٍ ، ونحو ذلك ، وقد وجد اه .

فصـــل

فإن سُقِىَ نصفَ السنة بكُلْفَةٍ ، ونصفَها بغير كلْفة ، ففيـه ثلاثةُ أرباع العُشر . وهـذا قول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مُخالفاً ، لأنَّ كلّ واحد منهما لو وجد فى جميع السنة لأوجب مقتضاه فإذا وُجـد فى نصفها ، أوجب نصفَه ، وإن سُقى بأحـدهما أكثرَ من الآخر اعتُبر أكثرها ، فوجب مقتضاه ، وسقط حكم الآخر ، نصّ عليـه . وهو قول عطـاء ، والثورىّ ، وأبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعىّ . وقال ابن حامد : يُؤخذ بالقسط ، وهو القول الثـانى للشافعىّ ، لأنهما لو كانا نصفين أخذ بالحِصّة ، فـكذلك إذا كان أحدُهما أكثر . كما لو كانت الثمرة نوعين . ووجـه الأول أن اعتبار مقدار السقى وعدد مرّاته ، وقـدر مايشرب فى كل سَقْيَةٍ يَشُقّ ، ويتعـذّر . فـكان الحـكم للأغلب منهما ، كالسوم فى الماشية ، وإن جهل المقدار غلّبنا إيجاب العشر احتياطاً ، نص عليه أحمد فى رواية عبد الله . لأن الأصل وجوب العشر ، وإنما يسقط بوجوب الـكلْفة ، فما لم يتحقق المُسقط يبقى على الأصل . ولأنَّ الأصل عدم الـكلفة فى الأكثر ، فلا يثبُت وجودها مع الشكّ فيـه . وإن اختلف الساعى وربُّ المال فى أيِّهما سُقِىَ به أكثرَ ، فالقول قول ربّ المال ، بغير يمين ، فإنَّ الناس لايُسْتَحْلَفُونَ على صدقاتهم اه .

فصـــل

وإذا كان لرجل حائطان ، سُقِىَ أحدهما بمُؤْنة ، والآخرُ : بغير مُؤْنة ، ضَمّ غلة أحـدهما إلى الآخر فى تـكميل النصـاب ، أو أُخرج من الذى سُقى بغير مُؤْنة عُشره ، ومن الآخر نصفَ عُشره ، كما يُضَمّ أحدُ النوعين إلى الآخر ، ويُخْرَجُ من كلٍّ واحد منهما ماوجب فيه .

« مسألة » قال ﴿ والوَسْقُ ستُّونَ صاعاً ، والصاع خمسةُ أرطال وثلث ، بالعراقّ ﴾ .

أما كون الوَسْق ستين صاعاً ، فلا خلاف فيه . قال ابن المنذر : هو قول كلٍّ من يُحفظ عنه من أهل

العلم . وقد روى الأثرم ، عن سلمة بن صخر ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « الوَسْقُ سِتُّونَ صاعاً » . وروى أبو سعيد ، وجابر عن النبيّ صلى الله عليه وسلم مثلَ ذلك : رواه ابن ماجه .

وأما كون الصاع خمسة أرطال ، وثلثاً ، ففيه اختلاف ، ذكرناه فى باب الطهارة ، وبيّنا أنه خمسة أرطال ، وثلث بالعراقيّ ، فيكون مبلغ الخمسة الأوسُق ثلاثمائةِ صاعٍ ، وهو ألف ، وستمائة رطل ، بالعراقيّ ، والرطل العراقيّ : مائة ، وثمانية ، وعشرون درهما ، وأربعة أسباع درهم ، ووزنه بالمثاقيل سبعون مثقالاً ، ثم زيد فى الرِّطل مثقالٌ آخرُ ، وهو درهم ، وثلاثة أسباع ، فصار إحدى وتسعين مثقالاً ، وكَمُلَتْ زنته بالدراهم مائةً وثلاثين دِرْهماً . والاعتبار بالأول قبل الزيادة فيكون الصاع بالرطل الدمشقيّ الذى هو ستمائة درهم ، رطلاً وسُبعاً ، وذلك أوقية ، وخمسة أسباع أوقية ، ومبلغ الخمسة الأوسُق بالرطل الدمشقيّ ثلاثمائة رطل ، واثنان وأربعون رطلاً ، وعَشْرُ أواقٍ وسُبْعُ أوقية ، وذلك ستّة أسباع رِطْلٍ .

فصـــل

والنصاب مُعتبَر بالكيل . فإن الأوساق مَكيلة ، وإنما نُقلت إلى الوزن لتُضْبَط وتُحفظ ، وتُنقل ، ولذلك تعلّق وجوب الزكاة بالمكيلات ، دون الموزونات . والمكيلات تختلف فى الوزن : فمنها الثقيل . كالحِنْطة ، والعدس . ومنها الخفيف : كالشعير ، والذرة . ومنها المتوسط . وقد نص أحمد : على أن الصاع خمسة أرطال وثلث من الحِنْطَةِ . وروى جماعة عنه أنه قال : الصَّاعُ وَزَنْتُهُ فوجَدْتُه خَمْسَةَ أرطال ، وثُلُثَيْ رِطْلٍ حِنْطَةً . وقال حنبل : قال أحمد : أخذت الصاع من أبى النَّضْر . وقال أبو النضر : أخذتُه من ابن أبى ذئب ، وقال : هذا صاع النبيّ صلى الله عليه وسلم الذى يُعرف بالمدينة . قال أبو عبد الله : فأخذنا العَدَس ، فعبّرنا به وهو أصلح مايُكال به . لأنه لايتجافى عن مواضعه ، فكِلْنا به ، وَوَزَنّاه ، فإذا هو خمسة أرطال ، وثلث ، وهذا أصحّ ماوقفنا عليه ، ومابيّن لنا من صاع النبى ﷺ . وقال بعض أهل العلم : أجمع أهل الحرمين على أنَّ مُدَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم رطل ، وثلث ، قمحاً ، من أوسط القمح . فمتى بلغ القمح ألفاً وستمائة رطل ففيه الزكاة ، وهذا يدلّ على أنهم قدّروا الصاع بالثقيل . فأمّا الخفيف فتجب الزكاة فيه إذا قارب هذا ، وإن لم يبلغه . ومتى شكّ فى وجوب الزكاة فيه ، ولم يوجد مكيال يقدّر به ، فالاحتياط الإخراج ، وإن لم يُخرج فلا حرج ، لأن الأصل عدمُ وجوب الزكاة ، فلا تجب بالشك .

فصـــل

قال القاضى : وهذا النصاب مُعتبَر تحديداً ، فمتى نقص شيئاً لم تجب الزكاة ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةٌ » والناقص عنها لم يبلُغها إلاّ أن يكون نقصاً يسيراً

يدخل فى المكاييل ، كالأوقيّة ، ونحوها ، فلا عبرة به ، لأن مثل ذلك يجوز أن يَدْخُل فى المكاييل ، فلا ينضبط ، فهو كنقص الحول ساعةً أو ساعتين .

فصــــل

ولا وقص فى نصاب الحبوب ، والثمار ، بل مهما زاد على النصاب أُخرج منه بالحساب ، فيُخرِج عُشر جميع ماعنده . فإنه لاضرر فى تبعيضه ، بخلاف الماشية ، فإنّ فيها ضرراً على ماتقدّم .

فصــــل

وإذا وجب عليه عُشرٌ مرّةً لم يجب عليه عُشرٌ آخرُ . وإن حال عنده أحوالاً ، لأن هذه الأموال غيرُ مُرْصَدة للنماء فى المستقبل ، بل هى إلى النقص أقرب ، والزكاة إنما تجب فى الأشياء النامية ، ليخرج من النماء ، فيكون أسهلَ . فإن اشترى شيئاً من ذلك للتجارة صار عَرْضاً ، تجب فيه زكاة التجارة ، إذا حال عليه الحول ، والله أعلم .

فصــــل

ووقت وجوب الزكاة فى الْحَبّ إذا اشتدّ ، وفى الثمرة إذا بدا صلاحُها . وقال ابن أبى موسى : تجب زكاة الْحَبّ يوم حَصَاده[1] لقول الله تعالى : (وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ) .

وفائدة الخلاف : أنه لو تَصرّف فى الثمرة ، أو الحبّ قبل الوجوب ، لاشىء عليه ، لأنه تصرّف فيه قبل الوجوب ، فأشبه مالو أكل السائمة ، أو باعها ، قبل الحول وإن تصرّف فيها بعد الوجوب لم تسقط الزكاة عنه ، كما لو فعل ذلك فى السائمة ، ولا يستقرّ الوجوب على كلا القولين حتى تصير الثمرة فى الْجَرِينِ والزرع فى البَيْدَرِ . ولو تلف قبل ذلك بغير إتلافه ، أو تفريط منه فيه ، فلا زكاة عليه . قال أحمد : إذا خُرِصَ[2] وتُرِكَ فى رءوس النخل فعليهم حِفْظُه ، فإن أصابته ، جائحة فذهبت الثمرة سقط عنهم الْخَرْصُ ولم يُؤْخَذُوا به ولانعلم فىهذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الخارص إذا خرص الثمرة ثم أصابتها جائحة ، فلا شىء عليه إذا كان قبل الْجِذَاذِ ، ولأنه فى حكم مالا تثبت اليد عليه بدليل أنه لو اشترى ثمرةً فتلفت بجائحةٍ رجع بها على البائع ، وإن تلف بعض الثمرة . فقال القاضى : إن كان الباقى نصاباً ففيه الزكاة ، وإلاّ فلا . وهذا القول يوافق قول من قال : لا تجب الزكاة فيه إلا يوم حصاده ، لأنّ وجود

(١) هذه الآية نزلت بمكة قبل فرض الزكاة ، والمراد بحقه مايخرج منه تطوعاً من غير قدر محدود ترضية للفقراء . وسيأتى للشارح أنه لا يستقر الوجوب فى الثمرة حتى تجف ، ولا فى الحب حتى يصفى ، وليس الوجوب وقت الحصاد .

(٢) الخرص : تقدير الرطب على النخل كم يكون إذا صار تمراً ؟

النصاب شرط في الوجوب ، فمتى لم يوجد وقت الوجوب لم يجب . وأما من قال : إن الوجوب ثبت إذا بدا الصلاح واشتـدّ الحبّ . فقياس قوله : إن تلف البعض إن كان قبل الوجوب فهو كما قال القاضي . وإن كان بعده وجب في الباقي بقدره سواء كان نصاباً أو لم يـكن نصاباً ، لأن المُسقط اختصّ بالبعض ، فاختصّ السقوط به ، كما لو تلف بعض نصاب السائمة ، بعد وجوب الزكاة فيها . وهذا فيما إذا تلف بغـير تفريطه ، وعدوانه . فأمّا إن أتلفها ، أو تلفت بتفريطـه ، أو عُدوانه بعد الوجوب لم تسقط عنه الزكاة ، وإن كان قبل الوجوب سقطت ، إلّا أن يقصد بذلك الفِرَارَ من الزكاة ، فيضمَنُها ولا تسقط عنه .

ومتى ادّعى رَبّ المـال تلفَها بغير تفريطه قُبِلَ قوله ، من غير يمين ، سواء كان ذلك قبل الخَرْص ، أو بعده ، ويُقبل قوله أيضاً في قَدْرها بغير يمين ، وكذلك في سائر الدعاوى . قال أحمـد : لا يُستحلَف الناسُ على صَدَقاتهم . وذلك لأنه حقّ الله تعالى ، فلا يُستحلف فيه ، كالصلاة والحدّ .

فصـــــل

وإن جذّها ، وجعلها في الجَرِين ، أو جعـل الزرع في البيدر ، استقرّ وجوبُ الزكاة عليه عند من لم ير التمـكّن من الأداء شرطاً في استقرار الوجوب ، وإن تلفت بعد ذلك لم تسقط الزكاة عنه ، وعليه ضمانُها ، كما لو تلف نصابُ السائمة ، أو الأثمان بعـد الحول ، وعلى الرواية الأخرى في كون التمـكّن من الأداء مُعتَبراً لا يستقرّ الوجوب فيها ، حتى تجفّ الثمرة ، ويُصَفّى الحب ، ويتمـكّن من أداء حقّه فلا يفعل ، وإن تلف قبل ذلك فلا شيء عليه على ماذكرنا في غير هذا .

فصـــــل

ويصحّ تصرّف المالك في النصاب قبل الخَرْص ، وبعده ، بالبيع ، والهِبَة ، وغيرها . فإن باعه ، أو وهبه بعـد بُدُوّ صلاحـه ، فصدقتُه على البـائع ، والواهب . وبهـذا قال الحسن ، ومالك ، والثوريّ ، والأوزاعيّ . وبه قال الليث : إلا أن يشترطها على المبتاع ، وإنما وجبت على البائع ، لأنّها كانت واجبةً عليه قبل البيع ، فبقى على ما كان عليه ، وعليه إخراج الزكاة من جنس المَبيع ، والموهوب . وعن أحمد : أنه مُخيَّر بين أن يُخرج تمراً أو من الثمن . قال القـاضي : الصحيح أن عليه عُشْرَ الثمرة ، فإنّه لا يجوز إخراج القيمة في الزكاة ، على صحيح المذهب . ولأن عليـه القيام بالثمرة حتى يُؤدّي الواجب منهـا تمراً ، فلا يسقط ذلك عنه ببيعها ، ولا هبتها ، ويتخرّج أن تجب الزكاة على المشترى على قول من قال : إن الزكاة إنما تجب يوم حصاده ، لأن الوجوب إنما تعلّق بها في ملك المشترى ، فـكان عليه . ولو اشـترى ثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، ثم بدا صلاحُها في يد المشترى على وجهٍ صحيح ، مثـل أن يشترى نخـلةً مُثمِرَةً ،

ويشترط ثمرتها ، أو وُهبت له ثمرةٌ قبل بُدُوّ صلاحها ، فبدا صلاحها فى يد المشترى ، أو المتّهَب ، أو وُصّى له بثمرةٍ فقبلها بعد موت المُوصِى ، ثم بدا صلاحها ، فالصدقة عليه ، لأن سبب الوجوب وُجِد فى ملكه ، فكان عليه ، كما لو اشترى سائمة أو اتّهبها ، فحال الحولُ عليها عنده اهـ

فصـــل

وإذا اشترى ثمرةً قبل بُدُوّ صلاحها ، فتركها حتى بدا صلاحُها ، فإن لم يكن شَرط القطع ، فالبيعُ باطل ، وهى باقية على ملك البائع ، زكاتُها عليه ، وإن شرط القطع . فقد رُوى : أن البيع باطل أيضاً ، ويكون الحكم فيها كما لو لم يشترط القطع . ورُوى أن البيع صحيح ، ويشتركان فى الزيادة . فعلى هذا يكون على المشترى زكاة حِصّته منها ، إن بلغت نصاباً ، فإن لم يكن المشترى من أهل الزكاة كالمكاتَب ، والذمّىّ فلا زكاة فيها ، وإن عاد البائع فاشتراها بعد بُدُوّ الصلاح ، أو غيره ، فلا زكاة فيها ، إلا أن يكون قصد ببيعها الفِرَارَ من الزكاة ، فلا تسقط .

فصـــل

وإن تلفت الثمرةُ قبل بُدُوّ الصلاح ، أو الزرعُ قبل اشتداد الحبّ ، فلا زكاة فيه . وكذلك إن أتلفه المالك ، إلّا أن يقصد الفرار من الزكاة ، وسواء قطعها للأكل ، أو للتخفيف عن النخيل ، لتحسين بقية الثمرة ، أو حفظ الأموال ، إذا خاف عليها العطش ، أو ضعف الجمّار ، فقطع الثمرة ، أو بعضها ، بحيث نقص النصاب أو قطعها لغير غرض ، فلا زكاة عليه ، لأنها تلفت قبل وجوب الزكاة ، وتعلّق حق الفقراء بها ، فأشبه مالو هلكت السائمةُ قبل الحول ، وإن قصد بقطعها الفرار من الزكاة لم تسقط عنه ، لأنه قصد قطع حقّ من انعقد سببُ استحقاقه ، فلم تسقط ، كما لو طلّق امرأته فى مرض موته .

فصـــل

وينبغى أن يَبعث الإمامُ ساعيَه إذا بدا صلاحُ الثمار ، ليَخرِصَها ، ويعرِفَ قدر الزكاة ، ويُعرِّفَ المالك ذلك ، وممن كان يرى الخَرْصَ عمرُ بن الخطاب ، وسهل بن أبى حَثْمَة ، ومرْوان ، والقاسمُ بن محمد ، والحسن ، وعطاء ، والزهرىّ ، وعمرو بن دينار ، وعبد الكريم بن أبى المُخارق ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وأكثر أهل العلم . وحُكى عن الشعبىّ أنّ الخَرْصَ بدْعَةٌ . وقال أهل الرأى : الخَرْصُ : ظنّ ، وتخمين ، لا يَلزَمُ به حكم ، وإنّما كان الخَرْصُ تخويفاً للأكَرَة[1] لئلاّ يَخُونوا ، فأمّا أن يلزم به حُكم فلا .

---

(١) الأكرة : جمع أكار بفتح الهمزة وتشديد الكاف وهو الحراث للأرض ، أى الفلاح ، وكان حقها أن تجمع على أكارين ، ولكن قدرت جمعاً لآكر كحارث ، فصارت أكرة ، مثل كامل وكملة ، وآكل وآكلة ، وفاعل وفعلة .

ولنا : ماروى الزهرىّ ، عن سعيد بن المسيّب ، عن عتّاب بن أسيد « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم كَانَ يَبْعَثُ عَلَى النَّاسِ مَنْ يَخْرِصُ عَلَيْهِمْ كُرُومَهُمْ وَثِمَارَهُمْ » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والترمذىّ . وفى لفظ عن عتّاب قال : « أَمَرَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ يُخْرَصَ العِنَبُ كَمَا يُخْرَصُ النَّخْلُ وَتُؤْخَذَ زَكَاتُه زَبِيباً ، كما تُؤْخَذُ زَكَاةُ النَّخْلِ تَمْراً ، وقد عمل به النبىّ ﷺ ، فَخَرَصَ على امْرَأَةٍ بِوَادِى القُرَى حَدِيقَةً لَهَا » رواه الإمام أحمد فى مسنده ، وعمل به أبو بكر بعده ، والخلفاء . وقالت عائشة . وهى تذكر شأن خَيْبَر : « كَانَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم يَبْعَثُ عَبْدَ اللهِ بنَ رَوَاحَةَ إِلَى يَهُودَ فَيَخْرِصُ عَلَيْهِمْ النَّخْلَ حِينَ يَطِيبُ قَبْلَ أَنْ يُؤْكَلَ مِنْهُ » متفق عليه ، رواه أبو داود . قولهم هو ظنّ . قلنا : بل هو اجتهاد فى معرفة قدر الثمر ، وإدراكه بالخَرْص الذى هو نوع من المقادير ، والمعايير ، فهو كتقويم المُتلفات . ووقتُ الخَرْصِ حين يبدو صلاحه ، لقول عائشة رضى الله عنها : يَبْعَثُ عَبْدَ اللهِ ابنَ رَوَاحَةَ ، فَيَخْرِصُ عَلَيْهِمْ النَّخْلَ حِينَ يَطِيبُ قَبْلَ أَنْ يُؤْكَلَ مِنْهُ ، وَلأَنَّ فَائِدَةَ الخَرْصِ مَعْرِفَةُ الزَّكَاةِ ، وإطلاق أَرْبَابَ الثِّمَارِ فى التصرّف فيها ، والحاجةُ إنّما تدعو إلى ذلك حين يبدو الصلاح ، وتجب الزكاة .

فصـــل

ويُجزىء خارص واحد . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يَبْعَثُ ابنَ رواحة ، فيخرصُ ، ولم يُذكر معه غيره . ولأن الخارص يَفعل مايؤدّيه اجتهادُه إليه ، فهو كالحاكم ، والقائف[1] ، ويُعتبر فى الخارص أميناً أن يكون غيرَ متّهم .

فصـــل

وصفة الخرص تختلف باختلاف الثمر ، فإن كان نوعاً واحداً ، فإنه يُطيفُ بكلّ نخلةٍ أو شجرة ، وينظر كم فى الجميع رُطَباً ، أو عِنَباً ؟ ثم يقدّر مايجىء منها تمراً ، وإن كان أنواعاً خرَص كلّ نوع على حدته ، لأن الأنواع تختلف . فمنها مايكثر رُطَبُهُ ، ويَقِلّ تَمْرُهُ . ومنها مايكون بالعكس ، وهكذا العنب ، ولأنه يحتاج إلى معرفة قدر كل نوع ، حتى يُخرج عُشْره ، فإذا خرص على المالك ، وعرّفه قدر الزكاة خيّره بين أن يضمَن قدرَ الزكاة ويتصرّف فيها بما شاء ، من أكل ، وغيره ، وبين حِفْظها إلى وقت الجِذَاذِ والجَفَافِ . فإن اختار حفظها ، ثم أتلفها ، أو تلفت بتفريطه . فعليه ضمانُ نصيب الفقراء

---

(١) القائف : من يعرف الآثار ، فهو عالم بها ويعمل على مقتضى علمه ، والخارص ليس مخمناً فقط ، وإنما هو عالم بالتقدير ويعمل على مقتضى علمه واجتهاده ، كالحاكم إذا اجتهد بعلم ، وكالقائف .

بالخَرْص . وإن أتلفها أجنبيٌّ ، فعليه قيمـةُ ماأتلف . والفرق بينهما : أن رَبّ المـال وجب عليه تجفيفُ هذا الرُّطَب ، بخلاف الأجنبي . ولهـذا قلنا فيمن أتلف أضحيته المُتعيّنة ، عليه أضحيةٌ مكانَها . وإن أتلفها أجنبيّ فعليه قيمتُهـا . وإن تلفت بجائحةٍ من السماء سقط عنهم الخَرْصُ . نصّ عليه أحمـد ، لأنها تلفت قبل استقرار زكاتها ، وإن ادّعى تلفها بغير تفريطه ، فالقولُ قوله بغـير يمين ، كما تقدّم . وإن حفظها إلى وقت الإخراج ، فعليه زكاة الموجود لاغيرُ ، سواء اختار الضمان ، أو حَفِظَها على سبيل الأمانة ، وسواء كانت أكثرَ ممـا خرصه الخارص ، أو أقلّ ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال مالك : يلزمه ماقال الخارص ، زاد أو نقص ، إذا كانت الزكاة مُتقـارِبةً . لأنّ الحـكم انتقـل إلى ماقال الساعى ، بدليل وجوب ماقال عند تلف المال .

ولنا : أن الزكاة أمانةٌ فلا تصير مضمونةً بالشرط ، كالوديعة ، ولا نُسلّم أن الحـكم انتقل إلى ماقاله الساعى ، وإنّما يُعمل بقوله إذا تصرّف فى الثمرة ، ولم يعلم قدرها . لأن الظاهر إصابتُه . قال أحمد : إذا خرص على الرجل ، فإذا فيـه فضلٌ كثير مثلُ الضِّعْفِ تصدّق بالفضل ، لأنه يخرص بالسويّة : وهذه الرواية تدل على مثل قول مالك . وقال : إذا تجافى السلطانُ عن شيء من العُشْرِ يُخرجُه فيؤدِّيه . وقال : إذا حُطّ من الخَرْص عن الأرض ، يتصدّق بقدر مانقصوه من الخرص ، وإن أخذ منهم أكثر من الواجب عليهم . فقال أحمـد : يحتسب لهم من الزكاة ، لسَنةٍ أخرى ، ونقل عنه أبو داود : لايُحتَسبُ بالزيادة ، لأن هذا غاصب . وقال أبو بكر : وبهذا أقول ، ويحتمل أن يُجْمع بين الروايتين ، فيُحتسب به إذا نوى صاحبُه به التعجيل ، ولا يُحْتَسَبُ به إذا لم يَنْوِ ذلك .

فصـــل

وإن ادّعى رَبّ المـال غَلَط الخارص ، وكان ماادّعاهُ مُحْتَمَلاً قُبِلَ قوله ، بغير يمين ، وإن لم يـكن مُحْتَملاً مثلُ أن يَدّعى غلط النصف ، ونحوه ، لم يُقبل منه ، لأنه لايحتمل ، فيعلم كذبُه . وإن قال لم يحصل فى يدى غيرُ هذا ، قُبِلَ منه بغير يمين ، لأنه قد يتلَف بعضُها بآفة لانعلمُها[1] .

فصـــل

وعلى الخارص أن يَترك فى الخَرْص الثلُثَ ، أو الربـع تَوْسِعَةً على أرباب الأموال ، لأنهم يحتاجون

---

(١) هذا إذا اعتقد الإمام صـدق رب المـال وكان مجرباً عليـه الصدق ، أما إذا كان مجرباً عليه الكذب ، أو كان من أهل البـدع ، أو كان سيء السمعة ، أو غير ذلك من الدلائل التى ترجـح تكذيبه فلا يؤخذ بقوله إلا بالشهود وإذا لم يوجدوا فيبحث فى أمره ، كتغريم نصفها ، أو ثلاثة أرباعها أو نحو ذلك .

إلى الأكل ، هم وأضيافهم ، ويُطعمون جيرانهم ، وأهاليهم ، وأصدقاءهم ، وسُؤّالهم ، ويكون فى الثمرة السُّقاطة ، وينتابها الطير ، وتأكلُ منه المارّة ، فلو استوفى الكلّ منهم أضرّ بهم . وبهذا قال إسحاق ، ونحوَه قال الليث ، وأبو عُبَيد ، والمرجع فى تقدير المتروك إلى الساعى باجتهاده ، فإن رأى الأكَلَة كثيراً ترك الثلث ، وإن كانوا قليلاً ترك الربع . لما روى سهلُ بن أبى حَثْمَةَ أن رسول الله ﷺ كان يقول « إِذَا خَرَصْتُمْ فَخُذُوا وَدَعُوا الثُّلُثَ ، فإنْ لَمْ تَدَعُوا الثُّلُثَ ، فَدَعُوا الرُّبُعَ » رواه أبو عُبَيد ، وأبو داود ، والنسائىّ ، والترمذىّ . وروى أبو عُبَيد بإسناده عن مكحول قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث الخُرّاص قال : « خَفِّفُوا عَلَى النَّاسِ ، فإنَّ فِى المَالِ العَرِيّةَ ، والوَاطِئَةَ ، والآكِلَةَ » قال أبو عُبَيْد : الواطئة : السابلة ، سموا بذلك لوطئهم بلاد الثمار مجتازين . والآكلة : أرباب الثمار وأهلوهم ، ومن لصق بهم . ومنه حديث سهل فى مال سعد بن أبى سعد حين قال : لَوْلَا أَنِّى وَجَدْتُ فِيهِ أَرْبَعِينَ عَرِيشاً لَخَرَصْتُهُ تِسْعَمِائَةِ وَسْقٍ ، وكانت تلك العرُشَ لهؤلاء الآكِلة . والعَرِيّة : النخلة ، أو النَخَلَاتُ يَهَبُ إنساناً ثَمَرَتَها ، فجاء عن النبىّ ﷺ أنه قال : « لَيْسَ فِى العَرَايَا صَدَقَةٌ » .

وروى ابن المنذر عن عمر رضى الله عنه أنه قال لسهل بن حَثْمَةَ : « إِذَا أَتَيْتَ عَلَى نَخْلٍ قَدْ حَضَرَهَا قَوْمٌ فَدَعْ لَهُمْ مَا يَأْكُلُونَ » . وَالحُكْمُ فى العِنَب كالحكم فى النخيل سواء ، فإن لم يترك لهم الخارصُ شيئاً فلهم الأكلُ قدرَ ذلك ، ولا يُحْتَسَب عليهم به ، نصّ عليه . لأنه حقّ لهم ، فإن لم يُخرج الإمام خارصاً فاحتاج ربّ المال إلى التصرّف فى الثمرة ، فأخرج خارصاً جاز أن يأخذ بقَدْرِ ذلك ذكره القاضى . وإن خرص هو ، وأخذ بقدر ذلك جاز . ويَحتاط فى أن لا يأخذ أكثرَ ممّا له أخذهُ .

فصل

وَيَخْرِصُ النخل والكَرْمَ ، لما روينا من الأثر فيهما ، ولم يُسمع بالخَرْصِ فى غيرهما ، فلا يَخرص الزرعَ بسُنْبُله ، وبهذا قال عطاء ، والزهرىّ ، ومالك ، لأن الشرع لم يرد بالخَرْص فيه ، ولاهو فى معنى المنصوص عليه . لأن ثمرة النخل والكَرْم تؤكلُ رَطْباً فيَخْرِص على أهله للتوسعة عليهم ليُخَلِّى بينهم ، وبين أكل الثمرة ، والتصرّف فيها ، ثم يؤدُّون الزكاة منها على ماخَرَص ، ولأن ثمرة الكَرْم والنخل ظاهرةٌ مجتمعة ، فَخَرْصُها أسهلُ من خَرْص غيرها ، وماعداهما فلا يُخْرَص ، وإنما على أهله فيه الأمانة ، إذا صار مُصَفًّى يابساً ، ولا بأس أن يأكلوا منه ماجرت العادة بأكله ، ولا يُحْتَسَبُ عليهم .

وسُئل أحمد : عمّا يأكلُ أربابُ الزُّروع من الفَرِيك ، قال : لا بأسَ به أن يأكلَ منه صاحبُه مايحتاج إليه ، وذلك لأن العادة جارية به ، فأشبه مايأكله أربابُ الثِّمار من ثمارهم ، فإذا صُفِّىَ الحَبّ

أخْرجَ زكاةُ الموجود كلِّه ولم يُترك منه شيء ، لأنه إنّما تُرِك لهم فى الثمرة شىء ، لـكون النفوس تَتُوق إلى أكلها رَطْبَةً . والعادة جارية به ، وفى الزرع إنّما يُؤكل شىء يسير لا وَقْع له .

فصـــل

ولا يخرص الزيتون ، ولا غير النخـل ، والـكَرْم . لأن حبّه متفرّق فى شجره ، مستور بورقه ، ولا حاجة بأهله إلى أكله ، بخلاف النخل ، والـكرم ، فإن ثمرة النخل مجتمعة فى عُذُوقه ، والعِنَب فى عناقيده ، فيُمكن أن يأتىَ الخَرْص عليه ، والحاجة داعية إلى أكلهما فى حال رطوبتهما ، وبهـذا قال مالك . وقال الزهرىّ ، والأوزاعىّ ، والليث : يُخْرَص . لأنه ثمر تجب فيـه الزكاة ، فيُخْرَص كالرُّطَبِ والعِنَب .

ولنا : أنه لا نصّ فى خَرْصه ، ولا هو فى معنى المنصوص ، فيبقى على الأصل .

فصـــل

ووقت الإخراج للزكاة بعـد التصفية فى الحبوب ، وَالجْفافِ فى الثمـار . لأنّه أَوَانُ الـكمال ، وَحالُ الادّخار ، والمُؤنة التى تلزم الثمرةَ إلى حين الإخراج على ربّ المـال ، لأن الثمرة كالماشية ، ومؤنة الماشية وحفظُها ورَعْيُها ، والقيامُ عليهـا إلى حين الإخراج على ربّها ، كذا هاهنا ، فإن أخذ السـاعى الزكاة قبل التجفيف ، فقد أساء ، ويردّه إن كان رَطْباً بحاله ، وإن تلف رَدّ مثله ، وإن جفّفه وكان قدر الزكاة . فقد استوفى الواجب ، وإن كان دونه أخذ البـاقى ، وإن كان زائداً ردّ الفضـل ، وإن كان المخرج لهـا ربّ المال لم يُجزه ، ولزمه إخراج الفضل بعد التجفيف ، لأنه أُخرج غير الفرض ، فلم يُجزه ، كما لو أخرج الصغير من الماشية عن الـكبار .

فصـــل

وإن احتيج إلى قطع الثمرة قبل كمالها خوفاً من العطش ، أو لضعف الُجمّار ، جاز قطعُها . لأن حقّ الفقراء إنمـا يجب على طريق المواساة ، فلا يكلّف الإنسان من ذلك مايُهلِكُ أصـلَ ماله ، ولأن حفظَ الأصل أحـظّ للفقراء من حفـظ الثمرة . لأن حقهم يتـكرّر بحفظهـا فى كلّ سنة ، فهم شركاء فى النخل ، ثم إن كان يـكفى تجفيف الثمرة دون قطع جميعها جفّفها ، وإن لم يـكف إلا قطعُ جميعها جاز . وكذلك إن أراد قطع الثمرة لتحسين الباقى منها جاز ، وإذا أراد ذلك . فقال القـاضى : يخيّر السـاعى بين أن يقاسم ربَّ المال الثمرة قبل الجِذَاذِ بالخَرْص ، ويأخذ نصيبهم نخلة مفردة ، ويأخـذ ثمرتهـا ، وبين أن يَجُذّها ويقاسمه إيّاها بالـكيل ، ويقسم الثمرة فى الفقراء ، وبين أن يبيعها من ربّ المـال ، أو من غـيره ،

قبل الجِدَاد ، أو بعده ، ويقسم ثمنها فى الفقراء . وقال أبو بكر : عليه الزكاة فيه يابساً . وذكر أن أحمد نصّ عليه . وكذلك الحكم فى العنب الذى لا يجىء منه زبيب كالخمرىّ ، والرُّطَب الذى لا يجىء منه تمر جيّد كالبرنبا ، والهلياث ، فإن قيل : فهلاّ قلتم : لا زكاة فيه . لأنه لا يدّخر ، فهو كالخضراوات ، وطَلْع الفُحّال . قلنا : لأنه يدّخر فى الجملة . وإنما لم يدّخر هاهنا ، لأن أخذه رَطْباً أنفع ، فلم تسقط منه الزكاة بذلك ، ولا تجب فيه الزكاة حتى يبلغ حداً يكون منه خمسة أوسُق تمراً ، أو زبيباً ، إلّا على الرواية الأخرى ، وإذا أتلف ربّ المال هذه الثمرة . فقال القاضى : عليه قيمتها ، كما لو أتلفها غيرُ ربّ المال. وعلى قول أبى بكر يجبُ فى ذمته العُشْرُ تمراً ، أو زبيباً ، كما فى غير هذه الثمرة . قال : فإن لم يجد التمر ، ففيه قولان : أحدهما : يؤخذ منه قيمته . والثانى : يكون فى ذمّته ، وعليه أن يأتى به .

فصـــل

فأما كيفية الإخراج : فإن كان المال الذى فيه الزكاة نوعاً واحداً أُخِذَ منه ، جيّداً كان أو رديئاً . لأنَّ حقّ الفقراء يجب على طريق المواساة ، فهم بمنزلة الشركاء ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، وإن كان أنواعاً أُخذَ من كلّ نوع مايخُصّه ، هذا قول أكثر أهل العلم . وقال مالك ، والشافعىّ : يُؤخذ من الوَسَطِ . وكذلك قال أبو الخطّاب : إذاشقّ عليه إخراج زكاة كلّ نوع منه . قال ابن المنذر . وقال غيرهما : يُؤخذ عُشر ذلك من كلّ بقدره ، وهو أولى . لأن الفقراء بمنزلة الشركاء ، فينبغى أن يتساوَوْا فى كلّ نوع منه ولا مشقة فى ذلك ، بخلاف الماشية إذا كانت أنواعاً ، فإنّ إخراج حصّة كلّ نوع منه ، يُفضى إلى تشقيص الواجب ، وفيه مشقّة بخلاف الثمار ، ولهذا وجب فى الزائد بحسابه ، ولا يجوز إخراج الردىء لقوله تعالى : ٢ : ٢٦٧ « وَلاَ تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ » قال أبو أمامة سهل بن حُنَيْفٍ فى هذه الآية : هو الْجُعْرُورِ وَلَوْنُ الْحُبَيْقِ[1] فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُؤخذ فى الصَّدَقة . رواه النسائىّ ، وأبو عبيد . قال : وهما ضربان من التمر . أحدهما : إنما يصير قشراً على نوًى ، والآخرُ إذا أثمر صار حَشَفاً ، ولا يجوز أخذ الجيّد عن الردىء . لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « إيَّاكَ وكَرَائِمَ أَمْوَالِهِمْ » فإنْ تَطَوَّعَ رَبُّ الْمَالِ بِذَلِكَ جَازَ ، وَلَهُ ثَوَابُ الفَضْلِ ، على ماذكرنا فى فضل الماشية .

فصـــل

فأما الزيتون : فإن كان مما لا زيت له فإنَّه يُخْرِجُ منه عُشره حبّاً ، إذا بلغ نصاباً لأنه حالُ كماله وادّخاره ، فإنَّه يُخرج منه كما يُخْرَص الرُّطَبُ فى حال رُطُوبَتِهِ ، وإن كان له زيت أُخرج منه زيتاً ، إذا بلغ

---

(١) الجعرور : بضم الجيم ، والحبيق : بضم المهملة : نوعان من الدقل ، وهو بالتحريك : التمر الردىء اليابس .

الحبُّ خمسة أوسُق . وهـذا قول الزهرىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، والليث . قالوا : يُخرَص الزيتون ، ويُؤخذ زيتاً صافياً . وقال مالك : إذا بلغ خمسة أوسُق أُخِذَ العُشر من زَيْتِه بعدَ أن يُعصَر . وقال الثورىّ وأبو حنيفة : يُخرَجُ من حَبِّه كسائر الثمار . ولأنه الحالةُ التى تُعتبر فيها الأوساق ، فكان إخراجه فيها كسائر الثمار وهذا جائز . والأول أولى . لأنه يكفى الفقراء مؤنته ، فيكون أفضلَ كتجفيف التمر ، ولأنه حالُ كماله ، وادّخاره ، فيُخرَجُ منه ، كما يُخرَص الرُّطَبُ فى حال رطوبته ، ويُخرَجُ منه إذا يبس .

فصـــل

ومذهب أحمد أن فى العسل العُشر . قال الأثرم ، سُئل أبو عبد الله : أنت تذهبُ إلى أن فى العسل زكاةً ؟ قال : نعم . أذهبُ إلى أن فى العَسل زكاةً العُشْرُ ، قد أخذ عمر منهم الزكاة . قلت : ذلك على أنهم تطوّعُوا به ؟ قال : لا ، بل أخـذه منهم . ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ومكحول ، والزهرىّ ، وسليمان بن موسى ، والأوزاعىّ ، وإسحاق . وقال مالك ، والشافعىّ ، وابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح وابن المنذر : لازكاة فيه ، لأنه مائع ، خارج من حيوان ، أشبه اللبن . قال ابن المنذر : ليس فى وجوب الصدقة فى العَسَل خبر يثبُت ، ولا إجماع ، فلا زكاة فيـه . وقال أبو حنيفة : إن كان فى أرض العُشر ففيه الزكاة ، وإلا فلا زكاة فيه .

ووجه الأول ماروى عمرُو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه أنّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم كان يُؤخَذُ فى زمانه من قِرَبِ العَسَل ، من كلِّ (عَشرِ قِرَبٍ[1]) قِرْبةٌ من أوْسَطِها . رواه أبو عُبَيد ، والأثرم ، وابن ماجه ، وعن سليمان بن موسى أنَّ أبَا سَيَّارةً المتعىّ ، قال : قُلْتُ يَارسولَ اللهِ إنَّ لِى نَحْلاً . قال : فاحْمِ إذاً جِبَالَهَا ، فَحَمَاهُ لَهُ » رواه أبو عُبَيد ، وابن ماجه . وروى الأثرم ، عن ابن أبى ذُبَابة ، عن أبيه ، عن جدّه : أن عمر رضى الله عنه أمره فى العَسَل بالعُشر . أما اللبن فإن الزكاة وجبت فى أصله ، وهى السائمة ، بخلاف العَسَل ؟ وقول أبى حنيفة ينبنى على أن العُشر ، والخراج لايجتمعان . وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

فصـــل

ونصاب العسل عَشَرَةُ أفْرَاقٍ[2] وهذا قول الزهرىّ . وقال أبو يوسف ، ومحمد : خمسة أوساق لقول النبى ﷺ : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أوسُقٍ صَدَقَةٌ » وقال أبو حنيفة : تجب فى قليله ، وكثيره ، بناء على أصله فى الحبوب ، والثمار ، ووجه الأوّل ماروى عن عمر رضى الله عنه : أن ناساً سألوه فقالوا : إنْ

---

(١) مابين القوسين ساقط من جميع النسخ المطبوعة (٢) الأفراق : جمع فرق بفتح الفاء وسكون الراء أو فتحها ، وهو مكيال يسع ستة عشر رطلا ، والفتح أفصح : ثلاثة أصع ، أو أربعة أرباع .

رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم قَطَعَ لَنَا وادياً باليَمَنِ فِيهِ خَلَايَا مِنْ نَحْلٍ ، وَإِنَّا نَجِدُ ناساً يَسْرِقُونَهَا ، فَقَالَ عُمَرُ رضى الله عنه : « إِنْ أَدَّيْتُمْ صَدَقَتَهَا مِنْ كُلِّ عَشَرَةِ أَفْرَاقٍ فَرَقاً حَمَيْنَاهَا لَكُمْ » رواه الجُوزَجانِيّ ، وهذا تقدير من عمر رضى الله عنه ، فيتعيَّن المصير إليه . إذا ثبت هذا فإنّ الفرق ستة عشر رطلاً بالعراق ، فيكون نصابُه مائةً وستينَ رطلا . وقال أحمد فى رواية أبى داود : قال الزهرىّ فى عشرة أفراق فَرَقٌ . والفرق سِتَّةَ عَشَر رطلاً . قال ابن حامد : الفرق ستون رطلا ، فيكون النصاب ستمائة رطل ، فإنّه يُروى أن الخليل بن أحمد قال : الفرق بإسكان الراء[1] مكيال ضخم من مكاييل أهل العراق وقيل هو مائة وعشرون رطلاً ، ويحتمل أن يكون نصابه ألفَ رطل ، لحديث عمرو بن شُعَيب : أنه كان يؤخذ فى زمان رسول الله ﷺ من قِرَبِ العَسَلِ مِنْ كلِّ عَشْرِ قِرَبٍ قِرْبَةٌ مِنْ أَوْسَطِها ، والقربة عند الإطلاق مائةُ رطل ، بدليل أن القلّتين خمسُ قِرَب ، وهى خمسمائة رطل .

وروى سعيد قال حدّثنا عبد العزيز بن محمد ، أخبرنى عبد الرحمن بن الحارث بن أبى ذئاب ، عن أبيه عن جدّه أنه قال لقومه : إنّه لاخَيْر فى مال لا زكاة فيه ، قال : فأخذ من كل عَشْرِ قِرَبٍ قِرْبَةً فجئتُ بها إلى عمر بن الخطّاب ، فجعلها فى صدقات المسلمين ، ووجه الأول قول عمر : « مِنْ كلِّ عَشَرَةِ أَفْرَاقٍ فَرَقاً » والفرق بتحريك الراء ستة عشر رطلا . قال أبو عُبَيد : لا خلافَ بين الناس أعلمه فى أن الفرق ثلاثة آصع . وقال النبيّ ﷺ لكعب بن عُجْرة « أَطْعِمْ سِتَّةَ مَساكِينَ فَرَقاً مِنْ طَعَامٍ » فقد بيّن أنه ثلاثةُ آصع . وقالت عائشة : كنت اغتسل أنا ورَسُول الله صلى الله عليه وسلم من إناء هو الفَرَق ، هذا هو المشهور ، فينصرف الإطلاق إليه . والفرق هو مكيال ضخم لا يصحّ حمله عليه لوجوه :

(أحدها) أنه غير مشهور فى كلامهم فلا يُحمل عليه المطلق من كلامهم ؛ قال ثعلب : قُلْ : فرَقٌ ، ولا تقُلْ فرْقٌ . قال خِداش بن زُهَير :

يأخذون الأرْشَ فى إخوتهم فَرَقَ السَّمْنِ وشَاةً فى الغَنَم

(الثانى) أن عمر قال : مِنْ كُلِّ عشرةِ أفراقٍ فَرَقٌ ، والأفراقُ جمع فَرَقٌ بفتح الراء ، وجمع فرق بإسكان الراء فروق ، وفى القِلّة أفرق ، لأن ما كان على وزن فعل ساكن العين غيرُ معتلّ فجمعُه فى القِلّة أفعُل ، وفى الكثرة فِعَالٌ ؛ أو فُعُول .

(والثالث) أن الفرق الذى هو مكيال ضَخْم من مكاييل أهل العراق لا يُحمل عليه كلامُ عمر رضى الله عنه ، وإنما يحمل كلام عمر رضى الله عنه على مكاييل أهل الحجاز ، لأنّه بها ومن أهلها ، ويؤكّد ماذكرنا تفسير الزهرىّ له ، فى نصاب العسل بما قلناه ، والإمام أحمد ذكره فى مَعْرِضِ الاحتجاج به ،

---

(١) سبق أنه بفتح الراء أفصح من كسرها .

فيدلّ على أنه ذهب إليه ،والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ والأرض أرضان أرض صلح وعنوة ﴾ .

وجملته أن الأرض قسمان : صلح ، وعنوة . فأما الصلح فهو كلّ أرض صالح أهلها عليها ، لتكون لهم ، ويؤدّون خراجاً معلوماً ، فهذه الأرض ملكٌ لأربابها ، وهذا الخراجُ فى حكم الجِزْيَة ، متى أسلموا سقط عنهم ، ولهم بيعها . وهبتها ، ورهنها لأنها ملك لهم . وكذلك إن صالحوا على أداء شىء غير موظّف على الأرض ، وكذلك كل أرض أسلم عليها أهلُها ، كأرض المدينة ، وشبهها ، فهذه ملك لأربابها ، لاخراج عليها ، ولهم التصرّف فيها كيف شاءوا ، وأما الثانى : وهو مافتح عَنْوَةً ، فهى ما أُجْلِىَ عنها بالسيف ، ولم تُقْسَم بين الغانمين ، فهذه تصير وقفاً للمسلمين ، يُضْرَبُ عليها خراج معلوم ، يؤخذ منها فى كلّ عام ، يكون أُجرةً لها ، وتُقَرّ فى أيدى أربابها ، ماداموا يؤدُّون خراجها ، وسواء كانوا مسلمين ، أو من أهل الذمّة ، ولايسقطُ خراجها بإسلام أربابها ، ولا بانتقالها إلى مُسلم ، لأنّه بمنزلة أُجرتها ، ولم نعلم أن شيئاً مما فتح عَنْوة قُسِّم بين المسلمين ، إلا خَيْبَر ، فإنّ رسول الله ﷺ قَسَّم نِصْفَها ، فصار ذلك لأهْله ، لاخراج عليه . وسائر مافُتِح عَنْوةً مما فتحه عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ومَنْ بعده ، كأرض الشام والعراق ومصر ، وغيرها ، لم يُقْسَم منه شىء . فرَوى أبو عُبَيْد فى الأموال : أن عمر رضى الله عنه قدم الجابيَة ، فأراد قِسْمَةَ الأرض بين المسلمين ، فقال له مُعاذ : والله إذاً ليكونَنّ ماتكره ، إنك إن قسمتها اليومَ صار الرِّيْعُ العظيم فى أيدىالقوم ،ثم يَبيدُون ، فيصيرُ ذلك إلى الرجل الواحد والمرأة ، ثم يأتى بعدهم قوم أُخَر يَسُدّون من الإسلام مَسَدًّا ، وهم لايجدون شيئاً ، فانظر أمراً يَسَعُ أوّلهم وآخرَهم، فصار عمر إلى قول مُعَاذ . ورُوى أيضاً قال : قال ابن الماجُشُون : قال بلال لعمر بن الخطّاب رضى الله عنه فى القُرَى التى افْتَتَحُوها عَنْوَةً : اقْسِمْهَا بَيْننا وخُذْ خُمْسَها ، فقال عمر : لا ، هذا عينُ المال ، ولكنّى أحبِسُه فيئاً يجرى عليهم ، وعلى المسلمين ، فقال بلال وأصحابه لعمر : اقسمها بَيْننا ، فقال عمر : اللهمّ اكفنى بلالاً وذَوِيه ، قال : فما حال الحولُ ومنهم عينٌ تَطْرِفُ .

ورُوى بإسناده عن سُفيان بن وَهْب الخَوْلَانىّ ، قال : لَمّا افتتح عمرو بن العاص مصرَ قام ابنُ الزُّبَيْر فقال : ياعمرو بنَ العاص ، اقسمها ، فقال عمرو : لا أَقْسِمُها ، فقال ابن الزبير ، لَتَقْسِمَنّهَا كما قسَمَ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم خَيْبَر ، فقال عمر : لاأَقْسِمُها حَتّى أكتُب إلى أمير المؤمنين ، فكتب إلى عمر ، فكتب إليه عمر : أن دَعْها حتّى يعروا منها حَبَل الحَبَلَةِ . قال القاضى : ولم يُنقل عن النبىّ ﷺ ، ولا عن أحد من الصحابة أنه قَسَمَ أرضاً عَنْوَةً إلّا خَيْبرَ .

فصـــل

قال أحمد : ومن يقوم على أرض الصلح ، وأرض العَنْوةِ ، ومن أين هى ، وإلى أين هى ؟ وقال :

أرْضُ الشّامِ عَنْوَةٌ إلّا حِمْصَ ، وموضعاً آخر ، وقال : مادون النهر صُلْح ، وما وراءه عَنْوَة ، وقال : فتح المسلمون السَّوَادَ عنوةً ، إلّا مَا كَانَ منه صُلْح ، وهى أرض الحيرة ، وأرض مانقيا . وقال : أرض التُّرَى خَلَطُوا فى أمرها ، فأما ما فتح عنوةً من نَهَاوَند إلى طَبَرَسْتانَ خَرَاجٌ . وقال أبو عُبَيد : أرض الشام عَنْوَةٌ ماخَـلاَ مُدُنَها ، فإنَّها فُتِحت صُلْحًا إلاَّ قيسارِيَّة ، افتُتِحَتْ عَنْوَةً[1] وَأَرْضُ السَّوَاد ، وَالجَلِ وَنَهَاوَند ، والأهواز ، ومصر ، والمغرب . قال موسى بن علىّ بن رباح ، عن أبيه : المغرب كلّه عَنْوَة . فأما أرض الصلح فأرض هَجَر ، والبحرين ، وأَيْلَة ، وَدُومَة الجَنْدَل ، وَأَذْرُح . فهذه القرى التى أدّت إلى رسولِ اللهِ ﷺ الجِزْيَة ، ومدنُ الشام ماخلاَ أَرْضَهَا إلاَّ قَيسَارِيّة ، وبلادَالجزيرةِ كلّها ، وبلاد خراسانَ كلّها ، أو أكثرَها صلح ، وكلّ موضـع فُتِح عَنْوَةً ، فإنّه وقف على المسلمين .

فصـــــل

وما استأنف المسلمون فتحه ، فإن فُتِـحَ عَنْوَةً ففيه ثلاثُ رِوَايات :

(إحداهن) أن الإمام مخيَّر بين قسمتها على الغانمين ، وبين وقفيّتها على جميع المسلمين ، لأنَّ كلا الأمرين قد ثبت فيـه حُجَّـة عن النبيِّ صلى الله عليـه وسلم ، فإنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قسم نصف خَيْبَر ، ووقف نِصْفَهَا لنوائبه ، ووقف عمر الشام ، والعراق ، ومصر ، وسائر مافتحه ، وأقرّه على ذلك عُلماء الصحابة ، وأشاروا عليـه به ، وكذلك فعل مَنْ بعده من الخلفاء ، ولم يُعلم أحدٌ منهم قَسَم شيئاً من الأرض التى افتتحوها .

(والثانية) أنها تصير وقفاً بنفس الاستيلاء عليها ، لاتفاق الصحابة عليه ، وقسمة النبيّ ﷺ خيبَر كان فى بدء الإسلام ، وشدّة الحاجة ، فـكانت المصلحةُ فيه ، وقد تعيّنت المصلحة فيما بعدَ ذلك فى وقف الأرض ، فـكان ذلك هو الواجب .

(والثالثة) أن الواجب قسمتُها ، وهو قولمالك ، وأبى ثور ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وفعلهُ أولى من فِعلِ غـيره ، مع عموم قوله تعـالى : (٨ : ٤١ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ) الآية ، يُفهم منها أن أربعـة أخماسها للغانمين . والرواية الأولى أولى ، لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم فعل الأمرين جميعاً فى خيبر ، ولأن عمر قال : « لَوْلاَ آخِرُ النَّـاسِ لَقَسَمْتُ الأَرْضَ كما قَسَم النبيُّ صلى الله عليه وسلم خَيْبَر » فقد وقف الأرض مع علمه بفعل النبيّ صلى الله عليـه وسلم ، فدلّ على أن فعله

---

(١) فتح عنوة : أى فتح بالقوة والحرب ، ولم يفتح صلحاً .

ذلك لم يـكن مُتَعَيَّنًا ، كيف والنبيّ صلى الله عليه وسلم قد وقف نصف خيبر ؟ ولو كانت للغانمين لم يكن له وقفها . قال أبو عُبَيـد : تواترت الآثار فى افتتاح الأرَضين عَنْوَةً بهذين الحـكمين ، حـكم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى خيبر حين قسمها ، وبه أشار بلال ، وأصحابه ، على عمر فى أرض الشام . وأشار به الزبَير فى أرض مصر ، وحـكم عُمر فى أرض السَّوَادِ ، وغيره ، حين وقفه ، وبه أشار علىّ ، ومُعـاذ على عمر ، فى أرض الشام ، وليس فعلُ النبىّ صلى الله عليه وسلم رادًّا لفعل عمر . لأن كلّ واحد منهما اتّبع آيةً مُحكمة . قال الله تعالى : (٨ : ٤١ وَاعْلَمُوا أَنَّ مَاغَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ) . وقال : (٥٩ : ١١ مَاأَفَاءَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ القُرَى) الآية . وكان كلّ واحد من الأمرين جائزاً ، والنظر فى ذلك إلى الإمام ، فما رأى من ذلك فعَـله . وهذا قول الثورىّ ، وأبى عُبَيد .

إذا ثبت هـذا فإنَّ الاختيار المفوَّض إلى الإمام اختيارُ مَصلحـة ، لا اختيارُ تَشَهٍّ [1] . فيلزمه فعـلُ مايرى المصلحة فيـه ، ولا يجوز له العدول عنـه ، كالخِـيرَةِ بيْن القتل ، والاسترْقاق ، والفِدَاء ، والمنّ فى الأسرى . ولا يحتاج إلى النطق بالوَقْف ، بل تركُه له من غير قِسْمَةٍ هو وقفُه لهـا ، كما أن قَسْمها بين الغانمين لايحتاج معه إلى لفظ ، وإن عمر وغيره لم ينُقل عنهم فى وقف الأرض لفظُ الوقف ، ولأنَّ معنى وقفها هاهنا : أنها باقيةٌ لجميـع المسلمين ، يُؤخَذُ خراجُها ، ويُصرف فى مصالحهم . ولا يُخَصّ أحد بملك شىء منها . وهذا حاصلٌ بتركها .

فصــــل

فأما ماجُلِّى عنها أهلُها خوفاً من المسلمين . فهذه تصيرُ وقفـاً بنفس الظهور عليها . لأن ذلك مُتعيّن فيها ، إذ لم يـكن لها غانم ، فـكان حـكمها حكم الفىء ، يـكون للمسلمين كلّهم . وقد روى : أنها لاتصير وقفـاً حتى يقفها الإمام . وحـكمُها حـكم العَنْوة إذا وُقِفَتْ . وما صالح عليه الـكفّار من أرضهم ، على أن الأرض لنـا ، ونقرّهم فيها ، بخراج معلوم . فهو وقف أيضاً ، حـكمه حكم ماذكرناه ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم « فَتَحَ خَيْبَر ، وصالَح أَهْلَهَا عَلَى أن يَعْمُرُوا أَرْضَها ، وَلَهُمْ نِصْفُ ثَمرِتها ، فـكَانَتْ لِلمُسْلِمِينَ مِنهُمْ » وصالح بنى النَّضِير « عَلَى أَنْ يُجْلِيَهُمْ مِنَ المَدِينَةِ ، وَلَهُمْ مَاأَقَلَّتْ الإِبلُ مِنَ الأَمْتِعةِ ، والأَمْوالِ ، إلاّ الحَلْقَةَ — يَعْـنِى السِّلاحَ — فـكَانَتْ مِمّا أفاءَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ » فأمّا مَاصُولحوا عليه ، على أنّ الأرض لهم ، ونُقرّهم فيها بخراجٍ معـلوم . فهـذا الخراج فى حـكم الجِزْيَةِ ، تسقُط بإسْلاَمِهِم ، والأرضُ لهم ، لاخراج عليها ، لأن الخراج الذى ضُرب عليهم إنّما كان من أجل كُفرهم ، بمنزلة الجِزْيَةِ

---

(١) تشه : أى بالرأى ، والمحبة غير المبنية على المصلحة .

المضروبة ، على رءوسهم . فإذا أسلموا سقط كما تسقط الجزية ، وتبقى الأرض ملكاً لهم ، لاخراج عليها . ولو انتقلت الأرض إلى مسلم لم يجب عليها خراج لذلك .

فصــــل

ولا يجوز شراء شيء من الأرض الموقوفة ولا بيعه ، في قول أكثر أهل العلم . منهم عمر ، وعلي ، وابن عباس ، وعبد الله بن عمر ، رضي الله عنهم ورُوي ذلك عن عبد الله بن مُغَفَّل ، وقَبيصة ابن ذُؤَيب ، ومُسلم بن مُسلم ، وميمون بن مِهْران ، والأوزاعيّ ، ومالك ، وأبي إسحق الفزاري . وقال الأوزاعيّ : لم يزل أئمة المسلمين ينهَوْنَ عن شراء أرض الجِزْيَةِ ، ويكرهه علماؤهم . وقال الأوزاعيّ : أجمع رأي عمر وأصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم لمّا ظهَرُوا على الشام ، على إقرار أهل القُرَى في قُرَاهُمْ على ما كان بأيديهم من أرضهم ، يَعْمُرونَها ، ويؤدُّونَ خَراجَها إلى المسلمين . ويرون : أنه لايصلُح لأحَدٍ من المسلمين شراء مافي أيديهم من الأرض ، طوعاً ، ولا كَرْهاً . وكرهوا ذلك مما كان من اتفاق عمر وأصحابه في الأرضين المحبوسة على آخر هذه الأمة من المسلمين ، لاتباع ، ولا تُورَثُ ، قوةً على جهاد من لم نَظْهَرْ عليه بعدُ من المشركين . وقال الثوريّ : إذا أقرّ الإمامُ أهل العَنْوَةِ في أرضهم تَوَارَثُوها ، وتبايَعُوها . ورُوي نحو هذا عن ابن سيرين ، والقرطبيّ ، لما رَوى عبد الرحمن بن يزيد « أن ابن مسعود اشترى من دِهْقَانٍ [1] أرضاً على أن يَكْفِيَهُ جِزْيَتَها » ورُوي عنه أنه قال : « نَهَى رَسُولُ صلى الله عليه وسلم عَنِ التَّبَقُّرِ فِي الأَرْضِ وَالمَالِ » ثمّ قال عبدُ الله « وَكَيْفَ بِمالٍ بِزَاذانَ ، وبكَذَا ؟ وبكذا ؟ » وهذا يدلّ على أن له مالاً بِزَاذَانَ ، ولأنّها أرض لهم ، فجاز بيعُها . وقد رُوي عن أحمد أنه قال : إن كان الشراء أسهلَ يشترى الرجلُ مايكفيه ، ويُغنيه عن الناس ، هو رجل من المسلمين . وكره البيعَ في أرض السَّوادِ . وإنّما رخّص في الشراء ، «والله أعلم» لأن بعض الصحابة اشترى ، ولم يسمع عنهم البيع . ولأن الشراء استخلاصٌ للأرض ، فيقوم فيها مقام من كانت في يده . والبيعُ أخذ عِوَضٍ عمّا لا يَمْلِكُه ، ولا يستحقّه ، فلا يجوز .

ولنا : إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإنّه رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قال « لاَتَشْتَرُوا رَقِيقَ أَهْلِ الذِّمَّةِ ولاَ أَرْضَهُمْ » . وقال الشعبيّ « اشْتَرَى عُتْبَةُ بنُ فَرْقَدٍ أَرْضاً عَلَى شَاطِيءِ الفُرَاتِ لِيَتَّخِذَ فِيهَا قَصَباً ، فذكرَ ذلك لعُمَرَ فقال : مِمَّن اشْتَرَيْتَها ؟ قال : مِنْ أَرْبابِها . فلمّا اجْتَمَعَ المُهَاجِرُونَ والأَنْصَارُ

---

[1] الدهقان : التاجر ، ورئيس التجار ، أو رئيس الفلاحين ، أو رئيس الإقليم .

قال : هَؤُلاءِ أَرْبَابُهَـا ، فَهَلْ اشْتَرَيْتَ مِنْهُمْ شَيْئاً ؟ قال : لاَ ، قال : فارْدُدْهَا عَلَى مَنِ اشْتَرَيْتَهَا مِنْه وخُذْ مَالَكَ » . وهـذا قول عمر فى المهـاجرين والأنصار بمَحْضَرِ سادة الصحابة ، وأَعْتهِم ، فلم يُنْكر . فكان إجماعاً . ولا سبيلَ إلى وجُود إجماعٍ أقوى من هـذا وشِبْهِه . إذ لا سبيل إلى نقـل قول جميع الصحابة فى مسألة ، ولا إلى نقل قول العشرة ، ولا يوجد الإجماعُ إلا القولُ المنتشر .

فإن قيل : فقد خالفه ابن مسعود بما ذكرناه عنه .

قلنا : لا نسلِّم المخالفة . وقولهم : اشترى . قلنا : المرادُ به اكْتَرَى ، كذلك قال أبو عُبَيد . والدليل عليه : قوله « على أن يكفيه جِزْيَتَهَا ، وَلاَ يَكُونُ مُشْتَرِيَاً لها ، وَجِزْيَتُهَا عَلَى غَيْرِهِ » . وقد رَوى عنه القاسم أنه قال : من أقرّ بالطَّسْق[1] فقد أقر بالصَّغَارِ وَالذُّلِّ . وهذا يدلّ على أن الشراء هاهنا الاكتراء . وكذلك كلّ من رويت عنه الرخصة فى الشراء ، محمول على ذلك . وقوله « فَكَيْفَ بمَالِ بِرَاذَانَ » فليس فيه ذكر الشراء . ولأنَّ المـال أرض ، فيحتمل أنه أراد مالاً من السائمة ، أو التجارة ، أو الزرع ، أو غـيره . ويحتمل أنه أرض اكتراها . ويحتمل أنه أراد بذلك غـيرَه ، وقد يعيبُ الإنسان الفعلَ المَعيبَ من غَيْرِه .

جواب ثان : أنه يتنـاول الشراء . وبقى قول عمر فى النهى عن البيـع غيرَ معـارَض . وأما المعنى فلأنها موقوفة ، فلم يجز بيعُها ، كسائر الأحباس ، والوقوف . والدليل على وقفها النقل والمعنى .

أما النقل : فما نُقل من الأخبار : أن عمر لم يَقْسِمِ الأرض التى افتتحها ، وتركها لتكون مادّة لأجناد المسلمين ، الذين يقاتلون فى سبيـل الله ، إلى يوم القيامة . وقد نقلنـا بعض ذلك . وهو مشهور ، تُغنى شهرتُه عن نقله .

وأما المعنى : فلأنهـا لو قُسِمَتْ لـكانت للذين افتتحوها ، ثم لورثتهم ، أو لمن انتقلت إليه عنهم ، ولم تـكن مشتركة بين المسلمين . ولأنها لو قُسِمت لم تَخْفَ بالـكلية .

فإن قيل : فليس فى هذا مايلزم منه الوقف . لأنه يحتمل أنه تركها للمسلمين عامَّةً ، فيكون فيئاً للمسلمين ، والإمام نائبهم ، فيفعل ما يرى فيه المصلحة ، من بيـع أو غيره . ويحتمل أنه تركها لأربابها ، كفعل النبىّ صلى الله عليه وسلم بمكة .

قلنا : أما الأول فلا يصحّ ، لأن عمر إنّما ترك قِسمتها لتـكون مادّةً للمسلمين كلّهم ، ينتفعون بهـا مع بقاء أصلها ، وهذا معنى الوقف . ولو جاز تخصيص قوم بأصلها لـكان الذين افتتحوها أحقَّ بها . فلا يجوز أن يمنعها أهلَها لِمَفْسَدَةٍ ، ثم يَخُصّ بها غيرهم ، مع وجود المَفْسَدَة المانعة . والثانى : أظهرُ فساداً من

[1] (١) الطسق : الخراج يوضع على الجربان أى على الزرع أو شبه ضريبة معلومة .

فصـــل

وإذا قلنا : بصحّة الشراء . فإنّها تـكون فى يد المشترى على ما كانت فى يد البائع ، يؤدّى خَراجها ، ويكون معنى الشراء ههنا : نقلُ اليد من البائع إلى المشترى بِعوَض . وإن شَرَط الخَرَاج على البـائع كما فعل ابن مسعود ، فيكون اكتراء لاشِرَاء . وينبغى أن يُشترط بيان مدّته ، كسائر الإجارات .

فصـــل

وإذا بيعت هذه الأرض فحـكم بصحّة البيع حاكم صحّ . لأنه مختلف فيه . فصحّ بحكم الحاكم كسائر المجتهدات ، وإن باع الإمام شيئاً لمصلحةٍ رآها . مثل أن يكون فى الأرض مايحتاج إلى عمـارة ، لايعمرها إلاَّ مَنْ يشتريها . صحّ أيضاً . لأنَّ فعل الإمام كحـكم الحاكم . وقد ذكر ابن عائذ فى كتاب فتوح الشام قال : قال غير واحد من مشيختنا : إنّ الناس سألوا عبد الملك ، والوليد ، وسلْمان : أن يأذنوا لهم فى شراء الأرض من أهل الذمّة ، فأذنوا لهم على إدخال أثمانها فى بيت المال ، فلمّا وَلِيَ عمر بن عبد العزيز أعْرَضَ عن تلك الأشْرِية لاختلاط الأمور فيها ؛ لمـا وقع فيها من المواريث ومُهور النساء ، وقضاء الدّيون . ولم يقدر على تخليصه ، ولا معرفة ذلك . وكتب كتاباً قرىء على الناس سنة المـائة : « أنَّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً بَعْدَ سَنةِ مَائةٍ ، فإنَّ بَيْعَهُ مَرْدُودٌ » ، وسمّى سنة مائةٍ : سنة المدّة ، فتناهى الناس عن شرائهـا . ثم اشتروا أشْرِيةً كثيرةً كانت بأيدى أهلها ، تؤدّى العُشْرَ ، ولا جِزْيَةَ عَلَيْهَا . فلمّا أفضى الأمر إلى المنصور رُفعت تلك الأشريةُ إليه ، وأن ذلك أضرّ بالخراج ، فأراد ردّها إلى أهلها . فقيل له : قد وقعت فى المواريث والمهور ، واختلط أمرها ، فبعث المُعَدّلين ، منهم : عبد الله بن يزيد إلى حمص ، وإسمـاعيل ابن عيّاش إلى بعلبك ، وهضاب بنطَوْق ، ومحمد بن زُرَيْقٍ إلىالغُوطَةِ ، وأمرهم أن لايضعوا على القطائع والأشرية العظيمة القـديمة خَراجاً ، ووضعوا الخـراج على مابقى بأيدى الأَنْبَاطِ . وعلى الأشرية المُحْدَثة من بعد سنة مائةٍ ، إلى السنة التى عَدّل فيها .

فينبغى أن يجرى ماباعه إمام ، أو بيع بإذنه ، أو تعذّر ردّ بيعه هذا المَجْرَى فى أنـ يُضْرَب عليه خراجٌ بقدر مايحتملُ ، ويُتْرك فى يد مُشتريه ، أو من انتقل إليه ، إلا مابيع قبل المائة السنة ، فإنه لاخراج عليه كما نُقل فى هذا الخبر .

فصـــل

وحكم إقطاع هذه الأرض حكم بيعها فى أن ما كان من عمر أو ما كانـ قبل مائة سنة ، فهو لأهله . وما كان بعدها ضرب عليه كما فعـل المنصور إلا أن يـكونـ بغير إذن الإمام ، فيكون باطلا . وذكر الأول ، فإنه إذا منعها المسلمين المستحقّين كيف يَخُصّ بها أهل الذمّة المشركين الذين لاحقّ لهم ولا نصيب ؟

ابن عائذ فى كتابه بإسناده عن سليمان بن عتبة « أن أمير المؤمنين عبد الله بن محمد ـ أظنه المنصور ـ سأله فى مقدمه الشام سنة ثلاث أو أربع وخمسين عن سبب الأرضين التى بأيدى أبناء الصحابة ، يذكرون أنها قطائع لآبائهم قديمة . فقلت : ياأمير المؤمنين ، إن الله تعالى لما أظهر المسلمين على بلاد الشام وصالحوا أهل دمشق ، وأهل حمص ، كرهوا أن يدخلوها دون أن يتم ظهورهم وإثخانهم فى عدو الله ، فعسكروا فى مرج بردى ، بين المزة إلى مرج شعبان وجنبتى بردى ، مروج كانت مباحة فيما بين أهل دمشق وقراها ، ليست لأحد منهم ، فأقاموا بها حتى أوطأ الله بهم المشركين قهراً وذلا ، فأحيا كل قوم محلتهم ، وهيئوا بها بناء فبلغ ذلك عمر ، فأمضاه لهم ، وأمضاه عثمان من بعده إلى أمير المؤمنين . قال : وقد أمضيناه لهم » . وعن الأحوص بن حكيم : « أن المسلمين الذين فتحوا حمص لم يدخلوها ، بل عسكروا على نهر الأربد فأحيوه ، فأمضاه لهم عمر ، وعثمان . وقد كان منهم ناس تعدّوا ، إذ ذاك إلى جسر الأربد الذى على باب الرستن ، فعسكروا فى مرجه مَسْلحة لمن خلفهم من المسلمين . فلما بلغهم ماأمضاه عمر للمعسكرين على نهر الأربد سألوا أن يشركوهم فى تلك القطائع ، وكتبوا إلى عمر فيه . فكتب : أن يعوضوا مثله من المروج التى كانوا عسكروا فيها على باب الرستن . فلم تزل تلك القطائع على شاطىء الأربد ، وعلى باب حمص ، وعلى باب الرستن ماضية لأهلها لا راج عليها تؤدى العشر » .

فصـــــل

وهذا الذى ذكرناه فى الأرض المُغلّة . فأما المساكن فلا بأس بحيازتها ، وبيعها ، وشرائها ، وسكناها . قال أبو عبيد : ماعلمنا أحداً كره ذلك ، وقد اقتسمت الكوفة خططاً فى زمن عمر رضى الله عنه بإذنه ، والبصرة ، وسكنهما أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وكذلك الشام ومصر ، وغيرهما من البلدان ، فما عاب ذلك أحد ، ولا أنكره .

« مسألة » قال ﴿ فما كان من الصلح ففيه الصدقة ﴾ .

يعنى ماصولحوا عليه على أن ملكه لأهله ، ولنا عليهم خراج معلوم ، فهذا الخراج فى حكم الجزية . فمتى أسلموا سقط عنهم ، وإن انتقلت إلى مسلم لم يكن عليها خراج . وفى مثله جاء عن العلاء بن الحضرمى قال : « بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى البحرين ، وإلى هجر ، فكنت آتى الحائط تكون بين الأخوة يسلم أحدهم ، فآخذ من المسلم العشر . ومن المشرك الخراج » رواه ابن ماجه ، فهذا فى أحد هذين البلدين لأنهما فتحا صلحاً ، وكذلك كل أرض أسلم أهلها عليها كأرض المدينة ، فهى ملك لهم ليس عليها خراج ولاشىء . أما الزكاة فهى واجبة على كل مسلم . ولا خلاف فى وجوب العشر فى الخارج من هذه الأرض . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن كل أرض أسلم أهلها عليها قبل قهرهم عليها أنها لهم ، وأن أحكامهم أحكام المسلمين ، وأن عليهم فيما زرعوا فيها الزكاة .

« مسألة » قال ﴿ وما كان عنوة أدى عنها الخراج وزكى مابقى إذا كان خمسة أوسق وكان لمسلم ﴾ .

يعنى مافتح عَنْوةً ووقف على المسلمين ، وضُرِب عليهم خَراجٌ معلوم ، فإنه يُؤدّى الخراج من غلّته ويُنظر فى باقيها . فإن كان نصاباً ففيه الزكاة ، إذا كان لمسلم . وإن لم يبلغ نصاباً ، أو بلغ نصاباً ، ولم يكن لمسلم ، فلا زكاة فيه ، فإنّ الزكاة لاتجب على غير المسلمين . وكذلك الحكم فى كلّ أرض خراجيَّة . وهذا قول عمر بن عبد العزيز ، والزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، وربيعة ، والأوزاعىّ ، ومالك ، والثورىّ ، ومُغيرة ، والليث ، والحسن بن صالح ، وابن أبى ليلى ، وابن المبارك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى عُبَيْد .

وقال أصحاب الرأى : لاعُشْرَ فى الأرض الخَراجيَّة . لقوله عليه السلام : « لاَ يَجْتَمِعُ العُشْرُ والخَرَاجُ فى أرْضِ مُسْلِمٍ » ، ولأنهما حقّان سببهما متنافيان ، فلا يجتمعان ، كزكاة السَّوْم ، والتجارة ، والعُشْرِ وزكاة القِيمَةِ . وبيان تنافيهما أن الخراج وجب عقوبةً ، لأنه جِزْيَةُ الأرض . والزكاة وجبت طُهْرةً وشكراً .

ولنا : قول اللهِ تعالى : (٢ : ٢٦٧ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ) . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ العُشْرُ » وغيره من عمومات الأخبار . قال ابن المبارك : يقول الله تعالى : (وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ) ، ثم قال : نترك القرآن لقول أبى حنيفة ؟ ولأنهما حقان يجبان لمستحقّين يجوز وجوب كلّ واحد منهما على المُسلم ، فجاز اجتماعهما ، كالكفارة . والقيمة فى الصيد الحَرَمِىّ المملوك . وحديثهم يرويه يحيى بن عَنْبَسَة ، وهو ضعيف ، عن أبى حنيفة ، ثم نحمله على الخراج الذى هو جِزْيَة : وقول الخِرَقىّ . وكان لمسلم : يعنى أن الزكاة لاتجب على صاحب الأرض إذا لم يكن مُسلماً ، وليس عليه فى أرضه سوى الخراج . قال أحمد رحمه الله : ليس فى أرض أهل الذمّة صَدَقة : إنما قال الله تعالى : (صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا) فأىّ طُهرة للمشركين ؟ وقولهم : إن سببيهما يتنافيان : غير صحيح . فإن الخراج أُجْرَةُ الأرض ، والعُشْرُ زكاة الزرع ، ولا يتنافيان ، كما لو استأجر أرضاً فزرعها ، ولو كان الخراج عقوبةً لما وجب على مُسلم ، كالجِزْيَةِ .

فصل

فإن كان فى غَلّة الأرض مالا عُشر فيه ، كالثمار التى لا زكاة فيها ، والخضراوات ، وفيها زرع فيه الزكاة ، جُعِل مالا زكاة فيه فى مقابلة الخراج ، وزكّى ما فيه الزكاة ، إذا كان مالازكاة فيه وافياً بالخراج . وإن لم يكن لها عليه إلا ماتجب فيه الزكاة أدّى الخراجَ من غَلّتها ، وزكّى ما بقِى . وهذا قول عمر بن عبد العزيز : إذا كان مالا زكاة فيه وافياً بخراج ، وإن لم يكن لها غَلّة إلا ما تجب فيه الزكاة ، أدّى الخراج من غَلّتها .

روى أبو عُبَيْد عن إبراهيم بن أبى عَبْلَةَ قال : « كَتَبَ عُمَرُ بنُ عَبْدِ العَزِيزِ ، إِلَى عَبْدِ اللهِ بن أَبى عَوْفٍ عَامِلِهِ عَلَى فِلَسْطِينَ : فِيمَنْ كَانَتْ فِى يَدِهِ أَرْضٌ يَحْرُثُهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يَقْبِضَ مِنْهَا جِزْيَتَهَا ، ثُمَّ يَأْخُذَ مِنْهَا زَكَاةَ مَا بَقِىَ بَعْدَ الْجِزْيَةِ » . قال ابن أبى عَبْلة : « أَنَا ابْتُلِيتُ بِذَلِكَ ، وَمَتَى أَخَذُوا ذَلِكَ » لأن الخراج من مُؤنة الأرض ، فيمنع وجوب الزكاة فى قدره . كما قال أحمد : من استدان ما أنفق على زرعه ، واستدان ما أنفق على أهله ، احتُسب ما أنفق على زرعه دون ما أنفق على أهله ، لأنه من مُؤنة الزرع . وبهذا قال ابن عباس . وقال عبد الله بن عمر : « يَحْتَسِبُ بِالدَّيْنَيْنِ جَمِيعاً ، ثُمَّ يُخْرِجُ مِمَّا بَعْدَهُمَا » . وحكى عن أحمد : أن الدين كلّه يمنع الزكاة فى الأموال الظاهرة ، فعلى هذه الرواية يُحسب كلّ دين عليه ، ثم يُخرج العُشر مما بقى ، إن بلغ نصاباً ، وإن لم يبلغ نصاباً فلا عُشر فيه ، وذلك لأن الواجب زكاة ، فمنع الدين وجوبها . كزكاة الأموال الباطنة ، ولأنه دين . فمنع وجوب العُشر ، كالخراج ، وما أنفقه على زَرْعه . والفرق بينهما على الرواية الأولى : أن ما كان من مُؤنة الزرع . فالحاصلُ فى مقابلته يجب صرفُه إلى غيره ، فكأنه لم يحصل .

فصـــل

ومن استأجر أرضاً فزرعها فالعُشر عليه دون مالك الأرض ، وبهذا قال مالك ، والثورىّ ، وشَريك ، وابن المبارك ، والشافعىّ ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : هو على مالك الأرض ، لأنّهُ من مُؤنتها أشبه الخَرَاج .

ولنا : أنه واجب فى الزرع ، فكان على مالكه ، كزكاة القيمة ، فيما إذا أعدّه للتجارة ، وكعُشر زَرْعه فى مِلكه ، ولا يصحّ قولهم : إنه من مُؤنة الأرض . لأنه لو كان من مؤنتها لوجب فيها ، وإن لم تزرع كالخَراج ، ولوجب على الذمّى كالخراج ، ولتقدّر بقدر الأرض ، لا بقدر الزرع ، ولوجب صرفهُ إلى مصارف الفىء ، دون مَصْرِف الزكاة . ولو استعار أرضاً فزرعها ، فالزكاة على صاحب الزرع ، لأنه مالكهُ . وإن غَصَبها فزرعَها وأخذ الزرع فالعُشر عليه أيضاً . لأنه ثبت على مِلكه ، وإن أخذه مالكها قبل اشتداد حبّه فالعشر عليه . وإن أخذه بعد ذلك احتمل أن يجب عليه أيضاً ، لأن أخذه إيّاه استند إلى أوَّل زَرْعه ، فكأنه أخذه من تلك الحال . ويحتمل أن تكون زكاته على الغاصب ، لأنه كان مِلكاً له حين وجوب عُشره ، وهو حين اشتداد حبه .

وإن زَارَعَ رجلاً مزارعةً فاسدةً ، فالعُشر على من يجب الزرع له ، وإن كانت صحيحةً . فعلى كلّ واحد منهما عُشر حِصّته ، إن بلغت خمسةَ أَوسُق ، أو كان له من الزرع ما يبلُغ بِضَمّه إليها خمسةَ أوسُق ، وإلاّ فلا عُشر عليه ، وإن بلغت حصة أحدهما دون صاحبه النصاب ، فعلى من بلغت

حصته النصاب عُشرها ، ولاشيء على الآخر . لأن الخُلْطَة لا تؤثر فى غير السائمة فى الصحيح . ونُقل عن أحمد أنها تؤثّر فيلزمهما العُشر ، إذا بلغ الزرع جميعهُ خمسةَ أوسُق . ويُخرج كلٌّ واحدٍ منهما عُشر نصيبه إلا أن يكون أحدهما ممّن لاعشر عليه ، كالمكاتب والذميّ . فلا يلزم شريكه عُشراً إلاّ أن تبلغ حصتهُ نصاباً ، وكذلك الحُكمُ فى المُساقاة .

فصـــل

ويكره لمسلم بيعُ أرضه من ذمّيّ ، وإجارتها منه ، لإفضائه إلى إسقاط عُشر الخارج منها . قال محمد ابن موسى : سألتُ أبا عبد الله عن المسلم يؤجّر أرض الخراج من الذميّ ؟ قال : لايؤجّر من الذميّ إنما عليه الجزيةُ ، وهذا ضرر . وقال فى موضع آخر : لأنهم لايؤدُّون الزكاة : فإن آجرها منه ذميّ أو باع أرضَه التى لاخراج عليها ذمّياً صحّ البيعُ والإجارة . وهذا مذهب الثوريّ والشافعيّ ، وشَريك ، وأبى عُبَيْد ، وليس عليهم فيها عشر ، ولا خَراج . قال حرب : سألت أحمد عن الذميّ يشترى أرض العُشر ؟ قال : لاأعلم عليه شيئاً . إنّما الصدقة كهيئة مال الرجل . وهذا المشترى ليس عليه . وأهل المدينة يقولون فى هذا قولاً حسناً ، يقولون : لانترك الذميّ يشترى أرض العُشر ، وأهل البصرة يقولون قولاً عجيباً . يقولون : يُضاعَف عليهم . وقد رُوى عن أحمد : أنهم يمنعون من شرائها ، اختارها الخلاّل ، وصاحبه ، وهو قول مالك ، وصاحبه . فإن اشتروها ضُوعِفَ عليهم العُشر ، وأُخذ منهم الخُمس ، لأن فى إسقاط العُشر من غَلَّةِ هذه الأرض إضراراً بالفقراء ، وتقليلاً لحقّهم . فإذا تعرّضوا لذلك ضُوعِفَ عليهم العُشر ، كما لو اتجروا بأموالهم إلى غير بلدهم ضوعفت عليهم الزكاة فأُخِذ منهم نصفُ العشر . وهذا قول أهل البصرة ، وأبى يوسف . ويروى ذلك عن الحسن ، وعُبَيد الله بن الحسن العَنبَرِيّ . وقال محمد بن الحسن : العُشْر بحاله . وقال أبو حنيفة : تَصير أرضَ خَراج .

ولنا : أن هذه أرض لاخراج عليها ، فلا يلزم فيها الخراج ببيعها ، كما لو باعها مُسلماً . ولأنها مالُ مُسلمٍ يجب الحقّ فيه للفقراء عليه . فلم يُمنع من بيعه للذميّ كالسائمة ، وإذا ملكها الذميّ ، فلا عُشر عليه فيما يَخْرُج منها ، لأنها زكاة ، فلا تجب على الذميّ ، كزكاة السائمة ، وماذكره يبطلُ بالسائمة . فإن الذمّى يَصِحّ أن يشتريها وتسقط الزكاة منها ، وماذكروه من تضعيف العُشر : فتحكم لانصّ فيه ، ولاقياس .

« مسألة » قال ﴿ وتُضَمُّ الحنطة إلى الشعير ، وتزكّى إذا كانت خمسةَ أوسُق . وكذلك القُطْنيّات ، وكذلك الذهب والفضة ﴾ .

وعن أبى عبد الله رواية أخرى : أنها لا تُضَمُّ وتُخْرَج من كلّ صنف : إن كان منصباً للزكاة .

القطنيات : بكسر القاف جمع قطنية[1] . ويجمع أيضاً قطاني . وقال أبو عُبَيد : هي صنوف الحبوب من العَدَس ، والحِمَّص والأرز ، والجُلْبَان ، والجُلْجُلان ، يعني السمسم . وزاد غيره : الدُّخْن ، واللوبيا ، والفول ، والماش . وسُمّيت قُطْنية ، فِعليّة ، من قَطَنَ يَقْطُن في البيت أي يمكُثُ فيه .

ولاخلاف بين أهل العلم في غير الحبوب ، والثمار ، أنه لايُضَمُّ جنسٌ إلى جِنْسٍ آخرَ في تكميل النصاب . فالماشيةُ ثلاثةُ أجناس : الإبلُ ، والبقرُ ، والغنمُ ، لا يُضَمُّ جنس منها إلى آخر . والثمار لايضمُّ جنس إلى غيره ، فلا يضمُّ التمر إلى الزبيب ، ولا إلى اللوز ، والفستق ، والبندق . ولايضمّ شيء من هذه إلى غيره ، ولاتضمّ الأثمان إلى شيء من السائمة ، ولا من الحبوب ، والثمار .

ولاخلاف بينهم في أن أنواع الأجناس يُضَمُّ بعضُها إلى بعض ، في إكمال النصاب .

ولاخلاف بينهم أيضاً في أن العُروض تُضَمّ إلى الأثمان ، وتضمّ الأثمان إليها . إلّا أن الشافعيّ لايَضُمّها إلّا إلى جنس مااشْتُرِيَتْ به ، لأن نصابها مُعْتَبَرٌ به .

واختلفوا في ضمّ الحبوب بعضها إلى بعض ، وفي ضَمّ أحد النقدين إلى الآخر . فروى عن أحمد في الحبوب ثلاث روايات .

إحداهنّ : لايُضَمّ جنس منها إلى غيره . ويُعتبر النصاب في كلّ جنس منها مُنفرداً . هذا قول عطاء ، ومكحول ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعيّ ، والثوريّ ، والحسن بن صالح ، وشَريك ، والشافعيّ ، وأبي عُبَيْد ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأى . لأنها أجناس فاعتُبِر النصاب في كلّ جنس منها منفرداً ، كالثمار أيضاً ، والمواشي .

والرواية الثانية : أن الحبوب كلّها تضمّ ، بعضها إلى بعض في تكميل النصاب ، اختارها أبو بكر . وهذا قول عِكْرِمة . وحكاه ابن المنذر عن طاوس . وقال أبو عُبَيد : لانعلم أحداً من الماضين جمع بينهما إلا عِكْرِمة . وذلك لأن النبيّ ﷺ قال : « لاَزَكَاةَ فِي حَبّ وَلاَ تَمرٍ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ » ومفهومه : وجوب الزكاة فيه إذا بلغ خمسة أوسُق ، ولأنها تتفق في النصاب ، وقدر المُخْرَج ، والمنبت ، والحصاد . فوجب ضمّ بعضها إلى بعض ، كأنواع الجنس . وهذا الدليل مُنتقِض بالثمار .

والثالثة : أن الحِنْطة تُضَمّ إلى الشعير ، وتُضَمّ القُطْنِيّاتُ بعضُها إلى بعض ، نقلها أبو الحارث ، عن أحمد ، وحكاها الخِرَقيّ . قال القاضي : وهذا هو الصحيح ، وهو مذهب مالك . والليث ، إلا أنه زاد

---

(١) سبق أنه فيها ضم القاف أيضاً .

فقال : السُّلْتُ ، والذرة ، والدُّخْنُ ، والأُرْز ، والقمح ، والشعير ، صنف واحد . ولعلَّه يحتجّ بأن هذا كلّه مُقْتاتٌ فيُضَمّ بعضه إلى بعض كأنواع الحِنْطة . وقال الحسن ، والزهريّ : تُضَمّ الحِنطةُ إلى الشعير ، لأنها تتفق فى الاقتيات والمنبت ، والحصاد ، والمنافع ، فوجب ضمّها كما يُضَمّ العَلَس إلى الحِنْطَةِ ، وأنواع الجنس بعضها إلى بعض .

والرواية الأولى أولى إن شاء الله تعالى . لأنها أجناس يجوز التفاضل فيها ، فلم يُضَمّ بعضها إلى بعض كالثّمار . ولا يصحّ القياس على العلَس مع الحِنطَةِ ، لأنه نوع منها ، ولا على أنواع الجنس ، لأن الأنواع كلّها جنس واحد ، يحرُم التفاضل فيهـا ، وثبت حكم الجنس فى جميعها ، بخلاف الأجناس . وإذا انقطـع القياس لم يجز إيجابُ الزكاة بالتّحَـكّم ، ولا بوصف غـير مُعْتَبر . ثم هو باطل بالثمـار . فإنهـا تتفق فيما ذكره ، ولا يُضَمّ بعضُهـا إلى بعض . ولأن الأصل عـدمُ الوجوب ، فمـا لم يرد بالإيجـاب نصّ ، « أو إجماع[1] » أو معناهما ، لا يثبت إيجابه . والله أعلم .

ولا خـلاف فيما نعلمه فى ضم الحِنْطة إلى العلَس ، لأنه نوع منهـا . وعلى قياسه السُّلْتُ يُضَمّ إلى الشعير . لأنّه منه .

فصـــل

ولا تفريع على الروايتين الأوليين لوضوحهما .

فأما الثـالثة ، وهى ضَمّ الحِنْطـة إلى الشعير ، والقِطْنِيّاتِ بعضهـا إلى بَعْض : فإن الذُّرَة تُضَمّ إلى الدُّخن لتقاربهما فى المَقْصـد ، فإنّهما يُتخذان خُبزاً ، وأُدْماً . وقد ذكرا من جُملة القِطْنيّات أيضاً ، فيُضَمان إليها ، وأما البزور : فـلا تضمّ إلى القِطْنِيّات ، ولـكن الأبازير يُضَمّ بعضُهـا إلى بعض ، لتقاربها فى المَقْصد ، فأشبهت القِطْنِيّات ، وحبوبُ البقول لا تُضَمّ إلى القِطْنيّات ، ولا إلى البُزور ، فما تقارب منها ضُمّ بعضُه إلى بعض ، ومالا فلا ، وما شـكـكنا فيه لا يُضَمّ ، لأن الأصـل عدم الوجوب ، فلا يجب بالشكّ . والله أعلم .

فصـــل

وذكر الخِرَقىّ فى ضَمّ الذهب إلى الفضة روايتين . وقد ذكرناها فيما مضى ، واختار أبو بـكر أنه لا يُضَمّ أحدها إلى الآخر ، مع اختياره الضمّ فى الحبوب ، لاختلاف نصابهما ، واتفاق نصاب الحبوب .

---

(١) مابين القوسين ساقط فى النسخة التى علقنا عليها .

فصل

ومتى قلنا بالضمّ فإنّ الزكاة تؤخذ من كلّ جنس على قدر مايَخُصّه ، ولا يُؤْخذُ من جنس عن غيره ، فإننا إذا قلنا فى أنواع الجنس : يؤخذ من كلّ نوع مايَخُصّه . فأولى أن يُعتَدّ ذلك فى الأجناس المختلفة ، مع تفاوت مقاصدها ، إلا الذهب والفضة ، فإن فى إخراج أحدهما عن الآخر روايتين .

فصل

ويُضَمّ زرعُ العام الواحد بعضُه إلى بعض ، فى تكميل النصاب ، سواء اتفق وقتُ زرعه وإدراكه ، أو اختلف ، ولو كان منه صيفىّ ، ورَبيعىّ ضُمّ الصيفىّ إلى الربيعىّ ، ولو حُصدت الذرة والدُّخْنُ ثمّ نبتت أصولهما يُضَمّ أحدُهما إلى الآخر فى تكميل النصاب . لأن الجميع زرعُ عامٍ واحد ، فضُمّ بعضه إلى بعض ، كما لو تقارب زرعُه وإدراكه .

فصل

وتُضَمّ ثمرةُ العام الواحد بعضها إلى بعض ، سواء ، اتفق وقت إطّلاَعِها ، وإدْراكها ، أو اختلف ، فيقدّم بعضها على بعض فى ذلك . ولو أن الثمرة جُدَّت[1] ثم أطلعت لأخرى ، وجُدّت ، ضُمّت إحداهما إلى الأخرى . فإن كان له نخل يَحمِلُ فى السنة حَمْلين ضُمّ أحدهما إلى الآخر . وقال القاضى : لا يُضَمّ . وهو قول الشافعىّ ، لأنه حمل ينفصل عن الأول ، فكان حُكمه حكمَ حمل عامٍ آخَر . وإن كان له نخل يحمل مرّة ، ونخل يحمل مرتين ، ضَمَمْنا الحمل الأول ، إلى الحمل المنفرد ، ولم يجب فى الثانى شىء إلا أن يبلغ بمفرده نصاباً . والصحيح أن أحد الحملين يُضَمّ إلى الآخر . ذكره أبو الخطاب ، وابن عقيل . لأنهما ثمرة عامٍ واحد ، فيُضَمّ بعضُها إلى بعض ، كزرع العام الواحد ، وكالذرة التى تنبُت مرّتين ، ولأن الحمل الثانىَ يُضَم إلى الحَمْل المنفرد ، لو لم يكن حملٌ أول . فكذا إذا كان ، فإنّ وجود الحَمْل الأوّل لا يَصْلُح أن يكون مانعاً . بدليل حمل الذرة الأول ، وماذكره من الانفصال يَبْطُل بالذرة . والله أعلم بالصواب .

---

(١) جدت : قطعت .

باب زكاة الذهب والفضة

وهى واجبة بالكتاب والسنّة والإجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : (٩ : ٢٤ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ) الآية . ولا يتوعّد بهذه العقوبة إلا على ترك واجب .

وأما السنّة : فما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَا مِنْ صَاحِبِ ذَهَبٍ وَلاَ فِضَّةٍ لاَ يُؤَدِّى مِنْهَا حَقَّهَا إِلاَّ إِذَا كَانَ يَوْمَ القِيَامَةِ صُفِّحَتْ لَهُ صَفَائِحَ مِنْ نَارٍ فَأُحْمِيَ عَلَيْهَا فِى نَارِ جَهَنَّمَ ، فيُكْوَى بِهَا جَنْبُهُ ، وَجَبْهَتُهُ وَظَهْرُهُ ، كُلَّمَا بَرَدَتْ أُعِيدَتْ عَلَيْهِ ، فِى يَوْمٍ كَانَ مِقْدَارُهُ خَمْسِينَ أَلْفَ سَنَةٍ حَتَّى يَقْضِيَ اللهُ بَيْنَ العِبَادِ » أخرجه مسلم ، وروى البخارىّ ، وغيره ، فى كتاب أنس « وَفِى الرِّقَةِ رُبْعُ الْعُشْرِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلاَّ تِسْعُون وَمِائَةٌ فَلَيْسَ فِيهَا شَيْءٌ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ رَبُّهَا » وَالرِّقَةُ هى الدراهم المضروبة[1] . وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ صَدَقَةٌ » متفق عليه وأجمع أهل العلم على أن فى مائتى درهم خمسة دراهم ، وعلى أن الذهب إذا كان عشرين مِثْقَالاً ، وقيمته مائتا درهم . أنَّ الزكاة تجبُ فيه إلا مااختُلف فيه عن الحسن .

١٨٧٨ « مسألة » قال أبو القاسم ﴿ ولا زكاة فيما دون المائتين ، إلا أن يكون فى ملكه ذهبٌ ، أو عروضٌ للتجارة ، فيُتمّ به ﴾ .

وجملة ذلك : أن نصاب الفضة مائتا درهم ، لاخلاف فى ذلك بين علماء الإسلام . وقد بيّنته السُّنة التى رويناها بحمد الله . والدراهم التى يُعتبر بها النّصاب : هى الدراهم التى كلّ عَشَرةٍ منها وزنُ سَبْعةِ مَثَاقِيلَ ، بمثقال الذهب ، وكلّ دِرْهمٍ نصفُ مثقال ، وخُمْسُه ، وهى الدراهم الإسلاميّة التى تقدّر بها نُصُب الزكاة ، ومقدار الجِزْيَةِ ، والدِّياتُ ، ونصابُ القَطْع فى السَّرِقَةِ ، وغيرُ ذلك . وكانت الدراهم فى صدر الإسلام صِنْفيْن : سُوداً وطَبَرِيّة ، وكانت السود : ثمانيةَ دَوانيق ، والطَبَرِيّة : أربعةَ دَوانيق ، فَجُمعا فى الإسلام ، وجُعلا درهمين ، مُتَساويين ، فى كلّ درهم ستّةُ دَوانيقَ ، فعل ذلك بنو أُمَيّة ، فاجتمعت فيها ثلاثةُ أوجه :

---

(١) أى من الفضة ، لأن الرقة هى الفضة ، يريد الشارح أن الرقة التى يجب فيها ربع العشر هى ما كانت فضة مضروبة دراهم أوسبائك غير ركاز . أما إذا كانت سبائك عثر عليها فى الأرض ، أو يشتغل فيها بالتجارة فحكم الأولى أنها تجب فيها زكاة الركاز ، وحكم الثانية أنها تجب فيها زكاة عروض التجارة ، فتقوم وتخرج زكاتها .

(أحدها) أن كلّ عَشَرةٍ وزنُ سبعة .

(والثانى) أنه عدل بين الصغير ، والـكبير .

(والثالث) أنه مُوافق لسنَّة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودرهمِه الذى قَدَّر به المقادير الشرعيَّة ، ولا فرق فى ذلك بين التِّبْرِ ، والمضروب ، ومتى نقص النصابُ عن ذلك : فلا زكاة فيه ، سواء كان كثيراً أو يسيراً . هذا ظاهرُ كلام الخِرَقىّ ، ومذهبُ الشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنـذر ، لظاهر قوله عليه السلام : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ صَدَقَةٌ » والأوقيَّة أربعون دِرْهَماً ، بغير خلاف . فيـكون ذلك مائتىْ درهم . وقال غيرُ الخِرَقىّ من أصحابنا : إن كان النقص يسيراً كالحبَّة ، والحبَّتين وجبت الزكاة لأنه لا يُضبط غالباً . فهو كنقص الحول ساعةً أو ساعتين ، وإن كان نقصاً بيِّناً كالدانق والدانقين ، فلا زكاة فيه . وعن أحمد : أن نصاب الذهب إذا نقص ثلثَ مثقال زكَّاه ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وسُفيان . وإن نقص نصفاً لا زكاة فيـه . وقال أحمد فى موضع آخر : إن نقص ثُمُناً لا زكاة فيه ، اختاره أبو بكر ، وقال مالك : إذا نقصت نقصاً يسيراً يجوز جواز الوازنة[1] وجبت الزكاة ، لأنَّها تجوز جوازَ الوازنة . أشبهت الوازنة ، والأول ظـاهر الخبرّ ، فينبغى أن لا يُعدل عنه . فأما قوله : « إلاَّ أن يكون فى ملـكه ذهب ، أو عُروض للتجارة ، فيُتِمّ به » فإن عروض التجارة تُضَم إلى كلّ واحد من الذهب ، والفضة ، ويُـكمّل به نصابه . لا نعلم فيـه اختلافاً . قال الخطـابىُّ : ولا أعلم عامَّتهم اختلفوا فيه . وذلك لأن الزكاة إنما تجب فى قيمتها ، فتقوَّم بكلٍّ واحد منهما ، فتُضَمّ إلى كلٍّ واحد منهما . ولو كان له ذهب وفضّة ، وعروض ، وجب ضمُّ الجميـع بعضِه إلى بعضٍ ، فى تـكميل النصاب ، لأنَّ العرض مضمومٌ إلى كلٍّ واحد منهما . فيجب ضمّها إليـه ، وجمعُ الثلاثة . فأما إن كان له من كلٍّ واحد من الذهب والفضة مالا يبلغُ نصاباً بمُفرده ، أو كان له نصاب من أحدهما ، وأقل من نصاب من الآخر . فقـد توقّف أحمد عن ضمّ أحدهما إلى الآخر فى رواية الأثرم ، وجماعة . وقطع فى رواية حنبل : أنه لا زكاة عليه حتى يبلُغ كلُّ واحد منهما نصاباً . وذكر الخِرَقىّ فيه روايتين فى الباب قبله : إحداهما : لا يُضَمّ . وهو قول ابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، وشَرِيك ، والشافعىّ ، وأبى عُبَيْد ، وأبى ثور . واختاره أبو بكر عبد العزيز ، لقوله عليه السلام : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ صَدَقَةٌ » ولأنهما مالان يختلف نصابهما ، فلا يُضَمّ أحدهما إلى الآخر ، كأجناس الماشية . والثانية : يُضَمّ أحدهما إلى الآخر فى تـكميل النصاب . وهو قول الحسن ، وقتادة ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والثورىّ وأصحاب الرأى . لأن أحـدهما يُضَمّ إلى ما يُضَمّ إليه الآخر ، فيُضَمّ إلى الآخر ، كأنواع الجنس ، ولأن نفعهما واحد ، والأصول فيهما مُتَّحِدة . فإنّهما قِيمُ المُتلَفات ،

[1] الوازنة : أى التامة الوزن ، فمتى كانت الدراهم الناقصة نقصاً يسيراً يتعامل بها كالتامة ، وجبت فيها الزكاة .

وأرُوش الجنَايات ، وأثمانُ البياعات ، وحَلْيٌ لمَنْ يُريدها لذلك . فأشبه النوعين .

والحديثُ مخصوص بِعَرْض التجارة ، فنقيس عليه ، فإذا قلنا بالضم ، فإنّ أحدهما يُضَمّ إلى الآخر بالأجزاء ، يعنى أنّ كلّ واحد منهما يُحْتَسَبُ من نصابه . فإذا كَمَلت أجزاؤهما نصاباً وجبت الزكاة ، مثل أن يكون عنده نصفُ نصاب من أحدهما ، ونصفُ نصاب أو أكثر من الآخر ، أو ثُلُثٌ من أحدهما ، وثُلثان أو أكثرُ من الآخر . فلو ملك مائةَ دِرهم وعشَرة دنانير ، ومائةً وخمسين دِرْهماً ، وخمسة دنانير أو مائةً وعشرين دِرْهماً ، وثمانِيةَ دنانير ، وجبت الزكاة فيهما . وإن نقصت أجزاؤها عن نصاب ، فلا زكاة فيهما . سئل أحمد عن رجل عنده ثمانيةُ دنانير ، ومائةُ درهم ؟ فقال : إنما قال من قال فيها الزكاة . إذا كان عنده عَشَرَةُ دنانير ، ومائةُ درهم . وهذا قول مالك ، وأبى يوسف ومحمد ، والأوزاعىّ ، لأن كلّ واحد منهما لا تُعتبر قيمتُه فى وجوب الزكاة إذا كان مُنفرداً . فلا تُعتبر إذا كان عنده عَشَرَةُ دَنانير مضمومةً كالحبوب ، والثمار ، وأنواع الأجناس كلّها . وقال أبو الخطّاب : ظاهر كلام أحمد فى رواية المروزىّ : أنهما تضَمّ بالأحوط من الأجزاء ، والقيمة . ومعناه : أنه يُقَوّم الغالى منهما بقيمة الرخيص ، فإذا بلغت قيمتُها بالرخيص منهما نصاباً وجبت الزكاة فيها . فلو ملك مائةَ درهم ، وسبعةَ دنانير قيمتها مائةُ درهم ، أو عشَرَة دنانير ، وسبعين درهماً قيمتُها عشرةُ دنانير ، وجبت الزكاة فيها . وهذا قول أبى حنيفة فى تقويم الدنانير بالفضّة ، لأن كلّ نصاب وجب فيه ضَمّ الذهب إلى الفضّة ضُمّ بالقيمة ، كنصاب القَطْع فى السرقة . ولأنّ أصل الضمّ لتحصيل حظّ الفقراء ، فكذلك صفَةُ الضّمّ ، والأول : أصحّ . لأنّ الأثمان تجب الزكاة فى أعيانها ، فلا تعتبر قيمتها كما لو انفردت ، ويُخالف نصابَ القطع ، فإنّ نصاب القطع فيه الوَرِقُ خاصّةً فى إحدى الروايتين ، وفى الأخرى : أنه لا يجب فى الذهب حتى يبلُغَ رُبْعَ دينار ، والله أعلم .

١٨٧٩ « مسألة » قال ﴿ وكذلك دون العشرين مِثقالاً ﴾ .

يعنى أن مادون العشرين لازكاة فيه ، إلّا أن يتمّ بورِق ، أو عُروض تجارة . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الذهب إذا كان عشرين مِثقالاً قيمتُها مائتا درهم : أن الزكاة تجب فيها ، إلا ما حُكِيَ عن الحسن أنه قال : لا زكاة فيها حتى تبلغ أربعين ، وأجمعوا على أنه إذا كان أقلّ من عشرين مثقالاً ولا يبلغ مائتى درهم فلا زكاة فيه . وقال عامة الفقهاء نصاب الذهب عشرون مثقالا من غير اعتبار قيمتها ، إلّا ما حكى عن عطاء ، وطاوس ، والزهرىّ ، وسُليمان بن حَرْب ، وأيّوب السَّخْتيانىّ ، أنهم قالوا : هو مُعتبر بالفضة . فما كان قيمته مائتى درهم ففيه الزكاة ، وإلّا فلا ، لأنه لم يثبُت عن النبىّ صلى الله عليه وسلم تقديرٌ فى نصابه ، فثبت أنه حمله على الفضّة . ولنا ما رَوَى عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَيْسَ فى أَقَلَّ مِنْ عِشْرِينَ مِثْقَالاً مِنَ الذَّهَبِ ،

وَلاَ فِي أَقَلَّ مِنْ مَائَتَيْ دِرْهَمٍ صَدَقَةٌ » رواه أبو عُبَيْد .

وروى ابن ماجه ، عن عمر ، وعائشة : « أَنَّ النبيَّ صلَّى الله عليه وسلم كَانَ يَأْخُذُ مِنْ كُلِّ عِشْرِينَ دِينَاراً فَصَاعِداً نِصْفَ دِينَارٍ ، وَمِنَ الأَرْبَعِينَ دِينَاراً » . وروى سعيدٌ ، والأثرمُ عن عليّ : « فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ دِينَاراً دِينَارٌ ، وَفِي كُلِّ عِشْرِينَ دِينَاراً نِصْفُ دِينَارٍ » ورواه غيرهما مرفوعاً إلى النبيّ ﷺ ولأنّه مالٌ تجب الزكاة في عَيْنه ، فلم يُعتبر بغيره ، كسائر الأموال الزكوية .

١٨٨٠ فصـــل

ومَنْ ملك ذَهباً ، أو فِضَّةً مغشوشةً ، أو مُختلطاً بغـيره . فلا زكاة فيـه حتى يبلغ قدرُ الذهب ، والفِضَّة نصاباً ، لقوله عليه السلام : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ مِنَ الوَرِقِ صَدَقَةٌ » فإن لم يعلم قدر مافيه منهما ، وشُكَّ هل يلغ نصاباً أو لاَ ؟ خيّر بين سبكهما ليَعلم قدر مافيه منهما ، وبين أن يستظهر ويُخْرِج ، ليسقُط الفرض بيقـين . فإن أحبَّ أن يُخرج استظهـاراً ، فأراد إخراج الزكاة من المغشوشة نَظَرْتَ . فإن كان الغِشّ لايختلف ، مثل أن يـكون الغِشّ في كل دينار سُدُسُه وعُلِم ذلك ، جاز أن يُخرج منها ، لأنه يـكون مُخرجاً لرُبع العُشر . وإن اختلَف قدرُ مافيها ، أو لم يُعـلم ، لم يُجزه الإخراجُ منها ، إلاّ أن يَستظهره ، بحيث يتيقّنُ أنّ ماأخرجه من الذهب مُحِيطٌ بقـدر الزكاة . وإن أخرج عنهـا ذهباً لاغِشّ فيه فهو أفضلُ . وإن أراد إسقاط الغِشّ ، وإخراج الزكاة عن قدر مافيه من الذهب ، كمن معه أربعة وعشرون ديناراً ، سُدسُها غِشّ ، فأسقط السُّدُسَ أربعةً ، وأخرج نصفَ دينـارٍ عن عشرين جاز ، لأنه لو سبكها لم يلزمه إلا ذلك ، ولأن غِشّها لازكاة فيه ، إلا أن يـكون فِضّةً ، وله من الفضـة مايَتِمّ به النصاب ، أو له نصابٌ سواه ، فيكون عليه زكاة الغِشّ حينئذ ، وكذلك إن قلنا بضَمّ أحد النقدين إلى الآخر . وإذا ادّعى ربّ المـال أنّه يعـلَمُ الغِشّ ، أو أنه استظهره ، وأخرج الفرض قبِـلَ منه بغـير يمين ، وإن زادت قيمةُ المغشوش بالغِشّ ، فصـارت قيمةُ العشرين تسـاوى اثنين وعشرين ، فعليه إخراجُ رُبع عُشرها ممّا قيمتهُ كقيمتها . لأنّ عليـه إخراجَ زكاة المـال الجَيِّـد من جنسه ، بحيث لاينقُص عن قيمته ، والله أعلم .

١٨٨١ « مسألة » قال ﴿ فإذا تمت ففيها ربع العشر ﴾ .

يعني إذا تمّت الفضةُ مائتين ، والدنانيرُ عشرين . فالواجب فيها رُبع عُشرها ، ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن زكاة الذهب والفِضَّة رُبْعُ عُشرها . فقد ثبت ذلك بقوله عليه السلام « فِي الرِّقَةِ رُبْعُ العُشْرِ » . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « هَاتُوا رُبْعَ العُشْرِ مِنْ كُلِّ أَرْبَعِينَ دِرْهَماً دِرْهَماً . وَلَيْسَ فِي تِسْعِينَ وَمِائَةٍ

شيء » قال الترمذيّ : قال البخاريّ في هذا الحديث : هو صحيح عندي . ورواه سعيد ولفظه : « فهاتوا صَدَقَةَ الرِّقَةِ مِنْ كُلِّ أَرْبَعِينَ دِرْهَماً دِرْهَماً » . وأجمع أهل العلم على أنّ في مائتي درهم خمسة دراهم . ورَوى ابن عمر وعائشة « أنَّ النبيَّ صلَّى الله عليه وسلم كان يأخذُ من كلِّ عشرين ديناراً فصاعداً نصفَ دينار ، ومن الأربعين ديناراً ديناراً » .

١٨٨٢ « مسألة » قال ﴿ وفي زيادتها وإن قلّت ﴾ .

رُوي هذا عن عليّ ، وابن عمر ، رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعيّ ، ومالك ، والثوريّ ، وابن أبي ليلى ، والشافعيّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثَوْر ، وابن المُنذر . وقال سعيد بن المُسيَّب ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، والشعبيّ ، ومكحول ، والزهريّ ، وعمرو ابن دينار ، وأبو حنيفة : لاشيء في زيادة الدراهم ، حتى تبلُغ أربعين ، ولا في زيادة الدنانير حتى تبلغ أربعةَ دنانير . لقوله عليه السلام : « مِنْ كُلِّ أَرْبَعِينَ دِرْهَماً دِرْهَماً » : وعن مُعاذٍ عن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا بَلَغَ الوَرِقُ مائَتَيْنِ ففيه خَمْسَةُ دَرَاهِمَ ، ثمّ لاشَيْءَ فيه ، حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى أَرْبَعِينَ دِرْهَماً » وهذا نصّ ، ولأن له عَفْواً في الابتداء ، فكان له عَفْوٌ بعد النِّصاب ، كالماشية .

ولنا : مارُوي عن عليّ ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : هاتُوا رُبْعَ العُشْرِ مِنْ كُلِّ أَرْبَعِينَ دِرْهَماً دِرْهَماً . وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ شَيْءٌ حَتَّى يَتِمَّ مائَتَيْنِ ، فإذا كانت مائَتَي دِرْهَمٍ ففيها خَمْسَةُ دراهم ، فما زَادَ فبِحِسَابِ ذَلِكَ » رواه الأثرم ، والدارقطنيّ . ورواه أبو داود ، بإسناده ، عن عاصم بن ضَمْرة . والحارثُ عن عليّ ، إلاّ أنه قال : أحْسِبُهُ عن النبيّ صلى الله عليه وسلم . ورُوي ذلك عن عليّ ، وابن عمر موقوفاً عليهم . ولم نَعرف لهما مخالفاً من الصحابة ، فيكون إجماعاً ، ولأنه مالُ مَتْجَرٍ ، فلم يكن له عَفْوٌ بعد النصاب ، كالحُبُوب . وما احتجّوا به من الخبر الأول فهو احتجاج بدليل الخِطَاب ، والمنطوق مُقَدّم عليه . والحديث الآخرُ يرويه أبو العَطُوف الجرّاح بن مِنْهال ، وهو متروك الحديث . قال الدارقطنيّ ، وقال مالك : هو دَجّال من الدَّجاجلة ، ويرويه عن عُبادة بن نُسَيّ ، عن مُعاذٍ ، ولم يلق عُبادَةُ مُعاذاً ، فيكون مُرْسَلاً ، والماشيةُ يَشُقّ تَشْقِيصُها[1] ، بخلاف الأثمان .

---

(١) تشقيصها : تقسيمها وتجزيئها .

١٨٨٣ فصـــل

ويُخرج الزكاة من جنس ماله . فإن كان أنواعاً مُتساويةَ القيم جاز أن يُخرج الزكاة من أحدها كما تُخْرَجُ من أحدِ نَوْعَىِ الغَنَم ، وإن كانت مختلفـةَ القِيَم ، أخذ من كلِّ نوع مايَخُصّه . وإن أخرج من أوسطها مابقى بقدر الواجب وقيمته جاز . وإن أخرج الفرض من أجودها بقدر الواجب جاز . وله ثوابُ الزيادة . وإن أخرجه بالقيمة مثلُ أن يُخرج عن نصف دينار ثُلثَ دينار جَيّد لم يجُز ، لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم نصَّ على نصف دينار ، فلم يجُز النقص منه . وإن أخرج من الأدنى ، وزاد فى المُخْرَج مابقى بقيمة الواجب ، مثل أن يخرج عن دينار ديناراً ونصفاً بقيمته جاز . وكذلك لو أخرج عن الصحاح مُـكَسَّرةً ، وزاد بقدر مابينهما من الفَضْل جاز ، لأنه أدّى الواجبَ عليه ، قيمةً وقدراً . وإن أخرج عن كثير القيمة قليـلَ القيمة ، فـكذلك . فإن أخرج بهْرِجاً[1] عن الجَيّد وزاد بقـدر مايُساوى قيمةَ الجَيّد . فقال أبو الخطاب : يجوز ، وقال القاضى : يلزمه إخراج جَيّد ، ولا يرجع فيما أخرجه من المَعِيب . لأنه أخرج مَعيباً فى حقّ الله تعالى . فأشبه مالو أخرج مريضةً عن صحاح . وبهـذا قال الشافعىّ ، إلاّ أنّ أصحابه قالوا : له الرجوع فيما أخرج من المَعيبِ فى أحد الوجهين . وقال أبو حنيفة : يجوز إخراج الرديئة عن الجَيِّد ، والمـكسورة عن الصحيحـة ، من غـير جُبْرانٍ ، لأن الجَوْدَةَ إذا لاقت جنسها فيما فيه الرِّبا لاقيمةَ لها .

ولنا : أن الجودة مُتقَوَّمةٌ ، بدليل مالو أتلف جَيِّداً لم يجُزْه أن يدفع عنه رَديئاً ، ولأنه إذا لم يَجْبُره بما يتمّ به قيمةُ الواجب عليه ، دخل فى عموم قوله تعالى (٢ : ٢٦٧ وَلاَ تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ) ولأنه أخرج رديئاً عن جَيّد بقدره ، فلم يجز كما فى الماشية . ولأنّ المستحَقّ معلومُ القـدر والصِّفة ، فلم يجز النقص فى الصفة ، كما لايجوز فى القدر . وأما الربا فلا يُجزى ههنا . لأن المخرَج حَقٌّ لله ، ولا ربا بين العبد وَسيِّده ، ولأن المساواة فى المِعْيار الشرعىّ إنّما اعتُبرت فى المعاوَضَات ، والقصد من الزكاة المواساةُ ، وإغناء الفقير ، وشكرُ نعمة الله تعالى ، فلا يدخُل الربا فيها . فإن قيل : فلو أخرج فى المـاشية رديئتَيْن عن جيِّدة ، أو أخرج قَفِيزَيْن رديئين عن قفيز جَيّد لم يجز ، فلم أجزتم أن يُخرج عن الصحيح أكثر منه مُـكسراً ؟ قلنا يجوز ذلك ، إذا لم يـكن فى إخراجه عَيْبٌ سوى نقص القيمة ، وإن سلّمنـاه ، فالفرق بينهما : أن القصد من الأثمان القيمة لاغيرُ . فإذا تسـاوى الواجبُ والمخرَجُ فى القيمة ، والقدر جاز . وسائرُ الأموال يُقصـد الانتفـاع بعينها ، فلا يلزم من التسـاوى فى الأمرين الإجزاء ، لجواز أن يَفُوت بعضُ المقصود .

---

(١) بهرجاً : زائفاً .

١٨٨٤ فصـــــل

وهـل يجوز إخراج أحد النقـدين عن الآخر ؟ فيه روايتـان ، نص عليهما . إحـداها : لايجوز . وهو اختيار أبى بـكر . لأن أنواع الجنس لايجوز إخراج أحدها عن الآخر ، إذا كان أقلّ فى المقدار ، فمع اختلاف الجنس أولى . والثانية : يجوز . وهو أصحُّ إن شاء الله . لأن المقصود من أحدها يحصُل بإخراج الآخر فيُجزىء ، كأنواع الجنس ، وذلك : لأن المقصود منهمـا جميعـاً الثمنيَّـةُ ، والتوسّل بهـما إلى المقـاصد ، وهما يشتركان فيـه على السواء . فأشبه إخراج المُكسّرة عن الصّحـاح ، بخـلاف سائر الأجناس ، والأنواع ، مما تجب فيه الزكاة ، فإن لـكلّ جنس مقصوداً مختصًّا به ، لايحصُل من الجنس الآخر . وكذلك أنواعُها ، فلا يحصل بإخراج غير الواجب من الحـكمة مايحصُل بإخراج الواجب .

وها هنا المقصودُ حاصلٌ ، فوجب إجزاؤه ، إذ لافائدة باختصاص الإجزاء بعَيْن ، مع مساواة غيرها لها فى الحـكمة ، وكون ذلك أرفَق بالمُعطِى والآخذِ ، وأنفعَ لهما . ويندفع به الضرر عنهما ، فإنه لو تعيَّن إخراج زكاة الدنانير منها شقَّ على من يملك أقلَّ من أربعين ديناراً إخراجُ جُزء من دينار ، ويحتاج إلى التشقيص ، ومشاركة الفقير له فى دينار من ماله ، أو بَيْع أحدِهما نصيبه ، فَيَسْتَضِرُّ المالك والفقير . وإذا جاز إخراج الدراهم عنها دَفَع إلى الفقير من الدراهم بقدر الواجب ، فَيَسْهلُ ذلك عليه ، وينتفع الفقير من غير كُلفةٍ ، ولا مضَرَّة ، ولأنه إذا دفع إلى الفقير قطعةً من الذهب فى موضع لا يُتعامَل بها فيه أو قطعةً من درهم فى مكان لايُتعامل بها فيه ، لم يقدر على قضاء حاجته بها ، وإن أراد بيعها بحسب مايُتعامل بها احتاج إلى كلفَةِ البيع ، وربما لايقدر عليه ولا يفيده شيئاً ، وإن أمـكن بيعها احتاج إلى كلفة البيـع . والظاهرُ أنّها ينقص عِوَضها عن قيمتها . فقد دار بين ضررَيْن ، وفى جواز إخراج أحدها عن الآخر نفع مَحض ، ودَفعٌ لهـذا الضرر ، وتحصيلٌ لحـكمة الزكاة على التمام ، والـكمال . فلاحاجة ، ولا وجه لمنعه ، وإنْ تُوُهِّمتْ هنا منفعة تَفُوتُ بذلك ، فهى يسيرة ، مغمورة ، فيما يحصل من النفع الظاهر ، ويندفع من الضرر ، والمشقَّة من الجانبين ، فلا يُعتبر ، والله أعلم .

وعلى هـذا لايجوز الإبدالُ فى موضعٍ يلحَقُ الفقيرَ ضَررٌ ، مثل أن يدفع إليه مالا يَنْفَقُ عوضاً عما يَنفَقُ ، لأنه إذا لم يجز إخراج أحد النوعين عن الآخر مع الضرر ، فمع غيره أولى . وإن اختار الدفع من الجنس ، واختار الفقيرُ الأخـذَ من غيره لضرر يلحقُه فى أخـذ الجنس ، لم يلزم المالكَ إجابتُه ، لأنه إذا أدَّى مافُرِض عليه لم يُـكلَّف سواه ، والله أعلم .

١٨٨٥ « مسألة » قال ﴿ وليس فى حَلْيِ المرأة زكاة ، إذا كان مما تلبسه أو تُعيره ﴾ .

هذا ظاهر المذهب . وروى ذلك عن ابن عمر ، وجابر ، وأنس ، وعائشة ، وأسماء رضى الله عنهم . وبه قال القاسم ، والشعبىّ ، وقتادة ، ومحمـد بن علىّ ، وعَمْرَةُ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو عُبَيد ،

وإسحاق ، وأبو ثور . وذكر ابن أبي موسى روايةً أُخرى : أنه فيـه الزكاة . ورُوى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وابن عبَّاس ، وعبـد الله بن عمرو بن العاص ، وسعيد بن المُسيَّب ، وسعيد بن جُبَير ، وعطاء ، ومُجاهد ، وعبدالله بن شَدّاد ، وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، وميمون بن مِهْران ، والزهرىّ والثورىّ ، وأصحاب الرأى . لعموم قوله عليه السلام : « فى الرِّقَةِ رُبْعُ العُشْرِ ، وَلَيْسَ فِيما دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ صَدَقَةٌ » مفهومه أن فيها صدقة إذا بلغت خمس أواق .

وعن عمرو بن شُعَيب ، عن أبيـه ، عن جَدِّه قال : « أَتَتِ امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِ اليَمَنِ رسولَ الله ﷺ ومعها ابْنَةٌ لَهـا فِى يَدَيْهَا مَسَكَتَانِ[1] مِنْ ذَهَبٍ . فقال هَلْ تُعْطِينَ زَكَاةَ هَذَا ؟ قالت : لاَ ، قال : أَيَسُرُّكِ أَنْ يُسَوِّرَكِ اللهُ بِسوَارَيْنِ مِنْ نَارٍ ؟ » رواه أبو داود . ولأنه من جنس الأثمان ، أشبه التِّبر . وقال مالك : يزكَّى عاماً واحداً . وقال الحسن ، وعبد الله بن عُتْبة ، وقتادة : زكاته عاريَتُه . قال أحمد : خمسةٌ من أصحاب رسول الله صلى الله عليـه وسلم يقولون : ليس فى الحَـلْىِ زكاةٌ . ويقولون : زكاتُه عَارِيَتُهُ . ووجهُ الأوّل : مارَوى عافيـة بن أيُّوب ، عن الليث بن سعد ، عن أبى الزبير ، عن جابر ، عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَيْسَ فِى الحَـلْىِ زَكَاةٌ » ، ولأنه مُرْصَدٌ لاستعمالٍ مُباحٍ فلم تجب فيه الزكاة ، كالعوامل ، وثياب القُنْيَةِ .

وأما الأحاديث الصحيحة التى احتجُّوا بهـا ، فلا تتناول محلَّ النزاع ، لأنَّ الرِّقَةَ : هى الدراهم المضروبَةُ . قال أبو عُبَيْد : لانعلمُ هـذا الاسم فى الـكلام المعقول عند العرب إلاّ على الدراهم المنقوشة ، ذات السِّكّة السائرة فى الناس . وكذلك الأواق ، ليس معناها إلاّ الدراهم ، كلُّ أوقيَّة أربعونَ دِرْهماً . وأما حديث المَسَكَتَيْنِ . فقال أبو عُبَيْد : لا نعلَمُه إلاّ من وجـه قد تـكلَّمَ الناس فيه قديماً ، وحديثاً . وقال الترمذىّ : ليس يَصِحّ فى هـذا البـاب شىء ، ويحتملُ أنه أراد بالزكاة إعارَتُه ، كما فسرَّه به بعضُ العلماء . وذهب إليه جماعة من الصحابة وغيرُهم . والتِّبر غير مُعَدّ للاستعمال بخلاف الحُلْىِ . وقول الخِرَقىّ إذا كان مما تلبسهُ أو تُعيرُه ، يعنى أنّه إنمـا تَسقُط عنه الزكاة إذا كان كذلك ، أو مُعَدًّا له . فأما المُعَدّ لِلـكرى ، والنفقة ، إذا احتيج إليه : ففيه الزكاة ، لأنها إنمـا تسقط عما أُعِدّ للاستعمال ، لصرفه عن جهة النماء ، ففيما عداه يبقى على الأصل . وكذلك ماٱتُّخِذَ حِلْيَةً ، فِراراً من الزكاة ، لايسقط عنه . ولا فرق بين كون الحَـلْىِ المُباح مملوكاً لامرأةٍ تلبسهُ ، أو تُعيره ؛ أو لرجل يُحَلِّى به أَهـلَه ، أو يُعيره ، أو يُعِدّه

(١) مسكتان : تثنية مسكة ، بفتح الميم والسين . وهى تطلق على : الدبل والأسورة والخلاليل ، من القرون والعاج والذهب وغير ذلك ، والمراد هنا الأسورتان لقوله فى يديها .

لذلك ، لأنه مصروف عن جهة النماء ، إلى استعمالٍ مُباحٍ ، أشبه حَلْيَ[1] المرأة .

١٨٨٦ فصل

وقليل الحَلْي وكثيرُه سواء فى الإباحة ، والزكاة . وقال ابن حامد : يُباح مالم يبلغ ألفَ مثقال . فإن بلغها حَرُم ، وفيه الزكاة . لما روى أبو عُبَيد والأثرم ، عن عمرو بن دينار قال : « سُئِلَ جَابِرٌ عَنِ الحَلْيِ : هَلْ فِيهِ زَكَاةٌ ؟ قال : لا ، فَقِيلَ لَهُ : أَلْفُ دِينَارٍ ؟ فقال : إِنّ ذَلِكَ لَكَثِيرٌ » ولأنه يخرج إلى السَّرَفِ ، والخُيَلاء ، ولا يُحتاج إليه فى الاستعمال . والأول أصحّ . لأن الشرع أباح التحلّي مُطلقاً من غير تقييد[2] فلا يجوز تقييده بالرأى ، والتحكم . وحديث جابر ليس بصريح فى نفى الوجوب ، وإنما يدل على التوقّف ، ثم قد رُوى عنه خِلافه . فرَوى الجوزجانيّ بإسناده ، عن أبى الزبير ، قال : « سَأَلْتُ جَابِرَ بنَ عَبْدِ اللهِ عن الحَلْيِ : فيه زَكَاةٌ ؟ قال : لا ، قلتُ : إنّ الحَلْيَ يكونُ فيه ألفُ دِينارٍ . قال : وإنْ كَانَ فِيهِ ، يُعَارُ ، ويُلْبَسُ » . ثم إنّ قول جابر قولُ صحابيّ خالفه غيرُه ممّن أباحه مُطلقاً بغير تقييد فلا يبقى قولُه حُجّةً ، والتقييد بالرأى المُطلقِ والتحكّم غيرُ جائز .

١٨٨٧ فصل

وإذا انكسر الحَلْيُ كسراً لا يمنع الاستعمال ، واللُّبس . فهو كالصحيح ، لا زكاة فيه ، إلّا أن ينوى كسره ، وسَبْكه ، ففيه الزكاة حينئذٍ ، لإنه نوى صَرْفَهُ عن الاستعمال . وإن كان الكسر يمنع الاستعمال . فقال القاضى : عندى أنّ فيه الزكاة ، لأنه كان بمنزلة النُّقْرةِ[3] والتبر .

١٨٨٨ فصل

وإذا كان الحَلْيُ للبس ، فنوت به المرأة التّجارة . انعقد عليه حول الزكاة من حينَ نَوت . لأن الوجوب هو الأصلُ ، وإنما انصرف عنه لعارض الاستعمال . فعاد إلى الأصل بمجرّد النية من غير استعمال ، فهو كما لو نوى بعرض التجارة القُنية انصرف إليه ، من غير استعمال .

---

(١) الحلى : مفرد ، وجمعه حلى بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء .

(٢) ينبغى تقييده بعادة المرأة ، فإذا كانت عادة أمثالها التحلى بقدر معين فزادت عنه زيادة فاحشة لغير ضرورة ، فإن ذلك يحرم ، أما إذا زادت عنه زيادة يسيرة ، أو زيادة كثيرة لضرورة كالظهور أمام أعداء الإسلام بالعز والغنى ، فلا يحرم . وإذا كانت المرأة غنية من عادة أمثالها التحلى بالكثير فلا حرمة فى ذلك ، غير أن الأولى للنساء إذا كان الإسلام أو الوطن الإسلامى فى حاجة إلى مال أن يتبرعن ببعض حليهن ، أو يستبدلنه بنقد يستثمرنه فى منافع البلاد وقوة الإسلام والمسلمين .

(٣) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة ، والجمع نقار .

١٨٨٩ فصـــــل

ويُعتبر فى النصاب فى الحُلْى الذى تجب فيه الزكاة بالوزن . فلو ملك حَلْياً قيمتُه مائتا درهم ، ووزنُه دون المائتين ، لم يكن عليه زكاة . وإن بلغ مائتين وزْناً ففيه الزكاة ، وإن نقص فى القيمة . لقوله عليه السلام : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوراقٍ مِنَ الوَرِقِ صَدَقَةٌ » اللهمّ إلّا أن يكون الحُلْىُ للتجارة ، فيقوّم . فإذا بلغت قيمته بالذهب والفضة نصاباً ففيه الزكاة ، لأن الزكاة متعلّقة بالقيمة ، ومالم يكن للتجارة فالزكاة فى عينه ، فيُعتبر أن يبلُغ بقيمته ووزنه نصاباً ، وهو مخيّر بين إخراج ربع عُشر حِليةٍ مُشاعاً ، أو دفع مايساوى ربع عشرها من جنسها ، وإن زاد فى الوزن على رُبع العشر لما بيّنا أن الربا لايجرى ههنا . ولو أراد كسرها ، ودفع ربع عشرها لم يُمكّن منه ، لأنه ينقص قيمتها ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . وقال مالك : الاعتبار بالوزن ، وإذا كان وزن الحُلْى عشرين ، وقيمتُه ثلاثون فعليه نصف مِثقال ، لا تزيد قيمتُه شيئاً ، لأنّه نصاب من جنس الأثمان ، فتعلّقت الزكاة بوزنه ، لا بصفته ، كالدراهم المضروبة .

ولنا : أن الصناعة صارت صفةً للنصاب لها قيمة مقصودة فوجب اعتبارها ، كالجودة فى سائر أموال الزكاة ، تتعلّق بوزنه ، وصفته جميعاً ، كالجيّد من الذهب والفضّة والمواشى ، والحبوب ، والثمار ، فإنه لايجزئه إخراج ردىء عن جيّد ، وكذلك ههنا . وإن أراد إخراج الفضة عن حَلْى الذهب ، أو الذهب عن الفضة ، أخرج على الوجهين ، كما قدمنا فى إخراج أحد النقدين عن الآخر . وذكر ابن عقيل : أن الاعتبار فى قدر النصاب أيضاً بالقيمة ، فلو ملك حَلْياً وزنُه تسعةَ عشرَ ، وقيمته عشرون ، لأجل الصناعة ، ففيه الزكاة . وظاهر كلام أحمد : اعتبار الوزن ، وهو ظاهر نصّه عليه ، لقوله : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ صَدَقَةٌ » ولأنه مال تجب الزكاة فى عينه ، فلا تُعتبر قيمة الدنانير المضروبة ، لأنّ زيادة القيمة بالصناعة كزيادتها ، بنفَاسة جوهره ، فكما لاتجب الزيادة فيما كان نفيس الجوهر ، كذلك الآخر .

١٨٩٠ فصـــــل

فإن كان فى الحَلْى جوهر ولآلىء مُرَصّعة ، فالزكاة فى الحَلْى من الذهب ، والفضة ، دون الجوهر . لأنها لازكاة فيها عند أحد من أهل العلم ، فإن كان الحَلْىُ للتجارة قوّمه بما فيه من الجواهر ، لأن الجواهر لو كانت مُفردة وهى للتجارة لقوّمت وزُكّيت ، فكذلك إذا كانت فى حَلْى التجارة .

١٨٩١ فصـــــل

إذا اتّخذت المرأة حَلْياً ليس لها اتخاذُه كما إذا اتّخذت حِلْيةَ الرجال ، كحلية السيف والمِنْطَقةِ فهو مُحَرّم ، وعليها الزكاة ، كما لو اتّخذ الرجل حَلْىَ المرأة .

١٨٩٢ فصـــــل

ويُباح للنساء من حَلى الذهب ، والفضة ، والجواهر ، كلّ ماجرت عادتهنّ بلبُسه ، مثل السِّوار ، والخَلْخال ، والقُرْط ، والخاتَم ، وما يلبَسنَهُ على وجُوههنّ ، وفى أعنـاقهنّ ، وأيديهنّ ، وأرجلهنّ ، وآذانهنّ ، وغيره . فأما مالم تجر عادتهُنّ بلبسه كالمِنطَقَة وشبههـا من حَلْى الرجال ، فهو محرّم وعليهـا زكاته . كما لو اتّخذ الرجل لنفسه حَلَى المرأة .

١٨٩٣ « مسألة » قال ﴿ وليس فى حِلْية سيف الرجل ، ومِنْطَقته ، وخاتَمه زكاة ﴾ .

وجملة ذلك : أن ما كان مُباحاً من الحَلْى فلا زكاة فيه ، إذا كان مُعَدًّا للاستعمال ، سواء كان لرجل أو امرأة ، لأنه مصروف عن جهة النمَّـاء إلى استعمالٍ مُبـاح . فأشبه ثياب البِذْلة ، وعواملَ الماشِيَة . ويُباح للرجل من الفِضّة الخاتَمُ ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « اتَّخَذَ خَاتَماً مِنْ وَرِقٍ » مُتفق عليه . وحِلْيةُ السيف بأن تُجعـل قَبِيعَتُه[١] فِضّةً ، أو تَحلِيتُها بفِضَّة ، فإنّ أَنَساً قال : « كَانَتْ قَبِيعَةُ سَيْفِ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم فِضَّةً » وقال هشـام بن عُروة : كان سيف الزبير مُحَلًّى بالفِضَّة . رواهما الأثرم ، بإسناده . والمِنطَقَة[٢] تُباح تحليتها بالفِضَّة ، لأنها حِلْيَةٌ معتادة للرجل ، فهى كالخاتَم . وقد نُقل كراهة ذلك لمـا فيه من الفخر ، والخُيلاء . فهو كالطَّوْق[٣] . والأوّل أولى ، لأن الطوق ليس مُعتاداً فى حقّ الرجل ، بخلاف المِنْطَقة . وعلى قياس المنطقة : الجَوْشَنُ ، والخُوذَةُ والخُفّ[٤] ، والرّانُ والحمائِلُ ، وتُباح الضبَّة[٥] فى الإناء ، وما أشبهها للحاجة . ونعنى بالحاجة : أنه ينتفع بها فى ذلك ، وإن قام غيرها مَقامها . وفى صحيح البخاريّ عن أنس « أنّ قَدَحَ النبيِّ صَلَّى الله عليه وسـلم انـكَسَر فاتّخـذ مكانَ الشَّعْبِ[٦] سِلْسِلَةً مِنْ فِضَّةٍ » . وقال القاضى : يُباح اليسير ، وإن لم يـكن لحاجة . وإنمـا كره أحمد الحَلْقة فى الإناء ، لأنها لا تُستعمل . وأما الذهب : فيُباح منه مادعت الضرورة إليه ، كالأنف ، فى حَقّ

---

(١) القبيعة : مايجعل على مقبض السيف من فضة أو ذهب أو حديد أو نحوهما .

(٢) المنطقة : هى مايشد به المحارب وسطه من جلد ونحوه .

(٣) الطوق : هو مايحلى به العنق .

(٤) والجوشن : الدرع ، والخوذة : مايلبس على الرأس ليغطيه ويقيه من السيوف والحراب ونحوها ، والخف : معروف ، والران : مثل الخف ، غير أنه لاقدم له وهو أطول من الخف . والحمائل : علاقات السيوف ، التى تربط بها فتعلق فيها .

(٥) الضبة : القطعة التى تلصق بالإناء لإصلاح شرخ فيه أو كسر ، أو نقص أو نحو ذلك .

(٦) القدح : إناء كالكوز الصغير يشرب فيه ، والشعب : الإصلاح والرم واللأم .

من قطع أنفه . لما رُوى عن عبد الرحمن ابن طَرَفة « أنَّ جَدَّه عَرْفَجَةَ بنَ سَعْد قُطِعَ أنفُه يَوْمَ الكُلابِ[1] فاتخذ أنفاً مِنْ ورقٍ فأنْتَنَ عَلَيْهِ ، فأمَرَه النبيُّ صَلَّى الله عليه وسَلَّم فاتخَذَ أنفاً مِنْ ذَهَبٍ » رواه أبو داود . وقال الإمامُ أحمد : رَبْط الأسنان بالذهب إذا خَشِي عليها أن تَسقُط قد فَعَلَه الناسُ فلا بأس به عند الضرورة . وروى الأثرم عن موسى بن طَلْحَةَ ، وأبى حمزة الضُّبَعِيّ ، وأبى رافع ، وثابت البُنَانِيّ ، وإسماعيلَ بن زيدِ ، بن ثابت ، والمُغيرةِ ابن عبد الله : أنهم شَدُّوا أسنانهم بالذهب . وعن الحسن ، والزهريّ والنخعيّ : أنهم رخّصوا فيه ، وما عدا ذلك من الذهب . فقد رُوى عن أحمد رحمه الله الرخصةُ فى السيف .

قال الأثرمُ قال أحمد : رُوى أنه كان فى سيف عُثمانَ بن حُنَيف مِسْمارٌ من ذهب . قال أبو عبد الله : فذاك الآن فى السيف . وقال : « إنَّهُ كَانَ لِعُمَرَ سَيْفٌ سَبائِكُهُ مِنْ ذَهَبٍ » من حديث إسماعيل بن أمَيّة ، عن نافع . وروى الترمذيّ بإسناده ، عن مَزْيَدَة العَصَرِيّ « أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم دَخَلَ مَكَّةَ وَعَلَى سَيْفِهِ ذَهَبٌ وفِضَّةٌ » ورُوى عن أحمد روايةٌ أخرى تدلّ على تحريم ذلك . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : يَخَافُ عليه أن يسقُط يجعلُ فيه مِسماراً من ذهب ؟ قال : إنَّما رُخِّص فى الأسنان ، وذلك إنما هو على الضرورة . فأما المسمارُ ، فقد رُوى : « مَنْ تَحَلَّى بِخُرْبُصِيصَةٍ كُوِىَ بها يَوْمَ الْقِيامَةِ » قلت : أىّ شىء خُرْبُصِيصَةٍ[2] ؟ قال : شىء صغير مثل الشعيرة . وروى الأثرم أيضاً بإسناده ، عن شَهْر ابن حَوْشَبٍ . عن عبد الرحمن بن غَنْم ، قال : « مَنْ حُلِّىَ أو تَحَلَّى بِخُرْبُصِيصَةٍ كُوِىَ بها يَوْمَ الْقِيامَةِ مَغْفُوراً لَهُ أوْ مُعَذَّباً » . وحُكِى عن أبى بكر من أصحابنا : أنه أباح يَسيرَ الذهب . ولعلّه يحتجّ بما رويناه من الأخبار . ويُقاس الذهب على الفِضّة ، ولأنه أحدُ الثلاثة المحرّمة على الذكور دون الإناث . فلم يحرُم يسيرها كسائرها ، وكلُّ ما أبيح من الحُلْى . فلا زكاة فيه ، إذا كان مُعَدًّا للاستعمال .

١٨٩٤ « مسألة » قال ﴿ والمتخِذ آنيةَ الذهب ، والفضة ، عاصٍ ، وفيها الزكاة ﴾ .

وجملته : أن اتخاذ آنية الذهب ، والفضة حرام على النساء ، والرجال ، جميعاً . وكذلك استعمالُه . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : لا يحرمُ اتّخاذها . لأن النصّ إنما ورد فى تحريم الاستعمال ، فيبقى إباحة الاتخاذ على مقتضى الأصل فى الإباحة .

---

(١) الكلاب : ماء معروف عند العرب ، كانت عنده وقعة حربية قطع فيها أنف عرفجة بن سعد .

(٢) الخربصيصة : تطلق على الخرزة الصغيرة ، وعلى الشيء القليل من الحلي يقال : ما عليها خربصيصة أى شيء من الحلي ، وأصلها مأخوذة من الخربصيص ، وهو شيء يكون فى الرمل له بصيص كعين الجراد ويطلق الخربصيص على الحبة من الحلي .

ولنـا : أن ماحرُم استعماله حرم اتخاذهُ على هيئة الاستعمال . كالملاهي . ويستوى فى ذلك الرجال ، والنساء؛ لأن المعنى المقتضي للتحريم يَعُمُّهما ، وهو الإفضاء إلى السَّرَف والخُيلاء ، وكسر قلوب الفقراء ، فيستويان فى التحريم ، وإنّما أُحِلّ للنساء التحلّي لحاجتهنّ إليه ، للتزيّن للأزواج ، وليس هـذا بموجود فى الآنية . فيبقى على التحريم . إذا ثبت هذا : فإنّ فيها الزكاةَ بغير خلاف بين أهل العلم ، ولا زكاة فيها حتى تبلُغ نصاباً بالوزن ، أو يكون عنده مايبلغ نصاباً بضمّها إليه ، وإن زادت قيمته لصناعته ، فلا عبرة بها ، لأنها مُحرّمة فلا قيمة لها فى الشرع ، وله أن يُخرج عنها قدر رُبْع عُشرها بقيمته غير مَصُوغٍ ، وإن أحَبّ كَسْرها أخرج ربع عشرها مكسوراً ، وإن أخرج ربع عشرها مَصوغاً جاز . لأن الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكـور ، وذكر أبو الخطاب وجهاً فى اعتبار قيمتها . والأول : أصحّ إن شاء الله تعالى .

١٨٩٥ فصـــل

وكلّ ما كان اتخاذه مُحرّماً من الأثمـان لم تسقط زكاته باتخاذه ، لأن الأصل وجوب الزكاة فيهـا . لكونها مخلوقةً للتجارة ، والتوسُّل بها إلى غيرها ، ولم يوجد مايمنع ذلك . فبقيت على أصلها . قال أحمد : ما كان على سَرْج أو لجام ، ففيه الزكاة ، ونصَّ على حلية الثفر ، والرِّكاب ، واللّجام : أنه محرّم . وقال فى رواية الأثرم : أكره رأس المُكْحَلَةِ فِضَّةً ، ثم قال: وهذا شيء تأوَّلتُه ، وعلى قياس ماذكره : حِلْيَة الدواة والمَقْلَمَةِ ، والسَّرْجِ ، ونحوه ، ممّا على الدابة . ولو موّه سقفَه بذهب أو فضة . فهو محرّم . وفيه الزكاة . وقال أصحاب الرأى : يُباح ، لأنه تابع للمُباح فيتبعهُ فى الإباحة .

ولنـا : أن هذا إسراف ، ويُفضى فعلهُ إلى الخُيلاء ، وكسْر قلوب الفقراء ، فحرم ، كاتخاذ الآنية . وقد « نهى النبيُّ صلى الله عليـه وسلم عَنِ التَّخَتُّمِ بخَاتَم الذَّهَبِ للرَّجُلِ » فتمويه السقف أولى . وإن صار التمويه الذى فى السقف مستهلَـكاً لايجتمـع منـه شيء . لم تحرم استدامته ، لأنه لافائدة فى إتلافه ، وإزالته . ولا زكاة فيه : لأن ماليّته ذهبت ، وإن لم تذهب ماليّته ، ولم يكن مستهلَـكا حَرُمت استدامتهُ وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز : لمّا وَلِيَ أراد جمع مافى مسجد دمشق مما مُوِّه به من الذهب ، فقيل له : إنه لايجتمع منه شيء ، فتركه ، ولا يجوز تحليةُ المصاحف ولا المحاريب ، ولا اتخاذ قناديلَ من الذهب ، والفضّة . لأنها بمنزلة الآنية . وإن وقفها على مسجد ، أونحوه لم يصحّ : لأنه ليس ببرّ . ولا معروف ، ويكون ذلك بمنزلة الصدقة ، فيـكسّر ويُصرف ، فى مصلحة المسجد ، وعمارته ، وكذلك إن حَبَس الرجل فرساً له لجام مُفَضَّض . وقد قال أحمد : فى الرجل يقف فرساً فى سبيل الله . ومعه لجام مُفَضّض : فهو على ماوقفه ، وإن بيعت الفِضّة من السرج ، واللجام وجُعلت فى وقف مثله ، فهو أحبُّ إلىّ . لأن الفضّة لايُنتفع بهـا ، ولعله يشترى بذلك سَرْجاً ولجاماً . فيـكون أنفع للمسلمين . قيل : فتباع الفضّة ،

ويُنفق على الفرس؟ قال : نعم . وهـذا يدلّ على إباحة حِلْية السرج ، واللجام بالفضة ، لولا ذلك لما قال : هو على ماوُقِف . وهـذا لأن العـادة جارية به ، فأشبه حِلْية المِنْطَقة ، وإذا قلنا بتحريمها فصار بحيثُ لايجتمع منه شيء . لم يُحرم استدامتُه ، كقولنا فى تمويه السقف . وأباح القاضى عِلاَقة المُصحف ذهباً ، أو فِضّة للنساء خاصّة ، وليس بجيّد . لأن حليـة المرأة مالبسته ، وتحلّت به فى بدنهـا ، أو ثيابها ، وما عداه فحكمه حكم الأوانى ، لايباح للنساء منه إلا ماأبيح للرجال . ولو أبيح لهـا ذلك ، لأبيح عِلاَقَةُ الأوانى ، والأدراج ، ونحوها ، ذكره ابن عقيل .

١٨٩٦ فصـــل

وكل مايحرم اتخاذه ففيه الزكاة ، إذا كان نصاباً ، أو بلغ بضمّه إلى ماعنده نصاباً على ماذكرناه .

١٨٩٧ « مسألة » قال ﴿ وما كان من الركاز ، وهو دِفن الجاهلية ، قلّ أو كثُر . ففيه الخُمس لأهل الصدقات ، وباقيه له ﴾ .

الدِّفن ـ بكسر الدال ـ المدفون ، والركاز : المدفون فى الأرض واشتقاقه من : ركز يركز ، مثل : غرز يغرز إذا خَفِيَ ، يقال : ركز الرمحَ : إذا غرز أسفَله فى الأرض ، ومنه « الرِّكْزُ » وهو الصوت الخفىّ ، قال الله تعالى (٢٠ : ٩٨ أو تَسْمَعُ لَهُمْ رِكْزاً) والأصل فى صـدقة الركاز : ماروى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « العَجْمَاء جُبَار . وفى الرِّكاز الْخُمسُ » متفق عليه ، وهو أيضاً مُجمـع عليه . قال ابن المنـذر : لانعـلم أحداً خالف هذا الحديث إلا الحسن ، فإنه فرق بين مايوجد فى أرض الحرب ، وأرض العرب . فقال : فيما يوجـد فى أرض الحرب : الخُمس ، وفيما يوجد فى أرض العرب : الزكاة .

١٨٩٨ فصـــل

أوجب الخمس فى الجميع الزهرىُّ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه . وأبو ثور ، وابن المنذر ، وغيرُهم . وهذه المسألة تشتمل على خمسة فصول :

﴿ الأول ﴾ أن الركاز الذى يتعلّق به وجوب الخُمس : ماكان من دِفْن الجاهليَّة . هذا قول الحسن ، والشعبىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور . ويُعتبر ذلك بأن تُرَى عليه علامتُهم ، كأسماء مُلوكهم ، وصُورهم ، وصُلُبهم ، وصُور أصنامهم ، ونحو ذلك ، فإن كان عليه علامةُ الإسلام ، أو اسمُ النبىّ ﷺ أو أحـدٍ من خلفاء المسلمين ، أو والٍ لهم ، أو آيةٌ من قرآن ، أو نحو ذلك فهو لُقَطَة . لأنه مِلْكُ مُسلم لم يُعلم زواله عنه . وإن كان على بعضه علامةُ الإسلام ، وعلى بعضه علامةُ الكفر فكذلك . نصّ عليه

أحمد فى رواية ابن منصور ؛ لأن الظاهر أنه صار إلى مُسلِم ، ولم يُعلم زواله عن مِلك المسلمين ، فأشبه ما على جميعه علامةُ المسلمين .

﴿ الفصل الثانى ﴾ فى موضعه ، ولايخلو من أربعة أقسام ، أحدها : أن يجده فى مَوات ، أو مالا يُعلم له مالك ، مثلُ الأرض التى يوجد فيها آثارُ الملك ، كالأبنية القديمة ، والتُّلول ، وجُدران الجاهليَّة ، وقبورهم . فهذا فيه الخُمس بغير خلاف ، سوى ماذكرناه . ولو وجده فى هذه الأرض على وجهها ، أو فى طريقٍ غير مسلوك ، أو قريةٍ خَرابٍ : فهو كذلك فى الحكم . لما رَوى عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه ، قال : « سُئِلَ رَسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عن اللُّقَطَةِ ؟ فقالَ : مَا كانَ فى طَرِيقٍ مَأْتِيٍّ أَوْ فِى قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ ، فعرِّفْها سَنَةً ، فإنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَ إِلَّا فَلَكَ ، وَمَالَمْ يَكُنْ فِى طَرِيقٍ مَأْتِيٍّ وَلَا فِى قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ . فَفِيه ، وفى الرِّكازِ الْخُمْسُ » رواه النَّسائىّ .

﴿ القسم الثانى ﴾ أن يجده فى مِلْكه المُنْتَقِل إلَيه ، فهو له فى أحد الوجهين . لأنه مالُ كافر مَظْهُورٌ عليه فى الإسلام . فكان لمن ظهر عليه ، كالغنائم . ولأن الركاز لايُملك بملك الأرض ، لأنه مُودَع فيها ، وإنما يُملك بالظهور عليه ، وهذا قد ظهر عليه ، فوجب أن يملكه . والرواية الثانية : هو للمالك قبلَه إن اعترف به ، وإن لم يعترف به فهو للذى قبله كذلك ، إلى أوّل مالك ، وهذا مذهب الشافعىّ ، لأنه كانت يدهُ على الدار ، فكانت على مافيها ، وإن انتقلت الدار بالميراث حُكِم أنه ميراث ، فإن اتفق الورثة على أنه لم يكن لموروثهم فهو لأوّلِ مالك ، فإن لم يُعرف أول مالك فهو كالمال الضائع الذى لايُعرف له مالك . والأوّل أصحّ إن شاء الله تعالى . لأن الركاز لايُملك بملك الدار ، لأنه ليس من أجزائها ، وإنّما هو مُودَع فيها ، فينزّل منزلة المباحات ، من الحَشِيش ، والحَطَبِ ، والصَّيد يجده فى أرضِ غيره ، فيأخذه فيكون أحقَّ به ، ولكن إن ادَّعى المالك الذى انتقل الملك عنه أنّه له ، فالقول قوله ، لأن يده كانت عليه لكونها على محلّه ، وإن لم يدَّعِه فهو لواجده . وإن اختلف الورثة ، فأنكر بعضهم أن يكون لمورّثهم ، ولم ينكره الباقون ، فحكم من أنكر فى نصيبه حكم المالك الذى لم يعترف به ، وحكم المعترفين حكم المالك المعترِف .

﴿ القسم الثالث ﴾ أن يجده فى ملك آدمىّ مُسلم معصومٍ أو ذِمِّىّ . فعن أحمد ما يدلّ على أنه لصاحب الدار ، فإنه قال : فيمن استأجر حَفَّاراً ليحفِر فى داره فأصاب فى الدار كنزاً عاديًّا : فهو لصاحب الدار . وهذا قول أبى حنيفة ، ومحمد بن الحسن . ونقل عن أحمد مايدلّ على أنه لواجده ، لأنه قال فى مسألةِ من استأجر أجيراً ليحفر له فى داره فأصاب فى الدار كنزاً : فهو للأجير . نقل ذلك عن محمد بن يحيى الكحّال . قال القاضى : هو الصحيح ، وهذا يدلّ على أن الركاز لواجده : وهو قول الحسن بن صالح ،

وأبى ثور ، واستحسنه أبو يوسف . وذلك لأن الكنز لا يُملك بملك الدار ، على ماذكرنا فى القسم الذى قبله ، فيكون لمن وَجَدَه ، لكن إن ادّعاه المالك ، فالقول قوله ، لأن يده عليه بكونها على محلّه ، وإن لم يدَّعِه فهو لواجدهْ . وقال الشافعىّ : هو لمالك الدار إن اعترف به ، وإن لم يعترف به ، فهو لأول مالك لأنه فى يده ، ويخرُج لنا مثل ذلك لما ذكرنا من الرواية فى القسم الذى قبله ؛ وإن استأجر حَفَّاراً ليحفِر له طلباً لكنز يجدَه فوجدُه ، فلا شىء للأجير ، ويكون الواجد له هو المستأجر ، لأنه استأجره لذلك . فأشبه مالو استأجره ليَحْتَشَّ له ، أو يصطاد ، فإنّ الحاصل من ذلك للمستأجر ، دون الأجير ، وإن استأجره لأمر غير طلب الرّكاز ، فالواجد له هو الأجير . وهكذا قال الأوزاعىّ : إذا استأجرتُ أجيراً ليحفر لى فى دارى فوجد كنزاً فهو له ، وإن قلتُ : استأجرتُك لتحفر لى ههنا رجاء أن أجد كنزاً ، فسمَّيْتُ له ، فله أجرُه ولى مايُوجد .

١٨٩٩ فصــــل

وإن اكترى داراً فوجد فيها رِكازاً ، فهو لواجده فى أحد الوجهين ، والآخرُ : هو للمالك ، بناءً على الروايتين ، فيمن وجد ركازاً فى مِلكٍ انتقل إليه ، وإن اختلفا . فقال كلٌّ واحد منهما : هذا لى ، فعلى وجهين ، أحدهما : القول قول المالك : لأن الدّفن تابع للأرض . والثانى : القولُ قولُ المكْتَرِى ، لأن هذا مودَع فى الأرض وليس منها ، فكان القولُ قولَ من يدَه عليها ، كالقماش .

﴿ القسم الرابع ﴾ أن يجده فى أرض الحرب ، فإن لم يقدر عليه إلا بجماعةٍ من المسلمين ، فهو غنيمةٌ لهم ، وإن قدر عليه بنفسه فهو لواجده ، حكمه حكم مالو وجده فى مَوَاتٍ فى أرض المسلمين . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ : إن عُرف مالك الأرض وكان حَرْبياً فهو غنيمة أيضاً ، لأنه فى حِرْز مالك مُعيّن . فأشبه مالو أخذه من بيت ، أو خِزَانة .

ولنا : أنه ليس لموضعه مالك مُحترَم . أشبه مالو لم يُعرف مالكه ، ويخرج لنا مثل قولهم ، بناءً على قولنا : إن الركازَ فى دار الإسلام يكون لمالك الأرض .

﴿ الفصل الثالث فى صفة الركاز الذى فيه الخمس ﴾ وهو كلّ ما كان مالاً على اختلاف أنواعه ، من الذهب ، والفضة ، والحديد ، والرّصاص ، والصُّفْر ، والنّحاس ، والآنية ، وغير ذلك . وهو قول إسحق ، وأبو عُبَيد ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وإحدى الروايتين عن مالك ، وأحد قولى الشافعى والقولُ الآخر : لاتجب إلا فى الأثمان .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « وَفِى الرِّكازِ الْخُمسُ » ولأنه مَالٌ مظهورٌ عليه من مال الكفار .

فوجب فيه الخمس ، مع اختلاف أنواعه كالغنيمة . إذا ثبت هذا : فإن الخمس يجب في قليله ، وكثيره ، في قول إمامنا ، ومالك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، والشافعيّ فى القديم . وقال فى الجديد : يُعتبر النصاب فيه لأنه حقٌّ مالٍ يجب فيما استخرج من الأرض ، فاعتُبر فيه النصابُ كالمعدِن ، والزرع .

ولنا عموم الحديث ، ولأنه مال مَخْمُوسٌ[1] ، فلا يعتبر له نصاب كالغَنيمة . ولأنه مالُ كافر مظهور عليه فى الإسلام فأشبه الغنيمةَ ، والمعدن ، والزرع ، يحتاجان إلى عمل ، ونوائب ، فاعتُبر فيه النصاب تخفيفاً ، بخلاف الرِّكاز ، ولأنَّ الواجب فيهما مواساةٌ . فاعتُبر النصاب ليبلُغ حدًّا يحتملُ المواساةَ منه ، بخلاف مسألتنا .

﴿ الفصل الرابع فى قدر الواجب فى الرِّكاز ومَصْرِفه ﴾ أما قدره : فهو الخمس لما قدّمنا من الحديث والإجماع ، وأما مَصرِفُه : فاختلفت الرواية عن أحمد فيه ، مع ما فيه من اختلاف أهل العلم . فقال الخِرَقيّ هو لأهل الصدَقات . ونصّ عليه أحمد فى رواية حَنْبل . فقال : يُعطىَ الْخُمس من الركاز على مَكَانِه ، وإن تَصَدّق به على المساكين أجزأه . وهذا قول الشافعيّ ، لأن عليّ بن أبى طالب رضى الله عنه « أمر صاحب الكنز أن يَتَصَدّق به عَلَى المَساكِين » حكاه الإمامُ أحمد وقال : حدّثنا سعيد ، حدثنا سُفيان ، عن عبد الله بن بِشْر الخَثْعَمِيّ ، عن رجل من قومِهِ ، يقال له : ابن حُمَمَة قال « سَقَطتْ عَلَيّ جَرّة مِنْ دَيْرٍ قَدِيمٍ بالكُوفَةِ عِنْدَ جَبَّانَةِ بِشْرٍ فِيهاَ أَرْبَعَةُ آلاَفِ دِرْهَمٍ . فَذَهَبْتُ بِهَا إلَى عَلِيٍّ رضى الله عنه . فقال : اقْسِمْهَا خَمْسَةَ أَخْمَاسٍ . فَقَسَمْتُها ، فأَخَذَ عليٌّ مِنْها خُمْساً ، وأعطانى أربعة أخماس . فلمّا أَدْبَرْتُ دَعانِي . فقال : فى جِيرَانِك فُقَرَاء ، ومساكِينُ ؟ قُلتُ : نَعَمْ . قال : خذها ، فاقْسِمْها بَيْنَهُمْ » . ولأنه مُستفاد من الأرض ، أشبه المعدِن ، والزرع . والرواية الثانية : مَصْرِفُه مَصْرِفُ الفَيْء ، نقله محمد بن الحَكَم ، عن أحمد . وهذه الرواية أصحّ وأقْيَسُ على مذهبه . وبه قال أبو حنيفة ، والمُزَنيّ ، لما روى أبو عُبَيد ، عن هُشَيْم ، عن مُجالد ، عن الشعبيّ : « أَنَّ رَجُلاً وَجَدَ أَلْفَ دِينَارٍ مَدْفُونَةً خَارِجاً مِنَ المَدِينَةِ ، فأَتَى بِهاَ عُمَرَ بنَ الخَطّاب ، فأَخَذَ مِنْهَا الخُمْسَ مائتَيْ دِينَارٍ ، وَدَفَعَ إلى الرَّجُلِ بَقِيَّتَهَا ، وجَعَلَ عمرُ يَقْسِمُ المائتَيْنِ بَيْن مَنْ حَضَرَهُ من المُسْلِمِينَ ، إلى أَنْ أَفْضَلَ مِنْهَا فَضْلَةً ، فقالَ : أَيْنَ صَاحِبُ الدَّنَانِير ؟ فَقَامَ إليه ، فقال عمر : خُذْ هَذِهِ الدَّنَانِيرِ فَهِيَ لَكَ » . ولو كانت زكاةً لخصّ بها أهلَها ، ولم يردّه على واجده . ولأنه يجب على الذمّى ، والزكاة لا تجبُ عليه ، ولأنه مالٌ مخموس ، زالت عنه يدُ الكافر ، أشبه خُمسُ الغَنِيمةِ .

﴿ الفصل الخامس ، فيمن يجب عليه الخمس ﴾ وهو كلّ من وجده من مُسلم ، وذمّى ، وحُرّ ، وعَبْد ،

---

(١) مخموس : أى واجب فيه الخمس ، فلا يعتبر له وجود النصاب .

ومُكاتَب ، وكبير ، وصغير ، وعاقل ، ومجنون . إلَّا أن الواجد له إذا كان عبداً : فهو لسيده ، لأنه كسبُ مالٍ . فأشبه الاحتشاشَ ، والاصطياد . وإن كان مُكاتباً : ملكه ، وعليه خُمُسه ، لأنه بمنزلة كَسْبه ، وإن كان صَبِيًّا ، أو مجنوناً : فهو لهما ، ويُخرج عنهما وليُّهما . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المُنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ على الذمّى فى الرِّكاز يجدُه : الخُمس ، قاله مالك ، وأهل المدينة ، والثورىّ ، والأوزاعى ، وأهل العراق ، وأصحاب الرأى وغيرهم . وقال الشافعى : لايجب الخمس إلّا من تجب عليه الزكاة ، لأنه زكاة . وحُكى عنه فى الصبيّ ، والمرأة : أنهما لايملكان الرِّكاز . وقال الثورىّ ، والأوزاعى ، وأبو عُبَيد : إذا كان الواجد له عبداً يُرْضَخُ له منهُ (1) ، ولا يُعطاه كُلَّه .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « وَفِي الرِّكَازِ الْخُمسُ » فإنَّه يدلّ بعمومه على وجوب الخمس فى كل ركاز يوجد ، وبمفهومه على أن باقيَه لواجده ، من كان ، ولأنّه مالُ كافر مظهور عليه ، فكان فيه الخمس على من وجده ، وباقيه لواجده ، كالغنيمة ، ولأنَّه اكتسابُ مالٍ ، فكان لمُكتسبه إن كان حُرًّا ، أو لسيّده إن كان عبداً ، كالاحتشاش ، والاصطياد ، ويتخرّج لنا : أن لا يجب الخمسُ إلّا على من تَجبُ عليه الزكاة ، بناءً على قولنا : إنّه زكاة . والأول : أصحّ .

١٩٠٠ فصل

ويجوز أن يتولَّى الإنسانُ تفرقة الخمس بنفسه . وبه قال أصحاب الرأى ، وابن المنذر ، لأن عليًّا أمر واجد الكنز بتفرقته على المساكين ، قاله الإمام أحمد . ولأنه أدّى الحقّ إلى مُستحِقّه ، فبرىء منه ، كما لو فرّق الزكاة ، وأدّى الدَّيْنَ إلى ربّه ، ويتخرج أن لا يجوز ذلك ، لأنّ الصحيح أنه فَىْء ، فلم يملك تفرقته بنفسه ، كخمس الغنيمة . وبهذا قال أبو ثور ، قال : وإن فعل ضَمِنَهُ الإمامُ . قال القاضى : وليس للإمام ردُّ خمس الرِّكاز . لأنه حقُّ مال ، فلم يجز ردّه على من وجب عليه ، كالزكاة ، وخمس الغنيمة . وقال ابن عقيل : يجوز . لأنه رُوى عن عمر « أنّه رَدّ بَعْضَهُ عَلَى وَاجِدِهِ » ولأنه فَىْء ، فجاز ردّه أو ردّ بعضه على واجده ، كخراج الأرض وهذا قول أبى حنيفة .

١٩٠١ « مسألة » قال ﴿ وإذا أخرج من المعادن من الذهب عشرين مِثقالاً ، أو من الورِق مائتى درهم ، أو قيمة ذلك من الزئبق ، والرَّصاص ، والصُّفْر ، أو غير ذلك مما يُستخرج من الأرض فعليه الزكاةُ مِنْ وَقته ﴾

اشتقاق المعدن من عَدَنَ فى المكان يَعْدِنُ إذا أقام به ، ومنه سُمِّيَت جَنَّةُ عَدْنٍ ، لأنها دارُ إقامة ،

---

(1) يرضخ له منه : أى يعطى منه قدراً مناسباً كما يراه الحاكم .

وخلود . قال أحمد : المعادن هي التي تستنبط ، ليس هو شيء دُفِنَ ، والكلام في هذه المسألة ، في فصول أربعة :

(أحدها) في صفة المعدن الذي يتعلّق به وجوب الزكاة ، وهو كلّ ماخرج من الأرض ، مما يُخلَق فيها من غيرها ، مما له قيمة ، كالذي ذكره الخِرَقيّ ونحوه من الحديد ، والياقوت ، والزبرجد ، والبلّور ، والعقيق ، والسبج ، والكُحْل ، والزّاج ، والزّرنيخ ، والمُغْرة . وكذلك المعادن الجارية ، كالقار ، والنفْط ، والكبريت ، ونحو ذلك . وقال مالك ، والشافعيّ : لا تتعلّق الزكاة إلا بالذهب والفضّة . لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لَا زَكَاةَ في حَجَرٍ » ولأنه مال مقوّم بالذهب والفضّة ، مستفاد من الأرض . أشبه الطين الأحمر . وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه : تتعلّق الزكاة بكلّ ماينطبع ، كالرّصاص ، والحديد ، والنّحاس ، دون غيره .

ولنا عموم قوله تعالى (٢ : ٢٦٧ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ) ولأنه معدن ، فتعلّقت الزكاة بالخارج منه كالأثمان ، ولأنه مال لو غنمه وجب عليه خمسُه ، فإذا أخرجه من معدن وجبت فيه الزكاة كالذهب . وأما الطين فليس بمعدن لأنه تراب . والمعدن : ماكان في الأرض من غير جنسها .

﴿ الفصل الثاني في قدر الواجب وصفته ﴾ وقدر الواجب فيه : ربع العشر ، وصفته : أنه زكاة . وهذا قول عمر بن عبد العزيز ، ومالك . وقال أبو حنيفة : الواجب فيه الخمس ، وهو فيء . واختاره أبو عُبَيد وقال الشافعيّ : هو زكاة . واختلف قوله في قدره كالمذهبين ، واحتجّ من أوجب الخمس بقول النبي ﷺ : « مَالَمْ يَكُنْ فِي طَرِيقٍ مَأْتِيٍّ ، وَلَا فِي قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ فَفِيهِ وَفِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ » رواه النّسائيّ ، والجوزجانيّ ، وغيرهما . وفي رواية « مَا كَانَ فِي الْخَرَابِ فَفِيهِ ، وفِي الرِّكَازِ الْخُمْسُ » وروى سعيد ، والجوزجانيّ ، بإسنادهما ، عن عبد الله بن سعيد المقبُريّ ، عن أبيه عن أبي هريرة ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الرِّكَازُ هُوَ الذَّهَبُ الَّذِى يَنْبُتُ مِنَ الْأَرْضِ » وفي حديث عن النبي ﷺ أنه قال : « وفِي الرِّكَازِ الْخمسُ ، قِيلَ : يَا رَسُولَ اللهِ ، وَمَا الرِّكَازُ ؟ قال : هُوَ الذَّهَبُ وَالفِضَّةُ الْمَخْلُوقَانِ فِي الْأَرْضِ ، يَوْمَ خَلَقَ اللهُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ » وهذا نصّ . وفي حديث عنه عليه السلام أنه قال « وَفِي السُّيُوبِ الْخُمْسُ » قال : والسُّيُوبُ عُرُوقُ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ التي تَحْتَ الْأَرْضِ ، ولأنه مال مظهور عليه في الإسلام أشبه الرِّكاز .

ولنا : مارَوى أبو عُبَيد بإسناده ، عن ربيعة بن عبد الرحمن ، عن غير واحد ، من علمائهم « أن رَسُولَ الله ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بن الحارثِ الْمُزَنِيّ مَعَادِنَ القَبَلِيَّة في ناحية الفُرْع ، قال : فَتِلْكَ المَعَادِنُ

لا يُؤْخَذُ مِنْهَا إِلَّا الزَّكَاةُ إِلَى اليَوْمِ » ، وقد أسنده عبد الله بن كثير بن عوف إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم ، عن أبيه عن جدِّه .

ورواه الدّراوَرْدِيّ ، عن ربيعة بن الحارث ، بن بلال ، بن الحارث المُزَنِيّ « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم أَخَذَ مِنْهُ زَكَاةَ المَعادِنِ القَبَلِيَّةِ » قال أبو عُبَيد : القَبَلِيّة : بلاد معروفة بالحجاز . ولأنه حقّ يحرُم على أغنياء ذوى القُربَى . فكان زكاة كالواجب فى الأثمان التى كانت مملوكة له . وحديثهم الأوّل لا يتناول محلّ النزاع . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم إنما ذكر ذلك فى جواب سؤاله عن اللقَطة . وهذا ليس بلقطة ، ولا يتناوله اسمُها ، فلا يكون متناولاً لمحلّ النزاع . والحديث الثانى يرويه عبد الله بن سعد وهو ضعيف . وسائر أحاديثهم لا يُعرف صحّتها . ولا هى مذكورة فى المسانيد ، والدواوين . ثم هى متروكة الظاهر . فإن هذا ليس هو المسمَّى بالرِّكاز ، والسُّيُوب : هو الرِّكازُ ، لأنه مشتقّ من السَّيْبِ . وهو العَطاء الجَزِيل .

﴿ الفصل الثالث فى نصاب المعادن ﴾ وهو مايبلُغ من الذهب عشرين مثقالاً ، ومن الفضة مائتى درهم ، أو قيمةَ ذلك من غيرهما ، وهذا مذهب الشافعيّ . وأوجب أبو حنيفة الخمس فى قليله ، وكثيره ، من غير اعتبار نصاب ، بناء على أنه رِكاز . لعموم الأحاديث التى احتجُّوا بها عليه ، ولأنه لا يُعتبر له حول ، فلم يُعتبر له نصاب ، كالركاز .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوَاقٍ صَدَقَةٌ » وقوله : « لَيْسَ فِي تِسْعِينَ ومائَةٍ شَيْءٌ » وقوله عليه السلام : « لَيْسَ عَلَيْكُمْ فِى الذَّهَبِ شَيْءٌ حَتَّى يَبْلُغَ عِشْرِينَ مِثْقَالاً » وقد بيَّنَّا أن هذا ليس بركاز ، وأنه مُفارِق للركاز من حيث إن الركاز مالُ كافرٍ أُخذ فى الإسلام ، فأشبه الغَنِيمة . وهذا وجب مُواساةً ، وشكراً لنعمة الغِنَى ، فاعتُبر له النصابُ ، كسائر الزكوات ، وإنما لم يُعتبر له الحول لحصوله دفعةً واحدةً . فأشبه الزروع ، والثمار . إذا ثبت هذا فإنَّه يُعتبر إخراجُ النصاب دفعةً واحدةً أو دَفَعَاتٍ لاَ يَتْرِكُ العملَ بينهُنَّ تركَ إهمال ، فإن خرج دون النصاب ثم ترك العمل مُهْمِلاً له ، ثم أخرج دون النصاب ، فلا زكاة فيهما ، وإن بلغا بمجموعهما نصاباً ، وإن بلغ أحدهما نصاباً دون الآخر زكَّى النصاب ، ولا زكاةَ فى الآخر ، وفيما زاد على النصاب بحسابه .

فأمَّا تركُ العمل ليلاً ، أو للاستراحة ، أو لعُذرٍ من مرضٍ ، أو لإصلاح الأداة ، أو إباق عَبِيده ونحوه ، فلا يَقْطَعُ حُكم العمل ، ويُضَمّ ماخرج فى العملين بعضُه إلى بعض فى إكمال النصاب . وكذلك إن كان مُشتغلاً بالعمل ، فخرج بين المعدنين ترابٌ لاشىء فيه . وإن اشتمل المعدنُ على أجناس ، كمعدنٍ فيه الذهبُ والفضة . فذكر القاضي : أنه لا يضمّ أحدُها إلى الآخر في تكميل النصاب ، وأنه يُعتبر

النصابُ فى الجنس بانفراده ، لأنه أجناس ، فلا يكمَّلُ نصاب أحدها بالآخر ، كغير المعدن . والصواب إن شاء الله : أنه إن كان المعدن يشتمل على ذهب وفضة ، فى ضَمِّ أحدهما إلى الآخر وجهان ، بناء على الروايتين فى ضم أحدهما إلى الآخر فى غير المعدن ، وإن كان فيه أجناس من غير الذهب والفضة ضُمَّ بعضُها إلى بعض ، لأن الواجب فى قيمتها ، والقيمةُ واحدةٌ ، فأشبهت عروض التجارة . وإن كان فيها أحدُ النقدين وجنسٌ آخرُ ، ضُمَّ أحدهما إلى الآخر ، كما تُضم العروض إلى الأثمان ، فإن استخرج نصاباً من معدنين وجبت الزكاة فيه ، لأنه مالُ رجل واحد . فأشبه الزرع فى مكانين .

﴿ الفصل الرابع فى وقت الوجوب ﴾ وتجب الزكاة فيه حين يتناوله ، ويكملُ نصابُه ولا يُعتبر له حول . وهذا قول مالك ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . وقال إسحاق ، وابن المنذر : لا شىء فى المعدن حتى يَحُول عليه الحول ، لقول رسول الله ﷺ : « لاَ زَكَاةَ فى مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ » .

ولنا : أنه مال مستفاد من الأرض ، فلا يُعتبر فى وجوب حقّه حولٌ كالزرع والثمار ، والركاز . ولأن الحول إنما يُعتبر فى غير هذا لتكميل النماء ، وهو يتكامل نماؤه دفعةً واحدةً ، فلا يُعتبر له حول كالزروع . والخبر مخصوص بالزرع والثمر ، فيُخَصّ محلّ النزاع بالقياس عليه . إذا ثبت هذا فلا يجوز إخراج زكاته إلاَّ بعد سَبْكه ، وتصفيته ، كعُشر الحَبّ ، فإن أخرج ربع عشر ترابه قبل تصفيته وجب ردّه إن كان باقياً ، أو قيمته إن كان تالفاً والقول فى قدر المقبوض قولُ الآخذ ، لأنه غارم . فإن صفّاه الآخذُ ، وكان قدرَ الزكاة أجزأ ، وإن زاد ردّ الزيادة ، إلاَّ أن يسمح له المُخرج . وإن نقص فعلى المُخرج وما أنفقه الآخذُ على تصفيته . فهو من ماله لا يرجع به على المالك ، ولا يَحْتَسِبُ المالك ما أنفقه على المعدن فى استخراجه ، من المعدن ، ولا فى تصفيته . وقال أبو حنيفة : لا تلزمه المؤنة من حقّه ، وشبّهه بالغنيمة ، وبناه على أصله : أنَّ هذا ركازٌ فيه الُخمس ، وقد مضى الكلامُ فى ذلك . وقد ذكرنا أن الواجب فى هذا زكاة ، فلا يُحتسب بمؤنة استخراجه ، فتصفيتُه كالحبّ ، وإن كان ذلك ديناً عليه احتُسب به ، كما يُحتسب بما أُنفق على الزرع .

١٩٠٢ فصــــل

ولا زكاة فى المستخرج من البحر : كاللؤلؤ ، والمَرْجان ، والعَنْبَر ، ونحوه فى ظاهر قول الخِرَقىّ ، واختيار أبى بكر . ورُوى نحو ذلك عن ابن عباس ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، ومالك ، والثورىّ ، وابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ، ومحمد ، وأبو ثور ، وأبو عُبَيد . وعن أحمد رواية أخرى : أنَّ فيه الزكاةَ ، لأنه خارج من مَعْدِن ، فأشبه الخارج من معدن البَرّ . ويُحكى عن عمر بن عبد العزيز : أنه أخذ من العنبر الُخمسَ . وهو قول الحسن ، والزهريّ . وزاد الزهريّ فى اللؤلؤ يَخْرُج من البحر .

ولنا : أن ابن عباس قال : « لَيْسَ فِي العَنْبَرِ شَيْءٌ : إِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ أَلْقَاهُ الْبَحْرُ » . وعن جابر نحوه . رواهما أبو عُبَيد ، ولأنه قد كان يُخْرَجُ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه ، فلم يأت فيه سُنَّةٌ عنه ، ولا عن أحـد من خلفائه ، من وجـهٍ يصحّ قياسُه على معدن البَرّ . لأن العنبر إنما يلقيه البحرُ ، فيوجد مُلْقًى في البَرّ على الأرض ، من غير تَعَبٍ . فأشبه المباحات المأخوذة من البَرّ ، كالمَنّ ، والزنجبيل ، وغـيرهما . وأما السمك : فلا شيء فيـه بحـال ، في قول أهل العـلم كافةً ، إلاّ شيء يروى عن عمر بن عبدالعزيز . رواه أبو عُبَيد عنه . وقال : ليس الناس على هذا ، ولا نعلم أحداً يعمل به . وقد رُوى ذلك عن أحمد أيضاً .

والصحيح : أن هذا لاشيء فيه ، لأنه صيد ، فلم يجب فيه زكاة كصيد البرِّ . ولأنه لانصّ ولا إجماع على الوجوب فيه ، ولا يصحّ قياسه على مافيه الزكاة فلا وجه لإيجابها فيه .

١٩٠٣ فصـــــل

والمعادن الجامدة تُملك بملك الأرض التي هي فيها . لأنهـا جزء من أجزاء الأرض ، فهي كالتراب ، والأحجار الثابتة ، بخلاف الركاز ، فإنَّه ليس من أجزاء الأرض ، وإنمـا هو مُودَع فيها . وقد رَوى أبو عُبَيْد بإسناده ، عن عكرمة مولَى بلالِ بن الحارث المُزني قال : « أَقْطَـعَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم بلالاً أَرْضَ كَذَا مِنْ مَـكَانِ كَذَا إِلَى كَذَا ، وَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ جَبَلٍ ، أَوْ مَعْدِنٍ . قال : فَبَاعَ بَنُو بِلَالٍ مِنْ عُمَرَ بن عبد العزيز أَرْضاً ، فَخَرَجَ فِيهَا مَعْدِنَانِ ، فقـالوا : إِنَّمَا بِعْنَاكَ أَرْضَ حَرْثٍ ، وَلَمْ نَبِعْكَ الْمَعْدِنَ . وَجَاءُوا بِكِتَابِ القَطِيعَةِ الّتِي قَطَعَهَا رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم لأَبِيهِمْ في جَرِيدَةٍ ، قال : فَجَعَلَ عُمَرُ يَمْسَحُهَا عَلَى عَيْنِهِ ، وَقالَ لِقَيِّمِهِ : انْظُرْ مَا اسْتَخْرَجْتَ مِنْهَا وَمَا أَنْفَقْتَ عَلَيْهَا فَقَاصَّهُمْ بِالنَّفَقَةِ ، وَرُدَّ عَلَيْهِمْ الفَضْلَ » فعلى هذا مايجده في مِلك ، أو في مَواتٍ فهو أحقّ به ، وإن سبق اثنـان إلى مَعْدِنٍ في مَواتٍ فالسابقُ أولى به ، مادام يعملُ ، فإذا تركه جاز لغيره العملُ فيه . ومايجده في مملوك يُعرف مالـكه فهو لمالك المـكان . فأما المعـادنُ الجـارية : فهي مُباحَةٌ على كلّ حال ، إلا أنه يُكره له دخول مِلك غيره إلاّ بإذنه . وقد رُوى أنها تُملك بملك الأرض التي هي فيها . لأنها من نمائها وتوابعها ، فـكانت لمالك الأرض ، كفروع الشجر المملوك وثمرته .

١٩٠٤ فصـــــل

ويجوز بيع تُراب المعدن ، والصاغة بغير جنسه ، ولا يجوز بجنسه إن كان ممـا يجرى فيـه الربا ، لأنَّه يؤدِّى إلى الربا ، والزكاةُ على البائع ، لأنَّها وجبت في يده كما لو باع الثمرة بعد بُدُوّ صلاحها . وقد رَوي

أبو عُبَيد فى الأموال : « أَنَّ أَبَا الحارث المُزَنِيّ اشْتَرَى تُرَابَ مَعْدِنٍ بمائةِ شَاةٍ مُتْبِعٍ[1] فاسْتخْرَج مِنْهُ ثَمنَ أَلْفِ شَاةٍ ، فقال لهُ البائعُ : رُدّ عَلَيّ البَيْعَ ، فقال : لا أفعلُ . فقال : لآتِيَنَّ عَلِيًّا ، فلآتِيَنَّ عَلَيْكَ - يَعْنِى أَسْعَى بِكَ - فأتَى عليّ بنَ أبى طالب ، فقال : إنّ أبا الحَارِثِ أصَابَ مَعْدِنًا فأباهُ عليّ . فقال : أَيْنَ الرِّكازُ الَّذِى أَصَبْتَ ؟ فقال : ماأَصَبْتُ رِكازاً ، إِنَّما أَصَابَهُ هَذَا ، فاشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ بمائَةِ مُتْبِعٍ ، فقال له عليّ : ماأرى الخمس إلاَّ عَلَيْكَ . قال : فخُمْسُ المائَةِ شَاةٍ » .

إذا ثبت هـذا : فالواجب عليه زكاة المعدن ، لازكاة الثمن ، لأن الزكاة إنما تعلقت بعين المعدن ، أو بقيمته ، إن لم يكن من جنس الأثمان . فأشبه مالو باع السائمة بعد حولها ، أو الزرع والثمرة بعد بُدوّ صلاحها .

١٩٠٥ فصـــل

ومن أجَّر داره فقبض كِرَاها ، فلا زكاة عليه فيه ، حتى يَحُولَ عليه الَحْولُ . وعن أحمد أنه يزكيه إذا استفاده . والصحيح الأوّل ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا زَكَاةَ فى مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الحَوْلُ » ولأنه مالٌ مُستفاد بِعَقْدِ مُعاوضةٍ ، فأشبه ثمن المبيع . وكلام أحمد فى الرواية الأخرى محمولٌ على من أجّر داره سنةً وقبض أجرتها فى آخرها ، فأوجب عليه زكاتَها ، لأنَّه قد ملكها من أول الحول ، فصارت كسائر الدّيون إذا قبضها بعد حول زكّاها حين يَقْبِضُها . فإنَّه قد صرَّح بذلك فى بعض الروايات عنه ، فيُحمل مُطلق كلامه على مُقيَّده .

---

(١) متبع : يتبعها أولادها .

باب زكاة التجارة

تجب الزكاة فى قيمة عروض التجارة فى قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنـذر : أجمع أهل العلم على أن فى العُرُوض التى يراد بها التجارة الزكاةَ إذا حال عليها الحولُ . رُوى ذلك عن عمر ، وابنه ، وابن عبّاس وبه قال الفقهاء السبعة ، والحسن ، وجابر بن زيد ، وميمون بن مِهْران ، وطاوس ، والنخعىّ ، والثورىّ ، والأوزاعىّ والشافعىّ ، وأبو عُبَيْد ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وحُكى عن مالك ، وداود أنه لا زكاة فيها ، لأن النبىّ ﷺ قال : « عَفَوْتُ لَكُمْ عَنْ صَدَقَةِ الْخَيْلِ ، وَالرَّقِيقِ » .

ولنا : ماروى أبو داود بإسناده عن سَمُرةَ بن جُنْدُب قال : « كانَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يأمرُنَا أَنْ نُخْرِجَ الزَّكَاةَ مِمَّا نُعِدُّهُ للبَيْعِ » . وروى الدارقطنىّ عن أبى ذَرّ قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « فِى الْإِبِلِ صَدَقَتُهَا ، وفى الغَنَمِ صَدَقَتُهَا ، وفى البَزِّ صَدَقَتُهُ »(1) قاله بالزاى ، ولا خلاف أنها لا تجب فى عينه ، وثبت أنها فى قيمته . وعن أبى عمرو بن حِمَاسٍ ، عن أبيه ، قال : « أَمَرَنِى عُمَرُ ، فقالَ : أَدِّ زَكَاةَ مَالِكَ . فقلتُ : مَالِىَ مَالٌ إلاَّ جِعَابٌ وأَدَمٌ(2) ، فقال : قَوِّمْها ، ثمَّ أَدِّ زَكَاتَهَا » رواه الإمام أحمد ، وأبو عُبَيد . وهذه قصةٌ يشتهر مثلُها ، ولم تُنكَر ، فيكون إجماعاً . وخبرهم المراد به زكاة العين ، لا زكاة القيمة ، بدليل ما ذكرنا ، على أن خبرهم عامّ وخبرنا خاصّ فيجب تقديمُه .

١٩٠٦ « مسألة » قال ﴿ والعُرُوض إذا كانت لتجارة قوّمها إذا حال عليها الحول وزكّاها ﴾

العروض : جمع عَرْض ، وهو غير الأثمان ، من المال على اختلاف أنواعه : من النبات ، والحيوان ، والعقار ، وسائر المال ، فمن ملك عَرْضاً للتجارة ، فحال عليه الحول . وهو نصاب قوّمه فى آخر الحول ، فما بلغ أخرج زكاته ، وهو ربع عُشر قيمته . ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى اعتبار الحول . وقد دلّ عليه قولُ رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا زَكَاةَ فى مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ » .

إذا ثبت هـذا : فإنّ الزكاة تجب فيـه فى كلّ حول . وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيْد ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : لا يزكّيه إلا لحولٍ واحدٍ ، إلا أن يكون مُدبّراً ، لأن الحول الثانى لم يكن المال عيناً فى أحد طرفيه ، فلم تجب فيه الزكاة ، كالحول الأوّل إذا لم يكن فى أوله عَيْنًا .

ولنا : أنه مال تجب الزكاة فيه فى الحول الأوّل لم ينقص عن النصـاب ، ولم تتبدّل صفتُه ، فوجبت زكاته فى الحول الثانى . كما لو نَضَّ فى أوله . ولا نسلّم أنه إذا لم يـكن فى أوله عيناً لا تجب الزكاة فيه ،

---

(1) البز : الثياب التى تتخذ للتجارة .

(2) الجعاب : جمع جعبة وهى كنانة النبال ، والأدم الجلد .

وإذا اشترى عَرْضاً للتجارة بعَرْضٍ للقُنْيَة جرى فى حول الزكاة من حين اشتراه .

١٩٠٧ فصـــــل

ويُخرج الزكاة من قيمة العُروض دون عَيْنها . وهذا أحـدُ قولى الشافعىّ . وقال فى آخر : هو مُخيّر بين الإخراج من قيمتها ، وبين الإخراج من عينها ، وهذا قول أبى حنيفة ، لأنّها مالٌ تجب فيه الزكاة ، فجاز إخراجُها من عينه ، كسائر الأموال .

ولنـا : أن النصاب مُعتبر بالقيمة ، فـكانت الزكاة منها ، كالعين فى سائر الأموال ، ولا نُســلّم أن الزكاة تجب فى المال ، وإنما وجبت فى قيمته .

١٩٠٨ فصـــــل

ولا يصيرُ العَرْضُ للتجارة إلا بشرطين . أحـدُهما : أن يملـكه بفعله كالبيع ، والنـكاح ، والخُلع ، والهبة ، والوصيّة ، والغنيمة ، واكتساب المُباحات . لأن مالا يثبُت له حكم الزكاة بدخوله فى مِلـكه ، لايثبتُ بمجرّد النية كالصوم . ولافرق بين أن يملكه بعوَض ، أو بغير عِوَض ، ذكر ذلك أبو الخطّاب وابن عقيل ، لأنه مَلَـكه بفعله ، أشـبه الموروث . والثـانى : أن ينوى عند تملّـكه أنّه للتجارة فإن لم ينو عند تملكه أنه للتجارة لم يصر للتجارة ، وإن نواه بعد ذلك ، وإن ملكه بإرث وقصد أنه للتجارة لم يَصِرْ للتجارة . لأن الأصل القُنْيَةُ والتجارةُ عارض ، فلم يصر إليها بمجرّد النية ، كما لو نوى الحاضرُ السفر لم يثبُت له حكم السفر بدون الفعل . وعن أحمد رواية أخرى : أن العَرْض يصير للتجارة بمجرّد النية ، لقول سَمُرة « أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم أن نُخْرِجَ الصَّدَقَةَ مِمَّا نُعِدُّ لِلبَيْعِ » . فعلى هذا لا يُعتبر أن يملـكه بفعله ، ولا يـكون فى مُقابلة عِوَض ، بل متى نوى به التجارة صار للتجارة .

١٩٠٩ — « مسألة » قال ﴿ ومن كانت له سلعة للتجارة ، ولا يملك غيرها ، وقيمتها دون مائتى درهم ، فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول ، من يوم ساوت مائتى درهم ﴾ .

وجملة ذلك : أنه يُعتبر الحول فى وجوب الزكاة فى مال التجارة ، ولا ينعقد الحول حتى يبلُغ نصـاباً ، فلو ملك سلعةً قيمتُها دون النصاب فمضى نصفُ الحول وهى كذلك ثم زادت قيمةُ النَّماء بها ، أو تغيّرت الأسعارُ فبلغت نصاباً ، أو باعها بنصاب ، أو ملَك فى أثناء الحول عَرْضاً آخرَ ، أو أثماناً تم بها النصاب ، ابتدأ الحولَ من حينئذٍ؛ فلا يُحتسب بما مضى . هذا قول الثورىّ ، وأهل العراق ، والشافعىّ ، وإسحق ، وأبى عُبَيد ، وأبى ثور ، وابن المنذر . ولو ملك للتجارة نصاباً ، فنقص عن النصاب فى أثناء الحول ، ثم زاد حتى بلغ نصاباً . استأنف الحول عليه لـكونه انقطع بنقصه فى أثنائه . وقال مالك : ينعقد الحول على مادون النصاب . فإذا كان فى آخره نصاباً زكّاه . وقال أبو حنيفة : يُعتبر فى طرفى الحول دون وسَطه ،

لأنّ التقويم يسبق فى جميع الحول ، فعُفِىَ عنـه ، إلا فى آخره ، فصار الاعتبار به ؛ ولأنه يحتـاج إلى أن تُعرف قيمتُه فى كلّ وقت ، ليُعلم أن قيمته فيه تبلغ نصاباً ، وذلك يشقّ .

ولنـا : أنه مال يُعتبر له الحول ، والنصاب ، فوجب اعتبار كمال النصاب فى جميع الحول ، كسائر الأموال التى يُعتبر لهـا ذلك . وقولهم « يَشُقّ التقويمُ » لا يصح . فإنّ غيرَ المُقـارب للنصاب لا يحتاجُ إلى تقويم ، لظهور معرفته . والمقـاربُ للنصاب إن سَهُل عليه التقويم ، وإلّا فله الأداء ، والأخـذ بالاحتيـاط ، كالمُستفاد فى أثنـاء الحول ، إن سهل عليه ضَبْطُ مواقيت التملّك ، وإلا فله تعجيلُ زكاته مع الأصل .

١٩١٠ فصـــــل

وإذا ملك نُصُباً للتجارة فى أوقات متفرّقة ، لم يَضُمّ بعضَها إلى بعض . لما بيّنا من أن المستفاد لا يُضَمّ إلى ماعنده فى الحول وإن كان العَرْضُ الأول ليس بنصاب وكُمِل بالثانى نصاباً . فحولها من حين ملك الثانى ، ونماؤهما تابع لها ، ولا يضم الثالث إليهما ، بل ابتداء الحول من حين مَلَكه وتجب فيه الزكاة ، وإن كان دون النصاب ، لأنّ قبله نصاباً . ولهذا يُخرج عنه بالحصّة ، ونماؤه تابع له .

١٩١١ — « مسألة » قال ﴿ وتقوّم السـلع إذا حال الحول بالأحَظّ للمساكين ، من عين ، أو وَرِق ، ولا يُعتبر مااشتُرِيت به ﴾ .

يعنى إذا حال الحول على العُروض ، وقيمتُها بالفضّـة نصابٌ ، ولا تبلغُ نصاباً بالذهب ، قوّمناها بالفضة ، ليحصُل للفقراء منها حَظّ ، ولو كانت قيمتُها بالفضة دون النصاب ، وبالذهب تبلُغ نصاباً قوّمناها بالذهب ، لتجب الزكاة فيها . ولا فرق بين أن يـكون اشتراؤها بذهب ، أو فضة أو عُروض ، وبهـذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعىّ : تقوّم بمـا اشتراه من ذهب ، أو فضة ، لأن نصاب العروض مبنىّ على مااشتراه به . فيجب أن تجب الزكاة فيه . وتُعتبر به كما لو لم يشتر به شيئاً .

ولنا : أن قيمته بلغت نصاباً . فتجب الزكاة فيه ، كما لو اشتراه بعَرْضٍ ، وفى البلد نقدان مُستعملان تبلغ قيمة العروض بأحدهما نصاباً ، ولأن تقويمه لحظّ المساكين ، فيُعتبر ما لهم فيه الحظّ كالأصل ، وأما إذا لم يشتر بالنقد شيئاً . فإنّ الزكاة فى عينه لا فى قيمته ، بخـلاف العرض ، إلاّ أن يـكون النقد مُعَدًّا للتجارة ، فينبغى أن تجب الزكاة فيه إذا بلغت قيمتُه بالنقد الآخر نصاباً ، وإن لم تبلغ بعينه نصاباً ، لأنه مال تجارة بلغت قيمتُه نصاباً ، فوجبت زكاته كالعروض . فأما إذا بلغت قيمة العروض نصاباً بكلّ واحد من الثمنين قوّمه بما شاء منهما ، وأخرج ربع عُشر قيمته ، من أىّ النقدين شاء ، لـكن الأولى أن يُخرج من النقد المُستعمل فى البـلد ، لأنه أحظّ للمساكين ، وإن كانا مستعملين أخرج من الغالب فى الاستعمال لذلك ، فإن تساويا أخرج من أيّهما شاء ، وإذا باع العـروض بنقد ، وحال الحولُ عليه ، قوّم النقد دون العُروض ، لأنه إنما يقوّم ماحال عليه الحولُ دون غيره .

١٩١٢ فصل

وإذا اشترى عَرْضاً للتجارة بنصاب من الأثمان ، أو بما قيمتُه نصابٌ من عروض التجارة بَنَى حولَ الثانى على الحول الأوَّل ، لأن مال التجارة إنَّما تتعلّق الزكاة بقيمته ، وقيمتُه : هى الأثمان نفسُها ، وكما إذا كانت ظاهرةً نخفيت فأشبه مالو كان له نصاب ، فأقرضه لم ينقطع حولهُ بذلك ، وهذا الحكم إذا باع العَرْضَ بنصاب ، أو بعَرْضٍ قيمتُه نصاب ، لأن القيمة كانت خَفِيَّةً ، فظهرت ، أو بَقِيَتْ على خَفائها ، فأشبه مالو كان له قَرْض ، فاستوفاه ، أو أقرضه إنساناً آخر . ولأن النماء فى الغالب فى التجارة إنما يحصُل بالتقليب ، ولو كان ذلك يقطعُ الحول لكان السبب الذى وجبت فيه الزكاة لأجله يمنعُها . لأن الزكاة لا تجب إلا فى مال نامٍ ، وإن قصد بالأثمان غير التجارة لم ينقطع الحولُ أيضاً ، وقال الشافعىّ : ينقطع قولا واحداً ، لأنه مال تجب الزكاة فى عينه دون قيمته ، فانقطع الحول بالبيع به ، كالسائمة .

ولنا : أنه من جنس القيمة التى تتعلّق الزكاة بها ، فلم ينقطع الحولُ ببيعها به ، كما لو قَصد به التجارة وفارق السائمة ، فإنّها من غير جنس القيمة . فأمَّا إن أبدل عَرْض التجارة بما تجب الزكاة فى عينه . كالسائمة ، ولم ينو به التجارة لم يَبْن حولَ أحدهما على الآخر ، لأنهما مُختلفان ، وإن أبدله بعَرْض لِلقُنْيَةِ بطل الحولُ . وإن اشترى عَرْض التجارة ، بعَرْضِ القُنْيَةِ انعقد عليه الحولُ من حينَ مَلَكه ، إن كان نصاباً لأنه اشتراه بما لا زكاة فيه ، فلم يمكن بناء الحول عليه ، وإن اشتراه بنصاب من السائمة لم يَبْنِ على حوله ، لأنهما مُختلفان . وإن اشتراه بما دون النصاب من الأثمان ، أو من عُروض التجارة انعقد عليه الحولُ من حينِ تَصيرُ قيمتُه نصاباً ، لأن مُضىّ الحول على نصاب كاملٍ شرطٌ لوجوب الزكاة .

١٩١٣ فصل

وإذا اشترى للتجارة نصاباً من السائمة ، فحال الحولُ ، والسومُ ونيَّة التجارة موجودان زكّاه زكاةَ التجارة . وبهذا قال أبو حنيفة ، والثورىّ . وقال مالك ، والشافعىّ فى الجديد : يزكّيها زكاة السوم ، لأنها أقوى ، لانعقاد الإجماع عليها ، واختصاصها بالعين ، فكانت أولى .

ولنا : أن زكاة التجارة أحظُّ للمساكين ، لأنها تجب فيما زاد بالحساب . ولأن الزائد عن النصاب قد وُجد سببُ وجوب زكاته ، فيجب ، كما لو لم يبلغ بالسوم نصاباً ، وإن سبق وقتُ وجوب زكاة السوم وقتَ وجوب زكاة التجارة ، مثل أن يملك أربعين من الغنم ، قيمتُها دون مائتى درهم ، ثم صارت قيمتُها فى نصف الحول مائتى درهم . فقال القاضى : يتأخّر وجوبُ الزكاة حتى يَتِمّ حولُ التجارة ، لأنه أنفعُ للفقراء ، وإلاَّ يفضى التأخير إلى سقوطها ، لأن الزكاة تجب فيها إذا تمّ حول التجارة . ويحتمل أن تجب زكاة العين عند تمام حولها ، لوجودِ مقتضيها من غير معارض . فإذا تم حول التجارة ، وجبت زكاة

الزائد عن النصاب ، لوجود مقتضيها . لأن هذا مال للتجارة ، وحال الحولُ عليه ، وهو نصاب ، ولا يمكن إيجاب الزكاتين بكمالها ، لأنه يفضى إلى إيجاب زكاتين فى حول واحـد ، بسبب واحـد . فلم يَجُز ذلك ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لاَثَنْىَ فِي الصَّدَقَةِ » وفارق هذا زكاة التجارة ، وزكاة الفطر . فإنهما يجتمعان ، لأنهما بسببين ، فإن زكاة الفطر : تجب عن بدن الإنسان المسلم طُهْرَةً له . وزكاة التجارة : تجب عن قيمتها شكراً لنعمة الغِنَى ، ومواساةً للفقراء . فأمّا إن وُجد نصاب السوم دون نصاب التجارة . مثل أن يملك ثلاثين من البقر ، قيمتُها مائةٌ وخمسون درهماً ، وحال الحولُ عليها كذلك . فإن زكاة العين تجب بغير خلاف ، لأنه لم يوجد لها مُعَارِض فوجبت ، كما لو لم تكن للتجارة .

١٩١٤ فصـــل

وإن اشترى نخلاً ، أو أرضاً للتجارة ، فزُرعت الأرض وأثمرت النخلُ ، فاتفق حولاهما بأن يكون بُدُوُّ الصلاح فى الثمرة ، واشتدادُ الحب عند تمام الحول ، وكانت قيمة الأرض والنخل بمفردها ، نصاباً للتجارة . فإنه يزكّي الثمرة والحبّ ، زكاة العُشر ، ويزكّي الأصلَ زكاة القيمة ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأبى ثور . وقال القاضى وأصحابه : يزكّي الجميع زكاةَ القيمة . وذكر أن أحمد أومأ إليه ، لأنه مالُ تجارة فتجب فيه زكاة للتجارة كالسائمة .

ولنا : أن زكاة العُشر أحظّ للفقراء ، فإن العُشر أحظّ من رُبع العُشر ، فيجب تقديم مافيه الحظّ ، ولأنَّ الزيادة على رُبع العشر ، قد وُجد سبب وجوبها ، فتجب ، وفارق السائمة المعدّة للتجارة . فإنّ زكاة السوم أقلُّ من زكاة التجارة .

١٩١٥ « مسألة » قال : ﴿ وإذا اشتراها للتجارة ، ثم نواها للاقتناء ، ثم نواها للتجارة ، فلا زكاة فيها حتى يبيعها ، ويستقبل بثمنها حولا ﴾ .

لايختلف المذهب فى أنه إذا نوى بعَرْض التجارة القُنْيَةَ أنّه يصيرُ للقُنْيَةِ ، وتسقُط الزكاة منه . وبهذا قال الشافعيّ : وأصحاب الرأى . وقال مالك فى إحدى الروايتين عنه : لا يسقُط حكم التجارة بمجرّد النيَّة ، كما لو نوى بالسائمة العلَف .

ولنا : أن القُنْية الأصلُ ، ويكفى فى الردّ إلى الأصل مجرّدُ النية . كما لو نوى با لحُلِّى التجارة ، أو نوى المسافر الإقامة ، ولأن نيَّة التجارة شرطٌ لوجوب الزكاة فى العُروض . فإذا نوى القُنْية زالت نيَّة التجارة ، ففات شرط الوجوب ، وفارق السائمة إذا نوى عَلْفها ، لأنَّ الشرط فيها الإسامة ، دون نيتها ، فلا ينتفى الوجوب إلاَّ بانتفاء السَّوْم ، وإذا صار العرض للقُنْيةِ بنيتها ، فنوى به التجارة لم يصر للتجارة بمجرّد النية على ماأسلفناه . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ ، والثوريّ . وذهب ابن عقيل وأبو بكر

إلى أنه يصير للتجارة بمجرّد النيَّة . وحكوه روايةً عن أحمد ، لقوله فيمن أخرجت أرضُه خمسةَ أوْسُق ، فمكثت عنده سنينَ لايُريد بها التجارة ، فليس عليه زكاة ، وإن كان يريد التجارة ، فأعْجَبُ إليَّ أن يُزَكّيه . قال بعض أصحابنا : هذا على أصحّ الروايتين ، لأن نيَّة القُنْية بمجرَّدها كافيةٌ ، فكذلك نيّة التجارة بل أولى ، لأن الإيجاب يغلب على الإسقاط احتياطاً ، ولأنه أحظّ للمساكين ، فاعتُبر كالتقويم . ولأن سَمُرةَ قال « أمرَنَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم أن نُخْرِجَ الصَّدَقَةَ مِمَّا نُعِدُّهُ لِلْبَيْعِ » وهذا داخل في عمومه . ولأنه نوى به التجارة ، فوجبت فيه الزكاة ، كما لو نوى حالَ البيع .

ولنا : أن كلّ مالا يثبُت له الحكم بدخوله في مِلكه لايثبُت بمجرّد النيّة ، كما لو نوى بالمعلوفة السَّوْمَ ، وَلأنّ القُنْيةَ الأصلُ ، والتجارة فرعٌ عليها . فلا ينصرف إلى الفرع بمجرّد النّية ، كالمُقيم ينوى السفر ، وبالعكس من ذلك . مالو نوى القُنْية فإنه يردُّها إلى الأصل ، فانصرف إليه بمجرّد النّية ، كما لو نوى المسافر الإقامة فكذلك إذا نوى بمال التجارة القُنْية انقطع حولُه . ثم إذا نوى به التجارة ، فلا شيء فيه حتى يبيعه ، ويستقبلَ بثمنه حولاً .

١٩١٦ فصل

فإن كانت عنده ماشيةٌ للتجارة نصفَ حول فنوى بها الإسامَة ، وقطع نيّة التجارة انقطع حولُ التجارة ، واستأنف حولاً كذلك . قال الثوريّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : لأنّ حول التجارة انقطع بنيّة الاقتناء ، وحولُ السوم لاينبنى على حول التجارة ، والأشبه بالدليل أنها متى كانت سائمة من أوّل الحول وجبت الزكاة فيها عند تمامه . وهذا يُروى نحوه عن إسحاق ، لأن السَّوْمَ سببٌ لوجوب الزكاة وجد فى جميع الحول خالياً عن مُعارض ، فوجبت به الزكاة ، كما لو لم ينو التجارة ، أو كما لو كانت السائمة لا تبلُغ نصاباً بالقيمة .

١٩١٧ — « مسألة » قال ﴿ وإذا كان فى مِلكه نصاب للزكاة ، فاتّجر فيه ، فنمى أدّى زكاة الأصل مع النماء ، إذا حال الحول ﴾ .

وجملته : أن حول النماء مبنيّ على حول الأصل ، لأنه تابع له فى المِلك ، فتبعه فى الحول ، كالسِّخال ، والنِّتاج . وبهذا قال مالك ، وإسحاق ، وأبو يوسف . وأمّا أبو حنيفة : فإنه بنى حول كلّ مُستفاد على حول جنسه ، نماءً كان أو غيرَه . وقال الشافعيّ : إن نَضَّت الفائدةُ[٢] قبل الحول ، لم يَبْنِ حولها

---

(١) يقال : نمى ينمى ، بكسر الميم ، ونما ينمو .

(٢) نضت : صارت دنانير ودراهم .

على حول النصاب ، واستأنف بها حولاً . لقوله عليه السلام: «لَا زَكَاةَ فِى مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ» ولأنّها فائدة تامّة ، لم تتولّد مما عنده : فلم يبن على حوله ، كما لو استفاد من غير الربح . وإن اشترى سِلعةً بنصاب ، فزادت قيمتُها عنـد رأس الحول ، فإنه يَضمّ الفائدةَ ، ويزكّى عن الجميع ، بخلاف ماإذا باع السلعة قبل الحول بأكثر من نصاب . فإنه يزكّى عند رأس الحول عن النصاب ، ويستأنف للزيادة حولًا .

ولنـا : أنه نماء جارٍ فى الحول ، تابع لأصله فى الملك ، فـكان مضموماً إليه فى الحول ، كالنتاج ، وكما لو لم يَنِضّ ، ولأنه ثمنُ عَرْضٍ تجب زكاةُ بعضه ، ويُضَمّ إلى ذلك البعض قبل البيع ، فيُضَمّ إليه بعده ، كبعض النّصاب ، ولأنه لو بقى عرضاً زكىّ جميع القيمة ، فإذا نضّ كان أولى . لأنه يَصيرُ متحققاً . ولأن هـذا الربح كان تابعاً للأصل فى الحول ، كما لو لم ينضّ ، فبنضّه لا يتغيّر حوله . والحديث فيه مَقال ، وهو مخصوص بالنتاج ، وبما لم يَنِضّ فنقيسُ عليه .

١٩١٨ فصـــل

وإن اشترى للتجارة ماليس بنصاب ، فنمى حتى صار نصاباً انعقد عليه الحَولُ من حين صار نصاباً فى قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : إذا كانت له خمسةُ دنانير ، فاتّجر فيها ، فحال عليها الحْول ، وقد بلغت ماتجب فيه الزكاة يزكّيها .

ولنـا : أنه لم يَحل الحَول على نصاب ، فلم تجب فيه الزكاة ، كما لو نقص فى آخره .

١٩١٩ فصـــل

وإذا اشترى للتجارة شِقصاً[1] بألفٍ فحـال عليه الحَول ، وهو يُساوى ألفين . فعليه زكاة ألفين ، فإن جاء الشفيع أخذه بألف ، لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن لا بالقيمة ، والزكاة على المشترى . لأنها وجبت وهو فى ملـكه ، ولو لم يأخذه الشفيع ، لـكن وجـد به عيباً فردّه . فإنه يأخـذ من البـائع ألفاً . ولو انعكست المسألة ، فاشتراه بألفين ، وحالَ الحولُ وقيمته ألف ، فعليه زكاة ألف ، فيأخذه الشفيع إن أخذه ، ويردّه بالعَيْب بألفين ، لأنهما الثمن الذى وقع البيع به .

١٩٢٠ فصـــل

وإن دفع إلى رجل ألفاً مُضاربةً على أن الربح بينهما نصفان ، فحال الحَول ، وقد صار ثلاثةَ آلاف . فعلى ربّ المـال زكاةُ ألفين ، لأن ربح التجارة حولهُ حولُ أصـله . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : عليه

---

(١) شقصاً : قسما أو نصيباً .

زكاة الجميع ، لأنّ الأصل له والربحُ نماءُ ماله ، ولا يصحّ . لأن حصة المضارب له وليست ملكاً لربّ المال ، بدليل أن للمضارب المطالبة بها ، ولو أراد ربّ المال دفع حصّته إليه من غير هذا المال لم يلزمه قبولُه ، ولاتجب على الإنسان زكاةُ ملك غيره ، ولأن ربّ المال يقول : حصتك أيّها العامل متردّدة بين أن تَسْلَمَ فتكونَ لك ، أو تَتْلَفَ فلا تكونَ لي ولا لك ، فكيف يكون عليّ زكاة ماليس لي بوجه ما ؟ وقوله : إنّه نماء ماله . قلنا : لكنه لغيره ، فلم تجب عليه زكاة ، كما لو وهب نتاج سائمته لغيره ، إذا ثبت هذا : فإنّه يخرج الزكاة من المال ، لأنه من مُؤنته ، فكان منه كمؤنة حمله ، ويُحسب من الربح ، لأنّه وقاية لرأس المال .

وأما العامل فليس عليه زكاة فى حصّته حتى يقتسما ، ويستأنف حولا من حينئذ . نصّ عليه أحمد فى رواية صالح ، وابن منصور . فقال : فإذا احتسبا يُزَكّى المُضارب ، إذا حال الحول من حين احتسب ، لأنه عَلِمَ ماله فى المال ، ولأنّه إذا اتضع بعد ذلك كانت الوضيعةُ على ربّ المال ، يعنى : إذا اقتسما . لأنّ القسمة فى الغالب تكون عند المحاسبة . ألا تراه يقول : إن اتضع بعد ذلك كانت الوضيعة على ربّ المال ، وإنّما يكون هذا بعد القسمة . وقال أبو الخطّاب : يحتسب حوله من حين ظهور الربح ، يعنى : إذا كمل نصاباً ، إلاّ على قول من قال : إن الشركة تؤثّر فى غير الماشية ، قال : ولا يجب إخراج زكاته حتى يقبض المال ، لأنّ العامل يملك الربح بظهوره ، فإذا ملكه جرى فى حول الزكاة ، ولأنّ من أصلنا : أن فى المال الضالّ ، والمغصوب ، والدين ، على مُماطلٍ الزكاةَ ، وإن كان رجوعُه إلى ملك يده مَظنوناً ، كذا هٰهنا .

ولنا : أن ملك المُضارب غير تامّ . لأنه يعرض أن تنقص قيمةُ الأصل ، أو يخسر فيه . وهذا وقايةٌ له . ولهذا مُنع من الاختصاص به ، والتصرّف فيه بحقّ نفسه فلم يكن فيه زكاة ، كمال المكاتب . يؤكّد هذا : أنه لو كان ملكا تامًّا لاختصّ بربحه ، فلو كان رأسُ المال عَشرةً ، فاتّجر فيه ، فربح عشرين ، ثم اتّجر ، فربح ثلاثين ، لكانت الخمسون التى ربحها بينهما نصفين . ولو تمّ ملكه بمجرّد ظهور الربح لملك من العشرين الأولى عَشرةً ، واختصّ بربحها ، وهى عشرةٌ من الثلاثين وكانت العشرون الباقية بينهما نصفين ، فيملك المُضارب ثلاثينَ ، ولربّ المال ثلاثون ، كما لو اقتسما العشرين ، ثم خلطاها ، وفارق المغصوب ، والضالّ . فإن الملك فيه ثابت تامّ إنّما حيل بينه وبينه ، بخلاف مسألتنا . ومن أوجب الزكاة على المُضارب ، فإنّما يوجبها عليه إذا حال الحولُ من حين تبلغ حصّته نصاباً بمفردها ، أو بضمّها إلى ماعنده من جنس المال ، أو من الأثمان ، إلاّ على الرواية التى تقول : إن للشركة تأثيراً فى غير السائمة ، وليس عليه إخراجُها قبل القسمة ، كالدَّيْن لايجب الإخراج منه قبل قَبْضه ، وإن أراد إخراجَها منه قبل القسمة لم يجُز . لأن الربح وقايةٌ لرأس المال ، ويحتملُ أن يجوز ، لأنهما دخلا على حُكم الإسلام ، ومن حكمه وجوب الزكاة وإخراجها من المال .

١٩٢٩ فصل

وإذا أذن كلُّ واحد من الشريكين لصاحبه في إخراج زكاته ، أو أذن رجلان غيرُ شريكين كلُّ واحد منهما للآخر في إخراج زكاته ، فأخرج كلُّ واحد منهما زكاته ، وزكاة صاحبه معاً في حال واحدة ضمِن كلُّ واحد منهما نصيبَ صاحبه . لأنّ كلَّ واحد منهما انعزل من طريق الحكم عن الوكالة ، لإخراج من عليه الزكاةُ زكاتَه بنفْسه . ويحتمل أن لا يضمن ، إذا لم يعلم بإخراج صاحبه ، إذا قلنا إن الوكيل لا ينعزلُ قبل الحكم بعَزْل الموكّل أو بموته . ويحتمل أن لا يضمن . وإن قلنا إنه ينعزل . لأنه غرّه بتسليطه على الإخراج ، وأمره به ، ولم يعلمه بإخراجه ، فكان خطرُ التغرير عليه ، كما لو غرّه بحرّية أَمَة . وهذا أحسنُ إن شاء الله تعالى . وعلى هذا إن علم أحدهما دون الآخر . فعلى العالم الضمانُ دون الآخر . فأمّا إن أخرجها أحدُهما قبل الآخر ، فعلى هذا الوجه لا ضمان على واحد منهما ، إذا لم يعلم ، وعلى الثاني الضمان دون الأول .

باب زكاة الدين والصدقة

الصدُقة : هى الصداق ، وجمعها صدُقات قال الله تعـالى : (٤ : ٤ وآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً) وهى من جملة الدُّيون ، وحكمها حكمها ، وإنما أفردها بالذكر لاشتهارها باسم خاص .

١٩٣٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا كان معه مائتا درهم ، وعليه دين ، فلا زكاة عليه ﴾ .

وجملة ذلك : أن الدين يمنع وجوب الزكاة فى الأموال الباطنة ، رواية واحـدة ، وهى الأثمان ، وعُروض التجـارة . وبه قال عطـاء ، وسـليمان بن يَسار ، وميمون بن مِهْران ، والحسن ، والنخعىّ ، والليث ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال ربيعة ، وحمّاد ابنُ سُليْمان ، والشافعىّ فى جـديد قوليه : لايمنع الزكاةَ . لأنهُ حُرّ مسلم مَلكَ نصاباً حولاً ، فوجبت عليه الزكاة ، كمن لادين عليه .

ولنا : مارَوى أبو عُبَيْد فى الأموال : حدّثنا إبراهيمُ بنُ سعد ، عن ابن شهاب ، عن السائب بن يزيد ، قال : سمعْتُ عثمانَ بنَ عَفَّانَ يقول : « هَـذَا شَهْرُ زَكَاتِـكُمْ . فَمَنْ كانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيُؤَدِّهِ حَتَّى تُخْرِجُوا زَكَاةَ أَمْوَالِـكُمْ » . وفى رواية : « فَمَنْ كانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَقْضِ دَيْنَهُ ، وَلْيُزَكِّ بقِيَّةَ مَالِهِ » قال ذلك بمحضَر من الصحابة ، فلم ينُـكروه . فدلَّ على اتفاقهم عليه . وروى أصحاب مالك ، عن عُمَير بن عِمْران ، عن شُجاع ، عن نافع ، عن ابن عمر قال : قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم : « إذَا كانَ لِرَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهمٍ ، فلا زَكَاةَ عَلَيْهِ » وهذا نصّ ، ولأن النبىّ ﷺ قال : « أُمِرْتُ أَنْ آخُذَ الصَّدَقَةَ مِنْ أَغْنِيائِـكُمْ فَأَرُدَّهَا فِى فُقَرَائِـكُمْ » فدلَّ على أنها إنَّما تجب على الأغنياء ولا تُدْفـع إلاَّ إلى الفقراء . وهذا ممَّن يحلُّ له أخذ الزكاة . فيكون فقيراً ، فلا تجب عليه الزكاة . لأنَّها لاتجب إلاَّ على الأغنيـاء ، للخـبر . ولقوله عليه السلام : « لاصدَقَةَ إلاَّ عَنْ ظَهْرِ غِنًى » ويُخالف من لادَيْنَ لَهُ عليه ، فإنَّه غَنِىّ يملكُ نصاباً ، يحقق هـذا : أن الزكاة إنمـا وجبتْ مواساةً للفقراء ، وشُـكراً لنعمة الغِنَى ، والمَدينُ محتاجٌ إلى قضاء دينـه ، كحاجة الفقير أو أشـدّ . وليس من الحـكمة تعطيلُ حاجةِ المالك لحاجة غيره ، ولا حصل له من الغنَى مايقتضى الشكر بالإخراج ، وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « ابدأْ بِنفَسْكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » .

١٩٣١ فصـــل

فأما الأموالُ الظاهرة ، وهى السائمة ، والُحبوب ، والثمـار . فرُوى عن أحمد : أن الدين يمنع الزكاة

أيضاً فيها ، لما ذكرناه في الأموال الباطنة . قال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم : يبتدىء بالدين فيقضيه ثم ينظرُ مابقى عنده بعد إخراج النفقة ، فيزكّى مابقى ، ولا يكون على أحد دينُه أكثرُ من ماله صدقةٌ في إبلٍ أو بقرٍ ، أو غَنَمٍ ، أو زَرْعٍ . ولا زكاةٌ . وهذا قول عطاء ، والحسن ، وسليمان ، وميمون بن مِهْران ، والنخعىّ ، والثورىّ ، والليث ، وإسحاق ، لعموم ماذكرنا . ورُوى : أنه لايمنع الزكاة فيها . وهو قول مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ . ورُوى عن أحمد أنه قال : قد اختلف ابن عمر ، وابن عباس فقال ابن عمر : « يُخْرِجُ مااسْتَدَانَ أَو أَنْفَقَ عَلَى ثَمَرَتِهِ وأَهْلِهِ ويُزَكّى مابقِىَ » وقال الآخر : « يُخْرِجُ مااسْتَدَانَ عَلَى ثَمَرَتِهِ ويُزَكّى مابَقِىَ » وإليه أذهب أن لايزكى ماأنفق على ثمرته خاصَّةً ، ويزكى مابقى لأن المصدّق إذا جاء فوجد إبلاً ، أو بقراً ، أو غنماً ، لم يسأل أىُّ شىء على صاحبها من الدَّيْن ؟ وليس المال هكذا . فعلى هذه الرواية : لايمنع الدينُ الزكاة في الأموال الظاهرة ، إلا في الزرع ، والثمار ، فيما استدانه للإنفاق عليها خاصَّة . وهذا ظاهر قول الخِرَقىّ ، لأنه قال في الخراج : يُخْرِجُهُ ثم يُزكى مابقى . جعله كالدّين على الزرع . وقال في الماشية المرهونة : يؤدّى منها ، إذا لم يكن له مال يؤدّى عنها ، فأوجب الزكاة فيها مع الدَّين . وقال أبو حنيفة : الدينُ الذى يتوجّه فيه المطالبة يمنع في سائر الأموال إلا الزرع ، والثمار ، بناءً منه على أن الواجب فيهما ليس بصدقة . والفرق بين الأموال الظاهرة والباطنة : أن تعلق الزكاة بالظاهرة آكدُ ، لظهورها ، وتعلّق قلوب الفقراء بها . ولهذا يُشرع إرسالُ مَنْ يأخذُ صدقتَها من أَرْبَابِهَا . وكَانَ النبىّ صلى الله عليه وسلم « يَبْعَثُ السُّعَاةَ فَيأْخُذُونَ الصَّدَقَةَ مِن أَرْبَابِهَا » وكذلك الخلفاء بعده . وعلى منعها قاتلهم أبو بكر الصدّيق رضى الله عنه ، ولم يأت عنه أنهم استكرهوا أحداً على صدقةِ الصامت ، ولا طالبوه بها ، إلا أن يأتىَ بها طَوْعاً ، ولأن السُّعاة يأخذون زكاة مايجدون ، ولا يسألون عمّا على صاحبها من الدين فدلّ على أنه لايمنع زكاتها ، ولأن تعلّق أطماع الفقراء بها أكثرُ ، والحاجةُ إلى حفظها أوفرُ ، فتكون الزكاة فيها أوكد .

١٩٣٢ فصـــل

وإنما يمنع الدينُ الزكاة إذا كان يستغرقُ النِّصَاب ، أو يَنْقُصُه ، ولا يجدُ مايقضيه به سوى النِّصاب ، أو مالا يستغنى عنه ، مثل أن يكون له عشرون مِثقالاً ، وعليه مثقالٌ ، أو أكثرُ أو أقلّ مما ينقصُ به النصاب ، إذا قضاه به ، ولا يجد قضاء له من غير النصاب ، فإن كان له ثلاثون مثقالاً وعليه عشرة ، فعليه زكاة العشرين . وإن كان عليه أكثر من عشرة ، فلا زكاة عليه . وإن كان عليه خمسة ، فعليه زكاة خمسة وعشرين ، ولو أن له مائةً من الغنم ، وعليه مايقابل ستّين ، فعليه زكاة الأربعين . فإن كان

عليه مايقابل إحدى وستين ، فلا زكاة عليه ، لأنه ينقصُ النصاب . وإن كان له مالان من جنسين وعليه دينٌ جعله فى مقابلة مايقضى منه . فلو كان له خمس من الإبل ومائتا درهم . فإن كانت عليه سَلَماً ، أو دِيَةً ونحو ذلك مما يُقْضى بالإبل ، جَعَلْتَ الدَّيْنَ فى مقابلتها ، ووجبت عليه زكاة الدَّراهم ، وإن كان أتلفها ، أو غصبها ، جعلْتَ قيمتها فى مقابلة الدراهم . لأنها تُقْضى منهـا ، وإن كانت قرضاً خرج على الوجهين فيما يَقضى منه . فإن كانت إذا جعلناها فى مقابلة أحد المالين فَضَلَتْ منهـا فَضْلَةً تنقُص النصاب الآخر . وإذا جعلناها فى مقابلة الآخر لم يفضُل منهـا شيء ، كرجل له خمس من الإبل ، ومائتـا درهم ، وعليه ستّ من الإبل ، قيمتها مائتا درهم . فإذا جعلناها فى مقابلة المائتين لم يفضُل من الدين شيء ، ينقص نصاب السائمة ، وإذا جعلناها فى مقابلة الإبل فضل منهـا بعيرٌ نقص نصابُ الدراهم ، أو كانت بالعكس ، مثل أن يكون عليه مائتان وخمسون درهماً ، وله من الإبل خمس ، أو أكثر تساوى الديْن أو تفضُل عليه . جعلنا الدين فى مقابلة الإبل هاهنا ، وفى مقـابلة الدراهم فى الصـورة الأولى ، لأن له من المـال مايقضى به الدين سوى النصاب . وكذلك لو كان عليه مائة درهم ، ولهمائتا درهم وتسعٌ من الإبل ، فإذا جعلناها فى مقابلة الإبل لم ينقص نصابُها ، لـكون الأربع الزائدة عنه تساوى المائة ، وأكثر منها ، وإن جعلناه فى مقابلةالدراهم سقطت الزكاةُ منها ، فجعلناها فىمقابلة الإبل ، كما ذكرنا فى التى قبلها . ولأنذلك أحظُّ للفقراء .

وذكر القاضى نحو هـذا . فإنه قال : إذا كان النصابان زكويَّيْنِ ، جَعَلْتَ الدين فى مقابلة ما الحظّ للمساكين فى جعله فى مقابلته ، وإن كان من غير جنس الدين ، فإن كان أحد المالين لازكاة فيه والآخرُ فيه الزكاة ، كرجل عليه مائتا درهم ، وله مائتا درهم وعروضٌ للقُنية تساوى مائتين . فقال القاضى : يجعل الدين فى مقابلة العُرُوض . وهذا مذهب مالك ، وأبى عُبيد . قال أصحاب الشافعىّ : وهو مقتضى قوله . لأنه مالك لمائتين زائدةً عن مبلغ دَيْنـه ، فوجبت عليه زكاتُها ، كما لو كان جميـعُ ماله جنساً واحـداً . وظاهر كلام أحمد رحمه الله : أنه يجعلُ الدين فى مقابلة مايَقضى منه فإنه قال فى رجل عنده ألف ، وعليه ألف ، وله عروض بألف : إن كانت العروض للتجارة زكّاها ؟ وإن كانت لغير التجارة فليس عليه شيء وهذا مذهب أبى حنيفة .

ويحكى عن الليث بن سعد . لأن الدين يقضى من جنسه عند التشاحّ ، فجَعْلُ الدين فى مقابلته أولى ، كما لو كان النصابان زَكَوِيَّيْنِ ، ويحتملُ أن يُحمل كلام أحمـد هاهنا على ماإذا كان العَرْضُ تتعلّق به حاجته الأصليَّة ، ولم يـكن فاضلا عن حاجته ، فلا يلزمه صرفُه فى وفاء الدين . لأن الحاجة أهمّ ، ولذلك لم تجب الزكاة فى الحَلْيِ المُعَدّ للاستعمال ، ويـكون قول القاضى محمولاً على من كان العرضُ فاضلا عن حاجته . وهـذا أحسنُ ، لأنه فى هذه الحـال مالكٌ لنصابٍ فاضلٍ عن حاجته ، وقضاء دينـه ، فلزمته زكاتُه ، كما لو لم يـكن عليه دين . فأما إن كان عنـده نصابان زكويّان . وعليـه دين من غير جنسهما ،

ولا يقضى من أحدهما : فإنك تجعله فى مقابلة ماالحظّ للمساكين فى جعله فى مقابلته .

١٩٣٣ فصـــــل

فأما دين الله كالـكفّـارة ، والنذر . ففيه وجهان ، أحدهما : يمنع الزكاة كدين الآدمىّ ، لأنه دين يجب قضاؤه ، فهو كدين الآدمىّ . يدلّ عليه قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : «دَيْنُ اللهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى» والآخرُ : لايمنع ، لأن الزكاة آكدُ منه لتعلقها بالعين ، فهو كأَرْش الجنـاية ، ويُفارق دين الآدمىّ ، لتأكّده ، وتوجّه المطالبة به . فإن نذر الصـدقة بمعيّن ، فقال : لله علىَّ أن أتصدّق بهذه المـائتى درهم ، إذا حال الحول . فقال ابن عقيل : يُخرجها فى النذر ، ولا زكاة عليه ، لأن النـذر آكدُ لتعلقّه بالعين ، والزكاة مختلَف فيها . ويحتمل أن تلزمه زكاتُها . وتُجزئه الصدقة بهـا ، إلا أن ينوىَ الزكاة بقدرها . ويـكون ذلك صدقةً تجزئه عن الزكاة لـكون الزكاة صدقة وسائرها يـكون صـدقة لنذره ، وليس بزكاة ، وإن نذر الصدقة ببعضها ، وكان ذلك البعض قدرَ الزكاة ، أو أكثر . فعلى هذا الاحتمال يُخرج المنذور ، وينوى الزكاةَ بقدرها منه . وعلى قول ابن عقيل : يحتملُ أن تجب الزكاة عليه . لأن النـذر إنمـا تعلق بالبعض بعد وجود سبب الزكاة ، وتمـام شرطه ، فلا يمنع الوجوب ، لـكون المحـلّ متسِعاً لهما جميعـاً ، وإن كان المنذور أقلَّ من قدر الزكاة ، وجب قـدر الزكاة ، ودخل النـذر فيه ، فى أحـد الوجهين ، وفى الآخر يجبُ إخراجهما جميعاً .

١٩٣٤ فصـــــل

إذا قلنا : لايمنع الدينُ وجوبَ الزكاة فى الأموال الظاهرة ، فحَجَر الحاكم عليه بعد وجوب الزكاة ، لم يملك إخراجَها . لأنه قد انقطع تصرّفه فى ماله ، وإن أقرّ بها بعد الحجر لم يقبل إقرارُه ، وكانت عليه فى ذمّته ، كدَيْن الآدمىّ ، ويحتمـل أن تسقُط إذا حَجَر عليه قبـلَ إمـكان أدائها ، كما لو تَلِفَ ماله . فإن أقرّ الغرماء بوجوب الزكاة عليه ، أو ثبت ببَيِّنة ، أو كان قد أقرّ بهـا قبـل الحجْر عليه وجب إخراجُها من المال ، فإن لم يخرجوها فعليهم إثمُها .

١٩٣٥ فصـــــل

وإذا جنى العبد المُعَدّ للتجارة جنايةً تعلّق أرشُها برقبته ، منع وجوب الزكاة فيه ، إن كان ينقُص النصاب . لأنه دَيْنٌ ، وإن لم ينقص النصاب مَنَعَ الزكاة فى قدر مايقابِلُ الأرْشَ .

١٩٣٦ « مسـألة » قال ﴿ وإذا كان له دين على مَلِىء ، فليس عليـه زكاة حتى يقبضـه ، ويؤدّى ، لمـا مضى ﴾ .

وجملة ذلك : أن الدين على ضربين . أحدهما : دين على مُعْترف به ، باذلٍ له ، فعلى صاحبه زكاته ،

إلا أنه لايلزمه إخراجها حتى يقبضه ، فيؤدّى لما مضى . رُوىَ ذلك عن علىّ رضى الله عنه . وبهذا قال الثورىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال عثمان ، وابن عمر ، وجابر رضى الله عنهم ، وطاوس ، والنخعى ، وجابر بن زيد ، والحسن ، وميمون بن مِهْران ، والزهرىّ ، وقتَادة . وحمّاد بن أبى سليمان ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد : عليه إخراج الزكاة فى الحال ، وإن لم يقبضه . لأنه قادر على أخذه ، والتصرّف فيه ، فلزمه إخراج زكاته كالوديعة . وقال عكرمة : ليس فى الدين زكاة . ورُوى ذلك عن عائشة ، وابن عمر رضى الله عنهم . لأنه غيرُ تامّ ، فلم تجب زكاته كعروض القُنْيَة .

ورُوى عن سعيد بن المسيّب ، وعطاء بن أبى رَبَاح ، وعطاء الخُراسانىّ ، وأبى الزِّناد : يزكّيه إذا قبضه لسنةٍ واحدةٍ .

ولنا : أنه دين ثابت فى الذمّة فلم يلزمه الإخراج قبل قَبْضه ، كما لو كان على مُعْسِرٍ . ولأن الزكاة تجبُ على طريق المواساة ، وليس من المواساة أن يُخرج زكاةَ مال لاينتفعُ به . وأما الوديعة : فهى بمنزلة مافى يده ، لأن المستودَع نائبٌ عنه فى حفظه ، ويده كيده ، وإنما يزكّيه لما مضى لأنه مملوك له ، يقدر على الانتفاع به ، فلزمته زكاته ، كسائر أمواله .

الضرب الثانى : أن يكون على مُعسر ، أو جاحد ، أو مُماطل به . فهذا : هل تجب فيه الزكاة ؟ على روايتين ، إحداهما : لاتجب ، وهو قول قَتَادَةَ وإسحق ، وأبى ثور ، وأهل العراق . لأنه غير مقدور على الانتفاع به ، أشبه مالَ المُكاتب ، والرواية الثانية : يزكّيه إذا قبضه لما مضى ، وهو قول الثورىّ ، وأبى عُبَيْد ، لما رُوى عن علىّ رضى الله عنه فى الدين المظنون ، قال : « إنْ كانَ صادِقاً فليُزَكِّه إذا قَبَضَه ، لما مَضَىَ » . ورُوى نحوُه عن ابن عباس . رواهما أبو عُبَيد ، ولأنه مملوك يجوز التصرّف فيه ، فوجبت زكاته ، لما مضى ، كالدين على المليء . وللشافعىّ قولان ، كالروايتين . وعن عمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والليث ، والأوزاعىّ ، ومالك : يزكّيه إذا قبضه لعامٍ واحدٍ .

ولنا : أن هذا المال فى جميع الأحوال على حال واحدٍ ، فوجب أن يتساوى فى وجوب الزكاة ، أو سقوطها ، كسائر الأموال ، ولا فرق بين كون الغريم يَجْحَدُه فى الظاهر دون الباطن ، أو فيهما .

١٩٣٧ فصل

وظاهر كلام أحمد : أنه لافرق بين الحالّ والمؤجّل ، لأن البراءة تصحّ من المؤجّل ، ولولا أنه مملوك لم تصحّ البراءة منه ، لكن يكون فى حكم الدين على المُعسر . لأنه يُمكن قبضُه فى الحال .

١٩٣٨ فصـــل

ولو أجرَ داره سنتين بأربعين ديناراً ، ملك الأجْرة من حين العَقْد . وعليه زكاة جميعها ، إذا حال عليه الحَولُ ، لأن مِلْك المُكرى عليه تامّ ، بدليل جواز التصرّف فيهـا بأنواع التصرّفات ، ولو كانت جاريةً كان له وطؤها ، وكونُها بعَرض الرجوع لانفساخ العقد ، لايمنع وجوب الزكاة ، كالصداق قبل الدخول ، ثم إن كان قـد قبض الأجرة أخرج الزكاة منهـا ، وإن كانت ديناً فهى كالدين ، مُعَجّـلاً كان أو مؤجَّلاً . وقال مالك ، وأبو حنيفـة : لايزكّيها حتى يقبضها ، ويحولَ عليه الحول ، بنـاء على أن الأجرة لاتستحقّ بالعقد ، وإنما تستحق بإنقضاء مدّة الإجازة . وهذا يذكر فى موضعه إن شـاء الله تعالى . وعن أحمد رحمه الله روايةٌ أخرى : فيمن قبض من أجر عقارٍ نصاباً يزكّيه فى الحـال . وقد ذكرناه فى غير هذا الموضع ، وحملناه على أنه حالَ عليه الحولُ قبل قبضه .

١٩٣٩ فصـــل

ولو اشـترى شيئاً بعشرين ديناراً ، أو أسـلم نصاباً فى شىء ، فحـال الحول قبل أن يقبض المشترى المَبيع ، أو يقبض المُسلَمَ فيه ، والعقدُ باق . فعلى البائع ، والمُسلِمَ إليه : زكاةُ الثمن . لأنّ مِلـكه ثابت فيه، فإن انفسخ العقدُ لتلَف المَبيع ، أو تعذّر المُسلَمَ فيه ، وجب ، ردّ الثمن ، وزكاته على البائع .

١٩٤٠ فصـــل

والغنيمة يملك الغانمون أربعةَ أخماسها بانقضاء الحرب ، فإن كانت جنساً واحـداً تجب فيه الزكاة ، كالأثمان ، والسـائمة ، ونصيب كلّ واحد منهم منها نصابٌ ، فعليه زكاتُه إذا انقضى الحول ، ولا يلزمه إخراج زكاته قبـل قبضه ، لمـا ذكرنا فى الدين على الملىء ، وإذا كان دون النصاب فـلا زكاة فيه ، إلاّ أن تـكون سائمةً أربعةُ أخماسها تبلُغ النصاب ، فتـكون خلطة ، ولا تُضَمّ إلى الخمس ، لأنه لازكاة فيـه ، فإن كانت الغنيمة أجناساً كإبل ، وبقر ، وغنم ، فلا زكاة على واحـد منهم . لأن للإمام أن يَقسم بينهم قِسْمةَ تحكم ، فيعطى كلّ واحد منهم من أىّ أصناف المال شاء ، فما تمّ مِلـكه على شىء مُعَيّن بخلاف الميراث .

١٩٤١ « مسألة » قال ﴿ وإذا غُصِبَ مالاً زكّاه إذا قبضه ، لمـا مضى فى إحـدى الروايتين عن أبى عبد الله ، والرواية الأخرى . قال : ليس هو كالدين الذى متى قبضـه زكاه ، وأحبّ إلىّ أن يزكيه ﴾ .

« قوله إذا غُصِبَ مالاً » أى إذا غَصِبَ الرجل مالاً ، فالمفعول الأول المرفوع مستتر فى الفعل ، والمالُ هو المفعول الثانى ، فكذلك نصبه ، وفى بعض النسخ « وإذا غُصب مالُه » وكلاهما صحيح ، والحكم فى المغصوب ، والمسروق ، والمجحود ، والضالّ ، واحد وفى جميعه روايتان : إحداهما : لازكاة فيه . نقلها الأثرم ، والميمونىّ . ومتى عاد صار كالمستفاد ، يستقبل به حولاً . وبهذا ، قال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى قديم قوليه ، لأنه مال خرج عن يده ، وتصرّفه ، وصار ممنوعاً منه ، فلم يلزمه زكاته ، كمال المكاتب .

والثانية : عليه زكاته ، لأن ملكه عليه تامّ ، فلزمته زكاته ، كما لو نسى عند من أودعه ، أو كما لو أُسِرَ ، أو حُبِسَ ، وحيلَ بينه ، وبين ماله . وعلى كلتا الروايتين لايلزمه إخراج زكاته قبل قبضه . وقال مالك : إذا قبضه زكّاه لحولٍ واحدٍ ، لأنّه كان فى ابتداء الحول فى يده ، ثم حصل بعد ذلك فى يده ، ثم حصل بعد ذلك فى يده ، فوجب أن لاتسقط الزكاة عن حول واحد ، وليس هذا بصحيح . لأن المانع من وجوب الزكاة إذا وجد فى بعض الحول يمنع كنقص النصاب .

١٩٤٢ فصل

وإن كان المغصوب سائمةً معلوفةً عند صاحبها ، وغاصبها ، فلا زكاة فيها ، لفقدان الشرط ، وإن كانت سائمةً عندهما ، ففيها الزكاةُ على الرواية التى تقول بوجوبها فى المغصوب ، وإن كانت معلوفةً عند صاحبها ، سائمةً عند غاصبها ، ففيها وجهان : أحدهما : لا زكاة عليه لأن صاحبها لم يَرْضَ بإسامتها ، فلم تجب عليه الزكاة بفعل الغاصب ، كما لو رعت من غير أن يُسيمَهَا ، والثانى : عليه الزكاة ، لأن السَّوْمَ يوجب الزكاة من المالك ، فأوجبها من الغاصب ، كما لو كانت سائمةً عندهما ، وكما لو غصب بذراً فزرعه ، وجب العُشر فيما خرج منه ، وإن كانت سائمة عند مالكها معلوفةً عند غاصبها ، فلا زكاة فيها ، لفقدان الشرط . وقال القاضى : فيه وجه آخرُ : أنّ الزكاة تجب فيها ، لأن العَلْفَ محرّم ، فلم يؤثر فى الزكاة ، كما لو غصب أثماناً ، فصاغها حُلياً لم تسقطُ الزكاة عنها بصياغته . قال أبو الحسن الآمدىّ : هذا هو الصحيح ، لأن العَلْف إنما أسقط الزكاة لما فيه من المؤنة ، وههنا لامؤنة عليه .

ولنا : أن السوم شرط لوجوب الزكاة ، ولم يوجد ، فلم تجب الزكاة ، كنقص النصاب والملك ، وقوله : إن العَلْف محرّم ، غير صحيح ، وإنما المحرّم الغَصْبُ ، وإنما العَلْف تصرُّفٌ منه فى ماله ، بإطعامها إياه . ولا تحريم فيه ، ولهذا لو علفها عند مالكها لم يَحرُم عليه . وماذكره الأمدىّ من خِفّة المؤنة غير صحيح ، فإنّ الخِفّة لاتُعتبر بنفسها ، وإنما تُعتبر بمظنّتها ، وهى السَّوْمُ . ثم يبطل ماذكراه بما

إذا كانت معلوفةً عندهما جميعاً ، ويبطـل ماذكره القاضي بمـا إذا علفها مالـكُها عَلَفاً محرّماً ، أو أتلف شاةً من النصاب ، فإنه محرم ، وتسقط به الزكاة . وأما إذاغصب ذهبًا فصاغه حُليًّا . فلا يشبه مااختلف فيه ، فإن العَلْف فات به شرطُ الوجوب ، والصياغة لم يفُت بها شيء ، وإنما اختُلف في كونها مُسْقِطةً بشرط كونها مُباحةً ، فإذا كانت محرمةً لم يوجد شرط الإسقاط ، ولأن المـالك لو علفها عَلَفاً محرّماً لسقطت الزكاة ، ولو صاغها صياغةً محـرمةً لم تسقُط ، فافترقا . ولو غصب حَلْياً مُباحاً فـكسّره ، أو ضربه دراهم ، أو دنانير ، وجبت فيه الزكاة . لأن المُسقط للزكاة زال ، فوجبت الزكاة . ويحتمـل أن لاتجب ، كما لو غصب معلوفة فأسامها ، ولو غصب عُروضاً فاتّجر فيها لم تجب فيها الزكاة ، لأن نيّة التجارة شرط ، ولم توجد من المالك ، وسواء كانت للتجارة عنـد مالـكها أو لم تـكن . لأن بقاء النيـة شرط ، ولم ينو التجارة بها عند الغاصب . ويحتمل أن تجب الزكاة إذا كانت للتجارة عند مالـكها ، واسـتدام النية . لأنها لم تخرج من ملـكه بغَصْبها . وإن نوى بها الغاصبُ القُنْيةَ ، وكلّ موضع أوجبنا الزكاة ، فعلى الغاصب ضمانُها ، لأنه نقصٌ حصل في يده ، فوجب عليه ضمانُه ، كتلفه .

١٩٤٣ فصـــل

إذا ضلّت واحدة من النصاب ، أو أكثر ، أو غُصبت ، فنقص النصاب ، فالحـكم فيه كما لو ضلّ جميعُه ، أو غُصِب لـكن إن قلنا بوجوب الزكاة فعليه الإخراجُ عن الموجود عنده ، وإذا رجع الضالّ أو المغصوبُ أخْرَجَ عنه ، كما لو رجع جميعُه .

١٩٤٤ فصـــل

وإن أُسِرَ المالكُ لم تسقُط عنه الزكاة ، سواء حِيلَ بينه وبين ماله ، أو لم يُحَل ، لأن تصرّفه في ماله نافذٌ يصحّ بَيْعُه ، وهِبَتُه ، وتوكيلُه فيه .

١٩٤٥ فصـــل

وإن ارتدّ قبل مُضِيّ الحول ، وحال الحولُ وهو مرتدّ . فلا زكاة عليه ، نصّ عليه . لأن الإسلام شرط لوجوب الزكاة ، فعدمُه في بعض الحول يُسقط الزكاة ، كالملك ، والنصاب . وإن رجع إلى الإسلام قبل مُضيّ الحول استأنفَ حولاً ، لمـا ذكرنا . قال أحمد : إذا أسـلم المرتدّ ، وقد حال على ماله الحولُ ، فإنّ المـال له ، ولا يزكّيه حتى يستأنف به الحولَ ، لأنه كان ممنوعاً منه . فأمّا إن ارتدّ بعـد الحول لم تسقُط الزكاة عنه . وبهـذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفـة : تسقُط ، لأنّ من شرطها النيـة ، فسقطت بالرِّدّة كالصلاة .

ولنـا : أنه حقّ مالٍ ، فلا يسقط بالرِّدّة كالدَّيْن ، وأما الصـلاة فلا تسقُط أيضاً ، لـكن لا يطالَبُ بفعلها ، لأنها لا تصحُّ منه ، ولا تدخُلها النيابة . فإذا عاد وجبت عليه والزكاة تدخُلها النيابة ، ولا تسقط بالردّة كالدَّيْن ، ويأخذها الأمامُ عن الممتنع ، وكذا ههنا يأخذها الإمامُ من ماله ، كما يأخذها من المُسلم الممتنع ، فإن أسلم بعـد أخذها ، لم يلزمه أداؤها ، لأنها سقطت عنه بأخذها ، كما تسقط بأخذها من المسلم الممتنع . ويحتمل أن تسقط ، لأن الزكاة عبادةٌ ، فلا تحصلُ من غير نيّـة . وأصل هذا مالو أخـذها من المسلم الممتنع ، وقد ذُكِر فى غير هذا . وإن أخذها غيرُ الإمام ، أو نائبه ، لم تسقُط عنه لأنه لا ولايةَ له عليه : فلا يقوم مقامه ، بخلاف نائب الإمام ، وإن أدّاها فى حال ردّته لم تُجْزِه ، لأنه كافر ، فلا تَصحّ منه كالصلاة .

١٩٤٦ « مسألة » قال ﴿ واللقطة إذا صارت بعـد الحول كسائر مال الملتقط استقبل بها حولا ، ثم زكّاها ، فإن جاء ربّها زكّاها للحول الذى كان الملتقط ممنوعاً منها ﴾ .

ظـاهر المذهب : أن اللُّقطة تملك بمضىّ حول التعريف ، واختار أبو الخطاب : أنه لا يملـكها حـتى يختـار . وهو مذهب الشافعىّ . ويذكر فى موضعه إن شاء الله تعـالى ، ومتى ملـكها استأنف حولاً ، فإذا مضى وجبت عليـه زكاتها . وحَـكَى القاضى فى موضع أنه إذا ملـكها وجب عليـه مثلُها إن كانت مِثْلية ، أو قيمتُها إن لم تـكن مِثْلِيةً ، وهـذا مذهب الشافعىّ ، ويُذكر فى موضعه إن شاء الله تعالى . ومقتضى هذا أن لا تجب عليه زكاتُها ، لأنه دين ، فمُنعَ الزكاةَ كسائر الدُّيُون . وقال ابن عقيل : يحتملُ أن لا تجب الزكاة فيها لمعنًى آخر ، وهو أن مِلـكه غيرُ مستقرّ عليها ، ولصاحبها أخذُها منه متى وجدها والمذهب ماذكره الخِرَقِىّ . وما ذكره القاضى : يفُضى إلى ثبوت مُعاوضة فى حقّ من لا ولاية عليه بغير فعله ، ولا اختياره ، ويقتضى ذلك أن يمنـع الدين الذى عليه الميراثُ والوصيَّة ، كسائر الديون ، والأمر بخلافه . وما ذكره ابن عقيل : يبطل بما وهبه الأب لولده ، وبنصْف الصداق ، فإنّ لها استرجاعه ، ولا يمنـع وجوب الزكاة ، فأما ربُّها إذا جاء فأخذها . فذكر الخِرَقِىّ : أنه يزكّيها للحول الذى كان المُلتقط ممنوعاً منها ، وهو حولُ التعريف . وقد ذكرنا فى الضّال روايتين ، وهذا من جُملته . وعلى مقتضى قول الخِرقىّ : أن الملتقط لو لم يملـكها مثـل من لم يُعرّفها فإنّه لا زكاة على مُلتقطها ، وإذا جاء ربّها زكّاهـا للزمان كلّه ، وإنمـا تجب عليه زكاتُها إذا كانت ماشية بشرط كونها سائمةً عنـد المُلتقط ، فإن علَفها فلا زكاة عليه ، على ماذكرنا فى المغصوب .

١٩٤٧ — « مسألة » قال ﴿ والمرأة إذا قبضت صداقها زكّته لما مضى ﴾ .

وجملة ذلك أن الصداق فى الذمّة دينٌ للمرأة ، حكمُه حكمُ الديون على مامضى ، إن كان على مَلِىءٍ به ، فالزكاة واجبةٌ فيه ، إذا قبضتْهُ أدّت لما مضى . وإن كان على مُعْسرٍ أو جاحدٍ ، فعلى الروايتين ، واختار

الخِرَقِيُّ وجوبَ الزكاة فيه ، ولا فرق بين ماقبل الدخول ، أو بعده لأنه دين فى الذِّمَّة ، فهو كثمن مَبيعها فإن سقط نصفُه بطلاقها قبل الدخول ، وأخذت النصفَ ، فعليها زكاةُ ماقبضَته ، دون مالم تقبضه . لأنه دين لم تَتَعَوَّض عنه ، ولم تَقبضْـهُ ، فأشـبه ماتعذَّر قبضُه ، لِفَلَسٍ ، أو جَحْـدٍ . وكذلك لو سقط كل الصداق قبل قبضه ، لانفساخ النـكاح بأمرٍ من جهتها ، فليس عليها زكاتُه لـما ذكرنا . وكذلك القولُ فى كلِّ دَيْنٍ يسقُط قبل قبضه ، من غير إسقاط صاحبه ، أو يئس صاحبُه من استيفائه . والمـالُ الضَّال : إذا يئس منه ، فلا زكاة على صاحبه ، فإن الزكاة مواساةٌ فلا تلزم المواساةُ إلا ممّا حصل له . وإن كان الصداق نصاباً ، فحال عليه الحول ، ثم سقط نصفُه وقَبَضَتْ النصفَ ، فعليها زكاةُ النصفِ المقبوض ، لأن الزكاة وجبت فيه ، ثم سقطت من نصفه ، لمعنًى اختصَّ به فاختصَّ السقوط به . وإن مضى عليه حَوْلٌ قبل قبضه ثم قبضته كلَّه زكَّته لذلك الحول . وإن مضت عليه أحوالٌ قبل قبضه ثم قبضتْهُ زكَّته لما مضى كلِّه ، ما لم ينقُص عن النصاب . وقال أبو حنيفة : لاتجب عليهـا الزكاةُ مالم تقبضه ، لأنّه بدلٌ عما ليس بمالٍ فلا تجبُ الزكاة فيه ، قبل قبضه ، كدَيْن الـكتابة .

ولنـا : أنه دين يستحق قبضه ، ويُجْـبَرُ المَدينُ على أدائه ، فوجبت فيـه الزكاةُ كثمن المبيع ، ويفارق دين الـكتابة ، فإنّه لايستحقّ قبضـه ، وللمـكاتب الامتنـاع من أدائه ، ولا يصحّ قياسهم عليه ، فإنّه عِوَض عن مال .

١٩٤٨ فصــــل

فإن قَبضتْ صداقها قبل الدخول ، ومضى عليه حولٌ فزكّته ، ثم طلقهـا الزوج قبل الدخول ، رجـع فيها بنصفه ، وكانت الزكاة من النصف الباقى لهـا . وقال الشافعىّ فى أحـد أقواله : يرجع الزوج بنصف الموجود ونصف قيمة المُخرَج . لأنه لوتَلِف الـكلُّ رجع عليها بنصف قيمته ، فكذلك إذا تَلِف البعضُ .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ٢٣٧ فنِصْفُ مَافرَضْتُمْ) ولأنه يُمـكنه الرجوعُ فى العين ، فلم يـكن له الرجوع إلى القيمة ، كما لو لم يتلَف منـه شىء ، ويخرج على هذا مالو تلف كلُّه ، فإنّه ما أمـكنه الرجوع فى العين ، وإن طلّقها بعد الحول قبل الإخراج لم يكن له الإخراج من النِّصاب . لأن حقّ الزوج تعلّق به على وجه الشركة ، والزكاة لم تتعلّق به على وجه الشركة ، لـكن تُخْرَجُ الزكاة من غيره ، أو يقْتَسِمَانه ثم تُخرج الزكاة من حِصَّتها ، فإن طلّقهـا قبل الحول ملك النصف مُشاعاً ، وكان حـكمُ ذلك كما لو باع نصفه قبل الحول مشاعاً ، وقد بَيّنا حكمه .

١٩٤٩ فصل

فإن كان الصداق دَيْناً ، فأبرأت الزوج منه بعد مُضِيّ الحول ، ففيه روايتان :

(إحداهما) عليها الزكاة ، لأنها تصرّفت فيه ، فأشبه مالو قبضته .

(والرواية الثانية) زكاته على الزوج . لأنه مَلَكَ ماملِكَ عليه ، فكأنّه لم يزُل مِلكه عنه . والأول : أصحّ ، وما ذكرنا لهذه الرواية لايصح ، لأن الزوج لم يملك شيئاً ، وإنّما سقط الدينُ عنه . ثم لو ملك في الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة مامضى ، ويحتمل أن لاتجب الزكاة على واحد منهما ، لما ذكرنا في الزوج ، والمرأة لم تقبض الدين ، فلم تلزمها زكاته ، كما لو سقط بغير إسقاطها . وهذا إذا كان الدين مما تجب فيه الزكاة إذا قبضه . فأمّا إن كان مما لازكاة فيه ، فلا زكاة عليها بحال ، وكل دين على إنسان أبرأه صاحبه منه بعد مُضيّ الحول عليه فحكمه حكم الصداق ، فيما[1] ذكرنا . قال أحمد : إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها ، وقد مضى له عشر سنين ، فإن زكاته على المرأة ، لأن المال كان لها . وإذا وهب رجل لرجل مالاً ، فحال الحول ، ثم ارتجعه الواهب ، فليس له أن يرتجعه . فإن ارتجعه فالزكاة على الذى كان عنده . وقال في رجل باع شريكهُ نصيبَه من داره فلم يُعطه شيئاً ، فلمّا كان بعد سنةٍ قال : ليس عندى دراهم ، فأقِلْني فأقاله ، قال : عليه أن يزكّي لأنَّه قد ملكه حولاً .

١٩٥٠ « مسألة » قال ﴿ والماشية إذا بيعت بالخيار فلم يُنْقَض الخيار حتى رُدّت استقبل بها البائع حولاً ، سواء كان الخيار للبائع ، أو للمشترى . لأنه تجديدُ مِلْك ﴾ .

ظاهر المذهب : أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك إلى المشترى عَقيبه ، ولا يقف على انقضاء الخيار ، سواء كان الخيار لهما ، أو لأحدهما . وعن أحمد : أنه لاينتقل حتى ينقضي الخيار ، وهو قول مالك . وقال أبو حنيفة : لاينتقل إن كان للبائع ، وإن كان للمشترى خرج عن البائع ، ولم يدخل في ملك المشترى . وعن الشافعي ثلاثةُ أقوال : قولان كالروايتين ، وقول ثالث : أنه مُرَاعًى ، فإن فسخاه تبيّنّا أنه لم ينتقل وإن أمضياه تبيّنا أنه انتقل .

ولنا : أنه بيع صحيح ، فنقل الملك عقيبه ، كما لو لم يُشترط الخيار . فإن كان المال زكائيًّا انقطع الحول ببيعه ، لزوال ملكه عنه ، فإن استردّه ، أو رُدّ عليه استأنف حولاً . لأنه مِلك متجدّد ، حدث بعد زواله ، فوجب أن يَستأنف له حولاً ، كما لو كان البيع مطلقاً من غير خيار . وهكذا الحكم لو فسخا البيع في مدّة المجلس بخياره ، لايمنع نقل الملك أيضاً ، فهو كخيار الشرط . ولو مضى الحول في مدّة الخيار ،

---

(١) في النسخة التي علقنا عليها «إذا ذكرنا» بدل فيما ذكرنا ، وهو تصحيف .

ثم فسخا البيع كانت زكاته على المشترى ، لأنه ملـكه . وإن قلنا بالرواية الأخرى لم ينقطع الحول ببيعه ، لأن ملك البائع لم يزل عنه ، ولو حال الحول عليـه فى مُدّة الخيار كانت زكاته على البائع ، فإن أخرجها من غيره فالبيعُ بحاله ، وإن أخرجها منه بطل البيع فى المُخرَج ، وهل يبطلُ فى الباقى ؟ على وجهين ، بنـاءً على تفريق الصفقة ، وإن لم يخرجها حتى سلّمه إلى المشترى ، وانقضت مدّة الخيار ، لزم البيعُ فيـه . وكان عليـه الإخراج من غيره ، كما لو باع ماوجبت الزكاة فيـه . ولو اشـترى عبـداً فهلّ هلالُ شوّال ففِطْرتُه على المشترى ، وإن كان فى مدة الخيار ، لأنه مِلْـكه . وعلى الرواية الأخرى : هى على البائع ، إن كان فى مدّة الخيار ، لأنه مِلْـكه ، ولأنه فى مدة الخيار .

باب صدقة الفطر

قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن صدقة الفطر فرض . وقال إسحاق : هو كالإجماع من أهل العلم ، وزعم ابنُ عبد البرّ : أن بعض المتأخرين من أصحاب مالك وداود يقولون : هى سُنَّة مؤكدة ، وسائرُ العلماء على أنها واجبة . لما رَوى ابنُ عمر « أنّ رَسُولَ الله صلّى الله عليه وسَلّم فَرَضَ زَكَاةَ الفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ عَلَى النَّاسِ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ، أَوْ صاعاً مِنْ أَقِطٍ[1] ، أَوْ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ عَلَى كُلِّ حُرٍّ ، وعَبْدٍ ، ذكرٍ ، وأُنثى مِنَ الْمُسْلِمِين » متفق عليه . وللبخاريّ ، والصغير ، والكبير ، من المسلمين . وعنه : « أنّ رَسُولَ الله صلّى اللهُ عَلَيهِ وسَلّم أمرَ بِزَكَاةِ الفِطْرِ أَنْ تُؤَدَّى قَبْلَ خُرُوجِ النَّاسِ إِلَى الصَّلاَةِ » وعن أبى سعيد الخُدْرىّ قال : « كُنَّا نُخرِجُ زَكَاةَ الفِطْرِ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ أَقِطٍ ، أو صَاعاً مِنْ زَبِيبٍ » متفق عليهما . قال سعيد ابن المسيّب ، وعمر بن عبد العزيز فى قوله تعالى (٨٧ : ١٤ قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى) هو زكاةُ الفطر ، وأضيفت هذه الزكاة إلى الفِطر ، لأنها تجب بالفطر منْ رمضان . وقال ابن قتيبة : وقيل لها : فِطْرَةٌ . لأن الفِطْرَةَ الخِلْقَةُ ، قال الله تعالى (٣٠ : ٣٠ فِطْرَةَ اللهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا) أى جِبِلّتَه التى جَبَلَ النَّاسَ عَلَيْهَا ، وهذه يُراد بها الصدقة عن البدن ، والنفس ، كما كانت الأولى صدقةً عن المال . وقال بعض أصحابنا : وهل تُسمَّى فرضاً مع القول بوجوبها ؟ على روايتين ؟ والصحيح : أنها فرض ، لقول ابن عمر : فَرَضَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم زَكَاةَ الفِطْرِ ، ولإجماع العلماء على أنّها فرض ، لأن الفرض إن كان الواجبَ ، فهى واجبة . وإن كان الواجبَ المتأكّد فهى متأكّدة ، مجمعٌ عليها .

١٩٥١ « مسألة » قال ﴿ وزكاة الفطر على كلّ حرّ ، وعبد ، ذكر ، وأنثى من المسلمين ﴾ .

وجملته : أن زكاة الفطر تجب على كلّ مسلم مع الصغير[2] والكبير ، والذكوريّة والأنوثيّة ، فى قول أهل العلم عامّة . وتجب على اليتيم ، ويُخرج عنه وليُّه ، من ماله ، لا نعلم أحداً خالف فى هذا إلاّ محمد بن الحسن ، قال : ليس فى مال الصغير من المسلمين صدقة . وقال الحسن ، والشعبىّ : صدقة الفطر على من صام من الأحرار ، وعلى الرقيق ، وعمومُ قوله : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر

---

(١) الأقط : اللبن الجامد . (٢) لعلها مع الصغر والكبر ، حتى يكون الأسلوب متناسقاً .

على كلّ حُرّ وعبـد ، والذكر والأنثى ، والصغـير والـكبير من المسلمين ، يقتضى وجوبَهـا على اليتيم ، ولأنه مُسلم فوجبت فطرتُه ، كما لو كان له أب .

١٩٥٢ فصـــل

ولا تجب على كافر ، حُرًّا كان أو عبداً ، ولا نعلم بينهم خلافاً فى الحر البالغ . وقال إمامُنا ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور : لا تجب على العبد أيضاً ، ولا على الصغير . ويُروى عن عمر بن العزيز ، وعطاء ، ومجاهد ، وسعيد بن جُبَيْر ، والنخَعِىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى : أن على السيد المسلم أن يُخرج الفطرة عن عبده الذِّمّى . وقال أبو حنيفة : يُخرج عن ابنه الصغير إذا ارتدّ .

ورُوى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « أَدُّوا عَنْ كُلِّ حُرٍّ وعَبْدٍ ، صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ ، يَهُودِىٍّ ، أَوْ نَصْرانِىّ ، أَوْ مَجُوسِىّ ، نصفَ صَاعٍ من بُرٍّ » ولأنّ كلّ زكاة وجبت بسبب عبده المُسلم ، وجبت بسبب عبده الـكافر ، كزكاة التجارة .

ولنـا : قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر « مِنَ الْمُسْلِمِينَ » . ورَوى أبو داود ، عن ابن عباس قال : « فَرَضَ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمَ زكاة الفطر طُهْرَةً لِلصَّائِمِ مِنَ اللَّغْوِ ، والرَّفَثِ ، وطُعْمَةً لِلْمَسَاكِينِ ، مَنْ أَدّاهَا قَبْلَ الصَّلَاةِ . فَهِىَ زَكَاةٌ مَقْبُولَةٌ ، وَمَنْ أَدّاهَا بَعْدَ الصَّلَاةِ . فَهِىَ صَدَقَةٌ مِنَ الصَّدَقَاتِ » إسناده حسن ، وحديثهم لا نعرفه ، ولم يذكره أصحاب الدواوين وجامعو السنن . وهذا قول ابن عباس يُخالفه ، وهو راوى حديثهم ، وزكاة التجارة تجب عن القيمة . ولذلك تجب فى سائر الحيوانات ، وسائر الأموال ، وهذه طُهرة للبدن . ولهـذا اختصّ بها الآدميّون ، بخلاف زكاة التجارة .

١٩٥٣ فصـــل

فإن كان لـكافر عبدٌ مسلم ، وهلّ هـلالُ شـوال ، وهو فى مِلـكه . فحُكى عن أحمد : أنّ على الـكافر إخراجَ صدقةِ الفطر عنه ، واختاره القاضى . وقال ابن عقيل : يحتمل أن لا تجب ، وهذا قول أكثرهم . قال ابن المنـذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العـلم أنْ لاَ صـدقة على الذمّى فى عبده المسلم ، لقوله عليه السلام : « مِنَ الْمُسْلِمِينَ » ولأنّه كافر ، فلا تجب عليه الفطرة ، كسائر الـكفار . لأن الفطرة زكاة تجب على الـكافر ، كزكاة المال . ولنا : أن العبد من أهل الطُّهرة ، فوجب أن تُؤَدَّى عنه الفِطرة ، كما لو كان سيّده مُسلماً . وقوله « مِنَ الْمُسلمينَ » يحتملُ أنْ يراد به المؤدَّى عنه ، بدليل أنه لو كان للمسلم عبدٌ كافر يجب فِطْرَتُه ، ولأنّه ذكر فى الحديث : « كُلَّ عَبْدٍ وصَغِيرٍ » وهذا يدلّ على أنه أراد المؤدَّى عنه ، لا المؤدِّى ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذا وجهان كالمذهبين .

١٩٥٤ « مسألة » قال ﴿ صاعاً بصاع النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وهو خمسة أرطال ، وثلث ﴾ .

وجملته : أن الواجب فى صدقة الفطر صاع ، عن كلّ إنسان لايُجزى أقلّ من ذلك ، من جميع أجناس المخرَج . وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وإسحاق . ورُوى ذلك عن أبى سعيد الْخُدْرِىّ ، والحسن وأبى العالية . ورُوى عن عثمان بن عَفّان ، وابن الزبير ، ومعاوية أنه يجزىء نصفُ صاع من البُرّ خاصّةً وهو مذهب سعيد بن المسيّبِ ، وعطاء ، وطاوس ، ومُجاهد ، وعمر بن عبد العزيز ، وعُروة بن الزبير ، وأبى سَلَمة بن عبدالرحمن ، وسعيد بن جُبَير ، وأصحاب الرأى . واختلفت الرواية عن علىّ ، وابن عباس والشعبىّ ، فروى صاع . وروى نصف صاع . وعن أبى حنيفة فى الزبيب روايتان :

(إحداهما) صاع ، والأخرى : نصفُ صاع . واحتجُّوا بما رَوى ثعلبة بن صُعَير عن أبيه ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « صَاعٌ مِنْ قَمْحٍ بَيْنَ كلِّ اثْنَيْنِ » رواه أبو داود .

وعن عمرو بنِ شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه : « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم بَعَثَ مُنادِياً فى فِجَاجِ مَكَّةَ : أَلاَ إِنَّ صَدَقَةَ الفِطْرِ وَاجِبَةٌ عَلَى كلِّ مُسْلِمٍ ، ذَكَرٍ ، أَوْ أُنثَى ، حُرٍّ أَوْعَبْدٍ ، صَغِيرٍ أو كبيرٍ ، مُدَّانِ مِنْ قمحٍ ، أَوْ سِوَاهَا صَاعاً مِنْ طَعَامٍ » . قال الترمذىّ : هذا حديث صحيح حسن غريب . وقال سعيد : حدّثنا هُشَيم ، عن عبد الخالق ، الشيبانىّ : قال : سمعتُ سعيدَ بنَ المُسيَّب يقول : كانت الصدقةُ تُدفَعُ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبى بكر ، نصفَ صاع بُرّ . وقال هُشَيم : أخبرنى سُفيان بن حُسين ، عن الزهرىّ ، عن سعيد بن المسيَّب قال : خطب رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ، ثم ذكر صدَقةَ الفِطْرِ وحَضّ عَلَيهَا . وقال : « نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعٌ من تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ ، عن كلّ حُرٍّ وَعَبْدٍ ، ذَكَرٍ ، وأُنثَى » .

ولنا : ماروى أبو سعيد الْخُدْرِىّ . قال : كنّا نُخرج زكاة الفطر إذ كان فينا رسول الله ﷺ صاعاً مِنْ طَعَامٍ ، أو صاعاً من شَعِيرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ، أو صاعاً من زَبيب ، أو صاعاً من أَقِطٍ ، فلم نَزَلْ نُخْرِجُهُ حَتَّى قَدِمَ مُعَاوِيَةُ المَدِينةَ ، فتَكلَّم ، فكَانَ مِمَّا كلّم الناسَ: إنى لأَرَى مُدَّيْنِ مِنْ سَمْراء الشَّامِ تَعْدِلُ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ، فأخذ الناس بذلك . قال أبو سعيد : فلا أزال أُخرجه كما كنت أخرجه . ورَوى ابنُ عمر : « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم فرَضَ صَدَقَةَ الفِطْرِ صاعاً مِنْ تَمْرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ ، فعدَلَ الناسُ إلى نِصْفِ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » متفق عليهما ، ولأنه جنس يُخرج فى صدقة الفطر ، فكان قدرُه صاعاً كسائر الأجناس . وأحاديثهم لاتثبت عن النبىّ صلى الله عليه وسلم . قال ابن المنذر ، وحديث ثعلبة تفرّد به النعمان بن راشد . قال البخارىّ : هُوَ يَهِمُ [1] كثيراً ، وهو صدوق فى الأصل . وقال مهنا :

(١) يهم : يذهب وهمه إلى الشىء ، ويخيل إليه غير الواقع فيحكيه .

ذكرت لأحمد حديث ثعلبة بن أبى صُعَيْر فى صَدَقَةِ الفِطْرِ : نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ . فقال : ليس بصحيح ، إنّمَا هو مُرْسل ، يرويه مَعْمَرُ بن جُرَيج ، عن الزهرىّ مرسلاً . قلت : مِنْ قِبَلِ مَنْ هَذَا ؟ قال : من قِبَلِ النُّعمان بن راشد ، ليس هو بقوىّ فى الحديث ، وضعف حديث ابن أبى صُعَير ، وسألته عن ابن أبى صُعَير ، أمعروفٌ هو ؟ قال : من يعرف ابن أبى صعير ؟ ليس هو معروف ، وذكر أحمد ، وعلىّ بن المَدِينىّ ابن أبى صُعَير فضعفًا جَميعاً . وقال ابن عبد البرّ : ليس دون الزهرىّ من يقوم به حُجّة . ورواه أبو إسحاق الجُوْزَجانىّ : حدثنا سليمانُ بن حرب ، حدثنا حمّاد بن زيد ، عن النعمان ، عن الزهرىّ ، عن ثعلبة ، عن أبيه . قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَدُّوا صَدَقَةَ الفِطْرِ صَاعاً مِنْ قَمْحٍ — أو قال — بُرّ ، عن كلّ إنسان صَغِير ، أَوْ كَبِير » وهذا حُجّة لنا ، وإسناده حسن . قال الجوزَجانىّ ، والنصفُ صاعٍ ذِكْرُهُ عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم وروايتُه ليس تثبتُ ، ولأن فيما ذكرناه احتياطاً للفرض ، ومعاضَدَةً للقياس .

١٩٥٥ فصـــل

وقد دللنا على أن الصاع خمسةُ أرطال ، وثلث بالعراقىّ ، فيما مضى ، والأصل فيه : الكيلُ ، وإنما قدّره العلماء بالوزن ليُحفظ ، ويُنقل . وقد روى جماعة عن أحمد : أنّه قال : الصاعُ وزنْتُه فوجدته خمسةَ أرطال وثُلثاً حِنْطَةً . وقال حنبل : قال أحمد : أخذتُ الصاعَ من أبى النَّضْر . وقال أبو النضر : أخذتهُ عن ابن أبى ذُؤَيْب ، وقال : هذا صاع النبىِّ صَلَّى اللهُ عليه وسَلَّم الذى يُعرف بالمدينة . قال أبو عبد الله : فأخذنا العَدَس فعيّرنا به[1] ، وهو أصلح ماوقفنا عليه يُكَالُ به . لأنه لا يتجافى عن موضعه ، فكلنْا به ثم وزنّاه فإذا هو خمسة أرطال ، وثلث . وقال : هذا أصلح ماوقفنا عليه ، وماتبيّن لنا من صاع النبىِّ صلى الله عليه وسلم ، وإذا كان الصاع خمسةَ أرطالٍ وثلثاً من البُرِّ والعدَس ، وهما من أثقل الحبوب ، فما عداهما من أجناس الفطرة أخفُّ منهما ، فإذا أخرج منهما خمسة أرطال وثلثاً فهى أكثر من صاع . وقال محمد بن الحسن : إن أخرج خمسةَ أرطال ، وثلثاً بُرًّا لم يُجْزِه . لأنَّ البُرّ يختلف ، فيكون فيه الثقيل ، والخفيف . وقال الطحاوىّ : يُخرج خمسة أرطال ممّا سواه كيله ، ووزنه ، وهو الزبيب ، والماش[2] . ومُقتضى كلامه : أنّه إذا أخرج ثمانيةَ أرطال مِمّا هو أثقل منها لم يُجزئه ، حتى يزيد شيئاً ، يعلم أنّه قد بلغ صاعاً ، والأولى لمن أخرج من الثقيل بالوزن أن يحتاط فيزيد شيئاً يعلم أنه لمن أخرج صاعاً بالرطل الدمشقىّ الذى هو ستمائة درهم ، مدٌّ وسبع ، والسبع أوقية ، وخمسة أسباع أوقيّة . وقدر ذلك بالدراهم ستمائة درهم ، ويُجزىء إخراج رطل بالدمشقىّ من جميع الأجناس . لأنه أكبر من الصاع ، وقد

(١) عيرنا به : قدرنا به . (٢) الماش : نوع من الحبوب يشبه العدس .

رأيت مُدًّا ذكر لنا أنه مُدُّ النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فقُدِّرَ المدُّ الدمشقيُّ به فكان المُدّ الدمشقيّ قريباً من خمسة أمداد

١٩٥٦ « مسألة » قال ﴿ من كل حبة ، وثمرة تقتات ﴾ .

يعنى عند عدم الأجناس المنصوص عليها يُجزئه كلُّ مقتاتٍ من الحبوب ، والثمار . وظاهر هذا : أنه لايجزئه المقتات من غيرها كاللحم واللبن . وقال أبو بكر : يُعطى ماقام مقام الأجناس المنصوص عليها عند عدمها . وقال ابن حامد : يُجزئه عند عدمها الإخراج مما يقتاته ، كالذرة ، والدُّخن ، ولحوم الحيتان ، والأنعام ، ولا يُرَدُّون إلى أقرب قُوت الأمصار .

١٩٥٧ « مسألة » قال ﴿ وإن أعطى أهل البادية الأقِط صاعاً أجزأه إذا كان قوتهم ﴾ .

أكثر أهل العلم يوجبون صدقة الفطر على أهل البادية ، رُوى ذلك عن ابن الزبير . وبه قال سعيد ابن المسيّب ، والحسن ، ومالك ، والشافعيّ ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وقال عطاء . والزهريّ ، وربيعة : لاصدقةَ عليهم .

ولنا : عموم الحديث ، ولأنها زكاة ، فوجبت عليه كزكاة المال ، ولأنهم مسلمون ، فيجب عليهم صدقة الفطر ، كغيرهم . إذا ثبت هذا : فإنه يُجزىء أهل البادية إخراجُ الأقط ، إذا كان قُوتَهم ، وكذلك من لم يجد من الأصناف المنصوص عليها سواه ، فأما من وجد سواه فهل يجزىء ؟ على روايتين :

(إحداهما) يجزئه أيضاً ، لحديث أبى سعيد الذى ذكرناه ، وفى بعض ألفاظه قال : « فَرَضَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم صَدَقَةَ الفِطْرِ صَاعاً مِنْ طَعَامٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ أَقِطٍ » أخرجه النّسائىّ .

(والثانية) لايجزئه . لأنّه جنس لاتجب الزكاة فيه ، فلا يجزىء إخراجه لمن يقدر على غيره من الأجناس المنصوص عليها كاللحم ، ويُحمل الحديث على من هو قوت له ، أو لم يقدر على غيره . فإن قدر على غيره مع كونه قُوتاً له ، فظاهر كلام الخِرَقِىّ : جوازُ إخراجه ، وإن قدر على غيره سواء كان من أهل البادية أولم يكن . لأن الحديث لم يفرق . وقول أبى سعيد : كنّا نُخرج صاعاً من أقط وهم من أهل الأمصار ، وإنما خَصّ أهلَ البادية بالذكر . لأن الغالب أنه لايقتاته غيرُهم . وقال أبو الخطّاب : لايُجزىء إخراج الأقط مع القدرة على ماسواه فى إحدى الروايتين ، وظاهر الحديث يدلّ على خلافه . وذكر القاضى أنه إذا عدم الأقط ، وقلنا : له إخراجه جاز إخراجُ اللَّبَن . لأنّهُ أكملُ من الأقِط ، لأنه يجىء منه الأقط ، وغيره . وحكاه أبو ثور عن الشافعىّ . وقال الحسن : إن لم يكن برّ ، ولا شعير ، أخرج صاعاً من لبن ،

وظاهرُ قول الخِرَقِيّ : يقتضى أنه لايُجزىء اللبنُ بحال ، لقوله : من كل حَبَّةٍ أو ثَمَرَةٍ تُقْتَاتُ . وقد حملنا ذلك على حالة العدم ، ولا يصح ماذكروه . لأنه لو كان أكمل من الأقط لجاز إخراجه مع وجوده . ولأن الأقط أكملُ من اللبن من وَجْهٍ . لأنه بلغ حالة الادّخار ، وهو جامد بخلاف اللبن ، لـكن يكون حكم اللبن حكمَ اللحم ، يجزىء إخراجه عند عدم الأصناف المنصوص عليها ، على قول ابن حامد ، ومن وافقه وكذلك الْجُبْنُ وما أشبهه .

١٩٥٨ « مسألة » قال ﴿ واختيار أبى عبد الله إخراج التمر ﴾ .

وبهذا قال مالك ، قال ابن المنذر : واستحبّ مالك إخراج العَجْوةِ منه ، واختار الشافعيّ ، وأبو عُبَيد : إخراج البُرّ . وقال بعض أصحاب الشـافعىّ : يحتمل أن يكون الشافعيّ قال ذلك . لأن البرّ كان أغـلى فى وقته ، ومكانه . لأن المستحبّ أن يُخرج أغلاها ثمنـاً ، وأنفسَها ، لقول النبيّ صـلى الله عليه وسلم ؛ وقد سئل عن أفضل الرقاب ، فقال : « أَغْلاَهَا ثَمَناً ، وَأَنْفَسَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا » وإنما اختار أحمـدُ إخراج التمر اقتداء بأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واتّباعاً له .

وروى بإسناده عن أبى مِجْلَز ، قال : قلتُ لابن عمر : إنّ رَسُولَ اللهِ صـلّى اللهُ عَلَيْهِ وسـلم قال : « إنَّ اللهَ قَدْ أَوْسَعَ وَالْبُرُّ أَفْضَلُ مِنَ التَّمْرِ » قال : إن أصحابى سلـكُوا طريقاً ، وأنا أحبّ أن أسلـكه . وظاهر هـذا أن جماعةً من الصحابة كانوا يُخرجون التمر ، فأحبّ ابن عمر موافقتهم ، وسلوك طريقتهم ، وأَحَبّ أحمدُ أيضاً الاقتداء بهم ، واتباعهم .

وروى البخاريّ عن ابن عمر : أنه قال : « فَرَضَ رَسُولُ اللهِ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَدَقَةَ الفِطْرِ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ » ، فعـدل الناس به نصف صـاع[1] من بُرّ . وكان ابن عمرَ يخرج التمر ، فأعوز أهل المدينة من التمر ، فأعطى شعيراً ، ولأن التمر فيه قوة ، وحلاوة ، وهو أقرب تناولاً ، وأقلُّ كُلفةً ، فـكان أولى .

١٩٥٩ فصـــــل

والأفضل بعد التمر البُرّ . وقال بعض أصحابنـا : الأفضلُ بعـده الزبيب ، لأنه أقرب تناولاً ، وأقلّ كُلفةً فأشبه التمر . ولنا أن البُرّ أنفـعُ فى الاقتيات ، وأبلغ فى دفع حاجة الفقـير ، وكذلك قال أبو مجلز لابن عمر : البر أفضـل من التمر ، يعنى أنفـع وأكثر قيمة ولم ينـكره ابن عمر ، وإنما عدل عنـه اتّباعاً لأصحابه ، وسلوكاً لطريقتهم ، ولهذا عـدل نصف صاع منه بصاع من غـيره . وقال معاوية : إنى لأرى مُدَّيْنِ مِنْ سمراء الشام ، يَعْدِلُ صاعاً من التمر ، فأخذ الناسُ به . وتفضيلُ التمر إنّما كان لاتباع الصحابة ،

(١) فى نسخ هذا الـكتاب المطبوعة (فعدل الناس به صاعاً) والصحيح ما أثبتناه هنا .

ففيما عداه يبقى على مقتضى الدليل فى تفضيل البُرّ ، ويحتملُ أن يكون الأفضل بعد التمر ما كان أعلى قيمةً ، وأكثر نفعاً .

١٩٦٠ — « مسألة » قال ﴿ ومن قدر على التمر ، أو الزبيب ، أو البرّ ، أو الشعير ، أو الأقط فأخرج غيره لم يجزه ﴾ .

ظاهر المذهب : أنه لايجوز له العدول عن هذه الأصناف مع القدرة عليها سواء كان المعدول إليه قوتَ بلده ، أو لم يكن . وقال أبوبكر : يتوجّه قولٌ آخر : أنه يُعطى ماقام مقام الخمسة على ظاهر الحديث ، صاعاً من طعام ، والطعامُ قد يكون البر ، والشعير ، وما دخل فى الكيل . قال : وكلا القولين : محتمل ، وأقيسُهما أنّه لايجوز غيرُ الخمسة ، إلاّ أن يَعْدَمَها ، فيُعطِى ما قام مَقامها . وقال مالك : يُخرج من غالب قوت البلد . وقال الشافعىّ : أىّ قوت كان الأغلب على الرجل أدّى الرجل زكاةَ الفِطرِ منه . واختلف أصحابه : فنهم من قال بقول مالك ، ومنهم من قال : الاعتبار بغالب قوت المُخْرِج ، ثم إن عدل عن الواجب إلى أعلى منه جاز ، وإن عدل إلى دونه ففيه قولان :

(أحدهما) يجوز . لقوله عليه السلام : « أغْنُوهُمْ عَنِ الطَّلَبِ » والغِنَى يحصلُ بالقوت .

(والثانى) لايجوز . لأنه عدل عن الواجب إلى أدنى منه ، فلم يجزئه ، كما لو عدل عن الواجب فى زكاة المال إلى أدنى منه .

ولنا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم فرض صدقةَ الفطر أجناساً معدودةً ، فلم يجز العدول عنها ، كما لو أخرج القيمة . وذلك ، لأن ذكر الأجناس بعد ذكره الفرض تفسيرٌ للمفروض ، فما أضيف إلى المفسرّ يتعلق بالتفسير ، فتكون هذه الأجناس مفروضةً ، فيتعيّن الإخراج منها . ولأنه إذا أخرج غيرها عدل عن المنصوص . عليه ، فلم يُجْز ، كإخراج القيمة ، وكما لو أخرج عن زكاة المال من غير جنسه ، والإغناء يحصُلُ بالإخراج من المنصوص عليه ، فلا منافاة بين الخبرين ، لكونهما جميعاً يدلاّن على وجوب الإغناء ، بأداء أحد الأجناس المفروضة .

١٩٦١ فصل

والسُّلْتُ نوع من الشعير ، فيجوز إخراجه لدخوله فى المنصوص عليه ، وقد صرّح بذكره فى بعض ألفاظ حديث ابن عمر ، قال « كَانَ النَّاسُ يُخْرِجُونَ صَدَقَةَ الفِطْرِ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَاعاً مَنْ شَعِيرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ أَقِطٍ ، أو صاعاً مِنْ سُلْتٍ » . وعن أبى سعيد قال : « لَمْ نُخْرِجْ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلاّصَاعاً مِنَ تَمْرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ زَبِيبٍ ،

أو صَاعاً مِنْ دَقِيقٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ أَقِطٍ ، أَوْ صَاعاً مِنْ سُلْتٍ ، قال : ثم شكّ فيه سُفيانُ بعدُ ، فقال : دقيق ، أو سُلْت » . رواهما النسائيّ .

١٩٦٢ فصـــل

ويجوز إخراج الدقيق ، نصّ عليه أحمد ، وكذلك السَّويق[1] . وقال أحمد : وقد روى عن ابن سيرين : سويق ، أو دقيق . وقال مالك ، والشافعيّ : لا يُجزى ، إخراجهما ، لحديث ابن عمر ، ولأن منافعه نَقَصَتْ ، فهو كالخُبز .

ولنا : حديث أبي سعيد ، وقوله فيه : أَوْ صَاعاً مِنْ دَقِيقٍ ، ولأنّ الدقيق والسويق أجزاء الحَبّ بحتاً ، يمكن كَيله ، وادّخاره ، فجاز إخراجه ، كما قَبْل الطّحن ، وذلك لأن الطحن إنما فرّق أجزاءه ، وكفى الفقير مؤنته ، فأشبه مالو نَزَعَ نوى التمر ثم أخرجه . ويفارق الخبز ، والهريسة[2] ، والكبولى[3] ، لأن مع أجزاء الحبّ فيها من غيره ، وقد خرج عن حال الادخار ، والكيل ، والمأمور به صاع ، وهو مكيل . وحديث ابن عمر لم يقتض ماذكروه ، ولم يعملوا به .

١٩٦٣ فصـــل

ولا يجوز إخراج الخُبز . لأنه خرج عن الكيل ، والادخار ولا الهريسة ، والكبولاء ، وأشباههما ، لذلك ، ولا الخلّ ، ولا الدِّبْس[4] ، لأنهما ليسا قُوتاً ، ولا يجوز أن يُخرج حبًّا مَعيباً كالمُسَوّس ، والمبلول ، ولا قديماً تغيّر طعمُه ، لقول الله تعالى (٢ : ٢٦٧ ، وَلاَ تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ) فإن كان القديم لم يتغيّر طعمُه إلاّ أن الحديث أكثرُ قيمةً منه جاز إخراجُه لعدم العَيْب فيه ، والأفضلُ إخراج الأجود . قال أحمد : كان ابن سيرين يُحبّ أن ينقى الطعام وهو أحب إلىّ ، ليكون على الكمال ، ويَسلم مما يخالطه من غيره ، فإن كان المخالط له يأخذ حظًّا من المكيال ، وكان كثيراً بحيث يُعدّ عيباً فيه لم يُجزئه ، وإن لم يكثر جاز إخراجه ، إذا زاد على الصاع قدراً يزيدُ على مافيه من غيره ، حتى يكون المخرَج صاعاً كاملاً .

١٩٦٤ فصـــل

ومن أيّ الأصناف المنصوص عليها أَخْرَج جاز ، وإن لم يكن قوتاً له . وقال مالك : يُخرج من غالب قوت البلد . وذكرنا قول الشافعيّ .

---

(١) السويق دقيق معجون بسمن أو بزيت أو نحوهما .

(٢) الهريسة : الحب المجروش (٣) الكبولى ، والكبولاء : العصيدة .

(٤) الدبس : بكسر الدال وسكون الباء وكسرها : عسل التمر وعسل النحل .

ولنا أن خبَر الصدقة ورد بحرف التخيير بين هذه الأصناف ، فوجب التخييرُ فيه ، ولأنه عـدل إلى منصوص عليه ، فجـاز ، كما لو عـدل إلى الأعلى ، والغِنَى يحصُلُ بدَفْع قوت من الأجناس ، ويدل على ماذكرنا أنه خيّر بين التمر ، والزبيب ، والأَقِط ، ولم يـكن الزبيب ، والأقط قوتاً لأهل المدينة ، فدلّ على أنه لايُعتبر أن يـكون قوتاً للمُخرِج .

١٩٦٥ « مسألة » قال ﴿ ومن أعطى القيمة لم تجزئه ﴾ .

قال أبو داود : قيل لأحمد وأنا أسمع: أُعْطِي دراهم ـ يعنى فى صدقة الفطر ـ قال : أخافُ أن لايُجزئه ، خلافُ سُنّة رسول الله صـلى الله عليه وسلم . وقال أبو طالب : قال لى أحمـد : لايُعطى قيمَته ، قيل له : قوم يقولون : عمر بن عبد العزيز كان يأخـذُ القيمة ، قال : يدعون قولَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويقولون : قال فلان ؟ قال ابن عمر : « فَرَضَ رَسُولُ اللهِ صَـلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ » وقال الله تعالى : (٤ : ٥٩ أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُـولَ) وقال : قوم يردُّون السنن ، قال فلان ، قال فلان ، وظاهر مذهبه : أنه لايجزئه إخراج القيمة فى شىء من الزّكوات ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وقال الثورىّ وأبو حنيفة : يجـوز ، وقد رُوى ذلك عن عمر بن عبـد العزيز ، والحسن . وقد رُوى عن أحمـد مثلُ قولهم فيما عدا الفِطْرَة . وقال أبو داود : سُئِل أحمدُ عن رجل باع ثمرةَ نخله ؟ قال : عُشره على الذى باعه ، قيـل له : فيُخرج ثمراً أو ثمنَه ؟ قال : إن شاء أخرج ثمراً ، وإن شاء أخرج من الثمن . وهـذا دليل على جواز إخراج القِيَم ، ووجهه : قول مُعاذ لأهل اليمن: « ائْتُونِى بِخَمِيسٍ[1] ، أَوْ لَبِيس آخُذُهُ مِنْـكُمْ ، فَإِنَّهُ أَيْسَرُ عَلَيْكُمْ وَأَنْفَعُ لِلْمُهَاجِرِينَ بِالْمَدِينَةِ » وقال سعيد : حـدثنا سُفيان عن عمرو ، عن طاوس ، قال : « لَمَّا قَدِمَ مُعَاذٌ الْيَمَنَ قال : ائْتُونِى بِعَرْضٍ ثِيَابٍ آخُـذُهُ مِنْـكُمْ مَـكَانَ الذُّرَةِ وَالشَّعِيرِ . فإِنَّهُ أَهْوَنُ عَلَيْـكُمْ وخَـيْرٌ لِلْمُهَاجِرِينَ بِالْمَدِينَةِ » قال : وحدّثنا جَرِير ، عن لَيْث ، عن عطاء ، قال : « كَانَ عُمَرُ بنُ الْخَطَّابِ يَأْخُـذُ الْعُرُوضَ فى الصَّدَقَةِ[2] مِنَ الدَّرَاهِمِ » ولأنّ المقصود دَفْعُ الحـاجة ، ولا يختلف ذلك بعد اتحاد قدر الماليّة ، باختلاف صور الأموال .

ولنـا : قول ابن عمر : « فَرَضَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم صَدَقَةَ الفِطْرِ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ ، وَصَاعاً مِنْ شَعِيرٍ » فإذا عدل عن ذلك فقـد ترك المفروض . وقال النبىُّ صلى الله عليـه وسلم « فِى أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ ، وَفِى مائَتَىْ دِرْهَمٍ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ » وهو وارد بياناً لمُجْملِ قوله تعالى : (وَآتُوا الزَّكَاةَ) فتـكون

(١) الخميس : ثوب طوله خمس أذرع ، ويقـال فيـه أيضاً ثوب مخموس . واللبيس ، واللبوس ، واللبس : بكسر اللام وسكون البـاء واللباس مايلبس ، يريد معاذ رضى الله عنـه : أعطونى ثياباً تلبس بدل الواجب عليكم من الزروع .

(٢) من الدراهم : أى بدل الدراهم ، فمعنى من هنا العوض .

الشاة المذكورة هى الزكاةَ المأمورَ بها ، والأمر يقتضى الوجوب ، ولأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم فرض الصدقةَ على هـذا الوجه ، وأمر بهـا أن تؤدَّى . فى كتاب أبى بكر الذى كتبه فى الصدقات أنه قال : «هَذِهِ الصَّدَقَةُ الَّتِى فَرَضَها رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم . وَأَمَرَ بِهَا أن تُؤَدَّى » وكان فيـه « فى خَمْسٍ وَعِشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ بِنْتُ مَخَاضٍ ، فإِنْ لَمْ تَـكُنْ بِنْتُ مَخَاضٍ فابْنُ لَبُونٍ ذَ كَرٌ » وهذا يدلُّ على أنه أراد عينها ، لتسميته إيّاها ، وقولِه : « فإِنْ لَمْ تَـكُنْ بِنْتُ مَخَاضٍ فابْنُ لَبُونٍ ذَ كَرٌ » ولو أراد الماليَّة ، أو القيمة لم يَجُز . لأنَّ خمساً وعشرين لاتخلو عن مالية بنتِ مخاضٍ ، وكذلك قوله : « فابْنُ لَبُونٍ ذَ كَرٌ » فإنَّه لو أراد الماليـة للزمه ماليةُ بنتِ مخاضٍ دونَ مالية ابن لَبُونٍ . وقد روى أبو داود ، وابن ماجه بإسنادهما ، عن مُعاذ « أنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم بَعَثَهُ إِلَى اليَمَنِ ، فقال : خُذْ الْحَبَّ مِنَ الْحَبِّ ، وَالشَّاةَ مِنَ الْغَنَمِ ، والبَعِيرَ مِنَ الإِبِلِ ، والبَقَرَةَ مِنَ البَقَرِ » ولأنَّ الزكاة وجبت لدفـع حاجـة الفقير ، وشكراً لنعمة المال ، والحَاجات متنوّعة ، فينبغى أن يتنوّع الواجبُ ليصل إلى الفقير من كلّ نوع ماتندفعُ به حاجتُه ، ويحصل شكر النعمة بالمواساة من جنس ماأنعم الله عليه به ، ولأن مُخرِج القيمة قد عَدَلَ عن المنصوص فلم يُجزئه ، كما لو أخرج الردىء مكان الجيّد . وحديث مُعاذ الذى رووه فى ـ الجزية ـ بدليل أنَّ النبىَّ صلى الله عليـه وسلم أمره بتفريق الصَّدَقَةِ فى فُقَرائِهِمْ ، ولم يأمره بحملها إلى المدينـة ، وفى حديثه هذا « فَإِنَّهُ أَنْفَعُ لِلْمُهَاجِرِينَ بِالْمَدِينَةِ » .

١٩٦٦ « مسألة » قال ﴿ ويخرجها إذا خرج إلى المُصلَّى ﴾ .

المستحبُّ : إخراج صدقة الفطر يوم الفطر قبل الصلاة . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَمَرَ بِهَا أَنْ تُؤَدَّى قَبْلَ خُرُوجِ النَّاسِ إِلَى الصَّلَاةِ » فى حديث ابن عمر ، وفى حـديث ابن عباس « مَنْ أَدَّاهَا قَبْلَ الصَّلَاةِ فَهِىَ زَكَاةٌ مَقْبُولَةٌ ، وَمَنْ أَدَّاهَا بَعْدَ الصَّلَاةِ فَهِىَ صَـدَقَةٌ مِنَ الصَّـدَقَاتِ » فإن أخّرها عن الصلاة ترك الأفضل ، لما ذكرنا من السنة . ولأن المقصود منهـا الإغناء عن الطواف ، والطلب فى هـذا اليوم ، فمتى أخّرها لم يحصُل إغناؤهم فى جميعه ، لا سيّما فى وقت الصلاة ، ومال إلى هذا القول : عطاء ، ومالك ، وموسى بن وَرْدان ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال القـاضى . إذا أخرجها فى بقيـة اليوم لم يكن مكروهاً لحصول الغَنَاء بها فى اليوم . قال سعيد : حدثنـا أبو معشر ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : « أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ أَنْ يُخْرِجَ ـ وذكر الحديث ـ قال : فـكان يُؤْمَرُ أن يُخْرِجَ قَبْلَ أَنْ يُصَلِّىَ ، فإذا انْصَرَفَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قسّمه بينهم ، وقال : أَغْنُوهُمْ عَنِ الطَّلَبِ فِى هَذَا الْيَوْمِ » وقد ذكرنا من الخبر ، والمعنى مايقتضى الـكراهة ، فإن أخّرها عن يوم العيد

أَثِمَ ، ولزمه القضاء . وحُكي عن ابن سيرين ، والنخَعِيّ : الرُّخْصَةُ في تأخيرها عن يوم العيد . ورَوى محمد بن يحيي الكحّال ، قال : قلتُ لأبي عبد الله : فإن أخرج الزكاة ولم يُعْطِها[1] . قال : نعم ، إذا أعدّها لقوم ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، واتباع السنّة أولى .

١٩٦٧ فصــل

فأما وقت الوجوب فهو وقت غروب الشمس من آخر يوم من رمضان ، فإنّها تجب بغروب الشمس من آخر شهر رمضان . فمن تزوّج ، أو ملك عبداً ، أو وُلد له ولدٌ ، أو أسلم قبل غروب الشمس . فعليه الفِطْرةُ ، وإن كان بعد الغروب لم تلزمه ، ولو كان حين الوجوب مُعسراً ، ثم أيسر في ليلته تلك ، أو في يومه لم يجب عليه شيء ، ولو كان في وقت الوجوب موسراً ، ثم أعسر لم تسقط عنه ، اعتباراً بحالة الوجوب ، ومن مات بعد غروب الشمس ليلة الفِطْر فعليه صدقةُ الفطر ، نصّ عليه أحمد . وبما ذكرنا في وقت الوجوب قال الثوريّ ، وإسحاق ، ومالك في إحدى الروايتين عنه ، والشافعيّ في أحد قوليه . وقال الليث ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي : تجب بطلوع الفجر يوم العيد ، وهو رواية عن مالك ، لأنها قُرْبَةٌ تتعلّق بالعيد ، فلم يتقدّم وجوبُها يومَ العيد . وهو رواية عن مالك ، كالأضحية .

ولنا : قول ابنِ عباس « إنّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم فَرَض زَكَاةَ الفِطْر طُهْرَةً لِلصَّائِم مِنَ اللَّغْوِ والرَّفَثِ » ولأنها تُضاف إلى الفطر ، فكانت واجبةً به ، كزكاة المال ، وذلك لأن الإضافة دليل الاختصاص . والسبب أخصّ بحكمه من غيره ، والأضحية لا تعلّق لها بطلوع الفجر ، ولا هي واجبة ، ولا تُشبه ما نحن فيه . فعلى هذا إذا غربت الشمس ، والعبد المبيع في مُدّة الخيار ، أو وُهِب له عبد ، فقبله ، ولم يقبضْه ، أو اشتراه ولم يقبضْه ، فالفطرةُ على المشترى ، والمتّهَب . لأن الملك له ، والفطرة على المالك ، ولو أوصى له بعبد ، ومات الموصِي قبل غروب الشمس ، فلم يقبل الموصَى له حتى غابت ، فالفطرة عليه في أحد الوجهين ، والآخرُ : على ورثة المُوصِي بناء على الوجهين في الموصى به ، هل ينتقل بالموت ، أو من حين القبول ؟ ولو مات ، فإن كان موته بعد هلال شوّال ، ففطرةُ العبد في تركته . لأن الوَرَثة إنما قبلوه له ، وإن كان موتُه قبل هلال شوّال ففطرته على الورثة ، ولو أوصى لرجل برقَبةِ عبدٍ ولآخرَ بمنفعته ، فقبلا ، كانت الفطرةُ على مالك الرقبة . لأن الفطرةَ تجب بالرقبة ، لا بالمنفعة ، ولهذا تجب على من لا نفع فيه . ويحتمل أن يكون حكمها حكم نفقته . وفيها ثلاثةُ أوجه : أحدها : أنها على مالك نفعه . والثاني : على مالك رقبته . والثالث : في كسبه .

١٩٦٨ « مسألة » قال ﴿ وإن قدّمها قبل ذلك بيوم ، أو يومين أجزأه ﴾ .

---

(١) أخرج الزكاة : فصلها عن ماله ، وأعدها لتسليمها إلى مستحقها .

وجملته : أنه يجوز تقديم الفطرة قبل العيد بيومين ، لا يجوز أكثر من ذلك . وقال ابن عمر « كَانُوا يُعْطُونَهَا قَبْلَ الفِطْرِ بِيَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ » وقال بعض أصحابنا : يجوز تعجيلها من بعد نصف الشهر كما يجوز تعجيل أذان الفجر ، والدفع من مزدلفة بعد نصف الليل . وقال أبو حنيفة : ويجوز تعجيلها من أول الحَوْل ، لأنها زكاة ، فأشبهت زكاة المال . وقال الشافعيّ : يجوزُ من أول شهر رمضان ، لأن سبب الصدقة الصومُ والفطرُ عنه ، فإذا وُجد أحد السببين جاز تعجيلها ، كزكاة المال بعد مِلْك النصاب .

ولنا : ماروى الجوزجانيّ : حدّثنا يزيدُ بن هارون ، قال : أخبرنا أبو معشر : عن نافع ، عن ابن عمر قال : « كَانَ رَسُولُ اللهِ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ يَأْمُرُ بِهِ فَيُقْسَمُ ـ قال يزيد : أظنُّ هـذا يومَ الفِطْرِ ـ ويقول : أَغْنُوهُمْ عَنِ الطَّوَافِ فِي هَذَا اليَوْمِ » والأمر للوجوب ، ومتى قدّمها بالزمان الكثير لم يحصُل إغناؤهم بها يومَ العيد ، وسبب وجوبها الفطرُ بدليل إضافتها إليه ، وزكاة المال سببُها مِلْكُ النصاب . والمقصود إغناء الفقير بها في الحول كلِّه ، فجاز إخراجُها في جميعه ، وهذه المقصود منها الإغناء في وقت مخصوص ، فلم يَجُز تقديمها قبل الوقت . فأمّا تقديمها بيوم ، أو يومين فجائز . لما روى البخاريّ بإسناده ، عن ابن عمر قال : « فَرَضَ رَسُولُ اللهِ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ صَدَقَةَ الفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ ـ وقال في آخره ـ وكَانُوا يُعْطُونَ قَبْلَ الفِطْرِ بِيَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ » وهذا إشارة إلى جميعهم ، فيكون إجماعاً ، ولأن تعجيلها بهـذا القدر لا يُخلّ بالمقصود منها ، فإنّ الظاهر أنها تبقى ، أو بعضُها إلى يوم العيد ، فيَستغنى بها عن الطواف ، والطلب فيه ، ولأنها زكاة ، فجاز تعجيلُها قبل وجوبها ، كزكاة المال . والله أعلم .

١٩٦٩ « مسألة » قال ﴿ ويلزمه أن يُخرج عن نفسه ، وعن عياله ، إذا كان عنده فضل عن قوت يومه ، وليلته ﴾ .

عيال الإنسان من يَعُوله : أي يمونُه ، فتلزمه فطرتهم ، كما تلزمه مؤنتهم ؛ إذا وَجَد مايُؤدّي عنهم ، لحديث ابن عمر « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَضَ صَدَقَةَ الفِطْرِ عَنْ كُلِّ صَغِيرٍ وَكَبِيرٍ ، حُرٍّ وَعَبْدٍ مِمَّنْ تَمُونُونَ » والذين يلزم الإنسانَ نفقتهُم وفطرتهم. ثلاثةُ أصناف : الزوجات ، والعَبيدُ ، والأقارب ، فأما الزوجات : فعليه فطرتهنّ ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وإسحق ، وقال أبو حنيفة ، والثوريّ ، وابن المنذر : لاتجب عليه فطرةُ امرأته ، وعلى المرأة فطرة نفسها ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « صَدَقَةُ الفِطْرِ عَلَى كُلِّ ذَكَرٍ وَأُنْثَى » ولأنها زكاة ، فوجبت عليها ، كزكاة مالها .

ولنا : الخبر ، ولأنّ النكاح سببٌ تجب به النفقة ، فوجبت به الفطرة ، كالملك ، والقرابة ، بخلاف

زكاة المـال . فإنها لاتتحمل ، بالملك ، والقرابة . فإن كان لامرأته مَنْ يخدُمها بأجْرةٍ ، فليس على الزوج فِطْرَتُه ، لأن الواجبَ الأجرُ دون النفقة ، وإن لم يـكن[1] لها نَظَرْتَ . فإن كانت ممن لايجب لها خادم فليس عليه نفقة خادمها ولا فطرته ، وإن كانت ممن يُخْدَمُ مثلُها فعلى الزوج أن يُخْدِمَها[2] ، ثم هو مخيّر بين أن يشترى لهـا خادماً ، أو يستأجر ، أو يُنفق على خادمها . فإن اشترى لها خادماً ، أو اختار الإنفاق على خادمها، فعليه فطرته . وإن استأجر لهـا خادماً . فليس عليه نفقته ، ولا فطرته ، سواء شُرِط عليه مؤْنتُه ، أو لم يُشْرط . لأن المؤنة إذا كانت أجـرةً فهى من مال المستأجِر ، وإن تبرّع بالإنفاق على من لاتلزمه نفقتُه فحـكمه حكم من تبرّع بالإنفاق على أجنبيّ . وسنذكره إن شـاء الله تعـالى . وإن نشزت المرأة فى وقت الوجوب ففطرتها على نفسها دون زوجها ، لأن نفقتها لاتلزمه . واختار أبو الخطاب : أن عليه فطرتَها . لأن الزوجيّة ثابتة عليها ، فلزمته فطرتهـا ، كالمريضة التى لاتحتاج إلى نفقة ، والأول : أصحّ . لأن هـذه ممن لاتلزمه مؤنتُه فلا تلزمه فطرته ، كالأجنبية ، وفارق المريضة ، لأن عدم الإنفاق عليها لعدم الحاجة ، لالخلل فى المقتضِى لها ، فلا يمنع ذلك من ثبوت تبعها بخلاف الناشز ، وكذلك كلّ امرأة لايلزمه نفقتها ، كغير المدخول بها ، إذا لم تُسَلَّم إليه ، والصغيرة التى لايمـكن الاستمتاع بها ، فإنّه لاتلزمه نفقتها ، ولا فطرتها . لأنها ليست ممن يَمُون .

١٩٧٠ فصـــل

وأما العبيد : فإن كانوا لغـير التجارة فعلى سيّدهم فطرتهم ، لانعـلم فيه خلافاً . وإن كانوا للتجارة فعليه أيضاً فطرتُهم . وبهذا قال مالك ، والليث ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال عطـاء ، والنخعىّ ، والثورىّ ، وأصحـاب الرأى : لاتلزمـه فطرتهم ، لأنهـا زكاة ، ولا تجب فى مال واحـد زكـاتان ، وقد وجبت فيهم زكاة التجـارة ، فيمتنع وجوب الزكاة الأخرى ، كالسائمـة إذا كانت للتجـارة .

ولنا : عموم الأحاديث ، وقولُ ابن عمر : « فَرَضَ رَسُولُ اللهِ صلَّى اللهُ عَلَيْـهِ وَسَلَّمَ زَكَاةَ الفِطْرِ على الْحُرِّ والعَبْدِ » وفى حديث عمرو بن شُعَيْب : « أَلَا إنّ صَدَقَةَ الفِطْرِ واجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ ذَكَرٍ أَوْ أُنـْثَى ، حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ صغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ » ولأن نفقتهم واجبـة ، فوجبت فطرتهم ، كعبيد القُنْيَـة ، أو نقول : مسلم تجب مؤنته ، فوجبت فطرته ، كالأصل ، وزكاة الفطر تجب على البدن ، ولهـذا تجب

(١) فى جميـع النسخ المطبوعـة : وإن كان لهـا نظارت ، والصحيح ماهنـا ، لأن الـكلام لايصح إلا على ذلك .

(٢) يخدمها بضم الياء : أى يجعل لها خادماً . سواء بالشراء أو بالاستئجار ،أو بالنفقة على الخادم الذى تحضره هى ، سواء كان مملوكاً لها أو استأجرته .

على الأحرار ، وزكاة التجارة تجب عن القيمة . وهى المـال ، بخلاف السَّوْمِ ، والتجارة ، فإنَّهما يجبان على الأحرار . وزكاة التجارة تجب على القيمة . وهى المال ، بخلاف السَّوْمِ والتجارة ، فإنّهما يجبان بسبب مال واحـد ، متى كان عبيد التجـارة فى يد المضارِب ، وجبت فطرتُهم من مال المضـارَبَة ، لأن مؤنتهم منها . وحَـكى ابن المنذر عن الشافعىّ : أنها على رَبِّ المال .

ولنا : أن الفطرة تابعة للنفقة ، وهى من مال المضاربة ، فـكذلك الفطرة .

١٩٧١ فصـــــل

وتجب فطرة العبد الحاضر ، والغائب الذى تُعْـلَم حياته ، والآبِق ، والصغير ، والـكبير ، والمرهون ، والمغصوب . قال ابن المنـذر : أجمع عوامّ أهل العـلم على أن على المرء زكاةَ الفطر عن مملوكه الحاضر ، غير المـكاتَب ، والمغصوب ، والآبق ، وعَبيـدِ التجارة . فأما الغائب : فعليه فطرتُه إذا عَـلم أنّه حَىّ ، سواء رَجَا رَجْعَتَهُ ، أو أيِس منها ، وسواء كان مُطْلَقاً أو مَحْبوساً ، كالأسير ، وغيره . قال ابن المنذر : أكثر أهل العلم يرون أن تؤدَّى زكاة الفطر عن الرقيق ، غائبهم ، وحاضرهم . لأنه مالك لهم فوجبت فطرتُهم عليه ، كالحاضرين . وممن أوجب فطرة الآبق : الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنـذر . وأوجبها الزهرىّ إذا عَلِم مكانَه ، والأوزاعىّ : إن كانـ فى دار الإسـلام ، ومالك : إن كانت غيبتهُ قريبةً ، ولم يُوجبهـا عطـاء ، والثورىّ ، وأصحـاب الرأى . لأنه لايلزمـه الإنفـاقُ عليـه ، فلا تجب فطرته ، كالمرأة النـاشز .

ولنـا : أنه مال له ، فوجبت زكاته فى حال غيبته ، كمال ، التجـارة . ويحتمل أن لايلزمه إخراج زكاته ، حتى يرجع إلى يده ، كزكاة الدين ، والمغصوب ، ذكـره ابن عقيل . ووجه القول الأول : أن زكاة الفطر تجب تابعـةً للنفقة ، والنفقةُ تجب مع الغَيْبةِ ، بدليـل أن من ردّ الآبق رجع بنفقته . وأما من شكّ فى حياته منهم ، وانقطعت أخباره لم تجب فطرته ، نصّ عليه فى رواية صالح . لأنه لايَعلم بقـاء ملـكه عليه . ولو أعتقـه فى كفّارته لم يجزئه ، فـلم تجب فطرته كالميّت ، فإنـ مضت عليه سنون ، ثم علم حياته لزمه الإخراج لما مضى . لأنه بان له وجود سبب الوجوب فى الزمن الماضى ، فوجب عليه الإخراج ، لما مضى . كما لو سمع بهـلاك ماله الغائب ، ثمّ بان أنه كان سالمـاً ، والحـكم فى القريب الغائب كالحـكم فى البعيد . لأنهم ممن تجب فطرتهم مع الحضور ، فـكذلك مع الغَيْبة كالعبيد . ويحتمل أن لاتجب فطرتهم مع الغيبة ، لأنه لايلزمه بعثُ نفقتهم إليهم ، ولا يرجعون بالنفقة المـاضية .

١٩٧٢ فصـــــل

فأما عبيد عبيده : فإن قلنا : إنّ العبد لا يملكهم بالتمليك ، فالفطرة على السيّد لأنهم ملكه ، وهذا ظاهر كلام الخِرَقِىّ : وقول أبى الزناد ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وإن قلنا يملك بالتمليك ، فقد قيل : لا تجب فطرتهم على أحد . لأن السيّد لا يملكهم ، وملك العبد ناقص ، والصحيح : وجوب فطرتهم . لأن فطرتهم تتبع النفقة ، ونفقتهم واجبة ، فكذلك فطرتُهم . ولا يُعتبر فى وجوبها كمال الملك بدليل وجوبها على المكاتَب عن نفسه ، وعبيده ، مع نقص ملكه .

١٩٧٣ فصـــــل

وأما زوجة العبد : فذكر أصحابنا المتأخرون أن فطرتها على نفسها إن كانت حُرّة ، وعلى سيّدها إن كانت أمةً ، وقياس المذهب عندى : وجوب فطرتها على سيّد العبد ، لوجوب نفقتها عليه . ألا ترى أنه تجب عليه فطرةُ خادم امرأته ، مع أنه لا يملكها ، لوجوب نفقتها . وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَدُّوا صَدَقَةَ الفِطْرِ عَمَّنْ تَمُونُونَ » وهذه ممن يَمُونون . وقد ذكر أصحابنا : أنه لو تبرّع بمُؤْنة شخص لزمته فطرته ، فمن تجب عليه أَوْلَى . وهكذا لو زوّج الابنُ أباه ، وكان ممّن تجب عليه نفقته ، ونفقة امرأته ، فعليه فطرتُهما ، والله أعلم .

١٩٧٤ فصـــــل

وإن تبرّع بمُؤْنة إنسان فى شهر رمضان ، فأكثرُ أصحابنا يختارون وجوب الفطرة عليه . وقد نصّ عليه أحمدُ فى رواية أبى داود فيمن ضمّ إلى نفسه يتيمة يؤدّى عنها . وذلك لقوله عليه السلام : « أَدُّوا صَدَقَةَ الفِطْرِ عَمَّنْ تَمُونُونَ » وهذا ممّن يَمُونُونَ ، ولأنه شخص ينفق عليه ، فلزمته فطرته كعبده . واختار أبو الخطاب : لا تلزمه مؤنته ، فلم تلزمه فطرته ، كما لو لم يَمُنْهُ ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وهو الصحيح إن شاء الله . وكلامُ أحمد فى هذا : محمول على الاستحباب ، لا على الإيجاب . والحديث محمول على من تلزمه مُؤْنَتُهُ لا على حقيقة المؤنة ، بدليل أنه تلزمه فطرة الآبق ، ولو لم يَمُنْهُ . ولو ملك عبداً عند غروب الشمس ، أو تزوّج ، أو وُلد له ولد ، لزمته فطرتهم ، لوجوب مؤنتهم عليه ، وإن لم يَمُنْهم . ولو باع عبدَه ، أو طلّق امرأته ، أو ماتا ، أو مات ولدُه ، لم تلزمه فطرتهم ، وإن مانهم ، ولأن قوله : « مِمَّنْ يَمُونُونَ » فعلٌ مضارع ، فيقتضى الحال ، أو الاستقبال ، دون الماضى . ومن مانه فى رمضان إنما وُجدت مؤنته فى الماضى ، فلا يدخُل فى الخبر ، ولو دخل فيه لاقتضى وجوب الفطرة على من مانه ليلةً واحدةً ، وليس فى الخبر ما يقيّده بالشهر ، ولا بغيره . فالتقييد بمؤنة الشهر تحكّم . فعلى هذا القول : تكون فطرة هذا

المختلَف فيه على نفسه ، كما لو لم يَمُنْه . وعلى قول أصحابنا : المعتبَرُ الإنفاق فى جميع الشهر. وقال ابنعقيل : قياسُ مذهبنا أنَّه إذا مانه آخِرَ ليلة وجبت فطرته ، قياساً على من ملك عبداً عند غروب الشمس . وإذا مانه جماعةٌ فى الشهر كلّه ، أو مانه إنسان بعضَ الشهر ، فعلى قياس قول ابن عقيل هـذا تـكون فطرته على من مانه آخِرَ ليلةٍ . وعلى قول غيره : يحتملُ أن لاتجب فطرته على أحدٍ ممن مانه . لأن سبب الوجوب المؤنة فى جميع الشهر ، ولم يُوجد . ويحتمل أن تجب على الجميع فطرةٌ واحِدَةٌ بالحِصَص . لأنهم اشتركوا فى سبب الوجوب ، فأشبه مالو اشتركوا فى مِلك عبد .

١٩٧٥ « مسألة » قال ﴿ وإذا كان عنده فضلٌ عن قوت يومه ، وليلته ﴾ .

وجملة ذلك : أن صدقة الفطر واجبة على من قدر عليها ، ولايُعتبر فى وجوبها نِصاب ، وبهذا قال أبو هريرة ، وأبو العالية ، والشعبيّ ، وعطاء ، وابن سيرين ، والزهريّ ، ومالك ، وابن المبارك ، والشافعيّ ، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأى : لاتجب إلاَّ على من يملك مائتى درهم ، أو ماقيمته نصاب ، فاضل عن مَسْكنه ، لقول رسول الله ﷺ : « لاَصَدَقَةَ إلاَّ عَنْ ظَهْرِ غِنًى » والفقير لاغنى له ، فلا تجب عليه ، ولأنه تحلّ له الصدقة ، فلا تجب عليه : كمن لايقدر عليها .

ولنا : ماروى ثعلبة بن أبى صُعَير ، عن أبيه : أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أدُّوا صَدَقَةَ الفِطْرِ صَاعاً مِنْ قَمْحٍ — أو قال بُرّ — عن كلّ إنسان صغير ، أو كبير حُرّ ، أو مملوك ، غنىّ أو فقير ، ذكر أو أنثى . أما غنيّكم : فيزكّيه اللهُ ، وأمَّا فقيركم : فيَرُدّ اللهُ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَى » وفى رواية أبى داود « صَاعٌ مِنْ بُرٍّ أَوْ قَمْحٍ عَنْ كلِّ اثْنَيْنِ » ولأنه حقّ مال لايزيد بزيادة المال . فلا يُعتبر وجوب النصاب فيه كالكفارة ، ولا يمتنع أن يؤخذ منه ، ويعطى لمن وجب عليه العُشر ، والذى قاسوا عليه عاجز ، فلا يصحّ القياس عليه ، وحديثهم محمول على زكاة المال .

١٩٧٦ فصــل

وإذا لم يفضل إلا صاعٌ أخرجه عن نفسه ، لقوله عليه السلام : « ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » . ولأن الفطرة تنبنى على النفقة ، فكما يبدأ بنفسه فى النفقة ، فكذلك فى الفطرة ، فإن فَضَل آخَرُ أخرجه عن امرأته ، لأن نفقتها آكدُ . فإنّ نفقتها تجب على سبيل المعاوضة ، مع اليسار ، والإعسار . ونفقةُ الأقارب صِلَةٌ تجب مع اليسار ، دون الإعسار . فإن فضل آخَرُ أخرجه عن رقيقه ، لوجوب نفقتهم فى الإعسار . وقال ابن عقيل : يحتمل تقديم الرقيق على الزوجة . لأن فطرته متفق عليها ، وفطرتها مختلَف فيها . فإن فضل آخرُ أخرجه عن ولده الصغير . لأن نفقته منصوصٌ عليها ، ومُجمَع عليها ، وفى الوالد والولد الكبير وجهان :

(أحدهما) يقدّم الولد . لأنه كبعضه .

(والثانى) الوالد . لأنه كبعض والده ، وتُقـدّم فطرة الأمّ على فطرة الأبِ ، لأنهـا مُقدّمة فى البرّ . بدليل قول النبى ﷺ للأعرابىّ لمـا سأله « مَنْ أبَرّ ؟ قال : أُمّك . قال : ثمّ مَنْ ؟ قال : أُمّك . قال : ثمّ مَنْ ؟ قال : أُمّكَ . قال : ثمّ مَنْ ؟ قال : ثمّ أباكَ » ولأنها ضعيفة عن الـكسب ، ويحتمل تقديم فطرة الأب ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » ثم الجدّ ، ثم الأقرب فالأقرب ، على ترتيب العصبات فى الميراث . ويحتمل تقـديم فطرة الولد على فطرة المرأة ، لمـا روى أبو هريرة قال : « أَمَرَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم بالصَّدَقَةِ ، فقامَ رَجُلٌ . فقال : يارسول الله ، عندى دينارٌ ، قال : تَصَدَّق به على نَفْسِكَ . قال : عندى آخرُ . قال : تَصَدَّق به على ولدك . قال عندى آخرُ . قال : تَصَدَّقْ به على زَوْجَتِكَ . قال : عِنْدِى آخَرُ . قال : تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى خَادِمِكَ . قال : عِنْدِى آخَرُ . قال : أَنْتَ أَبْصَرُ » فقدَّم الولد فى الصدقة عليه ، فـكذلك فى الصدقة عنه . ولأن الولد كبعضه ، فيقدَّم كتقديم نفسه . ولأنه إذا ضيّع ولده لم يجـد من ينفق عليـه ، فيضيّع . والزوجة إذا لم ينفق عليها فرق بينهما ، وكان لها من يمونها من زوج ، أوذى رَحِم . ولأنّ نفقة الزوجة على سبيل المعاوضة . فـكانت أضعفَ فى استتباع الفطرة من النفقة الواجبة . على سبيل الصّلة ، لأن وجوب العِوَض المقـدَّر لايقتضى وجوب زيادة عليه ، يتصدَّق بها عمَّن له العِوَضُ . ولهذا لم تجبْ فطرةُ الأجير المشروط له مؤنته ، بخلاف القرابة ، فإنها كما اقتضت صِلَتَه بالإنفاق عليه ، اقتضت صلته بتطهيره ، بإخراج الفطرة عنه .

١٩٧٧ فصـــــل

فإن لم يفضُل إلا بعضُ صاعٍ فهل يلزمه إخراجُه ؟ على روايتين :

(إحداهما) لايلزمه، اختارها ابن عقيل ، لأنها طُهْرة . فلا تجب على من لايملك جميعها كالـكفارة .

(والثانية) يلزمه إخراجه ، لقول النبىّ صلى الله عليـه وسلم : « إِذَا أَمَرْتُـكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْـهُ مَااسْتَطَعْتُمْ » ولأنَّها طُهْرَةٌ فوجب منها ماقَدَر عليه ، كالطهارة بالماء . ولأنّ الجزء من الصاع يخرج عن العبد المشترك ، فجاز أن يُخرَج عن غيره كالصاع .

١٩٧٨ فصـــــل

فإن أعسر بفطرة زوجته ، فعليها فطرةُ نفسها ، أو على سيّدها ، إن كانت مملوكة ، لأنها تتحمّل إذا كان ثمّ متحمّل . فإذا لم يكن عاد إليها . كالنفقة ، ويحتمل أن لايجب عليها شىء ، لأنها لم تجب على من وُجد سببُ الوجوب فى حقه لعُسرته . فلم تجب على غيره ، كفطرة نفسه ، وتُفارق النفقة ، فإنّ وجوبها

آكدُ ، لأنها مما لا بدّ منه ، وتجب على المُعسر والعاجز ، ويُرجع عليه بها عند يساره والفطرة بخلافها .

١٩٧٩ فصـــل

ومن وجبت فطرته على غيره كالمرأة ، والنسيب الفقير ، إذا أخرج عن نفسه بإذن من تجب عليه صحّ بغير خلاف نَعْلَمُه ، لأنه نائب عنه . وإن أخرج بغير إذنه ففيه وجهان :

(أحدها) يُجزئه . لأنه أخرج فطرته ، فأجزأه ، كالتي وجبت عليه .

(والثانى) لا يُجزئه . لأنه أدّى ماوجب على غيره ، بغير إذنه ، فلم يصحّ ، كالو أدّى عن غيره .

١٩٨٠ فصـــل

ومن له دار يحتاج إليها لسُكناها ، أو إلى أجْرها لنفقته ، أو ثيابِ بِذْلةٍ له ، أو لمن تلزمه مؤنته ، أو رقيق يحتاج إلى خِدْمتهم هو ، أو من يمونه ، أو بهائم ، يحتاجون إلى ركوبها ، والانتفاع بها فى حوائجهم الأصلية[1] ، أو سائمةٍ يحتاج إلى نمائها . كذلك ، أو بضاعةٍ يختلّ ربحها الذى يحتاج إليه بإخراج الفطرة منها ، فلا فطرة عليه كذلك . لأن هذا مما تتعلّق به حاجته الأصلية ، فلم يلزمه بيعه ، كمؤنة نفسه . ومن له كتب يحتاج إليها للنظر فيها ، والحفظ منها ، لا يلزمه بيعُها . والمرأةُ إذا كان لها حَلْىٌ للبس ، أو لكراء ، تحتاج إليه ، لم يلزمها بيعه فى الفطرة ، وما فَضَلَ من ذلك عن حوائجه الأصلية ، وأمكن بيعُه ، وصرفُه فى الفطرة وجبت الفطرةُ به ، لأنَّه أمكن أداؤها من غير ضرر أصلىّ ، أشبه مالو ملك من الطعام مايؤدّيه فاضلاً عن حاجته .

١٩٨١ « مسألة » قال : { وليس عليه فى مكاتبه زكاة } .

وعلى المكاتب أن يُخرج عن نفسه زكاةَ الفطر . وممّن قال: لا تجب فطرة المكاتب على سيّده ، أبو سلمة ابن عبد الرحمن ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وأوجبها على السيد : عطاء ، ومالك ، وابن المنذر . لأنَّه عبد ، فأشبه سائر عبيده .

ولنا : قوله عليه السلام : « مِمَّنْ تَمُونُونَ » ، وهذا لا يمونه ، ولأنَّه لا تلزمه مؤنته ، فلم تلزمه فطرته كالأجنبىّ . وبهذا فارق سائر عَبيده . إذا ثبت هذا : فإنَّ على المكاتَب فِطْرَةَ نَفْسِهِ ، وفِطْرَة من تلزمه مؤنته ، كزوجته ، ورقيقه . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ : لا تجب عليه ، لأنَّه ناقص الملك ، فلم تجب عليه الفطرة ، كالقِنّ . ولأنها زكاة ، فلم تجب عليه كزكاة المال .

ولنا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم « فَرَضَ صَدَقَةَ الفِطْرِ عَلَى الحُرِّ وَالعَبْدِ وَالذَّكَرِ وَالأُنْثَى » وهذا

---

[1] حوائجهم الأصلية : هى الحوائج الضرورية التى يقضون بها أغراض حياتهم ، كالوصول إلى موطن عملهم أو إلى أرضهم التى يزرعونها ، أو يسقون بها الأرض ، أو يحملون عليها السباخ ، أو نحو ذلك .

عبد ، ولا يخلو من كونه ذكراً ، أو أنثى . ولأنه يلزمه نفقة نفسه ، فلزمته فطرتها ، كالحرّ الموسر ، ويُفارق زكاة المال . لأنها يعتبر لها الغنى ، والنصاب ، والحول ، ولا يحملها أحد عن غيره ، بخلاف الفطرة .

١٩٨٢ فصــــل

وتلزم المكاتب فطرةُ من يمونه ، كالحرّ ، لدخولهم في عموم قوله عليه السلام : « أَدُّوا صَدَقَةَ الفِطْرِ عَمَّنْ تَمُونُونَ » .

١٩٨٣ « مسألة » قال ﴿ وإذا ملك جماعةٌ عبداً ، أخرج كلّ واحد منهم صاعاً ، وعن أبي عبد الله روايةٌ أخرى : صاعاً عن الجميع ﴾ .

وجملة ذلك : أن فطرة العبد المشتَرك واجبة على مَوَالِيه ، وبهذا قال مالك ، ومحمد بن سلمة ، وعبدالملك ، والشافعيّ ، ومحمد بن الحسن ، وأبو ثور . وقال الحسن ، وعكرمة ، والثوريّ ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا فطرة على واحد منهم ، لأنه ليس عليه لأحد منهم ولايةٌ تامةٌ . أشبه المكاتَب .

ولنا : عموم الأحاديث ولأنه عبد مسلم مملوك لمن يقدر على الفطرة ، وهو من أهلها ، فلزمته لمملوك الواحد . وفارق المكاتَب ، فإنّه لا تلزم سيّدَه مؤنتُه ، ولأن المكاتب يُخرج عن نفسه زكاة الفطر ، بخلاف القِنّ . والولاية غيرُ مُعتبرةٍ في وجوب الفطرة ، بدليل عبد الصبيّ ، ثم إنّ ولايته للجميع ، فتكون فطرتُه عليهم . واختلَفت الرواية في قدر الواجب على كلّ واحد منهم ، ففي إحداهما على كل واحد صاع لأنها طهرة ، فوجب تكميلها على كل واحد من الشركاء ، ككفارة القتل . والثانية : على الجميع صاع واحد ، على كلّ واحد منهم بقدر مِلكه فيه . وهذا الظاهر عن أحمد . قال : فَوْزَانُ : رَجَع أحمدُ عن هذه المسألة ، وقال : يُعطِي كلُّ واحد منهم نصفَ صاع ، يعني رَجَعَ عن إيجاب صاع كامل ، على كلّ واحد . وهذا قول سائر من أوجب فطرته ، على سادته . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم أوجب صاعاً على كلّ واحد . وهذا عامّ في المشترك وغيره . ولأن نفقته تُقَسَّم عليهم ، فكذلك فطرته التابعة لها ، ولأنه شخص واحد ، فلم تجب عنه صيعَانٌ كسائر الناس ، ولأنها طُهْرة ، فوجبت على سادته بالحِصَص ، كماء الغُسْل من الجنابة ، إذا احتيج إليه . وبهذا ينتقض ماذكرناه للرواية الأولى .

١٩٨٤ فصــــل

ومَن بعضُه حرّ ففطرته عليه ، وعلى سيّده . وبهذا قال الشافعيّ ، وأبو ثور . وقال مالك : على الحرّ بحصّته ، وليس على العبد شيء .

ولنا : أنه عبد مسلم تلزم فطرته شخصين من أهل الفطرة ، فكانت فطرته عليهما كالمشترك ، ثم هل يلزم كلَّ واحدٍ منهما صاعٌ ، أو بالحصص ؟ ينبنى على ماذكرنا فى العبد المشترك . فإن كان أحدهما مُعسراً ، فلا شىء عليه وعلى الآخر بقدر الواجب عليه ، ولو كان بين العبد ، وبين السيّد مُهَايأةٌ [1] أو كان المشتركون فى العبد قد تهايئُوا عليه ، لم تدخلُ الفطرةُ فى المهايأة ، لأنّ المُهَايأةَ مُعَاوَضَةُ كَسْبٍ بِكَسْبٍ ، والفطرةُ حقّ لله تعالى ، فلا تدخل فى ذلك كالصلاة .

١٩٨٥ فصـــل

ولو ألحقت القَافَةُ [2] ولداً برجُلَيْنِ ، أو أكثر . فالحكم فى فطرته كالحكم فى العبد المشترك . ولو أن شخصاً حُرًّا له قريبان ، فأكثرُ عليهم نفقتُه بينهم ، كانت فطرتُه عليهم ، كالعبد المشترك على ماذكر فيه .

١٩٨٦ « مسألة » قال ﴿ ويعطى صدقة الفطر لمن يجوز أن يعطى صدقة الأموال ﴾ .

إنما كانت كذلك . لأن صدقة الفطر زكاة ، فكان مَصْرِفُها مَصْرِفَ سائر الزكاوات . ولأنها صدقة ، فتدخُل فى عموم قوله تعالى : (٩ : ٦٠ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ) الآية . ولا يجوز دفعها إلى من لا يجوز دفع زكاة المال إليه ، ولا يجوز دفعها إلى ذمّىّ . وبهذا قال مالك ، والليث ، والشافعىّ ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : يجوز . وعن عمرو بن ميمون ، وعمرو بن شُرَحْبِيل ، ومُرَّةَ الْهَمْدَانِيّ : انهم كانوا يُعْطُونَ منها الرُّهْبَانَ .

ولنا : أنّها زكاة فلم يجز دفعها إلى غير المسلمين ، كزكاة المال . ولا خلاف فى أن زكاة المال لا يجوز دفعها إلى غير المسلمين . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن لا يجزىء أن يُعطَى من زكاة المال أحدٌ من أهل الذمّة .

١٩٨٧ فصـــل

ويجوز أن يُعطى من أقاربه من يجوز أن يُعطيه من زكاة ماله ، ولا يُعْطِى منها غنياً ، ولا ذا قُرْبَى ،

---

(١) مهايأة : أصل المهايأة الموافقة ، والمراد هنا الاتفاق بين العبد والسيد ، على أن يعمل عنده يوماً مثلا ويعمل لنفسه يوماً فى نظير شىء يعطيه للسيد . وكذلك قوله : لوكان المشتركون فى العبد قد تهايئوا عليه ، أى اتفقوا على أن يعمل عند كل منهم يوماً ويعمل لنفسه أياماً ، فلا يجوز خصم الفطرة فى نظير ما كان سيعطيه العبد لسيده فى يوم عمله لنفسه .

(٢) القافة : جمع قائف ، وهو العالم بالآثار ، فيعرض عليه الطفل الذى لا يعلم أبوه ليلحقه بواحد ممن يدعى أنه أب له . فيرى أثر قدمه فى الأرض ، وأثر من يريد إلحاقه به ، ثم يحكم بنسبته إلى من يجد توافقاً بين آثار قدميهما .

ولا أحداً ممّن مُنِــع أخذ زكاة المال . ويجوز صرفها فى الأصناف الثمانية لأنها صدقة فأشبهت صدقة المال .

١٩٨٨ فصــــل

فإن دفعها إلى مستحقّها ، فأخرجها آخذُها إلىدافعها . أو جمعت الصدقة عند الإمام ، ففرقها على أهل السُّهْمَانِ ، فعادت إلىإنسان صدقتُه ، فاختار القاضىجواز ذلك . قال : لأنَّ أحمد قد نصّ فيمن له نصاب من الماشية والزرع ، أنّ الصدقة تؤخذُ منه وتردّ عليه ، إذا لم يكن له قدر كفايته ، وهو مذهبالشافعىّ. ولأن قبض الإمام ، أو المستحقّ أزال ملك المخرج ، وعادت إليه بسببٍ آخرَ ، فجاز كمالو عادت بميراثٍ . وقال أبو بكر : مذهب أحمد أنه لايحلّ له أخذها . لأنها طُهْرة له ، فلم يَجُز له أخذها ، كشرائها . ولأن عمر رضى الله عنه أراد أن يشترى الفَرَسَ الذى حَمَل عليه فى سبيل الله . فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « لاَتَشْتَرِهَا ، وَلاَ تَعُدْ فِى صَدَقَتِكَ . فإنَّ العَائِدَ فِى صَدَقَتِهِ كَالعائِد فى قَيْئِهِ » فأمَّا إن اشتراها لم يجز له ذلك ، للخبر . فإن ورثها ، فله أخذُها ، لأنّها رجعت إليه بغير فعلٍ منه .

١٩٨٩ « مسأله » قال ﴿ ويجوز أن يعطى الواحد مايلزم الجماعة ، والجماعة مايلزم الواحد ﴾ .

إعطاء الجماعة مايلزم الواحد لانعلم فيـه خلافاً . لأنَّه صَرَفَ صدقته إلى مُستحقّها ، فبرىء منهـا ، كمالو دفعها إلى واحد . وأما إعطاء الواحد صدقةَ الجماعة . فإنَّ الشافعىّومن وافقه ، أوجبوا تفرقة الصدقة على سِتَّةِ أصناف ، ودفْعَ حِصّة كلّ صنف إلى ثلاثةٍ منهم ، على ماذكرناه قبل هذا . وقد ذكرنا الدليل عليه ، ولأنها صدقةٌ لغير مُعَيّن ، فجاز صرفها إلى واحد كالتطوُّع . وبهذا قال مالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى .

١٩٩٠ « مسألة » قال : ﴿ ومن أخرج عن الجنين ، فحسن . وكان عثمان بن عَفَّانَ رضى الله عنه يُخرج عن الجنين ﴾ .

المذهب : أن الفطرة غير واجبة على الجنين ، وهو قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : كلّ من نحفظ عنه من علماء الأمصار لايوجبون على الرجل زكاة الفطر عن الجنين فى بطن أمّه . وعن أحمد رواية أخرى : أنها تجب عليه لأنه آدمىّ تصحّ الوصيّة له ، وبه ، ويرث ، فيدخل فى عموم الأخبـار ، ويُقاس على المولود .

ولنا : أنه جنين فلم تتعلّق الزكاة به ، كأجنّة البهائم . ولأنه لم تثبت له أحكام الدنيا ، إلا فى الإرث ، والوصيّة ، بشرط أن يخرُج حيًّا .

إذا ثبت هذا : فإنه يُستحبّ إخراجُها عنه ، لأن عثمان كان يُخرجها عنه ، ولأنها صدقة عمّن لاتجب عليه ، فـكانت مستحبّة ، كسائر صدقات التطوع .

١٩٩١ « مسـألة » قال { ومن كان فى يده مايخرجه عن صدقة الفطر ، وعليه دين مثله لزمه أن يخرج ، إلاّ أن يـكون مطالَباً بالدين ، فعليه قضاء الدين ، ولا زكاة عليه } .

إنما لم يمنع الدين الفطرة . لأنها آكدُ وجوباً ، بدليل وجوبها على الفقير ، وشمولهـا لـكلّ مسلم ، قدر على إخراجهـا ، ووجوب تحملهـا عمّن وجبت نفقته على غيره ، ولا تتعلق بقدر من المـال ، فجرت مجرى النفقة . ولأن زكاة المـال تجب بالملك ، والدينُ يؤثّر فى الملك ، فأثّر فيها ، وهذه تجب على البدن ، والدينُ لا يؤثّر فيه . وتسقطُ الفطرة عند المطالبة بالدَّيْن ، لوجوب أدائه عند المطالبة ، وتأكّده بـكونه حق آدمىّ معيّن ، لايسقط بالإعسار . وكونه أسبق سبباً ، وأقدم وجوباً ، يأثَمُ بتأخيره ، فإنه يُسقطُ غيرَ الفطرة ، وإن لم يطالَب به ، لأن تأثير المطالبة إنما هو فى إلزام الأداء ، وتحريم التأخير .

١٩٩٢ فصـــل

وإن مات من وجبت عليه الفطرة قبل أدائهـا أُخْرِجَتْ من تَرِكَته . فإن كان عليه دين ، وله مال يفى بهما ، قُضيا جميعـاً ، وإن لم يفِ بهما قُسِّم بين الدين والصدقة بالحِصَص . نصّ عليه أحمـد فى زكاة المال : أن التركة تُقَسَّم بينهما ، وكذا ههنـا ، فإن كان عليه زكاة مال ، وصدقةُ فطر ، ودينٌ . فزكاة الفطـر ، والمـال : كالشىء الواحـد ، لاتّحـاد مَصْرِفهمـا ، فيحاصّـان الدينَ . وأصـل هـذا : أن حقّ الله سبحـانه ، وحقَ الآدمىّ إذا تعلّقـا بمحـلّ واحـد فـكانا فى الذمة ، أو كانا فى العين تساويا فى الاستيفاء .

١٩٩٣ فصـــل

وإذا مات المُفلس وله عبيد ، فهـلّ شوّالُ قبل قسمتهم بين الغرماء ففطرتهم على الورثة . لأن الدين لايمنعُ نقل التركة ، بل غايته أن يـكون رهْناً بالدين ، وفطرةُ الرهن على مالـكه .

١٩٩٤ فصـــل

ولو مات عبيدُه ، أو من يمونه بعد وجوب الفطرة لم تسقُط . لأنها دين ثبت فى ذمته بسبب عبده، فلم تسقط بموته ، كما لو استدان العبدُ بإذنه ديناً وجب فى ذمّته . ولأن زكاة المال لا تسقط بتلفه ، فالفطرة أولى . فإن زكاة المال تتعلّق بالعين فى إحدى الروايتين ، وزكاة الفطر بخلافه .

فصول فى صدقة التطوع

وهى مستحبة فى جميع الأوقات لقـوله : تعـالى (٢ : ٢٤٥ مَنْ ذَا الَّذِى يُقْرِضُ اللهَ قَرْضـاً حَسَناً فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافاً كَثِيرَةً) وأمر بالصدقة فى آيات كثيرة ، وحث عليها ، ورغّب فيها . وروى أبو صالح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ تَصَـدَّقَ بِعَدْلِ[1] تَمْرَةٍ مِنْ كَسْبٍ طَيِّبٍ ، وَلاَ يَصْعَدُ إِلَى الله إلاّ الطيبُ ، فإِنّ اللهَ تَعَالَى يَقْبَلُهَا بِيَمِينِهِ[2] ، ثُمَّ يُرَبِّيهَا لِصَاحِبِهَا كَمَا يُرَبِّى أَحَدُكُمْ فَلُوَّهُ[3] حَتَّى تَكُونَ مِثْـلَ الْجَبَـلِ » متفق عليه .

وصدقة السرّ أفضلُ من صدقة العلانيـة ، لقول الله تعالى (٢ : ٢٧١ إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِىَ ، وإِنْ تُخْفُوهَا وتُؤْتُوهَا الفُقَرَاء فَهُوَ خَيْرٌ لَـكُمْ ، ويُـكَفِّرُ عَنـكُمْ مِنْ سَيِّـآتِـكُمْ) .

وروى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللهُ فِى ظِـلِّ عَرْشِهِ يَوْمَ لاَظِلَّ إلاّ ظِلُّهُ — وذكر منهم رجلا — تَصَـدَّقَ بِصَـدَقَةٍ فأَخْفَاهَا حَتَّى لاَتَعْـلَمَ شِمـالُه ماتُنْفِقُ يَمِينُهُ » متفق عليـه .

ورُوى عن النبى صلى الله عليـه وسلم : « أَنّ صَدَقَةَ السِّرِّ تُطْـفِئُ غَضَبَ الرَّبِّ » . ويستحبُ الإكثار منهـا فى أوقات الحاجات ، لقول الله تعـالى (٩١ : ١٤ أَوْ إِطْعَـامٌ فِى يَوْمٍ ذِى مَسْغَبَةٍ[4]) وفى شهر رمضـان . لأن الحسنات تُضاعَف فيه ، ولأنّ فيه إعانةً على أداء الصوم المفروض ، ومن فَطَّر صائماً كان له مثلُ أجره .

وتُستحبُ الصـدقة على ذى القرابة ، لقول الله تعالى (٩١ : ١٥ يَتِيماً ذَا مَقْرَبَةٍ) . وقال النبى صلى الله عليه وسـلم : « الصَّدَقَةُ عَلَى المِسْـكِينِ صدقةٌ ، وَهِىَ عَلَى ذِى الرَّحِمِ اثْنَتَانَ : صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » وهذا حديث حسن .

---

(١) العدل : المقدار . (٢) يقبلها بيمينه : يقدرها حق قدرها ، وهذا التعبير تمثيل لاستحسان الله تعالى لهذه الصدقة وتعظيم شأنها حتى إنه يأخذها بيمينه ، كما يأخذ الشخص المعظم لقدر الشىء ، هـذا الشىء بيمينه . (٣) الفلو : بوز عدو ، وبوزن شبل : ولد المهر الذى يربى حتى يكبر ، والفلو يكبر وينمو بسرعة . والمعنى أن الله تعالى : ينمى هذه الصدقة بسرعة ويتعهدها كما يتعهد صاحب الفلو فلوه حتى تصير مثل الجبل فى عظم ثوابها .

(٤) تمام هذه الآية (فلا اقتحم العقبة وما أدراك ماالعقبة ؟ فك رقبة ، أو إطعام فى يوم ذى مسغبة يتيماً ذا مقربة ، أو مسكيناً ذا متربة) ، والمسغبة : المجاعة ، والمتربة : الفقر .

وسألت زينب امرأة عبد الله بن مسعود رسول الله ﷺ : هل ينفعها أن تضع صدقتهـا فى زوجها وبنى أخٍ لها يتامى ؟ قال : « نَعَمْ ، لها أَجْرَانِ : أَجْرُ القَرَابةِ ، وَأَجْرُ الصَّدَقةِ » رواه النسائىّ .

وتستحبُّ الصدقة على من اشتدّت حاجته لقول الله تعـالى : (٩١ : ١٦ أَوْ مِسْكِيناً ذَا مَتْرَبَةٍ) .

١٩٩٦ فصـــل

والأولى أن يتصدَّق من الفاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام ، لقول النبىّ ﷺ : « خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى ، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ » متفق عليه . وإن تصدَّق بمـا ينقص عن كفاية من تلزمه مؤنته ، ولا كسبَ له أَثِمَ ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « كَفَى بِالمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَمُون »[1] . ولأن نفقة من يمونه واجبة ، والتطوّع نافلة ، وتقديم النفل على الفرض غير جائز . فإن كان الرجل وحـده ، أو كان لمن يمون كفايتهم ، فأراد الصـدقة بجميع ماله ، وكان ذا مكسب ، أو كان واثقاً من نفسه يُحسن التوكّل ، والصـبر على الفقر ، والتعفف عن المسألة ، فحسن . لأن النبى ﷺ سئل عن أفضل الصدقة فقـال : « جُهْدٌ مِنْ مُقِلٍّ إِلَى فَقِيرٍ فى السِّرِّ » . وروى عن عمر رضى الله عنه قال : أمرنا رسـول الله صلى الله عليـه وسلم أن نتصدّق ، فوافق ذلك مالاً عنـدى ، فقلت : اليومَ أَسْبِقُ أَبَا بَـكْرٍ ، إن[2] سَبَقْتُهُ يَوْماً ، فَجِئْتُهُ بِنِصْفِ مَالِي ، فقالَ رسولُ اللهِ ﷺ : « مَا أَبْقَيْتَ لِأَهْلِكَ » ؟ قلت : أبقيتُ لهم مثـلَه ، فأتاهُ أبو بَـكْرٍ بكُلِّ مَاعِنْدَهُ ، فقـال له : « مَا أَبْقَيْتَ لِأَهْلِكَ » ؟ قال : الله ورسولَه ، فقلت : لاأُسَابِقُكَ إِلَى شَيْءٍ بَعْدَهُ أَبَداً . فهـذا كان فضيلةً فى حَقِّ أبى بـكر الصدّيق رضى الله عنه ، لقوّة يقينه ، وكمال إيمانه . وكان أيضاً تاجراً ذا مكسب ، فإنّه قال حين وَلِيَ : قد علم الناسُ أَنَّ كسبى لم يـكن ليعجِزَ عن مُؤْنَةِ عِيَالِي . أو كما قال رضى الله عنه : فإنْ لم يوجدْ فى المتصدّق أحدُ هذين كُرِهَ . لمـا رَوى أبو داود ، عن جابر بن عبد الله ، قال : كُنَّا عِنْدَ رسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسـلم ، إِذْ جَاءَ رَجُلٌ بِمِثْلِ بَيْضَةٍ مِنْ ذَهَبٍ ، فقـال : يَا رسولَ اللهِ ، أَصَبْتُ هَذِهِ مِنْ مَعْدِنٍ ، فَخُذْهَا ، فَهِيَ صَدَقَةٌ ، مَاأَمْلِكُ غَيْرَهَا ، فأَعْرَضَ عَنْهُ رسُـولُ اللهِ صلى الله عليـه وسـلم ، ثُمَّ أَتَاهُ مِنْ قِبَلِ رُكْنِهِ الأَيْمَنِ . فقـال مِثْلَ ذَلِكَ ، فأَعْرَضَ عَنْهُ ، ثُمَّ أَتَاهُ مِنْ قِبَلِ رُكْنِهِ الْأَيْسَرِ . فقَـالَ مِثْلَ ذَلِكَ ، فأَعْرَضَ عَنْهُ رسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، ثُمَّ أَتَاهُ مِنْ خَلْفِهِ ، فأَخَذَهَا رسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم والبيهقى فى سننه بسند صحيح . وفى رواية « يقوت » بدل « يمون » وفى رواية «يعول» . (٢) إن هنا بمعنى ماالنافية : أي ماسبقته يوماً من الأيام فى عمل من أعمال الخير .

فَحَذَفَهُ بِهَا ، فَلَوْ أَصَابَتْهُ لَأَوْجَعَتْهُ ، أَوْ لَعَقَرَتْهُ[1] . وقال رسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم : « يَأْتِي أَحَدُ كُمْ بِمَا يَمْلِكُ وَيَقُولُ : صَدَقَةٌ ، ثُمَّ يَقْعُدُ يَسْتَكِفُّ[2] النَّاسَ ، خَيْرُ الصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنًى » . فقد نبّه النبيُّ صلى الله عليه وسلم على المعنى الذى كَرِه من أجله الصدقة بجميع ماله ، وهو أن يستكفّ الناس،أى يتعرض لهم للصدقة ، أى يأخُذها ببطن كفّه ، يقال : تكفّف ، واستكفّ : إذا فعل ذلك . وروى النسائىّ : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أعطى رجلاً ثوبين من الصدقة ، ثم حثّ على الصدقة ، فطرح الرجل أحدَ ثوبيه . فقال النبىّ صلى الله عليه وسلم : « أَلَمْ تَرَوْا إِلَى هَذَا دَخَلَ بِهَيْئَةٍ بَذَّةٍ[3] فَأَعْطَيْتُهُ ثَوْبَيْنِ ، ثُمَّ قُلْتُ : تَصَدَّقُوا ، فَطَرَحَ أَحَدَ ثَوْبَيْهِ ، خُذْ ثَوْبَكَ » وانتهره . ولأن الإنسان إذا أخرج جميع ماله لايأمنُ فتنةَ الفقر ، وشدّة نزاع[4] النفس إلى ماخرج منه ، فيندَمُ فيذهب ماله ، ويبطُل أجره ، ويصيرُ كَلًّا[5] على الناس . ويُكره لمن لاصبر له على الإضافة[6] أن ينقُص نفسه من الكفاية التّامة ، والله أعلم .

---

(١) لعقرته : لجرحته .

(٢) يستكف الناس : يمد كفه إلى الناس يطلب منهم الصدقة .

(٣) بذة : رثة ، ذرية ، سيئة .

(٤) نزاع النفس إليه : حنينها إليه ، واشتياقها إلى عودته .

(٥) كلا : عالة وحملا ثقيلا عليهم .

(٦) الإضافة : الهم والحزن ، وعدم وجود الكفاية .

كتاب الصيام

الصيام فى اللغة : الإمساك ، يقال : صام النهارُ إذا وقف سيرُ الشمس ، قال الله تعالى إخباراً عن مريم (إِنِّى نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْماً[1]) أى صَمْتاً لأنه إمساك عن الكلام . وقال الشاعر :

خَيْلٌ صِيَامٌ وَخَيْلٌ غَيْرُ صَائِمَةٍ تَحْتَ العَجَاجِ[2] وَأُخْرَى تَعْلُكُ[3] اللُّجُمَا

يعنى بالصائمة الممسكة عن الصهيل ، والصوم فى الشرع عبارة عن الإمساك عن أشياء مخصوصة ، فى وقت مخصوص ، يأتى بيانه إن شاء الله تعالى . وصوم رمضان واجب ، والأصل فى وجوبه الكتابُ والسنَّة ، والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : (يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ ـ إلى قوله ـ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ[4]) وأما السنَّة : فقول النبى صلّى الله عليه وسلّم : « بُنِىَ الْإِسْلَامُ عَلَى خَمْسٍ » ذكر منها صَوْمَ رمضان . وعن طلحة بن عُبَيدالله أن رجلا جاء إلى النبىِّ ﷺ ثائر[5] الرأس ، فقال : « يا رسُولَ الله ، أَخْبِرْنِى مَاذَا فَرَضَ اللهُ علىَّ منَ الصِّيَامِ ؟ قال : شَهْرُ رَمَضَانَ ، قال : هَلْ عَلَىَّ غَيْرُهُ ؟ قال : لا ، إلاَّ أَنْ تَطَوَّعَ شَيْئاً » قال : فأَخْبِرنى ماذا فرضَ اللهُ عَلَىَّ من الزَّكَاةِ ؟ فأَخْبَرَهُ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم بشرائع الإسلام ، قال والذى أكرمك ، لا أَتَطَوَّعُ شَيْئاً ، وَلَا أَنْقُصُ مِمَّا فَرَضَ اللهُ عَلَىَّ شَيْئاً ، فقال النبى صلّى اللهُ عَلَيهِ وسلّم : « أَفْلَحَ إِنْ صَدَقَ ، أَوْ دَخَلَ الْجَنَّةَ إِنْ صَدَقَ » متفق عليهما . وأجمع المسلمون على وجوب صيام شهر رمضان .

١٩٩٧ فصـــل

رُوى عن النبى ﷺ أنه قال : « إِذَا جَاءَ رَمَضَانُ فُتِحَتْ أَبْوَابُ الْجَنَّةِ » متفق عليه . ورُوى عن أبى هريرة عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ تَقُولُوا جَاءَ رَمَضَانُ ، فإِنَّ رَمَضَانَ اسْمٌ مِنْ

(١) هى الآية رقم « ٢٦ » من سورة مريم وتمامها (فكلى واشربى وقرى عيناً ، فإما ترين من البشر أحداً فقولى إنى نذرت للرحمن صوماً ، فلن أكلم اليوم إنسياً) أى صمتاً عن الكلام .

(٢) العجاج : الغبار ، والمراد الغبار المتطاير من حوافر الخيل والدواب فى الحرب

(٣) تعلك اللجم : تدلكها بأفواهها كأنها تمضغها ، والمراد أنها تحرك حديدة اللجام فى أفواهها وتدلكها بشفاهها . ويقال علك اللجام يعلكه بكسر اللام وضمها .

(٤) الآيات ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، من سورة البقرة .

(٥) ثائر الرأس : مختلط الشعر غير منتظمه .

أَسْمَاءِ اللهِ تَعَالَى »[1] فيتعيّن حمل هذا على أنه لايقال ذلك غيرَ مُقترن بما يدلّ على إرادة الشهر ، لئلاّ يُخالف الأحاديث الصحيحة . والمستحبّ مع ذلك أن يقول : شهرُ رمضان ، كما قال الله تعالى : (شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِى أُنْزِلَ فِيهِ القُرْآنُ) واختُلف فى المعنى الذى لأجله سُمِّىَ رَمضانَ . فروى أنس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إِنَّمَا سُمِّىَ رَمَضَانَ لِأَنَّهُ يَحْرِقُ الذُّنُوبَ[2] » . فيحتمل أنه أراد أنه شُرِعَ صومُه دون غيره ، ليوافق اسمُه معناه . وقيل هو اسم موضوع لغير معنًى ، كسائر الشهور ، وقيل غير ذلك .

١٩٩٨ فصل

والصوم المشروع هو الإمساك عن المُفْطِرَات ، من طلوع الفجر الثانى إلى غروب الشمس . ورُوى معنى ذلك عن عمر ، وابن عباس . وبه قال عطاء ، وعوامّ أهل العلم[3] . وروى عن علىّ رضى الله عنه أنه لمّا صلّى الفجر قال : الآن حينَ تَبَيَّنَ الخيطُ الأبيضُ من الخَيْطِ الأسْوَدِ . وعن ابن مسعود نحوُه . وقال مَسْروق : لم يكونوا يَعُدُّون الفجر فجرَكم ، إنّما كانوا يَعُدّون الفجر الذى يملأ البيوتَ ، والطرق ، وهذا قول الأعمش .

ولنا : قول الله تعالى (حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الفَجْرِ[4]) يعنى بياض النهار من سواد الليل ، وهذا يحصل بطلوع الفجر . قال ابن عبد البرّ فى قول النبىّ ﷺ : « إِنَّ بِلاَلاً يُؤَذِّنُ بِلَيْلٍ فَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يُؤَذِّنَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ) دليل على أن الخيط الأبيض هو الصباح ، وأن السحور لا يكون إلا قبل الفجر ، وهذا إجماع لم يخالف فيه إلا الأعمش وحده ، فشذَّ ، ولم يُعرِّج أحد على قوله . والنهار الذى يجب صيامه ، من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ، قال : هذا قول جماعة علماء المسلمين .

١٩٩٩ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوماً طلبوا

---

(١) أخرجه ابن عدى فى الكامل وضعفه ، وهو ظاهر الضعف ، ولا مانع أن يقال جاء رمضان ، لأن المقصود جاء شهر رمضان .

(٢) إنما سمى رمضان ، لأنه مأخوذ من الرمضاء وهو شدة الحرارة الموجودة فى رمال الصحراء ، وقد صادف تسميته وجوده وقت الحر فسمى بذلك ، وما نسب إلى أنس رضى الله عنه ، لم يصح .

(٣) عوام : جمع عامة ، أى قال بذلك جميع أهل العلم .

(٤) هذه قطعة من الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة ، وأولها : (أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم) الآية .

الهلال ، فإن كانت السماء مُصْحِيَةً لم يصوموا ذلك اليوم » .

وجملة ذلك : أنه يستحب للناس ترائى الهلال ليلة الثلاثين من شعبان ، وتَطَلُّبه ليحتاطوا بذلك لصيامهم . ويَسْلَمُوا من الاختلاف . وقد روى الترمذىّ عن أبى هريرة أن النبىَّ ﷺ قال : « أَحْصُوا هِلَالَ شَعْبَانَ لِرَمَضَانَ » ، فإذا رأوه وجب عليهم الصيام إجماعاً ، وإن لم يره وكانت السماء مصحية لم يكن لهم صيام ذلك اليوم ، إلاّ أن يوافق صوماً كانوا يصومونه . مثل من عادته صوم يوم ، وإفطار يوم ، أو صوم يوم الخميس : أو صوم آخر يوم من الشهر ، وشبه ذلك إذا وافق صومَه : أو من صام قبل ذلك بأيام فلا بأس بصومه . لما روى أبو هريرة أن النبى ﷺ قال : « لاَ يَتَقَدَّمَنَّ أحدُكم رَمَضَانَ بِصِيَامِ يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ رَجُلٌ كَانَ يَصُومُ صياماً فَلْيَصُمْهُ » متفق عليه . وقال عمّار : من صام اليوم الذى يُشَكُّ فيه فقد عصى أبا القاسم ﷺ . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح .

وكره أهل العلم صوم يوم الشك ، واستقبال رمضان باليوم ، واليومين . لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه . وحُكى عن القاسم بن محمد أنّه سُئل عن صيام آخرِ يوم من شعبان : هل يكره ؟ قال : لا ، إلا أن يُغَمَّى الهلالُ ؛ واتّباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى . فأمّا استقبال الشهر بأكثرَ من يومين فغيرُ مكروه ، فإنّ مفهوم حديث أبى هريرة أنّه غيرُ مكروه ، لتخصيصه النهى باليوم واليومين . وقد روى العلاء بن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن أبى هريرة ، أنّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا كَانَ النِّصْفُ مِنْ شَعْبَانَ فأَمْسِكُوا عَنِ الصِّيَامِ ، حَتَّى يَكُونَ رَمَضَانُ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح ، إلّا أن أحمد قال : ليس هو بمحفوظ . قال : وسألنا عنه عبد الرحمن بن مهدى فلم يصححه ، ولم يحدثنى به ، وكان يتوقّاه . قال أحمد : والعلاء ثقة ، لا يُنْكَر من حديثه إلّا هذا . لأنّه خلافُ مارُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم : أنه كان يَصِلُ شعبان برمضان . ويُحمل هذا الحديث على نفى استحباب الصيام فى حقّ من لم يَصُمْ قبل نصف الشهر . وحديث عائشةَ فى صِلَةَ شعبان برمضان فى حَقّ مَنْ صامَ الشهرَ كلَّه . فإنّه قد جاء ذلك فى سياق الخبر ، فلا تَعارُض بين الخبرين إذاً . وهذا أولى من حملهما على التعارض ، وردِّ أحدهما بصاحبه ، والله أعلم . وفى كلام الخِرَقِىّ فيه اختصار ، وتقديره : طلبوا الهلال ، فإنْ رأوه صاموا ، وإن لم يروه ، وكانت السماء مُصْحِيَةً ، لم يَصُومُوا ، فحذف بعض الكلام للعلم به اختصاراً .

٢٠٠٠ فصـــل

ويُستَحبُّ لمن رأى الهلال أن يقول مارَوى ابنُ عمر ، قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا

رأى الهلال قال : « اللهُ أَكْبَرُ ، اللهمَّ أَهِلَّهُ عَلَيْنَا بِالْأَمْنِ وَالإِيمَانِ ، والسَّلاَمَةِ والإِسْلاَمِ ، والتَّوْفِيقِ لِمَا تُحِبُّ ، وَتَرْضَى ، رَبِّي وَرَبُّكَ اللهُ » رواه الأثرم .

٢٠٠١ فصـــل

وإذا رأى الهلال أهلُ بلدٍ لزم جميعَ البلاد الصومُ . وهـذا قول الليث ، وبعض أصحاب الشافعى . وقال بعضهم : إن كان بين البلدين مسافة قريبة لا تختلف المطالع لأجلهـا ، كبغداد ، والبَصْرة لزم أهلَهما الصومُ برؤية الهلال فى إحداهما . وإن كان بينهما بُعـد كالعراق ، والحجاز ، والشام ، فلـكلِّ أهلِ بلد رؤيتهم . ورُوى عن عِكْرِمة أنه قال : لـكلِّ أهل بلد رؤيتهم ، وهو مذهب القاسم ، وسالم ، وإسحاق ، لما روى كُرَيب قال : قدمتُ الشامَ واستهلّ علىّ هلالُ رمضان ، وأنا بالشام ، فرأينا الهلالَ ليلة الجمعة ، ثم قدمتُ المدينةَ فى آخر الشهر فسألنى ابنُ عبّاس ، ثم ذكر الهلالَ ، فقال : متى رأيتُم الهلالَ ؟ قلت : رأيناه ليلة الجمعة ، فقال : أنت رأيتَه ليلةَ الجمعة ؟ قلت : نعم ، ورآه الناسُ ، وصاموا ، وصام معاوية . فقال : لـكن رأيناه ليلةَ السبت ، فلا نزال نصومُ حتى نُـكْمِلَ ثلاثين ، أو نراه ، فقلت : ألا تـكتفى برؤية معاويةَ وصيامه ؟ فقال : لا ، هـكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليـه وسلم . قال الترمذىّ : هـذا حديث حسن ، صحيح غريب ، ورواه مسلم أيضاً .

ولنا قول الله تعالى : (فَمَنْ شَهِدَ مِنـكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) وقولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم للأعرابىّ لـمّا قال له : اللهُ أمرَكَ أن تَصُومَ هـذا الشهرَ مِنَ السَّنَـةِ ؟ قال « نعم » وقوله للآخر لمّا قال له : ماذا فرض الله علىّ من الصوم ؟ قال « شَهْرَ رَمَضَانَ » وأجمع المسلمون على وجوب صوم شهر رمضان . وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان بشهادة الثِّقات فوجب صومُه على جميع المسلمين ، ولأنّ شهر رمضان ما بين الهلالين . وقد ثبت أن هـذا اليوم منه فى سائر الأحـكام ، من حلول الدَّيْن ، ووقوع الطلاق ، والعِتاق ، ووجوب النذور ، وغير ذلك من الأحكام ، فيجب صيامُه بالنصّ ، والإجماع . ولأنّ البيّنة العادلة شهدتْ برُؤية الهلال ، فيجب الصوم ، كما لو تقاربت البلدان . فأمّا حديث كُرَيْب فإنّما دلّ على أنهم لا يُفطرون بقول كُرَيْب وَحْدَهُ ، ونحن نقول به ، وإنّما محلّ الخلاف وجوب قضاء اليوم الأول ، وليس هو فى الحديث . فإن قيل : فقد قلتم إنّ الناس إذا صاموا بشهادة واحدٍ ثلاثينَ يوماً ، ولم يرَوُا الهلالَ أفطروا فى أحد الوجهين . قلنا : الجوابُ عن هذا من وجهين :

(أحدهما) أننا إنّما قلنا يُفطرون إذا صاموا بشهادته ، فيـكون فطرهم مَبْنياً على صومهم بشهادته ، وههنا لم يصوموا بقوله ، فلم يوجد مايجوّز بناء الفطر عليه .

(الثانى) أن الحديث دلّ على صحة الوجه الآخر .

٢٠٠٢ « مسألة » قال ﴿ وإن حال دون منظره غيم ، أو قـتر[1] ، وجب صيامه ، وقد أجزأ إذا كان من شهر رمضان ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى هذه المسألة ، فرُوى عنه مثلُ مانقل الخِرَقِىّ ، اختارها أكثرُ شيوخ أصحابنا وهو مذهب عمر ، وابنه ، وعمرو بن العاص ، وأبى هريرة ، وأنس ، ومعاوية ، وعائشة ، وأسماء ، ابنتى أبى بكر . وبه قال بكر بن عبد الله ، وأبو عثمان النَّهْدِىّ ، وابن أبى مَرْيَم ، ومُطَرِّف ، وميمون بن مِهْران ، وطاوس ، ومُجاهد . ورُوى عنه أن الناس تَبَعٌ للإمام ، فإن صام صاموا ، وإن أفطر أفطروا ، وهذا قول الحسن وابن سيرين لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « الصَّوْمُ يَوْمَ تَصُومُون ، والفِطْرُ يَوْمَ تُفْطِرُونَ ، والأَضْحَى يَوْمَ تُضَحُّونَ » قيل : معناه أن الصوم والفطر مع الجماعة ، ومعظم الناس . قال الترمذىّ هذا حديث ، حسن ، غريب . وعن أحمد رواية ثالثة : لا يجب صومه ، ولا يُجزئه عن رمضان إن صامه ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، ومن تبعهم لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ ، وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ ، فإن غُمِّيَ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا عِدَّةَ شَعْبَانَ ثَلاَثِينَ » رواه البخارىّ . وعن ابن عمر : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ ، فإنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَاقْدُرُوا لَهُ ثَلاَثِينَ » رواه مسلم . وقد صحّ أن النبىّ صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم يوم الشكّ ، متفق عليه ، وهذا يوم شك . ولأن الأصل بقاء شعبان ، فلا يُنتقل عنه بالشكّ .

ولنا ماروى نافع ، عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الشَّهْرُ تِسْعٌ وَعِشْرُونَ[2] ، فَلاَ تَصُومُوا حَتَّى تَرَوُا الهِلاَلَ وَلَا تُفْطِرُوا حَتَّى تَرَوْهُ فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَاقْدُرُوا لَهُ » قال نافع : «وكان ابن عمر إذا مضى من شعبان تسعةٌ وعشرون يوماً بعث من ينظر له الهلالَ ، فإن رأى فذاك ، وإن لم ير ولم يَحُلْ دون مَنْظرِه سحاب ، ولا قَتَرٌ أصْبَحَ مُفْطِراً ، وإن حال دون مَنْظَرِه سَحَابٌ أو قَتَر أَصْبَحَ صائماً » رواه أبو داود . ومعنى اقدُروا له ، أى ضَيِّقُوا لَهُ العدد من قوله تعالى : (وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ)[3] أى ضُيِّق عليه ، وقوله : (يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ)[4] والتضييق له أن

(١) القتر : بفتح القاف والتاء : الغبار ، ومثله القترة : بفتح التاء وسكونها .

(٢) أى الشهر المؤكد الذى لايحتمل النقص تسع وعشرون ، وليس المعنى أن الشهر مطلقاً تسع وعشرون لوجود الأحاديث الدالة على أن الشهر يكون تسعاً وعشرين ويكون ثلاثين .

(٣) هذه قطعة من الآية رقم ٧ من سورة الطلاق ، وتمامها (لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ، سيجعل الله بعد عسر يسراً) .

(٤) هذه قطعة من الآية رقم ٢٦ من سورة الرعد ، وتمامها (الله يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر ، وفرحوا بالحياة الدنيا ، وما الحياة الدنيا فى الآخرة إلا متاع) .

يُجعل شعبانُ تِسْعَةً وعشرين يوماً . وقد فسره ابن عمر بفعله ، وهو راويه ، وأعلم بمعناه ، فيجب الرجوع إلى تفسيره ، كما رُجع إليـه فى تفسير التفرق فى خيار المتبايعين[1] . وروى عن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل : « هَلْ صُمْتَ مِنْ سَرَرِ شَعْبَانَ شَيْئاً » ؟ قال : لا ، وفى لفظ : « أَصُمْتَ مِنْ سَرَرِ هَـذَا الشَّهْرِ شَيْئاً » قال : لا . قال : « فَإِذَا أَفْطَرْتَ فَصُمْ يَوْمَيْنِ » متفق عليـه . وسَرَرُ الشَّهرِ آخرُه ، ليـالىَ يَسْتَسِرّ الهلالُ فلا يظهر . ولأنه شكّ فى أحد طرفى الشهر لم يظهر فيـه أنه من غير رمضان ، فوجب الصوم ، كالطرف الآخر ، قال علىّ ، وأبو هريرة ، وعائشة : لَأَنْ أَصُومَ يَوْماً مِنْ شَعْبَانَ أَحَبُّ إِلَىَّ مِنْ أَنْ أُفْطِرَ يَوْماً مِنْ رَمَضَانَ ، وَلأنّ الصـومَ يُحتاط له ، ولذلك وجب الصوم بخَبرِ واحد ، ولم يُفطر إلا بشهادة اثنين . فأمّا خبرُ أبى هريرة الذى احتجُّوا به ، فإنّه يرويه محمد بن زياد وقد خالفه سـعيدُ بن المسيَّب ، فرواه عن أبى هريرة : « فإِنْ غُمَّ عَلَيْـكُمْ فَصُومُوا ثَلاَثِينَ » وروايته أولى بالتقديم ، لإمامته ، واشتهار عدالته ، وثقته ، وموافقته لرأى أبى هريرة ، ومذهبه . وخبر ابن عمر الذى رويناه ، ورواية ابن عمر: فاقدُروا له ثلاثينَ مُخالفةٌ للرواية الصحيحة المتفق عليها ، ولمذهب ابن عمر ورأيه ، والنهى عن صوم الشكّ محمول على حال الصحو ، بدليل ماذكرناه . وفى الجملة لايجب الصوم إلا برؤية الهـلال ، أو كمال شعبان ثلاثين يوماً ، أو يَحُول دون منظر الهلال غيم ، أو قتَر على ماذكرنا من الخلاف فيه .

٢٠٠٣ « مسألة » ﴿ ولا يجزئه صيام فرض حتى ينويَه ، أىّ وقت كان من الليل ﴾ .

وجملته : أنه لايصح صوم إلا بنية ، إجماعاً ، فرضاً كان ، أو تطوّعاً . لأنَّه عبادة مَحْضَةٌ فافتقر إلى النية ، كالصلاة ، ثمَّ إن كان فرضاً كصيام رمضان فى أدائه ، أو قضائه ، والنـذر ، والـكفارة ، اشتُرِط أن ينويَه من الليل عند إمامنا ، ومالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة يجزىء صيام رمضان ، وكلّ صوم مُتعيَّن بنيَّة من النهـار ، لأنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم أرسل غَداةَ عاشوراء إلى قُرى الأنصار التى حول المدينة « مَنْ كَانَ أَصْبَحَ صَائِماً فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ ، وَمَنْ كَانَ أَصْبَحَ مُفْطِراً فَلْيَصُمْ بَقِيَّةَ يَوْمِهِ ، وَمَنْ لَمْ يَـكُنْ أَكَلَ فَلْيَصُمْ » متفق عليـه ، وكان صوماً واجباً متعيّناً[2] . ولأنه غيرُ ثابت فى الذمّة ، فهو كالتطوع .

---

(١) جمهور الصحابة العلماء على أن معنى ، اقدروا له ، قدروا له واحسبوا له ثلاثين يوماً ، ثم صوموا وأفطروا ، فهذا تفسير انفرد به ابن عمر ، والعمل على رأى الجمهور .

(٢) صوم عاشوراء ليس صوماً واجباً متعيناً ، وإنما هو سنة ، وقد صامه النبى صلى الله عليه وسلم لما رأى اليهود يصومونه احتفالا بنجاة موسى عليه السلام من فرعون ، وقال (نحن أولى بموسى منهم) فهو صوم شكر لاصوم فرض . وأمره لهم بإتمام الصوم إنما هو أثر بالإمساك احتراماً لليوم .

ولنـا : ماروى ابن جريج ، وعبد الله بن أبى بكر بن محمد ، بن عمرو ، بن حزم ، عن الزهرىّ ، عن سالم ، عن أبيه ، عن حفصة ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ فَلاَ صِيـَامَ لَهُ » وفى لفظ ابن حزم : « مَنْ لَمْ يُجْمِـعِ الصِّيَامَ قَبْلَ الفَجْرِ فَلاَ صِيَامَ لَهُ » أخرجه النسائىّ ، وأبو داود ، والترمذىّ . وروى الدارقطنىّ بإسناده ، عن عَمْرة ، عن عائشـة ، عن النبىّ صلى الله عليـه وسـلم قال : « مَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ قَبْلَ طُلُوعِ الفَجْرِ فَلاَ صِيَامَ لَهُ » وقال : أسناده كلّهم ثِقـات . وقال فى حديث حفصة : رفعه عبدُ الله بن أبى بكر ، عن الزهرىّ ، وهو من الثقات الرفعاء . ولأنه صوم فرض ، فافتقر إلى النية من الليل كالقضاء فأما صوم عاشوراء فلم يثبُت وجوبُه ، فإنَّ مُعاويةَ قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « هَذَا يَوْمُ عَاشُورَاءَ ، وَلَمْ يَـكْتُبُ اللهُ عَلَيْـكُمْ صِيَامَهُ وَأَنَا صَائِمٌ ، فَمَن شَاءَ فَلْيَصُمْ ، وَمَنْ شَاءَ فَلْيُفْطِرْ » متفق عليـه . فلو كان واجباً لم يُبح فطره ، فإنّما سُمِّىَ الإمسـاكُ صياماً تجَوُّزاً ، بدليل قوله : « وَمَنْ كَانَ أَصْبَحَ مُفْطِراً فَلْيَصُمْ بَقِيَّةَ يَوْمِهِ » . ولم يفرق بين المفطر بالأكل وغيره . وقـد روى البخارىّ : أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلاً أَنْ أَذِّنْ فى النَّاسِ : « أَنَّ مَنْ كَانَ أَكَلَ فَلْيَصُمْ بَقِيَّةَ يَوْمِهِ » وإمساك بقيـة اليوم بعـد الأكل ليس بصيام شرعىّ وإنما سمّاه صياماً تجَوُّزاً . ثم لو ثبت أنه صام ، فالفرق بين ذلك وبين رمضان أن وجوب الصيام تجدّد فى أثناء النهار ، فأجزأته النية حين تجدّد الوجوب ، كمن كان صائماً تطوّعاً ، فنذر إتمام صوم بقية يومه ، فإنه تجزئه نيته عنـد نذره ، بخـلاف ما إذا كان النذر مُتقدِّماً والفرق بين التطوّع والفرض من وجهين .

(أحدهما) أن التطوّع يمـكن الإتيان به فى بعض النهار بشرط عدم المُفطرات فى أوله بدليـل قوله عليه السلام فى حديث عاشوراء : فَلْيَصُمْ بقيّة يومه . فإذا نوى صوم التطوّع من النهار كان صائمـاً بقية النهار دون أوّله . والفرض يـكون واجباً فى جميع النهار ، ولا يـكون صائمـاً بغير النية .

(والثـانى) أن التطوّع سومح فى نيته من الليل تـكثيراً له ، فإنّه قد يبـدو له الصوم فى النهـار ، فاشتراط النية فى الليـل يمنعُ ذلك ، فسامح الشرعُ فيها ، كمُسامحته فى ترك القيـام فى صـلاة التطوّع ، وترك الاستقبال فيه فى السفر ، تـكثيراً له ، بخلاف الفرض ، إذا ثبت هذا : ففى أى جزء من الليل نوى أجزأه ، وسواء فعل بعد النية مايُنافى الصوم من الأكل . والشرب ، والجمـاع ، أم لم يفعل . واشترط بعض أصحاب الشافعىّ أن لايأتِىَ بعد النية بمنافٍ للصوم ، واشترط بعضهم وجود النية فى النصف الأخير من الليل ، كما اختصّ أذان الصبح ، والدفع من مُزْدَلِفَة به .

ولنا مفهوم قوله عليه السلام : « لاَصِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْـلِ » من غير تفصيل .

ولأنه نوى من الليـل ، فصحّ صومه ، كما لو نوى فى النصف الأخير ، ولم يفعـل ماينـافى الصوم . ولأن تخصيص النية بالنصف الأخـير يُفضى إلى تفويت الصوم ، لأنه وقت النوم . وكثير من النـاس لاينتبه فيه ، ولايذكر الصوم . والشارع إنما رخّص فى تقديم النية على ابتدائه ، لحرج اعتبارها عنده ، فلا يخصّها بمحلّ لاتندفع المشقّة بتخصيصها به . ولأن تخصيصها بالنصف الأخير تحـكّم من غير دليل . ولا يصحّ اعتبـار الصوم بالأذان ، والدفع من مزدلفـة ، لأنهمـا يجوزان بعد الفجر ، فلا يُفضى منعهما فى النصف الأول إلى فواتهما ، بخلاف نية الصوم . ولأن اختصاصهما بالنصف الأخير بمعنى تجويزهما فيه ، واشتراط النية بمعنى الإيجاب والتحتم ، وفوات الصوم بفواتها فيه ، وهذا فيه مشقّة ، ومَضرّة ، بخلاف التجويز . ولأن منعهما فى النصف الأول لايفضى إلى اختصاصهما بالنصف الأخير ، لجوازهما بعد الفجر ، والنية ، بخلافه . فأمّا إن فسخ النية ، مثلُ أَنْ نوَى الفِطْرَ بعد نية الصيام ، لم تُجزئه تلك النية المفسوخة ، لأنها زالت حكماً وحقيقةً .

٢٠٠٤ فصـــل

وإن نوى من النهـار صوم الغـد لم تُجزئه تلك النيـة ، إلاّ أن يَسْتصْحِبهَا إلى جزء من الليـل . وقد رَوى ابن منصور ، عن أحمـد : من نوى الصوم عن قضـاء رمضان بالنهـار ، ولم ينو من الليـل فلا بأس ، إلاّ أن يـكون فَسَخَ النيـة بعد ذلك . فظـاهر هـذا حصول الإجزاء بنيّته من النهـار ، إلاّ أنّ القاضىَ قال : هذا محمول على أنه استصحب النية إلى جزء من الليل ، وهذا صحيحٌ ظاهرٌ ، لقوله عليه السلام : « لاَصِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنْ اللَّيْلِ » ولأنه لم ينو عند ابتـداء العبادة ، ولا قريباً منها ، فلم يصحّ ، كما لو نوى من الليل صوم بعد غد .

٢٠٠٥ فصـــل

وتُعتبر النية لـكلّ يوم ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وابن المنـذر . وعن أحمـد أنه تجزئه نيةٌ واحدة ، لجميـع الشهر ، إذا نوى صوم جميعه ، وهـذا مذهب مالك ، وإسحاق . لأنه نوى فى زمن يصلُح جنُسه لنيّة الصوم ، فجاز كما لو نوى كلّ يوم فى ليلته .

ولنـا أنه صوم واجب ، فوجب أن ينوى كلّ يوم من ليلته ، كالقضـاء . ولأن هذه الأيام عبادات لايَفْسُدُ بعضُها بفساد بعض ، ويتخلّلها ماينافيها ، فأشبهت القضاء ، وبهذا فارقت اليوم الأول . وعلى قياس رمضان إذا نذر صوم شهر بعينه فيخرُج فيه مثل ماذكرناه فى رمضان .

٢٠٠٦ فصـــــل

ومعنى النية القصـدُ ، وهو اعتقاد القلب فعـلَ شيء ، وعزمُه عليه من غير تردّد . فمتى خطر بقلبه في الليل أن غداً من رمضان ، وأنه صائم فيه ، فقد نوى . وإن شكّ في أنه من رمضان ، ولم يـكن له أصل يَبْـنِي عليه ، مثـل أن يـكون ليـلةَ الثلاثين من شعبان ، ولم يَحُـلْ دون مطلع الهـلال غَيْم ، ولا قَتَر ، فعزم أن يصوم غداً من رمضان لم تصح النية ، ولا يُجزئه صيـام ذلك اليوم ، لأنّ النيّة قصدٌ تَتْبَعُ العلم ، وما لا يعلمه ، ولا دليل على وجوده ، ولا هو على ثقة من اعتقاده لا يصحّ قصدُه . وبهـذا قال حمّاد ، وربيعـة ، ومالك ، وابن أبي ليـلى ، والحسن بن صـالح ، وابن المنـذر . وقال الثـوريّ ، والأوزاعيّ : يصحّ إذا نواه من الليـل ، لأنّه نوى الصِّيـامَ من الليـل ، فصحّ كاليوم الثـانى . وعن الشافعيّ كالمذهبين .

ولنا : أنه لم يجزم النية بصومه من رمضان ، فلم يصحّ ، كالو لم يعلم إلاّ بعد خروجه ، وكذلك لو بنى على قول المنجمين ، وأهـل المعرفة بالحساب : فوافق الصواب ، لم يصح صومُه ، وإن كثُرت إصابتهم ، لأنّه ليس بدليل شرعيّ يجوز البناء عليـه ، ولا العمل به ، فـكان وجوده كعدمه . قال النبيّ صلّى الله عليه وسلم : « صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ » وفي رواية : « لاَ تَصُومُوا حَتَّى تَرَوْهُ ، وَلاَ تُفْطِرُوا حَتَّى تَرَوْهُ » . فأمّا ليلة الثلاثين من رمضان فتصحّ نيته ، وإن احتمل أن يكون من شوّال ، لأن الأصل بقاء رمضان ، وقد أمر النبيّ صلى الله عليـه وسلم بصومه ، بقوله : « وَلاَ تُفْطِرُوا حَتَّى تَرَوْهُ » لـكن إن قال : إن كان غداً من رمضان فأنا صائم ، وإن كان من شوّال فأنا مفطر . قال ابن عقيل : لا يصحّ صومُه ، لأنه لم يجزم بنية الصيام ، والنيـة اعتقادٌ جازم . ويحتمل أن يصحّ ، لأنَّ هذا شرط واقع ، والأصل بقاء رمضان .

٢٠٠٧ فصـــــل

ويجب تعيين النية في كلّ صوم واجب ، وهو أن يعتقد أنّه يصوم غداً من رمضان ، أو من قضائه أو من كفّارته ، أو نذره ، نصّ عليه أحمد في رواية الأثرم . فإنّه قال : قلتُ لأبي عبد الله : أَسِيرٌ صَامَ شَهْرَ رَمَضَانَ فِي أَرْضِ الرُّومِ ، وَلاَ يَعْلَمُ أَنَّهُ رَمَضَانُ يَنْوِي التَّطَوُّعَ ؟ قال : لا يُجزئه إلاّ بعزيمة أنّه من رمضان ، ولا يُجزئه في يوم الشكّ إذا أصبح صائماً وإن كان من رمضان إلاّ بعزيمـة من الليل أنّه من رمضان . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ . وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا يجب تعيينُ النية لرمضان ، فإن المَرْوزيّ روى عن أحمـد : أنّه قال : يـكون يومُ الشكّ يوم غَيْمٍ إذا أجمعنا على أننا نُصبح صياماً يُجزئنا عن رمضان ، وإن لم نعتقد أنه من رمضان ؟ قال : نعم ، قلت : فقول النبي صلى الله عليـه وسلم :

« إنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » أليس يريد أن ينوى أنه من رمضان ؟ قال : لا ، إذا نوى من الليل أنه صائم أجزأه . وحكى أبو حفص العُكْبَرِىّ ، عن بعض أصحابنا أنَّه قال : ولو نوى نفلا وقع عنه رمضان وصحّ صومُه : وهذا قول أبى حنيفة . وقال بعض أصحابنا : ولو نوى أن يصوم تطوّعاً ليلة الثلاثين من رمضان فوافق رمضانَ أجزأه . قال القاضى : وجدتُ هذا الكلام اختياراً لأبى القاسم ذكره فى شرحه . وقال أبو حفص : لايُجزئه إلاَّ أن يعتقد من الليل بلا شكّ ، ولا تَلَوُّم ، فعلى القول الثانى لو نوى فى رمضان الصوم مطلقاً ، أو نوى نفلاً وقع عن رمضان ، وصحّ صومُه ، وهذا قول أبى حنيفة إذا كان مُقيماً ، لأنه فرضٌ مستحقّ فى زمن بعينه ، فلا يجب تعيين النية له ، كطواف الزيارة .

ولنا : أنه صوم واجب فوجب تعيين النية له ، كالقضاء ، وطواف الزيارة ، كمسألتنا فى افتقاره إلى التعيين . فلو طاف ينوى به الوداع ، أو طاف بنية الطواف مطلقاً لم يجزئه عن طواف الزيارة . ثم الحجّ مخالف للصوم ، ولهذا ينعقد مطلقاً ، وينصرف إلى الفرض . ولو حجّ عن غيره ، ولم يكن حجّ عن نفسه وقع عن نفسه ، ولو نوى الإحرام بمثل ماأحرم به ، فلان ، صحّ ، وينعقد فاسداً بخلاف الصوم .

٢٠٠٨ فصــــل

ولو نوى ليلة الشكّ إن كان غداً من رمضان فأنا صائم فرضاً ، وإلاَّ فهو نفل ، لم يُجزئه على الرواية الأولى ، لأنَّه لم يعيِّن الصوم من رمضان جزماً ، ويُجزيه على الأخرى ، لأنه قد نوى الصوم . ولو كان عليه صوم من سنة خمسٍ ، فنوى أنَّه يصوُم عن سنة ستٍّ ، أو نوى الصوم عن يوم الأحد ، وكان الاثنين ، أو ظنّ أن غداً الأحد فنواه ، وكان الاثنين صحّ صومُه ، لأن نية الصوم ، لم تختلّ ، وإنما أخطأ فى الوقت .

٢٠٠٩ فصــــل

وإذا عيَّن النية عن صوم رمضان ، أو قضائه أو كفَّارة[1] أو نذر ، لم يحتج أن ينوى كونه فرضاً . وقال ابن حامد يجب ذلك ، وقد مرّ بيان ذلك فى الصلاة .

٢٠١٠ « مسألة » قال : ﴿ ومن نوى صيام التطوُّع من النهار ، ولم يكن طَعِمَ أجزأه ﴾ .

وجملة ذلك : أن صوم التطوُّع يجوز بنية من النهار عند إمامنا ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ . ورُوى ذلك عن أبى الدرداء ، وأبى طلحة ، وابن مسعود ، وحُذَيفة ، وسعيد بن المسيّب ، وسعيد بن جُبَير ، والنَّخَعِىّ ، وأصحاب الرأى . وقال مالك ، وداود : لايجوز إلاَّ بنيَّة من الليل ، لقوله عليه السلام :

---

(١) لفظ « أو » غير موجود فى النسخ المطبوعة ، ولابد منه لإصلاح نظم الكلام .

« لاَصِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ » ، ولأنَّ الصلاة يتفق وقت النيـة لفرضهـا ، ونفلهـا ، وكـذلك الصوم .

ولنا ماروت عائشة رضى الله عنها قالت : دخلَ عَلَيَّ النبيُّ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ فَقَالَ : « هَلْ عِنْدَكُمْ مِنْ شَيْءٍ ؟ قُلْنَا : لا ، قال : فَإِنِّي إِذاً صَائِمٌ » أخرجـه مسلم ، وأبو داود ، والنسائيّ . ويدل عليه أيضاً حديث عاشوراء . ولأن الصلاة يخفَّف نفلها عن فرضها بدليل أنه لايُشترط القيام لنفلهـا ويجوز فى السفر على الراحلة إلى غير القبلة ، فـكذا الصيام ، وحديثهم نخصّه بحديثنا على أن حديثنا أصحّ من حديثهم ، فإنَّه من رواية ابن لَهِيعَة ويحيى بن أيوب . قال الميمونىّ : سألتُ أحمد عنه فقال : أُخبرك : ماله عندى ذلك الإسناد ، إلاَّ أنَّه عن ابن عمر ، وحفصة ، إسنادان جيّدان ، والصلاة يتفق وقت النية لنفلها ، وفرضها . لأنَّ اشتراط النية فى أول الصلاة لايُفضى إلى تقليلها ، بخـلاف الصوم ، فإنَّه يُعَيِّن له الصوم من النهار ، فعُفى عنه ، كما لو جوّزنا التنفّل قاعداً ، وعلى الراحلة لهذه العلة .

٢٠١١ فصـــل

وأىَّ وقت من النهـار نوى أجزأه ، سواء فى ذلك ماقبل الزوال ، وبعـده . هذا ظاهر كلام أحمد ، والخِرَقىّ ، وهو ظـاهر قول ابن مسعود ، فإنّه قال : أحـدُكم بأَخْيَرِ[1] النَّظَرَيْنِ ، مَالَمْ يَأْكُلْ ، أَوْ يَشْرَبْ . وقال رجل لسعيد بن المسيّب : إنِّى لم آكُلْ إلى الظُّهْرِ أو إلى العَصْرِ ، أفأصوم بقيَّة يومى ؟ قال : نعم . واختار القاضى فى المجرّد : أنَّه لاتُجزئه النيَّة بعد الزوال ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، والمشهور من قولَىِ الشافعىّ ، لأن معظم النهار مضى من غير نية ، بخلاف الناوى قبل الزوال ، فإنه قد أدرك معظم العبادة ، ولهـذا تأثير فى الأصول ، بدليل أنّ من أدرك الإمام قبل الرفع من الركوع أدرك الركعة ، لإدراكه معظمها . ولو أدركه بعد الرفع لم يـكن مُدركاً لهـا . ولو أدرك مع الإمام من الجمعة ركعةً كان مدركاً لها ؟ لأنها تزيد بالتشهّد ، ولو أدرك أقلّ من ركعة لم يكن مُدركاً لها .

ولنا أنه نوى فى جزء من النهار ، فأشبه مالو نوى فى أوّله ، ولأن جميع الليل وقتٌ لنيـة الفرض ، فـكذا جميع النهار وقت لنية النفل ، إذا ثبت هذا : فإنه يُحكم له بالصوم الشرعىّ المثاب عليه ، من وقت النية فى المنصوص عن أحمد ، فإنّه قال : من نوى فى التطوّع من النهار كتب له بقيَّة يومه ، وإذا أجمع من الليل كان له يومُه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعىّ . وقال أبو الخطاب فى الهداية : يُحكم له بذلك من أول النهار ، وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ ، لأن الصوم لايتبعّض فى اليوم ، بدليل مالو أكل فى بعضه لم يجز له صيام باقيه ، فإذا وُجد فى بعض اليوم دلّ على أنه صائم من أوله ، ولا يمنع الحكم بالصوم من غير

(١) أخيرين : النظر أحبهما إليه وأفضلهما عنده ، والنظران هى الصوم وعدمه .

نية حقيقيَّة ، كما لو نسى الصوم بعد نيته ، أو غَفَل عنه ، ولأنه لو أدرك بعض الركعـة ؛ أو بعض الجماعة كان مُدركاً لجميعها .

ولنـا : أن ماقبل النية لم ينو صيامه ، فلا يـكون صائماً فيه ، لقوله عليه السلام : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى » ولأنّ الصوم عبادة محضة ، فلا توجد بغير نية كسائر العبادات المحضة ، ودعوى أن الصوم لايتبعّض دعوى محـلّ النزاع ، وإنما يُشترط لصوم البعض أن لاتوجـد المُفطرات فى شىء من اليوم ، ولهـذا قال النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حـديث عاشوراء : « فَلْيَصُمْ بَقِيَّةَ يَوْمِهِ » وأما إذا نسى النية بعد وجودها ، فإنَّه يكون مُسْتَصْحِباً لحـكمها ، بخلاف ماقبلها ، فإنها لم توجد حكماً ، ولا حقيقة . ولهذا لو نوى الفرض من الليل ، ونسيه فى النهار صحّ صومه ، ولو[1] لم ينو من الليل لم يصح صومه . وأما إدراك الركعة والجماعة ، فإنّما معناه أنه لايحتاج إلى قضاء ركعة ، وينوى أنه مأموم وليس هذا مستحيلاً . أمّا أن يكون ماصلّى الإمام قبله من الركعات محسوباً له بحيثُ يُجزئه عن فعله فكلاّ ، ولأن مُدرك الركوع مدرك لجميـع أركان الركعة . لأنَّ القيـام وُجد حين كبّر وفعَل سائر الأركان مع الإمام . وأما الصومُ ، فإن النيـة شرط له ، أو ركن فيه ، فلا يتصوّر وجوده بدون شرطه ، وركنه . إذا ثبت هذا ، فإن من شرطه أن لايكون طَعِمَ قبل النية ، ولا فَعَل مايفطره ، فإن فعـل شيئاً من ذلك لم يجزئه الصيام بغير خلاف نعلمه .

٢٠١٢ « مسألة » قال : ﴿ ومن نوى من الليل فأُغْمِىَ عليه قبل طلوع الفجر فلم يُفِق حتى غربت الشمس لم يُجزه صيامُ ذلك اليوم ﴾ .

وجملة ذلك أنه متى أُغمى عليـه جميعَ النهار ، فلم يُفق فى شىء منـه لم يصحّ صومُه فى قول إمامنا ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يصحّ ، لأنّ النيـة قد صحّت ، وزوال الاستشعار بعـد ذلك لايمنعُ صحّـة الصوم كالنوم .

ولنا : أن الصوم هو الإمساك مع النيَّة ، قال النبىُّ صلى الله عليـه وسلم : « يَقُولُ اللهُ تَعَالَى : كُلُّ عَمَلِ ابْنِ آدَمَ لَهُ إِلاَّ الصِّيَامَ فَإِنَّهُ لِي وَأَنَا أَجْزِي بِهِ ، يَدَعُ طَعَامَهُ وَشَرَابَهُ مِنْ أَجْلِي » متفق عليه ، فأضاف ترك الطعام والشراب إليه ، فإذا كان مُغْمًى عليه فلا يضاف الإمساك إليه فلم يُجزئه . ولأن النية أحد ركنى الصوم فلا تجزىء وحدها ، كالإمساك وحده . أما النوم فإنَّه عادةٌ ولا يزيل الإحساس بالكليّة ومتى نُبّه انتبه . والإغماء عارض يُزيل العقل ، فأشبه الجنون . إذا ثبت هذا ، فزوال العقل يحصُل بثلاثة أشياء . أحدها : الإغماء ، وقد ذكرناه ، ومتى فسد الصوم به ، فعلى المغمَى عليه القضاء بغير خلاف علمناه

---

(١) لفظ « لو » ساقط من النسخة التى علقنا عليها .

لأن مدّته لاتتطاول غالباً ، ولا تثبُت الولايةُ على صاحبه ، فلم يزل التكليف به وقضاء العبادات كالنوم . ومتى أفاق المغمَى عليــه فى جزء من النهـار صحّ صومه ، سواء كان فى أوله ، أو آخره . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : تُعتبر الإفاقةُ فى أول النهار ليحصُل حكم النية فى أوّله .

ولنا : أن الإفاقة حصلت فى جزء من النهار ، فأجزأ ، كما لو وُجدت فى أوله ، وماذكروه لا يصحّ . فإنّ النية قد حصلت من الليل ، فيُستغنى عن ذكرها فى النهار ، كما لو نام أو غفَل عن الصوم ، ولو كانت النية إنما تحصُل بالإفاقة فى النهار لما صحّ منه صوم الفرض بالإفاقة ، لأنه لايُجزىء بنيّةٍ من النهار .

الثانى : النوم ، فلا يُؤثّر فى الصوم ، سواء وُجد فى بعض النهار أو جميعه .

الثالث : الجنون ، فحـكمه حـكم الإغماء ، إلاّ أنه إذا وُجِـدَ فى جميع النهـار لم يجب قضاؤه . وقال أبو حنيفة : متى أفاق المجنون فى جزء من رمضان لزمه قضاء مامضى منه ، لأنه أدرك جزءاً من رمضان وهو عاقل ، فلزمه صيامه ، كما لو أفاق فى جزء من اليوم . وقال الشافعىُّ : إذا وجد الجنون فى جزء من النهار أفسد الصوم ، لأنه معنى يمنع وجوب الصوم ، فأفسده وجوده فى بعضه ، كالحيض .

ولنـا : أنه يمنـع الوجوب إذا وُجـد فى جميع الشهر ، فمنعه إذا وجـد فى جميـع النهـار ، كالصِّبا ، والـكُفْر . وأما إن أفاق فى بعض اليوم فلنا منع فى وجوبه . وإن سلمناه فإنّه قد أدرك بعض وقت العبادة ، فلزمه ، كالصبىّ إذا بلغ ، والـكافر إذا أسلم فى بعض النهار ، وكما لو أدرك بعض وقت الصلاة

ولنا : على الشافعىّ أنه زوال عقل فى بعض النهار فلم يمنع صحة الصوم ، كالإغمـاء والنوم ، ويُفارق الحيض ، فإنّ الحيض لا يمنع الوجوب ، وإنمـا يجوز تأخير الصوم ، ويُحرّم فعله ، ويوجب الغُسل ، ويُحرّم الصلاة ، والقراءة ، واللُّبْثَ فى المسجد ، والوَطء ، فلا يصحّ قياسُ الجنون عليه .

٢٠١٣ « مسألة » قال ﴿ وإذا سافر مايقصُر فيه الصلاة فلا يُفطر حتى يترك البيوت وراء ظهره ﴾.

وجملة ذلك : أن للمسافر أن يُفطر فى رمضان وغيره ، بدلالة الكتاب والسنّة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى: (فَمَنْ كانَ مِنْـكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ[1]) وأما السنّة فقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنِ الْمُسَافِرِ الصَّوْمَ » رواه النسائىّ ، والترمذىّ ، وقال : حـديث حسن ، فى أخبار كثيرة سِواه . وأجمع المسلمون على إباحة الفطر للمسافر فى الجُملة ، وإنمـا يُباح الفطر فى السفر الطويل الذى يُبيح القصر ، وقد ذكرنا قدره فى الصلاة ، ثم لايخلو المسافر من ثلاثة احوال :

أحدها : أن يدخل عليه شهر رمضان فى السفر ، فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى إباحة الفطر له .

---

(١) بعض الآية ١٨٤ من سورة البقرة ، وقد سبقت عن قريب .

الثانى : أن يُسافر فى أثناء الشهر ليلاً ، فله الفطر فى صبيحة الليلة التى يخرُج فيها ، وما بعدها فى قول عامَّة أهل العلم . وقال عَبِيدةُ السّلمانىّ ، وَأَبُو مِجْلَزٍ وَسُوَيْدُ بنغَفَلة : لا يُفطر مَنْ سافر بعد دخول الشهر لقول الله تعالى : (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ)(١) وهذا قد شهده .

ولنا : قول الله تعالى (فَمَنْ كانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ)(٢) . وروى ابن عباس قال : خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح فى شهر رمضان ، فصام حتى بلغ الكديد ، ثم أفطر ، وأفطر الناس ، متفق عليه ولأنه مسافر ، فأبيح له الفطر ، كما لو سافر قبل الشهر ، والآية تناولت الأمر بالصوم لمن شهد الشهر كله ، وهذا لم يشهده كلّه(٣) .

الثالث : أن يسافر فى أثناء يوم من رمضان ، فحكمه فى اليوم الثانى كمن سافر ليلاً ، وفى إباحة فطر اليوم الذى سافر فيه عن أحمد روايتان :

(إحداهما) له أن يُفطر وهو قول عمرو بن شُرَحبيل ، والشعبىّ ، وإسحاق ، وداود ، وابن المنذر لما روى عُبَيْدُ بن جُبَيْر ، قال : رَكِبْتُ مَعَ أَبِي بَصْرَةَ الغِفَارِيّ سَفِينةً مِنَ الفُسْطَاطِ فى شَهْرِ رَمَضَانَ فَدَفَعَ ، ثم قَرَّبَ غَدَاءه ، فلم يُجَاوِزِ البُيُوتَ حَتَّى دَعَا بالسُّفْرَة ، ثم قال : اقتربْ ، فقلت : ألست ترى البيوت ؟ قال أبو بَصْرة : أترغَبُ عن سُنَّة رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فأكل ، رواه أبو داود . ولأن السفر معنًى لو وُجد ليلًا ، واستمرّ فى النهار لأباح الفطر ، فإذا وُجد فى أثنائه أباحه كالمرض ، ولأنه أحد الأمرين المنصوص عليهما فى إباحة الفطر بهما ، فأباحه فى أثناء النهار ، كالآخر .

(والرواية الثانية) لا يُباح له الفطر ذلك اليومَ ، وهو قول مكحول ، والزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ ومالك ، والأوزاعىّ والشافعىّ ، وأصحاب الرأى لأن الصوم عبادة تختلف بالسفر ، والحضر . فإذا اجتمعا فيها غلّب حكم الحضر كالصلاة ، والأول أصحّ للخبر . ولأن الصوم يفارق الصلاة ، فإنّ الصلاة يلزم إتمامُها بنيَّته ، بخلاف الصوم .

إذا ثبت هذا : فإنّه لا يباح له الفطر حتى يُخَلِّفَ البيوتَ وراء ظهره ، يعنى أنه يجاوزها ، ويخرُج من بين بُنيانها . وقال الحسن : يُفطر فى بيته إن شاء يومَ يُريد أن يخرُج . وروى نحوُه عن عطاء ،

(١ ، ٢) بعض الآية ١٨٤ من سورة البقرة .

(٣) هذا يقتضى أن معنى شهود الشهر حضوره فى وطنه صحيحاً ، أى غير مسافر وغير مريض ، ولكن الصواب أن المراد بمن شهد الشهر من أدرك الشهر مطلقاً سواء كان مسافراً أو مقيما ، صحيحاً أو مريضاً ، ويستثنى المسافر والمريض من عموم الشهود لقوله تعالى: (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر).

قال ابن عبد البرّ : قول الحسن قولٌ شاذّ ، وليس الفطر لأحدٍ في الحضر في نظرٍ[١] ولا أثرٍ . وقد رُوى عن الحسن خلافه . وقد رَوى محمد بن كعب قال : أتيتُ أنسَ بن مالك في رمضان ، وهو يُريد السفر ، وقد رُحِلَتْ له راحلته . ولبس ثياب السفر ، فدعا بطعامٍ ، فأكلَ ، فقلت له : سُنّة ؟ فقال : سُنّة[٢] ، ثم ركب . قال الترمذي : هذا حديث حسن .

ولنا : قول الله تعالى : (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) وهذا شاهد ، ولا يوصف بكونه مسافراً حتى يخرُج من البلد ، ومهما كان في البلد فله أحكام الحاضرين ، ولذلك لا يقصرُ الصلاة . فأمّا أنس فيحتمل أنه قد كان برز من البلد خارجاً منه فأتاه محمدُ بن كعب في منزله ذلك .

٢٠١٤ فصل

وإن نوى المسافر الصوم في سفره ، ثم بدا له أن يُفطر ، فله ذلك . واختلف قول الشافعيّ فيه : فقال مرّة : لا يجوز له الفطر ، وقال مرة أخرى : إن صحّ حديث الكديد ، لم أر به بأساً أن يُفطر . وقال مالك : إن أفطر فعليه القضاء والكفّارة ، لأنّه أفطر في صوم رمضان ، فلزمه ذلك ، كما لو كان حاضراً .

ولنا حديث ابن عباس ، وهو حديث صحيح متفق عليه . ورَوى جابر أن رَسُولَ اللهِ صَلَّى الله عليه وسلَّم خَرَجَ عامَ الفَتْحِ فصَامَ حَتَّى بَلَغَ كُرَاعَ الغميمِ[٣] ، فصام الناسُ معه ، فقيل له : إن الناسَ قد شقّ عليهمُ الصيام ، وإنّ الناس ينظرون ما فعلتَ ، فدعا بقدَحٍ من ماء بعدَ العصْر ، فشرب ، والناس ينظرون ، فأفطر بعضُهم ، وصام بعضُهم ، فبلغه أن ناساً صامُوا فقال : « أولئكَ العُصَاةُ » رواه مسلم ، وهذا نصّ صريح لا يُعَرَّج على مَنْ خالفه . إذا ثبت هذا فإنّ له أن يُفطر بما شاء مِنْ أَكْلٍ وَشُرْبٍ وغيرها إلاّ الجماع ، هل له أن يفطر به أم لا ؟ فإن أفطر بالجماع ففي الكفارة روايتان : الصحيح منهما أنه لا كفارة عليه ، وهو مذهب الشافعيّ (والثانية) يلزمه كفّارة ، لأنه أفطر بجماع ، فلزمته كفارة ، كالحاضر .

---

(١) في نظر : أي في اجتهاد أو قياس ، ولا أثر : يعني في دليل قولي أو فعلي ، مروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه السابقين الأولين .

(٢) في هذا رد على ابن عبد البر الذى ادعى أنه لم يرد في نظر ولا أثر إلا أن يؤول .

(٣) كراع الغميم : موضع على ثلاثة أميال من عسفان .

ولنـا : أنه صوم لايجب المضيّ فيه ، فلم تجب الـكفّارة بالجمـاع فيه ، كالتطوّع . وفارق الحـاضرَ الصحيح ، فإنه يجب عليه المضيّ فى الصوم . وإن كان مريضاً يُباح له الفطر فهو كالمسـافر ، ولأنه يُفطر بنيّة الفطر ، فيقـع الجمـاع بعد حصول الفطر ، فأشبه ما لو أكل ثم جامع ومتى أفطر المسافرُ فله فعـلُ جميع مايُنافى الصوم من الأكل ، والشرب ، والجماع ، وغيره ، لأنَّ حرمتها بالصوم فتزول بزواله ، كما لو زال بمجىء الليل .

٢٠١٥ فصـــــل

وليس للمسافر أن يصوم فى رمضان عن غيره ، كالنذر ، والقضاء ، لأنّ الفطر أبيح رُخْصَةً وتخفيفاً عنه ، فإذا لم يُرِد التخفيف عن نفسه لزمه أن يأتىَ بالأصل . فإن نوى صوما غير رمضان لم يصحّ صومُه ، لاعن رمضان ، ولا عمّا نواه . هذا الصحيح فى المذهب ، وهو قول أكثر العلمـاء . وقال أبو حنيفة : يقع مانواه إذا كان واجباً ، لأنه زمن أبيح له فطره ، فـكان له صومه ، عن واجب عليـه ، كغير شهر رمضان .

ولنا : أنّه أبيح له الفطر للعُذر ، فلم يجز له أن يصومه عن غير رمضان ، كالمريض . وبهذا ينتقض ماذكروه ، وينقض أيضاً بصوم التطوّع ، فإنهم سلّموه . قال صالح : قيل لأبى : من صام شهر رمضـان وهو ينوى به تطوّعاً يجزئه ؟ قال : أو يفعل هذا مسلم ؟ !

٢٠١٦ « مسـألة » قال ﴿ ومن أكل ، أو شرب ، أو احتجم ، أو استعط ، أو أدخل إلى جوفه شيئاً من أىّ موضع كان ، أو قبّـل فأمنى ، أو أمذى ، أو كرر النظر ، فأنزل ، أىّ ذلك فعل عامداً ، وهو ذاكر لصومه ، فعليه القضاء بلا كفّارة ، إذا كان صوماً واجباً ﴾ .

٢٠١٧ فى هذه المسألة فصول :

(أحدها) أنه يُفطر بالأكل ، والشرب بالإجمـاع ، وبدلالة الـكتاب ، والسنّة . أما الـكتاب : فقول الله تعالى (وَكُلُوا واشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَـكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الفَجْرِ ، ثُمّ أَتِمُّوا الصِّيـَامَ إِلَى اللَّيْلِ[1]) مـدّ الأكل والشرب إلى تبيُّن الفجر ، ثم أمر بالصيـام عنهمـا . وأما السنّة فقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « وَالَّذِى نَفْسِى بِيَدِهِ لَخُلُوفُ فَمِ الصَّائِمِ أَطْيَبُ عِنْدَ اللهِ مِنْ رِيحِ الْمِسْكِ يَتْرُكُ طَعَامَهُ وَشَرَابَهُ وَشَهْوَتَهُ مِنْ أَجْلِى » وأجمع العلماء على الفطر بالأكل ، والشرب بما يُتَغَذَّى به . فأما مالا يُتَغَذَّى به ، فعامَّة أهل العلم على أن الفطر يحصُل به . وقال الحسن بن صـالح :

(١) بعض الآية ١٨٧ من سورة البقرة ، وأولها (أحل لـكم ليلة الصيام الرفث) .

لا يُفطر بما ليس بطعام ، ولا شراب . وحُكى عن أبى طلحة الأنصارىّ : أنه كان يأكل البَرَدَ[1] فى الصَّوْم ، ويقول : ليس بطعام ، ولا شراب ، ولعلّ من يذهب إلى ذلك يحتجّ بأن الكتاب والسنّة إنّما حرّما الأكلّ والشرب ، فما عداهما يبقى على أصل الإباحة .

ولنا : دلالة الكتاب والسنّة على تحريم الأكل ، والشرب على العموم ، فيدخل فيه محلّ النزاع ولم يثبُت عندنا مانُقِل عن أبى طلحة ، فلا يُعَدّ خلافاً .

٢٠١٨ ﴿ الفصل الثانى ﴾ أن الحِجَامة يُفطر بها الحاجم ، والمحجوم ، وبه قال إسحاق ، وابن المنذر ، ومحمد بن إسحاق بن خُزَيمة . وهو قول عطاء ، وعبد الرحمن بن مهدى . وكان الحسن ، ومسروق وابن سيرين لا يرون للصائم أن يحتجم . وكان جماعة من الصحابة يحتجمون ليلاً فى الصوم . منهم : ابن عمر ، وابن عباس ، وأبو موسى ، وأنس . ورخّص فيها أبو سعيد الخُدْرِىّ ، وابن مسعود ، وأمّ سلَمة وحُسَيْنُ بن علىّ ، وعُروة ، وسعيدُ بن جُبَير . وقال مالك ، والثورىّ ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ : يجوز للصائم أن يحتجم ، ولا يُفطر ، لما روى البخارىّ عن ابن عباس : أن النبىّ ﷺ احتجم وهو صائم . ولأنّه دَمٌ خارج من البدن ، أشبهَ الفَصْدَ .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « أَفْطَرَ الحَاجِمُ والمَحْجُومُ » رواه عن النبىّ ﷺ أحَدَ عَشَرَ نفساً ، قال أحمد : حديث شدّاد بن أَوْس مِنْ أصحّ حديث يُروى فى هذا الباب ، وإسناد حديث رافع إسنادٌ جيّد ، وقال : حديث ثَوْبَانَ وشدّاد صحيحان . وعن علىّ بن المَدِينىّ : أنه قال : أصحّ شىء فى هذا الباب : حديث شداد ، وثوبان ، وحديثهم منسوخ بحديثنا ، بدليل مارَوى ابن عباس : أنه قال : احْتَجَمَ رسُولُ الله صلى الله عليه وسلم بالقاحَةِ بقَرْنٍ ، ونَابٍ ، وهو مُحرِمٌ ، صائم فوَجَدَ لذلكَ ضَعْفاً شَدِيداً ، فنهَى رسُول الله صلى الله عليه وسلم أَنْ يَحْتَجِمَ الصَّائِمُ . رواه أبو إسحاق الجُوْزَجَانِىّ فى المترجَم . وعن الحَكَم قال : احتجم رسولُ الله صلى الله عليه وسلم وهو صائم ، فَضَعُفَ ، ثم كُرِهت الحجامةُ للصائم . وكان ابن عباس وهو راوى حديثهم يُعِدّ الحُجَّامَ والمَحاجِمَ ، فإذا غابت الشمسُ احتجم بالليل ، كذلك رواه الجُوْزَجانِىّ . وهذا يدلّ على أنه عَلِمَ نَسْخَ الحديث الذى رواه .

ويحتمل أن النبىّ ﷺ احتجم ، فأفطر ، كما رُوى عنه عليه السلام أنه قاء فأفطر . فإن قيل : فقد روى « أن »[2] النبى صلى الله عليه وسلم رأى الحاجِمَ والمحتجمَ يغتابان ، فقال ذلك ، قلنا : لم تثبُت

---

(١) البرد : ماء المطر المنعقد حبات صغيرة كحبات الملح .

(٢) لفظ « أن » ساقط من النسخة التي علقنا عليها .

صحّة هذه الرواية ، مع أن اللفظ أعمّ من السبب ، فيجب العمل بعموم اللفظ ، لا بخصوص السبب . على أننا قد ذكرنا الحديث الذى فيه بيان علّة النهى عن الحجامة ، وهى الخوفُ من الضعف ، فيبطُل التعليل بما سواه أو يكون كلّ واحدٍ منهما علّةً مستقلّة ، على أن الغِيبَةَ لا تُفطر الصائم إجماعاً ، فلا يصحُّ حملُ الحديث على ما يخالف الإجماع . قال أحمد : لأن يكون الحديث كما جاء عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم : « أَفْطَرَ الْحَاجِمُ وَالْمَحْجُومُ » أحبّ إلينا من أن يكون من الغيبة ، لأن مَنْ أراد أن يمتنع من الحجامة امتنع ، وهذا أشدّ على الناس من أن يسلم من الغِيبَة . فإن قيل : فإذا كانت علّة النهى ضعف الصائم بها فلا يقتضى ذلك الفطرَ . وإنّما يقتضى الكراهة ، ومعنى قوله : « أَفْطَرَ الْحَاجِمُ وَالْمَحْجُومُ » أى قَرُبَا من الفطر . قلنا : هذا تأويل يحتاج إلى دليل ، على أنه لا يصحّ ذلك فى حقّ الحاجم ، فإنه لا ضعف فيه[1] .

﴿ الفصل الثالث ﴾ أنه يفطر بكلِّ ما أدخله إلى جوفه ، أو مُجَوَّف فى جسده كدماغه ، وحلقه ، ونحو ذلك مما ينفذُ إلى مَعدته إذا وصل باختياره ، وكان مما يمكن التحرُّز منه ، سواء وصل من الفم على العادة أو غير العادة ، كالوَجُور[2] ، واللَّدُود . أو من الأنف كالسَّعُوط ، أو ما يدخُل من الأذن إلى الدماغ ، أو ما يدخل من العين إلى الحلق ، كالكحل ، أو ما يدخل إلى الجوف من الدبُر بالْحُقنة ، أو ما يصل من مداواة الجائفة[3] إلى جوفه ، أو من دواء المأمومة[4] إلى دماغه ، فهذا كلّه يُفطره . لأنه واصل إلى جوفه باختياره ، فأشبه الأكل . وكذلك لو جرح نفسه ، أو جرحه غيره باختياره ، فوصل إلى جوفه ، سواء استقرّ فى جوفه ، أو عاد فخرج منه . وبهذا كلّه قال الشافعى . وقال مالك : لا يُفطر بالسعوط إلا أن ينزل إلى حلقه ، ولا يفطر إذا داوى المأمومة ، والجائفة . واختُلف عنه فى الْحُقنة ، واحتجّ له بأنه لم يصل إلى الحلق منه شىء ، أشبه ما لم يصل إلى الدماغ ، ولا الجوف .

ولنا : أنه واصل إلى جوف الصائم باختياره فيُفطره كالواصل إلى الحلق ، والدماغُ جوف ، والواصل إليه يُغَذِّيه ، فيُفطره ، كجوف البدَن .

٢٠١٩ فصـــل

فأما الكحل فما وجد طعمُه فى حلقه ، أو عُلم وصوله إليه فَطَّره ، وإلّا لم يُفطره ، نصَّ عليه أحمد . وقال ابن أبى موسى : ما يجد طعمه كالذَّرُور ، والصبر ، والقُطور ، أفطر . وإن اكتحل باليسير من

---

(١) علل الجمهور قرب الحاجم من الفطر بأنه عرضة لدخول الدم إلى جوفه .

(٢) الوجور : بفتح الواو وضمها هو الدواء يوضع فى الفم ، واللدود بفتح اللام هو ما يوضع بالمسعط (القطارة ونحوها فى أحدشق الأنف) .

(٣) الجائفة : الطعنة التى تصل إلى جوف المطعون ، فإذا داواها وصل الدواء إلى جوفه .

(٤) المأمومة : شجة فى الرأس تبلغ أمها وهى الدماغ أى داخل الرأس تحت الجلد والعظم .

الإثمد غير المطيّب ، كالميل : ونحوه ، لم يفطر ، نصَّ عليه أحمد . وقال ابن عقيل : إن كان الكحل حادًّا فطّره ، وإلاّ فلا . ونحوَ ماذكرناه قال أصحابُ مالك . وعن ابن أبي ليلى ، وابن شُبْرُمة أنّ الكُحْلَ يُفطر الصائم . وقال أبو حنيفة ، والشافعيّ : لايُفطره . لما رُوى عن النبيّ صَلى اللهُ عليه وسَلم « أنّه اكْتَحَلَ فِي رَمَضَانَ ، وهُوَ صَائِمٌ . ولأنّ العَيْنَ لَيْسَتْ مَنْفذاً ، فلم يُفْطِر بالداخل منها ، كما لو دَهَنَ رأسه .

ولنا أنه أوصل إلى حلقه ماهو ممنوع من تناوله بفيه ، فأفطر به ، كما لو أوصله من أنفه . وما رووه لم يصحّ . قال الترمذيّ : لم يصحّ عن النبيّ صلى الله عليه وسلم في باب الكحل للصائم شيء . ثم نحمله على أنه اكتحل بما لا يصل . وقولهم : ليست العين منفذاً لايصحّ ، فإنّه يوجد طعمُه في الحلق ، ويكتحل بالإثمد فيتنخّمُه . قال أحمد : حدثني إنسان أنه اكتحل بالليل فتنخّمه بالنهار ، ثم لايُعتبر في الواصل أن يكون من منفذ ، بدليل مالو جرَحَ نفسه جائفةً ، فإنّه يُفطر .

٢٠٢١ فصل

وما لا يمكن التحرّز منه كابتلاع الريق لايُفطره ، لأن اتقاء ذلك يشقّ . فأشبه غُبار الطريق ، وغربلة الدقيق ، فإن جمعه ، ثم ابتلعه قصداً لم يُفطره ، لأنه يصل إلى جوفه من معدته ، أشبه ما إذا لم يجمعه . وفيه وجه آخر أنه يُفطره ، لأنه أمكنه التحرّز منه ، أشبه مالو قصد ابتلاع غُبار الطريق . والأول أصحّ ، فإن الريق لايُفطر إذا لم يجمعه ، وإن قصد ابتلاعه . فكذلك إذا جمعه ، بخلاف غبار الطريق . فإن خرج ريقه إلى ثوبه ، أو بين أصابعه ، أو بين شفتيه ، ثم عاد فابتلعه ، أو بلع ريق غيره أفطر ، لأنه ابتلعه من غير فمه ، فأشبه مالو بلع غيره . فإن قيل : فقد روت عائشة « أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم كان يُقَبِّلُهَا وَهوَ صَائِم ، ويَمصُّ لِسَانَهَا » رواه أبو داود . قلنا : قد رُوى عن أبي داود أنه قال : هذا إسناد ليس بصحيح . ويجُوز أنه كان يُقَبِّل في الصوم ، ويَمُصُّ لسانها في غيره ، ويجوز أن يَمُصَّه ، ثم لايبتلعه ، ولأنه لم يتحقّق انفصال ماعلى لسانها من البلل إلى فمه . فأشبه مالو ترك حصاةً مبلولةً في فيه ، أو لو تمضمض بماء ثم مجّه ، ولو ترك في فمه حصاةً ، أو درهما ، فأخرجه وعليه بِلّة من الرِّيق ، ثم أعاده في فيه ، نَظرتَ ، فإن كان ماعليه من الريق كثيراً فابتلعه أفطر ، وإن كان يسيراً لم يُفطر بابتلاع ريقه . وقال بعض أصحابنا : يُفطر لابتلاعه ذلك البلل الذى كان على الجسم .

ولنا : أنه لا يتحقّق انفصال ذلك البلل ، ودخوله إلى حلقه ، فلا يُفطره ، كالمضمضة ، والتسوّك بالسواك الرَّطْب ، والمبلول . ويقوّى ذلك حديثُ عائشة في مصّ لسانها . ولو أخرج لسانه وعليه بِلّة ، ثم عاد فأدخله وابتلع ريقه لم يُفطر .

٢٠٢٢ فصـــل

وإن ابتلع النُّخَامَةَ ففيها روايتان . إحداها : يُفطر . قال حنبل : سمعتُ أبا عبد الله يقول : إذا تنخَّمَ ثم ازدرده فقد أفطر ، لأن النُّخَامَةَ من الرأس تنزل ، والريق من الفم ، ولو تنخّمَ من جوفه ، ثم ازدرده أفطر ، وهـذا مذهبُ الشافعي ، لأنه أمكن التحرّز منها . أشبه الدم ، ولأنها من غير الفم أشبه القيء .

والرواية الثانية : لا يُفطر . قال في رواية المروزيّ : ليس عليك قضـاء إذا ابتلعت النخامة ، وأنت صائم ، لأنه معتاد في الفم ، غيرُ واصل من خارج ، أشبه الريق .

٢٠٢٣ فصـــل

فإن سال فمه دماً ، أو خرج إليه قَلْسٌ ، أو قيء ، فازدرده ، أفطر إن كان يسيراً . لأنّ الفم في حكم الظاهر ، والأصلُ حصول الفطر بكلّ واصل منه ، لكن عُفِيَ عن الريق لعـدم إمكان التحرُّز منه ، فما عداه يبقى على الأصل ، وإن ألقاه من فيه وبقي فمه نجساً ، أو تنجّس فمه بشيء من خارج ، فابتلع ريقه . فإن كان معه جزء من المنجّس أفطر بذلك الجزء ، وإلاّ فلا .

٢٠٢٤ فصـــل

ولا يُفطر بالمضمضة بغـير خلاف ، سواء كان في الطهارة ، أو غيرها . وقد رُوي عن النبي ﷺ : « أَنَّ عُمَرَ سَـأَلَهُ عَنِ القُبْلَةِ للصَّائِمِ ؟ فقـال النبيُّ صلى الله عليه وسـلم : أَرَأَيْتَ لَوْ تَمَضْمَضْتَ مِنْ إِنَاءٍ ، وَأَنْتَ صَائِمٌ ؟ قلت : لاَ بَأْسَ ، قال « فمه »[1] . ولأن الفم في حكم الظاهر لا يبطل الصوم بالواصل إليه ، كالأنف ، والعين . وإن تمضمض ، أو استنشق في الطهارة فسبق الماء إلى حلقه من غير قصدٍ ، ولا إسرافٍ ، فلا شيء عليـه . وبه قال الأوزاعيّ ، وإسحاق ، والشافعيّ في أحد قوليه . ورُوي ذلك عن ابن عباس . وقال مالك ، وأبو حنيفة : يُفطر . لأنه أوصل المـاء إلى جوفه ذاكراً لصومه ، فأفطر ، كما لو تعمّد شُربه .

ولنـا : أنه وصل إلى حلقه من غير إسرافٍ ، ولاقصدٍ ، فأشبه مالو طارت ذُبَابَةٌ إلى حلقه . وبهذا فارق المتعمّد . فأما إن أسرف ، فزاد على الثلاث ، أو بالغ في الاستنشاق ، فقد فعل مكروهاً ، لقول النبيّ

---

(١) الحديث رواه أحمد وأبو داود وسكت عليه ، والنسائي ، وقال : منكر . ولـكن صححه ابن حبان والحاكم ، ومعنى « مه » كف عن السؤال إذاً عن حكم القبلة ــ فقد علمت حكمه ، وهو اسم فعل فعل أمر .

صلى الله عليـه وسلم للقيطِ بن صَبِرَةَ « وَبَالِـغْ فى الاسْتِنْشَاقِ إلاَّ أن تَـكُونَ صَائِمًا » حديث صحيح . ولأنه يتعرّض بذلك لإيصال الماء إلى حلقه ، فإن وصل إلى حلقه . فقال أحمد : يُعجبنى أن يُعيد الصوم ، وهل يُفطر بذلك ؟ على وجهين :

(أحدهما) يفطر . لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم نهى عن المبالغة حفظاً للصوم ، فدلّ ذلك على أنه يُفطر به ، ولأنه وصل بفعل منهيّ عنه ، فأشبه التعمّد .

(والثانى) لا يُفطر به . لأنه وصل من غير قصـد ، فأشبه غُبار الدقيق إذا نخله . فأمّا المضمضة لغير الطهارة ، فإن كانت لحاجةٍ كغَسل فمه عند الحاجة إليه ، ونحوه ، فحـكمه حكم المضمضة للطهارة ، وإن كان عابثاً ، أو تمضمض من أجل العطَش كُرِه . وسُئل أحمد عن الصائم يَعْطَشُ فيتمضمضُ ، ثم يَمُجّه ؟ قال : يَرُشّ على صدره أحَبُّ إلىَّ . فإن فعل فوصل الماء إلى حلقه ، أو ترك الماء فى فيه عابثاً ، أو للتبرُّد فالحـكم فيه كالحـكم فى الزائد على الثلاث ، لأنه مكروه . ولا بأس أن يَصُبَّ الماءَ على رأسه من الحرّ ، والعطش ، لما رُوى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليـه وسلم أنه قال : لَقَدْ رَأَيْتُ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم بالعَرْجِ[1] يَصُبُّ الماءَ عَلَى رَأْسِهِ ، وَهُوَ صَائِمٌ مِنْ العَطَشِ ، أو مِنَ الحَرِّ ، رواه أبو داود[2] .

٢٠٢٤ فصـــل

ولا بأس أن يغتسل الصـائم ، فإن عائشةَ وأمَّ سلمـةَ قالتـا : نَشْهَدُ عَلَى رسُـولِ اللهِ ﷺ إن كَانَ ليُصْبِحُ جُنُباً مِنْ غَيْرِ احْتِلَامٍ ، ثُمَّ يَغْتَسِلُ ، ثُمَّ يَصُومُ . متفق عليه . وروى أبو بكر بإسناده : أن ابن عبَّاسٍ دَخَلَ الحمّام وهُوَ صَائِمٌ هو وأصحابٌ له فى شهر رمضان . فأمّا الغَوْصُ فى المـاء ، فقال أحمد فى الصائم يغتَمِسُ فى الماء : إذا لم يَخَفْ أن يَدْخُلَ فى مَسَامِعِه[3] . وكره الحسن ، والشعبىّ ، أن ينغمس فى الماء خوفاً أن يدخل فى مسامعه ، فإن دخل فى مسامعه فوصل إلى دماغه من الغُسل المشروع ، من غير إسراف ، ولا قصد . فلا شىء عليه ، كما لو دخل إلى حلقه من المضمضة فى الوضوء ، وإن غاص فى الماء ، أو أسرف ، أو كان عابثاً ، فحـكمه حكم الداخل إلى الحلق من المبالغة فى المضمضة ، والاستنشاق ، والزائد على الثلاث ، والله أعلم .

---

(١) العرج : بفتح العين وسكون الراء منزل بطريق مكة ، منه عبد الله بن عمرو بن عثمان بن عفان العرجى ، الشاعر .

(٢) ورجاله رجال الصحيح .

(٣) يعنى يجوز له الغوص .

٢٠٢٦ فصـــــل

قال إسحـاق بن منصور : قلت لأحمـد : الصـائمُ يمضُـغ العِلْك [1] ؟ قال : لا ، قال أصحابنـا : العِلْكُ ضربانـــ :

(أحدهما) ما يتحلّل منه أجزاء ، وهو الرديء الذى إذا مضغه يتحلّل ، فلا يجوز مضغُه ، إلّا أن لا يبلعَ ريقَه . فإن فعل ، فنزل إلى حلقه منه شيء أفطر به ، كما لو تعمّد أكلَه .

(والثانى) العِلْكُ القوى الذى كلّما مَضَغَهُ صَلُبَ وقَوِيَ ، فهذا يُـكره مضغُه ، ولا يَحْرُم . وممّن كرهه الشعبيّ ، والنخَعِيّ ، ومحمد بن عليّ ، وقتادة ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى وذلك لأنه يحلُب الفم ويجمَعُ الريق ، ويُورث العَطَش . ورخَّصت عائشةُ فى مضغه . وبه قال عطاء ، لأنه لا يصل إلى الجوف ، فهو كالحصاة يضعها فى فيه ، ومتى مضغه ، ولم يجد طعمه فى حلقه لم يُفطر ، وإنـــ وجد طعمه فى حلقـه ففيه ، وجهانـــ :

(أحدهما) يُفطره ، كالـكحل إذا وجد طعمه فى حلقه .

(والثانى) لا يُفطره لأنه لم ينزل منه شيء ، ومجرّد الطعم لا يُفطر ، بدليل أنه قد قيل : من لَطَّخ باطِنَ قَدَمِه بالحَنْظَلِ وجد طعمه ، ولا يُفطر ، بخلاف الـكحل . فإن أجزاءه تصل إلى الحلق ، ويُشاهَـد إذا تنخّع . قال أحمـد : مَـن وضع فى فيـه درهماً ، أو ديناراً ، وهو صائم ، مالم يجـد طعمه فى حلقه فلا بأس به ، وما يجد طعمه فلا يُعجبنى . وقال عبد الله : سألت أبى عن الصـائم يَفْتِلُ الخُيوطَ ؟ قال : يُعجبنى أن يَبزُقَ .

٢٠٢٧ فصـــــل

قال أحمد : أحَبُّ إليّ أن يجتنب ذوق الطعام ، فإن فعل لم يَضُرّه ، ولا بأس به . قال ابن عباس : لا بأس أن يذوق الطعام الخل ، والشيء يريد شراءه ، والحسنُ كان يمضُغ الجوز لابن ابنه وهو صائم ، ورخّص فيه إبراهيمُ . قال ابن عقيل : يُـكره من غير حاجة ، ولا بأس به مع الحاجة ، فإن فعل فوجد طعمه فى حلقه أفطر ، وإلا لم يُفطر .

٢٠٢٨ فصـــــل

قال أحمد لا بأس بالسواك للصائم . قال عامر بن ربيعة : رأيت النبيّ صلى الله عليه وسلم مالا أُحْصِى يتَسَوّكُ وهو صائم . قال الترمذيّ : هذا حديث حسن . وقال زياد بن حُدَير : مارأيت أحداً كان أدْوَم

---

(١) العلك : اللبان .

لسواكٍ رَطْبٍ وهو صائم من عمر بن الخطاب ، ولـكنه يـكون عُوداً ذاوياً ، ولم ير أهلُ العلم بالسواك أول النهار بأساً ، إذا كان العود يابساً . واستحبّ أحمدُ ، وإسحق : ترك السواك بالعشيّ . قال أحمد : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خُلُوفُ فَمِ الصَّائِمِ أَطْيَبُ عِنْدَ اللهِ مِنْ رِيحِ الْمِسْكِ الأَذْفَرِ » لتلك الرائحة ، لايُعجبني للصائم أن يستاك بالعشيّ[1] . واختلفت الرواية عنه في التسوّك بالعود الرَّطْب ، فرُويت عنه الكراهةُ ، وهو قول قتادة ، والشعبيّ ، والحكم ، وإسحق . ومالك في رواية ، لأنه مُغرّر بصومه ، لاحتمال أن يتحلّل منه أجزاء إلى حلقه فيُفطره . وروى عنه : لا يـكره ، وبه قال الثوريّ ، والأوزاعيّ ، وأبو حنيفة . وروى ذلك عن عليّ ، وابن عمر ، وعُروة ، ومجاهد ، لما رويناه من حديث عمر ، وغيره من الصحابة .

٢٠٢٩ فصــــل

ومن أصبح بين أسنانه طعام لم يخلُ من حالين :

(أحدها) أن يكون يسيراً لا يمـكنه لفظه ، فازدرده ، فإنه لا يُفطر به . لأنه لا يمـكن التحرّز منه، فأشبه الريق . قال ابن المنذر : أجمع على ذلك أهلُ العلم .

(الثانى) أن يكون كثيراً يمـكن لفظه ، فإن لَفَظَه فلا شيء عليه ، وإن ازدرده عامداً فسد صومه في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : لا يُفطر . لأنه لابد أن يبقى بين أسنانه شيء مما يأكله ، فلا يمكن التحرّز منه ، فأشبه مايجرى به الريق .

ولنا : أنه بلع طعاماً يمكنه لفظه باختياره ، ذاكراً لصومه ، فأفطر به ، كما لو ابتدأ الأكل . ويخالف مايجرى به الريق ، فإنّه لا يمـكنه لفظه . فإن قيل : يُمـكنه أن يبصُق . قلنا : لا يَخرُجُ جميع الريق ببُصاقه ، وإن مُنع من ابتلاع ريقه كلّه لم يمـكنه .

٢٠٣٠ فصــــل

فإن قَطّر في إحليله دُهناً لم يُفطر به ، سواء وصل إلى المثانة ، أو لم يصل . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعيّ : يُفطر . لأنه أوصل الدهن إلى جوف في جسده ، فأفطر ، كما لو داوى الجائفَةَ . ولأن المنيّ يخرُج من الذكر فيُفطره ، وما أفطر بالخارج منه جاز أن يُفطر بالداخل منه ، كالفم .

ولنا : أنه ليس بين باطن الذكر والجوف منفذ ، وإنما يخرج البول رَشْحاً ، فالذى يتركه فيه لا يصل إلى الجوف ، فلا يُفطره ، كالذى يتركه في فيه ، ولم يبتلعه .

---

(١) بالعشى : أى بعد الزوال ، وهذا موافق لمذهب الشافعى ، حيث يكره فيه للصائم السواك بعد الزوال .

٢٠٣١ ﴿ الفصل الرابع ﴾ إذا قبّل فأمنى ، أو أمذى ، ولا يخلو المقبّل من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن لا يُنزل فلا يفسُد صومه بذلك ، لا نعلم فيه خلافاً ، لما روت عائشةُ : «أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم ـ كَانَ يُقَبِّلُ وَهُوَ صَائِمٌ ، وَكَانَ أَمْلَكَكُمْ لِإِرْبِهِ » رواه البخاريّ ومسلم . ويُروى بتحريك الراء وسكونها . قال الخطّابى : معناهما واحد وهو حاجة النفس ، ووطَرُها . وقيل بالتسكين : العضو ، وبالفتح [1] : الحاجة . وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : هَشَشْتُ فَقَبَّلْتُ ، وَأَنَا صَائِمٌ ، فقلتُ : يارَسُولَ اللهِ : صَنَعْتُ الْيَوْمَ أَمْراً عَظِيماً ، قَبَّلْتُ وَأَنَا صَائِمٌ ، فقال : « أَرَأَيْتَ لَوْ تَمَضْمَضْتَ مِنْ إِنَاءٍ وَأَنْتَ صَائِمٌ » قلت : لا بأس به ، قال « فمه » رواه أبو داود ، شبّه القُبلة بالمضمضة من حيث إنها من مُقدّمات الشهوة ، وأن المضمضة إذا لم يكن معها نزول الماء لم يُفطر ، وإن كان معها نزوله أفطر ، إلّا أن أحمد ضعّف هذا الحديث ، وقال : هذا ريح ، ليس من هذا شيء [2] .

الحال الثانى : أن يُمنى [3] ، فيُفطرُ ، بغير خلاف نعلمه ، لما ذكرناه من إيماء الخبرين ، ولأنه إنزال بمباشرة ، فأشبه الإنزال بالجماع ، دون الفَرْج .

الحال الثالث : أن يُمْذِيَ ، فيفطرُ عند إمامنا ، ومالك . وقال أبو حنيفة ، والشافعيّ : لا يُفطر . ورُوى ذلك عن الحسن ، والشعبيّ ، والأوزاعيّ ، لأنه خارج لا يُوجب الغُسل ، أشبه البول .

ولنا : أنه خارج تخلّله الشهوة ، خرج بالمباشرة ، فأفسد الصوم ، كالمنيّ ، وفارق البول بهذا ، واللمسُ لشهوةٍ كالقبلة فى هذا . إذا ثبت هذا : فإنّ المقبّل إذا كان ذا شهوة مُفرطة ، بحيثُ يغلبُ على ظنّه أنه إذا قبّل أنزل لم تحِلّ له القُبْلة ، لأنها مُفْسدةٌ لصومه ، فحرُمت ، كالأكل . وإن كان ذا شهوة ، لكنّه لا يغلبُ على ظنّه ذلك كُره له التقبيلُ ، لأنه يُعرّض صومه للفطر ، ولا يأمن عليه الفساد . وقد رُوى عن عمر أنه قال : رَأَيْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المَنَامِ ، فأَعْرَضَ عَنِّى ،

---

(١) هذا هو الصحيح الموافق للغة العرب ، وإن كان المآل فى المعنى واحداً لأن الأرب بفتح الراء هو الحاجة وهى هنا الشهوة ، أى كان أملككم لشهوته فلا يهيج فيجامع فيفطر ، وبسكون الراء هو العضو ، وهو هنا الذكر ، والذكر هو موضع الشهوة ، أو آلة الشهوة التى هى الأرب ، وإذا ملك الإنسان آلة الشهوة فقد ملك تنفيذ الشهوة ، فهو مالك لعضوه فلا يضعه فى موضع يترتب عليه الإفطار .

(٢) هذا الحديث : صححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم ، ومعنى الحديث صحيح لأنه ورد فى البخارى ومسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقبل وهو صائم .

(٣) أن يمنى : يعنى بسبب القبلة ، فيفطر لأنها مباشرة للجسمين بدون حائل ترتب عليها إنزال ، فتكون كالجماع .

فقُلْتُ له : مالى ؟ فقال : « إنَّكَ تُقَبِّـلُ وَأَنْتَ صَائِمٌ » ولأن العبـادة إذا مَنَعت الوطء منعت القُبْـلة ، كالإحرام ، ولا تَحْرُم القبـلة فى هذه الحـال . لمـا رُوى أن رجلاً قبّـل ، وهو صائم ، فأرسل امرأته ، فسألت النبىَّ صلى الله عليه وسلم ، فأخبرها النبىُّ صلى الله عليه وسلم أنه يُقَبِّل وهو صائم ، فقال الرجل : إنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس مثلنـا ، قد غفر الله له ماتقـدّم من ذنبه ، وما تأخّر . فغَضِبَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم وقال : « إنِّى لَأَخْشَاكُمْ لِلهِ وَأَعْلَمُكُمْ بِمَا أَتَّقِى » رواه مسلم بمعناه . ولأن إفضاءه إلى إفسـاد الصوم مشـكوك فيه ، ولا يثبت التحريم بالشكّ ، فأمّا إن كان ممن لاتحرّك القُبـلة شهوته ، كالشيخ الهِمّ ، ففيه روايتان :

إحداهما : لايُـكره له ذلك ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأن النبىَّ صلى الله عليه وسـلم كان يُقَبِّـل وهو صائم ، لمّا كان مالـكاً لإرْبِهِ ، وغيرُ ذِى الشهوة فى معناه .

وقد روى أبو هريرة أنّ رجلاً سأل النبىَّ صلى الله عليه وسـلم عن المباشرة للصـائم ، فرخّص له ، فأتاه آخرُ فسأله ، فنهاه ، فإذا الذى رخّص له شيخ ، وإذا الذى نهاه شابّ ، أخرجه أبو داود . ولأنهـا مُباشرةٌ لغير شهوة ، فأشبهت لَمس اليَدِ لحاجةٍ .

(والثـانية) يـكره ، لأنه لايأمنُ حدوث الشهوة ، ولأن الصوم عبـادة تمنع الوطء ، فاستوى فى القُبلة فيها من تُحرّكُ شهوتَه وغيرُه ، كالإحرام . فأما اللمس لغير شهوةٍ كلمس يدها ليعرف مرضها ، فليس بمـكروه بحالٍ ، لأن ذلك لايـكره فى الإحرام ، فلا يـكره فى الصيام ، كلمس ثوبها .

٢٠٣٢ فصـــــل

ولو استمنى بيده ، فقد فعل مُحَرّماً ، ولا يَفْسُد صومُه به ، إلاّ أن يُنزل . فإن أنزل فسد صومُه ، لأنّه فى معنى القُبلة فى إثارة الشهوة . فأمّا إن أنزل لغير شهوةٍ ، كالذى يخرُج منه المنىّ والمذى لمرض ، فلا شىء عليه . لأنه خارج لغير شهوة ، أشبه البول . ولأنه يخرُج عن غير اختيار منه ، ولا تسبّب إليه ، فأشبه الاحتلام . ولو احتـلم لم يفسُد صومه ، لأنه عن غير اختيار منه ، فأشبه مالو دخل حلقه شىء وهو نائم . ولو جامع فى الليل فأنزل بعد ماأصبح لم يُفطر ، لأنه لم يتسبّب إليه فى النهار ، فأشبه مالو أكل شيئاً فى الليل ، فذرَعَه[1] القىء فى النهار .

٢٠٣٣ ﴿ الفصل الخامس ﴾ إذا كرر النظر فأنزل ، ولتكرار النظر أيضاً ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن لايقترن به إنزال ، فلا يُفسد الصوم بغير اختلاف .

---

(١) ذرعه القىء : غلبه .

(الثانى) أن يقترن به إنزال المنيّ ، فيفسُد الصوم فى قول إمامنا ، وعطاء ، والحسن البصرىّ ، ومالك ، والحسن بن صالح . وقال جابر بن زيد ، والثورىّ ، وأبو حنيفة والشافعىّ ، وابن المنذر : لايفسُد . لأنه إنزال عن غير مباشرة ، أشبه الإنزال بالفكر .

ولنا : أنه إنزال بفعل يتلذّذ به ، ويمكن التحرّز منه ، فأفسد الصوم ، كالإنزال باللمس ، والفكر ، لايمكن التحرّز منه ، بخلاف تكرار النظر .

(الثالث) مذى بتكرار النظر . فظاهر كلام أحمد : أنه لايُفطر به . لأنّه لانصّ فى الفطر به ، ولا يمكن قياسه على إنزال المنيّ ، لمخالفته إيّاه فى الأحكام ، فيبقى على الأصل . فأمّا إن نظر ، فصرف بصره ، لم يَفْسُد صومه ، سواء أنزل ، أو لم يُنزل وقال مالك : إن أنزل فسد صومُه ، لأنه أنزل بالنظار أشبه مالو كرره .

ولنا : أن النظرة الأولى لايمكن التحرّز منها ، فلا يُفسِد الصومَ ماأفضت إليه ، كالفكرة ، وعليه يخرج التكرار . فإذا ثبت هذا : فإن تكرار النظر مكروه لمن يُحرّك شهوته ، غيرُ مكروه لمن لايحرّك شهوته ، كالقُبلة . ويحتمل أن لايُكره بحالٍ ، لأنّ إفضاءه إلى الإنزال المُفطر بعيدٌ جداً ، بخلاف القُبلة ، فإنّ حصول المذى بها ليس ببعيد .

٢٠٣٤ فصل

فإن فكر فأنزل لم يفسُد صومه ، وحُكى عن أبىحفص البرمكيّ : أنه يفسُد ، واختاره ابن عقيل ، لأن الفكرة تُسْتَحْضَر ، فتدخل تحت الاختيار ، بدليل تأثيم صاحبها فى مساكنها[1] فى بدعة ، وكفر ، ومدح الله سبحانه الذين يتفكرون فى خلق السموات والأرض ، ونهى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن التفكّر فى ذات الله ، وأمر بالتفكر فى آلائه[2] ، ولو كانت غير مقدور عليها لم يتعلّق ذلك بها ، كالاحتلام . فأما إن خطر بقلبه صورة الفعل ، فأنزل لم يفسُد صومُه ، لأن الخاطر لايمكن دفعُه .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : «عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَإِ وَالنِّسْيَانِ وَمَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا ، مَا لَمْ تَعْمَلْ أَوْ تَتَكَلَّمْ » ولأنه لانصّ فى الفطر به ، ولا إجماع ولايمكن قياسُه على المباشرة ، ولا تكرار النظر ، لأنه دونهما فى استدعاء الشهوة ، وإفضائه إلى الإنزال ، ويخالفهما فى التحريم إذا تعلّق ذلك بأجنبية ، أو الكراهة إن كان فى زوجة ، فيبقى على الأصل .

---

(١) كذا بالأصل ، ولعله جمع سكينة بفتح السين وكسر الكاف : وهى مقر الرأس من العنق ، وجمعها سكنات بمعنى مساكن الرءوس من الأعناق . وفى الحديث « استقروا على سكناتكم » أو مساكنكم أى بدليل تأثيم صاحبها فى تفكيره فى بدعة وكفر (٢) آلائه : نعمه ، وفى النسخ المطبوعة (فى الآية) وهو تصحيف.

٢٠٣٥ ﴿ الفصل السادس ﴾ أن المفسد للصوم من هذا كلّه ما كان عن عمد ، وقصد . فأمّا ما حصل منه عن غير قصد ، كالغُبار الذى يدخُـل حلقه من الطريق ، ونَخْل الدقيق ، والذبابة التى تدخل حلقه ، أو يُرش عليه الماء فيدخُل مسامعَه ، أو أنفه ، أو حَلْقه ، أو يُلقى فى ماء فيصـل إلى جوفه ، أو يَسبقُ إلى حلقه من ماء المضمضة ، أو يُصَبّ فى حلقه ، أو أنفـه شىء كَرْهاً ، أو تُداوى مأمومتُه ، أو جائفتُه بغير اختياره ، أو يُحْجَمُ كَرْهاً أو تقبله امرأة بغير اختياره فيُنزل ، أو ما أشبه هـذا ، فلا يفسُد صومه ، لا نعلم فيه خلافاً . لأنه لا فعل له ، فلا يُفطر ، كالاحتلام ، وأما إن أُكرِهَ على شىء من ذلك بالوعيد ، ففعله ، فقال ابن عقيـل : قال أصحابنا . لا يُفطر به أيضـاً ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَإِ والنِّسْيَانِ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » قال : ويحتمل عندى أن يُفطر ، لأنه فعل المفطر لدفع الضرر عن نفسه ، فأشبه المريض يُفطر لدفع المرض ، ومن يشرب لدفع العطش ، ويفارق المُلجأ ، لأنه خرج بذلك عن حيِّز الفعل ، ولذلك لا يُضاف إليه ، ولذلك افترقا فيما لو أُكرِهَ على قتل آدمىّ ، وأُلْقِيَ عليه .

٢٠٣٦ ﴿ الفصل السابع ﴾ أنه متى أفطر بشىء من ذلك فعليه القضاء ، لا نعلم فى ذلك خلافاً . لأن الصوم كان ثابتاً فى الذِّمّة فلا تبرأ منه إلا بأدائه ، ولم يؤدّه ، فبقى على ما كان عليه . ولا كفارة فى شىء مما ذكرناه فى ظاهر المذهب . وهو قول سعيد بن جُبَيْر ، والنخعىّ ، وابن سيرين ، وحَمَّاد ، والشافعىّ . وعن أحمد أن الـكفَّارة تجب على من أنزل بلمس ، أو قُبلة ، أو تـكرار نظر ، لأنه إنزال عن مباشرة ، أشبه الإنزال بالجمـاع . وعنه فى المحتجم : إن كان عالماً بالنهى فعليـه الـكفارة . وقال عطاء فى المحتجم : عليـه الـكفَّارة . وقال مالك : تجب الـكفارة بـكلّ ما كان هَتْـكاً للصوم ، إلا الردّة . لأنه إفطـار فى رمضان ، أشبه الجماع . وحُـكى عن عطاء ، والحسن ، والزهرىّ ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق أن الفطر بالأكل ، والشرب ، يوجب ما يوجبه الجمـاع . وبه قال أبو حنيفة ، إلاَّ أنه اعتبر ما يُتغذَّى به أو يُتداوى به . فلو ابتلع حصـاةً ، أو نواةً ، أو فُسْتُقَةً بقِشْرها ، فـلا كفَّارة عليـه ، واحتجُّوا بأنه أفطر بأعلى ما فى الباب من جنسه ، فوجبت عليه الـكفارة ، كالمُجامع .

ولنا : أنه أفطر بغير جمـاع فلم توجِب الـكفارة ، كبلع الحصاة ، أو التراب ، أو كالرِّدَّة عند مالك . ولأنه لا نصّ فى إيجاب الـكفارة بهذا ، ولا إجماع . ولا يصحّ قياسُه على الجمـاع ، لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمسّ ، والحـكم فى التعدِّى به آكدُ ، ولهـذا يجب به الحدّ إذا كان مُحرَّماً ، ويختصّ بإفساد الحجّ دون سائر محظوراته ، ووجوب البَدَنَةِ (١) ، ولأنه فى الغالب يُفسِدُ صومَ اثنين ، بخلاف غيره .

٢٠٣٧ فصـــــل

والواجب فى القضاء عن كلِّ يومٍ يومٌ ، فى قول عامّة الفقهاء . وقال أحمد : قال إبراهيم ، ووكيع :

(١) البدنة : الناقة العظيمة .

يصومُ ثلاثة آلاف يَوْمٍ ، وعجب أحمدُ من قولها . وقال سعيد بن المسيّب : من أفطر يوماً متعمداً . يصوم شهراً . وحكى عن ربيعه أنه قال : يجب مكان كل يوم اثنا عشر يوماً . لأن رمضان يُجزىء عن جميع السنة ، وهى اثنا عشر شهراً .

ولنا : قول الله تعالى : (فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) . وقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم فى قصة المُجامِع « صُمْ يَوْماً مَكَانَهُ » رواه أبو داود . ولأن القضاء يكون على حسب الأداء ، بدليل سائر العبادات ولأن القضاء لايختلف بالعُذر وعدمه ، بدليل الصلاة والحج ، وما ذكروه تحكّم لا دليل عليه . والتقدير : لايُصار إليه إلا بنص ، أو إجماع . وليس معهم واحد منهما . وقول ربيعة : يَبْطُل بالمعذور . وذُكر لأحمدحديث أبى هريرة : «مَنْ أَفْطَرَ يَوْماً مِنْ رَمَضَانَ مُتَعَمِّداً لَمْ يَقْضِهِ وَلَوْ صَامَ الدَّهْرَ » . فقال ليس يصحّ هذا الحديث .

٢٠٣٦ « مسألة » قال ﴿ وإن فعل ذلك ناسياً فهو على صومه ، ولا قضاء عليه ﴾ .

وجملته : أن جميع ماذكره الخِرَقىّ فى هذه المسألة لايُفطر الصائمُ بفعله ناسياً . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه : لاشىء على من أكل ناسياً ، وهو قول أبى هريرة ، وابن عمر ، وعطاء ، وطاوس ، وابن أبى ذئب ، والأوزاعىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأبى حنيفة ، وإسحاق . وقال ربيعة ، ومالك : يُفطر ، لأنَّ مالايصح الصومُ مع شىء من جنسه عمداً لايجوز مع سهوه ، كالجماع ، وتركِ النّية .

ولنا : ماروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا أَكَلَ أَحَدُكُمْ أَوْ شَرِبَ نَاسِياً فَلْيُتِمَّ صَوْمَهُ ، فَإِنَّمَا أَطْعَمَهُ اللهُ وَسَقَاهُ » متفق عليه . وفى لفظٍ : « مَنْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ نَاسِياً فَلاَ يُفْطِرُ ، فإِنَّمَا هُوَ رِزْقٌ رَزَقَهُ اللهُ » ولأنَّهَا عبادة ذاتُ تحليل ، وتحريم ، فكان فى محظوراتها مايختلف عمدُه ، وسهوه ، كالصلاة ، والحجّ . وأما النية : فليس تركها فعلا ، ولأنها شرط ، والشروط لاتَسقُط بالسهو ، بخلاف المُبطِلاتِ ، والجماعُ حكمه أغلظُ ، ويمكن التحرّز عنه .

٢٠٣٩ فصل

وإن فعل شيئاً من ذلك ، وهو نائم لم يَفسُد صَومه ، لأنّه لاقصد له ، ولاعلم بالصوم ، فهو أعذر من الناسى ، وذكر أبو الخطّاب أنّ من فعل من هذا شيئاً جاهلاً بتحريمه لم يُفطر ، ولم أره عن غيره .

وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « أَفْطَرَ الْحَاجِمُ وَالمَحْجُومُ » فى حقِّ الرجلين اللذين رآهما يحجُم أحدُهما صاحبَه مع جهلهما بتحريمه . يدلّ على أن الجهل لا يُعْذَرُ به ، ولأنه نوعُ جهل فلم يمنع الفطر ، كالجهل بالوقت فى حقّ من يأكُلُ يظُنّ أن الفجر لم يطلُع وقد كان طلع .

٢٠٤٠ « مسألة » قال : ﴿ ومن استقاء فعليه القضاء ، ومن ذرعه القىء فلا شىء عليه ﴾ .

معنى استقاء : تَقَيَّأ مُستدعِياً للقيء وذَرَعه[1] خرجَ من غير اختيارٍ منه . فمن استقاء فعليه القضاء ، لأن صومه يَفسدُ به ، ومن ذرعه فلا شيء عليه ، وهذا قول عامّة أهل العلم . قال الخطابيّ : لاأعلم بين أهل العلم فيه اختلافاً . وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إبطال صوم من استقاء عامداً . وحُكى عن ابن مسعود ، وابن عبّاس : أن القيء لا يُفطر . ورُوى أنّ النبيّ ﷺ قال : « ثَلَاثٌ لا يُفْطِرْنَ الصَّائِمَ : الحِجَامَةُ ، والقَيْءُ ، والاحْتِلَامُ » ولأن الفطر بما يدخل لا بما يخرج .

ولنا : ماروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ ذَرَعَهُ القَيْءُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءٌ ، وَمَنْ اسْتَقاءَ عامِدًا فَلْيَقْضِ » . قال الترمذيّ : هذا حديث حسن غريب ، ورواه أبو داود ، وحديثُهم غير محفوظ ، يرويه عبدُ الرحمن بنُ أسلَمَ ، وهو ضعيف فى الحديث ، قاله الترمذيّ ، والمعنى الذى ذُكِر لهم يبطُل بالحيض[2] والمنيّ .

٢٠٤١ فصل

وقليلُ القيء وكثيرُه سواءٌ فى ظاهر قول الخِرَقيّ ، وهو إحدى الروايات عن أحمد .

(الرواية الثانية) لا يفطر إلاّ بملء الفم : لأنه رُوى عن النبيّ ﷺ أنه قال : « ولَكِنْ دَسْعَةٌ[3] تَملأُ الفَمَ » ولأن اليسير لا ينقض الوضوء ، فلا يُفطر كالبلغم .

(والثالثة) نصف الفم ، لأنّه ينقض الوضوء ، فأفطر به ، كالكثير ، والأُولى أولى لظاهر الحديث الذى رويناه ، ولأن سائر المُفطرات لافرق بين قليلها ، وكثيرها ، وحديث الرواية الثانية لا نَعرفُ له أصلاً . ولا فرق بين كون القيء طعاماً أو مُرَاراً[4] ، أو بَلْغَماً ، أو دماً ، أو غيره . لأن الجميع داخلٌ تحت عموم الحديث والمعنى ، والله تعالى أعلم بالصواب .

٢٠٤٢ « مسألة » قال ﴿ ومن ارتدّ عن الإسلام فقد أفطر ﴾ .

---

(١) ذرعه بالذال : غلبه وسبقه ، وهو ماعبر عنه الشارح بقوله : (خرج من غير اختيار منه) وفى جميع طبعات الكتاب (خروج من غير اختيار) بزيادة واو بعد الراء ، وفى الطبعة الثالثة التى طبعت بجماعة أنصار السنة لايوجد لفظ غير والصحيح ماهنا .

(٢) المعنى الذى ذكر لهم ، وهو خروج شيء عامداً لإخراجه ، وهذا لاينطبق على الحيض لأنه لايخرج بالعمد : وهو يفطر الصائمة . وكذلك خروج المنى بالاحتلام ، أو منغير إرادة لإخراجه لاينطبق عليه حكم العمد ولا يفطر الصائم .

(٣) الدسعة : القيئة .

(٤) المرار : الشيء المر الذى ينزل من المعدة وهو من عصير المرارة ، وهو ينزل إذا كانت المعدة خالية من الطعام .

لانعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن من ارتدَّ عن الإسلام فى أثناء الصوم أنه يفسُد صومه ، وعليه قضاء ذلك اليوم إذا عاد إلى الإسلام . سواء أسلم فى أثناء اليوم أو بعد انقضائه ، وسواء كانت ردَّته باعتقاده مايكفرُ به ، أو شكِّه فيما يكفُر بالشكِّ فيه ، أوبالنطق بكلمة الكفر مستهزئاً ، أو غير مستهزىء قال الله تعالى : (وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ ، قُلْ أَبِاللهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ * لاَتَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ)[١] . وذلك لأن الصوم عبادةٌ من شرطها النيّة ، فأبطلتها الردّة ، كالصلاة ، والحج ، ولأنه عبادة مَحْضةٌ فنافاها الكفر كالصلاة .

٢٠٤٣ « مسألة » قال ﴿ ومن نوى الإفطار فقد أفطر ﴾ .

هذا الظاهر من المذهب ، وهو قول الشافعىِّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى[٢] إلا أنَّ أصحابَ الرأى قالوا : إن عاد فنوى قبلَ أن ينتصف النهار أجزأه ، بناء على أصلهم أنّ الصوم يُجزىء بنيةٍ من النهار . وحُكى عن ابن حامد أن الصوم لايفسُد بذلك ، لأنها عبادة يلزم المضىُّ فى فاسدها ، فلم تفسُد بنيّة الخروج منها كالحجّ .

ولنا : أنّها عبادةٌ من شرطها النيّة ، ففسدت بنية الخروج منها ، كالصلاة ، ولأنّ الأصل اعتبارُ النيّة فى جميع أجزاء العبادة ، ولكن لما شَقّ اعتبارُ حقيقتها اعتُبر بقاء حكمها ، وهو أنْ لاينوى قطعَها ، فإذا نواه زالت حقيقةً وحكماً ، ففسد الصوم لزوال شرطه . وماذكره ابن حامد لايطرّد فى غير رمضان ، ولا يصحّ القياس على الحجّ ، فإنّه يصحّ بالنية المطلقة ، المبهَمة ، وبالنية عن غيره ، إذا لم يكن حجّ عن نفسه ، فافترقا .

٢٠٤٤ فصـل

فأمّا صوم النافلة . فإن نوى الفطر ثم لم ينو الصوم بعد ذلك لم يصحّ صومُه ، لأنّ النية انقطعت ، ولم توجد نيةٌ غيرها . فأشبه من لم ينو أصلاً ، وإن عاد فنوى الصوم صحّ صومُه ، كما لو أصبح غير ناوٍ للصومِ . لأن نيّة الفطر إنّما أبطلت الفرض ، لما فيه من قطع النية المشترَطةِ فى جميع النهار حكماً ، وخُلوّ بعض أجزاء النهار عنها ، والنفل مخالف للفرض فى ذلك ، فلم تمنع صحته نيةُ الفطر . فى زمن لايُشترط وجود نية الصوم فيه . ولأن نية الفطر لاتزيد على عدم النية فى ذلك الوقت ، وعدمُها لايمنع صحةالصوم إذا نوى بعد ذلك ، فكذلك إذا نوى الفطر ، ثم نوى الصوم بعده بخلاف الواجب ، فإنه لايصح بنيةٍ من النهار . وقد رُوى عن أحمد : أنه قال : إذا أصبح صائماً ، ثم عزم على الفطر فلم يُفطر حتّى بدا له ، ثم قال :

---

(١) الآية ٦٥ ، وبعض الآية ٦٦ من سورة التوبة .

(٢) والسبب فى إفطار من نوى الإفطار ولم يفطر بالفعل أنه يشترط استدامة النية طوال الصوم ، إذا زالت النية زال الصوم .

لا ، بل أتِمّ صومى من الواجب ، لم يُجزئه حتى يكون عازماً على صوم يومه كُلِّه ، ولو كان تطوّعاً كان أسهل ، وظاهر هذا : موافق لما ذكرناه ، وقد دلّ على صحته أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يسأل أهله : هَلْ مِنْ غَدَاءٍ ؟ » فإن قالوا : لا : قال : « إِنِّى إِذاً صَائِمٌ » .

٢٠٤٥ فصـــــل

وإن نوى أنه سيفطر ساعةً أخرى . فقال ابن عقيل : هو كنيّة الفطر فى وقته وإن تردّد فى الفطر فعلى وجهين كما ذكرنا فى الصلاة . وإن نوى أننى إن وجدت طعاماً أفطرت ، وإن لم أجد أتْمَمْتُ صومى خرج فيه وجهان :

(أحدهما) يفطر ، لأنه لم يبق جازماً بنية الصوم ، وكذلك لا يصحّ ابتداء النية بمثل هذا .

(والثانى) لا يفطر . لأنه لم ينو الفطر بنية صحيحة ، فإن النّية لا يصح تعليقُها على شرط ، ولذلك لا ينعقد الصومُ بمثل هذه النية .

٢٠٤٦ « مسألة » قال ﴿ ومع جامع فى الفرج ، فأنزل أو لم ينزل ، أو دون الفرج فأنزل ، عامداً أو ساهياً فعليه القضاء ، والكفّارة إذا كان فى شهر رمضان ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن من جامع فى الفرج فأنزل ، أو لم ينزل ، أو دون الفرج فأنزل ، أنّه يفسُد صومه إذا كان عامداً ، وقد دلّت الأخبارُ الصحيحة على ذلك .

وهذه المسألة فيها مسائل أربع

٢٠٤٧ (إحداها) : أن من أفسد صوماً واجباً بجماع ، فعليه القضاء ، سواء كان فى رمضان أو غيره ، وهذا قولُ أكثر الفقهاء . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : من لزمته الكفّارة لا قضاء عليه ، لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يأمر الأعرابىّ بالقضاء . وحُكى عن الأوزاعىّ أنه قال : إن كفّر بالصيام فلا قضاء عليه ، لأنه صام شهرين متتابعين .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال للمجامع . « وَصُمْ يوماً مكانَهُ » رواه أبو داود بإسناده ، وابن ماجه ، والأثرم ، ولأنه أفسد يوماً من رمضان فلزمه قضاؤه ، كما لو أفسده بالأكل ، أو أفسد صومه الواجب بالجماع ، فلزمه قضاؤه كغير رمضان .

٢٠٤٨ (المسألة الثانية) أنّ الكفارة تلزم من جامع فى الفرج فى رمضان عامداً ، أنزل أو لم ينزل ، فى قول عامّة أهل العلم . وحُكى عن الشعبىّ ، والنخَعِىّ ، وسعيد بن جُبَيْر : لا كفّارة عليه . لأن الصوم عبادة لا تجب الكفارة بإفساد قضائها ، فلا تجب فى أدائها كالصلاة .

ولنا : ماروى الزهرىّ ، عن حُمَيْد بن عبد الرحمن ، عن أبى هريرة ، قال : بينا نحن جلوسٌ عند النبىّ صلى الله عليه وسلم إذ جاءه رجلٌ فقال : يارسول الله ، هلكتُ . قال « مَالَكَ ؟ » قال : وقعتُ على امرأتى وأنا صائم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هَلْ تَجِدُ رَقَبَةً تُعْتِقُهَا ؟ » قال : لا ، قال : « فَهَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ؟ » قال: لا، قال: « فَهَلْ تَجِدُ إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِيناً ؟» قال : لا ، قال : فمكثَ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فبَيْنا نحنُ على ذلك أُتِىَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم بعَرَقٍ فيه تمرٌ — والعَرَقُ المِكْتَلُ[1] فقال : « أَيْنَ السَّائِلُ » ؟ فقال : أنا ؛ قال : « خُذْ هَذَا فَتَصَدَّقْ بِهِ » فقال الرجلُ : عَلَى أفقرَ مِنِّى يارسُولَ الله ؟ فوَاللهِ مابَيْنَ لَابَتَيْهَا أهلُ بَيْتٍ أفْقَرُ مِنْ أَهْلِ بَيْتِى ، فَضَحِكَ النبىّ صلى الله عليه وسلم حَتَّى بَدَتْ أَنْيَابُهُ ، ثمَّ قال : « أَطْعِمْهُ أَهْلَكَ » متفق عليه . ولايجوز اعتبارُ الأداء فى ذلك بالقضاء ، لأن الأداء يتعلّق بزمن مخصوص ، يتعيَّن به ، والقضاء محلُّه الذمّة ، والصلاةُ لايدخل فى جُبْرَانِهَا المالُ بخلاف مسألتنا .

٢٠٤٩ ﴿ المسألة الثالثة ﴾ أن الجماع دون الفرج إذا اقترن به الإنزالُ فيه عن أحمد روايتان :

(إحداهما) عليه الكفّارة ، وهذا قول مالك ، وعطاء ، والحسن ، وابن المبارك ، وإسحاق . لأنه فِطْرٌ بجماع فأوجب الكفّارة كالجماع فى الفرج .

(والثانية) لا كفارة فيه ، وهو مذهب الشافعىّ ، وأبى حنيفة . لأنه فِطْرٌ بغير جماع تامّ ، فأشبه القُبْلَةَ . ولأن الأصل عدمُ وجوب الكفّارة ، ولا نصّ فى وجوبها ، ولا إجماع ، ولا قياس ، ولا يصحّ القياسُ على الجماع فى الفرج ، لأنه أبلغُ . بدليل أنه يُوجبها من غير إنزال ، ويجبُ به الحدّ إذا كان مُحَرّماً ، ويتعلّق به اثنا عشر حكما ، ولأنَّ العِلّةَ فى الأصل الجماعُ بدون الإنزال ، والجماعُ هاهنا غير مُوجِبٍ ، فلم يَصحّ اعتبارُه به .

٢٠٥٠ ﴿ المسألة الرابعة ﴾ أنه إذا جامع ناسياً . فظاهرُ المذهب أنه كالعامد ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول عطاء ، وابن الماجُشون . ورَوى أبو داود ، عن أحمد : أنّه توقّف عن الجواب ، وقال : أَجْبُن أَنْ أقولَ فيه شيئاً ، وأن أقول : ليس عليه شىء . قال : سمعتُه غيرَ مرّة لايَنْفُذُ له فيه قول . ونقل أحمدُ ابن القاسم عنه : كلّ أمر غُلِبَ عليه الصائمُ ليس عليه قضاء ، ولا غيره . قال أبو الخطّاب : هذا يدلّ على إسقاط القضاء ، والكفّارة مع الإكراه ، والنسيان ، وهو قول الحسن ، ومجاهد ، والثورىّ ،

(١) المكتل : بكسر الميم وسكون الكاف (الزنبيل) ، أى القفة من الخوص ، يوضع فيها التمر ، ونحوه .

والشافعىّ ، وأصحـاب الرأى لأنه معنًى حرّمه الصومُ . فإذا وجـد منه مُكرَهاً ، أو ناسياً لم يُفسِدْه ، كالأكل ، وكان مالك ، والأوزاعىّ ، والليث ، يوجبون القضـاء دون الـكفّارة ، لأن الـكفّارة لرفع الإثم ، ، وهو محطوط عن الناسى .

ولنا : أن النبىَّ صلى الله عليـه وسـلم أمر الذى قال : وقعتُ على امرأتى بالـكفّارة ، ولم يسأله عن العَمْدِ ، ولو افترق الحالُ لسأل ، واستَفْصَلَ . ولأنَّه يجبُ التعليلُ بمـا تناوله لفظ السائل ، وهو الوقوع على المرأة فى الصوم ، ولأن السؤال كالمُعاد فى الجواب . فـكأنَّ النبىَّ صلى الله عليـه وسلم قال : من وقع على أهـله فى رمضان فليُعْتِق رقَبَةً . فإن قيل : فى الحديث مايدلّ على العمـد وهو قوله : هَلَـكْتُ . ورُوِىَ : احترقتُ . قلنا : يجوز أن يُخبر عن هلـكته لمـا يعتقدُه فى الجماع مع النسيان من إفساد الصوم ، وخوفه من غير ذلك . ولأن الصوم عبادة تُحرِّم الوطء ، فاستوى فيها عمـدُه ، وسهوه ، كالحجّ . ولأن إفساد الصوم ووجوبَ الـكفارة حُـكمان يتعلَّقان بالجماع ، لا تسقطهما الشبهـة فاستوى فيهما العمـد والسهو ، كسائر أحكامه .

٢٠٥١ فصـــــل

ولا فرق بين كون الفرج قُبُلاً ، أو دُبُراً ، من ذكر ، أو أنثى . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفة فى أشهر الروايتين عنـه : لا كفَّارة فى الوطء فى الدبُر . لأنه لايحصُل به الإحلال ، ولا الإحصان ، فلا يوجب الـكفَّارة ، كالوطء دون الفرج .

ولنـا : أنه أفسد صوم رمضان بجماع فى الفرج ، فأوجب الـكفارة ، كالوطء[1] . وأما الوطء دون الفرج فلنا فيه منع . وإن سلّمنا فلأنَّ الجماعَ دون الفرج لايَفْسُد الصوم بتجرّده ، بخلاف الوطء فى الدبُر .

٢٠٥٢ فصـــــل

فأما الوطء فىفرج البهيمة فذكر القاضى : أنه مُوجبٌ للـكفارة لأنه وطء فى فرج موجبٌ للغسل ، مفسدٌ للصوم . فأشـبه وطء الآدميَّة ، وفيه وجـه آخر ، لاتجب به الـكفّارة . وذكره أبو الخطّاب : لأنه لانصّ فيه . ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، فإنه مخالف لوطء الآدمية فى إيجاب الحـدّ على إحدى الروايتين ، وفى كثير من أحكامه . ولا فرق بين كون الموطوءة زوجةً : أو أجنبيَّةً أو كبيرَةً ، أو صغيرةً . لأنّه إذا وجب بوطء الزوجة ، فبوطء الأجنبيَّة أولى .

---

(١) يعنى : كالوطء فى القبل .

٢٠٥٣ فصل

ويفسُد صوم المرأة بالجماع بغير خلاف نعلمه في المذهب . لأنه نوع من المُفطرات ، فاستوى فيه الرجل والمرأة ، كالأكل . وهل يلزمُها الكفّارة ؟ على روايتين :

(إحداهما) يلزمها . وهو اختيار أبي بكر . وقول مالك ، وأبي حنيفة ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، ولأنها هتكت صوم رمضان بالجماع ، فوجبت عليها الكفارة كالرجل .

(الثانية) لا كفارة عليها . قال أبو داود : سئل أحمدُ عمّن أتى أهلَه في رمضان : أعليها كفّارة ؟ قال : ماسمعنا أنّ على امرأةٍ كفارةً . وهذا قول الحسن ، وللشافعيّ قولان كالروايتين .

ووجه ذلك أنّ النبيّ ﷺ « أمَرَ الوَاطِىءَ في رَمَضَانَ أَنْ يُعْتِقَ رَقَبَةً » ولم يأمُرْ في المرأة بشيء مع علمه بوجود ذلك منها . ولأنّه حقٌّ مالٍ يتعلّقُ بالوطء من بين جنسه ، فكان على الرجل كالمهر .

٢٠٥٤ فصل

وإن أُكرِهت المرأةُ على الجماع ، فلا كفارة عليها ، روايةً واحدةً ، وعليها القضاء . قال مهنا : سألتُ أحمدَ عن امرأة غَصَبها رجلٌ نَفْسَها فجامعها : أعليها القضاء ؟ قال : نعم . قلت : وعليها كفّارة ؟ قال : لا ، وهذا قول الحسن . ونحو ذلك قولُ الثوريّ ، والأوزاعيّ ، وأصحاب الرأي وعلى قياس ذلك : إذا وطئها نائمةً . وقال مالك في النائمة : عليها القضاء بلا كفّارة ، والمكرَهةُ : عليها القضاء والكفارة . وقال الشافعيّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر : إن كان الإكراه بوعيدٍ حتى فَعَلَت[1] ، فكقولنا وإن كان إلجاءً لم تُفطِر . وكذلك إن وطئها وهي نائمة ، ويخرج من قول أحمد في روايه ابن القاسم : كلّ أمر غُلِب عليه الصائم ، ليس عليه قضاء ولا غيرُه . أنّه لا قضاء عليها إذا كانت مُلْجأة ، أو نائمةً . لأنّها لم يوجد منها فعل ، فلم تفطر ، كما لو صبّ في حَلْقها ماء بغير اختيارها ، ووجه الأول : أنه جماع في الفرج ، فأفسد الصوم ، كما لو أُكرِهت بالوعيد ، ولأن الصوم عبادةٌ يفسدها الوطء ، ففسدت به على كلّ حال ، كالصلاة والحجّ . ويُفارق الأكلَ . فإنه يُعذر فيه بالنسيان ، بخلاف الجماع .

٢٠٥٥ فصل

فإن تساحقت امرأتان ، فلم يُنزِلا . فلا شيء عليهما . وإن أنزلتا فسد صومهما ، وهل يكون حكمهما حكم المجامع دون الفرج إذا أنزل . أو لا يلزمهما كفّارة بحال ؟ فيه وجهان ، مبنيان على أن

---

(١) يعني : إذا هدد إنسان امرأة بأنها إذا لم تقبل أن يجامعها قتلها أو سرق مالها أو نحو ذلك فخافت من التهديد ووافقت على الجماع فعليها القضاء والكفارة . وإذا كان مفاجأة وقهراً ، فلا كفارة عليها ولا تفطر ، فلا قضاء عليها .

الجمـاع من المرأة . هل يوجبُ الـكفّارة ؟ على روايتين . وأصحّ الوجهين ، أنّهما لا كفارة عليهما ، لأنّ ذلك ليس بمنصوص عليه . ولا فى معنى المنصوص عليه ، فيبقى على الأصل . وإن ساحق المجبوب[1] فأنزل . فحكمه حكم من جامع دون الفرج فأنزل .

٢٠٥٦ فصـــل

وإن جامعت المرأة ناسية للصوم . فقال أبو الخطّاب : حُـكم النسيان حكم الإكراه ، لا كفارة عليها فيهما ، وعليها القضاء . لأن الجمـاع يحصُل به الفطر فى حق الرجل مع النسيان . فـكذلك فى حقّ المرأة . ويحتمل أن لا يلزمها القضاء ، لأنه مُفسد لا يوجب الـكفّارة . فأشبه الأكل .

٢٠٥٧ فصـــل

وإن أكرِهَ الرجلُ على الجماع فسد صومُه . لأنه إذا أفسد صوم المرأة فصومُ الرجل أولى . وأما الـكفّارة ؟ فقال القـاضى عليه الـكفارة . لأن الإكراه على الوطء لا يمكن ، لأنه لا يطأ حتى ينتشر ، ولا ينتشر إلا عن شهوة فـكان كغير المكْره . وقال أبو الخطّاب : فيه روايتان .

(إحداهما) لا كفّارة عليه ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن الـكفّارة إما أن تكون عقوبةً أو ماحيةً للذنب ، ولا حاجة إليها مع الإكراه ، لعدم الإثم فيه ولقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « عُفِىَ لِأُمَّتِى عَنِ الْخَطَإِ وَالنِّسْـيَانِ وَمَا اسْتُـكْرِهُوا عَلَيْهِ » ولأن الشرع لم يرد بوجوب الـكفارة فيه . ولا يصحّ قياسه على ما ورد الشرع فيه ، لاختلافهما فى وجود العذر وعدمه . فأمّا إن كان نائماً ، مثل أنْ كان عضوُه مُنتشراً فى حال نومه ، فاستدخلته امرأتُه . فقال ابن عقيل : لاقضاء عليه ولا كفّارة . وكذلك إن كان إلجاء ، مثلُ أنْ غلبته فى حال يَقْظَتِهِ على نَفْسِـه . وهذا مذهبُ الشافعىّ . لأنه معنًى حرّمه الصوْمُ ، حصل بغير اختياره ، فلم يُفطر به ، كما لو أطارت الريحُ إلى حلْقه ذُبابةً . وظاهر كلام أحمد : أن عليه القضاء ، لأنه قال فى المرأة إذا غصبها رجلٌ نَفْسَها فجامعها : عليها القضاء ، فالرجل أولى ، ولأن الصوم عبادة يفسدها الجماع ، فاستوى فى ذلك حالة الاختيار ، والإكراه كالحجّ . ولا يصح قياس الجماع على غيره فى عدم الإفساد ، لتأكّده بإيجاب الـكفارة ، وإفساده للحجّ من بين سائر محظوراته ، وإيجاب الحدّ به إذا كان زناً .

٢٠٥٨ فصـــل

ولا تجب الـكفّارة بالفطر فى غير رمضان ، فى قول أهل العـلم ، وجمهور الفقهاء . وقال قَتَادة :

---

(١) المجبوب : مقطوع الذكر .

تجب على من وطىء فى قضاء رمضان : لأنه عبادةٌ تجب الـكفَّارة فى أدائها . فوجبت فى قضائها ، كالحج.

ولنـا : أنه جامع فى غير رمضان فلم تلزمه كفَّارة . كما لو جامع فى صيام الـكفارة . ويفارق القضاء الأداء ، لأنه متعيِّن بزمان مُحْترمٍ . فالجماعُ فيه هَتْكٌ له ، بخلاف القضاء .

٢٠٥٦ فصـــــل

وإذا جامع فى أول النهار ، ثم مرض ، أو جُنَّ ، أو كانت امرأةٌ فحاضت ، أو نُفِسَتْ فى أثناء النهار لم تسـقط الـكفَّارة . وبه قال مالك ، والليث ، وابن المـاجُشون ، وإسحاق . وقال أصحـاب الرأى : لا كفَّارة عليهم ، وللشافعىّ قولان كالمذهبين . واحتجّوا بأن صوم هذا اليوم خرج عن كونه مُستحقاً . فلم يجب بالوطء فيه كفَّارة ، كصوم المسافر ، أو كما لو قامت البيِّنة ، أنه من أول شوّال .

ولنا : أنه معنًى طرأ بعد وجوب الـكفارة ، فلم يُسقطها كالسفر . ولأنّه أفسد صوماً واجباً فى رمضان بجماع تامّ ، فاستقرّت الـكفارة عليه ، كما لو لم يطرأ عذر ، والوطء فى صوم المسافر ممنوع ، وإن سُلِّم فالوطء ثمّ لم يوجب أصلاً . لأنه وطء مباح فى سفرٍ أُبيح الفطرُ فيـه ، بخلاف مسألتنا ، وكذا إذا تبيَّن أنَّه من شوّال ، فإن الوطء غيرُ موجب ، لأنَّا تبيّنَّا أنَّ الوطء لم يصادف رمضان ، والموجبُ إنّما هو الوطء المُفسد لصوم رمضان .

٢٠٥٧ فصـــــل

إذا طلع الفجر وهو مُجامع فاستدام الجماعَ . فعليـه القضاء ، والـكفَّارة . وبه قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يجبُ القضاء دون الـكفَّارة . لأن وطأه لم يصادف صوماً صحيحاً ، فلم يوجب الـكفَّارة كما لو ترك النيّة وجامع .

ولنا : أنه ترك صوم رمضان بجماع ، أَثِمَ به ، لِحُرْمةِ الصوم ، فوجبت به الـكفَّارة ، كما لو وطىء بعد طلوع الفجر . وعكسُه إذا لم ينو فإنَّه يتركه لترك النيَّة لا الجماع ، ولنا فيه منع أيضاً .

وأما إن نزع فى الحال مع أوّل طلوع الفجر ، فقـال ابن حامد والقاضى : عليه الـكفَّارة أيضاً . لأن النزع جماعٌ يلتذّ به ، يتعلَّق به مايتعلَّق بالاستدامة ، كالإيلاج . وقال أبو حَفْص : لاقضـاء عليه ، ولا كفَّارة . وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأنه تركٌ للجماع ، فلا يتعلَّق به ما يتعلق بالجمـاع ، كما لو حلف لايدخل داراً وهو فيها ، فخرج منها ، كذلك هاهنا . وقال مالك : يبطُلُ صومُه ، ولا كفَّارة عليه ، لأنه لايقدر على أكثر مما فعله فى ترك الجماع ، فأشبه المـكرَه . وهذه المسألة تقرُب من الاستحالة إذ لايكادُ يعلم أوّل طلوع الفجر على وجهٍ يتعقّبه النزعُ مِن غير أن يـكون قَبْلَهُ شىء من الجماع . فلا حاجة إلى فرضها والـكلام فيها .

٢٠٥٨ فصــــل

ومن جامع يظنّ أن الفجر لم يطلع ، فتبيَّن أنه كان قد طلع . فعليه القضاء ، والكفّارة . وقال أصحاب الشافعيّ : لا كفَّارة عليه . ولو علم فى أثناء الوطء فاستدام . فلا كفَّارة عليه أيضاً . لأنه إذا لم يعلم لم يأثم . فلا يجبُ به كفّارة ، كوطء الناسى . وإن علم فاستدام فقد حصل الوطء الذى يأثمُ به فى غير صوم .

ولنا : حديثُ المجامع ، إذ أمره النبيُّ صلى الله عليه وسلم بالتكفير من غير تفريق ولا تفصيل . ولأنه أفسد صوم رمضان بجماع تامّ ، فوجبت عليه الكفّارة . كما لو علم ، ووطء الناس ممنوع . ثم لا يحصُل به الفطر : على الرواية الأخرى ، بخلاف مسألتنا .

٢٠٥٩ « مسألة » قال ﴿ والكفارة عتق رقبة ، فإن لم يمكنه فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ﴾

المشهور من مذهب أبى عبد الله : أن كفّارة الوطء فى رمضان ككفّارة الظّهار فى الترتيب ، يلزمه العتقُ إن أمكنه . فإن عجز عنه انتقل إلى الصيام . فإن عجز انتقل إلى إطعام ستين مسكيناً . وهذا قول جمهور العلماء . وبه يقول الثوريّ ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد روايةٌ أخرى: أنها على التخيير بين العتق ، والصيام والإطعام ، وبأيّها كفّر أجزأه ، وهو رواية عن مالك . لما روى مالك ، وابن جُرَيج ، عن الزهريّ ، عن حُمَيْد بن عبد الرحمن ، عن أبى هريرة « أنَّ رَجُلاً أَفْطَرَ فِي رَمَضَانَ ، فَأَمَرَهُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُكَفِّرَ بِعِتْقِ رَقَبَةٍ ، أو صِيَامِ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، أو إِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِيناً » رواه مسلم . و « أو » حرف تخيير . ولأنها تجب بالمخالفة ، فكانت على التخيير ، ككفَّارة اليمين . وروى عن مالك أنه قال : الذى نأخذ به فى الذى يُصيب أهله فى شهر رمضان : إطعامُ ستين مسكيناً أو صيام ذلك اليوم ، وليس التحرير ، والصيام من كفَّارة رمضان فى شيء . وهذا القول ليس بشيء ، لمخالفته الحديثَ الصحيح ، مع أنه ليس له أصل يَعتمد عليه ، ولا شيء يَستند إليه . وسُنَّة رسوله صلى الله عليه وسلم أحقّ أن تُتّبع .

وأما الدليل على وجوب الترتيب فالحديث الصحيح رواه مَعْمَرٌ ، ويونُس ، والأوزاعيّ ، والليث ، وموسى بن عُقْبَة ، وعُبَيْدُ الله بن عمر ، وعِراك بن مالك ، وإسماعيل بن أميّة ، ومحمد بن أبى عَتِيق ، وغيرُهم عن الزهريّ ، عن حُمَيْد بن عبد الرحمن ، عن أبى هريرة : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للواقع على أهله : « هَلْ تَجِدُ رَقَبَةً تُعْتِقُهَا ؟ قال : لا . قال : فَهَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ؟ قال : لا . قال : فَهَلْ تَجِدُ إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِيناً ؟ قال: لا » وذكر سائرَ الحديث . وهذا

لفظ الترتيب . والأخذ بهذا أولى من رواية مالك . لأن أصحاب الزهرىّ اتفقوا على روايته هكذا ، سوى مالك ، وابن جُرَيج فيما علمنـا . واحتمال الغلط فيهما أكثر من احتماله فى سائر أصحـابه . ولأن الترتيب زيادة . والأخـذ بالزيادة متعيّن . ولأن حديثنا لفظُ النبىّ صلى الله عليـه وسلم ، وحديثُهم لفظ الراوى ، ويحتمل أنه رواه « بأو » ، لاعتقاده أن معنى اللفظين سواء ، ولأنها كفَّارة فيها صومُ شهرين متتابعين فـكانت على الترتيب ، كـكفَّارة الظهار ، والقتل .

٢٠٦٣ فصـــــل

فإذا عَدِمَ الرقبة انتقل إلى صيام شهرين متتابعين ، ولا نعلم خلافاً فى دخول الصيام فى كفارة الوطء ، إلا شذوذاً لايُعرّج عليه ، لمخالفة السنّة الثابتة . ولا خلاف بين من أوجبه أنه شهران متتابعان ، للخبر أيضاً . فإن لم يَشْرَع فى الصيام حتى وجد الرقبة لزمه العتقُ . لأنّ النبىّ ﷺ سأل المُوَاقِـعَ عمّا يَقْدِرُ عليه حين أخـبره بالعتق ، ولم يسأله عمّا كان يقـدر عليه حال المُواقعة . وهى حالة الوجوب . لأنه وجـد المبدل قبل التلبّس بالبَدَل . كما لو كان واجداً له حال الوجوب . وإن شرع فى الصوم قبل القدرة على الإعتاق ، ثمّ قدر عليه لم يلزمه الخروج إليه ، إلاّ أن يَشَاء الْعِتْقَ فيُجزئه . ويـكون قد فعل الأوْلَى ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يلزمه الخروج ، لأنه قدر على الأصـل قبل أداء فرضه بالبـدل ، فبطل حكم المبدل كالمتيمّم يرى الماء .

ولنا : أنه شَرَع فى الـكفارة الواجبة عليه فأجزأته ، كما لو استمرّ العجز إلى فراغها . وفارق العِتْقُ التيمّم لوجهين :

(أحدهما) أن التيمّم لايرفع الحدث ، وإنما يستره . فإذا وُجد الماء ظهر حكمه بخلاف الصوم . فإنه يرفع حكم الجماع بالـكلّية .

(الثانى) أن الصيام تطول مدّته فيشقّ إلزامه الجمعَ بينه وبين العتق ، بخلاف الوضوء والتيمم .

٢٠٦٤ « مسألة » قال ﴿ فإن لم يستطع فإطعـام ستين مسكيناً ، لـكل مسكين مدٌّ من بُرّ ، أو نصفُ صاع من تمر أو شعير ﴾ .

لا نعلم بين أهل العـلم خلافاً فى دخول الإطعام فى كفَّارة الوطء فى رمضان فى الجملة . وهو مذكور فى الخـبر . والواجبُ فيـه : إطعامُ ستين مسكيناً فى قول عامَّتهم ، وهو فى الخبر أيضاً ، ولأنه إطعامٌ فى كفَّارة فيها صومُ شهرين متتابعين ، فـكان إطعامَ ستين مسكيناً كـكفَّارة الظهار .

واختلفوا فى قـدر ما يُطْعَمُ كلُّ مسكين . فذهب أحمد إلى أن لـكلّ مسكين مُدَّ بُرّ . وذلك خمسةَ عشرَ صاعاً ، أو نصفَ صاع من تمرٍ ، أو شعير ، فيـكون الجميع ثلاثين صاعاً ، وقال أبو حنيفة :

من البرّ لكلّ مسكين نصفُ صاع . ومن غيره صاعٌ ، لقول النبيّ ﷺ فى حديث سَلَمَةَ بن صَخْر : « فأَطْعِمْ وَسْقاً مِنْ تَمْرٍ[1] » رواه أبو داود . وقال أبو هريرة : « يُطْعِمُ مُدًّا مِنْ أَيِّ الْأَنْوَاعِ شَاءَ » وبهذا قال عطاء ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ . لما روَى أبو هريرة فى حديث المُجَامع : « أنّ النبيّ ﷺ أُتِيَ بِمكْتَلٍ مِنْ تَمْرٍ قَدْرُهُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً . فقال : خُذْ هَذَا فَأَطْعِمْهُ عَنْكَ » رواه أبو داود .

ولنا : ماروى أحمد : حدّثنا إسماعيلُ ، حدّثنا أيوب ، عن أبى زيد المدَنىّ ، قال : « جَاءَتْ امرَأَةٌ مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ بِنِصْفِ وَسْقِ شَعِيرٍ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمُظَاهِرِ : أَطْعِمْ هـذا . فإن مُدَّىْ شَعِيرٍ مَكَانَ مُدِّ بُرٍّ » ولأن فدية الأذى نصفُ صاع من التمر ، والشعير ، بلا خلاف . فكذا هذا والمدّ من البرّ : يقوم مقام نصف صاع من غيره . بدليل حديثنا . ولأن الإجزاء بمدٍّ منه ، قول ابن عمر ، وابن عباس ، وأبى هريرة ، وزيد . ولا مُخالف لهم فى الصحابة .

وأما حديث سَلَمَة بن صخر فقد اختُلف فيه . وحديث أصحاب الشافعىّ يجوز أن يكون الذى أُتِيَ به النبىُّ ﷺ قاصراً عن الواجب ، فاجتُزِىء به ، لعجز المُكَفِّر عمّا سِواه .

٢٠٦٥ فصــــل

فإن أخرج من الدقيق أو السَّويق[2] أجزأ . لما ذكرناه فيما تقدَّمَ . وإن غدَّى المساكين ، أو عشَّاهم لم يُجزئه فى أظهر الروايتين . وهو ظاهر كلام الخِرَقِيّ . لأنه قدَّر ما يُجزىء فى الدفع بمُدّ أو نصف صاع . وإذا أطعمهم لايعلم أن كلّ واحد منهم استوفى الواجب له ، ووجه ذلك : أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم بيَّن قدر ما يُطْعِمُهُ كلُّ مسكين بما ذكرنا من الأحاديث . وهى مُقَيِّدة لمطلق الإطعام المذكور . والمطلَق يُحمل على المقيّد . ولا يُعلم أن كلّ مسكين استوفى مايجب له . ولأن الواجب تمليكُ المسكين طعامَه[3] والإطعام إباحةٌ وليس بتمليك .

فعلى هذه الرواية : إن أفرد لكلّ مسكين قدر الواجب له فأطعمه إيّاه نظرتَ ، فإن قال له : هذا لك تتصرّف فيه كيف شئت أجزأه . لأنه قد ملّكه إياه : وإن لم يقل له شيئاً احتمل أن يُجزئه . لأنه قد أطعمه مايجب . فأشبه مالو ملّكه . واحتمل أن لايجزئه ، لأنه لم يملّكه[4] إياه .

---

(١) يعنى : والوسق ستون صاعاً ، فيكون لكل مسكين صاع .

(٢) السويق دقيق يخلط بالسمن أو بغيره .

(٣) يعنى فإذا سلم المكفر المسكين الطعام ولم يأكله فقد أجزأه ذلك ولا يكلف بأن يأكله أمامه .

(٤) ليس التمليك متعيناً ، بل الإطعام هو الواجب وصرف الطعام للمسكين سواء كان بصيغة التمليك أو بغيرها ، والواجب صرف الطعام للمسكين سواء أكله أو لم يأكله

(والرواية الثانية) يُجزئه أن يجمع ستّين مسكيناً فيطعمُهم . قال أبو داود : سمعتُ أحمدَ يُسأل عن امرأة أفطرت رمضاناً ثم أدركها رمضانُ آخرُ . ثم ماتت . قال : كم أفطرت ؟ قال : ثلاثين يوماً . قال فاجمع ثلاثينَ مسكيناً ، وأطعِمْ مَرَّةً واحدةً ، وأشْبِعْهُمْ . وذلك لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال للمُجامع : « أطْعِمْ ستِّينَ مسكيناً » وهذا قد أطعمهم . وقال الله تعالى (٥٨ : ٤ فَإطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً) وقال فى كفّارة اليمين (٥ : ٨٩ فَإطْعَامُ عَشَرَةِ مَساكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ) وهذا قد أطعمهم . ورُوى عن أنس « أنّه أفْطَر فى رَمَضانَ فَجَمَعَ المسَاكِينَ وَوَضَعَ جِفَاناً[1] فأطْعَمَهُمْ » ولأنه أطعم ستين مسكيناً فأجزأه ، كما لو ملّكه إياه . فعلى هذه الرواية : إن أطعمهم قدرَ الواجب لهم أجزأه . وإن أطعمهم دون ذلك فأشبعهم ، فظاهرُ كلام أحمد : أنه يُجزئه لأنه قد أطعمهم . ويحتمل أن لايُجزئه . لأنّه لم يطعمهم ماوجب لهم .

٢٠٦٦ فصــــل

ويجزىء فى الكفّارة مايُجزىء فى الفِطرة : من البرّ ، والشعير ، ودقيقهما ، والتمر ، والزبيب ، وفى الأَقْطِ[2] وَجهانِ ، وفى الخُبز روايتان . وكذلك يخرج فى السويق ، فإن كان قوتُه غيرَ ذلك من الحبوب ، كالدُّخن ، والذرة ، والأرز ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لايُجزىء ، ذكره القاضى . لأنه لايجزىء فى الفطرة .

(والثانى) يُجزىء . اختاره أبو الخطّاب . لقول الله تعالى (٥: ٨٩ مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ) ولأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أمر بالإطعام مُطلقاً : ولم يَرِد تقييدُه بشىء من الأجناس . فوجب إبقاؤه على إطلاقه . ولأنه أطعم المسكين من طعامه ، فأجزأه ، كما لو كان طعامه بُرّاً فأطعمه منه . وهذا أظهر .

٢٠٦٧ فصــــل

وإن عجز عن العتق والصيام والإطعام سقطت الكفّارة عنه فى إحدى الروايتين . بدليل أن الأعرابىّ لمّا دفع إليه النبىُّ صلى الله عليه وسلم التمر وأخبره بحاجته إليه قال: « أَطْعِمْهُ أَهْلَكَ » ولم يأمره بكفّارة

---

(١) الجفان : جمع جفنه بفتح الجيم وسكون الفاء وهى القصعة ، أى الإناء الكبير ومثله الحلة الكبيرة المعروفة عندنا .

(٢) الأقط : اللبن المتجمد قليلا ومثله الجبن الحلو .

أخرى ، وهـذا قول الأوزاعىّ . وقال الزهرىّ : لابد من التـكفير . وهذا خاصّ لذلك الأعرابى لايتعدّاه . بدليل أنه أخبر النبىّ صلى الله عليه وسلم بإعساره قبلَ أن يَدْفع إليه العرَق . ولم يُسقطها عنه. ولأنّها كفّارة واجبـةٌ . فلم تسقُط بالعجز عنها ، كسائر الـكفّارات ، وهذا رواية ثانيةٌ عن أحمد . وهو قياس قول أبى حنيفة ، والثورىّ ، وأبى ثور . وعن الشافعىّ كالمذهبين .

ولنا : الحديث المذكور . ودعوى التخصيص لاتُسمع بغير دليل .

وقولهم : إنه أخبر النبىّ صلى الله عليه وسلم بعجزه ، فلم يسقطها . قلنـا : قد أسقطها عنه بعد ذلك . وهذا آخرُ الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا يصحّ القياسُ على سائر الـكفّارات . لأنه اطرّاح للنصّ بالقياس ، والنصّ أولى . والاعتبار بالعجز فى حالة الوجوب ، وهى حالة الوطء .

٢٠٦٨ « مسألة » قال ﴿ وإن جامع فلم يـكفّر حتى جامع ثانيةً . فـكفّارةٌ واحدة ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا جامع ثانياً قبل التـكفير عن الأول لم يخلُ من أن يـكون فى يوم واحدٍ ، أو فى يومين . فإن كان فى يوم واحدٍ فـكفّارةٌ واحدة تُجزئه ، بغير خلاف بين أهل العـلم . وإن كان فى يومين من رمضان ، ففيه وجهان :

(أحدهما) تجزئه كفّارة واحدةٌ . وهو ظـاهر إطـلاق الخِرَقى . واختيـار أبى بـكر ، ومذهب الزهرىّ ، والأوزاعىّ ، وأصحـاب الرأى . لأنها جزاء عن جِنايةٍ تـكرّر سببُها قبلَ استيفائها ، فيجب أن تتداخل كالحدّ .

(والثانى) لاتجزىء واحدةٌ . ويلزمه كفّارتان . اختاره القـاضى ، وبعض أصحـابنا . وهو قول مالك ، والليث ، والشافعىّ ، وابن المنذر . ورُوى ذلك عن عطاء ، ومـكحول . لأن كلّ يوم عبـادة مُنفردة ، فإذا وجبت الـكفّارة بإفساده لم تتداخل ، كرمضانين وكالحجّتين .

٢٠٦٩ « مسألة » قال ﴿ وإن كفّر ثم جامع ثانيةً ، فكفّارة ثانية ﴾ .

وجملته : أنه إذا كفّر ثمّ جامع ثانيةً . لم يخلُ من أن يكون فى يوم واحد ، أو فى يومين . فإن كان فى يومين فعليه كفّارة ثانية ، بغير خلاف نعلمهُ . وإن كان فى يوم واحـد ، فعليه كفارة ثانية . نصّ عليه أحمد ، وكذلك يُخرّج فى كلّ من لزمه الإمساك ، وحَرُم عليه الجماع فى نهار رمضان ، وإن لم يكن صائماً ، مثلُ من لم يعلم برؤية الهلال إلاّ بعد طلوع الفجر ، أو نسى النيَّة ، أو أكل عامداً ، ثم جامع . فإنه يلزمه كفّارة . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ : لاشىء عليـه بذلك الجمـاع ، لأنه لم يصادف الصوم . ولم يمنع صحته ، فلم يوجب شيئاً كالجماع فى الليل .

ولنا : أن الصوم فى رمضان عبادة تجب الـكفّارة بالجماع فيها . فتـكررت بتـكرّر الوطء إذا كان

بعـد التـكفير كالحجّ . ولأنه وطء محرّم لِحُرمة رمضان ، فأوجب الـكفّارة ، كالأولى . وفارق الوطء فى الليل ، فإنه غيرُ محرّم .

فإن قيل : الوطء الأول تضمّن هَتْك الصوم وهو مُؤثِّر فى الإيجاب . فلا يصحّ إلحاق غيره به . قلنا : هو مُلغًى بمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فاستدام ، فإنه تلزمه الكفّارة ، مع أنه لم يَهْتِك الصوم .

٢٠٧٠ فصـــل

إذا أصبح مُفطراً يعتقد أنّه من شعبان ، فقامت البيّنة بالرؤية . لزمه الإمساك ، والقضاء فى قول عامّة الفقهاء : إلا ما رُوى عن عطاء : أنّه قال : يأكل بقيّة يومه . قال ابن عبد البرّ : لا نعلم أحـداً قاله غيرَ عطاء . وذكر أبو الخطاب ذلك روايةً عن أحمد . ولا أعلم أحـداً ذكرها غيره ، وأظنّ هذا غلطـاً . فإنّ أحمد قد نصّ على إيجاب الـكفّارة على من وطىء ، ثم كفّر ، ثم عاد فوطىء فى يومه ، لأن حُرمة اليوم لم تذهب . فإذا أوجب الـكفّارة على غير الصائم لحرمة اليوم ، فـكيف يُبيح الأكل ؟ ولا يصحّ قياس هـذا على المسافر إذا قدم وهو مفطر وأشباهه . لأنّ المسافر كان له الفطر ظـاهراً وباطنـاً ، وهذا لم يـكن له الفطر فى الباطن مُباحاً . فأشبه من أكل يظنّ أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع .

فإذا تقرّر هذا فإن جامع فيه فعليه القضاء والـكفّارة ، كالذى أصبح لا ينوى الصيام ، أو أكل ثم جامع . وإن كان جِماعُه قبل قيام البيّنة فحُكمُهُ حـكم من جامع يظنّ أن الفجر لم يطلع ، وقد كان طلع ، على مامضى فيه .

٢٠٧١ فصـــل

وكل من أفطر والصوم لازمٌ له كالمفطر بغير عذر ، والمفطر يظنّ أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع ، أو يظنّ أنّ الشمس قد غابت ولم تَغِب ، أو الناسى لنيّة الصوم ونحوهم . يلزمهم الإمساك . لا نعلم بينهم فيه اختلافاً ، إلا أنه يخرج على قول عطـاء فى المعذور فى الفطر : إباحة فطر بقيّـة يومه ، قياساً على قوله فيما إذا قامت البيّنة بالرؤية ، وهو قول شاذّ لم يعرِّج عليه أهلُ العلم .

٢٠٧٢ فصـــل

فأمّا من يُباح له الفطر فى أول النهار ظـاهراً وباطناً ، كالحائض ، والمسافر والنفساء ، والصبى ، والمجنون ، والـكافر ، والمريض ، إذا زالت أعذارُهم فى أثناء النهار فطهُرت الحـائض ، والنفساء ، وأقام المسافر ، وبلغ الصبىُّ ، وأفاق المجنون ، وأسلم الـكافر ، وصحّ المريض المُفطر ففيهم روايتان : —

(إحـداها) يلزمهم الإمساك فى بقيّـة اليوم . وهو قول أبى حنيفة ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ،

والحسن بن صالح ، والعنبرىّ ، لأنه معنًى لو وُجد قبل الفجر أوجب الصيام . فإذا طرأ بعد الفجر أوجب الإمساك ، كقيام البيّنة بالرؤية .

(والثانية) لايلزمهم الإمساك ، وهو قول مالك ، والشافعىّ . ورُوى ذلك عن جابر بن زيد . ورُوى عن ابن مسعود : أنّه قال : « مَنْ أَكَلَ أوّل النهار فليأ كُلْ آخِرَه » ولأنه أُبيح له فطرُ أوّل النهار ظاهراً وباطناً . فإذا أفطر كان له أن يستديمه إلى آخر النهار ، كما لو دام العـذر . فإذا جامع أحدُ هؤلاء بعد زوال عُذره انبنى على الروايتين فى وجوب الإمساك . فإن قلنا : يلزمه الإمساك . فحكمه حكم من قامت البيّنة بالرؤية فى حقّه إذا جامع . وإن قلنا : لايلزمه الإمساك . فلا شىء عليه . فإن كان أحـد الزوجين من أحد هؤلاء والآخر لاعذر له ، فلكلّ واحد حكم نفسه على مامضى . وإن كانا جميعاً معذورَيْن فحكمها ماذكرناه . سواء اتفق عذرهما ، مثـلُ أن يَقدَما من سفر ، أو يَصِحّا من مرض ، أو اختلف ، مثلُ أن يقدَم الزوجُ من سفر ، وتطهُرَ المرأةُ من الحيض فيصيبُها . وقد رُوى عن جابر بن زيد « أنه قَدِمَ من سفَرٍ فوجد امرأته قد طهُرت من حيض ، فأصابها » فأمّا إن نوى الصوم فى سفره ، أو مرضه ، أو صِغَره ، ثم زال عذرُه فى أثناء النهار ، لم يَجُزْ له الفطر . روايةً واحدةً . وعليه الكفّارة إن وطىء . وقال بعضُ أصحاب الشافعىّ : فى المسافر خاصّةً ، وجهان :

(أحدهما) له الفطر . لأنه أُبيح له الفطر فى أول النهار ظاهراً وباطناً ، فكانت له استدامتُه ، كما لو قدم مُفطراً وليس بصحيح ، فإنّ سببَ الرُخْصة زال قبل الترخُّص ، فلم يكن له ذلك ، كما لو قَدِمت به السفينةُ قبل قَصْر الصلاة . وكالمريض يبرأ ، والصبىِّ يبلغ . وهـذا ينقض ماذكروه . ولو علم الصبىّ أنه يبلغ فى أثناء النهـار بالسنّ . أو علم المسافر أنه يقـدَم ، لم يلزمهما الصيامُ قبل زوال عُذرهما . لأن سبب الرُّخصة موجودٌ ، فيثبُت حكمها ، كما لو لم يعلما ذلك .

٢٠٧٣ فصـــــل

ويلزم المسافرَ والحائضَ والمريضَ القضاء إذا أفطروا ، بغير خلاف لقول الله تعالى : (٢ : ١٥ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) والتقـدير : فأفطر . وقالت عائشـة : « كُنَّا نَحِيضُ عَلَى عَهْدِ رسُـولِ اللهِ صلى الله عليـه وسلم فَنُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّوْمِ » وإن أفاق المجنون ، أو بلغ الصبىُّ ، أو أسلم الكافر فى أثناء النهار ، والصبىُّ مفطر . فى وجوب القضاء روايتان :

(إحداهما) لايلزمهم ذلك . لأنهم لم يُدركوا وقتاً يمكنهم التلبّس بالعبادة فيه . فأشبه مالو زال عذرُهم بعد خروج الوقت .

(والثانية) يلزمهم القضاء . لأنهم أدركوا بعض وقت العبادة ، فلزمهم القضاء ، كما لو أدركوا بعض وقت الصلاة .

٢٠٧٤ « مسألة » قال ﴿ قال : وإن أكل يظن أن الفجر لم يطلُع ، وقد كان طلع ، أو أفطر يظنّ أن الشمس قد غابت ولم تغب فعليه القضاء » .

هذا قول أكثر أهل العلم من الفقهاء وغيرهم . وحُكى عن عُرْوةَ ، ومُجاهد ، والحسن ، وإسحاق لاقضاء عليهم . لما رَوى زيدُ بن وَهْب . قال : « كُنْتُ جَالِساً فى مَسْجِدِ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رَمَضَانَ فى زَمَنِ عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ فأُتِينَا بِعِسَاسٍ[1] فِيهَا شَرَابٌ مِنْ بَيْتِ حَفْصَةَ ، فشَرِبْنَا « وَنَحْنُ نَرَى أَنَّهُ مِنَ اللَّيْلِ ، ثم انْكَشَفَ السَّحَابُ ، فإِذَا الشمسُ طَالِعَةٌ ، قال : فجعل الناسُ يقولون نقضى يوماً مكانه . فقال عمر : وَاللهِ لاَ نَقْضِيهِ ، مَاتَجَانَفْنَا[2] لِإِثْمٍ » ولأنه لم يقصد الأكل فى الصوم ، فلم يلزمه القضاء كالناسى .

ولنا : أنه أكل مختاراً ذاكراً للصوم فأفطر ، كما لو أكل يوم الشكّ . ولأنه جَهْلٌ بوقت الصيام فلم يُعذر به ، كالجهل بأوّل رمضانَ . ولأنه يمكن التحرّز منه ، فأشبه أكل العامد . وفارق الناسىَ ، فإنّه لايمكن التحرّز منه[3] .

وأما الخبر فرواه الأثرم : أنَّ عمر قال : « مَنْ أَكَلَ فَلْيَقْضِ يَوْماً مَكَانَهُ » ورواه مالك فى الموطّإ أنَّ عمر قال : الْخَطْبُ يَسِيرٌ » يعنى خفّة القضاء . وروى هشام بن عُروة عن فاطمة امرأته ، عن أسماء ، قالت : «أَفْطَرْنَا عَلَى عَهْدِ رسُول اللهِ صلى الله عليه وسلم فِي يَوْمٍ غَيْمٍ ثُمَّ طَلَعَتِ الشَّمْسُ» قيل لهشام : أُمِرُوا بالْقَضَاءِ ؟ قال : لابُدَّ مِنْ قَضَاءٍ » أخرجه البخارىّ .

٢٠٧٥ فصـــل

وإن أكل شاكًّا فى طلوع الفجر ، ولم يتبيّن الأمرَ ، فليس عليه قضاء . وله الأكلُ حتَّى يتيقن طلوع الفجر . نصَّ عليه أحمد . وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى معنى ذلك عن أبى بكر الصدّيق ، وابن عمر ، رضى الله عنهم . وقال مالك : يجبُ القضاء

---

(١) العساس بكسر العين جمع عس بضمها : وهو الكوز الكبير ، أو إناء يشبهه .

(٢) ماتجانفنا : ماارتكبنا إثماً ، ولم نفعل ذنباً وأصل الجنف الميل مطلقاً ، وهنا الميل عن الحق ، لأن الميل عن الحق ذنب وإثم .

(٣) الضمير يعود على النسيان المفهوم من الناسى ، ولو قال «وفارق النسيان» لعاد الضمير على أقرب مذكور إليه وكان أوضح .

لأن الأصل بقاء الصوم فى ذمّته ، فلا يسقط بالشكّ . ولأنه أكل شاكًّا فى النهار والليل ، فلزمه القضاء . كما لو أكل شاكًّا فى غروب الشمس .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ١٨٧ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ) مَدَّ الأكلَ إلى غاية التبيُّن . وقد يكون شاكًّا قبل التبيُّن فلو لزمه القضاء لحرم عليه الأكلُ . وقال النبيّ ﷺ : « فكُلُوا وَاشْرَبُوا حتَّى يُؤَذِّنَ ابنُ أمِّ مَكْتُوم — وَكانَ رجُلاً أعمَى لا يُؤَذِّنُ حتَّى يُقالَ له : أَصْبَحْتَ ، أَصْبَحْتَ » ولأن الأصل بقاء الليل ، فيكون زمانُ الشكّ منه مالم يُعلم يقينُ زواله ، بخلاف غروب الشمس . فإن الأصل بقاء النهار . فبُنى عليه .

٢٠٧٦ فصل

وإن أكل شاكًّا فى غروب الشمس ، ولم يتبيَّن ، فعليه القضاء . لأن الأصل بقاء النهار ، وإن كان حين الأكل ظانًّا أن الشمس قد غربت ، أو أن الفجر لم يطلع ، ثم شكّ بعد الأكل ، ولم يتبيّن ، فلا قضاء عليه . لأنه لم يوجد يقينٌ أزال ذلك الظنّ الذى بَنى عليه . فأشبه مالو صلّى بالاجتهاد[1] ، ثم شكّ فى الإصابة بعد صلاته .

٢٠٧٧ « مسألة » قال : ﴿ ومُباحٌ لمن جامع بالليل أن لا يغتسل حتَّى يطلُع الفجر وهو على صومه ﴾ .

وجملته : أن الْجُنُب له أن يؤخّر الغُسْل حتى يُصبح ، ثم يغتسل ، ويُتِمّ صومَه ، فى قول عامّة أهل العلم : منهم علىّ ، وابن مسعود ، وزيد ، وأبو الدّرْداء ، وأبو ذرّ ، وابن عمر ، وابن عبَّاس ، وعائشةُ ، وأمّ سَلَمَةَ ، رضى الله عنهم . وبه قال مالك ، والشافعىّ فى أهل الحجاز ، وأبو حنيفة ، والثورىّ فى أهل العراق ، والأوزاعىّ فى أهل الشام ، والليث فى أهل مصر ، وإسحاقُ وأبو عُبَيْدَةَ فى أهل الحديث ، وداود فى أهل الظاهر . وكان أبو هريرة يقول : « لاَصَوْمَ لَهُ » ويروى ذلك عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، ثمّ رجع عنه . قال سعيدُ بن المسيّب : رجع أبو هريرة عن فُتْياه . وحُكِىَ عن حسن ، وسالم ابن عبد الله ، قال : يُتِمُّ صومَه ويَقضى . وعن النخَعِىّ فى روايةٍ : يقضى فى الفرض دون التطوّع ، وعن عُرْوَة ، وطاوس : إن علم بجنابته فى رمضان فلم يغتسل حتى أصبح فهو مُفطر ، وإن لم يعلم فهو صائم . وحجّتهم حديث أبى هريرة الذى رجع عنه .

ولنا : ماروى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام قال : « ذَهَبْتُ أنَا وأبِى حتَّى دَخَلْنَا عَلَى عَائشةَ فقالت : أَشْهَدُ عَلَى رسول الله صلى الله عليه وسلّم إنْ كَانَ لَيُصْبِحُ جُنُبًا منْ غَيْرِ احْتِلاَمٍ ، ثمّ

(١) يعنى صلى بالاجتهاد فى دخول الوقت ، ثم شك بعد صلاته ، هل أصاب أو أخطأ .

يَصُومُه ، ثمّ دخلْنا على أمِّ سَلَمَةَ فقالت : مثلَ ذلك ، ثم أتينا أبا هريرة فأخبرناه بذلك ، فقال : هما أعلمُ بذلك . إنما حَدَّثَنيه الفضلُ بن عبّاس » متفق عليه . قال الخطابي : أحسنُ ماسمعتُ في خبر أبي هريرة : أنه منسوخ ، لأن الجماع كان مُحرّماً على الصائم بعد النوم . فلمّا أباح الله الجماعَ إلى طلوع الفجر جاز للجُنُب إذا أصبح قبلَ أن يغتسل أن يصوم . وروت عائشةُ أنّ رجلاً قال لرسول الله ﷺ : إنّي أُصْبِح جُنُباً وأنا أُريدُ الصِّيامَ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وأنا أُصبِحُ جُنباً وأنا أُريدُ الصِّيامَ . فقال له الرجل : يارسول الله ، إنَّكَ لَسْتَ مِثْلَنا ، قَدْ غَفَرَ اللهُ لَكَ ما تَقَدَّمَ مِنْ ذنْبِكَ وَمَا تأخَّرَ ، فَغَضِبَ رسولُ اللهِ ﷺ وقال : إنِّي لَأَرْجُو أنْ أكُونَ أخْشَاكُمْ لِلهِ وأعْلَمَكُمْ بِمَا أتَّقِي » رواه مالك في موطئه ومسلم في صحيحه .

٢٠٧٥ « مسألة » قال ﴿ وكذلك المرأة إذا انقطع حيضُها من الليل ، فهي صائمة إذا نوت الصوم قبل طلوع الفجر ، وتغتسل إذا أصبحت ﴾ .

وجملة ذلك : أن الحكم في المرأة إذا انقطع حيضُها من الليل كالحكم في الْجُنُب سواء . ويُشترط أن ينقطع حيضُها قبل طلوع الفجر . لأنه إن وُجد جزء منه في النهار أفسد الصوم . ويُشترط أن تنوي الصومَ أيضاً من الليل بعد انقطاعه ، لأنّه لاصيام لمن لم يُبَيِّت الصيامَ من الليل . قال الأوزاعيّ ، والحسن بن حي ، وعبد الملك بن الماجِشُون ، والعَنْبَريّ : تقضي ، فرّطت في الاغتسال أو لم تُفرّط . لأن حدث الحيض يمنع الصوم بخلاف الجنابة .

ولنا : أنه حدث يوجب الغسل ، فتأخيرُ الغُسل منه إلى أن يُصبح لا يمنع صحة الصوم كالجنابة . وماذكروه لايصحّ ، فإن من طهرت من الحيض ليست حائضاً ، وإنما عليها حدث موجب للغسل . فهي كالجنب . فإن الجماع الموجب للغُسل لو وجد في الصوم أفسده كالحيض ، وبقاء وجوب الغُسل منه كبقاء وجوب الغسل من الحيض . وقد استدلّ بعضُ أهل العلم بقول الله تعالى (٢ : ١٨٧ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللهُ لَكُمْ،وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ) فلمّا أباح المباشرة إلى تبيُّن الفجر عُلم أن الغُسل إنما يكون بعده .

٢٠٧٩ « مسألة » قال ﴿ والحامل إذا خافت على جنينها والمرضع على ولدها أفطرتا ، وقضتا ، وأطعمتا عن كل يوم مسكيناً ﴾ .

وجملة ذلك : أن الحامل والمُرضع إذا خافتا على أنفسهما فلهما الفطر ، وعليهما القضاء فحسب . لا نعلم فيه بين أهل العلم اختلافاً . لأنهما بمنزلة المريض الخائف على نفسه . وإن خافتا على ولديهما أفطرتا ، وعليهما القضاء ، وإطعام مسكين ، عن كلّ يوم . وهذا يُروى عن ابن عمر ، وهو المشهور من مذهب

الشافعىّ . وقال الليث : الكفّارة على المرضع دون الحامل ، وهو إحدى الروايتين عن مالك . لأن المرضع يمكنهما أن تسترضع لولدها ، بخلاف الحامل . ولأن الحمل متّصل بالحامل ، فالخوف عليه كالخوف على بعض أعضائها . وقال عطاء ، والزهرىّ ، والحسن ، وسعيدُ بن جُبَيْر ، والنخعىّ ، وأبو حنيفة : لا كفّارة عليهما . لما رَوى أنس بنُ مالك: رجلٌ من بنى كعب[1] عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إنَّ اللهَ وَضَعَ عَنِ الْمُسَافِرِ شَطْرَ الصَّلَاةِ ، وَعَنِ الْحَامِلِ وَالْمُرْضِعِ الصَّوْمَ — أو الصِّيَامَ — والله لقد قالهما رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أحدَهما أو كِلَيْهما » رواه النسائىّ ، والترمذىّ ، وقال : هذا حديث حسن ، ولم يأمره بكفّارة . ولأنه فِطر أُبيح لعذر ، فلم يجب به كفّارة كالفطر للمرض .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ١٨٤ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ) وهما داخلتان فى عموم الآية . قال ابن عبّاس : « كَانَتْ رُخْصَةً لِلشَّيْخِ الْكَبِيرِ ، وَالْمَرْأَةِ الْكَبِيرَةِ ، وَهُمَا يُطِيقَانِ الصِّيَامَ أَنْ يُفْطِرَا وَيُطْعِمَا مَكَانَ كُلِّ يَوْمٍ مِسْكِيناً ، وَالْحُبْلَى وَالْمُرْضِعُ إِذا خَافَتَا عَلَى أَوْلَادِهِمَا أَفْطَرَتَا وَأَطْعَمَتَا» رواه أبو داود . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، ولا مخالفَ لهما فى الصحابة ، ولأنه فِطرٌ بسبب نَفْسٍ عاجزة من طريق الخِلْقة . فوجبت به الكفّارة ، كالشيخ الهِمّ . وخبرهم لم يتعرّض للكفارة ، فكانت موقوفةً على الدليل كالقضاء . فإن الحديث لم يتعرّض له ، والمريضُ أخفّ حالاً من هاتين ، لأنه يُفطر بسبب نفسه .

إذا ثبت هذا : فإن الواجب فى إطعام المسكين مُدُّ بُرٍّ ، أو نصفُ صاعٍ من تمر ، أو شعير ، والخلاف فيه ، كالخلاف فى إطعام المساكين فى كفّارة الجماع .

إذا ثبت هذا : فإن القضاء لازم لهما . وقال ابن عمر ، وابن عباس : « لَا قَضَاءَ عَلَيْهِمَا » لأن الآية تناولتهما . وليس فيها إلا الإطعام . ولأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِنَّ اللهَ وَضَعَ عَنِ الْحَامِلِ وَالْمُرْضِعِ الصَّوْمَ » .

ولنا أنهما يطيقان القضاء ، فلزمهما كالحائض والنفَساء . والآيةُ أوجبت الإطعام ، ولم تتعرّض للقضاء . فأخذناه من دليل آخر . والمراد بوضع الصوم وضعه فى مدّة عُذرها ، كما جاء فى حديث عمرو بن أُميَّة عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم : « إنَّ الله وَضَعَ عن المسافر الصوم »[2] ولا يُشبهان الشيخ الهِمَّ[3] ،

---

(١) ويسمى : أنس الكعبى .

(٢) هذا الحديث مروى عن أنس بن مالك الكعبى ، وهو الذى سبق منذ قليل ، وقال عنه الشارح « رجل من بنى كعب » . (٣) الهم : بكسر الهاء : الشيخ الفانى ، ومثله همة للمرأة .

لأنه عاجز عن القضاء ، وهما يقدران عليه . قال أحمد : أذهبُ إلى حديث أبى هريرة ، يعنى ولا أقول بقول ابن عباس ، وابن عمر فى منع القضاء .

٢٠٨٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا عجز عن الصوم لـكبَرٍ أفطر ، وأطعم لـكلّ يوم مسكيناً ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشيخ الـكبير والعجوز إذا كان يَجْهَدُهما الصوم ، ويشقُّ عليهما مشقّة شديدة ، فلهما : أن يُفطِرا ، ويطعما لـكلّ يوم مسكينا . وهذا قول على وابن عبـاس ، وأبى هريرة ، وأنس ، وسعيد بن جُبَير ، وطاوس ، وأبى حنيفة ، والثورىّ والأوزاعىّ . وقال مالك ، لا يجب عليه شيء ، لأنه ترك الصوم لعجزه فلم تجب فدية ، كما لو تركه لمرض اتّصل به الموتُ . وللشافعىّ قولان كالمذهبين .

ولنا : الآيةُ ، وقول ابن عباس فى تفسيرها « نَزَلَتْ رُخْصَةً لِلشَّيْخِ الْـكَبِيرِ » ولأن الأداء صوم واجب ، فجاز أن يسقط إلى الـكفارة كالقضاء . وأما المريض إذا مات فلا يجب الإطعام ، لأن ذلك يؤدى إلى أن يجب على الميِّت ابتداء . بخلاف ما إذا أمكنه الصوم فلم يفعل حتى مات ، لأن وجوب الإطعـام يَستند إلى حال الحياة ، والشيخُ الهِمُّ له ذمَّة صحيحة . فإن كان عاجزاً عن الإطعـام أيضاً فلا شيء عليه ، و (لَا يُـكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ وُسْعَهَا)(١) .

٢٠٨١ فصـــل

والمريض الذى لا يُرجى برؤه يُفطر ويُطعم لـكلِّ يوم مسكيناً ، لأنه فى معنى الشيخ . قال أحمـد : رحمه الله فيمن بهشهوةُ الجماع غالبةٌ لا يملك نفسه ، ويخافُ أن تَنشقّ أُنْثَيَاهُ : أطْعِمْ . أباح له الفطر ، لأنَّه يخاف على نفسه ، فهو كالمريض . ومن يخاف على نفسه الهلاك لعطَشٍ ، أو نحوه ، وأوجب الإطعام بدلاً عن الصيام . وهذا محمول على من لا يرجو إمكان القضاء . فإن رجا ذلك فلا فدية عليه . والواجب انتظار القضاء وفعله إذا قدر عليه لقوله تعالى (٢:١٨٥ فَمَنْ كَانَ مِنْـكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) وإنَّما يصار إلى الفدية عند اليأس من القضاء ، فإن أطعم مع يأسه ، ثم قدر على الصيام احتمل أن لا يلزمه لأن ذمّته قد برئت بأداء الفدية التى كانت هى الواجبةَ عليه ، فلم يَعدل إلى الشُّغل بما بَرِئت منه . ولهذا قال الخِرَقىُّ : فمن كان مريضاً لا يُرجى برؤه ، أو شيخاً لا يستمسك على الراحلة أقام من يحجُّ عنه ، ويَعتمر وقد أجزأ عنه . وإن عوفى واحتمل أن يلزمه القضاء لأن الإطعام بدلُ يأس ، وقد تبيّنا ذهابَ اليأس ، فأشبه من اعتدّتْ بالشهور عند اليأس من الحيض ، ثم حاضت .

٢٠٨٢ « مسألة » قال ﴿ وإذا حاضت المرأة أو نُفِست أفطرت وقضت . فإن صامت لم يُجزئها ﴾ .

---

(١) بعض الآية الأخيرة من سورة البقرة وهى رقم ٢٨٦ .

أجمع أهل العلم على أن الحائض والنفساء لايحلّ لهما الصوم ، وأنهما يفطران رمضان ويقضيان ، وأنهما إذا صامتا لم يُجزئهماالصوم . وقد قالت عائشة: « كُنَّا نَحِيضُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَنُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّوْمِ وَلاَ نُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّلاَةِ » متفق عليه . والأمر إنما هو للنبيِّ صلى الله عليه وسلم . وقال أبو سعيد : قال النبيُّ ﷺ : « أَلَيْسَ إِحْدَاكُنَّ إِذَا حَاضَتْ لَمْ تُصَلِّ وَلَمْ تَصُمْ ؟ فَذَلِكَ مِنْ نُقْصَانِ دِينِهَا » رواه البخاريّ . والحائضُ ، والنفساء سواء . لأن دم النفاس هو دم الحيض ، وحكمه حكمه . ومتى وُجد الحيض فى جزء من النهار فسد صوم ذلك اليوم ، سواء وجد فى أوله أو فى آخره . ومتى نوت الحائضُ الصوم ، وأمسكت مع علمها بتحريم ذلك أثمّت ، ولم يُجزئها .

٢٠٨٣ «مسألة» قال ﴿ فإن أمكنها القضاء فلم تقض حتى ماتت ، أُطعم عنها لكلِّ يوم مسكين ﴾ .

وجملة ذلك : أن من مات وعليه صيام من رمضان لم يخلُ من حالين :

(أحدهما) أن يموت قبل إمكان الصيام : إما لضيق الوقت ، أو لعُذرٍ من مرض ، أو سفرٍ أو عجز عن الصوم ، فهذا لاشيء عليه فى قول أكثر أهل العلم . وحُكى عن طاوس ، وقتادة أنهما قالا : يجب الإطعام عنه . لأنه صومٌ واجب سقط بالعجز عنه ، فوجب الإطعام عنه . كالشيخ الهِمّ إذا ترك الصيام لعجزه عنه .

ولنا : أنه حقّ لله تعالى وجب بالشرع ، مات من يجب عليه قبل إمكان فعله فسقط إلى غير بدَل ، كالحجّ . ويفارق الشيخَ الهِمَّ ، فإنه يجوز ابتداء الوجوب عليه بخلاف الميِّت .

(الحال الثانى) أن يموت بعد إمكان القضاء ، فالواجب أن يُطعَم عنه لكلِّ يوم مسكين . وهذا قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن عائشة ، وابن عباس وبه قال مالك ، والليث ، والأوزاعىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، والخزرجىّ ، وابن عُليّة . وأبو عُبَيْد فى الصحيح عنهم . وقال أبو ثور : يُصام عنه ، وهو قول الشافعىّ . لما روت عائشةُ أنّ النبيّ ﷺ قال : « مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صِيَامٌ صَامَ عَنْهُ وَلِيُّهُ » متفق عليه . ورُوى عن ابن عباس نحوه .

ولنا : ماروى ابن ماجه ، عن ابن عمر : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صِيَامُ شَهْرٍ فَلْيُطْعِمْ عَنْهُ مَكَانَ كلِّ يَوْمٍ مِسْكِيناً » . قال الترمذىّ : الصحيح عن ابن عمر موقوف . وعن عائشة أيضاً قالت : « يُطعَمُ عنهُ فى قضاء رمَضَان ، ولايُصَام عنهُ » وعن ابن عباس « أنّه سُئل عن رجلٍ ماتَ وعليه نَذْرٌ يَصُومُ شهراً ، وعليه صوم رمَضَانَ . قال: أما رمضانُ فليُطْعَم عنهُ وأما النذر فيصام عنه » رواه الأثرم فى السُّنن . ولأن الصوم لاتدخله النيابة حال الحياة ، فكذلك بعد الوفاة كالصلاة .

فأما حديثهم فهو فى النذر . لأنه قد جاء مُصرَّحاً به فى بعض ألفاظه كذلك . رواه البخارىّ ، عن ابن عباس قال : « قالت امرأةٌ : يا رَسُولَ الله ، إنَّ أُمِّى مَاتَتْ وعَلَيْهَا صَوْمُ نَذْرٍ ، أَفَأَقْضِيهِ عَنْهَا ؟ قَالَ : أَرَأَيْتِ لَوْ كَانَ عَلَى أُمِّكِ دَيْنٌ فقَضَيْتِهِ ، أَكَانَ يُؤَدِّى ذَلِكَ عَنْهَا ؟ قَالَتْ : نَعم . قال فَصُومِى عَنْ أُمِّكِ » وقالت عائشة ، وابن عباس ، كقولنا ، وهما راويا حديثهم . فدلّ على ماذكرناه .

٢٠٨٤ فصــــل

فأما صوم النذر فيفعله الولىّ عنه . وهذا قول ابن عباس ، والليث ، وأبى عُبَيْد ، وأبى ثور . وقال سائر من ذكرنا من الفقهاء : يُطْعَم عنه ، لما ذكرنا فى صوم رمضان .

ولنا : الأحاديث الصحيحة التى رويناها قبل هـذا ، وسُنَّةُ رسول الله صلّى الله عليه وسلم أحقُّ بالاتباع ، وفيها غُنْيَةٌ عن كلّ قول . والفرق بين النذر وغيره أن النيابة تدخل العبادة بحسب خفتها . والنذر أخفّ حكماً ، لكونه لم يجب بأصل الشرع ، وإنما أوجبه الناذر على نفسه .

إذا ثبت هـذا فإن الصوم ليس بواجب على الولىّ . لأنّ النبى صلى الله عليه وسلم شبّهه بالدين . ولا يجب على الولىّ قضاء دين الميّت . وإنما يتعلّق بتركته إن كانت له تركة . فإن لم يكن له تركة فلا شىء على وارثه ، لكن يُستحبّ أن يقضى عنه ، لتفريغ ذمّته ، وفكّ رهانه . كذلك ههنا . ولا يختصّ ذلك بالولىّ ، بل كلّ من صام عنه ، قضى ذلك عنه ، وأجزأ . لأنه تبرّع ، فأشبه قضاء الدين عنه .

٢٠٨٥ « مسألة » قال ﴿ فإن لم تمت المفرّطة حتى أظلّها شهر رمضان آخرُ صامته ، ثم قضت ما كان عليها ، ثم أطعمت لكلّ يوم مسكيناً . وكذلك حكم المريض والمسافر فى الموت والحياة إذا فرّطاً فى القضاء ﴾ .

وجملة ذلك : أن من عليه صوم من رمضان فله تأخيره مالم يدخل رمضان آخر ، لما رَوَتْ عائشة قالت : « كَانَ يَكُونُ عَلَىَّ الصِّيَامُ مِنْ شَهْرِ رَمَضَانَ ، فَمَا أَقْضِيهِ حَتَّى يَجِيءَ شَعْبَانُ » متفق عليه . ولا يجوزُ له تأخيرُ القضاء إلى رَمَضَانَ آخرَ من غير عُذر . لأن عائشةَ رضى الله عنها لم تؤخّر إلى ذلك ، ولو أمكنها لأخّرته . ولأنّ الصوم عبادة متكرّرة ، فلم يجز تأخير الأولى عن الثانية ، كالصلوات المفروضة . فإن أخّره عن رمضان آخرَ ، نظرنا . فإن كان لعُذر ، فليس عليه إلاّ القضاء . وإن كان لغير عُذر فعليه مع القضاء إطعامُ مسكين لكلّ يوم . وبهذا قال ابن عباس ، وابن عمر ، وأبو هريرة ، ومجاهد ، وسعيد بن جُبَير ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . وقال الحسن ،

والنخَعِىّ ، وأبو حنيفة : لافدية عليه ، لأنه صوم واجب ، فلم يجب عليه فى تأخيره كفّارة . كما لو أخّر الأداء والنذر .

ولنا : مارُوى عن ابن عمر ، وابن عباس ، وأبى هريرة : أنّهم قالوا : أَطْعِمْ عن كلّ يوم مسكيناً . ولم يُرْوَ عن غيرهم من الصحابة خلافهُم . ورُوى مسنداً من طريق ضعيف ، ولأن تأخير صوم رمضان عن وقته إذا لم يوجب القضاء أوجب الفدية ، كالشيخ الهَرِم .

٢٠٨٦ فصـــل

فإن أخّره لغير عذر حتى أدركه رمضانان ، أو أكثر ، لم يكن عليه أكثرُ من فدية ، مع القضاء . لأن كثرة التأخير لايزداد بها الواجب ، كما لو أخّر الحجّ الواجبَ سنين لم يكن عليه أكثر من فعله .

٢٠٨٧ فصـــل

فإن مات المفرّط بعد أن أدركه رمضانُ آخرُ أُطْعِمَ عنه لكلّ يوم مسكينٌ واحد . نصّ عليه أحمد فيما رَوى عنه أبو داود : أنّ رجلاً سأله عن امرأة أفطرت رمضان ، ثم أدركها رمضانُ آخرُ ثم ماتت ؟ قال : يُطْعَم عنها . قال له السائل : كم أُطْعِم ؟ قال : كم أفطرَتْ ؟ قال : ثلاثين يوماً . قال : اجمع ثلاثين مسكيناً ، وأطعمهم مرّةً واحدةً ، وأَشْبِعْهُمْ . قال : ماأُطْعِمُهم ؟ قال : خبزاً ، ولحماً إن قدَرْتَ ، من أوسط طعامكم ، وذلك لأنه بإخراج كفّارة واحدة أزال تفريطه بالتأخير ، فصار كما لو مات من غير تفريط . وقال أبو الخطاب : يُطْعَمُ عنه لكلّ يوم فقيران ، لأن الموت بعد التفريط بدون التأخير عن رمضان آخرَ يوجب كفّارة ، والتأخير بدون الموت يوجب كفّارة . فإذا اجتمعا وجبت كفارتان ، كما لو فرّط فى يومين .

٢٠٨٨ فصـــل

واختلفت الرواية عن أحمد فى جواز التطوّع بالصوم ممن عليه صومُ فرضٍ ، فنَقل عنه حَنبل : أنه قال : لايجوز له أن يتطوّع بالصوم ، وعليه صوم من الفرض حتى يقضيه ، يبدأ بالفرض وإن كان عليه نذر صامه ، يعنى بعد الفرض .

ورَوى حنبل عن أحمد بإسناده ، عن أبى هريرة : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ صَامَ تَطَوُّعاً وَعَلَيْهِ مِنْ رَمَضَانَ شَىْءٌ لَمْ يَقْضِهِ . فإنّه لايُتَقَبَّلُ مِنْهُ حَتَّى يَصُومَهُ » . ولأنه عبادة يدخل فى جُبْرانها المال ، فلم يصحّ التطوّع بها قبل أداء فرضها ، كالحجّ . ورُوى عن أحمد : أنه يجوز

له التطوّع . لأنها عبادة تتعلّق بوقت ، مُوَسَّع . فجاز التطوّع فى وقتها قبل فعلها ، كالصلاة يتطوّع فى أول وقتها ، وعليه يخرج الحجّ . ولأن التطوّع بالحجّ يمنع فعل واجبه المُعَيَّن . فأشبه صوم التطوّع فى رمضان ، بخلاف مسألتنا . والحديث يرويه ابن لَهِيعَةَ ، وفيه ضعف . وفى سياقه ماهو متروك . فإنه قال فى آخره « وَمَنْ أَدْرَكَهُ رَمَضَانُ وَعَلَيْهِ مِنْ رَمَضَانَ شَيْءٌ لَمْ يُتَقَبَّلْ مِنْهُ » ويخرج فى التطوع بالصلاة فى حقّ من عليه القضاء مثل ماذكرناه فى الصوم .

٢٠٨٩ فصل

واختلفت الرواية فى كراهة القضاء فى عشر ذى الحِجّة . فرُوى أنه لايُكره . وهو قول سعيد ابن المسيَّب ، والشافعىّ ، وإسحاق . لما رُوى عن عمر بن الخطَّاب رضى الله عنه : أنه كان يَستحِبّ قضاء رمضان فى العشر . ولأنه أيامُ عبادة ، فلم يكره القضاء فيه كعشر المحرّم .

والثانية : يُكره القضاء فيه . رُوى ذلك عن الحسن ، والزهرىّ . لأنه يروى عن علىّ رضى الله عنه : أنه كرهه . ولأنّ النبىّ ﷺ قال : « مَامِنْ أَيَّامٍ العَمَلُ الصَّالِحُ فِيهَا أَحَبُّ إِلَى اللهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ هَذِهِ الأَيَّامِ — يعنى أيام العشر — قالوا : يا رَسُولَ الله ، ولاَ الجِهَادُ فى سَبِيلِ اللهِ؟ قال : وَلاَ الجِهَادُ فِى سَبِيلِ اللهِ ، إلاّ رجلٌ خَرَجَ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ » فاستُحِبّ إخلاؤها للتطوع لينال فضيلتها . ويجعل القضاء فى غيرها . وقال بعض أصحابنا : هاتان الروايتان مبنيّتان على الروايتين فى إباحة التطوّع قبل صوم الفرض ، وتحريمه . فمن أباحه كره القضاء فيها ، ليوفّرها على التطوّع ، لينال فضيلته فيها ، مع فعل القضاء . ومن حرّمه لم يكرهه فيها ، بل استَحبّ فعله فيها ، لئلا يخلُوَ من العبادة بالكلّية . ويَقْوَى عندى أن هاتين الروايتين فرعٌ على إباحة التطوّع قبل الفرض . أما على رواية التحريم : فيكون صومُها تطوّعاً قبل الفرض مُحرّماً وذلك أبلغ من الكراهة . والله أعلم .

٢٠٩٠ « مسألة » قال ﴿ وللمريض أن يُفطر إذا كان الصوم يزيد فى مرضه . فإن تحمّل وصام كُرِهَ له ذلك ، وأجزأه ﴾ .

أجمع أهل العلم على إباحة الفطر للمريض فى الجملة . والأصلُ فيه قوله تعالى : (٢ : ١٨٧ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) والمرض المبيح للفطر هو الشديد الذى يزيد بالصوم ، أو يُخشَى تباطؤ برئه . قيل لأحمد : متى يفطر المريض ؟ قال : إذا لم يستطع ، قيل : مثل الحُمَّى . قال : وأىُّ مرض أشدُّ من الحُمَّى ؟ وحُكى عن بعض السلف : أنه أباح الفطر بكلِّ مرض ، حتى من وجع

الإصبع والضِّرس ، لعموم الآية فيه . ولأن المسافر يُباح له الفطر وإن لم يحتج إليه ، فكذلك المريض .

ولنا : أنه شاهدٌ للشهر لايُؤذيه الصوم ، فلزمه كالصحيح . والآيةُ مخصوصة فى المسافر والمريض جميعاً ، بدليل أن المسافر لايُباح له الفطر فى السفر القصير والفرق بين المسافر والمريض : أن السفر اعتبرت فيه المَظِنَّة وهو السفر الطويل ، حيث لم يمكن اعتبار الحكمة بنفسها . فإنّ قليل المشقّة لايبيح . وكثيرها لاضابط له فى نفسه ، فاعتبرت بمظنتها . وهو السفر الطويل . فدار الحكم مع المَظِنَّة وجوداً وعدماً . والمرض لاضابط له . فإن الأمراض تختلف ، منها مايضرّ صاحبَه الصومُ ، ومنها مالا أثر للصوم فيه ، كوجع الضِّرس ، وجُرْحٍ فى الإصبع ، والدمّل ، والقَرْحَةِ اليسيرة ، والجَرَبِ ، وأشباه ذلك . فلم يصلح المرض ضابطاً . وأمكن اعتبار الحكمة ، وهو مايخاف منه الضرر ، فوجب اعتباره .

فإذا ثبت هذا فإن تحمل المريض وصام مع هذا فقد فعل مكروهاً لما يتضمّنه من الإضرار بنفسه ، وتركِه تخفيفَ الله تعالى ، وقبولَ رُخْصَتِه . ويصحّ صومه ويُجزئه ، لأنه عزيمة أبيح تركها رُخْصَةً . فإذا تحمَّله أجزأه كالمريض الذى يُباح له ترك الجمعة إذا حضرها . والذى يُباح له ترك القيام فى الصلاة إذا قام فيها .

٢٠٩١ فصـــل

والصحيح أن الذى يخشى المرض بالصيام كالمريض الذى يخاف زيادته فى إباحة الفطر . لأن المريض إنما أُبيح له الفطر خوفاً ممّا يتجدّد بصيامه من زيادة المرض وتطاوُله . فالخوف من تجدّد المرض فى معناه . قال أحمد فيمن به شهوة غالبة للجماع يَخاف أن تنشقّ أُنْثَيَاهُ : فله الفطر ؛ وقال فى الجارية : تصوم إذا حاضت ؛ فإن جهدها الصوم فلتُفطر ولتقضِ — يعنى إذا حاضت وهى صغيرة لم تبلغ خَمْس عَشْرَةَ سنةً . قال القاضى : هذا إذا كانت تخاف المرض بالصيام أُبيح لها الفطر ، وإلا فلا .

٢٠٩٢ فصـــل

ومن أبيح له الفطر لشدّة شَبَقِه[1] ، إن أمكنه استدفاع الشهوة بغير جماع ، كالاستمناء بيده ، أو يد امرأته ، أو جاريته ، لم يَجُز له الجماع . لأنه فطر للضرورة ، فلم تُبَح له الزيادة على ماتندفع به الضرورة . كأكل الميتة عند الضرورة . وإن جامع فعليه الكفّارة . وكذلك إن أمكنه دفعُها بما لايُفسد صوم غيره ، كوطء زوجته ، أو أَمَتِه[2] الصغيرة ، أو الكتابيّة ، أو مباشرةِ الكبيرة المُسْلِمَةِ دون الفرج ،

(١) الشبق : بفتح الشين والباء شدة الرغبة فى الجماع .

(٢) الصغيرة : وصف للزوجة والأمة معاً ، أى كوطء زوجته الصغيرة ، أو أمته الصغيرة لأنهما ليس عليهما صوم واجب فوطؤهما لايفسد لهما صوماً .

أو الاستمناء بيدها ، أو بيده ، لم يُبَحْ له إفسادُ صوم غيره ، لأنَّ الضرورة إذا اندفعت لم يبح له ماوراءها كالشبع من الميتة إذا اندفعت الضرورة بسدّ الرمَق[1] . وإن لم تندفع الضرورة إلا بإفساد صوم غيره أُبيح ذلك ، لأنه ممَّا تدعو الضرورة إليه . فأُبيح كفطره ، وكالحامل ، والمرضع ، يُفطران خوفاً على ولديهما فإن كان له امرأتان حائضٌ وطاهر صائمةٌ ودَعَتْهُ الضرورة إلى وطء إحداهما احتمل وجهين :

(أحدهما) وطء الصائمة أولى ، لأن الله تعالى نصّ على النهى عن وطء الحائض فى كتابه . ولأن وطأها فيه أذًى لا يزول بالحاجة إلى الوطء .

(والثانى) يتخيّر ، لأنَّ وطء الصائمة يُفسد صيامها ، فتتعارضُ المَفْسَدتان ، فيتساويان .

٢٠٩٣ « مسألة » قال : ﴿ وكذلك المسافر ﴾ .

يعنى أن المسافر يُباح له الفطر . فإن صام كره له ذلك ، وأجزأه . وجوازُ الفطر للمسافر ثابت بالنصّ والإجماع ، وأكثر أهل العلم على أنه إن صام أجزأه . ويروى عن أبى هريرة : أنه لا يصحّ صوم المسافر ، قال أحمد : كان عمر وأبو هريرة يأمرانه بالإعادة . وروَى الزهرىّ عن أبى سَلَمة ، عن أبيه عبد الرحمن بن عوف ، أنّه قال : « الصَّائِمُ فى السَّفَرِ كالمُفْطِرِ فى الحَضَرِ » وقال بهذا قوم من أهل الظاهر. لقول النبى ﷺ : « لَيْسَ مِنَ البِرِّ الصَّوْمُ فى السَّفَرِ » متفق عليه ، ولأنه عليه السلام أفطر فى السفر ، فلما بلغه أن قوماً صاموا قال : « أُولَئِكَ هُمُ العُصَاةُ » وروَى ابن ماجة بإسناده عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الصَّائِمُ فى رَمضَانَ فى السَّفَرِ كالمُفْطِرِ فى الحَضَرِ » وعامّة أهل العلم على خلاف هذا القول. قال ابن عبد البرّ : هذا قول يروى عن عبد الرحمن بن عوف . هجره الفقهاء كلُّهم ، والسنَّة تردُّه . وحجّتهم مارُوى عن حمزة بن عمرو ، الأسلمىّ أنّه قال للنبىّ صلى الله عليه وسلم : « أَصُومُ فى السَّفَرِ ؟ — وكان كثيرَ الصّيام — قال : إنْ شِئْتَ فَصُمْ ، وَ إنْ شِئْتَ فَأَفْطِرْ » . وفى لفظ رواه النسائىّ : أنّه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَجِدُ قوّةً على الصِّيام فى السَّفَرِ ، فهل علىَّ جُناح ؟ قال : هى رُخْصَةُ الله ، فَمَنْ أَخَذَ بِهَا فَحَسَنٌ وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَصُومَ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِ » وقال أنس : « كُنَّا نُسَافِرُ مَعَ النبىِّ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمْ يَعِبِ الصَّائِمُ على المُفْطِرِ ولا المُفطرُ عَلَى الصَّائِمِ » متفق عليه . وكذلك روَى أبو سعيد . وأحاديثهم محمولة على تفضيل الفطر على الصيام .

٢٠٩٤ فصل

والأفضلُ عند إمامنا رحمه الله الفطرُ فى السفر ، وهو مذهبُ ابن عمر ، وابن عباس ، وسعيد بن

---

(١) سد الرمق : إمساك الحياة .

المسيّب ، والشعبيّ ، والأوزاعيّ ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ : الصومُ أفضل لمن قَوِيَ عليه . ويُروى ذلك عن أنس ، وعُثمان بن أبي العاص . واحتجُّوا بما رُوى عن سلمة بن المُحَبَّق أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ كانَتْ لَهُ حَمُولَةٌ يأْوِي إلى شِبَعٍ فَلْيَصُمْ رَمَضَانَ حَيْثُ أَدْرَكَهُ » رواه أبو داود . ولأن من خُيِّر بين الصوم والفطر كان الصوم له أفضل كالتطوّع . وقال عمر بن عبدالعزيز ومجاهد ، وقَتادة : أفضلُ الأمرين أيسرُهما . لقول الله تعالى : (٢ : ١٨٧ يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ) ولما رَوى أبو داود عن حمزة بن عمرو قال : قلت : « يا رَسول الله ، إنِّي صَاحِبُ ظَهْرٍ أُعَالِجُهُ وَأُسَافِرُ عَلَيْهِ وَأُكْرِيهِ ، وَإِنّه رُبَّمَا صَادَفَنِي هذا الشَّهر — يعنى رمضَانَ — وَأَنَا أَجِدُ القُوَّةَ ، وَأَنَا شَابٌّ ، وَأَجِدُنِي أَنْ أَصومَ يارسولَ الله أَهْوَنَ عَلَيّ مِنْ أَنْ أُؤَخِّرَ فيَكُونَ دَيْنًا عليّ ، فأَصومُ يارسول الله أَعْظَمُ لِأَجري ، أَمْ أُفْطِرُ ؟ قال : أَيّ ذَلِكَ شِئْتَ يا حَمْزَةُ » .

ولنا : ماتقدم من الأخبار في الفصل الذي قبله . وروى عن النبيّ ﷺ أنه قال : « خَيْرُكُمْ الَّذي يُفْطِرُ في السَّفَرِ وَيَقْصُرُ » ولأن في الفطر خروجاً من الخلاف ، فكان أفضلَ كالقصر . وقياسهُمْ ينتقض بالمريض ، وبصوم الأيام المكروه صومُها .

٢٠٩٥ « مسألة » قال ﴿ وقضاء شهر رمضان مُتفرقاً يجزىء ، والمتتابع أحسن ﴾ .

هذا قول ابن عباس ، وأنس بن مالك ، وأبي هريرة ، وابن مُحَيْرِيز ، وأبي قِلَابَةَ ومُجاهد ، وأهل المدينة ، والحسن ، وسعيد بن المسيّب ، وعُبَيد الله بن عبد الله بن عُتْبة . وإليه ذهب مالك ، وأبو حنيفة ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وإسحاق . وحكى وجوب التتابع عن عليّ ، وابن عمر ، والنخعيّ ، والشعبيّ . وقال داود : يجب ولا يُشترط . لما رَوى ابن المُنذر بإسناده عن أبي هريرة أنَّ النبيّ صلى الله قال : « مَنْ كانَ عليه صَوْمُ رمضَانَ فَلْيَسْرُدْهُ ولا يُقَطِّعْهُ » .

ولنا : إطلاق قول الله تعالى : (٢ : ١٨٧ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) غير مقيَّد بالتتابع .

فإن قيل : قد رُوى عن عائشة أنّها قالت : « نزلت (فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ - مُتَتَابِعَاتٍ) فسقطت مُتَتَابِعَات » .

قلنا : هذا لم يثبت عندنا صحّته ، ولو صحّ فقد سقطت اللفظة المحتجُّ بها . وأيضاً قول الصحابة ، قال ابن عمر : « إنْ سَافَرَ فإنْ شَاءَ فَرّقَ وإنْ شاءَ تَابَعَ » ورُوى مرفوعاً إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم . وقال أبو عُبَيْدَة بن الجرّاح في قضاء رمضان : « إنَّ اللهَ لَمْ يُرَخِّصْ لكُمْ في فِطْرِهِ . وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَشُقَّ عَلَيْكُمْ في قَضَائِهِ » . ورَوى الأثرمُ بإسناده عن محمد بن المُنكَدِر أنه قال : « بلغنى أنّ رسولَ الله

صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عَنْ تَقْطِيعِ قَضَاءِ رَمضَانَ ؟ فقال رسول الله ﷺ : لَوْ كَانَ على أَحَدِكُمْ دَيْنٌ فَقَضَاهُ مِنَ الدِّرْهَمِ والدِّرْهَمَيْنِ حَتَّى يَقْضِي مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ هَلْ كَانَ ذَلِكَ قَاضِياً دَيْنَهُ ؟ قالوا نعم يارسولَ الله ، قال : فاللهُ أَحَقُّ بِالْعَفْوِ وَالتَّجَاوُزِ مِنْكُمْ » . ولأنه صوم لا يتعلق بزمان بعينه فلم يجب فيه التتابع ، كالنذر المطلق ، وخبرهم لم يثبت صحته . فإن أهل السنن لم يذكروه ، ولو صحّ حملناه على الاستحباب ، فإن المُتتابع أحسن لما فيه من موافقة الخبر ، والخروج من الخلاف ، وشبهه بالأداء . والله أعلم .

٢٠٩٦ « مسألة » قال ﴿ ومن دخل فى صيام تطوع فخرج منه فلا قضاء عليه فإن قضاه فحسن ﴾ .

وجملة ذلك : أن من دخل فى صيام تطوّع استُحِبّ له إتمامُه ، ولم يجب . فإن خرج منه فلا قضاء عليه رُوى عن ابن عمر ، وابن عبّاس أنهما أصبحا صائمين ، ثم أفطرا . وقال ابن عمر : « لاَ بَأْسَ بِهِ مَالَمْ يَكُنْ نَذْراً ، أَوْ قَضَاءَ رَمَضَانَ » . وقال ابن عبّاس : « إِذَا صَامَ الرَّجُلُ تَطَوُّعاً ثُمَّ شَاءَ أَنْ يَقْطَعَهُ قَطَعَهُ . وَإِذَا دَخَلَ فى صَلاَةٍ تَطَوُّعاً ، ثمّ شاء أن يَقْطَعَهَا قَطَعَهَا » . وقال ابن مسعود : « مَتَى أَصْبَحْتَ تُرِيدُ الصَّوْمَ فَأَنْتَ عَلَى آخِرِ النَّظَرَيْنِ ، إن شِئْتَ صُمْتَ وَإِنْ شِئْتَ أَفْطَرْتَ » فهذا مذهب أحمد ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق . وقد رَوى حنبل عن أحمد : إذا أجمع على الصِّيَامِ ، فأوجبه على نفسه ، فأفطر من غير عُذر أعاد يوماً مكان ذلك اليوم . وهذا محمول على أنه استحبّ ذلك ، أو نذره ، ليكون موافقاً لسائر الروايات عنه . وقال النخَعِيّ ، وأبو حنيفة ، ومالك : يَلزَمُ بالشروع[1] فيه ، ولا يخرج منه إلا بعذر ؛ فإن خرج قضى . وعن مالك لاقضاء عليه .

واحتجّ من أوجب القضاء بما رُوى عن عائشة أنّها قالت : « أَصْبَحْتُ أَنَا وَحَفْصَةُ صَائِمَتَيْنِ مُتَطَوِّعَتَيْنِ ، فَأُهْدِيَ لَنَا حَيْسٌ[2] ، فَأَفْطَرْنَا ، ثمّ سَأَلْنَا رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، فقال : اقْضِيَا يَوْماً مَكَانَهُ » ولأنّها عبادة تلزمُ بالنذر ، فلزمت بالشروع فيها كالحج والعمرة .

ولنا : مارَوى مسلم ، وأبو داود ، والنسائيّ ، عن عائشة ، قالت : « دَخَلَ عَلَيَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَوْماً فقال : هَلْ عِنْدَكُمْ شَيْءٌ ؟ فَقُلْتُ : لا . قال : فَإِنِّي صَائِمٌ . ثُمَّ مَرَّ بَعدَ ذَلِكَ اليومِ ، وَقَدْ أُهْدِيَ إِلَيَّ حَيْسٌ ، فَخَبَأْتُ لَهُ مِنْهُ ، وَكَانَ يُحِبُّ الْحَيْسَ . قُلْتُ : يارسول الله ، إنّه أُهْدِيَ لَنَا

(١) فى النسخ المطبوعة « يلزم فى الشروع فيه » وما هنا هو الصحيح .

(٢) الحيس : تمر يخلط بسمن وأقط فيعجن عجناً شديداً ، ثم يخرج منه نواه وربما جعل فيه سويق ، والأقط : لبن متجمد ، والسويق : دقيق مخلوط بالسمن .

حَيْسٌ ، فَخَبَأْتُ لَكَ مِنْهُ ، قال : أَدْنِيهِ . أَمَا إِنِّى قَدْ أَصْبَحْتُ وَأَنَا صَائِمٌ . فَأَكَلَ مِنْهُ ، ثُمَّ قَالَ لَنَا : إِنَّمَا مَثَلُ صَوْمِ التَّطَوُّعِ مَثَلُ الرَّجُلِ يُخْرِجُ مِنْ مَالِهِ الصَّـدَقَةَ . فَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهَا ، وَإِنْ شَاءَ حَبَسَهَا » هذا لفظ رواية النسائىّ ، وهو أتمّ من غيره . وروت أمّ هانئ قالت « دَخَلْتُ عَلَى رسول الله صلى الله عليه وسـلم فَأُتِيَ بِشَرَابٍ ، فَنَاوَلَنِيه ، فَشَرِبْتُ مِنْهُ ، ثُمَّ قُلْت : يارسول الله ، لَقَدْ أَفْطَرْتُ وَكُنْتُ صَائِمَةً . فقال لهـا : أَكُنْتِ تَقْضِين شَيْئاً ؟ قالت ، لا ، قال : فَلَا يَضُرُّكِ إِنْ كَانَ تَطَوُّعاً » رواه سعيد ، وأبو داود ، والأثرم . وفى لفظ قالت : « قُلْتُ : إِنِّى صَائِمَةٌ ، فقال رسول الله صلى الله عليـه وسلم : إِنّ المُتَطَوِّعَ أَمِيرُ نَفْسِهِ . فَإِنْ شِئْتِ فَصُومِى ، وَإِنْ شِئْتِ فَأَفْطِرِى » ولأن كلّ صوم لو أتمّه كان تطوّعاً إذا خرج منـه لم يجب قضاؤه . كما لو اعتقـد أنه من رمضان ، فبان من شعبان ، أو من شوّال .

فأما خبرهم . فقال أبو داود : لا يثبُت . وقال الترمذىّ : فيه مقال ، وضعّفه الجُوزَجانىّ ، وغيره ، ثم هو محمول على الاستحباب .

إذا ثبت هذا : فإنه يُسْتَحَبّ له إتمامُه ، وإن خرج منـه استُحِبّ قضاؤه ، للخروج من الخلاف ، وعملاً بالخبر الذى رووه .

٢٠٩٧ فصـــل

وسائر النوافل من الأعمال حكمهـا حكم الصيام فى أنّهـا لا تَلزَمُ بالشروع ، ولا يجب قضاؤها إذا خرج منهـا ، إلا الحجّ والعُمرة ، فإنّهما يخالفان سائر العبادات فى هـذا ، لتأكُّد إحرامهما . ولا يخرُج منهما بإفسادها . ولو اعتقد أنهما واجبان ولم يـكونا واجبين لم يـكن له الخروج منهما . وقد رُوى عن أحمد فى الصلاة مايدلّ على أنها تلزم بالشروع . فإن الأثرم قال : قلت لأبى عبد الله : الرجل يُصبح صائماً متطوّعاً ، أيـكون بالخيار ؟ والرجل يدخلُ فى الصلاة له أن يقطعهـا ؟ فقال : الصلاة أشدّ . أما الصلاة فلا يقطعُها . قيل له : فإن قطعها قضاها ؟ قال : إن قضاها فليس فيه اختلاف . ومال أبو إسحاق الجوزجانىّ إلى هـذا القول . وقال : الصلاة ذات إحرام ، وإحـلال . فلزمت بالشروع فيهـا كالحجّ . وأكثر أصحابنا على أنها لا تلزم أيضاً . وهو قول ابن عباس ، لأن ماجاز ترك جميعه جاز ترك بعضه كالصدقة ، والحجُّ والعُمرة يخالفان غيرهما .

٢٠٩٨ فصـــل

ومن دخل فى واجب كقضاء رمضان أو نذر مُعيّن ، أو مُطلق ، أو صيام كفّارة لم يجز له الخروج

منه : لأن المتعيّن وجب عليه الدخول فيه ، وغيرُ المتعيّن تعيّن بدخوله فيه ، فصار بمنزلة الفرض المتعيّن . وليس فى هذا خلاف بحمد الله .

٢٠٩٩ « مسألة » ﴿ وإذا كان للغلام عشرُ سنين وأطاق الصيام أُخِذ به ﴾

يعنى أنه يُلزم الصيامَ ويُؤمَر به ويُضرَبُ على تركه ليتمرّن عليه ، ويتعوّده ، كما يُلزَمُ الصلاة وَيُؤْمَرُ بها . وممن ذهب إلى أنه يؤمر بالصيام إذا أطاقه : عطاء ، والحسن ، وابن سيرين ، والزهرىّ ، وقَتادة ، والشافعىّ . وقال الأوزاعىّ : إذا أطاق صوم ثلاثة أيام تِباعاً لا يَخُور[1] فيهن ولا يضعُف حُمّل صوم شهر رمضان . وقال إسحاق : إذا بلغ ثِنْتَىْ عشرة أحِبّ أن يكلّف الصومَ ، للعادة . واعتبارُه بالعشر أولى . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أَمَر بالضرب على الصلاة عندها ، واعتبارُ الصوم بالصلاة أحسنُ ، لقرب إحداهما من الأخرى ، واجتماعهما فى أنهما عبادتان بَدَنيتّان من أركان الإسلام ، إلا أنّ الصوم أشقّ ، فاعتُبِرت له الطاقة ، لأنه قد يُطيق الصلاة من لا يُطيقه .

٢١٠٠ فصـــل

ولا يجب عليه الصوم حتى يبلُغ . قال أحمد فى غلام احتلم : صام ، ولم يترك والجاريةُ إذا حاضت . وهذا قول أكثر أهل العلم . وذهب بعض أصحابنا إلى إيجابه على الغلام المُطيق له إذا بلغ عَشْراً . لما رَوى ابن جُرَيْج ، عن محمد بن عبد الرحمن ، بن أبى لُبَيْبة ، عن أبيه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا أَطَاقَ الْغُلَامُ صِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَجَبَ عَلَيْهِ صِيَامُ شَهْرِ رَمَضَانَ » ولأنه عبادة بدنيّة ، أشبه الصلاة وقد أمر النبىّ صلى الله عليه وسلم بأن يُضرب على الصلاة من بلغ عشراً ، والمذهب الأوّل . قال القاضى : المذهبُ عندى روايةً واحدةً : أن الصلاة والصوم لا تجبُ حتى يبلُغ . وماقاله أحمدُ فيمن ترك الصلاة يقضيها نحملُه على الاستحباب . وذلك لقول النبىِّ صلى الله عليه وسلم : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ : عَنِ الصَّبِىِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ » ولأنه عبادة بدنيَّة ، فلم تجب على الصبىّ كالحج . وحديثهم مُرسل ، ثم نحمله على الاستحباب ، وسمّاه واجباً تأكيداً لاستحبابه . كقوله عليه السلام : « غُسْلُ الْجُمُعَةِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُحْتَلِمٍ » .

٢١٠١ فصـــل

إذا نوى الصبىُّ الصوم من الليل ، فبلغ فى أثناء النهار بالاحتلام أو السنّ . فقال القاضى : يُتِمّ صومه ، ولا قضاء عليه . لأن نيّة صوم رمضان حصلت ليلاً ، فيجزئُه كالبالغ . ولا يمتنع أن يكون

---

(١) يخور : يضعف ، فقد عطف عليه مرادف معناه ، فهو من عطف المرادف على رديفه .

أول الصوم نفلاً وباقيه فرضاً ، كما لو شرع فى صوم يومٍ تطوُّعاً ، ثم نَذَر إتمـامَه . واختار أبو الخطّاب أنه يلزمه القضاء ، لأنه عبادة بدنية بلغ فى أثنائها بعـد مضىّ بعض أركانها فلزمته إعادتُهـا ، كالصـلاة ، والحجّ إذا بلغ بعد الوقوف . وهذا لأنه ببلُوغه يلزمُه صومُ جميعه[1] ، والماضى قبل بلوغه نفلٌ . فلم يُجزِ عن الفرض . ولهـذا لو نذر صوم يومٍ يَقْدَمُ فلان فقـدِم ، والناذر صائمٌ لزمه القضاء[2] ، فأما مامضى من الشهر قبل بلوغه فلا قضاء عليـه ، وسواء كان قد صامه أو أفطره ، هـذا قول عامّة أهل العلم . وقال الأوزاعىّ : يقضيه إن كان أفطره ، وهو مُطيق لصيامِه .

ولنا : أنه زمن مَضَى فى حال صباه ، فلم يلزمه قضاء الصوم فيـه ، كما لو بلغ بعـد انسلاخ رمضان . وإن بلغ الصبىّ وهو مفطر فهل يلزمه إمساك ذلك اليوم وقضاؤه ؟ على روايتين .

٢١٠٢ « مسألة » قال ﴿ وإذا أسلم الـكافر فى شهر رمضان صام مايَسْتَقبِلُ من بقيَّة شهره ﴾ .

أما صوم مايَستقبله من بقيـة شهره ، فلا خـلاف فيـه . وأما قضـاء مامضى من الشهر قبل إسلامه فلا يجب . وبهذا قال الشعبىّ ، وقتادة ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال عطاء : عليه قضاؤه ، وعن الحسن كالمذهبين .

ولنا : أن مامضى عبادة خرجت فى حال كفره فلم يلزمه قضاؤه كالرمضان الماضى .

٢١٠٣ فصـــــل

فأما اليوم الذى أسلم فيه فإنّه يلزمه إمساكُه ويَقضيه . هذا المنصوص عن أحمد . وبه قال الماجُشُون ، وإسحق . وقال مالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لاقضاء عليه ، لأنه لم يُدرك من زمن العبادة مايمكنه التلبّس بها فيه . فأشبه مالو أسلم بعد خروج اليوم . وقد روى ذلك عن أحمد[3] .

ولنا : أنه أدرك جزءاً من وقت العبادة فلزمته ، كما لو أدرك جزءاً من وقت الصلاة[4] .

---

(١) كيف يلزم صومه جميعه وقد بلغ فى أثناء النهار ؟ الأولى أن يقال لا يلزمه إلا صوم الباقى من النهار بعد بلوغه ، أما قبله فلم يجب عليه صومه ، لأن سبب الوجوب البلوغ ولم يتحقق إلا أثناء النهار .

(٢) هذه المسألة تختلف عن مسألة البلوغ أثناء النهار ، لأن الناذر نذر صوم اليوم جميعه ، وصيام اليوم لا يتجزأ ، فلزمه إعادة اليوم كله .

(٣) وهذا هو الصحيح الذى يقتضيه عدل الله ورحمته بعباده .

(٤) يفرق بين الصلاة والصيام بأن الصلاة يمكن أداؤها فى جزء الوقت بخلاف الصوم فلا يمكن إلا فى جميع النهار .

٢١٠٤ فصل

فأما المجنون إذا أفاق فى أثناء الشهر ، فعليه صومُ مابقى من الأيام بغير خلاف . وفى قضاء اليوم الذى أفاق فيه وإمساكه روايتان . ولا يلزمه قضاء مامضى . وبهذا قال أبو ثور ، والشافعىّ فى الجديد . وقال مالك : يقضى ، وإن مضى عليه سنون . وعن أحمد مثله . وهو قول الشافعىّ فى القديم . لأنه معنًى يزيل العقل ، فلم يمنع وجوب الصوم ، كالإغماء . وقال أبو حنيفة : إن جُنَّ جميعَ الشهر فلا قضاء عليه . وإن أفاق فى أثنائه قضى مامضى ، لأن الجنون لايُنافى الصوم . بدليل مالو جُنَّ فى أثناء الصوم لم يَفْسُد . فإذا وجد فى بعض الشهر وجب القضاء كالإغماء[1] .

ولنا : أنه معنًى يزيل التكليف ، فلم يجب القضاء فى زمانه ، كالصغر ، والكفر ، ويَخُصّ أبا حنيفة بأنه معنًى لو وجد فى جميع الشهر أسقط القضاء . فإذا وجد فى بعضه أسقطه ، كالصغر ، والكفر . ويفارق الإغماء فى ذلك .

٢١٠٥ « مسألة » قال ﴿ وإذا رأى هلال شهر رمضان وحده صام ﴾ .

المشهور فى المذهب : أنه متى رأى الهلال واحدٌ لزمه الصيام ، عدلاً كان أو غير عدل ، شهد عند الحاكم أو لم يشهد ، قُبلت شهادته أو رُدّت . وهذا قول مالك ، والليث ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال عطاء ، وإسحاق : لايصوم . وقد رَوى حَنْبلٌ عن أحمد : لايصوم إلاّ فى جماعة الناس . ورُوى نحوه عن الحسن ، وابن سيرين ، لأنه يوم محكوم به من شعبان . فأشبه التاسع والعشرين .

ولنا : أنه تيقّن أنه من رمضان ، فلزمه صومُه ، كما لو حَكَم به الحاكم . وكونُه محكوماً به من شعبان ظاهرٌ فى حقّ غيره . وأما فى الباطن فهو يعلم أنّه من رمضان ، فلزمه صيامُه كالعدل .

٢١٠٦ فصل

فإن أفطر ذلك اليومَ بجماعٍ فعليه الكفّارة . وقال أبو حنيفة : لاتجب ، لأنها عقوبة ، فلا تجب بفعلٍ مختلفٍ فيه ، كالحدّ .

ولنا : أنه أفطر يوماً من رمضان بجماع ، فوجبت به عليه الكفّارة ، كما لو قُبلت شهادته ، ولانسلم أن الكفارة عقوبة ، ثم قياسهم ينتقض بوجوب الكفارة فى السفر القصير مع وقوع الخلاف فيه .

---

(١) كيف يكلف بقضاء مافاته أثناء جنونه وقد رفع عنه القلم حتى يفيق ، فهو غير مكلف بالعبادة فى أثناء جنونه . إلا إذا اعتبر الجنون كالمرض وهذا بعيد ، لأن الجنون يزيل العقل وهو مناط التكليف .

٢١٠٧ « مسألة » قال (وإن كان عدلاً صُوِّمَ الناسُ بقوله) .

المشهور عن أحمد : أنه يُقبل فى هـلال رمضان قولُ واحدٍ عدلٍ ، ويَلزَمُ النـاسَ الصيامُ بقوله ، وهو قول عمر ، وعلىّ ، وابن عمر ، وابن المبارك ، والشافعىّ فى الصحيح عنه . ورُوى عن أحمد أنه قال : اثنين[1] أعجب إلىّ . قال أبو بكر : إن رآه وحده ثم قَدِمَ المصرَ صام الناسُ بقوله ، على ما رُوى فى الحديث. وإن كان الواحد فى جماعة الناس فذكر أنه رآه دونهم لم يُقْبَلْ إلا قولُ اثنين ، لأنهم يعاينون ما عاين . وقال عثمانُ بن عفّان رضى الله عنه : لا يُقبل إلا شهادةُ اثنين ، وهو قول مالك ، والليث ، والأوزاعىّ ، وإسحاق . لما رَوى عبد الرحمن بن زيد بن الخطّاب « أَنَّهُ خَطَبَ النَّـاسَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي يُشَكُّ فِيهِ ، فقال : إِنِّي جَالَسْتُ أَصْحَابَ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم وَسَأَلْتُهُمْ ، وَإِنَّهُمْ حَدَّثُونِي أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم قَالَ : صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ ، وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ ، وانْسُكوا[2] ، فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فَأَتِمُّوا ثَلاَثِينَ ، وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ ذَوا عَـدْلٍ فَصُومُوا ، وَأَفْطِرُوا » رواه النسـائىّ . ولأن هـذه شهـادةٌ على رؤية الهلال ، فأشبهت الشهادةَ على هلال شوّال . وقال أبو حنيفة فى الغيم كقولنا . وفى الصحو: لا يُقبل إلا الاستفاضة[3] ، لأنه لا يجوز أن تَنظُر الجماعة إلى مَطْلَع الهلال وأبصـارُهم صحيحة ، والموانعُ مرتفعة ، فيراه واحدٌ دون الباقين .

ولنا : ما روى ابن عبـاس قال : « جـَاءَ أَعْرَابِيٌّ إِلَى النبيِّ صلى الله عليه وسـلم ، فقـال : رَأَيْتُ الهِـلاَلَ . قال : أَتَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ ، وَأَنَّ مُحَمَّداً عَبْدُهُ ورَسُولُه ؟ قال : نعم قال : يَا بلاَلُ ، أَذِّنْ فى النَّـاسِ فَلْيَصُومُوا غَـداً » . رواه أبو داود ، والنسائىّ ، والترمذىّ . وروى ابن عمر قال : تَرَاءَى النـاسُ الهِـلاَلَ ، فأَخبَرْتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسـلم أَنِّي رَأَيْتُهُ . فَصـَامَ وَأَمَرَ النَّاسَ بِصِيَامِه ، رواه أبو داود . ولأنه خبر عن وقت الفريضة فيما طريقهُ المشاهدةُ ، فقُبِـل من واحد ، كالخبر بدخول وقت الصلاة . ولأنه خبر دينىّ يشترك فيه الُمخبِر والمُخبَر ، فقُبل من واحد عَدْلٍ كالرّواية . وخبرهم إنما يدل بمفهومه . وخـبرنا أشهرُ منه ، وهو يدل بمنطوقه فيجب تقـديمه . ويفارق الخـبر عن هلال شوّال ، فإنه خروج من العبادة ، وهذا دخول فيها . وحديثهم فى هلال شوال يخالف مسألتنا ،

---

[1] أى شهادة اثنين أعجب إلىّ ، فالمضاف محذوف ، وإلا لوجب أن يقال « اثنان » .

[2] انسكوا : بضم السين أى اعبدوا .

[3] الاستفاضة : عموم الرؤية وشمولها لكثير من الناس .

وماذكره أبو بـكر ، وأبو حنيفة لايصحّ . لأنه يجوز انفراد الواحـد به مع لطـافة[1] المرئىّ وبُعده . ويجوز أن تختلف معرفتهم بالمطلع ، ومواضعُ قصدهم ، وحِدَّةُ نظرهم . ولهذا لو حكم برؤيته حاكم بشهادةِ واحدٍ جاز . ولو شهد شاهدان وجب قبول شهادتهما ، ولو كان ممتنعاً على ماقالوه لم يصح فيه حكم حاكم ، ولايثبت بشهادة اثنين . ومن منع ثبوته بشهادة اثنين رُدّ عليه بالخبر الأول ، وقياسُه على سائر الحقوق، وسائر الشهود . ولو أن جماعةً فى مَحْفِـلٍ فشهد اثنان منهم على رجل منهم أنه طلّق زوجته ، أو أعتق عبده ، قُبلت شهادتهما دون من أنـكر ، ولو أن اثنين من أهل الجمعة شهدا على الخطيب أنه قال على المنبر فى الخطبة شيئاً لم يشهد به غيرُهما لقُبلت شهادتهما . وكذلك لو شهدَا عليه بفِعْـلٍ ، وإن كان غيرهمـا يشاركهما فى سلامَة السمع وصحّـة البصر كذا ههنا[2] .

٢١٠٨ فصـــــل

وإن أخبره مخبر برؤية الهلال يثق بقوله لزمه الصوم ، وإن لم يثبُت ذلك عند الحـاكم ، لأنه خبر بوقت العبادة يشترك فيه المخبِرُ والمُخبَر . أشبه الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والخبرَ عن دخول وقت الصلاة ، ذكر ذلك ابن عقيل . ومقتضى هذا : أنه يلزمه قبولُ الخبَر ، وإن ردّه الحاكم . لأن ردّ الحاكم يجوز أن يـكون لعدم علمه بحال المخبِر . ولا يتعيَّن ذلك فى عدم العدالة ، وقد يجهل الحاكم عدالةَ من يعلم غيرُه عدالتـه .

٢١٠٩ فصـــــل

فإن كان المخبر امرأةً فقياس المذهب قبولُ قولها . وهو قول أبى حنيفة ، وأحدُ الوجهين لأصحـاب الشـافعىّ ، لأنه خبر دينىّ ، فأشبه الرواية ، والخبرَ عن القبلة ، ودخول وقت الصلاة . ويحتمـل أن لاتُقبل ، لأنه شهادة برؤية الهلال ، فلم يقبل فيه قولُ امرأةٍ ، كهلال شوّال .

٢١١٠ « مسألة » قال ﴿ ولا يُفطر إلا بشهادة اثنين ﴾ .

وجملة ذلك : أنه لايُقبل فى هلال شوّال إلاشهادة اثنين عدلين ، فى قول الفقهاء جميعهم ، إلا أبا ثور فإنه قال : يُقبل قول واحد . لأنه أحدُ طرفى شهر رمضان ، أشبه الأول . ولأنه خبر يستوى فيه المخبِر والمخبَر ، أشبه الرواية ، وأخبارَ الديانات .

---

[1] لطافة المرئى : دقته وصغر حجمه .

[2] هذا مبنى على أن الإثبات مقدم على النفى ، وينبغى تقييده بما كان فيه المصلحة للمسلمين ، وإذا جوزناه فى الصيام ، فلا يجوز أن نحـكم به فى الطلاق وقول الخطيب على المنبر إذا كان ضد مصلحة الخطيب وضد مصلحة المسلمين منعاً للفتنة والشقاق فى صفوف المسلمين .

ولنا : خبر عبد الرحمن بن زيد بن الخطّاب . وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنّه أَجَازَ شَهَادَةَ رَجُلٍ وَاحِدٍ عَلَى رُؤْيَةِ الهِلاَلِ ، وَكَانَ لاَ يُجِيزُ عَلَى شَهَادَةِ الإِفْطَارِ إِلاَّ شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ » ولأنها شهادة على هلال لايدخل بها في العبادة ، فلم تُقبل فيه إلا شهادة اثنين ، كسائر الشهور . وهذا يفارق الخبر ، لأن الخبر يقبل فيه قول المخبِر مع وجود المخبَر عنه ، وفلان عن فلان ، وهذا لايُقبل فيه ذلك ، فافترقا .

٢١١١ فصــل

ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، ولا شهادة النساء المنفردات وإن كَثُرْنَ ، وكذلك سائر الشهور . لأنه مما يطّلع عليه الرجال ، وليس بمالٍ ، ولا يقصد به المال . فأشبه القِصَاص وكان القياسُ يقتضى مثل ذلك في رمضان ، ولكن تركناه احتياطاً للعبادة .

٢١١٢ فصــل

وإذا صاموا بشهادة اثنين ثلاثينَ يوماً ، ولم يروا هلال شوّال ، أفطروا وجهاً واحداً ، وإن صامُوا بشهادة واحدٍ فلم يروا الهلال ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لايُفطرون . لقوله عليه السلام : « وَإِنْ شَهِدَ اثْنَانِ فَصُومُوا وَأَفْطِرُوا » ، ولأنّه فطر ، فلم يجُز أن يَستند إلى شهادة واحدٍ ، كما لو شهد بهلال شوّال .

(والثاني) يُفطرون . وهو منصوص الشافعيّ . ويُحكى عن أبي حنيفةَ ، لأن الصوم إذا وجب وجب الفطر لاستكمال العِدّة لابالشهادة ، وقد يثبُت تبعاً مالا يثبُت أصلاً . بدليل أن النسب لايثبُت بشهادة النِّساء ، وتَثبُت بها الوِلاَدَةُ . فإذا ثبتت الولادة ثبت النسب على وجه التبع للولادة كذا هاهنا . وإن صاموا لأجل الغيم لم يفطروا وجهاً واحداً ، لأن الصوم إنما كان على وجه الاحتياط ، فلا يجوز الخروج منه بمثل ذلك . والله أعلم .

٢١١٣ « مسألة » قال ﴿ ولا يفطر إذا رآه وحده ﴾ .

رُوى هذا عن مالك ، والليث . وقال الشافعيّ : يَحِلُّ له أن يأكل حيث لايراه أحدٌ ، لأنه يتيقّنه من شوال ، فجاز له الأكلُ ، كما لو قامت به بيِّنة .

ولنا : ماروى أبو رَجاء ، عن أبي قِلاَبَة : « أَنَّ رَجُلَيْنِ قَدِمَا المَدِينَةَ ، وَقَدْ رَأَيَا الهِلاَلَ ، وَقَدْ أَصْبَحَ النَّاسُ صِياماً ، فأتيَا عمر ، فذكرَا ذَلِكَ لهُ ، فقالَ لِأَحَدِهِمَا : أَصَائِمٌ أَنْتَ ؟ قال : بَلْ مُفْطِرٌ . قال : مَاحَمَلَكَ عَلَى هَـذَا ؟ قال : لَمْ أَكُنْ لِأَصُومَ وَقَدْ رَأَيْتُ الهِلاَلَ . وقال للآخر : قال : أنا صائم .

قال : مَا حَمَلَكَ على هَـذَا ؟ قالَ : لَمْ أَكُنْ لِأُفطِرَ وَالنَّاسُ صِيَامٌ . فَقَالَ الَّذِى أَفْطَرَ : لَوْلاَ مَـكَانُ هَذَا لَأَوْجَعْتُ رَأْسَكَ . ثمَّ نُودِى فى الناس : أَنِ اخْرُجُوا » أخرجه سعيد ، عن ابن عُلَيَّةَ ، عن أيُّوب ، عن أبى رَجاء ، وإنَّما أراد ضربه لإفطاره برؤيته ، ودَفَع عنه الضرب لـكمال الشهادة به ، وبصاحبه . ولو جاز له الفطرُ لما أنـكر عليه ، ولا توعّده . وقالت عائشةُ : « إِنَّمَا يُفْطِرُ يَوْمَ الْفِطْرِ الْإِمَامُ وَجَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ » ولم يُعرف لها مخالف فى عصرها ، فـكان إجماعاً . ولأنه يوم محـكوم به من رمضان ، فلم يَجُز الفطر فيه ، كاليوم الذى قبله ، وفارق ما إذا قامت البيّنة فإنّه محكوم به من شوّال بخلاف مسألتنا .

وقولهم : إنه يتيقّن أنّه من شوّال . قلنا : لا يثبُتُ اليقين ، لأنه يحتمل أن يكون الرائى خُيِّلَ إليه . كما رُوى أنّ رجلا فى زمن عمر قال : « لَقَدْ رَأَيْتُ الْهِلاَلَ ، فَقَالَ له امْسَحْ عَيْنَكَ فَمَسَحَهَا ، ثمّ قال له : تراهُ ؟ قال : لا ، قال : لعلّ شَعْرَةً مِنْ حَاجِبِكَ تَقَوَّسَتْ عَلَى عَيْنِكَ فَظَنَنْتَهَا هِلاَلاً » أو ما هذا معناه .

٢١١٤ فصــــل

فإن رآه اثنان ولم يشهدا عنـد الحاكم جاز لمن سمـع شهادتهما الفطر ، إذا عرف عدالتهما . ولـكلّ واحـد منهما الفطرُ بقولهما . لقول النبىّ صـلّى الله عليه وسلم : « وَإِذَا شَهِدَ اثْنَانِ فَصُومُوا وَأَفْطِرُوا » وإن شهدا عند الحاكم فردّ شهادتهما لجهله بحالهما فلِمَنْ علم عدالتهما ، الفطرُ بقولهما . لأن ردَّ الحاكم ههنا ليس بحُـكمٍ منه . وإنما هو توقّف لعدم علمه . فهو كالوقوف عن الحـكم انتظاراً للبيّنة . ولهذا لو ثبتت عدالتهما بعـد ذلك حُـكم بها ، وإن لم يَعرف أحـدهما عدالة صاحبه لم يَجُز له الفطر ، إلا أن يحـكم بذلك الحاكم ، لئلا يفطر برؤيته وحده .

٢١١٥ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشتبهت الأشهر على الأسير ، فإن صام شهراً يريد به شهر رمضان فوافقه أو ما بعده أجزأه . وإن وافق ما قبله لم يُجْزِه .

وجملته : أن من كان محبوساً أو مطموراً ، أو فى بعض النواحى النائية عن الأمصار لا يمكنه تعرُّف الأشهر بالخبَر ، فاشتبهت عليـه الأشهُر . فإنّه يتحرّى ويجتهد ، فإذا غلب على ظنّه عن أمارةٍ تقومُ فى نفسه دخولُ شهر رمضان صامه ، ولا يخلو من أربعة أحوال :

(أحدها) أن لا ينكشف له الحال . فإن صومه صحيح ويجزئه . لأنه أدى فرضه باجتهاده ، فأجزأه . كما لو صلّى فى يوم الغيم بالاجتهاد .

(الثانى) أن ينـكشف له أنه وافق الشهر أو ما بعـده ، فإنّه يُجزئه فى قول عامّة الفقهـاء . وحُـكى عن الحسن بن صالح : أنه لا يُجزئه فى هاتين الحالتين . لأنّه صامه على الشكّ ، فلم يجزئه ، كما لو صام يوم

الشكّ فبان من رمضان ، وليس بصحيح . لأنه أدّى فرضه بالاجتهاد في محله . فإذا أصاب أو لم يعلم الحال أجزأه ، كالقبلة إذا اشتبهت ، أو الصـلاة في يوم الغيم إذا اشتبه وقتُها . وفارق يوم الشكّ ، فإنّه ليس بمحلّ الاجتهاد ، فإن الشرع أمر بالصوم عند أمارة عيَّنَها ، فما لم توجد لم يَجْزِ الصوم .

(الحال الثـالث) وافق قبـل الشهر فلا يُجزئه ، في قول عامّة الفقهاء . وقال بعض الشافعيَّة : يُجزئه في أحد الوجهين ، كما لو اشتبه يوم عرفة فوقفوا قبله .

ولنـا : أنه أتى بالعبادة قبل وقتها ، فلم يُجزئه ، كالصلاة في يوم الغيم . وأما الحجّ فلا نسلّمه إلّا فيما إذا أخطأ الناس كلُّهم لعظَم المشقَّة عليهم ، وإن وقع ذلك لنفر منهم لم يُجزئهم . ولأن ذلك لا يؤمَنُ مثله في القضاء بخلاف الصوم .

(الحال الرابع) أن يوافق بعضه رمضان دون بعض ، فما وافق رمضان أو بعده أجزأه ، وما وافق قبله لم يجزئه .

٢١١٦ فصـــل

وإذا وافق صومه بعد الشهر اعتبر أن يكون ما صامه بعدة أيام شهره الذى فاته ، سواء وافق ما بين هلالين ، أو لم يوافق . وسواء كان الشهران تامّين أو ناقصين ، ولا يُجزئه أقلُّ من ذلك . وقال القاضى : ظاهر كلام الخِرَقىّ : أنه إذا وافق شهراً بين هلالين أجزأه ، سواء كان الشهران تامّين أو ناقصين ، أو أحـدهما تامًّا والآخرُ ناقصاً ، وليس بصحيح . فإن الله تعـالى قال : (فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) ولأنه فاته شهر رمضان ، فوجب أن يكون صيامُه بعِدَّة مافاته ، كالمريض والمسافر ، وليس في كلام الخِرَقِىّ تعرّض لهذا التفصيل ، فلا يجوز حملُ كلامه على مايخالف الـكتاب والصواب .

فإن قيل : أليس إذا نذر صوم شهر يُجزئه ما بين هلالين ؟

قلنا : الإطلاقُ يُحمل على ماتناوله الاسم ، والاسم يتناول ما بين الهلالين . وههنا يجب قضاء ماترك . فيجب أن يراعى فيه عدّة المتروك ، كما أنّ من نذر صلاةً أجزأه ركعتان ، ولو ترك صلاة وجب قضاؤها بعدّة ركعاتها ، كذلك ههنا الواجب بعدّة ما فاته من الأيام ، سواء كان ماصامه بين هلالين ، أو عن شهرين ، فإن دخل في صيامه يوم عيد لم يُعْتَدّ به ، وإن وافق أيّام التشريق فهل يُعتدّ بها ؟ على روايتين بناءً على صحّة صومها عن الفرض .

٢١١٧ فصـــل

وإن لم يغلب على ظن الأسير دخول رمضان فصام لم يُجزئه ، وإن وافق الشهر ، لأنه صامه على الشك

فلم يجزئه ، كما لو نوى ليلة الشك : إن كان غداً من رمضان فهو فرض ، وإن غلب على ظنه من غير أمارة . فقال القاضي : عليه الصيام ، ويقضي إذا عرف الشهر ، كالذي خَفِيَتْ عليه دلائلُ القبلة ، ويُصلِّي على حسب حاله . ويُعيد . وذكر أبو بكر فيمن خفيت عليه دلائل القبلة هل يعيد ؟ على وجهين . كذلك يخرج على قوله ههنا . وظاهر كلام الخِرَقيّ : أنه يتحرّى ، فمتى غلب على ظنه دخول الشهر صح صومه ، وإن لم يبن على دليل . لأنه ليس في وسعه معرفة الدليل . ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها . وقد ذكرنا مثل هذا في القبلة .

٢١١٨ فصـــل

وإذا صام تَطوُّعاً فوافق شهر رمضان لم يُجزئه . نصّ عليه أحمد ، وبه قال الشافعيّ . وقال أصحاب الرأي : يجزئه . وهذا ينبني على تعيين النية لرمضان . وقد مضى القولُ فيه .

٢١١٩ « مسألة » قال ﴿ ولا يُصام يوما العيدين ، ولا أيامُ التشريق ، لا عن فرض ولا عن تطوّع . فإن قصد لصيامها كان عاصياً ، ولم يُجزئه عن الفرض ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن صوم يومي العيدين منهيّ عنه ، محرّم في التطوّع ، والنذر المطلق ، والقضاء ، والكفّارة . وذلك لما رَوى أبو عُبَيد مولى بن أَزْهَر ، قال : شهدتُ العيدَ مع عمر بن الخطاب ، فجاء فَصَلَّى ثُمَّ انْصَرَفَ فخطَبَ النَّاسَ . فقال : إنّ هَذَيْن يَوْمَيْن[1] نَهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صِيامِهِماَ : يَوْمُ فِطْرِكُمْ مِنْ صِيامِكُمْ ، والآخَرُ يَوْمٌ تأْكُلُونَ فيه مِنْ نُسُكِكُمْ » . وعن أبي هريرة : «أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ صِيَامِ يَوْمَيْنِ : يَوْمِ فِطْرٍ ، وَيَوْمِ أَضْحَى» وعن أبي سعيد مثلهُ . متفق عليهما . والنهي يقتضي فسادَ المنهيّ عنه ، وتحريمَه . وأما صومهما عن النذر المعيّن ، ففيه خلاف ، نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى .

٢١٢٠ « مسألة » قال ﴿ وفي أيام التشريق عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يصومها عن الفرض ﴾ .

وجملة ذلك : أن أيام التشريق منهيٌّ عن صيامها أيضاً . لما رَوى نُبَيْشَةُ الْهُذَلِيّ قال : قال رسول الله ﷺ : « أَيّامُ التَّشْرِيقِ أَيَّامُ أَكْلٍ وشُرْبٍ وَذِكْرٍ لِلهِ عزّ وجل » متفق عليه . ورُوى عن عبد الله بن حُذافة قال : «بَعَثَني رسولُ الله ﷺ أيام مِنًى أُنادِي : أَيُّها الناسُ ، إنَّهَا أَيَّامُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ

(١) هكذا في النسخ المطبوعة والمخطوطة ، والقواعد النحوية تقتضي أن يكون الأسلوب « إن هذين يومان » .

وبعال » إلا أنّه من رواية الواقديّ ، وهو ضعيف . وعن عمرو بن العاص أنه قال : « هَـذِهِ الأَيّامُ الَّتِى كَانَ رسول الله ﷺ يأْمُرُ بِإِفْطَارِهَا ، وَيَنْهَى عَنْ صِيَامِهَا » قال مالك : وهى أيام التشريق ، رواه أبو داود .

ولا يحل صيامُها تطوّعاً فى قول أكثر أهل العلم . وعن ابن الزبير : أنه كان يصومُها . ورُوى نحو ذلك عن ابن عمر ، والأسوَد بن يزيد . وعن أبى طَلْحَةَ : أنه كان لا يُفطر إلا يومى العيدين . والظاهرُ : أن هؤلاء لم يبلُغهم نَهْىُ رسول الله ﷺ عن صيامها ، ولو بلغهم لم يَعْدُوه إلى غيره . وقد رَوى أبو مُرَّةَ مولى أمّ هانىء : « أَنّهُ دَخَلَ مَعَ عَبْدِ اللهِ بن عَمْرٍ عَلَى أَبِيهِ عَمْرِو بن العاص ، فقرَّبَ إليهِمَا طَعاماً ، فقال : كُلْ ، فقال : إِنِّى صَائمٌ ، فقال عمرو : كُلْ ، فهذِهِ الأَيَّامُ التى كانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَأْمُرُ بإفطارِهَا وَيَنْهَى عَنْ صِيَامِهَا» والظاهر أن عبد الله بن عمرو أفطر لمَّا بلغه نهىُ رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأما صومها للفرض ، ففيه روايتان :

(إحداها) لايجوز . لأنه منهيّ عن صومها ، فأشبهت يومى العيد .

(والثانية) يصحّ صومُها للفرض . لما رُوى عن ابن عمرو وعائشةَ أنَّهما قالا : « لم يُرَخَّصْ فِى أَيَّامِ التَّشْرِيقِ أَنْ يُصَمْنَ إلاَّ لِمَنْ لَمْ يَجِدْ الْهَدْىَ » أى المُتَمَتِّعِ إِذَا عَدِمَ الْهَدْىَ . وهو حديث صحيح ، رواه البخاريّ . ويُقاس عليه كل مفروض .

٢١٢١ فصـــل

ويكره إفراد يوم الجمعة بالصوم إلاَّ أن يُوافق ذلك صوماً كان يصومُه ، مثل من يصوم يوماً ، ويفطر يوماً ، فيوافق صومُه يوم الجمعة ، ومَنْ عادتُه صوم أول يوم من الشهر أو آخره ، أو يوم نصفه ، ونحو ذلك . نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم ، قال : قيل لأبى عبدالله : صِيَامُ يوم الجمعة ؟ فذكر حديث النهى أَنْ يُفْرَدَ . ثم قال : إلاَّ أن يكون فى صيام كانَ يصومُه . وَأَمَّا أَنْ يُفْرَدَ فَلاَ ، قال : قلت : رجلٌ كان يصوم يوماً ، ويُفطر يوماً ، فوقع فطرُه يومَ الخميس ، وصومُه يوم الجمعة ، وفطرُه يوم السبت ، فصام الجُمعة مُفْرداً . فقال : هذا الآن لم يتعمدْ صومه خاصّةً ، إنما كره أن يتعمّد الجمعة . وقال أبو حنيفة ومالك : لايُكره إفراد الجمعة ، لأنه يومٌ ، فأشبه سائر الأيام .

ولنا : ماروي أبو هريرة قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « لاَيَصُومَنَّ أَحَدُكُمْ يَوْمَ الْجُمُعَةِ

إلاَّ يَوْماً قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ » . وقال محمد بن عبَّاد : سألت جابراً : أَنَهَى رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ صَوْمِ يَوْمِ الْجُمُعةِ ؟ قال : نَعَمْ » متفق عليهما . وعن جُوَيْرِيَةَ بنتِ الحارث « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا يَوْمَ الْجمعةِ وهي صَائِمَةٌ فقالَ : أَصُمْتِ أَمْسِ ؟ قالَتْ : لاَ . قالَ : أَتُرِيدِينَ أَنْ تَصُومِي غَداً ؟ قالَتْ : لاَ قال : فَأَفْطِرِي » رواه البخاريّ ، وفيه أحاديث سوى هذه . وسنّةُ رسول الله ﷺ أحقّ أن تُتّبع .

وهذا الحديث يدلّ على أن المكروه إفراده ، لأن نَهْيَه مُعلّل بكونها لم تصُم أمس ، ولا غداً[1] .

٢١٢٢ فصل

قال أصحابنا : يُكره إفرادُ يوم السبت بالصوم . لما رَوى عبد الله بن بُسْرٍ عن النبي ﷺ قال : « لاتَصُومُوا يَوْمَ السَّبْتِ إِلَّا فِيمَا افْتُرِضَ عَلَيْكُمْ » أخرجه الترمذيّ ، وقال : هذا حديث حسن . ورُوى أيضاً عن عبد الله بن بُسْرٍ عن أخته الصَّمَّاء : أن رسول الله صلى الله عليه قال : « لاتَصُومُوا يَوْمَ السَّبْتِ إِلَّا فِيمَا افْتُرِضَ عَلَيْكُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ أَحَدُكُمْ إِلَّا لِحَاء[2] عِنَبٍ ، أَوْ عُودَ شَجَرَةٍ فَلْيَمْضُغْهُ » أخرجه أبو داود . وقال : اسم أخت عبد الله بن بُسْر : هُجَيْمَةُ أَوْ جُهَيْمَةُ . قال الأثرم : قال أبو عبد الله : أمّا صيامُ يوم السبت يُفْتَرَدُ به ، فقد جاء فيه حديث الصمَّاء . وكان يحيى بن سعيد يتّقيه ، أي أن يُحدِّثني به . وسمعتُه من أبي عاصم ، والمكروه إفرادُه . فإن صام معه غيرَه لم يُكره . لحديث أبي هريرة ، وجُوَيْرِيَةَ ، وإن وافق صوماً لإنسان لم يُكره ، لما قدّمناه . وقال أصحابُنا : ويُكره إفراد يوم النَّيْرُوز[3] ، ويوم المَهْرَجان بالصوم ، لأنّهما يومان يُعَظِّمُهما الكفار ، فيكون تخصيصهما بالصيام دون غيرهما موافقة لهم في تعظيمهما . فكُره ، كيوم السبت . وعلى قياس هذا كلّ عيد للكفّار ، أو يوم يُفردونه بالتعظيم .

٢١٢٣ فصل

ويُكره إفرادُ رجَبٍ بالصوم . قال أحمد : وإن صامه رجل أفطر فيه يوماً أو أيّاماً بقدر مالا يصومه كلّه . ووجه ذلك : مارَوى أحمد بإسناده عن خَرَشَةَ بن الحر ، قال : « رَأَيْتُ عُمَرَ يَضْرِبُ أَكُفَّ الْمُتَرَجِّبِينَ[4] حَتَّى يَضَعُوهَا فِي الطَّعَامِ ، وَيَقُولُ : كُلُوا فَإِنَّمَا هُوَ شَهْرٌ كَانَتْ تُعَظِّمُهُ الْجَاهِلِيَّةُ » . وبإسناده

---

(١) الأسلوب معناه : ولا تنوى أن تصوم غداً لأن « لم » تقلب المضارع إلى الماضي ، والغد مستقبل فعطفه على الماضي لا يصح . (٢) لحاء عنب : اللحاء قشر الشجر .

(٣) النيروز : أول يوم في السنة ، أي عيد رأس السنة ، والمهرجان : يوم احتفال الكفار واجتماعهم .

(٤) المترجبين : الذين يخصون شهر رجب بالصيام .

عن ابن عمر « أنه كَانَ إِذَا رَأى النَّاسَ وَمَا يُعِدُّونَ لِرَجَبٍ كَرِهَهُ ، وقال : صُومُوا مِنْهُ وَأَفْطِرُوا » . وعن ابن عبّاس نحوُه . وبإسناده عن أبى بَكْرَةَ « أنّه دَخَلَ عَلَى أَهْلِهِ وَعِنْدَهُمْ سِلاَلٌ جُدُدٌ وَكِيزانٌ ، فقال : ما هذَا ؟ فقالوا : رَجَبٌ نَصُومُه . قال : أَجَعَلْتُمْ رَجَبَ رَمضَانَ ، فأَكْفأَ(١) السِّلالَ ، وَكَسَرَ الْكِيزانَ » . قال أحمد : من كان يصوم السَّنَة ، صامه ، وإلا فلا يصومه ، متواليًا ، يفطر فيه . ولا يُشَبَّه برمضان .

٢١٢٤ فصـــل

ورَوى أبو قَتادة قال : قيل « يارسولَ اللهِ ، فَكَيْفَ بِمَنْ صَامَ الدَّهْرَ ؟ قال : لاصَامَ وَلاَ أَفْطَرَ ، أَوْ لَمْ يَصُمْ وَلَمْ يُفْطِرْ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن . وعن أبى موسى ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ صَامَ الدَّهْرَ ضُيِّقَتْ عَلَيْهِ جَهَنَّمُ » قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : فسّر مُسدّد قول أبى موسى : « مَنْ صَامَ الدَّهْرَ ضُيِّقَتْ عَلَيْهِ جَهَنَّمُ » فلا يدخلها . فضحك ، وقال : مَنْ قالَ هَذا ؟ فأين حديث عبد الله بن عمرو « أَنَّ النبىّ ﷺ كَرِهَ ذَلِكَ » ومافيه من الأحاديث ؟ قال أبو الخطّاب : إنّما يكره إذا أدخل فيه يومى العيدين ، وأيام التشريق ، لأن أحمد قال : إذا أفطر يومى العيدين ، وأيام التشريق رجوتُ أن لايكون بذلك بأس . ورُوى نحو هذا عن مالك ، وهو قول الشافعىّ . لأنّ جماعة من الصحابة ، كانوا يَسْرُدُونَ(٢) الصوم . منهم أبو طَلْحَةَ ، قيل : إنّه صام بعد موت النبىّ صلى الله عليه وسلم أربعين سنةً .

والذى يَقْوَى عندى : أن صوم الدهر مكروه وإن لم يصم هذه الأيام ، فإن صامها فقد فعل محرّمًا . وإنما كره صوم الدهر لما فيه من المشقّة والضعف ، وشِبْهِ التبتّل المنهىّ عنه . بدليل أن النبىّ ﷺ قال لعبد الله بن عمرو : « إِنَّكَ لَتَصُومُ الدَّهْرَ ، وَتَقُومُ اللَّيْلَ ؟ فقلت : نَعَمْ ، قال : إِنَّكَ إِذا فَعَلْتَ ذلِكَ هَجَمَتْ(٣) له عَيْنُكَ وَنَفِهَتْ(٤) لهُ النَّفْسُ ، لاَصَامَ مَنْ صَامَ الدَّهْرَ ، صَوْمُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ . صَوْمُ الدَّهْرِ كلِّهِ ، قلت : فإِنِّى أُطِيقُ أَكْثَرَ مِنْ ذلِكَ . قال : فَصُمْ صَوْمَ دَاوُدَ ، وَكَانَ يَصُومُ يومًا وَيُفْطِرُ يومًا

(١) أكفأ السلال : قلبها ورمى مافيها . (٢) يسردون الصوم : يوالونه .

(٣) هجمت له عينك : غارت له عينك ، وهو كناية عن الضعف الذى ينشأ عنه غئور العين ودخولها فى محجرها .

(٤) نفهت له النفس : نفهت بفتح النون وكسر الفاء وفتح الهاء : أصابها الإعياء والكلال ، ومضارعه تنفه بفتح الفاء ، فهو من باب فرح يفرح .

وَلَا يَفِرُّ إذا لاقَى ، وفى رواية : وهُوَ أَفْضَلُ الصِّيَامِ ، أفقلتُ : إِنِّى أُطِيقُ أَفْضَلَ مِنْ ذلك » قال : لا أَفْضَلَ مِنْ ذلك » رواه البخارىّ .

٢١٢٥ « مسألة » قال : ﴿ وإذا رؤى الهلال نهاراً قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المقبلة ﴾ .

وجملة ذلك : أن المشهور عن أحمد : أن الهلال إذا رؤى نهاراً قبل الزوال أو بعده ، وكان ذلك فى آخر رمضان ، لم يُفطروا برؤيته . وهذا قول عمر ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وأنس ، والأوزاعىّ ، ومالك ، والليث ، والشافعىّ . وإسحاق ، وأبو حنيفة . وقال الثورىّ ، وأبو يوسف : إن رؤى قبل الزوال فهو لليلة الماضية وإن كان بعده فهو لليلة المقبلة . ورُوى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، رواه سعيد لأن النبىّ ﷺ قال : « صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ » وقد رأوه ، فيجب الصوم والفطر . ولأن ماقبل الزو ل أقربُ إلى الماضية . وحُكى هذا روايةً عن أحمد .

ولنا : ماروى أبو وائل قال : « جاءَنَا كِتَابُ عُمَر — وَنَحْنُ بِخَانِقِين — إِنَّ الْأَهِـلَّةَ بَعْضُهَا أَكْبَرُ مِنْ بَعْضٍ، فإذا رَأَيْتُمُ الْهِلَالَ نَهاراً فَلَا تُفْطِرُوا حَتَّى تُمْسُوا . إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ رَجُلَانِ أَنَّهُمَا رَأَيَاهُ بِالْأَمْسِ عَشِيَّةً » ولأنه قول ابن مسعود وابن عباس ، ومن سمّينا من الصحابة . وخبَرُهم محمولٌ على ما إذا رُؤى عشيّةً . بدليل مالو رُؤى بعد الزوال . ثم إن الخبر إنما يقتضى الصوم والفطر من الغد ، بدليل مالو رآه عَشِيَّةً . فأما إن كانت الرؤية فى أول رمضان ، فالصحيح أيضاً : أنه لليلة المقبلة . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ . وعن أحمد روايةٌ أخرى : أنه للماضية . فيلزم قضاء ذلك اليوم ، وإمساكُ بقيّته احتياطاً للعبادة . والأولُ أصحّ . لأن ما كان لِلّيلة المقبلة فى آخره فهو لها فى أوله ، كما لو رؤى بعد العصر .

٢١٢٦ « مسألة » قال ﴿ والاختيار تأخير السحور وتعجيل الفطر ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٢١٢٧ ﴿ الفصل الأول ﴾ فى السحور . والكلام فيه فى ثلاثة أشياء :

(أحدها) فى استحبابه . ولا نعلم فيه بين العلماء خلافاً . وقد رَوى أنس أن النبىَّ ﷺ قال : « تَسَحَّرُوا ، فَإِنَّ فِى السُّحُورِ بَرَكَةً » متفق عليه . وعن عمرو بن العاص . قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فَصْلُ مَا بَيْنَ صِيَامِنَا وَصِيَامِ أَهْلِ الْكِتَابِ أَكْلَةُ السَّحَرِ » أخرجه مسلم ، وأبو داود ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح . ورَوى الإمام أحمد بإسناده ، عن أبى سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « السُّحُورُ بَرَكَةٌ ، فَلَا تَدَعُوهُ ، وَلَوْ أَنْ يَجْرَعَ أَحَدُكُمْ جَرْعَةً

مِنْ مَاء . فَإِنَّ اللهَ وَمَلاَئِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى الْمُتَسَحِّرِينَ » .

(الثانى) فى وقته . قال أحمد : يُعجبنى تأخيرُ السحور . لما روى زيدُ بن ثابت قال : « تَسَحَّرْنَا مَعَ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم . ثمَّ قُمْنَا إِلَى الصَّلاَةِ . قلت : كَمْ كَانَ قَدْرُ ذَلِكَ ؟ قال : خَمْسِينَ آيَةً » متفق عليه . وروى العِرْبَاضُ بنُ سَارِيَةَ قال : « دَعَانِى رسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم إِلَى السُّحُورِ ، فقال : هَلُمَّ إِلَى الغَدَاءِ المُبَارَكِ » رواه أبو داود والنسائىّ : سمّاه غَدَاءً لقُرْبِ وَقْتِه منهُ . ولأنَّ المقصود بالسحور التقوِّى على الصوم ، وما كان أقرب إلى الفجر كان أعْوَنَ على الصوم . قال أبو داود : قال أبو عبد الله : إذا شكَّ فى الفجر يأكلُ حتَّى يستيقن طلوعَه . وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، والأوزاعىّ . قال أحمد : يقول الله تعالى : (٢ : ١٩٢ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ) . وقال النبىُّ ﷺ : « لاَ يَمْنَعَنَّكُمْ مِنْ سُحُورِكُمْ أَذَانُ بِلاَلٍ ، وَلاَ الْفَجْرُ الْمُسْتَطِيلُ ، وَلَكِنِ الْفَجْرُ الْمُسْتَطِيرُ فى الأُفُقِ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن . وروى أبو قِلاَبَةَ قال : قال أبو بكر الصدّيق رضى الله عنه ، وهو يَتَسَحَّر : « يَاغُلاَمُ أَجِفِ الْبَابَ لاَ يَفْجَأْنَا الصُّبْحُ » وقال رجل لابن عباس : « إِنِّى أَتَسَحَّرُ ، فَإِذَا شَكَكْتُ أَمْسَكْتُ . فقال ابن عبّاس : كُلْ مَاشَكَكْتَ ، حتَّى لاتَشُكَّ » فأمَّا الجماعُ فلا يُستحبُّ تأخيره ، لأنه ليس مما يتقوّى به . وفيه خطر وجوب الكفّارة ، وحصول الفطر به .

(الثالث) فيما يتسحَّر به . وكلّ ماحصل من أكل ، أو شرب ، حصل به فضيلة السحور ، لقوله عليه السلام : « وَلَوْ أَنْ يَجْرَعَ أَحَدُكُمْ جَرْعَةً مِنْ مَاءٍ » وروى أبو هريرة عن النبىِّ ﷺ قال : « نِعْمَ سَحُورِ الْمُؤْمِنِ التَّمْرُ » رواه أبو داود .

٢١٢٨ ﴿ الفصل الثانى ﴾ فى تعجيل الفطر . وفيه أمور ثلاثة :

(أحدها) فى استحبابه : وهو قول أكثر أهل العلم . لما روى سهل بنُ سعد الساعدىّ : أَنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « لاَتَزَالُ أُمَّتِى بِخَيْرٍ مَاعَجَّلُوا الفِطْرَ » متفق عليه . وعن أبى عطيّة قال : « دَخَلْتُ أَنَا وَمَسْرُوقٌ عَلَى عَائِشَةَ . فقال مسروق : رَجُلاَنِ مِنْ أَصْحَابِ رسول الله صلى الله عليه وسلم أَحَدُهُمَا يُعَجِّلُ الإِفْطَارَ ، ويُعَجِّلُ المَغْرِبَ ، وَالآخَرُ يُؤَخِّرُ الإِفْطَارَ وَيُؤَخِّرُ المَغْرِبَ ؟ قالت : مَنِ الَّذِى يُعَجِّلُ الإِفطَارَ ويُعَجِّلُ المَغْرِبَ ؟ قال عبدُ الله . قالت : هَكَذَا كَانَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يَصْنَعُ » رواه مسلم . وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الله تعالى : « أَحَبُّ عِبَادِى إِلَىَّ أَسْرَعُهُمْ فِطْراً » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن غريب . وقال أنس : « مَا رَأَيْتُ

رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يُصَلِّى حتَّى يُفطِرَ ، وَلَوْ عَلَى شَرْبَةٍ مِنْ ماء » رواه ابن عبد البرّ .

(الثانى) فيما يُفطر عليه يُستحبّ أن يُفطر على رُطَبَاتٍ . فإن لم يكن فعلى تَمَرَاتٍ . فإن لم يكن فعلى الماء . لما روى أنس قال : « كَانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم يُفطِر على رُطَبَاتٍ قَبْلَ أَنْ يُصَلِّيَ ، فإنْ لَمْ يَكُنْ فَعَلَى تَمَرَاتٍ ، فإنْ لَمْ يَكُنْ تَمَرَاتٌ حَسَا حَسَوَاتٍ(١) مِنْ مَاء » رواه أبو داود ، والأثرم ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن غريب . وعن سلمان بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ : « إِذَا أَفْطَرَ أَحَدُكُمْ فَلْيُفْطِرْ عَلَى تَمْرٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَلْيُفْطِرْ عَلَى المَاء فَإِنَّهُ طَهُورٌ » أخرجه أبو داود والترمذىّ ، وقال حديث حسن صحيح .

(الثالث) فى الوصال . وهو أن لا يفطر بين اليومين بأكلٍ ولاَ شُرْبٍ . وهو مكروه فى قول أكثر أهل العلم ورُوى عن ابن الزبير أنه كان يواصل اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولنا : ما رَوى ابنُ عمر قال : « وَاصَلَ رَسُولُ اللهِ صلىالله عليه وسلم فى رَمَضَانَ ، فَوَاصَلَ النَّاسُ . فَنَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الوِصَالِ . فقالوا : إنَّكَ تُوَاصِلُ . قالَ : إنِّى لَسْتُ مِثْلَكُمْ . إِنِّى أُطْعَمُ وَأُسْقَى(٢) » متفق عليه . وهذا يقتضى اختصاصه بذلك ، ومنع إلحاق غيره به . وقوله : « إِنِّى أُطْعَمُ وَأُسْقَى » يحتمل أنه يريد أنه يُعَانُ على الصيام ، ويُغْنِيهِ اللهُ تعالى عن الشراب ، والطعام ، بمنزلة من طَعِمَ وَشَرِبَ . ويحتمل أنه أراد : إنِّى أُطْعَمُ حَقِيقَةً وَأُسْقَى حَقِيقَةً ، حَمْلاً لِلَّفظ عَلَى حَقِيقَتِهِ والأولُ أظهر . لوجهين :

(أحدهما) أنه لو طَعِمَ وَشَرِبَ حقيقةً لم يكن مُواصلاً . وقد أقرّهم على قولهم « إِنَّكَ تُوَاصِلُ » .

(والثانى) أنه قد رُوى أنه قال : « إِنِّى أَظَلُّ يُطْعِمُنِى رَبِّى وَ يَسْقِينِى » وهذا يقتضى أنه فى النهار ، ولايجوز الأكلُ فى النهار له ، ولا لغيره .

إذا ثبت هذا : فإن الوِصَال غيرُ محرّم . وظاهر قول الشافعىّ : أنه محرّم تقريراً لظاهر النهى فى التحريم .

ولنا : أنه ترك الأكل والشرب المباح ، فلم يكن محرّماً ، كما لو تركه فى حال الفطر .

فإن قيل : فصوم يوم العيد محرّم مع كونه تركاً للأكل والشّرب المباح ؟ .

---

(١) حسا . شرب شيئاً مشبعاً ، والحسوات جمع حسوة بالضم : وهو الشىء القليل ، أى شرب قليلا من الماء على دفعات .

(٢) فى رواية أخرى « إنى أبيت يطعمنى ربى ويسقينى » .

قلنا : ما حرُم تركُ الأكل والشرب بنفسه . وإنما حرُم بنيّة الصوم . ولهذا لو تركه من غير نية الصوم لم يكن محرّماً . وأما النهى فإنما أتى به رحمةً لهم ورفقاً بهم ، لما فيه من المشقة عليهم ، كما نهى عبدَ الله بن عمرو عن صيام النهار ، وقيام الليل ، وعن قراءة القرآن فى أقلّ من ثلاثٍ . قالت عائشة : « نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنِ الْوِصَالِ رَحْمَةً لَهُمْ » وهذا لا يقتضى التحريم . ولهذا لم يفهم منه أصحاب النبى ﷺ التحريم . بدليل أنهم واصلوا بعده ، ولو فهموا منه التحريم لما استجازوا فعله . قال أبو هريرة : « نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنِ الْوِصَالِ . فَلَمَّا أَبَوْا أَنْ يَنْتَهُوا وَاصَلَ بِهِمْ يَوْماً وَيَوْماً ، ثمّ رَأَوُا الهِلاَلَ ، فقال : لَوْ تَأَخَّرَ لَزِدْتُكُمْ ، كالْمُنَكِّلِ لَهُمْ حِينَ أَبَوْا أَنْ يَنْتَهُوا » متفق عليه . فإن واصل من سحَر إلى سحَر جاز . لما رَوى أبو سعيد أنّه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لاَ تُوَاصِلُوا ، فأَيُّكُمْ أَرَادَ أَنْ يُوَاصِلَ فَلْيُوَاصِلْ حَتَّى السَّحَرِ » أخرجه البخارىّ . وتعجيل الفطر أفضلُ لما قدّمناه .

٢١٢٩ فصـــل

ويستحبّ تفطير الصائم . لما رَوى زيدُ بن خالد الْجُهَنِىّ ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ فَطَّرَ صَائِماً كَانَ لَهُ مِثْلُ أَجْرِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ أَجْرِ الصَّائِمِ شَىْءٌ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح .

٢١٣٠ فصـــل

روى ابن عباس قال : « كَانَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم إِذَا أَفْطَرَ قال: اللَّهُمَّ لَكَ صُمْنَا ، وَعلى رِزْقِكَ أَفْطَرْنَا ، فَتَقَبَّلْ مِنَّا ، إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ » : وعن ابن عمر قال : « كان رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم إِذَا أَفْطَرَ يقول : ذَهَبَ الظَّمَأُ ، وَابْتَلَّتِ الْعُرُوقُ ، وَثَبَتَ الْأَجْرُ ، إِنْ شَاءَ اللهُ » وإسناده حسن ، ذكرهما الدارقطنىّ .

٢١٣١ « مسألة » قال ﴿ ومن صام شهر رمضان وأتبعه بستٍ من شوال وإن فرّقها . فكأنما صام الدهر ﴾ .

وجملة ذلك : أن صوم ستة أيام من شوال مستحبٌّ عند كثير من أهل العلم . رُوى ذلك عن كعب الأحبار ، والشعبىّ ، وميمون بن مِهْرَانَ . وبه قال الشافعىّ ، وكرهه مالك . وقال : ما رأيت أحداً من أهل الفقه يصومُها ، ولم يبلُغنى ذلك عن أحد من السلف ، وإنّ أهل العلم يكرهون ذلك ، ويخافون بِدْعَتَهُ ، وأن يُلْحق برمضان ما ليس منه .

ولنا : ماروى أبو أيوبَ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «مَنْ صَامَ رَمَضَانَ وَأَتْبَعَهُ سِتًّا مِنْ شَوَّالَ فَكَأَنَّمَا صَامَ الدَّهْرَ » رواه أبو داود ، والترمذيّ ، وقال : حديث حسن[1] . وقال أحمد : هو من ثلاثة أوجه عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم . وروى سعيد بإسناده عن ثَوْبانَ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ صَامَ رَمَضَانَ شَهْرٌ بِعَشَرَةِ أَشْهُرٍ ، وَصِيَامَ سِتَّةِ أَيَّامٍ بَعْدَ الفِطْرِ . وذَلِكَ تَمَامُ سَنَةٍ » يعنى أن الحسنة بعشر أمثالها . فالشهر بعشرة ، والستة بستين يوماً ، فذلك اثنا عشر شهراً وهو سنة كاملة . ولا يجرى هذا مجرى التقديم لرمضان ، لأن يوم الفطر فاصل .

فإن قيل : فلا دليل فى هذا الحديث على فضيلتها . لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم شبّه صيامها بصيام الدهر ، وهو مكروه .

قلنا : إنما كره صوم الدهر لما فيه من الضعف ، والتشبيه بالتبتّل ، لولا ذلك لكان ذلك فضلاً عظيما لاستغراقه الزمان بالعبادة ، والطاعة . والمراد بالخبر التشبيهُ به فى حصول العبادة به على وجه عرِىَ عن المشقّة ، كما قال عليه السلام : « مَنْ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ كَانَ كَمَنْ صَامَ الدَّهْرَ » ذكر ذلك حثًّا على صيامها ، وبيان فضلها . ولا خلاف فى استحبابها . ونهى عبدَ الله بن عمرو عن قراءة القرآن فى أقلَّ من ثلاثٍ ، وقال :« مَنْ قَرَأَ (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) فكأَنَّمَا قَرَأَ ثُلُثَ القُرْآنِ» أراد التشبيه بثُلث القرآن فى الفضل ، لافى كراهة الزيادة عليه .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كونها متتابعةً ، أو مفرّقةً ، فى أول الشهر ، أو فى آخره لأن الحديث وردَ بها مُطلقاً من غير تقييد . ولأن فضيلتها لكونها تصير مع الشهر ستة وثلاثين يوماً ، والحسنةُ بعَشْرِ أمثالها ، فيكون ذلك كثلاثمائة وستين يوماً ، وهو السنة كلُّها . فإذا وُجِدَ ذلك فى كل سنةٍ صار كصيام الدهر كلّه . وهذا المعنى يحصل مع التفريق . والله أعلم .

٢١٣٢ « مسألة » قال ﴿ وصيامُ عاشُوراءَ كفّارَةُ سَنَةٍ ، وَيَوْمِ عَرَفَةَ كفارَةُ سَنَتَيْنِ ﴾ .

وجملته : أن صيام هذين اليومين مستحبّ . لما روى أبو قتادة عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « صِيَامُ عَرَفَةَ إِنِّى أَحْتَسِبُ عَلَى اللهِ أَنْ يُكَفِّرَ السَّنةَ التى قَبْلَهُ وَالسَّنَةَ الَّتِى بَعْدَهُ » وقال فى صيام عاشوراء « إِنِّى أَحْتَسِبُ عَلَى اللهِ أَنْ يُكَفِّرَ السَّنَةَ الَّتِى قَبْلَهُ » أخرجه مسلم .

إذا ثبت هذا : فإن عاشوراء هو اليومُ العاشر من المحرّم . وهذا قول سعيد بن المسيّب والحسن ،

---

(١) وهو فى مسلم وفى مسند أحمد .

لـا رَوى ابن عبّاس قال : « أَمَرَ رسول الله صلى الله عليه وسـلم بِصَوْمِ يَوْمِ عاشُورَاءَ مِنَ الْمُحَرَّمِ » رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح ورُوى عن ابن عباس أنه قال « الْعَاشِر » . ورُوى : « أنّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كانَ يَصُومُ التَّاسِـعَ » أخرجه مسلم بمعناه . ورَوى عنه عطاء أنّه قال : « صُومُوا التَّـاسِـعَ وَالْعَاشِرَ ، ولاَ تَشَبَّهُوا بِالْيَهُودِ » .

إذا ثبت هذا : فإنّه يُستحبُّ صومُ التاسع والعاشر . لذلك ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول إسحاق . قال أحمـد : فإن اشتبـه عليـه أولُ الشهر ، صـام ثلاثة أيّام ، وإنمـا يفعـل ذلك ليتيقن صـوم التاسع ، والعاشر .

٢١٣٣ فصـــــل

واخُتلفَ فى صوم عاشُوراء ، هل كان وَاجِباً ؟ فذَهبَ القاضى إلَى أنّه لم يـكن واجباً ، وقال هذا قياسُ المذهب . واستدلّ بشيئين :

(أحدها) أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسـلم ، أَمَرَ مَنْ لَمْ يَأْكُلْ بالصَّوْمِ » . والنية فى الليـل شرط فى الواجب .

(والثانى) أنه لم يأمر من أكل بالقضاء . ويشهدُ لهذا مارَوى معاوية قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إنَّ هَذَا يَوْمُ عَاشُورَاء ، لَمْ يَـكْتُبِ اللهُ عَلَيْـكُمْ صِيَامَهُ . فَمَنْ شَاءَ فَلْيَصُمْ ، وَمَنْ شَاءَ فَلْيُفْطِرْ » وهو حديث صحيح . وروى عن أحمد : أنه كان مفروضاً ، لـا رَوت عائشـة : أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم صَامَهُ وَأَمَرَ بِصِيامِه . فَلَمَّـا افْـتُرِضَ رَمَضَانُ كَانَ هُوَ الفَرِيضَةَ ، وَتُرِكَ عَاشُورَاء ، فَمَنْ شَاءَ صَامَهُ وَمَنْ شَاءَ تَرَكَهُ » وهو حديث صحيح . وحديث معاوية محمول على أنه أراد ليس هو مـكتوباً عليكم الآن ، وأما تصحيحه بنيّةٍ من النهار ، وتركُ الأمر بقضائه ، فيحتمل أن نقول: من لم يدرك اليوم بـكماله لم يلزمه قضاؤه ، كما قلنا فيمن أسلم وبلغ فى أثناء يوم من رمضان ، على أنه قد رَوى أبو داود ، أن أَسْلَمَ أَتَتِ النبيَّ صلى الله عليه وسلم فقال : « صُمْتُمْ يَومَـكُمْ هَذَا ؟ قالوا : لاَ . قال: فَأَتِمُّوا بَقِيَّةَ يَوْمِـكُمْ وَاقْضُوه » .

٢١٣٤ فصـــــل

فأما يوم عرفة فهو اليوم التاسع من ذى الحِجّة ، سُمّى بذلك ، لأن الوقوف بعرفة فيه . وقيل : سُمّىَ يوم عرفة . لأن إبراهيم عليه السلام أُرِىَ فى المنام لَيْـلَةَ التروية أنه يُؤمَر بذبح ابنه ، فأصبح يومَه

يتروّى ، هل هذا من الله أو حُلم ؟ فسُمِّيَ يَوم التروية . فلما كانت الليلة الثانية رآه أيضاً ، فأصبح يومَ عرفة ، فعرف أنّه من الله ، فسُمِّيَ يوم عرفة . وهو يوم شريف عظيم ، وعيد كريم ، وفضله كبير . وقد صحّ عن النبي صلى الله عليه وسلم أن صيامه يكفر سنتين .

٢١٣٥ فصــــل

وأيام عشر ذي الحجة كلّها شريفة مفضلة ، يضاعف العمل فيها . ويُستحبُّ الاجتهاد في العبادة فيها . لما رَوى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَامِنْ أَيّامٍ الْعَمَلُ الصَّالِحُ فِيهِنَّ أَحَبُّ إِلَى اللهِ مِنْ هَذِهِ الأَيَّامِ العَشْرِ . قَالُوا : يَارَسُولَ اللهِ ، وَلاَ الْجِهَادُ في سَبِيلِ اللهِ ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : وَلاَ الْجِهَادُ فِي سَبِيلِ اللهِ إِلاَّ رَجُلاً خَرَجَ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ مِنْ ذَلِكَ بِشَيْءٍ » وهو حديث حسن صحيح . وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَامِنْ أَيَّامٍ أَحَبُّ إلى اللهِ عزَّ وَجَلَ أَنْ يُتَعَبَّدَ لَهُ فِيهاَ مِنْ عَشْرَ ذِي الْحِجَة ، يُعْدَلُ صِيَامُ كُلِّ يَوْمٍ مِنْها بِصِيَامِ سَنَةٍ ، وقِيَامُ كُلِّ لَيْلَةٍ مِنْها بِقِيَامِ لَيْلَةِ القَدْرِ » وهذا حديث غريب أخرجه الترمذيّ . وروى أبو داود بإسناده عن بعض أزواج النبيّ صلى الله عليه وسلم قالت : « كَانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَصُومُ تِسْعَ ذِي الْحِجَّةِ وَيَوْمَ عَاشُورَاءَ » .

٢١٣٦ « مسألة » قال ﴿ ولا يستحبُّ لمن كان بعرفة أن يصوم ليتقوّى على الدعاء ﴾ .

أكثر أهل العلم يستحبّون الفطر يوم عرفةَ بعرفةَ . وكانت عائشةُ ، وابن الزبير يصومانه . وقال قتادة : لا بأس به إذا لم يضعف عن الدعاء . وقال عطاء : أصوم في الشتاء ، ولا أصوم في الصيف ، لأن كراهة صومه إنما هي معلّلة بالضعف عن الدعاء . فإذا قوي عليه أو كان في الشتاء لم يضعف ، فتزول الكراهة .

ولنا : مارُوي عن أُم الفَضْل بنت الحارث « أَنَّ نَاساً تَمَارَوْا[1] بَيْنَ يَدَيْهاَ يَوْمَ عَرَفَةَ فِي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال بَعْضُهُمْ : صَائِمٌ . وقال بعضهم : لَيْسَ بِصَائِمٍ فَأَرْسَلَتْ إِلَيْهِ بِقَدَحٍ مِنْ لَبَنٍ وَهُوَ وَاقِفٌ على بَعِيرِهِ بِعَرَفَاتٍ ، فَشَرِبَهُ النبيُّ صلى الله عليه وسلم » متفق عليه . وقال ابن عمر « حَجَجْتُ مَعَ النبيِّ صلى الله عليه وسلم فلَمْ يَصُمْهُ - يَعْنِي يَوْمَ عَرَفَةَ - ومَعَ أَبِي بَكْرٍ فَلَمْ يَصُمْهُ ، ومَعَ عُمَرَ فَلَمْ يَصُمْهُ ، ومَعَ عُثْمَانَ فَلَمْ يَصُمْهُ ، وأَنَا لاَ أَصُومُهُ ، ولا آمرُ بِهِ ، ولا أَنْهَى عَنْهُ » أخرجه

(١) تماروا : شكوا ، هل رسول الله صلى الله عليه وسلم صائم أو مفطر ، فتجادلوا وقال كل فريق برأي ، وبين يديها معناه أمامها .

الترمذيّ وقال : حديث حسن ورَوى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة « أنّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ صِيَامِ يَوْمِ عَرَفَةَ بِعَرَفَةَ » ولأن الصوم يُضعفه ، ويمنعه الدعاء فى هـذا اليوم المعظَّم الذى يُستجاب فيه الدعاء فى ذلك الموقف الشريف ، الذى يُقْصَدُ من كُلِّ فَجٍّ عميق ، رَجاءَ فضـل الله فيه ، وإجابة دعائه به ، فـكان تركه أفضل .

٢١٣٧ فصـــل

رُوىعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَفْضَلُ الصِّيامِ بَعْدَ شَهْرِ رَمَضَانَ شَهْرُ اللهِ المُحرَّمُ » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال حديث حسن .

٢١٣٨ فصـــل

أفضل الصيام أن تصوم يوماً وتفطر يوماً . لمـا رَوى عبدالله ابن عمرو : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال له : « صُمْ يَوْماً ، وَأَفْطِرْ يَوْماً فذلك صِيَامُ داودَ ، وهو أفضلُ الصِّيامِ . قلت : إنِّى أُطِيقُ أَفْضَلَ مِنْ ذلك . فقال النبيُّ ﷺ : لاأَفْضَلَ مِنْ ذلك » متفق عليه .

٢١٣٩ فصـــل

ورَوى أبو داود بإسناده عن أُسامةَ بن زَيْد « أنَّ نبيّ اللهِ ﷺ كَانَ يَصُومُ يومَ الاثنينِ والخميس فسُئلَ عن ذلك فقال : إنَّ أَعْمالَ النَّاسِ تُعْرَضُ يومَ الاثنيْنِ والخميس » .

٢١٤٠ « مسألة » قال ﴿ وأيام البيض التى حَضّ رسولُ الله صلى الله عليه وسـلم على صيامها هى الثالث عشر ، والرابع عشر ، والخامس عشر ﴾ .

وجملة ذلك : أن صيام ثلاثة أيام من كلِّ شهر مستحبّ ، لانعـلم فيه خلافاً . وقد روى أبو هريرة قال : « أَوْصانِى خَلِيلى بثلاثٍ : صِيَامِ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ مِنْ كلِّ شَهْرٍ ، وَرَكْعَتَىْ الضُّحَى ، وَأَنْ أُوتِرَ قَبْلَ أَنْ أَنَامَ » . وعن عبد الله بن عمرو أنَّ النبيّ ﷺ قال له : « صُمْ مِنَ الشَّهْرِ ثلاثَةَ أَيَّامٍ ، فإنَّ الْحَسَنَةَ بِعَشْرِ أَمْثالِهَا . وَذَلِكَ مِثْلُ صِيَامِ الدَّهْرِ » متفق عليهما .

ويستحبُّ أن يجعل هذه الثلاثة أيام البيض[1] لما روى أبو ذرّ قال : قال رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم : « ياأَبَا ذَرٍّ إذا صُمْتَ مِنَ الشَّهْرِ فَصُمْ ثَلاثَ عَشْرَةَ ، وَأَرْبَعَ عَشْرَةَ ، وَخَمْسَ عَشْرَةَ » أخرجه

(١) أيام البيض : هى الثـالث عشر ، والرابع عشر ، والخامس عشر ، كما سيذكره الشارع ، وسميت بذلك لظهور ضوء القمر فيها واضحاً غامراً ، وفيها ليلة البدر .

الترمذيّ وقال : حديث حسن . وروى النسائيّ أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال لأعرابيّ : « كُلْ . قال : إنِّي صَائِمٌ . قال : صَوْمُ مَاذَا ؟ قال : صَوْمُ ثلاثةِ أيَّامٍ مِنَ الشَّهْرِ . قال : إنْ كُنْتَ صَائِماً فَعَلَيْكَ بالغُرِّ البيضِ : ثلاثَ عشرةَ وأربعَ عشرةَ وخمسَ عشرةَ » وعن مَلْحان القيسيّ قال : « كان رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يأمُرُنَا أَنْ نَصُومَ البِيضَ : ثلاثَ عشرةَ ، وأربعَ عشرةَ ، وخمسَ عشْرَةَ . وقال : هُوَ كَهَيْئَةِ الدَّهْرِ » أخرجه أبو داود . وسميت أيام البيض لابيضاض ليلها كلّه بالقمر . والتقدير : أيام الليالي البيض . وقيل إن الله تابَ على آدم فيها وبيّض صحيفته . ذكره أبو الحسن التميميّ .

٢١٤١ فصــل

ويجب على الصائم أن يُنزّه صومه عن الكذب ، والغيبة ، والشتم . قال أحمد : ينبغي للصائم أن يتعاهد صومه من لسانه ، ولا يمارى[1] ، ويصون صومه . كانوا إذا صاموا قعدوا في المساجد وقالوا نحفظ صومنا ، ولا يغتاب أحداً ولا يعمل عملا يجرح به صومه . وقال رسول الله ﷺ : « مَنْ لَمْ يَدَعْ قَوْلَ الزُّورِ وَالْعَمَلَ بِهِ فَلَيْسَ للهِ حَاجَةٌ في أَنْ يَدَعَ طَعَامَهُ وَشَرَابَهُ » وقال أبو هريرة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قال اللهُ تعالى : كُلُّ عَمَلِ ابْنِ آدَمَ لَهُ إلّا الصِّيَامَ فإنَّهُ لي ، وأنا أجزى به . الصيامُ جُنَّة ، فإذا كَانَ يَوْمُ صَوْمِ أحدِكُمْ فَلَا يَرْفُثْ ولا يَصْخَبْ ، فإنْ سَابَّهُ أحَدٌ أوْ قَاتَلَهُ فَلْيَقُلْ : إنِّي امرؤٌ صائمٌ . وَالَّذِي نَفْسُ محمدٍ بِيَدِهِ لَخُلُوفُ فَمِ الصَّائِمِ أَطْيَبُ عِنْدَ اللهِ مِنْ رِيحِ المِسْكِ . للصَّائِمِ فَرْحتَانِ يَفْرَحُهُمَا ، إذا أفْطَرَ فَرِحَ ، وَإذا لَقِيَ رَبَّهُ فَرِحَ بِصَوْمِهِ » متفق عليهما .

٢١٤٢ فصــل

في ليلة القدر : وهي ليلة شريفة مباركة ، معظّمة مفضّلة . قال الله تعالى : (لَيْلَةُ الْقَدْرِ خَيْرٌ مِنْ أَلْفِ شَهْرٍ) قيل معناه : العمل فيها خير من العمل في ألف شهر ، ليس فيها ليلةُ القدر . وقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ قَامَ لَيْلَةَ الْقَدْرِ إيمَاناً وَاحْتِسَاباً غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِه » متفق عليه ، وقيل : إنما سُمِّيت ليلةَ القدر ، لأنه يُقَدَّرُ فيها مايكون في تلك السنة من خير ، ومُصيبة ، ورزق ، وبركة . يُروى ذلك عن ابن عباس .

قال الله تعالى (٤٤ : ٤ فِيهَا يُفْرَقُ كُلُّ أَمْرٍ حَكِيمٍ) وسمّاها مباركةً ، فقال تعالى : (٤٤ : ٣ إنَّا أَنْزَلْنَاهُ فِي لَيْلَةٍ مُبَارَكَةٍ إنَّا كُنَّا مُنْذِرِينَ) وهي ليلة القدر ، بدليل قوله سبحانه : (إنَّا أَنْزَلْنَاهُ

---

(١) لايمارى : لايجادل .

فِي لَيْلَةِ الْقَدْرِ) وقال تعالى (٢ : ١٨٥ شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنْزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ) ، يُروى « أَنَّ جِبْرِيلَ نَزَلَ بِهِ مِنْ بَيْتِ العِزَّةِ إِلَى السَّمَاءِ الدُّنْيَا في ليلةِ القَدْرِ ، ثم نَزَلَ به عَلَى النبيِّ صلى الله عليه وسلم نُجُوماً[1] في ثلاثٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً » . وهي باقية لم ترفع . لما رَوى أبو ذرّ قال : قلت : « يارسولَ اللهِ لَيْلَةُ القَدْرِ رُفِعَتْ مَعَ الْأَنْبِيَاءِ ، أو هي بَاقِيَةٌ إلى يومِ القيامةِ ؟ قال : باقيةٌ إِلَى يومِ القيامةِ . فقلتُ : في رمضانَ أو في غيره ؟ قال : في رمضانَ . قلت : في العَشْرِ الأَوَّلِ ، أَوِ الثَّاني ، أو لآخِرِ ؟ فقالَ : في العَشْرِ الآخِرِ » وأكثر أهل العلم على أنها في رمضان ؛ وكان ابن مسعود يقول : من يَقُمِ الحولَ يُصِبْهَا ، يشير إلى أنَّها في السنة كلّها . وفي كتاب الله تعالى ما يبيِّن أنَّها في رمضان ، لأن الله أخبرَ أنَّه أنزل القرآن في ليلة القدر ، وأنه أنزله في رمضان ؛ فيجب أن تكون ليلةُ القدر في رمضان ، لئلاَّ يتناقض الخَبَرَانِ . ولأنَّ النبي صلى الله عليه وسلم ذكر أنَّها في رمضان في حديث أبي ذرّ ، وقال : « الْتَمِسُوهَا في الْعَشْرِ الأَوَاخِرِ في كُلِّ وِتْرٍ » متفق عليه . وقال أُبَيُّ بنُ كعب : « وَاللهِ لَقَدْ عَلِمَ ابنُ مَسْعُودٍ أَنَّهَا في رَمَضَانَ ، ولكنَّه كَرِهَ أَنْ يُخْبِرَكُمْ فَتَتَّكِلُوا » .

إذا ثبت هذا : فإنَّه يستحبُّ طلبها في جميع ليالي رمضان ، وفي العشر الأواخر آكدُ ، وفي ليالي الوتر منه آكدُ . وقال أحمد : هي في العشر الأواخر ، وفي وتر من الليالي ، لايُخطىء إن شاء الله . كذا رُوي عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم قال : « اطْلُبُوهَا فِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ ، في ثَلَاثٍ بَقِينَ ، أَوْ سَبْعٍ بَقِينَ ، أَوْ تِسْعٍ بَقِينَ » . وروى سالم عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَرَى رُؤْيَاكُمْ قَدْ تَوَاطَأَتْ[2] عَلَى أَنَّهَا في الْعَشْرِ الأَوَاخِرِ . فالْتَمِسُوها في العشرِ الأواخرِ في الْوِتْرِ مِنْهَا » متفق عليه . وقالت عائشة : « كَانَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم إِذَا دَخَلَ العشْرُ الأَوَاخِرِ مِنْ رَمَضَانَ أَحْيَا[3] اللَّيْلَ وَأَيْقَظَ أَهْلَهُ وَشَدَّ المِئْزَرَ » متفق عليه . قالت : « وَكَانَ يَجْتَهِدُ في العشْرِ الأواخِرِ مَالاَ يَجْتَهِدُ في غَيْرِهَا » وقال عليّ رضي الله عنه : « إِنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كَانَ يُوقِظُ أَهْلَهُ في العشْرِ الأَوَاخِرِ » . وقالت عائشة : « كَانَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يُجَاوِرُ[4] في العشْرِ الأواخر مِنْ

---

(١) نجوماً : جمع نجم بفتح النون وسكون الجيم ، وهو القدر من القرآن .

(٢) تواطأت : توافقت .

(٣) أحيا الليل بالعبادة ، وأيقظ أهله ليشاركوه العبادة ، وشد المئزر : امتنع عن الجماع وكنى بشد المئزر وهو الثوب الذي يغطي أسافل البدن عن عدم الجماع .

(٤) يجاور : يعتكف وهو مأخوذ من المجاورة إذ يكون الرسول صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد مجاوراً لبيته .

رمضانَ » . وفي لفظٍ للبخاريّ « تَحَرَّوْا لَيلَةَ الْقَدْرِ في الْوِتْرِ في العشْرِ الأَوَاخِرِ مِنْ رَمضَانَ » . وكل هذه الأحاديث صحيحة .

٢١٤٣ فصل

واختلف أهل العلم في أرْجَى هذه الليالي . فقال أُبيٌّ بن كعب ، وعبد الله بن عبّاس : هي ليلةُ سبع وعشرين . قال زِرّبن حُبَيْشٍ : قلت لأبيّ بن كعب : «أَمَا عَلِمْتَ أَبَا الْمُنْذِرِ ، أَنَّهَا لَيْلَةُ سَبْعٍ وَعِشْرِينَ ؟ قال : بَلَى ، أخبرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنَّها ليلةٌ صَبِيحَتَهَا تَطْلُعُ الشمسُ لَيْسَ لهَا شُعَاعٌ . فَعَدَدْنَا وَحَفِظْنَا ، وَاللهِ لَقَدْ عَلِمَ ابنُ مَسْعُودٍ أَنَّهَا في رَمَضَانَ ، وَأَنَّهَا لَيْلةُ سَبْعٍ وَعِشْرِينَ ، وَلَكِنَّهُ كَرِهَ أَنْ يُخْبِرَكُمْ فَتَتَّكِلُوا » . قال الترمذيّ : هذا حديث حسن صحيح . وروى أبو ذرّ في حديث فيه طول : « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لم يَقُمْ في رمضانَ حتى بَقِيَ سَبْعٌ فقامَ بهم حتى مَضَى نَحْوٌ مِنْ ثُلثِ اللَّيْلِ . ثمَّ قامَ بهم في ليلةِ خَمْسٍ وعِشْرينَ ، حتى مَضَى نَحْوٌ مِنْ شَطْرِ اللَّيْلِ ، حتى كانَتْ ليلةُ سبعٍ وعشرينَ ، فجَمعَ نِساءَهُ وأهلَهُ واجْتَمَعَ النَّاسُ . قال : فقامَ بهمْ حتى خَشِينا أَنْ يَفُوتَنا الفَلَاحُ ، يَعْنِي السَّحُور » متفق عليه . وحُكي عن ابن عباس أنَّه قال : « سُورَةُ القَدْرِ ثَلاثُونَ كَلِمةً السَّابعةُ وَالْعِشْرُونَ مِنْها « هِيَ »[1] وروى أبو داود بإسناده ، عن معاوية ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم في ليلة القدر قال : « لَيْلَةُ سَبْعٍ وَعِشْرِينَ » .

وقيل : آكدها ليلةُ ثلاثِ وعشرين ، لأنه رُوي عن النبي ﷺ أن عبد الله بن أُنَيْسٍ سأله فقال : « يارسولَ الله إنّي أكونُ ببادِيَةٍ يُقالُ لها الوَطَاةُ ، وَإنّي بِحَمْدِ الله أُصَلِّي بِهِمْ ، فَمُرْني بليلةٍ مِنْ هذا الشَّهْرِ أنْزِلُها في المسجدِ فأُصلِّيهَا فيه . فقال انزلْ ليلةَ ثلاثٍ وعشرينَ فصلِّها فيه ، وإنْ أحببْتَ أنْ تَسْتَتِمَّ آخرَ هذا الشَّهرِ فافعلْ . وَإنْ أحببْتَ فكُفَّ ، فكَانَ إذا صلَّى العصْرَ دخلَ المسجدَ فلم يخرُجْ إلا في حاجةٍ حتَّى يُصلِّيَ الصُّبحَ . فإذا صلَّى الصُّبْحَ كانت دابَّتُهُ بِبابِ المسجدِ » رواه أبو داود مختصراً .

وقيل : آكدها ليلة أربع وعشرين . لأنه رُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليلةُ القَدْرِ أَوَّلُ لَيْلَةٍ مِنَ السَّبْعِ الأَوَاخِرِ » ورُوي عن بعض الصحابة أنَّه قال : « لم نكن نَعُدُّ عَدَدَكُمْ

---

(١) وهذا استنتاج لايدل دلالة قاطعة وإنما هو استئناس لابأس به .

هذا . وإنَّما كنَّا نعُدُّ من آخرِ الشَّهرِ » يعنى أن السابعة والعشرين هى أول ليلة من السبع الأواخر .
وروى أبو ذرّ قال : صُمْنَا مَعَ رسُول اللهِ صلى الله عليه وسلم شهرَ رمضانَ ، فلمْ يَقُمْ بنا حتَّى كانت لَيْلَةُ سَبْعٍ بَقِيَتْ ، فقام بِنَا نحواً من ثُلُثِ اللَّيْلِ . ثمّ لم يَقُمْ ليلةَ ستٍّ ، فلمَّا كانت ليلةُ خمسٍ قَامَ بنَا النبيُّ صلى الله عليه وسلم نحواً منْ نِصْفِ اللّيْلِ . فقلنا : يارسولَ اللهِ : لو نَفَلْتَنا قِيامَ هذه اللَّيلةِ ؟ فقال : إنَّ الرَّجُلَ إذا صَلَّى مَعَ الإمَامِ حتَّى ينصرفَ كُتِبَ لهُ قيامُ ليلَةٍ » . فلما كانت ليلةُ ثلاثٍ قامَ بنا حتى خَشِينَا أنْ يَفُوتَنَا الفَلَاحُ ، فقلت : وما الفَلَاحُ ؟ قال السُّحُور ، وأيقظ فى تلك الليلة أهلَه ، ونساءه ، وبناته » رواه سعيد .

وقيل : آكدها ليلة إحدى وعشرين . لما روى أبو سعيد عن النبي ﷺ أنه قال : « رأيتُ ليلةَ القدرِ ، ثمّ أُنْسِيتُهَا فالْتَمِسُوها فى العشْرِ الأواخرِ فى الْوِتْرِ . وإنِّى رأيتُ أنِّى أَسْجُدُ فى صَبِيحَتِها فى ماء وطين ، قال : فجاءتْ سحابَةٌ فمطَرَتْ حتّى سالَ سَقْفُ المسْجِدِ . وكان من جريدِ النَّخْلِ . فأُقِيمَتِ الصَّلاةُ ، فرأيتُ رسولَ الله ﷺ يَسْجُدُ فى الماءِ والطِّينِ حتَّى رأيْتُ أثرَ الماءِ والطِّينِ فى جَبْهَتِهِ » وفى حديث : « فى صَبِيحَةِ إحْدَى وعِشْرِينَ » متفق عليه ، قال الترمذىّ . قد رُوى أنها ليلة إحدى وعشرين ، وليلةُ ثلاث وعشرين، وليلة خمس وعشرين وليلة سبع وعشرين وليلة تسع وعشرين ، وآخرُ ليلة ، وقال أبو قِلَابَةَ : إنّها تنتقل فى ليالى العشر . قال الشافعىّ : كان هذا عندى — والله أعلم — أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيب على نحو ما يُسأَل . فعلى هذا كانت فى السنة التى رأى أبو سعيد النبىّ ﷺ يسجدُ فى الماء والطين ليلة إحدى وعشرين ، وفى السنة التى أمر عبد الله بن أُنَيْس ليلةَ ثلاثٍ وعشرين ، وفى السنة التى رأى أُبيُّ بن كعب علامتها ليلةَ سبعٍ وعشرين وقد تُرى علامتُها فى غير هذه الليالى . قال بعض أهل العلم : أَبْهَمَ الله تعالى هذه الليلة على الأمة ليجتهدوا فى طلبها ، ويجدُّوا فى العبادة فى الشهر كلّه طمعاً فى إدراكها ، كما أخفى ساعةَ الإجابة فى يوم الجمعة ليكثروا من الدعاء فى اليوم كلّه ، وأخفى اسمه الأعظم فى الأسماء ، ورضاه فى الطاعات ليجتهدوا فى جميعها ، وأخفى الأجلَ وقيام الساعة ، ليَجِدَّ الناس فى العمل حذراً منهما .

٢١٤٤ فصـــل

فأما علامتها . فالمشهور فيها ما ذكره أُبيُّ بن كعب عن النبىّ صلَّى الله عليه وسلم أن الشمس تطلع من صبيحتها بيضاء لا شُعاع لها . وفى بعض الأحاديث بيضاء مثل الطَّسْتِ . ورُوى عن النبىّ ﷺ أنه

قال : « بَلْجَةٌ (١) سَمْحَةٌ لا حَارَّةٌ وَلاَ بَارِدَةٌ تَطْلَعُ الشَّمْسُ صَبِيحَتَهَا لاَ شُعَاعَ لَهَا (٢) » .

٢١٤٥ فصـــل

ويستحب أن يجتهد فيها فى الدعاء ويدعو فيها بما روى عن عائشة أنها قالت : يارسول الله إن وافقتها بم أدعو ؟ قال : « قولى اللّهُمَّ إنَّكَ عَفُوٌّ تُحِبُّ الْعَفْوَ فَاعْفُ عَنِّى » .

---

(١) بلجة : مشرقة ، واضحة لا غيم فيها ، مأخوذة من البلج بفتح الباء واللام ، وهو الوضوح ، والسمحة : السهلة ، وقد فسرت بقوله لا حارة ولا باردة .

(٢) لا شعاع لها : أى صافية .

كتاب الاعتكاف

الاعتكاف فى اللغـة : لزوم الشيء وحبس النفس عليـه برًّا كان أو غيره ، ومنه قوله تعـالى : (٢١ : ٥٢ مَاهَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ) وقال : (٧ : ١٣٨ يَعْكُفُونَ عَلَى أَصْنَامٍ لَهُمْ) قال الخليـل : عكَف يعكُفُ ، ويعكِفُ . وهو فى الشرع الإقامة فى المسجـد على صفةٍ نذكرها ، وهو قُرْبَةٌ ، وطاعة قال الله تعـالى : (٢ : ١٢٥ أَنْ طَهِّرَا بَيْتِيَ لِلطَّائِفِينَ وَالْعَاكِفِينَ) وقال : (٢ : ١٨٧ وَلاَ تُبَاشِرُوهُنَّ وأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِى الْمَسَاجِدِ) وقالت عائشة : « كَانَ النبى صلى الله عليه وسلم يَعْتَكِفُ الْعَشْرَ الْأَوَاخِرَ » ، متفق عليه . وروى ابن ماجه فى سننه ، عن ابن عباس ، عن النبيّ ﷺ أنه قال فى المعتكف : « هُوَ يَعْكِفُ الذُّنُوبَ ، وَيَجْرِى لهُ مِنَ الْحَسَنَاتِ كَعَامِلِ الْحَسَنَاتِ كُلِّهَا » وهذا الحديث ضعيف . وفى إسناده فرقد السنجىّ ، قال أبو داود : قلت لأحمـد رحمه الله : تعرف فى فضل الاعتكاف شيئاً ؟ قال : لا ، إلا شيئاً ضعيفاً ، ولا نعلم بين العلماء خلافاً فى أنه مسنون .

٢١٤٦ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ والاعتكاف سنَّة إلا أن يكون نذراً فيلزم الوفاء به ﴾ .

لا خلاف فى هـذه الجملة بحمد الله . قال ابن المنذر : أجمع أهل العـلم على أن الاعتكاف سنة لا يجب على الناس فرضاً ، إلاّ أن يوجبَ المرء على نفسه الاعتكاف نذراً ، فيجب عليه . ومما يدلّ على أنهُ سُنَّة فعلُ النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، ومداومته عليه ، تقرباً إلى الله تعالى ، وطلباً لثوابه . واعتكاف أزواجه معه ، وبعده . ويدلّ على أنه غير واجب أن أصحابه لم يعتكفوا[1] ، ولا أمرهم النبيُّ صلى الله عليه وسلم به ، إلا من أراده . وقال عليه السلام : « مَنْ أَرَادَ أَنْ يَعْتَكِفَ فَلْيَعْتَكِفِ الْعَشْرَ الْأَوَاخِرَ » ولو كان واجباً لما علّقه بالإرادة . وأما إذا نذره فيلزمه ، لقول النبيِّ ﷺ : « مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللهَ فَلْيُطِعْهُ » رواه البخاريّ . وعن عمر أنه قال : يارسول الله ، إنّى نذرتُ أن أعتكف ليلةً فى المسجد الحرام ؟ فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : « أَوْفِ بِنَذْرِكَ » رواه البخاريّ ومسلم .

٢١٤٧ فصـــل

وإن نوى اعتكاف مدّة لم تلزمه . فإن شرع فيها فله إتمامُها ، وله الخروج منها متى شاء . وبهـذا قال الشافعيّ . وقال مالك : تلزمه بالنيـة مع الدخول فيه ، فإن قطعـه لزمه قضاؤه ، وقال ابن عبد البرّ : لا يختلف فى ذلك الفقهاء . ويلزمه القضاء عند جميع العلماء . وقال : وإن لم يدخل فيه فالقضاء مستحبّ . ومن العلماء من أوجبه ، وإن لم يدخل فيه ، واحتجّ بما رُوى عن عائشة رضى الله عنها : أن النبيّ ﷺ

(١) أى لم يعتكفوا على سبيل الفرضية .

كان يعتكف العَشْرَ الْأَوَاخِرَ مِنْ رَمَضَان ، فاسْتَأْذَنَتْهُ عَائِشَةُ ، فَأَذِنَ لَهَا ، فَأَمَرَتْ بِبِنَائِها ، فَضُرِبَ ، وَسَأَلَتْ حَفْصَةُ أَنْ يُسْتَأْذَنَ لَهَا رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم ، فَفَعَلَتْ ، فَأَمَرَتْ بِبِنَائِها فَضُرِب ، فلمّا رَأَتْ ذَلِكَ زَيْنَبُ بِنْتُ جَحْشٍ أَمَرَتْ بِبِنَائِها فضُرِبَ ، قالت : وكان رسول الله ﷺ إذا صَلَّى الصُّبْحَ دخل مُعْتَكَفَه . فلمّا صلَّى الصبح انصرف ، فبصُر بالأبنية ، فقال : « ما هَذَا » ؟ فقالوا : بِنَاءُ عَائِشَةَ ، وَحَفْصَةَ وَزَيْنَبَ . فقال رسول الله ﷺ : «البِرَّ أَرَدْتُنَّ ؟ ! مَا أَنَا بِمُعْتَكِفٍ » فرجع . فلما أفطر اعتكف عشراً من شوّال . متفق على معناه . ولأنها عبادة تتعلق بالمسجد ، فلزمت بالدخول فيها كالحجّ ، ولم يصنع ابن عبد البرّ شيئاً ، وهذا ليس بإجماع ، ولا نعرف هذا القول عن أحد سواه . وقد قال الشافعيّ : كلّ عمل لك أن لا تدخل فيه ، فإذا دخلت فيه خرجت منه ، فليس عليك أن تقضى ، إلا الحجّ والعمرة ، ولم يقع الإجماع على لزوم نافلة بالشروع فيها سوى الحجّ والعمرة ، وإذا كانت العبادات التى لها أصل فى الوجوب لا تلزم بالشروع ، فما ليس له أصل فى الوجوب أولى ، وقد انعقد الإجماع على أن الإنسان لو نوى الصدقة بمال مقدّر ، وشرع فى الصدقة به ، فأخرج بعضه ، لم تلزمه الصدقة بباقيه ، وهو نظير الاعتكاف . لأنه غير مقدّر بالشرع . فأشبه الصدقة ، وماذكره حجّة عليه .

فإنّ النبيّ ﷺ ترك اعتكافه ، ولو كان واجباً لما تركه . وأزواجه تركن الاعتكاف بعد نيّته وضرب أبنيتهنّ له ، ولم يوجد عذرٌ يمنع فعل الواجب ، ولا أُمِرْنَ بالقضاء ، وقضاء النبيّ صلى الله عليه وسلم له لم يكن واجباً عليه وإنما فعله تطوّعاً ، لأنه كان إذا عمل عملا أثبته[1] ، وكان فعله لقضائه كفعله لأدائه ، على سبيل التطوّع به ، لا على سبيل الإيجاب . كما قضى السنّة التى فاتته بعد الظهر ، وقبل الفجر . فتركه له دليل على عدم الوجوب ، لتحريم ترك الواجب ، وفعله للقضاء لا يدلّ على الوجوب . لأن قضاء السنن مشروع ، فإن قيل : إنما جاز تركه ولم يؤمر تاركه من النساء بقضائه لتركهنّ إياه قبل الشروع. قلنا : فقد سقط الاحتجاج باتفاقنا على أنه لا يلزم قبل شروعه فيه ، فلم يكن القضاء دليلاً على الوجوب ، مع الاتفاق على انتفائه ، ولا يصحّ قياسه على الحجّ والعمرة . لأن الوصول إليهما لا يحصل فى الغالب إلا بعد كُلفَةٍ عُظْمَى ، ومشقّةٍ شديدة ، وإنفاق مال كثير . ففى إبطالها تضييع لماله ، وإبطالٌ لأعماله الكثيرة ، وقد نُهينا عن إضاعة المال ، وإبطال الأعمال . وليس فى ترك الاعتكاف بعد الشروع فيه مال يضيع ، ولا عمل يَبطُل. فإنّ مامضى من اعتكافه لا يبطُل بترك اعتكاف المستقبل ، ولأن النُّسُك يتعلّق بالمسجد الحرام على الخصوص ، والاعتكاف بخلافه .

---

(١) أثبته : أكده ، وداوم عليه .

٢١٤٨ « مسألة » قال { ويجوز بلا صوم إلا أن يقول فى نذره بصوم } .

المشهور فى المذهب : أن الاعتكاف يصحّ بغير صوم . رُوى ذلك عن علىّ ، وابن مسعود ، وسعيد ابن المسيّب ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والشافعىّ ، وإسحاق . وعن أحمد روايةٌ أخرى : أن الصوم شرط فى الاعتكاف . قال : إذا اعتكف يجب عليه الصوم . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وابن عبّاس ، وعائشة . وبه قال الزهرىّ ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والليث ، والثورىّ ، والحسن بن حُيَىّ . لما رُوى عن عائشة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ اعْتِكَافَ إلَّا بِصَوْمٍ » رواه الدارقطنىّ . وعن ابن عمر : « أنّ عُمَرَ جَعَلَ عَلَيْهِ أَنْ يَعْتَكِفَ فى الْجَاهِلِيَّةِ ، فسأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال : اعْتَكِفْ وَصُمْ » رواه أبو داود . ولأنه لُبْثٌ فى مكان مخصوص ، فلم يكن بمجرّده قُرْبةً كالوقوف .

ولنا : ماروى ابن عمر عن عمر أنه قال : « يارسول الله ، إنِّى نَذَرْتُ فى الجاهلية أَنْ أَعْتَكِفَ لَيْلَةً فى الْمَسْجِدِ الْحَرامِ . فقال النبىّ ﷺ : أَوْفِ بِنَذْرِكَ » رواه البخارىّ ، ولو كان الصوم شرطاً لما صحّ اعتكاف الليل . لأنه لاصيام فيه . ولأنه عبادة تصحّ فى الليل ، فلم يُشترط له الصيام كالصلاة . ولأنه عبادة تصح فى الليل ، فأشبه سائر العبادات . ولأن إيجاب الصوم حكم لا يثبُت إلا بالشرع ، ولم يصحّ فيه نصّ ، ولا إجماع .

قال سعيد : حدّثنا عبد العزيز بن محمد ، عن أبى سُهَيْل قال « كَانَ عَلى امْرَأَةٍ مِنْ أَهْلِي اعْتِكَافٌ ، فَسَأَلْتُ عُمَر بن عَبْد العَزِيزِ . فقال : لَيْسَ عَلَيْهَا صِيَامٌ إلاَّ أَنْ تَجْعَلَهُ على نَفْسِها . فقال الزهرىّ : لا اعتكافَ إلا بصَوْمٍ فقال له عمر : عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ؟ قال : لا . قال : فمن أبى بكر ؟ قال : لا . قال : فعن عمر ؟ قال : لا . قال : وأظنه قال : فمن عثمان ؟ قال : لا . فخرجت من عنده فلقيت عطاء ، وطاوساً ، فسألتهما ، فقال طاوس : كان فلان لا يرى عليها صياماً ، إلا أن تجعله على نفسها » . وأحاديثهم لاتصحّ . أما حديثهم عن عمر فتفرّد به ابن بُدَيل . وهو ضعيف . قال أبو بكر النَّيْسابورىّ : هذا حديث مُنكَر . والصحيح : مارويناه ، أخرجه البخارىّ ، والنسائىّ ، وغيرهما . وحديث عائشة موقوف عليها ، ومن رفعه فقد وَهِمَ ، ولو صحّ فالمراد به الاستحباب ، فإن الصوم فيه أفضلُ . وقياسُهم ينقلب عليهم ، فإنه لبث فى مكان مخصوص . فلم يشترط له الصوم ، كالوقوف ، ثم نقول بموجبه . فإنه لايكون قُرْبةً بمجرّده ، بل بالنية . إذا ثبت هذا : فإنه يُستحبُّ أن يصوم ، لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم كان يعتكفُ ، وهو صائم . ولأن المعتكف يُستحبّ له التشاغُل بالعبادات ، والقُرَب ، والصومُ من أفضلها : ويتفرّغ به ممّا يشغله عن العبادات ، ويخرُج به من الخلاف .

٢١٤٩ فصـــــل

إذا قلنا : إن الصوم شرط ، لم يصحّ اعتـكاف ليلةٍ مُفرَدَةٍ ، ولا بعضِ يوم ، ولا ليلة ، وبعضِ يوم . لأنَ الصوم المشترط لا يصح فى أقـل من يوم . ويحتمـل أن يصحّ فى بعض اليوم إذا صـام اليوم كلّه . لأن الصوم المشروط وُجِد فى زمن الاعتكاف ، ولا يُعتبر وجُود المشروط فى زمن الشرط كلّه .

٢١٥٠ « مسألة » قال ﴿ ولايجوز الاعتكاف إلا فى مسجد يُجَمَّع فيه ﴾ .

يعنى تقامُ الجماعة فيه . وإنّما اشترط ذلك ، لأن الجماعة واجبةٌ ، واعتكاف الرجل فى مسجد لاتقام فيه الجماعـة يُفْضِى إلى أحد أمرين : إما ترك الجماعة الواجبة ، وإما خروجه إليهـا ، فيتـكرّر ذلك منه كثيراً ، مع إمكان التحرّز منه ، وذلك مُنافٍ للاعتكاف . إذ هو لزوم المعتكَف ، والإقامةُ على طاعةِ الله فيه . ولايَصحّ الاعتكاف فى غير مسجد ، إذا كان المعتكِف رجلا ، لا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافاً . والأصل فى ذلك : قول الله تعالى (٢ : ١٨٧ وَلاَ تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ) فخصّها بذلك . فلو صحّ الاعتكاف فى غيرها لم يختصّ تحريم المباشرة فيها . فإن المباشرةَ محرّمة فى الاعتكاف مُطلقاً . وفى حديث عائشة قالت : « إنْ كَانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم لَيُدْخِلُ عَلَيَّ رَأْسَهُ وَهُوَ فِي الْمَسْجِدِ فَأُرَجِّلُهُ ، وَكَانَ لاَيَدْخُلُ الْبَيْتَ إلاَّ لِحَاجَةٍ إِذَا كَانَ مُعْتَكِفاً » . وروى الدارقطنىّ بإسناده ، عن الزهرىّ ، عن عُروة ، وسعيد بن المسيّب ، عن عائشة ، فى حديث « وَأَنّ السنّةَ لِلْمُعْتَكِفِ أَنْ لاَ يَخْرُجَ إِلاَّ لِحَاجَةِ الإِنْسَانِ ، وَلاَ اعْتِكَافَ إِلاَّ فِي مَسْجِدِ جَمَاعَةٍ » . فذهب أبو عبد الله إلى أن كل مسجد تُقـام فيه الجمـاعة يجوز الاعتـكاف فيه ، ولا يجوز فى غيره . ورُوى عن حُذَيفة ، وعائشة ، والزهرىّ مايدلّ على هذا . واعتـكف أبو قِلاَبَةَ ، وسعيدُ بن جُبَيْر فى مسجد حَيِّهما . ورُوى عن عائشةَ ، والزهرىّ : أنه لايصحّ إلا فى مساجد الجمـاعات . وهو قول الشـافعىّ ، إذا كان اعتكافهُ يتخلّله جُمعة ، لئلاّ يلتزم الخروج من مُعتَكَفه ، لما يمكنه التحرّز من الخروج إليه . ورُوى عن حذيفة ، وسعيد بن المسيّب : لايجوز الاعتكاف إلاّ فى مسجد نبى[1] . وحُكى عن حذيفة أن الاعتكاف لا يصح إلا فى أحد المساجد الثلاثة . قال سعيد : حدّثنا مغيرةُ عن إبراهيم . قال : « دَخَلَ حُذَيْفَةُ مَسْجِدَ

(١) كمسجد المدينة والحرم المكى والمسجد الأقصى لأن الذين بنوها أنبياء ، وهـذا رأى ضعيف ، والصحيح أنه يجوز الاعتكاف فى كل مسجد ، تقام فيه الجماعة ، ورأيهم هذا يضيق واسعاً ، ويحمل الناس من المشقات ماهم فى غنى عنه .

الـكُوفَةِ . فَإِذَا هُوَ بِأَبْنِيَةٍ مَضْرُوبَةٍ ، فسأَلَ عَنها فقيل : قَومٌ مُعْتَـكِفُونَ فانطلق إلى ابن مسعود . فقال : ألا تَعْجَبُ من قومٍ يَزْعُمون أَنَّهم مُعْتَـكِفُونَ بَيْنَ دَارِكَ ودَارِ الأشعرىّ ؟ فقال عبدُ الله : فلعلَّهم أصابوا وأخطـأت ، وحفظُوا ونَسِيتَ ، فقـال حُذَيْفَةُ : لقد علمتُ ما الاعتـكاف إلاَّ فى ثلاثة مساجدَ : المسجد الحرام ، والمسجدِ الأقصى ، ومسجدِ رسول الله صلى الله عليه وسلم» وقال مالك : يصحّ الاعتـكاف فى كلِّ مسجد ، لعموم قوله تعـالى (٢ : ١٨٧ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِى الْمَسَاجِدِ) وهو قول الشافعىّ ، إذا لم يـكن اعتكافه يتخلَّله جُمعة .

ولنا : قول عائشة : « مِنَ السنّةِ لِلْمُعْتَـكِفِ أَنْ لا يَخْرُجَ إلّا لحاجةِ الإنسانِ ، ولا اعتـكاف إلّا فى مَسْجِدِ جماعةٍ » وقد قيل : إن هذا من قول الزهرىّ . وهو ينصرف إلى سنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم كيفما كان . ورَوى سعيد : حـدّثنا هُشَيْم ، أنبأنا جَرِيرٌ ، عن الضحّاك ، عن حـذيفة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «كلُّ مسجدٍ له إمامٌ ومؤذِّنٌ فالاعتكاف فيه يصلُحُ » ولأنّ قوله تعالى: (وأنتمْ عاكفونَ فى المساجدِ) يقتضى إباحة الاعتـكاف فى كلّ مسجد ، إلّا أنه يقيَّد بما تقامُ فيه الجماعة بالأخبار ، والمعنى الذى ذكرناه ففيما عداه يبقى على العموم . وقول الشافعىّ فى اشتراطه موضعاً تُقام فيه الجمعة ، لا يصحّ للأخبار . ولأنّ الجمعـة لا تتـكرّر ، فلا يضرّ وجوب الخروج إليهـا ، كما لو اعتـكفت المرأة مُدّةً يتخلّلها أيامُ حيضها . ولو كانـ الجامعُ تقام فيه الجمعة وحدَها ، ولا يُصلّى فيه غـيرُها لم يجُز الاعتـكافُ فيه ويصحّ عند مالك ، والشافعىّ .

ومبنى الخلاف : على أن الجماعة واجبةٌ عندنا . فيلتزم الخروج من مُعْتَـكَفِه إليها ، فيفسُد اعتكافُه . وعندهم ليست واجبةً .

٢١٥١ فصـــــل

وإن كان اعتكافه مدّة غـير وقت الصلاة كليْـلةٍ ، أو بعض يوم جاز فى كل مسجد ، لعدم المانع . وإن كانت تقامُ فيه فى بعض الزمان جاز الاعتكافُ فيه فى ذلك الزمان دون غيره . وإن كان المعتـكِفُ ممّن لا تلزمه الجماعة ، كالمريض ، والمعذور ، ومن هو فى قَرْيَةٍ لا يُصَلَّى فيها سواه . جاز اعتكافُه فى كلّ مسجد . لأنّه لا تلزمه الجماعة ، فأشبه المرأة . وإن اعتـكف اثنان فى مسجد لا تُقام فيـه جماعة ، فأقاما الجماعة فيه صحّ اعتكافهما ، لأنهما أقاما الجماعة ، فأشبه ما لو أقامها فيه غيرُها .

٢١٥٢ فصـــــل

وللمرأة أن تعتـكف فى كلّ مسجد . ولا يُشترط إقامة الجماعة فيه ، لأنها غيرُ واجبةٍ عليها . وبهذا قال الشافعىّ : وليس لهـا الاعتكافُ فى بيتها . وقال أبو حنيفة والثورىّ : لهـا الاعتـكاف فى مسجد

بيتها . وهو المكان الذى جعلته للصلاة منه ، واعتكافها فيه أفضلُ ، لأن صلاتها فيه أفضلُ وحُكى عن أبى حنيفة : أنها لا يصحّ اعتكافها فى مسجد الجماعة ، لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم ترك الاعتكاف فى المسجد ، لمّا رأى أبنية أزواجه فيه ، وقال « البِرَّ تُرِدْنَ ؟ » ولأنّ مسجد بيتها موضعُ فضيلةِ صلاتها ، فكان موضعَ اعتكافها ، كالمسجد فى حقّ الرجل .

ولنا : قوله تعالى (وَأَنتُمْ عَاكِفُونَ فِى المَسَاجِدِ) والمراد به المواضعُ التى بنيت للصلاة فيها ، وموضع صلاتها فى بيتها ليس بمسجد . لأنه لم يُبنَ للصلاة فيه ، وإن سُمّىَ مسجداً كان مجازاً ، فلا يثبُت له أحكام المساجد الحقيقية . كقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « جُعلت لِىَ الأرضُ مسجداً » . ولأنّ أزواج النبى صلى الله عليه وسلم استأذنّه فى الاعتكاف فى المسجد ، فأذِن لهنّ . ولو لم يكن موضعاً لاعتكافهنّ لَمَا أذِن فيه . ولو كان الاعتكافُ فى غيره أفضل لدلّهُنّ عليه ، ونبّهَهُنّ عليه . ولأن الاعتكاف قُربَةٌ يشترط لها المسجد فى حق الرجل ، فيُشترط فى حقّ المرأة كالطواف . وحديث عائشة حُجّة لنا لما ذكرنا ، وإنما كُرِهَ اعتكافهنّ فى تلك الحال ، حيث كثرت أبنيتُهنّ . لِمَا رأى من منافستِهنّ ، فكرهه منهنّ خشيةَ عليهنّ من فساد نيّتهن ، وسوء المقصد به ، ولذلك قال : « البِرَّ تُرِدْنَ ؟ ! » مُنكراً لذلك ، أى لم تفعلن ذلك تبرّراً . ولذلك ترك الاعتكاف ، لظنه أنهن يتنافسْنَ فى السكون معه ، ولو كان المعنى الذى ذكروه لأمرهن بالاعتكاف فى بيوتهنّ . ولم يأذن لهنّ فى المسجد . وأما الصلاة ، فلا يصحّ اعتبار الاعتكاف بها ، فإنّ صلاة الرجل فى بيته أفضل ، ولا يصحّ اعتكافه فيه .

٢١٥٣ فصـــل

ومن سقطت عنه الجماعة من الرجال كالمريض إذا أحبّ أن يعتكف فى مسجدٍ لاتقامُ فيه الجماعة ، ينبغى أن يجوز له ذلك ، لأنّ الجماعة ساقطةٌ عنه ، فأشبه المرأة . ويحتمل أن لا يجوز له ذلك . لأنه من أهل الجماعة ، فأشبه من تجب عليه . ولأنه إذا التزم الاعتكاف وكلّفه نفسه ، فينبغى أن يجعله فى مكان تُصلّى فيه الجماعة . ولأن من التزم مالا يلزمه لايصحّ بدون شروطه ، كالمتطوّع بالصوم والصلاة .

٢١٥٤ فصـــل

وإذا اعتكفت المرأة فى المسجد استُحِبَ لها أن تستتر بشىء ، لأن أزواج النبىّ صلى الله عليه وسلم لمّا أرَدْنَ الاعتكاف أَمَرْنَ بأبنيتهنّ ، فضُرِبْنَ فى المسجد . ولأن المسجد يحضره الرجال ، وخير لهم وللنساء أن لا يَرَوْنَهُنَّ ، ولا يَرَيْنَهُمْ ، وإذا ضَربتْ بناء جعلتْهُ فى مكانٍ لا يُصلِّى فيه الرجال ، لئلاّ تقطعَ صفوفهم ، ويَضيقَ عليهم ، ولا بأس أن يستتر الرجل أيضاً . فإنّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم أمر ببنائه فضُرِبَ ، ولأنه أسترُ له ، وأخفَى لعمله : وروى ابن ماجه عن أبى سعيد « أنّ رسول الله صلى الله

عليه وسلم اعتـكف فى قُبَّةٍ تركيّة على سُدّتها (١) قِطْعَةُ حَصِير ، قال : فأخـذَ الحَصِيرَ بِيَدِه . فنحّاها فى نَاحِيَةِ القِبْلَةِ ، ثمّ أَطْلَعَ رَأْسَه ، فـكلّم النّاسَ » والله أعلم .

٢١٥٥ « مسألة » قال ﴿ ولا يخرُج منه إلا لحاجة الإنسان ، أو صلاة الجمعة ﴾.

وجملة ذلك : أن المعتـكف ليس له الخروج من معتكفه إلّا لمـا لابدّ له منه . قالت عائشة رضى الله عنها : « السنَّةُ لِلْمُعتكف أنْ لا يَخْرُجَ إلّا لِمَا لابُدَّ له منهُ » رواه أبو داود . وقالت أيضاً كانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اعْتَـكَفَ يُدْنِي إلَيَّ رَأْسَهُ فَأُرَجِّـلُهُ ، وكان لايدخـلُ البيتَ إلّا لحاجةِ الإنسانِ » متفق عليـه ، ولا خلاف فى أن له الخروجَ لمـا لابدّ له منه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للمعتـكف أن يخرج من معتـكَفِهِ للغائط ، والبول . ولأنّ هـذا مما لابدّ منه ، ولا يمـكن فعله فى المسجد . فلو بطل الاعتـكاف بخروجه إليه ، لم يصحّ لأحـدٍ الاعتـكافُ . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يعتكف ، وقد علمنا أنه كان يخرُج لقضاء حاجته ، والمراد بحاجة الإنسان البولُ والغائطُ ، كُنِيَ بذلك عنهما . لأن كلّ إنسان يحتاج إلى فعلهما ، وفى معناه الحاجـةُ إلى المأكول ، والمشروب ، إذا لم يكن له من يأتيه به، فله الخروج إليه إذا احتاج إليه . وإن بَغَتَهُ القَيْءُ فله أن يخرج ليتقيّأ خارجَ المسجد وكلّ مالابد له منه ، ولا يمكن فعله فى المسجد فله الخروج إليه ، ولا يفسُد اعتكافه وهو عليه مالم يطُلْ ، وكذلك له الخروج إلى ما أوجبه الله تعالى عليه ، مثلُ من يعتـكف فى مسجد لا جُمعة فيه ، فيحتاجُ إلى خروجه ليُصَلِّيَ الجمعةَ ، ويلزمه السعى إليها فله الخروج إليها . ولا يَبْطُل اعتكافه . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعيّ : لا يعتـكف فى غـير الجامع إذا كان اعتـكافه يتخلّله جمعـة . فإن نذر اعتكافاً مُتتابعاً ، فخرج منه لصـلاة الجمعة ، بطل اعتكافُه . وعليـه الاستئناف ، لأنه أمـكنه فرضُه بحيث لا يخرج منـه . فبطل بالخروج ، كالمُـكَفِّرِ إذا ابتدأ صومَ الشهرين المتتابعين فى شعبان ، أو ذى الحِجّة .

ولنا : أنه خرج لواجب فلم يبطل اعتكافُه ، كالمعتدّة تَخرج لقضاء العِدّة ، وكالخارج لإنقـاذ غريق ، أو إطفاء حريق ، أو أداء شهادةٍ تعيّنت عليـه . ولأنّه إذا نذر أيّاماً فيها جمعةٌ ، فـكأنّه استثنى الجمعةَ بلفظه ، ثم تبطُل بما إذا نَذَرَتِ المرأةُ أيّاماً فيها عادةُ حيضها ، فإنّه يصحّ مع إمكان فرضها فى غيرها . والأصلُ غير مُسَلّم .

إذا ثبت هذا : فإنّه إذا خرج لواجبٍ فهو على اعتكافه مالم يَطُل . لأنه خروج لما لابدّ له منه ، أشبه الخروج لحاجةِ الإنسان ، فإن كان خروجه لصلاةِ الجمعةِ فله أن يتعجّل . قال أحمد : أرجو أنّ له ذلك ، لأنه خروج جائز ، فجـاز تعجيلُه ، كالخروج لحاجة الإنسان . وإذا صلّى الجمعة ، فإن أحبّ أن يعتـكفَ

---

(١) سدتها : بابها .

فى الجامع فله ذلك ، لأنه محلٌّ للاعتكاف ، والمكان لا يتعيَّن للاعتكاف بنَذْرِه ، وتعيينه ، فمع عدم ذلك أولى . وكذلك إن دخل فى طريقه مسجداً فأتمَّ اعتكافه فيه جاز لذلك . وإن أحبَّ الرجوع إلى مُعتكَفِه فله ذلك ، لأنه خرج من معتكَفِه فكان له الرجوع إليه كما لو خرج إلى غير الجمعة . قال بعضُ أصحابنا : يُستحبّ له الإسراع إلى مُعتكَفه وقال أبو داود : قلت لأحمد : يركع ، أعنى المعتكف يوم الجمعة بعد الصلاة فى المسجد ؟ قال : نعم ، بقدر ما كان يركع . ويحتمل أن يكون الخِيَرَةُ إليه فى تعجيل الرجوع ، وتأخيره . لأنه فى مكان يصلُح للاعتكاف ، فأشبه مالو نوى الاعتكاف فيه . فأما إن خرج ابتداء إلى مسجد آخر ، أو إلى الجامع من غير حاجةٍ ، أو كان المسجدُ أبعدَ من موضع حاجته فمضى إليه لم يجُز له ذلك ، لأنه خروج لغير حاجةٍ ، أشبه مالو خرج إلى غير المسجد . فإن كان المسجدان مُتلاصقَيْن يخرج من أحدهما فيصيرُ فى الآخر فله الانتقال من أحدهما إلى الآخرِ ، لأنهما كمسجد واحد ، ينتقل من إحدى زاويتَيْهِ إلى الأخرى ، وإن كان يمشى بينهما فى غيرهما ، لم يجُز له الخروج ، وإن قَرُب لأنه خروج من المسجد لغير حاجة واجبة .

٢١٥٦ فصــــل

وإذا خرج لما لا بدّ منه فليس عليه أن يستعجل فى مَشْيِه ، بل يمشى على عادته ، لأن عليه مشقّةً فى إلزامه غيرَ ذلك ، وليس له الإقامة بعدَ قضاء حاجته لأكل ولا لغيره . وقال أبو عبد الله بن حامد : يجوز أن يأكل اليسير فى بيته ، كاللقمة ، واللقمتين . فأما جميع أكله فلا . وقال القاضى : يتوجّه أن له الأكلَ فى بيته ، والخروجَ إليه ابتداء ، لأن الأكل فى المسجد دناءةٌ ، وتركٌ للمروءة . وقد يُخفى جنسَ قُوتِه عن الناس ، وقد يكون فى المسجد غيرُه فيستحِى أن يأكلَ دونه ، وإن أطعمه معه لم يكفهما .

ولنا : أن النبىّ ﷺ كان لا يدخل البيتَ إلا لحاجةِ الإنسان ، وهذا كناية عن الحدث . ولأنه خروج لما له منه بدّ ، أو لُبْثٌ فى غير معتكَفِه لما له منه بدّ ، فأبطل الاعتكاف كمحادثة أهله وما ذكره القاضى ليس بعذر يبيح الإقامة ، ولا الخروج ، ولو ساغ ذلك لساغ الخروج للنوم وأشباهه .

٢١٥٧ فصــــل

وإن خرج لحاجة الإنسان ، وبقُرْب المسجد سِقَايَةٌ أقرَبُ من منزله ، لا يَحْتَشِمُ من دخولها ، ويمكنه التنظّف فيها لم يكن له المضىُّ إلى منزله ، لأن له من ذلك بدّ . وإن كان يحتشم من دخولها أو فيه نقيصةٌ عليه ، أو مخالفةٌ لعادته ، أو لا يمكنه التنظّف فيها ، فله أن يمضىَ إلى منزله ، لما عليه من المشقّة فى ترك المروءة . وكذلك إن كان له منزلان أحدهما أقرب من الآخر يمكنُه الوضوء فى الأقرب بلا ضَرَرٍ ، فليس له المضىُّ إلى الأبعد . وإن بذل له صديقهُ أو غيرُه الوضوء فى منزله القريب لم يلزمه ، لما عليه من المشقّة بترك المروءة ، والاحتشام من صاحبه . قال المروزىّ : سألت أبا عبد الله عن الاعتكاف فى المسجد الكبير

أعجب إليك أومسجد الحيّ؟قال : المسجدُ الكبير ، وأرْخَص لى أن أعتكف فى غيره ، قلت : فأين ترى أن أعتكف : فى هذا الجانب ، أو فى ذاك الجانب ؟ قال : فى ذاك الجانب ، هو أصلح من أجل السّقاية قلت : فمن اعتكف فى هذا الجانب . ترى أن يخرُج إلى الشطّ يتهيّأ ؟ قال : إذا كان له حاجة لا بدّ له من ذلك . قلت : يتوضّأ الرجُل فى المسجد ؟ قال : لا يُعجبنى أن يتوضّأ فى المسجد .

٢١٥٨ فصـــل

إذا خرج لما له منه بدّ بطل اعتكافُه وإن قلّ . وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ . وقال أبو يوسف . ومحمد بن الحسن : لا يفسُد حتى يكون أكثر من نصف يوم لأن اليسير معفوّ عنه ، بدليل أن صفيّة « أتَتِ النبيَّ صلى الله عليه وسلم تَزُورُهُ فى مُعْتَكَفِه . فلمَّا قَامَتْ لِتَنْقَلِبَ[1] خَرَجَ مَعَهَا لِيَقْلِبَهَا » ولأن اليسير معفوّ عنه ، بدليل ما لو تأنّى فى مشيه .

ولنا : أنه خروج من معتكَفِه لغير حاجة فأبطله ، كما لو أقام أكثرَ من نصف يوم . أما خروج النبيِّ صلّى الله عليه وسلم فيحتمِلُ أنّه لم يكن له بدّ . لأنه كان ليلاً ، فلم يأمن عليها ، ويحتملُ أنه فعل ذلك لكون اعتكافه تطوُّعاً له تركُ جميعه ، فكان له تركُ بعضه . ولذلك تركه لمّا أراد نساؤه الاعتكاف معه . وأما المشيُ فتختلف فيه طباعُ الناس ، وعليه فى تغيير مشيه مشقّةٌ ، ولا كذلك ههنا ، فإنه لا حاجة به إلى الخروج .

٢١٥٩ « مسألة » قال : ﴿ ولا يعود مريضاً : ولا يشهد جنازة إلا أن يشترط ذلك ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٢١٦٠ ﴿أحدهما﴾ فى الخروج لعيادة المريض ، وشهود الجنازة مع عدم الاشتراط . واختلفت الرواية عن أحمد فى ذلك فرُوى عنه : ليس له فعلُه . وهو قول عطاء ، وعُروة ، ومجاهد ، والزهرىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ورَوى عنه الأثرم ، ومحمد بن الحكَم : أنّ له أن يعود المريض ، ويشهد الجنازة ، ويعودَ إلى مُعتكفِه . وهو قول علىّ رضى الله عنه . وبه قال سعيد بن جُبَيْر والنخعىّ ، والحسن . لما رَوى عاصم بن ضَمْرة ، عن علىّ قال : « إذا اعتكفَ الرّجلُ فليشهَدِ الجمعةَ وليَعُدِ المريضَ وليَحْضُرِ الجنازة ، وليأتِ أهلهُ : وليأمرهم بالحاجة وهو قائمٌ » رواه الإمام أحمد ، والأثرم . وقال أحمد : عاصم بن ضَمْرةَ عندى حُجّة . قال أحمد : يشهد الجنازة ، ويعود المريض ، ولا يجلس ، ويقضى الحاجة ، ويعودُ إلى مُعتكَفِه .

---

(١) تنقلب : ترجع وتعود إلى بيتها ، ومعنى ليقلبها : ليعيدها .

﴿ وجه الأول ﴾ مارُوى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اعتكف لايدخلُ البيتَ إلا لحاجةِ الإنسانِ » متفق عليه . وعنها رضىالله عنها أنها قالت : السُّنَّةُ على المعتكفِ أنْ لايَعُودَ مَرِيضاً ، ولا يشْهَدَ جنازةً ، ولا يمسّ امرأةً ولا يُباشرها . ولا يخرجَ لحاجةٍ إلا لما لابدّ منهُ » وعنها قالت : « كان النبىُّ صلى الله عليه وسلم يمُرُّ بالمريضِ وهو مُعتكفٌ ، فيَمُرُّ كما هو فلايُعَرِّجُ يسألُ عنهُ » رواهما أبو داود . ولأن هذا ليس بواجب ، فلا يجوز ترك الاعتكاف الواجب من أجله ، كالمشى مع أخيه فى حاجة ليقضيها له . وإن تعيّنت عليه صلاة الجنازة ، وأمكنهُ فعلها فى المسجد لم يجُز الخروج إليها ، فإن لم يمكنه ذلك فله الخروج إليهـا . وإن تعيَّن عليه دفنُ الميِّت ، أو تغسيله ، جاز أن يخرج له . لأن هذا واجب متعين فيقدم على الاعتكاف ، كصلاة الجمعة فأمّا إن كان الاعتكاف تطوّعاً . وأحبّ الخروج منه لعيادة مريض ، أو شهود جنازة جاز . لأنّ كلّ واحد منهما تطوّع . فلا يتحتّم واحد منهما ، ولكن الأفضلُ المُقامُ على اعتكافه ، لأن النبىّ ﷺ لم يكن يُعرّج على المريض ، ولم يكن واجباً عليه فأما إن خرج لما لابدّ منه ، فسأل عن المريض فى طريقه ، ولم يعرّج جاز . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم فعل ذلك .

٢١٦١ ﴿ الفصل الثانى ﴾ إذا اشترط فعلَ ذلك فى اعتكافه فله فعلُه واجباً كان الاعتكاف أو غيرَ واجب . وكذلك ما كان قُرْبةً كزيارة أهله ، أو رجُلٍ صالح ، أو عالمٍ ، أو شهود جنازة . وكذلك ما كان مُباحاً مما يحتاج إليه كالعشاء فى منزله والمبيت فيه فله فعله . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن المُعتكِف يَشْترِطُ أن يأكل فى أهله ، فقال : إذا اشترط فنعم ، قيل له : وتجيز الشرط فى الاعتكاف ؟ قال : نعم ، قلت له : فيبيت فى أهله ؟ قال : إذا كان تطوعاً جاز . وممن أجاز أن يشترط العَشاء فى أهله . الحسنُ ، والعلاء بن زياد ، والنخَعىّ ، وقَتادة . ومنع منه أبو مِجْلز ، ومالك ، والأوزاعىّ . قال مالك : لا يكون فى الاعتكاف شرط .

ولنا : أنه يجب بعقده . فكان الشرط إليه فيه كالوقف . ولأن الاعتكاف لايختصّ بقدر ، فإذا شرط الخروج فكأنّه نذر القدرَ الذى أقامه ، وإن قال : متى مرضتُ ، أو عرض لى عارضٌ ، خرجتُ ، جاز شرطه

٢١٦٢ فصل

وإن شرط الوطء فى اعتكافه ، أو الفُرْجَةَ أو النُّزهـةَ ، أو البَيْع للتجارة ، أو التكسّب بالصناعة فى المسجد ، لم يجُز . لأن الله تعالى قال : (وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِى الْمَسَاجِدِ) فاشتراط ذلك اشتراطٌ لمعصية الله تعالى . والصناعة فى المسجد منهىّ عنها فى غير الاعتكاف ، ففى الاعتكاف أولى . وسائر ما ذكرناه يُشبه ذلك ، ولاحاجة إليه . فإن احتاج إليه فلا يَعتكف . لأن ترك الاعتكاف أولى من فعل المنهىّ عنه . قال أبو طالب : سألتُ أحمد عن المعتكِف يعمل عمَله من الخياط وغيره ؟ قال :

مايُعجبنى أن يعمَل . قلت : إن كان يحتاج ، قال : إن كان يحتاج لا يعتــكف .

٢١٦٣ فصـــل

إذا خرج لما له منه بدّ عامداً بطل اعتكافه ، إلاّ أن يكون اشترط . وإن خرج ناسياً فقال القاضى : لايفسُد اعتكافه . لأنّه فعل المنهىّ عنه ناسـياً ، فلم تفسد العبادة كالأكل فى الصوم . وقال ابن عقيل : يفسُد ، لأنه ترك للاعتكاف ، وهو لزوم المسجد ، وترك الشىء عمدُه وسهوُه سواء ، كترك النيَّة فى الصوم . فإن أخرج بعض جسده لم يفسُد اعتكافُه ، عمداً كان أو سهواً لأن النبى صلى الله عليه وسلم «كَانَ يخْرِجُ رَأْسَه مِنَ المَسْجِدِ ، وَهُوَ مُعْتَكِفٌ إِلَى عَائِشَةَ ، فَتَغْسِلُه وَهِىَ حَائِضٌ » متفق عليه .

٢١٦٤ فصـــل

ويجوز للمعتـكف صعود سطح المسجد . لأنه من جملته . ولهذا يُمنع الجنُب من اللُبث فيـه . وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ . ولانعلم فيـه مخالفاً . ويجوز أن يبيت فيه . وظاهر كلام الخِرَقىّ : أن رَحْبَةَ(١) المسجد لَيْسَت منه . وليس للمعتـكف الخروج إليها ، لقوله فى الحائض : يُضرب لهـا خِباء فى الرَّحَبَةِ . والحائضُ ممنوعة من المسجد . وقد رُوى عن أحمد مايدلّ على هذا . ورَوى عنه المروزىّ : أن المعتـكف يخرج إلى رَحَبةِ المسجد هى من المسجد . قال القاضى : إن كان عليهـا حائط وباب فهى كالمسجد ، لأنها معه ، وتابعة له . وإن لم تكن محُوطةً لم يثبت لها حكم المسجد . فـكأنّه جمع بين الروايتين وحملهما على اختلاف الحالين . فإن خرج إلى منارةٍ خارج المسجد للأذان بطل اعتكافُه . قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يبطُل . لأنَّ منارة المسجد كالمتّصلة به .

٢١٦٥ «مسألة» قال ﴿ومن وطىء فقد أفسد اعتكافه ، ولا قضاء عليه ، إلا أن يكون واجباً﴾ .

وجملة ذلك : أن الوطء فى الاعتكاف محرّم بالإجماع . والأصل فيـه قول الله تعـالى : (وَلاَ تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِى المَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَقْرَبُوهَا) . فإن وطىء فى الفرج متعمِّداً أفسد اعتكافه بإجماع أهل العلم . حكاه ابن المنذر عنهم . ولأن الوطء إذا حُرم فى العبادة أفسدها ، كالحجّ والصوم . وإن كان ناسياً ، فـكذلك عنـد إمامنا ، وأبى حنيفـة ، ومالك . وقال الشافعىّ : لا يُفسد اعتكافه . لأنها مباشرة لا تُفسد الصوم ، فلم تُفسد الاعتكاف : كالمباشرة فيما دون الفرج .

ولنـا : أن ماحرم فى الاعتكاف استوى عمدُه وسهوُه فى إفساده ، كالخروج من المسجد . ولا يُسلّم أنها لا تُفسد الصومَ . ولأن المباشرة دون الفرج لا تُفسِدُ الاعتكاف إلاّ إذا اقترن بها الإنزال .

---

(١) رحبة المسجد : فناؤه بكسر الفاء (أى الحوش) أو الساحة التى أمام المسجد ، وهى « رحبة » بفتح الراء مع فتح الحاء ، وسكونها .

إذا ثبت هذا : فلا كفَّارة بالوطء فى ظاهر المذهب ، وهو ظاهر كلام الخِرَقى ، وقول عطاء ، والنخعىّ ، وأهل المدينة ، ومالك ، وأهل العراق ، والثورىّ ، وأهل الشام ، والأوزاعىّ . ونقل حنبل عن أحمد : أن عليه كفَّارةً ، وهو قول الحسن ، والزهرىّ ، واختيار القاضى ، لأنه عبادة يُفسدها الوطء لعينه . فوجبت الكفَّارة بالوطء فيها ، كالحجّ وصوم رمضان .

ولنا : أنها عبادة لاتجب بأصل الشرع ، فلم تجب بإفسادها كفَّارة ، كالنوافل . ولأنها عبادة لايدخُل المال فى جُبْرانها . فلم تجب الكفَّارة بإفسادها ، كالصلاة . ولأن وجوب الكفارة إنما يثبتُ بالشرع . ولم يرد الشرع بإيجابها . فتبقى على الأصل . وما ذكروه ينتقض بالصلاة ، وصوم غير رمضان . والقياس على الحجّ لايصحّ ، لأنه مباين لسائر العبادات . ولهذا يَمضى فى فاسده ، ويَلْزَمُ بالشروع فيه . ويجب بالوطء فيه بَدَنَةٌ[1] بخلاف غيره ولأنه لو وجبت الكفَّارة ههنا بالقياس عليه ، للزم أن يكون بَدَنَةً . لأن الحكم فى الفرع يثبتُ على صفة الحكم فى الأصل ، إذ كان القياس : إنما هو توسعةُ مجرى الحكم ، فيصيرُ النصّ الوارد فى الأصل وارداً فى الفرع ، فيثبتُ فيه الحكم الثابت فى الأصل بعينه . وأما القياسُ على الصوم فهو دالّ على نفى الكفَّارة . لأن الصوم كلّه لايجب بالوطء فيه كفَّارة ، سوى رمضان والاعتكاف أشبهُ بغير رمضان . لأنه نافلة لايجب إلا بالنذر ، ثم لايصحّ قياسه على رمضان أيضاً . لأن الوطء فيه إنما أوجب الكفَّارة لحُرمة الزمان . ولذلك يجب على كلّ من لزمه الإمساك ، وإن لم يُفسِد به صوماً .

واختلف موجبو الكفَّارة فيها . فقال القاضى : يجب كفَّارة الظهار . وهو قول الحسن ، والزهرىّ وظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل ، فإنَّه رَوى عن الزهرىّ : أنه قال : من أصاب[2] فى اعتكافه فهو كهيئة المُظاهِر . ثم قال أبو عبد الله : إذا كان نهاراً وجبت عليه الكفَّارة ، ويحتمل أن أبا عبد الله إنَّما أوجب عليه الكفَّارة إذا فعل ذلك فى رمضان ، لأنه اعتبر ذلك فى النهار لأجل الصوم ، ولو كان لمجرّد الاعتكاف لما اختصّ الوجوب بالنهار ، كما لم يختصّ الفسادُ به . وحُكى عن أبى بكر أن عليه كفَّارةَ يمين ، ولم أر هذا عن أبى بكر فى كتاب الشافى ، ولعل أبا بكر إنما أوجب عليه كفَّارة فى موضع تضمَّن الإفساد والإخلال بالنذر ، فوجبت لمخالفة نذره ، وهى كفَّارة يمين ؛ فأمَّا فى غير ذلك فلا ؛ لأن الكفارة إنما تجب بنصّ ، أو إجماع ، أو قياس ، وليس هاهنا نصّ ، ولا إجماع ، ولا قياس ، فإن نظير

(١) البدنة بفتح الباء والدال : الناقة الكبيرة تذبح جبراً للخلل الذى حدث فى الحج بسبب الوطء فيه .
(٢) أى أصاب امرأته .

الاعتـكاف الصوم ، ولا يجب بإفساده كفّارة ، إذا كان تطوّعاً[1] ، ولا منذوراً ، مالم يتضمّن الإخلال بنذره ؛ فيجب به كفّارة يمين ، كذلك هذا .

٢١٦٦ فصـــل

فأما المباشرة دون الفرج . فإن كانت لغير شهوة فلا بأس بهـا ، مثل أن تغسـل رأسه ، أو تَفْليه ، أو تُناوله شيئاً . لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « كَانَ يُدْنِي رَأْسَهُ إِلَى عَائِشَةَ وَهُوَ مُعْتَكِفٌ فَتُرَجِّلُهُ » وإن كانت عن شهوة فهي محرّمة . لقول الله تعالى : (وَلاَ تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ) ولقول عائشة : « السُّنَّةُ لِلْمُعْتَكِفِ أَنْ لاَ يَعُودَ مَرِيضاً ، وَلا يَشْهَدَ جَنَازَةً ، وَلا يَمَسّ امْرَأَةً ، وَلاَ يُبَاشِرَهَا » رواه أبو داود . ولأنه لايأمن إفضـاءها إلى إفساد الاعتـكاف ، وما أفضى إلى الحرام كان حراماً ، فإن فعل ، فأنزل فسَد اعتـكافهُ ، وإن لم يُنزل لم يفسُد . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ في أحـد قوليه . وقال في الآخر : يفسُد في الحالين ، وهو قول مالك . لأنهـا مباشرةٌ محرّمة ، فأفسدت الاعتـكاف ، كما لو أنزل .

ولنا : أنّها مباشرة لاتُفسد صوماً ولا حَجًّا . فلم تُفسد الاعتكاف ، كالمباشرة لغير شهوة ، وفارق التي أنزل بها ، لأنها تُفسد الصوم ، ولا كفّارة عليه ، إلا على رواية حنبل .

٢١٦٧ فصـــل

وإن ارتدّ فسـد اعتـكافه لقوله تعـالى (٣٩ : ٦٥ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ) . ولأنه خرج بالردّة عن كونه من أهل الاعتكاف ، وإن شرب ما أسكره ، فسد اعتـكافه لخروجه عن كونه من أهل المسجد .

٢١٦٨ فصـــل

وكل موضع فسد اعتـكافهُ فإن كان تطوّعاً فـلا قضـاء عليه . لأن التطوّع لايلزم بالشروع فيه ، في غير الحجّ والعُمرة ، وإن كان نذراً نظرنا . فإن كان نَذَرَ أياماً مُتتابعـةً فسد مامضى من اعتـكافه ، واستأنف . لأن التتابع وصف في الاعتـكاف ، وقد أمـكنه الوفاء به ، فلزمه . وإن كان نذر أياماً مُعيَّنة كالعشرة الأواخر من شهر رمضان ، ففيه وجهان :

(أحدهما) يَبْطُـل مامضى ويستأنفه ، لأنه نذر اعتـكافاً متتابعاً ، فبطل بالخروج منه ، كما لو قيّده بالتتابع بلفظه .

(١) هـكذا بالنسخ المطبوعة ، والمخطوطة ، والأولى أن يقال : إذا كان تطوعاً أو منذوراً الخ .

(والثانى) لايبطُل . لأن مامضى منه قد أدّى العبادة فيه أداء صحيحاً ، فلم يبطُل بتركها فى غيره ، كالو أفطر فى أثناء شهر رمضان . والتتابع ههنا حصل ضرورة التّعيين ، والتعيينُ مصرّح به . وإذا لم يكن بدّ من الإخلال بأحدهما ففيما حصل ضرورةً أولى . ولأن وجوب التتابع من حيثُ الوقتُ لامن حيثُ النذرُ فالخروج فى بعضه لايُبطل مامضى منه ، كصوم رمضان إذا أفطر فيه . فعلى هـذا : يقضى ماأفسد فيه فحَسْبُ ، وعليه الـكفّارة على الوجهين جميعاً ، لأنه تارك لبعض ماندره . وأصل الوجهين فيمن نذر صوماً معيَّناً ، فأفطر فى بعضه ، فإن فيه روايتين كالمذهبين اللذين ذكرناهما .

٢١٦٩ فصـــــل

إذا نذر اعتـكاف أيّام مُتتابعة بصوم ، فأفطر يوماً . أفسد تتابعه ، ووجب استئناف الاعتكاف ، لإخلاله بالإتيان بما نذره على صفته .

٢١٧٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا وقعت فتنة خاف منها تركَ اعتكافَه . فإذا أمِنَ بنى على مامضى ، إذا كان نَذَرَ أياماً معـلومةً ، وقضى ماترك ، وكفّر كفّـارةَ يمـين . وكذلك فى النفـير إذا احتيـج إليـه ﴾ .

وجملته : أنه إذا وقعت فتنة خاف منها على نفسه إن قعد فى المسجد أو على ماله نهباً ، أو حَريقاً فله تركُ الاعتـكاف ، والخروج . لأنّ هـذا مما أباح الله تعالى لأجله ترك الواجب بأصل الشرع ، وهو الجمعة والجماعة ، فأولى أن يُباح لأجله ترك ماأوجبه على نفسه . وكذلك إن تعذّر عليه المُقـام فى المسجد لمرض لايمكنه المُقام معه فيه ، كالقيام المتدارك ، أو سَلَس البول ، أو الإغماء ، أو لايمكنه المُقام إلا بمشقّة شديدةٍ ، مثل أن يحتاج إلى خـدمة وفراش ، فله الخروج . وإن كان المرض خفيفاً ، كالصُّداع ووجَـع الضِّرْس[1] ونحوه ، فليس له الخروج . فإن خرج بطل اعتـكافه ، وله الخروج إلى مايتعيّن عليـه من الواجب مثلُ الخروج فى النفير[2] إذا عمّ ، أو حضر عدوّ يخافون كَلْبه[3] ، واحتيج إلى خروج المعتكف لزمه الخروج ، لأنَّه واجب متعيّن . فلزم الخروج إليه كالخروج إلى الجمعة . وإذا خرج ثم زال عذرُه نظرنا فإن كان تطوُّعاً فهو مخيّر ، إن شاء رجـع إلى معتـكفه ، وإن شاء لم يرجع ، وإن كان واجباً رجـع إلى معتـكَفه فبنى على مامضى من اعتـكافه ، ثم لايخلو النذر من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يكون نذر اعتـكافاً فى أيام غيرِ متتابعة ، ولا معيّنة ، فهـذا لايلزمه قضاه ، بل يُتمّ

---

(١) إذا كان خفيفاً يمكن احتماله ، أما إذا كان لايطاق فله الخروج لأنه خروج لما لابد منه .

(٢) النفير : الخروج للجهاد .

(٣) الكلب : ذؤابة السيف ، والمراد يخشون بطشه وقوته .

مابقى عليه ، لـكنّه يبتدىء اليومَ الذى خرج فيـه من أوله ، ليـكون مُتتابعاً ، ولا كفَّارة عليه ، لأنّه أتى بما نذر على وجهه ، فلا يلزمه كفارة كما لو لم يخرج .

(الثانى) نذر أياماً معيّنة كشهر رمضان ، فعليه قضاء ماترك ، وكفَّارةُ يمين ، بمنزلة تركه المنذور فى وقته . ويحتمل أن لايلزمه كفَّارة ، على ماسنذكره إن شاء الله .

(الثالث) نذر أياماً متتابعةً ، فهو مخيّر بين البناء ، والقضاء ، والتكفير ، وبين الابتداء ولا كفارة عليه ، لأنه يأتى بالمنذور على وجهه ، فلم يلزمه كفَّارة . كما لو أتى به من غير أن يسبقه الاعتكافُ الذى قطعه ، وذكر الخِرَقىّ مثلَ هذا فى الصيام . فقال : ومن نذر أن يصوم شهراً مُتتابعاً ، ولم يسمّه ، فمرض فى بعضـه ، فإذا عُوفى بنى على مامضى من صيامه ، وقضى ماترك ، وكفّر كفَّارة يمين . وإن أحب أتى بشهر متتابع ، ولا كفَّارة عليه . وقال أبو الخطَّاب : فيمن ترك الصيام المنذور لعذر : فعن أحمد فيه رواية أخرى : أنَّه لا كفَّارة عليه ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأبى عُبَيد . لأن المنذور كالمشروع ابتداء ، ولو أفطر فى رمضان ، لعذر لم يلزمه شىء ، فـكذلك المنذور . وقال القاضى : إن خرج لواجب ، كجهادٍ تعيّن[1] ، أو أداء شهادة واجبةٍ ، فلا كفَّارة عليه . لأنه خروج واجب لحقّ الله تعالى ، فلم يجب به شىء كالمرأة تخرُج لحيضها ، أو نفاسها . وحمل كلام الخِرَقىّ على أنه يبنى على مامضى دون إيجاب الـكفَّارة . وظاهر كلام الخِرَقىّ : أن عليه الـكفَّارة . لأنَّ النـذر كاليمين ، ومن حلف على فعل شىء ، فحنث لزمتـه الـكفَّارة ، سواء كان لعذر ، أو غيره ، وسواء كانت المخالفة واجبةً أو لم تـكن . ويفارق صوم رمضان فإن الإخلال به ، والفطر فيه لغير عذر لايوجب الـكفَّارة . ويفارق الحيض ، فإنه يتـكرّر ، ويظن وجوده فى زمن النذر ، فيصيرُ كالخروج لحاجة الإنسان ، وكالمستثنَى بلفظه .

٢١٧١ « مسألة » قال ﴿ والمعتكف لايتّجر ، ولا يتـكسّب بالصنعة ﴾ .

وجملته : أن المعتـكف لايجوز له أن يبيـع ، ولا يشترى ، إلاَّ مالابدّ له منـه . قال حنبل : سمعتُ أبا عبد الله يقول : المعتـكفُ لايبيعُ ، ولا يشترى ، إلاَّ مالا بدّ له منه ، طعام أو نحوُ ذلك . فأمَّا التجارة والأخذ ، والعطـاء ، فلايجوز شىء من ذلك . وقال الشافعىّ : لابأس أن يبيـع ، ويشترى ، ويَخِيطَ ، ويتحدّث ، مالم يكن مأثماً .

ولنا : مارَوى عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه : « أنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنِ الْبَيْعِ ، وَالشِّرَاءِ فِى الْمَسْجِدِ » ، رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن . ورأى عِمْرَانُ القَصِيرُ رَجُلاً يبيعُ فى المسجد ، فقال : « يَاهَذَا إِنَّ هَذَا سُوقُ الآخِرَةِ فَإِنْ أَرَدتَ الْبَيْعَ فَاخْرُجْ إِلَى سُوقِ الدُّنْيَا »

---

(١) الجملة من الفعل والفاعل صفة لجهادٍ .

وإذا منع من البيع ، والشراء فى غير حال الاعتكاف ، ففيه أولى . فأمّا الصنعة ، فظاهرُ كلامِ الخِرَقىّ : أنّه لا يجوز منها ما يكتسب به . لأنه بمنزلة التجارة بالبيع ، والشراء . ويجوز مايعمله لنفسه ، كخياطة قميصه ، ونحوه . وقد روى المَرْوزىّ قال : سألتُ أبا عبد الله عن المُعتكف . ترى له أن يخيط ؟ قال : لا ينبغى له أن يعتكف ، إذا كان يريدُ أن يفعل . وقال القاضى : لا تجوز الخياطة فى المسجد ، سواء كان مُحتاجاً إليها ، أو لم يكن ، قلّ أو كثُر . لأنّ ذلك معيشة ، أو تشغَلُ عن الاعتكاف ، فأشبه البيع ، والشراء فيه ، والأولى أن يُباح له مايحتاج إليه من ذلك ، إذا كان يسيراً مثلُ أن ينشقّ قميصُه ، فيَخيطه ، أو ينحلّ شىء يحتاج إلى ربْطٍ فيَرْبِطُه . لأنّ هذا يسيرٌ تدعو الحاجة إليه ، فجرى مجرى لُبس قميصه ، وعمامته ، وخلعهما .

٢١٧٢ فصــــل

يستحبّ للمعتكف التشاغل بالصلاة ، وتلاوة القرآن ، وذكر الله تعالى ، ونحو ذلك من الطاعات المحضة . ويجتنب مالا يعنيه من الأقوال ، والأفعال ، ولا يُكثر الكلام ، لأنّ من كثُر كلامه كثُر سَقَطُه . وفى الحديث: « مِنْ حُسْنِ إِسْلاَمِ المرءِ ترْكُهُ مالاَ يَعْنيه » ويجتنب الجدال ، والمراء ، والسباب ، والفُحش . فإنّ ذلك مكروه فى غير الاعتكاف ففيه أولى . ولا يبطل الاعتكاف بشىء من ذلك . لأنه لمّا لم يبطُل بمباح الكلام لم يبطُل بمحظوره . وعكسُه الوطء . ولا بأس بالكلام لحاجته ، ومحادثة غيره ، فإنّ صَفيَّةَ زَوجَ النبيِّ صلى الله عليه وسلم قالت : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مُعتكفاً فأتيتُه أزورُه ليلاً فحدثته ثم قمت ، فانقلبْتُ ، فقام معى لِيَقْلِبَنى ـ وكان مسكنها فى دار أُسامة بن زيد ـ فمرّ رجلان من الأنصار ، فلما رأيا النبيَّ صلى الله عليه وسلم أسرعا : فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : على رسلكما إنّها صفيَّةُ بنتُ حُيَىّ . فقالا : سبحان الله ، يارسول الله ، فقال: إنَّ الشَّيْطان يجرى مِن الإنسانِ مَجرى الدَّم ، وإنِّى خَشِيتُ أَنْ يَقْذِفَ فى قلوبكما شرًّا ، أَوْ قال شيئاً » متفق عليه . وقال علىّ رضى الله عنه « أيُّمَا رَجُلٍ اعْتَكَفَ فلا يُسَابَّ ، وَلاَ يَرْفُثْ فى الحديثِ ، ويأمر أهْله بالحاجةِ ، أى وَهُو يَمشى ، وَلاَ يجلِسُ عندهُمْ » رواه الإمام أحمد .

٢١٧٣ فصــــل

فأما إقراء القرآن ، وتدريس العلم ، ودَرْسُه ، ومُناظرةُ الفقهاء ومجالستهم وكتابة الحديث ، ونحوُ ذلك ممـا يتعدّى نفعُه ، فأكثر أصحابنا على أنه لايستحبّ . وهو ظاهر كلام أحمد . وقال أبو الحسن الآمدىّ فى استحباب ذلك روايتان . واختار أبو الخطاب : أنه مستحبّ ، إذا قَصدَ به طاعةَ الله تعالى ، لا المباهاة . وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن ذلك أفضلُ العبادات ، ونفعُه يتعدّى . فكان أولى من تركه ،

كالصلاة ، واحتج أصحابنا بأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يعتكف فلم يُنقَلْ عنه الاشتغالُ بغير العبادات المختصّة به . ولأن الاعتكاف عبادة من شرطها المسجد ، فلم يُستحبّ فيها ذلك ، كالطواف ، وماذكروه يَبْطُل بعيادة المَرْضَى وشُهود الجنازة . فعلى هذا القول فعلُه لهذه الأفعال أفضلُ من الاعتكاف قال المروزيّ : قلت لأبي عبد الله : إنّ رجلاً يقرأ في المسجد ، وهو يريد أن يعتكف ، ولعلّه أن يختم في كل يوم ؟ فقال : إذا فعل هذا كان لنفسه . وإذا قعد في المسجد كان له ولغيره ، يقرأ أحبُّ إليّ . وسُئل أيهما أحبّ إليك : الاعتكاف ، أو الخروج إلى عَبّادانَ[1] ؟ قال : ليس يَعْدِلُ الجهاد[2] عندي شيء ، يعني أن الخروج إلى عبادان أفضلُ من الاعتكاف .

٢١٧٢ فصل

وليس من شريعة الإسلام : الصمتُ عن الكلام وظاهر الأخبار تحريمُه . قال قيس بن مُسلم : « دَخَل أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضِيَ اللهُ عنه على امرأةٍ من أَحْمَس ، يقال لها زينب ، فرآها لاتتكلّم . فقال : مالها لا تتكلّم ؟ قالوا : حَجّت مُصْمِتةً ، فقال لها : تكلّمي ، فإنّ هذا لا يحلّ ، هذا من أعمال الجاهلية . فتكلمت » رواه البخاريّ . وروى أبو داود بإسناده ، عن عليّ رضى الله عنه قال : حفظتُ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَا صِمَاتَ يَوْمٍ إلى اللّيْلِ »[3] . ورُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ نَهَى عَنْ صَوْمِ الصَّمْتِ » فإن نذر ذلك في اعتكافه أو غيره لم يلزمه الوفاء به .

وبهذا قال الشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، ولا نعلم فيه مخالفاً : لما رَوى ابنُ عبّاس قال : « بينا النبيُّ صلى الله عليه وسلم يَخْطُبُ إذا هُوَ بِرَجُلٍ قَائِمٍ ، فَسأَل عنهُ ؟ فقالوا : أبو إسْرائيلَ ، نَذَر أَنْ يَقُوم فِي الشَّمْسِ ، وَلَا يَقْعُد ، وَلَا يَسْتَظِلّ ، وَلَا يَتَكلَّمَ ، وَيَصُوم . فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : مُرُوهُ ، فَلْيَتَكلَّمْ ، وَلْيَسْتَظِلّ ، وَلْيَقْعُدْ ، وَلْيُتِمَّ صَومَهُ » رواه البخاريّ ، ولأنه نذر فعل منهيّ عنه فلم يلزمه ، كنذر المباشرة في المسجد ، وإن أراد فعلَه لم يكن له ذلك ، سواء نذره أو لم يَنْذُره ، وقال أبو ثور ، وابن المنذر : له فعلُه إذا كان أسلم .

ولنا : النهي عنه ، وظاهرُه التحريم والأمرُ بالكلام ، ومقتضاه الوجوبُ ، وقول أبي بكر الصدّيق

---

[1] عبادان : بفتح العين وتشديد الدال جزيرة أحاط بها شعبتا دجلة ساكبتين في بحر فارس وكانت المرابطة فيها في هذه الأيام . [2] يعدل الجهاد : يكافئه ويناظره ويساويه في الثواب .

[3] يعني لا يجوز أن يصمت الإنسان طول النهار حتى يجيء الليل .

رضى الله عنه : « إِنَّ هَذَا لَا يَحِلُّ ، هَذَا مِنْ عَمَلِ الجَاهِلِيَّةِ » . وهذا صريح ، ولم يخالفه أحد من الصحابة فيما علمناه ، واتّباع ذلك أولى .

٢١٧٥ فصل

ولا يجوز أن يجعل القرآن بدلًا من الكلام . لأنه استعمالٌ له فى غير ماهو له . فأشبه استعمال المُصحف فى التوسُّد ، ونحوه ، وقد جاء : « لَا تَنَاظَرُوا بِـكِتَابِ اللهِ » قيل : معناه لا تتكلّم به عند الشيء تراه ، كأن ترى رجلاً قد جاء فى وقتـه فتقول (٢٠ : ٤٠ وَجِئْتَ على قَدَرٍ يَامُوسَى) أو نحوُه . ذكر أبو عُبَيْدَةَ نحو هذا المعنى

٢١٧٦ « مسألة » قال ﴿ ولا بأس أن يتزوّج فى المسجد ، ويشهد النكاح ﴾ .

وإنما كان كذلك . لأن الاعتكاف عبادة لا تحرّم الطِّيبَ ، فلم تحرّم النكاحَ ، كالصوم . ولأنّ النكاح طاعةٌ ، وحضوره قُرْبَةٌ ، ومدّته لاتتطاول ، فيتشاغلُ به عن الاعتكاف ، فلم يُكره فيه . كتشميت العاطس ، وردّ السلام .

٢١٧٧ فصل

ولا بأس أن يتنظَّف بأنواع التنظُّف . لأنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « كَانَ يُرَجِّلُ رَأْسَهُ وَهُوَ مُعْتَكِفٌ » وله أن يتطيَّب ، ويلبس الرفيع من الثياب . وليس ذلك بمستحب . قال أحمد : لايُعجبنى أن يتطيّب : وذلك لأن الاعتكاف عبادة تختصّ مكانًا ، فكان تركُ الطِّيب فيها مشروعًا ، كالحجّ ، وليس ذلك بمحرّم ؛ لأنه لايحرّم اللباس ، ولا النكاح ، فأشبه الصوم .

٢١٧٨ فصل

ولا بأس أن يأكل المعتكفُ فى المسجد ، ويضعَ سُفرةً يَسقُط عليها ما يقع منه ، كيلا يُلوّث المسجد ، ويَغسل يده فى الطَّسْتِ لِيُفْرِغَ خارج المسجد . ولايجوز أن يَخْرُجَ لغَسْل يده ، لأن له[1] من ذلك بُدًّا ، وهل يُكره تجديد الطهارة فى المسجد ؟ فيه روايتان :

(إحداهما) لا يُكره . لأن أبا العالية قال : حدّثنى مَنْ كان يخدُمُ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال : « أَمَّا مَاحَفِظْتُ لَكُمْ مِنْهُ أَنَّهُ كَانَ يَتَوَضَّأُ فى المَسْجِدِ » . وعن ابن عمر : أنّه قال : كان يتوضّأ فى المسجد الحرام ، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجالُ ، والنساء . وعن ابن سيرين قال : كان أبو بكر ،

---

(١) لفظ له ساقط من جميع النسخ المطبوعة ، ولم يتنبه له فى أية طبعة فيوضع فى الخطأ والصواب .

وعمر ، والخلفاء يتوضئون في المسجد » . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، وابن جُرَيج .

(والأخرى) يُكره لأنه لا يسلَم من أن يبصُقَ في المسجد أو يتمخّط ، والبُصاق في المسجد خطيئة ، ويَبُلّ من المسجد مكاناً يمنعُ المصلِّين من الصلاة فيه . وإن خرج من المسجد للوضوء وكان تجديداً بَطَلَ ، لأنه خروج لما له منه بدّ . وإن كان وضوءاً من حَدَثٍ لم يبطُل . لأن الحاجة داعيةٌ إليه ، سواء كان في وقت الصلاة أو قبلها ، لأنه لا بدّ من الوضوء للمُحدِث ، وإنما يتقدّمُ عن وقت الحاجة إليه لمصلحةٍ ، وهو كونه على وضوء ، وربّما يحتاج إلى صلاةِ النافلة به .

٢١٧٩ فصـــــل

إذا أراد أن يبُول في المسجد في طَسْتٍ لم يُبَحْ له ذلك ، لأن المساجد لم تُبْنَ لهذا ، وهو مما يقبُحُ ويفحُش ، ويُسْتَخْفَى به ، فوجب صيانةُ المسجد عنه ، كما لو أراد أن يبُولَ في أرضه ، ثم يغسله . وإن أراد الفَصْدَ أو الحِجامة فيه فكذلك ، ذكره القاضي . لأنه إراقة نجاسةٍ في المسجد ، فأشبه البول فيه ، وإن دعت إليه حاجة كبيرة خرج من المسجد ففعله ، وإن استغنى عنه لم يكن له الخروج إليه ، كالمرض الذي يمكن احتماله . وقال ابن عقيل : يحتمل أن يجوز الفصدُ في المسجد في طَسْتٍ ، بدليل أن المُستحاضة يجوز لها الاعتكاف ، ويكون تحتها شيء يقع فيه الدم . قالت عائشة : « اعتَكَفَتْ مع رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم امرأةٌ من أزواجِهِ مُسْتحاضَةٌ ، فكانت تَرَى الحُمْرَةَ والصُّفْرَةَ ، وربّما وضَعَتِ الطَّسْتَ تحتَها وهيَ تُصَلِّي » رواه البخاريّ . والفرق بينهما أن المُستحاضة لا يمكنها التحرز من ذلك إلا بترك الاعتكاف ، بخلاف الفصد .

٢١٨٠ « مسألة » قال : ﴿ والمتوفى عنها زوجُها وهي معتكفة تخرُج لقضاء العدّة ، وتفعل كما فعل الذي خرج لفتْنةٍ ﴾ .

وجملته : أن المعتكفة إذا توفِّي زوجُها لزمها الخروج لقضاء العدّة ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال ربيعة ، ومالك ، وابن المنذر : تمضي اعتكافها حتى تفرُغ منه ، ثم ترجعُ إلى بيت زوجها ، فتعتد فيه . لأن الاعتكاف المنذور واجب ، والاعتداد في البيت واجب ، فقد تعارض واجبان ، فيقدّم أسبَقُهما .

ولنا : أن الاعتداد في بيت زوجها واجب . فلزمها الخروج إليه كالجمعة في حق الرجل ، ودليلهم ينتقض بالخروج إلى الجمعة ، وسائر الواجبات . وظاهر كلام الخرقيّ : أنها كالذي خرج لفتْنةٍ ، وأنها تبني ، وتقضي ، وتكفّر . وقال القاضي : لا كفّارة عليها ، لأن خروجها واجب ، وقد مضى القول فيه .

٢١٨١ فصـــل

وليس للزوجة أن تعتكف إلا بإذن زوجها ، ولا للمملوك أن يعتكف إلا بإذن سيّده ، لأن منافعهما مملوكة لغيرهما . والاعتكافُ يفوّتها ، ويمنع استيفاءها ، وليس بواجب عليهما بالشرع ، فكان لهما المنع منه ، وأمّ الولد ، والمدبّر ، كالقِنّ في هذا ، لأن المِلك باقٍ فيهما . فإن أذن السيّد ، والزوج لهما ، ثمّ أراد إخراجهما منه بعد شروعهما فيه فلهما ذلك في التطوّع . وبه قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة في العبد كقولنا وفي الزوجة ليس لزوجها إخراجُها . لأنّها تُملَّك بالتمليك . فالإذنُ أسقط حقه من منافعها ، وأذن لها في استيفائها ، فلم يكن له الرجوع فيها ، كما لو أذن لها في الحجّ فأحرمت به ، بخلاف العبد فإنه لا يُملك بالتمليك . وقال مالك : ليس له تحليلهما ، لأنهما عقدا على أنفسهما تمليك منافع ، كانا يملكانها لحقّ الله تعالى ، فلم يجُز الرجوع فيها ، كما لو أحرما بالحجّ بإذنهما .

ولنا : أن لهما المنعَ منه ابتداء ، فكان لهما المنعُ دواماً ، كالعاريّة . ويخالف الحجّ . لأنه يلزم بالشروع فيه ، بخلاف الاعتكاف على مامضى من الخلاف فيه ، فإن كان ماأذِنا فيه منذوراً لم يكن لهما تحليلهما منه . لأنه يتعيَّن بالشروع فيه ويجب إتمامه ، فيصير كالحجّ إذا أحرما به . فأما إن نذرا الاعتكاف ، فأراد السيد والزوج منعهما من الدخول فيه نظرتَ فإن كان النذر بإذنهما ، وكان مُعيَّناً لم يملكا منعهما منه ، لأنه وجب بإذنهما ، وإن كان بغير إذنهما فلهما منعهما منه . لأن نذرهما تضمّن تفويتَ حقّ غيرهما بغير إذنه . فكان لصاحب الحقّ المنعُ منه ، وإن كان النذر المأذون فيه غير مُعيَّن ، فهل لهما منعهما ؟ على وجهين :

(أحدهما) لهمامنعهما[1] ذلك لأن حقّهما ثابت في كلّ زمن فكان تعيينز من سقوطه إليهما كالدَّيْن .

(والثاني) ليس لهما ذلك لأنه وجب التزامه بإذنهما ، فأشبه المعيَّن . وأما المعتَقُ بعضُه ، فإن كان بينه وبين سيّده مُهَايأةٌ[2] ، فله أن يعتكف في يومه بغير إذن سيّده . لأن منافعه غيرُ مملوكة لسيّده في هذا اليوم ، وحكمُه في يوم سيّده حكم القِنّ[3] فإن لم يكن بينهما مُهَايأةٌ فلسيّده منعه منه . لأن له مِلكاً في منافعه في كلّ وقت .

٢١٨٢ فصـــل

وأما المكاتَبُ فليس لسيّده منعُه من واجب ولا تطوع . لأنه لايستحقّ منافعه وليس له إجبارُه

---

(١) في جميع النسخ المطبوعة ، لهما ذلك منعهما ، وهو سهو من جامع الحروف ، وقد فات على المصححين والقارئين (٢) المهايأة : أن يعمل عند سيده يوماً أو أياماً ويعمل لنفسه مثل ذلك .

(٣) القن : العبد الخالص الذي لم يدخل على ملكيته الخالصة تغيير بكتابة أو تدبير أو عتق لبعضه .

على الـكسب ، وإنّما له دينٌ فى ذمّته ، فهو كالحرّ المَدين .

٢١٨٣ « مسألة » قال : ﴿ وإذا حاضت المرأة خرجت من المسجد ، وضربت خِباءً فى الرَّحَبة ﴾ .

أما خروجها من المسجد فلا خلاف فيه . لأن الحيض حدثٌ يمنع اللُّبْثَ فى المسجد ، فهو كالجنابة ، وآكدُ منه . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَ أُحِلُّ الْمَسْجِدَ لِحَائِضٍ وَلاَ جُنُبٍ » رواه أبو داود .

وإذا ثبت هذا : فإن المسجد إن لم يـكن له رَحَبَةٌ رجعت إلى بيتها . فإذا طهُرت رجعت ، فأتمت اعتـكافها ، وقضت مافاتها ، ولا كفّـارة عليها ، نص عليه أحمد ، لأنه خروج مُعتـاد واجبٌ ، أشبه الخروج للجمعة ، أو لما لابدّ منه . وإن كانت له رَحَبَةٌ خارجة من المسجد ، يمكن أن تَضْرب فيها خِباءها . فقال الخِرَقىّ : تضرب خباءها فيها مدّة حيضها ، وهو قول أبى قِلاَبةَ . وقال النخَعىّ : تضربُ فُسْطَاطَهَا فى دارها ، فإذا طهرت قضت تلك الأيام ، وإن دخلت بيتاً أو سقفاً استأنفت . وقال الزهرىّ ، وعمرو بن دينار ، وربيعة ، ومالك ، والشافعىّ : ترجع إلى منزلها ، فإذا طهُرت فلترجع ، لأنه وجب عليها الخروج من المسجد ، فلم يلزمها الإقامة فى رَحَبَتِهِ ، كالخارجة لعدّة أو خوفِ فِتْنةٍ .

ووجه قول الخِرَقىّ : مارَوى المقدامُ بن شُرَيْح ، عن عائشةَ قالت : « كُنَّ مُعْتَـكِفَاتٍ إِذَا حِضْنَ أَمَرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بِإخرَاجِهِنَّ مِنَ الْمَسْجِدِ ، وَأَنْ يَضْرِبْنَ الأَخْبِيَةَ فى رَحَبَةِ الْمَسْجِدِ حَتَّى يَطْهُرْنَ » رواه أبو حفص بإسناده . وفارق المعتـدّة ، فإن خروجها لتقيم فى بيتها وتعتدّ فيه . ولا يحصُل ذلك مع السكون فى الرحبة ، وكذلك الخائفة من الفتنة خروجها لتَسْلَم من الفتنة ، فلا تُقيم فى موضع لاتحصل السلامة بالإقامة فيه . والظاهر : أن إقامتها فى الرحَبة مستحبٌّ . وليس بواجب ، وإن لم تقم فى الرحَبة ، ورجعت إلى منزلها أو غيره فلا شىء عليها . لأنها خرجت بإذن الشرع . ومتى طهُرت رجعت إلى المسجد ، فقضت ، وبَنَتْ ، ولا كفَّارة عليها . لانعلم فيه خلافاً ، لأنه خروج لعُذرٍ معتاد ، أشبه الخروج لقضاء الحاجة . وقول إبراهيم تحكّم لادليل عليه .

٢١٨٤ فصـــل

فأما الاستحاضة : فلا تمنع الاعتكاف . لأنها لاتمنع الصلاة ، ولا الطواف . وقد قالت عائشة : « اعْتَكَفَتْ مَعَ رسول الله صلَّى الله عليه وسلم امْرَأَةٌ مِنْ أَزْوَاجِهِ مُسْتَحَاضَةٌ . فَكَانَتْ تَرَى الْحُمْرَةَ وَالصُّفْرَةَ . وَرُبَّمَا وَضَعْنَا الطَّسْتَ تَحْتَهَا وَهِيَ تُصَلِّي » أخرجه البخارىّ .

إذا ثبت هذا : فإنها تتحفظ ، وتتلجّم[1] ، لئلا تُلوِّثَ المسجد . فإن لم يمكن صيانته منها خرجت من المسجد . لأنه عذر ، وخروجٌ لحفظ المسجد من نجاستها . فأشبه الخروج لقضاء حاجة الإنسان .

٢١٨٥ فصـــــل

الخروج المباح فى الاعتكاف الواجب ينقسم أربعة أقسام :

(أحدها) مالا يوجب قضاء ولا كفارة ، وهو الخروج لحاجة الإنسان . وشبهه مما لابد منه .

(والثانى) مايوجب قضاء بلا كفّارة . وهو الخروج للحيض .

(الثالث) مايوجب قضاء وكفّارة . وهو الخروج لفِتْنَةٍ . وشبهه مما يخرج لحاجة نفسه .

(الرابع) مايوجب قضاء وفى الكفّارة وجهان : وهو الخروج الواجب ، كالخروج فى النفير ، أو العدّة ، فنى قول القاضى لا كفّارة عليه . لأنه واجب لحقّ الله تعالى ، أشبه الخروج للحيض . وظاهر كلام الخِرَقىّ : وجوبُها . لأنه خروج غير معتاد ، فأوجب الكفّارة كالخروج لفتنة .

٢١٨٦ « مسألة » قال ﴿ ومن نذر أن يعتكف شهراً بعينه دخل المسجد قبل غروب الشمس ﴾ .

وهذا قول مالك والشافعىّ . وحكى ابن أبى موسى ، عن أحمد روايةً أخرى : أنه يدخُل معتكفه قبل طلوع الفجر من أوّله . وهو قول الليث ، وزُفَر . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم : « كَانَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَعْتَكِفَ صَلَّى الصُّبْحَ ثُمَّ دَخَلَ مُعْتَكَفَهُ » متفق عليه . ولأن الله تعالى قال : (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) ولا يلزم الصوم إلا من قبل طلوع الفجر . ولأن الصوم شرط فى الاعتكاف ، فلم يجز ابتداؤه قبل شرطه .

ولنا : أنه نذر الشهر ، وأولُه غروب الشمس . ولهذا تَحُلّ الديون المعلّقة به ، ويقع الطلاق ، والعتاقُ المعلّقان به . ووجب أن يدخُل قبل الغروب ليستوفى جميع الشهر . فإنه لا يمكن إلّا بذلك . ومالا يتمّ الواجب إلا به فهو واجب . كإمساك جزء من الليل مع النهار فى الصوم[2] . وأما الصوم : فإن محلّه النهار ، فلا يدخل فيه شىء من الليل فى أثنائه ، ولا ابتدائه ، إلّا ماحصل ضرورةً ، بخلاف الاعتكاف . وأما الحديث ، فقال ابن عبد البرّ : لا أعلم أحداً من الفقهاء قال به . على أن الخبر إنما هو فى التطوّع . فمتى شاء دخل . وفى مسألتنا نذَر شهراً فيلزمُه اعتكاف شهر كامل . ولا يحصل إلا أن

---

(١) تتلجم : تضع قماشاً على مكان الدم تحشو به فرجها وتربط طرفيه على وسطها فيكون كاللجام .

(٢) هذا خاص بمن أوجب ذلك ، والصحيح الذى عليه المعول أنه لا يجب إمساك جزء من الليل ، وإنما يسن ويستحسب .

يدخل فيه قبل غروب الشمس من أوله ، ويخرج بعد غروبها من آخره . فأشبه مالو نذر اعتـكاف يوم . فإنه يلزمه الدخول فيه قبل طلوع فجره ، ويخرُج بعد غروب شمسه .

٢١٨٧ فصــــل

وإن أحبّ اعتـكاف العشر الأواخر من رمضان تطوّعاً ، ففيه روايتان :

(إحداهما) يدخل قبل غروب الشمس من ليلة إحدى وعشرين . لما رُوى عن أبى سعيد : « أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كَانَ يَعْتَـكِفُ الْعَشْرَ الأَوَاسِطَ مِنْ رَمضان ، حتى إذا كان لَيْلَةَ إِحْدَى وعشرين ، وَهِى اللَّيْـلَةُ الَّتِى يَخْرُجُ فى صبيحتِهَا مِنَ اعْتِـكَافِهِ ، قال : مَنْ كَانَ اعْتَـكَفَ مَعِى فَلْيَعْتَـكِف الْعَشْرَ الأَوَاخِرَ » متفق عليه ولأن العشر بغير هاء عددُ الليالى . فإنها عددُ المؤنّث . قال الله تعالى (وَلَيَالٍ عَشْرٍ)(١) وأوّل الليالى العشر : ليلةُ إحدى وعشرين .

(والرواية الثانية) يدخل بعد صلاة الصبح . قال حنبل قال أحمد : أَحَبُّ إلىَّ أن يدخُل قبل الليل ، ولـكن حديث عائشة : « أَنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم كان يُصَلِّى الفَجْرَ ثُمَّ يَدْخُلُ مُعْتَـكَفَهُ » ، وبهذا قال الأوزاعىّ ، وإسحاق . ووجهه : ماروت عَمْرَةُ عن عائشة : « أَنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم كان إذا صلَّى الصُّبْحَ دَخَلَ مُعْتَـكَفَهُ » متفق عليه . وإن نذر اعتكاف العشر ففى وقت دخوله الروايتان جميعاً .

٢١٨٨ فصــــل

ومن اعتكف العشر الأواخر من رمضـان استُحِبّ أن يبيتَ ليلة العيد فى مُعْتَكَفِه . نصّ عليه أحمد . وروى عن النخَعىّ ، وأبى مِجْلَز ، وأبى بكر بن عبد الرحمن ، والمطَّلب بن حَنْطَب ، وأبى قِلاَبَة أنهم كانوا يستحبُّون ذلك . وروى الأثرم بإسناده عن أيُّوب ، عن أبى قِلاَبة : « أَنَّهُ كَانَ يَبِيتُ فى المَسْجِدِ لَيْـلَةَ الفِطْرِ ، ثمَّ يَغْدُو كما هُوَ إلى العِيدِ ، وكَانَ يَعْنِى فى اعْتِكَافِهِ — لاَ يُلْقَى لَهُ حَصِيرٌ ولا مُصَـلًّى يجلس عليـه . كان يجلس كأنَّه بعضُ القوم . قال : فأتيتهُ فى يَوْمِ الفِطْرِ ، فَإِذا فى حِجْرِهِ جُوَيْرِيَةٌ مُزَيَّنَةٌ ماظننتها إلا بعضَ بناته ، فإذاهى أَمَةٌ له . فأعتقها ، وغدا كما هُوَ إِلَى العِيـدِ » . وقال إبراهيم : « كانُوا يُحِبُّونَ لِمَنْ اعْتَـكَفَ العَشْرَ الأَوَاخِرَ مِنْ رَمَضَانَ أَنْ يَبِيتَ لَيْلَةَ الفِطْرِ فى المَسْجِدِ ثمَّ يَغْدُو إِلَى المُصَلَّى مِنَ المَسْجِدِ » .

---

(١) هذه بعض الآية الأولى من سورة الفجر، وتمامها (والفجر وليال عشر) وقوله: فإن العشر بغير هاء عدد الليالى فإنها عدد المؤنث إشارة إلى قاعدة نحوية ، وهى أن لفظ العشرة يوافق المعدود فيؤنث مع المؤنث ويذكر مع المذكر فيقال عشرة أيام وعشر ليال .

٢١٨٩ فصـــل

وإذا نذر اعتكاف شهر لزمه شهر بالأهلّة ، أو ثلاثون يوماً وهل يلزمه التتابع ؟ على وجهين ، بناء على الروايتين فى نذر الصوم .

(أحدهما) لايلزمه . وهو مذهب الشافعىّ ، لأنه معنًى يصحّ فيـه التفريق ، فلا يجب فيـه التتابع بمطلق النذر ، كالصيام .

(الثانى) يلزمه التتابع . وهو قول أبى حنيفة ، ومالك . وقال القاضى : يلزمه التتابع قولاً واحداً . لأنه معنًى يحصلُ فى الليل والنهـار . فإذا أطلقه اقتضى التتابع ، كما لو حلف لا يكلّم زيداً شهراً ، وكمدّة الإيلاء ، والعُنّةِ ، والعِدّةِ . وبهذا فارق الصيام . فإن أتى بشهر بين هلالين أجزأه ذلك ، وإن كان ناقصاً ، وإن اعتـكف ثلاثين يوماً من شهرين جاز وتدخُل فيـه الليالى ، لأن الشهر عبارة عنهما ، ولا يُجزئه أقلّ من ذلك . وإن قال : لله علىّ أن أعتـكف أيّام هذا الشهر ، أو لياليَ هذا الشهر ، لزمه مانذر ولم يدخل فيه غيرُه ، وكذلك إن قال : شهراً فى النهار ، أو فى الليل .

٢١٩٠ فصـــل

وإن قال : لله علىّ أن أعتـكف ثلاثين يوماً ، فعلى قول القاضى : يلزمه التتابع . وقال أبو الخطّاب : لايلزمه لأن اللفظ يقتضى ماتناوله ، والأيام المطلقة توجد بدون التتابع ، فلا يلزمه ، كما لو قال : لله علىّ أن أصوم ثلاثين يوماً . فعلى قول القاضى : يدخل فيه الليـالى الداخـلة فى الأيام المنذورة ، كما لو نذر شهراً . ومن لم يوجب التتابع لايقتضى أن تدخل الليالى فيه : إلا أن ينوِىَ ، فإن نوى التتابع أو شرطه لزمه ، ودخل الليل فيه ، ويلزمه مابين الأيام من الليالى ، وبه قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يلزمه من الليالى بعدد الأيام ، إذا كان على وجه الجمع والتثنية يدخُل فيه مثـلُه من الليالى ، والليالى تدخل معها الأيام ، بدليل قوله تعالى : (١٩ : ١٠ آيتُـكَ أَلَّا تُـكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا) وقال فى موضع آخر : (٣ : ٤١ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلا رَمْزا) .

ولنـا : أن اليوم اسم لبياض النهار ، والتثنية ، والجمع تـكرارٌ للواحـد ، وإنّمـا تدخل الليالى تبعاً لوجوب التتابع ضمناً ، وهذا يحصُل بما بين الأيام خاصة ، فاكتفى به . وأما الآية : فإن الله تعالى نصّ على الليل فى موضع ، والنهار فى موضع ، فصار منصوصاً عليهما . فإن نذر اعتكاف يومين متتابعين لزمه يومان وليـلة بينهما ، وإن نذر اعتكاف يومين مطلقاً ، فعلى قول القـاضى : هو كما لو نذرهما متتابعين . وكذلك لو نذر ليلتين لزمه اليوم الذى بينهما ، وعلى قول أبى الخطـاب : لا يلزمه التتابع ، ولا ما بينهما إلا بلفظه أو نيّته .

٢١٩١ فصــــل

وإن نذر اعتكاف يوم لم يجز تفريقه ، ويلزمه أن يدخل مُعْتَكَفه قبل طلوع الفجر ، ويخرج منه بعد غروب الشمس . وقال مالك : يدخل مُعتكفه قبل غروب الشمس من ليلة ذلك اليوم ، كقولنا فى الشهر لأن الليل يَتْبَعُ النهار ، بدليل ما لو كان متتابعاً .

ولنا : أن الليلة ليست من اليوم ، وهى من الشهر . قال الخليل : اليومُ اسْمٌ لما بين طلوع الفجر ، وغروب الشمس . وإنما دخل الليل فى المتتابع ضِمْناً . ولهذا خصّصناه بما بين الأيّام . وإن نذر اعتكاف ليلة لزمه دخول مُعتكَفه قبل غروب الشمس ، ويخرج منه بعد طلوع الفجر . وليس له تفريق الاعتكاف . وقال الشافعىّ : له تفريقه هذا ظاهر كلامه ، قياساً على تعريف الشهر .

ولنا : أنّ إطلاق اليوم يُفهم منه التتابع ، فيلزمه . كما لو قال متتابعاً ، وفارق الشهر فإنه اسم لما بين الهلالين ، واسم لثلاثين يوماً ، واسمٌ لغير ذلك . واليوم لا يقـع فى الظـاهر إلا على ماذكرنا ، وإن قال فى وسط النهار : لله علىّ أن أعتـكف يوماً من وقتى هذا ، لزمه الاعتكاف من ذلك الوقت إلى مثله ، ويدخل فيه الليل ، لأنه فى خلال نذره ، فصار كما لو نذر يومين متتابعين ، وإنما لزمه بعض يومين لتعيينه ذلك بنذره ، فعَلِمنا أنه أراد ذلك ، ولم يرد يوماً صحيحاً .

٢١٩٢ فصــــل

وإن نذر اعتكافاً مطلقاً لزمه ما يسمّى به مُعتكِفاً ، ولو ساعةً من ليل أو نهار إلا على قولنا بوجوب الصوم فى الاعتـكاف ، فيلزمُه يومٌ كامل . فأما اللحظـة ، ومالا يُسمَّى به معتـكفاً ، فـلا يُجزئه على الروايتين جميعاً .

٢١٩٣ فصــــل

ولا يتعيَّن شىء من المساجد بنذره الاعتكاف فيه إلا المساجد الثلاثة : وهى المسجد الحرام ، ومسجد النبى صلى الله عليه وسلم ، والمسجدُ الأقصى . لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَا تُشَـدُّ الرِّحَالُ إلا إِلَى ثَلَاثَةِ مَسَاجِدَ : الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ ، وَالْمَسْجِدِ الأَقْصَى ، وَمَسْجِدِى هَذَا» متفق عليه . ولو تعيَّن غيرها بتعيينه لزمه المضىُّ إليه . واحتاج إلى شدّ لرحال لقضاء نذره فيه . ولأن الله تعالى لم يعيّن لعبادته مكاناً . فلم يتعيّن بتعيين غيره ، وإنّما تعيّنت هذه المساجد الثلاثة للخبر الوارد فيها ، ولأن العبادة فيها أفضلُ . فإذا عيَّن مافيـه فضيـلةٌ لزمته ، كأنواع العبادة . وبهـذا قال الشافعى فى صحيح قوليه . وقال فى الآخر : لا يتعيَّن المسجد الأقصى ، لأن النبىّ ﷺ قال : « صَلَاةٌ فِى مَسْجِدِى هَذَا أَفْضَلُ مِنْ أَلْفِ صَلَاةٍ فِيمَا سِوَاهُ إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ » رواه مسلم . وهـذا يدلّ على التسوية فيما عدا هذين المسجدين . لأن المسجد

الأقصى لو فُضّلت الصلاة فيه على غيره للزم أحد أمرين : إما خروجه من عموم هذا الحديث ، وإمّا كون فضيلته بألف مختصاً بالمسجد الأقصى .

ولنا : أنه من المساجد التى تشدّ الرحال إليها ، فتعيّن بالتعيين فى النذر ، كمسجد النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وماذكروه لا يلزم ، فإنه إذا فضّلَ الفاضلَ بألفٍ فقد فضّلَ المفضولَ بها أيضاً .

٢١٩٤ فصــــل

وإن نذر الاعتكاف فى المسجد الحرام ، لم يكن له الاعتكاف فيما سواه ، لأنه أفضلها . ولأن عمر « نَذَرَ أَنْ يَعْتَكِفَ لَيْلَةً فِي المَسْجِدِ الحَرَامِ فِي الجَاهِلِيَّةِ ، فَسَأَلَ النبيَّ صلى الله عليه وسلم ؟ فقال : أَوْفِ بِنَذْرِكَ » متفق عليه . وإن نذر أن يعتكف فى مسجد النبيّ صلى الله عليه وسلم جاز له أن يعتكف فى المسجد الحرام لأنه أفضل منه . ولم يجز أن يعتكف فى المسجد الأقصى لأن مسجد النبيّ ﷺ أفضل منه . وقال قوم : مسجد النبيّ صلى الله عليه وسلم أفضلُ من المسجد الحرام . لأن النبيَّ ﷺ إنما دُفِنَ فى خَيْرِ البِقاع . وقد نقله الله تعالى من مكة إلى المدينة ، فدلّ على أنّها أفضلُ .

ولنا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صَلاَةٌ فِي مَسْجِدِي هَذَا أَفْضَلُ مِنْ أَلْفِ صَلاَةٍ فِيمَا سِوَاهُ إِلّا المَسْجِدَ الحَرَامَ » وروى فى خبر عن النبيّ ﷺ أنه قال « صَلاَةٌ فِي المَسْجِدِ الحَرَامِ أَفْضَلُ مِن مِائَةِ صَلاَةٍ فِيمَا سِوَاهُ » رواه ابن ماجه ، فيدخلُ فى عمومه مسجدُ النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فتكون الصلاة فيه أفضلَ من مائة ألف صلاةٍ فيما سوى مسجد النبيِّ ﷺ . فأمّا إن نذر الاعتكاف فى المسجد الأقصى جاز له أن يعتكف فى المسجدين الآخرين ، لأنهما أفضلُ منه . وقد روى الإمام أحمد فى مُسنده عن رجالٍ من الأنصار ، من أصحاب النبيِّ ﷺ « أَنَّ رَجُلاً جَاءَ إِلَى النبيِّ صلى الله عليه وسلم يومَ الفتح ، والنبيُّ ﷺ فى مجلسٍ قريباً من المَقام ، فسلّم على النبيِّ صلى الله عليه وسلم وقال : يَانَبِيَّ اللهِ إِنِّي نَذَرْتُ لَئِنْ فَتَحَ اللهُ للنبيِّ ﷺ والمُؤْمِنِينَ مَكَّةَ لَأُصَلِّيَنَّ فِي بَيْتِ المَقْدِسِ ، وإِنِّي وَجَدْتُ رَجُلاً مِنْ أَهْلِ الشَّامِ هَهُنَا فِي قُرَيْشٍ مُقْبِلاً مَعِيَ وَمُدْبِراً ، فقالَ رسول الله صلى الله عليه وسلم : هَهُنَا فَصَلِّ . فقال الرجلُ قوله هذا ثلاثَ مرّاتٍ ، كلّ ذلك يقولُ النبيُّ ﷺ : هَهُنَا فَصَلِّ . ثم قال الرابعة مقالتَه هذه ، فقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : اذْهَبْ فَصَلِّ فِيهِ . فوالذى بعث محمداً بالحقّ لو صَلَّيْتَ هَاهُنَا لَقَضَى عَنْكَ ذَلِكَ كُلَّ صَلاَةٍ فِي بَيْتِ المَقْدِسِ » ومتى نذر الاعتكاف فى غير هذه المساجد فانهدم معتكَفُه ، ولم يمكن المُقام فيه ، لزمه إتمامُ الاعتكاف فى غيره ، ولم يبطُل اعتكافه .

٢١٩٥ فصـــل

إذا نذر اعتـكاف يومَ يقدَمُ فلانٌ صحّ نذره ، فإنّ ذلك ممـكن ، فإن قدم فى بعض النهار ، لزمه اعتكاف الباقى منه ، ولم يلزمه قضاء مافات . لأنه فات قبل شرط الوجوب فلم يجب ، كما لو نذر اعتكاف زمن ماض . لـكن إذا قلنـا : شرطُ صحّة الاعتـكاف الصومُ ، لزمه قضاء يوم كامل . لأنه لا يمـكنه أن يأتِىَ بالاعتـكاف فى الصوم فيما بقى من النهار ، ولا قضاؤه متميّزاً ممـا قبله ، فلزمه يوم كامل ضرورةً ، كما لو نذر صوم يومَ يقْدَمُ فلان ، ويحتمل أن يُجزئه اعتـكاف مابقى منه إذا كان صائماً ، لأنه قد وُجـدَ اعتـكافٌ مع الصوم . وإن قدم ليلاً لم يلزمه شىء ، لأن ما التزمه بالنذر لم يوجَد . فإن كان للناذر عذرٌ يمنعه الاعتـكافَ عنـد قدوم فلان من حبس ، أو مرض قضَى وكفّر ، لفوات النذر فى وقته . ويقضى بقية اليوم فقط على حسب ما كان يلزم فى الأداء فى الرواية المنصورة ، وفى الأخرى يقضى يوماً كاملا ، بناء على اشتراط الصوم فى الاعتـكاف .

كتاب الحج

الحجّ في اللغة : القصدُ . وعن الخليل قال : الحجّ كثرة القصد إلى من تعظّمه . قال الشاعر :

وَأَشْهَدُ مِنَ عَوْفٍ حُئُولًا(١) كَثِيرَةً   يَحُجُّونَ سِبَّ الزِّبْرِقَانِ الْمُزَعْفَرَا

أى يقصدون . والسِّب: العمامة . وفي الحجّ لغتان : الحج والحج — بفتح الحاء وكسرها .

والحجّ في الشرع : اسم لأفعال مخصوصة يأتي ذكرُها إن شاء الله . وهو أحد الأركان الخمسة التي بُنِيَ عليها الإسلام . والأصلُ في وجوبه : الكتاب والسنّة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٣ : ٩٧ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ، وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ) وروى عن ابن عباس : ومَنْ كفَرَ باعتقادِه أنّه غيرُ واجبٌ . وقال الله تعالى (٢ : ١٩٦ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ) .

وأما السنة : فقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « بُنِيَ الإسلامُ على خَمْسٍ » وذكر فيها الحجّ . وروى مسلم بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « خطَبَنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا أيُّها النَّاسُ قد فَرَضَ اللهُ عليكُمُ الْحَجَّ فَحُجُّوا . فقال رجل : أكلَّ عام يا رسولَ الله ؟ فسكت حتى قالها ثلاثًا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لَوْ قُلْتُ نَعَمْ لَوَجَبَتْ ، وَلَمَا اسْتَطَعْتُمْ . ثم قال : ذَرُونِي مَا تَرَكْتُكُمْ ، فإنّما هَلَكَ مَنْ كانَ قَبْلَكُمْ بِكَثْرَةِ سُؤَالِهِمْ ، وَاخْتِلَافِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ فإذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَااسْتَطَعْتُمْ ، وإذا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَدَعُوهُ » في أخبار كثيرة سوى هذين . وأجمعت الأمة على وجوب الحجّ على المستطيع في العمر مرّة واحدةً .

٢١٩٦ « مسألة » قال أبو القاسم : ﴿ ومن ملك زاداً وراحلة ، وهو بالغ عاقل . لزمه الحجّ والعمرة ﴾ .

وجملة ذلك : أن الحجّ إنما يجب بخمس شرائط : — الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والحرّية ، والاستطاعة ، لا نعلم في هذا كله اختلافاً . فأما الصبيّ والمجنون : فليسا بمكلّفين . وقد رَوى على بن أبي طالب ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وعن الصبيّ حتى يَشِبَّ ، وعن الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَعْقِلَ » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والترمذيّ ، وقال : حديث حسن . وأما العبد فلا يجب عليه لأنه عبادة تطول مدّتها ، ويتعلّق بقطع مسافة . وتشترط لها

(١) حئولا : جمع حول ، وهو السنة ، وأصله حوول ، فقلبت الواو الأولى همزة ليخف النطق بها .

الاستطاعة بالزاد والراحلة . ويُضيع حقوق سيّده المتعلقة به ، فلم يجب عليه كالجهاد . وأما الـكافر : فغير مخاطَب بفروع الدين خطاباً يُلزمه أداءً ، ولا يوجب قضاء . وغيرُ المستطيع لايجب عليه . لأنّ الله تعالى خَصَّ المستطيعَ بالإيجاب عليه فيختصّ بالوجوب وقال الله تعالى : (لَا يُـكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا).

٢١٩٧ فصــــل

هذه الشروط الخمسة . تنقسم أقساماً ثلاثة منها : ماهو شرط للوجوب والصحة . وهو : الإسـلام ، والعقل ، فلم يجب على كافر ، ولا مجنون . ولا تصحّ منهما لأنهما ليسا من أهل العبادات . ومنها : ماهو شرط للوجوب والإجزاء وهو البلوغ ، والحـرّية ، وليس بشرط للصحة . فلو حجّ الصبيّ ، والعبد صح حجّهما ، ولم يُجزئهما عن حَجّة الإسلام . ومنها : ماهو شرط للوجوب فقط ، وهو الاستطاعة . فلو تجشّم غـيرُ المستطيع المشقة وسار بغير زاد وراحلة فحجّ كان حجُّه صحيحاً مُجزئاً . كما لو تـكلَّف القيام فى الصلاة والصيام من يسقطُ عنه ، أجزأه .

٢١٩٨ فصــــل

واختلفت الرواية فى شرطين وهما : تخليةُ الطريق ، وهو ألا يكون فى الطريق مانع من عدوّ ونحوه ، وإمـكان المسير ، وهو أن تـكمل فيه هـذه الشرائط ، والوقت متّسع يمـكنه الخروج إليه ، فرُوى أنهما من شرائط الوجوب ، فلا يجب الحجّ بدونها . لأن الله تعالى إنما فرض الحجّ على المستطيع . وهذا غير مستطيع . ولأن هذا يتعذّر معه فعل الحجّ ، فكان شرطاً ، كالزاد والراحلة . وهذا مذهبُ أبى حنيفة والشافعيّ . ورُوى أنهما ليسا من شرائط الوجوب . وإنما يُشترطان للزوم السعى ، فلو كمُلَتْ هذه الشروط الخمسة ، ثم مات قبل وجود هذين الشرطين حُجّ عنه بعد موته ، وإن أعسر قبل وجودهما بقى فى ذمّته . وهذا ظـاهر كلام الخِرَقِيّ . فإنّه لم يذكرهما . وذلك لأن النبيَّ ﷺ لمّا سُئل : مايوجب الحجّ ؟ قال : « الزَّادُ وَالرَّاحِـلَةُ » قال الترمذيّ ، هذا حديث حسن . وهذا له زاد ، وراحلة . ولأنّ هذا عذرٌ يمنع نفس الأداء ، فلم يمنع الوجوب ، كالعَضْب ؛ ولأن إمكان الأداء ليس بشرط فى وجوب العبادات ، بدليل مالو طهُرت الحائض ، أو بلغ الصبى ، أو أفاق المجنون . ولم يبق من وقت الصلاة مايمـكن أداؤها فيه ، والاستطاعة مفسّرة بالزاد والراحلة . والفرق بينهما وبين الزاد والراحلة أنه يتعذّر مع فقدها الأداء ، دون القضاء ، وفقدُ الزاد والراحلة يتعذَّر معه الجميعُ ، فافترقا .

٢١٩٩ فصــــل

وإمكان المسير معتبر بما جرت به العادة ، فلو أمكنه المسيرُ بأن يحمل على نفسه ، ويسيرَ سيراً يُجاوز العادة ، أو يَعْجِزُ عن تحصيـل آلةِ السفر ، لم يلزمه السعيُ . وتخليةُ الطريق : هو أن تـكون مسلوكةً

لا مانع فيها ، بعيدةً كانت أو قريبةً ، برًّا كان ، أو بحراً ، إذا كان الغالبُ السلامةَ ، فإن لم يكن الغالب السلامة لم يلزمه سلوكه . فإن كان فى الطريق عدوّ يطلب خِفَارَةً . فقال القاضى : لا يلزمه السعى ، وإن كانت يسيرةً ، لأنها رِشْوَةٌ ، فلا يلزم بذلُها فى العبادة ، كالكبيرة . وقال ابن حامد : إن كان ذلك مما لا يُجحف بماله لزمه الحجّ . لأنها غرامةٌ يقف إمكان الحج على بذلها ، فلم يمنع الوجوب مع إمكان بذلها ، كثمن الماء ، وعَلَف البهائم .

٢٢٠٠ فصل

والاستطاعة المشترطة ملكُ الزاد والراحلة[1] ، وبه قال الحسن ، ومجاهد ، وسعيد بن جُبَير ، والشافعىّ وإسحاق ، قال الترمذىّ : والعمل عليه عند أهل العلم ، وقال عكرمة هى الصحّة . وقال الضحّاك : إن كان شابًّا فليؤجّر نفسه بأكْلِه وعقبه حتى يقضى نُسُكه . وعن مالك : إن كان يُمكنه المشىُ ، وعادتُه سؤالُ الناس لزمه الحجّ . لأن هذه الاستطاعة فى حقّه . فهو كواجد الزاد ، والراحلة .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة ، فوجب الرجوع إلى تفسيره ، فرَوى الدارقطنىّ بإسناده ، عن جابر ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وأنس وعائشة رضى الله عنهم ، أن النبىّ صلى الله عليه وسلم سُئِل : ماالسَّبِيلُ ؟ قال « الزَّادُ وَالرَّاحِلَةُ » ورَوى ابن عمر قال : جاءَ رَجُل إلَى النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارسول اللهِ ، مايُوجِبُ الْحَجّ ؟ قال « الزَّادُ وَالرَّاحِلَةُ » رواه الترمذىّ ، وقال حديث حسن . وروى الإمام أحمد حدثنا هُشَيْم ، عن يونس ، عن الحسن . قال : لمّا نزلت هذه الآية (٣ : ٩٧ وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً) قال رجل : يارسول الله : ما السبيلُ ؟ قال « الزَّادُ وَالرَّاحِلَةُ » ولأنّها عبادة تتعلّق بقطع مسافةٍ بعيدةٍ ، فاشترط لوجوبها الزادُ ، والراحلةُ ، كالجهاد وماذكروه ليس باستطاعةٍ ، فإنه شاقّ » وإن كان عادةً ، والاعتبارُ بعموم الأحوال ، دون خصوصها . كما أن رُخَص السفر ، تَعُمُّ مَنْ يَشُقّ عليه ، ومَنْ لا يشُقّ عليه .

٢٢٠١ فصل

ولا يلزمه الحجّ ببذل غيره له ، ولا يصير مُستطيعاً بذلك . سواء كان الباذلُ قريباً أو أجنبيًّا ، وسواء بذل له الركوبَ والزادَ ، أو بذل له مالًا . وعن الشافعىّ : أنه إذا بذل له ولدُه مايتمكّن به من الحجّ لزمه . لأنه أمكنه الحجّ من غير مِنّةٍ تلزمُه ، ولا ضررٍ يلحقُه ، فلزمه الحجّ ، كما لو ملك الزادَ والراحلةَ .

---

(١) ليس الملك شرطاً فى الاستطاعة ، وإنما المشروط وجود الراحلة كأن يستأجرها بماله ، والراحلة الدابة ، ومثلها الآن السفينة والسيارة والطيارة .

ولنا : أن قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : يُوجِبُ الحجَّ الزادُ والراحِلَةُ ، يتعيّن فيه تقدير ملك ذلك ، أو ملك مايحصُل به ، بدليل مالو كان الباذل أجنبيًّا ، ولأنه ليس بمالك للزاد ، والراحلة ، ولا ثمنهما ، فلم يلزمه الحجّ كما لو بذل له ولدُه . ولا نسلّم أنه لا يلزمه مِنّة . ولو سلّمنا فيبطلُ ببذل الوالد ، وبذل مَنْ لِلْمبذُول لهُ عليه أيادٍ كثيرةٌ ونِعَم .

٢٢٠٢ فصـــل

ومن تـكلّف الحجّ ممن لا يلزمه . فإن أمـكنه ذلك من غير ضرر يَلْحَق بغيره مثل أن يمشِيَ ، ويكتسِبَ بصِناعةٍ ، كالخرْزِ ، أو معاونةِ من يُنفق عليه ، أو يكترى لزاده ، ولا يسأل الناس استُحِبَّ له الحجّ ، لقول الله تعالى (٢٢ : ٢٧ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَى كُلِّ ضَامِرٍ) فقد ذكر الرجال . ولأن فى ذلك مبالغةً فى طاعة الله عزّ وجلّ ، وخروجاً من الخلاف . وإن كان يَسأل الناس كُرِه له الحجّ . لأنه يُضَيِّق على الناس ، ويحصُل كَلاًّ [1] عليهم فى التزام مالا يلزمُه . وسُئل أحمدُ عمّن يدخـل البادية بلا زاد ، ولا راحلة . فقال : لا أُحِبّ له ذلك ، هذا يتَوكّل على أزواد الناس .

٢٢٠٣ فصـــل

ويختصّ اشتراط الراحلة بالبعيـد الذى بينـه وبين البيت مسافةُ القَصْر . فأما القريب الذى يمـكنه المشىُ : فلا يعتبر وجود الراحلة فى حقّه ، لأنهـا مسافة قريبة ، يمـكنه المشى إليهـا ، فلزمه ، كالسعى إلى الجمعة ، وإن كان ممّن لا يمكنه المشى : اعتُبِر وجود الحُمُولة فى حَقّه ، لأنه عاجز عن المشى ، فهو كالبعيد . وأما الزاد فلابدّ منه . فإن لم يجد زاداً ، ولا قدر على كسبه ، لم يلزمه الحجّ .

٢٢٠٤ فصـــل

والزاد الذى تُشترط القدرة عليه هـو مايَحتاج إليه فى ذهابه ورجوعه ، من مأكول ، ومشروب ، وكُسْوةٍ . فإن كان يَملـكه ، أو وجـده يُباع بثمَنِ المِثـل ، فى الغـلاء ، والرّخَص ، أو بزيادة يَسيرةٍ لا تُجْحف بماله ، لزمه شراؤه . وإن كانت تُجحف بماله لم يلزمه ، كما قلنا فى شراء الماء للوضوء . وإذا كان يجد الزاد فى كلّ مَنْزِلَةٍ لم يلزمه حملُه ، وإن لم يجده كذلك لزمه حملُه . وأما الماء وعلف البهائم . فإن كان يوجد فى المنـازل التى ينزلهـا على حسب العـادة ، وإلّا لم يلزمه حملُه من بلده ، ولا من أقرب البُلدان إلى مكة ، كأطراف الشام ، ونحوها . لأن هذا يشقّ ، ولم تجر العادةُ به ، ولم يتمكّن من حمل الماء لبهائمه

---

(١) كلا : عبئاً ثقيلا عليهم .

فى جميع الطريق ، والطعام بخلاف ذلك . ويُعتبر أيضاً قدرتُه على الآلات التى يحتاج إليها ، كالغَرائر ونحوها ، وأوعية الماء ، وما أشبهها . لأنه مما لا يستغنى عنه ، فهو كأعلاف البهائم .

٢٢٠٥ فصل

وأما الراحلة فيُشترط أن يجد راحِلَةً تصلُح لمثله ، إمّا بشراء ، أو بكِرَاء لذهابه ، ورجوعه ، ويجد مايحتاج إليه من آلتها التى تَصْلُح لمثله . فإن كان ممّن يكفيه الرَّحْلُ[1] والقَتَبُ ، ولا يخشى السقوط أجزأ وجودُ ذلك . وإن كان ممّن لم تجر عادته بذلك ، ويخشى السقوط عنهما ، اعتُبر وجودُ مَحْمِل وما أشبهه ممّا لامَشَقَّة فى ركوبه ، ولا يُخشى السقوط عنه . لأن اعتبار الراحلة فى حَقّ القادر على المشى إنّما كان لدفع المشقّة . فيجب أن يُعتبر ههنا ماتندفع به المشقّة ، وإن كان ممّن لا يقدر على خِدمة نفسه ، والقيام بأمره ، اعتُبرت القُدرة على مَنْ يَخْدُمُه لأنّه من سبيله .

٢٢٠٦ فصل

ويعتبر أن يكون هذا فاضلاً عما يحتاج إليه لنفقة عياله الذين تلزمه مؤونتهم فى مُضيِّه ورُجوعه . لأن النفقة متعلّقة بحقوق الآدميّين ، وهم أحوج ، وحقّهم آكدُ . وقد رَوى عبد الله بن عمرو ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يَقُوتُ » رواه أبو داود . وأن يكون فاضلاً عمّا يحتاج هو وأهله إليه : من مسكن ، وخادم ، ومالابدّ منه . وأن يكون فاضلاً عن قضاء دينه . لأن قضاء الدين من حوائجه الأصليّة ، ويتعلّق به حقوق الآدميين . فهو آكدُ . ولذلك منع الزكاة مع تعلّق حُقوقِ الفقراء بها ، وحاجتهم إليها . فالحجّ الذى هو خالصُ حقّ الله تعالى أولى ، وسواء كان الدين لآدميّ مُعيَّن أو من حقوق الله تعالى كزكاةٍ فى ذمّته ، أو كفّارات ، ونحوها . وإن احتاج إلى النكاح وخاف على نفسه العَنَت ، قدّم التزويج . لأنه واجبٌ عليه ، ولا غِنَى به عنه ، فهو كنفقته . وإن لم يخف قدّم الحجّ . لأن النكاح تطوّع ، فلا يقدّم على الحجّ الواجب . وإن حجّ من تلزمه هذه الحقوق وضيّعها صحّ[2] حَجُّه لأنها متعلّقة بذمّته ، فلا تمنع صحّة فعله .

٢٢٠٧ فصل

ومن له عقارٌ يحتاج إليه لسُكناه ، أو سُكنى عِياله ، أو يحتاج إلى أُجْرَتِه لنفقةِ نفسه ، أو عياله ، أو بضاعةٌ متى نقَصَها اختلّ رِبحُها فلم يكفهم ، أو سائمة يحتاجون إليها ، لم يلزمه الحجّ . وإن كان له

(١) الرحل : مايوضع على ظهر البعير من مركب غير وطىء ، والقتب : بفتح القاف والتاء ، وبكسر القاف وسكون التاء ، والأول أكثر وهو برذعة صغيرة على قدر سنام البعير .

(٢) لفظ « صح » ساقط من هذا الموضع فى الطبعة الثالثة التى طبعت بدار السنة المحمدية ، ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب ، ولكنها موجودة فى الطبعة الأولى والثانية .

من ذلك شيء فاضلٌ عن حاجته لزمه بيعُه فى الحجّ . فإن كان له مسكن واسع ، يفضل عن حاجته ، وأمكنه بيعُه وشراء ما يكفيه ، ويَفْضُل قدرُ مايحجّ به لزمه . وإن كانت له كتب يحتاج إليها لم يلزمه بيعُها فى الحجّ ، وإن كانت مما لايحتاج إليها ، أو كان بكتاب نسختان يستغنى بأحداها ، باع مالا يحتاجُ إليه ، فإن كان له دَيْنٌ على مَلِيء ، باذلٍ له ، يكفيه للحجّ لزمه : لأنه قادر ، وإن كان على مُعسر ، أو تعذّر استيفاؤه عليه ، لم يلزمه .

٢٢٠٨ فصـــل

وتجب العُمرة على من يجب عليه الحجّ فى إحدى الروايتين . رُوى ذلك عن عمر ، وابن عبّاس ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيّب ، وسعيد بن جُبَيْر ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبيّ . وبه قال الثوريّ ، وإسحق ، والشافعيّ فى أحد قوليه .

(والرواية الثانية) ليست واجبة ورُوى ذلك عن ابن مسعود . وبه قال مالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لما رَوى جابرٌ أن النبيّ ﷺ سئل عن العُمرة : أَوَاجِبَةٌ هِيَ ؟ قال : « لَا ، وَأَنْ تَعْتَمِرُوا فَهُوَ أَفْضَلُ » أخرجه الترمذيّ . وقال هذا حديث حسن ، صحيح . وعن طَلْحة : أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الْحَجُّ جِهَادٌ وَالعُمْرَةُ تَطَوُّعٌ » رواه ابن ماجه . ولأنه نُسُك غيرُ مُؤقّت ، فلم يكن واجباً ، كالطواف المجرّد .

ولنا قول الله تعالى (٢ : ١٩٦ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالعُمْرَةَ لِلَّهِ) ومقتضى الأمر الوجوب[1] ، ثمّ عطفها على الحجّ ، والأصل التساوى بين المعطوف والمعطوف عليه . قال ابن عباس : إنها لقرينة الحجّ فى كتاب الله ، وعن الصبيّ بن معبد قال : « أَتَيْتُ عُمَرَ فقلتُ : يا أميرَ المؤمنينَ إِنِّى أَسْلَمْتُ ، وَإِنِّى وَجَدْتُ الْحَجَّ وَالعُمْرَةَ مَكْتُوبَيْنِ علىَّ فأَهْلَلْتُ بهما . فقال عمر : هُدِيتَ لِسُنَّةِ نَبِيِّكَ صلى الله عليه وسلم » ، رواه أبو داود ، والنسائىّ . وعن أبى رَزين : أنه أتى النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارسول الله ، إنَّ أَبِي شَيْخٌ كَبِيرٌ لَا يَسْتَطِيعُ الْحَجَّ ، وَلا العُمْرَةَ ولا الظَّعْنَ ، قال : « حُجَّ عَنْ أَبِيكَ وَاعْتَمِرْ » رواه أبو داود ، والنسائىّ ، والترمذىّ ، وقال حديث حسن صحيح . وذكره أحمد ، ثم قال : وحديثٌ يرويه سَعيدُ بن عبد الرحمن الْجُمَحِىّ عن عبد الله ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : جاء رجل إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فقال : أَوْصِنِي ، قال : « تُقِيمُ الصَّلَاةَ ، وَتُؤْتِي الزَّكَاةَ ، وَتَحُجُّ ، وَتَعْتَمِرُ » وروى

---

(١) إنما يجب إتمام الحج على من شرع فيه ، ولذلك يختص الحج بأنه عبادة تلزم بالشروع فيها .

الأثرم بإسناده عن أبي بكر بن محمد ، بن عمرو ، بن حزم ، عن أبيه ، عن جدّه : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن ، وكان في الكتاب : أنّ العُمْرَةَ هي الحجُّ الأصْغَرُ ، ولأنه قولُ من سمَّينا من الصحابة ، ولا مُخالِفَ لهم نعلمه ، إلَّا ابنَ مسعود على اختلاف عنه . وأما حديثُ جابر ، فقال الترمذيّ ، قال الشافعيّ : هو ضعيف ، لا تقوم بمثله الحجّة ، وليس في العُمرة شيء ثابت بأنها تطوع . وقال ابن عبد البرّ . روى ذلك بأسانيد لا تصح . ولا تقوم بمثلها الحجّة ، ثم نحمله على المعهود ، وهي العمرة التي قضوْها حين أُحْصِرُوا في الْحُدَيْبية ، أو على العُمرة التي اعتمروها مع حَجَّتِهم ، مع النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فإنها لم تكن واجبةً على من اعتمر ، أو نحملُه على مازاد على العُمرة الواحدة ، وتفارق العُمرةُ الطوافَ ، لأنّ مِنْ شرطها الإحرامَ ، والطوافُ بخلافه .

٢٢٠٩ فصـــــل

وليس على أهل مكة عُمْرة . نصّ عليه أحمد . وقال : كان ابن عباس يرى العُمرة واجبةً ، ويقول : يَا أَهْلَ مكة ، لَيْسَ عَلَيْكُمْ عُمْرَةٌ ، إنَّما عُمْرَتُكُمْ طَوَافُكُمْ بِالْبَيْت . وبهذا قال عطاء ، وطاوس . قال عطاء : ليس أحدٌ من خلق الله إلّا عليه حجّ ، وعمرة واجبان ، لابدّ منهما لمن استطاع إليهما سبيلاً إلا أهل مكة ، فإن عليهم حَجَّةً ، وليس عليهم عُمرةٌ من أجل طوافهم بالبيت . ووجه ذلك : أن ركن العُمْرة ومعظمُها الطواف بالبيت ، وهم يفعلونه ، فأجزأ عنهم . وحمل القاضي : كلام أحمد على أنه لا عُمرة عليهم مع الْحَجّة ، لأنه يتقدّم منهم فعلُها في غير وقت الحجّ ، والأمر على ماقُلناه .

٢٢١٠ فصـــــل

وتجزىء عُمرة المتمتّع (١) ، وعُمرة القَارِن . والعُمرَةُ من أَدْنَى الحِلّ (٢) ، عن العُمرة الواجبة ، ولا نعلم في إجزاء عُمرة التمتّع خلافاً ، كذلك قال ابن عمر ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد . ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . ورُوى عن أحمد : أن عُمرة القارن لاتجزىء ، وهو اختيار أبي بكر . وعن أحمد : أن العُمرة من أدنى الحِلّ لا تُجزىء عن العُمرة الواجبة . وقال : إنّما هي من أربعة أميال . واحتجّ على أن عُمرة القارِن لا تُجزىء : بأنّ عائشةَ حين حاضت أَعْمرها مِن التنعيم ، فلو كانت عُمرتُها في قِرانها أجزأتها ، لما أعمرها بعدها .

ولنا : قول الضبيّ بن معبد : إنّي وجدتُ الحجّ والعُمرة مكتوبين عليّ ، فأهلَلْتُ بهما . فقال عمر : « هُدِيتَ لِسُنَّةِ نَبِيِّكَ » وهذا يدلّ على أنه أحرم بهما يعتقد أداء ما كتبه الله عليه منهما ، والخروجَ عن

---

(١) المتمتع : هو من أحرم بالعمرة قبل الحج ، والقارن : هو من أحرم بالحج والعمرة معاً .
(٢) أدنى الحل : أقرب مكان إلى الحرم .

عُمْرتهما ، فصوَّبه عمر . وقال : « هُدِيتَ لِسُنَّةِ نَبِيِّكَ » وحديث عائشة حين قَرَنت الحجّ والعُمرة . فقال لها النبيُّ صلى الله عليه وسلم حين حَلَّتْ منهما : « قَدْ حَلَلْتِ مِنْ حَجِّكِ وَعُمْرَتِكِ » وإنَّما أعمرها النبيُّ صلى الله عليه وسلم من التنعيم قصداً ، لتطييب قلبها ، وإجابةَ مسألتها ، لا لأنَّها كانت واجبةً عليها . ثمّ إنْ لم تكن أجزأتها عُمرة القِرَانِ ، فقد أجزأتها العُمرة من أدْنَى الحِلّ . وهو أحدُ ماقصدنا الدّلالة عليه . ولأن الواجب عُمرة واحدة ، وقد أتَى بها صحيحةً ، فتجزئُه ، كعمرة المُتمتّع . ولأن عُمرة القارن أحدُ نُسُكى القِرَانِ ، فأجزأت ، كالحجّ . والحجُّ من مكةَ يُجزىء فى حقّ المُتَمتّع ، فالعمرة من أدنى الحلّ فى حقّ المُفْرد أولى . وإذا كان الطوافُ المجرّد يُجزىء عن العمرة فى حقّ المكىّ . فلأَنْ تُجزىء العمرةُ المشتملةُ على الطواف وغيره أولى .

٢٢١١ فصــــل

ولا بأس أن يعتمر فى السنة مراراً . رُوى ذلك عن علىّ ، وابن عمر ، وابن عبّاس ، وأنس ، وعائشةَ ، وعطاء ، وطاوس ، وعِكْرمة ، والشافعىّ . وكره العُمرة فى السنة مرّتين : الحسنُ ، وابنُ سيرين ، ومالكٌ . وقال النخَعِىّ : ما كانوا يعتمرون فى السنة ، إلا مرةً . ولأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يفعله .

ولنا : أن عائشة اعتمرت فى شهرٍ مرّتين بأمر النبىّ صلى الله عليه وسلم ، عُمْرةً مع قِرانها ، وعُمْرةً بعد حَجِّها . ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « العُمْرَةُ إلى العُمْرَةِ كَفَّارَةٌ لِما بَيْنَهُما » متفق عليه . وقال علىّ رضى الله عنه : فى كلِّ شهر مرّة ، وكان أنس إذا حَمَّم[1] رأسُه خرج فاعتمر . رواهما الشافعىّ فى مُسنده . وقال عكرمة : يعتمر إذا أمكن المُوسى من شَعْره . وقال عطاء : إن شاء اعتمر فى كلِّ شهر مَرَّتين ، فأمّا الإكثارُ من الاعتمار والموالاةُ بينهما . فلا يُستَحبُّ فى ظاهر قول السلف الذى حكيناه . وكذلك قال أحمد : إذا اعتمر فلا بدّ من أن يَحْلِقَ ، أو يُقَصِّرَ ، وفى عَشَرة أيّامٍ يمكن حَلْق الرأس . فظاهرُ هذا : أنه لا يُسْتَحَبُّ أن يعتمر فى أقلَّ من عشرة أيام . وقال فى رواية الأثرم : إن شاء اعتمر فى كلّ شهر . وقال بعض أصحابنا : يُستحبُّ الإكثارُ من الاعتمار . وأقوال السلف ، وأحوالهم تدل على ماقلناه . ولأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم وأصحابَه لم يُنقل عنهم الموالاةُ بينهما ، وإنما نُقل عنهم إنكار ذلك ، والحقّ فى اتّباعهم . قال طاوس : الذين يعتمرون من التنعيم ماأدرى يُؤْجَرُون عليها ، أو يُعَذَّبُون ؟ قيل له : فلم يُعَذَّبون ؟ قال : لأنه يدع الطواف بالبيت ، ويخرُج إلى أربعة أميال ،

(١) حمم رأسه : نبت شعر رأسه بعد ماحلق .

ويجيء ، وإلى أن يجيء من أربعة أميال قد طاف مائتى طوافٍ ، وكلما طاف بالبيت كان أفضلَ من أن يَمْشِيَ فى غير شىء .

وقد اعتمر النبىُّ صلى الله عليه وسلم أربعَ عُمَرٍ فى أربع سَفَرَاتٍ ، لم يزد فى كلِّ سَفْرَةٍ على عُمْرةٍ واحدةٍ ، ولا أحدٌ مِمَّن معه . ولم يبْلُغنا أن أحداً منهم جَمَعَ بين عمرتين فى سفرٍ واحد معه ، إلاّ عائشةَ حين حاضت ، فأعمرها من التنعيم . لأنها اعتقدت أن عمرة قرانها بطلت . ولهذا قالت : يارسول الله ، يرجع الناسُ بحجٍّ وعُمرةٍ ، وأرجعُ أنا بحَجَّةٍ ؟! فأعْمَرهَا لذلك ، ولو كان فى هذا فضلٌ لما اتفقوا على تركه .

٢٢١٢ فصــــل

وروى ابن عبّاس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عُمْرَةٌ فِى رَمَضَانَ تَعْدِلُ حَجَّةً » متفق عليه . قال أحمد : من أدرك يوماً من رمضان ، فقد أدرك عُمرةَ رَمَضَان . وقال إسحاق : يعنى هذا الحديث ، مثلُ مارُوى عن النبىّ ﷺ أنه قال : « مَنْ قَرَأَ قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ فَقَدْ قَرَأَ ثُلُثَ القُرْآنِ » وقال أنس : « حَجَّ النبىُّ صلى الله عليه وسلم حَجَّةً وَاحِدَةً واعتمر أربعَ عُمَرٍ : واحدة فى ذى القَعْدة ، وعُمرةَ الْحُدَيْبية ، وعُمرةً مع حَجَّته . وعُمرةَ الجِعْرَانَةِ[1] ، إذ قَسَّم غَنيمةَ حُنَيْنٍ » . وهذا حديث حسن ، صحيح ، متفق عليه . وقال أحمد : حجَّ النبىُّ صلى الله عليه وسلم حَجَّة الوداع . قال : ورُوى عن مجاهد أنّه قال : حَجَّ قبل ذلك حَجَّةً أخرى . وماهو يثبت عندى . ورُوى عن جابر قال : حَجَّ النبىُّ ﷺ ثلاثَ حِجَجٍ : حِجَّتَيْن قبل أن يُهاجر ، وحَجَّةً بعد ماهاجر . وهذا حديث غريب .

٢٢١٣ فصــــل

ورُوى عن عبد الله بن مسعود ، قال : قال رسول الله ﷺ : « تَابِعُوا بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ ، فإنَّهُمَا يَنْفِيان الفَقْرَ ، والذُّنُوبَ ، كما يَنْفِى الكِيرُ خَبَثَ الْحَدِيدِ ، والذَّهَبِ ، والفِضَّةِ ، وَلَيْسَ للحَجِّ المَبْرُورِ ثَوابٌ إلاّ الْجَنَّةُ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال: قَالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَتَى هَذَا الْبَيْتَ فلَمْ يَرْفُثْ وَلَمْ يَفْسُقْ رَجَعَ مِنْ ذُنُوبِهِ كَيَوْمَ وَلَدَتْهُ أُمُّهُ » متفق عليه ، وهو فى الموطأ .

٢٢١٤ « مسألة » قال ﴿ فإن كان مريضاً لايُرجى بُرْؤه ، أو شيخاً لايستمسكُ على الراحلة ،

---

(١) الجعرانة : بكسر الجيم وسكون العين . وقيل يجوز فيها كسر العين مع الجيم وتشديد الراء ولكن الإمام الشافعى رضى الله عنه قال إن التشديد خطأ ، وهو موضع بين مكة والطائف ، سمى باسم ريطة بنت سعد ، وكانت تلقب بالجعرانة ، وهي المرادة بقوله تعالى (كالتى نقضت غزلها) .

أقام من يَحُجُّ عنه ، ويعتمر ، وقد أجزأ عنه ، وإن عُوفِيَ ﴾ .

وجملة ذلك : أن من وُجدت فيه شرائط وجوب الحجّ ، وكان عاجزاً عنه لمانعٍ مأيُوسٍ من زواله كزمانة(١) أو مرضٍ لايُرْجَى زَوَاله ، أو كان نِضْوَ(٢) الْخَلْقِ لاَ يَقْدِرُ على الثبوتِ على الراحلة إلاّ بمشقةٍ غير مُحتملة . والشيخ الفانى . ومن كان مثلَه متى وَجد من ينوب عنه فى الحجّ ، ومالاً يستنيبهُ به ، لزمه ذلك . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وقال مالك : لاحجّ عليه إلا أن يستطيع بنفسه ، ولا أرى له ذلك . لأن الله تعالى قال (٣ : ٩٧ مَن اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً) وهذا غير مستطيع . ولأن هذه عبادة لاتدخلها النيابة مع القدرة ، فلا تدخلها مع العجز ، كالصوم ، والصلاة .

ولنا : حديث أبى رَزِين ، ورَوى ابن عباس أن امرأةً من خَثْعَمَ قالت : يارسول الله ، إنّ فَرِيضَةَ اللهِ على عِبَادِهِ فى الْحَجّ أَدْرَكَتْ أَبِى شَيْخاً كبيراً لاَ يَسْتَطِيع أَنْ يَثْبُتَ على الرّاحِلَةِ أفأَحُجُّ عَنْهُ ؟ قَالَ « نَعَمْ » وذلك فى حَجَّةِ الوداع ، متفق عليه . وفى لفظ لمسلم قالت : يارسول الله ، إنّ أبى شيخ كبير ، عليه فريضةُ الله فى الحجّ ، وهو لايستطيع أن يستوىَ على ظهر بعيره ؟ فقال النبىُّ صلى الله عليه وسلم : « فَحُجِّى عَنْهُ » وسُئل على رضى الله عنه عن شيخ لايجدُ الاستطاعة ، قال يُجَهِّزُ عَنْهُ . ولأنّ هذه عبادة تجب بإفسادها الكفّارة . فجاز أن يقوم غيرُ فعله فيها مقامَ فعله ، كالصوم إذا عجز عنه افتدى ، بخلاف الصلاة .

٢٢١٥ فصــــل

وإن لم يجد مالاً يستنيبُ به فلا حَجَّ عليه ، بغير خلاف . لأنّ الصحيح لو لم يجد مايحجُّ به لم يجب عليه ، فالمريض أولى . وإن وجد مالاً ، ولم يجد من ينوبُ عنه . فقياسُ المذهب : أنه ينبنى على الروايتين فى إمكان المسير ، هل هو من شرائط الوجوب ، أو من شرائط لزوم السعى . فإن قلنا من شرائط لزوم السعى ، ثبت الحجّ فى ذمّته ، هذا يُحَجُّ عنه بعد موته .

وإن قلنا : من شرائط الوجوب لم يجب عليه شىء .

٢٢١٦ فصــــل

ومتى أحَجَّ هذا عن نفسه ، ثم عُوفِيَ لم يجب عليه حجٌّ آخَر . وهذا قول إسحق . وقال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : يلزمُه ، لأنّ هذا بدلُ إياس ، فإذا بَرَأَ تبَيَّنَّا أنه لم يكن مأيوساً منه ، ولزمه

(١) الزمانة : العاهة التى تمنعه من الحج . (٢) نضو الخلق : النضو : المهزول ، والخلق : الخلقة ، أى أو كان مهزول الجسم خلقة ، نحيلا لايستمسك على الراحلة .

الأصل كالآيسة إذا اعتدّت بالشهور ثم حاضت ، لاتجزئها تلك العدّة .

ولنا : أنه أتى بما أُمِر به ، فخرج عن العُهدة ، كما لو لم يبرأ ، أو نقولُ : أدّى حَجّة الإسلام بأمر الشارع فلم يلزمه حجّ ثانٍ . كما لو حجّ بنفسه ، ولأن هذا يُفضى إلى إيجاب حَجّتَيْن عليه ، ولم يوجب اللهُ عليه إلا حجّةً واحدةً . وقولهم : لم يكن مأيوساً من بُرئه ، قلنا : لو لم يكن مأيوساً منه لما أُبيح له أن يستنيب ، فإنه شرطٌ لجواز الاستنابة . أما الآيسةُ إذا اعتدّت بالشهور فلا يتصوّر عودُ حيضها فإن رأت دماً فليس بحيض ، ولا يبطُل به اعتدادُها . ولكن من ارتفع حيضُها لاتدرى مارفعه إذا اعتدّت سنةً ، ثم عاد حيضُها لم يبطُل اعتدادُها . فأما إن عُوفى قبل فراغ النائب من الحجّ فينبغى أن لايجزئه الحج لأنه قدَر على الأصل قبل تمام البَدَل ، فلزمه ، كالصغيرة . ومن ارتفعَ حيضُها إذا حاضتا قبل إتمام عدّتهما بالشهور ، وكالمتيمّم إذا رأى الماء فى صلاته ويحتمل أن يُجزئه ، كالمتمتّع إذا شرع فى الصيام ، ثم قدر على الهَدْىِ ، والمكفِّر إذا قدر على الأصل بعد الشروع فى البدَلَ وإن برأ قبل إحرام النائب لم يُجزئه بحالٍ .

٢٢١٧ فصـــل

ومن يُرجى زوال مرضه ، والمحبوسُ ، ونحوُه ليس له أن يستنيب . فإن فعل لم يُجزئه ، وإن لم يبرأ ، وبهذا قال الشافعيّ وقال أبو حنيفة : له ذلك ، ويكون ذلك مُراعًى . فإن قدر على الحجّ بنفسه لزمه ، وإلا أجزأه ذلك لأنه عاجز عن الحجّ بنفسه : أشبه المأيُوسَ من بُرئه .

ولنا : أنه يرجو القُدرة على الحجّ بنفسه ، فلم يكن له الاستنابةُ ، ولا تجزئه إن فعل ، كالفقير ، وفارق المأيوس من بُرئه . لأنه عاجز على الإطلاق . آيسٌ من القُدْرةِ على الأصل ، فأشبه الميّت . ولأن النصّ إنما ورد فى الحجّ عن الشيخ الكبير ، وهو ممن لايُرجى منه الحجّ بنفسه ، فلا يقاسُ عليه إلّا من كان مثلَه . فعلى هذا : إذا استناب من يرجو القُدرة على الحجّ بنفسه ، ثم صار مأيوساً من بُرئه ، فعليه أن يحجّ عن نفسه مرّةً أخرى ، لأنه استناب فى حالٍ لاتجوزُ له الاستنابة فيها ، فأشبه الصحيح .

٢٢١٨ فصـــل

ولا يجوز أن يستنيب فى الحجّ الواجب من يقدرُ على الحجّ بنفسه ، إجماعاً . قال ابن المنذر : أجمعَ أهلُ العلم على أن من عليه حَجّةُ الإسلام ، وهو قادر على أن يحجّ لايُجزىء عنه أن يحجّ غيرُه عنه . والحجّ المنذور كحَجّةِ الإسلام ، فى إباحة الاستنابة عند العجز ، والمنع منها مع القدرة ، لأنها حَجّة واجبةٌ . فأمّا حَجّ التطوّع فينقسم أقساماً ثلاثة :

(أحدها) أن يكون ممن لم يُؤدِّ حَجّة الإسلام ، فلا يجوز أن يستنيب فى حَجّة التطوّع ، لأنه لا يصحّ أن يفعل بنفسه ، فبنائبه أولى .

(الثانى) أن يكون ممّن قد أدّى حَجّةَ الإسلام ، وهو عاجز عن الحجّ بنفسه . فيصحّ أن يستنيب فى التطوّع ، فإنّ ماجازت الاستنابة فى فرضه جازت فى نَفْلِهِ ، كالصدَقة .

(الثالث) أن يكون قد أدى حَجّة الإسلام وهو قادر على الحج بنفسه ، فهل له أن يستنيب فى حجّ التطوع ؟ فيه روايتان :

(إحداهما) يجوز . وهو قول أبى حنيفة ، لأنّها حَجّةٌ لا تلزمه بنفسه ، فجاز أن يستنيب فيها ، كالمعضوب (١) .

(والثانية) لا يجوز . وهو مذهب الشافعىّ ، لأنه قادر على الحجّ بنفسه ، فلم يَجُز أن يستنيب فيه ، كالفرض .

٢٢١٩ فصـــل

فإن كان عاجزاً عنه عجزاً مرْجُوّ الزوال ، كالمريض مرضاً يُرجى بُرؤه ، والمحبوس ، جاز له أن يستنيب فيه . لأنه حجٌّ لا يلزمه ، عجزَ عن فعله بنفسه ، فجاز له أن يستنيب فيه ، كالشيخ الكبير ، والفرق بينه وبين الفرض أن الفرض عبادة العُمر فلا يفوت بتأخيره عن هذا العام ، والتطوّع مشروع فى كلّ عام ، فيفوت حَجُّ هذا العام بتأخيره. ولأن حَجّ الفرض إذا مات قبل فعله فُعِلَ بعد موته ، وحَجّ التطوّع لا يُفعل فيفوت .

٢٢٢٠ فصـــل

وفى الاستئجار على الحجّ ، والأذان ، وتعليم القرآن ، والفقه ، ونحوه ، ممّا يتعدّى نفعُه ، ويختصّ فاعلُه أن يكون من أهل القُرْبَةِ ، روايتان :

(إحداهما) لا يجوز . وهو مذهب أبى حنيفة ، وإسحق . والأخرى يجوز : وهو مذهب مالك ، والشافعىّ ، وابن المنذر . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « أَحَقُّ مَاأَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللهِ » رواه البخارىّ ، وأخَذَ أصحابُ النبىّ صلى الله عليه وسلم الْجُعْلَ على الرُّقْيَةِ بكتاب الله ، وأخْبَرُوا بذلك النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فصوّبَهُم فيه . ولأنه يجوز أخذ النفقة عليه ، فجاز الاستئجار عليه ، كبناء المساجد ، والقناطر . ووجه الرواية الأولى : أنّ عُبَادَةَ بنَ الصامت كان يُعَلّمَ رجُلاً القرآن ، فأهْدَى له قَوْساً ، فسأل النبىّ صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال له : « إِنْ سَرّكَ أَنْ تَتَقَلّدَ قَوْساً مِنْ نَارٍ فَتَقَلّدْهَا » وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم لعثمان بن أبى العاص : « وَاتّخِذْ مُؤَذّناً لَا يَأْخُذُ على أَذَانِهِ أَجْراً » ولأنها عبادة يختصّ فاعلُها أن يكون من أهل القُربة ، فلم يَجُز أخذُ الأجرة عليها ، كالصلاة ،

(١) المعضوب : الضعيف والزمن لا حراك به .

والصوم . وأما الأحاديث التي في أخذ الجُعْل والأُجْرة . فإنما كانت في الرُّقْيَة . وهي قضيَّةٌ في عين ، فتختصّ بها ، وأما بناء المساجد ، فلا يختصّ فاعلُه أن يكون من أهل القُرْبة ، ويجوز أن يقع قُرْبَةً وغيرَ قُرْبَةٍ . فإذا وقع بأجْرة لم يكن قُربةً ، ولا عِبادةً ، ولا يصحّ ههنا أن يكون غير عبادة ، ولا يجوز الاشتراكُ في العبادة ، فمتى فعله من أجل الأُجرة خرج عن كونه عبادة ، فلم يصحّ ، ولا يلزم من جواز أخذ النفقة جوازُ أخْذِ الأجرة ، بدليل القضاء ، والشهادة ، والإمامة يُؤخذ عليها الرِّزْقُ من بَيْتِ المال . وهو نَفَقَةٌ في المعنى ، ولا يجوزُ أخذ الأُجْرة عليها . وفائدةُ الخلاف أنه متى لم يَجُز أخذُ الأجرة عليها فلا يكون إلا نائباً مَحْضاً . وما يُدفع إليه من المال يكون نَفَقَةً لطريقه . فلو مات ، أو أُحْصِرَ ، أو مرض ، أو ضَلّ الطريق ، لم يلزمه الضمانُ لما أنفق ، نصّ عليه أحمدُ . لأنه إنفاق بإذْن صاحب المال ، فأشبه ما لو أُذِن له في سدّ بَثْقٍ[1] فانْبَثَقَ ولم يَنْسَدّ ، وإذا ناب عنه آخرُ ، فإنه يَحُجّ من حيثُ بلغ النائبُ الأول من الطريق ، لأنه حصل قطعُ هذه المسافة بمال المَنُوب عنه . فلم يكن عليه الإنفاق دفعةً أخرى ، كما لو خرج بنفسه ، فمات في بعض الطريق . فإنه يَحجّ عنه من حيثُ انتهى ، وما فَضَل معه من المال رَدَّه ، إلّا أن يُؤذن له في أخذه ، ويُنفق على نفسه بقدر الحاجة ، من غير إسراف ، ولا تقتير . وليس له التبرّع بشيء منه ، إلّا أن يُؤذن له في ذلك . قال أحمد في الذي يأخذ دراهم للحجّ : لا يمشي ، ولا يُقتّر في النفقة ، ولا يُسرف . وقال في رجل أخذ حَجَّةً عن ميّت ففضلتْ معه فَضْلَةٌ يردُّها ، ولا يُناهِدُ[2] أحداً ، إلّا بقدر مالا يكون سَرَفاً ، ولا يدعو إلى طعامه ، ولا يتفضّل . ثم قال : أما إذا أُعْطِيَ ألفَ درهم ، أو كذا وكذا . فقيل له حُجّ بهذه فله أن يتوسّع فيها ، وإن فضل شيء فهو له . وإذا قال المَيّت : حُجّوا عني حَجَّةً بألف درهم ، فدفعوها إلى رجل ، فله أن يتوسّع فيها ، وما فضل فهو له . وإن قلنا : يجوز الاستئجار على الحجّ جاز أن يقع الدفعُ إلى النائب من غير استئجار ، فيكون الحكم فيه على ما مضى . وإن استأجره ليحُجّ عنه ، أو عن ميّت اعتُبر فيه شروط الإجارة ، من معرفة الأُجْرة وعَقْد الإجارة ، وما يأخذُه أُجْرةً له يملكه ، ويُباح له التصرّف فيه ، والتوسّع به في النفقة ، وغيرها ، وما فضل فهو له ، وإن أُحْصِرَ . أو ضَلّ الطريق ، أو ضاعت النفقةُ منه . فهو في ضمانه ، والحَجّ عليه ، وإن مات انفسخت الإجارة . لأنّ المعقود عليه تَلِف ، فانفسخ العقد ، كما لو ماتت البهيمةُ المستأجَرةُ ، ويكون الحجّ أيضاً من موضع بلغ إليه النائب ، وما لزمه من الدماء فعليه . لأن الحجّ عليه .

---

(١) البثق بفتح الباء وكسرها مع سكون الثاء الفتحة في شط النهر بسبب انكسار الشاطيء فينبثق منها ماء النهر .

(٢) يناهد أحداً : يهادي أحداً ، أي يهديه شيئاً من المال الذي أخذه للحج بأن يشتري له شيئاً بثمن من عنده أو يعطيه مالا .

٢٢٢١ فصــــل

فأما النائب غيرُ المستأجرَ . فما لزمه من الدِّماء بفعلٍ محظورٍ فعليه فى ماله . لأنَّه لم يُؤْذَنْ له فى الجناية فـكان مُوجَبُها عليه ، كما لو لم يكن نائباً ، ودم المتعة ، والقران ، إن أذن له فى ذلك على المستنيب . لأنه أَذِن فى سببهما ، وإن لم يُؤذن له ، فعليه . لأنه كجنايته ، ودمُ الإحصار على المستنيب . لأنه للتخلّص من مشقّة السفر ، فهو كنفقة الرجوع . وإن أفسد حَجَّه بالقضاء عليه ، ويَرُدُّ ماأخذ . لأن الحَجّة لم تُجزِئه عن المستنيب ، لتفريطه ، وجنايته . وكذلك إن فاته الحجّ بتفريطه ، وإن فات بغير تفريط احتُسب له بالنفقة . لأنَّه لم يفُت بفعله ، فلم يكن مخالفاً ، كما لو مات . وإن قلنا بوجوب القضاء ، فهو عليه فى نفسه كما لو دخل فى حجٍ ظنّ أنه عليه ، ولم يكن ففاته .

٢٢٢٢ فصــــل

وإذا سلك النائبُ طريقاً يُمكنه سلوك أقربَ منه ، ففاضلُ النفقة فى ماله ، وإن تعجّل تَعجلةً يمكنه تركها ، فكذلك . وإن أقام بمكَّة أكثرَ من مدّة القصر بعد إمكان السفر للرجوع أنفق من مال نفسه . لأنَّه غيرُ مأذون له فيه . فأمَّا من لا يمكنه الخروج قبل ذلك ، فله النفقة . لأنه مأذون له فيه ، وله نفقة الرجوع ، وإن أقام بمكة سنين ، مالم يتَّخذْها داراً . فإن اتّخذها داراً ولو ساعةً لم يكن له نفقة رُجُوعه لأنه صار بنيّة الإقامة مَكّيًّا ، فسقطت نفقته فلم تَعُد . وإن مرض فى الطريق فعاد ، فله نفقةُ رجوعه ، لأنه لابدَّ له منه ، حصل بغير تفريطه ، فأشبه مالو قُطِع عليه الطريق ، أو أُحصِر . وإن قال : خِفتُ أن أمرض ، فرجعت ، فعليه الضمانُ . لأنه متوهِّم . وعن أحمد فيمن مرض فى الكوفة ، فرجع ، يَرُدّ ماأخذ وفى جميع ذلك إذا أُذن له فى النفقة . فله ذلك . لأن المال للمستنيب ، فجاز ماأذِن فيه ، وإن شرط أحدهما أن الدماء الواجبةَ عليه ، على غيره ، لم يصحّ الشرطُ . لأن ذلك من مُوجَبَاتِ فعله ، أو الحجّ الواجب عليه ، فلم يجُز شرطه على غيره ، كما لو شرطه على أجنبيّ .

٢٢٢٣ فصــــل

يجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأةِ ، والمرأةُ عن الرجل والمرأةِ ، فى الحجِّ فى قول عامّة أهل العلم ، لانعلم فيه مخالفاً ، إلاَّ الحسنَ بن صالح ، فإنه كره حَجّ المرأة عن الرجل . قال ابن المنذر : هذه غَفْلةٌ عن ظاهر السنّة . فإن النبيَّ صلى الله عليه وسلم أمر المرأةَ أن تَحُجَّ عن أبيها ، وعليه يَعتمد من أجاز حجّ المرء عن غيره . وفى الباب حديث أبى رَزِين ، وأحاديثُ سواه .

٢٢٢٤ فصــــل

ولا يجوز الحجّ والعمرةُ عن حَيّ إلا بإذنه ، فرضاً كان ، أو تطوّعاً . لأنها عبادة تدخلها النيابة ،

فلم تجز عن البالغ العاقل إلا بإذنه ، كالزكاة . فأما الميِّت : فتجوز عنه بغير إذن ، واجباً كان أو تطوُّعاً ، لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم أمر بالحجِّ عن الميِّت . وقد علم أنه لا إذْنَ له ، وماجاز فرضُه جاز نفلُه كالصدقة ، فعلى هذا : كلّ مايفعله النائب عن المستنيب ممَّا لم يؤمر به ، مثلُ أن يؤمر بحجٍّ فيعتمر ، أو بعُمرة فيحجّ يقع عن الميِّت . لأنه يصح عنه من غير إذنه . ولا يقع عن الحيّ ، لعدم إذنه فيه ، ويقع عمَّن فعله . لأنه لما تعذَّر وقوعه عن المنويّ عنه ، وقع عن نفسه ، كما لو استنابه رجلان ، فأحرم عنهما جميعاً ، وعليه ردُّ النفقة . لأنه لم يفعل ماأُمِر به ، فأشبه مالو لم يفعل شيئاً .

٢٢٢٥ فصول فى مخالفة النائب

إذا أمره بحجّ فتمتَّع ، أو اعتمر لنفسه من الميقات ، ثم حَجّ نظرتَ : فإن خرج إلى الميقات ، فأحرم منه بالحجِّ جاز ، ولا شىء عليه . نصّ عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعيّ . وإن أحرم بالحجِّ من مكةَ فعليه دمٌ لترك ميقاته ، ويردُّ من النفقة بقدر ماترك من إحرام الحجّ فيما بين الميقات ، ومكة . وقال القاضى : لايقع فعلهُ عن الآمر ، ويردّ جميع النفقة . لأنه أتى بغير ماأُمِر به ، وهو مذهبُ أبى حنيفة .

ولنا : أنه إذا أحرم من الميقات فقد أتى بالحجّ صحيحاً من ميقاته . وإن أحرم به من مكةَ فما أخلَّ إلاَّ بما يَجبُرُه الدَّمُ ، فلم تسقط نفقتُه ، كما لو تجاوز الميقاتَ غير مُحرم ، فأحرم دونَه وإن أمره بالإفراد ، فقرَنَ لم يَضْمَنْ شيئاً ، وهو قول الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يضمنُ ، لأنه مخالف .

ولنا : أنه أتى بما أُمر به وزيادة ، فصحّ ، ولم يضمن ، كما لو أمره بشراء شاةٍ بدينار ، فاشترى شاتين تساوى إحداهما ديناراً ، ثم إن كان أمره بالعُمرة بعد الحجّ ، ففعلها ، فلا شىء عليه . وإن لم يفعل رَدّ من النفقة بقدرها .

٢٢٢٦ فصـــــل

وإن أمره بالتمتّع ، فقرن ، وقع عن الآمر ، لأنه أمَرَ بهما ، وإنما خالف فى أمره بالإحرام بالحجّ ، من مكة ، فأحرم به من الميقات . وظاهر كلام أحمد : أنه لايردّ شيئاً من النفقة ، وهو مذهب الشافعىّ . وقال القاضى : يردّ نصفَ النفقة لأن غرضه فى عُمرة مفردة ، وتحصيل فضيلة التمتّع ، وقد خالفه فى ذلك ، وفوّته عليه ، وإن أفرد وقع عن المستنيب أيضاً ، ويُردّ نصفَ النفقة ، لأنه أخلّ بالإحرام بالعُمرة من الميقات ، وقد أمره به ، وإحرامهُ بالحجّ من الميقات زيادةٌ لايستحقّ به شيئاً .

٢٢٢٧ فصـــــل

فإن أمره بالقِرانِ ، فأفرد ، أو تمتّع صحّ ووقع النُّسُكانِ عن الآمر ، ويردّ من النفقة بقدر ماترك

من إحرام النُّسُك الذى تركه عن الميقات ، وفى جميع ذلك إذا أمره بالنُّسُكَيْنِ ففعل أحدهما دون الآخر رَدَّ من النفقة بقدر ماترك ، ووقع المفعولُ عن الآمر ، وللنائب من النفقة بقدره .

٢٢٢٨ فصـــــل

وإن استنابه رجل فى الحجّ ، وآخرُ فى العُمرة ، وأذنا له فى القِرَان ففعل ، جاز لأنه نُسُكٌ مشروع ، وإن قرن من غير إذنهما ، صَحّ ووقع عنهما ، ويرُدّ من نفقة كلٍّ واحدٍ منهما نصفَها . لأنه جعل السفر عنهمابغير إذنهما ، وإن أذن أحدهما دون الآخر رَدّ على غير الآمر نصفَ نفقته وحدَه . وقال القاضى : إذا لم يأذنا له ضمن الجميعَ . لأنه أُمِر بنُسكٍ مُفْرَدٍ ، ولم يأت به ، فكان مُخالفاً ، كما لو أمر بحجٍّ ، فاعتمرَ .

ولنا : أنه أتى بما أُمِر به . وإنما خالف فى صفته ، لا فى أصله . فأشبه من أُمِر بالتمتع فقرنَ ، ولو أُمِرَ بأحد النسكين فقرنَ بينه وبين النسُك الآخر لنفسه ، فالحكمُ فيه كذلك ودم القِرَانِ على النائب ، إذا لم يُؤذَن له فيه ، لعدم الإذن فى سببه ، وعليهما إن أذنا ، لوجود الإذن فى سببه . ولو أذن أحدُهما دون الآخر فعلى الآذن نصفُ الدم ، ونصفُه على النائب .

٢٢٢٩ فصـــــل

وإن أُمِر بالحجّ ، فحجّ ، ثم اعتمر لنفسه ، أو أَمَرَهُ بعُمرة ، فاعتمر ، ثم حَجّ عن نفسه . صحّ ولم يَرُدّ شيئاً من النفقة . لأنه أتى بما أُمِر به على وجهه ، وإن أمره بالإحرام من ميقات ، فأحرم من غيره جاز . لأنهما سواء فى الإجزاء ، وإن أمره بالإحرام من بلده ، فأحرم من الميقات جاز لأنه الأفضلُ . وإن أمره بالإحرام من الميقات فأحرم من بلده جاز لأنه زيادةٌ لا تضرّ ، وإن أمره بالحجّ فى سنةٍ ، أو بالاعتمار فى شهرٍ ، ففعله فى غيره جاز . لأنه مأذون فيه فى الجملة .

٢٢٣٠ فصـــــل

فإن استنابه اثنان فى نُسُكٍ فأحرم به عنهما ، وقع عن نفسه دونهما . لأنه لا يمكن وقوعه عنهما ، وليس أحدهما بأولى من صاحبه ، وإن أحرم عن نفسه ، وغيره ، وقع عن نفسه ، لأنّه إذا وقع عن نفسه ، ولم ينوها ، فمع نيته أولى ، وإن أحرم عن أحدهما غيرَ مُعَيَّن احتمل أن يقع عن نفسه أيضاً . لأن أحدهما ليس أولى من الآخر . فأشبه مالو أحرم عنهما ، واحتمل أن يصحّ . لأن الإحرام يصحّ بالمجهول ، فصحّ عن المجهول وإلا صرفه إلى من شاء منهما . اختاره أبو الخطاب ، فإن لم يفعل حتى طاف شوطاً ، وقع عن نفسه ، ولم يكن صرفُهُ إلى أحدهما . لأن الطواف لايقعُ عن غير مُعَيَّن .

٢٢٣١ « مسألة » قال : ﴿ وحكم المرأة إذا كان لها مَحْرَمٌ كحكم الرجل ﴾ .

ظاهر هذا : أن الحجّ لايجب على المرأة التى لامَحْرَم لها . لأنه جعلها بالمحرم كالرجل فى وجوب الحجّ .

فمن لامحرَم لها لا تكون كالرجل ، فلا يجب عليها الحجّ . وقد نصّ عليه أحمد ، فقال أبو داود : قلتُ لأحمد : امرأةٌ مُوسِرَةٌ لم يكن لها محرَم ، هل يجب عليها الحجّ ؟ قال : لا وقال أيضاً : المحرَمُ من السبيل وهذا قول الحسن ، والنخعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : أن المحرم من شرائط لزوم السعى . دون الوجوب ، فمتى فاتها الحجّ بعد كمال الشرائط الخمس بموتٍ ، أو مرض لايُرجى برؤه ، أخرج عنها حَجّةً . لأن شروط الحجّ المختصة به قد كملت . وإنما المحرَم لحفظها . فهو كتخلية الطريق ، وإمكان المسير ، وعنه رواية ثالثة : أن المحرم ليس بشرط فى الحجّ الواجب . قال الأثرم : سمعتُ أحمد يُسأل : هل يكون الرجل محرماً لأمّ امرأته يُخرجها إلى الحجّ ؟ فقال : أما فى حَجّةِ الفريضة فأرجو . لأنها تخرُج إليها مع النساء ، ومع كلّ من أمِنَتْه ، وأما فى غيرها فلا . والمذهب الأول . وعليه العمل . وقال ابن سيرين ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعىّ : ليس المحرَم شرطاً فى حجّها بحال . قال ابن سيرين تخرُج مع رجل من المسلمين لا بأس به . وقال مالك : تخرج مع جماعة النساء . وقال الشافعىّ : تخرج مع حُرّةٍ مُسلمة ثِقَةٍ . وقال الأوزاعىّ : تخرُج مع قوم عُدولٍ ، تتّخذ سُلّماً تصعد عليه ، وتنزل ، ولا يقربها رجل ، إلا أنه يأخذ رأس البعير ، وتضَع رجلها[1] على ذرَاعِه . قال ابن المنذر : تركوا القول بظاهر الحديث . واشترط كل واحد منهم شرطاً لاحُجّة معه عليه . واحتجّوا بأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم فسّر الاستطاعة بالزاد ، والراحلة . وقال لعدِىّ بن حاتم : « يُوشِكُ أَنْ تَخْرُجَ الظَّعِينَةُ مِنَ الْحِيرَةِ تَؤُمُّ الْبَيْتَ لَاجِوارَ مَعَهَا . لَا تَخَافُ إِلَّا اللهَ » ولأنه سفرٌ واجب . فلم يُشترط له المحرَم . كالمسلمة إذا تخلّصت من أيدى الكفار .

ولنا : ماروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ تُسَافِرُ مَسِيرَةَ يَوْمٍ إِلَّا وَمَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ . وعن ابن عباس قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ إِلَّا وَمَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ ، وَلَا تُسَافِرُ امْرَأَةٌ إِلَّا وَمَعَهَا ذُو مَحْرَمٍ » فقام رجل فقال : يارسول الله ، إِنِّى كُنْتُ فِى غَزْوَةِ كَذا وانْطَلَقَتْ امرأَتِى حَاجَّةً . فقال النبىّ صلى الله عليه وسلم : « انْطَلِقْ فاحْجُجْ مَعَ امْرَأَتِكَ » متفق عليهما . وروى ابن عمر ، وأبو سعيد نحواً من حديث أبى هريرة . قال أبو عبد الله : أمّا أبو هريرة فيقول : « يَوْماً وَلَيْلَةً » ويروى عن أبى هريرة : « لاتُسَافِرُ سَفَراً أَيْضاً » . وأماحديث أبى سعيد يقول : : « ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . قلتُ : ماتقولُ أنت ؟ قال : لَا تُسَافِرُ سفراً قليلاً ولا كثيراً إلاَّ مَعَ ذى مَحْرَمٍ » . وروى الدارقطنىّ بإسناده عن

---

(١) أى تضع رجلها على ذراعه عند الصعود فوق البعير وعند نزولها عليه ، وفى النسخ المطبوعة (تضع رجله على ذراعه) وهو سهو لم ينبه إليه .

ابن عباس : أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال : « لاتَحُجَّنّ امرأةٌ إلَّا وَمَعَها ذُو مَحْرَمٍ » وهذا صريح في الحكم . ولأنها أنشأت سفراً في دار الإسلام . فلم يجز بغير مَحْرَمٍ ، كحجّ التطوّع . وحديثهم محمول على الرجل ، بدليل أنهم اشترطوا خروج غيرها معها . فجَعْلُ ذلك لغير المحرم الذى بيّنه النبيّ ﷺ فى أحاديثنا أولى مما اشترطوه بالتحكمّ من غير دليل . ويحتمل أنه أراد أن الزاد والراحلة يوجبُ الحجّ مع كمال بقيَّة الشروط . ولذلك اشترطوا تخلية الطريق ، وإمكانَ المسير ، وقضاء الدين ، ونفقةَ العيال . واشترط مالكٌ إمكان الثبوت على الراحلة ، وهى غيرُ مذكورة فى الحديث . واشترط كلّ واحد منهم فى محلّ النزاع شرطاً من عند نفسه ، لا من كتاب : ولا من سُنّة . فما ذكره النبيّ صلى الله عليه وسلم أولى بالاشتراط . ولو قدّر التعارض لحديثنا أخصّ ، وأصحّ ، وأولى بالتقديم . وحديث عَدى يدلّ على وجود السفر ، لاعلى جوازه . ولذلك لم يجُز فى غير الحجّ المفروض ، ولم يذكر فيه خروج غيرها معها . وقد اشترطوا ههنا خروج غيرها معها .

وأما الأسيرة إذا تخلّصت من أيدى الكفّار . فإن سفرها سفرُ ضرورة ، لا يقاسُ عليه حالةُ الاختيار . ولذلك تخرُج فيه وحدَها . ولأنها تدفع ضرراً مُتيقناً بتحمّل الضرر المتوهّم . فلا يلزم تحمّل ذلك من غير ضرر أصلاً .

٢٢٣٢ فصـــل

والمحرَمُ زوجُها ، أو من تحرُم عليه ، على التأبيد ، بنسَب ، أو سَبَبٍ مُباحٍ ، كأبيها ، وابنها ، وأخيها من نسب ، أو رَضاع . لما روى أبو سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ باللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ أَنْ تُسَافِرَ سَفَراً يكونُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا إلاّ وَمَعَها أَبُوها أَوْ ابنُها أو زَوْجُها ، أو ذُو مَحْرَمٍ مِنْها » رواه مسلم . قال أحمد : ويكون زوج أمّ المرأة مَحْرَماً لها ، يَحُجّ بها ، ويُسافر الرجل مع أمّ ولد جدّه . فإذا كان أخوها من الرّضاعة خرجت معه . وقال فى أم امرأته : يكون محرماً لها فى حجّ الفرض ، دون غيره . قال الأثرم : كأنه ذهب إلى أنها لم تذكر فى قوله : (٢٤ : ٣١ وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنّ) الآية فأمّا من تَحلّ له فى حالٍ ، كعبدها ، وزوج أختها ، فليسا بمحرمٍ لها ، نصّ عليه احمد . لأنهما غير مأمونين عليها . ولا تحرُم عليهما على التأبيد ، فهما كالأجنبيّ وقد رُوى عن نافع عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ قال : « سَفَرُ المَرْأَةِ مَعَ عَبْدِهَا ضَيْعَةٌ » أخرجه سعيد . وقال الشافعىّ : عبدُها محرَمٌ لها . لأنه يُباح له النَّظَرُ إليها ، فكان مَحْرَماً لها . كذى رَحِمها . والأوّل أولى ، ويُفارق ذا الرحم . لأنه مأمون عليها ، وتحرُم عليه على التأبيد ، وينتقض ماذكروه بالقواعدِ من النساء ، وغير أولى الإرْبَة من الرِّجال . وأما أمّ الموطوءة بشُبْهَةٍ أو المَزْنِيُّ بها أو ابنتهما ، فليس بمحرَم لها . لأن تحريمهما بسبب

غير مُباحٍ . فلم يثبُت به حُكم المحرميَّة كالتحريم الثابت باللِّعان . وليس له الخَلْوَةُ بهما ، ولا النظر إليهما لذلك . والكافرُ ليس بمحرَمٍ المُسلمةِ . وإن كانت ابنتَه قال أحمد : في يهوديّ أو نصرانى ، أسلمت ابنته : لا يُزَوِّجُها . ولا يُسافر معها ، ليس هو لها بمحرَمٍ . وقال أبو حنيفة ، والشافعيّ : هو محرَم . لأنَّها مُحرَّمةٌ عليه على التأبيد .

ولنا : أن إثبات المحرمية يقتضي الخَلْوَةَ بها . فيجب أن لاتَثْبُت لكافر على مُسلمة ، كالحضانة للطفل . ولأنه لايُؤْمَنُ عليها أن يَفْتنها عن دينها ، كالطفل . وما ذكروه يَبْطُل بأمّ المَزنيّ بهـا ، وابنتها ، والمحرَّمة باللّعان ، وبالمجوسيّ مع ابنته . ولا ينبغي أن يكون في المجوسيّ خلاف . فإنه لا يُؤمن عليها . ويعتقدُ حِلّها . نصّ عليه أحمد في مواضع . ويُشترط في المحرَم أن يكون بالغاً ، عاقلاً . قيل لأحمد : فيكون الصبيُّ مَحرماً ؟ قال : لا ، حتى يَحتلِمَ . لأنه لايقوم بنفسه ، فكيف يخرجُ مع امرأةٍ . وذلك لأن المقصود بالمحرَم حِفْظ المرأة . ولا يحصُل إلاّ من البالغ ، العاقل ، فاعتُبر ذلك .

٢٢٣٣ فصـــل

ونفقة المحرم في الحجّ عليها . نصّ عليه أحمد . لأنه من سبيلها . فكان عليها نفقته ، كالراحلة . فعلى هذا يُعتبر في استطاعتها أن تملك زاداً ، وراحلةً ، لها ولمحرَمِها . فإن امتنع محرمُها من الحجّ معها ، مع بذلها له نفقتَه فهي كمن لا محرَم لها ، لأنّها لايمكنها الحجّ بغير محرَمٍ . وهل يلزمُه إجابتها إلى ذلك ؟ على روايتين نص عليهما . والصحيح أنه لايلزمه الحجّ معها . لأن في الحجّ مشقّة شديدة ، وكُلْفَةً عَظيمةً فلا تلزم أحداً لأجل غيره ، كما لم يلزمه أن يحُجَّ عنها ، إذا كانت مريضةً .

٢٢٣٤ فصـــل

وإذا مات محرَمُ المرأة في الطريق . فقال أحمد : إذا تباعدت مَضَتْ فقضت الحَجّ ، قيل له : قدمت من خراسان فمات وَليُّها ببغداد ؟ فقال : تمضي إلى الحجّ . وإذا كان الفرضُ خاصّةً فهو آكد ، ثم قال : لابدَّ لها من أن ترجع . وهذا لأنها لابدّ لها من السفر بغير محرَم . فمضيُّها إلى قضاء حجّها أولى ، لكن إن كان حجُّها تطوّعاً ، وأمكنها الإقامةُ في بلد ، فهو أولى من سفرها بغير مَحْرَمٍ .

٢٢٣٥ فصـــل

وليس للرجل منع امرأته من حَجَّةِ الإسلام . وبهذا قال النخعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وهو الصحيح من قول الشافعيّ . وله قول آخر ، له منعها منه ، بناء على أن الحجّ على التراخي .

ولنا : أنه فرض ، فلم يكن له منعُها منه ، كصوم رمضان ، والصلوات الخمس . ويُستحبّ أن تستأذنه في ذلك . نصّ عليه أحمد . فإن أذن ، وإلا خرجت بغير إذنه . فأما حجّ المتطوّع ، فله منعُها منه . قال ابن المنذر : أجمعَ كلّ مَنْ أحفظ عنه من أهل العلم أنّ له منعَها من الخروج إلى الحجّ التطوّع . وذلك .

لأن حقّ الزوج واجب ، فليس لها تفويته بما ليس بواجب ، كالسيّد مع عبده . وليس له منعها من الحجّ المنذور . لأنه واجبٌ عليها . أشبه حَجّةَ الإسلام .

٢٢٣٦ فصـــل

ولا تخرج إلى الحجّ فى عدّة الوفاة . نصّ عليه أحمد . قال : ولها أن تخرج إليه فى عدّة الطلاق المَبْتُوتِ[1] ، وذلك . لأن لزوم المنزل والمبيت فيه واجب فى عدّة الوفاة . وقدّم على الحجّ ، لأنه يَفُوت . والطلاق المبتوتُ لا يجب فيه ذلك . وأما عدّة الرجعيّة : فالمرأة فيه بمنزلتها فى طلب النكاح . لأنها زوجةٌ . وإذا خرجت للحجّ ، فتوفّى زوجُها ، وهى قريبة رجعت لتعتدّ فى منزلها . وإن تباعدت مَضَتْ فى سفرها . ذكره الخِرَقِىّ فى موضع آخر .

٢٢٣٧ « مسألة » قال : ﴿ فمن فرّط فيه حتى تُوفِّى أُخرِج عنه من جميع ماله حَجّةٌ وعُمْرةٌ ﴾ .

وجملة ذلك : أن من وجب عليه الحجّ ، وأمكنه فعله وجب عليه على الفور ، ولم يجز له تأخيره . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال الشافعىّ : يجب الحجّ وجوباً موسّعاً . وله تأخيره ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أمّر أبا بكر على الحجّ ، وتخلّف بالمدينة ، لا محارباً ، ولا مشغولا بشىء ، وتخلّف أكثرُ الناس قادرين على الحجّ . ولأنه إذا أخّره ثم فعله فى السنة الأخرى لم يكن قاضياً له ، دلّ على أن وجوبه على التراخى .

ولنا : قول الله تعالى (٣ : ٩٧ وَلِلّهِ على النَّاسِ حِجُّ البَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلا) وقوله : (وأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالعُمْرَةَ لِلّهِ) والأمر على الفور[2] . وروى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ أَرَادَ الْحَجَّ فَلْيُعَجِّلْ » رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجه . وفى رواية أحمد ، وابن ماجه : « فَإِنَّهُ قَدْ يَمْرَضُ الْمَرِيضُ وَتَضِلُّ الضَّالَّةُ وَتَعْرِضُ الْحَاجَةُ » قال أحمد : ورواه الثورىّ ، ووكيع ، عن أبى إسرائيل ، عن فُضَيْل بن عمرو ، عن سعيد بن جُبَيْر ، عن ابن عباس ، عن أخيه الفَضْل ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وعن علىّ رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ مَلَكَ زادًا وَرَاحِلَةً تُبلغهُ إلى بَيْتِ اللهِ وَلَمْ يَحُجَّ فَلاَ عَلَيْهِ أَنْ يَمُوتَ يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا » قال الترمذىّ : لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وفى إسناده مقال . وروى سعيدُ بن منصور ، بإسناده ، عن عبد الرحمن

---

(١) المبتوت : الذى لا رجعة فيه .

(٢) صرف الأمر عن الفورية فعل النبى صلى الله عليه وسلم وهو متواتر ، فقد أخر الحج إلى السنة العاشرة من الهجرة ، مع أنه فرض فى سنة ست من الهجرة . وماذكره الإمام الشافعى من تأمير أبى بكر رضى الله عنه على الحج وتخلفه هو بدون عذر .

ابن سَابط ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ مَاتَ وَلَمْ يَحُجّ حَجَّةَ الإِسْلَامِ لَمْ يَمْنَعْهُ مَرَضٌ حَابِسٌ أَوْ سُلْطَانٌ جَائِرٌ أَوْ حَاجَةٌ ظَاهِرَةٌ ، فَلْيَمُتْ عَلَى أَيِّ حَالٍ شَاءَ ، يَهُودِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا » وعن عمر نحوُه من قوله ، وكذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، رضى الله عنهم ، ولأنه أحد أركان الإسلام . فكان واجباً على الفور ، كالصيام . ولأن وجوبه بصفة التوسّع يُخرجه عن رُتبة الواجبات . لأنه يُؤخَّرُ إلى غير غاية . ولا يأثمُ بالموت قبل فعله ، لكونه فعلَ مايجوز له فعلُه . وليس على الموت أمارةٌ يقدر بعدها على فعله ، فأما النبيّ صلى الله عليه وسلم فإنما فتح مكّة سنة ثمان . وإنما أخّره سنة تسع فيحتملُ أنه كان له عذرٌ من عدم الاستطاعة ، أو كرهَ رؤية المشركين عُراةً حول البيت ، فأخَّر الحجّ حتى بعث أبا بكر ينادى « أَنْ لاَ يَحُجُّ بَعْدَ العَامِ مُشْرِكٌ وَلاَ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ عُرْيَانٌ » ويحتمل أنه أخره بأمر الله تعالى ، لتكون حَجَّةُ الوداع فى السنة التى استدار فيها الزمانُ كهيئته يومَ خَلَقَ اللهُ السموات والأرض ، ويُصادف وَقْفَةَ الجمعة ويُكمِّل الله دينَه . ويقال : إنه اجتمع يومئذٍ أعيادُ أهلِ كلّ دين . ولم يجتمع قبله ، ولا بعده . فأمّا تسمية فعل الحجّ قضاء ، فإنه يُسمّى بذلك . قال الله تعالى : (٢٢ : ٢٩ ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ) وعلى أنّه لايلزم من الوجوب على الفور تسميةُ القضاء . فانّ الزكاة تجبُ على الفور ولو أخّرها لا تسمّى قضاء . والقضاء الواجب على الفور إذا أخّره لا يُسمّى قضاءَ القضاء ، ولو غلب على ظنّه فى الحجّ أنه لايعيش إلى سنةٍ أخرى لم يجُز له تأخيرُه ، فلو أخّره لا يُسمّى قضاء .

إذا ثبت هذا : عُدنا إلى شرح مسأله الكتاب ، فنقول : متى تُوفِّى مَنْ وجب عليه الحجّ ، ولم يحُجّ وجب أن يُخْرَج عنه من جميع ماله مايُحَجّ به عنه ، ويُعْتَمر ، سواء فاته بتفريط ، أو بغير تفريط . وبهذا قال الحسن ، وطاوس ، والشافعيّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يَسْقُط بالموت . فإن وصّى بها فهى من الثلث . وبهذا قال الشعبيّ ، والنخعيّ . لأنه عبادة بدنيةٌ ، فتسقط بالموت كالصلاة .

ولنا : ماروى ابن عباس : « أَنَّ امْرَأَةً سَأَلَتِ النبيَّ صلى الله عليه وسلم عن أبيها ، مات ، ولم يَحُجّ ؟ قال حُجِّى عَنْ أَبِيكِ » وعنه : « أَنَّ امْرَأَةً نَذَرَتْ أَنْ تَحُجَّ فَمَاتَتْ ، فَأَتَى أَخُوهَا النبيَّ ﷺ ، فسأله عن ذلك ؟ فقال : أَرَأَيْتَ لَوْ كَانَ عَلَى أُخْتِكَ دَيْنٌ أَمَا كُنْتَ قَاضِيَهُ ؟ قال : نعم ، قال : فاقْضُوا دَيْنَ اللهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِالْقَضَاءِ » رواهما النسائيّ . وروى هذا أبو داود الطيالسى ، عن شُعبةَ ، عن أبى بشر ، عن سعيد بن جُبَيْر ، عن ابن عبّاس ، عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، ولأنّه حقّ استقرّ عليه ، تدخله النيابة . فلم يسقط بالموت ، كالدَّيْن . ويخرج عليه الصلاة ، فإنّها لاتدخُلها النيابة ، والعُمرة كالحجّ فى القضاء فإنّها واجبة . وقد أمر النبيُّ صلى الله عليه وسلم أبا رَزِين أن يَحُجّ عن أبيه . ويَعتمر ، ويكون مايُحَجّ به ويَعتمر من جميع ماله ، لأنّه دينٌ مستقرّ . فكان من جميع المال ، كدين الآدميّ .

٢٢٣٨ فصـــل

ويُستناب من يَحُجّ عنه من حيثُ وجب عليه ، إمَّا من بلده ، أو من الموضع الذى أُحصر فيه . وبهذا قال الحسن ، وإسحاق ، ومالك ، فى النذر . وقال عطاء فى الناذر : إن لم يكن نوى مكاناً فمن ميقاته . واختاره ابن المنذر . وقال الشافعىّ فيمن عليه حَجّة الإسلام : يَستأجر من يَحُجّ عنه من الميقات . لأن الإحرام لايجب من دونه .

ولنا : أن الحجّ واجبٌ على الميّت من بلده ، فوجب أن ينوب عنه منه . لأن القضاء يكون على وَفق الأداء ، كقضاء الصلاة ، والصيام . وكذلك الحُكم فى حجّ النذر والقضاء . فإن كان له وطنان استُنيبَ من أقربهما . فإن وجب عليه الحجّ بخراسان ، ومات ببغداد ، أو وجب عليه ببغدادَ فمات بخُراسان . فقال أحمد : يُحَجّ عنه من حيثُ وجب عليه ، لامن حيثُ موتُه . ويحتمل أن يحجّ عنه من أقرب المكانين . لأنه لو كان حيًّا فى أقرب المكانين لم يجب عليه الحجّ من أبعد منه . فكذلك نائبه . فإن أحجّ عنه من دون ذلك ، فقال القاضى : إن كان دون مسافة القصر أجزأه ، لأنَّه فى حكم القريب ، وإن كان أبعدَ لم يُجْزئه ، لأنه لم يؤدّ الواجب بكماله . ويحتمل أن يُجزئه ، فيكون مُسيئاً ، كمن وجب عليه الإحرامُ من الميقات ، فأحرم من دونه .

٢٢٣٩ فصـــل

فإن خرج للحجّ ، فمات فى الطريق حُجّ عنه من حيث مات . لأنه أسقط بعض ماوجب عليه ، فلم يجب ثانياً . وكذلك إن مات نائبُه استُنيبَ من حيثُ مات لذلك . ولو أحرم بالحجّ ، ثم مات صحّت النيابةُ عنه ، فيما بقى من النسُك ، سواء كان إحرامُه لنفسه ، أو لغيره . نصّ عليه . لأنها عبادة تدخُلها النيابة . فإذا مات بعد فعل بعضها قُضى عنه باقيها ، كالزكاة .

٢٢٤٠ فصـــل

فإن لم يُخلّف تَرِكةً تفى بالحجّ من بلده حُجّ عنه من حيث تبلُغ . وإن كان عليه دين لآدمىّ تحاصّا[1] ويؤخذ للحجّ حِصّتُه ، فيُحَجّ بها من حيثُ تبلغُ . وقال أحمد فى رجل أوصى أن يُحَجّ عنه ، ولا تبلغُ النفقة ؟ قال : يُحَجّ عنه من حيثُ تبلغُ النفقة للراكب ، من غير مدينته ، وهذا لقول النبىّ ﷺ : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَااسْتَطَعْتُمْ » ولأنه قدر على أداء بعض الواجب . فلزمَه كالزكاة . وعن أحمد مايدلّ على أن الحجّ يسقُط . لأنَّه قال فى رجل أوصى بحَجّة واجبةٍ ، ولم يُخلّف مايُتِم به حَجّه : هل يُحَجّ

(١) تحاصا : قسم المال حصتين : حصة للدين ، وحصة للحج ، فإذا لم تف حصة الحج به من حيث مات حج بها من المكان الذى تكفى منه .

عنه من المدينة ، أو من حيثُ تَتِمّ الحَجّة ؟ فقال : ما يكون الحج عندى إلاَّ من حيثُ وجب عليه . وهذا تنبيه على سقوطه عمّن عليه دينٌ لا تَفِي تركتُه به ، وبالحجّ . فإنّه إذا أسقطه مع عدم المعارض ، فمع المعارض بحقّ الآدميّ المؤكّد أولى وأحرى . ويحتملُ أن يَسقُط عمّن عليه دين ، وجهاً واحداً . لأنَّ حقّ الآدميّ المعيّن أولى بالتقديم لتأكّده ، وحقّه حقّ الله تعالى . مع أنه لا يمكن أداؤه على الوجه الواجب .

٢٢٤١ فصل

وإن أوصى بحجّ تطوّعٍ فلم يفِ ثلثُه بالحجِّ من بلده حُجّ به من حيثُ بلغ ، أو يُعان به في الحجّ . نصّ عليه . وقال : التطوّع مايُبالى من أين كان ، ويُستناب عن الميّت ثقةٌ بأقلِّ مايوجد ، إلا أن يَرْضَى الورثةُ بزيادة ، أو يكون قد أوصى بشيء ، فيجوز ماأوصى به ، مالم يزد على الثلثُ .

٢٢٤٢ فصل

يُستحبُّ أن يحجّ الإنسانُ عن أبويه إذا كانا مَيِّتَيْنِ ، أو عاجزَيْنِ . لأنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أَمَرَ أَبَا رَزِين فقال : « حُجّ عَنْ أَبِيكَ وَاعْتَمِرْ » و « سَأَلَتِ امْرَأَةٌ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم عن أَبِيهَا ماتَ ولم يَحُجّ فقال : حُجِّي عَنْ أَبِيكَ » ويُستحبّ البُدَاءة بالحجّ عن الأمّ إن كان تطوّعاً ، أو واجباً عليهما ، نصّ عليه أحمد في التطوّع ، لأن الأمّ مقدّمة في البرّ . قال أبو هريرة : « جاء رَجُلٌ إِلَى رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فقال : مَنْ أَحَقُّ النَّاسِ بِحُسْنِ صِحَابَتِي ؟ قال : أُمُّكَ . قال : ثُمَّ مَنْ ؟ قال : أُمُّكَ . قال : ثمّ مَنْ ؟ قال : أُمُّكَ . قال : ثمّ مَنْ ؟ قال : أَبُوكَ » رواه مسلم ، والبخاريّ . وإن كان الحجّ واجباً على الأب دونها بدأ به . لأنه واجب ، فكان أولى من التطوّع .

وروى زيدُ بن أرقم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِذَا حَجّ الرَّجُلُ عَنْ وَالِدَيْهِ يُقْبَلُ مِنْهُ وَمِنْهُمَا ، واسْتَبْشَرَت أَرْوَاحُهُمَا فِي السَّمَاءِ ، وكُتِبَ عِنْدَ اللهِ بَرًّا » . وعن ابن عبّاس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ حَجَّ عَنْ أَبَوَيْهِ أَوْ قَضَى عَنْهُمَا مَغْرَماً ، بُعِثَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَعَ الأَبْرَارِ » . وعن جابر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ حَجّ عَنْ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ ، فَقَدْ قَضَى عَنْهُ حَجَّتَهُ ، وكانَ لَهُ فَضْلُ عَشْرِ حِجَجٍ » روى ذلك كلّه الدارقطنيّ .

٢٢٤٣ « مسألة » قال ﴿ ومن حجّ عن غيره ولم يكن حَجّ عن نفسه رَدّ ماأخذ ، وكانت الحَجّة عن نفسه ﴾ .

وجملة ذلك : أنه ليس لمن لم يَحُجّ حَجّة الإسلام أن يَحُجّ عن غيره . فإن فعل وقع إحرامُه عن حَجّة الإسلام . وبهذا قال الأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وإسحاق . وقال أبو بكر عبد العزيز : يقع الحجُّ باطلاً .

ولا يصحّ ذلك عنه ، ولا عن غيره . ورُوى ذلك عن ابن عباس . لأنه لمّا كان من شرط طواف الزيارة تعيينُ النيَّة ، فمتى نواه لغـيره ، ولم ينو لنفسه لم يقع عن نفسه . وقال الحسن ، وإبراهيم ، وأيوب السِّختيانىّ ، وجعفر بن محمـد ، ومالك ، وأبو حنيفـة : يجوز أن يحجّ عن غيره من لم يحجّ عن نفسه . وحُـكى عن أحمد مثلُ ذلك . وقال الثورىّ : إن كان يقدر على الحجّ عن نفسه حج عن نفسه ، وإن لم يقدر على الحجّ عن نفسه حجّ عن غيره ، واحتجُّوا بأن الحجّ مما تدخله النيابة . فجاز أن يؤدّيه عن غيره من لم يسقُط فرضُه عن نفسه ، كالزكاة .

ولنا : ماروَى ابن عباس «أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم سَمِـعَ رَجُلاً يقول : لَبَّيْكَ عَنْ شُبْرُمَةَ . فقال رسولَ اللهِ صلى الله عليـه وسلم : مَنْ شُبْرُمَةُ ؟ قال : قَرِيبٌ لِي ، قال : هَلْ حَجَجْتَ قَطُّ ؟ قال : لا . قال : فاجْعَلْ هَذِه عَنْ نَفْسِكَ ، ثم احْجُجْ عَنْ شُبْرُمَةَ » رواه الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه . وهذا لفظُه . ولأنه حَجّ عن غـيره قبل الحجّ عن نفسه ، فلم يقـع عن الغير ، كما لو كان صبيًّا . ويُفارق الزكاة ، فإنه يجوز أن ينوب عن الغير ، وقد بقى عليـه بعضُهـا . وههنا لا يجوز أن يحج عن الغير مَن شرَع فى الحجّ قبل إتمامه . ولا يطوف عن غيره من لم يَطُفْ عن نفسه .

إذا ثبت هذا : فإنّ عليه رَدَّ ما أخذ من النفقة . لأنه لم يقع الحجُّ عنه . فأشبه ما لو لم يحجّ .

٢٢٤٤ فصـــل

وإن أحرم بتطوّع أو نذر من لم يحج حَجَّة الإسلام وقع عن حجّة الإسلام . وبهذا قال ابن عمر ، وأنس ، والشافعىّ . وقال مالك ، والثورىّ ، وأبو حنيفة ، وإسحاق ، وابن المنذر : يقع مانواه وهو روايةٌ أخرى عن أحمد ، وقول أبى بكر لما تقدّم .

ولنـا : أنه أحرم بالحجّ وعليـه فَرضُه ، فوقـع عن فرضـه ، كالمُطلق . ولو أحرم بتطوّع ، وعليـه منذورةٌ ، وقعت عن المنذورة . لأنها واجبةٌ ، فهى كحجَّة الإسلام ، والعمرة كالحج فيما ذكرنا . لأنها أحدُ النسُكين . فأشبهت الآخَر . والنائب كالمَنُوب عنه فى هـذا . فمتى أحرم النائب بتطوّع ، أو نذر عمّن لم يحج حَجَّـة الإسلام وقعت عن حجَّـة الإسلام . لأن النائب يَجرى مجرى المَنُوب عنـه . وإن استناب رجلين فى حَجَّةِ الإسْلَامِ ومَنذُورٍ ، أو تَطوّع ، فأيُّهما سبق بالإحرام وقعت حَجَّتُه عن حَجَّةِ الإسـلام ، وتقـع الأخرى تطوُّعاً ، أو عن النذر . لأنه لا يقـع الإحرام عن غـير حَجَّـة الإسلام ممّن هى عليه ، فـكذلك من نائبه .

٢٢٤٥ فصـــل

إذا كان الرجل قد أسقط فرض أحـد النسكين عنه دون الآخر ، جاز أن ينوب عن غيره فيما أدّى

فرضه ، دون الآخر . وليس للصبيّ ، والعبد أن ينوبا فى الحجّ عن غيرهما ، لأنهما لم يُسقِطا فرض الحجّ عن أنفسهما . فهما كالحُرّ البالغ فى ذلك ، وأولى منه . ويحتمل أن لهما النيابة فى حجّ التطوّع دون الفرض ، لأنهما من أهل التطوّع دون الفرض . ولا يُمكن أن تقع الحجّة التى نابا فيها عن فرضهما ، لكونهما ليسا من أهله ، فبقيت لمن فُعِلت عنه . وعلى هذا لا يلزمهما ردّ ما أخذا لذلك ، كالبالغ الحُرّ الذى قد حجّ عن نفسه .

٢٢٤٦ فصـــل

إذا أحرم بالمنذورة مَنْ عليه حَجَّةُ الإسلام فوقعت عن حَجَّةِ الإسلام ، فالمنصوص عن أحمد : أن المنذورة لا تَسْقُط عنه . وهو قول ابن عمر ، وأنس ، وعطاء . لأنها حَجة واحدةٌ . فلا تُجزئ عن حَجتين ، كما لو نذر حجّتين ، فحجّ واحدةً . ويحتملُ أن تُجزىء . لأنه قد أتى بالْحَجَّة ناوياً بها نذره ، فأجزأته ، كما لو كان ممن أسقط فرض الحجّ عن نفسه . وقد نقل أبو طالب عن أحمد ، فيمن نذر أن يحُجّ وعليه حجةٌ مفروضة ، فأحرم عن النذر : وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شيء آخر . وهذا مثلُ مالو نذر صومَ يوم يقدمُ فلان ، فقدِم فى يوم من رمضان ، فنواه عن فرضه ، ونَذْره على رواية . وهذا قول ابن عباس ، وعِكْرمة . وروى سعيدٌ بإسناده ، عن ابن عباس ، وعِكرمة أنهما قالا فى رجل نذر أن يحجّ ولم يكن حجّ الفريضة : قال : يُجزىء لهما جميعاً . وسُئل عكرمةُ عن ذلك ؟ فقال : يَقضى حجةً عن نذره ، وعن حَجة الإسلام . أرأيتم لو أن رجُلاً نذر أن يُصَلِّى أربع ركعاتٍ ، فصَلَّى العصر ، أليس ذلك يُجزئه من العصر ومن النذر ؟ قال : وذكرت قولى لابن عباس . فقال : أصبتَ ، أو أحسنتَ .

٢٢٤٧ « مسألة » قال : ﴿ ومن حَجّ وهو غيرُ بالغ ، فبلغ ، أو عبدٌ فعَتَق ، فعليه الحجّ ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم — إلاّ من شذّ عنهم ممّن لا يُعتدّ بقوله خلافاً — على أنّ الصبىّ إذا حَجّ فى حال صغره ، والعبدَ إذا حجّ فى حال رِقّه ، ثم بلغ الصبىُّ ، وعتقَ العبدُ . أنّ عليهما حَجَّةَ الإسلام إذا وجَدَا إليهما سَبيلاً . كذلك قال ابن عباس ، وعطاء ، والحسن ، والنخعىّ ، والثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . قال الترمذىّ : وقد أجمع أهلُ العلم عليه . وقال الإمام أهل العلم عليه . وقال الإمام أحمد ، عن محمّد بن كعب القُرظىّ : قال : قال رسول صلى الله عليه وسلم : « إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُجَدِّدَ فى صُدورِ الْمُؤْمِنِينَ عَهْدًا . أَيُّمَا صَبِىٍّ حَجَّ بِهِ أَهْلُه ، فماتَ ، أجزأت عنه ، فإن أدرك فعليه الحج . وأيما مملوك حج به أهله فمات أجزأت عنه ، فإن أعتق فعليه الحجّ » رواه سعيد فى سُننه ، والشافعىّ فى مُسنده ، عن ابن عباس ، من قوله : وَلأَنَّ الْحَجَّ عِبَادَةٌ بَدَنيةٌ فَعَلَها قبل وقت وجوبها ، فلم يمنع ذلك وجوبَها عليه فى وقتها ، كما لو صلَّى قبل الوقت ، وكما لو صلّى ، ثم بلغ فى الوقت .

٢٢٤٨ فصـــل

فإن بلغ الصبيُّ أو عتق العبدُ بعرفة ، أو قبلها غيرَ مُحرِمَيْن ، فأحرما ، ووقفا بعرفة ، وأتمّا المناسك أجزأهما عن حَجّة الإسلام ، لا نعلم فيه خلافاً . لأنه لم يفتهما شيء من أركان الحج . ولا فعَلا شيئاً منها قبل وجوبه . وإن كان البلوغ والعِتقُ وهما مُحرمان ، أجزأهما أيضاً عن حَجة الإسلام ، كذلك قال ابنُ عباس . وهو مذهب الشافعيّ وإسحاق وقاله الحسن فى العبد . وقال مالك : لا يجزئهما ، اختاره ابن المنذر . وقال أصحاب الرأى : لا يجزىء العبدَ . فأمّا الصبيُّ فإن جَدّد إحراماً بعد أن احتلم قبل الوقوف أجزأه ، وإلاّ فلا . لأن إحرامهما لم ينعقد واجباً . فلا يُجزىء عن الواجب ، كما لو بقيا على حالهما .

ولنا : أنه أدرك الوقوف حُرًّا ، بالغاً ، فأجزأه ، كما لو أحرم تلك الساعة . قال أحمد : قال طاوس ، عن ابن عباس : « إذا أُعْتِقَ العبـدُ بِعَرَفة أجزأت عنه حَجّتُه ، فَإنْ أُعْتِقَ بجَمْعٍ[1] لم تُجزِئْ عَنْهُ » وهؤلاء يقولون : لا تُجزىء ، ومالك يقوله أيضاً ، وكيف لا يُجزئه وهو لو أحرم تلك الساعة كان حَجُّه تامًّا وما أعلم أحداً قال لا يُجزئه إلّا هؤلاء . والحكم فيما إذا أعتق العبدُ وبَلغ الصبيُّ بعد خروجهما من عَرَفَة فعادا إليها قبل طلوع الفجر ليلةَ النّحر كالُحكم فيما إذا كان ذلك فيها . لأنهما قد أدركا من الوقت ما يُجزىء ، ولو كان لحظةً ، وإن لم يعودا ، أو كان ذلك قبل طلوع الفجر من يوم النحر لم يُجزئهما عن حَجّة الإسلام ، ويُتِمّان حجّهما تطوّعاً ، لفوات الوقوف المفروض ، ولا دم عليهما . لأنهما حجّا تطوّعاً بإحرام صحيح من الميقات فأشبها البالغَ الذى يَحُجّ تطوّعاً .

فإن قيل : فلم لا قلتم : إنّ الوقوف (إذا[2]) فعلاه يصيرُ فرضاً ، كما قلتم فى الإحرام أحرم به قبل البلوغ يصيرُ بعد بلوغه فرضاً ؟

قلنا : إنما اعتددْنا له بإحرامه الموجود بعد بلوغه . وماقبل بلوغه تطوّع لم ينقلب فرضاً ولا اعتدّ له به فالوقوف مثلُه ، فنظيرُه أن يبلغ وهو واقف بعَرَفةَ فإنّه يُعتدّ له بما أدرك من الوقوف ، ويصيرُ فرضاً دون مامضى .

٢٢٤٩ فصـــل

وإذا بلغ الصبىّ ، أو عتق العبدُ قبل الوقوف ، أو فى وقته ، وأمكنهما الإتيان بالحجّ لزمهما ذلك . لأن الحجّ واجب على الفور . فلا يجوز تأخيره مع إمكانه ، كالبالغ الحرّ . وإن فاتهما الحجّ لزمتهما العُمرة ، لأنها واجبة ، أمكن فعلُها . فأشبهت الحجّ . ومتى أمكنهما ذلك فلم يفعلا استقرّ الوجوبُ

---

(١) جمع : هو المزدلفة .

(٢) لفظ « إذا » ساقط من النسخ المطبوعة .

عليهما ، سواء كانا مُوسرَيْن أو مُعْسرَين . لأن ذلك وجب عليهما بإمكانه فى موضعه . فلم يسقط بفوات القُدرة بعده .

٢٢٥٠ فصـــل

والحكم فى الكافر يُسلم ، والمجنون يُفيق : حكم الصبىّ فى جميع مافصّلناه ، إلا أنّ هذين لا يصحّ منهما إحرام . ولو أحرما لم ينعقد إحرامهما ، لأنهما من غير أهل العبادات ، ويكون حكمهما حكمَ من لم يُحرم .

٢٢٥١ فصـــل

وقد بقى من أحكام حج العبد أربعةُ فصول : (أحدها) فى حكم إحرامه .

(الثانى) فى حكم إحرامه .

(الثالث) فى حكم مايلزمه من الجنايات على إحرامه .

(الرابع) حكم إفساده ، وفواته .

٢٢٥٢ ﴿ الفصل الأول فى إحرامه ﴾ وليس للعبد أن يُحرم بغير إذن سيِّده . لأنه يُفَوِّت به حقوقَ سيِّده الواجبةَ عليه بالتزام ماليس بواجب ، فإن فعل انعقد إحرامه صحيحاً ، لأنَّها عبادة بدنيَّة . فصحّ من العبد الدخولُ فيها بغير إذن سيِّده ، كالصلاة والصوم ، ولسيِّده تحليلُه فى إحدى الروايتين . لأن فى بقائه عليه تفويتاً لحقّه من منافعه بغير إذنه . فلم يلزم ذلك سيِّده ، كالصوم المُضِرّ ببَدَنِه ، وهذا اختيار ابن حامد ، وإذا حلله منه كان حكمُهُ حكمَ المُحْصَر . والثانية : ليس له تحليلُهُ ، وهو اختيار أبى بكر . لأنه لا يُمكنه التحلّل من تطوّعه ، فلم يملك تحليلَ عبده ، والأول أصحّ . لأنه التزم التطوّع باختيار نفسه . فنظيرُه : أن يُحرِم عبدُه بإذنه وفى مسألتنا يَفُوت حقّه الواجب بغير اختياره . فأمَّا إن أحرم بإذن سيّده فليس له تحليلُه ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : له ذلك ، لأنه مَلَّكَهُ منافع نفسه ، فكان له الرجوع فيها ، كالمُعير يَرجع فى العاريّة .

ولنا : أنه عقد لازم عقده بإذن سيِّده . فلم يكن لسيِّده منعُهُ منه ، كالنكاح . ولا يُشبه العاريّة . لأنها ليست لازمةً . ولو أعاره شيئاً ليرهَنه فرهَنه لم يكن له الرجوع فيه ، ولو باعه سيِّده بعد ماأحرم ، فحكمُ مشتريه فى تحليله حكم بائعه سواء . لأنه اشتراه مسلوبَ المنفعة . أشبه الأمَةَ المزوَّجة ، والمستأجَرة . فإن علم المشترى بذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بَصيرةٍ ، فأشبه مالو اشترى مَعيباً يعلَمُ عَيبه . وإن لم يعلم فله الفسخ . لأنه يتضرّر بمضىّ العبد فى حَجِّه ، لفوات منافعه ، إلاَّ أن يكون إحرامه بغير إذن سيِّده ، ونقول : له تحليلُه . فلا يملك الفسخَ ، لأنه يُمكنه دفع الضرر عنه . ولو أذن له سيِّده

فى الإحرام ، ثم رجع قبل أن يُحرم ، وعلم العبدُ برجوعه قبل الإحرام . فهو كمن لم يأذن له ، وإن لم يعلم حتَّى أحرم ، فهل يكون حكمه حكم من أحرم بإذن سيِّده ؟ على وجهين ، بناء على الوكيل ، هل ينعزل بالعزل قبل العلم على روايتين .

٢٢٥٣ ﴿ الفصل الثانى ﴾ إذا نذر العبدُ الحجّ صحّ نذرُه . لأنه مكلَّف ، فانعقد نذره كالُحرّ . ولسيّده منعه من المضىّ فيه . لأن فيه تفويت حقّ سيده الواجب . فمنع منه ، كما لو لم ينذر . ذكره القاضى ، وابن حامد . ورُوى عن أحمد أنه قال : لا يُعجبنى منعه من الوفاء به . وذلك لما فيه من أداء الواجب ، فيحتمل أن ذلك على الكراهة ، لا على التحريم لما ذكرنا . ويحتمل التحريم ، لأنه واجب ، فلم يملك منعه منه ، كسائر الواجبات ، والأول أولى . فإن أعتق لزمه الوفاء به بعد حجّة الإسلام . فإن أحرم به أولاً انصرف إلى حجة الإسلام ، كالُحرّ إذا نذر حجًّا .

٢٢٥٤ ﴿ الفصل الثالث ﴾ فى جناياته ، وما جنى على إحرامه ، لزمه حكمُه . وحكمه فيما يلزمه حكم الحرّ المُعسر فرضُه الصيام . وإن تحلّل بحصْرِ عدُوٍّ أو حَلَّله سيدُه فعليه الصيامُ ، لا يتحلَّل قبل فعله ، كالحرّ . وليس لسيّده أن يحول بينه وبين الصوم ، نصّ عليه . لأنه صوم واجب ، أشبه صوم رمضان . فإن ملّكه السيّد هَدْياً ، وأذن له فى إهدائه ، وقلنا : إنه يملكه ، فهو كالهدى الواجب ، لا يتحلّل إلا به . وإن قلنا : لا يملكه ، ففرضه الصِّيام . وإن أذن له سيده فى تمتّع ، أو قِرَانٍ فعليه الصِّيام بدلاً عن الهدى الواجب بهما . وذكر القاضى : أن على سيِّده تحمّل ذلك عنه لأنه بإذنه . فكان على من أذن فيه ، كما لو فعله النائبُ بإذن المُستنيب ، وليس بجيِّد ، لأن الحجّ للعبد ، وهذا من موجباته ، فيكون عليه ، كالمرأة إذا حجَّت بإذن زوجها . ويفارق من حَجَّ عن غيره ، فإن الحجّ للمُستنيب ، فموجَبُه عليه . وإن تمتّع ، أو قارَنَ بغير إذن سيِّده ، فالصِّيام عليه بغير خلاف . وإن أفسد حَجَّه ، فعليه أن يصوم لذلك . لأنه لا مال له ، فهو كالمُعسر من الأحرار .

٢٢٥٥ ﴿ الفصل الرابع ﴾ إذا وطىء العبدُ قبل التحلّل الأوّل فسد حجه . ويلزمه المضىّ فى فاسده كالُحرّ، لكن إن كان الإحرام مأذوناً فيه فليس لسيِّده إخراجه منه ، لأنه ليس له(١) منعه من صحيحه فلم يكن له منعه من فاسده . وإن كان الإحرام بغير إذنه فله تحليله منه ، لأنه يملك تحليله من صحيحه ، فالفاسد أولى ، وعليه القضاء . سواء كان الإحرام مأذوناً فيه ، أو غيرَ مأذون . ويصحّ القضاء فى حال رِقّه . لأنه وجب فيه ، فصحّ منه كالصلاة ، والصيام . ثم إن كان الإحرام الذى أفسده مأذوناً فيه ، فليس له منعُه من قضائه . لأن إذنه فى الحجّ الأول إذنٌ فى موجَبِه ، ومُقتضاه . ومن مُوجَبِه : القضاء لما أفسده ، فإن كان الأوّل غير مأذون فيه احتمل أن لا يملك منعَه من قضائه . لأنه واجبٌ ، وليس للسيِّد منعُه من

(١) لفظ « له » ساقط من الطبعة الثالثة التى طبعت بدار السنة المحمدية ولم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

من الواجبات . واحتمل أن له منعه منه ، لأنه يملك منعه من الحج الذى شرع فيه بغير إذنه ، فكذلك هذا . فإن أعتق قبل القضاء فليس له فعله قبل حجة الإسلام . لأنها آكد . فإن أحرم بالقضاء انصرف إلى حجة الإسلام وبقى القضاء فى ذمته . وإن عتق فى أثناء الحجة الفاسدة وأدرك من الوقوف مايجزئه أجزأه القضاء عن حَجّةِ الإسلام . لأن المقضىّ لو كان صحيحاً أجزأه ، فكذلك قضاؤه . وإن أعتق بعد ذلك لم يُجزئه القضاء عن حَجّة الإسلام . لأن المقضىّ لا يُجزئه ، فكذلك قضاؤه . والمدبَّرُ والمعلق عِتْقُه بصفَةٍ وأمّ الولد ، والمُعتَق بعضه حكمه حكمُ القِنّ فيما ذكرناه .

٢٢٥٦ « مسألة » قال : ﴿ وإذا حجّ بالصغير ، جُنِّب مايتجَنَّبه الكبير ، وما عجز عنه من عمل الحجّ عُمِل عنه ﴾ .

وجملة ذلك : أن الصبىّ يصح حجّه . فإن كان مُميّزاً أحرم بإذن وَليّه . وإن كان غير مميز أحرم عنه وليّه ، فيصير مُحرماً بذلك . وبه قال مالك ، والشافعىُّ . وروى عن عطاء ، والنخعىّ . وقال أبو حنيفة : لاينعقد إحرام الصبىّ ، ولايصير مُحرماً بإحرام وليّه . لأن الإحرام سبب يلزم به حكم ، فلم يصحّ من الصبىّ كالنذر .

ولنا : مارَوى ابن عباس قال « رَفَعَتِ امْرَأَةٌ صَبِيًّا فقالَتْ : يارَسُولَ الله ، ألهذا حَجٌّ ؟ قال : نَعَم ولَكِ أجْرٌ » رواه مسلم ، وغيرُه من الأئمة . وروى البخارىّ عن السائب بن يزيد ، قال: « حُجَّ بِي مَعَ النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، وأنا ابنُ سَبْعِ سِنِين » ولأن أبا حنيفة قال : يجتنب : مايجتنبه المُحرِم . ومن اجتنب مايجتنبه المحرمُ كان إحرامُه صحيحاً . والنذر لايجب به شىء ، بخلاف مسألتنا .

والكلام فى حجّ الصبىّ فى فصول أربعة : فى الإحرام عنه ، أو منه ، وفيما يفعله بنفسه ، أو بغيره . وفى حكم جناياته على إحرامه ، وفيما يلزمه من القضاء والكفارة .

٢٢٥٧ ﴿ الفصل الأول فى الإحرام عنه ﴾ إن كان مميّزاً أحرم بإذن وليّه . وإن أحرم بدون إذنه لم يصحّ . لأن هذا عَقْدٌ يؤدّى إلى لزوم مالٍ ، فلم ينعقد من الصبىّ بنفسه كالبيع . وإن كان غير مميِّز فأحرم عنه من له ولايةٌ على ماله ، كالأب ، والوصىّ ، وأمين الحاكم صحّ . ومعنى إحرامه عنه ، أنه يعقد له الإحرامَ . فيصحّ للصبىّ دون الولىّ ، كما يعقد النكاح له . فعلى هذا : يصحّ أن يعقد الإحرام عنه ، سواء كان مُحرماً ، أو حلالاً ممّن عليه حَجّةُ الإسلام ، أو كان قد حَجّ عن نفسه ، فإن أحرمت أمّه عنه صحّ لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « وَلَكِ أَجْرٌ » ولا يُضاف الأجر إليها إلا لكونه تبعاً لها فى الإحرام . قال الإمام أحمد فى رواية حنبل : يُحرِمُ عنه أبوه ، أو وليّه . واختاره ابن عقيل . وقال: المالُ الذى يلزم بالإحرام لا يلزم الصبىّ ، وإنما يلزمُ من أدخله فى الإحرام فى أحد الوجهين . وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد : أنه لا يُحرم عنه إلا وليُّه . لأنه لا ولايةَ للأمّ على ماله ، والإحرام يتعلّق به إلزامُ

مال . فلا يصحّ من غـير ذِي ولايةٍ ، كشراء شيء له . فأما غيرُ الأمّ ، والوليّ من الأقارب ، كالأخ ، والعمّ ، وابنه . فيخرج فيهم وجهان بناءً على القول فى الأمّ . أما الأجانب : فلا يصحّ إحرامهم عنـه ، وجهاً واحداً .

٢٢٥٨ ﴿ الفصل الثانى ﴾ أن كلّ ما أمكنه فعلُه بنفسه لزمه فعلُه ، ولا ينوبُ غـيره عنه فيـه ، كالوقوف والمبيت بمزدلفةَ ونحوهما . وماعجز عنه عَمِله الوليُّ عنه . قال جابر : « خَرَجْنَا مَعَ رسول الله صلى الله عليـه وسلم حُجَّاجاً ، ومعنـا النِّساء ، والصِّبيانُ . فَأَحْرَمْنَا عَنِ الصِّبْيَانِ » رواه سعيـد فى سُننه ، ورواه ابن ماجـه فى سننه ؛ فقـال : « فَلَبَّيْنَا عَنِ الصِّبْيَانِ ، وَرَمَيْنَا عَنْهُمْ » ورواه الترمذىّ . قال : « فـكنَّا نُلَبِّي عن النِّسَاءِ ، وَنَرْمِي عَنِ الصِّبْيَانِ » قال ابن المنذر : كلّ مَنْ حَفِظْتُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ العِلمِ يَرَى الرَّمْيَ عَنِ الصبيّ الذى لا يَقْدِرُ على الرّمْى . كان ابن عمر يفعلُ ذلك ، وبه قال عطاء ، والزهرىّ ، ومالك ، والشافعىّ . وإسحاق . وعن ابن عمر « أَنَّهُ كَانَ يُحِجُّ صِبْيَانَهُ وَهُمْ صِغَارٌ . فَمَنِ اسْتَطَاعَ مِنْهُمْ أَنْ يَرْمِيَ رَمَى وَمَن لم يستطع أن يَرْمى رَمى عَنْهُ » . وعن أبى إسحاق « أَنَّ أَبَا بَـكْرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ طَافَ بِابْنِ الزُّبَيْرِ فى خِرْقَةٍ » رواهما الأثرم . قال الإمام أحمد : يرمى عن الصبىّ أبواه أو وليّـه . قال القاضى : إن أمـكنه أن يناول النائبَ الحَصَى ناوله ، وإن لم يمـكنه استُحِبّ أن يوضع الحَصَى فى يده ، فيَرْمِى عنه . وإن وضعها فى يد الصغير ورَمَى بهـا ، فجعل يدَه كالآلة فحسن . ولا يجوز أن يَرْمِى عنه إلّا من قد رَمَى عن نفسه . لأنّه لا يجوز أن ينوب عن الغـير ، وعليـه فرضُ نفسه . وأمّا الطواف ، فإنّه إن أمكنه المشىُ مشَى ، وإلا طِيفَ به محمولاً . فإنَّ أبا بـكر طاف بابن الزبير فى خِرْقَةٍ . ولأنَّ الطواف بالـكبير محمولاً لعُـذر يجوز . فالصغير أولى ، ولا فرق بين أن يـكون الحـاملُ له حلالاً ، أو حَراماً ، ممّن أسْقَطَ الفرضَ عن نفسه ، أو لم يُسقطه ، لأنَّ الطواف للمحمول لا للحامل ، ولذلك صحّ أن يطوف راكباً على بعير ، وتُعتبر النيَّة فى الطائف به . فإن لم ينوِ الطوافَ عن الصبىّ لم يُجزئه ، لأنه لمـّا لم يعتبر النيَّة عن الصبىّ اعتُبرت من غيره ، كما فى الإحرام . فإن نوى الطواف عن نفسه ، وعن الصبىّ احتُمل وقوعه عن نفسه كالحجّ ، إذا نوى به عن نفسه وغيره ، واحتمل أن يقع عن الصبىّ ، كما لو طاف بـكبير ، ونوى كلٌّ واحد منهما عن نفسه ، لـكون المحمول أولى . واحتمل أن يلغُوَ ، لـعدم التعيين ، لـكون الطواف لا يقع عن غير معيَّن .

وأما الإحرام : فإن الصبىّ يُجرّد كما يجرّد الـكبير ، وقـد رُوِى عن عائشة رضى الله عنها : أنّهـا كانت تُجرِّد الصبيانَ إذا دَنوا من الحرم . قال عطاء : يُفعل بالصغير كما يَفْعَلُ الـكبير ، ويُشْهَدُ به المناسكَ كُلَّها ، إلا أنه لا يُصَلّى عنه .

٢٢٥٩ ﴿ الفصل الثالث فى محظورات الإحرام ﴾ وهى قسمان مايختلف عمدُه ، وسهوُه ، كاللباس ، والطيب ، ومالايختلف ، كالصيد ، وحَلْق الشعر ، وتقليم الأظافر .

(فالأول) لافدية على الصبيّ فيه ، لأن عمده خطأ .

(والثانى) عليه فيه الفدية ، وإن وطىء أفسد حجّه ويمضى فى فاسده ، وفى القضاء عليه وجهان :

(أحدها) لايجب . لئلاّ تجب عبادة بدنيَّة على من ليس من أهل التكليف .

(والثانى) يجب ، لأنه إفساد موجِبٌ للفدية ، فأوجب القضاء ، كوطء البالغ ، فإن قضى بعد البلوغ بدأ بحَجّة الإسلام ، فإن أحرم بالقضاء قبلها انصرف إلى حَجَّة الإسلام ، وهل تُجزئه عن القضاء ؟ يُنظر ، فإن كانت الفاسدة قد أدركَ فيها شيئاً من الوقوف بعد بلوغه أجزأ عنهما جميعاً ، وإلاّ لم يُجزئه ، كما قلنا فى العبد على مامضى .

٢٢٦٠ ﴿ الفصل الرابع فيما يلزمه من الفدية ﴾ قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أن جنايات الصِّبيان لازمةٌ لهم فى أموالهم . وذكر أصحابُنا فى الفدية التى تجب بفعل الصبىّ وجهين :

(أحدها) هى فى ماله ، لأنها وجبت بجنايته ، أشبهت الجناية على الآدمىّ .

(الثانى) على الولىِّ وهو قول مالك ، لأنّه حصل بعقده ، أو إذنه ، فكان عليه كنفقة حَجِّه . فأمّا النفقة . فقال القاضى : مازاد على نفقة الحَضَرِ ففى مال الولىّ ، لأنه كلَّفه ذلك ، ولاحاجةَ به إليه ، وهذا اختيار أبى الخطّاب . وحُكى عن القاضى : أنه ذكر فى الخلاف أن النفقة كلَّها على الصبى لأن الحجّ له ويتمرّن عليه ، فصار كأجر المعلّم والطبيب ، والأول أولى ، فإنَّ الحج لايجب فى العمر إلا مرة . ويحتمل أن لايجب ، فلا يجوز تكليفُه بذلَ ماله من غير حاجة إليه ، للتمرّن عليه ، والله أعلم .

٢٢٦١ فصـــل

إذا أُغمِىَ على بالغ لم يصحّ أن يُحرم عنه رفيقُه ، وبه قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يصحّ ، ويصير مُحرماً بإحرام رفيقه عنه ، استحساناً . لأن ذلك معلوم من قصده ، ويُلحقه مشقَّة فى تركه ، فأجزأ عنه إحرامُ غيره .

ولنا : أنه بالغ ، فلم يَصر مُحرماً بإحرام غيره ، كالنائم ، ولو أنَّه أذن فى ذلك ، وأجازه لم يصحّ ، فمع عدم هذا أولى أن لايصحّ .

٢٢٦٢ « مسألة » قال ﴿ ومن طِيفَ به محمولاً كان الطوافُ له ، دون حامله ﴾ .

أما إذا طيف به محمولاً لعُذر ، فلا يخلو : إمَّا أن يُقصَدا جميعاً عن المحمول فيصحّ عنه دون الحامل بغير خلاف نعلمه ، أو يُقصدا جميعاً عن الحامل ، فيقع عنه أيضاً ، ولا شىء للمحمول . أو يَقصد كلّ واحِد منهما الطوافَ عن نفسه ، فإنَّه يقع للمحمول دون الحامل . وهذا أحد قول الشافعىّ ، والقول

الآخر : يقع للحامل ، لأنَّه الفاعل . وقال أبو حنيفة : يقع لهما ، لأنَّ كلَّ واحد منهما طائفٌ بنيَّة صحيحة ، فأجزأ الطوافُ عنه ، كالو لم ينو صاحبه شيئاً . ولأنه لو حمله بعرفاتٍ لكان الوقوفُ عنهما ، كذا ههنا ، وهذا القول حسن . ووجه الأول أنه طواف أجزأه عن المحمول ، فلم يقع عن الحامل ، كما لو نوَيا جميعاً المحمول . ولأنه طواف واحد ، فلا يقع عن شخصين ، والراكبُ لايقع طوافه إلا عن واحد . وأما إذا حمله فى عرَفة ، فما حصل الوقوف بالحمل ، فإن المقصود السكون فى عرَفاتٍ ، وهما كائنان بها . والمقصود هاهنا الفعلُ ، وهو واحد ، فلا يقع عن شخصين ، ووقوعه عن المحمول أولى ، لأنَّه لم ينو بطوافه إلا لنفسه ، والحاملُ لم يُخلِص قصدَه بالطواف لنفسه ، فإنَّه لو لم يقصد الطواف بالمحمول لما حَمَله ، فإنَّ تمكّنه من الطواف لايقفُ على حمله ، فصار المحمول مقصوداً ، ولم يُخلص قصد الحامل لنفسه ، فلم يقع عنه لعدم التعيين . وقال أبو حفص العُكْبَرِىّ فى شرحه : لايُجزىء الطواف عن واحد منهما ، لأنَّ فعلاً واحداً لايقع عن اثنين ، وليس أحدهما أولى به من الآخر . وقد ذكرنا أنَّ المحمول به أولى ، لخلوص نيته لنفسه ، وقصد الحامل له ، ولا يقع عن الحامل ، لعدم التعيين . فإن نوى أحدُهما نفسه دون الآخر صحّ الطواف له ، وإن عُدمت النية منهما ، أو نوى كلٌّ واحد منهما الآخرَ لم يصح لواحد منهما .

باب ذكر المواقيت

٢٢٦٣ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وميقات أهل المدينة من ذى الْحُلَيْفة . وأهل الشام ومصر والمغرب من الْجُحْفة . وأهـل اليمن من يلملم . وأهل الطائف ، ونجد من قَرْن ، وأهلُ المشرق من ذات عِرْق ﴾ .

وجملة ذلك : أن المواقيت المنصوص عليها الخمسةُ التى ذكرها الخِرَقىّ رحمه الله ، وقد أجمع أهلُ العلم على أربعةٍ منها ، وهى : ذو الْحُلَيْفة ، وَالْجُحْفَة ، وَقَرْنَ ، وَيَلَمْلَمْ . واتفق أئمة النقل على صحة الحـديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها ، فمن ذلك ماروى ابن عبّاس قال : وَقَّتَ رسولُ الله ﷺ لأهل المدينة ذَا الْحُلَيْفَةِ ، ولأهل الشام الْجُحْفَةَ ، ولأهل نَجْدٍ قَرْن ، ولأهل اليمن يَلَمْلَمَ . قال : « فَهُنَّ لَهُنَّ وَلِمَنْ أَتَى عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِنَّ مِمَّنْ كَانَ يُرِيدُ الْحَجَّ وَالعُمْرَةَ ، فَمَنْ كَانَ دُونَهُنَّ مُهَلُّهُ مِنْ أَهْلِهِ ، وَكَـذَلِكَ أَهْلُ مَـكَّةَ يُهِـلُّونَ مِنْهَا » وعن ابن عمر أنَّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلم قال : « يُهِلُّ أَهْلُ الْمَدِينَةِ مِنْ ذِى الْحُلَيْفَةِ ، وَأَهْلُ الشَّامِ مِنَ الْجُحْفَةِ ، وَأَهْلُ نَجْدٍ مِنْ قَرْنٍ » قال ابن عمر : وذُكر لى ، ولم أسمعه ، أنه قال : « وَأَهْلُ الْيَمَنِ مِنْ يَلَمْلَمَ » متفق عليهما .

فأما ذاتُ عِرْقٍ فميقات أهل المشرق ، فى قول أكثر أهل العـلم ، وهو مذهب مالك ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وقال ابن عبـد البَرّ : أجمـع أهلُ العـلم على أن إحرام العراق من ذاتِ عِرْقٍ إحرامٌ من الميقات . ورُوى عن أنسٍ أنّه كان يُحرم من الْعَقِيق ، واستحسنه الشافعىّ ، وابن المنـذر ، وابن عبـد البرّ . وكان الحسنُ بنُ صالح يُحرم من الرَّبَذَةِ . ورُوى ذلك عن خَصِيف ، والقـاسم بن عبد الرحمن . وقد رَوَى ابن عباس : أنّ النبىَّ ﷺ وَقَّتَ لأهل المشرق العَقيقَ . قال الترمذىّ : وهو حـديث حسن . قال ابن عبـد البرّ : العَقِيقُ أولى ، وأحْوَطُ من ذات عِرْقٍ ، وذاتُ عِرْقٍ مِيقاتُهم بإجماعٍ . واختلف أهل العـلم فيمن وَقَّتَ ذَاتَ عِرْقٍ . فروَى أبو داود ، والنسائىّ وغـيرهما بإسنادهم ، عن القاسم ، عن عائشةَ : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم وَقَّتَ لأهل العِرَاق ذاتَ عِرْقٍ . وعن أبى الزبير : أنَّه سمع جابراً سُـئل عن الْمُهَلّ[1] قال : سمعتُه ، وأحسبه رُفِـعَ إلى النبىِّ صلى الله عليه وسلم ، يقول : « مُهَلُّ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مِنْ ذِى الْحُلَيْفَةِ ، وَالطَّرِيقُ الآخَرُ مِنَ الْجُحْفَةِ ، وَمُهَلُّ أَهْلِ العِرَاقِ مِنْ ذَاتِ عِرْقٍ ، وَمُهَلُّ أَهْلِ نَجْدٍ مِنْ قَرْنٍ » رواه مسـلم فى صحيحه . وقال قوم آخرون : إنّما وقّتها عمرُ رضى الله عنه . فروى البخارىّ بإسناده ، عن ابن عمر ، قال لمَّا فُتِـحَ هَـذَانِ الْمِصْرانِ أَتَوْا عُمَر ،

---

(١) المهل : بضم الميم وفتح الهاء وتشديد اللام اسم مكان من أهل ، أى رفع صوته بالإحرام والتلبية .

فقَالُوا : يَا أَمِـيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنَّ رسولَ الله صـلى الله عليه وسـلم حَدَّ لِأَهْلِ نَجْدٍ قَرْنًا ، وَهُوَ جَوْرٌ عن طَرِيقِنَا ، وَ إِنَّا إِنْ أَرَدْنَا قَرْنًا شَقَّ عَلَيْنَا ، قال : فَانْظُرُوا حَذْوَهَا مِنْ طَرِيقِكُمْ ، فَحَدَّ لَهُمْ ذَاتَ عِرْقٍ . ويجوز أن يكون عمر ومن سأله لم يعلموا تَوْقِيتَ النبيِّ صـلى الله عليه وسلم ذات عِرْقٍ ، فقال ذلك برأيه ، فأصاب ، ووافق قولَ النبيِّ ﷺ ، فقد كان كثيرَ الإصابة ، رضى الله عنـه ، وإذا ثبت توقيتُها عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، وعن عمر . فالإحرامُ منه أولَى ، إن شاء الله تعالى .

٢٢٦٤ فصـــــل

وإذا كان الميقاتُ قَرْيَةً فانتقلت إلى مكانٍ آخرَ ، فموضعُ الإحرام من الأولى ، وإن انتقل الاسمُ إلى الثانية ، لأنَّ الحكم تعلّق بذلك الموضع ، فلا يزولُ بِخَرَابه . وقد رأى سعيدُ بنُ جُبَيْر رجلاً يُريد أن يُحرم من ذات عِرْقٍ ، فأخذ بيده حتى خرج به من البيوت ، وقطع الوادىَ ، فأتى به المقابر ، فقال : هذه ذاتُ عِرْقٍ الأولى .

٢٢٦٥ « مسألة » قال ﴿ وأهـل مـكة إذا أرادوا العمرة فمن الحِـلّ ، وإذا أرادوا الحجّ فمن مَـكّة ﴾ .

أهل مكة ، ومن كان بها ، سواء كان مقيماً بها ، أو غير مقيم لأنَّ كلّ من أتى على ميقاتٍ كان ميقاتاً له ، وكذلك كلّ من كان بمكة فهى ميقاتُه للحَجّ ، وإن أراد العُمرة فمن الحِلّ ، لا نعلَم فى هـذا خلافاً ، ولذلك أمر النبيُّ صلى الله عليه وسلم عبد الرحمن بن أبى بكر أن يُعْمِرَ عائشةَ من التنعيم ، متفق عليه ، وكانت بمـكّة يومئذٍ ، والأصل فى هذا قولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم : « حَتَّى أَهْلُ مَـكَّةَ يُهِلُّونَ مِنْهَا » يعنى للحجّ . وقال أيضاً : « وَمَنْ كَانَ أَهْـلُهُ دُونَ الْمِيقَاتِ فَمِنْ حَيْثُ يُنْشِئُ ، حتَّى يَأْتِيَ ذَلِكَ عَلَى أَهْلِ مَـكَّةَ » وهذا فى الحجّ .

فأما فى العمرة فميقاتها فى حقهم الحِلّ ، من أى جوانب الحرم شاء . لأن النبيّ صلى الله عليه وسـلم أمر بإعمار عائشـةَ من التنعيم ، وهو أدنى الحِـلّ إلى مكة . وقال ابن سيرين : بلغنى أن النبيّ صلى الله عليه وسلم وَقَّتَ لأهل مكةَ التنعيمَ . وقال ابن عباس : يا أهل مكة ، من أتى منكم العُمرةَ فليجعل بينه وبينها بَطْنَ مُحَسِّر ، يعنى إذا أحرم بها من ناحية المزْدَلِفَة ، وإنما لزم الإحرامُ من الحِلّ ليجمع فى النُّسُك بين الحِلّ والحَرَم ، فإنّه لو أحرم من الحرم لما جمع بينهما فيه . لأن أفعال العُمرة كلَّها فى الحرم ، بخلاف الحَجّ ، فإنه يفتقر إلى الخروج إلى عَرَفة ، فيجتمع له الحِلّ ، والحرم . والعُمرة بخلاف ذلك ، ومن أىِّ الحِلّ أحرم جاز . وإنما أعمر النبيُّ صلى الله عليـه وسلم عائشةَ من التنعيم . لأنها أقربُ الحِلّ إلى مكة . وقد رُوى عن أحمد فى المـكّىّ كلّما تباعد فى العُمرة فهو أعظم للأجر ، هى على قدر تَعَبها . وأما إن أراد

المـكى الإحرامَ بالحجّ من مكة ، للخبر الذى ذكرنا . ولأنَّ أصحاب النبيّ صلى الله عليـه وسلم لما فسخوا الحجّ أمرهم ، فأحرموا من مكة . قال جابر : « أَمَرَنَا النبيّ صلى الله عليه وسلم لَمَّا حَلَلْنَا أن نُحْرِم ، إذا توجَّهنا من الأَبْطح » رواه مسلم . وهذا يدلّ على أنه لا فرق بين قاطنى مكة ، وبين غيرهم ممّن هو بها كالمتمتّع إذا حلّ . ومن فسخ حجَّه بهـا . ونُقل عن أحمد فيمن اعتمر فى أشهر الحجّ من أهل مكة أنه يُهِلّ بالحج من الميقات ، فإن لم يفعل فعليه دم ، والصحيح خلاف هذا لما دلّت عليه الأحاديث الصحيحة . ويحتمل أن أحمـد إنّمـا أراد أن المتمتّع يَسقُط عنه الدم إذا خرج إلى الميقات ، ولا يسقُط إذا أحرم من مكة ، وهذا فى غير المـكى ؛ أما المـكيّ : فلا يجب عليه دم مُتعةٍ بحال ، لقول الله تعـالى (٢ : ١٩٦ ذَٰلِكَ لِمَنْ لَمْ يَـكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ) وذكر القاضى فيمن دخل مكة يحج عن غيره ثمّ أراد أن يَعتمر بعده لنفسه ، أو دخل يحج لنفسه ، ثم أراد أن يعتمر لغيره ، أو دخل بعُمرةٍ ، ثم أراد أن يحج ، أو يعتمر لغيره ، أو دخل بعُمرةٍ لغيره ، ثمّ أراد أن يحج ، أو يعتمر لنفسه : أنّه فى جميع ذلك يَخْرُج إلى الميقات ، فيُحرِمُ منـه ، فإن لم يفعل فعليـه دم . قال : وقد قال أحمدُ فى روايةِ عبد الله : إذا اعتمر عن غيره ، ثمّ أراد الحج لنفسه يَخرُج إلى الميقات ، أو اعتمر عن نفسه يخرُج إلى الميقات ، وإن دخل مكة بغير إحرام ، ثم أراد الحج يخرُج إلى الميقات ، واحتج له القاضى بأنّه جاوز الميقات مُريداً للنسُك غيرَ محرِم لنفسه ، فلزمه دم إذا أحرم دونه ، كمن جاوز الميقات غيرَ مُحرم . وعلى هذا لو حج عن شخص واعتمر عن آخر ، أو اعتمر عن إنسان ، ثم حج أو اعتمر عن آخر فـكذلك ، وظاهرُ كلام الخِرَقيّ أنّه لا يلزمُه الخروج إلى الميقات فى هذا كلِّه ، لما ذكرنا من أنَّ كلّ من كان بمكة كالقاطن بها ، وهذا حاصلٌ بمكة على وجـه مُباحٍ ، فأشبه المـكيّ . وماذكره القاضى تحكُّمٌ لا يدلّ عليـه خـبَر ، ولا يشهـد له أثرَ ، وماذكره من المعنى فاسدٌ لوجوه :

(أحـدها) أنه لا يلزم أن يـكون مُريداً للنُّسُك عن نفسه حال مجاوزة الميقات ، فإنه قد يبـدو له بعد ذلك .

(والثـانى) أن هذا لا يتناول من أحرم عن غيره .

(والثالث) أنه لو وجب بهـذا الخروج إلى الميقـات للزم المُتمتّع والمُفرِد ، لأنهما تجاوزا الميقات مُريدَيْنِ لغير النّسُك الذى أحرما به .

(والرابع) أن المعنى فى الذى يجاوز الميقات غـير مُحرم أنّه فَعَل مالا يَحلّ له فعلُه ، وترك الإحرام الواجبَ عليه فى موضعه ، فأحرم من دونه .

٢٢٦٦ فصـــل

ومن أىّ الحرم أحرم بالحج جاز ، لأنَّ المقصود من الإحرام به الجمعُ فى النّسُك بين الحِلّ والحرَم ،

وهذا يحصُل بالإحرام من أيّ موضعٍ كان فجاز كما يجوز أن يُحرم بالعمرة من أيّ موضع كان من الحِلّ ، ولذلك قال النبيُّ صلى الله عليه وسلم لأصحابه فى حَجّة الوداع : « إِذَا أَرَدْتُمْ أَنْ تَنْطَلِقُوا إِلَى مِنًى فَأَهِلُّوا مِنَ الْبَطْحَاءِ » . ولأن ما اعتُبِرَ فيه الْحَرَمُ استوت فيه البلدةُ وغيرُها كالنحر .

٢٢٦٧ فصـــل

فإن أحرم من الحِلّ نظرتَ . فإن أحرم من الحِلّ الذى يلى الموقف فعليه دم . لأنه أحرم من دون الميقات . وإن أحرم من الجانب الآخر ثم سلك الحرم ، فلا شىء عليه ، نصّ عليه أحمد فى رجلٍ أحرم للحجّ من التنعيم ، فقال : ليس عليه شىء . وذلك لأنّه أحرم قبل ميقاته ، فكان كالمُحْرِم ، قبل بقيّة المواقيت . ولو أحرم من الحِلّ ، ولم يسلُك الْحَرَم ، فعليه دم . لأنه لم يجمع بين الحِلّ والحَرَم .

٢٢٦٨ فصـــل

وإن أحرم بالعُمرة من الحرم انعقد إحرامُه بها ، وعليه دم ، لتركه الإحرام من الميقات ، ثم إن خرج إلى الحِلّ قبل الطواف ، ثم عاد أجزأه ، لأنّه قد جمع بين الحِلّ والحرَم ، وإن لم يخرج حتى قضى عمرته صَحّ أيضاً ، لأنه قد أتى بأركانها ، وإنما أخلّ بالإحرام من ميقاتها ، وقد جَبَره ، فأشبه من أحرم من دون الميقات بالحجّ ، وهذا قول أبى ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وأحدُ قولى الشافعىّ . والقول الثانى : لا تصحّ عمرته ، لأنه نُسُك ، فكان من شرطه الجمع بين الحِلّ والحَرَم ، كالحجّ . فعلى هذا وجود هذا الطواف كعدمه ، وهو باقٍ على إحرامه ، حتى يخرج إلى الحِلّ ، ثم يطوف بعد ذلك ، ويسعى ، وإن حَلَق قبل ذلك فعليه دم . وكذلك كلّ ما فعله من محظورات إحرامه ، فعليه فِدْيته . وإن وَطِىء أفسد عُمرته ، ويمضى فى فاسدها ، وعليه دم ، لإفسادها ، ويقضيها بعُمرةٍ من الحِلّ . ثم إن كانت العُمْرة التى أفسدها عُمرةَ الإسلام أجزأه قضاؤها عن عُمرة الإسلام ، وإلاّ فلا .

٢٢٦٩ « مسألة » قال ﴿ ومن كان منزله دون الميقات فميقاته من موضعه ﴾ .

يعنى إذا كان مسكنه أقربَ إلى مكة من الميقات كان ميقاتُه مَسْكَنَه ، هذا قولُ أكثر أهل العلم . وبه يقول مالك ، وطاوس ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وعن مجاهد قال : يُهِلُّ من مكة ، ولا يصحّ ، فإن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال فى حديث ابن عباس : « فَمَنْ كَانَ دُونَهُنَّ مُهَلُّهُ مِنْ أَهْلِهِ » وهذا صريح ، والعمل به أولى .

٢٢٧٠ فصـــل

إذا كان مسكنه قريةً ، فالأفضل أن يُحرم من أبعدِ جانبيها . وإن أحرم من أقرب جانبيها جاز . وهكذا القول فى المواقيت التى وقّتها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إذا كانت قريةً ، والحِلّةُ كالقرية ،

فيما ذكرنا ، وإن كان مسكنه منفرداً فميقاته مسكنه ، أو حذوه ، وكلّ ميقاتٍ فحذوه بمنزلته . ثم إن كان مسكنه فى الحِلّ ، فإحرامه منه للحجّ والعُمرة معاً ، وإن كان فى الحرم فإحرامه للعُمرة من الحِلّ ، ليجمع فى النُّسُك بين الحِلّ والحَرَم ، كالمكىّ . وأما الحجّ فينبغى أن يجوز له الإحرام من أىّ الحرم شاء ، كالمكىّ .

٢٢٧١ « مسألة » قال ﴿ ومن لم يكن طريقه على ميقات فإذا حاذى أقرب المواقيت إليه أحرم ﴾ .

وجملة ذلك أنّ من سلك طريقاً بين ميقاتين فإنّه يجتهد حتّى يكون إحرامُه بحَذْو الميقات الذى هو إلى طريقه أقرب ، لما رَوَيْنا أنَّ أهلَ العراق قالوا لعمر : إنّ قَرْناً جَوْرٌ[1] عَنْ طَرِيقِنا ، فقال : انظُرُوا حَذْوَهَا من طَرِيقِكُمْ ، فَوَقَّتَ لَهُمْ ذَاتَ عِرْقٍ . ولأنّ هذا ممايُعرف بالاجتهاد ، والتقدير . فإذا اشتبه دَخَلَهُ الاجتهادُ كالقبلة .

٢٢٧٢ فصل

فإن لم يعرف حَذْوَ الميقات المُقارب لطريقه احتاط ، فأحرم من بعدُ بحيثُ يتيقّن أنه لم يجاوز الميقات إلاّ مُحرماً ، لأنَّ الإحرام قبل الميقات جائزٌ ، وتأخيره عنه لا يجوز ، فالاحتياط فعلُ مالا شكّ فيه . ولا يلزمه الإحرامُ حتّى يعلم أنّه قد حاذاه ، لأن الأصل عدمُ وجوبه ، فلا يجب بالشكّ . فإن أحرم ، ثم علم بعدُ أنّه قد جاوز ما يُحاذيه من المواقيت غير مُحْرِم ، فعليه دم . وإن شكّ فى أقرب الميقاتين إليه فالحكمُ فى ذلك على ما ذكرنا فى المسألة قبلها . وإن كانتا متساويتين فى القُرب إليه ، أحرم من حَذْوِ أبعدهما .

٢٢٧٣ « مسألة » قال ﴿ وهذه المواقيت لأهلها ولمن مر عليها من غير أهلها ، ممن أراد حجاً أو عمرة ﴾ .

وجملة ذلك أن من سلك طريقاً فيها ميقاتٌ ، فهو ميقاتُه ، فإذا حَجَّ الشامىُّ من المدينة ، فمرّ بذى الحُلَيْفةِ فهى ميقاتُه . وإن حَجَّ من اليمن ، فميقاتُهُ يَلَمْلَمَ . وإن حجّ من العراق ، فميقاته ذَاتُ عِرْقٍ . وهكذا كلّ من مرّ على ميقاتٍ غير ميقات بلده صار ميقاتاً له . سُئل أحمدُ عن الشامىّ يمرّ بالمدينة يريدُ الحجّ : من أين يُهِلّ ؟ قال : من ذى الحُلَيْفةِ ، قيل : فإنّ بعضَ الناس يقول : يُهِلُّ من ميقاته من الجُحْفَةِ ؟ فقال : سُبْحَانَ اللهِ ! ، أليس يَروى ابنُ عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم : « هُنَّ لَهُنَّ وَلِمَنْ أَتَى عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِنَّ » ، وهذا قول الشافعىّ ، وإسحاق . وقال أبو ثور فى الشامىّ يمرّ بالمدينة : له أن يُحرم من الجُحْفَةِ ، وهو قول أصحاب الرأى ، وكانت عائشةُ إذا أرادت الحجّ أحرمت

---

(١) أى ليست على طريقنا بل مائلة عنه بعيدة .

من ذى الْحُلَيْفَةِ ، وإذا أرادت العُمرة أحرمت من الْجُحْفَةِ ، ولعلّهم يحتجُّون بأن النبىّ صـلى الله عليه وسلم وَقَّتَ لأهل الشام الْجُحْفَةَ .

ولنــا : قول النبىّ صـلى الله عليه وسـلم : « فَهُنَّ لَهُنَّ وَلِمَنْ أَتَى عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِنَّ » ولأنه ميقاتٌ ، فلم يجز تجاوزه بغـير إحرام لمن يريد النسك ، كسائر المواقيت ، وخبرهم أُرِيدَ به من لم يمرّ على ميقاتٍ آخَرَ ، بدليل مالو مرّ بميقاتٍ غير ذى الْحُلَيْفَةِ لم يجُز له تجاوزُه بغير إحرام ، بغير خلاف وقد روى سعيد ، عن سفيان ، عن هشام بن عُرْوَة ، عن أبيه : أنَّ رسول الله ﷺ وَقَّتَ لِمَنْ سَاحَلَ[1] مِنْ أَهْلِ الشَّامِ الْجُحْفَةَ . ولا فرق بين الحجّ والعُمرة فى هذا ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « فَهُنَّ لَهُنَّ وَلِمَنْ أَتَى عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِنَّ مِمَّنْ كَانَ يُرِيدُ حَجًّا أَوْ عُمْرَةً » .

٢٢٧٤ فصـــل

فإن مرّ من غـير طريق ذى الْحُلَيْفَةِ فميقاتُه الْجُحْفَةَ ، سواء كان شاميًّا ، أو مدنيًّا ، لمـا روى أبو الزبير : أنه سمع جابراً يسأل عن الْمُهَلّ ، فقال : سمعتُه ـ أحْسبُه رُفِـعَ إلى النبىِّ ﷺ يقول : « مُهَلّ أَهْلِ الْمَدِينَةِ مِنْ ذِى الْحُلَيْفَةِ ، وَالطَّرِيقُ الآخَرُ مِنَ الْجُحْفَةِ » رواه مسلم . ولأنه مرّ على أحد المواقيت دون غيره ، فلم يلزمه الإحرام قبله ، كسائر المواقيت . ويحتمل أن أبا قتادة حين أحرم أصحابه دونه فى قصّة صَيْده للحمار الوحشىّ إنما ترك الإحرام لـكونه لم يمرّ على ذى الْحُلَيْفة ، فأخّر إحرامَه إلى الْجُحْفَةِ ، إذ لو مرّ عليهـا لم يجُز له تجاوزُها من غير إحرام . ويمكن حملُ حديث عائشةَ فى تأخيرها إحرام العُمرة إلى الْجُحْفَةِ على هذا ، وأنها لا تمرّ فى طريقها على ذى الْحُلَيْفة ، لئلا يكون فعلُها مُخالفاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولسائر أهل العلم .

٢٢٧٥ « مسألة » قال : ﴿ والاختيار أن لا يحرِم قبل ميقاته ، فإن فعل فهو مُحْرِم ﴾ .

لاخلاف فى أن من أحرم قبل الميقات يصير مُحْرِماً تثبُت فى حقّه أحكام الإحرام . قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أنّ من أحرم قبل الميقات إنه مُحرِم ، ولـكن الأفضلُ الإحرامُ من الميقات ، ويُكره قبلَه . رُوى نحوذلك عن عمر ، وعثمان . وبه قال الحسن ، وعطاء ، ومالك ، وإسحاق . وقال أبوحنيفة : الأفضلُ الإحرامُ من بلده . وعن الشافعىّ ، كالمذهبين ، وكان عَلْقمةُ ، والأسودُ ، وعبد الرحمن ، وأبو إسحاق ، يُحرمون من بيوتهم . واحتجُّوا بما رَوت أمُّ سَـلَمة زَوْجُ النبىِّ ﷺ : أنهـا سمعت رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول : « مَنْ أَهَلَّ بِحَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ مِنَ الْمَسْجِدِ الأَقْصَى إلى المسْجِدِ الْحَرامِ غُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وما تأخَّرَ ، أَوْ وَجَبَتْ لَهُ الْجَنَّةُ » شكّ عبد الله أيّهما قال . رواه

(١) ساحل : أى سار على ساحل البحر.

أبو داود . وفى لفظ رواه ابن ماجه : « مَنْ أَهَلَّ بِعُمْرَةٍ مِنْ بَيْتِ الْمَقْدِسِ غُفِرَ لَهُ » وأحرم ابن عمر من إيلياء . وروى النسائىّ ، وأبو داود بإسنادهما ، عن الضبىّ بن معبد قال : « أَهْلَلْتُ بِالْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ فَلَمَّا أَتَيْتُ الْعُذَيْبَ لَقِيَنِي سُلَيْمَانُ بْنُ رَبِيعَةَ وَزَيْدُ بْنُ صُوحَانَ ، وَأَنَا أُهِلُّ بِهِمَا ، فقال أحدُهما : ما هذا بأَفْقَهَ مِنْ بَعِيرِهِ . فأتيتُ عمر ، فذكرتُ له ذلك . فقال : هُدِيتَ لِسُنَّةِ نَبِيِّكَ ﷺ » وهذا إحرام به قبل الميقات . ورُوى عن عمر ، وعلىّ رضى الله عنهما فى قوله تعالى (٢ : ١٩٦ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ) إتمامها أن تحرم بهما من دُوَيْرَةِ أهلك .

ولنا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم وأصحابُه أحرموا من الميقات ولا يفعلون إلا الأفضل ، فإن قيل : إنَّما فعلَ هذا لتبيين الجواز ، قلنا : قد حصل بيانُ الجواز بقوله ، كما فى سائر المواقيت . ثم لو كان كذلك لـكان أصحابُ النبى صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه يُحرمون من بيوتهم ، ولما تَوَاطَئوا على ترك الأفضل ، واختيار الأدنى ، وهم أهلُ التقوى والفضل ، وأفضلُ الخلق ، ولهم من الحِرْص على الفضائل والدرجات مالهم . وقد رَوى أبو يعلى المَوْصِلىّ فى مُسنده ، عن أبى أيّوب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « يَسْتَمْتِـعُ أَحَدُكُمْ بِحِلِّهِ مَااسْتَطَاعَ ، فإِنَّهُ لَا يَدْرِي مَايَعْرِضُ فِي إِحْرَامِهِ » ورَوى الحسنُ : « أَنَّ عِمْرَانَ بن حُصَيْنٍ أحرمَ من مِصرِهِ فبلغَ ذلك عمر فغضبَ وقال : يَتَسَامَعُ النَّاسُ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِ رسولِ الله ﷺ قَدْ أَحْرَمَ مِنْ مِصْرِهِ » وقال : « إِنَّ عبدَ الله بن جابر أَحْرَمَ مِنْ خُرَاسَانَ ، فَلَمَّا قَدِمَ عَلَى عُثْمَانَ لَامَهُ فِيمَا صَنَعَ ، وَكَرِهَهُ لَهُ » رواهما سعيد ، والأثرم . قال البخارىّ : « كَرِهَ عُثْمَانُ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ خُرَاسَانَ أَوْ كِرْمَانَ » ولأنه أحرم قبل الميقات ، فـكُره ، كالإحرام بالحجّ قبل أشهره ، ولأنه تغرير بالإحرام ، وتعرض لفعل محظوراته ، وفيه مشقّة على النفس ، فـكُره ، كالوصال فى الصوم . قال عطاء : انظُروا هذه المواقيت التى وُقِّتَتْ لـكم ، فخـذوا برُخْصَـةِ الله فيها ، فإنه عسى أن يُصيبَ أحدُكم ذنباً فى إحرامه ، فيـكونَ أعظمَ لوِزْره ، فإنّ الذنب فى الإحرام أعظمُ من ذلك . فأمّا حديث الإحرام من بيت المقدس ففيه ضَعْفٌ يرويه ابن أبى فُدَيْك ، ومحمد بن إسحاق ، وفيهما مَقال ، ويحتمل اختصاص هذا بيت المقدس دون غيره ، ليجمع بين الصلاة فى المسجدين فى إحرام واحد ، ولذلك أحرم ابنُ عمر منه ، ولم يكن يُحرِم من غيره إلا من الميقات . وقول عمر للضبىّ : « هُدِيتَ لِسُـنَّةِ نَبِيِّكَ » يعنى فى القِرَانِ ، فالجمع بين الحجّ والعُمرة لا فى الإحرام من قبل الميقات ، فإنّ سُنَّةَ النبىِّ ﷺ الإحرامُ من الميقاتِ بيَّن ذلك بفعـله ، وقوله . وقد بيّن أنه لم يُرِد ذلك إنكارُه على عمران بن حُصَيْن إحرامَه من مِصْره ، وأما قول عمر وعلىّ فإنهما قالا : « إِتْمَامُ الْعُمْرَةِ أَنْ تُنْشِئَهَا مِنْ بَلَدِكَ » ، ومعناه أن تُنشىء لهـا سفراً من بلدك تقصد له ، ليس أن تُحرم بها من أهلك . قال أحـمـد : كان سُفيانُ يفسّره بهذا ، وكذلك فسره به أحـمـد ، ولا يصح أن يفسر بنفس الإحـرام ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم

وأصحابَه ماأحرموا بها من بيوتهم ، وقد أمرهم الله بإتمام العُمْرة . فلو حُمل قولهم على ذلك لكان النبيُّ صلى الله عليه وسلم وأصحابُه تاركين لأمر الله . ثم إنّ عمر وعليًّا ما كانا يُحرمان إلا من الميقات ، أفتراهما يَريَان أنّ ذلك ليس بإتمام لها ، ويفعلانه ؟ هذا لاينبغي أن يتوهمه أحد ، ولذلك أنكر عمر على عِمْرانَ إحرامَه من مِصْرِه ، واشتدّ عليه ، وكَرِهَ أن يتسامع الناسُ ، مخافَةَ أنْ يُؤخذ به . أفتراه كره إتمام العُمْرة ، واشتدّ عليه أن يأخذ الناسُ بالأفضَلِ ؟ هذا لايجوز ، فيتعيَّن حمل قولهما في ذلك على ماحمله عليه الأئمة ، والله أعلم .

٢٢٧٦ « مسألة » قال ﴿ ومن أراد الإحرام فجاوز الميقات غيرَ مُحرم رجع ، فأحرم من الميقات ، فإن أحرم من مكانه فعليه دم ، وإن رجع مُحرِماً إلى الميقات ﴾ .

وجملة ذلك : أن من جاوز الميقات مُريداً للنُّسُك غيرَ مُحرم ، فعليه أن يرجع إليه ليحرم منه ، إن أمكنه ، سواء تجاوزه عالماً به ، أو جاهلاً ، علِمَ تحريمَ ذلك ، أو جَهِلَه . فإن رجع إليه ، فأحرم منه ، فلا شيء عليه . لانعلم في ذلك خلافاً . وبه يقول جابرُ بن زيد ، والحسن ، وسعيد بن جُبَيْر ، والثوريّ ، والشافعيّ وغيرُهم ، لأنّه أحرم من الميقات الذي أُمر بالإحرام منه ، فلم يلزمه شيء ، كما لو لم يتجاوزه ، وإن أحرم من دون الميقات فعليه دم ، سواء رجع إلى الميقات أو لم يرجع . وبهذا قال مالك ، وابن المبارك . وظاهر مذهب الشافعيّ : أنه رجع إلى الميقات فلا شيء عليه ، إلاّ أن يكون قد تلبَّس بشيء من أفعال الحجّ ، كالوقوف ، وطواف القدوم ، فيستقرّ الدمُ عليه ، لأنّه حصل مُحْرِماً في الميقات قبل التلبّس بأفعال الحجّ ، فلم يلزمه دم ، كما لو أحرم منه . وعن أبي حنيفة : إن رجع إلى الميقات فلبَّى سقط عنه الدم ، وإن لم يُلَبِّ لم يسقط . وعن عطاء ، والحسن ، والنخَعِيّ : لاشيء على من ترك الميقات ، وعن سعيد بن جُبَيْر : لاحجّ لمن ترك الميقات .

ولنا : مارَوى ابن عبّاس ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال: « مَنْ تَرَكَ نُسُكاً فَعَلَيْهِ دَمٌ » رُوِي موقوفاً ، ومرفوعاً . ولأنه أحرم دون ميقاته ، فاستقرّ عليه الدم ، كما لو لم يرجع ، أو كما لو طاف عند الشافعيّ ، أو كما لو لم يُلَبِّ عند أبي حنيفة . ولأنه ترك الإحرام من ميقاته ، فلزمه الدم ، كما ذكرنا ، ولأن الدم وجب لتركه الإحرامَ من الميقات ، ولايزول هذا برجوعه ، ولا بتلبيته ، وفارق ما إذا رجع قبل إحرامه ، فأحرم منه ، فإنّه لم يترك الإحرام منه ، ولم يَهْتِكْهُ .

٢٢٧٧ فصل

ولو أفسد المحرم من دون الميقات حَجَّه لم يسقط عنه الدم ، وبه قال الشافعيّ وإسحق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال الثوريّ ، وأصحاب الرأي : يسقط ، لأنّ القضاء واجب .

ولنا : أنه واجبٌ عليه بموجَب هذا الإحرام ، فلم يسقط بوجوب القضاء ، كبقية المناسك ، وكجزاء الصيد .

٢٢٧٨ فصل

فأما المجاوز للميقات ممّن لايريد النُسك ، فعلى قسمين :

أحدهما : لايريد دخول الحرم ، بل يريد حاجةً فيما سواه ، فهذا لايلزمه الإحرام بغير خلاف ، ولا شيء عليه فى ترك الإحرام ، وقد أتى النبيُّ صلى الله عليه وسلم وأصحابه بدراً مرّتَيْن ، وكانوا يُسافرون للجهاد ، وغيره ، فيمرُّون بذى الحُلَيْفة فلا يُحرمون ، ولا يرون بذلك بأساً . ثم متى بدا لهذا الإحرامُ وتجدّد له العزمُ عليه أحرم من موضعه ، ولا شيء عليه . هذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، وبه يقول مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وصاحبا أبى حنيفة . وحَكى ابن المنذر عن أحمد فى الرجل يَخْرُج لحاجةٍ وهو لايُريد الحجّ فجاوز ذَا الحُلَيْفةِ ثُمَّ أراد الحجّ : يَرْجِعُ إلى ذى الحليفة فيُحرم ، وبه قال إسحق . ولأنه أحرم من دون الميقات فلزمه الدم ، كالذى يُريد دخول الحرم ، والأوّل أصحّ . وكلام أحمد يُحمل على من يُجاوز الميقات ممّن يجب عليه الإحرام ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « فَهُنَّ لَهُنَّ وَلِمَنْ أَتَى عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِنَّ مِمَّنْ كَانَ يُرِيدُ حَجًّا ، أَوْ عُمْرةً » ولأنه حصل دون الميقات على وجه مُباح ، فكان له الإحرام منه ، كأهل ذلك المكان . ولأن هذا القول يُفضى إلى أن من كان منزله دون الميقات إذا خرج إلى الميقات ثم عاد إلى منزله وأراد الإحرام لزمه الخروج إلى الميقات ، ولا قائلَ به ، وهو مخالف لقول رسول الله ﷺ : « وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُه دُونَ المِيقَاتِ فَمُهَلُّهُ مِنْ أَهْلِهِ » .

﴿ القسم الثانى ﴾ من يريد دخول الحرم إمّا إلى مكة ، أو غيرها ، فهم على ثلاثة أضرب :

(أحدها) من يدخُلها لقتال مُباح ، أو من خوف ، أولحاجةٍ متكرّرة ، كالحشّاش[1] ، والحطّاب ، وناقل[2] المِيرة ، والفيح[3] ، ومن كانت له ضَيْعَةٌ يتكرّر دخوله ، وخروجه إليها ، فهؤلاء لا إحرام عليهم ، لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم : « دَخَلَ يَوْمَ الفَتْحِ مَكَّةَ حَلاَلاً وَعَلَى رَأْسِهِ المِغْفَرُ » وكذلك أصحابه ، ولم نعلم أحداً منهم أحرم يَومئذٍ ، ولو أوجبنا الإحرام على كلِّ من يتكرّر دخوله ، أفضى إلى أن يكون جميعَ زمانه مُحرِماً ، فسقط للحرج ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لايجوز لأحدٍ دخولُ الحرم بغير إحرام ، إلاّ من كان دون الميقات ، لأنه يُجاوز الميقاتَ مُريداً للحرم ، فلم يَجُزْ بغير إحرامٍ كغيره .

---

(١) الحشاش : الذى يقطع الحشيش الذى تأكله الدواب من الأرض .

(٢) الميرة : الطعام . (٣) الفيح :ماينبت فى الربيع من المطعومات

ولنـا : ماذكرناه . وقد رَوى الترمذىّ : « أنَّ النبى صلى الله عليه وسلم دَخَلَ يَوْمَ الفَتْحِ وَعَلَى رَأْسِهِ عِمَامَةٌ سَوْدَاءُ » وقال : هذا حديث حسن ، صحيح . ومتى أراد هذا النُّسُكَ بعد مُجـاوزة الميقات أحرم من موضعه ، كالقسم الذى قبله ، وفيه من الخلاف مافيه .

﴿ النوع الثانى ﴾ من لايُـكلَّف الحجّ ، كالعبد ، والصبىّ ، والـكافر إذا أسلم بعد مجاوزة الميقـات ، أو عتق العبدُ ، وبلغ الصبىّ ، وأرادوا الإحرام ، فإنهم يُحرمون من موضعهم ، ولا دم عليهم . وبهـذا قال عطاء ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحق . وهو قول أصحـاب الرأى فى الـكافر يُسلم ، والصبىّ يبلُغ . وقالوا فى العبد : عليه دم . وقال الشافعىّ فى جميعهم : على كُلِّ واحد منهم دم وعن أحمد فى الـكافر يُسلم كقوله ، ويتخرّج فى الصبىّ ، والعبـد كذلك ، قياساً على الـكافر يُسـلم ، لأنهم تجاوزوا الميقات بغير إحرام ، وأحرموا دونه ، فلزمهم الدم ، كالمسلم البالغ العاقل .

ولنا : أنهم أحرموا من الموضـع الذى وجب عليهم الإحرام منه ، فأشبهوا المـكّىّ . ومَنْ قَرْيَتُه دون الميقات ، إذا أحرم منها . وفارق مَنْ يجبُ عليه الإحرام إذا تركه ، لأنه ترك الواجب عليه .

﴿ النوع الثالث ﴾ المـكلّف الذى يدخُل لغير قتال ، ولا حاجةٍ متكرّرة ، فلا يجوز له تجاوزُ الميقات غيرَ مُحرم . وبه قال أبو حنيفة ، وبعض أصحـاب الشافعىّ . وقال بعضهم : لايجب الإحرام عليه . وعن أحمـد مايدلّ على ذلك . وقد رُوى عن ابن عمر : أنَّه دخلها بغير إحرام ، ولأنه أحدُ الحرمين ، فلم يلزم الإحرام لدخوله ، كحرم المدينة . ولأنّ الوجوب من الشـرع ، ولم يرد من الشارع إيجـابُ ذلك على كلّ داخلٍ ، فبقى على الأصل . ووجه الأولى أنه لو نذر دخولهـا لزمه الإحرامُ ، ولو لم يـكن واجباً لم يجب بنذر الدخول كسائر البُلدان .

إذا ثبت هذا : فمتى أراد هذا الإحرامَ بعد تجـاوز الميقات رجع ، فأحرم منه . فإن أحرم من دونه ، فعليه دم ، كالمريد للنسك .

٢٢٧٩ فصـــل

ومن دخل الحرم بغير إحرام ممّن يجب عليه الإحرام ، فلا قضاء عليه ، وهـذا قول الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يجب عليه أن يأتى بحَجَّةٍ ، أو عُمْرةٍ . فإن أتى بِحَجَّة الإسـلام فى سَنَتِهِ ، أو منذورةٍ ، أو عُمرةٍ أجزأته عن عمرة الدخول استحساناً ، لأن مروره على الميقات مريداً للحرم يوجب الإحرام ، فإذا لم يأت به وجب قضاؤه كالمنذور .

ولنا : أنه مشروع لتحيّة المسجد . فإن قيل : تحيةُ المسجد غيرُ واجبةٍ . قلنا : إلاَّ أنّ النوافل المرتّباتِ تُقضى ، وإنما سقط القضاء لما ذكرنا . فأمّا إن تجاوز الميقات ، ورجع ، ولم يدخل الحرم ، فلا قضاء عليه بغير خلاف نعلمه ، سواء أراد النسك ، أو لم يرده .

٢٢٨٠ فصـــل

ومن كان منزله دون الميقات خارجاً من الحرم فحكمه فى مجاوزة قريته إلى مايلى الحرم حكم المجاوز للميقات فى هذه الأحوال الثلاث . لأن موضعه ميقاته ، فهو فى حقه كالمواقيت الخمسة فى حق الآفاقى[1] .

٢٢٨١ « مسألة » قال ﴿ ومن جاوز الميقات غير مُحرم ، نخشى إن رجع إلى الميقات فاته الحج ، أحرم من مكانه ، وعليه دم ﴾ .

لاخلاف فى أن من خشى فوات الحج برجوعه إلى الميقات أنه يُحرم من موضعه فيما نعلمه ، إلا أنه رُوى عن سعيد بن جُبَيْر « مَنْ تَرَكَ المِيقَاتَ فَلاَ حَجَّ لَهُ » وماعليه الجمهور أولى . فإنّه لوكان من أركان الحج لم يختلف باختلاف النـاس ، والأماكن ، كالوقوف ، والطواف . وإذا أحرم من دون الميقات عند خوف الفوات فعليه دم . لانعلم فيه خلافاً عند من أوجب الإحرام من الميقات ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ تَرَكَ نُسُكاً فَعَلَيْهِ دَمٌ » وإنّما أبحنا له الإحرام من موضعه ، مراعاةً لإدراك الحج . فإنّ مراعاةَ ذلك أولى من مراعاة واجب فيه مع فواته ومن لم يمكنه الرجوعُ لعدم الرُّفقة ، أو الخوف من عدوّ أو لِصّ ، أو مرض ، أو لايَعرفُ الطريق . ونحو هذا ممّا يمنـع الرجوع فهو كخائف الفوات فى أنّه يُحرم من موضعه ، وعليه دم .

---

(١) الآفاقى : نسبة إلى الآفاق وهى الجهات المختلفة والمراد به هنا الشخص الذى ليس له وطن معلوم وكان الأولى أن يقال (الأفقى) نسبة إلى المفرد لأنه الراجح .

باب ذكر الإحرام

٢٢٨٣ « مسألة » قال أبو القاسم ﴿ ومن أراد الحجّ وقد دخل أشهر الحجّ ، فإذا بلغ الميقات فالاختيارُ له أن يغتسل ﴾ .

قوله : « وَقَدْ دَخَلَ أَشْهُرُ الْحَجّ » يدل على أنه لاينبغى أن يُحرم بالحجّ قبل أشهره ، وهذا هو الأولى ، فإنّ الإحرام بالحجّ قبل أشهره مكروه ، لكونه إحراماً به قبل وقته ، فأشبه الإحرام به قبل ميقاته . ولأنّ فى صحّته اختلافاً ، فإن أحرم به قبل أشهره صحّ ، وإذا بقى على إحرامه إلى وقت الحجّ جاز ، نصّ عليه أحمد . وهو قول النخعىّ ، ومالك ، والثورىّ ، وأبى حنيفة ، وإسحاق . وقال عطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والشافعىّ : يجعله عُمرةً لقول الله تعالى : (الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ) تقديره ، وقتُ الحجّ أشهر ، أو أشهر الحجّ أشهر معلومات ، فحذف المضاف ، وأقام المضاف إليه مقامه . ومتى ثبت أنه وقته لم يجز تقديم إحرامه عليه ، كأوقات الصلوات .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ١٨٩ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ ؟ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجّ) فدلّ على أن جميع الأشهر ميقات[1] ، ولأنّهُ أَحَدُ نُسُكَيِ الْقِرَانِ ، فجاز الإحرام به فى جميع السنة ، كالعُمرة أو أحد الميقاتين ، فصحّ الإحرام قبله كميقات المكان . والآية محمولة على أن الإحرام به إنما يُسْتَحَبّ فيها .

وعلى كل حالّ فمن أراد الإحرام استُحِبّ له أن يغتسل قبله ، فى قول أكثر أهل العلم ، منهم طاوس ، والنخَعِىّ ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . لما رَوى خارجَةُ بن زيد ، بن ثابت ، عن أبيه ، « أَنَّهُ رَأَى النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم تَجَرَّدَ لِإِهْلَالِهِ وَاغْتَسَلَ » رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، غريب . وثبت أن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَمَرَ أَسْمَاءَ بِنْتَ عُمَيْسٍ ، وَهِيَ نُفَسَاءُ أَنْ تَغْتَسِلَ عِنْدَ الْإِحْرَامِ » و « وَأَمَرَ عَائِشَةَ أَنْ تَغْتَسِلَ عِنْدَ الْإِهْلَالِ بِالْحَجِّ ، وَهِيَ حَائِضٌ » ولأن هذه العبادة يجتمع لها الناس ، فسُنّ لها الاغتسال ، كالجمعة . وليس ذلك واجباً فى قول عامّة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أنّ الإحرام جائز بغير اغتسال ، وأنّه غيرُ واجب . وحُكِى عن الحسن أنه قال : إذا نَسِيَ الْغُسْلَ[2] يَغْتَسِلُ إِذَا ذَكَرَ . وقال الأثرم : سَمِعْتُ أبا عبدالله ، قِيلَ لَهُ عَنْ بعض أهل المدينة : مَنْ تَرَكَ الْغُسْلَ عِنْدَ الْإِحْرَامِ فَعَلَيْهِ دَمٌ لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم لأسماء

---

(١) كيف تكون جميع الأشهر ميقاتها للحج ؟ وقد قالت الآية الأخرى (الحج أشهر معلومات) والقرآن يفسر بعضه بعضاً ويخصص بعضه بعضاً كذلك ؟ هذا تسهيل غير قوى فى مذهب أحمد .

(٢) كان هنا « أن » زائدة بعد لفظ الغسل فى الطبعة الثالثة فحذفناها .

وهى نُفَسَاء « اغْتَسِلِي » فكيف الطاهرُ ؟ فأظهر التعجُّبَ من هذا القول وكان ابن عمر يَغْتَسِلُ أحياناً ، ويتَوَضَّأ أحياناً ، وأىَّ ذلك فعل أجزأه . ولا يجب الاغتسال ، ولا نقل الأمر به إلا لحائضٍ أو نُفَسَاء ، ولو كان واجباً لأمر به غيرَهما ، ولأنه لأمر مستقبل ، فأشبه غُسل الجمعة .

٢٢٨٣ فصـــــل

فإن لم يجد ماء لم يسنّ له التيمّم . وقال القاضى : يتيمّم : لأنه غُسل مشروع ، فناب عنه التيمّم ، كالواجب

ولنا : أنه غسل مسنون ، فلم يستحبّ التيمم عند عدمه ، كغُسل الجمعة ، وما ذكره مُنتقِض بغُسل الجمعة ونحوه من الأغسال المسنونة ، والفرق بين الواجب والمسنون أن الواجب يُراد لإباحةِ الصلاة ، والتيمّم يقومُ مَقامه فى ذلك ، والمسنون يُراد للتنظيف ، وقطع الرائحة ، والتيمّم لا يُحصِّل هذا ، بل يزيد شَعَثاً ، وتغبيراً ، ولذلك افترقا فى الطهارة الصُّغرى ، فلم يُشرع تجديد التيمّم ، وتكرارُ المسح به .

٢٢٨٤ فصـــــل

ويُستحبُّ التنظّف بإزالة الشعث ، وقطع الرائحة ، ونتف الإبط ، وقصّ الشارب ، وقَلْم الأظفار ، وحَلْق العانة ، لأنه أمر يُسنّ له الاغتسال ، والطِّيب ، فسنّ له هذا كالجمعة . ولأن الإحرام يمنع قطع الشعر ، وقَلْم الأظفارِ ، فاستُحِبّ فعلُه قبله ، لئلاّ يحتاج إليه فى إحرامه ، فلا يتمكّن منه .

٢٢٨٥ « مسألة » قال ﴿ ويلبس ثوبين نظيفين ﴾ .

يعنى : إزاراً ، ورداء ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « وَلْيُحْرِمْ أَحَدُكُمْ فِي إِزَارٍ وَرِدَاءٍ وَنَعْلَيْنِ » . قال ابن المنذر : ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ ، وثبت أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا لَمْ يَجِدْ إِزَارًا فَلْيَلْبَسِ السَّرَاوِيلَ ، وَإِذا لَمْ يَجِدِ النَّعْلَيْنِ فَلْيَلْبَسِ الْخُفَّيْنِ » ولأن المحرم ممنوع من لبس المخيط فى شىء من بدنه ، يعنى بذلك ما يُخاط على قدر الملبوس عليه . كالقميص ، والسراويل ، ولو لبس إزاراً مُوَصَّلاً[1] أو اتّشح بثَوْبٍ مخيطٍ جَازَ . ويستحبّ أن يكونا نظيفين : إمّا جديدين ، وإما غَسِيلين ، لأننا أحببنا له التنظّف فى بدنه ، فكذلك فى ثيابه ، كشاهد الجمعة ، والأولى

(١) إزاراً موصلا : أى فيه وصلات من قطع القماش ، بأن كان عرض القماش لا يفى بلف وسط المحرم وتغطية ما بين سرته وركبته ، فوصل قطعاً بعضها ببعض ، وجعلها إزاراً فإنه يجوز . ومعنى اتشح بالثوب المخيط جعله وشاحاً : أى وضعه على أحد كتفيه من أعلاه ، وعلى الكتف الآخر من أسفله ، وغطى به صدره فإنه يجوز الاتشاح بالثوب المخيط .

أن يكونا أبيضين ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « خَيْرُ ثِيَابِكُمُ الْبَيَاضُ ، فَأَلْبِسُوهَا أَحْيَاءَكُمْ ، وَكَفِّنُوا فِيهَا مَوْتَاكُمْ »[1] .

٢٢٨٦ « مسألة » قال : ﴿ ويتطيّب ﴾ .

وجملة ذلك : أنه يُستحبّ لمن أراد الإحرام أن يتطيّب فى بدنه خاصّة ، ولا فرق بين مايبقى عينه ، كالمسك ، والغالية[2] ، أو أثره ، كالعُود ، والبَخُور ، وماء الورد . هذا قول ابن عبّاس ، وابن الزبير ، وسعد بن أبى وقّاص ، وعائشة ، وأم حَبيبة ، ومعاوية ورُوى عن محمد بن الحَنَفيَّة ، وأبى سعيد الخُدْرِىّ ، وعُرْوَةَ ، والقاسم ، والشعبىّ ، وابن جُرَيْج . وكان عطاء يكره ذلك ، وهو قول مالك . ورُوى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن عمر ، رضى الله عنهم واحتج مالك بما رَوى يَعلَى بن أُميَّة أنَّ رجلاً أتى النبيَّ صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارسول الله : كَيْفَ تَرَى فِى رَجُلٍ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ وَهُوَ مُتَضَمِّخٌ[3] بِطيبٍ ؟ فَسَكَتَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم ، يعنى ساعةً ، ثم قال : « اغْسِلِ الطِّيبَ الَّذِى بِكَ ـ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ — وَانْزِعْ عَنْكَ الْجُبَّةَ ، وَاصْنَعْ فِى عُمْرَتِكَ مَا تَصْنَعُ فِى حَجَّتِكَ » متفق عليه . ولأنه يُمنع من ابتدائه ، فمُنع استدامتُه كاللّبس .

ولنا : قول عائشة : « كُنْتُ أُطَيِّبُ رَسولَ الله صلى الله عليه وسلم لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يُحْرِمَ ، وَلِحِلِّهِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ ، قالت : وَكَأَنِّى أَنْظُرُ إِلَى وَبِيصِ الطِّيبِ[4] فى مَفَارِقِ رَسُول الله ﷺ وهو محرم» متفق عليه ، وفى لفظ لمسلم : « طَيَّبْتُهُ بِأَطْيَبِ الطِّيبِ ، وقالت بطيبٍ فيه مِسْكٌ ـ وفى لفظ للنسائىّ ـ كأنى أنظر إلى وَبِيص طيبِ المِسْكِ فى مَفْرِقِ رسول الله صلى الله عليه وسلم وحديثهم فى بعض ألفاظه عَلَيْهِ جُبَّةٌ بِهَا أَثَرَ خَلُوقٍ[5] » رواه مسلم ، وفى بعضها : وهو مُتَضَمِّخٌ بالْخَلُوق ، وفى بعضها : عليه دِرْعٌ[6] مِنْ زَعْفَرَانَ ، وهذه الألفاظ تدلّ على أنّ طيب الرجل كان من الزعفران ، وهو منهىٌّ عنه للرجال فى غير الإحرام ، ففيه أولى . وقد رَوى البخارىّ : «أن النبيَّ ﷺ نَهَى أَنْ يَتَزَعْفَرَ الرَّجُلُ» . ولأن حديثهم فى سنةِ ثمانٍ ، وحديثُنا فى سنة عشر ، قال ابن جُرَيج : كان شأنُ صاحب الجُبَّة قبل حَجّة

(١) رواه ابن ماجة والطبرانى ، وهو حديث حسن .

(٢) الغالية : نوع من أنواع الطيب جيد كان معروفاً عند العرب .

(٣) متضخ بالطيب : متلطخ به حتى إنه يكاد يسيل من كثرته .

(٤) وبيص الطيب : لمعانه وبريقه . والمفارق : الطرق فى شعر الرأس

(٥) الخلوق : بفتح الخاء نوع من الطيب .

(٦) الدرع : القميص . والمعنى أن الرجل لطخ جسمه بالزعفران حتى إنه من كثرته صار كالقميص الذى يغطى جسمه كله .

الوداع . قال ابن عبد البرّ : لا خلاف بين جماعة أهل العلم بالسِّيَر ، والآثار : أنّ قِصّة صاحب الجُبّة كانت عامَ حُنَيْن بالجِعْرانة ، سنة ثمان ، وحديث عائشة فى حَجَّةِ الوداع سنة عشر ، فعند ذلك إن قُدِّر التعارض فحديثنا ناسخ لحديثهم . فإن قيل : فقد روى محمد بن المُنْتَشِر ، قال : سمعتُ ابن عُمَرَ يَنْهَى عن الطِّيبِ عند الإحْرام . فقال : لأنْ أُطْلَى بالقَطِران أَحَبُّ إلَيَّ مِنْ ذلكَ ، قلنا : تمامُ الحديث : قال ، فَذَكَرْتُ ذلِكَ لِعَائِشَةَ ، فقالت : يَرْحَمُ اللهُ أبَا عَبْدِ الرَّحمن ، قَدْ كُنْتُ أُطَيِّبُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فَيَطُوفُ فى نِسَائِهِ ثمّ يُصْبِحُ يَنْضَحُ طِيباً ، فإذا صارَ الخبر حُجّةً على من احتجّ به ، فإنّ فعلَ النبيّ ﷺ حُجّةٌ على ابن عمر ، وغيره ، وقياسهم يبطُل بالنكاح ، فإنه يمنعُ ابتداءه ، دون استدامته .

٢٢٨٧ فصـــل

وإن طيّب ثوبَه فله استدامةُ لُبسه ، ما لم يَنْزِعْهُ . فإن نزعه لم يكن له أن يلبسه فإن لبسه افتدى ، لأنّ الإحرام يمنعُ ابتداء الطِّيب ، ولُبْسَ المُطيّب ، دون الاستدامة . وكذلك إن نقل الطِّيب من موضعٍ من بدنه إلى موضع آخرَ افتدى ، لأنه تطيّب فى إحرامه . وكذا إن تعمّد مسّه بيده ، أو نحّاه من موضعه ، ثم ردّه إليه . فأمّا إن عَرِقَ الطِّيبُ أو ذاب بالشمس ، فسال من موضعه إلى موضع آخر ، فلا شيء عليه ، لأنه ليس من فعله ، فجرى مجرى الناسى . قالت عائشة : « كُنّا نَخْرُجُ مَعَ النبيّ ﷺ إلى مَكّةَ فَنُضَمِّدُ[1] جِبَاهَنَا بالمِسْكِ المُطيّب عِنْدَ الإحْرَامِ ، فإذا عرقتْ إحْدَانَا سَالَ عَلَى وَجْهِهَا فيرَاهَا النبيُّ ﷺ فَلاَ يَنْهَاهَا » رواه أبو داود .

٢٢٨٨ « مسألة » قال : فإن حضر وقت صلاة مكتوبة وإلاّ صلّى ركعتين ﴾ .

المستحبُّ : أن يُحرم عقيب الصلاة ، فإن حضرت صلاة مكتوبة أحرم عقيبها ، وإلا صلّى ركعتين تطوّعاً ، وأحرم عقيبهما . استحبّ ذلك عطاء ، وطاوس ، ومالك ، والشافعيّ ، والثوريّ ، وأبو حنيفة وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس . وقد رُوى عن أحمد : أن الإحرام عقيبَ الصلاة ، وإذا استوت به راحلتُه ، وإذا بدأ بالسير ، سواء . لأن الجميع قد رُوى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق صحيحة ، قال الأثرم : سألتُ أبا عبد الله : أيُّمَا أحبُّ إلَيْكَ؟ الإحْرَامُ فى دُبُرِ الصَّلاَةِ ، أوْ إذَا اسْتَوَتْ بِهِ رَاحِلَتُهُ ؟ فقال : كلّ ذلك قد جاء فى دُبر الصلاة ، وإذا علا البيداء ، وإذا استوت به ناقته ، فوسّع فى ذلك كلّه . قال ابن عباس : « رَكِبَ النبيُّ ﷺ رَاحِلَتَهُ حتى استوت على البيداء أهلَّ هُوَ وَأَصْحَابُه . وقال أنس : لمّا رَكِبَ رَاحِلَتَهُ واسْتَوَتْ بِهِ أَهَلَّ . وقال ابن عمر : أَهَلَّ

---

(١) نضمد جباهنا : بفتح النون وسكون الضاد وكسر الميم ، وبضم النون وفتح الضاد وشد الميم ، نضعه على جباهنا . وأصل الضمد والعصب : شد الجبهة بالعصابة ، فجعل المسك فى كثرته كالعصابة .

النبىّ صلى الله عليه وسـلم حِينَ اسْتَوَتْ به رَاحِلَتُه قَائِمَةً » رواهن البخارى ، والأولى الإحرامُ عقيب الصلاة ، لما روى سعيدُ بن جُبَيْر ، قال ذَكرتُ لابنُ عباسٍ إهْلَالَ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أَوْجَبَ رسول الله صلى الله عليه وسلم الإحْرَامَ حِينَ فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ ، ثمّ خَرَجَ ، فلَمَّا رَكِبَ رسول الله ﷺ راحلته ، واسْتَوَتْ بِهِ قَائِمَةً أَهَلَّ ، فأَدْرَكَ ذلِكَ مِنْهُ قَوْمٌ ، فقالوا : أَهَلَّ حِينَ اسْتَوَتْ بِهِ الرَّاحِلَةُ ، وَذلِكَ أَنَّهُمْ لَمْ يُدْرِكُوا إِلَّا ذلِكَ ، ثمّ سَارَ حَتَّى عَلَا البَيْدَاء . فأَهَلَّ ، فأَدْرَكَ ذلك قَوْمٌ ، فقالوا : أَهَلَّ حِينَ عَلاَ البَيْدَاء » رواه أبو داود ، والأثرم ، وهذا لفظ الأثرم . وهذا فيه بيان ، وزيادة علم ، فيتعيَّن حَمْلُ الأمر عليه ، ولو لم يقله ابن عباس لتعيَّن حملُ الأمر عليه ، جمعاً بين الأخبار المختلفة ، وهذا على سبيل الاستحباب ، وكيف ماأحرم جاز ، لانعلم أحداً خالف فى ذلك .

٢٢٨٩ مسألة قال : ﴿ فإن أراد التمتّع وهو اختيار أبىعبدالله فيقول : اللهمّ إنى أُريد العُمْرة ﴾ .

وجملة ذلك أن الإحرام يقع بالنسُك من وُجوه ثلاثة : تمتّع ، وإفراد ، وقِران . فالتمتّع أن يُهلّ بعُمْرَةٍ مُفْرَدَةٍ من الميقات ، فى أشهُر الحجّ . فإذا فرغ منهـا أحرم بالحجّ من عامه ، والإفرادُ أن يُهلّ بالحَجّ مُفرداً ، والقِرَانُ أن يجمع بينهما فى الإحرام بهما ، أو يُحرم بالعُمرة ثم يُدْخِلَ عليهـا الحجّ قبل الطواف ، فأىّ ذلك أحرم به جاز . قالت عائشة : « خَرَجْنَا مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسـلم فمِنَّا مَنْ أَهَلَّ بِعُمْرَةٍ ، ومِنَّا مَنْ أهلّ بحجٍّ وعُمْرَةٍ ، ومِنَّا مَنْ أهلّ بحجٍّ » متفق عليه . فهذا هو التمتّع ، والإفراد ، والقِرَانُ ، وأجمع أهل العلم على جواز الإحرام بأىّ الأنساك الثلاثة شاء . واختلفوا فى أفضلها ، فاختار إمامنا التمتّع ، ثم الإفراد ، ثم القِران . وممّن رُوى عنه اختيار التمتّع ابنُ عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير ،وعائشة ، والحسن ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وجابر بن زيد ، والقاسم ، وسالم ، وعـكرمة ، وهو أحد قولى الشافعىّ . وروى المروزىّ عن أحمد : إنْ ساق الهَدْىَ فالقِرَانُ أفضلُ ، وإن لم يَسُقْهُ فالتمتّع أفضلُ ، لأنّ النبىّ ﷺ قَرَنَ حِينَ ساق الهَدْىَ ، ومنع كلَّ مَنْ ساق الهَدْىَ من الحِـلّ حتى ينحرَ هَدْيَه ، وإليه ذهب الثورىّ ، وأصحاب الرأى إلى اختيار القران ، لـما رَوى أنس قال : « سَمِعْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أَهَلَّ بِهِمَا جَمِيعاً : لَبَّيْكَ عُمْرَةً وَحَجًّا ، لَبَّيْكَ عُمْرَةً وَحَجًّا » متفق عليه . وحديث الصَّبىّ بن معبد حين لَبَّى بهما ، ثم أتى عمر فسأله ، فقال : هُدِيتَ لسُنَّةِ نبيّك ، صلى الله عليه وسلم . ورُوى عن مَرْوان بن الحـكم قال : « كُنْتُ جَالِساً عِنْدَ عُثْمَانَ بنِ عَفَّانَ ، فَسَمِعَ عَلِيًّا يُلَبِّى بِعُمْرَةٍ وَحَجٍ ، فأَرْسَلَ إِلَيْهِ ، فقال : أَلَمْ نَـكُنْ نُهِينَا عَنْ هَـذَا ؟ قال : بلى ، ولـكنْ سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يُلَبِّى بِهِمَا جَمِيعاً ، فلم أَكُنْ أَدَعُ قَوْلَ رسول الله صلى الله عليه وسلم لِقَوْلِكَ » رواه سعيد . ولأنّ القِرَانَ مُبادرةٌ إلى فعل العبادة ، وإحرام بالنُّسُكَيْن من الميقات ، وفيه زيادةُ نسك

هو الدم ، فكان أولى . وذهب مالك ، وأبو ثور إلى اختيار الإفراد ، وهو ظاهر مذهب الشافعيّ . ورُوى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن عمر ، وجابر ، وعائشة ، لما روت عائشةَ ، وجابر : (أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أَفْرَدَ الْحَجَّ) ، متفق عليهما . وعن ابن عمر ، وابن عباس مثلُ ذلك ، متفق عليهما . ولأنّه يأتى بالحجّ تامًّامن غير احتياج إلى جَبْر ، فكان أولى . قال عثمان : أَلاَ إِنّ الْحَجّ التامّ من أهليكم ، والعُمرة التامّة من أهليكم . وقال إبرٰهيم : إن أبا بكر ، وعمر ، وابن مسعود ، وعائشة ، كانوا يُجَرِّدُونَ[1] الْحَجّ .

ولنا : ماروى ابنُ عبّاس ، وجابر ، وأبو موسى ، وعائشة : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم ، أَمَرَ أَصْحابَه لمّا طَافُوا بِالْبَيْتِ أَنْ يَحِلُّوا ، ويَجْعَلُوهَا عُمْرَةً ، فنقلَهُمْ مِنَ الإِفْرَادِ وَالقِرَانِ إِلَى الْمُتْعَةِ ، ولا ينقلهم إلاّ إلى الأفضل . وهذه الأحاديث متفق عليها ، ولم يختلف عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنّه لما قدم مكّة أمر أصحابَه أن يَحِلُّوا إلاّ من ساق هَدْياً ، وثبت على إحرامه ، وقال : « لَوِ اسْتَقْبَلْتُ مِنَ أَمْرِى مَا اسْتَدْبَرْتُ مَاسُقْتُ الهَدْىَ ، وَلَجَعَلْتُهَا عُمْرَةً » قال جابر : حَجَجْنَا مع النبيّ صلى الله عليه وسلم يَوْمَ سَاقَ البُدْنَ مَعَهُ ، وقَدْ أَهَلُّوا بالْحَجِّ مُفْرَداً ، فقال لهم « حِلُّوا مِنْ إِحْرامِكُمْ بِطَوافِ بِالْبَيْتِ ، وبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ، ثُمَّ أَقِيمُوا حَلاَلاً ، حَتَّى إِذَا كَانَ يَوْمُ التروية فَأَهِلُّوا بِالْحَجِّ وَاجْعَلُوا الَّتِى قَدِمْتُمْ بِهَا مُتْعَةً » فقالوا : كيف نجعلها مُتعةً وقد سمّينا الحج ؟ فقال : « افْعَلُوا مَا أَمَرْتُكُمْ بِهِ ، فَلَوْلاَ أَنِّى سُقْتُ الهَدْىَ لَفَعَلْتُ مِثْلَ الَّذِى أَمَرْتُكُمْ بِهِ » . وفى لفظ : فقام رسول الله عليه وسلم فقال : « قَدْ عَلِمْتُمْ أَنِّى أَتْقَاكُمْ لِلّهِ وَأَصْدَقُكُمْ ، وَأَبَرُّكُمْ ، ولَوْلاَ هَدْيِى لَحَلَلْتُ كَمَا تَحِلُّونَ ، ولو اسْتَقْبَلتُ مِنْ أَمْرِى مااسْتَدْبَرْتُ مَا أَهْدَيْتُ » فحللنا ، وسمعنا ، وأطعنا ، متفق عليهما . فنقلهم إلى التمتع ، وتأسّف إذ لم يمكنه ذلك ، فدلّ على فضله ، ولأن التمتع منصوص عليه فى كتاب الله تعالى بقوله (فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ) دون سائر الأنساك . ولأن المتمتِّع يجتمع له الحجّ والعُمرة فى أشهر الحجّ مع كمالها ، وكمال أفعالها على وجه اليُسر ، والسهولة ، مع زيادة نُسُك ، فكان ذلك أولى . فأمّا القِرانُ ، فإنّما يُؤتى فيه بأفعال الحجّ وتَدْخُل أَفْعَالُ العُمْرَةِ فيه ، والْمُفْرِدُ فإنّما يأتى بالحجّ وحده ، وإن اعتمر بعده من التنعيم ، فقد اختُلف فى إجزائها عن عُمرة الإسلام ، وكذلك اختُلف فى إجزاء عُمرة القِران ، ولا خلاف فى إجزاء التمتّع عن الحجّ والعُمرة جميعاً ، فكان أولى ، فأماحجّتهم فإنما احتجّوا بفعل النبى صلى الله عليه وسلم ، والجواب عنها من أوجه :

---

(١) يجردونه : يفردونه عن العمرة .

﴿ الوجه الأول ﴾ أنّا نمنع أن يكون النبيّ صلى الله عليه وسلم مُحرماً بغير التمتّع ، ولا يصحّ الاحتجاج بأحاديثهم لأمور :

﴿ أحدها ﴾ أن رُواة أحاديثهم قد رَوَوْا أن النبيّ صلى الله عليه وسلم تمتّع بالعمرة إلى الحجّ . رَوى ذلك ابن عمر ، وجابر ، وعائشة ، من طرق صحاح ، فسقط الاحتجاج بها .

﴿ الثانى ﴾ أن رواياتهم اختلفت ، فرووا مرّةً أنه أفرد ، ومرّةً أنه تمتّع ، ومرّةً أنه قَرَنَ ، والقضية واحدة ، ولا يمكن الجمع بينها ، فيجب إطّراحها كلّها . وأحاديث القِرَان أصحّها حديثُ أنس ، وقد أنكره ابن عمر ، فقال : « يَرْحَمُ اللهُ أَنَساً ذَهَلَ أَنَسٌ » متفق عليه وفى رواية « كَانَ أَنَسٌ يَتَوَلَّجُ عَلَى النِّسَاءِ[1] » يعنى أنه كان صغيراً . وحديث عليّ رواه حفص بن أبى داود ، وهو ضعيف ، عن ابن أبى ليلى ، وهو كثير الوهم[2] ، قاله الدارقطنيّ .

﴿ الثالث ﴾ أن أكثر الروايات أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم كان مُتَمَتِّعاً ، روى ذلك عمر ، وعليّ ، وعثمان ، وسعد بن أبى وقاص ، وابن عبّاس ، وابن عمر ، ومعاوية ، وأبو موسى ، وجابر ، وعائشة ، وحَفْصة ، بأحاديثَ صحيحة . وإنّما منعه من الحِلّ الهَدْيُ الذى كان معه . ففى حديث عمر أنه قال : « إِنِّى لأَنْهَاكُمْ عَنِ الْمُتْعَةِ ، وَإِنَّهَا لَفِى كِتَابِ اللهِ ، وَلَقَدْ صَنَعَهَا رسول الله صلى الله عليه وسلم » . يعنى العُمرةَ فى الحجّ . وفى حديث عليّ أنه اختلف هو ، وعثمان فى المُتعة بعُسْفان ، فقال عليّ : ما تريد إلى أمرٍ فَعَلَهُ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم تَنْهَى عَنْهُ ؟ » متفق عليه . وللنسائيّ : وقال عليّ لعثمان : أَلَمْ تَسْمَعْ رسول الله صلى الله عليه وسلم تمتع ؟ قال : بلى . وعن ابن عمر ، قال : تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حَجَّة الوداع بالعُمرة إلى الحجّ . وعنه أن حَفْصَةَ قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : مَاشَأْنُ النَّاسِ حَلُّوا ، ولَمْ تَحْلِلْ أَنْتَ مِنْ عُمْرَتِكَ ؟ فقال : « إِنِّى لَبَّدْتُ رَأْسِى ، وَقَلَّدْتُ هَدْيِى ، فَلاَ أَحِلُّ حَتَّى أَنْحَرَ » متفق عليهما . وقال سعد : صنعها رسول الله ﷺ ، وصنعناها معه ، وهذه الأحاديث راجحة لأنّ رُواتها أكثرُ ، وأعلم بالنبيّ ﷺ . ولأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أخبر بالمُتعة عن نفسه فى حديث حَفْصَةَ فلا تعارضُ بظنّ غيره . ولأنّ عائشةَ كانت مُتَمَتِّعةً بغير خلاف ، وهى مع النبيّ ﷺ ، ولا تُحرم إلا بأمره ، ولم يكن ليأمرها بأمرٍ ثم يُخالف إلى غيره . ولأنه يمكن الجمع بين الأحاديث بأن يكون النبيّ صلى الله عليه وسلم أحرم بالعمرة ، ثم لم يَحِلّ منها لأجل هَدْيِه ، حتّى أحرم بالحجّ ، فصار قارناً ، وسمّاه من سمّاه مُفرداً . لأنه اشتغل بأفعال الحجّ وحدها بعد فراغه من أفعال العمرة ، فإنّ الجمع بين الأحاديث مهما أمكن أولى من حملها على التعارض .

---

(١) يتولج على النساء : أى يدخل عليهن ، ولا يباح دخول الذكر على النساء إلا إذا كان صغيراً .
(٢) الوهم : بفتح الواو والهاء ، الغلط .

﴿ الوجه الثانى ﴾ فى الجواب أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قد أمر أصحابه بالانتقال إلى المُتعة عن عن الإفراد ، والقِران ، ولا يأمرهم إلاَّ بالانتقال إلى الأفضل ، فإنه من المحال أن ينقُلهم من الأفضل إلى الأدنى . وهو الداعى إلى الخير ، الهادى إلى الفضل . ثم أكّد ذلك بتأسّفه على فوات ذلك فى حقّه ، وأنه لا يقدر على انتقاله وحِلّه لسَوْقِهِ الهَدْى ، وهذا ظاهر الدلالة .

﴿ الوجه الثالث ﴾ أن ماذكرناه قولُ النبى صلى الله عليه وسلم وهم يحتجّون بفعله ، وعند التعارُض يجب تقديم القول ، لاحتمال اختصاصه بفعله دون غيره ، كنهيه عن الوصال مع فعله له ، ونكاحه بغير ولىّ ولا شهود ، مع قوله : « لاَ نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيّ » فإن قيل : فقد قال أبو ذرّ : « كَانَتْ مُتعةُ الْحَجِّ لِأَصحَابِ محمدٍ صلى الله عليه وسلم خَاصَّةً » رواه مسلم .

قلنا : هذا قول صحابىّ يخالف السُّنّةَ ، والإجماعَ ، وقولَ مَنْ هو خيرٌ منه وأعلم ، أما الكتاب فقوله تعالى : (فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ) وهذا عامٌ ، وأجمع المسلمون على إباحة التمتّع فى جميع الأعصار ، وإنما اختلفوا فى فضله . وأما السُّنّة : فروى سعيد حدثنا هُشَيم ، أنبأنا حجّاج ، عن عطاء ، عن جابر : أنّ سُراقة بن مالك سأل النبىّ ﷺ : المُتْعَةُ لَنَا خَاصّة أَوْ هِيَ لِلْأَبَدِ ؟ فقال ﷺ : « بَلْ هِيَ لِلأَبَدِ » وفى لفظ قال : «أَلِعَامِنَا أَوْ لِلْأَبَدِ ؟ قال : لا، بَلْ لِأَبَدِ الأَبَدِ ، دَخَلَتِ العُمْرَة فى الحج إِلَى يَوْمِ القِيامَةِ» وفى حديث جابر الذى رواه مسلم فى صفة حَجّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نحوُ هذا ، ومعناه والله أعلمُ أنّ أَهْلَ الجاهليَّة كانوا لا يُجيزون التمتّع ، ويرون العُمرة فى أشهر الحجّ من أفجر الفجور ، « فبيَّن النبىُّ صلى الله عليه وسلم أن الله تعالى قد شَرعَ العُمرة فى أشهُر الحجّ وجوّز المُتعة إلى يوم القيامة » .

وقال طاوس : كان أهل الجاهلية يرون العمرة فى أشهر الحجّ أفجرَ الفجور ، ويقولون : إذا انْفَسَخَ صَفَرُ [١] ، وبَرأَ الدَّبَر ، وعَفَا الأَثَرُ ، حَلَّتْ العُمْرَةُ لِمَن اعْتَمَر . فلما كان الإسلامُ أمَرَ الناسَ أن أن يعتمروا فى أشهر الحج ، فدخلت العُمرة فى أشهر الحجّ إلى يوم القيامة . رواه سعيد . وقد خالف أبا ذرّ علىّ ، وسعد ، وابن عباس ، وابن عمر ، وعمرانُ بن حُصَيْن ، وسائر الصحابة ، وسائر المسلمين . قال عِمْران : « تَمَتَّعْنَا مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم وَنَزَلَ فيهِ القُرْآنُ ، وَلَمْ يَنْهَنَا عَنْهُ رسولُ الله ﷺ وَلم يَنْسَخْهَا شَيْءٌ ، فقال فيها رجلٌ برأْيه مَاشَاءَ » متفق عليه .

وقال سعد بن أبى وَقّاص ، فعلناها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، يعنى المتعة ، وهذا يومئذ كافر

---

(١) انفسخ صفر : انقضى شهر صفر ، وبرأ الدبر : أى شفى البعير الذى كان أصابه الدبر وهو الجرح بسبب القتب ونحوه ، وعفا الأثر : زالت آثار أقدام الحجاج من الأرض . يعنى لاتجوز العمرة إلا بانقضاء زمان الحج بمدة ، وقد حددوها بانقضاء صفر .

بالعَرْش ، يعنى الذى نهى عنها ، والعرش بُيُوتُ مَـكَّة . وقال أحمـد حين ذ كر له حديث أبى ذَرّ : أفيقول بهذا أحد ؟ المُتعة فى كتاب الله ، وقد أجمع المسلمون على جوازها . فإن قيل : فقد رَوى أبو داود بإسناده ، عن سعيد بن المسيّب أن رجلاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى عُمَرَ فَشَهِدَ عنده أنَّه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يَنْهَى عَنِ العُمرة قَبْلَ الْحَجّ .

قلنا : هذا حالُه فى مخالفة الـكتاب ، والسنّة ، والإجماع ، كحال حديث أبى ذَرّ ، بل هو أدنى حالاً ، فإنّ فى إسناده مقالاً . فإن قيل : فقد نَهى عنها عمر ، وعثمان ، ومعاوية . قلنا : فقد أنـكر عليهم علماء الصحابة نَهْيَهُم عنها ، وخالفوهم فى فعلها ، والحقّ مع المُنكرين عليهم دونهم ، وقد ذكرنا إنكار علىّ على عثمان ، واعترافَ عُثمان له . وقولَ عِمرانَ بن حُصَيْن منكراً لنهى من نهى ، وقول سعد عائباً على معاوية نهيه عنها ، وردّهم عليهم بحجج لم يكن لهم جوابٌ عنها ، بل قد ذكر بعض من نهى عنها فى كلامه ما يردّ نَهْيَهُ ، فقال عمر : والله إنّى لأنهاكم عنها وإنّها لفى كتاب الله ، وقـد صنعها رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم ، ولا خلاف فى أنّ من خالف كتاب الله وسنَّة رسوله ونهى عمَّا فيهما حقيق بأن لا يُقبل نَهْيُه ، ولا يحتجّ به ، مع أنّه قد سُئل سالم بن عبد الله بن عمر ؟ أَنَهى عُمر عن المُتْعَة ؟ قال لا ، والله ما نَهى عنها عمر ، ولـكن قد نهى عثمان . وسُئل ابن عمر عن مُتعة الحجّ فأمر بها ، فقيل : إنَّك تخالف أباك ، قال إن عمر لم يقل الذى يقولون . ولمّا نهى معاويةُ عن المُتعة أمرت عائشـةُ حَشَمَهَا وَمَوَالِيَهَا أن يُهِلُّوا بها ، فقال معاوية : مَنْ هؤلاء ؟ فقيل حَشَمُ أومَوَالِى عائشة ، فأرسل إليها : ما حَمَلَكِ على ذلك ؟ قالت : أحببتُ أن يُعـلم أنّ الذى قلتَ ليس كما قلتَ ، وقيل لابن عبـاس : إنّ فُلاَناً يَنْهَى عن المُتعة ، قال : انظروا فى كتاب الله ، فإن وَجَدْتموها فيه فقد كذب على الله ، وعلى رسوله . وإن لم تجدوها فقد صدق ، فأىّ الفريقين أحقّ بالاتّباع ، وأولى بالصواب ؟ الذين معهم كتـابُ الله ، وسنّة رسوله ، أم الذين خالفوهما ؟ ثم قد ثبت عن النبىّ صلى الله عليه وسلم الذى قوله حُجّة على الخلق أجمعين ، فـكيف يُعارَضُ بقول غيره ؟ قال سعيدُ بن جُبَيْر ، عن ابن عباس ، قال : تَمَتَّعَ النبىُّ صلَّى الله عليه وسلم ، فقال عُرْوَة : نهى أبو بكر ، وعمر ، عن المُتْعة ، فقال ابن عباس : أُرَاهُمْ سَيَهْلِـكُونَ ، أقول : قال النبىُّ صلى الله عليه وسلم ، ويقولون : نَهَى عَنْها أبو بكر ، وعمر ! وسُئِل ابن عمر عن مُتعة الحجّ فأمر بها ، فقال : إنك تُخالف أباك ، فقال : عُمرُ لم يقل الذى يقولون . فلمّا أكثروا عليه قال : أفَـكِتَابُ اللهِ أَحَقُّ أَنْ تَتَّبِعُوا أَمْ عُمر ؟ » روى الأثرم هذا كلّه .

٢٢٩٠ — فصـــــل

فمن أراد الإحرام بعُمرة فالمستحبّ أن يقول : اللهمّ إنّى أُريد العُمرة فيَسّرها لى ، وتقبّلهـا منّى ، ومَحِلِّى حيثُ تَحْبِسُنِى ، فإنّه يُستحبّ للإنسان النطقُ بما أحرم به ، ليزول الالتباس ، فإن لم ينطق بشىء ،

واقتصر على مجـرّد النيّة كفاه فى قول إمامنا ، ومالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا ينعقد بمجرّد النيَّة حتى تنضاف إليها التلبية ، أو سَوْقُ الهَدْىِ ، لما رَوى خَلَّاد بنُ السائب الأنصارىّ ، عن أبيه ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « جاءَنِى جِبْرِيلُ ، فقالَ : يامحمد مُرْ أصحابَكَ أَنْ يَرْفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ بالتَّلْبِيَةِ » رواه النسائىّ . وقال الترمذىّ : هو حديث حسن ، صحيح ، ولأنها عبادة ذاتُ تحريم ، وتحليل ، فكان لها نُطق واجبٌ كالصلاة ، ولأن الهَدْىَ والأُضحية لا يجبان بمجرّد النيَّة ، كذلك النُّسك .

ولنا : أنها عبادة ليس فى آخرها نطق واجب ، فلم يكن فى أولها ، كالصيام ، والخبر المراد به الاستحبابُ ، فإنّ منطوقَه رفعُ الصوت ، ولا خلاف فى أنه غيرُ واجبٍ ، فما هو من ضرورته أولى ، ولو وجب النطق لم يلزم كونُه شرطاً ، فإنّ كثيراً من واجبات الحجّ غيرُ مُشترطةٍ فيه ، والصلاةُ فى آخرها نُطق واجب ، بخلاف الحجّ ، وأما الهدى والأضحية : فإيجاب مالٍ ، فأشبه النذر ، بخلاف الحجّ ، فإنّه عبادة بدنيَّة . فعلى هذا : لو نطق بغير ما نواه ، نحو أن ينوى العُمرة فيَسْبِقُ لسانُه إلى الحجّ ، أو بالعكس ، انعقد ما نواه دون مالفظ به قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وذلك لأنّ الواجبَ النيَّة ، وعليها الاعتماد ، واللفظُ لاعبرةَ به ، فلم يؤثر ، كما لا يؤثر اختلاف النيَّة فيما يُعتبر له اللفظ دون النية .

٢٢٩١ فصـــل

فإن لبَّى أو ساق الهدى من غير نيَّة لم ينعقد إحرامُه . لأن ما اعتُبرت له النية لم ينعقد بدونها ، كالصوم ، والصلاة ، والله أعلم .

٢٢٩٢ «مسألة» قال : ﴿ويَشترط فيقول : إن حَبَسنى حابسٌ فَمَحِلِّى حيثُ حبستنى ، فإن حُبس حلّ من الموضع الذى حُبس ، ولا شىء عليه﴾ .

يُستحبّ لمن أحرم بنسك أن يشترط عند إحرامه فيقول : إن حَبَسَنِى حابس فَمَحِلِّى حيث حَبَسْتَنِى ويُفيد هذا الشرط شيئين :

(أحدهما) أنه إذا عاقه عائق[1] من عدوّ ، أو مرض ، أو ذهاب نفقة ، ونحوه أنّ له التحلّل .

(والثانى) أنه متى حلّ بذلك فلا دم عليه ، ولا صوم وممّن رُوى عنه أنه رأى الاشتراط عند الإحرام : عمر ، وعلىّ ، وابن مسعود ، وعمّار . وذهب إليه عَبِيدَةُ السَّلْمَانِىّ ، وعَلْقَمَةَ ، والأسودُ ، وشُرَيْح ، وسعيدُ بن المسيّب ، وعطاء بن أبى رَباح ، وعطاء بن يَسار وعِكْرِمَة ، والشافعىّ إذ هو

(١) لفظ « عائق » ساقط من الطبعة الثالثة التى طبعت بمطبعة السنة المحمدية ، ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب .

بالعراق ، وأنكره ابن‌عمر ، وطاوس وسعيد بن جُبَيْر ، والزهرىّ،ومالك ، وأبو حنيفة . وعن‌أبى حنيفة أن الاشتراط يُفيد سقوط الدم . فأما التحلّل فهو ثابت عنده بكلّ إحصار . واحتجّوا بأن ابن عمر كان يُنكر الاشتراط ويقول : حسبكم سُنَّة نبيكم ، صلى الله عليه وسلم ، ولأنها عبادة تجبُ بأصل الشرع ، فلم يُفد الاشتراط فيها ، كالصوم ، والصلاة .

ولنا : ماروت عائشةُ رضى الله عنها قالت : دخلَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم على ضُبَاعَةَ بِنْتِ الزُّبَيْرِ ، فقالت : يارسول‌الله ، إِنِّى أُرِيدُ الْحَجّ وَأَنَا شَاكِيَةٌ ، فقال النبى ﷺ : « حُجِّى وَاشْتَرِطى أَنّ مَحِلِّى حَيْثُ حَبَسْتَنِى » متفق عليه .

وعن ابن عباس : أن ضُبَاعَةَ أتت النبى‌صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يارسول الله ، إِنِّى أُرِيدُ الْحَجَّ فَكَيْفَ أَقُولُ ؟ فقال : قولى : « لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ ، وَمَحِلِّى مِنَ الْأَرْضِ حَيْثُ تَحْبِسُنِى ، فإِنَّ لَكِ عَلَى رَبِّكِ مَا اسْتَثْنَيْتِ » رواه مسلم . ولا قولَ لأحدٍ مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكيف يُعارَضُ بقول ابن عمر ، ولو لم يكن فيه حديث لكان قول الخليفتين الراشدين مع من قد ذكرنا قولَه من فقهاء الصحابة أولى من قول ابن عمر ؛ وغيرُ هذا اللفظ مما يؤدِّى معناه يقومُ مقامَه ، لأنّ المقصود المعنَى ، والعبارة إنما تُعتبر لتأدية المعنى .

قال إبراهيم : خرجنا مع علقمة وهو يريد العُمرة ، فقال : اللَّهُمَّ إِنِّى أُرِيدُ العُمْرَةَ إن تَيَسَّرَتْ ، وإلاَّ فَلاَ حَرَجَ علىّ ، وكان شُرَيح يشترط : اللهمّ قَدْ عرَفْتَ نِيَّتِى وَمَا أُرِيدُ فإن كان أمراً تُتِمُّه فهو أحبُّ إلىّ ، وإلاّ فلا حَرجَ علىَّ ونحوُه عن الأسود . وقالت عائشة لعُروة : قل : اللَّهمّ إِنِّى أُرِيدُ الْحَجَّ وَإِيَّاهُ نَوَيْتُ ، فإِنْ تَيَسَّرَ وَإلاَّ فَعُمْرَةٌ ، ونحوه عن عَميرَة بن زياد .

٢٢٩٣ فصــل

فإن نوى الاشتراط ولم يتلفّظ به احتمل أن يصحّ لأنه تابع لعقد الإحرام ، والإحْرام ينعقد بالنيَّة ، فكذلك تابعهُ . واحتمل أن يُعتبر فيه القول ، لأنه اشتراط ، فاعتُبر فيه القول ، كالاشتراط فى النذر ، والوقف ، والاعتكاف . ويدلّ عليه ظاهرُ قول النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عباس : « قُولِى مَحِلِّى مِنَ الْأَرْضِ حَيْثُ تَحْبِسُنِى » .

٢٢٩٤ « مسألة » قال : ﴿ وإن أراد الإفراد قال : اللهمَّ إنى أريد الحجّ ويَشترط ﴾ .

الإفراد : هو الإحرام بالحجّ مُفرداً ، من الميقات ، وهو أحدُ الأنساك الثلاثة ، والحكم فى إحرامه كالحكم فى إحرام العُمرة سواءً فيما يجب ، ويستحبّ ، وحكم الاشتراط .

٢٢٩٥ « مسألة » قال : وإن أراد القِرَانَ قال : اللهمَّ إِنِّى أُرِيدُ العُمْرَةَ وَالْحَجَّ ويَشْتَرِط ﴾ .

معنى القِران : الإحرام بالعُمرة والحجّ معـاً ، أو يُحرم بالعمرة ثم يُدخِـل عليها الحجّ ، وهو أحـد الأنساك المشروعة الثابتة بالنصّ ، والإجماع . وقد رُوى أنّ معـاوية قال لأصحـاب النبيّ صلى الله عليه وسلم : هل تعلمون أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يُقْرَن بين الحجّ والعُـمرة ؟ قالوا : أمّا هذا فلا ، قال : إنّها مَعَهُنَّ ، يعنى مع المنهيّات ، ولـكنكم نسيتم . وهذا مما لم يوافق الصحابةُ معاويةَ عليه ، مع مايتضمّنه من مخـالفة الأحاديث الصحيحة ، والإجمـاع . قال الخطّابى : ويُشبه أن يـكون ذهبَ إلى تأويل قوله عليـه السلام حين أمر أصحابه فى حجّته بالإحلال ، وقال : « لَوِ اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِى مَا اسْتَدْبَرْتُ لمَـاَ سُقْتُ الهَدْىَ » وكان قارِناً ، فحمله معاويةُ على النهى ، والله أعلم .

٢٢٩٦ فصـــــل

ويستحب أن يُعيِّن ماأحرم به ، وبه قال مالك . وقال الشافعيّ فى أحد قوليه : الإطلاقُ أولى ، لمـا رَوى طاوس ، قال : خرج النبيّ صلى الله عليه وسلم من المدينـة لايُسمِّى حَجًّا ، ينتظرُ القَضاَء ، فنزل عليـه القضاء وهو بين الصفا والمروة ، فأمر أصحابَه من كان منهم أَهَلَّ ، ولم يـكن معه هَدْىٌ أن يجعلوها عُمْرةً ، ولأنَّ ذلك أحْوَطُ ، لأنّه لايأمنُ الإحصارَ ، أو تعذُّر فعلِ الحجّ عليه ، فيجعلُها عُمْرةً .

ولنـا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه بالإحرام بنُسُك مُعَيَّن ، فقـال : « مَنْ شَاءَ مِنْـكُمْ أَنْ يُهِـلَّ بِحَجٍّ وَعُمْرَةٍ فَلْيُهِلَّ ، وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُهِلَّ بِحَجٍّ فَلْيُهِلَّ ، وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُهِلَّ بِعُمْرَةٍ فَلْيُهِلَّ » والنبيّ صلى الله عليه وسلم ، وأصحابه ، إنّمـا أحرموا بمعيّن على ماذكرنا فى الأحاديث الصحيحة ، وأصحاب النبى صلى الله عليه وسلم الذين كانوا معه فى حجّته يطّلعون على أحواله ، ويقتدون بأفعـاله ، ويقفون على ظاهر أمره ، وباطنه ، أعلمُ به من طاوس ، وحديثُه مُرْسَـل . والشـافعيّ لايحتجّ بالمراسيـل المفردة ، فـكيف يَصيرُ إلى هذا مع مخالفته للروايات المستفيضة المتّفق عليها ؟ والاحتياط مُمـكن بأن يجعلها عُمرةً ، فإن شاء كان مُتمتِّعاً ، وإن شاء أدخل الحجّ عليها ، وكان قارِناً .

٢٢٩٧ فصـــــل

فإن أطلق الإحرام ، فنوى الإحرام بنُسـكٍ ولم يُعيِّن حَجًّـا ولا عُمْرةً صحّ وصـار مُحرِماً . لأن الإحرام يصحّ مع الإبهام ، فصحّ مع الإطـلاق ، فإذا أحرم مُطلَقـاً فله صرفه إلى أيّ الأنسـاك شاء . لأنّ له أن يبتدىء الإحرام بما شاء منها ، فـكان له صرف المُطلَق إلى ذلك ، والأولى صرفُه إلى العُمرة ، لأنّه إن كان فى غـير أشهر الحجّ فالإحرام بالحجّ مـكروه ، أو مُمتنع . وإن كان فى أشهُر الحَجّ فالعُمرة

أولى ، لأن التمتع أفضـل . وقد قال أحمد رحمه الله : يجعـله عُمرة ، لأنّ النبيّ صلى الله عليـه وسلم أمر أبا موسى حين أحرم بما أهلّ به رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن يجعله عُمرة ، كذا ههنا .

٢٢٩٨ فصـــــل

ويَصِحُّ إبهامُ الإحرام ، وهو أن يُحرم بمـا أحرم به فُلان ، لما رَوى أبو موسى قال : قَدِمْتُ على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مُنيخٌ بالبَطْحاء ، فقال لى : « بِمَ أَهْلَلْتَ ؟ » قلت : لَبَّيْكَ بِإِهْلالٍ كَإِهْلاَلِ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : « أَحْسَنْتَ » فأمرنى ، فطُفْتُ بالبيت ، وبالصَّفَا والمروة ، ثم قال : « حِلّ » متفق عليه .

وروى جابر ، وأنس : أنّ عليًّا قدم من اليمن على رسول الله صـلى الله عليـه وسلم ، فقال له النبيّ صلى الله عليه وسلم : « بِمَ أَهْلَلْتَ ؟ » قال : أَهْلَلْتُ بِمَا أَهَلَّ بِهِ رسول الله صلى الله عليـه وسلم . قال جابر فى حديثه قال : « فَأَهْدِ ، وَامْكُثْ حَرَاماً » . وقال أنس : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم . « لَوْلَا أَنَّ مَعِى هَدْياً لَحَلَلْتُ » متفق عليهما . ثم لا يخلو من أبهم إحرامَه من أحوال أربعة .

(أحدها) أن يعلم ما أحرم به فلانٌ فينعقد إحرامُه بمثله ، فإنّ عليًّا قال له النبيُّ صلى الله عليه وسلم : « مَاذَا قُلْتَ حِينَ فَرَضْتَ الْحَجَّ ؟ » قال : قُلْتُ : اللَّهُمَّ إِنِّى أُهِلُّ بِمَا أَهَلَّ بِهِ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : « فَإِنَّ مَعِى الهَدْىَ ، فَلَا تَحِلّ » .

(الثانى) أن لا يعلم ما أحرم به فلان ، فيـكون حكمه حكمَ الناسى ، على ماسنُبيّنه .

(الثالث) أن لا يكون فلان أحرم ، فيـكون إحرامُه مُطلَقاً ، حكمُه حكمُ الفصل الذى قبله .

(الرابع) أن لايعلم هل أحرم فلا ن أو لا . فحكمه حكم من لم يُحرم ، لأنّ الأصل عـدم إحرامه ، فيـكون إحرامه ههنا مُطلَقاً ، يصرفُه إلى ماشاء ، فإن صرفه قبل الطواف فحسن ، وإن طاف قبل صرفه لم يُعتدّ بطوافه ، لأنّه طاف لا فى حَجٍّ ولا عُمرةٍ .

٢٢٩٩ فصـــــل

إذا أحرم بنُسُكٍ ثُمَّ نَسِيَه قبل الطواف فله صرفُه إلى أىّ الأنساك شاء ، فإنّه إن صرفه إلى عُمرةٍ وكان المنسىُّ عمرةً فقد أصاب ، وإن كان حجًّا مُفرداً أو قِراناً فله فسخُهما إلى العُمرة ، على ماسنذكره . وإن صرفه إلى القِران ، وكان المنسىّ قِراناً فقـد أصاب ، وإن كان عُمرةً فإدخال الحجّ على العُمرة جائز قبل الطواف ، فيصيرُ قَارِناً ، وإن كان مُفرِداً لغا إحرامُه بالعُمرة ، وصحّ بالحجّ ، وسقط فرضُه ، وإن صرفه إلى الإفراد ، وكان مُفرِداً فقـد أصاب ، وإن كان متمتّعاً فقد أدخل الحجّ على العُمرة فصار قَارِناً

فى الحكم ، وفيما بينه وبين الله تعالى ، وهو يَظُنّ أنه مُفرِد ، وإن كان قارناً فكذلك ، والمنصوصُ عن أحمد أنه يجعله عُمْرةً . قال القاضى : هذا على سبيل الاستحباب . لأنّه إذا استحبّ ذلك فى حال العلم فمع عدمه أولى . وقال أبو حنيفة : يصرفُه إلى القِرانِ ، وهو قول الشافعىّ فى الجديد ، وقال فى القديم : يتحرّى فيبنى على غالب ظَنِّه ، لأنّه من شرائط العبادة ، فيدخُله التحرّى ، كالقبلة . ومنشأ الخلاف على فسخ الحجّ إلى العُمرة ، فإنّه جائز عندنا ، وغيرُ جائز عندهم ، فعلى هذا : إن صرفه إلى المُتعة فهو متمتّع ، عليه دم المُتعة ، ويُجزئه عن الحجّ ، والعُمرة جميعاً ، وإن صرفه إلى إفرادٍ أو قِرانٍ لم يُجزئه عن العُمرة ، إذ من المحتمل أن يكون المنسىُّ حَجًّا مُفْرَداً ، وليس له إدخال العُمرة على الحجّ ، فتكون صحّةُ العُمرة مشكوكاً فيها ، فلا تسقط من ذمّته بالشكّ ، ولا دم عليه لذلك ، فإنه لم يثبُت حكمُ القِرانِ يقيناً ، ولا يجب الدمُ مع الشكّ فى سببه . ويحتمل أن يجب ، فأمّا إن شكّ بعد الطواف ولم يجز صرفُه إلّا إلى العُمرة . لأن إدخال الحجّ على العُمرة بعد الطواف غيرُ جائز ، فإن صرفه إلى حجّ ، أو قِرانٍ ، فإنه يتحلّل بفعل الحجّ ، ولا يُجزئه عن واحدٍ من النُّسكين . لأنه يحتمل أن يكون المنسىُّ عُمرةً ، فلم يصحّ إدخال الحجّ عليها بعد طوافها ، ويحتمل أن يكون حجًّا ، وإدخال العُمرة عليه غيرُ جائز ، فلم يُجزئه واحد منهما مع الشكّ ولا دم عليه للشكّ فيما يوجبُ الدمَ ، ولا قضاء عليه للشكّ فيما يُوجبه ، وإن شكّ وهو فى الوقوف ، بعد أن طافَ وسعَى جَعَلَهُ عُمْرةً ، فقصّر ، ثم أحرم بالحجّ ، فإنّه إن كان المنسىُّ عُمرةً فقد أصاب ، وكان مُتمتعاً ، وإن كان إفراداً أو قراناً ، لم ينفسخ بتقصيره ، وعليه دم بكلّ حال ، فإنه لا يخلو من أن يكون متمتعاً ، عليه دم المتعة ، أو غيرَ متمتّع ، فيلزمه دمٌ لتقصيره ، وإن شكّ ولم يكن طاف وسعى جعله قِراناً ، لأنّه إن كان قارناً فقد أصاب ، وإن كان مُعتمراً فقد أدخل الحجّ على العُمرة ، وصار قارناً ، وإن كان مُفرداً لغا إحرامُه بالعُمرة ، وصحّ إحرامُه بالحجّ . وإن صرفه إلى الحجّ جاز أيضاً ، ولا يُجزئه عن العُمرة فى هذه المواضع ، لاحتمال أن يكون مُفرِداً ، وإدخال العُمرة على الحجّ غيرُ جائز ، ولا دم عليه ، للشكّ فى وجود سببه .

٢٣٠٠ فصل

وإن أحرم بحجّتَيْن ، أو عُمرتَيْن انعقد بإحداها ، ولغت الأخرى . وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ينعقد بهما ، وعليه قضاء إحداهما . لأنه أحرم بها ، ولم يُتمّها .

ولنا : أنهما عبادتان لا يلزمه المضىُّ فيهما ، فلم يصحّ الإحرام بهما ، كالصلاتين ، وعلى هذا لو أفسد حَجّه ، أو عُمرته ، لم يلزمه إلا قضاؤها ؟ وعند أبى حنيفة : يلزمه قضاؤهما معاً ، بناء على صحّة إحرامه بهما .

٢٣٠١ « مسألة » قال ﴿ فإذا استوى على راحلته لبّى ﴾

التلبية فى الإحرام مسنونةٌ : لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم فعلها ، وأمر برفع الصوت بها ، وأقلُّ أحوال ذلك الاستحبابُ . وسُئل النبيُّ صلى الله عليه وسلم : أيُّ الحجّ أفضلُ ؟ قال « العَجُّ وَالثَّجُّ » وهذا حديث غريب . ومعنى العجّ رفع الصوت بالتلبية ، والثجّ إسالة الدماء بالذبح والنحر . وروى سهل بنُ سعد ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَامِنْ مُسْلِمٍ يُلَبِّى إِلَّا لَبَّى مَاعَنْ يَمِينِهِ مِنْ حَجَرٍ ، أَوْ شَجَرٍ أَوْ مَدَرٍ ، حَتَّى تَنْقَطِعَ الْأَرْضُ مِنْ هَهُنَا وَهَهُنَا » رواه ابن ماجه ، وليست واجبةً وبهذا قال الحسن بن حُيَيّ ، والشافعيّ . وعن أصحاب مالك : أنّها واجبةٌ يجب بتركها دم . وعن الثوريّ وأبى حنيفة : أنّها من شرط الإحرام ، لايصحّ إلا بها ، كالتكبير للصلاة ، لأن ابنَ عبّاس قال فى قوله تعالى (فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ) قال ابن عبّاس : الإهلالُ . وعن عطاء ، وطاوس ، وعِكْرمة : هو التلبية . ولأن النسُك عِبادَةٌ ذاتُ إحرام ، وإحلالٍ ، فكان فيها ذكر واجبٌ كالصلاة .

ولنا : أنها ذكر ، فلم تجب فى الحجّ كسائر الأذكار ، وفارق الصلاة ، فإن النطق يجب فى آخرها ، فوجب فى أوّلها ، والحجُّ بخلافه ، ويُستحبّ البدايةُ بها إذا استوى على راحلته ، لما روى أنس ، وابن عمر « أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لَمّا رَكِبَ راحِلَتَهُ واسْتَوَتْ بِهِ أَهَلَّ » رواهما البخاريّ . وقال ابن عبّاس : أوجبَ رسول الله صلى الله عليه وسلم الإِحْرَامَ حِينَ فَرَغَ مِنْ صَلَاتِهِ ، فلمَّا رَكِبَ رَاحِلَتَهُ وَاسْتَوَتْ بِهِ قَائِمَةً أَهَلَّ ، يَعْنِي لَبَّى ، وَمَعْنَى الإِهْلَالِ رَفْعُ الصَّوْتِ بِالتَّلْبِيةِ ، من قولهم : استهلّ الصبيُّ إذا صاح . والأصل فيه : أنهم كانوا إذا رُئى الهلالُ صاحُوا ، فيقال : استهلّ الهِلالُ . ثم قيل لكلّ صائح : مُستهِلّ ، وإنما يَرْفَعُ الصوت بالتلبية .

٢٣٠٢ فصــــل

ويرفع صوته بالتلبية . لما رُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أَتَانِي جِبْرِيلُ فَأَمَرَنِي أَنْ آمُرَ أَصْحَابِي أَنْ يَرْفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ بِالْإِهْلَالِ وَالتَّلْبِيَةِ » رواه النسائىّ ، وأبو داود ، والترمذيّ ، وقال : حديث حسن صحيح . قال أنس : سمعتهم يَصْرُخُونَ بهما صُرَاخاً . وقال أبو حازم : كان أصحابُ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم لاَ يَبْلُغُونَ الرَّوْحَاءَ[1] حَتَّى تَبُحَّ حُلُوقُهُمْ مِنَ التَّلْبِيَةِ . وقال سالم : كان ابن عمر يرفعُ صوته بالتلبية ، فلا يأتى الرَّوْحَاءَ حَتَّى يَصْحَلَ[2] صَوْتُهُ . ولا يُجْهِدَ نَفْسَهُ فى رفع الصوت زيادةً على الطاقة ، لئلاّ ينقطع صوتُه وتلبيتُه .

---

(١) الروحاء : موضع بين الحرمين على بعد ثلاثين أو أربعين ميلا من المدينة .

(٢) يصحل صوته : يبح وهو من باب فرح ، يقال صحل صوته يصحل : إذا بح .

٢٣٠٣ « مسألة » قال ﴿ فيقول : لبّيك اللهمّ لبّيك ، لبّيك لاشريك لك ، لبّيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لاشريك لك ﴾ .

هذه تلبيةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، جاء فى الصحيحين عن ابن عمر : أن تلبيةَ رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ ، لَبَّيْكَ لاَشَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ ، إِنَّ الْحَمْدَ وَالنِّعْمَةَ لَكَ وَالْمُلْكَ ، لاَ شَرِيكَ لَكَ » رواه البخارىّ عن عائشة ، ومسلم عن جابر ، والتلبيةُ مأخوذة من لَبَّ بالمكان إذا لزمه ، فكأنّه قال : أنا مُقيمٌ على طاعتك ، وأمرك ، غيرُ خارج عن ذلك ، ولا شارد عليك ، هذا أو ماأشبهه . وثنّوها وكرّروها ، لأنهم أرادوا إقامةً بعد إقامةٍ ، كما قالوا حَنَانَيْكَ : أى رَحْمَةً بَعْدَ رَحْمَةٍ . أو رحمةً مع رحمةٍ ، أو ماأشبهه . وقال جماعة من أهل العلم : معنى التلبية إجابةُ نداء إبراهيم عليه السلام حين نادى بالحجّ . ورُوى عن ابن عباس قال : لمّا فرغ إبراهيمُ عليه السلامُ من بناء البيت قيل له : أَذِّنْ فى النَّاسِ بالحجّ ، فقال : رَبِّ ، وَمَا يَبْلُغُ صَوْتِى ؟ قال : أَذِّنْ وَعَلَىَّ الْبَلاَغُ ، فنادى إبراهيمُ : أَيُّهَا النَّاسُ ، كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْحَجُّ ، قال : فَسَمِعَهُ ما بَيْنَ السَّماء وَالأَرْضِ ، أفلاَ تَرَى النَّاسَ يَجِيئُونَ مِنْ أَقْطَارِ الْأَرْضِ يُلَبُّونَ وَيَقُولُونَ : لَبَّيْكَ إِنَّ الْحَمْدَ (بكسر الألف) نصّ عليه أحمد ، والفتح جائز ، إلاّ أنّ الكسر أجود . قال ثعلب : من قال انّ بفتحها ، فقد خصّ ، ومن قال بكسر الألف فقد عمّ ، يعنى أنّ من كسر جعل الحمدَ لله على كلّ حال ، ومن فتح فمعناه لَبَّيْكَ . لأنّ الحمدَ لك ، أى لهذا السبب .

٢٣٠٤ فصـــل

ولا تُستحبُّ الزيادةُ على تلبية رسول الله ﷺ ، ولا تُكره ، ونحوَه ذلك . قال الشافعيّ ، وابن المنذر ، وذلك لقول جابر : فأهلّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوحيد « لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ ، لَبَّيْكَ لاَ شَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ ، إِنَّ الْحَمْدَ وَالنِّعْمَةَ لَكَ وَالْمُلْكَ ، لاَ شَرِيكَ لَكَ » . وأهلّ الناسُ بهذا الذى يُهِلُّونَ ، ولزم رسولُ الله صلى الله عليه وسلم تَلْبِيَتَهُ . وكان ابن عمر يُلبّى بتلبية رسول الله ﷺ ، ويزيد مع هذا : لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ ، لَبَّيْكَ وَسَعْدَيْكَ ، وَالْخَيْرُ بِيَدَيْكَ ، والرَّغْبَاءُ[1] إِلَيْكَ ، وَالْعَمَلُ . متفق عليه . وزاد عمر : لَبَّيْكَ ذَا النَّعْمَاءِ ، وَالفَضْلِ ، لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ مَرْهُوباً وَمَرْغُوباً إِلَيْكَ لَبَّيْكَ . هذا معناه ، رواه الأثرم . ويروى أن أنساً كان يزيدُ : لَبَّيْكَ حَقًّا حَقًّا ، تَعَبُّدًا وَرِقًّا . وهذا يدلّ على أنه لا بأس بالزيادة ، ولا تُستَحَبّ . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم لزم تلبيته ، فكرّرها ، ولم يزد

(١) الرغباء : الضراعة والمسألة .

عليها . وقد رُوى أن سعداً سمع بعض بنى أخيه وهو يُلبِّى : ياذَا المَعارِ ج . فقال : إنه لَذُو المَعارِ ج ، وما هكذا كُنَّا نُلَبِّى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢٣٠٥ فصـــــل

ويُستحبُّ ذكر ماأحرم به فى تلبيته . قال أحمد : إن شئتَ لَبَّيْتَ بالحجّ ، وإن شئت لبيت بالحج والعُمرة ، وإن شئت بعُمرةٍ . وإن لبَّيت بحجّ وعمرة بدأتَ بالعُمرة ، فقلت : لَبَّيْكَ بعُمرةٍ وحَجَّـةٍ . وقال أبو الخطَّاب : لايُستحبّ ذلك ، وهواختيار ابن عمر ، وقول الشافعىّ . لأن جابراً قال : « ماسَمَّى النبىُّ صلى الله عليه وسلم فى تلبيته حَجًّا وَلاَ عُمْرَةً » . وسمع ابنُ عمر رجلاً يقول : « لَبَّيْكَ بِعُمرةٍ . فَضَرَبَ صَدْرَهُ ، وقال : تُعْلِمُهُ ما فِى نَفْسِكَ » .

ولنا : مارَوى أنس قال : سَمِعْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لَبَّيْكَ عُمْرَةً وحَجًّا » . وقال جابر : « قَدِمْنَا مع النبىِّ صلى الله عليه وسلم ، ونحنُ نقول : لَبَّيْكَ بِالْحَجِّ » وقال ابن عبّاس : « قَدِمَ رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابُه ، وهم يُلَبُّون بالْحَجِّ » . وقال ابن عمر : « بَدَأَ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأَهَلَّ بالْعُمْرَةِ ، ثُمَّ أَهَلَّ بالْحَجِّ » متفق على هذه الأحاديث . وقال أنس : « سَمِعْتُهُمْ يَصْرُخُونَ بِهِمـا صُراخاً » رواه البخـارىّ . وقال أبو سعيد : « خَرَجْنـا مع النبىِّ صلى الله عليه وسلم نَصْرُخُ بالْحَجّ فَحَلَلْنا . فلماَّ كان يومُ التَّرْوِيَةِ[1] لبَّيْنـا بالحجِّ ، وانطلقنا إلى مِنًى » وهـذه الأحاديث أصحُّ ، وأكثر من حديثهم . وقول ابن عمر يُخالفه قولُ أبيـه . فإن النَّسائى روى بإسناده عن الصُّبىّ ابن مَعْبد : « أنّه أوّل ماحَجَّ لَبَّى بِالْحَجِّ والعُمْرَةِ جميعاً . ثمّ ذكر ذلك لعُمر . فقال : « هُديتَ لسُنَّةِ نَبيِّكَ » وإن لم يذكر ذلك فى تلبيته ، فلا بأس . فإن النيّة محلُّها القلبُ . والله عالم بها .

٢٣٠٦ فصـــــل

وإن حجَّ عن غيره كفاه مجرّد النيـة عنه . قال أحمد : لابأس بالحجّ عن الرجـل ، ولا يسمِّيه ، وإن ذكره فى التلبية فَحَسَنٌ . قال أحمد : إذا حجَّ عن رجل يقول أوّل مايُلَبِّى : عن فُلان ، ثم لايُبالى أن لايقول بعد . وذلك لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم للذى سمعه يُلَبِّى عن شُبْرُمَةَ : « لَبِّ عَنْ نَفْسِكَ ،

---

(١) يوم التروية : هو اليوم الثامن من ذى الحجة ، وسمى يوم التروية لأنهم كانوا يرتوون فيـه من الماء المستقبل ، أو لأن إبراهيم عليه السلام كان يتروى ويتفكر فى رؤياه فى ذلك اليوم ، وفى اليوم التاسع عرف بتشديد الراء وفى العاشر استعمل ، أى نفذه .

ثُمَّ لَبِّ عَنْ شُبْرُمَةَ » ومتى أتى بهما جميعاً بدأ بذكر العُمرة ، نصّ عليه أحمد فى مواضع ، وذلك لقول أنس : إنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « لَبَّيْكَ بِعُمْرَةٍ وحَجّ » .

٢٣٠٧ « مسألة » قال ﴿ ثمّ لايزال يُلَبِّى إذا علا نَشْزاً[1] ، أو هَبط وادياً ، وإذا التقت الرِّفاقُ وإذا غَطَّى رأسه نَاسِياً ، وفى دُبُر الصَّلوات المكتوبة ﴾ .

يُستحبُّ استدامةُ التلبية ، والإكثارُ منها على كلّ حال . لما رَوى ابن ماجة ، عن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَامِنْ مُسْلِمٍ يُضَحِّى للهِ يُلَبِّى حَتَّى تَغِيبَ الشَّمْسُ إلاَّ غَابَتْ بِذُنُوبِهِ ، فَعَادَ كَمَا وَلَدَتْهُ أُمُّهُ » وهى أشدّ استحباباً فى المواضع التى سَمَّى الخِرَقىُّ . لما روى جابر قال : « كَانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم يُلَبِّى فى حَجَّتِهِ إذَا لَقِيَ رَاكِباً ، أَوْ عَلَى أَكَمَةٍ ، أَوْ هَبَطَ وَادِياً ، وفى أدبار الصلوات المكتوبة ، ومن آخر الليل » . وقال إبراهيم النخَعِىّ : « كَانُوا يَسْتَحِبُّونَ التَّلْبِيَةَ : دُبُرَ الصَّلاَةِ المَكْتُوبَةِ ، وإذَا هَبَطَ وَادِياً ، وَإِذَا عَلاَ نَشْزاً ، وَإِذَا لَقِيَ رَاكِباً ، وإذا اسْتَوَتْ بِهِ رَاحِلَتُهُ » ، وبهذا قال الشافعىّ . وقد كان قبلُ يقولُ مثلَ قول مالك : لايُلَبِّى عند اصطدام الرِّفاق . وقول النخعىّ يدلُّ على أن السلف رحمهم الله كانوا يستحبُّون ذلك . والحديثُ يدلّ عليه أيضاً .

٢٣٠٨ فصـــل

ويجزىء من التلبية فى دُبُر الصلاة مرة واحدة قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : ماشَىْءٌ يفعله العامَّة ، يُلَبُّونَ فى دُبُرِ الصَّلاَةِ ثَلاَثَ مَرَّاتٍ ؟ فتبسمّ ، وقال : ماأدرى من أينَ جاءوا به ؟ قلت : أليس يُجزئه مَرَّةٌ واحدَةٌ ؟ قال : بلى ، وهذا لأن المروىّ التلبيةُ مُطلقاً من غير تقييد . وذلك يحصُل بمرَّةٍ واحدةٍ وهكذا التكبير فى أدبار الصلوات ، فى أيام الأضحى ، وأيام التشريق . ولا بأس بالزيادة على مرّة ، لأن ذلك زيادةُ ذِكْرٍ ، وخيرٍ . وتكراره ثلاثاً حسن . فإنَّ الله وتر يحب الوتر .

٢٣٠٩ فصـــل

ولايُستَحبُّ رفعُ الصوت بالتلبية فى الأمصار ، ولا فى مساجدها ، إلاَّ فى مكّة ، والمسجد الحرام . لما رُوى عن ابن عباس : «أنه سمع رجلا يلبى بالمدينة فقال : إنَّ هَذا لَمَجْنُونٌ . إنَّمَا التَّلْبِيَةُ إذا بَرَزْتَ» وهذا قول مالك . وقال الشافعىّ : يلبى فى المساجد كُلّها ، ويرفَعُ صوته ، أخذاً من عموم الحديث .

ولنا : قول ابن عباس . ولأن المساجد إنما بُنِيَتْ للصلاة ، وجاءت الكراهةُ لرفع الصوت فيها عامًّا إلا الإمامَ خاصةً ، فوجب إبقاؤها على عمومها . فأما مكة فتستحبُّ التلبيةُ فيها . لأنها محلّ النُّسُك .

---

(١) النشز من الارض : المرتفع

وكذلك المسجد الحرام ، وسائرُ مساجد الحرم ، كمسجد مِنًى ، وفى عَرفَاتٍ أيضاً .

٢٣١٠ فصـــل

ولا يُلَبِّي بغير العربيَّة ، إلاَّ أن يَعجِز عنها ، لأنه ذكرٌ مشروع ، فلا يُشرع بغير العربية كالأذان ، والأذكار المشروعة فى الصلاة .

٢٣١١ فصـــل

ولا بأس بالتلبية فى طواف القدوم . وبه يقول ابن عبّاس ، وعطاء بن السائب ، وربيعةُ بن عبد الرحمن ، وابن أبى ليلى ، وداود ، والشافعىّ . ورُوى عن سالم بن عبد الله أنه قال : لا يُلَبِّي حول البيت . وقال ابن عُيَيْنَةَ : مارأينا أحداً يُقتدى به يلبى حول البيت إلاَّ عطاء بن السائب . وذكر أبو الخطَّاب : أنه لا يلبى وهو قول للشافعىّ . لأنه مُشتغل بذكرٍ يخُصُّه ، فكان أولى .

ولنا : أنه زمن التلبية ، فلم يُكره له ، كما لو لم يكن حولَ البيت . ويُمكن الجمع بين التلبية والذكر المشروع فى الطواف . ويُكره له رفعُ الصوت بالتلبية ، لئلاَّ يشغَل الطائفين عن طوافهم ، وأذكارهم . وإذا فرغ من التلبية صلَّى على النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، ودعا بما أحَبَّ من خَيْر الدّنيا والآخرة . لما روى الدارقطنىُّ بإسناده ، عن خُزَيمَة بن ثابت : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم « كَانَ إِذَا فَرَغَ مِنْ تَلْبِيَتِهِ سَأَلَ اللهَ مَغْفِرَتَهُ وَرِضْوَانَهُ ، وَاسْتَعَاذَ بِرَحْمَتِهِ مِنَ النَّارِ » . وقال القاسم بن محمد : يُسْتَحَبُّ للرجل إذا فرغ من تلبيته أن يُصلِّيَ على محمد صلى الله عليه وسلم . وجاء فى التفسير فى تأويل قوله تعالى (٩٤ : ٤ وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ) لا أُذْكَرُ إلّا ذُكِرْتَ مَعِي ، ولأنَّ أكثر المواضع التى شُرع فيها ذكرُ الله تعالى شُرِع فيها ذكرُ نبيِّه عليه السلام ، كالأذان والصلاة .

٢٣١٢ فصـــل

ولا بأس أن يُلَبِّيَ الحلالُ . وبه قال الحسن ، والنخعىّ ، وعطاء بن السائب ، والشافعىّ ، وأبو ثَوْر وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وكرهه مالك .

ولنا : أنه ذكرٌ يُستَحبُّ للمُحرِم . فلم يكره لغيره ، كسائر الأذكار .

٢٣١٣ « مسألة » قال ﴿ والمرأةُ يُستحبُّ لها أن تغتسل عند الإحرام ، وإن كانت حائضاً أو نُفَساء . لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم « أَمَرَ أَسْمَاءَ بِنْتَ عُمَيْسٍ وَهِيَ نُفَسَاءُ أن تغتسل » ﴾

وجملة ذلك : أن الاغتسال مشروع للنّساء عند الإحرام ، كما يُشرع للرجال . لأنه نُسُك . وهو فى حقّ الحائض ، والنُّفساء آكدُ . لورود الخبر فيهما . قال جابر : « حَتَّى أَتَيْنَا ذَا الْحُلَيْفَةِ فَوَلَدَتْ أَسْمَاءُ بِنْتُ عُمَيْسٍ مُحَمَّدَ بن أبى بَكْرٍ : فَأَرْسَلَتْ إِلَى رسول الله صلى الله عليه وسلم : كَيْفَ أَصْنَعُ ؟ قال :

اغْتَسِلِي ، وَاسْتَثْفِرِي[1] بِثَوْبٍ ، وَأَحْرِمِي » رواه مسلم . وعن ابن عبّاس عن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « النُّفَسَاءُ وَالْحَائِضُ إِذَا أَتَيَا على الْوَقْتِ يَغْتَسِلاَنِ ، وَيُحْرِمَانِ ، وَيَقْضِيَانِ الْمَنَاسِكَ كُلَّهَا غَيْرَ الطَّوَافِ بِالْبَيْتِ » رواه أبو داود . « وَأَمَرَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم عائشةَ أَنْ تَغْتَسِلَ لِإِهْلاَلِ الْحَجِّ وَهِيَ حَائِضٌ » وإن رجت الحائض الطهرَ ، قبل الخروج من الميقات ، أو النفساء ، استُحِبَّ لها تأخيرُ الاغتسال حتى تَطهُر . ليكون أكملَ لها . فإن خَشِيَتْ الرحيلَ قبله اغتسلت وأَحْرَمَتْ .

٢٣١٤ « مسألة » قال { ومن أحرم وعليه قميص خلعه ولم يَشُقّه } .

هذا قول أكثر أهل العلم . وحُكي عن الشعبيّ ، والنخعيّ ، وأبي قِلاَبَة ، وأبي صالح ذَكْوانَ : أنّه يَشُقّ ثيابَه ، لئلاّ يتغطَّى رأسُه حين يُنزَعُ القميص منه .

ولنا : ماروى يَعلَى بن أميّة « أنَّ رَجُلاً أَتَى النبيَّ صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارسول الله كَيْفَ تَرَى فِي رَجُلٍ أَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ فِي جُبَّةٍ بَعْدَ مَاتَضَمَّخَ بِطِيبٍ ؟ فَنَظَرَ إليه النبيُّ صلى الله عليه وسلم ساعةً ثم سكت ، فجاءه الوحيُ ، فقال له النبيُّ صلى الله عليه وسلم : أَمَّا الطِّيبُ الذي بِكَ فَاغْسِلْهُ ، وَأَمَّا الْجُبَّةُ فَانْزِعْهَا[2] ، ثمّ اصْنَعْ فِي عُمْرَتِكَ مَاتَصْنَعُ فِي حَجِّكَ » متفق عليه ، وهذا لفظ مسلم . قال عطاء : كنّا قبل أن نسمع هذا الحديث نقول فيمن أحرم وعليه قميص ، أو جُبّة فليَخرِقْها عنهُ . فلمّا بلَغنا هذا الحديث أخذنا به ، وتركنا ما كنّا نُفتي به قبل ذلك ، ولأن في شقّ الثوب إضاعةَ ماليّته ، وقد نهى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن إضاعةِ المالِ .

٢٣١٥ فصـــل

وإذا نزع في الحال فلا فديةَ عليه . لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم ، لم يأمر الرجل بفِديَةٍ ، وإن استدام اللُّبس بعد إمكان نَزْعه فعليه الفِدْيَةُ . لأن استدامة اللّبس محرّم ، كابتدائه . بدليل أنّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بنَزْع جُبّته ، وإنّما لم يأمره بفِدْيَةٍ لما مضى ، فيما نرى . لأنه كان جاهلاً بالتحريم ، فجرى مجرى الناسي .

٢٣١٦ « مسألة » قال { وأشهرُ الحج : شوّال ، وذو القَعْدة ، وعشرٌ من ذى الحِجّة } .

هذا قول ابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وابن الزبير ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، والشعبيّ ، والنخعيّ ، وقتادة ، والثوريّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن عمر ، وابنه ، وابن عباس : « أشهرُ الحجّ

---

(١) استثفرى : أدخلي ثوباً ملوياً بين فخذيك تمنع الدم .

(٢) يقال نزع الثوب ينزعه : بكسر الزاى فى المضارع .

شوال وذُو القَعْدَةِ وذو الحِجَّة » وهو قول مالك لأن أقلّ الجمع ثلاثة . وقال الشافعىّ : آخرُ أشْهُرِ الحجّ ليلةُ النحر . وليس يومُ النحر منها ، لقوله تعالى : (فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ) ولا يمكن فرضُه بعدَ ليلة النحر .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « يَوْمُ الْحَجِّ الأَكْبَرِ يَوْمُ النَّحْرِ » رواه أبو داود ، فكيف يجوز أن يكون يومُ الحج الأكبر ليس من أشهُره ؟ وأيضاً فإنه قول من سمّينا من الصحابة ، ولأن يوم النحر فيه ركن الحجّ ، وهو طواف الزيارة وفيه كثير من أفعال الحجّ ، منها رَمْىُ جمرة العَقَبة ، والنحرُ ، والحلقُ ، والطوافُ ، والسعىُ ، والرجوعُ إلى مِنًى . وما بعده ليس من أشهُره . لأنه ليس بوقت لإحرامه ، ولا لأركانه ؛ فهو كالمُحرم ، ولا يمتنع التعبيرُ بلفظ الجمع عن شيئين ، وبعض الثالث فقد قال بعض أهل العربية : عشرون جمعُ عشْر ، وإنما هى عَشْران ، وبعضُ الثالث ، وقال الله تعالى : (٢ : ٢٢٨ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ) والقَرْءُ الطّهْرُ عنده ، ولو طلّقها فى طُهرٍ احتسبت ببقيّته ، وتقول العرب : ثلاث خلَوْنَ من ذى الحِجَّة ، وهم فى الثالثة ، وقوله : (فَرَضَ فيهنّ الحجّ) أى فى أكثرهنّ ، والله أعلم .

باب مايتوقى المحرم وما أبيح له

٢٣١٧ « مسألة » قال أبو القاسم { ويتوقى فى إحرامه مانهاه الله عنه من الرَّفَثِ : وهو الجماعُ . والفُسوقِ : وهو السِّبابُ . والجدالِ : وهو المراء }

يعنى بقوله : « مانهاه الله عنه » قوله سبحانه (٢ : ١٩٧ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلاَ رَفَثَ وَلاَ فُسُوقَ وَلاَ جِدَالَ فِى الْحَجِّ) وهذا صيغتُه صيغةُ النفى أريد به النهى . كقوله سبحانه (٢ : ٢٣٣ لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا) والرفثُ : هو الجماع . رُوى ذلك عن ابن عباس ، وابن عمر ، وعطاء بن أبى رَبَاح ، وعطاء بن يَسار ، ومجاهد ، والحسن ، والنخعىّ ، والزهرىّ ، وقتادة . ورُوى عن ابن عباس أنه قال : « الرَّفَثُ غِشْيَانُ النِّسَاءِ وَالتَّقْبِيلُ والغَمْزُ وأن يُعرِّض لها بالفُحش من الكلام . وقال أبو عُبيدة : الرفثُ لَغَا الكلام[1] . وأنشد قول العجّاج : * عَنِ اللَّغَا وَرَفَثِ التَّكَلُّمِ *

وقيل : الرفثُ هو مايُكَنَّى عنه من ذكر الجماع . ورُوى عن ابن عباس : « أنه أنشد بيتاً فيه التصريحُ بما يُكَنَّى عنه من الجماع وهو مُحْرِمٌ ، فقيل له فى ذلك ، فقال : إنما الرفثُ مارُوجع به النِّساء ؛ وفى لفظ : ماقيل من ذلك عند النساء . وكلّ مافُسِّر به الرفث ينبغى للمُحرم أن يجتنبهُ ، إلا أنه فى الجماع أظهرُ ، لما ذكرنا من تفسير الأئمة له بذلك ، ولأنه قد جاء فى الكتاب فى موضع آخرَ ، وأريد به الجماع ، قال الله تعالى (٢ : ١٨٧ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ) فأمّا الفُسوق ، فهو السبابُ ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « سِبَابُ الْمُسْلِمِ فُسُوقٌ » متفق عليه ، وقيل: الفُسوق : المعاصى ، رُوى ذلك عن ابن عباس ، وابن عمر ، وعطاء ، وإبراهيم ، وقالوا أيضاً : الجدالُ : المِراء . وقال ابن عباس : « هُوَ أَنْ تُمَارِىَ صَاحِبَكَ حَتَّى تُغْضِبَهُ » والمُحرم ممنوع من ذلك كلّه . قال النبىّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ حَجَّ فَلَمْ يَرْفُثْ ولَمْ يَفْسُقْ خَرَجَ مِنْ ذُنُوبِهِ كَيَوْمَ وَلَدَتْهُ أُمُّهُ » متفق عليه . وقال مجاهد : فى قوله تعالى : (وَلاَ جِدَالَ فِى الْحَجِّ) أى لا مُجادَلَة ، ولا شَكّ فى الحجِّ أنه فى ذى الحِجَّة ، وقول الجمهور أولى .

٢٣١٨ « مسألة » قال { ويُسْتَحَبُّ له قلّة الكلام ، إلاّ فيما ينفع . وقد روى عن شُرَيح أنه كان إذا أحرم كأنه حيَّة صَمّاء } .

وجملة ذلك : أن قلّة الكلام فيما لا ينفع مُستحبّة فى كلّ حال ، صيانةً لنفسه عن اللغو ، والوقوع فى الكذب ، ومالا يحلّ ، فإن من كثُر كلامه كثُر سَقَطُه . وفى الحديث عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلْيَقُلْ خَيْرًا أَوْ لِيَصْمُتْ » قال

---

(١) لغا الكلام : سقطه ، وما لا يعتد به منه كاللغو .

الترمذيّ : هـذا حديث ، حسن صحيح ، متفق عليه . وعنه قال : قال رسول الله صـلى الله عليه وسلم : « مِنْ حُسْنِ إِسْـلَامِ الْمَرْءِ تَرْكُهُ ما لاَ يَعْنِيهِ » رواه ابن عُيَيْنَـةَ ، عن الزهريّ ، عن أبي سَـلَمَة ، عن أبي هريرة . ورُوِى في المسند عن الْحسين بن عليّ ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم . وقال أبو داود : أصولُ السنن أربعةُ أحاديث . هذا أحدُها ، وهذا في حال الإحرام أشدُّ استحباباً ، لأنه حالُ عبادة ، واستشعار بطاعة الله عزّ وجلّ . فيُشْبِه الاعتكاف . وقد احتجّ أحمـدُ على ذلك بأن شُرَيْحاً رحمه الله « كَانَ إِذَا أَحْرَمَ كَأَنَّهُ حَيَّةٌ صَمَّاء » . فيُسْتَحَبُّ للمحرم ، أن يشتغل بالتلبية ، وذكر الله تعالى ، أو قراءة القرآن ، أو أمرٍ بمعروف ، أو نهيٍ عن منكر ، أو تعليم لجاهل ، أو يأمرُ بحاجته ، أو يَسْكُتَ ، وإن تكلم بما لا مَأْثمَ فيه ، أو أنشد شعراً لايقبح ، فهو مُباح ، ولا يُكثِر . فقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه كان على ناقة له وهو مُحرم . فجعل يقول :

كَأَنَّ رَاكِبَهَا غُصْنٌ بِمَرْوَحَةٍ[1] إذا تَدَلَّتْ بِهِ أَوْ شَارِبٌ ثَمِلُ

« اللهُ أَكْبَرُ اللهُ أَكْبَرُ » وهذا يدلّ على الإباحة ، والفضيلة الأولى .

٢٣١٩ « مسألة » قال ﴿ ولا يَتَفَلَّى الْمحرم ، ولا يقتلَ القَملَ . ويَحك رأسَـه ، وجسَده ، حكًّا رفيقاً ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في إباحة قتل القمل ، فعنه إباحتُه . لأنه من أكثر الهوامّ أذًى . فأُبيح قتلُه ، كالبراغيث ، وسائر مايُؤذِى . وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « خَمْسٌ فَوَاسِقُ يُقْتَلْنَ فِى الْحِلِّ وَالْحَرَمِ[2] » يدلّ بمعناه على إباحة قتل كلّ ما يؤذى بنى آدم في أنفسهم وأموالهم . وعنه أن قتله محرّم . وهو ظاهر كلام الخِرَقيّ . لأنه يَترفَّه بإزالته عنه ، فحرم ، كقطع الشعر . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « رَأَى كَعْبَ بْنَ عُجْرَةَ وَالْقَمْلُ يَتَنَاثَرُ على وَجْهِهِ ، فقالَ لَهُ : احْلِقْ رَأْسَكَ » فلو كان قَتْلُ القَمْلِ ، و إزالتُه مُباحاً لم يـكن كعبٌ ليترُكَهُ حتَّى يَصِيرَ كذلك ، أو لـكانَ النبيُّ صلى الله عليـه وسلم أمره بإزالته خاصَّـةً . والصئبانُ كالقمل في ذلك ، ولا فرق بين قتل القمل ، أو إزالته بإلقائه على الأرض ، أو قتله بالزئبق ، فإن قتله لم يحرُم لِحُرْمتهِ . لـكن لـما فيه من الترفُّه . فعمّ المنعُ إزالتَه ، كيفما كانت ، أولا يتفلّى . فإن التفلِّيَ عبارةٌ عن إزالة القمل ، وهو ممنوعٌ منه . ويجوز له حَكُّ رأسه ، ويَرْفُقُ في الْحَكِّ كيلا يَقْطَعَ شَعْراً ، أو يقتُل قَمْلةً . فإن حَكَّ ، فرأى في يده شَعْراً أحْبَبْنا أنْ يَفْدِيَهُ احتياطاً ، ولا يجب

---

(١) المروحة : بفتح الميم وسكون الراء وفتح الواو والحاء : الموضع الذى تخترقه الرياح ، ومعنى إذا تدلت به : إذا أمالته إلى أسفل ، والشارب الثمل : الذى سكر من الشراب . يقال ثمل يثمل فهو ثمل ، بوزن فرح يفرح ، فهو فرح .

(٢) رواه مسلم .

عليه حتى يستيقن أنه قلعه . قال بعض أصحابنا : إنما اختلفت الرواية فى القمل الذى فى شعره ، فأما ماألقاه من ظاهر بدنه ، فلا فدية فيه .

٢٣٢٠ فصل

فإن خالف ، وتفلى ، أو قتل قملاً ، فلا فديةَ فيه . فإنّ كعبَ بنَ عُجرةَ حين حَلَق رأسَه قد أذهب قَمْلاً كثيراً . ولم يجب عليه لذلك شىء . وإنما وجبت الفديةُ بحَلْق الشعر ، ولأن القمل لا قيمةَ له ، أشبه البعوضَ ، والبراغيثَ ، ولأنه ليس بصيدٍ ، ولا هو مأكول . وحُكى عن ابن عمر ، قال : هى أهْوَنُ مَقْتُولٍ . وسُئِل ابنُ عبّاس عن مُحرم ألقى قملةً ثم طلبها فلم يَجِدْها . فقال : تلك ضالّة لاتُبتغَى وهذا قول طاوس ، وسعيد بن جُبَيْر ، وعطاء ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد فيمن قتل قملةً قال: يُطْعِمُ شَيْئاً . فعلى هذا أىّ شىء تَصَدَّق به أجزأه ، سواء قتل كثيراً أو قليلاً . وهذا قول أصحاب الرأى . وقال إسحاق : تمرةً ، فما فوقها . وقال مالك : حَفْنَةً مِنْ طَعامٍ . ورُوى ذلك عن ابن عمر . وقال عطاء : قَبْضَةً من طَعام . وهذه الأقوال كلُّها ترجع إلى ماقلناه ، فإنهم لم يُريدوا بذلك التقدير . وإنّما هو على التقريب لأقلّ مايُتصدّق به .

٢٣٢١ فصل

ولا بأس أن يَغْسِلَ المُحرمُ رأسَه وبدنَه برفق ، فعل ذلك عمر ، وابنه . ورخّص فيه علىّ ، وجابر ، وسعيد بنُ جُبَير ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى . وكره مالك للمُحرم أن يَغْطِسَ فى الماء ، ويُغيِّبَ فيه رأسَه ، ولعلّه ذهب إلى أن ذلك سترٌ له . والصحيح أنه لا بأس بذلك ، وليس ذلك بسترٍ ، ولهذا لايقوم مقام السُّترة فى الصلاة .

وقد رُوى عن ابن عباس قال : « رُبّما قال لِى عُمر ونحنُ مُحرِمُونَ بالجُحْفةِ : تعال أُباقِيكَ[1] أيُّنا أطْوَلُ نَفَساً فِى المَاءِ » وقال : « رُبّما قَايَسْتُ عُمَر بنَ الخَطّابِ بالجُحْفَةِ وَنَحْنُ مُحرِمُونَ » رواهما سعيد . ولأنه ليس بستر معتاد ، أشبه صَبّ الماء عليه ، أو وضع يديه عليه .

وقد روى عبدُ الله بن جبير ، قال : « أرْسَلَنِي ابنُ عَبّاس إلَى أبِي أيُّوبَ الأنْصَارِيّ ، فَأتَيْتُهُ وَهُوَ يَغْتَسِلُ ، فَسَلَّمْتُ عَلَيْهِ فَقَالَ : مَنْ هَذَا ؟ فقلتُ : أنَا عبدُ الله بن جبير ، أرْسَلَنِي إلَيْكَ عَبْدُ الله ابنُ عَبّاس يَسْألُكَ : كَيْفَ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يَغْسِلُ رَأْسَهُ وَهُوَ مُحْرِمٌ ؟ فَوَضَعَ

---

(١) أباقيك : أغالبك فى البقاء فى الماء ، أينا يبقى فيه مدة أكثر من الآخر ، فيكون أطول نفساً من صاحبه .

أَبُو أَيُّوبَ يَدَهُ عَلَى الثَّوْبِ فَطَأْطَأَهُ حَتَّى بدَا لِي رَأْسُهُ ، ثُمَّ قال لإنسان يَصُبُّ عَلَيْهِ الماء : صُبّ ، فَصَبَّ على رَأْسِهِ ، ثُمَّ حَرَّكَ رَأْسَهُ بِيَدَيْهِ ، فَأَقْبَلَ بِهِمَا وَأَدْبَرَ ، ثم قال : هَكَذَا رَأَيْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَفْعَلُ » متفق عليه . وأجمع أهلُ العلم على أن المُحرم يغتسلُ من الجنابة .

٢٣٢٢ فصــــل

ويُكره له غَسلُ رأسه بالسِّدْرِ ، والخَطْمِيّ ، ونحوهما . لما فيه من إزالة الشَّعَثِ ، والتعرّض لقَلْع الشعر . وكرهه جابر بن عبد الله ، ومالك ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، فإن فعل فلا فديةَ عليه . وبهذا قال الشافعيّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد عليه الفديةُ . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال صاحباه : عليه صَدَقَةٌ . لأن الخَطْمِيّ تُستَلَذّ رائحتُه ، وَتُزِيلُ الشَّعَثَ ، وتقتُل الهوامّ ، فوجبت به الفدية كالوَرْس[1] .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المُحرم الذى وَقَصَهُ[2] بَعِيرُه : « اغْسِلُوهُ بِمَاءٍ وَسِدْرٍ ، وَكَفِّنُوهُ فِي ثَوْبَيْهِ ، وَلَا تُحَنِّطُوهُ ، وَلَا تُخَمِّرُوا[3] رَأْسَهُ . فإنه يبْعَثُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مُلَبِّياً » متفق عليه . فأمر بغسله بالسدر مع إثبات حكم الإحرام فى حقّه ، والخَطْمِيّ[4] كالسِّدر . ولأنه ليس بطيبٍ ، فلم تجب الفديةُ باستعماله ، كالتراب . وقولهم تُستلَذّ رائحته ممنوع . ثم يَبْطُل بالفاكهة ، وبعض التراب ، وإزالة الشَّعَث تحصُل بذلك أيضاً ، وقتل الهوامّ لا يُعلم حصوله ، ولا يصحّ قياسُه على الوَرْس ، لأنه طِيبٌ ، ولذلك لو استعمله فى غير الغُسل ، أو فى ثوب منع منه ، بخلاف مسألتنا .

٢٣٢٣ « مسألة » قال ﴿ ولا يلبس القُمص ، ولا السراويل ، ولا البَرَانِس ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المُحرم ممنوع من لُبْس القُمص ، والعمائم ، والسراويلات ، والخِفاف ، والبرانس .

والأصلُ فى هذا : ما رَوى ابن عمر : « أنَّ رَجُلاً سأَلَ رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما يَلْبَسُ المُحرمُ مِنَ الثِّيَابِ ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لَا يَلْبَسُ الْقُمُصَ ، ولا الْعَمَائِمَ ، وَلَا السَّرَاوِيلَاتِ ، وَلَا الْبَرَانِسَ ، وَلَا الْخِفَافَ ، إِلَّا أحداً لَا يَجِدُ نَعْلَيْنِ فَلْيَلْبَس الْخُفَّيْنِ ، وَلْيَقْطَعْهُمَا

---

(١) الورس : نبات أصفر له رائحة طيبة ، وهو مثل حب السمسم .

(٢) وقصه بعيره : أوقعه من على ظهره فكسرت رقبته .

(٣) السدر : ورق النبق ، ومعنى ولا تحنطوه : لا تضعوا له الحنوط ، وهو نوع من الطيب يوضع للميت . ولا تخمروا رأسه : لا تستروه .

(٤) الخطمى : نبات فيه حرافة وهو أقوى من السدر فى التنظيف .

أسفلَ مِنَ الْـكَعْبَيْنِ ، وَلاَ يَلْبَسُ مِنَ الثيـابِ شَيْئـاً مَسَّهُ الزَّعْفرانُ ، ولا الوَرْسُ » متفق عليـه .
نصّ النبيُّ صلى الله عليه وسلم على هذه الأشياء ، وألْحق بها أهلُ العلم مافى معناها مثل الْجُبّة والدُّراعة[1] والثِّياب ، وأشباه ذلك ، فليس للمحرم سترُ بدنه بما عُمِل على قدره ، ولا ستر عضو من أعضائه بما عُمل على قدره ، كالقميص للبدن ، والسراويل لبعض البـدن ، والقفّازين لليـدين ، والْخُفّين للرجلين ، ونحو ذلك . وليس فى هذا كلِّه اختلاف . قال ابن عبد البرّ : لا يجوز لباس شىء من المَخيط عنـد جميع أهل العلم ، وأجمعوا على أن المراد بهذا الذكور دون النساء .

٢٣٢٤ « مسألة » ﴿ قال : فإن لم يجد إزاراً لبس السَّراوِيلَ ، وإن لم يجد نَعْلَيْن لَبِسَ الْخُفَّين ؛ ولا يَقْطَعهما ، ولا فِدَاء عَلَيْهِ ﴾ .

لا نعلم خلافاً بين أهل العـلم فى أن للمحرم أن يلبس السراويل ، إذا لم يجد الإزار ، والْخُفّيْن ، إذا لم يجد نعلين . وبهذا قال عطاء ، وعكرمة ، والثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وغـيرهم والأصـلُ فيـه ماروى ابن عبـاس قال : سمعت النبى صلى الله عليـه وسـلم يخطُب بعرفات ، يقول : « مَنْ لم يَجِدْ نَعْلَيْنِ فَلْيَلْبسْ الْخُفَّيْنِ ، وَمَنْ لَمْ يَجِدْ إزاراً فَلْيلْبسْ سراويل للمُحْرِم » متفق عليه . وروى جابر عن النبىّ صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، أخرجه مسلم ، ولا فدية عليه فى لُبسهما عند ذلك فى قول من سَمّينا إلّا مالـكاً ، وأبا حنيفة ، قالا : على من لبس السراويل الْفِديةُ ، لحديث ابن عمر الذى قدمناه ، ولأنّ ماوجبت الفديةُ بلُبسه مع وجود الإزار وجبت مع عدمه ، كالقميص .

ولنـا : خبرُ ابن عباس ، وهو صريح فى الإباحـة ، ظاهر فى إسقاط الفـدية ، لأنه أمر بِلُبْسه ، ولم يذكر فِدية . ولأنه يختصّ لُبْسه بحالة عدم غـيره ، فلم تجب به فدية ، كالخفين المقطوعين ، وحـديث ابن عمر مخصوص بحديث ابن عباس ، وجابر . فأما القميص فيمكنه أن يَتزِر[2] به ، من غـير لُبس ، ويستتر ، بخلاف السراويل .

٢٣٢٥ فصـــل

وإذا لبس الْخُفّين لعـدم النعلين لم يلزمه قطعهما فى المشهور عن أحمـد . ويُروى ذلك عن علىّ بن أبى طـالب ، رضى الله عنه . وبه قال عطاء ، وعـكرمة ، وسعيد بن سالم القـدّاح . وعن أحمـد : أنه يقطعهما حتى يكونا أسفلَ من الـكَعْبَيْن ، فإن لبسهما من غير قطع افتدى ، وهذا قول عُرْوَة بن الزبير ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، لما روى ابن عمر عن النبىّ

---

(١) الدراعة : ثوب من الصوف يشمل الجسم .
(٢) يتزر به : يجعله إزاراً بأن يلفه على أسفل جسمه من غير لبس له .

صلى الله عليـه وسلم أنه قال : « فمَنْ لَمْ يَجِـدْ نَعْلَـيْنِ فَلْيَلْبَسِ الْخُفَّينِ وَلْيَقْطَعْهُمَا حتَّى يـكُونَا أَسفلَ مِنَ الْـكَعْبين » متفق عليـه ، وهو متضمن لزيادة على حـديث ابن عبـاس ، وجابر ، والزيادة من الثقة مقبولة .

قال الخَطَّابى : العجَبُ من أحمد فى هـذا ، فإنه لايـكاد يخـالف سنةً تبلغه ، وقلَّتْ سُنَّةٌ لم تبلغه . واحتج أحمد بحـديث ابن عبـاس ، وجابر : « مَنْ لَمْ يَجِدْ نَعْلَـيْنِ فَلْيَلْبَسْ خُفَّـيْنِ » مع قول علىّ رضى الله عنه : قَطْعُ الْخُفَّينِ فسادٌ ، يلبسُهما كما هما ، مع موافقة القياس ، فإنه ملبوس أبيح لعدم غيره ، فأشبه السراويل ، وقطعهُ لايخرجه عن حالة الحَظْر ، فإن لُبس المقطوع محـرّم مع القُدرة على النعلين ، كلُبس الصحيح ، وفيه إتلاف ماله ، وقد نهى النبىُّ ﷺ عن إضاعته . فأمّا حديث ابن عمر ، فقد قيل إن قوله وليقطعهما من كلام نافع . كذلك رويناه فى أمالى أبى القـاسم بن بَشْران ، بإسنـاد صحيح : أن نافعاً قال بعد روايته للحديث : وليقطـع الْخُفَّينِ أَسْفَلَ مِنَ الـكَعْبَيْنِ . ورَوَى ابن أبى موسى عن صَفِيَّة بنت أبى عبيد ، عن عائشة رضى الله عنها : أن رسول الله صلى الله عليه وسـلم رخَّص المُحرم أن يلبس الْخُفّين ، ولا يقطعها . وكان ابن عمر يفتى بقطعهما ، قالت صفيةٌ : فلمّا أخبرته بهذا رجع .

ورَوى أبو حفص فى شرحه بإسناده ، عن عبد الرحمن بن عوف : أنه طاف وعليه خُفَّان ، فقال له عمر : والخفان مع القَبَاء ؟ فقال : قد لَبِسْتُهما مع مَنْ هُوَ خَيْرٌ مِنْـكَ ، يعنى رسول الله ﷺ . ويحتمل أن يـكون الأمرُ بقطعهما منسوخاً ، فإن عمرو بن دينار رَوى الحديثين جميعـاً ، وقال : انظروا أيّهمـا كان قبلُ . قال الدارقطنىّ . قال أبو بـكر النيسابورىّ : حديث ابن عمر قبل لأنه قد جاء فى بعض رواياته قال : نادىَ رَجُـلٌ رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد ، يعنى بالمـدينة ، فـكأنّه كان قبـل الإحرام . وفى حديث ابن عبّاس يقول : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسـلم يخطُب بعرفاتٍ يقول : « مَنْ لَمْ يَجِدْ نَعْلَيْنِ فَلْيَلْبَسْ خُفَّـيْنِ » فيـدلّ على تأخّره عن حديث ابن عمر ، فيـكون ناسخاً له ، لأنّه لو كان القطـع واجباً لبيّنه للناس ، إذ لايجوز تأخيرُ البيان عن وقت الحـاجة إليه . والمفهوم من إطلاق لُبسهما ، لُبسهما على حالها ، من غير قطع . والأولى قطعهما عملاً بالحديث الصحيح ، وخُروجاً من الخلاف ، وأخذاً بالاحتياط .

٢٣٢٦ فصـــــل

فإن لبس المقطوع مع وجود النعل فعليه الفديةُ ، وليس له لُبسُه ، نصّ عليه أحمد . وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفه : لافديةَ عليه ، لأنّه لو كان لبسه محرّماً وفيه فدية لم يأمر النبىُّ صلى الله عليه وسلم بقطعه لعدم الفائدة فيه . وعن الشافعىّ كالمذهبين .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم شرط في إباحة لبسهما عـدم النعلين ، فدلّ على أنه لايجوز مع وجودها . ولأنه مَخيطٌ لعُضْوٍ على قدره فوجبت على المُحرم الفدية بلُبسه كالقُفّازين .

٢٣٢٧ فصـــــل

فأما اللالـكة والجُمجُم ، ونحوها . فقياس قول أحمد أنه لايلبس ذلك ، فإنه قال : لا يَلْبَسُ النَّعْلَ التي لها قَيْد ، وهذا أشدُّ من النعل التي لها قيد . وقد قال في رأس الْخُفّ الصغير لايلبَسُه ، وذلك لأنه يَسْتُر القدم ، وقد عُمل لها على قدرها ، فأشبه الْخُفّ . فإن عَـدِمَ النعلين كان له لُبس ذلك ، ولا فديةَ عليه ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم أباح لبس الْخُفّ عند ذلك ، فما دون الخف أولى .

٢٣٢٨ فصـــــل

فأما النعل فيُبـاح لبسها كيفما كانت ، ولا يجب قطـع شيء منها . لأن إباحتها وردت مطلقـاً . ورُوى عن أحمد في القيد في النعل يَفتـدى ، لأننا لا نعرف النعـال هـكذا . وقال : إذا أحرمتَ فاقطع المحمِل الذى على النِّعال ، والعقب الذى يُجعل للنَّعل ، فقـد كان عطـاء يقول : فيه : دم . وقال ابن أبي موسى في الإرشاد : في القيد ، والعقب ، الفدية . والقيد : هو السير المعترض على الزِّمام . وقال القاضي : إنمـا كرههما إذا كانا عَريضين ، وهذا هو الصحيح ، فإنه إذا لم يجب قطعُ الخفين السـاترين للقدمين ، والساقين ، فقطع سير النعل أولى أن لايجب ، ولأن ذلك معتادٌ في النعل ، فـلم تجب إزالته ، كسـائر سُيُورها . ولأن قطع القيد والعقب ربما تعذر معه المشيُ في النعلين ، استوطهما بزوال ذلك ، فلم تجب ، كقطع القِبَال[1] .

٢٣٢٩ فصـــــل

وإن وجد نعلا لم يمـكنه لُبسها فله لُبس الْخُفّ ولا فدية عليه . لأن ما لا يمـكن استعماله كالمعدوم ، كما لو كانت النعلُ لغيره ، أو صغيرةً ، وكالمـاء في التيمم ، والرقبة التي لا يمـكنه عِتقُها . ولأن العجز عن لُبسها قام مقام العدم في إباحة لُبس الْخُفّ ، فـكذلك في إسقاط الفدية ، والمنصوصُ أن عليه الفديةَ لقوله : « مَنْ لَمْ يَجِدْ نَعْلَيْنِ فَلْيَلْبَسِ الْخُفَّيْنِ » وهذا واحد .

٢٣٣٠ فصـــــل

وليس للمُحرم أن يعقد عليه الرداء ، ولا غيره إلاّ الإزارَ ، والهِمْيَانَ[2] . وليس له أن يجعل

---

(١) القبال : زمام بين الإصبع الوسطى والتي تليها .

(٢) الهميان : بكسر الهاء وسكون الميم : شداد السروال أى (التكة) ووعاء للدراهم ، وهو المراد هنـا .

لذلك زِرّاً ، وعُرْوةً ، ولا يُخَلِّله بشَوْكَةٍ ، ولا إِبْرَةٍ ، ولا خَيْطٍ . لأنه فى حكم المَخيط . رَوى الأثرمُ عن مُسلم بن جُنْدب ، عن ابن عمر قال : جاءَ رَجُلٌ يَسأله ، وأنا معه : أُخالِفُ بَيْنَ طَرَفَىْ ثَوْبِىَ مِنْ وَرَائِى ، ثُمَّ أَعْقِدُه ، وهو مُحرم . فقال ابن عمر : لاتَعْقِدْ عليه شيئاً . وعن أبى مَعْبد مولى ابن عباس : أن ابن عباس قال له : ياأبا مَعْبَد : زُرَّ علىَّ طَيْلَسانى ، وهو مُحرم ، فقال له : كُنتَ تَكرهُ هذا ؟ قال : إنِّى أُريدُ أن أفتدِىَ ، ولا بأس أن يَتَّشِحَ بالقميص ، ويرتدى به ، ويرتدى برداء مُوَصَّل ، ولا يعقده . لأن المنهىَّ عنه المَخيطُ على قدر العُضو .

٢٣٣١ فصـــل

ويجوز أن يعقد إزاره عليه : لأنه يحتاج إليه لِسَتْر العورة ، فيباح ، كاللباس للمرأة ، وإن شَدَّ وسطه بالمِنْدِيل ، أو بحبل ، أو سراويل جاز ، إذا لم يَعْقِدْهُ . قال أحمد فى محرم حَزَمَ عمامةً على وَسَطِه : لايعقدها ، ويدخل بعضها فى بعض قال طاوس : رأيتُ ابنَ عُمر يطوفُ بالبيت ، وعليه عمامةٌ قَدْ شَدَّها على وسطه ، فأدخلها هكذا[1] ، ولا يجوز أن يَشُقَّ أسفَلَ إزاره نصفين ، ويَعْقِد كل نصف على ساق . لأنه يُشبه السراويل ، ولايلبس الرَّانَ[2] ، لأنه فى معناه . ولأنه معمولٌ على قدر العضو الملبوس فيه ، فأشبه الخفَّ .

٢٣٣٢ « مسألة » قال ﴿ ويلبس الهِمْيانَ ، ويُدخل السُّيور بعضها فى بعض ، ولا يعقدها ﴾ .

وجملة ذلك : أن لُبْس الهِمْيان مباح للمُحرم ، فى قول أكثر أهل العلم ، رُوى ذلك عن ابن عباس ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيّب ، وعطاء ، ومُجاهد ، وطاوس ، والقاسم ، والنخعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . قال ابن عبد البرّ : أجاز ذلك جماعةُ فقهاء الأمصار ، متقدّموهم ، ومتأخّروهم . ومتى أمكنه أن يُدخل السُّيُورَ بعضها فى بعض ، ويثبتَ بذلك لم يعقده ، لأنه لاحاجة إلى عقده ، وإن لم يثبُت إلاّ بعقده عقده ، نص عليه أحمد ، وهو قول إسحاق . وقال إبراهيم : كانوا يُرَخِّصُونَ فى عقد الهِميان للمحرم ، ولا يرخصون فى عقد غيره . وقالت عائشةُ : أَوْثِقْ عَلَيْكَ نَفَقَتَكَ[3] . وذكر القاضى فى الشرح أنّ ابن عباس قال : رَخَّصَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم للمحرم فى الهميان أن يربطه إذا كانت فيه نفقته . وقال ابن عباس : أَوْثِقُوا عَلَيْكُمْ نَفَقَاتِكُمْ ، ورَخَّص فى الخَاتم ، والهِمْيانِ للمُحْرِم . وقال مُجاهد عن ابن عمر : إنه سُئل عن المحرم يشدّ الهميان عليه . فقال : لابأس به إذا كانت فيه نفقته ،

(١) يعنى : أدخل بعضها فى بعض من غير أن يربطها ويعقدها .
(٢) الران : مثل الخف إلا أنه لا قدم له ، وهو أطول منه .
(٣) يعنى يباح ربط الزاد والمال على الجسم .

يَسْتَوْثِقُ من نفقته ، ولأنه مما تدعو الحاجة إلى شـدّه ، فجاز كعقد الإزار ، فإن لم يكن فى الهميان نفقةٌ لم يجُز عقدُه ، لعدم الحاجة إليه . وكذلك المِنْطَقَة[1] . وقد رُوِى عن ابن عمر : أنه كَرِهَ الهميان والمنطقة للمحرم ، وكرهه نافع مولاه ، وهو محمول على ما ليس فيه نفقةٌ لما تقدّم من الرُّخصة فيما فيه النفقة .

وسُئل أحمد عن المحرم يلبس المِنْطَقَةَ من وَجَع الظَّهْر ، أو حاجة إليها . قال : يَفْتَدِى ، فقيـل له : أفلا تـكون مثلَ الهميان ؟ قال : لا . وعن ابن عمر : أنه كره المنطقة للمُحرم ، وأنه أباح شـد الهِمْيَانِ إذا كانت فيه النفقة . والفرق بينهما أن الهِمْيَان تـكون فيـه النفقة ، والمِنْطَقَةُ لا نفقة فيها ، فأُبيح شدّ ما فيـه النفقة ، للحاجة إلى حفظها ، ولم يُبح شدّ ماسوى ذلك . فإن كانت فيهما نفقة ، أو لم يكن فيهما نفقة فهما سواء . وقد قالت عائشةُ فى المِنْطَقةِ للمُحرم : أَوْثِقْ عليك نَفَقَتَكَ ، فرخَّصَتْ فيها إذا كانت فيها النفقة ، ولم يُبِـحْ أحمدُ شدّ المِنْطَقَةِ لوجَع الظهر ، إلا أن يَفْتَدِىَ . لأن المنطقة ليست مُعَدّة لذلك . ولأنه فَعَلَ المحظور فى الإحرام لدفع الضرر عن نفسه ، أشبه من لبس المَخيط لدفع البرد ، أو حَلَقَ رأسه لإزالة أذى القملِ ، أو تطيَّب لأجل المرض .

٢٣٣٣ « مسألة » قال ﴿ وله أن يحتجم ، ولا يقطع شعراً ﴾ .

أما الحِجَامة إذا لم يقطع شعراً فمباحة من غير فدية ، فى قول الجمهور ، لأنه تداوٍ بإخراج دمٍ ، فأشبه الفصْد ، وبَطّ[2] الجُرح . وقال مالك : لا يحتجم إلاّ من ضرورة ، وكان الحسن يَرى فى الحِجامة دماً .

ولنا : أن ابن عباس روى : « أَنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم احْتَجَمَ وَهُوَ مُحْرِمٌ » متفق عليه . ولم يذكر فِديَةً . ولأنه لا يترفّه بذلك ، فأشبه شُرْب الأدوية . وكذلك الحكم فى قطع العضو عند الحاجة ، والختان ، كلُّ ذلك مُباح من غير فدية . فإن احتاج فى الحجامة إلى قطع شعره فله قطعه ، لما رَوى عبد الله ابن بُحَيْنَةَ : « أَنَّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم احتجَم بلَحْيِ[3] جَمَلٍ فى طَرِيقِ مَكَّةَ » وهو مُحرم وَسْطَ رأسه ، متفق عليه . ومن ضرورة ذلك قطعُ الشعر . ولأنه يُباح حَلْق الشعر لإزالة أذَى القمل ، فـكذلك ههنا ، وعليـه الفدية . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ، وأبو ثور ، وابن المُنـذر . وقال صاحبا أبى حنيفة : يتصدّق بشىء .

ولنـا : قوله تعـالى (٢ : ١٩٦ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ) الآية ، ولأنه حَلْق شعرٍ لإزالة ضررِ غيره ، فلزمته الفديةُ ، كما لو حلقه لإزالة قملة ، فأمّا إن قطع عُضواً عليه شعر ، أو جلدةً عليها شعر ، فلا فدية عليه ، لأنّه زال تبعاً لما لا فدية فيه .

---

(١) المنطقة : الحزام الذى يلفه المحرم على وسطه .

(٢) بط الجرح : شقه ، كفتح الخراج والدمل ونحوهما .

(٣) اللحى : عظم الوجه الذى تنبت عليه اللحية .

٢٣٣٤ « مسألة » قال { ويتقلّد بالسيف عند الضرورة } .

وجملة ذلك : أن المحرم إذا احتاج إلى تقلّد السيف فله ذلك ، وبهذا قال مالك . وأباح عطاء ، والشافعيّ ، وابن المنذر تقلده ، وكرهه الحسنُ ، والأول أولى . لما روى أبو داود بإسناده عن البراء قال لمّا صَالَحَ رسول الله صلى الله عليه وسلم أَهْلَ الْحُدَيْبِيةِ صَالَحَهُمْ عَلَى أَنْ لاَيَدْخُلُوهَا إلاَّ بِجُلُبَّانِ[1] السِّلاَح (القراب بما فيه) ، وهذا ظاهر فى إباحة حمله عند الحاجة . لأنهم لم يكونوا يأمنون أهل مكة أن ينقضوا العهد ، ويُخْفِرُوا الذِّمَّة ، واشترطوا حمل السلاح فى قرابه . فأمّا من غير خوف . فإن أحمد قال : لا ، إلاَّ من ضرورة . وإنما منع منه ، لأن ابن عمر قال : لايحمل المُحرم السلاح فى الحرم ، والقياس إباحتهُ ، لأن ذلك ليس هو فى معنى الملبوس المنصوص على تحريمه ، ولذلك لو حمل قِرْبَةً فى عُنقه لايحرمُ عليه ذلك ، ولا فدية عليه فيه . وسُئل أحمد عن المحرم يُلقى جِرَابه فى رَقَبَتِهِ كهيئة الْقِرْبة ؟ قال : أرجو أن لايكون به بأس .

٢٣٣٥ « مسألة » قال { وإن طرح على كتفيه القباء ، والدواج فلا يُدْخِلُ يديه فى الْكُمَّين } .

ظاهر هذا اللفظ إباحةُ لُبس القباء . مالم يُدْخِلْ يديه فى كُميه ، وهو قول الحسن ، وعطاء ، وإبراهيم وبه قال أبو حنيفة . وقال القاضى وأبو الخطّاب : إذا أدخل كتفيه فى الْقَباء فعليه الفدية ، وإن لم يدخل يديه فى كُميه ، وهو مذهبُ مالك ، والشافعيّ ، لأنه مَخِيطٌ لبسه المُحرم على العادة فى لُبسه ، فلزمته الفدية إذا كان عامداً ، كالقميص . وروى ابن المنذر : « أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ لُبْسِ الْأَقْبِيَةِ » ووجه قول الخِرَقِيّ ماتقدم من حديث عبد الرحمن بن عَوْف فى مسألة : إن لم يَجِدْ إزاراً لبس السراويل وإن لم يجد نَعْلَين لبس الْخُفّين . ولأن الْقَبَاء لايُحيط بالبدن ، فلم تلزمه الفدية بوضعه على كتفيه إذا لم يُدخل يديه فى كُمّيه ، كالقميص يَتَّشِح به . وقياسهم منقوض بالرداء المُوَصَّل ، والخبر محمول على لُبسه مع إدخال يديه فى كُمّيه .

٢٣٣٦ « مسألة » قال { ولا يُظلِّلُ على رأسه فى المَحمِلِ ، فإن فعل فعليه دم } .

كره أحمد الاستظلال فى المَحمل خاصَّةً ، وما كان فى معناه ، كالهودج والعمارية ، والكنيسة ونحو ذلك ، على البعير . وكره ذلك ابن عمر ، ومالك ، وعبد الرحمن بن مهدى ، وأهل المدينة . وكان سفيانُ ابنُ عُيَيْنَةَ يقول : لايَسْتَظِلُّ الْبتّةَ . ورَخّص فيه ربيعة والثوريّ ، والشافعيّ . ورُوى ذلك عن عثمان وعطاء . لما رَوَتْ أمّ الْحُصَيْنِ قالت : « حَجَجْتُ مَعَ رسول الله صلّى الله عليه وسلم حَجَّةَ الْوَدَاع ،

---

(١) الجلبان : بضم الجيم واللام وتشديد الباء . الجراب من الجلد أو قراب الغمد ، أى القراب الذى يوضع فيه غمد السيف وفيه السيف .

فَرَأَيْتُ أُسَامَةَ وَبِلَالاً وَأَحَدُهُمَا آخِذٌ بِخِطَامِ نَاقَةِ النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وَالآخَرُ رَافِعٌ ثَوْبَهُ يَسْتُرُهُ مِنَ الْحَرِّ حَتَّى رَمَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ » رواه مسلم ، وغيره . ولأنه يُباح له التظلّل في البيت ، والخباء فجاز في حال الركوب ، كالحلال . ولأنّ ماحلّ للحلال حلّ للمُحرم ، إلا ماقام على تحريمه دليلٌ . واحتجّ أحمد بقول ابن عمر : روى عطاء قال : رأى ابن عمر على رَحْل عمر بن عبد الله بن أبي ربيعة عُوداً يَسْتُرُهُ مِنَ الشَّمْسِ فنهاهُ . وعن نافع ، عن ابن عمر : أنَّه رأى رجلا مُحرماً على رَحْلٍ قد رَفَع ثوباً على عُودٍ يستتر به من الشمس ، فقال : اضْحَ لِمَنْ أَحْرَمْتَ لَهُ (أي ابرزْ للشمس) رواهما الأثرم . ولأنه ستر بما يقصد به الترفّه ، أشبه مالو غطّاه . والحديثُ ذهب إليه أحمدُ فلم يكره أن يستتر بثوب ، ونحوه ، فإنّ ذلك لا يقصد للاستدامة ، والهودَجُ بخلافه ، والخيمة ، والبيت ، يُرادان لجمع الرّحل ، وحفظِهِ لا للترفُّه . وظاهر كلام أحمد : أنه إنما كره ذلك كراهة تنزيه ، لوقوع الخلاف فيه ، وقول ابن عمر ، ولم ير ذلك حَراماً ، ولا مُوجباً لفدية .

قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن المحرم يَستظلّ على المَحْمِل ؟ قال : لا . وذكر حديث ابن عمر : اضْحَ لِمَنْ احْرَمْتَ لَهُ ، قيل له : فإن فعل يُهَرِيقُ دَماً ؟ قال أما الدم فلا . قيل : فإنّ أهل المدينة يقولون : عليه دم ، قال : نعم أهلُ المدينة يَغْلَطُون فيه . وقد رُوى ذلك عن أحمد ، وهو اختيار الخِرَقيّ لأنه ستَرَ رأســه بما يُستدام ، ويلازمه غالباً ، فأشبه مالو ستره بشيء يلاقيه . ويُروى عن الرِّياشيّ قال : رأيتُ أحمد بن المُعَذَّل في الموقف في يوم حَرّ شديدٍ ، وقد ضَحِيَ للشمس ، فقلت له : ياأبا الفضل : هذا أمر قد اختلف فيه ، فلو أخذت بالتوسعة ، فأنشأ يقول :

ضَحِيتُ لَهُ كَيْ أَسْتَظِلَّ بِظِلِّهِ إِذَا الظِّلُّ أَضْحَى فِي الْقِيَامَةِ قَالِصاَ[1]
فَوَا أَسَفَا إِنْ كَانَ سَعْيُكَ بَاطِلاً وَيَاحَسْرَتَا إِنْ كَانَ حَجُّكَ نَاقِصَا

٢٣٣٧ فصـــل

ولا بأس أن يستظلّ بالسقف ، والحائط ، والشجرة ، والخباء . وإن نزل تحت شجرة ، فلا بأس أن يطرح عليها ثوباً يستظلّ به ، عند جميع أهل العلم ، وقد صح به النقل : « فإنّ جابراً قال في حـديث حَجَّةِ النبي صلى الله عليه وسلم : « وَأَمَرَ بِقُبَّةٍ مِنْ شَعَرٍ فَضُرِبَتْ لَهُ بِنَمِرَةَ ، فَأَتَى عَرَفَةَ فَوَجَدَ الْقُبَّةَ قَدْ ضُرِبَتْ لَهُ بِنَمِرَةَ ، فَنَزَلَ بِهَا ، حَتَّى إِذَا زَاغَتِ الشَّمْسُ » ، رواه مسلم ، وابن ماجه ، وغيرُهما . ولا بأس أيضاً أن ينصب حياله ثوباً يقيه الشمس ، والبرد . إمَّا أن يُمسكه إنسان ، أو يرفعه على عُودٍ ،

(١) قالصاً : مقبوضاً بعيداً عنك .

على نحو مارُوى فى حديث أم الْحُصَيْنِ : أَنَّ بِلَالاً أَوْ أُسَامَةَ كَانَ رَافِعاً ثَوْباً يَسْتُرَ بِهِ النبى صلى الله عليه وسلم من الحَرّ . ولأنّ ذلك لا يُقصد به الاستدامة ، فلم يكن به بأس ، كالاستظلال بحائط .

٢٣٣٨ « مسألة » قال : ﴿ ولا يقتل الصيد ، ولا يصيده ، ولا يُشير إليه ، ولا يدلّ عليه ، حلالاً ولا حراماً ﴾ .

لاخلاف بين أهل العلم فى تحريم قتل الصيد ، واصطياده على المُحرم ، وقد نصّ الله تعالى عليه فى كتابه ، فقال سبحانه (٥ : ٩٥ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ) . وقال تعالى (٥ : ٩٦ وحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَادُمْتُمْ حُرُماً) . وتحرم عليه الإشارة إلى الصيد ، والدلالة عليه ، فإنّ فى حديث أبى قتادة لمّا صاد الحمار الوحشىّ وأصحابُه مُحرمون ، قال النبى صلى الله عليه وسلم لأصحابه : « هَلْ مِنْكُمْ أَحَدٌ أَمَرَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا أَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا » وفى لفظ متفق عليه : « فَأَبْصَرُوا حِمَاراً وَحْشِيًّا وَأَنَا مَشْغُولٌ أَخْصِفُ نَعْلِي فَلَمْ يُؤْذِنُونِي وَأَحَبُّوا لَوْ أَنِّي أَبْصَرْتُهُ » وهذا يدلّ على أنهم اعتقدوا تحريم الدلالة عليه ، وسؤال النبىّ صلى الله عليه وسلم لهم : « هَلْ مِنْكُمْ أَحَدٌ أَمرهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا ، أَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا ؟ » يدلّ على تعلّق التحريم بذلك لو وُجد منهم . ولأنه تسبّب إلى محرّم عليه ، فحرم كنصبه الأُحبولة .

٢٣٣٩ فصــــل

ولا تحل له الإعانة على الصيد بشىء ، فإنّ فى حديث أبى قتادةَ المتفق عليه : ثمّ رَكِبْتُ وَنَسِيتُ السَّوْطَ والرُّمْحَ ، فقلت لهم : نَاوِلُونِي السَّوْطَ والرُّمْحَ ، قالوا . واللهِ لا نُعِينُكَ عَلَيْهِ . وهذا يدلّ على أنهم اعتقدوا تحريم الإعانة ، والنبى صلى الله عليه وآله وسلم أقرّهم على ذلك . ولأنه إعانةٌ على مُحرّم ، فحرم ، كالإعانة على قتل الآدمىّ .

٢٣٤٠ فصــــل

ويضمن الصيد بالدلالة ، فإذا دلّ المحرمُ حلالاً على الصيد ، فأتلفه ، فالجزاء كلّه على المحرم . رُوى ذلك عن علىّ ، وابن عباس ، وعطاء ، ومجاهد ، وبكر المزنىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال مالك ، والشافعىّ : لا شىء على الدالّ ، لأنه يضمن بالجناية ، فلا يضمن بالدلالة ، كالآدمىّ .

ولنا : قول النبى ﷺ لأصحاب أبى قتادة : « هلْ منكمْ أحدٌ أمرهُ أن يَحملَ عليها ، أو أشارَ إليها ؟ » . ولأنه سبب يتوصّل به إلى إتلاف الصيد ، فتعلّق به الضمان . كما لو نصب أُحْبُولَةً ، ولأنه قول علىّ ، وابن عباس . ولا نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة .

٢٣٤١ فصـــــل

فإن دلّ مُحرماً على الصيد ، فقتله ، فالجزاء بينهما . وبه قال عطاء ، وحمّاد بن أبي سُلَيمان . وقال الشعبيّ ، وسعيدُ بن جُبَيْر ، والحارث المُكْلِيّ ، وأصحابُ الرأي : على كلّ واحد جزاء لأن كل واحد من الفعلين يستقلّ بجزاء كامل ، إذا كان مُفرداً ، فكذلك إذا انضمّ إليه غيرُه . وقال مالك ، والشافعيّ : لا ضمان على الدالّ .

ولنا : أن الواجب جزاء المُتلف ، وهو واحد ، فيكون الجزاء واحداً . وعلى قول مالك والشافعيّ : ماسبق . ولافرق في جميع ذلك بين كون المدلول ظاهراً أو خفياً ، لا يراه إلا بالدلالة عليه . ولو دلّ محرم محرماً على صيد ، ثمّ دلّ الآخر آخر ، ثم كذلك إلى عشرة ، فقتله العاشر . كان الجزاء على جميعهم ، وإن قتله الأول لم يضمن غيره . لأنه لم يدلّه عليه أحد ، فلا يُشْرِكه في ضمانه أحدٌ . ولو كان المدلول رأى الصيد قبل الدلالة ، والإشارة ، فلا شيء على الدالّ ، والمشير . لأن ذلك لم يكن سبباً في تلفه . ولأن هذه ليست دلالة على الحقيقة . وكذلك إن وجد من المحرم حدث عند رؤية الصيد من ضَحِك ، أو استشراف إلى الصيد ، ففطن له غيرهُ فصاده ، فلا شيء على المُحرم . بدليل ما جاء في حديث أبي قتادة ، قال : « خَرَجْنا معَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتّى إذا كُنَّا بالقَاحَةِ[1] ، ومِنَّا المُحْرِمُ ، ومِنَّا غَيْرُ المحرم ، إذْ بَصُرْتُ بأَصْحَابي يَتراءوْنَ شيئاً . فإذا حِمَارُ وَحْشٍ — وفي لفظ : فلَمّا كُنَّا بالصِّفَاحِ[2] ، فإذَا هم يَتَرَاءوْنَ — فقلتُ : أيَّ شَيْءٍ تَنْظُرُونَ ؟ فَلَمْ يُخْبِرُونِي » متفق عليه .

٢٣٤٢ فصـــــل

فإن أعار قاتل الصيد سلاحاً فقتله به ، فهو كما لو دلّه عليه ، سواء كان المستعار مما لم يتم قتلُه إلا به ، أو أعانه عليه بمناولته سوطه أو رمحه ، أو أمره باصطياده ، لما ذكرنا من حديث أبي قتادة ، وقول أصحابه : « واللهِ لَا نُعِينُكَ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ » . وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « هَلْ مِنْكُمْ أَحَدٌ أَمَرَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا أَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا » وكذلك إن أعاره سكيناً فذبحه بها ، فإن أعاره آلةً ليستعملها في غير الصيد فاستعملها في الصيد لم يضمن . لأن ذلك غير محرّم عليه . فأشبه مالو ضحك ، عند رؤية الصيد ، ففطن له إنسان فصاده .

٢٣٤٣ فصـــــل

وإن دلّ الحلالُ مُحرماً على الصيد فقتله ، فلا شيء على الحلال ، لأنه لايضمن الصيد بالإتلاف ،

---

(١) القاحة : موضع قرب المدينة .
(٢) الصفاح : جبال تتاخم نعمان ، ونعمان واد قريب من مكة .

فبالدلالة أولى ، إلا أن يـكون ذلك فى الحرم ، فيشاركه فى الجزاء ، لأن صيد الحرم حرام على الحلال ، والحرام . نص عليه أحمد .

٢٣٤٤ فصـــل

وإن صاد المحرم صيداً لم يملكه ، فإن تلف فى يده فعليه جزاؤه ، وإن أمسكه حتى حل لزمه إرساله ، وليس له ذبحه ، فإن فعل أو تلف الصيد ضمنه ، وحرم أكله . لأنه صيد ضمنه بحُرمة الإحرام ، فلم يُبح أكله ، كما لو ذبحه حال إحرامه ، ولأنهـا ذكاة منع منها بسبب الإحرام ، فأشبهت ما لو كان الإحرامُ باقياً . واختار أبو الخطَّاب أن له أكلَه ، وعليه ضمانُه ، لأنه ذبحه وهو من أهل ذبح الصيد ، فأشبه ما لو صاده بعد الحِلّ . والفرق ظاهر ، لأن هذا يلزمه ضمانُه ، والذى صاده بعد الحل لا ضمان عليه فيه .

٢٣٤٥ « مسألة » قال ﴿ ولا يأكله إذا صاده الحلال لأجله ﴾ .

لاخلاف فى تحريم الصـيد على المحرم إذا صاده أو ذبحه . وقد قال الله تعـالى : (٥ : ٩٦ وحُرِّمَ عَلَيْـكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَادُمْتُمْ حُرُماً) وإن صاده حلالا وذبحه ، وكان من المحرم إعانة فيه ، أو دلالة عليه ، أو إشارة إليه لم يُبح أيضاً . وإن صِيـد من أجله لم يُبح أيضاً . أكلُه وروى ذلك عن عُثْمان بن عفان ، وهو قول مالك ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : له أكلُه . لقول النبىّ صلى الله عليه وسـلم فى حـديث أبى قتادة : « هَلْ مِنْكُمْ أَحَدٌ أَمَرَهُ أَوْ أَشَارَ إِلَيْهِ بِشَىْءٍ ؟ قَالُوا : لا . قال : فَـكُلُوا مَا بَقِيَ مِنْ لَحْمِهَا » متفق عليه . فدلّ على أن التحريم إنما يتعلّق بالإشارة ، والأمر ، والإعانة ، ولأنه صيد مُذَكَّى لم يحصل فيه ولا فى سببه صُنْعٌ منه . فلم يَحرُم عليه أكلُه ، كما لو لم يُصَد له .

وحُـكى عن علىّ ، وابن عمر ، وعائشة ، وابن عباس : أن لحم الصيد يحرُم على المُحرم بكلّ حال ، وبه قال طاوس . وكرهه الثورىّ ، وإسحاق لعموم قوله (٥ : ٩٦ وَحُرِّمَ عَلَيْـكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَادُمْتُمْ حُرُماً) وروى عن ابن عباس عن الصعب بن جَثَّامَةَ الليثى « أنه أَهْدَى إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم حماراً وَحْشِياً ، وَهُوَ بالأَبْوَاء ، أَوْ بوَدَّان [1] فَرَدَّهُ عَلَيْهِ رسول الله صـلى الله عليـه وسلم . فلمَّا رآى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم مَافِي وَجْهِهِ قال : إِنَّا لَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْكَ إِلَّا أَنَّا حُرُمٌ » متفق عليه ، وفى لفظ : « أَهْدَى الصَّعْبُ بنُ جَثَّامَةَ إِلَى النبىّ صلى الله عليه وسلم رِجْلَ حِمَارٍ » وفى رواية : « عَجُزَ حِمَارٍ » وفى رواية « شِقَّ حِمَارٍ » روى ذلك كله مسلم . وروى أبو داود بإسناده ، عن عبد الله بن الحـارث ، عن أبيه قال « كَانَ الْحَارِثُ خَلِيفَةَ عُثْمَانَ عَلَى الطَّائِفِ ، فَصَنَعَ لَهُ طَعَاماً ، وصنع فيه الْحَجَلَ واليَعَاقِيبَ

(١) الأبواء ، وودان : موضعان متقاربان ، سكن الصعب بن جثامة ودان .

ولحمَ الوحشِ . فبعثَ إلى عليّ بن أبى طـالب ، فجاءه . فقال : أَطْعِمُوه قَوْماً حَـلاَلاً . فإنّا حُرُمٌ . ثم قال عليّ : أَنْشُدُ اللهَ مَنْ كَانَ هَهُنَا مِنْ أَشْجَعَ . أَتَعْـلَمُونَ أَنَّ رسول الله صلى الله عليـه وسلم أُهْدِيَ إِلَيْهِ رِجْـلُ حِمَارٍ وَحْشِيّ، فَأَبَى أَنْ يَأْكُلَهُ ؟ قَالُوا : نَعَمْ » ، ولأنه لحمُ صـيد ، فحـرم على المُحرم ، كما لو دلّ عليه .

ولنـا : ماروى جابر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « صَيْدُ البَرِّ لَـكُمْ حَلاَلٌ مَالَمْ تَصِيدُوه ، أَوْ يُصَدْ لَـكُمْ » رواه أبو داود ، والنسائىّ ، والترمذىّ . وقال : هو أحسن حـديث فى الباب ، وهذا صريح فى الحـكم . وفيه جمع بين الأحاديث ، و بيان المختلف منها . فإن ترْكَ النبى صلى الله عليه وسلم للأكل مما أُهْدِيَ إليه ، يحتملُ أن يكون لعلمه أنه صِيدَ من أجله ، أو ظَنّه ، ويتعين حمله على ذلك ، لمـا قدّمت من حديث أبى قتادة . وأمر النبى صلى الله عليـه وسلم أصحابَه بأكل الحمار الذى صَادَهُ . وعن طَلْحَةَ : «أَنَّهُ أُهْدِيَ لَهُ طَيْرٌ وَهُوَ رَاقِدٌ ، فَأَكَلَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ وَهُمْ مُحْرِمُونَ ، وَتَوَرَّعَ بعضٌ ، فلما استيقظ طلحةُ وافَقَ مَنْ أَكَلَهُ ، وقال : أَكلناهُ مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم » ، رواه مسلم . وفى المُوطأ : « أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم خَرَجَ يُرِيدُ مَـكَّةَ ، وَهُوَ مُحْرِمٌ ، حَتَّى إِذَا كَانَ بِالرَّوْحاءِ[1] إِذَا حمارٌ وَحْشِيٌّ عَقِيرٌ ، فجاء البَهْزِيّ ، وهو صَاحِبُه . فقال : يارسول الله ، شَأْنُـكُمْ بِهذا الحِمارِ . فأمر رسول الله صـلى الله عليـه وسلم أبا بَـكْرٍ ، فَقَسَّمَهُ بَيْنَ الرِّفَاقِ » ، وهو حـديث صحيح . وأحاديثهم إن لم يـكن فيها ذكر أنه صيدَ من أجلهم ، فتعيّن ضَمُّ هذا القيد إليهـا لحديثنا ، وجمعاً بين الأحاديث ، ودفعاً للتناقض عنها ، ولأنه صِيدَ للمحرم ، فحرم . كما لو أمر أو أعان .

٢٣٤٦ فصـــل

وما حرم على المحرم لـكونه صِيدَ من أجله ، أو دَلّ عليه ، أو أعان عليه ، لم يحرُم على الحـلال أكلُه . لقول عليّ : « أَطْعِمُوهُ حَلاَلاً » وقد بيّنّا حملَه على أنه صِيدَ من أجلهم . وحـديث الصَّعْب بن جَثَّامَةَ حين رَدّ النبيُّ صلى الله عليه وسلم الصَّيْدَ عليه ، ولم ينهَهُ عن أكله . ولأنه صَيْدُ حـلال ، فأُبيح للحلال أكلُه ، كما لو صيد لهم . وهل يُباح أكله لمحرم آخرَ ؟ ظاهر الحديث : إباحتُه له ، لقوله : « صَيْدُ البَرِّ لَـكُمْ حَلاَلٌ مَالَمْ تَصِيدُوه ، أَوْ يُصَدْ لَـكُمْ » وهو قول عثمان بن عفّان رضى الله عنه . لأنه روى : « أَنَّه أُهْـدِيَ إِلَيْهِ صيدٌ وَهُوَ مُحْرِمٌ ، فقالَ لأصحابِهِ : كُلُوا وَلَمْ يَأْكُلْ هُوَ وقال : إِنَّمَا صيـدَ مِنْ أَجْلِي » ولأنه لم يُصَد من أجله . فحَلّ له كما لو صاده الحلالُ لنفسه . ويحتمل أن يحرُم عليه . وهو ظاهر

---

(١) الروحاء : موضع بين الحرمين على ثلاثين أو أربعين ميلا من المدينة .

قول علىّ رضى عنه . لقوله : « أَطْعِمُوهُ حَلاَلاً فإنّا حُرُمٌ »، ولقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى قَتَادة : « هَلْ مِنْكُمْ أَحَدٌ أَمَرَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا ، أَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا ؟ قالوا : لا ، قال : فَـكُلُوهُ » ، فمفهومه أن إشارةَ واحد منهم تحرّمه عليهم .

٢٣٤٧ فصـــــل

إذا قتل المحرم الصيد ، ثم أكله ، ضمنه ، للقتـل ، دون الأكل . وبه قال مالك ، والشـافعىّ . وقال عطاء ، وأبو حنيفة : يضمنه للأكل أيضاً ، لأنه أكل من صيد محرّم عليه ، فيضمَنه ، كما لو أكل مما صِيدَ لأجله .

ولنـا : أنه صيدٌ مضمون بالجزاء ، فلم يُضمن ثانيـاً ، كما لو أتلفه بغير الأكل ، وكصيد الحرَم إذا قتله الحلالُ ، وأكله . وكذلك إن قتله مُحرِمٌ آخرُ ، ثم أكل هـذا منه ، لم يجب عليه الجزاء ، لمـا ذكرنا ، ولأن تحريمـه لـكونه مَيْتَةً ، والميتـة لاتُضمن بالجزاء . وكذلك إن حرُم عليه أكلُه للـدلالة عليـه ، والإعانةِ عليه ، فأكل منه لم يضمن . لأنه صيد مضمون بالجزاء مرّةً . فلا يجب به جزاء ثانٍ ، كما لو أتلفه ، وإن أكل مما صِيد لأجله ضمنه ، وهو قول مالك . وقاله الشافعى فى القديم وقال فى الجديد : لاجزاء عليه . لأنه أكل للصيد ، فلم يجب به الجزاء ، كما لو قتله ثم أكله .

ولنـا : أنه إتلاف ممنوع منه ، لحرمةِ الإحرام ، فتعلّق به الضمان ، كالقتل . أما إذا قتله ، ثم أكله ، لايحرُم للاتلاف ، إنما حرُم لـكونه مَيْتَةً .

إذا ثبت هذا : فإنّه يضمَنه بمثله من اللحم . لأن أصله مضمون بمثله من النعم ، فـكذلك أبعاضُه تُضمَن بمثلها ، بخلاف حيوان الآدمىّ يُضمن بقيمته ، فـكذلك أبعاضُه .

٢٣٤٨ فصـــــل

وإذا ذبح المحرم الصيد صار ميتة يحرُم أكلُه على جميع النـاس ، وهـذا قول الحسن ، والقـاسم ، وسالم ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشـافعىّ ، وإسحاق ، وأصحـاب الرأى . وقال الحـكم ، والثورىّ ، وأبو ثور : لابأس بأكله . قال ابن المنذر : هو بمنزلة ذَبِيحَةِ السَّـارق . وقال عمرو بن دينار ، وأيّوب السَّخْتِيَانِىّ يأكلُه الحلاَلُ . وحُكى عن الشافعىّ قولٌ قديم : أنه يَحِلّ لغيره الأكلُ منه ، لأن من أباحت ذكاتُه غيرَ الصيد ، أباحت الصيدَ كالحلال .

ولنا : أنه حيوان حرُم عليه ذبحه لحقّ الله تعـالى ، فلم يحلّ بذبحه ، كالمجوسىّ . وبهـذا فارق سائر الحيوانات ، وفارق غيرَ الصيد ، فإنه لايحرُم ذبحه . وكذلك الحـكم فى صيد الحَرم إذا ذبحه الحلالُ .

٢٣٤٩ فصل

وإذا اضطُرّ المحرم فوجد صيداً ومَيْتةً ، أكل المَيْتة . وبهذا قال الحسن ، والثورىّ ، ومالك . وقال الشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر : يأكلُ الصيد . وهذه المسألة مبنية على أنه إذا ذبح الصيد كان مَيْتَةً فيُساوى المَيْتَةَ فى التحريم[1] ، ويمتاز بإيجاب الجزاء وما يتعلّق به من هتك حُرمة الإحرام . فلذلك كان أكل الميتة أولى ، إلا أن لا تطيب نفسُه بأكلها ، فيأكلُ الصيد ، كما لو لم يجد غيره .

٢٣٥٠ « مسألة » قال ﴿ ولا يطيّب المحرم ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من الطيب . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم ، فى المحرم الذى وَقَصَتْهُ رَاحِلَتُهُ « لاَتَمَسُّوهُ بِطِيبٍ » رواه مسلم ، وفى لفظ : « لاَتُحَنِّطُوهُ » متفق عليه . فلما مُنع الميّت من الطيب لإحرامه فالحىّ أولى ، ومتى تطيّب فعليه الفدية ، لأنه استعمل ماحرّمه الإحرام . فوجبت عليه الفدية كاللباس . ومعنى الطيب : ماتَطيب رائحته ، ويُتّخذ للشم ، كالمسك ، والعنبر ، والكافور ، والغالية ، والزعفران ، وماء الورد ، والأدهان المُطيبة ، كدُهن البَنَفْسَج ، ونحوه .

٢٣٥١ فصل

والنبات الذى تُستطاب رائحته ، على ثلاثة أضرب :

أحدها : مالا ينبت للطيب ، ولا يُتَّخذ منه كنبات الصحراء ، من الشيح والقَيْصُوم[2] ، والخُزَامَى[3] ، والفواكه ، كلِّها من الأُترجّ ، والتفاح ، والسفرْجَل ، وغيره . وما يُنبته الآدميّون لغير قصد الطِّيب ، كالحِنّاء ، والعُصْفُر ، فمباح شَمُّه ، ولا فدية فيه . ولا نعلم فيه خلافاً إلاّ مارُوى عن ابن عمر : « أَنَّهُ كَانَ يَكْرَهُ لِلْمُحْرِمِ أَنْ يَشَمَّ شَيْئاً مِنْ نَبَاتِ الْأَرْضِ مِنَ الشِّيحِ وَالْقَيْصُومِ وغيرها » ولا نعلم أحداً أوجب فى ذلك شيئاً . فإنه لا يُقصد للطِّيب ولا يُتخذ منه طيب ، أشبه سائرَ نبات الأرض وقد رُوى : « أَنَّ أَزْوَاجَ رسول الله صلى الله عليه وسلم كُنّ يُحْرِمْنَ فى المُعَصْفَرَاتِ .

الثانى : ما يُنبته الآدميّون للطِّيب ، ولا يُتَّخذ منه طيب ، كالرَّيْحانِ الفارسىّ ، والمَرْزَنْجُوش ،

---

(١) مساواته للميتة فى التحريم لاتمنع الضرر الذى يتعرض له المحرم بأكل الميتة ، بخلاف أكل الصيد فإنه لاضرر فيه . فقد تساوت الميتة والصيد فى الحرمة ، وفضل الصيد بعدم الضرر فى أكله ، وهذا يرجح مذهب الشافعى ومن وافقه ، وإيجاب الجزاء وهتك حرمة الإحرام ، كل ذلك يهون فى سبيل منع ضرر الميتة التى قد تسبب التسمم لآكلها فتذهب بحياته .

(٢) القيصوم : نبات مر إلا أن له رائحة كالشيح ودخانه يطرد الهوام .

(٣) الخزامى : نبت زهره أطيب الأزهار نفحة ، والتبخير به يذهب كل رائحة منتنة .

والنَّرْجِس ، والبَرَم[1] ، ففيـه وجهان . أحدهما : يُباح بغـير فدية . قاله عثمان بن عفّان ، وابن عبّاس ، والحسن ، ومجاهد ، وإسحاق . والآخر : يَحرُم شمّه . فإن فعـل فعليه الفـدية ، وهو قول جابر ، وابن عمر ، والشافعيّ ، وأبي ثور . لأنهُ يُتّخذ للطِّيب . فأشبه الورد . وكرهه مالك ، وأصحـاب الرأى ، ولم يوجبوا فيه شيئاً . وكلام أحمـد فيه مُحتمِل لهذا . فإنه قال فى الرَّيحان : ليس من آلةِ المُحرِم . ولم يذكر فديتَه . وذلك لأنه لايتّخذ منه طيب ، فأشبه العُصفُر .

الثالث : ما ينبت للطِّيب ، ويُتّخذ منه طيب ، كالورد ، والبَنَفْسَج ، والياسمين ، والخِيرِى[2] . فهذا إذا استعمله وشمّه ، ففيه الفدية . لأن الفدية تجب فيما يُتّخذ منه ، فـكذلك فى أصله . وعن أحمـد روايةٌ أخرى فى الورد : لا فدية عليـه فى شمّه ، لأنه زهر شمّه على جهته ، أشبه زهر سائر الشجر . وذكر أبو الخطّاب فى هـذا والذى قبـله روايتين . والأولى : تحريمُه . لأنه ينبت للطِّيب ، ويُتّخذ منه ، أشبه الزعفران ، والعنبر . قال القاضى : يقال إن العنبر ثمرُ شجرٍ ، وكذلك الـكافور .

٢٣٥٢ فصـــل

وإن مَسَّ من الطِّيب مايعلَق بيده ، كالْغَالِيَة ، وماء الورد ، والمِسْكِ المسحوق الذى يَعْلَقُ بأصابعه ، فعليه الفدية . لأنه مُستعمِل للطِّيب . وإن مَسّ ما لايَعْلَقُ بيده كالمسك غير المسحوق ، وقِطَع الـكافور ، والعَنْبر ، فلا فدية ، لأنه غير مُستعمِل للطِّيب . فإن شمّه فعليه الفدية ، لأنه يُستعمل هـكذا . وإن شمّ العُودَ فلا فدية عليه ، لأنه لايُتَطَيَّبُ به هكذا .

٢٣٥٣ « مسألة » قال ﴿ ولايلبس ثوباً مسّه وَرْسٌ ، ولا زعفران ، ولا طِيبٌ ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى هذا . وهو قول جابر ، وابن عمر ، ومالك ، والشافعيّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . قال ابن عبـد البرّ : لا خلاف فى هـذا بين العلماء . وقد قال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : « لاَ تَلْبَسُوا مِنَ الثِّيَابِ شَيْئاً مَسَّهُ الزَّعْفَرَانُ وَلاَ الْوَرْسُ[3] » متفق عليه . فـكلّ ما صُبِغ بزعفران ، أو وَرْس ، أو غُمِس فى ماء وَرْدٍ ، أو بُخِّرَ بعُودٍ ، فليس للمُحرِم لُبسه ، ولا الجلوسُ عليه ، ولا النومُ عليه . نص أحمـد عليه ، وذلك لأنه استعمال له ، فأشبه لُبسَه . ومتى لبسه ، أو استعمله ، فعليه الفدية . وبذلك قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : إن كان رَطْباً يلى بدنه ، أو يابساً يُنْفَضُ فعليه الفدية ، وإلا فلا ، لأنه ليس بمتطَيِّب .

ولنا : أنه منهيّ عنه لأجل الإحرام ، فلزمته الفدية به كاستعمال الطِّيب فى بدنه ، ولأنه محرم استعمل ثوباً مُطَيَّباً فلزمته الفدية به كالرَّطْب . فإن غسله حتى ذهب مافيه من ذلك فلا بأس به عند جميع العلماء .

---

(١) البرم : بفتح الباء والراء نبات العضاه ، وهو نبت برى طيب الرائحة .
(٢) الخيرى : يسمى خيرى البر ، وهو الخزامى السابق .
(٣) الورس نبات أصفر طيب الرائحة وحبه كالسمسم .

٢٣٥٤ فصـــــل

وإن انقطعت رائحةُ الثوب لطول الزمن عليه ، أو لـكونه صُبِغ بغيره ، فغلب عليه بحيثُ لايفوح له رائحةٌ إذا رُشّ فيه الماء ، فلا بأس باستعماله لزوال الطِّيب منه . وبهذا قال سعيد بن المسيّب ، والحسن ، والنخَعِيّ ، والشـافعيّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . ورُوى ذلك عن عطـاء ، وطاوس . وكَرِهَ ذلك مالك ، إلّا أن يُغسل ، ويذهبَ لونه ، لأن عين الزعفران ونحوه فيه .

ولنا : أنه إنما نُهى عنه من أجل رائحته ، وقد ذهبت بالـكلِّية . فأمّا إن لم يكن له رائحة فى الحال ، لـكن كان بحيثُ إذا رُشّ فيه ماء فاحَ رِيحُه ، ففيه الفدية . لأنه مُتطيِّب بطيبٍ ، بدليل أن رائحته تظهر عند رشّ الماء فيه . والمـاء لا رائحة له ، وإنما هى من الصِّبغ الذى فيـه . فأمّا إن فرش فوق الثوب ثوباً صفيقاً يمنـع الرائحة ، والمباشرة ، فلا فدية عليه بالجلوس ، والنوم عليـه . وإن كان الحائل بينهما ثيـاب بدنه ، ففيه الفدية ، لأنه يمنع من استعمال الطِّيب فى الثوب الذى عليه ، كمنعه من استعماله فى بدنه .

٢٣٥٥ « مسألة » قال ﴿ ولا بأس بما صُبِغ بالعصفر ﴾ .

وجملة ذلك : أن العُصْفُرَ ليس بطيب ، ولا بأس باستعماله وشمّه ولا بما صُبِغ به . وهذا قول جابر ، وابن عمر ، وعبد الله بن جعفر ، وعَقِيل بن أبى طالب ، وهو مذهب الشافعىّ . وعن عائشة ، وأسماء ، وأزواج النبىّ صلى الله عليه وسلم : « أنّهُنَّ كُنَّ يُحْرِمْنَ فى المُعَصْفَرَاتِ » وكرهه مالك إذا كان ينتفض فى بدنه ، ولم يوجب فيه فدية . ومنع منه الثورىّ ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن . وشبّهوه بالمُوَرَّسِ والمزَعْفَرِ . لأنه صِبغٌ طيّب الرائحة ، فأشبه ذلك .

ولنا : مارَوى أبو داود بإسناده عن ابن عمر : « أنَّهُ سَمِـع رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى النساء فى إحرامهنّ عن القُفَّازين والنِّقاب ومامَسّ الْوَرسُ والزعفرانُ من الثياب ، ولتلبس بعد ذلك ماأحبّت من ألوان الثياب ، من مُعَصْفَرٍ أو خزٍّ ، أو حَلْى ، أو سراويل ، أو قميص ، أو خُفّ » . وروى الإمام أحمد فى المناسك بإسناده عن عائشة بنت سَعْد قالت : « كُنَّا أَزْوَاجَ النبى صلى الله عليـه وسلم نُحْرِمُ فى المُعَصْفَرَاتِ » . ولأنه قول من سَمَّينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم مخالفاً . ولأنه ليس بِطيبٍ ، فـلم يكره ماصبغ به ، كالسواد ، والمصبوغ بالمَغْرَةِ[١] ، وأما الْوَرسُ والزعفران ، فإنه طيبٌ بخلاف مسألتنا .

٢٣٥٦ فصـــــل

ولا بأس بالمُمَشّق ، وهو المصبوغ بالمَغْرَةِ ، لأنّه مصبوغ بطين لابِطيبٍ ، وكذلك المصبوغ بسائر

(١) المغرة : بفتح الميم مع سكون الغين وفتحها : طين أحمر يصبغ بمنقوعه .

الأصباغ سوى ماذكرنا ، لأن الأصل الإباحة ، إلاّ ماورد الشرعُ بتحريمه ، وما كان فى معناه ، وليس هـذا كذلك . وأما المصبوغ بالرياحين فهو مبنىّ على الرياحين فى نفسها ، فما مُنع المحرم من استعماله ، مُنع لُبْسَ المصبوغ به ، إذا ظهرت رائحتُه ، وإلا فلا .

٢٣٥٧ « مسألة » قال ﴿ ولا يقطع شعراً من رأسه ، ولا جسده ﴾ .

وأجمع أهل العلم على أن المُحرم ممنوع من أخذ شعره إلا من عُذر . والأصل فيه : قول الله تعالى : (٢ : ١٩٦ وَلاَ تَحْلِقُوا رُءوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْىُ مَحِلَّهُ) . وروى كعبُ بن عُجْرَة ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَعَلَّكَ يُؤْذِيكَ هَوَامُّ رَأْسِكَ ؟ قال : نَعَمْ ، يارسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : احْلِقْ رَأْسَكَ وَصُمْ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ ، أَوِ انْسُكْ[1] شَاةً » متفق عليه . وهذا يدلّ على أن الحلق كان قبل ذلك مُحرّماً ! وشعر الرأس والجسد فى ذلك سواء .

٢٣٥٨ فصـــــل

فإن كان له عذر من مرض ، أو وقع فى رأسه قمل ، أو غيرُ ذلك ممـا يتضرّر بإبقاء الشعر ، فله إزالته للآية والخبر . قال ابن عباس (٢ : ١٩٦ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً) : أى برأسه قُرُوحٌ (أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ) : أى قَمْلٌ ، ثم ينظر ، فإن كان الضرر اللاحق به من نفس الشعر ، مثل أن ينبُت فى عينه ، أو طال حاجباه فغطيّا عينيه ، فله قلعُ مافى العين ، وقطعُ مااسترسل على عينيه ، ولا فدية عليه ـ لأن الشعر آذاه ، فكان له دفع أذيّته بغير فدية ، كالصيد إذا صال[2] عليه وإن كان الأذى من غير الشعر لكن لايتمكّن من إزالة الأذى إلاّ بإزالة الشعر كالقمل ، والقروح ، برأسه أو صداع برأسه ، أو شدّة الحرّ عليه لكثرة شعره ، فعليه الفدية ، لأنه قطع الشعر لإزالة ضررِ غيره فأشبه أكل الصيد للمَخْمَصَةِ .

فإن قيل : فالقمل من ضرر الشعر ، والحَرُّ سببه كثرة الشعر .

قلنا : ليس القمل من الشعر ، وإنما لايتمكّن من المقام فى الرأس إلاّ به ، فهو محلٌّ له ، لاسببٌ فيه . وكذلك الحرّ من الزمان ، بدليل أن الشعر يوجَدُ فى زمن البرد ، فلا يتأذّى به ، والله أعلم .

٢٣٥٩ « مسألة » قال ﴿ ولا يقطع ظفراً إلا أن ينكسر ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن المُحرم ممنوع من قَلْم أظفاره إلا من عذر . لأن قطع الأظفار إزالةُ جزء يترفّه به ، فحرم كإزالة الشعر . فإن انكسر فله إزالته ، من غير فدية تلزمه . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أنّ للمُحرم أن يُزيل ظفره بنفسه ، إذا انكسر . ولأن ماانكسر يُؤذيه ويُؤلمه ،

(١) انسك شاة : اذبح شاة ، يقال : نسك ينسك من باب نصر وكرم .

(٢) صال عليه : هجم عليه ، وحاول الفتك به ، فله قتله دفاعاً عن نفسه بدون فدية .

فأشبه الشعرَ النابت في عينه ، والصيدَ الصائل عليه . فإن قصّ أكثر مما انكسر فعليه الفدية لذلك الزائد ، كما لو قطع من الشعر أكثر مما يحتاج إليه . وإن احتاج إلى مداواة قَرْحةٍ ، فلم يمكنه إلا بقصّ أظفاره فعليه الفديةُ لذلك . وقال ابن القاسم صالك ماحب : لافديةَ عليه .

ولنا : أنه أزال مامُنع إزالته لضرر فى غيره . فأشبه حلق رأسه دفعاً لضرر قمله ، وإن وقع فى أظفاره مرضٌ فأزالها لذلك المرض فلا فدية عليه ، لأنه أزالها لإزالة مرضها ، فأشبه قصَّها لـكسرها .

٢٣٦٠ « مسألة » قال ﴿ ولا ينظر فى المرآة لإصلاح شىء ﴾ .

يعنى لا ينظر فيها لإزالة شَعَثٍ أو تسوية شعر ، أو شىء من الزينة . قال أحمد : ولا بأس أن ينظر فى المرآة ، ولا يصلح شَعَثاً ، ولا ينفض عنه غباراً . وقال أيضاً : إذا كان يُريد به زينةً فلا . قيل : فكيف يُريد زينةً ؟ قال : يرى شعرةً فيُسوِّيها ورُوى نحو ذلك عن عطاء . والوجه فى ذلك : أنه قد رُوى فى حديث : « إِنَّ الْمُحْرِمَ الْأَشْعَثُ الْأَغْبَرُ » وفى آخر : « إِنَّ اللهَ يُبَاهِي بِأَهْلِ عَرَفَةَ مَلاَئِكَتَهُ فَيَقُولُ : يَامَلاَئِكَتِي انْظُرُوا إِلَى عِبَادِي قَدْ أَتَوْنِي شُعْثاً غُبْراً ضَاحِينَ »[1] أو كما جاء لفظ الحديث .

فإن نظر فيها لحاجة ، كمداواة جُرح ، أو إزالة شعر يَنْبُتُ فى عينه ، ونحو ذلك مما أباح الشرع له فعلَه ، فلا بأس ، ولا فدية عليه بالنظر فى المرآة على كلّ حال ، وإنما ذلك أدبٌ ، لاشىء على تاركه . لا نعلم أحداً أوجب فى ذلك شيئاً . وقد رُوى عن ابن عمر ، وعمر بن عبد العزيز : أنهما كانا ينظران فى المرآة ، وهما مُحْرِمَانِ .

٢٣٦١ « مسألة » قال ﴿ ولا يأكلُ من الزعفران مايجدُ ريحَه ﴾ .

وجملة ذلك : أن الزعفران وغيره من الطِّيب إذا جُعل فى مأكول أو مشروب فلم تذهب رائحتُه ، لم يُبَح للمُحرم تناوله ، نيئاً كان أو قد مَسّته النار ، وبهذا قال الشافعى . وكان مالك وأصحاب الرأى لا يرون بما مَسّت النارُ من الطعام بأساً ، سواء ذهب لونه وريحه وطعمه ، أو بقى ذلك كله . لأنه بالطبخ استحال كونه طيباً . ورُوى عن ابن عمر ، وعطاء ، ومُجاهد ، وسعيد بن جبير ، وطاوس ، أنهم لم يكونوا يرون بأكل الْخُشْكَنَانَجِ[2] الأصفر بأساً ، وكرهه القاسم بن محمد ، وجعفر بن محمد .

ولنا : أن الاستمتاع به والترفّه به حاصلٌ من حيث المُباشرة ، فأشبه مالو كان نيئاً ، ولأن المقصود من الطيب رائحتُه ، وهى باقية . وقول من أباح الْخُشْكَنَانَجِ الأصفر محمول على مالم يبق فيه رائحةٌ . فإن ماذهبت رائحته وطعمه ولم يبق فيه إلا اللون مما مسته النار لا بأس بأكله . لا نعلم فيه خلافاً ، سوى أن

(١) ضاحين : بارزين للشمس معرضين لها غير مستظلين بظل شىء .
(٢) الخشكنانج : نبات أصفر له رائحة .

القاسم ، وجعفر بن محمد كرها الْخُشكنانج الأصفر . ويمكن حمله على مابقيت رائحته ليزول الخلاف . فإن لم تمسّه النار لـكن ذهبت رائحتـه وطعمه ، فلا بأس به ، وهو قول الشافعىّ . وكره مالك ، والْحُمَيْدِىّ ، وإسحق ، وأصحاب الرأى المِلْحَ الأصفَر ، وفرقوا بين مامسته النار ومالم تمسه .

ولنـا : أنّ المقصود الرائحـة ، فإن الطِّيب إنمـا كان طيباً لرائحته ، لا للونه . فوجب دورانُ الحـكم معها دونه .

٢٣٦٢ فصـــــل

فإن ذهبت رائحتُه ، وبقى لونه ، وطعمه ، فظاهر كلام الْخِرقىّ : إباحتُه لما ذكرنا من أنها المقصود ، فيزول المنع . وظاهرُ كلام أحمد فى رواية صالح : تحريمه ، وهو مذهب الشافعىّ . قال القاضى : محالٌ أن تنفكّ الرائحةُ عن الطعم ، فمتى بقى الطعمُ دلّ على بقائها ، فلذلك وجبت الفِدْية باستعماله .

٢٣٦٣ « مسألة » قال : « ولا يَدَّهِنُ بما فيه الطّيب ومالا طيبَ فيه » .

أما المُطيّب من الأدهان كدُهن الورد ، والبَنَفْسَج ، والزّنبق ، والخِـيرِى ، واللّينُوفَر ، فليس فى تحريم الادّهان به خلاف فى المذهب . وهو قول الأوزاعىّ . وكره مالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : الادّهان بدُهن البَنَفْسَج . وقال الشافعى : ليس بطيبٍ .

ولنـا : أنه يتّخذ للطيب ، وتُقصد رائحته ، فـكان طيباً كماء الورد . فأما مالا طيب فيه كالزيت ، والشَّيْرَج ، والسَّمْنِ ، والشَّحْم ، ودُهن البان الساذج ، فنقـل الأثرم قال : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن المحرم يدّهن بالزيت ، والشَّيْرَج . فقال : نعم يدهن به إذا احتاج إليه ، ويتداوى المحرم بما يأكلُ . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العـلم على أن للمُحرم أن يدهن بدنَه بالشّحْم ، والزّيت ، والسَّمْن . ونقل الأثرم جوازَ ذلك عن ابن عباس ، وأبى ذرّ ، والأسود بن يزيد ، وعطاء ، والضحّاك ، وغيرهم . ونقل أبو داود عن أحمد أنه قال : الزيتُ الذى يُؤكل لا يدهنُ المُحرم به رأسه . فظاهر هذا : أنه لا يدهن رأسه بشىء من الأدهان . وهو قول عطاء ، ومالك والشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى : لأنه يُزيل الشَّعَث ويُسكن الشعر . فأما دَهْنُ سائر البدن فلا نعـلم عن أحمد فيه منعاً . وقد ذكرنا إجماع أهل العلم على إباحته فى اليدين . وإنمـا الـكراهة فى الرأس خاصةً ، لأنه محلّ الشعر . وقال القاضى : فى إباحته فى جميع البـدن روايتان . فإن فعله فلا فدية فيه فى ظاهر كلام أحمد ، سواء دهن رأسه أو غيره ، إلا أن يـكون مُطَيِّباً . وقد رُوى عن ابن عمر : « أَنَّهُ صُدِعَ[1] وَهُوَ مُحْرِمٌ » فقالوا : ألاَ نَدْهُنُكَ بالسمن ؟ فقال : لا ، قالوا : أليس تأكلُه ؟ قال : ليس أكله كالادّهانِ به » وعن مجاهد قال : إن تداوى به فعليه الـكفّارة . وقال الذين منعوا من دهن الرأس فيه الفدية لأنه مُزيلٌ للشعَث ، أشبه مالو كان مُطَيِّباً .

---

(١) صدع : أصيب بصداع .

ولنا : أن وجوب الفدية يحتاج إلى دليل . ولا دليل فيه من نصّ ، ولا إجماع ، ولا يصحّ قياسه على الطّيب فإن الطيّب يوجبُ الفدية ، وإن لم يُزِلْ شعثاً . ويستوى فيه الرأسُ وغيره . والدهن بخلافه ، ولأنه مائع لا تجب الفدية باستعماله فى اليدين ، فلم تجب باستعماله فى الرأس كالماء .

٢٣٦٤ « مسألة » قال ﴿ ولا يتعمّد لشم الطيب ﴾ .

أى لا يقصد شمّه من غيره بفعل منه ، نحو أن يجلس عند العطّارين لذلك ، أو يدخل الكعبة حال تجْمِيرِها[1] ليشمّ طيبها ، أو يحمل معه عُقْدَةً فيها مسك ، ليجد ريحها . قال أحمد : سُبحان الله ! وكيف يجوز هذا ؟ وأباح الشافعيّ ذلك ، إلا العقدةَ تكون معه يَشَمّها . فإن أصحابه اختلفوا فيها . لأنه يشمّ الطِّيبَ من غيره ، أشبه ما لو لم يقصده .

ولنا : أنه شمّ الطِّيب قاصداً مُبتدئاً به فى الإحرام ، فحَرُم ، كما لو باشره ، يحقّقه أن القصد شمّه لا مباشرته ، بدليل ما لو مسّ اليابسَ الذى لا يعلق بيده ، لم يكن عليه شىء ، ولو رفعه بخرقة وشمّه لوجبت عليه الفدية ، ولو لم يباشره ، فأما شمُّه من غير قصد ، كالجالس عند العطار لحاجته ، وداخلَ السوق ، أو داخلَ الكعبة للتبرّك بها ، ومن يشترى طيباً لنفسه ، وللتجارة ، ولا يَمَسّه ، فغير ممنوع منه ، لأنه لا يمكن التحرّز من هذا ، فعُفِى عنه ، بخلاف الأول .

٢٣٦٥ « مسألة » قال ﴿ ولا يغطى شيئاً من رأسه ، والأذنان من الرأس ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من تخمير رأسه . والأصل فى ذلك « نهىُ النبىِّ صلى الله عليه وسلم عن لُبس العمائم ، والْبَرانِس » ، وقوله فى المُحرم الذى وَقَصَتْهُ راحِلَتُه : « لَا تُخَمِّرُوا رَأْسَهُ فَإِنَّهُ يُبْعَثُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مُلَبِّياً » علل منع تخمير رأسه ببقائه على إحرامه ، فعُلم أن المُحرم ممنوع من ذلك . وكان ابن عمر يقول : « إحرامُ الرَّجُل فى رأسه » . وذكر القاضى فى الشرح : أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِحْرَامُ الرَّجُلِ فى رَأْسِهِ ، وَإِحْرَامُ الْمَرْأَةِ فِى وَجْهِهَا » . وأنه عليه السلام : « نَهَى أَنْ يَشُدَّ الْمُحرِمُ رَأْسَهُ بالسَّيْرِ » . وقول الخِرَقِىّ : « وَالأُذُنَانِ مِنَ الرأس » فائدته : تحريمُ تَغْطِيتهما ، وأباح ذلك الشافعىّ .

وقد رُوى عن النبى ﷺ أنه قال : « الْأُذُنَانِ مِنَ الرَّأْسِ » وقد ذكرناه فى الطهارة .

وإذا ثبت هذا : فإنه يُمنع من تغطية بعض رأسه ، كما يُمنع من تغطية جميعه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لَا تُخَمِّرُوا رَأْسَهُ » والمنهىّ عنه يَحرُم فعل بعضه . ولذلك لمّا قال (٢ : ١٩٦ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ) حرُم حَلْقُ بعضه ، وسواء غطّاه بالملبوس المعتاد ، أو بغيره ، مثلُ أن عصبه بعصابة ،

---

(١) تجميرها : تبخيرها بالعود والطيب .

أو شدّه بسَيْر ، أو جعل عليـه قِرْطاساً فيه دواء ، أو لا دواء فيـه ، أو خضّبه بحنّاء ، أو طـلاهُ بطينٍ أو نُورَةٍ ، أو جعـل عليـه دواءً . فإنّ جميع ذلك ستر له ، وهو ممنوع منـه . وسواء كان ذلك لعذر ، أو غيره ، فإن العذر لا يُسقط الفدية . بدليل قوله تعالى (٢ : ١٩٦ فَمَنْ كَانَ مِنْـكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ) . وقصة كعب بن عجرة ، وبهـذا كله قال الشافعيّ . وكان عطاء يُرخّص في العصابة من الضرورة ، والصحيح : أنه لا تَسقُط الفدية عنه بالعُذر ، كما لو لبس قَلَنْسُوَةً من أجل البرد .

٢٣٦٦ فصـــل

فإن حمل على رأسه مِكْتَلاً[1] ، أو طَبَقاً ، أو نحوه ، فلا فدية عليه . وبهذا قال : عطاء ، ومالك . وقال الشافعيّ : عليه الفديةُ لأنه ستره .

ولنـا : أن هذا لا يُقصد به الستر غالباً ، فلم تجب به الفدية ، كما لو وضع يده عليـه ، وسواء قصد به الستر ، أو لم يقصـد . لأن ما تجب به الفـدية لا يختلف بالقصد وعدمه . فـكذلك ما لا تجب به الفـدية . واختار ابن عقيل وجوبَ الفدية عليه إذا قصد به الستر . لأن الحِيَل لا تُحيلَ الحقوق . وإن ستر رأسه بيديه فلا شيء عليه ، لما ذكرنا . ولأن الستر بما هو متّصل به لا يثبُت له حكم الستر ، ولذلك لو وضع يديه على فَرْجِـهِ لم تُجْزِئْهُ في السَّتْر . ولأن المُحرم مأمورٌ بمسح رأسه . وذلك يـكون بوضع يديه أو إحـداهما عليه . وإن طلى رأسه بعَسَلٍ أو صَمْغٍ ليجتمع الشعرُ ويتلبّد فلا يتخلّله الغُبار ، ولا يُصيبه الشَّعَثُ ولا يقع فيه الدَّبيبُ جاز . وهو التلبيدُ الذى جاء فى حديث ابن عمر : « رَأَيْتُ رسول الله ﷺ يُهِلُّ مُلَبِّداً » رواه البخاريّ . وعن حفصة أنهـا قالت لرسول الله صـلى الله عليه وسـلم : « مَاشَأْنُ النَّاسِ حَلُّوا وَلَمْ تَحْلِلْ أَنْتَ مِنْ عُمْرَتِكَ » ؟ قال : « إِنِّي لَبَّدْتُ رَأْسِي ؛ وَقَلَّدْتُ هَدْيِي[2] . فلاأَحِلُّ حَتَّى أَنْحَرَ » متفق عليهما . وإن كان فى رأسه طيب ممّا جعله فيه قبل الإحرام فلا بأس . لما رُوى عن عائشة قالت : « كَأَنِّي أَنْظُر إِلَى وَبِيصِ الطِّيبِ فى رَأْسِ رسول الله صـلى الله عليه وسلم » . وكان على رأس ابن عباس مثلُ الرُّبِّ[3] من الغَالِيةِ وهو مُحرم .

٢٣٦٧ فصـــل

وفى تغطية المحرم وجهه ؛ روايتان .

---

(١) المكتل : الزنبيل ؛ وهو القفة من الخوص .

(٢) قلدت هدي : جعلت عليه علامة الهدى الذى سيهدى إلى الحج ويذبح وكانوا يضعون على الهدى الذى سيذبح علامات كوضع نعليه عليه ، أو قطع من صوف ، أو غير ذلك ليعلم أنه سيذبح فى الحج .

(٣) الرب : خلاصة ثفل الثمار بعد عصرها وثفل السمن ونحوه ؛ وهو يكون ثخيناً غليظاً . والمراد هنا أن ابن عباس كان عليه من الغالية ، وهى نوع من الطيب جيد ، شيء كثير كالرب .

إحداهما : يُباح . رُوى ذلك عن عثمان بن عفان ، وعبد الرحمن بن عوف ، وزيد بن ثابت ، وابن الزبير ، وسعد بن أبى وقّاص ، وجابر ، والقاسم ، وطاوس ، والثورى ، والشافعىّ .

والثانية : لايُباح . وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك ، لما رُوى عن ابن عباس : « أَنَّ رَجُلاً وَقَعَ عَنْ رَاحِلَتِهِ فَوَقَصَتْهُ . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اغْسِلُوهُ بِمَاءٍ وَسِدْرٍ ، وَكَفِّنُوهُ فى ثَوْبَيْهِ ولاَ تُخَمِّرُوا وَجْهَهُ ولاَ رَأْسَهُ فإِنَّهُ يُبْعَثُ يَوْمَ القِيامَةِ يُلَبِّى » . ولأنه مُحَرَّم على المرأة ، فحُرِم على الرجل كالطيب .

ولنا : ماذكرنا من قول الصحابة ، ولم نعرف لهم مخالفاً فى عصرهم ، فيكون إجماعاً . ولقوله عليه السلام : « إِحْرَامُ الرَّجُلِ فى رَأْسِهِ ، وَإِحْرَامُ المَرْأَةِ فى وَجْهِهَا » . وحديث ابن عباس المشهور فيه : (ولا تُخَمِّروا رأْسهُ) هذا المتفق عليه . وقوله (ولا تُخَمِّروا وجْهَهُ) فقال شُعبة : حدثنيه أبو بِشْر . ثم سألته عنه بعد عشر سنين ، فجاء بالحديث ، كما كان يُحدّث إلا أنه قال : (ولا تُخَمِّروا وجههُ ورأْسَهُ » وهذا يدلّ أنه ضَعَّف هذه الزيادة . وقد رُوى فى بعض ألفاظه : (خَمِّروا وَجْهَهُ ولا تُخَمِّروا رَأْسَهُ) فتتعارض الروايتان ، وماذكروه يبطُل بلُبس القفّازين .

٢٣١٨ « مسألة » قال ﴿ والمرأة إحرامها فى وجهها ، فإن احتاجت سَدَلَتْ على وجهها ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة يحرُم عليها تغطيةُ وجهها فى إحرامها ، كما يحرُم على الرجل تغطيةُ رأسه لانعلم فى هذا خلافاً ، إلا ماروى عن أسماء : « أَنَّهَا كَانَتْ تُغَطِّى وَجْهَهَا وهِىَ مُحْرِمَةٌ » ويحتمل أنها كانت تُغطّيه بالسَّدْلِ عند الحاجة ، فلا يكون اختلافاً . قال ابن المنذر : وكَرَاهِيَةُ البُرْقُعِ ثَابِتَةٌ عَنْ سَعْدٍ ، وابن عمر وابن عباس وعائشة » . ولانعلم أحداً خالف فيه . وقد روى البخارىّ وغيره أنّ النبىَّ ﷺ قال : « ولا تَنْتَقِبُ المَرْأَةُ ولا تَلْبَسُ القُفَّازَيْنِ » فأمّا إذا احتاجت إلى ستر وجهها لمرور الرجال قريباً منها ، فإنها تَسْدِلُ الثوب من فوق رأسها ، على وجهها . روى ذلك عن عثمان وعائشة . وبه قال عطاء ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ وإسحاق ، ومحمد بن الحسن ، ولا نعلم فيه خلافاً . وذلك لما روى عن عائشةَ رضى الله عنها قالت : « كَانَ الرُّكْبَانُ يَمُرُّونَ بِنَا وَنَحْنُ مُحْرِمَاتٌ مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فَإِذَا حَاذَوْنَا سَدَلَتْ إِحْدَانَا جِلْبَابَهَا مِنْ رَأْسِهَا عَلَى وَجْهِهَا . فَإِذَا جَاوَزُونَا كَشَفْنَاهُ » رواه أبو داود والأثرم . ولأن بالمرأة حاجةً إلى ستر وجهها . فلم يحرم عليها سترُه على الإطلاق ، كالعورة . وذكر القاضى : أن الثوب يكون مُتجافياً عن وجهها ، بحيث لا يُصيب البَشَرَة ، فإن أصابها ثم زال ، أو أزالته بسرعة فلا شىء عليها : كما لو أطارت الريحُ الثوبَ عن عورة المصلِّى ثم عاد بسرعة ، لاتبطُل الصلاة ، فإن لم ترفعه مع القدرة افتدت ، لأنها استدامت الستر . ولم أر هذا الشرط عن أحمد ، ولا هو

فى الخبر ، مع أن الظاهر خلافهُ ، فإن الثوب المسدول لايكاد يسلَم من إصابة البشرة ، فلو كان هذا شرطاً لبُيِّن ، وانما مُنعت المرأة من البُرْقُع ، والنِّقاب ، ونحوهما مما يعد لستر الوجه . قال أحمد : إنما لها أن تَسْدِلَ على وجهها من فوقُ . وليس لها أن ترفع الثوب من أسفل ، كأنه يقول : إن النقاب من أسفل على وجهها .

٢٣٦٩ فصــــل

ويجتمع فى حق الحرمة وجوب تغطية الرأس وتحريم تغطية الوجه . ولا يمكن تغطيةُ جميع الرأس إلا بجزء من الوجه ولا كشف جميع الوجه إلا بكشف جزء من الرأس . فمند ذلك ستر الرأس كله أولى . لأنه آكدُ إذ هو عورة لا يختص تحريمُه حالة الإحرام ، وكشف الوجه بخلافه . وقد أبحنا ستر جملته فسترُ جزء منه لستر العورة أولى .

٢٣٧٠ فصــــل

ولا بأس أن تطوف المرأة مُنْتَقِبَةً إذا كانت غيرَ مُحرمة . « وطافَتْ عائِشَةُ وهىَ مُنْتَقِبَةٌ » . وكره ذلك عطاء ثم رجع عنه . وذكر أبو عبد الله حديث ابن جُرَيْج : أن عطاء كان يكره لغير المُحرمة للحاجة العارضة ، أن تطوف مُنْتَقِبَةً حتى حدثته عن الحسن بن ملم ، عن صفيَّة بنتِ شَيْبَة : « أَنَّ عائِشَةَ طَافَتْ وَهِيَ مُنْتَقِبَةٌ » فأخذ به .

٢٣٧١ « مسألة » قال ﴿ ولا تكتحل بكحل أسود ﴾ .

الكحل بالإثمد فى الإحرام مكروه للمرأة والرجل . وإنما خصَّ المرأة بالذكر لأنها محلّ الزينة . وهو فى حقها أكثرُ من الرجل . ويُروى هذا عن عطاء ، والحسن ، ومجاهد قال مجاهد : هو زينةٌ . ورُوى عن ابن عمر أنه قال : « يَكْتَحِلُ المُحرمُ بكلِّ كُحْلٍ لَيْسَ فيهِ طيبٌ » قال مالك : لا بأس أن يكتحل المُحرم من حرّ يجدُه فى عينيه بالإثمدِ وغيره . وروى عن أحمد أنه قال : يكتحلُ المحرم ما لم يُرد به الزينة . قيل له : الرجالُ والنّساء ؟ قال : نعم . والدليلُ على كراهته : مارُوى عن جابر : « أَنَّ عَلِيًّا قَدِمَ مِنَ اليَمنِ فَوَجَد فَاطِمَةَ مِمَّن حَلَّ ، فَلَبِستْ ثِيابًا صِبغًا وَاكْتَحَلَتْ ، فَأَنكَرَ ذَلِكَ عَلَيْهَا . فقالت : أَبِى أَمرنِى بِهذَا . فقال النبىّ صلى الله عليه وسلم : صَدَقَتِ ، صَدَقَتِ » رواه مسلم ، وغيرُه . وهذا يدلّ على أنّها كانت ممنوعةً من ذلك . ورُوى عن عائشة أنّها قالت لامرأة : « اكْتَحِلِي بِأَيِّ كُحْلٍ شِئْتِ غَيْرَ الإثمِدِ أَوِ الأَسْوَدِ » .

إذا ثبت هذا : فإن الكحل بالإثمد مكروه لافدية فيه ، لاأعلم فيه خلافاً . وروت شُمَيْسَةُ ، عن عائشة ، قالت : « اشْتَكَيْتُ عَيْنِى وَأَنا مُحْرِمَةٌ . فَسَأَلْتُ عائشةَ ؟ فقالت : اكْتَحِلِي بأَيِّ كُحْلٍ شِئْتِ

غيرَ الإثمِدِ ، أما إنَّهُ ليس بحرَامٍ . ولـكنَّه زينةٌ ، فنَحْنُ نَـكْرَهُهُ » . قال الشافعيّ : إن فعلا فلا أعلم عليهما فيه فدية بشيء .

٢٣٧٢ فصـــل

فأما الـكحل بغير الإثمد فلا كراهة فيه ، مالم يـكن فيه طيب ، لما ذكرنا من حديث عائشة ، وقول ابن عمر . وقد روى مسلم عن نُبَيْهِ بن وهب قال : « خَرَجْنَا مَعَ أَبَانَ بنِ عُثْمَانَ ، حَتَّى إِذَا كُنَّا بِمَلَلَ اشتـكَى عُمَرُ بنُ عُبَيْدِ اللهِ عينَيْهِ ، فَأَرْسَلَ إِلَى أَبَانَ بنِ عُثْمَانَ لِيَسْأَلَهُ ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهِ : أَنْ اضْمِدْهَا بِالصَّبْرِ ، فَإِنَّ عُثْمَانَ حَدَّثَ عَنْ رسـولِ اللهِ صلى الله عليـه وسلم ، في الرَّجلِ إِذَا اشتـكَى عينَيْهِ وَهُوَ مُحْرِمٌ ضَمَّدَهَا بِالصَّبْرِ » ففي هذا دليل على إباحة مافي معناه ممـا ليس فيه زينة ولا طيب . وكان إبراهيم لا يرى بالذَّرُورِ الأحمر بأساً .

٢٣٧٣ « مسألة » قال ﴿ وتجتنب كل ما يجتنبه الرجل ، إلا في اللباس ، وتظليل المَحمل ﴾ .

قال ابن المنـذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العـلم على أن المرأة ممنوعة ممَّا منع منه[1] الرجال إلا بعض اللباس . وأجمع أهل العلم على أن للمُحرمة لُبس القُمُص ، والدروع ، والسراويلات ، والخُمُر والخِفَاف ، وإنما كان كذلك ، لأنَّ أمْرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم المُحرمَ بأمر وحكمه عليه يدخل فيه الرجال والنساء ، وإنما استثنى منه اللباس للحاجة إلى ستر المرأة لـكونها عورة ، إلا وجهها ، فتجرّدها يُفضي إلى انـكشافها . فأُبيح لهـا اللباس للستر ، كما أُبيح للرجل عقـدُ الإزار ، كيلا يسقُط فتنـكشف العورة . ولم يبح عقد الرداء . وقد روى ابن عمر أنه سمع رسولَ الله صلى الله عليه وسلم : « نَهَى النِّسَاءَ في إِحْرَامِهِنَّ عَنْ القُفَّازَيْنِ والنِّقَابِ ، وَمَا مَسَّ الْوَرْسُ وَالزَّعْفَرَانُ مِنَ الثِّيَابِ . وَلْتَلْبَسْ بَعْدَ ذَلِكَ مَا أَحَبَّتْ مِن أَلْوَانِ الثِّيَابِ ، من مُعَصْفَرٍ أَوْ خَزٍّ أَوْ حَلْيٍ ، أَوْ سَرَاوِيلَ أَوْ قَمِيصٍ أَوْ خُفٍّ » وهذا صريح والمراد باللبـاس هاهنا : المَخيط مـن القمص ، والدُّروع ، والسراويلات ، والخِفَاف ، وما يستر الرأس ونحوه .

٢٣٧٤ فصـــل

ويُستحبُّ للمرأة مايستحبُّ للرجل من الْغُسل عند الإحرام ، والتطيّب والتنظّف . لمـا ذكرنا من حديث عائشـة أنّهـا قالت : « كُنَّا نَخْرُجُ مَعَ رسولِ الله صلى الله عليـه وسلم فَنُضَمِّدُ جِبَاهَنَا بِالْمِسْكِ الْمُطَيَّبِ عِنْدَ الْإِحْرَامِ فَإِذَا عَرِقَتْ إِحْدَانَا سَالَ على وَجْهِهَا فيَرَاهَا النبيُّ صلى الله عليه وسلم فَلاَ يُنْكِرُهُ

---

(١) كلمة « منه » ساقطة من الطبعة الثالثـــة ، التي طبعت بدار السنة المحمدية . ولم ينبه عليهـا في الخطأ والصواب .

عَلَيْهَا[(١)] » والشابّة والكبيرةُ فى هذا سواء ، فإن عائشة كانت تفعله فى عهد النبىّ ﷺ وهى شابّة .

فإن قيل : أليس قد كره ذلك فى الجمعة ؟ قلنا : لأنها فى الجمعة تقرُب من الرجال ، فيُخاف الافتتان بها ، بخلاف مسألتنا . ولهذا يلزم الحجُّ النساء ، ولا تلزمهنّ الجمعة . وكذلك يُسْتَحَبُّ لها قلّة الكلام فيما لا ينفع ، والإكثارُ من التلبية وذكر الله تعالى .

٢٣٧٥ « مسألة » قال ﴿ ولا تلبس القُفّازين ولا الخَلْخَال ، وما أشبهه ﴾ .

القفّازان : شىء يعمل لليدين تُدخِلُهما فيهما من خِرَقٍ تَسْتُرهما من الحَرِّ[(٢)] ، مثل ما يُعمل للبرد . فيحرُم على المرأة لُبسه فى يديها فى حال إحرامها ، وهذا قول ابن عمر . وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والنخَعِىّ ، ومالك ، وإسحاق . وكان سعد بن أبى وقّاص يُلبِسُ بناته القُفَّازَيْن وهُنّ مُحْرِمَاتٌ . ورخّص فيه : علىّ ، وعائشة ، وعطاء . وبه قال الثورىّ ، وأبو حنيفة . وللشافعىّ كالمذهبين . واحتجّوا بما رُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إِحْرامُ الْمَرْأَةِ فِى وَجْهِهَا » ، وأنه عضوٌ يجوز ستره بغير المَخِيط ، فجاز سترهُ به كالرِّجْلَين .

ولنا : ما رَوى ابن عمر عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ تَنْتَقِبُ المَرْأَةُ الْحَرَامُ وَلاَ تَلْبَسُ القُفَّازَيْنِ » رواه البخارىّ . ورُوى أيضاً أن النبىّ صلى الله عليه وسلم : « نَهَى النِّسَاءَ فِى إِحْرَامِهِنَّ عَنِ القُفَّازَيْنِ والخَلْخَالِ » . ولأن الرجل لما وجب عليه كشف رأسه ، تعلّق حكم إحرامه بغيره ، فمنع من لُبس المَخِيط فى سائر بدنه . كذلك المرأة لمّا لزمها كشفُ وجهها ينبغى أن يتعلّق حكم الإحرام بغير ذلك البعض وهو اليدان . وحديثهم المرادُ به الكشف . فأما الستر بغير المخيط فيجوز للرجل . ولا يجوز بالمخيط . فأما الخَلْخَالُ وما أشبهه من الحُلِىّ مثلُ السِّوارِ والدُّمْلُوجِ[(٣)] . فظاهر كلام الخِرَقىّ : أنه لا يجوز لُبْسُه . وقد قال أحمد : المحرمة والمتوفّى عنها زوجها يتركان الطِّيب والزينة ، ولهما ما سوى ذلك . ورُوى عن عطاء : أنه كان يكره للمُحرمة الحريرَ والحُلِىّ . وكرهه الثورىّ ، وأبو ثور . ورُوى عن قتادة أنّه كان لا يرى بأساً أن تلبس المرأة الخَاتَمَ ، والْقُرْطَ ، وهى مُحرمة . وكره السوارين والدُّمْلُجَيْن والخَلْخَالَيْن . وظاهر مذهب أحمد : الرّخصة فيه . وهو قول ابن عمر ، وعائشة ،

(١) سبق شرح معنى التضميد فى هذا الحديث فى موضع آخر .

(٢) القفازان هما (الجوانتى) المعروف الآن ، وكان فيما مضى من خرق أى قماش ، أما الآن فأصبح من الصوف يغطيه الجلد وأصبح من أفخر أنواع الأقمشة وهو يقى من الحر والبرد .

(٣) الدملوج والدملج : بوزن جندب ، هو الحلى الذى يلبس على العضد ، والعضد هو الجزء من الذراع من المرفق إلى الكتف .

وأصحاب الرأى . قال أحمد فى رواية حنبل : تلبس المحرمة الحلى والمعصفر . وقال عن نافع : « كان نساء ابن عمر ، وبناته يلبسن الحلي والمعصفر ، وهن محرمات لا ينكر ذلك عبد الله » . وروى أحمد فى المناسك عن عائشة أنها قالت : « تلبس المحرمة ما تلبس ، وهي حلال من خزها وقزها وحليها » وقد ذكرنا حديث ابن عمر أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ولتلبس بعد ذلك ما أحبت من ألوان الثياب من معصفر ، أو خز أو حلي » . قال ابن المنذر : لا يجوز المنع منه بغير حجة . ويحمل كلام أحمد والخرقى فى المنع على الكراهة ، لما فيه من الزينة ، وشبهه بالكحل بالإثمد ، ولا فدية فيه ، كما لا فدية فى الكحل . وأما لبس القفازين ففيه الفدية ، لأنها لبست ما نهيت عن لبسه فى الإحرام ، فلزمتها الفدية كالنقاب .

٢٣٧٦ فصــــل

قال القاضى : يحرم عليها شد يديها بخرقة . لأنه ستر لبدنها بما يختص بها ، أشبه القفازين . وكما لو شد الرجل على جسده شيئاً . وإن لفت يديها من غير شد فلا فدية . لأن المحرم هو اللبس لا تغطيتهما ، كبدن الرجل .

٢٣٧٧ « مسألة » قال ﴿ ولا ترفع المرأة صوتها بالتلبية إلا بمقدار ما تسمع رفيقتها ﴾ .

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن السنة فى المرأة أن لا ترفع صوتها . وإنما عليها أن تسمع نفسها . وبهذا قال عطاء ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وروى عن سليمان ابن يسار قال : « السنة عندهم أن المرأة لا ترفع صوتها بالإهلال » وإنما كره لها رفع الصوت مخافة الفتنة بها ولهذا لا يسن لها أذان ولا إقامة . والمسنون لها فى التنبيه فى الصلاة التصفيق دون التسبيح .

٢٣٧٨ فصــــل

ويستحب للمرأة أن تختضب بالحناء عند الإحرام . لما روى عن ابن عمر أنه قال : « من السنة أن تدلك المرأة يديها فى حناء » ، ولأن هذا من زينة النساء . فاستحب عند الإحرام كالطيب . ولا بأس بالخضاب فى حال إحرامها . وقال القاضى : يكره لكونه من الزينة ، فأشبه الكحل بالإثمد . فإن فعلته ولم تشد يديها بالخرق فلا فدية . وبهذا قال الشافعى ، وابن المنذر . وكان مالك ، ومحمد بن الحسن : يكرهان الخضاب للمحرمة ، وألزماها الفدية .

ولنا : ما روى عكرمة أنه قال : « كانت عائشة وأزواج النبى صلى الله عليه وسلم يختضبن بالحناء وهن حرم » . ولأن الأصل الإباحة . وليس ههنا دليل يمنع من نص ، ولا إجماع ، ولا هى فى معنى المنصوص .

٢٣٧٩ فصـــل

إذا أحرم الخنثى المشكلُ لم يلزمه اجتناب المَخِيط . لأننا لا نتيقّن الذكورية الموجبة لذلك . وقال ابن المبارك : يُغَطِّى رأسه ويـكفر . والصحيح أن الـكفّارة لاتلزمه . لأن الأصل عدمها . فـلا نوجبها بالشكّ . وإن غطَّى وجهه وحده لم يلزمه فدية لذلك . وإن جمع بين تغطية وجهه بنقابٍ ، أو برقع ، وبين تغطية رأسه ، أو لبس المَخِيط على بدنه لزمته الفدية ، لأنه لايخلو أن يكون رجُلاً أو امرأةً .

٢٣٨٠ فصـــل

ويُستحبُّ للمرأة الطواف ليلاً ، لأنه أستر لها ، وأقلّ للزحام ، فيمكنها أن تدنو من البيت وتستلم الحَجَر . وقد روى حنبل فى المناسك بإسناده عن أبى الزُّبَير : « أَنَّ عائِشَةَ كانَتْ تَطُوفُ بَعْدَ العِشَاءِ أُسْبُوعاً أَوْ أُسْبُوعَيْنِ ، وَتُرْسِلُ إلَى أَهْلِ المَجَالِسِ فى المَسْجِدِ : ارْتَفِعُوا إلَى أَهْلِيكُمْ . فإنّ لَهُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا » . وعن محمد بن السائب بن بركة ، عن أمّه عن عائشة : « أَنَّهَا أَرْسَلَتْ إلَى أَصْحابِ المَصَابِيحِ أَنْ يُطْفِئُوهَا . فأَطْفَؤُوهَا فَطُفْتُ مَعَهَا فى سَتْرٍ أَوْ حِجَابٍ . فَـكَانَتْ كُلَّمَا فَرَغَتْ مِنْ أُسْبُوعٍ[1] اسْتَلَمَتْ الرُّكْنَ الأَسْوَدَ وَتَعَوَّذَتْ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْبَابِ ، حَتَّى إذَا فَرَغَتْ مِنْ ثَلاثَةِ أَسَابِيعَ ذَهَبَتْ إلَى دُبُرِ سِقَايَةِ زَمْزَمَ مِمَّا يَلِي النَّاسَ ، فَصَلَّتْ سِتَّ رَكَعَاتٍ ، كُلَّمَا رَكَعَتْ رَكْعَتَيْنِ ، انْحَرَفَتْ إلَى النِّسَاءِ فَـكَلَّمَتْهُنَّ ، تَفْصِلُ بِذَلِكَ صَلاتَهَا ، حَتَّى فَرَغَتْ » .

٢٣٨١ « مسألة » قال ﴿ ولا يتزوّج المحرم ولا يزوّج . فإن فعل فالنـكاح باطل ﴾ .

قوله « لايتزوّج » أى لايقبل النكاح لنفسه ، « وَلاَ يزوّج » أى لا يـكون وليًّا فى النكاح ، ولا وكيلاً فيـه ، ولا يجوز تزويج المُحرمة أيضاً . روى ذلك عن عمر ، وابنه ، وزيد بن ثابت ، رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيّب ، وسُـلَيمان بن يَسار ، والزهرىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأجاز ذلك ابن عبّاس . وهو قول أبى حنيفة . لمـا رَوى ابنُ عباس « أَنَّ النبيّ صـلى الله عليه وسلم تَزَوَّجَ مَيْمُونَةَ وَهُوَ مُحْرِمٌ » متفق عليـه . ولأنه عقـد يملك به الاستمتاع ، فلا يحرّمه الإحرام ، كشراء الإماء .

ولنا : ماروى أَبَانُ بنُ عُثْمَانُ ، عن عُثمانَ بن عفّان ، رضى الله عنه ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لاَ يَنْـكِحُ المُحْرِمُ وَلاَ يُنْـكِحُ ، وَلاَ يَخْطُبُ » رواه مسلم . ولأنّ الإحرام يحرّمُ الطِّيب ، فيحرّم

---

(١) الطوفات السبع تسمى أسبوعا ، كما تسمى أيام الأسبوع السبعة أسبوعاً .

النكاح كالعدّة ، فأما حديث ابن عبّاس فقد روى يزيد بن الأصمّ ، عن ميمُونَةَ : « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم تزوَّجهَا حَلاَلاً . وَبَنَى بِهاَ حَلاَلاً ، وَمَاتَتْ بِسَرِفٍ[1] فى الظُّلَةِ الَّتِى بَنَى فِيهَا » رواه أبو داود ، والأثرم . وعن أبى رافع قال : « تَزَوَّجَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم مَيْمُونَةَ وَهُوَ حَلاَلٌ ، وَبَنَى بِهاَ وَهُوَ حَلاَلٌ . وَكُنْتُ أَنَا الرَّسُولَ بَيْنَهُمَا » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن وميمُونَةُ أعلمُ بنفسها . وأبو رافع صاحبُ القصّة ، وهو السفيرُ فيها ، فهما أعلمُ بذلك من ابن عباس ، وأولى بالتقديم ، لو كان ابن عباس كبيراً ، فكيف وقد كان صغيراً لا يعرف حقائق الأمور ، ولا يقف عليها ، وقد أنكر عليه هـذا القولُ . وقال سعيد بن المسيّب : وَهِمَ[2] ابنُ عبّاس ، ما تزوّجها النبىُّ صلى الله عليه وسلم إلاّ حلالا . فكيف يُعمل بحديثٍ هذا حالُه ؟ ويمكن حملُ قوله « وَهُوَ مُحْرِمٌ » أى فى الشهر الحرام ، أو فى البلد الحرام . كما قيل :

* قَتَلُوا ابْنَ عَفَّانَ الْخَلِيفَةَ مُحْرِماً *

وقيل : تزوَّجها حلالاً . وأظهر أمرَ تزويجها وهو مُحْرِم . ثم لو صحّ الحديثان كان تقديمُ حديثنا أولى ، لأنه قول النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وذاك فعلُه . والقول آكدُ . لأنه يحتمل أن يكون مختصًّا بما فعله ، وعقدُ النكاح يخالف شراء الأمَةِ . فإنه يحرُم بالعدّة والرِّدة ، واختلاف الدِّين ، وكون المنكوحة أختاً له من الرّضاع . ويُعتبر له شروط غيرُ مُعتبرة فى الشراء .

٢٣٨٢ فصـــل

ومتى تزوَّجَ المُحرم أو زوَّجَ أو زُوِّجَتْ مُحرِمَةٌ فالنكاح باطل ، سواء كان الكلّ محرمينَ أو بعضُهم . لأنه منهىٌّ عنه ، فلم يصحّ ، كنكاح المرأة على عمّتها ، أو خالتها . وعن أحمد : إن زوّج المحرم لم أفسخ النكاحَ . قال بعض أصحابنا : هذا يدلّ على أنه إذا كان الولىّ بمُفرده أو الوكيلُ مُحرِماً لم يفسُد النكاح . والمذهب الأول . وكلام أحمد يُحمل على أنه لا يفسخُه لكونه مُختلفاً فيه . قال القاضى : ويُفَرّق بينهما بطَلقَة . وهكذا كلّ نكاح مختلَف فيه . قال أحمد فى رواية أبى طالب : إذا تزوّجت بغير ولىّ لم يكن للولىّ أن يزوّجها من غيره ، حتى يُطلّق . ولأن تزويجها من غير طلاق يُفضى إلى أن يجتمع للمرأة زوجان كلّ واحدٍ منهما يَعْتَقِدُ حِلّها .

---

(١) سرف : بفتح السين وكسر الراء : موضع قرب التنعيم ، والتنعيم : مكان قريب من مكة ، وهو أقرب مكان إلى الحرم من الحل. (٢) وهم : غلط .

٢٣٨٣ فصـــــل

وتُكره الخِطْبَةُ للمُحرم ، وخِطْبَةُ المُحرِمَة . ويكره للمُحرم أن يخطب للمُحِلِّين . لأنه قد جاء فى بعض ألفاظ حديث عثمان : « لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلاَ يُنْكَحُ وَلاَ يَخْطُبُ » رواه مسلم . ولأنه تسبّب إلى الحرام . فأشبه الإشارة إلى الصيد ، والإحرام الفاسد كالصحيح فى منع النكاح ، وسائر المحظورات . لأن حكمه باقٍ فى وجوب مايجب فى الإحرام ، فكذلك مايحرُم به .

٢٣٨٤ فصـــــل

ويُكره أن يشهد النكاح . لأنه مُعاوَنة على النكاح ، فأشبه الخِطْبَةَ . وإن شهد أو خطب لم يفسُد النكاح . وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لا ينعقد النكاحُ بشهادة المُحرمين . لأن فى بعض الروايات « وَلاَ يَشْهَدُ » .

ولنا : أنه لامَدْخَل للشاهد فى العقد . فأشبه الخِطْبَة ، وهذه اللفظة غير مَعروفة . فلم يثبُت بها حكم. ومتى تزوّج المُحرم أو زوّج أو زُوِّجت مُحْرِمَةٌ لم يَجب بذلك فدية . لأنه عقد فسد لأجل الإحرام . فلم تجب به فدية ، كشراء الصيد .

٢٣٨٥ « مسألة » قال (فإن وطىء المُحرم فى الفرج ، فأنزل ، أو لم يُنزل ، فقد فسد حجّهما ، وعليه بَدَنَةٌ إن كان استكرهها ، وإن كانت طاوعته فعلى كلٍّ واحدٍ منهما بَدَنة) .

أما فساد الحجّ بالجماع فى الفرج فليس فيه اختلاف قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أن الحجّ لا يفسُد بإتيان شىء فى حال الإحرام إلّا الجماع . والأصل فى ذلك : مارُوى عن ابن عمر: « أَنَّ رَجُلاً سَأَلهُ فقال : إِنِّى وَقَعْتُ بِامْرَأَتِى وَنَحْنُ مُحْرِمَانِ . فقال : أَفْسَدْتَ حَجَّكَ ، انْطَلِقْ أَنْتَ وَأَهْلُكَ مَعَ النَّاسِ ، فَاقْضُوا مَايَقْضُونَ ، وَحِلَّ إِذَا حِلُّوا . فَإِذَا كَانَ فِي الْعَامِ الْمُقْبِلِ فَاحْجُجْ أَنْتَ وَامْرَأَتُكَ وَأَهْدِيَا هَدْياً . فَإِنْ لَمْ تَجِدَا فَصُومَا ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعْتُمْ » . وكذلك قال ابن عبّاس ، وعبد الله بن عمر . ولم نعلم لهم فى عصرهم مخالفاً . رَوى حديثهم الأثرمُ فى سُنَنِه . وفى حديث ابن عبّاس « وَيَتَفَرَّقَانِ مِنْ حَيْثُ يُحْرِمَانِ حَتَّى يَقْضِيَا حَجَّهُمَا » قال ابن المنذر : قول ابن عباس أعلى شىء ، رُوى فيمن وطىء فى حَجّه ورُوى ذلك عن عمر رضى الله عنه . وبه قال ابنُ المسيَّب ، وعطاء ، والنخَعِىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ؛ وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . ولا فرق بين ماقبل الوقوف وبعده . وقال أبو حنيفة : إن جامع قبل الوقوف فسد حَجّه . وإن جامع بعده لم يفسُد ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الْحَجُّ عَرَفَةُ » ولأنه معنًى يأمن به الفواتَ . فأمِنَ به الفساد كالتحلّل .

ولنا : أن قول الصحابة الذين رَوَينا قولَهم مُطْلَقٌ فيمن واقع مُحْرِماً . ولأنه جماعٌ صادف إحراماً

تامًّا فأفسده . كما قبل الوقوف . وقوله عليه السلام : « الْحَجُّ عَرَفَةُ » يعنى مُعظمه ، أو أنه ركن متأكد فيه . ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد ، بدليل العُمرة .

إذا ثبت هـذا : فإنه يجب على المُجامع بَدَنَةٌ [1] . رُوى ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور . وقال الثورىّ ، وإسحاق : عليه بَدَنَةٌ . فإن لم يجـد فشاةٌ . وقال أصحاب الرأى . إن جامع قبل الوقوف فسد حَجّه ، وعليه شاةٌ . وإن كان بعـده فعليه بَدَنَةٌ وحَجُّه صحيح . لأنه قبل الوقوف معنًى يوجب القضاء . فلم يجب به بَدَنَةٌ ، كالفوات .

ولنا : أنه جماع صادف إحراماً تامًّا . فوجبت به البَدَنَةُ ، كبَعْدَ الوقوف . ولأنه قول من سمّينا من الصحابة ، ولم يفرقوا بين قبل الوقوف وبعـده . وأما الفوات فهـو مُفارق للجماع بالإجماع . ولذلك لايوجبون فيـه الشاة بخلاف الجماع . وإذا كانت المرأة مُـكْرَهةً على الجماع فلا هَدْىَ عليهـا ، ولا على الرجل أن يُهدِى عنها . نصّ عليه أحمد . لأنه جماع يوجبُ الـكفّارة . فلم يَجب به حالَ الإكراه أكثرُ من كفّارة واحـدةٍ ، كما فى الصّيام . وهـذا قول إسحاق ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد روايةٌ أخرى : أن عليـه أن يُهدِىَ عنهـا . وهو قول عطاء ، ومالك ؛ لأن إفساد الحجّ وجد منه فى حقهما . فـكان عليه لإفساده حجّها هَدْىٌ ، قياساً على حجّه وعنه مايدلّ على أن الهدى عليها . لأن فساد الحجّ ثبت بالنسبة إليها . فـكان الهدىُ عليها كما لو طاوعت . ويحتمل أنه أراد أن الهدى عليها ، يتحمّله الزوج عنها ، فلا يكون روايةً ثالثة .

فأما حال المطاوعة فعلى كلّ واحد منهما بَدَنَةٌ . هذا قول ابن عباس ، وسعيد بن المسيّب ، والنخعىّ والضحّـاك ، ومالك ، والحـكم ، وحمّاد . لأن ابن عباس قال : « أَهْـدِ نَاقَةً وَلْتُهْدِ نَاقَةً » لأنهـا أحد المتجامعين من غـير إكراه . فلزمتهـا بدنةٌ كالرّجـل . وعن أحمد أنه قال : أرجو أن يُجزئهما هَـدْىٌ واحد . ورُوى ذلك عن عطاء . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه جماع واحد ، فلم يوجب أكثرَ من بَدَنَة ، كحالة الإكراه ، والنـائمة كالمُـكرَهة فى هـذا . وأما فساد الحجّ ، فلا فرق فيـه بين حال الإكراه ، والمطاوعة ، لا نعلم فيه خلافاً .

٢٣٨٦ فصـــــل

ولا فرق بين الوطء فى القُبُل والدُّبُر من آدمىّ أو بَهِيمَةٍ . وبه قال الشافعىّ ، وأبو ثور . ويتخرّج فى وطء البهيمة أن الحجّ لايفسُد به . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . لأنه لايوجب الحدّ . فأشبه الوطء دون الفرْج . وحَـكى أبو ثور عن أبى حنيفة أن اللِّواطَ والوَطْءَ فى الدُّبُر لا يُفسِدُ الحجّ . لأنه لا يثبت

[1] البدنة : الناقة السمينة .

به الإحصانُ ، فلم يُفْسِد الحجَّ كالوَطْء دُونَ الفَرْجِ .

ولنا : أنه وطء فى فرج يوجب الاغتسال . فأفسد الحجّ كوطء الآدميّـة فى القُبُل . ويُفارق الوطء دون الفرج ، فإنه ليس من الـكبائر فى الأجنبيّة . ولا يوجب مَهْراً ، ولا عِدَّةً ، ولا حَدًّا ، ولا غُسْلاً إلّا أنْ يُنزل ، فيـكونُ كمسألتنا فى روايةٍ .

٢٣٨٧ فصـــل

إذا تـكرّر الجماعُ فإن كفَّر عن الأول فعليه للثانى كفّارة ثانيةٌ كالأول ، وإن لم يـكن كفّر عن الأول فـكفّارة واحـدة . وعنـه أنَّ لـكلّ وطء كفّارة . لأنه سبب للـكفّارة فأوجبهـا كالأوّل . والمذهبُ الأول . لأنه جماع موجِبٌ للـكفارة فإذا تـكرّر قبل التـكفير عن الأول لم يُوجب كفّارة ثانيةً ، كما فى الصيام . وقال أبو حنيفة : عليه للوطء الثانى شاةٌ ، سواء كفَّر عن الأول ، أو لم يـكفّر ، إلا أن يتـكرّر الوطء فى مجلس واحـد على وجـه الرفض للإحرام . لأنه وطء صادَف إحراماً ناقصَ الْحُرْمةِ ، فأوجب شاةً ، كالوطء بعد التحلّل الأول . وقال مالك : لا يجبُ بالثانى شىء ، ورُوى ذلك عن عطاء ، لأنه لا يُفسدُ الحجّ ، فلا يجب به شىء ، كما لو كان قبل التـكفير . وقال الشافعىّ ، كقولنا ، وقريباً من قول أبى حنيفة .

ولنـا على وجوب البَدَنة . إذا كفّر : أنه وطىء فى إحرام ، ولم يتحلّل منه ، ولا أمكن تداخُل كفَّارته فى غيره . فأشبه الوطء الأول . ولأن الإحرام الفاسد كالصحيح فى سائر الـكفّارات . فـكذلك فى الوطء ، ولأنه إذا لم يكفّر عن الأول ، فتتداخل كفَّاراته كما يتداخل حكم المهر والحدّ ، والتحديد بعدم التـكفير أولى من التحديد بالمجلس الواحـد ، لـما ذكرنا من المهر ، والحـدّ ، والتـكفير فى اليمين ، والظهار وغيرهما .

٢٣٨٨ « مسألة » قال ﴿ وإن وطىء دون الفرج فلم يُنزل ، فعليه دم ، وإن أنزل ، فعليه بَدَنة وقد فسد حجّه ﴾ .

أما إذا لم ينزل فإنّ حجّه لا يفسد بذلك . لا نعـلم أحداً قال بفساد حجّه ، لأنها مُباشرةٌ دون الفرج عَرِيَتْ عن الإنزال . فلم يَفْسُد بهـا الحجّ كاللمس ، أو مباشرة لا توجب الاغتسال . أشبهت اللمس ، وعليه شاة . وقال الحسن فيمن ضرب بيـده على فرج جاريته : عليـه بَدَنة . وعن سعيد بن جُبَيْر : إذا نال منها مادون الجماع ذَبَحَ بقرة .

ولنـا : أنها ملامَسةٌ من غير إنزال ، فأشبهت لمس غير الفرج . فأما إن أنزل فعليه بدنة . وبذلك قال الحسن ، وسعيد بن جُبَير ، والثورىّ ، وأبو ثور . وقال الشافعىّ وأصحاب الرأى وابن المنذر : عليه شاةٌ ، لأنها مباشرة دون الفرج . فأشبه مالو لم يُنزل .

ولنا : أنه جماع أوجب الغسل ، فأوجب بدَنَةً كالوطء فى الفرج . وفى فساد حجّه بذلك روايتان : (إحداهما) يفسُد . اختارها الخِرَقىّ وأبو بـكر . وهو قول عطاء ، والحسن ، والقاسم بن محمـد ، ومالك ، وإسحاق . لأنها عبادة يُفسدها الوطء ، فأفسدها الإنزالُ عن مباشرةٍ كالصيام .

(والثانية) لايفسُد الحجّ . وهو قول الشافعىّ وأصحاب الرأى ، وابن المنـذر . وهى الصحيحة إن شاء الله . لأنه استمتاع لايجب بنوعه الحدّ ، فلم يُفسد الحجّ ، كما لو لم يُنزل . ولأنه لانصّ فيه ولا إجماع ولا هو فى معنى المنصوص عليـه . لأن الوطء فى الفرج يجب بنوعه الحدّ ، ويتعلّق به اثنا عشر حُـكماً . ولا يفترق فيـه الحالُ بين الإنزال وعدمه ، والصيام يخالف الحجّ فى المُفسِدات . ولذلك يفسُد بتـكرار النظر مع الإنزال ، والمَذْيِ ، وسائر محظوراته . والحجّ لايفسُد بشىء من محظوراته غير الجماع . فافترقا . والمرأة كالرجل فى هذا إذا كانت ذاتَ شهوة ، وإلا فلا شىء عليها . كالرجل إذا لم يكن له شهوة .

٢٣٨٩ « مسألة » قال ﴿ فإن قبّل فلم يُنزل ، فعليه دم . وإن أنزل فعليه بَدَنَةٌ . وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : إن أنزل فسد حجّه ﴾ .

وجمـلة ذلك : أن حـكم القبلة حكم المباشرة دون الفرج سواء ، إلاَّ أن الخِرَقىّ ذكر فى هـذه المسألة روايتين فى إفساد الحجّ عند الإنزال . ولم يذكر فى إفساد الحجّ فى الوطء دون الفرج إلا رواية واحدة . وقد ذكرنا أن فيهـا أيضاً روايتين . وذكرنا الخـلاف فيـه . لـكن نُشـير إلى الفرق توجيهاً لقول الخِرَقىّ فنقول :

إنزال بغير وطء فلم يفسد به الحجّ كالنظر . ولأن اللَّذة بالوطء فوق اللَّذة بالقُبلة ، فـكانت فوقها فى الواجب . لأن مراتب أحـكام الاستمتاع على وفق مايحصُل به من اللَّذة ، فالوطء فى الفرج أبلغُ الاستمتاع فأفسد الحجّ مع الإنزال ، وعدمه ، والوطء دون الفرج دونَه فأوجب البَدَنة ، وأفسد الحجّ عند الإنزال ، والدم عند عدمه ، والقبلةُ دونهما ، فتـكون دونهما فيما يجب بهـا ، فيجب بها بَدَنَةٌ عند الإنزال من غير إفساد ، وتـكرارُ النظر دون الجميع . فيجبُ به الدم عند الإنزال ، ولا يجب عند عدمه شىء . ومن جمع بين الوطء دون الفرج والقُبلة . قال : كلاهما مباشرة . فاستوى حكمهما فى الواجب بهما

وقد رُوى عن ابن عباس أنه قال لرجل قبّل زوجته : « أَفْسَدْتَ حَجَّتَكَ » . ورُوى ذلك عن سعيد بن جُبَيْر . وقال سعيدُ بن المسيّب ، وعطـاء ، وابن سيرين ، والزهرىّ ، وقتـادة ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : عليه دم . ورُوى ذلك عن الشعبىّ ، وسعيد بن جُبَيْر . ورَوى الأثرم بإسناده عن عبد الرحمن بن الحـارث « أَنَّ عُمَرَ بنَ عَبْدِ اللهِ قَبَّل عائِشَةَ بِنْتِ طَلْحَةَ مُحْرِماً . فَسَأَلَ فَأُجْمِـعَ لَهُ على أَنْ يُهَرِيقَ دَماً » والظاهر : أنه لم يـكن أنزل ، لأنه لم يُذكر ، وسواء أمذى ، أو لم يُمذِ . وقال سعيد بن جُبَيْر : إن قبّل فمذَى أو لم يُمذِ فعليـه دم . وسائر اللمس لشهوة كالقبلة فيما

ذكرنا . لأنه استمتاع يلتذّ به ، فهو كالقُبلة . قال أحمد فيمن قَبَضَ على فرج امرأته وهو مُحرم : فإنّه يُهَرِيقُ دمَ شاةٍ . وقال عطاء : إذا قبّل المُحرم أو لمس فليُهْرِقْ دماً .

٢٣٩٠ « مسـألة » ﴿ وإن نظر فصرف بصره ، فأمنى ، فعليه دم . وإن كرّر النظر حتى أمنى فعليه بَدَنَة ﴾ .

وجملة ذلك : أن الحجّ لايفسُد بتكرار النظر ، أنزل أو لم يُنزل . رُوى ذلك عن ابن عبّاس ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ . ورُوى عن الحسن ، وعطاء ، ومالك ، فيمن ردّد النظر حتى أمنى : عليه حجّ من قابل . لأنه أنزل بفعل محظور ، أشبه الإنزال بالمباشرة .

ولنا : أنه إنزال عن غير مباشرةٍ ، فأشبه الإنزال بالفكر ، والاحتلام . والأصل الذى قاسوا عليه ممنوع . ثم إن المباشرة أبلغُ فى اللّذة ، وآكدُ فى استدعاء الشهوة . فلا يصحّ القياس عليه . فأما إن نظر ولم يكرّر ، فأمنى ، فعليه شاة ، وإن كرره فأنزل ففيه روايتان . إحداهما : عليه بَدَنَة . رُوى ذلك عن ابن عباس . والثانية : عليه شاة . وهو قول سعيد بن جُبَيْر ، وإسحاق ، ورواية ثانية عن ابن عبّاس . وقال أبو ثور : لاشىء عليه . وحُكى ذلك عن أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأنه ليس بمباشرة ، أشبه الفكر .

ولنا : أنه إنزال بفعل محظور . فأوجب الفدية كاللمس . وقد رَوى الأثرم عن ابن عبّاس : أنه قال له رجل « فَعَلَ اللهُ بِهَذِهِ ، إنَّهَا تَطَيَّبَتْ لِى ، فكلّمتنى وحدّثتنى حتى سبقتنى الشهوةُ . فقال ابن عباس : أَتْمِمْ حَجَّكَ وَأَهْرِقْ دَماً » . ورَوى حنبل فى المناسك عن مُجاهد : أن مُحرماً نظر إلى امرأته حتى أمذى ، فجعل يَشْتِمُهَا . فقال ابن عباس « أَهْرِقْ دَماً وَلاَ تَشْتُمْهَا » .

٢٣٩١ فصـــل

فإن كرر النظر حتى أمذى . فقال أبو الخطّاب : عليه دم . وقال القاضى : ذكره الخِرَقىّ . قال القاضى : لأنه جزء من المنىّ . ولأنه حصل به التذاذ فهو كاللمس ، وإن لم يقترن بالنظر منىّ ، أو مَذْىٌ ، فلا شىء عليه ، سواء كرر النظر أو لم يكرّره . وقد روى عن أحمد فيمن جرّد امرأته ولم يكن منه غيرُ التجريد : أن عليه شاةً . وهذا محمول على أنه لمس . فإن التجريد لايَعْرَى عن اللمس ظاهراً ، أو على أنه أمنى ، أو أمذَى . أما مجرّد النظر فلا شىء فيه . فقد كان النبى صلى الله عليه وسلم ينظر إلى نسائه ، وهو مُحرم . وكذلك أصحابه .

٢٣٩٢ فصـــل

فإن فكّر فأنزل ، فلا شىء عليه . فإن الفكر يَعْرِض للانسان من غير إرادة ، ولا اختيار ، فلم

يتعلّق به حكم ، كما فى الصيام . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللهَ تَجَـاوَزَ عَنْ أُمَّتِى مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسُهَا مَا لَمْ تَعْمَلْ بِهِ ، أَوْ تَـكَلَّمْ بِهِ » متفق عليه .

٢٣٩٣ فصـــل

والعمد ، والنسيان ، فى الوطء سواء ، نصّ عليه أحمد . فقال : إذا جامع أهله بطل حجّه ، لأنه شىء لايقـدر على ردّه . والشعر إذا حلقه فقد ذهب ، لايقدر على ردّه . والصيد إذا قتـله ، فقد ذهب لايقدر على ردّه فهذه الثـلاثة العمد والنسيان فيها سواء . ولم يذكر الخِرَقىّ النسيانَ ههنـا ، لـكن ذكره فى الصيـام ، وبيّن أن الوطء فى الفرج ، أو دون الفرج مع الإنزال يستوى عمدُه وسهوُه ، وما عـداه من القُبلة ، واللمس ، والمَـذْىِ بتـكرار النظر ، يختلفُ حـكمُ عمدِه وسهوِه . فههنـا ينبغى أن يـكون مثلَه ، لأن الوطء لايـكاد يتطرّق النسيـانُ إليه دون غيره ، ولأن الجمـاع مُفسِد للصوم دون غيره ، فاستوى عمدُه وسهوُه ، كالفوات ، بخلاف مادونه ، والجاهلَ بالتحريم والمُكْرَهُ فى حـكم الناسى ، لأنه معذور . وممن قال : إن عمد الوطء ونسيانَه سـواء : أبو حنيفة ، ومالك ، والشـافعىّ فى قديم قوليه . وقال فى الجديد : لايفسُد الحجّ ، ولايجب عليه شىء ، مع النسيان والجهل ، لأنهـا عبادة يجب بإفسادها الـكفّارة ، فافترق فيها وطء العامد والناسى كالصوم .

ولنـا : أنه سبب يتعلّق به وجوبُ القضاء فى الحجّ . فاستوى عمـدُه وسهوُه ، كالفوات . والصوم ممنوع . ثم إنّ الصوم لاتجب الـكفـارة فيه بالإفساد . بدليل أن إفساده بـكلّ ماعدا الجماع لايُوجب كفّارةً ، وإنما تجب بخصوص الجماع ، فافترقا .

٢٣٩٤ « مسألة » قال ﴿ وللمُحرم أن يتّجر ، ويصنع الصنائع ، ويرتجع زوجته ﴾ .

وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى فى الارتجاع : أن لايفعل ، أما التجـارة والصناعة ، فلا نعلم فى إباحتهما اختلافاً . وقد رَوى ابن عباس قال : « كَانَ ذُو المَجازِ[1] وَعُـكَاظُ مُتَّجَرَ النَّاسِ فِى الجَاهِلِيَّةِ فَلَمَّا جَاءَ الإِسْلاَمُ كَأَنَّهُمْ كَرِهُوا ذَلِكَ ، حَتَّى نَزَلَتْ (٢ : ١٩٧ لَيْسَ عَلَيْـكُمْ جُنَـاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّـكُمْ) فىمواسم الحجّ ، فأما الرجعة فالمشهور : إباحتها . وهو[2] قول أكثر أهل العلم . وفيه رواية ثانية : أنها لاتُباح : لأنها استباحة فرج مقصود بعقد ، فلا تُباح للمُحرم كالنـكاح .

---

(١) ذو المجاز : سوق كانت للعرب فى مكان على فرسخ من عرفة بناحية كبكب وعكاظ : بضم العين سوق بين نخلة والطائف وكانت تقام أول شهر ذى القعدة وتستمر عشرين يوماً تجتمع فيها قبائل العرب فيتعاكظون أى يتفاخرون ويتناشدون الأشعار .

(٢) لفظ « هو » سـاقط من الطبعـة الثالثـة التى طبعت فى دار السنة المحمـدية ، ولم ينبـه عليهـا فى الخطأ والصواب .

وجه الرواية الصحيحة : أن الرجعيّة زوجة ، والرجعةَ أمساك ، بدليل قوله تعـالى : (فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) فأُبيح ذلك كالإمسـاك قبـل الطلاق . ولا نُسـلِّم أن الرجعة استباحة فإن الرجعيّة مُباحةٌ ، وإن سلّمنا أنها استباحة فتبطلُ بِشرَى[1] ، الأمَـةِ للشراء . ولأنّ مايتعلّق به إباحة الزوجـةِ مُباح فى النـكاحُ ، كالتـكفير فى الظهار . وأما شراء الإماء فمُباح ، وسواء قُصد به الشراء ، أو لم يقصـد ، لانعلم فيه خلافاً ، فإنه ليس بموضوع الاستباحة فى البُضْع ، فأشبه شِرَاء العَبِيد والبهـائم . ولذلك أُبيح شراء من لايحلّ وطؤها . فلذلك لم يحرُم فى حالة يحرُم فيها الوطء .

٢٣٩٥ « مسـألة » قال ﴿ وله أن يقتـل الحِدَأة ، والغُرابَ ، والفـأرة ، والعقرب ، والـكلب العقُور ، وكلّ ماعدا عليه ، أو آذاه ، ولا فداء عليه ﴾ .

هذا قول أكثر أهل العـلم . منهم الثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحـاق ، وأصحـاب الرأى . وحُـكى عن النخَعِيّ : أنه منع قتل الفأرة ، والحديثُ صريح فى حِلّ قتلها . فلا يُعوّل على ماخالفه . والمرادبالغراب الأبْقَع[2] وغرابُ البَيْن . وقال قوم : لايُباح من الغِرْبان إلا الأبقعُ خاصّةً . لأنه قد رُوى « خَمْسٌ فَوَاسِقُ يُقْتَلْنَ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ : الحيَّةُ وَالغُرابُ الأَبْقَعُ ، وَالفأْرَةُ وَالْـكَلْبُ العَقُورُ ، وَالْحُدَيَّا[3] » رواه مسلم . وهذا يقيّد المُطلق فى الحديث الآخر ، ولا يُمـكن حمله على العموم ، بدليـل أن المبـاح من الغربان لايحل قتله .

ولنا : ماروت عائشة قالت : « أَمَرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بِقَتْـلِ خَمْسٍ فوَاسِقَ فِي الْحَرَمِ : الحِدَأَةُ ، وَالغُرَابُ وَالْفأْرَةُ ، والعَقْرَبُ ، وَالْـكَلْبُ العَقُورُ » وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « خَمْسٌ مِنَ الدَّوابِّ لَيْسَ عَلَى الْمُحْرِمِ جُنَاحٌ فِى قَتْلِهِنَّ » وذكر مثـلَ حديث عائشة ، متفق عليهما . وفى لفظ لمسـلم فى حديث ابن عمر : « خَمْسٌ لاَجُنَـاحَ عَلَى مَـنْ قَتَلَهُنَّ فِي الْحَرَمِ وَالإِحْرَامِ » وهذا عامّ فى الغراب ، وهو أصحّ من الحديث الآخر ولأن غُراب البين محرّمُ الأكل ،

---

(١) شرى الأمة : ملـكها واحتيازها لأجل أن يشتريها .

(٢) الغراب الأبقع : الأبلق ، وهو مالونه بين السواد والبياض وغراب البين هو الغراب الأسود الخالص الذى يقف على الخربات ويصوت .

(٣) الحدايا : بضم الحاء وفتح الدال وتشديد الياء هكذا الرواية فى مسلم وتخريجها أن تكون مصغراً لحدأة ، فسهلت الهمزة بقلبها ياء وأدغمت فى ياء التصغير ، وكان حقهما أن تكون حدية بالتاء لابالألف ، ولولا أن الرواية هـكذا لقلت إن أصلها الحديا بـكسر الحاء وفتح الدال وتشديد الياء لأنه يقال فى الحدأة : حدى بتخفيف الياء وتشديدها ، وتـكون الألف لامحـل لهـا أيضـاً ، ولـكن التصغير غير مراد معناه فى الحـديث .

يعدو على أموال النـاس . فلا وجه لإخراجه من العموم . وفارق ماأُبيح أكلُه[1] ، فإنه مُبـاحٌ ليس هو فى معنى ماأُبيح قتلُه . فلا يلزمُ من تخصيصه تخصيصَ ماليس فى معناه .

وقول الخِرَقىّ : « وَكُلّ مَاعَدَا عَلَيْهِ وآذَاهُ » يحتمل أنه أراد مايبدأ المُحْرِمَ فيعدو عليه فى نفسه ، أو ماله . فهذا لاجُناح على قاتله ، سواء كان من جنس طبعُه الأذَى أو لم يـكن . قال ابن المنـذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السبع إذا بدأ المُحرِمُ فقتله لاشىء عليه . ويحتمل أنه أراد ما كان طبعه الأذَى والعدوانَ ، وإن لم يوجد منه أذى فى الحال . قال مالك : الـكلبُ العقور ماعَقَر النـاس ، وعدا عليهم ، مثلُ الأسدِ ، والنمِرِ ، والفَهْدِ والذِّئب . فعلى هذا يُباح كلُّ مافيه أذًى للناس فى أنفسهم ، أو فى أموالهم ، مثلُ سِباع البهائم كلِّها المحرّم أكلُها ، وجوارحُ الطير ، كالبازى ، والعُقاب ، والصَّقر ، والشاهين ، ونحوها ، والحشراتِ المُؤذية ، والزُّنبور ، والبقِّ ، والبعوض ، والبراغيث ، والذُّباب . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أصحاب الرأى : يقتل ماجاء فى الخبر ، والذئبَ قياساً عليه .

ولنـا : أن الخبر نصّ من كلّ جنس على صورةٍ من أدناه ، تنبيهاً على ماهو أعلى منه ، ودلالةً على ما كان فى معناها . فنصّه على الحدأة والغُراب تنبيه على البازى ، ونحوه ، وعلى الفأرة : تنبيه على الحشراتِ ، وعلى العقرب : تنبيه على الحيَّـة ، وعلى الـكلب العقور : تنبيه على السّباع التى هى أعلى منه . ولأنّ ما لا يُضمن بمثله ، ولا بقيمته لا يُضمن ، كالحشرات .

٢٣٩٦ فصـــــل

ومالا يُؤذى بطبعه ، ولا يؤكل كالرّخَم ، والديدان ، فلا أثر للحرَم ، ولا للإحرام فيه ، ولا جزاء فيـه إن قتـله ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك : يحرُم قتلها ، وإن قتلها فداها . وكذلك كلّ سبع لايعدو على الناس ، وإذا وطىء الذباب ، والنمل ، أو الذر[2] ، أو قتل الزنبور تصدّق بشىء من الطعام .

ولنا : أن الله تعالى إنما أوجب الجزاء فى الصيد ، وليس هـذا بصيد . قال بعض أهل اللغة : الصيد ماجمع ثلاثةَ أشياء ، فيـكون مُبَاحًا[3] وَحَشِيًّا مُمتَنِعاً . ولأنه لامثل له ، ولاقيمة . والضمانُ إنما يكون بأحد هذين الشيئين . ورُوى عن عمر « أَنَّهُ قَرَّدَ بَعِيرَهُ بالسُّقْيَا وَهُوَ مُحْرِمٌ » ومعناه : أنه نزع القُرَادَ عنـه ، ورماه . وهـذا قول جابر بن زيد ، وعطاء . ورُوى أن ابن عباس قال لعِـكْرِمة وهو مُحرِم : « قَرِّدِ البَعِيرَ . فَـكَرِهَ ذلك . فقال : قُمْ فانْحَرْهُ فَنَحَرَهُ . فقال له ابنُ عبَّاس : لاأُمَّ لَكَ ، كَمْ قَتَلْتَ فِيهَا مِنْ قُرَادٍ وَحَلَمَةٍ وَحُمْنَانَةٍ ؟ يعنى كِبارَ القُرَادِ » رواه كلَّه سعيد .

---

(١) من الغربان مايباح أكله ، وهو الغراب الغبطى وهو مثل الحمام لايؤذى ولونه فيه صفرة وبلقة .

(٢) الذر : صغار النمل ، المائة منها تزن حبة شعير .

(٣) مباحاً : يعنى غير مملوك لأحد ، وممتنعاً : أى يمتنع بقوته عن أن يصيده الناس بسهولة .

٢٣٩٧ فصـــل

ولا تأثير للإحرام ولا للحرَم فى تحريم شىء من الحيوان الأهلى ، كبهيمة الأنعـام ، ونحوها ، لأنه ليس بصيد . وإنما حرّم الله تعـالى الصيد . وقد كان النبىّ صـلى الله عليه وسـلم يذبحُ البُدْنَ فى إحرامه فى الحرم ، يتقرَّبُ إلى الله سبحانه بذلك . وقال : « أفضـل الحجّ : العجّ والثجّ » يعنى إسالة الدماء ، بالذبح ، والنحر . وليس فى هذا اختلاف .

٢٣٩٨ فصـــل

ويحلّ للمحرم صيدُ البحر لقوله تعالى : (٥ : ٩٦ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ) قال ابن عباس ، وابن عمر : « طَعَامُهُ مَا أَلْقَاهُ » . وعن ابن عبـاس : « طَعَامُهُ مِلْحُهُ » . وعن سعيد بن المسيّب ، وسعيد بنُ جُبَـيْر : « طَعَامُهُ الْمِلْحُ . وصيدُه ما اصْطَدْنَا » ، وأجمع أهلُ العلم على أن صيد البحر مُباح للمُحرم اصطيادُه ، وأكلُه ، وبيعُه ، وشراؤه . وصيدُ البحر : الحيوانُ الذى يعيش فى المـاء ، ويَبيضُ فيه ، ويُفرخ فيه ، كالسمك ، والسُّلَحْفاة ، والسرطان ، ونحو ذلك . وحُـكى عن عطاء فيما يعيش فى البرّ مثل السلحفاة ، والسرطان ، فأشبه طير الماء .

ولنا : أنه يَبيضُ فى الماء ويُفرخ فيه . فأشبه السمك . فأما طير الماء ، كالبطّ ونحوه ، فهو من صيد البرّ فى قول عامّة أهل العلم ، وفيه الجزاء . وحُـكى عن عطاء ، أنه قال : حيث يكون أكثر فهو صيدُه ، وقول عامّة أهل العلم أولى ، لأنه يبيض فى البرّ ويُفرخ فيه ، فـكان من صيد البرّ كسائر طيره ، وإنمـا إقامته فى البحر لطلب الرزق ، والمعيشة منه ، كالصيّاد . فإن كان جنسٌ من الحيوان نوع منه فى البحر ، ونوع فى البرّ ، كالسلحفاة ، فلِـكُلّ نوع حكمُ نفسه ، كالبقر : منها الوحشىُّ مُحرَّم ، والأهلىُّ مُباح .

٢٣٩٩ « مسألة » قال ﴿ وصيد الحرم حرام على الحلال والمُحرم ﴾

الأصل فى تحريم صيد الحرم : النّص والإجماع . أما النّص : فما روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مـكة : « إِنَّ هَذَا الْبَلَدَ حَرَّمَهُ اللهُ يَوْمَ خَلَقَ السَّمٰوَاتِ وَالْأَرْضَ . فَهُوَ حَرَامٌ بِحُرْمَةِ اللهِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ . وَإِنَّهُ لَمْ يَحِلَّ الْقِتَالُ فِيهِ لِأَحَدٍ قَبْلِي وَلَمْ يَحِلَّ لِي إِلَّا سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ ، فهو حرام بحُرمة الله إلى يوم القيامة . لا يُخْتَـلَى خَلَاهَا[1] ، ولا يُعْضَدُ شَوْكُها ، ولا يُنَفَّرُ صَيْدُها ، ولا تُلْتَقَطُ لُقَطَتُهَا إِلَّا مَنْ عَرَّفَهَا » فقال العبّاس : يارسول الله إلا الإِذْخِرَ ، فإنه لقَيْنِهِم[2]

---

(١) الخلا : نبات صغير كالحشيش الذى تأكله البهائم ، ومعنى لا يعضد شوكها : لا يقطع شوكها .

(٢) القين : المراد به هنا الحداد ؛ والإذخر : نبات صغير طيب الرائحة كانت العرب تضعه فى بيوتها لتطييب رائحتها ، والحداد يضعه فى دكانه ليمنع الرائحة الكريهة المنبعثة من تفاعل النار مع الحديد والفحم .

وبُيوتِهِمْ . فقالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : إلاَّ الإِذْخِرَ » متفق عليه ، وأجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم ، على الحلال والمحرم .

٢٤٠٠ فصل

وفيه الجزاء على من يقتله ، ويُجزى بمثل مايجزى به الصيد في الإحرام . وحُكى عن داود : أنه لاجزاء فيه ، لأن الأصل براءةُ الذمّة ، ولم يرد فيه نصّ فيبقى بحاله .

ولنا : أن الصحابة رضى الله عنهم قضَوْا فى حَمَامِ الحَرَم بشاةٍ شاةٍ[1] . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن عمر ، وابن عباس . ولم يُنقل عن غيرهم خلافُهم . فيكون إجماعاً . ولأنه صيد ممنوع منه لحقّ الله تعالى ، أشبه الصيد فى حقّ المحرم .

٢٤٠١ فصل

وما يحُرم ويُضمن فى الإحرام يحُرم ويُضمن فى الحرم ، ومالا ، فلا ، إلا شيئين :

(أحدهما) القمل ، مُختلَف فى قتله فى الإحرام وهو مُباح فى الحَرم بلا اختلاف ، لأنه حرُم فى الإحرام للترفّه بقتله ، وإزالته لالحُرمته . ولا يحرم الترفّه فى الحِلّ ، فأشبه ذلك قصّ الشعر وتقليم الظفر .

(الثانى) صيد البحر . مُباح فى الإحرام بغير خلاف ، ولا يحلّ صيدُه من آبار الحرَم وعُيونه . وكرهه جابرُ بن عبد الله ، لعُموم قوله عليه السلام : «لاَ يُنَفَّرُ صَيْدُها» ولأن الحُرمة تثبت للصيد كحُرمة المكان ، وهو شامل لكلّ صيد . ولأنه صيد غير مُؤذٍ . فأشبه الظِّبَاء . وعن أحمد رواية أخرى : أنه مُباح . ولأنه صيد غير مُؤذٍ . لأن الإحرام لايُحرّمه فأشبه السِّباع ، والحيوان الأهلىّ .

٢٤٠٢ فصل

ويُضمن صيد الحرم فى حقّ المسلم ، والكافر ، والكبير ، والصغير ، والحرّ والعبد . لأن الحُرمة تعلَّقت بمحلّه بالنسبة إلى الجميع ، فوجب ضمانه كالآدمىّ .

٢٤٠٣ فصل

ومن ملك صيداً فى الحِلّ فأدخله الحرم لزمه رفعُ يده عنه ، وإرسالُه . فإن تلف فى يده أو أتلفه فعليه ضمانُه ، كصيد الحِلّ فى حقّ المُحرم . وقال عطاء : إن ذبحه فعليه الجزاء . وروى ذلك عن ابن عمر ومن كره إدخال الصيد الحرم : ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وعطاء ، وطاوس ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . ورَخَّص فيه جابرُ بن عبد الله . ورُويت عنه الكراهةُ له ، أخرجه سعيد . وقال هشام

---

(١) شاة شاة : التكرير يدل على التقسيم ، أى كل حمامة فيها شاة ، وليس فى الحمامتين فأكثر شاة واحدة ، بل كل حمامة فيها شاة .

ابن عُروة : كان ابن الزبَير تِسْعَ سنين يراها فى الأقفاص ، وأصحابُ النبىّ صلى الله عليه وسـلم لايَرَوْن به بأساً . ورخَّص فيه سعيدُ بن جبير ، ومجاهد ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأنه ملـكه خارجاً وحلّ له التصرّف فيه ، فجاز له ذلك فى الحرم ، كصيد المدينة إذا أدخله حرَمها .

ولنـا أن الحرم سببٌ مُحرِّم للصيـد ، ويُوجب ضمانه ، فحرُم استدامةُ إمساكه ، كالإحرام . ولأنه صيد ذبحه فى الحرم ، فلزمه جزاؤه ، كما لو صاده منه . وصَيْدُ المدينة لاجزاء فيه ، بخلاف صيد الحرم .

٢٤٠٤ فصـــل

ويضمنُ صيد الحرم بالدلالة ، والإشارة ، كصيد الإحرام ، والواجب عليهما جزاء واحد . نصّ عليه أحمد . وظـاهر كلامه : أنه لافرق بين كون الدالّ فى الحِلّ أو الحرم . وقال القـاضى : لاجزاء على الدالّ إذا كان فى الحِلّ ، والجزاء على المدلول وحده ، كالحلال إذا دلّ مُحرماً على صيده .

ولنـا : أن قتل الصيد الحَرَمِىّ حَرامٌ على الدالّ ، فيضمنُه بالدلالة ، كما لو كان فى الحرم ، يحقِّقه أن صيد الحرم مُحرّم على كلِّ أحد . لقوله عليه السلام : « لاَ يُنَفَّرُ صَيْدُهَا » وفى لفظ : « لا يُصَادُ صَيْدُهَا » وهذا عامّ فى حقِّ كلّ واحد . ولأن صيد الحرم معصوم بمحلّه ، فحرم قتله عليهما كالملتجىء إلى الحرَم ، وإذا ثبت تحريمُه عليهما فيضمن بالدلالة ممّن يحرُم عليه قتلُه ، كما يُضمن بدلالة المُحرم عليه .

٢٤٠٥ فصـــل

وإذا رمى الحلالُ من الحِلّ صيداً فى الحرَم فقتله ، أو أرسل كلبه عليه فقتله ، أو قتل صيداً على فرع فى الحرَم أصـلُه فى الحِلّ ، ضمنه . وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ؟ وأبو ثور ، وابن المنـذر ، وأصحـاب الرأى . وحَـكى أبو الخطّاب عن أحمـد روايةً أخرى : لاجزاء عليه فى جميـع ذلك ، لأن القاتل حلالٌ فى الحِلّ ؛ وهذا لايصح . فإنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « لايُنَفَّرُ صَيْدُهَا » ولم يَفرق بين من هو فى الحِلِّ والحرم . وقد أجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم ، وهذا من صيده ، ولأنَّ صيد الحرم معصوم بمحله بحُرمة الحرم . فلا يختصّ تحريمـه بمن فى الحرم . وكذلك الحـكم إن أمسك طائراً فى الحلّ فهلك فراخُه فى الحرم ، ضَمِن الفِراخَ . لما ذكرنا ، ولا يضمن الأمّ ، لأنَّها من صيد الحِلّ ، وهو حلال . وإن انعكست الحال ، فرمى من الحرم صيداً فى الحِلّ ، أوأرسل كلبه عليه ، أو قتل صيداً على غُصْن فى الحِلّ أصلُه فى الحرم ، أو أمسك حمامَةً فى الحرم فهلك فراخُهـا فى الحِلّ . فلا ضمان عليـه ، كما فى الحِلّ . قال أحمد فيمن أرسل كلبه فى الحرم فصاد فى الحِلّ : فلا شىء عليه . وحُـكِى عنه رواية أخرى فى جميع الصور يضمن . وعن الشافعىّ : مايدلّ عليه . وذهب الثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، فيمن قتل طائراً على غصن فى الحِلّ أصـله فى الحرم ، لاجزاء عليـه . وهو ظـاهر قول أصحـاب الرأى . وقال ابن الماجُشُون ، وإسحاق : عليه الجزاء ، لأن الغُصْنَ تابع للأَصل ، وهو فى الحرم .

ولنا : أن الأصل حِلُّ الصيد لحُرُم صيدُ الحرم بقوله عليه السلام : « لاَ يُنَفَّرُ صَيْدُها » وبالإجماع . فبقى ماعداه على الأصل ولأنه صيدٌ حِلّ صاده حلال ، فلم يحرُم ، كما لو كانا فى الحِلّ . ولأن الجزاء إنما يجب فى صيد الحرم ، أو صيد المحرم ، وليس هذا بواحد منهما .

٢٤٠٦ فصـــــل

فإن كان الصيد والصائد فى الحِلّ فرمى الصيدَ بسهمه ، أو أرسل عليه كلبه ، فدخـل الحرم ، ثمّ خرج ، فقتل الصيد فى الحِلّ ، فلا حزاء فيه . وبهذا قال أصحاب الرأى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وحَـكى أبو ثور عن الشافعىّ : أن عليه الجزاء .

ولنا : ما ذكرناه . قال القاضى : لا يزيد سهمه على نفسه . ولو عدا بنفسه فسلك الحـرم فى طريقه ، ثم قتل صيداً فى الحِلّ لم يكن عليه شىء ، فسهمُهُ أولى .

٢٤٠٧ فصـــــل

وإن رمى من الحِلّ صـيداً فى الحِلّ فقتل صـيداً فى الحرَم ، فعليه جزاؤه . وبهـذا قال الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : لا جزاء عليـه ، وليس بصحيح ، لأنه قتل صيداً حَرَمِيًّا . فلزمه جزاؤه ، كما لو رمى حَجَراً فى الحرم فقتل صيداً ، يحققه : أن الخطأ كالعَمْد فى وجوب الجزاء وهذا لا يخرُج عن كونه واحداً منهما . فأمّا إن أرسل كلبه على صيد فى الحِلّ فدخل الـكلبُ الحرم ، فقتـل صيداً آخر لم يضمنه . وهذا قول الثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وأبى ثور ، وابن المنذر . لأنه لم يُرسل الـكلب على ذلك الصيد ، وإنما دخل باختيار نفسه . فهو كما لو استرسل بنفسه من غير إرسال . وإن أرسله على صيد ، فدخل الصيدُ الحرم ، ودخـل الـكلب خلفه ، فقتله فى الحرم ، فـكذلك . نصّ عليه أحمد . وهو قول الشافعىّ ، وأبى ثور ، وابن المنـذر . وقال عطاء ، وأبو حنيفه ، وصاحباه : عليه الجزاء . لأنه قتل صيداً حَرَمِيًّا بإرسال كلبه عليه فضمنه ، كما لو قتله بسهمه ، واختاره أبو بكر عبد العزيز وحكى صالح عن أحمد أنه قال : إن كان الصيدُ قريباً من الحرَم ضمنه ، لأنّه فرّط بإرساله فى موضع يظهر أنه يدخل الحرم . وإن كان بعيداً لم يضمن لعدم التفريط ، وهذا قول مالك .

ولنـا : أنه أرسل الـكلب على صيد مُباحٍ فلم يضمن ، كما لو قتل صـيداً سواه وفارق السهم . لأن الـكلب له قصد واختيار . ولهذا يَسترسِلُ بنفسه ، ويُرسله إلى جهةٍ فيمضى إلى غيرها ، والسهمُ بخلافه .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يأكل الصيد فى هذه المواضع كُـلّها ، ضمنه أو لم يضمنه ، لأنه صـيدٌ حَرَمِىٌّ قُتِل فى الحرم ، فحَرُم ، كما لو ضمنه . ولأننا إذا قطعنا فعل الآدمىّ صار كـأن الـكلب استرسل بنفسـه ، فقتله ، ولـكن لو رمى الحـلالُ من الحِلّ صيداً فى الحلّ ، فجرحه ، وتحامل الصـيدُ فدخل الحرم ، فمات فيه حلّ أكلُه ، ولا جزاء فيه . لأن الذكاة حصلت فى الحِلّ ، فأشـبه مالو جَرح صيداً ، ثم أحرم ، فمات

الصيدُ بعد إحرامه ، ويُكره أكلُه لموته فى الحرَم .

٢٤٠٨ فصـــــل

وإن وقف صيد بعضُ قوائمه فى الحِلّ ، وبعضُها فى الحـرم ، فقتله قاتلٌ ضمنه ، تغليباً للحرم . وبه قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى : وإن نفّرَ صيداً من الحَرَم ، فأصابه شىء فى حال نفوره ضمنه ، لأنه تسبّب إلى إتلافه ، فأشبه مالو تلف بشَرَكِه أو شبكَتِه . وإن سكن من نُفوره ، ثم أصابه شىء ، فلا شىء على من نَفّره . نصّ عليه أحمد ، وهو قول الثورىّ . لأنه لم يكن سبباً لإتلافه . وقد رُوى عن عمر : « أنّهُ وَقَعَتْ عَلَى رِدَائِهِ حَمَامَةُ فأطَارَهَا ، فَوَقَعَتْ عَلَى واقِفٍ فانتَهَزَتْهَا[1] حَيَّةٌ ، فاستَشَارَ فى ذلك عثمانَ ، ونافعَ بن عبدالحارث ، فحكَمَا عَلَيْهِ بِشَاةٍ » وهذا يدلّ على أنهم رأوا عليه الضمان بعد سكونه ، لكن لو انتقل عن المكان الثانى ، فأصابه شىء ، فلا ضمان عليه لأنه خرج عن المكان الذى طُرد إليه . وقول الثورىّ ، وأحمد إنما يدلّ على هذا ، لأن سفيان قال: إذا طَرَدْتَ فى الحرم شيئاً فأصابَ شيئاً قبل أن يقع أو حين وقع ضَمِنتَ . وإن وقع من ذلك المكانِ إلى مكان آخرَ ، فليس عليك شىء . قال أحمد جيّد .

٢٤٠٩ « مسألة » قال : ﴿ وكذلك شجره ، ونباته ، إلا الإذْخِرَ ومازَرَعَهُ الإنسان ﴾ .

أجمع أهل العلم على تحريم قطـع شجر الحرم ، وإباحة أخـذ الإذْخِر ، وما أنبته الآدمىّ من البقول ، والزروع ، والرياحين . حكى ذلك ابن المنذر . والأصل فيه : مارويناه من حديث ابن عباس . وروى أبو شُرَيح ، وأبو هريرة ، نحواً من حديث ابن عباس ، وكلها متفق عليها . وفى حـديث أبى هريرة : « ألاَ وَإنَّهَا ساعَتِى هَذِهِ حَرَامٌ ،لاَ يُختَلَى شَوْكُهَا ، وَلاَ يُعْضَدُ شَجَرُهَا » وفى حديث أبى شُرَيح أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح قال : « إنَّ مَكَّةَ حَرَّمَهَا اللهُ ولم يُحَرِّمها النَّاسُ ، فَلاَ يَحِلُّ لأحَدٍ يُؤْمِنُ باللهِ وَاليَوْمِ الآخرِ أَنْ يَسْفِكَ بِهَا دَماً ، وَلاَ يَعْضِدَ بِهَا شَجَرَةً » . وروى الأثرم حديث أبى هريرة فى سننته ، وفيه : « لاَ يُعْضَدَ شَجَرُها وَلاَ يُحْتَشُّ حَشِيشُهَا ، وَلاَ يُصَادُ صَيْدُها » فأما ماأنبته الآدمىّ من الشجر . فقال ابن الخطاب ، وابن عقيل : له قلعُه من غير ضمان ، كالزرع . وقال القاضى : مانبت فى الحِلّ ثم غُرس فى الحرم فلا جزاء فيه ، ومانبت أصله فى الحرم ففيه الجزاء بكلّ حال ، وقال الشافعىّ : فى شجر الحرم الجزاء بكلّ حال ، أنبته الآدميون ، أو نبَت بنفسه ، لعموم قوله عليه السلام « لايُعْضَدُ شَجَرُها » ولأنها شجرةٌ نابتةٌ فى الحرم . أشبه مالم ينبته الآدميّون . وقال أبو حنيفة : لاجزاء فيما يُنبت الآدميون جنسَه ، كالجوْز واللّوْز والنخل ونحوه ، ولا يجب فيما يُنبته الآدمىّ من غيره كالدوح ، والسَّلَم ، والعِضَاهِ ، لأن الحرم يختصّ تحريمه ما كان وَحْشِيًّا من الصيد ، كذلك الشجر . وقول

---

[1] انتهزتها : ضربتها فقتلتها ، أو اغتنمتها فأكلتها .

الحَرَقِ : ومازرعهُ الإنسان » يحتمل اختصاصه بالزرع دون الشجر ، فيكون كقول الشافعيّ . ويحتمل أن يعمّ جميع مايُزرع فيدخل فيه الشجر . ويحتمل أن يُريد ماينبت الآدميّون جنسَه ، والأولى الأخذُ بعموم الحديث في تحريم الشجر كلّه ، بقوله عليه السلام : « لا يُعْضَدُ شَجَرُها » إلا ما أنبته الآدميّ من جنس شجرهم ، بالقياس على ماأنبتوه من الزرع ، والأهليّ من الحيوان . فإننا إنما أخرجنا من الصيد ما كان أصلُه إنسيًّا دون ما تأنّس من الوحشيّ ، كذا ههنا .

٢٤١٠ فصل

ويحرُم قطع الشوك ، والعَوْسَجَ[1] ، وقال القاضي ، وأبو الخطّاب : لايحرُم . ورُوي ذلك عن عطاء ، ومجاهد وعمرو بن دينار ، والشافعيّ ، لأنه يُؤذي بطبعه فأشبه السباع من الحيوان .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لَا يُعْضَدُ شَجَرُها » وفي حديث أبي هريرة : « لاَ يُخْتَلَى شَوْكُهَا » وهذا صريح . ولأن الغالب في شجر الحرم الشوكُ . فلما حرّم النبيّ صلى الله عليه وسلم قطع شجرها ، والشوكُ غالبُه كان ظاهراً في تحريمه .

٢٤١١ فصل

ولا بأس بقطع اليابس من الشجر والحشيش ، لأنه بمنزلة الميّت . ولا بقطع ما انكسر . ولم يَبِنْ . لأنه قد تلف ، فهو بمنزلة الظُّفْر المُنكسِر . ولا بأس بالانتفاع بما انكسر من الأغصان ، وانقلع من الشجر بغير فعل آدميّ ، ولا ماسقط من الورق . نصّ عليه أحمد ، ولانعلم فيه خلافاً . لأن الخبر إنما ورد في القطع وهذا لم يقطع . فأما إن قطعه آدميّ ، فقال أحمد : لم أسمع إذا قُطع يُنتفع به . وقال في الدوحة[2] تقلع : من شبّهه بالصيد لم ينتفع بحَطَبها ، وذلك لأنه ممنوع من إتلافه ، لحرمة الحرم . فإذا قطعه من يحرُم عليه قطعُه لم ينتفع به ، كالصيد يذبحُه المحرِم ، ويحتمل أن يُباح لغير القاطع الانتفاعُ به . لأنه انقطع بغير فعله ، فأُبيح له الانتفاع به ، كما لو قطعه حيوانٌ بهيميّ ، ويفارق الصيد الذي ذبحه . لأن الزكاة تعتبر لها الأهليّة ، ولهذا لا يحصُل بفعل بَهيمةٍ ، بخلاف هذا .

٢٤١٢ فصل

وليس له أخذ ورق الشجر . وقال الشافعيّ : له أخذُه . لأنه لايضرّ به ، وكان عطاء يرخّص في أخذ ورق السَّنَا[3] ، يستمشي به ، ولا يُنزع من أصله ، ورخّص فيه عمرو بن دينار .

---

(١) العوسج نوع من الشوك . (٢) الدوحة : الشجرة العظيمة .

(٣) السنا ؛ هو السنامكي ؛ ويسميه عوام الناس (السلامكة) وهو نبات مدر للصفراء مسهل ، ولهذا علل أخذ ورقه بأنه يستمشي به ، أي يجلب به الإسهال لنفسه .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « لَا يُخْبَطُ شَوْكُهَا ، وَلَا يُعْضَدُ شَجَرُهَا » رواه مسلم . ولأن ماحرُم أخذه حرُم كلّ شىء منه ، كريش الطائر ، وقولهم لا يضرّ به : لا يصحّ ، فإنه يُضعفها ، وربّما آل إلى تلفها .

٢٤١٣ فصـــل

ويحرُم قطع حشيش الحرم إلّا ما استثناه الشرع من الإذخر ، وما أنبته الآدميّون ، واليابس لقوله عليه السلام : « لا يُخْتَلَى خَلَاهَا » وفى لفظ : «لَا يُحْتَشُّ حَشِيشُهَا » ، وفى استثناء النبيّ صلى الله عليه وسلم الإذْخِرَ دليلٌ على تحريم ماعداه ، وفى جواز رَعْيِهِ وجهان :

(أحدهما) لا يجوز . وهو مذهب أبى حنيفة . لأن ماحرُم إتلافه ، لم يجز أن يُرسل عليه مايُتلفه كالصيد .

(والثانى) يجوز . وهو مذهب عطاء ، والشافعىّ . لأن الهَدْىَ كانت تدخُل الحْرَم فتكثر فيه ، فلم ينقل أنه كانت تُسَدّ أفواهها ، ولأن بهم حاجةً إلى ذلك أشبه قطع الإذْخِر .

٢٤١٤ فصـــل

ويُباح أخذُ الكَمْأةِ[1] من الحْرَم ، وكذلك الفَقْع[2] ، لأنه لاأصل له فأشبه الثمرة ورَوى حنبل قال : يُؤكل من شجر الحرم الضَّغَابيسُ[3] ، والعِشْرِقُ ، وما سقط من الشجر ، وما أنبت الناسُ .

٢٤١٥ فصـــل

ويجب فى إتلاف الشجر والحشيش الضمان ، وبه قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى ذلك عن ابن عباس ، وعطاء . وقال مالك ، وأبو ثور ، وداود وابن المنذر : لا يضمن . لأن المُحرم لا يضمنُه فى الحِلّ ، فلا يُضمن فى الحرم ، كالزرع . وقال ابن المنذر : لا أجد دليلاً أُوجِبُ به فى شجر الحرم فرضاً من كتاب ، ولا سُنّةٍ ولا إجماع . وأقول كما قال مالك : نستغفر الله تعالى .

ولنا : ماروى أبو هشيمة قال : « رَأَيْتُ عُمر بن الخطّاب أَمَرَ بِشَجَرٍ كَانَ فِى المَسْجِدِ يَضُرُّ بِأَهْلِ الطَّوَافِ فَقُطِعَ . وفُدِى ، قال : وَذَكَرَ البَقَرَةَ » رواه حنبل فى المناسك . وعن ابن عبّاس أنه قال فى الدَّوْحَةِ : بقرة ، وفى الجَزْلَة : شاةٌ . والدَّوْحَةُ الشجرة العظيمة . والجَزْلَةُ : الصغيرة ، وعن عطاء

---

(١) الكمأة : حب يأكله أهل الحجاز كما تأكل نحن القمح والسمسم .

(٢) الفقع : بفتح الفاء وسكون القاف : البيضاء الرخوة من الكمأة .

(٣) الضغابيس: نبت صغير ، والعشرق بكسر العين والراء وسكون الشين: النبت الذى يكون غير صالح فى الحطة ونحوها ويسمى عند العامة فى مصر (الغلت) ولذلك تنقى منه الحنطة ونحوها عند استعماله طعاما

نحوُه ، ولأنه ممنوع من إتلافه لحرمة الحرم ، فكان مضموناً كالصيد ، ويخالف المحرم . فإنه لا يمنع من قطع شجر الحلّ ، ولا زرع الحرم .

إذا ثبت هذا : فإنه يضمن الشجرةَ الكبيرة ببقرةٍ ، والصغيرَة بشاةٍ ، والحشيشَ بقيمته ، والغُصْنَ بما نقصَ ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أصحاب الرأى : يضمن الكلّ بقيمته ، لأنه لا مقدّر فيه . فأشبه الحشيش .

ولنا : قول ابن عبّاس وعطاء : ولأنه أحد نوعى مايحرُم إتلافه ، فكان فيه مايضمن بمقدّر كالصيد فإن قطع غصناً أو حشيشاً فاستخلف احتمل سقوط ضمانه ، كما إذا جرح صيداً فاندمل ، أو قطع شعر آدمىّ فنبت ، واحتمل أن يضمنه . لأن الثانى غير الأول .

٢٤١٦ فصل

ومن قلع شجرةً من الحرم فغرسها فى مكان آخَر فيبست ضمنها ، لأنه أتلفها . وإن غرسها فى مكان من الحرم فنبتت لم يضمنها ، لأنه لم يُتلفها ، ولم يَزل حُرْمتها . وإن غرسها فى الحِلّ فنبتت فعليه ردّها إليه . لأنه أزال حُرْمتها . فإن تعذّر ردّها ، أو ردها فيبست ضَمِنها ، وإن قلعها غيرُه من الحِلّ ، فقال القاضى : الضمان على الثانى لأنه المُتلف لها .

فإن قيل : فلم لا يجب على المُخرِج كالصيد إذا نفّره من الحرم ، فقتله إنسان فى الحِلّ ، فإن الضمان على المنفّر ؟

قلنا : الشجر لا ينتقل بنفسه ، ولا تزول حُرمته بإخراجه ، ولهذا وجب على قالعه ردّه ، والصيد يكون فى الحرَم تارة ، وفى الحِلّ أخرى ، فمن نفّره فقد فوّت حُرمته ، فلزمه جزاؤه ، وهذا لم يفوّت حُرمته بالإخراج ، فكان الجزاء على مُتلفه ، لأنه أتلف شجراً حَرَميّاً مُحرّماً إتلافه .

٢٤١٧ فصل

وإذا كانت شجرة فى الحرم وغُصْنُها فى الحلّ ، فعلى قاطعه الضمان ، لأنه تابعٌ لأصله . وإن كانت فى الحِلّ وغُصْنُها فى الحرم فقطعه ، ففيه وجهان :

(أحدهما) لا ضمان فيه ، وهو قول القاضى أبى يَعْلَى ، لأنه تابع لأصله كالتى قبلها .

(والثانى) يضمنه ، اختاره ابن أبى موسى ، لأنه فى الحَرَم ، فإن كان بعض الأصل فى الحلّ ، وبعضه فى الحرم ضمن الغُصْن بكلّ حال ، سواء كان فى الحِلّ أو فى الحرم ، تغليباً لحُرمة الحرم ، كما لو وقف صيدٌ بعضُ قوائمه فى الحِلّ ، وبعضُها فى الحَرَم .

٢٤١٨ فصل

ويَحرُم صيدُ المدينة ، وشجرُها ، وحشيشُها . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة :

لا يَحرُم . لأنه لو كان مُحرّماً لبيّنه النبيُّ صلى الله عليه وسلم بياناً عامًّا ، ولوجب فيه الجزاء كصيد الحرم .

ولنا : ماروى عليّ رضى الله عنه ، أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « الْمَدِينَةُ حَرَمٌ مَابَيْنَ ثَوْرٍ إِلَى عَيْرٍ » متفق عليه . وروى تحريمَ المدينة أبو هريرة ، ورافـع ، وعبد الله بن زيد ، متفق على أحاديثهم . ورواه مسلم ، عن سعد ، وجابر ، وأنس ، وهذا يدلّ على تعميم البيان ، وليس هو فى الدرجة دون أخبار تحريم الحَرَم ، وقد قَبِلوهُ وأثبتوا أحـكامه ، على أنّه ليس بمُمتنع أن يُبَيّنه بياناً خاصّاً ، أو يُبَيّنه بيانا عاماً فينقل نقلا خاصاً ، كصفة الأذان ، والوتر والإقامة .

٢٤١٩ فصـــل

وحرَم المدينة : مابين لابتيها . لما رَوى أبو هريرة قال : قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: « مابَيْنَ لَابَتَيْهَا حَرَامٌ » وكان أبو هريرة يقول : « لَوْ رَأَيْتُ الظِّبَاءَ تَرْتَعُ بِالْمَدِينَةِ مَا ذَعَرْتُهَا » متفق عليه . واللّابةُ : الحَرّة ، وهى أرض فيها حِجَارَةٌ سُودٌ . قال أحمد : مابين لابتيها حَرامٌ ، بريدٌ فى بريدٍ . كذا فسّره مالك بن أنس . ورَوى أبو هريرة : « أنَّ رسـولَ الله صلى الله عليـه وسلم جَعَلَ حَوْلَ الْمَدِينَةِ اثْنَى عَشَرَ مِيلاً حِمًى » رواه مسلم . فأما قوله : « مابَيْنَ ثَوْرٍ إِلَى عَيْرٍ » فقال أهل العلم بالمدينة : لانعرف بها ثَوْراً ، ولا عَيْراً . وإنّمـا هما جَبَلَانِ بمـكة . فيحتمل أن النبيّ صلى الله عليه وسلم أراد قدر مابين ثَوْرٍ وَعَيْرٍ . ويحتمل أنه أراد جبلين بالمدينة وسمّاهما ثوراً وعيراً تجوّزاً[1] .

٢٤٢٠ فصـــل

فمن فعل ممّا حُرّم عليه شيئاً ، ففيه روايتان :

(إحداهما) لاجزاء فيه . وهـذا قول أكثر أهل العلم ، وهو قول مالك ، والشافعيّ فى الجديد . لأنه موضع يجوز دخوله بغير إحرام ، فلم يجب فيه جزاء ، كصيدِ وَجٍّ[2] .

---

(١) قال صاحب القاموس فى مادة ثور من معانى « ثور » : جبل بمكة وجبل بالمدينة قال : « وجبل بمكة وفيه الغـار المذكور فى التنزيل ، ويقال له ثور أطحل ، واسم الجبل أطحل ، نزله ثور بن عبد مناة فنسب إليه ، وجبل بالمدينة . ومنه الحديث الصحيح « المدينة حرم مابين عير إلى ثور » ، وأما قول أبى عبيد ابن سلام وغيره من الأكابر الأعلام إن هـذا تصحيف والصواب « إلى أحد » لأن ثور إنمـا هو بمكة ـ فغير جيد لمـا أخبرنى الشجاع البعلى الشيخ الزاهد عن الحافظ أبى محمد عبـد السلام البصرى أن حذاء أحد جانحاً إلى ورائه جبلا صغيراً يقال له ثور ، وتكرر سؤالى عنه طوائف من العرب العارفين بتلك الأرض فـكل أخبرنى أن اسمه ثور ، ولمـا كتب إلى الشيخ عفيف الدين المطرى عن والده الحافظ الثقة قال : إن خلف أحد عن شماليه جبلا صغيراً مدوراً يسمى ثوراً يعرفه أهل المدينة خلفاً عن سلف ، اه قاموس . ثم قال فى مادة « عير » إن عَيراً جبل بالمدينة ، فهذا يدل على أن بالمدينة جبلين ، أحدهما يسمى ثوراً ، والآخر يسمى عيراً ، فالحديث صحيح وألفاظه مقصودة وليس فيه تقدير .

(٢) وج : واد بالطائف ، وصيده حلال لأنه ليس من الحرم .

(والثانى) يجب فيه الجزاء . رُوى ذلك عن ابن أبى ذئب . وهو قول الشافعىّ فى القـديم ، وابن المنذر . لأنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إِنِّى أُحَرِّمُ الْمَدِينَةَ مِثْلَ مَاحَرَّمَ إِبْرَاهِيمُ مَكَّةَ » ، ونهى أن يُعْضَدَ شجرُها ، ويُؤْخَذَ طيرُها . فوجب فى هذا الحرم الجزاء ، كما وجب فى ذلك ، إذ لم يظهر بينهما فرق . وجزاؤه إباحةُ سلب القاتل لمن أخذه . لما رَوى مُسلم بإسناده ، عن عامر بن سعد « أَنَّ سَعْداً رَكِبَ إِلَى قَصْرِهِ بِالعَقِيقِ[1] . فَوَجَدَ عَبْداً يَقْطَعُ شَجَراً أَوْ يَخْبِطُهُ ، فَسَلَبَهُ . فَلَمَّا رَجَعَ سَعْدٌ جاءَ أَهْلُ الْعَبْدِ فَكَلَّمُوهُ أَنْ يَرُدَّ عَلَى غُلَامِهِمْ أَوْعَلَيْهِمْ . فقال : مَعَاذَ اللهِ أَنْ أَرُدَّ شَيْئاً نَفَلَنِيهِ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ، فَأَبَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِمْ » . وعن سَعْدٍ : أَنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَخَذَ أَحَداً بِصَيْدٍ فيه فَلْيَسْلُبْهُ » رواه أبو داود .

فعلى هذا : يُباح لمن وجد آخذَ الصيدِ ، أو قاطع الشجر سَلْبُهُ . وهو أخـذ ثيـابه حتى سراويله . فإن كان على دابّة لم يَمْلِكْ أخذها ، لأن الدابّة ليست من السَّلَب . وإنما أخذها قاتلُ الكافر فى الجهاد لأنه يُستعَانُ بها على الحرب ، بخلاف مسـألتنا . وإن لم يسلُبه أحدٌ ، فلا شيء عليه ، سوى الاستغفار ، والتوبة .

٢٤٣١ فصـــل

ويفارق حرمُ المدينة حرَم مكة فى شيئين :

(أحدهما) أنه يجوز أن يؤخذ من شجر حرم المدينة ماتدعو الحاجةُ إليه للمساند والوسائد ، والرَّحْل ، ومن حشيشها ماتدعو الحاجة إليه للعلَف . لما رَوى الإمامُ أحمد ، عن جابر بن عبد الله : « أَنَّ النبى صلى الله عليه وسلم لَمَّا حَرَّمَ الْمَدِينَةَ قالوا : يارَسول الله ، إِنَّا أَصْحابُ عَمَلٍ ، وأصحاب نَضْحٍ ، وإِنَّا لاَ نَسْتَطِيعُ أَرْضاً غَيْرَ أَرْضِنَا ، فَرَخِّصْ لَنَا فقال ، القـائمتان : والوسادةُ والعـارِضَةُ ، والمَسْنَدُ . فأما غير ذلك فلا يُعْضَدُ ، ولا يُخْبَطُ مِنْهَا شَيْءٌ » قال إسماعيل بن أبى أُوَيْس قال خارجة : المسند : مِرْوَدُ البَكْرَةِ . فاستثنى ذلك ، وجعله مباحاً ، كاستثناء الإذْخِرِ بمكّة . وعن علىّ ، وعن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الْمَدِينَةُ حَرَامٌ مَابَيْنَ عَائِرٍ[2] إلى ثَوْرٍ ، لاَ يُخْتَلَى خَلاَهَا ، وَلاَ يُنَفَّرُ صَيْدُهَا ، وَلاَ يَصْلُحُ أَنْ يُقْطَعَ مِنْهَا شَجَرَةٌ إلاَّ أَنْ يَعْلِفَ رَجُلٌ بَعِيرَهُ » وعن جابر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ يُخْبَطُ ، وَلاَ يُعْضَدُ حِمَى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وَلَكِنْ يُهَشُّ هَشًّا رَفِيقاً » رواهما

(١) العقيق : عدة مواضع بعضها بالمدينة وبمكة وبالطائف . والمراد هنا موضع بالمدينة .

(٢) عائر : هو جبـل « عير » بالمدينة ، وقد سبق الكلام عليه فى حديث : « المدينة حرام مابين عير إلى ثور » .

أبو داود . ولأن المدينة يقرب منها شجر ، وزرع ، فلو منعنا من احتشاشها مع الحاجة أفضى إلى الضرر ، بخلاف مـكة .

الثانى : أن من صاد صيداً خارج المدينة ثم أدخله إليها لم يلزمه إرساله ، نصّ عليه أحمد . لأن النبى صلى الله عليه وسـلم كان يقول : « يا أبا عُمَـيْر ، مافَعَـلَ النُّغَيْرُ ؟ » وهو طائر صغير . فظاهر هذا أنه أباح إمساكه بالمدينـة ، إذ لم ينـكر ذلك . وحُرمةُ مـكة ، أعظمُ من حُرْمة المدينـة ، بدليل أنه لايدخُلها إلا مُحْرِمٌ .

٢٤٢٢ فصـــــل

صيد وجّ ، وشجره مُباح . وهو وادٍ بالطائف . وقال أصحاب الشافعىّ هو مُحرّم . لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « صَيْدُ وَجٍّ وَعِضَاهُهَا مُحَرَّمٌ » رواه أحمد فى المسند .

ولنـا : الأصل الإباحة . والحديث ضعيف ضعفه أحمد . ذكره أبو بـكر الخلاّل فى كتاب العِلَل .

٢٤٢٣ « مسألة » قال (وإن أُحْصِرَ بعدُوّ نَحَرَ مامعه من الهَدْى وحَلّ) .

أجمع أهل العلم على أن المحرم إذا حصره عدوّ من المشركين ، أوغـيرهم ، فمنعوه الوصول إلى البيت ولم يجد طريقاً آمناً فله التحلُّل . وقد نصّ الله تعالى عليه بقوله : (٢ : ١٩٥ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الهَدْيِ) وثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم : « أَمَرَ أَصْحَابَهُ يَوْمَ حُصِرُوا فِي الْحُدَيْبِيَةِ أَنْ يَنْحَرُوا وَيَحْلِقُوا وَيَحِـلُّوا » وسواء كان الإحرام بحجّ ، أو عمرة ، أوبهما فى قول إمامنا ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ. وحُـكى عن مالك : أن المُعتمِر لايتحلّل . لأنه لايخـاف الفوات ، وليس بصحيح . لأن الآية إنما نزلت فى حصر الْحُدَيْبِيَة . وكان النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه محرمين بعُمرة ، فحلوا جميعاً .

وعلى من تحلَّل بالإحصار : الهَدْىُ فى قول أكثر أهل العلم . وحُـكى عن مالك : ليس عليه هدى. لأنه تحلل أبيح له من غير تفريط . أشبه من أتم حجّه ، وليس بصحيح . لأن الله تعالى قال (٢ : ١٩٥ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) قال الشافعىّ : لاخلاف بين أهل التفسير أن هذه الآية نزلت فى حصر الْحُدَيبية . ولأنه أبيح له التحلُّل قبل إتمام نسكه . فـكان عليه الهدى ، كالذى فاته الحجّ ، وبهذا فارق من أتمّ حجّه .

٢٤٢٤ فصـــــل

ولا فرق بين الحصر العام فى حقّ الحاجّ كلّه ، وبين الخاصّ فى حقّ شخص واحد ، مثل أن يُحبس بغير حقّ ، أو أخذته اللصوص وحده . لعموم النصّ ، ووجود المعنى فى الـكلّ . فأما من حُبس بحقّ عليه يُمـكنه الخروج منه ، لم يـكن له التحلّل . لأنه لاعـذرَ له فى الحبس . وإن كان مُعسراً به عاجزاً

عن أدائه ، فحبسه بغـير حقّ ، فله التحلُّل ، كما ذكرنا . وإن كان عليه دين مُؤجّـل يَحِلّ قبـل قدوم الحاجّ ، فمنعه صاحبه من الحجّ فله التحلُّل أيضاً ، لأنه معذور . ولو أحرم العبدُ بغير إذن سيّده ، أوالمرأةُ للتطوّع بغير إذن زوجها فلهما منعهما . وحُكمهما حكم المُحْصَر .

٢٤٢٥ فصـــــل

فإن أمكن المحصر الوصول من طريق أخرى لم يُبَح له التحلّل ، ولزمه سلوكها ، بعدت أو قربت ، خشي الفوات أو لم يَخْشَه . فإن كان مُحرماً بعُمرة لم يفت . وإن كان بحجّ ، ففـاته تحلّل بعُمرة . وكذا لو لم يتحلّل المُحْصَر حتى خُلِّي عنه لزمه السعي . وإن كان بعد فوات الحجّ ليتحلّل بعُمرة ، ثم هل يلزمه القضاء إن فاته الحج ؟ فيه روايتان : إحداهما : يلزمه . كمن فاته بخطأ الطريق .

والثانية : لاتجب . لأن سبب الفوات الحصر ، أشبه من لم يجد طريقاً أُخرى بخلاف المُخطىء .

٢٤٢٦ فصـــــل

فأمّا من لم يجد طريقاً أخرى فتحلَّل ، فلا قضاء عليه ، إلا أن يكون واجباً يفعله ، بالوجوب السابق في الصحيح من المذهب . وبه قال مالك ، والشافعيّ . وعن أحمد : أن عليه القضاء . رُوى ذلك عن مجاهد ، وعِكْرمة ، والشعبيّ ، وبه قال أبو حنيفة . لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لما تحلّل زمن الحديبية قضى من قابل ، وسُمِّيت عُمرة القَضِيَّة . ولأنه حلّ من إحرامه قبل إتمامه فلزمه القضاء ، كما لو فاته الحجّ .

ووجه الأولى أنه تطوّع جاز التحلُّل منه مع صلاح الوقت له ، فلم يجب قضاؤه ، كما لو دخل في الصوم يعتقد أنه واجب ، فلم يـكن . فأمّا الخبرُ ، فإنَّ الذين صُدُّوا كانوا ألفاً وأرْبعمائة ، والذين اعتمروا مع النبيّ صلى الله عليه وسلم كانوا نفراً يسيراً ولم ينقل إلينا أن النبي ﷺ أمر أحداً بالقضاء . وأما تسميتُها عُمرَةَ القَضِيَّة ، فإنما يعني بها القضيَّة التي اصطلحوا عليها ، واتفقوا عليها . ولو أرادوا غـير ذلك لقالوا : عمرة القضاء . ويُفارق الفواتَ ، فإنّه مُفرّط بخلاف مسألتنا .

٢٤٢٧ فصـــــل

وإذا قدر المُحصَر على الهَدْى ، فليس له الحِلّ قبل ذبحه . فإنْ كان معه هدى قد ساقة أجزأه ، وإن لم يـكن معه لزمه شراؤه إن أمكنه . ويُجزئه أدنى الهَدْى ، وهو شاةٌ ، أو سُبْع بدَنَةٍ . لقوله تعـالى : (٢ : ١٥٩ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْىِ) وله نحوه في موضع حصره حِلّاً أو حَرَماً . نصّ عليه أحمد . وهو قول مالك ، والشافعيّ ، إلا أن يـكون قادراً على أطراف الحرم ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه نحره فيه . لأن الحرم كلّه مَنْحَر ، وقد قدر عليه .

والثاني : ينحرُه في موضعه . لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم نحر هَدْيَه في موضعه . وعن أحمد : ليس

للمُحْصَرِ نحرُ هَـدْيه إلا فى الحرم ، فيبعثُه ويواطىء رجُلاً على نحره فى وقت يتحلّل فيه ، وهـذا يروى عن ابن مسعود ، فيمن لدغ فى الطريق . ورُوى نحو ذلك عن الحسن ، والشعبىّ ، والنخعىّ ، وعطاء ، وهذا والله أعلم فيمن كان حصره خاصًّا . وأما الحصر العامّ فلا ينبغى أن يقوله أحد ، لأن ذلك يُفضى إلى تعذّر الحِلّ ، لتعذّر وصول الهدْى إلى محلّه . ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم وأصحابَه نحروا هـداياهم فى الْحُدَيْبِيَةِ . وهى من الحِـلّ . قال البخارىّ : قال مالك ، وغـيره : « إنَّ النبىَّ صلى اللهُ عليه وسلم وأصحابَه حَلَقُوا وَحَلُّوا مِنْ كُلِّ شَيْءٍ قَبْلَ الطَّوَافِ ، وَقَبْلَ أَنْ يَصِلَ الْهَدْىُ إِلَى الْبَيْتِ » ، ولم يذكر أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أمر أحـداً أن يقضى شيئاً ، ولا أن يعودوا له . ورُوى : « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَحَرَ هَدْيَهُ عِنْدَ الشَّجَرَةِ الَّتِى كَانَتْ تَحْتَهَا بَيْعَةُ الرِّضْوَانِ » وهى من الحِـلّ باتفاق أهل السيرة ، والنقل . قال الله تعـالى (٤٨ : ٢٥ وَالْهَدْىَ مَعْـكُوفاً أَنْ يَبْلُغَ مَحِلَّهُ) . ولأنه موضع حِـلّه ، فـكان موضعَ نحره ، كالحرم ، وسائر الهدايا يجوز للمحُصَرِ نحرُها فى موضع تحلّله .

فإن قيل : فقـد قال الله تعالى (٢ : ١٩٦ وَلاَ تَحْلِقُوا رُءُوسَـكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْىُ مَحِلَّه) وقال : (٢٢ : ٣٣ ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ) ، ولأنه ذبح يتعلّق بالإحرام ، فلم يجُز فى غـير الحرم ككدم الطِّيب ، واللباس .

قلنا : الآيةُ فى حقّ غير المُحْصَر ، ولا يمكن قياس المُحْصَر عليه . لأن تحلُّل المُحْصَر فى الحِلّ ، وتحلُّل غيره فى الحرم . فـكلّ منهما ينحر فى موضع تحلّله . وقيل فى قوله (٢ : ١٩٦ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْىُ مَحِلَّهُ) أى حتى يُذبح ، وذبحه فى حقّ المُحْصَر فى موضع حِلّه اقتداء بالنبىّ صلى الله عليه وسلم .

٢٤٢٨ فصـــــل

ومتى كان المُحصَر مُحْرِماً بعُمْرة فله التحلّل ، ونحر هديه وقتَ حَصْرِه . لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم وأصحابه زمن الحديبية حلُّوا ، ونحروا هداياهم بها ، قبل يوم النحر . وإن كان مُفرداً ، أو قارناً ، فـكذلك فى إحدى الروايتين . لأن الحجّ أحدُ النُّسُكين . فجاز الحِلّ منه ، ونحرُ هديه وقت حصره ، كالعمرة . ولأن العُمْرة لاتفوت ، وجميـع الزمان وقتٌ لها ، فإذا جاز الحِلّ منهـا ، ونحرُ هديها من غـير خَشْيَةِ فواتها . فالحجُّ الذى يُخشى فواته أولى .

والرواية الثانية : لايَحِلّ ولا ينحَر هديه إلى يوم النحر . نصّ عليه فى رواية الأثرم ، وحنبل . لأن للهدى مَحلّ زمان ، ومحلّ مكان ، فإذا عجز عن محلّ المكان ، فسقط ، بقى محلّ الزمان واجباً لإمكانه ، وإذا لم يجُز له نحر الهدى قبل يوم النحر لم يجز التحلّل ، لقوله سبحانه : (وَلاَ تَحْلِقُوا رُءُوسَـكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْىُ مَحِـلَّهُ) .

وإذا قلنا بجواز التحلّل قبل يوم النحر فالمستحبّ له مع ذلك الإقامةُ مع إحرامه ، رجاء زوال الحصر ، فمتى زال قبل تحلّله فعليه المضيُّ لإتمام نسكه ، بغير خلاف نعلمه . قال ابن المنذر : قال كلّ من أحفظ عنه من أهل العلم : إنّ مَنْ يَئِسَ أن يصل إلى البيت فجاز له أن يَحِلّ فلم يفعل حتى خُلّيَ سبيلُه إنّ عليه أن يَقْضِي مناسكه ، وإن زال الحصر بعد فوات الحجّ تحلّل بعَمَل عُمرة ، فإن فات الحجّ قبل زوال الحصر تحلّل بهَدْيٍ ، وقيل : عليه ههنا هَدْيانِ : هديٌ للفوات ، وهديٌ للإحصار ، ولم يذكر أحمد في رواية الأثرم هدياً ثانياً في حقّ من لايتحلّل إلّا يوم النحر .

٢٤٢٩ فصـــل

فإن أُحْصِرَ عن البيت بعد الوقوف بعرَفةَ فله التحلّل . لأن الحصر يُفيده التحلّل من جميعه ، فأفاد التحلل من بعضه ، وإن كان ما حُصِرَ عنه ليس من أركان الحجّ كالرمى ، وطواف الوداع ، والمبيت بمُزدلفَةَ ، أو بمِنًى في لياليها ، فليس له التحلُّل . لأن صحة الحجّ لاتقف على ذلك . ويكون عليه دم ، لتركه ذلك . وحجّه صحيح ، كما لو تركه من غير حصر ، وإن أُحصر عن طواف الإفاضة بعد رمى الجمرة فليس له أن يتحلل أيضاً . لأن إحرامه إنما هو عن النساء . والشرع إنّما ورد بالتحلل من الإحرام التامّ الذى يُحرِّم جميع محظوراته ، فلا يثبُت بما ليس مثلَه ، ومتى زال الحصر أتى بالطواف وقد تمّ حجّه .

٢٤٣٠ فصـــل

فأما من يتمكّن من البيت ويُصَدّ عن عَرَفَةَ ، فله أن يَفْسَخَ نيّة الحجّ ويجعله عمرة . ولا هدى عليه . لأننا أبحنا له ذلك من غير حصر ، فمع الحصر أولى . فإن كان قد طاف وسعى للقدوم ثم أُحْصِرَ أو مرض حتى فاته الحجّ تحلّل بطواف ، وسعى آخرَ . لأن الأول لم يُقصد به طوافُ العمرة ، ولاسعيُها . وليس عليه أن يجدّد إحراماً ، وبهذا قال الشافعيّ ، وأبو ثور . وقال الزهريّ : لابد أن يقف بعرفة . وقال محمد بن الحسن : لايكون مُحْصَراً بمكة . ورُوى ذلك عن أحمد ، فإن فاته الحجّ ، فحكمه حكمُ من فاته بغير حصر ، وقال مالك : يخرُج إلى الحِلّ ، ويفعل مايفعل المُعتمر ، فإن أحبّ أن يستنيب من يتمّم عنه أفعال الحجّ جاز في التطوّع . لأنه جاز أن يستنيب في جملته ، فجاز في بعضه ، ولا يجوز في حجّ الفرض إلا إن يئس من القُدرة عليه في جميع العُمُر ، كما في الحجّ كلّه .

٢٤٣١ فصـــل

وإذا تحلَّل المُحْصَرُ من الحجّ ، فزال الحصرُ ، وأمكنه الحجّ لزمه ذلك ، إن كانت حجّةَ الإسلام ، أو قلنا بوجوب القضاء ، أو كانت الحجّة واجبةً في الجملة . لأن الحجّ يجب على الفور . وإن لم تكن الحجّة واجبةً ، ولا قلنا بوجوب القضاء ، فلا شيء عليه ، كمن لم يُحرِم .

٢٤٣٢ فصـــــل

وإن أُحْصِرَ فى حَجٍّ فاسدٍ فله التحلُّل. لأنه إذا أُبيح له التحلّل فى الحجّ الصحيح ، فالفاسد أولى ، فإن حلَّ ثم زال الحصرُ وفى الوقت سَعَةٌ ، فله أن يقضى فى ذلك العام ، وليس يتصوّر القضاء فى العـام الذى أفسد الحجّ فيه ، فى غير هذه المسألة .

٢٤٣٣ « مسألة » قال ﴿ فإن لم يكن معه هدى ، ولا يقدِرُ عليه صام عَشَرَةَ أيام ، ثم حَلَّ ﴾ .

وجملة ذلك : أن المُحصر إذا عجز عن الهدى انتقل إلى صوم عشرة أيام ثم حلَّ . وبهذا قال الشافعىّ فى أحد قوليه . وقال مالك ، وأبو حنيفة : ليس له بدل ، لأنه لم يُذكر فى القرآن .

ولنـا : أنه دم واجب للإحرام ، فـكان له بدل ، كدم التمتّع ، والطِّيب ، واللِّباس . وتركُ النصّ عليه لايمنع قياسه على غيره فى ذلك . ويتعيّن الانتقال إلى صيام عشرة أيام ، كبدل هدى التمتّع ، وليس له أن يتحلّل إلا بعد الصيام ، كما لايتحلّل واجد الهدى إلا بنحره ، وهل يلزمه الحلق أو التقصير مع ذبح الهدى أو الصيام ؟ ظاهر كلام الخِرَقىّ : أنه لايلزمه ، لأنه لم يذكره . وهو إحدى الروايتين عن أحمد . لأن الله تعالى ذكر الهدى وحده ، ولم يشرط سواه .

(والثانية) عليه الحلق أو التقصير . لأن النبىّ الله صلى الله عليـه وسلم حلَق يوم الحُدَيْبية . وفعلُه فى النُسك دالٌّ على الوجوب . ولعلَّ هـذا ينبنى على أن الحِلاَقَ نُسُكٌ ، أو إطْلاَقٌ من مَحْظُورٍ ، على مايُذكر فى موضعه إن شاء الله .

٢٤٣٤ فصـــــل

ولا يتحلَّل إلا بالنيـة مع ماذكرنا . فيحصُل الحِلّ بشيئين : النحر ، أو الصوم ، والنيـة إن قلنا : الحِلاَقُ ليس بنُسك ، وإن قلنا : هو نُسك حَصَل بثلاثة أشياء : الحِلاَقُ مع ماذكرنا .

فإن قيل : فلم اعتبرتم النية ههنا وهى فى غير المُحصَر غيرُ مُعتبرة ؟

قلنا : لأن من أتى بأفعال النسُك فقد أتى بمـا عليه ، فيحلّ منها بإكمالها ، فلم يحتج إلى نيَّة . بخلاف المحصور . فإنَّه يريد الخروج من العبادة قبل إكمالها ، فافتقر إلى قصده ، ولأن الذبح قد يكون لغير الحِلّ فلم يتخصَّص إلا بقصده ، بخلاف الرمى . فإنه لا يكون إلا للنسُك . فلم يحتج إلى قصده .

٢٤٣٥ فصـــــل

فإن نوى التحلّل قبل الهدى أو الصيام لم يتحلل ، وكان على إحرامه حتى ينحر الهدى ، أو يصوم . لأنهما أقيما مُقام أفعال الحجّ ، فلم يحلّ قبلهما ، كما لا يتحلل القادر على أفعال الحجّ قبلها ، وليس عليه فى نية الحِلّ فدية . لأنها لم تؤثّر فى العبادة . فإن فعل شيئاً من محظورات الإحرام قبل ذلك ، فعليه فديته ، كما لو فعل القادرُ ذلك قبل أفعال الحجّ .

٢٤٣٦ فصـــل

وإذا كان العدوّ الذى حَصَر الحاجّ مُسلمين ، فأمكن الانصرافُ ، كان أولى من قتالهم . لأن فى قتالهم مُخاطرةً بالنفس ، والمال ، وقتل مسلم ، فكان تركه أولى ، ويجوز قتالهم ، لأنهم تعدَّوْا على المسلمين بمنعهم طريقَهم ، فأشبهوا سائر قُطَّاع الطريق ، وإن كانوا مشركين لم يجب قتالُهم . لأنه إنما يجبُ بأحد أمرين ، إذا بدأوا بالقتال ، أو وقع النفير ، فاحتيج إلى مَدَدٍ ، وليس هاهنا واحدٌ منهما ، لكن إن غلب على ظنّ المسلمين الظفرُ بهم استُحِبّ قتالهم . لما فيه من الجهاد ، وحصول النصر ، وإتمام النسُك ، وإن غلب على ظنِّهم ظفرُ الكفَّار فالأولى الانصراف ، لئلاً يُغَرِّروا بالمسلمين ، ومتى احتاجوا فى القتال إلى لُبس ماتجب فيه الفدية ، كالدرع والمِغْفَر فعلوا ، وعليهم الفدية لأن لُبسهم لأجل أنفسهم فأشبه مالو لبسوا للاستدفاء من دفع برد .

٢٤٣٧ فصـــل

فإن أَذِنَ لهم العدو فى العبور فلم يثقوا بهم ، فلهم الانصراف . لأنهم خائفون على أنفسهم ، فكأنهم لم يأمنوهم ، وإن وثقُوا بأمانهم ، وكانوا معروفين بالوفاء لزمهم المُضيُّ على إحرامهم ، لأنه قد زال حَصْرهم وإن طلب العدوُّ خِفَارةً على تخلية الطريق ، وكان ممن لايُوثَقُ بأمانه لم يلزمهم بذله[1] . لأن الخوف باقٍ مع البذل ، وإن كان موثوقاً بأمانه ، والخِفارةُ كثيرة لم يجب بذلُه ، بل يُكره ، إن كان العدوّ كافراً ، لأن فيه صَغَاراً ، وتَقْوِيةً للكُفَّار . وإن كانت يسيرةً ، فقياسُ المذهب : وجوب بذله ، كالزيادة فى ثمن الماء للوضوء . وقال بعض أصحابنا : لايجب بذلُ خِفَارَةٍ بحالٍ ، وله التحلل ، كما أنه فى ابتداء الحجّ لايلزمه ، إذا لم يجد طريقاً آمناً من غير خِفَارَةٍ .

٢٤٣٨ « مسألة » قال ﴿ وإن مُنع من الوصول إلى البيت بمرض ، أو ذهاب نفقة ، بعث بهدى إن كان معه ، ليذبحه بمكة ، وكان على إحرامه حتى يقدر على البيت ﴾ .

المشهور فى المذهب : أن من يتعذَّر عليه الوصول إلى البيت بغير حصر العدوّ ، من مرض ، أو عَرَجٍ ، أو ذَهَابِ نفقة ، ونحوه : أنه لايجوز له التحلُّل بذلك . رُوِى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، ومَرْوان . وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق . وعن أحمد روايةٌ أخرى : له التحلُّل بذلك . رُوِى نحوه عن ابن مسعود . وهو قول عطاء ، والنخعىّ ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، وأبى ثور . لأنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ كُسِرَ أَوْ عَرِجَ ، فَقَدْ حَلَّ ، وَعَلَيْهِ حَجَّةٌ أُخْرَى » رواه النسائىّ ولأنه مُحصَر يدخل فى عموم قوله تعالى (٢ : ١٩٦ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْىِ) يحققه :

---

(١) كان الأولى لم يلزمهم بذلها لأن الخفارة مؤنثة ، ولعله أراد المال الذى يبذل للخفارة .

أن لفظ « الإِحْصَارِ » إِنَّما هو المرض ، ونحوه . يقال : أحصره المرضُ إحصاراً ، فهو محصر ، وحصره العدوّ حصراً ، فهو محصور[1] . فيكون اللفظ صريحاً فى محلّ النزاع وحصر العدوّ مَقِيسٌ عليه ، ولأنه مصدود عن البيت ، أشبه من صَدَّه عدوّ .

ووجه الأولى : أنه لا يستفيد بالإحلال الانتقالَ من حاله ، ولا التخلّص من الأذَى الذى به بخلاف حصْر العدوّ ، ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم : « دَخَلَ عَلَى ضُبَاعَةَ بِنْتِ الزُّبَيْرِ ، فَقَالَتْ : إِنِّى أُرِيدُ الْحَجَّ ، وَأَنَا شَاكِيَةٌ . فَقَالَ : حُجِّى وَاشْتَرِطِى أَنَّ مَحِلِّى حَيْثُ حَبَسْتَنِى » ، فلو كان المرضُ يُبيح الحِلّ مااحتاجت إلى شرط . وحديثهم متروك الظاهر ، فإن مجرّد الكسر ، والعرج لا يصيرُ به حلالاً ، فإن حملوه على أنه يُبيح التحلّل حملناه على ما إذا اشترط الحِلّ بذلك ، على أن فى حديثهم كلاماً ، فإنه يرويه ابن عباس ، ومذهبُه خلافُه . فإن قلنا : يتحلّل ، فحكمه حكم من أُحْصِرَ بعدُوّ على مامضى . وإن قلنا : لا يتحلل ، فإنه يقيم على إحرامه ، ويبعث مامعه من الهدى ليُذبح بمكة ، وليس نحرُه فى مكانه ، لأنه لم يتحلّل ، فإن فاته الحجّ تحلّل بعمرة كغير المريض .

٢٤٣٩ فصــــل

وإن شرط فى ابتداء إحرامه أن يحلّ متى مرض ، أو ضاعت نفقته ، أو نَفِدَتْ أو نحوه أو قال : إِنْ حَبَسَنِى حَابِسٌ فَمَحِلِى حَيْثُ حَبَسَنِى . فله الحِلّ متى وُجد ذلك ، ولا شىء عليه ، لا هدى ، ولا قضاء ولا غيره ، فإن للشرط تأثيراً فى العبادات ، بدليل أنه لو قال : إن شَفَى اللهُ مريضى صُمْتُ شهراً مُتتابِعاً ، أو مُتفرّقاً كان على ماشرطه ، وإنما لم يلزمه الهدىُ ، والقضاء ، لأنه إذا شرط شرطاً كان إحرامُه الذى فعله إلى حين وُجود الشرط ، فصار بمنزلة من أكمل أفعال الحجّ ، ثمّ يُنظر فى صيغة الشرط . فإن قال : إنْ مَرِضْتُ فلى أن أحِلّ ، وإن حَبَسنِى حَابِسٌ فَمَحِلِّى حيث حَبَسَنِى ، فإذا حُبس كان بالخيار بين الحِلّ ، وبين البقاء على الإحرام . وإن قال : إن مرضت فأنا حلال ، فمتى وُجد الشرط حَلّ بوجوده . لأنه شرط صحيح ، فكان على ماشرط .

٢٤٤٠ « مسألة » قال : فإن قال : وأنا أرفض إحرامى وأحِلّ ، فَلَبِسَ الثيابَ ، وذبح الصيد ، وعمل ما يعمله الحلال ، كان عليه فى كلّ فعل فعله دم ، وإن كان وطىء فعليه للوطء بَدَنَةٌ مع مايجب عليه من الدماء ﴾ .

وجملة ذلك : أن التحلّل من الحجّ لا يحصُل إلا بأحد ثلاثة أشياء : كمال أفعاله ، أو التحلل عند

---

(١) الحصر والإحصار : يستعمل كل منهما بمعنى الآخر ، ولم يرد هذا التخصيص فى كتب اللغة وإنما ورد « أحصره المرض أو البول جعله يحصر نفسه » وورد فى القاموس « الحصر : الضرب والنصر والتضييق والحبس عن السفر وغيره كالإحصار » ، وهذا هو مانحن بصدده .

الحَصْر، أو بالعُذر إذا شرط، وما عدا هذا فليس له أن يتحلّل به. فإن نوى التحلل لم يحِلّ، ولا يفسُد الإحرام برفضه. لأنه عبادة لا يخرج منهـا بالفساد. فلا يخرج منها برفضها، بخلاف سائر العبادات. ويكون الإحرام باقياً فى حقّه، تلزمه أحكامه، ويلزمه جزاء كلّ جناية جناها عليه، وإن وطىء أفسد حجّه وعليه لذلك بَدَنَةٌ مع ماوجب عليه من الدماء، سواء كان الوطء قبل الجنايات، أو بعدها، فإن الجناية على الإحرام الفاسد توجبُ الجزاء، كالجناية على الصحيح. وليس عليه لرفضه الإحرامَ شيء، لأنه مجرّد نية لم تؤثر شيئاً.

٢٤٤١ « مسألة » قال: ﴿ ويمضى فى الحج الفاسد ويحج من قابل ﴾.

وجملة ذلك: أن الحج لا يفسُد إلّا بالجماع. فإذا فسد فعليه إتمامُه. وليس له الخروج منه. رُوى ذلك عن عمر، وعلىّ، وأبى هريرة، وابن عباس، رضى الله عنهم. وبه قال أبو حنيفة، والشافعىّ. وقال الحسن، ومالك: يجعل الحَجّةَ عُمرةً، ولا يُقيم على حَجّةٍ فاسدة. وقال داود: يخرُج بالإفساد من الحجّ والعُمرة، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم: « مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ ».

ولنا: عموم قوله تعالى (١ : ١٩٥ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلّهِ) ولأنه قول من سمَّيْنا من الصحابة. ولم نعرف لهم مخالفاً. ولأنه معنًى يجب به القضاء. فلم يخرج به منه، كالفوات، والخبر لا يلزمُنا. لأن المضىّ فيه بأمر الله. وإنما وجب القضاء. لأنه لم يأت به على الوجه الذى لا يلزمه بالإحرام، ونخصّ مالكاً بأنها حَجّة لا يمكنه الخروج منها بالإخراج. فلا يخرُج منها إلى عُمرةٍ كالصحيحة.

إذا ثبت هذا: فإنه لا يحِلّ من الفاسد، بل يجب عليه أن يفعل بعد الإفساد كلّ مايفعلُه قبله. ولا يسقط عنه توابع الوقوف، من المبيت بمزدلفة والرمى، ويجتنب بعد الفساد كلّ ما يجتنبه قبلَه، من الوطء ثانياً. وقتل الصيد، والطِّيب، واللّباس، ونحوه، وعليه الفدية فى الجناية على الإحرام الفاسد، كالفدية فى الجناية على الإحرام الصحيح. فأما الحَجّ مِنْ قابِلٍ فيلزمُه بكلّ حالٍ. لكن إن كانت الحَجّة التى أفسدها واجبةً بأصل الشرع، أو بالنذر، أو قضاء، كانت الحَجّة من قابِلٍ مُجزئَةً. لأن الفاسد إذا انضمّ إليه القضاء أجزأ عمّا يُجزىء عنه الأوّل لو لم يُفسده، وإن كانت الفاسدة تطوّعاً وجب قضاؤها. لأنه بالدخول فى الإحرام صار الحجّ عليه واجباً. فإذا أفسده وجب قضاؤه كالمنذور. ويكون القضاء على الفور، ولا نعلم فيه مخالفاً. لأن الحجّ الأصلىّ واجبٌ على الفور، فهذا أولى. لأنه قد تعيَّن بالدخول فيه، والواجب بأصل الشرع لم يتعيَّن بذلك.

٢٤٤٢ فصـــل

ويحرم بالقضاء من أبعد الموضعين: الميقات أو موضع إحرامه الأول. لأنه إن كان الميقات أبعدَ فلايجوز

له تجاوز الميقات بغير إحرام ، وإن كان موضع إحرامه أبعـد فعليه الإحرام بالقضاء منه نصّ عليه أحمد . ورُوى ذلك عن ابن عباس ، وسعيـد بن المسيّب ، والشافعىّ ، وإسحاق ، واختاره ابن المنـذر . وقال النخعىّ : يُحرم من موضع الجماع ، لأنه موضع الإفساد .

ولنا : أنها عبادةٌ ، فـكان قضاؤها على حَسَب أدائها ، كالصلاة .

٢٤٤٣ فصـــــل

وإذا قضيا تفرّقا من موضع الجماع ، حتى يقضيا حَجَّهما . رُوى هذا عن عمر ، وابن عباس . ورَوى سعيد ، والأثرم بإسنادَيْهما عن عمر : « أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ وَقَعَ بِامْرَأَتِهِ وَهُمَا مُحْرِمَانِ ، فقال : أَتِمَّا حجّـكما ، فإذا كان عامٌ قابلٌ فَحُجّا وَأَهْدِيَا ، حَتَّى إِذَا بَلَغْتُمَا المَكَانَ الَّذِى أَصَبْتُمَا فيهِ مَا أَصَبْتُمَا فتفرَّقَا حَتَّى تَحِلاَّ » ورويا عن ابن عباس مثل ذلك . وبه قال سعيد بن المسيّب ، وعطاء ، والنخَعىُّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن أحمد أنهما يتفرّقان من حيثُ يُحرمان ، حتى يَحِلاَّ ، ورواه مالكٌ فى الموطَأ ، عن علىّ رضى الله عنه . ورُوى عن ابن عباس ، وهو قول مالك ، لأن التفريق بينهما خوفاً من مُعاودَة المحظور ، وهو يوجَدُ فى جميع إحرامهما .

ووجه الأول : أن ماقبل موضع الإفساد كان إحرامهما فيه صحيحاً ، فلم يجب التفرّق فيه ، كالذى لم يَفْسُد ، وإنما اختصّ التفريقُ بموضع الجماع . لأنه ربّمـا يذكره برؤية مكانه ، فيدعوه ذلك إلى فعله . ومعنى التفرّق أن لايركب مَعَها فى مَحْمِلٍ ، ولا ينزل معها فى فُسْطَاط ، ونحوه . قال أحمـد : يتفرّقان فى النزول ، وفى المَحْمِلِ والفُسْطَاطِ ، ولـكن يـكون بقُرْبهـا . وهل يجب التفريق ، أو يستَحبُّ ؟ فيه وجهان :

﴿ أحدهما ﴾ لايجب . وهو قول أبى حنيفة . لأنه لايجب التفرّق فى قضاء رمضـان ، إذا أفسـداه ، كذلك الحجّ . والثـانى : يجب . لأنه رُوى عمن سمّينا من الصحابة الأمرُ به ، ولم نَعرف لهم مخالفـاً . ولأن الاجتماع فى ذلك الموضع يُذكّر الجماع ، فيـكون من دواعيه ، والأول أولى . لأن حـكمة التفريق الصيانة عمّا يتوهمّ من معاودة الوقاع عند تذكره برؤية مكانه وهذا وَهْمٌ بعيد ، لايقتضى الإيجاب .

٢٤٤٤ فصـــــل

والعُمْرة فيما ذكرناه كالحجِّ ، فإن كان المعتمر مَـكّيًّا أحرم بها من الحِلّ ـ أحرم للقضاء من الحِلّ ، وإن كان أحرم بهـا من الحَرَمِ أحرمَ للقضـاء من الحِلّ . ولافرق بين المـكّى ، ومن حصـل بهـا من المُجاورين . وإن أفسد المتمتّع عُمرتَه ، ومضى فى فاسـدها ، فأتمّها . فقـال أحمد : يخرُج إلى الميقـات

فيُحرِم منه للحجّ . فإن خَشى الفوات أحرم من مكّة وعليه دم . فإذا فرغ من حجّه خرج إلى الميقات فأحرم منه بعُمرة مكان التى أفسدها ، وعليه هَدْىٌ يذبحُه إذا قدم مكة ، لما أفسد من عُمرته ، ولو أفسد الحاجُّ حَجّته وأتمّها ، فله الإحرامُ بالعُمرة من أدنى الحِلّ كالمـكّيّين .

٢٤٤٥ فصـــل

وإذا أفسد القضاء لم يجب عليه قضاؤه . وإنّما يقضى عن الحجّ الأول ، كما لو أفسد قضـاء الصـلاة ، والصيام ، وجب القضاء للأصل ، دون القضاء . كذا ههنا . وذلك لأن الواجب لا يزداد بفواته ، وإنما يبقى ما كان واجباً فى الذمّة على ما كان عليه ، فيؤدّيه القضاء .

باب ذكر الحج ودخول مكة

يستحب الاغتسال لدخول مكة . لأن عبد الله بن عمر « كَانَ يَغْتَسِلُ ثُمَّ يَدْخُلُ مَكَّةَ نَهَاراً . وَيَذْكُرُ أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم ، كَانَ يَفْعَلُهُ » متفق عليه . وللبخاري أن ابن عمر « كَانَ إِذَا دَخَلَ أَدْنَى الْحَرَمِ أَمْسَكَ عَنِ التَّلْبِيَةِ ، ثُمَّ يَبِيتُ بِذِي طُوًى ، ثُمَّ يصلِّي الصُّبْحَ وَيَغْتَسِلُ . وَيُحَدِّثُ : أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم كَانَ يَفْعَلُ ذَلِكَ » ، ولأن مكة تجمع أهل النُّسُك ، فإذا قصدها استُحِبَّ له الاغتسال كالخارج إلى الجمعة ، والمرأة كالرجل . وإن كانت حائضاً أو نُفَساء ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة وقد حاضت « افْعَلِي مَا يَفْعَلُ الْحَاجُّ غَيْرَ أَنْ لَا تَطُوفِي بِالْبَيْتِ » ولأن الغسل يراد للتنظيف . وهذا يحصل مع الحيض . فاستُحِبَّ لها ذلك . وهذا مذهب الشافعيّ . وفعله عُرْوَةُ ، والأسود بن يزيد ، وعمرو بن ميمون ، والحارث بن سُوَيد .

٢٤٤٦ فصــــل

ويُستَحبُّ أن يدخل مكة من أعلاها . لما روى ابن عمر « أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم دَخَلَ مَكَّةَ مِنَ الثَّنِيَّةِ الْعُلْيَا الَّتِي بِالْبَطْحَاءِ . وَخَرَجَ مِنَ الثَّنِيَّةِ السُّفْلَى » وروت عائشةُ « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لَمَّا جَاءَ مَكَّةَ دَخَلَ مِنْ أَعْلَاهَا ، وَخَرَجَ مِنْ أَسْفَلِهَا » ، متفق عليهما . ولا بأس أن يدخلها ليلا أو نهاراً . لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم دخل مكة ليلاً ونهاراً . رواهما النسائيّ .

٤٤٧ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ فإذا دخل المسجد فالاستحباب له أن يدخل من باب بني شَيْبة . فإذا رأى البيت رفع يديه وكبر ﴾

إنما استُحب دخول المسجد من باب بني شَيْبَةَ لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم دخل منه . وفي حديث جابر الذي رواه مسلم وغيره «أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم دَخَلَ مَكَّةَ ارْتِفَاعَ الضُّحَى ، وَأَنَاخَ رَاحِلَتَهُ عِنْدَ بَابِ بَنِي شَيْبَةَ ، وَدَخَلَ الْمَسْجِدَ» .

ويُستحبّ رفع اليدين عند رؤية البيت ، رُوي ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال الثوريّ ، وابن المبارك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وكان مالك لا يرى رفع اليدين . لما رُوي عن المهاجر المكيّ ، قال : « سُئِلَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللهِ عَنِ الرَّجُلِ يَرَى الْبَيْتَ ، أَيَرْفَعُ يَدَيْهِ ؟ قال: مَا كُنْتُ أَظُنُّ أَحَداً يَفْعَلُ هَذَا إِلاَّ الْيَهُودَ ، وحَجَجْنَا مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم فَلَمْ يَكُنْ يَفْعَلُه » رواه النَّسائيّ .

ولنا : ما روى أبو بكر بن المنذر عن النبيّ صلى الله عليه وسلم : « أنه قال : لاَ تُرْفَعُ الأَيْدِي إِلاَّ فِي سَبْعِ مَوَاطِنَ : افْتِتَاحِ الصَّلَاةِ ، واسْتِقْبَالِ الْبَيْتِ ، وعَلَى الصَّفَا ، وَالْمَرْوَةِ ، وعلى الْمَوْقِفَيْنِ والجمرتين»

وَالْجَمْرَتَيْنِ » وهذا من قول النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وذاك من قول جابر ، وخبره عن ظنّه وفعله . وقد خالفه ابن عمر ، وابن عباس . ولأنّ الدعاء مُستَحبٌّ عند رؤية البيت ، وقد أمر برفع اليدين عند الدّعاء .

٢٤٤٨ فصـــل

ويستحبُّ أن يدعو عند رؤية البيت ، فيقول : اللّٰهُمَّ أَنْتَ السَّلَامُ وَمِنْكَ السَّلَامُ ، حَيِّنَا رَبَّنَا بِالسَّلَامِ ، اللّٰهُمَّ زِدْ هَذَا الْبَيْتَ تَعْظِيمًا ، وَتَشْرِيفًا ، وَتَكْرِيمًا وَمَهَابَةً وَبِرًّا ، وَزِدْ مَنْ عَظَّمَهُ وَشَرَّفَهُ مِمَّنْ حَجَّهُ ، وَاعْتَمَرَهُ تَعْظِيمًا ، وَتَشْرِيفًا ، وَتَكْرِيمًا ، وَمَهَابَةً وَبِرًّا ، الحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ كَثِيراً ، كَمَا هُوَ أَهْلُهُ ، وَكَمَا يَنْبَغِي لِكَرَمِ وَجْهِهِ ، وَعِزِّ جَلَالِهِ ، الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي بَلَّغَنِي بَيْتَهُ ، وَرَآنِي لِذَلِكَ أَهْلاً ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . اللّٰهُمَّ إِنَّكَ دَعَوْتَ إِلَى حَجِّ بَيْتِكَ الْحَرَامِ ، وَقَدْ جِئْتُكَ لِذَلِكَ . اللّٰهُمَّ تَقَبَّلْ مِنِّي وَاعْفُ عَنِّي ، وَأَصْلِحْ لِي شَأْنِي كُلَّهُ ، لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ » . قال الشافعيّ في مسنده : أخبرنا سعيدُ بن سالم ، عن ابن جُرَيْج : « أَنَّ رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم كَانَ إِذَا رَأَى الْبَيْتَ رَفَعَ يدَيْهِ ، وقال : اللّٰهُمَّ زِدْ هَذَا الْبَيْتَ تَشْرِيفًا ، وتكريمًا وَتَعْظِيمًا ، وَمَهَابَةً ، وَبِرًّا ، وَزِدْ مَنْ شَرَّفَهُ مِمَّنْ حَجَّهُ ، وَاعْتَمَرَهُ . تَشْرِيفًا وتَكْرِيمًا ، وَتَعْظِيمًا ، وَبِرًّا »[1] . ورُوي بإسناده عن سعيد بن المسيّب : أنه كان حين نظر[2] إلى البيت يقول : « اللّٰهُمَّ أَنْتَ السَّلَامُ وَمِنْكَ السَّلَامُ ، حَيِّنَا رَبَّنَا بِالسَّلَامِ » قال بعض أصحابنا : يرفع صوته بذلك .

٢٤٤٩ فصـــل

وإذا دخل المسجد ، فذكر فريضة ، أو فائتة ، أو أقيمت الصلاة المكتوبة ، قدّمهما على الطواف . لأنّ ذلك فرض ، والطواف تحيّة ، ولأنّه لو أقيمت الصلاة في أثناء طوافه قطعه لأجلها ، فلأنْ يبدأ بها أولى . وإن خاف فوت ركعتي الفجر ، أو الوتر ، أو حضرت جنازة قدّمها . لأنّها سنّة يُخاف فوتها ، والطواف لا يفوت .

٢٤٥٠ « مسألة » قال ﴿ ثم أتى الحجر الأسود إن كان ، فاستلمه إن استطاع ، وقبّله ﴾ .

معنى « استلمه » أي مسحه بيده ، أي مأخوذ من السِّلام ، وهي الحجارة ، فإذا مسح الحجر قيل استلمَ ، أي مَسّ السِّلام . قاله ابنُ قُتَيْبة : والمستحبّ لمن دخل المسجد : أن لا يُعرّج على شيء قبل الطواف

---

(١) هذا الحديث قال فيه العلماء إنه منقطع ، ولم يعولوا عليه ، ولذلك كره الحنفية رفع اليدين ، ولم يستحب المالكية الدعاء عند رؤية البيت ، ولكنه دعاء لا بأس به .

(٢) هكذا في الأصول ، والأولى أن يقال : حين ينظر .

بالبيت ، اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم . فإنَّه كان يفعل ذلك . قال جابر فى حديثه الصحيح : « حَتَّى أَتَيْنَا الْبَيْتَ مَعَهُ اسْتَلَمَ الرُّكْنَ فَرَمَلَ ثَلاَثاً ، وَمَشَى أَرْبعاً » . وعن عُروة بن الزبير ، عن عائشة : « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم حِينَ قَدِمَ مَكَّةَ تَوَضَّأَ ، ثُمَّ طَافَ بِالْبَيْتِ » متفق عليه . ورَوى ذلك عُروة عن أبى بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعبد الله بن عمر ، ومعاوية ، وابن الزبير ، والمهاجرين ، وعائشة ، وأسماء ابنتى أبى بكر . ولأنَّ الطواف تحيَّة المسجد الحرام فاستُحِبَّ البُداءة به ، كما استُحِبَّ لداخل غيره من المساجد أن يُصلِّى ركعتين ، ويبتدىء الطواف بالحجر الأسود فيستلمه ، وهو أن يمسحه بيده ويُقبّله . قال أسلم : « رَأَيْتُ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَبَّلَ الْحَجَرَ وَقَالَ : إِنِّى لَأَعْلَمُ أَنَّكَ حَجَرٌ لاَ تَضُرُّ وَلاَ تَنفَعُ ، وَلَوْلاَ أَنِّى رَأَيْتُ رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم قَبَّلَكَ مَاقَبَّلْتُكَ » ، متفق عليه . ورَوى ابن ماجه ، عن ابن عمر ، قال : « اسْتَقْبَلَ رسول الله ﷺ الحجر ، ثُمَّ وَضَعَ شَفَتَيهِ عَلَيْهِ يَبْكِى طَوِيلاً ، ثمَّ الْتفتَ ، فَإِذَا هُوَ بِعُمَرَ بنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يَبْكِى ، فقال : يَاعُمَرُ ، هَاهُنَا تُسْكَبُ الْعَبَرَاتُ» . وقول الخِرَقِىّ « إن كان » يعنى إن كان الحجرُ فى موضعه لم يذهب به ، كما ذَهَبَ به القرامطة مَرَّةً حين ظهروا على مكة ، فإذا كان ذلك والعياذُ بالله ، فإنَّه يقفُ مُقابلاً لمكانه ، ويستلمُ الرُّكن ، وإن كان الحجرُ موجوداً فى موضعه استلمه ، وقبّله . فإن لم يمكنه استلامه ، وتقبيله ، قام حِيَاله ، أى بحذائه واستقبله بوجهه ، فكبّر ، وهلل ، وهكذا إن كان راكباً . فقد رَوى البخاريّ عن ابن عبَّاس قال : « طَافَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم عَلَى بَعِيرٍ ، كُلَّمَا أَتَى الْحَجَرَ أَشارَ إِلَيْهِ بِشَيْءٍ فِى يَدِهِ وَكَبَّر » . ورُوى عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم أنه قال لعمر : « إِنَّكَ رَجُلٌ شَدِيدٌ تُؤْذِى الضَّعِيفَ ، إِذَا طُفْتَ بالبيت ، فإذا رَأَيْتَ خَلْوَةً مِنَ الْحَجَرِ فَادْنُ مِنْهُ ، وَإِلاَّ فَكَبِّرْ ثمَّ امْضِ » ، فإن أمكنه استلام الحجر بشىء فى يده ، كالعصا ونحوها فعل . فقد رَوى ابن عباس : « أَنَّ رسولَ الله صلى اللهُ عليه وسلم طَافَ فِى حَجَّةِ الْوَدَاعِ يَسْتَلِمُ الرُّكْنَ بِمِحْجَنٍ»[1] ، وهذا كله مستحبّ . ويقول عند استلام الحجر : « بِاسْمِ اللهِ وَاللهُ أَكْبَرُ إِيمَاناً بِكَ ، وَتَصْدِيقاً بِكِتَابِكَ ، وَوَفَاءً بِعَهْدِكَ ، وَاتِّبَاعاً لِسُنَّةِ نَبِيِّكَ مُحَمَّدٍ صلى اللهُ عليه وسلم » رواه عبد الله بن السائب ، عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم .

٢٤٥١ فصـــل

ويُحاذى الحجر بجميع بَدَنه ، فإن حاذاه ببعضه احتمل أن يُجزئه ، لأنّه حكم يتعلّق بالبدن ، فأجزأ فيه بعضُه ، كالحدّ . ويحتمل أن لا يُجزئه ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم استقبل الحجَرَ ، واستلمه . وظاهرُ هذا : أنّه استقبله بجميع بدَنه . ولأنّ مالزمه استقبالُه لزمه بجميع بدنه ، كالقبلة . فإذا قلنا بوجوب

(١) المحجن : عصاً معوجة الرأس .

ذلك ، فلم يفعله ، أو بدأ بالطواف من دون الركن ، كالباب ، ونحوه ، لم يُحتسب له بذلك الشوط . ويُحتسب بالشوط الثانى وما بعده ، ويصير الثانى أوله ، لأنه قد حاذى فيه الحجر ، بجميع بدنه ، وأتى على جميعه . فإذا أكمل سبعة أشواط غيرَ الأول صحّ طوافه ، وإلا لم يصحّ .

٢٤٥٢ فصـــل

والمرأة كالرجل إلاّ أنّها إذا قدمت مكة نهاراً فأمِنَتِ الحَيضَ والنفاس استُحِبّ لها تأخيرُ الطواف إلى الليل ، ليكون أستر لها . ولا يُستحبّ لها مزاحمةُ الرجال لاستلام الحجر ، لكن تُشير بيدها إليه ، كالذى لا يمكنه الوصول إليه ، كما رَوى عطاء ، قال : « كَانَتْ عَائِشَةُ تَطُوفُ حَجزَةً مِنَ الرِّجَالِ لاَ تُخَالِطُهُمْ ، فَقَالَتِ امْرَأَةٌ : انْطَلِقِى نَسْتَلِمُ يَاأُمَّ الْمُؤْمِنِينَ ، قَالَتْ : انْطَلِقِى عَنْكِ وَأَبَتْ[1] » وإن خافت حيضاً ، أو نفاساً استُحِبَّ لها تعجيلُ الطواف ، كى لا يفوتَها .

٢٤٥٣ « مسألة » قال ﴿ ويَضطبع بردائه ﴾ .

معنى الاضطباع : أن يجعل وسط الرداء تحت كتفه اليُمنى ، ويردّ طرفيه على كتفه اليسرى ، ويُبقِى كتفه اليمنى مكشوفةً . وهو مأخوذ من الضَّبْعِ ، وهو عضد الإنسان : افتعال منه . وكان أصله : اضتبع ، فقلبوا التاء طاء ، لأنّ التاء متى وُضعت بعد ضادٍ ، أو صادٍ ، أو طاء ساكنة قُلبت طاء . ويُستَحبُّ الاضطباع فى طواف القدوم . لما رَوى أبو داود ، وابن ماجه ، عن يعلى بن أُميَّة « أنّ النبى صلى الله عليه وسلم طَافَ مُضْطَبِعاً » ورويا أيضاً عن ابن عباس : « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم وأصحابه اعْتَمَرُوا مِنَ الْجِعْرَانَةِ ، فَرَمَلُوا بِالْبَيْتِ ، وَجَعَلُوا أَرْدِيَتَهُمْ تَحْتَ آبَاطِهِمْ ، ثُمَّ قَذَفُوهَا عَلَى عَوَاتِقِهِمْ الْيُسْرَىَ » ، وبهذا قال الشافعىّ وكثير من أهل العلم . وقال مالك : ليس الاضطباع بسنّة . وقال : لم أسمع أحداً من أهل العلم ببلدنا يذكر أن الاضطباع سنّة ، وقد ثبت بما روينا أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم وأصحابه فعلوه وقد أمر الله تعالى باتّباعه وقال (٣٣ : ٢١ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِى رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ) وقد روى أسلم عن عمر بن الخطّاب « أَنّهُ اضْطَبَعَ وَرَمَلَ ، وَقَالَ : فَفِيمَ الرَّمَلُ ، وَلِمَ نُبْدِى مَنَاكِبنَا ، وقَدْ نَفَى اللهُ الْمُشْرِكِينَ ؟ بَلَى ، لَنْ نَدَعَ شَيْئاً فَعَلْنَاهُ عَلَى عَهْدِ رسول الله صلى الله عليه وسلم » . رواه أبو داود . وإذا فرغ من الطواف سوّى رداءه ، لأنّ الاضطباع غيرُ مستحَبّ فى الصلاة . وقال الأثرم : إذا فرغ من الأشواط التى يرمُل فيها سوّى رداءه ، والأول أولى . لأنّ قوله : « طَافَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم مُضْطَبِعاً » ينصَرف إلى جميعه ، ولا يضطبع فى غير هذا الطواف ، ولا يضطبع

---

(١) هكذا فى الأصل ولعله « أنت » ، أو انطلقى عنى ، أى واتركينى .

فى غير هذا الطواف ، ولا يضطبع فى السعى . وقال الشافعىّ : يضطبع فيه ، لأنّه أحـدُ الطوافين ، فأشبه الطواف بالبيت .

ولنـا : أن النبىّ ﷺ لم يضطبع فيه . والسنّة فى الاقتداء به ، قال أحمد : ماسمعنا فيه شيئاً ، والقياس لايصحّ إلاّ فيما عُقِل معناه . وهذا تعبّد مَحْض .

٢٤٥٤ « مسألة » قال ﴿ ورَمَل ثلاثة أشواط ، ومشى أربعـة ، كلّ ذلك من الحَجَرِ الأسود إلى الحجر الأسود ﴾ .

معنى الرمَل : إسراع المشى مع مُقاربة الخَطْو ، من غير وثب ، وهو سنّة فى الأشواط الثلاثة الأول من طواف القدوم ، ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً . وقد ثبت أن النبىّ صلى الله عليه وسلم : « رَمَلَ ثَلاثاً وَمشَى أَرْبَعاً » رواه جابر ، وابن عبّاس ، وابن عمر ، وأحاديثهُمْ متّفق عليها .

فإن قيل : إنّما رمل النبىّ ﷺ وأصحابُه لإظهار الجَلَدَ للمُشركين ، ولم يبق ذلك المعنى ، إذ قد نفى الله المشركين ، فلِمَ قلتم : إن الحـكم يبقى بعد زوال عِلّته ؟ .

قلنـا : قد رَمَل النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وأصحابُه ، واضطبع فى حَجَّة الودَاع بعد الفتح ، فثبت أنّها سنّة ثابتة . وقال ابن عبّاس : « رَمَلَ النبىُّ ﷺ فى عُمَرِهِ كُلِّهـا ، وفى حَجِّه ، وأبو بـكر ، وعمر ، وعثمان ، والخلفاء مِنْ بَعْدِهِ » رواه أحمد فى المسند . وقد ذكرنا حديث عمر .

إذا ثبت هذا : فإنّ الرَّمَل سنّة فى الأشواط الثلاثة بـكمالها ، يرمُـل من الحَجَر إلى أن يعود إليه ، لايمشى فى شىء منهـا ، رُوى ذلك عن عمر ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن الزبير رضى الله عنهم ، وبه قال عُروة ، والنخَعِىّ ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال طاوس ، وعطاء ، والحسن ، وسعيد بن جُبَير ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله : يمشى مابين الركنين ، لما رَوى ابنُ عبّاس قال : « قَدِمَ رسول الله صلى الله عليه وسلم وَأصحابُه مَـكَّةَ وَقَدْ وَهَنَتْهُمْ الحُمَّى . فَقَالَ المُشْرِكُونَ : إنه يَقْدمُ عَلَيْـكُمْ قَوْمٌ قَدْ وَهَنَتْهُمْ حُمَّى يَثْرِبَ ، وَلَقُوا مِنْهـا شَرّاً ، فَأَطْلَعَ اللهُ نَبِيَّهُ صـلى الله عليه وسلم على مَاقَالُوا ، فَلَمّا قَدِمُوا قَعَدَ المُشْرِكُونَ مِمّا يَلِى الحِجْرَ ، فَأمَرَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم أصحابَه أَنْ يَرْمُلُوا الأَشْوَاطَ الثّلاثَةَ ، ويَمْشُوا مَابَيْنَ الرُّكْنَيْنِ ، ليرَى المُشرِكُونَ جَلَدَهُمْ ، فَلَما رَأَوْهُمْ رَمَـلُوا ، قالَ المُشرِكُونَ : هَؤُلاَءِ الَّذِينَ زَعَمْتُمْ أَنَّ الحُمَّى قَدْ وَهَنَتْهُمْ ؟ هَؤُلاَءِ أَجْلَدُ مِنَّا . قال ابن عبّاس : وَلَمْ يَمْنَعْهُ أَنْ يَأْمُرَهُمْ أَنْ يَرْمُلُوا الأَشْوَاطَ كُلَّهَا إلاَّ الإِبْقَاءُ عَلَيْهِمْ » متفق عليه .

ولنا : ماروى ابن عمر : « أنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم رَمَلَ مِنَ الحَجَرِ إلى الحَجَرِ » . وفى مسلم

عن جابر قال : « رَأَيْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم رَمَلَ مِنَ الْحَجَرِ حَتَّى انْتَهَى إِلَيْهِ » وهذا يقدّم على حديث ابن عباس ، لوجوه ، منها : أن هذا إثبات ، ومنها : أن رواية ابن عباس ، إخبار عن عُمرة القَضِيَّة[1] ، وهذا إخبار عن فعلٍ في حَجَّةِ الوَدَاع ، فيكون متأخراً ، فيجب العمل به ، وتقديمه . الثالث : أن ابن عباس كان في تلك الحال صغيراً لايضبطُ مثلَ جابر ، وابن عمر ، فإنَّهما كانا رجلين ، يتبعان أفعال النبيّ صلى الله عليه وسلم . ويحرصان على حفظها ، فهما أعلم . ولأنَّ جِلَّةَ الصحابة عملوا بما ذكرنا ، ولو علموا من النبيّ صلى الله عليه وسلم ما قال ابنُ عبّاس ، ماعدلوا عنه إلى غيره . ويحتمل أن يكون مارواه ابن عباس اختصّ بالذين كانوا في عُمرة القضيَّة ، لضعفهم ، والإبقاء عليهم ، وما رويناه سُنَّةٌ في سائر الناس .

٢٤٥٥ فصـــل

يستحبُّ الدنوّ من البيت ، لأنه هو المقصود . فإن كان قربَ البيت زحام فظنّ أنه إذا وقف لم يُؤذِ أحداً ، وتمكَّن من الرمَل وقف ، ليجمع بين الرمل والدنوّ من البيت . وإن لم يظنّ ذلك ، وظنّ أنه إذا كان في حاشية الناس تمكَّن من الرَّمَل فعل ، وكان أولى من الدنوّ . وإن كان لايتمكّن من الرمَل أيضاً ، أو يختلط بالنساء ، فالدنوّ أولى ، ويَطوفُ كيفما أمكنه . وإذا وجد فُرْجةً رمَلَ فيها . وإن تباعد من البيت في الطواف أجزأه ، مالم يخرج من المسجد ، سواء حال بينه وبين البيت حائل من قُبَّة ، أو غيره ، أو لم يَحُل . لأنَّ الحائل في المسجد لايضرّ ، كما لو صلَّى في المسجد مؤتمًّا بالإمام من وراء حائل . وقد روت أمُّ سَلَمَةَ قالت : « شَكَوْتُ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنّي أَشْتَكِي ، فَقَالَ : طُوفِي مِنْ وَرَاءِ النَّاسِ وَأَنْتِ رَاكِبَةٌ ، قالت فَطُفْتُ ورسول الله صلى الله عليه وسلم حِينَئِذٍ يُصَلِّي إِلَى جَنْبِ البَيْتِ » متفق عليه .

٢٤٥٦ « مسألة » ﴿ ولا يرمُل في جميع طوافه إلا هذا ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرمل لايسنّ في غير الأشواط الثلاثة الأول ، من طواف القدوم ، أو طواف العُمْرة . فإن ترك الرمَل فيها لم يقضه في الأربعة الباقية ، لأنّها هيئة فات موضعها ، فسقطت ، كالجهر في الركعتين الأولتين . ولأنّ المشي هيئة في الأربعة ، كما أنّ الرمَل هيأة في الثلاثة ، فإذا رمل في الأربعة الأخيرة كان تاركاً للهيئة في جميع طوافه ، كتارك الجهر في الركعتين الأولتين من العشاء ، إذا جهر في الآخرتين . ولايُسنُّ الرملُ ، والاضطباع في طوافٍ سوى ماذكرنا ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم وأصحابُه إنَّما رَمَلُوا ، واضْطَبَعُوا في ذلك . وذكر القاضي : أنَّ مَنْ ترك الرمل والاضطباع في طواف

---

(١) أي العمرة التي قضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم في العام التالي لمنع المشركين له من العمرة التي كان أرادها .

القدوم أتى بهما فى طواف الزيارة ، لأنَّهما سنَّة أمكن قضاؤها ، فتُقضى ، كسنن الصلاة ، وهذا لايصحّ ، لما ذكرنا فيمن تركه فى الثلاثة الأول ، لايقضيه فى الأربعة . وكذلك من ترك الجهر فى صلاة الجهر ، لايقضيه فى صلاة الظهر ، ولا يقتضى القياسُ أن تُقضى هيئة عبادةٍ فى عبادةٍ أخرى .

قال القاضى : ولو طاف ، فرمل ، واضطبع ، ولم يسع بين الصفا والمروة ، فإذا طاف بعد ذلك للزيارة رَمَل فى طوافه ، لأنّه يرمُل فى السعى بعده ، وهو تبعٌ للطواف . فلو قلنا : لايرمُل فى الطواف أفضى إلى أن يكون التبع أكملَ من المتبوع ، وهذا قول مجاهد ، والشافعىّ ، وهذا لايثبُت بمثل هذا الرأى الضعيف ، فإنّ المتبوعَ لاتتغيّر هيئتُه تبعاً لتبعه ، ولو كانا متلازمين ، لكان ترك الرَّمَل فى السعى تبعاً لعدمه فى الطواف أولى من الرمل فى الطواف تبعاً للسعى .

٢٤٥٧ فصـــل

فإن ترك الرمل فى شوط من الثلاثة الأول ، أتى به فى الاثنين الباقيين . وإن تركه فى اثنين أتى به فى الثالث كذلك . قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : وإن تركه فى الثلاثة سقط ، لأن تركه للهيئة فى بعض محلِّها لايُسقطها فى بقيَّة محلِّها ، كتارك الجهر فى إحدى الركعتين الأولتين ، لا يسقطه فى الثانية .

٢٤٥٨ « مسألة » قال ﴿ وليس على أهل مكة رمل ﴾ .

وهذا قول ابن عباس ، وابن عمر رحمة الله عليهما ، وكان ابن عمر إذا أحرم من مكة لم يرمُل . وهذا لأنّ الرمَل إنما شُرع فى الأصل لإظهار الجَلَدِ ، والقوة لأهل البلد . وهذا المعنى معدوم فى أهل البلد ، والحكم فيمن أحرم من مكة حكم أهل مكة ، لما ذكرنا عن ابن عمر . ولأنّه أحرم من مكة ، أشبه أهل البلد . والمتمتّع إذا أحرم بالحجّ من مكة ثم عاد ، وقلنا يُشرع فى حقّه طواف القدوم ، لم يرمُل فيه . قال أحمد : ليس على أهل مكة رَمَلٌ عند البيت ، ولا بين الصفا والمروة .

٢٤٥٩ « مسألة » قال ﴿ ومن نسى الرمل فلا إعادة عليه ﴾ .

إنما كان كذلك لأن الرمل هيئة ، فلا يجب بتركه إعادة ، ولاشىء كهيئات الصلاة ، وكالاضطباع فى الطواف ، ولو تركه عمداً لم يلزمه شىء أيضاً ، وهذا قول عامَّة الفقهاء إلا ماحُكى عن الحسن ، والثورىّ ، وعبد الملك الماجُشون : أنّ عليه دماً لأنه نُسُك . وقد جاء فى حديثٍ عن النبىّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ تَرَكَ نُسُكاً فَعَلَيْهِ دَمٌ » .

ولنا : أنّه هيئة غيرُ واجبةٍ ، فلم يجب بتركها شىء ، كالاضطباع . والخبر إنما يصحّ عن ابن عباس. وقد قال ابن عباس : من ترك الرمَل ، فلا شىء عليه ، ثمّ هو مخصوص بما ذكرنا . ولأنّ طواف

القدوم لايجب بتركه شيء ، فترك صفة فيه أولى أن لايجب بها ، لأنّ ذلك لايزيد على تركه .

٢٤٦٠ « مسألة » قال ﴿ ويكون طاهراً في ثياب طاهرة ﴾ .

يعني في الطواف . وذلك لأن الطهارة من الحدث ، والنجاسة ، والستارة شرائط لصحة الطواف في المشهور عن أحمد . وهو قول مالك ، والشافعي وعن أحمد : أنّ الطهارة ليست شرطاً ، فمتى طاف للزيارة غيرَ متطهّر أعاد ما كان بمكة . فإن خرج إلى بلده جبرَه بدم . وكذلك يخرّج في الطهارة من النجس والستارة . وعنه فيمن طاف للزيارة وهو ناس للطهارة لاشيء عليه . وقال أبو حنيفة : ليس شيء من ذلك شرطاً . واختلف أصحابه . فقال بعضهم : هو واجب ، وقال بعضهم : هو سُنَّة . لأنّ الطواف ركن للحجّ ، فلم يُشترط له الطهارة كالوقوف .

ولنا ماروى ابن عباس أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « الطَّوَافُ بِالْبَيْتِ صَلاَةٌ إِلاَّ أَنَّكُمْ تَتَكَلَّمُونَ فِيهِ » رواه الترمذيّ ، والأثرم وعن أبي هريرة « أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ بَعَثَهُ فِي الْحَجَّةِ الَّتِي أَمَّرَهُ عَلَيْهَا رسول الله صلى الله عليه وسلم قَبْلَ حَجَّةِ الوَدَاعِ يَوْمَ النَّحْرِ يُؤَذِّنُ : لاَيَحُجُّ بَعْدَ العَامِ مُشْرِكٌ ، ولاَ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ عُرْيَانٌ » ولأنها عبادة متعلّقة بالبيت ، فكانت الطهارة والستارة فيها شرطاً كالصلاة ، وعكس ذلك الوقوف .

٢٤٦١ فصـــل

ولا بأس بقراءة القرآن في الطواف ، وبذلك قال عطاء ، ومجاهد ، والثوري ، وابن المبارك ، والشافعيّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وعن أحمد : أنه يكره . ورُوي ذلك عن : عُروة ، والحسن ، ومالك .

ولنا : أن عائشة روت « أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يقولُ في طَوَافِهِ (٢ : ٢٠٠ رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ) وكان عمر ، وعبد الرحمن بن عوف يقولان ذلك في الطواف . وهو قرآن . ولأنّ الطواف صلاةٌ . ولا تكره القراءة في الصلاة . قال ابن المبارك : ليس شيء أفضل من قراءة القرآن ، ويُستحَبُّ الدعاء في الطواف ، والإكثار من ذكر الله تعالى ، لأنّ ذلك مستحبّ في جميع الأحوال ، ففي حال تلبّسه بهذه العبادة أولى . ويستحَبُّ أن يدع الحديث إلا ذكر الله تعالى ، أو قراءة القرآن ، أو أمراً بمعروف ، أو نَهياً عن منكر ، أو مالا بدّ منه ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « الطَّوَافُ بِالْبَيْتِ صَلاَةٌ ، فَمَنْ تَكَلَّمَ فَلاَ يَتَكَلَّمْ إِلَّا بِخَيْرٍ » ولا بأس بالشرب في الطواف ، لأنَّ النبيّ ﷺ « شَرِبَ في الطَّوَافِ » رواه ابن المنذر ، وقال : لاأعلم أحداً منع منه .

٢٤٦٢ فصـــــل

إذا شكَّ فى الطهارة وهو فى الطواف لم يصحّ طوافه ذلك ، لأنّه شكّ فى شرط العبادة قبل الفراغ منها ، فأشبه ما لو شكّ فى الطهارة فى الصلاة وهو فيهـا . وإن شكَّ بعد الفراغ منه لم يلزمه شىء ، لأنّ الشكّ فى شرط العبادة بعـد فراغها لا يؤثّر فيها ، وإن شكّ فى عـدد الطواف بنى على اليقين . قال ابن المنـذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك ، ولأنّها عبـادة ، فمتى شكّ فيها وهو فيها بنى على اليقين كالصلاة ، وإن أخبره ثقة عن عدد طوافه رجع إليـه ، إذا كان عَدْلاً . وإن شكّ فى ذلك بعد فراغه من الطواف ، لم يلتفت إليه ، كما لو شكّ فى عدد الركعات بعد فراغ الصلاة . قال أحمد : إذا كان رجلان يطوفان ، فاختلفا فى الطواف بَنَيَا على اليقين ، وهـذا محمول على أنّهما شكاً . فأما إن كان أحدهما تيقّن حال نفسه لم يلتفت إلى قول غيره .

٢٤٦٣ فصـــــل

وإذا فرغ المتمتّع ، ثمّ علم أنه كان على غير طهارة فى أحد الطوافين لا بعينه ، بنى الأمر على الأشدّ . وهو أنّه كان مُحدثاً فى طواف العُمرة . فلم يصحّ ، ولم يحلّ منها . فيلزمه دمٌ للحَلْق ، ويكون قد أدخل الحجّ على العُمرة ، فيصيرُ قارناً ، ويُجزئه الطواف للحجّ عن النُّسُكَين . ولو قدّرناه من الحجّ لزمه إعادةُ الطواف ، ويلزمه إعادة السعى على التقديرين . لأنّه وُجد بعـد طوافٍ غير مُعْتَدّ به . وإن كان وطىء بعد حِلّه من العُمرة حكمنا بأنّه أدخل حجًّا على عُمرَةٍ فاسدَةٍ ، ولا تصحّ ، ويلغو مافعله من أفعال الحـجّ ، ويتحلَّل بالطواف الذى قصـده للحجّ من عُمـرته الفاسدةِ . وعليـه دمٌ للحلق ، ودمٌ للوطء فى عُمرته ، ولا يحصُل له حجّ ، ولا عُمـرة ، ولو قدّرناه من الحجّ لم يلزمه أكثرُ من إعادة الطواف ، والسعى ، ويحصُل له الحجّ والعمرة .

٢٤٦٤ « مسألة » قال ﴿ ولا يستلم ، ولا يقبّل من الأركان إلا الأسود ، واليمانىّ ﴾

الركن اليمـانىّ : قِبْـلَةُ أهل اليمن ، ويلى الركن الذى فيـه الحجرُ الأسود ، وهو آخر مايمرّ عليـه من الأركان فى طوافه ، وذلك أنه يبدأ بالركن الذى فيه الحجر الأسود ، وهو قِبْـلَةُ أهل خُرَاسَانَ ، فيستلمُه ، ويقبّله ، ثم يأخـذ على يمين نفسه ، ويجعل البيت على يساره . فإذا انتهى إلى الركن الثـانى ، وهو العراقىّ لم يستلمه ، فإذا مرّ بالثالث ، وهو الشامىّ لم يستلمه أيضاً ، وهذان الركنان يَليان الحِجْرَ . فإذا وصـل إلى الرابع ، وهو الركن اليمانىّ استلمه . قال الخِرَقِىّ : ويقبّله ، والصحيح عن أحمـد : أنّه لا يُقبِّله ، وهو قول أكثر أهل العلم . وحُـكى عن أبى حنيفة : أنه لايستلمه . قال ابن عبد البرّ : جائز عند أهل العلم أن يستلم الركن اليمانىّ ، والركن الأسود ، لايختلفون فى شىء من ذلك ، وإنما الذى فرقوا به بينهما التقبيل ، فرأوا تقبيل الأسود ، ولم يروا تقبيل اليمانىّ ، وأما استلامُهما فأمرٌ مُجمع عليه .

وقد روى مجاهد ، عن ابن عباس قال : « رَأَيْتُ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم إِذَا اسْتَلَمَ الرُّكْنَ قَبَّله ، وَوَضَعَ خَدَّهُ الأَيْمَنَ عَلَيْهِ » قال : وهذا لا يصح ، وإنما يُعرف التقبيل فى الحجر الأسود وحده . وقد رَوى ابن عمر : « أَنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم كانَ لاَ يَسْتَلِمُ إِلاَّ الْحَجَرَ وَالرُّكْنَ اليَمَانِيَ . وقال ابنُ عمر : مَا تَرَكْتُ اسْتِلاَمَ هَذَيْنِ الرُّكْنَيْنِ اليمَانِيَ وَالْحَجَرِ مُنْذُ رَأَيْتُ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم يَسْتَلِمُهُمَا فى شِدَّةٍ وَلاَ رَخَاء » رواهما مسلم . ولأنَّ الركن اليمانىّ مبنىّ على قواعد إبراهيم عليه السلام . فسنّ استلامه ، كالذى فيه الْحَجَرُ . وأما تقبيله فلم يصحّ عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فلا يُسنّ . وأما الركنان اللذان يليان الحجر فلا يُسنّ استلامهما فى قول أكثر أهل العلم . ورُوى عن معاوية ، وجابر ، وابن الزبير ، والحسن ، والحسين ، وأنس ، وعُروة ، استلامهما . وقال معاوية : ليس شىء من البيت مهْجُورًا .

ولنا : قول ابن عمر : «أَنَّ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم كان لاَ يَسْتَلِمُ إِلاَّ الْحَجَرَ وَالرُّكْنَ اليَمَانِىّ ، وقال : ما أَراهُ — يعنى النبىّ صلى الله عليه وسلم — لَمْ يَسْتَلِمْ الرُّكْنَيْنِ اللَّذَيْنِ يَلِيَانِ الْحَجَرِ إِلاَّ أَنَّ البَيْتَ لَمْ يَتِمّ عَلَى قواعدِ إِبراهيمَ ، وَلاطافَ النَّاسُ مِنْ وراءِ الْحِجْرِ إِلاَّ لِذَلِكَ . وَرُوى عن ابن عبّاس أَنَّ مُعَاوِيَةَ طافَ فَجَعَلَ يَسْتَلِمُ الأَرْكَانَ كُلَّهَا . فقالَ لَهُ ابنُ عبَّاس : لِمَ تَسْتَلِمُ هَذَيْنِ الرُّكْنَيْنِ ، وَلم يَكُنْ النبىُّ صلى الله عليه وسلم يَسْتَلِمُهُمَا ؟ فقال معاوية : لَيْسَ شَىْءٌ مِنَ الْبَيْتِ مَهْجُوراً . فقال ابن عباس : (٣٣ : ٢٣ لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ) فقال معاوية : « صَدَقْتَ » ولأنّهما لم يَتِمَّا على قواعد إبراهيم ، فلم يُسنّ استلامهما ، كالحائط الذى يلى الْحِجْر .

٢٤٦٥ فصـــل

ويستلم الركنين الأسود ، واليمانىّ فى كلّ طوافه ، لأنّ ابنعمر قال : « كَانَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم لايَدَعُ أَنْ يَسْتَلِمَ الرُّكْنَ اليمانِيَّ وَالْحَجَرَ فى كلِّ طَوَافِهِ » . قال نافع : « وَكَانَ ابنُ عُمَر يَفْعَلُهُ » رواه أبو داود ، وإن لم يتمكّن من تقبيل الحجر استلمه ، وقبّل يَدَهُ . وممّن رأى تقبيل اليد عند استلامه ابنُ عمر ، وجابر ، وأبو هريرة ، وأبو سعيد ، وابن عباس ، وسعيد بن جُبَير ، وعطاء ، وعُروة ، وأيُّوب ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . وقال مالك : يضع يده على فيه ، من غير تقبيل . ورُوى أيضاً عن القاسم بن محمد .

ولنـا : أن النبى صلى الله عليه وسلم استلمه ، وقبّل يده . أخرجه مسلم . وفعله أصحابُ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وتبعهم أهلُ العلم على ذلك ، فلا يُعتدّ بمن خالفهم ، وإن كان فى يده شىء يُمكن أن يستلم الحجرَ به استلمه ، وقبّله . لما رُوى عن ابن عبَّاس قال : « رَأَيْتُ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم يطوفُ

بِالْبَيْتِ وَيَسْتَلِمُ الرُّكْنَ بِمِحْجَنٍ مَعَهُ ، وَيُقَبِّلُ الْمِحْجَنَ » رواه مسلم . فإن لم يمكنه استلامه أشار إليه وكبَّر ، لما روى البخاريّ بإسناده ، عن ابن عباس قال : « طَافَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم على بَعِيرٍ ، كُلَّمَا أَتَى الرُّكْنَ أَشَارَ إِلَيْهِ وَكَبَّرَ » .

٢٤٦٦ فصـــل

ويُكبّر كلّما أتى الحجر ، أو حاذاه . لما رويناه ، ويقول بين الركنين : (رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ) لما روى الإمام أحمد فى المناسك عن عبد الله بن السائب أنَّهُ سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : بين ركن بنى جُمَحَ ، والركن الأسود : (رَبَّنَا آتِنَا فى الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ) .

وعن أبى هريرة أنَّ النبي ﷺ قال : « وُكِّلَ بِهِ — يَعْنِي الرُّكْنَ اليمانىّ — سَبْعُونَ أَلْفَ مَلَكٍ فَمَنْ قالَ : اللَّهُمَّ إِنِّى أَسْأَلُكَ الْعَفْوَ وَالْعَافِيَةَ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ (رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ) قالوا : آمِينَ » . وعن ابن عباس : « أَنَّهُ كَانَ إِذَا جَاءَ الرُّكْنَ اليمانىّ قَالَ : اللَّهُمَّ قَنِّعْنِي بِمَا رَزَقْتَنِي وَاخْلُفْ لِي على كُلِّ غَائِبَةٍ بِخَيْرٍ » .

ويُستحبّ أن يقول : اللهمَّ اجعله حَجًّا مَبْرُوراً ، وَسَعْياً مَشْكُوراً ، وَذَنْباً مَغْفُوراً . رَبِّ اغْفِرْ ، وارْحَمْ ، وَاعْفُ عَمَّا تَعْلَمْ ، وأَنْتَ الأَعَزُّ الأَكْرَمُ . وكانَ عبد الرحمن بن عوف يقول : ربِّ قِنِي شُحَّ نَفْسِي . وعن عُرْوة قال : « كَانَ أَصْحَابُ النبيّ ﷺ يقولون لاَ إِله إِلاَّ أَنْتَا ، وَأَنْتَ تُحْيِي بَعْدَ مَا أَمَتَّا .

ومهما أتى به من الدعاء والذكر فحسن . قالت عائشة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا جُعِلَ الطَّوَافُ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ وَرَمْيُ الْجِمَارِ لِإِقَامَةِ ذِكْرِ اللهِ » رواه الأثرم وابن المنذر .

٢٤٦٧ « مسألة » قال ﴿ ويكون الحِجر[1] داخلاً فى طوافه ، لأن الحِجر من البيت ﴾ .

إنما كان كذلك لأن الله تعالى أمر بالطواف بالبيت جميعه بقوله (٢٢ : ٢٩ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ) والحجر منه ، فمن لم يطُف به لم يعتدّ بطوافه وبهذا قال عطاء ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال أصحاب الرأى : إن كان بمكة قضى مابقى ، وإن رجع إلى الكوفة ، فعليه دم ، ونحوه قال الحسن .

ولنا : أنه من البيت ، بدليل ماروت عائشة قالت : « سَأَلْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم عَنِ الْحِجْرِ ؟ فَقَالَ : هُوَ مِنَ الْبَيْتِ » وعنها قالت : قالَ رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ قَوْمَكِ اسْتَقْصَرُوا مِنْ بُنْيَانِ الْبَيْتِ ، وَلَوْلَا حَدَاثَةُ عَهْدِهِمِ بِالشِّرْكِ أَعَدْتُ مَاتَرَكُوا مِنْهَا ، فَإِنْ بَدَا لِقَوْمِكِ

---

(١) الحجر : اسم الحائط المستدير إلى جانب الكعبة الغربى .

مِنْ بَعْدِي أَنْ يَبْنُوا فَهَلُمِّي لِأُرِيَكِ مَاتَرَكُوا مِنْهَا : فَأَرَاهَا قَرِيباً مِنْ سَبْعَةِ أَذْرُعٍ » رواها مسلم .
وعنها رضى الله عنها قالت « قُلْتُ يارسول اللهِ إِنِّى نَذَرْتُ أَنْ أُصَلِّى فى الْبَيْتِ ، قَالَ : صَلِّى فِى الْحِجْرِ . فَإِنَّ الْحِجْرَ مِنَ الْبَيْتِ » وفى لفظ قالت : « كُنْتُ أُحِبُّ أَنْ أَدْخُلَ الْبَيْتَ فَأُصَلِّيَ فِيهِ . فَأَخَذَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بِيَدِى فَأَدْخَلَنِي الْحِجْرَ . وقَالَ : صَلِّى فِى الْحِجْرِ إِنْ أَرَدْتِ دُخُولَ الْبَيْتِ فَإِنَّمَا هُوَ قِطْعَةٌ مِنَ الْبَيْتِ » قال الترمذىّ : هو حديث حسن صحيح ، فمن ترك الطواف بالحجر لم يطُف بجميع البيت ، فلم يصحّ ، كما لو ترك الطواف ببعض البناء ، ولأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، طاف من وراء الحِجْر ، وقد قال عليه السلام : « لِتَأْخُذُوا عَنِّى مَنَاسِكَكُمْ » .

٢٤٦٨ فصـــل

ولو طاف على جدار الحجر ، وشاذَرْوَانِ الكَعْبةِ ، وهو مافضَلَ من حائطها لم يجُز . لأنّ ذلك من البيت ، فإذا لم يطُف به فلم يطُف بكلّ البيت . ولأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم طاف من وراء ذلك .

٢٤٦٩ فصـــل

ولو نكّس الطواف ، فجعل البيت على يمينه ، لم يُجزِئه . وبه قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يُعيد ما كان بمكّة ، فإن رجع جَبرَه بدمٍ . لأنّه ترك هيئة فلم تمنع الإجزاء ، كما لو ترك الرمل ، والاضطباع .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم جعل البيت فى الطواف على يَساره ، وقال عليه السلام « لِتَأْخُذُوا عَنِّى مَنَاسِكَكُمْ » . ولأنّها عبادة متعلّقة بالبيت ، فكان الترتيب فيها واجباً كالصلاة ، وماقاسوا عليه مخالف لما ذكرنا ، كما اختلف حكم هيئة الصلاة وترتيبها .

٢٤٧٠ « مسألة » قال ﴿ ويصلّى ركعتين خلف المقام ﴾

وجملة ذلك : أنه يسنّ للطائف أن يصلّى بعد فراغه ركعتين : ويُستحبُّ أن يركعهما خلف المقام لقوله تعالى (٢ : ١٢٥ وَاتَّخِذُوا مِنْ مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى) ويُستحبُّ أن يقرأ فيهما : (قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ) فى الأولى ، و (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) فى الثانية ، فإن جابراً روى فى صفة حَجّة النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « حَتَّى أَتَيْنَا الْبَيْتَ مَعَهُ اسْتَلَمَ الرُّكْنَ فَرَمَلَ ثَلاثاً وَمَشَى أَرْبَعاً ، ثُمَّ نَفَذَ إِلَى مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ فَقَرأَ (وَاتَّخِذُوا مِنْ مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى) فجعل المقام بينه وبين البيت » . قال محمد بن علىّ : ولا أعلمه إلا ذكره عن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الركعتين (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ ـ وَقُلْ يَاأَيُّهَا الْكَافِرُونَ) ، وحيث ركعهما ، ومهما قرأ فيهما جاز ، فإنّ عمر ركعهما بذى طَوًى ، ورُوى أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لأمّ سلَمة : « إِذَا أُقِيمَتْ صَلاَةُ الصُّبْحِ فَطُوفِى عَلَى بَعِيرِكِ وَالنَّاسُ يُصَلُّونَ ـ

فَفَعلت ذلك ، فلم تُصَلِّ حتَّى خَرَجَتْ » . وَلَا بأسَ أَنْ يُصَلِّيَهُمَا إِلَى غَيْرِ سُتْرَةٍ ، وَيَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ الطَّائِفُونَ مِنَ الرِّجَالِ ، وَالنِّسَاءِ . فإن النبي صلى الله عليه وسلم صلاهما ، والطوّاف بين يديه ليس بينهما شيء ، وكان ابن الزبير يصلّي والطوّاف بين يديه ، فتمرّ المرأة بين يديه ، فينتظرها حتى ترفع رجلها ، ثم يسجد . وكذلك سائر الصلوات في مكّة لا يُعتبر لها سُترة . وقد ذكرنا ذلك .

٢٤٧١ فصـــل

وركعتا الطواف سنّة مؤكّدة غيرُ واجبة ، وبه قال مالك ، وللشافعيّ قولان :

(أحدهما) أنّهما واجبتان ، لأنّهما تابعتان للطواف فكانا واجبتين كالسعي .

ولنا : قوله عليه السلام « خَمْسُ صَلَوَاتٍ كَتَبَهُنَّ اللهُ عَلَى الْعَبْدِ مَنْ حَافَظَ عَلَيْهِنَّ كَانَ لَهُ عِنْدَ اللهِ عَهْدٌ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ » وهذه ليست منها . ولمّا سأل الأعرابيّ النبي صلى الله عليه وسلم عن الفرائض ، ذكر الصلوات الخمس قال « فَهَلْ عَلَيَّ غَيْرُهَا ؟ قَالَ : لاَ إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ » ولأنّها صلاة لم تُشرع لها جماعة فلم تكن واجبة ، كسائر النوافل ، والسعي ماوجب لكونه تابعاً ، ولا هو مشروع مع كلّ طواف . ولو طاف الحاجّ طوافاً كثيراً لم يجب عليه إلا سعي واحد ، فإذا أتى به مع طواف القدوم لم يأت به بعد ذلك ، بخلاف الركعتين ، فإنهما يُشرعان عقيب كلّ طواف .

٢٤٧٢ فصـــل

وإذا صلّى المكتوبة بعد طوافه أجزأته عن ركعتي الطواف . رُوي نحو ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والحسن ، وسعيد بن جُبَير ، وإسحق . وعن أحمد : أنه يُصلّي ركعتي الطواف بعد المكتوبة . قال أبو بكر عبد العزيز : هو أقْيَس ، وبه قال الزهريّ ، ومالك ، وأصحابُ الرأي : لأنه سنّة فلم تُجْزِ عنها المكتوبة ، كركعتي الفجر .

ولنا : أنهما ركعتان شُرعتا للنسُك . فأجزأت عنهما المكتوبة ، كركعتي الإحرام .

٢٤٧٣ فصـــل

ولا بأس أن يجمع بين الأسابيع . فإذا فرغ منها ركع لكلّ أسبوع ركعتين ، فعل ذلك عائشةُ والمِسْوَرُ بنُ مَخْرَمَةَ . وبه قال عطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جُبَير ، وإسحق . وكرهه ابن عمر ، والحسن ، والزهريّ ، ومالك ، وأبو حنيفة. لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يفعله . ولأنّ تأخير الركعتين عن طوافهما يُخلّ بالموالاة بينهما .

ولنا : أن الطواف يجري مجرى الصلاة ، يجوز جمعها ، ويؤخّر مابينها فيصلّيها بعدها كذلك ههنا ، وكون النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يفعله لا يوجب كراهةً ، فإن النبيّ ﷺ لم يطُف أسبوعين ، ولا ثلاثة

وذلك غير مكروه بالاتفاق . والموالاة غير مُعتبرة بين الطواف ، والركعتين ، بدليل أن عمر صلاّهما بذى طُوًى ، وأخّرت أمُّ سلمةَ ركعتى طوافها حين طافت راكبةً بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأخّر عمر بن عبدالعزيز ركوع الطواف حتى طلعت الشمس ، وإن ركع لـكلّ أسبوع عقيبه كان أولى . وفيه اقتداء بالنبيّ صلى الله عليه وسلم ، وخروج من الخلاف .

٢٤٧٤ فصـــل

وإذا فرغ من الركوع ، وأراد الخروج إلى الصّفا استُحِبّ أن يعود فيستلم الحجَر ، نصّ عليه أحمد ، لأنّ النبيّ صلى الله عليـه وسلم فعل ذلك ، ذكره جابر فى صفـة حجّ النبى صلى الله عليـه وسـلم . وكان ابن عمر يفعـله ، وبه قال النخَعِىّ ، ومالك ، والثورىّ ، والشـافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحـاب الرأى ، ولا نعلم فيه خلافاً .

٢٤٧٥ « مسألة » قال ﴿ ويخرج إلى الصفا من بابه ، فيقف عليه ، فيكبِّر الله عزّ وجلّ ، ويهلّله ويحمده ، ويصلّى على النبيّ صلى الله عليه وسلم ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا فرغ من طوافه ، وصـلّى ركعتين ، واسـتلم الحجر ، فيستحبُّ أن يخرج إلى الصفا من بابه ، فيأتىَ الصفا فيرقَى عليه حتّى يرى الـكعبة ، ثم يستقبلها فيـكبّر الله عز وجل ، ويهلّله ، ويدعو بدعاء النبى صلى الله عليه وسلم ، وماأحبّ من خير الدنيا والآخرة . قال جابر فى صفة حجّ النبيّ صلى الله عليه وسـلم بعد ركعتى الطواف « ثُمّ رَجَعَ إلَى الرُّكْنِ فاسْتَلَمَهُ ، ثُمّ خَرَجَ مِنَ البـابِ إلى الصّفا فلما دنا من الصّفا قرأ (إنَّ الصَّفَا والمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ الله[1]) نَبْدَأُ بِمَا بَدأَ اللهُ بهِ ، فبدأ بالصَّفا فَرَقِىَ عليه حتّى رأى البيْتَ ، فاستقبَلَ القِبلةَ فوحّدالله وكبّرَ ، وقال : لا إلهَ إلّا اللهُ وحدهُ لاشريكَ له ، لهُ المُلكُ ولهُ الحمـدُ ، وهو على كلِّ شَىْءٍ قديرٌ ، لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَحْدَهُ ، أَنجزَ وَعْدَهُ ، وَنَصرَ عَبْدَهُ ، وَهزَمَ الأحزَابَ وَحْدَهُ ، ثمّ دعا بين ذلك ، وقال مثل هذا ثلاثَ مَرّاتٍ » قال أحمد : ويدعو بدعاء ابن عمر ورواه عن إسماعيل : حدّثنا أيّوب عن نافع عن ابن عمر « أَنهُ كانَ يَخرُجُ إِلَى الصَّفَا مِنَ البَابِ الأَعْظَمِ فيَقُومُ عَلَيْهِ فيُـكَبِّرُ سَبْعَ مِرَارٍ ثلاثاً ثلاثاً يُـكبِّرَ ، ثمّ يقولُ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ ، لَهُ المُلْكُ وَلَهُ الحَمْدُ وَهُوَ على كلِّ شَىْءٍ قَدِيرٌ . لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ ، لَا نَعبُدُ إِلَّا إِيَّاهُ ، مُخلِصِينَ لَهُ الدِّينَ وَلَوْ كَرِهَ الْكافِرُونَ . ثم يدعو فيقول : اللهمّ اعْصِمْنِى بِدِينِكَ وَطَوَاعِيَتِكَ وَطَوَاعِيَةِ رَسُولِكَ ، اللهمّ جَنِّبْنِى حُدُودَكَ ، اللهمّ اجْعَلْنِى مِمَّنْ يُحِبُّكُ وَيُحِبُّ مَلَائِـكَتَكَ وَأَنْبِياءكَ وَرُسُلَكَ وَعِبَادَكَ الصَّالِحِينَ ، اللَّهُمّ حَبِّبْنِى إِلَيْـكَ وَإِلَى مَلَائِـكَتِكَ وَإِلَى رُسُلِكَ وَإِلَى عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ، اللهمّ

(١) الآية رقم ١٥٨ من سورة البقرة .

يَسِّرْنِي لِلْيُسْرَى ، وَجَنِّبْنِي الْعُسْرَى ، وَاغْفِرْ لِي فِي الآخِرَةِ وَالْأُولَى ، وَاجْعَلْنِي مِنْ أَئِمَّةِ الْمُتَّقِينَ ، وَاجْعَلْنِي مِنْ وَرَثَةِ جَنَّةِ النَّعِيمِ وَاغْفِرْ لِي خَطِيئَتِي يَوْمَ الدِّينِ . اللَّهُمَّ قُلْتَ وَقَوْلُكَ الْحَقُّ (ادْعُونِي أَسْتَجِبْ لَكُمْ) وَإِنَّكَ لَا تُخْلِفُ الْمِيعَادَ ، اللَّهُمَّ إِذْ هَدَيْتَنِي لِلْإِسْلَامِ فَلَا تَنْزِعْنِي مِنْهُ ، وَلَا تَنْزِعْهُ مِنِّي حَتَّى تَوَفَّانِي عَلَى الْإِسْلَامِ ، اللَّهُمَّ لَا تُقَدِّمْنِي إِلَى الْعَذَابِ ، وَلَا تُؤَخِّرْنِي لِسُوءِ الْفِتَنِ . قال : ويدعو دُعاءً كثيراً حتّى لَيُمِلُّنا وإنّا لشباب ، وكان إذا أتى على المَسْعَى سَعَى وكَبَّرَ » وكلّ مادعا به فهو جائز .

٢٤٧٦ فصـــل

فإن لم يرق على الصفا فلا شيء عليه . قال القاضي : لـكن يجب عليه أن يستوعب ما بين الصفا والمروة فيُلصِقَ عقبيه بأسفل الصفا ، ثم يسعى إلى المروة ، فإن لم يصعد عليها ألصق أصابع رجليه بأسفل المروة ، والصعود عليها هو الأولى ، اقتداء بفعل النبيّ صلى الله عليه وسلم . فإن ترك مما بينهما شيئاً ولو ذراعاً ، لم يجزئه حتى يأتي به ، والمرأة لا يُسنّ لها أن ترقى لئلاّ تُزاحم الرّجال ، وترك ذلك أسترُ لها . ولا ترمُل في طواف ولا سعي ، والحـكم في وجوب استيعابها ما بينهما بالمشي كحـكم الرجل .

٢٤٧٧ « مسألة » قال : ﴿ ثم ينحدر من الصفا ، فيمشي حتى يأتي العـلَمَ الذي في بطن الوادي ، فيرمُل من العلَمِ إلى العلَمِ ، ثم يمشي حتى يأتيَ المروة ، فيقف عليها ، ويقول كما قال على الصـفا ، وما دعا به أجزأه ، ثم ينزل ماشياً إلى العلَمِ ، ثم يرمُل حتى يأتيَ العلم ، يفعل ذلك سبع مرّات ، يحتسب بالذهاب سَعْيَةً ، وبالرجوع سَعْيَةً . يفتتح بالصفا ، ويختتم بالمروة ﴾ .

هذا وصف السعي . وهو أن ينزل من الصفا ، فيمشيَ حتّى يأتي العلَمَ . ومعناه يُحاذي العلم . وهو الميلُ الأخضرُ المعلّق في رُكن المسجد ، فإذا كان منه نحواً من ستَّة أذرع سعى سـعياً شديداً ، حتى يُحاذيَ العلَمَ الآخر ، وهو الميلانِ الأخضران ، اللذان بفناء المسجد ، وحذاء دار العباس ، ثم يترك السعي ، ويمشي ، حتى يأتيَ المروة ، فيستقبل القبلة ، ويدعو بمثل دعائه على الصفا ، وما دعا به فجـائز ، وليس في الدعاء شيء مُؤقّت . ثم ينزل ، فيمشي في موضع مَشْيِهِ ، ويسعى في موضع سَعْيِهِ ، ويُـكثر من الدعاء ، والذكر فيما بين بين ذلك . قال أبو عبد الله : كان ابن مسعود إذا سعى بين الصفا والمروة ، قال : « رَبِّ اغْفِرْ وَارْحَمْ ، وَاعْفُ عَمَّا تَعْلَمُ ، وَأَنْتَ الأعَزُّ الأكْرَمُ » وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا جُعِلَ رَمْيُ الْجِمَارِ وَالسَّعْيُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ لِإِقَامَةِ ذِكْرِ اللهِ تَعَالَى » قال الترمذيّ : هـذا حديث حسن صحيح ، حتى يـكمل سبعة أشواط يحتسب بالذهاب سَعْيَةً ، وبالرجوع سَعْيَةً . وحُـكي عن ابن جرير ، وبعض أصحاب الشافعيّ : أنهم قالوا : ذهابه ورجوعه سَعْيَةٌ . وهذا غلط ، لأنَّ جابراً قال في صـفة حجِّ النبي صلى الله عليه وسلم : « ثم نزل إلى المروة حتى إذا انْصَبَّتْ قَدَمَاهُ رَمَلَ في بَطْنِ الوَادِي ، حتَّى إذا

صَعِدْتَا مَشَى حتَّى أَتَى الْمَرْوَةَ كما فعل على الصفا . فلمَّا كان آخر طوافه على المروة قال : « لَوْ اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِى مَااسْتَدْبَرْتُ لَمْ أَسُقِ الْهَدْىَ وَجَعَلْتُهَا عُمْرَةً » . وهـذا يقتضى أنه آخر طوافه . ولو كان على ماذكروه كان آخر طوافه عند الصفا فى الموضع الذى بدأ منه ، ولأنّه فى كلّ مرّة طائف بهما ، فينبغى أن يحتسب بذلك مرة ، كما أنه إذا طاف بجميع البيت احتسب به مرةً .

٢٤٧٨ « مسألة » قال : ﴿ ويفتتح بالصفا ويختم بالمروة ﴾ .

وجملة ذلك : أن الترتيب شرط فى السعى . وهو أن يبدأ بالصـفا ، فإن بدأ بالمروة لم يعتدّ بذلك الشوط فإذا صار إلى الصفا اعتدّ بما يأتى به بعد ذلك ، لأنّ النبىصلى الله عليه وسلم بدأ بالصفا ، وقال : « نَبْدَأُ بِمَا بَدَأَ اللهُ بِهِ » وهو قول الحسن ، ومالك ، والشافعىّ ، والأوزاعىّ ، وأصحاب الرأى . وعن ابن عباس قال : « قال اللهُ تعالى : (إِنَّ الصَّـفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللهِ) فبـدأ بالصفا ، وقال : اتّبعوا القرآن ، فما بَدأ اللهُ به فابْدَؤا بهِ » .

٢٤٧٩ « مسألة » قال : ﴿ ومن نسى الرمَل فى بعض سعيه فلا شىء عليه ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرمَل فى بطن الوادى سُنَّة مستحبَّة . لأنّ النبى صلى الله عليه وسلم سعى ، وسعى أصحابُه . فروت صفيَّة بنتُ شَـيْبَة عن أمّ ولد شَيْبَةَ قالت : « رَأَيْتُ رسول الله صلى الله عليه وسـلم ، يَسْعَى بَيْنَ الصَّفَا والْمَرْوَةِ ويقولُ : لايُقْطَعُ الأبْطَحُ إلَا شَدًّا[1] » ، وليس ذلك بواجب . ولا شىء على تاركه . فإن ابن عمر قال : « إِنْ أَسْعَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فَقَدْ رَأَيْتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يَسْعَى ، وإِنْ أَمْشِ فَقَدْ رَأَيْتُ رسولَ الله ﷺ يَمْشِى ، وَأَنَا شَيْخٌ كَبِيرٌ » رواهما ابن ماجه . وروى هذا أبو داود . ولأن ترك الرمل فى الطواف بالبيت لاشىء فيه ، فبين الصفا والمروة أولى .

٢٤٨٠ فصـــل

واختلفت الرواية فى السعى ، فروى عن أحمد : أنه ركن لا يتم الحج إلا به ، وهو قول عائشـة ، وعُروة ، ومالك ، والشافعىّ . لما رُوى عن عائشة قالت : « طَافَ رسول الله صلى الله عليه وسـلم ، وطَافَ الْمُسْلِمُونَ يَعْنِى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فـكانَتْ سُنَّةً ، وَلَعَمْرِى مَا أَتَمَّ اللهُ حَجَّ مَنْ لَمْ يَطُفْ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ » رواهمسلم . وعنحَبيبة بنت أبى تَجْراة إحدى نساء بنى عبدالدار قالت : «دخلت مع نسوة من قريش دار آل أبى حسين ننظرُ إلى رسول الله ﷺ وهو يَسْعَى بين الصفا والمروة ، وإنَّ مِئْزَرَهُ لَيَدُور فى وسطه من شدّةِ سَعْيه ، حتّى إنى لأقول : إنى لأرى رُكبتيه ، وسمعته يقول : اسْعَوْا فَإِنّ اللهَ كَتَبَ عَلَيْكُمُ السَّعْىَ » رواه ابن ماجه . ولأنه نُسك فى الحجّ والعُمرة ، فكان رُكناً فيهما

---

(١) شداً : سعياً ومشياً سريعاً قريباً من الجرى .

كالطواف بالبيت . وروى عن أحمد : أنه سنّة لا يجب بتركه دم ، رُوى ذلك عن ابن عبّاس ، وأنس ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، لقول الله تعالى (٢ : ١٥٨ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْـهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا) ونفى الحرج عن فاعله دليل على عدم وجوبه . فإنّ هـذا رتبة المباح ، وإنمـا تثبت سُنّيته بقوله (مِنْ شَعَائِرِ اللهِ) . ورُوى أن فى مصحف أبىّ ، وابن مسعود : (فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَطُوفَ بِهِمَا) وهذا إن لم يـكن قرآناً ، فلا ينحطّ عن رُتبة الخبر[1] لأنّهما يرويانه عن النبىّ صلى الله عليـه وسلم ، ولأنّه نُسك ذو عددٍ لا يتعلّق بالبيت ، فلم يـكن ركناً كالرمى وقال القـاضى : هو واجب . وليس بركن إذا تركه وجب عليـه دم ، وهو مذهبُ الحسن ، وأبى حنيفـة ، والثورىّ ، وهو أولى . لأنّ دليل من أوجبه دلّ على مُطلق الوجوب ، لا على كونه لا يتمّ الحجّ إلا به . وقول عائشة فى ذلك مُعارَض بقول من خالفهـا من الصحابة . وحديث بنت أبى شَجْراء قال ابن المنـذر : يرويه عبد الله بن المُؤمَّل . وقد تـكلّموا فى حـديثه . ثم هو يدلّ على أنه مـكتوب ، وهو الواجب . وأمّا الآية ، فإنّهـا نزلت لمـا تحرّج ناس من السعى فى الإسـلام ، لمـا كانوا يطوفون بينهمـا فى الجاهليـة ، لأجـل صنمين ، كانا على الصفـا والمروة ، كذلك قالت عائشة .

٢٤٨١ فصـــل

والسعى تبع للطواف . لا يصحّ إلا أن يتقدّمه طواف ، فإن سعى قبله لم يصحّ . وبذلك قال مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال عطاء : يُجزئه . وعن أحمـد يُجزئه إن كان ناسياً . وإن عمد لم يُجزئه سعيُـه . لأن النبىّ صـلى الله عليـه وسلم « لَمَّا سُئِلَ عَنِ التَّقْـدِيمِ وَالتَّأْخِيرِ ، فِى حَالِ الْجَهْلِ وَالنِّسْيَانِ قَالَ : لَا حَرَجَ » .

ووجه الأول : أنّ النبىّ صلى الله عليـه وسلم إنّمـا سعى بعد طوافه ، وقد قال : « لِتَأْخُذُوا عَـنِّى مَنَاسِكَكُمْ » . فعلى هذا : إن سعى بعد طوافه ، ثم علم أنه طاف بغير طهارةٍ لم يُعتدّ بسعيه ذلك ، ومتى سعى المفرد ، والقارنُ بعد طواف القدوم لم يلزمهما بعـد ذلك سعى ، وإن لم يسعيا معه سعيا مع طواف الزيارة . ولا تجب الموالاة بين الطواف والسعى . قال أحمـد : لا بأس أن يؤخّر السعى ، حتى يستريح ، أو إلى العشىّ . وكان عطـاء ، والحسن لا يريان بأساً لمن طـاف بالبيت أول النهـار أن يؤخّر الصفا والمروة إلى العشىّ ، وفعله القاسم ، وسعيدُ بن جُبَير . لأنّ الموالاة إذا لم تجب فى نفس السعى ، ففيما بينه وبين الطواف أولى .

٢٤٨٢ « مسألة » قال ﴿ فإذا فرغ من السعى فإن كان مُتمتّعاً قصّر من شعره ، ثم قد حَلّ ﴾ .

---

(١) أى فهو كالحديث أو الأثر عنهما .

المتمتّع الذى أحرم بالعمرة من الميقات ، فإذا فرغ من أفعالها ، وهى الطواف والسعى قصّر ، أو حَلَق ، وقد حلّ من عُمرته ، إن لم يكن معه هَدْىٌ . لما روى ابن عمر قال : « تَمَتَّعَ النَّاسُ مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ . فَلمّا قَدِمَ رسول الله صلى الله عليه وسلم مَكَّةَ قَالَ لِلنَّاسِ : مَنْ كَانَ مَعهُ هَدْىٌ فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ مِنْ شَىْءٍ حُرِم مِنْهُ حَتَّى يَقْضِىَ حَجَّهُ . وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ هَدْىٌ فَلْيَطُفْ بِالْبَيْتِ وَ بِالصَّفَا وَالْمَرْوَةِ وَلْيُقَصِّر ، وَلْيَحْلِلْ » متفق عليه . ولا نعلم فيه خلافاً . ولا يُستحبّ تأخير التحلّل قال أبو داود : سمعتُ أحمدَ سُئل عمّن دخل مكة مُعتمراً ، فلم يقصّر حتى كان يوم التّروية عليه شىء ؟ قال : هذا لم يحلّ بعدُ ، يقصّر ، ثم يُهلّ بالحجّ ، وليس عليه شىء ، وبئس ماصنع .

٢٤٨٣ فصـــــل

فأما من معه هدى فليس له أن يتحلّل ، لكن يُقيم على إحرامه ، ويُدخِل الحجّ على العُمرة ، ثم لا يَحلّ حتّى يحلّ منهما جميعاً ، نصّ عليه أحمد . وهو قول أبى حنيفة وعن أحمد رواية أخرى : أنّه يحلّ له التقصير من شعر رأسه خاصّةً ، ولا يمسّ من أظفاره ، وشاربه شيئاً . ورُوى ذلك عن ابن عمر . وهو قول عطاء . لما رُوى عن معاوية قال : «قَصَّرْتُ مِنْ رَأْسِ رسول الله صلى الله عليه وسلم بِمِشْقَصٍ[1] عِنْدَ الْمَرْوَةِ » متفق عليه . وقال مالك ، والشافعىّ فى قولٍ له : التحلّل ونحر هديه . ويُستَحبّ نحرُه عند المروة . وكلام الخِرَقىّ يحتمله لإطلاقه .

ولنا : ماذكرنا من حديث ابن عمر . وَرَوَتْ عَائِشَةُ قالت : « خَرَجْنَا مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم فِى حَجَّةِ الْوَدَاعِ فَأَهْلَلْتُ بِعُمْرَةٍ ، وَلَمْ أَكُنْ سُقْتُ الْهَدْىَ ، فَقَالَ النبىّ صلى الله عليه وسلم : مَنْ كَانَ مَعَهُ هَدْىٌ فَلْيُهِلَّ بِالْحَجِّ مَعَ عُمْرَتِهِ ثُمَّ لَا يَحِلّ حَتَّى يَحِلّ مِنْهُمَا جَمِيعاً » . وعن حفصة أنها قالت : « يَارَسُولَ اللهِ مَاشَأْنُ النَّاسِ حَلّوا مِنَ الْعُمْرَةِ وَلَمْ تَحِلّ أَنْتَ مِنْ عُمْرَتِكَ ؟ قال : إِنّى لَبَّدْتُ رَأْسِى وَقَلَّدْتُ هَدْيِى . فَلَا أَحِلُّ حَتَّى أَنْحَرَ » متفق عليه . والأحاديث كثيرة . وعن أحمد رواية ثالثة فيمن قدم متمتّعاً فى أشهرُ الحجّ ، وساق الهدى قال : إن دخلها فى العشر لم ينحر الهدى حتى ينحره يوم النحر . وإن قدم قبل العَشر نحر الهدى ، وهذا يدلّ على أن المتمتّع إذا قدم قبل العشر حلّ ، وإن كان معه هَدْىٌ . وإن قدم فى العشر لم يحلّ . وهذا قول عطاء ، رواه حنبل فى المناسك . وقال فيمن لبّد أو ضَفّر : هو بمنزلة من ساق الهدى ، لحديث حفصة . والرواية الأولى أولى ، لما فيها من الحديث الصحيح الصريح ، وهو أولى بالاتباع .

---

(١) المشقص : نصل عريض ، والمراد به سلاح مثل الموسى ونحوها .

٢٤٨٤ فصـــــل

فأما المعتمر غيرُ المتمتّع ، فإنّه يحِلّ ، سواء كان معه هَدْى ، أو لم يكن ، وسواء كان فى أشهُر الحجّ ، أو غيرها ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم ، اعتمر ثلاث عُمَر ، سوى العُمرة التى مع حجّته ، بعضُهن فى ذى القَعْدة ، وقيل : كلّهُنّ فى ذى القَعْدة ، فكان يحلّ . فإن كان معه هدى نحره عند المروة ، وحيثُ نحره من الحرم جاز ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « كُلُّ فِجَاجِ(1) مَكَّةَ طَرِيقٌ وَمَنْحَرٌ » ، رواه أبو داود وابن ماجه .

٢٤٨٥ فصـــــل

وقول الخِرَقىّ : « قَصّر مِنْ شَعْرِه ثُمّ قَدْ حَلّ » ، يدلّ على أن المستَحبّ فى حقّ المتمتّع عند حِلّه من عُمرته التقصيرُ ، ليكون الحلقُ لِلْحَجّ . قال أحمد فى رواية أبى داود : ويُعجبنى إذا دخل متمتّعاً أن يُقصّر ، ليكون الحَلْقُ لِلْحَجّ . ولم يأمر النبيّ صلى الله عليه وسلم أصحابه إلا بالتقصير . فقال فى حديث جابر : « حِلُّوا مِنْ إحْرَامِكُمْ بِطَوَافٍ بَيْنَ الصَّفَا وَالمَرْوَةِ وَقَصِّرُوا » . وفى صفة حجّ النبيّ صلى الله عليه وسلم . « فَحَلَّ النَّاسُ كُلُّهُمْ وقَصَّرُوا » . وفى حديث ابن عمر : أنه قال : « مَنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ هَدْىٌ فَلْيَطُفْ بِالْبَيْتِ ، وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ، وَلْيُقَصِّرْ وَلْيَحْلِلْ » متفق عليه . وإن حلق جاز ، لأنّه أحد النسكين . فجاز فيه كلّ واحد منهما . ويدلّ أيضاً على أنّه لا يَحِلّ إلا بعد التقصير . وهذا ينبنى على أن التقصير نُسُك ، وهو المشهور ، فلا يَحِلّ إلاّ به . وفيه رواية أخرى : أنّه إطلاق من محظور ، فيحِلّ بالطواف ، والسعى حَسْبُ . وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

فإن ترك التقصير ، أو الحلق ، وقلنا : هو نُسُك فعليه دم ، وإن وطىء قبل التقصير ، فعليه دم ، وعُمرته صحيحة . وبهذا قال مالك ، وأصحاب الرأى وحُكى عن الشافعىّ أنّ عُمرته تفسُد ، لأنّه وطىء قبل حِلّه من عُمرته . وعن عطاء قال : يستغفر الله تعالى .

ولنا : ما رُوى عن ابن عباس : « أنّه سُئِلَ عَنِ امْرَأَةٍ مُعْتَمِرَةٍ وَقَعَ بِهَا زَوْجُهَا قَبْلَ أَنْ تُقَصِّرَ . قالَ : مَنْ تَرَكَ مِنْ مَنَاسِكِهِ شَيْئاً أَوْ نَسِيَهُ فَلْيُهْرِقْ دَماً ، قِيلَ : إِنَّهَا مُوسِرَةٌ ، قال : فَلْتَنْحَرْ نَاقَةً » . ولأن التقصير ليس بركن ، فلا يفسُد النسك بتركه ، ولا بالوطء قبله ، كالرمى فى الحجّ . قال أحمد فيمن وقع على امرأته قبل تقصيرها من عمرتها : تَذبحُ شاةً . قيل : عليه ، أو عليها ؟ قال : عليها هى ، وهذا محمول على أنّها طاوعته ، فإن أكرهها فالدم عليه . وإن أحرم بالحجّ قبل التقصير ، فقد أدخل الحجّ على العُمرة ، فيصير قارناً .

---

(1) الفجاج : جمع فج ، بفتح الفاء ، وهو الطريق الواسع .

٢٤٨٦ فصـــل

يلزم التقصيرُ أو الحلقُ من جميع شعره ، وكذلك المرأة ، نصّ عليـه ، وبه قال مالك . وعن أحمـد يُجزئه البعضُ مبنياً على المسح فى الطهارة ، وكذلك قال ابن حامـد . وقال الشافعىّ : يُجزئه التقصير من ثلاثِ شَعَرَاتٍ . واختار ابنُ المنذر أنّه يُجزئه مايقع عليه اسمُ التقصير ، لتناول اللفظ له .

ولنـا : قول الله تعالى (٤٨ : ٢٧ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ) وهذا عامّ فى جميعه ، ولأنّ النبىّ ﷺ حلق جميع رأسه تفسيراً لمطلق الأمر به ، فيجب الرجوع إليه . ولأنّه نسـك تعلّق بالرأس ، فوجب استيعابه به كالمسح . فإن كان الشعر مضفوراً قصّر من رؤوس صفائره كذلك . قال مالك : تُقصِّر المرأة من جميع قُرونها . ولا يجب التقصير من كلِّ شعرة ، لأنّ ذلك لايعلم إلاّ بحلقه .

٢٤٨٧ فصـــل

وأىّ قدر قصّر منه أجزأه . لأنّ الأمر به مُطلق ، فيتناول الأقلّ . وقال أحمد : يُقَصِّر قدرَ الأَنْمُلةِ وهو قول ابن عمر ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور . وهذا محمول على الاستحباب . لقول ابن عمر : « وَبِأَىِّ شَىْءٍ قَصَّرَ الشَّعْرَ أَجْزَأَهُ » وكذلك لو نتفه ، أو أزاله بنُورَة . لأنّ القصد إزالتـه ، والأمر به مُطلق ، فيتناول مايقع عليـه الاسم ، ولـكن السُّنة الحلقُ أو التقصير ، اقتـداء برسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه . ويُستحبُّ البداية بالشِّق الأيمن ، نصّ عليه . لما رَوى أنس : أَنَّ رسولَ الله ﷺ قال لِلْحَلاَّقِ : « خُـذْ ، وَأَشَارَ إِلَى جَانِبِهِ الْأَيْمَنِ ، ثمَّ الْأَيْسَرِ ، ثمَّ جَعَلَ يُعْطِيهِ النَّاسَ » رواه مسـلم . « وكَانَ النبىّ صلى الله عليه وسلم يُعْجِبُهُ التَّيَامُنُ فِى شَأْنِهِ كُلِّهِ » متفق عليه .

قال أحمد : يبدأ بالشقّ الأيمن حتَّى يُجاوز العظمتين ، وإن قصّر من شعر رأسه ، مانزل عن حدّ الرأس ، أو ممّا يُحاذيه جاز . لأن المقصود التقصيرُ ، وقد حصـل ، بخـلاف المسح فى الوضوء ، فإنّ الواجب المسحُ على الرأس ، وهو ما ترأس وعَلاَ .

٢٤٨٨ « مسألة » قال ﴿ وطوافُ النساء وسعيُهنّ مشىٌ كلّه ﴾ .

قال ابن المنـذر : أجمع أهل العـلم على أنه لارَمَل على النساء حول البيت ، ولا بين الصفا والمروة . وليس عليهنّ اضطباع . وذلك لأنّ الأصل فيهما إظهارُ الجـلَد ، ولا يُقصـد ذلك فى حقِّ النساء . ولأنّ النساء يقصد فيهنّ السترُ ، وفى الرمل والاضطباع ، تعرّض للتـكشّف .

٢٤٨٩ « مسألة » قال ﴿ ومن سعى بين الصفا والمروة على غير طهارة كرهنا له ذلك وأجزأه ﴾ .

أكثر أهل العـلم يرون أن لاتُشـترط الطهارة للسعى بين الصـفا والمروة ، وممّن قال ذلك عطـاء ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحـابُ الرأى . وكان الحسن يقول : إن ذكر قبل أن يَحِلّ فليُعِد الطواف . وإن ذكر بعد ماحلّ فلا شىء عليه .

ولنا : قولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم لعائشةَ حين حاضت « اقْضِي : مَا يَقْضِي الحاجّ غَيْرَ أَنْ لا تَطُوفِي بِالْبَيْتِ » ولأنَّ ذلك عبادةٌ لاتتعلّق بالبيت ، فأشبهت الوقوف . قال أبو داود : سمعتُ أحمد يقول : « إِذَا طَافَتِ الْمَرْأَةُ بِالْبَيْتِ ثُمَّ حَاضَتْ سَعَتْ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ثُمَّ نَفَرَتْ » . ورُوى عن عائشة وأمّ سلمةَ أنّهما قالتا : « إِذَا طَافَتِ الْمَرْأَةُ بِالْبَيْتِ وَصَلَّتْ رَكْعَتَيْنِ ، ثُمَّ حَاضَتْ فَلْتَطُفْ بِالصَّفَا وَالْمَرْوَةِ » رواه الأثرم . والمستحبّ مع ذلك لمن قدر على الطهارة أن لايسعى إلا متطهّراً . وكذلك يُستحبّ أن يكون طاهراً فى جميع مناسكه . ولا يشترط أيضاً الطهارة من النجاسة ، والسِّتارة للسعى . لأنّه إذا لم تُشترط الطهارة من الحدث . وهى آكدُ . فغيرُها أولى وقد ذكر بعضُ أصحابنا روايةً عن أحمد : أنَّ الطهارة فى السعى كالطهارة فى الطواف ، ولا يُعَوّل عليه .

٢٤٩٠ «مسألة» قال ﴿وإن أقيمت الصلاة أوحضرت جنازة وهو يطوف أو يسعى فإذا صلَّى بنى﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا تلبسَ بالطواف ، أو بالسعى ، ثم أُقيمت المكتوبة ، فإنه يُصلِّى مع الجماعة ، فى قول أكثر أهل العلم . منهم ابنُ عمر ، وسالم ، وعطاء ، والشافعيّ وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . ورُوى ذلك عنهم فى السعى . وقال مالك : يمضى فى طوافه ، ولا يقطعه إلاَّ أن يخاف أن يضرّ بوقت الصلاة . لأنّ الطواف صلاة ، فلا يقطعه لصلاة أخرى .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَلَا صَلَاةَ إِلاَّ الْمَكْتُوبَةُ » والطواف صلاة ، فيدخل تحت عموم الخبر . وإذا ثبت ذلك فى الطواف بالبيت مع تأكّده ، ففى السعى بين الصفا والمروة أولى ، مع أنّه قول ابن عمر ، ومن سميناه من أهل العلم . ولم نعرف لهم فى عصرهم مخالفاً . وإذا صلَّى بنَى على طوافه ، وسعيه ، فى قول من سمّينا من أهل العلم . قال ابن المنذر : ولا نعلم أحداً خالف فى ذلك إلا الحسن ، فإنّه قال : يستأنفُ ، وقول الجمهور أولى . لأنّ هذا فعل مشروع فى أثناء الطواف ، فلم يقطعه ، كاليسير . وكذلك الحكم فى الجنازة إذا حضرت يصلى عليها ، ثم يبنى على طوافه . لأنّها تَفُوت بالتشاغُل عنها . قال أحمد : ويكون ابتداؤه من الحَجَر ، يعنى أنه يبتدىء الشوطَ الذى قطعه من الحَجَر حين يَشرع فى البناء .

٢٤٩١ فصـــــل

فإن ترك الموالاة لغير ما ذكرنا ، وطال الفصل ابتدأ الطواف ، وإن لم يطل بنى ، ولا فرق بين ترك الموالاة عمداً ، أو سهواً ، مثل من يترك شوطاً من الطواف يحسَبُ أنّه قد أتمّه . وقال أصحاب الرأى فيمن طاف ثلاثةَ أشواطٍ من طواف الزيارة ، ثم رجع إلى بلده : عليه أن يعود فيطوف ما بقى .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم والى بين طوافه ، وقال : « خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ » . ولأنّه

صلاة . فيُشترط له الموالاة ، كسائر الصلوات ، أو نقول : عبادة متعلّقة بالبيت . فاشتُرطت لهـا الموالاة ، كالصلاة . ويرجع فى طول الفصل وقِصَره إلى العُرف من غير تحديد . وقد رُوى عن أبى عبد الله رحمه الله روايةٌ أخرى . إذا كان له عذر يشغله بَنَى ، وإن قطعه من غير عذر ، أو لحاجةٍ استقبـل الطواف . وقال : إذا أعيا فى الطواف لا بأس أن يَستريح .

وقال : الحسنُ غُشِيَ عليه ، فحُمِل إلى أهله ، فلمّا أفاق أتمّه . وقال أبو عبد الله : فإن شاء أتمّه وإن شاء استأنف ، وذلك لأنه قطعه لعذر ، فجاز البناء عليه ، كما لو قطعه لصلاة .

٢٤٩٢ فصـــل

فأمّا السعى بين الصفا والمروة ، فظاهر كلام أحمد : أنّ الموالاة غير مُشترَطة فيه ، فإنّه قال فى رجل كان بين الصفا والمروة ، فلقيه فإذاهو يعرفه : يقف ، فيسلّم عليه ، ويُسائله ؟ قال : نعم ، أمر الصفا سهل ، إنّما كان يـكره الوقوف فى الطواف بالبيت ، فأمّا بين الصفـا والمروة فلا بأس . وقال القاضى : تُشترط الموالاة فيه ، قياساً على الطواف ، وحكاه أبو الخطّاب روايةً عن أحـمد ، والأول أصحُّ ، فإنه نُسُك لا يتعلّق بالبيت ، فلم تُشـترط له الموالاة ، كالرمى ، والحِـلاَق . وقد رَوى الأثرم : « أَنَّ سَوْدَةَ بِنْتَ عَبْدِ اللهِ بنِ عُمَر امْرَأَةَ عُرْوَةَ بنِ الزُّبَيْرِ سَعَتْ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فَقَضَتْ طَوَافَهَا فِى ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ، وكَانَتْ ضَخْمَةً » . وكان عطـاء لايرى بأساً أن يسـتريح بينهما ، ولا يصحّ قيـاسه على الطواف ، لأنّ الطواف يتعلّق بالبيت ، وهو صـلاة ، وتُشـترط له الطهـارة ، والسّتارة ، فاشتُرطت له الموالاة ، بخلاف السعى .

٢٤٩٣ « مسألة » قال ﴿ وإن أحدث فى بعض طوافه تطهّر ، وابتدأ الطواف إذا كان فرضاً ﴾ . أما إذا أحدث عمداً فإنه يبتدىء الطواف . لأنّ الطهارة شرطٌ له . فإذا أحدث عمداً أبطله كالصلاة ، وإن سبقه الحدث ففيه روايتان :

﴿ إحداهما ﴾ يبتدىء أيضاً ، وهو قول الحسن ، ومالك ، قياساً على الصلاة .

﴿ والرواية الثانية ﴾ يتوضّأ ويَبنى . وبها قال الشافعىّ ، وإسحاق . قال حنبل عن أحمد فيمن طاف ثلاثة أشواط ، أو أكثر : يتوضّأ ، فإن شاء بنى ، وإن شاء استأنف . قال أبو عبـد الله : يبنى إذا لم يُحدِث حدثاً إلاّ الوضوء . فإن عمل عملاً غير ذلك استقبـل الطواف . وذلك لأنّ الموالاة تسقُط عند العُذر فى إحـدى الروايتين . وهـذا معـذور ، فجـاز له البنـاء . وإن اشتغل بغير الوضوء فقـد ترك الموالاة لغير عُذر . فلزمه الابتداء ، إذا كان الطواف فرضـاً . فأمّا المسنون فلا يجب إعادته ، كالصـلاة المسنونة إذا بطلت .

٢٤٩٤ « مسألة » قال ﴿ ومن طاف ، وسعى محمولا . لعلة أجزأه ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى صحة طواف الراكب إذا كان له عذر . فإن ابن عباس روى « أَنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم طَافَ فِي حَجَّةِ الوَدَاعِ عَلَى بَعِيرٍ ، يَسْتَلِمُ الرُّكْنَ بِمِحْجَنٍ » . وعن أم سلمة قالت « شَكَوْتُ إِلَى رسول الله صلى الله عليه وسلم أَنِّي أَشْتَكِي ، فقال : طُوفِي مِنْ وَرَاءِ النَّاسِ وَأَنْتِ رَاكِبَةٌ » متفق عليهما .

وقال جابر : « طَافَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم على راحلته بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ لِيَرَاهُ النَّاسُ ، وَلِيُشْرِفَ عَلَيْهِمْ لِيَسْأَلُوهُ . فَإِنَّ النَّاسَ غَشَوْهُ » والمحمول كالراكب فيما ذكرناه .

٢٤٩٥ فصـــل

فأما الطواف راكباً أو محمولاً لغير عذر ، فمفهوم كلام الخرقي : أنه لا يجزىء وهو إحدى الروايات عن أحمد . لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال : « الطَّوافُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ » ولأنها عبادة تتعلق بالبيت ، فلم يجز فعلها راكباً لغير عذر كالصلاة .

﴿ والثانية ﴾ يجزئه . ويجبره بدم ، وهو قول مالك . وبه قال أبو حنيفة ، إلا أنه قال : يُعيد ما كان بمكة . فإن رجع جَبَرَهُ بدَمٍ . لأنه ترك صفةً واجبةً فى ركن الحج . فأشبه مالو وقف بعرفة نهاراً ، ودفع قبل غروب الشمس .

﴿ والثالثة ﴾ يُجزئه . ولا شيء عليه ، اختارها أبو بكر ، وهى مذهبُ الشافعي وابن المنذر . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « طَافَ رَاكِباً » . قال ابن المنذر : لاقول لأحدٍ مع فعل النبي صلى الله عليه وسلم . ولأنّ الله تعالى أمر بالطواف مُطلقاً . فكيفما أتى به أجزأه ولا يجوز تقييد المطلق بغير دليل . ولا خلاف فى أن الطواف راجلاً أفضلُ ، لأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم طافوا مَشْياً ، والنبيُّ صلى الله عليه وسلم فى غير حَجة الوداع طاف مَشْياً . وفى قول أمّ سلَمة « شَكَوْتُ إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم أَنِّي أَشْتَكِي ، فقال : طُوفِي مِنْ وَرَاءِ النَّاسِ وَأَنْتِ رَاكِبَةٌ » دليل على أن الطواف إنما يكون مشياً . وإنما طاف النبيّ صلى الله عليه وسلم راكباً لعذر . فإن ابن عباس روى « أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كثُر عليه الناسُ يقولون : هذا محمد ، هذا محمد ، حتَّى خرج العواتقُ من البيُوت . وكانَ رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يُضْرَبُ النَاسُ بَيْنَ يَدَيْهِ . فلمَّا كثرُوا عَلَيْهِ رَكِبَ » رواه مسلم . وكذلك فى حديث جابر : « فَإِنَّ النَّاسَ غَشَوْهُ » . ورُوى عن ابن عباس : « أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم طَاف رَاكِباً لِشَكَاةٍ بِهِ » وبهذا يعتذر من منع الطواف راكباً عن طواف النبيّ

صلى الله عليه وسلم ، والحديث الأول أثبتُ . فعلى هذا يكون كثرةُ الناس وشدّة الزحام عذراً . ويحتمل أن يكون النبيّ ﷺ قصد تعليم الناس مناسكهم ، فلم يتمكّن منه إلا بالركوب ، والله أعلم .

٢٤٩٦ فصـــل

إذا طاف راكباً ، أو محمولاً ، فلا رمَل عليه . وقال القاضي : يَخُبُّ به بعيره ، والأول أصحّ . لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يفعله ، ولا أمر به ، ولأنّ معنى الرمَل لا يتحقّق فيه .

٢٤٩٧ فصـــل

فأما السعي راكباً فيُجزئه لعذر ولغير عذر . لأنّ المعنى الذى منع الطواف راكباً غيرُ موجود فيه .

٢٤٩٨ « مسألة » قال ﴿ ومن كان مُفرداً ، أو قارناً ، أحببنا له أن يفسخ إذا طاف وسعى . ويجعلها عُمرةً ، إلا أن يكون معه هَدْيٌ فيكون على إحرامه ﴾ .

أما إذا كان معه هدى فليس له أن يَحِلّ من إحرام الحجّ . ويجعله عُمرةً بغير خلاف نعلمه . وقد روى ابن عمر : « أَنَّ رسـولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، لمّا قَدِمَ مَكَّةَ ، قالَ لِلنَّاسِ : مَنْ كَانَ مِنْكُمْ أَهْدَى ، فَإِنَّهُ لا يَحِلّ مِنْ شَيْءٍ حُرِمَ مِنْهُ حَتَّى يَقْضِيَ حَجَّهُ . وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَهْدَى فَلْيَطُفْ بِالْبَيْتِ وَبِالصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ، وَلْيُقَصِّرْ وَلْيَحِلَّ ، ثُمَّ لِيُهِلَّ بِالحجّ وَلْيُهْدِ . وَمَنْ لَمْ يَجِدْ هَدْياً ، فَلْيَصُمْ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ» متفق عليه . وأما من لا هدىَ معه ، ممّن كان مُفرداً ، أو قارناً فيستحبّ له إذا طاف وسعى أن يفسخ نيّته بالحجّ . وينوى عمرةً مُفردَةً فيُقصّر ويَحِلّ من إحرامه ، ليصيرَ مُتمتّعاً ، إن لم يكن وقفَ بعرَفة . وكان ابن عباس يرى أنّ من طاف بالبيت ، وسعى فقد حلّ ، وإن لم ينو ذلك . وبما ذكرناه قال الحسن ، ومجاهد ، وداود . وأكثر أهل العلم ، على أنه لا يجوز له ذلك . لأن الحجّ أحدُ النسكين ، فلم يجُز فسخُه ، كالعمرة . فروى ابن ماجه بإسناده ، عن الحارث بن بلال المُزَنيّ عن أبيه أنّه قال : «يارسولَ اللهِ ، فَسْخُ الْحَجِّ لَنَا خاصّةً ، أَوْ لِمَنْ أَتَى ؟ قال : لَنَا خَاصَّةً» . ورُوى أيضاً عن المرقّع الأسَديّ عن أبى ذرّ قال : « كانَ ما أَذِنَ لَنَا رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم حِينَ دَخَلْنَا مَكَّةَ أَنْ نَجْعَلَهَا عُمْرَةً وَنَحِلَّ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ أَنَّ تِلْكَ كَانَتْ لَنَا خَاصَّةً رُخْصَةً مِنْ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم دُونَ جَمِيعِ النَّاسِ » .

ولنا : أنه قد صحّ عن رسول الله ﷺ أنّه أمر أصحابه فى حجّة الوداع الذين أفردوا الحجّ وقرنوا أن يَحِلُّوا كلّهم ، ويجعلوها عُمرةً إلاَّ مَنْ كان معه الهدى . وثبت ذلك فى أحاديثَ كثيرةٍ متفق عليهنّ بحيث يقرُب من التواتُر ، والقطع . ولم يختلف فى صحّة ذلك ، وثبوته عن النبى صلى الله عليه وسلم أحدٌ من أهل العلم علمناه . وذكر أبو حفص فى شرحه قال : سمعتُ أبا عبد الله بن بَطّةَ يقول : سمعتُ أبا بكر

ابن أيُّوب يقول : سمعتُ إبراهيم الحربيّ يقول : وسُئِل عن فسخ الحجّ فقال : قالَ سَلمةُ بن شَبِيب لأحمد ابن حنبل . ياأبا عبـد الله ، كلّ شيء منك حسن جميـل ، إلاَّ خلّةً واحدةً . فقال ماهى ؟ قال : تقول : بفسخ الحجّ . فقال أحمد : قد كنتُ أرى أنَّ لك عقلاً ، عندى ثمانية عشر حديثاً صحاحاً جياداً كلّها فى فسخ الحجّ ، أتركُها لقولك ؟ وقد رَوى فسخ الحجّ ابنُ عمر ، وابن عبّاس ، وجابر ، وعائشة . وأحاديثُهم متفق عليها . ورواه غيرهم ، وأحاديثهم كلّها صِحاحٌ . قال أحمد : رُوى الفسخُ عن النبيّ صلى الله عليه وسلم من حديث جابر ، وعائشة ، وأسماء ، والبراء ، وابن عمر ، وسَبْرة الجُهَنِيّ ، وفى لفظ حديث جابر قال : « أَهْلَلْنَا أَصْحَابَ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم بالْحَجِّ خَالِصاً وَحْدَهُ وَلَيْسَ مَعَهُ عُمْرَةٌ فَقَدِمَ النبى صلى الله عليـه وسلم صُبْحَ رَابِعَةٍ مَضَتْ مِنْ ذِى الْحِجَّةِ فَلَمَّا قَدِمْنَا أَمَرَنَا النبىُّ ﷺ أَنْ نَحِلَّ ، قال : أَحِلُّوا ، وَأَصِيبُوا مِنَ النِّسَاءِ ، قال : فَبَلَغَهُ عَنَّا أَنَّا نَقُولُ : لَمْ يَكُنْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ عَرَفَةَ إلاَّ خَمْسُ لَيَالٍ أَمَرَنَا أَنْ نَحِلَّ إِلَى نِسَائِنَا ، فَنَأْتِى عَرَفَةَ تَقْطُر مَذاكِيرُنَا الْمَنِىّ ، قالَ : فقَامَ رسولُ اللهِ صلى الله عليـه وسلم فقالَ : قَدْ عَلِمْتُمْ أَنِّى أَتْقَاكُمْ لِلّهِ وَأَصْدَقُكُمْ وَأَبَرّكُمْ . وَلَوْلاَ هَدْيِى لَحَلَلْتُ كما تَحِلُّونَ ، فَحِلُّوا ، وَلَوِ اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِى ما اسْتَدْبَرْتُ ما أَهْدَيْتُ . قالَ : فَحَلَلْنَا وَسَمِعْنَا وَأَطَعْنَا قالَ : فقالَ سُرَاقَةُ بنُ مالكِ بن جُعْشُم الْمُدْلِجِىّ . مُتْعَتُنَا هَذِهِ يارسولَ اللهِ لِعَامِنَا هَذا أَمْ لِلأَبَدِ ؟ فَقَالَ مُحَمَّدُ ابنُ بَكْر أنّه قال : لِلْأَبَدِ » متفق عليه . فأمّا حديثهم فقال أحمد : رَوى هـذا الحديث الحارث بنُ بلال ، فَمَن الحارث بن بلال ؟ يعنى أنَّه مجهول ، ولم يروه إلا الدّراوَرْدِىّ . وحديث أبى ذرّ رواه مُرَقّع الأسَدىّ . فَمَنْ مُرقّع الأسدىّ ؟ شاعر من أهل الكوفة ، ولم يلق أبا ذرّ . فقيـل له : أفليس قد روى الأعمشُ عن إبراهيم التيمىّ ، عن أبيه ، عن أبى ذرّ ؟ قال : كانت مُتعةُ الحجّ لنـا خاصَّة أصحابَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : أفيقولُ بهذا أحدٌ ؟ المتعةُ فى كتاب الله ، وقد أجمع الناسُ على أنّها جائزة ، قال الجوزجانىّ : مرقّع الأسدىّ ليس بمشهور ، ومثل هذه الأحاديث فى ضعفها ، وجهالة رُواتها لا تُقبل إذا انفردت ، فكيف تُقبل فى رَدّ حكم ثابت بالتواتُر ، مع أنّ قول أبى ذرّ من رأيه ، وقد خالفه مَن هو أعلم منه . وقد شـذّ به عن الصحابة رضى الله عنهم ، فلا يُلتفت إلى هـذا . وقد اختلف لفظُه ، فى أصحّ الطريقين عنه قولُه مخالف لكتاب الله تعـالى ، وقول رسول الله ، وإجماع المسلمين ، وسُنن رسول الله صلى الله عليـه وسلم الثابتـة الصحيحة ، فلا يَحِلّ الاحتجاجُ به . وأما قياسُهم فى مقابلة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يُقبل ، على أنّ قياس الحجّ على العمرة فى هذا لايصحّ فإنّه يجوز . قلت: الحجّ إلى العُمرة فى حقّ من فاته الحجّ ، ومن حُصِر عن عرفة ، والعُمرة لاتصير حجًّا بحال . ولأنّ فسخ الحجّ إلى العُمرة يصير به متمتعاً ، فتحصُل الفضيلةُ . وفسخُ العمرة إلى الحجّ يُفوّت الفضيلة . ولا يلزم من مشروعية مايُحصّل الفضيلة مشروعية تفويتها .

٢٤٩٩ فصـــــل

وإذا فسخ الحجّ إلى العمرة صار متمتِّعاً ، حكمه حكم المتمتِّعين فى وجوب الدم وغيره . وقال القاضى : لايجبُ الدم ، لأنَّ مِنْ شرط وجوبه أن ينوىَ فى ابتداء العُمْرة ، أو فى أثنائها أنَّه متمتّع ، وهذه دعوى لادليل عليها ، تخالف عُموم الـكتاب وصريحَ السنَّة الثابتة ، فإنَّ الله تعالى قال (٢ : ١٩٦ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) . وفى حديث ابن عمر : أنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَهْدَى فَلْيَطُفْ بِالْبَيْتِ وَبِالصَّفَا وَالْمَرْوَةِ وَلْيُقَصِّرْ وَلْيَحِلَّ ، ثمَّ لِيُهِلَّ بِالْحَجِّ وَلْيُهْدِ . وَمَنْ لَمْ يَجِدْ هَدْياً فَلْيَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فى الْحَجِّ وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ » متفق عليه . ولأنَّ وجوب الدم فى المتعة للترفّه بسقوط أحد السفرين . وهذا المعنى لايختلف بالنيَّة وعدمها : فوجب أن لايختلف وجوب الدم ، على أنَّه لو ثبت أنَّ النية شرط ، فقد وُجِدت . فإنَّه ماحَلَّ حَتَّى نَوَى أنَّه يحِلُّ ثمَّ يُحْرِمُ بالحجِّ .

٢٥٠٠ « مسألة » قال ﴿ ومن كان متمتِّعاً قطع التلبية إذا وصل إلى البيت ﴾ .

قال أبو عبد الله : يقطع المعتمر التلبية إذا استلم الركن . وهو معنى قول الخِرَقىّ : إذا وصل إلى البيت . وبهذا قال ابن عبَّاس ، وعطاء ، وعمرو بن ميمون ، وطاوس ، والنخَعىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحابُ الرأى . وقال ابن عمر ، وعُروة ، والحسن : يقطعها إذا دخل الحرم . وقال سعيدُ ابن المسيَّب : يقطعها حين يرى عرش[1] مكَّة . وحُكى عن مالك : أنَّه إن أحرم من الميقات قطع التلبية إذا وصل إلى الحرم ، وإن أحرم بها من أدنى الحِلّ قطع التلبية حين يرى البيت .

ولنا : مارُوى عن ابن عباس يرفع الحديثَ : كان يُمسك عن التلبية فى العُمْرة إذا استلم الحجرَ . قال الترمذىّ ، هذا حديث حسن صحيح . ورَوى عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدِّه ، عن النبىّ ﷺ اعتمر ثَلَاثَ عُمَرٍ ، وَلَمْ يَزَلْ يُلَبِّى حَتَّى استلم الْحَجَر . ولأنَّ التلبية إجابةٌ إلى العبادة ، وإشعار للإقامة عليها ، وإنما يتركها إذا شرع فيما يُنافيها ، وهو التحلّل منها ، والتحلل يحصُل بالطواف والسعى ، فإذا شرع فى الطواف فقد أخذ فى التحلّل ، فينبغى أن يقطع التلبية ، كالحاجِّ يقطعها إذا شرع فى رمى جمرة العقبة ، لحصول التحلّل بها . وأمَّا قبل ذلك فلم يشرع فيما ينافيها ، فلا معنى لقطعها ، والله تعالى أعلم .

---

(١) عرش مكة : سماء مكة .

باب صفة الحج

نذكر في هذا الباب صفة الحجّ بعد حِلّ المتمتّع من عُمرته . ونبدأ بذكر حديث جابر في صفة حجّ النبيّ صلى الله عليه وسلم . ونقتصرُ منه على مايختصّ بهذا الباب . وقد ذكرنا بعضه مُفرّقاً في الأبواب الماضية . وهو حديث جامع صحيح . رواه مسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن جابر ، وذكر الحديث قال «فَحَلَّ النَّاسُ كُلُّهُمْ وَقَصَّرُوا إلاَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم ومن كَانَ مَعَهُ هَدْيٌ . فلمّا كان يوم التروية تَوَجَّهوا إلى مِنًى ، فَأَهَلُّوا بالْحَجِّ ، وركب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مِنًى ، فصلى بها الظهر ، والعصر ، والمغرب ، والعشاء ، والفجر ، ثم مكث قليلاً حتى طلعت الشمس وأمر بقبّة من شَعْر تُضرب له بنَمِرةَ فسار رسول الله ﷺ ، ولا تَشُكّ قُريش ، إلاّ أنه واقفٌ عند المَشْعَرِ الحرام ، كما كانت قريش تصنع في الجاهلية ، فأجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتى إذا أتى عَرَفةَ فوجد القُبّةَ قد ضُرِبَتْ له بنَمِرَةَ فنزل بها ، حتّى إذا زالت الشمس أمر بالقَصْوَاء[1] فرُحِلَتْ له فأتى بطن الوادى ، فخطب الناس . وقال : إنَّ دِماءَكُمْ ، وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا ، أَلَا إنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْ أَمْرِ الْجَاهِلِيَّةِ تَحْتَ قَدَمِي مَوْضُوعٌ ، وَدِمَاءُ الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعَةٌ ، وَإِنَّ أَوَّلَ دَمٍ أَضَعُهُ مِنْ دِمَائِنَا دَمُ ابنِ رَبِيعَةَ بْنِ الْحَارِثِ - كَانَ مُسْتَرْضَعاً فِي بَنِي سَعْدٍ ، فَقَتَلَتْهُ هُذَيْلٌ ، وَرِبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ ، وَأَوَّلُ رِباً أَضَعُ مِنْ رِبَانَا رِبَا عَبّاسِ ابْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَإِنَّهُ مَوْضُوعٌ كُلُّهُ ، فَاتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَداً تَكْرَهُونَهُ ، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْباً غَيْرَ مُبَرِّحٍ ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ، وَقَدْ تَرَكْتُ فِيكُمْ مَالَنْ تَضِلُّوا بَعْدَهُ إِنِ اعْتَصَمْتُمْ بِهِ : كِتَابَ اللهِ ، وَأَنْتُمْ تُسْأَلُونَ عَنِّي فَمَا أَنْتُمْ قَائِلُونَ؟ قَالُوا : نَشْهَدُ أَنَّكَ ، قَدْ بَلَّغْتَ ، وَأَدَّيْتَ ، وَنَصَحْتَ ، فَقَالَ بِأُصْبُعِهِ السَّبَّابَةِ يَرْفَعُهَا إِلَى السَّماءِ ، وَيَنْكُبُهَا إِلَى النَّاسِ : اللَّهُمَّ اشْهَدْ ، اللَّهُمَّ اشْهَدْ - ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، ثُمَّ أَذَّنَ ، ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى الظُّهْرَ ، ثُمَّ أَقَامَ فَصَلَّى الْعَصْرَ ، وَلَمْ يُصَلِّ بَيْنَهُمَا شَيْئاً ، ثم ركب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى الموقِفَ ، فجعل بَطْنَ ناقته القَصْواء إلى الصَّخَراتِ ، وجعل حبل المشاة بين يديه ، فاستقبل القبلة ، فلم يزل واقفاً حتّى غربت الشمس ، وذهبت الصّفرة قليلاً حتى غاب القُرْصُ . وأردف أُسامةَ خلفه ، ودفع رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم ، وقد شَنَق[2] لِلقَصْواءِ الزِّمامَ ، حتّى إنّ رأسها لَيُصيبُ

---

(١) القصواء : ناقته ﷺ . (٢) شنق الزمام : شده إلى جهته ليمنعها من الاسترسال في السير .

مَوْرِكَ (١) رَحْلِهِ ، ويقول بيده اليُمنى : أيها الناس ، السكينةَ السكينةَ ، كلَّما أتى حَبْلاً من الحبال أرخى لها قليلاً حتى تصعد ، حتى أتى المُزْدَلِفةَ ، فصلَّى بها المغرب ، والعشاء بأذانٍ واحد وإقامتين ، ولم يُسبِّح بينهما شيئاً ، ثم اضطجع رسولُ الله ﷺ حتى طلع الفجر ، فصلَّى الصبحَ حين تبيَّن له الصبحُ بأذان وإقامة ، ثم ركب القَصْواء ، حتَّى أتى المَشْعَرالحرامَ ، فاستقبل القِبْلةَ ، فدعا الله وكبَّره ، وهلَّله ، ووحّده ولم يزل واقفاً حتى أسفر جِدًّا ، فدفع قبل أن تطلُع الشمس ، وأردف الفضلَ بن عبّاس . وكان رجلاً حسن الشعر ، أبيض وَسيماً ، فلمّا دفع رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم مرّت به ظُعُنٌ (٢) يجْرِينَ فَطَفِقَ الفضل ينظر إليهنّ ، فوضَع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده على وَجْه الفَضْل . فحوّل الفضلُ وَجْهَهُ إلى الشّق الآخرِ ينظُر ، فحوّل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يده من الشّق الآخرِ على وجه الفضل ، فصرف وَجْهَهُ من الشّق الآخر ينظُر ، حتى أتى بطن مُحَسِّر ، فحرّكَ قَليلاً (٣) ثم سلك الطريق الوُسْطَى التى تخرُج على الجمرة الكُبْرَى ، حتى أتى الجمرة التى عند الشجرة (٤) ، فرماها بسبع حَصَياتٍ يُكبّر مع كلّ حصاةٍ منها ، مثل حَصَى الخَذْفِ (٥) ، رمى من بطن الوادى ، ثم انصرف إلى المنحر ، فنحر ثلاثاً وستين بدنةً بيَدِه . ثم أعطى عليًّا فنحر ماغَبَرَ (٦) وأشركه فى هديه ، ثمّ أمر من كلّ بدنةٍ ببَضْعَةٍ (٧) . فجُعلت فى قدر ، فطُبخت ، فأكلا من لحمها ، وشربا من مرقها ، ثمّ ركب رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ، فأفاض إلى البيت فصلَّى بمكة الظهر ، فأتى بنى عبد المطلب ، وهم يسقون على زمزم . فقال : انزعُوا بنى عبد المطّلب ، فلولا أن يغلبكم الناسُ على سِقايتكم لنَزَعْتُ معكم ، فناولوه دَلْواً ، فشَرِبَ منه » (٨) ، قال عطاء : كان منزل النبىّ صلى الله عليه وسلم بِمِنًى بالخَيْفِ » (٩) .

٢٥٠١ « مسألة » قال ﴿ وإذا كان يوم التروية أهلّ بالحجّ ، ومضى إلى مِنًى ﴾

يوم التروية : اليوم الثامنُ من ذى الحِجّة ، يُسمَّى بذلك لأنّهم كانوا يتروّوْنَ من الماء فيه ، يُعدّونه ليوم عَرَفة . وقيل : سُمِّيَ بذلك لأنَّ إبراهيم عليه السلام رأى ليلتئذٍ فى المنام ذَبْحَ ابنه ، فأصبح يُرَوِّى

---

(١) مورك رحله : الموضع الذى يجعل عليه رجله من الرحل .
(٢) ظعن : جمع ظعينة وهى المرأة فى الهودج . (٣) أى حرك ركابه مسرعا .
(٤) هى جمرة العقبة وهى الكبرى
(٥) حصى الخذف : الخذف الرمى : أى مثل الحصى الذى يرمى به وهو صغير .
(٦) أى مابقى من البدن التى أهداها . (٧) ببضعة : البضعة بفتح الباء القطعة .
(٨) انتهى حديث جابر رضى الله عنه .
(٩) الخيف : غرة بيضاء فى الجبل الأسود الذى خلف جبل أبى قبيس وسمى مسجد الخيف بذلك .

فى نفسه : أهو حُلم ، أم من الله تعالى ؟ فسُمّى يوم التروية ، فلمّا كانت ليلة عرفة رأى ذلك أيضاً ، فعرف أنّه من الله تعالى ، فسُمّى يوم عرفة ، والله أعلم .

والمستحَبُّ لمن كان بمكّة حلالاً من المتمتّعين الذين حلوا من عُمرتهم ، أو مَن كان مقيما بمكّة من أهلها ، أو من غيرهم ، أن يُحرموا يوم التروية ، حين يتوجّهون إلى مِنًى . وبهذا قال ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جُبَير ، وإسحاق . وقد رُوى عن عمر رضى الله عنه : أنّه قال لأهل مكة : « مَالَكُمْ يُقْدِمُ النَّاسُ عَلَيْكُمْ شُعْثاً ؟ إِذَا رَأَيْتُمُ الهِلاَلَ فَأَهِلُّوا بِالْحَجّ » وهذا مذهبُ ابن الزبير . وقال مالك : مَنْ كان بمكة فأحبّ أن يُهلّ من المسجد لهلال ذى الحجّة[1] .

ولنا : قول جابر : « فَلَمَّا كَانَ يَوْمُ التَّرْوِيَةِ تَوَجَّهُوا إِلَى مِنًى فَأَهَلُّوا بالحجّ » وفى لفظ عن جابر قال : « أَمَرَنَا النبيُّ صلى الله عليه وسلم لَمَّا حَلَلْنَا أَنْ نُحْرِمَ إِذَا تَوَجَّهْنَا إِلَى مِنًى ، فَأَهْلَلْنَا مِنَ الأَبْطَحِ حتَّى إذا كان يومُ الترويةِ جَعَلْنَا مَكَّةَ بِظَهْرٍ أهللنا بالْحَجّ » رواه مسلم . وعن عُبَيد بن جُرَيج أنّه قال لعبد الله بن عمر : «رَأَيْتُكَ إِذَا كُنْتَ بِمَكَّةَ أَهَلَّ النَّاسُ وَلَمْ تُهِلَّ أَنْتَ حَتَّى يَكُونَ يَوْمُ التَّرْوِيَةِ ؟ فقال عبد الله بن عمر : أمَّا الإهلالُ فَإِنِّى لم أَرَ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يُهِلُّ حتَّى تَنْبَعِثَ بِهِ رَاحِلَتُهُ » متفق عليه . ولأنّه ميقاتٌ للاحرام . فاستوى فيه أهل مكة وغيرُهم ، كميقات المكان ، وإن أحرم قبل ذلك كان جائزاً .

٢٥٠٢ فصـــل

ومن حيثُ أحرم من مكّة جاز ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم فى المواقيت : « حَتَّى أَهْلُ مَكَّةَ يُهِلُّونَ مِنْهَا » وإن أحرم خارجاً منها من الحرم جاز ، لقول جابر : « فأهللنا من الأبطح » ويُستَحبّ أن يفعل عند إحرامه هذا مايفعله عند الإحرام من الميقات : من الغُسل ، والتنظيف ، ويتجرّد عن المَخِيط ، ويطوف سبعاً ، ويُصلى ركعتين ، ثم يُحرم عقيبهما . وممّن استحبّ ذلك : عطاء ، ومجاهد ، وسعيد بن جُبَير ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، ولا يُسَنُّ أن يطوف بعد إحرامه . قال ابن عباس : لا أرى لأهل مكة أن يطوفوا بعد أن يُحرموا بالحجّ ، ولا أن يطوفوا بين الصفا والمروة ، حتى يَرْجِعُوا ، وهذا مذهب عطاء ، ومالك ، وإسحاق ؛ وإن طاف بعد إحرامه ، ثمّ سعَى لم يُجزئه عن السعى الواجب ، وهو قول مالك . وقال الشافعىّ : يُجزئه . وفَعَله ابن الزبير ، وأجازه القاسمُ بن محمد ، وابن المنذر ، لأنّه سعى فى الحجّ مرّةً ، فأجزأه ، كما لو سعى بعد رجوعه من مِنًى .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه أن يُهِلّوا بالْحَجّ إذا خرجوا إلى مِنًى . وقالت عائشة :

---

(١) أى فليهل .

« خَرَجْنَا مَعَ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، فطافَ الَّذِينَ أَهَلُّوا بِعُمْرَةٍ بالبَيْتِ ، وَبَيْنَ الصَّفَا وَالمَرْوَةِ ، ثمّ حَلُّوا ، ثمّ طَافُوا طَوَافاً آخرَ بَعْدَ أَنْ رَجَعُوا من مِنًى لحجّهم » ولو شُرع لهم الطواف قبل الخروج لم يتّفقوا على تركه .

٢٥٠٣ « مسألة » قال ﴿ ومضى إلى منًى فصلَّى بها الظهر إن أمكنه ، لأنّه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنَّه صَلى بِمِنًى خَمْسَ صَلَوَاتٍ » ﴾ .

وجملة ذلك : أن المستحبّ أن يخرج مُحرماً من مكّة يوم التروية ، فيُصلى الظهر بمنًى ، ثم يُقيمُ حتى يُصلِّي بها الصلوات الخمس ، ويبيتُ بها . لأنَّ النبي ﷺ فعل ذلك . كما جاء فى حديث جابر . وهذا قول سفيانَ ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه مُخالفاً . وليس ذلك واجباً فى قولهم جميعاً . قال ابن المنذر : ولا أحفظ عن غيرهم خلافَهُمْ ، وتخلّفت عائشةُ ليلةَ التروية ، حتى ذهب ثُلثا الليل ، وصلَّى ابن الزبير بمكة .

٢٥٠٤ فصـــل

فإن صادف يومُ التروية يومَ جمعة ، فمن أقام بمكة حتى تزول الشمس ممّن تجبُ عليه الجمعة ، لم يخرُج حتى يُصليها . لأن الجمعة فرض ، والخروج إلى منى فى ذلك الوقت غيرُ فرض . فأمّا قبل الزوال فإن شاء خرج ، وإن شاء أَقَامَ ، حتى يُصلى . فقد رُوى أنّ ذلك وافق أيّام عمر بن عبدالعزيز ، فخرج إلى مِنًى . وقال عطاء : كلّ من أدركتُ يصنعونه أدركتهم يُجَمّع بمكّة إمامُهم ويخطب ، ومرّة لا يجمّع ، ولا يخطُب . فعلى هذا إذا خرج الإمام أمر بعض من تخلّف أن يصلى بالناس الجمعة . وقال أحمد : إذا كان والى مكّة بمكّة يوم الجمعة يجمّع بهم . قيل له : يركب من مِنًى ، فيجىء إلى مكة فيُجمّع بهم ؟ قال : لا ، إذا كان هو بعدُ بمكّة .

٢٥٠٥ « مسألة » قال ﴿ فإذا طلعت الشمس دفع إلى عرفة ، فأقام بها حتى يُصلّى الظهر والعصر ، بإقامة لكلِّ صلاةٍ ، وإن أذَّن فلا بأس ، وإن فاته مع الإمام صلى فى رحله ﴾ .

وجملة ذلك : أن المستحَبّ أن يدفع إلى الموقف من مِنًى إذا طلعت الشمس يوم عرفة . فيقيمُ بنَمِرَة ، وإن شاء بعَرفةَ حتّى تزول الشمس ، ثم يخطب الإمام خُطبةً يُعلّم الناس فيها مناسكهم من موضع الوقوف ووقته ، والدفع من عرَفاتٍ ومَبيتهم بمُزدَلِفة ، وأخذ الحصى لرمى الجمار . لما تقدّم فى حديث جابر : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم فعل ذلك . ثم يأمر بالأذان ، فينزل ، فيصلِّى الظهر ، والعصر ، يَجْمَعُ بينهما ، ويُقيم لكلِّ صلاةٍ إقامةً . وقال أبو ثور : يؤذّن المؤذّن إذا صعِد الإمامُ المنبر ، فجلس ، فإذا فرغ المؤذّن قام الإمام فخطب ، وقيل : يؤذّن فى آخر خُطبةِ الإمام . وحديث جابر يدلّ على أنه أذّن بعد فراغ النبىّ ﷺ من خُطبته . وكيفما فعل فحسن . وقوله : « وَإِنْ أَذَّنَ فَلَا بَأْسَ » كأنّه ذهب إلى أنه

مُخيَّر بين أن يؤذِّن للأولى ، أو لا يؤذن . وكذا قال أحمد : لأنَّ كُلاًّ مَرْوِيٌّ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والأذان أولى . وهو قول الشافعيّ ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : يؤذن لكلّ صلاةٍ . واتّباع ماجاء في السنّة أولى . وهو مع ذلك موافق للقياس ، كما في سائر المجموعات ، والفوائت وقول الخِرَقيّ . فإن فاته مع الإمام صلّى في رحله ، يعني أن المُفرَد يجمع كما يجمع مع الإمام . فعله ابن عمر وبه قال عطاء ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وصاحبا أبي حنيفة . وقال النخَعِيّ ، والثوريّ ، وأبو حنيفة : لايجمع إلاَّ مع الإمام ، فإذا لم يكن إمامٌ رجعنا إلى الأصل .

ولنا : أن ابن عمر كان إذا فاته الجمع بين الظهر والعصر مع الإمام بعرفة جمع بينهما مُنفرداً . ولأنَّ كلّ جمع جاز مع الإمام جاز منفرداً ، كالجمع بين العشاءين بجَمْعٍ[1] . وقولهم إنما جاز الجمع في الجماعة لايصحّ ، لأنَّهم قد سلّموا أن الإمام يجمع[2] وإن كان منفرداً .

٢٥٠٦ فصـــل

والسنّة تعجيلُ الصلاة حين تزولُ الشمس ، وأن يَقْصُرَ الخطبة ، ثم يروح إلى الموقف . لما رَوى سالم أنَّه قال للحجاجِ يوم عرفة : « إنْ كُنْتَ تُرِيدُ أَنْ تُصِيبَ السُّنَّةَ فَقَصِّرِ الْخُطْبَةَ وَعَجِّلِ الصَّلَاةَ ، فقالَ ابنُ عمر : صَدَقَ » رواه البخاريّ . ولأنَّ تطويل ذلك يمنع الرَّوَاح إلى الموقف في أول وقت الزوال ، والسنَّة التعجيلُ في ذلك . فقد روى سالم : أن الحَجَّاجَ أرسل إلى ابن عمر : « أَيَّةُ سَاعةٍ كَانَ رسولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم يرُوحُ في هَـذا الْيَوْمِ ؟ قال : إِذَا كَانَ ذَاكَ رُحْنَا ، فَلَمَّا أَرَادَ ابنُ عمر أَنْ يَرُوحَ قالَ : أَزَاغَتِ الشَّمْسُ ؟ قالُوا لَمْ تَزِغْ ، فَلَمَّا قالوا : قَدْ زَاغَتْ ارْتَحَلَ » رواه أبو داود . وقال ابن عمر : « غَدا رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم مِنْ مِنًى حِينَ صَلَّى الصُّبْحَ صَبِيحَةَ يَوْمِ عَرَفَةَ حَتَّى أَتَى عَرَفَةَ . فنزَلَ بِنَمِرَةَ حَتَّى إذا كَانَ عِنْدَ صَلاةِ الظُّهْرِ رَاحَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم مُهَجِّراً . فَجمعَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ . ثمَّ خَطَبَ النَّاسَ . ثمَّ رَاحَ فَوَقَفَ عَلَى المَوْقِفِ مِنْ عَرَفَةَ » وقد ذكرنا حديث جابر في هذا . قال ابن عبد البرّ : هذا كلّه لاخلاف فيه بين علماء المسلمين .

٢٥٠٧ فصـــل

ويجوز الجمع لكلٍّ من بعرفة ، من مكيّ وغيره . قال ابنُ المنذر : أجمع أهل العلم على أن الإمام يجمع بين الظهر والعصر بعرفة ، وكذلك من صلّى مع الإمام . وذكر أصحابنا : أنه لايجوز الجمع إلا لمن بينه وبين وطنه ستَّةَ عشرَ فَرْسخاً ، إلحاقاً له بالقَصْرِ . وليس بصحيح ، لأنَّ النبي ﷺ جمعَ فجمعَ معهُ مَنْ حضره من المكّيين ، وغيرهم . ولم يأمرهم بترك الجمع ، كما أمرهم بترك القصر حين قال : « أَتِمُّوا فإنَّا

(١) أي المزدلفة . (٢) الإمام : الحاكم ، الخليفة أونائبه .

سَفَرٌ » ولو حرم الجمع لبيَّنه لهم ، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ولا يقرّ النبيّ صلى الله عليه وسلم على الخطأ ، وقد كان عثمانُ يُتِمّ الصلاة ، لأنَّه اتَّخذ أهلاً ولم يترك الجمع . ورُوى نحو ذلك عن ابن الزبير . قال ابن أبي مُلَيكة : وكان ابن الزبير يُعلمنا المناسك ، فذكر أنه قال : « إِذَا أَفَاضَ فَلَا صَلَاةَ إِلاَّ بِجَمْعٍ » رواه الأثرم . وكان عمر بن عبد العزيز والىَ مكَّة فخرج فجمع بين الصلاتين . ولم يبلُغنا عن أحد من المتقدِّمين خلافٌ فى الجمع بعرفَة ومُزدلِفة ، بل وافق عليه من لا يرى الجمع فى غيره ، والحقُّ فيما أجمعوا عليه ، فلا يُعرّج على غيره .

٢٥٠٨ فصـــل

فأما قصر الصلاة فلا يجوز لأهل مكّة . وبهذا قال عطاء ، ومجاهد ، والزهرىّ ، وابن جُرَيج ، والثورىّ ، ويحيى القطّان ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال القاسم بن محمد ، وسالم ، ومالك ، والأوزاعىّ : لهم القصر ، لأن لهم الجمع ، فكان لهم القصر كغيرهم .

ولنا : أنّهم فى غير سفر بعيد ، فلم يجز لهم القصر ، كغير من فى عرفة ، ومزدلفة ، قيل لأبى عبد الله: فرجل أقام بمكة ثم خرج إلى الحجّ ؟ قال : إن كان لا يريد أن يقيم بمكّة إذا رجع صلّى ثمّ ركعتين ، وذكر فعل ابن عمر . قال : لأنّ خروجه إلى مِنًى وعرفة ابتداء سفرٍ . فإن عزم على أن يرجع ، فيقيم بمكة أتمّ بِمنًى وعرفةَ .

٢٥٠٩ « مسألة » قال : ﴿ ثم يصير إلى موقف عرفة عند الجبل . وعرفة كلها موقف ، ويرفع عن بطن عُرَنَةَ[1] فإنّه لا يجزئه الوقوف فيه ﴾ .

يعنى : إذا صلَّى الصلاتين صار إلى الوقوف بعرفة . ويستحبُّ أن يغتسل للوقوف . كان ابن مسعود يفعله . وروى عن علىّ . وبه يقول الشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأنّها تجمع للناس ، فاستحبّ الاغتسال لها ، كالعيد ، والجمعة . وعرفة كلّها موقف ، فإنّ النبى صلى الله عليه وسلم قال : « قَدْ وَقَفْتُ هَهُنَا وَعَرَفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . وعن يزيد بن شَيْبان قال : « أَتَانَا ابنُ مُرَبَّع الأنصارىّ ، ونحنُ بِعَرَفَة فى مكانٍ يُبَاعِدُه عَمْرو عن الإمام ، فقال : إِنِّى رَسُولُ رسولِ الله ﷺ إِلَيْكُمْ ، يقولُ : كُونُوا عَلَى مَشَاعِرُكُمْ فَإِنَّكُمْ عَلَى إِرْثٍ مِنْ إِرْثِ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ » . وحدّ عرفة من الجبل المشرف على عُرَنَةَ إلى الجبال المقابلة له ، إلى ما يلى حوائط بنى عامر . وليس وادى عرنة من الموقف . ولا يُجزئه الوقوف فيه . قال ابن عبد البرّ : أجمع العلماء على أنّ من وقف به لا يُجزئه . وحُكى عن مالك : أنه يُهريقُ دماً ، وحجّه تامّ .

---

(١) عرنة : بضم العين وفتح الراء والنون ، وبطن عرنة : موضع بعرفات وهو ليس من الموقف فمن وقف به لا يجزئه عن الوقوف بعرفة كما سيأتى للشارح .

ولنـا : قول النبيّ صلى الله عليه وسـلم : « كُلّ عَرَفَةَ مَوْقِفٌ وَارْفَعُوا مَنْ بَطْنِ عُرَنَةَ » ، رواه ابن ماجه . ولأنه لم يقف بعرفة ، فلم يُجزئه ، كما لو وقف بمزدلفة . والمستحبّ أن يقف عند الصَّخَراتِ ، وجبل الرحمة ، ويستقبل القبلة لما جاء في حديث جابر : « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم جَعَلَ بَطْنَ نَاقَتِهِ القَصْوَاءِ إِلَى الصَّخَرَاتِ ، وجَعَلَ حَبْلَ الْمُشَاةِ بَيْنَ يَدَيْهِ وَاسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ » .

٢٥١٠ فصــــل

والأفضل : أن يقف راكباً على بعيره . كما فعل النبيّ صلى الله عليه وسـلم . فإن ذلك أعْوَنُ له على الدّعاء . قال أحمد : حين سُئل عن الوقوف راكباً ؟ فقال : النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وقف على راحلته ، وقيل : الراجل أفضلُ لأنّه أخفّ على الراحلة ، ويحتمل التسوية بينهما .

٢٥١١ فصــــل

والوقوف ركن لا يتمّ الحجّ إلا به إجمـاعاً . وقد روى الثوريّ عن بُكير بن عطاء الليثيّ ، عن عبد الرحمن بن نُعْم الدِّيليِّ ، قال : « أَتَيْتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسـلم بعرفَةَ ، فجاءه نفر من أهـل نجد ، فقالوا : يارسول الله ، كيف الحجّ ؟ قال : الْحَجّ عَرَفَةُ . فَمَنْ جَاءَ قَبْلَ صَلاَةِ الْفَجْرِ لَيْـلَةَ جَمْعٍ فَقَدْ تَمّ حَجُّهُ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . قال محمد بن يحيى : ماأرى للثوريّ حديثاً أشرف منه .

٢٥١٢ « مسألة » قال ﴿ فيـكبر ، ويهلّل ، ويجتهد في الدعاء إلى غروب الشمس ﴾ .

يُستحبُّ الأكثار من ذكر الله تعالى ، والدعاء يوم عرفة . فإنّه يومٌ ترجى فيـه الإجابة . ولذلك أحببنا له الفطر يومئذٍ ليتقوّى على الدُّعاء ، مع أنّ صومه بغير عرفه يَعـدِلُ سنتين . وروى ابن ماجـه في سننه ، قال : قالت عائشـةُ رضي الله عنهـا : إنّ رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال : « مَامِنْ يَوْمٍ أَكْثَرَ أَنْ يُعْتِقَ اللهُ فِيهِ عَبْداً مِنِ النَّارِ مِنَ يَوْمِ عرفة . فَإِنَّهُ لَيَدْنُو عَزَّ وَجَلَّ ، ثُمَّ يُبَاهِي بِـكُمُ المَلاَئِـكَةَ ، فيَقولُ : مَا أَرادَ هَؤُلاَءِ ؟ » رواه مسلم . ويُستحبّ أن يدعو بالمأثور من الأدعيـة ، مثل مارُوى عن عليّ رضي الله عنـه قال : قال رسول الله ﷺ : « أَكْثَرُ دُعاءِ الْأَنْبِيَاءِ قَبْـلِي ، وَدُعَائِي عَشِيَّةَ عَرَفَةَ : لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ وَحْدَهُ لاَشَرِيكَ لَهُ ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ يُحْيِي وَيُمِيتُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ » وكان ابن عمر يقول: « اللهُ أَكْبَرُ، اللهُ أَكْبَرُ وللهِ الْحَمْدُ ، الله أكبر، الله أكبر، ولله الحمد ، الله أكبر، الله أكبر، ولله الحمد ، لا إله إلا الله وَحْدَهُ لاَشَرِيكَ لَهُ ، له الملك ، وله الحمد . اللّهم اهدنى بالهُدَى ، وقِني بالتقوى ، واغفر لى فى الآخرة ، والأولى ، ويردّ يديه ، ويسكت . كقدر ما كان إنسان قارئاً فاتحةَ الـكتـاب ، ثم يعود فيرفع يديه ، ويقول مثل ذلك : ولم يزل يفعل مثـل ذلك حتى

أفاض » وسئل سفيان بن عُيَيْنة عن أفضل الدعاء يوم عرفة ؟ فقال : لا إله إلا الله وحـده ، لاشريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كلِّ شيء قدير . فقيـل له : هذا ثنـاء ، وليس بدعاء فقـال : أما سمعت قول الشـاعر :

أَأَذْكُرُ حاجَتِي ، أَمْ قَدْ كَفَانِي حَيَاؤُكَ ؟ إِنَّ شيمَتَكَ الْحَيَاءُ
إِذَا أَثْنَى عَلَيْكَ الْمَرْءُ يَوْماً كَفَـاهُ مِنْ تَعَرُّضِهِ الثَّنَـاءُ

ورُوى من دعاء النبيّ صلى الله عليه وسلم بعرفة : « اللَّهم إنَّكَ تَرَى مَـكَانِي ، وَتَسْمَعُ كَلاَمِي ، وَتَعْـلَمُ سِرِّي وَعَلاَنِيَتِي ، وَلاَ يَخْـفَى عَلَيْكَ شَيْءٌ مِنْ أَمْرِي ، أَنَا الْبَائِسُ الفقيرُ ، المُستغيثُ المستجيرُ ، الوَجِلُ المشْفِقُ ، المقرّ المعترفُ بذنبه . أسألكُ مَسْأَلَةَ المسكين ، وأبتهلُ إليك ابتهـال المذنب الذليل ، وأدعوك دعاء الخـائف الضَّرير ، مَنْ خَشَعَتْ لَكَ رَقَبَتُهُ ، وَذَلَّ لَكَ جَسَدُهُ ، وَفَاضَتْ لَكَ عَيْنُهُ ، وَرَغِمَ لَكَ أَنْفُهُ » . وروينا عن سفيان الثوريّ : أنه قال : « سَمِعْتُ أعرابياً وهو مُستلقٍ بعرَفَةَ ، يقول : إلهى ، من أولى بالزلل والتقصير منّى ، وقد خلقتنى ضعيفـاً ، ومن أولى بالعفو عنّى منك . وعلمُك فىّ سابق ، وأمرك بى مُحيط ، أطعتك بإذنك ، والمنّة لك ، وعصيتُك بعلمك والْحُجَّة لكَ . فأسألك بوجوب حُجَّتِك ، وانقطاع حُجّتى ، وبفقرى إليـك ، وغناك عنِّى ، أن تغفرلى ، وترحمنى . إلهى ، لم أُحْسِنْ حتَّى أعطيتنى ، ولم أُسِيء حتَّى قضيت علىّ . اللَّهم أطعْتك بنِعْمَتِكَ فى أحبِّ الأشيـاء إليك : شهادةِ أنْ لاَ إلهَ إلاَّ اللهُ ، ولم أعصـك فى أبغض الأشياء إليك : الشِّركِ بِكَ ، فاغفر لى ما بينهمـا . اللَّهم أنت أُنس المُؤنسين لأوليـائك ، وأقربُهم بالكفاية من المتوكلين عليـك ، تشاهدهم فى ضمائرهم ، وتطَّلع على سرائرهم ، وسِرِّى اللَّهم لك مكشوف ، وأنا إليك مَلْهوف ، إذا أوحَشَتْنِي الغُربة آنَسَنِي ذِكرُك ، وإذا أَصَمَّتْ عَلَيَّ الهُمُومُ لَجَـأْتُ إِلَيْكَ ، استجارةً بِكَ ، علماً بأن أَزِمَّةَ الأمور بيـدك ، ومصدَرها عن قَضَائِك » . وكان إبراهيم بن إسحاق الحَرْبِيّ يقول : اللَّهم قد آويتنى من ضَنَـايَ ، وبصرّتنى من عَمَايَ ، وأنقذتنى من جهلى ، وجَفَائِي . أسألك ما يَتِمُّ به فوزى ، وما أؤمّل فى عاجـل دُنيـايَ ودينى ، ومأمول أجَلِي ومَعادِي ، ثم مالا أبلغ أداء شـكره ، ولا أنال إحصـاءه وذكره ، إلا بتوفيقك ، وإلهـامك ، أن هيَّجْتَ قلبي القـاسى ، على الشّخوص إلى حَرَمك ، وقوّيت أركانى الضعيفة لزيارة عَتيق بيتك ، ونقلْتَ بَدنى لإشهادى مَواقفَ حَرَمك ، اقتداءاً بسنةّ خليلك ، واحتذاء على مِثـال رسولك ، واتبـاعاً لآثار خيرَتك ، وأنبيـائك ، وأصفيائك ، صلَّى الله عليهم . وأدعوك فى مواقف الأنبياء عليهم السلام ، ومناسك السُّعداء ، ومساجد الشهداء ، دعاء من أتاك لرحمتك راجياً ، وعن وطنه نائياً ، ولقضاء نُسُـكه مُؤدّياً ، ولفرائضك قاضياً ، ولـكتابك تالياً ، ولربّه عزّ وجلّ داعياً

مُلبِّياً ، ولقلبه شاكياً ، ولذنبه خاشياً ، ولحظّه مُخطِئاً ، ولرهنه مُغلِقاً ، ولنفسه ظالماً ، وبجرمه عالماً ، دعاء من عمّت عُيوبه ، وكثُرت ذنوبُه ، وتصرّمت أيامه ، واشتدّت فاقته ، وانقطعت مُدّته ، دعاء من ليس لذنبه سِواك غافراً ، ولا لعيبه غيرُك مُصلحاً ، ولا لضعفه غيرُك مُقَوِّياً ، ولا لكَسْره غيرُك جابراً ، ولا لمأمول خيرٍ غيرُك مُعطياً ، ولا لما يتخوّف من حرّ ناره غيرُك مُعتِقاً . اللّهم وقد أصبحتُ فى بلدٍ حرام ، فى شهرٍ حرام ، فى قيامٍ من خير الأنام . أسألك أن لاتجعلنى أشقى خلقك المذنبين عندك ، ولا أخْيَبَ الراجين لَدَيْكَ ، ولا أحرم الآملين لرحمتك ، الزائرين لبيتك ، ولا أخسر المنقلبين من بلادك . اللّهمّ وقد كان من تقصيرى ماقد عرفت ، ومن توبيق نفسى ماقد علمت ، ومن مَظالِمِى ماقد أحْصَيْتَ ، فكم من كَرْبٍ منه قد نجّيْتَ ، ومن غمّ قد جَلّيْتَ ، وهمّ قد فرّجْتَ ، ودعاء قد استجبت ، وشدّة قد أزلت ، ورخاء قد أَنَلْتَ ، منك النَّعماء وحسن القضاء ومنى الجفاء وطول الاستقصاء والتقصير عن أداء شكرك لك ، يامحمود ، فلا يمنعنّك يامحمود من إعطائى مسألتى من حاجتى إلى حيث انتهى لها سُؤْلى ماتعرفُ من تقصيرى ، وما تعلمُ من ذنوبى ، وعيُوبى . اللهمّ فأدْعوك راغباً ، وأنْصِبُ لك وجهى طالباً ، وأضع لك خدّى مُذنباً راهباً ، فتقبّل دُعائى ، وارحم ضعفى ، وأصلح الفساد من أمرى ، واقطع من الدنيا همّى وحاجتى ، واجعل فيما عندك رغبتى ، اللّهم واقلبنى مُنْقَلَبَ المدركين لرجائهم ، المقبولِ دعاؤهم ، المفلوج[1] حُجَّتُهم المبرور حَجُّهم ، المغفورِ ذنبهُم ، المحطوطِ خطاياهم ، الممحوّ سيئاتُهم ، المرشود أمرُهم ، مُنقلَب من لايعصى لك بعده أمراً ، ولا يأتى من بعده مأثماً . ولا يركب بعده جهلاً . ولا يحمل بعده وزراً ، مُنقلَب من عَمَرْتَ قلبه بذكرك ، ولسانَه بشكرك ، وطهرت الأدناس من بدنه ، واستودعت الهُدَى قلبه ، وشرحْتَ بالإسلام صدره ، وأقررتَ بعفوك قبل الممات عينه ، وأغْضَضْتَ عن المآثم بَصَره ، واستَشْهدت فى سبيلك نفسُه ، ياأرحم الراحمين ، وصلى الله على سيدنا محمد ، وآله ، وسلم تسليماً كثيراً ، كما تُحِبُّ ربَّنا وترضى ، ولا حول ولاقوّة إلا بالله العلىّ العظيم .

وقول الخِرَقىّ : « إلى غروب الشمس » . معناه : ويجب عليه الوقوف إلى غروب الشمس ، ليجمع بين الليل والنهار فى الوقوف بعرفة . فإن النبىّ صلى الله عليه وسلم وقف بعرفة حتى غابت الشمس ، فى حديث جابر . وفى حديث علىّ وأسامة : « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم دَفَعَ حِينَ غابَتِ الشَّمْسُ » فإن دفع قبل الغروب فحجّه صحيح ، فى قول جماعة الفقهاء ، إلاّ مالكاً . قال : لا حجّ له . قال ابن عبد البرّ : لا نعلم أحداً من فقهاء الأمصار قال بقول مالك ، وحُجَّتُهُ ماروى ابن عمر : أنّ النبىّ ﷺ قال : « مَنْ أَدْرَكَ عَرَفَاتٍ بِلَيْلٍ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجّ ، وَمَنْ فَاتَهُ عَرَفَاتٌ بِلَيْلٍ فَقَدْ فَاتَهُ الْحَجّ فَلْيَحِلّ بِعُمْرَةٍ ، وَعَلَيْهِ الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ » .

---

(١) المفلوج حجتهم : الظاهرة حجتهم .

ولنـا : ما روى عُروة بن مُضَرّس ، بن أوس ، بن حارثة ، بن لأم ، الطائىّ ، قال : « أَتَيْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم بالمُزْدَلِفَةِ ، حين خرج إلى الصلاة . فقلت : يا رسول الله ، إنّى جئتُ من جَبَل طيّ ، أ كْلَلْتُ راحلتى ، وأتعبْتُ نفسى . والله ما تركتُ من جبل إلا وقفت عليه ، فهل لى من حَجّ ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مَنْ شَهِدَ صَلاَتَنَا هَذِهِ ، وَوَقَفَ مَعَنَا حَتَّى يَدْفَعَ ، وَقَدْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ قَبْلَ ذَلِكَ لَيْلاً أَوْ نَهَارًا ، فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ وَقَضَى تَفَثَهُ[1] » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، صحيح . ولأنه وقف فى زمن الوقوف . فأجزأه كالليل . فأما خبره فإنما خصّ الليل . لأن الفوات يتعلق به إذا كان يوجد بعد النهار . فهو آخر وقت الوقوف . كما قال عليه السلام : « مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَهَا ، وَمَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَهَا » .

وعلى من دفع قبل الغروب دم فى قول أكثر أهل العلم . منهم عطاء ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ومن تبعهم . وقال ابن جُرَيج : عليه بَدَنة . وقال الحسن البصرىّ : عليه هَدْىٌ من الإبل .

ولنا : أنه واجب لا يفسُد الحجّ بفواته ، فلم يوجب البدَنة ، كالإحرام من الميقات .

٢٥١٣ فصــل

فإن دفع قبل الغروب ثم عاد نهاراً ، فوقف حتّى غربت الشمس ، فلا دم عليه . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وقال الكوفيون ، وأبو ثور : عليه دم ، لأنه بالدفع لزمه الدم ، فلم يسقُط برجوعه ، كما لو عاد بعد غروب الشمس .

ولنا : أنه أتى بالواجب ، وهو الجمع بين الوقوف فى الليل والنهار ، فلم يجب عليه دم . كمن تجاوز الميقات غيرَ مُحرم ، ثم رجع ، فأحرم منه ، فإن لم يَعُد حتى غربت الشمس فعليه دم . لأنّ الوقوف حال الغروب . وقد فاته بخروجه . فأشبه من تجاوز الميقات غير محرم ، فأحرم دونه ، ثم عاد إليه ، ومن لم يُدرك جزءاً من النهار ، ولا جاء عرفة حتى غابت الشمس ، فوقف ليلاً فلا شىء عليه ، وحجُّه تامّ . لا نعلم مخالفاً ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَدْرَكَ عَرَفَاتٍ بِلَيْلٍ » ، ولأنه لم يُدرك جزءاً من النهار ، فأشبه من منزله دون الميقات ، إذا أحرم منه .

---

(١) تفثه : وسخه ، أى أزال وسخه من قص الأظفار وحلق العانة ، ونحو ذلك . ويحتمل أن يكون فى ذلك إشارة إلى حط أوساخ الذنوب عن الحاج

٢٥١٤ فصـــــل

وقت الوقوف : من طلوع الفجر يوم عرفة إلى طلوع الفجر من يوم النحر . لانعلم خلافاً بين أهل العلم فى أنّ آخر الوقت : طلوع فجر يوم النحر . قال جابر « لَا يفُوتُ الحجّ حتّى يطلعُ الفجرُ من لَيْلَةِ جَمْعٍ » . قال أبو الزبير : فقلت له : « أَقَالَ رسولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم ذَلِكَ ؟ قال : نَعَمْ » رواه الأثرم . وأما أوله : فمن طلوع الفجر يوم عرفة . فمن أدرك عرفة فى شىء من هـذا الوقت وهو عاقل ، فقد تمّ حجـه . وقال مالك ، والشافعىّ : أول وقته زوال الشمس من يوم عرفة . واختاره أبو حفص العُكْبَرِىُّ ، وحمل عليه كلام الخِرَقِىّ . وحكى ابن عبد البرّ ذلك إجماعاً . وظاهر كلام الخرقىّ ماقلناه فإنّه قال : ولو وقف بعرفة نهاراً ، ودفع قبل الإمام فعليه دم .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ شَهِدَ صَلاَتَنَا هذه وَوَقَفَ مَعَنَا حتّى نَدْفَعَ ، وَقَدْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ قَبْلَ ذَلِكَ لَيْلا أَوْ نَهَارًا ، فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ وَقَضَى تَفَثَهُ » . ولأنه من يوم عرفة ، فكان وقتاً للوقوف ، كبعد العشاء . وإنّما وقفوا وقت الفضيلة ولم يستوعبوا جميع وقت الوقوف .

٢٥١٥ فصـــــل

وكيفما حصل بعرفة وهو عاقل أجزأه ، قائماً ، أو جالساً ، أو راكباً ، أو نائماً . وإن مرّ بها مُجتازاً فلم يعرف أنها عرفة أجزأه أيضاً . وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة . وقال أبو ثور : لا يُجزئه ، لأنه لا يكون واقفاً إلا بإرادة .

ولنا : عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « وقَدْ أَتَى عرَفَاتٍ قَبْلَ ذَلِكَ لَيلاً أَوْ نَهارًا » . ولأنه حصل بعرفة فى زمن الوقوف وهو عاقل فأجزأه ، كما لو علم . وإن وقف وهو مُغمًى عليه ، أو مجنون ، ولم يُفق حتى خرج منها لم يُجزئه . وهو قول الحسن ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال عطاء فى المُغْمَى عليه : يُجزئه ، وهو قول مالك ، وأصحاب الرأى . وقد توقّف أحمد ، رحمه الله فى هذه المسألة . وقال : الحسن يقول : بطل حجّه ، وعطاء يرخّص فيه . وذلك لأنه لا يُعتبر له نيّة ، ولا طهارة . ويصحّ من النائم ، فصحّ من المغمى عليه ، كالمبيت بمزدلفة . ومن نصر الأول قال : ركناً من أركان الحجّ . فلم يصحّ من المغمى عليه ، كسائر أركانه . قال ابن عقيل : والسكران كالمغمى عليه . لأنّه زائل العقل بغير نوم ، فأشبه المغمى عليه . وأما النائم فيُجزئه الوقوفُ ، لأنّه فى حكم المستيقظ .

٢٥١٦ فصـــــل

ولا يشترط للوقوف طهارةٌ ، ولا ستارة ، ولا استقبال ، ولا نيّة . ولا نعلم فى ذلك خلافاً . قال

ابن المنـذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العـلم على أنّ الوقوف[1] بعرفة غـير طاهر مُدركٌ للحجّ ، ولا شيء عليه . وفي قول النبيّ صـلى الله عليه وسلم لعائشة : « افْعَلِي مَا يَفْعَلُهُ الْحَاجُّ غَيْرَ الطَّوَافِ بِالْبَيْتِ » دليل على أن الوقوف بعرفة على غير طهارةٍ جائز ، ووقفت عائشةُ رضى الله عنها بها حائضاً ، بأمر النبيّ صلى الله عليه وسلم ، ويستحبّ أن يكون طاهراً . قال أحمد : يُستحبّ له أن يشهد المناسك كلّها على وضوء . كان عطاء يقول : لا يقضى شيئاً من المناسك إلا على وضوء .

٢٥١٧ « مسألة » قال ﴿ فإذا دفع الإمام دفع معه إلى مُزْدلفة ﴾

الإمام ههنا : الوالى الذى إليه أمرُ الحجّ من قِبَل الإمام . ولا ينبغى للناس أن يدفعوا حتى يدفع . قال أحمد : ما يُعجبنى أن يدفع إلاّ مع الإمام . وسُئل عن رجل دفع قبل الإمام بعد غروب الشمس ؟ فقال ما وجدتُ عن أحدٍ أنه سهّل فيه ، كلّهم يُشـدّد فيه . والمستحبّ : أن يقف حتى يدفع الإمام ، ثم يسير نحو المزدلفة على سكينةٍ ووقار . لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم حين دفع : « وَقَدْ شَنَقَ لِنَاقَتِهِ الْقَصْوَاءِ بِالزِّمَامِ ، حَتَّى إِنَّ رَأْسَهَا لَيُصِيبُ مَوْرِكَ رَحْلِهِ ، وَيَقُولُ بِيَدِهِ الْيُمْنَى : أَيُّهَا النَّاسُ السَّكِينَةَ السَّكِينَةَ » هذا فى حديث جابر . ورُوى عن ابن عباس « أَنَّهُ دَفَعَ مَعَ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم يَوْمَ عَرَفَةَ ، فَسَمِعَ النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وَرَأَى زَجْرًا شَدِيداً وَضَرْباً لِلإِبِلِ ، فَأَشَارَ بِصَوْتِهِ إِلَيْهِمْ ، وقالَ : « أَيُّهَا النَّاسُ ، عَلَيْكُمُ السَّكِينَةَ ، فَإِنَّ الْبِرَّ لَيْسَ بِإِيضَاعِ[2] الْإِبِلِ » رواه البخاريّ . وقال عُروة : « سُئِلَ أُسَامَةُ وَأَنَا جَالِسٌ : كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسيرُ فى حَجَّةِ الْوَدَاعِ ؟ قال : كان يسيرُ العَنَقَ[3] ، فَإِذَا وَجَدَ فَجْوَةً نَصَّ » . قال هشام بن عُروة : والنصّ فوق العنق . متفق عليه .

٢٥١٨ « مسألة » قال ﴿ ويكبّر فى الطريق ، ويذكر الله تعالى ﴾ .

ذكر الله تعالى يُستحبّ فى الأوقات كلّها ، وهو فى هـذا الوقت ، أشدّ تأكيداً . لقول الله تعالى (٢ : ١٩٩ فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ فَاذْكُرُوا اللهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ وَاذْكُرُوهُ كَمَا هَدَاكُمْ) ولأنّه زَمَنُ الاستشعار بطاعة الله تعالى ، والتلبّس بعبادته . والسعى إلى شعائره ، وتُستحبّ التلبية ، وذكر قوم أنّه لا يلبّى .

---

(١) هكذا بالأصول ، ولعلها لو قف ، فصحفت إلى الوقوف ، وبجعلها « الواقف » يكون الأسلوب مطابقاً للأساليب العربية ، أو يكون فى الكلام مضاف محذوف تقديره (أن ذا الوقوف) .

(٢) إيضاع الإبل : إسراعها وجريها .

(٣) العنق : الخطو الفسيح وهو أول من الجرى ، والنص الإسراع جداً ، يقال نص ناقته إذا استخرج آخر ما عندها من الجرى .

ولنا : ما روى الفضل بن عباس « أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لَمْ يَزَلْ يُلَبِّي حَتَّى رَمَى الْجَمْرَةَ » متفق عليه . وعن عبد الرحمن بن يزيد قال : « شَهِدْتُ ابْنَ مَسْعُودٍ يَوْمَ عَرَفَةَ وَهُوَ يُلَبِّي فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ كَلِمَةً ، فَسَمِعْتُهُ زَادَ فِي تَلْبِيَتِهِ شَيْئًا لَمْ أَسْمَعْهُ قَبْلَ ذَلِكَ قَالَهَا : لَبَّيْكَ عَدَدَ التُّرَابِ » .

ويستحبّ أن يمضى على طريق المَأْزِمَيْن(١) ، لأنَّه يُروى أن النبيّ صلى الله عليه وسلم سلكها . وإن سلك الطريق الأخرى جاز .

٢٥١٩ « مسألة » قال ﴿ ثمّ يصلّى مع الإمام المغرب ، وعشاء الآخرة ، بإقامةٍ لكلّ صلاةٍ . فإن جمع بينهما بإقامةٍ واحدةٍ فلا بأس ﴾ .

وجملة ذلك : أن السنّة لمن دفع من عرفة أن لا يُصَلِّيَ المغرب حتّى يصل مزدلفةَ فيجمع بين المغرب ، والعشاء ، لا خلاف في هذا . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم لا اختلاف بينهم أن السنّة أن يجمع الحاجّ بين المغرب ، والعشاء . والأصل في ذلك « أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم جَمَعَ بَيْنَهُمَا » رواه جابر ، وابن عمر ، وأسامة ، وأبو أيّوب ، وغيرهم . وأحاديثهم صحاح . ويُقيم لكلّ صلاة إقامةً ، لما روى أسامة ابن زيد ، قال : « دَفَعَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم مِنْ عَرَفَةَ حَتَّى إِذَا كَانَ بِالشِّعْبِ نَزَلَ فَبَالَ ، ثمّ تَوَضَّأَ ، فقلتُ لَهُ : الصَّلَاةُ يَارَسُولَ اللهِ قال : الصَّلَاةُ أَمَامَكَ ، فَرَكِبَ . فَلَمَّا جَاءَ مُزْدَلِفَةَ نَزَلَ فَتَوَضَّأَ فَأَسْبَغَ الْوُضُوءَ ثمّ أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَصَلَّى الْمَغْرِبَ ، ثمّ أَنَاخَ كُلُّ إِنْسَانٍ بَعِيرَهُ فِي مَنْزِله ، ثمّ أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَصَلَّى ، وَلَمْ يُصَلِّ بَيْنَهُمَا » متفق عليه . ورُوى هذا القول عن ابن عمر . وبه قال سالم ، والقاسم بن محمد ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وإن جمع بينهما بإقامةِ الأولى فلا بأس ، يُروى ذلك عن ابن عمر أيضاً . وبه قال الثوريّ ، لما روى ابن عمر قال : « جَمَعَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ بِجَمْعٍ صَلَّى الْمَغْرِبَ ثَلَاثًا وَالْعِشَاءَ رَكْعَتَيْنِ بِإِقَامَةٍ وَاحِدَةٍ » رواه مسلم . وإن أذّن للأولى ، وأقام ، ثمّ أقام للثانية ، فحسن . فإنّه يُروى في حديث جابر ، وهو متضمّن للزيادة . وهو مُعتبر بسائر الفوائت ، والمجموعات . وهو قول ابن المنذر ، وأبي ثور . والذى اختار الخِرَقيّ : إقامةً لكلّ صلاةٍ من غير أذان . قال ابن المنذر : وهو آخر قولى أحمد . لأنه روايةُ أسامةَ . وهو أعلم بحال النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فإنّه كان رَدِيفَه . وقد اتفق هو وجابر في حديثهما على إقامةٍ لكل صلاةٍ . واتفق أسامة ، وابن عمر على الصلاة بغير أذان ، مع أن حديث ابن عمر المتفق عليه قال « بإقامةٍ » . قال : وإنّما لم يؤذّن للأولى ههنا ، لأنّها في غير وقتها ، بخلاف المجموعتين بعرفة . وقال مالك : يجمع بينهما بأذان وإقامتين . ورُوى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، واتّباع السنّة أولى . قال ابن عبد البرّ : لا أعلم فيما قاله مالك

(١) المأزمان : مضيقان بين مكة وعرفة وبين جمع وعرفة .

حديثاً مرفوعاً بوجه من الوجوه . وقال قوم : إنّما أمر عمر بالتأذين للثانية . لأن الناس ، كانوا قد تفرّقوا لعَشائهم ، فأذّن لجمعهم . وكذلك ابن مسعود ، فإنّه يجعل العشاء بالمزدلفة بين الصلاتين .

٢٥٢٠ « مسألة » قال : ﴿ وإن فاته مع الإمام صلّى وحده ﴾ .

معناه أن يجمع منفرداً كما يجمع مع الإمام ، ولا خلاف فى هذا . لأنّ الثانية منهما تصلّى فى وقتها ، بخلاف العصر مع الظهر . وكذلك إن فرق بينهما لم يبطُل الجمع كذلك . ولما روى أسامة قال : « ثُمَّ أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فصلّى المغربَ ، ثمّ أناخ كلّ إنسان بَعِيرَهُ فى مَنْزِله ، ثم أُقِيمَتِ العِشَاءُ فَصَلَّاهَا » . وروى البخاريّ عن عبد الرحمن بن يزيد قال : « حَجَّ عَبْدُ اللهِ فَأَتَيْنَا إِلَى مُزْدَلِفَةَ حِينَ الأذانِ بِالعَتَمَةِ أو قَرِيباً مِنْ ذَلِكَ . فأَمَرَ رَجُلاً فأَذَّنَ ، ثمَّ صلَّى المغربَ ، ثم صلَّى بعدها ركعتين ، ثم دعا بعَشائه ، ثم أمر — أرى — فأذَّن ، وأقام ثمّ صلَّى العِشاء ، ثم قال : رأيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يَفْعَلُه » . ولأن الجمع متى كان فى وقت الثانية لم يضرّ التفريق شيئاً .

٢٥٢١ فصــــل

والسنّة التعجيل بالصلاتين . وأن يُصلى قبل حطّ الرحال . لما ذكرنا من حديث أسامة ، وفى بعض ألفاظه « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أَقَامَ الْمَغْرِبَ ثمّ أَنَاخَ النَّاسُ فى مَنَازِلهم . ولَمْ يَحِلُّوا حَتَّى أَقَامَ العِشَاءَ الآخِرَةَ فَصَلَّى ثمَّ حَلُّوا » رواه مسلم . والسنّة أن لا يتطوّع بينهما . قال ابن المنذر : ولا أعلمهم يختلفون فى ذلك . وقد رُوى عن ابن مسعود أنّه تطوّع بينهما ، ورواه عن النبيّ صلى الله عليه وسلم .

ولنا : حديث أسامة وابن عمر « أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يُصَلِّ بَيْنَهُمَا » وحديثهما أصحّ ، وقد قدم فى ترك التفريق بينهما .

٢٥٢٢ فصــــل

فإن صلّى المغرب قبل أن يأتى مزدلفةَ ولم يجمع خالف السنَّة ، وصحّت صلاتُه . وبه قال عطاء وعُروة ، والقاسم بن محمد ، وسعيد بن جُبَير ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو يوسف ، وابن المنذر . وقال ابو حنيفة ، والثوريّ : لا يُجزئه . لأن النبى صلى الله عليه وسلم جمع بين الصلاتين ، فكان نُسُكاً ، وقد قال : « خُذُوا عنِّى مَنَاسِكَكُمْ » .

ولنا : أن كلّ صلاتين جاز الجمع بينهما جاز التفريق بينهما ، كالظهر ، والعصر ، بعرفة . وفعل النبى ﷺ محمول على الأولى والأفضل ، ولئلاّ ينقطع سيره ، ويبطل ماذكروه بالجمع بعرفة .

٢٥٢٣ « مسألة » قال : ﴿ فإذا صلَّى الفجر ، وقف عند المشعر الحرام فدعا ﴾ .

يعنى : أنه يبيتُ بمزدلفة حتَّى يطلع الفجرُ ، فيصلِّى الصبحَ ، والسنَّة أن يُعجِّلها فى أول وقتها، ليتَّسع وقت الوقوف عند المشعر الحرام . وفى حديث جابر « أنَّ النبى صلى الله عليه وسلم صلّى الصُّبْحَ حِينَ تَبَيَّنَ لَهُ الصُّبْحُ » . وفى حديث ابن مسعود « أنَّهُ صَلَّى الفَجْرَ حِينَ طَلَعَ الفَجْرُ ، قائل يقول : قد طلع الفجر وقائلٌ يقولُ : لَمْ يَطْلُعْ — ثمَّ قال فى آخر الحديث : رأيتُ النبىَّ ﷺ يَفْعَلُهُ » رواه البخارىّ نحو هذا . ثم إذا صلَّى الفجر وقف عند المَشْعر الحرام ، وهو قُزَح ، فيرقَى عليه إن أمكنه ، وإلا وقف عنده ، فذكرالله تعالى ودعا واجتهد ، قال الله تعالى (٢:١٩٨ فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ فَاذْكُرُوا اللهَ عِنْدَ المَشْعَرِ الحَرَامِ) . وفى حديث جابر : « أَنْ النبيَّ ﷺ أَتَى المَشْعَرَ الحَرَامَ فَرَقِيَ عَلَيْهِ ، فَدَعَا اللهَ وَهَلَّلَهُ ، وَكَبَّرَهُ وَوَحَّدَهُ » ويُستحبّ أن يكون من دعائه : اللهمَّ كما وقَّفتنا فيه ، وأريتنا إيَّاه ، فوفِّقنا لذكرك كما هديتنا ، واغفرلنا ، وارحمنا ، كما وعدتنا بقولك ، وقولُك الحقّ : (فَإِذا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَفاتٍ فاذكُرُوا اللهَ عِنْدَ المَشْعَرِ الحَرَامِ ، وَاذْكُرُوهُ كما هَدَاكُمْ وَإِنْ كُنْتُمْ مِنْ قَبْلِهِ لَمِنَ الضَّالِّينَ . ثمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفاضَ النَّاسُ وَاسْتَغْفِرُوا اللهَ إِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) ويقف حتى يُسفر جدًّا لما فى حديث جابر : « أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لَمْ يَزَلْ وَاقِفاً حَتَّى أَسْفَرَ جِدًّا » .

٢٥٢٤ فصــــل

وللمزدلفة ثلاثة أسماء : مزدلفة ، وجَمْع ، والمَشْعَر الحَرَامِ . وحدّها : من مَأْزِمَىْ عرفة إلى قَرْنِ مُحَسِّر ، وماعلى يمين ذلك ، وشماله من الشِّعاب . فى أى موضع وقف منها أجزأه . لقول النبىّ ﷺ : « المُزْدَلِفَةُ مَوْقِفٌ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . وعن جابر عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنَّه قال : « وَقَفْتُ هٰهُنَا بِجَمْعٍ وَجَمْعٌ كُلُّهَا مَوْقِفٌ » وليس وادى مُحَسِّر من مزدلفة ، لقوله : « وَارْفَعُوا عَنْ بَطْنِ مُحَسِّر » .

٢٥٢٥ فصــــل

والمبيت بمزدلفة واجب ، من تركه فعليه دم . هذا قول عطاء ، والزهرىّ ، وقتادة ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال علقمة ، والنخعىّ ، والشعبىّ : من فاته جمع فاته الحجّ . لقول الله تعالى : (فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ فَاذْكُرُوا اللهَ عِنْدَ المَشْعَرِ الحَرَامِ) . وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ شَهِدَ صَلاَتَنَا هَذِهِ وَوَقَفَ مَعَنَا حَتَّى نَدْفَعَ وَقَدْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ قَبْلَ ذَلِكَ لَيْلاً أَوْ نَهَاراً فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ وَقَضَى تَفَثَهُ » .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « الحجُّ عَرَفَةُ . فَمَنْ جَاءَ قَبْلَ لَيْلَةِ جَمْعٍ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ » يعنى من جاء عرفة . وما احتجوا به من الآية والخبر فالمنطوق فيهما ليس بركن فى الحجّ إجماعاً ، فإنَّه لو

بات بجَمْعٍ ، ولم يذكر الله تعالى ، ولم يشهد الصلاة فيهـا صح حجّه ، فما هو من ضرورة ذلك أولى ، ولأن المبيت ليس من ضرورة ذكر الله تعالى بها . وكذلك شهودُ صلاة الفجر ، فإنَّهُ لو أفاض من عرفة فى آخر ليلة النحر أمكنه ذلك ، فيتعيَّن حملُ ذلك على مجرَّد الإيجاب ، أو الفضيلة ، أو الاستحباب .

٢٥٣٦ فصــــل

ومن بات بمزدلفة لم يجُز له الدفع قبلَ نصف الليل . فإن دفع بعده فلا شىء عليه . وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك : إن مرَّ بها ، ولم ينزل فعليه دم ، فإن نزل فلا دم عليه متى مادفع .

ولنا : أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم بات بها ، وقال : « خُذُوا عَنِّى مَنَاسِكَـكُمْ » . وإنما أُبيحَ الدفع بعد نصف الليل بما ورد من الرُّخصة فيـه . فروى ابن عباس قال : « كنتُ فِيمَنْ قَدِمَ مع النبىّ ﷺ فِى ضَعَفَةِ أَهْـلِهِ مِنْ مُزْدَلِفَةَ إِلَى مِنًى » . وعن أسمـاء : « أَنَّها نَزَلَتْ لَيْلَةَ جَمْعٍ عِنْدَ دَارِ المزْدَلِفَةِ . فَقَامَتْ تُصَلِّى فَصَلَّتْ ثم قالت : هَلْ غابَ القَمَرُ ؟ قلت : نَعَمْ . قالت : فارْتَحِـلُوا . فارْتَحَلْنَا وَمَضَيْنَا حَتَّى رَمَتْ الْجَمرةَ . ثمَّ رَجَعَتْ فَصَلَّتْ الصُّبْحَ فِى مَنْزِلهَا . قُلتُ لهَا : أَىْ هَنْتَاهْ[1] ، ماأُرَانَا إِلاَّ غَلَّسْنَا[2] . قالت : كلاَّ يا بُنَىَّ ، إِنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم أَذِنَ لِلظُّعْنِ »[3] متفق عليهما . وعن عائشة قالت : « أَرْسَلَ رسـولُ اللهِ صلى الله عليـه وسلم بِأُمِّ سَلَمَةَ لَيْلَةَ النَّحْرِ ، فَرَمَتْ الْجَمْرَةَ قَبْلَ الفَجْرِ ، ثمَّ مَضَتْ فَأَفَاضَتْ » رواه أبو داود . فمن دفع من جَمْعٍ قبل نصف الليل ، ولم يعُد فى الليل فعليه دم ، فإن عاد فيه فلا دم عليه ، كالذى دفع من عرفة نهـاراً ، ومن لم يوافق مزدلفة إلا فى النصف الأخير من الليل فلا شىء عليه ، لأنَّه لم يدرك جزءاً من النصف الأول ، فلم يتعلَّق به حـكمه ، كمن أدرك الليل بعرفات دون النهار ، والمستحبُّ الاقتداء برسول الله صلى الله عليـه وسلم فى المبيت إلى أن يُصبح ، ثم يقف حتى يُسْفِر[4] ، ولا بأس بتقديم الضَّعَفَةِ والنِّساء ، وممَّن كان يقدِّم ضعَفة أهله : عبدالرحمن بن عوف ، وعائشة . وبه قال عطاء ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيـه مخالفاً ، ولأنَّ فيه رفقاً بهم ، ودفعاً لمشقَّة الزحام عنهم ، واقتداءً بفعل نبيِّهم صلى الله عليه وسلم .

٢٥٣٧ « مسألة » قال ﴿ ثم يدفع قبل طلوع الشمس ﴾ .

لا نعلم خلافاً فى أن السنّة الدفع قبل طلوع الشمس ، وذلك لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم كان يفعله .

---

(١) هنتاه : بفتح الهاء والنون والتاء ، وقد تسكن النون والهاء الأخيرة ، تضم وتسكن ، ومعناها : هذه ، وأى : حرف نداء ، أى : ياهذه .

(٢) أى خرجنا فى وقت الغلس وهو الظلام .

(٣) الظعن : الرحيل .

(٤) يسفر : يظهر أول ضوء النهار .

قال عمر: « إِنَّ الْمُشْرِكِينَ كَانُوا لَا يُفِيضُونَ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ ، وَيَقُولُونَ : أَشْرِقْ ثَبِيرُ[1] كَيْمَا نُغِيرُ ، وإِنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم خَالَفَهُمْ ، فَأَفَاضَ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ » رواه البخارى . والسنَّة أن يقف حتى يُسفر جـدًّا . وبهذا قال الشافعيّ ، وأصحابُ الرأى . وكان مالك : يرى الدفـع قبل الإسفار .

ولنا : ماروى جابر « أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لَمْ يَزَلْ وَاقِفاً حَتَّى أَسْفَرَ جِدًّا . فَدَفَعَ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ » . وعن نافـع « أَنَّ ابنَ الزُّبَيْرِ أَخَّرَ فِي الْوَقْتِ حَتَّى كَادَتْ الشَّمْسُ تَطْلُعُ ، فقـال ابن عمر : إِنِّي أَرَاهُ يُرِيدُ أَنْ يَصْنَعَ كَمَا صَنَعَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ . فَدَفَعَ وَدَفَعَ النَّاسُ مَعَهُ » . وكان ابن مسعود يدفع كانصراف القوم المُسْفِرين من صلاةِ الغَداة . وانصرف ابن عمر حين أسفر ، وأبصرت الإبلُ مواضع أخفافها . ويستَحَبّ أن يسير وعليـه السكينةُ ، كما ذكرنا فى سَيْره من عرفات . قال ابن عباس : « ثُمَّ أَرْدَفَ النبيّ صلى الله عليه وسلم الْفَضْلَ بْنَ عَبَّاسٍ وَقَالَ : أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ الْبِرَّ لَيْسَ بِإِيجَافِ الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ . فَعَلَيْكُمْ بِالسَّكِينَةِ ، فَمَا رَأَيْتُهَا رَافِعَةً يَدَيْهَا حَتَّى أَتَى مِنًى » .

٢٥٢٨ « مسألة » قال ﴿ فإذا بلغ مُحَسِّراً أسرع ، ولم يقف حـتى يأتىَ مِـنًى ، وهـو مـع ذلك ملبياً ﴾[2] .

يُستحبُّ الإسراع فى وادى مُحَسِّر . وهـو مابين جَمْعٍ ومنًى ، فإن كان ماشياً أسرع ، وإن كان راكباً حرّك دابّته لأن جابراً قال فى صفة حج النبيّ صـلى الله عليه وسلم. « إِنَّهُ لَمَّا أَتَى بَطْنَ مُحَسِّرٍ حَرَّكَ قَلِيلاً » . ويُروى أنّ عمر رضى الله عنه لما أتى محسِّراً أَسْرَعَ ، وقال :

« إِلَيْكَ تَعْدُو قَلِقاً[3] وَضِينُهَا * مُخَالِفاً دِينَ النَّصَارَى دِينُهَا * مُعْتَرِضاً فِي بَطْنِهَا جَنِينُهَا[4] »

وذلك قدر رَمْيةٍ بحجر ، ويكون مُلبياً فى طريقه . فإنَّ الفضل بن عبّاس كان رَديف رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذٍ . وروى «أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لَمْ يَزَلْ يُلَبِّي حَتَّى رَمَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ» متفق عليه . وفى لفظ عنه قال : «شَهِدْتُ الإِفَاضَتَيْنِ مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه السَّكِينَةُ ، وَهُوَ كَافٌّ بَعِيرَهُ ، وَلَبَّى حَتَّى رَمَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ » . وعن الأسود قال : «أَفَاضَ عُمَرُ عَشِيَّةَ عَرَفَةَ وَهُوَ يُلَبِّي بِثَلَاثٍ : لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ ، لَبَّيْكَ لَاشَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ ، إِنَّ الْحَمْدَ وَالنِّعْمَةَ لَكَ » ولأن التلبية

---

(١) ثبير جبل بظاهر مكة (٢) نصب «ملبياً» مخالف للقواعد النحوية لأنه خبر «هو» ولعله سهو .

(٣) إليك تعـدو : المراد بذلك الناقة التى يركبها عمر رضى الله عنه ، وتعدو : تسرع ، والوضين : السير الذى يكون على بطن الدابة ، وقلقه ارتجاجه وعدم ثباته ، وذلك بسبب هزال الناقة .

(٤) أى حبلى .

من شِعار الحج ، فلا يقطع إلَّا بالشروع فى الإحلال . وأوله رميُ جمرة العقبة .

٢٥٢٩ « مسألة » قال ﴿ ويأخذ حصى الجمار من طريقه ، أو من مُزدلفة ﴾ .

إنما استُحِبّ ذلك لئلاّ يشتغل عند قدومه بشيء قبل الرمى . فإنّ الرمية تحيّة له ، كما أن الطواف تحيةُ المسجد ، فلا يبدأ بشيء قبله وكان ابن عمر يأخذ الحصى من جَمْعٍ . وفعله سعيدُ بن جُبَير . وقال: كانوا يتزوّدون الحصى من جَمْعٍ . واستحبّه الشافعيّ . وعن أحمد قال : خُذِ الحصى من حيثُ شئت ، وهول قول عطاء ، وابن المنذر . وهو أصحّ إن شاء الله تعالى ، لأن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم غداة العقبة وهو على ناقته : « الْقُطْ لِيَ حَصًى . فَلَقَطْتُ لَهُ سَبْعَ حَصَيَاتٍ مِنْ حَصَى الْخَذْفِ فجَعَلَ يَقْبِضُهُنَّ فِي كَفِّهِ وَيَقُولُ : أَمْثَالَ هَؤُلاَءِ فَارْمُوا ، ثُمَّ قَالَ : أَيُّهَا النَّاسُ ، إِيَّاكُمْ وَالْغُلُوَّ فِي الدِّينِ . فَإِنَّمَا أَهْلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ الغُلُوُّ فِي الدِّينِ » رواه ابن ماجه . وكان ذلك بمِنًى . ولا خلاف فى أنّه يُجزئه أخذُه من حيث كان . والتقاط الحصى أولى من تكسيره لهذا الخبر . ولأنه لايُؤمَن فى التكسير أن يطير إلى وجهه شيء يُؤذيه ، ويُستحبُّ أن تكون الْحَصيَات كحَصَى الْخَذْفِ لهذا الخبر ، ولقول جابر فى حديثه : « كُلُّ حَصَاةٍ مِنْهَا مِثْلُ حَصَى الْخَذْفِ » ورَوى سليمان بن عمرو ابن الأحوص ، عن أمّه قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يَاأَيُّها النَّاسُ ، إِذَا رَأَيْتُمُ الْجَمْرَةَ فَارْمُوا بِمِثْلِ حَصَى الْخَذْفِ » رواه أبو داود . قال الأثرم : يكون أكبر من الحِمَّص ، ودون البُنْدُق . وكان ابن عمر يرمى بمثل بَعْرِ الغَنَمِ ، فإن رمى بحجر كبير فقد رُوىعن أحمد أنّه قال : لايُجزئه حتّى يأتى بالحَصى على مافعل النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وذلك لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أمر بهذا القدر . ونهى عن تجاوزه ، والأمر يقتضي الوجوب ، والنهى يقتضى فساد المنهيّ عنه ولأن الرمى بالكبير ربّما آذى مَنْ يُصيبه . وقال بعض أصحابنا : يجزئه مع تركه للسنّة لأنه قد رمى بالحجر . وكذلك الحكم فى الصغير .

٢٥٣٠ فصل

ويُجزىء الرمى بكلّ مايسمّى حصًى ، وهى الحجارة الصِّغار ، سواء كان أسود ، أو أبيض ، أو أحمر ، من المرمر ، أو البرَام[1] ، أو المرو . وهو الصوّان ، أو الرخام ، أو الكذّان[2] ، أو حجر المِسَنّ . وهو قول مالك ، والشافعيّ . وقال القاضى : لايجزىء الرخام ، ولا البرام ، والكذّان . ويقتضى قوله : أن لايجزىء المرو ، ولا حجر المِسَنّ . وقال أبو حنيفة : يجوز بالطين ، والمدر ، وما كان

(١) البرام : حجارة صلبة من رءوس الجبال .

(٢) الكذان : حجارة رخوة يميل لونها إلى البياض .

من جنس الأرض ، ونحوه . قال الثـوري . ورُوى عن سُـكَيْنَةَ بنتِ الحسين : « أنّهـا رَمَتْ الجَمْرَةَ ورَجُلٌ يُنَاوِلُها الْحَصَى تُـكَبِّر مَعَ كُلِّ حَصاةٍ وَسَقَطَتْ حَصَاةٌ فَرَمَتْ بِخَاتِمِها » .

ولنـا : أن النبيّ صلى الله عليه وسـلم رمى بالحصى ، وأمر بالرمى ، مثل حصى الخَذْف . فلا يتناول غير الحصى ، ويتناول جميع أنواعه ، فلا يجوز تخصيصه بغير دليـل ، ولا إلحـاق غيره به ، لأنّه موضعٌ لا يدخُل القياسُ فيه .

٢٥٣١ فصـــــل

إن رَمى بحَجَر أُخِذَ من المرمى ، لم يُجْزِه . وقال الشافعيّ : يُجزيه ، لأنّه حصًى ، فيدخل فى العموم .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم أخذ من غير المرمَى . وقال : « خُذُوا عَنِّى مَنَاسِكَـكُمْ » . ولأنه لو جاز الرمى بما رمى به لما احتاج أحد إلى أخذ الحصى من غير مكانه ، ولا تـكسيره والإجماع على خلافه . ولأنّ ابن عباس قال : « مَايُقْبَلُ مِنْهَا يُرْفَعُ » وإن رمى بخاتم فضّة حَجَراً لم يُجْزِه ، فى أحد الوجهين ، لأنّه تبعٌ والرمى بالمتبوع لا التابع .

٢٥٣٢ « مسألة » قال ﴿ والاستحباب أن يغسله ﴾ .

اختلف عن أحمـد فى ذلك . فروى عنه أنّه مستحبٌّ . لأنه روى عن ابن عمر أنه غسـله . وكان طاوس يفعله ، وكان ابن عمر يتحرّى سنّة النبيّ صلى الله عليه وسلم . وعن أحمد : أنه لا يستحبُّ . وقال : لم يبلغنا أن النبيّ صلى الله عليه وسلم فعله . وهذا الصحيح . وهو قول عطاء ، ومالك ، وكثير من أهل العـلم . فإنّ النبى صلى الله عليه وسـلم لـما لُقِطت له الحصياتُ وهو راكب على بعيره يقبضن فى يده ، لم يغسلهن ، ولا أمر بغسلهن ، ولا فيه معنًى يقتضيه . فإن رمى بحجر نجس أجزأه ، لأنه حصاة . ويحتمل أن لا يُجزئه . لأنّه يؤدى به العبـادة ، فاعتُبِرت طهـارته ، كحجر الاستجمار ، وتراب التيمّم ، وإن غسـله ورمى به أجزأه . وجهاً واحـداً .

وعدد الحصى : سبعون حصاةً يرمى منها بسبعٍ يومِ النحر ، وسائرها فى أيام منًى . والله أعلم .

٢٥٣٣ « مسألة » قال ﴿ فإذا وصل منًى رمى جمرة العقبة بسبع حَصَيات ، يكبّر فى إثْر كلّ حصاةٍ ، ولا يقف عندها ﴾ .

حدّ منًى ما بين جمرة العقبة ووادى مُحَسِّر . كذلك قال عطاء ، والشافعىّ . وليس محسّر ، والعقبة من منًى . ويُستحبّ سلوك الطريق الوُسطَى التى تخرُج على الجمرة الـكبرى . فإنّ النبيّ صـلى الله عليه وسلم سلـكها ، كذا فى حديث جابر ، فإذا وصل منًى بدأ بجمرة العقبة ، وهى آخرُ الجَمَرَاتِ ممّا يلى مِنًى ، وأولها مما يلى مكة ، وهى عند العقبة ، ولذلك سُمّيت جمرة العقبة ، فيرميها بسبع حَصَيَات ، يكبّر مع كلّ حصاة ، ويستبطن الوادى ، ويستقبل القِبلة ، ثم ينصرف ، ولا يقف . وهذا بجملته قول من علمنا قوله

من أهل العلم ، وإن رماها من فوقها جاز ، لأنّ عمر رضى الله عنه جاء والزحام عند الجمرة ، فرماها من فوقها . والأول أفضل ، لما رَوى عبد الرحمن بن يزيد : « أَنَّهُ مَشَى مَعَ عَبْدِ اللهِ ، وَهُوَ يَرْمِي الْجَمْرَةَ ، فَلَمَّا كَانَ فِي بَطْنِ الْوَادِي أَعْرَضَهَا فَرَمَاهَا ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّ نَاسًا يَرْمُونَهَا مِنْ فَوْقِهَا . فَقَالَ مِنْ هٰهنا وَالَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ رَأَيْتُ الَّذِي أُنْزِلَتْ عَلَيْهِ سُورَةُ الْبَقَرَةِ رَمَاهَا» متفق عليه . وفى لفظ : « لَمَّا أَتَى عَبْدُ اللهِ جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ اسْتَبْطَنَ الْوَادِيَ ، وَاسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ وَجَعَلَ يَرْمِي الْجَمْرَةَ عَلَى حَاجِبِهِ الْأَيْمَنِ ، ثُمَّ رَمَى بِسَبْعِ حَصَيَاتٍ ، ثمّ قال : وَاللهِ الَّذِي لَا إِلَهَ غَيْرُهُ مِنْ هٰهُنَا رَمَى الَّذِي أُنْزِلَتْ عَلَيْهِ سُورَةُ الْبَقَرَةِ » قال الترمذيّ : وهذا حديث صحيح . والعمل عليه عند أكثر أهل العلم ، ولا يسنّ الوقوف عندها . لأن ابن عمر وابن عباس رويا « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم كَانَ إِذَا رَمَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ انْصَرَفَ وَلَمْ يَقِفْ » رواه ابن ماجه . ويُكبّر مع كلّ حصاة لأن جابراً قال : « فَرَمَاهَا بِسَبْعِ حَصَيَاتٍ يُكَبِّرُ مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ » . وإن قال : اللهمّ اجعله حجًّا مبروراً ، وذنباً مغفوراً ، وعملاً مشكوراً ، فحسن فإنّ ابن مسعود وابن عمر كانا يقولان نحو ذلك . وروى حنبل فى المناسك بإسناده ، عن زيد بن أسلم قال : « رأيتُ سالمَ بن عبد الله استبطن الوادى ورمى الجمرةَ بسبع حَصَيات ، يكبّر مع كلّ حَصاةٍ : الله أكبر ، الله أكبر ، ثمّ قال : اللهمّ اجعله حجًّا مبروراً ، وذنباً مغفوراً ، وعملاً مشكوراً ، فسألته عمّا صنع ؟ فقال : حدّثنى أبى : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة من هذا المكان ، ويقول كلّما رمى حصاةً مثل ماقلتُ » وقال إبراهيم النخَعِيّ : كانوا يحبّون ذلك .

٢٥٣٤ فصل

ويرميها راكباً ، أو راجلا ، كيفما شاء لأنّ النبي صلى الله عليه وسلم رماها على راحلته . رواه جابر ، وابن عمر ، وأمّ أبى الأحوَص ، وغيرهم . قال جابر : رأيتُ النبيّ صلى الله عليه وسلم يرمى على راحلته يوم النحر ، ويقول : « لِتَأْخُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ ، فَإِنِّي لَا أَدْرِي لَعَلِّي لَا أَحُجُّ بَعْدَ حَجَّتِي هَذِهِ » رواه مسلم . وقال نافع : « كَانَ ابْنُ عُمَرَ يَرْمِي جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ عَلَى دَابَّتِهِ يَوْمَ النَّحْرِ ، وكان لا يأتى سائرها بعد ذلك إلا ماشياً ، ذاهباً ، وراجعاً . وزعم أن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا يأتيها إلا ماشياً ، ذاهباً ، وراجعاً » رواه أحمد فى المسند . وفى هذا بيان للتفريق بين هذه الجمرة وغيرها . ولأن رمى هذه الجمرة ممّا يُستحبُّ البداية به فى هذا اليوم عند قدومه . ولا يُسنُّ عندها وقوف ، ولو سُنّ له المشيُ إليها لشغله النزول عن البداية بها ، والتعجيل إليها ، بخلاف سائرها .

٢٥٣٥ فصل

ولرمى هذه الجمرة وقتان : وقتُ فضيلةٍ ، ووقت إجزاء ، فأمّا وقت الفضيلة : فبعد طلوع الشمس ،

قال ابن عبد البَر : أجمع علماء المسلمين على أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما رماها ضُحَى ذلك اليوم . وقال جابر : « رَأَيْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمى الجمرةَ ضُحَى يَوْمِ النَّحْرِ وَحْدَهُ ، وَرَمَى بَعْدَ ذَلِكَ ، بَعْدَ زَوَالِ الشَّمْسِ » أخرجه مسلم . وقال ابن عباس : « قَدِمْنَا عَلَى رسول الله صلى الله عليه وسلم أُغَيْلِمَةَ بَنِى عَبْدِ الْمُطَّلِبِ عَلَى أُحمِرَاتٍ لَنَا مِنْ جَمْعٍ ، فَجعَلَ يَلْطَخُ[1] أَفْخَاذَنَا ، وَيَقُولُ : أَبَنِى عَبْدِ الْمُطَّلِبِ لاَ تَرْمُوا الْجَمْرَةَ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ » رواه ابن ماجه وكان رميها بعد طلوع الشمس يُجزىء بالإجماع ، وكان أولى . وأما وقت الجواز ، فأوله نصف الليل من ليلة النحر ، وبذلك قال عطاء ، وابن أبى ليلى ، وعكرمة بن خالد ، والشافعى . وعن أحمد أنه يجزىء بعد الفجر قبل طلوع الشمس ، وهو قول مالك ، وأصحاب الرأى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال مجاهد ، والثورى ، والنخعى : لا يرميها إلا بعد طوع الشمس . لما روينا من الحديث .

ولنا : ماروى أبو داود عن عائشة رضى الله عنها : « أَنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم أمر أُمَّ سَلَمَةَ لَيْلَةَ النَّحْرِ فَرَمَتْ جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ قَبْلَ الْفَجْرِ ، ثُمَّ مَضَتْ فَأَفَاضَتْ » . وروى : « أَنَّهُ أَمَرَهَا أَنْ تُعَجِّلَ الْإِفَاضَةَ ، وَتُوَافِيَ مَكَّةَ بَعْدَ صَلاَةِ الصُّبْحِ » واحتج به أحمد . وقد ذكرنا فى حديث أسماء : « أَنَّهَا رَمَتْ ثُمَّ رَجَعَتْ فَصَلَّتْ الصُّبْحَ ، وَذَكَرَتْ أَنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم أَذَّنَ لِلظُّعْنِ » . ولأنَّهُ وقت للدفع من مُزدلفة . وكان وقتاً للرمى ، كبعد طلوع الشمس . والأخبار المتقدِّمة محمولة على الاستحباب ، وإن أخَّر الرمى إلى آخر النهار جاز . قال ابن عبد البرّ : أجمع أهل العلم على أن من رماها يوم النحر قبل المغيب فقد رماها فى وقتٍ لها ، وإن لم يكن ذلك مستحَبًّا لها . وروى ابن عباس قال : « كَانَ النبىّ صلى الله عليه وسلم يُسأَلُ يَوْمَ النَّحْرِ بِمِنًى . قَالَ رجلٌ : رَمَيْتُ بَعْدَ ماأَمْسَيْتُ ؟ فقالَ : لاحَرَجَ » رواه البخارىّ ، فإن أخرها إلى الليل لم يرمها حتى تزول الشمس من الغد . وبهذا قال أبو حنيفة ، وإسحاق . وقال الشافعىّ ومحمد بن المنذر ، ويعقوب : يرمى ليلاً لقول النبى ﷺ : « ارْمِ وَلاَ حَرَجَ » .

ولنا : أن ابن عمر قال : « مَنْ فاته الرمى حتَّى تغيبَ الشمسُ فلا يرمِ حتَّى تزولَ الشمسُ مِنَ الْغَدِ » وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ارْمِ وَلاَ حَرَجَ » إنما كان فى النهار . لأنه سأله فى يوم النحر ولا يكون اليوم إلاَّ قبلَ مَغيب الشمس . وقال مالك : يرمى ليلاً ، وعليه دم ، ومرَّةً قال : لادم عليه .

٢٥٣٦ فصـــل

ولا يُجزئه الرمىُ إلا أن يقع الحصى فى المرمَى . فإن وقع دونه لم يُجزئه فى قولهم جميعاً ، لأنه مأمور بالرمى ، ولم يرم . وإن طرحها طرحاً أجزأه ، لأنَّه يسمَّى رمياً . وهذا قول أصحاب الرأى . وقال ابن

---

(١) يلطخ أفخاذنا : يضربها بيده تنبيهاً لهم حتى يصغوا إلى قوله .

القاسم : لا يُجزئه ، وإن رمى حصاةً فوقعت في غير المرمى ، فأطارت حصاةً أخرى ، فوقعت في المرمَى لم يُجْزِه . لأنّ التي رماها لم تقع في المرمى . وإن رمى حصاةً ، فالتقمها طائر قبل وصولها ، لم يُجزه لأنها لم تقع في المرمى . وإن وقعت على موضع صُلْبٍ في غير المرمى ، ثمّ تدحرجت على المرمى ، أو على ثوب إنسان ، ثم طارت ، فوقعت في المرمى أجزأته ، لأنّ حصوله بفعله . وإن نفضها ذلك الإنسان عن ثوبه ، فوقعت في المرمى ، فمن أحمد رحمه الله أنها تجزئه ، لأنه انفرد برميها . وقال ابن عقيل : لا يُجزئه . لأن حصولها في المرمى بفعل الثاني . فأشبه مالو أخذها بيده ، فرمى بها . وإن رمى حصاةً فشك : هل وقعت في المرمى أولا ؟ لم يُجزئه ، لأن الأصل بقاء الرمى في ذمّته . فلا يزول بالشك ، وإن كان الظاهر أنّها وقعت فيه أجزأته ، لأنّ الظاهر دليل ، وإن رمى الحصاة دفعةً واحدةً لم يُجزه إلاّ عن واحدةٍ ، نصّ عليه أحمد . وهو قول مالك ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، وقال عطاء : يُجزئه . ويكبّر لكلّ حصاةٍ .

ولنا : « أن النبيّ ﷺ رمى سبع رَمَيَاتٍ ، وقال : خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ » . قال بعض أصحابنا : ويُستحبّ أن يرفع يديه في الرمى ، حتّى يُرى بياضُ إبطه .

٢٥٣٧ « مسألة » قال ﴿ ويقطع التلبية عند ابتداء الرامى ﴾ .

وممن قال يُلبِّي حتى يرمى الجمرة : ابن مسعود ، وابن عباس ، وميمونةُ . وبه قال عطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جُبَير ، والنخعيّ ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . وروى عن سعد بن أبي وقّاص وعائشة : يقطع التلبية إذا راح إلى الموقف . وعن عليّ وأُمّ سلمةَ : أنهما كانا يُلبِّيان حتّى تزول الشمس يوم عرفة . وهذا قريب من قول سعيد وعائشة . وكان الحسن يقول : يُلبِّي حتى يُصلِّي الغداة يوم عرفة . وقال مالك : يقطع التلبية إذا راح إلى المسجد .

ولنا : أن الفضل بن عبّاس روى : « أنّ النبيّ ﷺ لَمْ يَزَلْ يُلَبِّي حَتَّى رَمَى جَمْرَةَ العَقَبةِ ، وكانَ رَدِيفَهُ يَوْمَئِذٍ » وهو أعلم بحاله من غيره ، وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم وفعلُه ، مقدَّم على كلّ من خالفه . واستحبّ قطع التلبية عند أول حصاة . رواه حنبل في المناسك ، وهذا بيان يتعيَّن الأخذُ به . وفي رواية من روى أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يكبّر مع كل حصاةٍ دليلٌ على أنّه لم يكن يلبّي ، ولأنه يتحلّل بالرمى . فإذا شرع فيه قطع التلبية ، كالمعتمر يقطع التلبية بالشروع في الطواف .

٢٥٣٨ « مسألة » قال ﴿ ثم ينحر إن كان معه هدى ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا فرغ من رمى الجمرة يوم النحر لم يقف وانصرف . فأول شيء يبدأ به : نحر الهدى إن كان معه هدى ، واجباً أو تطوّعاً . فإن لم يكن معه هدى وعليه هدى واجبٌ اشتراه ، وإن لم يكن عليه واجب ، فأحبّ أن يضحّيَ اشترى ما يُضَحِّي به ، وينحر الإبل ، ويذبح ما سواها . والمستحبّ : أن يتولّى ذلك بيده . وإن استناب غيره جاز . هذا قول مالك ، والشافعي ، وأبي ثور ،

وأصحاب الرأى . وذلك لما روى جابر فى صفة حجّ النبى صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ رَمَى مِنْ بَطْنِ الْوَادِي ، ثُمَّ انْصَرَفَ إِلَى الْمَنْحَرِ ، فَنَحَرَ ثَلاَثاً وَسِتِّينَ بَدَنَةً ، ثُمَّ أَعْطَى عَلِيًّا فَنَحَرَ مَاغَبَرَ ، وَأَشْرَكَهُ فِي هَدْيِهِ » وقال أنس : « نَحَرَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم بِيَدِهِ سَبْعَ بَدَنَاتٍ قِياماً » رواه البخارىّ .

٢٥٣٩ فصـــل

والسنّة نحر الإبل قائمة معقولةً يدُها اليسرى ، فيضربها بالحربة فى الوَهْدةِ التى بين أصل العنق ، والصدر ، ممن استحبّ ذلك : مالك : والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . واستحبّ عطاء نحرها باركةً . وجوّز الثورىّ ، وأصحاب الرأى كلّ ذلك .

ولنا : ماروى ديفار بن جُبَير قال : « رَأَيْتُ ابْنَ عُمَرَ أَتَى عَلَى رَجُلٍ أَنَاخَ بَدَنَتَهُ لِيَنْحَرَهَا ، فَقَالَ : ابْعَثْهَا قِياماً مُقَيَّدَةً ، سُنَّةَ محمد صلى الله عليه وسلم » متفق عليه وروى أبو داود بإسناده عن عبد الرحمن بن سابط : « أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم وَأَصْحَابَهُ كَانُوا يَنْحَرُونَ الْبَدَنَةَ مَعْقُولَةَ الْيُسْرَى ، قَائِمَةً عَلَى مَابَقِيَ مِنْ قَوَائِمِهَا » وفى قول الله تعالى (٢٢ : ٣٦ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا) دليل على أنها تُنحر قائمة . ويروى فى تفسير قوله تعالى (٢٢ : ٣٦ فَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ) أى قياماً ، وتجزئه كيفما نحر . قال أحمد : ينحر البُدْنَ معقولةً على ثلاثِ قوائم . وإن خشى عليها أن تنفر أناخها .

٢٥٤٠ فصـــل

ويُستحبُ توجيه الذبيحة إلى القبلة ، ويقول : « بِسْمِ اللهِ واللهُ أَكْبَرُ ، وإن قال مارُوىعن النبى صلى الله عليه وسلم فحسن . قال ابن المنذر : ثَبَتَ أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا ذبح يقول : « بِسْمِ اللهِ واللهُ أَكْبَرُ » وكذلك يقول ابن عمر . وروى : « أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم ذَبَحَ يَوْمَ الْعِيدِ كَبْشَيْنِ ، ثُمَّ قَالَ حِينَ وَجَّهَهُمَا : وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ حَنِيفاً وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ . إِنَّ صَلاَتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ . لاَشَرِيكَ لَهُ ، وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ » بِسْمِ اللهِ وَاللهُ أَكْبَرُ ، اللَّهُمَّ هَذَا مِنْكَ وَلَكَ ، عَنْ مُحَمَّدٍ وَأُمَّتِهِ » رواه أبو داود .
وإن اقتصر على التسمية ، ووجّه الذبيحة إلىغير القبلة ترك الأفضل ، وأجزأه . هذا قول القاسم بن محمد ، والنخَعِىّ والثورىّ ، والشافعىّ ، وابن المنذر . وكان ابن عمر وابن سيرين يكرهان الأكل من الذبيحة تُوجَّه لغير القبلة ، والصحيح أن ذلك غيرُ واجب . ولم يقمْ على وجوبه دليل .

٢٥٤١ فصـــل

وقت نحر الأضحية والهدى ثلاثةُ أيّام : يوم النحر ، ويومان بعده . نصّ عليه أحمد . وقال : هو عن غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ورواه الأثرم عن ابن عمر ، وابن عباس .

وبه قال مالك، والثوريّ. ويُروى عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: «أَيَّامُ النَّحْرِ يَوْمُ الأَضْحَى، وثَلاَثَةُ أيَّامٍ بَعْدَهُ» وبه قال الحسن، وعطاء، والأوزاعيّ، والشافعيّ، وابن المنذر. وقال ابن سيرين: يومٌ واحد. وعن سعيد بن جُبَير، وجابر بن زيد في الأمصار: يوم واحد، وبمنًى ثلاثة.

ولنا: أن النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم نهى عن الأكل من النُّسُك فوق ثلاث. وغير جائز أن يكون الذبح مشروعاً في وقت يحرم فيه الأكل، ثم نُسِخَ تحريم الأكل، وبقي وقت الذبح بحاله. ولأن اليوم الرابع لا يجب فيه الرمي. فلم يجز فيه الذبح كالذي بعده. فأما الليالي المتخلّلة لأيام النحر، فظاهر كلام الخِرَقيّ: أنه لا يُجزئ فيها ذبح الهَدْيِ وَالأُضْحِيَةِ. لأنّ الله تعالى قال (٢٨ : ٢٢ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَى مَارَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ)، فذكر الأيام دون الليالي. وقال غيره من أصحابنا: يجوز ليلتي يومي التشريق الأوّلين. وهو قول أكثر الفقهاء. لأن هاتين الليلتين داخلتان في مدّة الذبح، فجاز الذبح فيهما كالأيام.

٢٥٤٢ فصل

وإذا نحر الهدى فرّقه على المساكين من أهل الحرم، وهو مَن كان في الحرم. فإن أطلقها لهم جاز. كما روى أنس: «أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم نَحَرَ خَمسَ بَدَنَاتٍ. ثم قال: مَنْ شَاءَ فَلْيَقْتَطِعْ»، رواه أبو داود، وإن قسّمها فهو أحسن، وأفضل، ولا يُعطى الجازر بأجرته شيئاً منها، لما رُوى عن عليّ رضي الله عنه، قال: «أَمَرَنِي النبيّ صلى الله عليه وسلم أَنْ أَقُومَ عَلَى بُدْنِهِ، وأَنْ أَقْسِمَ بُدْنَهُ كُلَّها: جُلُودَها، وَجِلاَلَهَا. وَأَنْ لاَ أُعْطِيَ الجَازِرَ مِنْها شَيْئاً. وقال: نَحْنُ نُعْطِيهِ مِنْ عِنْدِنَا» متفق على معناه. ولأنه بقَسْمِها يكون على يقين من إفضائها إلى مستحِقّها، ويكفي المساكين مؤنة النَّهْبِ والزّحام عليها. وإنّما لم يُعط الجازرَ بأجرته منها. لأنّه ذبحها فعوَضُهُ عليه دون المساكين، ولأنّ دفع جُزء منها عِوَضاً عن الجِزَارة كبيعه، ولا يجوز بيع شيء منها. وإن كان الجازرُ فقيراً، فأعطاه لفقره سوى ما يُعطيه أجْرَهُ جاز، لأنّه مستحِقّ الأخذ منها لفقره، لا لأجره، فجاز، كغيره. ويقسم جلودها، وجلالها كما جاء في الخبر، لأنّه ساقها لله على تلك الصّفة، فلا يأخذ شيئاً ممّا جعله لله.

وقال بعض أصحابنا: لا يلزمه إعطاء جلالها، لأنّه إنّما أهدى الحيوان دون ما عليه.

٢٥٤٣ فصل

والسنّة النحر بمنى. لأنّ النبيّ ﷺ نحرَ بها؟ وحيث نحر من الحرم أجزأه، لقول رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم: «كُلُّ مِنًى مَنْحَرٌ، وَكُلُّ فِجَاجِ مَكَّةَ مَنْحَرٌ وَطَرِيقٌ» رواه أبو داود.

٢٥٤٤ فصـــل

وليس من شرط الهَدْى أن يجمع فيه بين الحِلّ والحَرَم ، ولاأن يقفه بعرفة ، لـكن يُسْتَحَبُّ ذلك . رُوى هـذا عن ابن عبّاس . وبه قال الشافعيّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وكان ابن عمر : لا يرى الهَدْىَ إلا ماعُرِّف به ، ونحوُه عن سعيد بن جُبَير . وقال مالك : أُحِبُّ للقـارن أن يسوق هـديه من حيثُ يُحرِم . فإن ابتاعه من دون ذلك ممّا يلى مكة بعد أن يقفه بعرفة جاز . وقال فى هَدْى المجامع : إن لم يكن ساقه فلْيَشْتَرِه من مكة ثمَّ ليُخرِجْه إلى الحِلّ ، وليسُقْه إلى مكة .

ولنـا : أن المراد من الهدى نحرُه ، ونفع المساكين بلحمه ، بهذا لا يقف على شىء مما ذكروه ، ولم يرد بما قالوه دليل يوجبه ، فبقى على أصله .

٢٥٤٥ « مسألة » قال ﴿ ويحلق أو يُقصِّر ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا نحر هديه ، فإنَّه يحلق رأسـه ، أو يُقصّر منه ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسـلم حلق رأسه . فروَى أنس « أنَّ رسولَ اللهِ صلىالله عليه وسلم رَمَى جَمْرَةَ العَقَبَةِ يَوْمَ النَّحْرِ ، ثمَّ رَجَعَ إِلَى مَنْزِلِهِ بِمِنًى فَدَعَا ، فَذَبَح ، ثمَّ دعاَ بِالحَـلاقِ فأَخَذَ بِشِقِّ رَأْسِـهِ الأَيْمَنِ ، فَحَلَقَهُ ، فَجَعَلَ يَقْسِمُ بَيْنَ يَلِيهِ الشَّعْرَةَ وَالشَّعْرَتَيْنِ ، ثمَّ أَخَذَ بِشِقِّ رَأْسِهِ الأَيْسَرِ فَحَلَقَهُ ، ثم قالَ : « هَهُنَا أَبُو طَلْحَةَ ؟ فَدَفَعَهُ إِلَى أَبِى طَلْحَةَ » رواه أبو داود والسنّة : أن يبدأ بشقّ رأسه الأيمن ، ثمَّ الأيسر لهذا الخبر . ولأنّ النبىّ ﷺ كان يُعجبه التيامُن فى شأنه كلّه . فإن لم يفعل أجزأه ، لانعلم فيه خلافاً . وهو مخيَّر بين الحلق والتقصير ، أيُّهما فعل أجزأه ، فى قول أكثر أهل العلم : قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أن التقصير يُجزىء يعنى فى حق من لم يُوجد منه معنًى يقتضى وجوب الحلق عليه ، إلَّاأنه يُروى عن الحسن أنَّه كان يُوجب الحلق فى أول حَجَّةٍ حَجَّها ، ولايصحّ هـذا . لأن الله تعـالى قال (٤٨ : ٢٨ مُحَلِّقِينَ رُءوسَـكُمْ ومُقَصِّرِينَ) ولم يفرق النبىّ صلى الله عليه وسلم ، قال : « رَحِمَ اللهُ المُحَلِّقِينَ وَالمُقَصِّرِينَ » . وقدكان مع النبى ﷺ من قَصَّر ، فلم يَعِبْ عليه . ولو لم يكن مُجزياً لأنـكر عليه ، والحلقأفضلُ ، لأنَّ النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « رَحِمَ اللهُ الْمُحَلِّقِينَ . قالوا : يارسول الله وَالْمُقَصِّرِينَ ؟ قالَ رَحِمَ اللهُ المُحَلِّقِينَ والمُقَصِّرِينَ » رواه مسلم . ولأنَّ النبى صلى الله عليه وسلم حلق .

واختلف أهل العلم فيمن لبّد ، أو عَقَّصَ [1] ، أو ضَفَّر ، فقال أحمد : من فعل ذلك فليحلق . وهو قول النخعىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق . وكان ابن عبّاس يقول : من لبَّد ، أو ضَفَّر ، أو عَقَدَ ،

(١) عقص : ضفر وفتل .

أو فتّل ، أو عقّص ، فهـو على مانوى . يعنى إن نوى الحلق فليحلق ، وإلّا فلا يلزمه . وقال أصحاب الرأى : هو مخـيَّر على كلّ حال . لأن ماذكرناه يقتضى التخيير على العموم ، ولم يثبُت فى خلاف ذلك دليل . واحتجّ من نصر القول الأول ، بأنّه رُوى عن النبىّ صلى الله عليـه وسلم أنه قال : « مَنْ لَبَّدَ فَلْيَحْلِقْ » . وثبت عن عمر وابنه « أَنَّهُمَا أَمَرَا مَنْ لَبَّدَ رَأْسَهُ أَنْ يَحْلِقَهُ » . وثبت « أنّ النبىّ صلى الله عليـه وسلم لبّد رأسه ، وأنّه حَلَقَهُ » والصحيح : أنه مخيَّر إلاّ أن يثبت الخبر عن النبىّ صلى الله عليـه وسلم . وقول عمر وابنه قد خالفهما فيه ابن عبّاس . وفعلُ النبىّ صلى الله عليه وسلم له لا يدلّ على وجوبه بعد مابيّن لهم جواز الأمرين .

٢٥٤٦ فصـــــل

والحلق والتقصير نُسُك فى الحجّ والعمرة ، فى ظاهر مذهب أحمد ، وقول الخرقىّ ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ . وعن أحمد : أنه ليس بنُسُك ، وإنّما هو إطلاق من محظور كان مُحرّماً عليـه بالإحرام . فأطلق فيه عنـد الحِلّ كاللباس ، والطيب ، وسائر محظورات الإحرام . فعلى هـذه الرواية : لا شىء على تاركه . ويحصل الحِلّ بدونه ، ووجهها : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أمر بالحِلّ من العمرة قبله . فروى أبو موسى قال : «قَدِمْتُ عَلَى رسول الله صلى الله عليه وسلم فَقَالَ لِي : بِمَ أَهْلَلْتَ ؟ قلتُ : لَبَّيْكَ بِإِهْلَالٍ كَإِهْلَالِ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : أَحْسَنْتَ ، فَأَمَرَنِي فَطُفْتُ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ، ثمّ قَالَ لِي : أَحِلَّ » متفق عليه وعن جابر « أنّ النبى صلى الله عليه وسلم لمّا سَعَى بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ قال : مَنْ كَانَ مَعَهُ هَـدْيٌ فَلْيَحِـلَّ وَلْيَجْعَلْهَا عُمْرَةً » رواه مسلم . وعن سُراقة أنّ النبى صلى الله عليه وسلم قَالَ : « إِذَا قَدِمْتُمْ فَمَنْ تَطَوَّفَ بِالْبَيْتِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ فَقَدْ حَلَّ إِلَّا مَنْ كَانَ مَعَهُ هَـدْيٌ » رواه أبو إسحاق الجوزجانىّ فى المترجم . ولأنّ ما كان محرّماً فى الإحرام إذا أُبيح كان إطلاقاً من محظور ، كسائر محرّماته ، والرواية الأولى : أصحّ . فإن النبىّ صلى الله عليـه وسلم أمر به . فرَوى ابنُ عمر أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ هَدْيٌ فَلْيَطُفْ بِالْبَيْتِ ، وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ وَلْيُقَصِّرْ وَلْيَحْلِلْ » . وعن جابر أنّ النبىّ صـلى الله عليه وسلم قال : « أَحِلُّوا إِحْرَامَـكُمْ بِطَوَافٍ بِالْبَيْتِ والمَروةِ وَقَصِّرُوا » وأمره يقتضى الوجوب ، ولأنّ الله تعالى وصفهم به بقوله سبحانه : (مُحَلِّقِينَ رُءُوسَـكُمْ وَمُقَصِّرِينَ ٤٨ : ٢٨) « ولو لم يكن من المناسك لما وصفهم به ، كاللبس ، وقتل الصيد ، ولأنّ النبى صلى الله عليه وسلم ترحّم على المحلّقين ثلاثاً ، وعلى المقصّرين مرّةً . ولو لم يكن من المناسك لمـا دخـله التفضيل كالمباحات . ولأنّ النبىّ صلى الله عليـه وسلم وأصحابه فعلوه فى جميع حَجّهم ، وعُمَرهم ، ولم يُخِلّوا به . ولولم يـكن نُسُكا لمـا داوموا عليه ، بل لم يفعلوه ، لأنّه لم يـكن من عادتهم ،

فيفعلوه عادةً ، ولا فيه فضل فيفعلوه لفضله . وأمَّا أمره بالحِلِّ فإنّما معناه ـ والله أعلم ـ الحِلّ بفعله ، لأنَّ ذلك كان مشهوراً عنـدهم ، فاستغنى عن ذكره ، ولا يمتنع الحِلُّ من العبادة بما كان مُحرَّماً فيها ، كالسلام من الصلاة .

٢٥٤٧ فصــل

ويجوز تأخير الحلق والتقصير إلى آخر أيام النحر . لأنَّه إذا جاز تأخير النحر المقدَّم عليـه ، فتأخيره أولى . فإن أخره عن ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : لا دم عليه . وبه قال عطاء ، وأبو يوسف ، وأبو ثور ، ويشبه مذهب الشافعى . لأنَّ الله تعالى بيَّن أول وقته بقوله (٢ : ١٩٥ وَلَا تَحْلِقُوا رُءوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْىُ مَحِلَّهُ) ولم يتبيَّن آخره . فمتى أتى به أجزأه ، كطواف الزيارة والسعى . ولأنه نُسُك أخَّره إلى وقت جواز فعله ، فأشبه السعى . وعن أحمد : عليه دم بتأخيره . وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنَّه نسك أخّره عن محلّه . ومن ترك نُسُكاً فعليـه دم . ولا فرق فى التأخير بين القليـل والكثير ، والعامد والساهى . وقال مالك ، والثورىّ ، وأبو حنيفـة ، ومحمد بن الحسن : من تركه حتَّى حلَّ فعليـه دم . لأنه نُسُك ، فيأتى به فى إحرام الحجّ كسائر مناسكه ، ولنا ماتقدَّم .

٢٥٤٨ فصــل

والأصلع الذى لا شعر على رأسه يُستحبُّ أن يُمِرَّ الموسى على رأسه . رُوِى ذلك عن ابن عمر ، وبه قال مسروق ، وسعيد بن جُبَير ، والنخَعى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أن الأصلع يُمِرُّ الموسى على رأسه ، وليس ذلك واجباً . وقال أبو حنيفة : يجب . لأنَّ النبىّ صلى الله عليـه وسلم قال : « إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ » فهـذا لوكان ذا شعر وجب عليه إزالته ، وإمرار الموسى على رأسه ، فإذا سقط أحدهما لتعذّره وجب الآخر .

ولنا : أن الحلق محلّه الشعر ، فسقط بعدمه ، كما يسقط وجوب غَسْل العضو فى الوضوء بفقده ، ولأنّه إمرار لو فعله فى الإحرام لم يجب به دم ، فلم يجب عند التحلّل ، كإمراره على الشعر من غير حلق .

٢٥٤٩ فصــل

ويُستحبُّ لمن حلق ، أو قصّر تقليم أظافره والأخذ من شاربه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعله . قال ابن المنذر : ثبت أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم لمّا حلق رأسه قلّم أظفاره . وكان ابن عمر يأخذ من شاربه ، وأظفاره . وكان عطاء ، وطاوس ، والشافعىّ ، يحبّون لو أخذ من لحيته شيئاً . ويُستحبّ إذا حلق أن يبلغ العظم الذى عند مُنْقَطَع الصُّدْغ من الوجه . كان ابن عمر يقول للحالق : « ابْلُغِ

العَظْمَيْنِ ، افصِلِ الرَّأْسَ مِنَ اللَّحْيَةِ » . وكان عطاء يقول : من السنّة إذا حلق رأسه أن يبلغ العظمين .

٢٥٥٠ « مسألة » قال ﴿ ثم قد حلّ له كلّ شيء إلا النساء ﴾ .

وجملة ذلك : أن المُحرِم إذا رمى جمرةَ العقبة ، ثمّ حلق حلّ له كلّ ما كان محظوراً بالإحرام ، إلا النساء . هذا الصحيح من مذهب أحمد رحمه الله . نصّ عليه في رواية جماعة ، فيبقى ما كان مُحرّماً عليه من النساء من الوطء ، والقبلة ، واللمس بشهوة ، وعقد النكاح ، ويَحِلّ له ما سواه . هذا قول ابن الزبير ، وعائشة ، وعلقمة ، وسالم ، وطاوس ، والنخَعِيّ ، وعبد الله بن الحسين ، وخارجة بن زيد ، والشافعيّ ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . ورُوي أيضاً عن ابن عباس . وعن أحمد : أنه يَحِلّ له كلّ شيء إلا الوطء في الفرج . لأنه أغلظُ المحرّمات ، ويُفسد النسُكَ ، بخلاف غيره . وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « يَحِلُّ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ وَالطِّيبَ » . ورُوي ذلك عن ابن عمر ، وعُروة بن الزبير ، وعبّاد بن عبد الله بن الزبير ، لأنه من دواعي الوطء ، فأشبه القُبلة . وعن عُروة « أنه لا يلبس القميص ، ولا العِمامة ، ولا يتطيّب » ورَوى في ذلك عن النبيّ صلى الله عليه وسلم حديثاً .

ولنا : ما روت عائشة : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِذَا رَمَيْتُمْ وَحَلَقْتُمْ فَقَدْ حَلَّ لَكُمُ الطِّيبُ وَالثِّيَابُ ، وَكُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ » رواه سعيد . وفي لفظ : « إِذَا رَمَى أَحَدُكُمْ جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ وَحَلَقَ رَأْسَهُ فَقَدْ حَلَّ لَهُ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ » رواه الأثرم ، وأبو داود . إلا أن أبا داود قال : هو ضعيف . رواه الحجّاج ، عن الزهريّ ، ولم يلقه . والذي أخرجه سعيد ، رواه الحجّاج عن أبي بكر بن محمد ، عن عَمْرَةَ ، عن عائشة ، قالت : « طَيَّبْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم لِحُرْمِهِ حِينَ أَحْرَمَ وَلِحِلِّهِ ، قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ » متفق عليه . وعن سالم ، عن أبيه ، قال : قال عمر بن الخطاب : « إِذَا رَمَيْتُمُ الْجَمْرَةَ ، وَذَبَحْتُمْ ، وَحَلَقْتُمْ ، فَقَدْ حَلَّ لَكُمْ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا الطِّيبَ وَالنِّسَاءَ . فقالت عائشةُ رضي الله عنها : أنا طيّبْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم أَحَقُّ أَنْ تُتَّبَعَ » رواه سعيد . وعن أمّ سلَمَةَ أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم النحر : « إِنَّ هَذَا يَوْمٌ رُخِّصَ لَكُمْ إِذَا رَمَيْتُمْ أَنْ تَحِلُّوا » يعني من كلّ ما حُرِمتم منه إلا النساء » ، رواه أبو داود . وعن عبد الله بن عباس أنه قال : « إِذَا رَمَيْتُمُ الْجَمْرَةَ فَقَدْ حَلَّ لَكُمْ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ فقال له رجل : والطيبُ ؟ قال : أمّا أنا فقد رأيتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يُضَمِّخُ رَأْسَهُ بِالْمِسْكِ ، أفطيبٌ ذَلِكَ أَمْ لاَ ؟ » رواه ابن ماجه . وقال مالك : لا يحلّ له النساء ، ولا الطّيبُ ، ولا قتلُ الصيد . لقول الله تعالى (٥ : ٩٦ لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ) وهذا حرام . وقد ذكرنا ما يردّ هذا القول ، ويمنع أنه محرّم ، وإنما بقي بعض أحكام الإحرام .

٢٥٥١ فصـــل

ظاهر كلام الخِرَقيّ ههنا : أن الحِلّ إنما يحصُل بالرمى ، والحلق معاً وهو إحدى الروايتين عن أحمد . وهو قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إِذَا رَمَيْتُمْ وَحَلَقْتُمْ فَقَدْ حَلَّ لَكُمْ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ » وترتيب الحِلّ عليهما دليل على حصوله بهما . ولأنهما نُسُكان يتعقّبهما الحِلّ . فكان حاصلا بهما ، كالطواف ، والسعى ، فى العمرة . وعن أحمد : إذا رمى الجمرة فقد حلّ . وإذا وطىء بعد جمرة العقبة فعليه دم . ولم يذكر الحلق ، وهذا يدلّ على أن الحِلّ بدون الحلق . وهذا قول عطاء ، ومالك ، وأبى ثور ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى . لقوله فى حديث أمّ سلَمة : « إِذَا رَمَيْتُمُ الجَمْرَةَ فَقَدْ حَلَّ لَكُمْ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ » وكذلك قال ابن عباس . قال بعض أصحابنا : هذا يبنى على الخلاف فى الحلق ، هل هو نُسُك أو لا ؟ فإن قلنا نسك حصل الحل به وإلا فلا .

٢٥٥٢ « مسألة » قال ﴿ والمرأة تقصّر من شعرها مقدار الأنملة ﴾ .

الأنملة : رأس الأصبع من المَفصِل الأعلى . والمشروع للمرأة : التقصيرُ دونَ الحلق ، لاخلاف فى ذلك . قال ابن المنذر : أجمع على هذا أهل العلم ، وذلك لأن الحلق فى حقهنّ مُثلةٌ(١) . وقد روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ حَلْقٌ إِنَّمَا عَلَى النِّسَاءِ التَّقْصِيرُ » رواه أبو داود . وعن علىّ قال : « نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ تَحْلِقَ المَرْأَةُ رَأْسَهَا » رواه الترمذىّ . وكان أحمد يقول : تقصّر من كل قَرْنٍ(٢) قدر الأنملة ، وهو قول ابن عمر ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور . وقال أبو داود : سمعت أحمد سُئِلَ عن المرأة تُقصّر من كلّ رأسها ؟ قال : نعم ، تجمع شعرها إلى مُقدّم رأسها ، ثم تأخذ من أطراف شعرها قدر أنملة . والرجل الذى يقصّر فى ذلك كالمرأة . وقد ذكرنا فى ذلك خلافاً فيما مضى .

٢٥٥٣ « مسألة » قال ﴿ ثم يزور البيت فيطوف به سبعاً . وهو الطواف الواجب الذى به تمام الحجّ ، ثم يصلّى ركعتين ، إن كان مُفرداً أو قارناً ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا رمى ، ونحر ، وحلق ، وأفاض إلى مكة ، طاف طوافَ الزّيارة . لأنّه يأتى من منًى فيزور البيت ، ولا يُقيم بمكة ، بل يرجع إلى منًى ، ويُسَمّى طواف الإفاضة . لأنه يأتى به عند إفاضته من منًى إلى مكة . وهو ركن للحجّ ، لا يتمّ إلاّ به . لا نعلم فيه خلافاً . ولأنّ الله عزّ وجلّ قال (٢٢ : ٢٨ وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ) . قال ابن عبد البرّ : هو من فرائض الحجّ . لا خلاف

---

(١) مثلة : شىء بشع يغير منظرهن ، ويجعلهن أضحوكة بين الناس .
(٢) القرن : الضفيرة .

فى ذلك بين العلماء ، وفيه عند جميعهم قال الله تعالى : (وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ) وعن عائشة قالت : « حَجَجْنَا مَعَ النبيّ صلى الله عليه وسلم فَأَفَضْنَا يَوْمَ النَّحْرِ فَحَاضَتْ صَفِيَّةُ ، فَأَرَادَ النَّبى ﷺ مِنْهَا مايُرِيدُ الرَّجُلُ مِنْ أَهْلِهِ ، فقلت : يَارَسُولَ اللهِ إِنَّهَا حَائِضٌ . قال : أَحَابِسَتُنَا هِيَ ؟ قالوا : يَارَسُولَ اللهِ إِنَّهَا قَدْ أَفَاضَتْ يَوْمَ النَّحْرِ ، قال : اخْرُجُوا » متفق عليه . فدلّ على أن هذا الطواف لابدّ منه ، وأنه حابس لمن لم يأت به . ولأن الحجّ أحد النسكين . فكان الطواف ركناً ، كالعمرة .

٢٥٥٤ فصـــل

ولهذا الطواف وقتان : وقتُ فضيلة ، ووقتُ إجزاء . فأمّا وقت الفضيلة : فيوم النحر ، بعد الرمى ، والنحر ، والحلق ، لقول جابر فى صفة حجّ النبيّ صلى الله عليه وسلم يوم النحر : « فَأَفَاضَ إِلَى الْبَيْتِ فَصَلَّى بِمَكَّةَ الظُّهْرَ » . وفى حديث عائشة الذى ذكرت فيه حيضَ صفيّة قالت : « فَأَفَضْنَا يَوْمَ النَّحْرِ » وقال ابن عمر : « أَفَاضَ النبيّ صلى الله عليه وسلم يوم النَّحْرِ ثُمَّ رَجَعَ فَصَلَّى الظُّهْرَ » متفق عليهما . فإن أخّره إلى الليل فلا بأس . فإنّ ابن عباس ، وعائشة رَوَيا : « أَنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أَخَّرَ طَوَافَ الزِّيَارَةِ إِلَى اللَّيْلِ » رواهما أبو داود ، والترمذىّ ، وقال فى كلّ واحد منهما : حديث حسن .

وأما وقت الجواز فأوله من نصف الليل من ليلة النحر ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : أوله طلوعُ الفجر من يوم النحر . وآخرُه آخرُ أيام النحر ، وهذا مبنىّ على أول وقت الرمى . وقد مضى الكلام فيه . وأما آخرُ وقته : فاحتجّ بأنه نُسُك يُفعل فى الحجّ . فكان آخره محدوداً ، كالوقوف ، والرمى . والصحيح أن آخر وقته غيرُ محدود . فإنّه متى أتى به صحّ بغير خلاف . وإنّما الخلافُ فى وجوب الدم . فيقول : إنّه طاف فيما بعد أيام النحر طوافاً صحيحاً ، فلم يلزمه دم ، كما لو طاف أيّام النحر . فأمّا الوقوف ، والرمى ، فإنّهما لمّا كانا مُوَقَّتَيْنِ كان لهما وقت يفوتان بفواته . وليس كذلك الطواف ، فإنّه متى أتى به صحّ .

٢٥٥٥ فصـــل

وصفة هذا الطواف كصفة طواف القُدوم ، سوى أنّه ينوى به طواف الزيارة ، ويُعَيِّنه بالنيّة . ولا رَمَل فيه . ولا اضْطِباع . قال ابن عباس : « إنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم لَمْ يَرْمُلْ فِى السَّبْعِ الَّذِى أَفَاضَ فِيهِ » والنيّة شرط فى هذا الطواف . وهذا قول إسحاق ، وابن القاسم صاحب مالك ، وابن المنذر . وقال الثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى : يُجزئه وإن لم ينو الفرض الذى عليه .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وإِنَّما لِكُلِّ امْرِىءٍ مانَوَى » ولأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم سمّاه صلاةً ، والصلاةُ لاتصحّ إلا بالنيّات اتفاقاً .

٢٥٥٦ « مسألة » قال ﴿ ثمّ قد حلّ من كلّ شيء ﴾ .

يعنى إذا طاف للزيارة بعد الرمى ، والنحر ، والحلق ، حلّ له كلّ شىء حرّمه الإحرام . وقد ذكرنا أنّه لم يكن بقى عليه من المحظورات سوى النّساء . فهذا الطواف حلّل له النّساء . قال ابن عمر : « لَمْ يَحِلَّ النبيُّ صلى الله عليه وسلم مِنْ شَيْءٍ حَرُمَ مِنْهُ حَتَّى قَضَى حَجَّهُ وَنَحَرَ هَدْيَهُ يَوْمَ النَّحْرِ ، فَأَفَاضَ بِالْبَيْتِ . ثُمَّ حَلَّ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ حَرُمَ » . وعن عائشة مثله ، متفق عليهما . ولا نعلم خلافاً فى حصول الحلّ بطواف الزيارة ، على الترتيب الذى ذكر الخرَقىّ ، وأنّه كان قد سعى مع طواف القدوم . وإن لم يكن سعى لم يحلّ حتّى يسعى .

إن قلنا إن السعى ركن ، وإن قلنا هو سنّة ، فهل يحلّ قبله ؟ على وجهين :

﴿ أحدهما ﴾ يحلّ . لأنّه لم يبق عليه شىء من واجباته .

﴿ والثانى ﴾ لا يحلّ . لأنّه من أفعال الحجّ ، فيأتى به فى إحرام الحجّ ، كالسعى فى العُمْرة . فإنّما خصّ الخرَقىّ ، المفرد والقارن بهذا ، لكونهما سعيا مع طواف القدوم ، والمتمتّع لم يسع .

٢٥٥٧ « مسألة » قال ﴿ وإن كان متمتّعاً فيطوف بالبيت سبعاً ، وبالصفا ، والمروة سبعاً ، كما فعل بالعمرة ، ثم يعود ، فيطوف طوافاً ، ينوى به الزيارة . وهو قول الله عزّ وجلّ : (وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ) .

فأما الطواف الأول الذى ذكره الخرَقىّ هاهنا فهو طواف القدوم . لأنّ المتمتّع لم يأت به قبل ذلك . والطوافُ الذى طافه فى العُمْرة كان طوافَها . ونصّ أحمد على أنه مسنون للمتمتّع فى رواية الأثرم . قال : قلت ، لأبى عبد الله رحمه الله : فإذا رجع — أعنى المتمتع — كم يطوف ، ويسعى ؟ قال : يطوف ، ويسعى لحجّه ، ويطوف طوافاً آخر للزيارة . عاودناه فى هذا غير مرّة فثبت عليه . وكذلك الحكم فى القارن ، والمُفرِد ، إذا لم يكونا أتيا مكّة قبل يوم النحر ، ولا طافا للقدوم ، فإنّهما يبدآن بطواف القدوم قبل طواف الزيارة ، نصّ عليه أحمدُ أيضاً . واحتجّ بما روت عائشة قالت : « فَطَافَ الَّذِينَ أَهَلُّوا بِالْعُمْرَةِ وَبَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ، ثُمَّ حَلُّوا فَطَافُوا طَوَافاً آخَرَ بَعْدَ أَنْ رَجَعُوا مِنْ مِنًى لِحَجِّهِمْ . وَأَمَا الَّذِينَ جَمَعُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ فَإِنَّمَا طَافُوا طَوَافاً وَاحِداً » ، فحمل أحمد قول عائشة على أن طوافهم لحجّهم هو طواف القدوم . ولأنّه قد ثبت أن طواف القدوم مشروع ، فلم يكن يتعيَّن طواف الزيارة مُسقطاً له . كتحيةّ المسجد عند دخوله قبل التلبّس بصلاة الفرض ، ولم أعلم أحداً وافق أبا عبد الله على هذا الطواف الذى ذكره الخرَقىّ . بل المشروع طوافٌ واحد للزيارة ، كمن دخل المسجد ، وقد أُقيمت الصلاة ، فإنّه يكتفى بها عن تحيةّ المسجد . ولأنه لم يُنقل عن النبىّ صلى الله عليه

وسلم ، ولا عن أصحابه الذين تمتّعوا معه فى حَجَّة الوداع ، ولا أمر به النبىّ صلى الله عليه وسلم أحـداً . وحديثُ عائشةَ دليلٌ على هذا . فإنها قالت : « طـافُوا طَوافاً آخَرَ بَعْدَ أَنْ رَجَعُوا مِنْ مِنًى لِحَجِّهِمْ » وهـذا هو طواف الزيارة ولم تذكر طوافاً آخر . ولو كان هـذا الذى ذكرته طواف القـدوم لـكانت قد أخلّت بذكر طواف الزيارة ، الذى هو ركن الحجّ ، لا يتمّ الحجّ إلا به . وذكرت مايُستَغنَى عنه . وعلى كلّ حال فما ذكرت إلا طوافاً واحداً ، فمن أين يُستدلّ به على طوافين ؟ وأيضاً فإنّها لمـا حاضت قرنَتْ الْحَجّ إلى العُمْرةِ بأمر النبىّ صلى الله عليه وسلم ، ولم تـكن طافت للقـدوم ، ولا أمرها به النبىّ صلى الله عليه وسلم . وقد ذكر الخِرَقىّ فى موضع آخر فى المـرأة إذا حاضت فخشيَتْ فواتَ الحجّ : أهلَّت بالحجّ ، وكانت قارنة ، ولم يـكن عليها قضاء طواف القدوم ، ولأنّ طواف القـدوم لو لم يسقُط بالطواف الواجب لشُرِعَ فى حقّ المعتمِر طوافٌ للقدوم ، مع طواف العُمْرة لأنّه أول قدومه إلى البيت . فهو به أولى من المتمتّع الذى يعود إلى البيت بعد رؤيته ، وطوافه به .

وفى الجملة : إن هذا الطواف المختلف فيه ليس بواجب . وإنّما الواجب طواف واحد . وهو طواف الزيارة ، وهو فى حقّ المتمتّع كهُوَ فى حقّ القارن ، والمفرد فى أنّه ركن الحجّ ، لا يتم إلا به ، ولابدّ من تعيينه ، فلو نوى به طواف الوداع ، أو غيره لم يُجزِه .

٢٥٥٨ فصـــــل

والأطْوِفَةُ المشروعة فى الحجّ ثلاثة : طواف الزيارة : وهو ركن الحجّ لا يتمّ إلا به ، بغير خلاف . وطواف القدوم : وهو سُنّة ، لا شىء على تاركه . وطواف الوداع : واجبٌ ينوب عنه الدم إذا تركه . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والثورىّ . وقال مالك : على تارك طواف القـدوم دم . ولا شىء على تارك طواف الوداع . وحُكى عن الشافعىّ كقولنا فى طواف الوداع ، وكقوله فى طواف القـدوم ، ومازاد على هذه الأطوفة فهو نفل . ولايُشرع فى حقّه أكثرُ من سعى واحدٍ ، بغير خلاف علمناه . قال جابر : « لَمْ يَطُفِ النبىُّ صلى الله عليه وسلم ولا أصْحَابُهُ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوةِ إلاَّ طَوَافاً وَاحِداً : طوافَه الأوَّلَ » رواه مسلم . ولا يـكون السعىُ إلاَّ بعد طواف ، فإن سعى مع طواف القدوم لم يسعَ بعده ، وإن لم يسع معه سعى مع طواف الزيارة .

٢٥٥٩ فصـــــل

ويُستحبُّ أن يدخل البيت ، فيكبّر فى نواحيه ، ويصلّيَ ركعتين ، ويدعوَ الله عز وجل . قال ابن عمر : « دَخَلَ النبيّ صلى الله عليه وسلم البيتَ وبلالٌ وَأُسامَةَ بنُ زَيْدٍ ، فقلتُ لبلالٍ : هَلْ صَلَّى فيه رسولُ الله

صلى الله عليه وسلم ؟ قالَ : نَعَمْ . قلتُ : أَيْنَ هُوَ ؟ قالَ : بَيْنَ العَمُودَيْنِ ، تِلْقَاءَ وَجْهِهِ ، وَنَسِيتُ أَنْ أَسْأَلَهُ كَمْ صَلَّى ؟ » قال ابن عباس : « أَخْبَرَنِي أُسَامَةُ أَنَّ النبي ﷺ لَمَّا دَخَلَ البَيْتَ دَعَا فِي نَوَاحِيهِ كُلِّهَا وَلَمْ يُصَلِّ فِيهِ حَتَّى خَرَجَ » متفق عليهما . فقدّم أهل العلم رواية بلال على رواية أسامةَ ، لأنه مُثبِتٌ وأسامة نافٍ ، ولأنّ أسامةَ كان حديث السنّ ، فيجوز أن يكون اشتغل بالنظر إلى ما في الكعبة عن صلاة النبي ﷺ . وإن لم يدخل البيتَ ، فلا بأس ، فإنّ إسماعيل بن أبي خالد قال : قلت لعبد الله بن أبي أوفى : « أَدَخَلَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم البَيْتَ فِي عُمْرَتِهِ ؟ قال لاَ » متفق عليه . وعن عائشة : « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم خرجَ من عندها وهُوَ مَسْرُورٌ ، ثُمَّ رجَعَ وهو كَئِيبٌ ، فقال : إِنِّي دَخَلْتُ الكَعْبَةَ وَلَوْ اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِي مَا اسْتَدْبَرْتُ مَا دخَلْتُهَا ، إِنِّي أَخَافُ أَنْ أَكُونَ قَدْ شَقَقْتُ عَلَى أُمَّتِي » رواه أبو داود .

٢٥٦٠ فصــــل

ويُستحبُّ أن يأتيَ زمزمَ ، فيشربَ من مائه ، لما أحبّ ، ويتضلّع(١) منه . قال جابر في صفة حجّ النبيّ صلى الله عليه وسلم : « ثُمَّ أَتَى بَنِي عَبْدِ المُطَّلِبِ وَهُمْ يَسْقُونَ . فَنَاوَلُوهُ دَلْوًا فَشَرِبَ مِنْهُ » . ورُوى أنّ النبيّ ﷺ قال : « مَاءُ زَمْزَمَ لِمَا شُرِبَ » . وعن محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر قال : « كُنْتُ عِنْدَ ابنِ عباسٍ جَالِسًا فَجَاءَهُ رَجُلٌ فقالَ : مِنْ أَيْنَ جِئْتَ ؟ قالَ : مِنْ زَمْزَمَ . قال : فَشَرِبْتَ مِنْهَا كَمَا يَنْبَغِي ؟ قال : فكَيْفَ ؟ قال : إذا شربت منها ، فاستقبلِ الكعبةَ ، واذكرِ اسمَ الله وتنفّسْ ثلاثاً مِنْ زَمْزَمَ ، وتَضَلَّعْ مِنْهَا ، فإِذَا فَرَغْتَ فاحْمَدِ اللهَ تعالَى ، فإنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : آيَةُ مَابَيْنَنَا وَبَيْنَ الْمُنافِقِينَ أَنَّهُمْ لَا يَتَضَلَّعُونَ مِنْ زَمْزَمَ » روهما ابن ماجه .

ويقول عند الشرب : بِسْمِ اللهِ اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ لَنَا عِلْماً نَافِعاً ، وَرِزْقاً وَاسِعاً ، وَرِيًّا وَشِبَعاً ، وَشِفَاءً مِنْ كُلِّ دَاءٍ ، وَاغْسِلْ بِهِ قَلْبِي وَامْلَأْهُ مِنْ حِكْمَتِكَ .

٢٥٦١ فصــــل

ويُسنّ أن يخطب الإمامُ بمنًى يوم النحر خُطبةً يُعلِّمُ الناس فيها مناسكهم ، من النحر ، والإفاضة ، والرمى . نص عليه أحمد . وهو مذهب الشافعيّ ، وابن المنذر . وذكر بعض أصحابنا : أنه لا يخطب يومئذٍ وهو مذهبُ مالك . لأنها تسنّ في اليوم الذى قبله ، فلم تُسنّ فيه .

(١) يتضلع منه : يرتوى منه جداً حتى يشبع رياً ، وأصل التضلع أن يصل الماء إلى الأضلاع ، والمراد هنا الشبع من الري .

ولنا : ماروى ابن عباس «أنّ النبي ﷺ خطب الناسَ يوم النحر . يعني بمِنًى » أخرجه البخاري .
وعن رافع بن عمر والمزنيّ قال : « رأيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطُبُ الناسَ بمِنًى حينَ ارْتَفعَ الضُّحى عَلَى بَغْلَةٍ شَهْبَاءَ ، وعلى بَعِيرٍ عنه ، والناسُ بيْنَ قَائِمٍ وقَاعِدٍ » . وقال أبو أمامة « سَمِعْتُ خُطْبَةَ النبي ﷺ بمنى يوم النَّحرِ » وقال الهِرْمَاسُ بن زياد الباهِلِيْ : « رَأيْتُ النبيّ صلى الله عليه وسلم يخطب الناس على ناقته العَضْبَاءِ يوم الأضحى بمنًى » وقال عبد الرحمن بن معاذ : « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن بمنًى ، فَفُتِّحَتْ أَسْمَاعُنَا حتَّى كُنَّا نَسْمَعُ وَنَحْنُ فى مَنَازِلِنَا ، فَطَفِقَ يُعَلِّمُهُمْ مَناسِكَهُمْ حتَّى بلَغَ الجِمَارَ » . وروى هذه الأحاديث كلَّها أبو داود ، إلا حديث ابن عباس . ولأنه يوم تـكثر فيه أفعال الحجّ . ويحتاج إلى تعليم الناس أحكام ذلك ، فاحتيج إلى الخطبة من أجله ، كيوم عرفة .

٢٥٦٢ فصـــــل

يوم الحجّ الأكبر يوم النحر ، فإنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال فى خطبته يوم النحر : « هَذَا يَوْمُ الْحَجِّ الأَكْبَرِ » رواه البخاريّ وسُمِّيَ بذلك لـكثرة أفعال الحجّ فيه : من الوقوف بالمشعر ، والدفع منه إلى منًى ، والرميّ والنحر ، والحلق ، وطواف الإفاضة ، والرجوع إلى مِنًى لِيبيت بهـا ، وليس فى غيره مثله وهو مع ذلك يوم عيد ، ويومٌ يَحِـلّ فيه من إحرام الحجّ .

٢٥٦٣ فصـــــل

وفى يوم النحر أربعة أشيـاء : الرمى ، ثم النحر ، ثم الحلق ، ثم الطواف . والسنَّة ترتيبها هـكذا . فإنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم رتّبها كذلك ، وصفة جابر فى حجّ النبيّ صلى الله عليه وسلم . وروى أنس: « أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم رمى ، ثم نحر ، ثم حَلَقَ » رواه أبو داود . فإن أخلّ بترتيبها ناسياً ، أو جاهلاً بالسنّة فيها ، فلا شيء عليه فى قول كثير من أهل العلم . منهم الحسن ، وطـاوس ، ومجاهد ، وسعيد بن جُبَير ، وعطاء ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود ، ومحمد بن جرير الطبريّ . وقال أبو حنيفة : إن قـدّم الحلق على الرمى أو على النحر فعليه دم ، فإن كان قارناً فعليـه دمان . وقال زفر : عليه ثلاثة دِماء . لأنّه لم يوجد التحلّل الأول ، فلزمه الدم . كما لو حلق قبل يوم النحر .

ولنا : مارَوى عبد الله بن عمر قال : « قَالَ رجلٌ يارسول الله ، حَلَقْتُ قَبْلَ أَنْ أَذْبَحَ . قال : اذْبَحْ وَلا حَرَجَ » . فقال آخر : ذَبَحْتُ قَبْلَ أَنْ أَرْمِيَ ؟ قال : « ارْمِ وَلَا حَرَجَ » متفق عليه ، وفى لفظ قال : « فجاء رجل فقال : يارسول الله ، لم أَشْعُر فحلقت قبل أن أذبح ـ وذكر الحديث ـ قال : فما سمعتُه يُسأل يومئذٍ عن أمرٍ مما يُنْسِىء المرء ، أو يجهل من تقـديم بعض الأمور على بعضهـا ، وأشباهها ، إلا قال : افعلوا ولا حَرَج عَلَيْـكُمْ » رواه مسلم . وعن ابن عباس عن النبيّ صلى الله عليـه وسلم : « أنه قِيلَ لَهُ

يَوْم النحر ، وهو بمنًى فى النحر ، والحلق والرمى ، والتقديم ، والتأخير ، فقال : لَا حَرَجَ » متفق عليه . ورواه عبدالرزاق عن مَعْمَر ، عن الزهرىّ ، عن عيسى بن طَلْحَة ، عن عبدالله بن عمر . وفيه « فَحَلَقْتُ قَبْلَ أَنْ أَرْمِيَ » وتابعه على ذلك محمد بن أبى حَفْصَةَ ، عن الزهرىّ ، عن عيسى عن عبد الله بن عمر ، قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ وأتاه رجل ـ فقال : يارسول الله ، إنّى حلقتُ قبل أن أرميَ ؟ قال : ارْمِ ولَا حَرَجَ . قال : وأتاه آخرُ . فقال : إنى أفَضْتُ قبل أن أرميَ ؟ قال : ارْمِ وَلَا حَرَجَ » . وعن ابن عباس : « أنّ رسُول الله صلى الله عليه وسلم ، سُئِل يوم النحر عن رجل حلق قبل أن يرمى ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا حَرَجَ لَا حَرَجَ » رواه الدارقطنىّ كلَّه ، وسنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحقّ أن تتبع . على أنه لا يلزم من سقوط الدم بفقد الشىء فى وقته سقوطُه قبل وقته . فإنّه لو حلق فى العُمرة بعد السعى لا شىء عليه . وإن كان الحَلْق ماحصل قبله . وكذلك فى مسألتنا إذا قلنا : إن الحَلْق يحصُل بالحلق ، فقد حلق قبل التحلّل ولا دم عليه . فأمّا إن فعله عمداً عالماً بمخالفة السنّة فى ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : لادم عليه . وهو قول عطاء ، وإسحاق لإطلاق حديث ابن عباس . وكذلك حديث عبد الله بن عمرو من رواية سُفْيانَ بن عُيَيْنَةَ .

والثـانية : عليـه دم . روى نحو ذلك عن سعيد بن جُبَير ، وجابر بن زيد ، وقَتَادة ، والنَّخَعِىّ . لأنّ الله تعالى قال : (وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ) . ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم رتّب وقال : « خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ » والحديث المطلق قد جاء مُقيّداً . فيُحمل المطلق على المقيّد . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجـل حلق قبل أن يذبح ؟ فقال : إن كان جاهلاً فليس عليـه ، فأمّا التعمّد فلا . لأنّ النبىّ صـلى الله عليـه وسلم « سَأَلَهُ رجلٌ فقـال : لَمْ أَشْعُر » . قيل لأبى عبد الله : سفيان بن عُيَيْنَةَ لا يقول : لم أشعر . فقال : نعم . ولكنّ مالكاً والناس عن الزهرى : لم أشعر . قيل لأبى عبد الله : وهو فى الحديث ، وقال مالك : إن قدّم الحلق على الرمى فعليه دم . وإن قدّمه على النحر أو النحر على الرمى فلا شىء عليه . لأنه بالإجماع ممنوع من حلق شعره قبل التحلّل الأول . ولا يحصُل إلّا برمى الجمرة . فأمّا النحر قبل الرمى فجائز ، لأنّ الهدى قد بلغ مَحِلّه .

ولنا : الحديث : فإنّه لم يفرق بينهما ، فإنّ النبىّ صـلى الله عليه وسلم قيـل له فى الحلق ، والنحر ، والتقديم ، والتأخير ، فقال : « لَاحَرَجَ » ولا نعـلم خلافاً بينهم فى أن مخالفة الترتيب لا تُخْرِجُ هـذه الأفعال عن الإجزاء ، ولايمنع وقوعها موقعها . وإنما اختلفوا فى وجوب الدم على ماذكرنا . والله أعلم .

٢٥٦٤ فصـــل

فإن قدّم الإفاضةَ على الرمى أجزأه طوافُه . وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك : لا تجزئه الإفاضة ، فليرم ، ثم لينحر ، ثم ليُفِضْ .

ولنا : ما روى عطاء : « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال له رجل : أفضتُ قبل أن أرميَ ؟ قال : ارْمِ وَلاَ حَرَجَ » . وعنه أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ قَدَّمَ شَيْئاً قَبْلَ شَيْءٍ فَلاَ حَرَجَ » رواهما سعيد في سننه . ورُوى عن عبد الله بن عمرو ابن العاص : « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أتاه آخرُ . فقال : إنّي أفضتُ إلى البيت قبل أن أرميَ ؟ فقال : ارمِ ولا حَرَجَ . فما سُئل رسولُ الله ﷺ عن شيء قدّمَ أو أخّرَ إلا قال : افعل ولا حَرَجَ » رواه أبو داود ، والنسائيّ ، والترمذيّ . ولأنه أتى بالرمي في وقته . فأجزأه ، كما لو رتّب . ومقتضى كلام أصحابنا : أنّه يحصُل له بالإفاضة قبل الرمي التحلّل الأول ، كمن رمى ، ولم يُفِضْ . فعلى هذا : لو واقع أهله قبل الرمي . فعليه دم ، ولم يفسُد حجّه . وكذلك قال الأوزاعيّ . فإن رجع إلى أهله ولم يرم فعليه دم ، لترك الرمي ، وحَجُّه صحيح . قال ابن عباس : مَنْ نَسِيَ أَوْ تَرَكَ شيئاً من نسكه فليُهْرِقْ لِذَلِكَ دَماً » . وقال عطاء : من نسي من النسُك شيئاً حتى رجع إلى أهله فليُهْرِقْ لذلك دماً .

٢٥٦٥ « مسألة » ﴿ ثم يرجع إلى منًى . ولا يبيتُ بمكة ليالىَ منًى ﴾ .

السنّة لمن أفاض يوم النحر : أن يرجع إلى منًى . لما روى ابن عمر « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أفاضَ يَوْمَ النَّحْرِ ، ثمّ رَجَعَ فَصَلَّى الظُّهْرَ بمِنًى » متفق عليه . وقالت عائشة رضى الله عنها : « أَفَاضَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم مِنْ آخِرِ يَوْمِهِ حِينَ صَلَّى الظُّهْرَ . ثمّ رَجَعَ إِلَى مِنًى ، فَمَكَثَ بِهَا لَيَالِيَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ » رواه أبو داود . وظاهر كلام الخرَقيّ : أنّ المَبيتَ بمنًى لَيَالِيَ مِنًى واجب . وهو إحدى الروايتين عن أحمد . وقال ابن عباس : « لاَ يَبِيتَنَّ أَحَدٌ مِنْ وَرَاءِ الْعَقَبَةِ مِنْ مِنًى لَيْلاً » وهو قول عروة ، وإبراهيم ، ومجاهد ، وعطاء . ورُوى ذلك عن عمر بن الخطّاب رضى الله عنه . وهو قول مالك ، والشافعيّ .

والثانية : ليس بواجب . روى ذلك عن الحسن . وروى عن ابن عباس : « إِذَا رَمَيْتَ الْجَمْرَةَ فَبِتْ ، حَيْثُ شِئْتَ » ولأنه قد حلّ من حجّه . فلم يجب عليه المبيت بموضع مُعيّن ، كليلة الحَصْبة[1] . والرواية الأولى أصحّ . ولأنّ ابن عمر روى : « أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم رَخَّصَ للعبّاس بن عبد المطّلب أن يَبِيتَ بِمَكَّةَ لَيَالِيَ مِنًى مِنْ أَجْلِ سِقَايَتِهِ » متفق عليه . وتخصيص العباس بالرُّخْصَةِ لعُذره دليلٌ على أنه لا رُخْصَةَ لغيره . وعن ابن عباس قال : « لَمْ يُرَخِّصِ النبيُّ صلى الله عليه وسلم لأحدٍ يَبِيتُ بِمَكَّةَ إِلَّا الْعَبَّاسِ مِنْ أَجْلِ سِقَايَتِهِ » رواه ابن ماجه . وروى الأثرم عن ابن عمر قال : « لاَ يَبِيتَنَّ أَحَدٌ مِنَ الْحَاجِّ إِلَّا بِمِنًى . وكان يَبْعَثُ رِجَالاً لاَ يَدَعُونَ أَحَداً يَبِيتُ وَرَاءَ الْعَقَبَةِ » ولأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم فعله نُسُكاً . وقد قال : « خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ » .

---

(١) ليلة الحصبة : هى الليلة التى بعد أيام التشريق .

٢٥٦٦ فصـــــل

فإن ترك المبيت بمنى . فعن أحمد : لا شيء عليه ، وقد أساء ، وهو قول أصحاب الرأى . لأن الشرع لم يردْ فيه بشيء . وعنه : يُطعم شيئاً وخفّفه ، ثم قال : قد قال بعضهم : ليس عليه . وقال إبراهيم : عليه دم ، وضحك ، ثم قال : دم بمرّة . ثم شدّد بمرّة . قلت : ليس إلا أن يُطعم شيئاً ؟ قال : نعم ، شيئاً تمراً أو نحوه . فعلى هذا أىّ شيء تصدّق به أجزأه ولافرق بين ليلة ، وأكثر ، ولا تقدير فيه . وعنه : فى الليالى الثلاث دم . لقول ابن عباس : « مَنْ تَرَكَ مِنْ نُسُكِهِ شَيْئاً أَوْ نَسِيَهُ فَلْيُهْرِقْ دَماً » وفيما دون الثلاث ثلاثُ روايات[1] ، وهو قول الشافعىّ . وهذا لانظير له ، فإننا لانعلم فى ترك شيء من المناسك درهما ، ولا نصف درهم ، فإيجابه بغير نصّ تحكّمٌ لا وجه له ، والله أعلم .

٢٥٦٧ « مسألة » قال ﴿ فإذا كان من الغـد وزالت الشمس رمى الجمرة الأولى بسبع حَصَيات ، يكبّر مع كل حصاة ، ويقف عندها ، ويرمى ، ويدعو ، ثم يرمى الوُسطى بسبع حَصَيات ، ويكبّر أيضاً ، ويدعو ، ثمّ يرمى جمرةَ العقبة بسبع حَصَيات ، ولا يقف عندها ﴾ .

قد ذكرنا أن جملة مايرمى به الحاجّ سبعون حصاةً ، سبعة منها يرميها يوم النحر بعد طلوع الشمس ، وسائرها فى أيام التشريق الثلاثة بعد زوال الشمس ، كلّ يوم إحدى وعشرين حصاةً ، لثلاث جمرات ، يبتدىء بالجمرة الأولى ، وهى أبعدُ الجَمرات من مكة ، وتلى مسجدَ الخَيْفِ ، فيجعلُها عن يساره ، ويستقبلُ القبلة ، ويرميها بسبع حَصَيات رافعاً يديه ، ثمّ يتقدّم إلى الوُسطَى فيجعلُها عن يمينه ، ويستقبلُ القبلة ، ويرميها بسَبْع حصياتٍ ، ويفعـل من الوقوف ، والدعاء كما فعل فى الأولى ، ثم يرمى جمرةَ العقَبة بسبع حصيات ، ويستبطن الوادىَ ، ويستقبلُ القِبْلَةَ ، ولا يقف عندها ، وبهذا قال الشافعىّ . ولا نعلم فى جميع ماذكرنا خلافاً ، إلا أن مالـكاً قال : ليس بموضع لرفع اليـدين . وقد ذكرنا الخـلاف فيـه عند رؤية البيت . وقال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل : أيقوم الرجل عند الجمرتين إذا رمى ؟ قال : أىْ لعمرى شديداً ، ويُطيل القيام أيضاً ، قيل : فإلى أين يتوجَّه فى قيامه ؟ قال : إلى القبلة ، ويرميها فى بطن الوادى .

والأصل فى هذا : ماروت عائشة قالت : « أَفاضَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم مِنْ آخِرِ يَوْمِهِ حِينَ صَلَّى الظُّهْرَ ، ثمّ رَجَع إلى مِنًى ، فَمَكَثَ بِهاَ ليالِيَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ يَرْمِي الْجَمْرَةَ إِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ ، كلّ جَمْرَةٍ بِسَبْعِ حَصَيَاتٍ ، يُكَبِّرُ مَعَ كلّ حَصَاةٍ ، وَيقِفُ عِنْدَ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ ، فيُطِيلُ القِيامَ وَيَتَضَرَّعُ وَيَرْمِي الثَّالِثَةَ ، وَلاَ يَقِفُ عِنْدَهَا » رواه أبو داود . وعن ابن عمر : « أنه كان يرمى الجمرة

---

(١) لم يذكر ابن قدامة هـذه الروايات الثلاث هنـا فى المغنى ، وذكرها فى الشرح الكبير ، قال فى صفحة ٤٨٠ من الشرح الكبير ، وفيما دون الثـلاث ثلاث روايات (إحـداهن) فى كل واحـدة مد ، (والثانية) درهم ، (والثالثة) نصف درهم .

بسبع حصيات ، يكبّر على إثر كل حصاة ، ثم يتقدم ويستهل ، ويقوم قياماً طويلا ، ويرفع يديه ، ثم يرمي الوسطى ، ثم يأخذ بذات الشمال ، فيستهل ، ويقوم مستقبلَ القبلة قياماً طويلاً ، ثم ينصرف ، ويقول : « هكذا رأيتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله » رواه البخاريّ . وروى أبو داود : « أنَّ ابن عمر كان يدعو بدعائه الذى دَعا به بعرَفة ، ويزيد : (وأصلح ، وأتمَّ لنا مناسكنا » . وقال ابن المنذر : كان ابن عمر ، وابن مسعود يقولان عند الرمي : « اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ حَجًّا مَبْرُوراً وَذَنْباً مَغْفُوراً » وكان ابن عمر وابن عباس يرفعان أيديهما إذا رميا الجمرة ، ويطيلان الوقوف . ورُوى عن عبد الرحمن بن زيد قال : « أفضت مع عبد الله فرمى بسبع حصياتٍ يكبّر مع كلّ حصاة : واستبطن الواديَ ، حتى إذا فرغ قال : « اللهمَّ اجعله حَجًّا مبروراً ، وذنباً مغفوراً ، ثم قال : هكذا رأيتُ الذى أُنْزِلَتْ عليه سورةُ البقرة صَنَعَ » رواه الأثرم . وعن عطاء قال : « كانَ ابنُ عمر يقومُ عند الجمرتين مِقدارَ مايقرأ الرجل سورةَ البقرة » رواه الأثرم .

٢٥٦٨ فصــــل

ولا يرمى فى أيام التشريق إلا بعد الزوال . فإن رمى قبل الزوال أعاد ، نصّ عليه . ورُوى ذلك عن ابن عمر . وبه قال مالك ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن الحسن ، وعطاء ، إلا أن إسحاق ، وأصحاب الرأى رخصوا فى الرمى يوم النفر قبل الزوال ، ولا ينفِرُ إلاّ بعد الزوال . وعن أحمد مثلُه . ورخّص عِكرمة فى ذلك أيضاً . وقال طاوس : يرمى قبل الزوال ، وينفِرُ قبلَه .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم إنما رمى بعد الزوال ، لقول عائشة : « يَرْمِي الْجَمْرَةَ إِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ » . وقولُ جابر فى صفة حجّ النبيّ ﷺ : « رَأَيْتُ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَرْمِي الْجَمْرَةَ ضُحَى يَوْمِ النَّحْرِ ، ورَمَى بَعْدَ ذَلِكَ بَعْدَ زَوَالِ الشَّمْسِ » . وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم : « خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ » . وقال ابن عمر : « كُنَّا نَتَحَيَّنُ إِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ رَمَيْنَا » . وأيّ وقت رمى بعد الزوال أجزأه ، إلا أن المستحَبَّ المبادرة إليها حين الزوال ، كما قال ابن عمر . وقال ابن عباس : « إنَّ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم كان يَرْمِي الْجِمَارَ إِذَا زَالَتِ الشَّمْسُ قَدْرَ مَا إِذَا فَرَغَ مِنْ رَمْيِهِ صَلَّى الظُّهْرَ » رواه ابن ماجه .

٢٥٦٩ فصــــل

والترتيب فى هذه الجمَراتِ واجبٌ على ماذكرنا . فإن نكّسَ فبدأ بجمرة العقبة ، ثم الثانية ، ثم الأولى . أو بدأ بالوُسْطَى ورمى الثلاث ، لم يُجزِه إلا الأولى ، وأعاد الوسطَى ، والقُصْوى . نص عليه أحمد . وإن رمى القُصوى ثم الأولى ، ثم الوسطى ، أعاد القُصوى وحدها . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ

وقال الحسن ، وعطاء : لايجب الترتيب ، وهو قول أبي حنيفة . فإنه قال : إذا رمى مُنَكَّساً يُعيد ، فإن لم يفعل أجزأه . واحتج بعضهم بما رُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ قَدَّمَ نُسُكاً بَيْنَ يَدَيْ نُسُكٍ فَلَا حَرَجَ » . ولأنها مناسكُ مُتكررة في أمكنة متفرقة في وقتٍ واحد ليس بعضُها تابعاً لبعض ، فلم يُشترط الترتيب فيها ، كالرمى والذبح .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم رتّبها في الرمى ، وقال : « خُذُوا عَنِّى مَنَاسِكَكُمْ » . ولأنه نُسُكٌ مُتكرر فاشترط الترتيب فيه كالسعى . وحديثهم إنما جاء فيمن يقدِّم نُسُكاً على نُسُكٍ ، لافى تقديم بعض النسك على بعض ، وقياسُهم يبطلُ بالطواف ، والسعى .

٢٥٧٠ فصــــل

وإن ترك الوقوف عندها ، والدعاء ترك السنّة . ولا شيء عليه . وبذلك قال الشافعيّ ، وأبو حنيفة وإسحاق ، وأبو ثور . ولانعلم فيه مخالفاً ، إلا الثوريّ قال : يُطعم شيئاً ، وإن أراق دماً أحبُّ إليّ . لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله ، فيكون نُسُكاً .

ولنا : أنه دعاء وقوف مشروع له . فلم يجب بتركه شيء ، كحالة رؤية البيت ، وكسائر الأدعية ، ولأنها إحدى الجَمَرات . فلم يجب الوقوف عندها ، والدعاء ، كالأولى . والنبيّ صلى الله عليه وسلم يفعل الواجبات ، والمندوبات ، وقد ذكرنا الدليل على أن هذا ندب .

٢٥٧١ فصــــل

والأولى أن لاينقُص في الرمى عن سبع حصياتٍ . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم رمى بسبع حصياتٍ فإن نقص حصاةً ، أو حصاتين ، فلابأس . ولا ينقُص أكثر من ذلك . نصّ عليه ، وهو قول مجاهد ، وإسحاق . وعنه : إن رمى بستٍ ناسياً فلا شيء عليه ، ولا ينبغى أن يتعمّده . فإن تعمد ذلك تصدّق بشيء وكان ابن عمر يقول : « مَا أُبَالِي رَمَيْتُ بِسِتٍ أَوْ سَبْعٍ » . وقال ابن عباس : « ماأَدْرِى رَمَاهَا النبي صلى الله عليه وسلم بستٍ أَوْ سَبْعٍ » . وعن أحمد : أن عددالسبع شرط ، ونسبه إلى مذهب الشافعيّ وأصحاب الرأى . لأن النبي ﷺ رمى بسبع . وقال أبو حَيَّة : « لَا بَأْسَ بِمَا رَمَى بِهِ الرَّجُلَ مِنَ الحَصى ، فقال عبد الله بن عمرو : صَدَقَ أبو حَيَّةَ » وكان أبو حيَّةَ بدريًّا .

ووجه الرواية الأولى : ماروى ابن أبي نَجِيح قال : سُئِلَ طاوسُ عن رجل ترك حصاةً ؟ قال : يتصدَّق بتمرة ، أولُقمة . فذكرتُ ذلك لمجاهد . فقال : إن أبا عبدالرحمن لم يسمع قول سعد . قال سعد : « رَجَعْنَا مِنَ الحَجَّةِ مَعَ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، بعضُنَا يقولُ : رَمَيْتُ بِسِتٍ ، وَبَعْضُنَا يقولُ : بِسَبْعٍ ، فَلَمْ يَعِبْ ذَلِكَ بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ » رواه الأثرم ، وغيره . ومتى أخلّ بحصاة واجبة من الأولى ، لم

يصح رمى الثانية ، حتى يُكمّل الأولى . فإن لم يدر من أى الجمار تركها بنى على اليقين . وإن أخلّ بحصاة غيرِ واجبة لم يؤثّر تركها .

٢٥٧٢ « مسألة » قال ﴿ ويفعل فى اليوم الثانى كما يفعل بالأمس . فإن أحبّ أن يتعجّل فى يومين خرج قبل غروب الشمس ، فإن غربت الشمس وهو بها . لم يخرج حتى يرمى من غد بعد الزوال ، كما رمى بالأمس ﴾ .

وجملته : أن الرمى فى اليوم الثانى كالرمى فى اليوم الأول ، فى وقته ، وصفته ، وهيئته . ولا نعلم فيه خلافاً . فإن أحبّ التعجّل فى يومين خرج قبل الغروب . وأجمع أهل العلم على أن من أراد الخروج من مِنًى شاخصاً عن الحرم غير مُقيمٍ بمكّة أن ينفِر بعد الزوال فى اليوم الثانى من أيّام التشريق . فإن أحبّ الإقامة بمكة فقال أحمد : لا يُعجبنى لمن ينفِرُ النفرَ الأولَ أن يُقيم بمكة . وكان مالك يقول فى أهل مكة : من كان له عذر فله أن يتعجّل فى يومين . فإن أراد التخفيف عن نفسه من أمر الحجّ فلا . ويحتج من ذهب إلى هذا بقول عمر رضى الله عنه : « مَنْ شَاءَ مِنَ النَّاسِ كُلِّهِمْ أَنْ يَنْفِرَ فى النَّفْرِ الْأَوَّلِ إِلاَّ آلَ خُزَيْمَةَ فَلاَ يَنْفِرُونَ إِلاَّ فِى النَّفْرِ الآخِرِ » ، جعل أحمد وإسحاق معنى قول عمر : « إلاَّ آلَ خُزَيْمَةَ » أى أنهم أهلُ حرم مكة .

والمذهب : جواز النفير فى النفر الأول لِكلّ أحد . وهو قول عامة العلماء ، لقول الله تعالى (٢ : ٢٠٣ فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ ، وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَى) . قال عطاء : هى للناس عامّة . وروى أبو داود ، وابن ماجه ، عن عبد الرحمن بن يعمر : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أَيَّامُ مِنًى ثَلاَثَةٌ ، فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ . وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ » . قال ابن عيينة : هذا أجود حديث رواه سفيان . وقال وكيع : هذا الحديث أمّ المناسك . وفيه زيادة أنا اختصرته . ولأنه دفع من مكان ، فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم ، كالدفع من عرفة ، ومن مزدلفة . وكلام أحمد فى هذا أراد به الاستحباب ، موافقة لقول عمر لا غيرُ . فمن أحبّ التعجيل فى النفرِ الأول خرج قبل غروب الشمس ، فإن غربت قبل خروجه من منًى لم ينفِرْ ، سواء كان ارتحل ، أو كان مقيماً فى منزله لم يَجُز له الخروج . هذا قول عمر ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وأبان بن عثمان ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : له أن ينفِر ما لم يطلُع فجر اليوم الثالث ، لأنه لم يدخُل اليومُ الآخَرُ ، فجاز له النفرُ كما قبل الغروب .

ولنا قوله تعالى : (فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ) واليوم اسم للنهار . فمن أدركه الليل فما تعجّل فى يومين . قال ابن المنذر : وثبت عن عمر أنه قال : « مَنْ أَدْرَكَهُ الْمَسَاءُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي فَلْيُقِمْ إِلَى الْغَدِ حَتَّى يَنْفِرَ مَعَ النَّاسِ » ، وما قاسوا عليه لا يُشبه ما نحن فيه . فإنه تعجّل فى اليومين .

٢٥٧٣ فصـــــل

إذا أخَّر رمى يوم إلى مابعده ، أو أخَّر الرمى كله إلى آخر أيام التشريق ترك السنَّة ، ولاشىء عليه . إلا أنه يقدِّم بالنية رمى اليوم الأول ، ثم الثـانى ، ثم الثالث . وبذلك قال الشافعىّ ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : إن ترك حصاةً ، أو حصاتين ، أو ثلاثاً إلى الغـد رماها ، وعليه كلّ حصاةٍ نصفُ صاع . وإن ترك أربعاً رماها وعليه دم .

ولنا أن أيام التشريق وقتٌ للرمى . فإذا أخّره من أول وقته إلى آخره لم يلزمه شىء ، كما لو أخَّر الوقوف بعرفة إلى آخر وقتـه . ولأنه وقت يجوز الرمى فيـه ، فجاز لغيرهم كاليوم الأول . قال القاضى : ولا يكون رميه فى اليوم الثانى قضاء . لأنه وقت واحد . وإن كان قضاء فالمراد به الفعل ، كقوله : (٢٢ : ٢٩ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ) وقولهم : قضيتُ الدين ، والحكم فى رمى جمـرة العقبة إذا أخَّرها : كالحكم فى رمى أيام التشريق فى أنها إذا لم تُرْمَ يوم النحر رُمِيَتْ من الغد . وإنما قلنا : يلزمه الترتيب بنيَّة . لأنها عبـادات يجب الترتيب فيهـا ، مـع فعلهـا فى أيَّامهـا . فوجب ترتيبهـا مجموعـةً ، كالصلاتين المجموعتين والفوائت .

٢٥٧٤ « مسألة » قال ﴿ ويستحبُّ أن لا يدع الصلاة فى مسجد مِنًى مع الإمام ﴾ .

يعنى مسجد الخَيْفِ . فإن النبى صـلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا يُصلُّون بمنًى . قال ابن مسعود : « صَلَّيْتُ مَعَ النبىّ صـلى الله عليه وسلم بِمِـنًى رَكْعَتَيْنِ ، وَمَعَ أَبِى بَـكْر ، وعمر ، وعثمان ، ركعتين صَدْرًا مِنْ إِمَارَتِهِ » وهذا إذا كان الإمام مَرْضِيًّا . فإن لم يكن مَرْضِيًّا صلّى المرء برُفقته فى رَحْلِهِ .

٢٥٧٥ فصـــــل

ويُستَحَبُّ أن يخطب الإمام فى اليوم الثانى من أيام التشريق خطبةً يُعلِّم الناس فيها حكم التعجيل ، والتأخـير ، وتوديعهم . وبهـذا قال الشـافعىّ ، وابن المنـذر . وقال أبو حنيفة : لا يُستحبُّ ، قياسـاً على اليومين الآخرين .

ولنا : ما رُوِى عن رجلين من بنى بكر قالا : « رَأَيْنَا رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يخطُبُ بَيْنَ أَوْسَاطِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ وَنَحْنُ عِنْدَ رَاحِلَتِهِ » رواه أبو داود . وعن سَرّاء بنت نبهان قالت : « خَطَبَنَا رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم يَوْمَ الرُّءوسِ فقال : أَىُّ يَوْمٍ هَـذَا ؟ قلتُ : اللهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ . قال : أَلَيْسَ أَوْسَطَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ ؟ » روى الدارقطنىّ بإسناده عن عبد العزيز بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خَطَبَ أَوْسَاطَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ . يعنى يوم النفْرِ الأوَّلِ » ولأن بالناس حاجةً إلى أن يُعلِّمهم : كيف يتعجّلون ، وكيف يُودِّعون ؟ بخلاف اليوم الأول .

٢٥٧٦ « مسـألة » قال ﴿ ويكبّر فى دُبُرِ كلِّ صلاة ، من صلاة الظهر يومَ النحر ، إلى آخر أيام التشريق ﴾ .

إنما خص المحرم بالتكبير من يوم النحر ظهراً ، لأنه قبل ذلك مشغول بالتلبية ، فلا يقطعها إلا عند رمى جمرة العقبة ، كما بيناه فيما قبلُ . وليس بعدها صلاة قبل الظهر ، فيكبّر حينئذٍ بعدها ، كالمُحِلّ . ويستوى هو والحلالُ فى آخر مدة التكبير . وصفة التكبير : ماذكرنا فى صلاة العيد . وهو أن يقول : « اللهُ أكبرُ ، الله أكبر ، لا إله إلا الله ، والله أكبر ، ولله الحمد » .

٢٥٧٧ فصـــل

قال بعض أصحابنا : يستحبُّ لمن نفر أن يأتى المُحَصَّبَ ، وهو الأبطح . وحَدُّه مابين الجبلين إلى المقبرة — فيصلِّى به الظهر ، والعصر ، والمغرب ، والعشاء ، ثم يضطجع يسيراً ، ثم يدخل مكة . وكان ابن عمر يرى التحصيب سنةً . قال ابن عمر : « يُصَلِّى بالمُحَصَّبِ الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ وَالْمَغْرِبَ وَالعِشَاءَ » وكان كثير الاتباع لرسول الله صلى الله عليه وسلم . وكان طاوس : يُحَصِّبُ فى شِعْبِ الْخُور . وكان سعيد ابن جبير يفعله ، ثم تركه . وكان ابن عباس ، وعائشة لايريان ذلك سنةً . قال ابن عباس : « التحصيبُ ليس بشىء ، إنما هو منزلٌ نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم » . وعن عائشة : « أن نزولَ الأبطح ليس بسنَّة . إنما نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكون أسْمَح لخروجِه إذا خَرَجَ » متفق عليهما . ومن استحبَّ ذلك فلاتبّاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنّه كان ينزلُه . قال نافع : « كَانَ ابنُ عُمَر يُصَلِّى بهـا الظُّهْرَ والعَصْرَ وَالمَغْرِبَ والعِشَاءَ ، ويَهْجَعُ هَجْعَةً ، ويذكُر ذَلِكَ عَنْ رسول الله صلى الله عليه وسلم » متفق عليه . وقال ابن عمر : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبو بكر ، وعثمان ، ينزلون الأبطح » . قال الترمذىّ : هذا حديث حسن غريب . ولا خلاف فى أنه ليس بواجب ولا شىء على تاركه .

٢٥٧٨ « مسألة » قال ﴿ فإذا أتى مكة لم يخرج حتى يُوَدّع البيت ، يطوف به سبعاً . ويصلِّى ركعتين إذا فرغ من جميع أموره ، حتى يكون آخرُ عهده بالبيت ﴾ .

وجملة ذلك : أن من أتى مكة لايخلو : إما أن يريد الإقامة بها ، أو الخروجَ منها ، فإن أقام بها فلا وداع عليه ، لأن الوداع من المُفارق ، لامن الملازم ، سواء نوى الإقامة قبل النفرِ أو بعده ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : إن نوى الإقامة بعد أن حلّ له النفر لم يسقُط عنه الطوافُ . ولا يصحّ . لأنه غير مُفارق ، فلا يلزمه وداع ، كمن نواها قبل حِلّ النفرِ . وإنما قال النبى ﷺ : « لاَ يَنْفِرَنَّ أَحَدٌ حَتَّى يَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ » ، وهذا ليس بنافر . فأما الخارج من مكة فليس له أن يخرج

حتى يُوَدّع البيت بطوافِ سَبْعٍ . وهو واجب ، من تركه لزمـه دمٌ . وبذلك قال الحسن ، والحكم ، وحمّاد ، والثوريّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الشافعيّ في قول له : لايجبُ بتركه شيء ، لأنّه يسقُط عن الحائض ، فلم يكن واجباً ، كطواف القدوم . ولأنّه كتحية البيت ، أشبه طواف القدوم .

ولنا : ماروى ابن عباس قال : « أُمِرَ النـَّاسُ أَنْ يَـكُونَ آخِرُ عَهْدِهِمْ بِالْبَيْتِ ، إلاَّ أَنَّهُ خُفِّفَ عَنِ الْمَرْأَةِ الحَائِضِ » متفق عليه . ولمسلم قال : « كانَ النَّاسُ يَنْصرِفُونَ كُلَّ وَجْهٍ . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَيَنْفِرَنَّ أَحَدٌ حَتَّى يَـكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ » وليس في سقوطه عن المعذور مايجوِّز سقوطَه لغيره ، كالصلاة تسقُط عن الحائض ، وتجبُ على غيرها ، بل تخصيصُ الحائض بإسقاطه عنها دليلٌ على وجوبه على غيرها ، إذ لو كان ساقطاً عن الكلّ لم يكن لتخصيصها بذلك معنًى .

وإذا ثبت وجوبه ، فإنه ليس بركن بغير خلاف . ولذلك سقط عن الحائض ، ولم يسقُط طوافُ الزيارة . ويسمى طواف الوداع . لأنّه لتوديع البيت . وطواف الصدر ، لأنه عند صدور الناس من مكة .

ووقته : بعد فراغ المرء من جميع أموره ، ليكونَ آخرُ عهده بالبيت على ماجرت به العادة في توديع المسافر إخوانه وأهله . ولذلك قال النبي ﷺ : « حَتَّى يَـكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ » .

٢٥٧٩ فصل

ومن كان منزله في الحَرم فهو كالمكيّ لا وَداعَ عليه ، ومن كان منزله خارج الحرم قريباً منه فظاهر كلام الخِرَقِيّ : أنه لا يخرج حتى يودّع البيت . وهذا قول أبي ثور . وقياس قول مالك . ذكره ابن القاسم . وقال أصحابُ الرأي : في أهل بستان ابن عامر ، وأهل المواقيت : إنهم بمنزلة أهل مكة في طواف الوداع . لأنهم معدودون من حاضري المسجد الحرام ، بدليل سقوط دم المتعة عنهم .

ولنا : عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَنْفِرَنَّ أَحَدٌ حَتَّى يَـكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ » . ولأنّه خارج من مكة ، فلزمه التوديع كالبعيد .

٢٥٨٠ فصل

فإن أخّر طواف الزيارة فطافه عند الخروج . ففيه روايتان :

(إحداهما) يُجزئه عن طواف الوداع . لأنه أُمِرَ أن يكون آخر عهده بالبيت . وقد فعل ، ولأن ماشرع لتحية المسجد أجزأ عنه الواجب من جنسه ، كتحيّة المسجد بركعتين تجزىء عنهما المكتوبة .

وعنه لا يجزئه عن طواف الوداع . لأنهما عبادتان واجبتان ، فلم تُجزِ إحداهما عن الأخرى ، كالصلاتين الواجبتين .

٢٥٨١ « مسألة » قال ﴿ فإن ودَّع ، واشتغل في تجارة عاد فودَّع ﴾ .

قد ذكرنا أن طواف الوداع إنما يكون عند خروجه ليكون آخرُ عهده بالبيت . فإن طاف للوداع ، ثم اشتغل بتجارة ، أو إقامة ، فعليه إعادته . وبهذا قال عطاء ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأى : إذا طاف للوداع ، أو طاف تطوعاً ، بعد ماحلّ له النفر ، أجزأه عن طواف الوداع ، وإن أقام شهراً ، أو أكثر ، لأنه طاف بعد ماحلّ له النفر . فلم يلزمه إعادته ، كما لو نفر عقيبه .

ولنا : قوله عليه السلام : « لَا يَنْفِرَنَّ أَحَدٌ حَتَّى يَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ » . ولأنه إذا أقام بعده خرج عن أن يكون وَداعاً فى العادة فلم يُجزه ، كما لو طافه قبل حِلّ النفر . فأمّا إن قضى حاجةً فى طريقه ، أو اشترى زاداً ، أو شيئاً لنفسه فى طريقه لم يَعُدْه . لأن ذلك ليس بإقامة تُخرِجُ طوافه عن أن يكون آخرَ عهده بالبيت وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم مخالفاً لهما .

٢٥٨٢ « مسألة » قال ﴿ فإن خرج قبل الوداع رجع إن كان بالقرب ، وإن بعُد بعث بدم ﴾ .

هذا قول عطاء ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور . والقريب : هو الذى بينه وبين مكة دون مسافة القصر . والبعيد : من بلغ مسافة القصر . نص عليه أحمد ، وهو قول الشافعىّ . وكان عطاء يرى الطائف قريباً وقال الثورىّ : حدّ ذلك الحرم . فمن كان فى الحرم فهو قريب . ومن خرج منه فهو بعيد .

ووجه القول الأول : أنّ مَنْ دون مسافة القصر فى حكم الحاضر ، فى أنه لا يقصُر ، ولا يفطِر . ولذلك عددناه من حاضرى المسجد الحرام . وقد رُوى أن عمر « رَدَّ رَجُلاً مِنْ مَرَّ[1] إِلَى مَكَّةَ لِيَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ » رواه سعيد . وإن لم يُمكنه الرجوع لعُذر ، فهو كالبعيد . ولو لم يرجع القريب الذى يمكنه الرجوع لم يكن عليه أكثر من دم . ولا فرق بين تركه عمداً ، أو خطأً لعُذر أو غيره ، لأنه من واجبات الحج ، فاستوى عمده ، وخطؤه والمعذور وغيره كسائر واجباته ، فإن رجع البعيد فطاف للوداع . فقال القاضى : لايسقُط عنه الدم . لأنّه قد استقرّ عليه الدم ببلوغه مسافة القصر ، فلم تسقُط برجوعه ، كمن تجاوز الميقات غيرَ مُحرم ، فأحرم دونه ، ثم رجع إليه . وإن رجع القريب فطاف ، فلا دم عليه ، سواء كان ممن له عذر يُسقط عنه الرجوع أو لا ، لأن الدم لم يستقر عليه ، لكونه فى حكم الحاضر . ويحتمل سقوط الدم عن البعيد برجوعه . لأنه واجب أتى به ، فلم يجب عليه بدله كالقريب .

٢٥٨٣ فصـــل

إذا رجع البعيد فينبغى أن لايجوز له تجاوز الميقات إن كان جاوزه ، إلا مُحرماً ، لأنه ليس من أهل

(١) مر : هو بطن مر ، ويقال مر الظهران ، وهو موضع على مرحلة من مكة .

الأعذار . فيلزمه طوافٌ لإحرامه بالعمرة ، والسعي ، وطواف لوداعه . وفي سقوط الدم عنه ماذكرنا من الخلاف . وإن كان دون الميقات أحرم من موضعه . فأما إن رجع القريب ، فظاهر قول من ذكرنا قوله : أنه لا يلزمه إحرام ، لأنه رجع لإتمام نُسك مأمور به . فأشبه من رجع لطواف الزيارة . فإن ودّع وخرج ثم دخل مكة لحاجة ، فقال أحمد : أحبُّ إليّ ألا يدخل مُحرماً ، وأحبُّ إليّ إذا خرج أن يودّع البيت بالطواف ، وهذا لأنه لم يدخل لإتمام النسُك ، إنما دخل لحاجة غير متكررة ، فأشبه من يدخلها للاقامة بها .

٢٥٨٤ « مسألة » قال ﴿ والمرأة إذا حاضت قبل أن تودّع خرجت ، ولاوداع عليها ولا فدية ﴾ .

هذا قول عامّة فقهاء الأمصار . وقد رُوي عن عمر وابنه : « أَنَّهُمَا أَمَرَا الْحَائِضَ بِالْمُقَامِ لِطَوَافِ الْوَدَاعِ » . وكان زيدُ بن ثابت يقول به ، ثم رجع عنه . فروى مسلم أن زيد بن ثابت خالف ابن عباس في هذا ، قال طاوس : « كُنْتُ مَعَ ابْنِ عَبَّاسٍ إِذْ قَالَ : زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يُفْتِي : أَنْ لاَ تَصْدُرَ الْحَائِضُ قَبْلَ أَنْ يَكُونَ آخِرُ عَهْدِها بِالْبَيْتِ ، فقال له ابنُ عباس : إِمَّا لاَ تَسْأَلُ فلاَنَةَ الأَنْصَارِيَّةَ ، هَلْ أَمَرَهَا رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم بِذَلِكَ ؟ قال : فرجع زيدٌ إلى ابن عباس يضحكُ ، وهو يقول : ماأُرَاكَ إِلاَّ قَدْ صَدَقْتَ » . ورُوي عن ابن عمر : أنَّه رجع إلى قول الجماعة أيضاً . وقد ثبت التخفيف عن الحائض بحديث صفية حين قالوا : « يا رسولَ اللهِ إِنَّهَا حَائِضٌ . فقال : أَحَابِسَتُنَا هِيَ ؟ قالوا : يا رسول الله ، إنها قد أفاضت يَوْمَ النَّحْرِ . قال فَلْتَنْفِرْ إِذاً » ولا أمرها بفدية ، ولا غيرها . وفي حديث ابن عباس : « إلاَّ أنّه خُفِّفَ عَنِ الْمَرْأَةِ الْحَائِضِ » . والحكم في النُّفساء ، كالحكم في الحائض . لأنَّ أحكام النِّفاس أحكام الحيض فيما يُوجِبُ ويُسقِط .

٢٥٨٥ فصـــل

وإذا نفرت الحائض بغير وداع . فطهُرت قبل مُفارقة البنيان . رجعت فاغتسلت ، وودَّعت . لأنها في حكم الإقامة ، بدليل أنها لاتستبيح الرخص . فإن لم يمكنها الإقامة ، فمضت ، أومضت لغير عذر فعليها دم ، وإن فارقت البنيان لم يجب الرجوع ، إذا كانت قريبةً كالخارج من غير عذر .

قلنا : هناك تركواجباً ، فلم يسقط بخروجه حتى يصير إلى مسافة القصر . لأنه يكون إنشاء سفر طويل غير الأول ، وهاهنا لم يكن واجباً . ولا يثبت وجوبه ابتداءً إلاّ في حق من كان مُقيما .

٢٥٨٦ فصـــل

ويُستحبُّ أن يقف المودّع في الملتزَم . وهو مابين الركن ، والباب ، فيلتزمه ، يُلصِق به صدره ، ووجهه ، ويدعو الله عز وجل . لما روى أبو داود عن عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جده ، قال :

« طُفْتُ مَعَ عَبْدِ اللهِ . فَلَمَّا جاءَ دُبُرَ الـكَعْبَةِ ، قُلْتُ : أَلاَ تَتَعَوَّذُ ؟ قالَ : نَعُوذُ باللهِ مِنَ النَّـار . ثمَّ مضى حتى استلم الحَجَر . فقام بين الركن والباب ، فوضع صدره ، ووجهه ، وذراعيه ، وكفَّيه هكذا ـ وبسطها بَسْطاً ـ وقال : هـكذا رأيتُ رسولَ الله ﷺ يَفْعَلُه » . وعن عبد الرحمن بن صفوانَ قال : « لَمَّا فَتَحَ رسولُ اللهِ صلى الله عليـه وسلم مَـكَّةَ انْطَلَقْتُ فَرَأَيْتُ رسولَ اللهِ صلى الله عليـه وسلم قَدْ خَرَجَ مِنَ الـكَعْبَةِ هُوَ وَأَصْحَـابُهُ قَدِ اسْتَلَمُوا الرُّكْنَ مِنَ الْبـَابِ إلى الحَطِيمِ ، وَوَضَعُوا خُدُودَهُمْ عَلَى الْبَيْتِ ، ورسولُ اللهِ صلى الله عليـه وسلم وَسْطَهُمْ » رواه أبو داود . وقال منصور : سألتُ مجاهداً إذا أردتُ الوداع كيف أصنعُ ؟ قال : تطوفُ بالبيت سبعاً . وتصلِّي ركعتين خلفَ المَقـام ، ثم تأتي زمزم ، فتشربُ من مائهـا . ثم تأتي الملتزَمَ مابين الحَجَرِ والباب ، فتستلمُه ، ثم تدعو ، ثم تسأل حاجتَك ، ثم تستلِم الحَجَر ، وتنصرفُ ، قال بعض أصحابنـا : ويقول في دعائه : « اللهمَّ هَذَا بَيْتُكَ وَأَنَا عَبْدُكَ وَابنُ عَبْدِكَ حَمَلْتَنِي عَلَى مَاسَخَّرْتَ لِي مِنْ خَلْقِكَ وَسَيَّرْتَنِي في بِلَادِكَ حَتَّى بَلَّغْتَنِي بِنِعْمَتِكَ إِلَى بَيْتِكَ وَأَعَنْتَنِي عَلَى أَدَاءِ نُسُـكِي ، فَإِنْ كُنْتَ رَضِيتَ عَنِّي فَازْدَدْ عَنِّي رِضاً ، وَإِلاَّ فَمِنَ الآنَ قَبْلَ أَنْ تَنْأَى عَنْ بَيْتِكَ دَارِي ، فَهَذَا أَوَانُ انصِرَافِي إِنْ أَذِنْتَ لِي غَـيْرَ مُسْتَبْدِلٍ بِكَ ، وَلاَ بِبَيْتِكَ ، وَلاَ رَاغِبٍ عَنْكَ ، وَلاَ عَنْ بَيْتِكَ . اللهمَّ فَأَصْحِبْنِي الْعَافِيَةَ فِي بَدَنِي ، وَالصِّحَّـةَ فِي جِسْمِي ، وَالعِصْمَةَ في دِينِي ، وَأَحْسِنْ مُنْقَلَبِي ، وَارْزُقْنِي طَاعَتَكَ أَبَداً ما أَبْقَيْتَنِي ، وَاجْمَـعْ لِي بَيْنَ خَيْرَيِ الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ ، إِنَّكَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ » .

وعن طـاوس قال : رأيتُ أعرابيًّا أتى الملتزَمَ ، فتعلّق بأستار الـكعبة فقـال : « بكَ أعوذُ ، وبكَ أَلُوذُ . اللهُمْ فاجْعَلْ لِي في اللَّهفِ إِلَى جُودِكَ ، والرِّضـا بِضَمَانِكَ مَنْدُوحاً عَنْ مَنْعِ البَاخِلِينَ ، وَغِنًى عَمَّا في أَيْدِي المُسْتَـأْثِرِينَ . اللهُمَّ بِفَرَجِكَ القَرِيبِ وَمَعْرُوفِكَ القَدِيمِ وَعَادَتِكَ الحَسَنَةِ ، ثمَّ أَضَـلَّنِي في النَّاسِ فلقيتُه بعرفاتٍ قائمـاً ، وهو يقول : اللهمّ إن كُنتَ لم تقبلْ حَجَّتِي وَتَعبِي ، وَنَصَبِي فَلاَ تَحْرِمْنِي أَجْرَ المُصَابِ على مُصِيبتِهِ ، فلا أعلَمُ أَعْظَمَ مُصِيبةً مِمَّنْ وَرَدَ حَوْضَكَ ، وَانْصَرَفَ مَحْرُوماً مِنْ وَجْهِ رَغْبَتِكَ ، وقال آخر : ياخيرَ موفودٍ إليه . قد ضَعُفَتْ ، قُوَّتِي ، وذهبت مُنَّتِي[1] ، وأتيتُ إليك بذنوب لاتغسلها البحارُ ، أستجير برضاك من سَخَطِك ، وبعفوك من عُقوبتك ، ربِّ ارحم من شملَتْه الخطايا ، وغمرته الذنوب ، وظهرت منه العيوب ، ارحم أسيرَ ضُرٍّ وطريد فقْرٍ . أسألك أن تهَبَ لى عظيم جُرْمِي يامُستزاداً من نِعَمِه ، ومُستعاذاً من نِقَمِه ، ارحم صـوت حزين دعاك ، بزفير وشهيق . اللهمّ إن كنتُ بسطتُ إليك يَدَيّ داعياً ، فطالما كفيتني ساهياً . فبنعمتك التي تظاهرتْ عَلَيَّ عند الغفلة ، لا أيأسُ منها

(١) المنة : القوة .

عند التوبة ، فلا تقطع رجائى منك لما قدّمتُ من اقتراف ، وهب لى الإصلاح فى الولد ، والأمن فى البلد ، والعافية فى الجسد ، إنّك سميع مُجيب . اللهمّ إن لك علىّ حقوقاً ، فتصدّق بها علىّ ، وللناس قِبَلى تبعاتٍ فتحمَّلها عَنّى ، وقد أوجبتَ لكلِّ ضيفٍ قِرًى ، وأنا ضيفُك الليلةَ ، فاجعل قراى الجنّة . اللهمّ إنّ سائلك عند بابك من ذهبَتْ أيامُه ، وبقيت آثامُه ، وانقطعت شهوتُه ، وبقيت تَبِعَتُه ، فارض عنه ، وإن لم ترض عنه فاعفُ عنه ، فقد يعفو السيّد عن عبده ، وهو عنه غيرُ راض ، ثم يصلّى على النبىّ ﷺ » والمرأة إذا كانت حائضاً لم تدخُل المسجد ، ووقفت على بابه ، فدعت بذلك .

٢٥٨٧ فصـــــل

قال أحمد : إذا ودّع البيت يقوم عند الباب إذا خرج ، ويدعو . فإذا ولّى لا يقفُ ، ولا يلتفتُ ، وإن التفت رجع فودّع . وروى حنبل فى مناسكه عن المهاجر ، قال : قلتُ لجابر بن عبدالله : « الرجُلُ يطوفُ بالبيتِ ويُصَلّى ، فإذا انصرفَ خرجَ ، ثم استقبلَ القبلة ، فقام ؟ فقال : ما كنتُ أحسَبُ يُصْنَعُ هذا[1] اليهودُ والنَّصارى » قال أبو عبد الله : أكره ذلك ، وقول أبى عبد الله : إن التفت رجع فودّع على سبيل الاستحباب ، إذ لا نعلم لإيجاب ذلك عليه دليلاً . وقد قال مُجاهد : إذا كدتَ تخرجُ من باب المسجد فالتفِتْ ثم انظرْ إلى الكعبة ، ثم قل : اللهمّ لا تجعلْهُ آخِرَ العهْدِ .

٢٥٨٨ « مسألة » قال ﴿ ومن ترك طواف الزيارة رجع من بلده حراماً حتّى يطوف بالبيت ﴾ .

وجملة ذلك : أن طواف الزيارة ركن الحج ، لا يتم إلا به ، ولا يحلّ من إحرامه حتى يفعله . فإن رجع إلى بلده قبله لم ينفك إحرامُه ، ورجع متى أمكنه مُحرِماً ، لا يجزئه غيرُ ذلك ، وبذلك قال عطاء ، والثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال الحسن : يَحُجّ من العام المقبل . وحُكى نحو ذلك عن عطاء قولاً ثانياً . وقال : يأتى عاماً قابلاً من حَجٍّ أو عُمرةٍ .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم حين ذُكر له أن صفيّة حاضت قال : « أحابِسَتُنا هِيَ ؟ قيلَ : إنها قد أفَاضَتْ يَوْمَ النَّحْرِ قالَ : فَلْتَنْفِرْ إذاً » ، يدلّ على أن هذا الطواف لابدّ منه ، وأنه حابسٌ لمن لم يأتِ به ، فإن نوى التحلل ورفض إحرامه لم يحلّ بذلك . لأن الإحرام لا يُخْرَجُ منه بنيّة الخروج ، ومتى رجع إلى مكة فطاف بالبيت حلّ بطوافه ، لأن الطواف لا يفوتُ وقتُه على ما أسلفناه .

٢٥٨٩ فصـــــل

فإن ترك بعض الطواف فهو كما لو ترك جميعه فيما ذكرنا ، وسواء ترك شوطاً ، أو أقلّ ، أو أكثر وهذا قول ، عطاء ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور . وقال أصحاب الرأى : من طاف أربعة

---

(١) فى الشرح الكبير إلا اليهود والنصارى ولعل لفظ « لا » ترك سهواً ، أو سقط من الناسخ .

أشواط من طواف الزيارة ، أو طواف العُمرة ، وسعى بين الصفا والمروة ، ثم رجع إلى الكوفة : إن سعيه يُجزئه ، وعليه دم لما ترك من الطواف بالبيت .

ولنا : أن ماأتى به لايُجزئه إذا كان بمكة ، فلا يجزئه إذا خرج منها ، كما لو طاف دون الأربعة أشواط .

٢٥٩٠ فصـــل

وإذا ترك طواف الزيارة بعد رمى جمرة العقبة ، فلم يبق مُحرماً إلا عن النساء خاصة ، لأنه قد حصل له التحلل الأول برمى جمرة العقبة ، فلم يبق مُحرماً إلا عن النساء خاصة . وإن وطىء لم يفسُد حجُّه ، ولم تجب عليه بدنةٌ ، لكن عليه دم ، ويجدد إحرامه ، ليطوف فى إحرام صحيح . قال أحمد : من طاف للزيارة ، أو اخترق الحِجْر فى طوافه ، ورجع إلى بغداد ، فإنه يرجع ، لأنه على بقية إحرامه . فإن وطىء النساء أحرم من التنعيم ، على حديث ابن عباس . وعليه دم ، وهذا كما قلنا .

٢٥٩١ « مسألة » قال ﴿ وإن كان طاف للوداع ، لم يُجزئه لطواف الزيارة ﴾ .

وإنما لم يُجزه عن طواف الزيارة ، لأن تعيين النية شرط فيه على ماذكرنا ، فمن طاف للوداع فلم يُعيِّن النية له ، فكذلك لم يصح .

٢٥٩٢ « مسألة » قال ﴿ وليس فى عمل القارن زيادة على عمل المُفرِد ، إلا أن عليه دماً ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام آخرها يومُ عرفة ، وسبعةً إذا رجع ﴾ .

المشهور عن أحمد : أن القارن بين الحجّ والعمرة لايلزمه من العمل إلا مايلزم المُفرِد ، وأنه يُجزئه طوافٌ واحد ، وسعىٌ واحد ، لحجِّه وعمرته . نص عليه فى رواية جماعة من أصحابه . وهذا قول ابن عمر ، وجابر بن عبد الله . وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد رواية ثانية : أن عليه طوافين وسَعْيَيْن ، ويُروى ذلك عن الشعبىّ ، وجابر ابن زيد ، وعبد الرحمن بن الأسود . وبه قال الثورىّ ، والحسن بن صالح ، وأصحاب الرأى . وقد رُوى عن علىّ ، ولم يصحّ عنه . واحتجّ بعض من اختار ذلك بقول الله تعالى (٢ : ١٩٦ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالعُمْرَةَ لِلّهِ) وتمامهما : أن يأتى بأفعالهما على الكمال ، ولم يَفرق بين القارن وغيره . ورُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ جَمَعَ بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ فَعَلَيْهِ طَوافَانِ » ولأنهما نسكان ، فكان لهما طوافان ، كما لو كانا مُنفرِدَيْن .

ولنا : مارُوى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « وَأَمّا الذين كَانُوا جَمَعُوا بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ فإِنَّهُمْ طَافُوا لَهُما طَوافاً وَاحِداً » متفق عليه . وفى مسلم : « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال لعائشة لما

قَرَنْتَ بين الْحَجِّ والْعُمْرة : يَسَعُكِ طَوافُكِ لِحَجِّكِ وَعُمْرَتِكِ » . وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْرَمَ بِالْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ أَجْزَأَهُ طَوَافٌ وَاحِدٌ وسَعْىٌ وَاحِدٌ عَنْهُمَا جَمِيعاً » . وعن جابر : « أَنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم قَرَنَ بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ فَطَافَ لَهُمَا طَوَافاً وَاحِداً » رواها الترمذىّ . وقال فى كل واحد منهما : حديث حسن . وروى ليث ، عن طاوس ، وعطـاء ، ومجاهد ، عن جابر ، وابن عمر ، وابن عباس : « أن رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم لَمْ يَطُفْ بِالْبَيْتِ هُوَ وَأَصْحَابُهُ لِعُمْرَتِهِمْ وَحَجِّهِمْ إلاَّ طَوَافاً وَاحِداً » رواه الأثرم وابن ماجه .

وعن سَلَمَة قال : « حَلَفَ طَاوُسٌ مَاطَافَ أَحَدٌ مِنْ أَصْحابِ محمد صلى الله عليه وسلم لِلْحَجِّ والْعُمْرَةِ إلاَّ طَوَافاً وَاحِداً » . ولأنّه ناسكٌ يـكفيه حلق واحدٌ ، ورمى واحد ، فـكفاه طواف واحد ، وسعى واحـد ، كالمفرد . ولأنهما عبادتان من جنس واحد . فإذا اجتمعتا دخلت أفعـالُ الصُّغرى فى الـكبرى ، كالطهارتين . وأما الآية : فإن الأفعال إذا وقعت لها فقد تَمَّا ، وأما الحديث الذى احتجّوا به ، فلا نعلم صحته . ورواه الدارقطنىّ من طرق ضعيفة ، فى بعضها الحسنُ بن عُمارة ، وفى بعضها عمر بن يزيد ، وفى بعضها حفص بن أبى داود ، وكلهم ضعفاء . وكفى به ضعفاً معارضتُه لما رَوينا من الأحاديث الصحيحة . وإن صحّ فيحتمل أنه أراد : عليه طوافٌ وسعىٌ فسماهما طوافين . فإن السعى يُسمَّى طوافاً قال الله تعـالى (٢ : ١٥٨ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا) ويحتمل أنه أراد : عليه طوافان : طوافُ الزيارة ، وطواف الوداع .

٢٥٩٣ فصـــل

وإن قتل القارن صيداً فعليه جزاءٌ واحدٌ ، نص عليه أحمد . فقال : إذا قتل القارن صيداً فعليه جزاء واحد ، وهؤلاء يقولون : فى ذلك جزاءان ، فيلزمهم أن يقولوا : فى صيد الحرم ثلاثة . لأنهم يقولون : فى الحِلّ اثنان ، ففى الحرم ينبغى أن يكون ثلاثة . وهذا قول مالك ، والشافعىّ . وقال أصحاب الرأى : عليه جزاءان . قال القاضى : وإذا قلنا عليه طوافان : لزمه جزاءان .

ولنا : قول الله تعالى (٥ : ٩٥ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) . ومن أوجب جزءان[1] فقد أوجب مثلين . ولأنه صيد واحد . فـلم يجب فيه جزءان ، كما لو قتل المحرم فى الحرم صيداً . ولأنه لايزيد على مُحْرِمَيْنِ قتلا صيداً ، وليس عليهما إلا فداء واحد . وكذلك محرم ، وحلال ، قتلا صيداً حَرَمِيًّا .

---

(١) المطابق للقواعـد النحوية أن يقـال : ومن أوجب جزاءين ، ولـكن فى الأصول (جزاءان) ولعله سهو .

٢٥٩٤ فصـــل

وإن أفسد القارن نُسُكه بالوطء . فعليه فداء واحد ، وبذلك قال عطاء ، وابن جريج ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . ولا يسقُط دم القِران . وقال الحَكم : عليه هَدْيانِ .

ويتخرج لنا أن يلزمه بدنةٌ وشاةٌ إذا قلنا يلزمه طوافان . وقال أصحابُ الرأى : إن وطىء قبل الوقوف فسد نُسُكه . وعليه شاتان للحج والعُمْرة . ويسقُط عنه دم القِران .

ولنا : أن الصحابة رضى الله عنهم الذين سئلوا عمن أفسد نُسُكه ، لم يأمروه إلا بفداء واحد ، ولم يفرِّقوا . ولأنه أحد الأنساك الثلاثة . فلم يجب فى إفساده أكثرُ من فدية واحدة ، كالآخرَيْنِ ، وسائر محظورات الإحرام من اللُّبس ، والطِّيب وغيرها ، لايجب فى كلّ واحد منها أكثرُ من فداء واحدٍ . كما لو كان مُفرِداً ـ والله أعلم .

٢٥٩٥ « مسألة » قال ﴿ إلا أن عليه دماً . فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة إذا رجع ﴾ .

هـذا استثناء منقطع ، معناه : لـكن عليـه دم ، فإن وجوب الدم ليس من الأفعال المنفيّـة بقوله : وليس فى عمل القارن زيادة على عمل المُفرِد ، ولا نعـلم فى وجوب الدم على القارن خـلافاً ، إلا ما حُـكى عن داود : أنه لا دم عليه . وروى ذلك عن طاوس . وحَـكى ابن المنذر : أن ابن داود لما دخل مكة سُئل عن القارن : هل يجب عليه دم ؟ فقال : لا . فُجّر برِجْلِه . وهذا يدل على شهرة الأمر بينهم .

ولنا : قول الله تعالى : (فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) ، والقارنُ مُتمتّع بالعُمرة إلى الحجّ . بدليل أن علياً رضى الله عنه لما سمع عثمان ينهَى عن المُتْعة أهلّ بالحجّ والعُمرة . ليعلم الناسُ أنه ليس بمنهِيّ عنه . وقال ابن عمر : « إِنَّمَا القِرَانُ لِأَهْلِ الآفَاقِ » وتلا قوله تعالى : (ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ) وقد رُوى أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ قَرَنَ بَيْنَ حَجِّهِ وَعُمْرَتِهِ فَلْيُهْرِقْ دَماً » ولأنه ترَفَّهَ بسقوط أحـد السفرين ، فلزمه دم كالمتمتع . وإذا عدم الدم فعليه صيام ثلاثة أيام فى الحج ، وسبعةٍ إذا رجع ، كالمتمتع سواء .

٢٥٩٦ فصـــل

ومن شرط وجوب الدم عليـه : أن لا يـكون من حاضرى المسجد الحرام فى قول جمهور العلماء . وقال ابن الماجِشُون : عليه دم . لأن الله تعالى إنما أسقط[1] الدم وليس هذا متمتعاً ، وليس هذا بصحيح . فإننا قد ذكرنا أنه متمتع ، وإن لم يكن متمتعاً فهو فرع عليه ، ووجوب الدم على القارن إنما كان بمعنى النص على المتمتع ، فلا يجوز أن يخالف الفرع أصلَه .

---

(١) لفظ « أسقط » هنا محرّف وأصله « أوجب » ، وفى الكلام سقط فيكون تقدير الكلام « لأن الله تعالى إنما أوجب الدم على المتمتع وليس هذا متمتعاً » .

٢٥٩٧ « مسألة » قال ﴿ ومن اعتمر فى أشهر الحج ، فطاف ، وسعى ، ثم أحرم بالحج من عامه ، ولم يكن خرج من مكة إلى ما تُقصر فيه الصلاة ، فهو متمتع عليه دم ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصول :

٢٥٩٨ أحدها : وجوب الدم على المتمتع فى الجملة ، وأجمع أهل العلم عليه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن مَنْ أَهَلَّ بعُمرة فى أشهر الحج من أهل الآفاق من الميقات ، وقدم مكة ، ففرغ منها ، وأقام بها ، وحج من عامه : أنه متمتع ، وعليه الهدى إن وجد ، وإلا فالصيام . وقد نص الله تعالى عليه بقوله تعالى : (فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ) الآية . وقال ابن عمر : « تمتّع الناسُ مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعُمرة إلى الحجّ ، فلما قدم رسولُ الله صلى الله عليه وسلم قال للناس : مَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَهْدَى فَلْيَطُفْ بِالْبَيْتِ وَ بِالصَّفَا وَالْمَرْوَةِ وَلْيُقَصِّرْ ، ثمّ لِيُهِلَّ بِالْحَجِّ وَيُهْدِي ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ هَدْيًا فَلْيَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ » متفق عليه . وقال جابر : « كُنَّا نَتَمَتَّعُ مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ ، فَنَذْبَحُ الْبَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ نَشْتَرِكُ فِيهَا » رواه مسلم . وعن أبى جمرة قال : « سألتُ ابن عباس عن الْمُتْعَةِ ؟ فأمَرَنِي بِهَا » ، وسألته عن الهَدْي فقال : « فيها جَزُورٌ ، أو بَقَرَةٌ ، أَوْ شَاةٌ ، أَوْ شِرْكٌ مِنْ دَمٍ » متفق عليه ، والدم الواجب شاة ، أو سُبْعُ بَقَرَةٍ ، أو سُبْعُ بَدَنَةٍ ، فإن نحر بَدَنَةً . أو ذبح بقرةً ، فقد زاد خيراً ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى .

وقال مالك : لا يُجزىء إلا بدنةٌ لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما تمتع ساق بدنةً ، وهذا تركٌ لظاهر قوله تعالى : (فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) واطّراح للآثار الثابتة . وما احتجوا به فلا حجة فيه . فإن إهداء النبى صلى الله عليه وسلم للبدنة لا يمنع إجزاء ما دونها ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قد ساق مائةَ بَدَنةٍ . ولا خلاف فى أن ذلك ليس بواجب ، ولا يجب أن تكون البدنةُ التى يذبحُها على صفةِ بُدْنِ النبى صلى الله عليه وسلم ، ثم إنهم يقولون : إن النبى صلى الله عليه وسلم كان مُفرداً فى حجته ، ولذلك ذهبوا إلى تفضيل الإفراد ، فكيف يكون سَوْقُهُ لِلْبُدْنِ دليلا لهم فى التمتع ، ولم يكن متمتعاً ؟

٢٥٩٩ الفصل الثانى : فى الشروط التى يجب الدم على من اجتمعت فيه وهى خمسة :

الأول : أن يُحرم بالعمرة فى أشهر الحج . فإن أحرم بها فى غير أشهره لم يكن متمتّعاً ، سواء وقعت أفعالُها فى أشهر الحَجّ أو فى غير أشهره ، نص عليه أحمد . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله سئل عمن أهلّ بعُمْرةٍ فى غير أشهُر الحج ، ثم قدم فى شوال ، أيحل من عمرته فى شوال ، أو يكون متمتعاً ؟ فقال : لا يكون متمتعاً ، واحتج بحديث جابر : وذكر إسناده عن أبى الزبير : أنه سمع جابر بن عبد الله : « يُسْأَلُ عن امْرَأَةٍ تَجْعَلُ على نَفْسِهَا عُمْرَةً فى شَهْرٍ مُسَمًّى ، ثم تَحِلّ إلا ليلةً واحدةً ، ثم تحيضُ ؟ قال :

لتخرُجْ ثم لتهِلّ بعُمرة ، ثم لتنتظر ، حتى تطهُر ، ثم لتطُفْ بالبَيْتِ » . قال أبو عبد الله : فجعل عمرتها في الشهر الذى أهلّت فيه ، لا فى الشهر الذى حلّت فيه . ولا نعـلم بين أهل العلم خلافاً فى أن من اعتمر فى غير أشهر الحج عمرةً ، وحل منها قبل أشهر الحج : أنه لا يكونُ متمتعاً ، إلا قولين شاذّين .

﴿ أحـدهما ﴾ عن طـاوس : أنه قال : إذا اعتمرتَ فى غـير أشهر الحجّ ، ثم أقمتَ حـتى الحج ، فأنت مُتمتع .

﴿ والثـانى ﴾ عن الحسن أنه قال : من اعتمر بعد النحر فهى مُتعـة . قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال بواحد من هـذين القولين . فأمّا إن أحرم بالعُمرة فى غير أشهر الحج ، ثم حل منها فى أشهر الحج ، فمذهب أحمـد : أنه لا يكون متمتعاً ، ونقـل معنى ذلك عن جابر ، وأبى عياض . وهو قول إسحاق ، وأحد قولى الشافعىّ . وقال طاوس : عُمرته فى الشهر الذى يدخلُ فيـه الحرم . وقال الحسن ، والحـكم وابن شُبْرُمةَ ، والثورىّ ، والشافعىُّ فى أحـدقوليه : عمرته فى الشهر الذى يطوف فيـه . وقال عطاء : عُمرته فى الشهر الذى يحِلّ فيـه ، وهو قول مالك . وقال أبو حنيفـة : إن طاف للعمرة أربعـةَ أشواط فى غـير أشـر الحج ، فليس بمتمتع . وإن طاف الأربعـة فى أشهر الحجّ فهو متمتّع . لأن العُمرة صحت فى أشهر الحج . بدليل أنه لو وطىء أفسدها ، أشبه ما إذا أحرم بها فى أشهُر الحج .

ولنا : ماذكرنا عن جابر . ولأنه أتى بنسُك لاتتم العمرة إلا به فى غير أشهُر الحج ، فلم يكن متمتعاً كما لو طاف ، ويخرّج عليه ماقاسوا عليه .

(الثانى) أن يحج من عامه . فإن اعتمر فى أشهُر الحج ولم يحج ذلك العام بل حج من العام المقبل فليس بمتمتع . لانعلم فيه خـلافاً ، إلا قولاً شاذّاعن الحسن ، فيمن اعتمر فى أشهر الحج ، فهو متمتع ، حج أو لم يحج . والجمهور على خلاف هذا . لأن الله تعالى قال (٢ : ١٩٦ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) . وهذا يقتضى الموالاة بينهما ، ولأنهم إذا أجمعوا على أن من اعتمر فى غـير أشهر الحجّ ثم حج من عامه ذلك فليس بمتمتع ، فهذا أولى ، فإن التباعُد بينهما أكثر .

(الثالث) أن لايسافر بين العمرة والحج سفراً بعيداً ، تُقْصَرُ فى مثله الصلاة ، نصّ عليـه . وروى ذلك عن عطاء ، والمغيرة المدينى ، وإسحاق . وقال الشافعىّ : إن رجع إلى الميقات فلا دم عليـه . وقال أصحاب الرأى : إن رجع إلى مِصره بطلت مُتعتـه ، وإلا فلا . وقال مالك : إن رجع إلى مِصره أو إلى غيره أبعدَ من مِصره بطلت مُتعته ، وإلا فلا . وقال الحسن : هو متمتع ، وإن رجع إلى بلده . واختاره ابن المنذر ، لعمُوم قوله تعالى : (فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) .

ولنا : مارُوى عن عمر رضىالله عنه أنه قال: « إِذَا اعْتَمَرَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ ، ثمّ أَقَامَ فَهُوَ مُتَمَتِّعٌ .

فَإِنْ خَرَجَ وَرَجَعَ فَلَيْسَ بِمُتَمَتِّعٍ » . وعن ابن عمر نحو ذلك . ولأنه إذا رجع إلى الميقات ، أو مادونه لزمه الإحرام منه . فإن كان بعيداً فقد أنشأ سفراً بعيـداً لحجه فلم يَترفَّهْ بأحـد السفرين . فلم يلزمه دم ، كموضع الوفاق . والآية تناولت المتمتع . وهذا ليس بمتمتع ، بدليل قول عمر .

(الرابع) أن يحلّ من إحرام العُمرة قبل إحرامه بالحج . فإن أدخل الحج على العمرة قبل حِلّه منها ، كما فعل النبي صلى الله عليـه وسلم والذين كان معهم الهديُ من أصحابه . فهـذا يصير قارناً ، ولا يلزمه دم المتعة ، قالت عائشة : « خَرَجْنَا مَعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حَجَّةِ الْوَداعِ ، فأَهْلَلْنَا بِعُمْرَةٍ ، فَقَدِمْتُ مَكَّةَ وأنا حائِضٌ ، لَمْ أَطُفْ بِالْبَيْتِ وَلَا بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ، فَشَكَوْتُ ذَلِكَ إِلَى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال : انْقُضِي رَأْسَكِ وَامْتَشِطِي ، وَأَهِلِّي بِالْحَجِّ وَدَعِي الْعُمْرَةَ . قالت : ففعلتُ ، فلمَّا قَضَيْنَا الْحَجَّ أَرْسَلَنِي رسولُ اللهِ صلى الله عليـه وسلم مع عبـد الرحمن بن أبي بـكر إلى التنعيم ، فاعتمرت معه ، فقال : هذه مكان عُمْرَتِكِ ، قال عُروة : فقضى الله حجَّها وعُمرتَها ، ولم يـكن في شيء من ذلك هديٌ ، ولا صومٌ ، ولا صدقةٌ » متفق عليـه . ولـكن عليه دم للقِران ، لأنّه صار قارناً وترفَّه بسقوط أحـد السفرين . وقول عروة « لَمْ يَـكُنْ فِي ذَلِكَ هَـدْيٌ » يحتمل أنه أراد لم يـكن فيه هدى المتعة . إذ قد ثبت « أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ذَبَحَ عَنْ نِسَائِهِ بَقَرَةً بَيْنَهُنَّ » .

(الخامس) أن لا يـكون من حاضري المسجد الحرام . ولا خلاف بين أهل العـلم في أنّ دم المتعة لا يجب على حاضري المسجد الحرام . إذ قد نصّ الله تعالى في كتابه بقوله سبحانه (٢ : ١٩٦ ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَـكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ) ولأنّ حاضِرَ المسجد الحرام ميقاتُه مكّة ، فلم يحصُل له الترفّه بأحد السفرين[1] ، ولأنه أحرم بالحج من ميقاته ، فأشبه المُفرِد .

٢٦٠٠ فصـــل

و (حاضري المسجد الحرام) أهلُ الحرم ، ومن بينه وبين مكة دون مسافة القصر ، نص عليه أحمد. وروى ذلك عن عطاء ، وبه قال الشافعيّ . وقال مالك : أهلُ مـكّة . وقال مجاهد : أهلُ الحرم . ورُوى ذلك عن طاوس . وقال مكحول ، وأصحاب الرأى : مَنْ دونَ الميقات . لأنه موضع شُرِع فيه النسُك ، فأشبه الحرم .

ولنا : أن حاضر الشيء مَنْ دنا منه ، ومَنْ دون مسافة القصر قريبٌ في حكم الحاضر . بدليل أنه إذا قصده لايترخّصُ رُخَص السفر . فيـكون من حاضريه ، وتحديده بالميقات لا يصح . لأنه قد يـكون بعيداً يثبُت له حكم السفر البعيد إذا قصـده . ولأن ذلك يُفضى إلى جعل البعيد من حاضريه ، والقريب

---

(١) هنا مضاف محذوف ، تقديره : بترك أحد السفرين .

من غير حاضريه فى المواقيت قريباً وبعيداً ، واعتبارنا أولى . لأن الشارع حـدَّ الحـاضر بدون مسافة القصر ، بنفى أحـكَام المسافرين عنـه . فالاعتبار به أولى من الاعتبـار بالنسُك ، لوجود لفظ الحضور فى الآية .

٢٦٠١ فصـــــل

إذا كان المتمتع قريتانقريبة وبعيدة ، فهو من حاضرى المسجد الحرام . لأنه إذا كان بعض أهله[1] قريباً فلم يُوجد فيه الشرط . وهو أن لا يكون من حاضرى المسجد الحرام ، ولأن له أن يُحرم من القريبة فلم يكن بالتمتع مترفهاً بترك أحد السفرين . وقال القاضى : له حكم القرية التى يُقيم بها أكثر ، فإن استويا فمن التى مالهُ بهـا أكثرُ . فإن استويا ، فمن التى ينوى الإقامةَ بها أكثر ، فإن استويا حكم للقرية التى أحرم منها . وقد ذكرنا الدليل لما قلناه .

٢٦٠٢ فصـــــل

فإن دخل الآفاقىّ مكة متمتعاً ناوياً للإقامة بها بعد تمتعه ، فعليه دم المتعة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، ولو كان الرجل منشؤه ومولده بمكة فخرج عنها منتقلا مقيماً بغيرها ثم عاد إليها متمتعاً ناوياً للإقامة بهـا ، أو غير ناوٍ لذلك فعليه دم المتعة ، لأنه خرج بالانتقال عنها عن أن يكون من أهلها . وبذلك قال مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق . وذلك لأن حضور المسجـد الحرام إنمـا يحصُل بنية الإقامة وفعلها . وهذا إنمـا نوى الإقامة إذا فرغ من أفعال الحج ، لأنه إذا فرغ من عُمرته . فهو ناوٍ للخروج إلى الحج ، فـكأنه إنّما نوى أن يُقيم بعـد أن يجب عليه الدم . فأما إن خرج المـكىّ مُسافراً غيرَ مُنتقل ، ثم عاد فاعتمر من الميقات ، أو قصّر ، وحج من عامه ، فلا دم عليه . لأنه لم يخرُج بهذا السفر عن كون أهلِه من حاضرى المسجد الحرام .

٢٦٠٣ فصـــــل

وهذا الشرط لوجوب الدم عليه ، وليس بشرط لـكونه مُتمتّماً ، فإن متعة المـكى صحيحـة ، لأن التمتع أحدُ الأنساك الثلاثة ، فصح من المـكى كالنسُـكين الآخرين ، ولأن حقيقة التمتع : هو أن يعتمر فى أشهر الحج ، ثم يحج من عامه ، وهذا موجود فى المـكىّ . وقد نقل عن أحمد : ليس على أهل مكة متعةٌ ومعناه ليس عليهم دمُ المتعة ، لأنّ المتعة له لا عليه . فيتعين حملُه على ماذكرناه .

٢٦٠٤ فصـــــل

إذا ترك الآفاقىّ الإحرام من الميقات ، أو أحرم من دونه بعُمرة ، ثم حل منها ، وأحرم بالحج من مكة من عامه . فهو متمتع . عليه دمان دم المتعة ، ودم لإحرامه من دون ميقاته . قال ابن المنذر ، وابن

(١) فى جميع النسخ « من القرية » وهو تصحيف .

عبد البرّ : أجمع العلماء على أن من أحرم فى أشهر الحج بعُمرة وحل منها ، ولم يكن من حاضرى المسجد الحرام ، ثم أقام بمكة حلالاً ، ثم حج من عامه : أنه متمتع عليه دم . وقال القاضى : إذا تجاوز الميقات حتى صار بينه وبين مكة أقل من مسافة القصر ، فأحرم منه ، فلا دم عليه للمتعة . لأنه من حاضرى المسجد الحرام . وليس هذا بجيّد . فإن حضور المسجد الحرام إنما يحصُل بالإقامة به . وهذا لم يحصل منه الإقامة ، ولا نيتها . ولأن الله تعالى قال : (ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ) وهذا يقتضى أن يكون المانع من الدم السُّكنَى به . وهذا ليس بساكن .

وإن أحرم الآفاقىّ بعمرة فى غير أشهُر الحج ، ثم أقام بمكة ، فاعتمر من التنعيم فى أشهر الحج ، وحج من عامه فهو متمتع ، عليه دم ، نص عليه أحمد . وفى تنصيصه على هذه الصورة تنبيهٌ على إيجاب الدم فى الصورة الأولى بطريق الأولى . وذكر القاضى : أن مِنْ شرط وجوب الدم ، أن ينوىَ فى ابتداء العُمرة ، أو فى أثنائها ، أنه متمتع . وظاهر النص : يدل على أن هذا غيرُ مشترَط . فإنه لم يذكره ، وكذلك الإجماع الذى ذكرناه مخالف لهذا القول ، ولأنه قد حصل له الترفه بسقوط أحد السفرين ، فلزمه الدم ، كمن لم ينو .

٢٦٠٥ ﴿ الفصل الثالث ﴾ فى وقت وجوب الهدى ووقت ذبحه . أما وقت وجوبه ، فعن أحمد : أنه يجب إذا أحرم بالحج وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأن الله تعالى قال : (فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) وهذا قد فعل ذلك . ولأن ماجُعل غايةً فوجود أوله كافٍ . كقوله تعالى (٢ : ١٨٧ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ) ولأنه متمتع أحرم بالحج من دون الميقات ، فلزمه الدم . كما لو وقف أو تحلّل . وعنه : أنه يجب إذا وقف بعرفة ، وهو قول مالك ، واختيار القاضى . لأن التمتع بالعمرة فى الحج إنما يحصل بعد وجود الحج منه ، ولا يحصُل ذلك إلا بالوقوف . فإن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « الْحَجُّ عَرَفَةُ » . ولأنه قبل ذلك بعرض الفوات ، فلا يحصل التمتع ، ولأنه لو أحرم بالحج ثم أُحصِرَ ، أو فاته الحج لم يلزمه دمُ المتعة : ولا كان متمتعاً ، ولو وجب الدم لما سقط . وقال عطاء : يجب إذا رمى الجمرة . ونحوُه قولُ أبى الخطاب قال : يجبُ إذا طلع الفجر يوم النحر : لأنه وقتُ ذبحه ، فكان وقتَ وجوبه . فأما وقت إخراجه فيوم النحر ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة . لأنّ ماقبل يوم النحر لايجوز فيه ذبح الأضحية . فلا يجوز فيه ذبح هَدْى المتمتع ، كمثل التحلل من العُمرة . وقال أبو طالب : سمعتُ أحمد قال فى الرجل يدخل مكة فى شوّال ومعه هدى ، قال : ينحر بمكة ، وإن قدم قبل العشر نحره ، لايَضيع أو يموت ، أو يُسْرق . وكذلك قال عطاء . وإن قدم فى العشر لم ينحره حتى ينحره بمنًى . لأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه قَدِمُوا فى العشر ، فلم ينحروا ، حتى نحروا بمنًى . ومن جاء قبل ذلك نحره عن عمرته ، وأقام على إحرامه ، وكان قارناً . وقال الشافعىّ : يجوز نحره بعد الإحرام

بالحجّ قولاً واحداً . وفيما قبل ذلك بعد حِلّه من العُمرة احتمالان ، ووجه جوازه : أنه دم يتعلق بالإحرام وينوب عنه الصيام . فجاز قبل يوم النحر ، كدم الطِّيب ، واللِّباس . ولأنه يجوز إبداله قبل يوم النحر ، فجاز أداؤه قبله كسائر الفديات .

٢٦٠٦ « مسألة » قال ﴿ فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام . يكون آخرها يومَ عرفة ، وسبعةً إذا رجع ﴾ .

لانعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن المتمتع إذا لم يجد الهَدْىَ ينتقلُ إلى صيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعةٍ إذا رجع ، تلك عشرةٌ كاملةٌ ، وتُعتبر القدرة فى موضعه ، فمتى عدمه فى موضعه جاز له الانتقال إلى الصيام . وإن كان قادراً عليه فى بلده . لأن وجوبه مُوَقَّت ، وما كان وجوبه موقتاً اعتُبرت القدرة عليه فى موضعه ، كالماء فى الطهارة إذا عدمه فى مكانه انتقل إلى التراب .

٢٦٠٧ فصل

ولكل واحد من صوم الثلاثة والسبعة وقتان : وقت جواز ، ووقت استحباب . فأما وقت الثلاثة فوقت الاختيار لها : أن يصومها مابين إحرامه بالحج ويوم عرفة . ويكون آخر الثلاثة يوم عرفة . قال طاوس : يصوم ثلاثة أيام آخرُها يوم عرفة . وروى ذلك عن عطاء ، والشعبىّ ، ومجاهد ، والحسن ، والنخعىّ ، وسعيد بن جبير ، وعلقمة ، وعمرو بن دينار ، وأصحاب الرأى . وروى ابن عمر وعائشة : « أنه يصومُهُنَّ مَابَيْنَ إِهْلاَلِهِ بالحج ويَوْمِ عَرَفَةَ » وظاهر هذا : أن يجعل آخرها يوم التروية ، وهو قول الشافعىّ . لأن صوم يوم عرفة بعرفة غيرُ مستحبّ ، وكذلك ذكر القاضى فى المحرّر ، والمنصوص عن أحمد الذى وقفنا عليه : مثل قول الخِرَقىّ أنه يكون آخرها يوم عرفة وهو قول من سمينا من العلماء . وإنما أحببنا له صوم يوم عرفة ههنا لموضع الحاجة ، وهذا القول يُستحبُّ له تقديم الإحرام بالحجّ قبل يوم التروية ، ليصومها فى الحَجّ . وإن صام منها شيئاً قبل إحرامه بالحَجّ جاز . نصّ عليه .

وأما وقت جواز صومها : فإذا أحرم بالعُمرة . وهذا قول أبى حنيفة . وعن أحمد : أنه إذا حلَّ من العُمرة . وقال مالك ، والشافعىّ : لايجوز إلا بعد إحرام الحجّ . ويُروى ذلك عن ابن عمر ، وهو قول : إسحق ، وابن المنذر . لقول الله تعالى (٢ : ١٩٦ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ فى الْحَجِّ) . ولأنه صيام واجب ، فلم يجز تقديمه على وقت وجوبه ، كسائر الصيام الواجب . ولأنّ ماقبله وقتٌ لايجوز فيه المُبدَل . فلم يجز البدل ، كقبلَ الإحرام بالعُمرة . وقال الثورىّ ، والأوزاعىّ : يصومُهنّ من أول العشر إلى يوم عرفة .

ولنا : أن إحرام العُمرة أحدُ إحرامى التمتع . فجاز الصوم بعده ، كإحرام الحج ، فأما قوله : (فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ فى الْحَجِّ) فقيل : معناه فى أشهُر الحج فإنه لابد من إضمار . إذ كان ال

أفعالاً لايُصام فيها ، إنما يصام فى وقتها ، أو فى أشهُرها ، فهو فى قوله تعالى (٢ : ١٩٧ اَلحَجُّ أشهرُ) .

وأما تقديمه على وقت الوجوب : فيجوز إذا وُجِدَ السبب ، كتقديم الكفارة على الحِنْث ، وزُهوق النفس . وأما كونه بدلاً فلا يقدّم على المبدَل . فقد ذكرنا رواية فى جواز تقديم الهدى على إحرام الحجّ فكذلك الصوم . وأما تقديم الصوم على إحرام العُمْرة فغير جائز . ولا نعلم قائلا بجوازه . إلا رواية حكاها بعض أصحابنا عن أحمد ، وليس بشىء ؛ لأنه لايقدّم الصوم على سببه ووجوبه . ويخالف قول أهل العلم ، وأحمد ينزّه عن هذا .

وأما السبعة فلها أيضاً وقتان : وقت اختيار ، ووقت جواز . فأما وقت الاختيار : فإذا رجع إلى أهله . لما رَوى ابن عمر أن النبىَّ صلى الله عليه وسلم قال : « فَمَنْ لَمْ يَجِدْ هَدْياً فَلْيَصُمْ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ فى اَلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ » متفق عليه . وأما وقت الجواز : فمنذ تمضى أيامُ التشريق . قال الأثرم . سُئل أحمد : هل يصوم فى الطريق أو بمكّة ؟ قال : كيف شاء ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وعن عطاء ومجاهد : يصومها فى الطريق ، وهو قول إسحاق . وقال ابن المنذر : يصومها إذا رجع إلى أهله ، للخبر . ويُروى ذلك عن ابن عمر . وهو قول الشافعىّ وقيل عنه : كقولنا ، وكقول إسحاق .

ولنا : أن كل صوم لزمه وجاز فى وطنه جاز قبل ذلك ، كسائر الفروض . وأما الآية فإن الله تعالى جوّز له تأخيرَ الصيام الواجب ، فلا يمنع ذلك الإجزاء قبله ، كتأخير صوم رمضان فى السفر ، والمرض ، بقوله سبحانه : (فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ) . ولأن الصوم وُجد من أهله ، بعد وجود سببه . فأجزأه كصوم المسافر والمريض .

٢٦٠٨ فصـــل

ولا يجب التتابع ، وذلك لا يقتضى جمعاً ولا تفريقاً . وهذا قول الثورىّ ، وإسحاق ، وغيرهما . ولا نعلم فيه مخالفاً .

٢٦٠٩ « مسألة » قال **(** فإن لم يصم قبل يوم النحر صام أيَّام منًى فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله . والرواية الأخرى : لايصوم أيام مِنًى ، ويصومُ بعد ذلك عشرةَ أيام . وعليه دم **)** .

وجملة ذلك : أن المتمتع إذا لم يصم الثلاثة أيام فى الحج ، فإنه يصومها بعد ذلك ، وبهذا قال : علىّ ، وابن عمر ، وعائشة ، وعُروة بن الزبير ، وعُبَيد بن عُمَير ، والحسن وعطاء ، والزهرىُّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ويُروى عن ابن عباس ، وسعيد بن جُبير ، ومجاهد : إذا فاته الصوم فى الْعَشْر ، وبعده استقر الهدىُ فى ذمّته . لأن الله تعالى قال : (فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ فِى اَلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ) ولأنّه بدل مُوَقّت ، فسقط بخروج وقته ، كالجمعة .

ولنا : أنه صوم واجب ، فلا يسقُط بخروج وقته ، كصوم رمضان . والآية تدلّ على وجوبه ، لا على

سقوطه . والقياس منتقض بصوم الظِّهار ، إذا قدّم المسيسُ عليه والجمعة ليست بدلاً . وإنما هي الأصلُ .
وإنما سقطت لأن الوقت جعل شرطاً لها كالجماعة .

إذا ثبت هـذا فإنه يصوم أيام مِنًى . وهذا قول ابن عمر ، وعائشة ، وعُروة ، وعُبَيْد بن عُمَيْر ، والزهريّ ، ومالك ، والأوزاعيّ ، وإسحاق ، والشافعي ، في القديم . لما روى ابن عمر ، وعائشة قال : « لَمْ يُرَخَّصْ فى أَيَّامِ التَّشْرِيقِ أَنْ يُصَمْنَ إِلاَّ لِمَنْ لَمْ يَجِدِ الْهَدْىَ » رواه البخاريّ . وهذا ينصرف إلى ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم . ولأن الله تعالى أمر بصيام الثلاثة فى الحج ، ولم يبق من أيام الحج إلا هـذه الأيام ، فيتعين الصوم فيها ، فإذا صام هـذه الأيام فحكمه حكم من صام قبل يوم النحر . وعن أحمد رواية أخرى : لا يصوم أيام مِنًى . رُوى ذلك عن عليّ ، والحسن ، وعطاء ، وهو قول ابن المنذر . لأن النبي صلى الله عليه وسلم : « نَهَى عَنْ صَوْمِ سِتَّةِ أَيَّامٍ — ذَكَر منها أيام التشريق — وقال عليه السلامُ : إنها أيامُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ » ولأنهـا لا يجوز فيها صومُ النفل ، فلا يصومُها عن الهـدى ، كيوم النحر . فعلى هذه الرواية : يصومُ بعد ذلك عشرةَ أيام . وكذلك الحكم إذا قلنا : يصومُ أيام مِنًى ، فلم يَصُمْها . واختلفت الرواية عن أحمد فى وجوب الدم عليه . فعنه : عليه دمٌ . لأنه أخّر الواجب من مناسك الحج عن وقته . فلزمه دم كرمى الجمار ولا فرق بين المؤخِّر لعذر ، أو لغيره ، لما ذكرنا . وقال القاضى : إن أخّره لعذر ليس عليه إلا قضاؤه . لأنّ الدم الذى هو المبدَل لو أخّره لعُذر لا دم عليه لتأخيره ، فالبدل أولى . وروى عن أحمد : لا يلزمه مع الصوم دمٌ بحال . وهذا اختيار أبى الخطاب ، ومذهب الشافعيّ . لأنه صوم واجب يجب القضاء بفواته . كصوم رمضان . فأما الهـديُ الواجبُ إذا أخّره لعذر ، مثل أنْ ضاعت نفقتُه . فليس عليه إلا قضاؤه ، كسائر الهدايا الواجبة . وإن أخّره لغير عذر ، ففيه روايتان :

(إحداهما) ليس عليه إلا قضاؤه كسائر الهدايا .

(والأخرى) عليه هدى آخرُ لأنه نسُك مؤقت . فلزم الدم بتأخيره عن وقتـه ، كرمى الجمار . قال أحمد : من تمتع فلم يُهدِ إلى قابلٍ يُهدى هَدْيَيْنِ . كذا قال ابن عباس .

٢٦١٠ فصــــل

وإذا صام عشرة الأيام لم يلزمه التفريق بين الثلاثة ، والسبعة . وقال أصحاب الشافعيّ : عليه التفريق لأنه وجب من حيثُ الفعل . وما وجب التفريق فيـه من حيثُ الفعلُ لم يسقط بفوات وقتـه ، كأفعال الصلاة : من الركوع ، والسجود .

ولنا : أنه صوم واجب فى زمن يصحّ الصومُ فيه ، فلم يجب تفريقـه ، كسائر الصوم . ولا نسلم وجوب التفريق فى الأداء . فإنه إذا صام أيام مِنًى وأتبعها السبعةَ فما حصل التفريق ، وإن سلّمنا وجوب التفريق فى الأداء ، فإن كان من حيثُ الوقتُ فإذا فات الوقتُ سقط ، كالتفريق بين الصلاتين .

٢٦١١ فصـــــل

ووقت وجوب الصوم : وقتُ وجوب الهَدْيِ . لأنه بدلٌ ، فـكان وقت وجوبه ، وقتَ وجوب المبدل ، كسائر الأبدال .

فإن قيل : فـكيف جوزتم الانتقال إلى الصـوم ، قبل زمان وجوب المبدَل ، ولم يتحقق العجزُ عن المبدَل . لأنه إنما يتحقق المجوِّز للانتقال إلى البدَل زمن الوجوب ، وكيف جوّزتم الصوم قبل وجوبه ؟

قلنـا : إنا جوزنا له الانتقال إلى البدَل بنـاء على العجز الظاهر ، فإن الظـاهر من المُعْسِر استمرارُ إعساره ، وعجـزه ، كما جوزنا التـكفير بالبـدل قبل وجوب المُبَدل . وأما تجويز الصـوم قبل وجوبه ، فقد ذكرناه .

٢٦١٢ « مسألة » قال ﴿ ومن دخـل فى الصيام ثم قدر على الهـدى ، لم يـكن عليه الخروج من الصوم إلى الهدى ، إلا أن يشاء ﴾ .

وبهذا قال الحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعىّ . وقال ابن أبى نَجِيـح ، وحمّاد ، والثورىّ : إن أيسر قبل أن تـكمُلَ الثلاثة فعليه الهدىُ . وإن أكمل الثلاثة صام السبعة ، وقيل : متى قدر على الهدى قبل يوم النحر انتقل إليـه ، صام أو لم يصُم ، وإن وجده بعد أن مضت أيام النحر أجزأه الصيام ، قَدَر على الهدى ، أو لم يقدر . لأنه قدر على المبدَل فى زمن وجوبه . فلم يُجزئه البدلُ ، كما لو لم يصُم .

ولنـا : أنه صوم دخل فيه لعدم الهدى لم يلزمه الخروج إليه كصوم السبعة . وعلى هذا يخرج الأصل الذى قاسوا عليه ، وأنه ماشرع فى الصيام .

٢٦١٣ فصـــــل

وإن وجب عليه الصوم فلم يشرع حتى قدر على الهدى . ففيه روايتان :

﴿ إحداها ﴾ لايلزمه الانتقال إليه . قال فى رواية المروزى : إذا لم يصُم فى الحج فليصم إذا رجع ، ولا يرجع إلى الدم . وقد انتقل فرضه إلى الصيام . وذلك لأن الصيام استقرّ فى ذمته ، لوجوبه حال وجود السبب المتصل بشرطه ، وهو عدم الهدى .

﴿ والثانية ﴾ يلزمه الانتقال إليه ، قال يعقوب : سألتُ أحمدَ عن المتمتع إذا لم يصُم قبل يوم النحر ؟ قال : عليه هديان ، يبعثُ بهما إلى مكة ، أوجب عليه الهدى الأصلى ، وهدياً لتأخيره الصوم عن وقته ، ولأنه قدر على المبدل قبل شروعه فى البدل ، فلزمه الانتقال إليه كالمتيمم إذا وجد الماء .

٢٦١٤ فصـــــل

ومن لزمه صوم المتعة فمات قبل أن يأتى به لعُذر منعه عن الصوم فلا شىء عليه ، وإن كان لغير عذر أطعم عنه ، كما يُطعم عن صوم أيام رمضان ، ولأنه صوم وجب بأصل الشرع ، أشبه صوم رمضان .

٢٦١٥ « مسألة » قال ﴿ والمرأة إذا دخلت متمتعة فحاضت ، فخشيت فوات الحج أهلّت بالحج ، وكانت قارنةً ، ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم ﴾ .

وجملة ذلك : أن المتمتعة إذا حاضت قبل الطواف للعُمرة لم يكن لها أن تطوف بالبيت . لأنّ الطواف بالبيت صلاة . ولأنها ممنوعة من دخول المسجد ، ولا يمكنها أن تحلّ من عُمرتها مالم تطُف بالبيت ، فإن خشيت فوات الحج أحرمت بالحج مع عُمرتها . وتصير قارنة . وهذا قول مالك ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ وكثير من أهل العلم . وقال أبو حنيفة : ترفض الْعُمرة وتُهلّ بالحج . قال أحمد : قال أبو حنيفة : قد رفضت الْعُمرة فصار حجًّا . وما قال هذا أحدٌ غيرُ أبي حنيفة . واحتج بما رَوى عروة عن عائشة قالت : « أَهْلَلْنَا بِعُمْرَةٍ ، فَقَدِمْتُ مَكَّةَ وَأَنا حَائِضٌ لَمْ أَطُفْ بِالْبَيْتِ وَلاَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ ، فَشَكَوْتُ ذَلِكَ إِلَى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : انقُضِى رَأْسَكِ وَامْتَشِطِي وَأَهِلِّي بِالْحَجِّ وَدَعِى العُمْرَةَ . قالت : ففعلتُ . فلمّا قضينا الحجّ أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عبد الرحمن بن أبي بكر إلى التنعيم ، فاعتمرتُ معه ، فقال : هذه عُمرةٌ مكان عُمْرَتِكِ » متفق عليه . وهذا يدل على أنها رفضت عُمرتها ، وأحرمت بحج من وجوه ثلاثة . أحدها : قوله : « دَعِى عُمْرَتَكِ » والثاني : قوله « وَامْتَشِطِى » والثالث : قوله « هَذِهِ عُمرةٌ مَكَانَ عُمْرَتِكِ » .

ولنا : ماروى جابر قال : « أَقْبَلَتْ عَائِشَةُ بِعُمْرَةٍ حَتَّى إِذَا كَانَتْ بِسَرِفٍ عَرَكَتْ[1] ثُمَّ دَخَلَ رسول الله صلى الله عليه وسلم عَلَى عَائِشَةَ فوَجَدَهَا تَبْكِي فقال : مَاشَأْنُكِ ؟ قالت : شَأْنِى قَدْ حِضْتُ ، وَقَدْ حَلَّ النَّاسُ وَلَمْ أَحِلّ ، وَلَمْ أَطُفْ بِالْبَيْتِ وَالنَّاسُ يَذْهَبُونَ إِلَى الْحَجِّ الآنَ ، فقال : إِنَّ هَذَا أَمْرٌ كَتَبَهُ الله عَلَى بَنَاتِ آدم ، فَاغْتَسِلِي ثُمَّ أَهِلِّي بالْحَجِّ ، ففعلَتْ المواقفَ حَتَّى إِذَا طَهُرَتْ طَافَتْ بالْكَعْبَةِ وبالصفَا وَالْمَرْوَةِ . ثمّ قال : قَدْ حَلَلْتِ مِنْ حَجِّكِ وعُمْرَتِكِ . قالت : يارسول الله ، إِنِّى أَجِدُ فى نَفْسِى أنى لم أَطُفْ بالْبَيْتِ حَتَّى حَجَجْتُ قال : فَاذْهَبْ بِهَا ياعبد الرحمن فأَعْمِرْها من التنعيم » .

وروى طاوس عن عائشة أنها قالت : « أَهْلَلْتُ بعُمرةٍ فقدمتُ ولم أَطُفْ حتى حضت ، وَنَسَكْتُ الْمَنَاسِكَ كُلَّها ، وقد أَهْلَلْتُ بالحج ، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم يوم النفر : يَسَعُكِ طَوَافُكِ لِحَجِّكِ وَعُمْرَتِكِ فأَبَتْ ، فبَعَثَ معها عبد الرحمن بن أبى بكر فأعمرها من التنعيم » رواهما مسلم . وهما يدلان على ماذكرنا جميعه . ولأنّ إدخال الحج على الْعُمرة جائز بالإجماع من غير خشية الفوات . فمع خشية الفوات أولى . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم : أن لمن أهلّ بعُمرة أن يُدْخِلَ عليها

---

(١) عركت : حاضت ، ويقال أيضاً : ركت بمعنى حاضت . وسرف : موضع قرب التنعيم أقرب مكان من الحل إلى الحرم .

الْحَجّ ، مالم يفتتح الطوافَ بالبيت . وقد أمر النبيّ صلى الله عليه وسلم من كان معه هديٌ في حجة الوداع أن يُهِلّ بالحجّ مع العمرة ، ومع إمكانالحج مع بقاء الْعُمرة ، ولايجوز رفضُها ، لقول الله تعالى : (وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ) ولأنها متمكنة من إتمام عُمرتها بلا ضرر . فلم يجُز رفضها كغير الحائض فأمّا حديث عُروة فإن قوله : « انْقُضِي رَأْسَكِ ، وَامْتَشِطِي وَدَعِي الْعُمْرَةَ » انفرد به عروة ، خالف به سائر من روى عن عائشة : حين حاضت . وقد رُوى عن طاوس ، والقاسم ، والأسود ، وعمرة ، وعائشةَ ، ولم يذكروا ذلك . وحديث جابر ، وطاوس مخالفان لهذه الزيادة .

وقد رَوى حمّاد بن زيد ، عن هشام بن عُروةَ ، عن أبيه عن عائشة حـديث حيضها . فقـال فيه : حدثنى غيرُ واحد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : « دَعِي الْعُمْرَةَ وانْقُضِي رَأْسَكِ وَامْتَشِطِي » وذكر تمام الحـديث . وهذا يدل على أن عروة لم يسمع هـذه الزيادة من عائشة . وهو مع ماذكرنا من مخالفته بقية الرواة يدل على الوَهَم ، مع مخالفتها الـكتاب ، والأصول . إذ ليس لنـا موضع آخر يجوز فيه رفضُ العُمرة مع إمكان إتمامها . ويحتمل أن قوله : « دَعِي الْعُمْرَةَ » أى دعيها بحالها ، وأهِلِّي بالحج معها ، أو دعى أفعال العمرة فإنها تدخُل فى أفعال الحجّ . وأما إعمارها من التنعيم فلم يأمرها به النبيّ صلى الله عليه وسلم . وإنّما قالت له صلى الله عليه وسلم : « إنى أجدُ فى نفسى أنى لم أطُفْ بالبيت حتَّى حَجَجْتُ قال : فاذهب بها ياعبد الرحمن فأعمرها من التنعيم » وروى الأثرم بإسناده عن الأسود عن عائشة ، قلت : « اعتمرتِ بعد الحجّ ؟ قالت : والله ما كانت عُمرةً ما كانت إلا زيارةً ، زرتُ البيتَ » إنما هى مثلُ نفقتها . قال أحمـد : إنما أعمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة حين ألحّت عليه ، فقالت : « يرجعُ الناسُ بِنُسُكَيْنِ وَأَرْجِـعُ بِنُسُكٍ ؟ فقال : ياعبد الرحمن أعْمِرْها ، فنظر إلى أدنى الْحَرم فأعمرها منه » .

وقول الْخِرَقيّ : « ولم يـكن عليها قضاء طوافِ الْقُدوم » ، وذلك لأن طواف القدوم سنّةٌ لايجب قضاؤها . ولم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم عائشة بقضائه ، ولا فعلته هى .

٢٦١٦ فصـــــل

وكل متمتع خشى فوات الحج فإنه يُحرِم بالحج . ويصـير قارناً . وكذلك المتمتع الذى معه هـدى ، فإنه لايحِلّ من عمرته ، بل يُهِلّ بالْحَج معها ، فيصير قارناً . ولو أدخل الْحَج على الْعُمرة قبل الطواف من غير خوف الفوات جاز : وكان قارناً بغـير خلاف . وقد فعل ذلك ابن عمر ، ورواه عن النبيّ صلى الله عليه وسلم . فأما بعد الطواف فليس له ذلك ، ولا يصـير قارناً . وبهذا قال الشافعيّ ، وأبو ثور . ورُوى عن عطاء . وقال مالك : يصيرُ قارناً . وحُـكى ذلك عن أبى حنيفة ، لأنه أدخل الحج على إحرام العُمرة . فصح كما قبل الطواف .

ولنا : أنه شارعٌ فى التحلّل من الْعُمرة ، فلم يجُز إدخال الحج عليها ، كما لو سعى بين الصفا والمروة .

٢٦١٧ فصـــل

فأما إدخال العمرة على الحج فغيرُ جائز ، فإن فعل لم يصح ، ولم يصر قارناً . رُوِي ذلك عن عليّ . وبه قال مالك ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : يصح ويصير قارناً . لأنه أحد النسكين . فجاز إدخاله على الآخر ، قياساً على إدخال الحج على العُمرة .

ولنا : ماروى الأثرم بإسناده عن عبد الرحمن بن نصر ، عن أبيه ، قال : « خَرَجْتُ أُرِيدُ الْحَجَّ فَقَدِمْتُ الْمَدِينَةَ . فَإِذَا عَلِيٌّ قَدْ خَرَجَ حَاجًّا . فَأَهْلَلْتُ بِالْحَجِّ ، ثُمَّ خَرَجْتُ فَأَدْرَكْتُ عَلِيًّا فِي الطَّرِيقِ وَهُوَ يُهِلُّ بِعُمْرَةٍ وَحَجَّةٍ . فقلتُ : يَا أَبَا الْحَسَنِ ، إِنَّمَا خَرَجْتُ مِنَ الْكُوفَةِ لِأَقْتَدِي بِكَ ، وَقَدْ سَبَقْتَنِي فَأَهْلَلْتَ بِالْحَجِّ ، أَفَأَسْتَطِيعُ أَنْ أَدْخُلَ مَعَكَ فِيمَا أَنْتَ فِيهِ ؟ فقالَ : لَا . إِنَّمَا ذَلِكَ لَوْ كُنْتَ أَهْلَلْتَ بِعُمْرَةٍ » . ولأنّ إدخالَ العُمرة على الحجِّ لا يُفيدُه . إلا ماأفاده العقدُ الأول . فلم يصحّ ، كما لو استأجره على عمل ، ثم استأجره عليه ثانياً في المدّة . وعكسُه : إدخال الحَجِّ على العمرة .

٢٦١٨ « مسألة » قال ﴿ ومن وطىء قبل رمي جمرة العقبة فقد فسد حجهما . وعليه بدنةٌ إن كان استكرهها . ولادمَ عليها ﴾ .

وفي هذه المسألة ثلاثة فصول :

٢٣١٩ ﴿ الفصل الأول ﴾ أن الوطء قبل جمرة العقبة يُفسد الحج . ولا فرق بين ماقبل الوقوف وبعده . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ . وقال أصحاب الرأي : إن وطىء بعد الوقوف لم يفسُد حجّه . لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ » . ولأنه أمن الفوات ، فأمن الفساد ، كما بعد التحلّل الأول .

ولنا : أن رجلاً سأل ابن عباس ، وعبد الله بن عمرو ، فقال : وقعتُ بأهلي ونحنُ مُحرمانِ . فقالا له : « أفسَدْتَ حَجّكَ » ولم يستفصلُوا السائل ، رواه الأثرم . ولأنه وطء صادف إحراماً تامًّا فأفسده ، كقبل الوقوف . ويُخالف ما بعد التحلّل الأول ، فإنّ الإحرام غيرُ تامٍّ . والمرادُ من الخبر الأمنُ من الفوات . ولا يلزم من أمن الفوات أمنُ الفساد . وبدليل العُمرة يأمن فواتها ، ولا يأمن فسادها . قال أحمد : لاأعلم أحداً قال : إنّ حجّه تامّ غيرَ أبي حنيفةَ يقول : « الْحَجُّ عَرَفَاتٌ . فَمَنْ وَقَفَ بِهَا فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ » . وإنّما هذا مثل قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصَّلَاةِ فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ » ، أي أدرك فضل الصلاة ولم تفُته . كذلك الحج .

إذا ثبت هذا : فإنه يفسُد حجُّهما جميعاً . لأن الجماع وُجد منهما ، وسواء في ذلك الناسي ، والعامد ، والمستكرَهَةُ ، والمطاوِعةُ ، والمستَيقِظةُ ، عالماً كان الرجل ، أو جاهلاً . وقال الشافعيّ في أحد قوليه : لايفسُد حجّ الناسي . لأنه معذور .

ولنـا : أنه معنًى يوجب القضاء ، فاستوت فيه الأحوال كلّها كالفوات . ولا فرق بين ما بعد يوم النحر أو قبله . لأنه وطىء قبل التحلّل الأول ففسد حجُّه ، كما لو وطىء يوم النحر .

٢٦٢٠ ﴿ الفصل الثانى ﴾ أنه يلزمه بدَنَةٌ . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : إن وطىء قبل الوقوف فسد حجه ، وعليه شاةٌ . وإن وطىء بعـده لم يفسُد حجه وعليه بدنةٌ . لأن الوطء قبل الوقوف معنًى يتعلق به وجوب القضاء . فلم يوجب بدنةً كالفوات .

ولنـا : أنه قد رُوى عن عمر ، وابن عباس مثلُ قولنا . ولأنه وطء صادف إحراماً تامًّا ، فأوجب البدنَةَ ، كما بعد الوقوف . ولأن ما يُفسد الحج الجنايةُ به أعظمُ ، فـكفارته يجب أن تـكون أغلظَ ، وأما الفوات فإنهم يوجبون به بدنةً ـ فـكيف يصح القياس عليه ؟

٢٦٢١ ﴿ الفصل الثالث ﴾ أنه لادم عليها فى حال الإكراه ، وهو قول عطاء ، ومالك ، والشافعىّ وإسحاق ، وأبو ثور . وقال أصحـاب الرأى : عليها دم آخر ، لأنه قد فسد حجّها . فوجبت البـدنة ، كما لو طاوعت .

ولنا : أنها كفارة تجب بالجماع ، فلم تجب على المرأة فى حال الإكراه ، كما لو وطىء فى الصوم .

٢٦٢٢ فصـــل

ومن وطىء قبل التحلّل من العُمرة فسـدت عُمرته ، وعليه شاة مع القضاء . وقال الشافعىّ : عليه القضاء ، وبدنةٌ . لأنها عبادة تشتمل على طواف وسعى ، فأشبهت الحج . وقال أبو حنيفة : إن وطىء قبل أن يطوف أربعةَ أشواطٍ كقولنا ، وإن وطىء بعد ذلك فعليه شاة ، ولاتفسُد عُمرته .

ولنا على الشافعىّ : أنها عبادة لاوقوف فيها . فلم يجب فيها بدنةٌ ، كما لو قرنها بالحجّ . ولأن العمرة دون الحج ، فيجب أن يكون حكمها دون حكمه ، وبهذا يخرج الحجّ .

ولنا على أبى حنيفة : أن الجماع من محظورات الإحرام ، فاستوى فيه ماقبل الطواف وبعده ، كسائر المحظورات ، ولأنه وطء صادف إحراماً تاماً ، فأفسده ، كما قبل الطواف .

٢٦٢٣ فصـــل

إذا أفسد القارن والمتمتّع نسُكَهما لم يسقط الدم عنهما ، وبه قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة: يسقُط . وعن أحمد مثلُه ، لأنه لم يحصُل له الترفُّه بسقوط أحد السفرين .

ولنـا : أن ما وجب فى النسُك الصحيح وجب فى الفاسد ، كالأفعال ، ولأنه دم وجب عليـه ، فلا يسقط بالإفساد ، كالدم الواجب لترك الميقات .

٢٦٢٤ فصـــــل

وإذا أفسد القارن نُسُكه ثم قضى مُفرداً لم يلزمه فى القضاء دم . وقال الشافعىّ : يلزمه . لأنه يجب فى القضاء مايجب فى الأداء ، وهذا كان واجباً فى الأداء .

ولنا : أن الإفراد أفضلُ من القِرانِ مع الدم . فإذا أتى بهما ، فقد أتى بما هو أولى ، فلا يلزمه شىء ، كمن لزمته الصلاة بتيمم ، فقضى بالوضوء .

٢٦٢٥ « مسألة » قال ﴿ وإن وطىء بعد رمى جمرة العقبة فعليه دم ، ويمضى إلى التنعيم ، فيُحرم ليطوف وهو مُحرم ﴾ .

وفى هذه المسألة ثلاثة فصول :

٢٦٢٦ ﴿ أحدها ﴾ أن الوطء بعد الجمرة لا يُفسد الحجّ . وهو قول ابن عباس ، وعكرمة ، وعطاء ، والشعبىّ ، وربيعة ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال النخَعِىّ ، والزهرىّ ، وحمّاد : عليه حج من قابل . لأن الوطء صادف إحراماً من الحج ، فأفسده ، كالوطء قبل الرمى .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَنْ شَهِدَ صَلاَتَنَا هَذِهِ ، وَوَقَفَ مَعَنَا حَتَّى نَدْفَعَ وَكَانَ قَدْ وَقَفَ بِعَرَفَةَ قَبْلَ ذَلِكَ لَيْلاً أَوْ نَهَاراً فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ ، وَقَضَى تَفَثَهُ » . ولأنه قول ابن عباس ، فإنه قال فى رجل أصاب أهله قبل أن يُفيض يوم النحر : « يَنْحَرَانِ جَزوراً بَيْنَهُمَا ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ » ولا نعرف له مخالفاً فى الصحابة ، ولأن الحجّ عبادة لهـا تحلّلان ، فوجود المفسد بعد تحلّلها الأول لا يُفسدها كبعد التسليمة الأولى فى الصلاة ، وبهذا فارق ماقبل التحلّل الأول .

٢٦٢٧ ﴿ الفصل الثانى ﴾ أن الواجب عليه بالوطء شاة ، هـذا ظـاهر كلام الخِرَقِىّ ، ونصّ عليه أحمد . وقول عكرمة ، وربيعة ، ومالك ، وإسحاق . وقال القاضى : فيه رواية أخرى : أَنَّ عليه بَدَنَةً ، وهو قول ابن عباس ، وعطاء ، والشعبىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . لأنه وطىء فى الحجّ ، فوجبت عليه بَدَنَة ، كما قبل رمى جمرة العقبة .

ولنا : أنه وطء لم يُفسد ، فلم يوجب ، كالوطء دون الفرج ، إذا لم يُنزل . ولأن حكم الإحرام خفّ بالتحلّل الأول ، فينبغى أن يكون موجَبُه دون مُوجَب الإحرام التامّ .

٢٦٢٨ ﴿ الفصل الثالث ﴾ أنه يَفسُد الإحرام بالوطء بعد رمى الجمرة . ويلزمه أن يحرم من الحِلّ وبذلك قال عكرمة ، وربيعـة ، وإسحاق . وقال ابن عبّاس ، وعطـاء ، والشعبىّ ، والشافعىّ ، حجُّه صحيح ، ولا يلزمه الإحرام ، لأنه إحرام لا يُفسدُ جميعُه ، فلم يفسُد بعضه ، كما لو وطىء بعد التحلّل الثانى .

ولنـا : أنه وطء صادف إحراماً فأفسده كالإحرام التامّ ، وإذا فسد إحرامه فعليـه أن يحرم ، ليأتى بالطواف فى إحرام صحيح ، لأنَّ الطواف ركن ، فيجب أن يأتى به فى إحرام صحيح ، كالوقوف ، ويلزمه

الإحرام من الحِلّ ، لأن الإحرام ينبغى أن يجمع فيه بين الحِلّ والحَرَم . فلو أبحنا لهذا الإحرامَ من الحَرَم لم يجمع بينهما ، لأن أفعاله كلها تقع فى الحرم ، فأشبه المعتمِرَ ، وإذا أحرم من الحِلّ طاف للزيارة ، وسعى إن كان لم يسع فى حجه ، وإن كان سعى طاف للزيارة وتحلّل ، هـذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، لأن الذى بقى عليه بقيّة أفعال الحج ، وإنما وجب عليه الإحرام ليأتى بها فى إحرام صحيح . والمنصوص عن أحمد ومن وافقه من الأئمّة : أنه يعتمر ، فيحتمل أنهم أرادوا هذا أيضاً ، وسموه عُمرةً ، لأن هذا هو أفعال العُمرة . ويحتمل أنهم أرادوا عُمرة حقيقيّةً ، فيلزمه سعى ، وتقصير ، والأول أصح ، لما ذكرنا . وقول الخِرَقىّ « يُحرِم مِنَ التنعيم » لم يذكره لتعيين الإحرام منه ، بل لأنه حل ، فمن أحل وأحرم جاز كالمعتمر .

٢٦٢٩ فصــــل

ولا فرق بين من حلق ، ومن لم يحلق فى أنه لايفسُد حجّه بالوطء بعـد الرمى ، وعليه دم ، وإحرام من الحِلّ . هذا ظاهر كلام أحمد ، والخِرقىّ ، ومن سميناه من الأئمّة ، لترتيبهم هذا الحـكم على الوطء بعد مجرد الرمى ، من غير اعتبار أمر زائد .

٢٦٣٠ فصــــل

فإن طاف للزيارة ولم يرم ، ثم وطىء لم يفسُد حجّه بحال ، لأنّ الحجّ قد تمّ أركانه كلها ، ولا يلزمه إحرام من الحل ، فإن الرمى ليس بركن ، وهل يلزمه دم ؟ ، يحتمل أنه لا يلزمه شىء لما ذكرنا ، ويحتمل أنه يلزمه ، لأنه وطىء قبل وجود مايتم به التحلل ، فأشبه من وطىء بعد الرمى وقبل الطواف .

٢٦٣١ فصــــل

والقارن كالمفرد ، فإنّه إذا وطىء بعد الرمى لم يفسُد حجّه ، ولا عُمرته لأن الحـكم للحجّ ، ألا ترى أنه لايحِلّ من عُمرته قبل الطواف ، ويفعل ذلك إذ كان قارناً ، ولأن الترتيب للحجّ دونها ، والحجّ لايفسد قبل الطواف ، كذلك العمرة . وقال أحمد : من وطىء بعد الطواف يوم النحر قبل أن يركع ماعليه شىء . قال أبو طالب : سألتُ أحمد عن الرجل يُقبّل بعد رمى جمرة العقبة قبل أن يزور البيت ؟ قال : ليس عليه شىء ، قد قضى المناسك .

فعلى هذا : ليس عليه فيما دون الوطء فى الفرج شىء .

٢٦٣٢ « مسألة » قال ﴿ ومباح لأهل السقاية والرعاة ، أن يرمُوا بالليل ﴾ .

تروى هذه اللفظة « الرعاة » بضم الراء وإثبات الهاء . مثل الدعاة ، والقضاة . « والرعاء » بـكسر الراء ، والمدّ من غير هاء ، وهما لغتان صحيحتان . قال الله تعالى : (٢٨ : ٢٣ حَتَّى يَصْدُرَ الرِّعَاءُ) . وفى بعض الحديث : « أَرْخَصَ لِلرُّعَاةِ أَنْ يَرْمُوا يَوْماً ، وَيَدَعُوا يَوْماً » وإنما أبيح لهؤلاء الرمى بالليل

لأنهم يشتغلون بالنهار برعى المواشى وحفظها ، وأهل السقاية : هم الذين يسقون من بئر زمزم للحاجّ ، فيشتغلون بسقايتهم نهاراً ، فأُبيح لهم الرمى فى وقت فراغهم ، تخفيفاً عليهم . فيجوز لهم رمى كل يوم فى الليلة المستقبلة ، فيرمون جمرة العقبة فى ليلة اليوم الأول من أيام التشريق ، ورمى اليوم الأول فى ليلة الثانى ، ورمى الثانى فى ليلة الثالث ، والثالث إذا أخروه إلى الغروب سقط عنهم ، كسقوطه عن غيرهم . قال عطاء : لا يرمى بالليل إلا رعاة الإبل ، فأما التجار فلا . وكان مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى يقولون : من نسى الرمى إلى الليل رمى ولا شىء عليه ، من الرُّعاة ومن غيرهم .

٢٦٣٣ « مسألة » قال ﴿ ومباح للرِّعاء : أن يؤخِّروا الرمى ، فيقضوه فى الوقت الثانى ﴾ .

وجملة ذلك : أنه يجوز للرعاة ترك المبيت بمنًى ليالى منًى ، ويؤخِّرون رمى اليوم الأول ، ويرمون يوم النفر الأول عن الرميين جميعاً . لما عليهم من المشقَّة فى المبيت ، والإقامة للرمى . وقد روى مالك ، عن عبد الله بن أبى بكر ، عن أبيه ، عن أبى البَدَّاح بن عاصم ، عن أبيه قال : « رَخَّصَ رسول الله صلى الله عليه وسلم لرعَاءِ الإبِلِ فى البَيْتُوتَةِ أنْ يَرْمُوا يَوْمَ النَّحْرِ . ثُمَّ يَجْمَعُونَ رَمْىَ يَوْمَيْنِ بَعْدَ يَوْمِ النَّحْرِ يَرْمُونه فى أَحَدِهمَا » قال مالك : ظننتُ أنه فى أول يوم منهما ، ثم يرمون يوم النفر . رواه ابن ماجه ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، صحيح ، رواه ابن عُيَيْنة ، قال : « رُخِّصَ للرِّعَاءِ أنْ يَرْمُوا يَوْماً ، وَيَدَعُوا يَوْماً » وكذلك الحكم فى أهل سقاية الحاج .

وقد روى ابن عمر : « أنَّ العبَّاسَ اسْتَأْذَنَ النبى صلى الله عليه وسلم لِيَبِيتَ بِمَكَّةَ لَيَالِىَ مِنًى مِنْ أجْلِ سِقَايَتِهِ » متفق عليه ، إلاَّ أنَّ الفرق بين الرِّعاء ، وأهل السقاية : أن الرِّعاء إذا قاموا حتى غربت الشمس فقد انقضى وقت الرعى ، وأهل السقاية يشتغلون ليلاً ونهاراً . فافترقا ، وصار الرِّعاء كالمريض الذى يُباح له ترك الجمعة لمرضه . فإذا حضرها تعيَّنت عليه . والرِّعاء أبيحَ لهم ترك المبيت ، لأجل الرعى . فإذا فات وقته وجب المبيت .

٢٦٣٤ فصـل

وأهل الأعذار من غير الرُّعاء ، كالمرضى ، ومن له مال يخاف ضياعه ، ونحوهم ، كالرعاء فى ترك البيتوتة . لأنّ النبى صلى الله عليه وسلم رَخَّصَ لهؤلاء تنبيهاً على غيرهم ، أو نقول : نصّ عليه لمعنًى وُجِدَ فى غيرهم فوجب إلحاقهُ بهم .

٢٦٣٥ فصـل

إذا كان الرجل مريضاً ، أو محبوساً ، أو له عذر ، جاز أن يستنيب مَن يرمى عنه . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : إذا رمى عنه الجمار يشهد هو ذاك أو يكون فى رَحْلِهِ ؟ قال : يُعجبنى أن يشهد ذاك إن قدر حين يُرْمَىَ عنه .

قلت : فإن ضَعُف عن ذلك ، أيكون فى رحله ويُرْمى عنه ؟ قال : نعم ، قال القاضى : المستحبّ أن يضع الحَصى فى يد النائب ، ليكون له عمـلٌ فى الرمى ، وإن أُغْمِىَ على المستنيب لم تنقطع النيابةُ . وللنائب الرمىُ عنه كما لو استنابه فى الحجّ ، ثم أُغْمِىَ عليه . وبما ذكرنا فى هـذه المسألة قال الشافعىّ ، ونحوَه قال مالك : إلا أنه قال : يتحرّى المريضُ حين رميهم ، فيكبّر سبْعَ تكبيرات .

٢٦٣٦ فصـــل

ومن ترك الرمى من غير عذر فعليه دم . قال أحمد : أعجبُ إلىّ إذا ترك الأيام كلها كان عليه دم ، وفى ترك جمرة واحدة دم أيضاً . نص عليه أحمد . وبهذا قال عطـاء ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وحُكى عن مالك : أن عليه فى جمرةٍ أو الجمرات كلّها بَدَنة . قال الحسن : من نسى جمرةً واحدةً يتصدّق على مسكين .

ولنا : قول ابن عباس : « مَنْ تَرَكَ شَيْئاً مِنْ مَناسكه فَعَلَيْهِ دَمٌ » . ولأنه ترك من مناسكه مالا يفسُد الحج بتركه . فكان الواجب عليه شاة كالمبيت . وإن ترك أقل من جمرة . فالظاهرُ عن أحمد أنه لا شىء عليه فى حصاةٍ ، ولا فى حصاتين . وعنـه : أنه يجب الرمى بسبع . فإن ترك شيئاً من ذلك تصـدّق بشىء أىّ شىء كان . وعنـه : أن فى كل حصاة دماً . وهو مذهب مالك ، والليث . لأن ابن عباس قال : « مَنْ تَرَكَ شَيْئاً فى مَنَاسِكِهِ فَعَلَيْهِ دَمٌ » وعنه : فى الثلاثة دم . وهو مذهب الشافعىّ . وفيما دون ذلك : فى كلّ حصاة مُدّ . وعنه : دِرْهم . وعنـه : نصفُ درهم . وقال أبو حنيفة : إن ترك جمرة العقبة ، أو الجِمارَ كلّها فعليه دم . وإن ترك غير ذلك ، فعليه فى كل حصاة نصفُ صاع ، إلى أن يبلغ دماً . وقد ذكرنا ذلك .

وآخر وقت الرمى . آخرُ أيام التشريق . فمتى خرجَتْ قبل رميه فات وقتُه ، واستقرّ عليـه الفِدَاء الواجبُ فى ترك الرمى . هـذا قول أكثر أهل العـلم . وحُكى عن عطاء فيمن رمى جمرةَ العقبة ، ثمّ خرج إلى إبله فى ليـلة أربعَ عَشْرَةَ ، ثمّ رمى قبل طلوع الفجر ، فإن لم يرم هَرَاقَ دماً . والأول أولى . لأن محلّ الرمى النهار ، فيخرج وقت الرمى بخروج النهار . والله أعلم .

باب الفدية وجزاء الصيد

٢٦٣٧ « مسألة » قال ﴿ ومن حلق أربع شَعَرَاتٍ فصاعداً ، عامداً أو مخطئاً . فعليه صيام ثلاثة أيام ، أو إطعامُ ثلاثة آصُعٍ من تمر بين ستّة مساكين ، أو ذبح شاة . أيَّ ذلك فعل أجزأه ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى ستة فصول :

٢٦٣٨ ﴿ الأول ﴾ أن على المحرم فديةً إذا حلق رأسه . ولا خلاف فى ذلك . قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على وجوب الفدية على من حلق وهو محرم بغير عِلة . والأصلُ فى ذلك : قول الله تعالى (٢ : ١٩٦ وَلاَ تَحْلِقُوا رُءوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْىُ مَحِلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ) . وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم لكعب بن عُجْرَةَ : « لَعَلَّكَ آذَاكَ هَوَامُّكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ يَا رَسُولَ اللهِ . فقَالَ رسول الله صلى الله عليه وسلم : احْلِقْ رَأْسَكَ ، وَصُمْ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ ، أَوِ انْسُكْ شَاةً » متفق عليه . وفى لفظ : « أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ ، لِكُلِّ مِسْكِينٍ ، نِصْفُ صَاعٍ تَمْرٍ » . ولا فرق فى ذلك بين إزالة الشعر بالحلق ، أو النُّورَةِ ، أو قَصِّهِ ، أو غير ذلك . لا نعلم فيه خلافاً .

٢٦٣٩ ﴿ الفصل الثانى ﴾ أنه لا فرق بين العامد ، والمخطىء ، ومن له عذر ، ومن لا عذر له فى ظاهر المذهب . وهو قول الشافعىّ . ونحوُه عن الثورى ، وفيه وجهٌ آخرُ : لا فديةَ على الناسى . وهو قول إسحاق ، وابن المنذر . لقوله عليه السلام : « عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَإِ وَالنِّسْيَانِ » .

ولنا : أنه إتلاف ، فاستوى عمدُه وخطؤه ، كقتل الصيد . ولأن الله تعالى أوجب الفدية على من حلق رأسه لأذًى به ، وهو معذور . فكان ذلك تنبيهاً على وجوبها على غير المعذور ، ودليلا على وجوبها على المعذور بنوعٍ آخرَ ، مثل المحتجم الذى يَحلق موضع مَحاجمه ، أو شعراً عن شَجَّتِهِ . وفى معنى الناسى النائم : الذى يقلع شعره ، أو يصوب شعره إلى تنوُّرٍ فيَحْرِق لَهَبُ النار شعره ، ونحو ذلك .

٢٦٤٠ ﴿ الفصل الثالث ﴾ أن الفدية هى إحدى الثلاثة المذكورة فى الآية والخبر ، أيَّها شاء فعل لأنه أمر بها بلفظ التخيير . ولا فرق فى ذلك بين المعذور وغيره ، والعامد والمخطىء . وهو مذهب مالك ، والشافعىّ . وعن أحمد : أنه إذا حلق لغير عذر فعليه الدم . من غير تخيير . وهو مذهب أبى حنيفة . لأن الله تعالى خيَّر[1] بشرط العذر . فإذا عدم الشرط وجب زوالُ التخيير .

ولنا : أن الحكم ثبت فى غير المعذور بطريق التنبيه تبعاً له ، والتبعُ لا يخالف أصله . ولأن كلَّ كفارة

---

(١) خير بشرط العذر : يعنى خير بين الطعام والصيام والذبح لمن كان له عذر بأن كان به مرض ، أو أذى فى رأسه فقد قال تعالى : (فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك)

ثبت التخيير فيها إذا كان سببها مُباحاً ، ثبت كذلك إذا كان محظوراً ، كجزاء الصيد . ولا فرق بين قتله للضرورة إلى أكله ، أو لغير ذلك . وإنما الشرط لجواز الحلق لا التخيير .

٢٦٤١ ﴿ الفصل الرابع ﴾ القدر الذى يجب به الدم : أربعُ شعرات فصاعداً ، وفيه رواية أخرى يجب فى الثلاث مافى حلق الرأس . قال القاضى : هو المذهبُ ، وهو قول الحسن ، وعطاء ، وابن عُيَيْنَةَ والشافعىّ ، وأبى ثور . لأنه شعر آدمىّ يقع عليه اسمُ الجمع المطلق فجاز أن يتعلّق به الدم ، كالربع . وقال أبو حنيفة : لايجب الدم بدون رُبع الرأس . لأن الربع يقوم مقام الكل ، ولهذا إذا رأى رجلاً يقول : رأيت فلاناً . وإنما رأى إحدى جهاته . وقال مالك : إذا حلق من رأسه ما أماطَ به الأذى وجب الدم . ووجه كلام الخِرَقىّ : أن الأربع كثير . فوجب به الدم كالربع فصاعداً . أما الثلاثة فهى آخر القِلّة ، وآخرُ الشىء منه ، فأشبه الشعرة والشعرتين . والاستدلال بأن الربع يقع عليه اسم الكل ، غيرُ صحيح . فإن ذلك لايتقيَّد بالربع ، وإنما هو مجاز يتناول الكثير والقليل .

٢٦٤٢ ﴿ الفصل الخامس ﴾ أن شعر الرأس وغيره سواء فى وجوب الفدية . لأن شعر غير الرأس يحصُل بحلقه الترفّه ، والتنظّف ، فأشبه الرأس . فإن حلق من شعر رأسه وبدنه ، ففى الجميع فدية واحدة ، وإن كثُر ، وإن حلق من رأسه شعرتين ، ومن بدنه شعرتين ، فعليه دم واحد ، هذا ظاهر كلام الخِرَقىّ واختيارُ أبى الخطّاب ، ومذهب أكثر الفقهاء . وذكر أبو الخطاب أن فيها روايتين :

(إحداهما) كما ذكرنا .

(والثانية) إذا قلع من شعر رأسه وبدنه ، مايجب الدم بكلّ واحد منهما منفرداً ففيهما دمان . وهو الذى ذكره القاضى ، وابنُ عقيل . لأن الرأس يخالف البدن بحصول التحلّل به ، دون البدن .

ولنا : أن الشعر كله جنس واحد فى البدن ، فلم تتعدد الفدية فيه باختلاف مواضعه ، كسائر البدَن ، وكاللباس ، ودعوى الاختلاف تبطلُ باللباس فإنه يجب كشف الرأس دون غيره ، والجزاء فى اللُّبس فيهما واحد .

٢٦٤٣ ﴿ الفصل السادس ﴾ أن الفدية الواجبة بحلق الشعر : هى المذكورة فى حديث كعب بن عُجْرَةَ ، بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « احلِقْ رَأْسَكَ وَصُمْ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ ، أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ لِكلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ ، أَوِ انْسُكْ شَاةً » . وفى لفظ : « أَوْ أَطْعِمْ فَرَقًا بَيْنَ سِتَّةِ مَسَاكِينَ » متفق عليه . وفى لفظ : « أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ بَيْنَ كُلِّ مِسْكِينَيْنِ صَاعٌ » . وفى لفظ : « فَصُمْ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ . وَإِنْ شِئْتَ فَتَصَدَّقْ بِثَلاَثَةِ آصُعٍ مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتَّةِ مَسَاكِينَ » رواه كلّه أبو داود . وبهذا قال مجاهد والنخَعىّ وأبو مِجْلَز ، والشافعىّ ، ومالك ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن ، وعكرمة ، ونافع : الصيام عشرة أيام ، والصدقة على عشرة مساكين . ويُروى ذلك عن الثورىّ ، وأصحاب الرأى

قالوا : يُجزىء من البرّ نصفُ صاع ، لكلّ مسكين . ومن التمر ، والشعير : صاعٌ صاعٌ . واتباع السنّة أولى .

٢٦٤٤ فصل

ويُجزىء البرّ ، والشعير ، والزبيب ، فى الفدية . لأنّ كلّ موضع أجزأ فيه التمر أجزأ فيه ذلك ، كالفطرة ، وكفّارة اليمين . وقد روى أبو داود فى حديث كعب بن عُجْرة قال : « فَدَعَانِي رسول الله صلى الله عليه وسلم فَقَالَ لِي : احْلِقْ رَأْسَكَ وَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ أَطْعِمْ سِتَّةَ مَسَاكِينَ فَرَقًا مِنْ زَبِيبٍ أَوْ انْسُكْ شَاةً » ، رواه أبو داود . ولا يُجزىء من هذه الأصناف ، أقلُّ من ثلاثة آصُعٍ ، إلا البرّ ، ففيه روايتان :

إحداها : مُدٌّ من برّ لكلّ مسكين ، مكان نصف صاع من غيره ، كما فى كفّارة اليمين .

والثانية : لايُجزىء إلا نصفُ صاع . لأن الحكم ثبت فيه بطريق التنبيه أو القياس ، والفرع يماثلُ أصله ، ولا يخالفه . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ .

٢٦٤٥ فصل

وإذا حلق ، ثم حلق ، فالواجب فدية واحدة ، مالم يكفّر عن الأول قبل فعل الثانى . فإن كفّر عن الأول ، ثم حلق ثانياً ، فعليه للثانى كفّارة أيضاً . وكذلك الحكم فيما إذا لبس ، ثم لبس ، أو تطيّب ، ثم تطيّب ، أو كرّر من محظورات الإحرام اللاتى لايزيد الواجب فيها بزيادتها ، ولا يتقدّر بقدرها . فأمّا مايتقدّر الواجب بقدره ، وهو إتلاف الصيد ، ففى كل واحد منها جزاؤه ، وسواء فعله مجتمعاً ، أو متفرقاً ، ولا تداخُل فيه . ففعل المحظورات متفرقاً ، كفعلها مجتمعةً فى الفدية ، مالم يكفّر عن الأول قبل فعل الثانى . وعن أحمد : أنه إن كرره لأسبابٍ : مثل أن لبس للبرد ، ثم لبس للحرّ ، ثم لبس للمرض فكفارات . وإن كان لسبب واحد فكفارة واحدة . وقد رَوى عنه الأثرم فيمن لبس قميصاً وجُبّةً ، وعمامةً ، وغير ذلك لعلّةٍ واحدة ، قلت له : فإن اعتلّ فلبس جُبّةً ، ثم برأ ، ثم اعتلّ فلبس جُبّةً ؟ فقال : هذا الآن عليه كفارتان . وعن الشافعىّ كقولنا . وعنه لايتداخل . وقال مالك : تتداخل كفّارة الوطء دون غيره . وقال أبو حنيفة : إن كرره فى مجلس واحد فكفارة واحدة ، وإن كان فى مجالس فكفارات. لأن حكم المجلس الواحد حكم الفعل الواحد ، بخلاف غيره .

ولنا : أن مايتداخل إذا كان بعضه عقيبَ بعض يجبُ أن يتداخل ، وإن تفرّق كالحدود ، وكفارة الأيمان . ولأن الله تعالى أوجب فى حلق الرأس فديةً واحدةً ، ولم يفرق بين ماوقع فى دفعةٍ أو فى دَفَعَاتٍ ، والقولُ بأنه لايتداخل غيرُ صحيح ، فإنه إذا حلق رأسه لايمكنُ إلا شيئاً بعد شىء .

٢٦٤٦ فصـــــل

فأما جزاء الصيد فلا يتداخل . ويجب في كل صيد جزاؤه ، سواء وقع متفرقاً ، أو في حالٍ واحدةٍ . وعن أحمد : أنه يتداخلُ قياساً على سائر المحظورات . ولا يصحّ . لأن الله تعالى قال (٥ : ٩٦ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) ومثل الصيدين لايكون أحدهما . ولأنه لوقتل صيدين دفعة واحدة وجب جزاؤهما فإذا تفرقا أولى أن يجب . لأن حالة التفريق لاتنقُص عن حالة الاجتماع ، كسائر المحظورات .

٢٦٤٧ فصـــــل

إذا حلق المحرم رأس حلالٍ ، أو قلّم أظفاره ، فلا فدية عليه ، وبذلك قال عطاء ، ومجاهد ، وعمرو بن دينار ، والشافعيّ ، وإسحاق . وأبو ثور . وقال سعيد بن جُبَير في محرم قصّ شارب حـلالٍ : يتصدق بدرهم . وقال أبو حنيفة : يلزمه صدقة ، لأنه أتلف شعر آدميّ . فأشبه شعر المحرم .

ولنا : أنه شعر مُباح الإتلاف . فلم يجب بإتلافه شيء ، كشعر بهيمة الأنعام .

٢٦٤٨ فصـــــل

وإن حلق محرم رأس مُحرم بإذنه ، فالفديةُ على مَنْ حلق رأسه وكذلك إن حلقه حـلالٌ بإذنه ، لأن الله تعالى قال : (وَلاَ تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ) وقد علم أن غيره هو الذى يحلقه ، فأضاف الفعل إليـه ، وجعل الفديةَ عليه وإن حلقه مكرهاً ، أو نائماً ، فلا فدية على المحـلوق رأسه . وبهذا قال إسحاق ، وأبو ثور ، وابن القـاسم ، صاحب مالك ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : على المحـلوق رأسُه الفديةُ . وعن الشافعيّ : كالمذهبين .

ولنا : أنه يحلق رأسه ، ولم يحلق بإذنه . فأشبه مالو انقطع الشعر بنفسه .

إذا ثبت هذا : فإنّ الفدية على الحالق ، حراماً كان ، أو حـلالاً . وقال أصحابُ الرأى : على الحلال صدقة . وقال عطاء : عليهما الفدية .

ولنا : أنه أزال مامُنع من إزالته لأجل الإحرام . فكانت عليه فديتُه ، كالمحرم يحلق رأس نفسه .

٢٦٤٩ فصـــــل

إذا قلع جلدةً عليها شعر فلا فدية عليـه . لأنه أزال تابعاً لغيره ، والتابع لايُضمن ، كالو قلع أشفـار عيني إنسان ، فإنه لايضمن أهدابهما .

٢٦٥٠ فصـــــل

وإذا خلّل شعره ، فسقطت شعرة ، فإن كانت مَيّتةً فلا فدية فيها ، وإن كانت من شعره النـابت ، ففيها الفدية ، وإن شكّ فيها فلا فدية فيها . لأن الأصل نفى الضمان إلى أن يحصُل يقين .

٢٦٥١ « مسألة » قال { وفى كلّ شعرة من الثلاث : مُدٌّ من طعام } .

يعنى إذا حلق دون الأربع فعليه فى كل شعرة مدّ من طعام . وهـذا قول الحسن ، وابن عيينة ، والشافعىّ ، فيما دون الثلاث . وعن أحمد : فى الشعرة درهم ، وفى الشعرتين درهمان . وعنه فى كل شعرة قبضة من طعام . ورُوى ذلك عن عطاء ، ونحوه عن مالك ، وأصحـاب الرأى . قال مالك : عليه فيما قل من الشعر إطعام طعام . وقال أصحـاب الرأى : يتصدق بشيء . لأنه لاتقدير فيه . فيجب فيه أقل ما يقع عليه اسم الصدقة . وعن مالك فيمن أزال شعراً : لاضمان عليه لأن النصّ إنما أوجب الفدية فى حلق الرأس كلِّه . فألحقنا به مايقع عليه اسم الرأس .

ولنا : أن ما ضُمِنت جملته ضُمنت أبعاضُه ، كالصيد . والأولى : أن يجب الإطعام . لأن الشارع إنما عَدَل عن الحيوان إلى الطعام فى جزاء الصيد ، وهاهنـا أوجب الإطعام مع الحيوان على وجه التخيير . فيجب أن يرجع إليه فيما لايجب فيسه الدم ، ويجب مُدّ . لأنه أقل ماوجب بالشرع فدية ، فـكان واجباً فى أقل الشعر ، والطعام الذى يُجزىء فيه إخراجه ، وهو مايجزىء فى حلق الرأس ابتداء من البرّ والشعير والتمر ، والزبيب ، كالذى يجب فى الأربع

٢٦٥٢ فصـــــل

ومن أبيح له حلق رأسه لأذًى به ، فهو مخير فى الفدية قبل الحلق وبعده . نص عليه أحمد . لما رُوى « أن الْحُسَيْنَ بنَ عَلِيٍّ اشْتَـكَى رَأْسَـهُ . فَأَتَى عَلِيٌّ فَقِيلَ لَهُ : هَـذَا الْحُسَيْنُ يُشِيرُ إِلَى رَأْسِـهِ ، فَدَعَا بِجَزُورٍ فَنَحَرَهَا ، ثمّ حَلَقَهُ وَهُوَ بالسُّقْيَاءِ » رواه أبو إسحاق الْجُوزَجانىُّ . ولأنها كفارة ، فجاز تقديمها على وجوبها ، كـكفارة الظِّهار ، واليمين .

٢٦٥٣ « مسألة » قال { وكذلك الأظفار } .

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ أظفاره ، وعليه الفدية بأخذها فى قول أكثرهم . وهو قول حماد ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . ورُوى ذلك عن عطاء . وعنه : لافديةَ عليه ، لأنّ الشرع لم يَرِدْ فيه بفدية .

ولنا : أنه أزال مامنع إزالته لأجل الترفه ، فوجبت عليـه الفدية ، كحلق الشعر . وعـدم النص فيه لايمنع قياسه عليه ، كشعر البدن مع شعر الرأس . والحـكم فى فدية الأظفار كالحـكم فى فدية الشعر سواء . فى أربعة منها دم ، وعنـه : فى ثلاثة دم ، وفى الظفر الواحد : مدّ من طعـام ، وفى الظفرين مُدّان ، على ماذكرنا من التفصيل ، والاختلاف فيه . وقول الشافعىّ ، وأبى ثور كذلك . وقال أبو حنيفة : لايجب الدم إلا بتقليم أظفار يدٍ كاملةٍ حتى لو قلم من كل يد أربعةً لايجب عليه الدم . لأنه لم يستـكمل منفعة اليد أشبه الظفر والظفرين .

ولنا: أنه قلم مايقع عليه اسمُ الجمع. أشبه مالو قلم خمساً من يد واحدة، وما قالوه يبطُل بما إذا حلق ربع رأسه. فإنه لم يستوف منفعةَ الْعُضو، ويجب به الدم، وقولهم يؤدى إلى أن يجب به الدم فى القليل، دون الـكثير.

إذا ثبت هذا: فإنه يتخير من قَلْم مايجب به الدم بين الثلاثة أشياء، كما قلنا فى الشَّعْر. لأن الإيجاب فى الأظفار بالإلحاق بالشعر. فيـكون حـكم الفرع حكم، أصله. ولا يجب فيما دون الأربعة، أو الثـلاثة بقسطه من الدم. لأن العبادة إذا وجب فيها الحيوان لم يجب فيها جزء منه، كالزكاة.

٢٦٥٤ فصـــل

وفى قصٍّ بعض الظُّفر مافى جميعه. وكذلك فى قطع بعض الشعرة مثلُ مافى قطع جميعها. لأن الفدية تجب فى الشعرة، والظفر، سواء أطالَ، أو قصُر. وليس بمقـدر بمساحة، فيتقدر الضمانُ عليـه، بل هو كالموضحة، يجب فى الصغيرة منها مثلما يجب فى الـكبيرة. وخرّج ابن عقيل وجهاً: أنه يجب بحساب المُتلَف، كالإصبع يجب فى أنملتها ثلث ديَتها، والله أعلم.

٢٦٥٥ «مسألة» ﴿ وإن تطيَّب المحرم عامداً غسل الطِّيبَ، وعليه دم. وكذلك إن لبس المخيط، أو الخُفّ عامداً وهو يجدُ النعلَ خلَع. وعليه دم ﴾.

لاخلاف فى وجوب الفدية على المحرم إذا تطيب أو لبس عامـداً. لأنه ترفّه بمحظور فى إحرامه، فلزمته الفدية. كما لو ترفه بحلق شعره، أو قلم ظِفْره. والواجب عليه: أن يفديه بدم. ويستوى فى ذلك قليل الطِّيب وكثيرُه، وقليـلُ اللبس وكثيره. وبذلك قال الشـافعىّ. وقال أبو حنيفة: لايجب الدم إلا بتطييب عُضو كاملٍ، وفى اللباس بلباس يومٍ وليلة. ولا شىء فيما دون ذلك. لأنه لم يلبس لُبسـاً معتاداً. فأشبه مالو اتزر بالقميص.

ولنا: أنه متى حصل به الاستمتاع بالمحظورات. فاعتُبِر مجرد الفعل، كالوطء محظوراً، فلا تتقـدر فديته بالزمن، كسائر المحظورات، وما ذكروه غيرُ صحيح. فإن النـاس يختلفون فى اللبس فى العـادة، ولأن ماذكروه تقدير، والتقديرات بابُها التوقيف، وتقديرهم بعضو، ويوم، وليـلة، تحـكم محض. وأما إذا اتزر بقميص فليس ذلك بلُبس مَخيطٍ. ولهذا لايحرم عليه، والمختلَف فيه محرّم.

٢٦٥٦ فصـــل

ويلزمه غسل الطيب، وخلع اللباس لأنه فعَلَ محظوراً. فيلزمه إزالته، وقطعُ استدامته، كسائر المحظورات. والمستحب أن يستعين فى غسل الطيب بحلالٍ، لئلاَّ يُبـاشر المحرم الطِّيبَ بنفسه، ويجوز أن يلَيه بنفسه. ولا شىء عليه. لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال للذى رأى عليه طيباً، أو خَلُوقاً[1]:

(١) الخلوق: بفتح الخاء نوع من أنواع الطيب.

« اغْسِلْ عَنْكَ الطِّيبَ » . ولأنه تارك له . فإن لم يجد مايغسله به مسحه بخرقة ، أو حكه بتراب ، أو ورق ، أو حشيش . لأنّ الذى عليه إزالتُه بحسب القدرة . وهذا نهايةُ قدرته .

٢٦٥٧ فصــــل

إذا احتاج إلى الوضوء وغَسْل الطيب ، ومعه ماء لا يكفى إلا أحدهما قدّم غسل الطيب ، ويتيمم للحدث . لأنه لارخصةَ فى إبقاء الطِّيب ، وفى ترك الوضوء إلى التيمم رُخصة . فإن قدر على قطع رائحة الطِّيب بغير الماء فعل ، وتوضأ . لأن المقصود من إزالة الطيب قطعُ رائحته ، فلا يتعين الماء ، والوضوء بخلافه .

٢٦٥٨ فصــــل

إذا لبس قميصاً ، وعمامةً ، وسراويلَ ، وخفّين لم يكن عليه إلا فديةٌ واحدة . لأنه محظور من جنس واحد ، فلم يجب فيه أكثرُ من فديةٍ واحدةٍ كالطِّيب فى بدنه ، ورأسه ، ورجليه .

٢٦٥٩ فصــــل

وإن فعل محظوراً من أجناس ، لحلق ، ولبس ، وتطيب ، ووطء ، فعليه لكلّ واحد فدية ، سواء فعل ذلك مجتمعاً ، أو متفرّقاً . وهذا مذهب الشافعيّ . وعن أحمد : أن فى الطيب ، واللبس ، والحلق ، فديةً واحدةً ، وإن فعل ذلك واحداً بعد واحد فعليه لكل واحد دم ، وهو قول إسحاق . وقال عطاء ، وعمرو بن دينار : إذا حلق ، ثم احتاج إلى الطِّيب ، أو إلى قلنسوة ، أو إليهما ، ففعل ذلك ، فليس عليه إلا فدية . وقال الحسن : إن لبس القميص ، وتعمّم ، وتطيّب فعل ذلك جميعاً فليس عليه إلا كفّارة واحدة ، ونحو ذلك عن مالك .

ولنا : أنها محظورات مختلفة الأجناس . فلم تتداخل أجزاؤها ، كالحدود المختلفة ، والأيمان المختلفة . وعكسُه ما إذا كان من جنس واحد .

٢٦٦٠ « مسألة » قال ﴿ وإن لبس ، أو تطيّب ناسياً ، فلا فدية عليه ، ويخلع اللباس ويغسل الطيب ، ويرجِعُ إلى التلبية ﴾ .

المشهور فى المذهب : أن المتطيّب أو اللابس ناسياً ، أو جاهلاً لا فدية عليه . وهو مذهب عطاء ، والثوريّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أحمد : قال سفيان : ثلاثة فى الجهل والنسيان سواء : إذا أتى أهله ، وإذا أصاب صيداً ، وإذا حلق رأسه . قال أحمد : وإذا جامع أهله بطل حجه . لأنه شيء لايقدر على ردّه ، والصيد إذا قتله فقد ذهب لايقدر على رده ، والشعر إذا حلقه فقد ذهب . فهذه الثلاثة العمد والخطأ والنسيان فيها سواء ، وكل شيء من النسيان بعد الثلاثة فهو يقدِرُ على رده مثل إذا غطّى المحرم رأسه ، ثم ذكر ألقاه عن رأسه . وليس عليه شيء ، أو لبس خفا نزعه ، وليس عليه شيء ، وعنه رواية

أخرى : أن عليـه الفديةَ فى كل حال . وهو مذهب مالك ، والليث ، والثورىّ ، وأبى حنيفة . لأنه هتك حُرمة الإحرام . فاستوى عمده وسهوه ، كحلق الشعر ، وتقليم الأظفار .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « عُفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطإِ وَالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » . وروى يعلى بن أميـة : « أَنَّ رَجُلاً أَتَى النَّبِيَّ صـلى الله عليه وسلم وهو بِالْجِعْرَانَةِ وَعَلَيْهِ جُبَّةٌ ، وَعَلَيْهِ أَثَرُ خَلُوقٍ ، أو قالَ : أَثَرُ صُفْرَةٍ . فقال : يا رَسُولَ اللهِ ، كَيْفَ تَأْمُرُنِي أَنْ أَصْنَعَ فِي عُمْرَتِي ؟ قال : اخْلَعْ عَنْكَ هَذِهِ الْجُبَّةَ ، وَاغْسِلْ عَنْكَ أَثَرَ هَذَا الْخَلُوقِ ـ أو قال ـ أَثَرَ الصُّفْرَةِ . وَاصْنَعْ فى عُمْرَتِكَ مَا تَصْنَعُ فى حَجِّكَ » متفق عليـه . وفى لفظ قال : « يَا رَسُولَ اللهِ ، أَحْرَمْتُ بِالْعُمْرَةِ وَعَلَيَّ هَـذِهِ الْجُبَّةُ » فلم يأمره بالفدية مع مسألته عمّا يصنع . وتأخير البيان عن وقت الحاجة غـيرُ جائز إجماعاً . دلّ على أنه عَذَرَه لجهله . والجاهلُ والناسى واحد . ولأن الحج عبادة يجب بإفسادها الـكفارة . فـكان من محظوراته أنه ما يَفرق بين عمده وسهوه ، كالصوم . فأما الحلق ، وقتل الصيد فهو إتلاف لا يمكن ردّ تلافيه بإزالته .

إذا ثبت هـذا : فإن الناسىَ متى ذكر فعليه غَسلُ الطيب ، وخلعُ اللباس فى الحال ، فإن أخّر ذلك عن زمن الإمكان فعليه الفدية .

فإن قيل : فلم لا يجوز له استدامة الطيب ههنا كالذى يتطيّب قبل إحرامه ؟

قلنـا : لأن ذلك فعلٌ مندوبٌ إليـه ، فـكان له استدامتُه . وههنا هو محرّم وإنما سقط حكمه بالنسيان ، أو الجهل . فإذا زال ظهر حكمه ، وإن تعذّر عليه إزالته لإكراه ، أو علة ، ولم يجد من يُزيله ، وما أشبه ذلك فلا فدية عليه . وجرى مجرى المكرَه على الطّيب ابتداءً .

وحكم الجاهل إذا عَـلِمَ حُـكمُ الناسى إذا ذكر ، وحكم المكرَه حكمُ الناسى . فإن ماعُفِى عنـه بالنسيان عفى عنه بالإكراه ، لأنهما قرينان فى الحديث الدال على العفو عنهما .

وقول الخِرَقِيّ « يَنزِعُ إلى التلبية » أى يُلبِّى حين ذكر استذكاراً للحجّ أنّه نسيه ، واستشعاراً بإقامته عليه ، ورجوعه إليه . وهذا قول يُروى عن إبراهيم النخعىّ .

٢٦٦١ « مسألة » قال ﴿ ولو وقف بعرفة نهاراً ، أو دفع قبل الإمام فعليه دم ﴾ .

وجملة ذلك : أن من وقف بعرفة يوم عرفة نهاراً وجب عليه الوقوف إلى غروب الشمس ، ليجمع بين الليل والنهار فى الوقوف . فإن دفع قبل الغروب ولم يعُدْ حتى غربت الشمس فعليه دم . وقال الشافعىّ : لا يجب ذلك ، ولا دم عليه إن دفع قبـل الغروب ، احتجاجاً بحديث عُروة بن مُضَرِّس . ولأنه أدرك من الوقوف ما أجزأه . أشبه ما لو أدرك الليل مُنفرداً .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم وقف حتى غربت الشمسُ بغير خلاف . وقد قال : « خُذُوا عَنِّى

مَنَاسِكَـكُمْ » فإذا تركه لزمه دم ، لقول ابن عباس . ولأنه ركن لم يأت به على الوجه المشروع . فلزمه دم ، كما لو أحرم من دون الميقات ، وحديثهم دل على الإجزاء ، والـكلام فى وجوب الدم . فأما إذا وقف فى الليل خاصة فإنه يُجزئه ولا يلزمه دم . لأن من أدرك الليل وحده لا يمكنُه الوقوف نهاراً فلا يتعيّن عليه . ولا يجب عليه بتركه دم ، بخلاف من أدرك نهاراً .

وأما قوله : أو دفع قبل الإمام . فظاهرهُ أنه أوجب بذلك دماً ، وإن دفع قبل الغروب . وقد روى الأثرم عن أحمد قال : سمعتُه يُسأل عن رجل دفع قبل الإمام من عرفةَ بعـدما غابت الشمس ؟ فقـال : ماوجدتُ أحداً سهّـل فيه . كلّهم يُشـدّد فيه . قال : وما يُعجبنى أن يدفع إلا مع الإمام . وعن عطاء : عليه شاة إذا دفع قبل الإمام . قيل : فيدفع من مزدلفة قبل الإمام ؟ فقال : المزدلفة عنـدى غيرُ عَرفة . وذكر حديث ابن عمر : « أنه دفع قبل ابن الزبير » وغيرُ الخِرَقىّ من أصحـابنا لم يوجب بذلك شيئاً ، ولا عدّ الدفع مع الإمام من الواجبات ، وهو الصحيح . فإن اتباع الإمام وأفعال النسك معه ليس بواجب فى سائر مناسك الحج . فـكذا ههنا ، وإنما وقع دفع الصحابة مع النبىّ صلى الله عليه وسلم بحُـكم العادة ، فلا يدل على الوجوب ، كالدفع معه من مُزدلِفة والإفاضة من مِنًى وغير ذلك ، وليس ذلك فعـلاً للنبىّ صلى الله عليه وسلم . فيدخل فى عموم قوله ﷺ : « خُذُو عَنِّى مَنَاسِكَـكُمْ » .

٢٦٦٢ « مسألة » قال ﴿ ومن دفع من مزدلفة قبل نصف الليل من غير الرعاة وأهل سِقاية الحاجّ فعليه دم ﴾ .

وجملة ذلك : أن المبيت بمزدلفة واجب يجب بتركه دم ، سواء تركه عمداً أو خطأ ، عالماً أو جاهلاً . لأنه ترك نُسُـكاً . وللنسيان أثره فى ترك الموجود ، كالمعـدوم ، لا فى جعل المعدوم كالموجود ، إلا أنه رخّص لأهل السقاية ، ورُعاة الإبل فى ترك البيتوتة . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم رخّص للرعاة فى ترك البيتوتة فى حديث عَدِىّ ، وأرخص للعباس فى المبيت لأجل سقايته . ولأنّ عليهم مشقةً فى المبيت ، لحاجتهم إلى حفظ مواشيهم ، وسقى الحاج . فـكان لهم ترك المبيت فيها ، كليالى مِنًى . ولأنها ليلة يُرمى فى غدها ، فـكان لهم ترك المبيت فيها ، كليالى مِنًى . ورُوى عن أحمد : أن المبيت بمزدلفة غيرُ واجب . ولا شىء على تاركه . والأول المذهبُ .

٢٦٦٣ « مسألة » قال ﴿ ومن قتل وهو محرم من صيد البَرِّ ، عامداً ، أو مخطئاً ، فداه بنظيره من النعم ، إن كان المقتولُ دابةً ﴾ .

فى هذه المسألة فصول ستة :

٢٦٦٤ الأول : فى وجوب الجزاء على المحرم بقتل الصيد فى الجملة . وأجمع أهلُ العلم على وجوبه . ونصّ الله تعالى عليه بقوله : (٥:٩٦ يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ، وَمَنْ قَتَلَهُ مِنكُمْ

مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) ، ولا نعلم أحداً خالف فى الجزاء فى قتل الصيد مُتعمداً إلا الحسن ومجاهداً . قالا : إذا قتله متعمداً ذاكراً لإحرامه لاجزاء عليه . وإن كان مخطئاً أو ناسياً لإحرامه فعليه الجزاء ، وهذا خلاف النصّ . فإن الله تعالى قال : (٥ : ٩٦ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) . والذاكر لإحرامه متعمد وقال فى سياق الآية : (لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ) والمخطىء والناسى : لاعقوبة عليهما .

وقتل الصيد نوعان : مباح ومحرّم . فالمحرّم قتله ابتداء من غير سبب يُبيح قتله ، ففيه الجزاء ، والمباح : ثلاثة أنواع :

﴿ أحدها ﴾ أن يُضطرّ إلى أكله . فيُباح له ذلك بغير خلاف نعلمه . فإن الله تعالى قال (٢ : ١٩٥ وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ) وترك الأكل مع القدرة عند الضرورة إلقاء بيده إلى التهلكة ، ومتى قتله ضَمِنَه ، سواء وجد غيره ، أو لم يجد . وقال الأوزاعىّ : لايضمنه . لأنه مباح . أشبه صيد البحر .

ولنا : عموم الآية . ولأنه قتله من غير معنًى يحدُث من الصيد يقتضى قتلَه فضمنه كغيره . ولأنه أتلفه لدفع الأذى عنه لا لمعنًى فيه . أشبه حلق الشعر لأذى برأسه .

﴿ النوع الثانى ﴾ إذا صال عليه صيد فلم يقدر على دفعه إلا بقتله ، فله قتله ولا ضمان عليه . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو بكر : عليه الجزاء وهو قول أبى حنيفة ، لأنه قتله لحاجة نفسه . أشبه قتله لحاجته إلى أكله .

ولنا : أنه حيوان قتله لدفع شرّه فلم يضمنه كالآدمى الصائل . ولأنه التحق بالمؤذيات طبعاً ، فصار كالكلب العقور . ولا فرق بين أن يخشى منه التلف ، أو يخشى منه مَضرّة ، كجرحه ، أو إتلاف ماله ، أو بعض حيواناته .

﴿ النوع الثالث ﴾ إذا خلّص صيداً من سبع ، أو شبكة صياد ، أو أخذه ليخلص من رجله خيطاً ونحوه فتلف بذلك ، فلا ضمان عليه وبه قال عطاء . وقيل : عليه الضمان ، وهو قول قتادة ، لعموم الآية . ولأن غاية مافيه أنه عدم القصد إلى قتله . فأشبه قتل الخطأ .

ولنا : أنه فعل أبيح لحاجة الحيوان . فلم يضمن ماتلف به ، كما لو داوى ولىُّ الصبىِّ الصبىَّ فمات بذلك . وهذا ليس بمتعمد ، فلا تتناوله الآية .

٢٦٦٥ ﴿ الفصل الثانى ﴾ أنه لافرق بين الخطأ والعمد فى قتل الصيد فى وجوب الجزاء على إحدى الروايتين . وبه قال الحسن ، وعطاء ، والنخَعِىّ ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . قال الزهرىّ : على المتعمد بالكتاب ، وعلى المخطىء بالسنّة .

(والرواية الثانية) لا كفارة فى الخطأ . وهو قول ابن عباس ، وسعيد بن جبير ، وطاوس ، وابن المنذر ، وداود . لأن الله تعالى قال (٥ : ٩٦ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً) فدليل خطابه : أنه لا جزاء على الخاطىء . لأن الأصل براءة ذمته ، فلا يشغلها إلا بدليل . ولأنه محظور للإحرام لا يُفسده . فيجب التفريق بين خطئه وعمده ، كاللبس ، والطيب .

ووجـه الأولى : قول جابر : « جَعَلَ رسـولُ اللهِ صلى الله عليـه وسـلم فى الضَّبُعِ يصيده المُحْرِمُ كَبْشاً » وقال عليه السـلام : « فِي بَيْضِ النَّعَامِ يُصِيبُهُ المُحْرِمُ ثَمَنُهُ ولم يَفْرِقْ » . رواهما ابن ماجه . ولأنه ضمانُ إتلاف استوى عمدُه وخطؤُه ، كمال الآدميّ .

٢٦٦٦ ﴿ الفصل الثالث ﴾ أن الجزاء لا يجب إلا على المحرم . ولا فرق بين إحرام الحجّ وإحرام العُمرة . لعموم النص فيهما . ولا خلاف فى ذلك . ولا فرق بين الإحرام بنسُك واحد ، وبين الإحرام بنسُكين وهو القارنُ . لأن الله تعالى لم يفرق بينهما .

٢٦٦٧ ﴿ الفصـل الرابع ﴾ أن الجزاء لا يجب إلا بقتل الصـيد . لأنه الذى ورد به النص ، بقوله تعالى : (لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ) والصيد ماجمع ثلاثة أشياء : وهو أن يـكون مُباحاً أكلهُ ، لامالكَ له ، مُمتنِعاً . فيخرُج بالوصف الأول : كل ماليس بمأكول لاجزاء فيـه ، كسباع البهـائم ، والمستخْبَثِ من الحشرات ، والطير ، وسائر المحرّمات . قال أحمد : إنما جُعلت الـكفارة فى الصيد المحلَّل أكله . وقال : كل مايُؤذى إذا أصـابه المحرم يُؤكل لحمـه . وهـذا قول أكثر أهل العـلم ، إلا أنهم أوجبوا الجزاء فى المتولّد بين المأكول وغيره ، كالسِّمْع[1] المتولد من الضـبع والذئب ، تغليباً لتحريم قتـله ، كما علّقوا التحريم فى أكله . وقال بعض أصحابنـا : فى أمّ حُبَيْنٍ[2] جَدْيٌ . وأُم حُبَيْن دابّة منتفخة البطن . فهذا خلاف القياس . فإن أمّ حُبَيْنٍ لانُؤكل لـكونها مُستخْبَثَةً عنـد العرب . حُـكى أن رجلاً من العرب سُئِلَ : ماتأكلون ؟ قال : مادَبَّ ودَرَجَ إلاَّ أمَّ حُبَيْنٍ . فقال السائل : لِيَهْنِ أمَّ حُبَيْنٍ العَافِيَةُ . وإنما تبعوا فيها قَضِيَّةَ عُثمان رضى الله عنه . فإنه قضى فيهـا بحلاق . وهو الجـدى ، والصحيح : أنه لاشىء فيها . وفى القمل روايتان . ذكرناهما فيما مضى . والصحيح : أنه لاشىء فيـه . لأنه غير مأكول . وهو من المؤذيات . ولا مثل له ، ولا قيمة . قال ميمون بن مِهْران : كنت عند عبد الله بن عباس : « فسأله رجل فقال : أخذتُ قَمْلةً فألقيتُها ، ثم طلبتها فـلم أجدها . فقال ابن عباس : تلك ضالة لاتُبْتغى » . وقال القاضى : إنما الروايتان فيما أزاله من شعره . فأما ماألقاه من ظاهر بدنه ، أو ثوبه فلا شىء عليه . رواية

---

(١) فى جميع النسخ « كالسبع » وهو تصحيف . والصحيح ماهنا ، وهو بكسر السين ، وسكون الميم قال فى القاموس « والسمع بالكسر الذكر الجيل ، وولد الذئب من الضبع » والأخير هو المراد .

(٢) أم حبين : بضم الحاء وفتح الياء بصيغة التصغير : وهى دويبة معروفة ويقال فيها أم الحبين ، وهو معرفة ، سواء كان فيها أل أو لم تكن .

واحدةً . ومن أوجب فيه الجزاء قال : أي شيء تصدَّق به فهو خير . واختلفت الرواية في الثعلب . فعنه . فيه الجزاء . وبه قال طاوس ، وقتادة ، ومالك ، والشافعيّ ، وقال : هو صيد يُؤكل . وفيه الجزاء . وعن أحمد : لاشيء فيه . وهو قول الزهريّ . وعمرو بن دينار ، وابن أبي نَجيح ، وابن المنذر . واختلف فيه عن عطاء ، لأنه سبع . وقد « نَهَى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن كلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ » . وإذا أوجبنا فيه الجزاء ففيه شاة لأنه رُوى ذلك عن عطاء . واختلفت الرواية في السنُّور أهليًّا كان أو وحشيًّا . والصحيح : أنه لاجزاء فيه . وهو اختيار القاضي . لأنه سبع . وليس بمأكول ، وقال الثوريّ وإسحاق : في الوحشيّ حكومة ، ولا شيء في الأهليّ ، لأن الصيد ما كان وحشيًّا . واختلفت الرواية في الهدهد ، والصُّرد لاختلاف الروايتين في إباحتهما . وكل مااختُلف في إباحته يختلف في جزائه . فأما مايحرُم . فالصحيح أنه لاجزاء فيه . لأنه مخالف للقياس ولا نصّ فيه .

﴿ الوصف الثاني ﴾ أن يكون وحشيًّا وما ليس بوحشيّ لا يحرم على المحرم ذبحُه ، ولا أكله ، كبهيمة الأنعام كلها ، والخيل ، والدّجاج ، ونحوها . لانعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً . والاعتبار في ذلك بالأصل لا بالحال . فلو استأنس الوحشيّ وجب فيه الجزاء . وكذلك وجب الجزاء في الحمام أهليِّه ووحشيِّه ، اعتباراً بأصله . ولو توحّش الأهليّ لم يجب فيه شيء . قال أحمد في بقرة صارت وحشيَّةً : لا شيء فيها ، لأن الأصل فيها الإنسيّ ، وإن تولّد من الوحشيّ ، والأهليّ ولد ففيه الجزاء ، تغليباً للتحريم ، كقولنا في المتولّد بين المباح والمحرّم ، واختلفت الرواية في الدجاج السِّنْدِيّ : هل فيه جزاء ؟ على روايتين . وروى مهنا عن أحمد في البطّ يذبحه المحرِمُ إذا لم يكن صيداً ، والصحيح : أنه يحرُم عليه ذبحُه ، وفيه الجزاء ، لأن الأصل فيه الوحشيّ ، فهو كالحمام .

٢٦٦٨ ﴿ الفصل الخامس ﴾ أن الجزاء إنما يجب في صيد البرّ دون صيد البحر بغير خلاف ، لقول الله تعالى (٥ : ٩ أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ، وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً) . قال ابن عباس : طعامُه ما لَفَظَه[1] . ولا فرق بين حيوان البحر المِلْح ، وبين ما في الأنهار والعُيُون ، فإن اسم البحر يتناول الكلّ ، قال الله تعالى (٣٥ : ١٢ وَمَا يَسْتَوِي الْبَحْرَانِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ سَائِغٌ شَرَابُهُ وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ ، وَمِنْ كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْماً طَرِيًّا) . ولأن الله تعالى قابله بصيد البر بقوله (٥ : ٩٦ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ) فدلّ على أنّ ما ليس من صيد البرّ فهو من صيد البحر . وحيوانُ البحر : ما كان يعيش في الماء ، ويُفرخ ويَبيضُ فيه ، فإن كان مما لايعيش إلا في الماء كالسمك ونحوه ، فهذا مما لاخلاف فيه ، وإن كان ممّا يعيش في البرّ ، كالسلحفاة ، والسرطان ، فهو كالسمك لاجزاء فيه . وقال عطاء : فيه الجزاء ، وفي الضفدع ، وكل مايعيش في البرّ .

---

(١) مالفظه أي مارمى به من السمك ونحوه .

ولنا : أنه يُفرخ فى الماء ويَبيض فيه ، فـكان من حيوانه كالسمك ، فأما طير الماء ففيه الجزاء فى قول عامة أهل العلم ، منهم الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحـاب الرأى وغيرهم ، لانعلم فيه مُخالفاً ، غير ماحـكى عن عطاء ، أنّه قال : حيثما يـكون أكثرَ فهو من صيده .

ولنـا : أن هذا إنما يُفرخ فى البرّ ، ويبيض فيه ، وإنما يدخل المـاء ليعيش فيه ، ويـكتسب منه ، فهو كالصيّاد من الآدميّين .

واختلفت الرواية فى الجراد : فعنه هو من صيد البحر لا جزاء فيه ، وهو مذهب أبى سعيد . قال ابن المنذر : قال ابن عباس ، وكعب : هو من صيد البحر . وقال عُروة ، هو نَثْرَةُ حُوتٍ . ورُوى عن أبى هريرة قال : أصابنا ضربٌ من جَرادٍ فـكان رجل منّا يضربُ بِسَوطه ، وهو مُحرم ، فقيل : إن هـذا لايصلُح ، فذكر ذلك للنبىّ صلى الله عليه وسلم فقال : « هَذَا مِنْ صَيْدِ الْبَحْرِ » . وعنه ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الْجَرادُ مِنْ صَيْدِ البَحْرِ » رواهما أبو داود . وروى عن أحمد : أنه من صيد البرّ ، وفيه الجزاء ، وهو قول الأكثرين . لمـا رُوى أن عمر رضى الله عنه قال : لـكعب فى جرادتين « مَا جَعَلْتَ فِي نَفْسِكَ ؟ قَالَ : دِرْهمَانِ ، قال : بَخٍ ، درهمان خيرٌ من مائةِ جرادةٍ » رواه الشـافعىّ فى مسنده . ولأنه طير يُشاهد طيرانُه فى البرّ ، ويُهلـكه الماء إذا وقع فيه ، فأشبه العصافير . فأما الحديثان اللذان ذكرناهما للرواية الأولى فوَهْمٌ ، قاله أبو داود .

فعلى هـذا يضمنه بقيمته ، لأنه لامثلَ له ، وهـذا قول الشافعىّ . وعن أحـمد : يتصـدّق بتمرة عن الجرادة ، وهذا يُروى عن عمر ، وعبد الله بن عمر . وقال ابن عباس : قبضةٌ من طعام .

قال القـاضى : هـذا محمول على أنه أوجب ذلك على طريق القيمـة . والظاهر أنهم لم يريدوا بذلك التقـدير ، وإنما أرادوا أنّ فيه أقـلّ شىء . وإن افترش الجرادُ فى طريقه فقتـله بالمشى عليه على وجهٍ لم يمـكنه التحرز منه ، ففيـه وجهـان :

(أحدهما) وجوب جزائه . لأنه أتلفه لنفع نفسه ، فضمنه ، كالمضطرّ يقتلُ صيداً يأكلُه .

(والثانى) لايضمنه . لأنه اضطره إلى إتلافه ، أشبه مالو صال عليه .

٢٦٦٩ ﴿ الفصل السادس ﴾ أن جزاء ما كان دابةً من الصيـد نظيره من النَّعَمِ . هـذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : الواجبُ القيمةُ . ويجوز فيهـا المثلُ . لأن الصيـد ليس بمثـلىّ .

ولنـا : قول الله تعالى: (فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) ، وجعل النبىّ صلى الله عليه وسلم فى الضبُع كبشاً . وأجمع الصحابة على إيجاب المِثل . فقال عمر ، وعثمان ، وعلىّ ، وزيد بن ثابت ، وابن عبـاس ، ومعاوية : « فِي النَّعَامَةِ بَدَنَةٌ » . وحكم أبو عُبَيْدَةَ وابن عبـاس : « فى حِمَارِ الوَحْشِ بِبَدَنَةٍ » وحـكم

عمر فيه بِبَقَرةٍ . وحكم عمر ، وعليّ في الظبي بشاةٍ ، وإذا حكموا بذلك في الأزمنة المختلفة ، والبلدان المتفرقة ، دلّ ذلك على أنه ليس على وجه القيمة ، ولأنه لو كان على وجه القيمة لاعتبروا صفة المتلف التي تختلف بها القيمة ، إما برؤية . أو إخبار ، ولم يُنقل عنهم السؤالُ عن ذلك حالَ الحكم . ولأنهم حكموا في الحمام بشاةٍ . ولا يبلغ قيمةَ شاةٍ في الغالب .

إذا ثبت هذا : فليس المراد حقيقةَ المماثلة ، فإنَّها تتحقّقُ بين النَّعَم ، والصيد ، لكن أريدت المماثلة من حيثُ الصورةُ . والمتلَفُ من الصيد قسمان :

(أحدهما) قضت فيه الصحابة فيجب فيه ماقضت . وبهذا قال عطاء ، والشافعيّ وإسحق . وقال مالك : يُستأنف الحكم فيه . لأن الله تعالى قال : (٥ : ٩٦ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ) .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ بِأَيِّهِمُ اقْتَدَيْتُمُ اهْتَدَيْتُمْ » . وقال : « اقْتَدُوا بِاللَّذَيْنِ مِنْ بَعْدِي أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ » . ولأنهم أقربُ إلى الصواب ، وأبصرُ بالعلم . فكان حكمهم حجَّةً على غيرهم ، كالعالم مع العاميّ ، والذى بلغنا قضاؤهم في الضبع كبش . قضى به عمر ، وعليّ ، وجابر ، وابن عباس . وفيه عن جابر : « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم جَعَلَ في الضَّبُعِ يَصِيدُهَا المحرمُ كَبْشاً » رواه أبو داود ، وابن ماجه . ورُوىَ عن جابر ، عن النبيّ ﷺ قال : « في الضَّبُعِ : كَبْشٌ إِذَا أَصَابَ المحرمُ . وفي الظبي شاةٌ . وفي الأرنبِ عَنَاقٌ[1] . وفي اليَرْبُوع جَفْرَةٌ[2] » : قال أبو الزبير : الجَفْرَةُ التي قد فُطِمَتْ ، ورَعَتْ ، رواه الدارقطنيّ . قال أحمد : حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الضبُع بكبش . وبه قال عطاء ، والشافعيّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال الأوزاعيّ : إن كان العلماء بالشام يَعُدّونها من السباع ، ويكرهون أكلها . وهو القياسُ ، إلا أن اتباع السنَّة ، والآثار أولى ، وفي حمار الوحش : بقرةٌ . رُوى ذلك عن عمر رضى الله عنه . وبه قال عُروة ، ومجاهد ، والشافعيّ . وعن أحمد : فيه بَدَنَة . روى ذلك عن أبي عبيدة ، وابن عباس . وبه قال عطاء ، والنخعيّ ، وفي بقرة الوحش بقرة . روى ذلك عن ابن مسعود ، وعطاء ، وعُروة ، وقتادة . والشافعيّ ، والأُيَّل فيه بقرة ، قاله ابن عباس . قال أصحابنا : في الوَعِلِ والثَّيْتَلِ بقَرَةٌ ، كالأُيَّل ، والأَرْوَى[3] فيه بقرة . قال ذلك ابن عمر . وقال القاضي : فيها عَضْبٌ[4] . وهي من أولاد البقر : مابلغ أن يُقْبَض على قرنه ، ولم يبلغ أن يكون جَذَعاً . وحُكى ذلك عن الأزهريّ ، وفي الظبي : شاة ثبت ذلك عن عمر .

---

(١) العناق : الأنثى من أولاد المعز .

(٢) الجفرة : أنثى الشياه ، التي انتفخ لحمها وأكلت ورعت ، وقيل هي التي مضى عليها أربعة أشهر .

(٣) الأروى : إناث الوعول . (٤) العضب بالعين المهملة والضاد المعجمة : ولد البقرة إذا طلع قرنه . وفي الأصول : العضب بالصاد المهملة وهو تصحيف .

ورُوى عن عليّ ، وبه قال عطاء ، وعُروة ، والشافعيّ ، وابن المنذر ، ولا نحفظ عن غيرهم خلافهم وفي الوَبْر [1] : شاةٌ ، روى ذلك عن مجاهد ، وعطاء . وقال القاضي : فيه جَفْرةٌ . لأنّه ليس بأكبر منها وكذلك قال الشافعيّ : إن كانت العرب تأكله ، والجَفْرةُ من أولاد المعز ، ماأتى عليها أربعة أشهر ، وفُصِلت عن أمّها . والذكر جَفْرٌ . وفي اليربوع : جَفْرَةٌ . قال ذلك عمر رضي الله عنه . ورُوى ذلك عن ابن مسعود . وبه قال عطاء ، والشافعيّ ، وأبو ثور . وقال النخعيّ . فيه ثمنُه . وقال مالك : قيمتُه طعاماً وقال عمرو بن دينار : ماسمعنا أن الضبَّ واليربوع يُوَدَّيان ، واتباع الآثار أولى . وفي الضب : جَدْيٌ ، قضى به عمر وأَرْبَدُ . وبه قال الشافعيّ . وعن أحمد : فيه شاة . لأن جابر بن عبد الله ، وعطاء قالا : فيه ذلك . وقال مجاهد : حَفْنَةٌ من طعام . وقال قتادة : صاعٌ . وقال مالك : قيمتُه من الطعام ، والأول أولى فإن قضاء عمر أولى من قضاء غيره : والجَدْيُ أقربُ إليه من الشاة . وفي الأرنب : عَنَاقٌ . قضى به عمر . وبه قال الشافعيّ . وقال ابن عباس : فيه حَمَلٌ . وقال عطاء : فيه شاة . وقضاء عمر أولى والعَنَاقُ الأنثى من ولد المعز في أوّل سنةٍ ، والذكر جَدْيٌ .

﴿ القسم الثاني ﴾ مالم تقض فيه الصحابة . فيرجع إلى قول عدلين من أهل الخبرة . لقول الله تعالى (٥ : ٩٦ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ) فيحكمان فيه بأشبه الأشياء به من النَّعَم من حيثُ الخلقةُ لامن حيثُ القيمةُ . بدليل أن قضاء الصحابة لم يكن بالمثل في القيمة ، وليس من شرط الحَكَم أن يكون فقيهاً لأنّ ذلك زيادة على أمر الله تعالى به . وقد أمر عمر أن يحكم في الضب . ولم يَسأل أفقيهٌ هو أم لا ؟ لكن تُعتبر العدالة . لأنها منصوص عليها . ولأنها شرط في قبول القول على الغير في سائر الأماكن ، وتُعتبر الخِبرة ، لأنّه لايتمكّن من الحكم بالمثل إلا مَنْ له خبرة . ولأن الخبرة بما يُحكم به شرط في سائر الحُكّام ، ويجوز أن يكون القاتل أحد العدلين . وبهذا قال الشافعيّ ، وإسحاق وابن المنذر . وقال النخعيّ : ليس له ذلك ، لأن الإنسان لايحكم لنفسه .

ولنا : عموم قوله تعالى : (يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ) والقاتل مع غيره ذوا عدل منّا . وقد روى سعيد في سننه ، والشافعيّ في مُسنده عن طارق بن شهاب قال : « خَرَجْنَا حُجَّاجاً ، فأوطأ رجل منّا ، يقال له أَرْبدُ : ضبًّا ، فَفَزَّرَ [2] ظهره ، فقدِمْنا على عمر رضي الله عنه ، فسألنا أربد ؟ فقال له : احكم ياأربد فيه ، قال : أنت خيرٌ منّي ياأمير المؤمنين قال : إنما أمرتُك أن تحكم ، ولم آمرك أن تزكّيني . فقال أربد : أرى فيه جَدْياً قد جمع الماء والشجر ، قال عُمَرُ : فَذَلِكَ فِيهِ » فأمره عمر أن يحكم فيه وهو القاتل ، وأمر أيضاً كعب الأحبار ، أن يحكم على نفسه في الجرادتين ، اللتين صادهما ، وهو مُحرِم ، ولأنه مال يخرج في حق الله تعالى . فجاز أن يكون من وجب عليه أميناً فيه كالزكاة .

---

(١) الوبر : دويبة كالسنور . (٢) فرز ظهره : شقق ظهره .

٢٦٧٠ فصـــل

قال أصحابنا : فى كبير الصيد مثلُه من النَّعم . وفى الصغير : صغير . وفى الذكر . ذكر . وفى الأنثى أنثى ، وفى الصحيح : صحيح . وفى المَعيب: مَعيبٌ . وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك : فى الصغير كبير . وفى المعيب صحيح . لأن الله تعالى قال (٥ : ٩٦ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ) ، ولا يُجزىء فى الهدى صغير ، ولا مَعيب ، ولأنها كفارة متعلقة بقتل حيوان فلم تختلف بصغيره ، وكبيره ، كقتل الآدمىّ .

ولنا : قول الله تعالى (٥ : ٩٦ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) ومثل الصغير صغير . ولأن ماضمن باليد والجناية اختلف ضمانه بالصغر والكبر ، كالبهيمة ، والهدى فى الآية معتبر بالمثل . وقد أجمع الصحابة على الضمان بما لا يصح هدياً ، كالجَفْرَةِ ، والْعَنَاقِ ، والجَدى . وكفارة الآدمىّ ليست بدلاً عنه ، ولا تجرى مجرى الضمان . بدليل أنها لاتتبعّض فى أبعاضه . فإن فَدَى المعيبَ بصحيح فهو أفضل . وإن فداه بمعيب مثله جاز . وإن اختلف العيبُ ، مثل أن فدَى الأعرجَ بأعور ، والأعورَ بأعرجَ ، لم يُجْزِ . لأنه ليس بمثله . وإن فدى أعور من إحدى العينين بأعور من أخرى ، أو أعرج من قائمة بأعرج ، من أخرى جاز لأن هذا الاختلاف يسير . ونوع العيب واحد . وإنما اختلف محله . وإن فدى الذكر بأنثى جاز . لأن لحمها أطيبُ ، وأرطبُ ، وإن فداها بذكر جاز فى أحد الوجهين . لأن لحمه أوفر ، فتساويا والآخر لايجوز : لأن زيادته عليها ليس هى من جنس زيادتها . فأشبه فداء المعيب من نوعٍ بمعيب من نوع .

٢٦٧١ فصـــل

فإن قتل ماخِضاً . فقال القاضى : يضمنُها بقيمة مِثْلِها ، وهو مذهب الشافعىّ . لأن قيمته أكثر من قيمة لحمه . وقال أبو الخطاب : يضمنها بماخِضٍ مثلها . لأن الله تعالى قال (٥ : ٩٦ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) ، وإيجاب القيمة عدول عن المثل مع إمكانه . فإن فداها بغير ماخض احتمل الجواز . لأن هذه الصفة لاتزيد فى لحمها بل ربما نقصتها ، فلا يشترط وجودها فى المثل ، كاللون ، والعيب ، وإن جنى على ماخض فأتلف جنينها ، وخرج ميتًا ، ففيه مانقصت أُمّه ، كالو جرحها ، وإن خرج حيًّا لوقت يعيش لمثله ، ثم مات ضمنه بمثله . وإن كان لوقتٍ لايعيش لمثله ، فهو كالميّت ، كجنين الآدميّة .

٢٦٧٢ فصـــل

وإن أتلف جزءاً من الصيد وجب ضمانُه . لأن جملتـه مضمونة ، فكان بعضُه مضموناً كالآدمىّ ، والأموال . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لايُنَفَّرُ صَيْدُهَا » فالجرح أولى بالنهى ، والنهى يقتضى تحريمه ، وما كان محرّماً من الصيد وجب ضمانه ، كنفسه ، ويُضمن بمثله من مثله فى أحد الوجهين ، لأن ماوجب ضمان جملته بالمثل وجب فى بعضه مثله ، كالمكيلات ، والآخرُ يجب قيمة مقداره من مثله ، لأن

الجزاء يَشقّ إخراجه فيمنع إيجابه ، ولهذا عدل الشارع عن إيجاب جزء من بعير فى خمس من الإبل إلى إيجاب شاة من غير جنس الإبل . والأول أولى . لأن المشقة هاهنا غيرُ ثابتة ، لوجود الخِيرَة له فى العدول عن المثل إلى عَدْله من الطعام ، أو الصيام فينتفى المانع ، فيثبت مقتضى الأصل ، وهـذا إذا اندمل الصيد ممتنعاً ، فإن اندمل غيرَ مُمتنع ضمنـه جميعه لأنه عطّله ، فصار كالتالف ، ولأنه مُفْضٍ إلى تلفه ، فصار كالجارح له جرحاً يتيقن به موتَه ، وهذا مذهبُ أبى حنيفة ، ويتخرج أن يضمنه بما نقص . لأنه لا يضمن مالم يتلَفْ ، ولم يتلف جميعه. بدليل مالو قتله محرم آخر لزمه الجزاء . ومن أصلنا : أن على المشتركين جزاءً واحدٌ ، وضمانه بجزاء كامل يُفضى إلى إيجاب جزاءين ، وإن غاب غير مُندَمِلٍ ، ولم يعلم خبره ، والجراحة موجبة فعليه ضمان جميعه كالو قتله ، وإن كانت غير موجبة فعليه ضمان مانقص ، ولا يضمن جميعه . لأننا لا نعلم حصول التلف بفعله ، فلم يضمن كالو رمى سهماً إلى صيد ، فلم يعـلم : أوقع به أم لا ؟ وكذلك إن وجده ميتاً ، ولم يعلم : أمات من الجناية أم من غيرها ؟ ويحتمل أن يلزمه ضمانُه هاهنا . لأنه وجد سبب إتلافه منه ، ولم يعلم له سبب آخر ، فوجب إحالته على السبب المعلوم ، كالو وقع فى الماء نجاسة فوجده متغيِّراً تغيُّراً يصلُح أن يكون منها ، فإننا نحـكم بنجاسته ، وكذلك لو رمى صيداً ، فغاب عن عينه ، ثم وجـده ميّتاً لا أثر به غير سهمه حل أكله ، وإن صيرته الجناية غير ممتنع ، فلم يعلم : أصار ممتنعاً أم لا ؟ فعليه ضمان جميعه ، لأن الأصل عدم الامتناع .

٢٦٧٣ فصـــل

وإذا جرح صيداً فتحامل ، فوقع فى شىء تَلِف به ضَمِنَهُ . لأنه تلف بسببه ، وكذلك إن نَفّره ، فتلف فى حال نُفوره ضمنـه ، فإن سكن فى مكان ، وأمن من نفوره ، ثم تلف لم يضمنه ، وقد ذكرنا وجهاً آخر : أنه يضمنه فى المكان الذى انتقل إليه . لما روى الشافعىّ فى مسنده ، عن عمر رضى الله عنه « أَنَّهُ دَخَلَ دَارَ النَّدْوَةِ فَأَلْقَى رِدَاءَهُ عَلَى وَاقِفٍ فى الْبَيْتِ . فَوَقَعَ عَلَيْهِ ، طَيْرٌ مِنْ هذا الحمام ، فأطاره فوقع على واقف ، فانتهزته حيَّة فقتلتـه . فقـال لعثمان بن عفّان ، ونافع بن عبـد الحارث : إنى وجدتُ فى نفسى أنى أطرتُه من منزلٍ كان فيه آمناً إلى موقعةٍ كان فيهـا حتفُه ، فقال نافع لعثمان : كيف ترى — فى عَنْزٍ ثَنِيَّةٍ عَفْراء — يُحـكم بهـا على أمير المؤمنين ؟ فقـال عثمان : أرى ذلك . فَأَمَرَ بِهـَا عُمَرَ رضى الله عنه » .

٢٦٧٤ فصـــل

وكلما يُضمن به الآدمىُّ يُضمن به الصيدُ ، من مُباشرةٍ ، أو بسببٍ ، وما جنت عليه دابتـه بيدها ، أو فمها من الصيد . فالضمانُ على راكبها ، أو قائدها . أو سائقها . وما جنت برجلها فلا ضمان عليه . لأنه لا يمـكن حفظ رجلها . وقال القاضى : يضمن السائقُ جميع جنايتها . لأنَّ يده عليها ، ويُشاهد رجلها . وقال

ابن عقيل : لاضمان عليه فى الرِّجْلِ . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الرِّجْلُ جُبَارٌ » وإن انقلبت فأتلفت صيداً لم يضمنه . لأنه لا يدله عليها ، وقد قال النبى ﷺ : « العَجْماء جُبَارٌ » وكذلك لو أتلفت آدميًا لم يضمنه ، ولو نصب المحرم شبكةً أو حفر بئراً . فوقع فيهما صيد ضمنه . لأنه بسببه ، كما يضمن الآدمىّ ، إلا أن يكون حفر البئر بحقّ ، كحفره فى داره ، أو فى طريق واسع ينتفع بها المسلمون . فينبغى أن لا يضمن ماتلف به ، كما لا يضمن الآدمىّ ، وإن نصب شبكةً قبل إحرامه ، فوقع فيها صيد بعد إحرامه لم يضمنه . لأنه لم يوجد منه بعد إحرامه تسببٌ إلى إتلافه . أشبه مالو صاده قبل إحرامه ، وتركه فى منزله فتلف بعد إحرامه ، أو باعه ، وهو حلال فذبحه المشترى .

٢٦٧٥ « مسألة » قال ﴿ وإن كان طائراً فداه بقيمته فى موضعه ﴾ .

قوله : « بقيمته فى موضعه » يعنى يجب قيمته فى المكان الذى أتلفه فيه . لاخلاف بين أهل العلم فى وجوب ضمان الصيد من الطير إلا ماحُكى عن داود : أنه لا يضمن ما كان أصغر من الحمام . لأن الله تعالى قال : (فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) وهذا لا مثل له .

ولنا عموم قوله تعالى : (لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ) وقيل فى قوله تعالى (٥ : ٩٤ لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللهُ بِشَىْءٍ مِنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ) يعنى الفرخ ، والبيض ، وما لا يقدر أن يفرّ من صغار الصيد (وَرِمَاحُكُمْ) يعنى الكبار . وقد رُوى عن عمر وابن عباس رضى الله عنهما : « أَنَّهُمَا حَكَمَا فى الجَرادِ بجَزَاء » ودلالة الآية على وجوب جزاء غيره لايمنع من وجوب الجزاء فى هذا . بدليلٍ آخرَ . وضمان غير الحمام من الطير قيمتُه . لأن الأصل فى الضمان أن يُضمن بقيمته ، أو بما يشتمل عليها . بدليل سائر المضمونات ، لكن تركنا هذا الأصل بدليل ، ففيما عداه تجب القيمة بقضيَّة الدليل . وتُعتبر القيمة فى موضع إتلافه ، كما لو أتلف مال آدمىّ فى موضعٍ قُوِّمَ فى موضع الإتلاف ، كذا هاهنا .

٢٦٧٦ فصــــل

ويُضمن بيض الصيد بقيمته ، أىّ صيد كان . قال ابن عباس : « فِى بَيْضِ النَّعَامِ قِيمَتُهُ » . وروى ذلك عن عمر ، وابن مسعود . وبه قال النخعىّ ، والزهرىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . لأنه يُروى أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فى بَيْضِ النَّعَامِ قِيمَتُهُ » مع أن النَّعام من ذوات الأمثال ، فغيره أولى . ولأن البيض لامثل له : فيجب قيمتُه ، كصغار الطير ، فإن لم يكن له قيمة لكونه مَذِراً ، أو لأنَّ فرخه ميِّت ، فلا شىء فيه . قال أصحابُنا : إلا بيض النعام . فإن لقشره قيمةً . والصحيح : أنه لاشىء فيه ، لأنه إذا لم يكن فيه حيوان ، ولا ماله إلى أن يصير منه حيوان ، صار كالأحجار ، والخشب ، وسائر ماله قيمةٌ من غير الصيد . ألا ترى أنه لو نقبَ بَيْضَةً ، فأخرج ما فيها لزمه جزاء جميعها ؟ ثم لو كسرها هو ، أو غيره ، لم يلزمه لذلك شىء ، ومن كسر بيضةً ، فخرج منها فرخ حىّ ،

فعاش ، فلا شيء فيه . وإن مات ففيه مافى صغار أولاد المتلَف بَيْضُه . ففى فرخ الحمام صغيرُ أولاد الغنم ، وفى فرخ النعامة حُوارٌ[1] ، وفيما عداها قيمته ، ولا يحلّ لمحرم أكلُ بيض الصيد إذا كسره هو ، أو محرم سواه . وإن كسره حلال فهو كلحم الصيد ، إن كان أخذه لأجل المحرم . لم يُبَح له أكلُه وإلا أبيح . وإن كسر بيض صيد لم يحرم على الحلال . لأن حِلّه لا يقف على كسره ، ولا يُعتبر له أهليَّة ، بل لو كسره مجوسىّ أو وثنىّ ، أو بغير تسمية لم يحرُم . فأشبه قطع اللحم وطبخه وقال القاضى : يحرم على الحلال أكلُه كما لو ذبح الصيد ، لأن كسره جرى مجرى الذبح . بدليل حلّه للمحرم بكسر الحلال له . وإن نقل بيض صيد ، فجعله تحتَ آخر ، أو ترك مع بيض الصيد بيضاً آخر ، أو شيئاً نفرّه عن بيضه حتّى فسد ، فعليه ضمانٌ ، لأنه تلف بسببه وإن صحّ ، وفرّخ فلا ضمان عليه . وإن باض الصيدُ على فراشه فنقله برفق ففسد ففيه وجهان ، بناء على أن الجراد إذا انفرش فى طريقه ، وحكم بيض الجراد ، وإن احتلب لبن صيد ففيه قيمته ، كما لو حلب لبن حيوان مغصوب .

٢٦٧٧ فصــل

إذا نتف محرم ريش طائر ، ففيه مانقص . وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأوجب مالك ، وأبو حنيفة : فيه الجزاء جميعَه .

ولنا : أنه نقصَه نقصاً يمكن زوالُه . فلم يضمنه بكماله ، كما لو جرحه . فإن حفظه وأطعمه ، وسقاه حتى عاد ريشه فلا ضمان عليه . لأن النقص زال . فأشبه مالو اندمل الْجُرح . وقيل : عليه قيمة الرِّيش ، لأن الثانىَ غيرُ الأول ، فإن صار غير ممتنع بنتف ريشه ، واندمل غير مُمتنع فعليه جزاء جميعه ، كالْجُرح . فإن غاب غيرَ مُندمل ففيه مانقص ، كالجرح سواء ، وقد ذكرنا ثَمَّ احتمالا ، فههنا مثلُه .

٢٦٧٨ « مسألة » قال ﴿ إلا أن تكون نعامة ، فيكون فيها بدنة ، أو حمامة وماأشبهها . فيكون فى كلّ واحد منها شاة ﴾ .

هذا متعلق بقوله : « وإن كان طائراً فداه بقيمته فى موضعه » واستثنى النعامة من الطائر ، لأنها ذاتُ جناحين ، وتبيضُ ، فهى كالدجاج ، والأوزّ ، وأوجب فيها بَدَنَةً لأن عمر ، وعليًّا ، وعثمان ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، ومعاوية رضى الله عنهم حكموا فيها ببَدَنَةٍ . وبه قال عطاء ، ومجاهد ، ومالك ، والشافعىّ ، وأكثر أهل العلم . وحُكى عن النخَعىّ أنّ فيها قيمتَها ، وبه قال أبو حنيفة . وخالفه صاحباه . واتباع النص فى قوله تعالى: (فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) والآثار أولى . ولأن النعامة تُشبه البعير فى خِلقته فكان مِثْلًا لها فتدخل فى عموم النص « فى الْحَمَامِ شَاةٌ » حكم به عمر ، وعثمان وابن عمر وابن عباس ، ونافع بن الحارث فى حمام الحَرَم . وبه قال سعيد بنُ المسيّب ، وعطاء ، وعُروة ، وقتادة ،

(١) الحوار : ولد الناقة حين يوضع أو إلى أن يفصل عن أمه .

والشافعىّ ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة ، ومالك : فيه قيمته إلا أنّ مالـكاً وافق فى حمام الحرم . لحُـكم الصحابة ، ففيما عداه يبقى على الأصل . قلنا : رُوى عن ابن عباس فى الحمام حال الإحرام كمذهبنا . ولأنها حمامة مضمونة لحقّ الله تعالى ، فضُمنت بشاةٍ كحمامة الحرم ، ولأنها متى كانت الشاة مِثْلًا لهـا فى الحرم . فـكذلك فى الحِلّ ، فيجب ضمانها بها . لقول الله تعالى : (فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) وقياس الحمام على الحمام أولى من قياسه على غيره . وقول الخِرَقىّ « وما أشبهها » يعنى مايشبه الحمامة فى أنه يَعُبُّ الماء ، أى يضع منقاره فيه ، فيـكرَعُ كما تـكرع الشاةُ ، ولا يأخذ قطْرَةً قطْرَةً كالدّجاج والعصافير ، وإنمـا أوجبوا فيه شاةً لشبهه بها فى كَرْعِ الماء مِثْلَها ، ولا يشربُ مثل شرب بقيّة الطيور . قال أحمد فى رواية أبى القاسم وشـندى : كل طير يعُبُّ المـاء يشرب مثـل الحمام ففيه شاةٌ ، فيدخل فى هذه الفواخت ، والوَراشِينُ ، والسقايين ، والقمْرِىّ ، والديسىُّ ، والقطا . لأن كل واحد من هذه تُسميه العرب حماماً . وقد رُوى عن الـكسائىّ أنه قال : كلّ مُطَوَّقٍ حمامٌ ، وعلى هذا القول الْحَجَلُ حمامٌ لأنه مُطَوَّقٌ

٢٦٧٩ فصـــل

وما كان أكبر من الحمام كالْحُبَارَى ، والـكَرْكِىّ ، والـكَروانِ ، والْحَجَلِ ، والأوزّ الـكبير من طير الماء ، ففيه وجهان :

أحدهما : فيه شاة . لأنه رُوى عن ابن عباس وجابر وعطـاء : أنهم قالوا : فى الْحَجَلةِ ، والقطـاة ، والْحُبارَى شاةٌ شاةٌ . وزاد عطاء : فى الـكَرْكِىّ والـكَروانِ وابن الماء . ودَجاجِ الْحَبَشِ ، والحرَب شاةٌ شاةٌ — والحرب هو فرخ الْحُبارَى — لأن إيجاب الشاة فى الحمام تنبيه على إيجابها فيما هو أكبر منه .

والوجه الثانى : فيه قيمته . وهو مذهب الشافعىّ لأن القياس يقتضى وجوبها فى جميع الطير ، تركناه فى الحمام لإجماع الصحابة رضى الله عنهم . ففى غيره يُرجع إلى الأصل .

٢٦٨٠ « مسألة » قال ﴿ وهو مخيّر إن شاء فداه بالنظير أو قوَّم النظير بدراهم ، ونظر كم يجىء به طعاماً ؟ فأطعم كلّ مسكين مُدًّا ، أو صام عن كل مُدّ يوماً ، مُعسراً كان أو موسراً ﴾ .

فى هذه المسألة أربعة فصول :

٢٦٨١ ﴿ الأول ﴾ أن قاتل الصيد مخيّر فى الجزاء بأحـد هذه الثلاثة ، بأيها شـاء كفّر . موسراً كان ، أو مُعسراً . وبهذا قال مالك ، والشـافعىّ ، وأصحاب الرأى . وعن أحمـد رواية ثانية : أنهـا على الترتيب ، فيجب المثل أوّلاً ، فإن لم يجـد أطعم ، فإن لم يجد صام . ورُوى هـذا عن ابن عبـاس ، والثورىّ . لأن هدى المتعة على الترتيب ، وهذا أوْكَدُ منه . لأنه بفعلٍ محظورٍ . وعنه رواية ثالثـة : أنه لا إطعام فى الـكفّارة . وإنما ذُكر فى الآية ليَعْدِل الصيام . لأن من قدر على الإطعام قدَر على الذبح . هـكذا قال ابن عباس ، وهذا قول الشعبىّ ، وأبى عياض .

ولنا : قول الله تعـالى (٥ : ٩٦ هَدْياً بَالِـغَ الْـكَعْبَةِ ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَساكِينَ أَوْعَدْلُ ذَلِكَ صِياماً) « وَأَوْ » فى الأمر للتخيير . رُوى عن ابن عباس أنه قال : « كُلُّ شَيْء : أو ، أو . فهو مخيَّر ، وأما ما كان : فإن لم يوجد ، فهو الأول الأول » ، ولأن عطف هذه الخصال بعضها على بعض بأو . فكان مخيراً بين ثلاثتها ، كفدية الأذى . وقد سمَّى الله الطعام كفارة ، ولا يـكون كفارةً مالم يجب إخراجُه ، وجعلُه طعاماً للمساكين ، وإلا يجوز صرفه إليهم ، لا يـكون طعاماً لهم ، وعطف الطعـام على الهدى ، ثم عطف الصيام عليه ، ولو لم يـكن خصلةً من خصالها لم يجزْ ذلك فيه ، ولأنها كفارة ذُكر فيها الطعـام . فـكان من خصالها ، كسائر الـكفارات . وقولهم : « إنها وجبت بفعل محظور » يبطُل بفـدية الأذى ، على أن لفظ النص صريح فى التخيير . فليس تركُ مـدلوله قياساً على هـدى المُتعه ، بأولى من العـكس . فلا يجوز قياس هدى المتعة فى التخيير على هذا ، لما يتضمنه من ترك النص ، كذا هذا .

٢٦٨٢ ﴿ الفصل الثانى ﴾ إذا اختار المِثْلَ ذبحه ، وتصدّق به على مساكين الحَرم . لأنّ الله تعـالى قال : (هَدْياً بَالِـغَ الْـكَعْبَةِ) ولا يُجزئه أن يتصدق به حياً على المساكين . لأن الله تعالى سمـاه هَدْياً ، والهدى يجب ذبحُه ، وله ذبحه أيَّ وقت شاء . ولا يختص ذلك بأيام النحر .

٢٦٨٣ ﴿ الفصل الثالث ﴾ أنه متى اختار الإطعام . فإنه يُقوِّمُ المِثْلَ بدراهم ، والدراهم بطعـام ويتصـدق به على المساكين ، وبهـذا قال الشافعيّ . وقال مالك : يُقوِّمُ الصيدَ لا المِثْلَ . لأن التقـويم إذا وجب لأجل الإتلاف ، قُوِّم المتلَف كالذى لا مِثْلَ له .

ولنـا : أن كلّ ماتلف وجب فيـه المثلُ إذا قُوّم لزمت قيمةُ مثله ، كالمِثْلِيّ من مال الآدميّ ، ويُعتبر قيمة المثل فى الحرم . لأنَّه يُحِلّ إحرامه . ولا يُجزىء إخراج القيمة . لأن الله تعـالى خَيَّر بين ثلاثة أشياء ليست القيمةُ منها ، والطعام المخرَج هو الذى يُخرَج فى الفطرة ، وفديةِ الأذى ، وهو الحنطةُ ، والشعير والتمر ، والزبيب . ويحتمل أن يُجزِىء كلُّ مايُسمَّى طعاماً ، لدخوله فى إطـلاق اللفظ . ويُعطِى كلّ مسكين مُدًّا من البُرّ كما يدفـع إليـه فى كفارة اليمين ، فأمّا بقيَّة الأصناف فنصف صاع لـكلِّ مسكين . نص عليه أحمـد . فقـال فى إطعام المساكين فى الفـدية ، وجزاء كفَّارة اليمين : إن أطعم بُرًّا ، فمدُّ طعامٍ لـكلِّ مسكين ، وإن أطعم تمراً ، فنصفُ صـاعٍ لـكلِّ مسكين ، وأطلق الخِرَقيّ لـكل مسكين ، ولم يَفرق . والأولى أنه لا يُجزىء من غير البُرّ أقلُّ من نصف صاع . إذ لم يرد الشرع فى موضـعٍ بأقلّ من ذلك فى طُعْمةِ المساكين ، ولا توقيفَ فيـه ، فيُردُّ إلى نظائره . ولا يُجزىء إخراج لمساكين « غير »[1] الحرم . لأن قيمة الهدى الواجب لهم ، فيـكون أيضاً لهم ، كقيمة المثلىّ من مال الآدميّ .

٢٦٨٤ ﴿ الفصل الرابع فى الصيام ﴾ فعن أحمـد أنه يصوم عن كلِّ مُدٍّ يوماً ، وهو ظاهر قول

(١) لفظ « غير » ساقط من جميع النسخ ، ولابد منه حتى يصح المعنى .

عطاء ، ومالك ، والشافعيّ . لأنها كفَّارة دخلها الصيام والإطعام . فكان اليوم فى مقابلة المدّ ككفارة الظِّهار . وعن أحمد : أنه يصومُ عن كلِّ نصف صاع يوماً وهو قول ابن عقيل ، والحسن ، والنخَعِيّ ، والثوريّ ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . قال القاضى : المسألة رواية واحدة ، واليوم عن مُدِّ بُرٍّ ، أو نصفِ صاع من غيره . وكلام أحمد فى الروايتين محمول على اختلاف الحالين ، لأن صوم اليوم مقابَلٌ بإطعام المسكين ، وإطعامُ المسكين مُدّ بُرٍّ ، أو نصفُ صاعٍ من غيره . ولأن الله تعالى جعل اليوم فى كفارة الظِّهار فى مقابلة إطعام المسكين . فكذا هاهنا . وروى عن أبى ثور : أن جزاء الصيد من الطعام والصيام ، مثلُ كفارة الأذَى . وروى ذلك عن ابن عباس .

وانما : أنه جزاء عن مُتْلَفٍ ، فاختَلَف باختلافه . كبدل مال الآدميّ ، وإذا بقى مالا يُعْدَلُ ، كدونَ المُدِّ ، صام يوماً كاملا . كذلك قال عطاء ، والنخعيّ ، وحمَّاد ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم أحداً خالفهم . لأن الصوم لايتبعّض ، فيجب تكميله . ولا يجب التتابع فى الصيام ، وبه قال الشافعيّ ، وأصحاب الرأى . فإن الله تعالى أمر به مُطلقاً ، فلا يتقيّد بالتتابُع من غير دليل ، ولا يجوز أن يصوم عن بعض الجزاء ، ويُطعم عن بعض . نص عليه أحمد . وبه قال الشافعيّ ، والثوريّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وجوّزه محمد بن الحسن إذا عجز عن بعض الإطعام . ولا يصح . لأنها كفارة واحدة ، فلا يؤدِّى بعضها بالإطعام ، وبعضَها بالصيام ، كسائر الكفّارات .

٢٦٨٥ فصـــل

ومالا مثل له من الصيد يُخيَّر قاتله بين أن يشتريَ بقيمته طعاماً فيطعمه للمساكين ، وبين أن يصوم . وهل يجوز إخراج القيمة ؟ فيه احتمالان :

(أحدهما) لايجوز . وهو ظاهر قول أحمد فى رواية حنبل ، فإنه قال : إذا أصاب المحرم صيداً ، ولم يُصب له عَدْلًا يحكمُ به عليه ، قُوِّم طعاماً إن قدر على طعام ، وإلا صام لكل نصف صاع يوماً . هكذا يُروى عن ابن عباس ، ولأنه جزاء صيد ، فلم يُجز إخراج القيمة فيه ، كالذى له مثلٌ . ولأن الله تعالى خيَّر بين ثلاثة أشياء ، ليس بينها القيمة . فإذا عدم أحد الثلاثة ، يبقى التخيير بين الشيئين الباقيين . فأمّا إيجاب شىء غير المنصوص فلا .

(الثانى) يجوز إخراج القيمة لأن عمر رضى الله عنه قال لكعب : « مَاجَعَلْتَ عَلَى نَفْسِكَ ؟ قال : دِرْهَمَيْنِ ، قال : اجْعَلْ مَاجَعَلْتَ عَلَى نَفْسِكَ » . وقال عطاء : فى العُصفور نصفُ درهم ، وظاهره إخراج الدراهم الواجبة .

٢٦٨٦ « مسألة » قال ﴿ وكلما قتل صيداً حكم عليه ﴾ .

معناه أنه يجب الجزاء بقتل الصيد الثانى ، كما يجب عليه إذا قتله ابتداء . وفى هذه المسألة عن أحمـد ، ثلاثُ روايات :

(إحداهن) أنه يجب فى كل صيد جزاء ، وهذا ظاهر المذهب . قال أبو بـكر : هذا أولى القولين بأبى عبد الله . وبه قال الثورىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى .

(والثانية) لايجب إلا فى المرة الأولى روى ذلك عن ابن عباس . وبه قال شريح ، والحسن ، وسعيـد بن جُبَير ، ومُجاهـد ، والنخَعِىّ ، وقتادة . لأن الله تعـالى قال : (وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللهُ مِنْهُ) ولم يوجب جزاء .

(والثالثة) إن كفَّر عن الأول فعليه كفارة ، وإلا فلا شىء للثانى . لأنها كفارة تجب بفعل محظور فى الإحرام . فيدخُل جزاؤها قبل التـكفير كاللبس والطيب .

ولنـا : أنها كفارة عن قتل . فاستوى فيه المبتدىء ، والعائد ، كقتل الآدمىّ . ولأنها بدل مُتلَف يجب به المِثلُ ، أو القيمة . فأشبه بدلَ مال الآدمىّ . قال أحمـد : روى عن عمر ، وغيره : أنهم حكموا فى الخطأ ، وفيمن قتل ، ولم يسألوه : هل كان قتل قبل هـذا أولا ؟ وإنما هـذا يعنى اتخصيص الإحرام ومكانه . والآية اقتضت الجزاء على العائد بعمومها . وذكر العقوبة فى الثانى لايمنع الوجوب ، كما قال الله تعـالى (٢ : ٢٧٥ فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَاسَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللهِ ، وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ) . وقد ثبت أن العائد لو انتهى كان له ماسلف وأمره إلى الله ، ولا يصح قياس جزاء الصيد على غيره . ولأنَّ جزاءه مقـدّر به ، ويختلف بصغره ، وكبره . ولو أتلف صيدين معاً وجب جزاؤهما ، فـكذلك إذا تفرّقا ، بخلاف غيره من المحظورات .

٢٦٨٧ فصـــــل

ويجوز إخراج جزاء الصيد بعد جرحه ، وقبل موته . نص عليه أحمـد . لأنهـا كفارة فجاز تقديمها على الموت ، كـكفَّارة قتل الآدمىّ ، ولأنها كفارة ، فأشبهت كفارة الظِّهار واليمين .

٢٦٨٨ « مسألة » قال ﴿ ولو اشترك جماعة فى قتل صيد فعليهم جزاء واحدٌ ﴾ .

يُروى عن أحمد فى هذه المسألة ثلاثُ روايات :

(إحداهن) أن الواجب جزاء واحد وهو الصحيح . ويُروى هذا عن عمر بن الخطاب ، وابن عباس ، وابن عمر ، رضى الله عنهم . وبه قال عطاء ، والزهرىّ ، والنخعىّ ، والشعبى ، والشافعىّ ، وإسحاق .

(والثانية) على كل واحـد جزاء . رواها ابن أبى موسى ، واختارها أبو بـكر . وبه قال مالك ، والثورىّ ، وأبو حنيفـة . ويُروى عن الحسن . لأنهـا كفارة قتل يدخلهـا الصوم . أشبهت كفارة قتل الآدمىّ .

(والثالثة) إن كان صوماً صام كل واحد صوماً تامًّا . وإن كان غير ذلك فجزاء واحـد . وإن كان أحـدهما هدىٌ ، والآخرَ صومٌ فعلى المهدى بحصته ، وعلى الآخر صوم تامّ . لأن الجزاء ليس بكفارة ، وإنما هو بدل . بدليل أن الله تعالى عطف عليه الكفارة ، فقال تعالى (٥ : ٩٦ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) والصوم كفارة ككفارة قتل الآدمىّ .

ولنا : قول الله تعالى : (فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) والجماعة قد قتلوا صيداً ، فيلزمهم مثله ، والزائد خارج عن المثل فلا يجب . ومتى ثبت اتحاد الجزاء فى الهدى وجب اتحاده فى الصيام . لأنَّ الله تعالى قال : (أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاماً) والاتفاق حاصل على أنه معدول بالقيمة ، إما قيمة المتلَف . وإما قيمة مثله ، فإيجاب الزائد على عدل القيمة خلافُ النص . وأيضاً ماروى عمن سمَّينا من الصحابة : أنَّهم قالوا : كمذهبنا . ولأنه جزاء عن مقتول يختلف باختلافه . فكان واحداً ، كالدية ، أو كما لو كان القاتل واحداً ، أو بدل المحلّ ، فاتحدت باتحاده لدية ، وكفارة الآدمىّ لنا فيها منع . ولا يتبعّض فى أبعاضه ، ولا يختلف باختلافه ، فلا يتبعّض على الجماعة ، بخلاف مسألتنا .

٢٦٨٩ فصـــل

فإن كان شريكُ المحرم حلالاً أو سبعاً . فلا شىء على الحلال ، ويُحكم على الحرام . ثم إن كان جُرْحُ أحدهما قبل صاحبه والسابق الحلالُ ، أو السبعُ . فعلى المحرم جزاؤه مجروحاً وإن كان السابق المحرم فعليه جزاء جَرْحِه على مامضى ، وإن كان جُرْحُهما فى حال واحدة ففيه وجهان :

(أحدهما) على المحرم بقسطه . كما لو كان شريكهُ مُحْرِماً . لأنَّه إنما أتلف البعض .

(والثانى) عليه جزاء جميعه . لأنَّه تعذَّر إيجاب الجزاء على شريكه ، فأشبه مالو كان أحدهما دالاً ، والآخرُ مدلولاً ، أو أحدهما مُمْسِكاً ، والآخر قاتلاً . فإن الجزاء على المحرم أيهما كان ، لتعذر إيجاب الجزاء على الآخَر .

٢٦٩٠ فصـــل

وإن اشترك حرام ، وحلال فى صيد حَرَمِىّ ، فالجزاء بينهما نصفين . لأن الإتلاف يُنْسَبُ إلى كلّ واحد منهما نصفُه ، ولا يزداد الواجبُ على المحرم باجتماع حُرمة الإحرام ، والحَرَم ، فيكون الواجب على كلّ واحد منهما النصف ، وهذا الاشتراك الذى هذا حكمه هو الذى يقع به الفعلُ منهما معاً ، وإن سبق أحدهما صاحبه ، فحكمه ماذكرناه فيما مامضى .

٢٦٩١ فصـــل

إذا أحرم الرجل وفى مِلكه صيدٌ لم يَزُل ملكهُ عنه ، ولا يده الحُكْمِيَّة . مثلُ أن يكون

فى بلده ، أو فى يد نائب له فى غير مكانه . ولا شىء عليه إن مات ، وله التصرّف فيه بالبيع ، والهبة ، وغيرهما . ومن غصبه لزمه ردُّه ، ويلزمه إزالة يده المشاهَدة عنه . ومعناه إذا كان فى قبضته ، أو رَحْله ، أو خَيْمَته ، أو قفص معه ، أو مربوطاً بحَبْل معه ، لزمه إرسالُه . وبهذا قال مالك ، وأصحاب الرأى . وقال الثورىّ : هو ضامن لما فى بيته أيضاً . وحُكِي نحوُ ذلك عن الشافعىّ . وقال أبو ثور : ليس عليه إرسالُ مافى يده ، وهو أحد قولى الشافعىّ . لأنه فى يده . أشبه مالو كان فى يده الحُكمية . ولأنه لا يلزم من منع ابتداء الصيد المنعُ من استدامته ، بدليل الصيد فى الحرم .

ولنا : على أنه لا يلزمه إزالة يده الحُكمية : أنه لم يفعل فى الصيد فعلاً . فلم يلزمه شىء ، كما لو كان فى ملك غيره ، وعكسُ هذا إذا كان فى يده المشاهدة . فإنه فعل الإمساك فى الصيد ، فكان ممنوعاً منه ، كحالة الابتداء ، فإن استدامة الإمساك إمساك ، بدليل أنه لو حلف لا يُمسك شيئاً ، فاستدام إمساكه حَنِثَ .

إذا ثبت هذا : فإنه متى أرسله لم يزُل مِلْكه عنه ، ومن أخذه ردَّه إذا حَلّ ، ومن قتله ضمنه له ، لأنّ مِلكه كان عليه ، وإزالة الأثر لا تُزيل الملك . بدليل الغصب والعارية ، فإن تلف فى يده قبل إرساله بعد إمكانه ضمنه ، لأنّه تلف تحت اليد العادية ، فلزمه الضمان ، كمال الآدمىّ ، وإن كان قبل إمكان الإرسال فلا ضمان ، لأنه ليس بمُفرِّط ، ولا مُتَعدٍّ ، فإن أرسله إنسان من يده فلا ضمان عليه . لأنه فعل مايلزمه فعله ، ولأن اليد قد زال حكمها وحُرْمتها . فإن أمسكه حتى حَلّ فملكه باقٍ عليه . لأن ملكه لم يَزُل بالإحرام . وإنما زال حكم المشاهدة ، فصار كالعصير يتخمّر ، ثم يتخلّل قبل إراقته .

٢٦٩٢ فصـــل

ولا يملك المحرم الصيد ابتداء بالبيع ، ولا بالهبة ، ونحوهما من الأسباب ، فإن الصَّعْبَ بن جَثَّامَةَ « أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحْشِيًّا فردَّه عليه وقال : « إنّا لَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْكَ إلاّ أنّا حُرُمٌ » فإن أخذه بأحد هذه الأسباب ، ثم تلف فعليه جزاؤه ، وإن كان مبيعاً فعليه القيمة ، أو ردّه إلى مالكه ، فإن أرسله فعليه ضمانه ، كما لو أتلفه ، وليس عليه جزاء ، وعليه رد المبيع أيضاً . ويحتمل أن يلزمه إرساله ، كما لو كان مملوكاً له . لأنه لا يجوز له إثبات يده المشاهدة على الصيد ، وهذا قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا يسترد المحرم الصيد الذى باعه وهو حلال ، بخيار ، ولا عيب فى ثمنه ، ولا غيرهما . لأنه ابتداء مِلْكٍ على الصيد ، وهو ممنوع منه ، وإن ردّه المشترى عليه بعيب ، أو خيار فله ذلك . لأن سبب الردّ متحقّق ، ثم لا يدخل فى ملك المحرم ، ويلزمُه إرساله .

٢٦٩٣ فصـــل

وإن وَرِث المحرم صيداً مَلَكَهُ ، لأن الملك بالإرث ليس بفعلٍ من جهته . وإنما يدخُل فى ملكه

حُـكماً ، اختيار ذلك أو كرهه . ولهـذا يدخل فى ملك الصبى ، والمجنون ، ويدخل به المسلم فى ملك الـكافر . فجرى مجرى الاستدامة ، ويحتمل أن لا يُملك به ، لأنه من جهات التملك ، فأشبه البيع وغيره . فعلى هذا يـكون أحق به من غير ثبوت ملـكه عليه ، فإذا حل ملـكه .

٢٦٩٤ « مسألة » ﴿ ومن لم يقف بعرفة حتى طلع الفجر يوم النحر تحلّل بعُمْرةٍ ، وذَبَح ، إن كان معه هدى ، وحجّ مِنْ قَابِلٍ ، وأتى بدمٍ ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى أربعة فصول :

٢٦٩٥ ﴿ الأول ﴾ أن آخر وقت الوقوف آخرُ ليلة النحر . فمن لم يُدرك الوقوف حتى طلع الفجر يومئذٍ فاته الحج ، لا نعلم فيه خلافاً . قال جابر : « لاَ يَفُوتُ الْحَجُّ حَتَّى يَطْلُعَ الْفَجْرُ مِنْ لَيْـلَةِ جَمْعٍ . قال أبو الزُّبَيْر فقلت له : أقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذَلِكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ » رواه الأثرم بإسناده. وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « الْحَجُّ عَرَفَةُ . فَمَنْ جَاءَ قَبْـلَ صَلاَةِ الْفَجْرِ لَيْـلَةَ جَمْـعٍ فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ » يدلّ على فواته بخروج ليـلة جَمْعٍ . ورَوى ابن عمر : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسـلم قال : « مَنْ وَقَفَ بِعَرَفَاتٍ بلَيْلٍ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ . وَمَنْ فَاتَهُ عَرَفَاتٌ بِلَيْلٍ فَلْيَحِلّ بِعُمْرَةٍ وَعَلَيْهِ الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ » رواه الدارقطنيّ وضعّفه .

٢٦٩٦ ﴿ الفصل الثانى ﴾ أن من فاته الحجّ يتحلّل بطواف ، وسعى ، وحِلاَق ، هـذا الصحيحُ من المذهب . ورُوى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وابنـه ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وابن الزبير ، ومروان بن الحَـكَم . وهو قول مالك ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . وقال ابن أبى موسى : فى المسألة روايتان :

(إحداها) كما ذكرنا .

(والثانية) يمضى فى حجٍّ فاسدٍ ، وهو قول المُزَنِيّ . قال : يلزمـه جميعُ أفعال الحج ، لأن سقوط مافات وقتُه لا يمنع مالم يَفُتْ . ولنا قول من سمّينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم مخالفاً ، فـكان إجماعاً ، وروى الشـافعيّ فى مسنـده : أن عمر قال لأبى أيُّوبَ حين فاته الحجّ : اصنع مايَصْنَعُ المُعْتَمِرُ ، ثُمَّ قَدْ حَلَلْتَ ، فإن أدركتَ الْحَجّ قابلاً ، فحُجّ وأهْدِ ما اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْىِ .

ورُوى أيضاً عن ابن عمر نحوُ ذلك . ورَوى الأثرم بإسناده ، عن سليمان بن يَسار : أن هَبَّارَ بنَ الأسود حَجّ من الشام ، فقدِمَ يَوْمَ النَّحْرِ ، فقال له عمر : مَاحَبَسَكَ ؟ قال : حَسِبْتُ أن اليوم يومُ عرفةَ ، قال : فَانْطَلِقْ إِلَى الْبَيْتِ فَطُفْ بِهِ سَبْعاً ، وَإِنْ كَانَ مَعَكَ هَـدِيَةٌ فَانْحَرْهَا ، ثُمَّ إِذَا كَانَ عَامٌ قَابِلٌ فَاحْجُجْ ، فَإِنْ وَجَدْتَ سَعَةً فَأَهْدِ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فَصُمْ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتَ إِنْ شَاءَ

اللهُ تَعَالَى . وروى النَّجَّادُ بإسناده ، عن عطاء : أن النبيّ صـلى الله عليـه وسلم قال : « مَنْ فَاتَهُ الْحَجُّ فَعَلَيْهِ دَمٌ وَلْيَجْعَلْهَا عُمْرَةً وَلْيَحُجَّ مِنْ قَابِلٍ » ولأنه يجوز فسخ الحَجّ إلى العُمرة من غـير فواتٍ ، فمع الفوات أولى . إذا ثبت هذا فإنه يجعل إحرامه بعُمرة ، وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، ونصّ عليـه أحمد ، واختاره أبو بـكر ، وهو قول ابن عباس ، وابن الزبير ، وعطاء ، وأصحـاب الرأى . وقال ابن حامد : لا يصيرُ إحرامُـه بعُمرةٍ بل يتحلّل بطـواف ، وسَعْىٍ ، وحَلْقٍ . وهو مذهبُ مالك ، والشافعىّ . لأن إحرامه انعقد بأحـد النسُـكين ، فلم ينقلب إلى الآخر ، كما لو أحرم بالعُمرة . ويحتمل أنّ من قال يجعـل إحرامه عُمرةً أراد به يفعل مايفعل المُعْتَمِرُ ، وهو الطواف ، والسعىُ ، ولا يكون بين القولين خلاف . ويحتمل أن يصير إحرام الحجّ إحراماً بعُمرةٍ ، بحيث يُجزئه عن عُمرة الإسلام ، إن لم يكن اعتمر ، ولو أدخل الحَجّ عليها لصار قارناً ، إلّا أنّه لا يمـكنه الحَجّ بذلك الإحرام ، إلا أن يصير مُحرِماً به ، فى غير أشهُره ، فيصير كمن أحرم بالحَجّ فى غير أشهره ، ولأن قلب الحَجّ إلى العُمرة يجوز من غير سبب ، على ماقررناه فى فسخ الحَجّ ، فمع الحاجة أولى ، ويُخرّج على هذا قلب العُمرة إلى الحَجّ . فإنّه لا يجوز . ولأن العُمرة لا يفوت وقتها ، فلا حاجة إلى انقلاب إحرامها ، بخلاف الحَجّ .

٣٦٩٧ ﴿ الفصل الثالث ﴾ أنه يلزمه القضاء من قابلٍ ، سواء كان الفـائت واجباً ، أو تطوّعاً . رُوى ذلك عن : عمر ، وابنـه ، وزيد ، وابن عبـاس ، وابن الزبير ، ومَرْوانَ . وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : لا قضاء عليه ، بل إن كانت فرضاً فعلها بالوجوب السابق . وإن كانت نفلاً سقطت ، ورُوى هذا عن عطاء . وهو إحدى الروايتين عن مالك . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم «لَمَّا سُئِلَ عَنِ الْحَجِّ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ؟ قَالَ : بَلْ مَرَّةٌ وَاحِدَةٌ » ولو أوجبنا القضاء كان أكثر من مَرّة ، ولأنه معذور فى ترك إتمام حجّه ، فلم يلزمه القضاء ، كالمحرم ، ولأنها عبادة تطوُّعٍ ، فلم يجب قضاؤها ، كسائر التطوّعات .

ووجه الرواية الأولى : ماذكرنا من الحـديث ، وإجماع الصحابة . ورَوى الدارقطنىّ بإسنـاده عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليـه وسلم : « مَنْ فَاتَهُ عَرَفَاتٌ فَاتَهُ الْحَجُّ فَلْيَحِلَّ بِعُمْرَةٍ . وَعَلَيْهِ الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ » . ولأن الحَج يلزم بالشروع فيه ، فيصير كالمنذور ، بخـلاف سائر التطوّعات . وأما الحديث فإنه أراد : الواجبُ بأصل الشرع حَجَّةٌ واحدةٌ . وهذه إنما تجبُ بإيجابه لها بالشروع فيها ، كالمنذورة . وأما المُحْصَرُ فإنّه غيرُ منسوب إلى التفريط ، بخلاف من فاته الحَجّ ، وإذا قضى أجزأه القضاء عن الحَجّة الواجبَة . لا نعلم فى هذا خـلافاً . لأنّ الحَجّة المقضيّةَ لو تمّتْ لأجزأت عن الواجبة عليه . فـكذلك قضاؤها . لأن القضاء يقومُ مَقام الأداء .

٢٦٩٨ ﴿ الفصل الرابع ﴾ أن الهدى يلزم من فاته الحجّ فى أصحّ الروايتين . وهو قول من سمّينا من الصحابة والفقهاء ، إلا أصحاب الرأى . فإنهم قالوا : لا هَدْىَ عليه . وهى الرواية الثانية عن أحمد . لأنه لو كان الفوات سبباً لوجوب الهدى للزم المحرِم[1] هديان ، للفوات والإحصار .

ولنا : حديث عطاء ، وإجماع الصحابة ، ولأنه حلّ من إحرامه قبل إتمامه . فلزمه هدىٌ ، كالمحرم لم يفُتْ حَجُّه . فإنه يحلّ قبل فواته . إذا ثبت هذا فإنه يُخرج الهدى فى سَنَةِ القضاء ، إذا قلنا بوجوب القضاء ، وإلا أخرجه فى عامه ، وإذا كان معه هدى قد ساقه نحره . ولا يُجزئه إن قلنا بوجوب القضاء ، بل عليه فى السنة الثانية هدىٌ أيضاً . نصّ عليه أحمد . وذلك لحديث عمر الذى ذكرناه ، والهدىُ : مااستيسر ، مثلُ هدى المُتْعَةِ . لحديث عمر أيضاً . والمتمتّع ، والمفرد ، والقارن ، والمكّىّ ، وغيرُهُ سواء فيما ذكرناه . لأن الفوات يشمل الجميع .

٢٦٩٩ فصـــل

فإن اختار من فاته الحج البقاء على إحرامه ليحُجّ من قابل ، فله ذلك . رُوى ذلك عن مالك . لأن تطاول المدة بين الإحرام وفعل النسُك لا يمنع إتمامه . كالعمرة ، والمحرم بالحج فى غير أشهُره . ويحتمل أنه ليس له ذلك . وهو قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وروايةٌ عن مالك . لظاهر الخبر . وقول الصحابة رضى الله عنهم . لأن إحرام الحج يصيرُ فى غير أشهُره ، فصار كالمحرم بالعبادة قبل وقتها .

٢٧٠٠ فصـــل

وإذا فات القارنَ الحجُّ حلّ . وعليه مثلُ ماأهلّ به من قابل . نص عليه أحمد . وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وإسحاق . ويحتمل أن يُجزئه مافعل عن عُمرة الإسلام ، ولا يلزمه إلا قضاء الحجّ . لأنه لم يفته غيره . وقال أصحاب الرأى ، والثورىّ : يطوف ، ويسعى لعُمرته ، ثم لايحلّ حتى يطوف ، ويسعى لحجّه ، إلا أنّ سفيان قال : وَيُهَرِيقُ دماً . والوجه الأول : أن يجب القضاء على حسب الأداء فى صورته ومعناه . فيجبُ أن يكون ههنا كذلك . ويلزمه هديان لقرانه وفواته . وبه قال مالك ، والشافعىّ . وقيل : يلزمه هدى ثالث للقضاء . وليس بشىء . فإن القضاء لايجب له هدى ، وإنما يجب الهدى الذى فى سنة القضاء للفوات . وكذلك لم يأمره الصحابة بأكثر من هدى واحد . والله أعلم .

٢٧٠١ فصـــل

إذا أخطأ الناس العدد ، فوقفوا فى غير ليلة عرفة أجزأهم ذلك . لما رَوى الدارقطنىّ بإسناده ، عن عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يَوْمُ عَرَفَةَ الذِى يُعَرِّفُ فِيهِ النَّاسُ » . فإن اختلفوا فأصاب بعض ، وأخطأ بعض، وقتَ الوقوف ، لم يُجزئهم .

---

(١) هكذا بالأصول ، والأولى أن يقال : للزم المحصر هديان . ولعله تحريف .

لأنهم غير معذورين فى هذا . وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فِطْرُكُمْ يَوْمَ تُفْطِرُونَ ، وَأَضْحَاكُمْ يَوْمَ تُضَحُّونَ » رواه الدارقطنىّ وغيره .

٢٧٠٢ « مسألة » قال ﴿ وإن كان عبداً لم يكن له أن يذبح . وكان عليه أن يصوم عن كلّ مد من قيمة الشاة يوماً ثم يقصّر ويَحِلّ ﴾ .

يعنى أن العبد لايلزمه هدى . لأنه لامال له ، فهو عاجز عن الهدى ، فلم يلزمه كالمعسر . وظاهر كلام الخِرَقِىّ : أنه لو أذن له سيّده فى الهدى لم يكن له أن يُهدِى ، ولا يُجزئه إلا الصيام . وهذا قول الثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . ذكره ابن المنذر عنهم فى الصيد . وعلى قياس هذا : كل دم لزمه فى الإحرام لايُجزئه عنه إلا الصيام . وقال غير الخِرَقِىّ : إن ملّكه السيّد هدياً ، وأذن له فى ذبحه خرّج على الروايتين . إن قلنا : إن العبد يملك بالتمليك لزمه أن يُهدىَ ، ويُجزى عنه . لأنه قادر على الهدى ، مالك له ، فلزمه كالحرّ . وإن قلنا : لايملك : لم يُجزئه إلا الصيام ، لأنه ليس بمالك ، ولا سبيل له إلى الملك ، فصار كالمعسر الذى لايقدر على غير الصيام وإذا صام فإنه يصوم عن كلّ مُدّ من قيمة الشاة يوماً . وينبغى أن يخرّج فيه من الخلاف ماذكرناه فى الصيد ومتى بقى من قيمتها أقلّ من مُدّ صام عنه يوماً كاملاً . لأن الصوم لايتبعض ، فيجب تكميله ، كمن نذر أن يصوم يومَ يقدَمُ فلان ، فقدم فى بعض النهار ، لزمه صوم يوم كامل . والأولى أن يكون الواجب من الصوم عشرة أيام ، كصوم المتعة ، كما جاء فى حديث عمر : أنه قال لهبّار بن الأسود : « فَإِنْ وَجَدْتَ سَعَةً فَأَهْدِ . فَإِنْ لَمْ تَجِدْ سَعَةً فَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ ، وَسَبْعَةً إِذَا رَجَعْتَ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى » . وروى الشافعىّ فى مُسنده عن ابن عمر مثلَ ذلك . وأحمد ذهب إلى حديث عمر ، واحتج به . لأنه صوم وجب لحلّه من إحرامه قبل إتمامه . فكان عشرة أيام ، كصوم المحرم ، والمعسر فى الصوم كالعبد . ولذلك قال عمر لهبّار بن الأسود : « إن وجدت سعة فأهد . فإن لم تجد فصم » ، ويعتبر اليسار والإعسار فى زمن الوجوب . وهو فى سَنَةِ القضاء . إن قلنا : بوجوبه ، أو فى سَنَةِ الفوات إن قلنا : لايجب القضاء .

وقول الخِرَقِىّ : « ثم يقصّر ويحلّ » يريد أن العبد لايحلق ههنا ، ولا فى موضع آخر . لأن الحلق إزالة الشعر الذى يزيد فى قيمته ، وماليّته ، وهو ملك لسيّده ، ولم يتعين إزالته ، فلم يكن له إزالته . كغير حالة الإحرام . وإن أذن له السيّد فى الحلق جاز ، لأنه إنما مُنِع منه لحقّه .

٢٧٠٣ « مسألة » قال ﴿ وإذا أحرمت المرأة لواجب لم يكن لزوجها منعُها ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا أحرمت بالحجّ الواجب أو العُمرة الواجبة وهى حَجّةُ الإسلام ، وعُمرتُه ، أو المنذور منهما ، فليس لزوجها منعُها من المضىّ فيها ، ولا تحليلها فى قول أكثر أهل العلم . منهم أحمد ، والنخَعِىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، والشافعىّ فى أصح القولين له . وقال فى الآخر : له منعها .

لأن الحج عنده على التراخي . فلم يتعين في هـذا العام . وليس هـذا بصحيح . فإن الحج الواجب يتعين بالشروع فيه فيصير كالصلاة إذا أحرمت بها في أول وقتها ، وقضاء رمضان إذا شرعت فيه . ولأن حق الزوج مستمر على الدوام . فلو ملك منعهـا في هذا العـام لملكه في كل عام ، فيُفضي إلى إسـقاط أحـد أركان الإسلام ، بخلاف العِدّة . فإنهـا لاتستمر . فأما إن أحرمت بتطوع فله تحليلهـا ، ومنعُها منه في ظاهر قول الخِرَقيّ . وقال القاضي : ليس له تحليلهـا . لأن الحج يلزم بالشروع فيه . فلا يملك الزوج تحليلها ، كالحج المنذور .

وحُكي عن أحمد في امرأة تحلف بالصوم ، أو بالحجّ ولها زوج : لها أن تصوم بغـير إذن زوجها ، ماتصنع ؟ قد ابتُلِيَتْ ، وابتُلِيَ زوجُها .

ولنا : أنه تطوّع يُفَوِّت حقّ غيرها منها ، أحرمت به بغير إذنه ، فملك تحليلهـا منه ، كالأمة تُحرِم بغير إذن سيّدها ، والمدينة تُحرِم بغير إذن غرِيمها على وجهٍ يمنعه إيفاء دينه الحالّ عليها . ولأن العدة تمنع المضيّ في الإحرام لحق الله تعـالى ، لحق الآدميّ أولى ، لأن حقّه أضيقُ ، لشحّه وحاجته ، وكرم الله تعالى وغناه . وكلام أحمد لايتناول محلّ النزاع . وهو مخالف له من وجهين :

(أحدهما) أنه في الصوم ، وتأثير الصوم في منع حق الزوج يسـيرٌ ، فإنه في النهـار دون الليل . ولو حلفت بالحج فله منعها ، لأن الحج لايتعين في نذر اللَّجاج ، والغضب ، بل هو مخيّر بين فعله والتكفير . فله منعها منه قبل إحرامها بكل حال ، بخلاف الصوم .

(والثاني) أن الصوم إذا وجب صار كالمنذور ، بخلاف مانحن فيه ، والشروع هاهنا على وجه غير مشروع . فلم يـكن له حُرمةٌ بالنسبة إلى صاحب الحق . فأما إن كانت الحَجَّةُ حَجَّةَ الإسـلام ، لـكن لم تـكمل شروطها لعدم الاستطاعة . فإن له منعها من الخروج إليها ، والتلبس بها . لأنها غير واجبة عليها . وإن أحرمت بغير إذنه لم يملك تحليلها ، لأن ماأحرمت به يقع عن حَجَّةِ الإسلام الواجبة بأصل الشرع ، كالمريض إذا تـكلّف حضور الجمعة . ويحتمل أن له تحليلها ، لأنه فقد شرط وجوبها . فأشبهت حَجَّة الأمَة ، والصغيرة ، فإنها لما فقدت الحُرية ، أو البلوغ ملك منعها . ولأنها ليست واجبةً عليهـا . فأشبهت سائر التطوع .

٢٧٠٤ فصــــل

وأما قبل الإحرام فليس للزوج منع امرأته من المضى إلى الحج الواجب عليها ، إذا كملت شروطه ، وكانت مستطيعةً ، ولها مَحْرَمٌ يخرُج معهـا . لأنه واجب ، وليس له منعها من الواجبـات ، كما ليس له منعها من الصلاة والصيام . وإن لم تـكمل شروطه ، فله منعهـا من المضيّ إليه والشروع فيه ، ولأنهـا تفوّت حقه بما ليس بواجب عليها . فملك منعها ، كمنعها من صيام التطوع ، وله منعها من الخروج إلى الحج

التطوع والإحرام به بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ قوله من أهل العلم على أن للرجل منع زوجته من الخروج إلى حج التطوع ، ولأنه تطوّع يُفوِّت حقّ زوجها ، فكان لزوجها ، فكان منعُها منه ، كالاعتكاف . فإن أذن لها فيه فله الرجوع مالم تتلبس بإحرامه . فإن تلبست بالإحرام لم يكن له الرجوع فيه ، ولا تحليلها منه . لأنه يلزم بالشروع ، فصار كالواجب الأصليّ . فإن رجع قبل إحرامها ، ثم أحرمت به ، فهو كمن لم يأذن ، وإذا قلنا بتحليلها فحكمُها حكم المُحصَر يلزمها الهديُ . فإن لم تجد صامتْ ثم حلّتْ .

٢٧٠٥ فصل

وإن أحرمت بواجب لخلف زوجها بالطلاق الثلاث أن لاتحجّ العامَ ، فليس لها أن تحِلّ ، لأن الطلاق مُباحٌ ، فليس لها ترك فرائض الله خوفاً من الوقوع فيه . ونقل مهنا عن أحمد : أنه سُئل عن هذه المسألة ؟ فقال : قال عطاء : الطلاق هلاك ، هي بمنزلة المُحصَر . وروى عنه ابن منصور أنه أفتى السائل أنها بمنزلة المحصر واحتجّ بقول عطاء ، فرواه . والله أعلم . ذهب إلى هذا لأن ضرر الطلاق عظيم ، لما فيه من خروجها من بيتها ، ومفارقة زوجها وولدها ، وربما كان ذلك أعظم عندها من ذهاب مالها ، وهلاك سائر أهلها ، ولذلك سماه عطاء هلاكاً ، ولو منعها عدوٌّ من الحَجّ إلا أن تدفع إليه مالها كان ذلك حَصْراً ، فههنا أولى . والله أعلم .

٢٧٠٦ فصل

وليس للوالد منع ولده من الحَج الواجب ، ولا تحليلُه من إحرامه ، وليس للولد طاعته في تركه . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ تعالى » . وله منعه من الخروج إلى التطوع . فإن له منعه من الغَزْوِ . وهو من فروض الكفايات ، فالتطوع أولى . فإن أحرم بغير إذنه لم يملك تحليله ، لأنه واجب بالدخول فيه ، فصار كالواجب ابتداء ، أو كالمنذور .

٢٧٠٧ « مسألة » قال ﴿ ومن ساق هدياً واجباً فعَطِبَ دون محِلّه صنع به ماشاء ، وعليه مكانه ﴾ .

الواجب من الهدى قسمان . أحدهما : وجب بالنذر في ذمته . والثاني : وجب بغيره ، كدم التمتع والقران ، والدماء الواجبة بترك واجب ، أو فعل محظور ، وجميع ذلك ضربان :

(أحدهما) أن يسوقه ينوى به الواجب الذى عليه من غير أن يُعيّنه بالقول . فهذا لا يزول ملكه عنه إلا بذبحه ، ودفعه إلى أهله . وله التصرف فيه بما شاء من بيع ، وهبة ، وأكل ، وغير ذلك . لأنه يتعلق حق غيره به ، وله نماؤه . وإن عطب تلف من ماله ، وإن تعيّب لم يُجزئه ذبحه ، وعليه الهدى الذى كان واجباً . فإن وجوبه في الذمة ، فلا يبرأ منه إلا بإيصاله إلى مستحقه ، بمنزلة من عليه دين ، لحمله إلى مستحقّه بقصد دفعه إليه ، فتلف قبل أن يوصّله إليه .

﴿ الضرب الثانى ﴾ أن يُعيّن الواجب عليه بالقول ، فيقول : هذا الواجب علىّ ، فإنه يتعيّن الوجوب فيه من غير أن تبرأ الذمّة منه . لأنه لو أوجب هدياً ولا هدى عليه لتعيَّن . فإذا كان واجباً فعيّنه فكذلك ، إلا أنه مضمون عليه . فإن عَطِب أو سُرِق ، أو ضَلّ ، أو نحو ذلك لم يُجزِه ، وعاد الوجوب إلى ذمّته ، كما لو كان لرجل عليه دين ، فاشترى به منه مكيلاً فتلف قبل قبضه انفسخ البيع ، وعاد الدين إلى ذمته . ولأن ذمّته لم تبرأ من الواجب بتعيينه ، وإنما تعلق الوجوب بمحلّ آخر ، فصار كالدين يضمنه ضامن أو يرهن به رهناً . فإنه يتعلق الحق بالضامن والرهن مع بقائه فى ذمة المدين ، فمتى تعذر استيفاؤه من الضامن ، أو تلف الرهن بقى الحقّ فى الذمة بحاله ، وهذا كله لا نعلم فيه مخالفاً . وإن ذبحه فسُرِق ، أو عَطِب فلا شىء عليه . قال أحمد : إذا نحر ، فلم يُطعِمْهُ حتى سُرِقَ ، لا شىء عليه . فإنه إذا نحر فقد فرغ . وبهذا قال الثورىّ ، وابن القاسم صاحب مالك ، وأصحاب الرأى . وقال الشافعىّ : عليه الإعادة . لأنه لم يوصّل الحق إلى مُستحقه . فأشبه مالو لم يذبحه .

ولنا : أنه أدّى الواجب عليه ، فبرىء منه ، كما لو فرّقه . ودليل أنه أدى الواجب أنه لم يبق إلا التفرقة ، وليست واجبة . بدليل أنه لو خَلّى بينه وبين الفقراء أجزأه ، ولذلك لمّا نحر النبىّ صلى الله عليه وسلم الْبَدَنَاتِ قال : « مَنْ شَاءَ اقْتَطَعَ » وإذا عَطِب هذا المعيّن أو تعيّب عيباً يمنع الإجزاء لم يُجزه ذبحُه عما فى الذمّة ، لأن عليه هدياً سليماً ، ولم يوجد ، وعليه مكانه ، ويرجع هذا الهدى إلى ملكه ، فيصنع به ماشاء من أكل ، أو بيع ، وهِبَة ، وصدقة ، وغيره . هذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . ونحوه عن عطاء وقال مالك : يأكل ، ويُطعم مَنْ أحبّ من الأغنياء ، والفقراء ، ولا يبيعُ منه شيئاً .

ولنا : ماروى سعيد : حدثنا سفيان عن عبد الكريم ، عن عِكْرِمة ، عن ابن عباس ، قال : « إِذَا أَهْدَيْتَ هَدْياً تطوُّعاً فَعَطِبَ ، فَانْحَرْهُ ثُمَّ اغْمِسِ النَّعْلَ فى دَمِهِ ، ثُمَّ اضْرِبْ بِهَا صَفْحَتَهُ ، فإن أكلت أو أمرت به عرفت . وإذا أهديت هدياً واجباً فعَطِب فانحره ، ثم كُلْهُ إن شِئْتَ ، وَأَهْدِهِ إن شِئْتَ ، وَبِعْهُ إنْ شِئْتَ ، وَتَقَوَّ بِهِ فى هَدْيٍ آخَرَ » . ولأنه متى كان له أن يأكل ، ويطعم الأغنياء . فله أن يبيع ، لأنه ملكه . وروى عن أحمد : أنه يذبح المَعِيبَ ، وما فى ذمته جميعاً . ولا يرجع المعين إلى ملكه ، لأنه تعلق بحق الفقراء بتعيينه . فلزم ذبحه ، كما لو عيّنه بنذره ابتداء .

٢٧٠٨ فصـــل

وإن ضلّ المعيَّن ، فذبح غيره ، ثم وجده ، أو عيَّن غير الضالّ بدلاً عما فى الذمة ، ثم وجد الضالّ ذبحهما معاً . روى ذلك عن عمر ، وابنه ، وابن عباس ، وفعلته عائشة . وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، ويتخرّج على قولنا فيما إذا تعيّب الهدى فأبدله . فإنّ له أن يصنع به ماشاء ، أو يرجع إلى ملك

أحدهما ، لأنه قد ذبح مافى الذمة فلم يلزمه شيء آخر ، كما لو عطب المعيَّن . وهذا قول أصحاب الرأى .

ووجه الأول: ماروى عن عائشة رضى الله عنها : « أنّها أهدت هَدْيَيْنِ فَأَضَلَّتْهُمَا . فَبَعَثَ إِلَيْهَا ابنُ الزُّبَيْرِ هَدْيَيْنِ فَنَحَرَتْهُمَا . ثمَّ عادَ الضَّالاَّنِ فَنَحَرَتْهُمَا وقالت : هَذِهِ سُنَّةُ الْهَدْيِ » رواه الدارقطنىّ . وهذا ينصرف إلى سنَّة رسـول الله صلى الله عليـه وسـلم . ولأنه تعلّق حقّ الله بهما بإيجابهما ، أو ذبح أحدهما ، وإيجاب الآخر .

٢٧٠٩ فصــــل

وإن عيّن مَعيباً عمـا فى ذمته لم يُجزه ، ولزمه ذبحُه على قياس قوله فى الأضحيـة إذا عيَّنها مَعيبةً لزمه ذبحها ، ولم يُجزه . وإن عيَّن صحيحاً ، فهلك ، أو تعيّب بغير تفريطه لم يلزمه أكثر مما كان واجباً فى الذمة لأن الزائد لم يجب فى الذمة . وإنما تعلّق بالعين ، فسقط بتلفها لأصل الهدى إذا لم يجب بغير التعيين ، وإن أتلفه ، أو تلف بتفريطـه لزمه مثل المعيّن . لأن الزائد تعلق به حقّ الله تعـالى ، وإذا فوّته لزمه ضمانه ، كالهدى المعيَّن ابتداء .

٢٧١٠ فصــــل

ويحصل الإيجاب بقوله : هـذا هدى ، أو بتقليده ، وإشعاره ناوياً به الهدى . وبهذا قال الثورىّ ، وإسحاق . ولايجب بالشراء معالنيَّة ، ولا بالنية المجردة فىقول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : يجب بالشراء مع النيَّة .

ولنا : أنه إزالة ملك على وجه القُربة . فلم يجب بالنيَّة ، كالعتق والوقف .

٢٧١١ فصــــل

إذا غصب شاةً فذبحهـا عن الواجب عليـه لم يُجزه ، سواء رضى مالـكها ، أو لم يرض ، أو عوّضه عنها ، أو لم يُعوّضه . وقال أبو حنيفة : يُجزئه إن رضى مالـكها .

ولنا : أن هـذا لم يكن قُربةً فى ابتدائه . فلم يصر قُربةً فى أثنائه ، كما لو ذبحه للأكل ، ثم نوى به التقرّب ، وكما لو أعتق ، ثم نواه عن كفارته .

٢٧١٢ « مسألة » قال ﴿ وإن كان ساقه تطوّعاً نحره موضـعه ، وخلّى بينه وبين المساكين ، ولم يأكل منه هو ، ولا أحد من أهل رُفقته ، ولا بَدلَ عليه ﴾ .

وجملة ذلك : أن من تطوّع بهدى غير واجب لم يخلُ من حالين :

(أحدهما) أن ينْويَهُ هـدياً . ولا يوجب بلسانه ، ولا بإشعاره ، وتقليده . فهذا لايلزمه إمضاؤه وله أولاده ، ونماؤه ، والرجوع فيه متى شاء ، مالم يذبحه ، لأنه نوى الصدقة بشيء من ماله . فأشبه مالو نوى الصدقة بدرهم .

(الثاني) أن يوجب بلسانه ، فيقول : هـذا هدى . أو يقلده ، أو يُشعِرُه ، ينوى بذلك إهداءه ، فيصير واجباً مُعيناً يتعلق الوجوب بعينه دون ذمة صاحبه . ويصير في يدى صاحبه كالوديعة ، يلزمه حفظه وإيصاله إلى محله . فإن تلف بغير تفريط منه ، أو سُرِق ، أو ضلَّ لم يلزمه شيء . لأنه لم يجب في الذمة ، إنما تعلق الحق بالعين ، فسقط بتلفها كالوديعة . وقد روى الدارقطنيّ بإسناده عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول : « مَنْ أَهْدَى تَطَوُّعاً ثُمَّ ضَلَّتْ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْبَدَلُ إلاَّ أَنْ يَشَاءَ . فَإِنْ كَانَ نَذْراً فَعَلَيْهِ البَدَلُ » . وفى رواية قال : « مَنْ أَهْدَى تَطَوُّعاً ثُمَّ عَطِبَ ، فَإِنْ شَاءَ أَبْدَلَ ، وَإِنْ شَاءَ أَكَلَ ، وَإِنْ كَانَ نَذْراً فَلْيُبْدِلْ » . فأما إن أتلفه أو تلف بتفريطه ، فعليه ضمانه . لأنه أتلف واجباً لغيره ، فضمنه كالوديعة . وإن خاف عَطَبه أو عجز عن المشى ، وصُحبةَ الرفاق نحره موضعَه ، وخلّى بينه وبين المساكين . ولم يُبَحْ له أكلُ شيء منه ، ولا لأحدٍ من صحابته ، وإن كانوا فقراء .

ويُستحبُّ له أن يضع نَعْلَ الهـدى المقلَّد فى عنقه فى دَمِه ، ثم يَضْرِبُ به صَفْحَتَه ليَعرِفَهُ الفقراء فيعلَمُوا أنه هدى . وليس بميتة فيأخذوه . وبهذا قال الشافعيّ ، وسعيد بن جبير . ورُوى عن ابن عمر : « أنه أكلَ مِنْ هَدْيِهِ الَّذِى عَطِبَ ، ولَمْ يَقْضِ مَكَانَهُ » . وقال مالك : يُباح لرفقته ، ولسائر الناس غير صاحبه ، أو سائقه ، ولا يأمر أحداً يأكلُ منه . فإن أكل ، أو أمر من أكل ، أو حَزَّ شيئاً من لحمه ضمنه . واحتج ابن عبد البرّ لذلك بما رَوى هشام بن عُروةَ ، عن أبيه ، عن ناجيَـةَ بنت كعب ، صاحب بُدْنِ رسـولِ الله ﷺ أنه قال : « يارسولَ اللهِ ، كَيْفَ أَصْنَعُ بِمَا عَطِبَ مِنَ الْهَدْيِ ؟ قالَ : انْحَرْهُ ثُمَّ اغْمِسْ قَلاَئِدَهُ فِى دَمِهِ ، ثُمَّ اضْرِبْ بِهَا صَفْحَةَ عُنُقِهِ ، ثُمَّ خَلِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ » قال : وهذا أصحُّ من حديث ابن عباس . وعليـه العملُ عنـد الفقهاء . ويدخل فى عموم قوله : « وَخَلِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ » رُفقته ، وغيرهم .

ولنا ماروى ابن عباس : أن ذُؤَيْباً أبا قَبِيصةَ حدّثه « أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ كانَ يَبْعَثُ مَعَهُ الْبُدْنَ ثُمَّ يَقولُ : إِنْ عَطِبَ مِنْهَا شَيْءٌ فَخَشِيتَ عَلَيْهَا فَانْحَرْهَا ثُمَّ اغْمِسْ نَعْلَهَا فِى دَمِهَا ، ثُمَّ اضْرِبْ بِهِ صَفْحَتَهَا . وَلاَ تَطْعَمْهَا أَنْتَ وَلاَ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ رُفْقَتِكَ » رواه مسلم . وفى لفظ رواه الإمام أحمد : « وَيُخَلِّيهَا وَالنَّاسَ وَلاَ يَأْكُلُ مِنْهَا هُوَ وَلاَ أَحَدٌ مِنْ أَصْحَابِهِ » . وقال سـعيد : حدثنا إسماعيل بن إبراهيم ، عن أبى التيَّاح ، عن موسى بن سَلَمة ، عن رسول الله صلى الله عليه وسـلم : « أَنَّهُ بَعَثَ بِثَمانِى عَشْرَةَ بَدَنَةً مَعَ رَجُلٍ وقالَ : إِنْ ازْدَحَفَ[1] عَلَيْكَ مِنْهَا شَيْءٌ فَانْحَرْهَا ، ثُمَّ اصْبُغْ نَعْلَهَا فِى دَمِهَا ،

(١) ازدحف : أصلها ازتحف ، وهو « افتعل » من الزحف وأبدلت التاء دالا على قاعدة إبدال تاء الافتعال دالا أو زاياً فى مثل هذا الوضع ، ويقال زحفت الدابة إذا أعيت فجرت حافرها من الإعياء ، والمعنى إذا عطب عليك منها شيء .

ثمَّ اضْرِبْ بِهـاَ فِي صَفْحَتِهاَ وَلاَ تَأْكُلْ أَنتَ وَلاَ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ رُفْقَتِكَ » ، وهـذا صحيح ، متضمِّن للزيادة ، ومعنى خاصّ . فيجب تقديمه على عموم ماخالفه . ولا تصحّ التسوية بين رفقته ، وبين سائر الناس . لأن الإنسان يُشفق على رفقته ، ويحبُّ التوسعةَ عليهم . وربما وسع عليهم من مؤنته ، وإنما مُنِـعَ السائق ، ورُفقته من الأكل منها لئلا يُقصّر في حفظها ، فيُعْطِبُها ليأْكُلَ هو ورفقته منها ، فتلحقُه التُّهَمَةُ في عطبها لنفسه ، ورفقته ، مُحَرِّمُوها لذلك ، فإن أكلَ منها ، أو باع ، أو أطعم غَنِيًّا ، أو رُفقته ، ضمنه بمثله لحماً . وإن أتلفها ، أو تلفت بتفريطه ، أو خاف عطبها ، فلم ينحرها حتى هلكت ، فعليه ضمانها بما يوصِّله إلى فقراء الحَرَم . لأنه لايتعذّر عليه إيصالُ الضمان إليهم ، بخلاف العاطب . وإن أطعم منها فقيراً ، أو أمره بالأكل منها ، فلا ضمان عليه . لأنه أوصله إلى المستحق . فأشبه مالو أطعم فقيراً بعد بلوغه . وإن تعيَّب ذبحه ، وأجزأه . وقال أبو حنيفة : لايُجزئه إلاَّ أن يحدُث العيبُ به بعد إضجاعه للذبح .

ولنا : أنه لو عطب لم يلزمه شيء فالعيبُ أولى . لأن العطب يذهبُ بجميعه والعيبُ ينقُصه . ولأنه عيب حدث بعد وجوبه . فأشبه مالو حدث بعد إضجاعه ، وإن تعيَّب بفعل آدميّ فعليه مانقصه من القيمة يتصدّق به وقال أبو حنيفة : يُباع جميعه ، ويُشترى هدىٌ . وبنى ذلك على أنه لايُجزىء . وقد بيّنّا أنه يُجزىء .

٢٧١٣ فصــــل

وإذا أوجب هدياً فله إبداله بخير منه ، وبيعُه ليشتريَ بثمنه خيراً منه . نص عليه أحمد . وهو اختيار أكثر الأصحاب ، ومذهبُ أبي حنيفة . وقال أبو الخطاب : يزول ملكه عنه وليس له بيعه ولا إبداله ، وهو قول مالك ، والشافعيّ . لأنه حق متعلّق بالرقبة ، ويَسرى إلى الولد ، فمنع البيع ، كالاستيلاد ، ولأنه لايجوز له إبداله بمثله . فلم يجز بخير منه ، كسائر مالا يجوز بيعُه .

ووجه الأول : أن النذور محمولة على أصولها في الفرض ، وهو الزكاة ، يجوز فيها الإبدال ، كذلك هذا . ولأنه لو زال ملكه لم يعُد إليه بالهلاك ، كسائر الأملاك إذا زالت . وقياسهم ينتقض بالمدبَّرة يجوز بيعُها . وقد دل على جواز بيع المدبر : « أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم بَاعَ مُدَبَّراً » . أما إبدالها بمثلها أو دونها فلم يجز لعدم الفائدة في ذلك .

٢٧١٤ فصــــل

إذا ولدت الهديّة فولدُها بمنزلتها ، إن أمكن سَوْقُه ، وإلا حمله على ظهرها ، وسقاه من لبنها ، فإن لم يمكن سوقه ، ولا حمله ، صنع به مايصنع بالهدى إذا عَطِبَ . ولا فرق في ذلك بين ماعيّنه ابتداء ، وبين ماعينه بدلاً عن الواجب في ذمّته . وقال القاضي في المعيّن بدلاً عن الواجب : يحتمل أن لايتبعها

ولدُها ، لأن مافى الذمة واحد ، فلا يلزمه اثنان . والصحيح : أنه يتبع أمّه فى الوجوب . لأنه ولد هدى واجب ، فـكان واجباً ، كالمعيّن ابتداء . وقال المغيرة بن حذف : « أَتَى رَجُلٌ عَلِيًّا بِبَقَرَةٍ قَدْ أَوْلَدَهَا . فَقَالَ لَهُ : لاَ تَشْرَبْ مِنْ لَبَنِهَا إِلاَّ مَا فَضَلَ عَنْ وَلَدِهَا . فَإِذَا كَانَ يَوْمُ الأَضْحَى ضَحَّيْتَ بِهَا وَوَلَدِهَا عَنْ سَبْعَةٍ » . رواه سعيد ، والأثرم . وإن تعيّبت المعيّنة عن الواجب فى الذمة ، وقلنا بذبحها ذبح ولدها معها . لأنه تبعٌ لهـا ، وإن قلنا : يبطُل تعيينها ، وتعودُ إلى مالـكها احتمل أن يبطُل التعيين فى ولدها تبعاً ، كنمائها المتّصل بها . واحتمل أن لا يبطُل ، ويـكون للفقراء . لأنه تبعها فى الوجوب حال اتصاله بها ، ولم يتبعها فى زواله . لأنه منفصل عنها ، كولد المبيع المعيب ، إذا ولد عند المشترى ، ثم ردّه لم يبطُل البيع فى ولده ، والمدبّرة إذا قتلت سيّدها فبطل تدبيرها ، لا يبطُل فى ولدها .

٢٧١٥ فصـــــل

وللمُهدى شرب ابن الهدى ، لأن بقاءه فى الضَّرْع يَضُرُّ به . فإذا كان ذا ولد لم يشرب إلا مافَضَل عن ولده ، لما ذكرنا من خبر علىّ رضى الله عنه. فإن شرب مايضرُّ بالأم ، أو ما لا يفضل عن الولد ضمنه ، لأنه تعدّى بأخذه . وإن كان صوفها يضرّ بها بقاؤه جزّه ، وتصدّق به على الفقراء . والفرق بينه وبين اللبن أن الصوف كان موجوداً حال إيجابها ، فـكان واجباً معها ، واللبن متجدّد فيها شيئاً فشيئاً ، فهو كنفعها ، وركوبها .

٢٧١٦ فصـــــل

وله ركوبه عند الحاجة على وجه لا يَضُرُّ به . قال أحمد : لا يركبه إلا عند الضرورة . وهو قول الشافعىّ ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ارْكَبْهَا بِالْمَعْرُوفِ إِذَا أُلْجِئْتَ إِلَيْهَا حَتَّى تَجِدَ ظَهْراً » رواه أبو داود . ولأنه تعلق بهـا حق المساكين ، فلم يَجُز ركوبهـا من غير ضرورة ، كملكهم . فأما مع عدم الحاجة ففيه روايتان . إحداهما : لا يجوز ، لمـا ذكرنا . والثانية: يجـوز ، لمـا رَوى أبو هريرة وأنس : « أَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسـلم رَأَى رَجُلاً يسوقُ بَدَنَةً فقـالَ : ارْكَبْهَا . فقـالَ : يارَسُولَ اللهِ إنهـا بَدَنَةٌ . فقالَ : ارْكَبْهَـا ، وَيْلَكَ — فى الثانية ، أو الثالثة » . متفق عليـه .

٢٧١٧ فصـــــل

ولا يبرأ من الهدى إلا بذبحه ، أو نحره . لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم نحر هديه ، فإن نحره بنفسه ، أو وكل مَنْ نحره ، أو نحره إنسان بغير إذنه فى وقته أجزأ عنه . وإن دفعه إلى الفقراء سليماً فنحروه أجزأ

عنه . لأنه حصل المقصود بفعلهم فأجزأه ، كما لو ذبحه غيرهم ، وإن لم ينحروه فعليه أن يسترده منهم ، وينحره ، فإن لم يفعل ، أو لم يقدر ، فعليه ضمانُه . لأنه فوّته بتفريطه فى دفعه إليهم سليما .

٢٧١٨ فصـــــل

ويستحبّ للمُهدى أن يتولّى نحرالهدى بنفسه ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم نحر هديه بيده . ورُوى عن عرَفةَ بن الحارث الـكندىّ قال : « شَهِدْتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فى حَجَّةِ الْوَدَاعِ ، وَأُتِىَ بِالْبُدْنِ فقالَ : ادْعُ لِى أَبَا الْحَسَنِ ، فَدُعِىَ لَهُ عَلِىٌّ . فقـالَ لهُ : خُذْ بأَسْفَلِ الْحَرْبَةِ ، وأَخَـذَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بأَعْلاهَا ثم طَعَنَا بِهَا الْبُدْنَ » رواه أبو داود ، وإنما فعلا ذلك لأن النبى ﷺ أشرك عليًّا فى بُدْنه . وقال جابر : « نَحَرَ رسول الله صلى الله عليه وسلم ثَلاثًا وسِتِّينَ بَدَنَةً بِيَدِهِ ، ثمَّ أَعْطَى عَلِيًّا فَنَحَرَ مَاغَـبَرَ »[1] ورُوى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَحَرَ خَمْسَ بَدَنَاتٍ ، ثمَّ قالَ : مَنْ شَاءَ اقْتَطَعَ » رواه أبو داود . فإن لم يذبح بيـده فالمستحبّ أن يشهد ذَبْحَها . لمـا رُوى أن النبى ﷺ قال لفاطمة : « احْضُرِى أُضْحِيَتَكِ يُغْفَرْ لَكِ بأَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنْ دَمِهَا » . ويستحبُّ أن يتولّى تفريق اللحم بنفسه . لأنه أحوط ، وأقل للضرر على المساكين . وإنْ خَلّى بينه وبين المساكين جاز ، لقوله عليه السلام : « مَنْ شَاءَ اقْتَطَعَ » .

٢٧١٩ فصـــــل

ويُباح للفقراء الأخذُ من الهدى إذا لم يدفعه إليهم بأحد شيئين :

أحدهما : الإذن فيه لفظاً . كما قال النبى ﷺ : « مَنْ شَاءَ اقْتَطَع » .

والثانى : دِلَالةٌ على الإذن ، كالتخلية بينهم وبينه . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : لايُباح إلا باللفظ ، وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم لسائق الْبُدْنِ : « اصْبُغْ نَعْلَهَا فى دَمِهَا وَاضْرِبْ بِهِ صَفْحَتَهَا » دليل على أن ذلك ، وشبهه كافٍ من غير لفظ ، ولولا ذلك لم يكن هذا مُفيداً .

٢٧٢٠ « مسألة » قال ﴿ ولا يأكل من كل واجب إلا من هدى التمتع ﴾ .

المذهب : أنه يأكل من هدى التمتع والقِرَان دون ما سواهما ، نص عليه أحمد ، ولعل الخِرَقىّ ترك ذكر القران . لأنه متعة ، أو اكتفى بذكر المتعة . لأنهما سواء فى المعنى ، فإن سببهما غير محظور . فأشبها هدى التطوّع وهذا قول أصحاب الرأى . وعن أحمد : أنه لايأكل من المنذور ، وجزاء الصيد ، ويأكل مما سواهما . وهو قول ابن عمر ، وعطاء ، والحسن ، وإسحاق . لأن جزاء الصيد بَدَلٌ ، والنذر جعله الله تعالى ، بخلاف غيرهما . وقال ابن أبى موسى : لايأكل أيضاً من الـكفارة ويأكل مما سوى هذه الثلاثة ، ونحوه مذهب مالك . لأن ما سوى ذلك لم يسمّه للمساكين ، ولا مَدْخل للإطعام فيه . فأشبه التطوع

---

(١) ما غبر : ما بقى من البدن .

وقال الشافعيّ : لا يأكل من واجب ، لأنه هدى وجب بالإحرام ، فلم يجُز الأكل منه ، كدم الكفارة .

ولنا : أن أزواج النبيّ صلى الله عليه وسلم تمتّعن معه فى حجّة الوداع ، وأدخلَتْ عائشة الحجّ على العُمرة ، فصارت قارنةً . ثم ذبح عنهن النبيُّ ﷺ البقرةَ ، فأكلن من لحومها . قال أحمد : قد أكلَ من البقرة أزواجُ النبيّ صلى الله عليه وسلم فى حديث عائشةً خاصّةً ، وقالت عائشة : « إنَّ النبى ﷺ أمرَ مَنْ لمْ يَكُنْ مَعَهُ هَدْىٌ إذَا طَافَ بالْبَيْتِ أنْ يَحِلَّ . فَدُخِلَ عَلَيْنَا يَوْمَ النَّحْرِ بِلَحْمِ بَقَرٍ ، فقلتُ : ماهذا ؟ فقيل : ذَبَحَ النبىصلى الله عليه وسلم عَنْ أزْوَاجِهِ» . ورَوى أبو داود ، وابن ماجة : «أنَّ رسول الله ﷺ ذَبَحَ عَنْ آلِ مُحَمَّدٍ فى حَجَّةِ الوَدَاعِ بَقَرَةً » وقال ابن عمر : « تَمَتَّعَ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالْعُمْرَةِ إلى الْحَجِّ فَسَاقَ الْهَدْىَ مِنْ ذِى الْحُلَيْفَةِ » متفق عليه . وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم : « أمَرَ مِنْ كلِّ بَدَنَةٍ بِبَضْعَةٍ ، فَجُعِلَتْ فى قِدْرٍ ، فأكلَ هُوَ وَعَلِيٌّ مِنْ لَحْمِهَا . وَشَرِبَا مِنْ مَرَقِهَا » رواه مسلم . ولأنّهما دمَا نُسُكٍ . فأشبها التطوّع . ولا يُؤكل من غيرهما لأنه يجب بفعل محظور ، فأشبه جزاء الصيد .

٢٧٢١ فصـــــل

فأما هدى التطوّع ، وهو ماأوجبه بالتعيين ابتداءً من غير أن يكون عن واجب فى ذمّته ومانحره ، تطوّعاً من غير أن يوجبه . فيستحبّ أن يأكل منه لقول الله تعالى (٢٢ : ٢٨ فَكُلُوا مِنْهَا) ، وأقلّ أحوال الأمر الاستحباب . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم أكَلَ مِنْ بُدْنِهِ . وقال جابر : « كُنَّا لَا نَأْكُلُ مِنْ بُدْنِنَا فَوْقَ ثَلَاثٍ ، فَرَخَّصَ لَنَا النبيُّ صلى الله عليه وسلم ، فقال : كُلُوا وَتَزَوَّدُوا : فَأَكَلْنَا وَتَزَوَّدْنَا » رواه البخاريّ . وَإنْ لَمْ يَأْكُلْ فَلَا بَأْسَ ، فَإنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لمَّا نَحَرَ الْبَدَنَاتِ الْخَمْسَ قال : « مَنْ شَاءَ اقْتَطَعَ » ولم يأكل منهن شيئاً والمستحبّ : أن يأكلَ اليسير منها كما فعل النبيّ صلى الله عليه وسلم . وله الأكلُ كثيراً ، والتزوّد ، كما جاء فى حديث جابر ، وتجزئه الصدقة باليسير منها ، كما فى الأضحية ، فإن أكلها ضمن المشروع للصدقة منها كما فى الأضحية .

٢٧٢٢ فصـــــل

وإن أكل منها مامنع من أكله ضمنه بمثله لحماً لأن الجميع مضمون عليه بمثله حيواناً ، فكذلك أبعاضه ، وكذلك إن أعطى الجازر منها شيئاً ضمنه بمثله . وإن أطعم غنيًّا منها على سبيل الهدية جاز ، كما يجوز له ذلك فى الأضحية . لأن ماملك أكله ملك هديّته ، وإن باع شيئاً منها ، أو أتلفه ضمنه بمثله ، لأنه ممنوع من ذلك ، فأشبه عطيّته للجازر . وإن أتلف أجنبيّ منه شيئاً ضمنه بقيمته . لأن المتلف من غير ذوات الأمثال ، فلزمته قيمته ، كما لو أتلف لحماً لآدميّ معيّن

٢٧٢٣ فصل

والهدى الواجب بغير النذر ينقسم قسمين : منصوص عليه ، ومقيس على المنصوص . فأما المنصوص عليه فأربعة ، اثنان على الترتيب ، والواجبُ فيهما ما استيسر من الهدى ، وأقلّه شاة ، أو سُبع بدَنةٍ .

(أحدها) دمُ المتعة . قال الله تعالى (٢ : ١٩٦ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ) .

(والثانى) دم الإحصار ، قال الله تعالى : (فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) وهو على الترتيب أيضاً ، إن لم يجده انتقل إلى صيام عشرة أيام . وإنما وجب ترتيبه لأن الله تعالى أمر به مُعيّناً من غير تخيير . فاقتضى تعيينه الوجوب . وأن لا ينتقل عنه إلا عند العجز ، كسائر الواجبات المعيّنة ، فإن لم يجده انتقل إلى صيام عشرة أيام بالقياس على دم المتعة ، إلا أنه لا يَحِلّ حتى يصومها ، وهذا قول الشافعيّ . وقال مالك وأبو حنيفة : لا بدل له ، لأنه لم يذكر فى القرآن . وهذا لا يلزم ، فإن عدم ذكره لا يمنع قياسه على نظيره ، واثنان مخيَّران .

(أحدها) فدية الأذى قال الله تعالى (٢ : ١٩٥ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ) .

(الثانى) جزاء الصيد . وهو على التخيير أيضاً بقوله تعالى (٥ : ٩٦ فَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّداً فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ ، أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاماً) .

﴿ القسم الثانى ﴾ ماليس بمنصوص عليه ، فيقاس على أشبه المنصوص عليه به ، فهدى المتعة وجب للترفّه بترك أحد السفرين ، وقضائه النسكين فى سَفَرٍ واحد . ويقاس عليه أيضاً دم الفوات ، فيجب عليه مثلُ دم المتعة ، وبدلُه مثل بدله ، وهو صيام عشرة أيام ، إلا أنه لا يمكن أن يكون ثلاثةٌ قبل يوم النحر . لأن الفوات إنما يكون بفوات ليلة النحر ، لأنه ترك بعض ما اقتضاه إحرامه ، فصار كالتارك لأحد السفرين ، فإن قيل : فهلا ألحقتموه بهدى الإحصار ، فإنه أشبه به ، إذ هو حلال من إحرامه قبل إتمامه . قلنا : أما الهديُ فهما فيه سواء . وأما البدل فإنّ الإحصار ليس بمنصوص على البدل فيه . وإنما يثبُت قياساً ، فقياس هذا على الأصل المنصوص عليه أولى من قياسه على فرعه ، على أنّ الصيام ههنا مثلُ الصيام عن دم الإحصار ، وهو عشرة أيام أيضاً ، إلا أنّ صيام الإحصار يجب أن يكون قبل حِلّه . وهذا يجوز فعلُه قبل حِلّه ، وبعده ، وهو أيضاً مقارن لصوم المتعة . لأن الثلاثة فى المُتعة يستحبُّ أن يكون آخرها يوم عرفة . وهذا يكون بعد فوات عرفة . والخِرَقيّ إنما جعل الصوم عن هدى الفوات مثل

الصوم عن جزاء الصيد ، عن كلِّ مُدٍّ يوماً . والمرويّ عن عمر وابنه مثلُ ماذكرنا . ويقاسُ عليه أيضاً كل دم وجب لترك واجبٍ ، كدم القِرانِ ، وتركِ الإحرام من الميقات ، والوقوف بعرفة إلى غروب الشمس ، والمبيت بمزدلفة ، والرمى ، والمبيت ليالىَ مِنًى بها ، وطواف الوداع . فالواجب فيه ما استيسر من الهدى ، فإن لم يجد فصيام عشرة أيام . وأما من أفسد حَجّه بالجماع فالواجب فيه بدنةٌ بقول الصحابة المنتشر ، الذى لم يظهر خلافُه . فإن لم يجد فصيام ثلاثةِ أيام فى الْحَج وسبعة إذا رجع ، كصيام المتعة . كذلك قال عبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمرو . رواه عنهم الأثرم . ولم يظهر فى الصحابة خلافُهم ، فيكون إجماعاً . فيكون بدله مَقيساً على بدل دم المتعة . وقال أصحابنا : يُقوَّمُ البَدَنَة بدراهم ، ثم يشترى بها طعاماً ، فيطعم كل مسكين مُداً أو يصوم عن كل مدٍّ يوماً فتكون ملحقةً بالبَدَنةِ الواجبةِ فى جزاء الصيد ، ويُقاس على فدية الأذى ماوجب بفعل محظور يترفّه به كتقليم الأظافر ، واللُّبس ، والطيب ، وكل استمتاع من النساء يوجب شاةً ، كالوطء فى العمرة ، أو فى الْحَج بعد رمى الجمرة فإنّه فى معنًى فدية الأذى من الوجه الذى ذكرناه ، فيقاس عليه ، ويُلحق به . فقد قال ابن عباس لامرأة وقع عليها زوجها قبل أن تُقَصّر : « عَلَيْكِ فِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ » رواه الأثرم .

٢٧٢٤ « مسألة » قال ﴿ وكلّ هدى ، أو إطعام ، فهو لمساكين الحَرم ، إن قدر على إيصاله إليهم ، إلا من أصابه أذًى من رأسه فيفرّقه على المساكين ، فى الموضع الذى حلق فيه ﴾ .

أما فدية الأذى فتجوز فى الموضع الذى حلق فيه ، نص عليه أحمد . وقال الشافعىّ . لا يجوز إلا فى الْحَرم لقوله تعالى : (٢٢ : ٢٨ ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ) .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم : « أَمَرَ كَعْبَ بْنُ عُجْرَةَ بِالْفِدْيَةِ بِالْحُدَيْبِيَةِ » ولم يأمر ببعثه إلى الحَرم . وروى الأثرم ، وإسحاق ، والجوزجانىّ فى كتابيهما عن أبى أسماء مولى عبد الله بن جعفر قال : « كُنْتُ مَعَ عُثْمَانَ وَعَلِيّ ، وَحُسَيْنِ بْنِ عَلِيّ رضى اللهُ عنهم حُجَّاجاً ، فَاشْتَكى حُسَيْنُ بنُ عَلِيّ بالسقْيا[1] فَأَوْمَأَ بِيَدِهِ إِلى رَأْسِهِ فَحَلَقَهُ علىّ ، وَنَحَرَ عَنْهُ جَزُورًا بالسُّقْيَا » هذا لفظ رواية الأثرم . ولم يُعرف لهم مخالف . والآية وردت فى الهدى . وظاهر كلام الخِرَقىّ اختصاص ذلك بِفِدْيَة الشَّعْرِ . وماعداه من الدماء فبمكّة . وقال القاضى : فى الدماء الواجبة بفعل محظور ، كاللباس ، والطيب : هى كدم الحلق ، وفى الجميع روايتان :

(إحداها) يَفدى حيث وُجِدَ سببه .

---

(١) السقيا : موضع بين المدينة ووادى الصفراء فى طريق مكة .

(والثانية) محلّ الجميع الحَرم . وأما جزاء الصيد فهو لمساكين الحرم . نصّ عليه أحمد . فقال : أما ما كان بمكة ، أو كان من الصيد فكلّ بمكة . لأن الله تعالى قال : (هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ) وما كان من فدية الرأس فحيثُ حلقه . وذكر القاضي في قتل الصيد رواية أخرى : أنه يَفدى حيثُ قتله . وهذا يخالف نص الكتاب . ونص الإمام أحمد في التفرقة بينه وبين حلق الرأس ، فلا يُعَوّل عليه . وماوجب لترك نسك أو فوات فهو لمساكين الحرم دون غيرهم . لأنه هدى وجب لترك نُسُك . فأشبه هدى القِرَانِ وإن فعل المحظور لغير سبب يُبيحه فذكر ابن عقيل : أنه يختصّ ذبحه وتفرقة لحمه بالحرم كسائر الهدى .

٢٧٢٥ فصل

وماوجب نحره بالحَرم وجب تفرقةُ لحمه به ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال مالك ، وأبو حنيفة : إذا ذبحها في الحَرم جاز تفرقةُ لحمها في الحِلّ .

ولنا ، أنه أحد مقصودَى النُّسك . فلم يجُز في الحِلّ ، كالذبح . ولأن المعقول من ذبحه بالحرم التوسعةُ على مساكينه . وهذا لايحصُل بإعطاء غيرهم . ولأنه نسك يختص بالحرم ، فكان جميعه مختصًّا به ، كالطواف وسائر المناسك .

٢٧٢٦ فصل

والطعام كالهدى يختص بمساكين الحَرم فيما يختص الهدى . وقال عطاء والنخعيّ : ما كان من هدى فبمكة وما كان من طعام ، وصيام ، فحيث شاء . وهذا يقتضيه مذهب مالك ، وأبي حنيفة .

ولنا قول ابن عباس : الهدى ، والطعام بمكة ، والصوم حيثُ شاء . ولأنه نسك يتعدّى نفعه إلى المساكين ، فاختص بالحرم كالهدى .

٢٧٢٧ فصل

ومساكين أهل الحرم من كان فيه من أهله ، أو وارد إليه من الحاج ، وغيرهم . وهم الذين يجوز دفع الزكاة إليهم ، ولو دفع إلى من ظاهره الفقر ، فبان غنيًّا خرج فيه وجهان كالزكاة . وللشافعيّ فيه قولان . وماجاز تفريقه بغير الحَرم لم يجُز دفعه إلى فقراء أهل الذمة . وبهذا قال الشافعيّ ، وأبو ثور . وجوزه أصحاب الرأى .

ولنا : أنه كافر فلم يجز الدفع إليه ، كالحربيّ .

٢٧٢٨ فصل

وإذا نذر هديًا وأطلق ، فأقلّ مايجُزيه شاة ، أو سُبْع بَدَنَةٍ ، أو بَقرةٍ ، لأن المطلق في النذر يجب حمله على المعهود شرعاً . والهدى الواجب في الشرع إنما هو من النعم ، وأقلّه ماذكرناه . فحمل عليه .

ولهذا لما قال الله تعالى فى المتعة : (فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ) حمل على ماقلنا . فإن اختار إخراج بَدَنَةٍ كاملةٍ فهو أفضلُ ، وهل تكون كلها واجبةً ؟ على وجهين :

(أحدهما) تكون واجبة . اختاره ابن عقيل ، لأنه اختار الأعلى لأداء فرضه فكان كله واجباً ، كما لو اختار الأعلى من خصال كفارة اليمين ، أو كفارة الوطء ، فى الحيض .

(الثانى) يكون سُبعها واجباً ، والباقى تطوعاً ، له أكله وهديته . لأن الزائد على السبع يجوز تركه من غير شرط ولا بدل . فأشبه مالو ذبح شاتين . وإن عيّن الهدى بشىء لزمه ماعيّنه ، وأجزأه ، سواء كان من بهيمة الأنعام ، أو من غيرها ، وسواء كان حيواناً أو غيره مما ينقل أو مما لاينقل فإن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ رَاحَ - يَعْنِي إِلَى الْجُمُعَةِ - فِي السَّاعَةِ الرَّابِعَةِ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ دَجَاجَةً ، وَمَنْ رَاحَ فِي[1] السَّاعَةِ الْخَامِسَةِ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَيْضَةً » ، فذكر الدجاجة والبيضة فى الهدى . وعليه إيصاله إلى فقراء الحرم . لأنه سماه هدياً ، وأطلق ، فيُحمل على محل الهدى المشروع . وقد قال الله تعالى : (ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ) ، فإن كان مما لا ينقل ، كالعقار ، باعه ، وبعث ثمنه إلى الحرم ، فيتصدق به فيه .

٢٧٢٩ فصـــل

وإن نذر هدياً مطلقاً ، أو مُعيناً ، وأطلق مكانه ، وجب عليه إيصاله إلى مساكين الحرم . وجوّز أبو حنيفة ذبحه حيثُ شاء ، كما لو نذر الصدقة بشاة .

ولنا : قوله تعالى : (ثُمَّ مَحِلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ) . ولأن النذر يُحملُ على المعهود شرعاً ، والمعهود فى الهدى الواجب بالشرع كهدى المتعة ، والقِرَان وأشباههما أن ذبحها يكون فى الحرم ، كذا هاهنا . وإن عيّن نذره بموضع غير الحَرم لزمه ذبحه به ، وتفرقة لحمه على مساكين الحَرم . وإطلاقه لهم . لما رُوى أنّ رَجُلاً أتى النبىّ صلى الله عليه وسلم فقال : « إِنِّي نَذَرْتُ أَنْ أَنْحَرَ بِبُوَانَةَ[2] . قَالَ : أَبِهَا صَنَمٌ ؟ قَالَ : لاَ . قَالَ : أَوْفِ بِنَذْرِكَ » رواه أبو داود . وإن نذر الذبح بموضع به صنم ، أو شىء من أمر الكفر ، أو المعاصى ، كبيوت النار ، أو الكنائس ، والبِيَع ، وأشباه ذلك لم يصح نذره بمفهوم هذا الحديث . ولأنه نَذر معصيةً ، فلا يُوفَى به . لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « لاَ نَذْرَ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ

---

(١) فى جميع النسخ المطبوعة : (ومن راح إلى الساعة الخامسة) ، وهو تصحيف لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

(٢) بوانة : بضم الباء وفتح الواو مخففة : هضبة وراء ينبع ، وماء لبنى جشم . وماء لبنى عقيل ، والمراد هنا الأول .

تَعَالَى ، وَلاَ فِيمَا لاَ يَملِكُ ابنُ آدَمَ » وقوله : « مَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ اللهَ فَلاَ يَعْصِهِ » .

٢٧٣٠ فصـــــل

وقول الخِرَقيّ : « إن قدر على إيصاله إليهم » يدل على أن العاجز عن إيصاله لايلزمه إيصاله ، فإن الله لايكلف نفساً إلا وُسْعها . فإن منع الناذر الوصول بنفسه ، وأمكنه تنفيذه لزمه . قال ابن عقيل : إذا حُصِرَ عن الخروج خرّج في ذبح هذا الهدى المنـذور في موضع حَصْره روايتان ، كدماء الحج واختار أن الصحيح جواز ذبحه في موضع حَصْره . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم نحر هديه بالْحُدَيْبِيَةِ .

(والثانية) إن أمكن إرساله مع غيره ، فلا يجوز له ذبحه فى موضعه ، لأنه أمكنه إيصال المنذور إلى مَحِلّه ، فلزمه كغير المحصور .

٢٧٣١ « مسألة » قال ﴿ وأما الصيام فيجزئه بكلّ مكان ﴾ .

لانعلم فى هـذا خلافاً . كذلك قال ابن عبـاس ، وعطـاء ، والنَّخَعِيّ ، وغيرُهم . وذلك لأن الصيام لايتعدّى نفعه إلى أحـد ، فلا معنى لتخصيصه بمـكان . بخـلاف الهـدى والإطعام ، فإن نفعـه يتعدّى إلى من يُعطاه .

٢٧٣٢ فصـــــل

ويُسَنّ تقليد الهدى ، وهو أن يجعل فى أعناقها النِّعَـالَ ، وآذانَ الْقِرَبِ ، وعُرَاهَا[1] ، أو عِلاَقَةَ إِدَاوَةٍ ، وسواء كانت إبلاً ، أو بقراً ، أو غنماً . وقال مالك ، وأبو حنيفـة : لايُسنّ تقليد الغنم ، لأنه لو كان سُنَّةً لنُقِلَ ، كما نُقِلَ فى الإبل .

ولنـا : أن عائشة قالت : « كُنْتُ أَفْتِلُ القَلاَئِدَ للنبيّ صلى الله عليه وسلم ، فَيُقَـلِّدُ الْغَنَمَ ، ويُقيم فى أَهْلِهِ حَلاَلاً » . وفى لفظ : « كُنْتُ أَفْتِلُ قَلاَئِدَ الْغَنَمِ لِلنبيِّ صلى الله عليه وسـلم » رواه البخاريّ . ولأنه هدى ، فيُسَنُّ تقليـده ، كالإبل . ولأنه إذا سُنَّ تقليدُه الإبل مع إمـكان تعريفهـا بالإشعار[2] . فالغنمُ أولى . وليس التسـاوى فى النقـل شرطـاً لصحه الحديث . ولأنه كان يُهـدى الإبل أكثرَ ، فكثر نقـلهُ .

---

(١) عرا القرب : المكان الذى تربط منه ، أى أفواهها ، وآذانها : الأجزاء النائتة من جانبيها ، والأداوة المطهرة ، وهى إناء يشبه الزمزمية بوضع فيه الماء ، وعلاقتها تـكون من جلد .

(٢) الإشعار : الإعلام ، وهو أن يشق جلد الإبل أو يطعنها بالسـلاح طعنة خفيفة حتى يظهر الدم عليها ، وذلك إشعار وإعلام بأنها هدى إلى الكعبة .

٢٧٣٣ فصـــل

ويُسَنُّ إشعار الإبل والبقر وهو أن يشقَّ صفحة سَنامها الإيمن حتى يُدْميها فى قول عامة أهل العلم . وقال أبو حنيفة : هذا مُثْـلةٌ غير جائز . لأن النبيَّ ﷺ نَهَى عن تعذيب الحيوان ، ولأنه إيلامٌ ، فهو كقطع عضو منه . وقال مالك : إن كانت البقرةُ ذاتَ سَنَامٍ فلا بأس بإشعارها ، وإلاَّ فلا .

ولنـا : ماروت عائشة رضى الله عنها قالت : « فَتَلْتُ قَلاَئِدَ هَـدْيِ النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، ثم أَشْعَرَهَا وقَلَّدَهَا » متفق عليـه . رواه ابن عباس ، وغيره . وفعـله الصحابة . فيجب تقـديمه على عموم مااحتجوا به : ولأنه إيلام لغَرضٍ صحيح . فجاز ، كالـكيِّ ، والوَسْمِ [1] ، والفَصْدِ ، والحِجَامَةِ . والغرض أن لاتختلط بغـيرها ، وإن يتوقاها اللصّ ولا يحصُل ذلك بالتقليـد . لأنه يحتمل أن ينحـلّ ، ويذهب . وقياسُهم منتقض بالـكيّ والوَسْم . وتُشْعَرَ البقرة ، لأنها من البُدْنِ ، فتُشْعَرُ كذات السَّنَامِ . وأما الغنم فلا يُسَنّ إشعارها . لأنها ضعيفة ، وصُوفها وشعرُها يسترُ موضع إشعارها .

إذا ثبت هذا فالسنَّة الإشعار فى صفحتها اليُمْـنَى ، وبهذا قال الشـافعىّ ، وأبو ثور . وقال مالك ، وأبو يوسف : بل تُشْعَر فى صفحتها اليُسْرَى . وعن أحمد مثلُه . لأن ابن عمر فعله .

ولنـا : ماروى ابن عباس : « أنّ النبى صلى الله عليه وسـلم صلَّى بذى الْحُليفة ، ثمّ دعا ببَدَنَةٍ ، وأشْعَرَهَا مِنْ صَفْحَةِ سَنَامِهَا الأَيْمنِ وسَلَتَ [2] الدَّمَ عَنْهَا بِيَدِهِ » رواه مسـلم . وأما ابن عمر فقدرُوى عنه كمذهبنا . رواه البخارىّ . ثم فعل النبى صلى الله عليـه وسلم : أولى من قول ابن عمـر ، وفعـله بلا خلاف . ولأن النبى ﷺ : « كَانَ يُعْجِبُهُ التَّيَمُّنُ فِي شَأْنِهِ كُلِّهِ » . وإذا ساق الهـدى من قبل الميقات استُحِبّ إشعاره ، وتقليده من الميقات . لحديث ابن عباس . وإن ترك الإشعار ، والتقليدفـلا بأس . لأن ذلك غـيرُ واجب .

٢٧٣٤ فصـــل

ولايُسنُّ الهدى إلا من بهيمة الأنعـام . لقول الله تعالى (٢٢ : ٢٨ وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ فِي أَيَّامٍ مَعْـلُومَاتٍ عَلَى مَارَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ ، فَـكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ) وأفضله : الإبل ، ثم البقر ، ثم الغنم . لمـا رَوى أبو هريرة أن رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسـلم قال : « مَنِ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ غُسْلَ الْجَنَابَةِ ثُمَّ رَاحَ فَـكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَدَنَةً ، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الثَّانيةِ فَـكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَقَرَةً وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعة الثَّالِثَةِ فَـكَأَنَّمَا قَرَّبَ كَبْشاً أَقْرَنَ ، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الرَّابِعَةِ فَـكَأَنَّمَا قَرَّبَ دَجَاجَةً ، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الْخَامِسَةِ فَـكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَيْضَةً » متفق عليه . وقال ابن عبـاس لامرأة

---

(١) الوسم : التعليم ، وهو أن يكوى الدابة كية خفيفة تعلم بها من غيرها .
(٢) سلت الدم عنها : أزاله وقشره عن موضعه .

أصابها زوجها فى العمرة : « عَلَيْكِ فِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ . قَالَتْ : أَىُّ النُّسُكِ أَفْضَلُ ؟ قَالَ : إِنْ شِئْتِ فَنَاقَةً ، وَإِنْ شِئْتِ فَبَقَرةً ، قالت : أَىُّ ذَلِكَ أَفْضَلُ ؟ قَالَ: انْحَرِى نَاقَةً » رواه الأثرم . ولأنّ ما كان أكثر لحماً كان أنفع للفقراء . ولذلك أجزأت البَدَنَةُ ، مكانَ سَبْعٍ من الغنم . والشاة أفضلُ من سُبْعَ بَدَنةٍ . لأن لحمها أطيبُ . والضأن أفضلُ من المعز لذلك .

٢٧٣٥ فصـــل

والذكر والأنثى فى الهدى سواء . وممن أجاز ذُكْرانَ الإبل : ابن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وعطاء ، والشافعىّ . وعن ابن عمر : أنه قال : « مَارَأَيْتُ أَحَداً فَاعِلاً ذَلِكَ ، وَأَنْ أَنْحَرَ أُنْثَى أَحَبُّ إِلَىَّ » والأول أولى . لأن الله تعالى قال (٢٢ : ٢٨ وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللهِ) ولم يذكر ذَكَراً ولا أنثى . وقد ثبت « أن النبى صلى الله عليه وسلم أَهْدَى جَمَلاً لِأَبِي جَهْلٍ فِي أَنْفِهِ بُرَةٌ[1] مِنْ فِضَّةٍ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . ولأنه يجوز من سائر أنواع بهيمة الأنعام ، ولذلك قال النبى ﷺ : « فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ كَبْشاً أَقْرَنَ » ، فكذلك من الإبل ، ولأنَّ القصد اللحم ، ولحم الذكر أوفرُ ، ولحم الأنثى أرطبُ فيتساويان . قال أحمد : الْخَصِىُّ أَحَبُّ إلينا من النَّعْجةِ . وذلك لأن لحمه أوفرُ ، وأطيبُ .

٢٧٣٦ « مسألة » قال ﴿ ومن وجبت عليه بدنة فذبح سَبْعاً من الغنم أجزأه ﴾ .

ظاهر هذا : أن سبعاً من الغنم يُجزىء عن البدنة مع القدرة عليها ، سواء كانت البدنة واجبةً بنذر ، أو جزاء صيد ، أو كفارة وطء . وقال ابن عقيل : إنما يُجزىء ذلك عنها عند عدمها فى ظاهر كلام أحمد لأن ذلك بَدَلٌ عنها ، فلا يُصَارُ إليه مع وجودها ، كسائر الأبْدَال . فأما مع عدمها فيجوز . لما رَوى ابن عباس قال : « أَتَى النبىَّ صلى الله عليه وسلم رجل فقال : إِنَّ عَلَىَّ بَدَنَةً وَأَنَا مُوسِرٌ لَهَا ، وَلاَ أَجِدُهَا فَأَشْتَرِيهَا ؟ فَأَمَرَهُ النبىُّ ﷺ أَنْ يَبْتَاعَ سَبْعَ شِيَاهٍ فَيَذْبَحهُنَّ رواه ابن ماجه » .

ولنا : أن الشاة معدولة بسُبع بدنة ، وهى أطيبُ لحماً . فإذا عدل عن الأدنى إلى الأعلى جاز ، كما لو ذبح بدنةً مكان شاة .

٢٧٣٧ فصـــل

ومن وجب عليه سبعٌ من الغنم فى جزاء الصيد لم يجزئه بدنة فى الظاهر ، لأن سبعاً من الغنم أطيبُ لحماً . فلا يَعْدِلُ عن الأعلى إلى الأدنى ، وإن كان ذلك فى كفارةِ محظور أجزأه بدنةٌ . لأن الدم

---

(١) البرة : الحلقة .

الواجب فيــه ما استيسر من الهدى ، وهو شاة ، أو سُبع بَدَنَة . وقد كان أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يتمتعون فيذبحون البقرة عن سَبْعَة . قال جابر : « كُنَّا نَتَمَتَّعُ مَعَ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم فَنَذْبَحُ الْبَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ نَشْتَرِكُ فِيهَا » . وفى لفظ « أَمَرَنَا رسولُ الله ﷺ أن نَشْتَرِكَ فى الْإِبِلِ وَالْبقَرِ كُلُّ سَبْعَةٍ مِنَّا فِى بَدَنَةٍ » رواه مسلم .

٢٧٣٨ فصـــــل

ومن وجبت عليــه بقرة أجزأته بَدَنَة . لأنها أكثر لحماً وأوفر ، ويجزئه سَبْعٌ من الغنم لأنها تُجزىء عن البدنة ، فمن البقرة أولى . ومن لزمه البدنة فى غير النذر وجزاء الصيد أجزأته بقرة . لما رَوى أبو الزبير عن جابر قال : « كُنَّا نَنْحَرُ الْبَدَنَةَ عَنْ سَبْعَةٍ . فقيـل له : والبقرةُ ؟ فقال : وَهَلْ هِىَ إِلاَّ مِنَ الْبُدْنِ » ؟ . فأمَّا فى النذر فقال ابن عقيل : يلزمه ما نواه ، فإن أطلق فعنه روايتان :

(إحـداهما) تُجزئه البقرة . لما ذكرنا من الخبر .

(والأخرى) لاتُجزئه إلا أن يَعْدَم الْبَدَنة ، وهذا قول الشافعىّ ، لأنها بدل فاشترط عدمُ المبدَل . والأولى أولى للخبر . ولأن ما أجزأ عن سبعة فى الهدايا ودم المتعة أجزأ فى النذر بلفظ البدَنَةِ ، كالجزور .

٢٧٣٩ فصـــــل

ويجوز أن يشترك السبعة فى البَدَنَةِ والبقرة ، سواء كان واجباً ، أو تطوُّعاً ، وسـواء أراد جميعُهـم القُرْبَةَ ، أو بعضُهم ، وأراد الباقون اللحمَ . وقال مالك : لايجوز الاشتراك فى الهدى . وقال أبو حنيفة : يجوز إذا كانوا متفرِّقين كلُّهم ، ولا يجوز إذ لم يُرِدْ بعضُهم الْقُرْبَةَ . وحديث جابر يَرُدُّ قول مالك .

ولنا على أبى حنيفة : أن الجزء المجزى لاينقصُ بإرادة الشريك غيرَ القربة فجاز ، كما لو اختلفت جهات القُرَب ، فأراد بعضُهم المتعةَ ، والآخرُ الْقِرانَ . ويجوز أن يقتسموا اللحمَ ، لأن القسمة إفرازُ حق ، وليست بَيْعاً .

٢٧٤٠ « مسألة » قال ﴿وما لزم من الدماء فلايُجزىء إلا الجذع من الضأن والثَّنىُّ من غيره﴾ .

هذا فى غير جزاء الصيد . فأما جزاء الصيد فمنه جَفْرَةٌ [1] ، وَعَنَاقٌ ، وَجَدْىٌ وصحيح ومعيبٌ . وأما فى غيره مثل هدى المتعة وغيره فلا يُجزىء إلا الْجَذَع من الضأن ، وهو الذى له ستَّة أشهُر . والثنىُّ من غيره ، وثَنِىُّ المعز ماله سَنَةٌ . وثنِىُّ البقر له سنتان ، وثَنِىُّ الإبل له خمسُ سنين . وبهذا قال مالك ، والليث ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال ابن عمر ، والزهرىّ : لايُجزىء إلا الثنىُّ من كلِّ شىء . وقال عطاء ، والأوزاعىّ : يُجزىء الْجَذَعُ من الكلِّ إلا المعز .

(١) الجفرة : أنثى الشياه التى بلغت أربعة أشهر ، والعناق : أنثى المعز ، والجدى : ذكر المعز

ولنا على الزهرىّ : ماروى عن أمّ بلال بنت هلال ، عن أبيها : أنّ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم قال : « لاَيَجُوزُ إلاَّ الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ أُضْحِيَةً » . وعن عاصم بن كُلَيْب قال : « كُنَّا مَعَ رَجُلٍ مِنْ أَصْحَابِ رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم يقَالُ لَهُ : مُجَاشِعٌ مِنْ بَنِي سُلَيْم فَعَزَّتْ[1] الغَنَمُ ، فَأَمَرَ مُنَادِياً فَنَادَى : إنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم كَانَ يَقُولُ : إنَّ الْجَذَعَ يُوفِي مِاتُوفِي مِنْهُ الثَّنِيَّةُ » . وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَتَذْبَحُوا إلاَّ مُسِنَّةً إلاَّ أَنْ يَعْسُرَ عَلَيْكُمْ فَتَذْبَحُوا جَذَعاً مِنَ الضَّأْنِ » رواهنّ ابن ماجه . وروى حديث جابر مسلم ، وأبو داود وهذا حُجّة على عطاء والأوزاعيّ . وحديث أبى بُرْدَةَ بن نِيَارٍ حين قال : « يارَسُولَ اللهِ ، إنَّ عِنْدِي عَنَاقاً جَذَعاً هِيَ خَيْر مِنْ شَاتَيْ لَحْمٍ فقال : تُجْزِئُكَ وَلاَ تُجْزِئُ عَنْ أَحَدٍ بَعْدَكَ » أخرجه أبو داود ، والنسائىّ . وفى لفظ : « إنَّ عِنْدِي دَاجِناً جَذَعَةً مِنَ الْمَعزِ » قال أبوعُبَيْد الهرَوِىّ ، قال إبراهيم الحَرْبِىّ : إنَّمَا يُجْزِئُ الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ فى الأضاحى ، لأنه يَنْزُو فَيُلْقِحُ . فإذا كانَ مِنَ الْمعزِ لَمْ يُلْقِحْ حَتَّى يَصِيرَ ثَنِيًّا .

٢٧٤١ فصل

ويمنع من العيوب فى الهدى مايمنع فى الأضحية . قال البراء بن عازب : « قام فينا رسولُ الله ﷺ فقال : أَرْبَعٌ لاَ تَجُوزُ فى الأضَاحى : الْعَوْرَاءُ الْبَيِّنُ عَوَرُهَا ، وَالْمَرِيضَةُ الْبَيِّنُ مَرَضُهَا ، وَالْعَرْجَاءُ الْبَيِّنُ ظَلَعُهَا[2] ، وَالْكَسِيرَةُ الَّتِى لاَتُنْقِي[3] . قالَ : قلت : إنِّى أَكْرَهُ أَنْ يَكُونَ فى السِّنِّ نَقْصٌ . قالَ : مَا كَرِهْتَ فَدَعْهُ وَلاَ تُحَرِّمْهُ عَلَى أَحَدٍ » رواه أبو داود ، والنسائىّ . وبهذا قال عطاء . قال : أما الذى سمعناه فالأربع ، وكلُّ شىء سواهُنَّ جائز . ومعنى قوله : « البيِّن عَوَرُها » أى انخسفت عينها ، وذهبت فإن ذلك ينقصُها . لأن شحمة العين عضو مُستطاب . فلو كان على عينها بياض ، ولم تذهب العين جازت التضحية بها . لأن ذلك لاينقصُها فى اللحم ، والعرجاء البيِّن عرَجُها التى عرَجُها مُتفاحشٌ يمنعها السير مع الغنم ، ومشاركتهنّ فى الْعَلف ويُهْزِلُهَا . والتى لاتُنْقِي التى لامخّ فيها لهزالها . والمريضة : قيل هى الجرباء لأن الجَرب يُفسد اللحم . وظاهر الحديث : أن كل مريضة مرضاً يؤثر على هُزالها ، أو فى فساد لحمها يمنع التضحية بها ، وهذا أولى ، لتناول اللفظ له . والمعنى : فهذه الأربع لانعلم بين أهل العلم خلافاً فى منعها ويثبُت الحكم فيما فيه نقص أكثر من هذه العيوب بطريق التنبيه . فلا تجوز العمياء ، لأن الْعَمى أكثرُ من العور . ولا يُعتبر مع العمى انخسافُ العين . لأنه يُخلّ بالمشى مع الغنم ، والمشاركة فى الْعَلف أكثرَ

---

(١) عزت الغنم : ندرت ولم توجد إلا قليلا .

(٢) يقال ظلع البعير ونحوه : إذا عجز فى مشيته ، والمراد البين عرجها .

(٣) لاتنقى ، أى التى ذهب نخاع عظمها ، فليس لها نخاع .

من إخلال الْعَرَجِ . ولا يجوز ماقطع منهـا عضو مُستطاب كالألية . لأن ذلك أبلغ فى الإخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين . فأما العضباء ، وهى ماذهب نصفُ أذنهـا ، أو قَرْنهـا ، فلا تُجزىء . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد فى عضباء الأذُن . وعن أحمـد : لاتجزىء ماذهب ثلثُ أذنها . وبه قال أبو حنيفة . ورُوى عن علىّ ، وعمّار ، وسعيد بن المسيّب ، والحسن : تجزىء المكسورة الْقَرْنِ لأن ذهاب ذلك لايؤثر فى اللحم فأجزأت كالجمَّاء[1] . وقال مالك : إن كان يَدْمَى لم يجز ، وإلا جاز .

ولنـا مارَوى علىّ رضى الله عنه قال : « نَهَى رسولُ الله صلى الله عليـه وسـلم أَنْ يُضَحَّى بِأَعْضَبِ الأُذُنِ وَالْقَرْنِ » رواه النسائىّ ، وابن ماجه . قال قتادة : فسألت سعيد بن المسيَّب فقال : نعم ، العضبُ النصف ، فأكثر من ذلك ، ويُحمل قول علىّ رضى الله عنـه ، ومن وافقـه على أن كسر ما دون النصف لايمنعُ .

٢٧٤٢ فصـــل

ويُجزىء الْخَصِىُّ ، سـواء كان ممن قُطعت خصيتاه ، أو مسـلولاً ، وهو الذى سُلَّتْ بَيْضَتَاهُ ، أو موجُوءًا . وهو الذى رُضَّتْ بَيْضَتَاهُ ، لأن النبى ﷺ : « ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ مَوْجُوءَيْنِ » . والمرضوض كالمقطوع . ولأن ذلك العضو غير مستطاب ، وذهابه يؤثر فى سِمَنِه ، وكثرة اللحم وطيبه . وهو المقصود ، ولانعلم فى هذا خلافاً . وتُجزىء الجمَّاء ، وهى التى لم يُخْلَقْ لهاقرنٌ . وحُـكى عن ابن حامد أنها لاتُجزىء ، لأن عدم القَرْن أكثرُ من ذهاب نصفه ، والأولى أنّها تجزىء ، لأن القرن ليس بمقصود ولا ورد النهى عمـا عُدم فيه وتُجزىء الصَّمْعاء وهى التى لم يُخلق لهـا أذن ، أو خُلقت لها أُذن صغيرة ، كذلك . وتُجزىء البَتْرَاء ، وهى المقطوعة الذَّنَبِ كذلك .

٢٧٤٣ فصـــل

ويُـكره أن يضحَّى بمشقوقة الأُذن ، أو ما قُطع منها شىء ، أو ما فيها عيب من هـذه العيوب التى لاتمنع الإجزاء . لقول علىّ رضى الله عنه : « أُمِرْنَا أَنْ نَسْتَشْرِفَ الْعَيْنَ وَالأُذُن ، ولا يُضَحَّى بِمُقَابَلةٍ ، ولا مُدَابَرَةٍ ، ولا خَرْقَاءَ ، ولا شَرْقَاءَ . قال زهير : قلت لأبى إسحاق : ما المقابلة ؟ قال : يُقطع طرف الأُذن . قلت : فما المدابرة ؟ قال : يقطع مُؤَخَّر الأُذُن . قلت : فما الْخَرْقاء ؟ قال : يُشَقّ الأذن . قلت : فما الشرقاء ؟ قال : يُشَقّ أذنُها السِّمَةُ » رواه أبو داود ، والنسائىّ . قال القـاضى : الْخَرْقاء التى انثقبت أذنُها ، والشرقاء : التى تشقّ أُذنهـا وتبقى كالشاختين[2] . وهذا نهى تنزيه . ويحصُل الإجزاء بهـا . لانعلم فى هذا خلافاً .

---

(١) الجماء : عديمة القرن خلقة . (٢) الشاختين : تثنية شاخت وهو الضامر بغير هزال .

٢٧٤٤ فصل

يُستحبّ لمن أتى مكة أن يطوف بالبيت ، لأن الطواف بالبيت صلاة ، والطواف أفضل من الصلاة ، والصلاة بعد ذلك ، يُروى عن ابن عباس قال : « الطَّوَافُ لَكُمْ يَا أَهْلَ الْعِرَاقِ ، والصَّلاَةُ لِأَهْلِ مَكَّةَ » وقال عطاء : الطواف للغرباء ، والصلاة لأهل البلد ، قال : ومن الناس من يقول : يزور البيت كلّ يوم من أيام منًى ، ومنهم من يختار الإقامة بمنًى لأنها أيامُ مِنًى . واحتجّ أبو عبد الله بحديث أبي حسّان عن ابن عباس : « أنّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم كَانَ يُفِيضُ كلَّ لَيْلَةٍ » .

٢٦٩٣ فصل

ويُستحبُّ لِمَنْ حَجَّ أَنْ يَدْخُلَ البيت ويصلِّي فيه ركعتين ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ولا يدخل البيت بنعليه . ولا خُفّيه ، ولا الحِجْرَ أيضاً . لأن الحِجْرَ من البيت ، ولا يدخل الكعبة بسلاح قال : وثياب الكعبة إذا نُزعت يتَصَدّق بها ، وقال : إذا أراد أن يستشفي بشيء من طيب الكعبة فليأت بطيبٍ من عنده ، فليُلزقه على البيت ، ثم يأخذه ، ولا يأخذ من طيب البيت شيئاً ، ولا يُخرِجُ من تُراب الحَرم ، ولا يدخل فيه من الحِلّ . كذلك قال عمر ، وابن عباس رضي الله عنهما . ولا يُخرج من حِجارة مكة ، وترابها إلى الحِلّ ، والخروج أشدّ إلا أنّ ماء زمزم أخرجه كعب .

٢٧٤٦ فصل

قال أحمد : كيف لنا بالجوار بمكّة ؟ قال النبي صلى الله عليه وسلم : « إِنَّكِ لَأَحَبُّ الْبِقَاعِ إلى اللهِ عَزَّ وَجَلّ ، وَلَوْلاَ أَنِّي أُخْرِجْتُ مِنْكِ مَاخَرَجْتُ » ، وإنما كره الجوارُ بمكة لمن هاجر منها ، وجابر ابن عبد الله جاور بمكة ، وجميع أهل البلاد ، ومن كان من أهل اليمن ليس بمنزلة من يخرج ويُهاجر ، أي لابأس به . وابن عمر كان يُقيم بمكة . قال : والمُقام بالمدينة أحبُّ إليّ من المُقام بمكة لمن قوى عليه ، لأنها مُهاجرَ المسلمين . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لاَ يَصْبِرُ أَحَدٌ على لَأْوَائِهَا وَشِدَّتِهَا ، إلاَّ كُنْتُ له شَفِيعاً يَوْمَ القِيَامَةِ » .

٢٧٤٧ فصل

ويُستحبُّ زيارة قَبْرِ النبيّ صلى الله عليه وسلم . لما رَوى الدارقطنيّ بإسناده ، عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ حَجَّ فَزَارَ قَبْرِي بَعْدَ وَفَاتِي فَكَأَنَّمَا زَارَنِي في حَيَاتِي » . وفي رواية : « مَنْ زَارَ قَبْرِي وَجَبَتْ لَهُ شَفَاعَتِي » رواه باللفظ الأول : سعيدٌ ، حدثنا حفص بن سليمان عن ليث ، عن مجاهد ، عن ابن عمر . وقال أحمد في رواية عبد الله عن يزيد بن قسيط ، عن أبي هريرة : أن النبي ﷺ

قال : « مَامِنْ أَحَدٍ سَلَّمَ علىَّ عِنْدَ قَبْرِى ، إلاَّ رَدَّ اللهُ علىَّ رُوحِى حَتَّى أَرُدَّ عَلَيْهِ السَّلاَمَ[1] » .

وإذا حجّ الذى لم يحج قط يعنى من غير طريق الشام ، لا يأخذ على طريق المدينـة ، لأنى أخاف أن يحدث به حدث ، فينبغى أن يقصد مكة من أقصدِ[2] الطرق ، ولا يتشاغل بغيره . ويُروى عن العُتْبِيّ قال : كنت جالساً عند قبر النبىّ صلى الله عليه وسـلم ، فجاء أعرابىٌّ فقال : السلام عليك يارسول الله ، سمعتُ الله يقول : (وَلَوْ أَنَّهُمْ إِذْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ جَاءُوكَ فَاسْتَغْفَرُوا اللهَ وَاسْتَغْفَرَ لَهُمُ الرَّسُولُ لَوَجَدُوا اللهَ تَوَّاباً رَحِيماً)[3] وقد جئتك مستغفراً لذنبى ، مستشفعاً بك إلى ربِّى ، ثم أنشأ يقول :

يَاخَيْرَ مَنْ دُفِنَتْ بِالْقَاعِ أَعْظُمُهُ ... فَطَابَ مِنْ طِيبِهِنَّ الْقَاعُ وَالْأَكَمُ[4]
نَفْسِى الْفِدَاءُ لِقَبْرٍ أَنْتَ سَاكِنُهُ ... فِيهِ الْعَفَافُ وَفِيهِ الْجُودُ وَالْكَرَمُ

ثم انصرف الأعرابىّ ، فحملتنى عينى ، فنمتُ ، فرأيت النبىّ صلى الله عليه وسـلم فى النوم ، فقال : ياعتبىُّ ؛ الحق الإعرابىّ فبشّره : أنّ الله قد غفر له[5] . ويُستحبُّ لمن دخل المسجد أن يقدّم رجله اليمنى ، ثم يقول : بسم الله ، والصلاة على رسول الله . اللهمّ صلِّ على محمد ، وعلى آل محمد ، واغفر لى ، وافتح لى أبواب رحمتك . وإذا خرج قال مثل ذلك ، وقال : وافتح لى أبواب فضلك لما رُوى عن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليـه وسلم ، ورضى الله عنها « أَنَّ رسول الله صلى الله عليـه وسلم عَلَّمَهَا أَنْ تَقُولَ ذَلِكَ إِذَا دَخَلَتِ الْمَسْجِدَ » .

ثم تأتى القبر فتولّى ظهرك القبـلة ، وتستقبل وسَطَه ، وتقول : السلام عليك أيّها النبى ورحمة الله وبركاته ، السلام عليك يانبى الله ، وخيرته مِنْ خَلْقِـه ، أشهدُ أن لا إله إلا الله وحـده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ، ورسوله ، أشهد أنك قد بلّغت رسالات ربّك ، ونصحْتَ لأمّتك ، وَدَعَوْتَ إلَى سبيل ربِّك بالحكمة والموعظة الحسنة ، وعبـدتَ الله حتى أتاك اليقينُ ، فصـلّى اللهُ عليكَ كثيراً ، كما يُحبُّ ربُّنا ويَرْضَى . اللهمَّ اجْزِ عنَّا نبيَّنا أفضلَ ماجَزَيْتَ أحداً من النبيين والمرسلين ، وابعثه المقام المحمود الذى وعـدته ، يغبطه به الأولون والآخِرُون . اللهمَّ صلِّ على محمد ، وعلى آل محمد ، كما صلَّيت على إبراهيم ، وآل إبراهيم ، إنّك حميد مجيد ، وبارك على محمد ، وعلى آل محمد ، كما باركت على إبراهيم وآل إبراهيم ، إنك حميد مجيد . اللهم إنَّكَ قلتَ وقولُكَ الحق : (وَلَوْ أَنَّهُمْ إِذْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ جَاءُوكَ فَاسْتَغْفَرُوا اللهَ وَاسْتَغْفَرَ لَهُمُ الرَّسُولُ لَوَجَـدُوا اللهَ تَوَّاباً رَحِيماً) ، وقد أتيتُكَ مستغفراً من ذنوبى ،

---

(١) رواه أبو داود وغيره . (٢) أقصد الطرق : أقربها .
(٣) بعض الآية ٦٤ من سورة النساء . (٤) الأكم جمع أكمة : وهى الأرض المرتفعة ، والقاع : الأرض المنخفضة . (٥) أنكر بعض العلماء هذا الحديث وقال : ليس له سند صحيح .

مُستشفعاً بك إلى ربى . فأسألك يارب أن توجب لى المغفرة ، كما أوجبتها لمن أتاه فى حياته . اللهمّ اجعله أول الشافعين ، وأنجحَ السائلين ، وأكرم الآخرين والأولين ، برحمتك يا أرحم الراحمين . ثم يدعو لوالديه ، ولإخوانه ، وللمسلمين أجمعين . ثم يتقدّم قليلا ، ويقول : السلامُ عليك يا أبا بكر الصدّيق ، السلام عليك ياعمر الفاروق ، السلام عليكما ياصاحبى رسولِ الله صلى الله عليه وسلم ، وضجيعَيْه ، ووزيرَيْه ، ورحمة الله ، وبركاتُه . اللهمَّ اجزِهما عن نبيّهما ، وعن الإسلام خيراً ، سلام عليكم بما صبرتم فنعم عُقْبَى الدار . اللهمّ لا تجعله آخرَ العهد من قبر نبيّك صلى الله عليه وسلم ، ومِنْ حَرَم مَسجدك ، يا أرحم الراحمين .

٢٧٤٨ فصــل

ولا يُستحبُّ التمسّح بحائط قبر النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، ولا تقبيلُه . قال أحمد : ماأعرف هذا . قال الأثرم : رأيتُ أهلَ العلم من أهل المدينة لا يمسُّونَ قبر النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، يقومون من ناحيةٍ فيسلّمون . قال أبو عبد الله : وهكذا كان ابن عمر يفعلُ ، قال : أما المنبر فقد جاء فيه يعنى مارواه إبراهيمُ بن عبد الرحمن ، بن عبد القارىء ، أنه نظر إلى ابن عمر وهو يضع يده على مقعد النبى صلى الله عليه وسلم من المِنبر ، ثم يضعها على وجهه .

٢٧٤٩ فصــل

ويُستحبُّ لمن رجع من الحَجِّ أن يقول ماروى البخارىّ عن عبد الله بن عمر : أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم كان إذا قَفَلَ مِنْ غَزْوٍ ، أَوْ حَجٍّ أو عُمرةٍ ، يكبّر على كل شَرَفٍ[1] من الأرض ، ثم يقول : «لا إله إلا الله وحده ، لاشريك له ، له الملك ، وله الحمد ، وهو على كل شىء قدير ، آئِبون[2] ، تائبونَ ، عابدون ، لربنا حامدون ، صدق الله وعده ، ونصر عبده ، وهزم الأحزاب وحده » .

---

(١) الشرف : المكان المرتفع .

(٢) آئبون : راجعون ، أصلها آوبون ، اسم فاعل من الأوب ، وهو الرجوع ، فقلبت الواو همزة .

كتاب البيوع

البيع : مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً . واشتقاقه : من الباع ، لأن كل واحد من المتعاقدين يمدُّ باعه للأخذ ، والإعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يُبايع صاحبه ، أى يُصافحه عند البيع . ولذلك سُمِّىَ البيع صَفْقةً . وقال بعض أصحابنا : هو الإيجابُ والقبول ، إذا تضمّن عينين للتمليك ، وهو حدٌّ قاصرٌ لخروج بيع المعاطاة منه ، ودخول عقودٍ سوى البيع فيه .

والبيع جائز بالكتاب والسنّة والإجماع . أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٥٧ : وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) . وقوله تعالى (٢ : ٢٨٢ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ) . وقوله تعالى (٤ : ٢٩ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) . وقوله تعالى (٢ : ١٩٧ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ) . وروى البخارىّ عن ابن عباس قال : « كَانَتْ عُكَاظُ وَمَجَنَّةُ وذُو الْمَجَازِ أَسْوَاقاً فِى الْجَاهِلِيَةِ . فَلَمَّا كَانَ الإِسْلَامُ تَأَثَّمُوا فِيهِ ، فَأُنْزِلَتْ : (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ) يعنى فى مواسم الحجّ » . وعن الزبير نحوه .

وأما السُّنة : فقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا متفق عليه . وروى رفاعة أنه خَرَجَ مَعَ النبىِّ ﷺ إِلَى الْمُصَلّى ، فَرَأَى النَّاسَ يَتَبَايَعُونَ ، فَقَالَ : يَامَعْشَرَ التُّجَّارِ . فَاسْتَجَابُوا لرسولِ صلى الله عليه وسلم ،وَرَفَعُوا أَعْنَاقَهُمْ وَأَبْصَارَهُمْ إِلَيْهِ . فَقَالَ : إِنَّ التُّجَّارَ يُبْعَثُونَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فُجَّاراً إِلاَّ مَنْ بَرَّ وَصَدَقَ » قال الترمذىّ . هذا حديث حسن صحيح وروى أبو سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « التَّاجِرُ الصَّدُوقُ الْأَمِينُ مَعَ النَّبِيِّينَ وَالصِّدِّيقِينَ وَالشُّهَدَاءِ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن — فى أحاديث كثيرة سوى هذه .

وأجمع المسلمون على جواز البيع فى الجملة . والحكمة . تقتضيه . لأن حاجة الإنسان تتعلق بما فى يد صاحبه ، وصاحبُه لايبذله بغير عوض ، ففى شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ، ودفع حاجته .

٢٧٥٠ — فصــــل

والبيع على ضربين :

أحدهما : الإيجاب والقبول فالإيجاب أن يقول : بعتُك أو ملّكتُك ، أو لفظ يدل عليهما . والقبول : أن يقول : اشتريتُ ، أو قبلتُ ، ونحوهما . فإن تقدّم القبول على الإيجاب بلفظ الماضى ، فقال : ابتعتُ منك . فقال : بِعتُك ، صحّ . لأن لفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصُل منه

الدلالة على تراضيهما به فصح كما لو تقدم الإيجاب . وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : بعنى ثوبك ، فقال : بعتك . ففيه روايتان :

(إحداهما) يصح كذلك . وهو قول مالك ، والشافعيّ .

(والثانية) لايصح . وهو قول أبى حنيفة ، لأنه لو تأخَّر عن الإيجاب لم يصح ، به البيع ، فلم يصح إذا تقدم ، كلفظ الاستفهام . ولأنه عقد عَرِيَ عن القبول . فلم ينعقد كما لو لم يطلب . وحَكى أبو الخطاب فيما إذا تقدّم بلفظ الماضى : روايتين أيضاً . فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام ، مثل أن يقول : أتبيعُنى ثوبَك بكذا ؟ فيقول : بعتُك ، لم يصح بحال . نص عليه أحمد ؛ وبه يقول أبو حنيفه ، والشافعيّ . ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء .

﴿ الضرب الثانى ﴾ المعاطاة : مثل أن يقول أعطنى بهذا الدينار خُبزاً ، فيُعطيه مايُرضيه . أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار . فيأخذه . فهذا بيع صحيحٌ . نص عليه أحمد . فيمن قال لخبَّاز : كيف تبيعُ الخبز ؟ قال : كذا بدرهم . قال : زنه وتصدَّق به ، فإذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحوٌ من هذا . فإنه قال : يقع البيعُ بما يعتقده الناسُ بيعاً . وقال بعض الحنفية : يصح فى خسائس الأشياء . وحُكى عن القاضى مثلُ هذا ، قال : يصح فى الأشياء اليسيرة دون الكبيرة . ومذهب الشافعيّ رحمه الله : أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول . وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا .

ولنا : أن الله أحلّ البيعَ ، ولم يبيِّن كيفيَّته ، فوجب الرجوع فيه إلى العُرف ، كما رجع إليه فى القبض ، والإحراز ، والتفرق ، والمسلمون فى أسواقهم وبِياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم ، معلوماً عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً ، وأبقاه على ما كان ، فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم . ولم يُنقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه ، مع كثرة وقوع البيع بينهم ، استعمالُ الإيجاب والقبول ولو استعملوا ذلك فى بِياعاتهم لنُقِل نقلاً شائعاً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ، ولم يتصوّر منهم إهماله ، والغَفْلة عن نقله ولأن البيع مما تعمّ به البلوى ، فلو اشتُرط له الإيجاب والقبول لبيّنه صلى الله عليه وسلم بياناً عامًّا ، ولم يَخْفَ حكمَهُ لأنه يُفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المالَ بالباطل ، ولم يُنقل ذلك عن النبيِّ ﷺ ، ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه . ولأن الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كلِّ عصر ، ولم يُنقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان ذلك إجماعاً . وكذلك الحكم فى الإيجاب ، والقبول فى الهبة ، والهديَّة ، والصدقة . ولم يُنقل عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من أصحابه استعمالُ ذلك فيه . وقد أُهْدِيَ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مِنَ الْحَبَشَةِ وغيرها وكان الناس يَتَحَرَّوْنَ بهداياهم يوم عائشة ، متفق عليه . وروى البخاريّ عن أبى هريرة قال : « كَانَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم إذا أُتِيَ بِطَعَامٍ سَأَلَ عَنْهُ : أَهَدِيَّةٌ أَمْ صَدَقَةٌ ؟ فَإِنْ قِيلَ صَدَقَةٌ . قالَ

لِأصحابه : كُلُوا ، وَلَمْ يَأْكُلْ ، وَإِنْ قِيلَ : هَدِيَّةٌ ضَرَبَ بِيَدِهِ وَأَكَلَ مَعَهُمْ » . وفى حـديث سَلْمَانَ حين جاء إلى النبىِّ صلى الله عليه وسلم بِتَمْرٍ فقـالَ : « هَذَا شَىْءٌ مِنَ الصَّدَقَةِ . رَأَيْتُكَ أَنْتَ وَأَصْحَابَكَ أَحَقَّ النَّاسِ بِهِ . فقال النبىُّ ﷺ لأصحـابه : كُلُوا ، وَلَمْ يَأْكُلْ . ثُمَّ أَتَاهُ ثَانِيَةً بِتَمْرٍ ، فقَالَ رَأَيْتُكَ لاَ تَأْكُلُ الصَّدَقَةَ . وَهَذَا شَىْءٌ أَهْدَيْتُهُ لَكَ ، فقالَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم : بِسْمِ اللهِ وَأَكَلَ » . ولم يُنقل قبول ، ولا أمر بإيجاب ، وإنما سأل ليعلم : هل هوصدقة أو هدية ؟ وفى أكثر الأخبار لم يُنقل إيجاب ، ولا قبول . وليس إلا المعاطاة ، والتفرّق عن تراضٍ يدل على صحته ، ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً فى هـذه العقود لشقّ ذلك ، ولـكانت أكثرُ عقود المسلمين فاسدةً ، وأكثر أموالهم مُحرَّمةً . ولأن الإيجاب والقبول إنمـا يُرادان للدلالة على التراضى . فإذا وُجد مايدل عليه من المساومة ، والتعاطى قام مقامهما . وأجزأ عنهما لعدم التعبّد فيه .

خيار المتبايعين

أى باب خيار المتبايعين لحذف اختصاراً .

٢٧٥١ «مسألة» قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ والمتبايعان كلٌّ واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا بأبدانهما ﴾ . فى هذه المسألة ثلاثة فصول :

٢٧٥٢ ﴿ أحدها ﴾ أن البيع يقع جائزاً . ولِـكلٍّ من المتبايعين الخيار فى فسخ البيع ، ماداما مجتمعين لم يتفرّقا . وهو قول أكثر أهل العـلم . يُروى ذلك عن عمر ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبى هريرة ، وأبى بَرْزَةَ . وبه قال سعيد بن المسيَّب ، وشُرَيح ، والشعبىّ ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرىّ ، والأوزاعىّ ، وابن أبى ذِئب ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور . وقال مالك ، وأصحاب الرأى : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ، ولا خيار لهما ، لأنه رُوى عن عمر رضى الله عنه : « الْبَيْعُ صَفْقَةٌ أَوْ خِيَارٌ » . ولأنه عقدُ معاوضة ، فلزم بمجرّده ، كالنـكاح ، والخُلع .

ولنـا : مارَوى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلاَنِ فَـكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا ، وَكَانَا جَمِيعاً ، أَوْ يُخَيِّرُ أحدُهما الآخَرَ ، فإنْ خَيَّرَ أحدُهما الآخرَ فتبايعا على ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ ، وَإِنْ تفرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا ، وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ ، فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » متفق عليـه . وقال صلى الله عليه وسـلم : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا » رواه الأئمّة كلّهم . ورواه عبد الله بن عمر ، وعبـد الله بن عمرو ، وحكيم بن حِزام ، وأبو برزة الأسلمىّ . واتفق على حديث ابن عمر ، وحكيم ، ورواه عن نافع ، عن ابن عمر مالك ، وأيُّوب ، وعبيد الله بن عمر ، وابن جريج ، والليث ابن سعد ، ويحيى بن سـعيد ، وغيرهم ، وهو صريح فى حكم المسألة . وعاب كثير من أهل العلم على مالك

مخالفته للحـديث ، مع روايته له ، وثُبوته عنده . وقال الشافعيّ رحمـه الله : لاأدرى : هل اتّهم مالكٌ نَفْسَهُ ، أو نافِعاً ؟ وَأُعْظِمُ أن أقول : عبـد الله بن عمر . وقال ابن أبى ذئب : يُسْتَتَابُ مالك فى تركه لهذا الحديث .

فإن قيل : المراد بالتفرّق ههنا التفرّق بالأقوال ، كما قال الله تعالى (٩٨ : ٤ وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ) . وقال النبيُّ صلى الله عليه وسلم : « سَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي على ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً » أى بالأقوال والاعتقادات .

قلنا : هذا باطل لوجوه :

(منها) أن اللفظ لايحتمل ماقالوه ، إذ ليس بين المتبايعين تفرّق بلفظ ولا اعتقاد إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه .

(الثانى) أن هـذا يُبطل فائدة الحـديث . إذ قـد عُـلم أنهما بالخيار قبل العقـد فى إنشائه ، وإتمامه ، أو تركه .

(الثالث) أنه قال فى الحـديث : « إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ » فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما ، وقال : « وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » .

(الرابع) أنه يردّه تفسير ابن عمر للحديث بفعله . فإنه كان إذا بايع رجلاً مشى خُطوات ليلزم البيع، وتفسير أبى بَرْزَة له بقوله على مثل قولنا وهما راويا الحديث ، وأعلم بمعناه . وقول عمر : « الْبَيْعُ صَفْقَةٌ أَوْ خِيَارٌ » معناه : أن البيع ينقسم إلى بيع شُرِط فيه الخيار ، وبيع لم يُشترط فيـه ، سمّاه صفقةً لِقِصَرِ مدّة الخيار فيه . فإنه قد رَوى عنه أبو إسحاق الجُوزجانى مثلَ مذهبنا . ولو أراد ماقالوه لم يَجُز أن يعارَض به قولُ النبيِّ ﷺ ، فلا حُجَّةَ فى قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليـه وسلم . وقد كان عمر إذا بلغه قولُ النبيِّ صلى الله عليه وسلم رجع عن قوله . فكيف يُعارض قولُه بقوله ؟ على أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعضُ الصحابة . وقد خالفه ابنه ، وأبو برزة وغيرُهما . ولا يصح قياس البيع على النكاح لأن النكاح لايقع غالباً إلاَّ بَعْدَ رَوِيَّةٍ ، ونظرٍ ، وتَمَكُّثٍ فلا يحتاج إلى الخيار بعده . ولأن فى ثبوت الخيار فيه مَضَرّة ، لما يلزم من ردّ المرأة بعـد ابتذالها بالعقد . وذهاب حُرمتها بالردِّ ، وإلحاقهـا بالسِّلَع المَبِيعَةِ . فلم يثبُت فيه خيارٌ لذلك . ولهذا لم يثبتُ فيه خيار الشرط ، ولا خيار الرؤية . والحكم فى هذه المسألة ظاهر ، لظهور دليله ، وَوَهَاء[1] ماذكره المخالف فى مقابلته . والله أعلم .

٢٧٥٣ ﴿ الفصل الثانى ﴾ أن البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه . ولا خلاف فى لزومه بعـد

---

(١) وهاء : ضعف .

التفرّق . والمرجع فى التفرق إلى عُرف الناس ، وعادتهم فيما يَعدّونه تفرقاً . لأن الشارع علّق عليه حكما ، ولم يبيّنه ، فدل ذلك على أنه أراد مايعرفُه الناسُ ، كالقبض ، والإحْراز . فإن كانا فى فضاء واسع كالمسجد الكبير ، والصحراء ، فبأن يمشى أحدُهما مُستدبراً لصاحبه خُطُواتٍ . وقيل : هو أن يبعد منه بحيثُ لايسمع كلامه الذى يتكلّم به فى العادة . قال أبو الحارث : سئل أحمد عن تَفْرقة الأبدان ؟ فقال : إذا أخذ هذا كذا ، وهذا كذا . فقد تفرّقا . وروى مسلم عن نافع قال : « فكان ابن عُمر إذا بايع ، فأراد أن لايُقيله مَشَى هُنَيْهةً ، ثم رَجَعَ » . وإن كانا فى دارٍ كبيرة ذاتِ مجالس وبيوتٍ ، فالمفارقة : أن يفارقه من بيت إلى بيت ، أو إلى مجلس ، أو صُفَّةٍ ، أو من مجلس إلى بيت ، أو نحو ذلك فإن كانا فى دار صغيرة ، فإذا صَعِدَ أحدهما السطح ، أو خرج منها . فقد فارقه . وإن كانا فى سفينةٍ صغيرة خرج أحدُهما منها ، ومشى . وإن كانت كبيرةً صعد أحدُهما على أعلاها ، ونزل الآخرُ فى أسفلها . وهذا كله مذهبُ الشافعىّ . فإن كان المشترى هو البائع ، مثل أن يشترى لنفسه من مال ولده ، أو اشترى لولده من مال نفسه لم يثبُت فيه خيار المجلس . لأنه تولّى طرفى العقد . فلم يثبُت له خيار ، كالشفيع . ويحتمل أن يثبت فيه ، ويُعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه . لأن الافتراق لايمكن هاهنا لكون البائع هو المشترى ومتى حصل التفرّق لزم العقد ، قَصدَا ذلك أو لم يقصداه ، علماه أو جهلاه ، لأن النبىّ ﷺ علّق الخيار على التفرق ، وقد وُجِد . ولو هرب أحدُهما من صاحبه لزم العقد . لأنه فارقه باختياره ولا يقف لزوم العقد على رضاها . ولهذا كان ابن عمر يُفارق صاحبه ليلزم البيعُ ، ولو أقاما فى المجلس وسدَلاَ بينهما سِتْراً ، أو بَنَيَا بينهما حاجزاً ، أو ناما أو قاما ، فمضيا جميعاً ، ولم يتفرّقا . فالخيارُ بحاله وإن طالت المدّة لعدم التفرّق . وروى أبو داود والأثرم بإسنادهما عن أبى الوَضِّىّ قال : « غَزَوْنَا غزوةً لنا فنزلنا منزلاً فباع صاحبٌ لنا فرساً بُغلامٍ . ثم أقاما بقيّةَ يومهما ، وليلتهما . فلما أصبحا من الغد ، وحضر الرحيلُ قام إلى فرسه يُسْرِجُه ، فنَدِمَ ، فأتى الرجل وأخذه بالبيع . فأبى الرجل أن يدفعه إليه . فقال : بينى وبينك أبو بَرْزَةَ صاحبُ رسول الله ﷺ . فأتيا أبا برزة فى ناحية الْعَسكر ، فقالا له هذه القصة . فقال : أترْضَيَان أن أقضى بينكما بقضاء رسول الله ﷺ صلى اللهُ عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا . مَاأَرَاكُمَا افْتَرَقْتُمَا » فإن فارق أحدهما الآخر مُكرهاً ، احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ، ولأنه لايعتبر رضاه فى مفارقة صاحبه له ، فكذلك فى مفارقته لصاحبه . وقال القاضى : لا ينقطع الخيار . لأنه حكم عُلّق على التفرق . فلم يثبُت مع الإكراه ، كما لو علّق عليه الطلاق ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . فعلى قول من لايرى انقطاع الخيار . إن أكره أحدهما على فُرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه ، كما لو هرب منه ، وفارقه بغير رضاه . ويكون الخيار للمكره منهما

في المجلس الذي يزول عنه فيـه الإكراه حتى يُفارقه . وإن أكرها جميعاً انقطع خيارهما . لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبه مالو أكره صاحبه دونه . وذكر ابن عقيل من صُوَر الإكراه مالو رأيا سَبُعاً ، أو ظالماً خَشِياه ، فهربا فزعاً منه . أو حملهما سَيْلٌ أو فرّقت ريحٌ بينهما .

٢٧٥٤ فصـــــل

وإن خرس أحدُهما قامت إشارتُه مقام لفظه . فإن لم تُفهم إشارته أو جُن ـ أو أُغمي عليه قام وليُّه من الأب ، أو وصيُّه أو الحاكم مقامه : وهذا مذهب الشافعيّ . وإن مات أحدهما بطل خياره . لأنه قد تعذر منه الخيار ، والخيار لايورث وأما الباقي منهما فيبطُل خياره أيضاً . لأنه يبطل بالتفرّق . والتفرق بالموت أعظم . ويحتمل أن لايبطُل . لأنّ التفرق بالأبدان لم يحصُل . فإن حُمِل الميّت بطل الخيار . لأنّ الفرقة حصلت بالبدن ، والروح معاً .

٢٧٥٥ فصـــــل

وقد رَوى عمرو بن شُعَيب ، عن ابنـه ، عن جدّه : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « الْبَائِـعُ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا ، إلاَّ أَنْ تَـكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ . فلا يَحِلّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ » رواه النسائيّ ، والأثرم ، والترمذيّ . وقال : حـديث حسن . وقوله : « إلاَّ أَنْ تَـكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ » يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار . فإنه لايلزم بتفرقهما ، ولا يـكون تفرقهما غايةً للخيار فيه ، لـكونه ثابتاً بعد تفرقهما . ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطا فيه أن لايكون بينهما فيه خيار فيلزم بمجرّد العقد من غير تفرّق . وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحـد المتبايعين لصاحبه خشيةً من فسخ البيع . وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم . فإنه ذُكر له فعل ابن عمر ، وحديث عمرو بن شُعَيب ، فقال هذا الآن قول النبيّ صلى الله عليه وسلم . وهذا اختيار أبي بكر . وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد جواز ذلك . لأن ابن عمر : « كان إذا اشترى شيئاً يُعجبه فارق صاحِبَه » متفق عليه ، والأول أصحّ . لأنّ قول النبي ﷺ يقدّم على فعل ابن عمر . والظاهر أن ابن عمر لم يبلُغه هذا ، ولو علمه لما خالفه .

٢٧٥٦ ﴿ الفصل الثالث ﴾ أن ظاهر كلام الخِرَقيّ : أن الخيار يمتدّ إلى التفرّق . ولا يبطُل بالتخاير قبل العقد ، ولا بعده . وهو إحدى الروايتين عن أحمـد . لأن أكثر الروايات عن النبيّ صلى الله عليه وسلم : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا » من غـير تقييد ، ولا تخصيص . هكذا رواه حكيم بن حزام ، وأبو بَرْزَةَ ، وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر .

والرواية الثانية : أن الخيـار يبطُل بالتخايُر . اختـارها الشريف ابن أبي موسى ، وهـذا مذهبُ الشافعيّ ، وهو أصح ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : « وَإِنْ خَيَّرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ

فتبايعـا على ذلك فقد وجب البيع » يعنى لزم . وفى لفظ : « المتبايعان بالخيـار مالم يتفرّقا إلاّ أن يـكون البيع كان عن خيار . فإن كان البيع عن خيـار فقد وجب البيع » متفق عليه . والأخـذ بالزيادة أولى . والتخاير فى ابتداء العقد ، وبعده فى المجلس واحد ، فالتخايرُ فى ابتدائه أن يقول : بعتُـك ولا خيار بيننا ، ويقبل الآخر على ذلك . فلا يـكون لهما خيار . والتخايرُ بعـده : أن يقول كل واحـد منهما بعد العقد : اخترتُ إمضاء العقد ، أو إلزامه ، أو اخترت العقد ، أو أسقطتُ خيارى . فيلزم العقد من الطرفين ، وإن اختـار أحـدهما دون الآخر لزم فى حقّه وحده ، كما لو كان خيـار الشرط لهما ، فأسقط أحدهما خياره دون الآخر وقال أصحاب الشافعىّ : فى التخاير فى ابتداء العقد قولان ، أظهرها : لا يقطع الخيار . لأنه إسقاط للحقّ قبل سببه فـلم يجز كخيـار الشُّفعة ، فعلى هـذا هل يبطل العقد بهـذا الشرط ؟ على وجهين ، بناءً على الشروط الفاسدة .

ولنـا : قوله عليه السلام : « فإن خَيَّر أحدُهما صاحبَه فتبايَعا على ذلك فقـد وجب البيعُ » وقوله : « إلا أن يـكون البيعُ كان عن خيار . فإن كان البيعُ عن خيار وجب البيعُ » وهذا صريح فى الحـكم . فلا يعوّل على ماخالفه . ولأن ماأثر فى الخيـار فى المجلس أثّر فيه مقارناً للعقـد ، كاشتراط الخيار . ولأنه أحد الخيارين فى البيع . فجـاز إخلاؤه عنه ، كخيار الشرط . وقولهم : إنه إسقاط للخيـار قبل سببه ليس كذلك ، فإن سبب الخيـار البيعُ المطلَق . فأمّا البيعُ مع التخـاير فليس بسبب له . ثم لو ثبت أنه سبب الخيـار لـكن المـانع مقارن له ، فلم يثبُت حـكمه . وأما الشفيع فإنه أجنبىّ من العقد ، فلم يصحّ اشتراط إسقاط خياره فى العقد ، بخلاف مسـألتنا فإن قال أحدهما لصاحبه : اختر ، ولم يقـل الآخرُ شيئاً . فالساكت منهما على خياره ، لأنه لم يوجد منه مايُبطل خيارَه . وأما القائل فيحتمل أن يبطُل خيـاره . لما روى ابن عمر : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم . قال : « البيِّعـان بالخيـار مالم يتفرّقا ، أو يقول أحَدُهما لصاحِبِه : اختَرْ » رواه البخارىّ ، وأبو داود ، والنّسـائىّ . ولأنه جعـل لصاحبه ماملـكه من الخيار ، فسقط خياره . وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ . ويحتمل أن لا يبطُل خياره . لأنه خيّره ، فـلم يختر . فلم يؤثّر فيه ، كما لو جعـل لزوجته الخيـار فلم تختر شيئاً . ويُحمل الحديث على أنه خيّره فاختـار . والأول أولى لظاهر الحديث . ولأنه جعل الخيار لغيره . ويُفارق الزوجة ، لأنه ملّـكها مالا تملك ، فإذا لم تَقبل سقط وههنا كلّ واحد منهما يملك الخيار ، فلم يـكن قوله تمليـكاً . إنما كان إسقاطاً فسقط .

٢٧٥٧ « مسألة » قال : فإن تلفت السلعة ، أو كان عبداً فأعتقه المشترى ، أومات بطل الخيار ﴾ .

أما إذا تلفت السلعة فى مـدّة الخيـار فلا يخلو . إما أن تـكون قبل القبض أو بعده ، فإن كان قبل القبض ، وكان مـكيـلاً ، أو موزوناً انفسخ البيعُ . وكان من مال البائع ، ولا أعـلم فى هـذا خلافاً ، إلا أن يُتلفه المشترى ، فيـكون من ضمانه ويبطل خياره ، وفى خيار البائع روايتان . وإن كان المبيع غير

المكيل والموزون ، ولم يمنع البائع المشترى من قبضه . فظاهر المذهب : أنه من ضمان المشترى ، ويكون كتلفه بعد القبض . وأما إن تلف المبيع بعد القبض فى مدة الخيار فهو من ضمان المشترى ، ويبطل خياره ، وفى خيار البائع روايتان :

إحداهما : يبطل . وهو اختيار الخِرَقىّ ، وأبى بكر : لأنه خيار فسخ . فبطل بتلف المبيع ، كخيار الردّ بالعيب إذا تلف المعيب .

الرواية الثانية : لا يبطُل ، وللبائع أن يفسخ ، ويُطالب المشترى بقيمته . وهذا اختيار القاضى ، وابن عقيل ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « البَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا » . ولأنه خيار فسخ ، فلم يبطل بتلف المبيع ، كما لو اشترى ثوباً بثوب ، فتلف أحدهما ، ووجد الآخر بالثوب عيباً . فإنه يردّه ، ويرجع بقية ثوبه ، كذا ههنا . وأما إذا أعتقه المشترى ، فإن خياره يبطُل ، لأنه أتلفه . وفى بطلان خيار البائع روايتان ، كما لو تلف المبيع . وخيار المجلس . وخيار الشرط فى هذا كلّه سواء .

٢٧٥٨ فصل

ومتى تصرف المشترى فى المبيع فى مدّة الخيار تصرُّفاً يختصّ المِلك . بطل خيارُه ، كإعتاق العبد ، وكتابته ، وبيعه ، وهبته ، ووطء الجارية ، أو مُباشرتها ، أو لمسها لِشَهْوَةٍ ووقف المبيع ، وركوب الدابة لحاجته ، أو سفر ، أوحمله عليها ، أو سُكنَى الدار ، ورمّها ، وحصاد الزرع ، وقَصْلِ منه ، فما وُجد من هذا فهو رضاء بالمبيع ويبطل به خياره . لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء ، وبدلالته . ولذلك يبطل خيَار المُعْتَقَةِ بتمكينها الزوج من وَطئها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنْ وَطِئَكِ فلا خِيَارَ لَكِ » وهذا مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ . فأما ركوب الدابة لينظر سيرها ، والطّحن على الرحى ليعلم قدر طِحْنها ، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك ، فليس برضاً بالبيع . ولا يبطُل خياره ، لأن ذلك هو المقصود بالخيار ، وهو اختيار المبيع . وذكر أبو الخطاب وجهاً فى أن تصرّف المشترى لا يبطل خياره . ولا يبطل إلا بالتصريح بالرضا . ولا يصح . لأن هذا يتضمن إجازة البيع ، ويدل على الرضا به . فبطل به الخيار ، كصريح القول . ولأن التصريح إنما أبطل الخيار ، لدلالته على الرضا به . فما دل على الرضا به يقوم مقامه ، ككنايات الطلاق تقوم مقام صريحه ، وإن عرضه على البيع ، أو باعه بيعاً فاسداً ، أو عرضه على الرهن ، أو غيره من التصرفات ، أو وهبه ، فلم يقبل الموهوب له بطل خياره . لأن ذلك يدل على الرضا به . قال أحمد : إذا اشترط الخيار ، فباعه قبل ذلك بربح ، فالربح للمبتاع . لأنه وجب عليه حين عرّضه ، وإن استخدم المشترى المبيعَ . ففيه روايتان :

إحداهما : لا يبطل خياره . وقال أبو الصقر : قلت لأحمد : رجل اشترى جاريةً وله الخيار فيها يومين ، فانطلق بها ، فغَسَلَتْ رأسه ، أو غَمَزَتْ رِجْلَهُ ، أو طَحَنَتْ له ، أو خَبَزَتْ : هل يستوجبها بذلك ؟

قال : لا ، حتى يبلغ منها مالا يَحِلّ لغيره . قلت : فإن مَشَطها ، أو خَضَبها ، أو حَفَّها : هل يستوجبها بذلك ؟ قال : قد بطل خيارُه لأنه وضع يده عليها . وذلك لأن الاستخدام لايختص المِلك ، ويراد لتجربة المبيع : فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها . ونقل حرب عن أحمد : أنه يبطل خياره . لأنه انتفاع بالمبيع . أشبه لمسها لشهوة . ويمكن أن يقال : ماقصد به من الاستخدام تجربة المبيع لايبطل الخيار ، كركوب الدابة ليعلم سيرها ، وما لايقصد به ذلك يبطل الخيار ، كركوب الدابة لحاجته . وإن قبّلت الجارية المشترى لم يبطل خياره ، وهذا مذهب الشافعىّ . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يبطُل خياره إذا لم يمنعها . لأن إقراره لها على ذلك يجرى مجرى استمتاعه بها . وقال أبو حنيفة : إن قَبّلته لشهوةٍ بطل خيارُه . لأنه استمتاع يختص المِلك ، فأبطل خياره ، كقُبلته لها .

ولنا : أنها قُبلة لأحد المتعاقدين ، فلم يبطُل خياره . كما لو قبّلت البائع . ولأن الخيار له ، لا لها . فلو ألزمناه بفعلها لألزمناه بغير رضاه ، ولا دلالة عليه وفارق ما إذا قبّلها . فإنه وُجد منه مايدلّ على الرضا بها . ومتى بطل خيار المشترى بتصرفه فخيار البائع باقٍ بحاله . لأن خياره لا يبطُل برضا غيره ، إلا أن يكون تصرف المشترى بإذن البائع ، فإنه يُبطل خيارهما معاً لوجود الرضا منهما بإبطاله . وإن تصرف البائع فى المبيع بما يفتقر إلى الملك كان فسخاً للبيع . وهذا مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لما ذكرناه فى المشترى ، ولأنه أحدُ المتعاقدين ، فتصرفه فى المبيع اختيار له كالمشترى . وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا ينفسخ البيع بذلك ، لأن المِلك انتقل عنه ، فلم يكن تصرفه فيه استرجاعاً له ، كمن وَجَدَ ماله عند مُفلس ، فتصرف فيه .

٢٧٥٩ فصـــل

وينتقل الملك إلى المشترى فى بيع الخيار بنفس العقد فى ظاهر المذهب ، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما ، أيهما كان . وهذا أحد أقوال الشافعىّ . وعن أحمد : إن الملك لا ينتقل حتى ينقضىَ الخيار . وهو قول مالك . والقول الثانى للشافعىّ ، وبه قال أبو حنيفة : إذا كان الخيار لهما ، أو للبائع . وإن كان للمشترى خرَج عن ملك البائع ، فلم يدخل فى ملك المشترى . لأن البيع الذى فيه الخيار عقدٌ قاصرٌ ، فلم يَنقُل المِلك ، كالهبة قبل القبض . والقول الثالث للشافعىّ : أن الملك موقوف مُراعًى ، فإن أمضيا البيع تبينَّا أن الملك للمشترى ، وإلا تبينّا أنه لم ينتقل عن البائع .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » رواه مسلم . وقوله : « مَنْ بَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » متفق عليه . فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه . وهو عامّ فى كل بيع . ولأنه بيع صحيح ، فنَقَلَ الملك عقيبَه . كالذى لاخيار له . ولأن البيع تمليك . بدليل قوله : ملّكتك . فيثبُت به الملك ، كسائر البيع . يحققه :

أن التمليك يدل على نقـل الملك إلى المشـترى ، ويقتضيـه لفظُه ، والشرع قد اعتبره ، وقضى بصحتـه . فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ، ويدل عليه لفظُه . وثبوت الخيار فيه لايُنافيه ، كما لو باع عَرْضاً بعَرْضٍ ، فوجد كلٌّ واحد منهما بما اشتراه عيباً . وقولهم إنه قاصر غيرُ صحيح . وجواز فسخه لا يوجب قُصُوره ، ولا يمنع نقل الملك ، كبيع المعيب ، وامتناع التصرّف إنما كان لأجل حق الغير . فلا يمنع ثبوت الملك ، كالمرهون ، والمبيـع قبل القبض . وقولهم : إنه يخرُج من ملك البائع ، ولا يدخُـل فى ملك المشـترى ، لا يصح . لأنه يُفضى إلى وجود ملكٍ لامالِكَ له ، وهو محـال . ويُفضى أيضاً إلى ثبوت الملك للبـائع فى الثمن من غـير حصول عِوَضِه للمشترى ، أو إلى نقل ملـكه عن المبيع مـن غير ثبوته فى عِوَضِه . وكون العقد مُعاوضةً يأبَى ذلك . وقول أصحـاب الشافعىّ : إن الملك موقوف إن أمضيا البيـع تبينّا أنه انتقل وإلا فلا ، غيرُ صحيح أيضاً . فإنّ انتقال الملك إنمـا ينبنى على سببه الناقل له ، وهو البيع . وذلك لايختلف بإمضائه ، وفسخه . فإن إمضاءه ليس من المقتضى ، ولا شرطاً فيه . إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله ، والفسخ ليس بمانع ، فإن المنع لايتقدم المانع . كما أن الحـكم لايسبق سببه ، ولا شرطه . ولأن البيع مع الخيار سببٌ يثبُت الملكُ عقيبه فيما إذا لم يُفسخ . فوجب أن يثبته ، وإن فُسِخَ . كبيع المعيب وهذا ظاهر إن شاء الله .

٢٧٦٠ فصــــل

وما يحصُل من غلاّت المبيع ، ونمائه المنفصل فى مدة الخيار فهو للمشترى ، أمضيا العقد ، أو فَسَخاه . قال أحمد فيمن اشترى عبداً فوُهِب له مالٌ قبل التفرق ، ثم اختار البائع العبدَ : فالمـالُ للمشترى . وقال الشافعىّ : إن أمضيا العقدَ ، وقلنا : الملك للمشترى ، أو موقوف فالنماء المنفصل له : وإن قلنا : الملك للبائع فالنماء له ، وإن فسخا العقد ، وقلنا : الملك للبائع ، أو موقوف . فالنماء له ، وإلا فهو للمشترى .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « الْخَراجُ بِالضَّمَانِ » . قال الترمذىّ : هـذا حديث صحيح ، وهذا من ضمان المشترى . فيجب أن يكون خراجُه له . ولأن الملك ينتقل بالمبيع على ماذكرنا . فيجبُ أن يـكون نماؤه له ، كما بعد انقضاء الخيار . ويتخرّج أن يـكون النماء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد ، بناء على الرواية التى قلنا : إن الملك لاينتقلُ . فأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع ، أمضيا العقد أو فسخاه ، كما يتبعه فى الردّ بالعيب ، والمقايلة .

٢٧٦١ فصــــل

وضمان المبيع على المشترى إذا قبضه ، ولم يكن مكيلاً ولا موزوناً . فإن تلف ، أو نقص ، أو حدث به عيب فى مدة الخيار فهو من ضمانه . لأنه مَلَـكَهُ وغلّته له . فـكان من ضمانه ، كما بعد انقضاء الخيار .

ومُؤنتهُ عليه ، وإن كان عبداً فهلّ هلالُ شوال ، ففطرته عليه لذلك . فإن اشترى حاملاً ، فولدت عنده في مدة الخيار ، ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها . لأنه مبيع حدثت فيه زيادة متصلة ، فلزمه ردّه بزيادته ، كما لو اشترى عبدين فسمن أحدُهما عنده . وقال الشافعيّ في أحد قوليه : لا يردّ الولد . لأنّ الحمل لا حكم له لأنه جزء متصل بالأمّ ، فلم يأخذ قسطاً من الثمن . كأطرافها .

ولنا : أن كلّ مايُقَسَّطُ عليه الثمن إذا كان مُنفصلاً يقسّطُ عليه إذا كان متّصلا ، كاللبن . وما قالوه يبطُل بالجزء المُشاع كالثلث ، والربع . والحكم في الأصل ممنوع . ثم يُفـارق الحملُ الأطرافَ . لأنه يئول إلى الانفصال . وينتفع به مُنفصلاً . ويصح إفراده بالعِتْق ، والوصيّة به ، وله . ويرث إن كان من أهل الميراث ، ويُفرَد بالدية ، ويرثها ورثتهُ . ولا يصح قولهم : إنه لا حكم للحمل ، لهـذه الأحكام ، وغيرها مما ذكرناه في غير هذا الموضع .

٢٧٦٢ فصـــل

وإن تصرّف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرُّفاً ينقل المبيع كالبيع ، والهبـة ، والوقف ، أو يشغَلُه ، كالإجارة ، والتزويج ، والرهن ، والـكتابة ، ونحـوها ، لم يصح تصرّفه ، إلا العتق ، سواء وُجد من البائع أو المشترى . لأن البائع تصرف في غير ملـكه ، والمشترى يُسْقِط حقّ البائع من الخيار ، واسترجاع المبيع . فلم يصحّ تصرّفه فيه ، كالتصرّف في الرهن ، إلا أن يكون الخيار للمشترى وحـده ، فينفذ تصرّفه ويبطُل خياره . لأنه لاحقّ لغيره فيـه ، وثبوت الخيار له لايمنع تصرّفه فيـه ، كالمعيب . قال أحمد : إذا اشترط الخيار ، فباعه قبـل ذلك بربح ، فالربحُ للمبتاع . لأنه قد وجب عليه حين عرضه ، يعني بطل خياره ، ولزمه . وهذا والله أعلم فيما إذا شرط الخيار له وحـده . وكذلك إذا قلنـا : إن البيع لاينقل الملك ، وكان الخيار لهما ، أو البائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح . لأنه ملـكه ، وله إبطال خيار غيره . وقال ابن أبي موسى في تصرّف المشترى في المبيع قبل التفرق ببيع ، أو هبة ، روايتان :

(إحداهما) لايصحّ . لأن في صحته إسقاطَ حق البائع من الخيار .

(والثانية) هو موقوف . فإن تفرّقا قبل الفسخ صحّ ، وإن اختار البائع الفسخ بطل بيعُ المشترى . قال أحمد في رواية أبي طالب : إذا اشترى ثوباً بشرط ، فباعه بربح قبل انقضاء الشرط يردّه إلى صاحبه إن طلبه . فإنّ لم يقدر على ردّه فللبائع قيمة الثوب ، لأنّه استهلك ثوبه ، أو يُصالحـه . فقوله : يرده إن طلبه يدل على أن وجوب ردّه مشروط بطلبـه . وقد رَوى البخاريّ عن ابن عمر : « أَنَّهُ كَانَ مَعَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم في سَفَرٍ . فـكان عَلَى بَـكْرٍ[1] صَعْبٍ . وكان يتقدّم النبيّ صلى الله عليـه

(١) البكر : الفتى القوى من الإبل ، والصعب : الذى لاينقاد بسهولة .

وسلم ، فيقول له أبوه : لايتقدَّم النبي صلى الله عليه وسلم أَحَدٌ . فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : بعنيه ، فقال عمر : هو لك يارسول الله ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم هُوَ لَكَ يَاعَبْدَ اللهِ بنَ عُمَرَ فَاصْنَعْ بِهِ مَاشِئْتَ » وهذا يدلّ على أن التصرّف قبل التفرّق جائز . وذكر أصحابنا فى صحة تصرف المشترى بالوقف وجهاً آخر . لأنه تصرّف يُبطل الشُّفعة . فأشبه العِتْق . والصحيح : أنه لايصح شيء من هذه التصرفات لأن المبيع يتعلق به حق البائع تعلقاً يمنع جواز التصرف ، فمنع صحته كالرهن ، ويُفارق الوقف العتق . لأن العتق مبنىّ على التغليب ، والسِّراية ، بخلاف الوقف . وأما حديث ابن عمر فليس فيه تصريحٌ بالبيع . فإن قول ابن عمر : « هُوَ لَكَ » يحتمل أنه أراد هِبةً ، وهو الظاهر ، فإنه لم يذكر ثمناً ، والهبة لايثبُت فيها الخيار . وقال الشافعىّ : تصرف البائع فى المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيحٌ . لأنه إما أن يكون على ملكه ، فيملكُ بالعقد عليه ، وإما أن يكون للمشترى ، والبائع يملك فسخه، فجعل البيع والهبة فسخاً ، وأما تصرف المشترى فلا يصح ، إذا قلنا : الملك لغيره . فإذا قلنا : الملك له ففى صحة تصرفه وجهان :

ولنا : على إبطال تصرف البائع أنه تصرف فى ملك غيره بغير ولايةٍ شرعيَّةٍ ، ولا نيابةٍ عُرفيَّة . فلم يصحّ ، كما بعدالخيار . وقولهم : يملك الفسخ قلنا : إلاَّ أن ابتداء التصرّف لم يُصادف ملكه ، فلم يصحّ كتصرف الأب فيما وهب لولده قبل استرجاعه ، وتصرّف الشفيع فى الشِّقْصِ المشفوع قبل أخذه .

٢٧٦٣ فصـــل

وإن تصرف المشترى بإذن البائع بوَكالةِ المشترى صح التصرف ، وانقطـع خيارهما . لأن ذلك يدلُّ على تراضيهما بإمضاء البيع . فيقطعُ به خيارُهما ، كما لو تخايَرا . ويصحّ تصرّفهما ، لأن قطع الخيار حصل بالإذن فى البيع ، فيقع البيع بعد انقطاع الخيار . وإن تصرّف البائع بإذن المشترى احتمل أن يقع صحيحاً . لأن ذلك دليل على فسخ البيع ، أو استرجاع المبيع . فيقع تصرفه بعـد استرجاعه . ويحتمل أن لايصح . لأن البائع لايحتاج إلى إذن المشترى فى استرجاع المبيع . فيصيرُ كتصرّفه بغير إذن المشترى . وقد ذكرنا أنه لايصح . كذا هاهنا . وكل موضع قلنـا : إن تصرّف البائع لاينفذ : ولـكن ينفسخ به البيع ، فإنه متى أعاد ذلك التصرف ، أو تصرف تصرُّفاً سِوَاه صحّ . لأنه يفسخ البيع عاد إليه الملك . فصحّ تصرّفه فيه ، كما لو فسخ البيع بصريح قوله ، ثم تصرف فيه . وكذلك إن تقـدّم تصرفه ماينفسخ به البيـع ، صحّ تصرفه ، لما ذكرنا .

٢٧٦٤ فصـــل

وإن تصرف أحدهما بالعِتـق نفذ عِتقُ مَنْ حكمنا بالملك له ، وظـاهرُ المذهب : أن الملك للمشترى . فينفُذ عتقُه ، سواء كان الخيار لهما ، أولأحدهما . لأنه عتقٌ مِنْ مالك جائزِ التصرف . فنفذ ، كما بعد المـدة ، وقول النبي ﷺ : « لاَعِتْقَ فِيما لاَ يَمْلِكُ ابنُ آدَمَ » ، يدل بمفهومه على أنه ينفُذ فى المِلك .

وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق ، كما لو باع عبداً بجارية مُعَيَّنة ، فإن مشترى العبد ينفُذ عتقُه ، مع أن للبائع الفسخَ ، ولو وهب رجلٌ ابنه عبـداً ، فأعتقه نفذ عتقُه مع ملك الأب لاسترجاعه ، ولا ينفُذ عتق البائع فى ظـاهر المذهب . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، ومالك : ينفُذ عتقُه . لأنه ملـكه ، وإن كان الملك انتقل ، فإنه يسترجعُه بالعتق .

ولنا : أنه إعتاق من غير مالك ، فلم ينفُذ . كعتق الأب عبـد ابنه الذى وهبه إياه . وقد دلّلنا على أن الملك انتقل إلى المشترى . وإن قلنا بالرواية الأخرى ، وَأَنَّ الملك لم ينتقل إلى المشترى نفذ عتقُ البائع دون المشترى . وإن أعتق البائع والمشترى جميعاً ، فإن تقـدّم عتق المشترى فالحـكم على ماذكرنا . وإن تقدم عتق البائع فينبغى أن لا ينفُذ عتق واحد منهما . لأن البائع لم ينفُـذ عتقه لـكونه أعتق غير مملوكه ، ولـكن حصل بإعتاقه فسخ البيـع ، واسترجاع العبد . فلم ينفُذ عتقُ المشترى . ومتى أعاد البائع الإعتاق مرّةً ثانيةً نفـذ إعتاقه . لأنه عاد العبد إليـه . فأشبه مالو استرجعه بصريح قوله . ولو اشترى من يَعتِق عليه جرى مجرى إعتاقه بصريح قوله . وقد ذكرنا حكمه . وإن باع عبداً بجاريةٍ بشرط الخيار ، فأعتقهما نفذ عتق الأمةِ دون العبـد . وإن أعتق أحدَهما ، ثم أعتق الآخر نظرتَ . فإن أعتق الأمةَ أَوّلاً نفـذ عتقُها ، وبطل خيارُه ، ولم ينفُذ عتقُ العبد . وإن أعتق العبد أوّلاً انفسخ البيعُ ، ورجع إليه العبدُ ، ولم ينفُذ إعتاقه . ولا ينفذ عتقُ الأمةِ لأنها خرجت بالفسخ عن مِلْـكه ، وعادت إلى سيِّدها البائعِ لها .

٢٧٦٥ فصـــــل

إذا قال لعبده : إذا بعتُك فأنت حرّ ، ثم باعه ، صار حُرًّا . نص عليه أحمد وبه قال الحسن ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، والشافعىّ ، وسواء شرطا الخِيارَ أو لم يشرطاه . وقال أبو حنيفة والثورىّ : لا يَعتقُ لأنه إذا تمّ بيعُه زال مِلْـكه عنه ، فلم ينفُذ إعتاقه له .

ولنا : أن زمن انتقال الملك زمن الحُرّية . لأن البيـع سببٌ لنقل الملك ، وشرط للحرّية . فيجب تغليب الحرّية ، كما لو قال لعبده إذا مُتُّ فأنت حرّ ، ولأنه علّق حرّيته على فعله للبيـع . والصادر منه فى البيع إنما هو الإيجابُ ، فمتى قال للمشترى : بعتُك فقد وُجِدَ شرط الحرّية ، فيعتق قبل قبول المشترى . وعلّله القاضى بأن الخيار ثابتٌ فى كلّ بيع ، فلا ينقطع تصرّفه فيه . فعلى هذا لو تخايرا ، ثم باعه لم يعتق . ولا يصحّ هذا التعليل على مذهبنا . فإننا ذكرنا أن البائع لو أعتق فى مدّة الخيار لم ينفُذ إعتاقه .

٢٧٦٦ فصـــــل

ولا يجوز للمشترى وطء الجارية فى مدة الخيار إذا كان الخيار لهما ، أو للبائع وحده . لأنه يتعلّق بها حق البائع ، فلم يُبَح له وطؤها كالمرهونة . ولا نعلم فى هذا اختلافاً . فإن وطئها فلا حدّ عليه . لأن الحدّ يُدْرَأُ بشُبهة المِلك ، فبحقيقته أولى ، ولا مهر لها ، لأنها مملوكتُه . وإن عَلِقَتْ منه ، فالولد حرّ ، يلحقه

نسبُه . لأنه من أمَتِه ، ولا يلزمه قيمتُه . وتصير أمَّ ولدٍ له ، وإن فسخ البائع البيع رجع بقيمتها . لأنه تعذَّر الفسخُ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها . لأنه حدث فى ملك المشترى . وإن قلنا : إن الملك لا ينتقلُ إلى المشترى ، فلا حدَّ عليه أيضاً . لأن له فيها شُبْهَةً ، لوجود سبب نَقْلِ الملك إليه . واختلاف أهل العلم فى ثبوت الملك له ، والحدّ يُدرأ بالشبُهات ، وعليه المهرُ ، وقيمة الولد يكون حكمها حكم نمائها . وإن علم التحريم . وَأنَّ ملكه غيرُ ثابت فولده رقيق . وأما البائع فلا يحلّ له الوطء قبل فسخ البيع . وقال بعض أصحاب الشافعىّ : له وطؤها ، لأن البيع ينفسخ بوطئه . فإن كان الملك انتقل رجعتْ إليه . وإن لم يكن انتقل انقطع حقّ المشترى منها ، فيكون واطئاً لمملوكته التى لا حقّ لغيره فيها .

ولنا : أن الملك انتقل عنه ، فلم يحلّ له وطؤها . لقول الله تعالى (٢٣ : ٦ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ ، أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ، فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ) . ولأنَّ ابتداء الوطء يقع فى غير ملكه ، فيكون حراماً ، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم تحل له حتى يستبرئها ، ولا يلزمه حد . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ . وقال بعض أصحابنا : إن علم التحريم ، وأنَّ مِلْكَهُ قَدْ زَالَ ، ولا ينفسخ بالوطء . فعليه الحدّ . وذكر أنّ أحمد نصّ عليه . لأنّ وطأه لم يصادف مِلْكاً وَلاَ شُبهةَ مِلك .

ولنا : أن ملكه يحصُل بابتداء وَطْئه . فيحصُل تمامُ الوطء فى مِلكه ، مع اختلاف العلماء فى كون الملك له . وحِلِّ الوطء له . ولا يجب الحدّ مع واحدة من هذه الشبهات . فكيف إذا اجتمعت ؟ مع أنه يحتمل أن يحصُل الفسخُ بالملامسة قبل الوطء . فيكون الملك قد رجع إليه قبل وطئه . ولهذا قال أحمد فى المشترى : إنها قد وجبت عليه حين وَضَعَ يده عليها . فيما إذا مَشَطَها ، أو خَضَبها . أو حفَّها . فبوَضعِ يَدِهِ عليها للجماع ، ولَمْسِ فرجها بفرجه أولى فعلى هذا يكون ولده منها حراً ، ونسبُه لاحقٌ به ، ولا يلزمه قيمتُه ، ولا مهر عليه ، وتصيرُ الأمة أمَّ ولده . وقال أصحابنا : إن علم التحريم فولدُه رقيق ، ولا يلحقُه نسبُه . فإن لم يعلم لحقه النسبُ ، وولده حرّ ، وعليه قيمتُه يوم الولادة ، وعليه المهرُ ، ولا تصيرُ الأمة أمّ ولده ، لأنه وطئها فى غير مِلكه .

٢٧٦٧ فصل

ولا بأس بنقد الثمن ، وقبض المبيع فى مدة الخيار . وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وكرهه مالك . قال : لأنه فى معنى بيع ، وسلَفٍ ، إذا أقبضه الثمن ، ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه .

ولنا : أن هذا حكم من أحكام البيع . فجاز فى مدَّة الخِيار ، كالإجارة . وما ذكره لا يصحّ . لأننا لم نجز له التصرف فيه .

٢٧٦٨ فصـــــل

قول الخِرَقِيّ : « أو مات » . الظاهر أنه أراد العبد ، ورد الضمير إليه . وهو فى معنى قوله : أو تلفت السلعةُ . ويحتمل أنه ردّ الضميرَ إلى المشترى . وأراد إذا مات المشترى بطل الخيارُ . لأن موت العبد قد تناوله بقوله : أو تَلِفَتِ السلعةُ . والُحكم فى موت البائع والمشترى واحدٌ . والمذهبُ أن خيار الميّت منهما يبطُل بموته ، ويبقى خيار الآخَر بحاله . إلا أن يكون الميِّت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه . فيكون لورثته ، وهو قول الثورىّ ، وأبى حنيفة . ويتخرّج أن الخيار لايبطُل ، وينتقل لورثته ، لأنه حقٌ مالىٌ . فينتقل إلى الوارث ، كالأجَل ، وخيار الردّ بالعيب . ولأنه حق فسخ للبيع ، فينتقل إلى الوارث . كالرد بالعيب ، والفسخ بالتحالُف . وهذا قول مالك ، والشافعىّ .

ولنا : أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه ، فلم يُورَث ، كخيار الرجوع فى الهبة .

٢٧٦٩ « مسألة » قال ﴿ وإذا تفرّقا بغير فسخ لم يكن لأحدهما ردُّه إلا بعيبٍ أو خيار ﴾ .

لاخلاف فى أن البيع يلزم بعد التفرّق مالم يكن سببٌ يقتضى جوازه . وقد دل عليه قولُ النبى ﷺ : « وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهما البيعَ ، فَقَدْ وَجَبَ البيعُ » . وقوله : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا » جعل التفرّق غايةً للخيار . وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفاً لما قبلها . إلا أن يجد بالسلعة عيباً فيردّها به ، أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مُدَّةً معلومة فيملك الردّ أيضاً ولا خلاف بين أهل العلم فى ثبوت الردّ بهذين الأمرين . وقد قال النبىُّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » استشهد به البخارىّ . وفى معنى العيب : أن يدلّس المبيع بما يختلف به الثمن ، أو يشترط فى المبيع صفةً يختلف بها الثمن فيتبيَّن بخلافه فيثبُت له الخيار أيضاً . ويقرب منه مالو أخبره فى المرابحة فى الثمن أنه حالٌ ، فبان مؤجَّلاً . ونحو هذا . ونذكر هذا فى مواضعه

٢٧٧٠ فصـــــل

ولو ألحقا فى العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يلحقه لأن لهما فسخ العقد ، فكان لهما إلحاقُ الخيار به كحالة المجلس .

ولنا : أنه عقد لازم ، فلم يصِرْ جائزاً . بقولهما : كالنكاح وفارق حال المجلس لأنه جائز .

٢٧٧١ فصـــــل

وكلام الِخرَقِىّ يحتمِلُ أن يريد به بُيوع الأعيان المرئية . فلا يكون فيه تعرّض لبيع الغائب . ويحتمل أنه أراد كلّ مايُسمّى خياراً . فيدخُل فيه خيار الرؤية وغيره . وفى بيع الغائب روايتان : أظهرها أنّ الغائب الذى لم يوصف ، ولم تتقدّم رؤيته لايصحّ بيعه . وبهذا قال الشعبىّ ، والنخعىّ ، والحسن ،

والأوزاعيّ ، ومالك ، وإسحاق . وهو أحد قولي الشافعيّ : وفي رواية أخرى : أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة ، والقول الثاني للشافعي ، وهل يثبُت للمشترى خيارُ الرؤية ؟ على الروايتين : أشهرها ثبوتُه ، وهو قول أبي حنيفة . واحتجّ من أجازه بعموم قول الله تعالى: (وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) . وروى عن عثمان وطلحة : أنهما تبايعا داريْهما بالـكوفة ، والأخرى بالمدينة . فقيل لعثمان : إنّك قد غبنت ، فقال : ماأبالى لأنّى بعتُ مالم أره . وقيل لطلحة فقال : لِيَ الخِيـارُ ، لأَننى اشـتريت مالم أرَه . فتحاكما إلى جُبَير . فجعل الخيار لطلحةَ . وهـذا اتفاقٌ منهم على صحّة البيع ، ولأنه عقدُ مُعاوضة ، فـلم تفتقر صحّته إلى رؤية المعقود عليه ، كالنكاح .

ولنا مارُوى « عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ » . رواه مسلم . ولأنه باع مالم يره ، ولم يوصف له ، فلم يصحّ . كبيع النوى في التمر . ولأنه نوع بيع ، فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع ، كالسَّلَم ، والآية مخصوصةٌ بالأصـل الذى ذكرناه . وأما حديث عثمان ، وطلحة . فيحتمـلُ أنهما تبايعا بالصِّفَةِ على أنه قولُ صحـابيّ ، وفي كونه حُجّةً خـلافٌ . ولا يُعارض به حـديث رسول الله ﷺ : « والنِّـكاحُ لا يُقْصَدُ مِنْهُ المعاوضَةُ ، ولا يفسُد بفساد الْعِوَض ، ولا يُترك ذِكْرُه ، ولا يدخُله شئٌ من الخِيَارَاتِ » وفي اشـتراط الرؤية مشقة على المُخَـدَّرات وإضرارٌ بهنّ على أن الصفـات التى تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح . فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع . فإن قيل : فقد روى عن النبيّ صلى الله عليـه وسلم أنه قال : « مَنِ اشْتَرَى مَالَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إذَا رَآهُ » . والخيار لايثبُت إلا في عقد صحيح . قلنا : هذا يرويه عمر بن إبراهيم الـكرديّ ، وهو متروك الحديث . ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه ، وتركه .

إذا ثبت : هذا فإنه يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع . كداخل الثوب ، وشَعْر الجارية ونحوهما . فلو باع ثوباً مطويًّا ، أو عيناً حاضرةً ، لايشاهَدُ منها مايختلف الثمنُ لأجله ، كان كبيع الغائب . وإن حكمنا بالصحة . فللمشترى الخِيارُ عنـد رؤية المبيع في الفسخ والإمضاء ، ويـكون على الفور . فإن اختار الفسخَ فله ذلك ، وإن لم يفسخ لزم العقد . لأن الخيار خيار الرؤية ، فوجب أن يـكون عندها . وقيـل يتقيّد بالمجلس الذى وُجدت الرؤية فيه . لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ، فتقيّد بالمجلس ، كخيـار المجلس . وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ . لأن العقد غير لازم في حقه . فملك الفسخ كحالة الرؤية . وإن اختار إمضاء العقد ، لم يلزم . لأن الخيار يتعلق بالرؤية . ولأنه يؤدّى إلى إلزام العقـد على المجهول فيفضى إلى الضرر ، وكذلك لو تبايعـا ، بشرط أن لايثبت الخيـار للمشـترى لم يصحّ الشرط لذلك ، وهل يفسُد البيع بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

٢٧٧٢ فصـــــل

ويُعتبر لصحّة العقـد الرؤية من البائع ، والمشـترى جميعاً . وإن قلنا بصحّة البيع مع عدم الرؤية .

فباع مالم يره . فله الخيار عند الرؤية . وإن لم يره المشترى أيضاً ، فلكلٍّ واحد منهما الخيار . وبهذا قال الشافعىّ : وقال أبو حنيفة : ليس له الخيار . لحديث عثمان وطلحة . ولأننا لو جعلنا له الخيار ، لثبت لتوهّم الزيادة . والزيادة فى المبيع لاتُثبت الخيار . وكذلك لو باع شيئاً على أنه معيب ، فبان غير معيب . لم يثبتْ له الخيار .

ولنا : أنه جاهل بصفة المعقود عليه ، فأشبه المشترى . فأما الخبر فإنه قول جبير وطلحة . وقد خالفهما عثمان ، وقوله أولى . لأن البيع يُعتبر فيه الرضى منهما ، فتُعتبر الرؤية التى هى مَظِنّة الرضى منهما .

٢٧٧٣ فصـــــل

وإذا وصف المبيع للمشترى . فذكر له من صفاته مايكفى فى صحة السَّلَم صح بيعه فى ظاهر المذهب . وهو قول أكثر أهل العلم . وعن أحمد : لايصحّ حتى يراه . لأن الصفة لاتحصُل بها معرفةُ المبيع ، فلم يصحّ البيع بها ، كالذى لايصح السلم فيه .

ولنا : أنه بيع بالصفة ، فصحّ كالسّلم ، ولا نسلّم أنه لاتحصل به معرفة المبيع ، فإنّها تحصُل بالصفات الظاهرة التى يختلف بها الثمن ظاهراً ، وهذا يكفى ، بدليل أنه يكفى فى السَّلم ، وأنه لايُعتبر فى الرؤية الاطلاع على الصفات الخفيّة ، وأمّا مالا يصحّ السلَم فيه ، فلا يصحّ بيعُه بالصفة لأنّه لايمكن ضبطه بها . إذا ثبت هذا : فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخُ . وبهذا قال محمد بن سيرين ، وأيّوب ، ومالك ، والعنبرىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه : له الخيار بكلّ حالٍ ، لأنه يُسمّى ببيع خيار الرؤية ، ولأنّ الرؤية من تمام العقد ، فأشبه غير الموصوف . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كالمذهبين .

ولنا : أنه سلَّم له المعقود عليه بصفاته ، فلم يكن له الخيار ، كالمسلم فيه ، ولأنّه مبيع موصوف ، فلم يكن للعاقد فيه الخيار فى جميع الأحوال ، كالسلَم . وقولهم : إنه يُسمّى بيع خيار الرؤية لانعرف صحّته ، فإن ثبت فيحتمل أن يُسمّيه من يرى ثُبوت الخيار ، ولا يُحتجّ به على غيره . فأما إن وجده بخلاف الصفة ، فله الخيار ، ويسمّى خيار الخُلف فى الصفة . لأنه وَجد الموصوف بخلاف الصفة ، فلم يلزمه كالسلَم ، وإن اختلفا ، فقال البائع : لم تختلف الصفة ، وقال المشترى : قد اختلفت فالقولُ قولُ المشترى . لأن الأصل براءة ذمّته من الثمن ، فلا يلزمه مالم يقرّ به ، أو يثبت ببينة ، أو مايقوم مَقامها .

٢٧٧٤ فصـــــل

والبيع بالصفة نوعان :

أحدهما : بيع عين مُعيّنة . مثل أن يقول : بعتُك عبدى التركىّ ، ويذكر سائر صفاته ، فهذا ينفسخ

العقدُ عليه بردّه على البائع ، وتلفه قبل قبضه ، لكون المعقود عليه مُعيناً ، فيزول العقد بزوال محلّه ، ويجوز التفرّق قبل قبض ثمنه ، وقبضه كبيع الحاضر .

الثاني : بيع موصوف غير معيّن ، مثل أن يقول : بعتُك عبداً تركيًّا ، ثم يَسْتقصِي صفات السلَم ، فهذا في معنى السلَم ، فمتى سلّم إليه عبداً على غير ماوصف فردّه ، أو على ماوصف فأبدله ، لم يفسُد العقدُ ، لأن العقد لم يقع على غير هذا ، فلم ينفسخ العقدُ بردّه ، كما لو سلم إليه في السلَم غير ماوصف له ، فرده . ولايجوز التفرّق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع ، أو قبض ثمنه . وهذا قول الشافعيّ : لأنه بيع في الذمّة فلم يجز التفرّق فيه قبل قبض أحد العِوَضين ، كالسلم . وقال القاضي : يجوز التفرّق فيه قبل القبض ، لأنه بيعٌ حالٌ فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين .

٢٧٧٥ فصل

إذا رأيا المبيع ، ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لاتتغير العينُ فيه جاز في قول أكثر أهل العلم . وحُكي عن أحمد روايةٌ أخرى : لايجوز حتى يرياها حالةَ العقد . وحُكي ذلك عن الحَكَم ، وحمّاد ، لأن ماكان شرطاً في صحّة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد ، كالشهادة في النكاح .

ولنا : أنه معلوم عندهما ، أشبه مالو شاهداه حالة العقد ، والشرط إنما هو العلم ، وإنما الرؤية طريق للعلم ، ولهذا اكتفى بالصفة المحصِّلة للعلم . والشهادةُ في النكاح تُراد لحلّ العقد ، والاستيثاق عليه . فلهذا اشتُرِطت حال العقد ، ويقرّر ماذكرناه مالو رأيا داراً ، ووقفا في بيت منها ، أو أرضاً ووقفا في طريقها ، وتبايعاها صح بلا خلاف ، مع عدم المشاهدة للكلّ في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطةُ للبيع مشروطةً حالَ العقد لاشتُرِط رؤية جميعه ، ومتى وُجد المبيع بحاله لم يتغيّر لزم البيعُ ، وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار ، لأن ذلك كحدوث العيب ، وإن اختلفا في التغيّر . فالقولُ قولُ المشتري مع يمينه . لأنه يلزمه الثمن ، فلا يلزمه مالم يعترف به . فأما إن عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدّةٍ يتحقّق فيها فسادُ المبيع لم يصحّ البيعُ ، لأنه ممّا لايصحّ بيعه . وإن لم يتغيّر فيها لم يصحّ بيعُه ، لأنه مجهول ، وكذلك إن كان الظاهرُ تغيّره . فأما إن كان يحتمل التغيّر وعدمَه ، وليس الظاهر تغيّره صح بيعه . لأن الأصل السلامة ، ولم يُعارضه ظاهر ، فصحّ بيعه ، كما لو كانت الغيبة يسيرةً ، وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ .

٢٧٧٦ فصل

ويثبُت الخيار في البيع للغَبْن في مواضع . أحدها : تَلقِّي الركبان إذا تلقّاهم ، فاشترى منهم ، وباعهم ، وغَبَنَهم . الثاني : بيع النَّجْشِ . ويُذكران في مواضعهما . الثالث : المسترسِلُ إذا غُبِن غبناً يخرُج عن العادة ، فله الخيار بين الفسخ والإمضاء . وبهذا قال مالك . وقال ابن أبي موسى ، وقد قيل قد لزمه

البيع ، وليس له فسخه ، وهذا مذهبُ أبي حنيفة ، والشافعيّ ، لأن نُقصان قيمة السلعة مع سلامتها لايمنع لزوم العقد . كبيع غير المسترسِل ، وكالغَبْن اليسير .

ولنا : أنه غبنٌ حصل لجهله بالمبيع ، فأثبت الخيار ، كالغبن في تلقّي الركبان ، فأما غـيرُ المسترسِل ، فإنه دخل على بصيرة بالغَبْن ، فهو كالعالم بالعيب ، وكذا لو استعجل ، فجهل مالو تثبت لعلمه لم يكن له خيار ، لأنه انبنى على تقصيره ، وتفريطه . والمسترسِلُ هو الجاهل بقيمة السلعة ، ولا يُحسن المُبايعةَ . قال أحمد : المسترسل الذي لايُحسن أن يُماكِسَ ، وفي لفظ : الذي لايماكس : فكأنه استرسل إلى البائع ، فأخذ ماأعطاه من غير مماكسة ، ولا معرفة بِغَبْنه . فأما العالم بذلك ، والذي لو توقف لعرف ، إذا استعجل في الحال ، فغُبِنَ ، فلا خيار لهما . ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد . وحدَّه أبو بكر في التنبيه ، وابن أبي موسى في الإرشاد بالثلث ، وهو قول مالك ، لأن الثلث كثير ، بدليل قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » وقيل بالسدُس ، وقيل مالا يتغابَنُ الناس به في العادة ، لأن مالا يَرِدُ الشرع بتحديده يُرْجَعُ فيه إلى العُرْف .

٢٧٧٧ فصــــل

وإذا وقع البيـع على غير مُعيَّن ، كقَفيزٍ من صُبْرةٍ ، ورطل زيتٍ من دَنٍّ فمقتضى قول الخِرَقيّ إذا تفرّقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما ردُّه إلا بعيب ، أو خيـار ، لأنّ البيع ههنا يلزم بالتفرّق ، سواء تقابضا ، أو لم يتقابضا . وقال القاضي : البيعُ لايلزم إلا بالقبض ، كالمكيل ، والموزون ، وهـذا تصريح بأنه لايلزم قبل قبضـه . وذكر في موضع آخر : من اشترى قفيزَيْنِ من صُبْرَتَيْنِ ، فتلفت إحداهما قبل القبض ، بطل العقـد في التالف دون الباقي ، رواية واحـدةً ، ولا خيار للبائع . وهـذا يدل على اللزوم في حق البائع قبل القبض ، فإنه لو كان جائزاً كان له الخيار ، سواء تلفت إحداهما ، أو لم تتلف ، ووجه الجواز : أنه مبيعٌ لايملك بيعه ، ولا التصرف فيه ، فكان البيـعُ فيه جائزاً ، كما قبل التفرق . ولأنه لو تلف لكان من ضمان البائع . ووجه الأول : قولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم : « وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ تَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ أَحَدُهُما الْبَيْعَ فَقَدْ وَجَبَ الْبَيْعُ » . وما ذكرناه للقول الآخر ينتقِضُ ببيع ماتقدّمت رؤيته ، وبيع الموصوف ، والسلَم . فإنّ ذلك لازم مع ماذكرناه ، وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين .

٢٧٧٨ « مسألة » قال ﴿ والخيار يجوز أكثر من ثلاث ﴾ .

يعني : ثلاث ليال بأيامها ، وإنما ذكر الليالي لأن التاريخ يغلبُ فيه التأنيث ، قال الله تعالى : (٧ : ١٤٢ وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتْمَمْنَاهَا بِعَشْرٍ ، فَتَمَّ مِيقَاتُ رَبِّهِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً) . وقال تعالى : (يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً) . وفي حديث حَبَّان : « وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثاً » ويجوز اشتراط الخيار مايتفقان عليه من المدّة المعلومة ، قلَّتْ مُدّتُه أو كثرت . وبذلك قال أبو يوسف ، ومحمد

وابن المنـذر . وحُـكى ذلك عن الحسن بن صالح ، والعنبرىّ ، وابن أبى ليلى ، وإسحاق . وأبى ثور .
وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة ، مثل قرية لايصل إليها فى أقلّ من أربعة أيام ، لأن الخيار لحاجته فيقدر بهـا . وقال أبو حنيفة والشافعىّ : لايجوز أكثر من ثلاث ، لمـا رُوى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ماأَجِدُ لَـكُمْ أَوْسَعَ مِمَّا جَعَلَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم لِحَبَّانَ جَعَلَ لَهُ الخِيَارَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِنْ رَضِيَ أَخَذَ ، وَإِنْ سَخِطَ تَرَكَ . وَلِأَنَّ الخِيَارَ يُنَافِي مُقْتَضَى البَيْعِ . لأنه يمنع الملك ، واللزوم وإطلاق التصرّف ، وإنما جاز لموضع الحاجة ، فجاز القليل منه ، وآخرُ حدّ القلة ثلاثٌ ، قال الله تعالى : (فقال تمتعوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ [1] — بعد قوله — فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ) .

ولنـا : أنه حقٌّ يعتمد الشرط ، فرجع فى تقـديره إلى مُشترطه ، كالأجَل ، أو نقول : مدة ملحقةٌ بالعقد ، فـكانت إلى تقدير المتعاقدين ، كالأجَل ، ولا يثبُت عندنا مارُوى عن عمر رضى الله عنه وقد رُوى عن أنس خلافُه ، وتقدير مالك بالحاجةِ لايصح ، فإن الحاجةَ لاُيمـكن ربطُ الحـكم بها ، لِخَفائها واختلافها ، وإنمـا يربط بمظِنَّتها وهو الإقدام . فإنه يصلُح أن يكون ضابطاً ، وربط الحـكم به فيما دون الثلاث ، وفى السلَم والأجَل . وقول الآخرين : إنه يُنافى مقتضى البيع لايصحّ ، فإن مقتضى البيـع نقلُ الملك ، والخيارُ لاينافيه ، وإن سلّمنا ذلك لـكن متى خولف الأصلُ لمعنًى فى محلّ وجب تعديةُ الحـكم لتعدّى ذلك المعنَى .

٢٧٧٩ فصـــــل

ويجوز شرط الخيـار لـكلّ واحدٍ من المتعاقدين ، ويجوز لأحدهما دون الآخر ، ويجوز أن يَشْرطا لأحدهما مدةً ، وللآخر دونهـا ، لأن ذلك حقّهما ، وإنمـا جُوِّز رفقاً بهما ، فـكيفما تراضيا به جاز ، ولو اشترى شيئين ، وشرط الخيار فى أحدهما بعينه دون الآخر صح . لأن أكثر مافيه أنه جمعٌ بين مبيع فيه الخيار ، ومبيع لاخيار فيـه ، وذلك جائز بالقياس على شراء مافيه شفعة ، ومالا شفعة فيـه ، فإنه يصح ، ويحصُل كل واحد منهما مَبيعاً بقِسطه من الثمن . فإن فسخ البيع ممـا فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن ، كما لو وجد أحدهما مَعيباً ، فردَّه ، وإن شرط الخيار فى أحدهما لابعينه ، أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لابعينه ، لمِيصحّ . لأنه مجهول ، فأشبه مالو اشترى واحداً من عبدين لابعينه ، ولأنه ُيفضى إلى التنازع وربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضدَّ مايطلبه الآخر ، ويدَّعى أننى المستحِقُّ للخيار ، أو يطلب مَنْ له الخيار ردّ أحد المبيعين . ويقول الآخر : ليس هـذا الذى شرطتُ لك الخيارَ فيـه . ويحتملُ أن لايصحّ شرط الخيار فى أحد المبيعين بعينه ، كما لايصحّ بيعهُ بقِسطه من الثمن ، وهذا الفصل كله مذهبُ الشافعىّ .

---

[1] بعض الآية ٦٥ من سورة هود ، وقد وردت فى جميع نسخ الأصل هكذا (فتمتعوا فى داركم ثلاثة أيام) وهو تحريف لم يتنبه إليه أحد .

٢٧٨٠ فصـــل

وإن شرط الخيـار لأجنبيّ صح ، وكان اشتراطاً لنفسه ، وتوكيلاً لغيره . وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك . وللشافعيّ فيه قولان :

(أحدهما) لايصحّ . وكذلك قال القاضى : إذا أطلق الخيار لفلان ، أوقال : لفلان دونى لم يصحّ . لأنَّ الخيار شرطٌ لتحصيل الحظّ لكلّ واحد من المتعاقدين بنظره ، فلا يكون لمن لاحظّ له فيه ، وإن جَعَل الأجنبيّ وكيلاً صحّ .

ولنا : أن الخيار يعتمد شرطهما ، ويُفوّض إليهما ، وقد أمكن تصحيح شرطهما ، وتنفيذ تصرّفهما على الوجه الذى ذكرناه ، فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه ، لقول النبيّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »[1] . فعلى هذا يكون لكلّ واحد من المشترط ، ووكيله الذى شُرط الخيار له الفسخُ ، ولو كان المبيع عبداً ، فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشترى ، لأنه بمنزلة الأجنبيّ ، وإن كان العاقد وكيلاً ، فشرط الخيارَ لنفسه صحّ . فإن النظر فى تحصيل الحظّ مُفوَّض إليه . وإن شرطه للمالك صحّ ، لأنه هو المالك ، والحظ له . وإن شرطه لأجنبيّ لم يصح ، لأنه ليس له أن يُوكّل غيره ، ويحتمل الجواز بناء على الرواية التى تقول : للوكيل التوكيلُ .

٢٧٨١ فصـــل

ولو قال بعتُك على أن أَسْتَأْمِرَ فُلَانًا ، وحدّد ذلك بوقتٍ معلوم فهو خيار صحيح ، وله الفسخ قبل أن يستأمره ، لأنّا جعلنا ذلك كناية عن الخيار ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعيّ . وإن لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيارٌ مجهول حكمُهُ حكمه .

٢٧٨٢ فصـــل

وإن شرط الخيار يوماً أو ساعاتٍ معلومةً اعتُبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد فى أحد الوجهين .

(والآخر) من حين التفرّق . لأن الخيار ثابتٌ فى المجلس حُكماً ، فلا حاجة إلى إثباته بالشرط . ولأن حالة المجلس كحالة العقد ، لأنّ لهما فيه الزيادة ، والنقصان ، فكان كحالة العقد فى ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه ، والأول أصحُّ . لأنها مدّةٌ ملحَقة بالعقد ، فكان ابتداؤها منه ، كالأجَلِ . ولأن الاشتراط سببُ ثبوت الخيار ، فيجب أن يتعقّبه حكمُهُ ، كالملك فى البيع ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق أدَّى إلى جهالته ، لأننا لانعلم متى يتفرقان ، فلا نعلم متى ابتداؤه ، ولايمنع ثبوت الحكم بسببين ، كتحريم الوطء بالصيام ، والإحرام ، والظِّهار . وعلى هذا لو شرطا ابتداءه من حين التفرق لم يصح ، لذلك ، إلا

---

[1] روى هذا الحديث براوية أخرى هى « عند شروطهم » وهوعن أنس بن مالك رضى الله عنه ، وهو حديث صحيح .

على الرواية التى تقول بصحة الخيار المجهول ، وإن قلنا : ابتداؤه من حين التفرق فشرطًا ثبوتَه من حين العقد صحّ ، لأنه معلوم الابتداء ، والانتهاء . ويحتمل أن لا يصحّ ، لأن الخيار فى المجلس يُغنى عن خيارٍ آخرَ ، فيمنع ثبوته ، والأول أولى ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا الفصل كلّه كما ذكرنا .

٢٧٨٣ فصل

وإن شرطا الخيار إلى الليل أو الغد ، لم يدخل الليلُ ، والغدُ فى مدة الخيار . وهذا مذهبُ الشافعىّ ويتخرّج أن يدخُل ، وهو مذهبُ أبى حنيفة ، لأنَّ إلى تُستعمل بمعنَى معَ ، كقوله تعالى : (وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ — وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ) والخيارُ ثابت بيقين ، فلا نُزيله بالشكِّ .

ولنا : أن موضوع إلى لانتهاء الغاية ، فلا يدخُل مابعدها فيما قبلها ، كقوله سبحانه : (ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ) ، وكالأجل . ولو قال : أنتِ طالقٌ من واحدةٍ إلى ثلاث ، أو : له علىَّ مِنْ درهم إلى عَشَرةٍ لم يدخُل الدرهمُ العاشرُ ، والطلقةُ الثالثةُ ، وليس ههنا شك . فإن الأصل حملُ اللفظ على موضوعه ، فكأنّ الواضع قال : متى سمعتمْ هذه اللفظةَ فافْهَمُوا منها انتهاءَ الغاية ، وفى المواضع التى استشهدوا بها حُملت على معنى معَ ، بدليل ، أو لتعذر حملها على موضوعها ، كما تُصْرَف سائر حروف الصِّلات عن موضوعها لدليل ، والأصلُ حملُها على موضوعها . ولأن الأصلَ لزوم العقد ، وإنما خُولف فيما اقتضاه الشرط ، فيثبُت مايتيقن منه ، وما شككنا فيه ، رددناه إلى الأصل .

٢٧٨٤ فصل

وإن شرط الخيار إلى طلوع الشمس ، أو إلى غروبها صحّ . وقال بعض أهل العلم : لايصحّ توقيتُه بطلوعها ، لأنها قد تتغيم ، فلا يُعلم وقت طلوعها .

ولنا : أنه تعليق للخيار بأمرٍ ظاهرٍ معلوم ، فصحّ كتعليقه بغروبها ، وطلوع الشمس برُوزُها من الأفقُ ، كما أن غروبها سُقُوط القُرْص ، ولذلك لو علّق طلاق امرأته ، أو عِتْقَ عبده بطلوع الشمس ، وقع ببرُوزها من الأفُق . وإن عرض غَيمٌ يمنع المعرفة بطلوعها ، فالخيارُ ثابت ، حتى يتيقّن طلوعها ، كما لو علّقه بغروبها ، فمنع الغيم المعرفة بوقته ، ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب ، أو إلى غيبتها تحته ، كان خياراً مجهولاً لايصح فى الصحيح من المذهب .

٢٧٨٥ فصل

وإذا شرطا الخيار أبداً ، أو متى شئنا ، أو قال أحدهما : ولىَ الخيارُ ، ولم يذكر مُدته ، أو شرطاه إلى مدةٍ مجهولة ، كقدوم زيد ، أو هبُوب ريح ، أو نزول مطرٍ ، أو مُشاورةِ إنسان ، ونحو ذلك ، لم

يصحّ فى الصحيح من المذهب . وهذا اختيار القاضى ، وابن عقيل ، ومذهب الشافعىّ . وعن أحمد : أنه يصحّ ، وهما على خيارهما أبداً ، أو يقطعاه ، أو تنتهى مدّته إن كان مشروطاً إلى مُدّة ، وهو قول ابن شُبْرُمَةَ ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . وقال مالك : يصحّ وتُضرب لها مدة يُختبر المبيع فى مثلها فى العادة ، لأن ذلك مقدّر فى العادة ، فإذا أطلقا حُمِل عليه . وقال أبو حنيفة: إن أسقطا الشرط قبل مضى الثلاث ، أو حذفا الزائد عليها ، وبيّنا مدته صح . لأنهما حذفا المُفسِد قبل اتصاله بالعقد ، فوجب أن يصحّ ، كما لو لم يَشْرطاه .

ولنا : أنها مدة مُلحقة بالعقد ، فلا تجوز مع الجهالة ، كالأجَل . ولأن اشتراط الخيار أبداً يقتضى المنع من التصرف على الأبد ، وذلك ، يُنافى مقتضى العقد ، فلم يصحّ ، كما لو قال : بعتُك بشرط أن لا تتصرّف . وقول مالك : إنه يُرَدّ إلى العادة ، لا يصحّ ، فإنّه لاعادة فى الخيار يُرْجَع إليها . واشتراطه مع الجهالة نادر . وقول أبى حنيفة : لا يصحّ فإن المفسِدَ هو الشرط ، وهو مقترن بالعقد . ولأن العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً ، أو فاسداً ، فإن كان صحيحاً مع الشرط ، لم يفسُد بوجود ما شرطاه فيه ، وإن كان فاسداً لم ينقلب صحيحاً ، كما لو باع درهماً بدرهمين ، ثم حذف أحدهما ، وعلى قولنا : الشرطُ فاسدٌ هل يفسُد به البيع ؟ على روايتين :

(إحداهما) يفسُد . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه عقدٌ قارنه شرط فاسد ، فأفسده ، كنكاح الشِّغار ، والمحلّل . ولأن البائع إنما رضى ببذله بهذا الثمن ، مع الخيار فى استرجاعه ، والمشترى إنما رضى ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار فى فسخه . فلو صححناه لأزلنا مِلْك كل واحد منهما عنه بغير رضاه ، وألزمناه ما لم يرضَ به . ولأن الشرط يأخذ قسطاً من الثمن ، فإذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله ، وذلك مجهول ، فيكون الثمن مجهولاً ، فيفسُد العقدُ .

(والثانية) لا يفسُد العقد به ، وهو قول ابن أبى ليلى ، لحديث بَرِيرَةَ . ولأن العقد قد تم بأركانه ، والشرط زائدٌ ، فإذا فسد وزال ، سقط الفاسدُ ، وبقى العقدُ بركنيه ، كما لو لم يشترط .

٢٧٨٦ فصـــل

وإن شرطه إلى الحَصاد ، أو الجِذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد . لأن ذلك يختلف ، ويتقدم ، ويتأخّر ، فكان مجهولاً . واحتمل أن يصح لأن ذلك يتقارب فى العادة ، ولا يكثر تفاوته . وإن شرطه إلى العطاء وأراد وقت العطاء ، وكان معلوماً صحّ ، كما لو شرطه إلى يوم معلوم . وإن أراد نفس العطاء فهو مجهول ، لأنه يختلف .

٢٧٨٧ فصـــل

وإن شرط الخيار شهراً ، يوماً يثبُت ويوماً لا يثبُت . فقال ابن عقيل : يصح فى اليوم الأول لإمكانه

ويبطل فيما بعده . لأنه إذا لزم في اليوم الثاني لم يعد إلى الجواز . ويحتمل بطلان الشرط كله . لأنه شرط واحدٌ تناول الخيار في أيَّام . فإذا فسد في بعضه فسد جميعُه ، كما لو شرط إلى الحصاد .

٢٧٨٨ فصـــل

ويجوز لمن له الخيار الفسخُ من غير حضور صاحبه ، ولا رضاه . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وأبو يوسف ، وزُفَر . وقال أبو حنيفة : ليس له الفسخ ، إلا بحضرة صاحبه . لأن العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدَين ، فلم يملك أحدهما فسخه بغير حضور صاحبه ، كالوديعة .

ولنا : أنه رفْعُ عقدٍ لا يفتقر إلا رضا صاحبه ، فلم يفتقر إلى حضوره ، كالطلاق ، وما قالوه ينتقض بالطلاق ، والوديعة لاحق للمودَع فيها ، ويصح فسخُها مع غيبته .

٢٧٨٩ فصـــل

وإذا انقضت مدَّة الخيار ، ولم يفسخ أحدُهما بطل الخيار ، ولزم العقد ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعيّ . وقال القاضي : لا يلزم بمضي المدة ، وهو قول مالك ، لأن مدة الخيار ضُرِبَتْ لحقٍ له ، لا لحقّ عليه ، فلم يلزم الحكم بنفس مُرور الزمان كمضيّ الأجل في حق المولى .

ولنا : أنها مدة مُلحقة بالعقد ، فبطلت بانقضائها ، كالأجل ، ولأن الحكم ببقائها يُفضي إلى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها ، والشرط سبب الخيار . فلا يجوز أن يثبت به مالم يتناوله ، ولأنه حكم مؤقّت ، ففات بفوات وقته ، كسائر المؤقّتات . ولأن البيع يقتضي اللزوم ، وإنما تخلّف موجَبه بالشرط ففيما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجَبُهُ ، لزوال المعارض ، كما لو أمضوه ، وأما المولى فإن المدة إنما ضُرِبت لاستحقاق المطالبة ، وهي تستحق بمضي المدة . والحكم في هذه المسألة ظاهر .

٢٧٩٠ فصـــل

فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد : لاخِلاَبَةَ[1] . فقال أحمد : أرى ذلك جائزاً . وله الخيارُ إن كان خَلَبَهُ ، وإن لم يكن خَلَبه فليس له خيار . وذلك لأن رجُلاً : « ذَكَر للنبيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ يُخْدَعُ في البُيُوعِ ، فقال : إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ : لاخِلاَبَةَ » متفق عليه . ولمسلم : «مَنْ بَايَعْتَ فَقُلْ لاخِلاَبَةَ فَكَانَ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ : لاخِلاَبَةَ » ويحتمل أن لا يكون له الخيار ، ويكون هذا الخبر خاصًّا لَحِبَّان . لأنه رُوِي : « أَنَّهُ عاشَ إِلَى زَمَنِ عُثْمانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فَكَانَ يُبَايِعُ النَّاسَ ثُمَّ يُخَاصِمُهُمْ ، فَيَمُرُّ بِهِمْ بَعْضُ الصَّحَابَةِ فَيَقُولُ . لِمَنْ يُخَاصِمُه : وَيْحَكَ ، إِنَّ النبيَّ ﷺ جَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ ثَلاَثاً .

وهذا يدل على اختصاصه بهذا . لأنَّه لو كان للناس عامّة لقال لمن يُخَاصِمُه : إنَّ النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) الخلابة : الخداع .

تجعل الخيار لمن قال : لاخِلاَبَةَ . وقال بعض أصحـاب الشافعىّ : إن كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبتَ . وإن علم أحدُهما دون الآخر فعلى وجهين . لأنه رُوى : « أَنَّ حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذِ بن عَمْرو كَانَ لاَ يَزَالُ يُغْبَنُ . فأتى النبىّ ﷺ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ ، فقال له : إِذَا أَنْتَ بَايَعْتَ فَقُلْ : لاخِلاَبَةَ ثُمَّ أَنْت فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلاَثَ لَيَالٍ . فَإِنْ رَضِيتَ أَمْسَكْتَ ، وَإِنْ سَخِطْتَ فَارْدُدْهَا عَلَى صَاحِبِهَا » وما ثبت فى حق واحد من الصحابة يثبُت فى حق سائر الناس ، مالم يقم على تخصيصه دليل .

ولنـا أن هذا اللفظ لايقتضى الخيارَ مُطلقاً . ولا يقتضى تقييـدَه بثلاثٍ . والأصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه . والخبر على الوجه الذى احتجُّوا به إنما رواه ابن ماجه مُرسلاً . وهم لايرون المرسَل حُجَّةً ، ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه ، إنما قالوا به فى حق من يَعلم أن مقتضاه ثبوتُ الخيار ثلاثاً . ولا يعلم ذلك أحدٌ ، لأن اللفظ لايقتضيه ، فـكيف يعلم أن مقتضاه ماليس بمقتضاه . وعلى أنه إنما كان خاصاً لِحَبان[1] بدليل مارويناه ولأنه كان يثبُت له الردّ على من لم يعلم مقتضاه .

٢٧٩١ فصـــل

إذا شرط الخيار حيلةً على الانتفاع بالقَرْض ، ليأخذ غَـلَّة المبيع ، ونفعَه ؟ فى مدة انتفـاع المقترض بالثمن ، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن . فلا خيار فيه لأنه من الحِيَـل . ولا يحِل لآخذِ الثمن الانتفاعُ به فى مدّة الخيار ، ولا التصرّف فيه ، قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن الرجل يشترى من الرجل الشىء ، ويقول : لكَ الخيارُ إلى كذا ، وكذا ، مثل العقَار ؟ قال : هو جائز ، إذا لم يـكن حيلةً : أراد أن يُقرِضَه ، فيأخذ منه العقَارَ فيستغله ، ويجعل له فيه الخيار ، ليربح فيما أقرضه بهذه الحِيـلة ، فإن لم يـكن أراد هذا فلا بأس ، قيل لأبى عبـد الله : فإن أراد إرفاقه ، أراد أن يُقرضه مالاً يخاف أن يذهبَ فاشترى منه شيئاً ، وجعل له الخيار ، ولم يُرِدِ الحيلة ؟ فقال أبو عبد الله : هذا جائز إلا أنه إذا مات انقطع الخيار ، ولم يـكن لورثته . وقول أحمد بالجواز فى هذه المسألة محمولٌ على المبيع الذى لايُنتفع به إلا بإتلافه ، أو على أن المشترىَ لاينتفع بالمبيع فى مدة الخيار ، لئلاَّ يُفضِيَ إلى أن القرض جَرَّ منفعةً .

٢٧٩٢ فصـــل

فإن قال : بعتك على أن تَنْقُدَنى الثمن إلى ثلاثٍ ، أو مدّةٍ معلومة ، وإلا فلا بيعَ بيننا . فالبيعُ صحيح . نص عليـه . وبه قال أبو حنيفة ، والثورىّ ، واسحاق ، ومحمـد بن الحسن . وبه قال أبو ثور ، إذا كان الشرط إلى ثلاثٍ . وحُـكى مثل قوله عن ابن عمر . وقال مالك : يجوز فى اليومين ، والثلاثة ، ونحوها . وإن كان عشرين ليلةً فسخ البيع . وقال الشافعىّ ، وزُفَر : البيعُ فاسد ، لأنه علّق فسخ البيع على غرَر ، فلم يصحّ ، كما لو علقه بقدوم زيد .

---

(١) حبان بفتح الحاء لابكسرها .

ولنا : أن هذا يُروى عن عمر رضى الله عنه . ولأنه علق رفع العقد بأمر يحـدُث فى مدة الخيار ، فجاز ، كما لو شرط الخيار . ولأنه نوع بيع ، فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض ، كالصرف ، ولأن هذا بمعنى شرط الخيار . لأنه كما يحتاج إلى التروى فى البيع — هل يوافقه أو لا — يحتـاج إلى التروّى فى الثمن ، هل يصير منقوداً ، أو لا ؟ فهما سيّان فى المعنى ، مُتغايران فى الصورة ، إلا أنه فى الخيار يحتاج إلى الفسخ . وههنا ينفسخ إذا لم ينقُد . لأنه جعله كذلك .

٢٧٩٣ فصـــــل

والعقود على أربعة أضرب :

﴿ أحدها ﴾ عقد لازم يُقصَدُ منه الْعِوَضُ ، وهو البيع ، وما فى معناه ، وهو نوعان :

(أحدهما) يثبُت فيه الخياران : خيار المجلس ، وخيار الشرط . وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض فى المجلس ، والصلح بمعنى البيع ، والهبة بِعوَض على إحدى الروايتين ، والإجارة فى الذمة ، نحو أن يقول : استأجرتك لتَخِيطَ لى هذا الثوب ، ونحوه . فهذا يثبُت فيـه الخيار ، لأنّ الخيار ورد فى البيع ، وهـذا فى معناه فأما الإجارة المعيّنة فإن كانت مدّتها من حين العقد دخلها خيار المجلس ، دون خيار الشرط ، لأن دخوله يُفضى إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها ، أو إلى استيفائها فى مدة الخيار ، وكلاهما لا يجوز ، وهذا مذهب الشافعىّ . وذكر القـاضى مرّةً مثلَ هذا ، ومرّةً قال : يثبُت فيها الخيارانـ ، قياساً على البيع . وقد ذكرنا مايقتضى الفرق بينهما ، وأما الشفعة فلا خيار فيها . لأن المشترى يُؤخذ منه المبيع قهراً ، والشفيع مُستقلّ بانتزاع المبيع من غير رضـا صاحبه . فأشبه فسخ البيع بالردّ بالعيب ، ونحوه . ويحتمل أن يثبت للشفيع خيارُ المجلس ، لأنّه قبل المبيع بثمنه ، فأشبه المشترى .

﴿ النوع الثانى ﴾ مايشترط فيه القبض فى المجلس ، كالصرف ، والسلَم ، وبيع مال الربا بجنسه فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدةً . لأن موضوعهما على أن لا يبقى بينهما عُلقة بعد التفرق . بدليـل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار يُبْـقِى بينهما عُلقةً . ويُثبِتُ فيها خيـار المجلس فى الصحيح من المذهب ، لعمُوم الخبر . ولأن موضوعه للنظر فى الحظّ فى المعاوضة ، وهو موجود فيها . وعنه : لا يثبُت فيهـا الخيـار ، إلحاقاً بخيار الشرط .

﴿ الضرب الثانى ﴾ لازم لا يُقصد به العِوَض ، كالنـكاح ، والْخُلْع . فلا يثبُت فيهما خيـار . لأن الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظّ فى كون الْعِوَض جائزاً لما يذهب من ماله ، والعوض ههنا ليس هو المقصود. وكذلك الوقف والهِبَة . ولأن فى ثبوت الخيار فى النـكاح ضرراً ذكرناه قبل هذا .

﴿ الضرب الثالث ﴾ لازم من أحد طرفيه دون الآخر ، كالرهن ، لازم فى حق الراهن ، جائز فى حق المرتهن . فلا يثبُت فيه خيار . لأن المرتهن يستغنى بالجواز فى حقه عن ثبوت خيار آخرَ . والراهن يستغنى

بثبوت الخيـار له إلى أن يَقبض وكذلك الضامن ، والـكفيل ، لاخيار لهما . لأنهما دخـلا مُتطوعين راضيين بالغَبْنِ ، وكذلك المـكاتب .

﴿ الضرب الرابع ﴾ عقد جائز من الطرفين ، كالشركة ، والمضاربة ، والجُعَالة ، والوكالة ، والوديعة ، والوصية . فهذه لايثبُت فيها خيار ، استغناء بجوازها ، والتمـكن من فسخها بأصل وضعها .

﴿ الضرب الخامس ﴾ وهو متردد بين الجَواز واللزوم ، كالمساقاة والمزارعة ، والظاهر أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار ، وقد قيل : هما لازمان . ففى ثبوت الخيار فيهما وجهان ، والسبق والرمى . والظاهرُ أنهما جَعَالة . فلا يثبُت فيهما خيار . وقيل : هما إجارة ، وقد مضى ذكرها .

﴿ الضرب السادس ﴾ لازم يستقلّ به أحدُ المتعاقدين ، كالحَوَالة ، والأخذ بالشُّفْعة فلا خيار فيهما ، لأن من لايُعتبر رضاه لاخيار له ، وإذا لم يثبُت فى أحد طرفيه لم يثبُت فى الآخر ، كسائر العقود . ويحتمل أن يثبُت الخيار للمُحِيل ، والشَّفِيع . لأنها معاوضة يُقصد فيها العِوَض . فأشبهت سائر البيع .

الحمد لله ــ تم طبع الجزء الثـالث من كتاب « المغنى » لابن قدامة . وكان تمامه فى السابع والعشرين من شهر ذى القعدة سنة ١٣٨٨ هـ ــ الموافق الرابع عشر من شهر فبراير سنة ١٩٦٩م ؛ ويليه الجزء الخـامس ، وأوله ﴿ باب الربا والصرف ﴾ . نسأل الله أن ينفع به ، وأن يوفقنا لإتمام مابعده إنه سميع الدعاء ، وهو نعم المولى ونعم النصير ؟

طه الزينى

ملحوظة : تم طبع الجزء الرابع قبل تمام الجزء الثالث .

باب الربا والصرف

الربا فى اللغة : هو الزيادة . قال الله تعالى (٢٢ : ٥ فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ) وقال (١٦ : ٩٢ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَى مِنْ أُمَّةٍ) أى أكثر عدداً ، يقال : أربى فلانٌ على فلانٍ إذا زاد عليه .

وهو فى الشرع الزيادة فى أشياء مخصوصةٍ . وهو محرّم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَحَرَّمَ الرِّبَا) وما بعدها من الآيات .

وأما السنّة : فرُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ . قيل يارسول الله ما هى ؟ قال الشِّركُ باللهِ ، والسِّحْرُ ، وقتلُ النفسِ التى حرّم اللهُ إلاّ بالحقّ ، وأكلُ الرِّبا ، وأكلُ مَالِ اليَتِيمِ ، وَالتَّوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ ، وقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الغَافِلَاتِ » ورُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا وَمُوكِلَهُ وشَاهِدَيْهِ وَكَاتِبَهُ » متفق عليهما ، فى أخبار سوى هذين كثيرة . وأجمعت الأمّة على أن الرّبا محرّم .

٢٧٩٤ (فصل) والرّبا على ضَرْبَيْن : ربا الفضل ، وربا النَّسيئة . وأجمع أهل العلم على تحريمهما . وقد كان فى ربا الفضل اختلافٌ بين الصحابة فحُكى عن ابن عبّاس ، وأسامة بن زيد ، وزيد بن أرقم ، وابن الزُّبير أنّهم قالوا « إِنّما الرِّبَا فِي النَّسِيئَةِ . لقوله عليه السلام : لاَرِبَا إلاّ فِي النَّسِيئَةِ » رواه البخاريّ . والمشهور من ذلك قول ابن عباس . ثم إنه رجع إلى قول الجماعة . روَى ذلك الأثرم بإسناده وقاله الترمذىّ ، وابن المنذر ، وغيرُهم . وقال سعيدٌ بإسناده عن أبى صالح ، قال « صَحِبْتُ ابْنَ عَبَّاسٍ حَتَّى مَاتَ . فَوَاللهِ مَارَجَعَ عَنِ الصَّرْفِ » وعن سعيد بن جُبَيْر قال « سَأَلْتُ ابنَ عَبّاس قبل موته بعشرينَ لَيلَةً عن الصرف؟ فَلَمْ يَرَ بِهِ بأساً . وَكَانَ يَأْمُرُ بِهِ » والصحيح قولُ الجمهور . لحديث أبى سعيد الخُدرىّ أَنّ رَسُولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال « لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشِفُّوا[1] بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوا الوَرِقَ[2] بالوَرِقِ إلاّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَها عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوا غَائِباً بِنَاجِزٍ »

---

(١) تشفوا : بضم التاء ماضيه أشف ، ومعناه أشرف وارتفع ، والمراد لاترتفعوا بعضها على بعض ، أى لاتجعلوا بعضها مشرفا ومرتفعاً على بعض أى زائدا عليه .

(٢) الورق : بفتح الواو مع فتح الراء وكسرها الدراهم المضروبة ، وهى من الفضة ، وكسر الراء أشهر من فتحها

ورَوى أبو سعيد أيضاً قال « جَاء بِلاَلٌ إلَى النّبِيِّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم بتَمْرٍ بَرْنِيّ[1] فقال له النبيُّ صلّى الله عليه وسلم : مِنْ أَيْنَ هَذَا يَا بلالُ ؟ قال : كاَنَ عِنْدَنا تَمْرٌ رَدِيٌّ فَبِعْتُ صَاعَيْنِ بَصاع لِيَطْعَمَ النبيُّ صلّى الله عليه ، سَلّم ، فقال النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم أَوَّهْ[2] ، عَيْنُ الرِّبا ، عَيْنُ الرِّبَا . لاَ تَفْعَلْ ، وَلَـكِنْ إنْ أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ، ثُمّ اشْتَرِ بِهِ » متفق عليهما ، قال الترمذيّ : على حديث أبي سعيد العملُ عند أهل العلم ، من أصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وغيرهم ، وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لاَ رِبا إلاّ فى النّسِيئَةِ » محمول على الجنسين .

٢٧٩٥ « مسألة » قال أبو القاسم رحمة الله ﴿ وكلّ ما كيل ، أو وزن من سائر الأشياء ، فلايجوز التفاضلُ فيه ، إذا كان جنساً واحداً ﴾

قوله « من سائر الأشياء » يعنى من جميعها . وَضَع سَائِر موضعَ جميع تجوُّزاً . وموضوعُها الأصليّ لباقى الشىء ، وقد رُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم فى الرّبا أحاديثُ كثيرة . ومن أتمّها ماروَى عُبادَةُ بْن الصامت ، عن النبيّ صلىّ الله عليه وسلم أنه قال «الذهبُ بالذّهَبِ مِثلاً بمِثلٍ ، وَالفِضَةُ بِالفِضَةِ مِثلاً بِمِثلٍ ، وَالتّمْرُ بالتّمرِ مِثلاً بِمِثلٍ ، والبُرُّ بالبُرِ مِثلاً بِمِثلٍ ،وَالمِلحِ بالملحِ مِثلا بِمِثلٍ ، وَالشّعِيرِبالشعير مِثلاً بِمثلٍ ، فَمَنْ زَادَ أَوْ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَىَ ، بِيعُوا الذّهَبَ بِالفِضّةِ كَيفَ شِئْتُمْ يداً بِيَدٍ ، وَبِيعُوا البُرَّ بالتّمرِ كَيفَ شِئْتُمْ يَداً بِيدٍ ، وَبِيعُوا الشَّعِيرَ بالتَّمْرِ كَيفَ شِئْتُمْ يداً بِيَدٍ » رواه مسلم ، فهذه الأعيانُ المنصوص عليها يثبُتُ الربا فيها بالنصّ والإجماع .

واختلف أهل العلم فيما سواها ، فحُكى عن طاوس ، وقتادة : أنهما قَصَرا الربا عليها . وقالا : لايَجرى فى غيرها . وبه قال داود ، ونفاةُ القياس . وقالوا : ماعداها على أصل الإباحة . لقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) واتفق القائلون بالقياس على أنّ ثبوت الربا فيها بعِلّةٍ ، وأنه يثبُت فى كلّ ماوُجدت فيه علّتها ، لأن القياس دليل شرعىّ . فيجب استخراج علّة هذا الحـكم ، وإثباتُه فى كلّ موضع وُجدت علّته فيه ، وقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَحَرَّمَ الرِّبَا) يقتضى تحريمَ كُلِّ زِيادَةٍ ، إذ الرّبا فى اللغة الزيادة ، إلاّ ما أجمعنا على تخصيصه ، وهذا يُعارض ما ذكروه .

ثم اتفق أهل العلم على أنَّ رِبَا الفضل لايَجرى إلاَّ فى الجنس الواحد ، إلا سعيدَ بن جبير . فإنه قال : كلّ شيئين يتقَارَبُ الانتفاع بهما لايجوز بيعُأحدهما بالآخرِ متفاضِلاً ، كالحِنطةِ بالشعير ، والتمر بالزبيب ،

---

(١) البرنى : نوع جيد من التمر معروف عند العرب ، ولفظ برنى أعجمى معرب ، وأصله فى الأعجمية (برنيك) بفتح الباء وكسر الراء والنون ، ومعناه الحمل الجيد

(٢) أوه : بفتح الهمزة وسكون الواو وضم الهاء وفتحهاوكسرها : كلمة تقال عند التألم .وفيها لغات أخرى .

والذرة بالدُّخْنِ . لأنهما يتقارب نفعُهما ، فجريا مجرى نوعَىْ جنس واحد . وهذا يُخالف قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « بِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ كَيفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ ، وبِيعُوا البُرَّ بالتمر كَيْفَ شِئْتُمْ » فلا يُعوّل عليه . ثم يُبْطَلْ بالذهب بالفضة . فإنه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما .

واتفق المعلّلون على أنّ علّة الذهب والفِضّة واحدةٌ وعلّةَ الأعيان الأربعة واحدة ، ثم اختلفوا فى علّة كلّ واحد منهما . فرُوى عن أحمد فى ذلك ثلاثُ رواياتٍ . أشهرهُنّ : أن عِلة الربا فى الذهب والفِضّة كونُه موزونَ جِنْسٍ ، وعلة الأعيان الأربعة مَكيلُ جنس . نقلها عن أحمد الجماعة . وذكرها الخِرَقىّ ، وابن أبى موسى ، وأكثر الأصحاب . وهو قول النخَعِىّ ، والزهرىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . فعلى هذه الرواية يجرى الرّبا فى كلّ مَكيل ، أو مَوْزُن بجنْسه ، مطعوماً كان أو غير مطعوم ، كالحبوب ، والأُشْنانِ ، والنُّورَةِ ، والقُطْنِ ، والصُّوف ، والكَتّان ، والوَرْسِ ، والحِنّاء ، والعُصْفُر ، والحديد ، والنُّحاس ، ونحو ذلك . ولا يجرى فى مطعومٍ لا يُكال ، ولا يُوزن . لما رَوى ابنُ عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ ، ولاَ الدِّرْهَمَ بالدِّرْهَمَيْنِ ، ولاَ الصَّاعَ بالصَّاعَيْنِ . فَإِنِّى أَخَافُ عَلَيْكُم الرَّماء » — وهو الربا — فقام إليه رجل فقال : يارسُول الله أرأيتَ الرجلَ يبيعُ الفَرَسَ بالأفراسِ ، والنَّجِيبَة بالإبلِ ؟ فقال : « لاَ بأْس إذا كَانَ يداً بِيَدٍ » رواه الإمام أحمد فى المُسند ، عن ابن حِبّان ، عن أبيه عن ابن عمر . وعن أنس أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَاوُزِنَ مِثْلاً بمثْلٍ إِذَا كَانَ نَوْعاً واحداً ، ومَا كِيلَ مِثْلاً بِمثْلٍ إِذَا كَانَ نَوْعاً وَاحِداً » رواه الدارقطنىّ ، ورواه عن ابن صاعد ، عن عبد الله ابن أحمد بن حَنْبل ، عن أحمد بن محمد بن أيّوب ، عن أبى بكر بن عَيّاش ، عن الربيع ، عن صبيح ، عن الحسن ، عن عُبادَة ، وأنس ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم : وقال : لم يَرْوِه عن أبى بكر هكذا غيرُ محمد بن أحمد بن أيّوب ، وخالفه ، غيرُه فرواه بلفظ آخر ، وعن عمّار أنه قال : « العَبْدُ خَيْرٌ مِنَ العَبْدَيْن ، والثَّوْبُ خَيْرٌ مِنَ الثوْبَين ، فمَا كَان يداً بِيَدٍ فَلاَ بأْس به ، إنّما الرِّبَا فى النَّساء إلا مَا كِيلَ أو وُزِنَ » ولأن قضية البيع المساواة ، والمؤثر فى تحقيقها الكيلُ ، والجنس . فإن الوزن ، أو الكيل يُسوّى بينهما صورةً ، والجنس يُسوِّى بينهما معنىً . فكانا عِلّة . ووجدنا الزيادة فى الكيل محرّمة دون الزيادة فى الطعم ، بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة ، فإنه جائز إذا تساويا فى الكيل .

والرواية الثانية : أن العِلّة فى الأثمان الثَّمنيّة ، وفيما عداها كونُه مطعومَ جِنْسٍ ، فيختصّ بالمطعومات ، ويخرجُ منه ماعداها ، قال أبو بكر : رَوى ذلك عن أحمد جماعةٌ ، ونحوَ هذا قال الشافعىّ . فإنه قال : العلّة الطُّعمُ ، والجِنْسُ شَرْطٌ ، والعلّة فى الذهب والفضّة : جوهريّة الثمنيّة غالباً فيختصّ بالذهب ، والفضة . لما رَوى مَعْمَرُ بن عبد الله : «أنّ النبىَّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بَيْع الطَّعامِ بالطَّعامِ إلاّ مِثلاً بمثلٍ»

رواه مسلم ، ولأن الطعم وصف شرف ، إذ بها قوام الأموال ، فيقتضى التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة فى الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما فى الموزونات . لأن أحد وصفى علة ربا الفضل يكفى فى تحريم النَّساء .

والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهب والفضة ، كونه مطعوم جنس ، مكيلاً أو موزونا . فلا يجرى الربا فى مطعوم لا يكال ، ولا يوزن ، كالتفاح والرمان ، والخوخ والبطيخ ، والكمثرى ، والأترج ، والسفرجل ، والإجاص ، والخيار ، والجوز ، والبيض ، ولا فيما ليس بمطعوم ، كالزعفران ، والأشنان، والحديد، والرصاص، ونحوه، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب . وهو قديم قولى الشافعى، لما روى عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا رِباً إلا فيما كِيلَ ، أو وُزِنَ مما يؤكل أو يشرب» أخرجه الدارقطنى ، وقال: الصحيح : أنه من قول سعيد . ومن رفعه فقد وهم ، ولأن لكل واحد من هذه الأوصاف أثراً . والحكم مقرون بجميعها فى المنصوص عليه . فلا يجوز حذفه ، ولأن الكيل ، والوزن ، والجنس ، لا يقتضى وجوب المماثلة ، وإنما أثره فى تحقيقها فى العلة ما يقتضى ثبوت الحكم ، لا ما تحقق شرطه ، والطعم بمجرده لا تتحقق المماثلة به ، لعدم المعيار الشرعى فيه ، وإنما تجب المماثلة فى المعيار الشرعى ، وهو الكيل والوزن ، ولهذا وجبت المساواة فى المكيل كيلاً ، وفى الموزون وزناً . فوجب أن يكون الطعم معتبراً فى المكيل ، دون غيرها . والأحاديث الواردة فى هذا الباب يجب الجمع بينها ، وتقييد كل واحد منها بالآخر ، فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل ، يتقيد بما فيه معيار شرعى ، وهو الكيل ، والوزن . ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهى عن التفاضل فيه ، وقال مالك : العلة القوت ، أو ما يصلح به القوت ، من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة : يجرى الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين : الجنس الواحد علة . وهذا القول لا يصح. لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى بيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالإبل «لا بأس به إذا كان يداً بيد» وروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم ابتاع عبداً بعبدين » رواه أبو داود ، والترمذى ، وقال : هو حديث حسن ، صحيح ، وقول مالك ينتقض بالحطب ، والإدام يستصلح به القوت ، ولا ربا فيه عنده[1] ، وتعليل ربيعة ينعكس بالملح ، والعكس لازم عند اتحاد العلة .

والحاصل : أن ما اجتمع فيه الكيل ، والوزن ، والطعم من جنس واحد ففيه الربا ، رواية واحدة ،

(١) ينبغى حمل قول مالك (ما يصلح به القوت) على ما يدخل فى القوت عند أكله ، فيجب أن يكون ما يصلح به القوت مطعوماً ، لا خارجاً عن المطعوم كالوقود مثلا ، وبذلك لا ينتقض قوله بالحطب والفحم والبترول ونحوها ، لأنها ليست داخلة فى المطعوم .

كالأرز ، والدُّخن ، والذرة ، والقِطْنِيّاتِ[1] ، والدُّهن ، والخلّ ، والأخم ، ونحوه . وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : هذا قول علماء الأمصار في القديم ، والحديث ، سوى قتادة : فإنه بلغني أنه شذّ عن جماعة الناس ، فقصر تحريمَ التفاضل على الستّة الأشياء . وما انعدم فيه الكيلُ ، والوزنُ ، والطَّعْمُ ، واختلفَ جنسُه فلا ربًا فيه ، روايةً واحدةً . وهو قول أكثر أهل العلم ، كالتين ، والنَّوى ، والقتّ ، والماء ، والطِّين الأرمنيّ ، فإنه يُؤْكَلُ دَواءً ، فيكونُ مَوْزوناً مأكولاً . فهو إذاً من القسم الأول . وما عداه إنّما يُؤْكَلُ سَفَهاً ، فجرى مَجرى الرَّمْلِ وَالحَصَا . وقد رُوى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال لعائشةَ « لاَ تَأْكُلِي الطِّينَ . فَإِنَّهُ يُصَفِّرُ اللَّوْنَ » وما وُجد فيه الطَّعْمُ وحده ، أو الكيلُ ، أو الوزنُ من جنس واحد ففيه روايتان . واختلف أهل العلم فيه . والأولى إن شاء الله تعالى : حِلّه ، إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ، ولا معنى يُقوّى التمسُّك به . وهي مع ضعفها يُعارض بعضها بعضاً ، فوجب اطّراحُها ، أو الجمع بينها ، والرجوع إلى أصل الحِلّ الذي يقتضيه الكتاب ، والسنّة ، والاعتبار . ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتاً ، كالأرز ، والذرة ، والدّخن ، أو أُدماً ، كالقُطْنِيّات ، واللبن ، واللحم ، أو تفكُّهاً كالثمار ، أو تداوياً كالإهليلج ، والسَّقَمُونيا . فإنّ الكلّ في باب الربا واحد .

٢٧٩٦ (فصل) وقوله ما كيل، أو وزن، أي ما كان جنسُه مَكيلاً، أو موزوناً ، وإن لم يتأتّ فيه كيلٌ ، ولا وزن ، إمّا لقلّته ، كالحبّة ، والحبّتين ، والحَفْنَةِ والحَفْنَتَيْنِ، وما دون الأُرْزَةِ من الذهب ، والفضة ، أو لكثرته كالزُّبْرَةِ[2] العظيمة ، فإنّه لا يجوزُ بيعُ بعضه ببعض ، إلاّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، ويحرُم التفاضلُ فيه ، وبهذا قال الثوريّ والشافعيّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . وَرَخّصَ أبو حنيفة في بيع الحَفْنة بالحَفْنَتَيْنِ، والحَبّةِ بالحَبَّتَيْنِ ، وسائرِ المكيلِ الذي لا يتأتّى كيلُه ، ووافق في الموزون . واحتجّ بأن العلّة الكيلُ ولم يوجد في اليسير .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « التَّمْر بالتَّمْرِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، وَالبُرُّ بالبُرّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، مَنْ زَادَ أو ازْدَادَ ، فقد أَرْبَى » ولأن ما جرى الربا في كثيره جرى في قليله ، كالموزون .

٢٧٩٧ (فصل) ولا يجوز بيع تمرة بتمرة ، ولا حَفْنَةٍ بحَفْنَةٍ . وهذا قول الثوريّ . ولا أعلمه منصوصاً عليه . ولكنه قياس قولهم . لأن ما أصله الكيلُ لا تجرى المماثلةُ في غيره .

٢٧٩٨ (فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كمعمول الحديد ، والرصاص ، والنحاس، والقطن ، والكتّان ،

---

(١) القطنيات : بضم القاف وكسرها مع سكون الفاء ، الحبوب التي تطبخ كالعدس والفول والحمص .

(٢) الزبرة العظيمة القطعة العظيمة .

والصوف ، والإبْرَيْسَم[١] فالمنصوص عن أحمد فى الثياب والأكسية أنه لا يجرى فيها الربا . فإنه قال : لا بأس بالثوب بالثوبين ، والكساء بالكساءين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال: لا يُباع الفَلْس[٢] بالفَلْسَيْنِ ، ولا السكين بالسكينين ، ولا إبرةٌ بإبرتين ، أصله الوزن ، ونقل القاضى حكمَ إحدى المسألتين إلى الأخرى . فجعل فيهما جميعاً روايتين :

إحداهما : لا يجرى فى الجميع . وهو قول الثورىّ ، وأبى حنيفة ، وأكثر أهل العلم لأنه ليس بموزون ، ولا مكيل . وهذا هو الصحيح . إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة ، وعدم النقص ، والإجماع فيه .

والثانية : يجرى الربا فى الجميع . اختارها ابنُ عقيل . لأن أصلَه الوزنُ . فلا يخرج بالصناعة عنه ، كالخبز ، وذكر أن اختيار القاضى : أن ما كان يقصد وزنُه بعد عمله ، كالأسطال[٣] ففيه الربا ، وما لا فلا .

٢٧٩٩ (فصل) ويجرى الربا فى لحم الطير ، وعن أبى يوسف : لا يجرى فيه ، لأنه يُباع بغير وزن .

ولنا : أنه لحمٌ ، فجرى فيه الربا ، كسائر اللُّحمان ، قوله : لا يوزن ، قلنا : هو من جنس ما يُوزنُ ، ويُقصد ثِقَلُه ، وتختلف قيمتُه بثِقَلِه ، وخفته . وأشبه ما يُباع من الخبز بالعدد .

٢٨٠٠ (فصل) والجيّد والردىء والتِّبْرُ ، والمضروب ، والصحيح ، والمكسور ، سواء فى جواز البيع مع التماثل ، وتحريمه مع التفاضل . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفةَ والشافعىّ . وحُكى عن مالك جوازُ بيع المضروب بقيمته من جنسه . وأنكر أصحابه ذلك ونفوْهُ عنه ، وحَكى بعض أصحابنا عن أحمد روايةً : لا يجوز بيع الصحاح بالمُكَسَّرة ، ولأن للصناعة قيمةً . بدليل حالة الإتلاف . فيصيرُ كأنه ضمّ قيمةَ الصناعة إلى الذهب .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، والفِضَّةُ بالفِضَّة مِثْلاً بِمِثْلٍ » وعن عُبادة ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ تِبرُها وعينُها ، والفِضَّةُ بالفِضَّة تِبرُهَا وعَيْنُها » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبى الأشعث « أنَّ مُعاويةَ أمَرَ بِبَيْعِ آنيَةٍ مِنْ فضَّةٍ فى أعْطِيَاتِ النَّاسِ ، فبلَغ عُبادَةَ فقال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهَى عن بيع الذَّهَبِ بالذَّهَبِ ، والفِضَّةِ بالفِضَّةِ ، والبُرِّ بالبُرِّ ، والشَّعِيرِ بالشعير ، والمِلْحِ بالمِلْحِ ، إلاَّ سَواءً بسَواءٍ ، عَيْناً بعَيْنٍ ، فمن زاد ، أو ازْدادَ ، فقد أرْبَى » وروى الأثرم ، عن عطاء بن يسار « أنَّ مُعاويةَ

(١) الإبريسم : الحرير .

(٢) الفلس : واحد الفلوس : كالقرش ونصف القرش ونحو ذلك. (٣) الأسطال : الكيزان ونحوها

بَاعَ سِقَايَةً مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ بِأَكْثَرَ مِنْ وَزْنِهَا ، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلَّم ، يَنْهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، ثم قَدِمَ أَبُو الدَّرْدَاءِ عَلَى عُمَرَ بن الخطّابَ رَضِىَ اللهُ عنهما ، فذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ ، فَكَتَبَ عُمَرُ إلى مُعَاوِيَةَ : لاَ تَبِعْ ذَلِكَ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ وَزْناً بِوَزْنٍ » ولأنهما تساويا فى الوزن . فلا يُؤثِّر اختلافهما فى القيمة ، كالجيّد والردىء ، فأما إن قال لصائغ : صُغْ لى خاتماً وزنُه درهم ، وأعطيك مثلَ وزنه ، وأجرَتَكَ درهَماً. فليس ذلك بَيْعِ درهم بدرهَمَيْن . وقال أصحابنا : للصائغ أخذ الدرهمين : أحدهما فى مقابلة الخاتم . والثانى : أجرةً له .

٢٨٠١ (فصل) وكلّ ما حُرم فيه التفاضل حرُم فيه النَّساء . بغير خلاف نعلمهُ ويحرُم التفرّق قبل القبض. لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « عَيْناً بِعَيْنٍ » وقوله « يَداً بِيَدٍ » ولأنّ تحريم النَّسَاءِ آكدُ ، ولذلك جرى فى الجنسين المختلفين . فإذا حرُم التفاضلُ فالنَّساء أولى بالتحريم .

٢٨٠٢ « مسألة » قال ﴿ وما كان من جنسين فجائزٌ التفاضلُ فيه يداً بيدٍ . ولا يجوز نَسِيئَةً ﴾ لا خلاف فى جواز التفاضل فى الجنسين نعلمه ، إلا عن سعيد بن جُبَيْر أنه قال : ما يتقاربُ الانتفاعُ بهما لا يجوزُ التفاضلُ فيهما : وهذا يردّه قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « بِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ ، وَبِيعُوا البُرَّ بالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ ، وَبِيعُوا الشَّعِيرَ بالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » وفى لفظ « إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الاشياء فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » رواه مسلم ، وأبو داود ، ولأنهما جنسان ، فجاز التفاضل فيهما ، كما لو تباعدت منافعهُما . ولا خلاف فى إباحة التفاضُل فى الذهب بالفضة ، مع تقارُب منافعهما .

فأما النَّسَاء : فكلّ جنسين يجرى فيهما الرّبا بعِلَّة واحدةٍ ، كالمكيلِ بالمكيلِ ، والموزون بالموزون ، والمطعوم بالمطعوم عند من يُعلِّل به . فإنه يُحرّم بيع أحدهما بالآخر نَساءً . بغير خلاف نعلمهُ . وذلك لقوله عليه السلام « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » وفى لفظ « لاَ بَأْسَ بِبَيْعِ الذَّهَبِ بالفِضَّةِ وَالفِضَّةُ أَكْثَرُهما يداً بيَدٍ ، وأمّا نَسِيئَةً فَلاَ ، وَلاَ بَأْسَ بِبَيْعِ البُرّ بالشَّعِيرِ ، والشَّعِيرُ أكثرُهما يداً بيَدٍ . وأمّا النَّسِيئَةُ فَلاَ » رواه أبو داود . إلا أن يكون أحد العِوَضين ثمناً ، والآخرُ مُثْمَناً فإنَّه يجوز النَّسَاء بينهما بغير خلاف . لأن الشرع أرْخَصَ فى السَّلَمِ ، والأصلُ فى رأس المال الدراهمُ والدنانيرُ فلو حرّم النَّسَاءُ ههنا لا نسدّ بابُ السَّلَمِ فى الموزونات فى الغالب .

فأمّا إن اختلفت علّتهما ، كالمكيل بالموزون ، مثلُ بَيْع اللّحم بالبُرّ ففيهما روايتان :

إحداهما : يحرُم النَّسَاءُ فيهما . وهو الذى ذكره الخِرَقىّ ههنا . لأنهما مالان من أموال الرّبا ، فحرُم النَّسَاءُ فيهما ، كالمكيل بالمكيل .

والثانية : يجوز النَّسَاءُ فيهما وهو قول النخعيّ . لأنهما لم يجتمعا فى أحد وصفى عِلّة ربا الفضل . فجاز النَّسَاءُ فيهما ، كالثِّيَاب بالحيوان .

٢٨٠٣ (فصل) وإذا باع شيئاً من مال الرِّبا بغير جنسه، وعلّة ربا الفضل فيهما واحدةٌ : لم يجُز التفرّق قبل القبض ، فإن فعلا بطل العقدُ . وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يُشترط التقابُض فيهما ، كغير أموال الرّبا ، وكبيع ذلك بأحد النقدين .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، والفِضَّةُ بِالفِضَّةِ ، والبُرُّ بِالبُرِّ والشَّعِيرُ ، بِالشَّعِيرِ ، والتَّمرُ بالتَّمرِ ، والمِلْحُ بِالمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ سَوَاء بِسَوَاءٍ يَداً بِيَدٍ » رواه مسلم . وقال عليه السلام « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » وروى مالك بن أوس بن الحدثان « أَنَّهُ الْتَمَسَ صَرْفاً بِمِائَةِ دِينَارٍ . قال: فدَعَانِي طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ اللهِ فتَرَاوَضْنَا حَتَّى اصْطَرَفَ مِنِّي . فَأَخَذَ يُقَلِّبُهَا فِي يَدَيْهِ، ثُمَّ قال : حَتَّى يَأْتِيَ خَازِنِي مِنَ الغَابَةِ ، وعُمَرُ يَسْمَعُ ذَلِكَ . فقال : لَا واللهِ ، لَا تُفَارِقُهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذَّهَبُ بِالوَرِق رباً إلاّ هاء وَهَاء ، والبرّ بالبرّ رباً إلاّ هاء وَهَاء ، والتَّمرُ بالتَّمرِ رباً إلاّ هَاء وَهَاء ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ رِباً إلاّ هَاء وَهَاء[1] » متفق عليه ، والمراد به القبض . بدليل أن المراد به ذلك فى الذهب والفضة . ولهذا فسّره عمر به . ولأنهما مالان من أموال الرّبا علّتهما واحدة ، فحرم التفرّق فيهما قبل القبض ، كالذهب بالفضة .

فأمّا إن اختلفت علتهما ، كالمكيل بالموزون عند من يُعلّل بهما ، فقال أبو الخطاب : يجوز التفرّق فيهما قبل القبض روايةً واحدةً . لأنّ علّتهما مختلفة ، فجاز التفرّق قبل القبض ، كالثمن بالمثمن . وبهذا قال الشافعيّ ، إلا أنه لا يتصوّر عنده ذلك إلا فى بيع الأثمان بغيرها ، ويحتمل كلام الخرقيّ وجوب التقابُض على كلّ حالٍ . لقوله « يداً بيد »

٢٨٠٤ « مسألة» قال ﴿وما كان مما لا يُكال، ولا يوزن ، فجائزٌ التفاضلُ فيه يداً بيدٍ . ولا يجوز نسيئةً ﴾

اختلفت الرواية فى تحريم النَّساء فى غير المكيل ، والموزون ، على أربع روايات . إحداهنّ : لا يحرُم النَّساء فى شيء من ذلك ، سواء بيعَ بجنسه ، أو بغيره مُتساوياً أو متفاضلاً إلاّ على قولنا : إن العِلّةَ الطُّعْم . فيحرُم النَّساء فى المطعوم ، ولا يحرُم فى غيره . وهذا مذهب الشافعيّ . واختار القاضى هذه الرواية . لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلَّى الله عليه وسلَّم أَمَرَهُ أَنْ يُجَهِّزَ

---

(١) هاء وهاء : بفتح الهمزة ، أصلها (ها) بدون همزة أى إلا أن يقول كل من البائعين للآخر ها،أى خذ، فيأخذ كل واحد ماله ، وقيل أصلها هاك بمعنى خذ أيضاً ، فأبدلت الكاف همزة ، كما فى قوله تعالى (هاؤم اقرءوا كتابية) أى خذوا، وفيها أقوال أخرى . فاكتفينا بما أوردنا لأنه يفى بالمطلوب.

جَيْشاً : فَنَفِدَتِ الْإِبِلِ . فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِي قِلاَصِ[1] الصَّدَقَةِ . فَكَانَ يَأْخُذُ البعير بالبَعِيرَيْنِ إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَةِ » رواه أبو داود . وروى سعيدٌ فى سُننه عن أبى مَعْشر ، عن صالح بن كَيْسَانَ عن الحسن بن محمدٍ « أَنَّ عِلِيًّا بَاعَ بَعِيرًا لَهُ يُقَالُ لَهُ : عُصَيْفِير بأَرْبَعَةِ أَبْعِرَةٍ إِلَى أَجَلٍ » ولأنهما مالان لايجرى فيهما ربا الفضل . فجاز النَّساء فيهما ، كالعَرْضِ بالدِّينار . ولأن النَّساء أحدُ نوعى الرِّبَا . فلم يجُز فى الأموال كُلِّها كالنوع الآخر .

والرواية الثانية : يحرُم النَّساء فى كلّ مالٍ بيع بجنسه ، كالحيوان بالحيوان ، والثياب بالثياب . ولا يحرُم فى غيرذلك ، وهذا مذهبُ أبى حَنِيفَةَ . وممّن كره بيع الحيوان بالحيوان نَساء : ابنُ الحَنَفِيَّة ، وعبدُ الله بن عُمَير ، وعطاء ، وعِكْرِمَةُ بن خالد ، وابن سيرين ، والثورىّ . ورُوى ذلك عن عمّار ، وابن عمر ، لما روى سَمُرَةُ « أَنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم نَهَى عَنْ بَيْعِ الحَيَوانِ بِالْحَيَوانِ نَسِيئَةً » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، ولأنّ الجنس أحدُ وَصْفَي عِلَّةِ رِبَا الفَضْلِ فحرم النَّساء كالكيل ، والوزن .

والثالثة : لا يحرُم النَّساء إلا فيا بيع بجنسه مُتفاضلاً . فأما مع التماثُل فلا . لما روى جابرٌ أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « الْحَيَوَانُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ لَا يَصْلُحُ نَسَاء ، وَلَا بَأْسَ بِهِ يداً بِيَدٍ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، وروى ابن عمر « أَنَّ رَجُلاً قال : يارسُول الله أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الفَرَسَ بالأَفْرَاسِ والنَّجِيبَةَ[2] بالإِبِلِ ؟ فَقَالَ : لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » من المسند ، وهذا يدلّ على إباحة النَّساء مع التماثُل بمفهومه .

والرابعة : يحرُم النَّساء فى كلّ مال بيع بمال آخر ، سواء كان من جنسه ، أو من غير جنسه . وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ . ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة . لأنه بيع عَرْضٍ[3] بعَرْضٍ ، فحرُم النَّساء بينهما كالجنسين من أموال الرِّبا ، قال القاضى : فعلى هذا لو باع عَرْضاً بعَرْض ومع أحدهما دَراهمُ ، العُرُوضُ نَقْداً والدراهمُ نَسِيئةً لم يجُز . لأنه يُفضى إلى النَّسيئة فى العُروض . وهذه الرواية ضعيفةٌ جدًّا ، لأنه إثبات حُكم يخالف الأصلَ بغير نصّ ، ولا إجماع ، ولا قياس صحيح . فإن فى المحلّ المجمَع عليه ، أو المنصوصُ عليه أوصافاً لها أثرٌ فى تحريم الفضل . فلا يجوزُ حذْفها عن درجة الاعتبار . وما هـذا سبيلهُ لا يجوزُ إثباتُ الحكم فيه ، وإن لم يُخالف أصلاً ، فكيف يَثْبُتُ مع مخالفة الأصل فى حِلِّ البيع ؟

(١) القلاص : جمع قلوص ، بفتح القاف وضم اللام ، وهى الشابة من الإبل ، والقوية الباقية على السير .

(٢) النجيبة : الناقة الكريمة التى لها قيمة عالية ، ومعنى بيعها بالإبل : أن يأخذ صاحبها بدلها عددا من النوق أو الجمال .

(٣) العرض . مايتجر فيه من المبيعات .

وأصحّ الروايات : هى الأولى ، لموافقة الأصل ، والأحاديثُ المخالفة لهـا قال أبو عبد الله : ليس فيها حديثٌ يُعتمد عليـه . ويُعجبنى أن يتوقاه . وذكر له حديث ابن عباس ، وابن عمر فى هذا ، فقال : هما مُرْسلان . وحديث سَمُرةَ يرويه الحسنُ عن سَمُرة . قال الأثرم ، قال أبو عبدالله : لا يصح سماع الحسن من سَمُرة ، وحديث جابر قال أبو عبد الله : هذا حَجَّاجٌ زاد فيه « نَسَاء » وليثُ بن سعد سمعه من أبى الزُّبير ولا يذكر فيه « نَساء » وحجّاجٌ هـذا هو حَجّاج بن أرْطَاةَ : قال يعقوب بن شَيْبَةَ : هو واهى الحديث . وهو صَدُوق .

وإن كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه ، والآخرُ فيه ربًا كالمكيل بالمعدود ، ففيه روايتان : إحداهما : يُحرم النَّساء فيهما . والثانية : لا يُحرم . كما لو باع معدوداً بمعدودٍ من غير جنسه .

٢٨٠٥ « مسألة » قال ﴿ ولا يُباع شىء من الرَّطْبِ بيابس ، من جِنْسِه إلا العَرايَا ﴾

أراد الرطب مما يجرى فيه الرّبا ، كالرُّطَب بالتمر ، والعِنَبِ بالزَّبيبِ ، واللّبنِ بالجُبْن ، والحِنْطَةِ المَبْلُولةِ ، أو الرَّطْبَةِ باليَابِسَةِ أوالمَقْليَّةِ بالنِّيئَةِ ، ونحو ذلك . وبه قال سعدُ بن أبى وقاص ، وسعيدُ بن المسيّب ، والليث ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق،وأبو يوسفُ ومحمد ، وقال ابن عبدالبرّ: جمهور علماء المسلمين على أنّ بيع الرُّطَبِ بالتّمرِ لا يجوز بحال من الأحوال . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . لأنه لاَ يخلو : إمّا أن يكون من جنسه فيجوز . لقوله عليه السلام « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلاً بِمثْلٍ » أو من غير جنسه فيجوز ، لقوله عليه السلام « فَإذا اخْتَلَفَتْ هَـذِهِ الأصْنَافُ فَبِيعُوا كَيفَ شِئْتُمْ » .

ولنا : قوله عليه السلام « لاَ تَبِيعُوا التَّمْرَ بالتَّمْرِ » وفى . لفظ « نَهىَ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بالتَّمْرِ . وَرخَّصَ فِى العَرِيةِ[1] أنْ تُبَاعَ بِخَرْصِها ،يأ كُلُها أهْلُها رُطَبًا » متفق عليه . وعن سعد » أن النبىّ صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عَنْ بَيْعِ الرُّطب بالتَّمْرِ ؟ فَقَالَ : أينقُصُ الرُّطبُ إذَ يَبِسَ ؟ قالوا : نَعَمْ . فنهىَ عَنْ ذَلِكَ » رواه مالك ، وأبو داود والأثرم وابن ماجه . ولفظُ رواية الأثرم قال « فَلاَ إذَنْ »

(١) العرية : النخلة المعراة ، وهى التى وهب صاحبها ثمرة عامها . والخرص : تقدير ما على النخلة من رطب كم يصير إذا أصبح تمرا ؟ ، فيباع الرطب بالتمر بعد خرصه فى هذه المسألة ، وقد اختلف فى تفسير بيع العرية والعرايا بالخرص وقد شرح ابن الأثير فى النهاية هذه المسألة ، فقال : إن الفقير لا يكون معه نقد يشترى به الرطب، ويكون قد فضل من قوته بعض التمر، فيشترى الرطب الذى على النخلة أو النخلات بالتمر الذى معه بعد خرص الرطب وتقديره كم يكون تمراً بعد جفافه ، وقد رخص الرسول صلى الله عليه وسلم فى هذه المسألة لحاجة الفقراء ، وسيأتى للمؤلف بيان ذلك بإيضـاح ، مع بيان أن بعض الفقهاء قال: إنهليس من الضرورى أن تـكون العرية موهوبة .

نهى وعلل بأنه ينقص إذا يبس وروى مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر « أنَّ رَسُولَ الله صلَّى الله عليه وسلم نهى عَنْ المُزَابَنَةِ . والمُزَابنَةُ بَيْعُ الرُّطبِ بالتَّمْرِ كَيْلاً ، وَبَيْعُ العِنَبِ بالزَّبِيبِ كَيلاً » ولأنه جنس فيه الرِّبا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان . فلم يَجُز ، كبيع المَقْلية بالنِّيئة . ولا يلزم الحديث بالعتيق . لأن التفاوت يسير . قال الخطَّابي : وقد تكلَّم بعض الناس في إسناد حديث سَعْد بن أبي وقاص في بيع الرُّطب بالتَّمْر وقال زيد : أبو عياش راويه ضعيف . وليس الأمر على ما توهمَّه ، وأبو عيَّاش مولَى بني زُهْرَة معروف . وقد ذكره مالك في الموطأ . وهو لا يروى عن متروك الحديث .

٢٨٠٦ (فصل) فأما بيع الرُّطب بالرُّطب ، والعنب بالعنب ، ونحوه من الرطب بمثله . فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم ، ومنع منه الشافعيّ فيما ييبَس . أمّا ما لا ييبَسُ كالقِثَّاء ، والخيار ، ونحوه فعلى قولين . لأنه لا يُعلم تساويهما حالةَ الادخار . فأشبه الرُّطب بالتمر . وذهب أبو حفص العُكبَرِيّ من أصحابنا إلى هذا . وحمل كلام الخِرَقيّ عليه . لقوله في اللحم : لا يجوز بيع بعضه ببعض رَطبا . ويجوز إذا تناهى جَفَافُه مِثْلاً بمثل . ومفهوم كلام الخِرَقيّ ههنا إباحةُ ذلك . لأن مفهوم نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر إباحةُ بيع كلّ واحدمنهما بمثله . ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان . فجاز ، كبيع اللَّبنَ باللبن ، والتمر بالتمر ، ولأن قوله تعالى (وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ) عامّ خرج منه المنصوص عليه ، وهو بيع التمر بالتمر . وليس هذا في معناه . فبقي على العموم . وما ذكره لا يصحّ : فإن التفاوت كثير . وينفرد أحدهما بالنقصان ، بخلاف مسألتنا .

ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق : لأن التفاوُت في ذلك يسيرٌ ، ولا يمكن ضبطُه فيُعفى عنه .

٢٨٠٧ « مسألة » قال ﴿ ولا يُباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ، ولا ما أصلُه الوزن كيلا ﴾

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الأموال التي يحرُم التفاضل فيها ، وأن المساواةَ المرعيَّة هي المساواةُ في المكيل كيلاً ، وفي الموزون وزناً . ومتى تحققت هذه المساواة لم يَضرّ اختلافهما فيما سواها . وإن لم يوجد لم يصحّ البيع . وإن تساويا في غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعيّ ، وجمهور أهل العلم . لا نعلم أحداً خالفهم إلا مالكا قال : يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافاً[1] .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْنٍ وَالفِضَّةُ بالفِضَّةِ وَزْناً بِوَزْنٍ ، والبُرُّ بالبُرِّ كَيلاً بِكَيْلٍ ، وَالشَّعِيرُ بالشعِيرِ كَيلاً بِكَيْلٍ » رواه الأثرم في حديث

(١) الجزاف : بكسر الجيم ، بيع شيء غير مقدر بشيء غير مقدر .

عُبادة ، ورواه أبو داود ولفظهُ « البُرُّ بالبُرِّ مُدْىٌ بِمُدْيٍ(١) ، والشعيرُ بالشعير مُدْىٌ بِمُدْيٍ ، والمِلْحُ بالمِلْحِ مُدْىٌ بِمُدْيٍ ، فَمَنْ زَادَ أَوِ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى » فأمر بالمساواة فى الموزونات المذكورة فى الوزن كما أمر بالمساواة فى المكيلات فى الكيل . وما عدا الذهب ، والفضة من الموزونات مقيسٌ عليهما ، ومُشبّه بهما ، ولأنه جنسٌ يجرى فيه الربا ، فلم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً كالمكيل ، ولأنه موزون من أموال الربا . فأشبه الذهب والفضة . ولأنّ حقيقة الفضل مُبْطِلَةٌ للبيع . ولا نعلم عدم ذلك إلا بالوزن . فوجبَ ذلك كما فى المكيل والأثمان .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً ، ولا بيع الموزون بالموزون كيلاً ، لأنّ التماثل فى الكيل مُشترَط فى المكيل ، وفى الوزن فى الموزون ، فمتى باع رِطلاً من المكيل برِطلٍ حَصَل فى الرِّطل من الخفيف أكثرُ مما يحصُل من الثقيل : فيختلفان فى الكيل . وإن لم يُعلم الفضل لكن يُجهل التساوى فلا يصحّ ، كما لو باع بعضَه ببعض جزافاً ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالكيل . فلا يتحقّق التماثُل فى الوزن ، فلم يصحّ ، كما ذكرنا فى المكيل .

٢٨٠٨ (فصل) ولو باع بعضه ببعض جزافاً ، أو كان جزافاً من أحد الطرفين . لم يجُز ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ذلك غيرُ جائز إذا كانا من صنف واحد . وذلك لما روَى مُسلم ، عن جابر قال : « نَهَى رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وَسلّم عن بيع الصُّبْرَةِ(٢) من التَّمْرِ لاَ يُعْلَمُ مَكِيلُها بالكَيْلِ المُسَمَّى مِنَ التَّمْرِ » وفى قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْنٍ » إلى تمام الحديث : دليل على أنه لا يجوز بيعُه إلا كذلك ، ولأن التماثُل شرط ، والجهل به يُبطل البيع ، كحقيقة التفاضُل .

٢٨٠٩ (فصل) وما لا يُشترط التماثُل فيه كالجنسين ، وما لا ربا فيه يجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ ، كيلاً ووزناً ، وجزافاً . وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ لتخصيصه ما يُكال بمنع بيعه بشىء من جنسه وزناً : وما يُوزن بمنع بيعه من جنسه كيلاً . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمعَ أهلُ العلم على أن بيع الصُّبْرَةِ من الطعام بالصُّبْرَةِ لا يُدرَى كم كيلُ هذه ، ولا كيلُ هذه ؟ من صنف واحدٍ غيرُ جائز . ولا بأس به من صنفين استدلالاً بقوله عليه السلامُ « فَإِذا اخْتَلَفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وذهب جماعة من أصحابنا إلى منع بيع المكيل بالمكيل جزافاً ، وبيع الموزون بالموزون جزافاً .

---

(١) المدى : بضم الميم وسكون الدال ، مكيال لأهل الشام يسع خمسة عشر مكوكا، بفتح الميم وتشديد الكاف ، والمكوك صاع ونصف أو أكثر من ذلك ، ومعنى مدى بمدى : مكيال بمكيال أى مثلا بمثل كما سبق فى الأحاديث .

(٢) الصبرة : بضم الميم الصاد وسكون الباء ما جمع من الطعام بدون كيل أو وزن .

وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم : أكره ذلك . قال ابن أبي موسى: لا خير فيما يكال بما يكال جزافاً، ولا خير فيما يوزن بما يوزن جزافاً . اتفقت الأجناس أو اختلفت ، ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافاً ، وقال ذلك القاضي ، والشريف أبو جعفر ، وذلك لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بالطَّعَامِ مُجَازَفَةً[1] » ولأنه بيع مكيل بمكيل . أشبه الجنس الواحد .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » ولأنّ قول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) عامّ خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثُل فيه . ففيما عداه يجب البقاء على العموم . ولأنه يجوز التفاضُل فيه . فجاز جزافاً من الطرفين ، كالمكيل بالموزون . يحقّقه : أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً . وحديثهم أراد به الجنس الواحد . ولهذا جاء في بعض ألفاظه « نَهىَ أَنْ تُباعَ الصُّبْرَةُ لاَ يُعْلَمُ مَكِيلُها مِنَ التَّمْرِ بالصُّبْرَةِ لاَ يُعْلَمُ مَكِيلُهَا مِنَ التَّمْرِ » ثم هو مخصوص بالمكيل ، والموزون . فنقيس عليه محلّ النِّزاع . وما ذكر من القياس غيرُ صحيح . لأن المكيل من جنس واحدٍ يجب التماثُل فيه ، فمنُع من بيعه مُجَازَفةً . لفوات المماثلة المشروطة . وفي الجنسين لا يُشترط التماثُل ، ولا يمنع حقيقةُ التفاضل . فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً .

٢٨١٠ (فصل) ولو قال : بعتُك هذه الصُّبْرة بهذه الصُّبْرةِ ، وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما . لم يصحّ لما ذكرنا . وإن علما كيلهما ، وتساويهما صحّ البيع . لوجود التماثُل المشترَط . وإن قال : بعتُك هذه الصُّبْرة بهذه الصُّبْرةِ مِثلاً بمثلٍ فكيلتا فكانتا سواء صَحّ البيع وإلا فلا . وإن باع صُبْرةً بصُبْرةٍ من غير جنسها صحّ عند من يُجوّز بيع المكيل بالمكيل جزافاً ، وإن قال : بعتُك هذه الصُّبْرةَ بهذه مِثلاً بمثلٍ ، فكيلتاً فكانتاً سَواءً صَحّ البَيْعُ . وإن زادت إحداهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها ، أو رضي صاحب الزائدة بردّ الفضل على صاحبه جاز . وإن امتنعا فُسِخ البيع بينهما . ذكر هذا الفصل القاضي ، وهو مذهب الشافعي .

٢٨١١ (فصل) ويجوز قَسم المكيل وَزْناً ، وقَسْم الموزون كَيْلاً ، وقَسْم الثِّمارِ خَرْصاً ، وقَسْمُ ما لا يجوز بيعُ بعضهِ ببَعْضٍ . لأن القسمة إفرازُ حقّ . وليست بَيْعاً ، ونقل عن ابن بَطة ما يدلّ على أنها بيع . فيثبُت فيها أحكامُ البيع ، ويمنع فيها ما ذكرناه . لأن كلّ جزء من ذلك مُشترَك بينهما ، فإذا تعيّن لكلّ واحد منهما حقٌّ فقد اشترى نصيب شريكه مما تعيّن له بنصيبه فيما تعيّن لشريكه . وللشافعيّ قولان كالمذهبين ، والظاهرُ أنها إفراز حقّ ، بدليل اعتبار تعديل السِّهام ، ودخوله القُرْعَةَ فيها، ولزومها بها ، والإجبار عليها ، وأنها لا تفتقر إلى لفظ بيع ولا تمليك ولا يدخلها خيار ، ولا تجوز إلا بقدر

[1] المجازفة والجزاف : بمعنى واحد .

الحقين ، ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم . وتغاير الأحكام والأسماء دليل على اختلافهما . وروى عن ابن عباس أنه قال « قَسَّمَت الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ الغَنَائِمَ بِالحَجَفِ[1] » وذلك كيل الأثمان بحضر من جماعة كثيرة منهم ، وانتشر فى بقيتهم فلم ينكر . فصار إجماعاً على ما قلناه . .

٢٨١٢(فصل) فى معرفة المكيل والموزون والمرجع فى ذلك إلى العرف بالحجاز ، فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم . وبهذا قال الشافعى ، وحكى عن أبى حنيفة : أن الاعتبار فى كل بلد بعادته .

ولنا : ما روى عبد الله بن عمر ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المِكْيَالُ مِكْيَالُ المَدِينَةِ ، والمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ » والنبى صلى الله عليه وسلم إنما يحمل كلامه على بيان الأحكام . لأن ما كان مكيلاً بالحجاز فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم فى تفاضل الكيل إليه . فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك ، وهكذا الموزون ، وما لا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين :

أحدهما : يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز ، كما أن الحوادث ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها . وهو القياس .

والثانى : يعتبر عرفه فى موضعه . فإن لم يكن له فى الشرع حد كان المرجع فيه إلى العرف ، كالقبض والإحراز والتفرق . وهذا قول أبى حنيفة ، وعلى هذا إن اختلفت البلاد . فالاعتبار بالغالب . فإن لم يكن غالب بطل هذا الوجه ، وتعين الأول . ومذهب الشافعى على هذين الوجهين ، فالبر ، والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبى صلى الله عليه وسلم « البُرُّ بِالبُرِّ كَيْلاً بِكَيْلٍ . والشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلاً بِكَيْلٍ » وكذلك سائر الحبوب ، والأبازير ، والأشنان ، والجص ، والنورة ، وما أشبهها . والتمر مكيل . وهو من المنصوص عليه . وكذلك سائر تمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما . وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار ، مثل الزبيب ، والفستق ، والبندق ، والعناب ، والمشمش ، والبطم[2] ، والزيتون ، واللوز . والملح مكيل . وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « المِلْحُ بِالمِلْحِ مُدْىٌ بِمُدْى » والذهب ، والفضة موزونان . ثبت ذلك بقول النبى صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزْناً بِوَزْنٍ ، والفِضَّةُ بِالفِضَّةِ وَزْناً بِوَزْنٍ » وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض ، كالحديد والنحاس ، والصُّفْر[3] ، والرصاص ، والزجاج ، والزئبق . ومنه الأبريسم[4] ، والقطن ، والكتان ، والصوف ،

---

(١) الحجف : الترس والصدور التى يتقى بها المحارب إذا كانت من جلد بدون خشب ولا عقب ، وهى حينئذ تكون لينة تصلح لاستقرار الأشياء فيها ، وواحدة الحجف حجفة .

(٢) البطم : بضم الباء مع سكون الطاء وضمها هى الحبة الخضراء .

(٣) الصفر : بضم الصاد وسكون الفاء نوع من النحاس .

(٤) الإبريسم : بفتح السين وضمها الحرير .

وغزل ذلك ، وما أشبهه ، ومنه الْخبزُ ، واللحم ، والشحم ، والْجبْن ، والزُّبد ، والشمع ، وما أشبهه . وكذلك الزعفران ، والعُصْفُرُ ، والوَرْسُ ، وما أشبه ذلك .

٢٨١٣ (فصل) والدقيق، والسَّويق[1] مَـكيلاَن . لأن أصلهما مكيل ، ولم يوجد ما ينقلهما عنه. ولأنهما يُشبهان ما يُكال ، وذكر القاضي في الدقيق : أنه يجوز بيعُ بعضه ببعض بالوزن . ولا يمتنع أن يكون أصلُه مكيلاً ، وهو موزون كالخبز .

ولنا : ما ذكرناه . ولأنه يُقدّر بالصاع ، بدليل أنه يُخرج في الفطرة صاعٌ من دقيق ، وقد جاء في الحديث . والصاعُ إنما يقدّر به المكيلاتُ ، وعلى هذا يكون الأقِط[2] مكيلاً . لأن في حديث صَدَقة الفِطر « صاعٌ مِنْ أَقِطٍ » .

٢٨١٤ (فصل) فأمّا اللبن وغيره من المائعات كالأدهان ، من الزيت ، والشَّيْرج ، والعَسَل ، والخلّ ، والدِّبس ، ونحو ذلك . فالظاهر أنّها مكيلةٌ . قال القاضي في الأدهان : هي مكيلةٌ ، وفي اللبن: يصحّ السَّلَمُ فيه كيلاً ، وقال أصحاب الشافعيّ : لا يُباع اللبن بعضُه ببعض إلا كيلاً ، وقد رُوي عن أحمد أنه سُئِلَ عن السلف في اللبن ؟ فقال : نعم كيلاً أو وَزْناً . وذلك لأن الماء مقدّر بالصاع ، ولذلك « كَانَ النبيُّ صلَّى الله عليه وسلم يتوضَّأُ بالمُدِّ ، ويَغْتَسِلُ بالصَّاعِ ، ويَغْتَسِلُ هُوَ وَبَعْضُ نِسَائِهِ مِنَ الفَرَقِ[3] » وهذه مكاييلُ قدّر بها الماء . وكذلك سائرُ المائعات . ورُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أنَّه نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا فِي ضُرُوعِ الأنْعَامِ إلاَّ بالكَيْلِ » رواه ابن ماجه .

وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ، ولا وزن ، ولا يُشبه ما جرى فيه العُرف بذلك ، كالثياب ، والحيوان ، والمعدودات من الجوز ، والبيض ، والرمّان ، والقثّاء ، والخيار ، وسائر الخضراوات ، والبقُول ، والسفرْجَل ، والتفّاح ، والكمَّثْرَى ، ونحوها . فهذه المعدودات إذا اعتبرنا التماثل فيها ، فإنّهُ يعتبر التماثل في الوزن . لأنه أخصر . ذكره القاضي في الفواكه الرَّطْبَةِ ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ . والآخرُ قالوا : يُعتبر ما أمكن كيلُه بالكيل ، ولأن الأصل الأعيان الأربعة . وهي مكيلةٌ . ومن شأن الفرع أن يُردَّ إلى أصله بحُكْمه . والأصلُ حكمه تحريمُ التفاضُل بالكيل ، فكذلك يكونُ حكم فروعها .

---

(١) السويق : دقيق مخلوط بسمن أو نحوه

(٢) الأقط : اللبن الجامد .

(٣) الفرق : بفتح الفاء والراء أفصح من فتح الفاء وسكون الراء مكيال بالمدينة يسع ثلاثة آصع أو ستة عشر رطلا .

ولنا : أن الوزن أخصَرُ . فوجب اعتبارُه فى غير المـكيل والموزون ، كالذى لا يمكن كيلُه ، وإنما اعتبر الـكيل فى المنصوص عليه . لأنه يقدّر به فى العادة وهذا بخلافه .

٢٨١٥ « مسألة » قال ﴿ والتمور كلها جنس ، وإن اختلفت أنواعها ﴾

الجنس : هو الشامل لأشياءَ مُختلفة بأنواعها ، والنوع : الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها ، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة إلى ما تحته ، نوعاً بالنسبة إلى ما فوقه والمراد هنا : الجنسُ الأخصّ ، والنوع الأخصّ. فـكلّ نوعين اجتمعا فى اسم خاصّ فهما جنس ، كأنواع التمر ، وأنواع الحِنْطة . فالتمور كلها جنس واحد . لأن الاسم الخاصّ يجمعها . وهو التمرُ ، وإن كثُرت أنواعُه ، كالبَرْنِىّ ، والمَعْقِلِىّ والإبراهيمىّ ، والخاستوىّ ، وغيرها ، وكل شيئين اتفقا فى الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضُل . وإن اختلفت الأنواعُ لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « التَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، والبُرُّ بالبُرِّ مِثلاً بِمِثْلٍ » الحديث بتمامه . فاعتبر المساواة فى جنس التمر بالتمر ، والبرّ بالبرّ ، ثم قال « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وفى لفظ « فَإِذَا اخْتَلَفَ الجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وفى لفظ « إلاّ مَا اخْتَلَفَتْ أَلْوَانُهُ » ولا خلاف بين أهل العلم علمناه فى وجوب المساواة فى التمر بالتمر وسائر ما ذكر فى الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها .

٢٨١٦ (فصل) فإن كان المشتركان فى الاسم الخاصّ من أصلين مختلفين فهما جنسان ، كالأدِقَّة[1] ، والأخباز ، والخُلول ، والادْهانِ . وعَصيرُ الأشياء المختلفة كلُّها أجناسٌ مختلفة باختلاف أصولها ، وحُكى عن أحمد : أن خلّ التمر وخلّ العنب جنس . وحُكى ذلك عن مالك . لأن الاسم الخاص يجمعهما ، والصحيح : أنهما جنسان ، لأنهما من أصلين مختلفين ، فكانا جنسين ، كدقيق الحنطة ، ودقيق الشعير . وما ذكر للرواية الأخرى مُنتقِضٌ بسائر فروع الأصول التى ذكرناها ، وكلُّ نوع مبنىٌّ على أصله . فإذا كان شيئان من أصلين فهما جنسان . فزيت الزيتون ، وزيت البُطْم ، وزيْتُ الفُجْل ، أجناسٌ ، وَدُهْنُ السمك والشَّيْرج ، ودُهْنُ الجوز ودُهْنُ اللوز والبزر أجناس ، وعسل النحل ، وعسل القصب جنسان ، وتمر النخل ، وتمر الهند جنسان . وكل شيئين أصلُهما واحد فهما جنس واحد ، وإن اختلفت مقاصدها ، فدُهن الورد والبنفسَج ، والزئبق ، ودُهن الياسمين إذا كانت من دُهن واحد فهى جنس واحد ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعىّ . وله قول آخر : لا يجرى الربا فيها . لأنها لا تُقصد للأكل ، وقال أبو حنيفة : هى أجناسٌ لأنَّ مقاصدها مختلفة .

ولنا : أنها كلَّها شيرج ، وإنما طيّبت بهذه الرياحين فنُسبت إليها . فلم تصرّ أجناساً ، كما لو طيّب

(١) الأدقة : جمع دقاق : بضم الدال ، وهو التوابل .

سائر أنواع الأجناس ، وقولهم . لا تُقصد الرياحين للأكل . قلنا : هي صالحة للأكل . وإنما تعدّ لما هو أعلى منه . فلا تخرج عن كونها مأكولةً بصلاحها لغيره . وقولهم : إنها أجناس لا يصحّ . لأنها من أصل واحدٍ . ويشملها اسمٌ واحد . فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة .

٢٨١٧ (فصل) وقد يكون الجنس الواحدُ مشتملا على جنسين ، كالتمر يشتمل على النوى وغيره . وهما جنسان ، واللبن يشتمل على المَخِيض والزُّبد . وهما جنسان . فما داما متّصلين اتصال الخِلقة فهما جنس واحد . فإذا مُيِّز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمها حكمُ الجنسين الأصليّين .

٢٨١٨ (فصل) في بيع التمر بالتمر وفروعه . يجوز بيع التمر بالتمر كيلاً بكيلٍ ، بغير خلاف ، وسواء تساويا في الجودة والرداءة . وفي كونهما ينكبسان في المكيال أو اختلفا في ذلك ، قيل لأحمد : صاع تمر بصاع تمر ، وأحد التمرين يدخُل في المكيال منه أكثرُ ؟ فقال : إنما هو صاع بصاع . وذلك لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « التمرُ بالتمرِ مُدْىٌ بمُدْىٍ ــ ثمّ قال ــ من زاد أو ازْدَادَ فقد أرْبَى » فإن كان في كلّ واحد منهما نواه جاز بيعُه متساوياً بغير خلاف . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم ، قد علم أن التمر يكون فيه النوى ، وإن نزع من كلّ واحد منهما نواه جاز أيضاً ، وقال أصحاب الشافعيّ : لا يجوز في أحد الوجهين . لأنهما لم يتساويا في حال الكمال . ولأنه يتجافى في المكيال .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « التمرُ بالتمرِ مُدْىٌ بمُدْىٍ » ولأنهما تساويا في الحال على وجهٍ لا ينفرد أحدُهما بالنقصان . فجاز ، كما لو كان في كلّ واحد منهما نواه ، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلاً لذلك ، وإذا باع تمراً منزوع النوى بتمر نواه فيه لم يجُز . لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر . وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجُز . لأنه زالت التبعيّة بنزعه . فصار كبيع تمر وحنطة بتمر وحِنطة ، وإن باع النوى بتمر منزوع النوى جاز مُتفاضلاً ومتساوياً لأنهما جنسان . وإن باع النوى بتمر نواه فيه . فعلى روايتين ، منع منه في رواية مهنا ، وأحمد بن القاسم . لأن التمر نوى فيصيرُ كمُدّ عَجْوةٍ ، وكما لو باع تمراً فيه نواه بتمر منزوع النوى . وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ، ولأن النوى في التمر غيرُ مقصود . ولذلك جاز بيعُ التمر بالتمر في كلّ واحد منهما نواه . وصار هذا كبيع دار مموّه سقفُها بالذهب بذهب . فعلى هذا يجوز بيعُه متفاضلاً ومُتساوياً . لأن النوى الذي في التمر لا عِبْرَة به فصار كبيع النوى بمنزوع النوى .

٢٨١٩ (فصل) ويصنع من التمر : الدِّبْسُ[1] والخَلّ . والناطف[2] والقُطَارةُ . ولا يجوز بيع التمر بشيء منها . لأن مع بعضها من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد . ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض . ولا

---

(١) الدبس : عسل التمر . (٢) الناطف : العسل المقطر ، والقطارة ما يسيل من التمر عند عصره .

بغيره من المصنوع من التمر . لأن معها شيئاً مقصوداً من جنسهما . فينزّل منزلة مُدّ عجوة . ويجوز بيع القُطَارَةِ والدِّبس . والخلّ كلُّ نوع بعضُه ببعض مُتساوياً . قال أحمد فى رواية مهنا . فى خلّ الدَّقَل : يجوز بيعُ بعضه ببعض متساويا . وذلك لأن الماء فى كلّ واحد منهما غيرُ مقصود . وهو من مصلحته ، فلم يمنع جواز البيع ، كالخبز بالخبز ، والتمر بالتمر فى كلّ واحد منهما نواه . ولا يُباعُ نوعٌ بنوعٍ آخر . لأن فى كلّ واحد منهما من غير جنسه يقلّ ويكثُر ، فيفضى إلى التفاضُل .

٢٨٢٠ (فصل) والعنب كالتمر فيما ذكرناه ، إلا أنه لا يُباع خلُّ العنب بخَلّ الزبيب لانفراد كلّ واحد منهما بما ليس من جنسه . ويجوز بيع خلّ الزبيب بعضه ببعض ، كما يجوزُ بيعُ خَلّ التمر بعضُه ببعض .

٢٨٢١ « مسألة » قال ﴿ والبر والشعير جنسان ﴾

هذا هو المذهب . وبه يقول الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : أنهما جنس واحد . وحُكى ذلك عن سعد بن أبى وقّاص وعبد الرحمن بن الأسود ، بن عبد يغوث ، وابن مُعَيْقِيب الدَّوْسِىّ ، والحكَمَ ، وحمّاد ، ومالك ، والليث . لما رُوى عن مَعْمَر بن عبد الله « أنه أرسل غلامه بصاع قمح ، فقال : بعه ، ثم اشترِ به شعيراً . فذهب الغلامُ ، فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاعٍ ، فلما جاء مَعْمَراً أخبره بذلك . فقال له مَعْمَرٌ : لِمَ فَعلْت ذلك ؟ انطلِقْ فردّه ، ولا تأخذنّ إلا مثلاً بمثلٍ . فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهى عن بيع الطعام بالطعام إلاّ مِثْلاً بمِثْلٍ ، وكان طعامنا يومئذٍ الشعير ، قيل : فإنّه ليس بمثله ، قال إنى أخاف أن يُضارِعَ » أخرجه مسلم ، ولأنّ أحدهما يُغَشّ بالآخر ، فكانا كنوعى الجنس .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « بِيعُوا البُرَّ بالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يداً بِيَدٍ » وفى لفظ « لاَ بَأْسَ بِبَيْعِ البُرّ بالشَّعِيرِ ، والشَّعِيرُ أكثرهما يَداً بيَدٍ ، وأَمّا نَسِيئَةً فَلاَ » وفى لفظ « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وهذا صريح صحيح . لا يجوز تركه بغير معارض مثله ، ولأنهما لم يشتركا فى الاسم الخاصّ ، فلم يكونا جنساً واحداً ، كالتمر والحِنْطَة . ولأنهما مُسَمَّيانِ فى الأصناف الستّة . فكانا جنسين كسائرها . وحديث معمر لابدّ فيه من إضمار الجنس . بدليل سائر أجناس الطعام . ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم ، وهو الشعير . فإنه قال فى الخبر « وَكَانَ طَعامَنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرُ » ثم لو كان عامّا لوجب تقديم الخاصّ الصريح عليه ، وفعل معمر ، وقوله ، لا يعارَض به قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وقياسُهم ينتقض بالذهب والفضة .

٢٨٢٢ (فصل) فى الحنطة وفروعها . وفروعُها نوعان . أحدهما : ما ليس فيه غيره كالدقيق ، والسَّويق .

والثانى : ما فيه غيرُه ، كالخبز والهَرِيسة ، والفالوذَج ، والنِّشاء ، وأشباهها . ولاَ يجوز بيعُ الحِنْطَـةِ بشىء من فُروعها . وهى ثلاثة أقسام :

أحدها : السَّوِيق . فلا يجوز بيعُه بالحِنْطَةِ . وبهذا قال الشافعىّ ، وحُـكى عن مالك ، وأبى ثور جوازُ ذلك متماثلاً ومُتفاضِلاً .

ولنا : أنه بَيْعُ الحنطة ببعض أجزائها متفاضِلاً ، فلم يَجز كَبَيْع مَـكُّوكِ حِنْطَةٍ بمَكُّوكَىْ دَقِيقٍ . ولا سبيل إلى التماثُل . لأنّ النار قد أَخَذَتْ من أحدهما دون الآخر . فأشبهت المقلّية .

القسم الثانى : ما معه غيرُه . فلا يجوز بيعُها به أيضاً . وقال أصحاب أبى حنيفة : يجوز ذلك بناء على مسألة مُدّ عَجوة . وسنذكر الدليل على ذلك إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث : الدقيق ، فلا يجوز بيعُها به فى الصحيح . وهو مذهب سعيد بن المسيّب ، والحسن ، والحكم ، وحمّاد ، والثورىّ ، وأبى حنيفة ، ومكحول . وهو المشهور عن الشافعىّ ، وعن أحمد روايةٌ أخرى . أنه جائز . وبهذا قال ربيعةُ ، ومالك . وحُكى ذلك عن النخَعىّ ، وقَتادة ، وابن شُبْرُمةَ ، وإسحاق ، وأبى ثور . لأن الدقيق نفس الحنطة . وإنما تكسّرت أجزاؤُها . فجاز بيعُ بعضها ببعض ، كالحنطة المكسّرة بالصحاح . فعلى هذا إنما تُباع الحنطة بالدقيق وَزناً . لأنّها قد تفرّقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت . فتأخُذ من المكيال مكاناً كبيراً . والحِنْطَةُ تأخُذ مكاناً صغيراً ، والوزن يُسَوِّى بينهما . وبهذا قال إسحاق .

ولنا : أن بيع الحنطة بالدقيق بيعٌ للحنطة بجنسها متفاضلاً ، فحَرُم ، كبيع مكيلة بمكيلتين . وذلك لأن الطحن قد فرّق أجزاءها . فيحصُل فى مكيالها دون ما يحصُل فى مكيال الحِنطةِ . وإن لم يتحقّق التفاضُل فقد جُهل التماثلُ . والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يُشترط التماثل فيه . ولذلك لم يجُز بيعُ بعضها ببعض جِزافاً ، وتساويهما فى الوزن لا يلزمُ منه التساوى فى الكيل . والحِنْطَةُ ، والدقيق مكيلان ، لأن الأصل الكيل ، ولم يوجد ما ينقُل عنه ، ولأن الدقيق يُشبه المكيلات . فكان مكيلاً كالحنطة . ثم لو كان موزوناً لم يتحقّق التساوى بين المكيل ، والموزون . لأن المكيل لا يقدّر بالوزن ، كما لا يقدّر الموزون بالكيل .

٢٨٢٣ (فصل) فأمّا بيع بعض فروعها ببعض . فيجوز بيع كلّ واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساوياً . وبه قال أبو حنيفة ، والمشهور عن الشافعىّ : المنع من ذلك . لأنه يُعتبر تساويهما حالةَ الكمال . وهو حال كونها حنطة . وقد فات ذلك ، لأن أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رَزِينَةٍ ، والآخرُ من حنطة خَفِيفَةٍ ، فيستويان دقيقاً ، ولا يستويان حِنْطةً .

ولنا : أنهما تساويا حال العقد على وجهٍ لا ينفرد أحدُهما بالنقصان ، فجاز ، كبيع التمر بالتمر .

إذا ثبت هذا : فإنما يُباع بعضُه ببعض كيلاً ، لأن الحنطة مكيلةٌ ، ولم يوجد فى الدقيق ، والسَّويق ما ينقلهما عن ذلك . ويُشترط أن يتساويا فى النُّعومة . ذكره أبو بكر ، وغيره من أصحابنا . وهو مذهبُ أبى حنيفة . لأنهما إذا تفاوتا فى النعومة تفاوتا فى ثانى الحال . فيصيرُ كبيع الحنطة بالدقيق . وذكر القاضى أن الدقيق يُباع بالدقيق وزناً ، ولا وجه له . وقد سلّم فى السويق أنه يُباع بالكيل والدقيق مثله . فأما بيع الدقيق بالسَّويق فالصحيح : أنه لا يجوز . وهو مذهب الشافعىّ . ورُوى عن أحمد : أنه يجوز . لأن كلّ واحدٍ منهما أجزاءُ حِنطةٍ ليس معه غيره[1] فأشبه الدقيق بالدقيق ، والسَّويق بالسَّويق .

ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجزْ بيعُ بعضه ببعض ، كالمقليّة بالنيِّئة ، ورُوى عن مالك ، وأبى يوسف ، ومحمد ، وأبى ثور : أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسَّويق متفاضلاً لأنهما جنسان .

ولنا : أنهما أجزاءُ جنسٍ واحدٍ . فلم يجُز التفاضلُ بينهما ، كالدقيق مع الدقيق ، والسَّويق بالسَّويق.

٢٨٢٤ (فصل) فأما ما فيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان :

أحدهما : أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود فى نفسه ، إنّما جُعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء . فيجوز بيع كلّ واحد منهما بنوعه إذا تساويا فى النشافة ، والرطوبة ويُعتبر التساوى فى الوزن . لأنه يقدر به فى العادة ، ولا يمكن كيلُه . وقال مالك : إذا تحرّى أن يكون مِثلاً بمثل ، فلا بأس به . وإن لم يُوزَن به ، قال الأوزاعىّ ، وأبو ثور . وحُكى عن أبى حنيفة : لا بأس به قُرْصاً بقُرْصَيْنِ ، وقال الشافعىّ : لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال ، إلا أنْ ييبس ويُدَقّ دقًّا ناعماً ، ويُباع بالكيل . ففيه قولان . لأنه مكيل يجب التساوى فيه ، ولا يمكن كيلُه ، فتعذّرت المساواة فيه ، ولأنّ فى كلّ واحد منهما من غير جنسه . فلم يجزْ بيعُه به كالمغشوش من الذهب والفضة ، وغيرهما .

ولنا : على وجوب التساوى أنه مطعوم موزون . فحُرِم التفاضل فيهما كاللحم واللّبَن . ومتى وجب التساوى وجبت معرفةُ حقيقةِ التساوى فى المعيار الشرعىّ ، كالحنطة بالحنطة ، والدقيق بالدقيق .

ولنا على الشافعىّ : أن مُعظم نفعه فى حال رُطُوبته . فجاز بيعُهُ به ، كاللّبن باللّبن . ولا يمتنع أن يكون موزوناً أصلُه غير موزون ، كاللحم والأدهان . ولا يجوز بيع الرُّطَب باليابس ، لانفراد أحدهما بالنقص فى ثانى الحال . فأشبه الرُّطَبَ بالتمر . ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثرَ من الآخر حال رطوبتهما ، إذا لم يكثُر. لأن ذلك يسيرٌ ، ولا يمكن التحرّز منه . أشبه بيع الحديثة بالعَتِيقةِ . ولا يلزمُ مافيه من الملح ، والماء . لأن ذلك ليس بمقصود فيه ، ويُراد لمصلحته . فهو كالملح فى الشَّيْرَج وإن ييبس

(١) السويق ليس دقيقاً فقط ، وإنما هو دقيق مخلوط بسمن أو بماء ، فيكون مخالفاً للدقيق الصافى .

الخبزُ فدُقَّ وجُعِلَ فَتيتاً بِيعَ بِمثْلِهِ كيلاً . لأنه أمكن كيْلُه فردّ إلى أصله ، وقال ابن عقيل . فيه وجه آخر : أنه يُباع بالوزن . لأنه انتقل إليه .

النوع الثانى : ما فيه غيرُه مما هو مقصود كالهَرِيسَةِ والخَزِيرَةِ[1] ، والفَالُوذَج ، وخبز الأبازِير ، والخُشْكنَانَج ، والسَّنْبُوسَك ، ونحوه . فلا يجوز بيع بعضِهِ ببعض ، ولاَ بيع نوع بنوع آخر . لأن كلّ واحد منهما يشتملُ على ما ليس من جنسه . وهو مقصود كاللحم فى الهَرِيسَة ، والعسل فى الفالوذج ، والماء والدُّهن فى الخَزِيرَةِ . ويَكْثُر التفاوت فى ذلك . فلا يتحقّق التماثل فيه . وإذا لم يمكن التماثلُ فى النوع الواحد ففى النوعين أولى .

٢٨٢٥ (فصل) والحكم فى الشعير وسائر الحبوب كالحُكم فى الحنطة . ويجوز بيع الحنطة ، والمصنوع منها بغيرها من الحبوب ، والمصنوع منها. لعدم اشتراط المماثلة بينهما . والله أعلم.

« مسألة » قال ﴿ وسائر اللُّحمان جنس واحد ﴾

أراد جميع اللحم ، وجمعه — وهو اسمُ جنس — لاختلاف أنواعه ، ظاهر كلام الخِرقىّ : أن اللحم كلّه جنس واحد . وذكره أبو الخطّاب ، وابن عقيل ، روايةً عن أحمد : وهو قول أبى ثور ، وأحد قولىِ الشافعىّ . وأنكر القاضى أبو يَعْلَى كون هذا روايةً عن أحمد . وقال : الأنعامُ والوُحُوش والطيرُ ودوابّ الماء أجناسٌ يجوز التفاضُل فيها روايةً واحدةً . وإنما فى اللحم روايتان .

إحداهما : أنه أربعة أجناس كما ذكرنا . وهو مذهب مالك ، إلا أنه يجعل الأنعام والوحش جنساً واحداً . فيكون عنده ثلاثة أصناف .

والثانية : أنه أجناس باختلاف أصوله ، وهو قول أبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعىّ . وهى أصحّ . لأنها فروع أصول هى أجناس. فكانت أجناساً ، كالأدِقَّةِ ، والأخباز . وهذا اختيار ابن عقيل. واختيارَ القاضى : أنّها أربعَةُ أجناس . وحمل كلام الخرقىّ عليها . واحتجّ بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعةُ بها . والقصد إلى أكلها . فكانت أجناساً . وهذا ضعيف جداً . لأن كونها أجناساً لايوجب حصرها فى أربعة أجناس . ولانظير لهذا ، فيقاس عليه . ولا يصحّ حملُ كلام الخِرقىّ عليه ، لعدم احتمال لفظه له ، وتصريحِهِ فى الأيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل من لحم الأنعام أو الطائر أو السمك حنث . فيتعيَّن حملَ كلامه على عمومه فى أن جميع اللحم جنس . لأنه اشترك فى الاسم الواحد حالَ حدوث الرّبا فيه . فكان جنساً واحداً كالطلع ، والصحيح : أنه أجناس باختلاف أصوله . وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندىّ ، والتمر

---

(١) الخزيرة : عصيدة أو مرقة من بلالة النخالة والفالوذج نوع من الحلوى وباقى الأصناف كلها مأخوذة من الحنطة .

البَرْنِيّ ، وعسل القصب ، وعسل النحل ، وغير ذلك . فعلى هـــذا : لحمُ الإبل كلّه صنف بَخاتيّها(١) وعِرَابُها ، والبقر عِرَابُها(٢) ، وجواميسها صنف ، والغنم ضأنها ومعزها صنف . ويحتمل أن يكونا صنفين . لأن الله تعالى سمّاها فى الأزواج الثمانية فقال (٦ : ١٤٣ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِنَ الضَّأْنِ اثْنَـيْنِ وَمِنَ المَعْزِ اثْنَـيْنِ) ففرق بينهما ، كما فرق بين الإبل ، والبقر . فقال (٦ : ١٤٤ وَمِنَ الإِبِلِ اثْنَـيْنِ وَمِنَ البَقَرِ اثْنَيْنِ) والوحش أصناف : بقرُها صنف ، وغَنَمُها صنف ، وظباؤها صنف ، وكلّ ماله اسم يخصّه فهو صنف . والطيور أصناف . كل ما انفرد باسم ، وصفةٍ فهو صنف . فيُباع لحم صنف بلحم صنف آخرَ متفاضلاً ومُتَماثلاً . ويُباع بصفةٍ متماثلاً ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجُز عنده بيعُ لحمٍ بلحمٍ إلا متماثلاً .

٢٨٣٦ «مسألة» قال ﴿ لا يجوز بيع بعضه ببعض رَطْباً . ويجوز إذا تناهى جفافهُ مِثْلاً بِمِثْلٍ ﴾

اختار الخِرقىّ أنه لا يُباع بعضه ببعض إلا فى حال جفافه ، وذهاب رطوبته كلّها . وهو مذهب الشافعىّ . وذهب أبو حفص فى شرحه إلى هذا . قال القاضى والمذهب جواز بيعه . ونصّ عليه . وقوله فى الرُّطَبِ بالرُّطَبِ بجواز البيع ينبّه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيثُ كان اللحمُ حال كماله ، ومعظم نفعه فى حال رُطوبته دون حال يُبْسه . فجرى مجرى اللبن ، بخلاف الرّطب . فإن حال كماله ومُعظَم نفعه فى حال يُبْسه . فإذا جاز فيه البيعُ ففى اللحم أولى ، ولأنه وُجد التماثلُ فيهما فى الحال على وجه لا ينفرد أحدُهما بالنقص . فجاز ، كبيع اللّبن باللّبن . فأما بيعُ رَطْبِه بيابسِه ، أو نِيئِه بمَطْبُوخِه ، أو مَشْوِيّه فغيرُ جائز ، لانفراد أحدهما بالنقص فى الثانى ، فلم يجز ، كالرُّطبَ بالتمر .

٢٨٣٧ (فصل) قال القاضى:ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوعَ العِظام، كما لا يجوز بيعُ العسل بالعسل إلا بعد التصفية . وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، وكلام أحمد رحمه الله يقتضى الإباحةَ من غير نزع عظامه ، ولا جَفَافِه ، قال فى رواية حنبل : إذا صار إلى الوزن مِثْلاً بِمِثْلٍ رِطْلاً بِرِطْلٍ ، فأطلق ، ولم يشترط شيئاً . وذلك لأن العظم تابعٌ للحم بأصل الخِلقة ، فلم يُشترط نزعه ، كالنوى فى التمر . وفارق العسلَ من حيثُ إنّ اختلاط الشَّمْع بالعسل من فِعْل النحل ، لا من أصل الخِلْقَةِ .

٢٨٣٨ (فصل) واللحم والشحم جنسان ، والكبدُ صنف ، والطِّحالُ صنف ، والقلب صنف ، والمخّ صنف . ويجوز بيع كلّ صنف بصنفٍ آخَر مُتَفَاضِلاً ، وقال القاضى : لا يجوز بيعُ اللّحم بالشَّحْم .

---

(١) البخاتى : جمع بختى أو بختية ، بضم الباء وهى الجمال الخراسانية ، وحجمها أكبر من حجم العراب وهى الجمال العربية .

(٢) العراب : البقر ، لأنها التى كانت موجودة بكثرة فى بلاد العرب .

وكره مالك ذلك ، إلا أن يتماثلا ، وظاهر المذهب : إباحةُ البيع فيهما متماثلاً ومُتفاضِلاً ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأنهما جنسان . فجاز التفاضلُ فيهما كالذهب والفضّة . وإن مُنع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصحّ . لأن الشحم لا يظهَرُ ، وإن كان فيه شىء فهو غيرُ مقصود . فلاَ يَمْنعُ البيع ، ولو منع لذلك لم يجُز بيعُ لحمٍ بلحمٍ ، لاشتمال كلّ واحد منهما على ماليس من جنسه . ثم لا يصحّ هذا عند القاضى : لأن السَّمين الذى يكون مع اللحم لحمٌ عنده ، فلا يتصوّر اشتمال اللحم على الشحم . وذكر القاضى أن اللحم الأبيض الذى على ظاهر اللحم الأحمر هو والأحمرُ جنسٌ واحدٌ ، وأنّ الالْيةَ والشَّحْم جِنْسَانِ ، وظاهر كلام الخِرَقىّ خلاف هذا ، لقوله : إن اللحم لا يخلو من شحم ، ولو لم يكن هذا شحماً لم يختلط لحمٌ بشَحْمٍ ، فعلى قوله كلُّ أبيضَ فى الحيوان يذوب بالأذابة ، ويَصيرُ دُهْناً فهو جنسٌ واحد ، وهذا أصحّ ، لقوله تعالى : (٦ : ١٤٦ حرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إلاَّ مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا) فاستثنى ما حملت الظهورُ . من الشحم ، ولأنه يُشبه الشحم فى ذَوْبه ، ولونِه ، ومَقْصده . فكان شحما كالذى فى البطن .

٢٨٢٩ (فصل) وفى اللبن روايتان : إحداهما : هو جنس واحدٌ ، لما ذكرنا فى اللحم . والثانية : هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم . وهذا مذهب الشافعىّ . وبه قال مالك : لأن الأنعام كلّها جنس واحد . وقال ابن عقيل : لبنُ البقر الأهليّة ، والوحشيّة جنس واحد ، على الروايات كلّها . لأن اسم البقر يشملُهما . وليس بصحيح . لأن لحمهما جنسان . فكان لبنهما جنسين . كالإبل ، والبقر . ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلاً ، وكيف شاء يداً بِيَدٍ ، وبجنسه مُتماثلاً كيلاً ، قال القاضى : هو مَكيل ، لا يُباع إلا بالكيل . لأنه العادة فيه . ولافرق بين أن يكونا حَليبَيْن ، أو حامضَيْن ، أو أحدهما حليبٌ والآخرُ حامض . لأن تغيير الصفة لايمنع جواز البيع ، كالجَوْدَةِ والرّداءةِ . وإن شيب أحدُهما بماء ، أو غيره لم يجز بيعُه بخالص ، ولا بمشوب من جنسه . لأن معه من غير جنسه ، لغير مصلحته .

٢٨٣٠ (فصل) ويتفرّع من اللبن قسمان : ما ليس فيه غيره كالزُّبْد ، والسمن ، والمخيض ، واللِّبأ(١) ، وما فيه غيرُه . وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن . لأنه مُستخرَج من اللبن . فلم يجز بيعه بأصله الذى فيه منه ، كالحيوان باللحم ، والسمسم بالشَّيْرج . وهذا مذهب الشافعىّ . وعن أحمد : أنه يجوز بيع اللبن بالزُّبْدِ إذا كان الزُّبْدُ المنفرد أكثرَ من الزّبد الذى فى اللبن ، وهذا يقتضى جوازَ بيعه به مُتفاضلاً ، ومنعَ جوازه متماثلاً ، قال القاضى : وهذه الرواية لا تخرّج على المذهب ، لأنّ الشيئين إذا دخلهما الربا لم يجز بيع أحدهما بالآخر ومعه من غير جنسه ، كمُدّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ ، والصحيح : أن هذه الرواية

---

(١) اللبأ : أول اللبن .

دالّة على جواز البيع فى مسألة مُدّ عَجْوةٍ . وكونها مخالفة لروايات أُخَر لا يمنع كونهَا رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها . لكنها مخالفة لظاهر المذهب . والحكم فى السمن كالحكم فى الزبد ، وأما اللبن بالمَخِيض الذى فيه زبده فلا يجوز . نصّ عليه أحمد . فقال : اللبن بالمخيض لا خَيْر فيه . ويتخرّج الجواز كالتى قبلها ، وأما اللبن باللبأ ، فإن كان قبل أن تمسّه النارُ جاز مُتماثلاً . لأنه لبن بلبن . وإن مسّته النار لم يجُز ، وذكر القاضى وجهاً : أنه يجوز . وليس بصحيح . لأن النار عقدت أجزاء أحدهما ، وذهبت ببعض رُطُوبته . فلم يجُز بيعُه بما لم تمسّه النار ، كالخُبز بالعجين ، والمقليّة بالنِّيئة . وهذا مذهب الشافعىّ . وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خَلْطٌ من غير اللبن كالكِشْك ، والكامخ[1] ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره . لأنه مختلط بغيره . فهو كمسألة مُدّ عَجْوةٍ ، وما ليس فيه غيرُه ، أو فيه غيره إلاّ أنّ ذلك الغيرَ لمصلحته ، فيجوزُ بيعُ كلِّ نوع منه بَعضِه ببعض ، إذا تساويا فى النَّشَافةِ والرُّطوبةِ . فيبيع المَخِيض بالمَخِيض ، واللِّبأ باللّبأ ، والجبن بالجبن ، والمَصْل بالمَصْل ، والأَقِطَ بالأَقِطِ ، والزُّبْد بالزُّبد ، والسمنَ بالسمن ، متساوياً ، ويُعتبر التساوى بين الأقط بالأقط بالكيل . لأنَّه يُقدّر بالصاع فى صدقة الفطر . وهو يُشبه المكيلات . وكذلك المصلُ والمَخِيضُ ، ويُباع الخبز بالخُبز بالوزن ، لأنه موزون ، ولا يمكن كيلُه ، فأشبه الخبز[2] وكذلك الزبد والسمن. ويتخرَّج أن يُباع السمن بالكيل . ولا يُباع ناشف من ذلك برَطْب ، كما لا يباع الرُّطَبُ بالتَّمْرِ ، ويحتمل كلام الخِرَقىّ أن لا يُباع رَطْبٌ من ذلك برَطْبٍ كاللحم . وأما بيعُ ما نُزِع من اللبن بنوع آخر ، كالزبد والسمن والمخيض . فظاهرُ المذهب : أنَّه يجوزُ بيع الزبد والسمن بالمَخِيض مُتماثلاً ومُتفاضِلاً . لأنهما جنسان . وذلك لأنهما شيئان من أصل واحد ، أشبها اللحم بالشحم . وممّن أجاز بيع الزبد بالمَخِيض : الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق . ولأن اللبن الذى فى الزبد غيرُ مقصود ، وهو يسيرٌ . فأشبه المِلْحَ فى الشَّيْرج . وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز ، لخلوِّ السمن من المَخِيض . ولا يجوز بيع الزبد بالسمن . لأن فى الزبد لبناً يسيراً ، ولا شيء فى السمن ، فيختلّ التماثل . ولأنه مستخرج من الزبد ، فلم يجز بيعُه به ، كالزيتون بالزيت . وهذا مذهب الشافعىّ . وقال القاضى : عندى يجوز . لأن اللبن فى الزبد غير مقصود ، فوجوده كعدمه . ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزُبْدٍ مثلِه . وهذا لا يصحّ ، لأنّ التماثل واجب بينهما . وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يُخلّ بالتماثل ، فلم يجُز بيعه به ، كتمر منزوع النوى بتمر فيه نواه . ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد فى الآخر . فأشبه الرُّطَب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، وكلّ

---

(١) الكامخ : نوع من أنواع الإدام معروف .

(٢) كذا فى الأصل .

رَطْبٍ بيابس من جِنْسِهِ . ولا يجوزُ بيعُ شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن ، كالجبن واللِّبأ ونحوهما . لأنّ هذه الأنواع لمْ ينتزع منها شيء . فيكون حكمها حكم اللبن الذى فيه زبده . فلم يجُز بيعها بها ، كبيع اللبن بها . وأما بيع الجُبن بالأقِط ، فلا يجوز مع رُطوبتهما ، أو رُطوبَةِ أحدهما ، كما لا يجوز بَيْعُ الرُّطَبِ بالتمرّ . وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضاً . لأن الجبن موزون ، والأقط مَكيلٌ . فلم يجُز بيع أحدهما بالآخر ، كالخُبز بالدقيق . ويحتمل الجوازَ إذا تماثلا ، كبيع بالخُبز .

٢٨٣١ « مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان ﴾

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه . وهو مذهب مالك ، والشافعيّ ،وقول فقهاء المدينة السبعة . وحُكى عن مالك : أنه لا يجوز بيعُ اللحم بحيوان مُعَدّ للحم . ويجوز بغيره ، وقال أبو حنيفة : يجوز مُطلقاً . لأنهّ باع مال الربا بما لا رِبا فيه . أشبه بيع اللحم بالدراهم ، أو بلحم من غير جنسه .

ولنا : مارُوى أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ » رواه مالك فى الموطّأ ، عن زيد بن أسلم ، عن سعيد بن المسيّب ، عن النبى ، صلى الله عليه وسلم ، قال ابن عبد البرّ : هذا أحسنُ أسانيده . ورُوى عن النبىّ صلىّ الله عليه وسلم « أَنَّهُ نَهَى أَنْ يُباعَ حَيٌّ بِمَيْتٍ » ذكره الامام أحمد ، ورُوى عن ابن عباس « أن جَزُوراً نُحِرتْ ، فجاء رَجُلٌ بِعَناقٍ[1] فقال : أَعْطُونِي جُزْءاً بِهٰذَا العَنَاقِ . فَقَالَ أبو بكر : لاَ يَصْلُحُ هَذَا » قال الشافعيّ : لا أعلم مُخالفاً لأبى بكر فى ذلك ، وقال أبو الزناد : وكلُّ مَنْ أدركتُ يَنْهَى عن بيع اللحم بالحيوان ، ولأنّ اللحم نوعٌ فيه الربا بيعَ بأصله الذى فيه منه . فلم يجُز ، كبيع السمسم بالشيرج ، وبهذا فارق ماقاسوا عليه ، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه ، فظاهر كلام أحمد والخِرَقيّ : أنه لا يجوز . فان أحمد سُئل عن بيع الشاة باللحم ؟ فقال : لايصحّ . لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَيٌّ بِمَيْتٍ » واختار القاضى جوازَه ، وللشافعيّ فيه قولان . واحتجّ من منعه بعُموم الأخبار ، وبأن اللّحم كلّه جنسٌ واحد . ومن أجازه قال : مالُ الربا بيع بغير أصله ، ولا جنسه . فجاز ، كما لو باعه بالأثمان . وإن باعه بحيوانٍ غيرِ مأكول اللحم جاز فى ظاهر قول أصحابنا . وهو قول عامّة الفقهاء .

٢٨٣٢ (فصل) ولا يجوز بيع شيء من مال الرّبا بأصله الذى فيه منه، كالسمسم بالشيرج ، والزيتون بالزيت، وسائر الأدهان بأصولها، والعصير بأصله، كعصير العنب، والرّمان، والتفّاح، والسفرجَلِ، وقصب السكر، لا يباع شيء منها بأصله . وبه قال الشافعيّ وابن المنذر . وقال أبو ثور : يجوز. لأن الأصل مختلفٌ ، والمعنى

---

(١) العناق : بفتح العين أنثى المعز

مختلف . وقال أبو حنيفة : يجوز إذا علم يقيناً أنّ ما فى الأصل من الدُّهن والعصير أقلّ من المنفرد ، وإن لم يعلم لم يجز .

ولنا : أنه مالُ رِباً بيع بأصله الذى فيه منه . فلم يجُز ، كبيع اللحم بالحيوان . وقد أثبتنا ذلك بالنصّ .

٢٨٣٣ (فصل) فأما بيع شىء من هذه المُعتصَرات بجنسه فيجوز مُتماثلاً . ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلاً ، وكيف شاء ، لأنهما جنسان . ويُعتبر التساوى فيهما بالكيل ، لأنه يقدَّر به ، ويُباع به عادةً ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وسواء كانا مطبوخين أو نِيئَيْن ، وقال أصحاب الشافعىّ : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه. لأن النار تعقد أجزاءهما ، فيختلف ، ويُؤَدِّى إلى التفاضل .

ولنا : أنهما متساويان فى الحال على وجهٍ لا ينفرد أحدُهما بالنقص . فأشبه النِّىء بالنِّىء . فأمّا بيع النِّىء بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز ، لأن أحدهما ينفرد بالنقص فى ثانى الحال ، فلم يجُز بيعُه به ، كالرُّطب بالتمر . وإن باع عصير شىء من ذلك بثُفْله . فإن كانت فيه بقيَّة من المُستخرَج منه لم يجُز بيعُه به . فلا يجوز بيع الشيرج بالكُسْب ، ولا الزّيت بثُفْله الذى فيه بقيّة من الزيت ، إلاّ على الرواية التى يجوز فيها مسألة مُدّ عَجْوة . فإن لم يبق فيه شىء من عصيره جاز بيعُه به ، متفاضلاً ومتماثلا. لأنهما جنسان .

٢٨٣٤ (فصل) وإن باع شيئاً فيه الرّبا بعضَه ببعْض ، ومعهما ، أو مع أحدهما من غير جنسه ، كمدّ ودرهم بمدّ ودرهم ، أو بمدَّيْن ، أو بدرهمين ، أو باعَ شيئاً مُحَلًّى بجنس حِليتِهِ فهذه المسألة تسمَّى « مَسْأَلَةَ مدّ عَجْوةٍ » والمذهب أنه لا يجوز ذلك . نصّ على ذلك أحمد فى مواضع كثيرة ، وذكره قدماء الأصحاب . قال ابن أبى موسى فى السيف الُمحلّى ، والمِنْطَقةِ ، والمَراكِب[1] المُحلاّة بجنس ما عليها : لا يجوز قولاً واحداً . ورُوِى هذا عن سالم بن عبد الله ، والقاسم بن محمد ، وشُرَيح ، وابن سيرين، وبه قال الشافعىّ ، وإسحاق وأبو ثور ، وعن أحمد روايةٌ أخرى تدلُّ على أنه يجوز ، بشرط أن يكون المفرد أكثرَ من الذى معه غيرُه ، أو يكون مع كلّ واحدٍ منهما من غير جنسه ، فإن مهنا نقل عن أحمد فى بيع الزُّبد باللبن : يجوز إذا كان الزُّبد المنفرد أكثرَ من الزبد الذى فى اللبن . ورَوى حرب ، قال : قلت لأحمد : دفعتُ ديناراً كوفياً ودِرْهَماً ، وأخذتُ ديناراً شاميًا وزنُهما سواء ، لكن الكوفىّ أوضعُ[2] ؟ قال : لا يجوز ، إلا أن ينقُص الدينار . فيُعطيه بحسابه فِضَّةً . وكذلك رَوى عنه محمد بن أبى حرب ، الُجرْجرائِىّ . ورَوى الميمونىّ أنه سأله : لا يَشْتَرى السيفَ والمِنْطَقَةَ حتّى يَفْصِلها ؟ فقال : لا يشتريها حتى يَفصِلَها ، إلاّ أنّ هذا أهونُ من ذلك . لأنه قد يَشترى أحد النوعين بالآخر يَفْصِلُه . وفيه غيرُ النوع الذى

(١) المراكب جمع مركوب ، وهو ما يركبه الانسان من الدواب وغيرها .

(٢) أوضع : أقل قيمة .

يَشترى به . فإذا كان من فضل الثمن ، إلاّ أنّ من ذهب إلى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله . قيل له : فما تقول أنت ؟ قال : هذا موضعُ نظر ، وقال أبو داود : سمعتُ أحمدَ سئل عن الدراهم المسيّبيّة بعضُها صُفْرٌ ، وبعضها فِضّةٌ بالدراهم[1] ؟ قال : لا أقول فيه شيئاً ، قال أبو بكر : روى هـذه المسألة عن أبى عبد الله خمسةَ عَشَر نفساً . كلّهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يَفصِل ، إلاّ الميمونىّ . ونقل مهنا كلاماً آخرَ . وقال حمّاد بن أبى سليمان ، وأبو حنيفه : يجوز هذا كلّه ، إذا كان المفرَد أكثرَ من الذى معه غيرُه ، أو كان مع كلّ واحد منهما من غير جنسه . وقال الحسن : لا بأس ببيع السيف المحلّى بالفِضّة بالدّراهم . وبه قال الشعبىّ ، والنخَعِى . واحتجّ من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمـكن حمله على الصحة لم يُحمل على الفساد . لأنه لو اشترى لحماً من قَصّابٍ جاز مع احتمال كونه مَيْتَةً . ولـكن وجب حمُله على أنه مُذَكًّى تصحيحاً للعقد . ولو اشترى من إنسان شيئاً جاز مع احتمال كونه غيرَ ملـكه ، ولا إذن له فى بيعه ، تصحيحاً للعقد أيضاً . وقد أمـكن التصحيحُ هٰهنا بجعل الجنس فى مقابلة غير الجنس ، أو جَعْل غير الجنس فى مقابلة الزائد على المثل .

ولنا : ما روَى فضالة بن عُبَيْد قال « أُتِيَ النبىُّ صَلّى اللهُ عليه وسلم بِقَلادةٍ فيها ذهبٌ وخرز ابتاعها رجلٌ بتسْعة دنانير ، أو سبعة دنانير . فقال النبىّ صلىّ الله عليه وسلم : لا ، حتّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُما ، قال : فرَدّه حتّى مَيّزَ بَيْنَهُماَ » رواه أبو داود ، وفى لفظ رواه مسلم قال « فَأَمَرَ رَسُولُ اللهِ صَلىَّ اللهُ عَلَيْه وسَلَّم بِالذَّهَبِ الذى فِى القِلَادَةِ فَنُزِعَ وَحدَهُ ، ثُم قَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم : الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْنًا بِوَزْنٍ » ولأن العقد إذا جمع عِوَضين مختلِفَىِ الجنس وجب أن ينقسم أحدُهما على الآخر على قدر قيمة الآخر فى نفسه . فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العِوَض .

بيانه : أنه إذا اشترى عبدين قيمةُ أحدهما مثل نصف قيمةِ الآخر بعَشَرةٍ كان ثمن أحدهما ثُلُثَىْ العَشَرةِ ، والآخرُ ثلثُها . فلو ردّ أحدهما بعيب ردّه بقسطه من الثمن . ولذلك إذا اشترى شِقْصاً[2] ، وسَيْفاً بثمنٍ أخذ الشفيع الشقْصَ بقِسطِهِ من الثمن ، فإذا فعلنا هذا فيمن باع درهماً ومدّاً قيمتهُ درهمان بمدّين قيمتهما ثلاثةٌ حصل الدرهمُ فى مقابلة ثلثى مُدّ ، والمدّ الذى مع الدرهم فى مقابلة مدّ وثلث . فهذا إذا تفاوتت القِيَمُ ، ومع التساوى يُجْهَلُ ذلك . لأن التقويم ظنّ ، وتخمين ، والجهلُ بالتساوى كالعلم بعدمه فى باب الربا ، ولذلك لم يجز بيعُ صُبْرةٍ بصُبْرةٍ بالظنّ والخَرْصِ ، وقولهم : يجب تصحيح العقد . ليس كذلك ، بل يُحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد . ولذلك لو باع بثمن ، وأطلق ، وفى البلاد نقود بَطل ، ولم يُحمل على نقدِ أقرب البلاد إليه .

(١) بالدراهم : أى التى كلها فضة :

(٢) الشقص : الجزء من العقار او الأرض او العبد او غير ذلك .

أما إذا اشترى من إنسان شيئاً فانه يَصحّ . لأن الظاهر أنه ملكُه ، لأن اليد دليلُ الملك . وإذا باع لحماً فالظاهر أنهُ مذكّى . لأن المسلم فى الظاهر لا يبيع المَيتَة .

٢٨٣٥ (فصل) فأما إن باع نوعين مختلفى القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس ، كدينار مغربىّ ودينار سابورِى بدينارين مَغربِيّين ، أو دينارٍ صحيح ، ودينار قُراضَةٍ بدينارين صحيحَين ، أو قُراضَتَين ، أو حنطَة حمراء وسَمْراء ببيضاء ، أو تمرا برْنياً ومَعْقليا بابرحيمىّ . فإنه يصحّ . قال أبو بكر : وأَومأ إليه أحمدُ ، واختار القاضى أبو يَعلى أنّ الحكم فيها كالتى قبلها . وهو مذهب مالك ، والشافعىّ . لأنّ العقد يقتضى انقسام الثمن على عِوَضه على حَسَب اختلافه فى قيمته ، كما ذكرنا . ورُوى عن أحمد منعُ ذلك فى النقد ، وتجويزُه فى الثمن . نقله أحمدُ بن القاسم . لأن الأنواع فى غير الأثمان يكثر اختلاطها ، ويشُقّ تمييزُها ، فعُفى عنها بخلاف الأثمان .

ولنا : قولُ النبىِّ صلىّ الله عليه وسلم « الذّهَبُ بالذّهَبِ مِثْلاً بِمثْلٍ والفِضةُ بِالفِضَّة مِثْلاً بِمثْلٍ » الحديث ، وهذا يدلّ على إباحةِ البيع عند وجود المماثلة المراعية[1] وهى المماثلة فى الموزون وَزْناً ، وفى المكيل كيلا ولأن الجودة ساقطةٌ فى باب الرِّبويّاتِ فيما قوبل بجنسه فيما لو اتّحد النوع فى كلّ واحد من الطرفين ، فكذلك إذا اختلفا . واختلاف القيمة ينبنى على الجودة ، والرداءة . لأنه باع ذهباً بذهب ، متساوياً فى الوزن فصحّ ، كما لو اتفق النوع . وإنما يُقسم العِوَضُ على المعوّض فيما يشتمل على جنسين ، أو فى غير الرّبويات ، بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيّد وردىء .

٢٨٣٦ (فصل) وإن باع مافيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما بيع به إلاّ أنه غير مقصود . كدارٍ مُموّهٍ سَقفُها بالذّهب جاز ، لا أعلم فيه خلافاً . وكذلك لو باع داراً بدارٍ مُموّهٍ سقفُ كلّ واحدةٍ منهما بذهب ، أو فِضة جاز . لأن مافيه الربا غير مقصود بالبيع . فوجوده كعدمه . كذلك لو اشترى عبداً له مالٌ فاشترط مالهَ وهو من جنس الثمن ، جاز إذا كان المالُ غيرَ مقصود ، ولو اشترى عبداً بعبد ، واشترط كلّ واحد منهما مالَ العبد الذى اشتراه جاز ، إذا لم يكن مالهُ مقصوداً . لأنه غيرمقصود بالبيع ، فأشبه التمويه فى السقف . ولذلك لا تُشترط رؤيته فى صحّة البيع ، ولا لزُومه . وإن باع شاةً ذاتَ لبن ، بلبن ، أو عليها صوفٌ بصوف ، أو باع لَبونًا بِلَبُونٍ[2] ، وذاتَ صُوفٍ بمثلها . ففيه وجهان :

أحدهما : الجواز . اختاره ابن حامد . وهو قول أبى حنيفة ، وسواء كانت الشاة حَيّة أو مذكاةً . لأن مافيه الربا غيرُ مقصود ، فلم يمنع ، كالدار المموّهِ سقفُها .

---

(١) هكذا فى الأصل ، وصحتها المراعاة ، لأن الياء المتحركة المفتوح ماقبلها تقلب الفا كالمساقاة ، والمقاضاة ، ونحو ذلك

(٨) لبون : ذات لبن .

والثانى : المنعُ . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه باع مالَ الرّبا بأصله الذى فيه منه : أشبه الحيوان باللّحم: والفرق بينهما : أن اللحم فى الحيوان مقصُودٌ ، بخلاف اللبن . ولو كانت الشاةُ محلُوبةَ اللبن جاز بيعُها بمثلها ، وباللبن ، وجهاً واحداً . لأن اللبن لا أثر لهُ ، ولا يقابله شىء من الثمن . فأشبه الملح فى الشيرج ، والخبْز ، والجُبْنَ وحبّات الشعير فى الحِنْطَةِ . ولا نَعْلَم فيه أيضاً خلافاً : وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس ابن الشاة جاز بكلّ حال .

ولو باع نخلةً عليها تمرٌ ، بتمرٍ ، أو بنخلةٍ عليها تمر . ففيه أيضاً وجهان :

أحدهما : الجواز . اختاره أبو بكر لأن التمر غير مقصود بالبيع .

والثانى : لا يجوز . ووجه الوجهين : ما ذكرناه فى المسألة قبلها . واختار القاضى أنّه لا يجوز . وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصحّ إفرادها بالبيع وهى معلومة ، بخلاف اللبن فى الشاة . وهذا بالفرق غيرُ مؤثّر . فإنّ مايمنع إذا جاز إفرادُه يمنع وإن لم يجز إفرادُه ، كالسيف المحلّى يُباع بجنس حِلْيَتِه ، وما لا يمنع لا يمنع ، وإن جاز إفرادُه كمالِ العبد .

٢٨٣٧ (فصل) وإن باع جنسا فيه الربا بجنسه ، ومع كلّ واحد من غير جنسه غيرُ مقصود . فذلك ينقسم أقساماً .

أحدها : أن يكون غيرُ المقصود يسيراً . لا يؤثّر فى كيل ، ولا وزن . كالملح فيما يعمل فيه ، وحبّات الشعير فى الحِنْطَة . فلا يمنع . لأنه يسيرٌ لا يُخِلّ بالتماثل . وكذلك لو وجد فى أحدهما دون الآخر لم يمنع ، لذلك ، ولو باع ذلك بجنسِ غير المقصود الذى معه ، مثل أن يبيع الخبز بالملح جاز . لأن وجود ذلك كعدمه .

الثانى : أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود ، كالماء فى خَلِّ التمر ، والزبيب ، ودِبْس التمر . فهذا يجوز بيع الشىء منه بمثله . ويَتنزّل خَلْطُه منزلة رطوبته ، لكونه من مصلحته ، فلا يمنع من بيعه بما يماثلُه ، كالرُّطَبَ بالرُّطَبِ . ولا يجوز بيعُه بما ليس فيه خلطٌ ، كبيع خلّ العنب بخلّ الزبيب ، لإفضائه إلى التفاضُل ، فجرى مجرى بيع التمر بالرُّطب . ومنع الشافعىّ ذلك كلّه ، إلاّ بيع الشيْرج بالشيرج ، لكون الماء لا يظهرُ فى الشيرج .

الثالث : أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته ، كاللبن المَشُوبِ بالماء ، والأثمانِ المغشوشة بغيرها . فلا يجوز بيعُ بعضها ببعض . لأن خلطه ليس من مصلحته . وهو يُخِلّ بالتماثل المقصود فيه . وإن باعه بجنس غير المقصود ، كبيع الدينار المغشوش بالفضّة بالدراهم . احتمل الجواز . لأنه يَبيعُه بجنس غير مقصود فيه. فأشبه بيع اللبن بشاة فِيها لبنٌ ، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر فى الأصل ، وإن باع ديناراً

مغشوشاً بمثله ، والغِشُّ فيهما متفاوتٌ ، وغيرُ معلومِ المقدار لم يجُز . لأنه يخِلّ بالتماثل المقصود . وإن عُلم التساوى فى الذهب ، والغش الذى فيهما خرج على الوجهين . أولهما : الجواز . لأنهما تماثلا فى المقصود وفى غيره . ولا يُفضى إلى التفاضُل بالتوزيع بالقيمة ، لكون الغِشّ غيرَ مقصود ، فكأنّه لا قيمة له .

٢٨٣٨ (فصل) ولو دفع إليه درهماً ، فقال : أعطنى بنصف هذا الدرهم نصفَ دِرْهم ، وبنصفه فُلوساً ، أو حاجةً أخرى جاز . لأنه اشترى نصفاً بنصف ، وهما متساويان . فصحّ ، كما لو دفع إليه دِرْهَمَيْن وقال : بعنى بهذا الدرهم فُلوساً ، وأعطنى بالآخر نِصْفَيْنِ ، وإن قال : أعطنى بهذا الدرهم نصفاً وفُلوساً جاز أيضاً . لأن معناه ذلك ، ولأن ذلك لا يُفضى إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة ، فإنّ قيمة النصف الذى فى الدرهم كقيمة النصف الذى مع الفُلوس يقيناً . وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء .

٢٨٣٩ (فصل) وما كان مُشتملاً على جنسين بأصل الخلقة ، كالتمر الذى اشتمل على النوى وماعليه ، والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره ، وأشباه ذلك . فهذا إذا قوبل بمثله جاز بيعُه به . ولا نظر إلى ما فيه ، فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَجَازَ بَيْعَ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ والحَيَوان بالحَيَوَانِ » وقد علم اشتمالهما على ما فيهما ، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه ، كبيع التمر الذى فيه النوى بالنوى ، ففيه عن أحمد روايتان ، قد ذكرناهما فيما مضى . فأما العَسلُ قبل تصفيته ، فقال أصحابنا : لا يجوز بيعُ بعضه ببعض ، لاشتماله على عسل وشمع ، وذلك بفعل النحل . فأشبه السيف المُحَلّى .

٢٨٤٠ (فصل) ويحرم الربا فى دار الحرب ، كتحريمه فى دار الإسلام . وبه قال مالك ، والأوزاعىّ ، وأبو يوسفَ ، والشافعىّ ، وإسحق . وقال أبو حنيفة : لا يجرى الربا بين مسلم وحرْبىّ فى دار الحرب ، وعنه فى مُسلمَيْن أسلما فى دار الحرب : لا ربا بينهما . لما روَى مكحولٌ عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « لاَ رِبا بين المُسْلِمِينَ ، وَأَهْلِ الحَرْبِ فِى دَارِ الحَرْبِ »[1] ولأن أموالهم مباحة : وإنما حظرها الأمان فى دار الإسلام ، فما لم يكن كذلك كان مباحاً .

ولنا : قول الله تعالى (وَحَرَّمَ الرِّبَا) وقوله (٢ : ٢٧٥ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إلاَّ كَمَا يَقُوم الَّذِى يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ المَسّ) وقال تعالى (٢ : ٢٧٨ يا أيّها الّذِينَ آمَنُوا اتقُوا اللهَ وذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا) وعمومُ الأخبار يقتضى تحريم التفاضُل وقوله « مَنْ زَادَ أَو ازْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى » عامّ ، وكذلك سائرُ الأحاديث . ولأنّ ما كان محرّماً فى دار الإسلام كان محرّماً فى دار الحرب ، كالربا بين المسلمين . وخبرهم مُرسل ، لا نعرف صحّته . ويحتملُ أنه أراد النهى عن ذلك : ولا يجوز ترك ما ورد

---

(١) معنى لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب ، أنه يجوز للمسلم أن يأخذ الزيادة من الحربى ، لأن ماله مباح كله للمسلم ما دام حربياً ، فأخذ بعضه زيادة فى المبايعة يكون متدرجا تحت الكل المباح ، فيجوز .

بتحريمه القرآنُ، وتظاهرت به السنّة. وانعقد الإجماعُ على تحريمه بخبر مجهولٍ، لم يردْ فى صحيحٍ ولا مُسند، ولا كتاب موثوق به. وهو مع ذلك مُرْسَلٌ محتمل. ويحتمل أن المراد بقوله «لا ربا» النهىُ عن الرّبا كقوله (٢ : ١٩٧ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ) وما ذكروه من الإباحة منتقض بالحربىّ إذا دخل دارَ الإسلام. فإنّ ماله مُباحٌ إلاّ فيما حظره الأمانُ. ويُمكن حملُه بين المسلمين على هبة التفاضُل. وهو محرّم بالإجماع، فكذا ههنا.

٢٨٤١ «مسألة» قال ﴿وإذا اشترى ذهباً بورق عيناً بعين، فوجد أحدُهما فيما اشتراه عيباً، فله الخيارُ بين أن يردّ، أو يقبلَ، إذا كان بصرْف يومه، وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه﴾.

معنى قوله «عيناً بعَيْن» هو أن يقول: بعتُك هذا الدينار بهذه الدراهم، ويُشير إليهما وهما حاضران. وبغير عينه: أن يوقع العقد على موصوف غير مشارٍ إليه. فيقول: بعتُك ديناراً مصريًّا بعشرةِ دراهم ناصِريّة، وإن وقع القبضُ فى المجلس. وقد يكون أحدُ العوضين معيّناً دون الآخر. وكلّ ذلك جائز، والمشهور فى المذهب: أن النقود تتعيّن بالتعيين فى العقود. فيثبُت الملكُ فى أعيانها. فعلى هذا إذا تبايعا ذهباً بفضّة مع التعيين فيهما ثم تقابضا، فوجد أحدهما بما قبضه عيباً لم يخلُ من قسمين:

أحدهما: أن يكون العيبُ غِشًّا من غير جنس المَبيع. مثلُ أن يجد الدراهم رصاصاً، أو نُحاساً، أو فيه شيء من ذلك، أو الدينار مَسْحاً. فالصرف باطل نص عليه أحمد وهو قول الشافعىّ. وذكر أبو بكر فيها ثلاثَ روايات. إحداهن: البيعُ باطل. والثانية: البيعُ صحيح. لأنّ البيع وقع على عينه، وللمشترى الخيارُ بين الإمساك أو الردّ، وأخذ البدل. والثالثة: يلزمه العقدُ، وليس له ردّه ولا بد له.

ولنا: أنه باعه غيرَ ماسَمّىً له، فلم يصلح، كما لو قال: بعتُك هذه البغلة، فإذا هو حمار، أو هذا الثوب القزِّ فوجده كتّاناً. أما القولُ بأنّه يلزمه المبيُع فغيرُ صحيح، فإن اشترى مَعيباً لم يَعلم عَيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش[1]، كسائر المبيعات. ثم إنّ أبا بكر يقول فيمن دَلّس العيب: لا يصحّ بيعُه مع وجود ذات المسمّى فى البيع. فههنا مع اختلاف الذات أولى.

القسم الثانى: أن يكون العيبُ من جنسه، مثل كون الفضّة سَوْداء أو خَشِنةً تتفطّر[2] عند الضرب، أو سِكّتُها مخالفةً لسكة السُّلطانِ. فالعقدُ صحيح. والمشترى مخيرٌ بين الإمساك، وبين فسخ العقد والردّ. وليس له البدل. لأن العقد واقع على عينه. فإذا أخذ غيرَه أخذ مالم يشتره. وإن قلنا: إن النقد لا يتعيّن بالتعيين فى العقد فله أخذُ البدل. ولا يبطُل العقد. لأن الذى قبضه ليس هو المعقود

(١) الأرش: الفرق بين الثمن الحقيق والثمن الذى قبضه

(٢) تنفطر: تنكسر

عليه . فأشبه السَّلَمَ إذا قبضه فوجد به عيباً . وإن كان العيبُ فى بعضه فله ردّ الكلّ ، أو إمساكُه . وهل له ردّ المَعيب وإمساك الصحيح ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . والحكم فيما إذا كان العِوضَان من جنس واحد ، كالحكم فى الجنسين ، على ما ذكرنا ، لكن يتخرّج على قول من منع بيع النوعين بنوعٍ واحد من ذلك الجنس : أنه إذا وجد بعض العوض مَعيباً أن يبطُل العقدُ فى الجميع . لأنّ الذى يُقابل المعِيبَ أقلّ من الذى يقابلُ الصحيحَ ، فيصيرُ كمسألة مُدِّ عَجْوَةٍ ومذهب الشافعىّ مثلُ ماذكرنا فى هذا الفصل سواء .

٢٨٤٢ (فصل) ولو أراد أخذ أَرْش العيب والعِوَضانِ فى الصرف من جنس واحدٍ لم يُجز ، لحصول الزيادة فى أحد العوضين ، وفوات المماثلة المشترَطة فى الجنس الواحد . وخرّج القاضى وجهاً بجواز أخذ الأرش فى المجلس . لأن الزيادة طرأت بعد العقد . وليس لهذا الوجه وجه . فإن أرش العيب من العِوَض يُجبرُ به فى المرابحة ، ويأخذ به الشفيعُ ، ويردّ به ، إذا ردّ المبيع بفسخٍ أو إقالة . ولو لم يكن من العوض، فبأى شىء استحقّه المشترى ؟ فإنّهُ ليس بِهبَةٍ . على أن الزيادة فى المجلس من العوض . ولو لم يكن أرشاً فالأرش أولى . وإن كان الصرفُ بغير جنسه فله أخذ الأرش فى المجلس . لأن المماثلة غيرُ مُعتبرة ، وتخلّف قبض بعض العِوَض عن بعض ما داما فى المجلس لا يضرّ . فجاز ، كما فى سائر البيع . وإن كان بعد التفرق لم يجُز . لأنه يفْضى إلى حصول التفرّق قبل القبض لأحد العِوَضين ، إلا أن يجعلا الأرش من غير جنس الثمن ، كأنه أخذ أرش عيب الفِضّة قفيزَ حِنْطَةٍ فيجوز . وكذلك الحكم فى سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه ، أو بغير جنسه مما يُشترط فيه القبض . فإذا كان الأرش مما لا يُشترط قبضه ، كمن باع قفيزَ حِنْطةٍ بقفيزَىْ شعيرٍ فوجد فى أحدهما عيباً ، فأخذ أرشه درهماً جاز ، وإن كان بعد التفرّق . لأنه لم يحصُل التفرّق قبل قبض ما شُرط فيه القبض .

٢٨٤٣ (فصل) قول الخِرَقىّ « إذا كان بصَرْفِ يَوْمِه » يعنى : الردّ جائز ما لم تنقصُ قيمةُ ما أخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا . فإن نقصت قيمتُه ، كأن أخذ عشرةً بدينار ، فصارت أَحدَ عَشَر بدينار . فظاهرُ كلام أحمد والخِرَقىّ : أنه لا يملك الردّ لأن المبيع تَعيَّب فى يده لنقص قيمته . وإن كانت قيمتُه قد زادت ، مثلُ أن صارت تسعةً بدينار ، لم يمنع الردّ . لأنه زيادةٌ وليس بعيب ، والصحيح : أن هذا لا يمنع الردّ . لأن تغيّر السعر ليس بعيب . ولهذا لا يضمن فى الغصب ، ولا يمنع من الرّد بالعيب فى القرض ، ولو كان عيباً . فإن ظاهر المذهب : أنه إذا تعيّب المبيعُ عند المشترى ، ثم ظهر على عيب قديم فله ردّه ، وردّ أرش العيب الحادث عنده ، وأخذ الثمن .

٢٨٤٤ (فصل) وإن تلف العِوَضُ فى الصرف بعد القبض ، ثم عَلِم عيبه فسخَ العقدَ وردّ الموجود،

وتبقى قيمةُ العيب فى ذمّة من تلف فى يده ، فيردّ مثلها ، أو عِوَضها إن اتفقا على ذلك، سواء كان الصرف بجنسه ، أو بغير جنسه . ذكره ابن عقيل . وهو قول الشافعىّ . قال ابن عقيل : وقد رُوى عن أحمد جوازُ أخذ الأرش . والأول أولى ، إلا أن يكونا فى المجلس ، والعوضان من جنسين .

٢٨٤٥ (فصل) إذا علم المصطرفان قدر العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن ، وكذلك لو أخبر أحدُهما الآخر بوزن ما معه فصدّقه . فإذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا ، فوجد أحدُهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرفُ . لأنهما تبايعا ذهباً بذهب مُتفاضلاً . فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادَةً على الدينار نظرتَ فى العقد ، فإن كان قال : بعتُك هذا الدينار بهذا ، فالعقد باطلٌ . لأنه باع ذهباً بذهب مُتفاضلاً . وإن قال : بعتُك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائدُ فى يد القابض مُشاعاً مَضموناً لمالكه . لأنه قبضه على أنه عوض ، ولم يفسُد العقد . لأنه إنما باع ديناراً بمثله ، وإنما وقع القبضُ للزيادة على المعقود عليه . فإن أراد دفع عوض الزائد جاز ، سواء كان من جنسه ، أو من غير جنسه . لأنه معاوَضَةٌ مُبتدأة . وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك . لأن آخذ الزائد وجد المبيع مُختلطاً بغيره مَعيباً بعيْب الشركة . ودافعُه لا يلزمه أخذُ عوضه ، إلا أن يكونا فى المجلس ، فيردّ الزائد ، ويدفع بدله . ولو كان لرجل على رجل عشرةُ دنانير، فوفّاه عشرةً عدداً ، فوجدها أحَدَ عشرَ . كان هذا الدينار الزائدُ فى يد القابض مُشاعاً مَضموناً لمالكه . لأنه قبضه على أنّه عِوَضٌ عن ماله . فكان مضموناً بهذا القبض ، ولمالكه التصرّف فيه كيف شاء .

٢٨٤٦ (فصل) والدراهم والدنانير تتعيّن بالتعيين فى النقد ، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ، ويتعيّن عوضاً فيه . فلا يجوز إبداله . وإن خرج مغصوباً بطل العقد . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ . وعن أحمد : أنّها لا تتعيّن بالعقد . فيجوز إبدالها ، ولا يبطلُ العقد بخروجها مغصوبةً . وهذا مذهبُ أبى حنيفة. لأنه يجوز إطلاقُها فى العقد ، فلا تتعيّن بالتعيين فيه ، كالمكيال والصّنجة .

ولنا : أنه عوض فى عقد فيتعيّن بالتعيين ، كسائر الأعواض ، ولأنه أحد العوضين فيتعيّن بالتعيين كالآخر . ويُفارق ما ذكروه . فإنه ليس بعوض . وإنّما يراد لتقدير المعقود عليه ، وتعريف قدره . ولا يثبُت فيها الملكُ بحال ، بخلاف مسألتنا .

٢٨٤٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا تبايعا ذلك بغير عينه ، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً ، فله البدلُ إذا كان العيب ليس بدخيلٍ عليه من غير جنسه ، كالوضوح فى الذهب ، والسواد فى الفضّة ﴾

يعنى اصطرفا فى الذمّة ، نحو أن يقول : بعتُك ديناراً مصريًّا بعشَرةِ دراهم ، فيقول الآخر : قبلت . فيصحّ البيع ، سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما ، أو لم يكونا ، إذا تقابضا قبل الافتراق ، بأن يستقرضا أو غيرَ ذلك . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وحُكى عن مالك : لا يجوز الصرف ، إلا أن تكون

العينان حاضرتين . وعنه : لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتُعيَّن . وعن زُفَر مثلهُ . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « لاَ تَبِيعُوا غَائِباً مِنْها بنَاجِزٍ » ولأنّه إذا لم يعيَّن أحدُ العِوضَين كان بيعَ دين بدين ، وهو غير جائز .

ولنا : أنّهما تقابضا فى المجلس فصحّ ، كما لو كانا حاضرين . والحديثُ يراد به أن لا يُباع عاجلٌ بآجل ، أو مقبوض بغير مقبوض . بدليل ما لو عين أحدها فإنه يصحّ . وإن كان الآخرُ غائباً ، والقبضُ فى المجلس جرى مَجرى القبض حالةَ العقـد ، ألا ترى إلى قوله « عَيْناً بعيْن يَداً بيَدٍ » والقبضُ يجرى فى المجلس كذا التعيّن .

فإذا ثبت هذا : فلا بدّ من تعيينهما بالتقابض فى المجلس . ومتى تقابضا فوجد أحدُهما بما قبضه عيباً قبل التفرّق ، فله المطالبةُ بالبدل ، سواء كان العيبُ من جنسه ، أو من غير جنسه ، لأنّ العقد وقع على مُطلقٍ لا عيب فيه ، فله المطالبة بما وقع عليه العقدُ كالمُسْلَمَ فيه . وإن رضيه بعَيْبِهِ والعيب من جنسه جاز ، كما لو رضى بالمُسْلَمَ فيه مَعِيباً . وإن اختار أخْذَ الأرْش فإن كان العوضان من جنس واحد لم يجُز . لإفضائه إلى التفاضُل فيما يشترط فيه التماثلُ . وإن كانا من جنسين جاز . فأمّا إن تقابضا وافترقا ثم وجدَ العيبَ من جنسه . فله إبداله فى إحدى الروايتين ، اختارها الخلاّل والخِرَقىّ . ورُوى ذلك عن الحسن وقتادة . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهو أحد قولى الشافعىّ . لأن ما جاز إبدالُهُ قبل التفرّق جاز بعده ، كالمُسْلَمَ فيه .

والرواية الثانية : ليس له ذلك . وهو قول أبى بكر ، ومذهب أبى حنيفة . والقول الثانى للشافعىّ . لأنه يقبضه بعد التفرّق . ولايجوز ذلك فى الصرف . ومن صار إلى الرواية الأولى قال : قبض الأول صحّ به العقدُ ، وقبضُ الثانى يدلّ على الأول . ويُشترط أن يأخذ البدل فى مجلس الردّ . فإن تفرّقا من غير قبض بطل العقدُ . وإن وجدَ البعضَ رديئاً فردّه . فعلى الرواية الأولى : له البدلُ . وعلى الثانية : يبطُل فى المردود . وهل يصحّ فيما لم يردّ ؟ على وجهين ، بناءً على تفريق الصفقة . ولا فرق بين كون المبيع من جنس ، أو من جنسين . وقال مالك : إن وَجدَ درهماً زَيْفاً ، فرضى به جاز . وإن ردّه انتقض الصرفُ فى دينار . وإن ردّ أحدَ عشَر درهماً انتقض الصرف فى دينارين . وكلّما زاد على دينار انتقض الصرف فى دينارٍ آخرَ .

ولنا : أن ما لا عيب فيه لم يردّ ، فلم ينتقض الصرف فيما يقابله ، كسائر العِوَض ، وإن اختار واجدُ العيب الفسخَ ، فعلى قولنا له البدلُ : ليس له الفسخُ إذا أُبْدِلَ له . لأنه يمكنُه أخذُ حقّه غير مَعِيبٍ . وعلى الرواية الأخرى : له الفسخُ ، أو الإمساكُ فى الجميع . لأنهُ تعذّر عليه الوصول إلى ما عقد عليه ، مع

إبقاء العقد . فإنْ اختار أخذ أرْش العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك . لأنه عوض يقبضه بعد التفرّق عن الصرف إلا على الرواية الأخرى .

٢٨٤٨ (فصل) ومن شَرْطِ المصارفة فى الذمّة : أن يكون العوضان معلومين . إما بصفة يتميّزان بها ، وإمّا أن يكون للبلد نقدٌ معلوم ، أو غالب . فينصرف الإطلاق إليه . ولو قال : بعتُك ديناراً مصريًّا بعشرين درهماً من نقدِ عشرةٌ بدينار . لم يصح ، إلا أن لا يكون فى البلد نقد عشرةٌ بدينار ، إلا نوع واحد . فتنصرف تلك الصفة إليه . وكذلك الحكم فى البيع .

٢٨٤٩ (فصل) إذا كان لرجل فى ذمّة رجل ذهبٌ ، وللآخر عليه دراهم ، فاصطرفا بما فى ذمتهما . لم يصحّ . وبهذا قال الليث والشافعيّ . وحَكى ابن عبد البرّ عن مالك ، وأبى حنيفة جوازَه . لأن الذمّة الحاضرة كالعين الحاضرة ، ولذلك جاز أن يشترى الدراهمَ بدنانير من غير تعيين .

ولنا أنه[1] بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالإجماع قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز. وقال أحمد: إنما هو إجماع. وقد رَوى أبو عبيدٍ فى الغريب «أنّ النبى صلّى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الكَالِىء بالكَالِىء » وفسرّه بالدين بالدّين ، إلا أن الأثرم رَوى عن أحمد : أنه سُئل : أيصحّ فى هذا حديث؟ قال :لا. وإنما صح الصرفُ بغير تعيين، بشرط أن يتقابضا فى المجلس، لجرى القبضُ والتعيين فى المجلس مجرَى وجوده حالةَ العقد . ولو كان لرجل على رجل دنانيرُ فقضاه دراهمَ شيئاً بعد شىء نظرتَ . إن كان يُعطيه كلّ درهم بحسابه من الدينار صحّ. نصّ عليه أحمد. وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك، فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجُز. نصّ عليه أيضاً . لأن الدنانير دين ، والدراهمُ صارت ديناً . فيصيرُ بيعَ دين بدين. وإن قبض أحدُهما من الآخر ماله عليه ، ثم صارفه بعين، وذمّة صحّ. وإذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شىء ، ولم يقضه ذلك وقت دفعها إليه ، ثم أحضرها وقوّماها. فإنه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه. لأنها قبل ذلك لم تَصِرْ فى مِلكه إنما هى وديعة فى يَدِه . فإن تلِفَت ، أو نقصت فهى من ضمان مالِكها . ويحتمل أن تكون من ضمانَ القابض لها ، إذا قبضها بنيّة الاستيفاء . لأنها مقبوضة على أنها عوض ووفاء . والمقبوض فى عقد فاسد كالمقبوض فى العقد الصحيح فيما يَرجع إلى الضمان وعدمه . ولو كان لرجل عند صَيْرفىّ دنانيرُ فأخذ منه دراهمَ إدراراً لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك . بل كلّ واحد منهما فى ذمّة من قبضه . فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما ، واصطرفا بعين وذمّة .

٢٨٥٠ (فصل) ويجوز اقتضاء أحد النقدين من الآخر ، ويكون صرفاً بعين وذمّة ، فى قول

---

(١) فى الطبعة الثالثة (ولنا أن بيع دين بدين) ولم ينبه عليها فى الخطا والصواب ، وهى صحيحة فى الطبعة الأولى كما هنا .

أكثر أهل العلم ، ومنع منه ابن عباس ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وابن شُبْرُمَةَ ورُوى ذلك عن ابن مسعود . لأن القبض شرط ، وقد تخلّف .

ولنا : ماروى أبو داود ، والأثرم فى سُننهما ، عن ابن عمر قال « كُنْتُ أَبِيعُ الإبل بالبَقِيع ، فَأَبِيعُ بالدَّنانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ ، وأَبيعُ بالدَّراهم وآخُذُ الدَّنانيرَ ، آخُذُ هَذه مِنْ هَذِه ، وأُعْطى هَذِه مِنْ هَذِه . فأتيتُ النبيَّ صلىّ الله عليه وسلم فى بيت حَفْصَةَ فقلت : يارسول الله ، رُوَيْدَكَ أَسْأَلُكَ ، إنّى أَبِيعُ الإبلَ بِالبَقِيع ، فأَبِيعُ بالدَّنانِيرِ ، وآخُذُ الدَّرَاهم ، وأَبيعُ بالدراهِمَ وآخُذُ الدَّنانيرَ آخُذُ هَذه من هذه ، وأُعْطِى هَذِهِ مِنْ هذه ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم : « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَها بسعر يَوْمِهَا ، مَا لَمْ تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُما شَىْءٌ » قال أحمد : إنما يقضيه إيّاها بالسعر ، لم يختلفوا أنّه يقضيه إيّاها بالسعر إلاّ ماقال أصحاب الرأى : إنه يقضيه مكانها ذهباً على التراضى . لأنه بيعٌ فى الحال ، فجاز ماتراضيا عليه إذا اختلف الجنس ، كما لو كان العوض عَرْضاً . ووجه الأول : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا » ورُوى عن ابن عمر « أَنَّ بَكْرَ بْنَ عَبْدِ اللهِ المزَنِى ، ومَسْرُوقاً العِجْلِىّ سَأَلَاهُ عَنْ كَرِىٍّ[1] لها لَهُ عَلَيْهِمَا دراهمُ ، وليس مَعَهُما إلاّ دَنانيرُ ؟ فقال ابن عمر : أَعْطُوهُ بِسِعْرِ السُّوقِ » ولأنّ هذا جرى مجرى القضاء ، فقيّد بالمثل ، كما لو قضاه من الجنس . والتماثل ههنا من حيث القيمة ، لتعذّر التماثلُ من حيثُ الصورة ، قيل لأبى عبد الله : فإنّ أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق فى الدينار ، وما أشبهه ؟ فقال : إذا كان مماّ يتغابَنُ الناسُ به فسهّل فيه ، ما لم يكن حيلةً ، ويزادُ شيئاً كثيراً .

٢٨٥١ (فصل) فإن كان المقضىّ الذى فى الذمّة مؤجّلاً ، فقد توقّف أحمد فيه . وقال القاضى : يحتمل وجهين :

أحدهما : المنع ، وهو قول مالك ، ومشهور قولى الشافعىّ ، لأنّ مافى الذمّة لا يستحقّ قبضه ، فكان القبض ناجزاً فى أحدهما ، والناجز يأخذُ قسطاً من الثمن .

والآخر : الجواز ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنّه ثابت فى الذمّة بمنزلة المقبوض ، فكأنه رضىَ بتعجيل المؤجّل ، والصحيح الجواز إذا قضاه بسعر يومها ، ولم يجعل المقضىّ ،فضلاً لأجل تأجيل ما فى الذّمة ،لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئاً فقد رضى بتعجيل ما فى الذّمة ، بغير عِوَض ، فأشبه ما لو قضاه من جنس الدين ، ولم يستفصل النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم ابنَ عمر حين سأله : ولو افترق الحالُ لسأل واستفصل .

٢٨٥٢ (فصل) قال أحمد : ولو كان لرجل على رجل عشرةُ دراهم ، فدفع إليه ديناراً ، فقال :

---

(١) الكرى : بفتح الكاف ، وكسر الراء ، وتشديد الياء المكارى : أى الأجير .

استوف حقّك منه ، فاستوفاه بعد يومين ، جاز ، ولو كان عليه دنانيرُ فوكّل غريمه فى بيع داره ، واستيفاء حقّه من ثمنها ، فباعها بدراهمَ لم يجُز أن يأخذ منها قدر حقّه ، لأنه لم يأذن له فى مُصارفةِ نفسه ، ولأنه متّهم ، ولو باع جاريةً بدنانير ، فأخذ بها دراهمَ فردّت الجاريةُ بعيب ، أو إقالة لم يكن المشترى إلاّ الدنانير ، لأنّ الثمنُ الذى وقع عليه العقدُ ، وإنما أخذ الدراهم بعقد صرفٍ مُستأنف . نص أحمد على هذه المسائل .

٢٨٥٣ (فصل) إذا كان عليه دين مؤجّل ، فقال لغريمه : ضع عنّى بعضه ، وأعَجِّلُ لك بقيّته ، لم يجُز ، كرهه زيدُ بن ثابت ، وابن عمر ، والمقدادُ وسعيدُ بن المسيّب . وسالم ، والحسن ، وحمّاد ، والحكم ، والشافعىّ ، ومالك ، والثورىّ ، وهُشَيْم ، وابن عُلَيّة ، وإسحاق ، وأبو حنيفة وقال المقداد لرجلين فَعلاَ ذلك ، كلاّ كُما قد آذنَ بحَرْبٍ من الله ورسولهِ ، ورُوى عن ابن عباس : أنه لم يَرَ به بأساً ، ورُوى ذلك عن النخَعِىّ وأبى ثور ، لأنّه آخذٌ لبعض حقّه تاركٌ لبعضه ، فجاز كما لو كان الدينُ حالاً ، وقال الخِرَقىّ : لا بأس أن يُعَجّل المكاتَبُ لسيّده ، ويضَعَ عنه بعضَ كتابته ، ولنا : أنه بيعُ الحلول ، فلم يجُز ، كما لو زاده الذى له الدين . فقال له : أعْطيكَ عَشَرَة دراهمَ وُتَعجِّل لى المائةَ التى عليك . فأما المكاتَبُ فإنّ معاملته مع سيّده ، وهو يبيع بعض ماله ببعضٍ ، فدخلت المُسامحةُ فيه ، ولأنّه سبب للعتق ، فسُومح فيه ، بخلاف غيره .

٢٨٥٤ « مسألة » قال ﴿ فإن كان العيبُ دخيلا عليه من غير جنسه ، كان الصرف فيه فاسداً ﴾ .

يعنى إذا وجد أحدهما ما قبضه مَغشوشاً بغشٍّ من غير جنسه فيُنظَر فيه ، فإن كان الصرف عيناً بعين فهو فاسد ، لما أسلفناه ، وإن كان بغير عين ، وعلم ذلك فى المجلس فردّه ، وأخذ بدله ، فالصرف صحيح . لأنه عين المعقود عليه ، وإن افترقا قبل ردّه فالصرف فيه فاسد أيضاً ، لأنهما تفرّقا قبل قبض المعقود عليه ، ولم يقبض ما يصلح عِوضاً عن المعقود عليه . وهذا ظاهر كلام الخِرقىّ . وقيل عن أحمد : إنّه إذا أخذ البدل فى مجلس الردّ لم يبطل ، كما لو كان العيب من جنسه . وهذا فيما إذا لم يكن مُشترى المعيَب عالماً بعَيْبه ، فأمّا إن علم بعيبه فاشتراه على ذلك والعيبُ من جنسه جاز ، ولا خيار له ولا بدل ، وإن كان من غير جنسه ، وكان الصرف ذهباً بذهب ، أو فِضّةً بمثلها ، فالصرفُ فيه فاسد ، لأنّه يُخلّ بالتماثل ، إلاّ أن يبيع ذهباً أو فضّةً مغشوشاً بمثل غِشّه ، كبيعه ديناراً صُوريّاً بمثله ، مع علمه بتساوى غِشّهما ، وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه ، وإن باع مغشوشاً بغير مغشوش لم يجُز ، إلاّ أن يكون للغشّ قيمةٌ ، فيخرّج على مسألة مُدّ عَجوة ، وإن كان الصرف فى جنسين ، كذهب بفِضّة انبنى على انفاق المغشوشة .

٢٨٥٥ (فصل) وفى إنفاق المغشوش من النقود روايتان :

أظهرهما : الجوازُ ، نقل صالح عنه فى دراهم يقال لهـا المسَّيبيّة عامتُّهـا نُحاس ، إلاّ شيئاً فيها فِضّة . فقال : إذا كان شيئاً اصطلحوا عليه مثلَ الفلوس اصطلحوا عليها ، فأرجو ألا يـكون بها بأس .

والثانية . التحريم : نقل حنبل فى دراهم يُخلط فيها مسّ ، ونُحاسٌ يُشترَى بها ،ويُباع ، فلا يجوز أن يبتاع بها أحدٌ ، كلّ ما وقع عليه اسمُ الغِش فالشراء به ، والبيع حرامٌ ، وقال أصحاب الشافعىّ : إن كان الغِشّ مما لا قيمةَ له جاز الشراء بها ، وإن كان مما له قيمة ، ففى جواز انفاقها وجهان ، واحتجّ من منع انفاق المغشوشة بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ غَشَّنا فَلَيْسَ مِنَّـا » وبأن عمر رضى الله عنه. نهى عن بيع نُفَاية بَيْت المال ، ولأنّ المقصود فيه مجهول ، أشبه تُراب الصاغَةِ ، والأولى أن يُحمل كلام أحمدَ فى الجواز على الخصوص ، فيما ظهر غشّه ، واصطُلح عليه ، فإنّ المعاملة به جائزةٌ ، إذ ليس فيه أكثرُ من اشتماله على جنسين ، لا غرر فيهما ، فلا يمنع من بيعها ، كما لو كانا متميزَين ، ولأن هذا مستفيض فى الأعصار ، جارٍ بينهم من غير نـكير ، وفى تحريمه مشقّة ، وضرر ، وليس شراؤه بها غِشاً للمسلمين ، ولا تغريراً لهم ، والمقصود منها ظاهر مَرْئِىٌّ معلوم ، بخلاف تراب الصاغة ، ورواية المنع محمولة على ما يَخْفَى غِشّهُ ، ويقع اللّبْسُ به ، فإنّ ذلك يفضى إلى التغرير بالمسلمين ، وقد أشار أحمد إلى هذا فى رجل اجتمعت عنده دراهم زُيُوفٌ ما يصنع بها ؟ قال : يَسْبِـكُها ، قيل له : فيبيعُها بدَنانير ؟ قال : لا . قيل : يبيعها بفُلوس ؟ قال : لا . قيل : فبِسِلْعَةٍ ؟ قال : لا ، إنىّ أخافُ أنَ يغُرّ بها مُسلماً . قيل لأبى عبد الله : أيتصدّق بها ؟ قال : إنىّ أخاف أن يَغُرّ بها مُسلماً ، وقال : ماينبغى له ،لأنه يَغُرّ بها المسلمين ، ولا أقول: إنهّ حرام،لأنهّ على تأويل ، وذلك إنمّا كرهتهُ لأنهّ يغرُ بّها مُسلماً.فقد صرّح بأنهّ إنما كرهه لما فيه من التغرير بالمسلمين ، وعلى هذا يُحمل منعُ عمر نُفَايةَ بيت المال ، لمافيه من التغرير بالمسلمين ، فإن مشتريَها ربمّا خلطَها بدراهم جَيّدة ، واشترى بها ممن لا يعرفُ حالها ، ولو كانت مما اصطُلح على إنفاقه لم يـكن نُفَايةَ ، فإن قيل:فقد رُوى عن عمر : أنه قال : مَنْ زَافَتْ عليه دَراهمُه فليَخْرُج بها إلى البقيع ، فَلْيَشْتَرِ بها سَحْقَ الثِّيابِ . وهذا دليل على جواز إنفاق المغشوشةالتى لم يُصْطَلح عليها ، قلنا : قد قال أحمد : معنى زافت عليه دراهمُ ، أى نفيت ، ليس أنهّا زُيُوف ، فيتعيّن حملهُ على هذا ، جمعاً بين الروايتين عنه ، ويحتمل أنه أراد ما ظهر غِشُّه ، وبانَ زيفُهُ بحيثُ لا يخْفَىَ على أحدٍ ، ولا يحصُل بها تغرير ، وإن تعذّر تأويلها تعارضت الروايتان عنه،ويُرجع إلى ماذكرنا من المعنى ، ولافرق بين ما كان غِشّة ذا بقاء ، وثَبات، كالرصاص ، والنحاس ، ومالا ثبات له ، كالزرنيخيّة ، والاندرانيّة ، وهو زرنيخ ونُورَةٌ ،يطلىَ عليه فِضّة ، فإذا دخل النّار استُهلِكَ الغش وذهب .

٢٨٥٦ « مسألة قال ﴿ ومتى انصرف المتصارفان قبل التقابُض فلا بَيْع بينهما ﴾

الصرف بيع الأثمان بعضها ببعض ، والقبضُ في المجلس شرطٌ لصحته ، بغير خلاف . قال ابنُ المنذر: أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفَيْن إذا افترقا قبل أن يتقابضا أنّ الصرف فاسدٌ ، والأصلُ فيه قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِباً إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ » وقوله عليه السلام « بِيعُوا الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ » ونهى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالوَرِق دَيْناً ، ونهى أن يُباع غائبٌ منها بناجز ، كلّها أحاديث صِحاحٌ ، ويُجزى القبض في المجلس وإن طال ، ولو تماشيا مصطحِبَيْن إلى منزل أحدهما ، أو إلى الصرّاف ، فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال مالك . لا خير في ذلك . لأنّهما فارقا مجلسهما ، ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض ، فأشبه ما لو كانا في سفينة تسيرُ بهما ، أو راكبَيْن على دابّة واحدة تمشي بهما ، وقد دلّ على ذلك[1] حديث أبي بَرْزَةَ الأسلميّ للّذين مَشَيا إليه من جانب العَسْكر : وما أراكما افترقتما ، وإن تفرّقا قبل التقابُض بطل الصرف ، لفوات شرطه ، وإن قبض البعضَ ، ثم افترقا بطل فيما لم يُقبض ، وفيما يقابله من العِوَض ، وهل يصحّ في المقبوض ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكّل أحدهما وكيلا في القبض ، فقبض الوكيلُ قبل تفرّقهما جاز ، وقام قبضُ وكيله مَقام قبضه ، سواء فارق الوكيلُ المجلسَ قبل القبض ، أو لم يُفارقه ، وإن افترقا قبل قبض الوكيل بطل ، لأنّ القبض في المجلس شرطٌ ، وقد فات ، وإن تخايرا قبل القبض في المجلس لم يبطُل العقدُ بذلك ، لأنهما لم يفترقا قبل القبض ، ويحتمل أن يبطُل إذا قلنا بلزوم العقد ، وهو مذهب الشافعيّ ، لأنّ العقد لم يبقَ فيه خيارٌ قبل القبض ، أشبه ما لو افترقا ، والصحيحُ الأوّل ، فإن الشرط التقابضُ في المجلس ، وقد وُجد ، واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكّم بغير دليل ، ثم يبطُل بما إذا تخايرا قبل الصرف ، ثم اصطرفا ، فإنّ الصرف يقع لازماً صحيحاً قبل القبض ، ثم يُشترط القبضُ في المجلس .

٢٨٥٧ (فصل) ولو صارف رجلاً ديناراً بعَشرةِ دراهم ، وليس معه إلا خمسةُ دراهم لم يجز أن يتفرقا قبل قبض العشرة كلّها ، فإن قبض الخمسة ، وافترقا ، بطل الصرفُ في نصف الدينار ، وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة ؟ على وجهين : بناء على تفريق الصفقة ، وإن أرادا التخلّص فسخا الصرف في النصف الذي ليس معه عِوَضُه ، أو يفسخان العقد كلَّه ، ثمّ يشتري منه نصف الدينار بخمسةٍ ، ويدفعها إليه ، ثم يأخذ الدينار كلَّه ، فيكون ما اشتراه منه له ، وما بقي أمانةً في يده ، ثم يفترقان ، ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار ، أو اشترى به منه شيئاً ، أو جعله سَلَماً في شيء ، أو وَهَبه له ، جاز ، وكذلك إن وكّله فيه . ولو اشترى فِضَّةً بدينار ونصف ، ودفع إلى البائع دينارَيْن . وقال : أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صحّ ، ولو صارفه عشرةَ دراهم بدينار . فأعطاه أكثرَ من دينار ليزن له حقّه في وقت آخر جاز ،

---

(١) كلمة ذلك ساقطة من الطبعة الثالثة التي طبعت بدار السنة المحمدية ، ولم ينبه عليها في الخطأ والصواب .

وإن طال ، ويكون الزائدُ أمانةً في يده ، لا شيء عليه في تلفه ، نصّ أحمدُ على أكثر هذه المسائل . فإن لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم ، فاشترى بها نصف دينار ، وقبض ديناراً كاملاً ، ودفع إليه الدراهم ، ثمّ اقترضها منه ، فاشترى بها النصف الباقي ، أو اشترى الدينار منه بعَشَرة ابتداء ، ودفع إليه الخمسةَ ، ثم اقترضها منه ، ودفعها إليه عوضاً عن النصف الآخر على غير وجهِ الحيلة ، فلا بأس .

٢٨٥٨ (فصل) وإذا باع مُدَّيْ تمْرٍ رَدِيء بِدرْهَمٍ ، ثم اشترى بالدرهم تمراً جَنيباً ، أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدراهم ، وتقابضاها ، ثم اشترى منه بالدراهم قُرَاضَةً من غير مُواطأة ، ولا حيلة ، فلا بأس به ، وقال ابن أبي موسى : لا يجوز إلاّ أن يمضي إلى غيره ، ليبتاع منه ، فلا يستقيم له ، فيجوزُ أن يرجع إلى البائع ، فيبتاعَ منه ، وقال أحمد في رواية الأثرم : يبيعُها من غيره أحَبُّ إليّ ، قلت له : قال : لم يُعلمه أنّه يريدُ أن يَبيعَها منه ؟ فقال : يبيعُها من غيره ، فهو أطيبُ لنفسِه ، وأحرى أن يستوفيَ الذهبَ منهُ ، فإنه إذا ردّها إليه لعلّه أن لا يوفّيه الذهبَ ، ولا يُحكم الوزن ، ولا يستقصي ، يقول : هي ترجع إليه ، قيل لأبي عبد الله : فذهب ليشتري الدراهم الذهب الذي أخذها منهُ من غيره فلم يجدها ، فرجع إليه ؟ فقال: إذا كان لا يُبالي اشترى منه ، أو من غيره فنَعَم . فظاهرٌ أنّ هذا على وجه الاستحباب، لا الإيجاب ، ولعلّ أحمد إنّما أراد اجتناب المواطأة على هذا ، ولهذا قال : إذ كان لا يُبالي اشترى منه ، أو من غيره فنَعمْ . وقال مالك : إن فعل ذلك مرّةً جاز ، وإن فعله أكثرَ من مرّة لم يُجز ، لأنه يُضارع الرّبا .

ولنا : ما رَوى أبو سعيد ، قال : جاء بِلاَلٌ إلى النَّبِي صلى الله عليه وسلم بِتَمْرٍ بَرْنِيّ ، فقال له النبيُّ صلىَ الله عليه وسلم « مِنْ أيْنَ هَذَا ؟ » قال بلال : كان عندنا تمرٌ رديء ، فبِعْتُ صَاعَيْن بصَاع ليَطْعَمَ النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم، فقال له النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم « أوْه؛ عَيْنُ الرِّبا ، لاَ تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ التَّمْرَ بِبَيْعٍ آخَرَ ، ثمّ اشْتَرِ بِهِ » وروى أيضاً أبو سعيد ، وأبو هريرة « أنّ رسول اللهصلىّ الله عليه وسلماستعملَ رَجُلاً عَلَى خَيْبَرَ . فجَاءهُ بتمْرٍ جَنِيب ، فقال، أكُلُّ تمْرِ خَيبرَ هَكذا؟ قال : لاَ ، واللهِ ، إنّا لنأخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بالصّاعَيْنِ ، والصّاعَيْنِ بالثّلاثَة . فقالرسول الله صلى الله عليه وسلم : لاَ تفْعَلْ ، بعِ التمرَ بالدّراهم ، ثُمّ اشْتَرِ بالدّراهِمِ جَنِيباً »[1] متفق عليهما ، ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه . ولو كان ذلك محرّماً لبينه له ، وعرّفه إيّاه ، ولأنه باع الجنسَ بغيره من غير شرط ، ولامواطأة . فجاز ، كما لو باعه منغيره ، ولأنّ ما جاز من البِيَاعَاتِ مَرّةً جاز على الإطلاق ، كسائر البياعَاتِ . فأمّا إن تواطآ على ذلك لم يجز . وكانحِيلةً مُحرّمة . وبه قالمالك ، وقال أبو حنيفة والشافعيّ : يجوز ، ما لم يكن مشروطاً في العقد .

(١) الجنيب : فعيل بمعنى مفعول ، أي مجنوب ممتاز عن غيره ، وهو نوع من التمر جيد معروف عند العرب .

ولنا : أنه إذا كان عن مواطأة كان حيلةً ، والحِيَلُ محرّمة على ما سنذكره .

٢٨٥٩ (فصل) والحيلُ كلّها محرّمة غيرُ جائزة فى شىء من الدين . وهو أن يُظهر عقدا مُباحاً يريد به مُحرّما مُخادَعةً ، وتوسُّلاً إلى فعل ما حرّم الله ، واستباحة محظوراته ، أو إسقاطَ واجب ، أو دفعَ حقّ ، ونحو ذلك . قال أيوب السَّختيانىّ « إنهُمْ لَيُخَادِعُونَ اللهَ ، كأنما يُخادِعُونَ صَبِيّاً ، لَوْ كانُوا يَأتُونَ الأمْرَ عَلَى وَجْهِهِ كَانَ أسْهَلَ عَلَيَّ » فمن ذلك : ما لو كان مع رجل عشرةٌ صحاح ، ومع الآخر خمسةَ عشرَ مكسّرةً ، فاقترض كلّ واحد منهما ما مع صاحبه ، ثم تباريا توصُّلاً إلى بيع الصحاح بالمُكسَّرة مُتفاضلاً ، أو باعه الصحّاح بمثلها من المكسّرة ، ثم وهبه الخمسةَ الزائدة ، أو اشترى منه بها أوقيّة صابون ، أو نحوَها مما يأخذه بأقلّ من قيمته ، أو اشترى منه بعشرةٍ إلا حَبّةً من الصحيح مثلَها من المكسّرة ، ثم اشترى منه بالحبّة الباقية ثوباً قيمتهُ خمسةُ دنانير . وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سِلعةً بأكثر من قيمتها ، أو اشترى منه سلعةً بأقلّ من قيمتها توصُّلاً إلى أخذ عِوَضٍ ، عن القرض . فكلّ ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيثٌ محرّم . وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ : ذلك كلّه ، وأشباهه جائز . إذا لم يكن مشروطاً فى العقد . وقال بعض أصحاب الشافعىّ : يُكره أن يدخلا فى البيع على ذلك . لأن كلّ ما لا يجوز شرطُه فى العقد يُكره أن يدخلا عليه .

ولنا : أن الله تعالى عذّب أمّة بحيلةٍ احتالوها فمسخهم قِرَدَةً ، وسماهم مُعْتَدِينَ ، وجعل ذلك نَكالاً ، وموعظةً للمتّقين ليتّعظوا بهم ، ويمتنعوا من مثل أفعالهم . وقال بعض المفسّرين فى قوله تعالى (١٣٨ : ٣ وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ) أى لأمة محمدٍ صلى الله عليه وسلم ، فرُوِى « أنهُمْ كانُوا يَنْصِبُونَ شَبَاكَهُمْ لِلحيتانِ يوْمَ الجُمُعَة ، وَيَتْرُكُونَهَا إلى يَوْمِ الأحَدِ . ومِنْهُم مَنْ كَانَ يحفرُ حَفائِرَ ، ويَجْعَلُ إليهَا مَجارِىَ ، فيَفْتَحُها يَوْمَ الجمُعَة . فَإذَا جاءَ السَّمَكُ يَوْمَ السبْتِ جَرَى مَعَ المَاءِ فى المجارِى . فيَقَعُ فى الحَفائِر فيَدَعُهَا إلَى يَوْمِ الأحَدِ ، ثُمّ يأخُذُهَا . وَيقولُ : مَا اصْطَدْتُ يومَ السَّبْتِ ، وَلا اعْتَدَيْتُ فِيهِ » فهذه حيلةٌ ، وقال النبىُّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أدْخَلَ فَرَساً بين فَرَسَيْنِ ، وَقَدْ أَمِنَ أنْ يُسْبَقَ فَهُوَ قِمارٌ . وَمَنْ أدْخَلَ فَرَساً بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَهُوَ لَا يَأمَنُ أنْ يُسْبَقَ فَلَيْسَ بِقِمَارٍ » رواه أبو داود وغيره ، فجعله قماراً مع إدخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنعُ معنىَ القِمارِ . وهو كوْن كلّ واحد من المتسابقين لا ينفكّ عن كونه آخذاً ، أو مأخوذاً منه . وإنمّا دخل صورةً تحَيّلاً على إباحة المحرّم ، وسائرُ الحيل مثلُ ذلك ، ولأن الله تعالى إنمّا حرّم المحرّمات لمَفسدتها ، والضرر الحاصل منها . ولا تزول مَفسدَتُها مع إبقاء معناها ، بإظهارهما صورةَ غيرَ صورتها . فوجب أن لا يزول التحريمُ ، كما لو سَمّى الخمر بغير اسمها لم يُبِحْ ذلكَ شُرْبَهاَ .

وقد جاء عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَيَسْتَحِلَّنَّ قَوْمٌ مِنْ أُمَّتِي الْخَمْرَ يُسَمُّونَهَا بِغَيْرِ اسْمِهَا » .

ومن الحيل فى غير الربا : أنهم يتوصّلون إلى بيع الشيء المنهيّ عنه أن يَسْتأجِرَ بياضَ أرْضِ البُستانِ بأمثال أجْرته ، ثم يُساقيه على ثمر شجره بجزءٍ من ألف جُزء للمالك ، وتسعمائة وتسعة وتسعونَ للعامل ، ولا يأخذُ منه المالك شيئاً ، ولا يرُيد ذلك . وإنما قصد بيع الثمرة قبلُ بُدوّ صلاحها بما سمّاه أجْرةً ، والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك . ورُبّما لا ينتفع بالأرض التى سُمىّ الأجرةَ فى مقابلتها . ومتى لم يَخرُج الثمر ، أو أصابته جائحةٌ جاء المستأجرُ يطلبُ الجائحة ، ويعتقدُ أنه إنما بذل ماله فى مقابلة الثمرة لا غيرُ ، وربُّ الأرضَ يَعلمُ ذلك .

٢٨٦٠ (فصل) ولو اشترى شيئاً بمكسّرة لم يجُز أن يُعطيه صحيحاً أقلّ منها . قال أحمد : هذا هو الربا المَحْضُ . وذلك لأنه يأخذُ عوض الفضّة أقلَّ منها ، فيحصُل التفاضُل بينهما . ولو اشتراه بصحيح لم يجُز أن يُعطيه مكسّرةً أكثرَ منها كذلك ، فإن تفاسخا البيعَ ، ثم عقدا بالصحاح ، أو بالمكسرة جاز . ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصفُ دينار شِقّ[1] . فإن عاد فاشترى شيئاً آخر بنصف آخرَ لزِمَهُ نصف شقّ أيضاً . فإن وفّاه ديناراً صحيحاً بطل العقدُ الثانى . لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الأول . وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الأول بطل أيضاً . لأنه وجد ما يُفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد تفرّقهما ، فلزومه لم يؤثّر ذلك فيه . ولا يلزمه أكثرُ من ثمنه الذى عقد البيع به . ومذهب الشافعىّ فى هذا كما ذكرنا .

٢٨٦١ (فصل) إذا كان له عند رجل دينار وديعةٌ ، فصارفه به ، وهو معلوم بقاؤه ، أو مظنون . صحّ الصرف . وإن ظنّ أنه غيرُ موجود لم يصح الصرف . لأن حكمه حكم المعدوم . وإن شكّ فيه : فقال ابن عقيل : يصحّ . وهو قول بعض الشافعيّة وقال القاضى : لايصحّ . لأنه غيرُ معلوم البقاء . وهو منصوص الشافعىّ .

ووجه الأول : أن الأصل بقاؤه . فصحّ البناء عليه عند الشكّ . فإن الشكّ لا يُزيل اليقين . ولذلك صحّ بيعُ الحيوانِ الغائب المشكوك فى حياته ، فإن تبيّنَ أنه كان تالفاً حين العقد تبينّا أنّ العقد وقع باطلاً .

٢٨٦٢ (فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة ، والمعدن بشيء من جنسه . لأنه مال ربا بيع بجنسه على وجه لا نَعلم المماثلة بينهما فلم يصحّ ، كبيع الصُّبْرةِ بالصُّبْرةِ . وإن بيع بغير جنسه ، فحكى ابن

(١) الشق : نصف كل شيء ، أى نصف دينار مماثل لنصفه الآخر .

المنذر عن أحمد : كراهةَ بيع تراب المعادن . وهو قول عطاء ، والشافعيّ ، والشعبيّ ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وإسحاق . لأنه مجهول . وقال ابن أبي موسى في الإرشاد . يجوز ذلك . وهو قول مالك . وروى ذلك عن الحسن ، والنخعيّ ، وربيعة ، والليث ، قالوا : فإن اختلط ، أو أشكل فليبعه بعَرْضٍ ، ولا يبعهُ بعينٍ ولا وَرِقٍ . لأنه باعه بما لا ربا فيه . فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم .

٢٨٦٣ « مسألة » قال ﴿ والعرايا التي أرخص فيها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم هو أن يوهَب للإنسان من النخل ما ليس فية خمسةُ أوْسق ، فيبيعُها بخَرْصِهَا من التمر لمن يأكلها رُطباً ﴾ .

في هذه المسألة فصول خمسة :

أولها : في إباحة بيع العرايا في الجملة ، وهو قول أكثر أهل العلم. منهم مالك وأهل المدينة ، والأوزاعيّ، وأهل الشام ، والشافعيّ وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لا يحلّ بيعُها . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ المُزَابنَةِ والمُزَابَنَةُ بَيْعُ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ » متفق عليه . ولأنه يبيع الرُّطَب بالتَّمرِ من غير كيل في أحدهما . فلم يجز ، كما لو كان على وجه الأرض ، أو فيما زاد على خمسة أوسُق .

ولنا : ما روى أبو هريرة « أن النبيّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم رَخّص في العرايا في خَمْسَةِ أوْسُق ، أو دُونَ خَمْسَةِ أوْسُق » متفق عليه . ورواه زيدُ بن ثابت ، وسَهْلُ بن أبي حَثْمَةَ ، وغيرُهما . وخرّجه أئمةُ الحديث في كتُبهم . وحديثهم في سياقه « إلاَّ العَرَايَا » كذلك في المتّفق عليه . وهذه زيادة يجب الأخذ بها . ولو قدّر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصُوصه ، جمعاً بين الحديثين ، وعملاً بكلا النصّين. وقال ابن المنذر : الذى نهى عن المُزَابنَةِ هو الذى أرْخَصَ في العرايا . وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى . والقياسُ لا يُصار إليه مع النصّ ، مع أن في الحديث «أنّه أرْخَصَ فِي العَرَايَا» والرّخْصةُ استباحةُ المحظور مع وجود السبب الحاظر . فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبقَ لنا رُخْصَةٌ بحال .

الفصل الثاني : أنهـا لا تجُوز في زيادةٍ على خمسةِ أوْسُق بغير خلاف نَعْلَمُه ، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها . فأمّا في خمسة أوسق فلا يجُوز عند إمامنا رحمه الله . وبه قال ابن المنذر، والشافعيّ في أحد قوليه . وقال مالك ، والشافعيّ في قول : يجوزُ . ورواه إسماعيلُ بن سعيد، عن أحمد . لأنّ في حديث زيد وسهل « أنَّه رَخَّصَ فِي العَرِيَّةِ » مطلقاً . ثم استثنى «ما زاد على الخمسة» في حديث أبي هريرة . وشكّ في الخمسة ، فاستثنى اليقينَ ، وبَقى المشكوكُ فيه على مقتضى الإباحة .

ولنا : أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ المُزَابنَةِ ، والمُزَابنَةُ بَيْعُ الرُّطَبِ بِالتَّمرِ » ثم أرْخَصَ في العَرِيّة فيما دون خمسة أوسُق ، وشكّ في الخمسة . فيبقى على العموم في التحريم . ولأن العَرِيّة رُخصَةٌ بُنِيَتْ على خلاف النصّ ، والقياس ، يقيناً فيما دون الخمسة ، والخمسةُ مشكوكٌ فيها . فلا تثبُت إباحتُها مع

الشكّ . وروى ابن المنذر بإسناده « أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم رَخَّصَ فِي بَيْعِ العَرِيَّةِ فِي الوَسْقِ والوَسْقَيْنِ ، والثَّلاَثةِ ، والأَرْبَعةِ » والتخصيص بهذا يدلّ على أنه لا تجوز الزيادة فى العدد عليه . كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إيّاها بالذكر ، وروى مُسلم عن سهل « أنّ رَسُولَ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَخَّصَ فى بَيْعِ العَرِيَّةِ النَّخلةِ وَالنَّخْلَتَيْنِ » ولأنّ خمسة الأوسق فى حكم ما زاد عليها . بدليل وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها . ولأنها قدرٌ تجب الزكاة فيه . فلم يجُز بيعُه عَرِيَّةً كالزائد عليها . فأما قولهم : أَرْخَصَ فى العَرِيّة مُطْلقاً ، فلم يثبُت أنّ الرُّخصةَ المُطْلَقَةَ سابقةٌ على الرُّخْصَةِ المُقَيّدةِ ، ولاَ متأخّرة عنها . بل الرُّخْصَةُ واحدةٌ . رواها بعضهم مطلقةً ، وبعضُهم مقيّدةً ، فيجب حملُ المُطلق على المقيّد . ويَصيرُ القيدُ المذكور فى أحد الحديثين كأنّه مذكور فى الآخَر . ولذلك يقيّد فيما زاد على الخمسة اتفاقاً .

٢٨٦٤ (فصل) ولا يجوز أن يشترى أكثر من خمسة أوسُق فيما زاد على صفقة ، سواء اشتراها من واحد ، أو من جماعة . وقال الشافعىّ : يجوز للإنسان بيعُ جميع ثَمَرِ حَائطِه عَرايَاً مِنْ رَجُلٍ واحدٍ ، ومن رجالٍ ، فى عقودٍ متكرّرة . لعموم حديث زيد وسهل . ولأن كلّ عقد جاز مرّةً جاز أن يتكرّر ، كسائر البيوع .

ولنا : عموم النهى عن المُزَابنةِ ، اسْتُثْنِيَ منه العَرِيّة فيما دون خمسة أوسُق ، فما زاد يبقى على العموم فى التحريم . ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرّةً إذا كان نوعا واحداً لا يجوز فى عقدين ، كالذى على وجه الأرض ، وكالجمع بين الأختين . فأما حديثُ سهل ، فإنه مقيّد بالنخلة والنخلتين . بدليل ما روينا . فيدلّ على تحريم الزيادة عليهما . ثمّ إن المُطلَق يُحمل على المقيّد ، كما فى العقد الواحد . فأما إن باع رجل عِرّيتَيْن من رَجُلَيْن فيهما أكثرُ من خمسة أوسق جاز . وقال أبو بكر والقاضى : لا يجوز ، لما ذكرنا فى المشترى .

ولنا أن المُغَلّب فى التجويز حاجةُ المشترى ، بدليل ما رَوى محمود بن لَبيد ، قال : قلت لزيد بن ثابت : « مَا عرَايَاكُمْ هَـذِهِ ؟ فسَمّى رِجَالاً مُحْتَاجِينَ مِنَ الأَنْصَارِ شكَوْا إِلَى رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم أنّ الرُّطَبَ يَأْتِى ، وَلاَ نَقْدَ بأيْدِيهِمْ يَبْتاعُونَ بِهِ رُطَباً يَأْكُلُونَهُ . وَعِنْدَهُمْ فُضُولٌ مِنَ التّمرِ . فَرَخَّصَ لَهُمْ أَنْ يَبْتَاعُوا العَرايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ الذى فِي أَيْدِيهِمْ يَأْكُلُونَه رُطَبًا » وإذا كان سبب الرّخصة حاجةَ المشترى لم تعتُبر حاجةُ البائع إلى البيع ، فلا يتقيّد فى حقّه بخمسة أوسُق . ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشترى وحاجةَ البائع إلى البيع أفضى إلى أن لايحصُل الإرفاق[1] ، إذ لا يكاد يتّفق وجود الحاجتين ،

---

(١) الإرفاق : النفع ، يقال رفق فلاناً إذا نفعه كأرفقه .

فتسقط الرخصة . فإن قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثانى ، وإن اشترى عَرِيّتين ، أو باعهما ، وفيهما أقلُّ من خمسة أوسق جاز ، وجهاً واحداً .

الفصل الثالث : أنه لا يُشترط فى بيع العَرِيّة أن تكون موهوبةً لبائعها . هذا ظاهرُ كلام أصحابنا ، وبه قال الشافعىّ . وظاهر قول الخِرَقىّ . أنه شرط . وقد رَوى الأثرم قال : سمعتُ أحمد سُئل عن تفسير العرايا ، فقال : العرايا أن يُعرِىَ الرَّجُلُ الجارَ أو القَرابَةَ للحاجة ، أو المَسْكنة ، فللمُعْرِى أنْ يَبيعَها ممّن شاء . وقال مالك : بَيْعُ العرايا الجائزُ هو أن يُعْرِىَ الرجُلُ الرَّجُلَ نَخَلاتٍ من حائطه ، ثم يكره صاحبُ الحائط دخولَ الرجل المُعْرَى ، لأنه ربّما كان مع أهله فى الحائط ، فيؤذيه دخولُ صاحبه عليه . فيجوز أن يشتريها منه ، واحتجُّوا بأن العرِيَّةَ فى اللغة هِبَةُ ثَمرةِ النَّخِيل عاماً ، قال أبو عُبَيْدٍ . الإعراء : أن يجعل الرجلُ للرجلِ ثمرةَ نَخْلة عامَها ذلك . قال الشاعر الأنصارىّ يصف النخل :

لَيْسَتْ بِسَنْهَاءَ[1] وَلاَ رُجَبِيَّةٍ[2] وَلَـكِنْ عَرايَا فى السِّنِينِ الجَوائحِ

يقول : إنّا نُعْرِيها الناس ، فتعيَّن صرف اللفظ إلى موضوعه لغةً ومقتضاه فى العربية ، ما لم يوجد ما يصرفهُ عن ذلك .

ولنا : حديث زيد بن ثابت . وهو حجّة على مالك فى تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب . ولأنه لو كان لحاجة الواهب لما اختصّ بخمسةِ أوسُق ، لعدم اختصاص الحاجة بها . ولم يُجز بيعها بالتّمر . لأن الظاهر من حال صاحب الحائط الذى له النخيل الكثير يُعْرِيه الناسَ : أنه لا يَعجزُ عن أداء ثمن العَرِيَّة ، وفيه حجّة على من اشترط كونها موهوبةً لبائعها . لأن علّة الرُّخْصةِ حاجةُ المشترى إلى أكل الرُّطَب ، ولا ثمن معه سوى التمر ، فمتى وجد ذلك جاز البيع ، ولأن اشتراط كونها موهوبةً مع اشتراط حاجة المشترى إلى أكلها رُطَباً ولا ثمن معه يُفضى إلى سقوط الرُّخْصة . إذ لا يكاد يتّفق ذلك ، ولأن ما جاز بيعُه إذا كان موهوباً جاز وإن لم يكن موهوباً ، كسائر الأموال . وما جاز بيعُه لواهبه جاز لغيره ، كسائر الأموال . وإنما سُمّى عَرِيّةً لتعرِّيه عن غيره ، وإفراده بالبيع .

الفصل الرابع : أنهُ إنما يجوز بيعها بخَرْصِها من التمر ، لا أقلّ منهُ ، ولا أكثر . ويجب

---

(١) السنهاء : النخلة تحمل سنة بعد سنة .

(٢) رجبية بضم الميم وفتح الجيم المخففة ، ويجوز تشديدها ، والرجبية التى يغرس الشوك حولها لئلا يصل اليها آكل ، أو هى التى يبنى تحتها دكان تعتمد عليه ، أو هى التى تضم أعذاقها الى سعفاتها وتشد بالخوص حتى لا تنفقها الريح ، يريد الشاعر أن النخلة أو النخل ليس لاستعماله ، ولا هى مما يحافظ عليه مالكه ، وإنما هى عرايا، والسنين الجوائح المجدبة ، والبيت من البحر الطويل ودخل الخرم أول جزء فيه .

أن يكون التمر الذى يُشترى به معلوماً بالكيل . ولا يجوز جِزافاً ، لا نعلم فى هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافاً ، لما رَوى زيدُ بن ثابت « أنّ رَسُولَ اللهِ صلّى الله عليه وسَلّم أَرْخَصَ فِى العَرايَا أَنْ تُباعَ بِخَرْصِهَا كيلاً » متفق عليه . ولمسلم « أَنْ تُؤخَذَ بِمِثْلِ خَرْصِهَا تَمراً يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً » ولأنّ الأصل اعتبار الكيل من الطرفين ، سقط فى أحدهما للتعذّر ، فيجبُ فى الآخَر بقضيّة الأصل . ولأن ترك الكيل من الطرفين يُكثِر الغرَرَ . وفى تركه من أحدهما يقلّ الغرر . ولا يلزم من صحّته مع قلّة الغرر صحّته مع كثرته . ومعنى خَرْصها بمثلها من التمر : أن يُطيفَ الخارصُ بالعَرِيّة فينظرَ : كم يجيء منها تمراً ؟ فيشتريها المشترى بمثلها تمراً . وبهذا قال الشافعىّ . ونقل حنبل عن أحمد : أنّه قال : يَخْرُصُها رُطَباً ، ويُعطِى تمراً رُخْصَةً ، وهذا يحتمل الأول . ويحتمل أنه يَشتريها بتمرٍ مثلِ الرُّطَبِ الذى عليها ، لأنّه بيع اشترِطت المماثلة فيه ، فاعتُبرت حالُ البيع ، كسائر البيوع . ولأن الأصل اعتبار المماثلة فى الحال ، وأن لا يباع الرُّطَبُ بالتمر . خُولف الأصلُ فى بيع الرُّطب بالتمر ، فيبقى فيما عداه على قضيّة الدليل . وقال القاضى : الأول أصحّ . لأنه يبنى على خَرْص الثِّمار فى العُشْر والصحيح ثَمّ خَرْصِه تمراً ، ولأنّ المماثلة فى بيع التمر بالتمر مُعتبرةٌ حالةَ الادّخار ، وبيعُ الرُّطب بمثله تمراً يُفضى إلى فوات ذلك ، فأمّا إن اشتراها بِخَرْصِها رُطَباً لم يَجُز . وهذا أحدُ الوجوه لأصحاب الشافعىّ . والثانى : يجوز . والثالث : لايجوز مع اتفاق النوع ، ويجوز مع اختلافه. ووجه جوازه : ما رَوى الجَوْزَجانِىّ عن أبى صالح ، عن الليث ، عن ابن شهاب ، عن سالم ، عن ابن عمر ، عن زيد بن ثابت ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ أَرْخَصَ بَعْدَ ذَلِكَ فِى بَيْعِ العَرِيَّةِ بِالرُّطَبِ ، أَوِ التَّمْرِ . وَلَمْ يُرَخِّصْ فِى غَيْرِ ذَلِكَ » ولأنّه إذا جاز بيعُ الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص فى ثانى الحال . فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى .

ولنا : ما رَوى مُسلم باسناده ، عن زيد بن ثابت « أَنّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمَ أَرْخَص فى العَرايَا أَنْ تُؤخَذَ بِمِثْلِ خَرْصِهَا تَمْراً » وعن سهل بن أبى حَثْمَة « أَنّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسلَّم نَهَى عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ ، وقال : ذَلِكَ الرِّبَا ، تِلْكَ المُزَابَنَةُ » إلاّ أنه رخّص فى العريّة : النخلة والنخلتين ، يأخذُها أهلُ البيت بخَرْصِها تمراً ، يأكُلُونَها رُطَباً . ولأنه بيعٌ يجب فيه مِثلُه تمراً ، فلم يجز بيعُه بمثله رُطَباً ، كالتمر الجافّ ، ولأنّ من له رطب ، فهو مُستَغْنٍ عن شراء الرُّطَبِ بأكلِ ماعِنْدَهُ . وبيع العرايا يُشترط فيه حاجةُ المشترى على ماأسلفناه . وحديث ابن عمر شكّ فى الرُّطب والتمر . فلا يجوز العملُ به مع الشكّ سيّما وهذه الأحاديثُ تبيّنه وتُزيل الشكّ .

٢٨٦٥ (فصل) ويُشترط فى بيع العرايا التقابُض فى المجلس . وهذا قول الشافعىّ ولا نعلم فيه مُخالفاً . لأنه بيعُ تمرٍ بتمرٍ ، فاعتُبر فيه شروطه ، إلا ما استثناه الشرعُ ممّا لايمكن اعتبارُه فى بيع العرايا ،

والقبض في كلّ واحد منهما على حَسَبه ، ففي التمر . ا كتياله ، أو نقله . وفي الثمرة : التّخلية ، وليس من شروطه حضور التّمر عند النخيل ، بل لو تبايعا بعد معرفة التمر ، والثمرة ، ثم مضَيا جميعاً إلى النخلة ، فسلمها إلى مُشتريها ، ثمّ مشياً إلى التّمر فتسلّمه من مُشتريها ، أو تسلّم التمر ، ثم مَضَيا إلى النخلة جميعاً ، فسلّمها إلى مشتريها ، أو سلّم النخلة ، ثمّ مضيا إلى التمر ، فتسلّمه جاز . لأن التفرّق لا يحصُل قبل القبض .

إذا ثبت هذا فإنّ بيع العَرِيّةِ يقعُ على وجهين :

أحدهما : أن يقول : بعْتك ثمرةَ هذه النخلة بكذا ، وكذا من التمر ، ويصفُه .

والثاني : أن يكيل من التمر بقدر خَرْصها ، ثمّ يقول : بعْتكَ هذا بهذا ، أو يقول : بعْتك ثمرةَ هذه النخلة بهذا التمر ، ونحو هذا . وإن باعه بمعيّن ، فقَبْضُه بنقله ، وأخْذه ، وإن باعه بموصوف فقَبْضُه با كتياله .

الفصل الخامس : أنه لا يجوز بيعُها إلا لمحتاج إلى أكلها رُطباً . ولا يجوز بيعها لغَنيّ . وهذا أحدُ قولى الشافعيّ . وأباحها في القول الآخر مُطلقاً لكلّ أحدٍ ، لأنّ كلّ بيع جاز للمحتاج جاز للغنيّ ، كسائر البيّاعاتِ ، ولأنّ حديث أبي هريرة وسهل مُطلقان .

ولنا : حديثُ زيد بن ثابت حين سأله محمودُ بن لبيد . « مَا عَرَايا كُمْ هَذِهِ ؟ فَسَمَّى رِجَالاً مُحْتَاجِينَ مِنَ الْأَنْصار شَكَوْا إلىَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ : أَنَّ الرُّطَبَ يَأْتِى وَلَا نَقْدَ بِأَيْدِيهِمْ يَبْتَاعُونَ بِهِ رَطَباً يَأْكُلُونَهُ ، وَعِنْدَهُم فُضُولٌ مِنْ التَّمْر فَرَخَّصَ لَهُمُ أَنْ يَبْتَاعُوا العَرايَا بِخَرْصِهَا مِنَ التَّمْرِ يأكُلُونَهُ رُطَباً » ومتى خولف الأصلُ بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط. ولأن ما أبيح للحاجة لم يُبَحْ مع عدمها ، كالزكاة للمساكين . والترخّص في السفر . فعلى هذا : متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب ، أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشترى به العَرِيّة . لم يجُز له شراؤها بالتمر ، وسواء باعها لواهبها تحرّزاً من دخول صاحب العَرِيّة حائطَهُ كمذهب مالك ، أو لغيره . فإنه لا يجوز . وقال ابن عقيل : يُباح . ويحتمله كلام أحمدَ . لأن الحاجة وجُدت من الجانبين . فجاز ، كما كان للمشترى مُحتاجاً إلى أكلها .

ولنا : حديث زيد الذي ذكرناه . والرُّخْصَةُ لمعنىّ خاصّ لا تَثبُتُ مع عدمه . ولأنّ في حديث زيد وسهل « يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً » ولو جاز لتخليص المُعْرِى لما شُرط ذلك .

فيُشترط إذاً في بيع العِريّة شروط خمسة : أن يكون فيما دون خمْسة أوسُق ، وبيعُها بخرصها من التمر ، وقبضُ ثمنها قبل التفرُّق ، وحاجةُ المشترى إلى أكل الرُّطَب ، وأن لا يكون معه ما يشترى به سوى التمر ، واشترط القاضى وأبو بكر شرطاً سادساً، وهو حاجةُ البائع إلى البيع . واشترط الخِرَقيّ : كونَها موهوبةً لبائعها . واشترط أصحابُنا لبقاء العقد : أن يأكلَها أهلُها رُطَباً . فإن تركها حتى تصير تمراً بطَل العقدُ . وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

٢٨٦٦ « مسألة » قال ﴿ فإن تركه المشترى حتى يُتْمِرَ بطَلَ العقدُ ﴾ .

يعنى إن لم يأخذها المشترى رُطَباً بطل العقدُ ، خلافا للشافعىّ فى قوله : لا يبطُل ، وعن أحمد : مثلهُ . لأنّ كلَّ ثمرةٍ جاز بيعُها رُطباً لا يبطُل العقدُ إذا صارت تمراً كغير العَرِيّة .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطَباً » ولأنّ شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرُّطب ، فإذا أَتْمَرَتْ تبيّنّا عدم الحاجة ، فيبطلُ العقدُ . ثم لا فرق بين تركه لغناه عنها ، أو مع حاجته إليها ، أو تركها لعُذر ، أو لغير عذر ، للخبر . ولو أخذها رُطباً فتركها عنده فأتمرَتْ ، أو شمَّسها حتىّ صارت تمراً ، جاز . لأنه قد أخذها . ونُقِل عن أحمد روايةٌ أخرى فيمن اشترى ثمرةَ قبل بدوّ صَلاَحِها ، ثم تركها حتىّ بدا صلاحُها . لا يبطُل البَيْعُ. فَيُخَرّجُ ههنا مثلُه . فإن أخذ بعضها رُطباً ، وترك باقيها حتى أتمر ، فهل يبطُل البيعُ فى الباقى ؟ على وجهين .

٢٨٦٧ (فصل) ولا يجوز بيع العَرِيَّة فى غير النخيل . وهو اختيارُ ابن حامد ، وقول الليث ابن سعد إلاّ أن يكون مما ثمرتُه لا يجرى فيها الرّبا . فيجوز بيعُ رُطبها بيابسها ، لعدم جريان الرّبا فيها . ويحتمل أن يجوز فى العنب ، والرُّطب دون غيرهما . وهو قول الشافعىّ . لأن العنب كالرُّطب فى وجوب الزكاة فيهما ، وجواز خَرْصِهمَا وتوسيقهما[1] ، وكثرة تَيْبِيسهما ، واقتياتهما فى بعض البُلدان ، والحاجة إلى أكل رطبهما ، والتنصيص على الشىء يوجب ثبوتَ الحكم فى مثله . ولا يجوزُ فى غيرهما لاختلافها فى أكثر هذه المعانى . فإنّه لا يمكن خَرْصُها لتفرّقها فى الأغصان ، واستتارها بالأوراق ، ولا يُقتاتُ يابسها . فلا يُحتاج إلى الشراء به . وقال القاضى : يجوز فى سائر الثّمار . وهو قول مالك ، والأوزاعىّ ، قياساً على ثمرة النخيل .

ولنا : ما رَوى الترمذىّ « أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم نَهَى عَنِ المُزَابَنَةِ : التَّمْرِ بالتَّمْرِ ، إلاّ أَصْحَابَ العَرايَا ، فإنّه قَدْ أَذِنَ لَهُم . وَعَنْ بَيْعِ العِنَبِ بالزَّبِيبِ ، وكُلِّ ثَمَرَةٍ بخَرْصِهَا » وهذا حديث حسن . وهذا يدل على تخصيص العريّة بالتمر . وعن زيد بن ثابت ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنَّهُ رَخَّصَ بَعْدَ ذَلِكَ فِي بَيْعِ العَرِيَّةِ بالرُّطَبِ ، أو بالتَّمْرِ . ولم يُرَخِّصْ فِي غَيْرِ ذَلِكَ » وعن ابن عمر قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ المُزَابَنَةِ ، والمُزَابَنَةُ بَيْعُ ثَمَرِ النَّخْلِ بالتَّمْرِ كَيْلاً ، وَبَيْعُ العِنَبِ بالزَّبِيبِ كَيْلاً ، وعَنْ كُلِّ ثَمَرٍ بِخَرْصِهِ » ولأن الأصل يقتضى تحريمَ بيع العَرِيّة ، وإنما جازت فى ثمرة النخيل رُخْصةً . ولا يصحّ قياسُ غيرها ، عليها ، لوجهين .

---

(١) توسيقهما : تقديرهما بالوسق ، وهو ستون صاعاً .

أحدهما : أن غيرها لا يساويها فى كثرة الاقتيات بها ، وسهولة خَرْصها ، وكون الرّخصة فى الأصل لأهل المدينة ، وإنما كانت حاجتُهم إلى الرطب دون غيره .

الثانى : أن القياس لا يُعمل به إذا خالف نصّاً . وقياسُهم يُخالف نصوصاً غير مخصوصة ، وإنما يجوز التخصيص بالقياس على المحلّ المخصوص . ونهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخُله تخصيصٌ ، فيقاس عليه . وكذلك سائر الثمار . والله أعلم .

باب بيع الأصول والثمار

٢٨٦٨ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ ومن باع نخلا مُؤَبَّراً — وهو ما قد تَشَقَّق طلعُه ، فالثمرةُ للبائع متروكةٌ فى النخل إلى الجِزَازِ ، إلاّ أن يشترطها المُبتاع ﴾ .

أصل الأبَار عند أهل العلم : التلقيحُ . قال ابن عبد البرّ : إلاّ أنه لا يكون حتى يتشقّقَ الطلعُ وتظهر الثمرةُ ،فعبّر به عن ظهور الثمرة ، للزومه منه . والحكم متعلّق بالظهور ، دون نفس التلقيح ، بغير اختلاف بين العلماء ، يقال: أبَرْتَ النخلةَ بالتخفيف والتشديد ، فهى مؤبّرة ومأبورَةٌ . ومنه قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « خَيْرُ المَالِ : سِكَّةٌ مَابُورَةٌ » والسكة : النخلُ المصفوف . وأبَرْتُ النخلةَ آبُرُها أبْراً، وَإباراً ، وأبرّتها تأبيراً ، وتأبّرَتِ النخلةُ وائْتَبَرتْ ، ومنه قول الشاعر :

* تَأَبَّرِى يا خِيَرَةَ الفَسِيلِ[1] *

وفسّر الخرقىّ المؤبّر : بما قد تشقّق طلعُه . لتعلّق الحكم بذلك ، دون نفس التأبير . قال القاضى : وقد يتشقق الطلع بنفسه ، وقد يَشُقّه الصّعاد[2] فيظهرُ . وأيّهما كان فهو التأبير المرادُ ههنا . وفى هذه المسألة فصول ثلاثة :

(الأول) أن البيع متى وقع على نخل مُثْمِرٍ ،ولم يشترط الثمرة ، وكانت الثمرة مُؤَبّرة فهى للبائع . وإن كانت غيرَ مُؤَبّرة فهى للمشترى . وبهذا قال مالك ، والليث ، والشافعىّ . وقال ابن أبى ليلى : هى للمشترى فى الحالين . لأنّها متّصلة بالأصل اتصالَ خِلْقَةٍ . فكانت تابعةً له ، كالأغصان ، وقال أبو حنيفة ، والأوزاعىّ : هى للبائع فى الحالين . لأن هذا نماء له حَدّ ، فلم يتبعْ أصلَه فى البيع ، كالزرع فى الأرض .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنِ ابْتَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَثَمَرَتُهَا لِلّذى بَاعَهَا ، إلاّ أَنْ يَشْتَرِطَ المُبْتاعُ » متفق عليه ، وهذا صريح فى ردّ قول ابن أبى ليلى، وحُجّةٌ على أبى حنيفة ، والأوزاعىّ

---

(١) الفسيل : صغار النخل ، واحدته فسيلة .

(٢) الصعاد : الطلاع الذى يطلع فوق النخلة ليؤبرها .

بمفهومه . لأنه جعل التأبير حَدًّا لملك البائع للثمرة . فيكون ما قبله المشترى ، وإلاّ لم يكن حدًّا ، ولا كان ذكر التأبير مفيداً . ولأنه نماء كامنٌ لظهوره غايةٌ . فكان تابعاً لأصله قبل ظهوره ، وغيرَ تابع له بعد ظهوره ، كالحمل فى الحيوان . فأما الأغصانُ فإنّها تدخُل فى اسم النخل ، وليس لانفصالها غايةٌ . والزرعُ ليس من نماء الأرض . وإنما هو مُودَع فيها .

(الفصل الثانى) أنه متى اشترطها أحدُ المتبايعين فهى له ، مؤبّرةً كانت أو غيرَ مؤبّرة ، البائع فيه والمشترى سواء . وقال مالك : إن اشترطها المشترى بعد التأبير جاز . لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها ، وإن اشترطها البائعُ قبل التأبير لم يجُز . لأن اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بُدُوّ صلاحها ، بشرط تركها .

ولنا : أنه استثنى بعضَ ما وقع عليه العقدُ وهو معلوم . فصحّ ، كما لو باع حائطاً واستثنى نخلةً بعينها . ولأنّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا[1] إلاَّ أنْ تُعْلَمَ » ولأنّه أحدُ المتبايعين ، فصحّ اشتراطه للثمرة ، كالمشترى . وقد ثبت الأصلُ بالاتفاق عليه . وبقوله عليه السلام « إلاَّ أنْ يَشْتَرِطَها المُبْتَاعُ » ولو اشترط أحدُهما جزءاً من الثمرة معلوماً ، كان ذلك كاشتراط جميعها فى الجواز ، فى قول جمهور الفقهاء . وقولِ أشهب من أصحاب مالك . وقال ابن القاسم : لا يجوزُ اشتراط بعضها . لأن الخبر إنّما ورد باشتراط جميعها .

ولنا : أن ما جاز اشتراطُ جميعه جاز اشتراطُ بعضه ، كمدّة الخيار . وكذلك القولُ فى مال العبد إذا اشترط بعضه .

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركُها فى الشجر إلى أوان الجزاز ، سواء استحقّها بشرطه ، أو بظهورها . وبه قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يلزمهُ قطعُها وتفريغ النخل منها . لأنه مَبيعٌ مشغولٌ بملك البائع . فلزم نقلهُ وتفريغه ، كما لو باع داراً فيها طعامٌ ، أو قماش له .

ولنا : أن النقل والتفريغ للمَبيع على حسَب العُرف ، والعادة ، كما لو باع داراً فيها طعامٌ لم يجب نقلهُ إلاّ على حسب العادة فى ذلك . وهو أن ينقله نهاراً ، شيئاً بعد شىء . ولا يلزمهُ النقلُ ليلاً ، ولا جمعُ دوابّ البلدِ لنقله . كذلك ههنا يفرّغ النخل من الثمرة فى أوان تفريغها . وهو أوانُ جزَازِها . وقياسهُ حُجّةٌ لنا لما بيّنّاه .

إذا تقرر هذا : فالمرجِعُ فى جزّهِ إلى ماجرت به العادةُ . فإذا كان المبيعُ نخلاً لحين تتناهى حلاوةُ ثمره ، إلاّ أن يكون مما بُسْرُه خيرٌ من رُطبه ، أو ما جرت العادةُ بأخذه بُسْراً . لأن هذا هو العادةُ ،

---

(١) الثنيا : الاستثناء .

فإذا استحكمت حلاوتُه فعليه نقله . وإن قيل : بقاؤه في شجره خيرٌ له وأبقى ، فعليه النقلُ ، لأن العادة في النقل قد حصلت . وليس له إبقاؤه بعد ذلك . وإن كان المبيعُ عِنَباً أو فاكهةً سِوَاهُ ، فأخذُه حين يتناهى إدراكُه ، وتَسْتَحْكِمُ حلاوتُه ، ويُجَزّ مثله . وهذا قول مالك ، والشافعيّ .

٢٨٦٩ (فصل) فإن أبرّ بعضه دون بعض . فالمنصوصُ عن أحمد : أن ما أُبِّر للبائع ، وما لم يؤبّر المشتري . وهوقول أبي بكر ، للخبر الذي عليه مَبْنَى هذه المسألة . فإن صريحه . أن ما أُبِّر للبائع . ومفهومُه : أن ما لم يؤبّر للمشتري . وقال ابن حامد : الكلّ للبائع . وهو مذهب الشافعيّ . لأنّا إذا لم نجعل الكلّ للبائع أدّى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البُستان . فيجبُ أن يُجعل ما لم يؤبّر تبعاً لما أُبّر ، كثمر النخلة الواحدة ؛ فإنه لا خلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعلُ جميعَها للبائع ، وقد يتبعُ الباطنُ الظاهرَ منه ، كأساسات الحيطان . تتبعُ الظاهر منه . ولأنّ البستان إذا بدا صلاحُ ثمرة منه جاز بيعُ جميعها ، بغير شرط القطع . كذا ههنا . وهذا من النوع الواحد . لأنّ الظاهر : أن النوع الواحد يتقاربُ ، ويتلاحَقُ . فأما إن أبّر لم يتبعه النوع الآخرُ . ولم يَفرق أبو الخطاب بين النوع ، والجنس كلّه . وهو ظاهر مذهب الشافعيّ . لأنه يُفضي إلى سوء المشاركة ، واختلاف الأيدي ، كما في النوع الواحد .

ولنا : أن النوعين يتباعدان ، ويتميّز أحدُهما من الآخر ، ولا يُخشى اختلاطهما ، واشتباههما . فأشبها الجنسين . وما ذكره يَبْطُل بالجنسين ، ولا يصحّ القياسُ على النوع الواحد لافتراقهما . فيما ذكرناه . ولو باع حائطين قد أبّر أحدهما لم يتبعه الآخرُ ، لأنه يُفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، لانفراد كلّ واحدٍ منهما عن صاحبه . ولو أُبّر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤبّر ، فللمبيع حكمُ نفسه ، ولا يتبع غيرَه . وخرّج القاضي وجهاً في أنه يتبع غَير المبيع ، ويكون للبائع . لأنه قد ثبت للحائط كلّه حكمُ التأبير . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ ، ولا يصحّ هذا . لأن المبيع لم يؤبَّر منه شيء . فوجب أن يكون للمشتري بمفهوم الخبر ، وكما لو كان مُنفرداً في بُستان وحَده . ولأنه لا يُفضي إلى سوء المشاركة ، ولا اختلاف الأيدي ولا إلى ضرر . فبقي على حكم الأصل . فإن بيعت النخلةُ ، وقد أُبّرت كلّها ، أو بعضُها ، فأطلعتْ بعدَ ذلك فالطلعُ للمشتري لأنه حدثَ في مِلْكه . فكان له ، كما لو حدث بعد جَزاز الثّمرة . ولأن ما أطْلَع بعد تأبير غيره لا يكادُ يشتبه به ، لتباعد ما بينهما .

٢٨٧٠ (فصل) وطلع الفُحّال[1] كطَلْع الإناثِ . وهو ظاهرُ كلام الشافعيّ . ويحتمل أن يكون طلع الفُحّال للبائع قبل ظهوره . لأنه يُؤخَذُ للأكل قبل ظهوره . فهو كثمرة لا تخلَقُ إلا ظاهرةً ، كالتين . ويكون ظهور طلعه كظهورِ ثمرةِ غيره .

---

(١) الفحّال : بضم الفاء وتشديد الحاء ، ذكر النخل كالفحل .

ولنا : أنها ثمرةُ نخلٍ إذا تُركت ظهرتَ ، فهي كالأَناث ، أو يدخلُ فى عموم الخبر . وما ذكر للوجه الآخر لا يصلُح . فإن أكله ليس هو المقصود منه . وإنما يراد للتلقيح به ، وهو يكون بعد ظهوره . فأشبه طلْع الأناث ، فإن باع نخلاً فيه فُحّال ، وإناثٌ لم يُشقّق منه شيء . فالكلّ للمشترى ، إلاَّ على الوجه الآخر ، فإن طَلْعَ الفُحّالِ يكون للبائع . وإن كان قد تشقّق طلعُ أحد النوعين دون الآخر ، فما تشقّق فهو للبائع ، وما لم يتشقّق للمشترى ، إلا عند من سوّى بين الأنواع كلّها . وإن تشقّق طلعُ بعض الأناث ، أو بعض الفُحّال ، فالذى قد ظهر للبائع ، وما لم يظهر على ما ذكرنا من الاختلاف فيه .

٢٨٧١ (فصل) وكلّ عقد معاوضة يجرى مجرى البيع فى أن الثمرة المُؤبّرة تكونُ لمن انتقل عنه الأصلُ ، وغيرُ المؤبّرة لمن انتقل إليه ، مثلُ أن يُصْدِقَ المرأة نَخْلاً ، أو يَخْلَعها بِهِ ، أو يجعله عِوضاً فى إجارَة ، أوعقد صُلْحٍ . لأنّ عقدُ معاوضة . فجرى مجرى البيع . وإن انتقل بغير مُعاوضة كالهبة والرهن ، أو فُسخ لأجل العيب ، أو فَلَس المشترى ، أو رجوع الأب فى هبته لولده ، أو تقايَلا المَبيعَ ، أو كان صَدَاقاً رجع إلى الزوج لفسخ المرأة النكاح ، أو نصفُه لطلاق الزوج . فإنّه فى الفسخ يتبع الأصل ، سواء أُبّر أو لم يُؤبّر . لأنه نماء متّصل . فأشبه السِّمَن ، وفى الهبة والرهن حكمهما حكمُ البيع فى أنّه يتبع قبل التأبير ، ولا يتبع فيما بعده . لأن الملك زال عن الأصل بغير فسخ . فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع . وأما رجوع البائع لفلَسِ المشترى ، أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران فى بابيهما .

٢٨٧٢ « مسألة » قال ﴿ وكذلك بيعُ الشجر إذا كان فيه ثمر بادٍ ﴾

وجملة ذلك : أن الشجر على خمسة أضرب :

أحدها : ما يكون ثمرُه فى أكمامه ، ثم تتفتّح الأكمامُ فيظهرُ ، كالنخل الذى وردت السُّنّة فيه ، وبيّنا حكمه ، وهو الأصلُ . وما عداه مقيس عليه ، ومُلحَقٌ بِهِ . ومن هذا الضرب : القطن ، وما يُقصد نَوْرُه ، كالورد ، والياسمين ، والنرجس ، والبنفسج ، فإنه تظهر أكمامُه ، ثم تتفتّح ، فيظهرُ . فهو كالطلع إن تفتّح جُنْبُذُه(١) فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى .

الثانى : ما تظهر ثمرتُه بارزةً لا قِشْر عليها ، ولا نَوْرَ ، كالتين ، والتوت ، والجُمّيز . فهى للبائع . لأن ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قِشْره .

الثالث : ما يظهر فى قشره ، ثم يبقى فيه إلى حين الأكل ، كالرمّان ، والمَوْز . فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور . لأن قشره من مصلحته . ويبقى فيه إلى حين الأكل . فهو كالتين . ولأن قشره يُنزّل منزلَة أجزائه ، للزومه إيّاه ، وكونه من مصلحته .

---

(١) جنبذه : الجنبذ : ما يغطى الثمرة فهو كالقبة فوقها وفى النخل هو جماره .

الضرب الرابع : ما يظهر فى قشرَيْن ، كالجوز ، واللوز . فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور . لأن قشره لا يزول عنه غالباً إلا بعد جِزازه . فأشبه الضرب الذى قبله . ولأن قشر اللوز يُؤكل معه . فأشبه التين . وقال القاضى : إن تشقّق القِشرُ الأعلى فهو للبائع . وإن لم يتشقق فهو للمشترى ، كالطلع . ولو اعتُبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً . ولا يصحّ قياسه على الطلع . لأن الطلع لا بدّ من تشقّقه ، وتشقّقه من مصلحته ، وهذا بخلافه . فإنه لا يتشقق على شجره ، وتشققه قبل كماله يُفسده .

الخامس : ما يظهر نَوْرُه ، ثم يتناثر ، فتظهر الثمرةُ ، كالتّفاح ، والمشمش والإجّاص[1] والخوخ . فإذا تفتّح نورُه ، وظهرت الثمرة فيه فهى للبائع ، وإن لم تظهر فهى للمشترى ، وقيل : ما تناثر نوره فهو للبائع ، وما لا فهو للمشترى . لأنّ الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور . وقال القاضى : يحتمل أن تكون للبائع بظهور نَوْره . لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر . فإن العُقَد التى فى جوف الطلع ليست عينَ الثمرة . وإنما هى أوعية لها ، تكبَر الثمرة فى جوفها ، وتظهر ، فتصير العُقدةُ فى طرَفها ، وهى قُمع الرّطبة ، وقول الخرقىّ يقتضى ما قلناه . لأنه علّق استحقاق البائع لها بكون الثمر بادياً لا ببدُو نَوْرَه ، ولا يبدو الثمر حتى يتفتّح نورُه ، وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النّورُ . فتعلّق ذلك بظهوره ، والعنب بمنزلة ماله نَوْرٌ . لأنه يبدو فى قُطوفهِ شىء صغارٌ ، كحبّ الدُّخنِ ، ثم يتفتّح ، ويتناثر ، كتناثُر النَّوْرِ ، فيكون من هذا القسم . والله أعلم . وهذا يفارق الطلع . لأن الذى فى الطلع عينُ الثمرة بنمُو ، ويتغيّر ، والنور فى هذه الثمار يتساقَطُ ويذهب ، وتظهر الثمرة ، ومذهب الشافعىّ فى هذا الفصل جميعه كما ذكرنا ههنا ، أو قريباً منه . وبينهما اختلافٌ على حسب ما ذكرنا من الخلاف ، أو قريباً منه .

٢٨٧٣ فصل فأما الأغصان ، والورق ، وسائر أجزاء الشجر ، فهو للمشترى بكلّ حال . لأنه من أجزائها خُلِق لمصلحتها ، فهو كأجزاء سائر المبيع . ويحتمل أن يكون ورق التوت الذى يُقصد أخذه لتربية دود القزّ إن تفتّح فهو للبائع ، وإلاّ فهو للمشترى . لأنه بمنزلة الجنبذ الذى يتفتّح فيظهر نَوْرُه من الورد ، وغيره . وهذا فى المواضع التى عادتهم أخذ الورق[2] وإن لم تكن عادتهم ذلك ، فهو للمشترى ، كسائر ورق الشجر . والله أعلم .

(فصل) وإذا كانت الثمرة للبائعُ مُبقّاةً فى شجر المشترى ، فاحتاجت إلى سقى . لم يكن للمشترى منعُه منه . لأنه يبقى به . فلزمه تمكينُه منه ، كتركه على الأصول . وإن أراد سقيها من غير حاجةٍ فللمشترى منعُه منه ، لأنّه بسقيه يتضمن التصرّف فى ملك غيره . ولأن الأصل منعُه من التصرّف فى ملك

---

(١) الكمثرى ، أو فاكهة شبيهة بها .

(٢) يعنى : أن العقد تتبع العرف والعادة فى كل جهة بحسبها .

غيره . وإنما أباحته الحاجةُ ، فإن لم توجد الحاجة ، يبقى على أصل المنع . فان احتاجت إلى السقى وفيه ضرر على الشجر ، أو احتاج الشجرُ إلى سقى يضرّ بالثمرة . فقال القاضى : أيّهما طلب السقى لحاجته أُجْبِرَ الآخرُ عليه . لأنه دخل فى العقد على ذلك : فانّ المشترى اقتضىعقدُه تبقيةَ الثَمرة ، والسقىُ من تبقيتها ، والعقدُ اقتضى تمكين المشترى من حفظ الأصول وتسليمها . فلزم كلّ واحد منهما ما أوجبه العقدُ للآخر ، وإن أضرّ به . وإنما له أن يسقىَ بقدر حاجته . فان اختلفا فى قدر الحاجة رُجع إلى أهل الخِبْرة ، وأيّهما التمس السقى فالمؤنةُ عليه . لأنه لحاجته .

٢٨٧٤ (فصل) فان خيف على الأصول الضرُر بتبقية الثمرة عليها ، لعطشٍ أو غيره ، والضرُر يسيرٌ لم يُجبرَ على قطعها . لأنها مستحِقّة للبقاء ، فلم يُجبَرْ على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره . وإن كان كثيراً فخيف على الأصول الجفافُ ، أو نقصُ حملها ففيه وجهان . أحدهما : لا يُجبَر أيضا لذلك . الثانى : يُجبر على القطع ، لأنّ الضرر يَلْحَقُها . وإن لم تقطع والأصول تسلم بالقطع ، فكان القطعُ أولى . وللشافعىّ قولان كالوجهين .

٢٨٧٥ (فصل) وإذا باع شجراً فيه ثمر للبائع ، فحدثت ثمرةٌ أخرى ، أو اشترى ثمرةً فى شجرها ، فحدثت ثمرةٌ أخرى . فان تميّزتا فلكلّ واحد ثمرتُه . وإن لم تتميّز إحداهما من الأخرى فهما شريكان فيهما ، كلٌّ واحد بقدر ثمرته . فإن لم يعلم قدر كل واحد منهما اصطلحا عليها ، ولا يبطُل العقدُ . لأنّ المبيعَ لم يتعذّر تسليمُه ، وإنما اختلط بغيره ، فهو كما لو اشترى طعاماً فى مكان فانثال عليه طعامٌ للبائع ، أو انثال هو على طعامِ للبائع ، ولم يُعرف قدرُ كلّ واحد منهما . ويُفارق هذا ما لو اشترى ثمرةً قبلُ بدوّ صلاحها ، فتركها حتى بدا صلاحُها ، أو اشترى عَرِيّةً فتركها حتى أثمرت . فإن العقد يبطُل فى إحدى الروايتين ، لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى ، وكونه يُتّخذُ حيلة على شراء الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل ، من غير حاجة إلى أكله رُطَباً . وههنا ما ارتكب نهياً ، ولا يجعل هذا طريقاً إلى فعل المحرّم . وجمع أبو الخطّاب بينهما فقال : فى الجميع روايتان : إحداهما يبطُل . وقال القاضى : إن كانت الثمرةُ للبائع فحدثت ثمرةٌ أخرى ، قيل لكلّ واحد : اسمح بنصيبك لصاحبك ، فان فعله أحدُهما أقررنا العقدَ ، وأجْبرْنا الآخرَ على القبول . لأنه يزولُ به النزاع . وإن امتنعا فسخْنا العقّد لتعذّر وصول كلّ واحد منها إلى قَدْر حقّه . وإن اشترى ثمرةً أخرى لم نقل للمشترى : اسمح بنصيبك . لأن الثمرة كلّ المَبيع . فلا يُؤْمَرُ بتخليتِهِ كلِّه ، ونقول للبائع ، ذلك . فإن سمح بنصيبه للمشترى أجبرناه على القبول ، وإلاّ فُسخ البيعُ بينهما ، وهذا مذهب الشافعىّ . قال ابن عقيل : لعلّ هذا قولٌ لبعض أصحابنا . فإننى

لم أجده مَعزِيّاً[1] إلى أحمد . والظاهرُ أن هذا اختيار القاضي . وليس بمذهب لأحمد . ولو اشترى حِنْطةً فانثالت عليها أخرى لم ينفسخ البيعُ . والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدُث معها أخرى . والله أعلم .

٢٨٧٦ (فصل) إذا باع الأرض وفيها زرعٌ لا يُحصد إلا مرّةً ، كالحنطة ، والشعير ، والقطّانيّ ، وما المقصود منه مُستَتِرٌ ، كالجزَر ، والفُجْل ، والبَصَل ، والثوم ، وأشباهها ، فاشترطهُ المشترى . فهو له قَصِيلاً[2] كان أو ذا حَبٍّ ، مستتراً أو ظاهراً ، معلوماً أو مجهولا . لكونه دخل في البيع للأرض . فلم يضرَّ جهلُه ، وعدمُ كماله ، كما لو اشترى شجرةً فاشترط ثمرتها بعد تأبيرها . وإن أطلق البيعَ فهو للبائع . لأنه مُودَعٌ في الأرض ، فهو كالكنز والقُماش . ولأنه يُراد للنقل . فأشبه الثمرة المؤبَّرة ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعيّ . ولا أعلم فيه مخالفاً . ويكون للبائع مُبقًّى في الأرض إلى حين الحصاد بغير أجرةٍ . لأن المنفعة حصلت مُستَثْناةً له ، وعليه حصادُه في أوّل وقتِ حصاده . وإن كان بقاؤه أنفعَ له ، كقولنا في الثمرة . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : عليه نقلُه عقيب البيع ، كقوله في الثمرة . وقد مضى الكلامُ فيها . وهكذا قال الحكم في القَصَب الفارسيّ . لأن له وَقْتاً يُقطع فيه ، إلا أن العُروق تكون للمشترى . لأنها تُترك في الأرض للبقاء فيها . والقصبُ نفسه كالثمرة ، وإن لم يظهر منه شيء فهو للمشترى . وأما قصب السكَّر فإنَّه يُؤخذ مرَّةً واحدةً ، فهو كالزرع فإن حصده قبل الحصاد لينتفع بالأرض في غيره لم يملك الانتفاع بها . لأن منفعتها إنما حصلت مُستثناةً عن مقتضى العقد ضرورةَ بقاء الزرع . فتقدَّر ببقائه ، كالثمرة على الشجرة ، وكما لو كان المبيع طعاماً لا يُنقل مثلُه عادةً إلا في شهر ، لم يكلَّف إلا ذلك ، فإن تكلَّف نقلَه في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجُز ، كذلك ههنا . ومتى حصد الزرع وبقيت له عَروق تستضرّ بها الأرض ، كعروق القطن والذرة . فعلى البائع إزالتُها ، وإن تحفّرت الأرض فعليه تسويةُ حُفَرها . لأنه استصلاح لملكه ، فصار كما لو باع داراً فيها خابيةٌ[3] كبيرةٌ لا تخرُج إلا بهَدْمِ باب الدار ، فهدَمَها . كان عليه الضمانُ ، وكذلك كلّ نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخرِ من غير إذنِ الأول ، ولا فعلٍ صدر عنه النقصُ ، واستند إليه . كان الضمانُ على مُدْخِل النقص .

٢٨٧٧ (فصل) وإن باع أرضاً وفيها زرعٌ يُجَزّ مرّةً بعد أخرى ، فالأصول للمشترى ،

---

(١) هكذا بالأصل ، والصواب معزوّا ، لان عزا واوى الآخر .

(٢) القصيل : ما يقطع من الزرع أخضر قبل نموه ، والمراد هنا أن الزرع الذى اشترطه للمشترى يكون له بأى حال سواء كان أخضر لم يتم فيه الحب ، أو كان نامياً ظهر فيه الحب .

(٣) الخابية : الجرّة الكبيرة .

والجِزَّةُ الظاهرة عند البيع للبائع ، سواء كان مما يُبَقّى سَنةً كالهِنْدِبَا ، والبُقول ، أو أكثرَ كالرَّطبة . وعلى البائع قطعُ ما يستحقه منه فى الحال فإنه ليس لذلك حدٌّ ينتهى إليه ، ولأن ذلك يطولُ ويُخرِج غيرَ ما كان ظاهراً . والزيادة من الأصول التى هى ملك للمشترى ، وكذلك إن كان الزرعُ مما تُكرَّر ثمرتُه. كالقِثّاء ، والخيار ، والبطّيخ ، والباذنجان ، وشبهه . فهو للمشترى ، والثمرةُ الظاهرة عند البيع للبائع . لأن ذلك مما تتكرّر الثمرةُ فيه . فأشبه الشجر ، ولو كان مما تُؤخذ زهرتُه وتَبقَى عروقه فى الأرض ، كالبَنَفْسج ، والنرجس . فالأصول للمشترى. لأنه جُعل فى الأرض للبقاء فيها ، فهو كالرَّطبة . وكذلك أوراقه وغُصونه . لأنه لا يقصد أخذه ، فهو كورق الشجر وأغصانه . وأما زهرتُه فإن كانت قد تفتّحت فهى للبائع ، وإلا فهى للمشترى ، على ما ذكرناه فيما مضى . واختار ابن عقيل فى هذا كلّه : أن البائع إن قال : بعتك هذه الأرض بحقوقها دخل فيها ، وإن لم يقُل بحقوقها ، فهل يدخُل ؟ على وجهين كالشجر .

٢٨٧٨ (فصل) وإذا اشترى أرضاً فيها بَذرٌ فاستحقّ المشترى أصلَه ، كالرطبة والنعناع ، والبقول التى تُجَزّ مرّةً بعد أخرى، فهو له . لأنه تُرِك فى الأرض للتبقية ، فهو كأصول الشجر . ولأنه لو كان ظاهراً كان له . فالمستتر أولى ، سواء عَلِقت عروقه فى الأرض أولا . فإن كان بذراً لما يستحقّه البائع فهو له ، إلا أن يشترطه المبتاع ، فيكون له . وقال الشافعىّ : البيعُ باطلٌ . لأن البذر مجهولٌ ، وهو مقصود .

ولنا : أن البذر يدخُل تبعاً فى البيع ، فلم يضرّ جهلُه ، كما لو اشترى عبداً ، فاشترط ماله.ويجوز فى التابع من الغرر ما لا يجوز فى المتبوع ، كبيع اللبن فى الضرع مع الشاة ، والحمل مع الأم ، والسقوف فى الدار ، وأساسات الحيطان تدخلُ تبعاً فى البيع ، ولا تضرُّ جهالتها ، ولا تجوز مُفردةً ، وإن لم يعلم المشترى بذلك فله الخيار فى فسخ البيع وإمضائه . لأنه يُفوِّتُ عليه منفعةَ الأرض عاماً . فإن رضى البائع بتركه للمشترى أو قال : أنا أحوّله ، وأمكنَهُ ذلك فى زمن يسير لا يضرُّ بمنافع الأرض فلا خيار للمشترى . لأنه أزال العيب بالنقل ، أو زاده خيراً بالترك ، فلزمه قبولُه . لأن فيه تصحيحاً للعقد . وهذا مذهب الشافعىّ . وكذلك لو اشترى نخيلاً فيه طلعٌ فبان أنه مُؤبَّر فله الخيار . لأنهُ يفوِّت المشترى ثمرةَ عامِهِ ، ويضرّ بقاؤها بنخله . فإن تركها له البائع لم يكن له خيار . فإن قال : أنا أقطعُها الآن لم يسقُط خياره بذلك ، لأن ثمرة العام تفوتُ سواء قطعها ، أو تركها . وإن اشترى أرضاً فيها زرع للبائع ، أو شجراً فيه ثمرٌ للبائع ، والمشترى جاهلٌ بذلك يظنّ أن الزرع والثمر له ، فله الخيار أيضا ، كما لو جهل وجودَه ، لأنه إنما رضى ببذل ماله عوضا عن الأرض، والشجر، بما فيهما ، فإذا بان خلاف ذلك ينبغى أن يثبُت له الخيار، كالمشترى

المَعِيب بِظنّه صحيحا وإن اختلفا في جهله لذلك. فالقول قول المشترى، إذا كان ممّن يجهل ذلك، لكونه عاميًّا، فإنّ هذا مما يجهله كثير من الناس. وإن كان ممّن يعلم ذلك لم يُقبل قوله. لأن الظاهر أنه لا يجهله.

٢٨٧٩ (فصل) إذا باعه أرضاً بحقوقها دخل ما فيها من غِراس، وبناءٍ في البيع. وكذلك إذا قال. رهنتُك هذه الأرض بحقوقها. دخل في الرهن غِرَاسها، وبناؤها، وإن لم يقل بحقوقها، فهل يدخُل الغِراسُ، والبناء فيهما؟ على وجهين. ونصّ الشافعيّ على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن. واختلف أصحابهُ في ذلك. فمنهم من قال فيهما جميعاً قولان. ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى، فيستتبعُ البناء والشجرَ، بخلاف الرهن، ومنهم من قال: إنّهما سواء. لأن ما تبع في البيع تبع في الرهن، كالطرق والمنافع. وفيهما جميعا وجهان:

أحدهما: يدخل البناء والشجر. لأنهما من حقوق الأرض. ولذلك يدخلان إذا قال: بحقوقها، وما كان من حقوقها يدخُل فيها بالاطلاق، كطرقها ومنافعها.

والثاني: لا يدخلان. لأنهما ليسا من حقوق الأرض. فلا يدخلان في بيعها ورهنها، كالثمرة المؤبرة. ومن نصر الأول فرق بينهما بكون الثمرة تُراد للنقل، وليست من حقوقها، بخلاف الشجر والبناء. فإن قال: بعتُك هذا البُستان دخل فيه الشجر. لأن البستان اسم للأرض والشجر والحائط. ولذلك لا تُسمّى الأرض المكشوفة بُستاناً. قال ابن عقيل: ويدخُل فيه البناء، لأنّ ما دخل فيه الشجرُ دخل فيه البناء، ويحتمل أن لا يدخل.

٢٨٨٠ (فصل) وإن باعه شجرا لم تدخُل الأرضُ في البيع ذكره أبو إسحاق ابن شاقلا. لأن الاسم لا يتناولها، ولا هي تبع للمبيع.

٢٨٨١ (فصل) وإن قال: بعتُك هذه القرية فإن كانت في اللفظ قرينةٌ، مثل المساومةِ على أرضها، أو ذكرِ الزرع والغَرس فيها، وذكرِ حدودها، أو بَذْلَ ثمنٌ لا يصلح إلا فيها، وفي أرضها. دخل في البيع. لأن الاسم يجوز أن يُطلق عليها مع أرضها، والقرينة صارفةٌ إليه، ودالّة عليه. فأشبه ما لو صرّح به، وإن لم يكن قرينةٌ تَصْرِفُ إلى ذلك فالبيع يتناول البيوتَ، والحِصْنَ الدائرَ عليها. فإنّ القرية اسمٌ لذلك. وهو مأخوذ من الجمع. لأنه يجمَعُ الناس، وسواء قال: بحقوقها، أو لم يقل. وأما الغِرَاسُ بين بُنيانها فحكمُهُ حكمُ الغراس في الأرض، إن قال: بحقوقها دخل، وإن لم يقل: فعلى وجهين.

٢٨٨٢ (فصل) وإن باعه داراً بحقوقها تناول البيعُ أرضها وبناءها، وما هو متّصل بها، مما هو من مصلحتها، كالأبواب المنصوبة، والخوابى المدفُونةِ، والرّفوف المسمّرة، والأوتاد المغروزة، والحَجَر المنصوب من الرّحا، وأشباه ذلك، ولا يدخُل في البيع ماليس من مصالحها، كالكنز، والأحجار

المدُفونةِ . لأن ذلكُ مودَعٌ فيها للنقل عنها . فأشبه الفَرْشَ والسُّتور ، ولا ما كان منفصلا عنها يختصّ بمصلحتها ، كالفرش والستور ، والطعام ، والرفوف الموضوعة على الأوتاد ، بغير تسمير ، ولا غَرْز في الحائط ، والدلو ، والبكرة ، والقُفل ، وحَجَر الرَّحَى ، إذا لم يكن واحدٌ منهما منصوباً ، والخوابى الموضوعةُ من غير أنْ يُطيَّن عليها ، ونحوه . لأنه منفصل عنها لا يختصّ بمصلحتها . فأشبه الثياب . وأما ما كان من مصالحها لكنّه منفصل عنها ، كالمفتاح ، والحَجَر الفوقانىّ من الرحا ، إذا كان السُّفلانىُّ منصوباً ، فيحتمل وجهين :

أحدهما : يدخل فى البيع . لأنه لمصلحتها . فأشبه المنصوب فيها :

والثانى : لايدخُل . لأنه منفصل عنها . فأشبه السُّفلانىّ إذا لم يكن منصوباً، والقُفل ، والدلو ، ونحوه ومذهب الشافعىّ فى هذا كمذهبنا سواء .

٢٨٨٣ (فصل) وما كان فى الأرض من الحجارة المخلوقة فيها ، أو مبنى فيها ، كأساسات الحيطان المتهدِّمة ، فهى للمشترى بالمبيع ، لأنّه من أجزائها ، فهى كحيطانها ، وترابها ، والمعادن الجامدة فيها ، والآجرّ كالحجارة فى هذا ، وإذا كان المشترى عالماً بذلك فلا خيار له . وإن لم يكن عالماً به ، وكان ذلك يضرّ بالأرض ، وينقصُها كالصخر المُضِرّ بعروق الشجر فهو عيبٌ . وللمشترى الخيارُ بين الفسخ وأخذ الثمن ، أو الإمساك وأخذ أَرْشِ العَيب ، كما فى سائر المبيع . فأما إن كانت الحجارة أو الآجرّ مُودَعاً فيها للنقل عنها ، فهى للبائع ، كالكنز ، وعليه نقلُها وتسويةَ الأرض إذا نقلها ، وإصلاحُ الحَفَر . لأنه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته . وإن كان قلعها يضرّ بالأرض أو تتطاول مدّته ، ولم يكن المشترى عالماً . فله الخيار ، كما ذكرنا . لأنه عيب . وإن لم يكن فى نقلها ضررٌ ، ويُمكن نقلُها فى أيام يسيرة ، كالثلاثة ، فما دون ، فلا خيار له . وله مطالبةُ البائع بنقلها فى الحال . لأنه لا عُرف فى تبقيتها ، بخلاف الزرع . وإن كان عالماً بالحال ، فلا خيار له ، ولا أُجرَة فى الزمان الذى نُقلت فيه لأنه علم بذلك ، ورضى : فأشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع . وإن لم يعلم ، واختار إمساك المبيع ، فهل له أُجرَةٌ لزمان النقل ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك . لأن المنافع مضمونة على المُتلِف . فكان عليه بدلُها كالأجزاء .

والثانى : لا يجب . لأنه لمّا رضى بإمساك المبيع رضى بتلف المنفعة فى زمان النقل . فان لم يختر الإمساك فقال البائع : أنا أدعُ ذلك لك ، وكان ممّا لا ضرر فى بقائه لم يكن له خيارٌ . لأن الضرر زال عنه .

٢٨٨٤ (فصل) فإن كان فى الأرض معادنُ جامدة ، كمعادن الذهب ، والفضّة ، والحديد ، والنحاس والرصاص ، ونحوها ، دخلت فى البيع ، ومُلكت بملك الأرض التى هى فيها . لأنها من أجزائها . فهى

كترابها وأحجارها ، ولـكن لا يُباع معدن الذهب بذهب ، ولا معدن الفضّة بفضّة . ويجوز بيعُهما بغير جنسها . وإن ظهر فى الأرض معدن لم يَعلم البائع به ، فله الخيار . لأنه زيادة لم يعلم بها . فأشبه مالو باعه ثوباً على أنه عشرة ، فبان أحدَ عشر . هذا إذا كان قد ملك الأرض ، بإحياء ، أو إقطاع . وقد رُوى « أنَّ وَلَد بِلال بن الحارثِ بَاعوا عُمَر بن عَبْدِالعَزيز أرضاً فَظَهَر فيها مَعْدِنٌ ، فَقَالوا : إنّما بِعْنَا الأَرْضَ وَلَمْ نَبِع المَعْدِنَ . وأتَوا عُمَر بن عَبْدِ العَزيزِ بِالكتابِ الَّذِي فِيهِ قَطِيعَة النبيّ صَلّى الله عَلَيهِ وسَلّم لأَبِيهِم . فَأَخَذَهُ عُمَر فَقَبَّله ، وردّ عَلَيْهِمُ المَعْدِنَ » وإن كان البائع مَلَكَ الأرض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار . لأن الحقّ لغيره ، وهو المالك الأول ، واحتمل أن يكون له الخيار ، كما لو اشترى معيباً ، ثم باعه ، ولم يعلم عَيبه . فإنه يستحق الردّ عليه وإن كان قد باعه مثلَ ما اشتراه . وقد رَوى أبو طالب عن أحمد : أنه إذا ظهر المعدن فى مِلكه مَلَكه . وظاهر هذا : أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً ، لأنّه من أجزاء الأرض . فأشبه ما لو ظهر فيها حجارةٌ لها قيمةٌ كبيرة .

٢٨٨٥ (فصل) وإذا كان فى الأرض بئرٌ وعين مُستنبطة فنفس البئر ، وأرضُ العين مملوكةٌ لمالك الأرض ، والماء الذى فيها غيرُ مملوك . لأنه يجرى من تحت الأرض إلى مِلكه . فأشبه الماء الجارىَ فى النهر إلى مِلكه . وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ

والوجه الآخر : يدخل فى الملك لأنّه نماءُ الملك . وقد رُوى عن أحمد ما يدل على أنه يُملك ، فإنه قال فى رجل له أرضٌ ولآخرَ ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء فى الزرع ، ويكون بينهما ؟ فقال : لا بأس ، اختاره أبو بكر . وهذا يدلّ على أنّ الماء مملوك لصاحبه ، وفى معنى الماء المعادنُ الجاريةُ فى الأملاك ، كالقار ، والنفْط ، والمُومياء ، والملح . وكذلك الحكمُ فى النابت فى أرضه من الـكلأ ، والشوْك . ففى كلّ ذلك يخرجُ على الروايتين فى الماء ، والصحيح : أن الماء لا يُملك ، فكذلك هذه . قال أحمد : لا يُعجبنى بيع الماء البتة . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن قوم بينهم نهر تَشرَبُ منه أرضُوهم لهذا يومٌ ، ولهذا يومان ، يتفقون عليه بالحِصص فجاء يومى ، ولا أحتاجُ إليه : أكْرِيه بدراهم ؟ قال : ما أدرى ، أما النبيّ صلى الله عليه وسلم فنهى عن بَيْع الماء . قيل ، إنّه ليس يبيعه ، إنّما يَكْرِيه ، قال : إنما احتالوا بهذا ليُحَسِّنُوه ، فأىّ شىء هذا إلا البيع ؟ وروى الأثرم بإسناده ، عن جابر ، وإياس بن عبد الله المزنىّ « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نهى أن يُباع الماءُ » ورُوى أيضاً عن رجُلٍ من أصحاب النبىّ صلّى الله عليه وسلم : « المُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فى ثَلَاثٍ : الماء ، والنارِ ، والـكَلأِ » رواه أبو عُبَيْد فى كتاب الأموال ، فإذا قلنا : لا يملك ، فصاحب الأرض أحقّ به من غيره ، لـكونه فى مِلكه . فإن دخل غيرُه بغير إذنه . فأخذه مَلَكه . لأنه مُباح فى الأصل . فأشبه مالو عَشّش فى أرضه طائر ، أو دخل فيها ظبى ، أو نَضَبَت

عن سمك ، فدخل إليه داخلٌ ، فأخذه، وأما ما يَحُوزه من الماء فى إنائه ، أو يأخذُه من الكلأ فى حَبْلِهِ ، أو يَحُوزه فى رَحْلِهِ ، أو يأخذه من المعادن ، فإنّه يملكه بذلك . وله بيعُه ، بلا خلاف ، بين أهل العلم ، فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلاً فَيأْخُذَ حُزْمَةً مِنْ حَطَبٍ ، فَيَبِيعَ فَيكُفَّ اللهُ بِهِ وَجْهَهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ أُعْطِيَ أَوْ مُنِعَ » رواه البخاريّ ، وروى أبو عُبَيْدٍ فى الأموال عن المشيخة « أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الماءِ إلا ما حُمِلَ مِنْهُ » وعلى ذلك مضت العادةُ فى الأمصار ببيع الماء فى الرّوايا ، والحطب ، والكلأ من غير نكير ، وليس لأحد أن يشرب منه ، ولا يتوضّأ ، ولا يأخذ إلا بإذن مالكه . وكذلك لو وقف على بئره ، أو بئرٍ مُباح ، فاستقى بدلوه ، أو بدولاب ، أو نحوه ، فما يُرَقّيه من الماء فهو مِلْكُه ، وله بيعُه . لأنه ملكه بأخذه فى إنائه . قال أحمدُ . إنَّما نُهِى عن بيع فَضْلِ ماء البئر ، والعيون فى قَرارِه . ويجوز بيعُ البئر نَفْسِها ، والعين ، ومشتريها أحقّ بمائها . وقد رُوى أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ يَشْتَرِى بِئْرَ رُومَةَ يُوَسِّعُ بِهَا عَلَى المُسْلِمِينَ ، ولهُ الجنّةُ — أو كما قالَ — فاشْتَرَاها عُثْمانُ ابنُ عَفَّانَ رَضِىَ اللهُ عَنْهُ مِنْ يَهُودِىٍّ بأمْرِ النبيِّ صلى اللهُ عليه وسلم ، وسبّلها لِلْمُسْلِمِينَ وَكَانَ اليَهُودِىُّ يَبِيعُ ماءها » ورُوى « أنَّ عُثْمانَ اشْتَرَى مِنْهُ نِصْفَهَا باثْنَىْ عَشَرَ ألفاً ، ثم قال لليهوديّ : اخْتَرْ إمَّا أَنْ تَأْخُذَهَا يَوْماً وَآخُذُهَا أنا يَوْماً . وَإمَّا أنْ تَنْصِبَ لَكَ عَلَيْهَا دَلْواً ، وأَنْصِبُ عَلَيْهَا دَلْواً . فاختار يوماً ، ويوماً ، فكان الناسُ يَسْتَقُونَ مِنهاَ فى يوم عُثْمان لليومين ، فقال اليَهُودِىّ : أفسدتَ علىّ بئرى ، فاشتر باقيها . فاشتراه بثمانية آلافٍ » وفى هذا دليل على صحّة بيعها ، وتسبيلها ، وصحّة بيع ما يستقيه منها ، وجواز قسمة مائها بالمُهَايأة[1] ، وكون مالكها أحقّ بمائها ، وجواز قسمة ما فيه حقّ ، وليس بمملوك .

فأما المياه الجاريةُ فما كان نابعاً فى غير مِلك ، كالأنهار الكبار ، وغيرها لم تُملك بحال . ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك ، كالطير يدخُل إلى أرضه ، ولكلّ أحدٍ أخذهُ ولا يملكه إلاّ أن يجعل له فى أرضه مُسْتَقَراً كالبركة والقرار ، أو يحتفرُ ساقيةً يأخذُ فيها من ماء النهر الكبير . فيكون أحقّ بذلك الماء من غيره ، كنقع البئر ، وإن كان ما يستقرّ فى البركة لا يخرُج منها ، فالأولى أنه يملكه بذلك ، على ما سنذكره فى مياه الأمطار .

وما كان نابعاً أو مُسْتَنْبطاً كالقُنِى . فهو كنقع البئر ، وفيه من الخلاف ما فيه ، فأما المصانع[2] المتخذَةُ لمياه الأمطار تُجْمَعُ فيها ، ونحوها من البرك ، وغيرها . فالأولى : أنه يملك ماءها ، ويصح بيعُه إذا كان

---

(١) المهايأة : قسمة الأيام فى السقى منها لكل واحد أو جماعة يوم أو أيام .

(٢) المصانع : جمع مصنع ، وهو كالحوض يجمع فيه ماء المطر .

معلوماً . لأنه مباحٌ حصّله بشيء مُعدٍ له ، فملكه ، كالصيد يحصُل فى شبكته ، والسمك فى بِرْكةٍ مُعَدّةٍ له . ولا يجوز أخذ شيء منه ، إلاّ بإذن مالكه .

٢٨٨٦ « مسألة » قال ﴿وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ، ولم يبدُ صلاحها ، على الترك إلى الجزازِ لم يجزْ . وإن اشتراها على القطع جاز﴾

لا يخلو بيع الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يشتريها بشرط التبقية . فلا يصحّ البيع إجماعاً . لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمارِ حَتّى يَبْدُوَ صَلاَحُها . نَهَى البَائِعَ وَالمُبْتَاعَ » متفق عليه . والنهى يقتضى فساد المنهىّ عنه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجُملة هذا الحديث .

(القسم الثانى) أن يبيعها بشرط القطع فى الحال . فيَصِحّ بالإجماع . لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة ، وحدوث العاهة عليها قبل أخذها . بدليل ما روى أنس « أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمارِ حَتّى تَزْهُوَ . قال : أرَأَيْتَ إذَا مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أحَدُكُمْ مَالَ أخِيهِ ؟ » رواه البخارىّ . وهذا مأمون فيما يقطع ، فصحّ بيعُه كما لو بدا صلاحُه .

(القسم الثالث) أن يبيعها مُطلقاً . ولم يشترط قطعاً ، ولا تبقيته ، فالبيعُ باطل ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأجازه أبو حنيفة ، لأنّ إطلاق العقد يقتضى القطع ، فهو كما لو اشترطه قال : ومعنى النهى أن يبيعها مُدْرِكَةً قبلَ إدراكها ، بدلالة قوله « أرَأَيْتَ إنْ مَنَعَ اللهُ الثَّمَرَةَ ، بِمَ يَأْخُذُ أحَدُكُمْ مَالَ أخِيهِ ؟ » فلفظة المنع تدلّ على أن العقد يتناول معنًى هو مفقودٌ فى الحال حتّى يُتصوَّر المنع .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أطلق النهى عن بيع الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها . فيدخُل فيه محلّ النزاع . واستدلالهم بسياق الحديث يدلّ على هدم قاعدتهم التى قرروها فى أنّ إطلاق العقد يقتضى القطع ، ويقرّر ما قلنا : من أنّ إطلاق العقد يقتضى التبقية . فيصيرُ العقدُ المُطلَقُ كالذى شُرِطَتْ فيه التبقية يتناولهما النهىُ جميعاً ، ويصحّ تعليلهما بالعلّة التى علّل بها النبىّ صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة ، وهلاكها .

٢٨٨٧ (فصل) وبيعُ الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب :

أحدها : أن يبيعها مُفرَدَةً لغير مالك الأصل ، فهذا الضربُ الذى ذكرنا حكمه وبيّنا بُطلانه .

الثانى : أن يبيعها مع الأصل . فيجوزُ بالإجماع ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنِ ابْتَاعَ نَخْلاً بَعْدَ أنْ تُؤَبَّرَ ، فَثَمَرَتُهَا لِلَّذِى بَاعَهَا ، إلاّ أنْ يَشْتَرِطُ المُبْتَاعُ » ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً فى البيع ، فلم يضرّ احتمال الغرر فيها ، كما احتُمِلت الجهالةُ فى بيع اللبن فى الضرع مع بيع الشاة ، والنوى فى التمر مع التمر ، وأساسات الحيطان فى بيع الدار .

الثالث : أن يبيعها مُفرَدَةً لمالك الأصل ، نحو أن تكون للبائع ، ولا يشترطها المُبتاع فيبيعُها له بعد ذلك ، أو يُوصى لرجل بثمرة نَخْلَةٍ ، فيبيعُها لوَرَثةِ المُوصِى : ففيه وجهان :

أحدهما : يصح البيع . وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشترى ، فيصح كما لو اشتراهما معاً . ولأنّه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشترى على الكمال ، لكونه مالكاً لأصولها ، وقرارها . فصحّ كبيعها مع أصلها .

والثانى : لا يصح . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأن العقد يتناول الثمرة خاصّة ، والغرر فيما يتناوله العقدُ أصلاً يمنع الصحة ، كما لو كانت الأصول لأجنبي ، ولأنها تدخلُ في عموم النهى ، بخلاف ما إذا باعهما معاً ، فإنّه مستثنًى بالخبر المروىّ فيه . ولأن الغَررَ فيما يتناوله العقدُ أصلاً يمنعُ الصحة ، وفيما إذا باعهما معاً تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع ، كما يجوز بيعُ اللبن في الضرع ، والحمل مع الشاة ، وغيرهما . وإن باعه الثمرة ، بشرط القطع في الحال . صحّ وجهاً واحداً . ولا يلزم المشترىَ الوفاء بالشرط . لأن الأصل له .

٢٨٨٨ (فصل) ولا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال ، كما ذكرنا في الثمرة على الأصول . لما رَوى مسلم عن ابن عُمر « أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يُزْهِىَ ، وعن بيع السُّنْبُلِ حتى يَبْيَضّ ، ويأمنَ العاهَةَ . نَهَى البَائِعَ وَالمُشْتَرِى » قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً يعدلُ عن القول به ، وهو قول مالك ، وأهل المدينة ، وأهل البَصْرة ، وأصحاب الحديث ، وأصحاب الرأى . فإن باعه مع الأرض جاز ، كبيع الثمرة مع الأصل ، وإن باعه لمالك الأرض ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة تُباع من مالك الأصل . وقال أبو الخطاب : يجوز . وإن باعه إيّاه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً . ولم يلزم المشترىَ الوفاء بالشرط . لأن الأصل له ، فهو كبيع الثمرة من مالك الأصل بشرط القطع . وإذا اشتدّ حبّ الزرع جاز بيعُه مطلقاً ، وبشرط التبقية ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم في الحديث « حَتّى يَبْيَضّ » فجعل ذلك غايةَ المنع من بيعه ، فيدلّ على الجواز بعده . وفي رواية « نَهَى النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عن بيع العِنَبِ حتّى يَسْوَدّ ، وعن بيع الحبّ حتى يَشْتَدّ » ولأنه إذا اشتدّ حبّه بدا صلاحُه ، فصار كالثمرة إذا بدا صلاحُها . وإذا اشتدّ شيء من حبه جاز بيعُ جميع ما في البستان من نوعه ، كالشجرة إذا بدا الصلاحُ في شيء منها .

٢٨٨٩ (فصل) ذكره القاضى في الصلح قال : وإذا اعترف لرجل بزرع ، ثم صالحه منه بعوض صحّ فيما يصحّ في البيع . وبطل فيما يبطُل فيه . ولو ادّعى اثنان زرعاً في يد آخر ؛ فأقرّ لهما به ، فالزرعُ بينهما نصفان . فإن صالح أحدُهما عن حقّه منه قبل اشتداد حبّه لم يجز ، سواء شرط القطعَ أو أطلقَ .

لأنه إن أطلق بطل . للنهى عن بيع المخاضرة[1] : وإن شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه إلا بقطع الزرع كله . وإن كانت الأرضُ للمقِرّ احتمل أن يصح ، واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما إذا اشترى زرعا أخضر فى أرض مملوكة له . ولو كانت الأرضُ لرجل والزرعُ لآخر فقال أحدهما : صالحنى من نصف أرضى على نصف زرعك فيكون الزرعُ والأرض بيننا نصفين ، فإن كان بعد اشتداد حبه جاز . لأنه يجوز بيعُه ، وإن كان قبل ذلك فهل يجوز ؟ على وجهين ، بناء على بيع الزرع من مالك الأرض ، وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لمالك الأرض ، ويشترى منه نصف الأرض التى له فيها الزرع ، وإن شرطا فى البيع أن يقطعا الزرع جميعَه ويُسلّم الأرض فارغةً ، ففيه وجهان أيضاً .

أحدهما : يصح . لاشتراطهما قطع كل الزرع ، وتفريغَ الأرض منه ، واحتمل[2] أن يبطل ، لأن صاحب الأرض باعه نصفَ الأرض بشرط قطع زرع غيره ، ليُسَلِّم إليه أرضه ، وإن قلنا : يصح . لم يلزم الوفاء بالشرط . لأن كل ، واحد منهما حصل زرعُه فى أرضه ، فلم يلزم قطعه .

٢٨٩٠ (فصل) وإذا اشترى رجلٌ نصف الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، أو نصفَ الزرع قبل اشتداد حبّه مُشاعاً لم يجُز ، سواء اشتراه من رجل ، أو من أكثر منه ، وسواء شرط القطع ، أو لم يشرطه ، لأنه لا يمكنه قطعُه إلا بقطع ما لا يملكه ، فلم يصح اشتراطُه .

٢٨٩١ (فصل) والقطنُ ضربان : أحدهما : ما له أصلٌ يبقى فى الأرض أعواماً : كالشجر تتكرّر ثمرته . فهذا حكمه حكم الشجر فى أنّه يصح إفرادُه بالبيع . وإذا بيعت الأرضُ بحقوقها دخل فى البيع ، وثمرُه كالطلع إن تفتح فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى .

والثانى : ما يتكرر زرعُه كل عام . فحكمه حكمُ الزرع ، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطْباً لم يَقوما فيه لم يجُز بيعُه إلا بشرط القطع ، كالزرع الأخضر . وإن قوى جوزُه واشتدّ جاز بيعُه بشرط التبقية ، كالزرع الذى اشتدّ حبّه ، وإذا بيعت الأرضُ لم يدخُل فى البيع ، إلا أن يشترطه المبتاع .

والباذنجان نوعان : أحدهما : ماله شجر تبقى أصوله ، وتتكرر ثمرتُه . فهو كالشجر .

والثانى : ما يتكرر زرعه كل عام . فهو كالحِنْطة ، والشعير .

٢٨٩٢ « مسألة » ﴿ قال فإن تركها حتى يبدوَ صلاحُها بطل البيعُ ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرةً قبل بُدُوّ صلاحها ، فتركها حتّى بدا صلاحها . فنقل عنه حنبلُ ، وأبو طلب . أن البيع يبطُل . قال القاضى : هى أصح . فعلى هذا يردّ المشترى الثمرةَ إلى البائع ، ويأخذُ الثمن ، ونقل أحمدُ بن سعيد : أن البيعَ لا يبطُل . وهو قول أكثر الفقهاء . لأن

(١) المخاضرة بيع الثمار قبل بدو صلاحها .

(٢) احتمال البطلان هو الوجه الثانى ، ولم يعبر عنه المؤلف بلفظ الثانى ، فليتنبه إلى ذلك .

أكثرَ ما فيه أن المبيعَ اختلط بغيره . فأشبه ما لو اشترى ثمرةً ، لحدثت ثمرةٌ أخرى ، ولم تتميّز ، أوحنطةً فانثالت عليها أخرى ، أو ثوباً فاختلط بغيره ، ونقَل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلاً ، فرض ، أو توانى حتى صار شعيراً قال : إن أراد به حيلةً فسد البيعُ ، وإلا لم يفسُد . والظاهر : أن هذه ترجعُ إلى ما نقله ابن سعيد . فإنه يتعيّن حملُ ما نقله أحمدُ بن سعيد في صحة البيع على من لم يُرِدِ حيلةً . فإن أراد الحيلةَ ، وقصد بشرطه القطعَ الحيلةَ على إبقائه . لم يصحّ بحالٍ . إذ قد ثبت من مذهب أحمد : أن الحِيَل كلّها باطلةٌ .

ووجه الرواية الأولى : أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهاَ » فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالإجماع . فيبقى ما عداه على أصل التحريم . ولأن التبقية معنًى حرّم الشرع اشتراطه لحقّ الله تعالى فأبطل العقدَ وجودُه ، كالنسيئة فيما يحرُم فيه النَّساء ، وترك التقابضِ فيما يُشترط فيه القبضُ ، أو الفضل فيما يجبُ التساوى فيه . ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذَريعةً إلى شراء الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، وتركها حتى يبدُوَ صلاحُها . ووسائلُ الحرام حرامٌ ، كبيع العِينَةِ (١) .

ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمرة كلّها للبائع . وعنه أنّهما يتصدّقان بالزيادة . قال القاضى : هذا مستحبّ ، لوقوع الخلاف فى مستحِقّ الثمرة ، فاستُحِبّت الصدقةُ بها ، وإلا فالحقّ أنها للبائع ، تبعاً للأصل ، كسائر نماء المَبيع المتّصل إذا رُدّ على البائع بفسخ أو بُطلان ، ونقل ابن أبى موسى فى الإرشاد . أن البائع والمشترى يكونان شريكين فى الزيادة . وأما إن حكمنا بصحّة العقد . فقد رُوى أنهما يشتركان فى الزيادة ، لحصولها فى ملكهما . فإن ملك المشترى الثمرة ، وملك البائع الأصل ، وهو سببُ الزيادة . وقال القاضى : الزيادة للمشترى ، كالعبد إذا سَمِنَ وحُمل قول أحمد « يَشْتَرِكَان » على ، الاستحباب والأوّل أظهر . لما ذكرنا . فإنّ الزيادة حصلتْ من أصل البائع ، من غير استحقاق تركها . فكان فيها حقّ له ، بخلاف العبد إذا سمن ، فإنّه لا يتحقّق فيه هذا المعنى ، ولا يُشبهُه ، ولا يصحّ حملُ قول أحمد على الاستحباب . فإنه لا يستحبّ للبائع أن يأخذَ من المشترى ما ليس بحقّ له ، بل ذلك حرام عليه . فكيف يكون مستَحَبًّا ؟ وعن أحمد : أنهما يتصدّقان بالزيادة . وهو قول الثوريّ ، ومحمد بن الحسن . لأن عين المبيع زاد بجهة محظورةٍ ، قال الثوريّ : إذا اشترى قَصيلاً يأخذُ رأس مالهِ ، ويتصدّق بالباقى . ولأنّ الأمر اشتبه فى الزيادة ، وفى مستحقّها . فكان الأولى الصدقةُ بها . ويُشبه أن يكون هذا استحباباً . لأن الصدقة بالشبهات مستَحَبّة ، وإن أبيا الصدقة بها اشتركا فيها ، والزيادةُ هى ما بين قيمتها حين الشراء ، وقيمتها يوم أخذها. قال القاضى : ويحتملُ أنها ما بين قيمتها قبل بُدُوّ صلاحها ، وقيمتها بعده . لأن الثمرة قبلَ بُدُوّ صلاحها

(١) بيع العينة : بكسر العين وسكون الياء . أن يبيع التاجر سلعته بثمن الى أجل ثم يشتريها من المشترى بأقل من الثمن الذى باعها له به ، وإنما حرم هذا البيع لأنه حيلة على الربا .

كانت المشترى بتمامها ، لا حقّ للبائع فيها ، وقال الثورىّ : يأخذُ المشترى رأس ماله ، ويتصدّق بالباقى ، وكذلك الحكم فى الرطبة إذا طالت ، والزرع الأخضر إذا أدْجَنَ . وهذا فيما إذا لم يَقصد وقتَ الشراء تأخيرَه ، ولم يجعل شراءه بشرط القطع حيلةً على المنهى عنه ، من شراء الثمرة قبل بُدُوّ صلاحها ، ليترُكها حتى يبدوّ صلاحُها . فأما إن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله . لأنه حيلة محرّمة . وعند أبى حنيفة والشافعىّ : لا حكم لقصده . والبيعُ صحيح ، قصد أو لم يقصد . وأصلُ هذا الخلاف فى تحريم الحِيَل . وقد سبق الكلامُ فى هذا .

٢٨٩٣ « مسألة » قال ﴿ فإن اشتراها بعد أن بدا صلاحُها على الترك إلى الجِزَاز جاز ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا بدا الصلاح فى الثمرة جاز بيعُها مُطلقاً ، وبشرط التبقية إلىحال الجِزَاز . وبشرط القطع . وبذلك قال مالك ، والشافعىّ . وقال أبو حنيفة وأصحابُه : لا يجوز بشرط التبقية إلاّ أنّ محمداً قال : إذا تناهى عِظَمُها جازَ واحتجّوا بأنّ هذا شرطُ الانتفاع بملك البائع على وجهٍ لا يقتضيه العقدُ فلم يَجُز ، كما لو شرط تبقية الطعام فى كُنْدُوجِهِ[1] .

ولنا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يَبْدُوَ صلاحُها . فمفهومه إباحةُ بيعها بعد بدوّ صلاحها . والمنهىّ عنه قبل بدوّ الصلاح عندهم البيعُ بشرط التبقية ، فيجبُ أن يكون ذلك جائزاً بعد بدوّ الصلاح ، وإلاّ لم يكن بدو الصلاح غايةً . ولا فائدةَ فى ذكره . ولأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَهَىَ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا ، وتَأْمَنَ العَاهَةَ » وتعليلُه بأمن العاهة يدلّ على التبقية . لأن ما يُقطع فى الحال لا يخاف العاهة عليه . وإذا بدا الصلاحُ فقد أُمِنَتْ العاهة . فيجب أن يجوز بيعُه مُبَقًّى لزوال علّة المنع . ولأن النقل والتحويل يجب فى المبيع بحكم العرف . فإذا شرطه جاز ، كما لو شرط نقل الطعام من مِلْك البائع حسبَ الإمكان . وفى هذا انفصال عما ذكروه .

٢٨٩٤ (فصل) ولا يختلف المذهبُ أنّ بدوّ الصلاح فى بعض ثمرة النخلة ، أو الشجرة صلاحٌ لجميعها . أعنى أنّه يُباح بيعُ جميعها بذلك . ولا أعلم فيه اختلافاً . وهل يجوز بيعُ سائر ما فى البُستان من ذلك النوع ؟ فيه روايتان . أظهرهما : جوازُه . وهو قول الشافعىّ ، ومحمد بن الحسن ، وعنه : لا يجوزُ إلا بيعُ ما بدا صلاحُه . لأنّ ما لم يبدُ صلاحُه داخلٌ فى عموم النهى . ولأنه لم يبدُ صلاحُه . فلم يجُز بيعُه من غير شرط القطع ، كالجنس الآخر ، وكالذى فى البستان الآخر ، ووجه الأولى : أنّه بدا الصلاحُ فى نوعه من البُستان الذى هو فيه . فجاز بيعُ جميعِهِ ، كالشجرة الواحدة . ولأن اعتبار بُدوّ الصلاح فى الجميع يَشقُّ . ويؤدّى إلى الاشتراك ، واختلاف الأيدى . فوجب أن يُتْبَعَ ما لم يبدُ صلاحُه من نوعه ، لما بدا ، على

---

(١) الكندوج : شبه المخزن ، وهو معرب (كندو).

ما ذكرنا فيما أُبّر بعضُه دون بعض ، فأما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضى : لا يتبعُه . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . وقال محمد بن الحسن : ما كان متقارب الإدراك فبدوّ صلاح بعضه يجوز به بيعُ جميعه . وإن كان يتأخّر إدراكُ البعض تأخيراً كثيراً . فالبيعُ جائز فيما أدرك . ولا يجوز فى الباقى . وقال أبو الخطّاب : يجوزُ بيعُ ما فى البستان من ذلك الجنس . وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعىّ . لأن الجنس الواحد يُضَمُّ بعضُه إلى بعض فى إكمال النصّاب فى الزكاة . فيتبعُه فى جواز البيع كالنوع الواحد . والأول أولى . لأن النوعين قد يتباعدُ إدراكُهما . فلم يتبع أحدُهما الآخرَ فى بُدُوّ الصلاح كالجنسين . ويُخالف الزكاة . فإن القصد هو الغِنَى من جنس ذلك المال ، لتقارب منفعته ، وقيامُ كلّ نوع مقام النوع الآخر فى المقصود . والمعنى ههنا : هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك ، واختلاف الأيدى . ولا يحصل ذلك فى النوعين . فصارا فى هذا كالجنس .

٢٨٩٥ (فصل) فأما النوع الواحد من بساتين فلا يتبعُ أحدُهما الآخَر فى جواز البيع ، حتّى يبدوَ الصلاحُ فى أحدهما ، متجاورَيْن كانا ، أو متباعدَيْن . وهذا مذهب الشافعىّ ، وحُكى عن أحمد روايةٌ أخرى : أن بدُوّ الصلاح فى شجرةٍ من القُراحِ[1] صلاحٌ له ولما قاربه . وبهذا قال مالك . لأنّهما يتقاربان فى الصلاح . فأشبها القراح الواحد . ولأن المقصود الأمن من العاهة ، وقد وُجد . والمذهبُ الأوّل . لأنه إنما جعل ما لم يبدُ صلاحه بمنزلة ما بدا ، وتابعاً له ، دفعاً لضرر الاشتراك ، واختلاف الأيدى ، وإلاّ فالأصلُ اعتبار كلّ شيء بنفسه . وما فى قراح آخرَ لا يُوجد فيه هذا الضرر : فوجب أن لا يتبع الآخرَ ، كما لو تباعدا وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع . ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد ، فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يَجُز ، لدخوله تحت عموم النهى ، ويقدّر قياسُه على الصورة المخصوصة من العموم . وهى ما إذا باعه مع ما بدا صلاحُه . لأنّه دخل جواز البيع تبعاً ، دفعاً لمضرّة الاشتراك ، واختلاف الأيدى. ولا يوجدُ ذلك ههنا ، ولأنه قد يدخُل هم فى البيع تبعاً ما يجوزُ إفرادُه . كالثمرة تُباع مع الأصل ، والزرع مع الأرض ، واللبن فى الضرع مع الشاة . ويحتمل الجواز . لأن الكلّ فى حكم ما بدا صلاحُه . ولأنه يجوز بيعُه مع غيره . فجاز بيعُه مُفرداً ، كالذى بدا صلاحُه .

٢٨٩٦ (فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقى لزم البائعَ ذلك . لأنه يجبُ عليه تسليمُ الثمرة كاملةً . وذلك يكون بالسقى .

فإن قيل : فلم قلتم : إنّه إذا باع الأصلَ وعليه ثمرةٌ للبائع لا يلزم المشترىَ سقيُها ؟

---

(١) القراح شجر له نوار أبيض ، وضرب من الكمأة .

قلنا : لأن المشتريَ لا يجبُ عليه تسليمُ الثمرة ، لأنّه لم يملكها من جهته ، وإنما بقي ملكُه عليها ، بخلاف مسألتنا . فإن امتنع البائعُ من السقي لضررٍ يلحَقُ بالأصل أُجبِرَ عليه . لأنه دخل على ذلك .

٢٨٩٧ (فصل) ويجوز لمشترى الثمرة بيعُها فى شجرها . روى ذلك عن الزبير بن العوّام ، وزيد ابن ثابت ، والحسن بن أبى الحسن البصرىّ ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، وكرهه ابن عبّاس، وعِكْرِمَةُ ، وأبو سَلَمَةَ . لأنه بِيعَ له قبل قبضِهِ ، فلم يجُز ، كما لو كان على وجه الأرض فلم يقبضه .

ولنا : أنه يجوز له التصرّف فيه . فجاز له بيعُه ، كما لو جزّه ، وقولهم : لم يقبضه ، لا يصحّ ، فإنّ قَبْضَ كلّ شيء بحَسَبِه . وهذا قبضه التخلية . وقد وجدت .

٢٨٩٨ « مسألة » قال ﴿ فإن كانت ثمرةَ نخل ، فبدوُّ صلاحها أن تظهر فيها الحُمْرَةُ ، أو الصّفرة . وإن كانت ثمرةَ كَرْمٍ . فصلاحُها : أن تتموّه . وصلاحُ ما سِوَى النخل والكرم : أن يبدوَ فيها النُّضجَ ﴾.

وجملة ذلك : أن ما كان من الثمرة يتغيّر لونُه عند صلاحه، كثمرة النخل والعنب الأسود والأجّاص. فبدوّ صلاحه بذلك . وإن كان العنب أبيضَ . فصلاحُه بتموّهه[1].وهو أن يبدو فيه الماءُ الحلو، ويلين، وَيصفَرّ لونُه ، وإن كان مما لا يتلوّن كالتفاح ونحوه فبأن يحْلوَ ، أو يَطيبَ ، وإن كان بِطّيخاً أو نحوه . فبأن يبدو فيه النُّضجُ ، وإن كان ممّا لا يتغيّر لونُه ، ويؤكل طَيِّباً صِغاراً وكباراً ، كالقثّاء ، والخيار . فصلاحُه : بلوغُه أن يُؤكل عادةً . وقال القاضى ، وأصحاب الشافعىّ : بلوغُه أن يتناهى عِظَمُه . وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه . فإن بُدُوَّ صلاحِ الشيء ابتداؤه ، وتناهى عِظَمه آخِرُ صلاَحِه . ولأن بدوَّ الصلاح فى الثمر يسبقُ حال الجِزَاز. فلا يجوز أن يحمل بدوّ الصلاح فيما يُقاس عليه بسَبْقِهِ عادةً ،إلاّ أن يُريدوا بتناهى عظمه انتهاءه إلى الحال التى جرت العادةُ بأخذه فيها . فيكون كما ذكرنا . وما قلنا فى هذا الفصل فهو قولُ مالك ، والشافعىّ ، وكثير من أهل العلم ، أو مقاربٌ له : وقال عطاء : لا يُباع حتى يؤكلَ من الثمر قليلٌ ، أو كثير : ورُوى نحوه عن ابن عمر ، وابن عبّاس ، ولعلّهم أرادوا صلاحه للأكل، فيرجع معناه إلى ما قلنا . فإنّ ابن عبّاس قال : « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّمَ عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَأْكُلَ مِنْهُ أَوْ يُؤْكَلَ » متفق عليه . وإن أرادوا حقيقةَ الأكل كان ما ذكرنا أولى . لأن ما رووه يحتمل صلاحَه للأكل . فيُحمل على ذلك موافقةً لأكثر الأخبار . وهو ما رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أنّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثّمرةِ حَتّى تَطِيبَ » متفق عليه ، « ونَهَى أَنْ تباعَ الثّمرةُ حتى تَزْهُوَ . قيل : وَما تَزْهُو ؟ قال : تَحْمارّ ، أو تَصْفَارّ » رواه البخارىّ ، ونهى عن بيع العنب حتى يَسودّ . رواه

(١) أى بظهور الماء فيه .

الترمذيّ ، وابن ماجه ، والأحاديثُ في هذا كثيرة ، كلّها تدلّ على هذا المعنى .

٢٨٩٩ « مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان : وما أشبهه إلا لَقْطَةً لَقْطَةً ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقُول لم يجُز إلا بيعُ الموجود منها دون المعدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ . وقال مالك : يجوزُ بيعُ الجميع . لأن ذلك يشقّ تمييزُه،فجُعل ما لم يظهر تبعاً لما ظَهر ، كما أنّ ما لم يبدُ صلاحُه تبعٌ لما بدا .

ولنا: أنها ثمرةٌ لم تخلَقْ ، فلم يجُز بيعُها ، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها، والحاَجةُ تندفعُ ببيع أصوله. ولأنّ ما لم يبدُ صلاحه يجوز إفراده بالبيع ، بخلاف مالم يخلق . ولأن ما لم يُخلق من ثمرة النخل لايجوزُ بيعُه تبعاً لما خُلق ، وإن كان ما لم يبدُ صلاحُه تبعاً لما بدا .

إذا تقرّر هذا ، فإن باعها قبل بُدوّ صلاحها لم يَجُز إلا بشرط القطع.فإن كان بعد بُدُوُّ صلاحها جاز مطلقاً . وبشرط القطع والتبقية ، على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار . وقد بينّا بماذا يكون بُدُوُّ صلاحه .

٢٩٠٠ (فصل) قال القاضي : ويصحُّ بيع أصول هذه البقول التي تتكرّر ثمرتُها من غير شرط القطع . وهو مذهبُ أبي حنيفة والشافعيّ ، ولا فرق بين كون الأصول صغاراً أو كباراً ، مُثمرةً أو غيرَ مُثمرةٍ ، لأنه أصل تكرر فيه الثمرة . فأشبه الشجر . فإن باع المثمر منه فثمرته الظاهرةُ للبائع ، متروكةٌ إلى حين بُلوغها ، إلاّ أن يشترطها المُبتاع . فإن حدثت ثمرةٌ أخرى فهي للمشتري . فإن اختلطت بثمرةِ البائع، ولم تتميّز . كان الحكم فيها كثمرة الشجرة إذا اختلطت بثمرة أخرى ، على ما مرّ حكمه .

٢٩٠١ (فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستورٌ في الأرض ، كالجزَرِ والفُجْل ، والبَصَلِ ، والثُّوم ، حتى يُقْلَعَ ويُشَاهَدَ ، وهذا قول الشافعيّ ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ، وأباحه مالك ، والأوزاعيّ ، وإسحاق ، لأن الحاجة داعيةٌ إليه . فأشبه بيعَ ما لم يَبْدُ صلاحُه تبعاً لما بدا .

ولنا : أنه مبيعٌ مجهول لم يره ، ولم يوصف له . فأشبه بيع الحَمْلِ . ولأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ » رواه مسلم . وهذا غرور ، وأما بَيْعُ مالم يبدُ صلاحُه قلنا : جاز بيعُه ، لأن الظاهر أنّه يتلاحَقُ في الصلاح ، ويتبع بعضُه بعضاً . فإن كان مما تُقصد فروعه ، وأصوله ، كالبصل المبيع أخضرَ : والكرّاث ، والفُجْلِ ، أو كان المقصودُ فروعه . فالأولى : جوازُ بيعه . لأن المقصود منه ظاهر . فأشبه الشجر ، والحيطان التي لها أساسات مدفونَةٌ . ويدخُل مالم يظهر في البيع تبعاً . فلاتضر جهالته ، كالحمل في البطن، واللبن في الضرع مع الحيوان . وإن كان معظم المقصود منه أصولَه لم يجُزْ بيعهُ في الأرض لأن الحكم للأغلب ، فإن تساويا لم يَجُز ، لأنّ الأصلَ اعتبارُ الشرط في الجميع . وإنما سقط اعتبارُه فيما كان مُعْظَمُ المقصود منه ظاهراً تبعاً . ففيما عداه يبقى على الأصل .

٢٩٠٢ (فصل) ويجوز بيع الجوز ، واللوز ، والباقلي الأخضر في قشرته ، مقطوعاً ، وفي شجره ، وبيعُ الحبّ المشتدّ في سُنْبله ، وبيعُ الطَّلْع قبل تَشقُّقِه ، مقطوعاً على وجه الأرض ، وفي شجره . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال الشافعيّ لا يجوزُ حتى يُنْزع عنه قشرُه الأعلى ، إلاّ في الطلع ، والسُّنْبُل في أحدالقولين . واحتجّ بأنه مستورٌ بما لا يدّخرُ علمه ، ولامصلحة فيه . فلم يجُز بيعُه ، كتراب الصاغة ، والمعادن ، وبيع الحيوان المذبوح في سَلْخِه (١) .

ولنا : أن النبيّ صلىّ الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا . وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَّ ، وَيَأْمَنَ العَاهَةَ » فمفهومه إباحةُ بيعه إذا بدا صلاحُه ، وابيضّ سُنبله ، ولأنه مستور بحائل من أصل خِلْقته ، فجاز بيعهُ ، كالرمّان ، والبَيْض ، والقِشْر الأسفل ولا يصحّ قولهم : ليس من مصلحته . فإن لاقوامَ له في شَجَره إلاّ به . والباقلي يؤكَلُ رَطْباً ، وقشرُه يحفَظ رُطوبَتَهُ . ولأن الباقلي يُباع في أسواق المسلمين من غير نَكِير . فكان ذلك إجماعاً . وكذلك الجوز ، واللوز في شجرهما ، والحيوانُ المذبوحُ يجوز في سَلْخِه . فإنّه إذا جاز بيعُه قبل ذبحه ، وهو يُراد للذابح ، فكذلك إذا ذُبح ، كما أن الرمّانة إذا جاز بيعُها قبل كسرها ، فكذلك إذا كُسرَتْ ، وأماتراب الصاغة ، والمعدِن ، فلنا فيهما منعٌ . وإن سُلّم فليس ذلك من أصل الخِلْقة . وفي تراب الصاغة ، ولا بقاؤه فيه من مصلحته ، بخلاف مسألتنا .

٢٩٠٣ « مسألة » قال ﴿ وكذلك الرَّطْبة كلّ جزّة ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الأرض ، ويُؤْخَذُ ما ظهر منه بالقطع دفعةً بعدَ دَفْعة ، كالنعناع ، والهندبا ، وشبههما . لايجوزُ بيعُه إلاّ ان يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال . وبذلك قال الشافعيّ ورُوى ذلك عن الحسن وعطاء . ورخّص مالك في أن يشترى جَزَّتَيْن ، وثلاثاً . ولا يصحّ ، لأنّ ما في الأرض منه مستورٌ ، وما يحدُث منه معدوم ، فلا يجوز بيعُه ، كما لا يجوز بيعُ ما يحدُث من الثمرة . فإذا ثبت هذا : فمتى اشتراها قبلُ لم يجز له إبقاؤها . لأن مالم يظهر منها أعيانٌ لم يتناولها البيعُ ، فيكون ذلك للبائع إذا ظهر . فيُفضى إلى اختلاط المبيع بغيره ، ولثمرة بخلاف ذلك . فإن أخّرها حتى طالت ، فالحكم فيها كالثمرة إذا اشتراها قبل بدوّ صلاحها ، ثم تركها حتى بدا صلاحُها .

٢٩٠٤ (فصل) وإن اشترى قَصِيلاً من شعير ، ونحوه ، فقطعه ، ثم عاد فنبتَ . فهو لصاحب الأرض . لأن المشترىَ ترك الأصلَ على سبيل الرفض لها . فسقط حقّه منها ، كما يسقُط حقّ صاحب الزرع من السنابل التي يُخلّفها ، ولذلك أُبيحَ لكلّ التقاطُها . ولو سقط من الزرع حبّ ، ثم نبت من العام المقبل ، فهو لصاحب الأرض . نصّ أحمدُ على هاتين المسألتين . ومما يؤكّد ما قلنا : أن البائع لو أراد

---

(١) أى في جلده .

التصرُّف فى أرضه بعد فصل الزرع بما يُفسد الأصولَ ويقلَعُها . كان له ذلك ، يملك المشترى منعَه منه ، ولو كان الباقى مستحَقًّا له لملَك منعه منه .

٢٩٠٥ « مسألة » قال ﴿ والحصاد على المشترى . فإن شرطه على البائع بطل البيع ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

الأول : أن من اشترى زرعا ، أو جَزَّةً من الرَّطْبَةِ ، ونحوها ، أو ثمرةً فى أصولها فإنّ حصاد الزرع وجَذّ الرَّطْبَةِ وجِزَازَ الثَّمَرةِ وقَطْعَها على المشترى . لأنّ نقل المبيع وتفريغ ملك البائع منه على المشترى ، كنَقْل الطعام المبيع من دار البائع . ويُفارق الكيلَ والوزنَ . فإنّهما على البائع . لأنهما من مُؤنة التسليم إلى المشترى ، والتسليمُ على البائع ، وههنا حصل التسليمُ بالتخلية بدون القطع . بدليل جواز بيعها ، والتصرّف فيها . وهذا مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ . ولا أعلمُ فيه مخالفاً .

الفصل الثانى : إذا شرطه على البائع . فاختلفت أصحابنا . فقال الخِرَقىّ : يبطل البيع . وقال ابن أبى موسى : لا يجوزُ . وقيل يجوز . فإن قلنا : لايجوز فهل يبطل البيعُ لبطلان الشرط ، على روايتين ، وقال القاضى : المذهبُ جواز الشرط . ذكره ابن حامد ، وأبو بكر . ولم أجد هذا الذى ذكره الخِرقىّ روايةً فى المذهب، واختلف أصحابُ الشافعىّ أيضاً . فقال بعضهم : إذا شرط الحصاد على البائعُ فسد البيع قولاً واحداً ، وقال بعضهم : يكون على قولين . فمن أفسد [1] قال : لا يصحّ لثلاثة معانٍ . أحدها . أنه شرط العمل فى الزرع قبل أن يملكه . والثانى : أنه شرط مالا يقتضيه العقدُ . والثالث : أنه شرط تأخير التسليم . لأن معنى ذلك تسليمُه مقطوعاً ، ومن أجازه قال : هذا بيع ، وإجارة . لأنه باعه الزرعَ ، وآجره نفقتَه على حَصاده : وكلّ واحد منهما يصحّ إفرادُه بالعقد . فإذا جمعها جاز ، كالعينين . وقولهم : شرطَ العمل فيما لا يملكه يبطُل بشرط رهن المبيع على الثمن فى البيع . والثانى : يبطُل بشرط الرهن ، والكفيل ، والخيار . والثالث : ليس بتأخير ، لأنه يمكنه تسليمُه قائماً . ولأن الشرط من المتسلّم . فليس ذلك بتأخير التسليم ، فإذا فسدت هذه المعانى صحّ لما ذكرناه .

فإن قيل : فالبيعُ يُخالف حكمُهُ حكمَ الإجارة . لأن الضمان ينتقِلُ فى البيع بتسليم العين ، بخلاف الإجارة . فكيفَ يصحّ الجمعُ بينهما ؟

قلنا : كما يصحّ بيعُ الشِّقْص والسيف ، وحكمهما مختلف . فإن الشُّفْعة تثبتُ فى الشِّقْص دون السيف . ويجوز الجمع بينهما . وقول الخِرَقىّ . إن العقد ههنا يبطُل يحتمل أن يختصّ بهذه المسألة ، وشبهها مما يُفضى الشرط فيه إلى التنازع . فإن البائع ربّما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقيّة . والمشترى يريدُ الاستقصاء

(١) أفسد أى حكم بالفساد .

عليها ليزيد له ما يأخذه ، فيُفضى إلى التنازُع وهو مَفْسَدَةٌ ، فيبطُل البيعُ من أجله . ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعةِ البائع فى المبيع ، لما ذكرنا فى صدر المسألة . والأول أولى لوجهين :

أحدهما : أنه قال فى موضع آخر ، ولا يبطُل البيعُ بشرطٍ واحد .

والثانى : أن المذهب . أنه يصح اشتراطُ منفعة البائع فى المبيع ، مثل أن يشترى ثوباً ، ويشترط على بائعه خِياطَتَه قميصاً ، أو فِلْعَة[1] وتشترط حَذْوَها نَعلاً ، أو جُرْزَة[2] حطب ويشترط حملها إلى موضعٍ معلوم . نصّ عليه أحمد فى رواية مهنا ، وغيره ، حتى قال القاضى : لم أجد بما قال الخرقىّ فى روايةٍ أنه لا يصحّ ، واحتجّ أحمد بأن محمد بن مَسْلمةَ اشترى من نَبَطِىّ جُرْزَةَ حطَبٍ وَشارَطَهُ على حَمْلها ، وبه قال إسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وقال أبو حنيفة : يجوزُ أن يشترى فِلْعَةَ ويشترط على البائع تَشْرِيكَها[3] ، وحُكى عن أبى ثور ، والثورىّ : أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط ، لأنه شرط فاسد . فأشبه سائر الشروط الفاسدة ، ورُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَنّه نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ » .

ولنا ما تقدّم : ولم يصح أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نَهى عن بيعٍ وشَرْط . إنما الصحيح « أن النبى صلى اللهُ عليهِ وسلّم نَهى عَنْ شَرْطَيْنِ فى بَيْعٍ » كذا ذكره الترمذى ، وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد ، قال أحمد : إنما النهىُ عن شرطين فى بيع . أما الشرط الواحدُ فلا بأس به .

٢٩٠٦ (فصل) ولا بدّ من كون المنفعة معلومةً لها ، ليصح اشتراطُها . لأنّا نزلنا ذلك منزلةَ الإجارة . فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله ، والبائعُ لا يعرف منزله لم يصحّ . ولو اشترط حَذْوَها نَعْلاً فلا بدّ من معرفة صِفَتِها ، كما لو استأجره على ذلك ابتداء . قال أحمد : فى الرجل يشترى النعلَ على أن يحذُوَها جائزٌ إذا أراد الشِّراكَ . وإن تعذّر العملُ بتلَفِ المبيع قبلَه ، أو يموت البائع انفسخت الإجارةُ ، ورجع المشترى عليه بِعِوَضِ ذلك ، وإن تعذّر بمرض أُقيمَ مُقامَه من يَعْمَل العملَ ، والأجْرَةُ عليه ، كقولنا فى الإجارة .

٢٩٠٧ (فصل) ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدّة معلومةً ـ مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكناها شهراً أو جملا ويشترط ظَهره[4] إلى مكان معلوم ، أو عَبْداً ويستثنى خدمته سَنةً ، نصّ على هذا أحمد ، وهو قول الأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وقال الشافعى وأصحاب الرأى .

---

(١) الفلعة : القطعة من الجلد .
(٢) الجرزه: الحزمة
(٣) تشريكها : أى صنع شراك لها . والشراك هو السير الذى يلتف على إصبع القدم الإبهام .
(٤) أى ركوب ظهره .

لا يصحّ الشرط . لنهى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن بيعٍ وشرط . ولأنه يُنافى مُقتضى البيع . فأشبه ما لو شرط أن لا يسلّمه . وذلك لأنه شرَط تأخير تسليم المبيع إلى أن يَستوفىَ البائعُ منفعته . ولأن مُقتَضى البيع ملكُ المبيع ، ومنافعه . وهـذا الشرطُ ينافيه . وقال ابن عقيل : فيه رواية ثانية : أنه يَبْطُل البيعُ ، والشرط ، نقلها عبد الله بن محمد الفقيه فى الرجل يشترى من الرجل جارية ويشترط أن تخدُمه ، فالبيع باطلٌ ، وهذه الرواية لا تدلّ على محل النزاع فى هذه المسألة ، فإنّ اشتراطَ خدمةِ الجارية باطلٌ لوجهين :

أحدهما : أنها مجهولة ، وإطلاقها يقتضى خدَمتها أبداً ، وهـذا لا خلاف فى بُطلانه ، إنما الخلاف فى اشتراط منفعةٍ معلومة .

الثانى : أن يشترط خـدمتها بعد زوال ملكه عنها ، فيُفضى إلى الخلوة بها ، والخطر برؤيتها وصُحبتها ولا يوجد هذا فى غيرها . ولذلك منُع إعارةُ الجارية الشابة ، لغير محْرَمِها : وقال مالك : إذا اشترط ركوباً إلى مكان قريب جاز . وإن كان مكان بعيد كُرِهَ . لأنّ اليَسير تدخُله المسامحة .

ولنا : ما رَوى جابر « أنّه باعَ النبيَّ صلّى اللهُ عليهِ وسلَّم جملاً ، وَاشْتَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَى المَدِينَةِ » وفى لفظ قال « فَبِعْتُهُ بِأُوقِيَّةٍ ، وَاسْتَثْنَيْتُ حُملاَنَهُ إِلَى أَهْلِى » متفق عليه . وفى لفظ قال « فَبِعْتُهُ مِنْهُ بِخَمْسِ أَوَاقٍ . قالَ قلت : عَلَى أَنَّ لِى ظَهْرَهُ إِلَى المَدِينَةِ : قَالَ : وَلَكَ ظَهْرُهُ إِلَى المَدِينَةِ » ورواه مسلم . ولأنّ النبيَّ صلىّ الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إِلاَّ أَنْ تُعْلَمَ » وهـذه معلومة . ولأن المنفعة قد تقعُ مُستَثْناةً بالشرع على المشترى فيما إذا اشترى نخلةً مُؤَبَّرَة ، أو أرضاً مزروعةً ، أو داراً مُؤَجَّرَةً ، أو أمةً مُزَوجةً . فجاز أن يَستَثْنيها كما لو اشترط البائعُ الثمرةَ قبل التأبير ، ولم يصحّ نهىُ النبىّ صلى الله عليه وسلّم عن بَيعٍ وشرطٍ . وإنّما نهى عن شرطين فى بَيْعٍ ، فمفهومه إباحةُ الشرط الواحـد ، وقياسُهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل فى الثمن .

٢٩٠٨ « فصل » وإن باعة أمةً ، واستثنى وَطْئَها مدةً معلومة لم يَجُز . لأنّ الوطء لاُ يباح فى غير مِلك أو نِكاح . لقوله تعالى (٢٣ : ٤ — ٧ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ العَادُونَ)وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيثُ نبيحه . لأنّ المكاتبة مملوكة . فيُستباح وطؤها بالشرط فى المحلّ المملوك . واختار ابن عقيل . أنه لا يُباحُ وطؤها أيضاً . وهو قول أكثر الفقهاء .

٢٩٠٩ (فصل) وإن باع المشترى العينَ المستثناة منفعتُها صحّ البيعُ . وتكون فى يد المشترى مستثناةً أيضاً . فإن كان عالماً بذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بَصيرةٍ . فلم يثبُت له خيار كما لو اشترى

(١) الحملان : بضم الحاء وسكون الميم مصدر حمل ، كالحمل بفتح الحاء وسكون الميم ، ويقال حمله حملا وحملاناً

مَعيباً يعلم عَيْبَهُ ، فإن لم يعلم فله خيار الفسخ ، لأنه عيب ، فهو كما لو اشترى أمةً مزوجةً أو داراً مُؤَجَّرة .
وإن أتلف المشترى العينَ فعليه أجر المِثل لتفويت المنفعة المستحقّة لغيره ، وثمن المبيع ، وإن تلفت العين بتفريطه فهو كتلفها بفعله . نصّ عليه أحمد . وقال يرجع البائعُ على المبتاع بأجرة المثل . قال القاضى : معناه عندى القدرُ الذى يَقِصّه البائعُ لأجل الشرط . وظاهر كلام أحمد خلافُ هذا ، لأنه يضمن مافات بتفريطه . فضمنه بعوَضه . وهو أجرة المثل . فأما إن تلفت بغير فعله ، ولا بتفريطه ، لم يضمن . قال الأثرم ، قلت لأبى عبد الله . فعلى المشترى أن يحمله على غيره لأنّه كان لهُ حُملانٌ ؟ قال : لا . إنما شرط هذا عليه بعيْنه . ولأنّه لم يملكها البائع من جهته . فلم يلزمه عرضها ، كما لو تلفت النخلةُ المؤبّرة بثمرتها . أو غيرُ المؤبّرة ، إذا اشترط البائعُ ثمرتها ، وكما لو باع حائطاً واستثنى منه شجرةً بعينها فتلفت . وقال القاضى : عليه ضمانُها ، أخذاً من عموم كلام أحمد . وإذا تلفت العينُ رجع البائع على المبتاع بأجْرةِ المثل . وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا .

٢٩١٠ (فصل) وإذا اشترط البائعُ منفعةَ المبيع ، وأراد المشترى أن يُعطيه ما يقومُ مقام المبيع فى المنفعة ، أو يُعَوّضه عنها لم يلزمه قبولهُ ، وله استيفاء المنفعة من غير المَبيع . نصّ عليه أحمد . لأن حقّه تعلق بها . فأشبه مالو استأجر عيناً فبذل له الآخَرُ مثلَها ، ولأن البائع قد يكون له غرض فى استيفاء منافع تلك العين فلا يُجْبر على قبول عوَضها . فإن تراضيا على ذلك جاز . لأن الحقّ لهما ، ولا يخرُج عنهما وإن أراد البائع إعارةَ العين ، أو إجارتها لمن يقوم مَقامه . فله ذلك فى قياس المذهب ، لأنّها منافعُ مستحقّة له ، فملك ذلك فيها ، كمنافع الدار المستأجَرة ، والموصَى بمنافعها . ولا يجوز إجارتها إلا لمثله فى الانتفاع . فإن أراد إجارتها ، أو إعارتها لمن يَضُرّ بالعين بانتفاعه لم يَجُزْ ذلك ، كما لايجوز له إجارةُ العين المستأجرة لمن لا يقوم مَقامه . ذكر ذلك ابن عقيل .

٢٩١١ (فصل) إذا اشترط المشترى منفعةً فى المبيع ، فأقام البائعُ مَقامه من يَعْمَلُ العملَ فله ذلك. لأنه ههنا بمنزلة الأجير المشترَك ، يجوز أن يعمل العمل بنفسه ، وبمن يقوم مقامه ، وإن أراد بذل العِوَض عن ذلك لم يلزم المشترىَ قبولُه . وإن أراد المشترى أخذَ العوض عنه لم يلزم البائعَ بذلُه . لأن المعاوضةَ عقدُ تراضٍ ، لم يُجْبَرْ عليه أحد . وإن تراضيا عليه احتمل الجواز ، لأنّها منفعة يجوز أخذ العوض عنها ، لو لم يشترطها . فإذا ملكها المشترى جاز أخذُ العِوَض عنها كما لو استأجرها ، وكما يجوز أن يُؤَجّر المنافع الموصَى بها من وَرثة المُوصِى . ويحتمل أن لا يجوز . لأنه مُشترَط بحكم العادة ، والاستحسان ، لأجل الحاجة . فلم يَجُز أخذ العوض عنه كالقَرْض . فإنه يجوز أن يَرُدّ فى الخبز ، والخبز أقلّ ، أو أكثر . ولو أراد أن يأخذ بقدر خُبزه ، وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يَجُز . ولأنه أخذُ عوض عن مَرْفق مُعتاد

جرت العادة بالعفو عنه ، دون أخذ العوض . فأشبه المنافع المستثناة شرعاً . وهو مالو باع أرضاً فيها زرع للبائع ، واستحق تبقيته إلى حين الحصاد ، فهو أخذه قصيلاً لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

٢٩١٢ (فصل) ولو قال : بعتك هذه الدار ، وأجرتكها شهراً لم يصح . لأنه إذا باعه فقد مالك المشترى المنافع ، فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشترى . فلم يصح . قال ابن عقيل : وقد « نَهَى النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم عن قَفِيز الطَّحَّانِ » ومعناه أن يستأجر طحَّاناً ليطحَنَ له كِراء بِقَفيزٍ منه ، فصيرُ كأنه شرط عمله في القفيز عوضاً عن عمله في باقي الكراء المطحون ، ويحتمل الجوازَ بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع .

٢٩١٣ (فصل) وإن شرط في المبيع إن هو باعه فالبائع أحقّ به بالثمن . فروى المروزيّ عنه أنه قال في معنى حديث النبيّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ » يعنى أنه فاسد . لأنه شرط أن يبيعه إيّاه ، وأن يُعطيَه إيّاه بالثمن الأول . فهُما شرطان في بيع نُهِيَ عنهما ، ولأنهُ ينافى مقتضى العقد . لأنه شرَطَ أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنَه . فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلاّ من فلانٍ ، أو أن لا يبيعه أصلا ، ورَوى عنه إسماعيل بن سعيد : البيع جائزٌ . لما رُوى عن ابن مسعود أنه قال « ابْتَعْتَ مِنَ امْرَأَتى زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ جارِيَةً ، وَشَرَطْتُ لَهَا إنْ بِعْتُهَا فَهِىَ لَهَا بِالثَّمَنِ الَّذِى ابْتَعْتُها بهِ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لعُمَر . فقال : لاَ تَقْرَبْهَا ولِأَحَدٍ فيهاَ شَرْطٌ » قال إسماعيل : فذكرتُ لأحمد الحديث . فقال : البيعُ جائز ، ولا تقربها لأنه كان فيها شرط واحدٌ للمرأة . ولم يقل عمر فى ذلك البيعِ فاسدٌ . فَحَمل الحديث على ظاهره ، وأخذَ به . وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته . والقياسُ يقتضى فسادَه . ويحتمل أن يُحمل كلام أحمدَ فى رواية المروزيّ على فساد الشرط . وفي روية إسماعيلَ بن سعيد على جواز البيع فيكون البيعُ صحيحاً ، والشرطُ فاسداً ، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها ، وقول أحمد « لاَ تَقْرَبْهَا » قد رُوى مثله فيمن اشترط فى الأمَةِ أن لا يبيعَها ولا يَهبَها ، أو شرط عليه وَلاءها ولا يَقْرَبُها . والبيعُ جَائِزٌ . واحتجّ بحديث عمر « لاَتَقْرَبْهَا ولِأَحَدٍ فيهاَ مَثْنَوِيَّة » قال القاضى . وهذا على الكراهة ، لا على التحريم . قال ابن عقيل . عندى أنّه إنّما منع من الوطء لمكان الخلاف فى العقد ، لكونه يفسُد بفساد الشرط فى بعض المذاهب .

٢٩١٤ « مسألة » قال ﴿ وإذا باع حائطاً ، واستثنى منه صاعاً لم يُجز . وإن استثنى منه نخلةً أوشجرةً بعينها جاز ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فصلين .

أحدها : أنه إذا باع ثمرةَ بُستانٍ ، واستثنى صاعاً ، أو آصُعاً أو مُدًّا ، أو أمْداداً ، أو باع صُبرَةً ،

واستثنى منها مثلَ ذلك لم يجُز ، ورُوِي ذلك عن سعيد بن المسيِّب ، والحسن ، والشافعيّ ، والأوزاعيّ ، وإسحق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وقال أبو الخطّاب : فيه روايةٌ أخرى : أنه يجوز ، وهو قول ابن سيرين ، وسالم بن عبد الله ، ومالك ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثُّنْيَا إلاَّ أَنْ تُعْلَمَ » . رواه الترمذيّ ، وقال : هو حديث حسن ، صحيح ، وهــذه ثُنْيَا معلومة . ولأنه استثنى منها جُزْءاً .

ولنا : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا » رواه البخاريّ . ولأنّ المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حــكم المُشاهدَة . لأنه لا يدرى كم يبقى فى حكم المشاهدة ، فلم يَجُــز . ويُخالف الجزء . فإنّه لا يغيّر حــكم المشاهدة . ولا يمنع المعرفة بها .

٢٩١٥ (فصل) وإن باع شجرةً أو نخلةً ، واستثنى أرطالاً معلومةً فالحــكمُ فيه كما لو باع حائطاً ، واستثنى آصُعاً . وقال القاضى فى شرحه : يصحّ . لأن الصحابة رضى الله عنهم أجازوا استثناء سواقطِ الشّاةِ ، والصحيحُ : ما ذكرناه . وهذا أشبهُ بمسألةِ الصاع من الحائط ، وإليها أقرب ، والمعنى الذى ذكرناه فيها متحققِ ههنا ، فلا يصحّ والله أعلم .

٢٩١٦ الفصل الثانى : أنه إذا استثنى نخلةً ، أو شجرةً بعينها جاز . ولا نعلم فى ذلك خلافاً . وذلك لأن المستثنى معلوم ، ولا يؤدّى إلى جَهالة المستثنىَ منه ، وإن استثنى شجرة غير معيّنة لم يَجُــز . لأن الاستثناء غير معلوم ، فصار المَبِيعُ والمستثنى مجهولَين . ورُوِى عن ابن عمر : « أَنَّهُ بَاعَ ثَمَرَتَهُ بِأَرْبَعَةِ آلاَفٍ ، وَاسْتَثْنَى طَعَامَ القِيَانِ » وهذا يحتمل أنه استثنى نخلاً مُعَيناً بقدر طعام القِيَان . لأنّه لو حُمل على غير ذلكَ كان مخالفاً ، لنَهْى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن الثُّنْيَا ، إلاَّ أنْ تُعْلَمَ ولأنّ المستثنَى متى كان مجهولا لَزم أن يكون الباقى بعده مجهولا . فلا يصحّ بيعُه . كما لو قال : بعتك من هذه الثمرة طعام القِيَانِ .

٢٩١٧ (فصل) وإن استثنى جزءاً معلوماً من الصُّبرة ، أو الحائط مُشاعاً ، كثلث ، أو ربعٍ ، أو أجزاء ، كسبعين ، أو ثلاثةِ أثمانٍ صحّ البَيعُ والاستثناء ذكره أصحابُنا . وهو مذهب الشافعيّ وقال أبو بكر ، وابن أبى موسى : لا يجوزُ .

ولنا : أنه لا يؤدّى إلى جَهالة المستثنَى ، ولا المستثنَى منه ، فصحّ ، كما لو اشترى شجرةً بعنها . وذلك لأن معنى بعتُك هذه الصُّبرَةَ إلا ثُلُثها أى بعتُك ثُلُثَيْها ، وقوله : إلا ربعها . معناه بعتُك ثلاثةَ أرْبَاعِها . ولو باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز ، وكان معناه بعتك ثُلُثَيه ، ومنع منه القاضىأبو يَعْلى ، قياساً علىاستثناء الشحم ، ولا يصحّ . لأن الشحم مجهولٌ ، لا يصحّ إفرادُه بالبيع . وهذا معلوم . ويصحّ إفراده بالبيع .

فصحّ استثناؤه ، كالشجرة المعيّنة . وقياسُ المعلوم على المجهول فى الفساد لا يصحّ . فعلى هـذا يصيران شريكين فيه ، للمشترى ثلثاه ، وللبائع ثلثه .

٢٩١٨ (فصل) فإن قال : بعتُك قفيزاً من هذه الصُّبرة إلا مَـكُّوكاً جاز . لأن القَفِيزَ معلوم . والمـكوّك معلوم ، فلا يُفضى إلى الجهالة ، ولو قال : بعتُك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلاّ بقدر دِرْهم صحّ . لأن قدره معلوم من المبيع ، وهو الرُّبع . فـكأنه قال : بعتك ثلاثةَ أرباع هذه الثمرة ، بأربعة دراهم . ولو قال : إلا ما يساوى درهماً لم يصحّ لأن ما يساوى الدرهم قد يكون الربع ، أو أكثر ، أو أقلّ ، فيـكونُ مجهولاً فَيَبْطُلُ .

٢٩١٩ (فصل) وإن باع قطيعاً ، واستثنى منه شـاةً بعينها صحّ . وإن استثنى شاة غير معيّنة لم يصحّ . نصّ عليه ، وهذا قول أكثر أهل العـلم . وقال مالك : يصحّ أن يبيع مائةَ شـاةٍ إلاَّ شاةً يختارُها ، أو يبيع ثمرة حائطه ، ويَستثنى ثمرةَ نَخَلَاتٍ يعُدُّها .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسـلم « نَهى عَنِ الثُّنيا إلاّ أَنْ تُعْلَمَ » و « نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ » ولأنه مبيع مجهول ، والمستثنَى منه مجهول . فلم يصحّ ، كما لو قال : إلا شاةً مطلقةً . ولأنه مبيع مجهول . فلم يصحّ ، كما لو قال : بعتُك شاةً تختارها من القَطيع .

وضابط هذا الباب : أنه لا يصحّ استثناء ما لا يصحّ بيعُهُ مفرداً ، أو بيع ما عداه مُنفرداً عن المستثنَى ، ونحوُ هذا : مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعى ، إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سَواقِطَ الشاة ، وجِلدَها . للأثر الوارد فيه . والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر . وما عدا هذا فيبقى على الأصل .

٢٩٢٠ (فصل) وإن باع حيواناً مأكولا ، واستثنى رأسَه وجلدَه ، وأطرَافه ، وسواقِطَهُ صحّ . نصّ عليه أحمد . وقال مالك : يصحّ فى السـفر دون الحضر . لأنّ المسافر لا يمـكنه الانتفاعُ بالجلد ، والسواقط . فجوّز له شراء اللحم دونها . وقال أبو حنيفة والشافعىّ : لا يجوز . لأنه لا يجوز إفرادُه بالعقد ، فلم يجُز استثناؤه كالحمل .

ولنا : أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إلّا أَنْ تُعلَمَ » وهذه معلومة ، ورُوى « أن النبيّ صلّى الله عليه وسـلم لمّا هَاجَر إلى المَدِينَةِ وَمَعَهُ أَبُو بَـكْر وَعَامِرُ بنُ فُهيرَةَ مَرُّوا بِرَاعِي غَنَمٍ . فَذَهَب أَبُو بَـكْرٍ وَعَامِرٌ فاشْتَريا مِنْهُ شَاةً ، وَشَرَطا لَهُ سَلَبَها[1] » ورَوَى أبو بكر فى الشافى بإسناده ، عن جابر ، عن الشعبىّ ، قال « قَضَى زيدُ بنُ ثابتٍ ، وأصْحابُ رَسُول اللهِ صلى الله عليه وسلم فى بَقَرَةٍ باعَها رَجُل واشْتَرط رَأْسها . فَقَضى بالشَّرْوى[2] » يعنى أن يُعْطَى رأساً مِثْلَ رأس[3] ، ولأن المُستثنَى

(١) السلب من الذبيحة . جلدها وأكارعها ، وبطنها . (٢) الشروى . المثل .

(٣) هـكذا فى الأصل ، وكان الأولى أن يقال (رأساً مثل رأس بقرته) .

والمستثنَى منه معلومان ، فصحّ ، كما لو باع حائطاً ، واستثنى منه نخلةً مُعيّنة ، وكونه لا يجوزُ إفرادُه بالبيع ببطُل بالثمرة قبل التأبير لا يجوزُ إفرادها بالبيع ، بشرط التبقية ، ويجوز استثناؤها ، والحمل مجهول .

ولنا : فيه منع . فإن امتنع المشترى من ذبحها لم يُجْبر عليه ، ويلزمه قيمةُ ذلك على التقريب . نص عليه . لما رُوى عن عليّ رضى الله « أنَّهُ قضَى فى رَجُلٍ اشْتَرَى نَاقَةً وَشَرَطَ ثُنْياها : فقال : اذهَبوا إلى السوق فإذَا بَلَغَتْ أقصَى ثمَنها فأعطوه حِسَابَ ثُنْياها مِنْ ثمَنِهَا » .

٢٩٢١ (فصل) فإن استثنى شَحْم الحيوانِ لم يُصحّ . نصّ عليه أحمد . قال أبو بكر لا يختلفون عن أبى عبد الله أنّه لا يجوز ذلك . لأنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إلاّ أنْ تُعْلَمَ » ولأنّه مجهول ، لا يصحّ إفرادُه بالبيع . فلم يصحّ استثناؤه ، كفخذها ، وإن استثنى الحملَ لم يصحّ استثناؤه ، لذلك ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وقد نقل عن أحمد صحّته ، وبه قال الحسن والنخَعِىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . لما رَوى نافع ، عن ابن عمر « أنَّه باعَ جَارِيةً ، واسْتَثْنَى مَا فِى بَطْنِهَا » ولأنه يصحّ استثناؤه فى العِتقْ ، فصح فى البيع ، قياساً عليه .

ولنا : ما تقدّم . والصحيح من حديث ابن عمر « أنهُ أعْتَقَ جَارِيةً وَاسْتَثْنَى مَا فِى بَطْنِها » لأنّ الثقاتِ الحفّاظ حدّثوا الحديثَ فقالوا : « أعْتَقَ جَارِيَةً » والإسناد واحد . قاله أبو بكر . ولا يلزم من الصحة فى العتق الصحّة فى البيع لأن العتق لا تمنعه الجهالة ، ولا العجز ، عن التسليم . ولا يُعتبر فيه شروط البيع .

٢٩٢٢ (فصل) وإن باع جاريةً حاملا بحُرّ . فقال القاضى : لا يصحّ . وهو مذهب الشافعىّ لأنه لا يدخُل فى البيع : فكأنّه مستثنىّ : والأولى صحّته . لأن المبيع معلوم . وجهالةُ الحمل لاتضرّ من حيثُ إنّه ليس بمبيع ولا مستثنىّ باللفظ . وقد يُستثنى بالشرع مالا يصحّ استثناؤه باللفظ ، كما لو باع أمةً مُزَوجَةً صحّ . ووقعت منفعة البُضْع مُستثناةً بالشرع . ولو استثناها باللفظ لم يجز . ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع ، أو نخلةً مُؤَبَّرة لوقعت منفعتُها مستثناةً مدّة بقاء الزرع ، والثمرة ، ولو استثناها بقوله لم يجز .

٢٩٢٣ (فصل) ولو باع داراً إلا ذراعاً وهما يعلمان ذَرْعَانَ الدار جاز . وكان مُستثنياً جزءاً مُشاعاً منها ، لأنه جزء معلوم يصحّ إفراده بالبيع ، فجاز استثناؤه كثُلثُها وربُعها ، وإن يعلما لم يجُز . لأنه مجهول لا يجوز إفرادُه بالبيع . ولأنه استثنى معلومَ المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة . فلم يجُز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط ، والقفيز من الصُّبْرة . وهكذا الحكمُ إذا باعه ضَيْعةً إلا جَرِيباً . فمتى علما جُرْبَانَ الضَّيْعَة صَح ، وإلاّ فلاَ .

---

(١) ثنياها : قوائمها ورأسها .

٢٩٢٤ (فصل) وإذا باع سمسما ، واستثنى الـكُسْبَ لم يجُز . لأنه قد باعه الشيرج فى الحقيقة . وهو غير معلوم . فإنه غير معيّن ، ولا موصوف . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا إلاّ أن تُعلَمَ » وكذا لو باعه قطناً ، واستثنى الحبَّ . لم يجُز . لجهالة ذلك . ولأن المستثنى غيرُ معلوم ولو باعه السمسم ، واستثنى الشيرج لم يجُز كذلك .

٢٩٢٥ (فصل) ولو باعه بدينار إلا درهما ، أو إلا قفيزاً من حِنطة أو شعير . لم يصحّ البيع . لأنه قصد رفع المستثنىَ من المستثنَى منه . رقدر ذلك مجهولٌ . فيصير الثمن مجهولاً .

٢٩٢٦ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع ﴾ الـكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

الأول : أن ما تُهلِكه الجائحةُ من الثمار من ضمان البائع . وبهذا قال أكثر أهل المدينة . منهم يحيى بن سعيد الأنصارىّ ومالك ، وأبو عُبَيد ، وجماعة من أهل الحديث . وبه قال الشافعىّ فى القديم . وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى الجديد : هو من ضمان المشترى . لما رُوى « أنّ امْرَأَةً أَتَت النّبىّ صلّى اللهُ عَلَيهِ وسَلم . فقالَتْ : إنّ ابنِى اشْتَرى ثَمَرةً مِنْ فُلاَنٍ . فَأَذْهَبَتْها الجَائحَةُ ، فَسَأَلتُه أنْ يَضَعَ عَنهُ فَتَالى(١) أنْ لاَ يَفْعَل ، فقال النبىُّ صلى الله عليه وسلم : تَأَلىَّ فُلانٌ أنْ لاَ يَفْعَلَ خَيْراً » متفق عليه . ولو كان واجباً لأجبره عليه ، لأن التخلية يتعلّق بها جوازُ التصرف . فتعلّق بها الضمان كالنقل والتحويل ، ولأنه لا يضمَنهَ إذا أتلفه آدمىّ ، كذلك لا يضمَنه بإتلاف غيره .

ولنا : ما رَوى مسلم فى صحيحه عن جابر « أنّ النبىّ صلى الله عليهِ وَسلّمَ أَمَرَ بِوَضْعِ الجوَائِح » وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمراً فَأَصابَتْهُ جَائِحَةٌ . فَلا يَحِلُّ لَكَ أنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئاً . ولِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيرِ حَقّ ؟ » رواه مسلم ، وأبو داود ، ولفظه « مَنْ بَاعَ ثَمَراً فَأَصَابَتْهُ جَائِحَة فَلاَ يَأْخُذُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئاً . عَلاَمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ الْمُسْلِمْ ؟ » وهذا صريح فى الحـكم ، فلا يُعدل عنه . قال الشافعىّ : لم يثبُت عندى أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح . ولو ثبت لم أعْدُهُ . ولو كنتُ قائلاً بوضعها لوضعتُها فى القليل ، والـكثير .

قلنا : الحديث ثابتٌ . رواه الأئمة . منهم الإمامُ أحمد ، ويحيى بن مَعِين ، وعلىّ بن حَرْب وغيرُهم ، عن ابن عُيَيْنةَ ، عن حُمَيدٍ الأعرج ، عن سُليمانَ بن عَتِيق ، عن جابر . ورواه مسلم فى صحيحه وأبو داود فى سُنَنِه ، وابن ماجه ، وغيرُهم . ولا حجّة لهم فى حديثهم . فإن فعل الواجب خيرٌ . فإذا تألىّ أن لا يفعل الواجبَ فقد تألىّ ألاّ يفعل خيراً . فأما الإجبار فلا يفعلُه النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم بمجرّد قول المدّعى من

---

(١) تالى : حلف .

غير إقرار من البائع ، ولا حضور ، ولأن التخلية ليست بقَبْضٍ تامّ . بدليل ما لو تلفت بعطشٍ عند بعضهم . ولا يلزم من إباحة التصرّف تمامُ القبض . بدليل مالو تلفت بعطشٍ عند بعضهم . ولا يلزم من إباحة التصرّف تمامُ القبض . بدليل المنافع فى الاجارة ، يُباح التصرّف فيها ، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجّر . كذلك الثمرة . فانّها فى شجرها كالمنافع قبلَ استيفائها ، توجدُ حالاً ، فحالا . وقياسُهم يبطُل بالتخلية فى الاجارة .

الفصل الثانى : أن الجائحة كلّ آفةٍ لا صنع للآدمىّ فيها ، كالرّيح ، والبَرْدِ ، والجراد ، والعطش ، لما روى الساجى بإسناده ، عن جابر « أنَّ النبيَّ صلىّ اللهُ عليهِ وسلَم قَضَى فى الجَائِحةِ تكونُ فى البَرْدِ ، والجَرَادِ ، وفى الحَبْقِ ، والسَّيْلِ . وَفِى الرِّيحِ » وهذا تفسير من الراوى لكلام النبىّ صلىّ اللهعليه وسلم . فيجب الرجوعُ إليــــه ، وأماما كان بفعل آدمىّ . فقال القاضى : المشترى بالخيار بين فسخ العقد ، ومُطالبة البائع بالثمن ، وبين البقاء عليه ، ومطالبة الجانى بالقيمة . لأنه أمكن الرجوعُ ببدله ، بخلاف التالف بالجائحة .

الفصل الثالث : أن ظاهر المذهب : أنه لا فرق بين قليل الجائحة ، وكثيرها . إلاّ أنّ ما جرت العادةُ بتلف مثله كالشىء اليسير الذى لا يَنْضَبِطَ فلا يُلتفت إليه . قال أحمد : إنّى لا أقول فى عشر ثَمراتٍ ، ولا عشرين ثمرةً . ولا أدرى ما الثلُث ؟ ولكن إذا كانت جائحةٌ تُعرف الثلث ، أو الربع ، أو الخمس ، توضع . وفيه رواية أخرى : أن ما كان بعد دون الثلث فهو من ضمان المشترى ، وهو مذهب مالك ، والشافعى فى القديم . لأنه لا بدّ أن يأكل الطيرُ منها ، وتنثُر الريحُ . ويسقُط منها ، فلم يكن بدّ من ضابط ، وحدّ فاصل بين ذلك ، وبين الجائحة ، والثلُث قد رأينا الشرع اعتبرَه فى مواضع ، منها الوصيّة ، وعطايا المريض ، وتُساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلُث . قال الأثرم : قال أحمد : إنّهم يستعملون الثلُثَ فى سَبْعَ عشَرْةَ مسألة . ولأن الثلث فى حد الكثرة ، وما دونه فى حدّ القِلّة ، بدليل قول النبىّ صلى الله عليه وسلم فى الوصّية « الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ ، كَثِيرٌ » فيدلّ هذا على أنه آخرُ حدّ الكثرة . فلهذا قدرّ به .

ووجه الأول عموم الأحاديث . فإنّ النبى صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح . وما دون الثلث داخلٌ فيه ، فيجب وضعُه . ولأنّ هذه الثمرة لم يتمّ قَبْضُها . فكان ما تلف منها من مال البائع ، وإن كان قليلاً كالتى على وجه الأرض ، وما أكله الطيرُ ، أو سقط لا يؤثّر فى العادة . ولا يُسمّى جائحةً . فلا يدخُل فى الخبر ، ولا يمكن التحرّزَ منه . فهو معلوم الوجود بحكم العادة ، فكأنّه مشروط .

إذا ثبت هذا فإنّه إذا تلف شىء له قدر خارج عن العادة وُضع من الثمن بقدر الذاهب . فإن تلف

الجميعُ بطل العقدُ . ويرجعُ المشترى بجميع الثمن . وأما على الرواية الأخرى : فإنه يعتبرُ ثلُثُ المبلغ . وقيل : ثلُث القيمة . فإن تلف الجميعُ أو أكثرُ من الثلث رَجع بقيمة التالف كلّه من الثمن ، وإذا اختلفا فى الجائحة ، أو قدر ما أتلف ، فالقولُ قولُ البائع ، لأنّ الأصل السلامةُ ولأنّه غارمٌ ، والقول فى الأصول قول الغارم .

٢٩٢٧ (فصل) فإن بلغت الثمرة أوان الجِزَاز ، فلم يَجُزّها حتى اجْتِيحَت . فقال القاضى : عندى لا يوضَع عنهُ . لأنّه مفرّط بترك النقل فى وقته ، مع قُدرته . فكان الضمان عليه . ولو اشترى ثمرةً قبل بُدوّ صلاحها بشرط القطع ، فأمكنه قطعُها فلم يقطعها حتى تلفت . فهى من ضمانه لأنّ تلفها بتفريطه . وإن تلفت قبل إمكان قطعها . فهى من ضمان بائعها كالمسألة فيها .

٢٩٢٨ (فصل) إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع . فلا شىء على المؤجر نصّ عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن المعقود عليه منافع الأرض ، ولم تتلَف وإنما تلف مالُ المستأجر فيها . فصار كدارٍ استأجرها ليُقَصّر فيها ثيَاباً فتلفت الثيابُ فيها .

٢٩٢٩ « مسألة » قال ﴿ وإذا وقع البيعُ على مكيل ، أو على موزون ، أو معدود ، فتلف قبل قبضه . فهو من مال البائع ﴾ .

ظاهر كلام الخِرَقىّ : أن المكيل والموزون والمعدود لايدخُل فى ضمان المشترى إلاّ بقبضه . سواء كان مُتعيّناً كالصُّبْرَةِ ، أو غير مُتعيّن كقفيز منها . وهو ظاهر كلام أحمد . ونحوه قول إسحاق ، وروى عن عثمان بن عفّان ، وسعيد بن المسيّب ، والحسن ، والحكم ، وحمّاد بن أبى سُلَيْمان : أن كلّ ما بيع على الكيل ، والوزن ، لايجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ، ولا موزون يجوزُ بيعُه قبل قبضه ، وقال القاضى وأصحابه : المراد بالمكيل ، والموزون ، والمعدود ، ماليس بمتعيّن منه ، كالقفيز من صُبْرَةٍ . والرطل من زُبْرَةٍ[1] ومكيلةِ زَيْتٍ من دَنّ[2] فأما المتعيّن فيدخُل فى ضمان المشترى كالصّبرة يبيعها من غير تسمية كيل . وقد نُقل عن أحمد ما يدل على قولهم . قال فى رواية أبى الحارث : فى رجل اشترى طعاماً فطلب من يحملُه ، فرجع ، وقد احترق الطعامُ . فهو من مال المشترى . واستدلّ بحديث ابن عمر « مَا أَدْرَكَتِ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعاً فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِى » وذكر الجَوْزَجَانىّ عنه فيمن اشترى ما فى السفينة صُبْرَةً ، ولم يُسمِّ كيلاً ، فلا بأس أن يُشْرِكَ فِيها ، ويبيعَ ماشاء ، إلا أن يكون بينهما كيلٌ ، فلا يُوَلّى حتى

---

(١) الزبرة : القطعة من الحديد ، والباطل أن يبيعه وزن رطل من قطعة من الحديد وزنها أكثر من الرطل لأنه غير معين

(٢) الدن : البرميل . أو نحوه .

يُكالَ عَلَيْهِ . ونحوَ هذا قال مالك . فإنّه قال : ما بِيعَ من الطعام مكايَلةً ، أو مُوازنةً لم يجُز بيعُه قبل قبضه : وما بيع مُجازَفةً أو بيع من غير الطعام مُكايلةً ، أو مُوازَنةً جاز بيعُه قبل قبضه . ووجه ذلك : ما روى الأوزاعىّ عن الزهرىّ عن حمزة بن عبد الله بن عمر : أنّه سمع عبد الله بن عمر يقول « مَضَتِ السُّنةُ أنَّ مَا أدْرَكتْهُ الصَّفقةُ حَياً مَجْموعاً فَهُوَ مِنْ مَالِ المُبْتاعِ » رواه البخارىّ ، عن ابن عمر من قوله تعليقاً . وقول الصحابىّ « مَضَتِ السُّنَّةُ » يقتضى سنَّة النبىِّ صلى الله عليه وسلم ولأنّ المبيعَ المعيّن لا يتعلّق بهحقُّ توفيةٍ . فكان من مال المشترى ، كغير المكيل ، والموزون ، ونُقل عن أحمد : أن المطعوم لا يجوز بيعُه قبل قبضه ، سواءٌ كان مكيلاً ، أو موزوناً ، أو لم يكن . وهذا يقتضى أن الطعام خاصّةً لا يَدخُل فى ضمان المشترى حتّى يقبِضَهُ . فإنّ الترمذىّ روى عن أحمد : أنه أرْخَص فى بيع مالا يُكال ، ولا يوزن ممّا لا يُؤكل ، ولا يُشرب قبل قبضه . وقال الأثرم : سألتُ أبا عبد الله عن قوله « نَهى عَنْ رِبْحِ مَالَم يَضْمَنْ » قال : هذا فى الطعام ، وما أشبهه من مأ كولٍ أو مشروب . فلا يبيعه حتى يقبضه . قال ابن عبدالبرّ : الأصحّ عن أحمد بن حنبل أنّ الذى يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعامُ . وذلك لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَهى عَنْ بَيْعِ الطعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ » فمفهومُه : إباحة بيع ما سواه قبل قبضه ، ورَوى ابن عمر قال « رَأَيْتُ الذينَ يَشْتَرُونَ الطعَامَ مُجازَفَةً يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رسُول اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم أنْ يَبيعُوهُ حَتّى يُؤْوُوهُ إلى رِحَالِهِمْ » وهذا نصّ فى بيع المعيَّن ، وعمومُ قوله عليه السلام «مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيهُ » متفق عليهما . ولمُسلم عن ابن عمر قال « كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافاً . فنهَانا رَسُولُ اللهِ صلى اللهُ عليهِ وسلم أنْ نَبِيعَهُ حَتّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكانِهِ » وقال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أنّ من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتّى يَستوفيهُ . ولو دخل فى ضمان المشترى جاز له بيعُه والتصرُّف فيه ، كما بَعْدَ القبض . وهذا يدلّ على تعميم المنع فى كلّ طعام مع تنصيصه على المبيع مُجَازَفةً بالمنع . وهو خلاف قول القاضى ، وأصحابه . ويدلّ بمفهومه على أن ماعدا الطعام يُخالفه فى ذلك .

ووجه قول الخِرَقِيّ إنّ الطعامَ المنهىّ عن بيعه قبلَ قبضه لا يكادُ يخلُو من كونه مكيلا أو موزوناً ، أو معدوداً . فتعلّق الحكمُ بذلك ، كتعلّق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه أراد المكيلَ ، والموزونَ ، والمعدودَ من الطعام الذى ورد النصّ بمنع بيعه . وهذا أظهرُ دليلاً ، وأحسن .

إذا ثبت هذا فإنّه إن تلف المبيعُ من ذلك قبل قبضه بآفةٍ سماويّةٍ ، بَطَلَ العقدُ ، ورجع المشترى بالثمن ، وإن تلف بفعل المشترى استقر الثمن عليه . وكان كالقبض . لأنه تصرّف فيه . وإن أتلفه أجنبىّ لم يبطُل العقدُ على قياس قوله فى الجائحة . ويثْبُت للمشترى الخيارُ بين الفسخ ، والرجوع بالثمن . لأن التلف حصلَ فى يد البائع ، فهو كحدوث العيب فى يده ، وبين البقاء على العقد ، ومطالبة المتلف بالمثل ، إن كان مِثليًّا

وبهذا قال الشافعيّ . ولا أعلم فيه مُخالفاً . وإن أتلفه البائعُ فقال أصحابنا : الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبيّ. لأنه أتلفه من يلزمُه ضمانُه . فأشبه مالو أتلفه أجنبيّ ، وقال الشافعي : ينفسِخُ العقدُ ، ويرجع المشترى بالثمن لا غيرُ . لأنه تَلَفٌ يضمنُه به البائع ، فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى . وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتضٍ للضمان سوى حُكم العقدِ . بخلاف ما إذا أتلفه . فإن إتلافه يقتضى الضمانَ بالمِثل . وحكمُ العقد يقتضى الضمانَ بالثمن . فكانت الخيَرةُ إلى المشترى فى التضمين بأيِّهما شاء .

٢٩٣٠ (فصل) ولو تعيَّب فى يد البائع ، أو تلف بعضُه بأمرٍ سماوى فالمشترى مخيَّر بين قبوله ناقصاً ولا شيء له ، وبين فسخ العقدِ والرجوع بالثمن . لأنّه إن رضيَه مَعيباً فكأنه اشترى معيباً هو عالم بعيبه . ولا يستحقُّ شيئاً من أجل العيب . وإن فسخ العقد لم يكن له أكثرُ من الثمن . لأنه لو تلف المبيعُ كلُّه لم يكن له أكثر من الثمن ، فإذا تعيّب ، أو تلف بعضُه كان أولى . وإن تعيّب بفعل المشترى ،أو تلف بعضُه لم يكن له فسخٌ لذلك . لأنه أتلف ملْكَهُ فلم يرجع على غيره . وإن كان ذلك بفعل البائع فقياسُ قول أصحابنا : أن المشترى مخيّر بين الفسخ ، والرجوع بالثمن ، وبين أخذه ، والرجوع على البائع بعوضِ ما أتلف ، أو عَيّب . وقياسُ قول الشافعيّ : أن يكون بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى ، وإن كان بفعل أجنبيٍّ فله الخيارُ بين الفسخ والمطالبة بالثمن ، وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوَضِ ما أتلف .

٢٩٣١ (فصل) ولو باع شاةً بشعيرٍ فأكلتهُ قبل قبضه . فإن كانت فى يد المشترى فهو كما لو أتلفه . وإن كانت فى يد البائع فهو بمنزلة إتلافه له . وكذلك إن كانت فى يد أجنبيّ . فهو كاتلافه . فإن لم تكن فى يد أحدٍ انفسخ البيعُ . لأن المبيع هلك قبل القبض بأمرٍ لا يُنسَبُ إلى آدميّ . فهو كتلفه بفعل الله تعالى

٢٩٣٢(فصل) ولواشترىشاةً أو عبداً أو شِقْصاً بطعام ، فقبض الشاةَ أو العبدَ، أو باعهما ، أو أخذ الشِّقصَ بالشُّفعةِ ثمّ تلف الطعامُ قبل قبضه انفسخ العقدُ الأول دون الثانى . ولا يبطُل الأخذ بالشُّفعة . لأنه كمُل قبل فسخ العقد . ويرجع مشترى الطعام على مشترى الشاة ، والعبد ، والشِّقص بقيمة ذلك ، لتعذُّر ردّه . وعلى الشفيع مثلُ الطعام . لأنه عِوضُ الشِّقص .

٢٩٣٣ « مسألة » قال ﴿ وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض . وإن تلف فهو من مال المشترى ﴾ .

يعنى ما عدا المكيل ، والموزون ، والمعدود ، فإنه يدخُل فى ضمان المشترى قبل قبضه ، وقالأبوحنيفة كلّ مَبيعٍ تلف قبل قبضه من ضمان البائع ، إلاّ العَقَار . وقال الشافعيُّ : كلّ مَبيع من ضمان البائع حتى يقبضَه المُشترى . وحكى أبوالخطاب عن أحمد روايةً أخرى كقوله ،لأنابن عباس قال « أرَى كُلَّ شيء بِمنزلةِ الطّعَامِ » ولأن التسليم واجبٌ على البائع . لأنه فى يده . فإذا تعذَّر بتلفه انفسخ العقدُ كالمكيل ، والموزون ، والمعدود .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراجُ بالضمان » وهذا المبيعُ نماؤه المشتري فضمانُه عليه ، وقول ابن عمر « مَضَتِ السنّةُ أنَّ مَا أدْرَكَتْهُ الصَّفْقَةُ حَيّاً مَجْموعاً فَهُوَ مِنْ مَالِ المُبْتاعِ » ولأنه لا يتعلّق به حقّ توفيةٍ . وهو من ضمانه بعد قبضه . فكان من ضمانه قبله ، كالميراث . وتخصيصُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم الطعامَ بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليلٌ على مُخالفة غيره له .

٢٩٣٤ (فصل) والمبيعُ بصفةٍ ، أو رؤيةٍ متقدّمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاعُ . لأنّه يتعلّق به حقٌّ توفيةٍ ، فجرى مجرى المكيل ، والموزون . قال أحمد : لو اشترى من رجل عبداً بعينه ، فمات في يد البائع ، فهو من مال المشترى ، إلاّ أن يطلبه ، فيمنعه البائعُ . فهو ضامنٌ لقيمته حين عَطِبَ . ولو حبسه ببقيّة الثمن فهو غَاصِبٌ . ولا يكون رَهْناً ، إلاّ أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن .

٢٩٣٥ (فصل) وقبض كلّ شيء بحَسَبِه . فإن كان مكيلاً أو موزوناً بيع كيلاً ، أو وزناً فقبضُه بكيله ، ووزنه . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : التخليةُ في ذلك قبض ، وقد رَوى أبو الخطّاب عن أحمد روايةً أخرى : أنّ القبضَ في كلّ شيء بالتخلية مع التمييز . لأنه خلَّى بينه وبين المبيع من غير حائلٍ . فكان قبضاً له كالعقار .

ولنا : ما رَوى أبو هريرة أنّ رَسُولَ اللهِ صَلّى الله عليه وسَلّم قال « إذَا بِعْتَ فَكِلْ ، وَإذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ » رواه البخاريّ ، وعن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أنّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ : صَاعُ البائِعِ ، وَصَاعُ المُشْتَرِى » رواه ابن ماجه . وهذا فيما بيع كيلاً . وإن بيع جزافاً فقبضُه نقلُه . لأنّ ابن عمر قال « كَانُوا يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم إذَا اشْتَرَوْا طَعَاماً جِزافاً أنْ يَبِيعُوهُ فِي مَكَانِهِ حَتَّى يُحَوِّلُوهُ » وفي لفظ « كُنَّا نَبْتَاعُ الطَّعامَ جِزَافاً ، فَبَعَثَ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرنَا بانْتِقالِهِ مِنْ مَكَانِهِ الّذِي ابْتَعْنَاهُ إلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أنْ نَبِيعَهُ » وفي لفظ « كُنّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافاً ، فَنَهانَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ أنْ نَبِيعَهُ حَتّى نَنْقُلَهُ » رواهنّ مسلم . وهذا يُبَيِّن أن الكيل إنما وجب فيما بيعَ بالكيل . وقد دلّ على ذلك أيضاً قولُ النبيِّ صلى الله عليه وسلم « إذَا سَمَّيْتَ الْكَيْلَ فَكِلْ » رواه الأثرم ، وإن كان المبيعُ دراهمَ ، أو دنانيرَ فقبضُها باليد . وإن كان ثياباً فقبضُها نقلُها . وإن كان حيواناً فقبضُه تمشيتُه من مَكَانِه . وإن كان مِمّا لا يُنقل ، ويُحَوّل فقبضُه التخليةُ بينه وبين مشتريه ، لا حائلَ دونَهُ . وقد ذكره الخرَقيّ في باب الرهن ، فقال : إن كان مما يُنقل فقبضُه أخذُه إيّاه من راهنه مَنقُولاً . وإن كان مما لا يُنقل فقبضُه تخليةُ راهنِه بينَه وبين مُرْتَهِنِه لاحائلَ دُونَه ، ولأن القبض مُطلَقٌ في الشرع . فيجبُ الرجوع فيه إلى العرف ، كالإحراز والتفرق . والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا .

٢٩٣٦ (فصل) وأجرة الكيال ، والوزان في المكيل والموزون على البائع . لأن عليه تقبيض المبيع للمشترى . والقبض لا يحصل إلا بذلك . فكان على البائع ، كما أن على بائع الثمرة سقيها ، وكذلك أجرة الذى يعدّ المعدودات . وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشترى . لأنه لا يتعلق به حق توفية . نص عليه أحمد .

٢٩٣٧ (فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن ، وبعده ، باختيار البائع ، وبغير اختياره . لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن . ولأن التسليم من مقتضيات العقد . فمتى وجد بعده وقع موقعه ، كقبض الثمن .

٢٩٣٨ « مسألة » قال ﴿ ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه ﴾

قد ذكرنا الذى لا يحتاج إلى قبض ، والخلاف فيه . وكل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه . لقول النبى صلى الله عليه وسلم « مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » متفق عليه ، ولأنه من ضمان بائعه ، فلم يجز بيعه كالسَّلَم . ولم أعلم بين أهل العلم خلافاً ، إلا ما حكى عن البتّى أنه قال : لا بأس ببيع كل شىء قبل قبضه ، وقال ابن عبد البر : وهذا قول مردود بالسنة ، والحجة المجمعة على الطعام . وأظنه لم يبلغه هذا الحديث . ومثل هذا لا يلتفت إليه . وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه فى أظهر الروايتين . ويُروى مثل هذا عن عثمان ابن عفان ، رضى الله عنه ، وسعيد بن المسيب ، والحكم ، وحماد ، والأوزاعى ، وإسحاق . وعن أحمد رواية أخرى : لايجوز بيع شىء قبل قبضه . اختارها ابن عقيل . وروى ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى ، إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه . واحتجوا بنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه . وبما روى أبو داود « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ » وروى ابن ماجه « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ شِرَاءِ الصَّدَقَاتِ حَتَّى تُقْبَضَ » وروى « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم لَمَّا بَعَثَ عَتَّابَ بْنَ أَسِيدٍ إِلَى مَكَّةَ قَالَ : انْهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوهُ ، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوهُ » ولأنه لم يتم الملك عليه . فلم يجز بيعه ، كغير المتعين ، أو كالمكيل ، والموزون .

ولنا : ماروى ابن عمر قال « كُنَّا نَبِيعُ الإِبِلَ بِالْبَقِيعِ بِالدَّرَاهِمِ ، فَنَأْخُذُ بَدَلَ الدَّرَاهِمِ الدَّنَانِيرَ ، وَنَبِيعُهَا بالدَّنانير ، فَنَأْخُذُ بَدَلَهَا الدَّرَاهِمَ . فسألنا النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ؟ فقال : « لاَ بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا ، وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَىْءٌ » وهذا تصرف فى الثمن قبل قبضه . وهو أحد العوضين ، وروى ابن عمر « أَنَّهُ كَانَ

عَلَى بَكْرٍ (١) صَعْبٍ — يعنى لعمر — فقال النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم لعُمر : « بِعْنِيهِ » فَقالَ : هُوَ لَكَ يارَسُولَ اللهِ . فقال النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم : « هُوَ لَكَ يَاعَبْدَ اللهِ بنَ عمرَ فَاصْنَعْ بِهِ مَاشِئْتَ » وهذا ظاهره التصرّف فى المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملَه ونقدَه ثمنه ، ثم وهبه إيّاه قبلَ قبضه . ولأنه أحدُ نوعى المعقود عليه . فجاز التصرّف فيه قبل قبضه ، كالمنافع فى الإجارة . فإنّه يجوز له إجارةُ العين المستأجَرة قبلَ قَبْض المنافع . ولأنه مبيعٌ لا يتعلقّ به حقُّ توفيةٍ ، فصحّ بيعُه ، كالمال فى يد مُودِعِهِ ، أو مُضارِبِهِ . فأمّا أحاديثهم فقد قيل : لم يصحّ منها إلاّ حديث الطعام . وهو حجّةٌ لنا بمفهومه . فإن تخصيصه الطعام بالنهى عن بيعه قبل قبضه يدلّ على إباحة ذلك فيما سواهُ . وقولهم : لم يتمّ الملكُ عليه : ممنوعٌ . فإن السّبب المقتضى للملك مُتحقّق . وأكثرُ ما فيه تخلّف القبض . واليدُ ليستْ شرطاً فى صحة البيع . بدليل جواز بيع المال المودَع ، والموروث ، والتصرّف فى الصداق ، وعِوَض الخُلْع عند أبى حنيفة .

٢٩٣٩ (فصل) وما لا يجوز بيعُه قبل قبضه لا يجوزُ بيعُه لبائعه . لعموم الخبر فيه . قال القاضى : ولو ابتاع شيئاً مما يَحتاج إلى قبضٍ ، فلقيه ببلدٍ آخرَ لم يكنْ لهُ مَطالبتُه ، ولاأخذُ بدله . وإن تراضيا . لأنه مَبيعٌ لم يُقْبض . فإن كان مما لا يَحتاج إلى قبض جاز أخذُ البدل عنه . وإن كان فى سَلَمٍ لم يَجُز أخذُ البدل عنه . لأنّه أيضاً لا يجوزُ بيعه .

٢٩٤٠ (فصل) وكلّ عوض مُلِكَ بعقد ينفسِخُ بهلاكه قبل القبض . لم يجُز التصرّف فيه قبل قبضه ، كالذى ذكرنا . والأُجْرةُ ، وبدلُ الصُّلح ، إذا كانا من المكيل ، أو الموزون ، أو المعدود ، وما لا ينفسخُ العقدُ بهلاكه جاز التصرّف فيه قبل قبضه ، كعوض الخُلْع ، والعِتق على مالٍ ، وبدلِ الصُّلح عن دم العَمْدِ ، وأَرْش الجناية ، وقيمةِ المُتْلَف لأن المُطلق للتصرّف الملك ، وقد وُجِد . لكن ما يتوهّم فيه غررُ الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجُز بناء عقد آخرَ عليه ، تحرّزاً من الغرر ، وما لا يُتوهّم فيه ذلك الغررُ انتفى المانع . فجاز العقدُ عليه . وهذا قول أبى حنيفة . والمَهْرُ كذلك ، عند القاضى . وهو قول أبى حنيفة . لأن العقد لا ينفسِخُ بهلاكه . وقال الشافعىّ : لا يجوز التصرّف فيه قبل قبضه . ووافقه أبو الخطاب فى غير المتعينّ . لأنه يُخشى رجوعُه بانتقاض سببه بالردّة قبل الدخول ، أو انفساخه بسببٍ من جهة المرأة ، أو نصفه بالطلاق ، أو انفساخه بسببٍ من غير جهتها . وكذلك قال الشافعىّ فى عِوَض الخُلْع ، وهذا التعليل باطلٌ بما بَعْدَ القبض . فإن قبضه لا يمنعُ الرجوعَ فيه قبل الدخول ، وأما ما مُلك بإرثٍ ، أو وصيّةٍ ، أو غنيمةٍ ، وتعينّ مِلْكهُ فيه فإنّه يجوزُ له التصرّف فيه بالبيع ، وغيره قبل قبضه . لأنّه غير مضمون

(١) البكر الفتىّ القوى من الإبل ، والصعب : هو الذى لا ينقاد بسهوله ، وليس ذلولا .

بعقد مُعاوَضةٍ . فهو كالمبيع المقبوض . وهذا مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم .
وإن كان لإنسان فى يد غيره وديعةٌ ، أو عاريَةٌ ، أو مُضارَبَةٌ أو جَعلَه وكيلاً فيه جاز له بيعُه ممّن هو فى يده ومن غيره . لأنه عينُ مالٍ مقدور على تسليمها لا يُخشى انفساخ الملك فيها . فجاز بيعُها كالتى فى يده، وإن كان غَصْباً جاز بيعُه ممن هو فى يده . لأنّه مقبوضٌ معه ، فأشبه بيعَ العارِيَة ممن هى فى يده . وأما بيعُه لغيره : فإن كان عاجزاً عن استنقاذه ، أو ظنّ أنه عاجز . لم يصحّ شراؤه له لأنه معجوز عن تسليمه إليه . فأشبه بيع الآبق والشارد . وإن ظنّ أنّه قادر على استنقاذه ممن هو فى يده صحّ البيعُ ، لإمكان قبضه . فإن عجز عن استنقاذه فله الخيارُ بين الفسخ ، والإمضاء . لأن العقد صحّ لكونه مظنونَ القدرة على قبضه . ويثبُت له الفسخ للعجز عن القبض . فأشبه ما لو باعه فرساً فشردتْ قبل تسليمها ، أو غائباً بالصفة ، فعجزَ عن تسليمه .

٢٩٤١ (فصل) وإن كان لزيد على رجل طعامٌ من سَلَمٍ ، وعليه لعمرو مثلُ ذلك الطعام سَلَماً ، فقال زيد لعمرو : اذهب فاقبض الطعام الذى لى من غريمى لنفسك ، ففعل لم يصحّ . لأنه لا يجوزُ أن يقبِضَهُ . وهل يصحّ القبضُ لزيد ؟ على روايتين :

إحداهما : يصحّ . لأنه أذِن له فى القبض . فأشبه قبض وكيله .

والثانية : لا يصحّ . لأنه لم يجعله نائباً له فى القبض . فلم يقع له ، بخلاف الوكيل ، فعلى الوجه الأول : يصيرُ ملكاً لزيد ، وعلى الثانى : يكون باقياً على ملك المسلِم إليه ، ولو قال زيد لعمرو : احْضُر اكتيالى منه ، لأقبضه لك ، ففعل ، لم يصحّ ، وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ على وجهين :

أولهما : أنه يكون قابضاً لنفسه . لأن قبض المُسلمَ فيه قد وُجِدَ من مُستحقّه ، فصحّ القبضُ له ، كما لو نوى القبض لنفسه ، فعلى هذا إذا قبضه لعمرو صحّ ، وإن قال : خذْهُ بهذا الكيل الذى قد شاهدته ، فأخذه به صحّ ، لأنهُ قد شاهد كيله ، وعَلِمَهُ ، فلا معنى لاعتبار كيله مرّةً ثانيةً ، وعنه لا يُجزىء ، وهو مذهب الشافعىّ . لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ » وهذا داخلٌ فيه ، ولأنّه قبضَه بغير كيل ، أشبه ما لو قبضه جزافاً ، ولو قال زيد لعمرو : احْضُرْنَا حَتّى أكتاله لنفسى ، ثم تكتالَهُ أنت ، وفعلا ، صحّ بغير إشكال ، وإن اكتاله زيد لنفسه ، ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذى شاهده ، فعلى روايتين ، وإن تركه زيدٌ فى المكيال ، ودفعه إلى عمرو ليفْرِغه لنفسه ، صحّ ، وكان ذلك قبضاً صحيحاً ، لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، ولا معنى لابتداء الكيل ههنا ، إذ لا يحصُل به زيادةُ علم ، وقال أصحاب الشافعىّ : لا يصحّ ، لنهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يَجْرِيَ فيه الصَّاعَانِ ، وهذا يُمكن القول بمُوجبه ، وقبض المشترى له فى المكيال جَرْىٌ لصاعَيْهِ فيه ، ولو دفع زيدٌ إلى عمرو دراهم ، فقال : اشتر لك بها مثل الطعام الذى لك علىّ ، ففعل ، لم

يصح ، لأنَّ دراهم زيد لا يكون عِوضُها لعمرو ، فإن اشترى الطعامَ بعينها ، أو فى ذمَّته ، فهو كتصرُّف الفضولىّ على ما تبيَّن ، وإن قال : اشتر لى بهـا طعاماً ، ثم أقْبِضْهُ لنفسك ففعل ، صحّ الشراء ، ولم يصحّ القبضُ لنفسه على ما تقدَّم فى مثل هذه الصورة ، وإن قال : اقبضْهُ لنفسك ، ففعل جاز ، نصّ أحمدُ على نظيرذلك ، وهكذا جميعُ المسائل التى تقدّمت ، إذا حصل الطعامُ فى يد عمر لزيدٍ ، فأذن له أن يقبضَ من نَفْسِهِ ، وقال أصحابُ الشافعىّ : لا يصحّ ، لأنه لا يجوز أن يكون قابضاً لنفسه من نفسه .

ولنا : أنه يجوز أن يشترى لنفسه من مال ولده ، ويقبضَ لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئاً جاز أن يَقْبَلَ له من نفسه ، ويقبضَ منها ، فكذا ههنا .

٢٩٤٢ (فصل) وإن اشترى اثنان طعاماً فقبضاه ، ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتمل أن لا يجوز ذلك . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، كرها أن يبيع الرجُل من شريكه شيئاً مما يُكالُ ، أو يوزن قبل أن يقتسماه . لأنه لم يقبض نصيبهُ مُنفرداً . فأشبه غير المقبوض . ويحتمل الجواز . لأنه مقبوض لهما يجوزُ بيعُه لأجنبىّ . فجاز بيعُه لشريكه ، كسائر الأموال ، فإن تقاسماه ، وتفرّقا ، ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذى كاله لم يجزُ ، كما لو اشترى من رجل طعاماً ؛ فاكتاله ، وتفرقا ، ثم باعه إيّاه بذلك الكيل ، وإن لم يتفرّقا خرج على الروايتين اللتين تقدّمتا .

٢٩٤٣ « مسألة » قال ﴿ والشركة فيه والتولية والحوالة كالبيع ﴾

وجملته : أن مايحتاج إلى القبض لا تجوزُ الشركة فيه ، ولا توليتُه ، ولا الحوالةُ به قبل قبضه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعىّ . وقال مالك : يجوزُ هذا كلُّه فى الطعام قبل قبضه لأنَّها تختصّ بمثل الثمن الأوّل . فجازت قبل القبض كالإقالة .

ولنـا : أن هذه أنواعُ بَيْـع ، فتدخُل فى عموم النهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه . فإنّ الشركة بيعُ بعض المبيع بِقِسْطِه من ثمنه ، والتوليةُ بيعُ جميعه بمثل ثمنه . ولأنه تمليكٌ لغيرِ من هو فى ذِمَّتـه . فأشـبه البيـع . وفارق الإقالة . فإنها فسـخ للبيـع . فأشبهت الردّ بالعيب . وكذلك لا تصحّ هبته ، ولا رهنه ، ولا دفعهُ أجرةً ، ولا ما أشبه ذلك من التصرُّفات المفتقِرة إلى القبض . لأنه غيرُ مقبـوض . فلا سبيل إلى إقباضه .

٢٩٤٤ (فصل) وأما التولية ، والشركة فيما يجوز بَيعُه فجائزان . لأنهما نوعان من أنواع البيـع . وإنما اختصّا بأسماء ، كما اختصّ بيـعُ المرابحة ، والمواضَعَة بأسماء . فإذا اشـترى شيئاً فقال له رجلٌ : أشركنى فى نصْفِه بنصف الثمن .فقال : أشركتك ، صحّ ، وصار مُشتركاً بينهما . وإن قال : وَلِّنى ما اشتريتَه بالثمن ، فقال . وَليتُك ، صحّ إذا كان الثمنُ معـلوماً لهما . فإن جهله أحَدُهما لم يصِـحّ ، كما لو باعه بالرقم .

ولو قال : أشركني فيه ، أو قال : الشركة فيه فقال : أشركتُك ، أو قالَ : وَلِّني ما اشتريتَ . ولم يذكر الثمن . صَحّ إذا كان الثمنُ معلوماً . لأنّ الشركة تقتضى ابتياعَ جُزء منه بقسطه من الثمن . والتوليةُ ابتياعُه بمثل الثمن . فإذا أطلق اسمه انصرف إليه ، كما لو قال : أَقِلْني . فقال . أقلتُكَ . وفى حديثٍ عن زُهْرَةَ ابن مَعْبدٍ « أنَّه كانَ يَخْرُجُ به عبدُ الله بنُ هشام إلى السُّوقِ فَيشْتَرِى الطَّعامَ ، فَيَتَلَقَّاهُ ابنُ عُمَر الزّبَيْرِ فَيقُولاَنِ له : أَشْرِكْنَا ، فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم دَعَا لكَ بِالْبَرَكَةِ . فَيُشْرِكُهُمْ فَرُبَّمَا أَصَابَ الرّاحلَة ، كَمَا هِيَ ، فَيَبْعَثُ بِهاَ إلَى الْمَنْزِلِ » ذكره البخاريّ ، ولو اشــترى شيئاً ، فقال له رجل : أشركنى ، فأشركه ، انصرف إلى نصفهِ . لأنَّهاَ بإطلاقها تقتضى التسوية . فإن اشترى اثنان عبداً فاشتركا فيه ، فقال لهما رجل : أشركانى فيهِ فقالا : أشركناك . احتمــل أن يكون له النصف . لأن إشراكهما لو كان من كلّ واحد منهما مُنفَرِدًا كَانَ لَه النصف . فـكذلك حال الاجتماع . ويحتمل أن يكون له الثلث . لأن الاشتراكَ يُفيــد التساوى . ولا يحصُلُ التساوى إلا بجعله بينهم أثلاثاً . وهذا أصحّ . لأن إشراك الواحد إنما اقتضى النصف ، لحصول التســوية بهِ . وإن أشركه كلّ واحد منهما مُنفرداً كان له النصف . ولـكل واحد منهما الربعُ . وإن قال : أشركانى فيه فأشركه أحدُهما . فعلى الوجه الأول : يكون له نصف حِصَّة الذى أشركه ، وهو الربعُ . وعلى الآخَر له السدسُ [(١)]. لأن طلبَ الشركة منهما يقتضى طلب ثلث[(٢)] مافى يد كلِّ واحدٍ منهما ، ليكونَ مساوياً لهما ، فإذا أجابهُ أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه وإن قال له أحدهما: أشركْنَاكَ انبنى على تصرّف الفضوليّ . فإن قلنا : يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه ، فهل يثبت له الملك فى نصفه أو فى ثلثه : على الوجهين ، ولو قال لأحدهما : أشركنى فى نصف هذا العبد فأشركه. فإن قلنا : يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه . فله نصف العبد ولهما نصفه ، وإلا فله نصف حِصّة الذى أشركه : وإن اشترى عبداً فلقيه رجل فقال : أشركنى فى هذا العبد ، فقال : قد أشركتك، فله نصفه، فإن لقيه آخر فقال : أشركنى فى هذا العبد . وكان عالماً بشركة الأول . فله ربع العبد ، وهو نصف حصة الذى أشركه . لأن طلبه للاشراك رجع إلى ما ملـكه المشارك . وهو النصف فيكون بينهما . وإن لم يعلم بشركة الأول . فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كلّه لهذا الذى طلب منه المشاركة . فإذا قال له :أشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه :

---

(١) مقتضى المسألة أن يكون له الربع ، لأن أحدهما أشركه ، وله نصف الشىء ، ونصف النصف ربع ، فيـكون للذى لم يشركه النصف وله الربع ولمن أشركه الربع .

(٢) طلب الشركة منهما يقتضى قسمة الشىء ثلاثة أثلاث فإذا امتنع أحدهما عن إشراكه ، فيـكون الذى أصابه موافقاً على إشراكه فى نصيبه ، وإذا أطلقت الشركة تنصرف إلى النصف ،فيـكون شريكا فى نصف الذى أشركه بالنصف ،فيـكون له الربع.

أحدها : أن يصير له نصف العبد كلّه ، ولا يبقى للذى أشركه شىء ، لأنّه طلب منه نصف العبد . فأجابه إلى ذلك . فصار كأنّه قال : بعنى نصف هذا العبد ، فقال : بعتُك ، وهذا قول القاضى .

الثانى : أن ينصرف قوله شَرِكْتُكَ فيه إلى نصف نصيبه ، ونصف نصيب شريكه . فينفذ فى نصف نصيبه ، ويقف فى الزائد على إجازة صاحبه على إحدى الروايتين . لأن لفظ الشركة يقتضى بيع بعض نصيبه ، ومساواة المشترى له . فلو باع جميع نصيبه لم يكن شَرِكَةً ، ولا يستحقّ فيه ما طلب منه .

والثالث : أن لا يكون للثانى إلا الربع بكلّ حال . لأن الشركة إنما تثبت بقول البائع : شَرِكْتُكَ . لأن ذلك هو الإيجاب الناقلُ للملك ، وهو عالم أنّه ليس له إلا نصف العبد ، فينصرفُ إيجابه إلى نصف ملكه . وعلى هذين الوجهين : لطالب الشركة الخيارُ . لأنّه إنما طلب النصف ، فلم يحصُل له جميعُه ، إلا أن نقول : بوقوفه على الإجازة فى الوجه الثانى . فيُجيزه الآخرُ ، ويحتملُ أن لا تصحّ الشركة أصلا ، لأنه طلب شراء النصف . فأجيب فى الربع . فصار بمنزلة مالو قال : بعنى نصف هذا العبد ، قال . بعتُك رُبْعَه .

٢٩٤٥ (فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام ، فقبض نصفه ، فقال له رجل : بعنى نصف هـذا القفيز ، فباعه ، انصرف إلى النصف المقبوض كلّه . لأن البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعُه ، وهو النصف المقبوض . وإن قال : أشركنى فى هذا القفيز بنصف الثمن ، ففعل ، لم تصحّ الشركةُ إلا فيما قبض منه . فيكون النصفُ المقبوض بينهما ، لكلّ واحد منهما رُبُعه بقسطه من الثمن . لأن الشركة تقتضى التسوية ، هكذا ذكره القاضى : والصحيحُ إن شاء الله تعالى : أنه تنصرفُ الشركة إلى النصف كلّه . فيكون تابعاً لما يصحّ بيعُه ، ومالا يصحّ . فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة . فلا يصحّ فى الربع الذى ليس بمقبوض ، وهل يصحّ فى المقبوض ؟ على وجهين .

٢٩٤٦ (فصل) فأما الحَوالةُ فمعناه أن يكون على مشترى الطعام طعامٌ من سَلَمٍ أو من قرض ، مثل الذى اشتراه ، فيقول لغريمه : اذهب ، فاقبض الطعام الذى اشتريتُه لنفسك ، فلا يجوز ذلك . لأنه لايجوزُ أن يُقبِضَهُ قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفريع هذا فى الفصل الذى قبل هذه المسألة .

٢٩٤٧ (فصل) إذا كان لرجل فى ذمة آخَر طعامٌ من قرض ، لم يجُز أن يبيعه من غيره قبل قبضه . لأنّه غيرُ قادر على تسليمه . ويجوزُ بيعُه ممّن هو فى ذمته فى الصحيح من المذهب . لحديث ابن عمر « كُنَّا نَبِيعُ الأَبْعِرَةَ بِالْبَقِيعِ بِالدَّرَاهِمِ فَنَأْخُذُ مَكَانَهَا الدَّنَانِيرَ » وهذا مذهبُ الشافعىّ . ورُوى أنه لا يصحّ ، كما لا يصحّ فى السَّلَم . والأول أولى ، فإن اشتراه منه بموصوفٍ فى الذّمة من غير جنسه جاز . ولا يتفرقان[1] قبل القبض . لأنه يكون بيع دَيْن بدين . فإن أعطاه معيّناً مما يُشترط فيه التقابض ، مثلُ

(١) فى الأصل ولا يتفرقا ، بدون نون وقد زدنا النون لأن القواعد النحوية تقتضيها ، ولا موجب لحذفها .

أن أعطاه بدل الحنطة شعيراً جاز . ولم يجز التفرق قبل القبض . وإن أعطاه معيّناً لا يُشترط فيه التقابُض جاز التفرّق قبل القبض ، كما لو قال : بعتُك هذا الشعير بمائة درهم فى ذمّتك . ويحتمل أن لا يجوز . لأنّ المبيع فى الذّمة ، فلم يجُز التفرّق قبل القبض كالسّلَم .

٢٩٤٨ (فصل) وإذا قال رجل لغريمه : بعنى هذا على أن أقضيك دَينك منه ، ففعل . فالشرط باطلٌ . لأنه شرط ألا يتصرّف فيه بغير القضاء ، وهل يبطل البيع ؟ ينبنى على الشروط الفاسدة فى البيع ، هل تبطلُه ؟ على الروايتين ، وإن قال : اقضنى حقى على أن أبيعَك كذا ، وكذا . فالشرط باطلٌ ، والقضاء صحيح ، لأنه قبضه حقّه ، وإن قال : اقضنى أجودَ من مالى على أن أبيعك كذا ، وكذا . فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه ردّ ما قبضه ، والمطالبةُ بماله .

٢٩٤٩ « مسألة » قال ﴿ وليس كذلك الإقالة . لأنها فسخ ، وعن أبى عبدالله : الإقالة بيع ﴾

اختلفت الرواية فى الإقالة . فعنه أنّها فسخ ، وهو الصحيح . واختيار أبى بكر . وهو مذهب الشافعىّ .

والثانية : أنها بيع . وهى مذهب مالك . لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التى خرج عليها منه . ولما كان الأوّل بيعاً ، كذلك الثانى ، ولأنه نقل الملك بعوض على وجه التراضى . فكان بيعاً كالأول وحُكى عن أبى حنيفة : أنها فسخ فى حق المتعاقدين ، وبيعٌ فى حقّ غيرهما . فلا تثبُت أحكام البيع فى حقّهما . بل تجوز فى السلَم ، وفى المبيع قبل قبضه ، ويثبُت حكم البيع فى حقّ الشفيع ، حتى يجوز له أخذُ الشّقص الذى تقايلا فيه بالشّفعة .

ولنا : أن الإقالة هى الدفع ، والإزالة ، يقال : أقالك الله عَثْرَتَكَ ، أى أزالها . قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَقَالَ نَادِماً بَيْعَتَـهُ أَقَالَهُ اللهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيَامَةِ [1] » قال ابن المنذر : وفى إجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع إجماعهم على أن له أن يُقِيلَ المُسْلِمُ جميعَ المُسْلَمَ فيه : دليل على أن الإقالة ليست بيعاً ، ولأنها تجوز فى المسلم فيه قبل قبضه . فلم تكنْ بيعاً ، كالإسقاط ولأنها تتقدّر بالثمن الأول ، ولو كانت بيعاً لم تتقدّر به ، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقدُ به البيعُ . فكان فسخاً ، كالردّ بالعيب . ويدلّ على أبى حنيفة بأنَّ ما كان فسخاً فى حقّ المتعاقدين كان فسخاً فى حقّ غيرهما ، كالردّ بالعيب ، والفسخ بالخيار ، ولأنّ حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص ، دون شخص ، والأصلُ اعتبارُ الحقائق .

٢٩٥٠ (فصل) فإن قلنا هى فسخ جازت قبل القبض وبعده ، وقال أبو بكر : لا بدّ فيها من كيل ثانٍ ، ويقومُ الفسخ مقام البيع فى إيجاب كيل ثانٍ ، كقيام فسخ النكاح مُقام الطلاق فى العدّة .

ولنا : أنه فسخ للبيع ، فجاز قبل القبض ، كالردِّ بالعيب ، والتدليس ، والفسخ بالخيار ، أو اختلاف

(١) رواه أبو داود وابن ماجة .

المتبايعين ، وفارق العدّة . فإنها اعتُبرت للاستبراء . والحاجةُ داعيةٌ إليه فى كلِّ فُرْقةٍ بعد الدخول ، بخلاف مسألتنا .

فإن قلنا : هى بيع لم يجُز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض . لأنّ بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوزُ ، كما لا يجوز من غيره . ولا يستحقّ بها الشُّفْعةُ إن كانت فسخاً ؛ لأنّها رفعٌ للعقد ، وإزالة له ، وليست بمعاوضة . فأشبهت سائر الفُسوخ . ومن حلف لا يبيع ، فأقال لم يحنَثْ ، ولو كانت بيعاً استُحِقَّت بها الشفعة ، وحَنِث الحالف على ترك البيع بفعلها ، كسائر أنواع البيع ، ولا تجوز إلاّ بمثل الثمن سواء . قلنا : هى فسخ ، أو بيع . لأنّها خصّت بمثل الثمن كالتولية ، وفيه وجه آخر : أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول ، وأقل منه ، إذا قلنا : إنها بيع كسائر البيّاعات . فإن قلنا : لا تجوز إلاّ بمثل الثمن الأول فأقال بأقلّ منه ، أو أكثر . لم تصحّ الإقالة . وكان المِلْكُ باقيا للمشترى . وبهذا قال الشافعىّ ، وحُكى عن أبى حنيفة : أنّها تصحّ بالثمن الأول . ويبطُل الشرط . لأن لفظ الإقالة اقتضى مثل الثمن . والشرط ينافيه . فبطل ، وبقى الفسخ على مقتضاه ، كسائر الفُسُوخ .

ولنا : أنه شرط التفاضل فيما يعتُبر فيه التماثلُ ، فبطل ، كبيع درهم بدرهمين . ولأن القصد بالإقالة ردّ كلِّ حقّ إلى صاحبه . فإذا شرط زيادةً أو نقُصاناً أخرج العقد عن مقصوده ، فبطَل ، كما لو باعه بشرط أن لا يُسلِّمَ إليه . ويفارق سائر الفسخ . لأنّه لا يُعتبر فيه الرضا منهما ، بل يستقلّ به أحُدهما . فإذا شرط عليه شيء لم يلزمه ، لتمكّنه من الفسخ بدونه ، وإن شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً . لأنه لا يستحقّ أكثر من الفسخ ، وفى مسألتنا لا تجوزُ الإقالة إلا برضاهما . وإنما رضى بها أحدهما مع الزيادة أو النقص . فإذا أبطلنا شرطه فات رضاه . فتبطُل الإقالة لعدم رضاه بها.

٢٩٥١ « مسألة » قال ﴿ ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها ﴾ .

هذه المسألة تدل على حكمين :

أحدهما : إباحة بيع الصُّبرةِ جزافاً مع جهل البائع والمشترى بقدرها . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . ولا نعلم فيه خلافا . وقد نصّ عليه أحمد . ودلّ عليه قول ابن عمر « كُنَّا نَشْتَرِى الطعام من الرُّكْبانِ جِزَافاً . فنهانَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ » متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصحّ بيعُه كالثياب ، والحيوان ، ولا يضرّ عدم مشاهدة باطن الصُّبْرة . فإنّ ذلك يشقّ ، لكون الحَبّ بعضُه على بعض ، ولا يمكن بسطُها حَبَّةً حَبَّةً . ولأنّ الحَبّ تتساوى أجزاؤه فى الظاهر ، فاكتفِىَ برُؤية ظاهره ، بخلاف الثوب . فإنّ نشره لا يشقّ ، ولم تختلف أجزاؤه ، ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة . لأنّه علم ما اشترى بأبلغ الطرق ، وهو الرؤية . وكذلك لو قال : بعتك نصفَ هذه

الصُّبرة ، أو ثلثها ، أو جزءاً منها معلوماً جاز • لأن ما جاز بيعُ جملته جاز بيعُ بعضه ، كالحيوان ، ولأن جملتها معلومةٌ بالمشاهدة ، فكذلك جزؤها • قال ابن عقيل : ولا يصحّ هذا إلا أن تكون الصُّبرة متساويةَ الأجزاء . فإن كانت مختلفةً ، مثل صُبْرة بقّال القريةِ لم يصحّ . ويحتمل أن يصحّ . لأنه يشترى منها جزءاً مُشاعاً ، فيستحق من جيّدها ورديئها بقِسْطِهِ . ولا فرق بين الأثمان ، والمثمَنات فى صحّة بيعها جِزَافاً ، وقال مالك : لا يجوز فى الأثمان . لأنّ لها خطراً ، ولا يشقّ وزنها ، ولا عددها . فأشبه الرقيق، والثيـاب .

ولنا : أنه معلوم بالمشاهدة . فأشبه المثمَنات ، والنقرة[1] والحليّ • ويبطُل بذلك ما قاله . وأما الرقيق فإنه يجوز بيعهم إذا شاهدهم ، ولم يَعُدّهم . وكذلك الثياب إذا نشرها ، ورأى جميع أجزائها •

الحكم الثانى : أنه إذا اشترى الصُّبرة جِزافاً لم يجز له بيعُها حتى ينقُلها • نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم . وعنه روايةٌ أخرى : له بيعُها قبل نقلها . اختارها القاضى . وهو مذهب مالك . لأنه مبيعٌ متعيّن ، لا يحتاج إلى حقّ توْفية . فأشبهَ الثوب الحاضر .

ولنا : قول ابن عمر « إن[2] كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافاً . فَنهانَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ » وعموم قوله عليه السلام « مَنِ ابْتَاعَ طَعَاماً فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » مع ما ذكرنا من الأخبار ، وروى الأثرم باسناده عن عُبَيْد بن حُنَيْن قال « قَدِمَ زَيْتٌ مِنَ الشَّامِ فَاشْتَرَيْتُ مِنْهُ أَبعِرَةً ، وفَرَغْتُ مِنْ شِرَائِهَا . فَقَامَ إِلَيَّ رَجُلٌ فَأَرْبَحَنِى فِيهَا رِبْحاً . فَبَسَطْتُ يَدِى لأُبَايِعَه . فَإِذَا رَجُلٌ يَأْخُذُنِى مِنْ خَلْفِى . فَنَظَرْتُ فَإِذَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، فقالَ : لاَ تَبِعْهُ حَتَّى تَنْقُلَهُ إِلَى رَحْلِكَ . فَإِنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَنَا بِذَلِكَ » فإذا تقرر هذا فانّ قبضَها نقلُها ، كما جاء فى الخبر . ولأنّ القبض لو لم يعيّن فى الشرع لوجب ردّه إلى العرف ، كما قلنا فى الإحياء ، والإحراز ، والعادةُ فى قبض الصُّبرةِ النقلُ .

٢٩٥٢ (فصل) ولا يحلّ لبائع الصُّبرة أنَ يغُشّها بأنْ يجعلها على دِكَّةٍ ، أوَ رَبوةٍ ، أو حَجَر ينقصها أو يجعلُ الردىء فى باطنها ، أو المبلولَ ، ونحوَ ذلك . لما روَى أبو هريرة « أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى الله عليهِ وَسلّم مَرَّ عَلَى صُبْرَةٍ مِنْ طَعَامٍ ، فَأَدْخَلَ يَدَهُ ، فَنَالَتْ أَصَابِعهُ بَلَلاً . فقالَ : يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ ، مَا هَذَا ؟ قال : أَصَابَتْه السَّماء يَارَسُولَ اللهِ . قالَ : أَفَلاَ جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتّى يَرَاهُ النَّاسُ ؟ ثُمَّ قال : مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » قال الترمذىّ : هـذا حديث حسن صحيح . فإذا وجد ذلك ولم يكن

(١) النقرة : بضم النون وسكون القاف ، القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(٢) هكذا فى الأصل والروايات التى وردت لهذا الحديث بدون (إن) ولعل هذه رواية أخرى .

المشترى علم به فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما ، لأنه عيبٌ . وإن بان تحتها حُفْرَةٌ ، أو بان باطنُها خيراً من ظاهرها ، فلا خيار للمشترى . لأنه زيادةٌ له . وإن علم البائعُ ذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بَصِيرَةٍ به . وإن لم يكن علم فله الفسخُ ، كما لو باع بعشرين درهما فوزنها بصَنْجَةٍ ، ثم وجد الصَّنْجَةَ زائدةً كان له الرجوعُ . وكذلك لو باع بمكيال ثم وجده زائداً . ويحتمل أنه لا خيار له . لأن الظاهر أنه باع ما يعلم . فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال .

٢٩٥٣ « مسألة » قال ﴿ ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صُبْرة ﴾

نصّ أحمد على هذا فى مواضع . وكرهه عطاء ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعِكْرِمة ، وبه قال مالك ، وإسحاق . وروى ذلك عن طاوس . قال مالك : لم يزل أهلُ العلم يَنْهَوْن عن ذلك ، وعن أحمد : أن هذا مكروه غيرُ محرّم ، فإن بكر بن محمد روى عن أبيه : أنه سأله عن الرجل يبيعُ الطعام جِزَافاً ، وقد عرف كيلَه . وقلت له : إن مالكاً يقول : إذا باع الطعام ولم يعلم المشترى . فإن أحبّ أن يردّ ردّه . قال : هذا تغليظ شديد ، ولكن لا يُعجبنى إذا عرف كيله إلاّ أن يُخبِرهُ . فإن باعه فهو جائز عليه . وقد أساء ، ولم ير أبو حنيفة ، والشافعىّ بذلك بأساً ، لأنه إذا جاز البيع مع جهلهما بمقداره ، فمع العلم من أحدهما أولى . ووجه الأول : ما روى الأوزاعىّ : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَيْءٍ فَلَا يَبِعْهُ جِزَافاً حَتَّى يُبَيِّنَهُ » قال القاضى : وقد رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « أنّه نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ مُجَازَفَةً ، وَهُوَ يَعْلَمُ كَيْلَهُ » والنهىُ يقتضى التحريم . وأيضاً الإجماعُ الذى نقله مالك . ولأن الظاهر . أن البائع لايعدل إلى البيع جِزَافاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتغرير بالمشترى ، والغِشّ له . ولذلك أثر فى عدم لزوم العقد ، وقد قال عليه السلام « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » فصار كما لو دلّس العيبَ ، فإن باع ما علم كيلَه صُبْرَةً ، فظاهرُ كلام أحمد فى رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيحٌ لازم ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، لأنّ المبيع معلوم لهما ، ولا تغرير من أحدهما ، فأشبه ما لو علما كيله ، أو جهلاه ، ولم يثبُت ما روى من النهى فيه . وإنما كرهه أحمدُ كراهةَ تنزيه ، لاختلاف العلماء فيه . ولأن استواءهما فى العلم والجهل أبعدُ من التغرير ، وقال القاضى وأصحابه : هذا بمنزلة التدليس ، والغشّ إن علم به المشترى. فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرة ، فهو كما لو اشترى مُصَرّاةً(١) يعلمُ تصريتَها ، وإن لم يعلم أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيارُ فى الفسخ ، والإمضاء . وهذا قول مالك . لأنه غِشّ ، وغَدْرٌ من البائع . فصحّ

---

(١) المصراة : أنثى الأنعام التى يترك لبنها فى ثديها ولا تحلب مدة حتى يمتلىء ثدياها باللبن فيراها المشترى فيعتقد أنها كثيرة اللبن من غير تصرية ولا غش ، إذا لم يعلم المشترى به ، فإذا علم به فلا غش لأنه دخل على بصيرة .

العقدُ معه . ويثبُت للمشترى الخيارُ . وذهب قوم من أصحابنا إلى أن البيع فاسد . لأنه منهىّ عنه . والنهىُ يقتضى الفساد .

٢٩٥٤ (فصل) وإن أخبره البائع بكيله ، ثم باعه بذلك الكيل ، فالبيعُ صحيح ، فإن قبضه باكتياله ، تمّ البيعُ والقبضُ . وإن قبضه بغير كيل ، كان بمنزلة قبضه جزافاً . فإن كان المبيع باقياً كاله عليه . فإن كان قَدْرَ حقِّه الذى أخبره به فقد استوفاه . وإن كان زائداً ردّ الفضلَ . وإن كان ناقصاً أخذ النقص . وإن كان قد تلف ، فالقولُ قولُ القابض فى قدره مع يمينه ، سواء كان النقصُ قليلاً أو كثيراً . لأن الأصل عدمُ القبض ، وبقاء الحقّ . وليس للمشترى التصرّف فى الجميع قبل كيله . لأن للبائع فيه عُلْقَةً . فإنّه لو زاد كانت الزيادة له ، ولا يتصرّف فى أقلّ من حقّه ، بغير كيل . لأنّ ذلك يمنعُه من معرفة كيله . وإن تصرّف فيما يتحقّق أنه مستحق له ، مثل أن يكون حقّه قفيزاً ، فتصرّف فى ذلك ، أو فى أقلّ منه بالكيل ، ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك . لأنه تصرّف فى حقّه بعد قبضه . فجاز ، كما لو كيل له .

والثانى : لا يجوز . لأنه لا يجوز له التصرّف فى الجميع . فلم يجُز له التصرّف فى البعض ، كما قبل القبض . وإن قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً . فأمّا إن أعلمه بكيله ، ثم باعه إيّاه مُجازَفةً على أنّه له بذلك الثمن ، سواء كان زائداً ، أو ناقصاً لم يجُز . لما روى الأثرم بإسناده عن الحكم قال « قَدِمَ طَعَامٌ لِعُثْمَانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم فقالَ : اذْهَبُوا بِنَا إِلَى عُثْمَانَ نُعِينُهُ عَلَى طَعَامِهِ » . فقامَ إلى جَنْبه . فقال عُثمان : فى هذه الغِرارةِ كذا ، وكذا ، وابتعتها بكذا ، وكذا . « فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْه وسلَّم : إِذَا سَمَّيتَ الكَيْلَ فَكِلْ » قال أحمد : إذا أخبره البائعُ أنّ فى كل قارورة مَنًّا[1] ، فأخذ بذلك ، ولا يكتالُه فلا يُعجبنى . لقوله لعُثمان « إذا سَمَّيْتَ الكَيْلَ فَكِلْ » قيل:له إنهم يقولون : إذا فُتِح فسد . قال : فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباق ؟

٢٩٥٥ (فصل) ولو كال طعاماً وآخرُ ينظرُ إليه ، فهل لمن شاهد الكيل شراؤُه بغير كيل ثانٍ ؟ على روايتين ، نصّ عليهما .

إحداهما : لا يحتاج إلى كيل ، لأنه شاهد كيلَه ، فأشبه ما لو كيل له .

والثانية : يحتاجُ إلى كيل ، لأنّه بيعٌ . فاحتاج إلى كيل ، للأخبار ، والقياس على البيع الأول ، ولو كاله البائع للمشترى ، ثم اشتراه منه ، فكذلك . لما ذكرنا فى التى قبلها . ولو اشترى اثنان طعاماً

---

(١) المنا : مكيال معروف عند العرب ، ومن أمثالهم (السمن منوان بدرهم) وهذا يدل على أنه مكيال صغير .

فاكتالاه ، ثم ابتاع أحدهما حصة شريكه قبل تفرقهما ، فقال أحمد فى رواية حرب : إذا اشتريا غلة، أو نحوها ، وحضراها جميعاً ، وعرفا كيلها ، فقال أحدهما لشريكه : يعنى نصيبك ، وأربحك ، فهو جائز ، وإن لم يحضر هذا المشترى الكيل ، فلا يجوز إلا بكيل ، قال ابن أبى موسى : وفيه رواية أخرى : لا بد من كيله . ووجها ما تقدم . قال القاضى : ومعنى الكيل فى هذه المسائل . أنه يرجع فى قدره إلى قول القابض . إذا كان النقص يسيراً يقع مثله فى الكيل ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لا يقع مثله فى الكيل ، لم يقبل قوله . لأنا نتحقق كذبه . بخلاف مسائل الفصل الذى قبله . لأنه لم يكل بحضرته . والظاهر : أنه أراد بالكيل حقيقته دون ما ذكره القاضى . وفائدة اعتبار الكيل ، ما ذكره القاضى . وأنه لا يجوز المشترى التصرف فيه إلا ما ذكرنا فى الفصل الذى قبله . وإن باعه للثانى فى هذه المواضع على أنه صُبْرة جاز . ولم يفتقر إلى كيل ثانٍ . والقبض فيه بنقله كسائر الصُّبَر .

٢٩٥٦ (فصل) قال أحمد ، فى رجل يشترى الْجَوْز فيُعَدّ فى مِكْتَل ألفَ جَوْزَة ، ثم يأخذ الجوز كله على ذلك المعيار . قال : لا يجوز ، وقال فى رجل ابتاع أعكاماً كيلاً وقال للبائع : كِلْ لى عُكْمَانها[1] واحداً واحداً ، وما بقى على هذا الكيل : أكره هذا ، حتى يكيلها ، كلها ، وقال الثورى: كان أصحابنا يكرهون هذا . وذلك لأن مافى العُكوم يختلف : فيكون فى بعضها أكثر من بعض . فلا يعلم ما فى بعضها بكيل البعض . والجوز يختلف عدده ، فيكون فى أحد المكتلين أكثر من الآخر . فلا يصح تقديره بالكيل ، كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ، ولا الموزون بالكيل .

٢٩٥٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى صُبْرةَ على أنْ كلّ مكيلةٍ منها بشىء معلوم جاز ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا قال : بعتك هذه الصبرة كلّ قفيز منها بدرهم صحّ . وإن لم يعلما مقدار ذلك حال العقد . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يصحّ فى قفيز واحد ويبطل فيما سواه ، لأنّ جملةَ الثمن مجهولة . فلم يصحّ ، كبيع المتاع برَقْمه[2] .

ولنا : أن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمنُ معلومٌ لإشارته إلى ما يعرف مبلغَهُ ، بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو أن نكال الصُّبرةُ ويقسّط الثمنَ على قدر قُفزَاتها . فيعلم مبلغُه حينئذٍ، كما لو باع ما رأسُ ماله اثنان وسبعون مرابحةً لكلّ ثلاثةَ عشرَ درهماً درهم . فانّه لا يعلم فى الحال ، وإنما يُعلم بالحساب ، كذا ههنا . ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمنُ معلوم قدر ما يقابل كلّ جزء من المبيع ، فصحّ ، كالأصل

(١) العكمان ، والأعكام جمع عكم بكسر العين وسكون الكاف ، وهو الطعام ونحوه الموضوع فى ثوب مشدود ، أو فى جوال أو نحوه .

(٢) برقمه : أى بالرقم المكتوب عليه كيلا أو وزنا .

المذكور ، وقد رُوى عن عليّ رضي الله عنه «أنه آجرَ نفسَهُ كلَّ دَلْوٍ بتمرةٍ ، وجاء النبيّ صلّى الله عليه وسلّم بالتَّمرِ» .

٢٩٥٨ (فصل) ولو قال : بعتُك من هذه الصُّبْرَةِ قفيزاً أو قال : عشرة أقفِزَة ، وهما . يعلمان أنها أكثر من ذلك صحّ ، وحُـكى عن داود : أنه لا يصحّ ، لأنه غير مُشاهدٍ ولا موصوف .

ولنا : أن المبيع مقدر معلوم من جملةٍ يصحّ بيعُها ، أشبه إذا باع نصفها . وما ذكره قياس ، وهو لا يحتجّ بالقياس ثم لا يصح . فإنّه إذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع ، لأنه بعضها .

٢٩٥٩ (فصل) وإن قال بعتك من هذه الصُّبرة كلّ قفيز بدرهم لم يصحّ . لأن «من» للتبعيض . «وكلّ» للعدد ، فيكون ذلك العددُ منها مجهولا ، ويحتمـل إن يصحّ البيع ، كما يصحّ في الإجارة كلّ دَلْو بتَمرةٍ ، وكلّ شهر بدرهم . وإن قال : بعتُك هـذه الصُّبرةَ الأخرى بعَشَرةِ دراهم ، على أن أزيدك قفَيزاً ، أو أنقصَك قفيزاً لم يصحّ . لأنه لا يدرى : أيزيده ، أم ينقُصُه ، ولو قال : على أن أزيدك قفـيزاً لم يجز . لأن القفيز مجهولٌ . ولو قال : أزيدُك قفيزاً من هذه الصُّبرة الأخرى ، أو وصفه بصفةٍ يعلم بها صحّ . لأن معناه : بعتُك هذه وقفيزاً من هذه الأخرى بعشَرَة دراهم . وإن قال : على أن أنقُصَك قفـيزاً لم يصح . لأن معناه : بعتُك هذه الصبرة إلاّ قفيزاً كل قفيزٍ بدرهم ، وشيء مجهولٍ . لو قال : بعتُك هـذه الصُّبرة كلّ قفيز بدرهم ، على أن أزيدك قفيزاً من هـذه الصبرة الأخرى لم يصحّ . لإفضائه إلى جَهالة الثمن في التفصيل . لأنه يَصيرُ قفيزاً ، وشيئاً بدرهم ، والشيء لا يعرفانه ، لعـدم معرفتهما بكمّية ما في الصُّبرة من القُفزانِ ولو قصد : أني أحُطّ ثمن قفيزٍ من الصُّبرة لا أحتسب به لم يصحّ ، للجهـالة التي ذكرناها . وإن كانت الصُّبرة معلوماً قدرُ قُفزانِها لهما ، أو قال : هذه عشرةُ أقفزةٍ بعتُكها كلّ قفيز بدرهم ، على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصُّبرة ، أو وصفه بصفةٍ يُعلم بها صحّ . لأن معناه بعتُك كلّ قفيزٍ وعُشرٍ قفيز بدرهم . وإن لم يَعْلَمِ القفيز أو جعله هِبَةً لم يصحّ ، وإن أراد أنى لا أحسبُ عليـك بثمن قفيز منها ، صحّ أيضاً . لأنهما ، لمـا علما جُملةَ الصُّبرةِ علماً ما ينقُصُ من الثمن . ولو قال : على أن أنقصُك قفيزاً ، صحّ . لأن معناه بعتُك تسعةَ أقفِزَةٍ بعَشَرةِ دراهم وكل قفيز بدرهم ، وتُسْعٍ . وحُـكى عن أبي بكر ، أنه يصح في جميع المسائل ، على قياس قول أحمدَ ، لأنه يُجيز الشرط الواحـد . ولا يصحّ هـذا . لأن المبيع مجهولٌ فلا يصحّ بيعُه ، بخلاف الشرط الذي يُفْضي إلى جَهالةٍ .

٢٩٦٠ (فصل) ولو باع مالا تتساوى أجزاؤه . كالأرض ، والثوب ، والقطيع من الغنم ، ففيـه نحوٌ من مسائل الصُّبر : وإن قال : بعتك هذه الأرض ، أو هذه الدار ، أو هذا الثوب ، أو هذا القطيع بألفٍ ، صحّ إذا كان مُشاهداً ، أو قال . بعتك نصفه ، أو ثلثه ، أو ربعه ، بكذا صحّ أيضاً ، فإن قال :

بعتُكَه كلَّ ذِراعٍ بدرهم ، أو كلَّ شاةٍ بدرهم ، صحّ ، وإن لَمْ يعلما قَدْر ذلك حالَ العقد ، لما ذكرنا في الصُّبرة ، وإن قال : بعتُك من الثوب كلّ ذراعٍ بدرهم ، أو من القطيع كلّ شاةٍ بدرهم ، لم يصحّ . لأنه مجهول : وإن باعه شاةً من القطيع لم يصحّ ، لأن شياه القطيع غيرُ متساويةِ القِيَم ، فيُفضي ذلك إلى التنازع ، بخلاف القفيز من الصُّبْرةِ . فإنه يصحّ . لأن أجزاءها متساويةٌ . وإن باعه ذراعاً من الدار ، أو عشرة أذرُع منها ، يريدان بذلك قدراً غيرُ مُشاع لم يصحّ ، كذلك . وإن أراد مُشاعاً منها ، وهما يعلمان عدد ذُرْعانها صحّ . وبهذا قال الشافعيّ : وقال أبو حنيفة : لا يصحّ . لأن الذراع عبارةٌ عن بُقْعةٍ بعينها ، وموضعُه مجهول .

ولنا : أن عشرةً من مائةٍ عُشْرُها . ولو قال : بعتُكَ عُشْرَها صحّ ، فكذلك ، إذا قال : بعتُك عشرةً من مائةٍ . وما ذكروه غير مُسلّم ، بل هو عبارة عن قدر ، كما أن المكيال عبارةٌ عن قدر . فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جُزءاً منها . وإن اتفقا على أنهما أرادا قدراً منها غيرَ مُشاعٍ لم يصحّ البيعُ . وإن كانا لا يعلمان ذُرْعانَ الدار لم يصحّ . لأن الجملة غيرُ معلومة ، وأجزاء الأرض مختلفةٌ . فلا يُمكن أن تكون مُعيّنةً ، ولا مُشاعة . وإن قال : بعتُك من الدار من ههنا إلى ههنا جاز . لأنه معلوم ، وإن قال : عشرةَ أذرُع ابتداؤها من ههنا إلى ههنا ، إلى حيث ينتهي الذَّرْعُ لم يصحّ ، لأن الذرع يختلفُ ، والموضع الذي يُنْتَهى إليه لا يُعلم حالَ العقد . ولو قال : بعتُكَ نصيبي من هذه الدار ، ولا يعلم قدر نصيبه منها ، أو قال : نصيباً منها ، أو سهماً ، لم يصحّ ، لأنه مجهول . وإن علما ذلك صحّ ، وإن قال : بعتُك نصفَ داري ممّا يلي دارَك لم يصحّ ، نصّ عليه ، لأنّه لا يدري إلى أين ينتهي ، فيكون مجهولاً .

٢٩٦١ (فصل) ولو باعه عبداً من عبدين ، أو أكثر ، لم يصحّ . وبه قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : إذا باعه عبداً من عبدين ، أو من ثلاثةٍ بشرط الخيار له ، صحّ لأن الحاجة تدعو إليه ، وإن كانوا أكثر لم يصحّ . لأنه يكثُر الغَرَرُ .

ولنا : أن ما تختلف أجزاؤه . وقيمته لا يجوز شراء بعضه غيرَ مُعيّن ، ولا مُشاعاً ، كالأربعة . وما لا يصحّ بغير شرط الخيار لا يصحّ بشرطه . كالأربعة . ولا حاجة إلى هذا فإن الاختيار يمكن قبلَ العقد . ثم ما قالوه يَبْطُل بالأربعة .

٢٩٦٢ (فصل) وحكم الثوب حكم الأرض إلاّ أنه إذا قال : بعتُك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا الموضع صحّ . فإن كان مما لا ينقُصه القطعُ قطعاه ، وإن كان مما ينقُصه القطع ، وشرطَ البائعُ أن يقطعه له ، أو رضي بقطعه هو والمشتري ، جاز . وإن تشاحّا في ذلك كانا شريكين فيه ، كما يشتركان

فى الأرض ، وقال القـاضى : لا يصح . لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر . فأشبه مالو باعه نصفاً مُعيَّناً من الحيوان .

ولنـا : أن التسليم مُمـكن ، ولُحوق الضرر لا يمنع التسليمَ . إذا رضيه البائع ، كما لو باعه نصفاً من الحيوان مُشاعاً . وفارق نصفَ الحيوان المعيّن . فإنه لا يمكنه تسليمُه مفرداً ، إلا بإتلافه ، وإخراجه عن المـالية .

٢٩٦٣ (فصـــل) إذا قال : بعتُك هذه الأرض ، أو هـذا الثوب ، على أنّه عَشرةُ أذرُع ، فبان أحدَ عشَر ، ففيه روايتان .

إحداهما : البيعُ باطل . لأنه لا يمكن إجبار البـائع على تسليم الزيادة ، وإنّما باع عشرةً ، ولا المشترى على أخذ البعض ، وإنّما اشترى الـكلّ ، وعليه ضررٌ فى الشركة أيضاً .

والثانية : البيعُ صحيح ، والزيادة للبائع . لأن ذلك نقصٌ على المشترى، فلايمنع صحّة البيع . كالعيب ، ثم يخـيّر البائعُ بين تسليم المبيع زائداً ، وبين تسليم العشرة : فإن رضى بتسليم الجميع فلا خيار للمشترى . لأنه زاده خيراً . وإن أبى تسليمه زائداً ، فللمشترى الخيارُ بين الفسخ ، والأخـذ بجميع الثمن المسمّى . وقِسْط الزائد . فإن رضى بالأخذ أخذ العشرةَ ، والبائعُ شريكٌ له بالذراع وهل للبائع خيارُ الفسخ ؟ على وجهين:
أحدهما : له الفسخ . لأن عليه ضرراً فى المشاركة .

والثانى : لا خيار له . لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن . فإذا وصـل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه ، كان زيادةً ، فلا يستحقّ بها الفسخ . ولأن هذا الضرر حصل بتغريره ، وإخباره ، بخلاف غيره. فلاينبغى أن يَتسلّط به على فسخ عقد المشترى ، فإن بذلها البائعُ للمشترى بثمنٍ ، أو طلبها المشترى بثمَنٍ ، لم يلزم الآخرَ القبول ، لأنها معارضةٌ يُعتبر فيها التراضى منهما . فلا يُجْبَرُ واحدٌ منهما عليه ، وإن تراضيا على ذلك جاز ، فإن بان تسعة ففيه روايتان :

أحدهما : يبطلُ البيع ، لمـا تقدّم .

والثانية : البيعُ صحيح ، والمشترى بالخيار بين الفسخ والإمساك بقسطِ أعشار الثمن ، وقال أصحابُ الشافعىّ : ليس له إمساكُه إلاّ بكلّ الثمن ، أو الفسخ ، بناءً على قولهم : إنّ المَعيب ليس لمشتريه إلا الفسخ ، أو إمساكه بكلّ الثمن .

ولنا : أنه وجد المبيع ناقصاً فى القَدْر ، فـكان له إمساكه بقِسْطه من الثمن ، كالصُّـبْرَةِ إذا اشتراها على أنها مائةٌ . فبانت خمسين . وسَنُبَـيِّن أن المعيب له إمساكه وأخذ أرْشِهِ . فإن أخذها بقسطها من الثمن . فللبائع الخيار بين الرضا بذلك . وبين الفسخ . لأنه إنما رضى ببيعها بهذا الثمن كلّه . وإذا لم يصل

إليه كان له الفسخُ . فإن بذل له المشترى جميع الثمن لم يملك الفسخ ، لأنّه وصل إليه الثمنُ الذى رضيه . فأشبه ما لو اشترى مَعِيباً فرَضِيَهُ بجميع الثمن .

٢٩٦٤ (فصل) وإن اشترى صُبْرَةً على أنَّها عشرةُ أقفِزَةٍ ، فبانت أحدَ عشر ، ردّ الزائد ، ولا خيار له ههنا . لأنه ضرر فى الزيادة . وإن بانت تسعةً أخذها بقسطها من الثمن ، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمّى الكيلَ فى الصُّبرةِ لايكون قبضُها إلاّ بالكيل ، فإذا كالها فوجدها قدر حقّه أخذها . وإن كانت زائدةً ردّ الزيادة . وإن كانت ناقصةً أخذها بقسطها من الثمن ، وهل له الفسخُ إذا وجدها ناقصةً؟ على وجهين :

أحدهما : له الخيار ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنه وجد المَبيع ناقصاً . فكان له الفسخُ كـ:ير الصُّبرة ، وكنقُصان الصفة .

والثانى : خيار له . لأن نُقصان القدر ليس بعيب فى الباقى من الكيل ، بخلاف غيره .

٢٩٦٥ (فصل) إذا باع الأدهان فى ظروفها جُملةً ، وقد شاهدها جاز . لأنّ أجزاءها لا تختلف فهو كالصُّبرة . وكذلك الحكم فى العسل ، والدِّبْسِ ، والخَلّ ، وسائر المائعات التى لا تختلفُ . وإن باعه كلّ رِطْلٍ بدرهم ، أو باعه رطلاً منها ، أو أرطالاً معلومةً يَعْلَمُ أنّ فيها أكثرَ منها ، أو باعه جزءاً مُشاعاً ، أو جزاء ، أو باعه إيّاه مع الظرف بعشرة دراهم ، أو بثمنٍ معلوم جاز . وإن باعه السمنَ ، والظرف كلّ رطل بدرهم ، وهما يعلمان مبلغ كلّ واحد منهما ، صحّ . لأنه قد علم المبيعَ والثمن . فإن لم يعلما ذلك جاز أيضاً . لأنه قد رضى أن يشترى الظرف كلّ رِطْلٍ بدرهم ، وما فيه كذلك ، فأشبه ما لو اشترى ظرفين فى أحدهما سمن ، وفى الآخر زيت ، كلّ رطل بدرهم ، وقال القاضى : لايصحّ ، لأن وزن الظرف يزيدُ ،وينقُص ،فيدخُل على غَرر ، والأول أصح . لأن بيع كلّ واحدمنهما مُنفرداً يصحّ لذلك . فكذلك إذا جمعهما ، كالأرض المختلفة الأجزاء ، والثياب ، وغيرها ، وأما إن باعه كلّ رطل بدرهم ، على أن يزن الظرف ، فيحتسبَ عليه بوزنه ، ولا يكون ، مبيعاً وهما يعلمان زنةَ كلّ واحد منهما ، صحّ . لأنّه إذا علم أن الدهن عشرة ، والظرف رطلاً كان معناه : بعتُك عَشَرَةَ أرطالٍ باثنى عشرَ دِرهما . وإن كانا لا يعلمان زِنَةَ الظرف ، والدهن ، لم يصحّ . لأنّه يؤدى إلى جَهالة الثمن فى الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعا ، أو زنة أحدهما لذلك .

٢٩٦٦ (فصل) وإن وجد فى ظرف السمن[1] رُبًّا ، فقال ابن المنذر : قال أحمد ، وإسحاق : إن كان سَمّانا عنده سمنٌ أعطاه بوزنه سَمْناً ، وإن لم يكن عنده سمنٌ أعطاه بقَدْرِ الرُّبّ من الثمن ، وألزمه شُريح

(١) الرب : الثفل من كل عصير ، أومائع .

بقدر الرُّبِّ سمناً ، بكلِّ حالٍ . وقال الثوريّ إن شاء أخذ الذى وجده ، ولا يُكلَّف أن يُعطيه بقدر الرُّبِّ سمناً .

ولنا : أنه وجد المبيع المكيلَ ناقصاً . فأشبه مالو اشترى صُبْرةً ، فوجد تحتها رَبْوةً[١] ، أو اشتراها على أنها عشرةُ أقفزةٍ ، فبانت تسعةً . وقد بيّنا أنه يأخذُ الموجودَ بِقِسْطِهِ من الثمن ، كذا ههنا . فعلى هذا إنما يأخذُ الموجود من السمن بِقِسطه من الثمن ، ولا يلزَمُ البائع أن يُعطيه سَمْناً ، سواء كان موجوداً عنده ، أو لم يكن ، فإن تراضيا على إعطائه سَمْناً جاز ، والله أعلم .

باب المصراة ، وغير ذلك

التصرية : جمع اللبن فى الضَّرْع ، يقال : صَرَّى الشاةَ ، وصرَّى اللَّبَن فى ضَرْعِ الشاةِ بالتشديد ، والتخفيف . ويقال : صَرَّى الماء فى الحوض ، وصَرَّى الطَّعَامَ فِي فيه ، وصَرَى الماء فى ظهره ، إذا ترك الجماع ، أنشد أبو عُبَيْدَة :

رَأَيْتُ غُلاَمَاً قَدْ صَرَى فِي فِقْرَتِهِ   مَاءَ الشَّبَابِ عُنْفُوانَ شِرَّتِهِ[٢]

وماء صرًى وصَرٍ إذا طال استنقاعُه . قال البخاريّ : أصل التصرية حَبْسُ الماء ، يقال : صَرَبْتُ الماء ، ويقال للمصرّاة : المُحَفَّلة[٣] وهو من الجمع أيضاً ، ومنه سُمِّيتْ مجامعُ الناس محَافِلَ .

والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشترى . لقول النبيِّ صلى الله عليه وسلم « لاَ تُصَرُّوا » وقوله « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » وروى ابن ماجه فى سننه ، عن النبيِّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « بَيْعُ المُحَفَّلاَتِ خِلاَبَةٌ . وَلاَ تَحِلُّ الخِلاَبَةُ[٤] لِمُسْلِمٍ » رواه ابن عبد البرّ (ولا يَحلّ خِلاَبَةٌ لمُسلم) .

٢٩٦٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى مُصَرّاةً وهُو لايعلم ، فهو بالخيار بين أن يقبلها ، أو يردّها ، وصاعاً من تمر ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

الأول : أن من اشترى مُصَرّاةً من بهيمة الأنعام لم يَعْلم تَصْرِيَتها ، ثم علم . فله الخيار فى الردّ ، والإمساك . رُوى ذلك عن ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبى هريرة ، وأنس ، وإليه ذهب مالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، وعامّة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ، ومحمد إلى أنه

---

(١) الربوة : المكان المرتفع ، فتظهر الصبرة فى رأى العين كبيرة والواقع أنها صغيرة ، وهذا غش .

(٢) الفقرة . بكسر الفاء وفتحها مع سكون القاف . ومثلها الفقارة بفتح الفاء ، إحدى عظام الظهر ، وشرته قوته ونشاطه .   (٣) المحفلة : المجمعة أى المجتمع لبنها فيها .

(٤) الخلابة : الخداع والغش .

لا خيارَ له . لأن ذلك ليس بعَيْب . بدليل أنه لو لم تكن مُصَرّاةً فوجدها أقلَّ لبناً من أمثالها لم يملك رَدّها . والتدليس بما ليس بعيب لا يُثْبِتُ الخيارَ . كما لو علفها ، فانتفخ بطْنها ، فظنّ المشترى أنّها حامل .

ولنا : ما رَوى أبو هريرة عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « لاَ تُصَرُّوا الإِبِلَ ، والغَنَم ، فمنَ ابْتَاعَها بَعْدُ فإنّه بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَها إنْ شَاء أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ شَاء رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمرٍ » متفق عليه ، ورَوى ابن عمر ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالخيارِ ثَلاَثَةَ أَيّامٍ ، إن رَدَّهَا رَدَّ مَعهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَىْ لَبَنِها قَمْحاً » رواه أبو داود . ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمنُ باختلافه . فوجب به الردّ ، كما لو كانت شمطاء[1] فسَودَ شَعْرَهَا ، وقياسُهم يبطُل بتسويد الشعر . فإنّ بياضه ليس بعيب ، كالكِبرَ . وإذا دَلّسه ثبت له الخيار . وأما انتفاخ البطن ، فقد يكون من الأكل ، والشرب ، فلا معنى لحمله على الحمل . وعلى أن هذا القياس يخالف النصّ . واتباعُ قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى .

إذا تقرر هذا : فإنّما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشترى عالماً بالتصرية . فإن كان عالماً لم يثبُت له الخيار . وقال أصحاب الشافعىّ . يثبُت له الخيار فى وجهٍ ، للخبر . ولأن انقطاع اللبن لم يوجد . وقد يبقى على حاله . فلم يُجْعَل ذلك رِضىً ، كما لو تزوجت عِنِّيناً ثم[2] طلبت الفسخ .

ولنا : أنه اشتراها عالماً بالتدليس ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى من سُوِّد شعرُها عالماً بذلك . ولأنه دخل على بصيرة . فلم يثبُت له الردّ ، كما لو اشترى مَعيباً يعلم عيبه ، وبقاء اللبن على حاله نادرٌ ، بعيد ، لا يعلّق عليه حُكم . والأصل الذى قاسوا عليه ممنوع . ولو اشترى مُصَرّاةً ، فصار لبنها عادةً ، واستمرّ على كثرته ، لم يكن له الردّ . وقال أصحاب الشافعىّ : له الردّ فى أحد الوجهين ، للخبر . ولأن التدليس كان موجوداً حال العقد فأثبت الردّ ، كما لو نقص اللبن .

ولنا : أن الردّ جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ، ولم يُوجد ، فامتنع الردّ . ولأن العيب لم يوجد ، ولم يختلف صفة المبيع عن حالة العقد . فلم يثبُت التدليس . ولأن الخيار ثبت لدفع الضرر ، ولم يُوجد ضرر .

(الفصل الثانى) أنه إذا ردّ لزمه ردّ بدل اللبن . وهذا قولُ كلّ من جوز ردّها . وهو مقدر فى

---

(١) هذا فى الجارية أيام وجود الرق وبيع الإماء ، فإذا كانت الجارية كبيرة السن بيضاء الشعر فسود شعرها فهو غش .

(٢) العنين . الذى لا يأتى النساء عجزا على إتيانهن ، أو عدم إرادة لهن .

الشرع بصاعٍ من تمر . كما فى الحديث الصحيح الذى أوردناه ، وهـذا قول الليث ، وإسحاق ، والشافعىّ ، وأبى عُبَيْد ، وأبى ثور . وذهب مالك ، وبعض الشافعيّة إلى أن الواجب صاعٌ من غالب قوت البلد . لأنّ فى بعض الحديث « وَرَدَّ مَعَها صَاعاً مِنْ طَعَامٍ » وفى طعام « وَرَدَّ مَعَها مِثْلَ أَوْ مِثْلَىْ لَبنِها قَمْحاً » فجمع بين الأحاديث . وجعل تنصيصه على التمر ، لأنّه غالبُ قوت البلد فى المدينة ، ونَصّ على القمح . لأنه غالبُ قوت بلدٍ آخرَ ، وقال أبو يوسف : يردّ قيمة اللبن ، لأنه ضمان مُتلَف ، فكان مقدّراً بقيمته ، كسائر المُتلفات ، وحُـكى ذلك عن ابن أبى ليلى ، وحُـكى عن زُفَر : أنه يردّ صاعاً عن تمر ، أو نصف صاعٍ من بُرّ ، بناء على قولهم فى الفطرة ، والـكفّارة .

ولنا : الحديثُ الصحيح الذى أوردناه ، وهو المعتمد عليه فى هذه المسألة . وقد نصّ فيه على التمر ، فقال « إنْ شَاء رَدَّها وَصَاعاً منْ تَمْرٍ » وفى لفظ للبخاريّ « مَنِ اشْتَرَى غَنَماً مُصَرَّاةً فاحْتَلَبَهَا ، فإنْ رَضِيَها أَمْسَكَها وَإنْ سَخِطَهَا فَفِى حَلْبَتِها صاعٌ مِنْ تَمْرٍ » وفى لفظ لمسلم رواه ابن سيرين ، عن أبى هريرة ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « وَرَدَّ صاعاً مِنْ تَمْرٍ لاَ سَمْراء » وفى لفظ له «طَعَاماً لاَسَمْراء » يعنى لا يَرُدّ قمحاً والمراد بالطعام هاهنا التمر . لأنه مُطلق فى أحد الحديثين ، مُقيّد فى الآخر فى قضية واحدةٍ . والمُطلق فيما هذا سبيلة يُحمل على المقيّد . وحديث ابن عُمر مطَّرحُ الظاهر بالاتفاق . إذ لاقائل بإيجاب مثل لبنها ، أو مِثْلَىْ لبنها قمحاً . ثم قد شكّ فيه الراوى ، وخالفته الأحاديثُ الصِّحاح فلا يُعوّل عليه . وقياس أبى يوسف مخالف للنصّ . فلا يُلتفت إليه . ولا يَبعُد أن يقدرّ الشرع بدل هذا المُتلَف قطعاً للخصومة ، ودفعاً للتنازُع ، كما قدّر بدَل الآدمىّ ، ودِيَة أطرافهِ . ولا يمـكن حملُ الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن ، فلذلك أوجبه ، لوجوه ثلاثةٍ :

أحدها : أن القيمة هى الأثمان لا التمر .

الثانى : أنه أوجب فى المُصرّاة من الإبل ، والغنم جميعاً صاعاً من تمر ، مع اختلاف لبنها .

الثالث : أن لفظه للعموم . فيتناول كلّ مُصَرّاةٍ . ولا يتفق أن تـكون قيمة لبن كل مُصَرّاة صاعاً . وإن أمـكن أن يـكون كذلك فيتعيّن إيجاب الصاع . لأنه القيمةُ التى عيّن الشارع إيجابهَا . فلا يجوز أن يُعدل عنها ، وإذ قد ثبت هذا ، فإنّه يجب أن يـكون الصاع من التمر جَيّداً غيرَ مَعِيبٍ . لأنهُ واجبٌ بإطلاق الشارع . فينصرف إلى ماذكرناه ، كالصاع الواجب فى الفِطْرة ولا يجب أن يكون من الأجود ، بل يجوز أن يكون من أدنى ما يقع عليه اسمُ الجَيّد . ولافرق بين أن تـكون قيمة التمر مثلَ قيمة لبن[1] الشاة ، أو أقلّ ، أو أكثر . نصّ عليه أحمد . وليس هذا جمعاً بين البدل والمُبدل . لأن التمر بدلُ اللبن قدّره الشرعُ به ، كما قدّر فى يدى العبد قيمتَه ، وفى يديه ورجليه قيمتَه مرّتَيْنِ ، مع بقاء العبد على ملك سيّده .

(١) لفظ لبن ساقط من جميع الأصول المطبوعة وبدونه يفسد المعنى .

وإن عدم التمر في موضعه فعليه قيمتهُ في الموضع الذي وقع عليه العقـدُ لأنه بمثابة عينٍ أتلفها ، فيجبُ عليه قيمتُها .

٢٩٦٨ (فصل) وإن علم بالتصرية قبل حلبها ، مثلُ أن أقرّ به البائعُ ، أو شهد به من تُقبلُ شهادته . فله ردُّها ، ولا شيء معها . لأنّ التمر إنما وجب بدلاً للّبن المحتلَب ، ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ اشتَرَى غَنَماً مُصَرَّاةً فاحْتَلَبَها . فإنْ رَضِيهَا أَمْسَكَها . وإنْ سَخِطَها ففي حَلْبَتِها صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » ولم يأخذ لها لبناهنا . فلم يلزمه رد شيء معها . وهذا قول مالك . قال ابن عبد البرّ : هذا مالاخلاف فيه ، وأما لو احتلبها ، وترك اللبن بحاله ، ثم ردّها ردّ لبنها : ولا يلزمه أيضاً شيء . لأن المبيع إذا كان موجوداً فردَّه لم يلزمهُ بدلُه . فإن أبى البائع قبوله ، وطلب التمر لم يكن له ذلك ، إذا كان بحاله لم يتغيّر . وقيل : لا يلزمه قبوله ، لظاهر الخبر . ولأنه قد نقص بالحلب ، وكونُه في الضرع أحفظُ له .

ولنـا : أنه قدر على ردّ المُبْدَل فلم يلزمه البدل ، كسائر المُبْدَلات مع أبدالها . والحديث المراد به ردّ التمر حالةَ عدم اللبن لقوله « فَفِي حَلْبَتِها صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » ولما ذكرنا من المعنى . وقولهم : إن الضرع أحفظُ له لا يَصحّ . لأنه لا يمكن إبقاؤه في الضرع على الدوام ، وبقاؤه يضرّ بالحيوان . وإن كان اللبن قد تغيّر ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قبوله . وهذا قول مالك ، للخبر . ولأنه قد نقص بالحمُوضة ، أشبه ما لو أتلفه .

والثاني : يلزمه قبوله . لأنّ النقص حصـل بإسلام[1] المبيع ، وبتغرير البائع ، وتسليطه على حَلْبه . فلم يمنع الردّ ، كلبن غير المُصَرّاة .

٢٩٦٩ (فصل) وإذا رضي بالتصرية ، فأمسكها ، ثمّ وجد بها عيباً آخر ردّها به . لأن رضاه بعيب لا يمنع الردّ بعيب آخرَ ، كما (لو)[2] اشترى أعرج ، فرضي بعيبه ، ثم أصاب[3] به برصاً ، وإذا ردّه لزمه صاع من تمر ، عِوَضَ اللبن . لأنه قد جُعل عوضاً له فيما إذا ردّها بالتصرية ، فيكون عِوَضاً له مُطْلَقاً .

٢٩٧٠ (فصل) ولو اشترى شاةً غير مُصَرّاة ، فاحتلبها ، ثم وجد بها عيباً ، فله الردّ ، ثمّ إن لم يكن

(١) في النسخ المطبوعة (باستلام المبيع) وهو تصحيف لم ينبه عليه في الخطأ والصواب .

(٢) لفظ لو ساقط من النسخ المطبوعة .

(٣) أصاب به برصا : وجد به برصا .

فى ضرعها لبن حال العقد فلا شىء عليه . لأنَّ ما حدث من اللبن بعد العقد يحدُث على ملك المشترى . وإن كان فيه لبنٌ حال العقد إلاَّ أنه شىء لا يخلو الضرع من مثله فى العادة ، فلا شىء فيه ، لأنَّ مثل هذا لا عبرةَ به ، ولا قيمة له فى العادة ، فهو تابع لما حدث . وإن كان كثيراً ، وكان قائماً بحاله ، فهل له ردّه ؟ ينبنى على ردّ لبن التصرية . وقد سبق . فإن قلنا : ليس له ردّه كان بقاؤه كتلفه ، وهل له أن يردّ المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئاً فتلف منه جزء ، أو تعيّب . والأشهر فى المذهب . أنه يردّه ، فعلى هذا يلزمه ردّ مثل اللبن . لأنه من ذوات الأمثال . والأصلُ ضمانُ ما كان من المِثْليّات بمثله ، إلا أنه خولف فى لبن التصرية بالنصّ ، ففيما عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذا الفصل نحوٌ مما ذكرنا .

(الفصل الثالث فى الخيار) اختلف أصحابُنا فى مدّته . فقال القاضى : هو مقدّر بثلاثة أيام ، ليس له الردّ قبل مُضيِّها. ولا إمساكها بعدها : فإن أمسكها بعد ذلك لم يكن له الردّ ، قال : وهو ظاهر كلام أحمد ، وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ ، لأن أبا هريرة رَوى أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً ، فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا ، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرٍ » رواه مسلم . قالوا : فهذه الثلاثة قدّرها الشارعُ لمعرفة التصرية ، فإنها لا تعرف قبل مضيّها . لأنّها فى اليوم الأول لبنُها لبن التصرية ، وفى الثانى يجوز أن يكون لبنُها نَقَص لتغيُّر المكان ، واختلاف العَلَف . وكذلك فى الثالث . فإذا مضت الثلاثةُ استبانت التصريةُ ،وثبت الخيارُ على الفور . ولا يثبُت قبل انقضائها. وقال أبو الخطّاب : عندى متى ثبتت التصرية جاز له الردّ قبل الثلاثة ، وبعدها . لأنه تدليس يُثْبِتُ الخيارَ ، فملك الردّ به ،إذا تبيّنه ، كسائر التدليس . وهذا قول بعض المدنيين ، فعلى هذا يكون فائدةُ التقدير فى الخبر بالثلاثة . لأن الظاهر أنه لا يحصلُ العلم إلا بها ، فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فإن حصل العلمُ بها ، أو لم يحصُل بها فالاعتبار به دونها ، كما فى سائر التدليس . وظاهر قول ابن أبى موسى : أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار فى الأيام الثلاثة إلى تمامها. وهذا قول ابن المنذر ، وأبى حامد من أصحاب الشافعىّ . وحكاه عن الشافعىّ نصاً ، لظاهر حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنّه يقتضى ثبوتَ الخيار فى الأيام الثلاثة كلِّها ، وعلى قول القاضى : لا يثبُت الخيار فى شىء منها ، وإنما يثبُت عقبها ، وقول أبى الخطّاب : يُسوّى بين الأيام الثلاثة وبين غيرها ، والعملُ بالخبر أولى ، والقياسُ ما قال أبو الخطّاب . لأن الحكم كذلك فى العيوب ، وسائر التدليس .

٢٩٧١ « مسألة » قال ﴿ وسواء كان المشترَى ناقةً أو بقرةً أو شاةً ﴾ .

جمهور أهل العلم : على أنه لا فرق فى التصرية بين الشاة والناقة والبقرة ، وشذّ داود . فقال : لا يثبُت

الخيارُ بتصرية البقرة . لأن الحديث « لاتُصَرُّوا الإبِلَ والغَنَمَ » فدلّ على أن ماعداهما بخلافهما . ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص . والقياسُ لاتثبت به الأحكام .

ولنا : عموم قوله «مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً ، فهُوَ بالخِيارِ ثلاثةَ أيامٍ » وفي حديث ابن عمر « مَنِ ابتَاعَ مُحَفَّلَةً » ولم يُفصِّل ، ولأنه تصريةٌ بلبن من بهيمة الأنعام . أشبه الإبل والغنم ، والخبرُ فيه تنبيه على تصرية البقر . لأن لبنها أغزرُ ، وأكثر نفعاً ، وقولهم : إن الأحكام لاتثبُت بالقياس ممنوع ، ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه ، وهو حُجّة عند الجميع .

٢٩٧٢ (فصل) إذا اشترى مُصَرَّاتين ، أو أكثر في عقد واحد فردَّهُنّ ردّهُنّ ردَّ مع كل مُصَرَّاةٍ صاعا ، وبهذا قال الشافعيّ ، وبعض أصحاب مالك . وقال بعضهم : في الجميع صاع واحد ، لأنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنِ اشْتَرَى غَنَمَاً مُصَرَّاةً ، فاحْتَلَبهَا ، فإنْ رَاضِيهَا أَمْسَكَهَا ، وإنْ سَخِطَهَا فَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » .

ولنا : عموم قوله « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً - و - مَنِ اشتَرَى مُحَفَّلَةً » وهذا يتناول الواحدة ، ولأن ما جُعل عوضاً عن الشيء في صفقتين وجب إذا كان في صفقة واحدة ، كأرش العيب . وأما الحديث فإنّ الضمير يعودُ إلى الواحدة .

٢٩٧٣ (فصل) فإن اشترى مُصَرَّاةً من غير بهيمة الأنعام ، كالأمة ، والأتان ، والفرس ، ففيه وجهان :

أحدهما : يثبُت له الخيار ، اختاره ابن عقيل ، وهو ظاهر مذهب الشافعيّ ، لعموم قوله « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً وَمَنِ اشْتَرَى مُحَفَّلَةً » ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به ، فأثبت الخيار ، كتصرية بهيمة الأنعام . وذلك أن ابن الآدميّة يُراد للرضاع ، ويرغب فيها ظِئْراً ويحسّن ثَدْيهَا . ولذلك لو اشترط كثرةَ لبنها . فبان بخلافه ملكَ الفَسْخَ ، ولو لم يكن مقصوداً لما ثبت باشتراطه ، ولا ملَكَ الفسخ بعدَمِه . ولأنّ الأتان ، والفرس يرادان لولدهما .

والثاني : لايثبُت به الخيار . لأن لبنها لا يُعتاض عنه في العادة ، ولا يُقصد قصد لبن بهيمة الأنعام ، والخبر ورد في بهيمة الأنعام . ولا يصحُّ القياس عليه . لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثرُ ، واللفظ العامٌّ أريد به الخاصّ . بدليل أنه أمرفي ردّها بصاع من تمر . ولا يجب في لبن غيرها . ولأنه ورد عامًّا ، وخاصًّا في قضيّة واحدةٍ . فيُحمل العامّ على الخاصّ . ويكون المراد بالعامّ في أحد الحديثين الخاصّ في الحديث الآخر . وعلى الوجه الأول : إذا ردّها لم يلزم بدلُ لبنها . ولا يردّ معها شيئاً . لأن هذا اللبن لا يُباع عادةً ، ولا يُعارض عنه .

٢٩٧٤ (فصل) وكلّ تدليس يختلف الثمن لأجله ، مثل أن يُسَوِّد شعر الجارية ، أو يجعّده ، أو يحمّر وجهها ، أو يضمر المـاء على الرحا ، ويُرسله عند عَرْضها على المشـترى ، يُثبت الخيـار . لأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه ، فأثبت الخيار ، كالتصرية ، وبهذا قال الشافعيّ ، ووافق أبو حنيفة فى تسويد الشعر . وقال فى تجعيده : لايثبُت به الخيار . لأنه تدليس بما ليس بعيب . أشبه مالو سوَّد أناملَ العَبْد ، ليظنّه كاتباً ، أو حدَّاداً .

ولنا : أنه تدليس بما يختلف به الثمن . أشبه تسويد الشعر ، وأما تسويد الأنامل فليس بمختصّ بكونه كاتباً . لأنه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة ، أو كان غلاماً لـكاتب يُصلح له الدواة ، فظنُّه كاتباً طمع لايستحقّ به فسخاً . فإن حصل هذا من غير تدليس ، مثل أن اجتمع اللبنُ فى الضرع من غير قصد ، أو احمرّ وجهُ الجارية لخجَلٍ أو تعبٍ ، أو تَسَوَّدَ شعرُها بشىء وقع عليه . فقال القاضى : له الردّ أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشترى ، والضرر واجب الدفع ، سواء قُصد أو لم يُقْصد فأشبه العيب ، ويحتمل أن لايثْبت الخيار لحُرْة وجهها بخَجلٍ ، أو تعَبٍ . لأنه يحتمل ذلك ، فيتعيّن ظنّه من خِلْقته الأصلية طمعاً . فأشبه سواد أنامل العبد .

٢٩٧٥ (فصل) فإن علف الشاة فملأخواصرها ، وظنّ المشترى أنّها حاملٌ ، أو سوّدَ أنامل العبد ، أو ثوبه ، يوهم أنه كاتب ، أو حدّاد ، أو كانت الشاةُ عظيمةَ الضرع خِلْقَةً ، فظنّ أنها كثيرةُ اللبن ، لم يكن له خيارٌ ، لأنّ هذا لا يتعيّن للجهة التى ظنها فانّ امتلاء البطن قد يكون لأكل ، أو شُرْبٍ ، أو غيرهما وسواد أنامل العبد قد يكون لولَع بالدواة ، أو لـكونه شارعاً فى الـكتابة ، أو غُلاماً لـكاتب ، فحملهُ على أنّه كاتب من باب الطمع ، فلا يُثْبِتُ خياراً .

٢٩٧٦ (فصل) وإذا أراد إمساك المدلَّس ، وأخْذَ الأرش لم يكن له أرش . لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجعل له فى المُصَرّاة أرشاً . وإنما خيره فى شيئين قال « إنْ شَاءَ أَمْسَكَ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ » ولأنّ المدلّس ليس بعَيْب . فلم يستحقّ من أجله عِوَضاً . وإن تعذّر عليه الردّ بتلف ، فعليه الثمنُ . لأنهُ تعذّر عليه الردّ فيما لاأرش له . فأشبه غير المدلّس ، وإن تعيّب عنده قبل العلم بالتدليس . فله ردّه وردّ أرش العيب عنده ، وأخذ الثمن . وإن شاء أمسك ، ولاشىء له . وإن علم التدليس ، فتصرّف فى المبيع بطل ردّه . كما لو تصرّف فى المبيع المعيب . وإن أخّر الردّ من غير تصرّف ، فحكمُهُ حكم تأخّر ردّ المعيب على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٢٩٧٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى أمةً ثيبّا ، فأصابها ، أو استغلّها ، ثم ظهر على عيب . كان مخيّراً بين أن يَرُدّها ، وأخذ الثمن كاملاً . لأن الخراج بالضمان ، والوطء كالخدمة ، وبين أن يأخذ مابين الصحّة والعيب ﴾ .

فى هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها : أن من علم بسلعته عيباً لم يجز بيعها حتى يُبيّنه المشترى . فإن لم يبيّنه فهو آثمٌ عاصٍ . نصّ عليه أحمد . لما روى حكيمُ بن حزام ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « البَيِّعان بالخيار ما لم يتفرّقا . فإن صَدَقا وبيّنا بُورِكَ لهما . وإنْ كذبا وكتما مُحِقَ بَرَكَةُ بيعهما » متفق عليه ، وقال عليه السلام « المُسْلِمُ أخو المُسْلِم لا يَحِلّ لمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أخيهِ بيعاً إلاّ بيّنَهُ لَهُ » وقال « مَنْ باعَ عَيْباً لَمْ يُبيِّنْهُ لَمْ يَزَل فِي مَقْتِ الله ، وَلَمْ تَزَلِ المَلاَئِكَةُ تَلْعَنُهُ » رواهما ابن ماجه . وروى الترمذيّ : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ غشّنا فَلَيْسَ مِنّا » وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والعمل عليه عند أهل العلم ، كرهوا الغِشّ وقالوا : هو حرامٌ . فإن باعه ، ولم يُبيّنه فالبيعُ صحيح فى قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ . وحُكى عن أبى بكر عبد العزيز : أن البيع باطلٌ . لأنه منهيٌّ عنه ، والنهيُ يقتضى الفسادَ .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نهى عن التَصْرِيَةِ وصحّح البيعَ » ، وقد رُوى عن أبى بكر أنّه قيل له ، ما تقول فى المُصَرّاة ؟ فلم يذكر جواباً .

الفصل الثانى : أنه متى علم بالبيع عَيْباً لم يكن عالماً به . فله الخيارُ بين الإمساك ، والفسخ ، وسواء كان البائعُ علم العيبَ . وكتمه ، أو لم يعلم . لا نعلمُ بين أهل العلم فى هذا خلافاً . وإثبات النبيّ صلى الله عليه وسلم الخيارَ بالتصرية تنبيهٌ على ثبوته بالعيب . ولأن مُطلق العقد يقتضى السلامةَ من العيب . بدليل ما رُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أنّهُ اشْتَرَى مَمْلوكاً فَكَتَبَ : هَذَا ما اشْتَرَى مُحَمّدُ بنُ عَبْدِ اللهِ مِنَ العَدّاء بْنِ خَالِدٍ ، اشْتَرَى مِنْهُ عَبْداً أوْ أمَةً لاَدَاءَ بِهِ ، ولاَ غَائِلَةَ ، بَيْعَ المُسْلِمِ المُسْلِم » فثبت أن بيع المسلم اقتضى السلامة . ولأنّ الأصل السلامة ، والعيبُ حادث ، أو مخالف للظاهر . فعند الإطلاق يُحمل عليها . فمتى فاتت فات بعضُ مقتضى العقد ، فلم يلزمه أخذُه بالعوض ، وكان له الردّ ، وأخذ الثمن كاملاً .

٢٩٧٨ (فصل) خيار الردّ بالعيب على التراخى ، فمتى علم العيب فأخّر الردّ لم يبطُل خيارُه ، حتى يوجد منه ما يدلّ على الرضا ، ذكره أبو الخطّاب ، وذكر القاضى شيئاً يدلُّ على أنّ فيه روايتين .

إحداهما : هو على التراخى . والثانية : هو على الفور . وهو مذهب الشافعيّ ، فمتى علم العيبَ ، فأخّر ردّه مع إمكانه ، بطل خيارُه . لأنه يدلّ على الرضا ، فأسقط خياره ، كالتصرّف فيه .

ولنا : أنه خيار لدفع ضرر مُتحقّق ، فكان على التراخى . كالقصاص ، ولا نُسلم دلالةَ الإمساك على الرضا به .

الفصل الثالث : أنه لا يخلو المبيعُ من أن يكون بحاله . فإنه يردُّه ، ويأخذ رأسَ ماله ، أو يكون قد زاد بعد العقد ، أو جُعلت له فائدة ، فذلك قسمان :

أحدهما : أن تكون الزيادةُ متّصلة ، كالسِّمَن ، والكِبَر ، والتعلُّم ، والحمل قبل الوضع ، والثمرة قبل التأبير ، فإنه يردُّها بنمائها ، لأنه يَتْبَعُ فى العقود والفسوخ .

القسم الثانى : أن تكون الزيادة منفصلة ، وهى نوعان .

أحدهما : أن تكون الزيادة من غير عين المبيع ، كالكَسْب ، وهو معنى قوله « أو استغلّها » يعنى أخذ غلّتها ، وهى منافعُها الحاصلة من جهتها ، كالخدمة ، والأجرة ، والكَسْب ، وكذلك ما يوهَب ، أو يوصَى له به فكلّ ذلك للمشترى فى مقابلة ضمانه ، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشترى ، وهو معنى قوله عليه السلام « الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » ولا نعلمُ فى هذا خِلافاً ، وقد رَوَى ابن ماجه ، عن هشام بن عمّار ، عن مسلم بن خالد ، عن هشام بن عُرْوَة ، عن أبيه ، عن عائشةَ رضى الله عنها « أنّ رجلا اشترى عبداً ، فاستغلّه ما شاء اللهُ ، ثم وجد به عيباً فردّه ، فقال : يا رسول الله ، إنّه استغلّ غُلامِى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » رواه أبو داود ، والشافعىّ ، ورواه سعيدٌ فى سننه ، عن مسلم بهذا الإسناد ، وقال فيه « الغَلّةَ بِالضَّمَانِ » وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم .

والنوع الثانى : أن تكون الزيادة من عين المبيع ، كالولد ، والثمرة ، واللبن ، فهى للمشترى أيضاً ، ويردّ الأصل دُونَها ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال مالك : إن كان النماء ثمرةً لم يردّها ، وإن كان ولداً ردّه معها ، لأن الردّ حكمٌ فسرَى إلى ولدها ، كالكتابة ، وقال أبو حنيفة : النماء الحادث فى يد المشترى يمنعُ الردّ ، لأنه لا يمكن ردّ الأصل بدونه ، لأنه من مُوجَبه ، فلا يُرفَع العقدُ مع بقاء مُوجَبه ، ولا يمكن ردّه معه ، لأنه لم يتناوله العقدُ .

ولنا : أنه حادث فى ملك المشترى ، فلم يمنع الردّ ، كما لو كان فى يد البائع ؛ وكالكسب ؛ ولأنّه نماء مُنفصلٌ ؛ فجاز ردّ الأصل بدونه ، كالكسب ، والثمرة ، عند مالك ، وقولهم : إن النماء مُوجَب العقد غيرُ صحيح ؛ إنما موجَبه المِلْكُ ، ولو كان مُوجَباً للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ ، وقولُ مالك لا يصحّ . لأن الولد ليس بمبيع ، فلا يمكن رده بحكم رد الأم ، ويبطُل ما ذكره بنقل المِلك بالهِبَة ؛ والبيع ، وغيرهما ؛ فإنه لا يسرى إلى الولد بوجوده فى الأمّ ، وإن كان قد نقص . فهذا نذكر حكمه إن شاء الله تعالى .

الفصل الرابع : إن كان المَبِيعُ جارِيةً ثَيِّباً فوطِئها المشترى قبل عِلمه بالعيب ، فله ردها ، وليس معها شىء . ورُوِى ذلك عن زيد بن ثابت . وبه قال مالك ، والشافعىّ وأبو ثور ، وعثمان البتّى ، وعن أحمد

روايةٌ أخرى: أنه يمنع الردَّ ويُروى ذلك عن عليٍّ رضى الله عنه . وبه قال الزهريّ، والثوريّ، وأبو حنيفة، وإسحاق . لأن الوطء يجرى مجرى الجناية . لأنه لا يخلو فى مِلك الغير من عقوبةٍ، أو مالٍ، فوجب أن يمنع، كما لو كانت بِكراً . وقال شُريح، والشعبى، والنّخعيّ وسعيد بن المسيّب، وابن أبى ليلى : يَرُدها ومعها أَرْشٌ . واختلفوا فيه . فقال شريح، والنخَعى : نصف عشر ثمنها . وقال الشعبى : حكومة . وقال ابن المسيِّب : عشرةُ دنانير . وقال ابن أبى ليلى : مَهْرُ مِثلها . وحُكى نحوُ قوله عن عمر بن الخطاب، رضى الله عنه . وذكره ابن أبى موسى، روايةً عن أحمد . لأنه إذا فَسخ صار واطئاً فى مِلك الغير، لكون الفسخ رفعاً للعقد من أصله .

ولنا : أنه معنًى لا ينقُص عينَها، ولا قيمتَها، ولا يتضمَّن الرضا بالعيب . فلا يمنع الرد، كالاستخدام، وكوطء الزوج . وما قالوه يبطل بوطء الزوج، ووطء البكر ينقُصُ ثمنها، وقولهم : يكون واطئاً فى ملك الغير : ليس بصحيح. لأنّ الفسخ رفعٌ للعقد من حينه، لا من أصله . بدليل أنه لا يُبْطِلُ الشفعة، ولا يوجب رد الكَسْب، فيكون وطؤه فى مِلكه .

٢٩٧٩ (فصل) ولو اشترى مُزوّجةً، فوطئها الزوجُ لم يمنع ذلك الردَّ بغير خلاف نعلمه، فإن زوّجها المشترى، فوطئها الزوج، ثم أراد ردَّها بالعيب، فإنْ كان ذلك النكاحُ باقياً فهو عيبٌ حادث . وإن كان قد زال، فحكمُه حكمُ وطء السيّد، وقد استحسن أحمد رحمه الله أنّه يمنع الردّ . وهو محمول على الرواية الأخرى . إذ لا فرق بين هذا، وبين وطء السيّد . وإن زنت فى يد المشترى، ولم يكن عَرَف ذلك منها، فهو عيبٌ حادث، حكمُه حكمُ العُيوب الحادثة، ويحتمل أن يكون عيباً بكلِّ حال . لأنه لزمها حكمُ الزنا فى يد المشترى .

الفصل الخامس: أنه إذا اختار المشترى إمساك المعيب، وأخذَ الأرْشِ، فله ذلك . وهذا قول إسحاق، وقال أبو حنيفة، والشافعيّ : ليس له إلاّ الإمساكُ، أو الردّ . وليس له أَرْشٌ، إلاّ أن يتعذّر رَدُّ المبيع . لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم جعل لمشترى المُصَرَّاةِ الخيارَ بين الإمساك من غير أرْشٍ، أو الردّ . ولأنه يملك الردَّ، فلم يملك أخذ جُزء من الثمن، كالذى له الخيار .

ولنا : أنّه ظهر على عيب لم يَعلم به، فكان له الأرْشُ، كما لو تعيَّب عنده . ولأنّه فات عليه جُزء من المبَيع . فكانت له المطالبة بعِوَضه، كما لو اشترى عَشَرةَ أقْفِزَةٍ، فبانت تسعةً، أو كما لو أتلفه بعد البيع، فأما المُصَرَّاة، فليس فيها عيبٌ . وإنما ملك الخيار بالتدليس، لا لفوات جزء، ولذلك لا يستحِقّ أرشاً، إذا امتنع الردّ عليه .

إذا ثبت هذا : فمعنى أرْشِ العيب أن يُقوَّم المبيعُ صحيحاً، ثم يُقَوَّمَ معيباً، فيؤخذُ قسطُ ما بينهما

من الثمن ، فنسبتهُ إلى الثمن نسبةُ النقصان بالعيب من القيمة ، مثالهُ : أن يُقوَّمَ المَعيبُ صحيحاً بعشرةٍ ، ومعيباً بتسعة ، والثمنُ خمسةَ عشَر ، فقد نقصه العيب عُشْرَ قيمته . فيرجع على البائع بعُشْرِ الثمن ، وهو درهمٌ ونصف . وعلّة ذلك: أن المبيع مضمون على المشترى بثمنه ، ففواتُ جزء منه يُسقط عنه ضمانَ ما قابله من الثمن أيضاً . ولأننا لو ضمّناه نَقْصَ القيمةِ أفْضَى إلى اجتماع الثمن والمُثْمَن للمشترى ، فيما إذا اشترى شيئاً بنصف قيمته ، فوجد به عيباً ينقُصه نصفَ قيمته ، مثلُ أن يشتريه بعشَرَةٍ ، وقيمتُه عشرون ، فوجد به عيباً ينقُصُهُ عشرةً ، فأخذها ، حصل له المبيعُ ورَجَع بِثَمَنِهِ . وهذا معنى قول الخِرَقىّ أو يأخذُ ما بين الصّحة والعَيْب . وقد نصّ أحمدُ على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصرىّ ، فقال : يرجِعُ بقيمة العَيْب فى الثمن يومَ اشتراه ، قال أحمد : هذا أحسنُ ما سمعتُ .

٢٩٨٠ « مسألة » قال ﴿ وإن كانت بكراً فأراد ردّها كان عليه ما نقصها ﴾ .

يعنى الأمةَ البِكر إذا وطئِها المُشترى ، ثم ظهر على عيب ، فردّها ، كان عليه أن يردّ معها أرْشِ النقص . وعن أحمد فى جواز ردّها روايتان :

إحداهما : لا يردّها ويأخذُ أرْش العيب ، وبه قال ابن سيرين ، والزهرىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ، وإسحق . قال ابن أبى موسى : وهو الصحيح عن أحمد .

والرواية الثانية : يردّها ، ويردّ معها شيئاً ، وبه قال شُرَيح ، وسعيد بن المسيّب ، والنخَعِىّ ، والشّعبىّ ومالك ، وابن أبى ليلى ، وأبو ثور ، والواجب ردّ ما نقص قيمتَها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكراً عشرةً ، وثيّباً ثمانيةً ردّ دينارين . لأنه بفسخ العقد يصيرُ مضموناً عليه بقيمته ، بخلاف أرْش العيب ، الذى يأخذه المشترى . وهذا قول مالك ، وأبى ثور، وقال شُرَيح، والنخَعِىّ : يردّ عُشْرَ ثمنها ، وقال سعيد بن المسيّب . يردّ عشَرَةَ دنانيرَ . وما قلناه أولى إن شاء الله تعالى ، واحتجّ من منع ردّها بأن الوطء نقص عينَها ، وقيمتَها ، فلم يملك ردّها ، كما لو اشترى عبداً ، فخَصَاه ، فنقصت قيمتهُ .

ولنا : أنه عيبٌ حدث عند أحـد المتبايعين ، لا لاستعلامٍ . فأثبت الخيارَ ، كالعيب الحادث عند البائع قبلَ القبض .

٢٩٨١ (فصل) وكلّ مبيع كان معيباً ، ثم حدث بِهِ عند المشترى عيبٌ آخرُ قبل علمه بالأول . فعن أحمد رحمه الله فيه روايتان :

إحداهما : ليس له الردّ ، وله أرش العيب القديم ، وبه قال الثورىّ ، وابنُ شُبْرُمةَ ، والشافعى ، وأصحابُ الرأى . ورُوى ذلك عن ابن سيرين ، والزهرىّ ، والشعبىّ . لأن الردّ ثبت لإزالة الضرر ، وفى الردّ على البائع إضرار به . ولا يُزالُ الضرر بالضرر .

والثانية : له الردّ ويردّ أرش العيب الحادث عنده ، ويأخذُ الثمن . وإن شاء أمسكه ، وله الأرش . وبهذا قال مالك ، وإسحق . وقال النخعيّ ، وحمادُ بن أبي سليمان : يردّه ، ونقصانَ العيب ، وقال الحكم : يردّه لم يذكر معه شيئاً .

ولنا : حديثُ المُصَرَّاة . فإن النبيَّ صَلّى الله عَلَيه وسلم أمر بردِّها بعد حَلْبها ، وردّ عوَض لبنها . واحتجّ أحمدُ بأن عثمانَ بن عفّان رضى الله عنه « قَضَى فِي الثَّوْبِ إِذَا كَانَ بِهِ عَوَارٌ(١) بِرَدِّهِ ، وإِنْ كَانَ قَدْ لَبِسَهُ » ولأنه عيب حدث عند المشترى . فكانَ له الخيارُ بين ردّ المبيع ، وأرشه ، وبين أخذ أرش العيب القديم ، كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع . ولأن العيبين قد استويا والبائعُ قد دلّس به ،والمشترى لم يدلّس . فكان رعايةُ جانبه أولى . ولأن الردّ كان جائزاً قبل حدوث العيب الثانى ، فلا يزول إلا بدليل وليس فى المسألة إجماعٌ ولا نصّ ، والقياس إنما يكون على أصل ، وليس لما ذكروه أصلٌ ، فيبقى الجوازُ بحاله .

إذا ثبت هذا : فإنه يَردّ أرش العيب الحادث عنده . لأن المبيع بجُملته مضمونٌ عليه ، فكذلك أجزاؤه . وإن زال العيبُ الحادث عند المشترى ردّه ، ولا أرش معه على كلتا الروايتين . وبه قال الشافعيّ . لأنه زال المانعُ مع قيام السبب المقتضى للردّ ، فثبت حكمه . ولو اشترى أمَةً فحملت عنده ، ثم أصاب بها عَيْباً . فالحملُ عيبٌ فى الآدميّات دون غيرهنّ .لأنه يمنعُ الوطء ، ويُخاف منه التلَفُ . فإن ولدت ، فالولد للمشترى . وإن نقصتها الولادةُ ، فذلك عيبٌ أيضاً . وإن لم تنقُصْها الولادةُ ، ومات الولدُ ، جاز ردّها ، لأنه زال العيب ، وإن كان ولدها باقياً لم يكن له ردُّها دون ولدها . لأن ذلك تفريق بينهما . وهو محرّم ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطّاب فى مسائلهما : له الفسخُ فيها دون ولدها ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعى ، ولأنه موضع حاجةٍ ، فأشبه مالو ولدت حُرًّا ، فإنّه يجوز بيعُها دون ولدها .

ولنا : عموم قول النبيِّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ » ولأنه أمكن دفع الضرر بأخذ الأرش ، أو بردّ ولدها معها . فلم يجُز ارتكاب منهيّ الشرع بالتفريق بينهما . كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها ، وقولهم : إن الحاجة داعيةٌ إليه . قلنا : قد اندفعت الحاجةُ بأخذ الأرْش . أما إذا ولدت حُرًّا ، فلا سبيل إلى بيعه معها بحال ، ولو كان المبيعُ حيواناً غيرَ الآدميّ ، فحدث به حمل عند المشترى ، لم يمنع الردّ بالعيب . لأنه زيادة . وإن علم بالعيب بعد الوضع ، ولم تنقُصْه الولادةُ . فله إمساكُ الولد ، وردّ الأم . لأن التفريق بينهما جائز . ولا فرق بين حملها قبل القبض ، أو بعده . ولو اشتراها حاملاً ، فولدت عنده ، ثم اطّلع على العيب ، فردّها ، ردّ الولد معها .

---

(١) العوار : مثلثة العين مع تخفيف الواو هو الخرق والشق فى الثوب .

لأنه من جملة المبيع ، والزيادة فيه نماء متّصل بالمبيع . فأشبه ما لو سمنت الشاةُ . فإن تلف الولدُ فهو كتعيُّب المبيع عنده . فإن قلنا : له الردّ ، فعليه قيمتُه إن اختار ردّ الأم ، وعن أحمد أنه لا قيمة عليه للولد . وحمله القاضى على أن البائع دَلّس العيبَ . وإن نقصت الأمُّ بالولادة ، فهو عيب حادث ، حكمُهُ حكمُ العُيوب الحادثة . ويمكن حملُ كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له ، وهذا أحدُ القولين للشافعى . فعلى هذا يكون الولد حينئذٍ للمشترى . فلا يلزمه ردّه إن كان باقياً ، ولا قيمتُهُ إن كان تالفاً ، والأوّل هو الصحيح . وعليه العملُ إن شاء الله تعالى .

٢٩٨٢ (فصل) وإن كان المبيع كاتباً ، أو صانعاً ، فنسى ذلك عند المشترى ، ثم وجَد به عيباً . فذلك عيبٌ حادث عند المشترى ، حكمُهُ حكمُ غيره من العُيوب . وعن أحمد : يرده ، ولا يردّ معه شيئاً ، وعلّله القاضى بأنه ليس ينقصٍ فى العين . ويمكن عَودُه بالتذكُّر . قال : وعلى هذا لو كان سميناً فهُزِل . والقياس ما ذكرناه . فإن الصياغة والكتابة متقوّمة تُضْمَنُ فى الغَصْب ، وتلزمُ بشرطها فى البيع . فأشبهت الأعيان ، والمنافعَ من السمع ، والبصر ، والعقل . وإمكان العَوْدِ مُنتقض بالسن ، والبصر ، والحمل ، ولعلّما رُوى عن أحمد أراد به إذا دلّس البائع العَيْبَ .

٢٩٨٣ (فصل) وإذا تعيَّب المبيعُ فى يد البائع بعد العقد ، فإن كان المبيعُ من ضمانه ، فحكمُه حكمُ العيب القديم . وإن كان من ضمان المشترى فحكمُهُ حكمُ العيب الحادث بعد القبض . فأما الحادث بعد القبض . فهو من ضمان المشترى . ولا يثبُت به خيار . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وقال مالك : عُهدةُ الرقيق ثلاثةَ أيام ، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع ، إلاّ فى الجنون ، والُجذام ، والبرَص . فإن ظهر إلى سنةٍ ثبت الخيار . لما رَوى الحسنُ عن عُقْبَة « أن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم جَعَلَ عُهدةَ الرَّقِيق ثَلاَثَةَ أيامٍ » وأنه إجماعُ أهل المدينة . ولأنّ الحيوانَ يكونُ فيه العيبُ ، ثم يظهر .

ولنا : أنه ظهر فى يد المشترى ، ويجوز أن يكون حادثاً . فلم يثبُت به الخيار ، كسائر المبيع ، أو مابعد الثلاثة ، والسنة ، وحديثهم لا يثبُت . قال الإمام أحمد ليس فيه حديثٌ صحيحٌ ، وقال ابن المنذر : لا يثبُت فى العُهدة حديث صحيح ، والحسنُ لم يلقَ عُقْبةَ . وإجماع أهل المدينة ليس بحجّة ، والداء الكامن لا عِبْرةَ به . وإنما النقصُ بما ظهر لا بما كَمَن .

٢٩٨٤ « مسألة » قال ﴿ إلا أن يكون البائع دلّس العيبَ . فيلزُمه ردّ الثمن كاملا . وكذلك سائرُ المَبِيع ﴾ .

معنى دلّس العيب : أى كتمه عن المشترى مع علمه به ، أو غطّاه عنه بما يُوهِم المشترى عدمَه . مُشتَقّ من الدّلسة . وهى الظُّلمةُ . فكأنّ البائع يستُرُ العَيْبَ ، وكتمانُه جعله فى ظُلْمَةٍ ، فخفىَ عن المشترى ، فلم

يَرَهُ . ولم يعلم به ، وسواء فى هذا ماعلم به ، فكتمه ، وما ستره ، فكلاهما تدليس حرامٌ على ما بيَّنّاه . فإذا فعله البائعُ فلم يعلم به المشترى حتّى تَعَيَّبَ المبيعُ فى يده ، فله ردّ المبيع ، وأخذُ ثمنه كاملاً : ولا أرشَ عليه ، سواء كان الحادث بفعل المشترى ، كوطء البكر ، وقطع الثوب ، أو بفعل آدمىّ آخرَ ، مثل أن يجنى عليه جانٍ ، أو بفعلِ العبد كالسرقة ، والإباقِ ، أو بفعْل الله تعالى ، بالمرض ، ونحوه ، سواء كان ناقصاً للمبيع ، أو مُذهِباً لجميعه . قال أحمد فى رجل اشترى عبداً فأبقَ من يده ، وأقام البيِّنة أنّ إباقه كان موجوداً فى يد البائع : يرجعُ به على البائع بجميع الثمن الذى أخذه منه . لأنه غرَّ المشترىَ ، ويتبعُ البائعُ عبده ، حيثُ كان . وهذا يُحكى عن الحكَم ، ومالك ، لأنه غرّه ، فيرجعُ عليه ، كما لو غرّه بحُرِّية أمة وظاهر حديث المُصرّاة يدل على أن ما حدث فى يد المشترى مضمونٌ عليه ، سواء دلّس البائعُ العيبَ ، أو لم يُدلّسه ، فإن التَّصرِيةَ تَدليسٌ . ولم يَسقُط عن المشترى ضَمانُ اللبن ، بل ضمنه بصاع من التمر ، مع كونه قد نُهىَ عن التصْرِيةِ وقال « بَيْعُ المُحفَّلاتِ[1] خِلاَبَةٌ ، ولاَ تَحِلُّ الخِلاَبَةُ لِمُسْلِمٍ » وقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « الخَرَاجُ بالضَّمانِ » يدلّ على أن من له الخراجُ فعليْه الضمانُ لكونه جعل الضمان علّةً لوجوب الخراج له . فلو كان ضمانُه على البائع لكان الخراجُ له ، لوجود عِلّته، ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبُت إلا بنصّ أو إجماع ، أو قياس ، ولا نعلم فى هذا نصاً ولا إجماعاً . والقياسُ إنما يكون على أصل ، ولا نعلم لهذا أصلاً . ولا يشبه هذا التغرير بحُرّية الأمة فى النكاح . لأنه يرجعُ على من غرّه وإن لم يكن سيِّد الأمة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشىء .

٢٩٨٥ (فصل) فى معرفة العُيوب : وهى النقائص الموجبة لنقص المالية فى عادات التُّجار . لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة الماليّة . فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً . والمرجع فى ذلك إلى العادة فى عُرف أهل هذا الشأن وهم التجار .

فالعيوب فى الخلقة ، كالجنونِ ، والجُذامِ ، والبرَص ، والعمَى ، والعَورِ ، والعَرجِ ، والعَفَلِ[2] والقَرَنِ[3] والعَتَقِ ، والرَتَقِ ، والقَرَعِ ، والصَّمَمِ ، والطَّرَشِ ، والخَرَس ، وسائر المرض والأصبع الزائدة ، والناقصة ، والحَوَل

---

(١) المحفلات : المجموع لبنها فى ضرعها بسبب تركها أياما بدون حلب والخلابة : الخداع والغش .

(٢) العفل : شىء يخرج من قبل النساء ، أى لحمة تكون فيه تضيق مدخل الذكر فيه ، كما يحدث للرجل فى أنثييه وتسمى الأدرة ، وعند العامة تسمى (القليطة)

(٣) القرن : اقتران الشفرين من فرج المرأة لوجود عقلة صغيرة أى عظمة صغيرة بينهما . والعتق العض ، والرتق انسداد الفرج فلا يستطاع جماع من بها ، أو هو عدم وجود خرق للمرأة إلا مخرج البول .

والخَوَص[١] ، والسَّبَل وهو زيادة فى الأجفان ، والتخنيث ، وكونه خُنثَى ، والخِصاء ، والتزوّج فى الأمة ، والبَخَر[٢] فيها ، وهذا كلّه قول أبى حنيفة ، والشافعىّ . ولا أعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم فى الجارية تُشترَى ولها زوج : أنه عيب . وكذلك الدَّيْنُ فى رَقَبةِ العبد ، إذا كان السيّد مُعْسِراً ، والجنايةُ الموجِبَةُ للقوَدِ . لأن الرقبة صارت كالمستَحقّة ، لوجوب الدفع فى الجناية ، والبيع فى الدين ، ومستحقّة للاتلاف بالقِصاص ، والزنا ، والبخَرُ عيبٌ فى العبد ، والأمةِ جميعاً ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : ليس ذلك بعيب فى العبد . لأنه لا يرادُ للفراش ، والاستمتاع به ، بخلاف الأمة .

ولنا : أن ذلك ينقُصُ قيمتَه ، وماليتّه . فإنه بالزنا يتعرّض لإقامة الحدّ عليه ، والتعزير ، ولا يأمنه سيّده على عائلته ، وحريمه ، والبخَرُ يُؤذى سيّده ، ومَن جالسه ، وخاطبه ، أو سارّه ، وأما السرقة ، والإباق ، والبول فى الفراش ، فهى عُيوب فى الكبير ، الذى جاوز العَشْر ، وقال أصحاب أبى حنيفة فى الذى يأكلُ وحده ، ويشربُ وحده ، وقال الثورى وإسحاق : ليس بعيب فيه حتىّ يحتلم . لأنّ الأحكام تتعلّق به من التكليف ، ووجوب الحدود ببُلوغه . فكذلك هذا .

ولنا : أن الصبىّ العاقل يتحرّز من هذا عادَة ، كتحرّز الكبير ، فوجوده منه فى تلك الحال يدلّ على أن البول لداء فى باطنه ، والسرقةُ والإباقُ لخُبْث فى طبعه . وحدّ ذلك بالعَشْر لامر النبىِّ صلى الله عليه وسلم بتأديب الصبىّ على ترك الصلاة عندها ، والتفريق بينهم فى المضاجع لبلوغها . فأمّا مَنْ دون ذلك ، فتكون هذه الأمور منه لضعف عقله ، وعدم تَثبّته . وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر ، أو يَسكَر من النبيذ . نصّ عليه أحمد . لأنه يوجب عليه الحدّ ، فهو كالزنا ، وكذلك الحمق الشديد ، والاستطالة على الناس ، لأنه يحتاج إلى التأديب ، وربمّا تكرّر ، فأفضى إلى تلفه ، ولا يكون عيباً إلا فى الكبير دون الصغير . لأنه منسوب إلى فعله ، وعدم الخِتَان ليس بعيب فى الصغير . لأنه لم يفُت وقتُه ، ولا فى الأمَةِ الكبيرة . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أصحاب أبى حنيفة : هو عيب فيها . لأنه زيادة ألم ، فأشبهت العبد .

ولنا : أنه ليس بواجب فى حقّها ، والألم فيه يسيرٌ لا يُخشى منه التلف ، بخلاف العبد الكبير . فأما العبد الكبير . فإن كان مجلوباً من الكفّار فليس ذلك بعيب فيه . لأن العادة أنّهم لا يختتنون . فصار

---

(١) الخوص : غئور العين ، وانخسافها .

(٢) البخر : نتن الفم وغيره من الجسم واشتهر فى نتن الفم ، وهو المراد هنا

ذلك معلوماً عند المشترى ، فهو كدينهم . وإن كان مُسلماً مُوَلّداً فهو عيب فيه . لأنه يُخشى عليه منه ، وهو خلاف العادة .

٢٩٨٦ (فصل) والثُّيوبة ليست عيباً . لأن الغالب على الجوارى الثُّيوبة . فالإطلاق لا يقتضى خلافها ، وكونها محرّمة على المشترى بنسب ، أو رَضاعٍ ليس بعيب ، إذ ليس فى المحلّ ما يوجب خللاً فى المالية ، ولا نقصاً ، وإنما التحريم مختصّ به . وكذلك الإحرام ، والصيام . لأنهما يزولان قريبا ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . ولا نعلم لهما مخالفاً . وكذلك عدّة البائن . وأما عدّة الرجعيّة فهى عيب . لأن الرجعيّة زوجة، ولا يؤمَنْ ارتجاعُه لها . ومعرفة الغناء ، والحِجَامة ليست بعيب. وحُكى عن مالك فى الجارية المغنيّة : أن ذلك عيب فيها . لأن الغِناء محرّم .

ولنا : أن هذا ليس بنقص فى عينها ولا قيمتها . فلم يكن عيبا ، كالصناعة . ولا نُسلِّم أن الغناء محرّم . وإن سلّمناه فالمحرّم استعماله ، لا معرفته ، والعَسَرُ[1] ليس بعيب وكان شُرَيْحٌ يردّ به .

ولنا : أنه ليس بنقص ، وعملُه بإحدى يديه يقوم مَقام عمله بالأخرى ، والكفر ليس بعيب . وبه قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : هو عيب . لأنه نقص ، بدليل قول الله تعالى (٢ : ٢٢١ وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ) .

ولنا : أن العبيد يكون فيهم المسلم ، والكافر ، والأصلُ فيهم الكفر . فالإطلاق لا يقتضى خلاف ذلك ، وكون المؤمن خيراً من الكافرِ لا يقتضى كونَ الكُفر عيباً كما أن المتّقى خيرٌ من غيره . قال الله تعالى (٤٩ : ١٣ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ) وليس عدمُ ذلك عيباً . وكونهُ ولَد زنًا ليس بعيب . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفه : هو عيب فى الجارية . لأنها تُراد للافتراش ، بخلاف العبد .

ولنا : أن النسب فى الرقيق غيرُ مقصود ، بدليل أنهم يشترون مجلوبينَ غير معروفى النسب ، وكون الجارية لا تُحسن الطبخ ، أو الخَبز ، أو نحو هذا ليس بعيب . لأن هذهِ حِرْفةٌ ، فلم يكن فواتها عيباً ، كسائر الصنائع ، وكونُها لا تحيض ليس بعيب .

وقال الشافعىُّ : هو عيب ، إذا كان لِكِبَرٍ . لأن من لا تحيض لا تحملُ .

ولنا : أن الإطلاق لا يقتضى الحيض ، ولا عدمه ، فلم يكن فواتهُ عيباً ، كما لو كان لغير الكِبَرَ .

٢٩٨٧ (فصل) وإذا اشترط المشترى فى المبيع صفةً مقصودةً مما لا يُعَدُّ فقدُه عيباً صحّ اشتراطُه ، وصارت مستحقَّة ، يثبُت له خيار الفسخ عند عدمها ، مثل أن يشترط مُسلماً فيبينُ كافراً ، أو يشترط الأمَةَ بكراً أو جَعْدةً ، أو طبّاخةً أو ذات صَنْعةٍ ، أو لبَنٍ ، أو أنها تحيضُ ، أو يشترط فى الدابّة أنها

(١) العسر : كون العبد يعمل بيده الشمال .

هِمْلاَجَةً[١] ، أو فى الفَهْدِ : أنه صَيُود ، وما أشبه هذا . فمتى بان خلافُ ما اشترطه فله الخيارُ فى الفسخ ، والرجوع بالثمن ، أو الرضا به . ولا شىء له . لا نعلم بينهم فى هذا خلافاً . لأنه شرَطَ وصفاً مرغوبا فيه ، فصار بالشرط مستحَقًا .

فأما إن شرط صفةً غير مقصودة ، فبانت بخلافها ، مثل أن يشترطها سَبْطَةً[٢] فبانت جَعْدَةً ، أو جاهلةً فبانتَ عَالمةً . فلا خيار له . لأنه زاده خيراً . وإن شرطها كافرةً فبانت مُسلمة ، أو ثيّباً فبانت بكراً . فله الخيارُ . لأن فيه قصداً صحيحاً . وهو أن طالب الكافرة أكثرُ ، لصلاحيتها للمسلمين ، وغيرهم ، أو ليستريح من تكليفها العِبَادات . وقدَ يشترط الثيّب لعجزه عن البكر . أو ليبيعها لعاجز عن البكر . فقد فات قصدُه ، وقيل . لا خيار له . لأن هذين زيادة . وهو قول الشافعىّ فى البكر . واختيار القاضى . واستبعد كونه يقصدالثُّيوبة لعجزه عن البكر . وليس هذا ببعيد ، فإنه ممكن ، والاشتراط يدلّ عليه فيصيرُ بالدليل قريباً ، وإن شرط الشاة لَبُوناً صحّ ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يصحّ . لأنه لا يجوز بيع اللبن فى الضرع ، فلم يجُز شرطه .

ولنا : أنه أمر مقصود ، يتحقّق فى الحيوان ، ويأخُذ قِسْطاً من الثمن . فصحّ اشتراطُه ، كالصناعة فى الأمة ، والهَمْلَجَةِ فى الدابّة . وإنما لم يجُز بيعُهُ مفرَداً للجَهالة ، والجهالةُ تَسقُط فيما كان بيعاً . وكذلك لو اشتراها بغير شرط صحّ بيعُها معه . وكذلك يصحّ بيع أساسات الحيطان ، والنوَى فى التمر معه ، وإن لم يجُز بيعُهما مُفردين . وإن شرط أنها تُحْلَبُ كلّ يوم قدراً معلوماً ، لم يصحّ لتعذّر الوفاء به ، لأن اللبن يختلفُ ، ولا يمكن ضبطه ، وإن شرطها غزيرةَ اللبن صحّ . لأنهُ يمكن الوفاء به . وإن شرطها حاملاً صحّ . وقال القاضى : قياسُ المذهب أنه لا يصحّ . لأن الحمل لا حكم له . ولهذا لا يصحّ اللّعان على الحمل ، ويحتملُ أنه ربحٌ .

ولنا : أنه صفه مقصودة يمكن الوفاء بها . فصحّ شرطه ، كالصناعة ، وكونها لَبُونًا . وقد بيّنّا فيما قبلُ : أنّ للحمل حُكماً ، ولذلك « حَكَمَ النبىُّ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم فى الدِّيَةِ بِأَرْبَعِينَ خَلِفَةً فِى بُطُونِهَا أَوْلاَدُهَا » ومنع أخذ الحوامل فى الزكاة ، ومنع وطء الحبالى المَسْبِيّات ، وجعل الله تعالى عِدّة الحامل وضْعَ حملها ، وأرخص لها الفِطْر فى رمضان إذا خافت على ولدها ؛ ومنع من الاقتصاص منها ، وإقامة الحدّ عليها من أجل حملها ، وظاهرُ الحديث المروىّ فى اللّعان ، يدلّ على أنه لا عنها فى حال حملها ، فانتفى عنه ولدُها ، وإن شرط أنّها تضعُ الولد فى وقت بعينه لم يصحّ ، وجهاً واحداً ، لأنه لا يمكن الوفاء به ، وإن

(١) هملاجة : ذلولة طيعة .

(٢) سبطة : شعرها سلس غير متجعد .

شرط أنها لاتحمل لم يصحّ الشرط ، لأنه لا يُمكن الوفاء به ، وقال مالك : لايصحّ في المرتفعات ، ويصحّ في غيرهن .

ولنا : أنه باعها بشرط البراءة من الحمل ، فلم يصحّ ، كالمرتفعات ، وإن شرطها حائلا ، فبانت حاملاً ، فإن كان ذلك في الأمة فهو عيب يَثبُت الفسخُ به ، وإن كان في غيرها فهو زيادة لا يستحَقّ به فسخاً ، ويحتمل أن يستحق ، لأنه قد يُريدها لسفر ، أو لحمل شيء ، لا يتمكّن منه مع الحمل ، وإن شرط البيضَ في الدجاجه ، فقد قيل : لا يصحّ ، لأنه لا عَلَم عليه يُعرف به ، ولم يثبُت له في الشرع حكم ، والأولى أنه يصحّ ، لأنه يُعرف بالعادة ، فأشبه اشتراط الشاة لَبُوناً ، وإن اشترط الهَزارَ ، أو القمريّ مُصَوِّتاً ، فقال بعضُ أصحابنا : لايصحّ ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن صياح الطير يجوزُ أن يُوجد ، ويجوز أن لا يوجد ، : والأولى جوازهُ ،لأنّ فيه مقصداً صحيحاً ، وهو عادة له ، وخلقةٌ فيه، فأشبه الهَمْلَجَة في الدابّة، والصَّيْد في الفَهْدِ ، وإن شرط في الحمام أنه يجيء من مسافةٍ ذَكَرها ، فقال القاضي : لا يصحّ ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن فيه تعذيباً للحيوان ، والقصدُ منه غيرُ صحيح ، وقال أبو الخطّاب ، يصحّ ، لأن هذه عادةٌ مستمرة ، وفيه قصد صحيح ، لتبليغ الأخبار ، وحمل الكتُب ، فجرى مجرى الصيد في الفهد ، والهَمْلَجَة في الدابّة ، وإن شرط في الجارية أنها مُغَنّية لم يصحّ . لأن الغناء مذموم في الشرع . فلم يصحّ اشتراطه ، كالزنا . وإن شرط في الكبش كونَه نطّاحاً ، وفي الديك كونه مُقاتلاً لم يصحّ الشرط . لأنه منهيّ عنه في الشرع ، فجرى مجرى الغناءِ في الجارية . وإن شرط في الديك أنه يُوقظه للصلاة لم يصحّ . لأنه لا يُمكن الوفاء به . وإن شرط كَونه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت في القمريّ على ماذكرنا .

٢٩٨٨ (فصل) ولا يفتقر الردُّ بالعيب إلى رضا البائع ، ولا حضوره ، ولا حكم حاكم قبل القبض ، ولا بعده . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة . إن كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه . وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه ، أو حكم حاكم . لأن مِلكه قد تمّ على الثمن . فلايزول إلا برضاه .

ولنا : أنه رفع عقد مستحقّ له ، فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ، ولا حضوره ، كالطلاق،ولأنه مُستحَقٌّ الردّ بالعيب . فلا يفتقر إلى رضا صاحبه ، كقَبْلَ القبض .

٢٩٨٩ « مسألة » قال ﴿ ولو باع المشترى بعضها ثم ظهر على عيب ، كان مخيّراً بين أن يردّ ملكه منها بمقداره من الثمن ، أو يأخذ أرْشَ العيب بقدر مِلكه فيها ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

منها : أنه إذا اشترى مَعيباً فباعه ، سقط ردُّه . لأنه قد زال مِلكه عنه . فإن عاد إليه ، فأراد ردّه

بالعيب الأولِّ نظرنا . فإن كان باعه عالماً بالعيب أو وُجد منه ما يدلّ على رضاه به ، فليس له ردُّه . لأن تصرّفه رضاً بالعيب . وإن لم يكن علم بالعيب ، فله ردُّه على بائعه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : ليس له ردُّه إلا أن يكون المشترى فسخ بحكم الحاكم . لأنه سقط حقّه من الردّ ببيعه ، فأشبه مالو علم بعيبه .

ولنا : أنه أمكنه استدراك ظُلَامته بردّه . فملك ذلك ، كما لو فسخ الثانى بحُكم حاكم ، أو كما لو لم يزُلْ مِلكهُ عنه . ولا نسلّم سقوط حقّه . وإنما امتنع لعجزه عن ردّه . فإذا عاد إليه زال المانع . فظهر جوازُ الردّ ، كما لو امتنع الردّ لغَيْبةِ البائع ، أو لمعنىً سواه ، وسواء رجع إلى المشترى الأوّل بالعيب الأول أو باقالة ، أو هبة ، أو شراء ثانٍ ، أو ميراثٍ فى ظاهر كلام القاضى ، وقال أصحاب الشافعىّ : إن رجع بغير الفسخ بالعيب الأول ، ففيه وجهان :

أحدهما : ليس له ردّه لأنه استدرك ظُلامته ببيعه ، ولم يزُل بفسخه .

ولنا : أن سبب استحقاق الردّ قائم . وإنما امتنع لتعذّره بزوال ملكه . فإذا زال المانع وجب أن يجوز الردّ ، كما لو رُدّ عليه بالعيب . فعلى هذا إذا باعها المشترى لبائعها الأول ، فوجد بها عيباً كان موجوداً حال العقد الأول ، فله الردّ على البائع الثانى ، ثم للثانى ردُّه عليه . وفائدة الردّ ههنا : اختلافُ الثمنين ، فإنّه قد يكون الثمن الثانى أكثرَ .

الفصل الثانى : أنه إذا باع المعيب ، ثم أراد أخذ أرْشِه . فظاهر كلام الخِرَقىّ . أنه لا أرْشَ له ، سواء باعه عالما بعيبه ، أو غيرَ عالم . وهذا مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأن امتناع الردّ كان بفعله . فأشبه مالو أتلف المبيع . ولأنه قد استدرك ظُلاَمَتَهُ ببيعه ، فلم يكن له أرش ، كما لو زال العيبُ . وقال القاضى : إن باعه مع علمه بالعيب فلا أرش له . لرضاه به مَعيباً ، وإن باعه غيرَ عالم بالعيب فله الأَرْشُ . نصّ عليه أحمد ، لأن البائع لم يُوَفِّه ما أوجبه له العقدُ ، ولم يوجد منه الرضا به ناقصاً . فكان له الرجوع عليه ، كما لو أعتقه . وقياسُ المذهب . أن له الأرش بكلّ حالٍ ، سواء باعه عالماً بعيبه ، أو جاهلاً به . لأنّا خيرناه ابتداء بين ردّه وإمساكه ، وأخذِ الأرش ، فبيعُه والتصرّف فيه بمنزلة إمساكه ، ولأن الأرش عوضُ الجزء الفائت من البيع ، فلم يَسقُط ببَيْعه ، ولا رضاه ، كما لو باعه عَشَرَةَ أقفزة ، وسلّم إليه تسعةً ، فباعها المشترى ، وقولهم : إنه استدرك ظُلاَمته لا يصحّ ، فإن ظُلاَمته من البائع ، ولم يستدركها منه ، وإنما ظَلَمَ المشترى ، فلم يَسقُط حقّه بذلك من الظالم له ، وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطّاب عن أحمد فى رجوع بائع المَعيب بالأرش روايتين ، من غير تفريق بين علم البائع بالعيب ، وجهله به ، وعلى قول من قال : لا يستحقّ الأرْشَ فإذا علم به المشترى الثانى فردّه به ، أو أخذ أرشه منه ، فللأول أخذُ أرْشه ،

وهو قول الشافعيّ إذا امتنع على المشترى الثانى ردّه بعيب حدث عنده . لأنه لم يستدرك ظُلاَمته . وكلّ واحد من المشترِيَيْن يرجعُ بحِصَّةِ العيب من الثمن الذى اشتراه به ، على ما ذكرناه فيما تقدّم .

الفصل الثالث : إذا باع المشترى بعضَ المعيب ، ثم ظهر على عيب . فله الأَرْشُ لما بقى فى يده من المبيع ، وفى الأرش لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجميع ، وإن أراد رد الباقى بحصّته من الثمن ، فالذى ذكره الخِرقيُّ ههنا : أن له ذلك . وقد نصّ عليه أحمدُ ، والصحيحُ أنّه إن كان المبيع عيناً واحدةً ، أو عينين ينقصُهما التفريق ، كمِصْراعَيْ بابٍ ، وزَوْجَيْ خُفٍّ : أنَّه لا يملك الردّ . لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة ، أو ضرر الشركة ، وامتناع الانتفاع بها على الكمال ، كإباحة الوطء والاستخدام . وبهذا قال شُرَيح ، والشعبي ، والشافعيّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وقد ذكر أصحابُنا فى غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيعُ عينين ينقصُهما التفريق . أنه لا يجوز ردّ إحداهما دون الأخرى . لما فيه من الضرر ، وفيما لو اشترى مَعيبا ، فتعيّب عنده أنَّه لا يملك ردّه إلاّ أن يردّ أرش العيب الحادث عنده ، فلا يجوز أن يردّه فى مسألتنا مَعيباً بعيب الشركة ، أو نقص القيمة بغير شىء ، إلا أن يكون الخِرَقىّ أراد ما إذا دلّس البائعُ العيب . فإن ذلك عنده لا يُسقِط عن المشترى ضمان ما حدث عنده من العيب ، على ما ذكرنا فيما مضى . وإن كان المبيعُ عينين لا ينقصُهما التفريق ، فباع إحداهما ، ثم وجد بالأخرى عيباً أو علم أنهما كانتا معيبتين ، فهل له ردّ الباقيةِ فى ملكه ؟ يُخَرّج على الروايتين فى تفريق الصفقة . وقال القاضى : المسألة مبنيّة على تفريق الصفقة ، سواء كان المبيعُ عيناً واحدةً أو عينين . والتفصيل الذى ذكرنا أولى .

٢٩٩٠ (فصل) وإن اشترى عينين ، فوجد بإحداهما عيباً ، وكان ممّا لا ينقُصُهما التفريق ، أو ممّا لا يجوز التفريق بينهما ، كالولد مع أمّه ، فليس له إلا ردّهما جميعاً ، أو إمساكهما ، وأخذُ الأرش ، وإن لم يكونا كذلك ففيهما روايتان .

إحداهما : ليس له إلا ردّهما ، أو أخذ الأرش مع إمساكهما ، وهو ظاهر قول الشافعىّ ، وقولُ أبى حنيفة فيما قبل القبض ، لأن الرد ببعض الصَّفْقة من المشترى ، فلم يكن له ذلك ، كما لو كانا مما ينقُصه التفريق .

والثانية : له ردّ المعيب وإمساكُ الصحيح ، وهذا قول الحارث العُكْلِيّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وهو قول أبى حنيفة فيما بعد القبض ، لأنه رد المعيب على وجهٍ لا ضرر فيه على البائع ، فجاز ، كما لو ورد الجميع ، وفارق ما ينقُص بالتفريق ، فإن فيه ضررا ، وإن تلف أحدُ المبيعين ، أو تعيّب ، أو وجد بالآخر ، أو بهما عيباً فأراد ردّه ، فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف ، وإن اختلفا فى قيمة التالف ، فالقولُ قول المشترى مع يمينه ، لأنه مُنكر لما يدعيه البائعُ من زيادة قيمته ، ولأنه بمنزلة الغارم ، لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدرُ ما يَغْرَمُه ، فهو بمنزلة المستعير ، والغاصب ، فأما إن كان المبيعان باقِيَيْن

مَعيبين لم يُوجد فى أحدهما ما يمنع ردّه ، فأراد ردّ أحدهما دون الآخر . فقال القاضى : ليس له ذلك ، ولم يذكر فيه سوى المنع من ردّ أحدهما ، والقياس : أنَّها كالتى قبلها ، إذ لو كان إمساك أحدهما مانعاً من الردّ فيما إذا كانا مَعِيبَيْن لمنع منه إذا كان صحيحاً .

٢٩٩١ (فصل) إذا اشترى اثنان شيئاً ، فوجداه معيباً ، أو اشترطا الخيارَ فرضى أحدُهما ، ففيه روايتان عن أحمد ، حكاهما أبو بكر ، وابن أبى موسى .

إحداهما : لمن لم يرض الفسخ . وبه قال ابنُ أبى ليلى ، والشافعىّ وأبو يوسف ، ومحمد . وهو إحدى الروايتين عن مالك .

والأخرى : لا يجوز له ردُّه ، وهو قول أبى حنيفة ، وأبى ثور ، لأنّ المبيعَ خرج عن ملكه دفعةً واحدةً غير مُتَشَقِّصٍ[1] ، فإذا ردّه مشتركاً ردّه ناقصاً ، أشبه ما لو تَعيّب عنده ، ووجه الأولى : أنه ردّ جميع ما ملكه بالعقد ، فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة إنَّما حصلت بإيجاب البائع ، لأنّه باع كلَّ واحد منهما نصفها ، فخرجت عن البائع مُشَقَّصَةً ، بخلاف العيب الحادث .

٢٩٩٢ (فصل) وإذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب ، فرضى أحدُهما سقط حقُّ الآخر من الردّ ، لأنه لو ردّ وحده تشقّصت السلعةُ على البائع ، فتضرّر بذلك ، وإنما أخرجها عن ملكه إلى واحد غير مُشَقَّصَةٍ ، فلا يجوز ردّ بعضها إليه مُشَقَّصاً ، بخلاف المسألة التى قبلها ، فإنّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان فكأنه باع كلّ واحد منهما نصفها منفرداً ، فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إيّاه ، وههنا بخلافه .

٢٩٩٣ (فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً ، فوجده معيباً فله ردّه عليهما . فإن كان أحدهما غائباً ردّ على الحاضر حصّته بقسطها من الثمن ، ويبقى نصيبُ الغائب فى يده حتىَ يقدَم . ولو كان أحدُهما باع العين كلَّها بوكالة الآخر ، فالحكمُ كذلك ، سواء كان الحاضر ، الوكيل ، أو الموكّل ، نصّ أحمد على قريب من هذا ، فإن أراد ردّ نصيب أحدهما ، وإمساك نصيب الآخر جاز ، لأنه يردّ على البائع جميعَ ما باعه ، ولا يحصُل بردّه تشقيصٌ ، لأنّ المبيع كان مُشَقَّصاً قبل البيع .

٢٩٩٤ (فصل) فإن اشترى حَلْى فِضّة بوزنه دراهم ، فوجده معيباً ، فله ردُّه . وليس له أخذ الأرش لإفضائه إلى التفاضُل فيما يجب التماثلُ فيه . فإن حدث به عيب عند المشترى ، فعلى إحدى الروايتين : يردّه ، ويردّ أرش العيب الحادث ، ويأخذ ثمنه ، وقال القاضى : لا يجوز له ردّه لإفضائه إلى التفاضل . فلا يصحّ . لأن الردّ فسخ للعقد ، ورفعٌ له ، فلا تبقى المعاوضة . وإنما يدفع الأرش عوضاً عن العيب الحادث عنده بمنزلة ما لو جنى عليه فى ملك صاحبه من غير بيع ، وكما لو فسخ الحاكمُ عليه .

---

(١) أى غير متجزئ .

وعلى الرواية الأخرى : يَفسخ الحاكم البَيع ، ويردّ البائعُ الثمن ، ويُطالب بقيمة الحَلْي . لأنه لم يمكن إهمال العيب ، ولا أخـذ الأرش . ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهاتين الروايتين . وإن تلف الحَلْيُ ، فإنّه يفسخ العقدُ ويردُّ قيمته ، ويسترجع الثمن. فإنّ تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ . وعنـدى : أن الحاكم إذا فسخ وجب ردُّ الحَلْيِ ، وأرشُ نقصه . كما قلنا فيما إذا فسخ المشترى على الرواية الأخرى ، وإنما يرجع إلى قيمته عند تعذّر ردّه بتلف ، أوعجز . وليس فى ردّه ، وردِّ أرشه تفاضُل . لأن المعاوضة زالت بالفسخ، فلم يبق له مُقابل . وإنما هذا الأرش بمنزلة أرش الجناية عليه ، ولأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى إلى التفاضُل. لأن قيمته عوض عنه . فلا يجوز ذلك إلاّ أن يأخذ قيمته من غير جنسه . ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله ، فوجد أحدُهما بما أخذه عَيْباً ينقُص قيمتَه ، دون كيله لم يملك أخـذ أرشه ، لئلا يُفضى إلى التفاضُل . والحـكمُ فيه على ماذكرناه فى الحَلْي بالدراهم .

٢٩٩٥ « مسألة » قال ﴿ وإن ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها فى ملـكه فله الأرش ﴾

وجملته : أنه إذا زال ملك المشترى عن المبيع بعتق ، أو وقف ، أو موت ، أو قتل ، أو تعذّر الرّد لاستيلاد ، ونحوه قبل علمه بالعيب ، فله الأرشُ . وبهـذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ ، إلا أن أبا حنيفة قال فى المقتول خاصّةً : لا أرش له . لأنه زال ملـكُه بفعل مضمون . أشبه البيع .

ولنا : أنه عيب لم يرض به ، ولم يستدرك ظُلاَمَته فيه . فـكان له الأرشُ ، كما لو أعتقه . والبيعُ لنا فيه منع ، ومع تسليمه فانّه استدرك ظُلاَمته فيه . وأما الهبة فعن أحمد فيها روايتان .

إحداها : أنها كالبيع . لأنه لم يَيْأَس من إمكان الردّ ، لاحتمال رجوع الموهوب إليه .

والثانية : له الأرشُ . وهى أولى . ولم يذكر القاضى غيرَها . لأنّه ما استدركَ ظلامته ،فأشبه مالو وقفه، وإمكان الردّ ليس بمانع من أخذ الأرش عندنا . بدليل ما قبل الهبة . وإن أكل الطعام ، أو لبس الثوب ، فأتلفه ، رجع بأرشه . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يرجعُ بشيء . لأنه أهلك العين. فأشبه مالو قتل العبد .

ولنا : أنه ما استدرك ظُلاَمَته ، ولا رضى بالعيب ، فلم يسقُط حقّه من الأرش . كما لو تلف بفعل الله تعالى .

٢٩٩٦ (فصل) وإن فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب فمفهوم كلام الخِرَقىّ : أنه لا أرش له ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ . وهو قياس قول القاضى. لقوله فيمن باع المعيب عالماً بعيبه : ليس له أرش. لأنه رضى به مَعيباً بتصرّفه فيه ، مع علمه بعيبه. وقياسُ المذهب : أن له الأرشَ . لأنّ له إمساك المبيع ، والمطالبة بأرشه ، وهذا يتنزّل منزلةَ إمساكه مع العلم بعيبه . ولأن البائع لم يوفّه ما أوجبه العقـدُ .

فكان له الرجوع بأرشه ، كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه . ولأن الأرش عوضُ الجزء الفائت بالعيب . فلم يسقُط بتصرّفه فيما سواه ، كما لو باعه عشرةَ أقفزةٍ فأقبضه تسعةً ، فتصرّف فيها .

٢٩٩٧ (فصل) فإن استغلّ المبيع ، أو عرضه على البيع، أو تصرّف فيه تصرّفاً دالاًّ على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقُط خيارُه . لأن ذلك لا يدلّ على الرضا به مَعيباً . وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خيارُه في قول عامّة أهل العلم . قال ابن المنذر : وكان الحسنُ ، وشُرَيح ، وعبد الله بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، والثوريّ ، وأصحابُ الرأى يقولون : إذا اشترى سلعةً ، فعرضها على البيع لزمته . وهذا قول الشافعيّ . ولا أعلم فيه خلافاً . فأما الأرشُ : فقال ابن أبي موسى : لا يستحقّه أيضاً . وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الأرش ، قال أحمد : أنا أقول : إذا استخدم العبد ، وأراد نُقصان العيب ، فله ذلك ، فأمّا إن احتلب اللبن الحادث بعد العقد ، لم يسقُط ردّه . لأن اللبن له ، فملك استيفاءه من المبيع الذى يريد ردّه ، وكذلك إن ركب الدابّة لينظُر سيرها ، أو ليسقيَها ، أو ليردّها على بائعها . وإن استخدم الأمَةَ ليختبرها ، أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقُط خياره . لأن ذلك ليس برضا بالمبيع ، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، وإن استخدمها لغير ذلك استخداماً كثيراً بطل ردّه ، فإن كانت يسيرةً لا تختصّ الملك لم يبطُل الخيارُ ، قيل لأحمد : إن هؤلاء يقولون : إذا اشترى عبداً ، فوجده معيباً ، فاستخدمه بأن يقول : ناولنى هذا الثوب ، يعنى بطل خيارُه . فأنكر ذلك ، وقال : من قال هذا ؟ أو من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضاً حتّى يكون شيء يبين . وقد نُقل عنه فى بُطلان الخيار بالاستخدام روايتان . وكذلك يخرج ههنا .

٢٩٩٨ (فصل) وإن أبق العبدُ ، ثم علم عيبه ، فله أخذُ أرشه . فإن أخذه ثمّ قدر على العبد ، فإن لم يكن معروفَ الإباق قبل البيع ، فقد تعيّب عند المشترى . فهل يملك ردّه وردّ أرش العيب الحادث عنده ، والأرش الذى أخذه ؟ على روايتين ، وإن كان آبقا فله ردّه ، وردّ ما أخذه من الأرش ، وأخذُ ثمنه ، وقال الثوريّ ، والشافعيّ : ليس للمشترى أخذ أرشه ، سواء قدر على ردّه ، أو عجز عنه ، إلا أن يهلك . لأنه لم ييأس من ردّه . فهو كما لو باعه .

ولنا : أنه معيب لم يرض به ، ولم يستدرك ظُلاَمته فيه . فكان له أرشُه ، كما لو أعتقه ، وفى البيع استدرك ظُلاَمته ، بخلاف مسألتنا .

٢٩٩٩ (فصل) وإذا اشترى عبداً ، فأعتقه ، ثم علم به عيباً ، فأخذ أرشه فهو له . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجعله فى الرقاب . وهو قول الشافعيّ . لأنه من جُملة الرقبة التى جعلها الله ، فلا يرجع إليه شيء من بدلها .

ولنا : أن العتق إنّما صادف الرقبة المعيبةَ ، والجزء الذي أخذ بدله ما تناوله عتق، ولا كان موجوداً، ولأن الأرش ليس بدلاً عن العبد ، إنّما هو جزء من الثمن جُعل مقابلاً للجزء الفائت ، فلمّا لم يحصُل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن . فكأنّه لم يصحّ العقد فيه ، ولهذا رجع بقدره من الثمن ، لا من قيمة العبد ، وكلام أحمد في الرواية الأخرى يُحمل على استحباب ذلك ، لا على وجوبه ، قال القاضي : إنّما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفّارته . لأنه إذا أعتقه عن الكفّارة لا يجوز أن يرجع إليه بشيء من بدلها ، كالمكاتَب إذا أدّى من كتابته شيئاً .

ولنا : أنه أرش عبد أعتقه . فكان له كما لو تبرّع بعتقه .

٣٠٠٠ « مسألة » قال ﴿ فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده ، حلف المشترى ، وكان له الرد أو الأرش ﴾

وجملة ذلك : أن المتبايعَيْن إذا اختلفا في العيب : هل كان في المبيع قبل العقد ، أو حدث عند المشترى ؟ لم يَخلُ من قسمين .

أحدهما : أن لا يحتمل إلا قول أحدهما . كالإصبع الزائدة ، والشجّةِ المُنْدَمِلَةِ التي لا يمكن حدُوث مثلها ، والجرح الطريّ الذي لا يُحتملُ كونُه قديماً . فالقول قول من يدّعي ذلك بغير يمين ، لأننا نعلم صدقه ، وكذب خصمه . فلا حاجة إلى استحلافه .

والثاني : أن يحتمل قولُ كلٍّ واحد منهما ، كالخَرْقِ في الثوب ، والرفْو ، ونحوهما ، ففيه روايتان .

إحداهما : القول قول المشترى ، فيحلف بالله أنه اشتراه ، وبه هذا العيب ، أو أنّه ما حدث عنده . ويكون له الخيارُ . لأنّ الأصل عدم القبض في الجزء الفائت ، واستحقاقُ ما يقابله من الثمن ، ولزوم العقد في حقّه . فكان القولُ قولَ من ينفي ذلك ، كما لو اختلفا في قبض المبيع .

والثانية . القولُ قولُ البائع مع يمينه . فيحلفُ على حسَب جوابه ، إن أجاب أنني بعتُه بريئاً من العيب حلف على ذلك ، وإن أجاب بأنه لا يستحق على ما يدّعيه من الردّ ، حلف على ذلك ، ويمينُه على البتّ ، لا على نفي العلم ، لأن الأيمان كلّها على البتّ ، لا على نفي فعل الغير . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ . لأنّ الأصل سلامةُ المبيع ، وصحّة العقد ، ولأن المشتريَ يدّعي عليه استحقاق فسخ البيع ، وهو ينكره ، والقولُ قولُ المنكر .

٣٠٠١ (فصل) وإذا باع الوكيلُ ، ثم ظهر المشترى على عيب كان به ، فله ردّه على الموكّل ، لأن المبيع يردّ بالعيب على من كان له ، فإن كان العيبُ مما يمكن حدوثه ، فأقرّ به الوكيلُ ، وأنكره الموكّل ، فقال أبو الخطاب : يُقبل إقراره على موكّله بالعيب ، لأنه أمرٌ يستحقّ به الردّ ، فيقبل إقرار الوكيل به

على موكّله ، كخيار الشرط . وقال أصحاب أبى حنيفة ، والشافعىّ : لا يُقبل إقرار الوكيل بذلك ، وهو أصحّ . لأنه إقرار على الغير ، فلم يُقبل كالأجنبى ، فإذا ردَّه المشترى على الوكيل لم يملك الوكيل ردَّه على الموكّل ، لأنه ردَّه بإقراره ، وهو غيرُ مقبول على غيره ، ذكره القاضى ، فإن أنكره الوكيل ، فتوجَّهت اليمينُ عليه ، فنَكَل عنها ، فردّ عليه بنكوله ، فهل له ردّه على الموكّل ؟ على وجهين :

أحدهما : ليس له ردّه ، لأن ذلك يجرى مجرى إقراره .

والثانى : له ردّه ، لأنه يرجع إليه بغير اختيار ، أشبه ما لو قامت به بيّنة .

٣٠٠٢ (فصل) ولو اشترى جاريةً على أنها بكر ، ثم قال المشترى : إنما هى ثيّب ، أُرِيَت النساء الثقات ، ويُقبل قول امرأةٍ ثقةٍ ، فإن وطئها المشترى ، وقال : ما أصبتُها بكراً خرج فيه وجهان ، بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا فى العيب الحادث .

٣٠٠٣ (فصل) وإن ردّ المشترى السلعةَ بعيب فيها ، فأنكر البائعُ كونها سلعته ، فالقول قولُ البائع مع يمينه . وبه قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ونحوَه قال الأوزاعىّ . فإنّه قال فيمن صرف دراهم بدنانير ، ثم رجع بدرهم ، فقال الصيرفىّ : ليس هذا درهمى ، يحلفُ الصيرفىّ بالله ، لقد وفّيتُكَهُ ، ويَبْرأ . لأن البائع منكرٌ كون هذه سلعتَه ، ومُنكر لاستحقاق الفسخ ، والقولُ قول المنكر . فأمّا إن جاء ليردَّ السلعة بخيار ، فأنكر البائعُ أنّها سلعته . فحكى ابن المنذر عن أحمد : أن القول قولُ المشترى . وهو قول الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد ، والردّ بالعيب بخلافه .

٣٠٠٤ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى شيئاً مأكولُه فى جوفه ، فكسره ، فوجده فاسداً . فإن لم يكن لمكسوره قيمة ، كبيض الدجاج ، رجع بالثمن على البائع . وإن كان لمكسوره قيمة ، كجوز الهند ، فهو مخيَّر فى الردّ ، وأخذ الثمن . وعليه أرش الكسر ، أو يأخذ ما بين صحيحه ومَعِيبه ﴾ .

وجُملة ذلك : أنه إذا اشترى ما لا يطّلع على عيبه إلا بكسره ، كالبطّيخ ، والرمّان ، والجوز ، والبيض ، وكسره فبان عيبُه . ففيه روايتان :

إحداهما : لا يرجع على البائع بشىء ، وهو مذهب مالك ، لأنه ليس من البائع تدليس ، ولا تفريط ، لعدم معرفته بعيبه : وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره ، فجرى مجرى البراءة من العيوب .

والثانية : يرجع عليه ، وهى ظاهر المذهب ، وقول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأن عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطّلع عليه المشترى . فإذا بان مَعيباً ثبت له الخيار . ولأن البائع إنما يستحقّ ثمن المعيب

دون الصحيح ، لأنه لم يملكه صحيحاً ، فلا معنى لإيجاب الثمن كلِّه ، وكونُه لم يفرّط لا يقتضى أن يجب له ثمن ما لم يُسَلِّمه ، بدليل العيب الذى لم يعلمه فى العبد .

إذا ثبت هذا فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً ، كبيض الدجاج الفاسد ، والرمّان الأسود ، والجوز الخرِب ، والبِطّيخ التالف ، رجع بالثمن كلِّه ، لأن هذا تبيّن به فساد العقد من أصله ، لكونه وقع على ما لا نفع فيه . ولا يصحّ بيعُ ما لا نفع فيه كالحشرات ، والمَيْتاتِ ، وليس عليه أن يردّ المبيع إلى البائع ، لأنهُ لا فائدة فيه .

الثانى : أن يكون مما لمعيبه قيمةٌ كجوز الهند وبيض النعام ، والبطيخ الذى فيه نفع ، ونحوه ، فإذا كسره نظرتَ . فإن كان كسراً لا يمكنُ استعلام المبيع بدونه ، فالمشترى مخيّر بين ردّه وردّ أرش الكسر ، وأخذ الثمن ، وبين أخذ أرش عيبه ، وهو قسطُ ما بين صحيحه ، ومَعيبه . وهذا ظاهر كلام الخِرقىّ . وقال القاضى : عندى لا أرش عليه لكسره . لأن ذلك حصل بطريق استعلام العيب ، والبائعُ سلّطه عليه ، حيث علم أنه لا تُعلَم له صحّته من فساده بغير ذلك . وهذا قول الشافعىّ . ووجه قول الخِرَقىّ : أنه نقص لم يمنع الردّ ، فلزم ردّ أرشه ؛ كلبن المُصَرّاة إذا حلبها ، والبكر إذا وطئها . وبهذين الأصلين يبطلُ ماذكره . فإنه لاستعلام العيب . والبائعُ سلّطه عليه . بل ههنا أولى . لأنه تدليس من البائع ، والتصريةُ حصلت بتدليسه . وإن كان كسراً يمكنُ استعلام المبيع بدونه إلاّ أنه لا يُتلف المبيع بالكلّية . فالحكم فيه كالذى قبله فى قول الخِرَقىّ ؛ وهو قول القاضى أيضاً ، والمشترى مخيّر بين ردّه وأرش الكسر : وأخذ الثمن ، وبين أخذ أرش العيب ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . والرواية الثانية : ليس له ردّه ، وله أرش العيب ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدّم ، وإن كسره كسراً لا يبقى له قيمةٌ ؛ فله أرش العيب لا غيرُ ، لأنّه أتلفه ، وقدر أرش العيب : قسطُ ما بين الصحيح ، والعيب من الثمن ، فيُقوّم المبيعُ صحيحاً ، ثم يُقوّم معيباً غيرَ مكسور ، فيكون للمشترى قدرُ ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه .

٣٠٠٥ (فصل) ولو اشترى ثوباً ، فنشره ، فوجده مَعيباً . فإن كان مما لا ينقصُه النشر ردّه . وإن كان ينقصُه النشر كالهسنجانى الذى يطوى طاقين مُلتصقين ، جرى ذلك مجرى جوز الهند ، على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على ما يحصُل به استعلام المبيع ، أو زاد . كنشر من لا يَعرفُ . وإن أحبّ أخذ أرشه فله ذلك بكلّ حال .

٣٠٠٦ (فصل) إذا اشترى ثوباً فصبغه ، ثم ظهر على عيب ، فله أرشُه لا غيرُ . وبهذا قال أبو حنيفة . وعن أحمد : أن له ردّه ، وأخذ زيادته بالصبغ . لأنها زيادةٌ ، فلا تمنع الردّ ، كالسِّمَن ،

والـكَسْبِ . والأول أولى . لأن هذا معاوضةٌ ، فلا يُجْبَرَ البائعُ على قبولها ، كسائر المعاوضات . وفارق السِّمَنَ والـكَسْبَ . فإنه لا يأخذُ عن السِّمَنِ عوضاً ، والـكَسْبُ للمشترى ، لا يردّه ، ولا يُعاوَض عنه . وإن قال البائع : أنا آخذهُ وأعطى قيمة الصبغ لم يلزم المشترى ذلك . وقال الشافعىّ : ليس للمشترى إلا ردّه . لأنه أمكنه ردّه ، فلم يملك أخذ الأرش ، كما لو سَمِن عبده ، أو كسب .

ولنا : أنه لا يمكنه ردّه إلا بردّ شىء من ماله معه . فلم يسقط حقّه من الأرش بامتناعه من ردّه ، كما لو تعيّب عنده ، وطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث . والأصل لانسلّمه . فإنه يستحقّ أخذ الأرش ، إذا أراده بكلّ حال .

٣٠٠٧ (فصل) يصح بيع العبد الجانى ، سواء كانت الجناية عمداً ، أو خطأ على النفس وما دونها ، موجبة للقصاص ، أو غير موجبة له . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى أحد قوليه . وقال فى الآخر : لا يصحّ بيعُه . لأنه تعلّق برقبته حقّ آدمىّ ، فمنع صحة بيعه كالرهن ، بل حقّ الجناية آكدُ . لأنها تقدّم على حقّ المرتهن .

ولنا : أنه حقّ غير مستقرّ فى الجانى ، يملك أداءه من غيره ، فلم يمنع البيعَ ، كالزكاة ، أو حقّ يثبُت بغير رضا سيّده ، فلم يمنع بيعه ، كالدَّيْن فى ذمته ، أو تصرّف فى الجانى ، فجاز ، كالعتق . وإن كان الحقّ قصاصاً فهو تُرجى سلامته ، ويُخشى تلفَهُ . فأشبه المريض . أما الرهن فإنّ الحقّ متعيّن فيه ، لا يملك سيّده إبداله ، ثبت الحقّ فيه برضاه ، وثيقةً للدين . فلو أبطله بالبيع سقط حقّ الوثيقة الذى التزمه برضاه ، واختياره .

إذا ثبت هذا ، فمتى باعه ، وكانت الجناية موجبة للمال ، أو القوَد ، فعُفى عنه إلى مال ، فعلى السيّد فداؤه بأقلّ الأمرين ، من قيمته ، أو أرش جنايته ، ويزول الحقُّ عن رقبة العبد ببيعه . لأن للسيّد الخِيرَة بين تسليمه ، وفدائه . فإن باعه تعيّن عليه فداؤه ، لإخراج العبد من ملـكه . ولا خيار للمشترى ، لعدم الضرر عليه ، إذ الرجوع على غيره . هذا إذا كان السيد مُوسراً . وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لا يلزم السيد فداؤه . لأنّ أكثر ما فيه أنه التزم فداءه ، فلا يلزمه ذلك ، كما لو قال الراهن : أنا أقضى الدين من الرهن .

ولنا : أنه زال ملـكه عن الجانى ، فلزمه فداؤه . كما لو قتله ، بخلاف الرهن . وبهذا قال أبو حنيفة ، وإن كان البائع مُعسراً لم يسقُط حقّ المجنىّ عليه من رقبة الجانى . لأن البائع إنما يملك نقل حقّه عن رقبته بفدائه ، أو ما يقوم مقامه ، ولا يحصل ذلك فى ذمّة المُعسر ، فيبقى الحقّ فى رقبته بحاله ، مقدّما على حقّ المشترى ، وللمشترى خيارُ الفسخ إن كان غير عالم ببقاء الحقّ فى رقبته ، فإن فسخ رجع بالثمن ، وإن لم يفسخ وكانت الجناية مستوعِبةً لرقبة العبد فأُخِذَ بها ، رجع المشترى بالثمن أيضاً ، لأنّ أرش مثل هذا جميعُ ثمنه ، وإن كانت غيرَ مستوعِبة لرقبته . رجع بقدر أرشه وإن كان عالماً بعيبه راضياً بتعلّق الحقّ

به لم يرجع بشيء ، لأنه اشترى مَعيباً عالماً بعيبه . فإن اختار المشترى فداءه فله ذلك ، والبيعُ بحاله . لأنه يقومُ مقام البائع فى الخِيرَة بين تسليمه ، وفدائه . وحكمه فى الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه . فإن كانت الجناية موجِبَة للقِصاص فللمشترى الخيارُ بين الردّ ، وأخذ الأرش . فإن اقتصّ منه تعيّن الأرش ، وهو قسط قيمة ما بينه جانياً ، وغيرَ جانٍ ، ولا يبطُل البيعُ من أصله . وبهذا قال أصحاب الشافعىّ : يرجع بجميع الثمن ، لأن تلفه كان بمعنىً استحقّ عند البائع ، فجرى مجرى إتلافه إيّاه .

ولنا : أنه تلف عند المشترى بالعيب الذى كان فيه ، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن ، كما لو كان مريضاً ، فمات بدائه ، أو مُرتدّاً فقتل بردّته ، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه ، ولا يصحّ قياسهم على إتلافه ، لأنه لم يتلفه ، فما اشتركا فى المقتضى ، ولو كانت الجناية موجِبةً لقطع يده ، فقُطعت عند المشترى ، فقد تعيّب فى يده ، لأنّ استحقاق القطع دون حقيقته ، فهل يمنع ذلك ردّه بعيبه ؟ على روايتين ، ومتى اشتراه عالما بعيبه لم يمكن له ردّه ، ولا أرش كسائر المعيبات ، وهذا قول الشافعىّ .

٣٠٠٨ (فصل) وحكم المرتدّ حكم القاتل فى صحّة بيعه ، وسائر أحكامه المذكورة فيه فإنّ قتلَه غيرُ متحتّم لاحتمال رجوعه إلى الإسلام . وكذلك القاتل فى المحاربة ، إذا تاب قبل القدرة عليه . فإن لم يتُب حتى قُدِر عليه ، فقال أبو الخطّاب هو كالقاتل فى غير محاربة ، لأنّه عبد قِنٌّ يصحّ إعتاقه ، ويملك استخدامه ، فصحّ بيعُه ، كغير القاتل ، ولأنه يمكنه الانتفاعُ به ، إلى حال قتله ، ويُعتقه فينجرّ به ولاء أولاده . فجاز بيعُه كالمريض المأيوس من بُرئه ، وقال القاضى : لا يصحّ بيعُه ، لأنه تحتّم قتلُهُ ، وإتلافه ، وإذهابُ ماليّته ، وحرم ابقاؤه ، فصار بمنزلة مالا نفع فيه من الحشرات ، والمَيْتات ، وهذه المنفعة اليسيرةُ مُفْضيةٌ به إلى قتله ، لا يتمهّد بها مَحلاً للبيع ، كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسدّ بَثْق ، أو إطعام كَلْب ، والأول أصحّ ، فإنه كان مَحلاً للبيع ، والأصلُ بقاء ذلك فيه ، وانحتام إتلافه لا يجعلُه تالفاً ، بدليل أن أحكام الحياة من التكليف ، وغيره لا تسقط عنه ، ولا تثبتُ أحكام الموتى له من إرثِ ماله ، ونفوذ وصيّته ، وغيرها ، ولأن خروجه عن حكم الأصل لا يثبُت إلاّ بدليل ، ولا نصّ فى هذا ، ولا إجماع ، ولا يصحّ قياسه على الحشرات ، والمَيْتات ، لأن تلك لم تكن فيها منفعةٌ فيما مضى ، ولا فى الحال ، وعلى أن هذا التحتّم يمكن زوالُه لزوال ماثبت به من الرجوع عن الإقرار ، وإن كان ثبت به ، أو رجوع البيّنة ، ولو لم يمكن زوالُه فأكثر مافيه تحقّق تلفه ، وذلك يجعله كالمريض المأيوس من بُرئه ، وبيعه جائز .

٣٠٠٩ « مسألة » قال ﴿ ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع إذا كان قصده للعبد لا للمال ﴾ .

وجملة ذلك : أن السيد إذا باع عبده ، أو جاريته ، وله مال مَلَّكه إيّاه مولاه ، أو خصّه به . فهو للبائع . لما روَى ابنُ عمر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلبَائِعِ ، إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ » رواه مسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه . ولأن العبد ومالَه للبائع . فإذا باع العبد اختصّ البيعُ به ، دون غيره ، كما لو كان له عبدان ، فباع أحدهما . وإن اشترطه المُبتاع كان له ، للخبر . وروَى ذلك نافع ، عن ابن عمر ، عن عمر بن الخطاب ، رضى الله عنه . وقضى به شُرَيح . وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحق ، قال الخِرَقىّ : إذا كان قصدُه للعبد ، لا للمال . هذا منصوص أحمد ، وهو قول الشافعىّ ، وأبى ثور ، وعثمان البَتّىّ . ومعناه : أنه لا يقصد بالبيع شراء مالِ العبد ، إنّما يقصدُ بقاءَالمالِ لعَبْدِه ، وإقراره فى يده ، فمتى كان كذلك صحّ اشتراطُه ، ودخل فى البيع به ، وسواء كان المالُ معلوماً ، أو مجهولاً ، من جنس الثمن ، أو من غيره ، عيناً كان أو دَيْناً ، وسواء كان مثلَ الثمن ، أو أقل ، أو أكثر . قال البَتّىّ : إذا باع عبداً بألف درهم ، ومعه ألفُ درهم ، فالبيعُ جائز ، إذا كانت رغبةُ المبتاع فى العبد ، لا فى الدراهم . وذلك لأنه دخل فى البيع تبعاً غيرَ مقصود . فأشبه أساسات الحيطان ، والتمويهَ بالذهب فى السقُوف . فأماّ إن كان المال مقصودا بالشراء ، جاز اشتراطه إذا وُجدت فيه شرائطُ البيع ، من العلم به ، وأن لا يكون بينه وبين الثمن رِباً ، كما يُعتبر ذلك فى العينين المبيعَتين . لأنه مبيع مقصود . فأشبه ما لو ضمّ إلى العبد عيناً أخرى ، وباعهما . وقال القاضى : هذا ينبنى على كون العبد يملك ،أو لا يملك . فإن قلنا : لا يملك ، فاشترط المشترى مالَه صار مبيعاً معه،فاشتُرِط فيه ما يُشترط فىسائر المبيعات.وهذا مذهب أبى حنيفة . وإن قلنا : يملك ، احتُملت . فيه الجهالة ، وغيرُها مما ذكرنامن قبلُ.لأنه تبعٌ فى البيع ، لا أصلٌ . فأشبه طىّ الآبار . وهذا خلاف نصّ أحمد،وقولِ الخرقىّ . لأنهما جعلا الشرط الذى يختلف الحكم به قصدَ المشترى دونَ غيره . وهو أصحُّ إن شاء الله تعالى . واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود ، كما ذكرنا ، كاللبن فى ضَرْع الشاةِ المبيعة ، والحمل فى بطنها ، والصوف على ظهرها ، وأشباه ذلك . فإنّه مبيعٌ ، ويحتمل فيه الجهالة ، وغيرها ، لما ذكرنا . وقد قيل : إن المال ليس بمبيع ههنا . وإنما استبقاه المشترى على ملك العبد ، لا يزول عنه إلى البائع . وهو قريبٌ من الأول .

٣٠١٠ (فصل) وإذا اشترى عبداً واشترط ماله ، ثمّ ردّ العبد بعيب ، أو خيار ، أو إقالةٍ ردّ مالَه معه وقال داود : يردُّ العبد دون ماله . لأن مالَه لم يدخُل فى البيع ، فأشبه النماء الحادث عنده .

ولنا : أنه عينُ مال أخذها المشترى ، لا تحصُل بدون البيع ، فيردُّها بالفسخ كالعبد . ولأنّ العبد إذا كان ذا مالٍ كانت قيمتُه أكثرَ ، فأخذُ ماله ينقصُ قيمته فلم يملك ردّه ، حتى يدفع ما يُزيل نَقْصَه .

فإن تلف ماله ، ثم أراد ردّه ، فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشترى ، هل يمنع الردّ ؟ على روايتين ، فإن قلنا : يردّه ، فعليه قيمةُ ما أتلف ، قال أحمد : فى رجل اشترى أمةً معها قِنَاعٌ ، فاشترطه ، وظهر على عيب ، وقد تلف القناع : غَرِمَ قيمتَه بحصّته من الثمن .

٣٠١١ (فصل) وما كان على العبد ، أو الجارية من الحُلِىِّ ، فهو بمنزلة ماله ، على ما ذكرنا . فأما الثيابُ ، فقال أحمد : ما كان يلبَسُه عند البائع فهو للمشترى . وإن كانت ثياباً يلبَسُها فوق ثيابه ، أو شيئاً يزيِّنه به ، فهو للبائع ، إلاّ أن يشترطه المُبتاعُ . يعنى أن الثيابَ التى يلبَسها عادةً للخدمة ، والبِذْلةِ تدخُل فى البيع ، دون الثياب التى يتجمّل بها . لأن ثياب البِذْلةِ جرت العادةُ ببيعها معه . ولأنّها تتعلّق بها مصلحتُه ، وحاجته ، إذ لا غَنَاء له عنها ، فجرت مجرى مفاتيح الدار ، بخلاف ثياب الجَمَال ، فإنّها زيادةٌ على العادة ، ولا تتعلّق بها حاجةُ العبد . وإنما يُلْبِسُها إيّاه ليُنفقه بها . وهذه حاجة السيّد ، لا حاجة العبد ، ولم تجر العادةُ بالمسامحة فيها ، فجرت مجرى السُّتور فى الدار ، والدابَّة التى يُرْكِبُه عليها ، مع دخولها فى الخبر ، وبقائها على الأصل. وقال ابن عمر « مَنْ بَاعَ وَلِيدَةً زَيَّنَهَا بِثِيابٍ فَلِلَّذِى اشْتَرَاهَا مَا عَلَيْها، إلاّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الَّذِى بَاعهاَ » وبه قال الحسن ، والنخَعِىُّ .

ولنا : الخبر الذى رواه ابن عمر ، ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع ، ولا جرت العادةُ ببيعها معه ، أشبه سائر مال البائع . ولأنه زينةٌ للمَبيع . فأشبه ما لو زَيَّن الدار ببِساطٍ ، أو سِتْرٍ .

٣٠١٢ (فصل) ولا يملك العبد شيئاً إذا لم يُمَلِّكه سيّده فى قول عامّة أهل العلم . وقال أهل الظاهر : يملكُ ، لدخوله فى عموم قوله تعالى (٢ : ٢٩ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِى الْأَرْضِ جَمِيعاً) وقول النبىِّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ » فأضاف المال إليه بلام التمليك .

ولنا : قوله تعالى (١٦ : ٧٥ ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً عَبْداً مَمْلُوكاً لاَ يَقْدِرُ عَلَى شَىْءٍ) ولأن سيِّده يملك عينه ، ومنافعه . فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيِّده ، كبهيمته . فأمّا إن ملّكه سيّده شيئاً ، ففيه روايتان .

إحداهما : لا يملكه . وهو ظاهر قول الخِرَقىِّ . فإنهُ قال : والسيّد يُزَكِّى عما فى يد عبده ، لأنه مالكُه ، وقال : والعبدُ لا يرث ، ولا مال له فيورَثُ عنه . وهو اختيار أبى بكر ، وقول أبى حنيفة ، والثورىّ ، وإسحاق ، والشافعىّ فى الجديد . لأنه مملوك ، فلم يملك ، كالبهيمة .

والثانية : يملك . وهى أصح عندى . وهو قول مالك ، والشافعى فى القديم للآية والخبر . ولأنه آدمىّ حىّ ، فملك كالحرّ . ولأنه يملك فى النكاح ، فملك فى المال ، كالحرّ . ولأنه يصحّ الإقرارُ له . فأشبه الحرّ . وما ذكروه تعليل بالمانع . ولا يثبُت اعتباره إلاّ أن يوجد المقتضى فى الأصل . ولم يوجد

في البهيمة ما يقتضي ثبوت الملك لها . وإنما انتفى ملكها لعدم المقتضى له ، لا لكونها مملوكةً ، وكونها مملوكةً عديمُ الأثر . فإن سائر البهائم التي ليست مملوكةً من الصُّيُودِ ، والوحُوش لا تملك ، وكذلك الجاداتُ . وإذا بطل كونُ ما ذكروه مانعاً ، وقد تحقق المقتضى ، لزم ثبوتُ حكمه . والله أعلم .

٣٠١٣ « مسألة » قال ﴿ ومن باع سلعة بنَسِيئة لم يجُز أن يشتريها بأقلَّ مما باعها به ﴾

وجملة ذلك : أن من باع سلعةً بثمن مُؤجّل ، ثم اشتراها بأقلَّ منه نقداً ، لم يجُز في قول أكثر أهل العلم . رُوي ذلك عن ابن عباس ، وعائشةَ ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبيّ ، والنخَعِيّ . وبه قال أبو الزِّناد ، وربيعةُ ، وعبد العزيز بن أبي سَلَمَة ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وأجازه الشافعيّ . لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها .

ولنا : ما روى غُنْدَرُ ، عن شُعْبَة ، عن أبي إسحاق السّبيعيّ ، عن امرأته العاليةِ بنت أيفَعَ ابن شُرَحْبِيل : أنّها قالت « دَخَلْتُ أنَا وأمُّ وَلَدِ زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ ، وامرأتُه عَلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا ، فَقَالَتْ أمُّ وَلَدِ زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ : إنِّي بِعْتُ غُلَاماً مِنْ زَيْدِ بنِ أَرْقَمَ بِثَمَانِمائَةِ دِرْهَمٍ إلى العَطَاء ، ثُمَّ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ بستِّمائَةِ دِرْهَمٍ . فقالت لها : بِئْسَ مَا شَرَيْتِ ، وبِئْسَ مَا اشتَرَيْتِ . أبْلغِي زَيْدَ بنَ أَرْقَمَ أَنَّهُ قَدْ أَبْطَلَ جِهَادَهُ مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّم ، إلاَّ أَنْ يَتُوبَ » رواه الإمام أحمد ، وسعيدُ ابن منصور . والظاهر : أنها لا تقول مثل هذا التغليظ ، وتُقدِم عليه إلا بتوقيف سمعتْهُ من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فجرى مجرى روايتها ذلك عنه . ولأنّ ذلك ذريعةٌ إلى الربا ، فإنه يُدْخِلُ السلعةَ ليستبيح بيعَ ألف بخمسمائة ، إلى أجلٍ معلوم . وكذلك رُوي عن ابن عباس في مثل هذه المسألة : أنّه قال « أرَى مِائةً بخمْسِينَ بَيْنَهُمَا حَرِيرَةٌ » يعني خِرْقَةَ حَرِيرٍ جعلاها في بَيْعِهِمَا . والذَّرائعُ مُعتبرةٌ لما قدّمناه . فأما بيعُها بمثل الثمن ، أو أكثر فيجوزُ . لأنَّه لا يكون ذريعةً . وهذا إذا كانت السلعةُ لم تنقُص عن حالة البيع . فإن نقصت مثلُ أن هُزِلَ العبدُ ، أو نَسِي صناعةً ، أو تخرّق الثوبُ ، أو بَلِي ، جاز له شراؤها بما شاء . لأن نقص الثمن لنقص المبيع ، لا للتوسُّل إلى الربا . وإن نقص سعرُها ، أو زاد ، لذلك أو لمعنًى حدث فيها ، لم يجُز بيعُها بأقلَّ من ثمنها ، كما لو كانت بحالها . نصّ أحمدُ على هذا كلّه .

٣٠١٤ (فصل) وإن اشتراها بعرض ، أو كان بيعُها الأول بعَرْضٍ فاشتراها بنقْدٍ ، جاز . وبه قال أبو حنيفةَ . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن التحريم إنما كان لشُبْهةِ الرّبا . ولا ربا بين الأثمان ، والعُروض . فأمّا إن باعها بنقد ، ثم اشتراها بنقدٍ آخرَ ، مثلُ أن يبيعها بمائتي درهم ، ثم اشتراها بعَشَرةِ دنانيرَ ، فقال أصحابُنا : يجوزُ . لأنّهما جنسان ، لا يحرُم التفاضلُ بينهما . فجاز ، كما لو اشتراها بعَرْضٍ ، أو بمثل الثمن .

وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ استحساناً . لأنّهما كالشيء الواحد فى معنى الثَّمَنِيَّةِ . ولأنّ ذلك يتّخذ وسيلةً إلى الربا . فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول . وهذا أصحّ . إن شاء الله تعالى .

٣٠١٥ (فصل) وهذه المسألة تُسمّى مسألةَ العِينَةِ . قال الشاعر :

أَنَدَّانُ أَمْ نَعْتَانُ أَمْ يَنبَرِى لَنَا فَتًى مِثْلُ نَصْلِ السَّيْفِ مِيزَتْ مَضَارِبُهُ ؟[1]

فقوله « نعتان » أى نشترى عِينَةً مثل ما وصفنا. وقد رَوى أبو داود بإسناده عن ابن عمر ، قال : سمعتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذَا تَبَايَعْتُمْ بالعِينَة ، وَأخذْتُمْ بأذْنَابَ البَقَرِ[2] ، وَرَضِيتُمْ بالزَّرْعِ ، وَتَرَكْتُمُ الجِهَادَ سَلَّطَ اللهُ عَلَيْكُمْ ذُلاًّ لاَ يَنزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إلى دِينِكُمْ » وهذا وعيد يدلُّ على التحريم . وقد رُوى عن أحمد أنه قال : العِينَةُ أن يكون عند الرجل المتاعُ فلا يبيعُه إلا بنَسِيئَةٍ . فإن باعه بنقد ونَسِيئَةٍ ، فلا بأس . وقال : أكرهُ للرجلِ أن لا يكون له تجارةٌ غيرُ العِينَةِ ، لاَ يَبِيعُ بنَقْدٍ . وقال ابن عقيل : إنما كره النسيئةَ لمضارعتها الرّبا . فإن الغالب أن البائع بنسيئةٍ يقصد الزيادة بالأجل ؛ ويجوزُ أن تكون العِينَةُ اسماً لهذه المسألة ، وللبَيْعِ بنَسِيئَةٍ جميعاً . لكن البيع بنسيئة ليس بمحرّم اتفاقاً . ولا يُكره إلا أن لا يكون[3] له تجارةٌ غيرُه .

٣٠١٦ (فصل) وإن باع سلعةً بنقد ، ثم اشتراها بأكثر منه نَسيئةً ، فقال أحمد فى رواية حرب لا يجوزُ ذلك ، إلا أن يغيّر السلعةَ . لأن ذلك يتّخذُه وسيلةً إلى الربا ، فأشبه مسألة العِينَةِ . فإن اشتراها بنقدٍ آخرَ ، أو بسلعةٍ أخرى ، أو بأقلّ من ثمنها نسيئةً ، جاز . لما ذكرناه فى مسألة العِينَةِ . ويحتملُ أن يجوز له شراؤها بجنسِ الثمن ، بأكثرَ منه ، إلا أن يكون ذلك عن مُواطأةٍ ، أو حِيلَةٍ فلا يجوزُ . وإن

---

(١) ندان : نستدين ونقترض ، وأصلها ندتين على وزن تفتعل من الدين فقلبت الياء ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها فصارت ندتان ، ثم أدغمت التاء فى الدال بعد قلبها دالا فصارت ندان ونعتان ، أصلها نعتين على وزن نفتعل أيضاً من العينة ، فقلبت الياء ألفاً كما سبق فى ندان ، وبيع العينة هو بيع الشىء بثمن بخس، ثم شراؤه بثمن مرتفع احتيالا على الربا وهو حرام كما سبق .

(٢) أخذتم بأذناب البقر : أذناب البقر ، السياط التى يضرب بها الحكام الشعب ، وقد ورد فى الحديث أنه يأتى فى آخر الزمان ناس معهم مثل أذناب البقر يضربون بها الناس ، أى إذا جار الحكام ، وظلموا الشعوب وضربوهم بالسياط ، ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد ، أى رضيتم بالدنيا من الآخرة ، وفضلتم الكسل والقعود عن الحرب .

(٣) لفظ (لا) ساقط من جميع النسخ المطبوعة ، ولم ينبه عليه فى الخطأ والصواب فى جميعها ، ولابد منه ، لأن البيع بالنسيئة لا يكره إلا إذا اختص البائع بهذا النوع من البيع.

وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد ، جاز . لأن الأصل حِلّ البيع ، وإنما حرُم فى مسألة العِينَة بالأثر الوارد فيه . وليس هذا فى معناه . ولأن التوسّل بذلك أكثرُ . فلا يلتحق به ما دونه . والله أعلم .

٣٠١٧ (فصل) وفى كل موضع قلنا : لا يجوز له أن يشترى ، لا يجوز ذلك لوكيله ، لأنه قائم مقامه . ويجوز لغيره من الناس ، سواء كان أباه ، أو ابنه ، أو غيرهما . لأنه غيرُ البائع ، ويشترى لنفسه . فأشبه الأجنبيّ .

٣٠١٨ (فصل) ومن باع طعاماً إلى أجل ، فلمّا حلّ الأجلُ أخذ منه بالثمن الذى فى ذمّته طعاماً قبل قبضه ؛ لم يجُز . رُوى ذلك عن ابن عمر ، وسعيد بن المسيّب ، وطاوس ، وبه قال مالك ، وإسحاق ، وأجازه جابر بن زيد ، وسعيدُ بنُ جُبير ، وعليُّ بن حسين ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، وأصحابُ الرأى ، قال علىّ بنُ حسين : إذا لم يكن لك فى ذلك رأى . ورُوى عن محمد بن عبد الله بن أبى مريم : أنه قال « بِعْتُ تَمْراً مِنَ التّمّارِينَ كُلَّ سَبْعَةِ آصُعٍ بِدِرْهَمٍ ، ثُمّ وَجَدْتُ عِنْدَ رَجُلٍ مِنْهُمْ تَمْراً يَبِيعُهُ أَرْبَعَةَ آصُعٍ بِدِرْهَمٍ ، فَاشْتَرَيْتُ مِنْهُ ، فَسَأَلْتُ عِكْرِمَةَ عَنْ ذَلِكَ ؟ فقال : لَا بَأْسَ ، أَخَذْتَ أَنْقَصَ مِمَّا بِعْتَ ثم سَأَلْتُ سَعِيدَ بنَ المُسَيَّبِ عَنْ ذَلِكَ وَأَخْبَرْتُهُ بِقَوْلِ عِكْرِمَةَ . فقال : كَذَبَ » قال عبد الله بن عبّاس « مَا بِعْتَ مِنْ شَيْءٍ مِمّا يُكَالُ بِمِكْيَالٍ ، فَلَا تَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئاً مِمّا يُكَالُ بِمِكْيَالٍ إِلّا وَرِقاً أَوْ ذَهَباً . فَإِذَا أَخَذْتَ وَرِقَكَ فابْتَعْ مِمَّنْ شِئْتَ ، مِنْهُ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ . فَرَجَعْتُ فَإِذَا عِكْرِمَةُ قَدْ طَلَبنِى ، فقالَ : الّذِى قُلْتُ لَكَ هُوَ حَلَالٌ : هُوَ حَرَامٌ ، فَقُلْتُ لسَعِيد بنِ المُسَيَّبِ : إِنْ فَضَلَ لِى عِنْدَهُ فَضْلٌ ؟ قال : فَأَعْطِهِ أَنْتَ الْكَسْرَ ، وَخُذْ مِنْهُ الدِّرْهَمَ » ووجه ذلك : أنه ذريعةٌ إلى بيع الطعام بالطعام نَسِيئةً ، فحرُم ، كمسألة العِينَة ، فعلى هذا كلّ شيئين حَرُمَ النَّسَاء فيهما لَا يَجُوزُ أن يأخذ أحدَهما عِوَضاً عن الآخر قبلَ قبض ثمنه ، إذا كان البيعُ نَساء . نصّ أحمد على ما يدلّ على هذا . وكذلك قال سعيدُ بن المسيّب فيما حكينا عنه . والذى يَقْوَى عندى جوازُ ذلك إذا لم يفعله حيلةً ، ولا قصدَ ذلك فى ابتداء العقد ، كما قال على بنُ الحسين فيما يُروى عنه عبدُ الله بن زيد ، قال « قَدِمْتُ عَلَى عَلِيِّ بنِ الحُسَيْنِ ، فَقُلْتُ لَهُ : إِنِّى أَجُذُّ نَخْلِى وَأَبِيعُ مِمَّنْ حَضَرَنِى التَّمْرَ إِلَى أَجلٍ ، فَيَقْدمُونَ بِالْحِنْطَةِ ، وَقَدْ حَلَّ ذَلِكَ الأَجلُ ، فَيُوقِفُونَهَا بِالسُّوقِ ، فَأَبْتَاعُ مِنْهُمْ ، وَأُقَاصُّهُمْ ؟ قال : لَا بَأْسَ بِذَلِكَ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْكَ عَلَى رَأْىٍ[(1)] » وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التى فى الذمّة بعد انبرام العقد الأول ولزومه . فصحّ ، كما لو كان المبيعُ الأول حيوانًا ، أو ثياباً ، ولما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا . فإنّه لم يأخذ بالثمن طعاماً . ولكن اشترى

---

(١) يعنى : إذا لم يكن ذلك مقصودا لك من أول الأمر ، ومرتبا فى نفسك .

من المشترى طعاماً بدراهم ، وسلّمها إليه ، ثم أخذها منه وفاء ، أو لم يسلّمها إليه ، لكن قاصّه بها ، كما فى حديث علىّ بن الحسين .

٣٠١٩ « مسألة » قال ﴿ ومن باع حيواناً ، أو غيره بالبراءة من كلّ عيب لم يبرأ ، سواء علم به البائعُ أو لم يعلم ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى البراءة من العيوب . فرُوى عنه : أنه لا يبرأ إلاّ أن يعلم المشترى بالعيب . وهو قول الشافعىّ ، وقال إبراهيم ، والحكم ، وحمّاد : لا يبرأ إلاّ مما سمّى ، وقال شُرَيْح : لا يبرأ إلا مما أراه ، أو وضع يده عليه . ورُوى نحوُ ذلك عن عطاء ، والحسن ، وإسحاق ، لأنه مرفق فى البيع ، لا يثبُت إلا بالشرط ، فلا يثبُت مع الجهل ، كالخيار .

والرواية الثانية : أنه يبرأ من كلّ عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه . ويُروى ذلك عن عثمان ، ونحوُه عن زيد بن ثابت . وهو قول مالك . وقول الشافعىّ فى الحيوان خاصّةً . لما رُوى أنّ عبد الله بن عمر « بَاعَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ عَبْداً بِشَرْطِ الْبَرَاءةِ مِنَ الْعَيْبِ بِثَمانمائةِ دِرْهَمٍ . فَأَصابَ بِهِ زَيْدٌ عَيْباً . فَأَرادَ رَدَّه عَلَى ابن عمر ، فَلَمْ يَقْبَلْهُ . فَتَرافَعا إِلى عُثمان . فقال عثمان ، لابن عمر : تَحْلِفُ أَنَّكَ لم تَعْلَم بِهذَا الْعَيْبِ ؟ فقال : لا ، فردّه عليه ، فباعَه ابنُ عمر بألفِ دِرْهَمٍ » وهذه قصّةٌ اشتهرت ، فلم تُنكَر ، فكانت إجماعاً ، ورُوى عن أحمد : أنه أجاز البراءة من المجهول . فيخرجُ من هذا صحّة البراءة من كلّ عَيْب . ورُوى هذا عن ابن عمر . وهو قول أصحاب الرأى ، وقول الشافعىّ . لما رَوت أمّ سَلَمَة «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَما فِي مَوارِيثَ دَرَسَتْ إِلىَ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم . فقالَ رَسُولُ اللهِ صَلى الله عليهِ وَسلم : اسْتَهِمَا وَتَوَخَّيَا ، وَلْيُحَلِّلْ كُلُّ واحِدٍ مِنْكُمَا صَاحِبَهُ » فدلَّ هذا على أن البراءة من المجهول جائزة . ولأنه إسقاط حقّ لا تسليم فيه . فصَحّ من المجهول كالعِتَاق . والطلاق . ولا فرق بين الحيوان وغيره . فما ثبت فى أحدهما ثبت فى الآخر ، وقولُ عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابىّ المخالِف لا يَبقى حُجّةً .

٣٠٢٠ (فصل) فإن قلنا : لا يصحّ شرط البراءة من العيوب . فشَرْطه لم يفسُد البيعُ فى ظاهر المذهب . وهو وجه لأصحاب الشافعىّ . لأن ابن عمر باع بشرط البراءة . فأجمعوا على صحّته ، ولم يُنكرهُ منكر . فعلى هذا لا يمنعُ الردّ بوجود الشرط . ويكون وجودُه كعدمه . وعن أحمد فى الشروط الفسده . روايتان

إحداهما : أنها تُفسد العقد ، فيدخُل فيها هذا البيع . لأن البائع إنّما رضىَ بهذا الثمن عوَضاً عنه بهذا الشرط ، فإذَا فسد الشرطُ فات الرّضَى به فيفسُد البيع ، لعدم التراضى به .

٣٠٢١ « مسألة » قال ﴿ ومن باع شيئاً مرابحةً . فعلم أنه زاد فى رأس ماله ، رجع عليه بالزيادة ، وحطّها من الربح ﴾ .

معنى بيع المرابحة : هو البيعُ برأس المال وربح معلوم ، ويُشترط علمهما برأس المال . فيقول : رأسُ مالى فيه ، أو هو علىّ بمائةٍ بعتُك بها ، وربح عَشَرةٍ . فهذا جائز ، لا خلاف فى صحّته . ولا نعلم فيه عند أحد كراهةً . وإن قال : بعتك برأس مالى فيه وهو مائةٌ ، وأربَحُ فى كلّ عَشَرةٍ درهماً ، أو قال : ده يازده، أو ده داوزده ، فقد كرهه أحمدُ . وقد رُوِيَت كراهته عن ابن عمر ، وابن عبّاس ، ومسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بن جُبَيْر ، وعطاء بن يَسار ، وقال إسحاق : لا يجوز . لأنّ الثمن مجهول حال العقد ، فلم يجُز ، كما لو باعه بما يخرُج به فى الحساب . ورخّص فيه سعيدُ بن المسيّب ، وابن سيرين ، وشُرَيح ، والنخَعِىّ ، والثّورِىّ ، والشافعىّ ، وأصحابُ الرأى ، وابن المنذر . ولأن رأس المال معلوم ، فأشبه مالو قال : وربح عَشَرةِ دراهم : ووجه الكراهة : أن ابن عمر ، وابن عبّاس كرهاه . ولم نعلم لهما فى الصحابة مخالفاً . ولأن فيه نوعاً من الجهالة ، والتحرّز عنها أولى . وهذه كراهةُ تنزيه . والبيع صحيح ، لما ذكرنا . والجهالةُ يمكن إزالتها بالحساب ، فلم تضرّ ، كما لو باعه صُبْرَةً كلّ قَفيزٍ بدرهم ، وأمّا ما يخرج به فى الحساب ، فمجهولٌ فى الجملة ، والتفصيل .

إذا ثبت هذا : عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول : متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة ، ثم علم بتنبيه ، أو إقرار ، أنّ رأس ماله تسعون ، فالبيعُ صحيحٌ . لأنّه زيادةٌ فى الثمن فلم يمنع صحّة العقد كالعيب . وللمشترى الرجوع على البائع بما زاد فى رأس المال ، وهو عشرة ، وحطُّها من الربح ، وهو درهم . فيبقى على المشترى بتسعة وتسعين درهما . وبهذا قال الثورىّ ، وابن أبى ليلى . وهو أحدُ قولى الشافعى . وقال أبو حنيفة : هو مخيّر بين الأخذ بكلّ الثمن ، أو يتركُ ، قياساً على المعيب .

ولنا : أنه باعه برأس ماله ، وما قدّره من الربح . فإذا بان رأسُ ماله قدراً كان مَبيعاً به ، وبالزيادة التى اتفقا عليها ، والمعيب كذلك عندنا . فإنّ له أخذَ الأرش ، ثم المعيب لم يرض به إلاّ بالثمن المذكور ، وههنا رضى فيه برأس المال والربح المقرر . وهل للمشترى خيار ؟ فالمنصوص عن أحمد : أن المشترى مخيّر بين أخذ المبيع برأس ماله وحصّته من الربح ، وبين تركه . نقله حنبل . وحُكى ذلك قولا للشافعىّ . لأن المشترى لا يأمنُ الجناية فى هذا الثمن أيضاً ، ولأنه ربّما كان له غرض فى الشراء بذلك الثمن بعينه ، لكونه حالفاً ، أو وكيلاً ، أو غير ذلك . وظاهر كلام الخِرَقىّ : أنّه لا خيار له . لأنه لم يذكره . وحُكى ذلك قولاً للشافعىّ . لأنه رضيه بمائةٍ وعشرةٍ ، فإذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً . فلم يكن له خيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب ، فبان صحيحاً ، أو أُمّىٌّ فبان صانعاً ، أو وُكّل فى شراء مُعيّن

بمائةٍ فاشتراه بتسعين . وأما البائعُ فلا خيار له . لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح ، وقد حصل له ذلك .

٣٠٢٢ (فصل) وإذا أراد الإخبار بثمن السلعة ، فإن كانت بحالها لم تتغيّر ، أخبر بثمنها ، وإن حطّ البائعُ بعض الثمن عن المشترى ، أو اشتراه بعد لزوم العقد ، لم يُجزئه ، ويُخبر بالثمن الأول ، لا غيرُ . ولأنّ ذلك هبةٌ من أحدهما للآخر ، لا يكون عِوَضاً . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يُلحق بالعقد ، ويُخبر به فى المرابحة . وهذه مسألة يأتى ذكرُها إن شاء الله تعالى ، وإن كان ذلك فى مدّة الخيار لحقَ بالعقد ، وأخبر به فى الثمن . وبه قال الشافعىّ ، وأبو حنيفة . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . فإن تغيّر سعرُها دونها . فإن غلت لم يلزمه الإخبار بذلك ، لأنّه زيادة فيها . وإن رَخُصت فنصّ أحمد : على أنه لا يلزمه الإخبار بذلك . لأنه صادقٌ بدون الإخبار به . ويحتمل أن يلزمه الإخبارُ بالحال . فإنّ المشترى لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن ، فكتمانُه تغريرٌ به . فإن أخبر بدون ثمنها ، ولم يتبيّن الحال لم يجُز . لأنه يجمع بين الكذب والتغرير .

٣٠٢٣ (فصل) فأما إن تغيّرت السلعة فذلك على ضربين :

أحدهما : أن تتغيّر بزيادة . وهى نوعان :

أحدهما : أن تزيد لنمائها ، كالسِّمَن ، وتَعلُّم صنعة ، أو يحصُل منها نماء منفصل ، كالولد ، والثمرة ، والكَسْب . فهذا إذا أراد أن يبيعها مُرابحةً أخبر بالثمن من غير زيادة . لأنه القدرُ الذى اشتراها به . وإن أخذ النماء المنفصل ، أو استخدم الأمَة ، أو وَطِىء الثيّب أخبر برأس المال ، ولم يلزمه تبيينُ الحال . ورَوى ابن المنذر عن أحمد : أنّه يلزمه تبيين ذلك كلّه . وهو قول إسحاق ، وقال أصحابُ الرأى فى الغَلّة يأخذها : لا بأس أن يبيع مُرابَحةً ، وفى الولد ، والثمرة : لا يبيعُ مُرابحةً حتى يُبيّن ، ولأنّه من مُوجَبِ العقد .

ولنا : أنه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشترى فجاز ، كما لو لم يزد . ولأن الولد والثمرة نماء منفصل ، فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغَلّة . وقد بيّنّا من قبلُ أنّه ليس من مُوجَبات العقد .

النوع الثانى: أن يعمل فيها عملاً ، مثلُ أن يُقصّرها ، أو يَرْفُوَهَا ، أو يجملها ، أو يَخيطَها ، فهذه متى أراد أن يبيعها مُرابحةً أخبر بالحال على وجهه ، سواء عمل ذلك بنفسه ، أو استأجر من عمله ، هذا ظاهرُ كلام أحمد ، فإنّه قال : يُبيِّن ما اشتراه وما لزمه ، ولا يجوز أن يقول : تحصّلتْ علىّ بكذا ، وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وسعيدُ بن المسيّب ، وطاوس ، والنخَعِىّ ، والأوزاعىّ ، وأبو ثور ، ويحتملُ أن يجوز فيما استأجر عليه أن يَضُمّ الأُجرَة إلى الثمن ، ويقول : تَحَصّلَتْ علىّ بكذا ، لأنه صادق ، وبه قال الشعبىّ ، والحكَم ، والشافعىّ .

ولنا : أنه تغرير بالمشترى ، فإنّه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصّلتْ به لأجْلِ الصناعة لايرغبُ فيه ، لعدم رغبته فى ذلك ، فأشبه ما ينقُص الحيوانُ فى مؤنته ، وكُسْوَتِهِ ، وعلى المبتاع فى خَزْنِه .

الضرب الثانى : أن يتغيّر بنقص ، كنقصه بمرض ، أو جنايةٍ عليه ، أو تلَف بعضه ، أو بولادةٍ ، أو عيب ، أو يأخذ المشترى بعضَه ، كالصوف ، واللبن الموجود ، ونحوه ، فإنه يخبر بالحال على وجهه ، لا نعلم فيه خلافاً ، وإن أخذ أرش العيب ، أو الجناية ، أخبَر بذلك على وجهه ، ذكره القاضى ، وقال أبو الخطّاب : يحطّ أرش العيب من الثمن ، ويُخبِرُ بالباقى ، لأن أرش العيب عوضٌ ما فات به ، فكان ثمنُ الموجود هو ما بقى ، وفى أرش الجناية وجهان :

أحدهما : يحطُّه من الثمن ، كأرش العيب

والثانى : لا يَحطُّه كالنماء ، وقال الشافعىّ : يحطُّهما من الثمن ، ويقول : تَقَوَّمَ علىّ بكذا ، لأنه صادق فيما أخبر به ، فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه .

ولنا : أن الإخبار بالحال على وجهه أبلغُ فى الصدق ، وأقربُ إلى البيان ، ونفى التغرير بالمشترى ، والتدليس عليه ، فلزمه ذلك ، كما لو اشترى شيئين بثمن واحدٍ ، وقسّط الثمن عليهما ، وقياسُ أرش الجناية عليه على النماء ، والكسب غيرُ صحيح ، لأن الأرش عوضُ نقصه الحاصل بالجناية عليه ، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه ، وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدُهما ، والنماء والكسبُ زيادةٌ لم ينقص بها المبيعُ ، ولا هى عوض عن شىء منه ، فأمّا إن جنى المبيعُ ، ففداه المشترى لم يُلحِقْ ذلك بالثمن ، ولم يُخبِر به فى المرابحة ، بغير خلاف نعلمُه ، لأن هذا الأرش لم يزد به المبيعُ قيمةً ، ولا ذاتاً ، وإنّما هو مُزيلٌ لنقْصِهِ بالجناية ، والعيبِ الحاصلِ بتعلقها برقبته ، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشترى ، فأمّا الأدوية ، والمؤْنةُ ، والكُسْوَةُ ، وعمَله فى السلعة بنفسه ، أو عَملِ غيرِه له بغير أُجْرة ، فإنّه لا يُخبر بذلك فى الثمن ، وجهاً واحداً ، وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن .

٣٠٢٤ (فصل) وإن اشترى شيئين صفقةً واحدةً ، ثم أراد بيع أحدهما مُرابَحةً أو اشترى اثنان شيئاً ، فتقاسماه ، وأراد أحدُهما بيعَ نصيبه مرابحةً بالثمن الذى أدّاه فيه ، فذلك قسمان :

أحدهما : أن يكون المبيعُ من المتقوّمات التى لا ينقسمُ الثمنُ عليها بالأجزاء ، كالثياب ، والحيوان ، والشجرة المُثمرة ، وأشباهِ هذا . فهذا لا يجوز بيعُ بعضِه مُرابحةً ، حتّى يُخبرَ بالحال على وجهه . نصّ عليه أحمد . فقال : كلُّ بيعٍ اشتراه جماعةٌ ، ثم اقتسَمُوه لايبيع أحدهم مُرابَحةً إلاّ أن يقول : اشترَيْنَاهُ جماعةً ، ثم اقتسمناهُ . وهذا مذهبُ الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال الشافعىّ : يجوزُ بيعُه بحصّته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ، بدليل مالو كان المبيعُ شِقْصاً وسيفاً أخذ الشفيعُ الشِّقْصَ

بحصّته من الثمن . ولو اشترى شيئين ، فوجد أحدَهما مَعيباً ، ردّه بحصّته من الثمن . وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان ، فتقاسماه ، روايةً أخرى عن أحمد : أنه يجوزُ بيعُه مُرابحةً بما اشتراه . لأنّ ذلك ثمنُه ، فهو صادق فيما أخبر به .

ولنا : أن قسمة الثمن على المبيع طريقةُ الظنّ ، والتخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير ، وبيعُ المُرابَحةِ أمانةٌ ، فلم يجُز هذا فيه . فصار هذا كالخَرْصِ الحاصل بالظّنّ ، لا يجوز أن يُباع به ما يجبُ التماثل فيه . وإنما أخْذُ الشفيع بالقيمة ، للحاجة الداعية إليه ، وكونه لا طريق له سوى التقويم . ولأنه لو لم يأخذ بالشُّفْعةِ لا تخذه الناسُ طريقاً لإسقاطها . فيؤدّى إلى تفويتها بالكُلّية . وههنا له طريق ، وهو الإخبارُ بالحال على وجهه ، أو بيعُه مساومةً .

القسم الثانى : أن يكون المبيعُ من المماثلات التى ينقسمُ الثمنُ عليها بالأجْزاءِ كالبرّ والشعيرْ المتساوى فيجوز بيعُ بعضه مُرابَحةً بقسطه من الثمن . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحابُ الرأى . ولا نعلم فيه خلافاً . لأنّ ثمن الجزء معلوم يقيناً . ولذلك جاز بيعُ قفيزٍ من الصُّبْرةِ . وإن أسلم فى ثوبين بصفةٍ واحدة ، فأخذهما على الصفة ، وأراد بيع أحدهما مُرابَحةً بحصّته من الثمن ، فالقياسُ جوازُه . لأنّ الثمن ينقسم عليهما نصفين ، لا باعتبار القيمةِ . وكذلك لو أقاله فى أحدهما ، أو تعذّر تسليمُه ، كان له نصفُ الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما . فكأنه أخذ كلّ واحدٍ منهما مُنفرداً . ولأن الثمن وقع عليهما مُتساوياً ، لتساوى صفتهما فى الذّمّة . فهما كقفيزين من صُبْرةٍ . وإن حصل فى أحدهما زيادة على الصفة ، جرَتْ مَجرىَ الحادث بعد البيع .

٣٠٢٥ (فصل) وإن اشترى شيئاً بثمن مُؤَجّل ، لم يجُز بيعُه مرابحةً حتّى يُبَيِّن ذلك . وإن اشتراه من أبيه ، أو ابنه ، أو ممّن لا تُقبل شهادَته له ، لم يجُز بيعُه مُرابحةً حتى يُبَيِّنُ أمرَه . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعيّ ، وأبو يوسف ، ومحمد : يجُوز من غير بَيانٍ ، لأنه أخبر بما اشتراه عَقداً صحيحاً . فأشبه مالو اشتراه من أجنبيّ .

ولنا : أنه متّهَمٌ فى الشراء منهم ، لكونه يُحابيهم ، ويسمحُ لهم . فلم يَجُز أن يخبر بما اشتراه منهم مُطْلقاً ، كما لو اشترى من مُكاتَبِهِ . وفارق الأجنبيّ . فإنّه لايتّهمّ فى حقّه . وقياسُهم يبطُل بالشراء من مكاتَبِهِ . فإنّه لا يجوز له بيعُ ما اشتراه من مكاتَبِهِ مُرابَحةً حتّى يُبَيِّنَ أمْرهُ . ولا نعلم فيه خلافاً . وإن اشتراه من غُلامِ دُكّانِهِ الحُرّ ، فقال القاضى : إذا باعه سِلْعَةً ، ثمّ اشتراها منه بأكثر من ذلك ، لم يَجُزْ بيعُه مُرابَحةً حتّى يُبَيِّنَ أمرَه . ولا نعلم فيه خلافاً . ولأنه متّهمٌ فى حَقّه . فأشبه من لا تُقبلُ شهادته له . وقال أبوالخطّاب : إن فعل ذلك حيلةً لم يجُز . وظاهره الجواز ، إذا لم يكن حيلةً .

وهذا أصحّ . لأنه أجنبيّ ، لكن لا يختصّ هذا بغُلامِ دُكّانه ، بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجُزْ ، وكان حَراماً ، وتَدْليساً ، على ما ذكرنا من قبلُ .

٣٠٢٦ (فصل) فإن اشترى ثوباً بعَشرةٍ ، ثمّ باعهُ بخَمْسةَ عشَر ، ثمّ اشتراه بعَشرةٍ استُحِبّ أن يُخْبِرَ بالحال على وجهه . فإن أخبر أنه اشتراه بعَشَرةٍ ، ولم يُبيّن ، جاز . وهو قول الشافعيّ ، وأبي يوسف ، ومحمد . لأنه صادق فيما أخبر به ، وليس فيه تُهمَةٌ ، ولا تَغْريرٌ بالمشترى . فأشبه ما لو لم يرْبَحْ فيه . ورُوى عن ابن سيرين : أنّه يطارح الربح من الثمن ، ويُخبر أنّ رأس ماله عليه خمسةٌ . وأعجبَ أحمدَ قولُ ابنِ سيرينَ . قال : فإن باعه على ما اشتراه يُبيّن أمره ، يعنى يُخبر أنه ربح فيه مرّةً ، ثم اشتراه . وهذا محمولٌ على الاستحباب لما ذكرناه ، وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ بيعُه مُرابحةً ، إلا أن يُبيِّن أمره ، أو يُخبر أنّ رأس ماله عليه خمسةٌ . وهذا قول القاضى ، وأصحابه . لأن المرابحة تُضَمُّ فيها العقود ، فيُخبرُ بما تقوَّم عليه ، كما تُضَمُّ أُجْرةُ الخيّاطِ والقَصّارِ . وقد استفاد بهذا العقد الثانى تقريرَ الرّبح فى العقد الأول . لأنه أَمِنَ أنْ يَرُدَّه عليه ، ولأنّ الربح أحد نوعى النَّماء . فوجب أن يُخبر به فى المرابحة ، كالولد ، والثمرة ، فعلى هذا ينبغى أنّه إذاطرح الرِّبْحَ من الثمن الثانى يقول : تقوَّمَ علَيَّ بخَمْسةٍ . ولايجوز أن يقول : اشتريتُه بخَمْسةٍ . لأنّ ذلك كذب ، والكذبُ حرام ، ويَصيرُ كما لو ضَمّ أجْرَةَ القِصَارَةِ ، والخِيَاطة إلى الثّمَن ، وأخْبَرَ به .

ولنا : ما ذكرناه فيما تقدّم . وما ذكروه من ضَمّ القِصَارةِ ، والخِيَاطةِ ، والولد ، والثَّمَرةِ فشيء نَمْنَعُهُ على أصلهم ، لا نُسَلِّمُهُ . ثم لا يشبه هذا ما ذكره . لأنّ المؤنة والنماء لزماه فى هذا البيع الذى يلى المُرابَحةَ . وهذا الربح فى عقدٍ آخرَ قبل هذا الشراء ، فأشبه الخسارةَ فيه . وأما تقرير الربح فغيرُ صحيح . فإن العقد الأوّل قد لزم ، ولم يظهر العيبُ ، ولم يتعلّق به حكمُه . ثم قد ذكرنا فى مثل هذه المسألة أنّ للمشترى أن يردّه على البائع ، إذا ظهر على عيبٍ قديمٍ ، وإذا لم يلزمه طرحُ النَّماءِ ، والغَلّةِ فههنا أولى،ويجيء على هذا القول:أنّه لو اشتراه بعشرةٍ، ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشَرة ،فإنه يُخْبِرُ أنها حَصَلَتْ بغير شيء ، وإن اشتراها بعَشَرةٍ ثمّ باعها بثلاثةَ عَشَرَ ثم اشتراها بخَمْسةٍ أخبر أنّها تقوّمَتْ عليه بدرهمين . وإن اشتراها بخمسةَ عشَرَ أخبر أنها تَقَوّمتْ عليه باثْنَيْ عَشَرَ . نصّ أحمد على نظير هذا . وعلى هذا يَطْرَحُ الربحَ من الثمن الثانى ، كيفما كان . فإن لم يربح ، ولكن اشتراها ثانيةً بخمسة أخبر بها ، لأنهّا ثمنُ العقد الذى يلى المُرابَحةَ . ولو خسر فيها : مثلُ أن اشتراها بخَمْسَةَ عَشَرَ ، ثمّ باعها بعَشَرةٍ ، ثمّ اشتراها بأيّ ثمن كان ، أخْبَرَ به . ولم يجُزْ أن يَضُمّ الخسَارةَ إلى الثمن الثانى . فيُخْبِرُ به فى المُرابحةِ بغير خلاف نَعلمهُ . وهذا يدلّ على صحّة ما ذكرناه ، والله أعلم .

٣٠٢٧ (فصل) وكلّ ما قلنا : إنهُ يلزمُه أن يُخبر به فى المرابحة ، ويبيّنه فلم يفعل ، فإنّ البيعَ لا يفسُد به . ويثبُت للمشترى الخيارُ بين الأخذ به ، وبين الردّ ، إلاَّ فى الخبر بزيادةٍ على رأس ماله ، على ما قدّمناه من القول فيه . وإن اشتراه بثمن مُؤَجَّل ، ولم يُبَيِّن أمره ، فعن أحمد : أنه مُخيَّر بين أخذه بالثمن الذى وقع عليه العقدُ حالاً ، وبين الفسخ . وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأن البائعَ لم يرض بذمّة المشترى ، وقد تكون ذمّتُهُ دونَ ذِمَّةِ البائع ، فلا يلزمه الرِّضَى بذلك ، وحكى ابن المنذر عن أحمد : أنه إن كان المبيعُ قائماً كان له ذلك إلى الأجل ، يعنى : وإن شاء فَسخَ ، وإن كان قد استُهلِكَ حبَسَ المشترى الثمن بقدر الأَجَل ، وهذا قولُ شُرَيح . لأنه كذلك وقع على البائع ، فيجبُ أن يكون للمشترى أخذُه بذلك على صفته ، كما لو أخبر بزيادةٍ على الثمن ، وكونُه لم يرضَ بذمَّة المشترى لا يمنعُ نفوذ البيع بذلك ، كما أنّه إذا أخبر بزيادةٍ لم يرض ببيعه إلاَّ بما أخبر به ، ولم يلتفتْ إلى رضاه ، بل وجب الرجوعُ إلى ما وقع به البيعُ الأول ، كذا ههنا .

٣٠٢٨ (فصل) فإن ابتاعه بدنانير ، فأخبر أنّه اشتراه بدراهم ، أو كان بالعكس ، أو اشتراه بعَرْضٍ ، فأخبر أنه اشتراه بثَمَنٍ ، أو بثَمنٍ فأخبر أنّه اشتراه بِعَرْضٍ ، وأشباه هذا ، فللمشترى الخيارُ بين الفسخ ، والرجوع بالثمن وبين الرِّضَى به ، بالثمن الذى تبايعا به ، كسائر المواضع الذى ثبت فيها ذلك .

٣٠٢٩ (فصل) وإن ابتاع اثنان ثوباً بعشرين ، أو بُذِلَ لهما فيه اثْنَانِ وعِشْرُونَ . فاشترى أحدُهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر ، فإنه يُخْبِرُ فى المُرَابَحةِ بأَحَدٍ وعشرين ، نصّ عليه أحمد . وهذا قول النَّخَعِىّ . وقال الشعبىّ : يبيعُه على اثنين وعشرين ، لأن ذلك الدرهم الذى كان أُعْطِيَهُ قد كان أحرزه ، ثمّ رجع بعد ذلك إلى قول إبراهيم ، ولا نعلم أحداً خالف ذلك ، لأنه اشترى نصفه الأول بعشرةٍ ، ثمّ اشترى نصفه الثانىَ بأحَدَ عشَر ، فصار مجموعُهما أحداً وعشرين .

٣٠٣٠ (فصل) قال أحمد : ولا بأس أن يبيع بالرقم ، ومعناه : أن يقول . بعتُكَ هذا الثوب برَقْمِهِ وهو الثمن المكتوبُ عليه ، إذا كان معلوماً لهما حالَ العقد ، وهذا قولُ عامّة الفقهاء ، وكرهه طاوس .

ولنا : أنه بيع بثمن معلوم ، فأشبه ما لو ذكر مقدارَه ، أو ما لو قال : بعتُكَ هذا بما اشتريتُه به ، وقد علما قدره ، فإن لم يكن معلوماً لهما ، أو لأحدهما ، لم يصحّ ، لأن الثمن مجهولٌ ، قال أحمد . والمساومة عندى أسهلُ من بيع المُرَابَحَةِ ، وذلك لأنّ بيعَ المرابحة تعتريه أمَانَةٌ ، واسترسال من المشترى ، ويُحتاج فيه إلى تبْيِينِ الحالِ على وجهه ، فى المواضع التى ذكرناها ، ولا يُؤمن هَوَى النفس فى نَوْعِ تأويلٍ ، أو غَلَطٍ ، فيكون على خطرٍ ، وغَرَرٍ ، وتجنُّبُ ذلك أسلمُ وأولى.

٣٠٣١ (فصل) وبيعُ التولية : هو البيعُ بمِثْلِ ثمنِهِ من غير نقص ، ولا زيادة ، وحكمُه فى الإخبار

بثمنه ، وتبيين ما يلزمه تبيينُه حكمُ المُرابحَةِ فى ذلك كلّه ، ويصحّ بلفظ البيع ، ولفظ التولية .

٣٠٣٢ « مسألة » قال (وإن أخبر بنقصانٍ من رأس ماله ، كان على المشترى ردُّه ، أو إعطاؤه ما غَلِط به . وله أن يُحلّفه أن وقت ماباعها لم يعلم أن شراءها بأكثر)

وجملة ذلك : أنه إذا قال فى المُرابحَةِ : رأسُ مالى فيه مائةٌ ، وأرْبَحُ عَشَرةً ، ثمّ عاد فقال : غَلِطْتُ ، رأْسُ مالِى فيهِ مَائَةٌ وعَشْرَةٌ . لم يُقبل قوله فى الغلط ، إلاّ ببيِّنةٍ تشهدُ أنّ رأس ماله عليه ما قاله ثانياً . وذكره ابن المنذر عن أحمد ، وإسحاق . وروَى أبو طالب عن أحمد : إذا كان البائع معروفاً بالصّدق قُبِل قوله ، وإن لم يكن صَدُوقاً جاز البيعُ . قال القاضى : وظاهر كلام الخِرقىّ : أن القولَ قولُ البائع مع يمينه . لأنّه لمّا دخل معه فى المرابحة فقد ائتمنه . والقولُ قولُ الأمين مع يمينه ، كالوكيل ، والمُضَارِب . والظاهرُ أن الخِرَقىّ لم يترُكْ ذكر ما يلزمُ البائع فى إثبات دعواه ، لكونه يقْبَلُ مُجرّدَ دعواه ، بل لأنّه عطفَه على المسألةِ قبْلَها . وقد ذُكر فيها ، فعلم أنَّه زاد فى رأس المال ، ولم يتعرّض لما يحصُل به العلمُ ، لكن قد علمنا : أنّ العلم إنما يحصُل ببيّنةٍ أو إقرارٍ . كذلك عَلمُ غَلَطِهِ ههنا يحصُل ببيّنة ، أو إقرار من المشترى ، وكونُ البائع مُؤتَمناً لا يوجبُ قبولَ دعواه فى الغَلَط ، كالمُضارِبِ ، والوكيل ، إذا أقرا بربح ، ثمّ قالا : غَلِطْنا ، أو نَسِينا . واليمينُ التى ذكرها الخِرَقىّ ههنا إنّما هى على نفى عِلمِهِ بغَلطِ نَفْسِهِ وقتَ البيع . لا على إثبات غَلطِهِ . وعن أحمد روايةٌ ثالثة : أنّه لا يُقبل قولُ البائع ، وإن أقام به بَيِّنَةً حتى يُصَدِّقَهُ المشترى . وهو قول الثورىّ والشافعىّ . لأنه أقرّ بالثمن ، وتعلّق به حقّ الغير . فلا يُقبل رجوعُه ، ولا بَيِّنَتهُ لإقراره بكذبها .

ولنا : أنها بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ ، شهدت بما يَحْتَمِلُ الصِّدقَ . فتُقبل ، كسائر البيِّنات . ولا نُسلّم أنّه أقرّ بخلافها ، فإنّ الإقرار يكون لغير المُقرّ ، وحالةَ إخباره بثمنها لم يَكُنْ عليه حقٌّ لغيره . فلم يكن إقرارٌ . فإن لم تكن بيّنةٌ أو كانت لهُ بيِّنَـةٌ ، وقلنا : لا تُقْبَلُ بيِّنَتُهُ فادّعى أن المشترىَ يَعْلَمُ غَلَطَه ، فأنكر المشترى ، فالقولُ قولُه ، وإن طلب يمينه ، فقال القاضى : لا يمينَ عليهِ . لأنَّه مدّعٍ والیمینُ على المدعَى عليه . ولأنّه قد أقرّ له فيستغنى الإقرارُ عن اليمين . والصحيحُ : أنّ عليه اليمينَ أنّه لا يعلَمُ ذلك . لأنّه ادّعى عليه ما يلزمُه به ردُّ السلعة ، أو زيادةٌ فى ثمنها ، فلزمتهُ اليمينُ ، كمَوْضِعِ الوِفاق ، وليس هو ههنا مُدَّعِياً . إنما هو مُدَّعًى عليه العلمُ بمقدار الثمن الأول ، ثم قال الخِرَقىّ : له أن يُحَلّفه أنّ وقتَ ما باعها لم يَعْلَمْ أنّ شراءها أكثرُ . وهذا صحيح . فإنّه لو باعها بهذا الثمن عالماً بأن ثمنها عليه أكثرُ لزمه البيعُ بما عقد عليه ، لأنّه تعاطَى شيئاً عالماً بالحال . فلزمه ، كمشترى المَعِيب عالماً بعَيْبِه . وإذا كان البيعُ يلزمُه بالعلم ، فادّعى عليه لزمته اليمينُ . فإن نَكَل قضى عليه . وإن حلف ، خُيِّر المشترى بين قبوله بالثمن ، والزيادة التى غلط بها ، وحَطِّها من

الربح ، وبين فسخ العقد . ويحتملُ أنَّه إذا باعه بمائةٍ وربحِ عشَرةٍ . ثم إنَّه غلط بعَشَرةٍ لا يلزَمه حَطّ العَشرةِ من الرّبح . لأنّ البائعَ رَضِيَ بربح عشرةٍ في هذا المبيع . فلا يكونُ له أكثرُ منها . وكذلك إن تبيّن له أنّه زاد في رأس ماله ، لا ينقصُ الربح من عَشَرةٍ . لأن البائع لم يبِعْهُ إلاَّ بربح عَشَرةٍ ، فأمّا إن قال : وأرْبَحُ في كلِّ عَشَرةٍ درهماً ، أو قال : ده يازده ، لزمه حَطّ العشَرةِ من الربح في الغلط ، والزيادة على الثمن في الصورتين . وإنَّما أثبتنا له الخيارَ ، لأنَّه دخل على أن الثمن مائةٌ وعَشَرةٌ . فإذا بان أكثرَ كان عليه ضررٌ في التزامه ، فلم يلزمْهُ كالمَعيب . وإن اختار أخذها بمائةٍ ، وأحدٍ وعِشْرينَ ، لم يكنْ للبائع خيارٌ . لأنه قد زاده خيراً ، فلم يكنْ له خيارٌ ، كبائع المَعيب إذا رضيَه المُشترى . وإن اختار البائعُ إسقاط الزيادة عن المشترى ، فلا خيارَ له أيضاً ، لأنَّه قد بذلها بالثمن الذى وقع عليه العقدُ ، وتراضيا به .

٣٠٣٣ (فصل) ويجوز بيعُ المُواضَعَةِ . وهو أن يُخبِرَ برأس ماله ، ثمّ يقول : بعتُكَ هذا به ، وأضَعُ عَنْكَ كذا . فإن قال : بوَضيعةِ درهمٍ مِنْ كلّ عَشرةٍ كرِهَ ، لما ذكرنا في المرابحة ، وصحّ ، ويَطْرَحُ من كلّ عشرة دِرهماً . فإن كان الثمن مائةً لزِمَهُ تسعونَ ، ويكون الحطّ عشرةً . وقال قوم : يكون الحطّ من كلّ أحدَ عشرَ دِرهماً . فيكون ذلك تسعةَ دراهم ، وجُزْءاً من أحدَ عَشَر جُزءاً من درهم ، وتبقى تسعون ، وعشرةُ أجزاء ، من أحد عشر جُزءاً من دِرْهمٍ . وهذا غلطٌ . لأنّ هذا يكون حَطًّا من كُلّ أحدَ عَشَرَ ، وهو غيرُ ما قاله . فأمّا إن قال بوضيعةِ درهمٍ لكلّ عَشرةٍ ، كان الوضيعةُ من كلّ أحد عشَرَ درهماً . ويكون الباقي تسعين وعشَرةَ أجزاء من أحَدَ عشر جُزءاً من درهم : وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعيّ . وحُكى عن أبي ثور أنه قال : الحطّ ههنا عشرةٌ مثلُ الأولى ، وليس بصحيح . فإنه إذا قال : لكلّ عشرةٍ درهماً ، يكونُ الدِّرهمُ من غيرها ، فكأنهُ قال : مِنْ كُلّ أحَدَ عشَر درهماً ، دِرْهماً . وإذا قال : مِنْ كلّ عشرةٍ درهماً ، كان الدرهمُ من العشَرةِ . لأنّ « من » للتبعيض ، فكأنَّه قال : آخذُ من العشرة تسعةً ، وأحُطّ منها دِرهماً .

٣٠٣٤ (فصل) إذا اشترى رجل نصف سِلعةٍ بعشَرة ، واشترى آخرُ نصفها بعشرينَ ، ثم باعاها مُساوَمةً بثمن واحد ، فهو بينهما نِصْفانِ . لا نعلم فيه خلافاً ، لأنّ الثمن عِوَضٌ عنها . فيكون بينهما على حسب مِلْكَيْهما فيها : وإن باعاها مُرابَحةً ، أو مُواضَعةً ، أو تَوْلِيةً ، فكذلك ، نصّ عليه أحمد . وهو قول ابن سيرين ، والحكَم ، قال الأثرَم : قال أبو عبد الله رحمه الله : إذا باعَها ، فالثمنُ بينهما نصفان . قلت : أعطَى أحدُهُما أكثرَ ممّا أعطَى الآخرُ ؟ فقال : وإنْ ، أليْس الثَّوْبُ بينَهُما السَّاعَةَ سَواء ؟ فالثمنُ بينهما . لأنّ كُلّ واحدٍ منهما يملكُ مثلَ الذى يملكُ صاحبُه . وحَكى أبو بكر عن أحمد روايةً أخرى : أن الثمن بينهما على قدر رءوس أموالها ، لأنّ بَيْعَ المُرابَحةِ يقتضى أن يكون الثمنُ في مُقابلةِ رأس المال ،

فيكونُ مقسوماً بينهما ، على حسب رءوس أموالهما . ولم أجد عن أحمد روايةً بما قال أبو بكر ، وقيل : هذا وجه خَرَّجه أبو بكر . وليس برواية ، والمذهبُ الأول . لأن الثمن عوضُ المبيع ، وملكُهما مُتَساوٍ فيه . فكان ملكُهما كعِوَضه مُتَساوياً ، كما لو باعاه مُساواةً .

٣٠٣٥ (فصل) ومتى باعاه السلعة برقمها ، ولا يعلمانه ، أو جهلاَ رأسَ المـالِ في المُرابَحةِ ، أو المُواضَعةِ ، أو التَّولِيةِ ، أو جهل ذلك أحدُهما ، أو جهل قدر الربح ، أو قدرَ الوَضِيعَةِ . فالبيعُ باطلٌ ، لأنّ العَلم بالثمن شرطٌ لصحّة البيع : فلا يثبُت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهباً ، وفضّة لم يصحّ البيعُ . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يصحُّ ، ويكون نصفين . لأنّ الإطلاق يقتضى التسويةَ ، كالإقرار .

ولنا : أنّ قدر كلّ واحد منهما مجهولٌ ، فلم يصحّ . كما لو قال : بمائةٍ بعضُها ذهبٌ ، وقوله : إنه يقتضى التسوية لا يصحُّ . فإنّه لو فسّره بغير ذلك صحّ . وكذلك لو أقرَّ له بمائةٍ ذهباً ، وفضّةً ، فالقولُ قولُه فى قدر كلّ واحد منهما .

٣٠٣٦ « مسألة » قال ﴿ وإذا باع شيئاً ، واختلفا فى ثمنه تحالفا . فإن شاء المشترى أخذَه بعد ذلك بما قال البائعُ ، وإلا انفسخ البيعُ بينهما . والمبتدىء باليمين البائعُ ﴾

والكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

أحدها : أنه إذا اختلف المتبايعان ، والسلعةُ قائمةٌ ، فقال البائعُ : بعتُكَ بعشرينَ ، وقال المشترى : بل بعَشرةٍ ، ولأحدهما بيِّنَةَ حُكِم بها وإن لم يكن لهما بيِّنَةٌ تحالفا . وبهذا قال شُرَيح ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ ، ومالك ، فى رواية ، وعنه : القولُ قولُ المشترى . معَ يمينه . وبه قال أبو ثور ، وزُفَر . لأنّ البائعَ يدَّعِى عَشرَةً زائدةً يُنكرُها المشترى ، والقولُ قولُ المنكِر . وقال الشعبيّ . القولُ قولُ البائع، أو يَترادّانِ البيع،وحكاه ابن المنذر،عن إمامنا رحمه الله.وروى ابن مسعود، عن رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم أنه قال« إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ مَاقَالَ البَائِعُ ، أَوْ يَتَرَادَّانِ الْبَيْعَ» رواه سعيد ، وابن ماجه ، وغيرُهما . والمشهورُ فى المذهب الأوّل ، ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً ، وأن القول قولُ البائع مع يمينه ، فإذا حلف ، فرضى المشترى بذلك ، أُخِذَ به . وإن أبى ، حلف أيضاً ، وفُسِخَ البيعُ بينهما . لأنّ فى بعض ألفاظ حديث ابن مسعود : أنّ النبيّ صَلّى الله عليه وسلم قال « إِذَا اخْتَلفَ المُتَبايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قائمةٌ ، ولاَ بَيِّنَةَ لِأَحَدِهما تَحَالَفَا » ولأنّ كلّ واحد منهما مُدَّعٍ ، ومُدَّعًى عليه . فإن البائع يَدَّعى عقداً بعشرين ، يُنكرُه المشترى ، والمُشترى يدعى عَقداً بعَشرةٍ يُنكرُه البائعُ ، والعقدُ بعَشرةٍ غيرُ العقدِ بعشرين . فشُرِعَتِ اليمينُ فى حقّهما ، وهذا الجوابُ عمّا ذكروه .

الفصل الثانى : أن المبتدىء باليمين البائعُ . فيحلفُ ما بعتُه بعَشرةٍ ، وإنما بعتُه بعشرين . فإن شاء

المشترى أخذه بما قال البائعُ ، وإلاّ يحلفُ ما اشتريتُه بعشرينَ ، وإنما اشتريتُه بعَشرةٍ ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يبتدىء بيمين المشترى . لأنه مُنكر ، واليمينُ فى جَنَبَتِهِ أقوَى . ولأنه يُقضىَ بنكوله ، ويَنفصِلُ الحكمُ . وما كان أقربَ إلى فصل الخصومة كان أولى .

ولنا : قولُ النبىّ صلّى الله عليه وسلم « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ البَائِعُ » وفى لفظ « فَالْقَوْلُ مَا قَالَ البَائِعُ ، وَالْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ » رواه الإمام أحمدُ . ومعناه : إن شاء أخذَ ، وإن شاء حَلَف . ولأنّ البائع أقوى جَنَبَةً . لأنهما إذا تحالفا عاد المبيعُ إليه ، فكان أقوى ، كصاحب اليد . وقد بيّنّا أنّ كلّ واحد منهما مُنكِرٌ ، فيتساويان من هذا الوجه . والبائعُ إذا نَكَلَ فهو بمنزلة نُكُولِ المشترى ، يحلفُ الآخرُ ويُقضَى لَهُ . فهما سواء .

الفصل الثالث : أنه إذا حلف البائعُ ، فنَكَلَ المُشترى عن اليمين ، قُضِىَ عليه ، وإنْ نكَلَ البائعُ حلَفَ المُشترى ، وقُضِىَ لَهُ ، وإن حلفا جميعاً لم يَنفسِخْ البيعُ بنفس التحالُف . لأنه عقدٌ صحيحٌ ، فتنازعُهما وتعارضُهما لا يَفسَخُهُ ، كما لو أقام كلّ واحدٍ منهما بيّنةً بما ادّعاه ، لكن إن رضى أحدُهما بما قال صاحبُه أُقِرّ العقدُ بينهما . وإن لم يرضيا فلِكلّ واحدٍ منهما الفسخُ . هذا ظاهرُ كلام أحمد . ويحتمل أن يقف الفسخُ على الحاكم . وهو ظاهر مذهب الشافعىّ . لأنّ العقد صحيحٌ ، وأحدُهما ظالم ، وإنما يفسخُه الحاكم لتعذّر إمضائه فى الحكم . فأشبه نكاحَ المرأة ، إذا زوّجها الوَليّان ، وَجُهِلَ السابِقُ منهما .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « أَوْ يَتَرادَّانِ البَيْعَ » وظاهره استقلالهما بذلك . وفى القصّة « أنّ ابنَ مَسْعُودٍ رَضِىَ اللهُ عَنْهُ بَاعَ الأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ رَقِيقًا مِنْ رَقِيقِ الإِمَارَةِ ، فَقَالَ عَبْدُ اللهِ : بِعْتُكَ بِعِشْرِينَ أَلْفًا . قَالَ الأَشْعَثُ : اشْتَرَيْتُ مِنْكَ بِعَشَرَةِ آلَافٍ . فقال عَبدُ الله : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم يَقُولُ : « إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَالمَبِيعُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ ، أَوْ يَتَرادَّانِ البَيْعَ . قالَ : فَإِنِّى أَرُدُّ البَيْعَ » رواه سعيدٌ ، عن هُشَيْمٍ ، عن ابن أبى ليلى ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، عن ابن مسعود ، ورَوى أيضاً حديثاً عن عبد الملك بن عَبيدةَ قال : قالَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم « إِذَا اخْتَلَفَ المُتَبايِعَانِ اسْتُحْلِفَ البَائِعُ . ثُمّ كَانَ المُشْتَرِى بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » وهذا ظاهرٌ فى أنّه يَفسَخُ من غير حاكم ، لأنه جعل الخِيَار إليه ، فأشبه من له خيارُ الشرط ، أو الردّ بالعيب . ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة . فأشبهَ الردّ بالعَيب . ولا يُشبهُ النِّكاحَ . لأنّ لكلّ واحد من الزوجين الاستقلالَ بالطلاق . وإذا فُسِخَ العقدُ ، فقال القاضى : ظاهرُ كلام أحمد : أن الفسخَ ينفُذُ ظاهراً ، وباطناً . لأنه فسخٌ لاستدراك

الظُّلَامَةِ . فهو كالردّ بالعيب ، أو فسخُ عقدٍ بالتحالُف . فوقع فى الظاهر ، والباطن ، كما فسخ باللِّعان . وقال أبو الخطّاب : إن كان البائعُ ظالماً لم يَنفسخْ العقدُ فى الباطِن . لأنه كان يُمكنه إمضاء العقدِ ، واستيفاء حقّه ، فلا يَنفَسخُ العقدُ فى الباطن . ولا يُباح له التصرّف فى المَبيع ، لأنّه غاصِبٌ ، فإن كان المشترى ظالماً انفسخَ البيعُ ظاهراً وباطناً ، لعجز البائع عن استيفاء حَقِّه . فكان له الفسخُ ، كما لو أفلس المشترى ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان ، كهذين ، ولهم وجهٌ ثالث : أنه لا ينفسخُ فى الباطن بحالٍ . وهذا فاسدٌ . لأنَّه لو علم أنَّه لم ينفسخ فى الباطن بحالٍ لما أمكن فسخُه فى الظاهر . فإنَّه لا يُباح لكلّ واحدٍ منهما التصرّف فيما رجع إليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرَّمٌ منع منه . ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخَ ظاهراً ، وباطناً . فانفسخ بفسخه فى الباطن ، كالردِّ بالعيب . ويَقْوَى عندى أنّه إن فسخه الصادقُ منهما انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك . وإن فسخه الكاذبُ عالماً بكذبه ، لم يَنفَسِخْ بالنسبة إليه . لأنه لا يحِلّ له الفسخُ . فلم يثبُت حكمُهُ بالنسبة إليه . ويثبُت بالنسبة إلى صاحبه ، فيباحُ له التصرُّفُ فيما رجع إليه . لأنَّه رجع إليه بحُكمْ الشرع ، من غير عُدوانٍ منه . فأشبه ما لو رَدَّ عليه المَبيع بدعوَى العيب ، ولا عيبَ فيه .

٣٠٣٧ « مسألة » قال ﴿ فإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا إلى قيمة مثلها ، إلا أن يشاء المشترى أن يعطى الثمن على ما قال البائع ، فإن اختلفا فى الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه فى الصفة ﴾ .

وجملته : أنهما إذا اختلفا فى ثمن السلعة بعد تلفها ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : يتحالفان ، مثلَ ما لو كانت قائمةً . وهو قول الشافعىّ ، وإحدى الروايتين عن مالك .

والأخرى: القولُ قولُ المشترىمعَ يمينه.اختارها أبو بكر.وهذا قولُ النخَعِىّ،والثورى،والأوزاعىّ ، وأبى حَنيفة . لقوله عليه السلام فى الحديث « وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ » فمفهومه : أنه لا يُشرَع التحالُف عند تلفها . ولأنهّما اتفقا على نقل السلعة إلى المشترى ، واستحقاق عَشَرَةٍ فى ثمنها ، واختلفا فى عَشَرةٍ زائدة ، البائعُ يدَّعِيها والمشترى يُنكِرُها . والقولُ قولُ المنكِرِ ، وتركنا هذا القياسَ حال قيام السلعة ، للحديث الوارد فيه ، ففيما عداه يبقى على القياس .

ووجه الرواية الأولى : عمومُ قوله « إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِى بِالْخِيَارِ » وقال أحمد : ولم يقل فيه « وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ » إلا يزيدُ بنُ هارون . قال أبو عبد الله : وقد أخطأ رواةُ الخِلاف عن المسعودىّ لم يقولوا هذه الكلمة ، ولكنّها فى حديث مَعْنٍ ، ولأنّ كلّ واحد منهما مُدَّعٍ وَمُنكِرٌ . فيُشْرَعُ اليمينُ ، كحال قيام السلعة ، وما ذكروه من المعنى يَبْطُلُ بحال قيام السلعة ، فإنّ ذلك لا يختلف بقيام السلعة ، وتلفها . وقولهم : تركناه للحديث . قلنا : ليس فى الحديث تحالفا ،

وليس ذلك بثابت فى شىء من الأخبار . قال ابن المنذر : وليس فى هذا الباب حديثٌ يُعتَمدُ عليه ، وعلى أنّه إذا خولف الأصلُ لمعنًى وجبَ تعدِيةُ الحكمِ بتعَدِّى ذلك المعنى ، فَنقِيسُ عليه ، بل يثبُت الحكمُ بالبَيِّنَة . فإنّ التحالُف إذا ثبتَ مع قيام السلعة ، مع أنّهُ يمكن معرفةُ ثمنها للمعرفةِ بقيمتها ، فإنّ الظاهرَ أنّ الثمن يكون بالقيمة ، فمع تعذر ذلك أولى . فإذا تحالفا فإنْ رضى أحدُهما بما قال الآخرُ لم يُفسخ العقدُ ، لعدم الحاجةِ إلى فَسْخه ، وإن لم يَرْضَيا فلِكلِّ واحدٍ منهما فسخُه ، كما له ذلك فى حال بقاء السّلعة ، وَيُرَدُّ الثمن الذى قبضه البائعُ إلى المشترى ، وَيَدْفَعُ المشترى قيمةَ السّلعة إلى البائع . فإن كانا من جنس واحدٍ ، وتساويا بعد التقابُض تقاصًّا . وينبغى أن لا يُشرع التحالُف ، ولا الفسخُ فيما إذا كانت قيمةُ السلعةِ مُساويةً للثمن الذى ادّعاه المشترى ، ويكون القولُ قولَ المشترى مع يمينه . لأنّه لا فائدةَ فى يمين البائع ، ولا فَسْخ البيع . لأن الحاصل بذلك الرجوعُ إلى ما ادّعاه المشترى . وإن كانت القيمةُ أقلَّ ، فلا فائدة للبائع فى الفسخ ، فيحتملُ أن لا يُشرَع له اليمينُ ، ولا الفسخُ . لأنّ ذلك ضررٌ عليه ، من غير فائدة . ويحتملُ أن يُشرَع لتحصيل الفائدة للمشترى ، ومتَى اختلفا فى قيمة السلعة رَجَعَا إلى قيمةِ مِثْلِهَا . موصوفاً بصفاتها ، فإن اختلفا فى الصفة ، فالقولُ قولُ المشترى مع يمينه . لأنّه غارمٌ ، والقول قول الغارم .

٣٠٣٨ (فصل) وإن تَقَايَلاَ المَبيعَ ، أو رُدّ بعيب بعد قبض البائع الثمنَ ، ثُمّ اختلفا فى قَدْرِه ، فالقولُ قولُ البائع . لأنّه مُنكِر لما يدّعيه المشترى ، بعد انفساخ العقد ، فأشبه ما لو اختلفا فى القبض .

٣٠٣٩ (فصل) وإن قال : بعتُك هذا العبدَ بألفٍ ، فقال : بل هو والعبدُ الآخرُ بألفٍ . فالقولُ قولُ البائع مع يمينه . وهو قول أبى حنيفة ، وقال الشافعى: يتحالفان : لأنّهما اختلفا فى أصل عِوَضَى العقد، فيتحالفان ، كما لو اختلفا فى الثمن .

ولنا : أن البائعَ يُنكر بَيع العبد الزائد ، فكان القولُ قولَه بيمينه ، كما لو ادّعى شراءه مُنفرداً .

٣٠٤٠ (فصل) وإن اختلفا فى عين المَبيع ، فقال : بعتُك هذا العبدَ . قال : بل بعتَنى هذه الجاريةَ . فالقولُ قولُ كُلِّ واحدٍ منهما ، فيما يُنكره مع يمينه . لأنّ كلّ واحدٍ منهما يدَّعى عَقداً على عَيْنٍ يُنكرُها المدّعَى عليه : والقولُ قولُ المنكر . فإن حلف البائعُ : ما بعتُك هذه الجاريةَ . أُقِرّتْ فى يَدِه ، إن كانت فى يَدِه ، ورُدّت عليه إن كان مُدّعيها قد قبضها ، وأما العبدُ فإن كان فى يد البائع أُقِرّ فى يَدِه ، ولم يكن للمشترى طلبُه . لأنّه لا يَدّعيه . وعلى البائع رَدّ الثمن إليه . لأنّه لم يصل إليه المعقودُ عليه ، وإن كان فى يد المشترى فعليه رَدُّه إلى البائع . لأنّه لا يعترف أنّه لم يشتره . وليس للبائع طلبُه إذا بُذِلَ له ثمنُه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يُعطِه ثمنَه فلَهُ فسخُ البيع ، واسترجاعُه . لأنه تعذّر عليه الوصولُ

إلى ثمنه ، فملكَ الفسخَ ، كما لو أفلس المشترى . وإن أقام كلُّ واحدٍ منهما بَيّنَةً بدعواه ، ثبت العقدان . لأنّهما لا يتنافيان ، فأشبه ما لو ادّعى أحدُهما البيعَ فيهما جميعاً ، وأنكره الآخرُ . وإن أقام أحدُهما بَيّنَةً بدعواه دون الآخر . ثبت ما قامت عليه البَيِّنَةُ دونَ ما لم تَقُمْ عليه .

٣٠٤١ (فصل) فإن اختلفا فى صفة الثمن رُجِعَ إلى نقد البلد . نصّ عليه فى رواية الأثرم . لأنّ الظاهر أنّهما لا يَعقدان إلاّ به ، وإن كان فى البلد نقودٌ رُجِع إلى أوْسطِها . نصّ عليه فى رواية جماعةٍ . فيحتملُ أنّهُ أراد إذا كان هو الأغلبَ . والمعاملةُ به أكثر . لأن الظاهر وقوع المعاملة به . فهو كما لو كان فى البلد نقدٌ واحدٌ ، ويحتملُ أنّهُ ردّهما إليه مع التساوى ، لأنّ فيه توسُّطاً بينهما ، وتسويةً بين حَقَّيْهِمَا ، وفى العدول إلى غيره ميلٌ على أحدهما ، فكان التوسُّط أولى ، وعلى مُدّعِى ذلك اليمينُ . لأنّ ما قاله خصمُه محتمَل . فتجب اليمينُ لنفى ذلك الاحتمال ، كوجوبها على المُنكر . وإذا لم يكن فى البلد إلاّ نقدان مُتَساويان . فينبغى أن يتحالفا ، لأنّهما اختلفا فى الثمن على وجهٍ لم يترجّح قولُ أحدهما . فيتحالفان . كما لو اختلفا فى قدره .

٣٠٤٢ (فصل) وإن اختلفا فى أجَلٍ ، أو رَهْنٍ ، أو فى قَدْرِهما ، أو فى شرطِ خيارٍ ، أو ضَمِينٍ ، أو غير ذلك من الشروط الصحيحة . ففيه روايتان :

إحداهما : يتحالفان . وهو قولُ الشافعىّ . لأنّهما اختلفا فى صفةِ العقد ، فوجب أن يتحالفا ، قياساً على الاختلاف فى الثمن .

والثانيةُ : القولُ قولُ من ينفى ذلك مع يمينه . وهو قولُ أبى حنيفة ، لأنّ الأصلَ عَدمُه ، فالقولُ قولُ من ينفيه ، كأصل العقد . لأنه مُنكرٌ والقولُ قولُ المُنكِر .

٣٠٤٣ (فصل) وإن اختلفا فيما يُفسِدُ العقد ، أو شرطٍ فاسد ، فقال : بعتُك بخمْرٍ ، أو خيارٍ مجهولٍ . فقال : بل بِعتَنِى بنقْدٍ مَعْلُومٍ ، أو خيارِ ثلَاثٍ . فالقولُ قولُ مَنْ يدّعى الصحّة مع يمينه . لأن ظهور تعاطى المُسلِم الصحيحَ أكثرُ من تعاطيه للفاسد ، وإن قال : بعتُك مُكْرَهاً ، فأنكره ، فالقولُ قولُ المشترى . لأن الأصلَ عدَمُ الإكراه ، وصحّةُ البيع ، وإن قال : بعتُك وأنا صبىّ ، فالقولُ قولُ المشترى . نصّ عليه . وهو قول الثورىّ ، وإسحاق . لأنّهما اتفقا على العقد ، واختلفا فيما يُفسِدُه . فكان القولُ قولَ من يدّعى الصحّة ، كالتى قبلها ، ويحتملُ أن يُقبل قولُ من يدّعِى الصِّغَر ، لأنه الأصلُ . وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ . ويفارق ما إذا اختلفا فى شرطٍ فاسدٍ ، أو إكراهٍ ، لوجهين .

أحدهما : أن الأصلَ عدمُه . وههنا الأصلُ بقاؤه .

والثانى : أن الظاهر من المُكَلَّف أنه لا يتعاطى إلاّ الصحيحَ . وههنا ما ثبت أنّه كان مُكَلَّفاً ،

وإن قال : بعتُك وأنا مجنونٌ . فإن لم يُعلم له حالُ جنون ، فالقولُ قولُ المشترى . لأنّ الأصلَ عدمُه . وإن ثبت أنه كان مجنوناً فهو كالصبيّ ، ولو قال العبدُ : بعتُك وأنا غيرُ مأذونٍ لى فى التّجارةِ . فالقولُ قولُ المشترى . نصّ عليه فى رواية مهنا ، لأنّه مُكلّف ، والظاهرُ : أنّه لا يَعْقِدُ إلاّ عقداً صحيحاً .

٣٠٤٤ (فصل) وإن مات المتبايعان ، فورثتهما بمنزلتهما فى جميع ما ذكرناه ، لأنّهم يقومون مقامهما فى أخذ مالهما ، وإرْثِ حُقوقهما ، فكذلك ما يَلزَمُهما ، أو يَصيرُ لهما .

٣٠٤٥ (فصل) وإن اختلفا فى التسليم فقال البائعُ : لا أسلّم المبيعَ حتّى أقبِضَ الثمنَ ، وقال المشترى : لا أسلّم الثمن حتى أقبض المَبيع ، والثمنُ فى الذّمة أُجْبِرَ البائعُ على تسليم المبيع ، ثم أُجْبِر المشترى على تسليم الثمن ، فإن كان عيناً ، أو عَرْضاً بعَرْضٍ ، جُعِل بينهما عَدْلٌ ، فيقبض منهما ، ثم يسلّم إليهما ، وهذا قول الثوريّ ، وأحدُ قولى الشافعيّ . وعن أحمد ما يدلّ على أنّ البائعَ يُجْبَر على تسليم المبيع على الإطلاق ، وهو قولٌ ثانٍ للشافعيّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُجْبَرُ المشترى على تسليم الثمن . لأن للبائع حَبْسَ المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحقّ ذلك لم يكنْ عليه التسليمُ قبل الاستيفاء كالمرتهن .

ولنا : أن تسليم المبيع يتعلّق به استقرار البيع وتمامُه . فكان تقديمُه أولى ، سيّماً معَ تعلّق الحُكم بعَيْنه ، وتعلّق حَقّ البائع بالذّمة ، وتقديم ما تَعلّق بالعين أولى ، لتأكّده . ولذلك يُقَدّم الدَّيْنُ الذى به الرهنُ فى ثمنه ، على ما تَعلّق بالذمّة ويُخالف الرهنَ ، فإنّه لا تتعلّق به مَصْلَحةُ عقدِ الرهن ، والتسليمُ ههنا يتعلّق به مصلَحةُ عقدِ البيع ، وأمّا إذا كان الثمن عَيْناً ، فقد تعلّق الحقُّ بعينه أيضاً ، كالمبيع ، فاستويا ، وقد وجب لكلّ واحدٍ منهما على صاحبه حقٌّ قد استُحِقّ قبضُه ، فأُجْبِرَ كل واحدٍ منهما على إيفاءِ صاحبه حَقّهُ .

ووجه الرواية الأخرى : أن الذى يتعلّق به استقرارُ البيع وتمامُه هو المَبِيعُ ، فوجبَ تقديمُه ، ولأنّ الثمن لا يَتَعَيّنُ بالتعيين ، فأشبه غيرَ المُعَيّن .

إذا ثبت هذا : وأوجبنا التسليمَ على البائع ، فسلّمه ، فلا يخلُو المشترى من أن يكون مُوسِراً ، أو مُعْسِراً : فإن كان مُوسِراً ، والثمنُ معه أُجْبِرَ على تسليمه ، وإن كان غائباً قريباً فى بَيْتِه ، أو بلده حُجِرَ عليه فى المَبيع ، وسائرِ ماله حتّى يُسَلِّم الثمنَ ، خَوْفاً من أن يتصرّف فى ماله تصرُّفاً يضرّ بالبائع ، وإن كان غائباً عن البلد فى مسافة القَصر ، فالبائعُ مُخَيّر بين أن يَصبِرَ إلى أن يجدَ ، وبين فَسْخِ العَقْد ، لأنه قد تَعَذّرَ عليه الثمنُ ، فهو كالمُفْلِس ، وإن كان دون مسافة القصر ، فله الخيارُ فى أحد الوجهين ، لأنّ فيه ضرَراً عليه ، والثانى : لا خِيارَ لهُ ، لأن مادون مسافةِ القصرِ بمنزلة الحاضر ، وإن كان المشترى مُعْسِراً فللبائع الفسخُ فى الحال ، والرجوعُ فى المبيع ، وهذا كلّه مذهبُ الشافعيّ ، ويَقْوَى عندى : أنه لا يَجبُ عليه تسليمُ المبيع ، حتّى

يحضُر الثمن ، ويتمكنَ المشترى من تسليمه ، لأنّ البائع إنّما رَضى ببذل المبيع بالثمن ، فلا يلزمه دفعُه قبل حصول عِوَضِه ، ولأنّ المتعاقدَيْن سواء فى المعاوَضة ، فيستويان فى التسليم ، وإنّما يُؤثّر ما ذكر من الترجيح فى تقديم التسليم مع حضور العوَضِ الآخَر ، لعَدَمِ الضرر فيه ، وأما مع الخطر المُحْوِج إلى الحَجْر، أو المجُوزِ للفَسْخ ، فلا ينبغى أن يثبُت ، ولأن شرع الحَجْرِ لا يندَفِعُ به الضررُ ، ولأنه يقف على الحاكم ، ويتعذّرُ ذلك فى الغالب ، ولأن ما أثبت الحجرَ ، والفسخَ بعد التسليم ، فهو أولى أن يَمْنَع التّسليم ، لأن المنع أسهلُ من الرّفع ، والمنعُ قبلَ التسليم أسهلُ من المنع بعده ، ولذلك ملكت المرأةُ مَنْعَ نَفْسِها قبلَ قَبْضِ صَداقِها ، قبلَ تسليم نفسها ، ولم تَملِكْهُ بعدَ التسليم ، ولأن للبائع منعَ المَبيعِ قبل قبض ثمنه ، أو كونِه بمنزلة المقبوض ، لإمكان تقْبيضه ، وإلاّ فلا ، وكلّ موضع قلنا : له الفسخُ ، فله ذلك بغير حُكمِ حاكمٍ : لأنه فسخٌ للبيع ، للاعسارِ بثمنه ، فملَكَهُ البائعُ ، كالفسخِ فى عَيْنِ مالِه إذا أفلس المشترى ، وكلّ مَوْضعٍ قلنا : يُحْجَرُ عليه ، فذلك إلى الحاكم ، لأنّ ولايةَ الحَجْرِ إليه .

٣٠٤٦ (فصل) فإن هرب المشترى قبلَ وزْنِ الثمن ، وهو مُعسِرٌ ، فللبائع الفسخُ فى الحال ، لأنه إذا ملك الفسخ مع حضوره ، فمع هربه أولى ، وإن كان مُوسراً أثبت البائعُ ذلك عند الحاكم ، ثمّ إن وجد الحاكمُ له مالاً ، قضاهُ ، وإلا باع المبيعَ ، وقَضى ثمنَه منه ، وما فَضَل فهو للمشترى ، وإن أعْوَزَ ففى ذِمَّته ، وَيقْوَى عندى أنّ للبائع الفسخَ بكلّ حالٍ ، لأنّنا أبَحْنا له الفسخَ مع حضوره ، إذا كان الثمنُ بعيداً عن البلد ، لما عليه من ضرر التأخير ، فههنا مع العَجْزِ عن الاستيفاء بكلّ حالٍ أولى ، ولا يندفعُ الضررُ برفع الأمرِ إلى الحاكِم ، لعجز البائع عن إثباته عند الحاكِم ، وقد يكونُ البيعُ فى مكانٍ لا حاكمَ فيه ، والغالبُ أنّه لا يحضُره مَنْ يقبلُ الحاكمُ شهادتَه ، فإحالتُه على هذا تضييعٌ لمالِه ، وهذه الفروعُ تُقوِّى ما ذكرته من أنّ للبائعِ منعَ المشترى من قَبْض المَبيع قبلَ إحضار ثمنه ، لما فى ذلك من الضرر .

٣٠٤٧ (فصل) وليس للبائع الامتناعُ من تسليم المَبيع بعد قبض الثمن ، لأجْل الاستبراء ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وحُكى عن مالك فى القَبيحَةِ ، وقال فى الجميلة : يَضعُها على يدى عَدْلٍ حتى تُسْتبْرأ ، لأنّ التهمة تَلْحَقُهُ فيها ، فمُنِع منها .

ولنا : أنه بيعُ عَيْنٍ لا خيار فيها ، قد قُبِض ثمنها . فوجب تسليمُها كسائر المبيعاتِ ، وما ذكروه من التهمة لا يُمكِّنه من التسلُّط على مَنْعه من قَبْض مملوكته . كالقَبيحَةِ . ولأنه إذا كان استبرأها قبل بيعها . فاحتمالُ وجود الحمل فيها بعيدٌ نادرٌ . وإن كان لم يستبرئها . فهو ترك التحفّظ لنفسه . ولو طالب المشترى البائعَ بكفيل . لئلاّ تظهرَ حاملاً لم يكنْ له ذلك . لأنه ترك التحفُّظَ لنفسه حال العقد . فلم يكن له كفيلٌ. كما لو طلب كفيلاً بالثمن المؤجّل .

٣٠٤٨ « مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيعُ الآبِق ﴾

وجملته : أن بيع العبدِ الآبق لا يصحُّ ، سواء علم مكانَهُ ، أو جَهِلَهُ . وكذلك ما فى معناه من الجملِ الشاردِ ، والفرسِ العائرِ[1] ، وشبههما . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المُنذِر ، وأصحاب الرأى . ورُوى عن ابن عمر « أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ بَعْضِ وَلَدِهِ بَعِيراً شَارِداً » وعن ابن سيرين : لا بأس ببيع الآبق إذا كان عِلْمُهما فيه واحداً ، وعن شُرَيْحٍ مثلُه .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ ، وعَنْ بَيْعِ الغَرَرِ » رواه مسلم . وهذا بيعُ غَرَرٍ . ولأنَّه غيرُ مقدورٍ على تسليمه ، فلم يَجُز بيعُه ، كالطير فى الهواء ، فإن حَصَلَ فى يد إنسانٍ جاز بيعُه ، لإمكان تسليمه .

٣٠٤٩ « مسألة » قال ﴿ ولا الطائر قبل أن يُصَاد ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا باع طائراً فى الهواء لم يصحّ ، مملوكاً أو غيرَ مملوك . أمّا المملوكُ ، فلأنّه غيرُ مقدور عليه ، وغيرُ المملوك لا يجوز لعلّتَيْن . إحداهما : العجزُ عن تسليمه . والثانيةُ أنَّه غيرُ مملوك له ، والأصلُ فى هذا نَهْيُ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم عن بيع الغَرَرَ . وقيل فى تفسيره : هو بيعُ الطيرِ فى الهواء ، والسمكِ فى الماء . ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا فرق بين كون الطائر يألَفُ الرجوعَ ، أو لا يألفُه . لأنّه لا يَقدِرُ على تسليمه الآن . وإنما يقْدِرُ عليه إذا عادَ .

فإن قيل : فالغائب فى مكانٍ بعيدٍ لا يقدرُ على تسليمه فى الحال .

قلنا : الغائبُ يَقدِرُ على استحضاره . والطيرُ لا يقدِرُ صاحبُه على ردّه إلا أن يرجعَ هو بنفسه ، ولا يستقلُّ مالكُه بردّه . فيكون عاجزاً عن تسليمه ، لعجزه عن الواسطة التى يحصُلُ بها تسليمُه ، بخلاف الغائب . وإن باعه الطيرَ فى البُرْج نظرتَ : فإن كان البرجُ مفتوحاً لم يَجُزْ . لأنّ الطيرَ إذا قدَر على الطيران لم يُمكن تسليمُه ، فإن كان مُغلَقاً ويُمكن أخذُه جاز بيعُه . وقال القاضى : إن لم يمكن أخذُه إلاّ بتعَبٍ ومشقّةٍ لم يجز بيعُه . لعدم القُدرة على تسليمه . وهذا مذهبُ الشافعى . وهو مُلغًى بالبعيد الذى لا يُمكن إحضارُه إلاّ بتعَبٍ ومشقّةٍ . وفرقوا بينهما بأن البعيد تُعلَمُ الكُلْفةُ التى يَحتاجُ إليها فى إحضاره بالعادة ، وتأخيرُ التسليم مُدَّتُهُ مَعلومةٌ . ولا كذلك فى إمساك الطائر . والصحيحُ إن شاء الله تعالى أنّ تفاوتَ المُدَّةِ فى إحضار البعيد ، واختلافَ المَشَقَّةِ أكثرُ من التفاوت ، والاختلافُ فى إمساك طائرٍ من البُرْجِ ، والعادةُ تكون فى هذا كالعادة فى ذلك . فإذا صحّ فى البعيد مع كثرةِ التفاوُتِ وشدّةِ اختلافِ المَشقّة . فهذا أولى .

٣٠٥٠ « مسألة » قال ﴿ ولا السمك فى الآجام ﴾

(١) العائر : الذى انفلت من صاحبه .

هذا قول أكثر أهل العلم . رُوِىَ عن ابن مسعود أنَّه نَهى عنه ، وقال : إنَّه غَرَرٌ، وكَره ذلك الحسنُ ، والنخَعِىّ ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وأبو يوسف ، وأبو ثور . ولا نعلم لهم مُخالفاً . لما ذكرنا من الحديث ، والمعنَى لا يجوز بيعُه فى الماء ، إلاَّ أن يجتمعَ ثلاثةُ شروطٍ . أحدها : أن يكون مملوكاً . الثانى : أن يكون الماء رَقِيقاً ، لا يمنعُ مُشاهدتَه ، ومَعْرِفَتَهُ . الثالث : أن يُمكن اصطيادُه ، وإمساكُه . فإن اجتمعت هذه الشروط جاز بيعُه . لأنَّه مملوك ، معلوم ، مقدور على تسليمه . فجاز بيعُه ، كالموضوع فى الطَّسْتِ . وإن اختَلّ شرطٌ مما ذكرنا ، لم يَجُز بيعُه لذلك . وإن اختلت الثلاثةُ لم يَجُز بيعُه لثلاثِ عِلَلٍ ، وإن اختلّ اثنان منها لم يَجُز بيعُه لِعِلَّتَيْنِ . ورُوِى عن عمر بن عبد العزيز ، وابن أبى ليلى ، فيمن له أَجَمةٌ يَحْبِسُ السَّمكَ فيها ، يجُوز بيعُه . لأنهُ يَقْدِرُ على تسليمه ظاهراً . أشبه ما يحتاجُ إلى مُؤْنةٍ فى كيله ، ووَزْنه ، ونَقْلِهِ .

ولنا : ما رُوِى عن ابن عمر ، وابن مسعود : أنَّهما قالا « لاَ تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِي المَاءِ ، فَإِنهُ غَرَرٌ » ولأنّ النبيَّ صَلّى اللهُ عليه وسلم نَهى عن بيع الغَرَرِ ، وهذا منه . ولأنه لا يقدر على تسليمه إلاَّ بعد اصطياده أشبهَ الطيرَ فى الهواء ، والعَبْدَ الآبِقَ ، ولأنَّه مجهولٌ ، فلم يَصحّ بيعُه ، كاللبن فى الضرع ، والنوى فى التمر ، ويُفارق ما ذكروه ، لأنّ ذلك من مُؤْنةِ القَبْضِ ، وهذا يحتاج إلى مُؤْنةٍ ليُمكنَ قبضُه ، فأمّا إن كانت له بِرْكةٌ فيها سمكٌ له ، يمكنُ اصطِيادُه بغير كُلْفةٍ ، والماء رقيقٌ لا يمنع مُشاهَدَتهُ ، صحّ بيعُه ، وإن لم يُمكن إلا بمَشَقَّةٍ ، وكُلْفةٍ يسيرةٍ ، بمنزلة كُلْفةِ اصطيادِ الطائِرَ من البُرْجِ . فالقول فيه كالقول فى بيع الطائر فى البُرج ، على ما ذكرنا فيه من الخلاف ، وإن كانت كثيرةً ، وتتطاول المدَّةُ فيه ، لم يجُز بيعُه ، للعجز عن تسليمه ، والجهل بوَقْتِ إمكان التسليم .

٣٠٥١ (فصل) إذا أعدّ بِرْكةً ، أو مِصْفَاةً ليصطادَ فيها السمك ، فحصلَ فيها سَمكٌ مَلَكَهُ . لأنه آلةٌ مُعَدَّةٌ للاصطياد ، فأشبه الشبكةَ ، ولو استأجرَ البِرْكةَ ، أو الشَّبَكةَ ، أو استعارهما للاصطياد جاز ، وما حصل فيهما ملَكهُ ، وإن كانت البِرْكةُ غيرَ مُعَدَّةٍ للاصطياد ، لم يَملِكْ ما حصل فيها من السمك. لأنَّها غيرُ مُعَدَّةٍ له . فأشبهت أرضه ، إذا دخل فيها صيد ، أو حصل فيها سَمكٌ . ومتى نَصَب شَبَكةً ، أو شَرَكاً ، أو فَخّاً ، أو أُحْبُولَةً ملكَ مَا وقع فيها مِنَ الصَّيْدِ . لأنه بمنزلة يَدِه . وكذلك لو نصب المَنَاجِلَ للصَّيد ، وسَمَّى فقَتَلَتْ صَيْداً ، حَلّ لَهُ أكْلُهُ . وكان كذبحه . ولو وقع فى شبكته ، أو شبهها شىء كان مَضْموناً عليه ، فعُلِمَ بذلك أنه كَيدِهِ . ولو أعدّ لِمياهِ الأمطار مَصَانِعَ[1] أو بِرَكاً ، أو أوانِىَ، ليحصُلَ فيها الماء ملَكَهُ بحصُولِه فيها . لأنَّها فى باب الإعداد ، كالشباك للاصطياد ، ولو أعدّ سَفينةً

(١) المصانع جمع مصنع ، وهى الأرض يحفظ فيها الماء تشبه الحوض .

للاصطياد ، كالتى يُجعَلُ فيها الضوء ، ويَضْرِبُ صَوانِىَ الصُّفْرِ[(١)] لِيَثِبِ السَّمكُ فيها ، كان حصُولُه فيها ، كحصوله فى شبكته ، لكونها صارت من الآلات المعدّة له ، ولو لم يُعِدَّها لذلك ، لم يملك ما وقع فيها. ومن سبق إليه ، فأخذه ، ملَكهَ ، كالأرضِ التى لم تُعَدّ للاصطياد ، مثلُ أرض الزَّرْع ، إذا دخلها ماء فيه سَمكٌ ، ثمّ نضَبَ عَنهُ ، أو دخل فيها ظَبْىٌ ، أو عَشَّشَ فِيهاَ طَائِرٌ ، أو سقط فيها جَرَادٌ ، أو حَصَل فيها مِلحٌ ، لم يَمْلِكْهُ صاحبها لأنه ليس من نماء الأرض ، ولا مما هى مُعَدَّةٌ له ، لكنه يكون أَحَقَّ به . إذ ليس لغيره التخطِّى فى أرضه ، ولا الانتفاعُ بها ، فإن تخطّى ، وأخذه ، أخطأ ، وملَكهُ .
قال أحمدُ فى وَرَشَانَ[(٢)] على نَخلةِ قَوْمٍ صَادَهُ إنْسَانٌ : هُوَ للصَّائِدِ ، وقال فى طَيْرَةٍ لقوم أفْرَخَتْ فى دَارِ جِيرَانِهِمْ : إنّ الفرخ يَتْبَعُ الأُمَّ ، يَرُدّ فِرَاخها عَلَى أَصْحَابِ الطَّيْرَةِ . واختار ابنُ عقيل فى المأخوذ من أملاك الناس من صَيْدٍ ، وكَلَأٍ ، وشِبْهِهِ . أنَّه لا يملكهُ بأخذه ، لأنّه سببٌ مَنْهِىٌّ عنه ، فلم يُفِدِ الملكَ ، كالبيع المنهىّ عنه . إذ السبب لا يختلفُ بين كونه بَيْعاً أو غيرَه . لقوله عليه السلام « مَنْ عَمِلَ عَملاً لَيْسَ عَلَيْهِ أمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » والصحيح الأولُ . ولا نسلّم أن السبب منهىّ عنه ، فإنّ السببَ الأخذُ ، وليس بمنهىّ عنه . إنما نُهِىَ عن الدخول ، وهو غيرُ السبب ، بخلاف البيع ، ولأن النهىَ ههنا لحقّ آدمىّ ، فلا يمنعُ الملكَ ، كبيع المُصَرَّاةِ ، والمَعِيب ، وتَلَقِّى الرُّكبَانِ[(٣)] ، والنَّجْشِ[(٤)] ، وبيعه على بَيْعِ أخيه . ولو أعدّ أرضَه للملح ، فجعلها مَلاَّحَةً ليحصُل فيها الماء ، فيصيرَ مِلْحاً ، كالأرض التى على ساحل البحر ، يجعلُ إليها طريقاً للماء . فإذا امتلأتْ قطَعه عنها ، أو تكون أرضه سَبِخَةً يفتح إليها الماء من عين ، أو يجتَمِعُ فيها ماء المطر ، فيصيرُ مِلحاً ، ملَكهُ بذلك . لأنها مُعَدَّةٌ له . فأشبهت الشَّبَكَةَ المُعَدَّةَ للصيد . وإن لم يكن أعدّها لذلك ، لم يملك ما حصل فيها ، كما قدّمنا فى مثلها .

فإن قيل : فقد رُوِىَ عن أحمد فى إنسان رَمَى طَيْراً بِبُنْدُقٍ فَوقَع فى دَارِ قَوْمٍ ، فهو لهم دُونَهُ ، وهذا يدلّ على أنهم مَلَكُوهُ بحصُوله فى دارهم ؟

---

(١) الصفر : نوع من أنواع النحاس .

(٢) الورشان : طائر يسمى ساق حر ، ولحمه أخف من لحم الحمام .

(٣) تلق الركبان : أن يخرج التاجر ليقابل أهل الأرياف الذين يحضرون ببضاعتهم فيشتريها منهم بسعر رخيص قبل أن يعرفوا سعر السوق فى البلد .

(٤) النجش: أنواع ، منها : أن تواطىء إنساناً يريد بيع شىء على أن تمدحه حتى يشتريه الناس بناء على مدحك ، ومنها أن يريد إنسان بيع شىء فتساومه بثمن كثير لينظر إليك غيرك فيقع فيه ، ومنها أن يصرف أنظار المشترين عن الشىء حتى يذهبوا لشراء غيره .

قلنا : هذا محمول على أنه وقع مُمْتَنِعاً ، فصاده أهلُ الدار ، فملكوهُ باصطيادهم ، كذلك قال ابنُ عقيل . ويتعيّن حملُه على هذا . لأنّهم إذا لم يملكوا ماحصَلَ فى دارهم بفعل الله تعالى ، فما حصل بفعل آدمىّ أولى ، ولأنه وقع فى الدار بعد الضَّرْبَةِ المُثْبِتَةِ له ، التى يُملَكُ بها الصَّيْدُ . فأشبه ما لو أطارت الريحُ ثوبَ إنسانٍ فألقته فى دارهم ، ولو كانت آلةُ الصيدِ كالشَّبَكةِ ، والشَّرَكِ ، والمَنَاجلِ غيرَ مَنْصُوبةٍ للصيد ، ولا قصدَ بها الاصطيادَ ، فتعلّق بها صيدٌ ، لم يملكْهُ صاحبُها بذلك . لأنّها غيرُ مُعَدَّةٍ للصيد فى هذه الحال . فأشبهت الأرضَ التى ليست مُعَدَّةً لهُ .

٣٠٥٢ (فصل) وما حصلَ من الصيد فى كَلْبِ إنسان ، أو صَقْرِه ، أو فَهْدِهِ ، وكان استرسل بإرسال صاحبه ، فهو له . لأنه آكدُ من الشبكة . لأنه حيوانٌ يحصُل بفعله ، وقصده ، وإرسال صاحبه ، فهو كسَهْمِهِ . ولأنّ الله تعالى قال (٥ : ٤ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ) وإن استرسل بنفسه ، فحكمهُ حكمُ الصيد الحاصلِ فى أرضِ إنسان ، فى أنه لا يملكهُ . وليس لغيره أخذُه . فإن أخذه غيرُه ملَكَهُ كالكَلأِ ، وكذلك ما يحصُل فى بَهيمةِ إنسانٍ ، من الحشيشِ فى المَرْعَى .

٣٠٥٣ « مسألة » قال ﴿ والوكيل إذا خالف فهو ضامن ، إلاّ أن يرضى الآمرُ ، فيلزمه ﴾ وجملة ذلك : أن الوكيلَ إذا خالف مُوَكِّلَهُ ، فاشترى غيرَ ما أمرَهُ بشرائهِ أو باع ما لم يُؤْذَنْ له فى بَيْعِهِ ، أو اشترى غيرَ ما عَيَّنَ لهُ . فعليه ضمانُ ما فَوَّتَ على المالك ، أو تلفَ . لأنّه خرج عن حال الأمانة ، وصار بمنزلة الغاصب . فأما قولهُ « إلاّ أنْ يرضَى الآمرُ فَيلزَمهُ » يعنى إذا اشترى غيرَ ما أمر بشرائه ، بثمنٍ فى ذِمَّتهِ ، فإنّ الشّراء صحيحٌ ، ويقفُ على إجازة المُوَكِّل . فإن أجازه لزمهُ . وعليه الثمنُ . وإن لم يقبل لزمَ الوكيلَ . ويَتعيَّنُ حملَه على هذه الصورة . لأنّه قد بَيّن فى موضعٍ آخرَ . فقال : إلاّ أنْ يَكُون اشتراهُ بعَيْنِ المالِ . فيبطلُ الشّراء . وذكره فى كتاب العتق أيضاً ، فلذلك تعيَّن حملُ هذه المسألة على ماقلنا ، وإنما صحّ الشراء . لأنَّه مُتصرّف فى ذِمَّته ، لا فى مال غيره ، وسواء نقدَ الثمنَ من مالِ المُوَكِّل أم لا ، لأن الثمن هو الذى فى الذمّة ، والذى نَقدَه عِوَضُهُ ، ولذلك قلنا : إنه إذا اشترى فى الذمّة ، ونقدَه الثمنَ بعد ذلك ، كان له البدلُ . وإن خرج مَغْصُوباً لم يبطُل العقدُ ، وإنما وُقف على إجازة الآمرِ . لأنه قصَدَ الشّراء لهُ . فإن أجازه لزمَهُ ، وعليه الثمنُ ، وإن لم يقبلْه لزمَ مَنِ اشتراه .

٣٠٥٤ (فصل) وإن اشترى بعين مال الآمرِ ، أو باع بغير إذنه ، أو اشترى لغير مُوَكِّلِه ، شيئاً بعين ماله ، أو باع مالهُ ، بغير إذنه ، ففيه روايتان :

إحداها : البيعُ باطلٌ . ويجبُ رَدُّه ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وأبى ثور ، وابن المنذر .

والثانية : البيعُ والشّراء صحيحان ، ويقف على إجازة المالك ، فإن أجازه نفذَ ولزم البيعُ ، وإن

لم يجزْهُ بطَل ، وهذا مذهبُ مالك ، وإسحاق ، وقول أبي حنيفة في البيع . فأمّا الشّراء فمنعـده يقعُ للمشتري ، بكلّ حال .

ووجه هذه الرواية : ماروى عُرْوَةُ بن الجعْد البارقيّ ، رضي الله عنه « أنّ النّبيّ صَلّى اللهُ عَلَيْه وَسَلم أَعْطاهُ دِينَاراً ليَشْتَرِيَ بِه شَاةً ، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ ثم بَاعَ إحْداهما ، بِدِينَار فِي الطّرِيقِ . قَالَ : فأَتيْتُ النَّبيَّ صَلّى اللهُ عَلَيه وسَلم ، بالدِّينَار ، والشّاةِ فأخْبَرتُهُ فَقَال : بَارَكَ اللهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينكَ » رواه الأثرم ، وابن ماجه . ولأنه عقدٌ له مُجيزٌ حالَ وقُوعِه ، فيجب أن يقف على إجازته ، كالوصية .

ووجه الرواية الأولى : قولُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم لحـكيم بن حِزَام « لاَ تَبِعْ مالَيْسَ عِنْدَكَ » رواه ابن ماجه ، والترمذيّ ، وقال حديث : حسن صحيح ، يعني مالا تملك . لأنه ذكره جواباً له حين سأله : أنه يَبِيعُ الشّيء ثُمّ يَمْضِي فَيَشْترِيه ، وَيُسلِّمُهُ ، ولاتّفاقنا على صحّة بيْع مالِ الغائبِ ، ولأنه باع مالا يَقْدرُ على تسليمه ، فأشبَه الطير في الهواء ، والوصيَّةُ يتأخرّ فيها القبولُ عن الإيجاب ، ولا يُعتبرُ أن يكون لها مُجيزٌ حالَ وقوع العَقْد ، ويجوزُ فيها من الغَرَرِ مالا يَجُوزُ في البَيْع ، فأما حديثُ عُرْوَةَ فنَحملهُ على أنّ وَكَالَتهُ كانت مُطْلَقَة . بدليل أنه سَلّم وتَسلّمَ ، وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا .

٣٠٥٥ (فصل) ولا يجوز أن يبيع عَيْناً لا يملكُها ليَمْضِيَ وَيَشْتَرِيهَا ، ويُسَلِّمَها رواية واحدة وهو قول الشافعيّ ، ولا نعلمُ فيه مُخالفاً ، لأن حكيم بن حِزامٍ قال للنبيّ صلى الله عليه وسلم « إنّ الرَّجُلَ يَأتِينِي فَيَلْتَمِسُ مِنَ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدِي ، فَأَمْضِي إلَى السُّوقِ فَأَشْتَرِيهِ ثُمّ أَبِيعُه مِنْهُ ، فقالَ النّبِيُّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم : لاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » .

٣٠٥٦ (فصل) ولو باع سِلعةً ، وصاحبُها حاضر ، ساكتٌ ، فحُكْمُه حكمُ ما لو باعها من غير علمه ، في قول أكثر أهل العلم . منهم أبو حنيفة ، وأبو ثور ، والشافعيّ ، وقال ابن أبي ليلى : سكوتُه إقرارٌ : لأنّه دليلٌ على الرّضى ، فأشبه سكوتَ البِكْرِ في الإذْنِ في نِكَاحِها .

ولنا : أن السكوت مُحتَمِلٌ ، فلم يكنْ إذناً ، كسكوت الثّيبِّ . وفارق سكوتَ البكر ، لوجود الحياء المانع من الكلام في حَقِّها . وليس ذلك بموجود ههنا .

٣٠٥٧ (فصل) وإذا وكل رجلين في بيع سلعته ، فباع كلٌّ واحدٍ منهما السِّلْعةَ مِنْ رجلٍ ، بثمنٍ مُسَمًّى فالبيعُ للأوّل منهما ، رُوِيَ هذا عن شُرَيْح ، وابن سيرين ، والشافعيّ ، وابن المنذر ، وحُكِي عن ربيعةَ ، ومالك . أنهما قالا : هي للذي بدأ بالقَبْض .

ولنا : أنه قد رُوي في حديثٍ « إذَا بَاعَ الْمُجِيزَانِ فَهُوَ لِلأَوّلِ » رواه ابن ماجه ، ولأنّ

الوكيل الثانى زالتْ وكالتُه بانتفاء ملك المُوكِّل عن السِّلعة . فصار بائعاً ملكَ غيره بغير إذْنِه . فلم يصحّ ، كما لو قبض الأول ، أو كما لو زوّج أحدُ الوليَّيْن بعدَ الأول .

٣٠٥٨ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ الملامسةِ ، والمُنابَذةِ غيرُ جائز ﴾ .

لا نعلمُ بين أهل العلم خلافاً فى فساد هذين البَيْعين . وقد صحّ أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ المُلَامَسةِ والمُنَابَذةِ » متّفق عليه ، والملامَسةُ : أنْ يبيعه شيئاً ولا يُشاهِدَهُ على أنه متى لَمَسَهُ وقع البيعُ ، والمُنابَذةُ ، أن يقول : أىُّ ثوبٍ نبذتَه[1] إلىّ فقد اشتريتُه بكذا . هذا ظاهر كلام أحمد ، ونحوَه ، قال مالك ، والأوزاعىّ ، وفيما روى البخارىّ « أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ نَهَى عَنِ المُنَابَذةِ ، وَهِىَ طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إلَى الرَّجُلِ قَبْلَ أنْ يُقلِّبهُ أوْ يَنْظُرَ إلَيْهِ ، وَنَهَى عَنِ المُلَامَسةِ لَمْسِ الثَّوْبِ لاَ يَنْظُرُ إلَيْهِ » وروى مسلم فى صحيحه ، عن أبى هريرة فى تفسيرها ، قال : هُوَ لَمْسُ كلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا ثَوْبَ صَاحِبِهِ بِغَيْرِ تَأمُّلٍ . والمُنَابذَةُ : أنْ يَنْبِذَ كُلُّ وَاحِدٍ ثَوْبَهُ وَلَمْ يَنْظُرْ كُلُّ واحِدٍ مِنْهُمَا إلى ثَوْبِ صَاحِبِهِ » وعلى ما فسّرناه به لا يصحّ البيعُ فيهما لعلّتين . إحداهما : الجَهالةُ . والثانية : كونُه مُعلَّقًا على شرط . وهو نَبْذُ الثوب إليه ، أو لمسُه له ، وإن عقد البيع قبل نَبْذِه ، فقال : بعتُكَ ماتلمُسُهُ مِنْ هذهِ الثِّياب ،أوما أنبذُهُ إليك ، فهو غيرُ مُعيّن ،ولاموصوف . فأشبه مالو قال : بعتُك واحداً منها .

٣٠٥٩ (فصل) ومن البيُوع المنهىّ عنها : بيعُ الحصَاةِ . فإنّ أبا أباهريرة روى « أنّ النبىّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الحصَاةِ » رواه مسلم . واختُلف فى تفسيره : فقيل : هو أن يقول : إرْمِ هَذهِ الحصَاةَ فَعلَى أىِّ ثَوْبٍ وَقَعتْ فَهُوَ لَكَ بِدِرْهَمٍ ، وقيل : هو أن يقول بعتُكَ مِنْ هَذهِ الأرض مِقْدَارَ مَا تَبْلغُ هَذهِ الحصاةُ إذَا رَمَيْتَهَا بكذَا ، وقيل : هو أن يقول : بعتُك هذا بكذا ، على أنِّى متَى رَمَيْتُ هَذهِ الحَصَاة وَجَبَ البَيْعُ . وكلّ هذه البيُوع فاسدةٌ ، لما فيها من الغَرَر والجَهْل . ولا نعلمُ فيه خلافاً .

٣٠٦٠ (فصل) وروى أنس قال : « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم عَنِ المُحاقَلةِ ، والمُخَاضَرةِ ، والمُلَامَسةِ والمُنَابَذةِ » أخرجه البخارىّ . والمُخاضَرة : بَيْعُ الزَّرْعِ الأخْضَرِ ، والثمرةِ قبلَ بُدُوِّ صلَاحِها ، بغير شرْط القَطْعِ ، والمُحَاقَلةُ : بَيْـعُ الزَّرْعِ بِحَبٍّ مِنْ جِنْسِهِ . قال جابر : « المُحَاقَلةُ أنْ يَبِيعَ الزَّرْعَ بِمائَة فَرْقٍ حِنْطَةً » قال الأزهرىّ : الحقلُ القَراحُ المزروعُ ، والحواقلُ المَزارعُ ، وفسّر أبو سعيد المُحَاقلةَ باستكراء الأرض بالحِنْطَةِ .

---

(١) نبذته إلى ، أعطيته لى .

٣٠٦١ « مسألة » قال ﴿ وكذلك بيعُ الحملِ غيرَ أمّه ، واللّبن فى الضرع ﴾
معناه بيعُ الحمل فى البطنِ دونَ الأمّ . ولا خلافَ فى فسادِه . قال ابنُ المنذر : وقد أجمعُوا على أنّ بَيعَ الملاقيح ، والمَضَامينِ غيرُ جائزٍ ، وإنّما لم يجُز بيعُ الحَمْلِ فى البطن لوجهين .
أحدها : جَهَالتُهُ . فإنّه لا تُعلم صفتُه ، ولا حَيَاتُه .
والثانى : أنّه غيرُ مقدور على تسليمه ، بخلاف الغائب . فإنه يقدرُ على الشروع فى تسليمه ، وقد رَوى سَعِيدُ بنُ المسيّب عن أبى هريرةَ « أن النبيّ صلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّمَ نَهىَ عَنْ بَيْعِ المَضَامِينِ وَالمَلاَقِيحِ » قال أبو عبيدة : المَلاَقِيحُ : مَا فِى البُطونِ ، وهى الأجِنَّةُ . والمَضامِينُ : مَا فِى أصْلاَبِ الفُحُولِ . فكانُوا يَبيعُونَ الجَنِينَ فى بَطْنِ الناقةِ ، وَما يَضرِبُهُ الفَحْلُ فِى عامِه ، أو فى أعوام ، وأنشد :

إنّ المَضَامِينَ الّتِى فى الصُّلْبِ   مَاءُ الفُحُولِ فِى الظُّهورِ الحُدْبِ

وروى ابنُ عمر « أنّ النبيّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم نَهىَ عَنْ بَيْعِ المَجْرِ » قال ابن الأعرابىّ : المَجْرُ : مَا فِى بَطْنِ النَّاقَةِ ، والمَجْرُ : الرِّبا ، والمَجْرُ : القِمارُ ، والمَجْرُ : المُحَاقَلَةُ والمزَابَنَةُ .
(فصل) وقد رَوى ابن عمر عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الحَبَلَةِ » متفق عليه ، معناه : نتاجُ النتاج . قاله أبو عبيدة . وعن ابن عمر قال « كانَ أَهْلُ الجَاهِليَّةِ يَتَبَايَعُونَ لَحْمَ الجَزُورِ إلى حَبَلِ الحَبلَةِ . وحَبَلُ الحَبلَةِ : أن تُنتَجَ النَّاقَةُ ثُمَّ تَحْمِلُ التى نُتِجَتْ . فنَهَاهُمُ النبىُّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمَ » رواه مسلم ، وكلا البيعين فاسدٌ . أمّا الأول : فلأنّه بيعُ معدومٍ ، وإذا لم يجُز بيعُ الحمل فبَيْعُ حَمْلِه أولى . وأما الثانى : فلأنّه بَيْعٌ إلى أجلٍ مجهولٍ .

٣٠٦٢ (فصل) ولا يجوز بيع اللبن فى الضرع . وبه قال الشافعىّ ، وإسحاقُ ، وأصحاب الرأى . ونهى عنه ابنُ عبّاس ، وأبو هريرة . وكرهه طاوس ، ومُجاهد . وحُكى عن مالك : يجوزُ أيامًا معلومة إذا عَرَفا حِلاَبَها لسَقْىِ الصَّبِىّ ، كلبَنِ الظِّئْرِ (١) وأجازه الحسن ، وسعيدُ بن جُبَيْر ، ومحمد بن مَسْلَمَةَ .
ولنا : ما رَوى ابنُ عبّاس « أنَّ رَسُولَ اللهِ صلّى اللهُ عليْهِ وَسلَّم نهى أنْ يُباعَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ ، أوْ لبَنٌ فى ضَرْعٍ » رواه الخلال بإسناده ، ولأنّه مجهولُ الصفةِ والمِقدارِ . فأشبه الحملَ . لأنّه بيعُ عينٍ لم تخلَقْ . فلم يجُزْ كبيع ما تحملُ الناقةُ ، والعادة فى ذلك تختلفُ . وأمّا لبنُ الظِّئْرِ فإنّما جاز للحضَانَةِ . لأنه مَوْضِعُ حاجَةٍ .

٣٠٦٣ (فصل) واختلفت الرواية فى بيعِ الصوف على الظهر . فرُوى أنه لا يجوزُ بيعُه . لما ذكرنا

(١) الظئر : هى العاطفة على ولد غيرها المرضعة له من الناس وغيرهم .

من الحديث . ولأنه متّصل بالحيوان . فلم يجز إفرادُه بالعقد ، كأعضائه . ورُوى عنه : أنه يجوزُ بشرط جَزِّه فى الحال . لأنه معلومٌ يمكن تسليمُه فجاز بيعُه كالرّطبة ، وفارق الأعضاء ، فإنَّه لا يُمكن تسليمُها مع سلامة الحيوان ، والخلافُ فيه كالخلاف فى اللبن فى الضَّرْعِ . فإن اشتراهُ بشَرْط القطع ، فتركه حتى طال ، فحكمُه حكمُ الرّطبة إذا اشتراها ، فتركها حتى طالت .

٣٠٦٤ (فصل) ولا يجوزُ بيعُ ما تُجْهَلُ صفَتُه ، كالمِسك فى الفأرِ[1] ، وهو الوعاء الذى يكون فيه . قال الشاعر :

إذَا التَّاجِرُ الهِنْدِيُّ جَاء بِفَأْرَةٍ مِنَ المِسْكِ رَاحَتْ فِى مَفَارِقِهِمْ تَجْرِى[2]

فإن فُتِحَ وشاهَد ما فيه جاز بيعُه ، وإن لم يشاهده لم يجُز بيعُه ، للجهالة ، وقد قال بعضُ الشافعيّة : يجوزُ . لأنّ بقاءه فى فأرهِ مصلحةٌ له ، فإنَّه يَحْفَظُ رُطُوبَتَه ، وذكاءَ رَائِحتِهِ ، فأشبه ما مأكوله فى جوْفه .

ولنا : أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر ، وتبقى رائحته . فلم يجُز بيعُه مَسْتُوراً ، كالدُّرِّ فى الصَّدَف . وأما ما مأكوله فى جوفه . فإخراجُه يُفضى إلى تَلَفِه . والتفصيلُ فى بيعه مع وعائه ، كالتفصيل فى بيع السَّمْن فى ظَرْفه . ومن ذلك البيضُ فى الدَّجاج ، والنوى فى التمر . لا يجوزُ بيعُهما للجهل بهما . ولا نعلمُ فى هذا خلافاً نذكرُه .

٣٠٦٥ (فصل) فأما بيعُ الأعمى ، وشراؤه ، فإن أمكنه معرفةُ المَبيع بالذَّوْق ، إن كان مطعوماً ، أو بالشمّ إن كان مَشْمُوماً . صحّ بيعُه ، وشراؤه . وإن لم يمكن ، جاز بيعُه كالبصير . وله خيارُ الخُلفِ فى الصِّفَة وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة . وأثبت أبو حنيفة له الخيارَ إلى معرفتِهِ بالمبيع ، إما بجسّه ، أو ذَوْقه ، أو وَصْفِه . وقال عبيد الله ابن الحسن : شراؤه جائزٌ . وإذا أمر إنساناً بالنظر إليه لزمَهُ ، وقال الشافعيّ : لا يجوزُ إلاّ على الوجه الذى يجوزُ فيه بيعُ المجهول ، أو يكون قد رآه بصيراً ، ثم اشتراه قبلَ مُضىّ زمن يتغيّر المَبيعُ فيه . لأنه مجهولُ الصفة عند العاقد . فلم يصحّ ، كبيع البيض فى الدّجاج ، والنوى فى التمر .

---

(١) الفأر : هو المسك نفسه ، والفأرة هى وعاء المسك ، وعلى ذلك يكون الشارح عبر باللفظ الذى يدل على المسك عن وعائه والأولى أن يقال (فى الفأرة) .

(٢) هذا البيت قاله الشاعر يندد بما يفعله الولاة على البلاد فى أيام عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ويشكوهم إليه ، ويتهمهم بالرشوة وأنهم يأخذونها من التجار ، فإذا جاء التاجر الهندى بوعاء فيه المسك أخذ منه الوالى بلا مقابل ووضعه فى شعره حتى يرى فى مفرقه .

ولنا : أنه يمكن الاطلاعُ على المقصود ، ومعرفتهُ . فأشبه بيعَ البَصير . ولأن إشارةَ الأخرس تقومُ مقامَ نُطْقِهِ . فكذلك شَمُّ الأعمى وَذَوْقهُ ، وأما البيضُ ، والنوى ، فلا يُمكن الاطلاع عليه ، ولا وصفهُ، بخلاف مسألتنا .

٣٠٦٦ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ عسَب الفحل غير جائز ﴾

عسبُ الفحل : ضِرَابه . وبيعُه أخذُ عِوَضه . وتسمّى الأجرةُ : عَسَب الفحل مجازاً . وإجارةُ الفحل للضِّراب حَرَامٌ والعقدُ فاسدٌ . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وحُكى عن مالك جوازُه . قال ابن عقيل : ويحتملُ عندى الجوازَ . لأنّه عقدٌ على منافع الفَحْل ، ونَزْوِه[1] . وهذه مَنْفَعَةٌ مقصودةٌ ، والماء تابعٌ . والغالبُ حصولُه عَقِيبَ نَزْوِه . فيكونُ كالعقد على الظِّئْرِ ، ليحْصُلَ اللَّبَنُ فى بَطْنِ الصبيّ .

ولنا : ما رَوى ابن عمر « أَنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم نَهَى عَنْ بَيْعِ عَسَبِ الفَحْلِ » رواه البخاريّ ، وعن جابر قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ضِرَابِ الْجَمَلِ » رواه مسلم . ولأنّه مما لا يُقْدرُ على تسليمه : فأشبه إجارةَ الآبِق ولأنّ ذلك متعلّق باختيار الفَحْل ، وشَهْوَتِهِ . ولأنّ المقصود هو الماء ، وهو ممّا لا يجوزُ إفرادُه بالعقد ، وهو مجهولٌ . وإجارةُ الظِّئْرِ خُولِف فيه الأصلُ ، لمصلحةِ بقاءِ الآدميّ ، فلا يقاسُ عليه ما ليس مثلَه . فعلى هذا : إذا أعطى أُجْرةً لعَسَب الفَحْلِ فهو حَرَامٌ على الآخذ ، لما ذكرناه . ولا يحرَم على المُعطى . لأنّه بذلَ ماله لتَحْصِيل مُباحٍ يَحْتاجُ إليه ، ولا يمتنع هذا ، كما فى كَسْب الحجّام ، فإنّه خَبِيثٌ . وقد أعْطَى النبيُّ صلّى اللهُ عليه وسلّم الذى حَجَمَهُ . وكذلك أُجْرَةُ الكَسْحِ ، والصحابةُ أباحُوا شِرَاءَ المَصاحِف ، وكَرِهُوا بَيْعَهَا . وإن أَعْطى صاحبَ الفَحْل هدِيّةً ، أو أَكْرَمَهُ منْ غَيْرِ إجَارةٍ جَازَ . وبه قال الشافعيّ . لما رَوى أنسٌ عن النبيّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّمَ أنه قال « إِذَا كَانَ إِكْرَاماً فَلاَ بَأْسَ » ولأنه سببٌ مُباحٌ . فجاز أخذُ الهَدِيّة عليه ، كالحِجَامَةِ . وقال أحمدُ فى رواية ابن القاسم : لا يأخُذُ ، فقيلَ لَهُ : ألاَ يكونُ مثلَ الحَجّامِ يُعطَى وَإِنْ كَانَ مَنْهِيّاً عَنْهُ؟ فقال: لَمْ يَبْلُغْنَا أَنَّ النّبيَّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّمَ أَعْطَى فِي مِثْلِ هَذَا شَيْئاً ، كَمَا بَلَغَنَا فِي الحَجّامِ ، ووجهُهُ أنّ ما مُنِعَ أخذُ الأُجْرةِ عليه مُنِعَ قبولُ الهَدِيّةِ ، كمَهْرِ البَغِيّ[2] ، وحُلْوانِ الكاهِنِ ، قال القاضى :

---

(١) نزو الفحل : لقاحه للأنثى .

(٢) مهر البغي : النقود التى تعطى المرأة الساقطة فى نظير إتيانها ، وهذه النقود ليست مهرا ، وإنما هى أجرة ، وقد أطلقوا عليها المهر تشبيهاً بالمهر . وحلوان الكاهن هو ما يأخذه الشخص الذى يدعى معرفة الغيب ، كالذى يرى البخت للناس فى كتاب أو يضرب الرمل ، أو يفتح المندل ، أو يحسب النجم أو نحو ذلك ، فهذا كله حرام .

هذا مقتضى النظر ، لكن تُرِكَ مُقتضاه فى الحجام ، فيَبْقَى فيما عداه على مقتضى القياس ، والذى ذكرناه أرفق بالناس ، وأوفقُ للقياس ، وكلامُ أحمدَ يُحْمَلُ على الوَرعِ ، لا على التحريم .

٣٠٦٧ « مسألة » قال { والنَّجْشُ منهِيٌّ عنه . وهو أن يزيد فى السلعة . وليس هو مُشترياً لها }

النجشُ : أن يزيد فى السلعة مَنْ لا يُريد شراءها ، ليَقْتَدِيَ به المُسْتَامُ ، فيظنُّ أنّه لم يزِدْ فيها هذا القدر ، إلا وهى تُساويه ، فيغترّ بذلك . فهذا حرامٌ وخِدَاعٌ . قال البخاريّ « النَّاجِشُ آكِلُ رِباً خَائِنٌ، وهُوَ خِدَاعٌ بَاطِلٌ لاَ يَحِلّ » وروى ابنُ عمر : « أَنّ رَسُولَ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم نَهَى عَنِ النَّجْشِ » وعن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ ، وَلاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ ، وَلاَ تَنَاجَشُوا . وَلاَ يَبِع حَاضِرٌ لِبَادٍ » متّفق عليهما ، ولأنّ فى ذلك تغريراً بالمشترى ، وخَدِيعةً له . وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم « الْخَدِيعَةُ فِي النَّارِ » فإن اشترى مع النجش ، فالشراء صحيح ، فى قول أكثر أهل العلم . منهم الشافعىُّ ، وأصحابُ الرأى ، وعن أحمد : أن البيع باطلٌ . اختاره أبو بكر . وهو قولُ مالك . لأنّ النهيَ يقتضى الفسادَ .

ولنا : أن النهى عادَ إلى الناجش ، لا إلى العاقد . فلم يؤثّر فى البيع . ولأن النهى لِحَق الآدمىّ ، فلم يُفسِد العقد ، كتلقّى الرُّكبان ، وبَيْعِ المَعيب ، والمُدَلّس ، وفارق ما كان لحقّ الله تعالى ، لأنّ حقّ الآدمىّ يمكن جَبْرُه بالخيار ، أو زيادةٍ فى الثمن ، لكن إن كان فى البيع غَبْنٌ لم تَجْرِ العادةُ بمثله ، فللمشترى الخيارُ بين الفسخ ، والإمضاء ، كما فى تَلَقِّى الرُّكْبَانِ . وإن كان يُتغابَنُ[1] بمثله ، فلا خيارَ لهُ . وسواء كان النجشُ بمُواطأةٍ من البائع ، أو لم يكن . وقال أصحاب الشافعىّ : إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع ، وعِلْمِه فلا خيارَ لَهُ . واختلفوا فيما إذا كان بمُواطأةٍ منه ، فقال بعضهم : لاخِيَارَ للمُشْتَرِي، لأنّ التفريط منه حيثُ اشترى ما لا يَعْرِفُ قيمَته .

ولنا : أنه تغرير بالعاقد . فإذا كان مَغْبوناً ثبت له الخيارُ ، كما فى تلقّى الرُّكبانِ ، ويَبْطل ما ذكره ، بتلقّى الرُّكْبانِ .

٣٠٦٨ (فصل) ولو قال البائع : أُعْطِيتُ بهذهِ السلعة كذا ، وكذا ، فصدّقه المشترى ، واشتراها بذلك ، ثمّ بان كاذباً . فالبيعُ صحيحٌ . وللمشترى الخيارُ أيضاً . لأنّه فى معنى النَّجْشِ .

٣٠٦٩ (فصل) وقوله عليه السلام «لاَ يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ» معناه : أنّ الرجلين إذا تبايعا ، فجاء آخرُ إلى المشترى فى مُدّة الخيار ، فقال : أنا أبيعُك مثلَ هذه السلعة بدون هذا الثمن، أو أبيعُك خيراً منها بثمنها ، أو دونَه ، أو عَرَضَ عليه سلعةً رغب فيها المشترى ففسخ البيع، واشترى هذه . فهذا غيرُ جائزٍ

(١) يتغابن بمثله : يعنى يحدث مثله زيادة ونقصاً عند شراء الناس وبيع بعضهم لبعض.

لنهى النبيّ صلّى الله عليه وسلم عنه. ولما فيه من الإضرار بالمُسْلِم والإفسادِ عليه. وكذلك إن اشترى على شراء أخيه وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد، فيدفعَ في المَبيع أكثرَ من الثمن الذى اشترى به، فهو مُحرَّم أيضاً، لأنه فى معنى المنهىِّ عنه. ولأن الشراء يُسمَّى بيعاً، فيدخُل فى النَّهْى. ولأن النبيَّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ » وهو فى معنى الخاطب، فإن خالف، وعقد، فالبيعُ باطلٌ. لأنه منهىّ عنه، والنهىُ يقتضى الفسادَ، ويحتملُ أنه صحيح، لأن المحرّم هو عَرْضُ سِلْعَتِهِ على المشترى أو قولُه الذى فُسِخَ البيعُ من أجله، وذلك سابق على البيع، ولأنه إذا صحّ الفسخُ الذى حصل به الضررُ فالبيعُ المُحصِّل للمصلحة أولى ولأنّ النهىَ لحقّ آدمىّ فأشبه بيع النَّجش، وهذا مذهبُ الشافعىّ.

٣٠٧٠ (فصل) ورَوى مسلم عن أبى هريرة أن رَسولَ الله صلّى الله عليه وسلم قال: « لا يَسُمِ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أخيه[1] » ولا يخلو من أربعة أقسام:

أحدها: أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع، فهذا يُحرّم السومَ على غيرِ ذلك المشترى، وهو الذى تناوله النهىُ.

الثانى: أن يظهر منه ما يدلّ على عدم الرضا، فلا يحرُم السومُ، لأنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلّم باع فِيمَن[2] يزيدُ، فروَى أنس « أنّ رَجُلاً مِنَ الأَنصَارِ شَكَى إلَى النبى صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ الشِّدَّةَ وَالْجَهْدَ، فَقالَ لَهُ: أَمَا بَقِى لَكَ شَىْءٌ؟ فَقالَ: بَلَى، قَدَحٌ وحِلْسٌ[3]، قَالَ: فَأْتِنِى بِهِما، فأَتاهُ بِهِمَا، فَقالَ: مَنْ يَبْتَاعُهُمَا؟ فَقالَ رَجُلٌ: أَخَذْتُهما بِدِرْهَمٍ، فقال النبىُّ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلمَ: مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ؟ مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ؟ فَأَعْطَاهُ رَجُل دِرْهَمَيْن، فباعَهُمَا مِنْهُ » رواه الترمذىّ، وقال: حديث حسن، وهذا أيضاً إجماعُ المسلمين، يبيعونَ فى أسواقهم بالمُزايَدةِ.

الثالث: أن لا يوجد منه ما يدلّ على الرضا، ولا على عدمه، فلا يجوز له السومُ أيضاً، ولا الزيادةُ، استدلالاً بحديث فاطمةَ بنت قَيْسٍ حينَ ذَكَرَتْ للنبىِّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ « أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبا جَهْمٍ خَطَبَاهَا، فَأَمَرَها أَنْ تَنْكِح أُسَامَةَ » وقد نهى عن الخِطْبَةِ عَلَى خِطْبَة أخِيهِ، كما نهى عن السَّوْمِ على سَوْمِ أخيهِ، فما أُبيحَ فى أحدها، أُبيحَ فى الآخر.

---

(١) السوم: إعطاء سعر للشىء المراد شراؤه أو بيعه ومعنى لا يسم الرجل على سوم أخيه، لا يزيد على سعره الذى أراد أن يشترى به، ولا ينقص عن السعر الذى أراد أن يبيع به بخساً له.

(٢) فيمن يزيد: أى باع بالمزاد، كما هو معروف الآن.

(٣) القدح: الكوز ونحوه، والحلس: بكسر الحاء وسكون اللام، وبفتح الحاء واللام كساء على ظهر البعير تحت البرذعة ويبسط فى البيت تحت الثياب الثمينة.

الرابع : أن يظهر منه ما يدلّ على الرضا من غير تصريح ، فقال القاضي : لا تحرُم المساومة ، وذكر أن أحمد نصّ عليه فى الخِطْبَةِ ، استدلالاً بحديث فاطِمَـةَ ، ولأنّ الأصلَ إباحةُ السَّوْمِ والخِطْبَةِ ، فحَرُم منه ما وُجِدَ فيه التصريحُ بالرِّضا ، وما عداه يَبْقَى على الأصل ، ولو قيل بالتحريم ههنا لـكان وجهاً حسَناً ، فإنّ النهيَ عامٌّ خرجتْ منهُ الصوَرُ المخصُوصَةُ بأدلَّتِها ، فتَبْقَى هذه الصورةُ على مقتضى العُموم ، ولأنهُ وجِدَ منه دَليلُ الرِّضا ، أشبهَ ما لو صرّح به ، ولا يَضُرُّ اختلافُ الدليل ، بعد التساوى فى الدِّلالةِ . وليس فى حديث فاطمةَ ما يدلّ على الرِّضا . لأنّها جاءت مُستَشِيرَةً للنبيّ صلى الله عليه وسلم . وليس ذلك دليلاً على الرِّضا . فـكيف تَرْضَى ، وقد نهاها النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم بقوله : « لاَ تَفُوتِينَا بِنَفْسِكِ » فلم تـكن تفعلُ شيئاً قبلَ مُرَاجَعَةِ النبيِّ صلىَّ الله عليه وسلم ، والحـكمُ فى الفساد كالحُـكمِ فى البيع ، على بيع أخيه ، فى الموضع الذى حكمنا بالتحريم فيه .

٣٠٧١ (فصل) بيعُ التَّلجِئَةِ باطلٌ . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة والشافعىّ : هو صحيح ، لأنّ البيعَ تمّ بأركانه ، وشروطه ، خالياً عن مقارنة مُفسِدٍ ، فصحّ كما لو اتفقا على شرطٍ فاسدٍ . ثم عقدا البَيع بغير شَرْطٍ .

ولنا : أنهما ما قصدا البيعَ ، فلم يصحّ منهما ، كالهازِلَيْنِ ، ومعنى بَيْعِ التَّلْجِئَـةِ أنْ يخافَ أن يأخذَ السلطانُ ، أو غيرُه مِلْـكَهُ ، فيُواطِىء رَجُلاً على أن يُظهِرَ أنّه اشتراه منـه ، ليَحْتَمِى بذلك : ولا يُريدانَ بَيعاً حقيقياً .

٣٠٧٢ « مسألة » قال ﴿ فإن باع حاضرٌ لبادٍ فالبيعُ باطلٌ ﴾

وهوأن يخرُج الحضرىُّ إلى البادى ، وقد جلب السِّلْعَةَ فيعرِّفُه السِّعرَ ، ويقولُ : أنا أبيعُ لكَ ، فنهىَ النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم . عن ذلك . فقال : « دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » والبادى ههنا من يدخُل البلدةَ من غير أهلها ، وسواء كان بَدَوِيًّا ، أو من قريةٍ أو بَلْدَةٍ أُخرَى . نهىَ النبيُّ صلىّ اللهُ عليه وسلّم الحاضرَ أن يبيعَ له ، قال ابنُ عبّاس « نَهىَ النبيُّ صَلىَّ اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم أَنْ تُتَلَقّى الرُّكْبَانُ ، وأَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ قال: فقُلْتُ لابن عبّاس : ماقولُه حاضرٌ لبادٍ ؟ قَالَ : لايَـكُونُ لَهُ سِماراً » ، متفق عليه وعن جابر قال : قال رسولُ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسلم « لاَ يَبِيعُ حاضِرٌ لِبَادٍ دَعُواالنَّاسَ يَرْزُقِ اللهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » رواه مسلم ،وابن عمر، وأبو هريرة، وأنس .والمعنَى فى ذلك : أنهمتى ترك البدوىّ يبيعُ سلعته اشتراها الناسُ برخَصٍ،ويُوسِّع عليهم السِّعرُ . فإذاتولىّ الحاضرُ بيعَها ، وامتنع من بيعها إلاّ بسِعرِ البلدِ ضاقَ على أهلِ البلدِ . وقد أشار النبيُّ صلىّ الله عليه وسلم فى تعليله إلى هذا المعنَى .

وممَّنْ كره بَيْعَ الحاضر للبادى . طَلْحَةُ بنُ عُبَيْدِ الله، وابنُ عمر، وأبو هريرة ، وأنس ، وعمرُ بن عبدالعزيز ، ومالكٌ ، والليث والشافعىّ ، ونقل أبو إسحق بن شاقلا فى جملة سَمَاعَاتِهِ : أنّ الحسَنَ بنَ علىّ المِصْرِىَّ سألَ

أحمدَ عن بيعِ حاضرٍ لبادٍ؟ فقال : لاَ بأْسَ بِهِ . فقال له : فالخبرُ الذى جاء بالنهى ؟ قال : كان ذلكَ مَرّةً ، فظاهرُ هذا . صحّةُ البيعِ ، وأن النهى اختصّ بأوّل الإسْلامِ ، لِمـا كان عليهم من الضيِّقِ فى ذلك ، وهذا قولُ مجاهد ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، والمذهبُ الأوّل ، لعموم النهى ، وما يثبتُ فى حقّهم يثبُت فى حقّنا ، ما لم يقُمْ على اختصاصهم به دليلٌ ، وظاهر كلام الخِرَقىّ : أنّه يحرُم بثلاثةِ شروط .

أحدها : أن يـكون الحاضرُ قَصدَ البادىَ ليتَولىّ البَيْعَ له .

والثانى : أن يكون البادى جاهلاً بالسعْر ، لقوله : فيُعرّفه السّعر ، ولا يـكون التعريفُ إلاّ لجاهلٍ ، وقد قال أحمدُ فى روايةِ أبى طالب : إذا كان البادى عارفاً بالسّعر لم يحرُم .

الثالث : أن يـكون قد جلب السلع للبَيْعِ ، لقوله : وقد جلب السِّلعَ ، والجالبُ هو الذى يأتى بالسلع ليَبيعَها ، وذكر القاضى شرطين آخرين ·

أحدهما : أن يـكون مُريداً لبَيْعِها بسعرِ يَوْمِها .

والثانى : أن يـكون بالناس حاجةٌ إلى مَتاعِهِ وضيقٌ فى تأخير بَيْعِهِ ، وقال أصحابُ الشافعىّ : إنما يحرُم بشروط أربعة . وهى ما ذكرنا ، إلا حاجةَ الناس إلى مَتاعه ، فمتى اختلّ منها شرط ، لم يحرُم البيعُ ، وإن اجتمعت هذه الشروُط فالبيعُ حرامٌ ، وقد صرّح الخِرَقىّ ببُطْلانِه ، ونصّ عليه أحمدُ فى رواية إسماعيل بن سعيد ، قال : سألتُ أحمدَ عن الرجل الحضرىّ يبيعُ للبدَوىّ ؟ فقال : أكرهُ ذلك ، وأردُّ البيعَ فى ذلك ، وعن أحمدَ روايةٌ أخرى : أن البيعَ صحيحٌ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لـكون النهى لمعنىً فى غير المنهىّ عنه .

ولنا : أنه منهىّ عنه . والنهىُ يَقتضى فسادَ المنهىّ عنه .

٣٠٧٣ (فصل) فأما الشراء لهم . فيصحّ عند أحمد ، وهو قولُ الحسن ، وكرهتْ طائفةٌ الشراء لهم ، كما كرهت البيعَ ، يُروى عن أنس قال « كَانَ يُقَالُ : هِيَ كلِمةٌ جَامِعَةٌ يَقُولُ : لاَ تَبيعَنّ لَهُ شَيْئاً ، ولاَ تَبتَاعَنّ لَهُ شَيْئاً » وعن مالك فى ذلك روايتان :

ووجه القول الأول : أن النهى غيرُ متناول للشراء بلفظه ، ولا هو فى معناه . فإنّ النهىَ عن البيع للرفق بأهل الحضَرِ ، ليتّسِعَ عليهم السِّعْرُ ، ويزولَ عنهمُ الضررُ ، وليس ذلك فى الشراء لهم ، إذ لا يتضرّرُونَ لعدَم الغَبْنِ للبادين ، بل هو دَفْعُ الضّررِ عنهم ، والخلقُ فى نظرِ الشارع على السواء ، فـكما شَرَعَ ما يدفعُ الضررَ عن أهل الحضرِ ، لا يَلْزمُ أنْ يُلزِمَ أهْلَ البَدْوِ الضَّرَرَ ، وأمّا إن أشار الحاضرُ على البادى ، من غير أن يباشرَ البيعَ له ، فقد رَخّص فيه طَلْحَةُ بن عُبَيْد الله ، والأوزاعىّ ، وابن المُنذرِ ، وكرهه مالك ، والليث ، وقولُ الصحابىّ حُجّةٌ مالم يثبُت خِلافُهُ .

٣٠٧٤ (فصل) قال ابن حامد : ليس للإمام أن يُسَعِّر على الناس ، بل يبيعُ الناسُ أموالهم على ما يختارون ، وهذا مذهبُ الشافعيّ ، وكان مالكٌ يقول : يقالُ لمن يُريدُ أن يَبيع أقلَّ مِمَّا يبيعُ النَّاسُ بهِ : بِعْ كَمَا يَبِيعُ النَّاسُ ، وَإِلاَّ فَاخْرُجْ عَنَّا . واحتجّ له بما روى الشافعيّ ، وسعيدُ بن منصور ، عن داود بن صالح ، التمَّار عن القاسم بن محمد ، عن عمر « أَنَّهُ مَرَّ بِحَاطِبٍ[1] فى سُوقِ الْمُصَلَّى ، وَبَيْنَ يَدَيْهِ غِرَارَتَانِ فِيهِمَا زَبِيبٌ فَسَأَلَهُ عَنْ سِعْرِهِمَا ؟ فَسَعَّرَ لَهُ مُدَّيْنِ بِكُلِّ دِرْهَمٍ . فَقَالَ لَهُ عُمر : قَدْ حُدِّثْتُ بِعِيرُ مُقْبِلَةٍ مِنَ الطَّائِفِ تَحْمِلُ زَبِيباً ، وَهُمْ يَعْتَبِرُونَ بِسِعْرِكَ . فَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ فِى السِّعْرِ ، وَإِمَّا أَنْ تُدْخِلَ زَبِيبَكَ ، فَتَبِيعَهُ كَيْفَ شِئْتَ » ولأن فى ذلك إضرارا بالناس ، إذا زاد تبعهُ أصحابُ المتاع ، وإذا نقص أضرّ بأصحاب المتاع .

ولنا : ما رَوى أبو داود ، والترمذيّ ، وابن ماجه ، عن أنس قال « غَلاَ السِّعْرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . فَقَالُوا يَارَسُولَ اللهِ ، غَلاَ السِّعْرُ ، فَسَعِّرْ لَنَا ، فَقَالَ : إِنَّ اللهَ هُوَ الْمُسَعِّرُ ، الْقَابِضُ الْبَاسِطُ ، الرَّزَّاقُ ، إِنِّى لأَرْجُوا أَنْ أَلْقَى اللهَ تَعَالَى وَلَيْسَ أَحَدٌ يَطْلُبُنِى بِمَظْلَمَةٍ فى دَمٍ وَلاَ مالٍ » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن ، صحيح ، وعن أبى سعيد مثلهُ ، فوجه الدلالة من وجهين .

أحدهما : أنه لم يُسَعِّر ، وقد سألوه ذلك . ولو جاز لأجابهم إليه .

الثانى : أنه علّل بكونه مظلمةً ، والظلمُ حرامٌ . ولأنه مالُه ، فلم يجُز منعُه من بَيْعِه بما تراضى عليه المتبايعان ، كما اتفق الجماعةُ عليه : قال بعض أصحابنا : التسعيرُ سببُ الغلاء . لأنّ الجالبين إذا بلغهم ذلك لم يُقْدِمُوا بِسلَعِهِم بَلداً يُكْرَهُونَ عَلَى بَيْعِها فيه بِغَيْرِ مَا يُرِيدُونَ . ومن عنده البضاعة يمتنعُ من بيعها ، ويكتمُها ، ويطلبُها أهلُ الحاجةِ إليها ، فلا يجدونها إلاّ قليلاً ، فيرفعُون فى ثمنها ، ليصِلُوا إليها ، فتغلو الأسعارُ ، ويحصُلُ الإضرار بالجانبَيْنِ . جانب المُلاّك فى منعهم من بَيْع أملاكهم ، وجانبِ المشترى فى منعه من الوصول إلى غرضه . فيكون حراماً . فأمّا حديثُ عمر . فقد روى فيه سعيد ، والشافعيّ « أَنَّ عُمَر لَمَّا رَجَعَ حَاسَبَ نَفْسَهُ . ثُمَّ أَتى حَاطِباً فِى دَارِهِ فَقَالَ : إِنَّ الَّذِى قُلْتُ لَكَ لَيْسَ بِعَزِيمَةٍ مِنِّى وَلاَ قَضَاءٍ . وَإِنَّمَا هُوَ شَىْءٌ أَرَدْتُ بِهِ الْخَيْرَ لأَهْلِ الْبَلَدِ ، فَحَيْثُ شِئْتَ فَبِعْ كَيْفَ شِئْتَ » وهذا رجوعٌ إلى ما قلنا . وما ذكروه من الضرر موجودٌ فيما إذا باع فى بيته ، ولا يُمْنَعُ منه .

٣٠٧٥ « مسألة » قال ﴿ ونهى عن تَلَقِّى الركبان ﴾

فإن تَلَقَوا ، واشترى منهم فهُم بالخيار إذا دَخَلُوا السوق ، وعرفوا أنهم قد غُبِنُوا ، إن أحبّوا أن

---

(١) هو حاطب بن أبى بلتعة الصحابى المعروف .

يفسخوا البيعَ فسخوا : رُوِى أنهم كانوا يتلقَّونَ الأجلابَ ، فيشترُونَ منهم الأمتعةَ قبل أن تهبطِ الأسواق ، فربّما غبنُوهم غبناً بيِّناً ، فيضرُّونهم . وربما أضرُّوا بأهل البلد . لأنّ الرُّكبانَ إذا وصلوا باعوا أمتعتهم ، والذين يتلقّونهم لا يبيعُونَها سريعاً ، ويتربّصون بها السِّعْرَ : فهو فى معنى بَيْع الحاضِرِ للبادِى فنهى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن ذلك . ورَوى طاوس ، عن أبيه ، عن ابن عباس ، قال : قال رَسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم « لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ ، وَلاَ يَبِعْ حاضِرٌ لِبَادٍ » وعن أبى هريرة مثلُه ، متفق عليهما ، وكرهه أكثر أهل العلم . منهم عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والليث ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وحُكى عن أبى حنيفة . أنّه لم ير بذلك بأساً . وسنّةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أحقّ أن تُتّبع ، فإن خالف ، وتلقّى الرُّكبانَ ، واشترى منهم ، فالبيع صحيح فى قول الجميع . قاله ابن عبد البرّ . وحُكى عن أحمد روايةٌ أخرى : أن البيعَ فاسدٌ ، لظاهر النهى ، والأوّل أصحّ . لأن أباهريرة روى أن رَسولَ الله صلّى الله عليه وسلم قال « لاَ تَلَقَّوُا الجَلَبَ . فمَنْ تَلَقَّاهُ ، واشْتَرَى مِنْهُ فَإذَا أتَى السُّوقَ فَهُوَ بِالخِيَارِ » رواه مسلم ، والخيارُ لا يكون إلاّ فى عقد صحيح ولأن النهى لا لمعنًى فى البيع ، بل يعودُ إلى ضربٍ من الخديعة ، يمكن استدراكُها بإثبات الخيار . فأشبه بيعَ المُصَرَّاةِ ، وفارق بيع الحاضر للبادِى . فإنّه لا يُمكن استدراكُه بالخيار ، إذ ليس الضررُ عليه ، إنما هو على المسلمين .

فإذا تقرر هذا : فللبائع الخيارُ إذا علم أنّه قد غُبِن . وقال أصحاب الرأى : لاخيارَ له . وقد رَوَيْنا قولَ رسُولِ الله صلى الله عليه وسلم فى هذا . ولا قولَ لأحدٍ مع قوله ، وظاهر المذهب : أنّه لاخيار له إلاّ مع الغَبْنِ . لأنه إنما ثبت لأجل الخديعة ، ودفع الضّرر ، ولا ضرر مع عدم الغَبْنِ . وهذا ظاهرُ مذهب الشافعيّ . ويحملُ إطلاقُ الحديث فى إثبات الخيار على هذا ، لعِلْمنا بمعناه ومُرادِه . لأنّه معنًى يتعلّق الخيارُ بمثلِهِ ، ولأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم جَعَل لَه الخِيارَ إذا أتى السُّوقَ . فيُفْهَمُ منه أنه أشارَ إلى معرفته بالغَبْنِ فى السُّوقِ . ولولا ذلك لكان الخيارُ له من حِينِ البَيْعِ . ولم يُقدِّر الخَرَقىُّ الغبنَ المُثبِتَ للخيارِ . وينبغى أن يتقيّد بما يخرُج عن العادة . لأنّ ما دون ذلك لا ينضبط . وقال أصحابُ مالك : إنما نُهِىَ عَنْ تلقّى الركبانِ لما يَفُوتُ به من الرفق لأهل السّوق ، لئلا يقطع عنهم مالهُ جَلَسُوا مِن ابتغاء فَضْلِ اللهِ تعالى . قال ابنُ القاسم : فإن تَلقّاها مُتَلَقٍّ ، فاشتراها ، عُرِضَتْ على أهل السُّوقِ ، فيَشْتركُونَ فيها . وقال الليثُ بنُ سعد : تُباع فى السوق ، وهذا مُخالفٌ لمدلول الحديث ؛ فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم جعل الخيارَ للبائع إذا دخل السُّوقَ ، ولم يجْعَلوا له خياراً ، وَجعْلُ النبيِّ صلى الله عليه وسلم الخِيَار له يدلّ على أن النهيَ عن تَلَقِّى الرُّكْبانِ لِحقِّهِ لاَ لحقِّ غَيْرِه . ولأنّ الجالِسَ فى السُّوقِ كالمُتلقِّى فى أنّ كلّ واحدٍ منهما مُبْتغٍ لفضل الله تعالى ، فلا يليقُ بالحكمة فسخُ عقدِ أحدها ، وإلحاقُ الضرر به ، دفعاً للضرر

عن مثله . وليس رعايةُ حقّ الجالس أولى من رعاية حقّ المُتلقَّى . ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته ، فلا يُعرَّجُ على مثل هذا . والله أعلم .

٣٠٧٦ (فصل) فإن تلقى الركبان فباعهم شيئاً ، فهو بمنزلة الشراء منهم ، ولهم الخيارُ إذا غبنهم غبناً يخرُج عن العادة . وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعيّ . وقالوا في الآخر : النهيُ عن الشراء دونَ البيع . فلا يدخُل البيعُ فيه . وهذا مقتضى قول أصحاب مالك . لأنّهم علّلوا ذلك بما ذكرنا عنهم ، ولا يتحقّقُ ذلك في البيع لهم .

ولنا قولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم « لاَ تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ » والبائعُ داخلٌ في هذا ، ولأنّ النهيَ عنه لما فيه من خديعتهم ، وغَبْنِهم . وهذا في البيع كهُوَ في الشِّراء . والحديثُ قد جاء مُطْلقاً ، ولو كان مختصّاً بالشراء لأُلحق به ما في معناه . وهذا في معناه .

٣٠٧٧ (فصل) فإن خرج لغير قصد التَّلقِّى ، فلقي رُكْباً ، فقال القاضي : ليس له الابتياعُ منهم ، ولا الشراء ، وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعيّ ، ويحتملُ أنْ لا يحرُم عليه ذلك ، وهو قول الليث ابن سعد . والوجه الثاني لأصحاب الشافعيّ . لأنّه لم يَقصد التلقّي ، فلم يتناوله النهي .

ووجه الأول : أنه إنما نُهِيَ عَنِ التَّلَقِّي دفعاً للخديعة ، والغَبْن عنهم ، وهذا متحقّق سواء قصَد التلقّي أو لم يَقْصِدْهُ ، فوجب المنعُ منه ، كما لو قَصَدَ .

٣٠٧٨ (فصل) وإن تلقى الجلَبَ في أعلى الأسواق ، فلاَ بأْسَ ، فإنّ ابن عمرَ رَوى «أنَّ النبيّ صلى الله عليه وسلم نَهى أَنْ تُتَلَقَّى السِّلَعُ حَتّى يُهْبَطَ بِهَا الأَسْواقَ » رواه البخاريّ ، ولأنه إذا صار في السوق فقد صار في محلِّ البيع ، والشراء ، فلم يدخل في النهي ، كالذي وصل إلى وَسَطِها .

٣٠٧٩ (فصل) والاحتكارُ حرامٌ ، لما رُوِي عن الأثرم ، عن أبي أُمامةَ ، قال « نَهى رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُحتَكَرَ الطَّعَامُ » ورُوِي أيضاً بإسناده ، عن سعيد بن المسيّب : أنّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِىءٌ» ورُوِي أنّ عمر بن الخطّاب رضى الله عنه « خَرَجَ مَعَ أَصْحَابِه ، فَرَأَى طَعَاماً كَثِيراً قَدْ أُلْقِيَ عَلَى بَابِ مَكَّةَ . فقَالَ : مَا هَذا الطَّعَامُ ؟ فقالوا : جُلِبَ إِلَيْنَا . فقَالَ : بَارَكَ اللهُ فيه ، وفِيمَنْ جَلَبَهُ . فَقِيلَ له : فَإِنّهَ قَدِ احْتُكِرَ . قالَ : وَمَنِ احْتَكَرَهُ ؟ قالُوا : فلاَنٌ مَوْلَى عُثْمانَ ، وفُلاَنٌ مَوْلاَكَ . فأَرْسَل إِلَيْهِما ، فقال : مَا حَمَلَكُما عَلَى احْتِكَارِ طَعَامِ المُسْلِمِينَ ؟ قالا : نَشْتَرِي بِأَمْوالِنَا ونَبِيعُ . قالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ يَقُولُ : مَنِ احْتَكَرَ عَلَى المُسْلِمِينَ طعَامَهُمْ لَمْ يَمُتْ حَتّى يَضْرِبَهُ اللهُ بِالجُذامِ ، أَوِ الإِفْلاَسِ - قال الراوي - فَأَمَّا مَوْلَى عُثْمانَ فَباعَهُ ، وقال : والله لاَ أَحْتَكِرُه أبداً . وأَمّا مَوْلَى عُمرَ فَلَمْ يَبِعْهُ . فرَأَيْتُهُ

مجذوماً » وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قال « الجالِبُ مَرْزُوقٌ والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ » .

٣٠٨٠ (فصل) والاحتكارُ المحرّم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط :

أحدها أن يشترى . فلو جلب شيئاً ، أو أدخل من غَلّته شيئاً ، فادّخره ، لم يكن مُحتكراً . روى عن الحسن ، ومالك . وقال الأوزاعيّ : الجالبُ لَيْسَ بمُحْتَكِرٍ ، لقوله : « الجالِبُ مَرْزُوقٌ ، والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ » ولأنّ الجالبَ لا يُضَيِّق على أحدٍ ، ولا يَضرّ به ، بل ينفع . فإنّ الناس إذا علموا عنده طعاماً مُعَدًّا للبيع كان ذلك أطيبَ لقلوبهم من عدمه .

الثانى : أن يكون المشترَى قُوتاً . فأمّا الإدَامُ ، والحَلْوَاء ، والعَسَلُ والزَّيْتُ ، وأعْلاَفُ البَهَائِم . فليس فيها احتكارٌ محرّمٌ ، قال الأثرم . سمعتُ أبا عبد الله يُسْأَل عنْ : أيِّ شَيْءٍ الاحْتِكَارُ ؟ قال : إذا كانَ مِنْ قوتِ الناس فهو الذى يُكْرَهُ ، وهذا قولُ عبد الله بن عمرو . وكانَ سعيدُ بنُ المسيّب ـ وهو راوى حديث الاحتكار ـ يَحْتَكِرُ الزَّيْتَ . قال أبو داود : كان يَحْتَكِرُ النَّوَى ، والخَبْطَ ، والبَزْرَ . ولأنّ هذه الأشياء ممّا لا تَعُمّ الحاجةُ إليها . فأشبهت الثيابَ ، والحيوانات .

الثالث : أنْ يُضَيِّقَ على الناس بشرائه . ولا يحصُل ذلك إلا بأمرين :

أحدهما : أن يكون فى بلد يضيقُ بأهله الاحتكارُ ، كالحرمين والثُّغُور . قال أحمد : الاحتكارُ فى مثل مكة ، والمدينة ، والثُّغور . فظاهرُ هذا : أن البلاد الواسعةَ الكثيرة المرافق ، والجلب ، كبغدادَ ، والبَصْرةِ ، ومِصْرَ لا يَحرُم فيها الاحتكارُ . لأنّ ذلك لا يؤثّر فيها غالباً .

الثانى : أن يكون فى حال الضيق ، بأن يدخل البلد قافلةٌ ، فيتبادرَ ذَوُو الأموال فيشترونَها ، ويُضيِّقونَ على الناس . فأمّا إن اشتراه فى حال الاتساع ، والرُّخْصِ على وجهٍ لا يُضَيِّقُ على أحدٍ ، فليس بمحرّم .

٣٠٨١ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ العصير ممّن يتّخذُه خمراً باطلٌ ﴾ .

وجملة ذلك : أن بيع العصير لمن يعتقدُ أنّه يتّخذه خمراً محرّم . وكرهه الشافعيّ . وذكر بعضُ أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنّه يعصرها خمراً فهو مُحرّم . وإنما يكره إذا شكّ فيه . وحكى ابن المنذر عن الحسن ، وعطاء ، والثوريّ : أنّه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مُسكراً . قال الثوريّ : بِعِ الحَلَالَ ممَّنْ شِئْتَ . واحْتجَّ لهم بقول الله تعالى (وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) ولأنّ البيع تمّ بأركانه ، وشروطه .

ولنا : قول الله تعالى (٥ : ٢ وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) وهذا نهى يقتضى التحريمَ . وروى عن النبيّ صلىّ الله عليه وسلم « أنّه لعَنَ فِى الخَمْرِ عَشَرَةً » فروَى ابنُ عباس « أنّ النبيّ صلىّ اللهُ عليه وسلم أتاه جبريلُ ، فقالَ : يا محمدُ ، إنّ اللهَ لَعنَ الخَمْرَ ، وَعَاصِرَهَا وَمُعْتَصِرَهَا ، وحَامِلهَا ، والمَحْمُولَةَ إليْهِ ، وشَارِبَها ،

وبائعها ، ومُبْتاعها ، وساقيها . وأشارَ إلى كُلِّ مُعاونٍ عليها ، ومُساعدٍ فيها » أخرج هذا الحديث الترمذىّ،من حديث أنس. وقال:قد رُوى هذا الحديث عن ابن عبّاس،وابن عمر،عن النبىّ صلى الله عليه وسلم. وروى ابنُ بطّةَ فى تحريم النَّبيذ بإسناده ، عن محمد بن سيرين ، « أنَّ قيِّماً كانَ لِسَعْدِ بن أبى وقّاص فى أرضٍ لَهُ . فأَخْبَرَهُ عَنْ عِنَبٍ أنه لا يَصْلُحُ زَبيباً ، ولا يَصْلُحُ أنْ يُباعَ إلاّ لمَنْ يَعْصِرُهُ ، فأَمَرَ بِقَلْعِهِ ، وقَالَ : بِئْسَ الشَّيْخُ أنا إنْ بِعْتُ الخَمْرَ » ولأنه يعقد عليها لمَنْ يَعْلَمُ أنّه يُريدها للمَعْصِيَةِ . فأشبه إجارةَ أَمتِه لِمَنْ يَعْلَمُ أنَّه يَسْتأجِرُهَا ليزْنِىَ بِها . والآيةُ مخصوصةٌ بصُوَرٍ كثيرةٍ ، فيُخصّ منها محلّ النزاع بدليلنا ، وقولهم : تمّ البيعُ ، وبشروطِه ، وأركانه . قلنا : لكن وُجِدَ المانعُ منهُ .

إذا ثبت هذا فإنّما يحرُم البيعُ ، ويبطُل إذا علم البائعُ قصدَ المشترى ذلك . إمّا بقوله ، وإمّا بقرائن مُختصّة به ، تدلّ على ذلك . فأمّا إن كان الأمرُ مُحتملاً ، مثلُ أن يشتريَها من لا يعلمُ حالَه ، أو من يعمَلُ الخلّ ، والخمرَ معاً ، ولم يَلفِظ بما يدلّ على إرادة الخمر ، فالبيعُ جائز . وإذا ثبت التحريمُ ، فالبيعُ باطلٌ ، ويحتملُ أن يصحّ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ؛ لأنّ المحرّم فى ذلك اعتقادُه بالعقد دونهَ ، فلم يمنع صحّة العقد ، كما لو دلّس العيْبَ .

ولنا : أنه عقدٌ على عَيْنٍ لِمَعْصِيَةِ الله بها ، فلم يصح كإجارة الأَمَة للزّنا ، والغناء . وأما التدليسُ فهو المحرّم دون العقد ، ولأنّ التحريم هٰهنا لحقّ الله تعالى . فأفسد العقدَ ، كبيع درهم بدرهَمَين . ويُفارق التدليسّ فإنه لحقّ آدمىّ .

٣٠٨٢ (فصل) وهكذا الحكمُ فى كلّ ما يُقصدُ به الحرامُ ، كبيع السلاح لأهل الحرْب ، أو لقُطّاع الطريق،أوفى الفِتنةِ ، وبيع الأَمَةِ للغِناءِ ، أو إجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبَيْع الخمر فيها ، أو لتتّخذَ كنيسَةً أو بَيْتَ نارٍ ، وأشباه ذلك . فهذا حرامٌ ، والعقدُ باطلٌ لما قدّمنا . قال ابن عقيل : وقد نصّ أحمدُ رحمه الله على مسائل نبّه بها على ذلك ، فقال فى القصّاب والخبّاز : إذا علم أن من يشترى منه يدعو عليه من يَشْرَبُ المُسكِرَ لا يَبيعهُ ، ومن يخترطُ الأقداحَ لا يبيعُها ممّن يشربُ فيها ، ونهى عن بيع الدِّيباج لِلرّجال . ولا بأس ببيعه للنّساء : ورُوى عنه : لا يبيعُ الجوْزَ من الصِّبْيان لِلقِمارِ وعلى قياسه : البيضُ فيكون بيعُ ذلك كلّه باطلاً .

٣٠٨٣ (فصل) قيل لأحمد : رجلٌ مات وخلّف جاريةً مُغَنِّيَةً ، وولداً يَتيماً ، وقد احتاج إلى بَيْعِها . قال : يَبيعُها على أنّها ساذَجَةٌ . فقيل له : فإنّها تُساوى ثلاثين ألف درهم . فإذا بيعت ساذَجَةً تُساوى عشرين ديناراً ؟ قال : لا تُباع إلاّ على أنها ساذَجَةٌ ، ووجهُ ذلك : ما رَوى أبو أُمامَةَ عن النبىِّ صلى الله عليه وسلّم أنَّه قال : « لاَ يَجُوزُ بَيْعُ المُغنِّياتِ ، ولاَ أثْمانُهنّ ، ولاَ كَسْبُهُنَّ » قال الترمذىّ :

هذا لا نعرفه إلا من حديث عليّ بن يزيد ، وقد تكلم فيه أهلُ العلم ، ورواه ابن ماجه ، وهذا يُحملُ على بيعهن لأجل الغناء ، فأمّا ماليتُهنّ الحاصلةُ بغير الغناء ، فلا تبطل ، كما أنّ العصيرَ لا يحرُم بيعُه لغير الخمر ، لصلاحيته للخمر .

٣٠٨٤ (فصل) ولا يجوز بيع الخمر ، ولا التوكيل في بيعه ، ولا شراؤه ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غيرُ جائز ، وقال أبو حنيفة : يجوزُ للمُسْلم أن يُوَكِّلَ ذميّاً في بيعها . وشرائها . وهو غيرُ صحيح . فإن عائشةَ روتْ أنّ النبيّ صلىّ الله عليه وسلم قال « حُرِّمَت التِّجَارَةُ في الْخَمرِ » وعن جابر : أنه سَمِع النبيّ صلىّ الله عليه وسلمَ عَام الفَتْح وَهُوَ بمكّةَ يقولُ « إنّ اللهَ وَرسُولَهُ حَرّمَ بَيْعَ الخمْرِ وَالميْتَةِ والْخِنزيرِ ، وَالاصْنَام . فقيل : يارَسُولَ الله ، أرَأيْتَ شُحُومَ المَيْتة ؟ فإنّه تُطْلَى بهَا السُّفُنُ ، وَتُدْهَنُ بهَا الجُلُودُ ، وَيَسْتَصْبِحُ بهَا الناسُ ؟ فَقالَ : لاَ ، هُوَ حَرامٌ . ثمّ قال رَسُولُ اللهِ صَلىَ اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم : قَاتَلَ اللهُ اليَهُودَ ، إنَّ اللهَ تَعَالى حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا فجَمَلوه[1] ثُمَّ بَاعُوهُ ، وأكَلُوا ثَمَنَهُ » متفق عليه . ومن وكَّلَ في بيع الخمر ، وأكل ثمنه ، فقد أشبههم في ذلك ، ولأنّ الخمر نجسة محرّمة يحرُم بيعُها ، والتوكيلُ في بيعها ، كالميْتَةِ ، والخنزير ، ولأنه يحرُم عليه بَيْعُهُ ، فحرُم عليه التوكيلُ في بيعه ، كالخنزير .

٣٠٨٥ « مسألة » قال ﴿ ويَبْطَل البيعُ إذا كان فيه شرطان ، ولا يُبطله شرطٌ واحد ﴾

ثبت عن أن أحمد رحمه الله أنه قال : الشرطُ الواحدُ لا بأس به ، إنما نهى عن الشرطين في البيع ، ذهبَ أحمدُ إلى ما رَوى عبدُ الله بن عمرو ، عن النبيّ صلىّ الله عليه وسلم أنه قال « لاَ يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، ولاَ شَرْطَانِ في بَيْعٍ ، وَلاَ تبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » أخرجه أبو داود ، والترمذيّ ، وقال : حديثٌ حسن ، صحيح قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : إنّ هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفضَ يده ، وقال : الشرطُ الواحدُ لا بأس به في البيع . إنما نهى رسولُ الله صلىّ الله عليه وسلم عن شرطين في البيع . وحديثُ جابرٍ يدلّ على إباحة الشرط ، حين باعه جَمَلهُ ، وشرطَ ظَهْرهُ إلى المَدِينَةِ ، واختُلف في تفسير الشرطين المنهيّ عنهما . فرُوي عن أحمد : أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد ، فحكى ابنُ المنذر عنه ، وعن إسحاق فيمن اشترى ثوباً ، واشترط على البائع خياطَته ، وقِصَارتَهُ ، أو طعاماً ، واشترط طَحْنَهُ وَحَمْلَهَ : إن اشترطَ أحدَ هذه الأشياء فالبيعُ جائزٌ . وإن اشترط شرطين فالبيعُ باطلٌ . وكذلك فسّر القاضي في شرحه الشرطين المُبطلين بنحو من هذا التفسير . ورَوى الأثرمُ عن أحمد تفسير الشرطين : أن يشتريهَا على أنه لا يبيعُها من أحدٍ ، وأنّه لاَ يطؤُها . ففسّره بشرطين فاسدَيْن ، ورَوى عنه إسماعيلُ بن سعيد في الشرطين في البيع : أن يقول : إذا بعتُكها فأنا أحقّ بها ، بالثمن ، وأن تخدُمَني سَنَةً ، وظاهرُ كلام أحمد : أن الشرطين المنهيّ عنهما ما كان من هذا النحو . فأمّا إن شرط شرطين ، أو أكثر من

(١) جملوه : أذابوه ، تحايلا على استماله ، ثم باعوه على أنه ليس بشحم .

مُقتضىَ العقدِ ، أو مصلحتِه ، مثلُ أن يبيعَه بشرط الخيار ، والتأجيلِ ، والرّهْن ، والضَّمين ، أو بشرط أن يُسَلِّمَ إليه المبيعَ ، أو الثمنَ ، فهذا لا يُؤَثِّرَ في العقد ، وإن كَثُر ، وقال القاضى فى المجرّد : ظاهر كلام أحمد : أنّه متى شرط فى العقد شرطين بطَل ، سواء كانا صحيحين ، أو فاسدين ، لمصلحةِ العقدِ ، أو لغير مَصْلحتِه . أخذاً من ظاهر الحديث . وعملاً بعُمومه . ولم يفرق الشافعىّ ، وأصحاب الرأى بين الشرط ، والشرطين . وَرَوَوا « أنّ النبىّ صلىّ اللهُ عليهِ وَسلَّم نَهَى عَنْ بَيعٍ وَشَرْطٍ » ولأنّ الصحيح لا يؤثّر فى البيع ، وإن كثُرُ . والفاسدُ يؤثّر فيه وإن اتّحد . والحديث الذى رويناه يدلّ على الفرق ، ولأن الغرر اليسيرَ إذا احتُمِلَ فى العقد لا يلزمُ منه احتمالُ الكثيرِ . وحديثهم لم يصحّ ، وليس له أصْلٌ ، وقد أنكره أحمدُ . ولا نعرفه مَرْويّاً فى مُسْندٍ ، ولا يُعوّلُ عليه . وقول القاضى : إن النهىَ يَبْقَىَ على عمومه فى كلّ شرطين ، بعيدٌ أيضاً . فإنّ شَرْطَ مَا يقتضيه العقدُ ، لا يُؤَثِّر فيه بغير خِلَافٍ . وشرطُ ما هو من مصلحة العقدِ كالأجلِ ، والخيارِ ، والرهن ، والضَّمين ، وشرط صفةٍ فى المبيع ، كالكتابة ، والصناعة ، فيه مصلحةُ العقدِ ، فلا ينبغى أن يُؤَثِّر أيضاً فى بُطلانه ، قلت : أو كثُرَتْ ، ولم يذكر أحمدُ فى هذه المسألة شيئاً من هذا القسم . فالظاهرُ : أنّهَ غيرُ مُرادٍ له .

٣٠٨٦ (فصل) والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام :

أحدها : ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم ، وخيار المجلس ، والتقابُض فى الحال . فهذا وجودُه كعدمه ، لا يفُيد حكماً ، ولا يُؤَثِّر فى العقد .

الثانى : تَتَعلَّق به مَصْلَحةُ العَاقِدَيْن ، كالأجل ، والخيار والرهن ، والضَّمين ، والشهادة ، أو اشتراط صِفةٍ مقصودةٍ فى المبيع ، كالصناعة ، والكتابة ، ونحوها ؛ فهذا شرطٌ جائز يلزَمُ الوفاء به . ولا نعلَمَ فى صحّة هذين القسمين خلافاً .

الثالث : ما ليس من مُقتضاه ، ولا من مَصْلَحَتِه ، ولا يُنافى مُقتضاه ، وهو نوعان :

أحدهما : اشتراطُ منفعةِ البائع فى المَبيع ، فهذا قد مضى ذكرهُ .

الثانى : أن يشترط عَقْداً فى عقدٍ ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يَبيعَهُ شيئاً آخرَ ، أو يشترى منه ، أو يُؤَجّره ، أو يُزَوِّجه ، أو يُسْلِفَه ، أو يَصْرِفُ له الثمن ، أو غيرَه ، فهذا شرطٌ فاسدٌ يفْسُدُ به البيعُ ، سواء اشترطه البائعُ ، أو المشترى ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

الرابع : اشتراط ما يُنافى مقتضَى البيع ، وهو على ضربين :

أحدهما : اشتراطُ ما بُنِيَ على التّغْليبِ ، والسّرَايةِ ، مثلُ أن يشترط البائعُ على المشترى عِتْقَ العَبْدِ ، فهل يصحّ ؟ على روايتين :

إحداهما : يصحّ ، وهو مذهب مالك ، وظاهرُ مذهب الشافعيّ ، لأنّ عائشةَ رَضِى اللهُ عنها « اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ ، وَشَرَطَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا عِتْقَهَا ، وَوَلاَءهَا ، فأنكَرَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ شَرْطَ الوَلاَءِ دُونَ العِتْقِ » .

والثانيةُ : الشرطُ فاسدٌ ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه شرطٌ ينافى مُقْتَضَى العقدِ . أشبهَ إذا شرط أن لا يَبِيعَهُ ، لأنّه شرَط عليه إزالةَ مِلْكه عنهُ ، أشبهَ مالو شرط أن يبيعَهُ ، وليس فى حديث عائشةَ أنّها شرطتْ لهم العِتْقَ ، وإنّما أخبرتْهم بإرادتها لذلك ، من غير شرط ، فاشترَطُوا الولاَء ، فإذا حكمْنا بفساده ، فحكمُهُ حكم سائر الشروط الفاسدة ، التى يأتى ذكرها ، وإن حكمنا بصحّته ، فأعتقه المُشترى فقد وَفَى بما شُرِط عليه ، وإن لم يُعتِقْهُ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يُجْبَرُ ، لأنّ شرط العِتْقِ إذا صَحّ تعلّقَ بعينه ، فَيُجْبَرُ عليه ، كما لو نَذَر عتقه .

والثانى : لا يُجْبَرَ ، لأنّ الشرط لا يوجِبُ فِعْلَ المشروط . بدليل مالو شرط الرهنَ والضَّمِينَ ، فعلى هذا يثبُت للبائع خيارُ الفسخ ، لأنه لم يُسلِّم له ماشرطه له ، أشبهَ مالو شرط عليه رَهْناً . وإن تعيَّب المبيعُ ، أو كان أمَةً ، فأحْبلَها ، أعتقهُ ، وأجزأه ، لأنّ الرِّقّ باقٍ فيه . وإن استغلّه أو أخذ من كَسْبِهِ شيئاً ، فهو له . وإن مات المَبِيعُ رجع البائعُ على المشترى بما نقصه شَرْطُ العِتق ، فيقال : كم قيمتُه لو بِيعَ مُطْلقاً ، وكم يُساوى إذا بِيعَ بشرط العِتْقِ ؟ فَيَرْجِعُ بِقِسْطِ ذلك من ثمنه فى أحد الوجهين ، وفى الآخرِ يَضْمَنُ ما نقَصَ من قيمته .

الضرب الثانى : أن يشترط غيرَ العِتْق ، مثلُ أن يشترط أن لا يبيعَ ، ولا يَهَبَ ، ولا يُعْتِق ، ولا يطأ ، أو يَشْتَرِط عليه أن يبيعَه . أو يَقِفَه ، أو متى نَفَق المبيعُ ، وإلاّ رَدّه أو إن غصبه غاصبٌ رجع عليه بالثمن ، وإن أعتقه فالولاء له . فهذه ، وما أشبهها شروطٌ فاسدةٌ . وهل يفسُد بها البيع ؟ على روايتين. قال القاضى : المنصوصُ عن أحمد : أن البيعَ صحيحٌ . وهو ظاهر كلام الخِرَقىّ ههنا . وهو قول الحسن ، والشعبىّ ، والنخَعىّ ، والحكم ، وابن أبى ليلى ، وأبى ثور .

والثانية . البيعُ فاسدٌ . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأنّ النبيَّ صلّى الله عليه وسلّم « نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشرْطٍ » ولأنّه شرط فاسدٌ ، فأفسد البيعَ ، كما لو شرط فيه عقداً آخرَ . ولأنّ الشرط إذا فسد وجب الرجوعُ بما نقصه الشرطُ من الثمن ، وذلك مجهولٌ فيصيرُ الثمنُ مجهولاً . ولأنّ البائعَ إنما رَضِىَ بزوال مِلْكِهِ عن المَبِيعِ بشرطه ، والمشترى كذلك إذا كان الشرط له . فلو صحّ البيعُ بدونه لزال مِلْكُه بغير رضاه ، والبيعُ من شرطه التراضى .

ولنا : ما روت عائشة قالت : « جاءتْنِى بَرِيرَةُ فقَالَتْ : كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِى كُلِّ

عامٍ أُوقيّةٌ ، فأَعينينى ، فقلتُ : إن أحبَّ أهلُكِ أنْ أعُدَّها لهمْ عدَّةً واحدةً . ويكونُ لِى وَلاَؤكِ فعلتُ . فذهبتْ بَرِيرَةُ إلى أهلِهـا فقالتْ لهمْ ، فأبَوْا عليها . فجاءتْ مِنْ عندهم ، ورسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم جالسٌ . فقالتْ : إنى عرضتُ عليهمْ ، فأبَوْا إلاَّ أنْ يكونَ الولاء لهمْ . فسمِعَ النبيُّ صلّى اللهُ عليه وسلّمَ فأخبرتْ عائشةُ النبيَّ صلَّى اللهُ عليه وسلّم فقالَ : خُذيها واشترطِى الوَلاَء ، فإنَّما الوَلاَءُ لِمَنْ أعْتقَ . ففعلتْ عائشةُ . ثمَّ قامَ رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم فى النَّاسِ ، فحمدَ اللهَ وأثنَى عليه . ثمَّ قالَ : أمَّا بعدُ : ما بالُ رجالٍ يشترطونَ شروطاً ليستْ فى كتابِ اللهِ ؟ ما كانَ مِنْ شرطٍ ليسَ فى كتابِ اللهِ فهوَ باطلٌ ، وإنْ كانَ مِائةَ شرطٍ ، قضاءُ اللهِ أحقُّ ، وشرطُ اللهِ أوثقُ . وإنَّما الوَلاءُ لِمَنْ أعتقَ » متفق عليه . فأبطلَ الشرط ، ولم يُبْطِلِ العقدَ . قال ابن المُنذر : خبرُ بَرِيرَةَ ثابتٌ . ولا نعلمُ خبراً يُعارضُهُ ، فالقولُ به يجبُ .

فإن قيل : المرادُ بقوله « اشترطى لَهُمُ الوَلاَء » أى عليهم . بدليل أنه أمرها به . ولا يأمُرها بفاسدٍ .

قلنا : لا يصحّ هذا التأويل لوجهين : أحدُهما : أن الولاء لها بإعتاقها . فلا حاجةَ إلى اشتراطه . الثانى : أنهم أبوُا البيعَ إلا أن يُشترط الولاء لهم . فكيف يأمرها بما يعلمُ أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما أمرُه بذلك فليس هو أمراً على الحقيقة . وإنما صيغةُ الأمر ، بمعنَى التسويةِ بين الاشتراط ، وتركه ، كقوله تعالى (اسْتَغْفِرْ لهُمْ أوْلاَ تَسْتَغْفِرْ لهُمْ) وقوله (اصْبِرُوا أوْ لاَ تَصْبِرُوا) والتقديرُ : واشترطى لهمُ الولاءَ أوْلاَ تشترطى ، ولهذا قال عقيبَه « فإنَّما الوَلاَءُ لِمَنْ أعْتقَ » وحديثُهم لاَ أصْلَ لهُ عَلَى ما ذكرنا ، وما ذكروه من المعنى فى مُقابلةِ النصِّ غيرُ مقبول .

٣٠٨٧ (فصل) فإن حكمنا بصحّة البيع ، فللبائع الرجوعُ بما نقصه الشرطُ من الثمن ، ذكره القاضى ، وللمشترى الرجوعُ بزيادة الثمن ، إن كان هو المشترط . لأن البائع إنما سَمَحَ ببَيْعها بهذا الثمن لِما يحصُل له من الغرض بالشرط ، والمُشترى إنما سَمَح بزيادة الثمن من أجل شرطِه . فإذا لم يحصُل غرَضُه ينبغى أن يَرجِع بما سَمَح به ، كما لو وجده مَعيباً .

٣٠٨٨ (فصل) فإن حكمنا بفساد العقد لم يحصُل به مِلْكٌ ، سواء اتّصل به القبضُ أو لم يتّصل . ولا ينفذُ تصرّف المشترى فيه ببيعٍ ، ولا هِبَـة ، ولا عِتْقٍ ، ولا غيره . وبهذا قال الشافعىّ . وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك يثبُت فيه إذا اتّصل به القبضُ . وللبائع الرجوعُ فيه . فيأخذُه مع الزيادة المنفصلة ، إلا أن يتصرّف فيه المشترى تصرّفاً يمنع الرجوعَ فيه ، فيأخذَ قيمَته . واحتجّ بحديث بَرِيرَةَ . فإنّ

عائشةَ اشترَتْها بشرط الولاء ، فأعتقَتْها ، فأجاز النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم العِتْقَ ، والبيعُ فاسدٌ . ولأنّ المشتريَ على صفةٍ يملكُ المَبيعِ ابتداء بعقدٍ . وقد حصل عليه الضمانُ ، للبدل عن عقد فيه تسليطٌ . فوجب أن يملكه ، كما لو كان العقدُ صحيحاً .

ولنا : أنه مقبوض بعقدٍ فاسدٍ ، فلم يملكْهُ ، كما لو كان الثمنُ مَيْتةً ، أو دَماً ، فأمّا حديثُ بَرِيرَةَ ، فإنّما يدلّ على صحّةِ العقدِ ، لا على ما ذكروه . وليس فى الحديث أنّ عائشةَ اشترتها بهذا الشرط . بل الظاهرُ أنّ أهلَ بَرِيرَةَ حينَ بلغهُمْ إنكارُ النبيّ صلّى اللهُ عليهِ وسلّم ، هذا الشرطَ تركوهُ ، ويحتملُ أنّ الشرط كان سابقاً للعقدِ ، فلم يُؤثّر فيه .

٣٠٨٩ (فصل) وعليه ردّ المبيع مع نمائه المتّصل ، والمنفصل ، وأجرةِ مثله مُدّةَ بقائه فى يده . وإن نقص ضَمِنَ نَقْصَهُ . لأنّها جملةٌ مَضْمُونَةٌ ، فأجزاؤها تكونُ مَضْمُونَةً أيضاً . فإن تلف المبيعُ فى يد المشترى ، فعليه ضمانُه بقيمته يوم التلف . قاله القاضى ، ولأنّ أحمد نصّ عليه فى الغَصْب . ولأنّه قبضَه بإذن مالكه . فأشبه العَارِيَةَ ، وذكر الخِرَقيّ فى الغَصْب : أنّه يلزمُه قيمتُه أكثرَ ما كانَتْ . فيُخرّج ههنا كذلك ، وهو أولى . لأن العين كانت على ملك صاحبها فى حال زيادتها ، وعليه ضمانُ نقصِها مع زيادتها . فكذلك فى حال تَلَفِها ، كما لو أتلفها بالجنايةِ ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

٣٠٩٠ (فصل) فإن كان المبيعُ أَمَةً فوطِئَها المُشترى ، فلا حدَّ عليه ، لاعتقاده أنّها مِلْكُه . ولأنّ فى الملكِ اختلافاً ، وعليه مَهْرُ مِثْلِها . لأنّ الحدّ إذا سقط للشُّبْهَةِ وَجَبَ المَهْرُ . ولأن الوطء فى مِلكِ الغَيْرِ يوجِبُ المَهْرَ ، وعليه أَرْشُ البَكَارةِ إنْ كانَتْ بِكْراً .

فإن قيل : أليس إذا تزوّج امرأةً تزويجاً فاسداً ، فوطِئَها ، فأزال بكارتَها لا يَضْمَنُ البَكَارَةَ ؟

قلنا : لأنّ النكاحَ تَضَمَّنَ الإذنَ فى الوطء المُذْهِبِ لِلبَكَارةِ . لأنّه معقودٌ على الوطء . ولا كذلك البيعُ ، فإنّه ليس بمعقود على الوطء ، بدليل أنّه يجوزُ شراء مَنْ لا يَحِلُّ وطؤها . ولا يَحِلّ نِكَاحُها .

فإن قيل : فإذا أوجبتم مَهْرَ بِكْرٍ ، فكيف تُوجبونَ ضمانَ البَكَارةِ ، وقد دخل ضمانُها فى المَهْرِ ؟ وإذا أوجبتم ضمانَ البَكارةِ ، فكيف توجبون مَهْرَ بِكْرٍ وقد أدّى عِوضَ البكارة بضمانه لهَا ، فجرَى مجرَى من أزال بَكارتَهَا بأصْبَعِهِ ثمّ وَطِئَها ؟

قلنا : لأنّ مهرَ البِكر ضمانُ المنفعَةِ ، و أَرْشُ البكَارةِ ضمانُ جُزْء ، فلذلك اجتمعا ، وأما الثانى فإنّه إذا وطئها بكراً ، فقد استوفى نَفْعَ هذا الجزء . فوجبت قيمتُه بما استوفى من نفعه ، فإذا أتلفه وجب ضمانُ عَيْنِه ، ولا يجوزُ أن تُضْمَنَ العينُ ويَسْقُط ضمانُ المَنفعَةِ ، كما لو غصب عَيْناً ذاتَ مَنفعةٍ ،

فاستوفَى منفعتَها ، ثم أتلفَها ، أو غصَب ثوباً فلَبِسَهُ حتّى أبلاه ، وأتلفه ، فإنه يضمَنُ القيمةَ ، والمنفعَة ، كذا هَهُنَا .

٣٠٩١ (فصل) وإن ولدت كان ولدُها حرًّا ، لأنه وَطِئها بشُبْهةٍ ، ويُلْحَقُ به النَّسَبُ لذلك ، ولا ولاء عَلَيه ، لأنّه حرُّ الأصل ، وعلى الواطىء قيمتُه يومَ وَضْعِه ، لأنّه يومُ الحيلولة بينه وبين صاحبه ، فإن سقط مَيِّتاً لم يُضمن ، لأنَّه إنما يضمَنُه حين وَضعِه ، ولا قيمَه له حينئذٍ .

فإن قيل : فلو ضرب بطْنها ، فألقتْ جَنيناً مَيِّتاً وجب ضَمانُه ؟

قلنا : الضاربُ يجبُ عليه غرَّة[1] ، وهَهُنَا يَضْمَنُه بقيمَتِه ، ولا قِيمَة لَهُ ، ولأنّ الجانىَ أتلفه ، وقطع نماءه ، وههنا يَضْمَنُه بالحيلولة بينه ، وبين سيّده ، ووقتُ الحيلولة وقتُ السقوط ، وكان مَيِّتاً فلم يجب ضمانُه ، وعليه ضمانُ نقص الولادةِ ، وإن ضرب بطْنَها أجنبيٌّ ، فألقت جنيناً مَيِّتاً ، فعلى الضارب غُرَّةٌ ، عبدٌ أو أمةٌ ، للسيد منها أقلّ الأمرين ، من أرْشِ الجَنين ، أو قيمته يوْمَ سقط ، لأنّ ضمان الضارب له قامَ مقامَ خروجه حَيّاً ، ولذلك ضَمِنَهُ البائع ، وإنما كان للسيّد أقلُّ الأمرين ، لأن الغُرّةَ إن كانت أكثرَ من القيمة ، فالباقى منها لوَرَثَتِه ، لأنه حصَل بالحُرّيةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ السيّد منها شيئاً ، وإن كانت أقلّ ، لم يكن على الضارب أكثرُ منها ، لأنّه بسبب ذلك ضمِنَ ، وإن ضرب الواطىء بطْنَها ، فألقت الجنينَ مَيِّتاً ، فعليه الغُرّةُ أيضاً ، ولا يرث منها شيئاً ، وللسيّد أقلُّ الأمرين ، كما ذكرنا ، وإن سلّم الجاريَةَ المبيعةَ إلى البائع حاملاً ، فولدت عنده ضَمِنَ نَقْصَ الوِلادةِ ، وإن تلفت بذلك ضَمِنَهَا ، لأنّ تلفها بسببٍ منه ، وإن ملكها الواطىء لم تصرْ بذلك أمَّ ولد ، على الصحيح ، من المذهب ، لأنها عَلِقَتْ منه فى غير مِلْكِهِ ، فأشبه الزوْجة ، وهكذا كلّ موضع حَبِلَتْ فى ملك غيره ، ولا تصيرُ له أمَّ ولدٍ بهذا .

٣٠٩٢ (فصل) إذا باع المشترى المبيعَ الفاسدَ لم يصحّ ، لأنهّ باع مِلْكَ غيره بغير إذنه ، وعلى المشترى ردُّه على البائع الأول ، لأنهّ مالكٌ ، ولبائعه أخذُه حيثُ وجدَه ، ويرجعُ المشترى الثانى بالثمن على الذى باعَه ، ويرجعُ الأوّل على بائعه ، فإن تلف فى يد الثانى فللبائع مُطالَبةُ مَنْ شاء منهُما ، لأنّ الأولَ ضامنٌ ، والثانى قَبضَهُ من يد ضامنه ، بغير إذنِ صاحبه ، فكان ضامناً ، فإن كانت قيمتُه أكثرَ من ثمنِه فضمن الثانى ، لم يرجعْ بالفضل على الأوّل ، لأنّ التلف فى يده ، فاستقرّ الضمانُ عليه ، فإن ضمن الأوّل رجع بالفضل على الثانى .

٣٠٩٣ (فصل) وإن زاد المبيعُ فى يد المشترى بِسَمنٍ ، أو نحوه ، ثم نقص حتّى عاد إلى ما كان

---

(١) الغرة : عبد أو أمة .

عليه ، أو ولدت الأمةُ في يدِ المشتري ، ثمَّ مات ولدُها ، احتمل أن يضمن تلك الزيادة . لأنَّها زيادةٌ في عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ . أشبهت الزيادةَ في المغصوب ، واحتمل أن لا يضمنها . لأنَّه دخلَ على أن لا يكون في مقابلةِ الزيادة عِوَضٌ . فعلى هذا تكون الزيادة أمانةً في يده . فإن تلفت بتفريطه ، أو عُدوانِه ، ضَمِنهَا ، وإلاَّ فلا . وإن تلفت العينُ بعد زيادتها ، أسْقَطَ تلكَ الزيادة من القيمة ، وضَمِنهَا بما بقي من القيمة حين أتْلَف . قال القاضي : وهذا ظاهرُ كلام أحمدَ .

٣٠٩٤ (فصل) إذا باع بيعاً فاسداً ، وتقابضا ، ثم أتلف البائعُ الثمن ، ثم أفْلَس . فله الرجوعُ في المَبيع . والمشتري أسْوَةُ الغُرمَاء ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : المشتري أحقُّ بالمبيع من سائر الغُرماء ، لأنَّه في يده . فكان أحقَّ به كالمرتَهِنِ .

ولنا : أنَّه لم يقبضْهُ وثيقةً ، فلم يكن أحقَّ به . كما لو كان وديعةً عنده ، بخلاف المُرْتَهِنِ ، فإنَّه قبَضَه على أنه وَثِيقَةٌ بحَقِّهِ .

٣٠٩٥ (فصل) إذا قال : بِعْ عَبْدَكَ مِنْ فُلاَن على أنَّ عَلَيَّ خَمْسمائَةٍ ، فباعَهُ بهذا الشرط ، فالبيعُ فاسدٌ ، لأنَّ الثمن يجبُ أن يكون جميعُه على المشتري ، فإذا شرط كونَ بعضه على غيره لم يصحّ ، لأنه لا يملك المنعَ ، والثمنُ على غيره ، ولا يُشبه هذا ما لو قال : أعتِقْ عبدَك ، أو طلِّقِ امرأتَكَ ، وعَلَيَّ خَمْسمائَةٍ : لكون هذا عِوَضاً في مقابلة فكّ الزوجيّةِ ، ورقَبةِ العَبْد ، ولذلك لم يجز في النكاح ، أمّا في مسألتنا ، فإنّه معاوَضةٌ في مقابلةِ نَقْل المِلْكِ ، فلا يثبُت لمن العِوَضُ عَلَى غيره ، وإن كان هذا القول على وجه الضمان ، صحّ البيعُ ، ولزم الضمانُ .

٣٠٩٦ (فصل) والعَرَبُونَ في البيع : هو أن يشتري السِّلْعَة فيَدْفَعَ إلى البائع دِرْهماً أو غيرَه ، على أنه إن أخذ السِّلْعَة احْتَسَب به من الثمن ، وإن لم يَأْخُذْها فذلك للبائع ، يقال : عَرَبُونٌ ، وأرَبُونٌ ، وعَرَبانٌ ، وأرَبَانٌ ، قال أحمد : لا بأس به ، وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر : أنه أجازه ، وقال ابن سيرين : لا بأس به ، وقال سعيدُ بن المسيَّب ، وابن سيرين : لا بأس إذا كره السلعة أن يَرُدَّها ، ويَرُدَّ معها شيئاً ، وقال أحمد : هذا في معناه ، واختار أبو الخطّاب أنّه لا يصحّ ، وهو قول مالك ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأي ، ويُرْوَى ذلك عن ابن عباس ، والحسن ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ العَرَبُونِ » رواه ابن ماجه . ولأنه شَرَطَ للبائع شيئاً بغير عِوَض ، فلم يصحّ ، كما لو شرطه لأجنبيّ . ولأنّه بمنزلة الخيار المجهول ، فإنّه اشترط أن له ردّ المبيع من غير ذكر مدّة ، فلم يصحّ ، كما لو قال: وليَ الخيارُ متى شئتُ رَدَدْتُ السِّلْعةَ ومعها دِرهماً . وهذا هو القياس ، وإنما صار أحمدُ فيه إلى ما رُوي فيه عن نافع بن عبد الحارث « أنَّهُ اشْتَرَى لِعُمَر دَارَ السِّجْنِ مِنْ صَفْوَان بنِ أُمَيَّةَ . فإنْ رضيَ عمر ،

وإلاّ فله كذا ، وكذا » قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهبُ إليه ؟ قال : أىّ شىء أقولُ ؟ هــذا عمرُ رضى الله عنه . وضَعَّف الحديث المروىّ . روى هذه القصة الأثرم بإسناده ، فأمّا إن دفع إليه قبلَ البيع درهماً ، وقال : لا تَبِعْ هذه السلعة لغيْرى ، وإن لم أشترها منك فهذا الدرهمُ لَكَ ، ثمّ اشتراها منهُ بعدَ ذلك بعقد مُبتَدإٍ ، وحَسَبَ الدرهمَ من الثمن صحّ . لأنّ البيعَ خلا عن الشرط المُفسد ، ويحتملُ أن الشراء الذى اشْتُرِىَ لعُمرَ كان على هذا الوجه ، فيُحَملُ عليه ، جمعاً بين فعله ، وبين الخبَر ، وموافقةِ القياس ، والأئمّة القائلين بفساد العَرَبُونِ . وإن لم يشتر السلعَة فى هذه الصورة ، لم يستَحِقّ البائعُ الدرهمَ لأنهّ يأخذُه بغير عِوَضٍ ، ولصاحبه الرجوعُ فيه . ولا يصحّ جعلهُ عوضاً عن انتظاره ، وتأخير بيعه من أجْلِه . لأنهّ لو كان عِوَضاً عن ذلك لما جاز جعلُه من الثمن فى حال الشِّراء . ولأن الانتظار بالبيع لا تجوزُ المعاوضَة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلومَ المِقدار ، كما فى الإجارة .

٣٠٩٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا قال : بعتُك بكذا على أن آخذَ منك الدينار بكذا . لم ينعقد البيعُ ، وكذلك إن باعه بذهبٍ على أن يأخذ منه دَراهِمَ بصَرْفٍ ، ذَكراهُ ﴾

وجُملته : أن البيعَ بهذه الصفة باطلٌ . لأنه شرط فى العقد أن يُصارِفَهُ بالثمن ، الذى وقع العقدُ به . والمصارَفَةُ عقدُ بيعٍ فيكون بَيْعتان فى بَيْعةٍ . قال أحمد : هذا معناه ، وقد رَوى أبو هريرة قال « نَهىَ رَسُولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن بَيْعَتَيْنِ ، فى بَيْعَةٍ » أخرجه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، صحيح ، ورُوى أيضاً عن عبد الله ابن عمرو ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، وهكذا كلّ ما كان فى معنَى هذا . مثلُ أن يقول : بعتُكَ دارى هذه ، على أن أبيعكَ دارى الأُخرَى بكذا ، أو عَلَى أن تبيعني دَارَكَ ، أو عَلَى أن أُوَجِّرَكَ ، أوْ عَلَى أنْ تُؤجِّرَنِي كذَا ، أو على أن تزَوِّجَنِي ابْنَتكَ ، أو على أن أُزَوِّجَكَ ابْنَتِي ، ونَحْوَ هَذَا . فَهذَا كُلُّه لاَ يَصِحّ ، قال ابن مسعود : « الصَّفْقَتَانِ فِى صَفْقَةٍ رِباً » وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وجمهور العلماء . وجوّزه مالك ، وقال : لا ألتفتُ إلى اللّفظِ الفاسدِ . إذا كان مَعلوماً حلالاً . فكأنهّ باع السلعةَ بالدراهم التى ذكر أنهّ يأخذُها بالدنانير .

ولنا : الخبر ، وأن النهىَ يقتضى الفساد . ولأنّ العَقد لا يجبُ بالشرط ، لكونه لا يثبُت فى الذمّة ، فيسقُط فيفسُد العقدُ . لأن البائع لم يرضَ به . إلا بذلك الشرط . فإذا فات فات الرِّضَى به ، ولأنّ شرطَ عقداً فى عَقْدٍ لم يصحّ ، كنكاح الشِّغار[1] ، وقوله « لا أَلْتَفِتُ إِلَى اللَّفظِ » لا يصحّ . لأنّ البيعَ هو

---

(١) نكاح الشغار : أن يقول أحد الشخصين للآخر : زوجنى أختك على أن أزوجك أختى ، أو بنتك على أن أزوجك ابنتى بدون مهر ، فتكون كل واحدة فى مقابلة مهر الأخرى .

اللفظُ . فإذا كان فاسداً فكيفَ يكونُ صحيحاً ؟ ويتخرّج أن يصحّ البيعُ ويفسُد الشرطُ ، بناء على ما لو شرط ما ينافى مقتضى العقد ، كما سبق . والله أعلم .

٣٠٩٨ (فصل) وقد روى فى تفسير بيعتين فى بيعةٍ وجهٌ آخرُ : وهو أن يقول : بعتُكَ هذا العَبد بعَشرةٍ نقداً ، أو بخمسةَ عشرَ نَسيئَةً ، أو بعَشرةٍ مُكسَّرةٍ أو تِسْعةٍ صحاحاً . هكذا فسّره مالك ، والثورىّ ، وإسحق ، وهو أيضاً باطلٌ . وهو قول الجمهور ، لأنّه لم يجزِم له ببيعٍ واحدٍ . فأشبه ما لو قال : بعتُك هذا أو هذا . ولأنّ الثمن مجهولٌ فلم يصحّ ، كالبيع بالرقم المجهول . ولأنّ أحد العِوَضَين غيرُ معيّن ، ولا معلوم . فلم يصحّ ، كما لو قال : بعتُك أحدَ عَبيدِي . وقد رُوى عن طاوس ، والحكَم ، وحمّاد : أنهّم قالوا : لا بأس أن يقول : أبيعُك بالنقد بكذا ، وبالنَّسيئة بكذا فيذهَبُ على أحدهما . وهذا محمولٌ على أنّه جرى بينهما بعد ما يجرى فى العقد . فكأنّ المشترىَ قال : أنا آخذُه بالنَّسيئَة بكذا . فقال : خُذْهُ ، أو قد رَضِيتُ ، ونحو ذلك . فيكون عقداً كافياً ، وإن لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب ، أو يدلّ عليه لم يصحّ ، لأنّ ما مضى من القول لا يصلُح أن يكون إيجاباً ، لما ذكرناه ، وقد رُوى عن أحمد فيمن قال : إن خِطْتَه اليومَ فلك درهم . وإن خِطْتَه غداً فلك نصفُ درهم : أنه يصحّ . فيحتمل أنْ يلحَقَ به هذا البيع ، فيخرُج وجهاً فى الصحّة . ويحتملُ أن يُفرق بينهما من حيثُ إنّ العقدَ ثمَّ يمكن أن يصحّ ، لكونه جَعالةً يُحتمَلُ فيها الجهالة ، بخلاف البيع ، ولأن العمل الذى يستحقّ به الأجرةَ لا يمكن وقوعُه إلاّ على إحدى الصفقتين ، فتتعيّن الأجرةُ المسمّاة عِوَضاً له . فلا يُفضى إلى التنازع ، وههنا بخلافه .

٣٠٩٩ (فصل) ولو باعه بشرط أن يُسلفه ، أو يُقرِضَهُ ، أو شرَط المشترى ذلك عليه . فهو محرّم ، والبيع باطلٌ . وهذا مذهبُ مالكٍ ، والشافعىّ . ولا أعلمُ فيه خلافاً ، إلاّ أنّ مالكا قال : إن تركَ مشترِطُ السلفِ السلَفَ صحّ البيعُ .

ولنا : ما رَوى عبدُ الله بن عمرو « أنّ النبىّ صلىّ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ نَهَى عَنْ رِبْحِ مَالم يُضْمَنْ . وَعَن بَيْعِ مَالم يُقْبَضْ ، وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، وَعَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ ، وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ » أخرجه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال : حديثٌ حسن ، صحيح ، وفى لفظ « لاَ يَحِلّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ » ولأنّه اشترط عقداً فى عقد . ففسد ، كبيعتين فى بَيْعَةٍ . ولأنّه إذا اشترط القَرْضَ زاد فى الثمن لأجله ، فتصيرُ الزيادةُ فى الثمن عِوَضاً عن القَرْضِ ، وربحاً لَهُ . وذلك رِباً محرّم ، ففسد ، كما لو صرّح به . ولأنّه بَيعٌ فاسد ، فلا يعودُ صحيحاً ، كما لو باع دِرهماً بدرهمين ، ثم ترك أحَدَهما .

٣١٠٠ (فصل) وإذا جمع بين عقدين مختلفىَ القيمةِ بعوَضٍ واحد ، كالصرف ، وبيع ما يجوزُ التفرّق فيه ، قبل القبض ، والبيع ، والنكاح ، أو الإجارة ، نحوُ أن يقول : بعتُكَ هذا الدينار ، وهذا

الثوب ، بعشرين درهماً ، أوْ بعتُكَ هذهِ الدَّار ، وأجَّرتُكَ الأُخرَى بألفٍ ، أو باعه سيفاً مُحَلًى بالذهب ، بفضَّةٍ ، أو زَوَّجْتكَ ابنتى وَبِعتكَ عَبْدَهَا بألفٍ ، صحّ العقدُ فيهما . لأنّهما عينان يجوزُ أخذ العِوَض عن كلّ واحدة منهما منفردةً . فجاز أخذُ العِوَض عنهما مجتمعتين ، كالعبدين . وهذا أحدُ قولَى الشافعىّ . وقال أبو الخطّاب : فى ذلك وجهٌ آخرَ : أنّه لا يصحّ . وهو القولُ الثانى للشافعىّ ، لأنّ حكمهما مختلفٌ . فإن المبيعَ يُضْمَنُ بمجرّد البيع ، والإجارةُ بخلافه . والأول أصحّ ، وما ذكروه يَبْطُل بما إذا باع شقْصاً وسَيْفاً . فإنّه يصحّ مع اختلاف حكمهما ، بوجوب الشُّفْعةِ فى أحدهما ، دون الآخر . فأمّا إن جمع بين الكتابة ، والبيع ، فقال كاتَبْتُكَ وبعتكَ عبدى هذا بألفٍ ، كُلَّ شهر مائةً لم يصحّ . لأنّ المُكاتبَ قَبْلَ تمام الكتابة عبدٌ قِنٌّ ، فلا يَصحّ أن يَشْتَرِىَ من سيِّدِه شيئاً . ولا يثبُت لسيّده فى ذمّته ثمنٌ ، وإذا بطل البيعُ ، فهل يصحّ فى الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان . نذكرهما فى تفريق الصفقة . وسوّى أبو الخطاب بين هذه الصورة ، وبين الصور التى قبلها ، فقال : فى الكلّ وجهان ، والذى ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى .

٣١٠١ (فصل) فى تفريق الصفقة . ومعناه : أن يبيع ما يجوزُ بيعُه ، وما لا يجوزُ صَفْقَةً واحدةً ، بثمن واحدٍ . وهو على ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يبيع معلوماً ومَجْهولاً ، كقوله : بعتُكَ هَذهِ الفرسَ ، وما فى بَطْنِ هذه الفرسِ الأخرى بألف . فهذا البيعُ باطلٌ بكلِّ حالٍ . ولا أعلمُ فى بُطلانه خِلافاً ، لأن المجهولَ لا يصحّ بيعُه لجهالتِه . والمعلومُ مجهولُ الثمنِ . ولا سبيلَ إلى مَعْرِفَتِهِ . لأن معرفته إنما تكون بتقْسيط الثمن عليهما . والمجهولُ لا يمكنُ تقويمُه فيتعذّر التقسيطُ .

الثانى : أن يكون المبيعانِ مما ينقسمُ الثمنُ عليهما بالأجزاء ، كعبدٍ مُشتركٍ بينَهَ وبين غيره باعه كلَّه بغير إذنِ شريكه ، وكقفيزيْنِ من صُبْرَةٍ واحدةٍ باعَهُمَا مَنْ لا يملكُ إلاّ بعضَهُما ، ففيه وجهان :

أحدها : يصحّ فى مِلْكه بقِسْطِه من الثمن ، ويفسدُ فيما لا يملكُه .

والثانى : لا يصحّ فيهما . وأصلُ الوجهين : أن أحمد نصّ فيمن تزوّج حُرَّةً ، وأمةً على روايتين . إحداهما : يفسُد فيهما . والثانية : يصحّ فى الحُرّةِ . والأولى أنّه يصحّ فيما يَملِكُهُ . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . وهو أحدُ قولَى الشافعىّ . وقال فى الآخَرِ : لا يصحّ . وهو قول أبى ثور ، لأن الصفقة جَمعتْ حَلالاً ، وحَراماً . فغلّب التحريمُ . ولأن الصفقة إذا لم يُمكن تصحيحُها فى جميع المَعْقُودِ عليه بَطَلَتْ فى الكلّ ، كالجمع بين الأختين ، وبيع درهم بدرهمين .

ولنا : أن كلّ واحد منهما له حكمٌ لو كان منفرداً . فإذا جمع بينهما ثبت لكلّ واحد منهما حُكمه ،

كما وباع شِقْصًا وسَيْفاً . ولأن ما يجوز له بيعُه قد صدر فيه البيعُ من أهله فى محلّه بشَرْطه ، فصحّ ، كما لو انفرد . ولأن البيعَ سببٌ اقتضى الحُـكمَ فى محلّين، وامتنع حـكمُهُ فى أحد المحلين ، لنَبوته عن قبوله . فيصحّ فى الآخَرِ ، كما لو أوصى بشيءٍ لآدميّ ، وبَهيمَةٍ ، وأمّا الدرهمان ، والأُختانِ فليس واحدٌ منهما أولى بالفساد من الآخر . فلذلك فسد فيهما . وههنا بخلافه .

القسم الثالث : أن يكون المبيعان معلومَيْن ممّا لا ينقسمُ عليهما الثمنُ بالأجْـزاء . كعبد ، وحُرّ ، وخَلّ ، وخَمْرٍ ، وعبده ، وعَبْدِ غيرهِ ، وعبدٍ حَاضِرٍ ، وآبِقٍ . فهذا يَبْطُل البيعُ فيما لا يصحّ بيعُه . وفى الآخر روايتان . نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عَبْدين فوجد أحدهما حُرًّا رجع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوّج امرأةً على عبدين ، فوجد أحدهما حُرًّا ، فلها قيمةُ العبدين . فأبطل الصدَّاق فيهما جميعاً ، وللشافعيّ قولان كالروايتين . وأبطل مالكٌ العقدَ فيهما ، إلاَّ أن يبيع مِلْـكَهُ ، وملكَ غيره . فيصحّ فى مِلْـكه . ويقفُ فى ملك غيره على الإجازة ، ونحوُه قول أبى حنيفة . فإنه قال : إن كان أحدُهما لا يصحّ بيعُه بنصٍّ ، أو إجماعٍ ، كالحرّ والخمر ، لم يصحّ العقدُ فيهما . وإن لم يثبت بذلك ، كمِلْـكه وملكِ غيره ، صحّ فيما يملِـكه ، لأنّ ما اختُلِف فيه يُمـكن أن يَلْحَقُه حكمُ الإجازة ، بحـكم حاكمٍ بصحة بَيْـعِه . وقال أبو ثور : لا يصحّ بيعُه لما تقدّم فى القسم الثانى . ولأن الثمن مجهول . لأنه إنما يَتَبَيّن بالتقسيط للثمن على القيمة ، وذلك مجهولٌ فى الحال . فلم يصح البيعُ به ، كما لو قال : بعتُك هذه السلعةَ برقمها ، أو بحِصَّةٍ من رأس المال . ولأنه لو صرّح به فقال : بعتُكَ هذا بقسطه من الثمن لم يصحّ . فـكذلك إذا لم يُصرّح ، وقال مَنْ نَصَر الرواية الأولى : إنه متى سَمَّى ثمناً فى مَبيع يَسْقُط بعْضُه لا يوجب ذلك جَهَالةً تمنعُ الصِّحّةَ ، كما لو وَجدَ بعض المبيع مَعيباً ، فأخذ أَرْشَه ، والقولُ بالفساد فى هذا القسم إن شاء الله أظهرُ . والحـكم فى الرهن ، والهِبةِ ، وسائر العقود إذا جمعَتْ ما يجوزُ ، وما لا يجوزُ ، كالحُـكمِ فى البيع ، إلاَّ أنّ الظاهرَ فيها الصحّة . لأنها ليست عقودَ معاوَضةٍ . فلا تُوجد جَهالةُ العِوَض فيها .

٣١٠٢ (فصل) وإن وقع العقدُ على مَـكيلٍ ، أو موزونٍ فتلف بعضُـه قبلَ قبضه ، لم يَنفَسِـخْ العقدُ فى الباقى . روايةً واحدةً . ويأخُـذ المشترى الباقىَ بحِصَّتِهِ من الثمن . لأنّ العقدَ وقع صحيحاً ، فذهابُ بعضِـه لاَ يَفْسَخُه ، كما بَعْدَ القبض ، وكما لو وَجد أحدَ المبيعَيْن مَعيباً فردَّه ، أو أقال أحـدُ المتبايعين الآخرَ فى بَعْض المَبيع .

٣١٠٣ (فصل) وإن كان لرجلين عبدان ، لـكلّ واحدٍ عبدٌ ، فباعاهما صَفْقَةً واحدةً بثمن واحدٍ ، أو وكّل أحدُهما صاحبَه فباعهما بثمن واحدٍ . ففيه وجهان :

أحدهما : يصحّ فيهما . ويتقسّط العِوَضُ على قدر قيمتهما ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، وأحـدُ

قولى الشافعىّ . لأن جُملَة الثمن معلومة . فصحّ ، كما لو كانا لرجلٍ واحدٍ ، وكما لو باعا عبداً واحداً لهما ، أو قفيزَيْنِ من صُبْرَةٍ واحدةٍ .

والثانى : لا يصحّ . لأنّ كلّ واحد منهما مَبِيعٌ بقِسْطه من الثمن . وهو مجهولٌ على ما قدمنا . وفارق ما إذا كانا لرجلٍ واحدٍ . فإن جُملة المبيع مقابَلةٌ بجُمْلةِ الثمن ، من غير تقسيطٍ ، والعبدُ المشتَرك ، والقفيزان ينقسم الثمنُ عليهما بالأجزاء ، فلا جَهالةَ فيه .

٣١٠٤ (فصل) ومتى حكمنا بالصحّة فى تفريق الصفقة ، وكان المشترى عالماً بالحال فلا خيارَ له . لأنه دخلَ على بَصِيرةٍ . وإن لم يعلم ، مثلُ أن اشترى عبداً يظنّه كلَّهُ للبائع ، فبان أنّه لا يملكُ إلاّ نصْفَهُ ، أو عبدين فتبيّن أنّه لا يملكُ إلاّ أحدهما . فله الخيارُ بين الفسخ ، والإمساك . لأنّ الصفقة تبعَّضَتْ عليه . وأما البائع فلا خيارَ له . لأنّه رضى بزوال مِلْكه عمّا يجوزُ بيعُه بقِسْطِه . ولو وقع العقدُ على شيئين يُفْتَقَرُ إلى القبض فيهما ، فتلف أحدُهما قبل قبضِه ، فقال القاضى : المشترى الخيارُ بين إمساك الباقى بحِصّته ، وبين الفسخ . لأن حكم ما قبل القبض فى كون المبيع من ضمان البائع ، حكمُ ما قبلَ العقد . بدليل أنه لو تعيَّبَ قبل قبضه لملك المشترى الفسخَ به .

٣١٠٥ « مسألة » قال ﴿ ويتّجر الوصىُّ بمال اليتيم . ولا ضمانَ عليه . والربحُ كلُّه لليتيم . فإن أعطاه لمن يُضارب له به فللمُضارب من الربح ما وافقه الوصىُّ عليه ﴾ .

وجملته : أن لوليّ اليتيم أن يُضاربَ بماله ، وأن يَدْفَعَه إلى من يُضارِبُ له به ، ويَجْعَلَ له نصيباً من الربح ، أبًا كان ، أو وَصِيًّا ، أو حاكماً ، أو أمينَ حاكمٍ . وهو أولى من تركه . وممّن رأى ذلك : ابن عمر ، والنخَعِىّ ، والحسنُ بن صالح ، ومالكٌ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى . ويروى إباحةَ التّجارة به عن عمر ، وعائشةَ ، والضحّاك ، ولا نعلم أحداً كرهه ، إلا ما رُوى عن الحسن . ولعلّه أراد اجتناب المُخاطَرةِ به . ولأنّ خَزْنَهُ أحْفَظُ له ، والذى عليه الجمهُور أولى . لما رَوى عبدُ الله بن عمرو بن العاص : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَنْ وَلِيَ يَتِيماً لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهُ ، وَلاَ يَتْرُكْهُ حَتّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ » ورُوى ذلك عن عمر بن الخطّاب رضى الله عنه ، وهو أصحّ من المرفوع . ولأنّ ذلك أحظُّ المُولَّى عليهِ ، لتكون نفقتُه من فاضِلهِ ، وربْحه ، كما يفعلُه البالغون فى أموالهم وأموال منَ يعزّ عليهم من أولادهم إلاّ أنّه لا يتّجِرُ إلاّ فى المواضع الآمِنةِ . ولا يدفعُه إلا لأمينٍ ، ولا يُغرِّرُ بماله . وقد رُوى عن عائشه رضى اللهُ عنها « أنّهَا أبْضَعَتْ[1] مَالَ مُحَمّدِ بن أبى بَكْرٍ فِى الْبَحْرِ » فيَحتمِلُ

(١) أبضعت مال محمد بن أبى بكر : جعلته بضاعة فى البحر أى سمحت بالمتاجرة فى ماله فى بضاعة بطريق البحر .

أنّه كان في موضع مأمون ، قريبٍ من الساحلِ . ويحتمِلُ أنّها جَعَلَتهُ من ضمانِه عَلَيْها ، إنْ هلك غَرِمَتْهَ . فمتى اتّجر في المال بنفسه فالربحُ كلُّه لليتيم . وأجاز الحسنُ بن صالح ، وإسحاقُ أن يأخذه الوصيُّ مُضارَبةً لنفسِهِ . لأنّه جاز أن يدفعه بذلك إلى غيره . فجاز أن يأخُذَ ذلك لنفسه . والصحيح ما قلنا . لأن الربحَ نماء مالِ اليتيمِ . فلا يستحِقّه غيرُه إلاّ بعَقْدٍ . ولا يجوز أن يَعقِد الوليُّ المُضارَبَةَ معَ نَفْسِهِ . فأمّا إنْ دَفَعَهُ إلى غيره فللمُضارِبِ مَا جَعَلَهُ لَهُ الوليّ ، ووافقه عليه ، أي اتفقا عليه في قولهم جميعاً . لأن الوصيَّ نائبٌ عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحتُه فصار تصرُّفه فيه كتصرّف المالك في ماله .

٣١٠٦ (فصل) ويجوز لوليّ اليتيم إبْضَاعُ مالِهِ . ومعناه : دَفْعُه إلى مَنْ يتَّجرُ به ، والربْحُ كلُّه لليتيم ، وقد رُوِي عن عائشةَ رضيَ الله عنها « أنها أبضَعَتْ مَال مُحَمّد ابنِ أبي بَكْرٍ » ولأنَّه إذا جاز دفعُه بجُزْءٍ من ربحه ، فدفعُه إلى من يُوفّر الربحَ أولى . ويجوز أن يشتري له العقارَ لأنّه مصلحةٌ له. فإنّه يحصُل منه الفضلُ ، ويبقى الأصلُ ، والغَرَرُ فيه أقلّ من التّجارة . لأنّ أصلَه محفوظ . ويجوزُ أن يبنيَ لهُ عقاراً . لأنه في معنى الشّراء ، إلاّ أن يكون الشراء أحظ ، وهو ممكن . فيتعيّن تقديمُه . وإذا أراد البناء بناهُ بما يرى الحظّ في البناء به . وقال أصحابنا : يبنيه بالآجُرّ ، والطّين . ولا يبنى باللّبن . لأنّه إذا هُدِمَ لا مرجُوعَ له ، ولا بجصّ ، لأنّه يلتصقُ بالآجُرّ ، فلا يتخلّصَ منه . فإذا هُدِم فسد الآجرّ . لأنّ تخليصه منهُ يفضى إلى كَسْره ، وهذا مذهبُ الشافعيّ . والذى قلناه أولى إن شاء الله تعالى . فإنه إذا كان الحظّ له في البناء بغيره ، فتركه ، ضيعَ حظّه ومالَه . ولا يجوز تضييعَ الحظ العاجل ، وتحمّل الضرر الناجز المتيقّن لتوهمّ مصلحةٍ ببقاء الآجرّ عند هَدْم البناء . ولعلّ ذلك لا يكونُ في حياته ، ولا يحتاجُ إليه ، مع أن كثيراً من البُلدان لا يوجد فيها الآجرّ ، وكثير منها لم تجر عادتُهم بالبناء به . فلو كُلِّفوا البناء به لا حتاجوا إلى غَرامَةٍ كثيرةٍ لا يحصُل منها طائلٌ . وقول أصحابنا يختص مَنْ عادتُهمُ البناء بالآجُرّ ، كالعراق ، ونحوها . فلا يصح في حقّ غيرهم .

٣١٠٧ (فصل) ولا يجوز بيعُ عقاره لغير حاجةٍ . لأننا نأمرُه بالشراء ، لما فيه من الحظّ . فيكون بيعُه تَفْويتاً للحظّ . فإن احتِيج إلى بيعه جاز . نقل أبو داود عن أحمد : يجوزُ للوصيّ بيعُ الدُّور على الصِّغارِ ، إذا كان نَظَراً لهم . وبه قال الثوريّ ، والشافعيّ ، وأصحابُ الرأي ، وإسحاق . قالوا : يبيعَ إذا رأى الصلاحَ . قال القاضي : لا يجوز إلاّ في موضعين .

أحدها : أن يكون به ضرورةٌ إلى كُسْوةٍ ، أو نَفَقَةٍ ، أو قضاء دين ، أو ما لابدّ منه ، وليس له ما تندفعُ به حاجتُه .

الثانى : أن يكون فى بَيْعِهِ غِبْطةٌ . وهو أن يُدْفعَ فيه زيادةٌ كثيرةٌ على ثمن المثل . قال أبو الخطّاب : كالثلث ، ونحوه ، أو يُخاف عليه الهلاكُ بغَرَقٍ أو خَرابٍ . أو نحوه . وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وكلامُ أحمد يقتضى إباحةَ البيع فى كلّ موضع يكون نظراً لهم . ولا يختصّ بما ذكروه . وقد يرى الولىُّ الحظَّ فى غير هذا ، مثلُ أن يكون فى مكان لا يُنْتَفَعُ به ، أو نَفْعُهُ قليلٌ ، فيبيعهُ ، ويَشْترى له فى مكان يكثرُ نفعهُ ، أو يرَى شيئاً فى شرائه غِبْطَةٌ ، ولا يمكنهُ شراؤه إلاّ ببَيْعِ عقارِه . وقد تكون دارهُ فى مكان يتضرَّرُ الغلامُ بالمُقام فيها ، لسوء الجوار ، أو غيره ، فيبيعُها ويشترى له بثمنها داراً يصلُح له المُقام بها ، وأشباه هذا ممّا لا ينحصر . وقد لا يكون له حظٌّ فى بيع عقاره ، وإن دفع فيه مِثْلاَ ثمَنِه ، إمّا لحاجته إليه ، وإمّا لأنّه لا يمكن صرفُ ثمنه فى مثله ، فيضيعُ الثمن ، ولا يُبارَك فيه . فقد جاء عن النبىِّ صلىّ الله عليه وسلم « مَنْ بَاعَ دَاراً أَوْ عَقَاراً ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ[1] » فلا يجوزُ بيعُه إذاً . فلا معنى لتقييده بما ذكروه فى الجواز ، ولا فى المنع . بل متى كان بيعُه أحظّ له جاز بيعُه وإلا فلا .

٣١٠٨ (فصل) ويجوز لولىّ اليتيم كتابةُ رقيق اليتيم ، وإعتاقهُ على مالٍ ، إذا كان الحظّ فيه ، مثلُ أن تكون قيمتُه ألفاً فيكاتبه بألفين ، أو يُعتقُه بألفين . فإن لم يكن فيها حظٌّ لم يصحّ . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يجوزُ إعتاقهُ . لأن الإعتاق بمالٍ تعليقٌ له على شرط . فلم يملكه ، ولىُّ اليتيم كالتعليق على دخول الدار . وقال الشافعىّ : لا تجوز كتابتهُ ، ولا إعتاقُه ، لأنّ المقصود منها العتقُ دون المعاوَضةِ . فلم يجُز ، كالإعتاق بغير عِوَضٍ .

ولنا : أنها معاوضة لليتيم فيها حظّ ، فملكها وليُّه ، كبيعه . ولا عبرةَ بنفع العبد ، ولا يضرّه كونه تعليقاً . فإنَّه إذا حصل الحظّ لليتيم لا يضرّه نفعُ غيره ، ولا كونُ العتق حصل بالتعليق . وفارق ما قاسُوا عليه . فإنه لا نفع فيه ، فمنع منه ، لعدَم الحظّ ، وانتفاء المقتضى ، لا لما ذكروه . ولو قُدِّر أن يكون فى العتق بغير مالٍ نفعٌ كان نادراً . ويتوجّه أن يصحّ . قال أبو بكر : يتوجه العتقُ بغير عِوَض للحظّ ، مثلُ أن يكون لليتيم جاريةٌ وابنتُها يساويان مائةً مُجتمعَيْن ، ولو أفردَتْ إحداهما ساوتْ مائتين . ولا يمكنُ إفرادها بالبيع ، فيُعتقُ الأخرى لتكثُرَ قيمةُ الباقية ، فتصيرَ ضعفَ قيمتِها .

٣١٠٩ (فصل) قال أحمد : ويجوز للوصىّ أن يشترىَ لليتيم أُضْحِيَةً ، إذا كان له مالٌ ، يعنى مالاً كثيراً ، لا يتضرّر بشراء الأُضحية . فيكون ذلك على وجه التوسعة فى النفقة فى هذا اليوم الذى

---

(١) ينبغى تقييد عدم البركة بما إذا لم يكن محتاجاً إليه فى شىء غير العقار ، كسداد دين ، أو نفقه ، أو تجارة رابحة مضمونة الربح أو فيها مصلحة للمسلمين ، كجلب الطعام والكسوة لهم أو نحو لك . وهذا الحديث رواه ابن ماجة والحافظ الضياء عن حذيفة وهو حديث صحيح .

هو عيد ، ويومُ فرح ، وفيه جَبْرُ قلبه ، وتطييبه ، وإلحاقهُ بمَنْ له أب ، فينُزّل منزلةَ الثيّاب الحَسَنةِ ، وشراء اللحم ، سِيّماَ مع استحباب التوسعة فى هذا اليوم ، وَجَرْيِ العادةِ بها ، بدليل قول النبيّ صلىّ الله عليه وسلم « إنّها أيّامُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ ، وذكرِ للهِ عَزَّ وَجَلّ » رواه مسلم . ومتى كان خلطُ مال اليتيم أرفقَ به ، وألينَ فى الخبز ، وأمكن فى حصول الأُدْم ، فهو أولى . وإن كان إفرادُه أرفقَ به أفرده . لقوله تعالى (٢ : ٢٢ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ، وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ ، وَاللهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ . وَلَوْ شَاءَ اللهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) أى ضيّق عليكم وشدّد ، من قولهم : أعْنَتَ فلانٌ فلاناً إذا ضيَّقَ عليه وشدّد . وَعَنِتَتِ الرِّجْلُ إِذَا ضَلَعَتْ[1] . ويجوز للوصىّ تركُ الصبىّ فى المكتب بغير إذنِ الحاكم . وحُكى لأحمد قولُ سُفيان : لا يُسَلِّم الوصىُّ الصبىَّ إلا بإذن الحاكم . فأنكر ذلك . وذلك لأن المكتب من مَصالحه . فجرى مجرى نفقته . لمأكوله ، ومشروبه ، وملبوسه . وكذلك يجوز له إسلامُه فى صناعة إذا كانت مصلحته فى ذلك ، لما ذكرناه .

٣١١٠ (فصل) وإذا كان الولىّ مُوسراً . فلا يأكل من مال اليتيم شيئاً ، إذا لم يكن أباً ، لقوله تعالى (٤ : ٦ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) وإن كان فقيراً فله أقلّ الأمرين : من أجْرته ، أو قدرِ كفايته . لأنه يستحقّه بالعمل ، والحاجة جميعاً . فلم يجُز أن يأخذ إلاّ ما وُجِدَا فيه . فإذا أكل منه ذلك القدر ، ثم أيسر ، فإن كان أباً لم يلزمْهُ عِوَضُه . روايةً واحدةً . لأنّ للأب أن يأخذَ من مال ولده ما شاء ، مع الحاجة وعدمها . وإن كان غيرَ الأب فهل يلزمُه عوضُ ذلك ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يلزمُه . وهو قول الحسن والنخَعِىّ . وأحدُ قولى الشافعىّ . لأنّ الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكرِ عِوَض . فأشبه سائرَ ما أُمِر بأكله . ولأنه عوض من عمله ، فلم يلزمُه بدَلُه ، كالأجير والمُضارب .

والثانية : يلزمُه عوضُه ، وهو قول عَبِيدَة السَّلْمانِىّ ، وعطاء ، ومُجاهد ، وسعيد بن جُبَير ، وأبى العالية . لأنه استباحَه بالحاجة من مال غيره . فلزمه قضاؤُه كالمضطرّ إلى طعامِ غيره . والأوّل أصحّ. لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجباً فى الذمّة قبل اليسار . فإنّ اليسار ليس بسببٍ للوجوب ، فإذا لم يجب بالسبب الذى هو الأكلُ لم يجب بعدَه . وفارق المضطرّ . فإن العِوَض واجبٌ عليه فى ذمّته ، ولأنه لم يأكلْهُ عِوضاً عن شيء ، وهذا بخلافه .

٣١١١ (فصل) فأما قرضُ مال اليتيم : فإذا لم يكن فيه حظٌّ له لم يجُز قرضُه ، فمتى أمكن الولىّ التجارةُ به ، أو تحصيل عَقارٍ له فيه الحظّ لم يُقْرِضْهُ . لأنّ ذلك يُفوّت الحظّ على اليتيم . وإن لم يمكن

---

(١) عنتت : بفتح العين وكسر النون ، وضلعت مثلها ، ومعنى ضلعت اعوجت .

وقد ذكرناها فيما مضى . وأما غير المميِّز فلا يصحُّ تصرُّفه ، وإن أذن له الوليُّ فيه ، إلاَّ فى الشىء اليسير ، كما رُوى عن أبى الدرداء « أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ صَبِيٍّ عُصْفُوراً فَأَرْسَلَهُ » ذكره ابن أبى موسى .

٣١١٦ « مسألة » قال ﴿ وما استدان العبد فهو فى رقبته ، يفديه سيّده ، أو يُسلمه ، فإن جاوز ما استدان قيمتَه ، لم يكن على سيّده أكثرُ من قيمته ، إلاَّ أن يكون مأذوناً له فى التجارة . فيلزم مولاه جميعَ ما استدان ﴾ .

فى هذه المسألة أربعة فصول :

أحدها : فى استدانة العبد ، يعنى أخذه بالدين . يقال : ادَّانَ ، واستدان ، وتديَّن : قال الشاعر :

يُؤَنِّبُنِي فِي الدَّيْنِ قَوْمِي ، وَإِنَّمَا ... تَدَيَّنْتُ فِيمَا سَوْفَ يَكْسِبُهُمْ حَمْدَا

والعبيدُ قسمان : محجور عليه . فما لزمه من الدَّين بغير رضى سيّده ، مثلُ أن يقترض ، أو يشترى شيئاً فى ذمَّته . ففيه روايتان .

إحداهما : يتعلَّق برقبته . اختارها الخِرَقىّ ، وأبو بكر . لأنه دين لزمه بغير إذن سيِّده. فتعلَّق برقبته ، كأرش جنايته .

والثانية : يتعلَّق بذمَّته ، يتبعُه الغريمُ به ، إذا أعتق ، وأيسرَ . وهذا مذهب الشافعىِّ . لأنَّه متصرّف فى ذمَّته بغير إذن سيّده . فتعلَّق بذمَّته ، كعوض الخُلْع من الأمة ، وكالحرّ .

القسم الثانى : المأذون له فى التصرّف ، أو فى الاستدانة ، فما يلزمُه من الدين : هل يتعلَّق بذمَّة السيّد أو برقبته ؟ على روايتين ، وقال مالك ، والشافعىّ : إن كان فى يده مالٌ قُضِيت ديونهُ منه ، وإن لم يكن فى يده شىء تعلَّق بذمَّته ، يتبع به إذا عَتَق وأيسر . لأنه دينٌ ثبت برِضَى مَنْ له الدين . أشبه غير المأذون له . فوجب أن لا يتعلَّق برقبته . كما لو استقرض بغير إذن سيّده ، وقال أبو حنيفة : يُباع إذا طالبَ الغُرَمَاء بِبَيْعِهِ . وهذا معناه : أنه تعلَّق برقبته . لأنه دينٌ ثبتَ برِضَى مَنْ له الدين ، فيباعُ فيه ، كما لو رهنه .

ولنا : أنّه إذا أذن له فى التجارة ، فقد أغرى الناس بمُعاملته ، وأذن فيها ، فصار ضامناً . كما لو قال لهم : دايِنُوه ، أو أذن فى استدانة تَزيدُ على قيمته . ولا فرق بين الدين الذى لزمه فى التجارة المأذون فيها ، أو فيما لم يُؤْذَن فيه ، مثلُ أنْ أذِنَ له فى التجارة فى البرّ فاتَّجر فى غيره . فإنه لا يَنفكُّ عن التغرير . إذ يَظنُّ الناسُ أنّه مأذون له فى ذلك أيضاً .

الفصل الثانى : فيما لزمه من الدين من أُرُوش جِنَايَاتِهِ ، أو قِيَمِ مُتْلَفَاتِهِ . فهذا يتعلَّق برقبة العبد على كلّ حال ، مأذوناً أو غيرَ مأذون . روايةً واحدةً . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعىُّ ، وكلُّ ما يتعلَّق

ولأنه يُقبل قولُه فى عدم التفريط فيما تصرّف فيه من غير العَقار . فيقبَل قولُه فى العقار ، كالأب . وإذا بلغ الصبىُّ فادّعى أنّه لا حظّ له فى البيع لم يُقبلْ إلاّ ببيِّنةٍ . فإن لم تكن بيِّنة ، فالقولُ قولُ الولىّ مع يمينه . وإن قال الولىّ : أنفقت عليك منذُ ثلاثِ سنينَ ، وقال الغلامُ ما مات أبى إلاّ منذُ سنتين فالقولُ قول الغلام . ذكره القاضى : لأن الأصلَ حياةُ والده ، واختلافُهما فى أمرٍ ليس الوصىُّ أميناً فيه ، فكان القولُ قولَ من يُوافق قولُه الأصلَ .

٣١١٤ (فصل) قال أحمد : يجوز للوصىّ البيعُ على الغائب البالغ ، إذا كان من طريق النظر . وقال أصحابُنا : يجوز للوصىّ البيعُ على الصغار ، والكبار ، إذا كانت حقوقُهم مشتركةً فى عَقارٍ فى قسمه إضرارٌ ، وبالصغار حاجةٌ إلى البيع ، إما لقضاء دين ، أو مُؤْنةٍ لهم . وقال أبو حنيفة ، وابن أبى ليلى : يجوز البيعُ على الصغار ، والكبار ، فيما لا بدّ منه . ولعلّهما أرادا هذه الصورة .لأن فى ذلك نظراً للصغار ، واحتياطاً للميّت فى قضاء دَيْنه . وقال الشافعىّ : لا يصحّ بيعُه على الكبار . لأنه تصرّف فى مال غيره من غير وَكالةٍ . ولا ولايةٍ . فلم يصحّ ، كبيع ماله المُفْرَزِ ، أو ما لا تضرّ قسمتُه . وهذا هو الصحيح ، وما ذكروه لا أصل له يقاسُ عليه . ويعارضُه أنّ فيه ضرراً على الكبار ببيع ما لهم بغير إذنهم . ولأنّه لا يجوز له بيعُ غير العقار . فلم يجُز له بيعُ العقار ، كالأجنبىّ .

٣١١٥ (فصل) ويصحّ تصرّف الصبىّ المميّز بالبيع ، والشراء ، فيما أذن له الولىُّ فيه ، فى إحدى الروايتين . وهو قولُ أبى حنيفة .

والثانية : لا يصحّ حتى يبلُغ . وهو قول الشافعىّ . لأنّه غيرُ مُكلَّف ، أشبه غير المُميّز ، ولأنّ العقل لا يمكنُ الوقوفُ منه على الحدّ الذى يَصلُح به التصرّف ، لخفائه ، وتزايده تزايداً خَفِىّ التدريج. فجعل الشارعُ له ضابطا ، وهو البُلوغُ . فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجُود المَظِنَّةِ .

ولنا قول الله تعالى (٤ : ٦ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً ، فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ومعناه : اختبروهم ، لتعلموا رُشْدَهم . وإنما يتحقّق اختبارهم بتفويض التصرّف إليهم ، من البيع ، والشراء ، وليُعلَمَ هل يُغبَنُ أولا . ولأنّه عاقلٌ مميّز ، محجور عليه ، فصحّ تصرّفه بإذن وليّه ، كالعَبْد ، وفارق غير المميّز ، فإنّه لا تحصُل المصلحةُ بتصرّفه ، لعدم تمييزه ، ومعرفته ، ولا حاجة إلى اختباره . لأنّه قد علم حاله . وقولهم « إنَّ العَقْلَ لاَ يُمْكِنُ الاطِّلاَعُ عَلَيْهِ » قلنا : يُعلم ذلك بآثاره ، وجريان تصرّفاته على وَفْق المَصلحة ، كما يُعلم فى حقّ البالغ . فإن معرفة رُشده شرطُ دَفْع ماله إليه ، وصحّةِ تصرّفه ، كذا ههنا . فأمّا إن تصرّف بغير إذن وليّه لم يصحّ تصرّفُه ، ويحتمل أن يصحّ ، ويقف على إجازةِ الولىِّ . وهو قولُ أبى حنيفة ، ومبنى ذلك : على ما إذا تصرّف فى مالِ غيره بغير إذنه .

وأما العبد المأذون له : فيصحُّ تصرّفه فى قَدْر ما أُذِن له فيه . لا نعلم فيه خلافاً . ولا يصحُّ فيما زاد . نصّ عليه أحمد . وبه قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : إذا أُذِنَ له فى نوعٍ انفكَّ الحجْرُ عنه . وجاز له التصرّف مُطلقاً . لأنّ الحجْرَ لا يتجزّأ . فإذا زال بعضُه زال كلّه .

ولنا : أنه متصرّف بالإذن . فاختصّ تصرّفه بمحلّ الإذن ، كالوكيل . وقولهم : إن الحجر لا يتجزّأ . لا يصحُّ . فإنّه لو صرّح بالإذن له فى بيع عين ، ونَهْيِهِ عن أخرى صحّ . وكذلك فى الشراء ، كالوكيل ، وإن أذن له السيِّد فى ضمانٍ ، أو كَفَالةٍ ففعل ، صحّ ، وهل يتعلّق بذمّة السيّد ، أو رقبة العبد ؟ على وجهين ، وإن رأى السيِّد عبدَه يتَّجِرُ فلم يَنْهَــهُ لم يَصِرْ بذلك مأذوناً لَهُ .

الفصل الرابع : فى تصرّفاته ، إن كان مأذوناً له فى التجارة ، قبل إقراره فى قدر ما أُذِنَ له ، ولم يقبل فيما زاد . ولا يقبل إقرارُ غير المأذون له بالمال . فإن أقرّ بعينٍ فى يده ، أو دَيْنٍ يتعلّق برقبته ، لم يُقْبَلْ على سيّده ، لأنه يقرّ بحقّ على غيره ، فلم يقبل ، كما لو أقرّ أن سيّده باعه . ويثبُت ذلك فى ذمّته يُتَّبَعُ به بعدَ العِتْق ، وإن أقرّ بجنايته استوى فى ذلك المأذونُ له وغيرُه . وينقسم ذلك أقساماً أربعة :

أحدها : جنايةٌ موجَبُها المـالُ ، كإتلافه ، أو جنايةُ خطأ أو شِبْهِ عَمْدٍ ، أو جِنَايَةُ عَمْدٍ ، فيما لاقصاصَ فيه ، كالجائفة ، ونحوها ، فلا يقْبلُ إقرارُه بها ، لأنه إقرارٌ بالمال ، فلم يُقبل ، كما لو أقرّ بدراهم ، أو دنانير .

القسم الثانى : جِنَايةٌ موجَبُها حدٌّ سوَى السّرقة ، أو قصاصٌ فيما دون النفس ، فيُقْبَلُ إقرارُه بذلك . وبه قال أبو حنيفه ومالك ، والشافعىّ . وقال زُفر ، وداود ، والمزَنِيّ ، وجرير : لا يُقبل . لأنه يسقُط به حقّ السيّد . فلا يُقبل ، كالإقرار بجنايةِ الخطأ .

ولنا : مارُوى عن علىّ رضى الله عنه « أَنَّهُ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ بإقْرارِه بِالسّرِقَةِ ، وَجَلَدَ عَبْداً أقرّ عِنْدَهُ بالزّنَا نِصْفَ الحَدِّ » ولا مخالف له فى الصحابة . فكان إجماعاً ولأنّ ما لا يُقبل إقرارُ السيّد فيه على العبد يقبلُ فيه إقرارُ العبد كالطّلاق . ولأن العبد غَير مُتهم فيه . لأنّ ضرره به أخَصُّ . وهو بألمه أمَسُّ . فقُبل إقرارُه ، كما لو أقرّت به الزوجةُ . وخرج على هذين المعنيين جنايةُ الخطأ . فإنّ إقرارَ السيّد بها مقبولٌ ، ولا يتضرّر العبدُ بها .

القسم الثالث : إقرارُه بالسرقة يُقبل فى الحدّ فيُقطعُ ، ولا يُقبل فى المال ، سواء كانت العينُ تالفةً ، أو باقيةً فى يد السيّد ، أو فى يد العبد ، وبهذا قال الشافعىّ ، ويحتمل أن لا يُقطع إذا أقرّ بسرقة عين موجودةٍ فى يده . وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن العين محكومٌ بها لسيّده . فلا يقطع بسرقة عين لسيّده .

برقبته فإنّ السيّد يتخيّر بين تسليمه للبيع ، وبين فِدَائِه ، فإن سَلّمه فبِيعَ ، وكان ثمنُه أقلّ من أرش جنايته ، فليس للمجنيّ عليه إلاّ ذلك . لأن العبد هو الجاني . فلا يجبُ على غيره شيء . وإن كان ثمنُه أكثرَ فالفضلُ لسيّده . وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد : أن السيّد لا يرجعُ بالفضل . ولعلّه يذهبُ إلى أنّه دفعه إليه عِوَضاً عن الجناية . فلم يبقَ لسيّده فيه شيء ، كما لو مَلّكه إيّاه عِوَضاً عن الجناية . وهذا ليس بصحيح . فإن المجنيّ عليه لا يستحقّ أكثرَ من قدر أرْش الجناية عليه ، كما لو جنى عليه حرّ ، والجاني لا يجبُ عليه أكثرُ من قدر جنايته . ولأنّ الحقّ تعلّق بعينه . فكان الفضلُ من ثمنه لسيّده ، كالرهن. ولا يصحّ قولُهم : إنّه دفعه عِوَضاً . لأنه لو كان عوضاً لملكه المجنيُّ عليه ، ولم يُبَعْ في الجناية . وإنما دفعه ليُباع ، فيؤخَذَ منه عوضُ الجناية ، ويُردّ إليه الباقي ، ولذلك لو أتلف درهماً ، لم يبطُل حقّ سيده منه بذلك ، لعَجْزه عن أداء الدرهم من غير ثمنه . وإن اختار السيّد فداءه ، لزمه أقلُّ الأمرين : من قيمته ، أو أرْشِ جِنَايتهِ . لأنّ أرش الجناية إن كان أكثرَ فلا يتعلّق بغير العبد الجاني ، لعدم الجناية من غيره . وإنما تجب قيمته ، وإن كان أقلّ ، فلم يجب بالجناية إلاّ هُوَ . وعن أحمد روايةٌ أخرى : أنّه يلزمُه أرش جنايته ، بالغاً ما بلَغَ . لأنّه يجوزُ أن يرغب فيه راغبٌ ، فيشتريَه بأكثرَ من ثمنه . فإذا منع بيعه لزمه جميعُ الأرْش ، لتفويته ذلك . وللشافعيّ قولان كالروايتين .

الفصل الثالث : في تصرّفاته . أما غيرُ المأذون : فلا يصحّ بيعُه ، ولا شراؤه بعين المال. لأنه تصرّف من المحجور فيما حُجِرَ عليه فيه . فأشبه المُفلِس . ولأنه تصرّف في ملك غيره بغير إذنه . فهو كتصرّف الفضوليّ . ويتخرّج أن يصحّ ويقف على إجازة السيّد كذلك . وأمّا شراؤه بثمنٍ في ذمّته ، واقتراضه . فيحتمل أن لا يصحّ . لأنه محجورٌ عليه . أشبه السفيه . ويحتمل أن يصحّ لأن الحَجْر لحقّ غيره . أشبه المُفلس ، والمريض ، ويتفرّع عن هذين الوجهين : أن التصرّف وإن كان فاسداً فللبائع والمقرِضِ أخذُ ماله إن كان باقياً ، سواء كان في يد العبد ، أو السيّد ، وإن كان تالفاً فله قيمتُه ، أو مثلُه ، إن كان مِثليّاً ، فإن تلف في يد السيّد رجع بذلك عليه ، لأن عين ماله تَلِفَ في يده ، وإن شاء كان ذلك مُتعلّقا برقَبة العبد ، لأنه الذي أخذه منه . وإن تلف في يد العبد فالرجوعُ عليه ، وهل يتعلّق برقبته أو ذِمّته ؟ على روايتين . وإن قلنا التصرُّف صحيح ، والمَبِيعُ في يد العبد ، فللبائع فسخُ البيع ، وللمُقرِض الرجوعُ فيما أقرضَ . لأنّه قد تحقّق إعسارُ المشتري ، والمُقترض . فهو أسوأ حالاً من الحُرّ المُعسِر . وإن كان السيّد قد انتزعه من يد العبد مَلَكَهُ بذلك ، وله ذلك . لأنه أخذ من عبده مالاً في يده بحقّ ، فهو كالصيد . فإذا ملكه السيّد كان كهلاكه في يد العبد ، ولا يملك البائعُ والمُقرِض انتزاعَه من السيّد بحالٍ . وإن كان قد تلف استقرّ ثمنُه في رقبة العبد ، أو في ذمّته ، سواء تلف في يد العبد أو السيّد .

ذلك . وكان قرضُه حظًّا لليتيم جاز . قال أحمد : لا يُقرض مالَ اليتيم لأحدٍ يُريد مكافأته ومودّته . ويُقرِض على النظر ، والشفقة ، كما صنع ابن عمر ، وقيل لأحمد : إن عمر استقرض مالَ اليتيم . قال : إنما استقرض نظراً لليتيم ، واحتياطاً إن أصابه بشيء غَرِمه ، قال القاضى : ومعنى الحظّ : أن يكون لليتيم مالٌ فى بلده ، فيُريدُ نقلَه إلى بلدٍ آخرَ ، فيُقرِضُه من رجلٍ فى ذلك البلد ، لِيَقْضِيَه بدَله فى بلده ، يقصدُ بذلك حِفْظَه من الغرَر فى نقله ، أو يَخافُ عليه الهلاكَ من نَهْبٍ ، أو غَرَقٍ ، أو نحوهما ، أو يكونُ مما يتلفُ بتطاوُل مدّته ، أو حديثه خيرٌ من قَديمه كالحنطة ، ونحوها . فيُقرِضه خوفاً أن يَسوس ، أو تنقصَ قيمتُه . وأشباه هذا . فيجوز القرضُ ، لأنه ممّا لليتيم فيه الحظّ ، فجاز كالتجارة به . وإن لم يكن فيه حظّ . وإنما قصد إرْفاقَ المُقترِض ، وقضاء حاجته . فهذا غيرُ جائز . لأنه تبرّع بمالِ اليتيم ، فلم يجُز ، كهبته . وإن أراد الولىُّ السفرَ لم يكن له المسافَرةُ بماله ، وقرضه لثقة أمينٍ أولى من إيداعه ، لأنّ الوديعةَ لا تُضْمَنُ إذا تَلِفَتْ ، فإن لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إيداعُه . لأنه موضعُ حاجةٍ . ولو أودعه مع إمكان قَرْضِه جازَ . ولا ضمانَ عليه . فإنه ربّما رأى الإيداعَ أحظَّ له من القَرْض . فلا يكون مُفرِّطاً وكلّ موضع قلنا : له قرضُه ، فلا يجوز إلا لمليء أمينٍ ، ليأمَن جُحُودَه ، وتعذُّر الإيفاء . وينبغى أن يأخذَ رَهناً إن أمكنه . وإن تعذّر عليه أخذ الرهن جاز تركُه فى ظاهر كلام أحمد . لأنّ الظاهر ممّن يستقرضه من أجل حظّ اليتيم : أنه لا يبذل رهناً . فاشتراط الرهن يفوّت هذا الحظّ . وقال أبو الخطاب : يقرضه إذا أخذ بالقرض رَهْناً ، فظاهر هذا أنه لا يقرضه إلا برَهْن . لأنّ فيه احتياطاً للمال ، وحفظاً له عن الجَحْدِ ، والمَطْلِ . وإن أمكنه أخذ الرّهْن فالأولى له أخذه احتياطاً على المال ، وحفظاً له . فإن تركه احتمل أن يضمن إن ضاع المالُ ، لتفريطه . واحتمل أن لا يضمن ، لأنّ الظاهرَ سلامتُه . وهذا ظاهرُ كلام أحمد . لكونه لم يذكر الرهن .

٣١١٢ (فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصيّ أن يستنيب فيما يتولّى مثلَه بنفسه ، على روايتين. لأنه متصرّف بالإذن فى مال غيره . فأشبه الوكيل ، وقال القاضى : يجوز ذلك للوصيّ . وفى الوكيل روايتان . وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذانُ ، والوصىّ بخلافه .

٣١١٣ (فصل) وإذا ادّعى الولىّ الإنفاقَ على الصبيّ ، أو على ماله ، أو عَقاره بالمعروف من ماله ، أو ادّعى أنّه باع عقّاره لحظّه ، أو بناهُ لمصلحته ، أو أنّه تلفَ قُبِلَ قولُه . وقال أصحاب الشافعىّ : لا يُمضِى الحاكمُ بيع الأمين ، والوصىّ حتى يَثْبُت عنده الحظُّ بِبَيِّنة . ولا يُقبل قولهما فى ذلك . ويُقبل قولُ الأب ، والجدّ .

ولنا : أن من جاز له بيعُ العقار ، وشراؤه لليتيم يجبُ أن يُقبلَ قولُه فى الحظّ ، كالأب ، والجدّ .

ولأنّ المطالبةَ بالمسروق شرطٌ في القطع . وهذه لا يَملك غيرُ السيّد المطالبةَ بها . ولأنّ هذا شُبهةٌ ، والحدودُ تُدْرأ بالشبهاتِ .

ولنا : خبرُ عليّ رضى اللهُ عنه . ولأنّه مُقِرّ بسرقة عين تبلُغ نِصاباً . فوجب قطعهُ ، كما لو أقرّ حرٌّ بسرقة عين في يد غيره . وما ذكروه يَبْطُل بهذه الصُّورة . وإنما لم تُرَدّ العينُ إلى المسروق منه لحقِّ السيّد . وأمّا في حقّ العبد فقد يثْبت المقرّ له . ولهذا لو عتق، وعادت العينُ إلى يده لزمه ردُّها إلى المُقَرّ له.

القسم الرابع : الإقرارُ بما يُوجب القِصَاصَ في النفس . فرُوى عن أحمد : أنه لا يُقبل . وعمُوم قول الخِرَقىّ : إن أقرّ المحجورُ عليه بما يُوجب حَدّاً أو قِصاصاً . أو طلّق زوجتَه ، لزمه ذلك : يَقتضى قبولَ إقراره . وهو قولُ أبي حنيفه ، ومالك ، والشافعيّ لأنَّه أقرَّ بما يوجب قِصاصاً ، فقُبلَ ، كاقراره بقطع اليد ، ولأنّه أحدُ نَوْعَى القِصَاصِ ، فقُبِل إقرارُه به ، كالآخر . ولأنّه لا يقبل إقرارُ سيّده عليه به ، فقُبِل إقرارُه به ، كالحدّ . واحتجّ أصحابُنا بأنّ مقتضَى القياس أن لا يُقبل إقرارُه بالقصاص . أصلاً ، لأنّه إقرارٌ على مال سيّده ، ولأنه مُتّهم . إذ يحتملُ أن يكون عن مُواطأةٍ بينهما ، ليعْفُوَ على مالٍ ، فيستحِقّ رقبةَ العبد . ولذلك لم تحمِل العاقلة اعترافاً . فتركناموجَب القياس لخبر عليّ رضىَ الله عنه ، ففيما عداه يبقى على مُوجَب القياس . ويُفارق القصاصُ في النفس القصاصَ في الطَّرَفِ . لأنَّه قد يحتملُ أنَّه أراد التخلّص من سيّده ، ولو بفوات نفسه . وكلّ موضع حكمنا بقبول إقراره بالقِصاص، فحكمُه حكمُ الثابت بالبيِّنة. فلوليِّ الجنايةِ العَفوُ ، والاستِيفاء ، والعفوُ على مالٍ فإنعفا تَعلّق الأرشُ برقَبةِ العبد ، على مامرّ بيانه .
ويحتملُ أن لا يَملك العفوَ على مالٍ ، لئلا يتّخذ ذلك وسيلةً إلى الإقرار بمالٍ .

٣١١٧ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ الكلب باطلٌ ، وإن كانَ مَعلّماً ﴾

لا يختلفُ المذهبُ في أن بيعَ الكلب باطلٌ ، أيَّ كلبٍ كانَ . وبه قال الحسن ، وربيعةُ ، وحمّاد ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وداود ، وكره أبو هريرة ثمنَ الكلب . ورخّص في ثمن كلب الصيد خاصة جابرُ بنُ عبد الله ، وعطاء ، والنخعيّ . وجوّز أبوحنيفة بيعَ الكلاب كلّها ، وأخذَ ثمنها . وعنه روايةٌ في الكلب العقور . أنّه لايجوزُ بيعُه . واختلَف أصحابُ مالك . فمنهم من قال : لايجوزُ . ومنهم من قال : الكلبُ المأذوُن في إمساكه يجوزُ بيعُه ، ويُكرَهُ . واحتجّ من أجاز بيعه بما رُوى عن جابر « أنَّ النبيَّ صلّى اللهُ عَلَيهِ وسلّم نَهَى عَنْ ثمنِ الكَلْبِ ، والسِّنَّوْرِ، إلاّ كَلْبَ الصَّيْدِ » ولأنّه يباحُ الانتفاع به . ويصحّ نقلُ اليد فيه ، والوصيّة به . فصحّ بيعُه ، كالحمار .

ولنا : مارَوى أبو مسعود الأنصاريّ « أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيهِ وسَلّم نَهَى عَنْ ثمَنِ الْكَلْبِ ، وَمَهْرِ البَغىّ ، وحُلْوانِ الْكاهِنِ » متّفق عليه . وعن رافع بن خُدَيْج قال : قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم « ثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ ، وَمَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ ، وَكَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » متفق عليهما . ورُوى عن ابن عبّاس أنّه قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ ، فَإِنْ جَاءَ يَطْلُبُهُ فَامْلَئوا كَفَّهُ تُرَابًا » رواه أبو داود . ولأنّه حيوانٌ نُهِيَ عن اقتنائه فى غير حال الحاجة إليه . أشبه الخِنْزِيرَ ، أو حيوانٌ نَجِسُ العين . أشبهَ الخِنْزِيرَ . فأمّا حديثهم فقال أحمد : هذا عن الحسن بن أبى جعفر ، وهو ضعيفٌ ، وقال الدارقطنى : الصحيحُ أنه موقوف على جابر . وقال الترمذىّ : لا يصحّ إسنادُ هذا الحديث . وقد رُوى عن أبى هريرة ، ولا يصحُّ أيضاً ، ويحتملُ أنه أراد : ولا كَلْبَ صيدٍ[1] وقد جاءت اللغةُ بمثل ذلك . قال الشاعر .

وَكُلُّ أَخٍ مُفَارِقُهُ أَخُوهُ لَعَمْرُو أَبِيكَ إلا الفَرْقَدَانِ[2]

أى والفرقدان . ثمّ هذا الحديثُ حُجّة على من أباح بيعَ غيرَ كلب الصيد .

٣١١٨ (فصل) ولا تجوزُ إجارتهُ . نصّ عليه أحمد . وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ . وقال بعضُهم : يجوز لأنّها منفعةٌ مباحة . فجازت المعاوضةُ عنها ، كنفع الحمير .

ولنا : أنه حيوان محرّمٌ بيعُه لخبثِه . فحرُمت إجارتُه ، كالخنزير . وقياسهم ينتقض بضِرَابِ الفَحْل . فإنّها منفعةٌ مباحة . ولا يجوزُ إجارتُها . ولأنّ إباحة الانتفاع لم تُبِحْ بَيْعهُ ، فكذلك إجارتهُ . ولأنّ منفعته لا تُضمن فى الغَصْب . فإنّه لو غصبه غاصبٌ مُدّةً لم يلزمه لذلك عِوَضٌ . فلم يجُز أخذُ العِوَض عنها فى الإجارة كنفع الخنزير .

٣١١٩ (فصل) وتصحّ الوصيّة بالكلب الذى يُباح اقتناؤه ، لأنّها نقلٌ لليد فيه من غير عِوَض . وتصحّ هِبَتُه لذلك . وقال القاضى : لا تصحّ . لأنّها تمليكٌ فى الحياة . أشبهت البيعَ . والأولُ أصحُّ . ويُفارق البيعَ . لأنه يُؤخذ عوضُه ، وهو محرّم ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

« مسألة » قال ﴿ ومن قتله وهو مُعلَّم فقد أساء . ولا غُرْمَ عليه ﴾

أما قتلُ المعلَّم فحرامٌ ، وفاعلُه مُسىء ظالم ، وكذلك كلُّ كلب مُباحٍ إمساكُه ، لأنه محلٌّ منتفَع به ، يُباحُ اقتناؤه ، فحرُم إتلافه ، كالشاة ، ولا نعلم فى هذا خلافاً . ولا غُرم على قاتله . وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك ، وعطاء : عليه الغُرْم ، لما ذكرنا فى تحريم إتلافه .

---

(١) نص الحديث (إلا كلب الصيد) فكان الأسلوب الصحيح أن يقول المؤلف (وكلب الصيد) ولا داعى إلى ذكر (لا) لأن الحديث نهى عن كذا وكذا .

(٢) الفرقدان نجمان فى السماء لا يفارق أحدهما صاحبه ما دامت الدنيا موجودة ، ويذهبان معا إذا بدل الله الأرض غير الأرض والسموات غير السموات .

ولنا : أنه مَحَلٌّ يحرُم أخذُ عِوَضه لخُبثه . فلم يجب غُرْمُه بإتلافه كالخنزير ، وإنما يحرُم إتلافه لما فيه من الإضرار . وقد نهى النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عن الضَّرر والإضرار .

٣١٢٠ (فصل) فأمّا قتلُ ما لا يُباح إمساكه ، فإنَّ الكلب الأسودَ البهيمَ يُباحُ قتله ، لأنه شيطانٌ . قال عبد الله بن الصامت : سألتُ أبا ذَرّ فقلت « مَا بَالُ الأَسْوَدِ مِنَ الأَحْمَرِ مِنَ الأَبْيضِ؟ فقال : سَأَلْتُ رَسُولَ اللهِ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم كما سَأَلْتَنِي ، فَقَالَ : الْكَلْبُ الأَسْوَدُ شَيْطَانٌ » رواه مسلم، ورُوى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « لَوْلاَ أَنَّ الكِلاَبَ أُمَّةٌ مِنَ الأُمَمِ لأَمَرْتُ بِقَتْلِهَا. فَاقْتُلُوا مِنْهَا كُلَّ أَسْوَدَ بَهِيمٍ » ويُباح قتل الكلب العَقُور . لما روت عائشةُ رضى الله عنها أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « خَمْسٌ مِنَ الدَّوابِّ كُلُّهُنَّ فَاسِقٌ يُقْتَلْنَ فِي الحِلِّ وَالحَرَمِ : الغُرَابُ ، وَالحِدَأَةُ ، وَالعَقْرَبُ ، وَالفَأْرَةُ ، وَالْكَلْبُ العَقُورُ » متفق عليه ، ويقتل كلّ واحد من هذين وإن كان مُعلَّمًا للخبرين . وعلى قياس الكلب العقور . كلّ ما آذى الناس ، وضرّهم فى أنفسهم ، وأموالهم ، يُباحُ قتلُه . لأنهُ يؤذى بلا نَفْع . أشبه الذئب ، وما لا مَضرَّة فيه لا يُباحُ قتلُه ، لما ذكرنا من الخبر . ورُوى عن النبيِّ صلّى الله عليه وسلم « أَنَّهُ أَمَرَ بِقَتْلِ الكِلاَبِ حَتَّى إنّ المَرْأَةَ تَقْدمُ مِنَ البَادِيَةِ بِكَلْبِهَا فَتقْتُلُهُ . ثُمَّ نَهَى عَنْ قَتْلِهَا ، وقالَ : عَلَيْكُمْ بِالأَسْوِدِ ذِي الطُّفْيَتَيْنِ[1] ، فإنَّهُ شَيْطَانٌ » رواه مسلم .

٣١٢١ (فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلاّ كَلْبِ الصيد ، أو كلب ماشيةٍ ، أو حَرْثٍ لما رُوى عن أبى هريرة عن النبيِّ صلّى الله عليه وسلم أنَّه قال « مَنِ اتَّخَذَ كَلْباً إلاّ كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ ، أَوْ زَرْعٍ نَقَصَ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيراطٌ » وعن ابن عمر قال : سمعتُ النبيَّ صلّى الله عليه وسلم يقول « مَنِ اقْتَنَى كَلْباً إلاَّ كَلْبَ صَيْدٍ ، أَوْ مَاشِيَةٍ فإنّه يَنْقُصُ مِنْ أَجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطَانِ ، قَالَ سَالِمٌ : وكَانَ أَبُوهُرَيْرَةَ يَقُولُ : أَوْ كَلْبَ حَرْثٍ » متفق عليه . وإن اقتناه لحفظ البيوت لم يجُز ، للخبر . ويحتملُ الإباحةَ ، وهو قول أصحاب الشافعىّ . لأنه فى معنى الثلاثة . فيُقاسُ عليها . والأول أصحّ ، لأن قياس غير الثلاثة عليها يُبيحُ ما يتناول الخبرُ تحريمَه . قال القاضى : وليس هو فى معناها ، فقد يحتال اللصُّ لإخراجه بشىء يُطعِمُه إيّاه ، ثم يَسْرقُ المتاعَ . وأما الذئب فلا يحتملُ هذا فى حَقِّه . ولأنَّ اقتناءه فى البيوت يُؤذى المارّة ، بخلاف الصحراء .

٣١٢٢ (فصل) فأما تَرْبيَةُ الجَرْوِ الصغير ، لأحَدِ الأمور الثلاثة . فيجوزُ فى أقوى الوجهين .

---

(١) الطفيتان : تثنية طفية ، وأصلها الخوصة من خوص شجر المقل ، وهو شجر الكندر ، شجر تتجر به اليهود وشجر له صمغ ، ولكن أريد بهما الخطان الرفيعان فى الكلب كالخطين الموجودين فى الحية ، وقد ورد فى حديث آخر فى الحية : اقتلوا ذا الطفيتين ، وهما الخطان فى ظهر الحية.

لأنه قصده لذلك . فيأخذُ حكمَه ، كما يجوزُ بيعُ العبد الصغير ، والجحش الصغير الذى لا نفع فيه فى الحال ؛ لما له إلى الانتفاع . ولأنه لو لم يتخذ الصغير ماأمكن جعل الكلب للصيد . إذ لا يصير معلماً إلا بالتعليم : ولا يمكن تعليمه [illegible] بتربيته . واقتنائه مدةً يعلِّمه فيها، قال الله تعالى (٥ : ٤ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ) ولا يوجد كلبٌ معلَّم بغير تعليم :

• والوجه ال[illegible] لا يجوز . لأنه ليس من الثلاثة .

٣١٢٣ ([illegible]) ومن اقتنى كلباً لصيد ، ثم ترك الصيدَ مدةً ، وهو يريدُ العَوْدَ إليه لم يحرم اقتناؤه فى مدة [illegible] . لأنَّ ذلك لا يمكن التحرُّزُ منه . وكذلك لو حصد صاحبُ الزرع زرعَه ، أبيحَ له إمساكُ الك[illegible] [illegible]ى أن يزرع زرعاً آخرَ . ولو هلكت ماشيتهُ فأراد شراء غيرها ، فله إمساكُ كلبها لينتفع به فى التى يشتريها . فأمَّا إن اقتنى كلب الصيد مَنْ لا يصيدُ به ، احتمل الجواز . لأنَّ النبيَّ صلَّى الله عليه وسلم استثنى كلبَ الصيد مُطلقاً . واحتمل المنعَ . لأنَّه اقتناه لغير حاجةٍ ، أشبه غيرَه من الكلاب ، ومعنى كلب الصيد : أيُّ كلبٍ يصيدُ بِهِ وهكذا الاحتمالات ، لأن فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حَرْثاً أو ماشِيةً إن حصلت ، أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد . وليس له فى الحال حرثٌ ، ولا ماشيةٌ يحتملُ الجوازَ ، لقصده ذلك ، كما لو حصَد الزرعَ ، وأراد أن يزرع غيره .

٣١٢٤ (فصل) ولا يجوز بيعُ الخنزير ، ولا المَيْتَةِ ، ولا الدَّم . قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على القول به . وأجمعوا على تحريم الميتة ، والخمر ، وعلى أن بيع الخنزير ، وشراءَه ، حرامٌ ، وذلك لما روى جابر ، قال : سمعتُ رسولَ الله صلَّى اللهُ عليه وسلم وهو بمكَّة يقولُ : « إنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ ، وَالأَصْنَامِ » متفق عليه . ولا يجوزُ بيعُ مالا منفعةَ فيه ، كالحشرات كلِّها ، وسباع البهائم التى لا تصلحُ للاصطياد . كالأسد ، والذِّئب ، ومالا يُؤكلُ ، ولا يُصاد به من الطير ، كالرَّخَمِ ، والحِدَأةِ ، والغُرابِ ، الأبقع ، وغُراب البين ، وَبيضِها ، فكلُّ هذا لا يجوزُ بيعهُ . لأنَّه لا نفع فيه ، فأخذُ ثمنه أكلُ مالٍ بالباطل .

٣١٢٥ (فصل) ولا يجوز بيعُ السِّرجين النَّجس وبهذا قال مالك ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفة : يجوزُ ، لأنَّ أهل الأمصار يتبايعُونه لزُروعهم من غيرَ نكير . فكان إجماعاً .

ولنا : أنَّه مجمعٌ على نجاسته . فلم يجُز بيعُه ، كالميتة . وما ذكروه فليس بإجماع ، فإنَّ الإجماع اتفاقُ أهل العلم ، ولم يوجَد ، ولأنَّه رَجيعٌ نجسٌ فلم يجُز بيعُه ، كرجيع الآدميِّ.(1)

(١) رجيع الآدمى أصبح للناس فيه منفعة فى السماد وهم يتبايعونه الآن ، كما يتبايعون السرجين ، وهو رجيع البهائم ، وإذا نظرنا إلى قول الخرقى الآن أنه يجوز بيع كل ما فيه منفعة ، وجدنا هذين الرجيعين داخلين فى قوله ، فيجوز بيعهما .

(فصل) ولا يجوز بيعُ الحر ولا ما ليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملكها . ولا نعلم فى ذلك خلافا . فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال «قال الله عزوجل : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ : رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَر ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرّاً فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، ورَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ » رواه البخارى .

٣١٢٦ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ الفَهْدِ والصقر المعلَّم جائز . وكذلك بيعُ الهِرّ ، وكلّ مافيه المنفعة ﴾ وجملة ذلك : أن كلّ مملوك أُبيحَ الانتفاعُ به يجوزُ بيعُه ، إلاّ ما استثناه الشرعُ من الكلب ، وأمّ الولد ، والوَقفِ . وفى المدَبّر ، والمكاتَب ، والزّيت النّجِس اختلافٌ نذكره فى موضعه ، إن شاء الله تعالى . لأنّ المِلكَ سببٌ لاطلاق التصرّف . والمنفعة المباحةُ يباحُ له استيفاؤها ، فجاز له أخذُ عِوَضِها ، وأبيح لغيره بذلَ ماله فيها ، توصُّلاً إليها ، ودفعاً لحاجته بها ، كسائر ما أُبيحَ بيعُه ، وسواء فى هذا ما كان طاهراً ، كالثياب ، والعقار ، وبهيمةِ الأنعام ، والخَيْل ، والصُّيودِ ، أو مُختلَفاً فى نجاسته ، كالبغل ، والحمار ، وسَبَاعِ البهائم ، وجوارح الطير التى تَصلُح للصيد ، كالفهد ، والصقر ، والبازى ، والشاهين ، والعُقابِ والطير المقصود صوتهُ كالهَزاز ، والبلبل ، والبَبغاء ، وأشباه ذلك . فكلّه يجوز بيعُه ، وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو بكر عبد العزيز . وابن أبى موسى : لا يجوز بيع الفَهْدِ والصقر ، ونحوهما . لأنها نَجِسَةٌ . فلم يجز بيعها كالكلب .

ولنا : أنه حيوانٌ أُبيحَ اقتناؤُه ، وفيه نفعٌ مُباح من غير وعيد فى حَبْسه ، فأُبيحَ بيعُه ، كالبغل . وما ذكراه يبطَل بالبغل ، والحمار . فإنّه لا خلاف فى إباحة بيعهما وحكمها حكمُ سباع البهائم فى الطهارة والنجاسة ، وإباحة الاقتناء ، والانتفاع . وأمّا الكلبُ فإنّ الشرع توعّد على اقتنائه ، وحرّمه إلاّ فى حال الحاجة ، فصارت إباحتُه ثابتةً بطريق الضرورة ، بخلاف غيره ، ولأنّ الأصلَ الإباحةُ ، بدليل قول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) ولما ذكرنا من المعنى،خرج منه ما استثناه الشرعُ لمعانٍ غير موجودة فى هذا . فبقى على أصل الإباحة . وأما الهِرّ . فقال الخِرَقيّ : يجوزُ بيعُها وبه قال ابن عباس ، والحسن ، وابن سيرين ، والحكَمِ ، وحمّاد ، والثوريّ ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وعن أحمد : أنه كَرِه ثمنها ، ورُوى ذلك عن أبى هريرة ، وطاوس ، ومُجاهد ، وجابر بن زيد . واختاره أبو بكر . لما رَوَى مُسلمٌ ، عن جابر « أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ فقال : زَجَرَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ » وفى لفظ رواه أبو داود عن جابر « أَنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن . وفى إسناده اضطراب .

ولنا : ما ذكرنا فيما يُصاد به من السِّباع ، ويُحمل الحديثُ على غير المملوك منها ، أو ما لا نفع فيه منها . بدليل ما ذكرنا ، ولأنّ البيعَ شُرِعَ طريقاً للتوصّل إلى قضاء الحاجة ، واستيفاء المنفعة المُباحة ، ليصلَ

كلٌّ واحدٍ إلى الانتفاع بما فى يد صاحبه ، ممّا يُباح الانتفاعُ به ، فينبغى أن يُشَرع ذلك فيه ، لِيَصِل كلّ واحد إلى الانتفاع بما فى يد صاحبه ، فما يُباحُ الانتفاعُ به ينبغى أن يَجُوزَ بيعُه .

٣١٢٧ (فصل) فإن كان الفهدُ ، والصقر ، ونحوُهما مما ليس بمُعَلّم ، ولا يَقْبَلُ التعليم ، لم يَجُز بيعُه . لعدم النفع به . وإن كان مما يمكن تعليمُه جاز بيعُه . لأن مآله إلى الانتفاع ، فأشبه الجحشَ الصغير .

٣١٢٨ (فصل) فأمّا ما يُصاد عليه ، كالبومَةِ التى يجعلُها شباشا لتجمع الطير إليها، فيَصيدُه الصيّادُ ، فيحتمِلُ جوازُ بيعها ، للنفع الحاصل منها ، ويحتملُ المنعَ . لأنّ ذلك مكروه ، لما فيه من تعذيب الحيوان . وكذلك اللّقلق[1] ونحوُه .

٣١٢٩ (فصل) فأما بيضُ ما لا يُؤكل لحمُهُ من الطير . فإنْ كان مما لا نفع فيه لم يجُز بيعُه ، طاهراً كان ، أو نجساً . وإن كان ينتفع به ، بأن يصير فرخاً ، وكان طاهراً جاز بيعُه . لأنّه طاهر مُنتفَع به . أشبه أصلَه ، وإن كان نجساً ، كبيض البازى ، والصقر ، ونحوه ، فحكمه حكمُ فرخه . وقال القاضى : لا يجوزُ بيعُه . لأنّه نجسٌ ، لا يُنتفَع به فى الحال . وهذا مُلغًى بفرخه ، وبالجَحْشِ الصغير .

٣١٣٠ (فصل) قال أحمد : أكرهُ بيعَ القِرْد ، قال ابن عقيل : هذا محمولٌ على بيعه للاطافة به ، واللَّعِب . فأما بيعُه لمن ينتفع به ، كحفظ المتاع ، والدكّان ، ونحوه فيجوز . لأنه كالصقر والبازى . وهذا مذهبُ الشافعىّ . وقياس قول أبى بكر ، وابن أبى موسى : المنعُ من بيعه مُطلقاً .

٣١٣١ (فصل) وفى بيع العَلَقِ[2] التى ينتفع بها مثلُ التى تعلَق على وجه صاحب الكلف ، فتمصّ الدمَ . والديدان التى تُتْرَكُ فى الشِّصّ ، فيصادُ بها السمك ، وجهان :

أصحُّهما : جوازُ بيعها ، لحصول نفعها ، فهى كالسمك .

والثانى : لا يجوز . لأنّها لا يُنتفع بها إلا نادراً ، فأشبهت ما لا نفع فيه .

٣١٣٢ (فصل) ويجوز بيع دود القزّ ، وبَزْرِه ، وقال أبو حنيفة فى رواية عنه : إن كان مع دود القزّ قزٌّ جاز بيعُه ، وإلاّ فلا . لأنّه لا يُنتفع بعينه . فهو كالحشرات ، وقيل : لا يجوزُ بيعُ بَزْرِه .

ولنا : أن الدود حيوانٌ طاهر ، يجوز اقتناؤه ، لتملُّك ما يخرُج منه . أشبه البهائم ، ولأن الدود وبَزْرَه

---

(١) فى الطبعة الثالثة لهذا الكتاب ، وهى المطبوعة فى دار السنة المحمدية (اللقق) بدون لام ثانية ، وهو خطأ لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب ، واللقلق طائر فى صوته اضطراب ، ويقال له اللقلاق ، وقيل إن اللقلاق أفصح من اللقلق .

(٢) العلق : دود صغير .

طاهر، منتفَع به، فجاز بيعُه، كالثوب، وقوله: لا ينْتَفعُ بعينه. يبطُل بالبهائم التى لا يحصُل منها نفع سوى النِّتاج، ويُفارق الحشرات التى لانفع فيه أصلاً، فإن نفع هذه كثيرٌ، لأنّ الحرير الذى هو أشرفُ ملابِس الدنيا، إنّما يحصُل منها.

٣١٣٣ (فصل) ويجوزُ بيعُ النحل إذا شاهدها محبوسةً بحيثُ لا يُمكنُها أن تمتنع، وقال أبو حنيفة: لا يجوزُ بيعُها مُنفردةً. لما ذكر فى دود القزّ.

ولنا: أنه حيوان طاهر يخرَج من بطونها شرابٌ فيه منافعُ للناس، فجاز بيعُه كبهيمة الأنعام. واختلف أصحابُنا فى بيعها فى كوّاراتها. فقال القاضى: لا يجوزُ. لأنَّه لا يُمكن مشاهدةُ جميعها. ولأنّها لا تخلو من عَسَلٍ يكونُ مَبيعُها معها، وهو مجهولٌ. وقال أبو الخطّاب: يجوز بيعُها فى كوّاراتها، ومنفردةً عنها، فإنه يمكن مشاهدتها فى كوّاراتها إذا فُتِحَ رأسُها، ويُعرف كثرتُه من قلّته، وخفاء بعضه لا يمنع صحّة بيعه، كالصُّبْرةِ، وكما لو كان فى وعاء، فإنّ بعضَهُ يكون على بعض. فلا يُشاهَدُ إلا ظاهرُه. والعسلُ يدخلُ فى البيع تبعاً. فلا يضرّ جهالتُه، كأساسات الحِيطانِ. فإن لم يُمكن مشاهدةُ النحل لكونه مَستوراً بأقراصه، ولم يُعرَف لم يُجز بيعُه لجهالته.

٣١٣٤ (فصل) ذكر الخِرَقيّ: أن التّرياق لا يُؤكلُ، لأنّه يَقعُ فيه لحومُ الحيّات. فعلى هذا لا يجوزُ بيعُه. لأنّ نفعَه إنما يحصُل بالأكل، وهو محرّم، فخلا من نفع مُباحٍ. فلم يُجز بيعُه، كالمَيْتة، ولا يجوزُ التداوى به، ولا بِسُمّ الأفاعى[1] فأما السمّ من الحشائش، والنبات، فإن كان لا يُنتفع به، أو كان يَقتُل قليلُه لم يجُز[2] بيعُه، لعدم نفعه، وإن انتفع به، وأمكن التداوى بيسيره، كالسقمونيا جاز بيعُه. لأنَّه طاهر[3] مُنْتَفعٌ به، أشبه بقيّة المأكولات.

٣١٣٥ (فصل) ولا يجوزُ بيعُ جلد المَيْتةِ قبل الدبغ، قولاً واحداً. قاله ابن أبى موسى، وفى بيعه بعد الدبغ عنه خلافٌ، وقد رَوى حربٌ عن أحمد أنَّه قال «إنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم نَهَى عَنْ ثَمَنِ الكَلْبِ» وأما غيرُ ذلك نحوُ ريش الطير التى لها مِخْلَبٌ، أو بعض جلود السّباع التى لها أنيابٌ،

---

(١) السم ليس نجسا، ولحم الأفاعى أجاز الإمام مالك أكله وما كان نافعاً للإنسان جاز استعماله سواء كان بأكل أو بغيره ولا سيما إذا تعين للدواء.

(٢) كل سم سواء كان يقتل قليله أو كثيره إذا كان فيه نفع للإنسان كقتل ديدان البطن من البلهارسيا والإنكلستوما وغيرها يجوز بيعه، وكذلك إذا كان نافعاً لقتل الحشرات الضارة كالفيران والصراصير وغيرها.

(٣) لا يشترط لجواز بيعه أن يكون طاهراً بل إذا كان نجساً وفيه نفع للانسان بقتل الحشرات الضارة كما سبق يجوز بيعه.

فإنّ بيعَها أسْهَلُ . لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم إنّما نَهَى عن أكْلِ لُحومها . والصحيحُ عنه : أنّه لا يجوز . وهذا ينبنى على الحكم بنجاسة جُلود المَيْتةِ . وأنّها لا تطهرُ بالدباغ ، وقد ذكرنا ذلك فى بابه .

٣١٣٦ (فصل) فأما بيعُ لبن الآدميّات ، فقال أحمد : أكْرَهُه . واختلف أصحابُنا فى جوازه . فظاهرُ كلام الخِرَقىّ جوازُه لقوله : وكُلّ ما فيه المَنْفَعَةُ . وهذا قول ابن حامد ، ومذهبُ الشافعىّ ، وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، ومالك ، لأنه مائع ، خارج من آدميّةٍ . فلم يجُز بيعُه ، كالعرق . ولأنه من آدمىّ ، فأشبه سائر أجزائه ، والأول أصحّ . لأنه لبنٌ طاهرٌ مُنتفَعٌ به ، فجاز بيعُه ، كلبن الشاة ، ولأنه يجوزُ أخذُ العِوَض عنه فى إجارة الظِّئْر . فأشبه المنافع . ويُفارق العرق . فإنه لا نفعَ فيه . ولذلك لا يُباع عرق الشاة ، ويباَع لبنُها ، وسائرُ أجزاء الآدمىّ يجوزُ بيعُها . فإنه يجوزُ بيع العبد ، والأمة ، وإنما حُرِم بيع الحرّ لأنه ليس بمملوك ، وحُرِم بيعُ العُضْوِ المقطوع ، لأنّه لا نَفْع فيه .

٣١٣٧ (فصل) واختلفت الرواية فى بيع رِباَع مكّة ، وإجارة دُورها . فرُوى أن ذلك غيرُ جائز وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والثورىّ ، وأبى عُبَيْد . وكرهه إسحاقُ . لما رَوى عمرُو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه ، قال : قالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فى مَكَّة « لاَ تُبَاعُ رِبَاعُهَا ، وَلاَ تُكْرَى بُيُوتُها » رواه الأثرم بإسناده . وعن مُجاهد عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَكَّةُ حَرَامٌ بَيْعُ رِبَاعِهَا ، حَرَامٌ إجارَتُها » وهذا نصٌّ ، رواه سعيد بن منصور فى سُنَنِه . ورُوى « أنها كَانَتْ تُدْعَى السَّوائِبَ عَلَى عَهْدِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ » ذكره مُسَدَّد فى مُسنده ، ولأنها فُتحت عَنْوةً ، ولم تُقَسَّم . فكانت مَوْقُوفَةً . فلم يجُز بيعُها ، كسائر الأرض التى فتحها المسلمون عَنْوةً ، ولم يُقَسِّمُوها ، والدليلُ على أنها فُتِحَتْ عَنْوَةً : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنَّ اللهَ حَبَسَ عَنْ مَكَّةَ الفِيلَ ، وَسَلَّطَ عَلَيْهَا رَسُولَهُ وَالْمُؤْمِنِينَ ، وَإنَّهَا لَمْ تَحِلَّ لأَحَدٍ قَبْلِي وَلاَ تَحِلُّ لِأَحَدٍ بَعْدِي ، وَإنَّما أُحِلَّتْ لِي سَاعَةً مِن نَهارٍ » متفق عليه . وَرَوَتْ أُمُّ هَانِيءٍ قَالَتْ « أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لِي(١) . فَأَرَادَ عَلِيٌّ أَخِي قَتْلَهُمَا ، فَأَتَيْتُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللهِ ، إنِّي أَجَرْتُ حَمَوَيْنِ لِي ، فَزَعَمَ ابنُ أُمِّي عَلِيٌّ أنه قَاتِلُهُمَا . فقالَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : قَدْ أَجَرْنَا مَنْ أَجَرْتِ ، أَوْ أَمَّنَّا مَنْ أَمَّنْتِ ، يَا أُمَّ هَانِيءٍ » ، متفق عليه ، ولذلك أمر النبىّ

(١) حمو المرأة : أبو زوجها ، وأمه وأقاربه .

صلى الله عليه وسلم بقتل أربعة ، فقُتِلَ منهم ابنُ خَطَلٍ ، وَمِقْيَسُ بنُ صُبَابَةَ ، وهذا يدلُّ على أنها فُتِحَتْ عَنْوَةً .

والرواية الثانية : أنه يجوز بيعُ رِبَاعِها ، وإجارةُ بيوتها ، ورُوى ذلك عن طاوس ، وعَمْرو بن دينار . وهـذا قول الشافعيِّ وابن المنذر ، وهو أظهرُ في الحجّـةِ . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم لما قيل له « أَيْنَ تَنْزِلُ غَداً ؟ قالَ : وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ ؟ » متفق عليه . يعني أن عقيلاً بَاعَ رِبَاعَ أبي طالب، لأنه وَرِثَـهُ دون إخوته ، لـكونه كان على دينه ، دونهما ، ولو كانت غيرَ مملوكة لما أثَّرَ بيعُ عقيلٍ شيئاً ، ولأنّ أصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم كانت لهم دورٌ بمـكّة ، لأبي بكر ، والزبير ، وحـكيم بن حزام ، وأبي سُفيانَ ، وسائرأهل مكة ، فمنهم من باع ، ومنهم من ترك داره ، فهي في يد أعقابهم ، وقد باع حكيمُ ابن حِزَامٍ دارَ النَّدْوةِ . فقال ابنُ الزبير « بِعْتَ مَكْرُمَةَ قريْشٍ ، فقال : يا ابْنَ أخي ، ذَهَبَتِ المَـكارمُ إلاَّ التَّقْوَى » أو كما قال : واشترى مُعاويةُ دارَيْن ، واشترى عمر دارَ السِّجن من صفوانَ بن أميّة بأربعة آلافٍ ، ولم يزل أهلُ مـكّة يتصرّفون في دُورهم تصرُّفَ المُلاَّك بالبيع : وغيره ، ولم يُنـكره مُنـكِرٌ ، فـكان إجماعاً ، وقد قرّره النبيُّ صلى الله عليه وسلم بنسبةِ دُورهم إليهم ، فقال « مَنْ دَخَلَ دَارَ أَبِي سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ ، وَمَنْ أَغْلَقَ عَلَيْهِ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ » وأقرّهم في دُورهم ، ورِبَاعِهم ، ولم يَنْقُل أحداً عن دَاره، ولا وُجد منه ما يدلُّ على زوال أملاكهم . وكذلك مَنْ بعده من الخلفاء ، حتّى أنّ عمر رضي الله عنهُ مع شدّته في الحقّ لمّا احتاج إلى دارِ السِّجْنِ لم يأخذْهَا إلّا بالبَيْعِ ، ولأنّها أرضٌ حَيَّة لم يَرِدْ عليها صَدَقَةٌ مُحرّمةٌ . فجاز بيعُها ، كسائر الأرض ، وما رُوي من الأحاديث في خلاف هـذا فهو ضعيف ، وأما كونُها فُتحتْ عَنْوَةً فهو الصحيحُ الذي لا يُمـكن دفعُه ، إلاّ أنّ النبيَّ صلى الله عليه وسـلم أقرّ أهلَها فيها على أملاكهم ، ورِبَاعِهم ، فيدُلُّ ذلك على أنه تركها لهم ، كما ترك لِهَوازنَ نساءَهم ، وأبناءَهم .

وعلى القول الأول : من كان ساكن دارٍ ، أو منزلٍ فهو أحقُّ به ، يَسكنُه ، ويُسْـكِنُه ، وليس له بيعُه ، ولا أخذُ أجْرتِهِ ، وَمَنِ احْتاجَ إِلَى مَسْـكَنٍ فَلَهُ بَذْلُ الأُجْرَةِ فيهِ ، وإن احتاج إلى الشراء فله ذلك ، كما فعل عمرُ رضي الله عنه ، وكانَ أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أُجْرَتَها ، فإنْ سكنَ بأجْرةٍ فأمـكنه أن لا يدفع إليهم الأُجْرةَ جاز له ذلك ، لأنهم لا يَستحقُّونها ، وقد رُوي أن سُفيانَ سكن في بعض رِبَاعِ مكة وهَرب ، ولم يُعطِهم أُجْرةً ، فأدركوه ، فأخذوها منه ، وذُكر لأحمد فعلُ سُفيانَ فتبسّم ، فظاهرُ هذا : أنه أعجبه . قال ابنُ عقيل . والخلافُ في غير مواضع المناسكِ . أمّا بقاعُ المناسك ، كموضع السعي ، والرمي . فحـكمُهُ حـكمُ المساجد بغير خلاف .

٣١٣٨ (فصل) ومن بنى بناء بمـكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة ، جاز بيعُها ، كما يجوزُ بيعُ

أبنية الوُقُوف ، وأنقاضها ، وإن كانت من تُرابِ الحرم وحِجَارته انبنى جوازُ بيعها على الروايتين فى بيع رِبَاع مــكة ، لأنَّها تابعةٌ لمــكة ، وهكذا ترابُ كلِّ وقْفٍ ، وأنقاضُه . قال أحمـدُ : وأمَّا البناء بمــكة فإنِّى أكرهُه ، قال إسحاق : البناء بمــكة على وجه الاستخلاص لنفسه ، لا يَحِلّ . وقد رُوى « أنَّ النبىَّ صَلَى اللهُ عليهِ وَسلم : قيل له : أَلاَ تَبْنِي لَكَ بِمِنًى بَيْتاً ؟ فقَالَ : مِنًى مُنَاخُ لِمَنْ سَبَقَ » .

٣١٣٩ (فصل) قال أحمدُ : لا أعلم فى بيع المصاحف رُخْصَةً . ورَخَّصَ فى شرائها وقال : الشراء أهونُ . وكره بيعَها ابنُ عمر ، وابنُ عبّاس ، وأبو موسى ، وسعيدُ بن جُبَيْر ، وإسحاق . وقال ابن عمر « وَدِدْتُ أَنَّ الأَيْدِيَ تُقْطَعُ فِي بَيْعِهَا » وقال أبو[1] الخطّاب : يجوزُ بيعُ المصحف مع الـكراهة . وهل يُـكره شراؤه ، وإبداله ؟ على روايتين ، وَرَخَّص فى بيعها الحسنُ ، والحَـكَم ، وعِكْرِمَةُ ، والشافعىّ ، وأصحابُ الرأى . لأن البيعَ يقَعُ على الجلد ، والورق ، وبيعُ ذلك مُباحٌ .

ولنا : قول الصحابة رضىالله عنهم . ولم نعلم لهم مُخالفاً فى عصرهم ، ولأنَّه يشتملُ على كلام الله تعالى، فتَجِبُ صيانتُـه عن البيع ، والابتذال[2] ، وأما الشراء فهو أسهلُ . لأنه استنقاذٌ للمصحف ، وبذلٌ لمـالهِ فيه . فجاز ، كما أجاز شراء رِبَاع مكّة ، واستئجارَ دُورها من لا يرى بيعَها ، ولا أخذَ أُجرَتِها . وكذلك أرضُ السواد ، ونحوها وكذلك دفعُ الأُجْرة إلى الحجّام ، لا يُـكرَه مع كراهة كَسْبِه . وإن اشترى الـكافرُ مُصحفاً فالبيعُ باطلٌ . وبه قال الشافعىّ . وأجازه أصحابُ الرأى . وقالوا : يُجْبَرُ على بَيْعِهِ . لأنهُ أهلٌ للشراء ، والمُصحف محلٌّ له .

ولنا : أنه يُمنع من استدامة الملك عليه . فَمُنع من ابتدائه ، كسائر ما يحرُم بيعُه ، وقد نهى النبىُّ صلَّى الله عليه وسلم عن المُسافَرةِ بالقرآن إلى أرْضِ العدُوَّ ، مخافةَ أن تناله أيديهم ، فلا يجوزُ تمـكينهُم من التوصُّل إلى نَيْل أيديهم إيّاه[4] .

---

(١) فى الطبعة الثالثة التى علقنا عليها (قال أبا الخطاب) وهو خطأ نحوى لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

(٢) إن بيع المصحف داخل فى قول الخرقى : وكل مافيه منفعة ، وفى المصحف أعظم منفعة ، فيتعلم الصبيـان القرآن فيه ويتلو فيه الـكبار أيضاً ويحفظون ، ويراجع فيه العلماء الآيات ، ويستخرجون منها الأحكام، ويفسرونها، ولا شك أن المصحف يتـكلف نفقات كثيرة فى طبعه وتجليده وغير ذلك فـكيف يمنع بيعـه ؟ ! وليس فى بيع المصحف ابتذال له ، كما أنه ليس فى بيع كتب العلم ابتذال لها .

(٣) سبق أن علقنا على هذا الموضع فى مس المصحف وحمله فى كتاب الطهارة ، بأنه يجب تقييد عـدم السفر بالمصحفإلى بلاد العدو بما إذا لم تـكن هناك معاهدات بينالمسلمين وبين الأعداء بالمحافظةعلى ممتلـكاتهمومقتنياتهم ، أما إذاكانت هناك معاهدات فيحل كما هو حادث الآن ، وقد أصبحتالضرورة قاضية بوجود المصاحف مع المسلمين فى بلاد الأعداء .

٣١٤٠ (فصل) ولا يصحّ شراء الكافرُ مسلماً . وهذا قول مالك ، فى إحدى الروايتين عنه ، والشافعىّ فى أحد القولين، وقال أبو حنيفة : يصحّ ، ويُجْبَرُ على إزالة مِلْكِه . لأنّه يملكُ المُسلم بالإرثِ. ويبقى ملكُه عليه إذا أسلم فى يده فصحّ شراؤه له كالمُسلم .

ولنا : أنه يُمنعُ استدامةُ مِلْكِه عليه . فمنع ابتداؤه ، كالنّكاح ، ولأنه عقد يُثبِتُ المِلكَ على المُسلم للكافر . فلم يَصحّ ، كالنكاح ، والملكِ بالإرث ، والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل ، والاختيار . بدليل ثبُوته بهما للمُحرِم فى الصيد ، مع منعه من ابتدائه . فلا يلزمُ من ثبوت الأقوى ثبوتُ ما دونه ، مع أنّنا نقطع الاستدامة عليه ، بمنعه منها ، وإجباره على إزالتها .

٣١٤١ (فصل) ولو وَكّل كافرٌ مسلماً فى شراء مسلم لم يصحّ الشراء ، لأنّ المِلك يقع للموكّل . ولأنّ الموكّل ليس بأهلٍ لشرائه . فلم يصحّ أن يشترى له ، كما لو وكّل مسلمٌ ذمّيّاً فى شراء خمر ، وإن وكّل المسلمُ كافراً يشترى له مُسلماً ، فاشتراه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يصحّ . لأنّ المنع منه إنما كان لما فيه من ثُبوت ملك الكافِر على المسلم . والمِلْكُ يثبُت للمسلم ههنا . فلم يتحقّق المانع .

والثانى : لا يصحّ . لأنّ ما مُنع من شرائه مُنع التوكيلُ فيه ، كالمُحرم فى شراء الصيد ، والكافِر فى نكاحِ المسلمةِ ، والمُسلمُ لا يجوز أن يكون وكيلاً لِذمّيّ فى شراء خمر .

٣١٤٢ (فصل) وإن اشترى الكافرُ مسلماً يعتقُ عليه بالقرابة ، كأبيه ، وأخيه ، صحّ الشراء ، وعتق عليه فى قول بعض أصحابنا . وحكى فيه أبو الخطّاب روايتين :

أحدهما : لا يصحّ . وهو قولُ بعض الأصحاب . لأنه شراء يُملَكُ به المُسلم . فلم يصحّ ، كالذى لا يَعتِق عليه . ولأنّ ما مُنِع من شرائه لم يُبحَ له شراؤه ، وإن زال مِلكُه عقيب الشراء ، كشراء المُحرِم الصّيدَ .

والثانية : يصحّ شراؤه . لأن المنع إنما ثبت لما فيه من إهانة المُسلم بمِلْك الكافر له . والمِلْك ههُنا يزولُ عقيب الشراءِ بالكلّيّة . ويحصُل من نفع الحرّية أضعافُ ما حصَل من الإهانة بالملك فى لَحْظةٍ يَسيرة . ويُفارق من لاَ يَعتقُ عليه . فإنّ مِلْكَهُ لا يزولُ إلا بإزالته ، وكذلك شراء المحرم للصّيدِ . فإنّه لو تَملّكَهُ لثبتَ مِلْكُه عليه ، ولم يزُل . ولو قال كافرٌ لمسلم : أَعتِقْ عبدك عنّى وعلىّ ثمنُه ، ففعل ، صحّ . لأن إعتاقه ليس بتمليك . وإنما هو إبطالٌ للرقّ فيه . وإنّما حصل الملك فيه حكماً ، فجاز ، كما يملكُه بالإرث حُكْماً . ولأن مايحصُل له بالحرّية من النفع ينغمر فيه مايحصُل من الضرر بالملك ، فيصيرُ كالمعدوم. وفيه وجه آخرُ : أنه لا يصحّ بناءً على شراء قريبِه المسلم .

٣١٤٣ (فصل) ولو أجر مسلم نفسه لذمىّ لعمل فى ذمّته صحّ . لأن عليًا رضى الله عنه أجر نفسه من يَهُودِيّ يَسْتَقِي لَه كلّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . وأتى بذلك النبىَّ صلى الله عليه وسلم، فأكَلَهُ . وفعل ذلك رجلٌ من الأنصار، وأتى به النبىَّ صلى الله عليه وسلم فلم يُنْكِرْه . ولأنه لا صَغَار عليه فى ذلك . وإن استأجره فى مُدّة، كيوم، أو شهر، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ . لأن فيه استيلاء عليه، وصَغَاراً . أشبهَ الشراء .

والثانى : يصحّ . وهو أولى . لأنّ ذلك عملٌ فى مقابلة عِوَض . أشبهَ العملَ فى ذمّته . ولا يُشبه الملك . لأن الملك يقتضى سُلطانًا، واستِدَامةً، وتَصرُّفًا، بأنواع التصرُّفات فى رقبته، بخلاف الإجارة .

٣١٤٤ (فصل) ولا يجوز أن يُفرّقَ فى البيع بين كلّ ذى رَحِمٍ مَحْرَمٍ . وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يحرُم التفريق إلا بين الأمّ وولدها . لأنّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم، قال « مَنْ فَرّقَ بَيْنَ الوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ » رواه الترمذىّ وقال : حديث حسن . وقال « لاَ تُوَلَّهُ وَالِدَةٌ عَنْ وَلَدِهَا » فخصّها بذلك . فدلّ على الإباحة فيما سواه . وقال الشافعىّ : يحرُم بين الوالدين، والمولودِين وإن سَفَلُوا، ولا يحرُم بين مَنْ عداهم، لأنّ القرابة التى بينهم لا تَمنعُ القِصَاصَ، ولا شهادةَ بعضهم لبعض، فلم تمنع التفريقَ فى البيع، كابنَي العَمّ .

ولنا : ما روَى أحمدُ فى المسند : حدّثنا غُنْدَرُ، حدّثنا سعيدُ بن أبى عَرُوبَةَ، عن الحَكَمِ، عن عبد الرحمن بن أبى ليلى، عن علىّ رضى الله عنه قال « أَمَرَنِى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ أَنْ أَبِيعَ غُلاَمَيْنِ أَخَوَيْنِ، فَبِعْتُهُمَا فَفَرّقْتُ بَيْنَهُمَا . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنبِيِّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم، فقال : أَدْرِكْهُمَا . فَارْتَجِعْهُما . وَلاَ تَبِعْهُمَا إلاّ جميعاً » ورُوى عن أبى موسى : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لَعَنَ اللهُ مَنْ فَرّقَ بَيْنَ الوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا، والأَخِ وأَخِيهِ » ولأن بينهما رَحِمًا مَحْرَمًا، فلم يجُز التفريق بينهما، كالولد مَعَ أمّه . ويُفارق ابنَي العمّ . فإنه ليس بينهما رَحِمٌ مَحْرَمٌ .

٣١٤٥ (فصل) فإن فرق بينهما قبل البلوغ فالبيعُ باطلٌ، وبه قال الشافعىّ فيما دون السبع، وقال أبو حنيفةَ : البيعُ صحيحٌ . لأنّ النهَى لمعنًى فى غير البيع، وهو الضرر اللاحقُ بالتفريق . فلم يمنع صِحَّةَ البيع، كالبيع فى وقت النّداء .

ولنا : حديثُ علىّ، وأنّ النبى صلى الله عليه وسلم أمَرَهُ بِرَدِّها . ولو لزم البيعُ لما أمكن رَدُّها، وروَى أبو داود فى سُننه «أَنَّ عَلِيًا فَرّقَ بَيْنَ الأُمِّ وَوَلَدِهَا فَنَهَاهُ النَّبِىُّ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وسلم فَرَدَّ المَبِيعَ » ولأنه بيعُ محرّم لمعنًى فيه، فَفسد، كبيع الخمر . ولا يصحّ ما قاله، فإن ضرر التفريق حاصلٌ بالبيع .

فكان لمعنى فيه . فأما تحديده بالسبع فإن عموم اللفظ يمنع ذلك ، ولا يجوز[1] تخصيصه بغير دليل ، وإن كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز ، وقال أبو الخطاب : فيه روايتان : إحداهما : لا يجوز لعموم النهي . والثانية : يجوز وهي الصحيحة . لما روى أن سلمة بن الأكوع « أتى أبا بكر بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها . فاستوهبها النبي صلى الله عليه وسلم فوهبها له » « وأهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم مارية وأختها سيرين ، فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم سيرين لحسان بن ثابت ، وترك مارية له » ولأنه بعد البلوغ يصير مستقلاً بنفسه . والعادة التفريق بين الأحرار . فإن المرأة تزوج ابنتها ، ويفرق بين الحرة وولدها ، إذا افترق الأبوان .

٣١٤٦ (فصل) وإذا اشترى ممن في ماله حرام وحلال ، كالسلطان الظالم ، والمرابي ، فإن علم أن المبيع من حلال ماله ، فهو حلال ، وإن علم أنه حرام فهو حرام ، ولا يقبل قول المشترى عليه في الحكم . لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان ملكه ، فإن لم يعلم من أيهما هو ، كرهناه ، لاحتمال التحريم فيه ، ولم يبطل البيع . لإمكان الحلال ، قل الحرام أو كثر . وهذا هو الشبهة . وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة ، وقلتها ، قال أحمد : لا يعجبني أن يأكل منه . لما روى النعمان بن بشير : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس . فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه ، وعرضه ، ومن وقع في الشبهات ، وقع في الحرام ، كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وإن لكل ملك حمى ، وحمى الله محارمه » متفق عليه . وهذا لفظ رواية مسلم وفي لفظ رواه البخاري « فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجترأ على ما يشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع ما استبان » وروى الحسن بن علي ، عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قال « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » وهذا مذهب الشافعي .

٣١٤٧ (فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب .

الأول : ما أصله الحظر ، كالذبيحة في بلد فيها مجوس ، وعبدة أوثان يذبحون ، فلا يجوز شراؤها ، وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلماً ، لأن الأصل التحريم ، فلا يزول إلا بيقين ، أو ظاهر ، وكذلك إن كان فيها أخلاط من المسلمين ، والمجوس ، لم يجز شراؤها لذلك . والأصل فيه : حديث عدي بن حاتم : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا أرسلت كلبك فخالط أكلبا[2]

---

(١) لفظ (لا) ساقط من الطبعة الثالثة التي علقنا عليها ، ولم ينبه عليها في الخطأ والصواب .

(٢) أكلب : جمع كلب ، ومعنى لم يسم عليها ، لم يذكر اسم الله عند إطلاقها للصيد ، وفي الطبعة الثالثة (فخالط كلبها) بدون الهمزة ، ولم ينبه عليها في الخطأ والصواب .

لَمْ يُسَمِّ عَلَيْهَا ، فَلَا تَأْكُلْ . فَإِنَّكَ لَا تَدْرِى أَيُّهَا قَتَلَهُ » متفق عليه ، فأما إن كان ذلك فى بلد الإسلام ، فالظاهرُ إباحتها . لأن المسلمينَ لا يُمِرّون فى بلدهم بيعَ ما لا يَحِلُّ بيعُه ظاهراً .

والثانى : ما أصلُه الإباحة ، كالماء يجدُه مُتغيِّراً لا يعلم أ بنجاسةٍ تغيَّر ، أم بغيرها ؟ فهو طاهرٌ فى الحكم . لأن الأصلَ الطهارةُ . فلا نزول عنها إلا بيقين ، أو ظاهرٍ . ولم يُوجد واحدٌ منهما . والأصلُ فى ذلك حديثُ عبد الله بن زيد ، قال « شُكِيَ إِلَى النبيِّ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم : الرجلُ يُخَيَّلُ إِلَيْه فى الصَّلاةِ أَنَّه يَجِدُ الشَّىْءَ قَالَ : لَا يَنْصَرِفْ حَتى يَسْمَعَ صَوْتاً أَوْ يَجِد رِيحاً » متفق عليه .

والثالث : مالا يُعرف له أصلٌ ، كرجل فى ماله حلالٌ وحرام ، فهذا هو الشبهة التى الأولَى تركُها ، على ما ذكرنا . وعملاً بما رُوى عن النبيّ صلّى الله عليه ، وسلّم « أَنَّهُ وَجَدَ تَمْرَةً سَاقِطَةً ، فَقَالَ : لَوْلَا أَنِّى أَخْشَى أَنَّهَا مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا » وهو من باب الورَع .

٣١٤٨ (فصل) وكان أحمدُ رحمه الله لا يقبلُ جوائز السُّلطانِ ، ويُنكر على ولده ، وعمِّه قَبُولَها ويشدّد فى ذلك ، وممّن كان لا يقبَلُها . سعيدُ بن المسيَّب ، والقاسمُ ، وبِشْرُ بن سعيد ، ومحمد بن واسع ، والثورىّ ، وابن المبارك ، وكان هذا منهم على سبيل الورع ، والتَّوَقِّى لا على أنّها حرام ، فإن أحمد قال : جوائزُ السلطان أحبُّ إلىَّ من الصدَقة . وقال : ليس أحدٌ من المسلمين ، إلاّ وله فى هذه الدراهم نصيبٌ ، فكيف أقولُ : إنّها سُحْتٌ ؟ وممّن كانَ يقبَلُ جوائزهم ابنُ عمر ، وابنُ عبّاس ، وعائشةُ ، وغيرُهم من الصحابة ، مثلُ الحسن ، والحُسَيْن ، وعبدُ الله بن جعفر ، وَرخّص فيه الحسنُ البصرىّ ، ومكحول ، والزهرىّ ، والشافعىّ . واحتجّ بعضُهم بأنّ النبىَّ صلّى الله عليه سلم « اشْتَرَى مِنْ يَهُودِىٍّ طَعَاماً ، وَمَاتَ ، ودِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَهُ ، وأَجَابَ يَهُودِيًّا دَعَاهُ ، وَأَكَلَ مِنْ طَعَامِهِ » وقد أخبر الله تعالى أنّهم أكّالُون للسُّحتِ ، ورُوى عن علىّ رضى الله عنه أنّه قال : « لاَ بَأْسَ بِجَوائزِ السُّلْطَانِ فَإِنّ مَا يُعْطِيكُمْ مِنَ الحَلَالِ أَكْثَرُ مِمَّا يُعْطِيكُمْ مِنَ الحَرَام » وقال « لاَ تَسْأَلِ السُّلْطَانَ شَيْئاً ، وَإِنْ أَعْطَى فَخُذْ ، فَإِنَّ مَا فِى بَيْتِ المَالِ مِنَ الحَلَالِ أَكْثَرُ مِمَّا فِيهِ مِنَ الحَرَام » . قال أحمدُ رحمه الله فيمن معه ثلاثةُ دراهم فيها دِرْهَمٌ حرامٌ : يتَصدّق بالثلاثة ، وإن كان معه مائتا درهم فيها عشَرةٌ حَرامٌ يتصدّقُ بالعَشَرةِ . لأنّ هذا كثيرٌ ، وذاك قليلٌ . فقيل له : قال سُفيان : ما كان دون العشرة يتَصَدّق به ، وما كان أكثر يُخرج . قال : نَعَمْ ، لا يُجْحَفُ بِهِ ، قال القاضى : وليس هذا على سبيل التحديد ، وإنّما هو على طريق الاختيار . لأنّهُ كلّما كثُرُ الحلالُ بَعُدَ تناول الحرام ، وشَقّ التورُّعُ عن الجميع ، بخلاف القليل ، فإنّه يَسْهُل إخراجُ الكُلّ ، والواجبُ فى الموضعين إخراجُ قدر الحرام ، والباقى مُباحٌ له . وهذا لأن تحريمه لم يكنْ لتحريم عَيْنه . وإنّما حَرُمَ لتعلّق حقّ غيره به ، فإذا أخرج عِوَضَهُ ، زال التحريمُ عنه ، كما

لو كان صاحبهُ حاضراً ، فرضي بعوضه ، وسواء كان قليلاً ، أو كثيراً ، والورعُ إخراجُ ما يتيقن به إخراجَ عَيْنِ الحرام ، ولا يحصُل ذاك إلا بإخراج الجميع ، لكن لما شقّ ذلك فى الكثير تُرِك لأجل المشقة فيه ، واقتُصر على الواجب ، ثم يختلفُ هذا باختلاف الناس ، فمنهم من لا يكون له إلا الدراهم اليسيرةُ فيَشُقّ إخراجُها لحاجتِهِ إليها . ومنهم من يكون له مالٌ كثيرٌ فيَستغني عنها ، فيَسْهلُ إخراجُها .

٣١٤٩ (فصل) قد ذكرنا أن الظاهرَ منَ المذهب : لا يجوزُ بيْعُ كلّ ماءٍ عِدٍّ ، كمياه العيُون ، ونَقْع البئر فى أماكنه ، قبل إحرازه فى إنائه ، ولا الكلأُ فى مواضعه ، قبل حِيازته . فعلى هذا : متى باع الأرضَ وفيها كلأٌ ، أو ماء ، فلا حقّ للبائع فيه . وقد ذكرنا روايةً أخرى : أنّ ذلك مملوكٌ ، وأنّه يجوزُ بيعُه . فعلى هذه الرواية : إن باع الأرض فذكر الماء ، والكلأُ فى البيع ، دخل فيه ، وإن لم يذكره كان الماءُ الموجودُ والكلأُ للبائع . لأنّه بمنزلة الزرع فى الأرض . والماءُ أصلٌ بنفسه . فهو كالطعام فى الدار . فما يتجدّد بعد البيع فهو للمشترى . وعلى هذه الرواية : إذا باع من هذا الماء آصُعاً معلومةً جاز . لأنّه كالصُّبرة ، وإن باع كلّ ماء البئر لم يجُز . لأنه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجارى آصُعاً لم يجُز . لأنّ ذلك الماء يذهبُ ، ويأتى غيرُه .

٣١٥٠ (فصل) وعلى كلتا الروايتين : متى كان الماءُ النابعُ فى مِلكه ، أو الكلأُ ، أو المعادنُ وَفْق كفايته لشُربه ، وشُرْب ما شيته ، لم يجب عليه بذلهُ . نصّ عليه . لأنه فى مِلكه ، فإذا تساوى هو وغيره فى الحاجة كان أحقّ به ، كالطعام ، وإنّما توعّد النبيُّ صلّى الله عليه وسلم على منع فضل الماء . ولا فضلَ فى هذا . ولأنّ عليه فى بذله ضرراً ، ولا يلزمهُ نفعُ غيره بمضرّةِ نفسه ، وإن كان فيه فضلٌ عن شُرْبه ، وشُرْب ما شيته ، وزَرْعه ، واحتاجت إليه ماشيةُ غيره ، لزمه بذلهُ بغير عِوَض . ولكلّ واحدٍ أن يتقدّم إلى الماء ، ويشرب ، ويسقى ما شيتَه . وليس لصاحبه المنعُ من ذلك . لما روى إياسُ ابن عبد الله المُزَنيّ : أنّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ المَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ الكَلإِ مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ » وفى صحيحُ مسلم ، عن أبى هريرة : « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى أَنْ تَسْأَلَ المَرْأَةُ طَلاَقَ أُخْتِهَا . وَنَهَى أَنْ يَمْنَعَ الماءَ مَخَافَةَ أَنْ يُرْعَى الكَلأُ » يعنى إذا كان فى مكان كلأٌ ، وليس يُمكنه الإقامةُ لرعيه إلاّ بالسقى من هذا الماء ، فيمنعهُم السقى ، ليتوفّر الكلأُ عليه ، ورَوى أبو عبيدَة بإسناده . عن عمر : أنّه قال « ابنُ السَّبِيلِ أَحَقُّ بِالمَاءِ منَ البانِي عَلَيْهِ » وعن أبى هريرة قال « ابنُ السَّبِيل أَوَّلُ شَارِبٍ » وعن بُهَيْسة قالت « قال أَبِي : يَارَسُولَ اللهِ مَا الشَّيْءُ الذى لا يحلُّ مَنْعُهُ ؟ قال : الماء . قال : يا رَسُولَ الله ما الشَّيْءُ الذى لاَ يَحِلُّ مَنْعُهُ ؟ قال : المِلْحُ » وليس عليه بذلُ آلةِ البئر ، من الحَبْل ، والدَّلوْ ، والبَكَرَةِ ، لأنه يَخْلَقُ ولا يَستخلِفُ غَيْرَهُ ، بخلاف الماء ، وهذا كلُّه هو

الظاهر من مذهب الشافعىّ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البُنيان، والصحارى،وعن أحمدَ أنه قال: إنما هذا فى الصحارى،والبَرِّيةِ دونَ البُنْيان، يعنى أن البُنْيان،إذا كان فيه الماءفليس لأحدِ الدخولُ اليه،إلا بإذن صاحبه .

٣١٥١ (فصل) وهل يلزمُه بذلُ فضلِ مائِه لزَرْع غيره ، فيه روايتان :

إحداهما : لا يلزمُه . وهو مذهب الشافعىّ. لأن الزرع لاحُرمةَ له فى نفسه ، ولهذا لا يجبُ على صاحبه سَقْيُه ، بخلاف الماشية .

والثانية : يلزمه بذْله لذلك ، لما رُوى عن عبد الله بن عمرو « أنَّ قَيِّمَ أرْضِهِ بِالْوَهْطِ[1] كَتَبَ إِلَيْهِ يُخْبِرُهُ أنَّهُ قَدْ سَقَى أرْضَهُ ، وفَضَلَ لَهُ مِنَ المَاءِ فَضْلٌ يُطْلَبُ بِثَلاثِينَ ألفاً ، فكتبَ إليه عبدُ الله ابن عمرو : أقِمْ قِلادَكَ ثمَّ اسْقِ الأدْنَى ، فالأدْنَى . فإنِّى سمعتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، يَنْهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الماءِ » قال أبو عُبَيْدٍ ، القِلْدُ[2] يومُ الشُّرْبِ . وفى المُسند : حدّثنا حسن ، قال : حدّثنا حمّادُ بنُ سَلَمَةَ ، عن أبى الزبير ، عن جابر ، قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الماءِ » وروى إياسُ بنُ عبد الله ، قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنْ يُمْنَعَ فَضْلُ المَاءِ » رواه الترمذىّ وقال حديث حسن صحيح ، وفى لفظ « نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ » ولأنّ فى منعه فضلَ الماء إهلاكَه ، فحَرُم منعُه ، كالماشية ، وقولهُم : لا حُرمة له .

قلنا : فلصاحبه حرُمةٌ ، فلا يجوزُ التسبُّبُ إلى إهلاك ماله ، ويَحْتمل أن يُمنَع نَفْىُ الحرمةِ عنه ، فإنّ إضاعةَ المالِ مَنهِىٌّ عنها ، وإتلافُه مُحرّم . وذلك دليل على حُرْمَتِه .

٣١٥٢ (فصل) وإذا اشترى عبداً بمائةٍ ، فقضاها عنه غيرُه صحّ ، سواء قضاه بأمره أوغيرأمره . فإن بان العبدُ مُستَحقًّا لزم رَدُّ المائة إلى دافعها . لأنّا تبيَّنّا أنه قَبض غيرَ مُستَحَق . فكأنّ المائةَ لم تخرُج من يد دافعها . وإن بان العبدُ مَعيباً فردَّه بالعيب ، أو بإقالةٍ ، أو أصدَقَ امرأةً إنسانٌ شيئاً ، فطلّقها الزوج قبل دخوله بها ، أو ارتدَّت ، فهل يلزم ردُّ المائة إلى دافعها ، أو على المشترى والزوج ؟ يحتملُ وجهين :

أحدهما : على الدافع . لأن القبض حصل منه . فالردُّ عليه كالتى قبلها .

والثانى : على الزوج والمشترى . لأنّ قضاءه بمنزله الهبة لهما . بدليل براءة ذمّتهما منه . والهِبَةُ المقبوضة لا يجُوز الرجوعُ فيها ، وإن كان الدفع بإذن المشترى ، والزوج ، احتملَ أن يكون الحكمُ فيه ، كما لو قضاه بغير إذنه ، إذا كان فعلَ ذلك على سبيل التبرّع عليه . واحتمل أن يكون ردّه على الزوج

---

(١) الوهط : بستان ومال كان لعمرو بن العاص بالطائف ، وأصل الوهط جمع وهطة وهو الأرض المنخفضة .

(٢) القلد : بكسر القاف وسكون اللام الحظ من الماء

والمشترى ، إذا كان عقدُهما صحيحاً بكلّ حال . لأنّ إذنهما في تسليمه إلى مَنْ له الدينُ عليهما إذا اتّصل به القبضُ جرى مجرى قبوله ، وقبضه ، بخلاف ما إذا لم يأذن ، وإن أذنا في دفع ذلك عنهما قَرْضاً . فإنّ الردّ يكون عليهما ، والقرضُ يرجعُ عليهما بعِوَضه .

٣١٥٣ (فصل) إذا قال العبدُ لرجل : ابتَعْنِي من سيّدي ففعل ، فبان العبدُ مُعْتَقاً . فالضمانُ على السيّد . نصّ عليه أحمدُ . وبه قال أبو حنيفة : إن كان السيّد حاضراً حين غرّه العبدُ . وإن كان غائباً فالضمانُ على العبد . لأن الغرر منه .

ولنا : أن السيّد قبض الثمن بغير استحقاق ، وضمن العُهدة . فكان الضمانُ عليه ، كما لو كان حاضراً . وإن بان العبدُ مغصوباً ، أو به عيبٌ فردّه ، فالضمانُ على السيّد لما ذكرنا .

٣١٥٤ (فصل) وإن اشترى اثنان عبداً . فغاب أحدُهما ، وجاء الآخرُ يطالبُ نصيبه منه . فله ذلك . وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك . لأنّه لا يُمكنه تسليمُه إلاّ بتسليم نصيب الغائب ، وليس له تسليمُه بغير إذنه .

ولنا : أنه طلب حِصَّتَهُ . فكان له ذلك ، كما لو أوجب لكلّ واحدٍ منهما مُنفرداً . وما ذكروه يَبطُل بهذه الصورة . وإن قال الحاضرُ : أنا أدفعُ جميعَ الثمن ، ويَدْفَعُ إلىّ جميعَ العبد . لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة : له ذلك .

ولنا : أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ، ولا للبائع في دَفْعه إليه ، فلم يكن لهما ذلك ، كما لو كانا حاضرين . فإن سُلِّم إليه ، فتَلِف العبدُ ، فللغائب تضمينُ أيِّهما شاء . لأن الدافعَ فرّط بدفع ماله بغير إذنه ، والشريكَ قبضَ مالَ غيره بغير إذنه . فإن ضَمِنَ الشريكُ لم يرجعْ على أحَدٍ . لأن التلفَ حصلَ في يده ، فاستقرّ الضمانُ عليه . وإن ضمن الدافعُ رجع على القابض لذلك . ويَقْوَى عندي : أنّه إذا لم يُمكن تسليمُ نصيب أحدِ المشترِيَيْن إليه إلاّ بتسليم نصيب صاحبه ، أنّه لا يجوزُ التسليمُ إليه ، لما ذكرنا ههنا .

٣١٥٥ (فصل) ويُستحبّ الإشهادُ في البيع ، لقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ) وأقلّ أحوال الأمر الاستحبابُ ، ولأنّه أقطعُ للنزاع ، وأبعدُ من التجاحُد . فكان أولى . ويختصّ ذلك بما له خَطَر . فأمّا الأشياء القليلةُ الخَطَر ، كحوائج البقّال ، والعطّار ، وشبههما . فلا يُستحبّ ذلك فيها . لأن العقود فيها تكثُر ، فيَشُقّ الإشهادُ عليها ، وتقبحُ إقامةُ البيّنةِ عليها ، والترافع إلى الحاكم من أجلها ، بخلاف الكثير . وليس الإشهادُ بواجبٍ في واحدٍ منهما ، ولا شَرْطاً له . رُوى ذلك عن أبي سعيد الخُدرىّ ، وهو قول الشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، وإسحق ، وأبي أيّوب ، وقالت طائفة : ذلك فرضٌ

لا يجوزُ تركه . ورُوى ذلك عن ابن عباس . وممّن رأى الإشهادَ على البيع : عطاء ، وجابرُ بن زيد ، والنخَعِيّ . لظاهر الأمر ، ولأنّه عقدُ مُعاوَضةٍ . فيجبُ الإشهادُ عليه ، كالنِّكاح .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ٢٨٣ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ)(١) وقال أبو سعيدٍ : صارَ الأمرُ إلى الأمانةِ وتلا هذه الآية . ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَاماً وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ . وَاشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ سَرَاوِيلَ . وَمِنْ أَعْرَابِيٍّ فَرَساً ، فَجَحَدَهُ الأَعْرَابِيُّ حَتَّى شَهِدَ لَهُ خُزَيْمَةُ بْنُ ثَابِتٍ(٢) » ولم يُنقَل أنّه أشْهد(٣) فى شيء من ذلك ، وكان الصحابةُ يتبايعونَ فى عصره فى الأسواق ، فلم يأمُرهم بالإشهاد . ولا نُقِل عنهم فعلُه . ولم يُنكِر عليهم النبيّ صلّى الله عليه وسلم ، ولو كانوا يُشْهِدُون فى كل بِيَاعاتِهم لما أخلّ بِنَقْله ، وقد أمر النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ « أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ أُضْحِيَةً » ولم يأمره بالإشهاد ، وأخبره عُرْوَةُ : أنّه اشترى شاتين ، فباع إحداهما . ولم يُنكِر عليه تركَ الإشهاد ، ولأنّ المبايَعة تكثُرُ بين الناس فى أسواقهم ، وغيرها . فلو وجب الإشهادُ فى كلّ ما يتبايعونه أفضى إلى الحَرَج المَحْطُوطِ عنا بقوله تعالى (٢٢ : ٧٨ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) والآيةُ المرادُ بها الإرشادُ إلى حفظ الأموال ، والتعليم ، كما أمر بالرهن ، والكاتب . وليس ذلك بواجب . وهذا ظاهر .

٣١٥٦ (فصل) ويُكره البيعُ ، والشراء فى المسجد ، وبه قال إسحق ، لما روى أبو هريرة : أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلم قال « إِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أَوْ يَبْتَاعُ فِي الْمَسْجِدِ فَقُولُوا : لاَ أَرْبَحَ اللهُ تِجَارَتَكَ . وَإِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ فَقُولُوا : لاَ رَدَّهَا اللهُ عَلَيْكَ » أخرجه الترمذيّ ، وقال : حديثُ حسن غريب ، ولأن المساجدَ لم تُبْنَ لهذا . ورأى عمرانُ القصيرُ رجلاً يبيعُ فى المسجد ، فقال « هَذِهِ سُوقُ الآخِرَةِ . فَإِنْ أَرَدْتَ التِّجَارَةَ ، فاخْرُجْ إلى سُوقِ الدُّنْيَا » فإن باع فالبيعُ صحيحٌ ، لأنّ البيع تمّ بأركانه ، وشروطه . ولم يثبُت وجود مُفسدٍ له . وكراهةُ ذلك لا توجبُ الفساد ، كالغشّ فى البيع ، والتدليس ، والتَّصْرِيَةِ . وفى قول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « قُولُوا : لاَ أَرْبَحَ اللهُ تِجَارَتَكَ » من غير إخبار بفسادِ البيع دليلٌ على صحّته ، والله أعلم .

---

(١) ليس فى الآية تصريح بعدم الإشهاد على البيع والشراء وإنما فيها الحث على تأدية الأمانة .

(٢) معنى جحده اليهودى : أنه أنكر أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى منه الفرس وأعطاه ثمنه ، وطلب استردادالفرس، وقد شهد خزيمة للنبى صلى الله عليه وسلم من غير سابق معرفة ، وقد قال له الرسول : تشهد لى وأنت لا تعرفنى ؟ فقال له خزيمة نعم ، فلذلك جعل الرسول صلى الله عليه وسلم شهادة خزيمة بشهادة رجلين .

(٣) فى النسخ المطبوعة (أنه شهد) والصحيح ما هنا .

باب السلم

وَهو أن يُسلِمَ عِوَضاً حاضراً فى عِوَضٍ موصوف فى الذمّة إلى أجَلٍ ، ويُسمى سَلَماً ، وسَلَفاً . يقال : أسلم ، وأسلف ، وسَلّف . وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيعُ . وبلفظ السَلَم ، والسلَف . ويُعتبر فيه من الشروط ما يُعتبر فى البيع ، وهو جائز بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢ يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) وروى سعيدٌ بإسناده ، عن ابن عبّاس : أنه قال « أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ المَضْمُونَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى قَدْ أَحَلَّه اللهُ فِي كِتَابِهِ . وَأَذِنَ فِيهِ ، ثُمَّ قَرَأَ هَذِهِ الآيَةَ » ولأنّ هذا اللفظ يصلُح للسَّلَمِ ، ويشمُلهُ بعمومه .

وأما السنّة : فروَى ابنُ عبّاس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُمْ قَدِمُوا المَدِينَةَ ، وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي الثِّمارِ السَّنَتَيْنِ والثَّلاثَ . فقال : مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلومٍ » متفق عليه ، وروَى البُخاريّ عن محمد بن أبي المُجالِدِ قال « أَرْسَلَنِي أَبُو بُرْدَةَ وعَبْدُ اللهِ بنُ شَدَّاد إِلَى عَبْدِ الرَّحمنِ بنِ أَبْزَى ، وعَبْدِ اللهِ بنِ أَبِي أَوْفَى ، فَسَأَلْتُهما عَنِ السَّلَفِ ؟ فقَالا : كُنَّا نُصِيبُ المَغَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم ، فكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشامِ ، فَنسْلِفُهُمْ فى الحِنْطَةِ ، والشَّعِيرِ ، والزَّبِيبِ ، فقلتُ : أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ أَمْ لَمْ يَكنْ لَهُمْ زَرْعٌ ؟ قال : مَا كُنَّا نَسْأَلُهمْ عَنْ ذَلِكَ » .

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظُ عنه من أهل العلم على أن السلمَ جائز . ولأن المثمن فى البيع أحد عِوَضى العقد ، فجاز أن يثبُت فى الذمّة كالثمن . ولأن بالناس حاجةً إليه . لأن أرباب الزروعِ ، والثمار ، والتجارات ، يحتاجونَ إلى النفقة على أنفسهم ، وعليها لتكمل . وقد تُعوزُهم النفقةُ ، فجُوِّز لهم السَلمَ ليَرْتَفِقُوا ، ويرتفق المُسْلِمُ[1] بالاسْتِرْخَاصِ .

٣١٥٧ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وكلّ ما ضُبط بصفةٍ فالسلم فيه جائز ﴾ وجملة ذلك : أن السلم لا يصحُّ إلا بشروط ستة :

أحدُها : أن يكونُ المسلمَ فيه مما ينضبط بالصفات التى يختلف الثمن باختلافها ظاهراً . فيصحُّ فى الحُبوب، والثمار ، والدقيق ، والثياب ، والإبْرَيْسِمَ ، والقطن ، والكتّان ، والصوف ، والشعر ، والكاغد ، والحديد ، والرَّصاص ، والصُّفْر ، والنُّحاس ، والأدْوية ، والطِّيب ، والخُلول ، والأدْهانِ ، والشُّحوم ، والألبان والزئبق ، والشبّ ، والكبريت ، والكُحْل وكلِّ مَكِيل ، أو موزون ، أو مزروع . وقد جاء الحديث فى

(١) المسلم : الذى دفع مال السلم ، وهو ثمن الشىء الذى يأتيه بعد الأجل المعلوم .

الثمار . وحديثُ ابن أبى أوفى فى الحِنطَة ، والشعير ، والزبيب ، والزيت : وأجمع أهلُ العلم على أن السَّلم فى الطعام جائزٌ . قاله ابن المنذر . وأجمعوا على جواز السلم فى الثياب . ولا يصحُّ السلم فيما لا ينضبطُ بالصفة . كالجوهر ، من اللؤلؤ ، والياقوت ، والفَيْرُوزج ، والزَبَرْجد ، والعقيق ، والبلّور ، لأن أثمانها تختلفُ اختلافاً مُتبايناً بالصِّغَر ، والكِبَر ، وحُسْن التَّدوير ، وزيادة ضَوْئِها ، وصفائها ، ولا يُمكن تقديرُها بِبَيْضِ العُصْفُورِ ونحوه . لأنْ ذلك يختلفُ ، ولا بشىء معيَّن لأن ذلك يتلفُ . وهذا قول الشافعىّ وأصحاب الرأى . وحكى عن مالك صحةُ السلَم فيها ، إذا اشترط منها شيئاً معلوماً . وإن كان وَزْناً فبِوَزْنٍ معروف . والذى قلناه أولى ، لما ذكرنا . ولا يصحّ فيما يَجْمَعُ أخلاطاً مقصودةً غير متميّزة ، كالغالية[1] ، والنَّدّ ، والمعاجين التى يُتَدَاوى بها ، للجهل بها ، ولا فى الحوامل من الحيوان . لأنّ الولد مجهولٌ غيرُ متحقق ولا فى الأوانى المختلفة الرءوس ، والأوساط . لأن الصفة لا تأتى عليه . وفيه وجهٌ آخرُ : أنه يصحّ السلَمُ فيه إذا ضُبط بارتفاع حائطه ، ودَوْر أعلاه ، وأسفَلِه . لأن التفاوت فى ذلك يسيرٌ ، ولا يصحّ فى القِسِىّ المشتملة على الخشَبِ ، والقرن ، والعَصَب[2] ، والتُّوزِ . إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك ، وتمييز ما فيه منها . وقيل يجوز السَّلَم فيها ، والأولى ما ذكرنا ، قال القاضى : والذى يجمع أخلاطاً على أربعة أضرب .

أحدها : مُختَلِطٌ مقصود ، متميّز ، كالثياب المنسوجة من قطن ، وكَتَّان ، أو قطن وإبْرَيسم ، فيصحُّ السلَم فيها . لأن ضبطها ممكن .

الثانى : ما خلطه لمصلحته . وليس بمقصود فى نفسه ، كالأنفَحَةِ فى الجُبْنِ ، والمِلْحِ فى العجين ، والخبز ، والماء فى خلّ التمر ، والزبيب ، فيصحُّ السلَم فيه . لأنهُ يسيرٌ لمصلحته .

الثالث : أخلاطٌ مقصودةٌ غير متميّزة ، كالغالية ، والندّ ، والمعاجين ، فلا يَصحّ السلَمُ فيها . لأن الصفة لا تأتى عليها .

الرابع : ما خلَطُه غيرُ مقصود ، ولا مصلحةَ فيه ، كاللبن المَشوب بالماء . فلا يصحّ السلَمُ فيه .

٣١٥٨ (فصل) ويصحّ السلَمُ فى الخبْزِ ، واللِّبأِ ، وما أمكن ضبطه مما مَسَّتْهُ النارُ . وقال الشافعىّ : لا يصحّ السلَم فى كلّ معمولٍ بالنار . لأنَ النار تختلفُ ، ويختلِفُ عمَلُها ، ويختلفُ الثمن بذلك .

---

(١) الغالية : نوع جيد من الطيب : والند : بفتح النون وكسرها نوع من الطيب أيضاً كان معروفاً عند العرب . وأيام المؤلف .

(٢) العصب : بفتح العين مع فتح الصاد وسكونها شجر اللبلاب ، والتوز : نوع من أنواع الشجر معروف عند العرب .

ولنا : قوله عليه السلام « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُوم أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ » فظاهرُ هذا : إباحةُ السَّلَمِ فى كل مَكِيل ، ومَوْزُون ، ومَعْدُودٍ . ولأنّ عملَ النار فيه معلوم بالعادة ، ممكنٌ ضَبْطُه بالنَّشَافة ، والرُّطُوبَة . فصحّ السلم فيه ، كالمُجفّف بالشمس ، فأما اللحمُ المطبوخ ، والشِّواء ، فقال القاضى : لا يصحّ السلمَ فيه . وهو مذهب الشافعىّ ، لأن ذلك يتفاوتُ كثيراً ، وعاداتُ الناس فيه مختلفةٌ . فلم يمكن ضبطُه . وقال بعض أصحابنا : يصحّ السلَمُ فيه . لما ذكرنا فى الخُبز واللِّبأ .

٣١٥٩ (فصل) ويصحّ السَّلَمُ فى النّشاب ، والنَّبْلِ . وقال القاضى : لا يصحّ السلم فيها ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنه يجمعُ أخلاطاً من خشب ، وعَقِبٍ ، ورِيش ، ونَصْلٍ ، فجرى مجرى أخلاطِ الصَّيادِلةِ . ولأنّ فيه ريشاً نَجِساً . لأنّ ريشه من جَوارِحِ الطيرِ .

ولنا : أنه مما يصحّ بيعُه ، ويمكنُ ضبطُه بالصفاتِ التى لايتفاوتُ الثمنُ معها ، غالباً . فصحّ السَّلَمُ فيه ، كالخشب ، والقَصَبِ ، وما فيه من غيرِه مُتَميّز ، يمكنُ ضبطُه والإحاطَةُ به ، ولا يتفاوتُ كثيراً . فلا يُمنع ، كالثِّيابِ المنسوجَةِ من جنسين . وقد يكون الريشُ طاهراً . وإن كان نَجِساً لكن يصحّ بيعُه ، فلم يُمنع السَلَمَ فيه ، كنجاسة البغل ، والحمار .

٣١٦٠ (فصل) واختلفت الرواية فى السَّلَم فى الحيوان . فرُوى : لا يصحّ السَلَمُ فيه . وهو قول الثورىّ ، وأصحاب الرأى . ورُوى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وحُذَيفَةَ ، وسعيد بن جُبَيْر ، والشعبىّ ، والجَوْزَجانِىّ . لما رُوى عن عمر بن الخطّاب رضى الله عنه أنه قال « إنَّ مِنَ الرِّبَا أَبْوَابًا لَا تَخْفَى . وَإِنَّ مِنْهَا السَّلَمَ فِي السِّنِّ » ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متُبايناً . فلا يمكنُ ضبطَه . وإن استقصى صفاته التى يختلفُ بها الثمنُ — مثلُ أزجِّ الحَاجِبَينِ ، أكحلُ العَيْنَين ، أقنَى الأنفِ[1] ، أشمُّ العِرْنِينِ ، أهْدَبُ الأشفارِ[2] ، ألْمَى الشَّفَةِ ، بديعُ الصِّفةِ . تعذرّ تسليمُه ، لندْرة . وجُوده ، على تلك الصفة . وظاهرُ المذهب : صحّةَ السَّلَم فِيه . نصّ عليه فى رواية الأثرم . قال ابن المنذر : وممّن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم فى الحيوان : ابنُ مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، وسعيدُ بن المسيّب ، والحسنُ ، والشعبىّ ، ومُجاهد ، والزهرىّ والأوزاعىّ ، والشافعىّ وإسحاق ، وأبو ثور . وحكاه الجَوْزَجانىُّ عن عَطاء ، والحكم . لأن أبا رافع

---

(١) أقنى الأنف : مرتفع أعلاه محد ودب، وسطه والعرنين : الأنف أو ما صلب من عظمه ، والأشم المرتفع قصبته حسنها .

(٢) أهدب الأشفار : الأشفار شعر جفون العينين والأهدب كثير شعر الجفون، والمى الشفة: أسمرها ، أوقريب من سوادها .

قال : « اسْتَسْلَفَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ منْ رَجُلٍ بَـكْرًا[١] » رواه مسلم . وروى عبدُ الله بن عمرو بن العاص ، قال « أَمرني رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم ، أَنْ أَبْتَاعَ البَعِيرَ بِالبَعِيرَيْنِ ، و بِالأَبْعِرَةِ إِلَى مَجِيءِ الصَّدَقَةِ » وقد ذكرنا هذا الحديث فى باب الرِّبا . ولأنه ثبت فى الذمَّة صَداقا . فثبت فى السَلَم ، كالثِّياب ، فأما حديثُ عمر فلم يذكره أصحابُ الاختلاف . ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضِرابِ فَحْلِ بَنِي فُلان ، قال الشعبيّ : إنما كره ابن مسعود السلفَ فى الحيوان ، لأنّهم اشترطوا نِتاجَ فَحْلٍ مَعْلُومٍ . رواه سعيدٌ . وقد رُوى عن عليّ « أنَّهُ بَاعَ جَمَلاً لَهُ يُدْعَى عُصَيْفِيراً بِعِشْرِينَ بَعِيراً إِلَى أَجَلٍ » ولو ثبت قولُ عمر فى تحريم السَّلَم فى الحيوان ، فقد عارضه قولُ من سَمَّيْنَا مِمَّن وافقنا .

٣١٦١ (فصل) واختلفت الرواية فى غير الحيوان مما لا يُـكالُ ، ولا يُوزَن ، ولا يُزْرَعُ فنقل إسحاقُ بن ابراهيم ، عن أحمد : أنّه قال : لاَ أَرَى السَلَمَ إِلاَّ فِيمَا يُـكَالُ ، أَو يُوزَنُ ، أَو يُوقَفُ عَلَيْهِ . قال أبو الخطّاب : معناه يُوقَفُ عليه بحدٍّ مَعْلُومٍ لا يختلفُ ، كالزرع ، فأمّا الرمّان ، والبَيْضُ ، فلا أرى السَّلَم فيه . وحَـكى ابنُ المنذر عنه ، وعن إسحاق : أنّه لا خيرَ فى السَّلَم فى الرمّان ، والسفرْجَلِ ، والبِطّيخِ ، والقِثَّاء ، والخِيارِ ، لأنّه لا يُـكَالُ ، ولا يوزن ، ومنه الصغيرُ ، والـكبيرُ . فعلى هذه الرواية : لا يصحّ السلم فى كلّ معدود ، مختلف ، كالذى سمّيناه ، وكالبقول . لأنه يختلف ، ولا يمـكنُ تقديرُ البقل بالحَزْمِ ، لأن الحَزْمَ يمكنُ فى الصغير ، والـكبير . فلم يصحّ السَّلَمُ فيه ، كالجواهر . ونقل إسماعيلُ ابن سعيد ، وابنُ منصور : جوازَ السلَم فى الفواكه ، والسفرْجَلِ ، والرمّان ، والمَوْزِ ، والخضراوات ، ونحوها . لأنّ كثيراً من ذلك مما يتقارَبُ ، و ينضبطُ بالصِّغَر ، والـكِبَر ، وما لا يتقارَبُ ينضبط بالوزن ، كالبقول ، ونحوها . فصحّ السلَم فيه ، كالزروع . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، والأوزاعىّ . وحَـكى ابن المنذر عن الشافعىّ : المنعَ من السلم فى البيض ، والجَوز . ولعلّ هذا قولٌ آخرُ . فيـكون له فى ذلك قولان .

٣١٦٢ (فصل) فأما السلم فى الرءوس ، والأطراف . فيخرج فى صحة السلم فيها الخلافُ الذى ذكرنا ، وللشافعىّ فيها قولان أيضاً ، كالروايتين :

أحدها : يجوز . وهو قول مالك ، والأوزاعىّ ، وأبى ثَوْر . لأنّه لحمٌ فيه عَظْمٌ ، يجوز شراؤه ، فجاز السلَمُ فيه ، كبقيّة اللّحم .

وَالآخر : لا يجوز . وهو قول أبى حنيفة ، لأنّ أكثره العِظامُ ، والمَشافِرُ ، واللّحمُ فيه قليل، وليس بموْزون ، بخلاف اللحم . فإن كان مَطْبوخاً ، أو مَشْوِيّاً . فقال الشافعىُّ : لا يصحُّ السلَمُ فيه . وهو

(٣) البـكر : بفتح الباء الجمل الفتى القوى.

قياس قول القاضي . لأنه يتناثرُ ويختلفُ . وعلى قول غير القاضي من أصحابنا : حكمُ ما مَسَّته النارُ من ذلك حكمُ غيره ، وبه قال مالك ، والأوزاعيُّ ، وأبو ثور ، والعقدُ يقتضيه سليماً من التأثُّر ، والعادةُ في طبخه تتفاوتُ ، فأشبه غيره .

٣١٦٣ (فصل) وفي الجلود من الخلاف مثلُ ما في الرءوس ، والأطراف ، وقال الشافعيُّ : لا يصحُّ السَلَمُ فيها ، لأنَّها تختلفُ ، فالوَرِكُ ثخينٌ قويٌّ ، والصدرُ ثخينٌ رِخوٌ ، والبَطْنُ رَقيقٌ ضعيفٌ ، والظهرُ أقوى ، فيحتاجُ إلى وَصْفِ كلِّ موضعٍ منه ، ولا يمكن ذَرْعُه لا ختلاف أطرافه .

ولنا : أن التفاوت في ذلك معلوم ، فلم يمنع صحَّة السَلَم فيه ، كالحيوان ، فإنَّه يشتملُ على الرأس ، والجلد ، والأطراف ، واللحم ، والشحم ، وما في البطن ، وكذلك الرأسُ يشتملُ على لحم الخدَّين ، والأذُنَيْن ، والعينين ، ويختلفُ ذلك ، ولم يمنع صحَّة السلم فيه ، كذا ههنا .

٣١٦٤ (فصل) ويصحّ السَلَمُ في اللحم ، وبه قال مالك ، والشافعيُّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ لأنه يختلف .

ولنا : قول النبيِّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ » وظاهرُه : إباحةُ السَلَم في كلّ موزون ، ولأنّنا قدَ بيَّنَّا جوازَ السلم في الحيوان ، فاللحمُ أولى .

الشرط الثاني : أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً . فإنَّ المسلَم فيه عِوَضٌ في الذمّة . فلا بدَّ من كونه معلوماً بالوصف ، كالثمن . ولأن العلم شرط في المبيع . وطريقُه : إمّا الرؤيةُ ، وإما الوَصْفُ ، والرؤيةُ ممتنعةٌ ههنا . فيتعيَّن الوصفُ ، والأوصافُ على ضربين : مُتفقٌ على اشتراطها ، ومُختلَفٌ فيها . فالمتَّفَقُ عليها ثلاثةُ أوصاف : الجنسُ ، والنوعُ ، والجَوْدَةُ ، والرَّدَاءةُ . فهذه لا بدّ منها في كل مُسْلَمٍ فيه . ولا نَعلَمُ بين أهل العلم خلافاً في اشتراطها . وبه يقول أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيُّ .

الضرب الثاني : ما يختلف الثمنُ باختلافه ، ممّا عدا هذه الثلاثة الأوصاف . وهذه تختلفُ باختلاف المُسْلَم فيه . ونذكرها عند ذكره . وذكرُها شرطٌ في السَّلَم عند إمامنا ، والشافعيِّ . وقال أبو حنيفة : يكفي ذكرُ الأوصاف الثلاثة . لأنَّها تشتَمِلُ على ماوراءها من الصفات .

ولنا : أنه يبقى من الأوصاف من اللون ، والبلد ، ونحوهما ما يختلفُ الثمنُ ، والغَرَضُ لأجله . فوجب ذكرهُ كالنوع .

ولا يجب استقصاء كلِّ الصِّفات ، لأنَّ ذلك يتعذّر ، وقد ينتهي الحالُ فيها إلى أمرٍ يتعذَّر تسليمُ المُسْلَمِ فيه . إذ يبعدُ وجودُ المُسلم فيه عند المَحلّ بتلك الصفات كلّها . فيجبُ الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة ، التي

يختلفُ الثمن بها ظاهراً . ولو استقصى الصفاتِ حتى انتهى إلى حالٍ يندُر وجودُ المُسْلَمِ فيه بتلك الأوصافِ ، بَطلَ السلمُ . لأنّ من شرط السلم أن يكون المُسْلَمُ فيه عامّ الوُجود عنـد المَحلّ ، واستقصاء الصفاتِ يمنعُ منه . ولو شَرط الأجودَ لم يصحّ أيضاً . لأنّه لا يقدرُ على الأجودِ . وإن قدر عليه كان نادراً . وإن شرط الأردأ احتمل أن لا يصحّ لذلك . واحتمل أن يصحّ . لأنّه يقدرُ على تسليم ما هو خيرٌ منه . فإنه لا يُسلم شيئاً إلاّ كان خيراً مما شرطه ، فلا يَعْجزُ إذاً عن تسليم ما يجبُ قبوله ، بخلاف التى قبلها . ولو أسلم فى جاريةٍ وابنتها ، لم يصحّ . لأنه لابدّ أن يضبط كلّ واحدةٍ منهما بصفاتٍ ، ويتعذّرُ وجودُ تلك الصفات فى جاريةٍ وابنتها ، وكذلك إن أسلم فى جاريةٍ وأختها ، أو عمّتها ، أو خالتها ، أو ابنة عمّها ، لما ذكرنا . ولو أسلم فى ثوب على صفةِ خِرْقَةٍ أحضرها ، لم يَجُزْ ، لجواز أن تَهْلِكَ الخرْقةُ ، وهـذا غَرَرٌ ، ولا حاجةَ إليه ، فمنع الصحّة . كما لو شرط مِكيالاً بعينه ، أو صَـنْجَةً بعينها .

٣١٦٥ (فصل) والجنسُ ، والجودة ، أو ما يقومُ مقامهما شرطان فى كلّ مُسْلَمٍ فيه . فلا حاجةَ إلى تـكرير ذكرها فى كلّ مُسْلَمٍ فيه . ويذكر ما سواهما فيصفُ التمر بأربعة أوصاف : النوع ، بَرْنِىّ أو مَعْقِلِىّ . والبلَد ، إن كان يختلف . فيقول : بَغدادِىّ أو بَصْرِىّ . فإنّ البغدادىّ أحـلى ، وأقلّ بقاء لعذُوبةِ الماء ، والبصرىّ بخلاف ذلك ، والقَدْر : كِبارٌ أو صِغار ، وحَديثٌ أو عَتِيقٌ . فإن أطلق العتيق فأىَّ عَتيقٍ أعطَى جاز ، مالم يكن مُسَوِّساً ، ولاَ حَشَفاً[1] ، ولا مُتَغَيِّرًا . وإن قال عتيقُ عامٍ ، أو عامين ، فهو على ماقال : فأمّا اللونُ : فإن كان النوعُ الواحدُ مختلفاً ، كالطبرز ، يكون أحمر ، ويكون أسود ، ذكرَه وإلاّ فلا ، والرُّطَبُ كالتمر فى هذه الأوصاف ، إلاّ الحديثَ والعَتيقَ ، ولا يأخذُ من الرُّطبِ إلّا ما أرْطبَ كلّه . ولا يأخذ منهُ مشدَّخاً ، ولا قَديما قارب أن يُتمِرَ ، وهـكذا ما جرى مَجراهُ من العِنَبِ ، والفواكه .

٣١٦٦ (فصل) ويصف البُرّ بأربعة أوصاف : النوع . فيقول : سبيلة ، أو سلمونىّ والبـلد . فيقول : حَوْرَانِىّ أو بَلْقَاوِىّ ، أو سِمَالىٌّ ، وصغارُ الحبّ أو كِبارُه ، وحـديثٌ أو عتيقٌ ، وإن كان النوع الواحدُ يختلف لونُه ذكره . ولا يُسْلم فيه إلا مُصَفًّى وكذلك الحـكم فى الشعير ، والقُطْنِيّاتِ ، وسائرِ الحبوب .

٣١٦٧ (فصل) ويصفُ العسلَ بثلاثة أوصاف : البلدى . فيجىّ ، أو نحوه . ويجزىء ذلك عن النوع ، والزمان : ربيعىّ . أو خَرِيفىّ ، أو صَيْفِىّ ، واللون : أبيضُ ، أو أحـرُ ، وليس له إلا مُصَفًّى من الشَّمْع .

---

(١) الحشف : الجاف ، الذى لاماء فيه ولا حلاوة .

٣١٦٨ (فصل) ولا بدّ فى الحيوان كلِّه من ذكر النوع ، والسِّن ، والذكورية ، والأنوثيّة ، ويذكر اللون ، إن كان النوعُ الواحدُ يختلف . ويُرْجَعُ فى سنّ الغلام إليه إن كان بالغاً : وإن كان صغيراً فالقولُ قولُ سيِّده ، وإن لم يُعلم رُجع فى قوله إلى أهل الخبرة ، على ما يغلبُ على ظنونهم تقريباً . وإذا ذكر النوع فى الرقيق ، وكان مختلِفاً مثلُ التركىّ : منهم الجِكلِيُّ والخَزَرىّ ، فهل يحتاجُ إلى ذكره ، أو يكفى ذكرُ النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج فى الجارية إلى ذكر البَكارةِ ، والثُّيُوبَةِ ، ولا الجُعُودَةِ والسُّبُوطَةِ . لأنّ ذلك لا يختلفُ به الثمن اختلافاً بيّناً ، ومثلُ ذلك لا يُراعَى ، كما فى صفات الحُسْن ، والمَلَاحة . فإن ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثُّيُوبَةَ والبَكارَة . لأنَّ الثمنَ يختلفُ بذلك ، ويتعلّق به الغرضُ . ويذكر القدّ : خُماسِىّ أو سداسىّ ، يعنى خمسة أشبار ، أو ستّة أشبار . قال أحمد : يقول خماسىٌّ ، سُدَاسىّ أسودُ أبيضُ ، أعجمىّ ، أو فصيحٌ .

فأما الإبل فيضبطها بأربعة أوصاف . فيقول : من نَتاج بنى فُلانٍ . والسنّ : بنتُ مخاض ، أو بنتُ لَبُونٍ ، واللون : بيضاء ، أو حَمْراء ، أو وَرْقاء[1] . وذكر أو أنثى ، فإن كان نتاجٌ يختلفُ فيه ، مهْرِيّة ، وأَرْحَبِيّة ، فهل يحتاج إلى ضبط ذلك ؟ يحتملُ وجهين ، وما زاد على هذه الأوصاف لا يفتقر إلى ذكره ، وإن ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه ، وأوصافُ الخيل كأوصاف الإبل .

وأما البغالُ والحميرُ فلا نِتاجَ لها ، فيُجْعلُ مكان ذلك نِسْبَتُها إلى بَلدِها .

وأما البقر ، والغنم ، فإن عُرِف لها نِتَاجٌ ، فهى كالإبل ، وإلاّ فهى كالحُمُر . ولابدّ من ذكر النوع فى هذه الحيوانات ، فيقولُ فى الإبل : بُخْتيّة ، أو عِرَابيّة ، وفى الخيل : عَربيّة أو هَجين ، أو بِرْذَوْن[2] ، وفى الغنم : ضأن أو مَعِز ، إلا الحُمرَ ، والبِغالَ ، فلا نوع فيهما .

٣١٦٩ (فصل) ويذكر فى اللحم السِّنَّ والذكوريّة ، والأنوثيّة ، والسِّمَن ، والهُزالَ ، وراعياً ، أو مَعْلوفاً ، ونوعَ الحيوان ، وموضعَ اللحم منه . ويزيد فى الذكر : فحلاً أو خَصِيًّا ، وإن كان من صيد لم يحتج إلى ذكر العلَف ، والخِصَاء . ويذكر الآلة التى يُصادُ بها ، من جارحةٍ أو أُحْبُولَةٍ . وفى الجارحة يذكر : صيدَ فَهْدٍ ، أوْ كَلْب ، أوْ صَقْرٍ . فإنّ الأُحْبُولَةَ يؤخذُ الصيدُ منها سَليماً ، وصيدُ الكَلْبِ خَيْرٌ من صَيْدِ الفهد ، لكَوْنِ الكَلْبِ أَطْيَبَ الحيوان نَكْهَةً ، قيل : لكونه مفتوحَ الفم فى أكثر الأوقات ، والصحيحُ إن شاء الله : أنّ هذا ليس بشرط . لأن التفاوُت فيه يسيرٌ ، ولا يكادُ الثمنُ يتباينُ باختلافه ، ولا يعرفهُ إلا القليلُ من الناس . وإذا لم يحتج فى الرقيق إلى ذكر البَكارةِ والثُّيوبة ، والسِّمن ،

---

(١) ورقاء : فى لونها سواد وبياض .

(٢) برذون ، مولد بين حصان وبغل .

والهُزَالِ ، وأشباهها مما يتبايَنُ بها الثمنُ ، وتختلف الرَّغَباتُ بها ، ويَعرِفُها الناسُ فهذا أولى . ويلزم قبولُ اللحم بعِظَامِه ، لأنه هكذا يُقْطَعُ ، فهو كالنوى فى التمر ، وإن كَانَ السّلم فى لحم طَيْرٍ لم يحتج إلى ذكر الذكوريّة ، والأُنوثيَّة ، إلاّ أن يختلف بذلك ، كَلَحْمِ الدّجاج ، ولاَ إلى ذكر موضع اللحم ، إلا أن يكون كثيراً يأخذُ منه بعضَه . ولا يلزمه قبول الرأس والساقين . لأنه لا لحمَ عليها .

وفى السمك يذكر النوع : بردىٌّ ، أو غيره ، والكِبر ، والصِّغر ، والسِّمَن ، والهُزَالَ . والطرىّ ، والملح ، ولا يقبل الرأس ، والذنب ، وله ما بينهما ، وإن كَانَ كثيراً يأخذُ بعضَه ، ذَكَرَ مَوْضِعَ اللَّحْمِ مِنْهُ .

٣١٧٠ (فصل) ويُضبط السِّمنُ بالنوع ، من ضأنٍ ، أو مَعِزٍ ، أو بقَرٍ ، واللونُ أبيضُ ، أو أصفرُ ، قال القاضى : ويذكر المَرْعَى ، ولا يحتاجُ إلى ذكر حديثٍ ، أو عتيقٍ ، لأنّ إطلاقه يقتضى الحديثَ ، ولا يصحّ السَّلَمُ فى عَتيقِهِ ، لأنه عيبٌ ، ولا ينتهى إلى حَدّ يُضبط به ، ويصفُ الزُّبْدَ بأوصاف السِّمْنِ ، ويزيدُ : زُبْدَ يَوْمِه ، أوْ أمْسِهِ ، ولا يلزمُه قبول متغيّر فى السِّمن ، أو الزُّبد ولا رَقِيقٍ ، إلاّ أن تكون رقّته للحرّ ، ويصفُ اللبن بالنوع ، والمرعَى ، ولا يحتاج إلى اللون ، ولا حَلْبة يَوْمِه ، لأنّ إطلاقه يقتضى ذلك ، ولا يلزمه قبولُ مُتغيّر ، قال أحمد : ويصحّ السلم فى المَخِيضِ ، وقال الشافعىّ : لا يصحّ السلَمُ فيه ، لأنّ فيه ما ليس من مصلحته ، وهو الماء ، فصار المقصود مجْهولاً .

ولنا : أن الماء يسيرٌ يُتْرَكُ لأجل المصلحة ، جرت العادةُ به . فلم يمنع صحّة السَّلَمِ فيه ، كالماء فى الشَّيْرج ، والمِلْحِ ، والأنفحَة فى الجُبْنِ ، والماء فى خَلّ التمر ، ويصف الجُبْنَ بالنوع ، والمَرْعَى ، ورَطْبٌ أو يَابِسٌ ، ويصفُ اللِّبأ بصِفاتِ اللَّبنَ ، ويزيدُ اللَّوْنَ ، ويذكر الطَّبْخَ ، أو لَيْس بمَطْبُوخٍ .

٣١٧١ (فصل) وتضبط الثياب بستة أوصاف : النوع : كتّان ، أو قُطْن ، والبلد ، والطول ، والعرض ، والصَّفاقَة ، والرِّقّة ، والغِلَظ ، والدقّة ، والنُّعومَة ، والخُشُونَة . ولا يذكر الوَزْن . فإن ذكره لم يصحّ ، لتعذّر الجمع بين صفاته المُشْتَرطَة ، وكونه على وزن معلوم . فيكون فيه تغريرٌ ، لتعذّر اتفاقه ، وإن ذكر خاماً ، أو مَقْصوراً ، فله ما شرط ، وإن لم يذكره جاز . وله خامٌ . لأنّه الأصلُ . وإن ذكر مغسولاً ، أو لَبيساً لم يجُزْ ، لأن اللُّبس يختلف ، ولاَ يَنْضَبِطُ . فإن أسلم فى مَصْبُوغٍ ، وكان مما يُصْبَغُ غَزْلُهُ جاز . لأن ذلك من جملة صفات الثوب ، وإن كان مما يُصْبَغُ بعد نسجه لم يجُز . لأنّ صبْغ الثوب يمنعُ الوقوفَ على نُعومَتِه ، وخُشُونَتِه . ولأنّ الصِّبْغ غيرُ معلوم ، وإن أسلم فى ثوب مختلفِ الغُزول ، كقُطن ، وإبْرَيْسَم ، أو قُطنٍ وَكَتّانٍ ، أو صُوفٍ ، وكانَتْ الغُزُول مَضْبُوطةً بأن يقول : السَّدَى إبْرَيْسَم ، واللَّحْمَة كَتّان ، أو نحوَه جاز . ولهذا جاز السّلَم فى الخَزّ . وهو من غَزْلَيْن مُختلِفَيْن ، وإن

أسلم فى ثوب مُوَشًّى وكان الوَشْىُ من تمام نَسْجِهِ جاز . وإن كان زيادةً لم يجُز . لأنَّه لا يَنْضَبِطُ[1] .

٣١٧٢ (فصل) ويصف غزلَ القطن ، والكتّان، بالبلد ، واللون ، والغِلَظِ ، والدّقّة ، والنُّعومةِ ، والخُشُونة ، ويصفُ القطن بذلك . ويجعلُ مكان الغِلَظ ، والدّقة الطولَ ، والقِصَر . وإن شرط فى القطن منزوعَ الحَبّ جازَ . وإن أطلق كان له بحَبّه ، كالتمر بنواه . ويصفُ الإِبْرَيْسَم بالبلد ، واللون ، والغِلَظ ، والدّقة . ويصفُ الصوف بالبلد ، واللون ، والطول ، والقِصَر ، والزمان : خريفىّ ، أو رَبيعىّ . لأنّ صوف الخريف أَنْظَفُ . قال القاضى : ويصفُه بالذكوريّة ، والأُنوثيّة . لأنّ صوف الإناثِ أَنْعَمُ ، ويحتملُ أن لا يحتاج إلى هذه الصفة . لأن التفاوُتَ فى هذا يسيرٌ ، وعليه تسليمُه نقيًّا من الشَّوْك ، والبَعْرِ ، وإن لم يشترطه ، وإن شرطه جاز . وكان تأكيداً . والشعرُ والوبر ، كالصوف .

ويصحّ السَلَمُ فى الكاغد[2] . لأنّهُ يمكن ضَبْطُه ، ويصفهُ بالطول ، والعرض ، والدقّة والغِلَظ ، واستواء الصنعة ، وما يختلفُ به الثمن .

٣١٧٣ (فصل) ويُضبط النُّحاسُ ، والرّصاص ، والحديد بالنوع . فيقولُ فى الرصاص : قَلْعى ، أو أَسْرَب ، والنُّعومَة ، والخُشونة ، واللون ، إن كان يختلف ، ويزيدُ فى الحديد ذَكَراً أو أُنثى . فإنّ الذكر أحدُّ وأَمْضى ، وإن أسلم فى الأوانى التى يمكن ضبط قَدْرِها ، وطولها ، وسُمْكها ، ودَوْرِها ، كالأَسْطَالِ[3] القائمةِ الحيطانِ ، والطَّسُوتِ جاز . ويضبطها بذلك كلّه ، وإن أسلم فى قِصَاعٍ ، وأقداحٍ من الخشب جاز ، ويذكر نوعَ خشبها ، من جوز ، أو تُوتٍ ، وقدرَها فى الصِّغَر ، والكِبَر ، والعُمْق ، والضِّيق ، والثَّخَانة ، والرّقّة ، وأىّ عمل . وإن أسلم فى سَيْفٍ ضبطه بنوع حَديدِه ، وطوله ، وعَرْضِه ، ورقّته ، وغِلَظِه ، وبَلدِه ، وقَديم الطبع ، أو مُحْدَث ، ماضٍ ، أو غيره ، ويصف قَبْضَتَهُ ، وجَفْنَهُ[4] .

٣١٧٤ (فصل) والخشبُ على أضرُبٍ . منه ما يراد للبناء . فيذكر نوعه ، ويُبْسَهُ ، ورُطوبَته ، وطوله ، ودَوْره ، أو سُمْكه وعَرْضه . ويلزمه أن يدفع إليه من طَرَفِه ، إلى طَرَفِه ، بذلك العَرْضِ والدَّوْرِ . فإن كان أحدُ طرفيه أغلظَ ممّا وصفَ ، فقد زاده خَيْراً . وإن كان أدقّ لم يلزمه قبولُه . وإن ذكر الوزنَ ، أو سَمْحاً جاز ، وإن لم يذكره جاز . وله سَمْحٌ خالٍ من العُقَدِ . لأن ذلك عَيْبٌ ، وإن كان

---

(١) لعل عدم انضباطه كان فى زمن المؤلف أما الآن فيمكن ضبطه ، سواء كان من تمام نسجه أولا

(٢) الكاغد : الورق ، وهو معرب .

(٣) الأسطال جمع سطل : وهو مثل الكوز .

(٤) جفنه : غمده وقرابه الذى يحفظ فيه .

للقِسِىّ ذكَرَ هـذه الأوصاف ، وزاد سَهْلِياً ، أو جَبَلِياً ، أو خُوطاً[١] أو فِلْقَةً . فإن الجبلىّ أقوى من السهلىّ ، والخُوطُ أقوى من الفِلْقَةِ . ويذكر فيما للوقود : الغِلظَةَ ، واليُبسَ ، والرُّطُوبَةَ ، والوَزْنَ ، وَيذكر فيما للنصب : النوعَ ، والغِلَظ ، وسائرَ ما يحتاجُ إلى معرفته ، ويُخرجه من الجَهالة . وإن أسلم فى النُّشّاب[٢] ، والنَّبْلِ ضبطه بنوع جنسه ، وطوله ، وقِصَره ، ودقته ، وغِلَظِه ، ولونه ، ونَصْلِهِ وريشِه .

٣١٧٥ (فصل) والحجارةُ منها ما هو للأرْحِيَةِ[٣] ، فيضبطُها بالدَّوْرِ ، والثَّخَانةِ ، والبَـلَدِ ، والنوع ، إن كان يختلفُ ، ومنها ما هو للبناء . فيذكر النوع ، واللون ، والقَدْرَ ، والوَزْنَ ، ويذكر فى حجارة الآنية : اللونَ ، والنوع ، والقَدْرَ ، واللِّينَ ، والوَزْنَ . ويصفُ البلّور بأوصافه . ويصفُ الآجُرّ ، واللَّبِنَ بموضع التُّربَةِ ، واللَّوْنِ ، والدَّوْرِ ، والثَّخَانَةِ ، وإن أسلم فى الجص والنُّورَةِ ذكر اللَّوْنَ ، والوَزْنَ . ولاَ يقبَلُ ما أصابه الماء فَجفّ ، ولا ما قدُم قِدَماً يؤثر فيه . ويُضبط الترابُ بمثل ذلك ، وَيقْبلُ الطّين الذى قد جَفّ إن كان لا يتأثّر بذلك .

٣١٧٦ (فصل) ويضبط العَنْبرُ بلَونه ، والبلد . وإن شرط قِطْعَةً ، أو قِطْعَتَيْنِ جاز . وإن لم يشترط فله أن يُعطيه صغاراً ، أو كباراً ، وقد قيل : إن العنبر نباتٌ يَخلُقُه الله تعالى فى جَنَبَات البَحْرِ . ويُضْبَطُ العود الهندىّ ببلده ، وما يُعرف به . ويُضْبَطُ المُصْطَـكَى ، واللُّبَانُ ، والغِرَاء العرَبِىّ ، وصَمْغُ الشّجر ، والمِسْكُ وَسائرُ ما يجوزُ السَّلَمُ فِيه بما يَختلِفُ به .

٣١٧٧ « مسألة » قال ﴿ إذا كان بكيل معلوم ، أو وزن معلوم ، أو عدد معلوم ﴾

هذا الشرط الثالث . وهو معرفة مقدار المُسْلَم فيه بالكيل ، إن كان مكيلاً . وبالوزن إن كان موزوناً ، وبالعدد إن كان معدوداً . لقول النبىّ صَلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَفَ فِى شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولأنّه عِوَضٌ غـيرُ مُشاهَدٍ يثبتُ فى الذمّة . فاشترط معرفةُ قدره ، كالثمن ، ولاَ نعلم فى اعتبار معرفة المقدار خلافاً . ويجبُ أن يقدّره بمكيال ، أو أرْطَالٍ معلومةٍ عند العامّة . فإن قدره بإناءٍ معلوم ، أو صَنْجَـةٍ مُعَيَّنة غير معلومةٍ لم يصح . لأنّه يَهْـلِكُ فيتعذّر معرفةُ قدر المُسْلَمِ فيه . وهذا غَرَرٌ لا يحتاجُ إليه العقدُ . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظُ عنه من أهل العلم على أنّ السلم فى الطعام لا يجوزُ بقفيزٍ لا يُعْلَمُ عيارُهُ ، ولا فى ثوب بذَرْع فُلاَن . لأنّ المعيارَ لو تلِف ، أو مات فلانٌ بطَلَ السَّلَمُ . منهم الثورىّ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ،

---

(١) الخوط : الغصن الناعم الذى مر عليه سنة والفلقة قوس تتخذ من نصف عود .

(٢) النشاب هو النبل فهو من عطف المرادف .

(٣) الأرحية جمع رحى ، وهى التى تطحن بها الحبوب أو تجرش .

وأبو ثور . وإن عيّن مكيالَ رَجُلٍ ، أو ميزانَه ، وكانا مَعروفين عند العامَّة جاز . ولم يختصّ بهما . وإن لم يُعرفا لم يجُز .

٣١٧٨ (فصل) وإن أسلم فيما يُكالُ وَزنًا ، أو يُوزَنُ كيلاً . فنقل الأثرمُ . أنه سأل أحمدَ عن السَّلم في التمر وَزنًا ؟ فقال : لا ، إلا كيلاً . قلت : إن الناس ها هنا لا يعرفون الكيل . قال : وإن كانوا لا يعرفون الكَيلَ ، فيحتملُ هذا أنه لا يجُوز في المكيلِ إلا كَيْلاً ، ولا في الموزون إلا وَزنًا . وهكذا ذكره القاضى ، وابن أبي موسى . لأنه مَبيعٌ يُشترط معرفةُ قدره ، فلم يجُز بغير ما هُو مقدّر به الأصل ، كبيع الرِّبَويّات بعضها ببعض . ولأنه قدّر المُسْلَم بغير ما هو مُقدَّر به في الأصل فلم يجُز ، كما لو أسلم في المذروع وَزنًا . ونقل المروزىّ عن أحمد : أنه يجوزُ السلَم في اللَّبَنِ إذا كان كَيْلاً ، أو وَزنًا . وهذا يدلّ على إباحة السلم في المَكيلِ وَزنًا ، وفي الموزونِ كَيلاً . لأن اللّبنَ لا يخلو من كونه مكيلا ، أو موزونًا . وقد أجاز السلَم فيه بكلّ واحدٍ منهما . وهذا قولُ الشافعىّ ، وابن المنذر . وقال مالك : ذلك جائزٌ إذا كان الناسُ يتبايعون التمر وَزنًا . وهذا أصحّ إن شاء الله تعالى . لأنّ الغرض معرفةُ قَدْرِه وخروجه من الجَهالة ، وإمكان تسليمه من غير تَنازُع . فبأىِّ قدر قدّر جاز . ويُفارق بيع الرِّبَويات . فإنّ التماثلَ فيها في المكيل كيلاً . وفي الموزون وزنًا شرطٌ ، ولا نعلم هذا الشرط إذا قدّرها بغير مقدارها الأصلىّ .

إذا ثبت هذا فإنّ الحبوب كلَّها مكيلةٌ ، وكذلك التمرُ وَالزبيبُ وَالفُستُق ، والبُندقُ والمِلحُ . قال القاضى : وكذلك الأدْهَانُ . وقال : السّمن ، واللبن ، والزُّبد : يجوزُ السّلَمُ فيها كيلاً ووزنًا . ولا يُسلم في اللِّبإ[1] إلاّ وَزنًا . لأنه يَجْمُدَ عَقِيبَ حَلْبِه فلا يتحقّق الكَيْلُ فيه .

٣١٧٩ (فصل) فإن كان المُسلَم فيه ممّا لا يُمكن وزنُه بالميزان لِثقله ، كالأَرْحيَةِ والحِجارة الكبار : يُوزَنُ بالسفينة ، فتترك السفينةُ في الماء ، ثم يُترَكُ ذلك فيها ، فينظَرُ إلى أىّ موضعَ تغُوصُ فيعْلَمُه ، ثم يُرفَعُ ، ويُترَكُ مكانَه رَملٌ ، أوحِجارَةٌ صِغارٌ إلى أن يبلُغ الماء الموضعَ الذى كان بلغه ، ثم يُوزَنُ بميزانٍ . فما بلغ فهو زِنَةُ ذلك الشىء الذى أريدَ مَعرفَةُ وَزْنه[2] .

٣١٨٠ (فصل) ولا بدّ من تقدير المَذْروع بالذَّرْعِ ، بغير خلافٍ نعلمُه ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السَّلَم جائز في الثِّياب بذَرْعٍ معلوم .

---

(١) اللبأ : أول اللبن الذى ينزل بعد الولادة .

(٢) لم يكن في عصر المؤلف موازين كبيرة كالموجودة الآن ولذلك كانوا يلجئون إلى السفينة ، وهى طريقة عظيمة بالنسبة إلى أيامهم .

٣١٨١ (فصل) وما عدا المكيل ، والموزون ، والحيوان ، والمذروع ، فعلى ضربين : معدودٍ وغيره . فالمعدودُ نوعان :

أحدُهما : لا يتباينُ كثيراً ، كالجوز ، والبيض ، ونحوهما . فيُسْلَمُ فيه عدداً . وهو قول أبى حنيفة ، والأوزاعىّ . وقال الشافعىّ : يُسلَم فيهما كيلاً ، أو وَزْناً . ولا يجوزُ عدداً . لأنّ ذلك يتبايَنُ ، ويختلف . فلم يجُز عدداً كالبِطّيخ .

ولنا : أن التفاوت يسير ، ويذهبُ ذلك باشتراط الكِبَر ، أو الصِّغَر ، أو الوَسْط . فيذهبُ التفاوُت . وإن بقى شىء يسيرٌ عُفِىَ عنه ، كسائر التفاوُت فى المكيل ، والموزون المعفوّ عنه . ويُفارق البِطّيخ . فإنّه ليس بمعدود ، والتفاوُت فيه كثير لا ينضبط .

النوع الثانى : مايتفاوت كالرمّان ، والسفَرْجَلِ ، والقِثّاء ، والخيار ، فهذا حكمه حكمُ ماليس بمعدود من البطّيخ ، والبُقُول . ففيه وجهان :

أحدهما : يُسْلِمُ فيه عدداً ، ويضبِطُه بالصِّغَر ، والكِبَر . لأنهُ يباع هكذا .

الثانى : لا يُسلِمُ فيه إلا وَزْناً . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعىّ . لأنه لا يمكن تقديره بالعدد ، لأنه يختلف كثيراً ، ويتبايَنُ جدّاً ، ولا بالكيل لأنه يتجافَى فى المِكيال ، ولا يُمكن تقديرُ البقول بالحزْمِ . لأنه يختلف ، ويمكن حَزْمُ الكبيرة ، والصَّغيرة ، فلم يُمكن تقديرُه بغير الوزن فتعيّن تقديرُه به .

٣١٨٢ « مسألة » قال ﴿ إلى أجل معلوم بالأهلة ﴾

وهذا الشرط الرابع . وهو أن يكون مؤجَّلاً ، أجَلاً معلوماً . وفى هذه المسألة فصول ثلاثة :

أحدها : أنه يُشترط لصحة السلم كونهُ مؤجَّلاً . ولا يصحّ السَلَمُ الحالّ . قال أحمد فى رواية المروزىّ : لا يصحّ حتىّ يَشترط الأجَلَ وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعىّ . وقال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابنُ المنذر : يجوزُ السَلَم حالاً . لأنّه عقدٌ يصحّ مُؤَجَّلاً . فصحّ حالاً ، كبيوُع الأعيان ، ولأنّه إذا جاز مُؤَجَّلاً فحالاً أَجْوَزُ ، ومِنَ الغرر أبعَدُ .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلّم « مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْء فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » فأمر بالأجل . وأمره يقتضى الوجوب . ولأنه أمر بهذه الأمور تبييناً لشروط السَّلَم ، ومنعاً منه بدُونها . وكذلك لا يصحّ إذا انتفى الكيلُ ، والوزنُ . فكذلك الأجلُ ، ولأنّ السَلَم إنّما جاز رُخْصَةً للرِّفْق ، ولايحصُل الرفقُ إلاّ بالأجَلِ . فإذا انتفى الأجلُ انتفى الرفقُ . فلا يصحّ كالكتابة ، ولأنّ الحلول يُخرجه عن اسمه ، ومعناه . أما الاسمُ فلأنّه يُسمَّى سَلَماً وسَلَفاً ، لتعجُّلِ أحَدِ العِوَضَيْنِ وتأخُّرِ الآخِرِ . ومعناه ما ذكرناه فى أول الباب ، من أن الشارع أرْخَصَ فيه للحاجة الداعية

إليه ، ومع حضور ما يبيعُه حالاً لا حَاجَةَ إلى السَّلَم . فلا يثبُت . ويُفارق تنوُّعَ الأعيان . فإنّها لم تثبُت على خلاف الأصل لمعنًى يختصّ بالتأجيل . وما ذكروه من التنبيه غيرُ صحيح . لأن ذلك إنما يُجزىء فيما إذا كان المعنىَ المقتضى موجوداً فى الفرع ، بصفة التأكيد . وليس كذلك ههنا . فإن البُعد من الضرر ليس هو المقتضى لصحّة السَلَم المؤجّل . وإنما المصحّح له شيء آخرُ . لم نذكر اجتماعهما فيه . وقد بيّنا افتراقهما .

إذا ثبت هذا : فإنَّه إن باعه ما يصحّ السلم فيه حالاً فى الذمّة صحّ . ومعناه معنىَ السلم . وإنما افترقا فى اللفظ .

الفصل الثانى : أنه لا بدّ من كون الأجل معلوماً . لقوله تعالى (٢ : ٢٨٢ إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى) وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولا نعلم فى اشتراط العلم فى الجملة اختلافاً . فأمّا كيفيتهُ : فإنّه يحتاج أن يعلمه بزمانٍ بعينه ، لا يختلفُ . ولا يصحُّ أن يُؤجّله بالحصاد ، والجِزاز وما أشبهه . وكذلك قال ابن عبّاس ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ ، وابن المنذر . وعن أحمد روايةٌ أخرى ، أنه قال : أرجو أن لا يكون به بأس . وبه قال مالك ، وأبو ثور . وعن ابن عمر « أَنَّهُ كَانَ يَبْتَاعُ إِلَى العَطَاءِ » وبه قال ابنُ أبى ليلى . وقال أحمدُ : إن كان شيء يُعْرَف ، فأرجو ، وكذلك إن قال : إلى قدُوم الغُزَاةِ ، وهذا محمول على أنه أراد وَقْتَ العطاء . لأنّ ذلك معلومٌ . فأمّا نفسُ العطاء فهو فى نفسه مجهولٌ يختلف ، ويتقدّم ، ويتأخّر . ويحتملُ أنه أراد نفس العطاء ، لكونه يتفاوتُ أيضاً ، فأشبه الحصَاد . واحتجّ من أجاز ذلك : بأنه أجلٌ يتعلّق بوقتٍ من الزمن ، يُعرفُ فى العادة ، لا يتفاوَتُ فيه تفاوتا كثيراً . فأشبه إذا قال : إلى رأس السنة .

ولنا : مارُوى عن ابن عباس أنّه قال « لاَ تَتَبَايَعُوا إِلَى الحَصَادِ ، والدِّيَاسِ ولاَ تَتَبَايَعُوا إلاَّ إلى شَهْرٍ مَعْلُومٍ » ولأن ذلك يختلف ، ويقرُب ويبْعُد . فلا يجوزُ أن يكون أجلاً كقدوم زيد .

فإن قيل : فقد رُوى عن عائشة أنها قالت « إِنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ بَعَثَ إلى يَهُودِيّ : أَنِ ابْعَثْ إِلَيَّ بِثَوْبَيْنِ إِلى المَيْسَرَةِ » .

قلنــا : قال ابن المنذر : رواه حِرْمِىّ بنُ عُمَارَةَ ، قال أحمدُ : فيه غَفْلَةٌ ، وهو صَدُوقٌ ، قال ابن المنذر : فأخافُ أن يكون من غَفَلاَتِهِ ، إذ لم يُتابَعْ عليه ، ثمّ لا خلاف فى أنه لو جَعل الأجلَ إلى الميسرة لم يصحّ .

٣١٨٣ (فصل) إذا جعل الأجل إلى شهر تعلّق بأوّله . وإن جعل الأجلَ اسماً يتناوَلُ شيئين ، كجُمادَى ، وربيع ، ويوم النَّفْرِ تعلّق بأولهما . وإن قال : إلى ثلاثة أشهُر كان إلى انقضائها . لأنّه إذا

ذكر ثلاثةَ أشهرٍ مُبْهَمةٍ وجب أن يكون ابتداؤها من حين لَفْظِه بها . وكذلك لو قال . إلى شهر كان إلى[1] آخره . وينصرف ذلك إلى الأشهرُ الهلالية ، بدليل قوله تعالى (٩ : ٣٦ إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللهِ اثنا عَشَرَ شَهْراً فِي كِتَابِ اللهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّموات وَالأَرْضَ ، مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ) وأراد الهلاليّة . وإن كان فى أثناء شهرٍ كمّلنا شهرين بالهلال ، وشهراً بالعدد ثلاثين يوماً . وقيل : تكون الثلاثة كلُّها عدديّة . وقد ذكرنا هذا فى غير هذا الموضع . وإن قال : محلّه شهر كذا ، أو يومُ كذا . صحّ ، وتعلّق بأوله . وقيل : لا يصحّ . لأنه جعل ذلك ظرفاً فيحتملُ أوّله وآخره . والصحيحُ الأوّل . فإنه لو قال لامرأته : أنتِ طالقٌ فى شهر كذا تعلّق بأوّله . وهو نظيرُ مسألتنا .

فإن قيل : الطلاقُ يتعلّق بالأخطارِ ، والأغرارِ ، ويجوزُ تعليقُه على مجهول ، كنزول المطر ، وقدوم زيد ، بخلاف مسألتنا .

قلنا : إلاّ أنه إذا جعل محلّه فى شهرٍ تعلّق بأوله . فلا يكو مجهولاً ، وكذا السلَمُ .

٣١٨٤ (فصل) ومن شَرْطِ الأجلِ : أن يكون مُدَّةً لها وقعٌ فى الثمن ، كالشهر ، وما قاربه ، وقال أصحاب أبى حنيفة . لو قدّره بنصف يوم جاز . وقدّره بعضهم بثلاثة أيّام ، وهو قول الأوزاعىّ . لأنها مدّة يجوز فيها خِيَارُ الشرط . ولأنّها آخرُ حدّ القِلّة . ويتعلّق بها عندهم إباحةُ رُخَصِ السفر . وقال الآخرون : إنّما اعتبر التأجيلُ . لأنّ المسلَم فيه معدومٌ فى الأصل ، لكون السلم إنما ثبت رُخْصَةً فى حقّ المفاليس . فلا بدّ من الأجلِ ليُحَصِّل ، ويُسَلِّم . وهذا يتحقّق بأقلّ مُدّة يُتصوّر تحصيلُه فيها .

ولنا : أن الأجل إنما اعتُبر ليتحقَّق المَرْفِق الذى شُرِعَ من أجله السَّلَمُ ، ولا يحصُل ذلك بالمدّة التى لا وَقْعَ لها فى الثمن . ولا يصحّ اعتبارُه بمدَّة الخيار . لأن الخيار يجوزُ ساعةً ، وهذا لا يجوزُ . والأجَلُ يجوزُ أن يكون أعواماً . وهم لا يجيزون الخيارَ أكثرَ من ثلاثٍ . وكونُها آخرَ حدّ القِلّة لا يقتضى التقديرَ بها . وقولهم : إن المقصود يحصُل بأقلّ مدّة : غيرُ صحيح . فإن السَّلَم إنّما يكون لحاجةِ المفاليس الذين لهم ثِمَارٌ ، أو زُرُوعٌ ، أو تجارَاتٌ ينتظرونَ حُصُولَهَا ، ولا تحصُل هذه فى المدّة اليسيرة .

الفصل الثالث : فى كون الأجل معلوماً بالأهِلّة . وهو أن يُسلم إلى وقت يُعْلَمُ بالهلال ، نحوُ أول الشهر ، أو أوسطهُ ، أو آخره ، أو يومٍ معلومٍ منه . لقول الله تعالى (٢ : ١٨٩ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ) ولا خِلافَ فى صحّة التأجيل بذلك . ولو أسلم إلى عيد الفطر ، أو النحْر ، أو يومِ عرفةَ ، أو عاشوراء أو نحوها جاز . لأنه معلومٌ بالأهلّة . وإن جعل الأجل مُقدّراً بغير الشهور الهلاليّة فذلك قسمان :

---

(١) لفظ إلى ساقط من النسخة التى علقنا عليها ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب .

أحدها : مايعرفه المسلمون. وهو بينهم مشهورٌ، ككانون ، وشباط ، أو عيد لا يختلف ، كالنيروز[١] والمهرجان ، عند من يعرفهما . فظاهرُ كلام الخرقيّ وابن أبي موسى : أنه لا يصحّ . لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية . أشبه إذا أسلم إلى الشعانين ، وعيد الفطير . ولأنّ هذه لا يعرفها كثيرٌ من المسلمين . أشبه ما ذكرنا ، وقال القاضى : يصحّ ، وهو قول الأوزاعىّ ، والشافعىّ . قال الأوزاعىّ : إذا أسلم إلى فصح النصارى وصومهم جاز . لأنه معلوم لا يختلفُ . أشبه أعياد المسلمين ، وفارق ما يختلف . فإنّه لا يعلمه المسلمون .

القسم الثانى : ما لا يعرفه المسلمون ، كعيد الشعانين ، وعيد الفطير ، ونحوها . فهذا لا يجوز السَّلَمُ إليه . لأن المسلمين لا يعرفونه ، ولا يجوز تقليدُ أهل الذمّة فيه . لأن قولهم غيرُ مقبول . ولأنّهم يقدّمونه ، ويؤخّرونه على حسابٍ لهم ، لا يعرفه المسلمون . وإن أسلم إلى ما لا يختلفُ ، مثل كانون الأوّل ، ولا يعرفه المتعاقدانِ أو أحدهما لم يصحّ . لأنّهُ مجهول عنده[٢] .

« مسألة » قال ﴿ موجوداً عند محلّه ﴾

هذا الشرطُ الخامس . وهو كون المُسلَم فيه عامَّ الوجود فى محِلّه . ولا نعلمُ فيه خلافاً . وذلك لأنّه إذا كان كذلك أمكن تسليمُه عند وجوب تسليمه . وإذا لم يكن عامّ الوجود لم يكن موجوداً عند المَحِلّ بحُكم الظاهر . فلم يُمكن تسليمه . فلم يصحّ بيعُه ، كبيع الآبق ، بل أولى . فإن السلم احتمِل فيه أنواعٌ من الغررِ للحاجة ، فلا يحتمل فيه غررٌ آخرُ، لئلا يكثُر الغررُ فيه . فلا يجوز أن يُسلم فى العنب ، والرُّطبِ ، إلى شباطٍ ، أو آذار ، ولا إلى محلّ لا يُعلم وجوده فيه ، كزمان أوّل العنب ، أو آخره ، الذى لا يوجدُ فيه إلا نادراً . فلا يُؤمن انقطاعُه .

٣١٨٥ (فصل) ولا يجوز أن يُسلم فى ثمرةِ بُستان بعَيْنه ، ولا قَرْيةٍ صغيرةٍ ، لكونه لا يُؤمن تلفُه ، وانقطاعُه . قال ابن المنذر : إبطالُ السلم إذا أسلم فى ثمرةِ بُستان بعينه كالإجماع من أهل العلم . وممّن حَفظنا عنه ذلك : الثورىّ ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىُّ وأصحاب الرأى ، وإسحاق . قال : وَرَوَيْنا عن النبىِّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم « أَنَّه أَسْلَفَ إِلَيْهِ رَجُلٌ مِنَ اليَهُودِ دَنَانِيرَ فِى تَمْرٍ مُسَمًّى . فقال اليَهُودِىُّ : مِنْ تَمْرِ حَائِطِ بَنِى فُلَانٍ . فقال النّبىُّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم : أَمَّا مِنْ حَائِطِ بَنِى فُلَانٍ فَلا. ولَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إلى أَجَلٍ مُسَمًّى » رواه ابن ماجه وغيرُه . ورواه أبو إسحاق الجوزجانىُّ فى المترجم ، وقال : أجمع

---

(١) النيروز : أول يوم فى السنة ، والمهرجان يوم احتفال عند الفرس معروف .

(٢) المدار على أن يكون الموعد معلوما ، كما ورد فى الحديث (إلى أجل معلوم) وتحديد المؤلف المعلوم وغير المعلوم بحسب أيامه ، أما الآن فأصبحت كل هذه المجهولات معلومة . فيصح السلم بها .

الناسُ على الكراهة لهذا البيع . ولأنه إذا أسلم فى ثمرة بُستان بعينه لم يُؤْمَن انقطاعُه ، وتلَفُه . فلم يصحَّ ، كما لو أسلم فى شىء قدَّره بمكيالٍ مُعَيّن ، أو صَنْجَةٍ مُعيّنةٍ ، أو أحضر خِرْقَةٍ وقال : أسلمتُ إليك فى مثل هذه .

٣١٨٦ (فصل) ولا يُشترط كون المُسلَم فيه موجوداً حال السلم ، بل يجوزُ أن يُسلم فى الرُّطب فى أوان الشتاء ، وفى كلِّ يومٍ مَعْدُومٍ إذا كان موجوداً فى المَحلِّ . وهذا قول مالك ، والشافعىِّ وإسحاقَ وابن المنذر ، وقال الثورىُّ ، والأوزاعىُّ ، وأصحابُ الرأى : لا يجوزُ ، حتى يكون جنسُه مَوجود حالَ العقد إلى حين المَحلِّ . لأنَّ كلَّ زمن يجوز أن يكون محلاً للمُسلَم فيه لموت المُسلَمِ إليه . فاعتبر وجودُه فيه كالمحلِّ .

ولنا : أن النبىَّ صلَّى الله عليه وسلم « قَدِمَ المَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِى الثِّمارِ السَّنَةَ والسَّنَتَيْنِ ، فَقَالَ : مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولم يذكر الوجودَ . ولو كان شرطاً لذكره ، ولنهاهم عن السلف سنتين . لأنّه يلزم منه انقطاعُ المُسلَم فيه ، أوْسَطَ السّنة . ولأنه يثبُت فى الذمّة ، ويوجَدُ فى محلّه غالباً . فجاز السلمُ فيه ، كالموجود . ولا نُسلّم أن الدّين يُحلُّ بالموت . وإن سلّمنا فلا يلزمُ أن يشترط ذلك الوجود ، إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجالُ السلم مجهولةً . والمحلُّ ما جعله المتعاقدان محلاً . وههنا لم يَجْعلاهُ .

٣١٨٧ (فصل) إذا تعذّر تسليم المسلَمِ فيه عند المحلّ إما لغيبة المُسلَمِ إليه ، أو عجزه عن التسليم ، حتى عُدِم المسلَمُ فيه ، أو لم تَحْمِلِ الثمارُ تلك السنة . فالمسلِم بالخيار بين أن يَصبِرَ إلى أن يوجَد ، فيطالبَ به ، وبين أن يَفْسخَ العقد ، ويرْجِع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثليّاً ، وإلاّ قيمتَه . وبه قال الشافعىّ ، وإسحق ، وابن المنذر ، وفيه وجهٌ آخرُ : أنّه ينفسخُ العقدُ بنفس التعذّر . لكون المُسلَم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها ، فإذا هلكت انفسخ العقدُ ، كما لو باعه قفيزاً من صُبْرَةٍ فهلكت والأولّ الصحيح . فإن العقد قد صحّ . وإنما تعذّر التسليمُ ، فهو كما لو اشترى عبداً ، فأبق قبل القبض ، ولا يصحُّ دعوى التعيين فى هذا العام . فإنّهما لو تراضيا على دفع المسلَمِ فيه من غيرها جاز . وإنما أُجبِر على دفعه من ثمرةِ العام ، لتمكينه من دفع ماهو بصفة حَقِّه ، ولذلك يجبُ عليه الدفعُ من ثمرة نفسه ، إذا وجدها ولم يجد غيرها . وليستَ متعيّنةً ، وإن تعذّر البعضُ فللمشترى الخيارُ بين الفسخ فى الكل والرجوع بالثمن ، وبين أن يصبر إلى حين الامكان ، ويُطالِبَ بحقّه . فإن أحبّ الفسخَ فى المفقود دون الموجود فله ذلك . لأن الفساد طرأ بعد صحّة العقد . فلا يوجِب الفسادَ فى الكلّ . كما لو باعهُ صبْرَتَيْنْ فتلفتْ إحداها . وفيه وجه آخرُ : ليس له الفسخُ إلاّ فى الكلّ أو يصبرَ على ما ذكرنا من الخلاف فى

الإقالة فى بعض السلم فيه . وإن قلنا : إن الفسخَ يثبُت بنفس التعذُّر انفسخ فى المفقود دون الموجود ، لما ذكرنا من أنّ الفساد الطارىء على بعض المعقود عليه لا يوجبُ فسادَ الجميع . ويثبُت للمشترى خيارُ الفسخ فى الموجود ، كما ذكرنا فى الوجه الأول .

٣١٨٨ (فصل) إذا أسلم نصرانىّ إلى نَصْرانىّ فى خَمْرٍ ثم أسلم أحدُهما . فقال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المُسلم يأخذ دراهِمه . كذلك قال الثورىّ ، وأحمدُ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وبه نقول . لأنّه إن كان المسلمُ المسلِمَ ، فليس له استيفاء الخمر : فقد تعذّر استيفاء المعقود عليه . وإن كان المُسلَم إليه فقد تعذّر عليه إيفاؤها . فصار الأمرُ إلى رأس ماله .

٣١٨٩ « مسألة » قال ﴿ ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفرّق ﴾ .

هذا الشرط السادس : وهو أن يقبض رأس مال السلم : فى مجلس العقد . فإن تفرّقا قبل ذلك بطل العقدُ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقال مالك : يجوز أن يتأخّر قبضُه يومين ، وثلاثةً وأكثرَ ، مالم يكن ذلك شرطا . لأنّه معاوضةٌ لا يخرُج بتأخير قبضه من أن يكون سَلماً . فأشبه مالو تأخّر إلى آخرِ المجلس .

ولنا : أنه عقدُ مُعاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المُطْلق . فلا يجوز التفرّق فيه قبل القبض ، كالصرف . ويُفارق المجلسَ ما بعده ، بدليل الصرف . وإن قبض بعده ثم تفرّقا . فكلامُ الخِرَقىّ : يقتضى أن لا يصحّ . لقوله « كاملاً » وحُكى ذلك عن ابن شُبْرُمَةَ ، والثورىّ . وقال أبو الخطّاب : هل يصحّ فى غير المقبوض ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . وهذا الذى يقتضيه مذهبُ الشافعىّ . وقد نصّ أحمدُ فى رواية ابن منصور : إذا أسلم ثلاثمائة درهم فى أصنافٍ شتىّ : مائة فى حنطةٍ ، ومائةً فى شعير ، ومائةً فى شىء آخرَ . فخرج فيها زُيوُفٌ : رُدَّ على الأصناف الثلاثة على كلّ صِنْفٍ بقدر ما وُجد من الزُّيُوف فصحّ العقدُ فى الباقى ، بحصّته من الثمن ، وقال الشريف أبو جعفر ، فيمن أسلم ألفاً إلى رجُلٍ فقبضه نصفَه ، وأحاله بنصفه ، أو كان له دَيْنٌ على المُسلَم إليه بقدر نصفه ، فحَسَبه عليه من الألف ، فإنّه يصحُّ السلمُ فى النّصف المقبوض ، ويبطُل فى الباقى . فأبطل السَلم فيما لم يُقبض ، وصححّه فيما قُبض . وحُكى عن أبى حنيفة أنّه قال : يَبْطُل فى الحَوالة فِى الكلِّ . وفى المسألة الأخرى : يبطل فيما لم يُقْبَض . ويصحُّ فيما قُبضَ بِقِسْطِهِ ، بناء على تفريق الصفقة .

٣١٩٠ (فصل) وإن قبض الثمن ، فوجده رديئاً ، فردّه ، والثمنُ مُعينٌ بطل العقدُ بردِّه . ويبتدئان عقداً آخر إن أحبّا . وإن كان فى الذمّة فله إبدالهُ فى المجلس ، ولا يبطُل العقد بردّه لأن العقد إنما وقع على

ثمن سليم . فإذا دفع إليه ماليس بسليم كان له المطالبةُ بالسليم . ولا يؤثِّر قبضُ المعيب فى العقد . وإن تفرَّقا ، ثم علم عَيْبه ، فردّه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يبطُل العقدُ بردِّه ، لوقوع القبض بعد التفرُّق . ولا يجوز ذلك فى السَّلَم .

والثانى : لا يبطُل . لأنَّ القبض الأوَّل كان صحيحاً بدليل مالو أمسكه ، ولم يردَّه . وهذا يدلُّ على المقبوض ، وهذا قول أبى يوسف ، ومحمد . وهو أحدُ قولى الشافعىِّ . واختيار المُزَنِىِّ . لكن من شرطه : أن يقبض البدل فى مجلس الردِّ . فإن تفرَّقا عن مجلس الردِّ قبل قبض البدل لم يصحّ ، وجهاً واحداً ، لخلوّ العقد عن قبض الثمن بعد تفرُّقهما ، وإن وَجَدَ بعضَ الثمن رديئاً فردَّه ففى المردود التفصيلُ الذى ذكرناه ، وهل يصحُّ فى غير الردىء إذا قلنا بفساده فى الردىء ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة .

٣١٩١ (فصل) وإن خرجت الدراهمُ مستَحَقَّةً والثمنُ مُعَيَّن ، لم يصحَّ العقدُ . قال أحمد : إذا خرجت الدراهمُ مسروقةً ، فليس بينهما بيعٌ . وذلك لأنَّ الثمن إذا كان مُعيَّناً فقد اشترى بِعَيْنِ مال غيره ، بغير إذنه ، وإن كان غير مُعَيَّن فله المطالبةُ ببدله ، فى المجلس ، وإن قبضَه ، ثم تفرَّقا ، بطَل العقدُ . لأن المقبوض لا يصلُحُ عِوَضاً ، فقد تفرّقا قبل أخذ الثمن ، إلاَّ على الرواية التى تقولُ : بصحّة تصرّف الفُضُولىِّ . وإن وجد بعضُه مستَحقاً . بطلَ فى ذلك البعض ، وفى الباقى وجهان ، بناء على تفريق الصفقة .

٣١٩٢ (فصل) إذا كان له فى ذمَّة رجل دينارٌ ، فجعله سَلَماً فى طعام إلى أجل لم يصحّ ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كلُّ من أحفظُ عنه من أهل العلم . منهم مالك ، والأوزاعىُّ ، والثورىُّ ، وأحمدُ ، وإسحاق ، وأصحابُ الرأى ، والشافعىُّ ، وعن ابن عمر أنّه قال : لا يصحّ ذلك . وذلك لأن المُسلَم فيه دَيْنٌ . فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دَيْن بدَيْنٍ . ولا يصحّ ذلك بالإجماع ، ولو قال : أسلمتُ إليك مائةَ درهم فى كُرّ[1] طَعَامٍ ، وشرطا أن يُعَجّل له منها خمسين ، وخمسينَ إلى أجلٍ . لم يصحّ العقدُ فى الكلّ على قول الخِرَقىّ ، ويخرّج فى صحّته فى قدر المقبوض وجهان ، بناء على تفريق الصفقة .

أحدهما : يصحّ . وهو قول أبى حنيفة .

والثانى : لا يصحّ . وهو قول الشافعىّ : وهو أصحّ . لأن للمعجّل فضلاً على المؤجّل . فيقتضى أن يكون فى مقابلته أكثرُ مما فى مقابلة المؤجّل . والزيادةُ مجهولة ، فلا يصحّ .

٣١٩٣ « مسألة » قال ﴿ ومتى عدم شىء من هذه الأوصاف بطل ﴾ .

وجملة ذلك : أن هذه الأوصاف الستّة التى ذكرناها لا يصحّ السَّلَمُ إلا بها ، وقد دلّلنا على ذلك . واختلفت الروايةُ فى شرطين آخرَين .

---

(١) الكر : أربعون أردبا .

أحدها : مَعْرِفَةُ صِفَةِ الثمن المعيّن ، ولا خلاف فى اشتراط معرفة صفته ، إذا كان فى الذمّة . لأنه أحدُ عِوضَى السَّلَم . فإذا لم يكن مُعَيَّناً اشترط معرفةُ صفته ، كالمُسلَم فيه ، إلاّ أنه إذا أطلق وفى البلد نقدٌ مُعيَّن انصرف الاطلاقُ إليه ، وقام مقامَ وصفه ، فأمّا إن كان الثمنُ مُعيناً . فقال القاضى ، وأبو الخطّاب ، لابدّ من معرفة وصفه . واحتجّا بقول أحمد : يقولُ : أسلمتُ إليك كذا ، وكذا درهماً ، ويصف الثمن ، فاعتبر ضبط صفته . وهذا قول مالك ، وأبى حنيفة . لأنه عقدٌ لا يَملِكُ إتمامَه فى الحال . ولا تسليمُ المعقود عليه . ولا يُؤْمَنُ انفساخُه . فوجب معرفةُ رأس المُسْلَم فيه ، ليُردّ بدله ، كالقرض ، والشركة . ولأنه لا يؤمَنُ أن يَظهَر بعضُ الثمن مُسْتَحقًّا فينفسخَ العقدُ فى قَدْره . فلا يدرى فى كم بقى ، وكم انفسخ ؟

فإن قيل : هذا موهوم ، والموهومات لا تُعتبر .

قلنا : التوهّم مُعتبَر ههنا . لأن الأصل عدمُ الجواز . وإنما جوّز إذا وقع الأمنُ من الغرر . ولم يوجد ههنا . بدليل ما إذا أسلم فى ثمرةِ بُسْتان بعَيْنِه ، أو قَدَّرَ المُسْلَمَ فيه بِصَنْجَةٍ ، أو مِكْيالٍ مُعَيّن ، فإنه لا يصحّ . وظاهرُ كلام الخِرَقى : أنه لا يُشترط . لأنه ذكر شرائط السلم ، ولم يذكره ، وهو أحدُ قول الشافعىّ . لأنه عِوَضٌ مُشاهدٌ ، فلم يحتج إلى معرفة قَدْره ، كبُيوع الأعيان. وكلام أحمدَ إنّما تناول غير المعين ، ولا خلاف فى اعتبار أوصافه . ودليلهم ينتقض بعقد الإجارة ، وأنه ينفسخُ بتلَف العين المستأجَرة . ولا يحتاج مع اليقين إلى معرفة الأوصاف ، ولأن ردّ مثلِ الثمن إنّما يُسْتَحقّ عند فسخ العقد لا من جهة عقده ، وجهالةُ ذلك لا تؤثّر ، كما لو باع المَكيلَ ، أو الموزونَ . ولأنّ العقد تمّت شرائطهُ . فلا يبطُل بأمر موهوم ، فعلَى القول الذى يَعْتَبِرُ صِفَاتِه : لا يجُوز أن يجعل رأس مال السلم مالاً يُمكن ضَبْطُ صفاته ، كالجواهر ، وسائر مالا يجُوز السَّلَمُ فيه . فإن جعلاه سَلَماً بطلَ العقدُ ، ويجبُ ردّه إن كان موجوداً ، وقيمتُه إن عُرِفت إذا كان مَعدُوماً . فإن اختلفا ، فالقولُ قولُ المُسلَم إليه . لأنه غارمٌ. وهكذا إن حكمنا بصحّة العقد ، ثم انفسخ . وإن اختلفا فى المُسلَم فيه . فقال أحدُهما : فى مائةِ مُدْىِ حِنطَةٍ ، وقال الآخرُ . فى مائةِ مُدْىِ شعيرٍ تحالفا ، وتفاسخا به ،قال الشافعىّ ، وأبو ثور وأصحاب الرأى. كما لو اختلفا فى ثمن المبيع .

٣١٩٤ (فصل) وكلّ مالين حرُم النَّساءُ فيهما لا يجوزُ إسلامُ أحدهما فى الآخَر . لأنّ السلَم من شرطه النَّساءُ ، والتأجيلُ . والخِرَقىُّ : منع بيعَ العروض بعضِها ببَعْضٍ نَساء ، فعلى قوله لا يجوز إسلامُ بعضها فى بعض ، وقال ابن أبى موسى : لا يجوز أن يكون رأسُ مال السلَم إلاّ عَيْناً ، أو وَرِقاً ، وقال القاضى : وهو ظاهرُ كلام أحمد هاهنا . قال ابن المنذر . قيل لأحمد : يُسلَم مايوزَنُ فيما يُكالُ ، وما يُكالُ فيما يُوزَن ؟ فلم يُعجِبْهُ ، وعلى هذا لا يجوزُ أن يكون المُسلَم فيه ثمناً . وهو قول أبى حنيفة : لأنّها

لا تثبت فى الذمة إلا ثمنا . فلا تكون مُثمَّنة ، وعلى الرواية التى تقول يجوز النَّساء فى العروض : يجوز أن يكون رأسُ مالِ السَّلَم عَرْضاً ، كالثمن سواء . ويجوز إسلامُها فى الأثمان قال الشريف أبو جعفر : يجوز السَّلَمُ فى الدراهم ، والدنانير . وهذا مذهبُ مالك ، والشافعىّ لأنَّها تثبت فى الذمّة صداقاً . فتثبت سَلَماً ، كالعروض . ولأنّه لا ربا بينهما من حيثُ التفاضُل ، ولا النَّساء . فصحّ إسلامُ أحدهما فى الآخر ، كالعَرْض فى العَرْضِ ، ولا يصحّ ما قاله أبو حنيفة . فإنّه لو باع دراهمَ بدنانيرَ صحّ . ولا بدّ أن يكون أحدُهما مُثمَّناً . فعلى هذا إذا أسلم عَرْضاً فى عَرْضٍ موصوفٍ بصفاته ، فجاءه عند الحلول بذلك العَرْضِ بعينه ، لزمه قبولُه على أحد الوجهين . لأنّه أتاه بالمُسلَم فيه على صفته . فلزمه قبوله ، كما لو كان غيره .

والثانى : لا يلزمُه . لأنه يُفضِى إلى كون الثمن هو المُثمَّن ، ومن نصر الأوّل : قال : هذا لا يصحُّ . لأنّ الثَّمن إنما هو فى الذمّة . وهذا عوضٌ عنه ، وهكذا لو أسلم جاريةً صغيرةً فى كبيرة ، فحلّ المَحلّ ، وهى على صفة المُسْلَم فيه . فأحضرها ، فعلى احتمالين أيضاً :

أحدهما : لا يصحُّ . لما ذكرنا . ولأنّه يُفضى إلى أن يكون قد استمتع بها ، وردَّها خاليةً عن عقر .

والثانى: يجوز . لأنه أحضر المُسلَم فيه على صفته ، ويبطُل الأولُ بما إذا وجد بها عَيْباً فردَّها . واختلف أصحابُ الشافعى فى هاتين المسألتين على هذين الوجهين ، وإن فعل ذلك حِيلةً لينتفعَ بالعين ، أو ليطأ الجاريةَ ثمّ ، يَرُدُّها بغير عِوَض . لم يجُز وجهاً واحداً . لأن الحِيَل كلَّها باطلةٌ .

الشرط الثانى : المختلَف فيه تعيين مكانِ الإيفاء . قال القاضى : ليس بشرطٍ وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وإسحاق ، وطائفة من أهل الحديث ، وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهو أحدُ قولى الشافعىّ ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « مَنْ أسْلَم فَلْيُسْلِمْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ إلَى أجَلٍ مَعْلُومٍ » ولم يذكر مكانَ الإيفاء . فدلّ على أنّه لا يُشترط ، وفى الحديث الذى فيه « أنّ اليَهُودِيّ أسْلَمَ إلى النَّبىّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّمَ . فقال النبىُّ صلّى الله عليه وسلّم : أمّا مِنْ حَائِطِ بَنِى فُلاَنٍ فَلاَ ، وَلَكِنْ كَيْلٌ مُسَمَّى إلَى أجَلٍ مُسَمَّى » ولم يذكر مكان الإيفاء . ولأنّه عقدُ مُعاوَضَةٍ ، فلا يشترط فيه ذكرُ مكان الإيفاء ، كبيُوع الأعيان ، وقال الثورىّ : يُشترط ذكر مكان الإيفاء . وهو القولُ الثانى للشافعىّ ، وقال الأوزاعىّ : هو مكروه . لأن القبض يجب بحلوله . ولا يعلم موضعه حينئذ . فيجبُ شرطُه ، لئلاّ يكونَ مجهولا ، وقال أبو حنيفة ، وبعضُ أصحاب الشافعىّ : إن كان لحمله مؤْنَةٌ وجَب شَرْطُه ، وإلاّ فلا يجب . لأنّه إذا كان لحمله مؤْنةٌ اختلف فيه الغرضُ ، بخلاف مالا مُؤْنةَ فيه . وقال ابن أبى موسى : إن كانا فى بَرّيةٍ لزم ذكرُ مكان الإيفاء ، وإن لم يكونا فى بَرّيةٍ ، فذكرُ مكان الإيفاء حَسنٌ . وإن لم يذكراه كان الإيفاء فى مكان العَقْدِ . لأنه متى كانا فى بَرّيّة لم يمكن التسليمُ

فى مكان العقد . فإذا ترك ذكره كان مجهولاً . وإن لم يكونا فى بَرِّيَّةٍ اقتضى العقدُ التسليمَ فى مكانه ، فا كتفى بذلك عن ذكره ، فإن ذكره كان تأكيداً ، فكان حسناً . فإنّ شرط الإيفاء فى مكانٍ سَوَاء صحّ لأنّه عقدُ بيعٍ . فصحّ شرطُ ذكر الإيفاء فى غير مكانه ، كبيوع الأعيان . ولأنه شرط ذكر مكان الإيفاء فصحّ ، كما لو ذكره فى مكان العقد . وذكر ابن أبى موسى روايةً أخرى : أنّه لا يصحّ . لأنّه شرط خلافَ ما اقتضاه العقدُ . لأنّ العقدَ يقتضى الإيفاء فى مكانه . وقال القاضى وأبو الخطّاب : متى ذَكَر مكانَ الإيفاء ففيه روايتان ، سواء شرطه فى مكان العقد ، أو فى غيره . لأنّ فيه غَرَراً . لأنّه ربّما تعذّر تسليمُه فى ذلك المكان . فأشبه تعيين المِكْيال . واختاره أبو بكر . وهذا لا يصحّ فإنّ فى تعيين المكان غَرضاً ، ومصلحةً لهما . فأشبه تعيين الزّمان . وما ذكروه من احتمال تعذّر التسليم فيه ، يَبْطُل بتعيين الزمان . ثم لا يخلو إمّا أن يكون مقتضى العقد التسليم فى مكانه . فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد ، أو لا يكون ذلك مقتضى العقد . فيتعيّن ذكرُ مكان الإيفاء ، نَفياً للجَهالة عنه ، وقطعاً للتنازُع . فالغرر فى تركه لا فى ذكره ، وفارق تعيينَ المِكْيال . فإنّه لا حاجة إليه . ويفوتُ به عِلْمُ المقدار المُشتَرط لصحّة العقد . ويُفضى إلى التنازُع . وفى مسألتنا لا يفوتُ به شرط ، ويقطع التنازُع : فالمعنى المانعُ من التقدير بمكيالٍ بعينه مجهولٍ هو المقتضى لشرط مكان الإيفاء ، فكيف يصحّ قياسُهم عليه ؟

٣١٩٥ « مسألة » قال ﴿ وبيع المسلم فيه من بائعه ، أو من غيره قبل قبضه فاسدٌ . وكذلك الشركة فيه ، والتولية ، والحوالةُ به ، طعاماً كان أو غيرَه ﴾ .

أما بيعُ المسلَم فيه قبل قبضه فلا نعلمُ فى تحريمه خلافاً . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه ، وعن رِبْح مالم يُضْمَنْ . ولأنّه مَبيعٌ لم يدخُلْ فى ضَمانِه . فلم يَجُز بيعُه كالطعام قبل قبضه .

وأما الشركة فيه ، والتوليةُ فلا تجوز أيضاً . لأنهما بيعٌ على ما ذكرنا من قبلُ وبهذا قال أكثرُ أهلِ العلم . وحُكى عن مالك جوازُ الشركة ، والتولية . لما رُوى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم « أنّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلِ قَبْضِهِ ، وَأَرْخَصَ فِى الشَّرِكَةِ وَالتَّوْلِيَةِ »

ولنا : أنّها معاوضةٌ فى المُسلَم فيه قبل القبض ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانت بلفظ البيع ، ولأنّهما نوعا بيع ، فلم يجُوزا فى السَّلَم قبل قبضه ، كالنوع الآخَر . والخبرُ لا نعرفهُ . وهو حجّة لنا . لأنّه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، والشركةُ ، والتوليةُ بيعٌ . فيدخلان فى النهى . ويُحمل قولُه «وَأَرْخَصَ فِى الشَّرِكَةِ وَالتَّوْلِيَةِ » على أنّه أرْخَصَ فيهما فى الجُملةِ ، لا فى هذا الموضع .

وأما الإقالة : فإنّها فسخ ، وليست بيعاً .

وأما الحوالةُ به ، فغيرُ جائزة ، لأن الحوالةَ إنّما تجوزُ على دَيْنٍ مُستقرٍّ والسَّلَمُ بعرض الفسخ فليس

بمُسْتقِرّ : ولأنّه نقلٌ الملك فى المُسلَمِ فيه على غير وجه الفسخ ، فلم يجُز كالبيع . ومعنى الحوالة به : أن يكون لرجلٍ طعامٌ من سَلَمٍ ، وعليه مِثْلُهُ مِنْ قَرْضٍ ، أو سَلَمٍ آخَر ، أو بَيْعٍ ، فيُحيِلُ بما عليه من الطعام على الذى له عنده السلم . فلا يجوزُ . وإن أحال المُسْلَمُ إليه المُسْلِمَ بالطعام الذى عليه ، لم يصحّ أيضاً. لأنه مُعاوضة بالمُسلَم فيه قبل قبضه . فلم يجُز ، كالبيع .

وأما بيعُ المُسلَم فيه من بائعه ، فهو أن يأخذَ غيرَ ما أسلم فيه عوضاً عن المُسلَمِ فيه . فهذا حَرامٌ ، سواء كان المُسلَمُ فيه مَوْجوداً ، أو معدوماً ، سواءٌ كان العَرْضُ مِثلَ المُسلَمِ فيه فى القيمة ، أو أقلّ ، أو أكثرَ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىُّ ، وذكر ابن أبى موسى عن أحمد روايةً أخرى فيمن أسلم فى بُرّ ، فعدِمه عند المَحلّ ، فرضى المُسلِمُ بأخذ الشعير مكان البُرّ : جاز . ولم يجُز أكثرُ من ذلك : وهذا يُحملُ على الرواية التى فيها أن البُرّ والشَّعير جنسٌ واحد . والصحيحُ فى المذهب خلافُه . وقال مالك : يجوز أن يأخذ غَيْرَ المُسلَمِ فيه مكانَه يتعَجَّله ، ولا يُؤَخِّره ، إلاّ الطعامَ .

قال ابن المنذر : وقد ثبت أنّ ابن عباس قال « إِذَا أَسْلَمَ[1] فِى شَىْءٍ إِلَى أَجَلٍ فَإِنْ أَخَذْتَ مَا أَسْلَفْتَ فِيهِ وَإِلاَّ فَخُذْ عِوَضاً أَنْقَصَ مِنْهُ ، وَلاَ تَرْبَحْ مَرَّتَيْنِ » رواه سعيد فى سننه .

ولنـــا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِى شَىْءٍ فَلاَ يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأنّ أخذَ العِوَض عن المُسْلَمِ فيه بَيْعٌ . فلم يجُز ، كبيعه من غيره . فأمّا إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيراً منه ، أو دونه فى الصفات ، جاز ، لأنّ ذلك ليس بِبَيْعٍ ، إنّما هو قضاءٌ للحقّ مع تفضُّلٍ من أحدهما .

٣١٩٦ (فصل) فأمّا الإقالةُ فى المُسلَمِ فيه فجائزةٌ . لأنّها فسخ ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ الإقالة فى جميع ما أُسْلِمَ فيه جائزةٌ . لأن الإقالة فسخ للعقد ، ورفعٌ له من أصله . وليست بيعاً . قال القاضى : ولو قال : لى عندك هذا الطعام صالِحْنى منه على ثمنـه جاز . وكانت إقالةً صحيحةً . فأما الإقالة فى بعض المُسْلَمِ فيه . فاختُلِف عن أحمد فيها . فرُوى عنه : أنها لا تجوزُ . ورُوِيَتْ كراهتُها عن ابن عمر ، وسعيد بن المُسَيَّب ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخَعِىّ ، وسعيد بن جُبَيْر ، ورَبيعةَ ، وابن أبى ليلى ، وإسحاق ، ورَوى حنبل عن أحمد . أنّه قال : لا بأس بها ، ورُوى ذلك عن ابن عبّاس ، وعطاء ، وطاوس ، ومحمد بن علىّ ، وحُمَيْـد بن عبد الرحمن ، وعمرو بن دينار ، والحـكم ، والثورىّ ،

---

(١) هـكذا بالأصول ، وظاهر أن الأسلوب يقتضى أن يقال (إذا أسلمت فى شىء) ولعل ذلك من تصحيف النساخ .

والشافعيّ ، والنعمان ، وأصحابه ، وابن المنذر . ولأنّ الإقالة مندوب إليها . وكلُّ معروفٍ جاز في الجميع جازَ في البَعض ، كالإبْراءِ والإنْظار .

ووجه الرواية الأولى : أن السلف في الغالب يُزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل . فإذا أقاله في البعض بقى البعضُ بالباقي من الثمن ، وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالةُ فيه . فلم يَجُز ، كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد ، ويخرج عليه الإبراء ، والإنظارُ . فإنّه لا يتعلّق به شيء من ذلك .

٣١٩٧ (فصل) إذا أقاله ردّ الثمنَ إن كان باقياً ، أو مثلَه إن كان مثليًا ، أو قيمتَه إن لم يكن مثليًّا . فإن أراد أن يعطيه عوضاً عنه ، فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرفُ ذلك الثمن في عقدٍ آخرَ حتّى يقبضه . وبه قال أبو حنيفة . لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ » ولأنّ هذا مضمون على المُسْلَم إليه بعقد السلم . فلم يجُز التصرّف فيه قبل قبضه ، كما لو كان في يد المشترى ، وقال القاضى أبو يَعْلَى : يجوزُ أخذُ العوض عنه . وهو قول الشافعيّ . لأنه عوض مُستقرّ في الذمّة . فجاز أخذ العوض عنه ، كما لو كان قرضاً . ولأنه مالٌ عاد إليه بفسخ العقد . فجاز أخذُ العوض عنه ، كالثمن في المبيع إذا فُسِخ . والمُسلَمُ فيه مضمونٌ بالعقد . وهذا مضمونٌ بعد فسخه . والخبرُ أراد به المسلَمَ فيه . فلم يتناول هذا . فإن قلنا بهذا ، فحكمُه حكمُ ما لو كان قرضاً ، أو ثمناً في بُيوع الأعيان ، لا يجوزُ جعلُه سَلَماً في شيء آخرَ . لأنه يكون بيعَ دينٍ بدَيْنٍ ، ويجوزُ فيه ما يجوزُ في القرض ، وأثمانِ البياعَاتِ إذا فُسِخَتْ .

٣١٩٨ « مسألة » قال ﴿ وإذا أسلم في جنسين ثمناً واحداً لم يجز ، حتى يُبَيّن ثمن كل جنس ﴾

صورة ذلك . أن يُسلم ديناراً واحداً في قَفِيزِ حِنْطَةٍ ، وقفيزِ شَعيرٍ ، ولا يُبَيِّن ثمنَ الحنطة من الدينار ، ولا ثمنَ الشعير . فلا يصحّ ذلك . وجوّزه مالك . وللشافعيّ قولان كالمذهبين . واحتجّوا بأنّ كلّ عقد جازَ على جنسين في عقدين ، جاز عليهما في عقد واحدٍ ، كبيُوع الأعيان ، وكما لو بَيّن ثمن أحدهما .

ولنا : أن ما يقابل كلّ واحدٍ من الجنسين مجهولٌ . فلم يصحّ ، كما لو عقد عليه مُفرداً بثمنٍ مجهولٍ . ولأنّ فيه غرراً لأنّا لا نَأْمَنُ الفسخَ بتعذّر أحدهما ، فلا يُعرفُ بِمَ يَرْجِعُ ؟ وهذا غَرَرٌ أثّرَ مثلُه في السَّلَمِ . وبمثل هذا علّلنا معرفةَ صفة الثمن ، وقدرِه ، وقد ذكرنا ثَمّ وجهاً آخرَ : أنّهُ لا يُشترط . فيخرج ههنا مثلُه . لأنّه في معناه . ولأنه لما جاز أن يُسلِم في شيء واحدٍ إلى أجلَيْنِ ، ولا يُبَيِّنَ ثمن كلّ واحدٍ منهما . كذا ههنا . قال ابن أبي موسى : ولا يجوز أن يُسلِم خمسةَ دنانيرَ وخمسينَ دِرْهماً في كُرِّ حِنْطَةٍ حتى يُبَيِّنَ حِصَّةَ مَا لِكلّ وَاحدٍ منهما من الثمن ، والأولى صحّة هذا . لأنه إذا تعذّر بعضُ المسلَم فيه رجع بقِسْطِه منهما ، إن تعذّر النصفُ ، رجع بنصفهما ، وإن تعذّر الخُمُس رجع بدينار ، وعشرةِ دراهم .

٣١٩٩ « مسألة » قال ﴿ وإذا أسلم فى شىء واحد على أن يقبضه فى أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجائز ﴾

قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : الرجلُ يدفعُ إلى الرجل الدراهمَ فى الشىء يُؤْكَلُ ، فيأخذ منه كلّ يوم من تلك السِّلعة شيئاً ؟ فقال : على معنَى السَّلَمَ إذاً ؟ فقلت : نعم . قال : لا بأس ، ثم قال : مِثْلُ الرَّجُلِ القَصَّابِ يُعطيه الدينارَ على أن يأخذَ منهُ كلّ يوم رِطْلاً من لَحْم قَدْ وَصَفَهُ . وبهذا قال مالك ، وقال الشافعىُّ : إذا أسلم فى جنس واحدٍ إلى أجَلَيْنِ ففيه قولان : أحدهما : لايصحُّ . لأنّ ما يقابل أبعدهما أجلاً أقلُّ مما يقابلُ الآخر . وذلك مجهولٌ فلم يجُز .

ولنا : أن كلّ بيع جاز فى أجلٍ واحدٍ جاز فى أجلين ، وآجالٍ ، كبيُوع الأعيان ، فإذا قبض البعضَ ، وتعذّر قبضُ الباقى ففُسِخَ العقدُ ، رجع بقِسْطِه من الثمن . ولا يجعلُ للباقى فضلاً عن المقبوض . لأنه مبيعٌ واحد ، متماثلُ الأجزاء ، فَيُقسَّطُ الثمنُ على أجزائه بالسويّة ، كما لو اتفق أجلهُ .

٣٢٠٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا لم يكن السلم فيه كالحديد ، والرصاص ، وما لا يفسُد ، ولا يختلف قديمُه وحديثُه . لم يكن عليه قبضُه قبل مَحلّه ﴾

يعنى بالسلم : المُسْلَم فيه ، سُمّى باسم المصدر ، كما يُسمّى المسروقُ سرِقَةً ، والمرهونُ رَهْناً ، قال إبراهيم : خذ سَلَمَكَ أو دُون سَلَمِك ، ولا تأخذ فوق سَلَمِكَ ، ومتى أحضر المُسلَم فيه على الصفة المشروطة لم يَخلُ من ثلاثة أحوال : —

أحدُها : أن يُحضِره فى مَحلّه . فيلزمه قبولُه . لأنه أتاه بحقّه فى مَحلّه . فلزمه قبولُه كالمَبيع المُعيَّن ، وسواء كان عليه فى قبضه ضررٌ ، أو لم يكن . فإن أبى قيل له : إما أن تقبض حقّك ، وإما أن تُبرىء منه . فإن امتنع قبضَه الحاكمُ من المُسْلَمَ إليه للمُسْلِم ، وبرئت ذمّتُه منه . لأن الحاكم يقومُ مقام الممتنعِ بوِلاَيته . وليس له أن يُبْرِىء . لأنه لا يَملِكُ الإبراء .

الحال الثانى : أن يأتىَ به قبل مَحلّه فيُنظَرُ فيه . فإن كان مما فى قبضه قبل مَحلّه ضررٌ ، إمّا لكونه ممّا يتغيّر ، كالفاكهة ، والأطعمة كلّها ، أو كان قديمُه دونَ حديثه ، كالحبوب ، ونحوها . لم يلزم المُسلمَ قبولُه . لأن له غرضاً فى تأخيره بأن يحتاج إلى أكله ، أو إطعامه فى ذلك الوقت ، وكذلك الحيوانُ . لأنه لا يأمنُ تلفه ، ويحتاجُ إلى الإنفاق عليه إلى ذلك الوقت . وربّما يحتاج إليه فى ذلك الوقت دون ما قبله . وهكذا إن كان مما يحتاجُ فى حفظه إلى مُؤْنَةٍ ، كالقطن ، ونحوه ، أو كان الوقتُ مَخُوفاً يَخشى نَهْبَ ما يَقْبِضُه . فلا يلزمُه الأخذُ فى هذه الأحوال كلّها . لأنّ عليه ضرراً فى قبضه . ولم يأت مَحلُّ استحقاقه لهُ . فجرى مَجْرى نقصِ صفةٍ فيه . وإن كان مما لا ضرر فى قبضه . بأن يكون لا يتغيّر ، كالحديد ،

والرصاص ، والنّحاس . فإنّه يستوى قديمهُ وحديثهُ ، ونحوُ ذلك الزيتُ والعسلُ ، ولا فى قبضه ضرراً لخوفٍ ، ولا تحمّل مُؤْنةٍ . فعليه قبضُه . لأنّ غرضه حاصلٌ مع زيادة تعجُّل المنفعة ، فجرى مَجْرَى زيادة الصفة ، وتعجيل الدّين المُؤَجّل .

الحال الثالث : أن يُحضِره بعد محلّ الوجوب . فحكمُهُ حكمُ ما لو أحضر المبيعَ بعد تفرّقهما .

٣٢٠١ (فصل) ولا يخلو إمّا أن يُحضِر المسلَمَ فيه على صفته ، أو دونها ، أو أجودَ منها . فإن أحضره على صفته لزم قبولُه . لأنه حقّه . وإن أتى به دون صفته لم يلزمهُ قبولُه . لأن فيه إسقاطَ حقّه . فإن تراضيا على ذلك ، وكان من جنسه جاز . وإن كان من غير جنسه لم يجُز ، لما تقدّم . وإن اتفقا على أن يُعطيه دون حقّه ، ويزيدَه شيئاً لم يجُز . لأنه أفرد صفةَ الجَوْدةِ بالبيع . وذلك لا يجوزُ . لأنّ بيع المُسلَم فيه قبلَ قبضه غيرُ جائز ، فبيعُ وصفه أولَى .

الثالث : أن يُحْضِره أجودَ من الموصوف ، فيُنْظَرُ فيه . فإن أتاه به من نوعه لزمه قبولُه . لأنه أتى بما تناوله العقدُ ، وزيادةٍ تابعةٍ لهُ ، فينفعُه ، ولا يضرُّه ، إذ لا يفوته غرض . فإن أتى به من نوع آخر ، لم يلزمه قبولهُ . لأنّ العقدَ تناولَ ما وصَفَاهُ على الصفة التى شَرَطَاها . وقد فات بعضُ الصفات ، فإنّ النوعَ صِفَةٌ . وقد فات . فأشبه ما لو فات غيرُه من الصفات ، وقال القاضى : يلزمُه قبولُه لأنهما جنس واحد ، يُضَمُّ أحدُهما إلى الآخر فى الزكاة ، فأشبه الزيادة فى الصفة مع اتفاق النوع . والأولُ أجودُ ، لأنّ أحدَهما يصلُح لما لا يصلُح له الآخرُ . فإذا فوّته عليه ، فوّت عليه الغرضَ المتعلّق به . فلم يلزمه قبوله ، كما لو فوّت عليه صِفَةَ الجَوْدةِ ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . فإن تراضيا على أخذ النوع بدلاً عن النوع الآخر جاز ، لأنهما جنسٌ واحد ، لا يجوز بيع أحدهما بالآخر مُتفاضِلاً . ويُضَمُّ أحدُهما إلى الآخر فى الزكاة . فجاز أخذُ أحدهما عن الآخر ، كالنوع الواحد ، وقال بعضُ أصحاب الشافعىّ : لا يجوزُ له أخذُه ، للمعنى الذى منع لزوم أخذه ، وقال إبراهيم : لا تأخذْ فوق سَلَمِكَ فى كَيْلٍ ولا صِفَةٍ .

ولنا : أنهما تراضيا على دفع المُسْلَمِ فيه من جنسه . فجاز ، كما لو تراضيا على دفع الردىء مكان الجيِّد أو الجيِّد مكان الردىء . وبهذا ينتقض ما ذكروه ، فإنهُ لا يلزم أخذُ الردىء ، ويجوزُ أخذُه . ولأنّ المُسلِمَ أسقط حَقَّه من النوع . فلم يَبْقَ بينهما إلا صفةُ الجودة ، وقد سَمحَ بها صاحبُها .

٣٢٠٢ (فصل) إذا جاءه بالأجود فقال : خذه ، وزِدْنِى دِرْهَماً . لم يصحّ . وقال أبو حنيفة . يصحُ ، كما لو أسلم فى عشرة ، فجاءه بأحدَ عشرَ .

ولنا : أن الجودةَ صفةٌ ، فلا يجوز إفرادُها بالعقد ، كما لو كان مَكيلاً ، أو مَوْزُوناً ، فإن جاءه بزيادة فى القدر ، فقال : خُذه وزِدْنِى دِرْهماً ، ففعلا صحّ . لأن الزيادة ههنا يجوز إفرادها بالعقد .

٣٢٠٣ (فصل) وليس له إلاّ أقلّ ما تقع عليه الصفةُ . لأنهّ إذا أسلم إليه ذلك فقد سلم إليه ما تناوله العقدُ ، فبرئت ذمّتهُ منه .

وعليه أن يُسَلّم إليه الحنطةَ نقيّةً من التِّبْن ، والقَصَل ، والشعير ، ونحوه ، ممّا لا يتناولُه اسمُ الحِنطة ، وإن كان فيه تُراب كثيرٌ ، يأخذ موضعاً من المكيال ، لم يجُز . وإن كان يسيراً ، لا يؤثّر في المكيال ، ولا يَعيبُها ، لزمه أخذُه . ولا يلزمه أخذُ التمر إلا جافًا ولا يلزم أن يَتناهىَ جَفَافُه ، لأنه يقعُ عليه الإسمُ ، ولا يلزمه أن يقبل مَعيباً بحالٍ ، ومتى قبض المُسْلَمَ فيه فوجده مَعيباً ، فله المطالبةُ بالبدَل أو الأرْشِ ، كالمبيع سَواء .

٣٢٠٤ (فصل) ولا يَقْبِضُ المَكِيلَ إلا بالكَيْل ، ولا الموزونَ إلاّ بالوزن ، ولا يقبضُه جِزافاً ، ولا بغير ما يُقدّر به . لأنّ الكَيلَ والوزنَ يختلفان . فإن قبضه بذلك ، فهو كقبضه جِزافاً . فيقدّره بما أسلَمَ فيه ، ويأخذُ قَدْرَ حقّه ، ويردّ الباقي ، ويطالب بالعِوَض . وهل له أن يتصرّف في قدر حقّه منه قبلَ أن يَعتبره ؟ على وجهين ، مضى ذكرهما في بُيُوع الأعيان ، وإن اختلفا في قدره فالقولُ قولُ القابض مع يمينه . قال القاضي : ويُسلِّمُ إليه مِلْءَ المِكْيالِ ، وما يحمِلُه ، ولا يكون ممسوحاً ، ولا يَدُقّ ولا يَهُزّ ، لأنّ قوله : أسلمتُ إليك في قَفِيزٍ ، يقتضى ما يسعُه المِكْيالُ ، وما يحمِله . وهو ما ذكرنا .

٣٢٠٥ ﴿ مسألة ﴾ قال ﴿ ولا يجوز أن يأخذ رَهْناً ، ولا كَفِيلاً من المُسْلَمِ إليه ﴾ .

واختلفت الرواية في الرهن ، والضمين في السَلَم . فرَوى المروزيّ ، وابنُ القاسم ، وأبو طالب منعَ ذلك ، وهو اختيارُ الخِرَقيّ ، وأبو بكر ، ورُوِيَتْ كراهةُ ذلك عن عليّ ، وابن عمر ، وابن عباس ، والحسن ، وسعيد بن جُبَيْر ، والأوزاعيّ ، وروى حَنبل جوازَه . ورخّص فيه عطاء ومُجاهد ، وعمرو بن دينار ، والحَكَمَ ، ومالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأصحابُ الرأى وابن المنذر . لقول الله تعالى (يا أَيُّهَا الذينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ — إلى قوله — فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ) وقد رُوى عن ابن عبّاس ، وابن عمر . أن المراد به السّلَمَ . ولأن اللفظ عامّ . فيدخُل السلم في عمُومه . ولأنه أحدُ نوعى البيع . فجاز أخذ الرّهن بما في الذمّة منه ، كبُيُوع الأعيان .

ووجه الأول : أن الرهن والضَّمِين إن أخِذَا برأس مال السَّلَم ، فقد أُخِذَا بما ليس بواجبٍ ، ولا مآله إلى الوجُوب . لأنّ ذلك قد ملَكه المُسْلَمُ إليه . وإن أخِذَا بالمُسْلَمِ فيه ، فالرهنُ إنّما يجوزُ بشيء يُمكنُ استيفاؤُه من ثمن الرّهْن ، والمُسْلَمَ فيه لا يمكنُ استيفاؤه من الرهن ، ولا من ذمّة الضامن . ولأنه لا يأمنُ هلاكَ الرهن في يده بعدوانٍ ، فيصيرُ مستوفياً لحقّه من غير المُسْلَمِ فيه . وقد قال النبيّ

صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ » رواه أبو داود . ولأنه يُقيمُ ما فى ذمّة الضامنِ مقامَ ما فى ذمّة المضمون عنه . فيكونُ فى حكمِ أخذ العِوَض ، والبدلِ عنه ، وهذا لا يجوزُ .

٣٢٠٦ (فصل) فإن أخذ رهنا ، أو ضمينا بالمُسْلَمِ فيه ، ثمّ تقايلا السّلمَ ، أو فُسِخَ العقدُ لتعذّر المُسلَمِ فيه . بطل الرهنُ ، لزوال الدَّيْن الذى به الرهنُ ، وبرئ الضامنُ ، وعلى المسلَمِ إليه ردُّ رأس مال السلَمِ فى الحال . ولا يُشترط قبضُه فى المجلس . لأنّه ليس بِعَوض . ولو أقرضه ألفاً وأخذ به رَهْناً ، ثم صالحه من الألف على طعامٍ معلومٍ فى ذمّته صحّ ، وزال الرهنُ ، لزوال دينه من الذمّة ، وبقى الطعامُ فى الذمّة ، ويُشترط قبضُه فى المجلس كيلا يكونَ بيعَ دَيْنٍ بدَيْنٍ . فإن تفرّقا قبل القبض بطل الصلحُ ، ورجع الألفُ إلى ذِمّته بِرَهْنِه . لأنه يعودُ على ما كان عليه ، كالعصيرِ إذا تخمّر ، ثم عاد خَلاًّ . وهكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير فى ذمّته ، فالحكمُ مثلُ ما بيّنا فى هذه المسألة .

٣٢٠٧ (فصل) وإذا حكمنا بصحّة ضمان السلم ، فلصاحب الحقّ مطالبةُ مَنْ شاء منهما ، وأيُّهما قضاه بَرِئت ذمّتُهما منه . فإن سلّم المُسْلَمُ إليه المُسْلَمَ فيه إلى الضامن ليدفَعه إلى المُسْلِم جاز ، وكان وكيلاً . وإن قال : خذهُ عن الذى ضمنتَ عنّى لم يصحّ ، وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه . لأنه إنّما استحقّ الأخذَ بعد الوفاء ، فإن أوصله إلى المُسلِم برئ بذلك . لأنه سلّم إليه ما ساَطه المُسلَمُ إليه فى التصرّف فيه . وإن أتلفه فعليه ضمانه . لأنه قبضه على ذلك . وإن صالح المسلِمُ الضامنَ عن المُسْلَم فيه بثمنِهِ لم يصحَّ . لأن هذا إقالةٌ . فلا يصحُّ من غير المُسلَمِ إليه ، وإن صالحه المسلمُ إليه بثمنه صحَّ ، وبرئَتْ ذمّته ، وذمّة الضامنِ . لأن هذا إقالة . وإن صالحه على غير ثمنه لم يصحَّ ، لأنه بيعُ المُسْلَم فيه قبلَ القبض .

٣٢٠٨ (فصل) والذى يصحُّ أخذُ الرهن به كلُّ دَيْنٍ ثابتٍ فى الذمّة يصحّ استيفاؤه من الرهن ، كأثمان البِيَاعاتِ ، والأجرةِ فى الإجارات ، والمهرِ ، وعِوَض الخُلع ، والقرْضِ ، وأَرْش الجناياتِ ، وقِيَمِ المُتْلَفَاتِ ، ولاَ يجوزُ أخذُ الرهن بما ليس بواجب ، ولا مآلهُ إلى الوجوب ، كالدِّيةِ على العاقلة قبلَ الحَوْل . لأنّها لم تجب بعدُ ، ولا يُعلم إفضاؤها إلى الوجُوب . فإنّهم لو جُنُّوا ، أو افتقَروا ، أو ماتُوا لم تجب عليهم . فلا يصحُّ أخذُ الرهن بها . فأمّا بعدَ الحول فيجوزُ أخذُ الرهن بها . لأنّها قد استقرّت فى ذمّتهم ، ويحتمل جوازَ أخذ الرهن بها قبل الحَوْل . لأنّ الأصلَ بقاء الحياة ، واليسارِ والعقلِ ، ولا يجوز أخذُ الرهن بالجُعْلِ فى الجَعَالةِ قبل العَمَل . لأنه لم يجب ، ولا يُعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وقال القاضى : يحتملُ أخذَ الرهن به . لأنَّ مآله إلى الوجوب ، واللزوم ، فأشبهت أثمان البِيَاعاتِ ، والأولى أوْلى . لأن

إفضاءها إلى الوجوب مُحتمَلٌ . فأشبهت الدِّية قبل الحول . ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل . لأنَّه قد وجب ، ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكِتَابة . لأنّه غيرُ لازم ، فإنّ للعبد تَعجيزَ نفسه ، ولا يمكنُ استيفاء دينه من الرهن . لأنه لو عجز صار الرهنُ للسيِّد . لأنه من جُملة مالِ المكاتب ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا : أنها وثيقة لا يمكنُ استيفاء الحقّ منها ، فلم يصحّ ، كضمان الخمر . ولا يجوز أخذُ الرهن بِعَوض المُسابَقةِ . لأنّها جَعَالَةٌ ولم يُعلم إفضاؤها إلى الوجوب. لأنّ الوجوبَ إنّما يثبُت بسَبْق غيرِ المُخْرِج . وهذا غيرُ معلوم ، ولا مَظنونٍ ، وقال بعضُ أصحابنا : فيها وجهان ، هل هى إجارة ، أو جَعَالة ؟ فإن قلنا : هى إجارة جاز أخذُ الرهن بِعَوضها . وقال القاضى : إن لم يكن فيها مُحَلِّلٌ فهى جَعَالَةٌ . وإن كان فيها مُحَلِّلٌ فعلى وجهين . وهذا كلُّه بعيد ، لأن الجُعْل ليس هو فى مقابلة العمل . بدليل أنه لا يستحقُّه إذا كان مسبوقاً . وقد عَمِل العمل ، وإنما هو عِوَضٌ عن السَّبْقِ . ولا تُعلم القدرة عليه . ولأنّه لا فائدة للجَاعِل فيه ، ولا هو مُرادٌ له ، وإذا لم تكن إجارةً مع عدم المُحلّل فمع وجوده أولى . لأن مُستحقّ الجُعْل هو السابق ، وهو غيرُ معيَّن . ولا يجوز استئجارُ رجلٍ غير مُعَيَّن . ثم لو كانت إجارةً لكان عِوَضُها غيرَ واجب فى الحال ، ولا يُعْلَمُ إفضاؤه إلى الوجوب ، ولا يُظَنّ . فلم يجُز أخذُ الرهن به ، كالجُعل فى رَدِّ الآبق ، واللُّقطة ، ولا يجوزُ أخذُ الرهن بِعِوَضٍ غيرِ ثابت فى الذمّة ، كالثمن المُعيَّن والأُجْرة المعيَّنة فى الإجارة ، والمعقودُ عليه فى الإجارة إذا كان منافعَ مُعيَّنة مثلُ إجارةِ الدار ، والعبد المعيّن ، والجمل المعيَّن ، مُدَّة معلومة ، أو لحمل شىء معيّن إلى مكانٍ معلوم . لأنّ هذا حقّ تعلَّق بالعين لا بالذمّة . ولا يُمكن استيفاؤه أحقّ من الرهن . لأنّ منفعة العين لا يمكنُ استيفاؤها من غيرها . وتبطُل الإجارةُ بتلَف العين . وإن وقعت الإجارةُ على منفعةٍ فى الذمّة ، كخِيَاطَةِ ثوب ، وبناءِ دارٍ ، جاز أخذُ الرهن به. لأنه ثابتٌ فى الذمّة ، ويُمكن استيفاؤه من الرهن ، بأن يستأجر من ثمنه من يَعْمَلُ ذلك العَمَل ، فجاز أخذُ الرهن به ، كالدّين . ومذهبُ الشافعىّ فى هذا كلِّه كما قلنا .

٣٢٠٩ (فصل) فأما الأعيانُ المضمونةُ ، كالمغصوب ، والعَوارِى ، والمقبوضِ ببيع فاسدٍ ، والمقبوض على وجه السَّوْمِ ، ففيها وجهان :

أحدها : لا يصحّ الرهن بها. وهو مذهبُ الشافعىّ . لأن الحقّ غيرُ ثابت فى الذمّة . فأشبه ما ذكرنا. ولأنه إن رهنه على قيمتها إذا تلفت ، فهو رهنٌ على ما ليس بواجب . ولا يُعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وإن أخذ الرهن على عينها لم يصحّ . لأنه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن . فأشبه أثمان البِيَاعات المتعيِّنة .

والثانى : يصحّ أخذ الرهن بها . وهو مذهب أبى حنيفة . وقال : كلُّ عَيْنٍ كانت مضمونةً بنفسها

جاز أخذُ الرهن بها ، يُريد ما يُضمن بمثله ، أو قيمته ، كالمَبيع . يجوزُ أخذ الرهن به . لأنه مضمون بفساد العقد لأنّ مقصود الرهن الوثيقةُ بالحقّ . وهذا حاصلٌ . فإنّ الرهن بهذه الأعيان يَحمِلُ الراهنَ على أدائها . وإن تعذّر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن . فأشبهت الدّين فى الذمّة .

٣٢١٠ (فصل) قال القاضى : كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذُ الضمين به . وما لم يجُز الرهنُ به لم يجُز أخذُ الضمين به ، إلاّ ثلاثةَ أشياء : عُهدةُ المبيع ، يصحّ ضمانُها ولا يصحّ الرهن بها ، والكِتابةُ لا يصحّ الرهنُ بدَيْنِها ، وفى ضمانها روايتان . وما لم يجب لا يصحّ الرهنُ به ، ويصحّ ضمانهُ . والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الرهن بهذه الأشياء يُبطِل الإرْفاق . فإنّه إذا باع عبدَه بألف ودفع رَهْناً يُساوى ألفاً ، فكأنّه ما قبض الثمن ، ولا ارتفق به ، والمكاتَبُ إذا دفع ما يُساوى كتابته ، فما ارتفق بالأجَلِ . لأنهّ كان يُمكنه بيعُ الرهن ، أو بقاء الكتابة ، ويَستريحُ من تعطيل منافع عبده ، والضمانُ بخلاف هذا .

الثانى : أن ضرر الرهن يَعُمُّ . لأنهّ يدُوم بقاؤه عند المشترى ، فيمنعُ البائعَ التصرُّفَ فيه ، والضمانُ بخلافه .

٣٢١١ (فصل) إذا اختلف المسلِمُ ، والمُسْلَم إليه فى حلول الأجل ، فالقولُ قولُ المسلَم إليه ، لأنهُ منكِر . وإن اختلفا فى أداء المسلَم فيه ، فالقولُ قولُ المسلِم ، لذلك . وإن اختلفا فى قبض الثمن ، فالقولُ قولُ المسلَم إليه ، لذلك . وإن اتفقا عليه ، وقال أحدُهما : كان فى المجلس قبل التفرّق ، وقال الآخرُ : بعدَه ، فالقولُ قولُ من يَدَّعى القبضَ فى المجلس لأن معه سَلامَةَ العقد . وإن أقام كلٌّ واحد منهما بَيِّنةً بموجَب دعواه ، قدّمت أيضاً بيّنتهُ . لأنّها مُثبِتَةٌ ، والأخرى نافية .

باب القرض

والقرض نوع من السلف . وهو جائز بالسّنة والإجماع . أمّا السّنة . فرَوى أبو رافع « أنَّ النبيَّ صلَّى اللهُ عليهِ وسلم اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْراً[1] ، فَقدِمَتْ عَلَى النبيِّ صلى اللهُ عليهِ وسلم إبِلُ الصَّدَقةِ ، فَأَمَرَ أَبا رَافِعٍ أَنْ يَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ فَرَجَع إلَيهِ أبُو رَافِعٍ ، فقال : يا رَسُولَ اللهِ ، لَمْ أَجِدْ فِيها إلاّ خِيَاراً[2] رَباعِياً . فقال : أَعْطِهِ ، فَإنَّ خَيْرَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضاءً » رواه مسلم ، وعن ابن مسعود : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُقرِضُ مُسلِماً قَرْضاً مَرَّتَيْنِ إلاّ كَانَ كَصَدَقَةٍ مَرَّةٍ »

---

(١) البكر : الجمل الفتى القوى .

(٢) رباعياً : أى ذكراً من الجمال نبتت رباعيته وهى رابعة أسنانه من الأمام وذلك إذا بلغ السنة السابعة ، فهو أفضل من البكر لأنه أقوى منه وأكبر .

وعن أنس قال : قَالَ رسولُ اللهِ صلى اللهُ عليهِ وسلَّم« رَأَيْتُ لَيْلَةَ أُسْرِيَ بِي عَلَى بَابِ الجَنَّةِ مَكْتُوباً : الصَّدَقَةَ بِعَشْرِ أَمْثَالِهَا ، والقَرْضُ بِثَمَانِيَةَ عَشَرَ . فقلتُ : يا جِبْرِيلُ ، ما بَالُ القَرْضِ أَفْضَلَ مِنَ الصَّدَقَةِ ؟ قَالَ : لِأَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ ، وَالمُسْتَقْرِضُ لاَ يَسْتَقْرِضُ إِلاَّ مِنْ حَاجَةٍ » رواهما ابن ماجه ، وأجمع المسلمونَ على جواز القرض .

٣٢١٢ (فصل) والقرضُ مندوبٌ إليه فى حقّ المُقرض مباحٌ للمقترض . لما رَوَينا من الأحاديث . ولما رَوى أبو هريرة : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قالَ « مَنْ كَشَفَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ الدُّنيا كَشَفَ اللهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يوْمِ القِيَامَةِ ، واللهُ فِي عَوْنِ العَبْدِ مَا دَامَ العَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ » وعن أبى الدرداء أنهُ قال « لَأَنْ أُقْرِضَ دِينَارَيْنِ ، ثُمَّ يُرَدَّانِ ، ثُمَّ أُقْرِضُهُمَا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِمَا » ولأنّ فيه تفريجاً عن أخيه المُسلم ، وقضاءً لحاجته ، وعَوْناً له . فكان مندوباً إليه ، كالصدقة عليه . وليس بواجب . قال أحمد : لاَ إِثْمَ على من سُئل القرضَ فلم يُقرض . وذلك لأنه من المعروف . فأشبَه صدقةَ التطوّع . وليس بمكروه فى حقّ المُقترض . قال أحمد : ليس القرض من المسألة ، يعنى ليس بمكروه . وذلك لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم « كَانَ يَسْتَقْرِضُ » بدليل حديث أبى رافع ، ولو كان مكروهاً كان أبعدَ الناس منه . ولأنه إنما يأخذُه بعَوضِه . فأشبه الشِّراء بدَيْنٍ فى ذمّته . قال ابن أبى موسى : لا أحبّ أن يتحمّل بأمانته ما ليس عنده ، يعنى ما لا يقدرُ على وَفائه . ومن أراد أن يستقرض فليُعْلِمْ من يَسألُه القرضَ بحالِه ، ولا يُغرّه من نفسه ، إلا أن يكون الشيء اليسيرَ الذى لا يتعذّر رَدُّ مثله . قال أحمد : إذا اقترض لغيره ، ولم يُعلِمْهُ بحالِهِ لم يُعْجِبْنِى، وقال : ما أُحِبُّ أنْ يقترض بجاهه لإخوانه . قال القاضى : يعنى إذا كان من يقترض له غيرَ معروفٍ بالوَفاء ، لكونه تغريراً بمال المُقرِض ، وإضراراً به . أما إذا كان معروفاً بالوفاء لم يُكره . لكونه إعانةً له ، وتفريجاً لكُرْبته .

٣٢١٣ (فصل) ولا يصحّ إلا من جائز التصرّف . لأنه عقدٌ على المال . فلم يصحّ إلا من جائزِ التصرُّف ، كالبيع . وحكمُه فى الإيجاب والقبول حكمُ البيع ، على ما مضى . ويصحّ بلفظ السلف ، والقَرْضِ ،لورود الشرع بهما ، وبكلّ لفظٍ يُؤدّى معناها ، مثل أن يقول : مَلَّكْتُكَ هذا على أن تَرُدَّ علىّ بدَلَهُ ، أو توجَدُ قرينةٌ دالّة على إرادة القَرْض . فإن قال : مَلَّكْتُكَ ، ولم يذكر البَدَل ، ولا وُجِدَ ما يدلّ عليه . فهو هِبَةٌ . فإن اختلفا ، فالقولُ قولُ الموهوب له . لأنّ الظاهر معه . لأنّ التمليك من غير عِوَض هبَةٌ .

٣٢١٤ (فصل) ولا يثبُت فيه خيارٌ ما . لأنّ المُقرض دخل على بَصيرةٍ أنّ الحظّ لغيره . فأشبه الهِبَةَ . والمُقترض متى شاء ردَّه . فيستغنى بذلك عن ثبوت الخيار له . ويثبُت الملك فى القرض بالقَبْض .

وهو عقد لازم فى حقّ المُقرض، جائز فى حقّ المقترض. فلو أراد المُقرض الرجوع فى عَيْن ماله لم يَملِكْ ذلك. وقال الشافعيُّ: له ذلك، لأنَّ كُلَّ ما يَملِكِ المُطالبةَ بمثله مَلَكَ أخذه، اذا كان موجوداً، كالمغصوب والعارِيَة.

ولنا: أنه أزال مِلكه بعوض من غير خيار. فلم يكن له الرجوعُ فيه، كالبيع. ويُفارق المغصوبَ والعارِيَة. فإنَّه لم يُزَلْ مِلكُهُ عنهما. ولأنه لا يملك المطالبةَ بمثلهما، مع وجودهما. وفى مسألتنا بخلافه. فأما المقترضُ فله ردُّ ما اقترضه على المقرض، إذا كان على صفته، لم ينقُصْ، ولم يحدُثْ به عَيبٌ. لأنَّه على صفة حقه، فلزمه قبولُه، كالمسلَمِ فيه، وكما لو أعطاه غيرَه. ويحتملُ أنْ لا يلزم المُقرِضَ قبولُ ماليس بمثليٍ، لأنَّ القرض فيه يوجبُ ردّ القيمة على أحد الوجهين. فإذا ردّه بعينه لم يردَّ الواجبَ عليه. فلم يجب قبوله كالمبيع.

٣٢١٥ (فصل) وللمقرض المطالبةُ ببدله فى الحال. لأنه سببٌ يُوجبُ ردّ المثل فى المثليات: فأوجبه حالاً كالإتلاف. ولو أقرضه تفاريق. ثم طالبه بها جُملةً فله ذلك. لأنَّ الجميع حال. فأشبه مالو باعه بيُوعاً حالة، ثم طالبه بثمنها جُملَةً. وإن أجّل القرضَ لم يتأجل، وكان حالاً. وكلّ دين حَلّ أجلُه لم يصر مُؤَجَّلاً بتأجيله، وبهذا قال الحارث العُكلِيّ، والأوزاعىّ، وابن المنذر والشافعىّ. وقال مالك والليث: يتأجّل الجميع بالتأجيل. لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» ولأن المتعاقدَيْن يملكانِ التصرّف فى هذا العقد بالإقالة، والإمضاء. فملكا الزيادةَ فيه، كخيار المجلس. وقال أبو حنيفة: فى القرض وبدل المُتْلَف كقولنا، وفى ثمن المَبيع، والأجْرة، والصَّداقِ، وعَوَض الخلعِ كقولها. لأنّ الاجل يقتضى جُزءاً من العِوَض، والقرضُ لا يحتملُ الزيادة، والنقص فى عِوَضه، وبدلُ المُتْلَفِ الواجبُ فيه المثلُ من غير زيادةٍ ولا نقصٍ. فلذلك لم يتأجّل. وبقيّة الأعْواضِ تجوزُ الزيادة فيها، فجاز تأجيلها.

ولنا: أن الحقّ يثبُتُ حالاً والتأجيلُ تبرُّعٌ منه، ووعدٌ. فلا يلزمُ الوفاء به، كما لو أعاره شيئاً، وهذا لا يقعُ عليه اسمُ الشرط. ولو سُمّي فالخبر مخصوص بالعارِيَةِ فيُلحق به مّما اختلفا فيه، لأنَّه مِثلُه

ولنا: على أبى حنيفة أنّها زيادةٌ بعد استقرار العقد. فأشبه القرض، وأما الإقالةُ فهى فسخٌ وابتداء عقدٍ آخرَ، بخلاف مسألتنا. وأمّا خيارُ المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد. بدليل أنهُ يجزىء فيه القبضُ لما يُشترطُ قبضهُ، والتعين لما فى الذمّة.

٣٢١٦ (فصل) ويجوز قرضُ المَكيل، والموزون، بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المَكيل والموزون والأطعمة جائز، ويجوز قرض

كلِّ ما يثبُت فى الذّمة سَلَمًا ، سوى بنى آدم . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يجوزُ قرضُ غير المَكِيل ، والموزون . لأنّه لا مِثْلَ له . أشبهَ الجواهر

ولنا : أن النبىَّ صلّى الله عليه وسلم « اسْتَسْلَفَ بَكْراً » وليس بمَكِيلٍ ، ولا موزون ، ولأنّ مايثبُت سَلَمًا ، يملكُ بالبيع ، ويُضْبَطُ بالوصف . فجاز قرضُه كالمَكيل ، والموزون ، وقولهم : لا مِثْلَ له. خلافُ أصلهم . فإن عند أبى حنيفة لو أتلف على رجل ثوباً ثبت فى ذمّته مثلُهُ ، ويجوز الصلحُ عنه بأكثرَ من قيمته . فأمّا ما لا يثبُت فى الذمّة سلماً ، كالجواهر ، وشبهها ، فقال القاضى : يجوزُ قرضها وَيَرُدُّ المُستقرضُ القيمَة ، لأنّ ما لاَ مِثْلَ لَهُ يُضْمَنُ بالقِيمَةِ ، والجواهر كغيرها فى القِيَمِ . وقال أبو الخطّاب : لا يجوز قرضُها . لأنّ القرضَ يقتضى رَدَّ المِثل . وهذه لا مِثْلَ لها . ولأنه لم يُنقل قرضُها ، ولا هى فى معنى ما نُقل القرضُ فيه ، لكونها ليست من المرافق ، ولا يثبُت فى الذمّة سَلَمًا . فوجب إبقاؤها على المنع . ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين فى الواجب ، فى بدل غير المَكيل والموزون . فإذا قلنا : الواجبُ ردّ المِثل . لم يجز قرضُ الجواهر ، وما لايثبُت فى الذمّة سلماً لتعذّر رَدّ مثلها ، وإن قلنا الواجب رَدّ القيمة. جاز قرضُه ، لإمكان ردّ القيمة . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

٣٢١٧ (فصل) فأما بنو آدم ، فقال أحمدُ : أكرهُ قرْضَهم . فيحتملُ كراهيةَ تنزيهٍ . ويصحّ قرضُهم ، وهو قول ابن جُرَيْج ، والمُزنىّ . لأنه مالٌ يثبُت فى الذمّة سَلَمًا . فصحّ قرضه ، كسائر الحيوان ، ويحتملُ أنّه أراد كراهةَ التحريم . فلا يصحّ قرضُهم . اختاره القاضى . لأنه لم يُنقل قرضُهم ، ولا هو من المرافق . ويحتملُ صحّة قرض العبيد دون الإماء . وهو قول مالك والشافعى ، إلاّ أن يُقرِضهنّ من ذَوِى مَحارِمهنّ . لأن الملك بالقرض ضعيفٌ . فإنّه لا يمنعُه من رَدّها على المُقرض . فلا يُستباح به الوَطْء ، كالملك فى مُدّةِ الخيار . وإذا لم يُبِح الوطء لم يصحّ القَرضُ ، لعدم القائل بالفرق ، ولأن الأبْضاع ممّا يُحتاط لها ، ولو أبحنا قرضَهنّ أفضى إلى أن الرجل يستقرضُ أمةً فيطؤُها ، ثم يَرُدّها من يومِه ، ومتى احتاج إلى وطئها استقرضها ، فوطئها ، ثم ردّها ، كما يَستعيرُ المتاع ، فينتفع به ، ثم يَرُدّه .

ولنا : أنه عقد ناقلٌ للملك . فاستوى فيه العبيدُ ، والإماء ، كسائر العقود . ولا نُسلّم ضَعْفَ المِلك . فإنّه مُطلِقٌ لسائر التصرّفات ، بخلاف المِلك فى مدّة الخيار ، وقولهم : متى شاء المُقترض ردّها ممنوعٌ . فإنّنا إذا قلنا : الواجبُ ردّ القيمة لمَ يملك المقترضُ رَدّ الأمةِ . وإنما يَرُدّ قيمتها ، وإن سلّمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحلّ له فعلُه . ولا يصحّ اقتراضه ، كما لو اشترى أمةً ليطأها ، ثم يَرُدّها بالمُقايلةِ ، أو بعَيْبٍ فيها ، وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة ، كما لو وقع ذلك فى البيع ، وكما لو أسلم جاريةً فى أُخرَى موصوفةٍ بصفاتها ، ثم ردّها بعينها عند حلول الأجَلِ . ولو ثبت أنّ القرض ضعيفٌ لا يُبيح

الوطء لم يُمْنَعْ منــه فى الجوارى ، كالبيع فى مدّة الخيار . وعدمُ القائل بالفرق ليس بشىء على ما عُرِف فى مواضعه ، وعدمُ نقله ليس بحجّة . فإنّ أكثر الحيوانات لم يُنقل قرضُها ، وهو جائز .

٣٢١٨ (فصل) وإذا اقترض دراهم ، أو دنانير غيرَ معروفة الوزن ، لم يجُز . لأنّ القرض فيها يوجبُ ردّ المثل . فإذا لم يعرف المثلُ لم يمكن القضاء ، وكذلك لو اقترض مَكيلاً ، أو مَوزوناً جزَافاً ، لم يجُز ، لذلك . ولو قدّره بمكيالٍ بعَيْنِهِ ، أو صَنْجَةٍ بعينها ، غيرِ معروفين عند العامّة لم يجُز . لأنّه لا يأمنُ تلَف ذلك ، فيتعذّر رَدّ المِثْلِ . فأشبه السَّلَمَ فى مثل ذلك . وقال الإمام أحمد : فى ماء بين قومٍ لهم نُوَبٌ فى أيّامٍ مُسَمَّاةٍ ، فاحتاج بعضهُم إلى أن يستقى فى غير نَوْبَتِهِ ، فاستقرض من نَوْبةِ غيره لِيَرُدّ عليه بدَلَه فى يوم نَوْبته ، فلا بأس . وإن كان غيرَ محدودٍ كرهتُه ، فكرِهَهُ إذا لم يكن محدوداً ، لأنّه لا يمكنه ردُّ مثلِه ، وإن كانت الدراهمُ يُتعامل بها عدداً ، فاستقرض عدداً رَدّ عَدداً . وإن استقرض وَزْناً ردّ وزناً . وهذا قولُ الحسن ، وابن سيرين ، والأوزاعىّ ، واستقرض أيُّوبُ من حمّاد بن زَيْد دَراهِمَ بمكّة عَدداً . وأعطاه بالبَصْرةِ عدَداً ، لأنّه وفّاه مِثْلَ ما اقْترض فيما يتعامَلُ به الناس . فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بها وَزْناً ، فردّ وزناً .

٣٢١٩ (فصل) ويجب ردّ المِثل فى المَكيل ، والموزون . لا نعلم فيه خِلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ من أسلف سَلَفاً ممّا يجوزُ أن يُسلَف فردّ عليه مثْلَه ، أنّ ذلك جائزٌ ، وأنّ للمُسلفِ أخذَ ذلك . ولأنّ المَكيل ، والموزونَ يُضمَنُ فى الغَصْب ، والإتلافِ بمثلِه . فكذا ههنا ، فأما غيرُ المكيل ، والموزون ، ففيه وجهان :

أحدهما : يجب ردّ قيمته يومَ القرض . لأنّه لامثلَ له ، فيضمنُه بقيمته ، كحال الإتلاف ، والغَصْب .

والثانى : يجبُ رَدُّ مثله . لأنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم «اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْراً فَرَدَّ مِثْلَهُ» . ويخالف الإتلاف . فإنّه لا مُسامَحة فيه . فوجبت القيمةُ . لأنّها أحْصَرُ . والقرضُ أسْهَلُ . ولهذا جازت النَّسِيئةُ فيه ، فيما فيه الرّبا ، ويُعتبر مثلُ صفاته تقريباً . فإنّ حقيقة المِثل إنّما توجدُ فى المَكيل ، والموزون . فإن تعذّر المِثلُ فعليه قيمتُه يومَ تعذّر المِثْلُ . لأنّ القيمةَ ثبتت فى ذمّته حينئذٍ ، وإذا قلنا : تجب القيمةُ وجبت حين القَرْضِ . لأنّها حينئذٍ ثبتتْ فى ذمّته .

٣٢٢٠ (فصل) ويجوز قرضُ الخُبْز . ورَخّص فيه أبو قِلاَبَة ، ومالك . ومنع منه أبو حنيفة . ولنا : أنه موزون ، فجاز قرضُــه ، كسائر الموزونات . وإذا أقرضه بالوزن ، ورَدّ مِثْلَه بالوزن جاز . وإن أخذه عدداً فردّه عدداً ، فقال الشريفُ أبو جعفر : فيه روايتان :

إحداهما : لا يجوز . لأنّه موزونٌ . أشبه سائرَ الموزونات .

والثانية : يجوز . قال ابن أبي موسى : إذا كان يتحرى أن يكون مِثلاً بمثلٍ ، فلا يحتاجُ إلى الوزن، والوزنُ أحبّ إلىّ ، ووجهُ الجواز ما روتْ عائشةُ رضىَ اللهُ عنها ، قالت : قلتُ « يَا رَسُولَ اللهِ ، إنَّ الجيرَانَ يَسْتَقرِضُونَ الخُبْزَ ، والخَمِيرَ ، ويرُدُّون زِيَادَةً ونُقصَاناً . فقَالَ : لاَ بَأْسَ ، إنّ ذَلِكَ مِنْ مَرَافِقِ النَّاسِ ، لا يُرادُ بِهِ الفَضْلُ » ذكره أبو بكر فى الشافى بإسناده . وفيه أيضاً بإسناده ، عن مُعاذ بن جَبَل « أنَّهُ سُئِلَ عَنْ اسْتِقْرَاضِ الخُبْزِ والخَمِيرِ ؟ فقال : سُبْحَانَ اللهِ ، إنّما هذَا مِنْ مَكَارِمِ الأَخْلاَقِ ، فخُذِ الكَبِيرَ ، وأَعْطِ الصَّغِيرَ ، وخُذِ الصَّغِيرَ ، وأَعْطِ الكَبِيرَ ، خيرُكم أحْسَنُكم قَضاءً . سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وسَلَّمَ يَقُولُ ذَلِكَ » ولأن هذا مما تدعو الحاجةُ إليه ، ويشُقُّ اعتبارُ الوزن فيه ، وتَدْخُله المسامحةُ . فجاز ، كدخول الحمّام من غير تقدير أجْرَةٍ ، والركوب فى سفينة الملاّح ، وأشباه هذا. فإن شرط أن يُعطيَه أكثر مما أقرضه ، أو أجودَ ، أو أعطاه مثلَ ما أخذ ، وزاده كِسْرةً . كان ذلك حَراماً . وكذلك إن أقرضه صغيراً قصْدَ أنْ يُعطِيَهُ كَبِيراً . لأنَّ الأصلَ تحريمُ ذلك ، وإنما أبيح لمشقّةِ إمكان التحرُّزِ منه . فإذا قصد أو شرط ، أو أفْرِدَتِ الزيادةُ فقد أمكن التحرّز منه ، فحَرُم بحكم الأصل ، كما لو فعل ذلك فى غيره .

٣٢٢١ (فصل) وكلّ قرض شرط فيه أن يزيده . فهو حرامٌ بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المُسْلِف إذا شرط على المُسْتَسلِف زيادةً أو هَدِيّةً ، فأسْلَفَ على ذلك : أنَّ أخذَ الزيادة على ذلك رِباً. وقد رُوى عن أبىّ بن كعب ، وابن عباس ، وابن مسعود : أنهم نَهَوْا عن قَرْضٍ جَرّ منفعةً . ولأنّه عقد إرفاقٍ ، وقُرْبةٍ ، فإذا شرط فيه الزيادَة أخرجه عن موضوعه . ولا فرق بين الزيادة فى القَدْرِ ، أو فى الصفة. مثل أن يُقرضه مُكسّرةً ، ليعطيَه صحاحاً ، أو نَقْداً ليُعطيه خيراً منه . وإن شرط أن يُعطيه إيّاه فى بلدٍ آخرَ ، وكان لحمله مُؤْنَةٌ لم يجُز . لأنّه زيادة ، وإن لم يكن لحمله مُؤْنَةٌ جاز . وحكاه ابنُ المنذر ، عن علىّ ، وابن عباس ، والحسن بن علىّ ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، وعبد الرحمن بن الأسود ، وأيُّوب السّختيانىّ ، والثورىّ ، وأحمد ، وإسحق ، وكرهه الحسن البصرىّ ، وميمون بن أبى شَبيب ، وعَبْدَةُ بن أبى لُبَابَة، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، لأنه قد يكون فى ذلك زيادة . وقد نصّ أحمدُ على أنّ من شرط أن يكتُب له بها سُفْتَجَةٌ ، لم يجُز ، ومعناه : اشتراط القضاء فى بلدٍ آخرَ . ورُوى عنه جوازُها ، لكونها مصلحةً لهما جميعاً . وقال عطاء : كان ابنُ الزبير يأخذُ من قوم بمكّة دراهم ، ثم يكتبُ لهم بها إلى مُصْعَبِ ابن الزُّبَيْر بالعراق ، فيأخذونها منه . فسُئل عن ذلك ابنُ عباس ؟ فلم يَرَ به بأساً . ورُوى عن علىّ رضى الله عنه : أنه سُئِل عن مِثْل هذا ؟ فلم يرَ به بأساً . وممّن لم يرَ به بأسا : ابنُ سيرين ، والنخَعِىّ ، رواه كلّه سعيدٌ . وذكر القاضى أن للوصىّ قَرْضَ مالِ اليتيم فى بلدٍ ليُوَفّيه فى بلدٍ أخرى ، ليربح خَطَرَ الطريق،

والصحيحُ جوازُه . لأنّه مصلحةٌ لهما ، من غير ضرر ، بواحد منهما . والشرعُ لا يَرِدُ بتحريم المصالح التى لا مضرّةَ فيها ، بل بمشروعيّتها . ولأنّ هذا ليس بمنصوص على تحريمه . ولا فى معنى المنصوص . فوجب إبقاؤه على الإباحة . وإن شرط فى القرض أن يؤجّره دارَه ، أو يبيعه شيئاً ، أو أن يُقرضه المقترض مرّةً أخرى ، لم يجُز . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ » ولأنه شَرَطَ عقداً فى عقدٍ ، فلم يجُز كما لو باعه دارَه بشرط أن يبيعَه الآخرُ داره . وإن شرط أن يؤجّره دارَه بأقلّ من أُجرتها ، أو على أن يستأجر دار المُقرض بأكثرَ من أُجرتها ، أو على أن يُهدى له هَدِيَّةً ، أو يَعْمَل له عملاً . كان أبلغ فى التحريم . وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوَفاء لم يقبله . ولم يجُز قبولُه إلّا أن يُكافئه ، أو يحسِبهُ من دينه ، إلا أن يكون شيئاً جرَتْ العادةُ به بينهما ، قبل القرض . لما رَوى الأثرم « أنَّ رَجُلاً كَانَ لَهُ عَلَى سَمّاكٍ عِشْرُونَ دِرْهَماً . فَجعَلَ يُهْدِى إلَيْهِ السَّمَكَ وَيُقوِّمُهُ حَتّى بَلَغَ ثَلاثَةَ عَشَر درهماً . فسأل ابنَ عباس فقال : أعْطِهِ سَبْعَةَ دَراهِمَ » وعن ابن سيرين « أنّ عُمَرَ أسْلَفَ أُبَىَّ بْنَ كَعْبٍ عَشَرَةَ آلافِ دِرْهَم . فأَهْدَى إلَيْهِ أُبَىُّ بْنُ كَعْبٍ مِنْ ثَمَرَةِ أرْضِهِ . فَرَدَّهَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْبَلْهَا . فأتاه أُبىّ فقالَ : لَقَدْ عَلِمَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ أَنّى مِنْ أَطْيَبِهِمْ ثَمَرَةً ، وَأَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَنَا . فِبِمَ مَنَعْتَ هَدِيَّتَنَا ؟ ثُمّ أَهْدَى إلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَبِلَ » وعن زِرّ بنِ حُبَيْشٍ قال « قُلْتُ لأُبَىٍّ بنِ كَعْبٍ : إنِّى أُرِيدُ أَنْ أَسِيرَ إلَى أَرْضِ الجِهادِ إلَى العِرَاقِ . فَقَالَ : إنَّكَ تَأْتِى أَرْضاً فاشٍ فيهاَ الرِّبا . فإنْ أَقْرَضْتَ رَجُلاً قَرْضاً فأَتاكَ بِقَرْضِكَ لِيُؤَدِّى إلَيْكَ قَرْضَكَ وَمَعَهُ هَدِيَّةٌ ، فاقْبِضْ قَرْضَكَ وَارْدُدْ عَلَيْهِ هَدِيَّتَهُ » رواهما الأثرم ، ورَوى البخاريّ عن أبى بُرْدَةَ ، عن أبى موسى ، قال : « قَدِمْتُ المَدِينَةَ ، فَلَقِيتُ عَبْدَ اللهِ بنَ سَلَامٍ — وذكر حديثاً — وفيه ثُمّ قَالَ لِى : إنَّكَ بأَرْضٍ فيهاَ الرِّبَا فَاشٍ . فَإذا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ فأَهْدَى إلَيْكَ حِمْلَ تِبْنٍ أوْ حِمْلَ شَعِيرٍ ، أوْ حِمْلَ قَتٍّ فَلَا تَأْخُذْهُ ، فإنّه رِباً» قال ابن أبى موسى : ولو أقرضه قرضاً ، ثمّ استعمله عمـــلاً ، لم يكن ليستعمله مثلَه قبلَ القرض كان قرضاً جرَّ منفعةً . ولو استضاف غريمه[1] ، ولم تكن العادةُ جرَتْ بينهما بذلك حُسِبَ لَهُ مَا أَكَلَهُ . لما رَوى ابنُ ماجه فى سننه ، عن أنس قال : قَالَ رسُولُ الله صلى الله عليه وسلم « إذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضاً ، فَأَهْدَى إلَيْهِ أوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ . فَلَا يَرْكَبْهَا وَلَا يَقْبَلْهُ ، إلّا أنْ يَكُونَ جَرى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ » وهذا كلّـه فى مدّة القرض . فأمّا بعدَ الوفاء فهو كالزيادة عن غير شرط ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٢٢٢ (فصل) فإن أقرضه مُطلقاً من غير شرط ، فقضاه خيراً منه فى القَدْر ، أو الصِّفة ، أو دونَه

(١) الغريم هنا الدائن .

برضاها جاز . وكذلك إن كتب له بها سُفْتَجة[1] ، أو قضاه فى بلدٍ[2] آخـرَ جاز . ورخّص فى ذلك ابنُ عمر ، وسعيدُ بنالمسيّب،والحسنُ والنخَعِىّ، والزهرىّ،والشعبىّ،ومكحول ، وقتادة، ومالك،والشافعىّ، وإسحق . وقال أبو الخطّاب : إن قضاه خيراً منه ، أو زاده زيادةً بعـد الوفاء من غير مُوَاطأة ، فعلى روايتين . ورُوى عن أُبىّ بن كعب ، وابن عبّاس ، وابن عمر : أنه يأخذُ مثلَ قَرْضه . ولا يأخذُ فضلاً . لأنّه إذا أخذ فضلاً كان قرضاً جرَّ منفعةً .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم «اسْتَسْلَفَ بَـكْراً ، فرَدَّ خَيْرًا مِنْهُ ، وقال : خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاء » متفق عليه . وللبخارىّ «أَفْضَلُـكُمْ أَحْسَنُـكُمْ قَضَاء» ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عِوَضاً فىالقرض ولا وسيلةً إليه ، ولا إلى استيفاء دَيْنِهِ ، فحلّت كما لو لم يكن قَرضٌ . وقال ابن أبى موسى : إذا زاده بعـد الوفاء فعاد المستقرضُ بعد ذلك يلتمسُ منه قرضاً ثانياً ، ففعل . لم يأخذ منهُ إلاّ مثلَ ما أعطاه . فإن أخذ زيادةً ، أو أجودَ ممّا أعطاه كان حَراماً ، قولاً واحداً . وإن كان الرجـلُ معروفا بحسن القضاء لم يُـكره إقراضُه . وقال القاضى : فيه وجهٌ آخرُ : أنه يُـكره . لأنه يَطْمَعُ فى حُسنِ عادته . وهذا غيرُ صحيح ، فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم كان معروفاً بِحُسنِ القضاء ، فَهل يَسُوغُ لأحدٍ أن يقول : إن إقراضه مَكروهٌ ؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خيرُ الناس ، وأفضلُهم . وهو أولى الناس بقضاء حاجته ، وإجابةِ مَسْألته ، وتفريج كُرْبَتِهِ . فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً . وإنما يمنعُ من الزيادة المشروطة . ولو أقرضه مكسّرةً ، فجاءه مكانها بصحاحٍ بغير شرط جازَ . وإن جاءه بصحاح أقلّ منها ، فأخـذها بجميع حقّه لم يَجُز ، قولاً واحداً . لأنّ ذلك معاوَضةٌ للنقد بأقلّ منه ، فـكان ربًا .

٣٢٢٣ (فصل) وإن شرط فى القرض أن يُوفِّيه أنقصَ مّما أقرضه ، وكان ذلك ممّا يجرى فيه الرّبا لم يَجُز ، لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هى شرط فيه . وإن كان فى غيره لم يجُـز أيضاً . وهو أحـدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، وفى الوجه الآخر : يجوز . لأن القرض جُعِل للرفق بالمستقرض ، وشرطُ النقصان لا يُخرجُه عن موضوعه ، بخلاف الزيادة .

ولنا : أن القرض يقتضى المِثْلَ . فشرطُ النقصان يخالفُ مُقتضاه ، فلم يَجُز ، كشرط الزيادة .

٣٢٢٤ (فصل) ولو اقترض من رجل نصفَ دينار ، فدفع إليه ديناراً صحيحاً ، وقال : نصفه قضاء ، ونصفه وَدِيعةٌ عندك ، أو سَلَماً فى شىء صحّ ، وإن امتنع المقرضُ من قبوله فله ذلك ، لأنّ عليه فى الشركة

---

(١) السفتجة : أن يعطى مالا لشخص ويكون لهذا الشخص مال فى بلد آخر ، فيعطيه ماله فى البلد الآخر فيستفيد أمن الطريق .

(٢) أو قضاه فى بلد آخر : يعنى من غير سفتجة ولا كتابة .

ضرراً ، ولو اشترى بالنصف الثانى من الدينار سِلْعَةً جازَ ، إلاّ أن يكون ذلك عن مُشَارَطَةٍ ، فقال : أقضيك صحيحاً بشرط أنى آخذ منك بنصفه الباقى قميصاً ، فإنه لا يجوز ، لأنه لم يدفع إليه صحيحاً ، إلا ليعطيه بالنصف الباقى فضلَ ما بين الصحيح ، والمكسور ، من النصف المَقْضِيّ ، ولو لم يكن شرطاً جاز ، فإن ترك النصفَ الآخرَ عنده وديعةً جاز ، وكانا شريكين فيه ، وإن اتفقا على كسره كسّراه ، فإن اختلفا لم يُجْبَر أحدهما على كَسْرِه ، لأنه ينقصُ قيمتَه .

٣٢٢٥ (فصل) ولو أفلس غريمُه ، فأقرضه ألفاً ليُوَفِّيه كلَّ شهر شيئاً معلوماً جاز ، لأنّه إنما انتفع باستيفاء ماهو مستَحقّ له ، ولو كان له عليه حِنْطَةً فأقرضه ما يشترى به حِنْطَةً يوفّيه إيّاها لم يكن مُحَرما لذلك . ولو أراد رجل أن يبعث إلى عيالِه نفقةً فأقرضها رجلاً على أن يَدْفَعها إلى عِيالِه فلا بأس ، إذا لم يأخذ عليها شيئاً ولو أقرض أكّارَهُ[1] ما يَشْترى به بقراً يَعْمَلُ عليها فى أرْضه ، أو بذراً يبذُره فيها ، فإن شرط ذلك فى القرض لم يجُز ، لأنه شرط ما ينتفع به ، فأشبه شرط الزيادة ، وإن لم يكن شرطاً فقال ابن أبى موسى : لايجوز ، لأنّه قرضٌ جرَّ منفعةً ، قال : ولو قال : أقرضنى ألفاً وادْفَعْ إلىَّ أرضَك أزْرَعْها بالثلُث ، كان خَبيثاً ، والأولى جوازُ ذلك ، إذا لم يكن مشروطاً ، لأنّ الحاجة داعيةٌ إليه . والمستقرضُ إنّما يقصِدُ نفعَ نفسه ، وإنما يحصلُ انتفاع المُقْرِض ضِمناً . فأشبه أخذَ السُّفْتَجَةِ به ، وإيفاءه فى بلد آخرَ ، ولأنّه مصلحةٌ لهما جميعاً ، فأشبه ما ذكرنا .

٣٢٢٦ (فصل) قال أحمد فيمن اقترض من رجل دراهم ، وابتاع بها منه شيئاً ، فخرجت زُيُوفاً : فالبيعُ جائزٌ ، ولا يرجعُ عليه بشيء . يعنى لا يرجعُ البائعُ على المشترى ببدَل الثمن . لأنها دراهمُه ، فعيبُها عليه ، وإنما له على المشترى بدلُ ما أقرضه إيّاه بصفته زُيُوفاً . وهذا يحتملُ أنّه أراد فيما إذا باعه السلعة بها ، وهو يعلمُ عَيْبَها . فأما إن باعه فى ذمّته بدراهم ، ثم قبض هذه بدلاً عنها غيرَ عالمٍ بها . فينبغى أن يجب له دراهمُ خاليةٌ من العَيْب ، ويرد هذه عليه ، وللمشترى رَدّها على البائع ، وفاء عن القرض . ويبقى الثمنُ فى ذمّته . وإن حسبها على البائع وفاء عن القرض ، ووفّاه الثمن جَيِّداً جاز . قال : ولو أقرض رجلاً دراهم ، وقال : إذا مِتُّ فأنتَ فى حِلٍّ كانت وصيّة . وإن قال : إن متُّ فأنت فى حِلٍّ لم يصحّ . وذلك لأن هذا إبراء معلّق على شرط ، ولا يصح تعليقه على الشروط . والأوّل وصيّة . لأنّه علّق ذلك على موت نفسه : والوصيةُ جائزة . قال : ولو أقرضه تسعين ديناراً بمائةٍ عدداً ، والوزنُ واحدٌ ، وكانت لا تَنفَق فى مكانٍ إلاّ بالوزن جاز ، وإن كانت تَنفق برءوسها ، فلا . وذلك لأنها إذا كانت تَنفق فى مكان برءوسها كان ذلك زيادةً لأنّ التسعين من المائة تقومُ مقام التسعين التى أقرضه إيّاها ، ويستفضلُ عشرةً . ولا يجوزُ اشتراطُ الزيادة . وإذا كانت لا تَنفَقُ إلاّ بالوزن ، فلا زيادة فيها ، وإن كثُر عدَدُها . قال : ولو قال

---

(١) الأكار : الحراث زارع الأرض بالأجر ، أو ببعض ما يخرج منها .

اقترض لى من فلانٍ مائةً ، ولك عشرةٌ . فلا بأس ، ولو قال : اكفُلْ عنّى ، ولك ألفٌ ، لم يجُز . وذلك لأن قوله : اقترض لى ولك عشرة جَعَالةٌ على فِعْلٍ مُباحٍ ، فجازت ، كما لو قال : ابن لى هذا الحائط ، ولك عشرة . وأما الـكَفَالَةُ فإنّ الـكفيلَ يلزمُه الدَّيْنَ . فإذا أدّاه وجب له على المـكفول عنه . فصار كالقرض . فإذا أخذ عِوَضاً صار القرضُ جارًّا للمنفعةِ ، فلم يجُز .

٣٢٢٧ (فصل) قد ذكرنا أن المستقرض يرد المِثْلَ فى المثليّات ، سواء رَخُصَ سعرُه أو غلا ، أو كان بحاله . ولو كان ما أقرضه موجوداً بعينه ، فردّه من غير عيب يحدُث فيه ، لزم قبولُه ، سواء تغيّر سعرُه ، أو لم يتغيَّر ، وإن حدث به عيب لم يلزمهُ قبولهُ ، وإن كان القرض فلوساً ، أو مكسّرةً ، فحرّمها السلطان ، وتُركت المعاملة بها . كان للمقرض قيمتُها . ولم يلزمه قبولُها ، سواء كانت قائمةً فى يده ، أو استهلـكها . لأنها تعيَّبت فى مِلـكه . نصّ عليه أحمد فى الدراهم المـكسّرة . وقال : يُقوّمها كم تساوى يومَ أخَذَها ؟ ثم يُعطيه ، وسواء نقصت قيمتُها قليلاً ، أو كثيراً . قال القاضى : هذا إذا اتفق الناسُ على تركها . فأمّا إن تعامَلُوا بها مع تحريم السلطان لها لزمهُ أخذُها ، وقال مالك ، والليث بنُ سعد ، والشافعىّ : ليس له إلا مثلُ ما أقرضه . لأنّ ذلك ليس بعيب حدَث فيها . فجرى مجرى نقص سِعْرِها .

ولنا : أن تحريم السلطان لها مَنَع إنفاقها ، وأبطل ماليَّتها . فأشبه كَسْرها ، أو تلف أجزائها . وأما رخصُ السعر فلا يمنعُ رَدّها ، سواء كان كثيراً ، مثل أن كانت عشرة بدَانِق[1] فصارت عشرين بدانق ، أو قليلاً . لأنّه لم يحدُث فيها شىء ، إنّما تغيّر السعرُ فأشبه الحنطة إذا رَخُصَتْ ، أو غَلَتْ .

٣٢٢٨ (فصل) وإذا أقرضه ما لحمله مُؤْنةٌ ، ثم طالبه بمثله ببلدٍ آخرَ لم يلزمْهُ ، لأنّه لا يلزمه حملُه له إلى ذلك البلد ، فإن طالبه بالقيمة لزمَهُ ، لأنّه لا مَؤُنةَ لحملها فإن تبرّع المستقرضُ بدفع المثل ، وأبى المقرضُ قبولَه ، فله ذلك ، لأنّ عليه ضرراً فى قبضه ، لأنّه ربّما احتاج إلى حمله إلى المـكان الذى أقرضه فيه ، ولهُ المطالبة بقيمة ذلك فى البلد الذى أقرضه فيه ، لأنه المـكان الذى يجبُ التسليمُ فيه ، وإن كان القرض أثماناً ، أو ما لا مُؤْنَةَ فى حمـله ، وطالبه بها وهما ببلدٍ آخرَ ، لزمهُ دفعهُ إليه ، لأنّ تسليمه إليه فى هذا البلد وغيره واحدٌ .

٣٢٢٩ (فصل) وإن أقرض ذمىٌّ ذمّيّـاً خمراً ، ثم أسلما ، أو أحدُهما . بطل القرضُ . ولم يجب على المقترض شىء ، سواء كان هو المسلم ، أو الآخر . لأنّه إذا أسلم لم يجُز أن يجب عليه خمرٌ . لعدم ماليّتها . ولا يجبُ بدلها لأنها لا قيمةَ لهـا . ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها . وإن كان المسلم الآخر لم يجب له شىء لذلك .

---

(١) الدانق : بكسر النون أكثر من فتحها سدس الدرهم .

كتاب الرهن

الرهنُ في اللغة : الثبُوتُ والدّوام . يقال : ماءٌ راهنٌ ، أي راكد ، ونعمة راهنةٌ ، أي ثابتة ، دائمة ، وقيل : هو من الحبس . قال الله تعالى (٥٢ : ٢٢ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ) وقال(٧٤ : ٣٨ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ) وقال الشاعر :

وَفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لاَ فَكَاكَ لَهُ يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَضْحَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

شبه لزومَ قلبه لها ، واحتباسَه عندها ، لشدّة وجده بها : بالرهن الذي يلزمه المرتهن ، فيُبقيه عنده . ولا يُفارقه . وغَلَقُ الرَّهْنِ : اسْتِحْقاقُ المُرْتَهِنِ إيّاه ، لعجز الراهن عن فَكَاكه[1] والرهنُ في الشرع : المالُ الذي يُجْعَلُ وثيقةً بالدين ، ليُستوفى من ثمنه إن تعذّر استيفاؤه ممّن هو عليه. وهو جائز بالكتاب ، والسنّة ، والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٨٣ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ) وتقرأ (فَرِهَانٌ) والرِّهانُ جمع رَهْنٍ . والرهُنُ جمع الجمع . قاله الفرّاء ، وقال الزجّاج : يحتملُ أن يكون جمع رَهْن . مثل سَقْفٍ وسُقُفٍ .

وأما السنّة : فروت عائشةُ رضي الله عنها « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَاماً وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ » متفق عليه ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلّى الله عليه وسلم « الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُوناً ، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُوناً ، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ : النَّفَقَةُ » رواه البخاريّ ، وعن أبي هريرة رضي اللهُ عنه أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ[2] » وأما الإجماع : فأجمع المسلمونَ على جواز الرهن ، في الجملة .

٣٣٣٠ (فصل) ويجوز الرهنُ في الحَضَر ، كما يجوز في السفَر . قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف في ذلك ، إلا مُجاهداً . قال : ليس الرهنُ إلاّ في السفر . لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ)

---

(١) كان هذا في الجاهلية ، إذا عجز الراهن عن دفع ماعليه للمرتهن أصبح الرهن ملكا له ، وقد أبطل الإسلام هذا العمل ، وجعل الرهن لا يغلق ، أي لا يستحق للمرتهن بسبب عجز الراهن عن دفع ما عليه ، وسيأتي الحديث الذي يدل على ذلك بعد سطور وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لا يغلق الرهن) .

(٢) هذا هو الحديث الذي نبهنا إليه منذ قليل وهو الحديث الذي أبطل فعل الجاهلية من استيلاء المرتهن على الرهن إذا عجز الراهن عن السداد .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَاماً وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ » وكانا بالمدينة . ولأنّها وثيقةٌ تجوزُ فى السفر . فجازت فى الحضر ، كالضمان ، فأما ذكر السفر فإنه خرَج مخرَج الغالب ، لكون الكاتب يُعدَم فى السفر غالباً . ولهذا . لم يُشترط عدم الكاتب ، وهو مذكور معه أيضاً .

٣٣٣١ (فصل) والرهن غيرُ واجب . لا نعلم فيه مخالفاً . لأنّه وثيقةٌ بالدين . فلم يجب ، كالضمان ، والكتابة ، وقول الله تعالى (فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ) إرشاد لنا ، لا إيجاب علينا . بدليل قول الله تعالى (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ) ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة . والكتابةُ غيرُ واجبة . فكذلك بدلُها .

٣٣٣٢ (فصل) ولا يخلو الرهنُ من ثلاثة أحوال :

أحدها: أن يقع بعد الحقّ . فيصحّ بالإجماع ، لأنه دينٌ ثابتٌ تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به ، فجاز أخذها به ، كالضمان . ولأن الله تعالى قال (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ) فجعله بدلاً عن الكتابة . فيكونُ فى محلّها ، ومحلّها بعد وجوب الحقّ ، وفى الآية ما يدلّ على ذلك وهو قوله (إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) فجعله جزاءً للمُداينة ، مذكوراً بعدها ، بفاء التعقيب .

الحال الثانى : أن يقع الرهنُ مع العقد الموجِب للدين ، فيقول : بعتُك ثوبى هذا بعشرةٍ إلى شهرٍ . تَرْهَنُنِي بها عَبْدَكَ سَعْداً . فيقول : قبلتُ ذلك . فيصحّ أيضاً ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، لأن الحاجة داعيةٌ إلى ثبوته . فإنّه لو لم يعقده مع ثبوت الحقّ ، وَيشترطْ فيه لم يتمكّن من إلزام المشترى عقده ، وكانت الخيَرةُ إلى المشترى ، والظاهرُ . أنه لا يبذلُه ، فتفوتُ الوثيقةُ بالحقّ .

الحال الثالث : أن يرهنه قبل الحقّ ، فيقول : رَهَنْتُكَ عَبْدِي هَذَا بِعَشَرَةٍ تُقْرِضُنِيهَا . فلا يصحّ فى ظاهر المذهب . وهو اختيارُ أبى بكر ، والقاضى . وذكر القاضى : أن أحمد نصّ عليه فى رواية ابن منصور . وهو مذهبُ الشافعىّ . واختار أبو الخطّاب : أنه يصحّ . فمتى قال : رهنتُك ثوبى هذا بعشرةٍ تُقرِضُنِيها غداً ، وسلّمه إليه ، ثم أقرضه الدراهم لزم الرهنُ . وهو مذهبُ مالك ، وأبى حنيفة . لأنّه وثيقةٌ بحقّ . فجاز عقدُها قبلَ وجوبه ، كالضمان ، أو فجاز انعقادُها على شىء يَحْدُث فى المستقبل ، كضمان الدَّرك .

ولنا : أنه وثيقةٌ بحقّ لا يلزمُ قبلَه . فلم تصحّ قبلَه ، كالشهادة . ولأنّ الرهن تابع للحقّ ، فلا يسبقُه ، كالشهادة . والثمنُ لا يتقدّم البيعَ ، وأما الضمانُ ، فيحتملُ أن يمنع صحتّه ، وإن سلّمنا فالفرقُ بينهما أن الضمانَ التزامُ مالٍ تبرُّعاً بالقول ، فجاز من غير حقّ ثابت ، كالنذر ، بخلاف الرهن .

٣٢٣٣ « مسألة » قال ﴿ ولا يصح الرهنُ إلا أن يكون مقبوضاً من جائز الأمر ﴾

يعنى لا يلزم الرهن إلا بالقبض . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وقال بعض أصحابنا : ما كان مَكيلاً ، أو موزوناً لا يلزم رهنُه إلا بالقبض ، وفيما عداهما روايتان .

إحداهما : لا يلزمُ إلا بالقبض ، والأخرى : يلزم بمجرّد العقد ، كالبيع ، وقد نص أحمدُ على هذا فى رواية الميمونى ، وحمل القاضى كلامَ الخِرَقى على المَكيل ، والموزون خاصّةً . وليس بصحيح . فإن كلام الخِرَقى مع عمُومه قد أتبعه بما يدل على إرادة التعميم ، وهو قوله : فإن كان مما يُنقَل ، فقبضُه أخذُه إيّاه من راهنه مَنقولاً ، وإن كان مما لا يُنقل ، كالدُّور ، والأرَضِينَ ، فقبضُه بتخلية راهنه بينه ، وبينه . وقال أحمد : فى الدار والجارية إذا ردّها إلى الراهن لم يكن رَهْناً فى الحال . وهذا كقول الخِرَقى ، وقال مالك : يلزم الرهنُ بمجرّد العقد قبل القبض . لأنه عقدٌ يلزم بالقبض ، فلزم قبله كالبيع .

ولنا : قول الله تعالى (فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ) وصفها بكونها مقبوضةً . ولأنه عقدُ إرفاقٍ يفتقر إلى القبول ، فافتقر إلى القبض كالقَرْض . ولأنه رهن لم يُقبض ، فلا يلزمُ إقباضُه ، كما لو مات الراهنَ . ولا يُشبه البيعَ . فإنّه معاوضةٌ ، وليس بإرفاق. وقول الخِرَقى « مِنْ جَائِزِ الأمْرِ » يعنى أن الراهن الذى يرهنُ ، ويقبِضُ يكون جائز التصرّف فى ماله . وهو الحرّ المكلّف الرشيدُ ، ولا يكون محجوراً عليه لصغرٍ ، أو جنونٍ ، أو سَفَهٍ ، أو فَلَسٍ ، ويُعتبر ذلك فى حال رَهْنه ، وإقباضه . لأن العقد ، والتسليمَ ليس بواجبٍ . وإنما هو إلى اختيار الراهن ، فإذا لم يكن له اختيارٌ صحيحٌ لم يصح ، ولأنه نوع تصرّف فى المال ، فلم يصحّ من المحجور عليه من غير إذنٍ ، كالبيع . فإن جُنّ أحدُ المتراهِنَيْن قبل القبض، أو مات، لم يبطلُ الرهنُ . لأنّه عقدٌ يؤول إلى اللزوم ، فلم يبطُل بجنون أحدِ المتعاقدين ، أو موته ، كالبيع الذى فيه الخيارُ . ويقومُ ولىُّ المجنون مَقامَه . فإن كان المجنونُ الراهنَ ، وكان الحظُّ فى التقبيض ، مثل أن يكون شرطا فى بيع يَستَضِرُّ بفسخه ، ونحوه ، أقبَضهُ . وإن كان الحظُّ فى تركه لم يجُز له تقبيضُه . وإن كان المجنونُ المرتهنَ قبضه وليُّه إن اختار الراهنُ ، وإن امتنع لم يُجبَرْ . وإذا مات قام وارثه مَقامه فى القبض . فإن مات الراهنُ لم يلزم وَرثَته تقبيضُه ، لأنّهم يقومون مَقام الراهن ، ولم يلزمه ذلك . فإن لم يكن على الميّت دينٌ سوى هذا الدين ، فأحبّ الورثةُ تقبيضَ الرهن جاز ، وإن كان عليه دينٌ سواه ، فظاهر المذهب : أنه ليس للوارث تخصيصُ المرتهن بالرّهْن ، نصّ عليه أحمد . فى رواية علىّ بن سعيد ، وهو مذهب الشافعىّ ، وذكر القاضى فيه روايةً أخرى : أنّ لهم ذلك ، أخذاً مما نقل ابنُ منصور ، وأبو طالب ، عن أحمد : أنّه قال : إذا مات الراهنُ أو أفلس ، فالمرتهنُ أحقُّ به من الغُرَماء ، ولم يَعتبرْ وجودَ القبض بعد الموت ، أو قبله . وهذا لا يعارض ما نقله علىّ بن سعيد ، لأنّه خاصّ وهذا عامٌ ، والاستدلالُ به على هذه الصورة

يَضْعُف جدًّا لُندْرتها . فكيف يُعارَض به الخاصّ ؟ لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنيًّا على الرواية التى لا يُعتبر فيها القبض فى غير المكيل ، والموزون ، فيكون الرهنُ قد لزم قبل القبض ، ووجب تقبيضُه على الراهن . فكذلك على وارثه . ويختصّ هذا بما عدا المَكيل ، والموزون ، وأما مالم يلزم الرهنُ فيه، فليس للورثةِ تقبيضُه . لأنّ الغرماء تعلّقت ديونُهم بالتركة قبل لزوم حقّه فى الرهن . فلم يَجُز تخصيصُه به ، بغير رضاهم ، كما لو أفلس الراهنُ ، إلا إذا قلنا : إنّ للورثة التصرّفَ فى التركة ، ووفاء الدين من أموالهم .

فإن قيل : فما الفائدةُ فى القول بصحّة الرهن ، إذ لم يختصّ به المرتهنُ ؟

قلنا : فائدته : أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه ، فيتمّ الرهنُ . ولا فرق فى جميع ما ذكرناه بين ما قبل الإذن فى القبض ، وما بعده . لكون الإذن يَبْطُل بالجنون ، والموت ، والإغماء ، والحجْرِ .

٣٢٣٤ (فصل) ولو حُجِرَ على الراهن لفَلَسٍ قبل التسليم ، لم يكن له تسليمُه . لأنّ فيه تخصيصاً للمرتهِن بثمنه . وليس له تخصيصُ بعض غُرمائه . وإن حُجِرَ عليه لِسفَهٍ ، فحكمُه حكمُ ما لو زال عقلُه بجنون ، على ما أسلفناه . وإن أُغْمِى عليه لم يكن للمرتهن قبضُ الرهن . وليس لأحدٍ تقبيضُه . لأنّ المُغْمَى عليه لا ولايةَ عليه . وإن أُغْمِىَ على المرتهن لم يكن لأحدٍ أن يقوم مقامه فى قبض الرهن أيضاً . وانْتُظِرَ إفاقَتُه ، وإن خَرِسَ ، وكانت له كتابة مفهومة ، أو إشارة معلومة ، فحكمُه حكمُ المتكلّمين ، إن أذن فى القبض جاز ، وإلاّ فلا . وإن لم تُفهم إشارتُه ، ولا كتابتُه ، لم يجُز القبضُ ، وإن كان أحدُ هؤلاء قد أذن فى القبض ، فحكمُهُ حكمُ مَنْ لم يأذن . لأنّ إذنَهم يَبْطُل بما عَرضَ لهم . وجميعُ هذا تناوله قولُ الخِرَقىّ « مِنْ جَائِزِ الأمْرِ » وليس أحد من هؤلاء جائز الأمر .

٣٢٣٥ (فصل) إذا تصرّف الراهنُ فى الرهن قبل القبض بهِبَةٍ ، أو بيعٍ ، أو عِتْقٍ أو جعله صداقا ، أو رهنه ثانياً بطل الرهنُ الأوّل ، سواء قبض الهِبَة ، والمبيعَ ، والرهنَ الثانىَ ، أو لم يقبِضْهُ . لأنّه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه ، أو فعل ما يدلّ على قصده ذلك . وإن دَبَّرَ العبدَ ، أو أجَّره ، أو زَوَّجَ الأمةَ ، لم يَبْطُل الرهن . لأنّ هذا التصرّف لايمنعُ البيع ، فلا يمنعُ صحّة الرهن. ولأنه لايمنعُ ابتداء الرهن ، فلا يقطع استدامتَه ، كاستخدامه . وإن كاتبَ العبدَ انبنى على صحّة رهن المُكاتَب . فإن قلنا : يجوزُ رهنُه . لم يبطُل رَهْنُه . وإن قلنا : لا يجوزُ رَهْنُه . بطل رَهْنُه كما لو أعتقه .

٣٢٣٦ (فصل) واستدامة القبض شرطٌ للزوم الرهن . فإذا أخرجه المرتهنُ عن يده باختياره

زال لزومُ الرهن ، وبقى العقدُ كأنّه لم يوجد فيه قبض ، سواء أخرجه بإجارة ، أو إعارة ، أو إيداع ، أو غير ذلك . فإذا عاد فردّه إليه عادَ اللزوم بحُكْم العقدِ السابق . قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ، ثم أكراها صاحبُها خرجت من الرّهنِ . فإذا رجعت إليه صارتْ رَهْناً . وقال فيمن رَهن جاريةً ، ثم سأل المرتهنَ أن يَبْعثَها إليه لتَخْبِزَ لهم ، فبعث بها ، فَوَطِئها انتقلت من الرّهْنِ . فإن لم يكن وَطِئها فلا شىء ، قال أبو بكر : لا يكونُ رَهْناً فى تلك الحال . فإذا ردّها رجعت إلى الرّهن . وممّن أوجب استدامة القبض : مالك ، وأبو حنيفة . وهذا على القول الصحيح . فأما على قول مَنْ قال : ابتداء القبض ليس بشرط . فأولى أن يقول : الاستدامةُ غيرُ مُشترَطةٍ . لأنّ كلَّ شرط يُعتبر فى الاستدامة يُعتبَرُ فى الابتداء ، وقد يُعتبر فى الابتداء ما لا يُعتبر فى الاستدامة . قال أبو الخطّاب : إذا قلنا : القبضُ شرط فى الابتداء كان شَرْطاً فى الاستدامة ، وقال الشافعىّ : استدامةُ القبض ليست شرطاً . لأنّه عقدٌ يُعتبر القبضُ فى ابتدائه . فلم يُشترط استدامتُه ، كالهبة .

ولنا : قول الله تعالى (فَرُهُنٌ مَقْبُوضَةٌ) لأنها إحدى حالتى الرهن . فكان القبض فيها شرطاً ، كالابتداء ، ويُفارق الهِبَةَ . لأنّ القبض فى ابتدائها يُثْبِتُ الملك ، فإذا ثبت استغنَى عن القبض ثانياً ، والرهنُ يُرَادُ للوثيقة ليتَمكَّنَ من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه . فإذا لم يكن فى يده لم يتمكّن من بيعه ، ولم تحصُل وثيقةٌ . وإن أزيلت يد المرتهن لغير حقّ ، كغصب ، أو سرقةٍ ، أو إباقِ العَبْد ، أو ضياع المتاع ، ونحو ذلك ، لم يَزُلْ لزومُ الرهن . لأنّ يده ثابتةٌ حُكما ، فكأنها لم تَزُلْ .

٣٢٣٧ (فصل) وليس للمرتهن قبضُ الرهن إلاّ بإذن الراهن . لأنّه لا يلزمُه تقبيضُه ، فاعتُبر إذنُه فى قبضه ، كالراهن ، فإن تعدّى المرتهنُ ، فقبضه بغير إذنٍ لم يثبُت حكمُه ، وكان بمنزلةِ من لم يَقبِضْ . وإن أذن الراهنُ فى القبض ، ثم رجع عن الإذن قبله ، زال حكم الإذن . وإن رجع عن الإذن بعد قبضه ، لم يؤثّر رجوعُه . لأنّ الرهن قد لزم لاتصالِ القبض به . وكلّ موضع زال لزومُ الرهن لزوال القبض اعتُبر الإذنُ فى القبض الثانى . لأنّه قبضٌ يلزم به الرهنُ . أشبَه الأول . ويقومُ ما يدلّ على الإذن مَقامَه ، مثلُ إرساله العبدَ إلى مُرْتَهِنِه ، وردِّه لما أخذه من المرتهن إلى يده ، ونحو ذلك . لأنّ ذلك دليلٌ على الإذن . فاكتُفِى به ، كدعاء الناس إلى الطعام ، وتقديمه بين أيديهم ، يجرى مَجْرَى الإذن فى أكله .

٣٢٣٨ « مسألة » قال ﴿ والقبض فيه من وجهين . فإن كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه إيّاه من راهنه منقولا ، وإن كان مما لا ينقل ، كالدور والأرضين ، فقبضه تخليةُ راهنه بينه وبين مرتهنه ، لا حائلَ دونه ﴾ .

وجملة ذلك : أن القبض فى الرهن كالقبض فى البيع والهِبَة ، فإن كان منقولاً فقبضُه نقلُه ، أو تناولُه .

وإن كان أثماناً ، أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضُه باليد ، فقبضُه تناوُله بها ، وإن كان مَكيلاً رهنه بالكيل ، أو موزوناً رهنه بالوزن ، فقبْضُه اكتياله ، أو اتزانه . لقول النبيِّ صلىّ الله عليه وسلم « إذَا سَمَّيْتَ الْكَيْلَ فَكِلْ » وإن ارتهن الصُّبْرةَ جزَافاً ، أو كان ثياباً أو حيواناً فقبضُه نقله . لقول ابن عمر : « كُنَّا نَشْتَرِى الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافاً فَنَهَانَا النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وسَلَّم أن نَبِيعَه حتّى نَنْقُلَهُ مِنْ مكانِهِ» متفق عليه . وإن كان الرهنُ غيرَ منقول ، كالعقار ، والثمرة على الشجرة ، فقبضُه التخليةَ بين مُرْتَهِنِه وَبَينه ، من غير حائلٍ ، بأن يَفتَح له باب الدار . أو يُسَلّم إليه مِفْتاحها . وإن خلّى بينه وبينها ، وفيها قُماشٌ للراهن ، صحّ التسليمُ . لأنّ اتّصالها بملك الراهن لا يمنعُ صحّة التسليمِ ، كالثمرة فى الشَّجَرةِ . وكذلك لو رهنه دابّةً عليها حِملٌ للراهن ، فسلّمها إليه ، صحَّ التسليمُ . ولو رهن الحِمْل وهو على الدابّة ، وسلّمها إليه بحملها ، صحَّ القبضُ . لأنّ القبضَ حَصَلَ فيهما جميعاً . فيكونُ موجوداً فى الرهن منهما .

٣٢٣٩ (فصل) وإن رهنه سَهْماً مُشاعاً ممّا لا يُنقلُ ، خلّى بينه ، وبينه ، سواءٌ حضر الشريكُ ، أو لم يحضُر . وإن كان منقولاً ، كالجوهرة يُرْهَنُ نصفُها ، فقبضُها تناوُلها ، ولا يمكن تناوُلها إلاّ برضا الشريك . فإن رضى الشريكُ تناوَلها . وإن امتنع الشريكُ فرضى المرتهنُ ، والراهنُ بكونها فى يد الشريك جاز . وناب عنه فى القبض . وإن تنازع الشريكُ والمرتهنُ نصبَ الحاكم عَدْلاً تكونُ فى يده لهما . وإن ناولها الراهنُ للمرتهن بغير رِضاَ الشريك فتناولها . فإن قلنا : استدامةُ القبض شرط . لم يكفه ذلك التناوُل ، وإن قلنا : ليس بشرط فقد حصل القبضُ . لأنّ الرهنَ حصل فى يده مع التعدّى فى غيره . فأشبه ما لو رهنه ثوباً ، فسلّمه إليه مع ثوبٍ لغيره ، فتناوَلها معاً . ولو رهنه ثوباً ، فاشتبه عليه بغيره ، فسلّم إليه أحدَهما لم يثبُت القبضُ . لأنَّه لا يعلمُ أنّه أقبضه الرهنَ . فإن تبيَّن أنه الرهنُ تبيّن صحّة التسليم ، وإن سلّم إليه الثوبين معاً حصل القبضُ ، لأنه قد تسلّم الرهنَ يقيناً .

٣٢٤٠ (فصل) ولو رهنه داراً ، فخلّى بينه ، وبينها ، وهما فيها ، ثم خرج الراهنُ صحّ القبضُ . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يصحّ حتّى يُخَلِّىَ بينَهُ وبينَهَا بعد خروجه منها . لأنّه ما كان فى الدار فيَدُه عليها ، فما حصلت التَّخْلِيَةُ .

ولنا : أن التخلية تصحّ بقوله مع التمكين منها وعدم المانع . فأشبه ما لو كانا خارجين عنها . ولا يصحّ ما ذكره ، ألا ترى أنّ خروج المرتهن منها لا يُزِيلُ يدَه عنها ، ودخوله إلى دار غيره لا يُثْبِتُ يدَه عليها ؟ ولأنه بخروجه عنها مُحَقِّق لقوله . فلا معنى لإعادة التخلية .

٣٢٤١ (فصل) وإن رهنه مالاً له فى يد المرتهن عاريةً ، أو وَدِيعَةً ، أو غَصْباً ، أو نحوَه ، صح

الرهنُ . لأنّه مالكٌ له ، يمكن قبضُه . فصحّ رهنُه ، كما لو كان في يده . وظاهر كلام أحمد : لزومُ الرهن بنفس العقد من غير احتياج إلى أمرٍ زائد . فإنّه قال : إذا حصلت الوديعةُ في يده بعد الرهن فهو رهنٌ . فلم يُعتبر أمراً زائداً ، وذلك لأن اليد ثابتةٌ ، والقبضَ حاصلٌ : وإنما يتغيرُ الحكم لا غيرُ . ويمكن تغيّر الحكم مع استدامة القبض ، كما لو طولب بالوديعة فجحدَها ، لتغيّر الحكم ، وصارت مضمونةً عليه من غير أمرٍ زائد ، ولو عاد الجاحدُ فأقرّ بها ، وقال لصاحبها : خُذْ وَديعتَكَ ، فقال : دَعْها عندك وديعةً كما كانت ، ولا ضمان عليك فيها ، لتغيّر الحكم من غير حُدوث أمرٍ زائد . وقال القاضي ، وأصحابُ الشافعيّ : لا يصيرُ رهناً حتّى تمضي مُدّة يتأتى قبضُه فيها ، فإن كان منقولاً فبمضيّ مُدةٍ يمكن نقله فيها . وإن كان مكيلاً فبمضيّ مدّة يمكن ا كتيالُه فيها ، وإن كان غيرَ منقول فبمضي مُدّة التخلية ، وإن كان غائباً عن المرتهن لم يصرْ مقبوضاً حتّى يُوافيه هو ، أو وكيلُه ، ثم تمضي مدّة يمكنُ قبضُه فيها . لأن العقد يفتقر إلى القبض . والقبضُ إنما يحصلُ بفعله ، أو بإمكانه . ويكفي ذلك ، ولا يحتاجُ إلى وجود حقيقة القبض . لأنه مقبوضٌ حقيقةً . فإن تلف قبل مضيّ مدّة يتأتّى قبضُه فيها ، فهو كتلف الرهن قبل قبضه . ثمّ هل يفتقر إلى الإذن من الراهن في القبض ؟ يحتملُ وجهين :

أحدهما : يفتقر . لأنّه قبضٌ يلزم به عقدٌ غيرُ لازم . فلم يحصُلْ بغير إذن ، كما لو كان في يد الراهن . وإقراره في يده لا يكفي . كما لو أقرّ المغصوبُ في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه .

والثاني : لا يفتقر إلى إذن في القبض . لأنّ إقراره له في يده بمنزلةِ إذنِهِ في القبض . فإن أذن له في القبض ، ثم رجع عنه قبل مضيّ مدّة يتأتى القبضُ فيها ، لم يلزم الرهنُ ، حتّى يعودَ فيأذنَ ، ثم تمضي مُدّةٌ يَقْبِضُهُ في مثلها .

٣٢٤٢ (فصل) فإذا رهنه المضمون ، كالمغصوب ، والعارية ، والمقبوض في بيع فاسدٍ ، أو على وجه السَّوْمِ ، صحّ ، وزالَ الضمانُ . وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، وقال الشافعيّ : لا يزول الضمانُ . ويثبُت فيه حُكم الرهن . والحكم الذى كان ثابتاً فيه يبقى بحاله . لأنه لا تنافيَ بينهما . بدليل أنه لو تعدّى في الرهن صار مضموناً ضمانَ الغَصْب . وهو رهنٌ كما كان . فكذلك ابتداؤه . لأنّه أحدُ حالتي الرهن.

ولنا : أنه مأذون له في إمساكه رهناً لم يتجدّد منه فيه عُدوانٌ . فلم يضمنْهُ ، كما لو قبضه منه ، ثم أقبضه إيّاه ، أو أبرأه من ضمانه . وقولهم : لا تنافى بينهما ممنوع . فإن الغاصب يدهُ عاديةٌ يجبُ عليه إزالتُها ، ويد المرتهن مُحِقّة جعلَها الشرعُ له ، ويدُ المرتهن يدُ أمانةٍ . ويدُ الغاصب ، والمستعير ، ونحوهما يدٌ ضامنةٌ . وهذان مُتنافيان . ولأن السبب المقتضي للضمان زال ، فزال الضمانُ لزواله ، كما لو ردّه إلى مالكه ، وذلك لأن سبب الضمان الغصبُ ، والعاريةُ ، ونحوُهما . وهذا لم يبق غاصباً ، ولا مستعيراً ،

ولا يبقى الحكم مع زوال سببه ، وحدوث سبب يُخالف حكمه حكمه . وأما إذا تعدّى فى الرهن ، فإنّه يلزمه الضمانُ لعُدوانه ، لا لكونه غاصباً ، ولا مُستعيراً . وههنا قد زال سببُ الضمان ، ولم يحدُث ما يوجبُه ، فلم يثبُت .

٣٢٤٣ (فصل) ويجوز أن يُوكِّل فى قبض الرهن ، ويقومُ قبضُ وكيله مَقام قبضه فى لزوم الرهن وسائر أحكامه . وإن وكّل المرتهنُ الراهنَ فى قبض الرهن له من نفسه ، لم يصحّ . ولم يكن ذلك قبضاً . لأنّ الرهنَ وثيقةٌ ليستوفى الحقّ منه ، عند تعذّر استيفائه من الراهن . فإذا كان فى يد الراهن لم يحصُل معنَى الوثيقة . وقد ذكرنا فى البيع أن المشترىَ لو دفع إلى البائع غِرَارةً ، وقال : كِلْ حَقِّى فى هذه ففعل . كان ذلك قَبْضاً ، فيخرج ههنا كذلك .

٣٢٤٤ (فصل) وإذا أقرّ الراهنُ بتقبيض الرهن ، أو أقرّ المرتهنُ بقبضه ، كان ذلك مقبولاً فيما يُمكن صدقُهما فيه . وإن أقرّ الراهنُ بالتقبيض ، ثم أنكره ، وقال : أقررتُ بذلك ولم أكن قبضتُ شيئاً ، أو أقرّ المرتهنُ بالقبض ، ثم أنكر ، فالقولُ قولُ المُقَرّ له . فإن طلب المنكر يمينه ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه يمين . لأنّ الإقرار أقوى من البيّنة ، ولو قامت البيّنة بذلك وطلب المشهودُ عليه يمينَ خصمه لم يُقبل منه ، فكذلك الإقرارُ .

والثانى : يلزمه اليمين . وهو قول الشافعىّ فى منصوصهِ . لأنّ العادةَ جاريةٌ بأن الإنسان يشهدُ على نفسه بالقبض قبلَه ، فتُسمَعُ دعواه . ويلزَم خصمَه اليمينُ . لما ذكرنا من حُكم العادة . وهذا أجودُ . ويُفارق البيّنة . فإنّها لا تشهدُ بالحقّ قبله ، ولو فعلت ذلك لم تكن بيِّنةً عادلةً ، وقال القاضى : إن كان المقرّ غائباً ، فقال : أقْرَرْتُ لأنّ وكِيلى كتبَ إلىّ بذلك ، ثم بان لى خلافُه . سمعنا قوله ، وأحلفنا خَصْمَهُ . وإن أقرّ أنّه باشر ذلك بنفسه ، ثم عاد فأكذب نفسه . لم يحلف خَصْمُه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعىّ ، فأما إن اختلفا فى القبض، فقال المرتهنُ : قبضتُه وأنكر الراهنُ ، فالقولُ قولُ من هُوَ فى يده . لأنّه إن كان فى يد الراهن فالأصلُ معه ، وهو عدمُ الإقباض ، ولم يوجد ما يدلّ على خلافه . وإن كان فى يد المرتهن فقد وُجد القبضُ ، لكونه لا يحصُل فى يده إلاّ بعد قبضه . وإن اختلفا فى الإذن ، فقال الراهن : أخذتَه بغير إذنى . قال : بلْ بإذنكِ ، وهو فى يد المرتهن . فالقول قولُه . لأنّ الظاهر مَعَهُ . فإن العقد قد وُجدَ ، ويدُه تدلّ على أنه بحقّ . ويحتمل أن يكون القولُ قولَ الراهن . لأنّ الأصل عدمُ الإذن ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . وذكر القاضى هذين الوجهين .

٣٢٤٥ (فصل) وإذا رهنه عينين ، فتلفت إحداهما قبلَ قبضها ، انفسخ العقدُ فيها ، دون الباقية ،

لأنّ العقدَ كان صحيحاً فيهما ، وإنّما طرأ انفساخ العقد فى إحداهما ، فلم يؤثّر ، كما لو اشترى شيئين . ثم ردّ أحدهما بعيب ، أو خيارٍ ، أو إقالةٍ ، والراهنُ مخيّر بين إقباض الباقية ، وبين منعها ، وإن كان التلفُ بعد قبض الأخرى فقد لزم الرهنُ فيها ، فإن كان الرهنُ مشروطاً فى بيعٍ ثبت للبائع الخيارُ ، لتعذّر الرهن بكماله ، فإن رضى لم يكن له المطالَبةُ ببَدلِ التالفة ، لأنّ الرهن لم يلزم فيها . وتكونُ المقبوضةُ رهناً بجميع الثمن ، ولو تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيارَ للبائع . لأنّ الرّهن لو تلف كُلّه لم يكن له خيارٌ ، فإذا تلف بعضُه أولى ، ثمّ إن كان تلفُها بعد قبض العين الأخرى فقد لزم الرهنُ فيها ، وإن كان قبل قبض الأخرى ، فالراهنُ مخيّر بين إقباضها ، وبين تركه . فإن امتنع من تقبيضها ثبتَ للبائع الخيارُ ، كما لو لم تتْلَفْ الأخرى .

٣٢٤٦ (فصل) وإن رهنه داراً ، فانهدمت قبل قبضها ، لم ينفسخ عقدُ الرهن . لأن ماليّتها لم تذهبْ بالكلّية ، فإنّ عَرْصَتها ، وأنقاضها باقيةٌ . ويثبُت للمرتهن الخيارُ إن كان الرهنُ مشروطاً فى بيعٍ . لأنّها تعيّبتْ ، ونقصَت قيمتُها .

فإن قيل : فلم لا ينفسخ عقدُ الرهن ، كما تنفسخُ الإجارة ؟

قلنا : الإجارةُ عقدٌ على منفعةِ السكنىَ ، وقد تعذّرت ، وعُدِمَت . فبطلَ العقدُ لعدم المعقود عليه ، والرهنُ عقدُ استيثاقٍ يتعلّق بالأعيان التى فيها الماليّةُ ، وهى باقيةٌ ، فعلى هذا تكونُ العَرْصَةُ ، والأنقَاضُ من الأَخْشابِ ، والأحجار ونحوها من الرّهْنِ ، لأنّ العقدَ ورَدَ على جميع الأعيان ، والأنقاضُ منها . وما دخل فى العقد استقرّ بالقبض .

٣٢٤٧ (فصل) وكلّ عين جاز بيعُها جاز رهنُها . لأنّ مقصود الرهن الاستيثاقُ بالدين ، للتوصّل إلى استيفائه من ثمن الرهن ، إن تعذّر استيفاؤه من ذمّة الراهن . وهذا يتحقّق فى كلّ عين جاز بيعُها ، ولأنّ ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمةِ الرهن ، ومحلُّ الشيء محلٌّ لحكمته ، إلاّ أنْ يمنع مانعٌ من ثبوته ، أو يفوت شرطٌ . فينتفى الحكمُ لانتفائه . فيصحّ رهنُ المُشاعِ لذلك ، وبه قال ابن أبى ليلى ، ومالك ، والبتّى ، والأوزاعىّ ، وسوّار ، والعنبرىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور . وقال أصحابُ الرأى : لا يصحّ رَهْنُه ، إلا أن يَرْهَنَهُ من شريكه ، أو يرهنُها الشريكان من رَجُلٍ واحدٍ . أو يرهن رجلٌ دارَه من رجلين فيقبضانها معاً ، لأنّه عقدٌ تخلّف عنه مقصوده لمعنًى اتصلَ به . فلم يصحّ ، كالو تزوّج أخته من الرّضاع .

بيانه : أن مقصودَه الحَبْسُ الدائم ، والمُشاعُ لا يُمكنُ المرتهنَ حَبْسُه ، لأنّ شريكه ينتزعُه يومَ

نَوْبَتِهِ . ولأنّ استدامة القبض شرطٌ ، وهذا يستحقّ زوالَ اليدِ عنه لمعنًى قارنَ العقدَ ، فلم يصحّ رهنُه ، كالمغصوب .

ولنا : أنها عينٌ يجوزُ بيعُها فى محلّ الحقّ ، فيصحّ رهنُها ، كالمُفْرَزَةِ . ولا نُسلّم أنّ مقصودَه الحبسُ ، بل مقصودُه استيفاءُ الدَّين من ثمنه عند تعذّره من غيره ، والمُشَاعُ قابلٌ لذلك . ثم يَبْطُل ما ذكروه برهن القاتل ، والمرتدّ ، والمغصوب ، ورهن مِلْك غيره ، بغير إذنه ، من غير ولاية . فإنّه يصحّ عندهم .

٣٢٤٨ (فصل) ويصحُّ أنْ يرهنَ بعضَ نصيبه من المُشَاعِ ، كما يصحُّ أن يرهنَ جميعَه ، سواءٌ رهنهُ مشاعاً فى نصيبه ، مثلُ أن يرهن نصفَ نَصِيبه ، أو يرهنَ نصيبَه من مُعَيّن ، مثلُ أن يكون له نصفُ دارٍ ، فيرهنَ نصيبَه من بيتٍ منها بعَيْنِه . وقال القاضى : يحتملُ أن لا يصحّ رهنُ حِصَّته من مُعَيَّن ، من شىء يُمكنُ قِسْمَته ، لاحتمال أن يقتسم الشريكان . فيحصُل الرهنُ فى حِصَّةِ شريكه.

ولنا : أنه يصحُّ بيعُه . فصحّ رهنُه ، كغيره ، وما ذكره لا يصحُّ . لأنّ الراهن ممنوعٌ من التصرُّف فى الرهن بما يضرُّ بالمرتهن ، فيُمنع من القسمة المُضِرّة ، كما يُمنع من بيعه .

٣٢٤٩ (فصل) ويصحّ رهنُ المرتدّ ، والقاتل فى المحاربة ، والجانى ، سواء كانت جنايتُه عمداً ، أو خَطأً على النفس ، وما دونها . وقال القاضى : لا يصحّ رهنُ القاتل فى المحاربة ، واختار أبو بكر : أنه لا يصحّ رهنُ الجانى ، وهو مذهبُ الشافعىّ . ومبنَى الخلاف فى هذا : على الخلاف فى بيعه ، وقد سبق الكلامُ فيه فى موضعه . ثم إن كان المرتهن عالما بحاله ، فلا خيارَ له . لأنهدخل على بَصِيرةٍ ، فأشبه المشترىَ إذا علم العيبَ ، وإن لم يكن عالماً ، ثمّ علم بعد إسلام المرتدّ ، وفداء الجانى . فكذلك . لأن العيب زال . فهو كما لو زال عيبُ المَبيع ، وإن علم قبل ذلك فله ردُّه ، وفسخُ البيع ، إن كان مشروطاً فى عقد بيع . لأن الشرط اقتضاه سَليماً . فإذا سُلّم إليه مَعيباً ملك الفسخَ ، كالبيع ، وإن اختار إمساكه فليس له أرشٌ ولا شىء . لأنّ الرهن بجُملته لو تلف قبل قبضه لم يَملك بدلَه ، فبعضُه أولى . وكذلك لو لم يعلم حتّى قُتِل العبد بالردّة ، أو القِصاص ، أو أُخِذَ فى الجناية . فلا أَرْشَ للمُرتهن . وذكر القاضى : أنّ قياسَ المذهب : أن له الأرشَ فى هذه المواضع ، قياساً على البيع . وليس الأمر كذلك . فإن المبيعَ عوضٌ عن الثمن . فإذا فات بعضُه رجع بما يقابله من الثمن ، ولو فات كلّه ، مثلُ أن يَتلف المبيعُ قبلَ قبضه ، رجع بالثمن كلّه ، والرهنُ ليس بِعَوض . ولو تلف كلّه قبل القبض لما استحقّ الرجوع بشىء ، فكيف يستحقّ الرجوع ببدلِ عَيْبه ، أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيّد من فِداء الجانى لم يُجْبَر ، ويُباع فى الجناية . لأنّ حقّ المجنىّ عليه مُقدّم على الرهن . فأشبه مالو حدثت الجنايةُ بعد الرهن ، فعلى هذا : إن استغرق

الأرش قيمتَه ، بِيعَ ، وبَطَل الرهنُ ، وإن لم يستغرقها ، بِيعَ منْهُ بقدْرِ الأرش ، والباقى رهنٌ .

٣٢٥٠ (فصل) ويصحّ رهنُ المدبّر فى ظاهر المذهب ، بناءً على جواز بيعه . ومَنَعَ منهُ أبو حنيفة ، والشافعىّ . لأنه علّق عتقه بصفة . أشبه ما لو علّق عتقه بصفةٍ توجَدُ قبل حلُول الحقّ .

ولنا : أنه عقد يُقصد منه استيفاء الحقّ من العين ، أشبه الإجارةَ ، ولأنّه علّق عِتقه بصفةٍ لا تمنعُ استيفاء الحقّ ، أشبه مالو علّقه بصفةٍ توجَدُ بعد حلول الحقّ . وما ذكروه ينتقضُ بهذا الأصل ، ويفارق التدبيرُ التعليقَ بصفةٍ تَحُلّ قبل حُلول الدين ، لأنّ الرهن لايمنع عِتْقَه بالصفةِ ، فإذا عتق تعذّر استيفاء الدين منه ، فلا يحصلُ المقصود . والدينُ فى المدبّر يمنعُ عتقه بالتدبير . ويقدّم عليه . فلا يمنع حصولَ المقصود . والحكم فيما إذا عَلِم التدبيرَ ، أو لم يعلم ، كالحكم فى العبد الجانى ، على ما فصّل فيه . ومتى مات السيّد قبل الوفاء ، فَعَتق المدبَّر بطَل الرهنُ . وإن عتق بعضُه بقى الرهنُ فيما بقى . وإن لم يكن للسيّد مالٌ يفضُل عن وفاء الدين ، بِيع المدبّر فى الدين ، وبطلَ التدبيرُ . لأن الدين مُقدّم على التدبير . ولا يبطلُ الرهن، وإن كان الدين لا يستغرقه ، بِيعَ منه بقدر الدّين ، وعَتَقَ منه ثُلثُ الباقى . وما بقى للورثة .

٣٢٥١ (فصل) فأما المكاتبُ فالصحيح : أنه لا يصحّ رهنُه . وهو مذهب الشافعىّ ، لأن استدامة القبض فى الرهن شرطٌ فى الصحيح . ولا يمكنُ ذلك فى المكاتب . وقال القاضى : قياس المذهب : صحّة رهنه . وهو مذهبُ مالك . لأنه يجوزُ بيعه ، وإيفاء الدين من ثمنه . فعلى هذا يكونُ ما يؤدّيه من نجوم كتابته رَهْناً معه . فإن عجز ثبت الرهنُ فيه ، وفى اكتسابه ، وإن عتق كان ما أدّاه من نجومه رهناً ، بمنزلة ما لو كسب العبدُ القِنّ ، ثم مات .

٣٢٥٢ (فصل) وأمّا من علّق عتقه بصفةٍ تحُلّ قبل حلول الحقّ كمن علّق عتقه بهلال رمضان ، ومحلّ الحقّ آخره . لم يصحّ رهنُه ، لكونه لا يمكن بيعُه عند حلول الحقّ ، ولا استيفاء الدين من ثمنه . وإن كان الدينُ يحُلّ قبلها ، مثلَ أن يعلّق عتقه بآخِر رمضان ، والحقُّ يحُلّ فى أوّله صحّ رَهْنُه . لإمكان استيفاء الدين من ثمنه . فإن كانت تحتملُ الأمرين كقدوم زيد . فقياسُ المذهب : صحّة رهنه لأنّه فى الحال محلٌّ للرهن ، يمكن أن يبقى حتّى يُستوفَى الدينُ من ثمنه . فصحّ رهنُه ، كالمريض ، والمدبّر ، وهذا مذهبُ أبى حنيفة رضى الله عنه ، ويحتملُ أن لا يصحّ رهنُه ، لأنّ فيه غرراً ، إذ يحتمل أن يَعتق قبل حلول الحقّ ، ولأصحاب الشافعىّ فيه اختلافٌ على نحو ما ذكرنا .

٣٢٥٣ (فصل) ويجوزُ رهنُ الجارية دونَ ولَدِها ، ، ورهنُ ولَدِها دُونها . لأنّ الرهنَ لا يُزيل الملك . فلا يحصُل بذلك تفرقةٌ ، ولأنّهُ يمكن تسليمُ الولد مع أمّه ، والأمّ مع ولدها . فإن دعت الحاجةُ إلى بيعها فى الدين ، بِيعَ ولدُها معها . لأن الجمع فى العقد مُمكن ، والتفريق بينهما حرامٌ . فوجب بيعُه

معها . فإذا بيعا معاً تعلّق حقّ المرتهن من ذلك بقدر قيمةِ الجاريةِ من الثمن ، فإذا كانت قيمتها مائةً ، مع أنها ذاتُ ولد ، وقيمةُ الولد خمسون ، فحصّتها ثُلُثا الثمن ، وإن لم يَعلم المرتهنُ بالولد ، ثم عَلِم ، فله الخيارُ في الردّ ، والامساك ، لأن الولد عَيْبٌ فيها ، لكونه لا يُمكنُ بيعُها بدونه ، فإن أمسك ، فهو كما لو علم حالَ العقد ، ولا شيء له غيرُها ، وإن رَدَّها فله فسخُ البيع ، إن كانت مَشروطةً فيه .

٣٢٥٤ (فصل) ويصحّ رهنُ ما يُسرع إليه الفسادُ ، سواء كان مما يُمكن إصلاحُه بالتجفيف ، كالعنب ، والرُّطَب ، أو لا يمكن ، كالبِطّيخ ، والطَّبيخ ، ثمّ إن كان ممّا يجفّف فعلى الراهن تجفيفُه ، لأنّه من مُؤْنَةِ حِفْظِهِ وَتَبْقِيَتِهِ ، فيلزم الراهنَ ، كنَفَقَةِ الحيوانِ ، وإن كان مما لا يجفّف ، فإنّه يُباع ، ويُقْضَى الدين من ثمنه ، إن كان حالاً ، أو يحُلّ قبل فسادِه ، وإن كان لا يحُلّ قبل فساده جُعِل ثمنه مكانَه رَهْناً ، سواء شرط في الرهن بيعَه ، أو أَطْلقَ . وقال أصحاب الشافعيّ : إن كان مما يفسد قبل محلّ الدين ، فشرط المرتهنُ على الراهن بَيْعَه ، وجَعْلَ ثمنه مكانَه صحّ ، وإن أطلق فعلى قولين :

(أحدهما) لا يصحّ . لأن بيع الرهن قبل حلول الحقّ لا يقتضيه عقدُ الرهن ، فلم يجب ، ولم يصحّ رهنُه ، كما لو شرط أن لا يبيعه ، وذكر القاضي فيه وجهين كالقولين :

ولنا : أن العُرف يقتضي ذلك : لأنّ المالك لا يُعرِّض مِلْكَهُ للتلف ، والهلاك ، فإذا تعيّن حفظُه في بيعه حُملَ عليه مُطْلَقُ العقد ، كتجفيف ما يجفّ ، والإنفاقِ على الحيوان ، وحِرْزِ ما يحتاج إلى حِرْزٍ ، وأمّا إذا شرط أن لا يُباع ، فلا يصحّ ، لأنّه شرط ما يتضمّن فساده ، وفواتَ المقصود ، فأشبه ما لو شَرَط أن لا يجفِّف ما يجفّ ، أو لا يُنفق على الحيوان .

وإذا ثبت ما ذكرناه فإنّه إن شرط للمرتهن بيعَه ، أو أذن له في بيعه بعد العقد ، أو اتفقا على أن يبيعه الراهنُ ، أو غيرُه باعه ، وإن لم يكن ذلك باعه الحاكمُ ، وجُعِلَ ثمنُه رَهْناً ، ولا يُقضى الدينُ من ثمنه ، لأنّه ليس له تعجيلُ وفاءِ الدين قبلَ حُلوله ، وكذلك الحكم إن رهنه ثياباً ، تخاف تلَفها ، أو حيواناً ، وخاف موته ، قال أحمد فيمن رهن ثياباً يُخافُ فسادُها ، كالصوف : أتى السلطانَ ، فأمرهُ ببَيْعِها .

٣٢٥٥ (فصل) ويجوز رهنُ العصير . لأنّه يجوزُ بيعُه . وتعرّضه للخروج عن الماليّة لا يمنعُ صحّة رهنه ، كالمريض ، والجاني . ثمّ إن استحال إلى حال لا يخرُج فيها عن الماليّة كالخلّ . فالرهنُ بحاله ، وإن صار خمراً زال لزومُ العقد ، ووجبت إراقتهُ . فإن أُريقَ بطلَ العقدُ فيه . ولا خيارَ للمرتهن ، لأنّ التلفَ حصل في يده . وإن عاد خلاً ، عاد اللزومُ بحُكم العقد السابق ، كما لو زالت يدُ المرتهن عن الرهن ، ثم عادت إليه . وإن استحال خمراً قبل قبض المرتهن له ، بطل الرهنَ . ولم يَعُد بعَوْدِهِ خلاً . لأنّه عقدٌ ضعيفٌ ، لعدم القبض فيه ، فأشبه إسلام أحدِ الزوجين قبل الدخول . وذكر القاضي : أن

العصيرَ إذا استحال خمراً بعد القبض بطلَ الرهنُ . ثمّ إذا عاد خلاً عاد مِلْكاً لصاحبه ، مرهوناً بالعقد السابق . لأنه يعودُ مملوكا بحكم المِلْك الأول . فيعودُ حكمُ الرهن أيضاً . لأنّه زال بزوال الملك فيعودُ بعَوْدِه . وهذا مذهبُ الشافعيّ . وقال مالك ، وأبو حنيفة : هو رَهْنٌ بحاله . لأنه كانت له قيمةٌ حالة كونه عصيراً ، ويجوز أن يصير له قيمةٌ . فلا يجوزُ أن يزولَ الملكُ عنه . كما لو ارتدّ الجانى . ولأنّ اليد لم تزلْ عنه حكماً . ولهذا لو غصبه غاصبٌ فتخلّل فى يده ، كان مِلْكاً المغصوب منه ، ولو زالت يدُه لكان مِلْكاً للغاصب ، كما لو أراقه ، فجمعه إنسانٌ ، فتخلّل فى يده ، كان له ، دون مَنْ أراقه . وهذا القولُ هو قولنا الأول فى المعنَى ، إلاّ أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حَال كونه خمراً . ولم يظهر لى فائدةُ الخلاف بعدَ اتفاقهم على عوده رَهْناً باستحالته خلاً ، وأرى القولَ ببقائه رَهْناً أقربَ إلى الصحّة . لأنّ العقدَ لو بطلَ لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عَقْدٍ .

فإن قالوا : يمكن عَودُه صحيحاً لعَوْدِ المعنَى الذى بطل بزواله . كما أنّ زوجةَ الكافر إذا أسلمت خرجت من حُكم العقد ، لاختلاف دينهما . فإذا أسلم الزوجُ فى العدّة عادت الزوجيّةُ بالعقد الأول ، لزوال الاختلاف فى الدِّين .

قلنا : هناك ما زالت الزوجيّة ، ولا بطل العقدُ . ولو بطل بانقضاء العدّة لما عاد إلاّ بعقدٍ جديد ، وإنّما العقدُ كان موقوفاً مُراعًى. فإذا أسلم فى العدّة تبيّنّا أنّه لم يبطُل ، وإن لم يُسلم تبيّنّا أنّه كان قد بطل. وههنا قد جَزمتمْ ببطلانه .

٣٢٥٦ (فصل) وهل يصحّ رهنُ الثّمرة قبل بُدوّ صلاحها من غير شرط القطع ، أو الزرع الأخضر ؟ فيه وجهان :

أحدها : يجوز . وهو اختيار القاضى . لأنّ الغرر يقلّ فيه . فإنّ الثّمرة متى تلفت عاد إلى حقّه فى ذمّة الراهن ، ولأنّه يجوز بيعُه ، فجاز رهنُه ، ومتى حلّ الحقّ بِيعَ . وإن اختار المرتهنُ تأخيرَ بيعه ، فله ذلك .

والثانى : لا يصحّ . وهو منصوص الشافعىّ . لأنه لا يجوز بيعُه . فلا يصحّ رهنُه ، كسائر ما لا يجوز بيعُه ، وذكر القاضى : أنه يجوز رهنُ المبيع الذى يُشترط قبضُه ، كالمَكيل ، والموزون قبلَ قبضه . لأن قبضه مُستَحَقّ . فيُمكن المشترى قبضُه ، ثمّ يقبِّضه . أمّا البيعُ ، فإنّه يفضى إلى أن يَرْبَح فيما لم يضمن ، وهو منهىٌّ عنه . ويحتمل أن لا يصحّ رهنُه . لأنّه لا يصحّ بيعُه .

٣٢٥٧ (فصل) وفى رهن المصحف روايتان .

إحداهما : لا يصح رهنُه . نقل الجماعةُ عنه : لا أُرَخِّص فى رهن المصحف . وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه . ولا يحصُل ذلك إلا ببيعه ، وبيعُه غيرُ جائز .

والثانية : يصح رهنُه . فإنه قال : إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلاّ بإذنه ، فظاهرُ هذا صحَّة رَهْنه . وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، بناء على أنه يصح بيعُه . فصح رهنُه ، كغيره .

٣٢٥٨ (فصل) ويجوز أن يستعير شيئاً يَرْهَنُه . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنُه على دنانير معلومةٍ عند رجل سمّاه إلى وقتٍ معلوم ، ففعل : أنّ ذلك جائزٌ . وينبغى أن يذكر المرتهنَ والقدرَ الذى يرهنُه به ، وجنسَه ، ومدّة الرهن . لأن الضرر يختلفُ بذلك . فاحتيج إلى ذكره كأصلِ الرهن . ومتى شرط شيئاً من ذلك ، فخالف ، ورهنَه بغيره ، لم يصحّ الرهنُ . لأنه لم يُؤذن له فى هذا الرهن ، فأشبه من لم يأذن فى أصل الرهن ، قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على ذلك . وإن أذن له فى رَهْنه بقدر من المال فنقص عنه ، مثلُ أن يأذن له فى رَهْنه بمائةٍ ، فيرهنُه بخمسين صحّ . لأنَّ مَنْ أذن فى مائة ، فقد أذن فى خمسين . وإن رهنه بأكثرَ ، مثلُ أنْ رَهَنه بمائةٍ وخمسين احتمل أن يبطُل فى الكلّ . لأنه خالف المنصوص عليه ، فبطَل ، كما لو قال : أرهنه بدنانيرَ ، فرهنَه بدراهم ، أو بحالّ فرهنَه بمُؤجَّلٍ أو بمؤجَّلٍ فرهنه بحالّ . فإنَّه لا يصحّ . كذلك ههنا . وهذا منصوصُ الشافعىّ .

والوجه الثانى : أنه يصح فى المائة . ويبطُل فى الزائد عليها . لأن العقدَ تناولَ ما يجوزُ ، وما لا يجوزُ ، فجاز فيما يجوز دون غيره ، كتفريق الصفقة ، ويفارقُ ما ذكرنا من الأصول . فإنّ العقد لم يتناولْ مأذوناً فيه بحالٍ . وكل واحدٍ من هذه الأمور يتعلّق به غرض ، لا يوجد فى الآخَر . فإنّ الراهنَ قد يقدر على فَكاكه فى الحال ، ولا يقدر على ذلك عند الأجل ، وبالعكس . وقد يقدر على فكاكه بأحد النقدين دون الآخر ، فيفوت الغرض بالمخالفة : وفى مسألتنا : إذا صحّ فى المائة المأذون فيها لم يختلف الغرضُ . فإن أطلق الرهنَ فى الإذن من غير تعيين ، فقال القاضى : يصحُّ ، وله رهنُه بما شاء . وهو قول أصحاب الرأى ، وأحدُ قولى الشافعىّ .

والآخر : لا يجوز حتى يُبيّن قدر الذى يرهنُه به ، وصفتَه ، وحلولَه ، وتأجيلَه . لأنَّ هذا بمنزلة الضمان . لأن منفعة العبد لسيِّده ، والعاريَةُ ما أفادت المنفعة ، إنما حصَّلَتْ له نفعاً يكون الرهن وثيقةً عنه ، فهو بمنزلة الضمان فى ذمّته ، وضمانُ المجهول لا يصح .

ولنا : أنها عاريَةٌ ، فلم يُشترط لصحتها ذكرُ ذلك ، كالعارية لغير الرهن ، والدليلُ على أنَّه عاريةٌ : أنَّه قبضَ مِلْكَ غيره لمنفعةِ نفسه مُنفرداً بها ، من غير عِوَض . فكان عاريَةً كقبضه للخِدْمَةِ . وقولهم:

إنّه ضمانٌ غيرُ صحيح . لأنّ الضمان يثبُت فى الذمّة . ولهـذا ثبت فى الرقبة ، ولأن الضمان لازمٌ فى حقّ الضامن . وهذا له رجوع فى العبد قبل الرهن ، وإلزامُ المستعير بِفَـكَـاكه بَعده . وقولهم : إن المنافع للسيّد قلنا : المنافعُ مختلفة . فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدةٍ . وسائر المنافع للسيّد ، كما لو استعاره بحفظ مَتاعٍ ، وهو مع ذلك يَخيطُ لسيّده ، أو يَعْمَلُ له شيئاً ، أوَ استعاره ليخيط له ، ويحفظ المتاع لسيّده .

فإن قيل : لو كان عاريَةً لما صحّ رهنُه . لأنّ العاريةَ لاتلزم ، والرهنُ لازم .

قلنا : العاريَةُ غيرُ لازمةٍ من جهة المستعير . فإنّ لصاحب العبد المطالبةَ بفكاكه ، قبل حلول الدين ، ولأنّ العاريةَ قد تـكون لازمةً . بدليل مالو أعاره حائطاً ليَبْنِيَ عليه. أو أرضاً ليَدْفِنَ فيها ، أو لِيَزْرَعَ فيها ما لا يُحْصَدُ قَصِيلاً .

إذا ثبت : هذا فإنه يصحُّ رهنُه بما شاء ، إلى أى وقت شاء ، ممّن شاء . لأنّ الإذن يتناولُ الـكلَّ باطلاقه وللسيد مطالبةُ الراهن بِفَـكاك الرهن ، حالاً كان أو مؤجَّلاً فى محل الحق ، وقبل محله . لأن العاريَةَ لاتلزمُ ، ومتى حلَّ الحقُّ فلم يقبضـهُ فللمرتهن بيعُ الرهن ، واستيفاء الدين من ثمنه . ويرجعُ المُعير على الراهن بالضّمان . وهو قيمة العين المستعارة ، أو مثلُها إن كانت من ذوات الأمثال ، ولا يرجعُ بما بيعتْ به ، سواء بِيعَتْ بأقل من القيمة ، أو أكثر فى أحدِ الوجهين ، والصحيحُ : أنها إن بيعت بأقلَّ من قيمتها رجَع بالقيمة ، لأنّ العاريةَ مضمونةَ ، فيضْمَنُ نقصَ ثمنها ، وإن بيعت بأكثر رجع بما بِيعَتْ به . لأنّ العبد مِلْكٌ للمُعير ، فيـكونُ ثمنُه كله لهُ ، وكذلك لو أسقط المرتهن حقَّه عن الراهن رجع الثمنُ كلّه إلى صاحبه ، فإذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولا يلزمُ من وجوب ضمان النقص أن لا تـكون الزيادة لصاحب العبد ، كما لو كان باقياً بعينه . وإن تلف الرهنُ ضَمِنَهُ الراهنُ بقيمته ، سواء تلف بتفريط ، أو غير تفريط ، نصّ على هذا أحمدُ ، وذلك لأن العاريَةَ مضمونةٌ .

٣٢٥٩ (فصل) وإن فَكّ المُعيرُ الرهنَ ، فأدّى الدينَ الذى عليه بإذن الراهن ، رجع عليه ، وإن قضاه مُتَبرّعاً لم يرجع بشىء . وإن قضاه بغير إذنه مُحتسباً بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع ؟ على روايتين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، ويترجّحُ الرجوع ههنا ، لأن له المطالبةَ بِفَـكاك عبده ، وأداءُ دينه ، فَـكاكُه . وإن اختلفا فى الإذن فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، لأنّه منـكر ، وإن شهد المرتهنُ للمعـير قُبِلَتْ شهادته ، لأنّه لا يَجُرّ بها نفعاً ، ولا يدفَعُ بها ضَرَراً ، وإن قال : أذنتَ لى فى رهنه بعشرةٍ ، قال : بل بخمسةٍ ، فالقولُ قولُ المالك . لأنّه مُنـكر للزيادة ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ،

وإن كان الدينُ مُؤجَّلا فقضاه حالاً بإذنه ، رجع به حالاً ، وإن قضاه بغير إذنه ، فقال القاضى : يرجعُ به حالاً أيضاً ، لأنّه له المطالبة بِفَـكاكِ عبده فى الحال .

٣٢٦٠ (فصل) ولو استعار من رجلٍ عبداً ليَرْهَنَهُ بمائةٍ فرهَنهُ عند رجلين ، صحّ . لأن تعيين ما يرهنُ به ليس بشرط . فـكذلك من يرهنُ عنده . ولأنّ رهنه من رجلين أقلُّ ضرراً من رهنه عند واحد . لأنّه ينفكّ منه بعضُه بقضاء بعض الدين ، بخلاف ما لو كان رهناً عند واحد : فعلى هذا إذا قضى أحدُهما ما عليه من الدين خرج نصيبُه من الرهن . لأنّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان فى الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهَنه عند واحدٍ بمائةٍ ، فقضاه نصفَها عن أحد النصيبَيْن ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينفكّ من الرهن شىء . لأنّه عقدٌ واحدٌ من راهنٍ واحدٍ مع مرتهنٍ واحدٍ . فأشبه ما لو كان العبدُ لواحدٍ .

والثانى : ينفكّ نصفُ العبد . لأنّ كلَّ واحدٍ منهما إنّما أذن فى رهن نصيبه بخمسين . فلا يكونُ رَهْناً بأكثر منها ، كما لو صرّح له بذلك . فقال : ارهن نصيبى بخمسين لا تَزِدْ عليها . فعلى هذا الوجه : إن كان المرتهنُ عالماً بذلك فلا خيارَ لَهُ . وإن لم يكن عالماً بذلك ، والرهنُ مشروط فى بيع احتمل أن يكون له الخيارُ . لأنّه دخل على أن كلّ جزء من الرهن وثيقةٌ بجميع الدين ، وقد فاته ذلك . ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين ، فقضى أحدهما انفك نصيبُ كلّ واحد من المُعيرين من نصفه . وإن قضى نصف دَين أحدِهما انفكّ فى نَصيب أحدها على أحد الوجهين . وفى الآخر ينفكّ نصفُ نصيب كلّ واحدٍ منهما . والله أعلم .

٣٢٦١ (فصل) ولو كان لرجلين عبدان ، فأذن كلّ واحدٍ منهما لشريكه فى رهن نصيبه من أحد العبدين ، فرهناهما عند رجل مُطلقاً صحّ . فإن شرط أحدُهما أنّى متى قضيتُ ما علىّ من الدين انفكّ الرهنُ فى العبد الذى رهنتُه ، وفى العبد الآخر ، وفى قدر نصيبى من العبد الآخرِ . فهذا شرطٌ فاسدٌ . لأنّه شَرَطَ أن ينفكّ بقضاء الدين رهنٌ على دينٍ آخرَ ، ويفسُد الرهنُ . لأن فى هذا الشرط نقصاً على المرتهنِ . وكلّ شرط فاسـدٍ ينقصُ حَقّ المرتهنِ يُفسِدُ الرهنَ . فأمّا إن شرط أنّه لا ينفكّ شىء من العبد حتّى يقضى جميع الدين ، فهو فاسدٌ أيضاً . لأنّه شرط أن يبقى الرهنُ محبوساً بغير الدين الذى هو رهنٌ به ، لـكنّه لا ينقصُ حَقّ المرتهن . فهل يفسُد الرهن بذلك ؟ على وجهين :

٣٢٦٢ (فصل) ولا يصحّ رهنُ ما لا يصحّ بيعُه . كأم الولد ، والوقف ، والعين المرهونة . لأنّ مقصود الرهن استيفاءُ الدين من ثمنه . وما لا يجوزُ بيعُه لا يمـكنُ ذلك فيه . ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يَجُز . فلو قال الراهنُ المرتهن : زدنى مالاً يكونُ الرهنُ الذى عندك رهناً به ، وبالدّين الأوّل

لم يَجُز . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد . وهو أحد قولى الشافعىّ ، وقال مالك ، وأبو يوسف ، وأبو ثور ، والمُزَنِىّ ، وابن المنذر : يجوز ذلك . لأنه لو زاده رهناً جازَ . فكذلك إذا زاد فى دين الرهن . ولأنه لو فَدَى المرتهِنُ العبدَ الجانىَ بإذن الراهن ليكونَ رَهناً بالمالِ الأول ، وبما فداه به جاز . فكذلك ههنا . ولأنّها وثيقةٌ مَحْضَةٌ . فجازت الزيادةُ فيها كالضمان .

ولنا : أنها عينٌ مرهونةٌ . فلم يجُز رهنُها بدينٍ آخرَ ، كما لو رهنَها عند غير المرتهن ، فأمّا الزيادةُ فى الرهن فيجوز . لأنه زيادة استيثاق ، بخلاف مسألتنا . وأما العبدُ الجانى فيصحّ فداؤه ليكون رهناً بالفداء ، والمال الأوّل ، لكون الرهن لا يمنع تعلّق الأرش بالجانى . لكون الجناية أقوى . ولأنّ لولىّ الجنايةِ المطالبةَ ببيع الرهن ، وإخراجه من الرهن ، فصار بمنزلة الرهن الجائز قبلَ قبضه . ويجوز أن يزيده فى الرهن الجائز حَقّاً قبلَ لزُومه . فكذلك إذا صار جائزاً بالجناية . ويُفارق الرهنُ الضمانَ . فإنهّ يجوزُ أن يضمن لغيره .

إذا ثبت هذا : فرهنه بحقّ ثانٍ كان رَهناً بالأوّل خاصّةً . فإن شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساده لم يكن لهما أن يشهدا به ، وإن اعتقدا صحّته لم يكن لهما أن يشهدا أنّه رهنَه بالحقّين مُطلقاً ، بل يشهدان بكيفية الحال ، ليرى الحاكمُ فيه رأيه .

٣٢٦٣ (فصل) وأما رهنُ سوادِ العراق ، والأرضِ الموقوفةِ على المسلمين . فالصحيحُ فى المذهب : أنه لا يجوزُ بيعُها . فكذلك رهنُها . وهذا منصوصُ الشافعىّ ، وما كان فيها من بنائها فحكمُه حكمُها ، وما كان فيها من غير ترابها ، أو الشجر المجدّد فيها إن أفرده بالبيع والرهن ، فهل يصحّ ؟ على روايتين . نصّ عليهما فى البيع . إحداها : يصحّ . لأنّه طلق . والثانية : لا يجوزُ . لأنه تابع لِمَا لا يجوزُ بيعُه ولا رهنُه ، فهو كأساسات الحيطان . وإن رهنه مع الأرض بطل فى الأرض ، وهل يجوز فى الأشجارِ والبناء على الرواية التى يجوزُ رهنُها مُنفردَةً ؟ يخرج على الروايتين فى تفريق الصفقة . وهذا مذهبُ الشافعىّ رضى الله عنه .

٣٢٦٤ (فصل) ولا يصحّ رهنُ المجهول . لأنّه لا يصحّ بيعُه . فلو قال : رهنتُك هذا الجِرابَ ، أو البيتَ ، أو الخريطَة بما فيها لا يصحّ . لأنّه مجهول . وإن لم يقل : بما فيها صحّ رهنُها للعِلْم بها ، إلاّ أن يكون ذلك مما لا قيمةَ له ، كالجِرابِ الخَلَق(١) ، ونحوه . ولو قال : رَهَنْتُكَ أحدَ هذين العبدين لم يصحّ . لعدم التعيين ، وفى الجملة : أنه يُعتبر للعلم فى الرهن ما يُعتبر فى البيع . وكذلك القُدرةُ على التسليم . فلا يصحّ رهنُ الآبق ، ولا الجملِ الشارد ، ولا غيرِ مملوك(٢) .

٣٢٦٥ (فصل) ولو رهن عبداً ، أو باعه يعتقدُه مغصوباً ، فبان مِلْكَه ، مثلُ أن رهن عبد أبيه ،

---

(١) الخلق : بفتح الخاء واللام هو البالى المتمزق . (٢) هكذا فى الأصول والصحيح غير المملوك .

فبان أن أباه قد مات ، وصار العبدُ مِلكَهَ بالميراث ، أو وكَّل إنساناً يشترى له عبداً من سيّده ، ثم إن الموكَّل باع العبدَ ، أو رهنه ، يعتقدُه لسيّده الأول ، فبان أن تصرّفه بعد شراء الوكيل له ، ونحو ذلك : صحّ تصرّفه . لأنّه تصرّف صدر من أهله ، وصادف مِلْكَهَ . فصحّ ، كما لو علم . ويحتمل أن لا يصحّ . لأنه اعتقده باطلاً .

٣٢٦٦ (فصل) ولو رهن المبيعَ فى مُدّة الخيار لم يصحّ ، إلاّ أن يرهنه المشترى ، والخيارُ له وحده . فيصحّ تصرّفه ، ويبطلُ خياره . ذكره أبو بكر. وهو مذهب الشافعىّ. وكذلك بيعُه وتصرُّفاته. ولو أفلس المشترى ، فرهن البائعُ عينَ ماله التى له الرجوعُ فيها لم يصحّ . لأنه رَهنَ ما لا يملكه . وكذلك لو رهن الأبُ العينَ التى وهبها لابنه. قبل رجوعه فيها ، لم يصحّ لما ذكرناه . وللشافعىّ فى ذلك وجهان . أحدهما : يصحّ . لأن له استرجاعَ العين ، فتصرّفه فيها يدلّ على رجوعه فيها .

ولنا : أنه رَهَن ما لا يملكه بغير إذن المالك ، ولا ولايةَ عليه . فلم يصحّ كما لو رهن الزوجُ نصفَ الصَّداق قبلَ الدخول .

٣٢٦٧ (فصل) ولو رهن ثَمرَةَ شجرٍ يحملُ فى السنة حَمْلَيْنِ لا يتميّز أحدُهما من الآخر ، فرهن الثمرة الأولى إلى مَحَلٍّ تحدُثُ الثانيةُ على وجهٍ لا يتميّز ، فالرهنُ باطلٌ . لأنه مجهولٌ حين حُلول الحقّ . فلا يمكنُ استيفاءُ الدَّين منه . فلم يصحّ ، كما لو كان مجهولاً حين العقد ، وكما لو رهنه إيَّاها بعد اشتباهها ، فإن شرط قطعَ الأولى إذا خيف اختلاطُها بالثانية صحّ . فإن كان الحَمْلُ المرهونُ بحقٍّ حالٍّ ، وكانت الثمرةُ الثانيةُ تتميّز من الأولى إذا حدَثَتْ . فالرهنُ صحيح ، فإن وقع التوانى فى قَطْعِ الأولى حتى اختلطت بالثانية ، وتعذّر التمييزُ لم يَبْطُل الرهنُ . لأنّه وقع صحيحاً ، وقد اختلط بغيره على وجهٍ لا يُمكن فصله . فعلى هذا إن سمح الراهنُ بكون الثمرة رَهْناً ، أو اتفقا على قدر المرهون منهما ، فحَسَنٌ ، وإن اختلفا ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه . فى قدر الرّهنِ . لأنّه مُنكِر للقدر الزائد ، والقولُ قولُ المُنكِر .

٣٢٦٨ (فصل) ولو رهنه منافعَ داره شهراً ، لم يصحّ . لأن مقصود الراهن استيفاء الدين من ثمنه . والمنافعُ تَهْلِكُ إلى حُلول الحقّ ، وإن رهنه أُجرةَ داره شهراً ، لم يصحّ . لأنّها مجهولَةٌ ، وغير مملوكة .

٣٢٦٩ (فصل) ولو رهن المكاتَبُ مَنْ يَعْتِقُ عليه ، لم يصحّ . لأنّه لا يملكُ بيعَه . وأجازه أبو حنيفة . لأنّهم لا يَدخُلون معه فى الكتابة ، ولو رهن العبدُ المأذونُ من يَعْتِقُ على السيّد لم يصحّ . لأنّ ما فى يده ملكٌ لسيّده . فقد صار حرًّا بشرائه إيّاه .

٣٢٧٠ (فصل) ولو رهن الوارثُ تَركةَ الميت ، أو باعها ، وعلى الميّت دينٌ ، صحّ فى أحد

الوجهين ، وقال أصحاب الشافعىّ : لا يصحّ ، إذا كان على الميّت دينٌ يستغرقُ التركةَ . لأنّه تعلّق به حقّ آدمى . فلم يصحّ رهنُه ، كالمرهون .

ولنا : أنه تصرّف صادف مِلكه ، ولم يُعلّق به حقًا . فصحّ ، كما لو رهن المرتدّ ، وفارق المرهونَ . لأنّ الحقّ تعلّق به ، باختياره . فأمّا فى مسألتنا ، فالحقُّ تعلّق به بغير اختياره ، فلم يمنع تصرّفه . وهكذا كلُّ حقّ ثبت من غير إثباته ، كالزكاة ، والجناية ، فلا يمنع رهنه . فإذا رهنه ، ثم قضى الحقّ من غيره ، فالرهنُ بحاله . وإن لم يقض الحقّ ، فللغرماء انتزاعُه . لأنّ حقّهم أسبقُ . والحكمُ فيه كالحكم فى الجانى . وهكذا الحكمُ لو تصرّف فى التركة ، ثم رُدَّ عليه مَبيعٌ باعه الميّتُ بعَيْبٍ ظهرَ فيه ، أو حقّ تجدّد تعلّقه بالتركة ، مثلُ أن وقع إنسانٌ ، أو بهيمةٌ فى بئرٍ حفره فى غير مِلكه بعد موته . فالحكمُ واحدٌ . وهو أنّ تصرّفه صحيحٌ غيرُ نافذ . فإن قضى الحقّ من غيره ، نفذ ، وإلا فُسِخَ البيعُ ، والرهنُ .

٣٢٧١ (فصل) قال القاضى : لا يصحُّ رهنُ العبد المُسلم لكافرٍ . واختار أبو الخطّاب صحّةَ رهنه ، إذا شرطا كونَه على يد مُسلِم ، ويَبيعُه الحاكم إذا امتنع مالِكُه . وهذا أولى . لأنّ مقصود الرهن يحصُلُ من غير ضرر .

٣٢٧٢ « مسألة » قال ﴿ وإذا قبض الرهن من تشارطا أن يكون على يديه ، صار مقبوضاً ﴾

وجملته : أن المتراهنَيْن إذا شرطا كونَ الرهن على يدَىْ رجُلٍ رَضِيَا به ، واتّفقا عليه ، جاز . وكان وكيلاً للمُرتَهِنِ ، نائباً عنه فى القبض ، فمتى قبضه صحّ قبضُه ، فى قول جماعةِ الفقهاء . منهم: عطاء ، وعمرو ابن دينار ، والثورىُّ ، وابن المبارك ، والشافعىُّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى . وقال الحكم ، والحارث العُكْلِىّ ، وقَتَادَةُ ، وابن أبى ليلى : لا يكونُ مقبوضاً بذلك . لأنّ القبضَ من تمام العقد . فتعلّق بأحدِ المتعاقدَيْنِ ، كالإيجاب ، والقبول .

ولنا : أنه قبض فى عقد ، فجاز فيه التوكيلُ كسائرِ القُبُوضِ ، وفارق القَبُولَ . لأنّ الإيجابَ إذا كان لشخصٍ كان القبولُ منه . لأنّه يُخاطَبُ به . ولو وَكَّل فى الإيجاب ، والقبول ، قَبْلَ أن يُوجَبَ لَهُ صحّ أيضاً : وما ذكروه ينتقض بالقبض فى البيع ، فيما يُعتَبَرُ القَبضُ فيه .

إذا ثبت هذا : فإنّه يجوز أن يجعلا الرهن على يَدَىْ مَنْ يجوزُ توكيلُه ، وهو الجائزُ التصرُّف ، مُسلماً كان ، أو كافراً ، عَدْلاً ، أو فاسقاً ، ذكراً ، أو أنثى . ولا يجوزُ أن يكون صَبِيًّا . لأنّه غيرُ جائزِ التصرُّف مُطلقاً . فإن فعلا ، كان قبضُه ، وعدمُ القبض واحداً ، ولا عبداً بغير إذن سيّده : لأنّ منافع العبد لسيّده . فلا يجوز تضييعُها فى الحفظ بغير إذنٍ . فإن أذن له السيِّد ، جاز ، وأما المكاتَبُ ، فإن كان

بِجُعْلٍ جازَ . لأن له الكسبَ ، وبذل منافعه بغير إذن السيِّد . وإن كان بغير جُعْلٍ لم يَجُز . لأنّه ليس له التبرُّع بمنافعه .

٣٢٧٣ (فصل) فإن جَعلا الرهن فى يد عَدْلَيْن ، جاز . ولهما إمساكُه . ولا يجوزُ لأحدهما الانفرادُ بحفظه ، وإن سلّمه أحدُهما إلى الآخَرِ ، فعليه ضمانُ النِّصْفِ . لأنّه القدرُ الذى تعدَّى فيه . وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىِّ . وفى الآخَرِ : إذا رضى أحدُهما بإمساك الآخَرِ ، جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إن كان ممَّا يَنقَسِمُ اقْتَسَماهُ ، وإلاَّ فلِكُلِّ واحدٍ منهما إمساكُ جميعه . لأنَّ اجتماعهما على حفظه يَشُقُّ عليهما . فحُمِل الأمرُ على أنَّ لِكُلِّ واحدٍ منهما الحِفْظَ .

ولنا : أن المتراهنَيْنِ لم يَرْضَيا إلاَّ بحفظهما ، فلم يجُز لأحدهما الانفرادُ بذلك ، كالوصِيَّيْن ، لا ينفردُ أحدهما بالتصرُّف . وقولهم : إن الاجتماع على الحفظ يَشُقّ ، ليس كذلك . فإنَّه يمكن جَعْلُه فى مَخْزَنٍ لِكُلِّ واحدٍ منهما عليهِ قُفْلٌ .

٣٢٧٤ (فصل) وما دام العدلُ بحاله لم يتغيَّر عن الأمانة ، ولا حدثت بينه ، وبين أحدهما عَدَاوَةٌ ، فليس لأحدهما ، ولا للحاكم نقلُ الرهن عن يده . لأنَّهما رَضِيَا به فى الابتداء . وإن اتفقا على نقله ، جازَ . لأنَّ الحقَّ لهما ، لم يَعْدُهما . وكذلك لو كان الرهنُ فى يد المرتهن ، فلم يتغيَّر حالُه ، لم يكن للراهن ، ولا للحاكم نقلُه عن يده . وإن تغيَّرت حالُ العَدْلِ بِفسْقٍ ، أو ضَعْفٍ عن الحِفظ ، أو حدثت عَدَاوةٌ بينه ، وبينهما ، أو بين أحدهما ، فلِمَنْ طلب نقلَه عن يده ، ذلك . ويَضَعانِه فى يد مَنْ يتَّفقان عليه . فإن اختلفا ، وضعه الحاكمُ على يد عَدْلٍ ، وإن اختلفا فى تغيُّر حالهِ بحث الحاكمُ ، وعَمِل بما يظهرُ له . وهكذا لو كان فى يد المرتهن ، فتغيَّرت حالُه فى الثِّقةِ والحِفْظِ . فللراهن رفعُه عن يده إلى الحاكم ، ليضعه فى يد عَدْلٍ . وإذا ادَّعَى الراهنُ تغيُّرَ حال المرتهن ، فأنكر بحثَ الحاكم عن ذلك ، وعَمِل بما بَانَ لَهُ . وإن مات العدلُ ، أو المرتهنُ ، لم يكن لورثتهما إمساكُه إلاَّ بتراضيهما . فإن اتَّفقا على ذلك ، جازَ . وإن اتَّفقا على عَدْلٍ يضعانه على يده ، فلهما ذلك . لأنَّ الحقَّ لهما ، فيفوَّضُ أمرُه إليهما . فإن اختلف الراهنُ والمرتهنُ عند موت العَدْل ، أو اختلف الراهنُ وورَثةُ المرتهن ، رفعا الأمرَ إلى الحاكم ، ليضَعه على يد عَدْلٍ . وإن كان الرهنُ فى يد اثنين ، فمات أحدُهما ، أو تغيَّرت حالُه بفسقٍ ، أو ضَعْفٍ عن الحفظ ، أو عَداوةٍ بين أحد المتراهنَيْن ، أُقِيمَ مُقامَه عَدْلٌ ينضمُّ إلى العدل الآخَرِ . فيَحْفَظان معاً .

٣٢٧٥ (فصل) ولو أراد العدلُ ردَّه عليهما ، فله ذلك . وعليهما قبولُه . وبهذا قال الشافعىُّ . لأنَّه أمينٌ متطوِّع بالحفظ . فلا يلزمُه المُقامُ عليه . فان امتنعا ، أجبرَهُما الحاكمُ . فان تغيَّبا ، نصبَ الحاكمُ أميناً يقبضُه لهما . لأنَّ للحاكم ولايةً على الممتنع من الحقِّ الذى عليه . ولو دفعه إلى الأمين من غير

امتناعهما ، ضمِنَ ، وضمنَ الحاكمُ لأنَّه لا ولايةَ له على غير الممتنع . وكذا لو تركه العدلُ عند آخَر ، مع وجودهما ، ضَمِنَ ، وضمن القابضُ . وإن امتنعا ، ولم يجدا حاكماً فتركه عند عَدْلٍ آخرَ ، لم يَضْمَنْ . وإن امتنع أحدُهما لم يكن له دفعُه إلى الآخر . فإن فعل ضمن ، والفرقُ بينهما : أنَّ أحدَهما يُمسكه لنفسه ، والعدلُ يمسكه لهما . هذا فيما إذا كانا حاضرين . فأمَّا إذا كانا غائبين نظرتَ . فإن كان للعدل عُذرٌ من مرض ، أو سفَرٍ ، أو نحوه ، رفعَهُ إلى الحاكم ، فقبضه منه ، أو نصب له عَدْلاً يقبضُه لهما . فإن لم يجد حاكماً ، أودعه عند نفسه . وليس له دفعُه إلى ثقةٍ يودعُه عنده ، مع وجود الحاكم . فإن فعل ضمن . فإن لم يكن له عذر ، وكانت الغَيْبَةُ بعيدةً ، إلى مسافة القصر ، قبضَه الحاكمُ منه . فإن لم يجد حاكماً ، دفعه إلى عدل . وإن كانت الغَيْبةُ دون مسافة القصر ، فهو كما لو كانا حاضرَيْنِ ، لأنَّ ما دون مسافة القصر في حُكم الإقامة . وإن كان أحدُهما حاضراً ، والآخرُ غائباً ، فحكمُهما حكمُ الغائبَين . وليس له دفعه إلى الحاضر منهما . وفي جميع هذه الأقسام : متى دفعه إلى أحدهما لزمه ردُّه إلى يده . وإن لم يفعل ، فعليه ضمانُ حقِّ الآخر .

٣٢٧٦ (فصل) إذا كان الرهنُ على يد عدل ، وشرطا له أن يبيعه عند حُلول الحقِّ ، صحَّ ، ويصحُّ بيعُه ، وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيُّ ، فإن عَزلَ الراهنُ العَدْلَ عن البيع ، صحَّ عزلُه ، ولم يملك البيعَ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، لا ينعزلُ . لأنَّ وَكالَتهُ صارت من حقُوق الرهن . فلم يكن للراهن إسقاطُه ، كسائر حُقوقه . وقال ابن أبي موسى : ويتوجَّه لنا مثلُ ذلك ، فإنَّ أحمد قد منع الحِيلةَ في غير مَوْضِعٍ من كُتبه ، وهذا يفتحُ باب الحيلة للراهن ، فإنَّه يشترط ذلك للمرتَهِن ليُجيبَهُ إليه ، ثم يعزله . والأولُ هو المنصوص عنه . لأنَّ الوَكالة عقدٌ جائز . فلم يلزم المُقامُ عليها ، كسائر الوَكالاتِ . وكونُه من حقوق الراهن لا يَمْنَعُ من جوازه ، كما لو شرطا الرهنَ في البيع ، فإنَّه لا يصيرُ لازماً ، وكذلك لو مات الراهنُ بعد الإذن ، انفسخت الوكالةُ ، وقياسُ المذهب أنَّه متى عَزَلهُ عن البيع ، فللمرتهن فسخُ البيع الذي حصَل الرهنُ بثمنه ، كما لو امتنع الراهنُ من تسليم الرهن المشروطِ في البيع ، فأما إن عزله المرتهنُ ، فلا يَنْعَزِلُ ، لأنَّ العدلَ وكيلُ الراهن ، إذ الرهنُ مِلْكُه ، ولو انفرد بتوكيله ، صحَّ ، فلم ينعزلْ بعَزْلِ غيره ، لكن لا يجوزُ بيعُه بغير إذنه ، وهكذا لو لم يَعْزِلاه ، فحلَّ الحقُّ لم يبعه حتَّى يستأذنَ المرتهن . لأن البيع لحقِّه ، فلم يجُز حتَّى يأذن فيه ، ولا يحتاجُ إلى تجديد إذنٍ من الراهن ، في ظاهر كلام أحمد . لأنَّ الإذنَ قد وُجِد مرَّةً ، فيكفي ، كما في الوكالة في سائر الحقُوق ، وذكر القاضي وجهاً آخرَ : أنَّه يحتاجُ إلى تجديد إذنٍ ، لأنه يكونُ له غَرَضٌ في قضاء الحقِّ من غيره ، والأول أولى ، فإنَّ الإذنَ كافٍ ما لم يغيَّر ، والغرضُ لا اعتبار به

مع صريح الإذن بخلافه ، بدليل ما لو جدّد الإذنَ له ، بخلاف المرتهن ، فإنّ المَبيعَ يفتقر إلى مطالبته بالحقّ ، ومذهبُ الشافعىّ نحوٌ من هذا .

٣٢٧٧ (فصل) ولو أتلفَ الرهنَ فى يد العدلِ أجنبىٌّ ، فعلى الجانى قيمتُه ، يكون رهناً فى يده ، وله المطالبةُ بها ، لأنّها بدلُ الرهن ، وقائمةٌ مَقامَه ، وله إمساكُ الرهن ، وحِفظُه ، فإن كان المتراهنان أَذِنا لهُ فى بيع الرهن . فقال القاضى : قياسُ المذهب أنّ له بيعَ قيمتِهِ ، لأنّ له بيعَ نماءِ الرّهن ، تبعاً للأصل ، فالقيمةُ أولى . وقال أصحابُ الشافعىّ : ليس له ذلك ، لأنّه متصرِّف بالإذن ، فلا يملك بيعَ ما لم يُؤْذَن له فى بيعه ، والمأذونُ فى بيعه قَدْ تَلِفَ ، وقيمتهُ غيرُه ، وللقاضى أن يقول : إنَّه قد أُذِنَ له فى بيع الرهن ، والقيمةُ رهنٌ يثبُت لها حكمُ الأصل : من كونه يَملِكُ المطالبةَ بها ، وإمساكَها ، واستيفاء دَيْنِهِ من ثمنها ، فكذلك بيعَها ، فإن كانت القيمةُ من جنس الدين ، وقد أُذِنَ له فى وفائه من ثمن الرهن ، ملكَ إيفاءه من القيمة ، لأنّها بدلُ الرهن من جنس الدين ، فأشبهت ثمنَ المبيع .

٣٢٧٨ (فصل) وإذا أَذِنا للعدل فى البيع ، وعيّنا له نقداً ، لم يجُز له أن يُخالفهما ، وإن اختلفا ، فقال أحدهما : بِعهُ بدراهمَ ، وقال الآخرُ : بدنانيرَ ، لم يُقبل قولُ واحد منهما ، لأنّ لكلّ واحد منهما فيه حَقّاً : للراهن ملكُ اليمين ، وللمُرتَهِنِ حقّ الوَثيقةِ ، واستيفاءِ حقّه ، ويرفعُ الأمرُ إلى الحاكم ، فيأمرُ من يبيعُه بنقدِ البلدِ ، سواء كان من جنس الحقّ ، أو من غير جنسه ، وافق قولَ أحدها ، أو لم يوافق ، لأنّ الحظ فى ذلك ، والأولى أن يبيعَه بما يَرى الحظّ فيه ، فإن كان فى البلد نقدان ، باعه بأغلبهما ، فإن تساويا ، فقال القاضى : يبيعُ بما يؤدّيه اجتهادُه إليه ، وهو قولُ الشافعىّ لأنّه الأحظّ ، والغرضُ تحصيلُ الحظِّ ، فإن تساويا ، باع بجنس الدين ، فإن لم يكن فيها جنس الدين ، عيّن له الحاكمُ ما يبيعُه به وحكمُه حكمُ الوكيل فى وجوب الاحتياط ، والمنع من البيع بدون ثمنِ المِثْل ، ومِنَ البيع نَساء ، متى خالف لزِمَهُ ما يلزمُ الوكيل المُخالِفَ . وذُكر فى البيع نَساء روايةٌ أخرى : أنّه يجوزُ ، بناء على الوكيل ، ولايصحّ ، لأنالبيع ههنا لإيفاء دينٍ حالٍّ يجبُ تعجيلُه . والبيعُ نَساء يمنعُ ذلك . وكذا نقول فى الوكيل متى وُجِدَتْ فى حقّه قرينةٌ دالّة على منع البيع نَساء ، لم يجُز له ذلك ، وإنّما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن، وكلّ موضع حكمنا بأنّ البيعَ باطلٌ وجب رَدُّ المبيع إن كان باقياً ، فإن تعذّر فللمرتهن تَضْمِينُ من شاء من العَدْل ، والمشترى بأقلّ الأمرين من قيمة الرهن ، أو قدر الدّين . لأنّه يقبضُ قيمةَ الرهن مستوفياً لحقّه لا رهناً ، فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه . وما بقى من قيمة الرهن للراهن . يرجعُ به على من شاء منهما . وإن استوفى دينه من الرهن . رجع الراهنُ بقيمته على من شاء منهما ، ومتى ضمن المشترى لم يرجع على أحدٍ . لأنّ العينَ تلفتْ فى يده ، وإن ضمن العدلُ رَجَع على المشترى .

٣٢٧٩ (فصل) ومتى قدّرا له ثمناً ، لم يجُز له بيعُه بدونه ، وإن أطلقا ، فله بيعُه بثمن مثلهِ ، أو زيادةٍ عليه . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : له بيعُه ، ولو بدراهم ، والكلامُ معه فى الوكالة . فإن أطلقا ، فباع بأقلّ من ثمن المِثل مما يتغابَنُ الناس به ، صحّ ، ولا ضمانَ عليه . لأنّ ذلك لا يُضبَطُ غالباً . وإن كان النقصُ ممَّا لا يتغابَنُ الناسُ به ، أو باع بأنقص مما قدّرا له ، صحّ البيعُ . وضمن النقصَ كلَّه ، ذكره أصحابُنا والأَوْلَى أنّه لا يصحّ البيعُ . لأنه بيعٌ لم يُؤذن له فيه ، فأشبه ما لو خالف فى النقد .

٣٢٨٠ (فصل) وإذا باع العدلُ الرهنَ بإذنهما ، وقبض الثمن ، فتلِفَ فى يده ، من غير تعدٍّ ، فلا ضمان عليه ، لأنّه أمينٌ . فهو كالوكيل ، ولا نعلمُ فى هذا خلافاً . ويكون من ضمان الراهن . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : من ضمان المُرتهِن ، لأنّ البيعَ لأجْلِهِ .

ولنا : أنه وكيلُ الراهن فى البيع ، والثمنُ مِلْكُه ، وهو أمينٌ له فى قبضه ، فإذا تلفَ كان من ضمان مُوكِّله ، كسائر الأُمَناء ، وإن ادَّعى التلفَ ، فالقولُ قولُه مع يمينه ، لأنه أمين . ويتعذَّر عليه إقامة البيِّنة على ذلك . وإن كلَّفناه البيِّنة . شقّ عليه ، وربّما أدَّى إلى أن لا يدخُل الناسُ فى الأمانات . فإن خالفاه فى قبض الثمن ، فقالا : ما قبضتَه من المشترى ، وادَّعى ذلك ، ففيه وجهان :

أحدهما : القولُ قولُه ، لأنّه أمين . والآخرُ لا يُقبَل . لأنّ هذا إبراء للمشترى من الثمن . فلا يُقبل قولُه فيه ، كما لو أبرأه من غير الثمن ، وإن خرج المبيعُ مُستَحَقًّا ، فالعهدةُ على الراهن دون العَدْلِ . إذا كان قد أعلم المشترىَ أنّه وكيلٌ ، وكذلك كلُّ وكيلٍ باعَ مالَ غيره . وهذا مذهبُ الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : العُهدة على الوكيل ، والكلامُ معه فى الوكالة ، فإن علم المشترى بعد تلف الثمن فى يد العَدْل رجع على الراهن ، ولا شىء على العَدْل . فإن قيل : فلِمَ لا يرجعُ المشترى على العدل ، لأنّه قبضَ الثمن بغير حقّ ؟ قلنا : لأنّه سلّمه إليه على أنه أمين فى قبضه ، يُسلّمه إلى المرتهِن . فلذلك لم يجب الضمانُ عليه . فأما المرتهن ، فقد بان له أنّ عقد الرهن كان فاسداً . فإن كان مَشروطاً فى بيعٍ ثبت لهُ الخيارُ فيه ، وإلاّ سقط حقّه . فإن كان الراهنُ مُفلِساً حيّاً ، أو مَيّتاً . كان المرتهنُ والمشترى أُسْوةَ الغُرَماء ، لأنّهم متساوُون فى ثبوت حقّهم فى الذمّة ، فاستووْا فى قِسْمةِ ماله بينهم . فأمّا إن خرج مُسْتَحَقّاً بعد مادفع الثمن إلى المُرتهِن . رجع المشترى على المُرْتهِن . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة يرجعُ على العدل ، ويرجعُ العدلُ على أيِّهما شاء ، من الراهن ، والمرتهن .

ولنا : أن عَيْن مالهِ صار إلى المرتهن بغير حقّ ، فكان رجوعُه عليه ، كما لو قبضه منه . فأمّا إن كان المشترى ردّه بعيب ، لم يرجع على المرتهن ، لأنّه قبض الثمن بحقّ ، ولا على العدل ، لأنّه أمينٌ ، ووكيل ، ويرجعُ على الراهن . وإن كان العدل حين باعه لم يعلم المشترى أنّه وكيل . كان للمشترى الرجوعُ عليه ،

ويرجع هو على الراهن إن أقرّ بذلك ، أو قامت به بيّنة . وإن أنكر ذلك . فالقولُ قولُ العدل مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين ، فقضى عليه بالنكول ، أو ردّت اليمين على المشترى ، فحلف ، ورجع على العدل ، لم يرجع العدلُ على الراهن . لأنه يقرّ أنه ظلمه ، وعلى قول الخرقىّ : القولُ فى حدوث العيب قولُ المشترى مع يمينه ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . فإذا حلف المشترى ، رجع على العدل ، ورجع العدلُ على الراهن ، وإن تلف العبدُ المبيعُ فى يد المشترى . ثم بان مستحَقًّا قبل وزن ثمنه ، فللمغصوب منهُ تضمينُ من شاء ، من الغاصب ، والعدل ، والمرتهن ، ويستقرّ الضمانُ على المشترى . لأن التلف فى يده . هذا إذا علم بالغصب . وإن لم يكن عالماً ، فهل يستقرّ الضمانُ عليه ، أو على الغاصب ؟ على روايتين .

٣٢٨١ (فصل) فإن ادّعى العدلُ دفعَ الثمن إلى المرتهن ، فأنكر : فقال القاضى وأبو الخطاب : يُقبل قوله فى حقّ الراهن ، ولا يُقبل فى حقّ المرتهن . وهو مذهب الشافعىّ . لأنّ العدلَ وكيلُ الراهن فى دفع الدين إلى المرتهن ، وليس بوكيلِ المرتهن فى ذلك ، إنّما هو وكيلُه فى الحِفْظ فقط . فلم يُقبل قولُه عليه فيما ليس بوكيل له فيه ، كما لو وكّل رجلاً فى قضاء دَيْن ، فادّعى أنّه سلّمه إلى صاحب الدين . وقال الشريفُ أبو جعفر ، وأبو الخطّاب فى رءوس مسائلهما : يُقْبلُ قولُه على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه . ولا يُقبل فى إيجاب الضمان على غيره . وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأنّه أمينٌ فقُبِلَ قولُه فى إسقاط الضمان عن نفسه ، كالمودَع يدّعى ردّ الوديعة ، فعلى هذا : إذا حلف العدلُ له سقط الضمانُ عنه ، ولم يثبُت عن المرتهن أنه قبضه . وعلى القول الأوّل يحلفُ المرتهنُ ، ويرجعُ على من شاء منهما ، فإن رجع على العدل لم يرجع العدلُ على الراهن ، لأنّه يقولُ : ظلمنى ، وأخذ منّى بغير حقّ ، فلم يرجعْ على الراهن ، كما لو غصبه مالاً آخرَ . فإن رجع على الراهن ، فهل يرجعُ الراهنُ على العدل ؟ نظرتَ . فإن كان دفعه إلى المرتهن بحَضْرَةِ الراهن ، أو ببيِّنة ، فماتت ، أو غابَتْ ، لم يرجعْ عليه ، لأنّه أمينٌ ، ولم يُفرّط فى القضاء ، وإن دفعه إليه بغير بيِّنة فى غَيْبةِ الراهن . ففيه روايتان :

إحداهما : يرجعُ الراهن عليه . لأنّه مُفرّط فى القضاء بغير بيِّنة ، فلزمه الضمانُ ، كما لو تلف الرهنُ بتفريطه ، ويحتملُ أن يكون هذا معنى قول الخِرَقىّ . ومن أمر رجلا أن يدفع إلى رجل مالاً ، وادّعى أنّه دفعه إليه . لم يُقبل قولُه على الآمر إلاّ ببيِّنة .

والرواية الثانية : لا يرجعُ الراهنُ عليه . لأنّه أمينٌ فى حقّه . سواء صدّقه فى القضاء ، أو كذّبه . إلا أنّه إن كذّبه ، فله عليه اليمين .

٣٢٨٢ (فصل) إذا غصب المرتهنُ الرهنَ من العَدْلِ ، ثمّ ردّه إليه ، زال عنه الضمانُ ، ولو كان

الرهنُ فى يد المرتهن ، فتعدَّى فيه ، ثم أزال التعدِّى ، أو سافر به ، ثم ردَّه لم يُزلْ عنه الضمانُ . لأنَّ استئمانهَ زَال بذلك . فلم يفسد بفعله مع بقائه فى يده ، بخلاف التى قبلها . فإنه ردَّه إلى يَدِ نائب مالِـكها ، فأشبه ما لو ردَّها إلى مالِـكها .

٣٢٨٣ (فصل) وإذا استقرض ذمىٌّ من مُسلم مالاً ، ورهنه خمراً . لم يصحّ ، سواء جعله على يد ذِمىٍّ ، أو غيره ، فإن باعها الراهن أو نائبه الذمِّى ، وجاء المقرضَ بثمنها ، لزمه قبولُه ، فإن أبى قيل له : إمَّا أن تقبض ، وإمَّا أن تبرِئ . لأنَّ أهلَ الذمَّة إذا تقابضوا فى العقود الفاسدة جرَتْ مجرى الصحيحة . قال عمر رضى الله عنه فى أهل الذمَّة مَعهُم الخمرُ : وَلُّوهُمْ بَيْعَها وَخُذُوا مِنْ أَثْمَانِهَا . وإن جعلها على يد مُسلم فباعها . لم يُجْـبَر المرتهنُ على قبول الثمن . لأنَّ ذلك البيعَ فاسدٌ ، لا يُقرَّان عليه ، ولا حُـكْمَ لَهُ .

٣٢٨٤ « مسألة » قال ﴿ ولا يَرهَنُ مالَ مَنْ أوصى إليه بحفظ ماله إلاَّ من ثقة ﴾

وجملته : أن وَلىَّ اليتيم ليس له رهنُ ماله ، إلا عند ثِقةٍ يُودِع مالَه عنده ، لئلاَّ يَجْحَدَهُ ، أو يُفرّط فيه ، فيضيعَ . قال القاضى : ليس لوليّه رهنُ ماله إلاَّ بشرطين :

أحدهما : أن يكون عندَ ثقة .

الثـانى : أن يكون له فيه حظّ ، وهو أن يكون به حاجةٌ إلى نفقة ، أو كسْوةٍ ، أو إنفاق على عقاره المتهدِّم أو أرضه ، أو بهائمه ، ونحو ذلك ، وماله غائبٌ يتوقَّع ورودَه ، أو ثمرةٌ ينتظرُها ، أو له دينٌ مؤَجَّل يحُلُّ ، أو متاعٌ كاسدٌ يرجو نَفاقَه ، فيجوزُ لوليّه الاقتراضُ ، ورهنُ ماله ، وإن لم يكن له شىء ينتظرُه ، فلا حظَّ له فى الاقتراض فيبيعُ شيئاً من أصول ماله ، ويصرِفُه فى نفقته ، وإن لم يجد من يُقرضه ، ووجد من يبيعه نَسِيئَةً ، وكان أحظَّ من بيع أصوله ، جاز أن يشتريه نَسِيئَةً ، ويرهنَ به شيئاً من ماله ، والوصىُّ ، والحاكمُ ، وأمينُه فى هذا سواء . وكذلك الأبُ ، إلاَّ أن للأب أن يرهن من نفسه لولده ، ولنفسه من ولده ، ومن عداهُ بخلافه ، على إحدى الروايتين :

٣٢٨٥ (فصل) فأما أخذُ الرهن بمال اليتيم ، فيـكونُ فى بيعٍ ، أو قرضٍ ، وقد ذكرنا القرض فى باب المُصَرَّاة ، وفى البيع ثلاثُ مسائل :

إحداهُنَّ : أن يبيع ما يُساوى مائةً نقداً . بمائة ، أو دونَها نَسِيئَةً ، ويأخذُ بها رَهْناً ، فهذا بيعٌ فاسدٌ . لأنَّ بيعه نقداً أحْوَطُ ، وكذلك لو جعل بعض الثمن نَسِيئَةً .

الثانية : أن يبيعه بمائةٍ نقداً ، وعشرين نَسِيئَةً يأخذُ بها رهناً ، فهذا جائزٌ : لأنَّه لو باعه بمائةٍ نقداً جاز . فإذا زاد عليها ، فقد زادهُ خيراً . سواء قلَّت الزيادةُ ، أو كثُرتْ .

الثالثة : باعه بمائة وعشرين نَسِيئَةً ، وأخذ بها رَهْناً ، فهذا جائزٌ أيضاً . ذكره القاضى . وهو قول أصحاب الشافعىِّ ، وقال بعضهم : لا يجوز . لأنَّه تغريرٌ بماله ، وبيع النقد أحْوَطُ له .

ولنا : أن هذا عادةُ التجّار ، وقد أُمِرْناه بالتجارة ، وطَلَب الربح ، وهذا من جهاته ، والتغريرُ يزولُ بالرهن .

٣٢٨٦ (فصل) وحكم المُكاتب فيما ذكرناه حكمُ ولىّ اليتيم ، له أن يتصرَّف فيما فى يديه ، فيما له فيه الحظُّ ، فأمَّا المأذونُ ، فإن دفع له سيِّده مالاً يتّجر فيه ، أو لم يدفع إليه ، فقال القاضى : ليس له التصرُّف بالنسيئة ، لأنَّ ديُونه تتعلّق بذمّة السيِّد ، فيتضرَّر بذلك . لأن الدين غَرَرٌ ، بخلاف المُكاتَب .

٣٢٨٧ (فصل) ولو كان مالُ اليتيم رَهْناً ، فاستعاده الوصىُّ لليتيم ، جاز ، وإن استعاده لنفسه لم يَجُز . لأنَّه لا يملك التصرُّف فى مال اليتيم لنفسه ، وعليه الضمانُ ، لأنَّه قبضه على وجهٍ ليس له قبضُه ، وإن فكّه بمالِ اليتيم ، وأطلق ، فهو لليتيم ، وإن فكَّه بمالِ نفسِهِ ، وأطلق ، فالظاهر أنَّه استعاده لنفسه . فإن قال : استعدته لليتيم ، قُبِلَ قولُه ، وإن تلف قبل ذلك ضَمِنَه . وإن قال : استعدتهُ لليتيم بعد هلاكه ، أو هلاك بعضه ، لم يُقبلْ قولُه ، لأنّنا حكمنا بالضمان ظاهراً ، فلا يزولُ بقوله ، والأولى أن يُقبل قولُه ، لأنَّه أمين ، وهو أعلم بنيَّته ، فيُقبلُ قولُهفيهما ، كما قبل التلَف .

٣٢٨٨ (فصل) ولو رهن الوصىّ ، أو الحاكمُ مالَ اليتيم عندَ مكاتَبه ، أو ولده الكبير ، صحّ . لأنّه لا وِلايةَ له عليهما .

٣٢٨٩ (فصل) ولو أوصى إلى رجلٍ بقضاء دينه ، فرهن شيئاً من تركته عند الغَرِيم ، أو غيره ، ضمِنَ . لأنّه لم يُؤذن له فى رهنها ، فضمن ، كما لو لم يوصِ إليها ، بقضاءِ دَيْنه .

٣٢٩٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا قضاه بعضَ الحقّ كان الرهنُ بحاله على ما بقى ﴾

وجملة ذلك : أن حقّ الوثيقةِ يتعلّق بالرهن جميعِهِ ، فيصيرُ محبوساً بكلّ الحقّ ، وبكلّ جزء منه ، لا ينفكّ منه شىء ، حتّى يُقْضَى جَميعُ الدّين . سواء كان ممّا يُمكن قِسْمَتُه ، أو لا يمكنُ . قال ابن المنذر : أجمعَ كلّ من أحفظ عنه من أهل العلم على أنّ من رَهن شيئاً بمالٍ ، فأدّى بعضَ المال ، وأراد إخراج بعض الرهن . أنّ ذلك ليس له ، ولا يخرُج شىء حتى يُوفّيه آخرَ حقّه ، أو يُبْرِئه من ذلك . كذلك قال مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى : لأنّ الرهن وثيقةٌ بحقّ ، فلا يزولُ إلاّ بزوال جميعه ، كالضمان ، والشهادة .

٣٢٩١ « مسألة » قال ﴿ وإذا أعتق الراهن عبده المرهونَ ، فقد صار حرّا . ويُؤخذ إن كان له مالٌ بقيمة المُعْتَق ، فيكون رهناً ﴾

وجملة ذلك : أنه ليس للراهن عِتقُ الرهن . لأنهُ يُبطِلُ حقّ المرتهن من الوثيقة ، فإن أعتق نفـذ عتقُه ، موسراً كان أو مُعْسِراً . نصّ عليه أحمد . وبه قال شَرِيكٌ ، والحسنُ بن صالح ، وأصحابُ الرأى ، والشافعىّ فى أحد أقواله ، إلا أنّ أبا حنيفة قال : يستَسعى العبدَ فى قيمته ، إن كان المُعتق مُعْسِراً ، وعن أحمد روايةٌ أخرى : لا ينفذُ عِتقُ المُعْسِر . ذكرها الشريفُ أبو جعفر ، وهو قول مالك . والقول الثانى للشافعىّ ، لأنّ عتقه يُسقط حقّ المرتهن من الوثيقة ، من عين الرهن ، وبدلها ، فلم ينفُذ ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن ، ولأنه عتق يُبْطِلُ حقّ غير المالك ، فنفذ من المُوسر ، دون المعسر ، كعتق شِرْكٍ له من عَبْدٍ ، وقال عطاء ، والبتّىّ ، وأبو ثور : لا ينفُذ عِتقُ الراهن ، مُوسراً كان أو مُعسراً . وهو القول الثالث للشافعىّ . لأنه معنًى يُبْطِلُ حقّ الوثيقة من الرهن ، فلم ينفُذ ، كالبيع .

ولنا : أنه إعتاق من مالك ، جائزِ التصرّف تامّ المالك ، فنفَذَ ، كعتق المستأجَر ، ولأن الرهن عينٌ محبوسةٌ لاستيفاء الحقّ ، فنفذ فيها عتقُ المالك ، كالمبيع فى يد البائع ، والعتقُ يخالف البيع ، فإنّه مبنىّ على التغليب ، والسِّراية ، وينفُذُ فى مِلك الغير ، ويجوزُ عِتقُ المبيع قبل قبضه ، والآبقِ ، والمجهولِ ، وما لا يُقدَرُ على تسليمه ، ويجوزُ تعليقُه على الشروط ، بخلاف البيع .

إذا ثبت هذا : فإنّه إن كان مُوسراً أُخذت منهُ قيمتهُ ، فجُعلتْ مكانَه رهناً ، لأنه أبطل حقّ الوثيقة بغير إذن المرتهن ، فلزمته قيمتُه ، كما لو أبطلها أجنبىّ ، أو كما لو أتلفه ، وتـكون القيمةُ رَهْناً . لأنّها نائبةٌ عن العين ، وبدلٌ عنها ، وإن كان مُعسراً ، فالقيمة فى ذِمّته . فإن أيسر قبل حلول الحقّ ، أُخـذت منه القيمةُ ، فجعلت رهناً ، إلاّ أن يختار تعجيلَ الحقّ ، فيقضيَه ، ولا يحتاجُ إلى رهن . وإن أيسر بعد حلول الحقّ ، طولبَ بالدين خاصّةً ، لأنّ ذِمّته تبرأ به من الحقّين معاً ، والاعتبارُ بقيمة العبد حال الإعتاق ، لأنّه حالُ الإتلاف . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة فى المُعسر : يَسْتَسْعِى العبدَ فى قيمته ، ثم يَرْجِعُ على الراهن ، وفيه إيجابُ الـكسب على العبد ، ولا صُنْعَ له ، ولا جِنَايةَ منه ، وإلزامُ الغُرْمِ لمن وُجد منه الإتلافُ أولى ، كحال اليسار ، وكسائر الإتلاف .

٣٢٩٢ (فصل) وإن أعتقه بإذن المرتهن ، فلا نعلم خلافاً فى نفوذ عتقه ، على كلّ حال ، لأنّ المنع كان لِحقّ المرتهن ، وقد أذن ، فيسقُط حقّه من الوثيقة ، موسراً كان المُعتقُ أو معسراً ، لأنه أذن فيما ينافى حقّه . فإذ وُجد زال حقُّه ، وقد رضى به ، لرضاهُ بما ينافيه ، وأذنه فيه ، فلم يكن له بدلٌ . فإن رجع عن الإذن قبل العتق ، وعلم الراهنُ برجوعه ، كان كمن لم يأذن ، وإن لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق ، ففيه وجهان . بناءً على عزل الوكيل بدون علمه . وإن رَجع بعد العتق ، لم ينفع رجوعُه ، والقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ، لأنّ الأصلَ عدمُ الإذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن ،فالقولُ قولُ ورثةِ المرتهن أيضاً ،

إلاّ أن أيمانَهُمْ على نفي العلم ، لأنها على فعل الغير . وإن اختلف المرتهن ، وورثَةُ الراهن . فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ، وإن لم يحلف قُضِيَ عليه بالنُّكول .

٣٢٩٣ (فصل) وإن تصرّف الراهنُ بغير العتق ، كالبيع ، والإجارة ، والهبة ، والوقف ، والرهن ، وغيره ، فتصرُّفه باطلٌ ، لأنَّه تصرّف يُبْطِلُ حق المرتهن من الوثيقة ، غير مَبنيّ على التغليب والسِّراية ، فلم يصحَّ بغير إذن المرتهن ، كفسخ الرهن ، فإن أذن فيه المرتهنُ صحّ ، وبطل الرهنُ ، لأنّه أذن فيما ينافي حقَّه ، فيبطُل بفعله ، كالعتق ، وإن زوّج الأمّ المرهونة ، لم يصحَّ ، وهذا اختيارُ أبي الخطّاب. وقول مالك ، والشافعيّ ، وقال القاضى ، وجماعةٌ من أصحابنا : يصحُّ ، وللمرتهن منعُ الزوج من وطئها ، ومَهرُها رهنٌ معها . وهذا مذهبُ أبي حنيفة لأنّ محلّ النكاح غيرُ محلِّ عقد الرهن ، ولذلك صحّ رهنُ الأمة المُزوَّجة ، ولأنّ الرهن لا يُزيل الملك ، فلا يمنعُ التزويج ، كالإجارة .

ولنا : أنه تصرّف في الرهن بما ينقص ثمنه ، ويستغلّ بعض منافعه ، فلم يملكْهُ الراهنُ بغير رضا المرتهن ، كالإجارة ، ولا يخفى تنقيصُه لثمنها ، فإنّه يعطِّل منافعَ بعضها ويمنعُ مشتريَها من وطئها ، وحِلِّها ، ويوجب عليه تمكينَ زَوْجها من استمتاعها في الليل ، ويعرِّضها بوطئه للحَمْل الذى يُخاف منه تَلَفُها ، ويشغَلُها عن خدمته ، بتربيةِ ولدها ، فتذهَبُ الرغبةُ فيها ، وتنقُصُ نَقْصاً كثيراً ، وربما منع بيعَها بالكلّية. وقولهم إن محلّ عقد النكاح غيرُ محلِّ الرهن، غيرُ صحيح . فإنّ محلّ الرهن محلُّ البيع ، والبيعُ يتناول جملتها ، ولهذا يُباح لمشتريها استمتاعُها ، وإنّما صحّ رهنُ المزوَّجة ، لبقاء معظم المنفعة فيها ، وبقائها محلاً للبيع ، كما يصحُّ رهنُ المستأجرة . ويُفارق الرهنُ الإجارَة ، فإن التزويجَ لا يؤثّر في مقصود الإجارة ، ولا يمنعُ المستأجِرَ من استيفاء المنافع المستحقَّة له ، ويؤثِّر في مقصود الرهن ، وهو استيفاء الدين من ثمنها ، فإنّ تزويجها يمنعُ بيعَها ، أو ينقُص ثمنها ، فلا يُمكن استيفاء الدين بكماله .

٣٢٩٤ (فصل) ولا يجوز الراهن وطء أمته المرهونة ، في قول أكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعيِّ رضى الله عنه : له وطء الآيسَةِ ، والصغيرة ، لأنّه لا ضرر فيه ، فإنّ علة المنع الخوفُ من الحمل ، مخافةَ أن تَلِد منه ، فتخرُجَ بذلك عن الرهن ، أو تتعرَّض للتلف ، وهذا معدوم فيهما . وأهل العلم على خلاف هذا . قال ابن المنذر : أجمع أهلُ العلم على أن للمرتهن منعَ الراهن من وطء أمته المرهونة ، ولأنّ سائر من يحرُم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة ، والصغيرة ، وغيرها ، كالمعتدّة ، والمستبرَأة ، والأجنبية ، ولأنّ الذى تَحْبَلُ فيه ، يختلفُ ، ولا يتحرَّر ، فمُنع من الوطء جملةً ، كما حُرِّم الخمرُ للسُّكر، وحُرِّم منه اليسيرُ الذى لا يُسْكرُ ، لكون السُّكر يختلفُ ، وإن وطىء فلا حدّ عليه ، لأنّها ملكه ، وإنّما حرُمت عليه لعارض ، كالمُحرِمة ، والصائمة ، ولا مَهْرَ عليه ، لأنّ المرتهن لا حقّ له في منفعتها ،

ووطؤها لا ينقصُ قيمتها ، فأشبه ما لو استخدمها ، وإن تلف جزء منها ، أو نقصها ، مثلُ أن افتض البِكْرَ أو أفضاها . فعليه قيمةُ ما أتلف ، فإن شاء جعله رهناً معها ، وإن شاء جعله قضاءً من الحقِّ . إن لم يكن حلَّ . فإن كان الحقُّ قد حلَّ ، جعله قضاءً لا غيرُ ، فإنّه لا فائدة في جعله رَهْناً ولا فرق بين الكبيرة ، والصغيرة فيما ذكرناه .

٣٢٩٥ « مسألة » قال ﴿ وإن كانت جاريةً ، فأولدها الراهنُ خرجت أيضاً من الرهن ، وأخذ منه قيمتها ، فتكونُ رهناً ﴾

وجملته : أن الراهن إذا وطىء أمته المرهونة ، فأولدها ، خرجت من الرهن ، وعليه قيمتُها حين أحْبَلَها ، كما لو جَرَح العبد ، كانت عليه قيمتُه حين جَرَحَه ، ولا فرق بين الموسر والمُعسر ، إلاّ أنَّ الموسر يُؤخذ منه قيمتُها ، والمُعسرَ يكونُ في ذمّته قيمتُها ، على حسب ما ذكرنا في العتق ، وهذا قولُ أصحاب الرأى ، وقولُ الشافعيّ ههنا كقوله في العتق ، إلاَّ أنه إذا قال له لا ينفذُ الإحْبَالُ ، فإنَّما هو في حقّ المرتهن ، فأمّا في حقّ الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتهن ، ولو حلّ الحقُّ وهى حامل ، لم يجُز بيعُها ، لأنَّها حاملٌ بحُرٍّ ، فإذا ولدت لم يجُز بيعُها ، حتّى تَسْقِيَ ولدَها اللِّبأ ، فإن وُجد من يرضِعُه بيعَتْ ، وإلاَّ تُرِكَتْ حتّى تُرْضِعَه ، ثم يُباع منها بقدر الدَّيْن خاصّة ، ويثبت للباقي حكم الاستيلاد ، فإذا مات الراهنُ عتَقَ ، وإن رجع هذا المبيعُ إلى الراهن بإرثٍ ، أو بَيْعٍ أو هِبَةٍ ، أوغير ذلك ، أو بِبَيْعِ جميعها ، ثمّ رجعتْ إليه ، ثبت لها حكمُ الاستيلاد ، وقال مالك : إن كانت الأمة تخرُج إلى الراهن ، وتأتيه ، خرجت من الرهن ، وإن تَسَوَّر عليها . أُخِذَ ولدُها ، وبيعت .

ولنا : أن هذه أمّ ولد ، فلم يثْبُت فيها حكمُ الرهن ، كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن ، أو نقول : معنى يُنافى الرهن في ابتدائه فنافاه في دوامه ، كالحرّية .

٣٢٩٦ (فصل) فإن كان الوطء بإذن المرتهن ، خرجت من الرهن ، ولا شيء للمرتهن ، لأنّه أذن في سبب ما يُنافى حقَّه ، فكان إذناً فيه ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وإن لم تَحْبَلْ ، فهى رهنٌ بحالها ، فإن قيل : إنما أذن في الوطء ، ولم يأذن في الإحبال ، قلنا : الوطء هو المُفضى إلى الإحبال ، ولا يقفُ ذلك على اختياره ، فالإذن في سببه إذنٌ فيه ، فإن أذن ، ثمّ رجع ، فهو كمن لم يأذن ، وإن اختلفا في الإذن ، فالقولُ قولُ من يُنكره ، وإن أقرّ المرتهنُ بالإذن ، وأنكر كونَ الولد من الوطء المأذون فيه ، أو قال : هو من زوج ، أو زنا ، فالقولُ قولُ الراهن بأربع شروط :

أحدها : أن يعترف المرتهنُ بالإذن .

والثاني : أن يعترف بالوطء ، والثالث : أن يعترف بالولادة ، والرابع : أن يعترف بمضيّ مدّةٍ بعد

الوطء يمكنُ أن تلد فيها ، فحينئذ لا يُلتفتُ إلى إنكاره ويكون القولُ قولَ الراهن بغير يمين ، لأنّنا لم نُلحقه به بدعواه ، بل بالشرع ، فإن أنكر شرطاً من هذه الشروط ، فقال : لم آذن ، أو قال : أذنتُ ، فما وَطِئتُ . أو قال : لم تمض مدّةٌ تضعُ فيها الحمل منذُ وُطئت ، أو قال : ليس هذا ولدَها ، وإنّما استعارته ، فالقولُ قولُه ، لأنّ الأصلَ عدمُ ذلك كلِّه ، وبقاء الوثيقة صحيحةً ، حتى تقوم البيّنة ، وهذا مذهبُ الشافعيّ .

٣٢٩٧ (فصل) ولو أذن فى ضربها ، فضربها ، فتلفت ، فلا ضمان عليه . لأنّ ذلك تولّد من المأذون فيه ، كتولّد الإحبال من الوطء .

٣٢٩٨ (فصل) إذا أقرّ الراهنُ بالوطء لم يخْلُ من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يقرّ به حالَ العقد ، أو قبل[1] لزومه ، فحكمُ هذين واحدٌ ، ولا يمنعُ ذلكَ صحّةَ العقد . لأنّ الأصل عدمُ الحمل ، فإن بانت حائلاً أو حاملاً بولدٍ لا يَلْحَقُ بالراهن ، فالرهنُ بحاله ، وكذلك إن كان يَلْحق به ، لكن لا تصيرُ به أمّ ولدٍ ، مثلُ أنْ وطِئها وهى زوجتُه ، ثم مَلَكها ، ورهنَها وإن بانت حاملاً بولدٍ تصيرُ به أمّ وَلَدٍ ، بطلَ الرهنُ ، ولا خيار للمرتهن ، وَإن كان مشروطاً فى بيع ، لأنه دخل مع العلم بأنّها قد لا تكون رهناً ، فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذى علمه ، لم يكن له خيارٌ ، كالمريض إذامات ، والجانى إذا اقتُصَّ منه ، وَهذا قولُ أكثر أصحاب الشافعيّ ، وقال بعضهم : له الخيار . لأنّ الوطء نفسَه لا يُثْبِتُ الخيارَ ، فلم يكن رضاهُ بِهِ رِضًى بالحمل الذى يَحْدُث منه ، بخلاف الجناية ، والمرض ، ولنا أن إذنَه فى الوطء إذنٌ فيما يؤولُ إليه ، كذلك رضاه به رضًى بما يؤولُ إليه .

(الحال الثالث) أقرّ بالوطء بعد لزوم الرهن ، فإنه يُقبل فى حقّه ، ولا يُقبل فى حقِّ المرتهن ، لأنّه أقرّ بما يفسخُ عقداً لازماً لغيره ، فلم يُقبل ، كما لو أقرّ بذلك بعد بيعها ، ويحتملُ أن يُقبَل ، لأنّه أقرّ فى ملكه بما لا تهمةَ فيه ، لأنّه يَسْتَضِرُّ بذلك أكثرَ من نفعه بخروجها من الرهن ، والأول أصحّ ، لأنّ إقرار الإنسان على غيره لا يُقبل ، وهكذا الحكمُ فيما إذا أقرّ بأنه غصبها ، أو أنها كانت جَنَتْ جناية تعلّق أرشُها برَقبتها ، وللشافعيِّ فى ذلك قولان ، وإن أقرّ أنّه أعتقها ، صحّ إقرارُه ، وخرجت من الرهن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعيُّ فى أحد قوليه : لا يُقبل ، بناء على أنّه لا يصحّ إعتاقه للرهن ، ولنا : أنه لو أعتقه لنفذ عتقُه ، فقُبِل إقرارُه بعتقه ، كغير الرهن ، ولأن إقراره بعتقه يجرى

(١) هذان حالان، ولم يفرد المؤلف الحال الثانى بقوله: الثانى ، وإنما اكتفى بقوله أو قبل لزومه ، ثم أفرد الثالث بقوله (الحال الثالث) فلا يتحير القارىء فى البحث عن الحال الثانى .

مجرَى عتقه ، فأشبه ما لو قال : أنت حرّ ، و يتخرّج أن ينفذ إقرارُ المُعْسر بناءً على أنه لاَ ينفُذ إعتاقُه ، وكلّ موضعٍ قلنا القول قولُ الراهن ، فقال القاضى : ذلك مع يمينه ، لأن كَذِبَه محتمل ، ويحتملُ أن لاَ يُسْتَحْلَف ، لأنه لو رجع عن إقراره لم يُقبل ، فلا فائدة فى استحلافه ، واختلفَ أصحابُ الشافعىِّ فى استحلافه على نحو الوجهين : والصحيحُ عندى : أنه إذا أقرّ بالعتق لم يُسْتَحْلَفَ . لأن ذلك جرى مجرى قوله : أنتَ حُرّ ، فلم يحتج إلى يمين ، كما لو صرّح به ، وإن أقرّ بالغصب،والجناية ، فإنه إن لم يَدّعِ ذلك المغصوبُ منه ، والمجنىُّ عليه ، لم يُلْتَفَتْ إلى قول الراهن ، وجهاً واحداً ، وإن ادّعياه ، فاليمينُ عليهما لأنّ الحقّ لهما ، ورجوعُهما عنه مقبولٌ ، فـكانت اليمينُ عليها كسائر الدعاوى ، وإن أقرّ باستيلاد أمته ، فعليه اليمينُ . لأن نفعها عائدٌ إليه من حِلِّ استمتاعها ، ومِلْكِ خِدْمَتِها ، فكانت اليمين عليه ، بخلاف ما قبلها . وإن قلنا : القولُ قولُ المرتهن ، فعليه اليمينُ بكلّ حالٍ . لأنه لو اعترف ثبت الحقّ فى الرهن ، ويمينه على نفى العلم ، لأنَّها على نفى فعل الغير ، فإذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة إليه ، وبقى حكمُها فى حقّ الراهن ، بحيث لو عاد إليه الرهنُ ظهر فيه حكمُ إقراره ، وإن أراد المجنىُّ عليه ، أو المغصوبُ منه ، أن يُغرِّماه فى الحالِ ، فلهما ذلك . لأنه منَع مِن استيفاء الجناية بتَصرّفه ، فلزمه أرشُها كما لو قتَله .

٣٢٩٩ (فصل) ولا يحلّ للمرتهن وطء الجارية المرهونة إجماعاً ، لقول الله تعالى (إِلاَّ عَلَىٰٓ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَـكَتْ أَيْمَانُهُمْ) وليست هذه زوجةً ، ولا مِلْكَ يمين ، فإن وطئها عالماً بالتحريم ، فعليه الحـدُّ . لأنه لا شُبْهَةَ له فيه ، فإنّ الرهن استيثاقٌ بالدين ، ولا مدخلَ لذلك فى إباحة الوطء ، ولأنّ وطء المستأجَرةِ يوجِبُ الحدّ مع مِلْـكِهِ لنفعها ، فالرهن أولى ، فإن ادَّعى الجهلَ بالتحريم ، واحتُمِل صدقهُ لـكونه ممّن نشا ببادية ، أو حديثَ عهد بالإسلام ، فلا حدّ عليه . وولدُه حرّ ، لأنّه وطئها مُعتقداً إباحةَ وطئها ، فهو كما لو وطئها يظنها أمتَه ، وعليه قيمةُ ولدها يوم الولادة ، لأنّ اعتقاده الحِلّ منع انخِلاقَ الولد رَقيقاً ، ففوّت رِقّ الولد على سيِّدها ، فلزمتهُ قيمتُه ، كالمغرور بحريّة أمةٍ ، وإن لم يُحتَمل صدقُه ، كالناشىء ببلادِ الإسلام مختلطاً بهم ، من أهل العلم ، لم تقبل دعواه ، لأنه لا يخلو ممّن يسمعُ منه ما يعلم به تحريمَ ذلك ، فيكونُ كمَنْ لم يدّعِ الجهل ، وولدُه رقيقٌ للراهن، لأنّه من زِناً ، ولا فرق فى جميع ماذكرنا بين أن يكون الوطء بإذنِ الراهن ، أو بغير إذنه ، وهـذا المنصوصُ عن الشافعىّ ، ويحتملُ أن لا تجب قيمةُ الولد مع الإذن فى الوطء . وهو قولُ بعضِ أصحاب الشافعىّ ، لأنَّ الإذنَ فى الوطء إذنٌ فيما يحدُث منه ، بدليل أنه لو أذن المرتهنُ للراهن فى الوطء ، فحملتْ منهُ سقط حقُّه من الرهن . ولو أذن فى قطعِ إصْبعٍ ، فسرت إلى أخرى، لم يضمنْهَا .

ووجه الأول : أن وجوبَ الضمان يمنعُ انخِلاقَ الولد رقيقاً ، وسببُه اعتقادُ الحِلّ وما حصل ذلك بإذنه ،

بخلاف الوطء ، فإنَّ خُروجَها من الرهن بالحمل الذى الوطءِ المأذونُ فيه سببٌ لَهُ ، وأما المهرُ ، فإن كان الوطءُ بإذنِ الراهن فلا مهرَ لهُ ، وقال أبو حنيفة : يجب له ، لأنه يجبُ لها ابتداء ، فلا يسقُط بإذن غيرها ، وعن الشافعىِّ كالمذهبين .

ولنا : أنه أذن فى سببه ، وهو حقّه ، فلم يجب ، كما لو أذن فى قتلها ، ولأنَّ المالك أذن فى استيفاء المنفعة ، فلم يجب عِوَضُها ، كالحرَّة ، المطاوِعَةِ . وإن كان بغير إذنه ، فالمهرُ واجبٌ ، سواء أكرهها ، أو طاوعته . وقال الشافعىُّ : لا يجبُ المهرُ مع المطاوعة ، لأنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم نَهىَ « عَنْ مَهْرِ البَغِىِّ » ولأنَّ الحدَّ إذا وجب على الموطوءة ، لم يجب المهرُ كالحرَّة .

ولنا : أن المهر يجبُ للسيِّد ، فلا يسقُط بمطاوعةِ الأمةَ ، وإذنها ، كما لو أذنت فى قطع يدها ، ولأنه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيِّد بغير إذنه ، فكان عليه عِوَضُها ، كما لو أكرهها ، وكأرش بَكَارتها ، لو كانت بكراً : والحديثُ مخصوصٌ بالمُكْرَهَةِ على البِغَاء ، فإنَّ الله تعالى سَمَّاها بذلك مع كونها مُكْرَهَةً عليه ، فقال (٢٤ : ٣٣ وَلاَ تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى البِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً) وقولهم : لا يجبُ الحدُّ والمهرُ ، قلنا : لا يجبُ المهرُ لها ، وفى مسألتنا لا يجبُ لها ، وإنما يجبُ لسيِّدها . ويفارق الحرّة ، فإن المهرَ لو وجب ، لوجب لها ، وقد أسقطت حقَّها بإذنها ، وههنا المستَحِقّ لم يأذن ، ولأنّ الوجوبَ فى حقّ الحرّة بإكراهها ، وسقوطهُ بمطاوعتها ، فكذلك السيِّد ههنا ، لمَّا تعلّق السقوط بإذنه ، ينبغى أن يثبُت عند عدمه ، وسواء وطئها مُعتقداً للحِلِّ أو غير معتقد له ، أو ادّعى شُبْهَةً أو لم يَدَّعها لأنَّ المهرَ حقّ آدمىّ ، فلا يسقُط بالشُبُهات ، ولا تصيرُ هذه الأَمَةُ أمَّ وَلدٍ للمُرتهن بحالٍ ، سواء ملكها بعد الوضع ، أو قبله ، وسواء حكمنا برقِّ الولد ، أو حُريته ، لأنه أحبلها فى غير مِلْكه .

٣٣٠٠ — « مسألة » قال ﴿ وإذا جنى العبدُ المرهونُ ، فالمجنىّ عليه أحقُّ برقبته من مُرتَهِنه ، حتى يستوفىَ حقَّه ، فإن اختار سيِّدُه أن يَفْدِيَهُ ، وفعل ، فهو رهنٌ بحاله ﴾ .

وجملته : أن العبد المرهونَ إذ جنى على إنسان ، أو على ماله ، تعلَّقت الجناية برقبته ، فكانت مقدَّمةً على حقِّ المرتهن ، لا نعلَمُ فى هذا خلافاً ، وذلك لأنَّ الجنايةَ مقدَّمَةٌ على حقّ المالك ، والملْكُ أقوى من الرهن ، فأولى أن يقدّم على الرهن . فإن قيل : فحقُّ المرتهن أيضاً يُقدَّمُ على حقّ المالك. قلنا : حقُّ المرتهنِ ثبتَ من جهة المالك بعقده ، وحقُّ الجناية ثبتَ بغير اختياره ، مُقدَّماً على حقّه ، فيقدَّمُ على ما ثبت بعقده ، ولأنَّ حقّ الجناية مختصٌّ بالعين ، يسقُط بفَوَاتها ، وحقُّ المرتهن لا يسقُط بفَوَات العين ، ولا يختصُّ بها ، فكان تعلُّقه بها أخفَّ ، وأدنى ، فإن كانت جنايةُ موجِبَةً للقِصَاص ، فلوَلىِّ الجنايةِ استيفاؤه ، فإن اقتصَّ سقط الرهنُ ، كما لو تَلِف ، وإن عفا على مالٍ ، تعلَّق برقبة العبد ،

وصار كالجناية المُوجِبَةِ للمال ، فيقالُ للسيِّد : أنتَ مخيَّر بين فِدائه ، وبين تسليمة للبَيْع ، فإن اختار فداءه فبكم يَفْدِيه ؟ على روايتين :

(إحداهما) بأقلّ الأمرين من قيمته ، أو أَرْشِ جنايته ، لأنَّه إن كان الأرشُ أقل ، فالمجنىُّ عليه لا يستحِقّ أكثرَ من أرش جنَايَتِهِ ، وإن كانت القيمةُ أقلّ ، فلا يلزمُه أكثرُ منها ، لأنّ ما يدفعُه عِوَضٌ عن العبد، فلا يُلزَمُ أكثرَ من قيمته ، كما لو أتلفه .

(والثانية) يَفديه بأَرْشِ جنايته ، بالغاً ما بلغ ، لأنّه ربّما يرغبُ فيه راغبٌ فيشتريه بأكثرَ من قيمته ، فإذا فداه، فهو رَهْنٌ بحاله، لأنَّ حقّ المرتهِن قائمٌ ،لوجود سببه وإنّما قدِّم حقُّ المجنىّ عليه لقوّته ، فإذا زال ، ظهرَ حكمُ الرهن، كحقّ مَنْ لا رَهْن له ، مع حقّ المرتهن فى تركةِ مُفْلِسٍ ، إذا أسقط المرتهنُ حقّه ظهرَ حكمُ الآخَرِ ، فإن امتنع . قيل للمرتهن : أنت مُخيَّر بين فدائه ، وبين تسليمه ، فإن اختار فداءه ، فبكم يَفْدِيه ؟ على الروايتين . فإنْ فداه بإذن الراهن ، رجع به عليه ، لأنّه أدّى الحقّ عنه بإذنه ، فرجع به، كما لو قضى دينه ، بإذنه ، وإن فداهُ متبرّعاً لم يرجع بشىء ، وإن نوى الرجوعَ : فهل يرجعُ بذلك ؟ على وجهين ، بناءً على ما لو قضى دينه بغير إذنه ، وإن زاد فى الفداء على الواجب ، لم يرجع به ، وجهاً واحداً، ومذهبُ الشافعىّ كما ذكرنا فى هذا الفصل ، إلاَّ أنَّه لا يرجعُ بما فداه به بغير إذنه ، قولاً واحداً ، وإن شرط له الراهنُ الرجوعَ ، رجعَ قولاً واحداً،وإن قضاه بإذنه من غير شرط الرجوع ، ففيه وجهان ، وهذا أصلٌ يذكر فى غير هذا الموضع ، فإن فداه ، وشرط أن يكون رهناً بالفداء مع الدين الأوّل . فقال القاضى: يجوز ذلك ، لأنّ المجنىّ عليه يملكُ بيعَ العبد ، وإبطالَ الرهن . فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ، والزيادةُ فى دين الرهن قبل لزومه جائزةٌ ،ولأنَّ أرْشَ الجنَايةِ متعلّق به ، وإنما ينتقلُ من الجناية إلى الرهن ، ويحتملُ أن لا يصحّ ، لأنّ العبدَ رهنٌ بدين ، فلا يجوز رهنُه ثانياً بدين سواه ، كما لو رهنه بدين سوى هذا ، وذهب أبو حنيفة إلى أنَّ ضمان جناية الرهن على المُرتهِنِ فإن فداه لم يرجع بالفداء وإن فداه الراهنُ، أو بِيعَ فى الجناية ، سقط دينُ الرهن ، إن كان بقدر الفداء ، وبناءً على أصله فى أنّ الرهن من ضمان المرتهِنِ ، وهذا يأتى الـكلامُ عليه إن شاء الله تعالى ، وإذا لم يفد الجانى ، فبيعَ فى الجناية التى تستغرقُ قيمتَه ، بطلَ الرهنُ ، وإن لم تَسْتغرقها بِيعَ منهُ بِقَدْرِ أرْشِ الجناية ؛ وباقيه رهنٌ ، إلاَّ أنْ يتعذَّر بيعُ بعضه ، فيُباعُ الـكلُّ ، وَيجْعَلُ بَقِيَّةَ الثمن رهناً ، وقال أبو الخطّاب : هل يُباع منه بقدر الجناية ، أم يباع جميعه ويكون الفاضلُ من ثمنه عن أرش جنايته رهناً ؟ على وجهين :

٣٣٠١ (فصل) وإن كانت الجنايةُ على سيّد العبد ؛ فلا يخلو من حالين :

أحدُهما : أن تكون الجناية غيرَ مُوجِبة للقَوَدِ ، كجناية الخطأ ، أو شِبْهِ العمد ، أو إتلاف مالٍ ، فيكونُ هَدَراً ، لأنّ العبدَ مالٌ لسيّده ، فلا يثْبُتُ له مالٌ في مالٍ .

الثاني : أن تكونَ مُوجِبَةً للقَوَدِ ، فلا يخلو من أن تكون على النفس ، أو على ما دونَها ، فإن كانت على ما دونَ النفس فالحقّ للسيّد ، فإن عفا على مالٍ ، سقط القصاصُ ، ولم يجب المالُ ، لما ذكرنا ، وكذلك إن عفا على غيرِ مالٍ ، وإن أحبَّ أن يقتصَّ ، فله ذلك ، لأن السيّد لا يملك الجنايةَ على عبده ، فيثْبُتُ له ذلك بجنايته عليه ، ولأنّ القِصاصَ يجبُ للزجْرِ ، والحاجةُ تدعو إلى زجره عن سيّده ، فإن اقتصَّ ، فعليه قيمتُه ، تكون رَهْناً مكانَه ، وقضاءً عن الدين . لأنّه يُخرجه عن كونه رَهْناً باختياره ، فكان عليه بَدَلُه ، كما لو أعتقه ، وإن كانت الجنايةُ على النفس ، فللورثةِ استيفاء القِصَاص ، وليس لهم العَفْوُ على مالٍ ، وذكر القاضي وجهاً آخرَ : أن لهم ذلك ، لأنّ الجناية حصلت في مِلْكِ غيرِهم ، فكان لهمُ العفوُ على مالٍ ، كما لو جنى على أجنبيّ ، وللشافعيّ قولان كالمذهبين . فإن عفا بعضُ الورثة ، سقط القصاصُ ، وهل يثْبُتُ لغير العافي نصيبُه من الدية ؟ على الوجهين ، ومذهب الشافعيّ في هذا الفصل كلِّه على نحوِ ما ذكرناه .

٣٣٠٢ (فصل) وإن جنى العبدُ المرهونُ على عبدٍ ، لسيّده ، لم يخْلُ من حالين :

أحدهما : أن لا يكون مرهوناً ، فحكمُهُ حكمُ الجناية على طَرَف سيّدِهِ ، له القصاصُ إن كانت جنايتُه مُوجِبَةً له ، وإن عفا على مالٍ ، أو غيره ، أو كانت الجنايةُ لا تُوجِبُ القِصاصَ ، ذهبت هَدَراً ، وسواء كان المجنيّ عليه ، قِنًّا ، أو مُدَبَّراً ، أو أمّ ولد .

الحال الثاني : أن يكون رهناً ، فلا يخلو : إمّا أن يكون رهناً عند مرتَهن القاتل ، أو عند غيره ، فإن كان عند مرتهن القاتل ، والجنايةُ موجِبَةٌ للقصاص ، فلسيّده القِصَاصُ ، فإن اقتصّ ، بطلَ الرهنُ في المجنيّ عليه ، وعليه قيمتُه للمقتصّ منه ، فإن عفا على مالٍ ، أو كانت الجنايةُ مُوجِبَةً للمال ، وكانا رهناً بحقٍّ واحد ، فجنايته ، هدَرٌ ، لأنّ الحقّ يتعلّق بكل واحدٍ منهما ، فإذا قُتل أحدُهما بقي الحقُّ متعلّقاً بالآخرَ ، وإن كان كلّ واحدٍ منهما مرهوناً بحقٍّ مُفرَدٍ ، ففيه أربعُ مسائل .

إحداها : أن يكون الحقّان سواءً ، وقيمتُهما سواءً ، فتكونُ الجنايةُ هَدَراً ، سواء كان الحقّان من جنسين ، مثلُ أن يكون أحدُهما بمائةِ دينارٍ ، والآخرُ بألف درهم ، قيمتُها مائةُ دينارٍ ، أو من جنس واحدٍ ، لأنّه لا فائدةَ في اعتبار الجنايةِ .

المسألة الثانية : أن يختلف الحقّان وتتّفق القيمتان ، مثلُ أن يكون دينُ أحدِهما مائةً ، ودينُ الآخَرِ مائتين ، وقيمةُ كلّ واحد منهما مائةٌ . فإن كان دينُ القاتل أكثرَ ، لم يُنقل ، إلى دين المقتول ، لعدم

الغرض فيه ، وإن كان دينُ المقتول أكثر نُقِلَ إلى القاتل ، لأنّ للمرتهن غرضاً في ذلك ، وهل يُباع القاتلُ وتُجعَلُ قيمتُه رهناً مكان المقتول ، أو يُنقَلُ بحاله ؟ على وجهين .

أحدهما : لا يُباع ، لأنّه لا فائدة فيه . والثاني : يُباع ، لأنّه ربّما زاد فيه مُزايدٌ ، فبلّغه أكثرَ من ثمنه ، فإن عُرِض للبيع ، فلم يُزَدْ فيه ، لم يُبَعْ ، لعدم ذلك .

المسألة الثالثة : أن يتّفق الدينان ، وتختلفَ القيمتان بأن يكون دينُ كلّ واحد منهما مائةً ، وقيمةُ أحدهما مائةً ، والآخرُ مائتين ، فإن كانت قيمةُ المقتول أكثرَ ، فلا غَرضَ في النقل ، فيَبْقى بحاله ، وإن كانت قيمةُ الجانى أكثرَ ، بِيعَ منه بقَدْر جنايته ، يكون رهناً بدين المجنىّ عليه والباقى رهنٌ بدَينه . وإن اتّفقا على تبقيتِه ، ونَقْل الدين إليه ، صار مرهوناً بهما ، فإن حلّ أحدُ الدينين بِيعَ بكلّ حالٍ ، لأنّه إن كان دينُه المعجّل بِيعَ ليُسْتَوفَى من ثمنه ، وما بقى منه رهنٌ بالدين الآخَر ، فإن كان المعجّل الآخر ، بيع ليُسْتَوفى منه بقَدْرِه ، والباقى رهنٌ بدينه .

المسألة الرابعة : أن يختلف الدينان ، والقيمتان ، مثلُ أن يكون أحد الدينين خمسين ، والآخرُ ثمانين ، وقيمةُ أحدهما مائةً ، والآخرُ مائتين ، فإن كان دينُ المقتول أكثرَ نُقِل إليه ، وإلاّ فلاَ ، وأمّا إن كان المجنىّ عليه رهناً عند غير مرتهن القاتل ، فللسيّد القِصَاصُ ، لأنّه مقدّمٌ على حقّ المرتهن ، بدليل أن الجناية المُوجِبَةَ للمال مُقدّمةٌ عليه ، فالقِصَاصُ أولى ، فإن اقتصّ ، بطل الرهنُ في المجنىّ عليه . لأن الجناية عليه لم توجب مالاً يُجْعَلُ رهناً مكانَه ، وعليه قيمةُ المقتصّ منه ، تكون رهناً ، لأنّه أبطل حقّ الوثيقة فيه ، باختياره : وللسيّد العفوُ على مالٍ ، فتصيرُ الجنايةُ كالجناية الموجِبَة للمالِ ، فيثبُت المالُ في رقبة العبد ، لأنّ السيّد لو جنى على العبد لوجب أرْشُ جنايته ، لحقّ المرتهن ، فبأن يثبُت على عبده أولى ، فإن كان الأرشُ لا يستغرق قيمتَه ، بِعْنَا منه بقَدْرِ أرش الجناية ، يكونُ رَهْناً عند مرتهن المجنىّ عليه ، وباقيه باقٍ عند مرتهنه ، وإن لم يمكن بيعُ بعضِهِ ، بيع جميعُه وقُسّم ثمنُه بينهما على حَسَب ذلك رَهْناً ، وإن كانت الجناية تستغرقُ قيمتَه ، نُقِلَ الجانى ، فجُعِل رهناً عند الآخر ، ويحتملُ أن يُباع ، لاحتمال أن يرغب فيه راغبٌ بأكثرَ من ثمنه ، فيَفْضُلُ من قيمته شيء ، يكون رهناً عند مرتهنه ، وهذا كلّه قول الشافعىّ .

٣٣٠٣ (فصل) فإن كانت الجنايةُ على موروث سيّده ، فيما دون النفس ، كأطرافه ، أو ماله ، فهى كالجناية على أجنبىّ ، وله القِصَاصُ ، إن كانت موجِبةً له ، والعفوُ على مالٍ ، وغيره ، وإن كانت موجِبَةً للمال ابتداءً ، ثبت ، فإن انتقل ذلك إلى السيّد بموت المستحِقّ ، فله ما لموَرّثه من القِصَاص ، والعفو على مالٍ . لأنّ الاستدامةَ أقوى من الابتداء ، فجاز أن يثبُت بها ما لا يثبُت في الابتداء . وإن

كانت الجنايةُ على نفسه بالقتل ، ثبت الحكمُ لسيِّده ، وله أن يقتصَّ فيما يوجبُ القصاصَ ، وإن عفا على مالٍ ، أو كانت الجنايةُ موجِبَةً للمال ابتداء ، فهل يثبُتُ للسيِّد ؟ فيه وجهان . أحدهما : يثبُت ، وهو قولُ بعض أصحاب الشافعيِّ ، لأنَّ ، الجناية على غيره ، فأشبهت الجنايةَ على ما دون النفس . والثانى : لا يثبُت له مال فى عبده ، ولا له العفوُ عليه ، وهو قولُ أبى ثور ، لأنه حقٌّ يثبُت للسيِّد ابتداء ، فلم يكن له ذلك ، كما لو كانت الجنايةُ عليه . وأصل الوجهين وجوبُ الحقِّ فى ابتدائه ، هل يثبُت للقتيل ، ثم ينتقِلُ الى وارثه ، أو يثبت للوارث ابتداءً ؟ على وجهين . وكلُّ موضع يثبُت له المالُ فى رقبةِ عبده ، فانه يقدَّمُ على الرهن . لأنه يثبُت للموروث ، كذلك ، فينتقل إلى وارثه كذلك ، وإن اقتصَّ فى هذه الصورة لم يلزمهُ بدلُ الرهن . لأنه إذا قُدِّم المالُ على حقِّ المرتهن ، فالقصاصُ أولى . ولأن القصاصَ يثبُت للموروث مقدَّماً على حقِّ المرتهن فى حقِّ وارثه .

٣٣٠٤ (فصل) وإن كانت الجنايةُ على مُكاتبِ السيّد ، فهى كالجناية على ولده ، وتعجيزُه كموت ولده فيما ذكرنا ، والله أعلم .

٣٣٠٥ (فصل) فإن جنى العبدُ المرهونُ بإذن سيّده ، وكان ممّن يعلمُ تحريم الجناية ، وأنّه لا يجبُ عليه قبولُ ذلك من سيّده ، فهى كالجناية بغير إذنه ، وإن كان أعجميًّا أو صبيًّا لا يعلمُ ذلك ، فالسيّد هو القاتل . والقصاصُ والديةُ متعلّقان به ، لا يُباع العبدُ فيها ، مُوسراً كان السيّد ، أو معسراً ، كما لو باشر السيّدُ القتلَ . وذكر القاضى وجهاً آخر : أنّ العبدَ يُباعُ إذا كان السيد مُعسراً . لأنّه باشرَ الجناية . والصحيحُ الأولُ ، لأنّ العبدَ آلةٌ ، فلو تعلّقت الجنايةُ به ، بِيعَ فيها ، وإن كان السيّد مُوسراً . وحُكم إقرار العبد بالجناية حكمُ إقرار العبد ، غيرِ المرهون ، على ما مضى بيانُه فى موضعه .

٣٣٠٦ « مسألة » قال ﴿ وإن جرح العبد المرهونُ ، أو قتل ، فالخصمُ فى ذلك سيّدهُ ، وما قُبِض بسبب ذلك من شيء فهو رهنٌ ﴾

وجملته : أنه إذا جُنِيَ على الرهن ، فالخصمُ فى ذلك سيّده . لأنّه مالكه ، والأرشُ الواجبُ بالجناية مالكه ، وإنّما للمرتهن فيه حقّ الوثيقة ، فصار كالعبد المستأجَر ، والمودَع . وبهذا قال الشافعىّ ، وغيره . فإن ترك المطالبةَ ، أو أخّرها ، أو كان غائباً ، أو له عُذرٌ يمنعه منها ، فللمرتهن المطالبةُ بها . لأنّ حقّه متعلّق بموجَبها ، فكان له الطلب به ، كما لو كان الجانى سيّده ، ثم إن كانت الجناية مُوجِبة للقِصَاص ، فللسيّد القِصَاصَ . لأنّه حقٌّ له ، وإنما يثبُت ليُستَوفَى . فإن اقتصّ ، أُخِذَت منهُ قيمةُ أقلّهما قيمةً ، فجُعلت مكانَه ، رهناً ، نصّ عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، وهذا قول إسحاق ، ويتخرّج أن لا يجبَ عليه

شيء، وهو مذهبُ الشافعيّ. لأنّه لم يجب بالجناية مالٌ، ولا استُحِقّ بحال، وليس على الراهن أن يسعى للمرتهن في اكتساب مالٍ.

ولنا: أنه أتلف مالاً استُحِقّ بسبب إتلاف الرهن، فغَرِمَ قيمته. كما لو كانت الجنايةُ موجِبَةً للمال، وهكذا الحكمُ فيما إذا ثبت القصاصُ للسيّد في عبده المرهون، وإنما أوجبنا أقلّ القيمتين. لأنّ حقّ المرتهن إنما يتعلّق بالمالية، والواجبُ من المال هو أقلّ القيمتين، لأنّ الرهنَ إن كان أقلّ، لم يجب أكثر من قيمته، وإن كان الجاني أقلّ، لم يجب أكثرَ من قيمته، وإن عفا على مالٍ صحّ عفوه، ووجب أقلُّ القيمتين، لما ذكرنا. هذا إذا كان القِصاصُ قتلاً. وإن كان جَرْحاً، أو قَلْع سِنٍّ ونحوه، فالواجبُ بالعفو أقلُّ الأمرين، من أرش الجُرح، أو قيمةِ الجاني. وإن عفا مُطلقا، أو على غير مالٍ، انبنى ذلك على موجَب العَمد ماهو؟ فإن قلنا: موجَبُه أحدُ شيئين، ثبتَ المالُ، وإن قلنا موجَبُه القِصَاصُ عينا، فحكمُهُ حكمُ مالو اقتصّ. إن قلنا: ثمَّ: يجبُ قيمتُه على الراهن وَجبَ ههنا. وهو اختيارُ أبي الخطّاب. لأنّه فوّت بدَل الرهن بفعله، أشبه ما لو اقتصّ. وإن قلنا: لا يجبُ على الراهن شيء، ثَمَّ، لم يجب ههنا شيء، وهو قولُ القاضي، ومذهبُ الشافعيّ، لأنّه اكتسابُ مالٍ، فلا يُجْبَرُ عليه، وأما إن كانت الجنايةُ موجِبَةً للمال، أو ثَبَت المالُ بالعفو عن الجناية الموجِبَة للقِصَاصِ، فإنّه يتعلّق به حقّ الراهن، والمرتهن، ويكون من غالب نقد البلد، كقِيَمِ المُتْلَفَاتِ، فلو أراد الراهن أن يُصالح عنها، أو يأخذَ حيواناً عنها، لم يجُز، إلاّ بإذن المرتهن، فإن أذن فيه، جاز لأنّ الحق لهما لا يخرج عنهما، وما قبض من شيء فهو رهن بدلاً عن الأول، نائبا عنه، وقائماً مقامه، فان عفا الراهنُ عن المال، فقال القاضي: يسقُط حقّ الراهن دون حقّ المرتهن، فتُؤخذُ القيمة تكونُ رهناً، فإذا زال الرهنُ رجَع الأَرْشُ إلى الجاني، كما لو أقرّ أنّ الرهنَ مغصوبٌ، أو جانٍ. وإن استوفى الدينَ من الأَرْش احتمل أن يرجع الجاني على العافي. لأنّ ماله ذهبَ في قضاء دينه، فلزِمَتْهُ غرامَتهُ، كما لو غصبه، أو استعاره، فرهنه، واحتمَل أن لا يرجع عليه، لأنّه لم يوجد منه في حقّ الجاني ما يقتضي وجوبَ الضمان، وإنّما استوفىَ بسببٍ كان منهُ حالَ مِلكِهِ، فأشبه مالو جَنى إنسانٌ على عبده، ثمّ وهبه لغيره، فَتلِفَ بالجناية السابقة. وقال أبو الخطّاب: يصح العفوُ مُطلقاً، ويُؤخذُ من الراهن قيمتُهُ، تكون رهناً، لأنّه أسقطَ دينه عن غريمه، فصحّ، كسائر ديُونه، قال: ولا يمكنُ كونُهُ رهناً مع عدم حقّ الراهن فيه، فلزمتهُ القيمةُ، لتفويته حقّ المُرتهن، فأشبه ما لو تلِف بدلُ الرهن. وقال الشافعيّ: لا يصحّ العفوُ أصلاً. لأنّ حقّ المرتهن متعلّق به، فلم يصحّ عفوُ الراهن عنه، كالرهن نفسه، وكما لو وهبَ الرهنُ، أو غُصِبَ فعفىَ عن غاصبه، وهذا أصحّ في النظر، وإن قال المرتهن: أسقطتُ حقّي من ذلك، سقط لأنّه ينفعُ الراهنَ

ولا يضرّه، وإن قال : أسقطتُ الأرْش ، أو أبرأتُ منه ، لم يسقُط . لأنّه مِلْكٌ للراهن ، فلا يسقُط بإسقاط غيره ، وهل يسقُط حقّه ؟ فيه وجهان .

أحدُهما : يسقُط ، وهو قول القاضى ، لأنّ ذلك يتضمنّ إسقاط حقّه ، فإذا لم يسقط حقّ غيره ، سقط حقّه ، كما لو قال : أسقطتُ حقّى وحَقّ الراهن .

والثانى : لا يسقُط . لأنّ العفوَ ، والإبراء منه ، لا يصحّ ، فلم يصحّ ما تضمّنه .

٣٣٠٧ (فصل) وإذا أقر رّجلٌ بالجناية على الرهن ، فكذّباه ، فلا شىء لهما . وإن كذّبه المرتهن ، وصدّقه الراهنُ ، فله الأرشُ ، ولا حقّ للمرتهن فيه ، فإن صدّقه المرتهنُ وحده ، تعلّق حقّه بالأرش ، وله قبضُه . فإذا قضى الراهنُ الحقّ ، أو أبرأه المرتهنُ ، رجع الأرشُ إلى الجانى ، ولا شىء للراهن فيه ، وإن استوفى حقّه من الأرش ، لم يملك الجانى مُطالبةَ الراهن بشىء ، لأنّه مقرٌّ له باستحقاقه .

٣٣٠٨ (فصل) ولو كان الرهنُ أَمَةً حاملاً ، فضرَبَ بطنَها أجنبىٌّ ، فألقتْ جَنينًا ، ميتًا ، ففيه عُشْرُ قيمةِ أُمِّهِ . وإن ألقته حيًّا ثمّ مات لوقتٍ يعيشُ مثلُه ، ففيه قيمتُه ، ولا يجبُ ضمانُ نقص الولادة . لأنه لا يتميّز نقصُها عمّا وجب ضمانُه من ولدها . ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة ، لأنه حصل بفعله ، فلزمه ضمانُه ، كما لو غصبها ، ثمّ جنَى عليها ، ويحتمل أن يجب أكثرُ الأمرين من نقصها ، أو ضمانِ جنينها ، لأنّ سبب ضمانها وُجد، فإذا لم يجتمع ضمانُهما، وجب ضمانُ أكثرِهما . وإن ضرَبَ بطْن بَهِيمَةٍ فألقت ولدها ميّتًا، ففيه ما نقصَتْها الجناية ، لا غيرُ ، وما وجب من ذلك كلّه فهو رهنٌ مع الأمّ ، وقال الشافعىُّ : ما وجب لنقص الأمّ ، أو لنقص البهيمة ، فهو رهنٌ معها ، وكذلك ما وجب فى ولدها ، وما وجب فى جنين الأمةِ ، فليس برهْنٍ . لأنّ نَماء الرهن ليس برَهْنٍ . ولنا : أن هذا ضمانٌ يجبُ بسبب الجناية على الرهن ، فكان من الرهن ، كالواجب لنقص الولادة ، وضمانِ ولد البَهِيمةِ . وقولُهم : إنّ نماء الرهن لا يدخُل فى الرهن غيرُ مُسلَّم .

٣٣٠٩ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى منه سلعةً على أن يرهنه بها شيئًا من ماله يعرفانه ، أو على أن يُعطيه بالثمن حميلاً يعرفانه ، فالبيعُ جائز ، فان أبى تسليمَ الرهن ، أو أبى الحميلُ أن يتحمّل ، فالبائع مخيّر فى فسخ البيع ، وفى إقامته بلا رهن ، ولا حميلٍ ﴾

الحميلُ الضمينُ ، وهو فعيل بمعنى فاعل ، يقال ضَمِينٌ ، وحَمِيلٌ وقَبِيلٌ ، و كَفيلٌ ، وزَعِيمٌ ، وصَبِيرٌ بمعنى واحد . وجملةُ ذلك : أن البيع بشرط الرهن ، أو الضمين صحيحٌ ، والشرط صحيحٌ ، أيضًا . لأنّه من مصلحة العقد غيرُ مناف لمقتضاه ، ولا نعلمُ فى صحّته خلافًا ، إذا كان معلومًا، ولذلك قال الخِرَقىُّ : يعرفانه فى الرهن، والضمين معًا . ومعرفة الرهن تحصُل بأحد شيئين : المشاهدةُ ، أو الصِّفَةُ التى يعلم بها الموصوفُ

كما فى السَّلَم ويتعيَّن بالقبض . وأما الضمينُ : فيُعلَم بالإشارة إليه ، أو تعريفه بالاسم ، والنسب ، ولا يصحُّ بالصفة ، بأن يقول : رجلٌ غَنِىٌّ من غير تعيين . لأنّ الصفة لا تأتى عليه . ولو قال : الشرط رهن ، أو ضمين ، كان فاسداً . لأنّ ذلك يختلفُ ، وليس له عُرفٌ ينصرف إليه بإطلاقٍ . ولو قال بشرط رهن أحدِ هذين العبدين ، أو يضمَنُنى أحدُ هذين الرجلين ، لم يصحّ . لأنَّ الغرض يختلفُ فلا يصحّ مع عدم التعيين ، كالبيع وهذا مذهبُ الشافعىّ . وحُكى عن مالك ، وأبى ثور ، أنه يصحّ شرطُ الرهن المجهولِ ، ويلزمُه أن يدفع إليه رهناً بقدر الدَّيْنِ . لأنّه وثيقةٌ فجاز شرطُها مُطلقاً ، كالشهادة . وقال أبو حنيفة : إذا قال : علىَّ أن أرهنكَ أحدَ هذين العبدين جاز . لأن بيعَه جائزٌ عنده .

ولنا :أنه شرط رهناً مجهولاً ، فلم يصحّ ، كما لو شرط رهنَ مافى كُمِّه ، ولأنّه عقدٌ يختلف فيه المعقودُ عليه ، فلم يصحّ مع الجهل ، كالبيع ، وفارق الشهادَة فإنّ لها عُرْفاً فى الشرع حُمِلت عليه ، والكلامُ مع أبى حنيفة قد مضى فى البيع . فإن الخلافَ فيهما واحدٌ ، إذا ثبت هذا : فإن المشترى إنْ وفىَّ بالشرط فسلّم الرهنَ ، أو حَمَل عنه الحَمِيلُ لزم البيعُ وإن أبى تسليمَ الرهن ، أو أبى الحَمِيلُ أن يتحمّل عنه ، فللبائع الخيارُ بين فسخ البيع ، وبين إمضائه ، والرضا به بلا رهن ، ولا حميلٍ ، فإن رضى به لزمهُ البيعُ ، وهذا قولُ الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا يلزم المشترى تسليمُ الرهن ، وقال مالكٌ ، وأبو ثور : يلزمُ الرهنُ ، إذا كان مشروطاً فى عقد البيع ، ويُجْبَرُ عليه المشترى ، وإن وجده الحاكمُ دفعه إلى البائع ، لأنّ عقد البيع وقع عليه ، فأشبه الخيارَ ، وقال القاضى : ماعدا المَكيل ، والموزونِ يَلزمُ فيه الرهنُ بمجَرَّد العقد ، وقد مضى الكلام معهم فى أول الباب ، ولأنّه رهنٌ فلم يلزم قبل القبض ، كما لو لم يكن مشروطاً فى البيع ، أو كغير المَكيل ، والموزون ، وإنما لزم الخيارُ ، والأجَلُ بالشرط . لأنّه من توابع البيع لا ينفردُ بنفسه ، والرهنُ عقدٌ منفردٌ بنفسه ، ليس من التوابع ، ولأنَّ الخيارَ ، والأجل يثبُتُ بالقول ، ولا يفتقر إلى تسليم ، فاكتُفِى فى ثُبوته بمجرّد القول ، بخلاف الرهن ، فأمّا الضمينُ ، فلا خلاف فى أنّه لا يلزمُه الضمانُ ؛ إذ لا يلزمُه شَغْلُ ذِمَّتهِ ، وأداء دين غيره ، باشتراط غيره . ولو وعده بأنّه يضمَنُ ، ثمّ لم يفعل ، لم يلزم فى الحُكم كما لو وعده أنّه يبيعُهُ ثمّ أبى ذلك ، ومتى لم يف المشترى للبائع بشرطه ، كان له الفسخُ ، كما لو شرط صفةً فى الثمن ، فلم يَفِ بها ، ولأنّه أحدُ المتعاقدين ، فإذا لم يَفِ بما شرط فى العقد ، ثبتَ الخيارُ لصاحبه ، كالبائع إذا شرط المبيع على صفةٍ ، فبانَ بخلافها .

٣٣١٠ (فصل) ولو شرط رهناً ، أو ضميناً مُعيّناً ، فجاء بغيرهما ، لم يلزم البائعَ قبولُه ، وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط ، مثلُ أن يأتىَ بأكثر قيمةً من المشروط ، وحَميلٍ أوثقَ من المُعيّن . لأنّه عقد على معيّن ، فلم يلزمه قبولُ غيره ، كالبيع . ولأنّ الغرضَ يختلف بالأعيان ، فمنها ما يسهُل بيعه

والاستيفاءُ من ثمنه ، ومنها ماهو أقلّ مُؤْنَةً وأسهلُ حِفْظاً ، وبعضُ الذّمَمِ أملأُ مَن بَعْضٍ ، وأسهلُ إيفاءً ، فلا يلزمهُ قبولُ غير ما عيّنه ، كسائر العقود :

٣٣١١ (فصل) وإن تعيّب الرهنُ أو استحال العصيرُ خمراً ، قبل قبضه ، فللبائع الخيارُ بين قبضه مَعيباً ، ورضاه بلا رهن ، فيما إذا تخمّر العصيرُ وبين فسخ البيع ، وردّ الرهن ، وإن علم بالعيب بعد قبضه ، فكذلك ، وليس له مع إمساكه أرشٌ من أجل العَيْب لأن الرهن إنّما لزم فيما حصل قبضُه ، وهو الموجودُ والجزء الفائتُ لم يلزم تسليمُه ، فلم يلزم الأرشُ بدلاً عنه،بخلاف المبيع ، وإن تلف ، أو تعيّب بعد القبض فلا خيارَ للبائع . وإن اختلفا فى زمن حدوث العيب ، وهو ممّا لا يحتملُ إلاّ قولَ أحدهما ، فالقولَ قولهُ من غير يمين لأن اليمين إنما تُراد لدفع الاحتمال ؛ وهذا لا يحتملُ ، وإن احتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف المتبايِعَينْ فى حُدوث العيب فى المبيع ، وفيه روايتان ،فيكون فيه ههنا وجهان .

أحدهما : القولُ قولُ الراهن ، وهو قولُ أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأنّ الأصلَ صِحّةَ العقد ، ولزُومه .

والآخرُ : القولُ قولُ المرتهِن ، وهو قياسُ قول الخِرَقىّ ، لقوله مثلَ ذلك فى البيع ، لأنهما اختلفا فى قبض المرتهن للجزء الفائت ، فكان القولُ قولَه ، كما لو اختلفا فى قبض جزء مُنفصلٍ منه ، وإن اختلفا فى زمن التلف ، فقال الراهنُ بعد القبض ، وقال المرتهنُ قبله . فالقولُ قولُه . لأنه مُنكِر القبض ، وإن كان الرهنُ عَصيراً ، فاستحال خمراً ، واختلفا فى زمن استحالته ، فالقولُ قولُ الراهن ، نصّ عليه أحمدُ ، وقال القاضى : يخرُج فيه روايةٌ أخرى : أنّ القولَ قولُ المرتهن ، كالاختلاف فى البيع ، وهو قول أبى حنيفة ؛ لأنّ الأصلَ عدمُ القبض ، كما لو اختلفا فى زمن التلف .

ولنا : أنّهما اتفقا على العقد ، والقبض ، واختلفا فيما يفسُد به . فكان القولُ قولَ من ينفيه ، كما لو اختلفا فى شرط فاسدٍ ، ويفارق اختلافَهما فى حدوث العيب ، من وجهين .

أحدهما : أنّهما اتفقا على القبض ههنا ، وثَمّ اختلفا فى قبض الجزء الفائت .

الثانى : أنّهما اختلفا هنا فيما يُفسدُ العقدَ ، والعيبُ بخلافه .

٣٣١٢ (فصل) ولو وجد بالرهن عيباً بعد أن حدث عنده عيبٌ آخرُ ، فله ردّه ، وفسخُ البيع . لأن العيب الحادثَ فى مِلك الراهن لا يلزمُ المرتهنَ ضمانُه بخلاف المبيع ، وخرجّه القاضى على روايتين ، بناءً على البيع ، فعلى قوله لا يملك الردّ ، ولا يملك الفسخ . والصحيحُ ما ذكرناه ، وإن هلك الرهنُ فى يد المرتهن . ثمّ علم أنّه كان مَعيباً لم يملك فسخَ البيع . لأنّه تعذّر عليه ردّه . فإن قيل : فالرهنُ غيرُ مضمون ، ولهذا لا يمتنع ردّه بحدوث العيب فيه . قلنا : إنما تُضْمَنُ قيمتُه . لأنّ العقدَ لم يقع على ملكه ،

وإنَّما وقع على الوثيقة ، فهو مضمونٌ بالوَثيقة . أما إذا تعيّب فقد ردّه ، فيستَحِقُّ بدلَ ما ردّه ، وههنا لم يرُدَّ شيئاً ، فلو أوجبنا له بدلَه لأوجبنا على الراهن غيرَ ما شرَط على نفسه .

٣٣١٣ (فصل) ولو لم يشترطا رهناً في البيع ، فتطوّع المشترى برهن ، وقبضَه البائعُ كان حكمُه حكمَ الرهن المشروط في البيع ، ولا ينفكّ شيء منه حتّى يقضيَ جميعَ الدين ، ولا يملكُ الراهنُ انتزاعَه ، ولا التصرُّفَ فيه ، إلاّ بإذن المرتهن ، إلا أنّه إذا ردّه بعيب ، أو غيره ، لم يملك فسخ البيع .

٣٣١٤ (فصل) وإذا تبايعا بشرط أن يكون المبيعُ رهناً على ثمنه ، لم يصحّ ، قاله ابن حامد ، وهو قول الشافعيّ لأن المبيعَ حين شرط رهنه لم يكن مِلْكاً له ، وسواء شرط أنّه يقبضُه ثمّ يرهَنُه ، أوشرط رهنَه قبلَ قبضه ، ورُوى عن أحمد : أنه قال : إذا حبس المبيعَ ببقيّة الثمن فهو غاصبٌ ، ولا يكونُ رَهْناً ، إلاّ أن يكون شرطاً عليه في نفس البيع ،وهذا يدلّ على صحّة الشرط،لأنّه يجوزُ بيعُه ، فجاز رهنُه، وقال القاضي معنى هذه الرواية : أنه شرط عليه في نفس البيع رهناً غيرَ المبيع ، فيكونُ له حَبْسُ المَبيع حتّى يقبضَ الرهنَ ، وإن لم يفِ به فَسخَ البيعُ ، فأمّا شرطُ رهن المبيع بعَيْنِه على ثمنه ، فلا يصحّ ، لوجوهٍ : منها أنه غيرُ مملوكٍ له ، ومنها أن البيعَ يقتضى إيفاء الثمن من غير المَبِيع ، والرهنُ يقتضى الوفاء منه ، ومنها أن البيعَ يقتضى تسليمَ المبيع . أوّلاً ، ورهنُ المبيع يقتضى أن لا يُسَلِّمه حتّى يقبضَ الثمن ، ومنها أن البيعَ يقتضى أن يكون إمساكُ المبيع مضموناً ، والرهنُ يقتضى أن لا يكون مضموناً ، وهذا يوجبُ تناقض أحكامهما ، وظاهرُ الرواية صحّة رهنه . وقولهم : إنه غـيرُ مملوك ، قلنا : إنما شرط رهنه بعد مَلَكَتِه . وقولهم : البيعُ يقتضى إيفاء الثمن من غير المبيع ، غيرُ صحيحٍ ، إنما يقتضى وفاء الثمن مُطلقا . ولو تعذّر وفاء الثمن من غير المبيع لاستُوفِىَ من ثمنه . وقولهم البيعُ يقتضى تسليمَ المبيع قبل تسليم الثمن ، ممنوعٌ وإن سُلِّم ، فلا يمتنعُ أن يثبُت بالشرط خلافُه ، كما أن مقتضى البيع حلولُ الثمن ، ووجوبُ تسليمه في الحال ، ولو شرط التأجيلَ جازَ ، كذلك مقتضى البيع ثبوتُ المِلك في المبيع ، والتمكينُ من التصرُّف فيه ، وينتفى بشرط الخيار ، وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث ، والرابع فأمّا إن لم يشترط ذلك في البيع ، لكن رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم البيع ، فالأولى صحّته، لأنه يصحّ رهنه عند غيره فصحّ عنده، كغيره ، ولأنّه يصحّ رهنُه على غير ثمنِه ، فصحّ رهنُه على ثمنه ، وإن كان قبل لزوم البيع ، انبنى على جواز التصرُّف في المبيع ، ففي كلِّ موضعٍ جاز التصرُّف فيه ، جاز رهنُه ، ومالا فلا ، لأنه نوعُ تصرّف ، فأشبه بيعَه .

٣٣١٥ (فصل) وإذا شرط في البيع رهناً فاسداً ، كالمحرَّم ، والمجهول ، والمعدوم ، وما لا يقدَرُ على تسليمه ، أو غير المعيّن ، أو شرط رهن المبيع على ثمنه ، ففي فساد البيع روايتان ، مضى توجيههما

فى الشروط الفاسدة فى البيع ، واختار أبو الخطّاب ههنا فسادَ البيع وهو قول أبى حنيفة ، وأحدُ قولى الشافعىّ ، وقد مضى ذكر ذلك .

٣٣١٦ (فصل) والشروط فى الرهن تنقسم قسمين : صحيحاً ، وفاسداً . فالصحيحُ : مثلُ أن يشترط كونَه على يد عَدْلٍ عيّنه ، أو عدلين ، أو أكثرَ ، أو أن يبيعه العدلُ عند حلول الحقّ ، ولا نعلم فى صحّة هذا خلافاً ، وإن شرط أن يبيعه المرتهنُ صحّ . وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال الشافعىّ : لا يصحّ . لأنه توكيلٌ فيما يتنافى فيه الغرضان ، فلم يصحّ ، ولو وكّله فى بيعه من نفسه . ووجه التنافى : أنّ الراهنَ يريد الصبرَ على المبيع ، والاحتياطَ فى توفير الثمن ، والمرتهنُ يُريدُ تعجيلَ الحقّ ، وإنجازَ البيع .

ولنا : أن ما جاز توكيلُ غير المرتهنِ فيه ، جاز توكيلُ المرتهن فيه ، كبيع عينٍ أخرى . ولأنّ من جاز أن يُشْتَرط له الإمساكُ ، جاز اشتراطُ البيع له ، كالعدل ، ولا يضرّ اختلافُ الغرَضين ، إذا كان غرضُ المرتهن مُسْتَحَقًّا له . وهو استيفاء الثمن عند حلول الحقّ ، وإنجاز البيع ، وعلى أن الراهن إذا وكّله مع العلم بغرضه ، فقد سمح له بذلك ، والحقّ له ، فلا يمنع من السماحة به كما لو وكّل فاسقاً فى بيع ماله ، وقبض ثمنه ولا نُسلِّم أنه لا يجوز توكيله فى بيع شيء من نفسه ، وإن سلّمنا ، فلأنّ الشخص الواحدَ يكون بائعاً مُشترياً ، وموجِباً قابلاً ، وقابضاً من نفسه ، لنفسه ، بخلاف مسألتنا .

٣٣١٧ (فصل) وإذا رهنه أَمةً ، فشرطا كونَها عند امرأةٍ ، أو ذى مَحْرَمٍ لها ، أو كونَها فى يد المرتهن ، أو أجنبىّ ، على وجهٍ لا يُفضى إلى الخَلوةِ بها ، مثلُ أن يكون لهما زَوْجاتٌ ، أو سرارى ، أو نساء من محارمهما ، معهما فى دارهما ، جاز . لأنه لا يُفضى إلى محرّم ، وإن لم يكن كذلك فسد الشرطُ . لأنه يُفضى إلى الخلوة المحرّمة ، ولا يُؤمنُ عليها ، ولا يَفْسدُ الرهنُ . لأنه لا يعودُ إلى نقص ، ولا ضرر فى حقِّ المتعاقدين ، ويكون الحكمُ فيه كما لو رهنها من غير شرط ، يصحّ الرهنُ ، ويجعلُها الحاكمُ على يدِ مَنْ يجوزُ أن تكون عنده ، وإن كان الرهنُ عبداً فشرط موضعَه ، جاز ، وإن لم يشترط موضعه صحّ أيضاً ، كالأَمةِ ، ويحتملُ أن لا يصحّ لأنّ للأَمَة عُرْفاً ، بخلاف العبد ، والأوّل ، أصحّ . فإنّ الأَمَة إذا كان المرتهنُ مِمَّن يجُوز وضعُها عنده ، كالعبدِ ، وإذا كان مرتهنُ العبدِ امرأةً لا زوجَ لها ، فشرطت كونَه عندها على وجهٍ يُفضى إلى خَلْوته بها ، لم يجُزْ أيضاً ، فاستويا .

٣٣١٨ (فصل) والقسمُ الثانى الشروطُ الفاسدةُ ، مثل أن يشترط ما يُنافى مقتضى الرهن ، نحو أن يشترط أن لا يباع الرهنُ عند حلول الحقّ ، أو لا يُسْتَوْفَى الدينُ من ثمنه ، أو لا يُباع ما خيف تلفُه ، أو بَيْعَ الرهن بأىّ ثمن كان ، أو أن لا يبيعَه إلا بما يرضيه ، فهذه شروط فاسدةٌ لمنافاتها مقتضَى العقد ؛ فإن

المقصودَ مع الوفاء بهذه الشروط مفقودٌ ، وكذلك إن شرطا الخيارَ للراهن ، أو أن لا يكون العقدُ لازماً في حقّه ، أو توقيتَ الرهن ، أو أن يكون رهناً يوماً ، ويوماً لا ، أو كونَ الرهن في يد الراهن ، أو أن ينتفع به ، أو ينتفع به المرتَهِنُ ، أو كونَه مضموناً على المرتهن ، أو العَدْلِ ، فهذه كلُّها فاسدةٌ . لأنّ منها ما يُنافي مقتضَى العقد ومنها مالا يقتضيه العقدُ ، ولا هو من مصلحته ، وإن شرطا شيئاً منها في عقد الرهن ، فقال القاضي : يحتمل أن يفسد الرهن بها ، بكلّ حالٍ ، لأنّ العاقدَ إنّما بذل مِلْكَهُ بهذا الشرط ، فإذا لم يَسْلَم له ، لم يصحّ العقد ، لعدم الرضى به بدونه ، وقيل : إن شرط الرهنَ مُؤَقتاً ، أو رهنه يوماً ، ويوماً لا فسد الرهنُ ، وهل يفسُد بسائرها ؟ على وجهين ، بناءً على الشروط الفاسدة في البيع ، ونصر أبو الخطّاب في رءوس المسائل صحّته ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » وهو مشروط فيه شرطٌ فاسدٌ ، ولم يُحكم بفساده ، وقيل : ما ينقُصُ حقّ المرتهن يُبْطِلُه ، وجهاً واحداً ، ومالا ، فعلى وجهين ، وهذا مذهبُ الشافعيّ . لأنّ المرتهِنَ شُرِطَتْ له زيادةٌ لم تصحّ له ، فإذا فسدت الزيادةُ لم يَبْطُل أصلُ الرهن .

٣٣١٩ (فصل) وإن شرط أنه متى حلّ الحقُّ ، ولم يُوفِّني ، فالرهنُ لي بالدين ، أو فهو مبيعٌ لي بالدين الذي عليك ، فهو شرط فاسدٌ . رُوي ذلك عن ابن عمر ، وشُرَيح ، والنخَعِيّ ، ومالك ، والثوريّ ، والشافعيّ وأصحاب الرأي ، لا نعلم أحداً خالفهم . والأصلُ في ذلك ما رَوى معاويةُ بن عبد الله ، بن جعفر ، قال : قالَ رَسُولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وسلَّمَ « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » رواه الأثرم . قال الأثرمُ : قلت لأحمد : ما معنى قوله « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » ؟ قال : لاَ يَدْفَعُ رَهْناً إلى رجل ، ويقول : إن جئتُك بالدراهم إلى كذا ، وكذا ، وإلاّ فالرهنُ لك . قال ابن المنذر : هذا معنى قوله « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » عند مالك ، والثوريّ ، وأحمد ، وفي حديث مُعاويةَ بن عبد الله بن جعفر : أنّ رَجُلاً رَهَن داراً بالمدينة إلى أجلٍ مُسَمًّى ، فمضى الأجلُ ، فقال للذي ارتهنَ منزلي . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » ولأنّه علّق البيعَ على شرط ، فإنّه جعله مبيعاً بشرطِ أن لا يُوفّيه الحقَّ في مَحِلِّه ، والبيعُ المعلّق بشرطٍ لا يصحُّ ، وإذا شرط هذا الشرطَ فسد الرهنُ . ويتخرّج أن لا يفسُد ، لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة ، وهذا ظاهرُ قول أبي الخطّاب في رءوس المسائل ، واحتجّ بقول النبيِّ صلّى الله عليه وسلم لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ » فنفى غَلَقَه ، دون أصله ، فيدلُّ على صحّته ، ولأنّ الراهنَ قد رضي برهنه مع هذا الشرط ، فمع بُطلانه أولى أن يرضَى به . ولنا : أنّه رهنٌ بشرط فاسد ، فكان فاسداً ، كما لو شرط توقيتَه ، وليس في الخبر أنّه شرطَ ذَلك في ابتداء العقد ، فلا يكون فيه حُجّة .

٣٣٢٠ (فصل) ولو قال الغريمُ : رهنتُك عبدي هذا ، على أن تَزِيدَنِي في الأَجَلِ ، كان باطلاً .

لأنَّ الأجَل لا يثبُت فى الدين ، إلاَّ أن يكون مشروطاً فى عقدٍ وجب به ، فإذا لم يثبُت الأجلُ ، لم يصحّ الرهنُ ، لأنه جعله فى مُقابلته ، ولأنّ ذلك يُضاهِى رِباَ الجاهليَّة ، كانوا يزيدونَ فى الدين ، ليَزْدَادُوا فى الأجَلِ .

٣٣٢١ (فصل) إذا كان له على رجل ألفٌ ، فقال : أقْرِضْنِى ألفاً ، بشرط أن أرْهَنَكَ عبدى هذا بالألفين ، فنقل حنبلُ عن أحمد : أنّ القَرْض باطلٌ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأنّه قرضٌ يَجُرّ منفعةً ، وهو الاستيثاقُ بالألف الأول ، وإذا بَطَل القَرْضُ ، بطَلَ الرّهنُ . فإذا قيل : أليس لو شرط أنّه يُعطيه رهناً بما يقترضُه جاز ؟ قلنا : ليس هـذا قرضاً جرَّ مَنْفعةً ، لأنَّ غايةَ ما حصل له تأكيدُ الاستيفاء ، لبَدلِ ما أقرضه ، وهو مثلُه ، والقرضُ يقتضى وجوبَ الوفاء ، وفى مسألتنا شرطَ فى هـذا القرض الاستيثاق لدينه الأول ، فقد شرط استيثاقاً لغـير مُوجَبِ القَرْضِ . ونقل مهنا : أنّ القرضَ صحيحٌ ، ولعلّ أحمد حـكم بصحّة القرض مع فساد الشرط ، كيلا يُفضَى إلى جَرّ المنفعة بالقرض ، أو حـكَم بفساد الرهن فى الألف الأوّل وحدَه ، وصحّحه فيما عداه ، ولو كان مكانَ القرض بيعٌ ، فقال: بِعْنى عبدَك هذا بألفٍ ، على أن أرهنَك عَبْدِى به ، وبالألف الآخَرِ الذى علىَّ ، فالبيعُ باطلٌ ، روايةً واحدةً . لأنَّ الثمنَ مجهولٌ ، فإنـه جَعل الثمن ألفاً ، ومَنْفَعَةً ، هى وثيقةٌ بالألف الأول ، وتلك المنفعـةُ مجهولَةٌ ، ولأنـه شرط عقد الرهن بالألف الأوّل ، فلم يصحّ ، كما لو أفرده ، أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعَهُ الآخرُ دارَه .

٣٣٢٢ (فصل) وإذا فسد الرهنُ ، وقبضه المرتّهنُ ، لم يـكن عليه ضمانُه . لأنـه قبضَه بحـكم أنهُ رهن ، وكلّ عَقدٍ كان صحيحُه غيرَ مضمونٍ ، أو مضموناً ، ففاسدُه كذلك . فإن كان مُؤقّتاً ، أو شرط أنَّه يصيرُ للمرتّهن بعد انقضاء مدّته ، صار بعد ذلك مضموناً ، لأنّه مقبوضٌ بحـكم بَيْعٍ فاسدٍ ، وحكمُ الفاسد من العقود حـكم الصحيح فى الضمان ، فإن كان أرضاً ، فغرسها قبل انقضاء الأجل ، فهو كغرس الغاصب . لأنـه غرَس بغير إذن ، وإن غرس بعد الأجل ، وكان قد شرط أن الرهنَ يصيرُ له ، فقد غرَس بإذْنٍ . لأنَّ البيعَ وإن كان فاسداً ، فقد تضمّن الإذنَ فى التصرُّف ، فيكونُ الراهن مخيّراً بين ثلاثة أشياء : بين أن يُقِرَّ غرسَه لَهُ ، وبين أخـذه بقيمته ، وبين أن يُجْـبُره على قَلْعِهِ ، ويضمنَ له ما نقصَ .

٣٣٢٣ « مسألة » قال ﴿ ولا ينتفع المرتّهنُ من الرهن بشىء ، إلاَّ ما كان مركوباً ، أو محلوباً ، فيركبُ ، ويحلبُ ، بقدر العَلَفِ ﴾

الـكلام فى هذه المسألة فى حالين . أحدُهما : مالا يحتاجُ إلى مُؤنةٍ كالدار ، والمتاع ، ونحوه ، فلا يجوزُ

للمرتهن الانتفاعُ به ، بغير إذْنِ الراهن بحالٍ . لا نعلم فى هذا خلافاً . لأنَّ الرهنَ ملكُ الراهن ، فكذلك نماؤه ، ومنافعُه ، فليس لغيره أخذُها ، بغير إذنه ، فإن أذن الراهنُ للمرتهن فى الانتفاع بغير عِوَضٍ ، وكان دينُ الرهن من قَرْضٍ لم يجز . لأنَّه يحصِّل قرضاً يجُرّ مَنْفعةً ، وذلك حرامٌ . قال أحمدُ : أكره قرضَ الدّورِ ، وهو الرِّبا المحضُ ، يعنى : إذا كانت الدارُ رَهْناً فى قَرْضٍ يَنْتَفِعُ بها المرتهنُ ، وإن كان الرهنُ بثَمَن مَبيعٍ ، أو أجْرِ دارٍ أو دَيْنٍ غير القرض ، فأذن له الراهنُ فى الانتفاع جاز ذلك ، روى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وبه قال إسحاق ، فأما إن كان الانتفاع بعوضٍ مثلُ أن استأجَر المرتهنُ الدارَ من الراهن بأجْرَةِ مِثلِها ، من غير مُحَاباةٍ ، جازَ فى القرض ، وغيره ، لكونه ما انتفع بالقرض ، بل بالإجارةِ ، وإن حاباه فى ذلك فحكمهُ حكم الانتفاع بغير عِوَض ، لا يجوز ، فى القرض ، ويجوز فى غيره ومتى استأجرها المرتهنُ ، أو استعارها ، فظاهرُ كلام أحمد : أنَّها تخرُجُ عن كونها رهناً ، فمتى انقضت الإجارةُ ، أو العاريَةُ عاد الرهنُ بحاله . قال أحمد فى رواية الحسن بن ثَوابٍ ؛ عن أحمد : إذا كان الرهنُ داراً ، فقال المرتهنُ أسكنْها بكرائها ، وهى وثيقةٌ بحَقِّى ، ينْتَقِلُ فيصيرُ ديناً ، ويتحوّلُ عن الرهن ، وكذلك إن أكراها للراهن ، قال أحمدُ فى رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ، ثم أكراها لصاحبها ، خرجت من الرهن ، فإذا رجعت إليه صارت رهناً ، والأولى أنّها لا تخرُج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن ، أو استعارها . لأن القبض مُستدامٌ ، ولا تَنافى بين العقدين ، وكلام أحمد فى رواية الحسن بن ثَوابٍ محمولٌ على أنّه أذن للراهن فى سُكناها ، كما فى رواية ابن منصور ، لأنّها خرجت عن يد المرتهن ، فزال اللزومُ ، لزوال اليد ، بخلاف ما إذا سكنها المرتهنُ ، ومتى استعار المرتهنُ الرهنَ صار مضموناً عليه ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا ضمانَ عليه ، ومبنى ذلك على العاريَةِ ، فإنّها عندنا مضمونةٌ ، وعندهُ غيرُ مضمونةٍ .

٣٣٢٤ (فصل) فإن شرط فى الرهن أن ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسدٌ . لأنّه يُنافى مقتضى الرهن ، وعن أحمد : أنّه يجوزُ فى المبيع ، قال القاضى : معناه أن يقول : بعتُكَ هذا الثوب بدينارٍ بشرط أن تَرْهَنَنِى عَبْدَكَ يخدُمُنى شهراً ، فيكون بيعاً ، وإجَارةً ، فهو صحيح ، وإن أطلق ، فالشرطُ باطلٌ لجهالة ثمنه ، وقال مالك : لا بأس أن يشترط فى البيع منفعةَ الرهن إلى أجَلٍ فى الدُّور ، والأرَضِينَ ، وكرهه فى الحيوان ، والثياب ، وكرهه فى القَرْضِ . ولنا أنه شرط فى الرهن ما يُنافيه ، فلم يصحّ ، كما لو شرطه فى القرض .

٣٣٢٥ (فصل) الحال الثانى : ما يحتاج فيه إلى مُؤْنَةٍ ، فحكمُ المرتهن فى الانتفاع به بعِوَض ، أو بغير عِوَض بإذن الراهن ، كالقِسْم الذى قبله ، وإن أذن له فى الإنفاق ، والانتفاع بقَدْره ، جاز .

لأنه نوعُ معاوضة . وأما مع عدم الإذن ، فإنّ الرهنَ ينقسِمُ قسمين : محلوبًا ، ومركوبًا ، وغيرَهما . فأمّا المحلوب ، والمركوب ، فللمرتهن أن يُنفق عليه ، ويركب ، ويحلُب ، بقَدْرِ نفقته ، متحرِّيًا للعَدْل في ذلك. نصّ عليه أحمد فى رواية محمد بن الحكم، وأحمد بن القاسم ، واختاره الخِرَقىّ ، وهو قول إسحاق ، وسواء أنفق مع تعذّر النفقة من الراهن ، لغيبتِه ، أو امتناعه من الإنفاق ، أو مع القُدرةِ على أخذ النفقة ، من الراهن ، واستِئذانه ، وعن أحمد روايةٌ أخرى : لا يُحتَسَبُ له بما أنفق ، وهو متطوعٌ بها ، ولا يَنْتَفِعُ من الرهن بشىء ، وهذا قولُ أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ لَهُ غُنْمُهُ ، وعَلَيْهِ غُرْمُهُ » ولأنه مِلْكُ غيره ، لم يأذن له فى الانتفاع به ، ولا الإنفاق عليه ، فلم يكن له ذلك ، كغير الرهن .

ولنا ما رَوى البخارىّ ، وأبو داود ، والترمذىّ ، عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَعَلَى الَّذِى يَرْكَبُ ، ويَشْرَبُ النَّفَقَةُ » ، فجعلَ مَنْفعتَه بنفقته ، وهذا محلّ النزاع ، فإن قيل: المرادُ به أن الراهن يُنفق وينتفع ، قلنا : لا يصحّ ، لوجهين . أحدُهما : أنه قد رُوى فى بعض الألفاظ : إذا كانت الدابّةُ مَرْهُونةً ، فعلى المرتهن عَلَفُها ، ولبنُ الدرّ يُشربُ ، وعلى الذى يَشْرَبُ وَيَرْكَبُ نَفَقَتُه ، فجعل المنفقَ المرتهَن ، فيكونُ هو المنتفعَ . والثانى : أن قوله بنفقته ، يُشير إلى أن الانتفاع عِوَضُ النفقةِ ، وإنّما ذلك حقّ المرتهن، أما الراهنُ فإنفاقُه ، وانتفاعُه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخَر ، ولأنّ نفقة الحيوان واجبةٌ ، وللمرتهن فيه حقٌّ وقد أمكنه استيفاء حَقِّه من نماء الرهن ، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه ، واستيفاء ذلك من منافعه ، فجاز ذلك ، كما يجوزُ للمرأة أخذُ مؤنتها من مالِ زوجها عند امتناعه ، بغير إذنه ، والنيابةُ عنه فى الإنفاق عليها ، والحديثُ نقول : والنَّماء للراهن ، ولكن للمرتهن ولايةُ صَرْفها إلى نفقته ، لثبوت يده عليه ، وولايته ، وهذا فيمن أنفق مُحْتَسِبًا بالرجوع ، فأمّا إن أنفق مُتبرّعا بغير نيّة الرجوع ، لم ينتفع به ، روايةً واحدةً .

٣٣٢٦ (فصل) وأما غير المحلوب ، والمركوب ، فيتنوّع نوعين : حيوان ، وغيره ، فأمّا الحيوانُ ، كالعبد ، والأمَةِ ، ونحوهما ، فهل للمرتهن أن يُنفق عليه ، ويستخدمَه بقدر نفقته ؟ ظاهرُ المذهب أنّه لا يجوز ، ذكره الخِرَقىّ ، ونصّ عليه أحمدُ فى رواية الأثرم ، قال : سمعتُ أبا عبد الله يُسْأَلُ عن الرجل يرهنُ العبدَ ، فيستخدمُه ، فقال : الرهنُ لا يُنْتَفَعُ منه بشىء ، إلا حديث أبى هريرة خاصّةً فى الذى يركبُ ، ويحلُب ، ويَعلِفُ . قلت له : فإن كان اللبنُ ، والركوب ، أكثرَ ، قال : لا ، إلا بقَدرٍ . ونقل حنبلُ ، عن أحمد : أنّ له استخدامَ العبد أيضاً ، وبه قال أبو ثور : إذا امتنع المالك من الإنفاق

عليه ، قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة ، والعملُ على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء ، إلا ما خصّه الشرعُ. به ، فإنّ القياس يقتضي أن لا ينتفع بشيء منه ، تركناه في المركوب ، والمحلوب ، للأثر ، ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس .

النوع الثاني : غيرُ الحيوان ، كدارٍ استهدمَتْ ، فعمَرهَا المرتهِنُ ، لم يرجع بشيء ، روايةً واحدةً . وليس له الانتفاعُ بها بقدر نفقته ، فإنّ عِمارتها غيرُ واجبةٍ على الراهن ، فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمُه ، فإن فعل كان متبرِّعاً ، بخلاف الحيوان ، فإنه يجبُ على مالكه الإنفاقُ عليه ، لحُرْمته في نفسه .

٣٣٢٧ (فصل) فأما الحيوان إذا أنفق عليه متبرّعا ، لم يرجع بشيء . لأنّه تصدّق به ، فلم يرجع بعوضه ، كما لو تصدّق على مسكين . وإن نوى الرجوعَ على مالكه ، وكان ذلك بإذن المالك ، رجع عليه ، لأنّه نابَ عنه في الإنفاق بإذنه ، فكانت النفقةُ على المالك ، كما لو وكّله في ذلك . وإن كان بغير إذنه ، فهل يرجع عليه ؟ يخرج على روايتين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، لأنّه ناب عنه فيما يلزمُه، وقال أبو الخطّاب : إن قدر على استئذانه ، فلم يستأذنه ، فهو متبرّع ، لا يرجع بشيء ، وإن عجز عن استئذانه، فعلى روايتين ، وكذلك الحكمُ فيما إذا مات العبدُ المرهُون فكفّنه ، والأول أقيسُ في المذهب ، إذ لا يُعتبر في قضاء الدين العجزُ عن استئذان الغَريم .

٣٣٢٨ (فصل) وإذا انتفع المرتهنُ بالرهن، باستخدامٍ ، أو ركوبٍ ، أو لُبْسٍ ، أو استرْضاعٍ ، أو استغلالٍ ، أو سُكْنَى ، أو غيره ، حُسِبَ من دينه بقَدْرِ ذلك . قال أحمد : يوضَعُ عن الراهن بقَدْرِ ذلك . لأنّ المنافع ملكُ الراهن ، فإذا استوفاها فعليه قيمتُها في ذمّته ، للراهن ، فيتقاصُّ القيمةُ وقدرُها من الدين ، ويتساقطان .

٣٣٢٩ « مسألة » قال ﴿ وغلّة الدار ، وخدمةُ العبد ، وحَمْلُ الشاة ، وغَيرِها ، وثمرةُ الشجَرةِ المرهونةِ من الرّهن ﴾

أراد بغلّة الدار : أجرَها ، وكذلك خِدْمَة العبد . وجُملة ذلك : أن نماء الرهن جميعِه وغلّاته تكونُ رَهْناً في يد مَنِ الرهنُ في يده ، كالأصل . وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين ، بيعَ مع الأصل ، سواء في ذلك المتّصل ، كالسِّمَنِ ، والتعلّم ، والمُنْفَصِلُ كالكَسْب ، والأجْرةِ ، والولد ، والثمرة ، واللبن ، والصوف ، والشعر ، وبنحو هذا قال النخعيّ ، والشعبيُّ . وقال الثوري ، وأصحاب الرأي في النماء : يَتْبَعُ ، وفي الكسب : لا يَتْبَعُ . لأنّ الكسبَ في حكم الكتابة ، والاستيلاد ، والتدبير ، فلا يَتْبَعُ في الرهن ، كأعيانِ مالِ الراهن ، وقال مالك : يَتْبَعُ الولدُ في الرهن خاصّةً دون سائر النماء ، لأنّ الولد

يَتْبَعُ الأصلَ فى الحُقوق ، الثابتة ، كولد أمّ الولد ، وقال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لا يدخُل فى الرهن شىء من النماء المُنفصل ، ولا من الكسب ، لأنّه حقٌّ تعلّق بالأصل ، يُسْتوفَى مِنْ ثمنـه ، فلا يسرى إلى غيره ، كحقِّ الجناية ، قال الشافعىّ : ولو رهنه ماشيةً ، مخاضاً ، فنُتِجَتْ ، فالنتاجُ خارجٌ من الرهن ، وخالفه أبو ثور ، وابنُ المنذر ، ومن حُجّتهم أيضاً قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » والنماء غُنْمٌ ، فيكون للراهن ، ولأنّها عينٌ من أعيان ملك الراهن ، لم يُعقد عليها عقدُ رهن ، فلم تكن رهناً ، كسائر ماله ، ولنا : أنّه حكم يَثْبُت فى العين ، بعقدِ المالك ، فيدخُل فيه النماء ، والمنافعُ ، كالملك بالبيع . وغيره ، ولأن النماء نماء حادثٌ من عين الرهن ، فيدخُل فيه ، كالمتّصل ، ولأنه حقٌّ مستقرّ فى الأمّ ، ثبت برضَى المالك ، فيسرى إلى الولد ، كالتدبير ، والاستيلاد .

ولنا على مالك : أنّه نماء حادثٌ من عين الرهن ، فسرى إليه حكمُ الرهن، كالولد ، وعلى أبى حنيفة : أنّه عقدٌ يَستتبِعُ النَّماء ، فاستتبع الكَسْبَ ، كالشراء ، فأمّا الحديثُ فنقول به ، وأن غُنْمَهُ ونماءَهُ ، وكَسْبَهُ للراهن ، لكن يتعلّق به حقُّ الرهن ، كالأصل ، فإنّه للراهن ، والحقّ متعلّق به . والفرق بينه وبين سائر مالِ الراهن : أنّه تَبَعٌ ، فثبت له حكم أصله . وأما حَقّ الجناية . فإنّه ثبت بغير رضَى المالك ، فلم يتعدّ ما ثبت فيه ، ولأنّه جزاء عُدوانٍ ، فاختصّ الجانىَ ، كالقصاص ، ولأنّ السِّرايةَ فى الرهن ، لا تُفضى إلى استيفاء أكثر من دينه ، فلا يَكثُر الضرر فيه .

٣٣٣٠ (فصل) وإذا ارتهن أرضاً ، أو داراً ، أو غيرَها ، تبعه فى الرهن ما يَتْبَعُ فى البَيْع . فإن كان فى الأرض شجرٌ فقال : رهنتُك هذه الأرض بحقوقها ، أو ذكر ما يدلّ على أن الشجر فى الرهن، دَخل فيه . وإن لم يذكر ذلك ، فهل يدخُل الشجرُ فى الرهن ؟ على وجهين ، بناء على دخوله فى البيع . وإن رهنه شجراً مُثمراً ، وفيه ثمرةٌ ظاهرةٌ ، لم تدخُل فى الرهن ، كما لا تدخُل فى البيع ، وإن لم تكن ظاهرةً دخلت ، وقال الشافعىّ : لا تدخُل الثمرةُ فى الرهن بحالٍ ، وقال أبو حنيفة : تدخُل بكلّ حالٍ ، لأنّ الرهن عنده لا يصحّ على الأصول دون الثمرة ، وقد قصد إلى عقـد صحيحٍ ، فتدخُل الثمرةُ ضرورَةَ الصحّة .

ولنـا : أن الثمرة المؤَبَّرة لا تدخُل فى البيع مع قوّته ، وإزالته لملك البائع ، فالرهنُ مع ضعفه أولى . وعلى الشافعىّ : أنّه عقدَ على الشجرة ، فاستتبع الثمرة غير المؤبّرة ، كالبيع ، ويدخُل فى الرهن الصوفُ ، واللبن ، الموجودان ، كما يدخُل فى البيع . وكذلك الحملُ ، وسائرُ ما تبِـع فى البيع . لأنّه عقدٌ ، واردٌ على العين ، فدخلت فيه هـذه التوابع ، كالبيع ، ولو كان الرهنُ دارا ، فخرِبَتْ كانت أنقاضُها رَهْناً ،

لأنها من أجزائها ، وقد كانت مرهونةً قبل خرابها . ولو رهنه أرضاً ، فنبت فيها شجرٌ ، فهو من الرهن ، سواء نبت بفعل الراهن ، أو بفعل غيره ، لأنّه من نمائها .

٣٣٣١ (فصل) وليس للراهن الانتفاعُ بالرهن ، باستخدام ، ولا وطء ، ولا سُكْنَى ، ولا غير ذلك ، ولا يملكُ التصرّف فيه ، بإجارةٍ ، ولا إعارةٍ ، ولا غيرهما ، بغير رضى المرتهن ، وبهذا قال الثوريّ ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعيّ ، وابن المنذر : للراهن إجارتهُ ، وإعارتهُ مدّةً لا يتأخّر انقضاؤها عن حلول الدين ، وهل له أن يَسْكُنَ بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وإن كان الرهنُ عبداً ، فله استيفاء منافعه بغيره ، وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارةُ الثوب ، ولاما ينقصُ بالانتفاع ، وبَنَوْهُ على أن المنافع للراهن ، لا تدخُل فى الرهن ، ولا يتعلّق بها حقُّه . وقد سبق الكلام فى هذا . ولأنّها عينٌ محبوسةٌ ، فلم يكن للمالك الانتفاعُ بها ، كالمَبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه . أو نقول : نوعُ انتفاع ، فلا يملكهُ الراهن ، كالذى ينقُص قيمةَ الرهن .

إذا ثبت هذا : فإن المتراهنَيْن إذا لم يتّفقا على الانتفاع بها ، لم يجُز الانتفاعُ بها ، وكانت منافعُها مُعطّلةً . فإن كانت داراً أغلقت ، وإن كان عبداً أو غيْره تعطّلت منافعُه حتى يُفَكّ الرهنُ ، وإن اتفقا على إجارةِ الرهن ، أو إعارتِه ، جاز ذلك ، هذا ظاهرُ كلام الخِرقىّ ، لأنّه جعل غلّة الدار ، وخدمةَ العبد رَهْناً ، ولو عطّلت منافعُهما لم يكن لها غَلّة ، وقال ابن أبى موسى : إن أذن الراهنُ للمرتهن فى إعارته ، أو إجارته ، جاز ، والأجرةُ رهنٌ ، وإن أجّره الراهنُ بإذن المرتهن ، خرج من الرهن فى أحدِ الوجهين ، والآخرُ لا يخرُج ، كما لو أجّره المرتهنُ ، وقال أبو الخطّاب فى المُشاع يُؤَجّره الحاكم لهما ، وذكر أبو بكرٍ فى الخلاف . أنّ منافع الرهن تُعَطّلُ مطلقاً ، ولا يؤجّرانه[1] ، وهذا قول الثوريّ وأصحاب الرأى . وقالوا : إذا أجّر الراهنُ الرهنَ بإذن المرتهن ، كان إخراجاً من الرهن ، لأنّ الرهنَ يقتضى حَبْسَهُ عند المرتهن ، أو نائبه ، على الدوام ، فمتى وُجد عقدٌ يُستَحقّ به زوالُ الحبس ، زال الرهنُ .

ولنا : أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ، واستيفاؤه من ثمنه عند تعذّر استيفائه من ذمّة الراهن . وهذا لا ينافى الانتفاعَ به ، ولا إجارتَه ، ولا إعارتَه ، فجاز اجتماعهما ، كانتفاع المرتهن به ، ولأن تعطيل منفعته تضييعٌ للمال ، وقد نهى النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عن إضاعةِ المال ، ولأنّه عينٌ تعلّق بها حقّ الوثيقة ، فلم يمنع إجارتها كالعبد إذا ضَمِن بإذن سيّده ، ولا نُسَلِّم أن مقتضى الرهن الحبس ، وإنّما مقتضاه تعلّق الحقّ به ، على وجه تحصُل به الوثيقةُ ، وذلك غيرُ منافٍ للانتفاع به . ولو سلّمنا أن مقتضاه الحبس ، فلا يمنعُ أن يكون المستأجرُ نائباً عنه ، فى إمساكه ، وحبسه ، ومُستوفياً لمنفعته لنفسه .

٣٣٣٢ (فصل) ولا يُمنع الراهن من إصلاح الرهن ، ودفع الفساد عنه ، ومداواته ، إن احتاج

---

(١) كانت فى الأصل (ولا يؤجراه) وهى خطأ من جهة النحو فأصلحناها .

إليها ، فإذا كان الرهنُ ماشيةً ، فاحتاجت إلى إطراقِ الفَحْلِ ، فللراهن ذلك ، لأنّ فيه مصلحةً للرهن ، وزيادته ، وذلك زيادةٌ فى حَقِّ المرتهن ، من غير ضرر ، وإن كانت فحولاً لم يكن للراهن إطراقُها بغير رضى المرتهن ، لأنّه انتفاعٌ لا مصلحةَ للرهن فيه فهو كالاستخدام ، إلاّ أن يصير إلى حالٍ يتضرّر بترك الإطراق ، فيجوزُ . لأنّه كالمداواة له .

٣٣٣٣ « مسألة » قال ﴿ ومؤنة الرهن على الراهن . فإن كان عبداً فمات فعليه كفنه ، وإن كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه ﴾ .

وجملته : أن مُؤنةَ الرهن من طعامه ، وكُسوته ، ومسكنه ، وحافظه ، وحِرْزه ، ومَخْزنِه ، وغيرذلك على الراهن . وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، والعنبرىّ ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : أجرُ المسكن ، والحافظ ، على المرتهن . لأنّه من مُؤْنةِ إمساكه ، وارتهانه .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وعَلَيْهِ غُرْمُه » ولأنّه نوعُ إنفاق ، فكان على الراهن ، كالطعام ، ولأنّ الرهن ملكٌ للراهن ، فكان عليه مسكنه ، وحافظه ، كغير الرهن ، وإن أبَقَ العبدُ فأجْرةُ من يَردّه على الراهن ، وقال أبو حنيفة : يكون بقدر الأمانة على الراهن ، وبقدر الضمان على المرتهن ، وإن احتيج إلى مداواته لمرضٍ ، أو جُرْحٍ ، فذلك على الراهن . وعند أبى حنيفة : هو كأجر من يَرُدّه من إباقه ، وبنى ذلك على أصله فى أنّ يدَ المرتهن يدُ ضمانٍ بقَدْرِ دَيْنِهِ فيه ، وما زاد فهو أمانةٌ عنده ، والكلامُ على ذلك فى غير هذا الموضع ، وإن مات العبدُ كانت مؤنته ، كتجهيزه ، وتكفينه ، ودَفْنه ، عليه ، كسائر العبيد ، والإماء ، والأقارب من الأحرار .

٣٣٣٤ (فصل) وإن كان الرهنُ ثمرةً ، فاحتاجت إلى سقى وتسوية ، وجذاذٍ ، فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تجفيف ، والحقُّ مُؤَجَّلٌ ، فعليه التجفيفُ ، لأنّه يحتاجُ أن يستبقيها رهناً ، حتى يَحِلّ الحقّ ، وإن كان حالاً بيعت ، ولم يحتج إلى تجفيفها ، وإن اتفقا على بيعها ، وجَعْل ثمنها رهناً بالحقّ المؤجّل ، جاز ، وإن اختلفا فى ذلك قدّم قولُ من يستبقيها بعينها . لأنّ العقد يقتضى ذلك ، إلاّ أن يكون مما تقلّ قيمتُه بالتجفيف ، وقد جرت العادةَ ببيعه رطباً ، فإنه يُباع ، ويُجْعَلُ ثمنه مكانه . وإن اتفقا على قطع الثمرة فى وقتٍ ، فلهما ذلك ، سواء كان الحقُّ حالاً ، أو مُؤَجّلاً ، وسواء كان الأصلحُ القطعَ ، أو الترك لأنّ الحقّ لا يخرُج عنهما ، وإن اختلفا ، قدّمنا قولَ من طلب الأصلح ، إن كان ذلك قبل حُلول الحقّ . وإن كان الحقّ حالاً قدِّم قول من طلب القَطْعَ . لأنه إن كان المرتهنَ ، فهو طالبٌ لاستيفاء حقّه الحال ، فلزم إجابتُه ، وإن كان الراهنَ ، فهو يطلبُ تبرئَةَ ذمّته ، وتخليصَ عَيْنِ مِلْكهِ من الرهن ، والقطعُ أحوطُ من جهة أنّ فى تبقيته غرَراً ، ذكر القاضى هذا فى المُفْلِس ، وهو قولُ أكثر

أصحاب الشافعيّ ، وهذا فى معناه ، ويحتملُ أن يُنظر فى الثمرة . فإن كانت تنقصُ بالقطع نقصاً كثيراً ، لم يُجبَر المُمتنعُ من قطعها عليه . لأن ذلك إتلافٌ ، فلا يُجْبَرُ عليه ، كما لا يُجْبَرُ على نقض داره ، ليبيع أنقاضها ، ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها ، وإن كانت الثمرةُ ممّا لا يُنتفعُ بها قبل كمالها ، لم يجُز قطعُها قبله ، ولم يُجْبَرْ عليه بحال .

٣٣٣٥ (فصل) وإن كان الرهن ماشيةً تحتاج إلى إطراق الفَحْل ، لم يُجْبَرْ الراهنُ عليه . لأنّه ليس عليه ما يتضمّن زيادةً فى الرهن ، وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقائها . ولا يمنع من ذلك ، لكونها زيادةً لها ، لا ضرر على المرتهن فيه ، وإن احتاجت إلى رَعْيٍ ، فعلى الراهن أن يُقيم لها راعياً . لأنّ ذلك يجرى مجرى عَلَفها ، وإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها فى مكانٍ آخرَ ، وكان لها فى مكانها مرعًى تتماسكُ به ، فللمرتهن منعُه من ذلك ، لأنّ فى السفر بها إخراجَها عن نظره ، ويده ، وإن أجدب مكانُها ، فلم يجد ما تتماسك به ، فللراهن السفرُ بها . لأنّه موضعُ ضرورةٍ ، لأنّها تَهلِكُ إذا لم يُسافر بها ، إلاّ أنّها تكون فى يد عَدْلٍ يَرْضيانِ به ، أو يَنْصِبُه الحاكمُ ، ولا ينفردُ الراهنُ بها ، فإن امتنع الراهنُ من السفر بها ، فللمرتهن نقلُها . لأنّ فى بقائها هلاكَها ، وضياعَ حقِّه من الراهن . فإن أرادا جميعاً السفرَ بها ، واختلفا فى مكانها ، قدّمنا قولَ من يُعيّن الأصلَح . فإن استويا ، قدّمنا قولَ المرتهِن ، وقال الشافعيّ : يُقدَّم قولُ الراهن ، وإن كان الأصلحُ غيرَه . لأنه أملكُ بها ، إلاّ أن يكون مأواها إلى يد عَدْلٍ .

ولنا : أن اليد للمرتهن ، فكان أولى ، كما لو كانا فى بلدٍ واحدٍ ، وأيُّهما أراد نقلَها عن البلد مع خِصبه ، لم يكن له ، سواء أراد نقلَها إلى مثله ، أو أخصبَ منه ، إذ لا معنًى للمسافرة بالرهن ، مع إمكان ترك السفرية ، وإن اتّفقا على نقلها ، جاز أيضاً ، سواء كان أنفع لها ، أو لا . لأن الحقّ لهما ، لا يخرُج عنهما .

٣٣٣٦ (فصل) وإن كان عبداً يحتاجُ إلى خِتَانٍ ، والدَّينُ حالّ ، أو أجلُه قبلَ بُرْئِه ، مُنِعَ منهُ . لأنّه ينقصُ ثمنَه ، وفيه ضرر ، وإن كان يبرأ قبل محلّ الحقّ ، والزمانُ معتدلٌ لا يخافُ عليه فيه ، فله ذلك . لأنّه من الواجبات ، ويزيدُ به الثمن ، ولا يضرّ المرتهن ، ومؤنته على الراهن . فإن مرض ، فاحتاج إلى دواء ، لم يُجْبَر الراهن عليه ، لأنه لا يتحقّق أنه سببٌ لبقائه ، وقد يَبْرأ بغير علاج ، بخلاف النفقة ، وإن أراد الراهنُ مُداواته بما لا ضرر فيه لم يُمْنَعْ منه . لأنّه مصلحةٌ لهما من غير ضرر بواحدٍ منهما . وإن كان الدواء مما يُخاف غائلتُه ، كالسُّموم ، فللمُرتهن منعُه منه . لأنّه لا يأمن تلفَه . وإن احتاج إلى فَصْدٍ ، أو احتاجت الدَّابة إلى تَوْديجٍ ، ومعناه فتحُ الوَدَجَيْن حتى يَسِيلَ الدمُ ، وهما عِرْقانِ عَرِيضَانِ غليظان

من جانبي ثُغرةِ النَّحْرِ ، أو تَبزِيغٍ وهو فَتحُ الرَّهْصَةِ ، فللراهن فعلُ ذلك ، ما لم يَخف منه ضرراً ، وإن احتيج إلى قطع شيء من بدنه بدواءٍ لا يُخاف منه ، جاز ، وإن خيف منه ، فأيُّهما امتنع منهُ ، لم يُجبَرْ ، وإن كانت به آكِلَةٌ ، كان له قَطْعُها . لأنّه يُخاف من تركها لا مِنْ قَطْعها . لأنه لا يَحِسّ بلحمٍ ميِّت ، وإن كانت به خَبيثةٌ ، فقال أهلُ الخبرة الأحوطُ قطعُها ، وهو أنفعُ من بقائها ، فللراهن ذلك ، وإلاّ فليس له فعلُه ، وإن تساوى الخوفُ عليه في الحالين ، لم يكن له قطعُها . لأنّه يُحدث جرحاً فيه ، لم يترجّح إحداثُه ، وإن كانت به سلعة ، أو أصبعٌ زائدةٌ ، لم يملك الراهنُ قطعها . لأنّ قطعها يُخاف منه ، وتركها لا يُخاف منه ، وإن كانت الماشيةُ جَرِبَةً ، فأراد الراهنُ دهنها بما يُرْجَى نفعُه، ولا يُخاف ضررهُ ، كالقَطِران ، والزيت اليسير ، لم يُمْنَع . وإن خيف ضرره ، كالكثير ، فللمرتهن منعهُ ، وقال القاضى : له ذلك بغير إذن المرتهن . لأنّ له مُعالجةَ مِلْكه ، وإن امتنع من ذلك لم يُجْبَرْ عليه ، ولو أراد المرتهنُ مُداواتها بما يَنفعُها ، ولا يُخشى ضررُه لم يُمنع . لأنّ فيه إصلاحَ حقّه بما لا يضرّ بغيره ، وإن خيف منه الضرر ، لم يمكن عنه . لأنّ فيه خطراً بحقّ غيره .

٣٣٣٧ (فصل) فإن كان الرهنُ نَخلاً ، فاحتاج إلى تأبيرٍ ، فهو على الراهن ، وليس للمرتهن منعُه . لأنّ فيه مصلحةً بغير مَضرّة . وما يسقط من لِيفٍ . أو سَعَفٍ ، أو عَراجينَ ، فهو من الرهن . لأنّه من أجزائه ، أو من نمائه ، وقال أصحابُ الشافعىّ : ليس من الرهن ، بناءً منهم على أنّ النماء ليس منه ، ولا يصحّ ذلك ههنا . لأن السعَفَ من جُملة الأعيان التي ورد عليها عقدُ الرهن . فكانت منه كالأصول، وأنقاض الدار ، وإن كان الرهنُ ، كَرْماً ، فله زِبَارُه . لأنه لمصلحته ، ولا ضرر فيه ، والزَّرَجُونُ من الرّهن ، ولو كان الشجرُ مُزدحماً ، وفي قطع بعضه صلاحٌ لما يَبْقَى فله ذلك ، وإن أراد تحويلَه كلّه ، لم يملك ذلك ، وإن قيل : هو الأولى . لأنّه قد لا يعلَق ، فيفوتُ الرهن ، وإن امتنع الراهنُ من فِعل هذا كلّه ، لم يُجْبَرْ عليه ، لأنّه لا يلزمه فعلُ ما فيه زيادةُ الرهن .

٣٣٣٨ (فصل) وكلّ زيادة تلزمُ الراهنَ إذا امتنع،أجْبَرَهُ الحاكمُ عليها ، وإن لم يفعل اكترى له الحاكمُ من ماله ، فإن لم يكن له مالٌ اكترى من الرهن ، فإن بذلها المرتهنُ مُتطوّعاً لم يرجع بشيء . وإن أنفق بإذن الراهن ، أو إذن الحاكم عند تعذّر إذن الراهن محتسباً ، رجع به . وإن تعذّر إذنهما . أشهدَ على أنّه أنفق ليرجع بالنفقة ، وله الرجوعُ بها . وإن أنفق من غير استئذان الحاكم ، مع إمكانه ، أو من غير إشهاد بالرجوع عند تعذّر استئذانه ، ليرجع به ، فهل يرجعُ ؟ على روايتين . وإن أنفق بإذن الراهن ، ليكونَ الرهنُ رهناً بالنفقة ، والدينِ الأولِ لم يصحّ ، ولم يصِرْ رهناً بالنفقة ، لما ذكرنا . وإن قال الراهنُ . أنفقتَ متبرّعاً ، وقال المرتهنُ : بل أنفقتُ محتسباً بالرجوع . فالقولُ قولُ المرتهن .

لأنّ الخلافَ في نيّته ، وهو أعلمُ بها،ولا اطلاعَ لغيره من الناس عليها،وعليه اليمينُ ، لأنّ ما قاله الراهنُ محتملٌ . وكلُّ مؤنةٍ لا تلزمُ الراهنَ ، كنفقة المداواة ، والتأبير ، وأشباهها . لا يرجعُ بها المرتهنُ إذا أنفقها، سواءٌ أنفقها محتسباً ، أو متبرّعاً .

٣٣٣٩ « مسألة » قال ﴿ والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن ، رجع المرتهنُ بحقّه عند محلّه ، وكانت المصيبةُ فيه من راهنه ، وإن كان بتعدّي المرتهن ، أو لم يُحرزه ضمِن ﴾ .

أما إذا تعدّى المرتهنُ في الرهن ، أو فرّط في الحفظ للرهن الذي عنده،حتى تلف ؛ فإنه يَضمن ، لا نعلم في وجوب الضمان عليه خِلافاً . ولأنّه أمانةٌ في يده ، فلزمه ضمانه إذا تلف بتعدّيه ، أو تفريطه ، كالوديعة ، وأمّا إن تلف من غير تعدّ منه ، ولا تفريط . فلا ضمانَ عليه ، وهو من مالِ الراهن . يُروى ذلك عن عليّ رضي الله عنه ، وبه قال عطاء ، والزهريّ ، والأوزاعيّ، والشافعيُّ ، وأبو ثور، وابن المنذر . ويُروى عن شُرَيح ، والنخَعيّ ، والحسن : أن الرهن يُضْمَنُ بجميع الدين ، وإن كان أكثرَ من قيمته ، لأنّه رُوى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ » وقال مالك : إن كان تلفهُ بأمرٍ ظاهرٍ، كالموت ، والحريق ، فمِنْ ضمان الراهن ، وإن ادّعى تلفه بأمر خفي ، لم يقبل قوله وضمن . وقال الثوريّ ، وأصحاب الرأي : يضمَنُه المرتهن بأقلّ الأمرين من قيمته ، أو قدر الدَّيْن . ويُروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، واحتجّوا بما رَوى عطاء : أنّ رجلاً رَهَن فَرساً ، فنَفَق عند المُرتهن ، فجاء إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال « ذَهَبَ حَقُّكَ » ولأنّها عينٌ مَقْبُوضَةٌ ، للاستيفاء ، فيضمنها من قبضها لذلك ، أو من قبضها نائبُه ، كحقيقة المستوفى ، ولأنّه محبوسٌ بدين ، فكان مَضمُوناً ، كالمبيع إذا حُبس لاستيفاء ثمنه .

ولنا : ما رَوى ابن أبي ذئب ، عن الزهريّ ، عن سعيد بن المسيّب : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ ، لِصَاحِبه ، غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس، عن ابن أبي ذئب ، ورواه الشافعيُّ ، عن ابن أبي فُدَيْك ، عن ابن أبي ذئب ، ولفظُه « الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَه » وباقيه سواء . قال : ووصله ابنُ المسيّب ، عن أبي هريرة ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم مثلَه ، أو مِثْلَ معناه ، من حديث أبي أُنَيْسَةَ . ولأنّه وثيقةٌ بالدين ، فلا يَضْمَنُ ، كالزيادة على قدر الدين ، وكالكفيل ، والشاهد ، ولأنّه مقبوضٌ بعقدٍ واحدٍ بعضُه أمانةٌ ، فكان جميعُه أمانةً ، كالوديعة. وعند مالك : أنّ ما لا يُضمَنُ به العقارُ لا يُضمَنُ به الذهبُ ، كالوديعة . فأمّا حديثُ عطاء فهو مُرسَل ، وقول عطاء يُخالفه . قال الدارقطنيّ : يرويه إسماعيلُ ابن أُمَيّة ، وكان كذّاباً . وقيل : يرويه مُصْعَبُ ابنُ ثابت ، وكان ضعيفاً ، ويحتمل أنه أراد ذهب حقُّكَ من الوثيقة ، بدليل أنه لم يَسألْ عن قدر الدين ،

وقيمة الفرَس . وحديثُ أنس إن صحّ . فيحتملُ أنّه محبوسٌ بما فيه ، وأما المستوفَى ، فإنه صار مِلْكاً المُسْتوفِي ، وله نماؤه ، وغُنْمُه ، فكان عليه ضمانُه وغُرْمُه ، بخلاف الرهن ، والبيعُ قبل القبض ممنوع .

٣٣٤٠ (فصل) وإذا قضاه جميعَ الحقّ ، أو أبرأه من الدين ، بقي الرهنُ أمانةً في يده ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : إذا قضاه كان مضموناً ، وإذا أبرأه ، أو وهبه ، لم يكن مضموناً ، استحساناً ، وهذا مناقضةٌ لأنّ القبض المضمونَ منه ، لم يَزُل ، ولم يُبرئه منه . وعندنا : أنّه كان أمانةً ، وبقي على ما كان عليه ، وليس عليه رَدّه . لأنه أمسكه بإذن مالكه ، ولا يختصّ بنفعه ، فهو كالوديعة ، بخلاف العارِيَة . فإنه يختصّ بنفعها ، وبخلاف ما لو أطارت الريحُ إلى داره ثوباً ، لزمه رَدّه إلى مالكه ، لأنّ مالكه لم يأذن في إمساكه ، فأمّا إن سأل مالكهُ في هذه الحال ، دَفْعَهُ إليه لزم مَنْ هو في يده من المرتهِن ، أو العَدْل دَفْعُه إليه ، إذا أمكنه ، فإن لم يفعل صار ضامناً ، كالمودَع ، إذا امتنع من رَدّ الوديعة عند طلبها . وإن كان امتناعُه لعذر . مثلُ أن يكون بينه وبينه طريق مُخيفٌ ، أو بابٌ مُغْلَقٌ ، لا يمكنه فتحُه ، أو كان يَخاف فَوْت جمعة ، أو جماعةٍ ، أو فوتَ صلاةٍ ، أو به مرض ، أو جوعٌ شديد ، وما أشبهه ، فأخّر التسليم لذلك ، فتلف ، فلا ضمانَ عليه . لأنّه لا تفريط منه ، فأشبه المودَع .

٣٣٤١ (فصل) وإذا قبض المرتهنُ الرهنَ ، فوجده مُستَحَقّاً ، لزمه ردُّه على مالِكه ، والرهنُ باطل من أصله . فإن أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده ، استقرّ عليه الضمانُ ، وللمالك تضمينُ أيّهما شاء . فإن ضمن المرتهن ، لم يرجعْ على أحدٍ لذلك ، وإن ضمن الراهنُ رجع عليه ، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتفريطه ، فالحكمُ كذلك . لأنّ الضمانَ يستقرُّ عليه ، وإن تلف بغير تفريط ، ففيه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : يضمنُ ، ويستقرّ الضمانُ عليه . لأنّ مال غيره تلف تحت يده العادِية فاستقرّ الضمانُ عليه ، كما لو علم .

والثاني : لا ضمان عليه . لأنه قبضه على أنّه أمانةٌ من غير علمِهِ ، فلم يضمنه كالوديعة . فعلى هذا يرجعُ المالكُ على الغاصب ، لا غيرُ .

والوجه الثالث : أن المالك تضمينَ أيّهما شاء ، ويستقرُّ الضمانُ على الغاصب ، فإن ضمن الغاصبُ لم يَرجعْ على أحدٍ ، وإن ضمن المرتهِنُ رجعَ على الغاصبَ ، لأنّه غرّه ، فرجع عليه ، كالمغرور بحرّية أمَةٍ .

٣٣٤٢ « مسألة » قال ﴿ وإن اختلفا في القيمة ، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ، وإن اختلفا في قدر الحقّ ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، إذا لم يكن لواحدٍ منهما بما قال بيِّنة ﴾

يعني : إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال التي يلزمُ المرتهنَ ضمانُه ، وهي إذا تعدَّى ، أو لم يُحرز ، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه . لأنه غارمٌ ، ولأنه مُنكِر لوجوب الزيادة على ما أقرّ به ، والقولُ قولُ المنكِر . وبهذا قال الشافعيّ ، ولا نعلَمُ فيه مُخالفاً . وإن اختلفا في قدر الحقّ ، نحوُ أن يقول الراهنُ : رهنتُكَ عبدي هذا بألفٍ ، فقال المرتهنُ : بل بألفَين . فالقولُ قولُ الراهن ، وبهذا قال النخَعِيّ ، والثوريّ ، والشافعيّ ، والبتّيّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وحُكي عن الحسن، وقتادةَ أنّ القولَ قولُ المرتهن ، ما لم يُجاوز ثمن الرهن ، أو قيمَته ، ونحوُه قول مالك ، لأنّ الظاهرَ أن الرهن يكونُ بقدر الحقّ .

ولنا : أن الراهن مُنكِر للزيادة التي يدّعيها المرتهنُ ، والقولُ قولُ المُنكِر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ رِجَالٍ ، وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنْ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعىَ عَلَيْهِ» رواه مسلم . ولأنّ الأصلَ براءةُ الذمّة من هذه الألف . فالقولُ قولُ من ينفيها ، كما لو اختلفا في أصل الدين ، وماذكره من الظاهر غيرُ مُسلّم . فإنّ العادةَ رهنُ الشيء بأقلّ من قيمته ، إذا ثبت هذا: فإنّ القولَ قولُ الراهن في قدر ما رهنه به . سواء اتّفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أنّ الدينَ ألفان ، وقال الراهنُ : إنما رهنتُك بأحدِ الألفين ، وقال المرتهنُ : بل رهنْتَهُ بهما ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، لأنّه يُنكِر تعلّق حقّ المرتهن في أحد الألفين بعينه ، والقولُ قولُ المُنكِر ، وإن اتفقا على أنه رهنٌ بأحد الألفين ، وقال الراهنُ : هو رهنٌ بالمؤجَّل ، وقال المرتهنُ : بل بالحالّ ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، لأنّه مُنكِر ، ولأنّ القولَ قولُه في أصل الرهن ، فكذلك في صفته ، وهذا إذا لم يكن بيّنة ، فإن كان لأحدهما بيّنة ، حُكم بها بغير خلافٍ في جميع هذه المسائل .

٣٣٤٣ (فصل) وإن اختلفا في قدر الرهن ، فقال : رهنتُك هذا العبد . قال : بل هو والعبدُ الآخر . فالقولُ قولُ الراهن . لأنه منكر ، ولا نعلم في هذا خلافاً . وإن قال : رهنتُك هذا العبد . فقال : بل هذه الجاريَةَ ، خرج العبدُ من الرهن ، لاعتراف المرتهن بأنّه لم يرهنْهُ ، وحَلف الراهنُ على أنّه ما رهنه الجاريةَ . وخرجتْ من الرهن أيضاً . وإن اختلفا في ردّ الرهن إلى الراهن ، فالقولُ قولُه أيضاً ، لأنّه مُنكِرٌ ، والأصل معه . وكذلك الحُكم في المستأجِر ، إذا ادّعى ردّ العين المستأجرَة ، وقال أبو الخطّاب: يتخرّج فيهما وجهٌ آخرُ : أنّ القولَ قولُ المرتهن ، والمستأجِر في الردّ ، بناءً على المضارب ، والوكيل بجُعْلٍ إذا ادّعيا الردّ . فإنّ فيهما وجهين ، والفرقُ بينهما وبين المرتهن ، أن المرتهن قبضَ العينَ لينتفع بها، وكذلك المستأجِرُ ، والوكيلُ ، قبض العين لينتفع بالجُعْلِ ، لا بالعين ، والمُضاربُ قَبضَها لينتفع بربحها ،

لا بها ، وإن اختلفا فى تلَف العين ، فالقولُ قولُ المرتهن مع يمينه ، لأنّ يده يدُ أمانةٍ . ويَتعذّر عليه إقامةُ البيّنة على التلَف . فقُبل قولُه فيه كالمودَع .

٣٣٤٤ (فصل) فإن قال : بعتُك هذا الثوبَ على أن ترهنني بثمنه عبدَيْكَ هذين ، فقال : بل على أن أرهنك هذا وحدَه ، ففيها روايتان ، حكاهما القاضى :

إحداهما : يتحالفان . لأنه اختلافٌ فى البيع ، فهو كالاختلاف فى الثمن .

والثانيةُ : القولُ قولُ الراهن . لأنه مُنكِر لشرط رَهن العبد الذى اختلفا فيه ، والقولُ قولُ المنكر ، وهذا أصحّ .

٣٣٤٥ (فصل) وإن قال : أرسلتَ وكيلكَ ، فرهنني عبدَك على عشرين قبضَها . فقال : ما أمرته يرَهنه إلاّ بعَشرةٍ ، ولا قبضتُ إلا عَشرةً . سُئِل الرسولُ : فإن صدّق الراهنَ فعليه اليمينُ : أنه مارهنه إلا بعَشَرةٍ ، ولا قبض إلا عَشرةً . ولا يمينَ على الراهن . لأن الدعوى على غيره ، فإذا حلف الوكيلُ بَرِئا جميعاً ، وإن نَكَلَ . فعليه العشرَةُ المختلَف فيها ، ولا يرجعُ بها على أحدٍ لأنه يُصدّق الراهنَ فى أنّه ما أخذَها ، ولا أمره بأخذها ، وإنّما المرتهنُ ظَلَمه ، وإن صدّق الوكيلُ المرتهنَ ، وادّعى أنه سلّم العشرينَ إلى الراهن . فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه ، فإن نَكلَ قُضِيَ عليه بالعشرة ، ويَدْفَعُ إلى المرتهن ، وإن حلف ، برِئ ، وعلى الرسول غَرَامَةُ العَشَرَةِ للمُرتهن ، لأنه يزعم أنتها حَقّ له ، وإنّما الراهنُ ظَلَمَه ، وإن عُدِم الرسولُ ، أو تعَذّر إحلافُه ، فعلى الراهنِ اليمينُ : أنّه ما أذِنَ فى رَهْنه إلا بعَشَرةٍ ، ولاقبض أكثرَ منها . ويبقى الرهنُ بالعَشَرةِ الأُخْرى .

٣٣٤٦ (فصل) إذا كان على رجل ألفان ، أحدُهما برهن والآخرُ بغير رهن ، فقَضَى ألفاً ، وقال : قضيتُ دينَ الرهن ، وقال المرتهنُ : بل قضيتَ الدينَ الآخر . فالقولُ قولُ الراهنِ مع يمينه ، سواء اختلفا فى نيّة الراهن بذلك أو فى لَفظِه . لأنه أعلمُ بِنيّته ، وصِفةِ دفعه ، ولأنّه يقولُ : إنّ الدَّيْن الباقيَ بلا رهن ، والقولُ قولُه فى أصل الرهن ، فكذلك فى صفته . وإن أطلق القضاء ، ولم يَنْوِ شيئاً ، فقال أبو بكر : له صرفُها إلى أيّهما شاء ، كما لو كان له مالٌ حاضرٌ ، وغائب ، فأدىّ قدر زكاة أحدهما ، كان له أن يُعيِّن عن أيِّ المالين شاء . وهذا قولُ بعض أصحاب الشافعيّ ، وقال بعضهم : يقعُ الدفعُ عن الدينين معاً عن كلّ واحدٍ منهما نصفُه ، لأنّهما تساويا فى القضاء ، فتساويا فى وقوعه عنهما ، فأمّا إن أبرأه المرتهنُ من أحد الدينين ، واختلفا ، فالقولُ قولُ المرتهن ، على التفصيل الذى ذكرناه فى الراهن ، ذكره أبو بكر .

٣٣٤٧ (فصل) وإذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن ، لزم الرهنُ فى حقّهما ، ولم يضرّ إنكارُه . لأنْ الحقّ لهما ، وإن قال أحدُهما : قبضه العدلُ ، فأنكر الآخرُ فالقول قولُ المُنكر ، كما

لو اختلفا فى قبض المرتهن له ، ولو شهد العدلُ بالقبض لم تُقبل شَهَادَتهُ لأنها شهادةُ الوكيل لموكّله .

٣٣٤٨ (فصل) إذا كان فى يد رجل عبدٌ . فقال : رهنتنى عبدَك هذا بألف . فقال : بل غَصَبْتَه ، أو استعرتَه . فالقولُ قولُ السيِّد ، سواء اعترف بالدين ، أو جَحَدَهُ لأنّ الأصلَ عدمُ الرهن ، وإن قال السيِّد : بعتُك عبدى هذا بألف . فقال : بل رهنتَه عندى بها ، فالقولُ قولُ كلّ واحدٍ منهما فى العقد الذى يُنكره ، ويأخذُ السيِّد عبدَه ، وهكذا لو قال : رهنتُكه بألف أقرضْتَنيه . فقال : بَلْ بعتنيه بألف قبضته منّى ثمناً ، فكذلك ، ويردُّ صاحبُ العبد الألفَ ، ويأخذُ عبدَه .

٣٣٤٩ (فصل) وإذا ادَّعى على رجلين ، فقال : رهنتمانى عبدكما بَدَيْنى عليكما ، فأنكراه . فالقولُ قولُهما ، إن شهد كلُّ واحدٍ منهما على صاحبه ، قُبلتْ شهادتهُ ، إذا كان عدلاً ، وللمرتهن أن يَحْلِفَ مع كلّ واحدٍ منهما ، ويصيرَ جميعُه رهناً ، أو يَحلِفَ مع أحدهما ، ويصيرَ نصيبُ الآخر رهناً ، وإن أقرّ أحدُهما ثبت فى حقّه وحدَه ، وإن شهد المقرّ على المُنكر ، قبلتْ شهادتهُ إن كان عَدْلاً . لأنّه لا يجلبُ لنفسه نفعاً ، ولا يدفعُ عنها ضرراً . وبهذا قال أصحابُ الشافعىّ ، وقال بعضُهم : إذا أنكرا جميعاً ، ففى شهادتهما نظرٌ ، لأن المشهود له يدّعى أنّ كلّ واحدٍ منهما ظالمٌ له بجحُودهِ حقّه من الرهن ، فإذا طعن المشهودُ له فى شهوده ، لم تُقبل شهادتُهم له ، قلنا لا يصحّ هذا ، فإنّ إنكار الدعوى لا يثبت به فِسْقُ المدّعىَ عليه ، وإن كان الحقُّ عليه ، لجواز أن يَنْسى ، أو تلحقَه شُبْهَةٌ فيما يدّعيه ، أو ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئاً ، وتخاصما فيه ، ثم شهدا عند الحاكم بشىء ، لم تُرَدّ شهادتهما ، وإن كان أحدهما كاذباً فى مخالفته لصاحبه ، ولو ثبت الفسقُ بذلك لم يجُز قبولُ شهادتهما جميعاً ، مع تحقّق الجرْح فى أحدهما .

٣٣٥٠ (فصل) وإذا رهن عيناً عند رجلين ، فنصفُها رهنٌ عند كلّ واحدٍ منهما بَدينه ، ومتىَ وفّى أحدَهما خرجت حصَّتُه من الرهن ، لأنّ عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدَين ، فكأنّه رهنَ كلّ واحد منهما النصفَ مُفرداً ، فإن أراد مُقاسَمةَ المرتهن ، وأخْذَ نصيبِ مَنْ وَفّاه ، وكان الرهنُ ممّا لا تَنْقُصُه القِسْمَةُ كالمكيل ، والموزونِ لزم ذلك ، وإن كان مما تنقصُه القسمةُ لم تجب قسمتُه ، لأنّ على المرتهن ضرراً فى قسمته ، ويُقَرُّ فى يد المرتهن ، نصفهُ رهنٌ ، ونصفُه وَدِيعَةٌ ، وإن رهن اثنان عبدهما عند رجل ، فوفّاه أحدُهما ، انفكّ الرهنُ فى نَصيبه . وقد قال أحمد فى رواية مهنا ، فى رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على ألف ، فقضاه أحدُهما ، ولم يقضِ الآخرُ : فالدارُ رهنٌ على ما بَقِى ، وقال أبو الخطّاب فى رجل رهن عبده عند رجلين فوفّى أحدهما : فجميعُه رهنٌ عند الآخرِ حتّى يُوفيه ، وهذا من كلام أحمد ، وأبى الخطّاب ، محمولٌ على أنّه ليس للراهن مُقاسمةُ المرتهن ، لما عليه من الضرر ، لا بمعنى أنّ العيْن كلّها تكونُ رهناً ، إذ لا يجوز أن يُقال : إنّه رهنَ نصفَ العبد عند رجل ، فصار جميعه رَهْناً ، ولو رهن

اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف ، فهذه أربعةُ عقود ، ويصيرُ كلّ رُبع من العبد رهناً بمائتين وخمسين ، فمتى قضاها ؟ مَنْ هي عليه ، انفكّ من الرهن ذلك القدرُ ، قاله القاضى ، وهو الصحيحُ .

٣٣٥١ (فصل) ولو ادّعى رجلان على رجل : أنه رهنهما عبده ، وقال : كلٌّ واحدٍ منهما رهنه عندى دون صاحبى ، فأنكرهما جميعاً . فالقولُ قولُه مع يمينه ، وإن أنكر أحدهما ، وصدّق الآخر ، سُلِّم إلى من صدّقه ، وحلف الآخرُ ، وإن قال : لا أعلم عَيْنَ المرتهِن منهما ، حلف على ذلك ، فالقولُ قولُ مَنْ هو فى يده منهما ، مع يمينه . وإن كان فى أيديهما ، حلف كلٌّ واحدٍ منهما على نصفه ، وصار رهناً عنه ، وإن كان فى يد غيرهما ، أُقرِع بينهما ، فمن قَرَعَ صاحبَه ، حلَفَ ، وأخذه ، كما لو ادّعيا مِلْكَهُ ، ولو قال : رهنتُه عند أحدهما ، ثم رهنتُه الآخر ، ولا أعلمُ السابقَ منهما ، فكذلك ، وإن قال : هذا هو السابق بالعقد ، والقبض ، سُلِّم إليه ، وحلَفَ للآخرِ ، وإن نَكَل ، والعبدُ فى يد الأوّل ، أو يدِ غيره ، فعليه قيمتُه للثانى ، كما لو قال : هذا العبدُ لزيد ، وغصَبْتُهُ من عمرو ، فإنه يُسَلَّمُ إلى زيدٍ ، وَيَغْرَمُ قِيمتَه لعمرو ، وإن نَكَلَ ، والعبدُ فى يد الثانى ، أُقرّ فى يده ، وغَرِمَ قيمتَه للأوّل ، لأنه أقرّ له بعدَ ما فعلَ ما حال بينه ، وبين مَنْ أقَرّ له ، فَلَزِمتْهُ قيمتُه ، كما قُلنا ، وقال القاضى : إذا اعترف به لغير مَنْ هو فى يده ، فهل يرجع صاحبُ اليد ، أو المقَرُّ له ؟ على وجهين . ولو اعترف لأحدهما ، وهو فى يديهما ، ثبتَتْ يدُ المقَرّ له ، وفى النصف الآخرَ وجهان .

٣٣٥٢ (فصل) إذا أذن المرتهنُ الراهن فى بيع الرهن بعد حلول الحقّ جاز ، وتعلّق حقّهُ بثمنه ، وإن أذن له قبل حلوله مُطلقاً ، فباعه ، بطل الرهنُ ، ولم يكن عليه عِوَضُه . لأنه أذن له فيما ينافى حقّه ، فأشبه ما لو أذن فى عتقِهِ ، والمالك أخذُ ثمنه ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يكونُ الثمنُ رهناً ، لأنّ الراهنَ باع الرهنَ بإذن المرتهن ، فوجب أن يثبُت حقّه فيه ، كما لو حلّ الدينُ . قال الطحاوىّ حقّ المرتهن مُتعلّق بعين الرهن ، والثمنُ بدلُه ، فوجب أن يتعلّق به ، كما لو أتلفه مُتلِفٌ . ولنا : أنه تصرّف يُبطِلُ حقّ المرتهن من عين الرهن ، لا يملكه المرتهن ، فإذا أذن فيه أسقط حقّه كالعتق ، ويُخالف ما بعد الحلول ؛ لأن المرتهن يَستحقّ البيعَ ، ويُخالف الإتلافَ . لأنه غيرُ مأذونٍ فيه من جهة المرتهن ، فإن قال : إنما أردتُ بإطلاق الإذن: أن يكونَ ثمنُه رَهْناً لم يُلتفتْ إلى دعواه . لأنّ إطلاق الإذن يقتضى بيعاً بفسخ الرهن ، وبهذا قال الشافعىّ ، وإن أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانَه رهناً ، أو يُعجّل له دينَه من ثمنه جاز ، ولزم ذلك ، وإن اختلفا فى الإذن ، فالقولُ قولُ المرتهن ، لأنه مُنكِر ، وإن أذن فى البيع ، واختلفا فى شَرْطِ جَعْلِ ثمنه رَهْناً ، أو تعجيل دينه منه . فالقولُ قولُ الراهن ، لأنّ الأصلَ عدمُ الشرط ، ويحتملُ أن يكونَ القولُ قولَ المرتهن ، لأن الأصل بقاء الوثيقة ، وإن أذن الراهنُ فى البيع ،

ثم رجع قبل البيع ، فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع ، لم يصحّ بيعُه ، وإن باعه بعد الرجوع ، وقبلَ العِلم ، احتملَ وجهين ، بناءً على عزل الوكيل قبل عِلمه ، فإن اختلفا في الرجوع قبل البيع ، فقال القاضي : القولُ قولُ المرتهن أيضاً ، لأنّ الأصلَ عدمُ الرجوع ، وعدمُ البيعِ قبل الرجوع ، فتعارضَ الأصلانِ ، وبقيت العينُ رهناً ، على ما كانت ، وبهذا كلِّه قال الشافعيّ ، وهذا فيما لا يُحتاج إلى بيعه ، فأمّا ما دعت الحاجةُ إلى بيعه ، كالذى خِيفَ تلفُه ، إذا أذن في بيعه مُطلقا ، تعلّق الحقُّ بثمنه ، لأنّ بيعَهُ مُستَحقّ ، فأشبه ما بِيعَ بعد حلول الدّين .

٣٣٥٣ (فصل) إذا حلّ الحقّ لزم الراهنَ الإيفاء ، لأنّه دينٌ حالٌّ ، فلزم إيفاؤه ، كالذى لا رهن به ، فإن لم يُوَفّ ، وكان قد أذِن للمرتهن ، أو للعدل ، في بيع الرهن ، باعَه ، ووفّى الحقّ من ثمنه ، وما فضل من ثمنه فلمالكه ، وإن فضل من الدين شيء ، فعلى الراهن . وإن لم يكن أذن لهما في بيعه ، أو كان قد أذن لهما ، ثم عزلهما ، طولب بالوفاء ، وبَيْعِ الرهْنِ ، فإن فعل ، وإلاّ فعل الحاكمُ ما يرَى من حبسه ، وتعزيرِه ، ليَبِيْعه ، أو يَبِيعُه بِنفْسِهِ ، أو أمينه ، وبهذا قال الشافعيُّ ، وقال أبو حنيفة : لا يبيعُه الحاكمُ ، لأنّ وِلايَةَ الحاكم على مَنْ عليه الحقّ ، لا على ماله ، فلم ينفُذ بيعُه بغير إذنه . ولنا : أنه حقّ تعيّن عليه ، فإذا امتنع من أدائه ، قام الحاكم مَقامه في أدائه ، كالإيفاء من جنس الدين ، وإن وَفّى الدينَ من غير الرهن ، انفكّ الرهنُ .

٣٣٥٤ « مسألة » قال ﴿ والمرتهن أحقّ بثمن الرهن من جميع الغرماء ، حتى يَستوفيَ حقّه ، حيّا كان الراهنُ ، أو ميّتاً ﴾ .

وجملته : أنه إذا ضاق مالُ الراهن عن ديونه ، وطالب الغرماء بديونهم ، أو حُجِرَ عليه لفَلَسِه ، وأريد قسمةُ ماله بين غُرمائه ، فأولُ مَنْ يقدَّم مَنْ له أرشُ جِنايةٍ يتعلّقُ برقبة بعض عَبيدِ المُفلس ، لما ذكرنا من قبلُ ، ثمّ مَنْ له رهنٌ ، فإنه يُخصّ بثمنه عن سائر الغُرماء . لأنّ حقّه متعلّق بعين الرهن ، وذِمّةِ الراهن معاً ، وسائرُهم يتعلّق حقّه بالذمّة دون العين ، فكان حقّه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن ، وهو تقديمُه بحقّه عند فرض مُزاحمةِ الغُرماء ، ولا نعلمُ في هذا خلافاً ، وهو مذهب الشافعيّ ، وأصحابِ الرأى ، وغيرهم ، فيُباع الرهنُ ، فإن كان ثمنُه وَفْقَ حقِّه ، أخذَه ، وإن كان فيه فضلٌ عن دينه رُدّ الباقي على الغُرماء ، وإن فضلَ من دينه شيء أخذ ثمنُه ، وضَرَبَ مَع الغُرَماء بِبَقِيّة دَيْنِه ، ثمّ مِنْ بعد ذلك ، مَنْ وَجَدَ عَيْن مَالِه ، فهو أحقُّ بها ، ثم يُقسّم الباقي بين الغرماء ، على قدر ديونهم ، ولو كان فيهم من دينُه ثابتٌ بجنايةِ المُفلس ، لم يقدّم ، وكان أُسوةَ الغُرماء . لأنّ أرشَ جنايته يتعلّق بذمّته ، دون ماله ، فهو كبقية الديون ، بخلاف أرش جِنايةِ العَبْد ، فإنّها تتعلّق برقبةِ العبد ، فلذلك كان أحقّ به ، ممّن تعلّق

حقّه بمجرّد الذمّة ، ولا فرق فى استحقاق ثمن الرهن ، والاختصاص به ، بين كون الراهن حيًّا ، أو ميّتاً. لأن تقديم حقّه من حيثُ كان حقُّهُ متعلّقا بعين المال ، وهذا المعنى لا يختلفُ بالحياة والموت ، فكذلك ما ثبت به ، كأرش الجناية .

٣٣٥٥ (فصل) ولو باع شيئاً ، أو باعه وكيلُه ، وقبض الثمن ، أو باع العدلُ الرهنَ ، وقبض الثمنَ ، فتلِف ، وتعذّر ردّهُ ، وخرجت السلعةُ مستَحَقّةً ، ساوى المشترى الغُرَماء . لأنّ حقّه لم يتعلّق بعين المال ، فهو بمنزلة أرش جنايةِ المُفلس ، وذكر القاضى احتمالاً آخرَ : أنّه يُقدّم على الغُرماء . لأنه لم يرضَ بمجرّد الذمّة ، فكان أولى ، كالمرتهن ، ولأنّه لو لم يقدّم على الغُرماء لامتنع الناسُ عن شراء مالِ المُفلِس ، خوفاً من ضَياعِ أموالهم ، فتقلّ الرغباتُ فيه ، ويقلُّ ثمنُه ، فكان تقديمُ المشترى بذلك على الغُرماء أنفعَ لهم ، وهذا وجهٌ لأصحاب الشافعىّ .

ولنا : أنّ هذا حقّ لم يتعلّق بعين المال ، فلم يُقدّم ، كالذى جنى عليه المُفْلِسُ ، وفارق المرتهنَ . فإنّ حقّه تعلّق بالعين ، وما ذكروه من المعنى الأول منتقض بأرشِ جناية المُفلس . والثانى : مصلحةٌ لا أصلَ لها ، فلا يثبُت الحكمُ بها . فأمّا إن كان الثمنُ موجوداً يمكنُ ردّه ، وينفردُ به صاحبُه . لأنّه عينُ ماله ، لم يتعلّق به حقّ أحدٍ من الناس ، وكذلك صاحبُ السِّلعة المستحقّة ، يأخذُها ، ومتى باع العدلُ مالَ المُفلس ، أو باع الرهنَ ، وخرجت السلعةُ مستَحَقة ، فالعُهدةُ على المُفلس ، فلا شىء على العَدْلِ . لأنه أمينٌ .

٣٣٥٦ (فصل) ومن استأجر داراً ، أو بَعيراً بعينه ، أو شيئاً غيرَهما بعينه ، ثم أفلس المؤجِّر ، فالمستأجِرُ أحقُّ بالعين التى استأجرها من الغُرماء ، حتى يستوفىَ حقّه . لأن حقّه متعلّق بعين المال ، والمنفعةُ مملوكة له ، فى هذه المدّة ، فكان أحقّ بها ، كما لو اشترى منه شيئاً . فإن هلك البعيرُ ، أو انهدمت الدارُ قبل انقضاء المدّة ، انفسخت الإجارةُ ، ويَضْربُ مع الغُرماء ببقيّة الأجْرةِ . وإن استأجر جملاً فى الذمّة ، أو غيره ، ثم أفلس المؤجّر ، فالمستأجرُ أسوةُ الغرماء ، لأنّ حقّه لم يتعلّق بالعين . وهذا مذهبُ الشافعىّ ، ولا نعلم فيه خلافاً . فإن آجر داراً ، ثم أفلس ، فاتفق الغرماءُ ، والمفلسُ على البيع قبل انقضاء مدّة الإجارة ، فلهم ذلك ، ويبيعونَها مُستأجرَةً . وإن اختلفوا قدّم قولُ من طلب البيعَ فى الحال . لأنّه أحوَطُ من التأخير ، فإذا استوفى المستأجِرُ يُسلّم المشتَرى . وإن اتّفقوا على تأخير البيع حتى تنقضىَ مُدّة الإجارة ، فلهم ذلك . لأن الحقّ لهم ، لا يخرُج عنهم .

٣٣٥٧ (فصل) ولو باع سلعةً ، ثم أفلس قبلَ تقبيضها ، فالمشترى أحقُّ بها من الغُرماء ، سواء كانت من المكيل ، والموزون ، أو غيرهما . لأن المشترىَ قد ملكها ، وثبت ملكهُ فيها ، فكان أحقّ

بها ، كما لو قبضها ، ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن ، وما بعده . وإن كان عليه سَلَمٌ ، فوجد المُسْلِمُ الثمنَ قائماً ، فهو أحقُّ به . لأنه وجد عين ماله ، وإن لم يجده ، فله أسوةُ الغُرماء . لأنه لم يتعلَّق حقه بعين مال ، ولا ثبت ملكُهُ فيه ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بالمُسْلَم فيه الذى يَسْتَحِقه ، دون الثمن ، فيعزلُ له قدر حَقِّه . فإن كان فى المال جنسُ حقه ، أخذ منه بقدر مايستَحِقّه . وإن لم يكن فيه جنسُ حَقِّه عُزِلَ بقدر حقه ، فيشترى به المُسْلَمَ فيه ، فيأخذُه ، وليس له أن يأخذ المعزولَ بعينه ، لئلا يكون بدلاً عمَّا فى الذمّة من المُسْلَمِ فيه . ولا يجوزُ أخذُ البدل عن المُسْلَمِ فيه . وإن أمكن أن يُشترىَ بالمعزولِ أكثرُ مما قدّر له ، لرِخَص المُسْلَمِ فيه اشتُرِىَ له بقدر حقِّه ، ورُدَّ الباقى على الغُرماء .

مثاله : رجل أفلس ، وله دينار ، وعليه لرجل دينار ، ولآخر قفيزُ حِنْطةٍ من سَلَمٍ ، قيمتُه دينار ، فإنه يُقَسم دينارُ المفلس نصفين ، لصاحب الدينار نصفُه ويُعْزَلُ نصفهُ للمُسْلِم . فإن رَخُصت الحِنطةُ ، فصار قيمةُ القفيز نصفَ دينار ، تبيَّنَّا أنَّ حقه مثلُ نصف حقِّ صاحب الدينار ، فلا يستحقُّ من دينار المفلس إلا ثُلُثَه يُشترَى له به ثلثا قفيزٍ ، فيُدفع إليه ، ويُرَدُّ سدُسُ الدينار على الغريم الآخرِ . فإن غلا المُسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارَيْن ، تبيَّنا أنه يستَحِقُّ مثْلَىْ ما يستَحِقُّه صاحبُ الدينار ، فيكون له من دينار المفلس ثُلثاهُ ، فيُشتَرَى له بالنصف المعزولِ ، ويرجعُ على الغريم بسُدُسِ دينار ، يُشْتَرَى له به أيضاً لأن المعزول ملكُ المُفلس ، وإنَّما للمُسلِم قدرُ حقه . فإن زاد ، فللمفلس ، وإن نقص ، فعليه .

٣٣٥٨ (فصل) قال عبد الله بن أحمد . سألتُ أبى عن رجل عنده رهونٌ كثيرة ، لا يَعرفُ أصحابها ، ولا مَنْ رهن عنده . قال : إذا أيِسْتَ من معرفتهم ، ومعْرِفةِ وَرَثتِهم ، فأرَى أن تُباعَ ، ويتَصَدَّق بثمنها ، فإن عَرفَ بعدُ أربابهَا خيَّرهم بين الأجر ، أو يَغْرَم لهم . هذا الذى أذهبُ إليه . وقال أبو الحارث ، عن أحمدَ فى الرهن يكون عنده السنينَ الكثيرةَ ، يَأْيَسُ من صاحبه : يبيعهُ ، ويتَصَدَّقُ بالفَضْل . فظاهرُ هذا أنه يَسْتَوفِى حَقَّه . ونقل أبو طالب : لا يستوفى حقَّه من ثمنه . ولكن إن جاء صاحبُها فطلبه ، أعطاه إيَّاه ، وطلب منه حقَّه . وأما إن رفع أمره إلى الحاكم ، فباعه ، ووفَّاه منه حقَّه ، جاز ذلك .

كتاب المفلس

المفلس : هو الذى لا مال له ، ولا ما يدفعُ به حاجته ، ولهذا لمّا قال النبىُّ صلّى الله عليه وسلّم لأصحابه « أتَدْرُونَ(١) مَنِ المُفْلِسُ ؟ » قالوا : يا رَسُولَ اللهِ ، المفْلِسُ فِينَا مَنْ لاَ دِرْهَمَ لَهُ وَلاَ مَتَاعَ ، قال : « لَيْسَ ذَلِكَ المُفْلِسُ ، وَلَكِنِ المُفْلِسُ مَنْ يَأْتِي يَوْمَ القِيَامَةِ بِحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الجِبَالِ ، وَيَأْتِي وَقَدْ ظَلَمَ هَذَا ، وَلَطَمَ هَذَا ، وَأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هَذَا ، فَيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فإنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ فَرُدَّ عَلَيْهِ ، ثمّ صُكَّ لَهُ صَكٌّ إِلَى النَّارِ » أخرجه مسلم بمعناه ، فقولهم ذلك إخبارٌ عن حقيقة المفلس وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ ذَلِكَ المُفْلِسَ » تجوّز ، لم يُرِد به نفى الحقيقة ، بل أراد أن فَلَس الآخرة أشدُّ ، وأعظمُ ، بحيثُ يصيرُ مفلسُ الدنيا بالنسبة إليه ، كالغنىّ ، ونحوُ هذا قولُه صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ ، وَلَكِنِ الشَّدِيدُ الَّذِي يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الغَضَبِ » وقوله « لَيْسَ السَّابِقُ مَنْ سَبَقَ بَعِيرُهُ . وإنَّمَا السَّابِقُ مَنْ غُفِرَ لَهُ » وقولُه « لَيْسَ الْغِنَى عَنْ كَثْرَةِ الْعَرَضِ ، إنَّمَا الْغِنَى غِنَى النَّفْسِ » ومنه قولُ الشاعر :

لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَاحَ بِمَيْتٍ   إنَّمَا المَيْتُ مَيِّتُ الأَحْيَاءِ

وإنّمَا سُمّىَ هذا مُفلساً . لأنّه لا مال له إلا الفلوس ، وهى أدنَى أنواع المال ، والمفلسُ فى عرف الفقهاء من دَيْنه أكثرُ من ماله ، وخرجُه أكثرُ من دَخْله ، وسمّوه مُفلساً ، وإن كان ذا مالٍ لأنّ ماله مُستَحَقُّ الصرف فى جهةِ دَيْنهِ ، فكأنّه معدُومٌ ، وقد دلّ عليه تفسيرُ النبىّ صلى الله عليه وسلم مُفلِسَ الآخِرَةِ فإنّه أخبرَ أنّ له حسنات أمثالَ الجبالِ ، لكنّها كانت دونَ ما عليه ، فقُسمت بين الغُرماء ، وبقِىَ لا شىء له ، ويجوزُ أن يكون سُمّى بذلك ، لما يؤولُ إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه ويجوزُ أن يكون سُمّى بذلك ، لأنه يُمنعُ من التصرف فى ماله ، إلا الشىء التافه ، الذى لا يعيشُ إلا به ، كالفلوس ، ونحوها .

٣٣٥٩ (فصل) ومتى لزم الإنسانَ ديونٌ حالّةٌ لا يفى مالُه بها ، فسأل غرماؤه الحاكمَ الحجْرَ عليه لزمتْهُ إجابتُهُمْ ، ويُستحبّ أن يُظْهِرَ الحجْرَ عليه لتجتَنِبَ مُعامَلَتِهِ ، فإذا حَجَر عليه ثبت بذلك أربعةُ أحكام . أحدُهَا : تعلّق حقوق الغرماء بعَيْن ماله ، والثانى : منعُ تصرّفه فى عَيْن ماله . والثالثُ : أنّ من وَجَدَ عَيْن ماله عندَه ، فهو أحقُّ بها من سائر الغرماء إذا وُجِدَتِ الشروط . الرابع : أنّ للحاكم بيعَ

(١) فى الطبعة الثالثة التى علقنا عليها (أتدعون) وهو خطأ لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

ماله ، وإيفاء الغرماء ، والأصلُ في هذا « مَا رَوَى كَعْبُ بنُ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَجَرَ عَلَى مُعاذِ بْنِ جَبَلٍ وَبَاعَ مَالَهُ » رواه الخلال بإسناده ، وعن عبد الرحمن بن كعب ، قال : كَانَ مُعاذُ ابنُ جَبَلٍ مِنْ أَفْضَلِ شَبَابِ قَوْمِهِ ، وَلَمْ يَكُنْ يُمْسِكُ شَيْئاً ، فَلَمْ يَزَلْ يَدَّانُ حَتَّى أَغْرَقَ مَالَهُ فِي الدَّيْنِ ، فَكَلَّمَ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم غُرَمَاؤه ، فَلَوْ تُرِكَ أَحَدٌ مِنْ أَجْلِ أَحَدٍ لتَرَكُوا مُعَاذاً مِنْ أَجْلِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَبَاعَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَالَهُ حَتَّى قَامَ مُعَاذٌ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، قال بعضُ أهل العلم : إنّما لم يَتْرُكِ الغُرماءُ لِمُعاذٍ حِينَ كَلَّمهم رَسُولُ اللهُ صَلَّى اللهُ عليه وسلم لأَنَّهُمْ كَانُوا يَهُوداً .

٣٣٦٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا فلَّس الحاكمُ رجُلاً ، فأصاب أحدُ الغرماء عَيْن مالِه ، فهو أحقُّ به ، إلاّ أن يَشاء تركَه ، ويكونُ أسوةَ الغُرماء ﴾

وجملته : أن المفلس متى حُجِرَ عليه ، فوجَد بعضُ غرمائه سِلْعَتَه التي باعه إيّاها بعينها ، بالشروط التي يذكرها ، ملَكَ فَسْخَ البَيْعِ ، وأَخْذَ سِلْعَتَهُ ، ورُوى ذلك عن عُثمانَ ، وعليّ ، وأبي هريرة ، وبه قال عُروةُ ، ومالك ، والأوزاعيُّ ، والشافعيُّ والعنبريّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال الحسنُ والنَخَعِيّ ، وابن شُبْرُمَة ، وأبو حنيفة ، هو أسوةُ الغُرماء ، لأنّ البائع كان له حقُّ الإمساك ، لقَبْض الثمن ، فلمّا سلّمه ، أسقط حَقَّه من الإمساك ، فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس ، كالمرتهن إذا سَلّم الرهنَ إلى الراهن ، ولأنَّه ساوى الغُرماء في سبب الاستحقاق ، فيساويهم في الاستحقاق ، كسائرهم .

ولنا : ماروى أبو هريرة . أنّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه عِنْدَ إنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهو أَحَقُّ بِهِ » متفق عليه ، قال أحمد : لو أنّ حاكما حكم أنّه أسوةُ الغرماء ، ثم رفع إلى رجل يرى العملَ بالحديث ، جازَ له نَقْضُ حُكمه ، ولأنّ هذا العقدَ يلحقُه الفسخُ بالإقالة ، فجاز فيه الفسخُ لتعذّر العِوَضِ ، كالمُسْلَمِ فيه ، إذا تعذّر ، ولأنّه إذا شرط في البيعِ رهْناً فعجز عن تسليمه ، استحقّ الفسخَ ، وهو وثيقةٌ بالثمن ، فالعجزُ عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويُفارق المبيعُ الرهنَ فإن إمساك الرهن إمساكٌ مجرّد ، على سبيل الوثيقةِ ، وليس بِبَدَلٍ ، والثمنُ ههنا بَدَلٌ عن العين ، فإذا تعذّر استيفاؤه ، رجع إلى الْمُبدلِ ، وقولُهم : تساوَوْا في سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا في الشرط ، فإنّ بقاء العين شرطٌ لملك الفَسْخِ ، وهي موجودة في حقّ مَنْ وَجَدَ مَتَاعَه ، دون من لم يَجِدْهُ . إذا ثبت هذا : فإنّ البائع بالخيار ، إن شاء رجع في السلعة ، وإن شاء لم يرجع ، وكان أسوةَ الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساويةً لثمنها ؛ أو أقلّ ، أو أكثرَ ، لأنَّ الإعسار سَبَبُ جواز الفسخ ، فلا يوجبه ، كالعيب ، والخيار ،

ولا يفتقر الفسخُ إلى حُكمِ حاكمٍ ، لأنه فسخٌ ثبتَ بالنصِّ ، فلم يفتقر إلى حكم حاكم ، كفسخ النكاح لعِتْقِ الأَمَةِ .

٣٣٦١ (فصل) وهل خيارُ الرجوع على الفور ، أو على التراخى ؟ على وجهين : بناءً على خيار الردِّ بالعيب ، وفى ذلك روايتان :

إحداهما : هو على التراخى . لأنه حقُّ رجوعٍ يَسْقُط إلى عِوَضٍ ، فكان على التراخى ، كالرجوع فى الهبة .

والثانى : هو على الفور . لأنه خيارٌ يثبُت فى البيع ، لنقصٍ فى العِوَضِ ، فكان على الفور ، كالردِّ بالعيب . ولأنَّ جواز تأخيره يُفضى إلى الضرر بالغرماء ، لإفضائه إلى تأخير حُقوقهم ، فأشبه خيارَ الأخذِ بالشُّفْعةِ ، ونصَرَ القاضى هذا الوجه ، ولأصحاب الشافعىِّ وجهان كهذين .

٣٣٦٢ (فصل) فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها ، لم يلزمه قبوله ، نصَّ عليه أحمدُ ، وبه قال الشافعىُّ ، وقال مالك : ليس له الرجوعُ ، لأنَّ الرجوعَ إنما يجوزُ لدفع ما يلحقُه من النقص فى الثمن ، فإذا بُذِلَ له بكماله ، لم يكن له الرجوعُ ، كما لو زال العيبُ من المَعيب ، ولنا الخبرُ الذى رويناه ، ولأنه تبرّع بدفع الحقِّ من غير مَنْ هوَ عليه ، فلم يُجْبَرْ صاحبُ الحقّ على قبضه ، كما لو أعسر الزوجُ بالنفقة ، فبذلها غيرُه ، أو عَجزَ المكاتبُ ، فبذلَ غيرُه ماعليه لسيّده ، وبهذا ينتقض ماذكروه ، وسواء بذلوه من أموالهم ، أو خَصُّوه بثمنه من التركة ، وفى هذا القسم ضررٌ آخر . لأنّه لا يأمنُ تجدّد ثبوت دين آخرَ ، فيرجعُ عليه ، وإن دفعُوا إلى المفلس الثمن ، فبذله للبائع ، لم يكن له الفسخُ ، لأنَّه زال العجزُ عن تسليم الثمن ، فزال مِلْكُ الفسخ ، كما لو أسقط سائرُ الغرماءِ حُقوقَهُم عنه ، فملك أداء الثمن ، ولو أسقط الغرماء حُقوقهم عنه ، فتمكَّن من الأداء ، أو وُهِب له مالٌ ، فأمكنه الأداء منه ، أو غَلَتْ أعيانُ مَالِه ، فصارت قيمتُها وَافيةً بحقوق الغرماء ، بحيثُ يمكنه أداء الثمن كلّه ، لم يكن للبائع الفسخُ ، لزوال سببه ، ولأنّه أمكنه الوصولُ إلى ثمن سلعته من المشترى ، فلم يكن له الفسخُ ، كما لو لم يُفلس .

٣٣٦٣ (فصل) فإن اشترى المفلسُ من إنسان سلعةً بعد ثبوت الحجر عليه فى ذمّته ، لم يكن له الفسخُ ، لتعذّر الاستيفاء ، سواء علم ، أو لم يعلم . ولأنّه لا يستَحِقّ المطالبةَ بثمنها ، فلا يستَحِقّ الفسخَ ، لتعذُّره ، كما لو كان ثمنُها مؤجَّلاً ، ولأنّ العالِمَ بالعَيْبِ[1] دخل على بَصِيرةٍ بخراب الذّمّة ، فأشبه من اشترى مَعيباً يَعلمُ عَيْبَهُ ، وفيه وجهٌ آخرُ : أن له الخيارَ لعمُوم الخبر . ولأنّه عقد عليه وقت الفسخ ، فلم يسقُط حقّه من الفسخ ، كما لو تزوّجت امرأةٌ فقيراً مُعسِراً بنفقتها ، وفيه وجهٌ ثالث : إن باعه عالماً بفَلَسه ، فلا فَسْخَ له . وإن لم يعلم ، فله الفسخُ ، كمشترى المَعيب ، ويُفارق المُعسرَ بالنفقة ، لكَوْنِ النفقة بتجدُّد

(١) هكذا بالأصل ، والصواب (لأن العالم بالفلس) .

وجوبها كلّ يوم ، فالرضى بالمعسر بها رضًى بعَيْبٍ مالم يجب ، بخلاف مسألتنا وإنّما يَشبه هذا إذا تزوّجته مُعْسراً بالصّداق ، وسلّمت نفسَها إليه ، ثمّ أرادت الفسخَ .

٣٣٦٤ (فصل) ومن استأجر أرضاً ليزرعها ، فأفلس قبل مضيّ شيء من المدّة ، فللمؤجِّر فسخُ الإجارة . لأنّه وجد عين ماله ، وإن كان بعد انقضاء المدّة ، فهو غريمٌ بالأجْرَةِ ، وإن كان بعد مضيّ بعضها ، لم يملك الفسخَ فى قياس قولنا فى المَبيع إذا تلف بعضُه ، فإنّ المدّة ههنا كالمَبيع ، ومُضِيُّ بعضها كتلف بعضه ، لكن يُعتبر مضيُّ مدّة لمثلها أجرةٌ ، لأنه لا يمكن التحرُّزُ عن مُضيّ جزء منها بحال ، وقال القاضى فى موضع آخرَ : من اكترى أرضاً فزرعها ، ثمّ أفلس ، ففسخ صاحبُ الأرض ، فعليه تبْقِيَةُ زَرْعِ المُفْلِسِ إلى حين الحَصادِ بأجْرِ مثلِه ، لأنّ المعقودَ عليه المنفعةُ ، فإذا فسخَ العقد فسخَه فيما ملك عليه بالعقد ، وقد تعذّر ردُّها عليه ، فكان عليه عِوَضُها ، كما لو فسخ البيعَ بعد أن أتلفَ المَبيع ، فله قيمتُه ، ويضْرِبُ بذلك مع الغرماء ، كذا ههنا ، وَيَضْرِبُ مع الغرماء بأجْرِ المِثْل ، دون المُسَمَّى ، وهذا مذهبُ الشافعيِّ ، وهذا لا يقتضيه مذهبُنا ، ولا يَشْهَدُ لصحّته الخبرُ ، ولا يصحّ فى النظر . أما الخبرُ : فلأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم إنّما قال : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وهذا ما أدرك متاعه بعينه ، ولا هو أحقُّ به ، بالإجماع ، فإنّهم وافقوا على وجوب تبقيتها ، وعند الرجوع فى عينها ، ولأنّ معنى قوله « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » أى على وجهٍ يمكنه أخذُه ، لا يتعلّق حقّه بعينه ، وليس هذا كذلك ، وأما النظر ، فلأنّ البائع إنّما كان أحقّ بعين ماله لتعلّق حقّه بالعين ، وإمكان ردّ ماله إليه بعينه ، فيَرْجِعُ على من تعلّق حقّهُ بمجرّد الذمّة ، وهذا لم يتعلق حقّه بالعين ، ولا أمكن ردّها إليه . وإنما صار فائدةَ الرجوع الضَّرْبَ بالقيمة . دون المُسَمَّى . وليس هذا هو المقتضى فى محلّ النصِّ . ولا هو فى معناه . فإثبات الحكم به تحكّمٌ بغير دليلٍ . ولو اكترى رَجُلاً يحمِلُ له مَتاعاً إلى بلد . ثمّ أفلسَ المُكْتَرِى قبل حَمْلِ شَيْءٍ . فللمُكْتَرِى الفسخُ . وإن حمل البعضَ . أو بعضَ المسافةِ فقياسُ المذهب ليس له الفسخُ . وقياسُ قول القاضى . له ذلك . فإذا فسخَ سقَط عنه حَمْلُ ما بَقِيَ . وضَرَب مع الغُرماء بقِسْطِ ما حَمَلَ من الأجْرِ المُسَمَّى . وعلى قياس قول القاضى : ينفسخُ العقدُ فى الجميع . ويضربُ بقِسْطِ ما حَمَلَ من أجْرِ المِثْلِ لما ذكرنا من قوله فى المسألة التى حَكَيْنا قولَه فيها .

٣٣٦٥ (فصل) فإن أقرض رجلاً مالاً ، ثمّ أفلس المقترضُ ، وعيْنُ المال قائمٌ ، فله الرجوعُ فيها ، لقوله عليه السلام « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنه غريمٌ وجدَ عَيْن ماله ، فكان له أخذُها ، كالبائع ، وإن أصدَقَ امرأةً له عيْناً ، ثمّ انفسخَ نِكاحُها بسببٍ من جهتها

يُسْقِطُ صَدَاقها . أو طَلَّقها قبلَ دخوله بها ، فاستَحق الرجوعَ فى نِصفِه . وقد أفلستْ ، ووجد عينَ مالِه ، فهو أحَقُّ بها ، لما ذكرنا .

٣٣٦٦ « مسألة » قال ﴿ فإن كانت السلعةُ قد تَلِف بعضُها ، أو مزيدةً بما لا تنفصِلُ زيادتُها ، أو نَقَد بعضُ ثمنها ، كان البائعُ فيها كأسْوَةِ الغُرماء ﴾ .

وجملة ذلك أن البائع إنما يستَحِقّ الرجوعَ فى السلعة بخَمْس شرائط .

(أحدها) أن تكون السلعةُ باقيةً بعينها ، لم يتْلَف بعضُها ، فإن تلف جزءٌ منها ، كبعض أطراف العبد ، أو ذهبت عينُه ، أو تلف بعضُ الثوب ، أو انهدم بعضُ الدار ، أو اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرتُه ، فتلفت الثمرةُ ، أو نحوُ هذا ، لم يكن للبائع الرجوعُ ، وكان أسوةَ الغرماء ، وبهذا قال إسحاق ، وقال مالك ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، والعنبريّ : له الرجوع فى الباقى ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بحِصَّةِ التالف . لأنَّها عينٌ يَمْلِكُ الرجوعَ فى جميعها ، فملك الرجوعَ فى بعضها ، كالذى له الخيارُ ، وكالأب فيما وَهَب لولده ، ولنا قولُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » فشرَطَ أن يجدَه بعَيْنِه ، ولم يَجِدْهُ بعَيْنِه ، ولأنَّه إذا أدركَه بعينه حَصَل له بالرجوع فصلُ الخصومة ، وانقطاعُ ما بينهما من المعاملة ، بخلاف ما إذا وجد بعضَه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن ، أو يأخذَه بقسطه من الثمن ، لأنه فات شرطُ الرجوع ، وإن كان المبيعُ عينين ، كعبدين ، أو ثوبين ، تلف أحدُهما ، أو بعضُ أحدهما ، ففى جواز الرجوع فى الباقى منهما روايتان :

(إحداهما) لا يرجع ، نقلها أبو طالب عن أحمد ، قال : لا يرجعُ ببَقيَّة العين ، ويكون أسْوَةَ الغرماء ، لأنه لم يجد المَبِيعَ بعينه ، فأشبه ما لو كان عيناً واحدةً ، ولأنّ بعضَ المبيع تالفٌ ، فلم يملك الرجوعَ ، كما لو قُطِعتْ يدُ العبدِ ، ونقل الحسنُ بن ثَوابٍ ، عن أحمد : إن كان ثوباً ، واحداً ، فتَلِفَ بعضُه ، فهو أسوةُ الغرماء ، وإن كان رُزَماً ، فتلِفَ بعضُها ، فإنّه يأخذُ بقيمتها ، إذا كان بعينه . لأنّ السالمَ من المَبِيع وَجدَه البائعُ بعَيْنِه ، فيدخُل فى عموم قوله صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنّه مبيعٌ وحده بعَيْنِه ، فكان للبائع الرجوعُ فيه ؛ كما لو كان جميعَ المَبِيع .

٣٣٦٧ (فصل) وإن باع بعضَ المبيع ، أو وهبه ، أو وقفه ، فهو بمنزلة تلفه ، لأنّ البائع ما أدرك ماله بعينه .

٣٣٦٨ (فصل) وإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفةٍ ، مع بقاء عينه ، كعبد هُزِلَ ، أو نَسِى صناعة أو كِتابةً . أو كَبِرَ . أو مرِضَ . أو تغيّرَ عَقْلُه ، أو كان ثوباً فخَلِقَ . لم يمنع الرجوعَ . لأنّ فقدَ

الصفة لا يُخرجه عن كونه عين ماله . لكنه يتخيَّر بين أخذه ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يَضرِبَ مع الغرماء بكمال ثمنه . لأنّ الثمنَ لا يَتقَسّطُ على صفة السلعة ، من سِمَنٍ ، أو هُزَالٍ ، أو عِلْمٍ ، أو نحوه، فيصيرُ كنقصه لتغيّر الأسعار ، ولو كان المبيعُ أمةً ثيّباً . فوطئها المشترى ، ولم تحمل . فله الرجوع فيها، لما ذكرنا . فإنها لم تنقص فى ذاتٍ ، ولا فى صفاتٍ ، وإن كانت بكراً . فقال القاضى : له الرجوعُ ، لأنّه فقد صفةً . فإنّه لم يذهب منها جزءٌ . وإنّما هو كالجرَاح . وقال أبو بكر : ليس له الرجوعُ ، لأنه أذهب منها جزءاً ، فأشبه ما لو فقأ عينها ؛ وإن وُجِدَ الوطءُ من غير المفلس؛ فهو كوطء المُفْلِس، فيما ذكرنا .

٣٣٦٩ (فصل) وإن جُرِحَ العبدُ أو شُجَّ ، فعلى قول أبى بكر : لا يرجعُ . لأنّه ذهب جزء ينقُص به الثمن . فأشبه ما لو فُقِئَتْ عينُ العبد . لأنّه ذهب من العين جزء له بَدَلٌ ، فمَنَع الرجوعَ . كما لو قُطِعت يدُ العبد . ولأنّه لو نقص صفةً مُجَرَّدَةً ، لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شيء سواه ، كما ذكرنا فى هُزَالِ العبدِ وَنِسْيَانِ الصَّنْعَةِ ، وها هنا بخلافه ، ولأنّ الرجوع فى المَحَلّ المنصوص عليه يَقطَع النزاع ، ويُزِيلُ المعاملةَ بينهما ، فلا يثبُت فى مَحَلٍّ لا يحصُل به هذا المقصود . وقال القاضى : قياسُ المذهب أنّ له الرجوعَ ، لأنّه فقد صِفَةً ، فأشبه نِسْيانَ الصَّنْعةِ ، واسْتِخْلاقَ الثَّوْبِ ، فإذا رجَع نظرنا فى الجُرْحِ ، فإن كان مِمّا لا أَرْشَ له ، كالحاصل بفعل الله تعالى ، أو فعل بَهِيمَةٍ ، أو جِنَايةِ المُفلس ، أو جِنَايةِ عَبْده ، أو جنايةِ العبدِ على نَفْسه . فليس له مع الرجوع أرشٌ ، وإن كان الجُرْح مُوجِباً لأرْشٍ ، كجنايةِ الأجنبىّ ، فللبائع إذا رجع أن يَضْرِبَ مع الغرماء بحصّةِ ما نقص من الثمن ، فَيَنْظُرُ كم نقص من قيمته ، فيرجعُ بقِسْط ذلك من الثمن . لأنّه مضمونٌ على المشترى للبائع بالثمن ، فإن قيل : فهلاّ جعلتم له الأرْشَ الذى وجَبَ على الأجنبىّ ، لأنّه لو لم يجب به أرشٌ لم يرجع بشىء ، فلا يجوز أن يرجع بأكثرَ من الأرش ؟ قلنا : لمّا أتلفه الأجنبىّ صار مضموناً بإتلافه للمُفلِسِ ، فكان الأرشُ له ، وهو مضمونٌ على المُفلس للبائع بالثمن ، فلا يجوز أن يضمنه بالأرش ، وإذا لم يُتلفه أجنبىّ ، فلم يكن مضموناً ، فلم يجب بفواته شىء ، فإن قيل . فهلاّ كان هذا الأرشُ للمشترى ، كَكَسْبِهِ ، لا يضمنُهُ للبائع ؟ قلنا : الكسبُ بدلُ مَنافعِه ، ومنافعهُ مملوكةٌ للمشترى بغير عِوَضٍ ، وهذا بَدَلُ جُزْءٍ من العين ، والعينُ جميعُها مضمونةٌ بالعِوَضِ ، فلهذا ضَمِنَ ذلك المشترى .

٣٣٧٠ (فصل) فإن اشترى زَيْتاً فخلطه بزيتٍ آخرَ ، أو قمحاً فخلطه بما لا يُمكن تمييزهُ منه ، سقط حقّ الرجوع ، وقال مالك : يأخُذ زَيْتَه . وقال الشافعىّ : إن خلطه بِمِثْلِهِ أو دونه ، لم يَسْقُط الرجوعُ ، وله أن يأخذ متاعه بالكيل ، أو الوزن . وإن خلطه بأجْودَ منه ، ففيه قولان :

أحدهما : يسقط حقّه من العين ، قال الشافعي : وبه أقولُ : واحتجُّوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحُكم ، فكان له الرجوعُ ، كما لو كانت مُنفردَةً . ولأنه ليس فيه أكثرُ من اختلاط ماله بغيره، فلم يمنع الرجوعَ كما لو اشترى ثوباً فصبغه ، أو سويقاً فلَتَّهُ (١).

وَلنا : أنه لم يجد عينَ ماله ، فلم يكن له الرجوعُ ، كما لو تلفت ، ولأنّ ما يأخذه من غير عينِ مالهِ . إنما يأخذُه عِوَضاً عنْ ماله . فلم يختصّ به دون الغرماء ، كما لو تلف مالُه ، وقولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ » أى مَنْ قَدَرَ عليه ، وتمكَّن منْ أخذه منَ الْمُفلس ، بدليل ما لو وجَده بعد زوال مِلْك المُفْلس ، أو كانت مَساميرَ قد سمَّر بها باباً . أو حجرًا قد بُنِيَ عليه . أو خشباً فى سَقْفه . أو أمةً استولدها . وهذا إذا أخذ كَيله . أو قيمته . إنَّما يأخذُ عِوَضَ ماله . فهو كالثمن . والقيمة . وفارق المصبوغَ ، فإنّ عينه يُمكنُه أخذُها ، والسَّويقُ كذلك . فاختلفا .

٣٣٧١ (فصل) وإن اشترى حِنْطةً . فطحنها ، أو زَرَعها ، أو دقيقاً فخَبَزه ، أو زَيتاً فعمله صَابُوناً ، أو ثوباً فقطَّعه قميصاً ، أو غزلاً فنسجه ثوباً ، أو خَشَباً فنَجَره أبواباً ، أو شريطاً فعمله إبراً ، أو شيئاً فعمل به ما أزال اسمَه ، سقطَ حقّ الرجوع ، وقال الشافعيّ : فيه قولان :

أحدهما : به أقول يأخذُ عينَ ماله ، ويُعطى قيمةَ عمل المُفلس فيها ، لأنّ عين ماله موجودةٌ ، وإنما تغيرَ اسمُها ، فأشبه ما لو كان الْمَبِيع (٢) حَمَلاً ، فصار كبشاً ، أو وَدِيًّا (٣) فصار نَخْلاً .

ولنا : أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوعُ ، كما لو تلف ، ولأنه غيَّر اسمه وصفته ، فلم يملك الرجوع ، كما لو كان نوىً ، فنبت شجراً . والأصلُ الذى قاسُوا عليه ممنوعٌ ، وإن سُلِّم ، فإنّه لم يتغيَّر اسمُه ، بخلاف مسألتنا .

٣٣٧٢ (فصل) وإن كان حَبًّا ، فصار زَرْعاً ، أو زَرْعاً فصارَ حبًّا ، أو نَوًى فنبَتَ شجَراً ، أو بَيْضاً فصار فِرَاخاً . سقط حقُّ الرُّجوع . وقال القاضى : لا يَسْقُطُ . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ المنصوص عليه منهما . لأنّ الزرعَ نفسُ الحبّ والفرخَ نفسُ البيضةِ .

ولنا : أنه لم يجد عينَ ماله ، فلم يرجع ، كما لو أتلفه مُتْلِفٌ ، فأخذ قيمته . ولأنّ الحبّ أعيانٌ ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودةً عند البيع . وكذلك أعيانُ الزرع ، والفرخ . ولو استأجر أرضاً ، واشترى بَذْراً ، وماء ، فزرع ، وسقَى ، واستحصد ، وأفلس . فالمؤجّر ، وبائعُ البَذر ، والماء ، غُرماء لا حَقّ لهم

---

(١) لته : عجنه بالسمن أو بالماء .

(٢) الحمل : الخروف الصغير ، والكبش الخروف الكبير .

(٣) الودى : بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء صغار النخل التى تشتل فتغرس .

فى الرجوع . لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم . وعلى قول من قال : له الرجوعُ فى الزرع ، يكون عليه غرامةُ الأجرةِ ، وثمنُ الماء ، أو قيمةُ ذلك .

٣٣٧٣ (فصل) وإن اشترى ثوباً فصبغه ، أو سَوِيقاً فلتّه بزيتٍ . فقال أصحابنا : لبائع الثوب ، والسَّويق الرجوعُ فى أعيان أموالها . وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنّ عين مالها قائمةٌ مشاهدةٌ ، ما تغيّر اسمُها ، ويكونُ المُفلسُ شريكاً لصاحب الثوب ، والسويق بما زاد عن قيمتها ، فإن حصل زيادةٌ ، فهى له . وإن حصل نقصٌ فعليه . وإن نقصت قيمةُ الثوب ، أو السَّويق . فإن شاء البائعُ أخذَها ناقصين ، ولا شىء له ، وإن شاء تركهما ، وله أُسْوَةُ الغرماء . لأنّ هذا نقصُ صفةٍ ، فهو كالهُزَالِ . ويحتمل أن لا يكون له الرجوعُ إذا زادت القيمةُ . لأنّه اتّصل بالمبيع زيادةٌ للمُفلِس ، فمنعتِ الرجوعَ ، كما لو سَمِنَ العبدُ . ولأنّ الرجوع ههنا لا يتخلّصُ به البائعُ من المُفلِس ، ولا يحصل به المقصودُ من قطع المُنازَعة ، وإزالة المُعامَلة . بل يحصلُ به ضررُ الشركة ، فلم يكن فى معنى المنصوص عليه ، فلا يُمكن إلحاقُهُ به .

٣٣٧٤ (فصل) وإن اشترى صِبغاً فصبَغَ به ثوباً ، أو زَيْتاً فلَتَّ به سَوِيقاً ، فبائعهما أُسْوَةُ الغُرماء ، وقال أصحاب الشافعىّ : له الرجوعُ . لأنّه وجدَ عَيْن ماله ، قالوا: ولو اشترى ثوباً وصِبغاً، وصبغ الثوبَ بالصِّبغ ، رجع بائعُ كلِّ شىء فى عين ماله . وكان بائعُ الصِّبغ شريكاً لبائع الثوب ، وإن حصل نقصٌ ، فهو من صاحب الصِّبغ . لأنّه الذى يتفرّق ، وينقصُ ، فإذا كانت قيمة الثوب عَشرةً ، وقيمةُ الصِّبغ خمسةً ، فصارت قيمتُهما اثنا عشر . كان لصاحب الثوب خمسةُ أسداسِه ، وللآخرِ سُدُسُه ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بما نقص ، وذلك ثلاثةُ دراهم ، وذكر القاضى مثلَ هذا فى موضع .

ولنا : أنه لم يجد عين ماله ، فلم يكن له الرجوعُ ، كما لو تلف . ولأن المشترىَ شغلَه بغيره ، على وجه البيع ، فلم يملك بائعُهُ الرجوعَ فيه ، كما لو كان حَجَراً بنى عليه ، أو مساميرَ سمّر بها باباً ، وصِبغاً من واحدٍ ، فصبَغه به ، فقال أصحابنا : لا فرق بين ذلك وبين كون الصِّبْغ من غير بائع الثوب . فعلى قولهم يرجعُ فى الثوب وحده ، ويكونُ المُفلسُ شريكاً له بزيادة الصّبغ ، ويَضْرِبُ مع الغُرماء بثمن الصِّبْغ . ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا . لأنّه وجد عين ماله مُتَمَيِّزاً عن غيره ، فكان له الرجوع فيه ، للخبر ، ولأن المعنى فى المحلّ الذى يثبُت فيه الرجوعُ موجودٌ ههنا . فيملك الرجوعَ به ، كما يملكُهُ ثَمَّ ، ولو أنّه اشترى رُفوفاً ، ومسَاميرَ من رجل واحدٍ ، فسمرّها بها ، رجع بائعُهما فيهما كذلك ، وكذلك ما أشبهه .

٣٣٧٥ (فصل) إذا اشترى ثوباً فقصره[1] لم يخلُ من حالين :

---

(١) قصره : صبغه ، والمصدر : القصاره بكسر القاف ، والصابغ قصار ، بتشديد الصاد .

أحدهما : أن لا تزيد قيمتُه بذلك : فللبائع الرجوعُ فيه . لأنّ عين ماله قائمةٌ لم يَزُل اسمها ، ولم يتلفْ بعضُها ، ولا اتصلت بغيرها ، فكان له الرجوع فيها ، كما لو عَلّم العبدَ صِنَاعَةً لم تزد قيمتُه بها ، وسواء نقصت قيمتُه بذلك ، أو لم تنقُص . لأنّ ذلك النقصَ نقصُ صِفَةٍ . فلا يمنعُ ، كنسيان صناعةٍ ، وهزالِ العبد ، ولا شيء له مع الرجوع .

الثانى : أن تزيد قيمتهُ بذلك ، فليس للبائع الرجوعُ ، على قياس قول الخِرَقيّ ، لأنّ الثوب زاد زيادةً لا تتميّز ، فلم يملك البائعُ الرجوعَ فيه ، كما لو سمن العبدُ . ولأنّه لم يجدعينَ ماله مُتَمَيّزَةً عن غيرها ، فلم يملك الرجوع ، كبائع الصِّبْغ إذا صُبِغَ به ، والزيت إذا لتّ به سَوِيقٌ ، وقال القاضى وأصحابه : له الرجوع فيها ، لأنه أدرك متاعه بعينه . ولأنه وجد عين ماله لم يتغيّر اسمُها ، ولا ذهبت عينُها ، فملك الرجوعَ فيها ، كما لو صبغها ، فعلى قولهم : إن كانت القِصَارةُ بعَمل المُفلس ، أو بأُجْرَةٍ وفّاها ، فهما شريكان فى الثوب . فإذا كانت قيمةُ الثوب خمسةً ، فصار يُساوى ستّةً ، فللمفلس سُدُسُه ، ولبائعه خمسةُ أسداسه ، فإن اختار البائعُ دفع قيمةِ الزيادة إلى المفلس ، لزمهُ قبولُها ، لأنّه يتخلّص بذلك من ضرر الشركة ، من غير مَضَرّةٍ تلحقهُ فأشبه ما لو دفع الشفيعُ قيمةَ البناء إلى المشترى ، وإن لم يختَر بَيْعَ الثوب ، وأخذ كلٌّ واحد منهما بقدر حقّه ، وإن كان العملُ من صانع لم يَسْتَوفِ أجرَه ، فله حبسُ الثوب على استيفاء أجره . فإن كانت الزيادة بقدر الأجر : دُفِعَتْ إليه . وإن كانت أقلّ ، فله حبسُ الثوب على استيفاء قدر الزيادة ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بما بقى ، وإن كانت أكثرَ . مثلُ أن تكون الزيادةُ درهمين ، والأجرُ درهما فله قدرُ أجره ، وما فضل للغرماء .

٣٣٧٦ (فصل) الشرط الثانى : أن يكون المبيعُ زاد زيادةً متّصلةً ، كالسِّمن ، والكِبَر ، وتعلّم الصناعة ، أو الكتابة ، أو القرآن ، ونحو ذلك ، واختلف المذهبُ فى هذا ، فذهب الخِرَقىّ إلى أنّها تمنعُ الرجوع ، وروى الميمونىّ عن أحمد : أنّها لا تمنعُ ، وهو مذهبُ مالك ، والشافعىّ ، إلاّ أن مالكاً يخيّر الغُرماء بين أن يُعطُوه السلعةَ ، أو ثمنهَا الذى باعَها به ، احتجّوا بالخبر ، وبأنّه فسخٌ لا تمنعُ منه الزيادة المنفصلة ، فلا تمنعهُ المتّصلة ، كالردّ بالعيب ، وفارق الطلاقَ ، فإنّه ليس بفسخ ، ولأن الزوج يمكنه الرجوعُ فى قيمة العين ، فيصِلُ إلى حقّه تامًّا ، وههنا لا يمكنُه الرجوعُ فى الثمن .

ولنا : أنه فسخٌ بسبب حادث ، فلم يملك به الرجوعَ فى عين المال الزائدة زيادةً متّصلة ، كفسخ النّكاح بالأعسار ، أو الرّضاع ، ولأنّها زيادة فى مِلْك المُفلس ، فلم يستحقّ البائعُ أخذَها ، كالمنفصلة ، وكالحاصلة بفعله ولأنّ النماء لم يصل إليه من البائع ، فلم يستحقّ أخذَه منه ، كغيره من أمواله ، وفارق الردَّ بالعيب ، لوجهين:

أحدهما : أن الفسخ فيه من المشترى ، فهو راضٍ باسقاط حقّه من الزيادة وتركها للبائع ، بخلاف مسألتنا والثانى : أن الفسخ ثَمَّ لمعنًى قارن العقد ، وهو العيبُ القديمُ ، والفسخُ ههنا لسببٍ حادثٍ فهو أشبهُ بفسخ النكاح الذى لا يستحَقّ به استرجاعَ العين الزائدة ، وقولهم : إن الزوجَ إنّما لم يرجع فى العين لكونه يندفعُ عنه الضررُ بالقيمة — لا يصحّ ، فإن اندفاع الضرر عنه بطريقٍ آخرَ لا يمنعهُ من أخذ حقّه من العين ، ولو كان مُستحِقًا للزيادة لم يسقُط حقّه منها بالقدرَة على أخذ القيمة ، كمشترى المَعيب . ثم كان ينبغى أن يأخذ قيمة العين زائدةً ، لكون الزيادة مُستحَقّة ، فلمّا لم يكن كذلك ، عُلِم أنّ المانعَ من الرجوع كونُ الزيادة للمرأة ، وأنه لا يمكنُ فصلُها ، فكذلك ههنا ، بل أولى ، فإنّ الزيادة يتعلّق بها حقّ المُفلس ، والغرماء ، فمَنعُ المشترى من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يَصِلُوا إلى تمام دُيُونهم ، والمُفلسِ المحتاج إلى تبرئة ذمّته عند اشتداد حاجته .

٣٣٧٧ (فصل) وأما الخبرُ فمحمولٌ على مَنْ وجد متاعه على صفته ، ليس بزائد ، ولم يتعلّق به حقّ آخر ، وههنا قد تعلّقت به حقوقُ الغرماء ، لما فيه من الزيادة . لما ذكرنا من الدليل ، يُحقّقهُ أنّه إذا كان تلفُ بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يَلْحَقُ بالمُفلس ، ولا بالغرماء ، فلأَنْ يمنع الزيادةَ فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم ، أولى ، ولأنه إذا رجع فى الناقص ، فما رجع إلاّ فيما باعه ، وخرج منه ، وإذا رجع فى الزائد أخذ مالم يَبِعْه ، واسترجع مالم يخرُج عنه ، فكان بالمنع أحقّ .

٣٣٧٨ (فصل) فأما الزيادةُ المنفصلة ، كالولد ، والثمرة ، والكَسْب ، فلا تمنعُ الرجوعَ بغير خلاف بين أصحابنا ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وسواء نقص بها المَبِيع ، أو لم ينقُص ، إذا كان نقصَ صفَة ، والزيادةُ للمُفلس ، هذا ظاهر كلام الخِرَقِي ، لأنّه منع الرجوع بالزيادة ، لكونها للمُفلس ، فالمنفصِلة أولى ، وهذا قول ابن حامد ، والقاضى ، ومذهبُ الشافعىّ ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر : الزيادةُ للبائع ، وهو مذهبُ مالك ، ونقل حنبل ، عن أحمد ، فى ولد الجارية ، ونِتَاج الدابّة : هُو للبائع لأنّها زيادة ، فكانت للبائع ، كالمتّصلة .

ولنا : أنّها زيادة انفصلت فى مِلك المشترى ، فكانت له ، كما لو ردّه بعيب ، ولأنّه فسخٌ استُحِقّ به استرجاعَ العين ، فلم يستَحِقّ أخذَ الزيادة المُنفصلة ، كفسخ البيع بالعيب ، أو الخيار ، أو الإقالة ، وفسخِ النكاح بسببٍ من أسباب الفسخ ، وقولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » يدلّ على أنّ النَّماء والغَلّة للمُشترى ، لكون الضَّمانِ عليه ، وأما الزيادة المتّصِلة فقد دَلّلنا على أنّها للمُفلس أيضاً ، وفى ذلك تنبيهٌ على كون المنفصلة له ، ثُمّ لو سلمنا ثَمّ فالفرقُ ظاهر ، فإنّ المتصلةَ تتبع فى الفُسوخ ، والردّ بالعيب ، بخلاف المنفصلة ، ولا ينبغى أن يقع فى هذا اختلاف ، لظهوره ، وكلامُ أحمد فى رواية حنبل

يُحمل على أنّه باعها فى حالِ حملها ، فيكونان مبيعَيْن ، ولهذا خَصّ هذين بالذكر دون بقيّة النّماء .

٣٣٧٩ (فصل) ولو اشترى أمةً حاملاً ، ثم أفلس وهى حامل ، فله الرجوعُ فيها ، إلاّ أن يكون الحملُ قد زاد بكِبَرِه ، وكثُرت قيمتُها من أجله ، فيكونُ من قَبيل الزائد زيادةً متّصلة ، على ما مضى ، وإن أفلس بعد وضعها . فقال القاضى : له الرجوعُ فيهما بكلّ حالٍ من غير تفصيل ، والصحيحُ : أننا إن قلنا : إنّ الحملَ لا حُكم له ، فالولدُ زيادةٌ منفصلة ، فعلى قول أبى بكر لا يمنعُ الرجوع فيهما ، وعلى قول غيره ، يكونُ الولدُ للمُفلس ، فيحتمل أن يمنع الرجوع فى الأمّ ، لئلاّ يُفضىَ إلى التفريق بين الأمّ وولدها ، ويحتملُ أن يرجع فى الأمّ ، ويدفعَ قيمةَ الولد ، ليكونا جميعاً ، وإن لم يفعل بيعتِ الأمّ ، وولدُها جميعاً ، وقُسِّم الثمنُ على قدر قيمتها ، فما خَصَّ الأمّ فهو للبائع ، وما خصّ الولد كان للمُفلِس ، وإن قلنا إن للولد حُكماً ، وهو الصحيح ، لما ذكرناه فيما تقدم ، فإن كانت الأمُّ والولدُ قد زادا بالوضع ، فحكمُهما حكمُ المَبيعِ الزائد زيادةً متّصلة ، وإن لم يزيدا ، جاز الرجوعُ فيهما ، وإن زاد أحدُهما دون الآخر ، خرج على الروايتين ، فيما إذا كان المَبيعُ عَيْنَيْن ، فتَلِف بعضُ أحدهما ، فهل يمنع ذلك الرجوع فى الأخرى ، كذلك؟ يخرج ههنا وجهان .

أحدهما : أنّه له الرجوع فيما لم يزد ، دون ما زاد ، فيكون حُكمه كحُكم الرجوع فى الأمّ دون الولد ، على ما فصّلناه .

الثانى : ليس له الرجوع فى شىء منهما ، لأنّه لم يجد المبيعَ إلا زائداً ، فامتنع عليه الرجوعُ ، كالعين الواحدة ، وإن كان المبيعُ حيواناً غيرَ الأمة ، فحكمُه حكمُها ، إلاّ فى أنّ التفريق بينها وبين ولدها جائزٌ ، والأمَةُ بخلاف ذلك .

٣٣٨٠ (فصل) وإن اشترى حائلاً ، فحملت ، ثم أفلس . وهى حاملٌ فزادت قيمتُها به ، فهى زيادة متّصلة ، تمنع الرجوع ، على قول الخِرَقىّ ، ولا تمنعُه على رواية المَيْمُونىّ ، وإن أفلس بعد وضعها ، فهى زيادةٌ منفصلة ، فتكونُ للمُفلس على الصحيح ، ويمتنع الرجوع فى الأمّ ، دون ولدها ، لما فيه من التفريق بينهما ، وهذا أحدُ قولى الشافعىّ ، ويحتمل أن يرجع فى الأمّ على ماذكرنا فى التى قبلها ، وعلى قول أبى بكر ، الزيادة للبائع ، فيكون له الرجوعُ فيهما ، وقال القاضى : إذ وجدها حاملاً انبنى على أن الحملَ : هل له حكم أولا ؟ فإن قلنا : لا حكم له ، جرى مجرى الزيادة المتّصلة . وإن قلنا : له حكم ، فالولدُ فى حكم المنفصل ، يتربصُ به حتى تَضَع ، ويكونُ الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه ، وإن كان الحملُ فى غير الآدميّة ، جاز التفريقُ بينهما ، كما تقدّم .

٣٣٨١ (فصل) إذا كان المبيع نخلاً ، أو شجراً ، فأفلس المشترى ، لم يخلُ من أربعة أحوال :

أحدها : أن يُفلس وهى بحالها لم تزد ، ولم تُثمر ، ولم يتلف بعضُها ، فله الرجوعُ فيها .

الثانى : أن يكون فيها ثمرٌ ظاهر ، أو طَلْعٌ مؤبَّر ، ويشترطه المشترى ، فيأكله ، أو يتصرّف فيه ، أو يذهبُ بجائحةٍ ، ثم يُفلس ، فهذا فى حكم مالو اشترى عينين ، فتلفت إحداهما ، ثم أفلس ، فهل للبائع الرجوع فى الأصول ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بحِصّة التالف من الثمر ؟ على روايتين . وإن تلف بعضُها ، فهو كتلف جميعِها . وإن زادت ، أو بدا صلاحُها ، فهذه زيادةٌ متّصلة فى إحدى العينين ، وقد ذكرنا بيانَ حكمها .

الحال الثالث : أن يبيعه نخلاً قد أَطْلَعتْ ، ولم تُؤَبَّر ، أو شجراً فيها ثمرةٌ لم تظهر ، فهذه الثمرةُ تدخُل فى البيع المُطلق ، فإن أفلس بعد تلف الثمرة ، أو تَلَفِ بعضها ، أو الزيادة فيها ، أو بُدُوّ صلاح ، فحكم ذلك حكم تَلَف بعضِ المَبيعِ ، وزيادَتِه المتّصلة ؛ لأنّ البيع كان بمنزلة العين الواحدة ، ولهذا دخل الثمرُ فى مُطلق البيع ، بخلاف التى قبلها .

الحال الرابع : باعه نخلا حائلاً ، فأطلعتْ ، أو شجراً ، فأثمر ، فذلك على أربعة أضرب :

أحدها : أن يُفلس قبل تأبيرها ، فالطلع زيادة متّصلة تمنعُ الرجوع ، على قول الخِرَقِيّ كالسِّمن ، والكِبَرَ ، ويحتملُ أن يرجع فى النخل دون الطلع ، لأنه يُمكن فصلُهُ ، ويصحّ إفراده بالبيع ، فهو كالمُؤَبَّر ، بخلاف السِّمن ، والكِبَرَ ، وهذا قولُ ابن حامد ، وعلى رواية الميمونيّ ، لا يمنعُ ، بل يرجعُ ، ويكون الطلع للبائع ، كما لو فسخ بعيب ، وهو أحد قولى الشافعيّ ، والقول الثانى : يرجعُ فى الأصل دون الطلع ، وكذلك عندهم الردّ بالعيب ، والأخذُ بالشفعة .

الضرب الثانى : أفلس بعد التأبير ، وظهور الثمرة ، فلا يُمنع الرجوعَ بغير خلاف ، والطلع للمشترى ، إلاّ على قول أبى بكر ، والصحيحُ الأول ، لأنّ الثمرة لاَ تتْبَعُ فى البيع الذى ثبت بتراضيهما ، ففى الفسخِ الحاصل بغير رِضَى المشترى أولى ، ولو باعه أرضاً فارغةً ، فزرعها المشترى : ثم أفلس ، فإنه يرجعُ فى الأرض دون الزرع ، وجهاً واحداً ، لأنّ ذلك من فِعْل المشترى .

الضرب الثالث : أفلس والطلعُ غيرُ مؤبّر ، فلم يرجع حتى أُبِّرَ ، لم يكن له الرجوع ، كما لو أفلس بعد تأبيرها ، لأنّ العينَ لا تنتقلُ إلا باختياره لها ، وهذا لم يختَرها ، إلا بعد تأبيرها ، فإن ادّعى البائعُ الرجوعَ قبل التأبير ، وأنكره المفلس ، فالقولُ قولُ المفلس مع يمينه . لأنّ الأصل بقاء مِلكه . وعدمُ زواله ، وإن قال له البائع : بعتُ بعد التأبير ، وقال المفلس : بل قبله . فالقولُ قولُ البائع .

لهذه العلة . فإن شهد الغرماء المفلس . لم تُسمَعْ شهادتهم . لأنهم يجُرُّون إلى أنفسهم نفعاً . وإن شهدوا للبائع . وهم عدول . قُبلت شهادتهم . لعدم التهمة .

الضرب الرابع : أفلس بعد أخذ الثمرة ، أو ذهبت بجائحة ، أو غيرها ، رجع البائعُ فى الأصل ، والثمرةُ المشترى ، إلا على قول أبى بكر ، وكلّ موضع لا يَتْبَعُ الثمرُ الشجرَ إذا رجع البائعُ فيه ، فليس له مُطالبة المفلس بقَطْع الثمرة قبل أوان الجزَازِ ، وكذلك إذا رجع فى الأرض . وفيها زرع المُفلس . فليس له المطالبةُ بأخذه قبلَ أوان الحصاد . لأنّ المشترى زرع فى أرضه بحقّ . وطلعُه على الشجر بحقّ . فلم يلزمْهُ أخذهُ كما لو باع الأصلَ وعليه الثمرة . أو الزرعُ وليس على صاحب الزرع أجرٌ . لأنه زرع فى أرضه زرعاً تجبُ تبقيتُه ، فكأنه استوفى منفعةَ الأرض ، فلم يكن عليه ضمانُ ذلك .

إذا ثبت هذا فإن اتفق المُفلس ، والغُرماء على التبقية . أو القطع ، فلهم ذلك ، وإن اختلفوا ، فطلَب بعضُهم قطعَه ، وبعضهُم تبقيتَه ، نظرنا : فإن كان ممّا لا قيمة له مَقْطُوعاً ، أو قيمتُه يسيرةٌ ، لم يقطع ، لأنّ قطعه سَفَهٌ ، وتضييعٌ للمال ، وقد نهى النبيُّ صلى الله عليه وسلم عن إضاعته ، وإن كانت قيمتُه كثيرةً ففيه وجهان :

أحدهما : يقدّم قولُ مَنْ طلب القطع ، لأنه أحْوَطُ ، فإن فى تبقيته غَرَراً ، ولأن طالب القطع إن كان المُفلسَ فهو يقصدُ تبرئةَ ذمّته ، وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيلَ حقوقهم ، وذلك حقٌّ لهم ، وهذا قول القاضى : وأكثر أصحاب الشافعىّ .

والثانى : يُنظر إلى ما فيه الحظُّ فيُعمل به ، لأن ذلك أنفعُ لجميعهم ، والظاهرُ سلامته ، ولهذا يجوز أن يزرع للمُولّى عليه ، وفيه وجهٌ آخرُ أنّه إن كان الطالبُ للقطع الغُرماء ، وجبتْ إجابتُهم ، لأنّ حقوقهم حالّةٌ ، فلا يلزمُهم تأخيرها مع إمكان إيفائها ، وإن كان الطالبُ له المفلسَ دونهم ، وكان التأخيرُ أحَظَّ له ، لم يُقطع ، لأنهم رَضُوا بتأخير حقوقهم . لحظٍّ يحصُل لهم وللمُفلس ، والمفلس يطلب ما فيه ضررٌ بنفسه ، ومنعٌ للغرماء من استيفاء القدر الذى يحصُل من الزيادة بالتأخير ، فلا يلزم الغرماء إجابتُه إلى ذلك .

٣٣٨٢ (فصل) إذا أقرّ الغرماء بأنّ الزرع ، أو الطلع للبائع ، ولم يَشْهَدُوا به ، أو شهدُوا به ، ولم يكونوا عُدولاً ، أو لم يُحكم بشهادتهم ، حلف المُفلس ، وثبت الطلعُ له ، ينفرد به دونهم ، لأنهم يُقرُّون أنّهم لا حقّ لهم فيه ، فإن أراد دفعَه إلى أحدهم ، وتخصيصَه بثمنه ، فله ذلك ، لإقرار باقيهم بعدم حقّهم فيه ، فإن امتنع ذلك الغريمُ من قبوله ، أُجْبِرَ على قبوله ، أو الإبراء من قدره من دينه ، فيُقال له : إمّا أن تقبضه ، وإمّا أن تُبرىء من قدر ذلك من دينك ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ؛ لأنّه محكومٌ به للمُفلس ، فكان له أن يقضى دينَه ، كما لو أدّى المكاتَبُ إلى سيّده نجومَ كتابته ، فقال سيّده : هذا حرام ، وأنكر

المُكاتَب ، وإن أراد قسمتَه على الغرماء ، لزمهم قبولُه ، أو الإبراء لذلك ، فإن قبضوا الثمرة بعينها ، لزمهم رَدّ ما حصل لهم إلى البائع ، لأنَّهم يُقرُّون له بها ، فلزمهم دفعها إليه ، كما لو أقرُّوا بعتق عبد فى مِلك غيرهم ، اشترَوْه منه . وإن باع الثَّمرةَ ، وفرّق ثمنها فيهم ، أو دفعه إلى بعضهم ، لم يلزمهم رَدّ ما أخذوا من ثمنها ، لأنّهم إنّما اعترفوا بالعين ، لا بثمنها ، وإن شهد بعضُ الغرماء دون بعض ، أو أقرّ بعضُهم دون بعض ، لزم الشاهدَ أو المقرَّ الحكم الذى ذكرناه ، دون غيره ، وإن عرض عليهم المفْلس الثمرةَ بعينها ، فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك ، لأنّه إنما يلزمُهم الاستيفاء من جنس ديونهم ، إلاّ أن يكون فيهم مَنْ له جنسٌ من الثمر ، أو الزرع ، كالمُقرِض ، أو المُسْلِم ، فيلزمُه أخذُ ما عُرِض عليه ، إذا كان بصفةِ حَقّه ، ولو أقرّ الغرماء بأنَّ المُفلس أعتقَ عبداً له قبلَ فَلَسه ، فأنكر ذلك ، لم يُقبل قولُهم ، إلاَّ أن يَشْهَد منهم عَدْلاَن . ويكون حكمُهم فى قبض العبد ، أو أخذ ثمنه إن عرضه عليهم ، حُكمَ ما لو أقرُّوا بالثمن للبائع ، وكذلك إن أقرُّوا بعينٍ ممّا فى يديه ، أنَّها غَصْبٌ ، أو عاريةٌ ، أو نحوُ ذلك ، فالحكمُ كما ذكرنا سواء وإن أقرُّوا بأنه أعتق عبده بعد فَلَسه ، انبنى ذلك على صحّة عتق المُفلس ، فإن قلنا : لا يصحّ عتقُه ، فلا أثر لإقراره ، وإن قلنا بصحّته ، فهو كإقرارهم بعتقه قبل فَلَسه ، وإن حكم الحاكمُ بصحّته . أو بفساده . نَفَذَ حكمُه على كلّ حال لأنه فصلٌ مجتهَدٌ فيه . فيلزم ما حكم به الحاكمُ ولا يجوز نقضُه . ولا تغييرُه .

٣٣٨٣ (فصل) وإن صدَّق المفلسُ البائعَ فى الرجوع قبل التأبير ، وكذّبه الغرماء ، لم يُقبل إقرارُه لأنّ حقوقهم تعلّقت بالثمرة ظاهراً ، فلم يُقبل إقراره ؛ كما لو أقرّ بالنخيل . وعلى الغرماء اليمينُ أنَّهم لا يعلَمون أنّ البائع رجع قبلَ التأبير ، ولأنّ هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المُفلس ، بل هى ثابتة فى حقِّهم ابتداءً ، بخلاف ما لو ادّعى حقًّا ، وأقام شاهداً ، فلم يحلف ، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ، لأنّ اليمين ثَمّ على المُفلس ، فلو حلفوا ، حلفوا ليثبتُوا حقًّا لغيرهم ، ولا يحلفُ الإنسانُ ليُثْبِتَ لغيره حقًّا ؛ ولا يجوز أن يكون نائباً فيها ، لأنَّ الأيْمَان لا تدخلُها النِّيَابةُ ، وفى مسألتنا ، الأصلُ أن هذا الطلع قد تعلّقت حقُوقهم به ، لكونه فى يد غريمهم ومتّصل بنخله ، والبائعُ يدّعى ما يزيلُ حقوقهم عنه . فأشبه سائر أعيان مالِه ، ويحلفون على نفى العلم ، لأنه يمينٌ على نفى الدَّيْن عن الميِّت ، ولو أقرّ المُفلس بعينٍ من أعيان مالِه لأجنبى ، أو لبعض غُرمائه ، فأنكره الغرماءُ ، فالقولُ قولُهم ، وعليهم اليمينُ : أنّهم لا يعلمون ذلك. وكذلك لو أقرّ بغريمٍ آخر ، يستَحِقّ مُشاركتَهم ، فأنكروه . فعليهمُ اليمينُ أيضاً ، ويكون على نفى العلم لذلك ، وإن أقرّ أنّه أعتق عبده ، انبنى ذلك على صحّة عِتق المُفلس ، فإن قلنا : يصح عتقُه صحّ إقراره ، وعتق ، لأنّ من ملك شيئاً ملكَ الإقرار به ، ولأنّ الإقرارَ بالعتق يحصُل به العتقُ ، فكأنّه أعتقه فى الحال ، وإن قلنا : لا يصحّ عتقُه لم يُقبل إقرارُه ، وكان على الغُرماء اليمينُ أنّهم لا يعلمون ذلك ،

وكلّ موضع قلنا : على الغرماء اليمينُ ، فهو على جميعهم،فإن حلفوا أخذُوا ، وإن نَكَلُوا قضي للمدّعي بما ادّعاه ، إلا أن نقول بردّ اليمين ، فتُردّ على المدّعى ، فيحلف ، ويستحِقّ . وإن حلف بعضُهم دون بعض ، أخذ الحالِفُ نصيبه . وحُكْمُ الناكِل ما ذكرناه .

٣٣٨٤ (فصل) وإن أقرّ المُفلس أنّه أعتق عبده منذُ شهر ، وكان العبدُ قد اكتسب بعد ذلك مالاً ، وأنكر الغُرماء . فإن قلنا لا يُقبل إقرارُه ، حلفوا ، واستحقّوا العبدَ ، وكَسْبَهُ . وإن قلنا يُقبل إقراره لم يُقبل فى كَسْبِه ، وكان للغرماء أن يحلفوا : أنهم لا يعلمون أنّه أعتقه قبلَ الكسب ، ويأخذون كَسْبه . لأنّ إقراره إنّما قُبِل فى العتق دون غيره ، لصحّته منه ، ولبنائه على التغليب ، والسِّراية ، فلا يُقبلُ فى المال ، لعدم ذلك فيه . ولأننا ، نزلنا إقراره منزلةَ إعتاقه فى الحال ، فلا تثبُت له الحرّية فيما مضى فيكون كسبُه محكوماً به لسيِّده ، كما لو أقرّ بعتقه ، ثم أقرّ له بعينٍ فى يده .

٣٣٨٥ (فصل) فإن كان المبيعُ أرضاً ، فبناها المشترى ، أو غرسها ، ثم أفلس ، فأراد البائعُ الرجوعَ فى الأرض ، نظرتَ . فإن اتفق المُفلس والغرماء على قَلْع الغراس ، والبناء ، فلهم ذلك . لأنّ الحقّ لهم ، لا يخرُج عنهم . فإذا قلعوه ، فللبائع الرجوعُ فى أرضه ، لأنّه وجد مَتاعَه بعينه . قال أصحابنا . ويستحق الرجوعَ قبل القلع ، وهو مذهبُ الشافعىّ . ويحتملُ أن لا يستحقّه حتّى يُوجد القلعُ . لأنّه قبل القلع لم يُدرك مَتاعَه إلاّ مشغولاً بِملك المشترى . فأشبه مالو كانت مساميرَ فى باب المُشْترى فإن قلنا : له الرجوعُ قبل القلع ، فقلعوه ، لزمهم تسويةُ الأرض من الحفر ، وأرشُ نَقْصِ الأرض الحاصلِ به . لأن ذلك نقصٌ حَصلَ لتخليص مِلْك المُفلس فكان عليه ، كما لو دخل فصيلُه دار إنسان ، وكَبِرَ ، فأراد صاحبهُ إخراجه ، فلم يمكن إلا بهَدْم بابها . فإن البابَ يُهدم ، ليخرُج ، ويضمنُ صاحبه مانقص ، بخلاف ما إذا وجد البائع عين ماله ناقصةً فرجع فيها . فانّه لا يرجعُ فى النقص ، لأنّ النقص كان فى مِلْك المُفلس ، وههنا حدث بعدَ رجوعه فى العين . فلهذا ضمنوه ، ويَضْربُ بالنقص مع الغُرماء ، وإن قلنا . ليس له الرجوع قبل القلع ، لم يلزمهم تسويةُ الحُفَر ، ولا أرشُ النقص . لأنّهم فعلوا ذلك فى أرض المُفلس قبل رجوع البائع فيها ، فلم يَضْمَنوُا النقص ، كما لو قلعه المُفلس قبل فَلَسه ، فأما إن امتنع المُفلس ، والغرماء ، من القلع ، فلهم ذلك ، ولا يُجبَرون عليه ، لأنّه غرسٌ . ومفهومُ قوله عليه السلام « لَيْسَ لِعرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ » أنّه إذا لم يكن ظالماً فله حَقٌّ . فإن بذل البائعُ قيمة الغِراس ، والبناء ، ليكون له الكلُّ أو قال: أنا أقلع ، وأضمن مانقص ، فإن قلنا : له الرجوع قبل القلع ، فله ذلك . لأنّ البناء ، والغِراسَ حصل فى مِلْكه لغيره بحقّ ، فكان له أخذُه بقيمته ، أو قلعُه ، وضمانُ نقصه ، كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غِرَاسٌ ، وبناء المشترى والمعير إذا رجع فى أرضه بعدَ غَرْسِ المُستعير . وإن قلنا : ليس له الرجوع

قبل القلع ، لم يكن له ذلك ؛ لأنّ بناء المُفلس وغرسه فى مِلْكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ، ولا على قلعه ، كما لو لم يرجع فى الأرض . فأما إن امتنع البائعُ من بذل ذلك ، سقط حَقّ الرجوع . وهذا قولُ ابن حامد ، وأحدُ الوجهين لأصحاب الشافعيّ . وقال القاضى : يحتملُ أنّ له الرجوع ، وهو القول الثانى للشافعيّ . لأنّه أدرك متاعه بعينه ، وفيه مالُ المشترى على وجهِ التَّبَع ، فلم يمنعه ذلك الرجوع ، كالثوب إذا صبغه المشترى .

ولنا : أنّه لم يُدرك متاعه على وجه يُمكنُهُ أخذُه منفرداً عن غيره ، فلم يكن له أخذُه ، كالحجَر فى البناء ، والمسامير فى الباب . ولأنّ فى ذلك ضرراً على المشترى ، والغرماء ، ولا يُزال الضررُ بالضرر . ولأنّه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاعُ النزاع ، والخصومة ، بخلاف ما إذا وجدها غيرَ مشغولةٍ بشىء . وأمّا الثوبُ إذا صبغه ، فلا نُسَلّم أن له الرجوعَ ، فهو كمسألتنا . وإن سلّمنا فالفرقُ بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الصِّبْغ تفرّق فى الثوب ، فصار كالصِّفة فيه ، بخلاف البناء ، والغَرْسِ ، فإنّه أعيانٌ متميّزة ، وأصلٌ فى نفسه .

والثانى : أن الثوب لا يُراد للبقاء ، بخلاف الأرض ، فإذا قلنا : لا يرجعُ ، فلا كلام ، وإن قلنا : يرجع ، فرجع ، واتّفق الجميعُ على بيعهما ، بيعا لهما ، وأخذ كلٌّ واحد بِقَدْر حقّه ، وإن امتنع أحدُهما من البيع ، احتمل أن يُجْبَر عليه ، كما لو كان المَبيعُ ثوباً ، فصبَغَه المشترى . فإنّ الثوب يُباع لهما ، كذا ههنا . ويحتمل أن لا يُجْبَر . لأنّه أمكن طالبَ البيع أن يبيع مِلْكَهُ مفرداً ، بخلاف الثوب المصبوغ . فإنْ بيعا لها قُسّما الثمنَ على قدر القيمتين ، فتقوّم الأرضُ غيرَ ذاتِ شَجَرٍ ، ولا بناء ، ثم تُقَوّم وهما فيها ، فما كان قيمةَ الأرض بغير غِرَاسٍ ، ولا بناءٍ ، فللبائع قِسْطُه من الثمن ، وما زاد فهو للمُفلس ، والغُرماء .
وإن قلنا : لا يجبرُ الممتنعُ على البيع ، أو لم يطلب أحدُهما البيعَ ، فاتّفقا على كيفية كونهما بينهما ، جاز ما اتفقا عليه ، وإن اختلفا ، كانت الأرضُ للبائع ، والغِرَاسُ ، والبناءُ للمُفلس ، والغرماء ، ولهم دخولُ الأرض لسَقْى الشجر ، وأخذ الثمرة ، وليس لهم دخولُها للتفرّج ، ولغير حاجة . وللبائع دخولُها للزرع ، ولما شاء ، لأنّ الأرض له ، ومِلْكه ، وإن باعوا الشجر ، والبناء لإنسان ، فحكمهُ فى ذلك حُكمُهم . ولو بذل المُفلس ، والغرماءُ ، أو المشترى منهم قيمةَ الأرض للبائع ، ليدفعها لهم ، لم يلزمهُ ذلك : لأنّ الأرض أصلٌ فلا يُجْبَرَ على بيعها ، بخلاف ما فيها من الغَرْس ، والبناء

٣٣٨٦ (فصل) إذا اشترى غِراساً فغرسه فى أرضه ، ثم أفلس ، ولم يزد الغِرَاسُ ، فله الرجوعُ فيه . لأنّه أدرك متاعَه بعينه . وإذا أخذه ، فعليه تسويةُ الأرض ، وأرشُ نقصها ، الحاصلِ بقلْعه . لأنّه نقصٌ حصلَ لتخليص مِلْكه من ملك غيره . وإن بذل المفلس ، والغرماء له قيمتَه ، ليملكوه بذلك ،

لم يُجْبَرْ على قبولها . لأنه إذا اختار أخذ ماله ، وتفريغ ملكهم ، وإزالة ضرره عنهم ، لم يكن لهم منعهُ ، كالمشترى إذا غَرَس فى الأرض المشفوعة . وإن امتنع من القلع ، فبذلوا له القيمة ليملكه المُفلس ، أو أرادوا قلعه ، وضمانَ النقص ، فلهم ذلك ، وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص ، لأنّ المُفلس إنما ابتاعهُ مقلوعا ، فلم يجب عليه إبقاؤه فى أرضه ، وقيل : ليس لهم قلعهُ من غير ضمان النقص ، لأنه غَرسٌ بحقّ . فأشبه غرس المُفلس فى الأرض التى ابتاعها إذا رجع بائعُها فيها . والفرقُ بينهما ظاهر . فإنّ إبقاء الغِرَاس فى هذه الصورة حقّ عليه ، فلم يجب عليه بفعله ، وفى التى قبلها إبقاؤه حقّ له ، فوجب له بغراسه ، فى مِلكه ، فإن اختار بعضُهم القلع ، وبعضُهم التبقية ، قدِّم قولُ من طلب القلع ، سواء كان المفلسَ ، أو الغرماء ، أو بعضَ الغرماء . لأنّ الإبقاء ضررٌ غيرُ واجب ، فلم يلزم الممتنعَ منه الإجابةُ إليه . وإن زاد الغِرَاسُ فى الأرض ، فهى زيادةٌ متصلة ، تمنعُ الرجوعَ على قول الخِرَقىّ ، ولا تمنعه على رواية الميمونىّ .

٣٣٨٧ (فصل) وإن اشترى أرضاً من رجل ، وغِراساً من آخر . فغرسه فيها ، ثم أفلس ، ولم تزد الشجرُ ، فلِكلّ واحد منهما الرجوعُ فى عين ماله ، ولصاحب الأرض قلعُ الغِراس من غير ضمان نقصه بالقلع ، على ما ذكرنا . لأنّ البائع إنما باعه مقلوعاً ، فلا يستحقّه إلا كذلك . وإن أراد بائعهُ قلعه من الأرض ، فقلعه ، فعليه تسويةُ الحُفَر ، وضمان نقصها الحاصل به ، لما تقدّم ، وإن بذل صاحبُ الغِراس قيمةَ الأرض ، لصاحبها لتملكها لم يُجْبَرْ على ذلك ، لأنّ الأرضَ أصلٌ ، فلا يُجبر على بيعها تبعاً ، وإن بذل صاحبُ الأرض قيمةَ الغِراس ليَملِكَهُ إذا امتنع من القلع ، فله ذلك لأنّ غرسه حصل فى مِلك غيره بحقّ . فأشبه غرس المُفلس فى أرض البائع ، ويحتملُ أن لا يملك ذلك ، لأنه لا يُجبر على إبقائه ، إذا امتنع من دفع قيمته ، أو أرشِ نقصه . فلا يكون له أن يَتملّكه بالقيمة ، بخلاف التى قبلها . والأولى أولى . وهذا ينتقض بغرس الغاصب .

٣٣٨٨ (فصل) الشرط الثالث : أن لا يكون البائعُ قبض من ثمنها شيئاً ، فإن كان قد قبض بعض ثمنها ، سقط حقّ الرجوع . وبهذا قال إسحق ، والشافعىّ فى القديم ، وقال فى الجديد : له أن يرجع فيما قدر ما بقى من الثمن ، لأنه سببٌ ترجع به العين ، كلّها إلى العاقد . فجاز أن يرجع به بعضُها ، كالفُرقة قبل الدخول فى النكاح . وقال مالك : هو مخيَّر ، إن شاء ردّ ما قبضه ، ورجع فى جميع العين ، وإن شاء حَاصَّ ، الغرماء ولم يرجع .

ولنا : ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن أبى هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أيُّما رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً ، فَأَدْرَكَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قد قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا

شَيْئًا ، فَهِيَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والدارقطنيّ . ولأنّ في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضاً للصفقة على المشترى ، وإضرارا به ، وليس ذلك للبائع ، فإن قيل : لاضرر عليه في ذلك ، لأنّ ، ماله يُباع ، ولا يبقى له ، فيزولُ عنه الضرر ، قلنا . لا يندفعُ الضرر بالبيع ، فإنّ قيمته تنقصُ بالتشقيص ، ولا يُرْغَبُ فيه مُشْقَصاً ، فيتضرّر المفلس ، والغرماء بنقص القيمة ، ولأنّه سببٌ يفسخ به البيعُ ، فلم يَجُز تشقيصُه ، كالردّ بالعيب ، والخيار ، وقياسُ البيع على البيع أولى من قياسه على النـكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة ، أو عينين ، لما ذكرنا من الحديث ، والمعنى . فإن قيل : حديثـكم يرويه أبو بـكر بن عبد الرحمن ، عن النبيّ ، صلى الله عليه وسلم مُرْسلاً ، ولاحُجّة في المراسيل . قلنا . قد رواه مالك ، وموسى بن عُقْبَة ، عن الزهريّ ، عن أبي بكر ابن عبدالرحمن ، عن أبي هريرة ، كذلك ذكره ابن عبد البرّ ، وأخرجه أبو داود ، وابن ماجه ، والدارقطنيّ في سننهم متّصلا ، فلا يضرّ إرسالُ مَنْ أرسله ، فإنّ راوي المسند معه زيادةٌ لا يعارضها تركُ مرْسِلِ الحديث لها ، وعلى أنّ المرسلَ حجّة ، فلا يَضُرّ إرسالُه .

٣٣٨٩ (فصل) الشرط الرابع : أن يـكون تعلّق بها حقّ الغير ، فإن رهنها المشترى ، ثم أفلس ، أو وهبها ، لم يملك البائعُ الرجوعَ ، كما لو باعها ، أو أعتقها ، ولأن في الرجوع إضرارا بالمرتهن ، ولا يُزالُ الضرر بالضرر ، ولأنّ النبيَّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وهذا لم يجده عند المفلس . ولا نعلمُ في هذا خلافـاً ، فإن كان دينُ المرتهن دون قيمة الرهن ، بيعَ كلّه ، فقضى منه دينُ المرتهن ، والباقي يُرَدُّ على سائر مالِ المُفلس ، ويَشترك الغرماء فيه ، وإن بيع بعضُه ، فباقيه بينهم ، يُباع لهم أيضاً ، ولا يرجعُ به البائعُ . قال القاضي : له الرجوعُ به . وهو مذهبُ الشافعيّ ، لأنّه عينُ ماله ، لم يتعلق به حقٌّ غيره .

ولنا : أنه لم يجد متاعه بعينه ، فلم يكن له أخذُه ، كما لو كان الدَّيْن مُستغرقاً له ، وما ذكره القاضي لا يخرُج على المذهب ، لأنّ تلف بعض المبيع يمنعُ الرجوعَ ، فـكذلك ذهابُ بعضه بالبيع . ولو رهن بعض العبيد ، لم يـكن للبائع الرجوعُ في باقيه ، لما ذكرنا ، وإن كان المبيعُ عينين فرهن إحداهما ، فهل يملكُ البائعُ الرجوعَ في الأخرى ؟ على وجهين ، بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحـدى العينين . وإن فكّ الرهنَ قبل فَلَسِ المشْترى ، أو أبرأ من دَيْنِهِ ، فللبائع الرجوع ، لأنّه أدرك متاعه بعينه عند المشترى ، وإن أفلس وهو رهنٌ ، فأبرأ المرتَهِنُ المشترى من دينه ، أو قضى الدين من غيره ، فللبائع الرجوعُ أيضاً ، كذلك .

٣٣٩٠ (فصل) وإن كان عبدا ، فأفلس المشترى بعد تعلّق أرْشِ الجناية بِرَقَبَتِهِ ، ففيه وجهان :

أحدهما : ليس للبائع الرجوعُ . لأنّ تعلّق الرهن به يمنعُ الرجوعَ . وأرشُ الجناية يُقدمّ على حقّ المرتهن ، فأولى أن لا يرجع ، ذكره أبو الخطاب .

والثانى : لا يمنع الرجوع فيه . لأنّه حقّ لا يمنع تصرّف المشترى فيه ، فلم يمنع الرجوع ، كالدين فى ذمّته . وفارق الرهن ، فإنّه يمنعُ تصرّف المشترى فيه ، فإن قلنا : لا يرجعُ فحكمُه حكمُ الرهن ، وإن قلنا : له الرجوعُ ، فهو مخيّر ، إن شاء رجَعَ فيه ناقصاً بأرش الجناية ، وإن شاء ضَرَب بثمنه مع الغُرماء ، ومن أبرأ الغريمَ من الجناية ، فللبائع الرجوعُ فيه . لأنّه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلّق حقّ غيره به .

٣٣٩١ (فصل) وإن أفلس بعد خروج المبيع من ، ملكه ، ببيعٍ ، أو هِبَةٍ أو وَقْفٍ ، أو عتق ، أو غير ذلك ، لم يكن للبائع الرجوعُ ، لأنّه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس ، سواء كان المشترى يمكنه استرجاعُه بخيارٍ له ، أو عَيْبٍ فى ثمنه ، أو رجوعه فى هِبَةٍ ولده ، أو غير ذلك ، لما ذكرنا . وخروج بعضه كخروج جميعه ، لما تقدّم . فإن أفلس بعد رجوع ذلك إلى ملكه ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : له الرجوع ، للخبَر ، ولأنّه وجد عين ماله خالياً عن حقّ غيره ، أشبه ما لو لم يبعه .

والثانى : لا يرجع . لأنّ هذا الملكَ لم ينتقل إليه منه ، فلم يملك فسخَه . ذكر أصحابُنا هذين الوجهين . ولأصحاب الشافعىّ مثلُ ذلك .

والثالث : إن عاد إليه بسبب جديدٍ ، كبيع ، أو هِبَةٍ ، أو إرث ، أو وصيّة ، أو نحوذلك ، لم يكن للبائع الرجوعُ ، لأنه لم يصر إليه من جهته ، وإن عاد إليه بفسخ ، كالإقالة ، والردّ بعيب ، أو خيار ، ونحو ذلك . فللبائع الرجوعُ ، لأنّ هذا الملك استند إلى السبب الأوّل ، فإنّ فسخَ العقد الثانى لا يقتضى ثبوتَ الملك ، وإنّما أزال السبب المزُيل لملك البائع ، فثبت الملكُ بالسبب الأول ، فَمَلكَ استرجاعَ ما ثبتَ الملكُ فيه بِبَيعه .

٣٣٩٢ (فصل) وإن كان المبيعُ شِقْصاً مَشْفُوعاً ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : البائعُ أحقّ به . هذا قول ابن حامد ، للخبر ، ولأنّه إذا رجع فيه عاد الشِّقْصُ إليه ، فزال الضررُ عن الشفيع ، لأنّه عاد كما كان قبلَ البيع ، ولم تتجدّد شركة غيره .

والثانى : أن الشفيع أحقّ . ذكره أبو الخطّاب ، لأنّ حقّه أسبقُ ، فكان أولى ، بيانه : أن حقّ البائع ثبت بالحَجْر ، وحقّ الشفيع ثبت بالبيع ، ولأنّ حقّه آكدُ ، لأنّه يستحقّ انتزاع الشِّقصِ من المشترى ، وممّن نقله إليه ، وحقّ البائع إنما يتعلّق بالعين ، ما دامت فى يد المشترى ، ولا يزول الضرر عنه بردّه إلى البائع ، بدليل ما لو باعه المشترى لبائعه ، أو وهبه إيّاه ، أو أقاله ، لم يسقُط حقّ الشفيع ، ولأنّ البائع إنما يستَحِقّ الرجوع فى عينٍ لم يتعلّق بها حقّ الغير ، وهذه قد تعلّق بها حقّ الشفيع .

الوجه الثالث : أن الشفيع إن كان طالبَ بالشفعة ، فهو أحقُّ ، لأنّ حقّه تأكّد هنا بالمطالبة ، وإن كان لم يُطالب بها ، فالبائعُ أولى . ولأصحاب الشافعيّ وجهان كالأوّلين ، ولهم وجه ثالث : أنّ الثمن يُؤخذ من الشفيع ، فيختصُّ به البائعُ ، جمعاً بين الحقّين ، فإنّ غرض الشفيع فى عين الشِّقص المشفوع ، وغرضَ البائع فى ثمنه ، فيحصُل ذلك بما ذكرنا ، وليس هذا جيّداً لأنّ حقّ البائع إنّما ثبت فى العين ، فإذا صار الأمرُ إلى وجوب الثمن ، تعلّق بذمّته ، فساوى الغُرماءَ فيه .

٣٣٩٣ (فصل) وإن كان المبيع صيداً ، فأفلس المشترى ، والبائعُ مُحْرِمٌ ، لم يرجع فيه ، لأنّه تملُّكٌ للصيّد فلم يجُز مع الإحرام ، كشراء الصيد ، وإن كان البائعُ حلالاً فى الحرم ، والصيدُ فى الحلّ ، فأفلس المشترى ، فللبائع الرجوعُ فيه ، لأنّ الحرم إنما يحرُم الصيدُ الذى فيه . وهذا ليس من صيده ، فلا يحرُم ، ولو أفلس المحرِمُ وفى مِلْكه صيدٌ . بائعهُ حلالٌ ، فله أخذُه ، لأنّ المانع غيرُ موجود فى حقّه .

٣٣٩٤ (فصل) وإذا أفلس وفى يده عينُ مالٍ دينُ بائعها مؤجّل ، وقلنا : لا يحِلُّ الدينُ بالفلس فقال أحمد فى رواية الحسن بن ثَوابٍ : يكون ماله موقوفاً إلى أن يَحُلّ دينهُ ، فيختار البائعُ الفسخَ ، أو الترك ؟ وهذا قولُ بعض أصحاب الشافعيّ . والمنصوصُ عن الشافعيّ : أنّه يُباع فى الديون الحالة ، ويتخرّج لنا مثلُ ذلك ، لأنها حقوقٌ حالّة ، فقدِّمت على الدين المؤجّل ، كدينِ من لم يجد عين ماله ، وللأول الخبرُ ، ولأنّ حقّ هذا البائع تعلق بالعين ، فقدّم على غيره ، وإن كان مؤجّلاً ، كالمرتهن ، والمجنىّ عليه .

٣٣٩٥ (فصل) قال أحمد فى رجل ابتاع طعاماً نَسِيئة ، ونظر إليه ، وقلّبه ، وقال : أَقبِضُه غداً فمات البائعُ . وعليه دينٌ . فالطعامُ للمشترى . ويتبعه الغُرماء فى الثمن . وإن كان رخيصاً . وكذلك قال الثورىّ ، وإسحاق : لأنّ المِلك ثبتَ للمشترى فيه بالشراء ، وزال مِلكُ البائع عنه ، فلم يُشاركه غُرماء البائع فيه ، كما لو قبضه .

الشرط الخامس : أن يكون المُفلس حيًّا ، ويأتى شرحُ ذلك فى آخر الباب ، إن شاء الله تعالى .

٣٣٩٦ (فصل) ورجوع البائع فى المبيع فسخٌ للبيع ، لا يحتاجُ إلى معرفة المَبيع ، ولا القدرة على تسليمه ، ولا اشتباه المبيع بغيره ، فلو رجع فى المبيع الغائب بعد مُضىّ مدّة يتغيّر فيها ، ثم وجده على حاله لم يتلف شىء منه ، صحّ رجوعُه . وإن رجع فى العبد بعد إباقه ، أو الجملِ بعد شُرُودِه ، أو الفرس العائر[1] صحّ ، وصار ذلك له . فإن قدر عليه أخذه ، وإن ذهب كان من ماله ، وإن تبيّن أنّه كان تالفاً حين

(١) العائر : الذاهب الذى انفلت من صاحبه ، فهو كالجمل الشارد .

استرجاعه . لم يصح استرجاعه . وكان له أن يَضْرب مع الغرماء فى الموجود من ماله . وإن رجع فى المبيع ، واشتبه بغيره ، فقال البائع : هذا هو المبيع ، وقال المُفلس : بل هذا ، فالقولُ قولُ المفلس . لأنه مُنكر لا ستحقاق ما ادعاه البائعُ ، والأصلُ معه .

٣٣٩٧ « مسألة » قال ﴿ ومن وجب له حقّ بشاهدٍ ، فلم يحلف ، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ، ويستَحِقوا ﴾ .

وجملة ذلك : أن المفلس فى الدعوى كغيره ، فإذا ادّعى حقًا له به شاهدٌ عدلٌ ، وحلف مع شاهده ، ثبت المالُ ، وتعلّقت به حقوقُ الغرماء . وإن امتنع لم يُجبَرْ ، لأننا لا نعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحقُّ بشهادته ، لم يحتج إلى يمين معه ، فلا يُجبرُ على الحلف على مالا يعلم صدقه ، كغيره ، فإن قال الغرماء : نحنُ نحلفُ مع الشاهد ، لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعيّ فى الجديد ، وقال فى القديم : يحلفون معه ، لأنّ حُقوقهم تعلّقت بالمال ، فكان لهم أن يحلفوا ، كالورثة يحلفون على مال موروثهم .

ولنا أنهم يُثبِتون ملكا لغيرهم ، لتتعلّق حقوقهم به بعد ثبوته ، فلم يجز لهم ذلك ، كالمرأة تحلف لإثبات ملكٍ لزوجها ، لتعلّق نفقتها به ، وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت ، فإن المال انتقل إليهم ، وهم يُثبتون بأيمانهم ملكاً لأنفسهم .

٣٣٩٨ « مسألة » قال ﴿ وإذا كان على المفلس دين مُؤجّل لم يَحِلّ بالتفليس ، وكذلك فى الدين الذى على الميّت إذا وَثِق الورثة ﴾

وجملته : أن الدين المؤجّل لا يحلّ بفلَس مَنْ هو عليه ، روايةً واحدةً . قاله القاضى ، وذكر أبو الخطّاب فيه روايةً أخرى : أنه يحِلّ ، وبه قال مالك ، وعن الشافعيّ كالمذهبين ، واحتجُّوا بأنّ الإفلاس يتعلّق به الدينُ بالمال ، فأسقط الأجلَ كالموت .

ولنا : أن الأجل حقّ للمفلس ، فلا يسقُط بفلَسه كسائر حُقوقه ، ولأنّه لا يُوجبُ حُلول ماله ، فلا يُوجبُ حُلول ما عليه ، كالجنون ، والإغماء . ولأنّه دينٌ مُؤجل على حَيّ فلم يحِلّ قبل أجَلِه ، كغير المُفلس ، ولا نُسلّم أن الدين يحِلّ بالموت ، فهو كمسألتنا ، وإن سلّمنا ، فالفرقُ بينهما أنّ ذمّته خَرِبَتْ ، وبطلتْ ، بخلاف المُفلس ، إذا ثبت هذا : فإنّه إذا حُجِر على المفلس ، فقال أصحابنا : لا يُشاركُ أصحابُ الديون المؤجّلة غرماء الديون الحالّة ، بل يُقتسم المالُ الموجود بين أصحاب الديون الحالّة ، ويبقى المُؤجّل فى الذمّة إلى وقتِ حُلوله ، فإن لم يقتسم الغرماء حتى حَلّ الدينُ ، شارك الغرماء ، كما لو تجدّد على المفلس دينٌ بجنايته ، وإن أدرك بعضَ المال قبل قَسْمِه ، شاركهم فيه ، ويَضْربُ فيه بجميع دينه ، ويَضربُ سائرُ الغرماء ببقيّة دُيونهم ، وإن قلنا : إنّ الدَّين يحلّ فإنّه يَضْرِبُ مع الغرماء بدينه ، كغيره من أرباب الديون الحالّة ،

فأمَّا إن مات وعليه ديون مؤجلة ، فهل تحِلُّ بالموت فيه روايتان :

إحداهما : لاتحِلّ إذا وَثقَ الوَرَثَةُ ، وهو قولُ ابن سيرين ، وعُبَيد الله بن الحسن وإسحاق ، وأبي عُبَيد ، وقال طاوس ، وأبو بكر بن محمد ، والزهريّ ، وسعيدُ بن إبراهيم : الدينُ إلى أجَلِه ، وحكى ذلك عن الحسن .

والرواية الأخرى : أنه يحِلّ بالموت ، وبه قال الشعبيّ ، والنخعيّ ، وسَوَّار ، ومالك ، والثوريُّ ، والشافعيّ ، وأصحابُ الرأى . لأنّه لا يخلو : إمّا أن يبقى فى ذمّة الميّت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال ، لا يجوز بقاؤه فى ذمّة الميت ، لخرابها ، وتعذُّر مطالبته بها . ولاذمّة الورثة ، لأنّهم لم يلتزموها ، ولا يَرضى صاحبُ الدين بذممهم ، وهى مختلفة مُتباينة . ولا يجوز تعليقُه على الأعيان ، وتأجيله ، لأنه ضررٌ بالميت ، وصاحبِ الدين ، ولا نفع للورثة فيه . أما الميّت ، فلأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال « المَيِّتُ مُرْتَهَنٌ بدَيْنِه حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » وأما صاحبه ، فيتأخَّر حقُّه ، وقد تتلفُ الأعيانُ ، فيسقُط حقُّه ، وأما الورثةُ ، فإنهم لاينتفعون بالأعيان ، ولا يتصرَّفون فيها . وإن حصلت لهم منفعة ، فلا يسقُط حظّ الميِّت ، وصاحب الدين ، لمنفعةٍ لهم .

ولنا : ما ذكرنا فى المفلس ، ولأنّ الموتَ ما جُعِل مُبطلاً للحقوق ، وإنّما هو ميقاتٌ للخلافة ، وعلامةٌ على الوِرَاثة وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ » وما ذكروه إثباتُ حكمٍ بالمصلحة المُرْسَلةِ ، ولا يشهدُ لها شاهدُ الشرع ، باعتبار ، ولاخلاف فى فسادِ هذا ، فعلى هذا يبقى الدينُ فى ذمّة الميت ، كما كان ، ويتعلّق بعين ماله ، كتعلّق حُقوق الغرماء بمالِ المفلس عند الحجر عليه . فإن أحبّ الورثةُ أداء الدين ، والتزامه للغريم ، ويتصرّفون فى المال ، لم يكن لهم ذلك ، إلاّ أن يرضى الغريمُ ، أو يُوَثِّقوا الحقّ بضمينٍ مليء ، أو رهن يثِقُ به لوفاء حقّه ، فإنّهم قد لا يكونون أمْلياء[1] ، ولم يرض بهم الغريمُ ، فيؤدِّى إلى فوات الحقّ . وذكر القاضى : أن الحقّ ينتقل إلى ذمم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له ، ولا ينبغى أن يَلزم الإنسان دينٌ لم يلتزمه ، ولم يتعاطَ سببه ، ولو لزمهم ذلك لموتِ موروثِهم ، للزمهم ، وإن لم يخلف وفاء ، وإن قلنا : إن الدين يحِلّ بالموت ، فأحبّ الورثةُ القضاء من غير التركة ، واستخلاصَ التركة ، فلهم ذلك ، وإن قضوا منها ، فلهم ذلك ، وإن امتنعوا من القضاء ، باع الحاكمُ من التركة ما يَقضى به الدينَ ، وإن مات مُفلس ، وله غُرماء ، بعضُ ديونهم مُؤجّل ، وبعضها حالّ ، وقلنا : المؤجّل يحِلّ بالموت ، تساوَوْا فى التركة ، فاقتسموها على قدر

(١) أملياء : جمع مليء ، وهو الغنى القادر على سداد الدين .

ديونهم ، وإن قلنا : لا يحلّ بالموت ، نظرنا : فإنْ وَثَّق الورثة لصاحب المؤجّل ، اختصّ أصحابُ الحالّ بالتركة ، وإن امتنع الورثةُ من التوثيق ، حلّ دينُه ، وشارك أصحابَ الحالّ ، لئلاّ يُفضى إلى إسقاط دينه بالكلّيّة .

٣٣٩٩ (فصل) حكى بعض أصحابنا فمن مات وعليه دين : هل يَمْنَعُ الدينُ نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين :

(إحداهما) لا يمنعه ، للخبر ، ولأنّ تعلّق الدين بالمال لا يُزيلُ الملك فى حقّ الجانى ، والراهن ، والمفلس ، فلم يمنع نقله ، فإن تصرّف الورثةُ فى التركة ببيع ، أو غيره ، صحّ تصرُّفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تعذّر وفاؤه ، فُسِخَ تصرّفهم ، كما لو باع السيّد عبده الجانىَ ، أو النِّصابَ الذى وجبت فيه الزكاةُ .

(والرواية الثانية) يَمنع نقل التركة إليهم ، لقول الله تعالى (٤ : ١١ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ) فجعل التركة للوارث من بعد الدَّيْن والوصيّة ، فلا يثبُت لهم الملك قبلها . فعلى هذا : لو تصرّف الورثةُ ، لم يصحّ تصرّفهم ، لأنّهم تصرّفوا فى غير ملكهم ، إلاّ أن يأذن الغرماء لهم ، وإن تصرّف الغرماء ، لم يصحّ ، إلاّ بإذن الورثة .

٣٤٠٠ « مسألة » قال ﴿ وكلّ ما فعله المفلس فى ماله قبل أن يقفه الحاكمُ فجائز ﴾

يعنى : قبل أن يحجُر عليه الحاكمُ ، فنبدأ بذكر سبب الحَجْر فنقول : إذا رُفع إلى الحاكمُ رجلٌ عليه دينٌ ، فسأل غرماؤه الحاكمَ الحجرَ عليه ، لم يُجبهم حتّى تَثْبُت ديونهم باعترافه ، أو بِبَيّنة ، فإذا ثبتت نَظَرَ فى ماله : فإن كان وافياً بدينه ، لم يحجُرْ عليه ، وأمره بقضاء دينه ، فإن أبى ، حبَسَهُ ، فإن لم يَقْضِهِ وصبر على الحَبْس ، قَضَى الحاكم دينه من ماله ، وإن احتاج إلى بيع ماله فى قضاء دينه ، باعه ، وإن كان مالُه دون دينه ، وديونهُ مؤجّلة ، لم يَحجُر عليه ، لأنّه لا تستحقّ مطالبته بها ، فلا يُحْجُر عليه من أجلها ، وإن كان بعضُها مُؤجّلا ، وبعضُها حالاً ، ومالهُ بفى بالحالّ ، لم يحجُرْ عليه أيضاً ، كذلك . وقال بعضُ أصحاب الشافعىّ : إن ظهرت أماراتُ الفَلَس ، لكون ماله بإزاء دينه ، ولا نفقةَ لهُ إلاّ من ماله ، ففيه وجهان :

أحدهما : يحجرُ عليه . لأنّ الظاهر أنّ ماله يَعْجِزُ عن ديونه ، فهو كما لو كان مالُه ناقصاً . ولنا أنّ ماله وافٍ بما يلزمه أداؤه ، فلم يحجُر عليه كما لو لم تظهر أماراتُ الفَلَس ، ولأنّ الغُرماء ، لا يمكنهم طلبُ حقوقهم فى الحال ، فلا حاجة إلى الحَجْر ، وأما إن كانت ديونه حالّةً يعجِزُ ماله عن أدائها ، فسأل غرماؤه

الحجرَ عليه ، لزمتهُ إجابتهُمْ ، ولا يجوز الحجْر عليه بغير سُؤالِ غرمائه ، لأنَّه لا ولاَيةَ له فى ذلك ، وإنَّما يفعله لِحقِّ الغُرماء ، فاعتُبر رضاهم به . وإن اختلفوا ، فطالب بعضُهم دون بعضٍ ، أُجيبَ مَنْ طلب ، لأنَّه حقٌّ له ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : ليس للحاكم الحجرُ عليه ، فإذا أدَّى اجتهادُه إلى الحجْر عليه ، ثبت ، لأنَّه فصلٌ مُجْتَهَدٌ فيه ، وليس له التصرّف فى ماله ، لأنَّه لا وِلايةَ عليه ، إلاّ أنَّ الحاكم يجبرُه على البيع ، إذا لم يمكن الإيفاء بدونه ، فإن امتنع ، لم يبعْهُ ، وكذلك إن امتنع الموسِرُ من وفاء الدين ، لا يَبيع مالَه ، وإنَّما يحبسُه ليبيع بنفسه ، إلاّ أن يكون عليه أحدُ النقدين ، ومالُه من النقد الآخر ، فيدْفَعُ الدراهمَ عن الدنانير ، والدنانيرَ عن الدراهم . لأنَّه رشيدٌ لا وِلايَة عليه ، فلم يجُز للحاكم بيعُ ماله بغير إذنه ، كالذى لا دين عليه ، وخالفه صاحباه فى ذلك ، ولنا ما روى كعبُ بن مالك «أنَّ النبيَّ صلَّى الله عليه وسلَّم حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ ، وَباعَ مَالَه فى دَيْنِهِ» رواه الخلاّل باسناده . ورُوى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : أنَّه خطب الناس ، وقال : ألاَ إنّ أُسَيفعَ جُهَيْنَةَ قد رَضِىَ مِنْ دِينِهِ وَأَمانتِهِ بأَنْ يُقَالَ : سَبَقَ الحاجَّ[1] ، فَادَّانَ مُعْرِضاً فأَصْبَحَ وَقَد رِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ مَالٌ فَلْيَحْضُرْ غداً ، فإنَّا بائِعُو مَالِهِ ، وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ . ولأنّه محجور عليه ، محتاج إلى قضاء دينه ، فجاز بيعُ ماله بغير رضاه ، كالصغير ، والسفيه ، ولأنّه نوعُ مالٍ ، فجاز بيعُه فى قضاء دينه ، كالأثمان وقياسُهم يبطُل ببيع الدراهم بالدنانير . إذا ثبت هذا : عُدنا إلى مسألة الكتاب ، فنقول : ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه من بيع ، أو هبة ، أو إقرار ، أو قضاء بعض الغرماء ، أو غير ذلك ، فهو جائزٌ نافذٌ : وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، ولأنه رشيدٌ غيرُ محجور عليه ، فنفذ تصرُّفه ، كغيره ، ولأن سبب المنع الحجْرُ ، فلا يتقدّم سببهُ ، ولأنّه من أهل التصرّف . ولم يحجر عليه . فأشبه المليء . وإن أكرى جملاً بعينه . أو داراً . لم تنفسخ إجارتهُ بالفَلَس . وكان المكترى أحقَّ به ، حتى تنقضى مدّته .

---

(١) فى رواية أخرى لهذا الحديث (ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة قد رضى من دينه وأمانته بأن يقال : سابق الحاج) والأسيفع تصغير أسفع ، وهو المتغير لونه أو الذى فيه سواد مشرب بحمرة ، ومعنى سابق الحاج أو سبق الحاج ، أنه يسبق فى الحج ويبادر إليه ، وقوله ادان يعنى : استدان ، أصلها ادتان ، افتعل من الدين فقلبت التاء دالا لأن تاء الافتعال يجوز قلبها دالا فى مثل هذه الكلمة ، ومعرضاً ، قيل معناه معترضاً لكل أحد يستدين منه وقيل معرضاً يعنى عمن ينصحه بعدم الإستدانة ، وقيل معرضاً عن أداء ديونه تاركا لها وراء ظهره ، ومعنى رين به ، أحاط الدين بماله وأصل الرين التغطية ، قال تعالى «كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يفعلون» أى غطاها وحجبها ، وهنا الدين غطى كل ماله .

٣٤٠١ (فصل) ومتى حُجِر عليه لم ينفُذ تصرّفه فى شىء من ماله ، فإن تصرَّف ببيع ، أو هبة أو وَقْف ، أو أصدق امرأةً مالاً له ، أو نحوَ ذلك ، لم يصحّ ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ فى قول ، وقال فى آخَر : يقفُ تصرُّفه ، فإن كان فيما بقى من ماله وفاء الغرماء ، نفذَ ، وإلاَّ بطلَ .

ولنا : أنه محجورٌ عليه بحكم حاكم ، فلم يصحّ تصرُّفه . كالسفيه. ولأنَّ حقوق الغرماء تعلّقت بأعيان ماله ، فلم يصحّ تصرُّفه فيها ، كالمرهونة . فأمّا إن تصرّف فى ذمّته ، فاشترى ، أو اقترض ، أو تكفَّل ، صحّ تصرُّفه . لأنّه أهلٌ للتصرُّف ، وإنّما وجد فى حقّه الحجرُ : والحَجْرُ إنّما يتعلّق بماله ، لابذمّته ، ولكن لا يُشارك أصحابُ هذه الديون . الغرماءَ ، لأنّهم رَضُوا بذلك ، إذ علموا أنه مُفلس ، وعاملوه ، ومَنْ لم يعلم فقد فرّط فى ذلك ، فإنّ هذا فى مَظِنَّة الشهرة ، ويتّبعُ بها بعد فكّ الحَجْر عنه ، وإن أقرّ بدين لزمه بعد فكّ الحَجْر عنه ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول مالك، ومحمد بن الحسن، والثورىّ ، والشافعىّ فى قول ، وقال فى الآخَر : يُشاركهم ، واختاره ابن المُنذر . لأنّه دينٌ ثابت ، مُضاف إلى ما قبل الحَجْر ، فيُشارك صاحبُه الغرماء ، كمالو ثبت ببَيِّنة .

ولنا : أنه محجور عليه ، فلم يصحّ إقراره فيما حُجِرَ عليه فيه ، كالسفيه، أو كالراهن يُقرّ على الرَّهْن. ولأنّه إقرارٌ يُبطِلُ ثُبوتة حقّ غير المقرّ ، فلم يُقبل ، أو إقرار على الغرماء ، فلم يُقبل ، كإقرار الراهن ، ولأنّه متّهم فى إقراره ، فهو كالإقرار على غيره ، وفارق البيِّنة ، فإنّه لا تُهمَةَ فى حقّها ، ولو كان المفلس صانعاً كالقصّار[(1)] ، والحائك ، فى يديه متاعٌ ، فأقر به لأربابه ، لم يُقبلْ إقرارُه ، والقولُ فيها كالتى قبلها ، وتُباع العينُ التى فى يديه ، وتُقَسَّم بين الغرماء ، وتكون قيمتُها واجبةً على المُفلس ، إذا قدر عليها . لأنّها صُرِفَتْ فى دَيْنه ، بسببٍ من جهته ، فكانت قيمتُها عليه ، كما لو أذِنَ فى ذلك ، وإن توجَّهت على المفلس يمينٌ ، فنكَلَ عنها ، فقُضِيَ عليه ، فحكمُهُ حكمُ إقراره ، يلزمُ فى حقّه ، ولا يُحَاصُّ الغرماء .

٣٤٠٢ (فصل) وإن أعتق المفلسُ بعضَ رقيقه ، فهل يَصحّ ؟ على روايتين :

إحداها : يصحُّ ، وينفُذ ، وهو قول أبى يوسف ، وإسحاق ، لأنّه عِتْقٌ من مالكٍ . رشيدٍ ، فنفذَ كما قَبْل الحجْرِ ، ويُفارق سائر التصرُّفات ، لأنّ للعتقِ تغليباً وسِرايةً ، ولهذا يسرى إلى مِلْك الغير ، ويَسْرِى وَقفه ، بخلاف غيره .

والرواية الأخرى : لا ينفذ عِتْقه ، وبهذا قال مالك، وابن أبى ليلى ، والثورىّ، والشافعىّ ، واختاره

---

(١) القصار : الصباغ الذى يصبغ الثياب ، والحائك : الخياط .

أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، لأنه ممنوع من التبرع ، لحق الغرماء ، فلم ينفذ عتقه ، كالمريض الذى يستغرق دينهُ مالَه ، ولأن المفلس محجورٌ عليه فلم ينفذ عتقـه ، كالسفيه ، وفارق المطلق ، وأما سرايتـه إلى مِلك الغير ، فمن شَرْطه أن يكون مُوسراً ، يُؤخذ منه قيمةُ نصيب شريكه ، فلا يتضرَّر ، ولو كان مُعسِراً لم ينفُـذ عِتقُـه إلا فيما يملك ، صيانةً لحقِّ الغير ، وحفظاً له عن الضياع ، كذا ههنا ، وهذا أصحّ إن شاء الله تعالى .

٣٤٠٣ (فصل) ويُستحبّ إظهار الحجر عليه ، لتجنُّب مُعاملته ، كيلا يستضرّ الناسُ بضياع أموالهم عليه ، والإشهاد عليه ، لينتشِرَ ذلك عنه ، وربّما عُزِل الحاكمُ أو مات ، فيثبُت الحجرُ عند الآخَر ، فيُمضيه ، ولا يحتاج إلى ابتداء حَجْر ثانٍ .

٣٤٠٤ (فصل) وإن ثبت عليه حقٌّ ببيِّنة شارَك صاحبُه الغرماء ، لأنه دينٌ ثابت قبل الحجْر عليه ، فأشبه ما لو قامت البيِّنة به قبل الحجر ، ولو جنى المُفلس بعد الحجر جناية أوجبت مالاً شارك المجنيُّ عليه الغرماءَ ، لأنّ حقّ المجنيّ عليه ثبتَ بغير اختياره ، ولو كانت الجنايةُ موجبةً للقصاص ، فعفا صاحبها عنها إلى مالٍ ، أو صالحه المُفلسُ على مالٍ شاركَ الغُرمَاء ، لأنّ سببه ثبت بغير اختيار صاحبه ، فأشبه ما لو أوجبتِ المـالَ ، فإن قيل : ألا قدّمتم حقّـه على الغرماء ، كما قدّمتم حقّ مَنْ جَنَى عليه بعضُ عَبيد المفلس ؟ قلنا : لأنّ الحقّ فى العبد الجانى تعلّـق بعينه ، فقدّم لذلك ، وحقُّ هذا تعلّق بالذمّـة ، كغيره من الديون ، فاستويا .

٣٤٠٥ (فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ، ثم ظهر غريمٌ آخرُ ، رجع على الغرماء بقسْطه ، وبهذا قال الشافعيّ ، وحُـكى ذلك عن مالك ، وحُـكى عنه : لا يُحاصُّهمْ ، لأنّه نقضٌ لحُـكم الحاكم .

ولنا : أنّه غريمٌ ، لو كان حاضراً . قاسمهم ، فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم ، كغريم الميّت يظهرُ بعدَ قَسْم ماله . وليس قَسْمُ الحاكم ماله حكماً ، إنّما هو قِسْمةٌ ، بان الخطأ فيها ، فأشبه ما لو قسّم مالَ الميّت بين غرمائه ثم ظهر غريمٌ آخرُ ، أو قسّم أرضاً بين شركاء ، ثمّ ظهر شريكٌ آخرُ ، أو قسّم الميراثَ بين ورثةٍ ، ثم ظهر وارثٌ سواه . أو وصيّةً ، ثم ظهر مُوصًى له آخرُ .

٣٤٠٦ (فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة ، فانهدمت بعد قبض المفلس الأُجرَةَ ، انفسخت الإجارة فيما بقى من المدّة ، وسقط من الأجرة بقدر ذلك ، ثمّ إن وجَدَ عينَ ماله ، أخذ بقدر ذلك ، وإن لم يجده ضَرَب مع الغرماء بقَدْره ، وإن كان ذلك بعد قَسْم ماله ، رجع على الغرماء بحصّته . لأن سبب وجوبه قبل الحَجْر ، ولذلك يُشاركهم إذا وجب قبلَ القسمة . ولو باع سلعةً ، وقبض ثمنها ، ثم أفلس ، فوجد بها المشترى عيباً ، فردّها به ، أو ردّها بخيار ، ، أو اختلافٍ فى الثمن ، ونحوه ، ووجد عينَ ماله ،

أخذها . لأنّ البيعَ لمّا انفسخ زال ملكُ المفلس عن الثمن ، كزوال ملك المشترى عن المَبيع ، وإن كان بعد تصرّفه فيه ، شارك المشترى الغرماء .

« مسألة » قال ﴿ ويُنفق على المفلس وعلى من تلزمُه مُؤنتُه بالمعروف ، من ماله ، إلى أن يَفرُغ من قسمته بين غرمائه ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا حُجِرَ على المفلس ، وكان ذا كَسْبٍ يفى بنفقته ونفقةِ مَنْ تلزمُه نفقته ، فنفقته فى كَسْبه ، فإنه لا حاجة إلى إخراج ماله مع غناه بكَسْبه ، فلم يجُزْ أخذُ ماله ، كالزيادة على النفقة وإن كان كسبُه دون نفقته ، كمّلناها من ماله ، وإن لم يكن ذا كسب أُنفِقَ عليه من ماله مدّة الحجر ، وإن طالت ، لأنّ مِلْكَهُ باقٍ ، وقد قال النبىّ صلّى الله عليه وسلم « ابدَأْ بِنَفْسِكَ ثمَّ بِمَنْ تَعُولُ » ومعلوم أنَّ فيمن يعولُه من تجب نفقتُه عليه ، ويكون ديناً عليه ، وهى الزوجةُ فإذا قدَّم نفقةَ نفسه على نفقة الزوجة ، فكذلك على حقّ الغرماء ولأن الحىّ آكدُ حُرمةً من الميّت ، لأنَّه مضمونٌ بالإتلاف ، وتقديمَ تجهيز الميِّت ومُؤنة دفنه على دَيْنه . متفق عليه . فنفقته أولى ، وتقدّم أيضاً نفقةُ مَنْ تلزمه نفقتُه من أقاربه ، مثلُ الوالدين ، والمولودين ، وغيرهم ، ممن تجبُ نفقتهم ، لأنّهم يجرُون مَجْرى نفسه ، لأنَّ ذوى رحمه منهم ، يعتِقُون إذا ملكهم ، كايَعْتِقُ إذا ملك نفسه ، فكانت نفقتُهم كنفقته ، وكذلك زوجتُه تُقدَّم نفقتُها ، لأنَّ نفقتها آكدُ من نفقة الأقارب ، لأنَّها تجبُ مِنْ طريق المعاوَضة ، وفيها معنى الإحياء ، كما فى الأقارب ، وممَّن أوجب الانفاق على المفلس ، وزوجته ، وأولاده الصغار ، من ماله ، أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، وتجب كسوتهم أيضاً . لأنَّ ذلك مما لا بُدّ منه ، ولا تقومُ النفسُ بدونه ، والواجبُ من النفقة ، والكسوة ، أدنَى ما يُنفق على مثله بالمعروف ، وأدنى ما يُكْتَسى مثلُه ، إن كان من جنس الطعام ، أو متوسّطه ، وكذلك كُسوته من جنس ما يكتسيه مثلُه ، وكُسوة امرأته ، ونفقتها مثلُ ما يُفْتَرضُ على مثله ، وأقلّ ما يكفيه من اللباس قميصٌ ، وسراويل ، وشىء يَلْبَسُه على رأسه ، إمَّا عمامة ، أو قَلَنْسُوة ، أو غيرهما مما جرت به عادتُه ، ولرجله حذاء ، إن كان يعتادُه ، وإن احتاجَ إلى جُبَّةٍ ، أو فَرْوةٍ لدَفْع البرد دُفِع إليه ذلك ، وإن كانت له ثيابٌ لا يَلْبَسُ مثلُه مثلَها ، بيعت ، واشتُرِى له كسوةٌ مثلُها ، ورُدَّ الفضلُ على الغرماء ، فإن كانت إذا بيعت واشتُرِى له كسوة لا يفضُل منها شىء ، تُرِكتْ ، فإنّه لا فائدة فى بيعها .

٣٤٠٧ (فصل) وإن مات المفلس كُفِّن من ماله ، لأنّ نفقته كانت واجبةً من ماله ، فى حال حياته ، فوجب تجهيزُه منه بعد الموت ، كغيره ، وكذلك يجب كفَنُ من يمُونُه ، لأنّهم بمنزلته ، ولا يلزم تكفينُ الزوجة . لأنَّ النفقةَ تجبُ فى مقابلة الاستمتاع ، وقد فات بالموت ، فسقطت النفقةُ . ويفارق

الأقاربَ ، لأنّ قرابتهم باقيةٌ ، وإن مات من عَبيده أحدٌ وجب تكفينُه ، وتجهيزُه ، لأنّ نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به ، ولذلك تجبُ نفقةُ الصغير ، والمبيعِ قبل التسليم . ويُكَفَّنُ في ثلاثة أثواب ، كما كان يلبسُ في حياته ثلاثةً ، ويحتمل أن يكفَّن في ثوب واحد يستُره ، لأنّ ذلك يكفيه ، فلا حاجةَ إلى الزيادة ، وفارق حالة الحياة ، لأنه لابدّ له من تغطية رأسه ، وكشف ذلك يُؤذيه ، بخلاف الميّت ، ويمتد الانفاقُ على المفلس إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء ، لأنّه لا يزول ملكُه إلاّ بذلك ، ومذهبُ الشافعيّ في هذا الفصل قريبٌ مما ذكرنا .

٣٤٠٨ « مسألة » قال ﴿ ولا تُباع داره التي لا غِنَى له عن سُكناها ﴾

وجملته . أن المفلس إذا حُجِر عليه باع الحاكمُ مالَه ، ويُستحَبّ أن يحضرُ المفلسُ البيعَ لمعانٍ أربعة : أحدها : ليُحْصيَ ثمنَه ، ويَضبِطَهُ . الثاني : أنه أعرفُ بثمن مَتاعه ، وجيّدهو رديئه ، فإذا حضر تكلّم عليه ، وعرَف الغَبْنَ من غيره . الثالث : أن تكثُر الرغبةُ فيه ، فإنّ شراءه من صاحبه أحبُّ إلى المشترى . الرابع : أن ذلك أطيبُ لنفسه ، وأسكنَ لقلبه ، ويُستَحَبّ إحضارُ الغرماء أيضاً ، لأمور أربعة .

أحدها : أنه يُباع لهم . الثاني : أنهم ربّما رغبوا في شراء شيء منه ، فزادوا في ثمنه ، فيكون أصلح لهم ، وللمفلس . الثالث : بأنه أطيبُ لقلوبهم ، وأبعدُ من التهمة . الرابع : أنه ربّما كان فيهم من يجدُ عين ماله ، فيأخذها ، فإن لم يفعل ، وباعه من غير حضورهم كلّهم ، جازَ . لأنّ ذلك موكول إليه ومُفوَّض إلى اجتهاده ، وربّما أدّاه اجتهادُه إلى خلاف ذلك ، وبانت له المصلحةُ في المبادرة إلى البيع ، قبل إحضارهم ، ويأمرهم الحاكم أن يقيموا مُنادياً يُنادي لهم على المتاع ، فإن تراضَوْا برجُلٍ ثقَةٍ أمضاه الحاكمُ ، وإن اتّفقوا على غير ثقة ردّه ، فإن قيل : فلم يردّه وأصحابُ الحقّ قد اتفقوا عليه فأشبه مالوا اتفق الراهنُ والمرتهنُ على أن يبيع الرهن غيرُ ثقة لم يكن للحاكم الاعتراضُ ؟ قلنا : لأنّ للحاكم هٰهنا نظراً ، واجتهاداً ، فإنّه قد يظهرُ غريمٌ آخرُ فيتعلّق حقُّه به ، فلهذا نَظَر فيه ، بخلاف الرهن ، فإنه لا نظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلاً ، واختار الغرماء آخرَ أقرّ الحاكمُ الثقةَ منهما . فإن كانا ثقتين ، قدّم المتطوّع منهما ، لأنّه أوفرُ فإن كانا متطوّعين ضُمّ أحدهما إلى الآخر ، وإن كانا بجُعْلٍ ، قدّم أعرفهما ، وأوثقهما ، فإن تساويا قدّم من يرى منهما ، فإن وجد متطوّعا بالنداء ، وإلاّ دُفعت الأجرة من مال المفلس ، لأن البيع حقّ عليه ، لكونه طريقَ وفاء دينه . وقيل : يُدْفَعُ من بيت المال ، لأنّه من المصالح ، وكذلك الحكمُ في أجر من يحفظ المتاع ، والثمن ، وأجر الحمّالين ، ونحوهم ، ويستحَبُّ بيعُ كلّ شيء في سُوقه : البزُّ في البزّازينَ ، والكتُب في سُوقها ، ونحو ذلك ، لأنّه أحْوَطُ ، وأكثرُ لطلاّبه ، ومعرفةِ قيمته ، فإن باع في غير سُوقه بثمنِ مثله ، جاز ، لأنّ الغرضَ تحصيلُ الثمن ، وربّما أدّى الاجتهادُ إلى أنّ ذلك أصلحُ ، ولذلكَ لو قال : بع ثوبى في سوق كذا بكذا ، فباعه بذلك في سوقٍ آخرَ جاز ،

ويبيعُ بنقد البلد ، لأنّه أوفرُ ، فإن كان فى البلد نقودٌ باع بغالبها ، فإن تساوت باع بجنس الدّين وإن زاد فى السلعةِ زائدٌ فى مُدّةِ الخيار ، لزم الأمينَ الفسخُ ، لأنّه أمكنه بيعهُ بثمنٍ فلم يجزْ بيعُه بدونه ، كما لو زِيدَ فيه قبلَ العقد . وإن زاد بعد لزوم العقد ، استُحِبّ للأمين سؤالُ المشترى الاقالَة ، واستُحِبّ للمشترى الإجابة إلى ذلك ، لتعلّقه بمصلحة المفلس ، وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد الجانى ، فيَدْفَعُ إلى المجنىّ عليه أقلّ الأمرين ، من ثمنه ، أو أرش جنايته ، وما فضل منه رَدّه إلى الغرماء ، ثم يبيعُ الرهن ، فيدفَعُ إلى المرتهن قدرَ دينه ، وما فضل من ثمنه رَدّه إلى الغرماء . وإن بقيت من دينه بقيّة ، ضَرَبَ بها مع الغُرماء ثمّ يبيع ما يُسرع إليه الفسادُ من الطعام الرّطْبِ ، لأنّ بقاءه يتلفه بيقين ، ثم يبيع الحيوان ، لأنه معرّض للإتلاف ، ويحتاجُ إلى مُؤنة فى بقائه ، ثمّ يبيع السلع ، والأثاث ، لأنه يخاف عليه ، وتناله الأيدى ، ثم العَقار آخراً ، لأنّه لا يخاف تلفه ، وبقاؤه أشهرُ له ، وأكثرُ لطلاّبه ، ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدينُ لواحدٍ وحدَه ، دفعه إليه لأنّه لا حاجة إلى تأخيره ، وإن كان له غرماء ، فأمكن قسمتُه عليهم ، قسّم ، ولم يؤخّر ، وإن لم يمكن قسمتُه ، أودع عند ثقةٍ إلى أن يجتمع ، ويمكن قسمتُه ، فيقسّم ، وإن احتاج فى حفظه إلى غرامةٍ ، دفع ذلك إلى من يحفظهُ .

إذ ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب ، فنقول : لا تُباع داره التى لا غنى له عن سكناها ، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق ، وقال شُرَيح ، ومالك ، والشافعىّ : تُباعُ ويُكْتَرى لهُ بدلُها ، واختاره ابن المنذر لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال فى الذى أصِيبَ فى ثِمارٍ ابْتاعَها ، فَكثُرَ دينُه ، فقال لغرمائه « خُذُوا مَا وَجَدْتُم » وهذا مما وجدوه ، ولأنّه عَينُ مالِ المُفلسِ ، فوجب صرفُه فى دَيْنِهِ كسائر ماله .

ولنا : أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه ، فلم يُصرف فى دينه ، كثيابه ، وقُوتِه ، والحديثُ قضيّةٌ فى عين ، ويحتملُ أنّه لم يكن له عقارٌ ، ولا خادمٌ ، ويحتملُ أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » مما تصدّق به عليه . فإنّ المذكور قبل ذلك كذلك . روى أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ . فَتَصَدَّقُوا فَلم يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ ، فقال النبىُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ : خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » أى مّما تُصِدّقَ به عَلَيه . والظاهر أنه لم يتصدّق عليه بدار ، وهو مُحتاج إلى سكناها ، ولا خادم وهو مُحتاج إلى خدمته ، ولأنّ الحديث مخصوص بثياب المفلس ، وقُوته ، فَنَقيسُ عليه محلّ النزاع . وقياسُهم منتقض بذلك أيضاً ، وبأجر المسكن ، وسائر ماله يستغنى عنه ، بخلاف مسألتنا .

٣٤٠٩ (فصل) وإن كان له داران يستغنى بسُكنى إحداهما ، بيعت الأخرى ، لأنّ به غِنًى عن سكناها ، وإن كان مسكنه واسعاً لا يَسْكُن مثلُه فى مثله ، بيع ، واشترِىَ له مسكن مثله ، وردّ الفضلُ على الغرماء ، كالثياب التى له ، إذا كانت رفيعةً لا يلبسُ مثلُه مثلَها ، ولو كان المسكنُ والخادمُ اللّذين

لا يستغني عنهما عينَ مالِ بعض الغرماء ، أو كان جميعُ ماله أعيانَ أموالِ أفلس بأثمانها ، ووجـدها أصحابُها فلهم أخذُها بالشرائط التي ذكرناها . لقول النبيِّ صلَّى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنَّ حَقَّه تعلَّق بالعين . فـكان أقوى سبباً من المفلس . ولأنَّ الإعسار بالثمن سببٌ يستَحقُّ به الفسخ . فلم يمنعه منه تعلُّق حاجةِ المشترى . كما قبل القبض . وكالعيب . والخيار . ولأنَّ منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتحُ بابَ الحِيَلِ . بأن يجيء من لا مال له . فيشترى فى ذمّته ثياباً يلبسُها . وداراً يسكنُها . وخادماً يخدُمه . وفرساً يركَبها وطعاماً له . ولعائلته . ويمتنعُ على أربابها أخذُها ، لتعلّق حاجته بها ، فتضيعُ أموالهم ، ويستغنى هو بها . فعلى هذا . يُؤخذُ ذلك ، ولا يُترك له شيء منه ، لأنّه أعيانُ أموالِ الناس ، فـكانوا أحقّ بها منه ، كما لو كانت فى أيديهم ، وأخذها منهم غصباً .

٣٤١٠ (فصل) ولو كان المفلس ذا صَنْعةٍ يـكْسِبُ ما يمونُه ويمونُ مَنْ تلزمهُ مُؤنته ، أو كان يقدر على أن يـكسب ذلك ، بأن يؤجِّر نفسه ، أو يتوكَّل لإنسان ، أو يـكتَسِبَ من المُباحات ما يـكفيه ، لم يُترك له من ماله شيء ، وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ، تُرِكَ له من ماله قدرُ ما يـكفيه . قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى فى رواية أبى داود : ويُترك له قوتٌ يتقوَّتُ به ، وإن كان له عيالٌ تُرِكَ له قِوامٌ . وقال فى رواية الميمونيّ : يُترك له قدرُ ما يقومُ به معاشُهُ ، ويُباع الباقى ، وهذا فى حقّ الشيخ الـكبير ، وذوى الهيئات الذين لا يمـكنهم التصرّف بأبدانهم ، وينبغى أن يُجعل ذلك مما لا يتعلّق به حقٌّ بعضهم بعينه ، لأنّ من تعلّق حقّه بالعين أقوى سبباً من غيره .

٣٤١١ (فصل) وإذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الأمين ، أو بيع شيء من ماله ، وأودع ثمنهُ ، فتلف عند المودَع . فهو من ضمان المفلس . وبهذا قال الشافعيّ . وقال مالك : العروضُ من ماله ، والدراهمُ والدنانيرُ من مال الغرماء ، وقال المغيرةُ : الدنانيرُ من مال أصحاب الدنانير . والدراهمُ من مال أصحاب الدراهم .

ولنا : أنّه من مال المفلس ، ونماؤه له ، فـكان تلفُه فى ماله ، كالعُروض .

٣٤١٢ (فصل) وإذا اجتمع مال المفلس قسمّ بين غرمائه ، فإن كانت ديونهمُ من جنس الأثمان أخذوها . وإن كان فيهم مَنْ دينه من غير جنس الأثمان ، كالقرض بغير الأثمان ، فرضيَ أن يأخذ عِوَض حقّه من الأثمان ، جاز ، وإن امتنع ، وطلب جنس حقّه ابتِيعَ له بحصّته من جنس دينه ، ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع ، وقال المفلس : لا أوفّيك إلاّ من جنس دينك ، قدّم قوله ، لأنّ هذا على سبيل المعاوضة ، فلا يجوز إلا بتراضيهما عليه ، وإن كان فيهم من له دين من سَلَم ، لم يجُز أن يأخُذ إلاَّ من جنس

حقّه ، وإن تراضيا على دفع عِوَضه ، لأنّ ما فى الذمة من السَّلَم لا يجوزُ أخذُ البدل عنه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِى شَيْءٍ فَلاَ يَصْرِفْهُ إِلَىَ غَيْرِهِ » .

٣٤١٣ (فصل) وإذا فرّق مال المفلس ، وبقيت عليه بقيّة ، وله صنعة ، فهل يَجْبُرهُ الحاكم على إيجار نفسه ، ليقضىَ دينه ؟ على روايتين .

إحداهما : لايجُبره ، وهو قول مالك ، والشافعىّ . لقول الله تعالى (٢ : ٢٨ وإنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) ولما روى أبو سعيد « أَنَّ رَجُلاً أُصِيبَ فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا ، وَكَثُرَ دَيْنُهُ ، فقال النبىُّ صلىّ الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ . فَتَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَبْلُغْ وَفاء دَيْنِهِ ، فقال النبىّ صلىّ الله عليه وسلم « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ » رواه مسلم ، ولأنّ هذا تكسُّب للمال ، فلم يَجْبُرهُ عليه ، كقبول الهبة ، والصَّدقة ، كما لا تجبَرُ المرأةُ على التزويج ، لتأخذ المهر .

والثانية : يُجْبرُ على الكسب . وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وسَوّار العَنْبرِىّ ، وإسحق . لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم « بَاعَ سُرَّقًا فِي دَيْنِهِ ، وَكَانَ سُرَّقُ رَجُلاً دَخَلَ المَدِينَةَ . وَذَكَرَ أَنَّ وَرَاءَهُ مَالاً ، فَدَايَنَهُ النَّاسُ ، فَرَكِبَتْهُ دُيُونٌ ، وَلَمْ يَكُنْ وَرَاءَهُ مَالٌ فَسَمَّاهُ : سُرَّقًا ، وَبَاعَهُ بِخَمْسَةِ أَبْعِرَةٍ » والُحرُّ لا يُباع . ثبت أنه باع منافعه ، ولأنّ المنافعَ تجرى مجرى الأعيان فى صحة العقد عليها ، وتحريم أخذ الزكاة ، وثبوت الغِنَى بها ، فكذلك فى وفاء الدين منها ، ولأنّ الإجارَة عقدُ مُعاوضَة ، فجاز إجباره عليها ، كبيع ماله فى وفاء الدين منها . ولأنّها إجارةٌ لما يملك إجارته ، فيُجْبَرُ عليها فى وفاء دينه . كإجارة أمّ ولده . ولأنّه قادر على وفاء دينه ، فلزمه . كمالك ما يقدر على الوفاء منه ، فإن قيل : حديثُ سُرّقٍ منسوخٌ ، بدليل أن الُحرّ لا يُباع ، والبيعُ وقع على رقبته ، بدليل أنّ فى الحديث أنّ الغرماء قالوا لمشتريه: ما تصْنَعُ به ؟ قال أُعتِقهُ . قالوا : لسنا بأزْهَدَ منك فى إعتاقه ، فأعتقوه . قلنا : هذا إثباتُ النسخ بالاحتمال ولا يجوزُ ، ولم يثبُت أنّ بيع الُحرّ كان جائزاً فى شريعتنا ، وحَمْلُ لفظ بيعه على بيع منافعه أسهلُ من حمله على بيع رقبته المحرّم ، فإنّ حذفَ المضاف وإقامةَ المضاف إليه مُقامَه سائغٌ كثيرٌ فى القرآن ، وفى كلام العرب ، كقوله تعالى (وَأُشْرِبُوا فِي قُلُوبِهِمُ العِجْلَ) (وَلَكِنَّ البِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللهِ) (وَاسْأَلِ القَرْيَةَ) وغير ذلك . وكذلك قوله : أُعْتِقهُ ، أى من حقّ عليه ، وكذلك قال : فأعتقوه ، يعنى الغرماء ، وهم لا يملكون إلا الدين الذى عليه . وأمّا قولُه تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) فيتوجّه منعُ كونه داخلاً تحت عمومها ، فإنّ هذا فى حكم الأغنياء فى حرمان الزكاة ، وسقوط نفقته عن قريبه ، ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهُم قضيّة عَيْن ، لا يثبت حكمُها إلاّ فى مثلها ، ولم

يثبُت أنّ لذلك الغريم كسباً يفضُل عن قدر نفقته ، وأمّا قبولُ الهبة ، والصدقة ، ففيه مِنّةٌ ، ومَعَرّةٌ تأباها قلوبُ ذوى المروءات ، بخلاف مسألتنا .

إذا ثبت هذا فلا يُجْبَرُ على الكسب إلاّ مَنْ في كسبه فضلةٌ عن نفقته ، ونفقة من يَمُونه ، على ما تقدمّ ذكره .

٣٤١٤ (فصل) ولا يُجْبَرُ على قبول هَدِيّة ، ولا صَدَقة ولا وصيّة ، ولا قَرْضٍ ، ولا تُجْبَرُ المرأة على التزويج ، ليأخذ مهرها ، لأنّ في ذلك ضرراً ، للحوق المِنّة في الهَدِيّة ، والصدقة ، والوصيّة ، والعِوَض في القرض ، ومِلْك الزوج للمرأة في النكاح ، ووجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ، ثم أفلس ، فالخيارُ بحاله ، ولا يُجْبَرُ على ما فيه الحظّ من الردّ والإمضاء ، لأنّ الفلَس يمنعهُ من إحداث عقد ، أمّا من إمضائه ، وتنفيذ عقوده ، فلا ، وإن جُنِيَ على المفلسِ جِنَايةٌ توجب المال ، ثبت المالُ ، وتعلقّت حقوقُ الغرماء به ، ولا يصحّ منه العفوُ عنه . وإن كانت موجبةً للقصاص ، فهو مخيّر بين القصاص والعفو . ولا يُجْبَرُ على العفو على مالٍ . لأنّ ذلك يُفَوّت القِصاصَ الذى يجب لمصلحته ، فإن اقتصّ لم يجب للغرماء شيء ، وإن عفا على مالٍ ثبت ، وتعلّقت حقوق الغرماء به ، وإن عفا مُطلقاً ، انبنى على الروايتين . في موجب العمدِ إن قلنا : القِصاصُ خاصّةً ، لم يثْبُت شيء ، وسقطالقِصاصُ ، وإن قلنا : أحدُ أمرين ، ثبت له الدّيةُ . وتعلقّت بها حقُوق الغرماء ، وإن عفا على غير مال ، فعلى الروايتين أيضاً ، فإن قلنا : القِصَاصُ عيناً ، لم يثْبُت شيء . وإن قلنا : أحدُ الأمرين . ثبتت الديةُ ، ولم يصحّ إسقاطه . لأنّ عفوَه عن القِصاص يُثبِتُ له الدّية . ولا يصحّ إسقاطُها ، وإن وهب هبةً بشرط الثواب ، ثم أفلس ، فبُذِل له الثوابُ . لزمه قبولُه ولم يمكن له إسقاطه ، لأنّه أخذه على سبيل العِوض عن الموهوب . فلزمه قبولُه ، كالثمن في البيع . وليس له إسقاطُ شيء من ثمن مَبيعٍ ، أو أُجْرَةٍ في إجارة ، ولا قبضهُ رديئاً ، ولا قبضُ المُسْلَم فيه دون صِفَاته ، إلاّ بإذن غُرمائه . ومذهبُ الشافعيّ في هذا الفصل كلّه كمذهبنا .

٣٤١٥ (فصل) إذا فُرّق مال المفلس فهل ينفكّ عنه الحَجْرُ بذلك ، أو يحتاج إلى فكّ الحَجر عنه ؟ فيه وجهان :

أحدها : يزولُ بقِسْمة ماله ، لأنّه حُجِرَ عليه لأجله ، فإذا زال مِلْكه عنه ، زال سبب الحَجْر ، فزال الحَجْر ، كزوال حَجْر المجنون ؛ لزوال جُنُونه .

والثانى : لا يزول إلا بحكم الحاكم ، لأنه ثبت بحُكمه ، فلا يزولُ إلاّ بحكمه ، كالمحجور عليه لِسَفَهٍ . وفارق المجنونَ . فإنّه يثْبُت بنفسه ، فزال بزواله ، ولأنّ فراغ ماله يحتاج إلى معرفة ، وبحث ، فوقف ذلك على الحاكم ، بخلاف المجنون .

٣٤١٦ (فصل) ومتى ثبت إعسارُه عند الحاكم لم يكن لأحدٍ مطالبتُه ولا مُلازَمَتُه وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لغرمائه ملازَمَتُه من غير أن يمنعوه من الكسب ، فإذا رجع إلى بيته ، فأذِن لهم في الدخول ، دخلوا معه ، وإلاّ منعوه من الدخول ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ » ولنا : أنَّ من ليس لصاحب الحق مُطالبته لم يكن له ملازَمَتُه ، كما لو كان دينُه مُؤجَّلا ، وقولُ الله تعالى (فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) ومن وجب إنظارُه حَرُمت ملازمتُه ، كمن دَيْنُه مؤجّل ، والحديثُ فيه مقال ، قاله ابن المنذر ، ثم نحمله على الموسر ، بدليل ما ذكرنا ، فقد ثبت أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال لغرماء الذي أُصِيبَ في ثمارٍ ابتاعها ، فكثُرَ دَيْنُه « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلاّ ذَلِكَ » رواه مسلم ، والترمذيّ . وإن فُكَّ الحَجْرُ عنه ، لم يكن لأحدٍ مطالبته ولا ملازمتُه ، حتّى يملك مالاً ، فإن جاء الغرماء عَقِيب فكّ الحجر عنه ، فادّعَوْا أن له مالاً ، لم يُلتفت إلى قولهم ، حتّى يُثبِتُوا سببه ، فإن جاءوا بعد مُدَّة فادّعوا أنَّ في يده مالاً ، أو ادّعَوْا ذلك عَقِيب فكّ الحَجْر ، وبَيّنوا سببه ، أحْضَرهُ الحاكم وسأله . فإن أنكر فالقولُ قولُه مع يمينه ، لأنَّه ما فُكَّ الحجرُ عنه حتّى لَمْ يبقَ له شيء ، وإن أقرّ ، وقال: هو لفلان، وأنا وكيلُه، أو مضاربُه، وكان المقرُّ له حاضراً ، سأله الحاكمُ ، فإن صدّقه فهو له ، ويستحلفه الحاكمُ ، لجواز أن يكونا تواطآ على ذلك ، ليدفع المطالبةَ عن المُفلس ، وإن قال: ما هو لي ، عرفنا كَذِبَ المُفلس ، فيَصيرُ كأنه قال : المالُ لي ، فيُعاد الحجرُ عليه ، إن طلب الغرماء ذلك . وإن أقرّ لغائبٍ أُقِرّ في يديه ، حتّى يحضُر الغائب ، يُسأل ، كما حكمنا في الحاضر ، ومتى أُعِيد الحَجْرُ عليه لديون تجدّدت عليه شارك غرماء الحَجْرِ الأول غُرَماء الحَجْرِ الثاني . إلا أن الأولين يَضْرِبُون ببقيّة دُيونهم ، والآخَرين يَضْرِبُون بجَميعها . وبهذا قال الشافعيّ ، وقال مالك : لا يدخُل غرماء الحَجْرِ الأوّل على هؤلاء الذين تجدَّدت حقوقهم حتى يَسْتَوْفُوا إلا أن تكون له فائدة من ميراث ، أو يُجْنَىَ عليه جنايةٌ ، فيتحاصّ الغرماء فيه .

ولنا : أنهم تساوَوْا في ثُبوت حقوقهم في ذمّته ، فتساوَوْا في الاستحقاق ، كالذين تثبُت حقوقُهم في حَجْرٍ واحدٍ ، ولتساويهم في الميراث ، وأرش الجناية ، ولأنَّ مكسبه مالٌ له ، فتساوَوْا فيه كالميراث .

٣٤١٧ « مسألة » قال ﴿ ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حُبس إلى أن يأتى ببيِّنة تشهدُ بعُسْرته ﴾

وجملته : أن من وجب عليه دينٌ حالٌ فطولب به ، ولم يُؤدِّه ، نَظر الحاكمُ . فإن كان في يده مالٌ ظاهرٌ ، أمره بالقضاء . فإن ذكر أنه لغيره . فقد ذكرنا حكمه في الفصل الذي قبل هذا . وإن لم يجد له مالاً ظاهراً فادّعى الإعسارَ . فصدّقه غريمُه لم يُحْبَسْ ووجب إنظارُه . ولم تجُز ملازَمتُه . لقول الله تعالى :

(وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) ولقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم لغرماء الذى كثُر دَيْنُه « خُذُوا مَاوَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ » ولأنَّ الحبْس إمّا أن يكون لإثبات عُسْرَته ، أو لقضاء دينه ، وعُسْرَتُه ثابتةٌ والقضاء مُتعذِّر . فلا فائدةَ فى الحبس ، وإن كذَّبه غريمُه ، فلا يخلو : إمّا أن يكون عُرِف له مالٌ أو لم يُعرف ، فإن عُرِف له مال ، لكون الدين ثبت عن مُعاوَضَةٍ كالقرض ، والبيع ، أو عُرِف له أصلُ مالٍ سوى هذا . فالقولُ قولُ غريمه ، مع يمينه . فإذا حلف أنّه ذو مالٍ حُبِس حتى تَشهد البيّنة بإعساره . قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار ، وقُضاتهم يرون الحبس فى الدَّيْنِ ، منهم مالك ، والشافعىُّ وأبو عُبَيْد ، والنّعمان ، وسَوّار ، وعُبَيْد الله بن الحسن ، ورُوى عن شريح ، والشعبىِّ ، وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يُقَسَّمُ مالُه بين الغرماء ، ولا يُحبس ، وبه قال عبدالله ابن جعفر ، والليثُ بن سعد ، ولنا أن الظاهر قولُ الغريم ، فكان القولُ قولَه كسائر الدعاوى ، فإن شهدت البيّنة بتلَف ماله قُبلتْ شهادتُهم ، سواء كانت من أهل الخِبْرة الباطنَة . أو لم تكن لأنّ التلف يطلع عليه أهلُ الخبرة . وغيرُهم . وإن طلب الغريمُ إحلافَه على ذلك . لم يُجَبْ إليه . لأنّ ذلك تكذيبٌ للبيِّنة وإن شهدت مع ذلك بالإعسار ، اكتُفِى بشهادتها ، وثبتت عُسْرَتُه ، وإن لم تشهد بعُسْرَته ، وإنما شهدت بالتلَف لا غيرُ ، وطَلب الغريمُ يمينه على عُسْره ، وأنّه ليس له مال آخرُ ، استُحْلِفَ على ذلك ، لأنه غيرُ ما شهدت به البيِّنة ، وإن لم تشهد بالتلف ، وإنّما شهدت بالإعسار لم تُقبل الشهادةُ إلاّ من ذى خِبْرَةٍ باطِنَةٍ ، ومعرفةٍ مُتقادِمَةٍ ، لأنّ هذا من الأمور الباطنة ، لاَ يطّلعُ عليه فى الغالب إلاّ أهلُ الخِبْرَةِ ، والمخالطة ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وحُكِى عن مالك : أنّه قال : لا تُسمعُ البيِّنة على الإعسار ، لأنّها شهادةٌ على النفى ، فلم تُسْمَعْ ، كالشهادة على أنه لا دَيْن عليه .

ولنا : ما روى قَبِيصَةُ بن المُخارِق : أنّ النبيّ صلّي الله عليه وسلم قال له « يَا قَبِيصَةُ ، إنَّ الْمَسْأَلَةَ لاَ تَحِلُّ إِلاَّ لأَحَدِ ثَلاَثَةٍ : رَجُلٍ تَحَمَّلَ حَمَالَةً فَحَلَّتْ « له » [1] الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ، ثم يُمْسِكَ ، وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَاجْتَاحَتْ مَالَهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوَامًا مِنْ عَيْشٍ — أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ — وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتى يَقُولَ ثَلاَثَةٌ مِنْ ذَوِى الْحِجَى مِنْ قَوْمِهِ : لَقَدْ أَصَابَتْ فُلاَنًا فَاقَةٌ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتى يُصِيبَ قَوَامًا مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَالَ : سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ » رواه مسلم ، وأبو داود . وقولهم : إنّ الشهادَة على النفى لا تُقبل ، قلنا : لا تردّ مطلقاً ، فإنّه لو شهدت البيِّنةُ أنّ هذا وارثُ الميِّت لا وارث له سواه ، قُبلت . ولأنّ هذه وإن كانت تتضمَّن النفى ، فهى تُثبت حالةً تظهرُ ، ويُوقَفُ عليها بالمشاهدة ، بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حقّ له ، فإنّ هذا مما لا يُوقَفُ عليه ،

---

(١) لفظ له ساقط من الطبعة التى علقنا عليها ولم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

ولا يَشْهَدُ به حال، يتوصَّل بها إلى مَعرفته به، بخلاف مسألتنا . وتُسمع البيِّنة فى الحال، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا تُسمعُ فى الحال ، وَيُحْبَسُ شهراً ، ورُوى ثلاثةَ أشهرُ ، ورُوى أربعة أشهر ، حَتى يَغلب على ظنّ الحاكم أنّه لو كان له مالٌ لأظهره . ولنا أنّ كلّ بَيِّنة جازسماعُها بعد مُدَّةٍ جاز سماعُها فى الحال ، كسائر البيِّنات ، وما ذكروه لو كان صحيحاً لأغنى عن البيِّنة ، فإن قال الغريم : أَحْلِفُوه لى مع يمينه : أنه لا مال له ، لم يُسْتَحْلَفْ فى ظاهر كلام أحمد . لأنه قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، فى رجل جاء بشهودٍ على حقّ ، فقال الغريمُ : استحلفوه : لا يُسْتَحْلَفُ ، لأنَّ ظاهر الحديث « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِى ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » قال القاضى : سواء شَهِدَتِ البَيِّنةُ بتلَف المالِ ، أو بالإعسار ، وهذا أحدُ قولى الشافعىّ ، لأنّها بيِّنةٌ مقبولة ، فلم يُسْتَحْلَفْ معها ، كما لو شهدت بأنّ هذا عبدُه ، أو هذه دارُه ، ويحتمل أن يُستحلف ، وهذا القولُ الثانى للشافعىّ ، لأنه يحتملُ أنّ لَه مالاً خَفِىَ على البيِّنة ، ويصحّ عندى إلزامُه اليمينَ على الإعسار ، فيما إذا شهدت البيِّنة بتلَف المال ، وسقوطُها عنه ، فيما إذا شهدت بالإعسار ، لأنّها إذا شهدت بالتلف صار كمَن لم يثبُت له أصلُ مالٍ ، أو بمنزلة من أقرّ له غريمُه بتلف ذلك المال ، وادّعى أنّ له مالاً سواه ، أو أنه استحدث مالاً بعد تلفه ، ولو لم تقُم البيِّنة ، وأقرّ له غريمُه بتلف ماله ، وادّعى أنّ له مالاً سواه ، لزمته اليمينُ ، فكذلك إذا قامت به البيِّنة ، فإنّها لا تزيدُ عَلَى الإقرار ، وإن كان الحقّ يثبُت عليه فى غير مُقابلةِ مالٍ ، أخذه ، كأرش جناية ، وقيمةُ متلَفٍ ، ومَهْرٍ ، أو ضمانٍ ، أو كَفالةٍ ، أو عِوَضِ خُلْعٍ ، إن كان امرأةً ، وإن لم يُعرف له مالٌ ، حلف أنّه لا مال له ، وخُلِّى سبيلَه ، ولم يُحبس ، وهذا قول الشافعىّ ، وابن المنذر ، فإن شهدت البيِّنة بإعساره ، قُبلت ، ولم يُستحلف معها ، لما تقدّم ، وإن شهدت أنه كان له مال ، فتلف ، لم يُستغنَ بذلك عن يمينه ، لما ذكرناه . وكذلك لو أقرّ له به غريمُه ، وإنّما اكتفينا بيمينه ، لأنّ الأصلَ عدمُ المال . لما رُوى أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال لِحَبَّةَ وَسَوَاءٍ ابْنَىْ خالد بن سَوَاء « لاَ تَيْئَسَا مِنَ الرِّزْقِ مَا اهْتَزَّتْ رُءُوسُكُمَا فَإِنَّ ابْنَ آدَمَ يُخْلَقُ وَلَيْسَ لَهُ إلاَّ قِشْرَتَاهُ[1]، ثُمَّ يَرْزُقُهُ اللهُ تعالَى » قال ابنُ المنذر : الحبسُ عقوبةٌ ، ولا نعلم له ذنباً يُعاقب به ، والأصلُ عدمُ ماله ، بخلاف المسألة الأولى. فإنّ

---

(١) قشرتاه : ثوباه ، أى أن الله يخلق ابن آدم لا يملك شيئاً سوى ثوبيه ، وكان لباس العرب ثوبين إزاراً ورداء، ومما يفسر ذلك ما ورد فى حديث معاذ بن عفراء ، وقد أرسل له عمر رضى الله عنه حلة ، فباعها واشترى بها خمسة أرؤس من الرقيق فأعتقهم ، ثم قال : إن رجلا آثر قشرتين يلبسهما على عتق هؤلاء لغبين الرأى ، أراد بالقشرتين الثوبين لأن الحلة ثوبان إزار ورداء ، ومعنى غبين الرأى ، ضعيف الرأى .

الأصل ثبوت ماله ، فيُحْبَسُ حتّى يُعلم ذهابه . والخِرَقيّ لم يفرق بين الحالين ، لكنَّه يُحمل كلامه على ما ذكرنا ، لقيام الدليل على الفرق .

٣٤١٨ (فصل) إذا امتنع الموسر من قضاء الدين فلغريمه ملازمتُه ، ومطالبتُه ، والإغلاظ له بالقول . فيقول : يا ظالم ، يا معتدى ، ونحو ذلك ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَيُّ[1] الوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَه ، وعِرْضَهُ » فعقوبتُه حبسُه ، وعِرْضُه ، أى يَحِلُّ القولُ فى عِرْضه بالإغلاظ ، وقال النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ » وقال : « إنَّ لِصَاحِبِ الحَقِّ مَقَالاً » .

٣٤١٩ « مسألة » قال : ﴿ وإذا مات فتبيّن أنه كان مُفلساً ، لم يكن لأحدٍ من الغرماء أن يأخُذ عينَ ماله ﴾ .

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس ، وهو أن يكون حيًّا،فإن مات ، فالبائعُ أسوةُ الغرماء ، سواء علم بفَلَسه قبلَ الموت ، فحجرَ عليه ، ثم مات ، أومات فتبيَّن فَلَسُه. وبهذا قال مالك، وإسحاق . وقال الشافعيّ : له الفسخُ ، واسترجاعُ العين ، لما رَوى ابنُ خَلْدَةَ[2] الزُّرَقِيّ قاضى المدينة ، قال : « أتَيْنا أبَا هُرَيْرَةَ فى صَاحِبٍ لَنَا قَدْ أفْلَسَ ، فقال أبو هريرة : هَذَا الذى قَضَى فيهِ رَسول اللهِ صلَّى اللهُ عَليهِ وسلَّم : أيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أوْ أفْلَسَ ، فَصَاحِبُ المَتَاعِ أحَقُّ بِمَتَاعِهِ ، إذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . واحتجُّوا بعمُوم قوله عليه السلام « مَنْ أدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أوْ إنسَانٍ قَدْ أفْلَسَ فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » ولأنّ هذا العقد يلحقه الفسخُ بالإقالة ، فجاز فسخُه لتعذُّر العِوَض ، كما لو تعذَّر المُسْلَمُ فيه ، ولأنّ الفَلَس سببٌ لاستحقاق الفسخ ، فجاز الفسخُ به بعد الموت ، كالعيب .

ولنا : ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن ، بن الحارث ، بن هشام ، عن أبى هريرة ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم فى حديث المُفْلِس « فَإنْ مَاتَ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أسْوَةُ الغُرَمَاءِ » رواه أبو داود ، وروى أبو اليمان ، عن الزُّبَيْدِيِّ ، عن الزهريّ ، عن أبى سَلَمة ، عن أبى هريرة،قال : قالَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وسَلَّم « أيُّما امْرِىءٍ مَاتَ ، وَعِنْدَهُ مَالُ امْرِىءٍ بِعَيْنِهِ ، اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً،أوْ لَمْ يَقْتَضِ، فَهُوَ أسْوَةُ الغُرَمَاءِ » رواه ابن ماجه . ولأنّه تعلّق به حقٌّ غيرِ المفلس ، والغرماءِ ، وهم الورثة ، فأشبه المرهون ، وحديثهم مجهول الإسناد . قاله ابنُ المنذر ، قال ابن عبد البرِّ يرويه أبو المُعْتمِر ، عن الزُّرَقِيّ ،

---

(١) لى الواجد : اللى : التثاقل عن دفع الحق والمماطلة فيه ، والواجد الملىء غير المعسر، وهو الذى يستطيع دفع ما عليه من الحق .

(٢) ابن خلدة : اسمه عمرو وهو بفتح الخاء وسكون اللام ويجوز فتحها .

وأبو المُعْتَمِر غيرُ معروف بحَمْل العلم ، ثمّ هو غيرُ معمول به إجماعاً ، فإنّه جَعل المتاع لصاحبه ، بمجرّد موت المشترى ، من غير شرط فَلَسه ، ولا تعذُّر وفائه ، ولا عدم قبض ثمنه . والأمرُ بخلاف ذلك عند جميع العلماء ، إلا ما حُكى عن الإصْطَخْرىّ من أصحاب الشافعىّ : أنّه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها إذا مات المشترى ، وإن خَلَّفَ وفاء . وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم ، وخلافٌ للسنَّة ، لا يُعرَّج على مثله . وأما الحديث الآخرُ ، فنقول به ، وأنّ صاحب المتاع أحقُّ به إذا وجده عند المُفلس . وما وجده فى مسألتنا عنده ، وإنما وجده عند ورثته ، فلا يتناوله الخبرُ . وإنّما يدلُّ بمفهومه على أنّه لا يستحقّ الرجوع فيه ، ثم هو مُطلق ، وحديثنا يُقيّده ، وفيه زيادة ، والزيادةُ من الثقة مقبولةٌ . وتُفارق حالةُ الحياةِ حالَ الموت ، لأمرين :

أحدهما : أن الملك فى الحياة للمفلس ، وههنا لغيره .

والثانى : أن ذمّة المفلس خَربت ههنا خراباً لا يعودُ فاختصاص هـذا بالعين يَستضرّ به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة .

٣٤٢٠ « مسألة » قال ﴿ ومن أراد سفراً وعليه حقّ يُستَحَقّ قبل مُدة سفره فلصاحب الحقّ منعُه ﴾

وجملة ذلك . أن من عليه الدينُ إذا أراد السفر ، وأراد غريمهُ منعَه ، نظرنا فإن كان مَحِلُّ الدين قبل مَحِلِّ قدومه من السفر ، مثلُ أن يكون سفره إلى الحجّ ، لا يقدَمَ إلا فى صفر ، ودينُه يحِلّ فى المُحرّم ، أو ذى الحِجّة ، فله منعهُ من السفر .لأنّ عليه ضرراً فى تأخير حقّه عن محِلّه . فإن أقام ضميناً مليئاً ، أو دفع رهناً يفى بالدين عند المحِلِّ ، فله السفر ، لأنّ الضرر يزولُ بذلك . وأمّا إن كان الدينُ لا يحِلّ إلا بعد محل السفر ، مثلُ أن يكون مَحِلّه فى ربيع ، وقدومُه فى صفر ، نظرنا . فإن كان سفره إلى الجهاد ، فله منعه إلاّ بضمين ، أو رهن ، لأنّه سفرٌ يتعرّض فيه للشهادة ، وذهاب النفس ، فلا يأمن فواتَ الحقِّ ، وإن كان السفر لغير الجهاد ، فظاهرُ كلام الخِرَقىّ أنّه ليس له منعُه ، وهو أحد الروايتين عن أحمد . لأنّ هـذا السفر ليس بأمارة على منع الحقّ فى محِلّه ، فلم يملك منعه منه ، كالسفر القصير ، وكالسعى إلى الجمعة ،وقال الشافعىُّ : ليس له منعُه من السفر ، ولا المطالبةُ بكفيلٍ ، إذا كان الدينُ مؤجَّلاً بحال ، سواء كان الدينُ يحِلُّ قبل محلّ سفره ، أو بعده ، أو إلى الجهاد أو إلى غيره . لأنه لا يملك المطالبة بالدين ، فلم يملك منعَه من السفر ، ولا المطالبة بكفيل ، كالسفر الآمن القصير .

ولنا : أنه سفر يمنعُ استيفاء الدين فى محلّه ، فملك منعَه منه ، إن لم يُوثّقه بكَفِيل ، أو رَهْن ، كالسفر بعد حُلول الحق . ولأنّه لا يملكُ تأخير الدين عن محِلّه . وفى السفر المختلف فيـه تأخيرُه عن محِلّه ، فلم يملكه كجَحْدِه .

كتاب الحجر

الحَجْرُ في اللغة : المنعُ ، والتضييقُ ، ومنه سُمّي الحرامُ حَجْراً ، قال الله تعالى: (٢٥ : ٢٢ وَيَقُولُونَ حِجْراً مَحْجُوراً) أي حراماً مُحرَّماً و يُسمّى العقلُ حِجراً ، قال الله تعالى (٨٩ : ٥ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ ؟) أي عقل . سمي حِجْراً لأنه يمنعُ صاحبه من ارتكاب مايقبُح ، وتضرّ عاقبته ، وهو في الشريعة منعُ الإنسان من التصرُّف في ماله . والحَجْرُ على ضربين : حَجْرٌ على الإنسان لحقّ نفسه ،وحجرٌ عليه لحقّ غيره، فالحجرُ عليه لحقّ غيره،كالحجر على المُفلس ،لحقّ غرمائه ، وعلى المريض في التبرّع بزيادة على الثُلث، أو التبرّع بشيء لوارثٍ ، لحقّ ورثته،وعلى المكاتَب والعبد لحقّ سَيدهما ، والراهنُ ، يُحْجَرُ عليه في الرهْنِ لِحقّ المُرْتهن. ولهؤلاء أبوابٌ يُذكرون فيها ، وأمّا المحجورُ عليه لحقّ نفسه فثلاثة : الصبيّ، والمجنون، والسَّفيهُ . وهذا البابُ مختصّ بهؤلاء الثلاثة . والحَجْرُ عليهم حَجْرٌ عامٌّ . لأنهم يمنعون التصرّف في أموالهم ، وذِممهم . والأصلُ في الحجر عليهم قولُ الله تعالى : (٤ : ٥ وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللهُ لَكُمْ قِياماً) والآيةُ التي بعدها،قال سعيدُ بنُ جُبَيْرٍ وعِكْرمةُ : هو مالُ اليتيم عندك ،لاتؤتِه إيّاهُ وأنفقْ عليه . وإنّما أضاف الأموالَ إلى الأولياء ، وهي لغيرهم ، لأنّهم قوّامُها ومُدبِّروها . وقوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى)يعني اختبروهم في حفظهم لأموالهم (حتّى إذا بَلَغُوا النّكَاحَ) أي مَبْلَغ الرجال ،والنساء (فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْداً) أي أبصرتم ، وعلمتم منهم حفظاً لأموالهم ، وصَلاحاً في تدبير معايشهم .

٣٤٢١ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ومن أونِس منهُ رشدٌ دُفع إليه مالُه إذا كان قد بلغ﴾

الكلام في هذه المسأله في فصول ثلاثة :

أحدها : في وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رَشَدَ وبَلَغ . وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى . قال ابن المنذر : اتفقو على ذلك : وقد أمر الله تعالى به في نصّ كتابه ، بقوله سبحانه (٤ : ٦ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً ، فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ولأنّ الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرُّف في ماله على وجه المصلحة ، حفظاً لما له عليه . وبهذين المعنَيَيْن يقدرُ على التصرُّف ويحفظ ماله ، فيَزُول الحجرُ ، لزوال سببه . ولا يُعتبر في زوال الحَجْر عن المجنون إذا عَقَل حكمُ حاكمٍ ، بغير خلاف . ولا يُعتبر ذلك في الصبيّ إذا رَشَدَ ، وبلغ . وبهذا قال الشافعيّ . وقال مالك : لا يزول إلاّ بحاكم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ . لأنّه موضعُ اجتهادٍ ، ونَظَر . فإنّه يُحتاج في معرفة البلوغ ، والرُّشد إلى اجتهادٍ ، فيوقف ذلك على حكم الحاكم ، كزوال الحَجْرِ عن السفيه .

ولنا : أن الله تعالى أمر بدفع أموالهم إليهم عند البلوغ ، وإيناس الرُّشْدِ ، فاشتراط حكم الحاكم زيادةٌ

تمنعُ الدفعَ عند وجوب ذلك ، بدون حكم الحاكم . وهذا خلافُ النصّ . ولأنه حجر بغير حكم حاكم ، فيزول بغير حكمه ، كالحجر على المجنون ، وبهذا فارق السفيه . وقد ذكر أبو الخطّاب : أنّ الحجر على السفيه يزولُ بزوال السَّفَه . والأولُ أولى ، فصار الحجرُ مُنقسماً إلى ثلاثة أقسام : قِسْمٌ يزول بغير حكم حاكم ، وهو حجر المجنون . وقسمٌ لا يزول إلا بحاكم ، وهو حَجْرُ السَّفيه . وقِسْمٌ فيه الخلافُ ، وهو حَجْرُ الصبيّ .

الفصل الثانى : أنّه لا يدفع إليه ماله قبل وجود الأمرين : البلوغُ ، والرشد ، ولو صار شيخاً . وهذا قولُ أكثرِ أهل العلم . قال ابن المنذر : أكثرُ علماء الأمصار من أهل الحجاز ، والعراق ، والشام ، ومصر ، يرون الحَجْرَ على كلّ مضيِّع لماله ، صغيراً كان أو كبيراً . وهذا قولُ القاسم بن محمد بن أبى بكر الصدِّيق . وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد . وروَى الجَوْزَجَانِىّ ، فى كتابه ، قال : كان القاسمُ بنُ محمد يلِى أمرَ شيخٍ من قريش ذى أهْلٍ ، ومالٍ ، فلا يَجُوز له أمرٌ فى ماله دونه ، لضعف عقله . قال ابن إسحاق : رأيتُه شيخاً يَخْضِبُ ، وقد جاء إلى القاسم بن محمد ، فقال : يا أبا محمد ، ادفع إلىّ مالى ، فإنّه لا يُولَّى على مثلى ، فقال : إنّك فاسِدٌ . فقال : امرأتُه طالقٌ ألْبَتَّةَ ، وكلّ مملوك لهُ حرٌّ إنْ لَمْ تَدْفَعْ إلَىَّ مَالِى . فقال له القاسم بن محمد : وَمَا يَحِلّ لنا أن ندفَع إليك مالك على حالك هذه ، فبعث إلى امرأته ، وقال : هى حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ ، وما كنتُ لأحْبِسَها عليك ، وقد فُهْتَ بِطَلاقِها ، فأرسل إليها ، فأخبرها ذلك ، وقال : أمَّا رَقِيقُكَ فَلا عِتْقَ لك ، ولا كَرامَة ، فحَبَسَ رَقِيقَه . قال ابن إسحاق : ما كان يُعابُ على الرجل إلا سَفَهُهُ ، وقال أبو حنيفة : لا يُدفع ماله إليه قبل خمسٍ وعشرين سنة ، وإن تصرّف نَفَذَ تصرّفه . فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة فُكَّ عنه الحَجْرُ ، ودُفع إليه مالُه ، لقول الله تعالى (٦ : ١٥٢ وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إلاَّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ، حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) وهذا قد بلغ أشُدّه ، ويصلح أن يكون جدّاً . ولأنه حُرٌّ ، بالغ ، عاقل ، مكلّف ، فلا يُحجَر عليه ، كالرشيد .

ولنا : قول الله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) علّق الدفع على شرطين . والحكم المعلّق على شرطين لا يثبُت بدونهما . وقال الله تعالى : (وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ) يعنى أموالهم : وقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢ فَإنْ كَانَ الذى عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً ، أو ضَعِيفاً ، أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ)فأثبت الولاية على السفيه،ولأنه مُبذِّر لماله،فلا يجوز دفعُه إليه ، كمن له دون ذلك ، وأمّا الآيةُ التى احتجّ بها ، فإنما تدلّ بدليل خطابها ، وهو لا يقول به ، ثمّ هى مخصّصة فيما قبل خمس وعشرين سنةً بالإجماع ، لعلّة السفه ، وهو موجود بعد خمس وعشرين ، فيجبُ أن تُخصّ به أيضاً. كما أنَّها لمّا خُصّصت فى حقّ المجنون ، لأجل جنونه قبل

خمس وعشرين ، خُصَّت أيضاً بعد خمس وعشرين ، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدلّ به من المفهوم المخصّص ، وما ذكروه من كونه جَدّاً ليس تحته معنًى يقتضي الحُكْمَ ، ولا له أصل يشهدُ له في الشرع . فهو إثباتٌ للحكم بالتحكّم . ثم هو مُتَصَوَّرٌ فيمن له دون هذه السن . فإن المرأة تكون جَدَّةً لإحدى وعشرين سنةً ،وقياسُهم منتقضٌ بمن له دون خمس وعشرين سنة ، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبُه بعدها . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يصحّ تصرّفه ، ولا إقراره ، وقال أبو حنيفة : يصحّ بيعُه وإقراره ، وإنما لا يُسلم إليه ماله . لأنّ البالغ عنده لا يُحجرُ عليه ، وإنما منع تسليمُ ماله إليه للآية . وقال أصحابُنا في إقراره : يلزمُه بعد فكّ الحَجْر عنه إذا كان بالغاً .

ولنا : أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رُشْده . فلا يصحّ تصرّفه ، وإقرارُه ، كالصبيّ ، والمجنون . ولأنّه إذا نفذ تصرّفه ، وإقرارُه ، تلف مالُه . ولم يُفِد منعُه من ماله شيئاً . ولأنّ تصرّفه لو كان نافذاً لسُلّم إليه مالُه ، كالرشيد . فإنّه إنما يمنع ماله حفظاً له . فإذا لم يتحفّظ بالمنع ، وجب تسليمُه إليه بحُكم الأصل .

(الفصل الثالث في البلوغ) ويحصُل في حقّ الغُلام ، والجارية ، بأحد ثلاثة أشياء ، وفي حقّ الجارية بشيئين ، يختصّان بها . أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى : فأوّلها خروج المنيّ من قُبُلِهِ ، وهو الماء الدفقُ الذي يُخلَقُ منه الولد . فكيفما خرج ، في يقظةٍ ، أو منامٍ ، بجماع ، أو احتلام ، أو غير ذلك ، حصل به البلوغ . لا نعلم في ذلك اختلافاً ، لقول الله تعالى (وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا) ، (وقوله) ، «(وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ) وقول النبيّ صلىّ الله عليه وسلم : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » وقوله عليه السلام لمعاذ « خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً » رواهما أبو داود . قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن الفرائض ، والأحكام تجب على المحتلم العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها . وأما الإنبات ، فهو أنَ يَنبُت الشعرُ الخَشِنُ حوَل ذكَر الرجُل ، أو فَرْج المرأة ، الذي استحقّ أخذَه بالموسى . وأما الزَّغَبُ الضعيفُ ، فلا اعتبار به ، فإنّه يَنبُت في حقّ الصغير ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، في قولٍ ، وقال في الآخر : هو بلوغ في حقّ المشركين ، وهل هو بلوغ في حقّ المسلمين ؟ فيه قولان . وقال أبو حنيفة : لا اعتبار به ، لأنّه نباتُ شعر . فأشبه نبات شعر سائر البدن .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم لما حَكَّمَ سعدَ بنَ مُعاذٍ في بني قُرَيْظَةَ : « حَكَمَ بِأَنْ تُقْتَلَ مُقَاتِلَتُهُمْ ، وتُسْبَى ذَرَارِيهِمْ ، وَأَمَرَ أَنْ يُكْشَفَ عَنْ مُؤْتَزَرِهِمْ ، فَمَنْ أَنْبَتَ فَهُوَ مِنَ الْمُقَاتِلَةِ ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ أَلْحَقُوهُ بِالذُّرِّيَّةِ » وقال عطيّة القُرَظِي : « عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللهِ صَلىَّ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ قُرَيْظَةَ ، فَشَكُّوا فِيَّ فَأَمَرَ النبيُّ صَلى اللهُ عَلَيهِ وَسَلم أَنْ يَنْظُرَ إِلَيَّ ، هَلْ أَنْبَتُّ بَعْدُ ؟ فَنظرُوا إِلَيَّ فَلَمْ يَجِدُونِي أَنْبَتُّ بَعْدُ ، فَأَلْحَقُونِي بِالذُّرِّيَّةِ » متفق على معناه ، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله :

« أَنْ لَا تَأْخُذَ الْجِزْيَةَ إِلَّا مِمَّنْ جَرَتْ عَلَيْهِ الْمُوسَى » وروى محمد بن يحيى بن حبّان : « أَنَّ غُلَامًا مِنَ الْأَنْصَارِ شَبَّبَ بِامْرَأَةٍ فِي شِعْرِهِ ، فَرُفِعَ إِلَى عُمَرَ ، فَلَمْ يَجِدْهُ أَنْبَتَ فَقَالَ : لَوْ أَنْبَتَّ الشَّعْرَ لَحَدَدْتُكَ » ولأنّه خارج يلازمُه البلوغ غالباً ، ويستوى فيه الذكر ، والأنثى . فكان عَلَماً على البلوغ ، كالاحتلام . ولأنّ الخارج ضربان : متّصل ، ومنفصل . فلمّا كان من المنفصل ما يثبُت به البلوغ كان كذلك المتّصل . وما كان بلوغاً فى حقّ المشركين ، كان بلوغاً فى حقّ المسلمين ، كالاحتلام ، والسنّ . وأما السنّ ، فإنّ البلوغ به فى الغُلام ، والجارية بخمسَ عشْرَةَ سَنَةً ، وبهذا قال الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال داود : لا حَدَّ للبلوغ من السنّ ، لقوله عليه السلام « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » وإثباتُ البلوغ بغيره يُخالفُ الخبر . وهذا قول مالك ، وقال أصحابه : سَبْعَ عَشْرَةَ أَوْ ثَمَانِيَ عَشْرَةَ ، وروى عن أبى حنيفة فى الغلام روايتان :

إحداهما . سبع عشرة .

والثانية : ثمان عشرة ، والجارية سبعَ عَشْرة بكلِّ حالٍ . لأنّ الحد لا يثبُت إلا بتوقيف ، أو اتفاق ، ولا توقيف فى هذا ، ولا اتفاق .

ولنا . أن ابن عمر قال « عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجِزْنِى فِى الْقِتَالِ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ فَأَجَازَنِى » متفق عليه وفى لفظ « عُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ فَرَدَّنِى وَلَمْ يَرَنِى بَلَغْتُ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ فَأَجَازَنِى » فأخبرَ بهذا عمرُ بن عبد العزيز ، فكتب إلى عُمّاله « أَنْ لَا تَفْرِضُوا إِلَّا لِمَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ » رواه الشافعىّ فى مُسنده ، ورواه الترمذىُّ . وقال حديث حسن ، صحيح ، ورُوى عن أنس أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَ مَالَهُ وَمَا عَلَيْهِ وَأُخِذَتْ مِنْهُ الْحُدُودُ » وَلأنّ السنّ مَعْنًى يحصلُ بِهِ الْبلوغ ، يشترك فيه الغلامُ ، والجاريةُ ، فاستويا فيه كالإنزال . وما ذكره أصحابُ أبو حنيفة . ففيما رويناه جوابٌ عنه ، وما احتجّ به داودُ لا يمنع إثبات الْبُلوغ بغير الاحتلام ، إذا ثبت بالدليل . ولهذا كان إثباتُ الشَّعْرِ عَلَماً عليه . وأما الحيضُ فهو عَلَم على البلوغ ، لا نعلم فيه خِلافاً . وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ » رواه الترمذىّ ، وقال حديث حسن ، وأما الحملُ فهو عَلَم على البلوغ ، لأنّ الله تعالى أجرى العادة أنّ الولد لا يُخلَقُ إلاّ من ماءِ الرَّجُلِ ، وماء المرأة . قال الله تعالى : (٨٦ : ٥ — ٧ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ) وأخبر النبىّ صلى الله عليه وسلم بذلك فى الأحاديث ، فمتى حملت حُكِم ببلوغها فى الوقت الذى حَمَلَتْ فيه .

٣٤٢٢ (فصل) وإذا وُجِدَ خروج المنىّ من ذكر الْخُنْثَى المشكل، فهو عَلَمٌ على بلوغه وكونِه رجلا، وإن خرج من فرجه، أو حاض، فهو علم على بلوغه، وكونه امرأةً. وقال القاضى: ليس واحد منهما عَلَماً عَلَى البلوغ، فإن اجتمعا فقد بلغ، وهذا مذهبُ الشافعىّ، لجواز أن يكون الفرجُ الذى خرج منه ذلك خِلْقَةً زائدةً.

ولنا: أن خروج البول من أحد الفرجين دليلٌ عَلَى كونه رجُلاً، أو امرأةً، فخروج المنىّ والحيض أولى. وإذا ثبت كونُه رجلاً خرج المنىّ من ذكره، أو امرأةً خرج الحيضُ من فرجها، لزم وجودُ البلوغ. ولأنّ خروج منىّ الرجل من المرأة، والحيضَ من الرجل مُستحيل. فكان دليلاً عَلَى التعيين. فإذا ثبت التعيينُ. لزم كونه دليلاً عَلَى البلوغ، كما لو تعيَّن قبل خروجِهِ ولأنه منىٌّ خارج من ذكر، أو حيضٌ خارج من فرج. فكان علماً عَلَى الْبلوغ، كالمنىّ الخارج من الغلام، والحَيضِ الخارج من الجارية، ولأنّهم سلّموا أن خروجهما معاً دليلٌ عَلَى البلوغ، فخروج أحدهما منفرداً أولى. لأن خروجهما معاً يقتضى تعارضُهما، وإسقاط دلالتهما، إذ لا يُتَصَوّر أن يجتمع حيضٌ صحيحٌ، ومنىّ رجل، فيلزمُ أن يكون أحدهما فَضْلَةً خارجَة من غير محلّهَا، وليس أحدُهما بذلك أولى من الآخر، فتبطُل دلالتهما، كالبيِّنتين إذا تعارضتا، وكالبول إذا خرجَ من المخرجَين جميعاً، بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً. فإنّ الله تعالى أجرى العادة بأن الحَيض يخرجُ من فرج المرأة عند بلوغها. ومنىّ الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه. فإذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبُت حكمُه، ويقضى بثبوت دلالته، كالحكم بكونِهِ رجلاً بخروج البول من ذكره، وبكونِهِ امرأةً بخروجِهِ من فرجها. والحكمُ للغلام بالبلوغ بخروجُ المنىّ من ذكرِهِ، وللجارية بخروج الحيض من فرجِها. فعلى هذا إن خرجا معاً لم يثبُت كونه رجلا، ولا امرأةً. لأن الدليلين تعارضا. فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين، وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: يثبت، وهو اختيار القاضى، ومذهبُ الشافعىّ. لأنه إن كان رجلا فقد خرج المنىّ من ذكرِهِ، وإن كان امرأةً فقد حاضت.

والثانى. لا يثبت، لأنه يجوز أن لا يكون هذا حَيْضاً، ولا منيًّا، فلا يكون فيه دِلاَلةٌ، وقد دلّ تعارضُهما على ذلك، فانتفت دِلاَلتُهما على البلوغ، كانتفاء دلالتهما على الذكورية، والأنوثيّة. والله أعلم.

٣٤٢٣ «مسألة» قال ﴿وكذلك الجارية وإن لم تَنْكِحْ﴾

يعنى أن الجارية إذا بلغت، وأونِس رُشْدُها بعد بلوغها، دُفعَ إليها مالُها، وزال الحجرُ عنها، وإن لم تتزوَّج، وبهذا قال عطاء، والثورىّ، وأبو حنيفة، والشافعىّ، وأبو ثور، وابن المنذر، ونقل أبو طالب عن أحمد: لا يُدفع إلى الجارية مالُها بعد بلوغها حتى تتزوّج، وتلِد، أو يمضى عليها سنةٌ فى بيت

الزوج . رُوى ذلك عن عمر ، وبه قال شُرَيح ، والشعبيّ ، وإسحاق . لما رُوى عن شُرَيْح أنه قال : « عَهِدَ إِلَيَّ عُمَرُ ابنُ الخطَّاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَنْ لاَ أُجِيزَ لِجَارِيَةٍ عَطِيَّةً حَتَّى تَحُولَ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا حَوْلاً ، أَوْ تَلِدَ وَلَداً » رواه سعيد فى سننه . ولا يُعرف له مخالف ، فصار إجماعاً . وقال مالك : لا يُدفع إليها مالُها حتى تتزوّج ، ويدخُل عليها زوجُها . لأنّ كلّ حالة جاز للأب تزويجُها من غير إذنها ، لم ينفكّ عنها الحجرُ ، كالصغيرة .

ولنا : عموم قوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ولأنّها يتيمٌ بلغ ، وأُونِس منه الرُّشْدُ ، فيُدفع إليه مالُه ، كالرجل . ولأنّها بالغةٌ رشيدةٌ ، فجاز لها التصرُّف فى مالها ، كالتى دخلَ بها الزوج . وحديث عمر إن صحّ فلم يُعلم انتشارُه فى الصحابة . ولا يُترك به الكتابُ والقياسُ ، على أن حديث عمر مختصّ بمنع العطيّة ، فلا يلزمُ منه المنعُ من تسليم مالها إليها ، ومنعِها من سائر التصرّفات . ومالكٌ لم يعمل به ، وإنما اعتمد على إجبار الأب لها على النِّكاح ، ولنا أن نمنع ذلك ، وإن سلّمناه فإنّما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنِّكاح ومصالحه لا يُعلم إلا بمباشرته ، والبيعُ ، والشراء ، والمعاملاتُ ممكنةٌ قبلَ النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تتزوّج أصلاً احتمل أن يدومَ الحجرُ عليها . عملاً بعموم حديث عمر ، ولأنه لم يوجد شرطُ دفعِ مالها إليها ، فلم يجُز دفعهُ إليها ، كما لو لم ترشُد ، وقال القاضى : عندى أنه يُدفع إليها مالُها إذا عَنَست وبَرَزَتْ للرجال ، يعنى كبرت .

٣٤٢٤ (فصل) وظاهر كلام الخِرَقيّ : أن للمرأة الرشيدة التصرُّف فى مالها كلّه بالتبرّع والمعاوضة. وهذا إحدى الروايتين عن أحمد . وهو مذهبُ أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، وعن أحمد روايةٌ أخرى : ليس لها أن تتصرّف فى مالها بزيادة على الثلث بغير عوض ، إلاّ بإذن زوجها ، وبه قال مالك . وحُكى عنه فى امرأة حلفت أن تُعْتِقَ جاريةً لها وليس لها غيرُها ، فحَنِثَت ، ولها زوجٌ فردّ ذلك عليها زوجُها ، قال : له أن يَرُدّ عليها ، وليس لها عِتقٌ لما رُوى « أَنَّ امْرَأَةَ كَعْبِ بْنِ مَالِكٍ أَتَتِ النبيّ صلى اللهُ عليهِ وَسلم بِحَلْيٍ لَهَا فَقَالَ لَهَا النبيُّ صلى اللهُ عليهِ وَسلم : لا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ حَتَّى يَأْذَنَ زَوْجُهَا ، فَهَلِ اسْتَأْذَنْتِ كَعْباً ؟ فَقَالَتْ : نَعَمْ ، فَبَعَثَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم إلى كَعْبٍ ، فقال : هَلْ أَذِنْتَ لَهَا أَنْ تَتَصَدَّقَ بِحَلْيِهَا ؟ قال : نَعَمْ : فَقَبِلَهُ رَسُولُ اللهِ صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ » رواه ابن ماجه ، ورُوى أيضاً عن عمرو بن شُعَيْب ، عن أبيه ، عن جدّه : أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم قال فى خُطْبَةٍ خَطَبَها « لاَ يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ فى مَالِهَا إلاّ بِإِذْنِ زَوْجِهَا إِذْ هُوَ مَالِكُ عِصْمَتِهَا » رواه أبو داود . ولفظُه عن عبد الله بن عمرو : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

« لاَ يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إلاَّ بِإذْنِ زَوْجِهَا » ولأنّ حقّ الزوج متعلّق بمالها . فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِمَالِهَا ، وَجَمَالِهَا وَدِينِهَا » والعادةُ أنّ الزوج يزيدُ فى مهرها من أجل مالها ، ويتبسّط فيه ، وينتفع به ، فإذا أعسر بالنفقة أنظرته ، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلّقة بمال المريض .

ولنا : قوله تعالى (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ، فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) وهو ظاهرٌ فى فكّ الحَجْر عنهم ، وإطلاقهم فى التصرّف . وقد ثبت أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « يَامَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ ، وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ » وأنّهن تصدّقنَ فقبِلَ صدقتهنّ ولم يسأل ، ولم يستفصل ، وأتته زينبُ امرأةُ عبد اللهِ ، وامرأةٌ أخرى اسمُها زينب ، فسألته عن الصدقة : هل يُجزيهنّ أن يتصدّقنَ على أزْوَاجِهِنّ ، وأيتامٍ لهنّ ؟ فقال : « نَعَمْ » ولم يذكر لهنّ هذا الشرط ، ولأنّ من وجب دفعُ ماله إليه لرُشْده جاز له التصرّف فيه من غير إذنٍ ، كالغلام ، ولأنّ المرأة من أهل التصرّف ، ولا حقّ لزوجها فى مالها ، فلم يملك الحجرَ عليها فى التصرّف بجميعه ، كأختها ، وحديثُهم ضعيف ، وشعَيب لم يُدرك عبد الله بن عمرو ، فهو مُرْسَل ، وعلى أنه صحيح محمول على أنّه لا يجوز عَطِيّتها لماله بغير إذنه ، بدليل أنه يجوزُ عطيّتها ما دون الثلث من مالها ، وليس معهم حديثٌ يدلُّ على تحديد المنع بالثلث ، فالتحديدُ بذلك تحكّم ليس فيه توقيفٌ ؛ ولا عليه دليل ، وقياسهم على المريض غيرُ صحيح ؛ لوجوه :

أحدها : أن المرض سببٌ يُفضى إلى وصول المال إليهم بالميراث ، والزوجيّةُ إنّما تجعله من أهل الميراث ، فهى أحد وصْفَيِ العلّة فلا يثبت الحكمُ بمجرّدها كما لا يثبتُ للمرأة الحجرُ على زوجها ، ولا لسائر الوراث بدون المرض .

الثانى : أن تبرّع المريض موقوف ، فإن برئ من مرضه صحّ تبرّعه ، وههنا أبطلوه على كلّ حال والفرعُ لا يزيد على أصله .

الثالث أن ماذكروه منتقض بالمرأة ، فإنّها تنتفع بمال زوجها ، وتتبسط فيه عادةً ، ولها النفقة منه ، وانتفاعُها بماله أكثرُ من انتفاعه بمالها ، وليس لها الحجرُ عليه ، وعلى أنّ هذا المعنى ليس بموجود فى الأصل ، ومن شرط صحّة القياس وجودُ المعنى المثبت للحكم فى الأصل والفرع جميعاً .

٣٤٢٥ (فصل) وهل يجوز للمرأة الصدقةُ من مال زوجها بالشيء اليسير بغير إذنه ؟ على روايتين: إحداهما : الجوازُ . لأنّ عائشةَ قالت : قالَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم . « مَا أَنْفَقَتِ امْرَأَةٌ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا غَيْرَ مُفْسِدَةٍ كَانَ لَهَا أَجْرُهَا وَلَهُ مِثْلُهُ بِمَا كَسَبَ ، وَلَهَا بِمَا أَنفَقَتْ وَلِلْخَازِنِ مِثْلُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُنْتَقَصَ مِنْ أُجُورِهِمْ شَيْءٌ» ولم يذكر إذناً ، وعن أسماء أنّها جاءت النبيّ صلّى الله عليه وسلم

فقالت : يارَسُولَ اللهِ ليسَ لى شَىْءٌ إلاَّ مَا أَدْخَلَ عَلَىَّ الزُّبَيْرُ ، فَهَلْ عَلَىَّ جُنَاحٌ أَنْ أَرْضَخَ[١] مِمَّا يَدْخُلُ عَلَىَّ ؟ فقال : « ارْضَخِى مَا اسْتَطَعْتِ ولاَ تُوعِى[٢] فَيُوعَى عَلَيْكِ » متفق عليهما ، وروى أنَّ امرأةً أتت النبىَّ صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله ، إنَّا كَلٌّ عَلَى أَزْاجِنَا ، وآبائنا ، فمَا يَحِلُّ لَنَا مِنْ أَمْوالِهِم ؟ قال : « الرُّطَبُ تَأْكُلِينَهُ وَتُهْدِينَهُ » ولأنَّ العادةَ السماحُ بذلك ، وطيبُ النفس ، فجرى مجرى صريح الإذن ، كما أنَّ تقديم الطعام بين يدى الأكَلَةِ قام مقام صريح الإذن فى أكله .

والرواية الثانية : لا يجوز ، لما رَوى أبو أُمَامَةَ الباهلى ، قال : سمعتُ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاَ تُنْفِقُ المَرْأَةُ شَيْئاً مِنْ بَيْتِهَا إلا بإِذْنِ زَوْجِهَا . قيل يارسول الله ، ولاَ الطَّعامَ ؟ قال : ذَاكَ أفْضَلُ أَمْوالِنَا » رواه سعيد فى سُنَنِه . وقال : النبى صلى الله عليه وسلم « لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » وقال : « إنَّ اللهَ حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوالَكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هذَا فى شَهْرِكُمْ هَذَا فِى بَلَدِكُمْ هَذَا » ولأنَّه تبرّع بمال غيره بغير إذنه ، فلم يجُز ، كغير الزوجة ، والأوَّل أصحُّ . لأنّ الأحاديث فيها خاصّة صحيحة ، والخاصُّ يقدّم على العامّ ، ويبيّنه ، ويعرّف أن المراد بالعام غيرُ هذه الصورة المخصوصة ، والحديثُ الخاص لهذه الرواية ضعيف ، ولا يصحّ قياسُ المرأة على غيرها ، لأنها بحكم العادة تتصرّف فى مال زوجها ، وتتبَسطُ فيه ، وتتصدّق منه ، لحضورها ، وغيبته والإذنُ العُرفىُّ يقوم مَقام الإذن الحقيقىّ ، فصار كأنَّه قال لها : افعلى هذا، فإن منعها ذلك ، وقال: لا تتصدَّقى بشىء ، ولا تتبرَّعى من مالى بقليل ، ولا كثير ، لم يجُزْ لها ذلك . لأن المنع الصريح نفىٌ للإذن العُرفىِّ ، ولو كان فى بيت الرجل من يقوم مقام امرأته ، كجاريته ، أو أخته ، أو غلامه المتصرّف فى بيت سيّده ، وطعامه ، جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا ، لوجود المعنى فيه ، ولو كانت امرأتُه ممنوعة من التصرّف فى بيت زوجها ، كالتى يُطعمها بالفرض ، ولا يمكّنها من طعامه ، ولا من التصرّف فى شىء من ماله لم يجُزها الصدقة بشىء من ماله ، لعدم المعنى فيها والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ والرُّشْدُ الصلاحُ فى المال ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، وقال الحسن ، والشافعىّ ، وابن المنذر : الرشدُ صلاحُه فى دينه ، وماله ، لأنّ الفاسق غيرُ رشيد ، ولأنّ إفساده لدينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله ، كما يمنع قبولَ قوله ، وثبوتَ الولاية على غيره ، وإن لم يُعرف منه كذب ، ولا تبذير .

(١) الرضخ :العطاء اليسير .

(٢) توعى : تحبسى ، أى لا تمنعى العطاء وتحبسى النفقة على الفقراء ، فيوعى عليك أى يحبسها الله عنك ، وهو مأخوذ من وضع الشىء فى الوعاء .

ولنا : قول الله تعالى (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) قال ابن عباس : يعنى صلاحاً فى أموالهم . وقال مجاهد : إذا كان عاقلاً ، ولأنّ هذا إثباتٌ فى نكرة ، ومن كان مُصلِحاً لماله فقد وُجِد منه رُشْدٌ ، ولأنّ العدالة لا تُعتبر فى الرُّشد فى الدوام ، فلا تُعتبر فى الابتداء ، كالزهد فى الدُّنيا ، ولأنّ هذا مُصلِح لماله ، فأشبه العَدْلَ ، يُحَقِّقه أن الحجر عليه إنّما كان لحفظ ماله عليه ، فالمؤثِّر فيه ما أثَّر فى تضييع المال ، أو حِفْظه ، وقولُهم إنّ الفاسق غيرُ رشيد ، قلنا : هو غيرُ رشيد فى دينه ، أمّا فى ماله ، وحفظه ، فهو رشيد ، ثم هو منتقضٌ بالكافر ، فإنّه غيرُ رشيد ، ولم يُحجَر عليه من أجله ، ولو كانت العدالةُ شرطاً فى الرُّشد لزال بزوالها ، كحفظ المال ، ولا يلزمُ من منع قبول القول منعُ دفع ماله إليه ، فإنّ من يُعرف بكثرة الغَلَط ، والغفْلة ، والنِّسيان ، أو مَنْ يأكُل فى السوق ، ويمدّ رجليه فى مجامع الناس ، وأشباهُهُم لا تُقبل شهادتهم ، وتُدفع إليهم أموالُهم . إذا ثبت هذا : فإنّ الفاسق إن كان يُنفق ماله فى المعاصى ، كشراء الخمر ، وآلات اللهو ، أو يتوصّل به إلى الفساد ، فهو غيرُ رشيد ، لتبذيره لماله ، وتضييعه إيّاه فى غير فائدة ، وإن كان فسقُه لغير ذلك ، كالكذب ، ومنع الزكاة ، وإضاعة الصّلاة ، مع حفظه لماله ، دُفِع ماله إليه . لأنّ المقصودَ بالحَجْر حِفْظُ المال ومالُه محفوظ بدون الحَجْر ، فلا حاجة إليه ، ولذلك لو طرأ الفسقُ بعد دفع ماله إليه ، لم يُنزع منه .

٣٤٢٦ (فصل) وإنّما يعرف رُشده باختباره ، لقول الله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ) يعنى اختبروهم ، كقوله تعالى (لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً ؟) أى يختبركم ، واختباره بتفويض التصرُّفات التى يتصرّف فيها أمثاله . فإن كان من أولاد التجّار فُوِّض إليه البيعُ ، والشراء ، فإذا تكررت منه ، فلم يُغْبَنْ ، ولم يُضَيِّع مافى يديه ، فهو رشيدٌ ، وإن كان من أولاد الدَّهاقين ، والكُبَراء ، الذين يُصَانُ أمثالُهم عن الأسواق ، دُفِعَتْ إليه نفقةُ مُدّةٍ لينفقها فى مصالحه ، فإن كان قيِّماً بذلك ، يصرفُها فى مواقعها ، ويستوفِى على وكيله ، ويستقْصِى عليه ، فهو رشيد . والمرأةُ يُفوّض إليها ما يُفوّض إلى ربة البيت ، من استئجار الغَزّالات ، وتوكيلها فى شراء الكتّان ، وأشباه ذلك ، فإن وُجِدتْ ضابطةً لما فى يديها ، مُستوفيةً من وكيلها ، فهى رشيدةٌ ، ووقتُ الاختبار قبل البلوغ ، فى إحدى الروايتين ، وهو أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأن الله تعالى قال : (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) فظاهرُ الآية أنّ ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين :

أحدهما : أنّه سمّاهم يتامَى : وإنّما يكونون يتامى قبل البلوغ .

والثانى : أنه مدّ اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتّى . فدلّ على أنّ الاختبار قبله . ولأنّ تأخير الاختبار إلى البلوغ مُؤدٍّ إلى الحَجْر على البالغ الرشيد . لأن الحَجْر يمتدّ إلى أن يُختبر ، ويُعلم رشدُه ، واختبارُه

قبل البلوغ يمنعُ ذلك ، فكان أولى ، ولكن لا يُختبر إلاَّ المراهقُ المميّز ، الذى يعرف البيع ، والشراء ، والمصلحةَ من المفسدة ، ومتى أذن لهُ وَليّه ، فتصرّف ، صحّ تصرّفه ، على ما ذكرنا فيما مضى . وقد أومأ أحمد فى موضع إلى أن اختباره بعد البلوغ لأنّ تصرّفه قبل ذلك تصرّف ممّن لم يُوجد فيه مَظِنَّة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعىّ فى وقت الاختبار على نحوٍ مما ذكرنا فيما مضى من الروايتين .

٣٤٢٧ « مسألة » قال ﴿ فإن عاود السفَهَ حُجِرَ عليه ﴾

وجملته : أن المحجور عليه إذا فكَّ عنه الحَجْرُ لرُشده ، ودُفع إليه ماله ، ثمّ عاد السفه أُعيدَ عليه الحَجْرُ ؛ وبهذا قال القاسمُ بن محمد ، ومالك ، والشافعىّ ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يبتدأ الحَجْرُ على بالغ عاقل ، وتصرّفه نافذ . ورُوى ذلك عن ابن سيرين ، والنَخَعِىّ ، لأنه حرٌّ مكلّف ، فلا يُحْجر عليه كالرشيد .

ولنا : إجماع الصحابة ، ورَوى عُرْوَة بن الزّبَير : أنّ عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً ، فقال علىّ رضى الله عنه : لآتِيَنَّ عثمانَ ليحجرَ عليك ، فأتى عبدُ الله بن جعفر الزبير ؛ فقال : قد ابتعتُ بيعاً ، وإنّ عليًّا يُريد أن يأتىَ أمير المؤمنين عثمان ، فيسأله الحجْرَ علىّ ، فقال الزبيرُ أنا شَريكُكَ فى البيع ، فأتى علىّ عثمان ، فقال : إنّ ابن جعفر قد ابتاع بَيْعَ كذا ، فاحجُر عليه . فقال الزبير : أنا شريكه فى البيع ، فقال عثمان : كيف أحْجُر على رجل شريكُه الزبير ؟ قال أحمد : لم أسمع هذا إلاّ من أبى يوسف القاضى ، وهذه قصّة يشتهرُ مثلُها ، ولم يخالفها أحدٌ فى عصرهم ، فتكون إجماعاً ، ولأنّ هذا سفيه ، فيُحجر عليه ، كما لو بلغ سفيهاً ، فإن العلّة التى اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهاً سفهُهُ ، وهو موجود ، ولأن السفه لو قارن البلوغ منَع دفع ماله إليه . فإذا حدث أوجبَ انتزاعَ المال ، كالجنون ، وفارق الرشيد، فإن رشدَه لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه .

٣٤٢٨ (فصل) ولا يَحجُر عليه إلا الحاكم ، وبهذا قال الشافعىُّ ، وقال محمد : يصير محجوراً عليه بمجرّد تبذيره . لأنّ ذلك سببُ الحجر ، فأشبه الجنون .

ولنا : أن التبذير يختلف ، ويُختَلف فيه ، ويحتاج إلى الاجتهاد ؛ فإذا افتقر السببُ إلى الاجتهاد ، لم يثبُت إلا بحكم الحاكم . كابتداء مدّة العُنّة[1] ولأنه حجر مختلَف فيه ، فلم يثبت إلاّ بحكم الحاكم ، كالحَجْر على المفلس ، وفارق الجنون ، فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ، ولا خلاف فيه ، ومتى حُجِر عليه ، ثم عاد ، فرشَدَ ، فكّ الحجرُ عنه ، ولا يزول إلا بحكم الحاكم ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو الخطّاب : يزول السفَه ، لأنّه سببُ الحجر ، فيزول بزواله ، كما فى حقّ الصبىّ ، والجنون .

(١) العنة : عدم القدرة على الجماع .

ولنا : أنه حجر ثبت بحكم الحاكم ، فلا يزول إلا به ، كحجر المفلس ، ولأن الرشد يحتاج إلى تأمل ، واجتهاد في معرفته ، وزوال تبذيره ، فكان كابتداء الحجر عليه ، وفارق الصبي ، والمجنون ، فإن الحجر عليهما بغير حكم حاكم ، فيزول بغير حكمه ، ولأننا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم ، كان أكثر الناس محجوراً عليه . قال أحمد : والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه ، يعني : إذا كبر ، واختل عقله حجر عليه ، بمنزلة المجنون ، لأنه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة ، وحفظه ، فأشبه الصبي ، والسفيه .

٣٤٢٩ « مسألة » قال ﴿ فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله ﴾

وجملته : أن الحاكم إذا حجر على السفيه استحب أن يشهد عليه ، ليظهر أمره فتجتنب معاملته ، وإن رأى أن يأمر منادياً ينادي بذلك ، ليعرفه الناس فعل ، ولا يشترط الإشهاد عليه . لأنه قد ينتشر أمره بشهرته ، وحديث الناس به ، فإذا حجر عليه فباع ، واشترى ، كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكم ما باع من ماله ، ورد الثمن إن كان باقياً ، وإن أتلفه السفيه ، أو تلف في يده ، فهو من ضمان المشتري ، ولا شيء على السفيه ، وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها ، كالذي يأخذه بقرض ، أو شراء ، وغير ذلك ، رده الحاكم إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً فهو من ضمان صاحبه ، علم بالحجر عليه ، أو لم يعلم ، لأنه إن علم فقد فرط بدفع ماله إلى من حجر عليه ، وإن لم يعلم فهو مفرط ، إذا كان في مظنة الشهرة هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه . فأما إن حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط . كالوديعة . والعارية . فاختار القاضي أنه يلزمه الضمان إن أتلفه . أو تلف بتفريطه . لأنه أتلفه بغير اختيار صاحبه ، فأشبه ما لو كان القبض بغير اختياره . ويحتمل أنه لا يضمن . لأنه عرضها لإتلافه . وسلطه عليها . فأشبه المبيع . وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه . أو أتلفه . كالغصب والجناية . فعليه ضمانه . لأنه لا تفريط من المالك . لأن الصبي ، والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ، ومذهب الشافعي في هذا كله كذلك .

(فصل) والحكم في الصبي ، والمجنون ، كالحكم في السفيه ، في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه ، أو غصباه ، فتلف في أيديهما ، وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه ، وتسليطه ، كالثمن ، والمبيع ، والقرض ، والاستدانة ، وأما الوديعة ، والعارية ، فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما ، وإن أتلفاه ففي ضمانه وجهان .

٣٤٣٠ (فصل) ولا ينظر في مال الصبي ، والمجنون ، ماداما في الحجر ، إلا الأب أو وصيه بعده ، أو الحاكم عند عدمهما ، وأما السفيه ، فإن كان محجوراً عليه صغيراً ، واستديم الحجر عليه ، لسفهه ، فالولي

فيه مَنْ ذكرناه ، وإن جُدِّد الحجرُ عليه بعد بلوغه ، لم ينظرُ فى ماله إلا الحاكم لأن الحجرَ يفتقرُ إلى حكم حاكم ، وزوالُه يفتقر إلى ذلك ، فكذلك النظرُ فى ماله.

٣٤٣١ « مسألة » قال ﴿ وإن أقرّ المحجورُ عليه بما يوجب حدًّا ، أو قصاصاً ، أو طلّق زوجته، لزمه ذلك ﴾

وجملته أن المحجور عليه لفلَسٍ ، أو سَفَهٍ إذا أقرّ بما يوجب حدًّا ، أو قِصاصاً ، كالزنا ، والسرقة ، والشُّرب ، والقذف ، والقتل العمد ، أو قطع اليد ، وما أشبهها ، فإنَّ ذلك مقبول ، ويلزمه حكم ذلك فى الحال ، لا نعلم فى هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز ، إذا كان إقراره بزنا أو سرقةٍ ، أو شُربِ خمرٍ ، أو قَذْفٍ ، أو قتل ، وأنّ الحدود تُقام عليه ، وهذا قول الشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا أحفظ عن غيرهم خلافَهم ، وذلك لأنه غير متَّهم فى حق نفسه ، والحجرُ إنّما تعلّق بماله ، فقُبل إقراره على نفسه بما لا يتعلّق بالمال ، وإن طلّق زوجته نفذ طلاقُه فى قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبى ليلى : لا يقع طلاقُه . لأنّ البُضعَ يجرى مَجرَى المال ، بدليل أنّه يملكه بمالٍ ، ويصحّ أن يزولَ ملكُه عنه بمالٍ ، فلم يملك التصرُّف فيه ، كالمال .

ولنا : أن الطلاق ليس بتصرّف فى المال ، ولا يجرى مجراه ، فلا يُمنع منه ، كالإقرار بالحدّ ، والقِصاص ، ودليل أنّه لا يجرى مجرى المال : أنّه يصحّ من العبد بغير إذن سيّده ، مع منعه من التصرّف فى المال ، ولا يُملَكُ بالميراث ، ولأنّه مُكلَّف طلّق امرأته مختاراً ، فوقع طلاقُه ، كالعبد ، والمكاتَب .

٣٤٣٢ (فصل) إذا أقرّ بما يوجب القصاص ، فعفا المقَرُّ له على مالٍ ، احتمل أن يجب المالُ . لأنّه عفو عن قصاص ثابت ، فصحّ ، كما لو ثبت بالبيّنة ، واحتمل أن لا يصحّ . لئلاّ يُتَّخذ ذلك وسيلةً إلى الإقرار بالمال ، بأن يتواطأ المحجور عليه ، والمقَرُّ له على الإقرار بالقصاص ، والعفو عنه على مال ، ولأنّه وجوبُ مالٍ مستندُه إقراره ، فلم يثبت ، كالإقرار به ابتداء ، فعلى هذا القول يسقط وجوبُ القصاص ، ولا يجبُ المالُ فى الحال .

٣٤٣٣ (فصل) وإن خالع صحّ خُلعه . لأنّه إذا صحّ الطلاقُ ، ولا يحصل منه شىء ، فالخلع الذى يحصُل به المالُ أولى ، إلاّ أنّ العوض لا يُدفَع إليه ، وإن دُفع إليه لم يصحّ قبضُه ، وإن أتلفه لم يضمنه ، ولم تبرأ المرأةُ بدفعه إليه ، وهو من ضمانها إن أتلفه ، أو تلف فى يده ، لأنّها سلّطته على إتلافه .

٣٤٣٤ (فصل) وإن أعتق لم يصحّ عِتقُه ، وهذا قولُ القاسم بن محمد ، والشافعىّ ، وحكى

أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أنه يصح لأنه عتق من مُكلف ، مالك ، تامّ الملك ، فصح كعتق الراهن ، والمفلس .

ولنا : أنه تصرّف في ماله ، فلم يصح ، كسائر تصرفاته ، ولأنه تبرّع ، فأشبه هِبَتَهُ ، وَوَقْفه ، ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه ، فلم يصح عتقه ، كالصبيّ ، والمجنون ، وفارق المفلسَ والراهنَ ، فإنّ الحجرَ عليهما لحقّ غيرهما .

٣٤٣٥ (فصل) وإن تزوّج صحّ النكاحُ بإذن وليّه ، وبغير إذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال أبو الخطاب : لا يصح بغير إذن وليّه ، وهو قول الشافعيّ ، وأبي ثور ، لأنه تصرّف يجب به مال ، فلم يصح بغير إذن وليّه ، كالشراء .

ولنا : أنه عقدٌ غير ماليّ ، فصحّ منه ، كخُلعه ، وطلاقه ، وإن لزم منه المالُ لحصُوله بطريق الضِّمْنِ فلا يُمنع من العقد ، كما لو لزم ذلك من الطلاق .

٣٤٣٦ (فصل) ويصحُّ تدبيره[1] ووصيّته . لأنّ ذلك محضُ مصلحته ، لأنّه تقرّب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ، ويصحُّ استيلادُه ، وتعتق الأمة المستَوْلَدةُ بموته ، لأنه إذا صحّ ذلك من المجنون ، فمن السفيه أولى ، وله المطالبةُ بالقِصاص ، لأنه موضوع للتشفّي ، والانتقام ، وهو من أهله ، وله العفوُ على مال ، لأنه تحصيلٌ للمال ، لا تضييعٌ له ، وإن عفا على غير مال نظرتَ . فإن قلنا : الواجبُ القصاصُ عَيْناً صحّ عفوُه ، لأنه لم يتضمّن تضييع المال ، وإن قلنا : أحدُ الشيئين . لم يصحّ عفوُه عن المال ، ووجب المالُ ، كما لو سقط القِصاص بعفو أحد الشريكين ، وإن أحرم بالحجّ صحّ إحرامُه لأنه مُكلّف أحرم بالحجّ ، أشبه غيره ، ولأنّ ذلك عبادة ، فصحّت منه كسائر عباداته . ثم إن كان أحرم بفرض ، دُفِع إليه النفقةُ من ماله ، ليُسقِطَ الفرضَ عن نفسه ، وإن كان تطوّعا ، فكانت نفقته في السفر ، كنفقته في الحضر ، دُفِعَت إليه لأنه لا ضرر في إحرامه . وإن كانت نفقةُ السفر أكثرَ . فقال : أنا ، أكتسبُ تمامَ نفقتي ، دُفِعتْ إليه أيضاً ، لأنه لا يضرّ بماله . وإن لم يكن له كسب ، فلوليّه تحليلُه ، لما فيه من تضييع ماله ، ويتحلّل بالصيام ، كالمُعْسِر . لأنه ممنوع من التصرّف في ماله ، ويحتمل أن لا يملك وليُّه تحليلَه بناءً على العبد إذا أحرم بغير إذن سيّده ، وإن حَنِث في يمينه ، أو عاد في ظِهاره ، أو لزمته كفّارةٌ بالقتل ، أو الوطء في نهار رمضان ، كفّر بالصيام ، لذلك ، وإن أعتَق ، أو أطعم عن ذلك ، لم يُجْزِه ، وبهذا قال الشافعيّ ، لأنه ممنوع من ماله . أشبه المفلس . ويتخرّج أن يُجزئه العتق ، بناءً على قولنا بصحّته منه ، وإن نذر عبادةً بدنيّةً لزمه فعلُها ، لأنه غيرُ محجور عليه في بدنه ، وإن نذر صدقة المال

(١) تدبيره : قوله لمملوكه : أنت حر بعد موتى .

لم يصحّ منه ، وكفّر بالصيام . وإن فُكّ الحجرُ عنه قبل تكفيره فى هذه المواضع كلّها لزمه العتقُ إن قدر عليه . ومُقتضَى قول أصحابنا . أنه يلزمه الوفاء بنذره ، بناءً على قولهم فيمن أقرّ قبل فكّ الحَجْر عنه ، ثم فُكّ عنه . فإنه يلزمه أداؤه ، وإن فُكّ بعد تكفيره ، لم يلزمه شىء ، كما لو كفّر عن يمينه بالصيام ، ثم فُكّ الحجرُ عنه .

٣٤٣٧ (فصل) وإن أقرّ بنسبِ ولدٍ ، قُبِلَ منه . لأنه ليس بإقرار بمالٍ ، ولا تصرُّفٍ فيه ، فقُبل ، كإقراره بالحدّ ، والطلاق ، وإذا ثبت النسبُ لزمته أحكامُه من النفقة ، وغيرها ، لأنّ ذلك حصل ضِمناً لما صحّ منه . فأشبه نفقة الزوجة .

٣٤٣٨ « مسألة » قال ﴿ وإن أقرّ بدين لم يلزمه فى حال حَجْرِه ﴾

وجملته : أن السفيه إذا أقرّ بمال ، كالدين ، أو بما يوجِبُه ، كجناية الخطأ ، وشبْه العمد ، وإتلاف المال ، وغَصْبِه ، وسرقته ، لم يُقبل إقرارُه به ، لأنّه محجور عليه لحظه ، فلم يصحّ إقرارُه بالمال ، كالصبىّ ، والمجنون ، ولأنّا لو قبلنا إقراره فى ماله ، لزال معنى الحجر ، لأنه يتصرّف فى ماله ، ثم يُقرّ به . فيأخذه المقَرُّ له ، ولأنّه أقرّ بما هو ممنوع من التصرُّف فيه ، كإقرار الراهن على الرهن ، والمفلس على المال ، ومقتضَى قول الخِرَقىّ : أنه يلزمه ما أقر به بعد فكّ الحجر عنه . وهو الظاهر من قول أصحابنا ، وقول أبى ثور ، لأنه مكلّف أقرّ بما لا يلزمه فى الحال ، فلزمه بعد فكّ الحجر عنه ، كالعبد يُقرّ بدين ، والراهن على الرهن ، والمفلس على المال . ويحتملُ أن لا يصحّ إقرارُه ، ولا يُؤخذ به فى الحكم بحال ، وهذا مذهبُ الشافعىّ . لأنه محجور عليه ، لعدم رُشده ، فلم يلزمه حكم إقراره بعد فَكّ الحجر عنه ، كالصبىّ ، والمجنون ، ولأن المنع من نفوذ إقراره فى الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ، ودفع الضرر عنه ، فلو نُفّذ بعد فَكّ الحجر ، لم يُفِد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالتيه ، وفارق المحجور عليه لحقّ غيره ، فإنّ المانع تعلق حقّ الغير بماله ، فيزولُ المانع بزوال الحقّ عن ماله ، فيثبُت مقتضَى إقراره . وفى مسألتنا انتفى الحكم ، لخلل فى الإقرار ، فلم يثبُت كونُه سبباً ، وبزوال الحجر لم يكمُل السبب ، فلا يثبُت الحكم مع اختلال السبب ، كما لم يثبُت قبل فكّ الحجر ، ولأن الحجر لحقّ الغير لم يمنع تصرّفهم فى ذِممهم ، فأمكن تصحيحُ إقرارهم فى ذممهم ، على وجهٍ لا يضرّ بغيرهم ، بأن يلزمهم بعد زوال حقّ غيره . والحجرُ ههنا لحظّ نفسه ، من أجل ضعف عقله ، وسوء تصرّفه ، ولا يندفع الضرر إلاّ بإبطال إقراره بالكلّية ، كالصبىّ ، والمجنون ، وأما صحّته فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن علم صحّة ما أقرّ به ، كدينٍ لزمه من جنايةٍ ، أو دين لزمه قبل الحجر عليه ، فعليه أداؤه ، لأنّه علم أنّ عليه حقّاً ، فلزمه أداؤه ، كما لو لم يقرّ به ، وإن علم فساد إقراره ، مثل أن علم أنه أقرّ بدين ، ولا دين عليه ، أو بجناية لم توجد منه ، أو أقرّ بما

لا يلزمه ، مثل أن أتلف مالَ من دَفَعَه إليه بقرض ، أو بيع ، لم يلزمه أداؤه ، لأنّه يعلم أنّه لا دين عليه ، فلم يلزمه شيء ، كما لو لم يقرّ به .

٣٤٣٩ (فصل) إذا أذن وليّ السفيه له في البيع ، والشراء ، فهل يصحّ منه ؟ على وجهين :

أحدهما : يصحّ ، لأنّه عقد مُعاوضةُ ، فملكه بالإذن ، كالنكاح ، ولأنّه عاقل محجور عليه ، فصحّ تصرُّفه بالإذن فيه ، كالصبيّ ، يحقّق هذا أنّ الحجر على الصبيّ أعلى من الحجر عليه ، ثمّ يصحُّ تصرّفه بالإذن ، فههنا أولى ، ولأنّا لو منعنا تصرّفه بالإذن ، لم يكن لنا طريق إلى معرفة رُشْدِه ، واختباره .

والثاني : لا يصحّ ، لأنّ الحجر عليه لتبذيره ، وسوء تصرّفه ، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحةَ فيه ، فلم يصحّ ، كما لو أذن في بيع ما يُساوى عَشَرَةً بخمسة ، وللشافعيّ وجهان كهذين ، والله اعلم .

كتاب الصلح

الصلح : مُعاقدةٌ يتوصّل بها إلى الإصلاح بين المختلفين ، ويتنوّع أنواعاً : صلح بين المسلمين ، وأهل الحرب ، وصلح بين أهل العدل ، وأهل البغى ، وصلح بين الزوجين ، إذا خيف الشّقاق بينهما . قال الله تعالى (٤٩ : ٩ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا) وقال الله تعالى (٤ : ٣٥ وإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا ، أَوْ إِعْرَاضًا ، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ، وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) وروى أبو هريرة : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ إِلاَّ صُلْحاً حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً » أخرجه الترمذيّ ، وقال : حديث حسن ، صحيح . ورُوى عن عمر : أنّه كتب إلى أبى موسى بمثل ذلك ، وأجمعت الأئمةُ على جواز الصلح فى هذه الأنواع التى ذكرناها . ولكلّ واحد منها بابٌ يُفرَد له ، ويذكر فيه أحكامه . وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين فى الأموال . وهو نوعان : صلح على إقرار ، وصلح على إنكار . ولم يسمّ الخِرَقيّ الصلح إلاّ فى الإنكار خاصّةً .

٣٤٤٠ « مسألة » قال ﴿ والصلح الذى يجوز هو أن يكون للمدّعى حقّ لا يعلمُه المدعَى عليه . فيصطلحان على بعضه . فإن كان يعلم ما عليه فجحده ، فالصلحُ باطل ﴾

وجملة ذلك : أن الصلح على الإنكار صحيحٌ . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال الشافعيّ : لا يصحّ ، لأنّه عاوض على ما لم يثبُت له ، فلم تصحّ المعاوضة : كما لو باع مال غيره ، ولأنّه عقدُ معاوضةٍ خلا عن العِوَض فى أحد جانبيه . فبطل ، كالصلح على حدّ القذف .

ولنا : عمومُ قوله عليه السلام « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ » فيدخُل هذا فى عمومه .

فإن قالوا : فقد قال « إلاّ صُلحاً أحَلَّ حَراماً » وهذا داخلٌ فيه . لأنّه لم يكن له أن يأخذ من مال المدَّعىَ عليه ، فحلّ بالصلح .

قلنا : لا نسلّم دخوله فيه . ولا يصح حملُ الحديث على ما ذكروه ، لوجهين :

أحدهما : أن هذا يوجد فى الصلح بمعنَى البيع . فإنّه يُحلُّ لكلّ واحد منهما ما كان محرّما عليه قبله . وكذلك الصلحُ بمعنى الهِبَة . فإنّه يُحِلّ الموهوب له ما كان حراما عليه والإسقاطُ يُحِلُّ له تركَ أداء ما كان واجباً عليه .

الثانى : أنّه لو حلّ به المُحرّم لكان الصلحُ صحيحاً . فإنّ الصلح الفاسدَ لا يُحِلُّ الحرام . وإنما معناه ما يتوصّل بهِ إلى تناول المحرّم ، مع بقائه على تحريمِهِ ، كما لو صالحه عَلَى استرقاق حُرّ ، أو إحلال بُضْع محرّم ، أو صالحه بخمر ، أو خنزير ، وليس ما نحن فيه كذلك . وعلى أنّهم لا يقولون بهذا . فإنهم يُبيحون لمن له حقّ يجحدُه غريمُهُ أن يأخذ من ماله بقدرِهِ ، أو دونَه . فإذا حلّ له ذلك من غير اختيارِهِ ، ولا علمه ، فلأن يَحِلّ برضاه وبذلِهِ أولى . وكذلك إذا حلّ مع اعتراف الغريم ، فلأن يَحِلّ مع جَحْدِهِ ، وعجزِهِ عن الوصول إلى حقّهِ إلا بذلك أولى ، ولأنّ المدعى ههنا يأخذُ عوض حقّه الثابت له . والمدّعى عليه يدفعُه لدفع الشرّ عنه ، وقطع الْخُصومة . ولم يرد الشرعُ بتحريم ذلك فى موضع . ولأنهُ صلح يصحّ مع الأجنبيّ ، فصحّ مع الخصم ، كالصلح مع الإقرار .

يُحقّقه : أنه إذا صحّ مع الأجنبيّ مع غِناه عنه . فَلَأَنْ يصحّ مع الخصم مع حاجته إليهِ أولى . وقولهم : إنه معاوضة . قلنا : فى حقّهما ، أم فى حَقّ أحَدهما ؟ الأول ممنوع ، والثانى مسلّم . وهذا لأن المدّعِى يأخذُ عِوَض حَقّهِ من المنكر ، لعلمهِ بثبوت حقّهِ عنده . فهو معاوضة فى حقّهِ . والمنكرُ يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة ، واليمين عنه . ويُخلّصه من شرِّ المدعِى . فهو أبرأ فى حقّه . وغيرُ ممتنع ثبوت المعاوضة فى حقِّ أحَدِ المتعاقدين دون الآخر . كما لو اشترَى عبداً شُهِد بحرّيته فإنه يصحّ . ويكون معاوضةً فى حَقّ البائع ، واستنقاذاً له من الرقّ فى حَقّ المشترى ، كذا ههنا .

إذا ثبت هذا فلا يصحّ هذا الصلحُ إلاّ أن يكون المدّعى مُعتقداً أنّ ما ادّعاه حَقّ ، والمدّعىَ عليهِ يعتقدُ أنه لا حَقّ عليهِ . فيدفعُ إلى المدّعِى شيئاً افتداء ليمينهِ ، وقطعاً للخصومة ، وصيانةً لنفسهِ من التبذّل ، وحضور مجالس الحاكم . فإنّ ذوى النفوس الشريفة ، والمروءة ، يصعُب عليهم ذلك . ويرون دفعَ ضررها عنهم من أعظم مصالحهم . والشرعُ لا يمنعهم من وقاية أنفسهم ، وصيانتها ، ودفع الشرّ عنهم ببذل أموالهم ، والمدّعِى يأخذ ذلك عِوَضاً عن حَقّهِ الثابت له ، فلا يمنعه الشرعُ من ذلك أيضاً ، سواء كان المأخوذُ من جنس حَقّهِ ، أو من غير جنسهِ ، بقدر حَقّه ، أو دونه ، فإن أخذ من جنس حَقّه بقدرِهِ ، فهو

مُستوفٍ له . وإن أخذ دونه فقد استوفى بعضه ، وترك بعضه . وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عِوَضه ، ولا يجوزُ أن يأخذ من جنس حقِّه أكثرَ مما ادعاه ، لأنّ الزائد لا مُقابل له . فيكون ظالماً بأخذه ، وإن أخذ من غير جنسه جاز . ويكون بيعًا فى حَقِّ المدعى ، لاعتقاده أخذه عوضاً . فيلزمه حكم إقراره . فإن كان المأخوذُ شِقْصاً فى دار ، أو عقار ، وجبت فيه الشُّفْعَة وإن وجَد به عيباً ، فله ردّه ، والرجوعُ فى دعواه . ويكون فى حقّ المنكر بمنزلة الابراء . لأنه دفع المال افتداء ليمينه ، ودفعاً للضرر عنه ، لا عِوضاً عن حقّ يعتقدُه فيلزمه أيضاً حكم إقراره ، فإن وُجد بالمصالَحَ عنه عيباً ، لم يرجع به على المدّعِى لاعتقاده أنه ما أخذ عِوضاً ، وإن كان شِقْصاً لم يثبُت فيه الشُّفعة ، لأنه يعتقده على مِلكه لم يَزَل ، وما مَلكه بالصلح ، ولو دفع المدّعىَ عليه ما ادّعاه ، أو بعضه ، لم يثبُت فيه حكم البيع . ولا تثبُت فيه الشفعة . لأن المُدّعِى يعتقدُ أنه استوفى بعض حقِّه ، وأخذ عين ماله مستَرْجعاً لها ممّن هى عنده . فلم يكن بيعاً كاسترجاع العين المغصوبة ، فإمّا إن كان أحدُهما كاذباً ، مثل أن يدّعىَ المدّعى شيئاً يعلمُ أنهُ ليس له ، ويُنكِر المنكِر حقًّا يعلمُ أنه عليه . فالصلحُ باطلٌ فى الباطن . لأنّ المُدعِىَ إذا كان كاذباً فما يأخذه أكلُ مالٍ بالباطل ، أخذه بشرِّه وظُلمه ، ودعواه الباطلة ، لا عِوَضاً عن حقّ له . فيكون حراماً عليه ، كمن خَوَّف رجلاً بالقتل حتى أخذَ ماله . وإن كان صادقاً ، والمدَّعَى عليه يعلمُ صدقه ، وثبوتَ حقِّه ، فجحده لينتقص حقَّه ، أو يُرضيَه عنه بشىء . فهو هضمٌ للحقّ ، وأكلُ مالٍ بالباطل . فيكون ذلك حراماً . والصلحُ باطلٌ . ولا يَحِلُّ له مالُ المدّعِى بذلك . وقد ذكره الخِرَقىّ فى قوله « وَإنْ كانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ فَجَحَدَهُ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ » يعنى فى الحقيقة . وأما الظاهر لنا فهو الصحّة . لأنّا لا نعلم باطنَ الحال . وإنما ينبنى الأمرُ على الظواهر . والظاهرُ من المسلم السلامة .

٣٤٤١ (فصل) ولو ادّعى على رجل وديعةً ، أو قرضاً ، أو تفريطاً فى وديعة ، أو مُضاربةً ، فأنكره ، واصطلحا ، صحّ ، لما ذكرناه .

٣٤٤٢ (فصل) وإن صالح عن المنكر أجنبىّ صحّ ، سواء اعترف المدّعى بصحّة دعواه ، أو لم يعترف ، وسواء كان بإذنه ، أو غير إذنه . وقال أصحاب الشافعىّ : إنما يصحّ إذا اعترف للمدّعى بصدقه وهذا مبنىّ على صُلح المنكر . وقد ذكرناه ثم لا يخلو الصلح : إمّا أن يكون عن دَيْن ، أو عَيْن . فإن كان عن دين صحّ . سواء كان بإذن المنكر ، أو بغير إذنه . لأنّ قضاء الدين عن غيره جائزٌ بإذنه ، وبغير إذنه ، فإنّ عليًّا وأبا قتادة رضى الله عنهما قضيا عن الميِّت ، فأجازه النبىُّ صلى الله عليه وسلم ، وإن كان الصلحُ عن عين بإذن المنكر فهو كالصلح منه ، لأنّ الوكيلَ يقومُ مقامَ الموكِّل . وإن كان بغير إذنه فهو افتداء للمنكر من الخصومة ، وإبراءٌ له من الدعوى ، وذلك جائز . وفى الموضعين : إذا صالح

عنه بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء ، لأنه أدّى عنه مالاً يلزمهُ أداؤه ، وخرّجه القاضى ، وأبو الخطّاب على الروايتين ، فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه ، وليس هذا بجيِّد . لأنّ هذا لم يثبُت وجوبُه على المنكر ، ولا يلزمه أداؤه إلى المدّعِي . فكيف يلزمُه أداؤه إلى غيره ؟ ولأنه أدّى عنه ما لا يجبُ عليه . فكان مُتبرِّعاً ، كما لو تصدّق عنه ، ومن قال برجوعه فإنّه يجعله كالمدّعى فى الدعوى على المنكر ، لاغيرُ . أما أنْ يجب له الرجوعُ بما أدّاه حتماً ، فلا وجه له أصلاً . لأنّ أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين ، وصاحبُ الدين ههنا لم يجب له حقّ ، ولا لزم الأداءُ إليه . ولا يثبُت له أكثرُ من جواز الدعوى . فكذلك هذا . ويُشترط فى جواز الدعوى أن يُعلم صدق المدّعِي ، فإمّا إن لم يُعلم لم يَحِلّ له دعوى بشيء ، لا يُعلم ثبوتُه ، وإمّا ما إذا صالح عنه بإذنه ، فهو وكيلُه . والتوكيلُ فى ذلك جائز ، ثمّ إن أدّى عنه بإذنه رجع إليه . وهذا قول الشافعيّ . وإن أدّى عنه بغير إذنه مُتبرِّعاً لم يرجع بشيء . وإن قضاه محتسباً بالرجوع ، خرّج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير إذنه . لأنّه قد وجب عليه أداؤه بعقد الصلح ، بخلاف ما إذا صالح وقضى بغير إذنه . فإنّه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه .

٣٤٤٣ (فصل) وإن صالح الأجنبيّ المدعِي لنفسه ، لتكون المطالبة له ، فلا يخلو من أن يعترف المدّعِي بصحّة دعواه ، أو لا يعترف له . فإن لم يعترف له كان الصلحُ باطلا . لأنّه يشترى منه ما لم يثبُت له ، ولم تتوجّه إليه خصومةٌ يفتدى منها ، فأشبه ما لو اشترى منه مِلك غيره . وإن اعترف له بصحّة دعواه ، وكان المدّعىَ ديناً ، لم يصحّ . لأنّه اشترى مالاً يقدرُ البائعُ على تسليمه . ولأنه بَيعٌ للدين من غير مَنْ هو فى ذِمّته ، ومن أصحابنا مَنْ قال : يصحّ ، وليس بجيِّد . لأنّ بيع الدّيْن المُقَرّ به من غير مَنْ هو فى ذمّته لا يصحّ . فبيعُ دينٍ فى ذمّة مُنكِرٍ معجوزٍ عن قبضه أولى ، وإن كان المدّعَى عيناً ، فقال الأجنبيّ للمدّعى : أنا أعلمُ أنّك صادقٌ فصالِحْنِى عنها ، فإنى قادر على استنقاذها من المنكِر . فقال أصحابنا : يصحّ الصلحُ . وهو مذهبُ الشافعيّ . لأنه اشترى منه مِلكَه الذى يقدر على تسليمه . ثم إن قدر على انتزاعه استقرّ الصلحُ . وإن عجز كان له الفسخُ . لأنه لم يُسلّم له المعقود عليه. فكان له الرجوع إلى بدله. ويحتملُ أنّه إن تبيّن أنه لا يقدر على تسليمه ، تبيّن أنّ الصلح كان فاسداً . لأنّ الشرط الذى هو القدرةُ على قبضه معدومٌ حال العقد ، فكان فاسداً ، كما لو اشترى عبده، فتبيّن أنه آبق ،أو ميِّت ، ولو اعترف له بصحّة دعواه ، ولا يمكنه استيفاؤه ، لم يصحّ الصلحُ . لأنه اشترى مالا يمكنه قبضُه منه . فأشبه شراء العبد الآبق ، والجمل الشارد ، فإن اشتراه وهو يظنّ أنه عاجز عن قبضه ، فتبيَّن أنّ قبضه ممكن ، صحّ البيعُ . لأنّ البيع تناول ما يمكن قبضُه . فصحّ ، كما لو علما ذلك . ويحتمل أن لا يصحّ ، لأنّه ظنّ

عدم الشرط . فأشبه ما لو باع عبداً يظن أنه حر ، أو أنه عبد غيره ، فتبين أنه عبده . ويحتمل أن يُفرق بين من يعلم أن البيع يفسُد بالعجز عن تسليم المبيع ، وبين من لا يعلم ذلك ، لأن من يعلم ذلك يعتقدُ فساد البيع ، والشراء فكان بيعُه فاسداً ، لكونه مُتلاعباً بقوله،معتقداً فسادَه ، ومن لا يعلم يعتقدُه صحيحاً. وقد تبين اجتماعُ شروطه ، فصح . كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

٣٤٤٤ (فصل) فإن قال الأجنبيُّ للمدّعِي : أنا وكيلُ المدَّعَى عليه في مُصالحتك عن هذه العين ، وهو مُقرٌّ لك بها ، وإنّما يجحدُها في الظاهر . فظاهرُ كلام الخِرَقي : أن الصلح لا يصح . لأنه يجحدُها في الظاهر ، لينتقص المدَّعِيَ بعضَ حقه ، أو يشتريَه بأقل من ثمنه . فهو هاضمٌ للحق يتوصّل إلى أخذ المصالَح عنه بالظلم ، والعُدوان . فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك . فقال : أنا أعلم صحة دعواك . وأنَّ هذا لك، ولكن لا أسلّمه إليك ، ولا أقرُّ لك بهعند الحاكم ، حتى تُصالحني منه على بعضه ، أو عوض عنه . وقال القاضي : يصح . وهذا مذهب الشافعي . قالوا : ثم ينظرُ إلى المدّعى عليه : فإن صدّقه على ذلكملك العين ورجع على الأجنبي ، وعليه بما أدّى عنه إن كان أذن له في الدفع . وإن أنكر الإذن في الدفع ، فالقولُ قوله مع يمينه . ويكون حكمهُ حكم من قضى دينه بغير إذنه ، وإن أنكر الوكالة فالقولُ قولُه مع يمينه وليس للأجنبيِّ الرجوع عليه ، ولا يحكم له بملكها . فأمّا حكم ملكها في الباطن . فإن وَكّل الأجنبيّ في الشراء ، فقد ملكها ، لأنه اشتراها بإذنه ، فلا يقدح إنكارهَ في مِلكها . لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وإنّما هو ظالم بالإنكار ، للأجنبي . وإن كان لم يُوكّله لم يملكها . لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ، ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته . فإن أجازه لزم في حقه . وإن لم يُجزْه لزم من اشتراه ، وإن قال الأجنبي للمدَّعى : قد عرف المدَّعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تُصالحه عنه ، وقد وَكّلني في المصالحة عنه ، فصالحه صح . وكان الحكم كما ذكرنا . لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه . بل اعترف به ، وصالحه عليه مع بذله له ، فأشبه ما لو لم يجحده .

٣٤٤٥ « مسألة » قال ﴿ ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً . لأنه هضم للحق ﴾

وجملته : أن من اعترف بحق ، وامتنع من أدائه حتى صُولح على بعضه ، فالصلحُ باطل . لأنه صالح عن بعض ماله ببعض . وهذا محالٌ ، وسواء كان بلفظ الصلح ، أو بلفظ الابراء ، أو بلفظ الهبة المقرون بشرط . مثل أن يقول : أبرأتُك عن خمسمائة ، أو وهبت لك خمسمائة ، بشرط أن تُعطيني مابقي . ولو لم يشترط إلاّ أنه لم يُعط بعض حقه إلا بإسقاط بعضه ، فهو حرام أيضاً . لأنه هضمه حقه ، قال ابن أبي اسحاق : الصلح على الإقرار هضمٌ للحقِّ . فمتى ألزم المُقرُّ له تركَ بعض حقه . فتركه عن غير طيب

نفسه ، لم يطب الأخذُ . وإن تطوّع المُقرُّ له بإسقاط بعض حقّه بطيب من نفسه جاز ، غير أن ذلك ليس بصُلح ، ولا من باب الصلح بسبيل ، ولم يُسمّ الخِرَقيّ الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدّمنا ذكره، فأمّا في الاعتراف ، فإذا اعترف بشيء ، وقضاه من جنسه ، فهو وفاء . وإن قضاه من غير جنسه ، فهي مُعاوضة ، وإن أبرأه من بعضه اختياراً منه ، واستوفى الباقي ، فهو إبراء . وان وهب له بعض العين ، وأخذ باقيها بطيب نفس ، فهي هبة . فلا يسمّى ذلك صلحاً . ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسمّاه القاضى وأصحابه صلحاً . وهو قول الشافعيّ ، وغيره ، والخلاف في التسمية . أما المعنى فمتّفق عليه . وهو فعلُ ما عدا وفاء الحقّ وإسقاطه على وجه يصحّ . وذلك ثلاثة أقسام : مُعاوضة . وإبراء . وهبة ، فأمّا المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده ، أو دين في ذمّته ، ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوزُ تعويضه به . وهذا ثلاثة أضراب .

أحدها : أن يعترف له بأحد النقدين ، فيصالحه على الآخر ، نحو أن يعترف له بمائة درهم ، فيصالحه منها بعشرة دنانير ، أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحُه على مائة درهم . فهذا صرفٌ يشترط له شروط الصرف ، من التقابض في المجلس ، ونحوه .

الثاني : أن يعترف له بعُروض ، فيُصالحه على أثمان ، أو بأثمان ، فيصالحه على عُروض . فهذا بيعٌ يثبُت فيه أحكامُ البيع ، وإن اعترف له بدين ، فصالحه على موصوف في الذمّة ، لم يجُز التفرّق قبل القبض، لأنه بيعُ دين بدين .

الثالث : أن يصالحه على سُكنَى دارٍ ، أو خِدْمةِ عبدٍ ، ونحوه ، أو على أن يعمل له عملاً معلوماً . فيكون ذلك إجارةً ، لها حكم سائر الإجارات ، وإذا أتلف الدار ، أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة ، انفسخت الإجارة ، ورجع بما صالح عنه ، وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدّة، ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوّجه جاريته ، وهو ممّن يجوز له نكاحُ الإماء صحّ . وكان المصالح عنه صداقَها . فإن انفسخ النكاحُ ، قبل الدخول بأمرٍ يُسقِط الصداق ، رجع الزوج بما صالح عنه . وإن طلّقها قبل الدخول رجع بنصفها ، وإن كان المعترف امرأةً فصالحت المدّعى على أن تُزوّجه نفسها ، جاز . ولو كان المعترف به عيباً في مبيعها فصالحته على نِكاحها صحّ ، فإن زال العيبُ رجعت بأرْشِه . لأنّ ذلك صداقُها ، فرجعت به ، لا بمهر مثلِها ، وإن لم يزُل العيب لكن انفسخ نِكاحُها بما يُسقط صداقَها رجع عليها بأرشه .

القسم الثاني : الإبراء . وهو أن يعترف له بدين في ذمّته . فيقول : قد أبرأتك من نصفه أو جزء معيّن منه ، فأعطني ما بقي ، فيصح إذا كانت البراءة مُطلقةً من غير شرط . قال أحمد : إذا كان للرجل على

الرجل الدينُ ليس عنده وفاءٌ ، فوضع عنه بعض حقِّه ، وأخذ منه الباقيَ . كان ذلك جائزاً لهما . ولو فعل ذلك قاضٍ لم يكن عليه فى ذلك إثمٌ ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم كلّم غُرماءَ جابرٍ ليضَعُوا عنه ، فوضعُوا عنه الشطر ، وفى الذى أصيب فى حديقته ، فمرَّ به النبيُّ صلَّى اللهُ عليه وسلم ، وهو ملزوم. فأشار إلى غُرمائه بالنِّصف ، فأخذوه منه . فإن فعل ذلك قاضٍ اليومَ جاز ، إذا كان على وجه الصلح ، والنظر لهما، ورَوى يونُس عن الزهريّ ، عن عبد الله بن كعب ، عن أبيه « أنهُ تقَاضَى ابنُ أَبِي حَدرَدٍ دَيناً كَانَ لَهُ عَلَيْهِ فِي المَسْجِدِ ، فَارْتفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا حَتَّى سَمِعَهَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ وَسَلَّم . فَخَرَجَ إِلَيهِمَا ، ثمّ نَادَى: يَا كَعْبُ ، قَالَ . لَبَّيْكَ يَارَسُولَ اللهِ . فَأَشَارَ إِلَيْهِ : أَنْ ضَعْ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ . قَالَ : قَدْ فَعَلْتُ يَارَسُولَ اللهِ . قَالَ رسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم: قُمْ فَأَعْطِهِ » فإن قال:على أن توفِّينى ما بقى ، بطل. لأنّه ما أبرأه عن بعض الحقّ إلاّ ليوفِّيه بقيَّته . فكأنّه عارض بعض حقِّه ببعض .

القسم الثالث : الهبة . وهو أن يكون له فى يده عين ، فيقول : قد وهبتُك نصفها ، فأعطنى بقيَّتها ، فيصحّ . ويُعتبر له شروط الهبة . وإن أخرجه مُخْرَجَ الشرط لم يصحّ . وهذا مذهب الشافعيّ . لأنه اذا شرط فى الهبة الوفاءَ جعل الهبة عوضاً عن الوفاء به. فكأنّه عاوض بعض حقِّه ببعض . وإن أبرأه من بعض الدين ، أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح ، مثل أن يقول صالحنى بنصف دينك علىّ ، أو بنصف دارك هذه ، فيقول : صالحتك بذلك ، لم يصحّ ، ذكره القاضى ، وابنُ عقيل .وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ. وقال أكثرهم : يجوز الصلحُ . لأنّه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صُلحاً ، ولا يبقى له تعلّق به . فلا يُسمّى صلحاً . أمّا إذا كان بلفظ الصلح سُمّى صلحاً، لوجود اللفظ. وإن تخلّف المعنى، كالهبة بشرط الثواب ، وإنما يقتضى لفظ الصلح المعاوضة ، إذا كان ثَمّ عِوَضٌ ، أما مع عدمه ، فلا . وإنّما معنى الصلح الاتّفاق والرضى. وقد يحصُل هذا من غير عوض ، كالتمليك ، إذا كان بعوض سُمّى بيعاً ، وإن خلا عن العوض سُمِّى هبة .

ولنا : أن لفظ الصلح يقتضى المعاوضة.لأنه إذا قال: صالحنى بهبة كذا، أو على نصف هذه العين،ونحو هذا . فقد أضاف إليه (باء) المقابلة . فصار كقوله : بعنى بألف ، وإن أضاف إليه « على » جرى مجرى الشرط. كقوله تعالى (١٨ : ٩٤ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدّاً) وكلاهما لا يجوز ، بدليل ما لو صرّح بلفظ الشرط ، أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم : إنّه يُسمى صلحاً ممنوع . وإن سمىّ صلحاً فمجاز ، لتضمّنه قطع النزاع ، وإزالة الخصومة . وقولهم . إن الصلح لا يقتضى المعاوضة . قلنا : لا نُسلّم . وإن سلّمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء ، أو على ، أو نحوها به . فإنّ لفظة الصلح تحتاجُ إلى حرف تُعدّى به ، وذلك يقتضى المعاوضة على ما بيَّناه .

٣٤٤٦ (فصل) وإن ادَّعى على رجل بيتاً ، فصالحه على بعضه ، أو على بناء غرفة فوقه ، أو على أن يَسكنه سنةً لم يصحّ . لأنه يُصالحه فى مِلكه على مِلكه، أو منفعته ، وإن أسكنه كان تبرُّعا منه ، متى شاء أخرجه منها . وإن أعطاه بعض داره بناءً على هذا ، فمتى شاء انتزعه منه . لأنه أعطاه إياه عوضاً عمّا لا يصالَح عوضاً عنه . وإن فعل ذلك على سبيل المصالحة مُعتقداً أنّ ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه ، بأجر ماسكن ، وأجر ما كان فى يده من الدار . لأنه أخذه بعقد فاسد . فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاسد وسُكنى الدار بإجارة فاسدةٍ ، وإن بنى فوق البيت غُرفة أُجبِرَ على نقضها . وإذا آجر السطح مدّة مُقامه فى يديه . وله أخذُ آلته ، ولو اتفقا على أن يُصالحه صاحبُ البيت عن بنائه بعوض جاز ، وإن بنى الغُرفة بتُراب من أرض صاحب البيت ، وآلاته ، فليس له أخذ بنائه . لأنه مِلكٌ لصاحب البيت . وإن أراد نقض البناء لم يكن له ذلك ، إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ، ويحتمل أن يملك نقضه ، كقولنا فى الغاصب .

٣٤٤٧ (فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنةً صحّ ، وكانت إجارةً ، وقد ذكرنا ذلك . فإن باع العبد فى السنة صحّ البيعُ . ويكون للمشترى . مسلوبَ المنفعة بقيّة السنة . والمستأجر استيفاء منفعته إلى انقضاء مدّته ، كما لو زوّج أمته ، ثم باعها . وإن لم يعلم المشترى بذلك ، فله الفسخُ ، لأنه عيب . وإن أعتق العبد فى أثناء المدّة نفذ عتقُه . لأنه مملوكه ، يصحُّ بيعه . فصحَّ عتقُه لغيره . وللمصالح أن يستوفى نفعه فى المدّه ، لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيره ، فأشبه مالو أعتق الأمة المزوجّة ُحرّ . ولا يرجع العبد على سيِّده بشىء . لأنه مازال ملكهُ بالعتق إلاّ عن الرقبة ، والمنافع حينئذ مملوكةٌ لغيره . فلم تتلف منافعُه بالعتق . فلم يرجع بشىء ، وإن أعتقه مسلوبَ المنفعة ، فلم يرجع بشىء ، كما لو أعتق زَمِناً ، أو مقطوع اليدين ، أو أعتق أمةً مُزوّجةً ، وذكر القاضى ، وابن عقيل وجهاً آخر : أنّه يرجعُ على سيّده بأجر مثله . وهو قول الشافعىّ . لأنّ العتق اقتضى إزالة مِلكه عن الرقبة ، والمنفعةِ جميعاً فلمّا لم تحصُل المنفعةُ للعبد ههنا ، فكأنّه حال بينه . وبين منفعته .

ولنا : أن إعتاقه لم يصادف للمعتق سوى مِلك الرقبة . فلم يؤثّر إلاّ فيه . كما لو وصّى لرجل برقبة عبدٍ ، ولآخرَ بنفعه ، فأعتق صاحبُ الرقبة ، وكما لو أعتقَ أمةً مزوّجة ، وقولهم : إنّه اقتضى زوال الملك عن المنفعه ، قلنا : إنما يقتضى ذلك إذا كانت مملوكةً له ، أمّا إذا كانت مملوكةً لغيره ، فلا يقتضى إعتاقُه إزالةَ ما ليس بموجود ، وإن تبيّن أن العبد مستَحَقّ ، تبيّن بطلانُ الصلح ، لفساد العوض ، ورجع المدّعى فيما أقرّ له به . وإن وجد العبد معيباً عيباً تنقُص به المنفعةُ ، فله ردّه ، وفسخُ الصلح . وإن صالح على العبد بعينه ، صحّ الصلحُ ، ويكون بيعاً ، والحكمُ فيما إذا خرج مستَحَقّاً أو ظهر به عيب ، كما ذكرنا .

(فصل) إذا ادّعى زَرْعاً فى يد رجل ، فأقرّ له به ، ثم صالحه منه على دراهم ، جاز ، على الوجه الذى يجوز به بيعُ الزرع . وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، وإن كان الزرع فى يد رجلين ، فأقرّ له أحدُهما بنصفه ، ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبِّه ، لم يجُز . لأنّه إن صالحه عليه بشرط التبقية ، أو من غير شرط القطع لم يجُز لأنّه لا يجوز بيعُه كذلك . وإن شرط القطع لم يجُز . لأنّه لا يمكنه قطعُه إلا بقطع زرع الآخَر ، ولو كان الزرع لواحدٍ ، فأقرّ للمدّعى بنصفه ، ثم صالحه عنه بنصف الأرض ، ليصير الزرع كلّه للمقرّ ، والأرض بينهما نصفين . فإن شرط القطع جاز . لأنّ الزرع كله للمقرّ . فجاز شرطُ قطعه ، ويحتملُ أن لا يجوز . لأن فى الزرع ما ليس بمَبيع ، وهو النصف الذى لم يُقرّ به ، وهو فى النصف الباقى له . فلا يصحّ اشتراط قطعه ، كما لو شرط قطع زرع آخرَ فى أرضٍ أخرى ، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ، ليسلم الأرض إليه فارغةً صحّ ، لأنّ قطع جميع الزرع مستَحَقٌّ نصفُه بحكم الصلح ، والباقى لتفريغ الأرض ، فأمكن القطعُ ، وإن كان إقراره بجميع الزرع ، فصالحه من نصفه على نصف الأرض ، ليكون الأرضُ والزرعُ بينهما نصفين ، وشرط القطع فى الجميع ، احتمل الجواز . لأنّهما قد شرطا قطع كلِّ الزرع ، وتسليم الأرض فارغةً . واحتمل المنعَ ، لأنّ باقىَ الزرع ليس بمَبِيعٍ ، فلا يصحُّ شرط قطعه فى العقد .

٣٤٤٨ (فصل) إذا حصلت أغصانُ شجرته فى هواء ملكِ غيره ، أو هواءِ جدارٍ له فيه شركةٌ ، أو على نفس الجدار . لزم مالكَ الشجرة إزالةُ تلك الأغصان ، إمّا بردّها إلى ناحيةٍ أخرى ، وإمّا بالقطع ، لأنّ الهواء ملكٌ لصاحب القرار . فوجب إزالةُ مايشغَلُه من ملك غيره ، كالقرار ، فإن امتنع المالكُ من إزالته لم يُجْبَر . لأنّه من غير فعله ، فلم يُجبَرْ على إزالته ، كما إذا لم يكن مالكاً له . وإن تلف بها شىء ، لم يضمنه كذلك ، ويحتملُ أن يُجبر على إزالته ، ويضمن ما تلف به ، إذا أُمر بإزالته فلم يفعل . بناء على ما إذا مال حائطهُ إلى مِلك غيره ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وعلى كلا الوجهين : إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالتُه بأحد الأمرين ، لأنّه بمنزلة البهيمة التى تدخُل داره ، له إخراجُها . كذا ههنا ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، فإن أمكنه إزالتها بلا إتلاف ، ولا قطع ، من غير مَشقّة تلزمُه ، ولا غرامةٍ . لم يَجُز له إتلافُها ، كما أنّه إذا أمكنه إخراجُ البهيمة من غير إتلافٍ لم يجُز له إتلافُها . فإن أتلفها فى هذه الحال غَرِمها . وإن لم يمكنه إزالتُها إلاّ بالإتلاف ، فله ذلك ، ولا شىء عليه ، فإنه لا يلزمه إقرارُ مالِ غيره فى ملكه ، فإن صالحه على إقرارها بعوض معلومٍ ، فاختلف أصحابُنا . فقال ابنُ حامدٍ ، وابن عقيل : يجوز ذلك رَطْباً كان الغُصنُ أو يابساً . لأنّ الجهالَة فى المُصالَح عنه ، لا تمنعُ الصحّة ، لكونها لا تمنعُ التسليم ، بخلاف العوض . فإنّه يفتقر إلى العلم ، لوجوب تسليمه . ولأنَّ الحاجةَ داعيةٌ إلى الصلح عنه ، لكون ذلك

يكثرُ فى الأملاك المتجاورة . وفى القَطْع إتلافٌ ، وضرر ، والزيادةالمتجددة يُعفى عنها ، كالسِّمن الحادث فى المستأجَر للركوب ، والمستأجِر للغرفة يتجدّد له الأولادُ ، والغِراسُ الذى يُستأجر له الأرض ، يعظُم ويجفُو . وقال أبو الخطاب : لاتصحّ المصالحة عنه بحالٍ ، رَطْباً كان ، أو يابساً ، لأنّ الرَّطْب يزيدُ ، ويتغيّر ، واليابس يَنْقُص ، وربّما ذهب كلّه ، وقال القاضى : إن كان يابساً ، معتمداً على نفس الجدار صحّت المصالحةُ عنه . لأنّ الزيادة مأمونة فيه . ولا يصحّ الصلحُ على غير ذلك . لأن الرطب يزيدُ فى كلّ وقت ، وما لا يعتمدُ على الجدار لا يصحّ الصلحُ عليه . لأنّه تبع الهواء . وهذا مذهبُ الشافعىّ . واللائقُ بمذهب أحمدَ صحّته لأنّ الجهالة فى المُصالحَ عنه لا تمنع الصحّة إذا لم يكن إلى العلم به سبيلٌ ، وذلك لدعاء الحاجة إليه . وكونه لا يحتاج إلى تسليم ، وهذا كذلك . والهواء كالقرار فى كونه مملوكاً لصاحبه . فجاز الصلحُ على ما فيه ، كالذى فى القرار .

٣٤٤٩ (فصل) وإن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها ، أو بثمرها كلّه . فقد نقل المروزىّ وإسحاق بن ابراهيم ، عن أحمد : أنّه سُئل عن ذلك ؟ فقال : لا أدرى ، فيحتمل أن يصحّ . ونحوه قال مكحول . فإنه نقل عنه أنه قال : أيّماشجرةٍ ظَلَّلت على قوم ، فهم بالخيار بين قطع ماظَلَّل ، أو أكلِ ثمرها ، ويحتمل أن لا يصحّ . وهو قول الأكثرين . وإليه ذهب الشافعىّ . لأن العوض مجهول . فإنّ الثمرة مجهولة ، وجزؤها مجهول . ومن شروط الصلح العلم بالعوض ، ولأنّ المُصالَح عليه أيضاً مجهولٌ ، لأنّه يزيد ، ويتغيّر على ما أسلفنا .

ووجه الأول : أن هذا مما يكثرُ فى الأملاك ، وتدعو الحاجةُ إليه ، وفى القطع إتلاف . فجاز مع الجهالة ، كالصلح على مجرى مياه الأمطار ، والصلح على المواريث الدارسة ، والحقوق المجهولة التى لا سبيل إلى علمها ، ويَقوَى عندى أن الصلح ههنا يصح بمعنى أن كلّ واحد منهما يُبيح صاحبَه ما بَذل له . فصاحبُ الهواء يُبيح صاحبَ الشجرة إبقاءها ، ويمتنع من قطعها ، وإزالتها ، وصاحبُ الشجرة يُبيحه ما بذل له من ثمرتها . ولا يكون هذا بمعنى البيع . لأن البيع لا يصحّ بمعدوم ، ولا مجهول . والثمرة فى حال الصلح معدومة ، مجهولة ، ولا هو لازم . بل لكلّ واحد منهما الرجوعُ عمّا بذله ، والعَوْدُ فيما قاله ، لأنّه مجرّد إباحةٍ من كلّ واحد منهما لصاحبه . فجرى مجرى قول كلّ واحد منهما لصاحبه : اسكن دارى ، وأسكنُ دارك من غير تقدير مدّة . ولا ذكر شروط الإجارة ، أو قوله : أبحتُك الأكلَ من ثمرة بُستانى ، وأبحْنِى الأكلَ من ثمرة بستانك . وكذلك قوله : دَعْنى أجْرِى فى أرضك ماء ، ولك أن تَسْقِىَ به ما شئت ، وتشرب منه ، ونحو ذلك . فهذا مثله بالأولى . فإنّ هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيراً . وفى إلزام القطع ضرر كبير ، وإتلاف أموال كثيرة ، وفى الترك من غير نفع يصلُ إلى صاحب الهواء ضررٌ عليه ، وفيما ذكرناه جمعٌ بين

الأمرين ونظرٌ للفريقين ، وهو على وَفق الأصول . فكان أولى .

٣٤٥٠ (فصل) وكذلك الحكم فى كلّ ما امتدّ من عروق شجرة إنسانٍ إلى أرض جاره ، سواء أثرت ضرراً ، مثل تأثيرها فى المصانع ، وطىّ الآبار ، وأساس الحيطان أو منعها من نبات شجر لصاحب الأرض ، أو زرع ، أو لم يؤثّر ، فإنّ الحكم فى قطعه ، والصلح عليه ، كالحكم فى الفروع ، إلّا أن العروق لا ثمرَ لها . فإن اتفقا على أنّ ما نبت من عروقها لصاحب الأرض ، أو جزء معلوم منه . فهو كالصلح على الثمر فيما ذكرنا . فعلى قولنا ، إذا اصطلحا على ذلك ، فمضت مدّة ، ثمّ أبى صاحبُ الشجرة دفعَ نباتها إلى صاحب الأرض ، فعليه أجرُ المثل ، لأنّه إنما تركه فى أرضه هذا ، فلمّا لم يسلّمه له رجع بأجر المثل ، كما لو بذلها بعوض ، فلم يُسلَّم له . وكذلك الحكم فيمن مال حائطُه إلى هواء ملك غيره ، أو زَلِقَ من أخشابه إلى مِلك غيره ، فالحكمُ فيه على ما ذكرناه .

٣٤٥١ (فصل) وإذا صالحه على المؤجَّل ببعضه حالاً ، لم يجُز . كرهه زيدُ بنُ ثابت ، وابن عمر . وقال : « نَهَى عُمَرُ أَنْ تُبَاعَ العَيْنُ بِالدَّيْنِ » وسعيدُ بن المسيّب ، والقاسم ، وسالم ، والحسن ، والشعبىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، والثورىّ ، وابنُ عُيَيْنَةَ وَهُشَيْم ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . ورُى عن ابن عباس ، والنخَعِىّ ، وابن سيرين : أنّه لا بأس به . وعن الحسن ، وابن سيرين : أنّهما كانا لا يريان بأساً بالعروض أن يأخذَها من حَقّه قبل محلِّه . لأنّهما تبايعا العروض بما فى الذمّة فصحّ . كما لو اشتراها بثمن مثلها ، ولعلَّ ابن سيرين يحتجُّ بأنّ التعجيل جائز ، والإسقاط وحده جائز . فجاز الجمعُ بينهما ، كما لو فعلا ذلك من غير مُوَاطَأَةٍ عليه .

ولنا أنَّه يبذل القدر الذى يحطُّه عِوَضاً عن تعجيل ما فى ذمّته ، وبيع الحلول ، والتأجيل ، لا يجوزُ . كما لا يجوزُ أن يُعطيه عشرةً حالّةً بعشرين مؤجّلة . ولأنّه ببيعُه عشرةً بعشرين ، فلم يجُز ، كما لو كانت مَعِيبةً . ويُفارق ما إذا كان عن غير مُواطأةٍ ، ولا عقد . لأنّ كلّ واحد منهما متبرِّع ببذل حقّه من غير عوض . ولا يلزم من جواز ذلك جوازُه فى العقد ، أو مع الشركة ، كبيع درهم بدرهمين . ويُفارق ما إذا اشترى العُروض بثمن مثلها . لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً ، فأمّا إن صالحه عن ألف حالّةٍ بنصفها مؤجّلاً . فإن فعل ذلك اختياراً منه ، وتبرعا به ، صحّ الإسقاطُ . ولم يلزم التأجيل . لأنّ الحالّ لا يتأجّل بالتأجيل ، على ما ذكرنا فيما مضى . والإسقاط صحيح ، وإن فعله لمنعه من حقّه بدونه ، أوشرط ذلك فى الوفاء لم يسقط شىء أيضاً . على ما ذكرنا فى أول الباب . وذكر أبو الخطاب فى هذا روايتين : أصحّهما : لا يصحّ ، وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى .

٣٤٥٢ (فصل) ويصحُّ الصلحُ عن المجهول ، سواء كان عيناً ، أو دَيْناً ، إذا كان ممّا لا سبيل إلى

معرفته . قال أحمد فى الرجل يُصالح على الشىء : فإن علم أنه أكثرُ منه لم يجز إلا أن يُوقفه عليه ، إلا أن يكون مجهولاً ، لا يدرى ما هو ؟ ونقل عنه عبد الله : إذا اختلط قفيزُ حنطةٍ بقفيز شعير ، وطحِنا . فإن عرف قيمةَ دقيقِ الحنطة ، ودقيق الشعير ، بيع هذا ، وأعطى كلّ واحد منهما قيمةَ ماله ، إلاّ أن يصطلحا على شىء ، ويتحالّا ، وقال ابن أبى موسى : الصلحُ الجائز هو صلحُ الزوجة من صداقها . الذى لا بيِّنَةَ لها به ، ولا علم لها ، ولا للورثة بمبلغه . وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة ، والحساب الذى قد مضى عليه الزمانُ الطويل ، لا علم لكلّ واحدٍ منهما بما عليه لصاحبه ، فيجوزُ الصلحُ بينهما . وكذلك من عليه حقٌّ لا علم له بقدره ، جاز أن يُصالح عليه ، وسواء كان صاحبُ الحقّ يعلم قدر حقِّه ، ولا بيِّنة له ، أو لا علم له ، ويقول القابض : إن كان لى عليك حقٌّ فأنت فى حِلٍّ منه . ويقول الدافع : إن كنت أخذت منى أكثر من حقك فأنت منه فى حِل ، وقال الشافعىّ : لا يصحُّ الصلحُ على مجهول ،لأنّه فرع البيع . ولا يصحّ البيعُ على مجهول.

ولنا : ما رُوى عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم . أنّه قال فى رجلين اختصما فى مواريث دَرَسَتْ «اسْتَهِمَا ، وَتَوَخَّيَا ، وَلْيُحْلِلْ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ » وهذا صلحٌ على المجهول ، ولأنّه إسقاط حقٍّ ، فصحّ فى المجهول ، كالعتاق ، والطلاق ، ولأنّه إذا صحّ الصلحُ مع العلم ، وإمكان أداء الحقِّ بعينه ، فَلأن يصحّ مع الجهل أولى ، وذلك لأنّه إذا كان معلوماً فلهما طريقٌ إلى التخلُّص . وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ، ومع الجهل لا يمكن ذلك . فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضَياع المال ، على تقدير أن يكون بينهما مالٌ لا يعرف كلٌّ واحد منهما قدرَ حقّه منه ، ولا نُسلِّم كونهُ بيعاً ، ولا فرع بيع . وإنما هو إبراء . وإن سلّمنا كونه بيعاً ، فإنّه يصحّ فى المجهول عند الحاجة . بدليل بيع أساسات الحيطان ، وطىّ الآبار ، وما مأ كوله فى جَوْفه ، ولو أتلف رجلٌ صُبْرَةَ طعامٍ لا يعلمُ قدرَها ، فقال صاحب الطعام لمتلفه : بعتُك الطعامَ الذى فى ذِمّتك بهذه الدراهم ، أو بهذا الثوب ، صحّ .

إذا ثبت هذا فإن كان العوض فى الصلح ممّا لا يحتاج إلى تسليمه ، ولا سبيل إلى معرفته كالمختصمين فى مواريث دراسة ، وحقوق سالفة ، أو فى أرض ، أو عين من المال لاَ يعلم كلّ واحد منهما قدرَ حقّه منها صحّ الصلحُ مع الجهالة من الجانبين ، لما ذكرناه من الخبر والمعنى . وإن كان ممّا يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة . ولابدّ من كونه معلوماً . لأنّ تسليمه واجب ، والجهالة تمنع التسليم ، وتفضى إلى التنازع ، فلا يحصُل مقصود الصلح .

٣٤٥٣ (فصل) فأما ما يمكنهما معرفته ، كتركة موجودة ، أو يعلمه الذى هو عليه ويجهله صاحبُه ، فلا يصحّ الصلحُ عليه مع الجهل ، قال أحمد : إن صُولحت امرأةٌ من ثُمُنِها لم يصحّ ، واحتجّ بقول شُرَيح : أيُّما امرأةٍ صُولحت من ثُمنِها لم يتبيّن لها ما ترك زوجُها . فهى الريبة كلُّها . قال : وإن ورث قومٌ مالاً ،

ودوراً وغيرَ ذلك فقالوا لبعضهم : نخرجك من الميراث بألف درهم : أ كْرهُ ذلك ، ولا يَشتَرى منها شيء ، وهى لا تعلم ، لعلّها تظنّ أنه قليل ، وهو يَعلمُ أنه كثير ، ولا يَشتَرى حتى تعرفه ، وتعلم مَا هو ؟ وإنّما يُصالِحُ الرجلُ الرجلَ على الشيء لا يَعْرِفُه . ولا يدرى ما هو ؟ حساب بينهما فيُصالحه ، أو يكون رجلٌ يعلم ما لَه على رجل ، والآخَرُ لا يعلمه ، فيُصالحه ، فأمّا إذا علم فلم يُصالحه إنّما يريدُ يهضم حقّه ويذهب به . وذلك لأنّ الصلح إنّما جاز مع الجهالة للحاجة إليه ، لابراء الذمم ، وإزالة الخصام ، فمع إمكان العلم لا حاجةَ إلى الصلح مع الجهالة . فلم يصحّ ، كالبيع .

٣٤٥٤ (فصل) ويصحّ الصلح عن كلّ ما يجوز أخذُ العوض عنه ، سواء كان مما يجوز بيعُه . أولا يجوز . فيصحّ عن دم العمد ، وسُكنى الدار ، وعيب المَبيع ، ومتى صالح عمّا يوجبُ القصاص بأكثرَ من دِيته ، أوأقلّ جاز . وقد رُوى أن الحسن ، والحسين ، وسعيدَ بن العاص ، بذلوا للذى وجب له القصاص على هُدْبَةَ بن خَشْرَم سبعَ دِياتٍ ، فأبى أن يقبلها . ولأنّ المال غيرُ متعيّن ، فلا يقع العوضُ فى مقابلته ، فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دِيته من جنسها ، لم يجُز . وكذلك لو أتلف عبداً أو شيئاً غيره . فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها لم يجُز . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يجوز . لأنّه يأخذُ عِوضاً عن المتلف ، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته ، كما لو باعه بذلك .

ولنا : أن الدية والقيمة ثبتت فى الذمّة مقدَّرة ، فلم يجُز أن يُصالح عنها بأكثر منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض ، أو ثمن مبيع ، ولأنّه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقّه وزيادةً لاَ مُقابِلَ لها . فيكون أكلَ مالٍ بالباطل . فأمّا إن صالحه على غير جنسها بأكثر قيمةً منها جاز ، لأنه بيع ، ويجوز أن يشترى الشيء بأكثر من قيمته ، أو أقلّ .

٣٤٥٥ (فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة فى الذمّة بالاتلاف بمائةٍ مُؤجّلة لم يجُز ، وكانت حالّة . وبهذا قال الشافعىّ . وعن أحمد : يجوز . وهو قول أبى حنيفة . لأنه عاوض عن المتلف بمائة مُؤجّلة فجاز ، كما لو باعه إيّاه .

ولنا : أنّه إنّما يستحقّ عليه قيمةَ المُتلف ، وهو مائةُ حالّة ، والحالّ لا يتأجّل بالتأجيل . وإن جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين . وبيعُ الدين بالدين غيرُ جائز .

٣٤٥٦ (فصل) ولو صالح عن القصاص بعبد ، فخرج مستَحقًّا رجع بقيمته ، فى قولهم جميعاً . وإن خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يرجع بالدية . لأن الصلح فاسد ، فرجع ببدل ما صالح عنه وهو الدية .

ولنا : أنه تعذّر تسليمُ ما جعله عوضاً ، فرجع فى قيمته ، كما لو خرج مستَحقا .

٣٤٥٧ (فصل) ولو صالح عن دارٍ ، أو عبد بعوض ، فوجد العوض مستَحقًّا ، أو حرًّا رجع فى الدار ، وما صالح عنه ، أو بقيمته إن كان تالفاً . لأنّ الصلح ههنا بيعٌ فى الحقيقة . فإذا تبيّن أن العوض كان مستَحَقًّا أو حُرًّا ، كان البيعُ فاسداً . فرجع فيما كان له ، بخلاف الصلح عن القصاص ، فإنّه ليس ببَيْعٍ . وإنّما يأخُذُ عوضا عن اسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئاً ، فوجده مَعيباً ، فصالحه عنه بعبْدٍ ، فبان مستَحَقًّا ، أو حُرًّا ، رجع بأرش العيب ، ولو كان البائع امرأةً فزوّجته نفسها عوضاً عن أرش العيب ، فزال العيبُ ، رجعت بأرشه ، لا بمهر المثل . لأنّها رضيت ذلك مهراً لها .

٣٤٥٨ (فصل) ولو صالحه عن القصاص بحرّ يعلمان حُرّيته ، أو عبد يعلمان أنّه مستَحقّ ، أو تصالحا بذلك عن غير القصاص ، رجع بالدية ، وبما صالح عنه ، لأنَّ الصلح ههنا باطلٌ يعلمان بُطلانَه . فكان وجوده كعدمه .

٣٤٥٩ (فصل) إذا صالح رجلاً على موضع قناةٍ من أرضه ، يجرى فيها ماء ، وبيّنا موضعها ، وعرضها ، وطولها ، جاز . لأنّ ذلك بيعُ موضعٍ من أرضه . ولا حاجةَ إلى بيان عُمقه . لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تُخُومِهِ . فله أن يترك فيه ما شاء . وإن صالحه على إجراء الماء فى ساقيةٍ من أرض ربّ الأرض مع بقاء ملكه عليها . فهذا إجارة للأرض ، فيشترط تقدير المدّة . لأنّ هذا شأن الاجارة ، فإن كانت الأرضُ فى يد رجل باجارةٍ ، جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها فى ساقيةٍ محفورة مدّةً لا تجاوز مدّة إجارته . وإن لم تكن الساقية محفورةً ، لم يجُز أن يُصالحه على ذلك . لأنه لا يجوز إحداث ساقية فى أرض فى يده بإجارة ، فأمّا إن كانت الأرضُ فى يده وقفا عليه ، فقال القاضى : هو كالمستأجر ، له أن يُصالحَ على إجراء الماء فى ساقية محفورة فى مدّة معلومة ، وليس له أن يحفر فيها ساقيةً . لأنه لا يملكها ، إنّما يَسْتوفى منفعتها ، كالأرض المستأجرة سواءً . وهذا كلُّه مذهبُ الشافعىّ ، والأولى : أنه يجوز له حفرُ الساقية ، لأنّ الأرض له ، ولهُ التصرُّف فيها كيفما شاء ، مالم ينقل الملك فيها إلى غيره ، بخلاف المستأْجر . فإنه إنما يتصرّف فيها بما أُذِن لهُ فيه ، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأْجِر إذا أُذِنَ له فى الحفر . فإن مات الموقوف عليه فى أثناء المدَّة ، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقى من المدّة ؟ على وجهين . بناءً على ما إذا آجره مدّة ، فمات فى أثنائها . فإن قلنا : له فسخ الصلح ، ففسخه رجع الصالِحُ على ورثة الذى صالحه بقسط ما بقى من المدّة ، وإن قلنا : ليس لهُ الفسخُ رجع من انتقل إليه الوقفُ على الورثة .

٣٤٦٠ (فصل) وإن صالح رجلاً على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه ، أو فى أرضه عن سطحه ، أو فى أرضه عن أرضه جاز إذا كان ما يجرى ماءه معلوماً ، إمّا بالمشاهدة ، وإمّا بمعرفة المساحة ، لأنّ الماء يختلفُ بصغَرَ السطح ، وكِبَره . ولا يمكن ضبطُه بغير ذلك . ويشترط معرفة الموضع الذى يجرى

منه الماء إلى السطح . لأن ذلك يختلف ، ولا يفتقر إلى ذكر مدة . لأن الحاجة تدعو إلى هذا ، ويجوز العقد على المنفعة فى موضع الحاجة غير مقدّر ، كما فى النكاح ، ولا يملك صاحب الماء مجراه ، لأن هذا لا يستوفى به منافع المجرى دائماً ، ولا فى أكثر المدة ، بخلاف الساقية ، ويختلفان أيضاً فى أن الماء الذى فى الساقية لا يحتاج إلى ما يقدّر به . لأن تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية ، فإنه لا يملك أن يُجْرى فيها أكثر من مائها . والماء الذى على السطح يحتاج إلى معرفة مقدار السطح ، لأنه يجرى منه القليلُ ، والكثير ، وإن كان السطح الذى عليه الماء مستأْجَرًا ، أو عارية مع إنسان ، لم يجز أن يُصالح على إجراء الماء عليه . لأنه يتضرّر بذلك . ولم يُؤذن له فيه ، فلم يكن له أن يتصرّف به ، بخلاف الماء فى الساقية المحفورة ، فإنّ الأرض لا تتضرّر بِهِ ، وإن كان ماء السطح يجرى على أرض ، احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك ، لأنه إن احتاج إلى حَفْرٍ لم يجز له أن يحفر أرض غيره ، ولأنه يجعل لغير صاحب الأرض رسماً . فربّما ادّعى استحقاق ذلك على صاحبها . واحتمل الجواز إذا لم يحتج إلى حفر ، ولم تكن فيه مضرّة لأنه بمنزلة اجراء الماء فى ساقيةٍ محفورة . ولا يجوز إلاّ مدّة لا تزيد على مدّة إجارته . كما قلنا فى إجراء الماء فى الساقية . والله أعلم .

٣٤٦١ (فصل) واذا أراد أن يجرى ماء فى أرض غيره . لغير ضرورة ، لم يجُز الاّ بإذنِهِ ، وإن كان لضرورة ، مثل أن يكون له أرض للزراعة ، لها ماء لا طريق لهُ إلاّ أرض جاره . فهل لهُ ذلك ، على روايتين :

إحداهما : لا يجوز . لأنه تصّرف فى أرض غيره بغير إذنِهِ ، فلم يجُز ، كما لو لم تدع اليه ضرورة . لأنّ مثل هذه الحاجة لا يُبيح مالَ غيره . بدليل أنهُ لا يُباح لهُ الزرع فى أرض غيره ، ولا البناء فيها ، ولا الانتفاع بشىء من منافعها المحرّمة عليه . قبل هذه الحاجة .

والأخرى : يجوز . لما رُوى « أن الضحّاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض ، فأراد أن يمرّ بِهِ فى أرض محمد بن مَسْلَمَة ، فأبى ، فقال لهُ الضحّاك : لِمَ تمنعنى وهو منفعة لك ، تشربهُ أولاً وآخراً ، ولا يضُرّك ؟ فأبى محمد . فكلّم فيه الضحاكُ عمر ، فدعا عمر محمد بن مَسْلَمة ، وأمره أن يُخَلِّيَ سبيله . فقال محمد : لا والله . فقال لهُ : لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ ما ينفعُه . وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ . تَشْرَبُهُ أَوّلاً وَآخِرًا ؟ فقال محمد : لا والله . فقال عمر : والله ليمرّنّ به ، ولو على بطنك . فأمره عمر أن يمرّ به ، فَفَعَل » رواه مالك فى مُوَطّئه ، وسعيدٌ فى سُنَنِه . والأول أقيس . وقول عمر يخالفه قولَ محمد بن مَسْلَمَة وهو موافق للأصول . فكان أولى .

٣٤٦٢ (فصل) وإن صالح رجلا على أن يسقى أرضه من نهر الرجل يوماً ، أو يومين أو من عينه ، وقدّره بشىء يُعلم به ، فقال القاضى : لا يجوز . لأنّ الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعُه . فلا يجوز.

الصلحُ عليه . ولأنّه مجهول . قال : وإن صالحه على سهم من العين ، أو النهر : كالثُلث ، أو الرُبع جاز . وكان بيعاً للقرار . والماء تابع له . ويحتمل أن يجوز الصلح على السقى من نهره ، وقناته . لأنَّ الحاجة تدعو إلى ذلك ، والماء مما يجوز أخذُ العوض عنه . بدليل مالو أخذه فى قِربته فى الجملة ، أو إنائه . ويجوز الصلح على مالا يجوز بيعُه . بدليل الصلح عن دم العمد ، وأشباهه ، والصلح على المجهول .

٣٤٦٣ (فصل) ولا يصحّ الصلح على مالا يجوز أخذُ العوض عنه ، مثل أن يصالح امرأةً لتقر بالزوجيّة ، لأنه صلح يُحِلُّ حراماً . ولأنها لو أرادت بَذْلَ نفسها بعوض لم يجز . وإن دفعت إليه عوضاً عن هذه الدعوى ليكُفَّ عنها ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز ، لأنّ الصلح فى الإنكار إنما يكون فى حقّ المنكِر ، لافتداء اليمين . وهذه لا يمينَ عليها . وفى حقِّ المدّعى يأخذ العوض فى مقابلةِ حقِّه الذى يدّعيه . وخروج البُضع من ملك الزوج لاقيمةَ له . وإنَّما أُجيز الُخلعُ للحاجة إلى افتداء نفسها .

والثانى : يصحُّ . ذكره أبو الخطاب ، وابن عقيل ، لأنّ المدّعى يأخذ عوضاً عن حقِّه من النكاح . فجاز كعوض الُخلع . والمرأة تبذله لقطع خُصومته ، وإزالة شرِّه ، وربَّما توجّهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك . ولأنّها مشروعة فى حقّها فى إحدى الروايتين ، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجيَّة بإقرارها ، أو ببيّنة فإن قلنا ، الصلح باطل ، فالنكاح باقٍ بحاله . لأنَّه لم يوجد من الزوج طلاق ، ولا خلع ، وإن قلنا : هو صحيح ، احتمل ذلك أيضاً . ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض . لأنه أخذ العوض عمَّا يستحقّه من نكاحها ، فكان خُلعاً ، كما لو أقرّت له بالزوجيّة ، فخالعها ، ولو ادّعت أنّ زوجها طلَّقها ثلاثاً ، فصالحها على مالٍ لتنزل عن دعواها ، لم يجز . لأنَّه لا يجوز لها بذلُ نفسها لمطلّقها بعوض، ولا بغيره . وإن دفعت إليه مالاً ليقرّ بطلاقها ، لم يجز فى أحد الوجهين ، وفى الآخر : يجوز . كما لو بذلت له عوضاً ليطلّقها ثلاثاً .

٣٤٦٤ (فصل) وإن ادّعى على رجل أنّه عبده ، فأنكره ، فصالحه على مال ليقرّ له بالعبوديّة ، لم يجز ، لأنَّه يُحِلّ حراماً . فإنّ إرقاق الحرّ نفسه لا يَحِلّ بعوض ، ولا بغيره ، وإن دفع إليه المدّعى عليه مالاً صُلحاً عن دعواه ، صحّ . لأنه يجوز أن يُعتق عبده بمال ، ويُشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه ، والخصومة المتوجّهة إليه . ولو ادّعى على رجل ألفاً ، فأنكره ، فدفع إليه شيئاً ليقرّ له بالألف، لم يصحّ . فإن أقرّ لزمه ما أقرّ به ، ويرد ما أخذه . لأنه تبيّن بإقراره كذبُه فى إنكاره ، وأنّ الألف عليه . فيلزمه أداؤه بغير عوض . ولا يحلُّ له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه، وإن دفع إليه المنكر مالاً صُلحاً عن دعواه، صحّ ، وقد مضى ذكره .

٣٤٦٥ (فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح ، لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به ، كدين آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة ، كالزكاة ، ونحوها . فلا يجوز كتمانه ، ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك، كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر ، وترك الصلاة .

الثاني : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بالزور . فهذا يجب عليه ترك ذلك،ويحرم عليه فعله.فلايجوز أخذ العوض عنه ، كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ، ولا يغصب ماله .

الثالث : أن يصالحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً ، كالزنا ، والسرقة ، فلا يجوز أخذ العوض عنه . لأن ذلك ليس بحق له . فلم يجز له أخذ عوضه ، كسائر ما ليس بحق له. ولو صالح السارق ، والزانى، والشارب ، بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان ، لم يصح الصلح ، لذلك ، ولم يجز له أخذ العوض ، وإن صالحه عن حد القذف ، لم يصح الصلح . لأنه إن كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه ، لكونه ليس بحق له . فأشبه حد الزنا ، والسرقة ، وإن كان حقاً له ، لم يجز الاعتياض عنه ، لكونه حقاً ليس بمالى . ولهذا لا يسقط إلى بدل ، بخلاف القصاص . ولأنه شرع لتنزيه العرض . فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال ، وهل يسقط الحد بالصلح ؟ فيه وجهان ، مبنيان على الخلاف فى كونه حقاً لله تعالى ، أو حقاً لآدمى .

فإن كان حقاً لله تعالى لم يسقط بصلح الآدمى ، ولا إسقاطه ، كحد الزنا ، والسرقة ، وإن كان حقاً لآدمى سقط بصلحه ، وإسقاطه ، مثل القصاص . فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح . لأنه حق شرع على خلاف الأصل ، لدفع ضرر الشركة ، فإذا رضى بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ، كحد القذف ، إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً . لكونه حقاً لآدمى .

٣٤٦٦ (فصل) ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً،وهو الروشن[1] ، يكون على أطراف خشبة مدفونة فى الحائط ، وأطرافها خارجة فى الطريق ، سواء كان ذلك يضر فى العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطاً[2] ، بطريق الأولى ، وهو المستوفى لهواء الطريق كله على حائطين ، سواء كان الحائطان ملكه ، أو لم يكونا ، وسواء أذن الإمام فى ذلك ، أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل : إن لم يكن فيه ضرر جاز إذن الإمام . لأنه نائبهم ، فجرى إذنه مجرى إذن المشتركين فى الدرب الذى ليس

(١) الروشن : مثل « البلكونة » الآن ، غير أنه يكون خارجاً أكثر منها فى شارع ضيق.

(٢) الساباط : السقف يغطى الطريق بين دارين.

بنافذ ، وقال أبو حنيفة : يجوز من ذلك مالا ضرر فيه ، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعُه ، وقال مالك ، والشافعيّ ، والأوزاعيّ ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد : يجوز ذلك إذا لم يضرّ بالمارة ، ولا يملك أحدٌ منعه ، لأنّه ارتفق بما لم يتعيّن ملك أحد فيه من غير مَضرّة ، فكان جائزاً ، كالمشى فى الطريق ، والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضرّ ، فقال بعضهم : ان كان فى شارع تمرّ فيه الجيوش ، والأحمال ، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورُمحه منصوبٌ لا يبلُغه ، وقال أكثرهم : لا يقدّر بذلك. بل يكون بحيث لا يضرّ بالعماريات ، والمحامل .

ولنا : أنه بناء فى ملك غيره بغير إذنه ، فلم يجز . كبناء الدكّة . أو بناء ذلك فى دَرْبٍ غير نافذ ، بغير إذن أهله ، ويُفارق المرور فى الطريق . فإنّها جُعلت لذلك ، ولا مضرّة فيه ، والجلوس لايدوم ، ولا يمكن التحرّز منه ، ولا نسلّم أنه لا مضرّة فيه ، فإنّه يُظلم الطريق ، ويسُدّ الضوء ، وربّما سقط على المارة ، أو سقط منه شيء . وقد تعلو الأرض بمرور الزمان ، فيصدِمُ رءوس الناس ، ويمنع مرور الدوابّ بالأحمال ، ويقطع الطريق إلاّ على الماشى ، وقد رأينا مثلَ هذا كثيراً ، وما يُفضى إلى الضرر فى ثانى الحال يجب المنع منه فى ابتدائه ، كما لو أراد بناء حائط مائلٍ إلى الطريق يُخشى وقوعُه على من يمرّ فيها ، وعلى أبى حنيفة : أنّه بناء فى حقّ مشترك ، لو منع منه بعض أهله لم يجز . فلم يجز بغير إذنهم ، كما لو أخرجه إلى هواء دارٍ مُشتركة، وذلك لأن حقّ الآدميّ لا يجوز لغيره التصرّف فيه بغير إذنه،وإن كان ساكناً، كما لا يجوز إذا مُنع منه .

٣٤٦٧ (فصل) ولا يجوز أن يبنى فى الطريق دكّاناً بغير خلاف نعلمُه ، سواء كان الطريق واسعاً، أو غير واسع ، سواء أذن الإمام فيه ، أو لم يأذن . لأنّه بناء فى ملك غيره بغير إذنه ، ولأنّه يؤذى المارّة ، ويضيّق عليهم ، ويعثرُ به العاثرُ ، فلم يجز ، كما لو كان الطريق ضيّقاً .

٣٤٦٨ (فصل) ولا يجوز أن يبنى دكّاناً ، ولا يُخرج رَوْشناً ، ولا ساباطاً على درب غير نافذ إلا بإذن أهله . وبهذا قال الشافعيّ ، إذا لم يكن له فى الدرب بابٌ ، وإن كان له فى الدرب بابٌ ، فقد اختلف أصحابه ، فمنهم من منعه أيضاً ، ومنهم من أجاز له إخراج الجناح ، والساباط . لأنّ له فى الدرب استطراقاً . فملك ذلك ، كما يملكه فى الدرب النافذ .

ولنا : أنه بناء فى هواء ملك قوم مُعيّنين . أشبه ما لو لم يكن له فيه بابٌ ، ولا نسلّم الأصل الذى قاسوا عليه . فأمّا إن أذن أهلُ الدرب فيه جاز . لأنّ الحقّ لهم . فجاز بإذنهم ، كما لو كان المالك واحداً، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم ، جاز ، وقال القاضى ، وأصحاب الشافعيّ : لايجوز ، لأنّه بيعٌ للهواء دون القرار .

ولنا : أنه يبنى فيه بإذنهم ، فجاز ، كما لو أذنوا له بغير عوض ، ولأنه ملك لهم ، فجاز لهم أخذُ عوضه ، كالقرار .

إذا ثبت هذا فإنّما يجوز بشرط كون ما يُخرجه معلومَ المقدار فى الخروج ، والعلوّ وهكذا الحكم فيما اذا أخرجه إلى مِلك إنسان مُعيّن . لا يجوز بغير إذنه ، ويجوز بإذنه بعوض ، وبغيره ، إذا كان معلومَ المقدار ، والله أعلم .

٣٤٦٩ (فصل) ولا يجوز أن يحفر فى الطريق النافذة بئراً لنفسه ، سواء جعلها لماء المطر ، أو ليستخرج منها ما ينتفع به ، ولا غير ذلك ، لما ذكرناه من قبل ، وإن أراد حفرها للمسلمين ونفعهم ، أو لنفع الطريق ، مثل أن يحفرها ليستقى الناسُ من مائها ، ويشرب منه المارّة ، أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق ، نظرنا : فإن كان الطريق ضيّقاً ، أو يحفرها فى ممرّ الناس ، بحيثُ يُخاف سقوط إنسان فيها ، أو دابّة أو يُضيّق عليهم ممرّهم ، لم يجز ذلك . لأنّ ضررها أكثرُ من نفعها ، وإن حفرها فى زاوية فى طريق واسع ، وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها ، جاز . لأن ذلك نفعٌ بلا ضرر . فجاز ، كتمهيدها ، وبناء رصيف فيها . فأمّا ما فعله فى دربٍ غير نافذ ، فلا يجوز ، إلاّ بإذن أهله . لأنّ هذا ملك لقوم مُعيّنين . فلم يجز فعل ذلك بغير إذنهم ، كما لو فعله فى بُستان إنسان ، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز ، سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره ، أو ليستقى منها ماء لنفسه ، أو حفرها للسبيل ، ونفع الطريق ، وكذلك إن فعل ذلك فى ملك إنسان مُعيّن

٣٤٦٠ (فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ، ولا يجوزُ إخراجُها إلى دربٍ نافذٍ الاّ بإذن أهله ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ : يجوز إخراجه إلى الطريق الأعظم . لأنّ عمر رضى الله عنه « اجْتَازَ عَلَى دَارِ العَبَّاسِ وَقَدْ نَصَبَ مِيزاباً إِلَى الطَّرِيقِ فَقَلَعَهُ ، فقالَ العباسُ : تَقْلَعُهُ وَقَدْ نَصَبَهُ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عليهِ وَسَلَّمَ ، بِيَدِهِ ؟ فقال : وَاللهِ لاَ تَصَبْتَهُ إلاّ عَلَى ظَهْرِى ، وَانْحَنَى حَتَّى صَعِدَ عَلَى ظَهْرِهِ فَنَصَبَهُ » وما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فلغيره فعله ، مالم يَقُم دليل على اختصاصه به ، ولأنّ الحاجة تدعو إلى ذلك ، ولا يمكنه ردّ مائه إلى الدار . ولأنّ الناس يعملون ذلك فى جميع بلاد الإسلام من غير نكير .

ولنا : أن هذا تصرّف فى هواء مُشترك بينه وبين غيره بغير اذنه ، فلم يجز ، كما لو كان الطريق غير نافذ . ولأنّه يضرّ بالطريق ، وأهلها ، فلم يجز ، كبناء دكّة فيها أو جناح يضرّ بأهلها . ولا يخفى مافيه من الضرر ، فانّ ماءه يقع على المارّة ، وربّما جرى فيه البول ، أو ماء نجس ، فينجّسهم ، ويُزلق الطريق ويجعل فيها الطين ، والحديث قضيّةٌ فى عَيْن . فيحتمل أنّه كان فى درب غير نافذ ، أو تجدّدت الطريق بعد

نصبه ، ويحتمل أن يجوز ذلك . لأنّ الحاجة داعيةٌ إليه ، والعادة جارية به ، مع مافيه من الخبر المذكور .

٣٤٧١ (فصل) ولا يجوز أن يفتح فى الحائط المشترك طاقاً ، ولا باباً إلاّ بإذن شريكه ، لأنّ ذلك انتفاع بملك غيره ، وتصرّف فيه بما يضرّ به ، ولا يجوز أن يَغْرِز فيه وَتداً ، ولا يُحدث عليه حائطاً ، ولا يستره ، ولا يتصرّف فيه نوعَ تصرّف ، لأنّه تصرّف فى الحائط بما يضرُّ به ، فلم يجز ، كَنَقْضِه . ولا يجوز له فعل شيء من ذلك فى حائط جاره بطريق الأولى . لأنه إذا لم يجز فيما له فيه حقّ ، ففيما لا حقّ له فيه أولى . وإن صالحه عن ذلك بعوض ، جاز . وأما الاستناد إليه ، وإسناد شيء لا يضرُّه إليه ، فلا بأس به لأنّه لا مضرّة فيه ، ولا يمكن التحرُّز منه . أشبه الاستظلال به .

٣٤٧٢ (فصل) فأما وضع خشبه عليه ، فإن كان يضرُّ بالحائط لضعفه عن حمله ، لم يجز ، بغير خلاف نعلمه . لما ذكرنا . ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » وإن كان لا يضرُّ به إلا أن به غُنْيةً عن وضع خَشبِهِ عليه ، لإمكان وضعه على غيره . فقال أكثر أصحابنا : لا يجوز أيضاً. وهو قول الشافعيّ ، وأبي ثور . ولأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه ، من غير حاجةٍ ، فلم يجز ، كبناء حائط عليه ، وأشار ابن عقيل إلى جوازه . لما رَوى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَمْنَعْ أحَدُكُمْ جَارَهُ أنْ يَضَعَ خَشَبه عَلَى جِدَارِه » متفق عليه ، ولأنّ ما أبيح للحاجة العامّة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة ، كأخذ الشِّقْص بالشُّفعة من المشترى ، والفسخ بالخيار ، أو بالعيوب ، واتخاذ الكلب للصيد ، وإباحة السلَم ، ورُخَص السفر ، وغير ذلك ، فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره ، أو الحائط المشترك ، بحيثُ لا يمكنه التسقيف بدونه . فإنه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك . وبهذا قال الشافعىّ فى القديم . وقال فى الجديد : ليس له وضْعُه . وَهو قول أبى حنيفة ،ومالك ، لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجزّ كزراعته .

ولنا : الخبر . ولأنّه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضرّ به ، أشبه الاستناد إليه ، والاستظلال به . ويفارق الزرع . فإنّه يضرّ ، ولم تدعُ إليه حاجة .

إذا ثبت هذا فاشترط القاضى ، وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثةُ حيطان ، ولجاره حائط واحد . وليس هذا فى كلام أحمد . إنّما قال فى رواية أبى داود : لا يمنعه إذا لم يكن ضرر ، وكان الحائط يبقى ، ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين ، إذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسعاً يحتاج إلى أن يجعل عليه جسراً ، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر . والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ ، واليتيم ، والمجنون ، والعاقل ، لما ذكرنا . والله أعلم .

٣٤٧٣ (فصل) فأما وضعه فى جدار المسجد إذا وُجِد الشرطان ، فعن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : الجواز . لأنه إذا جاز فى ملك الجار مع أن حقه مبنىّ على الشحّ ، والضّيق . ففى حقوق الله تعالى المبنيّة على المُسامحة ، والمُساهلة أولى .

والثانية : لا يجوز . نقلها أبو طالب. لأن القياس يقتضى المنع فى حقّ الـكل ، ترك فى حق الجار للخبر الوارد فيه . فوجب البقاء فى غيره على مقتضى القياس . وهذا اختيار أبى بكر . وخرّج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهاً بالمنع من وضع الخشب فى ملك الجـار . لأنه إذا متنع من وضع الخشب فى الجدار المشترك بين المسلمين ، وللواضع فيه حقّ . فلأنْ يُمنع من المالك المختصّ بغيره أولى . ولأنّه إذا منع فى حقّ الله تعالى مع أنّ حقّه على المسامحة ، والمساهلة ، لِغنَى الله تعالى ، وكرمه . فلأن يُمنع فى حقّ آدمىّ مع شحّه وضِيقه أولى ، والمذهبُ الأول .

فإن قيل : فلم لا تجيزون فتح الطاق ، والباب فى الحائط ، بالقياس على وضع الخشب ؟

قلنا : لأن الخشب يُمسِك الحائط ، وينفعُه ، بخـلاف الطاق ، والباب . فإنّه يضعِفُ الحائط . لأنّه يبقى مفتوحا فى الحائط . والذى يفتحُه للخشبة يسدّه بها . ولأن وضعَ الخشب تدعو الحاجة إليـه ، بخلاف غيره .

٣٤٧٤ (فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط ، فزال بسقوطه ، أو قلعه ، أو سقوط الحائط ، ثم أعيد ، فله إعادةُ خشبه . لأن السبب المجوّز لوضعه مستمرّ ، فاستمرّ استحقاق ذلك . وإن زال السبب ، مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه ، أو استغنى عن وضعه ، لم تجز إعادته لزوال السبب المبيح . وإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه ، أو استغنى عن وضعه ، لزم إزالتُه . لأنّه يضرُّ بالمالك . ويزول الخشب ، وإن لم يخف عليه ، لـكن استغنى عن إبقائه عليه ، لم يلزم إزالته لأنّ فى إزالته ضرراً بصاحبه . ولا ضرر على صاحب الحائط فى إبقائه ، بخلاف مالو خشى سقوطه .

٣٤٧٥ (فصل) ولو كان له وضع خشبه على جـدار غيره ، لم يملك إعارته ، ولا إجارته ، لأنّه إنما كان له ذلك لحاجته الماسّة إلى وضع خشبه ، ولا حاجـة له إلى وضع خشب غيره ، فلم يملـكه . وكذلك لا يملك بيعَ حقّه من وضع خشبه ، ولا المصالحة عنه للمالك ، ولا لغيره . لأنّه أبيح له من حقّ غيره لحاجته فلم يجز له ذلك فيه ، كطعام غيره إذا أبيح له من أجل الضرورة ، ولو أراد صاحبُ الحائط إعارةَ الحائط ، أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحقّ من وضع خشبه ، لم يملك ذلك . لأنه وسيلة إلى منع ذى الحقّ من حقه ، فلم يملـكه كمنعه . ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة ، لم يملك ذلك . لما فيه من تفويت الحقّ ، وإن احتاج إلى هدمه للخوف من انهدامه ، أو لتحويله إلى مكان آخر ، أو لغرض صحيح . ملك ذلك ، لأنّ

صاحب الخشب إنّما يثبُت حقّه الإرفاق به ، مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحق . فتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق . لزوال شرطه .

٣٤٧٦ (فصل) وإذا أذن صاحب الحائط لجاره فى البناء على حائطه ، أو وضع سترة عليه . أو وضع خشبه عليه فى الموضع الذى يستحقّ وضعه ، جاز. فإذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمةً . فإذا رجع المُعيرُ فيها ، لم يكن له ذلك ، ولم يلزم المستعير إزالة ما فعله . لأنّ إذنه اقتضى البقاء . والدوام ، وفى القلع إضرار به ، فلا يملك ذلك المعير ، كما لو أعاره أرضا للدفن ، والغِراس ، لم يملك المطالبة بنقل الميّت ، والغراس بغير ضمان ، وإن أراد هدم الحائط لغير حاجةٍ ، لم يكن له ذلك . لأنّ المستعير قد استحقّ تبقية الخشب عليه ، ولا ضرر فى تبقيته . وإن كان مُستهدماً[1] فله نقضُه . وله على صاحب البناء ، والخشب ، إزالته . وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعيرُ ردّ بنائه ، وخشبه ، إلاّ بإذنٍ جديد ، سواء بناه بآلته ، أو غيرها ، وهكذا لو قلع المستعيرُ خشباً ، أو سقط بنفسه ، لم يكن له ردُّه إلاّ بإذنٍ مستأنَفٍ . لأنّ المنع من القلع إنّما كان لما فيه من الضرر ، وههنا قد حصل القلع بغير فعله ، فأشبه مالو كان فى الأرض شجرٌ ، فانقلع ، وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعىِّ ، وقالوا فى الآخَر : له ذلك . لأنه قد استحقّ بقاء ذلك على التأبيد . وليس كذلك ، فإنّه إنما استحقّ الإبقاء ضرورةَ دفع ضرر القلع . وقد حصل القلع ههنا . فلا يبقى الاستحقاق ، وإن قلع صاحب الحائط ذلك عُدواناً ، كان للآخر إعادته ، لأنه أزيل بغير حقّ تعدّياً ممّن عليه الحقُّ ، فلم يسقط الحقُّ عنه بعدوانه . وإن أزاله أجنبىٌّ لم يملك صاحبه إعادته بغير إذن المالك . لأنه زال بغير عدوان منه . فأشبه مالو سقط بنفسه .

٣٤٧٧ (فصل) وإن أذن له فى وضع خشبه ، أو البناء على جداره بعوض ، جاز . سواء كان إجارةً فى مدّة معلومة ، أو صُلحاً على وضعه على التأبيد . ومتى زال فله إعادته ، سواء زال لسقوطه ، أو سقوط الحائط ، أو غير ذلك ، لأنّه استحقّ ابقاءه بعوض ، ويحتاج إلى أن يكون البناء معلوم العَرْض ، والطول ، والسُّمك ، والآلات ، من الطين ، واللَّبِن ، والآجُرّ ، وما أشبه ذلك . لأن هذا كلّه يختلف ، فيحتاج إلى معرفته ، وإذا سقط الحائط الذى عليه البناء ، أو الخشب ، فى أثناء مدّة الإجارة سقوطاً لا يعود ، انفسخت الإجارة فيما بقى ، ورجع من الأجرة بقسط مابقى من المدّة . وإن أعيد رجع من الأجرة بقدر المدّة التى سقط فيها البناء ، والخشب عنه ، وإن صالحه مالك الحائط على رفع بنائه ، أو خشبه بشىء معلوم ، جاز ، كما يجوز الصلح على وضعه ، سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذى صُولح به على وضعه ، أو أقلّ ، أو أكثر . لأن هذا عوض عن المنفعة المستَحَقة له . وكذلك لو كان له مسيل ماء فى أرض غيره ، أو

---

(١) مستهدما : يعنى (آيل للسقوط) كما يقال فى عرفنا اليوم .

ميزاب ، أو غيره ، فصالح صاحب الأرض مُسْتَحِقُّ ذلك بعوض ، ليزيله عنهُ جاز. وإن كان الخشب، أو الحائط قد سقط ، فصالحهُ بشيء ، على أن لا يعيده جاز . لأنه لمَّا جاز أن يبيع ذلك منهُ ، جاز أن يُصالح عنهُ . لأن الصلح بيع .

٣٤٧٨ (فصل) وإذا وجد بناؤه ، أو خشبهُ على حائط مشترك ، أو حائط جاره ، ولم يعلم سببه . فمتى زاد فله إعادتهُ . لأنّ الظاهر أنّ هذا الوضع بحقّ من صلح ، أو غيره ، فلا يزول هذا الظاهر حتّى يعلم خلافه ، وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره ، أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره ، وما أشبه هذا فهو له ، لأن الظاهر أنه له بحق ، فجرى ذلك مجرى اليد الثابتة ، وإذا اختلفا في ذلك : هل هو بحقّ أوْ بعُدوان ؟ فالقول قول صاحب الخشب ، والبناء ، والمسيل مع يمينه . لأن الظاهر معه .

٣٤٧٩ (فصل) إذا ادَّعى رجل داراً في يد أخوين ، فأنكره أحدهما ، وأقر له الآخر ، ثم صالحه عمّا أقرّ لهُ بعوض ، صحّ الصلح . ولأخيه الأخذ بالشفعة . ويحتمل أن يُفرق بين ما إذا كان الإنكار مطلقاً ، وبين ما إذا قال . هذه لنا ، ورثناها جميعاً عن أبينا ، أو أخينا ، فيقال : إذا كان الإنكار مطلقاً ، كان لهُ الأخذ بالشُّفْعَة . وإن قال : ورثناها عن أبينا ، فلا شُفْعَة لهُ . لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقرّ ، لم يزل ، وأن الصلح باطل . فيؤاخذ بذلك ، ولا يستحقّ به شفعة .

ووجه الأول : أن الملك ثبت لِلْمُدّعِي حكمًا . وقد رجع إلى المقرّ بالبيع . وهو معترف بأنّهُ بيع صحيح ؛ فتثبت فيهِ الشُّفْعَة ، كما لو كان الإنكار مُطْلَقًا . ويجوز أن يكون انتقل نصيبُ المقرّ إلى المدّعِي ، ببيع ، أو هبة ، أو سبب من الأسباب . فلا يتنافى إنكار المنكر ، وإقرارُ المقرّ ، كحالة إطلاق الإنكار ، وهذا أصحّ .

٣٤٨٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كلّ واحد منهما تحالفا ، وكان بينهما ، وكذلك إن كان محلولا من بنائهما . وإن كان معقوداً ببناء أحدهما ، كان له مع يمينه ﴾

وجملة ذلك : أن الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما ، وتساويا في كونه معقوداً ببنائهما معاً . وهو أن يكون متّصلا بهما اتّصالا لا يمكنُ إحداثه بعد بناء الحائط ، مثل اتّصال البناء بالطّين ، كهذه القطائر التي لا يمكن إحداثُ اتّصال بعضها ببعض ، أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما ، أي غير متّصل ببنائهما الاتّصال المذكور . بل بينهما شقّ مُستطيل ، كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر . فهما سواء في الدعوى . فإن لم يكن لواحد منهما بيِّنة تحالفا . فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط : أنه له . ويجعل بينهما نصفين . لأن كلّ واحد منهما يده على نصف الحائط . لكون الحائط في أيديهما . وإن حلف كلّ واحد منهما على جميع الحائط : أنه له ، وما هو لصاحبه ، جاز . وهو بينهما . وبهذا قال

أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأنّ المختلفين فى العين إذا لم يكن لواحد منهما بيِّنة ، فالقولُ قولُ مَن هى فى يده ، مع يمينه . فإذا كانت فى أيديهما كانت يد كلّ واحد منهما على نصفها . فيكون القول قوله فى نصفها مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بيِّنة حُكم له بها ، وإن كان لكلّ واحد منهما بيِّنة تعارضتا ، وصارا كمن لا بيِّنة لهما ، فإن لم يكن لهما بيِّنة ، ونكلا عن اليمين ، كان الحائط فى أيديهما على ما كان ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر ، قُضِىَ على الناكل . فكان الكلّ للآخر ، وإن كان الحائط متّصلا ببناء أحدهما دون الآخر ، فهو لهُ مع يمينه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وقال أبو ثور : لا يرجّح بالعقد ، ولا ينظر إليه .

ولنا : أن الظاهر أن هذا البناء بُنى كله بناء واحداً ، فإذا كان بعضُه لرجل كان بقيّته لهُ ، والبناء الآخر الحاول ، الظاهر : أنه بُنِىَ وَحْده . فإنه لو بُنى مع هذا كان متّصلا به . فالظاهر : أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلَف فيه . فوجب أن يرجّح بهذا كاليد ، والأزَج [1] .

فإن قيل : فلم لم تجعلوه له بغير يمين لذلك ؟

قلنا : لأن ذلك ظاهر . وليس بيقين . إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرّعًا مع حائطه ، أو كان له فوهبه إيّاه ، أو بناه بأجْرَة . فشُرِعت اليمين من أجل الاحتمال ، كما شُرِعت فى حَقّ صاحب اليد ، وسائر من وجبت عليه اليمين ، فأمّا إن كان معقوداً ببناء أحَدهما عقداً يمكن إحداثه ، مثل البناء باللبن ، والآجُرّ ، فإنه يمكن أن يُنزع من الحائط المبنىّ نصفُ لَبِنة ، أو آجرّة ، أو يُجعل مكانها لَبِنة صحيحة ، أو آجُرّه صحيحة ، تعقد بين الحائطين ، فقال القاضى : لا يرجّح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليمتلك الحائط المشترك . وظاهر كلام الخِرَقىّ أنه يرجّح بهذا الاتصال ، كما يرجّح بالاتصال الذى لا يمكن إحداثه . لأن الظاهر أن صاحِب الحائط لا يدع غيره يتصرّف فيه بنزع آجرّه ، وتغيير بنائه ، وفعل ما يدل على ملكه . فوجب أن يرجّح بهذا ، كما يرجّح باليد . فإنّه يمكن أن تكون يداً عادية ، حَدثت بالغصب ، أو بالسرقة ، أو العارية ، أو الإجارة . فلم يمنع ذلك الترجيح بها .

٢٤٨١ (فصل) فإن كان لأحدها عليه بناء ، كحائط مبنىّ عليه ، أو عقد معتمد عليه ، أو قُبّة ، ونحوها ، فهو له . وبهذا قال الشافعىّ . لأنّ وضع بنائه علية بمنزلة اليد الثابتة عليه ، لكونه منتفعاً به .

---

(١) الأزج : نوع من الأبنية ، ويقال أزجه تأزيجاً إذا بناه وطوله ، والمراد هنا التعلية ، أى كاليد وكتعلية البناء

لجرى مجرى كون حمله على البهيمة وزرعهِ فى الأرض . ولأن الظاهر : أنّ الإنسان لا يترك غيره يبنى على حائطه . وكذلك ان كانت له عليه سُتْرة ، ولو كان فى أصل الحائط خشبةٌ طرفُها تحت حائط ، ينفرد به أحدهما ، أو له عليها أزَجٌ معقود ، فالحائط المختلَف فيه له . لأنّ الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها . فيكون الظاهر أنّ ما عليها من البناء له .

(فصل) فإن كان لأحدهما خشب موضوع ، فقال أصحابنا : لا ترجّح دعواه بذلك . وهو قول الشافعىّ لأنّ هذا مما يسمح به الجار . وقد ورد الخبر بالنهى عن المنع منه . وعندنا أنه حقّ يجب التمكين منه . فلم ترجّح به الدعوى ، كإسناد متاعه إليه ، وتجصيصه ، وتزويقه ، ويحتمل أن ترجّح بهِ الدعوى . وهو قول مالك ، لأنه مُنْتَفِع بهِ ، بوضع ماله عليه . فأشبه البانى عليه ، والزارع فى الأرض ، وورود الشرع بالنهى عن المنع منهُ لا يمنع كَوْنه دليلاً على الاستحقاق . بدليل أنّا استدللنا بوضعهِ على كون الوضع مُسْتَحَقًا على الدوام ، حتى متى زال جازت إعادتهُ ، ولأنّ كونه مُسْتَحَقًا تشترط له الحاجة إلى وضعه . ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه . وأما السماح بهِ ، فإنّ أكثر الناس لا يتسامحون به ، ولهذا لمّا روى أبو هريرة الحديث عن النبىّ صلى الله عليهِ وسلم طأطئوا رءوسهم كراهةً لذلك . فقال « مَالِى أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ ؟ وَاللهِ لَأَرْمِيَنَّ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ » وأكثر الفقهاء لاَ يُوجبون التمكين من هذا . ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه . ولأن الحائط يبنى لذلك ؟ فيرجّح بهِ كالأزج ، وقال أصحاب أبى حنيفة : لا ترجّح الدعوى بالجِذْع الواحد . لأنّ الحائط لا يُبْنَى له ، ويرجّح بالجِذعين ، لأن الحائط يُبْنَى لهما .

ولنا : أنه موضوع على الحائط . فاستوى فى ترجيح الدعوى به قليلُه ، وكثيرُهُ كالبناء .

٣٤٨٢ (فصل) ولا ترجّح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما ، والخوارج ، ووجوه الآجرّ ، والحجارة ، ولا كون الآجُرّة الصحيحة مما يلى ملك أحدهما ، وأقطاع الآجُرْ إلى ملك الآخر ، ولا بمعاقد القُمُطِ [1] فى الخُصّ ، يعنى عُقَد الخيوط التى يُشَدّ بها الْخُصّ ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يحكم بهِ لمن إليه وجهُ الحائط ، ومعاقِدُ القُمُط . لما رَوَى نَمرُ بن حارثة التميمىّ ، عن أبيهِ « أَنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا إِلَى النبىّ صَلّى الله عليهِ وسلم فى خُصّ . فبعث حُذَيْفَةَ بنَ اليَمَان لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ، فَحَكَمَ بِهِ لِمَنْ يَلِيهِ مَعَاقِدُ القُمُطِ . ثُمَّ رَجَعَ إِلَى النَّبِىّ صَلّى الله عليهِ وَسَلم ، فَأَخْبَرَهُ فقال :

---

(١) الخص البيت من البوص ، والقمط : جمع قمط بكسر القاف وسكون الميم ، وهو الحبل الذى يشد به البوص عند بناء الخص .

أصبت ، وأحسنت » رواه ابن ماجه : ورُوى نحوه عن علىّ . لأنّ العرف جَارٍ بأن من بنى حَائطاً جَعَل وَجه الحائط إليه .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » ولأنَّ وَجْه الحائط ، ومعاقد القُمَط إذا كانا شريكين فيه ، لا بدَّ من أن يكون إلى أحدهما . إذ لا يمكن كونه إليهما جميعاً ، فبطلت دلالته كالتزويق ، ولأنه يُرَاد للزينة ، فأشبه التزويق ، وحديثهم لا يُثبته أهلُ النقل ، وإسناده مجهول ، قاله ابن المنذر . قال الشَّالَنْجِيّ : ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يُقنعه . وذكرته لإسحَاق بن راهوية ، فقال : ليس هذا حديثاً . ولم يصحّحه ، وحديث علىّ فيه مقال ، وما ذكروه من العرف ليس بصحيح . فإنّ العادة جعل وجه الحائط إلى خارجٍ ليراه الناس ، كما يلبس الرجل أحْسن أثوابه أعلاها الظاهرُ للناس ، ليروه ، فيتزيَّن به . فلا دليل فيه .

٣٤٨٣ (فصل) ولا ترجَّح الدعوى بالتزويق ، والتحسين ، ولا يكون أحدهما له عَلَى الآجُرُ سُتْرَة غيرُ مبنيةٍ عليه . لأنه مما يتسامح به ، ويمكن إحداثه .

٣٤٨٤ (فصل) وإن تنازع صاحب العُلوْ والسُّفل ، فى حَوائط البيت السفلانىّ ، فهى لصاحِب السُّفل ، لأنه المنتفع بها . وهى من جملة البيت . فكانت لصاحِبه . وإن تنازعا حوائط العُلوْ ، فهى لصاحِب العُلوْ ، لذلك ، وإن تنازعا السقف ، تحالفا ، وكان بينهما . وبهذا قال الإمام الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب السُّفل . لأن السقف على ملكه ، فكان القول قوله ، كما لو تنازعا سرجاً على دابَّة أحدهما ، كان القول قولَ صاحبها . وحُكى عن مالك : أنه لصاحب السُّفل . وحُكى عنه : أنه لصاحب العُلو ، لأنه يجلس عليه ، ويتصرّف فيه ، ولا يمكنه السكنَى إلا به .

ولنا : أنه حاجز بين ملكيهما ، ينتفعان به ، غير متَّصل ببناء أحدهما اتِّصَال البنيان ، فكان بينهما ، كالحائط بين المِلْكين . وقولهم : هو على ملك صاحب السفل ، يبطل بحيطان العُلو . ولا يُشبه السرج على الدابة . لأنه لا ينتفع به غير صاحِبها ، ولا يراد إلا لها . فكان فى يده . وهذا السقف ينتفع به كلّ واحد منهما ، لأنه سماء صاحِب السُّفل يُظِلُّه ، وأرض صاحب العُلو تُقِلُّه : فاستويا فيه .

٣٤٨٥ (فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل فى الدرجة التى يصعد منها . فإن لم يكن تحتها مَرْفَق لصاحب السّفل ، كسلّم مُسمّر ، أو دكّة ، فهى لصاحب العلو وحده . لأنّ له اليد ، والتصرّف وحده . لأنّها مَصْعَدُ صاحب العُلوّ لا غير ، والعَرْصَة التى عليها الدرجة له أيضاً . لانتفاعه بها وحده ، وإن كان تحتها بيتٌ بنيت لأجله ، لتكون مَدْرَجاً للعُلو ، فهى بينهما . لأنّ يديهما عليها . ولأنّها سقف للسُّفلانىّ ، ومَوْطِئ للفَوْقانىّ . فهى كالسقف الذى بينهما . وإن كان تحتها طاقٌ صغير ، لم تُبْنَ

الدرجة لأجله ، وإنما جُعِل مَرْفقاً يُجعل فيه جُبُّ الماء ، ونحوه . فهى لصاحب العُلو ، لأنها بُنِيت لأجله وحده ، ويحتمل أن تكون بينهما . لأنّ يدهما عليها ، وانتفاعهما حاصل بها ، فهى كالسقف .

٣٤٨٦ (فصل) ولو تنازعا مَسْنَاةً(١) بين نهر أحدهما ، وأرض الآخر . تحالفا . وكانت بينهما . لأنّها حاجز بين ملكيهما ، فهى كالحائط بين الملكين .

٣٤٨٧ (فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم ، فطلب أحدهما إعادته ، وأبى الآخرُ . فهل يُجبر الممتنع على إعادته ؟ قال القاضى : فيه روايتان :

إحداها : يُجبر . نقلها ابن القاسم ، وحرب . وسندى . قال القاضى : هى أصحّ ، وقال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا ، وبه قال مالك فى إحدى روايتيه ، والشافعىّ فى قديم قوليه . واختاره بعض أصحابه ، وصحَّحه . لأن فى ترك بنائه إضراراً ، فيجبر عليه ، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما ، وعلى النقض إذا خِيف سقوطه عليهما ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » وهذا وشريكه يتضرّران فى ترك بنائه .

والرواية الثانية : لا يجبر . نُقل عن أحمد ما يدلّ على ذلك ، وهو أقوى دليلاً ومذهبُ أبى حنيفة . لأنّه ملك لا حُرمةَ له فى نفسه . فلم يُجبر مالكه على الإنفاق عليه ، كما لو انفرد به ، ولأنّه بناء حائط ، فلم يُجبر عليه ، كالابتداء ، ولأنَّه لا يخلو : إمّا أن يُجبر على بنائه لحقّ نفسه ، أو لحقّ جاره ، أو لحقّيهما جميعاً ، لا يجوز أن يُجبر عليه لحقّ نفسه . بدليل ما لو انفرد به ، ولا لحقّ غيره ، كما لو انفرد به جاره ، فإذا لم يكن كلّ واحد منهما مُوجباً عليه ، فكذلك إذا اجتمعا ، وفارق القسمة . فإنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه ، والبناء فيه مَضرّة لما فيه من الغرامة ، وإنفاق ماله ، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجبارُه على إزالته بما فيه ضرر ، بدليل قسمة ما فى قسمته ضرر ، ويُفارق هدم الحائط إذا خِيف سقوطُه . لأنه يخاف سقوط حائطه على ما يُتلفه ، فيُجبَر على ما يُزيل ذلك ، ولهذا يُجبر عليه ، وإن انفرد بالحائط ، بخلاف مسألتنا ، ولا نُسلِّم أنّ فى تركه إضراراً . فإن الضرر إنما حصل بانهدامه . وإنما ترك البناء ترك لما يحصُل النفع به ، وهذا لا يمنع الإنسان منه . بدليل حالة الابتداء . وإن سلّمنا أنه إضرار ، لكن فى الإجبار إضرار ، ولا يُزال الضرر بالضرر . وقد يكون الممتنع لا نفع له فى الحائط ، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع ، أو يكون مُعسراً ليس معه ما يبنى به ، فيكلف الغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية : إذا امتنع أحدهما لم يُجبر . فإن أراد شريكه البناء ، فليس له منعُه منه ، لأن له حقاً فى الحمل ورسماً . فلا يجوز منعه منه وله بناؤه بأنقاضه إن شاء ،

(١) المسناة : الساقية

وبناؤه بآلة من عنده . فإن بناه بآلته ، وأنقاضه ، فالحائط بينهما على الشركة ، كما كان . لأن المنفق عليه إنما أنفق على التالف . وذلك أثر لا عين يملكها . وإن بناه بآلةٍ من عنده ، فالحائط ملكه خاصّةً ، وله منع شريكه من الانتفاع به ، ووضع خشبه ورسومه عليه . لأنّ الحائط له . وإذا أراد نقضه فإن كان بناه بآلته لم يملك نقضه . لأنّه ملكهما . فلم يكن له التصرّف فيه بما فيه مضرّة عليهما . وإن بناه بآلة من عنده ، فله نقضه ، لأنّه ملكه خاصّةً . فإن قال شريكه : أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ، ولا تنقضْه ، لم يُجْبَر . لأنّه لمّا لم يُجبر على البناء ، لم يُجبر على الإبقاء ، وإن أراد غير البانى نقضه ، أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك ، على الروايتين جميعاً . لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه ، فلأَنْ لا يملك إجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ، ووضعُ خشب ؛ قال له : إمّا أن تأخذ منّى نصف قيمته ، وتمكّننى من انتفاعى ، ووضع خشبى ، وإمّا أن تقلع حائطك ، لنعيد البناء بيننا ، فيلزم الآخرَ إجابتُه . لأنّه لا يملك إبطال رسومه ، وانتفاعه ببنائه ، وإن لم يرد الانتفاع به ، فطالبه البانى بالغرامة ، أو القيمة ، لم يلزمه ذلك . لأنّه إذا لم يُجبر على البناء . فأولى أن لا يُجبر على الغرامة ، إلاّ أن يكون قد أذن فى البناء والإنفاق ، فيلزمه ما أذن فيه . فأمّا على الرواية الأولى : فمتى امتنع أجبره الحاكم على ذلك ، فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله ، وأنفق عليه ، وإن لم يكن له مال ، فأنفق عليه الشريكُ بإذن الحاكم ، أو إذن الشريك ، رجع عليه متى قدر ، وإن أراد بناءه لم يملك الشريكُ منعَه ، وما أنفق : إن تبرّع به لم يكن له الرجوعُ به ، وإن نوى الرجوع به . فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين ، بناءً على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن بناه لنفسه بآلته ، فهو بينهما . وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصّة . فإن أراد نقضه فله ذلك ، إلاّ أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته ، فلا يكون له نقضُه ، لأنّه إذا أُجبِر على بنائه ، فأولى أن يُجبر على إبقائه .

٣٤٨٨ (فصل) فإن لم يكن بين ملكيهما حائط قديم ، فطلب أحدُهما من الآخر مباناته حائطاً يحجز بين ملكيهما . فامتنع لم يُجبر عليه ، روايةً واحدةً . وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلاّ فى ملكه خاصّة . لأنّه لا يملك التصرّف فى ملك جاره المختصّ به ، ولا فى المالك المشترك بغير ماله فيه رسمٌ ، وهذا لا رسم له . ولا أعلم فى هذا خلافاً .

٣٤٨٩ (فصل) فإن كان السّفل لرجل ، والعلو لآخر ، فانهدم السقف الذى بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر ، فامتنع ، فهل يُجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين ، كالحائط بين البيتين . وللشافعىّ قولان كالروايتين . وإن انهدمت حيطانُ السفل ، فطالبه صاحب العلو بإعادتها ، فعلى روايتين :

إحداهما : يُجبر وهو قول مالك ، وأبي ثور ، وأحد قولي الشافعيّ . فعلى هذه الرواية : يُجبر على البناء وحده . لأنّه ملكه خاصّة .

والثانية : لا يُجبر . وهو قول أبي حنيفة . وإن أراد صاحب العُلو بناءه لم يُمنع من ذلك ، على الروايتين جميعاً . فإن بناه بآلته فهو على ما كان ، وإن بناه بآلةٍ من عنده ، فقد رُوي عن أحمد : لا ينتفع به صاحبُ السّفل ، يعني حتى يؤدّي القيمة . فيحتمل أن لا يسكن . وهو قول أبي حنيفة . لأنّ البيت إنّما بني للسّكنى ، فلم يملكه كغيره ، ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصّة من طرح الخشب ، وسَمْر الوتد ، وفتح الطاق . ويكون له السّكنى من غير تصرّف في ملك غيره ، وهذا مذهبُ الشافعيّ . لأن السُّكنى إنّما هي إقامته في فناء الحيطان ، من غير تصرُّف فيها . فأشبه الاستظلال بها من خارج ، فأمّا إن طالب صاحبُ السّفل بالبناء ، وأبى صاحبُ العُلو ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يُجبر على بنائه . ولا مساعدته . وهو قول الشافعيّ . لأنّ الحائط ملك صاحب السفل ، مختصّ به ، فلم يُجبر غيرُه على بنائه ، ولا المساعدة فيه ، كما لو لم يكن عليه عُلو .

والثانية : يُجبر على مساعدته ، والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء . لأنّه حائط يشتركان في الانتفاع به ، أشبه الحائط بين الدارين .

٣٤٩٠ (فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما ، فانهدم ، فطالب أحدُهما من الآخر بناءه ، أو المساعدة في بنائه ، فامتنع لم يُجبر . لأنه إن كان الممتنع مالكه لم يُجبر على بناء ملكه المختصّ به ، كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخرُ لم يُجبر على بناء ملك غيره ، ولا المساعدة فيه . ولا يلزم على هذا حائط السّفل حيث يُجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه ، لأن الظاهر أن صاحب العُلو ملكه مستَحِقًّا لإبقائه على حيطان السّفل دائمًا فلزم صاحب السّفل تمكينه مما يستَحِقّه . وطريقه البناء . فلذلك وجب ، بخلاف مسألتنا . وإن أراد صاحبُ الحائط بناءه ، أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعُه . لأنّه ملكه خاصّة . وإن أراد لجاره بناءه ، أو نقضه ، أو التصرف فيه لم يملك ذلك . لأنّه لا حقّ له فيه .

٣٤٩١ (فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائطَ المشترك ، أو السقف الذي بينهما نظرتَ : فإن خيف سقوطُه ، ووجب هدمُه ، فلا شيء على هادمه . ويكون كما لو انهدم بنفسه . لأنه فعل الواجب ، وأزال الضرر الحاصل بسقوطه . وإن هدمه لغير ذلك فعليه إعادته ، سواء هدمه لحاجة أو غيرها ، وسواء التزم إعادته ، أو لم يلتزم ، لأن الضرر حصل بفعله . فلزمه إعادته .

٣٤٩٢ (فصل) فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين ، وملكه بينهما الثلث والثلثان ، لم يصحّ . لأنه يُصالح على بعض ملكه ببعض . فلم يصحّ ، كما لو أقرّ بدارٍ ، فصالحه على سكناها ،

ولو اتفقا على أن يُحمّله كلّ واحد منهما ما شاء. لم يجز، لجهالة الحمل. فإنه يحمّله من الأثقال مالا طاقة له بحمله وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز .

٣٤٩٣ (فصل) فإن كان بينهما نهر ، أو قناة ، أو دولاب ، أو ناعورة ، أو عين ، فاحتاج إلى عمارة . ففى إجبار الممتنع منهما روايتان . وحُكى عن أبى حنيفه : أنّه يُجبر ههنا على الانفاق . لأنّه لا يتمكن شريكه من مقاسمته ، فيضرّ به ، بخلاف الحائط ، فإنّه يمكنهما قسمة العَرْصَة . والأولى التسوية ، لأنّ فى قسمة العَرْصَه إضراراً بهما ، والانفاق أرفقُ بهما ، فكانا سواء . والحكم فى الدولاب، والناعورة كالحكم فى الحائط ، على ما ذكرناه ، وأما البئر ، والنهر ، فلكلّ واحد منهما الإنفاق عليه . وإذا أنفق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء . لأنّ الماء ينبع من ملكيهما ، وإنّما أثر أحدهما فى نقل الطّين منه . وليس له فيه عين مال ، فأشبه الحائط إذا بناه بآلته ، والحكم فى الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع فى النفقة على الحائط ، على ما مضى .

٣٤٩٤ (فصل) إذا كان لرجلين بابان فى زُقاق غير نافذ ، أحدهما قريب من باب الزقاق ، والآخر فى داخله . فللقريب من الباب نقلُ بابه إلى ما يلى باب الزّقاق ، لأنّ له الاستطراق إلى بابه القديم . فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد ردَّ بابه إلى موضعه الأول كان له . لأنّه حقّه ، لم يسقط . وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزّقاق لم يكن له ذلك . نصّ عليه أحمد ، لأنّه يقدّم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه . ويحتمل جواز ذلك . لأنّه كان له أن يجعل بابه فى أوّل البناء فى أىّ موضع شاء ، فتركه فى موضع لا يسقط حقّه ، كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ، ولأن له أن يرفع حائطه كلّه ، فلا يُمنع من رفع موضع الباب وحده ، فأمّا صاحبُ الباب الثانى فإن كان فى داخل الدّرب بابٌ آخر ، فحكمه فى التقديم والتأخير حكمُ صاحب الباب الأول سواء . وإن لم يكن له ثَمّ بابٌ آخر . كان له تحويلُ بابه حيثُ شاء . لأنه على الأول لا مُنازع له فيما تجاوز الباب الأول . وعلى الاحتمال الذى ذكرناه لكلّ واحد منهما ذلك ، ولو أراد كلّ واحد منهما أن يفتح فى داره باباً آخر ، أو يجعل داره دارَيْن يفتح لكلّ واحدةٍ منهما باباً جاز ، إذا وضع البابين فى موضع استطراقه ، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ ، أو زُقاقٍ نافذٍ ففتح فى حائطه باباً إليه جاز . ولأنّه يرتفق بما لم يتعيّن ملك أحدٍ عليه .

فإن قيل : فى هذا إضرار بأهل الدرب . لأنّه يجعله نافذاً يُستطرَق إليه من الشارع .

قلنا : لا يصير الدرب نافذاً . وإنّما تصير داره نافذةً . وليس لأحد استطراق داره ، فأما إن كان بابه فى الشارع ، وظهر داره إلى الزّقاق الذى لا ينفذ ، فأراد أن يفتح باباً إلى الزّقاق للاستطراق لم يكن له ذلك . لأنه ليس له حقّ فى الدرب الذى قد تعيّن عليه ملك أربابه . ويحتمل الجواز كما ذكرنا فى الوجه

الذى قد تقدم ، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق ، أو يجعل له باباً يسمّره ، أو شباكاً جاز . لأنّه لمّا كان له رفع الحائط بجملته ، فبعضه أولى ، قال ابن عقيل : ويحتمل عندى أنه لا يجوز ، لأن شكل الباب مع تقادُم العهد ربّما استُدِلّ به على حقّ الاستطراق ، فيضرّ بأهل الدرب ، بخلاف رفع الحائط . فإنّه لا يدلّ على شىء .

٣٤٩٥ (فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهرُ كلّ واحدة منهما إلى ظهرِ الأخرى ، وباب كلّ واحدة منهما فى زُقاقٍ غير نافذٍ ، فرفع الحاجز بينهما، وجعلهما داراً واحدةً جاز . وإن فتح من كلٍّ واحدة منهما باباً إلى الأخرى ، ليتمكّن من التطرّق من كلّ واحدة منهما إلى كلا الدارين لم يَجُز . ذكره القاضى . لأنّ ذلك يُثبِت الاستطراق فى الدرب الذى لا ينفذُ من دارٍ لم يكن لها فيه طريق . ولأن ذلك ربمَا أدّى إلى إثبات الشُّفعة فى قول من يُثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين فى زُقاق الأخرى . ويحتمل جواز ذلك . لأنّ له رفع الحاجز جميعه ، فبعضهُ أولى . وهذا أشبه . وما ذكرناه للمنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه . وفى كلّ موضع قلنا : ليس له فعله إذا صالحه أهلُ الدرب بعوض معلوم ، أو أذِنوا له بغير عوض جاز

٣٤٩٦ (فصل) إذا تنازع صاحبُ البابين فى الدرب ، وتداعياه ، ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يُحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذى يلى أوله بينهما . لأنّ لهما الاستطراق فيه جميعاً وما بعده إلى صدر الدرب للآخر . لأنّ الاستطراق فى ذلك له وحده . فله اليد ، والتصرّف .

والوجه الثانى : أنّ مِنْ أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما ، لأنّ ما يقابل ذلك لهما التصرّف فيه ، بناء على أن للأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه ، وما بعد ذلك للثانى . لأنه ليس بفناء للأول ، ولا له فيه استطراق .

والثالث : يكون بينهما ، لأنّ لهما جميعاً يداً وتصرفاً . وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل عُلو خانٍ ، ولآخر سُفله ، ولصاحب العُلو درجةٌ فى أثناء صَحْن الخانِ ، فاختلفا فى الصحن ، فما كان من الدرجة إلى باب الخان بينهما ، وما وراء ذلك إلى صدر الخان على الوجهين . أحدهما : لصاحب السُّفل . والثانى : هو بينهما ، فإن كانت الدرجة فى صدر الصّحن ، فالصّحنُ بينهما لوجود اليد ، والتصرّف منهما جميعاً . فعلى الوجه الذى يقول : إن صدر الدرب مختصٌّ بصاحب الباب الصّدْرانىّ له أن يستبدل بما يختصّ به منه ، بأن يجعله دِهليزاً لنفسه أو يُدخله فى داره ، على وجه لا يضرّ بجاره ، ولا يضع على حائطه شيئاً ، لأنّ ذلك ملك ، ينفردُ به.

٣٤٩٧ (فصل) وليس للرجل التصرّف فى ملكه تصرّفا يضرّ بجاره ، نحو أن يبنى فيه حمّاماً بين الدُور ، أو يفتح خبّازاً بين العطّارين : أو يجعله دكّان قِصارة[1] يهُزّ الحيطان ، ويخرّبها ، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره ، يجتذب ماءها . وبهذا قال بعض أصحاب أبى حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يمنع . وبه قال الشافعىّ ، وبعض أصحاب أبى حنيفة . لأنه تصرّف فى ملكه المختصّ به . ولم يتعلّق به حقّ غيره ، فلم يمنع منه ، كما لو طبخ فى داره ، أو خبز فيها ، وسلّموا أنه يمنع الدقّ الذى يهدم الحيطان ، وينثرها .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » ولأن هذا إضرار بجيرانه ، فمنع منه كالدقّ الذى يهُزّ الحيطان ، وينثرها ، وكسقى الأرض الذى يتعدّى إلى هدم حيطان جاره ، أو إشعال نارٍ تتعدّى إلى إحراقها ، قالوا : ههنا تعدّت النار التى أضرمها ، والماء الذى أرسله . فكان مرسلا لذلك فى ملك غيره ، فأشبه مالو أرسله إليها قصداً . قلنا : والدُّخان هو أجزاء الحريق الذى أحرقه ، فكان مُرسلا له فى ملك جاره ، فهو كأجزاء النار ، والماء ، وأما دُخان الُخبز ، والطبيخ ، فإنّ ضرره يسيرٌ ، ولا يمكن التحرُّز منه ، وتدخُله المسامحة .

٣٤٩٨ (فصل) وإن كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر . فليس لصاحب الأعلى الصعود على سطحه على وجهٍ يُشرف على سطح جاره ، إلاّ أن يبنى سُترةً تستره ، وقال الشافعىّ : لا يلزمه عمل سُترة . لأنّ هذا حاجز بين ملكيهما ، فلا يُجبر أحدهما عليه ، كالأسفل .

ولنا : أنه إضرار بجاره . فمنع منه ، كدقّ يهُزّ الحيطان . وذلك لأنه يكشف جاره ، ويطّلع على حُرَمه . فأشبه ما لو اطلع عليه من صير[2] بابه أو خَصاصه ، وقد دلّ على المنع من ذلك قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَوْ أَنَّ رَجُلاً اطَّلَعَ إِلَيْكَ فَخَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكُن عَلَيْكَ جُنَاحٌ » ويُفارق الأسفل . فإن تصرّفه لا يضرّ بالأعلى ، ولا يكشف داره .

٣٤٩٩ (فصل) إذا كانت بينهما عَرْصَةُ حائط ، فاتفقا على قَسْمها طولا جاز ذلك ، سواء اتفقا على قسمها طولا ، أو عرضاً ، لأنّها ملكهما ، ولا تخرج عنهما ، وإن اختلفا ، فطلب أحدهما قَسْمَها ، وهو أن يُجعل له نصف الطول فى جميع العرض ، وللآخر مثله . فقال أصحابنا : يُجبر الممتنع على القِسْمة . وهو مذهب الشافعىّ لأن ذلك لا يضرّ . فإذا اقتسما اقترعا . فكان لكلّ واحد منهما ما تخرج به القُرعة ، فإن كان مبنيًّا فلا كلام وإن كان غير مبنىّ كان لكلّ واحد منهما أن يبنى فى نصيبه ، وإن أحبّ أن يُدْخل بعض

---

(١) القصارة : الصباغة ، والقصار يدق الملابس فيهز الحيطان .

(٢) صير الباب : شقه ، والخصاص : الخرق أو الخلل فى البناء أو الثقوب بين الحجارة .

عَرْصَتِهِ فى داره فعل ، وإن أحبَّ أن يزيد فى حائطه من عَرْصَتِه فعل ، ويحتمل أن لا يُجبر على القسمة ، لأنها توجب اختصاص كلّ واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه ، وزوال ملك شريكه ، فيتضرّر . لأنه لا يقدر على حائط يستُر ملكه ، وربّما اختار أحدهما أن لا يبنى حائطه ، فيبقى ملك كلّ واحد منهما مكشوفاً ، أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه . وهذا ضرر . لا يرِدُ الشرع بالإجبار عليه .

فإن قيل : فإذا كان مشتركاً تمكّن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه .

قلنا : إذا كان له عليه رسم وضع خشبه ، أو انتفاع به ، لم يملك منعه من رسمه ، وههنا يملك منعه بالكلّية ، وأمّا إن طلب قَسْمها عرضاً ، وهو أن يجعل لكلّ واحد منهما نصف العرض فى كمال الطول ، نظرنا : فإن كانت العَرْصَةُ لا تتّسع لحائطين لم يُجبر الممتنع من قسمها ، واختلفوا : واختار ابن عقيل أنّه يُجبر ، وهو ظاهر كلام الشافعىّ . لأنّها عَرْصة . فأجبر على قسمها ، كعَرْصَةِ الدار .

ولنا : أن فى قسمها ضرراً ، فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه ، كالدار الصغيرة ، وما ذكروه ينتقض بذلك ، وإن كانت تتّسع لحائطين بحيثُ يحصُل لكلّ واحد منهما ما يبنى فيه حائطاً . ففى إجبار الممتنع وجهان .

أحدهما : يُجبر . قاله أبو الخطّاب ، لأنه لا ضرر فى القسمة ، لكون كلٍّ واحد منهما يحصُل له ما يندفع به حاجتُه ، فأشبه عَرْصَةَ الدار التى يحصُل لكلّ واحد منهما ما يبنى فيه داراً .

والثانى : لا يُجبر . ذكره القاضى . لأنّ هذه القسمة لا تقع فيها قُرعة . لأنّنا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كلٍّ واحد منهما على ما يلى ملك جاره ، فلا ينتفع به ، فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلى داره من غير قُرعة . وهذا لا نظير له . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين ، ومتى اقتسما العَرْصة طولا ، فبنى كلّ واحد منهما لنفسه حائطاً ، وبقيت بينهما فُرْجة لم يُجبر أحدهما على سدّها ، ولم يمنع من سدّها ، لأن ذلك يجرى مجرى بناء الحائط فى عرْصته .

٣٥٠٠ (فصل) وإن كان بينهما حائط ، فاتفقا على قسمته طولا جاز ، ويُعلّم بين نصيبيهما بعلامة . وإن اتفقا على قسمته عرضاً ، فقال أصحابنا : تجوز القسمة . لأنّ الحقّ لهما ، لا يخرج عنهما . فأشبه العَرْصَة . ويحتمل أن لا تجوز القسمة ، لأنّها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يُمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه . وههنا لا يتميّز . ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه مُنفرداً . لأنّه إن وضع خشبه على أحد جانبى الحائط كان ثقله على الحائط كلّه . وإن فتح فيه طاقاً يضعفه ضعف كلّه . وإن وقع بعضُه تضرّر النصيب الآخر ، وإن طلب أحدهما قَسْمَه ، وأبى الآخر . فذكر القاضى : أن الحكم فى الحائط

كالحكم فى عَرْصَته ، سواء ، ولا يُجبر على قسم الحائط ، إلا أن يطلب أحدهما قَسْمه طويلا . ويحتمل أن لا يُجبر على قسمه أيضاً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأنهما إن قطعاه بينهما ، فقد أتلفا جزءاً من الحائط . ولا يُجبر الممتنع من ذلك ، كما لو كان بينهما ثوبٌ ، فطلب أحدهما قطعه . وإن لم يقطع ، وعلّما علامةً على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر .

ووجه الأول : أنه يُجبر على قَسْم الدار ، وقَسْم حائطها المحيط بها ، وكذلك قَسْم البستان ، وحائطه ، ولا يُجبر على القطع المضرّ ، بل يعلّمه بخط بين نصيبهما ، ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتّصل به ، بدليل الحائط المتّصل فى دارين . والله أعلم .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنّة ، والإجماع . أما السنّة ، فما روَى أبو هريرة ، أنّ النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مَطْلُ الغَنِيّ ظُلْمٌ . وَإِذا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » متفق عليه . وفى لفظ « مَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مِلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ » وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة فى الجملة . واشتقاقها من تحويل الحقّ من ذمّة إلى ذمّة . وقد قيل : إنّها بيع ، فإن المُحيل يشترى ما فى ذمّته بمَالَهُ فى ذمّة المُحالِ عليه . وجاء تأخير القبض رُخْصةً ، لأنهّ موضوع على الرفق ، فيدخلها خيارُ المجلس ، لذلك ، والصحيح : أنّها عقدُ إرفاقٍ ، منفرد بنفسه ، ليس بمحمولٍ على غيره . لأنّها لو كانت بَيْعاً لما جازت ، لكونها بيع دين بدين ، ولما جاز التفرّق قبل القبض لأنّه بيع مالِ الربا بجنسه ، ولجازت بلفظ البيع ، ولجازت بين جنسين ، كالبيع كلّه . ولأنّ لفظها يُشعر بالتحوّل لا بالبيع . فعلى هذا لا يدخلها خيار ، وتلزم بمجرّد العقد . وهذا أشبه بكلام أحمد ، وأصوله ، ولا بدّ فيها من مُحيلٍ ومُحتالٍ ومُحالٍ عليه . ويُشترط فى صحّتها : رِضى المُحيل بلا خلاف . فإن الحقّ عليه ، ولا يتعيّن عليه جهةُ قضائه . وأما المُحتال ، والمحالُ عليه فلا يُعتبر رضاهما ، على ماسنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٥٠١ « مسألة » قال: ﴿ومن أحيل بحقّه على مَن عليه مثلُ ذلك الحقّ ، فرضى ، فقد برىء المحيل أبداً﴾

ومن شرط صحة الحوالة شروط أربعة :

أحدها : تماثُل الحقّين . لأنّها تحويل للحقّ ، ونقل له فيُنقل على صفته ، ويُعتبر تماثُلهما فى أمور ثلاثة :

أحدها : الجنس : فيُحيل مَن عليه ذهبٌ بذهب ، ومَنْ عليه فضّة بفضّة : ولو أحال من عليه ذهب بفضّة أو مَن عليه فضّة بذهب لم يصحّ .

الثانى : الصفة . فلو أحال مَن عليه صِحاحٌ بمكسّرةٍ ، أو مَن عليه مصرّية بأميرّية لم يصحّ .

الثالث : الحلول والتأجيل ويُعتبر إتفاق أجل المؤجّلين . فإن كان أحدهما حالاً ، والآخرُ مؤجّلاً ، أو أجل أحدهما إلى شهر ، والآخر إلى شهرين ، لم تصح الحوالة . ولو كان الحقّان حالّين، فشرط على المحتال أن يقبض حقّه ، أو بعضه بعد شهر ، لم تصحّ الحوالة . لأنّ الحالّ لا يتأجّل ، ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الأمر لم تصحّ الحوالة . فكذلك إذا شرطه ، وإذا اجتمعت هذه الأمور ، وصحّت الحوالة ، وتراضيا بأن يدفع المحالُ عليه خيراً من حقّه ، أو رضى المحتالُ بدون الصفة ، أو رضى مَن عليه المؤجَّل بتعجيله ، أو رضى من له الحالُّ بإنظاره جاز . لأنّ ذلك يجوز في القرض ، ففي الحوالة أولى ، وإن مات المُحيل ، أو المحالُ ، فالأجلُ بحاله ، وإن مات المحالُ عليه ففي حلول الحقّ روايتان ، مضى ذكرها .

الشرط الثاني: أن تكون على دَيْنٍ مُستقِرٍّ ،ولا يُعتبر أن يُحيل بدَين مستقرّ ، إلا أنّ السَّلَم لا تصحّ الحَوالةُ به ، ولا عليه ، لأن دين السّلم ليس بمستقرّ ، لكونه بعرض الفسخ ، لانقطاع المسلَمِ فيه ، ولا تصحّ الحوالة به ، لأنّها لم تصحّ إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه ، والسلم لا يجوز أخذُ العوض عنه . لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ » ولا تصحّ الحوالة على المكاتَب بمالِ الكتابة . لأنّه غيرُ مستقرّ ، فإنّ له أن يمتنع من أدائه ، ويسقط بعجزه ، وتصحّ الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة ، لأنّ حكمه حكم الأحرار في المُداينات ، وإن أحال المكاتب سيّده بنجم قد حلّ عليه صحّ ، وبرئت ذمة المكاتَب بالحوالة . ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وإن أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح . لأنه غير مستقرّ . وإن أحالها الزوجُ به صحّ . لأنه له تسليمه إليها ، وحوالته به تقومُ مقام تسليمه . وإن أحالت به بعد الدخول صحّ ، لأنه مستقرّ . وإن أحال البائع بالثمن على المشترى في مدّة الخيار لم يصحّ في قياس ماذكرنا . وإن أحاله المشترى به صحّ . لأنّه بمنزلة الوفاء ، وله الوفاء قبل الاستقرار، وإن أحال البائع بالثمن على المشترى ، ثم ظهر على عيب ، لم يتبيّن أنّ الحوالة كانت باطلةً ، لأنّ الثمن كان ثابتاً مستقرًّا ، والبيع كان لازماً ، وإنّما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة إلى المشترى ، ويحتمل أن تبطل الحوالة ، لأنّ سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحَوالة . وكلّ موضع أحال مَن عليه دينٌ غيرُ مستقرّ به ، ثم سقط الدين ، كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب مِن جهتها ، أو المشترى يَفسخُ البيع، ويردّ المبيع . فإن كان ذلك قبل القبض من المُحال عليه ففيه وجهان :

أحدهما : تبطل الحوالة ، لعدم الفائدة في بقائها ، ويرجع المُحيل بدينه على المُحال عليه .

والثاني : لا تبطل ، لأنّ الحقّ انتقل عن المُحيل ، فلم يَعُد إليه ، وثبت للمحتال فلم يَزُل عنه . ولأن الحوالة بمنزلة القبض ، فكأنّ المُحيل أقبض المحتال دينه ، فيرجع عليه به ، ويأخذ المحتالُ من المحال عليه ،

وسواء تعذَّر القبض من المحال عليه ، أو لم يتعذر . وإن كان بعد القبض لم يبطل وجهاً واحداً . ويرجع المحيل على المحال به .

٣٥٠٢ (فصل) وإن أحال مَن لا دين له عليه رجلاً على آخر ، له عليه دين ، فليس ذلك بحوالة . بل هى وكالة تثبُت فيها أحكامُها . لأنّ الحوالة مأخوذة من تحوّل الحقّ ، وانتقاله . ولا حقّ ههنا ينتقل ، ويتحوّل ، وإنّما جازت الوكالة بلفظ الحوالة ، لاشتراكهما فى المعنى . وهو استحقاق الوكيل مطالبةَ مَن عليه الدين ، كاستحقاق المحتال . مطالبةالمحال عليه ، وتحوّل ذلك إلى الوكيل ، كتحوّله إلى المُحيل . وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه ، فليست حَوالةَ أيضاً . نصّ عليه أحمد . فلا يلزم المُحالَ عليه الأداء . ولا المحتالَ قبولُ ذلك ، لأنّ الحوالةَ معاوضةٌ . ولا معاوضة ههنا . ،إنّما هو اقتراض ، فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المُحيل ، لأنّه قرض . وإن أبرأه ، ولم يقبض منه شيئاً ، لم تصحّ البراءة ، لأنها براءة لمن لا دين عليه ، وإن قبض منه الدين ، ثم وهبه إيّاه رجع المُحال عليه على المحيل به ، لأنهُ قد غرم عنه . وإنما عاد إليه المالُ بعقدٍ مستأنفٍ . ويحتمل أن لا يرجع عليه ، لكونه ما غَرِم عنه شيئاً . وإن أحال من لا دين عليه فهى وكالة فى اقتراض . وليست حَوالة . لأنّ الحوالة إنما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحدٌ منهما .

٣٥٠٣ (فصل) الشرط الثالث : أن تكون بمال معلوم ، لأنّها إن كانت بيعاً فلا تصحُّ فى مجهول . وإن كانت تحوّل الحـــقّ فيعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه ، فتصح بكلّ ما يثبت مثله فى الذمّة ، بالإتلاف ، من الأثمان ، والحبوب ، والأدهان ، ولا تصحُّ فيما لا يصحُّ السَّلَمُ فيه . لأنه لا يثبُت فى الذمة. ومن شرط الحوالة تساوى الدينين . فأما ما يثبُت فى الذمّة سَلَماً غيرَ المِثْليّاتِ ، كالمذروع ، والمعدود ، ففى صحة الحوالة به وجهان :

أحدهما : لا تصحّ . لأنّ المثل فيه لا يتحرر . ولهذا لا يضمنه بمثله فى الإتلاف ، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ .

والثانى : تصحُّ ، ذكره القاضى . ولأنه ، حق ثابت فى الذمّة . فأشبه ماله مثل ، ويحتمل أن يُخرّج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الأموال . فإن كان عليه إبل من الدية ، وله على آخرَ مثلها فى السنّ . فقال القاضى : تصحُّ . لأنها تختصّ بأقل ما يقع عليه الاسم فى السن ، والقيمة ، وسائر الصّفات . وقال أبو الخطاب : لا تصح فى أحد الوجهين ، لأنها مجهولة ، ولأنّ الإبل ليست من المِثْليّاتِ التى تُضمن بمثلها فى الإتلاف . ولا تثبت فى الذمة سَلَماً فى رواية ، وإن كان عليه إبل من دية ، وله على آخرَ مثلُها قرضاً ، فأحاله عليه ، فإن قلنا : يردّ فى القرض قيمتها لم تصح الحوالة ، لاختلاف الجنس . وإن

قلنا : يرد مثلها اقتضى قول القاضي : صحة الحَوالة . لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المُحال عليه ، ولأن الخيرة في التسليم إلى مَن عليه الدين ، وقد رضى بتسليم ماله في ذمة المقترض . وإن كانت بالعكس ، فاحتال المقرض بإبل الدِّية لم تصح . لأننا إن قلنا : تجب القيمة في القرض ، فقد اختلف الجنس ، وإن قلنا : يجبُ المِثل فللمُقرض مثل ما أقرض في صفاته ، وقيمته ، والذى عليه الدِّية لا يلزمه ذلك .

٣٥٠٤ (فصل) الشرط الرابع : أن يحيل برضائه . لأن الحقّ عليه ، فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه ، ولا خلاف في هذا .

فإذا اجتمعت شروط الحوالة ، وصحّت ، برئت ذمة المُحيل في قول عامة الفقهاء ، إلا ما يُروى عن الحسن ، أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يُبرئه ، وعن زُفَر : أنه قال : لا تنقُل الحق ، وأجراها مجرى الضمان ، وليس بصحيح ، لأن الحَوالة مشتقة من تحويل الحق ، بخلاف الضمان . فإنه مشتق من ضمّ ذِمَّةٍ ، إلى ذمَّةٍ ، فعَلِق على كل واحد مقتضاه ، وما دل عليه لفظه .

إذا ثبت أن الحقّ انتقل ، فمتى رضى بها المحتال ، ولم يشترط اليسار لم يعُد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحقّ أو تعذَّر لَمَطْلٍ أو فَلَسٍ ، أو موت أو غير ذلك . وهذا ظاهر كلام الخِرَقىّ . وبه قال الليث ، والشافعىّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابن المنذر . وعن أحمد ما يدلُّ على أنه إذا كان المحال عليه مُفلساً ، ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع ، إلا أن يرضى بعد العلم . وبه قال جماعة من أصحابنا ، ونحوه قولُ مالك . لأن الفلَس عيب في المحال عليه . فكان له الرجوع ، كما لو اشترى سلعة ، فوجدها مَعيبة . ولأنّ المحيل غرّه . فكان له الرجوع كما لو دلّس المَبيعَ . وقال شُرَيح ، والشعبىّ ، والنخعىّ : متى أفلس ، أو مات ، رجع على صاحبه ، وقال أبو حنيفة : يرجع عليه في حالين إذا مات المحال عليه مُفلساً . وإذا جحده ، وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلَس . لأنه رُوى عن عثمان أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أُحِيلَ بِحَقِّهِ فَمَاتَ المُحَالُ عَلَيْهِ مُفْلِساً ؟ فقال : يرجعُ بحقه . لاتَوى[1] عَلَى مَالِ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ » ولأنه عقدُ معاوضة لم يُسلَّم العوض فيه لأحَدِ المتعاوضين ، فكان له الفسخ ، كما لو اعتاض بثوب ، فلم يُسَلّم إليه .

ولنا : أن حَزْناً جدَّ سعيد بن المسيَّب كَانَ لَهُ عَلَى عَلىّ رضِىَ اللهُ عَنْهُ دَيْنٌ فَأَحَالَهُ ، فمات المُحَال عَلَيهِ . فَأَخْبَرَهُ ، فقال : اخْتَرْتَ عَلَيْنَا أَبْعَدَكَ اللهُ » . فأبعده بمجرّد احتياله ، ولم يُخبره أنّ له الرجوع . ولأنّها براءة من دين ليس فيها قبض ممّن عليه ، ولا ممّن يدفع عنه ، فلم يكن فيها رجوع ، كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصحّ ، يرويه خالدُ بن جعفر ، عن معاوية بن قُرَّة ، عن عثمان ، ولم يصحّ سماعه

(١) التوى : بفتح التاء والواو الهلاك ، أى لا هلاك ولا ضياع على مال مسلم .

منه . وقد رُوى أنه قال « فِى حَوَالةٍ أَوْ كَفَالةٍ » وهذا يوجب التوقف ، ولا يصح ، ولو صح كان قولُ علىّ مُخالفاً له . وقولهم : إنه مُعاوضة ، لا يصح : لأنه يُفضى إلى بيع الدين بالدين ، وهو منهى عنه و يُفارق المعاوضة بالثوب . لأنّ فى ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه . وههنا الحوالة بمنزلة القبض ، و إلاّ كان بيعَ دين بدين .

٣٥٠٥ (فصل) فإن شرط مَلاءةَ المحال عليه ، فبان مُعسراً رجع على المحيل ، وبه قال بعض الشافعيّة وقال بعضهم : لا يرجع ، لأنّ الحوالة لا تُردّ بالإعسار ، إذا لم يشترط المَلاءة ، فلا تُردّ به . وإن شرط كان كما لو شرط كونَه مُسلماً ، ويفارق البيع . فإنّ الفسخ يثبُت بالإعسار فيه من غير شرط ، بخلاف الحَوالة .

ولنا قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ولأنّه شرط ما فيه مصلحة العقد فى عقد مُعارضة . فيثبُت الفسخ بفواته ، كما لو شرط صفةً فى المبيع . وقد يثبُت بالشرط مالا يثبت بإطلاق العقد . بدليل اشتراط صفة فى المبيع .

٣٥٠٦ (فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ، ثم بان المحال عليه مُفلساً ، أو ميّتاً رجع على المحيل ، بلا خلاف . فإنه لا يلزمه الاحتيال على غير ملىء ، لما عليه فيه من الضرر . وإنما أمر النبّى صلى الله عليه وسلم بقبول الحَوالة إذا أُحيل على مَلىء ، ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أعسر . فله الرجوعُ أيضاً ، على ظاهر قول الخرقىّ ، لكونه اشترط فى براءة المحيل إبداءَ رِضَى المحتال .

٣٥٠٧ « مسألة » قال ﴿ ومن أحيل بحقّه على ملىء ، فواجب عليه أن يحتال ﴾

الملىء : هو القادر على الوفاء ، جاء فى الحديث عن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، أنه قال (إِنَّ اللهَ تعالَى يقول : مَنْ يُقْرِضُ المَلِىءَ غَيْرَ المُعْدِمِ » وقال الشاعر :

تُطِيلِينَ لِيَّانِى (١) ، وَأَنْتِ مَلِيئَةٌ وأُحْسِنُ يَاذَاتَ الوِشَاحِ التَّقَاضِيَا

يعنى قادرة على وفائى . والظاهر : أن الخرقىّ أراد بالملىء ههنا القادر على الوفاء ، غير الجاحد ، ولا المماطل ، قال أحمد فى تفسير الملىء ، كأنّ الملىء عنده : أن يكون مليًا بماله ، وقوله ، وبدنه ، ونحو هذا . فإذا أحيل على مَن هذه صفته لزم المحتالَ ، والمحالَ عليه القبولُ ، ولم يعتبر رضاهما . وقال أبو حنيفة : يُعتبر رضاهما . لأنّها مُعاوضة . فيُعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك ، والشافعىُّ : يُعتبر رضى المحتال لأنّ حقّه فى ذمّة المُحيل ، فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه ، كما لا يجوز أن يَجبُره على أن يأخذ بالدين

(١) اللّيان : بكسر اللام وفتحها وتشديد الياء ، المماطلة فى دفع الدين ، ويقال فيه أيضاً لى ، بفتح اللام وتشديد الياء ، والمليئة : الغنية . ومعنى أحسن التقاضيا ، أطلب برفق ولين .

عَرْضاً . فأمّا المحالُ عليه فقال مالك : لا يُعتبر رضاه ، إلاّ أن يكون المحتال عدوّه ، وللشافعيّ في اعتبار رضائه قولان . أحدهما : يُعتبر ، وهو يُحكى عن الزهريّ لأنّه أحد من تمّ به الحوالة ، فأشبه المُحيل . والثاني : لا يُعتبر . لأنّه أقامه في القبض مُقام نفسه . فلم يفتقر إلى رضى مَن عليه الحق كالتوكيل .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « إِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » ولأنّ للمُحيل أن يوفّي الحقّ الذي عليه بنفسه ، وبوكيله ، وقد أقام المحال عليه مَقام نفسه في التقبيض ، فلزم المحالَ القبولُ ، كما لو وكّل رجلاً في إيفائه ، وفارق ما إذا أراد أن يُعطيه عمّا في ذمّته عَرْضاً . لأنه يُعطيه غيرَ ما وجب له ، فلم يلزمه قبوله .

٣٥٠٨ (فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف ، فأحاله زيد بها على عمرو ، فالحوالة صحيحة ، لأنّ حقّ الثاني ثابت ، مستقرّ في الذمّة ، فصحّ أن يُحيل به ، كالأول . وهكذا لو أحال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمّته ، صحّ أيضاً ، لما ذكرنا وتكرّر المحتال ، والمحيل لا يضرّ .

٣٥٠٩ (فصل) إذا اشترى عبداً فأحال المشتري البائعَ بالثمن ، ثمّ ظهر العبدُ حرّاً ، أو مستحقّاً ، فالبيعُ باطل ، والحوالة باطلة . لأننا تبيّنا أنه لا ثمن على المشتري . وإنّما تثبت حرّيّته ، ببيّنة ، أو اتّفاقهم ، فإن اتفق المحيــلُ ، والمحالُ عليه على حرّيته ، وكذّبهما المحتال ، ولا بيّنة بذلك ، لم يُقبل قولهما عليه . لأنهما يُبطلان حقّه . أشبه ما لو باع المشتري العبد ، ثم اعترف هو وبائعه : أنه كان حُرّاً لم يُقبل قولهما على المشتري الثاني ، وإن أقاما بيّنة لم تُسمع ، لأنهما كذّباها بدخولهما في التبايع ، وإن أقام العبدُ بيّنةً بحرّيته قُبلت ، وبطلت الحوالة ، وإن صدّقهما المحتالُ ، وادّعى أن الحوالة بغير ثمن العبد ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنّ الأصل صحّة الحوالة ، وهما يدّعيان بطلانها ، فكانت جَنْبَتُه أقوى . فإن أقاما البيّنة على أنّ الحوالة كانت بالثمن قُبلت . لأنّهما لم يكذّباها ، وإن اتفق المحيل ، والمحتال ، على حرّية العبد ، وكذّبهما المحالُ عليه لم يُقبل قولهما عليه ، في حرّية العبد . لأنه إقرار على غيرهما ، وتبطل الحوالة لاتّفاق المرجوع عليه بالدين . والراجع به على استحقاق الرجوع ، والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدّقه فيه . فلا يأخذ منه شيئاً ، وإن اعترف المحتال ، والمحال عليه بحرّية العبد عتق . لإقرار مَنْ هو في يده بحرّيته ، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل . لأنّ دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته ، فلم يكن له الرجوع عليه .

٣٥١٠ (فصل) وإن اشترى عبداً ، فأحال المشتري البائع بالثمن على آخرَ ، فقبضه من المحال عليه ، ثمّ ردّ المشتري العبد بعيب ، أو مُقايلة ، أو اختلاف في ثمن ، فقد برىء المحال عليه لأنّه قبض منه بإذنه . ويرجع المشتري على البائع ، وإن ردّه قبل القبض فقال القاضي : تبطل الحوالة ، ويعود المشتري إلى ذمّة

المحال عليه ، ويبرأ البائع ، فلا يبقى له دين ، ولا عليه ، لأنّ الحوالة بالثمن ، وقد سقط بالفسخ ، فيجب أن تبطل الحوالة ، لذهاب حقّه من المال المحال به ، وقال أبو الخطاب : لا تبطُل الحوالة فى أحد الوجهين ، لأنّ المشترىَ عوّض البائع عمّا فى ذمّته مالهُ فى ذمّة المحال عليه . ونقل حقّه إليه نقلاً صحيحاً ، وبرىء من الثمن ، وبرئ المحال عليه من دين المشترى . فلم يبطُل ذلك بفسخ العقد الأول ، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلّمه إليه . ثم فسخ العقد ، لم يرجع بالثوب ، كذا ههنا ، فإن قلنا ببطلان الحوالة رجع المحيل على المحال بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة ، وإن قلنا : لا تبطل ، رجع المشترى على البائع بالثمن ، ويأخذه البائع من المحال عليه ، فإن عاد البائع ، فأحال المشترىَ (صَحّ[1]) بالثمن على من أحاله المشترى ، صحّ ، وبرىء البائع ، وعاد المشترى إلى غريمه ، وإن كانت المسألة بحالها ، لكن أحال البائع أجنبيّاً على المشترى ، ثمّ ردّ العبد المبيع ، ففى الحَوالة وجهان :

أحدهما : لا تبطل . لأن ذمّة المشترى ؛ برئت بالحوالة من حقّ البائع ، وصار الحقّ عليه للأجنبىّ المحتال ، فأشبه ما لو دفعه المشترى إلى المُحيل ، فعلى هذا يرجع المشترى على البائع بالثمن ، ويسلّم إلى المحتال ما أحاله به .

والثانى : تبطل الحوالة إن كان الردّ قبل القبض ، لسقوط الثمن الذى كانت الحَوالة به . ولأنّه لا فائدة فى بقاء الحَوالة ههنا ، فيعود البائع بدينه ، ويبرأ المشترى منهما ، كالمسألة قبلها ، وإذا قلنا : لا تبطل ، فأحال المشترى المحالَ عليه بالثمن على البائع صحّ ، وبرىء المشترى منهما .

٣٥١١ (فصل) إذا كان لرجل على آخر دين ، فأذن لآخر فى قبضه ، ثم اختلف هو والمأذون له ، فقال : وكّلتك فى قبض دينى ، بلفظ التوكيل . فقال : بل أحَلْتنى بلفظ الحَوالة ، أو كانت بالعكس ، فقال : أحلْتُك بدينك ، قال : بل وكّلتنى ، فالقول قولُ مدّعى الوَكالة منهما ، مع يمينه . لأنّه يدّعى بقاء الحقّ على ما كان ، ويُنكر انتقاله ، والأصلُ معه . فإن كان لأحدهما بيّنة حُكم بها . لأنّ اختلافهما فى اللفظ وهو مما يمكن إقامة البيّنة عليه ، وإن اتفقا على أنه قال : أحلتُك بالمال الذى لى قِبَل زيدٍ ثم اختلفا . فقال المحيلُ : إنما وكّلتك فى القبض لى ، وقال الآخر : بل أحلتنى بدينى عليك ، فالقولُ قولُ مدّعى الحَوالة فى أحد الوجهين ، لأنّ الظاهر معه ، فإنّ اللفظ حقيقةٌ فى الحَوالة دون الوَكالة فيجبُ حملُ اللفظ على ظاهره ، كما لو اختلفا فى دارٍ فى يد أحدهما .

---

(١) هكذا بالأصل . وهى زيادة لا فائدة لها .

والثانى : القول قول المحيل ، لأنّ الأصل بقاء حقّ المحال على المحال عليه ، والمحتال يدّعى نقله ، والمحيل ينكره ، والقولُ قول المنكر .

فعلى الوجه الأول : يحلف المحتال ، ويثبُت حقُّه فى ذمّة المحال عليه ، ويستحقّ مطالبته ، ويسقط عن المحيل ، وعلى الوجه الثانى : يحلف المحيل ، ويبقى حقُّه فى ذمّة المحال عليه . وعلى كلا الوجهين : إن كان المحتال قد قبض الحقّ من المحال عليه ، وتلف فى يده ، فقد برىء كلّ واحد منهما من صاحبه ، ولا ضمان عليه ، سواء تلف بتفريطه ، أو غيره . لأنه إن تلف بتفريط ، وكان المحتال مُحِقًّا ، فقد أتلف ماله ، وإن كان مُبطلاً ثبت لكلّ واحد منهما فى ذمّة الآخر مثلُ مافى ذمّته له ، فيتقاصّان : ويَسقُطان ، وإن تلف بغير تفريط فالمحالُ قد قبض حقّه ، وتلف فى يده ، وبرئ منه المحيل بالحَوالة ، والمحال عليه بتسلمه ، والمحيل يقولُ : قد تلف المالُ فى يد وكيلى ، بغير تفريط فلا ضمان عليه ، وإن لم يتلَف احتمل أن لا يملك المحيلُ طلبه . لأنه معترف أنّ له عليه من الدين مثلُ ماله فى يده ، وهُو مستَحِقّ لقبضه . فلا فائدة فى أن يقبضه منه ، ثم يسلّمه إليه ، ويحتمل أن يملك أخذه منه . ويملك المحتال مُطالبته بدينه ، وقيل : يملك المحيل أخذه منه ، ولا يملك المحتال المطالبة بدينه ، لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحَوالة ، وليس بصحيح . لأنّ المحتال إن اعترف بذلك فهو يدّعى أنّه قبض هذا المال منه بغير حقّ ، وأنّه يستحقّ المطالبة به . فعلى كلا الحالين : هو مستحقّ المطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه . فى قولهما جميعاً فلا وجه لإسقاطه ، ولا موضع للبيّنة فى هذه المسألة ، لأنّهما لا يختلفان فى أمر يُسمَع ، ولا فعلٍ يُرَى . وإنّما يدّعى المحيل بيّنةً ، وهذا لا تشهد به البيّنة نفياً ، ولا إثباتاً .

٣٥١٢ (فصل) وإن كانت المسألة بالعكس . فقال : أحلتك بدينك ، فقال : بل وكّلتنى ، ففيها الوجهان أيضاً . لما قدّمناه ، فإن قلنا : القولُ قولُ المحيل ، لحلف برئ من حقّ المحتال ، والمحتال قبضُ المال من المحال عليه لنفسه ، لأنّه يجوز له ذلك بقولهما معاً ، فإذا قبضه كان له بحقّه ، وإن قلنا : القولُ قولُ المحتال ، لحلف ، كان له مطالبة المحيل بحقّه ، ومطالبة المحتال عليه ، لأنّه إمّا وكيل ، وإما محتال . فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل ، فله أخذ ماقبض لنفسه ، لأنّ المحيل يقول : هو لك ، والمحتال يقول : هو أمانة فى يدى ، ولى مثله على صاحبه ، وقد أذن له فى أخذه ضمناً . فإذا أخذه لنفسه حصل غرضُه . ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وإن استوفى من المحيل رجع على المحال عليه فى أحد الوجهين . لأنه قد ثبتت الوكالة بيمين المحتال ، وبقى الحقّ فى ذمّة المحال عليه للمُحيل . والثانى : لا يرجع عليه ، لأنّه يعترف أنه قد برئ من حقّه ، وإنّما المحتال ظلمه . بأخذ ما كان عليه ، قال القاضى : والأول أصحّ . وإن كان قد قبض الحوالة ، فتلفت فى يده بتفريط ، أو أتلفها سقط حقّه على الوجهين . لأنه إن كان محقًّا فقد أتلف حقَّه . وإن كان مُبطلاً فقد

أتلف مثل دينه ، فيثبُت فى ذمّته ، ويتقاصّان ، وإن تلفت بغير تفريطه ، فعلى الوجه الأول : يسقط حقه أيضاً . لأنّ ماله تلف تحت يده . وعلى الثانى : له أن يرجع على المحيل بحقه . وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه . لأنه يعترف ببراءته .

٣٥٦٣ (فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال : أحلتك بدينك ، ثم اختلفا ، فقال أحدهما : هى حَوالة بلفظها . وقال الآخر : بل هى وَكالة بلفظ الحَوالة . فالقول قول مدّعى الحوالة ، وجهاً واحداً . لأنّ الحوالة بدينه لا تحتملُ الوكالة ، فلم يُقبل قولُ مدّعيها ، وسواء اعترف المحيل بدين المحتال ، أو قال : لا دين لك علىّ : لأن قوله : أحلتك بدينك اعتراف بدينه ، فلا يُقبل جَحْدهُ له بعد ذلك . فأمّا إن لم يقل بدينك ، بل قال : أحلتك ، ثم قال : ليس لك علىّ دين ، وإنما عنيتُ التوكيل بلفظ الحوالة ، أو قال : أردتُ أن أقول : وكلتك ، فسبق لسانى ، فقلت : أحلتُك ، وادّعى المحتال أنها حوالة بدينه ، وأنّ دينه كان ثابتاً على المحيل ، فهل ذلك اعتراف بالدين أولا ؟ فيه وجهان ، سبق توجيههما .

٣٥١٤ (فصل) وإذا كان لرجل دين على رجل آخر ، فطالبه به ، فقال : قد أحلت به علىّ فلاناً الغائب ، وأنكر صاحبُ الدين . فالقول قولُه مع يمينه . وإن كان لمن عليه الدين بيّنة بدعواه ، سُمعت بيّنته ، لإسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادّعى رجل أنّ فلاناً الغائب أحالنى عليك ، فأنكر المدّعَى عليه فالقولُ قوله . فإن أقام المدّعى بيّنةً ، ثبتت فى حقّه ، وحق الغائب . لأن البيّنة يُقضى بها على الغائب ، ولزم الدفع إلى المحتال . وإن لم يكن له بيّنة ، فأنكر المدّعَى عليه ، فهل يلزمه اليمين ؟ فيه وجهان ، بناء على مالو اعترف له ، هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه بالدفع إليه . لأنه مقرّ بدينه عليه ، ووجوب دفعه إليه . فلزمه الدفع إليه ، كما لو كانت بيّنة .

والثانى : لا يلزمه الدفع إليه . لأنّه لا يأمن من إنكار المحيل ، ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه ، كما لو ادّعى عليه أنى وكيلُ فلان فى قبض دينه منك . فصدّقه ، وقال : لا أدفعه إليك . فإذا قلنا : يلزمه الدفع مع الإقرار ، لزمه اليمين مع الإنكار . فاذا حلف برئ ، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل ، لاعترافه ببراءته . وكذلك إن قلنا : لا تلزمه اليمين . فليس للمحتال الرجوع على المحيل ، ثمّ ينظر فى المحيل ، فإن صدّق المدّعى فى أنّه أحاله ثبتت الحَوالةُ له ، لأنّ رضَى المحال عليه لا يُعتبر ، وإن أنكر الحَوالةَ حلف ، وسقط حُكم الحوالة ، وإن نكَل المحالُ عليه عن اليمين ، فقضى عليه بالنكول ، واستوفى الحقّ منه ، ثمّ إن المحيل صدّق المدّعى ، فلا كلام . وإن أنكر الحَوالة . فالقول قوله . وله أن يستوفى من المحال عليه لأنّه معترف له بالحق ، ويدعى أن المحتال ظلمه ، ويبقى دين المحتال على المحيل ، وإن كان

المحيل ينكر أن له عليه ديناً ، فالقول قوله بغير يمين ، لأن المحتال يقر ببراءته منه ، لاستيفائه من المحال عليه وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لأنه يقر بأنه قد برئ منه بالحوالة ، والمحيل يصدّق المحال عليه فى كون المحتال قد ظلمه، واستوفى منه بغير حقّ والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضاً بغير حقّ ، وأنه يجب عليه أن يردّ ما أخذه منه اليه فينبغى إن يقبضها المحتال ، ويسلمها إلى المحال عليه ، أو بأذنُ المحيل فى دفعها إلى المحال عليه ، وإن صدّق المحال عليه المحتال فى الحوالة ودفع إليه ، فأنكر المحيل الحوالة ، حلف ورجع على المحال عليه ، والحكم فى الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا فى التى قبلها .

٣٥١٥ (فصل) فإن كان عليه ألف ضمنه رجل ، فأحال الضامنُ صاحب الدين به ، برئت ذمته وذمّة المضمون عنه ، لأنّ الحوالة كالتسليم ،ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين ، فإن كان الألف على رجلين ، على كلّ واحد منهما خمسمائة ، وكلٌّ واحد كفيلٌ عن الآخر بذلك . فأحاله أحدهما بالألف ، برئت ذمّتهما معاً ، كما لو قضاها . وإن أحال صاحبُ الألف رجلاً على أحدهما بعَيْنه بالألف ، صحّت الحوالة ، لأنّ الدين على كلّ واحد منهما مستقرٌّ ، وإن أحال عليهما جميعاً ليستوفىَ منهما ، أو من أيّهما شاء صحّت الحوالةُ أيضاً عند القاضى ، لأنّه لا فضل ههنا فى نوع ، ولا أجلٍ ولا عـدد ، وإنّما هو زيادة استيثاق، فلم يمنع ذلك صحّة الحوالة ،كحوالة المعسر على المليء ، وقال بعضُ أصحاب الشافعيّ : لا تصح الحوالة . لأنّ الفضل قد دخلها ، فإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما ، أو من أيّهما شاء ، فأشبه مالو أحاله على رجلين ، له على كلّ واحد منهما ألف ، ليستوفى من أيّهما شاء ، والأول أصحّ ، والفرق بين هذه المسألة ، وبين ما إذا أحاله بألفين ، أنّه لا فضل بينهما فى العدد ههنا . وثَمّ تفاضَلا فيه ، ولأنّ الحوالة ههنا بألف مُعيّن ، وثَمّ الحوالةُ بأحدهما من غير تعيين . وأنه إذا قضاه أحدُهما الألف فقد قضى جميع الدين ، وثَمّ إذا قضى أحدُهما بقى ما على الآخر ، ولو لم يكن كلّ واحـد من الرجلين ضامناً عن صاحبه ، فأحال عليهما صحّت الحوالة بغير إشكال ، لأنّه لمّا كان له أن يستوفى الألف من واحد ، كان له أن يستوفى من اثنين ، كالوكيلين .

باب الضمان

٣٥١٦ « مسألة » ﴿ ومن ضمن عنه حقٌّ بعد وجوبه ، أو قال : ما أعطيته ، فهو علىّ فقد لزمه ما صحّ أنّه أعطاه ﴾

الضمان : ضمّ ذِمّةِ الضامن إلى ذمّة المضمون عنه فى التزام الحق . فيثبتُ فى ذمّتهما جميعاً . ولصاحب الحقّ مُطالبة من شاء منهما ، واشتقاقه من الضمّ . وقال القاضى : هو مشتقٌّ من التضمين : لأنّ ذمّة الضامن تتضمّن الحقّ .

والأصل في جوازه : الكتابُ ، والسنّة ، والإجماع ، أمّا الكتاب . فقول الله تعالى (١٢ : ٧٢ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل .

وأما السنة : فما رُوى عن النبي صلّى الله عليه وسلّم أنه قال « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » رواه أبو داود ، والترمذيّ . وقال : حديث حسن ، وروى البخاريُّ ، عن سَلَمَةَ بن الأكوع « أنّ النبي صلى اللهُ عليه وسلّم أُتِيَ برجل ليصلّيَ عليه ، فقال : هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ قالوا: نَعَمْ، دِينَارَان . قَالَ : هَلْ تَرَكَ لَهُمَا وَفاء ؟ قالوا : لاَ ، فَتَأَخَّرَ ، فَقِيلَ : لِمَ لاَ تُصَلِّي عَلَيْهِ ؟ فَقَالَ : مَا تَنْفَعُهُ صَلاَتِيَ وذِمَّتُه مَرْهُونَةٌ ؟ إلاّ إنْ قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ . فَقَامَ أَبو قَتَادَة : فَقَالَ هُمَا عَلَيّ يارسُولَ اللهِ ، فَصَلّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ » وأجمع المسلمون على جواز الضّمان في الجملة . وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى .

إذا ثبت هذا فإنّه يقال : ضمين ، وكفيل ، وَقَبِيلٌ ، وَحَمِيلٌ ، وَزَعِيمٌ ، وَصَبِيرٌ ، بمعنًى واحدٍ ، ولا بدّ في الضمان من ضامنٍ ، ومضمونٍ عنه ، ومضمونٍ له . ولا بد من رِضَى الضامن : فإن أُكره على الضمان لم يصحّ ، ولا يعتبر رضا المضمون عنه ، لا نعلم فيه خلافاً . لأنّه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ، ورضاه صحّ ، فكذلك إذا ضمن عنه . ولا يُعتبر رضى المضمون له ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يُعتبر . لأنّه إثبات مالٍ لآدميّ ، فلم يثبُت إلاّ برضاه ، أو رضا من ينُوب عنه ، كالبيع ، والشراء ، وعن أصحاب الشافعيّ كالمذهبين .

ولنا : أن أبا قتادة ضمن من غير رِضَى المضمون له ولا المضمون عنه . فأجازه النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم ، وكذلك رُوى عن علي رضي الله عنه . ولأنّها وثيقة لا يُعتبر فيها قبضٌ ، فأشبهت الشهادة . ولأنّه ضمانُ دينٍ . فأشبه ضمان بعض الورثة دينَ الميّت للغائب ، وقد سلّموه .

٣٥١٧ (فصل) ولا يُعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي : يُعتبر معرفتهما ، ليعلم هل المضمون عنه أهلٌ لاصطناع المعروف إليه ، أولا ؟ وليُعرف المضمون له فيؤدِّى إليه .

وذكر وجهاً آخر : أنّه تعتبر معرفة المضمون له لذلك . ولا تُعتبر معرفة المضمون عنه . لأنّه لا مُعاملة بينه ، وبينه ، ولأصحاب الشافعيّ ثلاثةُ أوجه نحو هذه .

ولنا حديث عليّ ، وأبي قتادة . فإنّهما ضَمِنَا لمن لم يعرفاه عمّن لم يعرفاه . ولأنه تبرّع بالتزام مالٍ ، فلم يُعتبر معرفة من يتبرّع له به ، كالنذر .

٣٥١٨ (فصل) وقد دلّت مسألة الخِرَقيّ على أحكام .

منها : صحّة ضمان المجهول ، لقوله « مَا أَعْطَيْتَهُ فَهُوَ عَلَيّ » وهذا مجهول . فمتى قال : أنا ضامن لك مالك على فلان ، أو ما يقضي به عليه ، أو ما تقوم به البيّنة ، أو ما يقرّ به لك ، أو ما يخرج في روزمانجك

صح الضمان . وبهـذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال الثورى ، والليث ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وابن المنذر : لا يصح . لأنه التزام مال ، فلم يصح مجهولاً ، كالثمن فى المبيع .

ولنا : قول الله تعالى (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) وحمل البعير غير معلوم . لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعمومُ قوله عليه السلام « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ولأنه التزام حق فى الذمة من غير معاوضة ، فصح فى المجهول ، كالنذر ، والإقرار . ولأنه يصح تعليقه بضرر ، وخطر ، وهو ضمانُ العهدة ، وإذا قال : ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانُه ، أو قال : ادفع ثيابك إلى هـذا الرفّاء وعلىّ ضمانُها ، فصح المجهول ، كالعتق ، والطلاق .

ومنها: صحة ضمان مالم يجب ، فإن معنى قوله « مَا أَعْطَيْتَهُ » أى ماتعطيه فى المستقبل . بدليل أنه عطفه على من ضُمِنَ عنه حَقٌّ بعد وجوبه عليه . فيدلّ على أنه غيره ، ولو كان ما أعطيته فى الماضى كان معنى المسألتين سواء أو إحداهما داخلةٌ فى الأخرى .

والخلاف فى هذه المسألة ، ودليلُ القولين كالتى قبلها . إلا أنهم قالوا : الضمانُ ضم ذِمَّة إلى ذِمَّة فى التزام الدين . فإذا لم يكن على المضمون عنه شىء ، فلا ضَمّ فيه . فلا يكون ضماناً . قلنا : قد ضَمَّ ذمته إلى ذِمة المضمون عنه فى أنه يلزمُه ما يلزمه ، وأنّ ما ثبت فى ذمة مضمونه يثبُت فى ذمته ، وهـذا كافٍ . وقد سمَّوا ضمان ما يُلقيه فى البحر قبل وجوبه ، بقوله : ألقِ متاعَك فى البحر ، وعلىّ ضمانُه . وسلّم أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ضمان الجُعْلِ فى الجعالةِ قَبل العمل ، وما وجب شىء بعدُ .

ومنها . أن الضمان : إذا صحّ لزم الضامنَ أداء ما ضمنه ، وكان المضمون له مطالبته ، ولا نعلم فى هذا خلافاً . وهو فائدة الضّمان . وقد دلّ قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « والزعيمُ غارمٌ » واشتقاق اللفظ .

ومنها : صحّـة الضمان عن كلّ مَن وجب عليه حقٌّ ، حيًّا كان أو ميّتاً ، مَليئاً أو مُفلساً . لعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ ضمانُ دين الميّت ، إلا أن يُخلِّف وفاءً ، فإن خلّف بعض الوفاء صحّ ضمانه بقدر ما خلّف . لأنه دين ساقط ، فلم يصح ضمانه ، كما لو سقط بالابراء ، ولأنّ ذمته قد خَرِبت خراباً لا تَعمُر بعده ، فلم يبق فيها دين ، والضمان ضَمّ ذمة إلى ذمة فى التزامه .

ولنا : حديث أبى قتادة ، وعلىّ فإنّهما ضمنا دين ميّت لم يُخلّف وفاءً . والنبىُّ صـلى الله عليه وسلم حَضّهم على ضمانه فى حديث أبى قتادة بقوله « ألاَ قَامَ أَحَدُكُمْ فَضَمِنَهُ ؟ » وهذا صريح فى المسألة . ولأنّه دين ثابت ، فصح ضمانه ، كما لو خلّف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرّع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ، ولو ضمنه حيًّا ، ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن . ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن ، وفى هذا انفصالٌ عما ذكروه .

ومنها : صحة الضمان فى كل حقٍّ ، أعنى من الحقوق الماليّة الواجبة ، أو التى تؤول إلى الوجوب ، كثمن المبيع فى مدّة الخيار ، وبعده ، والأجرة ، والمهر قبلَ الدخول ، أو بعده ، لأنّ هذه الحقوق لازمة ، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها ، كالثمن فى المبيع بعد انقضاء الخيار ، ويجوز أن يسقط بردٍّ بعيب ، أو مُقايلة ، وبهذا كلّه قال الشافعىُّ .

٣٥١٩ (فصل) فيما يصحُّ ضمانه ، ويصحُّ ضمان الجُعْل فى الجَعَالة . وفى المسابقة ، والمناضلة ، وقال أصحاب الشافعىِّ ، فى أحد الوجهين : لا يصحّ ضمانه ، لأنّه لا يؤول إلى اللزوم ، فلم يصحّ ضمانه ، كمال الكتابة .

ولنا : قول الله تعالى (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل . وإنّما الذى لا يلزم العمل ، والمالُ يلزم بوجوده ، والضمان المال دون العمل . ويصحُّ ضمان أرش الجناية ، سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات ، أو حيوانا ، كالدِّيات . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يصحُّ ضمان الحيوان الواجب فيها ، لأنه مجهول . وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول . ولأنّ الإبل الواجبة فى الذمة معلومة الأسنان ، والعدد . وجَهالة اللون ، أو غيره من الصفات الباقية لا تضرُّ ، لأنّه إنما يلزمُه أدنى لون ، أو صفة ، فتحصُل معلومةً . وكذلك غيرها من الحيوان . ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف . فلم يمنع وجوبه بالالتزام ، ويصحّ ضمان نفقة الزوجة ، سواء كانت نفقةَ يومها ، أو مُستقبلَةً ، لأن نفقة اليوم واجبة ، والمستقبلة مآلها إلى اللزوم ، ويلزمه ما يلزم الزوج فى قياس المذهب . وقال القاضى : إذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه إلاّ نفقةُ المعسر ، لأنّ الزيادة على ذلك تسقُط بالإعسار ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، على القول الذى قال فيه : يصحّ ضمانها .

ولنا : أنه يصحّ ضمان ما لم يجب ، واحتمالُ عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحّة ضمانها . بدليل الجُعْل فى الجَعَالة ، والصداق قبل الدخول ، والمبيع فى مدّة الخيار . فأمّا النفقة فى الماضى ، فإن كانت واجبةً إمّا بحُكم الحاكم بها ، أو قلنا : بوجوبها بدون حكمه صحّ ضمانُها ، وإلاّ فلا . ويصحّ ضمان مال السَّلَم فى إحدى الروايتين . والأخرى لا يصحّ لأنه يؤدّى إلى استيفاء المُسْلَم فيه من غير المسلَم إليه ، فلم يجز ، كالحوالة به ، والأول أصحّ . لأنه دين لازم ، فصحّ ضمانه ، كالأجرة ، وثمن المبيع . ولا يصحّ ضمان مال الكتابة فى إحدى الروايتين . وهو قول الشافعىّ ، وأكثر أهل العلم ، والأخرى : يصحّ . لأنه دين على المكاتب ، فصحّ ضمانه ، كسائر الديون عليه ، والأولى : أصحّ . لأنه ليس بلازم ، ولا مآله إلى اللزوم . فإن المكاتب تعجيز نفسه ، والامتناع عن أدائه . فإذا لم يلزم الأصيل ، فالضمين أولى . ويصحّ ضمان الأعيان المضمونة ، كالمغصوب ، والعارية . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى أحد القولين ، وقال فى

الآخر : لا يصحّ . لأنّ الأعيان غيرُ ثابتة في الذمّة . وإنّما يُضمن ما ثبت في الذمّة ، ووصفنا لها بالضمان إنّما معناه أنه يلزمه قيمتُها إن تلفت ، والقيمةُ مجهولة .

ولنا : أنها مضمونة على مَن هي في يده ، فصحّ ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمّة وقولهم : إن الأعيان لا تثبت في الذمّة . قلنا : الضمان في الحقيقة إنّما هو ضمان استنقاذها ، وردّها ، والتزام تحصيلها ، أو قيمتها ، عند تلفها . وهذا مما يصحّ ضمانه ، كعهدة المبيع . فإنّ ضمانها يصحّ ، وهو في الحقيقة التزام ردّ الثمن ، أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب ، أو خرج مستَحَقًّا . فأما الأمانات ، كالوديعة ، والعين المؤجَّرة ، والشركة ، والمضاربة ، والعين التي يدفعها إلى القصّار ، والخيّاط . فهذه إن ضمنها من غير تعدٍّ فيها لم يصحّ ضمانها . لأنّها غير مضمونة على مَن هي في يده . فكذلك على ضامنه . وإن ضمنها إن تعدّى فيها ، فظاهر كلام أحمد رحمه الله : يدلّ على صحّة الضمان . فإنه قال في رواية الأثرم : في رجل يتقبّل من الناس الثياب ، فقال له رجل : ادفع إليه ثيابك ، وأنا ضامن ، فقال له : هو ضامن لما دفعه إليه ، يعني إذا تعدّى ، أو تلف بفعله ، فعلى هذا : إن تلف بغير تفريط منه ، ولا فعله ، لم يلزم الضامن شيء ، لما ذكرنا ، وإن تلف بفعله ، أو تفريط ، لزمه ضمانها ، ولزم ضامنه ذلك . لأنّها مضمونة على مَن هي في يده ، فلزم ضامنه ، كالغصوب ، والعوارى ، وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب ، وقد بيّنا جوازه . ويصحّ ضمان عُهدة المبيع عن البائع المشترى ، وعن المشترى للبائع ، فضمانه على المشترى : هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، وإن ظهر فيه عيب ، أو استُحِقّ رجع بذلك على الضامن ، وضمانه عن البائع المشترى . هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستَحَقًّا أو رُدّ بعيب ، أو أرش العيب. فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن ، أو جزء منه عن أحدهما للآخر . وحقيقة العهدة : الكتاب الذي يكتب فيه وثيقةُ البيع . ويُذكر فيه الثمن ، فعبّر به عن الثمن الذي يضمنه . وممّن أجاز ضمان العهدة في الجملة : أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ . ومنع منه بعضُ الشافعيّة . لكونه ضمان ما لم يجب ، وضمان مجهول ، وضمان عين . وقد بيّنا جواز الضمان في ذلك كلّه ، ولأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع . والوثائق ثلاثة : الشهادة ، والرهن ، والضمان . فأمّا الشهادة ، فلا يستوفى منها الحقّ ، وأما الرهن ، فلا يجوز في ذلك بالإجماع . لأنه يؤدّي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً . فلم يبق إلاّ الضمان . ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجباً حال العقد . لأنّه إنّما يتعلّق بالضمان حكم إذا خرج مستَحَقًّا أو معيباً حال العقد ، ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد ، والجهالة مُنتفية . لأنه ضمن الجملة . فإذا خرج بعضه مُستَحَقًّا لزمه بعض ما ضمنه .

إذا ثبت هذا : فإنّه يصحّ ضمانُ العهدة عن البائع المشترى قبل قبض الثمن ، وبعده . وقال الشافعيّ :

إنّما يصحّ بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مُسْتَحَقًّا لم يجب على البائع شيء ، وهـذا ينبنى على ضمان ما لم يجب إذا كان مُفْضِياً إلى الوجوب كالجُعالة .

وألفاظ ضمان العهدة أن يقول : ضمنتُ عُهدته ، أو ثمنه ، أو دركه . أو يقول للمشترى: ضمنتُ خَلاصك منه ، أو يقول : متى خرج المبيع مستَحَقًّا فقد ضمنتُ لك الثمن ، وحُـكى عن أبى يوسف : أنّه قال : ضمنت عهدته ، أو ضمنت لك العُهدة ، والعهدة فى الحقيقة : هى الصكُّ المكتوبُ فيه الابتياع ، هكذا فسّره به أهل اللغة ، فلا يصحّ ضمانُه للمشترى ، لأنّه ملـكه . وليس بصحيح . لأنّ العهدة صارت فى العُرف عبارةً عن الدرك ، وضمان الثمن ، والـكلام المطلق يُحمل على الأسماء العُرفية دون اللغوية . كالراوية تحمل عند إطلاقها على المزادة ، لا على الجمل ، وإن كان هو الموضوع له ، فأمّا إن ضمن له خلاص المبيع ، فقال أبو بكر : هو باطل ، لأنّه إذا خرج حُراً ، أو مستَحَقًّا لا يستطيع تخليصه ، ولا يحل ، وقد قال أحمد فى رجل باع عبـداً ، أو أمةً ، وضمن له الخلاص فقالَ : كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حُرًّا ؟ فإن ضمن عُهدةَ المبيع ، وخلاصه ، بطل فى الخلاص . وهل يصحّ فى العُهدة ؟ على وجهين ، بناءً على تفريق الصفقة .

إذا ثبت صحّة ضمان العهدة ، فالكلام فيما يلزم الضامن . فنقول : إنّ استحقاق رجوع المشترى بالثمن لا يخلو : إمّا أن يـكون بسببٍ حادثٍ بعد العقد ، أو مقارنٍ له . فأمّا الحادث ، فمثل تلف المبيع من المـكيل ، والموزون فى يد البائع ، أو بغصبٍ من يده ، أو يتقايلان ، فإنّ المشترى يرجع على البائع دون الضامن . لأن هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد : وإنّما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ، ويحتمل أن يرجع به على الضامن ، لأنَّ ضمان مالم يجب جائز . وهذا منه . وأمّا إن كان بسببٍ مقارنٍ نظرنا : فإن كان بسببٍ لا تفريط من البائع فيه ، كأخذه بالشُّفعة . فإنّ المشترىَ يأخذ الثمن من الشفيع ، ولا يرجع على البائع ، ولا الضامن ، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء ، لم يجب على الضامن بطريق الأولى ، وأما إن زال ملـكه عن المبيع بسببٍ مقارنٍ لتفريط من البائع ، باستحقاقٍ أو حُرّيةٍ ، أو ردٍّ بعيب قديم ، فله الرجوع إلى الضامن . وهذا ضمان العهدة . فإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضاً . لأنّه إذا لزمه كلّ الثمن لزمه بعضُه إذا استُحِقّ ذلك على المضمون عنه ، وسواء ظهر كلّ المبيع مستَحقًّا ، أو بعضُه ، لأنّه إذا ظهر بعضه مستَحقًّا بطل العقد فى الجميع فى إحدى الروايتين . فقد خرجت العين كلّها من يده ، بسببِ الاستحقاق ، وعلى الرواية الأخرى : يبطل العقد فى الجميع ، ولـكن استحقّ ردّها . فإن ردّها كلّها فالحـكم كذلك ، وإن أمسك المملوك منها ، فله المطالبة بالأرش ، كما لو وجد بها عيباً ، ولو باعه عيناً ، أو أقرضه شيئاً بشرط أن يرهن عنده عينا ، فتكفّل رجل بتسليم الرهن لم تصحّ الـكفَالة ، لأنه لا يلزم الراهن إقباضه ، وتسليمه . فلا يلزم الـكفيل مالا يلزم الأصيل . وإن ضمن المشترى قيمةَ ما يحدث

في المبيع ، من بناء ، أو غرسٍ صح ، سواء ضمنه البائع ، أو أجنبيّ ، فإذا بنى ، أو غرس ، واستُحِقّ المبيع رجع المشترى على الضامن بقيمة ما تلف ، أو نقص ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعيّ : لا يصحّ لأنه ضمان مجهول : وضمان مالم يجب . وقد بيّنا جواز ذلك .

٣٥٢٠ (فصل) فيمن يصحّ ضمانه ، ومن لا يصح ، يصح ضمان كلّ جائز التصرُّف في ماله . سواء كان رجلا ، أو امرأة . لأنه عقد يُقصد به المال ، فصح من المرأة ، كالبيع ، ولا يصحُّ من المجنون ، والمُبَرْسَمِ[1] ، ولا من صبيّ غير مميّز بغير خلاف ، لأنه إيجاب مال بعقد . فلم يصح منهم ، كالنذر والإقرار . ولا يصح من السفيه المحجور عليه . ذكره أبو الخطاب ، وهو قول الشافعيّ وقال القاضى : يصح ، ويتّبع به بعد فكّ الحجر عنه لأن من أصلنا أنّ إقراره صحيح ، يتّبع به من بعد فك الحجر عنه ، فكذلك ضمانه ، والأول أولى . لأنه إيجاب مال بعقد . فلم يصحّ منه كالبيع ، والشراء . ولا يُشبه الإقرار ، لأنّه إخبار بحق سابق ، وأما الصبي المميّز : فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين ، وهو قول الشافعي ، وخرّجه أصحابنا من الروايتين في صحّة إقراره ، وتصرُّفاته بإذن وليّه ، ولا يصحّ هذا الجمع . لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه . فلم يصحّ منه ، كالتبرّع ، والنذر ، بخلاف البيع ، وإن اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه ، فقال الصبيّ : قبل بلوغي ، وقال المضمون له : بعد البلوغ ، فقال القاضى : قياس قول أحمد أن القول قول المضمون له ، لأنّ معه سلامة العقد ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في شرطٍ فاسد ، ويحتمل أنّ القول قول الضامن ، لأنّ الأصل عدم البلوغ ، وعدم وجوب الحقّ عليه ، وهذا قول الشافعيّ ، ولا يُشبه هذا ما إذا اختلفا في شرطٍ فاسدٍ ، لأنّ المختلفين ثمّ متفقان على على أهميّة التصرُّف ، والظاهر أنهما لا يتصرّفان إلا تصرُّفاً صحيحاً . فكان قول مدّعى الصحّة هو الظاهر ، وههنا اختلفا في أهليّة التصرُّف ، وليس مع من يدّعى الأهليّة ظاهرٌ يستند إليه ، ولا أصل يرجع إليه ، فلا ترجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حالُ جنون ، كالحكم في الصبيّ ، وإن لم يُعرف له حالُ جنون فالقول قول المضمون له ، لأنّ الأصل عدمه ، وأمّا المحجور عليه لفلَسٍ . فيصحّ ضمانه . ويتّبع به بعد فكّ الحجر عنه . لأنّه من أهل التصرُّف ، والحجر عليه في ماله ، لا في ذمّته . فأشبه الراهن . فصحّ تصرُّفه فيما عدا الرهن ، فهو كما لو اقترض ، أو أقرّ ، أو اشترى في ذمّته ، ولا يصحّ ضمان العبد بغير إذن سيّده ، سواء كان مأذونًا له في التجارة ، أو غير مأذون له ، وبهذا قال ابن أبي ليلى ، والثوريّ ، وأبو حنيفة ، ويحتمل أن يصحّ ، ويتّبع به بعد العتق ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ . لأنه من أهل التصرف ، فصحّ تصرفه فيما لا ضرر على السيّد فيه ، كالإقرار بالإتلاف .

---

(١) المبرسم : الذى يهذى ويخلط فى كلامه بسبب علة فيه .

ووجه الأول : أنه عقد تضمّن إيجاب مال . فلم يصحّ بغير إذن ، كالنكاح . وقال أبو ثور : إن كان من جهة التجارة جاز ، وإن كان من غير ذلك لم يجز ، فإن ضمن بإذن سيّده صحّ . لأنّ سيّده لو أذن له في التصرّف صحّ . قال القاضي : وقياس المذهب تعلّق المال برقبته ، وقال ابن عقيل : ظاهر المذهب . وقياسه أنه يتعلّق بذمة السيّد . وقال أبو الخطاب : هل يتعلّق برقبته ، أو بذمّة سيّده ؟ على روايتين ، كاستدانته بإذن سيّده . وقد سبق الكلام فيها ، فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صحّ . ويكون ما في ذمته متعلّقاً بالمال الذي في يد العبد ، كتعلّق حقّ الجناية برقبة الجاني ، كما لو قال الحرّ : ضمنتُ لك الدين عَلى أن تأخذ من مالي هذا صَحّ ، وأما المكاتبُ فلا يصحّ ضمانه بغير إذن سيده ، كالعبد القِنّ . لأنّه تبرّع بالتزام مال ، فأشبه نذر الصدقة بغير مال . ويحتمل أن يصحّ ويتّبع به بعد عتقه ، كقولنا في العبد ، وإن ضمن بإذنه ففيه وجهان :

أحدها : لا يصحّ أيضاً . لأنه ربّما أدّى إلى تفويت الحرّية .

والثاني : يصحّ . لأن الحقّ لهما ، لا يخرج عنهما ، فأمّا المريض . فإن كان مرضه غير مَخُوف ، أوغير مرض الموت ، فحكمه حكم الصحيح ، وإن كان مرض الموت المخوف ، فحكم ضمانه حكم تبرّعه ، يُحسب من ثلثه . لأنه تبرّع بالتزام ما لا يلزمه . ولم يأخذ عنه عوضاً . فأشبه الهبة . وإذا فُهِمت إشارة الأخرس صحّ ضمانه . لأنه يصحّ بيعه ، وإقراره ، وتبرّعه ، فصحّ ضمانه ، كالناطق ، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يُفْهَم بها أنه قَصَدَ الضمان ، لأنه قد يكتب عبثاً ، أو تجربة قلم ، فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال . ومن لا تُفهم إشارته لا يصحّ منه الضمان . لأنه لا يدري بضمانه . ولأنه لا تصحّ سائر تصرّفاته ، فكذلك ضمانه .

٣٥٢١ (فصل) إذا ضمن الدين الحالّ مؤجّلاً صحّ ، ويكون حالاً على المضمون عنه ، مؤجّلاً على الضامن ، يملك مطالبة المضمون عنه ، دون الضامن ، وبهذا قال الشافعيّ ، قال أحمد في رجل ضمن ما على فلان أن يؤدّيه في ثلاث سنين : فهو عليه . ويؤدّيه كما ضمن ، ووجه ذلك : ما رَوى ابن عباس « أنّ رَجُلاً لَزِمَ غَرِيماً لَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِيرَ على عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقالَ : مَا عِنْدِي شَيْءٌ أُعْطِيكَهُ ، فقالَ : وَاللهِ لاَ أُفارِقُكَ حَتَّى تَقْضِيَنِي ، أَوْ تَأْتِيَنِي بِحَمِيلٍ ، فَجَرَّهُ إِلَى النبيّ صَلّى اللهُ عليهِ وَسلم ، فَقَالَ لَهُ النبيُّ صَلّى اللهُ عليهِ وَسَلّم : كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ ؟ قالَ : شَهْراً ، قالَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ : فَأَنَا أَحمِلُ ، فَجَاءَ فِي الوَقْتِ الّذِي قالَ النبيُّ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّم ، فقالَ لَهُ النبيُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّم : مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هَذَا ؟ قَالَ : مِنْ مَعْدِنٍ ، قالَ : لاَ خَيْرَ فِيهَا ، وَقَضَاهَا عَنْهُ » رواه ابن ماجه في سننه . ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجّل ، فكان مؤجّلاً ، كالبيع .

فإن قيل : فعندكم الدين الحالّ لا يتأجّل، فكيف يتأجّل على الضامن؟أم كيف يثبت فى ذمّة الضامن على غير الوصف الذى يتّصف به فى ذمّة المضمون عنه ؟

قلنا : الحقّ يتأجّل فى ابتداء ثبوته ، إذا كان بعقد . وهذا ابتداء ثبوته فى حقّ الضامن ، فإنّه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ، ويجوز أن يخالف ما فى ذمة الضامن ما فى ذمة المضمون عنه، بدليل ما لو مات المضمون عنه والدينُ مؤجّل .

إذا ثبت هذا : وكان الدين مؤجّلاً إلى شهر ، فضمنه إلى شهرين ، لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهرين . فإن قضاه قبل الأجل ، فله الرجوع به فى الحالّ على الرواية التى تقول : إنه إذا قضى دينه بغير إذن رجع به . لأنّ أكثر ما فيه ههنا أنه قضى بغير إذن ، وعلى الرواية الأخرى لا يرجع به قبل الأجل ، لأنّه لم يأذن له فى القضاء قبل ذلك ، وإن كان الدين مؤجّلا ، فضمنه حالاً لم يصر حالاً ، ولا يلزمه أداؤه قبل أجله ، لأنّ الضامن فرع للمضمون عنه . فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ، ولأنّ المضمون عنه لوألزم نفسه تعجيل هذا الدين. لم يلزمه تعجيله ، فبأن لا يلزم الضامن أولى ، ولأنّ الضمان التزامُ دينٍ فى الذمّة . فلا يجوز أن يلتزم مالا يلزم المضمون عنه ، فعلى هذا إن قضاه حالا لم يرجع به قبل أجله . لأنّ ضمانه لم يغيِّره عن تأجيله ، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها : أنّ الدين الحالّ ثابت فى الذمّة ، مستَحَقّ القضاء فى جميع الزمان . فإذا ضمنه مؤجّلاً فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه . فصحّ ، كما لو كان الدينُ عشرةً فضمن خمسةً . وأمّا الدين المؤجّل فلا يُستحقُّ قضاؤه إلا عند أجله . فإذا ضمنه حالاً التزم ما لم يجب على المضمون ، فأشبه ما لو كان الدين عشرةً ، فضمن عشرينَ ، وقيل : يحتمل أن يصحّ ضمان الدين المؤجّل حالاً ، كما يصحُّ ضمان الحالّ مؤجّلاً قياساً لإحداهما على الأخرى . وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى .

٣٥٢٢ (فصل) وإذا ضمن ديناً مؤجّلاً عن إنسان ، فمات أحدُهما : إمّا الضامنُ وإمّا المضمون عنه ، فهل يَحِلُّ الدين على الميِّت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرها .

فإن قلنا : يحلُّ على الميِّت لم يحلّ على الآخر . لأنّ الدين لا يحلُّ على شخص بموت غيره ، فإن كان الميِّت المضمون عنه لم يستحقّ مطالبة الضامن قبل الأجل ، فإن قضاه قبل الأجل كان متبرِّعاً بتعجيل القضاء ، وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ؟ يخرّج على الروايتين، فيمن قضى بغير إذن مَنْ هو عليه، وإن كان الميِّت الضامن ، فاستوفى الغريمُ الدين من تركته ، لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه ، حتّى يحلّ الحقُّ . لأنّه مؤجّل عليه ، فلا يستحقّ مطالبته به قبل أجله ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وحُكى عن زفر : أنّ لهم مطالبته ، لأنّه أدخله فى ذلك مع علمه أنّه يحلُّ بموته .

ولنا : أنه دين مؤجّل ، فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل ، كما لو يمت ، وقوله : أدخله فيه . قلنا : إنّما أدخله في المؤجّل وحلوله بسبب من جهته ، فهو كما لو قضى قبل الأجل .

٣٥٢٣ « مسألة » قال ﴿ ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن ﴾ .

يعني : أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان ، كما يبرأ المحيلُ بنفس الحوَالة قبل القبض . بل يثبت الحقّ في ذمّة الضامن ، مع بقائه في ذمّة المضمون عنه ، ولصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما في الحياة ، وبعد الموت . وبهذا قال الثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأصحابُ الرأي ، وقال أبو ثور : الكفالة ، والحوَالة سواء ، وكلاهما ينقل الحقّ عن ذمّة المضمون عنه ، والمحيل ، وحُكي ذلك عن ابن أبي ليلى ، وابن شُبْرُمة وداود ، واحتجّوا بما روى أبو سعيد الخُدْريّ قال : « كُنَّا مَعَ النبيّ صلى اللهُ عليه وسلم في جَنَازَةٍ فلمَّا وُضِعَتْ قال : هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟ قالُوا : نَعَم دِرْهَمَانِ . فقال : صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ ، فقال عَلِيٌّ : هُما عَلَيّ يا رَسُولَ الله ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ . فَقَامَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلم فَصَلّى عَلَيْهِ . ثُمّ أَقْبَلَ عَلَى عَلِيّ فَقَالَ : جَزَاكَ اللهُ خَيْرًا عَنِ الإِسْلاَمِ ، وَفَكَّ رِهَانَكَ ، كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ ، فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللهِ هَذَا لِعَلِيّ خَاصَّةً أَمْ لِلنَّاسِ عَامَّةً ؟ فَقَالَ : لِلنَّاسِ عَامَّةً » رواه الدارقطنيّ . فدلّ على أن المضمون عنه برئ بالضمان ، وروى الإمام أحمد في المسند ، عن جابر قال « تُوُفِّيَ صَاحِبٌ لَنَا فَأَتَيْنَا النبيّ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلم لِيُصَلّي عَلَيْهِ ، فَخَطَا خُطْوَةً ، ثُمّ قَالَ : أَعَلَيهِ دَيْنٌ ؟ قُلْنَا : دِينَارَانِ . فانصَرَفَ ، فَتَحَمَّلَهُمَا أَبُو قَتَادَةَ . فَقَالَ : الدِّينَارَانِ عَلَيَّ ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم : وَجَبَ حَقُّ الْغَرِيمِ ، وَبَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا ؟ قال نَعَمْ ؛ فَصَلّي عَلَيْهِ ، ثُمّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ ؟ قالَ : إِنَّمَا مَاتَ أَمْسِ . قَالَ : فَعَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْغَدِ ، فَقَالَ : قَدْ قَضَيْتُهُمَا : فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلّم : الآن بَرَدَتْ جِلْدَتُهُ » وهذا صريح في براءة المضمون عنه ، لقوله « وَبَرِئَ الميِّت مِنْهُمَا » ولأنه دين واحد ، فإذا صار في ذمّة ثانية برئت الأولى منه ، كالمحالِ به . وذلك لأنّ الدين الواحد لا يحِلّ في محلّين .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « نَفْسُ المُؤْمِنِ مُعَلّقَةٌ بِدَيْنِهِ ، حَتّى يُقْضَى عَنْهُ » وقوله في خبر أبي قتادة « الآنَ بَرَدت جِلْدَتُهُ » حين أخبره أنّه قضى دينه . ولأنّها وثيقة ، فلا تنقل الحقّ ، كالشهادة ، وأمّا صلاةُ النبيّ صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه ، فلأنّه بالضمان صار له وفاء ، وإنّما كان النبيّ صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مَدِينٍ لم يخلِّف وفاء ، وأمّا قوله لعليّ « فَكَّ اللهُ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » فإنّه كان بحال لا يُصَلّي عليه النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فلمّا ضمنه ، فكّه من ذلك ، أو بما في معناه ، وقوله « بَرِئَ الميِّتُ مِنْهمَا » صرت أنت المطالبُ بهما . وهذا على سبيل التأكيد

لثبوت الحقّ فى ذمّته ، ووجوب الأداء عليه . بدليل قوله فى سياق الحديث حين أخبره بالقضاء « الآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدَتُهُ » ويفارق الضمانُ الحوالةَ . فإن الضمان مشتقّ من الضمّ ، فيقتضى الضم بين الذمّتين فى تعلّق الحقّ بهما ، وثبوته فيهما ، والحوالةُ من التحوّل . فتقتضى تحوّل الحق من محلّه إلى ذمّة المحال عليه وقولهم : إن الدين الواحد لا يحلّ فى محلّين . قلنا : يجوز تعلّقه بمحلّين على سبيل الاستيثاق كتعلّق دين الرهن به ، وبذمّة الراهن . وقال أبو بكر عبد العزيز : أما الحىّ فلا يبرأ بمجرّد الضمان ، روايةً واحدةً ، وأما الميّت : ففى براته بمجرّد الضمان روايتان :

إحداهما : يبرأ بمجرد الضمان . نص عليه أحمد فى رواية يوسف بن موسى . لما ذكرنا من الخبرين ، ولأنّ فائدة الضمان فى حقّه تبرئةُ ذمّته . فينبغى أن تحصل هذه الفائدة بمجرّد الضمان . بخلاف الحىّ ، فإنّ المقصود من الضمان فى حقّه الاستيثاق ، وثبوته فى الذمّتين آكدُ فى الاستيثاق بالحقّ .

والثانية : لا يبرأ إلا بالأداء ، لما ذكرناه ، ولأنّه ضمان ، فلا يبرأ به المضمون عنه ، كالحىّ :

٣٥٢٤ (فصل) ولصاحب الحقّ مطالبة من شاء منهما . وحُكى عن مالك فى إحدى الروايتين عنه. أنّه لا يُطالب الضامن إلا إذا تعذّر مطالبةُ المضمون عنه ، لأنه وثيقة ، فلا يُستوفَى الحقّ منها إلا عند تعذّر استيفائه من الأصل ، كالرهن .

ولنا : أن الحقّ ثابت فى ذمّة الضامن ، فملك مطالبته ، كالأصيل . ولأنّ الحقّ ثابت فى ذمتهما ، فملك مطالبة من شاء منهما ، كالضامنين إذا تعذّرت مطالبة المضمون عنه . ولا يُشبه الرهن ، لأنّه مال مَنْ عليه الحقّ ، وليس بذى ذمّة يطالب ، إنّما يطالب مَن عليه الدين ، ليقضى منه ، أو مِنْ غيره .

٣٧٢٥ (فصل) وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمّة الضامن . لا نعلم فيه خلافاً ، لأنّه تبع ، ولأنّه وثيقة ، فإذا برىء الأصل زالت الوثيقة ، كالرهن . وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمّة المضمون عنه : لأنّه أصلٌ ، فلا يبرأ بإبراء التبع ، ولأنه وثيقة انحلّت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمّة الأصل ، كالرهن إذا انفسخ من غير استيفائه ، وأيّهما قضى الحقّ برئا جميعاً من المضمون له ، لأنّه حقّ واحد . فإذا استُوفِىَ مرّةً زال تعلّقه بهما ، كما لو استوفِى الحق الذى به قرضٌ ، وإن أحال الغريم برئا جميعاً لأنه حق واحد ، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بهما ، كما لو استوفى دينُ الرهن ، وإن أحال أحدهما الغريم برئا جميعاً ، لأنّ الحوالة كالقضاء .

٣٥٢٦ (فصل) وإن ضمن الضامنَ ضامنٌ آخر صحّ ، لأنّه دين لازم فى ذمّته ، فصحّ ضمانه ، كسائر الديون ، ويثبت الحقّ فى ذمم ثلاثة أيّهم قضاه برئت ذِمَمُهم كلّها . لأنه حقٌّ واحد ، فإذا قُضِى مرّةً لم يجب قضاؤه مرّة أخرى ، وإن أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لأنّهما فرع ، وإن أبرأ الضامنُ الأولُ برىء الضامنان كذلك ، ولم يبرأ المضمون عنه ، لما تقدّم ، وإن أبرأ الضامنَ الثانى برىءَ

وحده ، ومتى حصلت براءة الذمّة بالإبراء فلا يرجع فيها بحال ، لأنّ الرجوع مع الغُرم ، وليس في الإبراء غُرم ، ، والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه ، وتزيد بأنه إذا مات المكفول عنه برئ كفيلاه . وإن مات الكفيلُ الأوّل برىء الثاني دون المكفول عنه ، لأنّ الوثيقة انحلّت من غير استيفاء ، فأشبه الرهن وإن مات الكفيل برئ وحده .

٣٥٢٧ (فصل) وإن ضمن المضمون عنه الضامن ، أو تكفل المكفول عنه الكفيلَ ، لم يصحّ . لأنّ الضمان يقتضي إلزامه الحق في ذمّته ، والحقّ لازم له ، فلا يُتصوّر إلزامه ثانياً . ولأنّه أصل في هذا الدين ، فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه . وإن ضمن عنه ديناً آخر ، أو كفل به في حقّ آخر ، جاز لعدم ما ذكرناه فيه .

٣٥٢٨ (فصل) ويجوز أن يضمن الحقّ عن الرجل الواحد اثنان ، وأكثر ، سواء ضمن كلّ واحد منهم جميعه ، أو جزءا منه . فإن ضمن كلّ واحد منهم جميعه برئ كلّ واحد منهم بأداء أحدهم ، وإن أبرئ المضمون عنه برئ الجميع ، لأنهم فروع له . وإن أبرئ أحد الضُّمَّانِ برئ وحده . ولم يبرأ غيرُه ، لأنّهم غيرُ فروع له : فلم يبروؤا ببراءته ، كالمضمون عنه ، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجُز . لأن الحقّ ثبت في ذمّته بضمانه الأصليّ ، فلا يجوز أن يثبت ثانياً . ولأنه أصلٌ فيه بالضمان . فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً ، ولو تكفّل بالرجل الواحد رجلان جاز . ويجوز أن يتكفّل كلّ واحد من الكفيلين صاحبه ، لأنّ الكفالة ببدنه ، لا بما في ذمّته . وأيّ الكفيلين أحضر المكفول به برئ ، وبرئ صاحبُه من الكَفَالة ، لأنّه فرعه ، ولم يبرأ من إحضار المكفول به ، لأنّه أصل في ذلك ، وإن كفل المكفولُ الكفيلَ لم يجُز . لأنّه أصل له في الكفالة ، لم يجز أن يصير فرعاً له فيما كُفِل به ، وإن كفل به في غير هذا الحقّ جاز . لأنّه ليس بفرع له في ذلك .

٣٥٢٩ « مسألة » قال ﴿ فمتى أدّى رجع عليه ، سواء قال له : اضمن عنّي ، أو لم يقل ﴾

يعني : إذا أدّى الدينَ محتسبا بالرجوع على المضمون عنه ، فأمّا إن قضى الدين متبرّعاً به غير ناوٍ للرجوع به ، فلا يرجع بشيء ، لأنّه يتطوّع بذلك ، أشبه الصدقة ، وسواء ضمن بأمره ، أو بغير أمره ، فأما إذا أدّاه بنيّة الرجوع به ، لم يخلُ من أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن بأمر المضمون عنه ، ويؤدّي بأمره ، فإنّه يرجع عليه ، سواء قال له : اضمن عنّي ، أو أدّ عنّي ، أو أطلَقَ ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة ومحمد : إن قال : اضمن عنّي ، وانقد عنّي رجع عليه ، وإن قال : انقد هذا لم يرجع إلا أن يكون مُخالطاً له يستقرض منه ، ويودِع عنده . لأنّ قوله : اضمن عنّي ، وانقُد عنّي إقرار منه بالحقّ . وإذا أطلق ذلك صار كأنّه قال : هب

لهذا ، أو تطوّع عليه . وإذا كان مخالطاً له رجع استحساناً ، لأنَّه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه .

ولنا . أنه ضمن ، ودفع بأمره . فأشبه ماإذا كان مُخالطاًله ، أو قال : اضمن عنّي ، وما ذكراه ليس بصحيح ، لأنَّه إذا أمره بالضمان لا يكون إلاّ لما هو عليه ، وأمرُه بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه ، بدليل المخالط له .فيجبُ عليه أداء ما أدَّى عنه ، كما لو صرّح به .

الحال الثانى :ضمن بأمره ، وقضى بغير أمره ، فله الرجوع أيضاً . وبه قال مالك ، والشافعىّ فى أحـد الوجوه عنه ، والوجه الثانى : لا يرجع به ، لأنَّه دفع بغير أمره . أشبه مالو تبرع به . الثالث : أنه إن تعذّر الرجوع على المضمون عنه ، فدفع ما عليه رجع ، وإلاّ فلا ، لأنه تبرع بالدفع .

ولنا : أنه إذا أذن فى الضمان تضمَّن ذلك إذنَه فىالأداء ، لأنّ الضمان يوجب عليه الأداء ، فرجع عليه، كما لو أذن فى الأداء صريحاً .

الحال الثالث : ضمن بغير أمره ، وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً .وظاهر مذهب الشافعىّ : أنه لا يرجع ، لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه .

ولنا : أنَّه أدَّى دينه بأمره ، فرجع عليه ، كما لو لم يكن ضامناً ، أو كما لو ضمن بأمره ، وقولهم : إنَّ أذنه فى القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه ، قلنا : الواجب بضمانه إنَّما هو أداء دينه ، وليس هو شيئاً آخر ، فمتى أدَّاه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله .

الحال الرابع : ضمن بغير أمره ، وقضى بغير أمره ، ففيه روايتان :

إحداهما : يرجع بما أدَّى . وهو قول مالك ، وعبد الله بن الحسن ، وإسحاق .

والثانية : لا يرجع بشىء . وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ وابن المنـذر ، بدليل حديث علىّ ، وأبى قتادة ، فإنَّهما لو كانا يستحقَّان الرجوع على الميّت صار الدين لهما ، فكانت ذمة الميت مشغولةً بدينهما ، كاشتغالها بدين المضمون عنه ، ولم يُصلّ عليه النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنَّه تبرّع بذلك ، أشبه ما لو علف دوابّه ، وأطعم عبيده بغير أمره .

ووجه الأولى : أنه قضاء مُبرئ من دين واجب . فكان من ضمان مَن هو عليه ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ، فأمّا علىّ وأبو قتادة ، فإنّهما تبرّعا بالقضاء ، والضمان ، فإنّهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمّته، ليُصلّى عليه صلّى الله عليه وسلم ، مع علمهما بأنّه لم يترك وفاء ، والمتبرِّع لا يرجع بشىء ، وإنما الخلاف فى المحتَسِب بالرجوع .

٣٥٣٠ (فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقلّ الأمرين ممَّا قضى ، أو قدر الدين . لأنّه إن كان الأقلّ الدين ، فالزائد لم يكن واجباً . فهو متبرّع بأدائه ، وإن كان المقضىّ أقلّ ، فإنّما يرجع بما غَرِم .

لهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء . وإن دفع عن الدين عرضاً رجع بأقل الأمرين من قيمته ، أو قدر الدين ، لذلك . فإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله ، لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ، فإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ، ويرجع بالأقل مما أحال به ، أو قدر الدين ، سواء قبض الغريم من المحال عليه ، أو أبرأه ، أو تعذر عليه الاستيفاء ، لفلَسٍ أو مَطْلٍ . لأن نفس الحوالة كالاقباض .

٣٥٣١ (فصل) ولو كان على رجلين مائة ، على كل منهما نصفُها ، وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه ، فضمن آخرُ عن أحدهما المائةَ بأمره ، وقضاها ، سقط الحق عن الجميع ، وله الرجوع بها على الذى ضمن عنه ، ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء فى إحدى الروايتين . لأنه لم يضمن عنه ، ولا أذن له فى القضاء ، فإذا رجع على الذى ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ، إن كان ضمن عنه بإذنه ، لأنه ضمنها عنه بإذنه ، وقضاها ضامنه ، والرواية الثانية : له الرجوع على الآخر بالمائة . لأنها وجبت له على من أداها عنه . فملك الرجوع بها عليه ، كالأصل .

٣٥٣٢ (فصل) إذا ضمن عن رجل بإذنه ، فطولب الضامن ، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه . لأنه لزمه الأداء عنه بأمره ، فكانت له المطالبة بتبرئة ذِمّته . وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه ، لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته ، لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه ، وفيه وجه آخر : أنّ له المطالبة . لأنه شغل ذمته بإذنه ، فكانت له المطالبة بتفريغها ، كما لو استعار عبداً ، فرهنه ، كان للسيِّد مطالبته بِفَكَاكه ، وتفريغه من الرهن ، والأول أولى ، ويُفارق الضمانُ العاريَةَ ، لأنّ السيّد يتضرّر بتعويق منافع عبده المستعار ، فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه ، والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه ، فأمّا إن ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحالٍ ، لأنه لا حقّ له يطالب به ، ولا شغل ذمته بأمره . فأشبه الأجنبيّ ، وقيل : إن هذا ينبنى على الروايتين فى رجوعه على المضمون عنه بما أدّى عنه . فإن قلنا : لا يرجع ، فلا مطالبة له بحالٍ ، وإن قلنا : يرجع . فحكمهُ حكمُ من ضمن عنه بأمره ، على ما مضى تفصيلُه .

٣٥٣٣ (فصل) فإن ضمن الضامنَ ضامن آخر ، فقضى أحدهم الدينَ برئوا جميعاً . فإن قضاه المضمون عنه لم يرجع على أحد ، وإن قضاه الضامن الأول رجع على المضمون عنه . دون الضامن عنه ، وإن قضاه الثانى رجع على الأول ، ثم رجع الأول على المضمون عنه ، إذا كان كلّ واحد منهما قد أذن لضامنه ، فإن لم يكن أذن له ففى الرجوع روايتان ، وإن أذن الأول للثانى ولم يأذن المضمون عنه ، أو أذن المضمون عنه لضامنه ، ولم يأذن الضامن لضامنه ، رجع المأذون له على من أذن له ، ولم يرجع الآخر على إحدى

الروايتين . فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ، ولم يأذن له الضامن الأول . رجع على المضمون عنه ، ولم يرجع على الضامن . لأنه إنّما يرجع على من أذن له ، دون غيره .

٣٥٣٤ (فصل) إذا كان له ألف على رجلين ، على كلٍّ واحد منهما نصفُه . وكلٌّ واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برىء منه ، وبرىء صاحبه من ضمانه ، وبقي عليه خمسمائة ، وإن قضاه أحدهما خمسمائة ، أو أبرأه الغريم منها ، وعيّن القضاء بلفظه ، أو بنيّة عن الأصل ، والضمان ، انصرف إليه . وإن أطلق احتمل أنّ له صرفها إلى ما شاء منهما ، كمن أخرج زكاة نصاب ، وله نصابان : غائب ، وحاضر ، كان له صرفها إلى ما شاء منهما . واحتمل أن يكون نصفُها عن الأصل ، ونصفُها عن الضمان ، لأنّ ، إطلاق القضاء ، والإبراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته ، فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء : لفظ القاضي ، ونيّته . وفي الابراء : لفظ المُبرىء ونيّته ، ومتى اختلفوا في ذلك ، فالقول قول مَن المعتبرُ لفظُه ونيّته .

٣٥٣٥ (فصل)ولو ادّعى ألفاً على حاضر ، وغائب ، وأن كلّ واحدمنهما ضامن عن صاحبه ، فاعترف الحاضر بذلك ، فله أخذ الألف منه ، فإذا قدم الغائب ، فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، وإن أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فإن قامت عليه بيّنة فاستوفى الألف منه لم يرجع على الغائب بشيء . لأنه بإنكاره معترف : أنّه لا حقّ له عليه . وإنّما المدّعي ظلمه ، وإن اعترف الغائب ، وعاد الحاضر عن إنكاره ، فله أن يستوفي منه ، لأنه يدّعي عليه حقاً يعترف له به ، فكان له أخذه منه . وإن لم يقم على الحاضر بيّنة حلف وبرئ ، فإذا قدم الغائب ، فأنكر أيضاً ، وحلف برئ ، وإن اعترف لزمه دفعُ الألف : وقال بعض أصحاب الشافعيّ : لا يلزمه إلا خُمْس المائة الأصلية ، دون المضمونة ، لأنّها سقطت عن المضمون عنه بيمينه ، فتسقط عن ضامنه .

ولنا : أنه يعترف بها ، وغريمه يدّعيها ، واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ، ولم تُسقط عنه الحقّ الذي في ذمّته ، ولهذا لو قامت عليه بيّنة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن .

٣٥٣٦ (فصل) وإذا ادّعى الضامن أنّه قضى الدين ، فأنكر المضمون له ، ولا بيّنة له . فالقول قول المضمون له . لأنّه ادّعى تسليم المال إلى مَن لم يأمنه . فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة من شاء منهما ، فإن رجع على المضمون عنه ، فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه ؟ نظرنا : فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه ، وإن اعترف له بالقضاء ، وكان قد قضى بغير بيّنة في غَيبة المضمون عنه ، لم يرجع بشيء ، سواء صدّقه المضمون عنه ، أو كذّبه . لأنّه أذن له في قضاء مُبرئ ، ولم يوجَد ، وإن قضاه ببيّنة ثبت بها الحقّ ، لكن إن كانت ميتة ، أو غائبة ، فللضامن الرجوع على المضمون عنه ، لأنّه معترف : أنّه ما قصر

وَلا فرّط ، وإن قضاه ببيّنة مردودة ، بأمر ظاهر ، كالـكفر ، والفسق الظاهر . لم يرجع الضامنُ ، لتفريطه ، لأنّ هذه البيّنة كعدمها ، وإن رُدّت بأمر خفيّ ، كالفسق الباطن ، أو كانت الشهادة مختلَفاً فيها ، مثل أن أشهد عبدين ، أو شاهداً واحداً فردّت لذلك ، أو كان ميّتاً أو غائباً احتمل أن يرجع ، لأنّهُ قضى ببيِّنة شرعيَّة ، والجرح ، والتعديل ليس إليه ، واحتمل أن لا يرجع ، لأنّهُ أشهد من لا يثبُت الحقُّ بشهادته ، وإن قضى بغير بيِّنه بحضرة المضمون عنه ففيه وجهان :

أحدهما : يرجع . وهو مذهب الشافعيّ ، لأنّهُ إذا كان حاضراً كان الاحتياط إليه . فإذا ترك التحفُّظ وهو حاضر ، فهو المفرِّط دون الضامن .

والثانى : لا يرجع . لأنه قضى قضاء لا يُبرئُ ، فأشبه ما لو قضى فى غيبته ، فأمّا إن رجع المضمون له على الضامن ، فاستوفى منه مرّةً ثانية ، رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانياً ، لأنّهُ أبرأ به ذمّته ظاهراً ، قال القاضى : ويحتمل أن له الرجوع بما قضاه أوّلاً ، دون الثانى ، لأنّ البراءة حصلت به فى الباطن ، ولأصحاب الشافعيّ كهذين الوجهين ، ووجه ثالث : أنّهُ لا يرجع بشيء بحال لأنّ الأول ما أبرأه ظاهراً ، والثانى ما أبرأه باطناً .

ولنا : أن الضامن أدى عن المضمون عنه بإذنه ، إذا أبرأه ظاهراً ، وباطناً ، فرجع به . كما لو قامت به البيِّنة . والوجه الأول أرجح . لأنّ القضاء المُبرِيء فى الباطن ما أوجب الرجوع . فيجب أن يجب بالباقى المُبرىء فى الظاهر ، وإن اعترف المضمون له بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه ، لم يُلتفت إلى إنكاره ، لأنّ ما فى ذمّته حقٌّ المضمون له . فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحقّ الذى له صار الضامن ، فيجب أن يقبل إقراره ، لكونه إقراراً فى حقّ نفسه ، ويحتمل أن لا يقبل ، لأنّ الضامن مدَّعٍ لما يستحقُّ به الرجوع على المضمون عنه . فقول المضمون له شهادةٌ على فعل نفسه ، فلا يُقبل ، والصحيحُ الأول ، وشهادة الإنسان على فعل نفسه صحيحة ، كشهادة المُرضِعة بالرّضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عُقبة ابن الحارث .

٣٥٣٧ (فصل) ولا يدخل الضمانَ والكفالةَ خيار . لأنّ الخيار جُعل ليُعرف ما فيه الحظّ ، والضمين ، والكفيلُ على بصيرة : أنّه لاحظّ لها . ولأنّه عقد لا يفتقر إلى القبول، فلم يدخله خيارٌ كالنذر، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ . ولا نعلم عن أحد خلافهم . فإن شرط الخيار فيهما ، فقال القاضى : عندى أن الكفالة تبطل ، وهو مذهبُ الشافعيّ . لأنه شرط ماينافى مقتضاها ، ففسدت ، كما لو شرط أن لا يؤدّى ماعلى المكفول به ، وذلك لأن مقتضى الضمان ، والكفالة لزوم ماضمنه ، أو كفل به ، والخيارُ ينافى ذلك، ويحتمل أن يبطل الشرط ، وتصحّ الكفالة ، كما قلنا فى الشروط الفاسدة فى البيع ، ولو أقرّ بأنه

كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة ، وبطل الشرط ، لأنه وصل بإقراره ما يُبطله . فأشبه استثناء الكل .

٣٥٣٨ (فصل) وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفاً ضمان اشتراك[1] ، فقالا : ضمنَّا لك الألف الذى على زيد ، فكلّ واحد منهم ضامنٌ لنصفه ، وإن كانوا ثلاثة : فكلٌّ واحد منهم ضامنٌ ثُلثَهُ ، فإن قال واحد منهم : أنا وهذان ضامنون لك الألف ، فسكت الآخران . فعليه ثلث الألف ، ولا شيء عليهما . وإن قال : كلٌّ واحد منَّا ضامن لك الألف ، فهذا ضمان اشتراك وانفراد ، وله مطالبة كلٍّ واحد منهم بالألف كله إن شاء ، وإن أدّى أحدهم الألف كلّه أو حصَّته لم يرجع إلاّ على المضمون عنه ، لأنّ كلّ واحد منهم ضامن أصلىّ . وليس بضامن عن الضامن الآخر .

٣٥٣٩ « مسألة » قال ﴿ ومن كفل بنفسٍ لزمه ما عليها إن لم يُسَلِّمْها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الكَفالة بالنفس صحيحة فى قول أكثر أهل العلم ، هذا مذهب شُرَيح ، ومالك ، والثورىّ ، والليث ، وأبى حنيفة ، وقال الشافعىّ فى بعض أقواله : الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلفَ أصحابه ، فمنهم من قال : هى صحيحة قولاً واحداً . وإنّما أراد أنَّها ضعيفة فى القياس ، وإن كانت ثابتةً بالإجماع ، والأثر ، ومنهم من قال : فيها قولان : أحدهما : أنَّها غيرُ صحيحةٍ ، لأنَّها كفالة بِعَيْنٍ ، فلم تصحّ . كالكفالة بالوجه ، وبدن الشاهدين .

ولنا : قول الله تعالى (١٢ : ٦٦ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِنَ اللهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إلاّ أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ) ولأنّ ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة ، كالمال .

إذا ثبت هذا فإنه متى تعذّر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته ، أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه ، وقال أكثرهم لا يغْرَم .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « الزَّعِيمُ غارِمٌ » ولأنَّها أحدُ نوعى الكفالة ، فوجب بها الغُرم ، كالكفالة بالمال .

٣٥٤٠ (فصل) وإذا قال : أنا كفيل بفلان ، أو بنفسه ، أو ببدنه ، أو بوجهه . كان كفيلا به . وإن كفل برأسه ، أو كبده ، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه ، أو بجزء شائع منه ، كثلثه ، أو ربعه . صحّت الكفالة ، ولأنّه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كلّه ، وإن تكفَّل بعضو تبقى الحياة بعد زواله ، كيده ، ورجله ، ففيه وجهان :

أحدهما : تصحّ الكفالة ، وهو قول أبى الخطّاب ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، لأنه لا يمكنه

(١) فى الأصول : ضمان اشتراط ، بالطاء ، وهو تصحيف لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

إحضار هذه الأعضاء على صفتها ، إلاَّ بإحضار البدن كله . فأشبه الكفالة بوجهه ، ورأسه . ولأنه حكم يتعلق بالجملة ، فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض ، كالطلاق ، والعتاق .

والثانى : لا يصحّ ، لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها ، وقال القاضى : لا تصحّ الكفالة ببعض البدن . ولا تصحّ إلا فى جميعه ، لأنّ ما لا يسرى لا يصحّ إذا خصّ به عضو ، كالبيع ، والإجارة .

٣٥٤١ (فصل) وتصحُّ الكفالة ببدن كلٍّ من يلزم حضوره فى مجلس الحكم ، بدين لازم ، سواء كان الدين معلومًا ، أو مجهولاً ، وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لا تصحّ بمن عليه دين مجهول ، لأنّه قد يتعذّر إحضار المكفول به ، فيلزمه الدين ، ولا يمكن طلب منه لجهله .

ولنا : أنّ الكفالة بالبدن لا بالدين ، والبدن معلوم ، فلا تبطُل الكفالة لاحتمالٍ عارضٍ ، ولأنّا قد تبيّنا أن ضمان المجهول يصحّ ، وهو التزام المال ابتداء ، فالكفالة التى لا تتعلّق بالمال ابتداء أولى ، وتصحّ الكفالة بالصبىّ ، والمجنون لأنّهما قد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف ، وإذنُ وليّهما يقومُ مقام إذنهما . وتصحّ الكفالة ببدن المحبوس ، والغائب ، وقال أبو حنيفة : لا تصحّ .

ولنا : أن كلّ وثيقة صحّت مع الحضور صحّت مع الغيبة ، والحبس كالرهن ، والضمان . ولأن الحبس لا يمنع من التسليم ، لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم ، أو أمر من حبسه ، ثم يعيده إلى الحبس بالحقّين جميعاً : والغائب يمضى إليه فيحضره ، إن كانت الغيبة غيرَ مُنقطعة ، وهو أن يعلم خبره ، فإن لم يعلم خبره لزمه ما عليه . قاله القاضى ، وقال فى موضع آخرَ : لا يلزمهُ ما عليه حتى تمضى مدّة يُمكنهُ الردُّ فيها فلا يفعل .

٣٥٤٢ (فصل) ولا تصحّ الكفالة ببدن مَن عليه حدّ ، سواء كان حقًّا لله تعالى ، كحدّ الزنا ؛ والسرقة ، أو لآدمىّ ، كحدّ القذف ، والقِصاص ، وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم شُرَيح والحسن ، وبه قال إسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى . وبه قال الشافعىّ فى حدود الله تعالى، واختلف قوله فى حدود الأدمىّ ، فقال فى موضع : لا كفالة فى حدود الآدمىّ ، ولا لِعان . وقال فى موضع : تجوز الكفالة بمن عليه حقّ ، أو حَدّ . لأنه حقّ لآدمىّ ، فصحّت الكفالة به . كسائر حقوق الآدميّين .

ولنا : ما رُوى عن عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جَدّه ، عن النبىّ صلى اللهُ عليهِ وَسلم أنّه قال : « لاَ كَفالَةَ فِى حَدّ » ولأنه حدّ ، فلم تصحّ الكفالة فيه ، كحدود الله تعالى . ولأنّ الكفالة استيثاق ، والحدود مبناها على الإسقاط ، والدرء بالشبهات ، فلا يدخل فيها الاستيثاق ، ولأنّه حقّ

لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذّر عليه إحضار المكفول به ، فلم تصحّ الكفالة بمن هو عليه ؛ كحدّ الزنا .

٣٥٤٣ (فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة ، لأنّ الحضور لا يلزمه ، فلا تجوز الكفالة به ، كدين الكتابة .

٣٥٤٤ (فصل) وتصحّ الكفالة حالّةً ، ومؤجّلةً ، كما يصحّ الضمان حالاً ، ومؤجّلاً ، وإذا أطلق كانت حالّةً ، لأنّ كلّ عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول ، كالثمن ، والضمان ، فإذا تكفّل حالاً كان له مطالبته بإحضاره ، فإن أحضره ، وهناك يد حائلة ظالمة ، لم يبرأ منه ، ولم يلزم المكفول له تسلّمه ، لأنّه لا يحصلُ له غرضهُ ، وإن لم تكن يد حائلة لزمه قبوله ، فإن قبله برىء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى : لا يبرأ حتّى يقول : قد برئتُ إليك منه ، أو قد سلّمته إليك ، أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيحُ الأوّل . لأنّه عقد على عمل ، فبرئ منه بالعمل المعقود عليه ، كالإجارة ، فإن امتنع من تسلّمه برىء ، لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه ، وطلب منه تسلّمه على وجهٍ لاضرر في قبضه ، فبرىء منه ، كالمُسلَم فيه ، وقال بعض أصحابنا : إذا امتنع من تسلّمه أشهد على امتناعه رجلين ، وبرىء . لأنّه فعل ما وقع العقد على فعله ، فبرىء منه ، وقال القاضي : يرفعه إلى الحاكم ، فيسلّمه إليه ، فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله ، والأوّل أصحّ ، فإنه مع وجود صاحب الحقّ لا يلزمه دفعه إلى نائبه ، كحاكم أو غيره .

وإن كانت الكفالة مؤجّلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل ، كالدين المؤجّل ، فإذا حلّ الأجل ، فأحضره ، وسلّمه برىء ، وإن كان غائباً ، أو مرتدًّا لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحقّ حتى يمضى زمن يمكن المضيّ إليه ، وإعادتُه ، وقال ابن شُبْرُمة : يُحبس في الحالّ . لأنّ الحقّ قد توجّه عليه .

ولنا : أن الحقّ يعتبر في وجوب أدائه إمكانُ التسليم ، وإن كان حالاً كالدين . فإذا مضت مدّة يمكن إحضاره فيها ، ولم يُحضره ، أو كانت الغيبة منقطعة لا يَعلم خبره ، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه أُخِذَ بما عليه ، وقال أصحاب الشافعيّ : إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه ، لم يطالب الكفيل بإحضاره ، ولم يلزمه شيء ، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه ، حُبِسَ . وقد دللّنا على وجوب الغُرم فيما مضى ، وإن أحضر المكفول به قبل الأجل ، ولا ضرر في تسليمه ، لزمه . وإن كان فيه ضرر ، مثل أن تكون حجّة الغريم غائبةً ، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم ، أو الدين مؤجّل عليه ، لا يمكن اقتضاؤه منه ، أو قد وعده بالإنظار في تلك المدّة ، لم يلزمه قبوله ، كما نقول فيمن دفع الدين المؤجّل قبل حلوله .

٣٥٤٥ (فصل) وإذا عيّن في الكفالة تسليمه في مكان ، فأحضره في غيره ، لم يبرأ من الكفالة .

وبه قال أبو يوسف ، ومحمد . وقال القاضي: إن أحضره بمكانٍ آخرَ من البلد، وسلّمه ، برىء من الكفالة. وقال بعض أصحابنا : متى أحضره في أيّ مكان كان ، وفي ذلك الموضع سُلطان ، برىء من الكفالة ،لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ،ويمكن إثبات الحجّة فيه . وقيل: إن كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخرَ ، لم يبرأ الكفيل بإحضاره فيه ، وإلا برىء، كقولنا فيما إذا أحضره قبل الأجل ، ولأصحاب الشافعيّ اختلافٌ على نحو ما ذكرنا .

ولنا : أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ ، كما لو أحضر المُسلَم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ، ولأنَّه قد سلّم في موضع لا يقدر على إثبات الحجّة فيه ، لغيبة شهوده ، أو غير ذلك ، وقد يهرب منه ، ولا يقدر على إمساكه ، ويُفارق ما إذا أحضره قبل الأجل ، فإنّه عجّل الحقّ قبل أجله ، فزاده خيراً ، فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله ، وإن وقعت الكفالة مُطلقةً وجب تسليمهُ في مكان العقد ، كالسلم ، فإن سلَّمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عَيّنه ، وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسلمهُ محبوساً . لأنّ ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقّه ، وإن كان محبوساً عند الحاكم ، فسلَّمه إليه محبوساً لزمه تسلمه لأنّ حبس الحاكم لا يمنعهُ استيفاء حقّه . وإذا طالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه ، وحكم بينهما ، ثم يردّه إلى الحبس ، وإن توجّه عليه حقّ للمكفول له حبسه بالحقّ الأوّل ، أو حقّ المكفول له .

٣٥٤٦ (فصل) وإن كفل إلى أجل مجهول لم تصحّ الكفالة ، وبهذا قال الشافعيّ ، لأنَّه ليس له وقت يستحقّ مطالبته فيه ، وهكذا الضمان ، وإن جعله إلى الحصاد ، والجزاز ، والعطاء ، خرّج على الوجهين ، كالأجل في البيع ، والأولى صحّتها هنا ، لأنَّه تبرُّع من غير عِوض ، جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه ، فصحّ كالنذر . وهكذا كلّ مجهول لا يمنع مقصود الكفالة ، وقد روى مهنّا عن أحمد في رجل كفل رجلاً آخر ، فقال : إن جئتُ به وقت كذا وإلاّ فما عليه عليّ فقال : لا أدرى . ولكن إن قال : ساعة كذا لزمه ، فنصّ على تعيين الساعة ، وتوقّف عن تعيين الوقت ، ولعلّه أراد وقتاً متّسعاً ، أو وقت شيء يحدُث مثل وقت الحصاد ، ونحوه . فأمّا إن قال : وقت طلوع الشمس ونحو ذلك ، صحّ . وإن قال : إلى الغد ، أو شهر كذا ، تعلّق بأوّله ، على ما ذكرنا في السلَم .

٣٥٤٧ (فصل) وإذا تكفّل برجل إلى أجل إن جاء به فيه وإلاّ لزمه ما عليه صحّ . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن ، والشافعيّ لا تصح الكفالة ، ولا يلزمه ما عليه . لأنّ هذا تعليق الضمان بخطر ، فلم يصحّ ، كما لو علقه بقدوم زيد .

ولنا : أن هذا موجَب الكفالة ، ومقتضاها ، فصحّ اشتراطه ، كما لو قال : إن جئتُ به في وقت كذا

وإلاّ فلك حبسى ، ومبنىَ الخلاف ههنا على الخلاف فى أن هذا مقتضى الكفالة . وقد دللنا عليه ، وأمّا إن قال : إن جئتُ به فى وقت كذا وإلاّ فأنا كفيل ببدن فلانٍ ، أو فأنا ضامن لك مالك على فلان ، أو قال : إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه ، أو إذا قدم الحاجّ فأنا كفيل بفلان ، أو قال : أنا كفيل بفلان شهراً ، فقال القاضى : لا تصحّ الكفالة . وهو مذهبُ الشافعىّ ، ومحمد بن الحسن . لأنّ ذلك خطر ، فلم يجز تعليق الضمان ، والكفالة به ، كمجىء المطر ، وهبوب الريح ، ولأنّه إثبات حقّ لآدمىّ معيّن ، فلم يجز تعليقه على شرط ، ولا توقيته كالهبة ، وقال الشريف أبو جعفر . وأبو الخطاب : تصحّ . وهو قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، لأنّه أضاف الضمان إلى سبب الوجود ، فيجب أن يصحّ كضمان الدرك . والأول أقيس ، فإن قال : كفلت بفلان إن جئت به فى وقت كذا ، وإلا فأنا كفيل بفلان ، أو ضامنٌ المالَ الذى على فُلان ، لم يصحّ فيهما ، عند القاضى ، لأنّ الأول مؤقّت ، والثانى معلّق على شرط . وقال أبو الخطّاب: يصحّ فيهما ، فأمّا إن قال : كفلتُ بأحد هذين الرجلين ، لم يصحّ فى قولهم جميعاً ، لأنّه غير معلوم فى الحال ، ولا فى المآل .

٣٥٤٨ (فصل) فإن قال : كفلت ببدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل ، أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصحّ . لأنه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به . فيكون فاسداً ، وتفسد الكفالة به . ويحتمل أن تصحّ الكفالة ، لأنّه شرط تحويل الوثيقة التى على الكفيل إليه ، فعلى هذا : لا تلزمه الكفالة ، إلاّ أن يبرىء المكفولُ له الكفيلَ الأول . لأنّه إنّما كفل بهذا الشرط ، فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وإن قال : كفلت لك بهذا الغريم ، على أن تُبرئنى من الكفالة بفُلان ، أو ضمنتُ لك هذا الدين بشرط أن تُبرئنى من ضمان الدين الآخر ، أو على أن تبرئنى من الكفالة بفلان ، خرج فيه الوجهان ، والأولى : أنه لا يصحّ . لأنه شرط فسخ عقدٍ فى عقدٍ فلم يصحّ ، كالبيع بشرط فسخ بيعٍ آخر ، وكذلك لو شرط فى الكفالة أو الضمان : أن يتكفّل المكفول له ، أو المكفول به : بآخر ، أو يضمن ديناً عليه ، أو يبيعه شيئاً عيّنه ، أو يؤجّره داره ، لم يكن يصحّ لما ، ذكرنا .

٣٥٤٩ (فصل) ولو تكفّل اثنان بواحد صحّ . وأيّهم قضى الدين برىء الآخران ، لما ذكرنا فى الضمان . وإن سلّم المكفولُ به نفسه برىء كفيلاه ، لأنّه أتى بما يلزم الكفيلين ، وهو إحضار نفسه ، فبرئت ذمّتهما ، كما لو قضى الدين ، وإن أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخرَ . لأنّ إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء ، فلم تنحلّ الأخرى ، كما لو أبرأ أحدهما ، أو انفكّ أحدُ الرهنين من غير قضاء الحقّ ، وفارق ما إذا سلم المكفولَ به نفسه . لأنه أصلٌ لهما . فإذا برىء الأصلُ ممّا تكفّل به عنه ، برىء فرعاه ،

وكلّ واحد من الكفيلين ليس بفرعٍ للآخر . فلم يبرأ ببراءته ، ولذلك لو أبرىء المكفولُ به برىء كفيلاه ، ولو أبرىء أحد الكفيلين برىء وحده دون صاحبه .

٣٥٥٠ (فصل) ولو تكفل واحد لاثنين ، فأبرأه أحدهما ، أو أحضره عند أحدهما ، لم يبرأ من الآخر . لأنّ عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، فقد التزم إحضاره عند كلّ واحد منهما . فإذا أحضره عند واحد برىء منه ، وبقى حقّ الآخر ، كما لو كان فى عقدين . وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقَّه .

٣٥٥١ (فصل) وتفتقر صحّة الكفالة إلى رضى الكفيل ، لأنّه لا يلزمه الحقُّ ابتداء إلا برضاه . ولا يُعتبر رضى المكفول له . لأنّها وثيقةٌ له ، لا قبض فيها ، فصحّت من غير رضاه فيها ، كالشهادة ، ولأنّها التزام حقٍ له من غير عِوض ، فلم يعتبر رضاه فيها ، كالنذر ، فأمّا رضاء المكفول به ففيه وجهان :

أحدهما : لا يعتبر كالضمان .

والثانى : يعتبر . وهو مذهب الشافعىّ . لأن مقصودها إحضاره . وإن تكفّل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه . ولأنه يجعل لنفسه حقاً عليه ، وهو الحضور معه من غير رضاه . فلم يجز . كما لو لزمه الدين ، وفارق الضمان . فإنّ الضامن يقضى الحقّ ، ولا يحتاج إلى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين : متى كانت الكفالة بإذنه ، فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه . لأنّه شغل ذِمّته من أجله بإذنه ، فكان عليه تخليصها ، كما لو استعار عبده ، فرهنه بإذنه ، كان عليه تخليصه ، إذا طلبه سيّده . وإن كانت الكفالة بغير إذنه نظرنا : فإن طلبه المكفول له منه ، لزمه أن يحضر معه . لأنّ حضوره حقّ للمكفول له ، وقد استناب الكفيل فى طلبه ، وإن لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه . لأنّه لم يشغل ذمّته . وإنّما الكفيل شغلها باختيار نفسه . فلم يجز أن يثبت له بذلك حقّ على غيره ، وإن قال المكفول له : أحضر كفيلك كان توكيلاً فى إحضاره ، ولزمه أن يحضُر معه ، كما لو وكّل أجنبيّاً ، وإن قال : اخرج من كفالتك : احتمل أن يكون توكيلاً فى إحضاره ، كاللفظ الأول ، ويحتمل أن تكون مطالبةً بالدين الذى عليه ، فلا يكون توكيلا ، فلا يلزمه الحضور معه .

٣٥٥٢ (فصل) وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان ، أو اكفُل بفلان ففعل . كان الضمان ، والكفالة لازمين المباشر ، دون الآمر . لأنّه كفَل باختيار نفسه . وإنما الأمر إرشاد ، وحثّ على فعل خير ، فلم يلزمه به شىء .

٣٥٥٣ « مسألة » قال ﴿ فإن مات برىء المتكفل ﴾

وجملته : أنه إذا مات المكفول به سقطت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شىء . وبهذا قال شُرَيح ،

والشعبيّ ، وحمّاد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ ، وقال الحكم ، ومالك ، والليث : يجب على الكفيل غُرم ما عليه . وحُكي ذلك عن شُريح . لأن الكفيل وثيقة بحقّ . فإذا تعذّرت من جهة مَن عليه الدين استُوفي من الوثيقة ، كالرهن . ولأنه تعذّر إحضاره ، فلزم كفيله ماعليه ، كما لو غاب .

ولنا : أن الحضور سقط عن المكفول به ، فبرىء الكفيل ، كما لو برىء من الدين . ولأنّ ما التزمه من أجله سقط عن الأصل ، فبرىء الفرع ، كالضامن إذا قضى المضمونُ عنه الدينَ ، أو أبرىء منه ، وفارق ما إذا غاب ، فإنّ الحضور لم يسقُط عنه . ويفارق الرهن ، فإنّه علّق به المال ، فاستُوفي منه .

٣٥٥٤ (فصل) إذا قال الكفيل : قد برىء المكفول به من الدين ، وسقطت الكفالة ، أو قال : لم يكن عليه دين حين كفلته ، فأنكر المكفول له ، فالقول قوله ، لأنّ الأصل صحة الكفالة ، وبقاء الدين ، وعليه اليمين ، فإن نَكَل قضي عليه ، ويحتمل أن لا يُستحلف فيما إذا ادّعى الكفيل أنّه تكفّل بمن لا دين عليه ، لأنّ الكفيل مكذّب لنفسه فيما ادّعاه ، فإنّ من كفَل بشخصٍ معترفٌ بدينه فى الظاهر والأول أولى ، لأنّ ما ادّعاه محتمل .

٣٥٥٥ (فصل) وإذا قال المكفول له للكفيل : أبرأتك من الكفالة برىء ، لأنّه حقّه ، فيسقط بإسقاطه ، كالدين . وإن قال : قد برئتَ إليّ منه . أو قد رددْتَه إليّ برىء أيضاً . لأنه معترف بوفاء الحقّ فهو كما لو اعترف بذلك فى الضمان ، وكذلك إذا قال : برئت من الدين الذى كفلت به . ويبرأ الكفيل فى هذه المواضع دون المكفول به . ولا يكون إقراراً بقبض الحقّ . وهذا قول محمد بن الحسن ، وقيل : يكون إقراراً بقبض الحقّ فيما إذا قال : برئت من الدين الذى كفلت به ، والأول أصحّ . لأنه يمكن براءته بدون قبض الحقّ بإبراء المستحقّ ، أو موت المكفول به ، فأمّا إن قال المكفول به . أبرأتك ممّا لى قِبَلك من الحقّ ، أو برئت من الدين الذى قِبَلك . فإنّه يبرأ من الحقّ وتزول الكفالة . لأنه لفظ يقتضى العموم فى كلّ ما قبله . وإن قال : برئت من الدين الذى كفل به فلان برىء ، وبرىء كفيلهُ .

٣٥٥٦ (فصل) وإذا كان لذمّى على ذمىّ خمر ، فكفل به ذمىّ آخر ، ثم أسلم المكفول له ، أو المكفول عنه ، برىء الكفيلُ ، والمكفول عنه . وقال أبو حنيفة : إذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ، ويلزمهما قيمةُ الخمر . لأنه كان واجباً ، ولم يوجد إسقاط ، ولا استيفاء ، ولا وُجد من المكفول له مايُسقط حقّه ، فبقى بحاله .

ولنا : أن المكفول به مسلم ، فلم يجب عليه الخمر ، كما لو كان مسلماً قبل الكفالة . وإذا برىء المكفول به برىء كفيله ، كما لو أدّى الدين ، أو أبرأه منه . ولأنه لو أسلم المكفول له برئا جميعاً ، وكذلك

إذا أسلم المكفول به . وإن أسلم الكفيل وحده برىء من الكفالة ، لأنه لا يجوز وجوب الخمر عليه ، وهو مسلم .

٣٥٥٧ (فصل) فإذا قال : أعط فلاناً ألفاً ، ففعل ، لم يرجع على الآمر ، ولم يكن له ذلك كفالةً ، ولا ضماناً ، إلاّ أن يقول : أعطه عنّى . وقال أبو حنيفة : يرجع عليه إذا كان خليطاً له ، لأن العادة أن يستقرض من خليطه .

ولنا : أنه لم يقل أعطه عنّى ، فلم يلزمه الضمان ، كما لو لم يكن خليطاً ، ولا يلزم إذا كان له عليه مال ، فقال : أعطه فلاناً حيثُ يلزمه ، لأنّه لا يلزمه لأجل هذا القول ، بل لأنّ عليه حقاً يلزمه أداؤه .

٣٥٥٨ (فصل) إذا كانت السفينة فى البحر ، وفيها متاع ، فخيف غرقها ، فألقى بعض من فيها متاعه فى البحر لتخفّ . لم يرجع به على أحد ، سواء ألقاه محتسباً بالرجوع ، أو متبرعا . لأنه أتلف مال نفسه باختياره من غير ضمان ، فإن قال له بعضهم : ألق متاعك ، فألقاه ، فكذلك ، لأنّه لا يكرهه على إلقائه ، ولا ضَمِن له ، وإن قال : ألقه وعلىّ ضمانه ، فألقاه ، فعلى القائل ضمانه ، ذكره أبو بكر ، لأنّ ضمان مالم يجب صحيحٌ . وإن قال : ألقه وأنا وركبان السفينة ضُمَناء له ، ففعل ، فقال أبو بكر : يضمنه القائل وحده ، إلاّ أن يتطوّع بقيتهم ، قال القاضى : إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصّته ، لأنه لم يضمن الجميع ، إنّما ضمن حصته ، وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره . فلزمته حصّته . ولم يُقبل قوله فى حقّ الباقين ، وإن كان ضمان اشتراك ، وانفراد ، بأن يقول : كلّ واحد منّا ضامن لك متاعك ، أو قيمته . لزم القائل ضمانُ الجميع ، وسواء قال هذا والباقون يسمعون ، فسكتوا ، أو قالوا : لا نفعل ، أو لم يسمعوا ، لأنّ سكوتهم لا يَلزمهم به حقّ .

٣٥٥٩ (فصل) قال مهنا . سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم ، فأقام بها كفيلين ، كلّ واحد منهما كفيل ، ضامن ، فأيّهما شاء أخذه بحقّه . فأحال ربّ المال عليه رجلا بحقّه ؟ فقال : يبرأ الكفيلان ، قلت : فإن مات الذى أحاله عليه بالحقّ ولم يترك شيئاً ؟ قال : لا شيء له ، ويذهب الألف .

انتهى الجزء الرابع من كتاب المغنى لابن قدامة ويليه الجزء الخامس . وأوله : كتاب الشركة
وكان تمامه فى الخامس عشر من ذى القعدة سنة ١٣٨٨ هـ الموافق الثانى من
فبراير سنة ١٩٦٩ م نسأل الله أن ينتفع به ويوفق إلى إتمام
ما بعده إنه سميع الدعاء وهو نعم المولى
ونعم النصير ؟

طه الزينى

كتاب الشركة

الشركة : هى الاجتماع فى استحقاقٍ أو تصرف . وهى ثابتة بالكتاب والسنّة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (٤ : ١٢ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ) وقال الله تعالى (٣٨ : ٢٤ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ . وَقَلِيلٌ مَاهُمْ) والخلطاء : هم الشركاء . ومن السنّة : ما رُوِى « أَنَّ الْبَرَاءَ بْنَ عَازِبٍ وَزَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ كَانَا شَرِيكَيْنِ . فَاشْتَرَيَا فِضَّةً بِنَقْدٍ وَنَسِيئَةٍ . فَبَلَغَ رَسُولَ اللهِ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، فَأَمَرَهُمَا أَنَّ مَا كَانَ بِنَقْدٍ فَأَجِيزُوهُ ، وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَرُدُّوهُ » وَرُوِىَ عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « يَقُولُ اللهُ : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ . فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » رواه أبو داود . ورُوِى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « يَدُ اللهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة فى الجملة : وإنما اختلفوا فى أنواع منها نُبَيِّنُها إن شاء الله تعالى .

والشركة على ضربين : شركة أملاك ، وشركة عُقود . وهذا الباب لشركة العقود . وهى أنواع خمسة : شركة العِنَانِ ، والأبْدَان ، والوُجُوه ، والمضاربة ، والمفاوضة .

ولا يصحّ شىء منها إلا من جائز التصرُّف . لأنه عقدٌ على التصرُّف فى المال ، فلم يصحّ من غير جائز التصرُّف فى المال كالبيع .

٣٥٦٠ فصــل

قال أحمد : يُشارِكُ اليهودىّ والنصرانىّ ، ولكن لا يخلو اليهودىُّ والنصرانىُّ بالمال دونه . ويكون هو الذى يليه . لأنه يعمل بالرِّبا . وبهذا قال الحسن ، والثورىُّ ، وكره الشافعىّ مشاركتهم مُطلقاً . لأنه رُوِى عن عبد الله بن عباس أنه قال « أَكْرَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُسْلِمُ الْيَهُودِىَّ » ولا يُعرف له مُخالف فى الصحابة . ولأنّ مال اليهودىّ والنصرانىّ ليس بِطَيِّب . فإنهم يبيعون الخمر ، ويتعاملون بالرِّبا ، فكُرهت مُعاملتهم .

ولنا : ما رَوَى الخلال بإسناده ، عن عطاء ، قال « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَم عَنْ مُشَارَكَةِ الْيَهُودِىِّ وَالنَّصْرَانِىِّ ، إِلا أَنْ يَكُونَ الشِّرَاءُ وَالْبَيْعُ بِيَدِ الْمُسْلِمِ » ولأن العِلة فى كراهة ما خَالَفُوا به : معاملتهم بالرِّبا ، وبيع الخمر ، والخنزير ، وهذا مُنْتَفٍ فيما حضره المسْلِم ، أو وَلِيَهُ . وقول ابن

عباس محمولٌ على هذا . فإنه علّل بكونهم يُرْبُونَ[١] كذلك رواه الأثرم ، عن أبي حَمْزَةَ ، عن ابن عباس : أنه قال « لاَ تُشَارِكَنَّ يَهُودِيًّا ، وَلاَ نَصْرَانِيًّا ، وَلاَ مَجُوسِيًّا لأنَّهم يُرْبُونَ . وَإِنَّ الرِّبَا لاَ يَحِلُّ » وهو قول واحد من الصحابة لم يثبُت انتشاره بينهم ، وهم لا يحتجُّون به . وقولهم : إنَّ أموالهم غيرُ طَيِّبةٍ لا يصحُّ . فإنَّ النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ، وَرَهَنَ دِرْعَهُ عِنْدَ يهوديٍّ على شعير أخذه لأهله ، وأرسل إلى آخرَ يطلبُ منه ثوبَيْنِ إلى المَيْسَرَةِ . وأضافه يهوديٌّ بخُبزٍ وإهَالةٍ[٢] سَنِخَةٍ ، ولا يأكلُ النبيُّ صلى الله عليه وسلم ما ليس بِطَيِّبٍ ، وما باعوه من الخمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فثمنُه حلال ، لاعتقادهم حِلَّه ، ولهذا قال عمرُ بن الخطاب رضى الله عنه « وَلُّوهُمْ بَيْعَهَا وَخُذُوا أثْمَانَهَا » فأما مايشتريه ، أو يبيعه من الخمر بمالِ الشركة ، أو المضاربة ، فإنه يقع فاسداً . وعليه الضمانُ . لأنَّ عَقدَ الوكيل يقع للموكِّل ، والمسلمُ لا يثبُت مِلْكه على الخمر ، والخنزير . فأشبه ما لو اشترى بِهِ مَيْتَةً ، أو عامل بالربا ، وما خفي أمره فلم يُعلم . فالأصلُ إباحته وحله ، فأما المجوسيّ : فإنَّ أحمد كره مشاركتِهِ ومعاملتِهِ، قال : ما أُحِبُّ مُخالطَتَه ومُعاملته ، لأنه يستحِلُّ ما لا يستحِلُّ هذا ، قال حنبل : قال عَمِّي : لا تشارِكْه ، ولا تضارِبْه ، وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب ، لترك معاملته ، والكراهة لمشاركته . وإن فعل صحَّ . لأن تصرُّفه صحيح .

٣٥٦١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وشركة الأبدان جائزة ﴾

معنى شركة الأبدان : أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم . كالصنَّاع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم ، فما رزق الله تعالى فهو بينهم . فإن اشتركوا فيما يكتسبون من المباح ، كالحطب ، والحشيش ، والثّمار المأخوذة من الجبال ، والمعادن ، والتلصُّص على دار الحرب ، فهذا جائز . نصَّ عليه أحمد في رواية أبي طالب ، فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم ، وليس لهم مال ، مثل الصيَّادين ، والنقَّالين ، والحمَّالين . قد أشْرَكَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم بين عمَّار ، وسعد ، وابن مسعود ، فجاء سعد بأسيرين ، ولم يجيئا بشيء ، وفسر أحمد صفة الشركة في الغنيمة . فقال : يشتركان فيما يُصيبان من سَلَب[٣] المقتول ، لأن القاتل يختصّ به دون الغانمين . وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة : يصحّ في الصناعة ، ولا يصحّ في اكتساب المباح ، كالاحتشاش ، والاغتنام . لأن الشركة مقتضاها الوكالة ، ولا تصحّ الوكالة

---

(١) يربون : معناها الأصلي يزيدون ، والمراد تعاملهم بالربا .

(٢) الإهالة : الشحم والسمن والزيت ونحوها ، والمراد الأدام والسنخة المتغيرة الطعم بسبب بقائها مدة طويلة «زنخة»

(٣) سلب المقتول : سلاحه ومتاعه .

فى هذه الأشياء . لأن من أخذها ملكها . وقال الشافعيّ : شركة الأبدان كلها فاسدة لأنها شركة على غير مال . فلم تصحّ . كما لو اختلفت الصناعات .

ولنا : ماروى أبو داود ، والأثرم بإسنادهما عن أبى عُبَيْدَة بن عبد الله ، عن عبد الله قال : « اشْتَرَكْنَا أَنَا وَسَعْدٌ وَعَمَّارٌ يَوْمَ بَدْرٍ . فَلَمْ أَجِيء أَنَا وَعَمَّارٌ بِشَيْءٍ ، وجاء سَعْدٌ بأسِيرَيْنِ » ومثل هذا لا يخفى على رَسُولِ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، وقد أقرّهم عليه ، وقال أحمد : أشرك بينهم النبيّ صلى الله عليه وسلم .

فإن قيل : فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى . فكيف يصحّ اختصاص هؤلاء بالشركة فيها ؟ وقال بعض الشافعية : غنائم بدر كانت لرسول الله صلّى الله عليه وسلم ، وكان له أن يدفعها إلى من شاء ، فيحتملُ أن يكون فعل ذلك لهذا ؟

قلنا : أما الأول : فالجواب عنه : أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يُشرِّك الله تعالى بينهم ، ولهذا نُقل أن النبيّ ، صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَخَذَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ » فكان ذلك من قبيل المباحات ، من سبق إلى أخذ شيء فهو له ، ويجوز أن يكون شرّك بينهم فيما يُصيبونه من الأسْلاب ، والنَّفَلِ[1] ، إلاّ أنّ الأول أصحّ . لقوله : « جاء سعد بأسيرين ، ولم أجيء أنا وعمّار بشيء » .

وأما الثانى : فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيِّه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا فى الغنائم . فأنزل الله تعالى (٨ : ١ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الأَنفَالِ ؟ قُلِ الأَنفَالُ لِلهِ وَالرَّسُولِ » والشركة كانت قبل ذلك ، ويدلّ على صحّة هذا أنها لو كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يَخْلُ : إمّا أن يكون قد أباحهم أخذَها ، فصارت كالمباحات ، أو لم يُبحها لهم ، فكيف يشتركون فى شيء لغيرهم ؟ وفى هذا الخبر حجّة على أبى حنيفة أيضاً . لأنهم اشتركوا فى مُباح . وفيما ليس بصناعة ، وهو يمنع ذلك . ولأن العمل أحدُ جهتى المضاربة . فصحّت الشركة عليه ، كالمال ، وعلى أبى حنيفة : أنهما اشتركا فى مكسبٍ مُباح فصحّ . كما لو اشتركا فى الخياطة ، والقِصَارة[2] ولا نُسلّم أن الوكالة لا تصحّ فى المباحات ، فإنه يصحّ أن يَستنيب فى تحصيلها بأجرة . فكذلك يصحّ بغير عِوَض ، إذا تبرّع أحدهما بذلك ، كالتوكيل فى بيع ماله .

٣٥٦٢ (فصـــل)

وتصحّ شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع ، فأمّا مع اختلافها فقال أبو الخطاب : لا تصحّ .

---

(١) النفل : بفتح النون والفاء : الغنيمة .
(٢) القصارة: الصباغة .

وهو قول مالك . لأنَّ مقتضاها أنَّ ما يتقبَّله كلُّ واحدٍ منهما من العمل يلزمه، ويلزم صاحبه ، ويُطالَب به كلّ واحد منهما . فإذا تقبَّل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخرَ أن يقوم به ، فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالَب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضي : تصحّ الشركة ، لأنهما اشتركا في مكسب مُباحٍ فصحّ ، كما لو اتفقت الصنائع ، ولأنَّ الصنائع المتّفقة قد يكون أحد الرجلين أحذقَ فيها من الآخر ، فربّما يتقبَّل أحدهما مالا يمكن الآخرَ عملُه ، ولم يمنع ذلك صحّتَها ، فكذلك إذا اختلفت الصناعتان ، وقولهم . يلزم كلّ واحد منهما مايتقبّله صاحبه. قال القاضي: يحتمل أن لا يلزمه ذلك . لأنهما كالوكيلين، بدليل صحّتهما في المباح . ولا ضمان فيها . وإن قلنا : يلزمه أمكنه تحصيلُ ذلك بالأجرة ، أو بمن يتبرّع له بعمله ، ويدلّ على صحّة هذا : أنه لو قال أحدهما : أنا أتقبّل ، وأنت تعملُ.صحّت الشركة ، وعملُ كلٍّ واحد منهما غيرُ عمل صاحبه .

٣٥٦٣ (فصـــل)

وإذا قال أحدهما : أنا أتقبّل ، وأنت تعمل ، والأجرة بيني وبينك صحّت الشركة . وقال زُفَر : لا تصحّ . ولا يستحقّ العاملُ المسمّى . وإنما له أجرةُ المثل .

ولنا : أن الضمان يُسْتَحَقّ به الربح ، بدليل شركة الأبدان . وتقبّل العمل يوجب الضمان على المتقبّل ، ويستحقّ به الربح . فصار كتقبّله المالَ في المضاربة . والعمل يَستحقّ به العامل الربح ، كعمل المضارِب ، فينزّل بمنزلة المضاربة .

٣٥٦٤ (فصـــل)

والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه ، من مساواة ، أو تفاضُل لأن العمل يُستحقّ به الربح . ويجوز تفاضُلهمافي العمل . فجاز تفاضلهمافي الربح الحاصل به . ولكلٍّ واحد منهما المطالبة بالأجرة ، وللمستأجر دفعُها إلى كلّ واحد منهما ، وإلى أيّهمادفعها برىء منها . وإن تلفتْ في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما معاً . لأنهما كالوكيلين في المطالبة ، ومايتقبّله كلّ واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما ، يطالَب به كلّ واحد منهما ، ويلزمه عملُه . لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ، ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حالَ الضمان . فكأنَّ الشركة تضمّنت ضمان كلّ واحد منهما عن الآخر مايلزمه . وقال القاضي : يحتمل أن لا يلزم أحدهما مالزم الآخر ، لما ذكرنا من قبل ، ومايتلف بتعدّي أحدهما أو تفريطه ، أو تحت يده ، على وجه يُوجب الضمان عليه ، فذلك عليه وحدَه ، وإن أقرّ أحدهما بمافي يده قُبِل عليه وعلى شريكه . لأن اليد له ، فيقبل إقراره بما فيها ، ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ، ولا بدين عليه . لأنه لا يدَ له على ذلك .

٣٥٦٥ (فصـــل)

وإن عمل أحدهما دون صاحبه فالكسب بينهما . قال ابن عقيل : نصّ عليه أحمد في رواية إسحاق ابن هانىء . وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الأبدان ، فيأتي أحدُهما بشيء ، ولا يأتي الآخر بشيء؟ قال : نعم ، هذا بمنزلة حديث سعد ، وابن مسعود . يعني حيث اشتركوا ، فجاء سعد بأسيرين ، وأخفق الآخران . ولأن العمل مضمون عليهما معاً ، وبضمانهما له وجبت الأجرة . فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ، ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصّته . ولا يمنع ذلك استحقاقه . كمن استأجر رجلاً ليقصّر [1] له ثوباً ، فاستعان القصّار بإنسان ، فقصّر معه . كانت الأجرة للقصار المستأجَر ، كذا ههنا ، وسواء ترك العمل لمرض ، أو غيره ، فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه ، أو يقيم مُقامه من يعمل فله ذلك . فإن امتنع فللآخر الفسخ ، ويحتمل أنه متى ترك العمل من غير عذر أن لا يُشارك صاحبه في أجرة ما عمله دونه ، لأنه إنما شاركه ليعملا جميعاً . فإذا ترك أحدهما العمل فما وفّى بما شرط على نفسه ، فلم يستحقّ ما جُعل له في مقابلته . وإنما احتمل ذلك فيما إذا ترك أحدهما العمل لعذر . لأنه لا يمكن التحرُّز منه .

٣٥٦٦ (فصـــل)

فإن اشترك رجلان لكلّ واحد منهما دابّة ، على أن يؤجّراهما ، فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صحّ . فإذا تقبّلا حَمْل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتهما ، ثم حملاه على البهيمين ، أو غيرهما صحّ ، والأجرة بينهما على ما شرطاه . لأن تقبلهما الحمل أثبتَ الضمان في ذمّتهما ولهما أن يحملاه بأيّ ظهْرٍ كان ، والشركة تنعقد على الضمان ، كشركة الوجوه ؛ وإن أجّراهما بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصحّ الشركة . ولكلّ واحد منهما أجرُ دابته . لأنّه لم يجد ضمان الحمل في ذممهما . وإنما استحقّ المشترى منفعةَ البهيمة التي استأجرها . ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابّة التي اكتراها ولأن الشركة إمّا أن تنعقد على الضمان في ذممهما أو على عملهما ، وليس هذا بواحد منهما . فإنّه لم يثبت في ذممهما ضمانٌ ، ولا عملا بأبدانهما ما يجب الأجرُ في مقابلته ، ولأن الشركة تتضمن الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه لا تصحّ ، ولهذا لو قال : أجِّر عبدك وتكون أجرتهُ بيني وبينك لم تصحّ ، كما لو قال : بع عبدك وثمنهُ بيننا لم يصحّ . ويحتمل أن تصحّ الشركة . كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانهما . فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل ، والنقل . كان له أجر مثله ؛ لأنّها منافع وفّاها بشُبْهة عقد .

٣٥٦٧ (فصـــل)

فإن كان لقصّار أداةٌ ولآخرَ بيتٌ ، فاشتركا على أن يعملا بأداةِ هذا في بيت هذا ،

---

(١) يصبغ له ثوبا .

والكسبُ بينهما جاز ، والأجرة على ما شرطاه . لأنّ الشركة وقعت على عملهما والعمل يُستحقّ به الربح في الشركة . والآلة والبيت لا يستحقُّ بهما شيء ، لأنهما يُستعملان في العمل المشترك . فصارا كالدابَّتين اللتين أجَّراهما لحمل الشيء الذي تقبَّلا حمله ، وإن فسدت الشركة قسِّم ما حصل لهما على قدر أجر عملهما ، وأجر الدار والآلة . وإن كانت لأحدهما آلة ، وليس للآخر شيء ، أو لأحدهما بيت ، وليس للآخر شيء ، فاتفقا على أن يعملا بالآلة ، أو في البيت ، والأجرة بينهما جاز . لما ذكرنا .

٣٥٦٨ (فصـــل)

وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين ، أو أثلاثاً أو كيفما شرطا صحّ . نص عليه في رواية الأثرم ، ومحمد ابن أبي حرب ، وأحمد بن سعيد . ونقل عن الأوزاعيّ ما يدلّ على هذا ، وكره ذلك الحسن ، والنخَعِيّ . وقال الشافعيّ وَأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي : لا يصحّ ، والربح كلّه لربّ الدابّة . لأن الحمل الذي يستحقّ به العِوَض منها . وللعامل أجر مثله ، لأنّ هذا ليس من أقسام الشركة ، إلاّ أن تكون المضاربة . ولا تصحّ المضاربة بالعرُوض ، ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان . وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكها ، وقال القاضي : يتخرّج أن لا يصحّ ، بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصحّ ، فعلى هذا : إن كان أجّر الدابة بعينها فالأجر لمالكها. وإن تقبّل حمل شيء فحمله عليها ، أو حمل عليها شيئاً مباحاً ، فباعه ، فالأجرة والثمن له . وعليه أجرة مثلها لمالكها .

ولنا : أنها عين تُنمَّى بالعمل عليها ، فصحَّ العقد عليها ببعض نمائها ، كالدراهم والدنانير ، وكالشجر في المساقاة ، والأرض في المزارعة . وقولهم : إنه ليس من أقسام الشركة ، ولا هو مضاربة . قلنا : نعم ، لكنّه يشبه المساقاة ، والمزارعة . فإنه دَفْعٌ لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها ، مع بقاء عينها . وبهذا يتبيّن أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد . فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة ، والتصرّف في رقبة المال . وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابّة ليعمل عليها بنصف ما يرزقه الله تعالى ، أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وَجْهاً . فإنَّ الإجارة يشترط لصحّتها العلم بالعِوَض ، وتقدير المدّة ، أو العمل ، ولم يوجد . ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ، ولا هو في معنى المنصوص . فهو كسائر العقود الفاسدة ، إلا أن يريد بالإجارة المعاملة على الوجهِ الذي تقدَّم . وقد أشار أحمد إلى ما يدلُّ على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة . فقال : لا بأس بالثوب يُدفع بالثلث ، والربع . لحديث جابر « أنَّ النبيَّ صلّى الله عليه وسلم أعطَى خَيْبَرَ عَلَى الشَّطْرِ [١] » وهذا يدلُّ على أنه قد صار في هذا ، ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة ، والمزارعة ، لا إلى المضاربة ، ولا إلى الإجارة . ونقل أبو داود عن أحمد : فيمن يُعطي فرسه على النصف من الغنيمة :

(١) الشطر : النصف

أرجو أن لا يكون به بأس . قال إسحاق بن إبراهيم : قال أبو عبد الله : إذا كان على النصف ، والربع ، فهو جائز . وبه قال الأوزاعيّ . ونقل أحمد بن سعيد عن أحمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ، ويكون له ثلث ذلك ، أو ربعه فجائز ، والوجه فيه . ما ذكرناه في مسألة الدابّة ، وإن دفع ثوبه إلى خيّاط ليفصّله قمصاناً يبيعها ، وله نصف ربحها بحقّ عمله جاز . نصّ عليه في رواية حرب ، وإن دفع غَزْلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه ، أو ربعه جاز . نصّ عليه . ولم يُجز مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي شيئاً من ذلك . لأنه عوض مجهول ، وعمل مجهول . وقد ذكرنا وجه جوازه ، وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومةً لم يَجُز . نصّ عليه ، وعنه الجواز ، والصحيح الأول ، وقال أبو بكر : هذا قول قديم . وما رُوى غير هذا ، فعليه المعتمد ، قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يقول : لا بأس بالثوب يُدفع بالثلث ، والربع . وسُئل عن الرجل يعطى الثوب بالثلث ، ودرهم ، ودرهمين ؟ قال : أكرهه . لأنّ هذا شيء لا يُعرف . والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزاً . لحديث جابر : « أنّ النبيّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسلَّم أعْطَى خَيْبَرَ عَلَى الشَّطْرِ[1] » قيل لأبى عبد الله : فإن كان النسّاج لا يرضَى حتّى يُزاد على الثلث درهماً ؟ قال : فليَجْعَلْ له ثلثا ، وعُشْرى ثُلث ، ونصفَ عُشْر ، وما أشبهه ، وروى الأثرم عن ابن سيرين ، والنخعيّ ، والزهريّ ، وأيُّوب ، ويَعْلى بن حَكِيم . أنّهم أجازُوا ذلك ، وقال ابن المنذر : كره هذا كلَّه الحسنُ ، وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأى : هذا كلُّه فاسد . واختاره ابن المنذر ، وابن عقيل ، وقالوا : لو دفع شبَكةً إلى الصيّاد ليصيد بها السَّمكَ بينهما نصفين . فالصيدُ كلُّه للصيّاد . ولصاحب الشبكة أجرُ مثلها ، وقياسُ ما نقل عن أحمد : صحة الشركة . وما رزق بينهما على ما شرَطاه . لأنّها عينٌ تُنَمّى بالعمل فيها . فصحّ دفعُها ببعض نمائها ، كالأرض .

٣٥٦٩ (فصـــل)

قال ابن عقيل نَهَى رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلّم عن قَفِيزِ الطّحانِ » وهو أن يُعطى الطحّانُ أقْفِزةً معلومةً يطحنها بقفيزِ دقيقٍ مِنْها ، وعلّة المنع : أنه جعل له بعض معموله أجراً لعمله ، فيصير الطحنُ مستَحَقًّا له عليه . وهذا الحديث لا نعرفه . ولا يثبت عندنا صحّته . وقياس قول أحمد : جوازُه ، لما ذكرناه عنه من المسائل .

٣٥٧٠ (فصـــل)

فإن كان لرجل دابّةٌ ولآخر إكَافٌ[2] ، وجُوالَقاتٌ ، فاشتركا على أن يؤاجراها ، والأجرةُ بينهما نصفان ، فهو فاسد ، لأن هذه أعيانٌ لا يصحّ الاشتراك فيها ، كذلك في منافعها . إذ تقديره :

(١) الشطر : النصف .
(٢) الإكاف : البرذعة ، ونحوها مما يوضع على ظهر الدابة والجوالقات : التي يعبأ فيها الأمتعة من الحبوب ونحوها (الشوالات)

أجِّرْ دابتك لتكون أجرتها بيننا وأوجِّرُ جُوالقاتي لتكون أجرتها بيننا ، وتكون الأجرة كلها لصاحب البهيمة . لأنه مالك الأصل ، وللآخر أجرُ مثله على صاحب البهيمة . لأنه استوفى منافع ملكه بعقد ، هذا إذا أجّر الدابّة بما عليها من الإكاف ، والجوالقاتِ في عقدٍ واحدٍ . فأمّا لو أجّر كلٌّ واحد منهما ملكه مُنفرداً فلكلٍّ واحدٍ منهما أجرُ ملكه . وهكذا لو قال رجل لصاحبه : أجّر عبدى، والاجرُ بيننا ، كان الأجر لصاحبه ، وللآخر أجرُ مثله ، وكذلك فى جميع الأعيان .

٣٥٧١ (فصـــل)

فإن اشترك ثلاثة من أحدهم دابّة ، ومن آخر راوية[1] ومن الآخر العملُ ، على أنّ ما رزق الله تعالى فهو بينهم ، صحّ فى قياس قول أحمد . فإنه قد نصّ فى الدابّة يدفعها إلى آخر يعملُ عليها على أنّ لها الأجرةَ على الصحّة . وهذا مثله . لأنه دفع دابّته إلى آخر يعمل عليها ، والراويةُ عينٌ تُنَمى بالعمل عليها ، فهى كالبهيمة ، فعلى هذا يكون مارزق الله بينهم على ما اتّفقوا عليه . وهذا قول الشافعىّ . ولأنهما وُكلاء العامل فى كسب مُباح بآلةٍ دفعاها إليه . فأشبه مالو دفع إليه أرضه ليزرعها ، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكانٌ ، ومن آخر رحىً . ومن آخر بَغْلٌ ، ومن آخر العملُ ، على أن يطحنوا بذالك . فما رزق الله تعالى فهو بينهم صحّ وكان بينهم على ما شرطوه . وقال القاضى : العقدُ فاسدٌ فى المسألتين جميعاً . وهو ظاهر قول الشافعىّ . لأن هذا لا يجوز أن يكون مُشاركةً ولا مُضاربةً ، لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالها العُروض . ولأن من شرطهما عَوْدُ رأس المال سليماً ، بمعنى أنه لا يُستحقُّ شىء من الربح حتّى يُستوفَى رأسُ المال بكماله . والراوية ههنا تَخْلَق وتَنْقص ، ولا إجارة . لأنّها تفتقرُ إلى مُدّة معلومةٍ ، وأجرٍ معلوم . فتكون فاسدةً . فعلى هذا يكون الأجر كلّه فى المسألة الأولى للسقّاء . لأنه لما غرف الماء فى الإناء مَلَكه . فإذا باعه فثمنُه له . لأنه عوضٌ ملكه . وعليه لصاحبه أجرُ المثل لأنه استعمل ملكهما بعِوَض لم يُسلَّم لهما . فكان لهما أجرالمثل ،كسائر الإجارات الفاسدة . وأما فى المسألة الثانية . فإنّهم إذا طحنوا لرجل طعاماً بأجْرة . نظرتَ فى عقد الإجارة . فإن كان من واحد منهم ، ولم يذكر أصحابه ، ولا نواهم ، فالأجر كلّه له وعليه لأصحابه أجرُ المثل . وإن نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كلٍّ واحد منهم منفرداً أو أستأجر من جميعهم ، فقال : استأجرتكم لتطحنوا لى هذا الطعام بكذا ، فالأجر بينهم أرباعاً . لأن كلّ واحد منهم قد لزمه طحنُ رُبعه برُبع الأجْر . ويرجع كلُّ واحد منهم على أصحابه برُبع أجر مثله . وإن قال : أستأجرت هذا الدكان والبغلَ والرّحىَ ، وهذا الرجل بكذا . وكذا ، لطحن كذا ، وكذا،من الطعام صحّ . والأجر بينهم على قدرأجر مثلهم لكلٍّ واحد

---

(١) الراوية : القربة ونحوها التى يستق بها الماء وأصلها الدابة التى يسق عليها

من المسمّى بقدر حصته فى أحد الوجهين . وفى الآخر : يكون بينهم أرباعاً ، بناءً على ما إذا تزوّج أربعاً بمهر واحد ، أو كاتب أربعةَ أعبُدٍ بعوَض واحد ،هل يكون العوَض أرباعاً أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين

٣٥٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن اشترك بَدَنَانِ بمالِ أحدهما ، أو بَدَنانِ بمالِ غيرهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما ، أو بدنان بماليْهما تَساوى المال أو اختلف . فكلّ ذلك جائز ﴾

ذكر أصحابنا للشركة الجائزة أربعاً . وقد ذكرنا نوعاً منها . وهو شركة الأبدان ، وبقى ثلاثة أنواع ذكرها الخرقى فى خمسة أقسام . ثلاثة منها المضاربة : وهى إذا اشترك بدنان بمال أحدهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحبِ أحدهما .

وقسم منها شركة الوُجوه : وهو إذا اشترك بدنانِ بمالِ غيرهما . فقال القاضى : معنى هذا القسم : أن يدفع واحدٌ ماله إلى اثنين مُضاربَةً . فيكون المضاربان شريكين فى الربح بمالِ غيرهما . لأنَّهما إذا أخذا المال بجاهها ، فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما ، وهذا محتمل . والذى قلنا : له وجه ، لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما : واخترنا هذا التفسير . لأن كلام الخِرَقىّ بهذا التقدير يكون جامعاً لأنواع الشركة الصحيحة . وعلى تفسير القاضى : يكون مُخِلًّا بنوعٍ منها ، وهى شركة الوجوه . ويكون هذا المذكور نوعاً من المُضاربة . ولأن الخِرَقِىّ ذكر الشركة بين اثنين . وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضى : تكون الشركة بين ثلاثة ، وهو خلاف ظاهر قول الخِرَقى .

والقسم الخامس : إذا اشترك بدنان بماليهما . وهذه شركة العِنَانِ . وهى شركة متَّفق عليها .

فأما شركة الوجوه : فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما ، وثقةِ التجّار بهما ، من غير أن يكون لهما رأسُ مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين ، أو ثلاثاً ، أو أرباعاً ، أو نحو ذلك . ويبيعان ذلك ، فما قسم الله تعالى فهو بينهما . فهى جائزة ، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه ، أو قدره ، أو وقته ، أو ذكر صنف المال ، أو لم يُعيِّن شيئاً من ذلك ، بل قال : ما اشتريتَ من شىء فهو بيننا . وقال أحمد فى رواية ابن منصور : فى رجلين اشتركا بغير رءوس أموالهما ، على أن ما يشتريه كلّ واحد منهما بينهما . فهو جائز . وبهذا قال الثورىّ ، ومحمد بن الحسين ، وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ حتى يذكر الوقت ، أو المال ، أو صنفاً من الثياب ، وقال مالك ، والشافعىّ : يشترط ذكر شرائط الوَكالة . لأن شرائط الوكالة معتبرةٌ فى ذلك من تعيُّن الجنس ، وغيره من شرائط الوكالة .

ولنا : أنهما اشتركا فى الابتياع . وأذن كلُّ واحد منهما للآخر فيه ، فصحّ . وكان ما يتبايعانه بينهما ، كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم : إن الوكالة لا تصحّ حتى يذكر قدر الثمن ، والنوع ممنوعٌ على روايةٍ لنا . وإن سلمنا ذلك . فإنَّما يُعتبر فى الوكالة المفردة . أما الوكالة الداخلة فى ضمن الشركة ، فلا يُعتبر

فيها ذلك . بدليل المضاربة ، وشركة العنان . فإن فى ضمنها توكيلاً . ولا يعتبر فيها شىء من هذا ، كذا ههنا ، فعلى هذا إذا قال لرجل : ما اشتريتَ اليوم من شىء فهو بينى وبينك نصفان ، أو أطلق الوقت ، فقال : نعم أو قال : ما اشتريتُ أنا من شىء فهو بينى وبينك نصفان جاز . وكانت شركةً صحيحةً . لأنه أذن له فى التجارة على أن يكون المبيع بينهما . وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلاً له فى شراء نصف المتاع بنصف الثمن . فيستحق الربح فى مقابلة ملكه الحاصل فى المبيع ، سواء خصّ ذلك بنوع من المتاع ، أو أطلق ، وكذلك إذا قالا : ما اشتريناه ، أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا . فهو شركة صحيحة . وهما فى تصرفاتهما ، وما يجب لهما ، وعليهما ، وفى إقرارهما ، وخصومتهما ، وغير ذلك بمنزلة شريكى العِنَان ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى . وأيُّهما عزل صاحبه عن التصرّف انعزل . لأنّه وكيلُه ، وسمّيت هذه شركة الوجوه ، لأنهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما ، والجاه ، والوجه واحدٌ ، يقال : فلان وَجيه ، إذا كان ذا جاه ، قال الله تعالى فى موسى عليه السلام (٣٣ : ٦٩ وَكَانَ عِنْدَ اللهِ وَجِيهاً) وفى بعض الآثار : أنّ موسى عليه السلام قال : يارب إن كان قد خَلَقَ[1] جاهى عندك فأسألك بحق النبىّ الأمى الذى تبعثُه فى آخر الزمان ، فأوحى الله تعالى إليه : ما خَلِقَ جَاهُكَ عندى . وإنك عندى وَجيه[2] .

٣٥٧٣ (فصل)

القسم الثانى : أن يشترك بدنان بماليهما . وهذا النوع الثالث من أنواع الشركة . وهى شركة العِنان ، ومعناها : أن يشترك رجلان بماليهما ، على أن يعملا فيهما . بأبدانهما ، والربحُ بينهما . وهى جائزة بالإجماع ، ذكره ابن المنذر . وإنما اختلف فى بعض شروطها ، واختُلف فى علة تسميتها شركةَ العِنَان . فقيل : سمّيت بذلك . لأنهما يتساويان فى المال ، والتصرّف ، كالفارسين إذا سوّيا بين فرسيهما ، وتساويا فى السَّير ، فإنّ عنانيهما يكونان سواء ، وقال الفرّاء هى مشتقّة من عنّ الشىء إذا عرَض ، يقال : عنّتْ لى حاجةٌ إذا عرَضَتْ ، فسمّيت الشركة بذلك ، لأن كلّ واحد منهما عنّ له أن يُشارك صاحبه ، وقيل : هى مشتقّة من المعانَنة ، وهى المعارَضة . يقال : عانَنْتُ فلاناً إذا عارَضْتَهُ بمثل ماله ، وأفعاله ، فكلّ واحد من الشريكين مُعارِض لصاحبه بماله ، وفِعاله . وهذا يرجع إلى قول الفرّاء .

٣٥٧٤ (فصل)

ولا خلاف فى أنه يجوز جعلُ رأس المال الدراهم ، والدنانير ، فإنّها قِيَمُ الأموال ، وأثمانُ البياعات.

(١) خلق : بلى وأصبح غير نافع للسؤال به ، كما يبلى الثوب ويخلق .

(٢) هذا أثر لم تثبت صحته .

والناسُ يشتركون بها من لَدُنْ النبيِّ صلى الله عليه وسلم إلى زَمَنِنا ، من غير نَكِير ، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها ، فى ظاهر المذهب . نصَّ عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، وحرب . وحكاه عنه ابن المنذر ، وكره ذلك ابن سيرين ، ويحيى بن أبى كثير ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . لأن الشركة إمَّا أن تقع على أعيان العُروض ، أو قيمتها ، أو أثمانها ، لا يجوز وقوعها على أعيانها . لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال ، أو بمثله وهذه لا مثل لها ، فيُرجع إليه . وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر ، فيستوعب بذلك جميع الربح ، أو جميع المال. وقد تنقُص قيمتُه، فيؤدِّى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح، ولا على قيمتها ، لأنَّ القيمةَ غيرُ متحقِّقة القدر، فيُفضى إلى التنازُع . وقد يُقوَّم الشيء بأكثر من قيمته . ولأنّ القيمة قد تزيد فى أحدهما قبل بيعه ، فيشاركه الآخرُ فى العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها . لأنها معدومةٌ حال العقد، ولا يملكانها. ولأنّه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به ، فقد خرج عن مكانه ، وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذى يبيعُها به فإنّها تصيرُ شركةً مُعلَّقة على شرط ، وهو بيعُ الأعيان ، ولا يجوز ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الشركة والمضاربة تجوز بالعُروض ، وتُجعل قيمتُها وقتَ العقد رأسَ المال . قال أحمد : إذا اشتركا فى العُروض يُقَسَّمُ الربح على ما اشترطا ، وقال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن المضاربة بالمتاع ، قال : جائزٌ ، فظاهر هذا صحَّة الشركة بها ، اختار هذا أبو بكر ، وأبو الخطاب . وهو قول مالك، وابن أبى ليلى وبه قال فى المضاربة طاوس ، والأوزاعىّ ، وحمَّاد بن أبى سُلَيمان . لأن مقصود الشركة جواز تصرُّفهما فى المالين جميعاً ، وكون ربح المالين بينهما ، وهذا يحصُل فى العروض ، كحصوله فى الأثمان . فيجب أن تصحّ الشركة ، والمضاربة بها ، كالأثمان ، ويرجع كلٌّ واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد ، كما أنَّنا جعلنا نصابَ زكاتها قيمتَها . وقال الشافعىّ : إن كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب ، والأدهان ، جازت الشركة بها ، فى أحد الوجهين . لأنّها من ذوات الأمثال . أشبهت النقودَ ويرجع عند المفاصلة بمثلها . وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم يجُز وجهاً واحداً ، لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها .

ولنا : أنه نوع شركة ، فاستوى فيها ماله مثلٌ من العُروض ، وما لا مثل له ، كالمضاربة . وقد سلّم أن المضاربة لا تجوز بشىء من العروض ، ولأنّها ليست بنقد ، فلم تصحّ الشركة بها ، كالذى لا مثل له .

٣٥٧٥ (فصـل)

والحكم فى النُّقْرة[1] كالحكم فى العُروض . لأنَّ قيمتها تزيدُ ، وتنقُص وهى كالعروض .

---

(١) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة

وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان ، قلّ الغِشّ أو كثر . وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : إن كان الغشُّ أقلّ من النصف جاز ، وإن كثر لم يجز . لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول .

ولنا : أنها مغشوشةٌ ، فأشبه ما لو كان الغِشّ أكثر . ولأنّ قيمتها تزيد وتنقص ، أشبهت العروض. وقولهم : الاعتبار بالغالب . ليس بصحيح . فإن الفضّة إذا كانت أقلّ لم يسقُط حكمها في الزكاة . وكذلك الذهب . اللهمّ إلا أن يكون الغشُّ قليلاً جداً لمصلحة النقد ، كيسير الفضّة في الدينار ، مثل الحبّة ونحوها ، فلا اعتبار به . لأنّه لا يمكن التحرُّز منه ، ولا يؤثّر في الربا ، ولا في غيره .

٣٥٧٦ (فصل)

ولا تصح الشركة بالفلوس ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وابن القاسم صاحب مالك . ويتخرّج الجواز إذا كانت نافقةً[1] . فإن أحمد قال : لا أرى السَّلَمَ في الفُلوسِ . لأنّه يُشبه الصَّرْفَ ، وهذا قول محمد بن الحسن ، وأبي ثور ، لأنها ثمن ، فجازت الشركة بها ، كالدراهم والدنانير ، ويحتمل جواز الشركة بها على كلّ حال ، نافقةً كانت ، أو غير نافقة ، بناءً على جواز الشركة بالعُروض .

ووجه الأول . أنها تَنفَقُ مرّةً ، وتَكْسُدُ أخرى . فأشبهت العُروض . فإذا قلنا بصحّة الشركة فيها ، فإنها إن كانت نافقةً كان رأس المال مثلَها . وإن كانت كاسدةً كانت قيمتُها كالعُروض .

٣٥٧٧ (فصل)

ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا ، ولا جِزافاً . لأنّه لا بدّ من الرجوع به عند المفاصلة ، ولا يمكن مع الجهل ، والجِزَاف . ولا يجوز بمال غائب ، ولا دين ، لأنه لا يمكن التصرّف فيه في الحال ، وهو مقصود الشركة .

٣٥٧٨ (فصل)

ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس ، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم ، والآخر دنانير ، نصّ عليه أحمد . وبه قال الحسن ، وابن سيرين . وقال الشافعيّ : لا تصحّ الشركة إلاّ أن يتفقا في مالٍ واحدٍ ، بناءً على أن خلط المالين شرط . ولا يمكن إلا في المال الواحد . ونحن لا نشترط ذلك ، ولأنهما من جنس الأثمان فصحّت الشركة فيهما ، كالجنس الواحد ، ومتى تفاصلا يرجع هذا بدنانيره ، وهذا بدراهمه ، ثم اقتسما الفضلَ . نصّ عليه أحمد . فقال : يرجع هذا بدنانيره ، وهذا بدراهمه . وقال :

---

(١) نافقة : رائجة جارية في الأسواق

كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضى : إذا أرادا المفاصلة قوّما المتاع بنقد البلدَ ، وقوّما مالَ الآخرَ به . ويكون التقويم حين صَرَفا الثمن فيه .

ولنا : أن هذه شركة صحيحة ، رأس المال فيها الأثمان ، فيكون الرجوع بجنس رأس المال ، كما لو كان الجنس واحدا .

٣٥٧٩ (فصـــل)

ولا يشترط تساوى المالين فى القدر . وبه قال الحسن ، والشعبىّ ، والنخَعِىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال بعض أصحاب الشافعىّ : يشترط ذلك .

ولنا : أنهما مالان من جنس الأثمان . فجاز عقد الشركة عليهما ، كما لو تساويا .

٣٥٨٠ (فصـــل)

ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيّناهما ، وأحضراهما . وبهذا قال أبوحنيفة ، ومالك ، إلا أن مالكاً شرط أن تكون أيديهما عليه ، بأن يجعلاه فى حانوت لهما ، أو فى يد وكيلهما . وقال الشافعىّ : لا يصحّ حتى يخلطا المالين . لأنهما إذا لم يخلطاهما فمالُ كلّ واحد منهما يتلفَ منه دون صاحبه . أو يزيد له دون صاحبه ، فلم تنعقد الشركة ، كما لو كان من المكيل .

ولنا : أنه عقد يُقصد به الربحُ ، فلم يُشترط فيه خَلط المال ، كالمضاربة . ولأنه عقد على التصرّف ، فلم يكن من شرطه الخلط ، كالوكالة ، وعلى مالك : فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه ، كالوكالة ، وقولهم : إنه يتلف من مال صاحبه ، أو يزيد على مِلك صاحبه ، ممنوع ، بل ما يتلف من مالهما وزيادتهُ لهما . لأنّ الشركة اقتضت ثبوت الملك لكلّ واحد منهما فى نصف مال صاحبه ، فيكون تلفه منهما، وزيادته لهما . وقال أبو حنيفة : متى تلف أحدُ المالين فهو من ضمان صاحبه .

ولنا : أن الوَضِيعة ، والضمان أحدُ موجَبَى الشركة ، فتعلّق بالشريكين ، كالربح ، وكما لو اختلطا .

(فصـــل)

٣٥٨١ ومتى وقعت الشركة فاسدةً . فإنّهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ، ويرجع كلّ واحد منهما على الآخر بأجر عمله . نصّ عليه أحمد فى المضاربة . واختاره القاضى . وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعىّ . لأن المسمىّ يسقُط فى العقد الفاسد ، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيعَ فى يد المشترى ، إلا أن يكون مال كلّ واحد منهما مميزاً وربحه معلوماً . فيكون له ربح ماله ، ولو ربح فى جزء منه ربحاً متميّزاً . وباقيه مختلط ، كان له ما تميّز من ربح ماله ، وله بحصّته باقى ماله من الربح واختار الشريف أبو جعفر أنّهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ، ولا يستحقّ أحدهما على الآخر أجر عمله ، وأجراها مجرى الصحيحة فى جميع أحكامها . قال : لأن أحمد قال : إذا اشتركا فى العرُوض قسّم الربح على ما اشترطاه . واحتجّ بأنه

عقد يصحّ مع الجهالة . فيثبُت المسمّى فى فاسده ، كالنكاح . والمذهبُ الأول ، قاله القاضى ، وكلام أحمد محمول على الرواية الأخرى فى تصحيح المضاربة بالعروض . لأن الأصل كون ربح مال كلّ واحد لمالكه . لأنه نماؤه . وإنّما تُرك ذلك بالعقد الصحيح . فإذا لم يكن العقد صحيحاً بقى الحكم على مقتضى الأصل ، كما أن البيع إذا كان فاسداً لم يُنقل ملك كلّ واحد من المتبايعين عن ماله .

٣٥٨٢ (فصـــل)

وشركة العنان مبنيّة على الوكالة ، والأمانة . لأنّ كلّ واحد منهما بدَفْع المال إلى صاحبه أمِنَهُ ، وبإذنِه له فى التصرّف وَكّلَهُ ، ومن شرط صحتها : أن يأذن كلّ واحد منهما لصاحبه فى التصرّف . فإن أذن له مطلقا فى جميع التجّارات تصرّف فيها . وإن عيّن له جنسا ، أو نوعا ، أو بلداً تصرّف فيه دون غيره . لأنه متصرّف بالإذن ، فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكلّ واحد منهما أن يبيع ، ويشترىَ مُساومةً ، ومرابحةً ، وتَوْليةً ، ومُواضَعَةً ، وكيف رأى المصلحةَ . لأنّ هذا عادةُ التجّار . وله أن يقبض المبيع ، والثمن ، ويقبضهما ، ويُخاصِم فى الدَّيْنِ ، ويُطالب به ، ويُحيل ، ويَحْتال ، ويرُدَّ بالعيب فيما وَلِيَه هو ، وفيما ولِىَ صاحبهُ ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجّر . لأن المنافع أُجْرِيَتْ مُجرَى الأعيان ، فصار كالشّراء ، والبيع ، والمطالبة بالأجر لهما ، وعليهما . لأن حقوق العقد لا تختصّ العاقد .

٣٥٨٣ (فصـــل)

وليس له أن يكاتِب الرقيق ، ولا يُعتِق على مال ، ولا غيره ، ولا يزوّج الرقيق . لأنّ الشركة تنعقد على التجارة . وليست هذه لأنواع تجارةً سيّما تزويج العبد ، فإنّه محضُ ضرَرٍ ، وليس له أن يُقرِض ، ولا يُحابىَ . لأنه تبرّع وليس له التبرّع ، وليس له أن يُشارِك بمال الشركة ، ولا يدفعه مُضاربةً . لأنّ ذلك يُثبِت فى المال حقوقاً ، ويُستحقّ ربحه لغيره . وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ، ولا مال غيره . لأنه يتضمّن إيجاب حقوق فى المال ، وليس هو من التجارة المأذون فيها . ولا يأخذ بالمال سُفْتَجَةً[1] ، ولا يُعطى به سُفْتَجَةً . لأنّ فى ذلك خطراً لم يُؤذن فيه . وليس له أن يستدين على مال الشركة . فان فعل فذلك له ربحُه وعليه وضيعَتُه ، قال أحمد فى رواية صالح ، فيمن استدان فى المال بوَجْهه ألفاً : فهو له ، وربحه له ، والوضيعةُ عليه ، وقال القاضى : إذا استقرض شيئاً لزمهما ، وربحهُ لهما . لأنه تمليك مالٍ بمالٍ ، فهو كالصرف . ونصّ أحمد يخالف هذا . ولأنه أدخل فى الشركة أكثر مما رضى الشريكُ بالمشاركة فيه ، فلم يجُز ، كما لو ضمّ إليها ألفاً من ماله . ويُفارق الصرف . لأنه بيع ، وإبدال عين بعين ، فهو كبيع الثياب بالدراهم . وليس له أن يقرّ على مال الشركة . فإن فعل لزم فى حقّه دون صاحبه ، سواء أقرّ بعين أو دين .

(١) السفتجة : صك يعطاه صاحب مال فى بلد آخر ليخلص سلامة ماله فى بلده ليستوفى فى البلد الآخر فيستفيد أمن الطريق

لأن شريكه إنما أذن فى التجارة ، وليس الإقرار داخلاً فيها ، وإن أقرّ بعيب فى عين باعها قبل إقراره، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكّله بالعيب ، نصّ عليه أحمد . وكذلك إن أقرّ ببقيّة ثمن البيع ، أو بجميعه ، أو بأجر للمنادى ، أو الحمّال ، وأشباه هذا ينبغى أن يُقبل . لأنّ هذا من توابع التجارة ، فكان له ذلك كتسليم المبيع ، وأداء ثمنه ، وإن رُدّت السلعة عليه بعيب فله أن يقبلها . وله أن يُعطىَ أرشَ العيب ، أو يحُطّ من ثمنه ، أو يؤخر ثمنه ، لأجل العيب . لأن ذلك قد يكون أحظّ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء ، أو أسقط ديناً لهما عن غريمهما لزم فى حقّه . وبطل فى حقّ شريكه . لأنه تبرّع ، والتبرّع يجوز فى حقّ نفسه دون شريكه . وإن كان لهما دين حالّ فأخّر أحدُهما حصّته من الدين جاز . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

ولنا : أنه أسقط حقّه من المطالبة ، فصحّ أن ينفرد أحدهما به ، كالابراء .

٣٥٨٤ (فصـــل)

وهل لأحدهما أن يبيع نَساء ؟ يخرّج على روايتين ، بناءً على الوكيل ، والمضارب . وسنذكر ذلك . وإن اشترى نَساء بنقد عنده مثلهُ ، أو نقدٍ من غير جنسه ، أو اشترى بشيء من ذوات الأمثال وعنده مثلهُ جاز . لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدّى ممّا فى يديه . فلا يُفضى إلى الزيادة فى الشركة . وإن لم يكن فى يده نقد ، ولا مثلىّ من جنس ما اشترى به ، أو كان عنده عَرْض ، فاستدان عَرْضاً ، فالشراء له خاصّةً ، وربحهُ له ، وضمانه عليه . لأنه استدانه على مال الشركة . وليس له ذلك على ما أسلفناه . والأولى : أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه من أداء الثمن منه ببيعه أنه يجوز ، لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة . فأشبه مالو كان عنده نقد . ولأن هذا عادة التجّار ، ولا يمكن التحرّز منه ، وهل لهأن يُبضع أو يُودِع ؟ على روايتين .

إحداهما : له ذلك . لأنه عادةُ التجّار . وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع .

والثانية : لا يجوز . لأنه ليس من الشركة وفيه غرر . والصحيح : أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه . لأنه من ضرورة الشركة . أشبه دفع المتاع إلى الحمّال ، وفى التوكيل فيما يتولّى مثله بنفسه وجهان ، بناءً على الوكيل . وقيل : يجوز للشريك التوكيل ، بخلاف الوكيل . لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد ، مثل العقد ، والشريك يستفيد بعقد الشركة ماهو أخصُّ منه ، ودونه . لأن التوكيل أخصّ من عقد الشركة ، فإن وكّل أحدهما مَلَكَ الآخرُ عزلَه . لأن لكلّ واحد منهما التصرّف فى حقّ صاحبه بالتوكيل ، فكذلك بالعزل ، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذى عليهما ، أو يرهن بالدين الذى لهما ؟ على وجهين .

أصحهما : أن له ذلك عند الحاجة . لأنّ الرهن يُراد للايفاء ، والارتهان يراد للاستيفاء . وهو يملك الإيفاء ، والإستيفاء ، فملك مايراد لهما .

والثانى : ليس له ذلك . لأن فيه خطراً . ولا فرق بين أن يكون ممّن ولى العقد ، أو من غيره . لكون القبض من حقوق العقد ، وحقوق العقد لا تختصّ العاقد ، فكذلك ما يُراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان . نذكرهما فى المضاربة ، فأما الإقالة فالأولى : أنه يملكها . لأنّها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع . وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالردّ بالعيب ، وإذا رأى المصلحة فيه . فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان الحظّ فيه . فإنه قد يشترى ما يرى أنه قد غُبِن فيه . ويحتمل أن لا يملكها ، إذا قلنا : هو فسخ ، لأنّ الفسخ ليس من التجارة ، وإن قال له : اعمل برأيك جاز له أن يعمل كلّ ما يقع فى التجارة : من الإبضاع ، والمضاربة بالمال ، والمشاركة به ، وخلطه بماله ، والسفر به ، والإيداع ، والبيع نَساءً ، والرهن ، والارتهان ، والإقالة ، ونحو ذلك . لأنه فوّض إليه الرأى فى التصرّف الذى تقتضيه الشركة ، فجاز له كلّ ماهو من التجارة ، فأما ما كان تمليكاً بغير عِوَض كالهبة والحطيطة لغير فائدة . والقرض والعتق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله . لأنه إنما فوّض إليه العمل برأيه فى التجارة . وليس هذا منها .

٣٥٨٥ (فصـــــل)

وإن أخذ أحدهما مالا مضاربةً ، فربحه له ، ووضيعتُه عليه ، دون صاحبه . لأنه يستحقّ ذلك فى مقابلة عمله ، وليس ذلك من المال الذى اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا فى المضاربة : إذا ضارب لرجل آخرَ ردّ ماحصل من الربح فى شركة الأول ، إذا كان فيه ضرر على الأول . فيجىء ههنا مثله .

٣٥٨٦ (فصـــــل)

والشركة من العقود الجائزة . تبطُل بموت أحد الشريكين ، وجنونه ، والحجر عليه للسفه ، وبالفسخ من أحدهما . لأنّها عقدٌ جائز . فبطلت بذلك ، كالوكالة ، وإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول ، فلم يكن له أن يتصرّف إلا فى قدر نصيبه . وللعازل التصرّف فى الجميع. لأن المعزول لم يرجع عن إذنه، هذا إذا كان المال ناضًّا[1] وإن كان عَرْضاً فذكر القاضى : أن ظاهر كلام أحمد : أنه لا ينعزل بالعزل ، وله التصرّف حتّى ينِضّ المالُ ، كالمضارب إذا عزله ربُّ المال . وينبغى أن يكون له التصرّف بالبيع دون المعاوضة بسلعة أخرى ، أو التصرّف بغير ماينضّ به المال . وذكر أبو الخطاب : أنه يُعزل مطلقاً . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه عقد جائز . فأشبه

(١) ناضا : أى صار نقداً ، ولم يكن أمتعة .

الوكالة ، فعلى هذا إن اتفقا على البيع ، أو القسمة فعلا . وإن طلب أحدهما القسمة ، والآخرُ البيعَ أجيب طالبُ القسمة دون طالب البيع .

فإن قيل : أليس إذا فسخ ربّ المال المضاربةَ ، فطلب العاملُ البيعَ أجيب إليه ؟ فالجواب : أن حقّ العامل في الربح ، ولا يظهر الربح إلا بالبيع ، فاستحقّه العامل لوقوف حصول حقّه عليه ، وفي مسألتنا : ما يحصل من الربح يستدركه كلّ واحد منهما في نصيبه من المتاع ، فلم يُجبر على البيع .

٣٥٨٧ (فصـــل)

فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد ، فله أن يُقيم على الشركة ، ويأذن له الشريكُ في التصرّف . وله المطالبة بالقسمة ، فإن كان مَوْليًّا عليه قام وليّه مقامه في ذلك ، إلا أنّه لا يفعل إلاّ ما فيه المصلحة للمولّى عليه ، فإن كان الميّت قد وصّى بمال الشركة ، أو ببعضه لمعيَّن فالموصَى له كالوارث فيما ذكرنا . وإن وصَّى به لغير مُعيَّن ، كالفقراء لم يجُز للوصِيّ الإذنُ في التصرُّف . لأنه قد وجب دفعه إليهم ، فيعزل نصيبهم ، ويفرّقه بينهم . وإن كان على الميّت دين تعلّق بتركته . فليس للوارث إمضاء الشركة حتّى يقضيَ دينه . فإن قضاه من غير مال الشركة فله الإتمام . وإن قضاه منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

٣٥٨٨ (فصـــل)

القسم الثالث : أن يشترك بدن ومال . وهذه المضاربة . وتُسمَّى قِرَاضاً أيضا . ومعناها : أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتّجر له فيه . على أنّ ما حصل من الربح بينهما حَسَبَ ما يشترطانه . فأهلُ العراق يُسمّونه مُضاربَةً ، مأخوذة من الضرب في الأرض ، وهو السفر فيها للتجارة . قال الله تعالى (٧٣ : ٢٠ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللهِ) ويحتملُ أن يكون من ضَرْب كلٌّ واحد منهما في الربح بسَهْم ، ويسمّيه أهلُ الحجاز القِراضَ . فقيل : هو مشتقٌّ من القطع . يقال . قرض الفأر الثوب إذا قطعه . فكأنّ صاحب المال اقتطع من ماله قطعةً وسلّمها إلى العامل ، واقتطع له قطعةً من الربح ، وقيل : اشتقاقه من المساواة ، والموازنة . يقال : تقارض الشاعران ، إذا وازن كلٌّ واحد منهما الآخرَ بشعره . وههنا من العامل العمل ، ومن الآخر المالُ ، فتوازنا .

وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة . ذكره ابن المنذر . ورُوِي عن حميد بن عبد الله ، عن أبيه ، عن جدّه « أنّ عمر بن الخطّاب أعطاه مالَ يَتيمٍ مُضَارَبةً يَعْمَلُ بِهِ فِي العِرَاقِ » ورَوَى مالك ، عن زيد بن أسْلَم ، عن أبيه « أن عَبْدَ اللهِ ، وَعُبَيْدَ اللهِ ابْنَيْ عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ خَرَجَا فِي جَيْشٍ إلى العِرَاقِ ، فَتَسَلَّفَا مِنْ أَبِي مُوسَى مَالاً وَابْتَاعَا بِهِ مَتَاعًا ، وقَدِمَا بِهِ إلَى المَدِينَةِ ، فَبَاعَاهُ ورَبِحَا فيه . فأرَادَ عُمَرُ أَخْذَ رَأْسِ المالِ وَالرِّبْحِ كُلِّهِ . فقالا : لَوْ تَلِفَ كَانَ ضَمَانُهُ عَلَيْنَا . فَلِمَ لاَ يَكُونُ رِبْحُهُ لَنَا ؟

فقال رجل : يا أمير المؤمنين ، لو جعلته قِراضاً ؟ قال : قد جعلته . وأخذ منهما نصف الربح » وهذا يدلّ على جواز القِراض . وعن مالك ، عن العلاء ابن عبد الرحمن ، عن أبيه ، عن جده « أنّ عثمان قارَضَهُ » وعن قتادة عن الحسن : أنّ علياً قال « إذا خالف المُضارِبُ فلا ضمان ، هما على ما شرطا » وعن ابن مسعود ، وحكيم بن حزام « أنهما قارضا » ولا مُخالف لهما في الصحابة . فحصل إجماعاً . ولأنّ بالناس حاجةً إلى المُضاربة . فإنّ الدراهم ، والدنانير لا تَنَمَّى إلاّ بالتقليب والتجارة . وليس كلّ من يملكها يحسن التجارة . ولأن كلّ من يُحسن التجارة له رأس مال . فاحتيج إليها من الجانبين . فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين .

إذا ثبت هذا . فإنها تنعقد بلفظ : المضاربة ، والقِراض . لأنهما لفظان موضوعان لها ، أو بما يُؤدّى معناها . لأن المقصود المعنى . فجاز بما دلّ عليه ، كلفظ التمليك في البيع .

٣٥٨٩ (فصــل)

وحكمها حكم شركة العِنان ، في أنّ كلّ ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله ، وما مُنع منه المُضارِبُ ، وما اختلف فيه ثمّ فههنا مثله ، وما جاز أن يكون رأسَ مال الشركة جاز أن يكون رأسَ مال المضاربة . وما لا يجوز ثَمّ لا يجوز ههنا على ما فصّلناه .

٣٥٩٠ (فصــل)

القسم الرابع : أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما . فهذا يجمع شركة ومُضاربةً . وهو صحيح . فلو كان بين رجلين ثلاثةُ آلاف درهم ، لأحدهما ألف ، وللآخر ألفان ، فأذن صاحبُ الألفين لصاحب الألف أن يتصرّف فيها ، على أن يكون الربح بينهما نصفين صحّ . ويكون لصاحب الألف ثُلث الربح بحقّ ماله ، والباقي وهو ثلثا الربح بينهما ، لصاحب الألفين ثلاثةُ أرباعِهِ ، وللعامل ربعُه . وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهمُ ، منها ثلاثة للعامل ، حصّة ماله سهمان ، وسهمٌ يستحقّه بعمله في مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعةُ أسهُم ، للعامل سهم ، وهو الربعُ .

فإن قيل : فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مُشاع ؟

قلنا : إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنّها تمنعه من التصرّف ، بخلاف ما إذا كانت مع العامل . فإنّها لا تمنعه من التصرّف . فلا تمنع من صحّة المضاربة ، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فقال صاحبه بضاعةٌ في يده ، وليست مضاربةً . لأنّ المضاربة إنما تحصُل إذا كان الربح بينهما ، فأمّا إذا قال : ربح مالك لك ، وربح مالى لى ، فقبل الآخر . كان إبضاعاً لا غيرُ . وبهذا كلّه قال الشافعىّ ، وقال مالك : لايجوز أن يضمّ إلى القِراض شركة ، كما لا يجوز أن يضمّ إليه عقد إجارة .

ولنا : أنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطاً للآخر . فلم تمنع من جمعهما ، كما لو كان المال متميّزا .

٣٥٩١ (فصـــل)

إذا دفع إليه ألفاً مُضاربةً ، وقال : أضف إليه ألفاً من عندك ، واتّجر بها ، والربح بيننا ، لك ثلثاه ، ولى ثلثه جاز . وكان شركةً وقراضاً ، وقال أصحاب الشافعىّ : لا يصحّ . لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعاً له دون العمل .

ولنا : أنهما تساويا فى المال ، وانفرد أحدهما بالعمل ، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح . كما لو لم يكن له مال . وقولهم : إن الربح تابع للمال وحده : ممنوع ، بل هو تابع لهما . كما أنه حاصلٌ بهما . فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثى الربح لم يجُز . وقال القاضى : يجوز ، بناءً على جواز تفاضُلهما فى شركة العِنان .

ولنا : أنه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لامقابل له ، فلا يصحّ . كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركةَ العِنان . لأنّ فيها عملاً منهما . فجاز أن يتفاضلا فى الربح ، لتفاضلهما فى العمل ، بخلاف مسألتنا . وإن جعلا الربح بينهما نصفين ، ولم يقولا مُضاربةً جاز . وكان إبضاعاً كما تقدّم . وإن قالا مُضاربةً فسد العقد . لما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٥٩٢ (فصـــل)

القسم الخامس : أن يشترك بدنان بمال أحدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما ، مثل أن يُخرج أحدهما ألفاً ، ويعملان فيه معاً ، والربح بينهما . فهذا جائز . ونصّ عليه أحمد فى رواية أبى الحارث ، وتكون مُضاربةً . لأنّ غير صاحب المال يستحقّ المشروط له من الربح بعمله فى مال غيره . وهذا هو حقيقةُ المضاربة ، وقال أبو عبد الله بن حامد ، والقاضى ، وأبو الخطاب : إذا شرط أن يعمل معه ربُّ المال لم يصحّ . وهذا مذهبُ مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، قال : ولا تصحُّ المضاربة حتى يُسلِّم المال إلى العامل ، ، ويُخلِّى بينه ، وبينه . لأنّ المضاربة تقتضى تسليم المال إلى المضارب . فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأنّ يده عليه ، فيخالف موضوعها ، وتأوّل القاضى كلام أحمد ، والخرقىّ على أن ربّ المال عمل من غير اشتراط .

ولنا : أن العمل أحد ركنى المضاربة فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال . وقولهم : إن المضاربة تقتضى تسليم المال إلى العامل : ممنوع ، إنما تقتضى إطلاق التصرُّف فى مال غيره بجُزء مُشاع من ربحه . وهذا حاصل مع اشتراكهما فى العمل . ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مُضاربةً صحّ ، ولم يحصُل تسليم المال إلى أحدهما .

٣٥٩٣ (فصـــل)

وإن شرط أن يعمل معه غلامُ ربِّ المالِ صحّ ، وهذا ظاهر كلام الشافعيّ . وقول أكثر الصحابة. ومنعه بعضُهم . وهو قول القاضى . لأنّ يد الغلام كيد سيّده . وقال أبو الخطاب: فيه وجهان

أحدهما : الجواز . لأنّ عمل الغلام مال لسيّده . فصحّ ضمُّه إليه ، كما يصحُّ أن يضمّ إليه بهيمةً يعملُ عليها(١)

٣٥٩٤ (فصـــل)

وأما شركة المفاوضة فنوعان .

أحدهما : أن يشتركا فى جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه ، والأبدان ، فيصحُّ ذلك . لأنّ كلّ نوع منها يصحُّ على انفراده . فصحّ مع غيره .

والثانى : أن يُدْخلا بينهما فى الشركة الاشتراك فيما يحصُل لكلّ واحد منهما من ميراث ، أو يجدُه من رِكَازٍ ، أو لُقَطةٍ . ويلزم كلّ واحد منهما ما يلزم الآخرَ ، من أرش جناية ، وضَمان غَصْب ، وقيمة مُتلَف ، وغرامة الضمان ، أو كفالةٍ . فهذا فاسد ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأجازه الثورىُّ ، والأوزاعىّ ، وأبو حنيفة . وحُكى ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً . وهى أن يكونا حرَّين ، مسلمين ، وأن يكون مالهما فى الشركة سواءً ، وأن يُخْرجا جميع ما يملكانه من جنس الشركة ، وهو الدراهم ، والدنانير . واحتجُّوا بما رُوى عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم أنّه قال « إِذَا تَفَاوَضْتُم فَأَحْسِنُوا الْمُفَاوَضَةَ » ولأنَّها نوعُ شركة يختصّ باسمٍ ، فكان فيها صحيح كشركة العِنان .

ولنا : أنه عقد لا يصح بين الكافرين ، ولا بين كافر ومسلم ، فلم يصحّ بين المسلمين ، كسائر العقود الفاسدة . ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله ، فلم يصحّ كما ذكرنا . ولأنّ فيه غرراً . فلم يصحّ كبيع الغرر ، وبيان غرره : أنه يلزم كلّ واحد ما لزم الآخر ، وقد يلزمه شىء لا يقدر على القيام به . وقد أدخلا فيه الأكسابَ النادرة ، والخبر لا نعرفُه ، ولا رواه أصحابُ السنن ، ثم ليس فيه ما يدلّ على أنه أراد هذا العقد . فيحتمل أنه أراد المفاوضة فى الحديث ، ولهذا روى فيه « وَلاَ تَجَادَلُوا فَإِنَّ الْمُجَادَلَةَ مِنَ الشَّيْطَانِ » وأما القياس : فلا يصحّ . فإن اختصاصها باسمٍ لا يقتضى الصحّة ، كبيع المُنابذة(٢) ، والملامسة ، وسائر البُيوع ، الفاسدة . وشركة العِنان تصحّ من الكافرَيْن ، والكافر والمسلم ، بخلاف هذا .

---

(١) والوجه الثانى مفهوم من الوجه الاول وهو مفهوم الجواز .

(٢) بيع المنابذة : أن ينبذ أى يرمى كل من المتبايعين المبيع إلى الآخر فيجب البيع ، وبيع الملامسة أن يلمس كل من المتبايعين المبيع فيجب البيع .

٣٥٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والربح على ما اصطلحا عليه ﴾

يعنى فى جميع أقسام الشركة . ولا خلاف فى ذلك فى المضاربة المحضة . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على ربّ المال ثُلُثَ الربح ، أو نصفه ، أو ما يُجمِعان عليه ، بعد أن يكون ذلك معلوماً ، جزءاً من أجزاء . ولأنّ استحقاق المضارب الربح بعمله . فجاز ما يتّفقان عليه ، من قليل وكثير . كالأجرة فى الإجارة ، وكالجزء من الثمرة فى المساقاة والمزارعة .

وأما شركة العِنان — وهو أن يشترك بدنان بماليهما — فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين . ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما فى المال . وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما فى المال . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك ، والشافعىّ : مِنْ شرْط صحّتها كونُ الربح والخُسران على قدر المالين . لأنّ الربح فى هذه الشركة تبع للمال . بدليل أنه يصحّ عقد الشركة . وإطلاق الربح ، فلا يجوز تغييره بالشرط ، كالوضيعة .

ولنا : أنّ العمل مما يُستحقّ به الربح ، فجاز أن يتفاضلا فى الربح مع وجود العمل منهما ، كالمضارِبَيْنِ لرجُلٍ واحد . وذلك لأنّ أحدهما قد يكون أبصرَ بالتجارة من الآخر ، وأقوى على العمل . فجاز له أن يشترط زيادةً فى الربح فى مقابلة عمله ، كما يشترط الربح فى مقابلة عمل المضارب .

يحققّه : أن هذه الشركة معقودة على المال ، والعمل جميعاً ، ولكلّ واحدٍ منهما حصّة من الربح إذا كان مُنفَرِداً . فكذلك إذا اجتمعا ، وأمّا حالةَ الإطلاق . فإنه لمّا لم يكن بينهما شرط يقسّم الربح عليه ، ويتقدّر به ، قدّرناه بالمال ، لعدم الشرط . فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصيرُ إليه . كالمضاربة ، يُصَار إلى الشرط ، فإذا عُدم وقال : الربح بيننا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضيعةَ . فإنّها لا تتعلق إلا بالمال ، بدليل المضاربة .

وأما شركة الأبدان فهى معقودة على العمل المجرّد ، وهما يتفاضلان فيه مرّةً ويتساويان أخرى ، فجاز ما اتفقا عليه من مساواة ، أو تفاضُل . كما ذكرنا فى شركة العِنان ، بل هذه أولى . لا نعقادها على العمل المجرّد .

وأما شركة الوجوه : فكلام الخِرَقىّ بعمومه يقتضى جواز ما يتّفقان عليه من مساواة ، أو تفاضُل . وهو قياس المذهب . لأنّ سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه . فكذلك هذه . ولأنها تنعقد على العمل وغيره . فجاز ما اتفقا عليه كشركة العِنان ، وقال القاضى : الربح بينهما على قدر ملكيهما فى المشترَى . لأن الربح يستحقّ بالضمان . إذ الشركة وقعت عليه خاصّةً . إذ لا مال عندهما ، فيشتركان على العمل ، والضّمان لا تفاضُل فيه . فلا يجوز التفاضُل فى الربح .

ولنا : إنّها شركة فيها عمل ، فجاز ما اتفقا عليه فى الربح ، كسائر الشركات . وقول القاضى : لامال لهما يعملان فيه . قلنا : إنما يشتركان ليعملا فى المستقبل فيما يتّخذانه بجاههما ، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتى . فكذا ههنا .

أما المضاربة التى فيها شركة . وهى أن يشترك مالان ، وبدن صاحب أحدهما : مثل أن يُخرج كلّ واحد منهما ألفاً . ويأذنَ أحدُهما للآخر فى التجارة بهما . فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز ، لأنه مُضارب لصاحبه فى ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه ، بغير خلاف ، وان شرطا له دون نصف الربح لم يجُز . لأن الربح يستحقّ بمال ، وعمل . وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل ، لا مقابل له ، فبطل شرطُه ، وإن جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا شركةً ، ولا مضاربةً . لأن شركة العِنان تقتضى أن يشتركا فى المال والعمل ، والمضاربة تقتضى أن للعامل نصيباً من الربح فى مقابلة عمله ، ولم يجعلا له ههنا فى مقابلة عمله شيئاً ، وإنّما جعلا الربح على قدر المالين ، وعمله ، فى نصيب صاحبه تبرّع ، فيكون ذلك إبضاعاً . وهو جائز إن لم يكن ذلك عِوَضاً عن قرض . فإن كان العامل اقترض الألف،أو بعضها من صاحبه لم يجُز . لأنه جعل عمله فى مال صاحبه عِوَضاً عن قرضه، وذلك غير جائز.

وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما ، مثل أن يُخرج أحدهما ألفاً ، ويعملان جميعاً فيه . فإنّ للعامل الذى لا مال له من الربح ما اتفقا عليه ، لأنه مُضارب محض ، فأشبه ما لو لم يعمل معه ربُّ المال ، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلحا عليه فى جميع أنواع الشركة ، سواء ما ذكرنا فى المضاربة التى فيها شركة على ما شرحنا .

٣٥٩٦ (فصل)

ومن شرط صحة المضاربة : تقدير نصيب العامل . لأنه يستحقّه بالشرط ، فلم يقدّر إلاّ به . ولو قال : خُذ هذا المال مُضاربةً ، ولم يُسمِّ للعاملِ شيئاً من الربح فالربحُ كلُّه لربِّ المال ، والوضيعةُ عليه . وللعامل أجْرُ مثله ، نصّ عليه أحمد . وهو قول الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن ، وابن سيرين ، والأوزاعىّ : الربح بينهما نصفين.لأنه لو قال : والربح بيننا لكان بينهما نصفين ، فكذلك إذا لم يذكر شيئاً .

ولنا : أن المضارب إنما يَستحِقّ بالشرط ولم يوجد ، وقوله : مُضاربةً اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً ، فلم تصحّ المضاربة به. كما لو قال : ولك جزء من الربح . فأمّا إذا قال : والربح بيننا ، فإن المضاربة تصحّ ، ويكون بينهما نصفين . لأنّه أضافه إليهما إضافةً واحدةً لم يترجّح فيها أحدُهما على الآخر . فاقتضى التسوية ، كما لو قال : هذه الدار بينى وبينك . وإن قدّر نصيب العامل ، فقال : ولك ثلثُ الربح ، أو

ربحه ، أو جزء معلوم ، أيّ جزء كان ، فالباقي لربّ المال . لأنه يستحقّ الربح بماله ، لكونه نماءه ، وفرعه ، والعامل يأخذ بالشرط . فما شُرِط له استحقَّه ، وما بقي فلربِّ المال بحكم الأصل . وإن قدّر نصيب ربّ المال ، مثل أن يقول : ولي ثلث الربح ، ولم يذكر نصيبَ العامل ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ . لأنّ العامل إنما يستحقّ بالشرط ، ولم يشترط له شيء ، فتكون المضاربة فاسدةً .

والثاني : يصحّ ، ويكون الباقي للعامل. وهذا قولُ أبي ثور ، وأصحاب الرأي لأن الربح لهما لا يستحقّه غيرُهما . فإذا قدَّر نصيب أحدهما منه ، فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ ، كما علم ذلك من قوله تعالى ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ (٤ : ٢٤) ولم يذكر نصيب الأب ، فعلم أن الباقيَ له. ولأنَّه لو قال: أوصيتُ بهذه المائة لزيد ، وعمرو ، نصيب زيد منها ثلاثون ، كان الباقي لعمرو ، كذا ههنا ، وإن قال : ليَ النصفُ ، ولك الثلثُ ، وسكت عن السدُس صحّ ، وكان لربّ المال . لأنه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لربّ المال . فكذلك إذا ذكر بعضه ، وترك بعضه ، وإن قال : خذه مُضاربةً على الثلث ، أو النصف ، أو قال : بالثلث ، أو الربع صحّ . وكان تقدير النصيب للعامل . لأنّ الشرط يُراد لأجله . فإنَّ ربّ المال يستحقّ بماله ، لا بالشرط ، والعاملُ يستحقُّ بالعمل ، والعمل يكثر ويَقلّ . وإنما تتقدَّر حصّته بالشرط ، فكان الشرط له ، ومتى شرطا لأحدهما شيئاً واختلفا في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل ، قليلاً كان ؛ أو كثيراً ، لذلك . وإن قال : خذه مُضاربةً ، ولك ثلث الربح ، وثلث ما بقي صحَّ ، وكان له خمسة أتساع . لأن هذا معناه . وإن قال : لك ثلث الربح ، وربع ما بقي فله النصفُ . وإن قال : لك ربع الربح وربعُ ما بقي فله ثلاثة أثمان ، ونصفُ ثمن ، وسواء عرفا الحسابَ ، أو جهلاه . لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة . فأشبه ما لو شرط الخُمُسَيْنِ . ومذهبُ الشافعيّ في هذا الفصل كلّه كمذهبنا .

٣٥٩٧ (فصــــل)

وإن قال : خذه مُضاربةً ، ولك جزء من الربح ، أو شركةً في الربح ، أو شيء من الربح ، أو نصيب ، أو حظّ لم يصحّ . لأنه مجهول . ولا تصحّ المضاربة إلا على قدر معلوم ، وإن قال : خذه ولك مثلُ ما شُرِط لفلان ، وهما يَعلمان ذلك صحّ . لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما ، وإن كانا لا يعلمانه ، أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة ، لأنّه مجهول .

٣٥٩٨ (فصــــل)

وإن قال : خذ هذا المال فاتّجر به ، وربحه كلُّه لك ، كان قرضاً ، لا قِراضاً . لأنّ قوله : خذه

فاتّجر به يصلُح لها ، وقد قرن به حُكم القرض ، فانصرف إليه . وإن قال مع ذلك : ولا ضمان عليك . فهذا قرضٌ شرط فيه نفيُ الضمان ، فلا ينتفى بشرطه ، كما لو صرَّح به ، فقال : خذ هذا قرضاً ، ولا ضمان عليك ، وإن قال : خذه فاتّجر به ، والربح كلّه لى ، كان إبضاعاً . لأنّه قرن به حكم الإبضاع ، فانصرف إليه . فإن قال مع ذلك : وعليك ضمانُه لم يضمنه . لأنّ العقد يقتضى كونه أمانةً غيرَ مضمونةٍ ، فلا يزول ذلك بشرطه . وإن قال : خذه مُضاربةً ، والربحُ كلُّه لك ، أو كلّه لى . فهو عقد فاسدٌ ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : إذا قال : والربحُ كلُّه لى كان إبضاعاً صحيحاً . لأنه أثبت له حكم الإبضاع ، فانصرف إليه ، كالتى قبلها . وقال مالك : يكون مُضاربةً صحيحةً فى الصورتين ، لأنهما دخلا فى القِراض فإذا شرط لأحدها ، فكأنه وهب الآخرَ نصيبه ، فلم يمنع صحّة العقد .

ولنا : أن المضاربة تقتضى كون الربح بينهما . فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما يُنافى مُقتضى العقد ففسد ، كما لو شرط الربح كلّه فى شركة العِنان لأحدهما . ويُفارق ما إذا لم يكن مُضاربةً . لأنَ اللفظ يصلُح لما أثبت حكمه من الإبضاع ، والقِراض ، بخلاف ما إذا صرّح بالمضاربة . وماذكره مالك لا يصحّ لأن الهبة لا تصحّ قبل وجود الموهوب .

٣٥٩٩ (فصـــل)

ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مُضاربةً فى عقد واحد . فإن شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين جاز . وإن قال : لكما كذا ، وكذا من الربح ، ولم يبين كيف هو ؟ كان بينهما نصفين ، لأنّ إطلاق قوله بينهما يقتضى التسوية ، كما لو قال لعامله : والربح بيننا . وإن شرط لأحدهما ثلث الربح ، وللآخر ربعه ، وجعل الباقى له جاز . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ وقال مالك : لا يجوز . لأنهما شريكان فى العمل بأبدانهما ، فلا يجوز تفاضُلهما فى الربح ، كشريكى الأبدان .

ولنا : أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فجاز أن يشترط فى أحدهما أكثر من الآخر ، كما لو انفرد . ولأنهما يستحقّان بالعمل وهُما يتفاضلان فيه . فجاز تفاضلهما فى العِوَض كالأجيرين . ولا نُسَلِّمُ وجوب التساوى فى شركة الأبدان ، بل هى كمسألتنا فى جواز تفاضلهما . ثم الفرق بينهما : أنّ ذلك عقد واحد ، وهذان عقدان .

٣٦٠٠ (فصـــل)

وإن قارض اثنان واحدا بألف لهما جاز . وإذا شرطا له ربحاً متساويا منهما جاز . وإن شرط أحدهما له النصف ، والآخر الثلث جاز . ويكون باقى ربح مال كلّ واحد منهما لصاحبه . وإن شرطا كون الباقى من الربح بينهما نصفين لم يجُز ، وهذا مذهب الشافعىّ . وكلام القاضى يقتضى جوازه . وحُكى ذلك عن أبى حنيفة وأبى ثور .

ولنا : أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف ، والآخر يبقى له الثلثان . فإذا اشترطا التساوى فقد شرط أحدهما للآخر جُزءاً من ربح ماله بغير عمل ، فلم يجُز ، كما لو شرط ربح ماله المنفرد .

٣٦٠١ (فصـــل)

وإذا شرطا جزءا من الربح لغير العامل نظرتَ ، فإن شرطاه لعبد أحدهما ، أو لعبديهما صحّ ، وكان ذلك مشروطا لسيّده . فإذا جعلا الربح بينهما ، وبين عبديهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان ، وللآخر الثلث : وإن شرطاه لأجنبيّ ، أو لولد أحدهما ، أو امرأته ، أو قريبه ، وشرطا عليه عملاً مع العامل صحّ ، وكانا عاملين ، وإن لم يشترطا عليه عملا لم تصحّ المضاربة . وبهذا قال الشافعىّ . وحُكى عن أصحاب الرأى : أنه يصحّ ، والجزء المشروط له لربّ المال ، سواء شرُط لقريب العامل ، أو لقريب ربّ المال ، أو لأجنبىّ . لأن العامل لا يستحِقّ إلا ماشُرِط له ، وربّ المال يَستحقّ الربح بحكم الأصل ، والأجنبىّ لا يستحقّ شيئا ، لأنه إنما يستحقّ الربح بمال ، أو عمل . وليس هذا واحدا منهما ، فما شرط لا يستحقّه ، فيرجع إلى ربّ المال ، كما لو ترك ذكره .

ولنا أنه شرط فاسد ، يعود إلى الربح ، ففسد به العقد ، كما لو شرط دراهم معلومةً وإن قال : لك الثلثان ، على أن تُعطىَ امرأتك نصفه ، فكذلك . لأنه شرط فى الربح شرطاً لا يلزم ، فكان فاسداً ، والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فيما ذكرناه .

٣٦٠٢ (فصـــل)

والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة فى وجوب معرفة قدر ما لكلٍّ واحدٍ منهما من الربح ، إلا أنهما إذا أطلقاها ، ولم يذكرا الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفى شركة الوجوه : يكون على قدر ملكيهما فى المشترَى . لأن لها أصلاً يرجعان إليه . ويتقدّر الربح به ، بخلاف المضاربة . فإنّه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال ، والعمل ، لكون أحدهما من غير جنس الآخر . فلا يعلم قدره منه . وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يُقدرّ الربح به . فيحتمل أن يتقدّر بالعمل . لأن عمل أحدهما من جنس عمل الآخر . فقد تساويا فى أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع إليه . ويحتمل ألاّ يتقدّر به : لأن العمل يقلّ ، ويكثر ، ويتفاضل ، ولا يوقف على مقداره ، بخلاف المال ، فيعتبر ذكر الربح ، والمعرفة به كما فى المضاربة . والله أعلم .

٣٦٠٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والوضيعة على قدر المال ﴾

يعنى الخسران فى الشركة على كلّ واحد منهما بقدر ماله . فإن كان مالها متساوياً فى القدر فالخسران

بينهما نصفين . وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً . لا نعلم فى هذا خلافاً بين أهل العلم . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وغيرهما ، وفى شركة الوجوه : تكون الوضيعة على قدر ملكيهما فى المشترىَ ، سواء كان الربح بينهما كذلك ، أو لم يكن ، وسواء كانت الوضيعة لتلَفٍ ، أو نُقصانٍ فى الثمن عمّا اشتريا به ، أو غير ذلك . والوضيعة فى المضاربة على المال خاصّةً ليس على العامل منها شىء . لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال . وهو مختصّ بملك ربّه ، لا شىء للعامل فيه . فيكون نقصه من ماله دون غيره . وإنّما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة ، والمزارعة . فإنّ ربّ الأرض ، والشجر يُشارك العاملَ فيما يحدث من الزرع ، والثمر . وإن تلف الشجر ، أو هلك شىء من الأرض بغَرَقٍ ، أو غيره لم يكن على العامل شىء .

٣٦٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يجوز أن يُجعل لأحدٍ من الشركاء فضلُ دراهم ﴾

وجملته : أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومةً ، أو جعل مع نصيبه دراهم ، مثل أن يشترط لنفسه جُزءاً ، وعشرةَ دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر . أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القِراض إذا شرط أحدهما ، أو كلاهما لنفسه دراهمَ معلومةً . وممّن حفظنا ذلك عنه : مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىُّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، والجواب فيما لو قال : لك نصف الربح إلاّ عشرةَ دراهم ، أو نصف الربح وعشرةَ دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهمَ مفردةً . وإنّما لم يصحّ ذلك لمعنيين .

أحدهما : أنه إذا شرط دراهم معلومةً احتمل أن لا يربح غيرها . فيحصُل على جميع الربح . واحتمل أن لا يربحها ، فيأخذ من رأس المال جزءا ، وقد يربح كثيراً ، فيستضرّ مَنْ شُرِطت له الدراهم .

والثانى أن حصّة العامل ينبغى أن تكون معلومةً بالأجزاء لمّا تعذّر كونُها معلومةً بالقدر . فإذا جُهلت الأجزاء فسدت ، كما لو جُهل القدر فيما يُشترط أن يكون معلوماً به . ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربّما توانى فى طلب الربح ، لعدم فائدته فيه ، وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح .

٣٦٠٥ (فصـــل)

وإن دفع إليه ألفين مُضاربةً على أنّ لكلّ واحد منهما ربحَ ألف ، أو على أن لأحدهما ربح أحد الثوبين ، أو ربح إحدى السّفرتين [1] ، أو ربح تجارته فى شهر ، أو عام بعينه ، ونحو ذلك . فسد الشرط والمضاربة . لأنه قد يربح فى ذلك المعيّن دون غيره ، وقد يربح فى غيره دونه . فيختصّ أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشركة . ولا نعلم فى هذا خلافاً : وإن دفع إليه ألفاً ، وقال : لك ربح نصفه لم يجز . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور : يجوز . لأن نصف ربحه هو ربحُ نصفه . فجاز شرطه ، كما لو عبّر عنه بعبارته الأخرى .

(١) السفرتين : تثنية سفرة ، وهى المرة من السفر ، أى إذا كانا يسافران للتجارة . فيجعلان لكل واحد ربح مرة من السفر

ولنا : أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض ، وكذلك جعل الآخر . فلم يجز ، كما لو قال :لك ربح هذه الخمسمائة ، ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر ، بخلاف نصف الربح فإنّه لا يؤدّى إلى انفراده بربح شيء من المال .

٣٦٠٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمضارب إذا باع بنسيئة بغير أمرٍ ضمن فى إحدى الروايتين ، والأخرى : لا يضمن ﴾

وجملته : أن المضارب وغيره من الشركاء إذ نصّ له على التصرّف ؛ فقال : نقداً أو نسيئةً ، أو قال : بنقد البلد ، أو ذكر نقداً غيره جاز . ولم تجز مخالفته . لأنه متصرّف بالإذن ، فلا يتصرّف فى غير ما أذن له فيه ، كالوكيل . ولأنّ ذلك لا يمنع مقصود المضاربة . وقد يطلب بذلك الفائدة فى العادة ، وإن أطلق فلاخلاف فى جواز البيع حالاً ، وفى البيع نسيئةً روايتان .

إحداهما : ليس له ذلك . وهو قول مالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعىّ . لأنه نائب فى البيع . فلم يجز له البيع نسيئةً بغير إذنٍ صريح فيه ، كالوكيل ، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرّف إلا على وجه الحظ والاحتياط ، وفى النسيئة تغريرٌ بالمال ، وقرينة الحال تقيّد مُطلَقَ الكلام ، فيصيرُ كأنّه قال : بعه حالاً .

والثانية : أنه يجوز له البيع نساءً . وهو قول أبى حنيفة واختيار ابن عقيل . لأن إذنه فى التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة . وهذا عادةُ التّجار . ولأنه يقصد به الربح ، والربح فى النّساء أكثر . ويفارق الوكالة المطلقة . فإنها لا تختصّ بقصد الربح ، وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسبُ . فإذا أمكن تحصيله من غير خَطَرٍ كان أولى . ولأن الوكالة المطلقة فى البيع تدلّ عن أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة . فلم يجز تأخيره ، بخلاف المضاربة . وإن قال له : اعمل برأيك فله البيع نَساء . وكذلك إذا قال له : تصرّف كيف شئت . وقال الشافعىّ : ليس له البيع نَساء فى الموضعين ، لأنّ فيه غرراً : فلم يجز ، كما لو لم يقل له ذلك .

ولنا : أنه داخل فى عموم لفظه ، وقرينة حاله تدلُّ على رضائه برأيه فى صفات البيع ، وفى أنواع التجارة . وهذا منها ، فإذا قلنا : له البيع نَساء فالبيع صحيح . ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمانُه ، إلاّ أن يفرّط ببيع من لا يوثَق به ، أو من لا يعرفه . فيلزمه ضمان الثمن الذى انكسر على المشترى . وإن قلنا : ليس له البيع نَساءً فالبيع باطل . لأنه فعل مالم يؤذن له فيه . فأشبه البيع من الأجنبى ، إلاّ على الرواية التى تقول : يقف بيع الأجنبىّ على الإجازة . فههنا مثله . ويحتمل قول الخرَقىّ صحّةَ البيع ، فإنه إنما ذكر الضمان . ولم يذكر فساد البيع . وعلى كلّ حال يلزم العامل الضمان .لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه فإن قلنا : بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته ، إذا تعذّر عليه استرجاعه . إما لتلف المبيع ، أو امتناع المشترى من ردّه إليه ، وإن قلنا : بصحّته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً . لأنّه لم يفت بالبيع أكثر منها ، ولا ينحفظ

بتركه سواها ، وزيادة الثمن حصلتْ بتفريطه ، فلا يضمنها . واحتمل أن يضمن الثمن . لأنه وجب بالبيع ، وفات بتفريط البائع. وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه. بدليل أنه لو حصّل الثمن لم يضمن شيئاً .

٣٦٠٧ (فصـــــــل)

وليس له السفر بالمال فى أحد الوجهين . وهو مذهب الشافعىّ . لأن فى السفر تغريراً بالمال وخطراً . ولهذا يروى « أنّ المسافر وماله لعلى قَلَتٍ[1] إلاّ ما وقى اللهُ تعالى » أى هلاكٍ . ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه .

والوجه الثانى . له السفر به إذا لم يكن مَخُوفاً . قال القاضى : قياسُ المذهب جوازه ، بناء على السفر بالوديعة . وهذا قول مالك . ويُحكى ذلك عن أبى حنيفة لأنّ الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً . ولأنّ المضاربة مشتقّة من الضرب فى الأرض ، فملك ذلك بمطلقها . وهذان الوجهان فى المطلق .

فأما إن أذن فى السفر ، أو نهى عنه ، أو وُجِدت قرينة دالّة على أحد الأمرين ، تعيّن ذلك ، وثبت ما أمر به ، وحرُم ما نهى عنه ، وليس له السفر فى موضعٍ مَخُوفٍ على الوجهين جميعاً . وكذلك لو أذن له فى السفر مطلقاً لم يكن له السفر فى طريق مخوف ، ولا إلى بلد مخوف . فإن فعل فهو ضامن لما يتلَف . لأنه متعدّ بفعل ما ليس له فعله ، وإن سافر فى طريق آمن جاز ، ونفقته فى مال نفسه . وبهذا قال ابن سيرين ، وحمّاد بن أبى سُليمان . وهو ظاهر مذهب الشافعىّ ، وقال الحسن ، والنخَعِىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد . لأن سفره لأجل المال ، فكانت نفقتهُ منه كأجر الحمّال .

ولنا : أن نفقته تخصُّه ، فكانت عليه ، كنفقةِ الحضَر وأجر الطبيب ، وثمن الطبّ . ولأنه دخل على أنه يستحقّ من الربح الجزء المسمّى . فلا يكون له غيره . ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختصّ بالربح ، إذا لم يربح سوى ما أنفقه ، فأمّا إن اشترط له النفقة فله ذلك . وله ما قدّر له من مأكول ، وملبوس ، ومركوب ، وغيره ، قال أحمد فى رواية الأثرم : أحَبُّ إلىّ أن يشترط نفقةً محدودةً . وإن أطلق صحّ ، نصّ عليه ، وله نفقته من المأكول ، ولا كُسوة له . قال أحمد : إذا قال : له نفقته ، فإنّه ينفق ، قيل له : فيكتسى ؟ قال : لا . إنّما له النفقة ، وإن كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد كسوة . فظاهر كلام أحمد : جوازها . لأنه قيل له : فلم يشترط الكسوة إلا أنّه فى بلد بعيد ، وله مُقام طويل ، يحتاج فيه إلى كسوة ؟ فقال : إذا أذنَ له فى النفقة فعل ، ما لم يحمل على مال الرجل ، ولم يكن ذلك قصده . هذا معناه . وقال القاضى ، وأبو الخطّاب : إذا شرط له النفقة فله جميعُ نفقته ، من مأكول ، أو ملبوس ،

(١) القلت : بفتح القاف واللام الهلاك .

بالمعروف ، وقال أحمد : يُنفق على معنى ما كان يُنفق على نفسه غيرَ مُتعدٍّ بالنفقة ، ولا مُضِرٍّ بالمال ، ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة . لأن الأسعار تختلف ، وقد تقِلّ وتكثُرُ ، فإن اختلفا فى قدر النفقة : فقال أبو الخطاب : يُرجع فى القوت إلى الإطعام فى الكفّارة ، وفى الكسوة إلى أقلّ ملبوسٍ مثله . فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة ، أو كان معهُ مضاربة أخرى ، أو بضاعةٌ لآخَرَ فالنفقةُ على قدر المالَيْنْ . لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر ، والسفرُ للمالين . فيجبُ أن تكون النفقة مقسومةً على قدرهما ، إلاّ أن يكون ربُّ المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك . ولو أذن له فى السفر إلى موضع مُعيّن ، أو غير مُعيّن ، ثمّ لقيه ربُّ المال فى السفر ، إمّا بذلك الموضع ، أو فى غيره ، وقد نضَّ المالُ ، فأخذ ماله ، فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده ، لم يكن له . لأنه إنّما يستحقّ النفقة ماداما فى القِراض ، وقد زال ، فزالت النفقةُ . ولذلك لو مات لم يجب تكفينهُ ، وقد قيل : له ذلك . لأنه كان شرط له نفقةَ ذهابه ورجوعه ، وغيره بتسفيره إلى الموضع الذى أذن له فيه ، مُعتقداً أنه مستحقٌّ للنفقة ذاهباً وراجعاً ، فإذا قطع عنه النفقة تضرّر بذلك .

٣٦٠٨ (فصــل)

وحكم المضارب حكم الوكيل : فى أنّه ليس له أن يبيع بأقلّ من ثمن المثل ، ولا يشترى بأكثر منه ، مما لا يتغابَنُ الناسُ بمثله . فإن فعل فقد رُوى عن أحمد : أن البيع يصحّ . ويضمن النقص . لأن الضرر ينجبرُ بضمان النقص ، والقياس : أن البيع باطل . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه بيع لم يؤذن له فيه . فأشبه بيع الأجنبىّ . فعلى هذا إن تعذّر ردّ المبيع ضمن النقص أيضاً . وإن أمكن ردّه وجب ردّه ، إن كان باقياً أو قيمته إن كان تالفاً ، ولربّ المال مطالبة من شاء من العامل أو المشترى . فإن أخذ من المشترى قيمته رجع المشترى على العامل بالثمن . وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشترى بها ، وردّ عليه الثمن . لأن التلف حصل فى يده . وأما ما يتغابن الناس بمثله فغيرُ ممنوع منه . لأنه لا يمكن التحرُّز منه ، وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع . وإن اشترى فى الذمّة لزم العاملَ دون ربِّ المال ، إلا أن يُجيزه . فيكون له . هذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، وقال القاضى : إن أطلق الشراء ولم يذكر ربّ المال ، فكذلك . وإن صرّح للبائع أننى اشتريته لفلان فالبيعُ باطل أيضاً .

٣٦٠٩ (فصــل)

وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد ؟ على روايتين .

الأولى : جوازه إذا رأى المصلحة فيه ، والربحُ حاصل به ، كما يجوز أن يبيع عَرْضاً بعَرْضٍ ، ويشتريه به . فإن قلنا : لا يملك ذلك ففعله ، فحكمه حكم ما لو اشترى ، أو باع بغير ثمن المثل . وإن قال له : اعمل

برأيك فله ذلك. وهل له الزراعة ؟ يحتمل أن لا يملك ذلك : لأن المضاربة لا يُفهم من إطلاقها المزارعة . وقد رُوى عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفاً ، وقال : اتّجر فيها بما شئت ، فزرع زرعاً فربح فيه . فالمضاربة جائزة ، والربحُ بينهما . قال القاضى : ظاهر هذا : أن قوله اتّجِرْ بما شئت دخلت فيه المزارعة . لأنها من الوجوه التى يبتغى بها النَّماء ، وعلى هذا لو تَوِىَ[1] المالُ كلّه فى المزارعة لم يلزمه ضمانهُ .

٣٦١٠ (فصـــــل)

وله أن يشترى المعيب إذا رأى المصلحة فيه . لأن المقصود الربح ، وقد يكون الربح فى المعيب . فإن اشتراه يظنه سليماً فبان مَعيباً فله فعل ما يرى المصلحة فيه ، من ردّه بالعيب ، أو إمساكه ، وأخذ أرش العيب. فإن اختلف العاملُ وربّ المال فى الردّ ، فطالبه أحدهما ، وأباه الآخرُ فعل ما فيه النظر ، والحظّ . لأن المقصود تحصيل الحظّ فيحتمل الأمر على ما فيه الحظّ . وأما الشريكان إذا اختلفا فى ردّ المعيب ، فلطالب الردّ ردّ نصيبه ، وللآخر إمساكُ نصيبه ، إلا أن يكون البائع لم يعلم أن الشراء لهما جميعاً . فلا يلزمه قبول ردِّ بعضه . لأن ظاهر الحال أنّ العقدَ لمن وَليه . فلم يجز إدخال الضرر على البائع بتبعيض الصفقة عليه . ولو أراد الذى وَلِىَ العقد ردّ بعض المبيع ، وإمساكَ البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك ، على ما فصّلناه .

٣٦١١ (فصـــــل)

وليس له أن يشترى من يعتِق على ربّ المال بغير إذنه . لأن عليه فيه ضرراً . فإن اشتراه بإذن ربّ المال صحّ . لأنه يجوز أن يشتريه بنفسه . فإذا أذن لغيره فيه جاز ويَعتِقُ عليه ، وتنفسخ المضاربة فى قدر ثمنه . لأنه قد تلف . ويكون محسوباً على ربِّ المال . فإن كان ثمنه كلّ المال انفسخت المضاربة وإن كان فى المال ربح جُعِل العامل بحصّته منه . وإن كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصحّ الشراء ، إذا كان الثمن عيناً ، لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه . ولأن الإذن فى المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه ، والربح فيه ، فلا يتناول غير ذلك . وإن اشتراه فى الذمّة وقع الشراء للعاقد . وليس له دفع الثمن من مال المضاربة . وإن فعل ضمن . وبهذا قال الشافعىّ ، وأكثر الفقهاء وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد صحّة الشراء . لأنه مال مُتَقوّم ، قابل للعقود ، فصحّ شراؤه ، كما لو اشترى من نذر ربُّ المال إعتاقَه ، ويَعتِق على ربِّ المال ، وتنفسخ المضاربة فيه . ويلزم العاملَ ضمانهُ ، على ظاهر كلام أحمد ، علم بذلك أو جهل . لأن مال المضاربة تلف بسببه . ولا فرق فى الإتلاف الموجِب للضمان بين العلم ، والجهل . وفيما يضمنهُ وجهان :

أحدهما : قيمته . لأن المِلك ثبت فيه ثمّ تلف ، فأشبه ما لو أتلفه بفعله .

والثانى : الثمن الذى اشتراه به . لأن التفريط منه حصل بالشراء ، وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء .

---

(١) توى المال : بفتح التاء وكسر الواو معناه هلك .

كان عليه ضمان ما فرّط فيه . ومتى ظهر في المال ربح ، فللعامل حصّته منه . وقال أبو بكر : إن لم يكن العامل عالماً بأنّه يَعتق على ربّ المال لم يضمن . لأن التلف حصل لمعنًى في المبيع لم يَعلم به المشترى ، فلم يضمن ، كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه ، فتلف به ، قال : ويتوجَّه أن لا يضمن وإن علم .

٣٦١٢ (فصــل)

وإن اشترى امرأة ربّ المال صحّ الشراء ، وانفسخ النكاح ، فإن كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصفُ الصداق ؟ فيه وجهان : ذكرناهما في غير هذا الموضع . فإن قلنا : يلزمه رجع به على العامل . لأنه سبب تقريره عليه ، فرجع عليه ، كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرّضاع . وإن اشترى زوج ربّة المال صحّ الشراء ، وانفسخ النكاح . لأنّها مَلَكت زوجها . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعيّ : لا يصح الشراء إذا كان بغير إذنها . لأن الإذن إنما يتناول شراء مالها فيه حظّ ، وشراء زوجها يضرّ بها . لأنه يفسخ نكاحها ، ويضرُّ بها ، ويسقط حقّها من النفقة ، والكسوة ، فلم يصح كشراء ابنها .

ولنا : أنه اشترى ما يمكن طلبُ الربح فيه . فجاز ، كما لو اشترى أجنبيًّا . ولا ضمان على العامل فيما يفوت من المهر ، ويسقط من النفقة . لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة . وإنما هو بسببٍ آخر . ولا فرق بين شرائه في الذمّة ، أو بعين المال .

٣٦١٣ (فصــل)

وإن اشترى المأذون له من يَعتق على ربّ المال بإذنه صحّ ، وعتق . فإن كان على المأذون له دين يستغرق قيمته ، وما في يده ، وقلنا : يتعلّق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الغرماء . لأنه الذي أتلف عليهم بالعتق . وإن نهاه عن الشراء فالشراء باطلٌ . لأنه يملكه بالإذن ، وقد زال بالنهي . وإن أطلق الإذن ، فقال أبو الخطاب : يصحُّ شراؤه . لأن من صحّ أن يشتريه السيّد صحّ شراء المأذون له ، كالأجنبيّ . وهذا قول أبي حنيفة ، إذا أذن له في التجارة ، ولم يدفع إليه مالاً . وقال القاضي : لا يصحّ . لأن فيه إتلافاً على السيّد . فإنّ إذنه يتناول ما فيه حظّ . فلا يدخل فيه الإتلاف ، وفارق عامل المضاربة . لأنه يضمن القيمة فيزول الضرر . وللشافعيّ قولان كالوجهين . وإن اشترى امرأةَ ربّ المال ، أو زوجَ ربّة المال فهل يصحّ ؟ على وجهين أيضاً ، كشراء من يَعتق بالشراء .

٣٦١٤ (فصــل)

(وإن اشترى المضارب من يعتق عليه صحّ الشراء . فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء . وإن ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيّان على العامل متى يملك الربح ؟ فإن قلنا : يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء ، لأنّه ما ملكه ، وإن قلنا : يملكه بالظهور ففيه وجهان :

أحدهما : لا يعتق . وهو قول أبى بكر ، لأنه لم يتمّ مِلـكهُ عليـه . لأنّ الربح وقاية لرأس المال ، فلم يعتق لذلك .

والثانى : يعتق بقدر حصّته من الربح ، إن كان مُعسراً . ويُقوَّم عليه باقيه إن كان موسراً . لأنه ملـكه بفعله ، فيعتق عليه ، كما لو اشتراه بماله . وهـذا قول القاضى ، ومذهب أصحاب أبى حنيفة . لـكن عندهم يُسْتَسْعَى فى بقيّته إن كان معسراً .

ولنا : رواية كقولهم : وإن اشتراه ولم يظهر ربح ، ثم ظهر بعد ذلك ، والعبد باقٍ فى التّجارة فهو كما لو كان الربح ظاهراً وقتَ الشراء . وقال الشافعىّ : إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصحّ فى أحد الوجهين . لأنه يؤدّى إلى أن ينجّز العامل حقّه قبل ربّ المال .

ولنا : أنّهما شريكان . فصحّ شراء كلّ واحد منهما مَنْ يَعْتِقُ عليه ، كشريكى العِنَان .

٣٦١٥ (فصـــل)

وليس له أن يشترى بأكثر من رأس المال . لأن الإذن ما تناول أكثر منه . فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ، ثم اشترى عبداً آخر بعين الألف ، فالشراء فاسد . لأنه اشتراه بمال يستحقّ تسليمه فى البيع الأول . وإن اشتراه فى ذمته صحّ الشراء ، والعبدُ له . لأنه اشترى فى ذمّته لغيره . ما لم يأذن له فى شرائه ، فوقع له ، وهل يقف على إجازة ربّ المال ؟ على روايتين . ومذهب الشافعىّ كنحو ما ذكرنا .

٣٦١٦ (فصـــل)

وليس للمضارب وطء أمةٍ مِنَ المضاربة ، سواء ظهر فى المال ربحٌ أو لم يظهر . فإن فعل فعليه المهرُ ، والتعزير ، وإن عَلِقت منه ، ولم يظهر فى المال ربحٌ فولده رقيق . لأنّها علقت منه فى غير ملك ، ولا شُبْهةِ ملك . ولا تصيرُ أمَّ ولدٍ له كذلك . وإن ظهر فى المال ربح ، فالولد حرّ ، وتصير أمَّ ولد له . وعليه قيمتها ، ونحو هذا قال سفيان ، وإسحاق . وقال القاضى : إن لم يظهر ربح فعليه الحدّ . لأنه وطىء فى غير ملك ، ولا شُبهة ملك . والمنصوص عن أحمد : أن عليه التعزير . لأن ظهور الربح ينبنى على التقويم ، والتقويم غير متحقّق . لأنه يحتمل أن السلع تساوى أكثر مما قُوّمت به . فيكون ذلك شبهةً فى درء الحدّ ، لأنّهُ يُدرأ بالشبهات .

٣٦١٧ (فصـــل)

وليس لرب المال وطء الأمة أيضاً . لأنه ينقُصها إن كانت بكراً . ويعرّضها للخروج من المضاربة ، والتلف . فإن فعل فلا حدّ عليه . لأنّها مملوكته . وإن علقت منه صارت أمّ ولده ، وولدُه حرٌّ كذلك .

وتخرج من المضاربة ، وتحسب قيمتها ، ويضاف إليها بقية المال . فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

٣٦١٨ (فصـــل)

وإذا أذن رب المال للمضارب فى الشراء من مال المضاربة ، فاشترى جارية ليتسرى بها خرج ثمنها من المضاربة ، وصار قرضاً فى ذمته . لأن استباحة البُضع لا تحصُل إلا بملكه ، لقول الله تعالى (٢٣ : ٥ إلا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ) .

٣٦١٩ (فصـــل)

وليس لواحد منهما تزويج الأمة . لأنه ينقصها ، ولا مكاتبة العبد لذلك . فإن اتفقا على ذلك جاز . لأن الحق لهما لا يخرج عنهما .

٣٦٢٠ (فصـــل)

وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربةً . نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم ، وحرب ، وعبد الله قال : إن أذن له ربّ المال ، وإلاّ فلا ، وخرّج القاضى وجهاً فى جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير إذن الموكّل . ولا يصحّ هذا التخريج . وقياسُه على الوكيل ممتنع لوجهين :

أحدهما : أنه إنما دفع إليه المال ههنا ليضارب به ، وبدفعه إلى غيره مضاربةً يخرجُ عن كونه مُضارباً به ، بخلاف الوكيل.

الثانى : أن هذا يوجب فى المال حقًّا لغيره ، ولا يجوز إيجاب حقّ فى مال إنسان بغير إذنه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . ولا أعرف عن غيرهم خلافهم ، فإن فعل ، فلم يتلف المال ، ولا ظهر فيه ربح ردّه إلى مالكه ، ولا شىء له ، ولا عليه . وإن تلف ، أو ربح فيه ، فقال الشريف أبو جعفر . هو فى الضمان ، والتصرّف كالغاصب ، ولربّ المال مطالبة من شاء منهما بردّ المال ، إن كان باقياً . ويردُّ بدله إن كان تالفاً ، أو تعذّر ردُّه ، فإن طالب الأول ، وضمنه قيمة التالف ، ولم يكن الثانى علم بالحال لم يرجع عليه بشىء ، لأنّه دفعه إليه على وجه الأمانة ، وإن علم بالحال رجع عليه . لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان ، وتلف تحت يده ، فاستقرّ ضمانه عليه . وإن ضمّن الثانى مع علمه بالحال لم يرجع على الأول . وإن لم يعلم فهل يرجع على الأول ؟ على وجهين :

أحدهما : يرجع عليه ، لأنه غرّه ، فأشبه مالو غرّه بحرّية أمة .

والثانى : لا يرجع . لأن التلف كان فى يده ، فاستقرّ الضمان عليه . وإن ربح فى المال فالربح لمالكه ، ولا شىء للمضارب الأول . لأنه لم يوجد منه مال ، ولا عمل . وهل للثانى أجرُ مثله ؟ على روايتين :

إحداهما : له ذلك . لأنه عمل فى مال غيره بعوض لم يَسْلم له : فكان له أجر مثله ، كالمضاربة الفاسدة

والثانية : لا شيء له . لأنه عمل فى مال غيره بغير إذنه . فلم يستحقّ لذلك عِوَضاً كالغاصب . وفارق المضاربة . لأنه عمل فى ماله بإذنه ، وسواء اشترى بعين المال أو فى الذمّة . ويحتمل أنه إذا اشترى فى الذمّة يكون الربح له . لأنه ربح فيما اشتراه فى ذمّته مما لم يقع فى الشراء فيه لغيره . فأشبه مالو لم ينقد الثمن من مال ربّ المال . قال الشريف أبو جعفر : هذا قول أكثرهم ، يعنى قول مالك ، والشافعىّ وأبى حنيفة، ويحتمل أنه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل ، كالغاصب ، وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الأول. لأنه غرّه ، واستعمله بعَوض لم يحصل له . فوجب أجره عليه ، كما لو استعمله فى مال نفسه . وقال القاضى : إن اشترى بعين المال فالشراء باطل . وإن كان اشترى فى الذمة ، ثم نقد المال ، وكان قد شرط ربُّ المال للمضارب النصفَ ، فدفعه المضاربُ إلى آخرَ على أن يكون لربّ المال النصف ، والنصفُ الآخر بينهما . فهو على ما اتفقوا عليه . لأن ربّ المال رضى بنصف الربح ، فلا يدفع إليه أكثر منه ، والعاملان على ما اتّفقا عليه . وهذا قول قديم للشافعىّ . وليس هذا موافقاً لأصول المذهب ، ولا لنصّ أحمد ، فإنّ أحمد قال : لا يطيبُ الربحُ للمضارب ، ولأنّ المضارب الأول ليس له عمل ، ولا مال ، ولا يستحقّ الربح فى المضاربة ، إلاّ بواحد منهما ، والعامل الثانى عمل فى مال غيره بغير إذنه ولا شرطه . فلم يستحقّ ما شرطه له غيره : كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربةً . ولأنه إذا لم يستحقّ ما شرطه له ربُّ المال فى المضاربة الفاسدة ، فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى .

٣٦٢١ (فصـــل)

وإن أذن ربّ المال فى دفع المال مضاربةً جاز ذلك . نصّ عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . ويكون العامل الأول وكيلاً لربّ المال فى ذلك . فإذا دفعه إلى آخر ، ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً . وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصحّ ، لأنه ليس من جهته مال ولا عمل . والربحُ إنما يستحقّ بواحد منهما . وإن قال : اعمل برأيك ، أو بما أراك الله . جاز له دفعه مضاربةً . نصّ عليه . لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه . ويحتمل أن لا يجوز له ذلك . لأن قوله : اعمل برأيك يعنى فى كيفية المضاربة ، والبيع ، والشراء ، وأنواع التجارة . وهذا يخرج به عن المضاربة ، فلا يتناوله إذنه .

٣٦٢٢ (فصـــل)

وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله . فإن فعل ولم يتميّز ضمنه . لأنه أمانة ، فهى كالوديعة . فإن قال له : اعمل برأيك جاز له ذلك . وهو قول مالك ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال الشافعىّ : ليس له ذلك . وعليه الضمان إن فعله . لأن ذلك ليس من التجارة .

والثاني : أنه قد يرى الخلط أصلح له . فيدخل في قوله : اعمل برأيك ، وهكذا القول في المشاركة به ، ليس له فعلها ، إلا أن يقول : اعمل برأيك فيملكهما .

٣٦٢٣ (فصـــــــل)

وليس له أن يشترى خمراً ، ولا خنزيراً ، سواء كانا مسلمين ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً . فإن فعل فعليه الضمان . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر ، وبيعه إياها . لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل ، وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يصح شراؤه إياها. لأن الملك فيها ينتقل إلى الوكيل ، ولا يصح بيعه ، لأنه يبيع ما ليس بملك له ، ولا لموكله .

ولنا : أنه إن كان العامل مسلماً فقد اشترى خمراً ، ولا يصح أن يشترى خمراً ، ولا يبيعه . وإن كان ذمياً فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح ، كما لو اشترى الخنزير . ولأن الخمر محرمة ، فلا يصح شراؤها له ، كالخنزير ، والميتة . لأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه ، كالميتة ، والدم . وكل ما جاز في الشركة جاز في المضاربة . وما جاز في المضاربة جاز في الشركة ، وما منع منه في أحدهما منع منه في الأخرى. لأن المضاربة شركة . ومبنى كل واحد منهما على الوكالة ، والأمانة .

٣٦٢٤ ﴿ مسألة ﴾

﴿ وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر ، إذا كان فيه ضرر على الأول ، فإن فعل ، وربح ردّه في شركة الأول ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة ، ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر ، فأذن له الأول جاز ، وإن لم يأذن له ، ولم يكن عليه ضرر جاز أيضاً . بغير خلاف . وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول ، ولم يأذن ، مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج إلى أن يقطع زمانه ، ويشغله عن التجارة في الأول ، ويكون المال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته . لم يجز له ذلك . وقال أكثر الفقهاء : يجوز . لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها . فلم يمنع من المضاربة ، كما لو لم يكن فيه ضرر ، وكالأجير المشترك .

ولنا : أن المضاربة على الحظ والنماء . فإذا فعل ما يمنعه لم يكن له ، كما لو أراد التصرف بالعين ، وفارق ما لا ضرر فيه . فعلى هـذا إذا فعل ، وربح ردّ الربح في شركة الأول ، ويقتسمانه . فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية ، فيدفع إلى رب المال منها نصيبه ، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح ، فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى ، ويقاسمه لرب المضاربة الأولى . لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول . فكان بينهما كربح المال الأول ، فأما حصة رب المال الثاني من الربح ، فتدفع إليه ، لأن

العدوان من المضارب لا يُسْقط حقَّ ربِّ المال الثاني . ولأنّا لو رَدَدْنا ربح الثاني كلّه في الشركة الأولى لاختصَّ الضرر بربِّ المال الثاني . فلم يلحق المضارب شيء من الضرر ، والعدوان منه ، بل ربّما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث ، ولأنه لا يخلو : إمّا أن يحكم بفساد المضاربة الثانية ، أو بصحّتها . فإن كانت فاسدةً فالربح كله لربِّ المال ، وللمضارب أجر مثله . وإن حكمنا بصحّتها وجب صرف حصّة ربِّ المال إليه ، بمقتضى العقد ، وموجَب الشرط ، والنظر يقتضي أن لا يستحقَّ ربُّ المضاربة الأولى من ربِّ الثانية شيئاً . لأنه إنما يستحقّ بمال ، أو عمل ، وليس له في المضاربة الثانية مال ، ولا عمل. وتعدّي المضارب إنّما كان بترك العمل ، واشتغاله عن المال الأول . وهذا لا يوجب عِوَضاً ، كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه ، أو آجر نفسه ، أو ترك التجارة لِلَعِبٍ ، أو اشتغال بعلم ، أو غير ذلك . ولو أوجب عِوَضاً لأوجب شيئاً مُقدَّراً لا يختلف ولا يتقدَّر بربحه في الثاني . والله أعلم .

٣٦٢٥ فصل

وإن دفع إليه مضاربةً ، واشترط النفقة ، فكلّمه رجل في أن يأخذ له بضاعةً أو مضاربة ، ولا ضرر فيها . فقال أحمد : إذا اشترط النفقة صار أجيراً له ، فلا يأخذ من أحد بضاعةً . فإنّها تشغَلُه عن المال الذي يُضارب به ، قيل : فان كانت لا تشغله ؟ فقال : ما يُعجبني أن يكون إلاّ بإذن صاحب المضاربة . فانه لا بدّ من شُغْل . وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب ، وإن فعل فلا شيء عليه . لأنه لا ضرر على ربِّ المضاربة فيه .

٣٦٢٦ (فصل)

وإن أخذ من رجل مضاربة ، ثم أخذ من آخرَ بضاعةً ، أو عمل في مال نفسه ، أو اتّجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها ، وفي مال نفسه لنفسه .

٣٦٢٧ (فصل)

إذا أخذ من رجل مائةً قِراضاً ، ثم أخذ من آخر مثلها ، واشترى بكلّ مائة عبداً ، فاختلط العبدان، ولم يتميّزا ، فإنّهما يصطلحان عليهما ، كما لو كانت لرجل حِنطة ، فانثالت عليه(١) أخرى . وذكر القاضي في ذلك وجهين :

أحدهما : يكونان شريكين فيهما ، كما لو اشتركا في عقد البيع ، فيباعان ، ويقتسم بينهما . فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصّته ، والباقي بينهما نصفين .

(١) هكذا في الأصول . والأولى أن يقال : فانثالت عليها أخرى ، إلا أن يكون أعاد الضمير بمعنى الحنطة ، وهو القمح فيصلح .

والثاني : يكونان للعامل . وعليه أداء رأس المال ، والربح له ، والخسران عليه ، وللشافعي قولان كهذين ، والأول أولى . لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين . فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ، ولا عن بعضه بغير رضاه ، كما لو لم يكونا في يد المضارب ، ولأننا لو جعلناهما للمضارب أدّى إلى أن يكون تفريطه سبباً لانفراده بالربح ، وحرمان المتعدّى عليه وعكس ذلك أولى . وإن جعلناهما شريكين أدّى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه ، وليس له فيه مال، ولا عمل .

٣٦٢٨ (فصـــل)

إذا تعدّى المضارب ، وفعل ما ليس له فعله ، أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه . فهو ضامن المال في قول أكثر أهل العلم . رُوى ذلك عن أبي هريرة، وحكيم بن حزام ، وأبي قلابة ، ونافع ، وإياس ، والشعبي ، والنخعي ، والحكم ، وحمّاد ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وعن علىّ رضى الله عنه: لا ضمان على من شورك في الربح . ورُوى معنى ذلك عن الحسن ، والزهرى .

ولنا : أنه متصرّف في مال غيره بغير إذنه ، فلزمه الضمان ، كالغاصب . ولا نقول بمشاركته في الربح، فلا يتناوله قول علىّ رضى الله عنه ، ومتى اشترى ما لم يؤذن فيه ، فربح فيه . فالربح لربّ المال . نصّ عليه أحمد ، وبه قال أبو قلابة ، ونافع ، وعن أحمد : أنهما يتصدّقان بالربح . وبه قال الشعبى ، والنخعى ، والحكم ، وحمّاد . قال القاضى : قول أحمد : يتصدّقان بالربح ، على سبيل الورع . وهو لربّ المال فى القضاء ، وهذا قول الأوزاعى . وقال إياس بن معاوية ، ومالك : الربح على ما شرطاه ، لأنه نوع تعدّ . فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه ، كما لو لبس الثوب ، وركب دابّة ليس له ركوبها ، وقال القاضى : إذا اشترى فى الذمّة ، ثم نقد المال ، فالربح لربّ المال . وإن اشترى بعين المال فالشراء باطل فى إحدى الروايتين ، والأخرى : هو موقوف على إجازة المالك ، فإن أجازه صحّ ، وإلا بطل ، والمذهب الأول ، نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم . وقال أبو بكر : لم يرو أنه يتصدّق بالربح إلاّ حنبل . واحتجّ أحمد بحديث عُروة البارقى ، وهو ما روَى أبو لبيد عن عُروة بن الجَعْد قال : « عَرَضَ للنبىِّ صلى اللهُ عليه وسلّم جَلَبٌ[1] فأعْطانِى دِينَاراً ، فقالَ : عُرْوَة ، ائْتِ الجَلبَ . فاشْتَرِ لَنَا شاةً ، فأتَيْتُ الجَلَبَ ، فَسَاوَمْتُ صَاحِبَهُ ، فاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينارٍ ، فَجِئْتُ أسُوقُهُمَا أوْ أقُودُهُمَا فَلَقِيَنِى رَجُلٌ بالطَّرِيقِ ، فَسَاوَمَنِى ، فَبِعْتُ مِنْهُمَا شَاةً بالدِّينَارِ ، فَجِئْتُ بالدِّينارِ وبالشَّاةِ ، فَقُلْتُ : يَارَسُولَ اللهِ ، هَذَا دِينَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاتُكُمْ ، قالَ : وَكَيْفَ صَنَعْتَ ؟ فَحَدَّثْتُهُ الحديثَ . فَقَالَ : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِى صَفْقَةِ يَمِينِهِ »

---

(١) جلب : الشيء المجلوب المستورد من مكان غير المكان الذى جلب إليه .

رواه الأثرم . ولأنّه نماء مال غيره بغير إذن مالكه ، فكان لمالكه ، كما لو غَصَب حِنْطَة فزرَعها ، فأمّا المضاربُ ففيه روايتان :

إحداهما : لا شيء له . لأنّه عقد عقداً لم يُؤذن له فيه ، فلم يكن له شيء ، كالغاصب ، وهذا اختيار أبي بكر .

والثانية : له أجر . لأنّ ربّ المال رضى بالبيع ، وأخذ الربح . فاستحقّ العامل عِوَضاً ، كما لو عقده بإذن . وفى قدر الأجر روايتان :

إحداها : أجر مثله ما لم يُحِط بالربح ، لأنّه عمل ما يستحقّ به العِوَض ، ولم يسلم له المسمّى ، فكان له أجر مثله ، كالمضاربة الفاسدة .

والثانية : له الأقلُّ من المسمّى ، أو أجر المثل ، لأنّه إن كان الأقلّ المسمّى ، فقد رضى به ، فلم يستحقّ أكثر منه ، وإن كان الأقلّ أجر المثل لم يستحقّ أكثر منه . لأنه لم يعمل ما رضى به . وإن قصد الشراء لنفسه ، فلا أجر له ، روايةً واحدة ، وقال القاضى ، وأبو الخطّاب : إن اشترى فى ذمّته ، ثم نقد المال فلا أجر له . روايةً واحدةً ، وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين .

٣٦٢٩ (فصـــل)

وعلى العامل أن يتولّى بنفسه كلّ ما جرت العادة أن يتولاّه المضارب بنفسه ، من نشر الثوب ، وطيّه ، وعَرْضه على المشترى ، ومساومته ، وعقد البيع معه ، وأخذ الثمن ، وانتقاده ، وشدّ الكيس ، وخَتْمه ، وإحرازه فى الصندوق ، ونحو ذلك ، ولا أجر له عليه ، لأنّه مستحقّ للربح فى مقابلته ، فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرُ عليه خاصّة . لأن العمل عليه ، فأمّا ما لا يليه العامل فى العادة ، مثل النِّداء على المتاع ، ونقله إلى الخان ، فليس على العامل عمله ، وله أن يكترى من يعمله ، نصّ عليه أحمد ، لأن العمل فى المضاربة غير مشروط ، لمشقّة اشتراطه ؛ فرُجع فيه إلى العرف . فان فعل العامل ما لا يلزمه فعله متبرّعاً فلا أجر له . وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً فى المنصوص عن أحمد . وخرّج أصحابنا وجهاً : أنّ له الأجر ، بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه ، هل له أجر لذلك ؟ على روايتين . وهذا مثله .

والصحيح : أنه لا شيء له فى الموضعين . لأنّه عمل فى مال غيره عملاً لم يجعل له فى مقابلته شيء ، فلم يستحقّ شيئا كالأجنبيّ .

٣٦٣٠ (فصـــل)

وإذا سُرِق مال المال المضاربة ، أو غُصِب . فعلى المضارب طلبه ، والمخاصمة فيه فى أحد الوجهين . وفى الآخر : ليس عليه ذلك . لأن المضاربة عقد على التجارة ، فلا تدخل فيه الخصومة . والأول أولى . لأنه

بحفظ المال ، ولا يتمُّ ذلك إلا بالخصومة ، والمطالبة ، سيّما إذا كان غائباً عن ربّ المال ، إمّا لسفر المضارب ، أو ربّ المال . فإنه لا يُطالب له إلا المضارب . فإن تركه ضاع ، فعلى هذا إن ترك الخصومة ، والمطالبة به في هذه الحال غرِمه . لأنه ضيّعه وفرّط فيه ، وإن كان ربُّ المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل مطالبة ، ولا يضمنه إذا تركه . لأن ربّ المال أولى بذلك من وكيله .

٣٦٣١ (فصـــل)

وإذا اشترى للمضاربة عبداً ، فقتله عبد لغيره ، ولم يكن ظهر في المال ربح فالأمر إلى ربّ المال ، إن شاء اقتصّ ، إن شاء عفا على غير مال . وتبطل المضاربة فيه . لذهاب رأس المال . وإن شاء عفا على مال . فإن عفا على مال مثل رأس المال ، أو أقلّ ، أو أكثر فالمضاربة بحالها ، والربح بينهما على شرطهما . لأنه بدل عن رأس المال . فهو كما لو وجد بدله بالبيع . وإن كان في العبد ربح فالقصاص إليهما ، والمصالحة لذلك لكونهما شريكين فيه . والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم .

٣٦٣٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال ﴾

يعني أنه لا يستحقّ أخذ شيء من الربح حتى يُسلّم رأس المال إلى ربّه ، ومتى كان في المال خُسران وربح جُبِرت الوضيعة من الرّبح ، وسواء كان الخُسران والربح في مرة واحدة ، أو الخسران في صفقة ، والربح في أخرى ، أو أحدهما في سفرة ، والآخر في أخرى . لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال . وما لم يفضل فليس بربح . ولا نعلم في هذا خلافاً ، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرّد الظهور قبل القسمة ، فظاهر المذهب : أنه يثبت . هذا الذي ذكره القاضي مذهباً . وبه قال أبو حنيفة ، وحكى أبو الخطاب روايةً أخرى : أنّه لا يملكه إلا بالقسمة . وهو مذهب مالك ، وللشافعيّ قولان كالمذهبين ، واحتجّ من لم يملكه بأنه لو ملكه لا ختصّ بربحه ، ولوجب أن يكون شريكاً لربّ المال ، كشريكي العِنَان .

ولنا أن الشرط صحيح . فيثبت مقتضاه . وهو أن يكون له جزء من الربح . فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط ، كما يملك المُساقي حصّته من الثمرة لظهورها . وقياساً على كلّ شرط صحيح في عقد . ولأن هذا الربح مملوك ، فلا بدّ له من مالك ، وربّ المال لا يملكه اتفاقاً . ولا تثبت أحكام الملك في حقّه . فلزم أن يكون للمضارب . ولأنه يملك المطالبة بالقسمة . فكان مالكاً كأحد شريكي العِنَان . ولا يمنع أن يملكه ، ويكون وقاية لرأس المال ، كنصيب ربّ المال من الربح . وبهذا امتنع اختصاصُه بربحه . ولأنه لو اختصّ بربح نصيبه لا استحقّ من الربح أكثر ممّا شُرط له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه . ثم قال أحمد : إذا وطىء المضارب جارية من المضاربة . فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أمّ ولده . وإن ظهر فيه ربح فهي أمّ ولده . وهذا يدلّ على أنه يملك الربح بالظهور .

٣٦٣٣ (فصـــل)

وإذا دفع إلى رجل مائةً مضاربه نخسر عشرةً . ثم أخذ ربُّ المال منها عشرةً . فإن الخسران لا ينقص به رأسُ المال . لأنه قد يربح ، فيُجبر الخسران ، لكنّه ينقُص بما أخذه ربُّ المال . وهى العشرةُ ، وقسطُها من الخسران ، وهو درهم ، وتُسع درهم ، ويبقى رأس المال ثمانينَ ، وثمانيةً دراهم ، وثمانية أتساع درهم ، وإن كانَ أخذ نصف التسعين الباقية بقى رأسُ المال خمسينَ لأنّه أخذ نصف المال ، فسقط نصفُ الخسران . وإن كان أخذ خمسين بقى أربعةٌ وأربعون ، وأربعة أتساع . وكذلك إذا ربح المال ، ثمّ أخذ ربُّ المال بعضه كان ما أخذه الربح ورأس المال . فلو كان رأس المال مائة ، فربح عشرين ، فأخذها ربُّ المال لبقى رأس المال ثلاثةً وثمانينَ وثلثاً ، لأنه أخذ سدُس المال ، فنقص رأسُ المال سُدُسَه ، وهو ستة عشر ، وثلثان ، وحظّها من الربح ثلاثة ، وثلث . ولو كان أخذ ستين بقى رأس المال خمسين . لأنه أخذ نصف المال ، فبقى نصف المال . وإن أخذ خمسين بقى ثمانية وخمسين وثلثا[1] لأنه أخذ ربع المال ، وسدسه ، فبقى ثلثه ، وربعه ، وهو ما ذكرنا ، وإن أخذ منه ستين ، ثم خسر فى الباقى ، فصار أربعين ، فردّها كان له على ربّ المال خمسةٌ . لأنّ ما أخذه ربُّ المال انفسخت فيه المضاربة. فلا يُجبرَ بربحه خُسران ما بقى فى يده، لمفارقته إيّاه ، وقد أخذ من الربح عشرةً ، لأنّ سدس ما أخذه ربح ، فكانت العشرة بينهما . وإن لم يردَّ الأربعين كلّها ، بل ردّ منها إلى ربِّ المال عشرين بقى رأس المال خمسةً وعشرينَ .

٣٦٣٤ (فصـــل)

إذا اشترى ربُّ المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصحّ فى إحدى الروايتين ، وهو قول الشافعىّ ، ويصحُّ فى الأخرى ، وبه قال مالك ، والأوزاعىُّ ، وأبو حنيفه : لأنه قد تعلّق حقّ المضارب به ، فجاز له شراؤه ، وكما لو اشترى من مكاتبه ، أو من عبده المأذون الذى عليه دين .

ولنا : أنه ملكه ، فلم يصحّ شراؤه له ، كشرائه من وكيله ، وعبده المأذون الذى لا دَيْن عليه . وفارق المكاتب . فإن السيّد لا يملك مافى يده ، ولهذا لا يزكّيه ، وله أخذ مافيه شفعة بها ، فأمّا المأذون له فلا يصحّ شراء سيّده منه بحال ويحتمل أن يصحّ إذا استغرقته الديون . لأن الغرماء يأخذون مافى يده . والصحيح الأول . لأنّ ملك السيّد لم يزُل عنه ، وإن استحقّ أخذه كمال المفلس .

٣٦٣٥ (فصـــل)

وإن اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ، ولم يظهر فى المال ربح صحّ ، نصّ عليه أحمد . وبه قال

---

(١) فى بقى ضمير يعود على رأس المال ، ولفظ ثمانية وخمسين فى موضع الحال .

باطل ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وإسحاق . وحُكي ذلك عن أبي حنيفة . وقال أبو ثور : البيعُ باطل ، لأنه شريك .

ولنا : أنه ملك لغيره ، فصحّ شراؤه له ، كما لو اشترى الوكيل من موكّله وإنما يكون شريكاً إذا ظهر ربح ، لأنه إنّما يُشارك ربّ المال في الربح ، لا في أصل المال . ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه [illegible] أحد الشريكين ، على ما سنذكره .

٣٦٣٦ (فصــــــل)

وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقّه ، لأنه ملكه ، وهل يصحّ في حصّة شريكه ؟ على وجهين : بناء على تفريق الصفقة ، وتتخرّج الصحة في الجميع بناء على أن لربّ المال أن يشتريَ من مال المضاربة لنفسه ، وإن اشترى أحدُ الشريكين حصّةَ شريكه منه جاز . لأنه يشتري ملك غيره ، وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدُهما بيعَ حصّته من صاحبه ، إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس . وإن علما كيله فلا بدّ من كيله ، يعني أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صُبْرةً ، وإن باعه إيّاه بالكيل ، والوزن جاز .

٣٦٣٧ (فصــــــل)

ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليُحرِز فيها مال الشركة أو غرائر جاز . نصّ عليه أحمد في رواية صالح ، ، وإن استأجره لنقل الطعام ، أو غلامه أو دابّته ففيه روايتان .

إحداهما : الجواز . لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان ، كمال الأجنبيّ .

والأخرى . لا يجوز . لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل . ولا يمكن إيفاء العمل في المشترك . لأن نصيب المستأجر غير متميّز من نصيب المؤجِّر . فإذاً لا تجب الأجرة ، والدار ، والغرائر لا يُعتبر فيهما إيقاع العمل ، إنّما تجب بوضع العين في الدار ، فيمكن تسليم المعقود عليه .

٣٦٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿وإذا اشـــترى سلعتين فربح في إحداهما، وخسر في الأخرى جُبرت الوضيعة من الربح﴾

وجملته : أنه إذا دفع إلى المضارب ألفين ، فاشترى بكلّ ألف عبداً ، فربح في أحدهما ، وخسر في الآخر ، أو تلف وجب جبر الخسران من الربح . ولا يستحقّ المضارب شيئاً إلاّ بعد كمال الألفين . وبهذا قال الشافعيّ ، إلا فيما إذا تلف أحد العبدين . فإن أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً : أنّ التالف من رأس المال ، لأنه بدل أحد الألفين ولو تلف أحد الألفين كان رأس المال ، فكذلك بدله .

ولنا : أنه تلف بعد أن دار في القِراض ، وتصرّف في المال بالتجارة ، فكان تلفه من الربح ، كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ، فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى ،

فجبر تلفها به ، كما لو كان رأس المال ديناراً . ولأنه رأس مال واحد، فلا يستحقّ المضارب فيه ربحاً ، حتى يكمل رأس المال ، كالذى ذكرنا ، فأما إن تلف أحد الألفين قبل الشراء به ، والتصرّف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف . وكان رأس المال الباقى خاصّة . وقال بعض الشافعيّة : مذهب الشافعىّ، أن التالف من الربح ورأس المال الألفان معاً . لأن المال إنما يصيّره قِراضاً بالقبض . فلا فرق بين هلاكه قبل التصرّف وبعده .

ولنا : أنه مال هلك على جهته قبل التصرّف فيه ، فكان رأس المال الباقى كما لو تلف قبل القبض ، وفارق ما بعد التصرّف . لأنه دار فى التجارة ، وشرع فيما قصد بالعقد من التصرّفات المؤدية إلى الربح .

٣٦٣٩ (فصــل)

وإذا دفع إليه ألفاً مضاربة ، ثم دفع إليه ألفاً آخر مضاربة ، وأذن له فى ضمّ أحدهما إلى الآخر قبل التصرّف فى الأول جاز ، وصار مضاربةً واحدةً ، كما لو دفعهما إليه مرّةً واحدةً ، وإن كان بعد التصرّف فى الأول فى شراء المتاع لم يجز . لأن حكم الأول استقرّ ، فكان ربحه ، وخسرانه مختصّاً به ، فضمّ الثانى إليه يوجب جُبران خُسران أحدهما بربح الآخر ، فإذا شرط ذلك فى الثانى فسد . فإن نَضَّ الأول جاز ضمّ الثانى إليه ، لزوال هذا المعنى . وإن لم يأذن له فى ضمّ الثانى إلى الأول لم يجز له ذلك . نصّ عليه أحمد ، وقال إسحاق : له ذلك قبل أن يتصرّف فى الأول .

ولنا أنه أفرد كلّ واحد بعقد ، فكانا عقدين ، لكلّ عقد حكم نفسه ، ولا تُجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر ، كما لو نهاه عن ذلك .

٣٦٤٠ (فصــــل)

قال الأثرم : سمعت أبا عبدالله يُسأل عن المضارب يربح، ويضع مراراً. فقال : يردّ الوضيعة على الربح، إلا أن يقبض المال صاحبُه ، ثم يردّه إليه ، فيقول : اعمل به ثانيةً ، فما ربح بعد ذلك لا تُجبر به وضيعة الأول . فهذا ليس فى نفسى منه شىء ، وأما ما لم يدفع إليه ، فحتى يحتسبا حساباً كالقبض ، كما قال ابن سيرين ، قيل : وكيف يكون حساباً كالقبض ؟ قال يظهر المال ، يعنى ينِضُّ ويجىء فيحتسبان عليه . فإن شاء صاحب المال قبضه ، قيل له : فيحتسبان على المتاع ؟ فقال: لا يحتسبان إلا على الناضّ . لأن المتاع قد ينحطّ سعرُه ، ويرتفع ، قال أبو طالب : قيل لأحمد : رجل دفع إلى رجل عشرةَ آلاف درهم مضاربةً ، فوضع ، فبقيت ألف ، فحاسبه صاحبها ، ثم قال له : اذهب ، فاعمل بها ، فربح ؟ قال : يقاسمُه ما فوق الألف ، يعنى إذ كانت الألف ناضّةً حاضرةً ، إن شاء صاحبها قبضها . فهذا الحسابُ الذى كالقبض . فيكون أمره بالمضاربة بها فى هذه الحال ابتداء مضاربة ثانيةٍ ، كما لو قبضها منه ، ثم ردّها إليه . فأمّا قبل

فلا شيء للمضارب ، حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو أن رب المال ، والمضارب اقتسما الربح ، أو أخذ أحدهما منه شيئاً بإذن صاحبه ، والمضاربة بحالها ، ثم سافر المضارب به ، فخسر ، كان على المضارب رد ما أخذه من الربح ، لأننا تبينا أنه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة .

٣٦٤١ (فصـــل)

وإذا قارض في مرضه صح . لأنه عقد يبتغى به الفضل ، فأشبه البيع والشراء . وللعامل ما شرط له من الربح ، وإن زاد على شرط مثله ، ولا يحتسب به من ثلثه . لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال ، وإنما حصل بعمل المضارب في المال . فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ، بخلاف ما لو حابى الأجير ، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه . لأن الأجر يؤخذ من ماله ، ولو شرط في المساقاة ، والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه . لأن الثمرة تخرج على ملكهما . كالربح في المضاربة . واحتمل أن يكون من ثلثه . لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه ، والربح لا يخرج من عين المال ، إنما يحصل بالتقليب .

٣٦٤٢ (فصـــل)

وإذا مات رب المال . قدمنا حصة العامل على غرمائه ، ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه ، لأنه يملك الربح بالظهور ، فكان شريكاً فيه ، وليس لرب المال شيء من نصيبه . فهو كالشريك بماله . ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة ، فكان مقدماً كحق الجناية ، ولأنه متعلق بالمال قبل الموت . فكان أسبق . كحق الرهن .

٣٦٤٣ (فصـــل)

وإن مات المضارب ، ولم يعرف مال المضاربة بعينه ، صار ديناً في ذمته . ولصاحبه أسوة الغرماء . وقال الشافعي : ليس على المضارب شيء ، لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ، ولم يعلم حدوث ذلك بالموت : فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك .

ولنا : أن الأصل بقاء المال في يده ، واختلاطه بجملة التركة . ولا سبيل إلى معرفة عينه . فكان ديناً ، كالوديعة إذا لم تعرف عينها . ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال . لأن الأصل بقاؤه ، ولم يوجد ما يعارض ذلك ، ويخالفه ، ولا سبيل إلى إعطائه عيناً من هذا المال ، لأنه يحتمل أن يكون من غير مال المضاربة. فلم يبق إلا تعلقه بالذمة .

٣٦٤٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلاً لم يكن له أخـــذ شيء منه إلا بإذن رب المال ﴾

وجملته : أن الربح إذا ظهر فى المضاربة لم يجز للمضارب أخذ شىء منه بغير إذن رب المال ، لا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافاً . وإنّما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة :

أحدها : أن الربح وقاية لرأس المال ، فلا يأمن الخسران الذى يكون هذا الربح جابراً له . فيخرج بذلك عن أن يكون ربحا .

الثانى : أن ربَّ المال شريكه ، فلم يكن له مقاسمةُ نفسه .

والثالث : أن ملكه عليه غيرُ مستقرّ . لأنه بِعَرَض أن يخرج عن يده بجُبران خسارةِ المال ، وإن أذن ربُّ المال فى أخذ شىء جاز ، لأنّ الحقّ لهما ، لا يخرج عنهما .

٣٦٤٥ (فصــل)

وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال ، وأبى الآخرُ قدّم قول الممتنع : لأنه إن كان ربَّ المال ، فلأنه لا يأمنُ الخسرانَ فى رأس المال ، فيجبرُه بالربح . وإن كان العامل ، فإنّه لا يأمن أن يلزمه ردّ ما أخذ فى وقتٍ لا يقدرُ عليه ، وإن تراضيا على ذلك جاز . لأن الحقّ لهما ، وسواء اتفقا على قسمة جميعه ، أو بعضه ، أو على أن يأخذ كلّ واحد منهما شيئاً معلوما ينفقه ، ثم متى ظهر فى المال خسران ، أو تلف كلّه لزم العاملَ ردُّ أقلِّ الأمرين ممّا أخذه ، أو نصف خُسران المال ، إذا اقتسما الربح نصفين . وبهذا قال الثوريُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز القسمة حتى يستوفى ربُّ المال ماله ، قال ابن المنذر : إذا اقتسما الربح ، ولم يقبض ربُّ المال رأس ماله . فأكثر أهل العلم يقولون : يردُّ العاملُ الربحَ حتىَ يستوفىَ ربُّ المال ماله .

ولنا : على جواز القسمة أنالمال لهما . فجاز لهما أن يقتسما بعضه ، كالشريكين ، أو نقول : إنهماشريكان ، فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة ، كشريكى العِنان .

٣٦٤٦ (فصــــل)

والمضاربة من العقود الجائزة . تنفسخ بفسخ أحدهما أيّهما كان ، وبموته ، وجنونه ، والحجر ، عليه . لسفهٍ . لأنه متصرّف فى مال غيره بإذنه ، فهوكالوكيل ، ولا فرق بين ما قبل التصرُّف ، وبعده . فإذا انفسخت والمال ناضّ لا ربح فيه أخذه ربّه . وإن كان فيه ربح قسما الربح على ما شرطاه ، وإن انفسخت والمال عَرْضٌ ، فاتفقا على بيعه ، أو قَسْمه جاز . لأن الحقّ لهما ، لا يعدوهما ، وإن طلب العامل البيع ، وأبى ربُّ المال ، وقد ظهر فىالمال ربح أجْبِرربُّ المـال على البيع ، وهو قول إسحاق ، والثورىّ . لأن حقّ العامل فى الربح ، ولا يظهــر إلا بالبيع . وإن لم يظهر ربح لم يُجـبر . لأنه لاحقّ له فيه ، وقد رضيه مالــكه كذلك ، فلم يُجبر على بيعه ، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ . وقال بعضهم : فيه وجه

آخر : أنه يُجبر على البيع . لأنه ربّما زاد فيه زائد ، أو رغب فيه راغب ، فزاد على ثمن المثل . فيكون للعامل فى البيع حظ .

ولنا : أن المضارب إنما استحقّ الربح إلى حين الفسخ ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ، ألا ترى أن المستعير إذا غرس ، أو بنى ، أو المشترى ، كان المعير ، والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك . لأنه مستحق للأرض ، فههنا أولى ، وما ذكروه من احتمال الزيادة بزيادة مُزايد ، أو راغب على قيمته ، فإنّما حدثّ ذلك بعد فسخ العقد ، فلا يستحقها العامل ، وإن طلب ربّ المال البيع ، وأبى العامل ، ففيه وجهان :

أحدهما : يُجبر العامل على البيع . وهو قول الشافعىّ . لأن عليه ردّ المال ناضًّا كما أخذه .

والثانى : لا يُجبر إذا لم يكن فى المال ربح ، أو أسقط حقَّه من الربح . لأنه بالفسخ زال تصرّفه، وصار أجنبيًّا من المال . فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحقّ ردّه ، فزالت وكالته قبل ردّه ، ولو كان رأس المال دنانير ، فصار دراهم ، أو دراهم ، فصار دنانير ، فهو كما لو كان عَرْضاً على ما شرح ، وإذا نضّ رأس المال جميعُه لم يلزم العاملَ أن ينضّ له الباقى . لأنه شركة بينهما ، ولا يلزم الشريك أن ينضّ مال شريكه . ولأنّه إنما لزمه أن ينضّ رأس المال ليردّ إليه رأس ماله على صفته ، ولا يوجد هذا المعنى فى الربح .

٣٦٤٧ (فصــــل)

وإن انفسخ القراض ، والمال دين لزم العامل تقاضيه ، سواء ظهر فى المال ربح ، أو لم يظهر . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : إن ظهر ربح لزمه تقاضيه . وإن لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه . لأنه لا غرض له فى العمل ، فهو كالوكيل .

ولنا : أن المضاربة تقتضى ردّ رأس المال على صفته ، والديون لا تجرى مجرى الناضّ . فلزمه أن يُنضّه ، كما لو ظهر فى المال ربح ، وكما لو كان رأس المال عَرْضاً . ويفارق الوكيل ، فإنَّه لا يلزمه ردّ المال ، كما قبضه ، ولهذا لا يلزمه بيع العروض ، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل ، أو ربّ المال ، فإنْ اقتضى منه قدر رأس المال، أو كان الدين قدر الربح ، أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً . لأنه إنما يستحقّ نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته ، ووصول كلّ واحد منهما إلى حقّه منه ، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه .

٣٦٤٨ (فصــــل)

وأى المتقارضين مات ، أو جُنّ انفسخ القراض ، لأنّه عقد جائز ، فانفسخ بموت أحدهما ، وجنونه ، كالتوكيل . فإن كان الموت ، أو الجنون ، بربّ المال ، فأراد الوارث ، أو وليّه إتمامه ، والمال ناضٌّ

جاز ، ويكون رأس المال ، وحصته من الربح ، رأس المال ، وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة . وهذه الاشاعة لا تمنع ، لأن الشريك هو العامل ، وذلك لا يمنع التصرف ، فإن كان المال عَرْضاً ، وأرادوا إتمامه ، فظاهر كلام أحمد : جوازه ، لأنه قال فى رواية على بن سعيد : إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ، ولا يشترى إلا بإذن الورثة ، فظاهر هذا : بقاء العامل على قراضه . وهو منصوص الشافعى . لأن هذا إتمامٌ للقراض لا ابتداء له . ولأن القراض إنما منع فى العروض ، لأنه يحتاج عند المفاصلة إلى ردّ مثلها ، أو قيمتها ، ويختلف ذلك باختلاف الأوقات . وهذا موجود ههنا ، لأن رأس المال غير العروض ، وحكمه باقٍ . ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ، ليسلّم رأس المال ، ويقسّم الباقى ؟ وذكر القاضى وجهاً آخر : أنه لا يجوز . لأن القراض قد بطل بالموت . وهذا ابتداء قراض على عروض . وهذا الوجه أقيَسُ . لأن المال لو كان ناضًّا كان ابتداء قراض ، وكانت حصّة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال ، وإن كان المال ناضًّا بخسارة ، أو تلف ، كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض ، فلو جوّزنا ابتداء القراض ههنا ، وبناءها على القراض لصارت حصّة العامل من الربح غير مختصّة به ، وحصّتهما من الربح مشتركة بينهما ، وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها ، فيما إذا كان المال ناقصاً . وهذا لا يجوز فى القراض بلا خلاف ، وكلام أحمد يُحمل على أنه يبيع ، ويشترى بإذن الورثة ، كبيعه ، وشرائه بعد انفساخ القراض ، فأمّا إن مات العامل ، أو جُنّ ، وأراد ابتداء القراض مع وارثه ، أو وليّه . فإن كان ناضًّا جاز ، كما قلنا فيما إذا مات ربُّ المال . وإن كان عَرْضاً لم يجز ابتداء القراض ، إلا على الوجه الذى يجوز ابتداء القراض على العروض ، بأن تُقوّم العروض ، ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد . لأن الذى كان منه العمل قد مات ، أو جُنّ ، وذهب عمله ، ولم يخلف أصلاً يبنى عليه وارثه ، بخلاف ما إذا مات ربّ المال . فإن المال المقارَض عليه موجود ، ومنافعه موجودة . فأمكن استدامة العقد ، وبناء الوارث عليه ، وإن كان المال ناضًّا جاز ابتداء القراض فيه إذا اختار ذلك . فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ، ولا بيع . لأن ربّ المال إنّما رضى باجتهاد مورّثه . فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه . فأمّا إن كان الميت ربّ المال ، فليس للعامل الشراء . لأن القراض انفسخ . فأما البيع فإن الحكم فيه ، وفى التقويم ، واقتضاء الدين على ما ذكرناه ، إذا فُسخت المضاربة ، وربّ المال حىّ

٣٦٤٩ (فصـــل)

إذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة ، لزوال المال الذى تعلّق العقد به ، وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له . والثمن عليه ، سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن ، أو جهل ذلك . وهل يقف على إجازة ربّ المال ؟ على روايتين :

إحداهما : إن أجازه فالثمن عليه ، والمضاربة بحالها . وإن يُجِزْهُ لزم العامل .

والثانية : هو للعامل على كلّ حال . فإن اشترى للمضاربة شيئاً ، فتلف المال قبل نقده ، فالشراء للمضاربة ، وعقدها باق . ويلزم ربّ المال الثمن . ويصير رأس المال الثمن دون التالف . لأن الأول تلف قبل التصرّف فيه . وهذا قول بعض الشافعيّة . ومنهم من قال : رأس المال هذا ، والتالف ، وحكى ذلك عن أبى حنيفة ، ومحمد بن الحسن .

ولنا : أن التالف تلف قبل التصرّف فيه ، فلم يكن من رأس المال ، كما لو تلف قبل الشراء ، ولو اشترى عبدين بمال المضاربة ، فتلف أحد العبدين كان تلفه من الربح . ولم ينقص رأس المال بتلفه . لأنه تلف بعد التصرّف فيه ، وإن تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة ، لزوال مالها كلّه . فإن دفع إليه ربّ المال بعد ذلك ألفاً كان الألف رأس المال ، ولم يُضَمّ إلى المضاربة الأولى . لأنّها انفسخت لذهاب مالها .

٣٦٥٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا اتفق ربّ المال والمضارب ، على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما . كان الربح بينهما ، والوضيعة على المال ﴾

وجملته : أنه متى شرط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضيعة ، فالشرط باطل . لا نعلم فيه خلافاً ، والعقد صحيح . نصّ عليه أحمد . وهو قول أبى حنيفة ، ومالك . وروى عن أحمد : أن العقد يفسُد به . وحكى ذلك عن الشافعىّ . لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة ، كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم . والمذهب الأول .

ولنا : أنه شرط لا يؤثّر فى جهالة الربح ، فلم يفسُد به ، كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويُفارق شرط الدراهم . لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصّة كلٍّ واحد منهما فى الربح مجهولةً .

٣٦٥١ (فصـــــل)

والشروط فى المضاربة تنقسم قسمين : صحيح ، وفاسد .

فالصحيح : مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال ، أو أن يُسافر به ، أو لا يتّجر إلا فى بلد بعينه ، أو نوع بعينه ، أو لا يشترى إلا من رجل بعينه . فهذا كلّه صحيح ، سواء كان هذا النوع مما يعمُّ وجوده ، أو لا يعمّ ، والرجل ممّن يكثُر عنده المتاعُ أو يقلُّ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك ، والشافعىّ : إذا شرط أن لا يشترى إلا من رجل بعينه ، أو سلعةً بعينها ، أو ما لا يعمّ وجوده ، كالياقوت الأحمر ، والخيل البُلْق[1] . لم يصحّ . لأنه يمنع مقصود المضاربة ، وهو التقليب ، وطلب الربح . فلم يصحّ ، كما لو اشترط أن لا يبيع ، ويشترى إلا من فلان ، أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به .

---

(١) البلق : التى تجمع بين السواد والبياض .

ولنا : أنها مضاربة خاصّة : لا تمنع الربح بالكلية . فصحّت ، كما لو شرط أن لا يتجرّ إلا فى نوع يعمّ وجوده . ولأنه عقد يصحّ تخصيصه بنوع . فصحّ تخصيصه فى رجل بعينه ، وسلعة بعينها ، كالوكالة ، وقولهم: إنه يمنع المقصود : ممنوع، وإنما يقلّله ، وتقليله لا يمنع الصحّة ، كتخصيصه بالنوع . ويُفارق ما إذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال . فإنه يمنع الربح بالكلية . وكذلك إذا قال : لا تبع إلا من فلان ، ولا تشتر إلا من فلان . فإنه يمنع الربح أيضاً . لأنه لا يشترى ما باعه إلاّ بدون ثمنه الذى باعه به . ولهذا لو قال : لا تبع إلا ممن اشتريت منه . لم يصحّ، لذلك .

٣٦٥٢ (فصــــــــل)

ويصحّ تأقيت المضاربة ، مثل أن يقول : ضاربتك على هــذه الدراهم سنةً . فإذا انقضت فلا تبع ، ولا تشتر ، قال مهنا : سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفاً مضاربة شهراً ؟ قال : إذا مضى شهر يكون قرضاً ، قال : لا بأس به . قلت : فإن جاء الشهر وهى متاع ؟ قال : إذا باع المتــاع يكون قرضاً ، وقال أبو الخطّاب : فى صحة شرط التأقيت روايتان :

إحداهما : هو صحيح ، وهو قول أبى حنيفة .

والثانية : لا يصحّ ، وهو قول الشافعىّ ، ومالك . واختيار أبى حفص العُكبرىّ لثلاثة معان :

أحدها : أنه عقد يقع مطلقاً . فإذا شرط قطعه لم يصحّ كالنــكاح .

الثانى : أن هذا ليس من مقتضى العقد ، ولا له فيه مصلحة ، فأشبه ما لو شرط أن لا يبيع ، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد : أنه يقتضى أن يكون رأس المال ناضًّا . فإذا منعه البيع لم ينضّ .

الثالث : أن هذا يؤدّى إلى ضرر بالعامل . لأنه قد يكون الربح ، والحظّ فى تبقية المتــاع ، وبيعه بعد السنة . فيمتنع ذلك بمضيّها .

ولنا : أنه تصرّف يتوقت بنوع من المتاع . فجاز توقيته فى الزمان ، كالوكالة ، والمعنى الأول الذى ذكروه يبطل بالوكالة ، والوديعة ، والمعنى الثانى والثالث : يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع . لأن لربّ المال منعه من البيع ، والشراء فى كلّ وقت ، إذا رضى أن يأخذ بماله عَرْضاً . فإذا شرط ذلك فقد شرط ماهو من مقتضى العقد ، فصحّ ، كما لو قال : إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئاً . وقد سلّموا صحّة ذلك .

٣٦٥٣ (فصــــــــل)

وإذا اشترط المضارب نفقــةَ نفسه صحّ ، سواء كان فى الحضَر ، أو السفر . وقال الشافعىّ : لا يصحّ فى الحضر .

ولنا : أن التجارة فى الحضر إحدى حالتى المضاربة . فصحّ اشتراط النفقة فيها كالسفر . ولأنه شرط النفقة فى مقابلة عمله فصحّ ، كما لو اشترطها فى الوكالة .

٣٦٥٤ (فصــــــــل)

والشروط الفاسدة : تنقسم إلى ثلاثة أقسام .

أحدها : ماينافى مقتضى العقد ، مثل أن يشترط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدّة بعينها، أو لا يبيع إلا برأس المال ، أو أقل ، أو لا يبيع إلاّ ممن اشترى منه . أو شرط ألا يشترى ، أو لا يبيع ، أو أن يوليّه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك . فهذه شروط فاسدة . لأنها تفوّت المقصود من المضاربة ، وهو الربح أو تمنع الفسخ الجائز بحكم الأصل

القسم الثانى : ما يعود بجهالة الربح . مثل أن يشترط المضارب جزءاً من الربح مجهولا ، أو ربح أحد الكيسين، أو أحد الألفين ، أو أحد العبدين ، أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح فى هذا الشهر، أو أن حقّ أحدهما فى عبد يشتريه ،أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه ، أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبىّ ، فهذه شروط فاسدة . لأنها تفضى إلى جهل حقّ كلّ واحد منهما من الربح ، أو إلى فواته بالكلّية ، ومن شرط المضاربة : كون الربح معلوماً .

القسم الثالث : اشتراط ما ليس من مصلحة العقد ، ولا مقتضاه، مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له فى مال آخر ، أو يأخذه بضاعةً ، أو قرضاً ، أو أن يخدمه فى شىء بعينه ، أو يرتفق ببعض السلع ، مثل أن يلبس الثوب ، ويستخدم العبد ، ويركب الدابّة ، أو يشترط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضيعة ، أو أنه متى باع السلعة فهو أحقُّ بها بالثمن ، أو شرط المضارب على ربّ المال شيئاً من ذلك . فهذه كلّها شروط فاسدة . وقد ذكرنا كثيراً منها فى غير هذا الموضع مُعلّلا ، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة ، لأن الفساد لمعنىً فى العِوض المعقود عليه ، فأفسد العقد ، كما لو جعل رأس المال خمراً ، أو خنزيراً . ولأنّ الجهالة تمنع من التسليم ، فتُفْضى إلى التنازع والاختلاف . ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب .

وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد فى أظهر الروايتين عنه : أن العقد صحيح . ذكره عنه الأثرم وغيره ، لأنه عقد يصحُّ على مجهول . فلم تبطله الشروط الفاسدة ، كالنكاح ، والعتاق ، والطلاق ، وذكر القاضى ، وأبو الخطاب روايةً أخرى : أنّها تُفسد العقد . لأنه شرط فاسد . فأفسد العقد. كشرط دراهمَ معلومةٍ ، أو شرط أن يأخذ له بضاعةً . والحكم فى الشركة كالحكم فى المضاربة سواء .

٣٦٥٥ (فصـــــل)

وفى المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة .

٣٦٥٦ أحدها : أنه إذا تصرّف نفذ تصرّفه . لأنه أذن له فيه . فإذا بطل العقد بقى الإذن ، فملك به التصرّف كالوكيل .

فإن قيل : فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ، ثم تصرّف فيه لم ينفُذ تصرّفه ، مع أن البائع قد أذن له فى التصرّف .

قلنا : لأن المشترى يتصرّف من جهة الملك لا بالإذن . فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له . فإذا لم يملك لم يصحّ . وههنا أذن له ربّ المال فى التصرّف فى ملك نفسه ، وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط فى مقابلة الإذن . لأنه أذن له فى تصرّف يقع له .

٣٦٥٧ الفصل الثانى : أن الربح جميعه لربّ المال . لأنه نماء ماله وإنّما يستحقّ العامل بالشرط. فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط . فلم يستحقّ منه شيئاً . وكان له أجر مثله . نصّ عليه أحمد . وهو مذهبُ الشافعىّ . واختار الشريف أبو جعفر : أن الربح بينهما على ما شرطاه . واحتجّ بما رُوى عن أحمد أنّه قال : إذا اشتركا فى العُروض قسّم الربح على شرطاه . قال : وهذه الشركة فاسدة . واحتجّ بأنه عقد يصحّ مع الجهالة . فيثبت المسمّى فى فاسده ، كالنـكاح . قال : ولا أجر له . وجعل أحكامها كلّها كأحكام الصحيحة . وقد ذكرنا هذا . قال القاضى ، أبو يعلى : والمذهبُ ما حكينا . وكلام أحمد محمول على أنه صحّح الشركة بالعروض ، وحُـكى عن مالك : أنه يرجع إلى إقراض المثل . وحُـكى عنه إن لم يربح فلا أجر له ، ومقتضى هذا : أنه إن ربح فله الأقلّ مما شرط له ، أو أجرُ مثله . ويحتمل أن يثبت عندنا مثلُ هذا . لأنه إذا كان الأقلّ ما شرط له فقد رضى به . فلا يستحقّ أكثر منه ، كما لو تبرّع بالعمل الزائد .

ولنا : أن تسمية الربح من توابع المضاربة ، أو ركن من أركانها . فإذا فسدت فسدت أركانها ، وتوابعها ، كالصلاة ، ولا نسلم فى النـكاح وجوب المسمّى إذا كان العقد فاسداً . وإذا لم يجب له المسمّى وجب أجرُ المثل . لأنه إنما عمل ليأخذ المسمّى . فإذا لم يحصل له المسمّى وجب ردّ عمله إليه . وذلك متعذّر ، فتجب قيمته ، وهو أجر مثله ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً ، وتقابضاً ، وتلف أحد العِوضين فى يد القابض له ، وجب ردّ قيمته ، فعلى هذا سواء ظهر فى المال ربح أو لم يظهر ، فأمّا إن رضى المضارب بالعمل بغير عِوض مثل أن يقول : قارضتك والربح كلّه لى . فالصحيح أنه لا شىء للمضارب ههنا . لأنه تبرّع بعمله . فأشبه ما لو أعانه فى شىء أو توكّل له بغير جُعْلٍ ، أو أخذ له بضاعة .

٣٦٥٨ الفصل الثالث: فى الضمان. ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعدّيه ، وتفريطه ، لأن ما كان القبض فى صحيحه مضموناً فى فاسده ، وما لم يكن مضموناً فى صحيحه لم يُضمن فى فاسده . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن .

ولنا : أنه عقد لا يضمن ما قبضه فى صحيحه . فلم يضمنه فى فاسده ، كالوكالة . ولأنها إذا فسدت صارت إجارة والأجير لا يضمنُ سكنى ما تلف بغير تعدّيه ، ولا فعله . فكذا ههنا . وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرناها قبل هذا .

٣٦٥٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين : ضارب بالدين الذى عليك ﴾

نص أحمد على هذا ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربةً . وممّن حفظنا ذلك عنه عطاء ، والحكم ، وحمّاد ، ومالك ، والثورى ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وبه قال الشافعىّ ، وقال بعض أصحابنا : يحتمل أن تصحّ المضاربة ، لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن ربّ المال ، ودفع الدين إلى من أذن له فى دفعه إليه ، فتبرأ ذمّته منه ، ويصير كما لو دفع إليه عَرْضاً ، وقال : بعه وضارب بثمنه ، وجعل أصحاب الشافعىّ مكان هذا الاحتمال أن الشراء لربّ المال ، والمضارب أجرُ مثله ، لأنه علّقه بشرط ، ولا يصح عندهم تعليق القِراض بشرط ، والمذهبُ هو الأول . لأن المال الذى فى يدى من عليه الدين له ، وإنما يصير لغريمه بقبضه ، ولم يوجد القبض ههنا ، وإن قال له : اعزل المال الذى لى عليك ، وقد قارضتك عليه ، ففعل ، واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة ، وقع الشراء للمشترى ، لأنه يشترى لغيره بمال نفسه ، فحصل الشراء له ، فإن اشترى فى ذمته ، فكذلك، لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال .

٣٦٦٠ (فصل)

وإن قال لرجل : اقبض المال الذى على فلان ، واعمل به مضاربة ، فقبضه ، وعمل به جاز فى قولهم جميعاً ، ويكون وكيلًا فى قبضه ، مؤتَمناً عليه ، لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره ، فجاز أن يجعله مضاربةً ، كما لو قال : اقبض المال من غلامى وضارب به ، قال مهنا ، سألت أحمد عن رجل قال : أقرضنى ألفاً شهراً ، ثم هو بعد الشهر مضاربة ؟ قال : لا يصلح ، وذلك لأنه إذا أقرضه صار ديناً عليه . وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يُضارب بالدين الذى عليه . ولو قال : ضارب به شهراً ، ثم خذه قرضاً جاز . لما ذكرنا فيما تقدم .

٣٦٦١ ﴿ فصـــل ﴾

ومن شرط المضاربة : أن يكون رأس المال معلوم المقدار . ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جِزافاً ، ولو شاهَداه . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأى : يصحّ إذا شاهداه ، والقول قول العامل مع يمينه فى قدره ، لأنه أمين ربّ المال . والقول قوله فيما فى يديه ، فقام ذلك مقام المعرفة به .

ولنا : أنه مجهول، فلم تصحّ المضاربة به ، كما لو لم يشاهداه . وذلك لأنه لا يدرى بكم يرجع عند المفاصلة ؟ ولأنه يُفضى إلى المنازعة ، والاختلاف فى مقداره ، فلم يصحّ ، كما لو كان فى الكيس . وما ذكروه يبطُل بالسَّلَم ، وبما إذا لم يشاهداه .

٣٦٦٢ (فصـــل)

ولو أحضر كيسين فى كلّ واحد منهما مال معلوم المقدار ، وقال: قارضتك على أحدهما لم يصحّ ، سواء تساوى ما فيهما أو اختلف ، لأنه عقد تمنع صحَّته الجهالة . فلم يجز على غير معيَّن كالبيع .

٣٦٦٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : وإن كان فى يده وديعة جاز له أن يقول : ضارب بها .

وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن : لا يجوز حتى يقبضها منه ، قياساً على الدين .

ولنا : أن الوديعة ملك رب المال ، فجاز أن يضاربه عليها ، كما لو كانت حاضرةً، فقال : قارضتك على هذا الألف ، وأشار إليه فى زاوية البيت ، وفارق الدين . فإنه لا يصير عين المال ملكاً للغريم إلاّ بقبضه ، ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه ، وصارت فى الذمّة لم يجُز أن يضاربه عليها ، لأنها صارت ديناً .

٣٦٦٤ (فصـل)

ولو كان فى يد غيره مال مغصوب ، فضارب الغاصب به ، صحّ أيضاً لأنه مال لربّ المال ، يُباح له بيعُه من غاصبه ، ومن يقدر على أخذه منه . فأشبه الوديعة . وإن تلف وصار فى الذمة لم تجز المضاربة به . لأنه صار ديناً، ومتى ضاربه بالمال المغصوب زال ضمان الغصب بمجرَّد عقد المضاربة ، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال القاضى : لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمناً . وهو مذهب الشافعىّ . لأن القراض لا ينافى الضمان ، بدليل ما لو تعدّى فيه .

ولنا : أنه ممسك للمال بإذن مالكه ، لا يختصّ بنفعه ، ولم يتعدَّ فيه . فأشبه ما لو قبضه إياه .

٣٦٦٥ (فصل)

والعامل أمين فى مال المضاربة . لأنه متصرّف فى مال غيره بإذنه ، لا يختصّ بنفعه . فكان أميناً ، كالوكيل . وفارق المستعير ، فإنّه قبضه لمنفعته خاصّة ، وهمهنا المنفعة بينهما ، فعلى هذا القول قوله فى قدر رأس المال . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنهم من أهل العلم : أنّ القول قول العامل فى قدر رأس المال ، كذا قال الثورىّ ، وإسحق ، وأصحاب الرأى . وبه نقول : ولأنه يدّعى عليه قبض شىء وهو ينكره . والقول قول المنكر . وكذلك القول قوله فيما يدّعى من تلف المال ، أو خسارة فيه . وما يدّعى عليه من خيانة وتفريط ، وفيما يدّعى أنه اشتراه لنفسه ، أو للمضاربة . لأن الاختلاف ههنا فى نيته ، وهو أعلم بما نواه ، لا يطّلع على ذلك أحدٌ سواه . فكان القول قوله فيما نواه . كما لو اختلف الزوجان فى نية الزوج بكناية الطلاق ، ولأنه أمين فى الشراء . فكان القول قوله ، كالوكيل . ولو اشترى عبدا ، فقال ربُّ المال : كنتُ نهيتُكَ عن شرائه ، فأنكر العامل ، فالقول قوله . لأن الأصل عدم النهى ، وهذا كلّه لا نعلم فيه خلافا .

٣٦٦٦ (فصل)

وإن قال : أذنت لى فى البيع نسيئة ، وفى الشراء بعشرةٍ ، قال : بل أذنت لك فى البيع نقداً . وفى الشراء بخمسة . فالقول قولُ العامل . نصّ عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة : ويحتمل أن القول قولُ ربّ المال . وهو قول الشافعىّ .لأن الأصل عدم الإذن . ولأن القول قول ربّ المال فى أصل الإذن . فكذلك فى صفته .

ولنا : أنهما اتفقا على الإذن ، واختلفا فى صفته . فكان القول قول العامل ، كما لو قال : قد نهيتُك عن شراء عبد ، فأنكر النهى .

٣٦٦٧ (فصل)

وإن قال : شرطتَ لى نصف الربح ، فقال : بل ثلثه . فعن أحمد فيه روايتان :

إحداها : القولُ قول ربِّ المال . نصّ عليه فى رواية ابن المنصور ، وسندى . وبه قال الثورىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المبارك ، وابن المنذر . لأن ربَّ المال يُنكر السدُس الزائد ، واشتراطه له . والقولُ قول المنكر .

والثانية : أن العامل إذا ادَّعى أجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها فالقول قوله . وإن ادَّعى أكثر فالقولُ قوله فيما وافق أجر المثل . وقال الشافعىّ : يتحالفان ، لأنهما اختلفا فى عِوض عقد ، فيتحالفان كالمتبايعين .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « وَلَكِنِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ولأن الاختلاف فى المضاربة ، فلم يتحالفا كسائر ما قدّمنا اختلافهما فيه . والمتبايعان يرجعان إلى رءوس أموالها ، بخلاف ما نحن فيه .

٣٦٦٨ (فصـل)

وإن ادّعى العامل ردّ المال ، فأنكر ربُّ المال . فالقول قول ربّ المال مع يمينه . نصّ عليه أحمد . ولأصحاب الشافعىّ وجهان .

أحدهما : كقولنا .

والآخر : يُقبل قوله . لأنه أمين . ولأن معظم النفع لربّ المال فالعامل كالمودع .

ولنا : أنه قبض المال لنفع نفسه . فلم يقبل قوله فى الرّد كالمستعير . ولأن ربّ المال مُنكر والقول قول المنكر . وفارق المودَع . فإنه لانفع له فى الوديعة ، وقولهم : إن معظم النفع لربّ المال : يمنعه ، وإن سلّم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه ، ولم يأخذه لنفع ربّ المال .

٣٦٦٩ (فصـل)

وإن قال : ربحتُ ألفاً ، ثم قال : خسرتُ ذلك قُبل قوله . لأنه أمين يقبل قوله فى التلف ، فقُبل قوله فى الخسارة . كالوكيل . وإن قال : غلطتُ أو نسيتُ لم يُقبل قوله . لأنه مُقرّ بحقّ لآدمىّ . فلم يقبل قوله فى الرجوع ، كما لو أقر بأن رأس المال ألف ، ثم رجع . ولو أن العامل خسر ، فقال لرجل : أقرضنى ما أُتمّم به رأس المال ، لأعرضه على ربّه . فإنى أخشى أن ينزعه منّى إن علم بالخسارة ، فأقرضه ، فعرضه على ربِّ المال ، وقال : هذا رأس مالك ، فأخذه ، فله ذلك . ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجع . ولا تُقبل شهادة المقرض له . لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً . وليس له مطالبة ربِّ المال . لأن العامل ملكه بالقرض ، ثم سلّمه إلى ربّ المال ، ولكن يرجع المقرض على العامل لاغيرُ .

٣٦٧٠ (فصـل)

وإذا دفع رجل إلى رجلين مالاً قِراضاً على النصف ، فنضّ المالُ ، وهو ثلاثة آلاف . وقال ربّ المال: رأس المال ألفان ، فصدّقه أحدهما ، وقال الآخر : بل هو ألف . فالقول قول المنكر مع يمينه ، فإذا حلف أن رأس المال ألف والربح ألفان. فنصيبُه منهما خمسمائة ، يبقى ألفان وخمسمائة، يأخذ ربّ المال ألفين. لأن الآخر يصدّقه ويبقى خمسمائة ربحاً بين ربّ المال ، والعامل الآخر يقتسمانها أثلاثاً : لربّ المال ثلثاها ، وللعامل ثلثها ، مائة وستة وستون ، وثلثان ، ولربّ المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث . لأن نصيب ربّ المال من الربح نصفه . ونصيب هذا العامل ربعه . فيقتسم بينهما باقى الربح على ثلاثة ، وما أخذه

الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما ، والتالف يُحسب فى المضاربة من الربح . وهــذا قول الشافعىّ .

٣٦٧١ (فصــــــــل)

وإن دفع إلى رجل ألفاً يتّجر فيه ، فربح . فقال العامل: كان قرضاً لى ربحُه كلّـه ، وقال ربّ المـال: كان قِراضاً فربحُـه بيننا . فالقولُ قولُ ربّ المـال ، لأنه مِلْـكُه ، فالقول قوله فى صفة خروجه عن يده، فإذا حلف قسّمنا الربح بينهما ، ويحتمل أن يتحالفا ، ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله . لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فربّ المـال معترف له به ، وهو يدّعى الربح كلّـه . وإن كان أجر مثله أكثر . فالقول قوله فى عمله مع يمينه . كما أن القول قول ربّ المال فى ربح ماله . فإذا حلف قُبل قوله فى أنّه ما عمل بهذا الشرط ، وإنّما عمل لغرض لم يسلم له . فيـكون له أجر المثل ، وإن أقام كلّ واحد منهما بيِّنةً بدعواه ، فنصّ أحمد فى رواية مهنا : أنّهما يتعارضان ، ويقسّم الربح بينهما نصفين ، وإن قال ربّ المال : كان بضاعةً ، وقال العامل : بل كان قِراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل . لأن عمله له ، فيـكون القولُ قوله فيه ، ويحتمل أن يتحالفا ، ويكون للعامل أقلّ الأمرين من نصيبه من الربح ، أو أجر مثله ، لأنه لا يدّعى أكثر من نصيبه من الربح . فلا يستحقّ زيادة عليه . وإن كان الأقل أجر مثله فلم يثبت كونه قِراضاً ، فيـكون له أجرُ عمله ، وإن قال ربّ المـال : كان بضاعةً ، وقال العامل : كان قرضاً . حلف كلّ واحد منهما على إنكار ما أدّعاه خَصْمه ، وكان له أجر عمله لا غيرُ ، وإن خسر المـال ، أو تلف ، فقال ربّ المـال : كان قرضاً ، وقال العامل : كان قِراضاً ، أو بضاعةً ، فالقولُ قول ربّ المـال .

٣٦٧٢ (فصــــــــل)

وإذا اشترط المضارب النفقة ، ثم ادّعى أنه إنما أنفق من ماله ، وأراد الرجوع ، فله ذلك ، سواء كان المال باقياً فى يديه ، أو قد رجع إلى مالـكه ، وبه قال أبو حنيفة ، إذا كان المال باقياً فى يديه ، وليس له ذلك إذا كان بعد ردّه .

ولنـا : أنه أمين ، فـكان القول قوله فى ذلك ، كما لو كان باقياً فى يده ، وكالوصىّ إذا ادّعى النفقة على اليتيم .

٣٦٧٣ (فصــــــــل)

إذا كان عبد بين رجلين ، فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف ، وقال : لم أقبض ثمنه ، وادعى المشترى أنه قبضه ، وصدّقه الذى لم يبع برىء المشترى من نصف ثمنه ، لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقّـه ،

فبرئ المشترى منه ، كما لو أقر أنه قبضه بنفسه ،وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه ، والمشترى، فإن خاصمه شريكه ، وادّعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن ، فأنكر .فالقول قوله مع يمينه إن لم يكن المدّعى بينه . وإن كانت له بينه قضى بها عليه . ولا تقبل شهادة المشترى له . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً . وإن خاصم البائع المشترى ، فادّعى المشترى أنه دفع إليه الثمن ،وأنكر البائع. فالقول قوله مع يمينه. لأنه منكر. فإذا حلف أخذ من المشترى نصف الثمن ، ولا يشاركه فيه شريكه . لأنه معترف أنه يأخذه ظلماً فلا يستحق مشاركته فيه ، وإن كانت للمشترى بيّنة حكم بها . ولا تقبل شهادة شريكه عليه . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً . ومن شهد بشهادة تجرّ إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته فى الكلّ ، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشترى أو بعدها ، وإن ادّعى المشترى أن شريك البائع قبض الثمن منه ، فصدّقه البائع نظرتَ ، فإن كان البائع أذن لشريكه فى القبض فهى كالتى قبلها . وإن لم يأذن له فى القبض لم تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن ، لأن البائع لم يوكّله فى القبض ، فقبضه له . لا يلزمه ، ولا يبرأ المشترى منه ، كما لو دفعه إلى أجنبيّ . ولا يقبل قول المشترى على شريك البائع . لأنه يُنكره ، وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غيرُ . لأنه مقرّ أنّ شريكه قبض حقه . ويلزم المشترى دفع نصيبه إليه ، ولا يحتاج إلى أمين ، لأن المشترى مقرّ ببقاء حقه . وإن دفعه إلى شريكه لم تبرأ ذمّته . فإذا قبض حقّه فلشريكه مشاركته فيما قبض . لأن الدين لهما ثابت بسبب واحد . فماقبض منه يكون بينهما ، كما لو كان ميراثاً . وله أن لا يشاركه ، ويطالب المشترى بحقّه كلّه ،ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض . لأن كلّ واحد منهما يستحقّ ثمن نصيبه الذى ينفرد به . فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه ، كما لو باع كلّ واحد منهما نصيبه فى صفقة . ويخالف الميراث . لأن سبب استحقاق الورثة لا يتبعّض ، فلم يكن للورثه تبعيضُه . وههنا يتبعض . لأنه إذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين . ولأن الوارث نائبٌ عن الموروث فكان ما يقبضه الموروث يشترك فيه جميع الورثة . بخلاف مسألتنا . فإنّ ما يقبضه لنفسه . فإن قلنا : له مشاركته فيما قبض ، فعليه اليمين : أنّه لم يستوف حقّه من المشترى ، ويأخذ من القابض نصف ما قبضه ، ويطالب المشترى بقيّة حقّه إذا حلف له أيضاً : أنّه ما قبض منه شيئاً ، وليس للمقبوض منه أن يرجع على المشترى بعوض ما أخذ منه لأنه مقرّ أنّ المشترى قد برئت ذمّته من حقّ شريكه . وإنما أخذ منه ظلماً ، فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره . وإن خاصم المشترى شريك البائع فادّعى عليه أنه قبض الثمن منه . فكانت له بيّنة حكم بها . وتُقبل شهادة البائع له ، إذا كان عدلاً ، لأنه لا يجرّ إلى نفسه نفعاً ، ولا يدفع عنها ضرراً . لأنه إذا ثبت أن شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشىء . لأنه ليس بوكيل له فى القبض ، فلا يقع قبضه له . هكذا ذكره بعض أصحابنا . وعندى لا تُقبل شهادته له . لأنه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشترى . وإذا لم تكن بيّنة ، لحلف أخذ من المشترى نصف الثمن ، وإن نكل أخذ المشترى منه نصفه .

٣٦٧٤ (فصـــل)

وإذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما ، بأن يستولى على العبد ويمنع أحدهما الانتفاع دون الآخر ، ثم إن مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقةً واحدةً . صحّ فى نصيب المالك . وبطل فى نصيب الغاصب . وإن وكّل الشريكُ الغاصبَ ، أو وكّل الغاصبُ الشريكَ فى البيع ، فباع العبدَ كلّه صفقةً واحدةً . بطل فى نصيب الغاصب فى الصحيح . وهل يصحّ فى نصيب الشريك ؟ على روايتين ، بناءً على تفريق الصفقة . لأن الصفقة ههنا وقعت واحدةً . وقد بطل البيع فى بعضها ، فبطل فى سائرها . بخلاف ما إذا باع المالكُ والغاصبُ . فإنهما عقدان . لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان . ولو أن الغاصب ذكر للمشترى أنه وكّل فى نصفه لصلح فى نصيب الآذن ، لكونه كالعقد المنفرد .

٣٦٧٥ (فصـــل)

وإذا كان لرجلين دين لسبب واحد إما عقد ، أو ميراث ، أو استهلاك ، أو غيره . فقبض أحدهما منه شيئاً ، فللآخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب ، وقد روى عن أحمد ما يدلّ على أنّ لأحدهما أن يأخذ حقّه دون صاحبه ، ولا يشاركه الآخر فيما أخذه . وهو قول أبى العالية ، وأبى قِلاَبة ، وابن سيرين ، وأبى عُبَيد ، قيل لأحمد : بعتُ أنا وصاحبى متاعاً بينى وبينه ، فأعطانى حقِّى ، وقال : هذا حقُّك خاصّةً ، وأنا أُعطى شريكك بعد ؟ قال : لا يجوز . قيل له : فإن أخّره أو أبرأه من حقّه دون صاحبه ؟ قال : يجوز . قيل : فقد قال أَبو عُبَيد : له أن يأخذ دون صاحبه ، إذا كان له أن يؤخّر ، ويبرئه دون صاحبه ؟ ففكَّر فيها ثم قال : هذا يشْبه الميراث ، إذا أَخذَ منه بعضُ الورثة دون بعض . وقد قال ابن سيرين ، وأبو قِلاَبَة ، وأبو العالية : من أخذ شيئا فهو من نصيبه . قال : فرأيته قد احتجّ له وأجازه . قال أبو بكر : العملُ عندى على ماروٰاه حربٌ ، وحنبل : أنه لايجوز . وهوالصحيح . وقدصرّح به أحمد فى أول هذه الرواية . ولم يصرّح بالرجوع عمّا قاله . وذلك لأنه لايجوز أن يكون نصيب القابض ماأخذه لما فى ذلك من قسمة الدين فى الذمّة من غير رِضَى الشريك . فيكون المأخوذ ، والباقى جميعاً مشترَكاً ، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه ، سواء كان باقياً فى يده ، أو أخرجه عنها برهن ، أو قضاء دين ، أو غيره ، وله أن يرجع على الغريم . لأنّ الحق ، يثبُت فى ذمّته لهما على وجه سواء . فليس له تسليم حقّ أحدهما إلى الآخر . فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشىء ، لأن حقّه يثبُت فى أحدالمحلّين . فإذا اختار أحدهما سقط حقُّه من الآخر ، وليس للقابض منعهُ من الرجوع على الغريم ، بأن يقول : أنا أعطيك نصف ما قبضت ، بل الخيرة إليه من أيهّما شاء قبض . فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله ، وإن هلك المقبوض فى يد القابض تعيَّن حقُّه فيه ، ولم يضمنه للشريك . لأنه قدر حقّه فيما

تعدّى بالقبض ، وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته فى الأصل مشتركاً ، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقّه برىء منه . لأنه بمنزلة تلفه . ولا يرجع عليه غريمُه بشىء ، وإن أبرأ أحدهما من عُشر الدين ، ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقّهما فى الباقى . المبرىء أربعة أتساعه ، ولشريكه خمسة أتساعه ، وإن قبضا نصف الدين ثمّ أبرأ أحدهما من عشر الدين كلّه نفذت براءته فى خمس الباقى . وما بقى بينهما على ثمانية : للمبرىء ثلاثة أثمانه ، وللآخر خمسة أثمانه . فما قبضاه . بعد ذلك اقتسماه على هـذا ، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فللآخر إبطال الشراء ، فإن بذل له المشترى نصف الثوب ، ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك ، وإن أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولىّ ، هل يقف على الإجازة أولا ؟ وإن أخّر أحدهما حقّه من الدين جاز ، فإنه لو أسقط حقّه جاز ، فتأخيره أولى ، فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشىء ذكره القاضى . والأولى: أنّ له الرجوع . لأن الدين الحال لا يتأجّل بالتأجيل . فوجود التأجيل كعدمه ، فأمّا إن قلنا بالرواية الأخرى ، وأن ما قبضه أحـدُهما له دون صاحبه ، فوجهها أن ما فى الذمّة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه، أو وكيله . وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ، ولا لو كيله ، فلا يثبت له فيه حقّ . وكان لقابضه، لثبوت يده عليه بحقّ ، فأشبه مالو كان الدين بسببين ، وليس هذا قسمة الدين فى الذمّة . وإنما تعـيَّن حقّه بقبضه ، فأشبه تعيينه بالإبراء ، ولأنه لو كان لغير القابض حقٌّ فى المقبوض لم يسقط بتلفه ، كسائر الحقوق ، ولأن هذا القبض لا يخلو : إمّا أن يكون بحقّ أو بغير حقّ . فإن كان بحقّ لم يشاركه غيره فيه ، كما لو كان الدين بسببين . وإن كان بغير حقّ لم يكن له مطالبته ، لأن حقّـه فى الذمة ، لا فى العين ، فأشبه مالو أخذ غاصب منه مالاً ، فعلى هـذا ما قبضه القابض ، يختصّ به دون شريكه . وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بنصيبه ثوباً صحّ . ولم يكن لشريكه إبطال الشراء ، وإن قبض أكثر من حقّـه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم ممّا زاد على حقّـه .

٣٦٧٦ (فصـــــل)

واختلفت الرواية عن أحمد فى قسمة الدين فى الذمم ، فنقل حنبل منع ذلك ، وهو الصحيح ، لأنّ الذّمم لا تتكافأ ، ولا تتعادل ، والقسمة تقتضى التعديل . وأما القسمة من غير تعديل فهى بيع ، ولا يجوز بيع الدين بالدين ، فعلى هذا لو تقاسما ، ثم تَوِىَ[1] بعضُ المال ، رجع من تَوِىَ مالُه على من لم يَتْوَ ، وبهذا قال ابن سيرين،والنخَعِىّ ، ونقل حرب جواز ذلك . لأن الاختلاف لا يمنع القسمة ، كما لو اختلفت الأعيان . وبه قال الحسن ، وإسحاق ، فعلى هذا لا يرجع من تَوِىَ مالُه على من لم يَتْوَ ، إذا أبرأ كلّ واحد صاحبه.

(١) توى : بفتح التاء وكسر الواو معناه هلك .

وهذا إذا كان فى ذِمَم . فأمَّا فى ذمَّة واحدةٍ فلا تمكن القسمة ، لأن معنى القسمة إفرازُ الحقّ . ولا يتصوَّر ذلك فى ذمَّة واحدة ، والله أعلم .

٣٦٧٧ (فصول فى العبد المأذون له)

يجوز أن يأذن السيِّد لعبده فى التِّجارة بغير خــلاف نعلمه . لأن الحجر عليه إنما كان لحقّ سيِّده . فجاز له التصرّف بإذنه ، وينفكّ عنه الحجر فى قدر ما أذن له فيه . لأن تصرّفه إنما جاز بإذن سيِّده . فزال الحجر فى قدر ما أذن فيه كالوكيل ، فإن دفع إليه مالاً يتّجر به ، كان له أن يبيع ، ويشترىَ ، ويتَّجر فيه . وإن أذن له أن يشترىَ فى ذمَّته جاز . وإن عيَّن له نوعاً من المال يتَّجر فيه جاز ، ولم يكن له التجارة فى غيره . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يتَّجر فى غيره ، وينفكّ عنه الحجر مُطلقاً ، لأن إذنه إطلاق من الحجر ، وفكّ له ، والإطلاق لا يتبعَّض ، كبلوغ الصبىّ .

وَلنا : أنه متصرّف بالإذن من جهة الآدمىّ ، فوجب أن يختصّ ما أذن له فيه ، كالوكيل ، والمضارب . وما قالهُ ينتقض بما إذا أذن له فى شراء ثوب ليلبسه . أو طعام ليأكله . ويخالف البلوغ . فإنه يزول به المعنى الموجِب للحجر . فإن البلوغ مَظِنَّــة كمال العقل الذى يتمكّن به من التصرّف على وجه المصلحة ، وهٰهنا الرقّ سبب الحجر ، وهو موجود ، فنظير البلوغ فى الصبىِّ العتقُ للعبد ، وإنَّما يتصرّف العبد بالإذن . ألا ترى أن الصبىّ يستفيد بالبلوغ قبولَ النــكاح ، بخلاف العبد ؟

٣٦٧٨ (فصــــل)

وإذا أذن له فى التجارة لم يجُز له أن يؤجّر نفسه ولا يتوكّل لإنسان ، وبه قال الشافعىّ ، وأباحهما أبو حنيفة . لأنه يتصرّف لنفسه ، فملك ذلك ، كالمــكاتب .

ولنــا : أنه عقد على نفسه ، فلا يملــكه بالإذن فى التجارة ، كبيع نفسه ، وتزوّجـــه . وقولهم : إنه يتصرّف لنفسه ممنوع ، بل يتصرّف لسيده ، وبهذا فارق المــكاتب يتصرّف لنفسه ، ولهذا كان له أن يبيع من سيِّده .

٣٦٧٩ (فصــــــل)

وإذا رأى السيِّد عبده يتَّجر ، فلم ينهه لم يصر مأذوناً له ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يصير مأذوناً له . لأنه سكت عن حقِّه . فــكان مُسقِطاً له ، كالشفيع إذا سكت عن طلب الشّفعة .

ولنــا : أنه تصرّف يفتقر إلى الإذن ، فلم يقم السكوت مقام الإذن ، كما لو باع الراهن الرهن ، والمرتهنُ ساكت ، أو باعه المرتهنُ ، والراهنُ ساكت ، وكتصرّفات الأجانب . ويخالف الشفعة . فإنها تســقُط بمضىّ الزمان إذا علم ، لأنّها على الفور .

٣٦٨٠ (فصـــل)

ولا يبطل الإذن بالإباق ؛ وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يبطُل . لأنه يُزيل به ولايةَ السيّد عنه فى التجارة ، بدليل أنه لا يجوز بيعه ، ولا هِبَته ، ولا رهنه ، فأشبه مالو باعه .

ولنا : أن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له فى التجارة ، فلم يمنع استدامته ، كالو غصبه غاصب،أوحبس بدين عليه ، وعلى غيره،وما ذكروه غير صحيح.فإن سبب الولاية باقٍ ، وهو الرقّ ، ويجوز بيعه،وإجارته ممّن يقدر عليه ، ويبطل بالمغصوب .

٣٦٨١ (فصـــل)

ولا يجوز للمأذون التبرّع بهبة الدراهم ، ولا كسوة الثياب . وتجوز هبته المأكول ، وإعارة دابته ، واتخاذ الدعوة ، مالم يكن إسرافاً . وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعىّ : لايجوز شىء من ذلك بغير إذن سيّده . لأنه تبرّع بمال مولاه ؛ فلم يجز كهبة دراهمه .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم « كانَ يُجِيبُ دَعْوَةَ المَمْلُوكِ » وروى أبو سعيد مولى أبى أسيد « أنهُ تزَوَّجَ . فَحَضَرَ دَعوَتَهُ أُنَاسٌ مِنْ أَصْحَاب رَسُولِ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، منهم عبدُ الله بن مسعود ، وحُذَيْفَةُ ،وأبو ذرّ ، فأمَّهم ؛ وهو يومئذٍ عبدٌ » رواه صالح فى مسائله بإسناده ، ولأن العادة جارية بهذا بين التجّار ، فجاز كما جاز للمرأة الصدقة بِكِسرة الخبز من بيت زَوْجها .

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب ، والسنّة ، والإجماع . أما الكتاب : فقول الله تعالى : (٩ : ٦٠ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا) فجوّز العمل عليها . وذلك بحكم النيابة عن المستحقّين . وأيضاً قوله تعالى (١٨ : ١٩ فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً ، فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ) وهذه وكالة . وأما السنّة : فروى أبو داود ، والأثرم ، وابن ماجة عن الزبير ابن الخِرِّيت ، عن أبي لَبِيدٍ لمازة بن زَبّار ، عن عُرْوَة بن الجَعْد ، قال « عَرَضَ لِلنبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَلَبٌ فَأَعْطَانِي دِينَاراً . فقَالَ : يا عُروة ، ائْتِ الجَلَبَ فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً . قال : فَأَتَيْتُ الجَلَبَ فَسَاوَمْتُ صَاحِبَه . فاشْتَرَيتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ . فجِئْتُ أَسُوقُهُمَا ، أو أَقُودُهما . فَلَقِيَنِي رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ فَسَاوَمَنِي فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ . فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالدِّينَارِ وَ بالشَّاةِ . فقلتُ : يَا رَسُولَ اللهِ : هَذَا دِينَارُكُمْ ، وَهَذِهِ شَاتُكُمْ قال : وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ قال : فحدّثته الحديث . قال : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ » هذا لفظ رواية الأثرم . وروى أبو داود بإسناده ، عن جابر بن عبد الله ، قال « أَرَدْتُ الخُرُوجَ إِلَى خَيْبَرَ فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُلْتُ لَهُ : إِنِّي أَرَدْتُ الخُرُجَ إِلى خَيْبَرَ . فقالَ : ائْتِ وَكِيلِي ، فخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقاً . فإِن ابْتَغَى مِنْكَ آيةً فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوَتِهِ » وروى عنه صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ وَكَّلَ عَمْرَو بن أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ فِي قَبُولِ نِكَاحِ أُمِّ حَبِيبَةَ وأَبَا رَافِعٍ فِي قَبُولِ نِكَاحِ مَيْمُونَةَ » ، وأجمعت الأئمة على جواز الوكالة في الجملة . ولأن الحاجة داعية إلى ذلك . فإنّه لا يمكن كلّ واحد فعل ما يحتاج إليه ، فدعت الحاجة إليها .

٣٦٨٢ (فصل)

وكل من صحّ تصرّفه في شيء بنفسه ، وكان مما تدخله النيابة : صحّ أن يوكّل فيه رجلاً أو امرأةً ، حراً ، أو عبداً ، مسلماً كان أو كافراً . وأما من يتصرّف بالإذن ، كالعبد المأذون له والوكيل ، والمضارب ، فلا يدخلون في هذا . لكن يصحّ من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيّده ، كالطلاق ، والخلع ، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفهٍ ، لايوكل إلا فيما له فعله ، من الطلاق ، والخلع ، وطلب القِصَاص ، ونحوه. وكلّ ما يصحّ أن يستوفيه بنفسه ، وتدخله النيابة صحّ أن يتوكّل لغيره فيه ، إلا الفاسق . فإنه يصحّ أن يقبل النّكاح لنفسه . وذكر القاضي : أنه لايصحّ أن يقبله لغيره . وكلام أبي الخطّاب يقتضي جواز ذلك. وهو القياس . ولأصحاب الشافعيّ في ذلك وجهان كهذين ، فأمّا توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلاّ على الرواية التي تثبت الولاية له ، وذكر أصحابُ الشافعيّ في ذلك وجهين .

أحدهما : يجوز توكيله لأنه ليس بوليّ .

ووجه الوجه الآخر : أنه موجبٌ للنكاح . أشبه الوليّ ، ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه . فلم يجز أن يتوكّل فيه كالمرأة . ويصح توكيل المرأة فى طلاق نفسها ، وطلاق غيرها . ويصحّ توكيل العبد فى قبول النكاح ، لأنه ممن يجوز أن يَقبله لنفسه . وإنما يقف ذلك على إذن سيّده ، ليرضَى بتعلّق الحقوق به، ومن لا يملك التصرُّف فى شيء لنفسه لا يصحّ أن يتوكّل فيه ، كالمرأة فى عقد النكاح وقبوله ، والكافر فى تزويج مُسلمة ، والطفل ، والمجنون فى الحقوق كلّها .

٣٦٨٣ (فصـــل)

والمكاتب أن يوكّل فيما يتصرّف فيه بنفسه . وله أن يتوكّل بجُعْل لأنه من اكتساب المال . ولا يمنع المكاتَب من الاكتساب . وليس له أن يتوكَّل لغيره بغير جُعل إلاَّ بإذن سيِّده . لأنّ منافعه كأعيان ماله ، وليس له بذل عين ماله بغير عِوَض . وللعبد أن يتوكَّل بإذن سيِّده . وليس له التوكيل بغير إذن سيِّده ، وإن كان مأذونًا له فى التجارة . لأنَّ الإذن فى التجارة لا يتناول التوكيل ، وتصحّ وكالة الصبىّ المراهق إذا أذن له الولىّ . لأنه ممن يصحّ تصرّفه .

٣٦٨٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويجوز التوكيل فى الشراء والبيع ، ومطالبة الحقوق ، والعتق والطلاق ، حاضراً كان الموكِّل أو غائباً ﴾

لا نعلم خلافاً فى جواز التوكيل فى البيع والشراء . وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر . ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون ممن لا يُحسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق . وقد يكون له مال ، ولا يُحسن التجارة فيه ، وقد يُحْسن ، ولا يتفرّغ ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأةً أو ممَّن يتعيَّر بها ، وَيُحَطّ ذلك من منزلته ، وأباحها الشرع دفعاً للحاجة ، وتحصيلا لمصلحة الآدمىّ المخلوق لعبادة الله سبحانه . ويجوز التوكيل فى الحوالة ، والرهن ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والوديعة ، والمضاربة ، والجُعالة ، والمساقاة ، والإجارة ، والقرض ، والصلح ، والوصيّة ، والهبة ، والوقف ، والصدقة ، والفسخ ، والإبراء . لأنّها فى معنى البيع فى الحاجة إلى التوكيل فيها ، فيثبُت فيها حكمه . ولا نعلم فى شيء من ذلك اختلافاً ، ويجوز التوكيل فى عقد النكاح فى الإيجاب ، والقبول. لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « وَكّلَ عَمْرَو بْنَ أُمَيَّةَ ، وَأَبَا رَافِعٍ فى قَبُولِ النِّكَاحِ لَهُ » ، ولأنّ الحاجة تدعو إليه . فإنه ربَّما احتاج إلى التزوّج من مكانٍ بعيد ، لا يمكنه السفر إليه . فإن النبىّ صلى الله عليه وسلم « تَزَوَّجَ أُمَّ حَبِيبَةَ وَهِيَ يَوْمَئِذٍ بِأَرْضِ الْحَبَشَةِ » ويجوز التوكيل فى الطلاق ، والخلع والرجعة ، والعتاق . لأن الحاجة تدعو إليه ، كدُعائها إلى التوكيل فى البيع ، والنكاح . ويجوز التوكيل فى تحصيل المباحات ،

كإحياء الموات ، وإسقاء الماء ، والاصطياد ، والاحتشاش . لأنها تملك مالٍ بسبب لا يتعيّن عليه ، فجاز التوكيل فيه ، كالابتياع ، والاتّهاب ، ويجوز التوكيل في إثبات القِصاص ، وحدّ القذف ، واستيفائهما ، في حضرة الموكّل ، وغيبته . لأنهما من حقوق الآدميّين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما . لأن مَنْ له حقّ قد لا يُحْسن الاستيفاء ، أولا يُحِبُّ أن يتولاَّه .

٣٦٨٥ (فصـــــل)

ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق ، وإثباتها ، والمحاكمة فيها ، حاضراً كان الموكّل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً ، وبه قال مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، والشافعيّ . وقال أبو حنيفة : للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل ، إذا كان الموكل حاضراً . لأن حضوره مجلس الحكم ، ومخاصمته حقّ لخصمه عليه . فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه ، كالدين عليه .

ولنا : أنه حقّ تجوز النيابة فيه . فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضاء خصمه ، كحال غيبته ، ومرضه ، وكدفع المال الذى عليه . ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنّ عليّا رضى الله عنه وكّل عَقيلًا عند أبي بكر رضى الله عنه ، وقال « مَا قُضِيَ لَهُ فَلِي ، وَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ » ووكّل عبدالله بن جعفر عند عثمان ، وقال : « إنَّ لِلْخُصُومَةِ قُحَمًا ، وَإنَّ الشَّيْطَانَ لَيَحْضُرُهَا ، وَإنِّي لَأَكْرَهُ أَنْ أَحْضُرَهَا » قال أبو زياد : القُحَمُ المَهالِكُ ، وهذه قصص انتشرت ، لأنها في مَظِنَّة الشُّهرة ، فلم يُنقل إنكارُها ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنَّه قد يكون له حقّ يُدَّعى عليه ، ولا يُحْسن الخصومة ، أولا يحِبُّ أن يتولاَّها بنفسه ، ويجوز التوكيل في الإقرار . ولأصحاب الشافعيّ وجهان :

أحدهما لا يجوز التوكيل فيه ، لأنَّه إخبار بحقّ ، فلم يجز التوكيل فيه ، كالشهادة [1] .

ولنا : أنه إثبات حقّ في الذمّة بالقول ، فجاز التوكيل فيه ، كالبيع ، وفارق الشهادة ، فإنَّها لا تُثبِتُ الحقّ . وإنَّما هو إخبار بثبوتة على غيره .

٣٦٨٦ (فصــل)

ولا يصحّ التوكيل في الشهادة ، لأنّها تتعلّق بعين الشاهد ، لكونها خبراً عمّا رآه ، أو سمعه . ولا يتحقّق هذا المعنى في نائبه ، فإن استناب فيها كان النائب شاهداً على شهادته ، لكونه يؤدّي ما سمعه من شاهد الأصل ، وليس وكيلا . ولا يصحّ في الأيمان والنذور ، لأنّها تتعلّق بعين الحالف ، والناذر ، فأشبهت العبادات البدنيّة ، والحدود .

---

(١) والثانى مفهوم من نقيض الأول ، وهو أنه لا يجوز .

ولا يصح فى الإيلاء ، والقسامة ، والأمان ؛ لأنها أيمان . ولا فى القسم بين الزوجات . لأنه يتعلق ببدن الزوج ، لأمر لا يوجد من غيره . ولا فى الرضاع . لأنه يختص بالمرضعة ، والمرتضع ، لأمر يختص بإثبات لحم المرتضع ، وإنشاز عظمه بلبن المرضعة ، ولا فى الظهار . لأنه قول منكر ، وزور فلا يجوز فعله ، ولا الاستنابة فيه .

ولا يصح فى الغصب ، لأنه محرم ، ولا فى الجنايات ، لذلك . ولا فى كل محرم . لأنه لا يجوز له فعله ، فلم يجز لنائبه .

٣٦٨٧ (فصــل)

فأما حقوق الله تعالى : فما كان منها حداً ، كحد الزنا ، والسرقة ، جاز التوكيل فى استيفائه . لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اغْدُ يَاأُنَيْسُ إلى امْرَأَةِ هَذَا ، فإنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا ، فَغَدَا عَلَيْهَا أُنَيْسٌ ، فاعترفَتْ ، فأمَرَ بِهَا فَرُجِمَتْ » متفق عليه « وأَمَرَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيه وسَلَّمَ بِرَجْمِ مَاعِزٍ فَرَجَمُوهُ » « ووَكّلَ عُثْمَانُ عَلِيًّا فِي إقَامَةِ حَدِّ الشُّرْبِ عَلَى الوَلِيدِ بْنِ عُقْبَةَ » « ووكّل عليٌّ الحَسَنَ فِي ذَلِكَ فَأَبَى الحَسَنُ ، فَوَكَّلَ عَبْدَ اللهِ بْنَ جَعْفَرٍ ، فأقامَهُ ، وَعَلِيٌّ يَعُدُّ » رواه مسلم ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك . لأن الإمام لا يمكنه تولى ذلك بنفسه . ويجوز التوكيل فى إثباتها ، وقال أبو الخطاب : لا يجوز فى إثباتها ، وهو قول الشافعى لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها ، والتوكيل يوصل إلى الإيجاب .

ولنا : حــديث أنيس . فإن النبى صلى الله عليه وسلم وكله فى إثباته ، واستيفائه جميعاً . فإنه قال « فَإنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا » وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت . وقد وكله فى إثباته ، واستيفائه جميعاً . ولأن الحاكم إذا استناب دخل فى ذلك الحــدودُ ، فإذا دخلت فى التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى .

والوكيل يقوم مقام الموكل فى درئها بالشبهات ، وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال ، كالزكاة ، والصدقات ، والمنذورات ، والكفارات . جاز التوكيلُ فى قبضها ، وتفريقها .

ويجوز للمخرج التوكيل فى إخراجها ، ودفعها إلى مستحقها ، ويجوز أن يقول لغيره : أَخْرِجْ زكاة مالى من مالك ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات ، وتفريقها ، وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيائِهِمْ ، فَتُرَدُّ عَلَى فُقَرائِهِمْ ، فَإنْ هُمْ أَطَاعُوكَ بِذَلِكَ فَإيَّاكَ وكَرائِمَ أَمْوالِهِمْ ، واتَّقِ دَعْوَةَ المَظْلُومِ فإنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ اللهِ حِجَابٌ » متفق عليه .

ويجوز التوكيل فى الحج إذا أيس المحجوج عنه من الحج بنفسه ، وكذلك العمرة ، ويجوز أن يُستناب من يحج عنه بعد الموت .

وأما العبادات البدنيَّة المحضة ، كالصلاة ، والصيام ، والطهارة من الحدث ، فلا يجوز التوكيل فيها ، لأنها تتعلَّق ببدن مَنْ هى عليه ، فلا يقوم غيرُه مَقامه فيها ، إلا أنّ الصيام المنذور يُفعل عن الميّت ، وليس ذلك بتوكيل ، لأنه لم يوكِّل فى ذلك ، ولا وكَّل فيه غيره .

ولا يجوز فى الصلاة إلا فى ركعتى الطوف ، تبعاً للحجّ ، وفى فعل الصلاة المنذورة ، وفى الاعتكاف المنذور عن الميّت روايتان .

ولا تجوز الاستنابة فى الطهارة إلا فى صبّ الماء وإيصال الماء للأعضاء ، وفى تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما .

٣٦٨٨ (فصــل)

وكلّ ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاؤه فى حَضْرة الموكِّل ، وغيبته ، ونصّ عليه أحمد . وهذا مذهبُ مالك . وقال بعض أصحابنا : لا يجوز إستيفاء القِصاص ، وحدّ القذف فى غيبة الموكِّل ، أومأ إليه أحمدُ وهو قول أبى حنيفة ، وبعض الشافعيَّة . لأنه يحتمل أن يعفو الموكِّل فى حالة غيبته فيسقُط . وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء . ولأن العفو مندوب إليه ، فإذا حضر احتمل أن يرحمه ، فيعفو . والأول ظاهر المذهب . لأن ما جاز استيفاؤه فى حضرة الموكِّل جاز فى غيبته . كالحدود وسائر الحقوق ، واحتمال العفو بعيد . والظاهر أنه لو عفا لبعث ، وأعلم وكيله بعفوه . والأصل عدمه فلا يؤثِّر . ألا ترى أن قُضاةَ رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون فى البلاد ، ويُقيمون الحدود التى تدرأ بالشبهات ، مع احتمال النسخ ؟ وكذلك لا يُحتاط فى استيفاء الحدود بإحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة ، أو تغير اجتهاد الحاكم .

٣٦٨٩ (فصــل)

ولا تصحّ الوكالة إلا بالإيجاب ، والقبول . لأنه عقد تعلّق به حقّ كلٍّ واحد منهما . فافتقر إلى الايجاب ، والقبول ، كالبيع .

ويجوز الإيجاب بكل لفظ دلّ على الإذن ، نحو أن يأمره بفعل شىء ، أو يقول . أذنتُ لك فى فعله ، فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم وكّل عُروةَ بنَ الجَعْدِ فى شراء شاةٍ بلفظ الشراء ، وقال الله تعالى مخبْراً عن أهل الكهف أنهم قالوا (فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ) ولأنه لفظ دالٌّ على الإذن ، فجرى مجرى قوله : وكّلتك .

ويجوز القبول بقوله : قبلتُ ، وكلٍّ لفظ دلّ عليه .

ويجوز بكلِّ فعل دلّ على القبول ، نحو أن يفعل ما أمره بفعله . لأن الذين وكَّلهم النبيّ صلّى الله عليه وسلم لمُ يُنقل عنهم سوى امتثال أمره . ولأنه اذنٌ فى التصرّف ، فجاز القبول فيه بالفعل . كأكل الطعام .

ويجوز القبول على الفور ، والتراخى ، نحو أن يبلُغه أن رجلاً وكّله فى بيع شىء منذ سنةٍ فيبيعُه ، أو يقول : قبلتُ ، أو يأمره بفعـل شىء فيفعله بعـد مدّة طويلة . لأن قبول وُ كلاء النبىّ صلّى الله عليه وسلم لوكالته كان بفعلهم ، وكان متراخياً عن توكيله إيّاهم . ولأنه إذن فى التصرّف والإذن قائم ما لم يرجع عنه . فأشبه الإباحة . وهذا كله مذهبُ الشافعىّ .

٣٦٩٠ (فصـل)

ويجوز تعليقها على شرط ، نحو قوله : إذا قَدِم الحاجّ فبِـع هذا الطعام ، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنـا فحماً ، وإذا جاء الأضحى فاشترى لنـا أُضحِيَةً ، وإذا طلب منك أهلى شيئاً فادفعه إليهم ، وإذا دخل رمضان فقد وكلّتك فى هذا ، أو فأنت وكيلى . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعىّ : لايصحّ ، لـكن إن تصرّف صحّ تصرّفه ، لوجود الاذن . وإذا كان وكيلاً بجُعْلٍ فسد المسمّى ، وله أجر المثل . لأنه عقد يملك به التصرّف فى الحياة ، فأشبه البيع .

ولنـا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فإن قُتِلَ فَجَعْفَرٌ ، فإنْ قُتِلَ فَعَبْدُ اللهِ ابنُ رَوَاحَةَ » وهذا فى معناه . ولأنه عقد اعتُبر فى حقّ الوكيل حكمه ، وهو إباحة التصرّف ، وصحّته ، فـكان صحيحاً ، كما لو قال : أنت وكيلى فى بيـع عبدى إذا قدم الحاجّ ، ولأنه لو قال : وكّلتك فى شراء كذا فى وقت كذا صحّ بلا خلاف . ومحلّ النزاع فى معناه . ولأنه إذن فى التصرّف ، أشبه الوصيّة ، والتأمير . ولأنّه عقد يصحّ بغير جُعْلٍ ، ولا يختصّ فاعلهُ بكونه من أهل القُرْبَةِ ، فصحّ بالُجعل ، كالتوكيل الناجز .

٣٦٩١ (فصـــل)

ويجوز التوكيل بجُعل، وغير جُعل . فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلمّ وكّل أُنيساً فى إقامة الحدّ ، وعُروةَ فى شراء شاة ، وعمراً وأبَا رَافعٍ فى قبول النكاح ، بغير جُعل . وكان يبعث عُمّاله لقبض الصدقات ، ويجعل لهم عِمَالةً . ولهذا قال له أبناءُ عمّه « لَوْ بَعَثْتَنَا عَلَى هَذِهِ الصَّدَقَاتِ ، فَنُؤَدِّيَ إِلَيْكَ مَا يُؤَدِّي النَّاسُ ، وَنُصِيبَ مَا يُصِيبُهُ النَّاسُ ؟ يَعْنِيان العِمَالةَ ، فإن كانت بجُعل استحقّ الوكيلُ الُجعل بتسليم ما وكّل فيه إلى الموكّل ، إن كانـ ممّا يُمـكن تسليمُه ، كثوب ينسجه ، أو يُقصِّره ، أو يخيطهُ ، فمتى سلّمه إلى الموكّـل معمولا فله الأجر ، وإن كان الخياطُ فى دار الموكّل ، فـكلّما عمل شيئاً وقع مقبوضاً ، فيستحقّ الوكيل الُجعْلَ إذا فرغ الخيّاط من الخياطة ، وإن وكّل فى بيع ، أو شراءٍ ، أو حَجّ استحقّ الأجرَ إذا عمله . وإن لم يقبض الثمن فى البيع ، وإن قال : إذا

بعتَ الثوب وقبضتَ ثمنه وسلمّتَه إليّ فلك الأجر . لم يستحقّ منها شيئاً حتّى يسلّمه إليه ، فإن فاته التسليم لم يستحقّ شيئاً ، لفوات الشرط .

٣٦٩٢ (فصـــل)

ولا تصح الوكالة إلاّ فى تصرّف معلوم ، فإن قال : وكّلتك فى كلّ شىء ، أو فى كلّ قليل ، وكثير ، أو فى كلّ تصرّف يجوز لى ، أو فى كلّ مالىَ التصرّف فيه لم يصحّ . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىُّ ، وقال ابن أبى ليلى : يصحُّ . ويملك به كلّ ما تناوله لفظه ، لأنه لفظ عامّ فصحّ فيما يتناوله ، كما لو قال : بع مالى كلّه .

ولنا : أن فى هذا غرراً عظيماً ، وخطراً كبيراً . لأنه تدخُل فيه هبة ماله ، وطلاق نسائه ، وإعتاق رقيقه ، وتزوّج نساء كثيرة ، ويلزمه المهور الكثيرة ، والأثمان العظيمة ، فيعظُم الضرر . وإن قال : اشتر لى ما شئت لم يصحّ . لأنه قد يشترى مالا يقدر على ثمنه ، وقد رُوى عن أحمد ما يدلّ على صحّته . لقوله فى رجلين قال كلّ واحد منهما لصاحبه : ما اشتريت من شىء فهو بيننا : إنه جائز ، وأعجبه ، ولأنّ الشريك ، والمضارب ، وكيلان فى شراء ما شاء ، فعلى هذا ليس له أن يشترى إلا بثمن المثل ، فما دون ، ولا يشترى ما لا يقدر الموكّل على ثمنه ، ولا مالا يرى المصلحة له فى شرائه . وإن قال : بع مالى كلّه ، واقبض ديونى كلّها صحّ . لأنه قد يَعرف ماله ، وديونه ، وإن قال : بع ما شئت من مالى ، واقبض ماشئت من ديونى جاز . لأنه إذا جاز التوكيل فى الجمع ففى بعضه أولى . وإن قال . اقبض دينى كلّه ، وما يتجدّد فى المستقبل صحّ . وقال أصحاب الشافعىّ : إذ قال : بع ما شئت من مالى لم يجُز : وإن قال : مِن عبيدى جاز . لأنه محصور بالجنس .

ولنا : أن ما جاز التوكيل فى جميعه جاز فى بعضه ، كعبده . وإن قال : اشتر لى عبداً تركياً ، أو ثوباً هَرَوِيًّا صحّ . وإن قال اشتر لى عبداً ، أو قال ثوباً ، ولم يذكر جنسه صحّ أيضاً ، وقال أبو الخطّاب : لا يصحّ . وهو مذهب الشافعىّ . لأنه مجهول .

ولنا : أنه توكيل فى شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض .

ولا يُشترط ذكر قدر الثمن . ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب : لا يصحّ حتى يذكر قدر الثمن ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد ، وإنّما تتميّز بالثمن .

ولنا : أنه إذا ذكر نوعاً فقد أذن فى أغلاه ثمناً ، فيقلّ الغرر ، ولأنّ تقدير الثمن يضرّ . فإنه قد لا يجد بقدر الثمن ، ومن اعتبر ذكر الثمن جوّز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

٣٦٩٣ فصـــل

وإذا كل وكيلين فى تصرّف، وجعل لـكلٍّ واحد الانفراد بالتصرُّف فله ذلك. لأنه مأذون له فيه، فإن لم يجعل له ذلك، فليس لأحدهما الانفراد به. لأنه لم يأذن له فى ذلك، وإنّما يجوز له ما أذن فيه موكّله، وبهذا قال الشافعىّ، وأصحاب الرأى: وإن وكّلهما فى حفظ ما له حفظاه معاً فى حرزٍ لهما. لأنّ قوله: افعلا كذا يقتضى إجتماعهما على فعله، وهومّما يمكن فتعلّق بهما، وفارق هذا قوله: بعتكما. حيث كان منقسماً بينهما، لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع، فانقسم بينهما. فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرّف، ولا للحاكم ضمُّ أمين إليه ليتصرّفا. لأن الموكّل رشيد جائز التصرّف، لاولاية للحاكم عليه، فلا يضمّ الحاكم وكيلاً له بغير أمره. وفارق ما لو مات أحد الوصيّين، حيثُ يُضيف الحاكم إلى الوصىّ أميناً ليتصرَّف، لـكون الحاكم له النظر فى حقّ الميّت، واليتيم. ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحـاكم أميناً فى النظر لليتيم. وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين، والآخرُ غائب، وادّعى الوكالة لهما، وأقام بيِّنة سمعها الحاكم، وحكم بثبوت الوكالة لهما، ولم يملك الحاضر التصرّف وحده. فإذا حضر الآخَرُ تصرفاً معاً ولا يحتاج إلى إعادة البيِّنة. لأن الحاكم سمعها لهما مرّةً.

فإن قيل: هذا حكم للغائب، قلنا: يجوز تبعاً لحقّ الحاضر، كما يجوز أن يحكم بالوقف الذى يثبُت لمن لم يُخلق لأجل مَنْ يستحقّه فى الحال، كذا ههنا. وإن جحـد الغائبُ الوكالة، أو عزل نفسه لم يكن للاخر أن يتصرّف. وبما ذكرناه قال أبو حنيفة، والشافعىّ. ولا نعلم فيه خلافاً. وجميع التصرّفات فى هذا سواء. وقال أبو حنيفة: إذا وكّلهما فى خصومة فلـكُلّ واحد منهما الانفراد بها.

ولنا: أنه لم يرض بتصرّف أحدهما. أشبه البيع والشراء.

٣٦٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للوكيل أن يوكّـل فيما وُكّل فيه، إلا أن يُجعل ذلك إليه ﴾.

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينهى الموكّل وكيلهَ عن التوكيل. فلا يجوز له ذلك بغير خلاف. لأنّ ما نهاه عنه غيرُ داخل فى إذنه. فلم يجز، كما لو لم يوكّله.

الثانى: أذن له فى التوكيل، فيجوز له ذلك، لأنّه عقدٌ أذن له فيه، فـكان له فعلُه، كالتصرّف المأذون فيه. ولا نعلم فى هذين خـلافاً. وإن قال له: وكّلتك، فاصنع ما شئت، فله أن يوكّل. وقال أصحاب الشافعىّ: ليس له التوكيل فى أحد الوجهين. لأن التوكيل يقتضى تصرّفاً يتولاه بنفسه. وقوله: اصنع ما شئت: يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرّفه بنفسه.

ولنا : أن لفظه عامّ فيما شاء ، فيدخُل فى عمومه التوكيل .

الثالث : أطلق الوكالة . فلا يخلو من أقسام ثلاثة :

أحدها : أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنيّةِ فى حقّ أشراف الناس المرتفعين عن فعلها فى العادة ، أو يعجز عن عمله ، لكونه لا يُحسنه ، أو غير ذلك . فإنهُ يجوز له التوكيل فيه . لأنه إذا كان مما لا يعمله الوكيل عادةً انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الإستنابة فيه .

القسم الثانى : أن يكون مما يعمله بنفسه إلا أنه يعجِزُ عن عمله كلِّه ، لكثرته ، وانتشاره . فيجوز له التوكيل فى عمله أيضاً . لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، فجاز التوكيل فى فعل جميعه ، كما لو أذن فى التوكيل بلفظه . وقال القاضى : عندى أنه إنّما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكّن من عمله بنفسه لأن التوكيل إنما جاز للحاجة . فاختصّ ما دعت إليه الحاجة . بخلاف وجود إذنه . فإنه مُطلق . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين . القسم الثالث : ماعدا هذين القسمين . وهو ما يمكنه عمله بنفسه ، ولا يترفّع عنه . فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يجوز . نقلها ابن منصور ، وهو مذهبُ أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، والشافعىّ . لأنه لم يأذن له فى التوكيل ، ولا تضمّنه إذنه . فلم يجُز ، كما لو نهاه . ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه . فلم يكن له أن يولّيه لمن لم يأمنه عليه ، كالوديعة .

والأخرى : يجوز . نقلها حنبل . وبه قال ابن أبى ليلى : إذا مرض ، أو غاب . لأن الوكيل له أن يتصرّف بنفسه ، فملكه نيابة كالمالك . والأول أولى . ولا يشبه الوكيل المالك فإن المالك يتصرّف بنفسه فى ملكه كيف شاء ، بخلاف الوكيل .

٣٦٩٥ (فصــــل)

وكلّ وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكّل إلا أميناً . لأنه لا نظر للموكّل فى توكيل من ليس بأمين ، فيقيّد جوازُ التوكيل بما فيه الحظّ ، والنظر ، كما أنّ الإذن فى البيع يتقيّد بالبيع بثمن المِثل ، إلاّ أن يعيّن له الموكّل مَنْ يُوكّله ، فيجوز توكيله ، وإن لم يكن أمينا . لأنه قطع نظره بتعيينه . وإن وكّل أميناً ، وصار خائناً فعليه عزلُه . لأن تركه يتصرّف مع الخيانة تضييع ، وتفريط . والوكالة تقتضى استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين ، فوجب عزلُه .

٣٦٩٦ (فصــــل)

والحكم فى الوصىّ يوكّل فيما أوصى به إليه ، وفى الحاكم يولىّ القضاء فى ناحية يستنيب غيره : حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل ، إلا أن المنصوص عن أحمد فى رواية مهنا : جواز ذلك ، وهو قول

الشافعيّ في الوصيّ ، لأن الوصيّ يتصرّف بولاية ، بدليل أنه يتصرّف فيما لم ينصّ له على التصرّف فيه ، والوكيل لا يتصرّف إلا فيما نصّ له عليه . والجمع بينهما أولى ، لأنه متصرّف في مال غيره. بالإذن ، فأشبه الوكيل : وإنّما يتصرّف فيما اقتضته الوصيّة ، كالوكيل إنّما يتصرّف فيما اقتضه الوكالة .

٣٦٩٧ (فصـــــل)

فأما الوليّ في النـكاح فله التوكيل في تزويج مَوْلِيَّته بغير إذنها ، أباً كان أو غيره . وقال القـاضي فيمن ولايته غير ولاية الإجبار : هو كالوكيل ، يخرّج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ، ولأصحاب الشافعيّ فيه وجهان :

أحدهما : لا يملك التوكيل إلاّ بإذنها . لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها ، أشبه الوكيل .

ولنـا : أن ولايته من غير جهتها . فلم يُعتبر إذنُها في توكيله فيها كالأب ، بخلاف الوكيل . ولأنه متصرّف بحكم الولاية الشرعية ، أشبه الحاكم ، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنـكحة إلى غيره ، بغير إذن النساء . فـكذلك الوليّ ، وما ذكروه يبطُل بالحاكم ، والذى يُعتبر إذنها فيه : هـو غير ما يوكّل فيه . بدليل أن الوكيل لا يَستغنى عن إذنها له في التزويج أيضاً . فهو كالموكّل في ذلك .

٣٦٩٨ (فصـــــل)

إذا أذن الموكل في التوكيل فوكـّل ، كان الوكيل الثانى وكيلاً للموكل ، لأنه لا ينعزل بموت الوكيل الأول ، ولا عزلِه . ولا يملك الأول عزلَ الثانى . لأنه ليس بوكيله . وإن أذن له أن يوكّل لنفسه جاز . وكان وكيلًا للموكّل ينعزلُ بموته ، وعزله إياه . وإن مات الموكل ، أو عُزِل الأول انعزلا جميعاً . لأنهّما فرعان له ، لـكن أحدهما فرع للآخر ، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما . وإن وكّل من غير أن يُؤذن له في التوكيل نُطقاً ، بل وجد عُرفاً ، أو على الرواية التى أجزنا له التوكيل من غير إذن . فالثانى وكيل الوكيل الأول ، حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكّل لنفسه .

٣٦٩٩ (فصـــــل)

إذا وكّل رجلًا في الخصومة لم يُقبـل إقراره على موكّله بقبض الحقّ ، ولا غيره . وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يُقبل إقراره في مجلس الحـكم فيما عدا الحدودَ والقِصاصَ . وقال أبو يوسف : يُقبـل إقراره في مجلس الحـكم ، وغيره . ولأن الإقرار أحد جوابَيِ الدعوى ، فصحّ من الوكيل ، كالإنـكار .

ولنـا : أن الإقرار معنًى يقطع الخصـومة ، وينافيها . فلا يملـكه الوكيـل فيها كالإبراء ، وفارق الإنـكار . فإنّه لا يقطع الخصومة ، ويملـكه في الحدود والقصاص ، وفي غير مجلس الحاكم ، ولأن الوكيل

لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار . فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار ، فافترقا ، ولا يملك المصالحة عن الحق ، ولا الإبراء منه ، بغير خلاف نعلمه ، لأن الإذن فى الخصومة لا يقتضى شيئاً من ذلك ، وإن أذن له فى تثبيت حق لم يملك قبضه ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يملك قبضه . لأن المقصود من التثبيت قبضه ، وتحصيله .

ولنا : أن القبض لا يتناوله الإذن نطقاً ، ولا عرفاً . إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه . وإن وكله فى قبض حق ، فجحد من عليه الحق كان وكيلا فى تثبيته عليه ، فى أحد الوجهين ، وبه قال أبو حنيفة . والآخر : ليس له ذلك . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . لأنهما معنيان مختلفان . فالوكيل فى أحدهما لا يكون وكيلاً فى الآخر ، كما لا يكون وكيلاً فى القبض بالتوكيل فى الخصومة .

ووجه الأول : أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت ، فكان إذناً فيه عرفاً . ولأن القبض لا يتم إلا به ، فملكه ، كما لو وكل فى شراء شىء ملك وزن ثمنه ، أو فى بيع شىء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه إن كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق ، أو مطله ، كان توكيلا فى تثبيته ، والخصومة فيه ، لعلمه بوقوف القبض عليه . وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه ، لعدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً . وقال بعض أصحاب أبى حنيفة إن وكله فى قبض عين لم يملك تثبيتها ، لأنه وكيل فى نقلها ، أشبه الوكيل فى نقل الزوجة .

ولنا : أنه وكيل فى قبض حق ، فأشبه الوكيل فى قبض الدين ، وما ذكروه يبطل بالتوكيل فى قبض الدين ، فإنه وكيل فى قبضه ، ونقله إليه .

٣٧٠٠ (فصـــل)

وإن وكله فى بيع شىء ملك تسليمه ، لأن إطلاق التوكيل فى البيع يقتضى التسليم ، لكونه من تمامه ، ولم يملك الإبراء من ثمنه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يملكه .

ولنا : أن الإبراء ليس من البيع ، ولا من تتمته ، فلا يكون التوكيل فى البيع توكيلا فيه ، كالإبراء من غير ثمنه ، وأما قبض الثمن ، فقال القاضى ، وأبو الخطاب : لا يملكه ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأنه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن ، فعلى هذا : إن تعذر قبض الثمن من المشترى لم يلزم الوكيل شىء ، ويحتمل أن يملك قبض الثمن ، لأنه موجب البيع ، فملكه الوكيل فيه ، كتسليم المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع ، إلا بقبض الثمن ، أو حضوره ، وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه ، والأولى أن ينظر فيه ، فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له ، كان إذناً فى قبضه ، ومتى ترك قبضه كان

ضامناً له ، لأن ظاهر حال الموكّل أنّه إنّما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه ، فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعدّ من فعل ذلك مُضيِّعاً مُفرِّطاً ، وإن لم تدلّ القرينة على ذلك لم يكن له قبضه .

٣٧٠١ (فصـــل)

وإن وكَّله في بيع شيء ، أو طلب الشفعة ، أو قَسْم شيء ففيه وجهان :

أحدهما : يملك تثبيته ، وهو قول أبي حنيفة في القسمة ، وطلب الشفعة ، لأنه لا يتوصَّل إلى ما وكّله فيه إلا بالتثبيت .

والثاني : لا يملكه . وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ . لأنه يمكن أحدهما دون الآخر . فلم يتضمّن الإذنُ في أحدهما الإذنَ في الآخر .

٣٧٠٢ (فصـــل)

وإن وكَّله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه ، لأنه من تتمّته ، وحقوقه ، فهو كتسليم المبيع في البيع . والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في المبيع على ما مضى من القول فيه ، فإن اشترى عبداً ، ونقد ثمنه ، فخرج العبدُ مستحَقًّا . فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فإن اشترى شيئاً ، وقبضه ، وأخَّر تسليم الثمن لغير عُذرٍ ، فهلك في يده، فهو ضامن له . وإن كان له عذر . مثل أن ذهب لينقذه ، فهلك، أو نحو ذلك فلا ضمان عليه ، نصّ عليه أحمد . لأنه مُفرّط في إمساكه ، كما في الصورة الأولى دون الثانية ، فلذلك لزمه الضمان ، بخلاف ما إذا لم يفرّط .

٣٧٠٣ (فصـــل)

وإذا وكَّله في قبض دين من رجل ، فمات ، نظرتَ في لفظه . فإن قال : اقبض حقّي من فلان لم يكن له قبضُه من ورائه ، لأنه لم يؤمر بذلك . وإن قال : اقبض حقّي الذي قِبَل فلان ، أو على فلان ، فله مطالبة وارثه ، والقبض : لأن قبضه من الوارث قبضٌ للحقّ الذي على مَوْرُوثه .

فإن قيل: فلو قال : اقبض حقّي من زيد ، فوكّل زيدٌ إنساناً في الدفع إليه ، كان له القبض منه، والوارث نائب الموروث ، فهو كوكيله .

قلنا : إن الوكيل إذا دفع عنه بإذنه جرى مجرى تسليمه ، لأنه أقامه مقام نفسه، وليس كذلك ههنا ،فإنّ الحقّ انتقل إلى الورثة ، فاستحقّت المطالبة عليهم ، لا بطريق النيابة عن الموروث ، ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حَنِثَ بفعل وكيله له ، ولا يحنث بفعل وارثه .

٣٧٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا باع الوكيل ، ثم ادّعى تلف الثمن من غير تعدٍّ فلا ضمان عليه ، فإن اتّهم حلف ﴾

إذا اختلف الوكيل ، والموكّل لم يخلُ من ستة أحوال :

أحدها : أن يختلفا فى التلف ، فيقول الوكيل : تلف مالك فى يدى ، أو الثمن الذى قبضته ثمنَ متاعك تلف فى يدى ، فيكذّبه الموكّل ، فالقول قولُ الوكيل مع يمينه . لأنه أمين ، وهذا مما يتعذّر إقامة البيّنة عليه ، فلا يكلف ذلك ، كالمودَع ، وكذلك كلّ من كان فى يده شىء لغيره على سبيل الأمانة ، كالأب ، والوصىّ ، وأمين الحاكم ، والمودَع ، والشريك ، والمضارِب ، والمرتهن ، والمستأجِر ، والأجير المشترك. وإنّما كان كذلك ، لأنه لو كلّف ذلك مع تعذّره عليه لامتنع الناسُ من الدخول فى الأمانات مع الحاجة إليها ، فيلحقهم الضرر . قال القاضى : إلا أن يدّعى التلف بأمر ظاهر ، كالحريق ، والنهب ، وشبههما ، فعليه إقامة البيّنة على وجود هذا الأمر فى تلك الناحية ، ثم يكون القول قوله فى تلفها بذلك ، وهذا قول الشافعىّ . لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفى ، فلا تتعذّر إقامة البيّنة عليه .

الحال الثانية : أن يختلفا فى تعدّى الوكيل ، أو تفريطه فى الحفظ ، ومخالفته أمر موكّله ، مثل أن يدّعى عليه أنك حملتَ على الدابّة فوق طاقتها ، أو حملتَ عليها شيئاً لنفسك ، أو فرّطت فى حفظها ، أو لبست الثوب ، أو أمرتك بردّ المال ، فلم تفعل ، ونحو ذلك . فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه . لما ذكرنا فى الذى قبله . ولأنه منكر لما يُدّعى عليه ، والقول قولُ المنكر ، ومتى ثبت التلف فى يده من غير تعدّيه . إما لقبول قوله ، وإما بإقرار موكّله ، أو بيّنةٍ فلا ضمان عليه ، وسواء تلف المتاع الذى أمر ببيعه ، أو باعه. وقبض ثمنه ، فتلف الثمن . وسواء كان بجُعْلٍ ، أو بغير جُعْلٍ ، لأنه نائب المالك فى اليد ، والتصرّف ، فكان الهلاكُ فى يده كالهلاك فى يد المالك ، وجرى مجرى المودَع ، والمضارِب ، وشبههما ، وإن تعدّى ، أو فرّط ضمن ، وكذلك سائر الأمناء ، ولو باع الوكيلُ سلعةً ، وقبض ثمنها ، فتلف من غير تعدّ ، واستحقّ المبيع رجع المشترى بالثمن على الموكّل دون الوكيل . لأن المبيع له ، فالرجوع بالعهدة عليه ، كما لو باع بنفسه .

الحال الثالثة : أن يختلفا فى التصرّف ، فيقول الوكيل : بعتُ الثوب ، وقبضتُ الثمن ، فتلف فيقول الموكل : لم تبع ، ولم تقبض ، أو يقول : بعتَ ولم تقبض شيئاً . فالقول قولُ الوكيل ، ذكره ابن حامد . وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه يملك البيع ، والقبض ، فيُقبل قوله فيهما ، كما يُقبل قول ولىّ المرأة المُجبَرة على النكاح فى تزويجها ، ويحتمل ألا يُقبل قوله ، وهو أحد القولين لأصحاب الشافعىّ ، لأنه يُقرّ بحقّ لغيره على موكّله ، فلم يُقبل ، كما لو أقرّ بدين عليه ، وإن وكّل فى شراء عبد ، فاشتراه ، واختلفا فى قدر ما اشتراه به ، فقال : اشتريته بألف ، وقال : بل اشتريته بخمسمائة ، فالقول قولُ الوكيل . لما ذكرناه وقال القاضى : القولُ قولُ الموكّل ، إلا أن يكون عيّن له الشراء بما ادّعاه ، فقال : اشتر لى عبداً بألف ،

فادّعى الوكيل أنه اشتراه بذلك ، فالقول قولُ الوكيل إذاً ، وإلا فالقولُ قول الموكِّل . لأنّ من كان القولُ قولَه فى أصل شىء ، كان القولُ قولَه فى صفته . وللشافعىّ قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشراء فى الذمّة ، فالقول قول الموكّل ، لأنه غارم ، مطالبٌ بالثمن ، وإن اشترى بعين المال فالقولُ قولُ الوكيل ، لكونه الغارم ، فإنه يُطالبه بردِّ ما زاد على خمس المائة .

ولنا : أنّهما اختلفا فى تصرفّ الوكيل ، فكان القولُ قولَه ، كما لو اختلفا فى البيع . ولأنه أمين فى الشراء ، فكان القول قوله فى قدر ثمن المشترى ، كالمضارب ، وكما لو قال له : اشتر بألف عند القاضى .

الحال الرابعة : أن يختلفا فى الردّ ، فيدّعيه الوكيل ، فينكره الموكّل ، فإن كان بغير جُعل فالقولُ قولُ الوكيل . لأنه قبض المال لنفع مالكه ، فكان القول قوله ، كالمودَع . وإن كان بجُعل ففيه وجهان :

أحدهما : أن القول قوله . لأنه وكيل ، فكان القولُ قولَه ، كالأول .

والثانى : لا يُقبل قوله . لأنه قبض المال لنفع نفسه ، فلم يُقبل قوله فى الردّ كالمستعير ، وسواء اختلفا فى ردّ العين أو ردّ ثمنها .

وجملة الأمناء على ضربين :

أحدهما : مَنْ قبض المال لنفع مالكه لا غيرُ . كالمودَع ، والوكيل بغير جُعل ، فيُقبل قولهم فى الردّ . لأنه لو لم يُقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات . فيلحَق الناس الضرر .

الثانى : من ينتفع بقبض الأمانة ، كالوكيل بجُعل ، والمضارب والأجير المشترك ، والمستأجر ، والمرتهن ، ففيهم وجهان . ذكرهما أبو الخطّاب . وقال القاضى : لا يُقبل قولُ المرتهن والمستأجر ، والمضارب فى الردّ : لأن أحمد نصّ عليه فى المضارب فى رواية ابن منصور . ولأن مَنْ قبضَ المالَ لنفع نفسه لا يُقبل قوله فى الردّ . ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك ببيّنة ، أو اعترف ، فادّعى الردّ أو التلف ، لم يُقبل قوله . لأنّ خيانته قد ثبت بجَحْده . فإن أقام بيّنة بما ادّعاه من الردّ أو التلف ، فهل تُقبل بيّنته ؟ على وجهين :

أحدهما : لا تُقبل . لأنه كذّبها بجَحْده . فإنّ قوله : ما قبضتُ يتضمّن أنه لم يردّ شيئاً .

والثانى : تُقبل . لأنه يدّعى الردّ ، والتلف قبل وجود خيانته . وإن كان جحوده : أنك لا تستحق علىّ شيئاً ، أو مالك عندى شىء ، سُمع قوله مع يمينه . لأن جوابه لا يكذّب ذلك . فإنه إذا كان قد تلف ،

أو ردّ فليس له عنده شيء . فلا تنافى بين القولين ، إلا أن يدّعى أنه ردّه ، أو تلف بعد قوله : مالك عندى شيء . فلا يُسمع قوله أيضاً . لثبوت كذبه ، وخيانته .

الحال الخامس : إذا اختلفا فى أصل الوكالة ، فقال : وكّلتنى . فأنكر الموكّل . فالقول قول الموكّل . لأن الأصل عدم الوكالة . فلم يثبت أنه أمينه ، ليقبل قوله عليه . ولو قال : وكّلتك ، ودفعتُ إليك مالاً . فأنكر الوكيل ذلك كلّه ، أو اعترف بالتوكيل ، وأنكر دفع المال إليه . فالقولُ قوله لذلك . ولو قال رجل لآخر : وكّلتنى أن أتزوّج لك فلانةَ بصداقِ كذا ، ففعلتُ ، وادّعت المرأة ذلك ، فأنكر الموكّل . فالقولُ قولُه . نصّ عليه أحمد فقال : إن أقام البيّنة ، وإلاّ لم يلزم الآخر عقد النكاح . قال أحمد : ولا يُستحلف . قال القاضى : لأن الوكيل يدّعى حقًّا لغيره . فأمّا إن ادّعته المرأة ، فينبغى أن يُستحلف . لأنها تدّعى الصداق فى ذمّته ، فإذا حلف لم يلزمه الصداق . ولم يلزم الوكيلَ منه شيء ، لأنّ دعوى المرأة على الموكِّل ، وحقوق العقد لا تتعلّق بالوكيل ، ونقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد : أن الوكيل يلزمه نصفُ الصداق . لأن الوكيل فى الشراء ضامن للثمن ، وللبائع مطالبته به . كذا ههنا . والأول أولى . لما ذكرناه . ويُفارق الشراء . لأن الثمن مقصود البائع ، والعادة تعجيله ، وأخذه من المتولِّى للشراء . والنكاح يُخالفه فى هذا كلّه . ولكن إن كان الوكيل ضَمِن المهر ، فلها الرجوع عليه بنصفه . لأنه ضَمِنه عن الموكِّل وَهو مقرّ بأنه فى ذمّته . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعىّ . وقال محمد بن الحسن : يلزم الوكيل جميعُ الصداق . لأن الفرقة لم تقع بإنكاره فيكون ثابتاً فى الباطن ، فيجبُ جميعُ الصداق .

ولنا : أنه يملك الطلاق ، فإذا أنكر فقد أقرّ بتحريمها عليه ، فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرُم به . قال أحمد : ولا تتزوّج المرأة حتى يُطلّق ، لعلّه يكون كاذباً فى إنكاره ، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها ، لأنها معترفة بأنّها زوجة له ، فيؤخذ بإقرارها ، وإنكاره ليس بطلاق ، وهل يلزم الموكّل طلاقُها ؟ يحتمل أن لا يلزمه ، لأنه لم يثبُت فى حقّه نكاح ، ولو ثبت لم يكلّف الطلاق ، ويحتمل أن يكلّفه لإزالة الاحتمال ، وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه ، فأشبه النكاح الفاسد ، ولو ادّعى أن فلاناً الغائب وكّله فى تزوُّج امرأة ، فتزوّجها له ، ثم مات الغائب لم ترثه المرأة ، إلا أن يُصدّقه الورثة ، أو يثبُت ببيِّنة ، وإن أقرّ الموكِّل بالتوكيل فى التزويج ، وأنكر أن يكون الوكيل تزوّج له ، فههنا الاختلاف فى تصرّف الوكيل ، والقول قول الوكيل فيه ، فيثبُت التزويج ههنا ، وقال القاضى : لا يثبُت ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه لا تتعذّر إقامة البيِّنة عليه ، لكونه لا ينعقد إلاّ بها ، وذكر أن أحمد نصّ عليه ، وأشار إلى نصّه فيما إذا أنكر الموكِّل الوكالة من أصلها .

ولنا : أنهما اختلفا فى فعل الوكيل ما أمر به ، فكان القول قوله ، كما لو وكّله فى بيع ثوب ، وادّعى أنه باعه ، أو فى شراء عبد بألف ، فادّعى أنه اشتراه به ، وما ذكره القاضى من نصّ أحمد فيما إذا أنكر الموكِّل الوكالة فليس بنصٍّ ههنا ، لاختلاف أحكام الصورتين ، وتباينهما ، فلا يكون النصّ فى إحداهما نصًّا فى الأخرى ، وما ذكره من المعنى لا أصل له ، فلا يُعوَّل عليه ، ولو غاب رجل ، فجاء آخر إلى امرأته ، فذكر أن زوجها طلّقها ، وأبانها ، ووكّله فى تجديد نكاحها بألف ، فأذنت فى نكاحها ، فعقد عليها ، وضمن الوكيلُ الألف ، ثم جاء زوجُها ، فأنكر هذا كلّه ، فالقولُ قولُه ، والنكاح الأول بحاله ، وقياس ما ذكرناه : أن المرأة إن صدّقت الوكيل لزمه الألف ، إلا أن يُبينها زوجُها قبل دخول الثانى بها ، وحُكى ذلك عن مالك ، وزفر ، وحُكى عن أبى حنيفة ، والشافعىّ : أنه لا يلزم الضامن شىء ، لأنه فرع عن المضمون عنه ، ولم يلزم المضمون عنه شىء فكذلك فرعه .

ولنا : أن الوكيل مقرٌّ بأن الحقّ فى ذمة المضمون عنه ، وأنه ضامن عنه فلزمه ما أقرّ به ، كما لو ادّعى على رجل أنه ضمن له ألفاً على أجنبىّ ، فأقرّ الضامن بالضمان ، وصحّته ، وثبوت الحقّ فى ذمّة المضمون عنه ، وكما لو ادّعى شُفعةً على إنسان فى شقْص اشتراه ، فأقرّ البائع بالبيع ، فأنكره المشترى ، فإن الشفيع يستحقُّ الشفعة فى أصحِّ الوجهين ، وإن لم تدّع المرأة صحّة ما ذكره الوكيل فلا شىء عليه . ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه فى هذه الصورة ، ومن أوجبه أوجبه فى الصورة الأخرى ، فلا يكون فيها اختلاف . والله أعلم .

الحال السادس : أن يختلفا فى صفة الوكالة ، فيقول : وكّلتك فى بيع هذا العبد قال : بل وكّلتنى فى بيع هذه الجارية ، أو قال وكّلتك فى البيع بألفين ، قال : بل بألف ، أو قال : وكّلتك فى بيعه نقداً ، قال : بل نسيئةً ، أو قال : وكّلتك فى شراء عبد ، قال : بل فى شراء أمةٍ ، أو قال : وكّلتك فى الشراء بخمسةٍ ، قال : بل بعشرة . فقال القاضى : القولُ قولُ الموكِّل . وهو مذهب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر وقال أبو الخطاب : إذا قال : أذنتُ لك فى البيع نقداً ، و فى الشراء بخمسة ، قال : بل أذنتَ لى فى البيع نسيئةً ، وفى الشراء بعشرة ، القولُ قولُ الوكيل نصّ عليه أحمد فى المضاربة . لأنه أمين فى التصرّف فكان القول قوله فى صفته كالخياط إذا قال : أذنتَ لى فى تفصيله قَباء . قال : بل قميصاً . وحُكى عن مالك إن أدركت السلعة ، فالقولُ قولُ الموكل . وإن فاتت فالقول قولُ الوكيل . لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان . والأصلُ عدمه ، بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الأول أصحّ لوجهين .

أحدها : أنهما اختلفا فى التوكيل الذى يدّعيه الوكيل . والأصلُ عدمه ، فكان القول قول من ينفيه ، كما لو لم يقرّ الموكل بتوكيله فى غيره .

والثانى : أنهما اختلفا فى صفة قول الموكِّل ، فكان القول قوله فى صفة كلامه ، كما لو اختلف الزوجان فى صفة الطلاق ، فعلى هذا إذا قال : اشتريتُ لك هذه الجارية بإذنك ، قال : ما أذنتُ لك إلاّ فى شراء غيرها ، أو قال : اشتريتُها لك بألفين ، فقال : ما أذنت لك فى شرائها إلا بألف . فالقول قول الموكّل ، وعليه اليمين،فإذا حلف برىء من الشراء . ثم لا يخلو : إمّا أن يكون الشراء بعين المال ، أو فى الذمّة . فإذا كان بعين المال فالبيعُ باطل ، وتردُّ الجارية على البائع إن اعترف بذلك . وإن كذّبه فى أن الشراء لغيره ، أو بمال غيره بغير إذنه ، فالقول قول البائع . لأن الظاهر أن ما فى يد الإنسان له ، فإن ادّعى الوكيل علمه بذلك حلّفه أنّه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله . لأنه يحلف على نفى فعل غيره . فكانت يمينه على نفى العلم . فإذا حلف أمضى البيع ، وعلى الوكيل غرامةُ الثمن لموكله ، ودفع الثمن إلى البائع . وتبقى الجارية فى يده ، ولا تحلّ له ، لأنه لا يخلو من أن يكون صادقاً ، فتكون للموكّل ، أو كاذباً فتكون للبائع . فإذا أراد استحلالها اشتراها ممن هى له فى الباطن ، فإن امتنع من بيعه إيّاها رفع الأمر إلى الحاكم ليرفق به ، ليبيعه إيّاها ، ليثبُت الملك له ظاهراً ، وباطناً . ويصير ما ثبت له فى ذمّته ثمناً قصاصاً بالذى أخذ منه الآخَر ظلماً . فإن امتنع الآخر من البيع لم يُجبر عليه . لأنه عقد مُراضاةٍ . وإن قال : إن كانت الجارية لى فقد بعتكها ، أو قال الموكل : إن كنت أذنت لك فى شرائها بألفين فقد بعتكها ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحُّ . وهو قول القاضى ، وبعض الشافعيّة . لأنه بيع مُعلّق على شرط .

والثانى ، يصحُّ . لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده . فلا يضرُّ جعله شرطاً ، كما لو قال : إن كانت هذه الجارية جاريتى فقد بعتكها . وكذا كلُّ شرط علما وجوده . فإنه لا يوجب وقوف البيع ، ولا شكًّا فيه . فأما إن كان الوكيل اشترى فى الذمّة ثمَّ نقد الثمن صحّ الشراء ، ولزم الوكيل فى الظاهر . فأمّا فى الباطن فإن كان الوكيل كاذباً فى دعواه فالجارية له لأنه اشتراها فى ذمّته بغير أمر غيره وإن كان صادقا فالجارية لموكّله . فإذا أراد إحلالها له توصّل إلى شرائها منه ، كما ذكرنا . وكلّ موضع كانت للموكِّل فى الباطن ، فامتنع من بيعها للوكيل ، فقد حصلت فى يد الوكيل ، وهى للموكِّل ، وفى ذمته ، للوكيل ثمنها . فأقرب الوجوه : أن يأذن للحاكم فى بيعها وتوفية حقّه من ثمنها . فإن كانت للوكيل فقد أذن فى بيعها . وإن كانت للموكّل فقد باعها الحاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا . وهذا أقربُ إن شاء الله تعالى . وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكّل جاز . لأنه قائم مقام الموكِّل فى هذا ، فأشبه ما لو اشترى منه .

٣٧٠٥ (فصـــــل)

ولو وكّله فى بيع عبـد فباعه نسيئةً ، فقال الموكّل : ما أذنتُ فى بيعه إلا نقداً ، وصدّقه الوكيل ، والمشترى فسد البيع . وله مطالبةُ من شاء منهما بالعبد ، إن كان باقياً ، أو بقيمته إن كان تالفاً . فإن أخذ

القيمة من الوكيل رجع على المشترى بها . لأن التلف فى يده ، فاستقر الضمان عليه . وإن أخذها من المشترى لم يرجع على أحد . وإن كذّباه وادّعيا أنه أذن فى البيع نسيئةً فعلى قول القاضى . يحلف الموكل ، ويرجع فى العين ، إن كانت قائمةً . وإن كانت تالفة رجع بقيمتها على من شاء منهما . فإن رجع على المشترى رجع الوكيل بالثمن الذى أخذه منه لا غيرُ ، لأنه لم يسلم له المبيع . وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشترى فى الحال ، لأنه يقرّ بصحة البيع ، وتأجيل الثمن . وأن البائع ظلمه بالرجوع عليه ، وأنه إنما يستحقُّ المطالبة بالثمن بعد الأجل . فإذا حلّ الأجل رجع الوكِّل على المشترى بأقلّ الأمرين من القيمة ، أو الثمن المسمّى . لأن القيمة إن كانت أقلّ فما غرم أكثر منها ، فلا يرجع بأكثر مما غرم . وإن كان الثمن أقلّ فالوكيل معترف للمشترى أنه لا يستحق عليه أكثر منه . وأن الموكِّل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن ، فلا يرجع على المشترى بما ظلمه به الموكِّل . وإن كذّبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدِّق بغير يمين ، ويحلف على المكذب ، ويرجع على حسب ما ذكرنا . هذا إن اعترف المشترى بأن الوكيل وكيلٌ فى البيع . وإن أنكر ذلك ، وقال : إنما بعتنى ملكك فالقولُ قوله مع يمينه : أنه لا يعلم كونه وكيلاً . ولا يرجع عليه بشيء .

٣٧٠٦ (فصـــــــل)

وإذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة فى يده ، لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ، ولا يضمنه بتأخيره . لأنه رضى بكونه فى يده ، ولم يرجع عن ذلك . فإن طلبه ، فأخّر ردّه مع إمكانه ، فتلف ضمنه . وإن وعده بردّه ، ثم ادّعى أنى كنتُ رددْته قبل طلبه ، أو أنه كان تلف لم يُقبل قوله . لأنه مكذّب لنفسه بوعده بردّه . فإن صدّقه الموكّل برىء . وإن كذّبه فالقول قولُ الموكّل . فإن أقام الوكيل بينة بذلك فهل يُقبل ؟ على وجهين :

أحدهما : يُقبل . لأنه لو صدّقه الموكّل برىء . فكذلك إذا قامت له بينّه ، ولأن البينّة إحدى الحجّتين ، فبرىء بها ، كالاقرار .

والثانى : لا يُقبل . لأنه كذّبه بوعده بالدفاع ، أما إذا صدّقه فقد أقرّ ببراءته ، فلم يبق له منازع . وإن لم يعده بردّه لكن منعه ، أو مَطَلَه بردّه ، مع إمكانه ، ثم ادّعى التلف ، أو الردَّ لم يُقبل قوله . لأنه ضامن بالمنع خارجٌ عن حال الأمانة ، وإن أقام بما ادّعاه من الردّ ، أو التلف بيّنةً سمُعت ، لأنه لم يكذّبها .

٣٧٠٧ (فصـــــــل)

قال أحمد فى رواية أبى الحارث ، فى رجل له على آخر دراهم ، فبعث إليه رسولا يقبضها ، فبعث إليه

مع الرسول ديناراً ، فضاع مع الرسول : فهو من مال الباعث . لأنه لم يأمره بمصارفته : إنما كان من ضمان الباعث . لأنه دفع إلى الرسول غيرما أمره به المرسِل . فإن المرسِل إنما أمره بقبض ماله فى ذمّته ، وهى الدراهم ، ولم يدفعها . وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم . وهـذا صرف يفتقر إلى رضى صاحب الدين ، وإذنه ، ولم يأذن ، فصار الرسول وكيلاً للباعث فى تأديته . إلى صاحب الدين ، ومصارفته به ، فإذا تلف فى يد وكيله كان من ضمانه ، اللهمّ إلاّ أن يُخبر الرسول الغريم أن ربّ الدَّيْنِ أذن له فى قبض الدينار عن الدراهم ، فيكون حينئذٍ من ضمان الرسول . لأنه غرّه وأخذ الدينار على أنه وكيل المرسِل ، وإن قبض منه الدراهم التى أمر بقبضها ، فضاعت من الرسول فهى من ضمان صاحب الدين ، لأنها تلفت من يد وكيله . وقال أحمد فى رواية مهنا فى رجل له عند آخر دنانير ، وثياب ، فبعث إليه رسولاً . وقال : خذ ديناراً ، وثوباً ، فأخذ دينارين ، وثوبين ، فضاعت . فالضمانُ على الباعث ، يعنى الذى أعطاه الدينارين ، والثوبين ، ويرجع به على الرسول ، يعنى عليه ضمان الدينار ، والثوب الزائدين : إنما جعل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ، ورجع بهما على الرسول ، لأنه غرّه ، وحصل التلف فى يده . فاستقرّ عليه الضمان . وللموكِّل تضمين الوكيل . لأنه تعدّى بقبض ما لم يؤمر بقبضه . فإذا ضمنه لم يرجع على أحد ، لأنّ التلف حصل فى يده ، فاستقرّ الضمان عليه . وقال أحمد فى رجل وكّل وكيلاً فى اقتضاء دينه ، وغاب ، فأخذ الوكيل به رهناً ، فتلف الرهن فى يد الوكيل فقال : أساء الوكيلُ فى أخذ الرهن، ولا ضمان عليه . إنما يضمنه لأنه رهن فاسد . والقبض فى العقد الفاسد كالقبض فى الصحيح، فما كان القبض فى صحيحه مضموناً كان مضموناً فى فاسده ، وما كان غير مضمون فى صحيحه كان مضموناً فى فاسده . ونقل البغوىّ عن أحمد فى رجل أعطى آخر دراهم يشترى له بها شاةً ، فخلطها مع دراهمه ، فضاعا ، فلا شىء عليه ، وإن ضاع أحدهما ، أيهّما ضاع غرِمه . قال القاضى : هـذا محمول على أنه خلطها بما تميّز منها . ويحتمل أنه إن أذن له فى خلطها بما لا تتميّز منه بغير إذنه ضمنها ، كالوديعة ، وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنّه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكِّل . والأصل بقاؤها . ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه ، فأمّا على المحمِل الآخر ، وهو إذا خلطها بما تتميزّ منه . فإذا ضاعت دراهم الموكّل وحدها فلا ضمان عليه ، لأنها ضاعت من غير تعدٍّ منه .

٣٧٠٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو أمره أن يدفع إلى رجل مالاً ، فادّعى أنه دفعه إليه لم يُقبل قوله على الآمر الآخر إلا ببيّنة ﴾

وجملته : أن الرجل إذا وكّل وكيلاً فى قضاء دينه ، ودفع إليه مالاً ليدفعه إليه فادّعى الوكيل قضاء الدين ، ودفع المال إلى الغريم . لم يُقبل قوله على الغريم إلاّ ببيّنه . لأنه ليس بأمينه . فلم يقبل قوله عليه فى الدفع إليه ، كما لو ادّعى الموكّل ذلك . فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكِّل . لأن ذمّته لا تبرأ بدفع المال إلى

وكيله . فإذا دفعه فهل للموكّل الرجوع على وكيله ؟ يُنظر ، فإن ادّعى أنه قضى الدين بغير بيّنة فللموكّل الرجوع عليه ، إذا قضاه فى غيبة الموكّل . قال القاضى : سواء صدّقه أنه قضى الحقّ أو كذّبه ، وهذا قول الشافعىّ . لأنه أذن له فى قضاء يُبرّئه ، ولم يوجد ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يرجع عليه بشىء إلا أن يكون أمره بالاشهاد ، فلم يفعل ، فعلى هذه الرواية : إن صدّقه الموكّل فى الدفع لم يرجع عليه بشىء ، وإن كذّبه فالقول قول الوكيل مع يمينه ، وهذا قول أبى حنيفة ، ووجهٌ لأصحاب الشافعىّ ، لأنه ادّعى فعل ما أمر به موكّله . فكان القول قوله ، كما لو أمره ببيع ثوبه ، فادّعى أنه باعه . ووجه الأول : أنهُ مفرّط بترك الإشهاد ، فضمن ، كما لو فرّط فى البيع بدون ثمن المثل .

فإن قيل : فلم يأمره بالإشهاد . قلنا : إطلاق الأمر بالقضاء يقتضى ذلك . لأنه لا يثبت إلا به ، فيصير كأمره بالبيع ، والشراء ، يقتضى ذلك العرف ، لا العموم . كذا ههنا . وقياس القول الآخر : يمكن القول بموجَبه . وأن قوله مقبول فى القضاء ، لكن لزمه الضمان لتفريطه لا لردّ قوله . وعلى هذا : لو كان القضاء بحضرةِ الموكّل لم يضمن الوكيل شيئاً ، لأن تركه الاشهاد والاحتياط رضًى منه بما فعل . وكيلهُ . وكذلك لو أذن له فى القضاء بغير إشهاد ، فلا ضمان على الوكيل . لأن صريح قوله يقدّم على ماتقتضيه دلالة الحال ، وكذلك إن أشهد على القضاء عَدولاً ، فماتوا ، أو غابوا ، فلا ضمان عليه لعدم تفريطه . وإن أشهد من يختلف فى ثبوت الحقّ بشهادته كشاهد واحد ، أو رجلا وامرأتين ، فهل يبرأ من الضمان ؟ يخرّج على روايتين . وإن اختلف الوكيل ، والموكّل ، فقال : قضيت الدين بحضرتك : قال : بل فى غيبتى ، أوقال : أذنتَ لى فى قضائه بغير بيّنة ، فأنكر الإذن ، أو قال : أشهدت على القضاء شهوداً ، فماتوا ، فأنكر الموكّل . فالقولُ قول الموكّل لأن الأصل معه .

٣٧٠٩ (فصـــــل)

وإن وكّله فى إيداع ماله ، فأودعه ، ولم يُشهد . فقال أصحابنا : لا يضمن إذا أنكر المودَع ، وكلام الخرَقىّ بعمومه يقتضى أن لا يقبل قولُه على الآمر ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . لأنّ الوديعةَ لا تثبُت إلاّ بالبيّنة ، فهى كالدين ، وقال أصحابنا : لا يصحّ القياس على الدين . لأن قول المودَع يُقبل فى الردّ والهلاك ، فلا فائدة فى الاستيثاق . بخلاف الدين . فإن قال الوكيل : دفعت المال إلى المودَع ، فقال : لم تدفعه ، فالقول قولُ الوكيل ، لأنّهما اختلفا فى تصرّفه ، وفيما وكّل فيه . فكان القول قولَه فيه .

٣٧١٠ (فصـــــل)

وإذا كان على رجل دين ، وعنده وديعة ، فجاءه إنسان ، فادّعى أنه وكيل صاحب الدين ، والوديعة فى

قبضهما ، وأقام بذلك بيّنة . وجب الدفع إليه . وإن لم يقم بيّنة لم يلزمه دفعهما إليه ، سواء صدّقه فى أنه وكيله ، أو كذّبه . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : إن صدّقه لزمه . وفاء الدين ، وفى دفع العين إليه روايتان . أشهرهما : لا يجب تسليمها . واحتجّ بأنه أقرّ له بحقّ الاستيفاء . فلزمه إيفاؤه ، كما لو أقرّ له أنه وارثه .

ولنـا : أنه تسليم لا يُبرّئه . فلا يجب ، كما لو كان الحقّ عيناً . وكما لو أقرّ بأن هذا وصىّ الصغير ، وفارق الإقرار بكونه وارثه . لأنه يتضمّن براءته ، فإنّه أقرّ بأنه لا حقّ لسواه ، فأمّا إن أنكر وكالته لم يُستحلف . وقال أبو حنيفة : يُستحلف ، ومبنى الخلاف على الخلاف فى وجوب الدفع مع التصديق . فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب ، كسائر الحقوق ومن ، لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال : لا يلزمه اليمين عند التكذيب ، لعدم فائدتها ، فإن دفع إليه مع التصديق ، أو مع عدمه ، فحضر الموكّل ، وصدّق الوكيل برىء الدافع . وإن كذبه فالقولُ قوله مع يمينه . فإذا حلف ، وكان الحقُّ عيناً قائمةً فى يد الوكيل فله أخذها ، وله مطالبة من شاء بردّها . لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقّها ، والوكيل عيّن ماله فى يده : فإن طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها ، وأخذها من يده ليسلّمها إلى صاحبها ، وإن تلفت العين ، أو تعذّر ردّها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما . لأن الدافع ضمنها بالدفع ، والمدفوع إليه قبض ما لا يستحقّ قبضه ، وأيّهما ضمن لم يرجع على الآخر . لأن كلّ واحد منهما يدّعى أن ما يأخذه المالك ظلم . ويقرُّ بأنه لم يوجد من صاحبه تعدٍّ . فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره ، إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة . فإن ضمن رجع على الوكيل لكونه لم يقرّ بوكالته ، ولا ثبتت ببيّنة . وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه . وإن صدّقه لكن الوكيل تعدّى فيها ، أو فرّط استقرّ الضمان عليه . فإن ضمن لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الدافع رجع عليه . لأنه وإن كان يقرُّ أنه قبضه قبضاً صحيحاً ، لكن لزمه الضمان بتفريطه ، وتعدّيه ، فالدافع يقول : ظلمنى المالك بالرجوع علىّ ، وله على الوكيل حقٌّ يعترف به الوكيل ، فيأخذه يستوفى حقّه منه ، فأمّا إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده . لأن حقه فى ذمّة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحقّ ، والذى أخذه الوكيل عَيْن مال الدافع فى زعم صاحب الحقّ ، والوكيل ، والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحقّ ، وأنه ظالم بالأخذ منه . فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل . ويكون قِصاصاً ممّا أخذه منه صاحبُ الحقّ ، وإن كان قد تلف فى يد الوكيل لم يرجع عليه بشىء . لأنه مقرّ بأنه أمين ، لا ضمان عليه ، إلاّ أن يتلف بتعدّيه . وتفريطه ، فيرجع عليه .

٣٧١١ (فصـــل)

فإن جاء رجل فقال : أنا وارث صاحب الحقّ ، فإن أنـكره لزمته اليمين : انّه لا يعلم صحّـة ماقال . لأن اليمين ههنا على نفي فعل الغير فـكانت على نفي العلم . لأنه لو صدّقه لزمه الدفع إليه . فلمّا لزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنـكار . وإن صدّقه فى أنّه وارث صاحب الحقّ لا وارثَ له سواه لزمه الدفع إليه بغير خلاف نعلمه لأنه مقر له بالحقّ ، وأنه يبرأ بهذا الدفع ، فلزمه ، كالو جاء صاحب الحقّ ، فأمّا إن جاء رجل، فقال : قد أحالنى عليك صاحبُ الحقّ ، فصدّقه ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه الدفع إليه . لأن الدفع إليه غيرُ مُبرىء ، ولاحتمال أن يجىء المحيل ، فينـكر الحوالة، أو يضمنه ، فأشبه المدّعى للوكالة .

والثانى : يلزمه الدفع إليه . لأنه معترف بأن الحقّ له ، لا لغيره . فأشبه الوارث .

فإن قلنا : يلزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنـكار ، وإن قلنـا : لا يلزمه الدفع مع الإقرار لم تلزمه اليمين مع الإنـكار ، لعدم الفائدة فيها . ومثل هذا مذهب الشافعىّ .

٣٧١٢ (فصـــل)

ومن طلب منه حقٌّ ، فامتنع من دفعه حتى يُشهد القابض على نفسه بالقبض نظرتَ . فإن كان الحقّ عليه بغير بيِّنة لم يلزمه القاضي بالاشهاد ، لأنّه لا ضرر عليه فى ذلك . فإنه متى ادّعى الحقّ على الدافع بعد ذلك قال لا يُستحقّ علىّ شيء ، والقول قوله مع يمينه ، وإن كان الحقّ ثبَت ببيِّنة ، وكان مَن عليه الحقّ يُقبل قوله فى الردِّ ، كالمودَع ، والوكيل بغير جُعْلٍ ، فـكذلك ، لأنّه متى ادُّعِيَ عليه حقٌّ ، أو قامت به بيِّنة ، فالقولُ قوله فى الردِّ ، وإن كان ممّن لا يُقبل قوله فى الردّ ، أو يختلف فى قبول قوله ، كالغاصب ، والمستعير ، والمرتهن ، لم يلزمه تسليم ما قبـله إلاّ بالاشهاد ، لئلاّ يُنـكر القابض القبض ، ولا يُقبل قول الدافع فى الردّ . وإن قال : لا يستحقُّ علىّ شيئاً قامت عليه البيِّنة ، أو إذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحقّ ، إلى مَن عليه الحقّ . لأن بينة القبض تُسقط البيِّنة الأولى ، والـكتاب ملـكه . فلا يلزمه تسليمه إلى غيره .

٣٧١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وشراء الوكيل من نفسه غير جائز ، وكذلك الوصىّ ﴾ .

وجملة ذلك : أن من وكِّل فى بيع شيء لم يجُـز له أن يشتريَه من نفسه فى إحـدى الروايتين ، نقلها مهنا . وهو مذهب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وكذلك الوصىُّ لا يجوز أن يشترى من مال اليتيم شيئاً لنفسه فى إحدى الروايتين . وهو مذهبُ الشافعىِّ ، وحُـكى عن مالك ، والأوزاعىِّ جوازُ ذلك فيهما .

والرواية الثانية : عن أحمد : يجوز لهما أن يشتريا بشرطين :

أحدهما : أن يزيدا على مبلغ ثمنه فى النداء .

والثانى : أن يتولّى النّداء غيرُه . قال القاضى : يحتمل أن يكون اشتراط تولّى غيره النّداء واجباً . ويحتمل أن يكون مُستحبًّا . والأول أشبه بظاهر كلامه . وقال أبو الخطّاب : الشرط الثانى : أن يولّى من يبيع ، ويكون هو أحَد المشترين .

فإن قيل : فكيف يجوز له دفعها إلى غيره ليبيعها ، وهذا توكيل ، وليس للوكيل التوكيل ؟

قلنا : يجوز التوكيل فيما لا يتولّى مثله بنفسه ، والنداء ممّا لم تَجْرِ العادة أنْ يتولاّه أكثر الناس بنفوسهم ، وإن وكل إنساناً يشترى له ، وباعه هو جاز على هذه الرواية . لأنه امتثل أمر موكّله فى البيع ، وحصل غرضه من الثمن . فجاز ، كما لو اشتراها أجنبىٌّ . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجوز للوصىِّ الشراء دون الوكيل ، لأن الله تعالى قال (وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إلاَّ بِالتِي هِىَ أَحْسَنُ) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قَرِبَه بالتى هى أحسن ، ولأنه نائب عن الأب ، وذلك جائز للأب ، فكذلك لنائبه .

ووجه الرواية الأولى : أن العرف فى البيع بيع الرجل من غيره ، فحملت الوكالة عليه كما لو صرّح به ، فقال : بعه غيرك . ولأنه تلحقه التهمة ، ويتنافى الغرضان فى بيعه نفسه ، فلم يجُز ، كما لو نهاه . والوصىُّ كالوكيل ، لا يلى بيع مال غيره بتولّيه . فأشبه الوكيل ، أو متهم ، فأشبه الوكيل ، بل التهمة فى الوصىّ آكدُ من الوكيل ، لأن الوكيل يتّهم فى ترك الاستقصاء فى الثمن لا غيرُ ، والوصىّ يتّهم فى ذلك ، وفى أنه يشترى من مال اليتيم ما لاحظّ لليتيم فى بيعه . فكان أولى بالمنع ، وعند ذلك لا يكون أخذه لماله قرباً له بالتى هى أحسن . وقد رُوى عن ابن مسعود : أنّه قال فى رجل أوصى إلى رجل بتركته ، وقد ترك فرساً ، فقال الوصىُّ : اشتره ؟ قال : لا .

٣٧١٤ (فصل)

والحكم فى الحاكم ، وأمينه ، كالحكم فى الوكيل ، والحكم فى بيع أحد هؤلاء لوكيله ، أو ولده الصغير ، أو الطفل يلى عليه أو لوكيله ، أو عبده المأذون كالحكم فى بيعه لنفسه . كلّ ذلك يخرّج على روايتين ، ، بناء على بيعه لنفسه ، أما بيعه لولده الكبير ، أو والده أو مكاتَبه ، فذكرهم أصحابُنا أيضا فى جملة مايخرّج على روايتين ، ولأصحاب الشافعىّ فيهم وجهان ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيعه لولده الكبير لأنه امتثل أمر موكّله ، ووافق العرف فى بيع غيره . فصحّ ، كما لو باعه لأخيه ، وفارق البيع لوكيله ، لأنّ الشراء إنّما يقع لنفسه ، وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلى عليه بيع لنفسه . لأنّه هو المشترى

له ، ووجه الجمع بينهم أنه يتهم فى حقهم ، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم فى الثمن ، كتهمته فى حق نفسه . وكذلك لاتقبل شهادته ، والحكم فيما أراد أن يشترى لموكله كالحكم فى بيعه لماله ، لأنهما سواء فى المعنى .

٣٧١٥ (فصــل)

وإن وكل رجلا يتزوج له امرأة . فهل له أن يزوجه ابنته : يخرج على ما ذكرنا فى الوكيل فى البيع ، هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ، ومحمد : يجوز ، ووجه القولين ما تقدم فى التى قبلها . وإن أذنت له وليته فى تزويجها خرج فى تزويجها لنفسه أو لولده وجهان، بناء على ما ذكره فى البيع ، وكذلك إن وكله رجل فى تزويج ابنته خرج فيه مثلُ ذلك .

٣٧١٦ (فصــــــــل)

وإن وكله رجل فى بيع عبده ، ووكله آخر فى شراء عبد . فقياس المذهب : أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه . لأنه أذن له فى طرفى العقد . فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم ، كالأب يشترى من مال ولده لنفسه ، ولو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما ، فالقياس جوازه . لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما. والجواب عن الآخر ، وإقامة حجة كل واحد منهما . ولأصحاب الشافعى فى المسألة وجهان .

٣٧١٧ (فصــــل)

وإذا أذن للوكيل أن يشترى من نفسه جاز له ذلك . وقال أصحاب الشافعى ، فى أحد الوجهين : لا يجوز.لأنه يجتمع له فى عقده غرضان : الاسترخاصُ لنفسه ، والاستقصاءُ للموكل . وهما متضادّان، فتمانعا.

ولنا : أنه وكل فى التصرُّف لنفسه ، فجاز ، كما لو وكل المرأة فى طلاق نفسها . ولأن علة المنع هى من المشترى لنفسه ، فى محل لاتفاق التهمة ، لدلالتهما على عدم رضى الموكل بهذا التصرف ، وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه ، وإذنه . وقد صرح ههنا بالإذن فيها . فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه . وقولهم : إنه يتضادّ مقصوده فى البيع ، والشراء . قلنا : إن عيّن الموكل له الثمن ، فاشترى به ، فقد زال مقصود الاستقصاء . وأنه لا يُراد أكثر مما قد حصل ، وإن لم يعيّن له الثمن تقيَّد البيع بثمن المثل ، كما لو باع الأجنبى . وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبداً يشترى له نفسه من سيِّده وجهاً : أنه لا يجوز . فيخرج ههنا مثله . والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى .

٣٧١٨ (فصــــل)

إذا وكل عبداً يشترى نفسه من سيِّده ، أو يشترى منه عبداً آخر ، ففعل صح . وبه قال أبو حنيفة،

وبعض الشافعيّة ، وقال بعضهم : لا يجوز لأن يد العبد كيد سيّده . فأشبه ما لو وكّله في الشراء من نفسه . ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده . وذكر أصحابنا وجهاً كذلك .

ولنا : أنه يجوز أن يشترى عبداً من غير مولاه ، فجاز أن يشتريه من مولاه كالأجنبيّ . وإذا جاز أن يشترى غيره جاز أن يشترى نفسه ، كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها . والوجه الذى ذكره أصحابنا لا يصحّ . لأن أكثر ما يقدّر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيّده . وقد ذكرنا صحّة توكيل السيّد في الشراء ، والبيع من نفسه . فههنا أولى . فعلى هذا إذا قال العبد : اشتريت نفسي لزيد . فصدّقه سيّده ، وزيد صحّ . ولزم زيداً الثمن . وإن قال السيّد : ما اشتريت نفسك إلا لنفسك عتق العبد بقوله ، وإقراره على نفسه بما يعتق به ، ويلزم العبد الثمن في ذمّته لسيّده . لأن زيداً لا يلزمه الثمن ، لعدم حصول العبد له ، وكون سيّده لا يدّعيه عليه . فلزم العبد . لأن الظاهر ممّن باشر العقد أنه له ، وإن صدّقه السيّد وكذّبه زيد نظرتَ في تكذيبه . فإن كذبه في الوكالة حلف وبرىء . وللسيّد فسخ البيع ، واسترجاع عبده ، لتعذّر ثمنه . وإن صدّقه في الوكالة ، وكذّبه في أنك ما اشتريت نفسك لى . فالقولُ قولُ العبد ، لأنّ الوكيل يقبل قوله في التصرّف المأذون فيه .

٣٧١٩ (فصــل)

وإن وكّل عبده في إعتاق نفسه ، أو امرأته في طلاق نفسها صحّ ، وإن وكّل العبد في إعتاق عبيده ، والمرأة في طلاق نسائه . لم يملك العبد إعتاق نفسه ، ولا المرأة طلاق نفسها . لأن ذلك ينصرف بإطلاقه إلى التصرّف في غيره ، ويحتمل أن لهما ذلك ، أخذاً من عمــوم لفظه . كما يجوز الوكيل في البيع البيع من نفسه ، في إحدى الروايتين ، وإن وكّل غريماً له في إبراء نفسه صحّ . لأنه وكّله في إسقاط حقّ عن نفسه . فأشبه توكيل العبد في إعتاق نفسه ، وإن وكّله في إبراء غرمائه لم يكن له أن يبرّىء نفسه ، كما لو وكّله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكّله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه . ويحتمل أن يملك إبراء نفسه ، لما ذكرنا من قبــل ، وإن وكل المضمون عنه في إبراء الضامن . فأبرأه صحّ . ولا يبرأ المضمون عنه ، وإن وكّل الضامن في إبراء المضمون عنه ، أو الكفيل في إبراء المكفول عنه،فأبرأه صحّ ، وبرىء الوكيل ببراءته ، لأنه فرع عليه . فإذا برىء الأصل برىء الفرع ببراءته .

٣٧٢٠ (فصــل)

وإن وكّله في إخراج صدَقة على المساكين ، وهو مسكين ، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه على قوم وهو منهم ، أو دفع إليه مالاً ، وأمره بتفريقه على من يريد ، أو دَفعه إلى من شاء . فالمنصوص عن أحمد . أنه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً ، فإن أحمد قال : إذا كان في يده مال للمساكين ، وأبواب البرّ ، وهو محتاج

فلا يأكل منه شيئاً . وإنما أمره بتنفيـــذه . وذلك لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره .
ويحتمل أن يجوز له الأخذ إذا تناوله عموم اللفظ . كالمسائل التى تقدَّمت . ولأن المعنى الذى حصــل به الاستحقاق متحقِّق فيهِ ، واللفظ متناول له ، فجاز له الأخذ كغيره ، ويحتمـــل الرجوع فى ذلك إلى قرائن الأحوال : فما غلب على الظنّ فيهِ أنهُ أراد العموم فيهِ ، وفى غيره ، فله الأخذ منه ، وما غلب أنه لم يردَّه ، فليس له الأخذ ، وما تساوى فيهِ الأمران احتمل وجهين . وهل له أن يُعطيه لولده ، أو والده ، أو امرأته ؟ فيه وجهان .

أولهما : جوازه . لدخولهم فى عمـــوم لفظه ، ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع إليهم . فأمّا من تلزمه مؤنته غير هؤلاء فيجوز الدفع إليهم ، كما يجوز دفع صدقةِ التطوّع إليهم .

٣٧٢١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه ﴾

يعنى أن الأب يجوز أن يشترى لنفسه من مال ابنه الذى فى حِجْره ، ويبيع ولده من مال نفسه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىُّ ، ومالك ، والأوزاعىّ : وزادوا الجدَّ ، فأباحوا له ذلك . وقال زفر : لا يجوز لأن حقوق العقد تتعلّق بالعاقد . فلا يجوز أن يتعلّق به حكمان متضادّان ، ولأنه لا يجوز أن يكون موجَباً، وقابلاً فى عقد واحد ، كما يجوز أن يتزوّج بنتَ عمِّهِ من نفسه .

ولنــا : أن هذا يلى بنفسه ، فجاز أن يتولّى طرفى العقد ، كالأب يزوّج ابنته عبده الصغير ، والسيّد يزوّج عبده أمته . ولا نسلّم ما ذكره من تعلّق حقوق العقد بالعاقد لغيره . فأما الجدّ فلا ولاية له على ابن ابنه ، على ماسنذكره فى موضعه . فينزّل منزلة الأجنبىّ . ولأنّ التهمــة بين الأب وولده مُنتفية . إذ من طبعه الشفقة عليه ، والميلُ له ، وتركُ حظّ نفسه لحظّه . فلذلك جاز ، وفارق الجد ، والوصىّ ، والحاكم ، وأمينه . فإن التهمة غير مُنْتَفِيةفى حقِّهم ، وأما تولّى طرفى العقد فيجوز . بدليل الأصل الذى ذكرناه . ولا نسلّم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوّج ابنة عمّه ، بل يجوز . بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ « أَتَجْعَلِينَ أَمْرَكِ إلىَّ ؟ قالت : نعم . قال : قد تَزَوَّجْتُكِ » ولئن سلّمنا ، فلأنّ التهمة غيرُ مُنتفية ثَمَّ .

٣٧٢٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكِّل ، أو موته فباطل ﴾

وجملته : أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ، فللموكِّل عزلُ وكيله متى شاء . وللوكيل عزلُ نفسه ، لأنه أذن فى التصرّف ، فكان لكلّ واحد منهما إبطاله ، كما لو أذن فى أكل طعامه ، وتبطل أيضاً بموت

أحدهما أيهما كان ، وجنونه المُطبِق . ولا خلاف فى هـذا كلّه فيما نعلم ، فمتى تصرّف الوكيل بعد فسخ الموكّل ، أو موته ، فهو باطل إذا علم ذلك . فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ، ولا موت الموكّل . فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعىّ فيه قولان . وظاهر كلام الخرقىّ هذا : أنه ينعزل ، علم أو لم يعلم ، ومتى تصرّف ، فبان أن تصرّفه بعدَ عزله ، أو موت موكّله فتصرُّفه باطل ، لأنه رفعُ عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه . فلا يفتقر إلى علمه ، كالطلاق ، والعِتاق .

والرواية الثانية : عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكّل ، وعزله . نصّ عليه فى رواية جعفر ابن محمد . لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر . لأنه قد يتصرّف تصرّفاتٍ فتقع باطلةً : وربّما باع الجارية ، فيطؤها المشترى ، أو الطعام فيأكله ، أو غير ذلك ، فيتصرّف فيه المشترى ، ويجب ضمانه ، ويتضرّر المشترى ، والوكيل . ولأنه يتصرّف بأمر الموكّل ولا يثبت حكم الرجوع فى حقّ المأمور قبل علمه كالفسخ ، فعلى هذه الرواية متى تصرّف قبل العلم نفذ تصرُّفه ، وعن أبى حنيفة أنه إن عزله الموكّل فلا ينعزل قبل علمه ، لما ذكرنا . وإن عزل الوكيلُ نفسَه لم ينعزل إلا بحضرة الموكّل . لأنه متصرّف بأمر الموكّل . فلا يصحّ ردّه أمره بغير حضرته ، كالمودَع فى ردّ الوديعة .

ولنا : ما تقدّم ، فأما الفسخُ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان . فإنّ أمر الشارع يتضمّن المعصية بتركه ، ولا يكون عاصياً من غير علمه . وهذا يتضمّن العزل عنه إبطال التصرُّف ، فلا يمنع منه عدمُ العلم .

٣٧٢٣ (فصل)

ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرُّف ، مثل أن يُجنّ ، أو يُحجر عليه لسفهٍ ، فحكمه حكم الموت . لأنه لا يملك التصرّف ، فلا يملكه غيره من جهته ، قال أحمد فى الشركة : إذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل ، وإن حُجِر على الوكيل لفلَسٍ فالوكالة بحالها . لأنه لم يخرُج عن كونه أهلاً للتصرّف ، وإن حُجِر على الموكِّل ، وكانت الوكالة فى أعيان ماله ، بطلت ، لانقطاع تصرّفه فى أعيان ماله . وإن كانت فى الخصومة ، أو الشراء فى الذمّة ، أو الطلاق ، أو الخُلع ، أو القِصاص فالوكالة بحالها . لأن الموكّل أهل لذلك ، وله أن يستنيب فيه ابتداءً ، فلا تنقطع الاستدامة . وإن فسق الوكيل لم ينعزل . لأنه من أهل التصرُّف إلا أن تكون الوكالة فيما يُنافيه الفسقُ ، كالإيجاب فى عقد النكاح ، فإنه ينعزل بفسقه ، أو فسق موكّله بخروجه عن أهليّة التصرُّف . فإن كان وكيلاً فى القبول للموكّل لم ينعزل بفسق مُوكّله . لأنه لا ينافى جواز قبوله . وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وإن كان وكيلاً فيما تُشترط فيه الأمانة ، كوكيل ولىّ اليتيم ، وولىّ الوقف على المساكين، ونحوهذا انعزل بفسقه ، وفسق موكّله ، بخروجهما بذلك عن أهليّة التصرّف .

وإن كان وكيلاً لوكيل من يتصرّف فى مال نفسه انعزل بفسقه ، لأنّ الوكيلَ ليس له توكيلُ فاسقٍ ، ولا ينعزل بفسق مُوكّله لأن موكّله وكيلٌ لربِّ المال ، ولا ينافيه الفسقُ .

ولا تبطل الوكالة بالنوم ، والسكر والإغماء لأن ذلك لا يُخرجه عن أهليّة التصرّف . ولا تثبُت عليه ولاية إلا أن يحصُل الفسقُ بالسكر . فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه .

٣٧٢٤ (فصـــــل)

ولا تبطل الوكالة بالتعدِّى فيما وكّل فيه ، مثل أن يلبس الثوب ، ويركب الدابة . وهـذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، والوجه الثانى : تبطل الوكالة . لأنّها عقدُ أمانةٍ فتبطل بالتعدِّى ، كالوديعة .

ولنا : أنه إذا تصرّف فقد تصرّف بإذن موكّله ، فصحّ ، كما لو لم يتعدَّ ، ويُفارق الوديعة من جهة أنّها أمانة مجرّدة ، فنافاها التعدّى ، والخيانة . والوكالة إذنٌ فى التصرّف تضمّنت الأمانة ، فإذا انتفت الأمانة بالتعدّى بقى الإذنُ بحاله ، فعلى هذا : لو وكّله فى بيع ثوب ، فلبسه ، صار ضامناً . فإذا باعه صحّ بيعُه ، وبرىء من ضمانه ، لدخوله فى ملك المشترى ، وضمانه . فإذا قبض الثمن كان أمانةً فى يده غير مضمون عليه ، لأنه قبضه بإذن الموكِّل ، ولم يتعدَّ فيه . ولو دفع إليه مالاً ، ووكّله فى شراء شىء ، فتعدّى فى الثمن صار ضامناً له . فإذا اشترى به ، وسلّمه زال الضمان ، وقبضُه للمبيع قبضُ أمانةٍ .

وإن وجد بالمبيع عيب فرُدّ عليه ، أو وجد هو بما اشترى عيباً فردّه ، وقبض الثمن كان مضموناً عليه . لأن العقد المزيل للضمان زال ، فعاد ما زال عنه .

٣٧٢٥ (فصـــــل)

وإن وكّل امرأته فى بيع ، أو شراء ، أو غيره ، ثم طلّقها لم تنفسخ الوكالة . لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة ، فلا يقطع استدامتها . وإن وكّل عبده ، ثمّ أعتقه ، أو باعه ، لم ينعزل ، لذلك ، ويحتمل أن ينعزل ، لأنّ توكيل عبده ليس بتوكيلٍ فى الحقيقة ، إنّما هو استخدامٌ بحقِّ الملك ، فيبطل بزوال الملك ، فاذا باعه فقد صار إلى ملك مَنْ لم يأذن فى توكيله ، وثبوتُ ملك غيره فيه يمنعُ ابتداء توكيله بغير إذنه ، فقطع استدامته ، وهكذا الوجهان فيما إذا وكّل عبد غيره ، ثم باعه ، والصحيح : أن الوكالة لا تبطُل . لأنّ سيّد العبد أذن له فى بيع ماله ، والعتق لا يُبطِل الإذنَ .

وهكذا إن باعه ، إلا أنّ المشترىَ إن رضى ببقائه على الوكالة بقى ، وإن لم يرضَ بذلك بطلت الوكالة .

وإن وكّل عبد غيره ، فأعتقه ، لم تبطُل الوكالة . وجهاً واحداً . لأن هذا توكيلٌ حقيقةً ، والعتق

غيرُ منافٍ له ، وإن اشتراه الموكّل منه لم تبطُل الوكالة . لأن ملكه له لا يُنافي إذنه له فى البيع ، أو الشراء .

٣٧٢٦ (فصـــــل)

وإن وكّل مسلم كافرا فيما يصح تصرّفه فيه صحّ توكيله ، سواء كان ذمّياً أو مستأمناً أو حَرْبيا ، أو مُرتداً . لأن العدالة غيرُ مشترطة فيه . وكذلك الدين كالبيع . وإن وكّل مُسلما ، فارتدّ لم تبطل الوكالة ، سواء لحق بدار الحرب ، أو أقام . وقال أبو حنيفة : إن لحق بدار الحرب بطلت وكالته . لأنه صار منهم .

ولنا : أنه يصح تصرّفه لنفسه ، فلم تبطُل وكالته ، كما لو لم يلحق بدار الحرب . ولأن الردّة لا تمنع ابتداء وكالته ، فلا تمنع استدامتها ، كسائر الكفر ، وإن ارتدّ الموكّل لم تبطل الوكالة فيما له التصرّف فيه ، فأما الوكيل فى ماله . فينبنى على تصرّفه نفسه ، فإن قلنا : يصحّ تصرّفه لم يبطل توكيله . وإن قلنا : هو موقوف فوكالته موقوفة ، وإن قلنا : يبطل تصرّفه بطل توكيله . وإن وكّل فى حال ردّته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً .

٣٧٢٧ (فصـــــل)

ولو وكّل رجلاً فى نقل امرأته ، أو بيع عبده . أو قبض داره من فلان فقامت البيّنة بطلاق الزوجة ، وعتق العبد ، وانتقال الدار عن الموكّل بطلت الوكالة . لأنه زال تصرّف الموكّل فزالت وكالته .

٣٧٢٨ (فصـــــل)

وإن تلفت العين التى وكّل فى التصرّف فيها بطلت الوكالة . لأن محلّها ذهب ، فذهبت الوكالة ، كما لو وكّله فى بيع عبد ، فمات ، ولو دفع اليه ديناراً ، ووكّله فى الشراء به ، فهلك الدينار ، أو ضاع ، أو استقرضه الوكيلُ ، وتصرّف فيه بطلت الوكالة ، سواء وكّله فى الشراء بعينه ، أو مُطلقاً . لأنه إن وكّله فى الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه ، فبطلت الوكالة ، وإن وكّله فى الشراء مُطلقاً ، ونقد الدينار بطلت أيضاً . لأنه إنّما وكّله فى الشراء به ، ومعناه : أن ينقده ثمن ذلك المبيع : إمّا قبل الشراء ، أو بعده . وقد تعذّر ذلك بتلفه . ولأنه لو صحّ شراؤه للزم الموكِّل ثمنٌ لم يلزمه ، ولا رضى بلزومه . وإذا استقرضه الوكيلُ ، ثم عَزل ديناراً عِوَضَه ، واشترى به فهو كالشراء له من غير إذن . لأن الوكالة بطلت ، والدينار الذى عزله عِوَضاً لا يصير للموكِّل حتى يَقبضه ، فاذا اشترى للموكِّل به شيئاً وقف على إجازة الموكِّل ، فإن أجازه صحّ ، ولزم الثمن ، وإلا لزم الوكيل ، وعنه يلزم الوكيلَ بكلّ حال .

وقال القاضى : متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراءُ باطل . لأنه لا يصحّ أن يشترى بعين ماله ما يملكه غيرُه .

وقال أصحاب الشافعىّ : متى اشترى لغيرة بمال نفسه شيئاً صحّ الشراء للوكيل ، سواء اشتراه بعين

المال ، أو فى الذمّة . لأنه اشترى له مالم يُؤذن له فى شرائه ، أشبه ما لو اشتراه فى الذمّة .

٣٧٢٩ (فصـــل)

نقل الأثرم عن أحمد فى رجل كان له على آخر دراهم ، فقال له : إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان ، وغاب صاحبُ الحقّ ولم يُوصِ إلى هذا الذى أذن له فى القبض ، لـكن جعله وكيلاً وتمـكّن مَنْ عليه الدينُ من القضاء ، فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكّل قد مات ، ويخاف التبعة من الورثة . فقال : لا يُعجبنى أن يدفع إليه ، لعلّه قد مات ، لـكن يجمع بين الوكيل ، والورثة ، ويبرأ إليهما من ذلك .

هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم ، خوفاً من التبعة من الورثة ، إن كان موروثهم قد مات ، فانعزل وكيله ، وصار الحقّ لهم ، فيرجعون على الدافع إلى الوكيل . فأمّا من طريق الحـكم فللوكيل المطالبة ، وللآخَر الدفع إليه فإنّ أحمد قد نصّ فى رواية حرب : إذا وكّله فى الحدّ ، وغاب استوفاه الوكيلُ . وهو أبلغ من هذا . لـكونه يدرأ بالشُّبهات ، لـكن هذا احتياطٌ حسن ، وتبرئةٌ للغريم ظاهراً ، وباطناً ، وإزالةٌ للتبعة عنه.وفى هذه الرواية دليل على أنّ الوكيل انعزل بموت الموكّل . وإن لم يعلم بموته . لأنه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكّل قد مات ، وانتقل إلى الورثة .

ويجوز أن يكون اختار هذا لئلاّ يكون القاضى ممّن يرى أن الوكيل ينعزل بالموت فيحكم عليه بالعزل به ، وفيها دليل على جواز تراخى القبول عن الإيجاب . لأنه وكّله فى قبض الحقّ ولم يعلمه . ولم يكن حاضراً ، فيقبل . وفيها دليل على صحّة التوكيل بغير لفظ التوكيل . وقد نقل جعفر بن محمد فى رجل قال لرجل: بع ثوبى: ليس شىء حتّى يقول : قد وكّلتك . وهذا سهو من الناقل . وقد تقدّم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل . وهو الذى نقله الجماعة .

٣٧٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وكّله فى طلاق زوجته فهو فى يده ، حتّى يفسخ أو يطأ ﴾

وجملة ذلك : أن الوكالة إذا وقعت مُطلقةً غير مؤقتة ملك التصرّف أبداً ، مالم تنفسخ الوكالة . وفسخ الوكالة أن يقول . فسختُ الوكالة ، أو أبطلتها ، أو نقضتها ، أو عزلتك ، أوصرفتك عنها، وأزلتك عنها، أو ينهاه عن فعل ما أمره به ،ووكّله فيه ، وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله ، المؤدّية معناه ، أو يعزل الوكيلُ نفسه ، أو يوجد ما يقتضى فسخها حكماً ، على ما قد ذكرنا ، أو يزول ملـكهُ عمّا قد وكّله فى التصرّف فيه ، أو يوجد ما يدلّ على الرجوع عن الوكالة .

فإذا وكّله فى طلاق امرأته ، ثم وطئها انفسخت الوكالة . لأنّ ذلك يدلّ على رغبته فيها ، واختياره إمساكها ، وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقاً رجعيّاً . كان ارتجاعاً لها فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها ، فلأن يقتضى استبقاءها على نكاحها ، ومنع طلاقها أولى .

وإن باشرها دون الفرج ، أو قبّلها ، أو فعل بها ما يحرُم على غير الزوج . فهل تفسخ الوكالة فى الطلاق ؟ يحتمل وجهين ، بناء على الخلاف فى حصول الرجعة به .

وإن وكّله فى بيع عبد ، ثمّ أعتقه ، أو باعه بيعاً صحيحا ، أو كاتبه ، أو دبّره انفسخت الوكالة . لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن فى التصرّف فيما لا يملكه ، وفى الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلاً للبيع ، وعلى الرواية الأخرى : تصرّفه فيه بذلك يدلّ على أنه قصد الرجوع عن بيعه ، وإن باعه بيعاً فاسداً تبطُل الوكالة . لأن ملكه فى العبد لم يزُل ، ذكره ابن المنذر .

٣٧٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن وكّل فى شراء شىء ، فاشترى غيره كان الآمرُ مخيّراً فى قبول الشراء . فإن لم يقبل لزم الوكيل ، إلا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطُل الشراء ﴾

وجملته : أن الوكيل فى الشراء إذا خالف موكّله ، فاشترى غير ما وكّل فى شرائه مثل أن يوكّله فى شراء عبد ، فيشترىَ جاريةً لم يخلُ من أن يكون اشتراه فى ذمّته ، أو بعين المال . فإن كان اشتراه فى ذمّته ، ثمّ نقد ثمنه ، فالشراء صحيح ، لأنه إنما اشترى بثمن فى ذمته ، وليس ذلك مِلكاً لغيره . وقال أصحابُ الشافعىّ : لا يصحّ فى أحد الوجهين . لأنه عقده على أنّه للموكِّل ، ولم يأذن فيه ، فلم يصحّ . كما لو اشترى بعين ماله .

ولنا : أنه لم يتصرّف فى ملك غيره . فصحّ ، كما لو لم ينوه لغيره.

إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان

إحداهما : الشراء لازم للمشترى . وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعىّ . لأنه اشترى فى ذمّته بغير إذن غيره . فكان الشراء له ، كما لو لم ينو غيره .

والرواية الثانية : يقف على إجازة الموكّل . فإن أجازه لزمه . لأنه اشترى له وقد أجازه فلزمه ، كما لو اشترى بإذنه ، وإن لم يُجزه لزم الوكيل . لأنّه لا يجوز أن يلزم الموكّل . لأنه لم يأذن فى شرائه ، ولزم الوكيل ، لأن الشراء صدر منه ، ولم يثبت لغيره ، فيثبت فى حقّه ، كما لو اشتراه لنفسه ، وهكذا الحكم فى كلّ من اشترى شيئاً فى ذمّته لغيره بغير إذنه ، سواء كان وكيلاً للذى قصد الشراء له ، أو لم يكن وكيلاً له .

فأمّا إن اشترى بعين المال ، مثل أن يقول : بعنى الجاريةَ بهذه الدنانير ، أو باع مال غيره بغير إذنه ، فالصحيحُ من المذهب أن البيع باطل ، وهو مذهبَ الشافعيّ ، وفيه رواية أخرى : أنّه صحيح ، ويقف على إجازة المالك . فإن لم يُجزه بطل . وإن أجازه صحّ . لحديث عُروة بن الجَعْد : أنّه باع مالم يُؤذن له فى بيعه . فأقرّه عليه النبيُّ صلى الله عليه وسلم ودعا له . ولأنه تصرّف له بخير ، فصحّ ، ووقف على الإجازة ، كالوصيّة بالزائد على الثلث .

ووجه الرواية الأولى : أنه عقد على مال من لم يأذن له فى العقد ، فلم يصحّ ، كما لو باع مال الصبيّ المراهق ، ثم بلغ ، فأجازه . ولأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حِزام «لاتَبِعْ مَالَيْسَ عِنْدَكَ» يعنى مالم تملك ، وأما حديث عُروةَ فإنه يحتمل أنه كان وكيلاً مُطلقاً . بدليل أنه باع ، وسلّم المبيع ، وأخذ ثمنه ، وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذنْ له فيه اتفاقاً ، ومتى حكمنا ببطلان البيع ، فاعترف له العاقدُ معه ببطلان البيع ، أو ثبت ذلك ببيِّنة ، فعليه ردّ ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ، ولا قامت به بيّنة حلف العاقدُ ، ولم يلزمه ردّ شيء . لأن الأصلَ أن تصرّف الإنسان لنفسه ، فلا يصدّق على غيره فيما يُبطلُ عقده .

وإن ادّعى البائع أنّه باع مال غيره بغير إذنه ، فالقولُ قول المشترى . لما ذكرناه ، ولو قال المشترى : إنك بعت مال غيرك بغير إذنه . فأنكر البائع ذلك ، وقال : بل بعتُ ملكى ، أو قال : بعتُ مالَ موكلى بإذنه . فالقولُ قوله أيضاً ، وإن اتفق البائع والمشترى على ما يُبطل البيع ، وقال الموكّل : بل البيعُ صحيح . فالقولُ قوله مع يمينه . ولا يلزمه ردّ ما أخذه من العِوَض .

٣٧٣٢ (فصـــــل)

وإن وكّله فى أن يتزوّج له امرأة ، فتزوّج له غيرها ، أو تزوّج له بغير إذنه ، فالعقدُ فاسد بكلّ حال فى إحدى الروايتين ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأن مِنْ شَرْطِ صحّة النكاح ذكر الزوج ، فإذا كان بغير إذنه لم يقع له ، ولا للوكيل . لأن المقصود أعيان الزوجين ، بخلاف البيع ، فإنّه يجوز أن يشترى له من غير تسمية المشترى له ، فافترقا .

والرواية الثانية : يصحّ النكاح ، ويقف على إجازة المتزوّج له . فإن أجازه صحّ ، وإلاّ بطل ، وهذا مذهبُ أبى حنيفة . والقول فيه كالقول فى البيع على ما تقدّم .

٣٧٣٣ (فصـــــل)

قال القاضى : إذا قال لرجـــل : اشتر بدَيْنى عليك طعاماً لم يصحّ . ولو قال : تسلّف لى ألفاً من مالك فى كرّ[1] طعام ، ففعل لم يصحّ . لأنه لا يجوز أن يشترى الإنسان بماله ما يملكه غيرُه

(١) الكر : أربعون إردبا .

وإن قال : اشتر لى فى ذمتك . أو قال : تسلّف لى ألفاً فى كُرّ طعام ، واقض الثمن عنّى من مالك ، أو من الدين الذى لى عليك صحّ . لأنه إذا اشترى فى الذمّة حصل الشراء للموكّل ، والثمنُ عليه . فإذا قضاه من الدين الذى عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحبُ الدين بدفعه إليه ، وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذى عليه صار قرضاً عليه .

٣٧٣٤ (فصـــل)

ولا يملك الوكيل من التصرّف إلا ما يقتضيه إذن موكّله من جهة النطق ، أو من جهة العُرف . لأن تصرّفه بالإذن فاختصّ بما أذن فيه . والإذن يُعرف بالنطق تارةً ، وبالعرف أخرى ، ولو وكّل رجلاً فى التصرّف فى زمن مُقيَّد لم يملك التصرّف قبله ، ولا بعده لأنه لم يتناوله إذنُه مُطلقاً ، ولا عُرفاً . لأنه قد يُؤْثِر التصرّف فى زمن الحاجة إليه دون غيره . ولهذا لما عيَّن الله تعالى لعبادته وقتاً لم يَجُز تقديمُها عليه ، ولا تأخيرُها عنه .

فلو قال له : بع ثوبى غداً لم يَجُز بيعُه اليومَ ولا بعد غد ، وإن عيّن له المكان وكان يتعلق به غرض ، مثل أن يأمره ببيع ثوبه فى سوق ، وكان ذلك السوق معروفاً بجَوْدة النقد ، أو كثرة الثمن ، أو حِلِّه ، أو بصلاح أهله ، أو بمودّةٍ بين الموكِّل وبينهم تقيَّد الإذنُ به . لأنه قد نصّ على أمر له فيه غرض ، فلم يجُز تفويتُه . وإن كان هو وغيره سواء فى الغرض لم يتقيَّد الإذن به . وجاز له البيع فى غيره ، لمساواته المنصوص عليه فى الغرض . فكان تنصيصه على أحدهما إذناً فى الآخر ، كما لو استأجر ، أو استعار أرضاً لزراعة شىء ، كان إذناً فى زراعة مثله ، فما دونه .

ولو اشترى عَقَاراً كان له أن يُسكنه مثله . ولو نذر صلاةً ، أو اعتكافاً فى مسجد جاز الاعتكاف ، والصلاة فى غيره ، وسواء قدّر له الثمن ، أو لم يقدّره ، وإن عيّن له المشترىَ ، فقال : بعه فلاناً لم يملك بيعَه لغيره ، بغير خلاف علمناه ، سواء قدّر له الثمن ، أو لم يقدّره . لأنه قد يكون له غرض فى تمليكه إيّاه دون غيره إلا أن يعلم الوكيل بقرينة ، أو صريح ، أنَّه لا غرض له فى عين المشترى .

٣٧٣٥ (فصـل)

وإن وكّله فى عقد فاسد لم يملكه . لأن الله تعالى لم يأذن فيه . ولأن الموكل لا يملكه ، فالوكيل أولى ، ولا يملك الصحيح ، لأن الموكِّل لم يأذن فيه ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : يملك الصحيح ، لأنه إذا أذن فى الفاسد فالصحيح أولى .

ولنـا : أنه أذن له فى محرَّم ، فلم يملك الحلالَ بهذا الإذن ، كما لو أذن فى شراء خمر ، وخنزير ، لم يملك شراء الخيل ، والغنم .

٣٧٣٦ (فصـــل)

وإن وكّله فى بيع عبد ، أو حيوان ، أو عقار ، ونحوه ، أو شرائه ، لم يملك العقد على بعضه . لأن التوكيل تناول جميعه ، وفى التبعيض إضرار بالموكّـل ، وتشقيص لملـكه ، ولم يأذن فيه ، وإن وكّـله فى بيع عبيد ، أو شرائهم ملك العقد عليهم جملةً واحدةً ، واحداً ، واحداً . لأن الإذن يتناول العقد عليهم جملةً ، والعرف فى بيعهم وشرائهم العقدُ على واحدٍ واحدٍ . ولا ضرر فى جمعهم ، ولا إفرادهم .

وإن قال : اشتر لى عبداً صفقةً واحدةً ، أو واحداً ، واحداً أو بعهم ، لم تَجُز مخالفته . لأن تنصيصه على ذلك يدلُّ على غرضه فيه ، فلم يتناول إذنُه سواه .

وإن قال : اشتر لى عبدين صفقةً ، فاشترى عبدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما ، أو من أحدهما بإذن الآخر جاز .

وإن كان لـكلّ واحد منهما عبدٌ مفردٌ ، فاشتراهما من المالـكين ، بأن أوجبا له البيع فيهما ، وقَبِـل ذلك منهما بلفظ واحد . فقال القاضى : لا يلزم الموكّـل ، وهو مذهب الشافعىّ . لأن عقد الواحد مـع الاثنين عقدان . ويحتمل أن يلزمه . لأن القبول هو الشراء ، وهو متّحد . والغرض لا يختلف .

وإن اشتراهما من وكيلهما ، وعيّن ثمن كلّ واحد منهما ، مثل أن يقول : بعتك هذين العبدين : هذا بمائة ، وهذا بمائتين ، فقال : قبلت . احتمل أيضـاً وجهين . وإن لم يعيّن ثمن كلّ واحد منهما لم يصحّ البيع فى أحد الوجهين . لأن ثمن كلّ واحد منهما مجهول ، ويحتمل أن يصحّ ، ويقسّط الثمن على قدر قيمتهما .

٣٧٣٧ (فصـــل)

فإن دفع إليه دراهم ، وقال : اشترلى بهذه عبداً كان له أن يشتريه بعينها ، وفى الذّمة . لأن الشراء يقع على هذين الوجهين ، فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما ، وإن قال : اشتر بعينها ، فاشتراه فى ذمّته ، ثم نقدها لم يلزم الموكِّـل . لأنه إذا تعيّن الثمن انفسخ العقدُ بتلفه ، أو كونه مغصوباً ، ولم يلزمه ثمنٌ فى ذمّته ، وهذا غرض للموكِّـل . فلم تجز مخالفته ، ويقع الشراء للوكيل ، وهل يقف على إجازة الموكِّل ؟ على روايتين .

وإن قال : اشتر لى فى ذمّتك ، وانقد هذه الدراهم ثمناً ، فاشتراه بعينها ، فقال أصحابنا : يلزم الموكِّـل لأنه أذن له فى عقد يلزمهُ به الثمن ، مع بقاء الدراهم ، وتلفها . فـكان إذناً فى عقدٍ لا يلزمه الثمنُ إلاّ مع

بقائها . ويحتمل أن لا يصحّ . لأنه قد يكون له غرض فى الشراء بغير عَيْنها . لكونها فيها شبهة ، لا يحب أن يشترك بها ، أو يحب وقوع العقد على وجه لا ينفسخ بتلفها ، ولا يبطل بتحريمها ، وهذا غرض صحيح ، فلا يجوز تفويته عليه ، كما لم يَجُز تفويتُ غرضه فى الصورة الأولى ، ومذهب الشافعىّ فى هذا كلِّه كنحو ما ذكرناه .

٣٧٣٨ (فصــــل)

وإن عيّن له الشراء بنقد ، أو حالاً لم تجز مخالفته ، وإن أذن له فى النسيئة ، والبيع بأىّ نقد شاء جاز ، وإن أطلق لم يبع إلا حالاً ، بنقد البلد ، لأنّ الأصل فى البيع الحلول ، وإطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد ، ولهذا لو باع عبده بعشرةِ دراهم ، وأطلق ، حُمل على الحلول ، بنقد البلد ، وإن كان فى البلد نقدان باع بأغلبهما ، فإن تساويا باع بما شاء منهما ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : له البيع نَساء ، لأنه معتادٌ ، فأشبه الحالّ ، ويتخرّج لنا مثلُ ذلك ، بناء على الرواية فى المضارب ، وقد ذكرناها ، والأول أولى . لأنه لو أطلق البيع حُمل على الحلول ، فكذلك إذا أطلق الوكالة فيه ، ولانسلّم تساوىَ العادة فيهما . فإنّ بيع الحالّ أكثرُ ، ويُفارق المضاربة لوجهين :

أحدهما : أن المقصود من المضاربة الربح ، لا دفع الحاجة بالثمن فى الحال ، وقد يكون المقصود فى الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوتُ بتأخير الثمن .

والثانى : أن استيفاء الثمن فى المضاربة على المضارب ، فيعود ضرر التأخير فى التقاضى عليه ، وههنا بخلافه . فلا يرضى به الموكِّل . ولأن الضرر فى تَوَى الثمن على المضارب ، لأنه يحسب من الربح ، لكون الربح وقايةً لرأس المال ، وههنا يعود على الموكِّل ، فانقطع الالحاق .

٣٦٣٩ (فصــــل)

إذا وكّله فى بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئةً ، أو بدون ما عيّنه له لم ينفذ بيعُه ، لأنه مخالفٌ لموكِّله ، لأنه رضى بثمن النسيئة ، دون النقد ، وإن باعها نقداً بما تُساوى نسيئةً أو عيّن له ثمنها ، فباعها به نقداً ، فقال القاضى : يصح ، لأنه زاده خيراً . فكان مأذوناً فيه عُرفاً ، فأشبه ما لو وكّله فى بيعها بعشرة ، فباعها بأكثر منها ، ويحتمل أن ينظر فيه ، فإن لم يكن له غرض فى النسيئة صحّ ، وإن كان فيها غرض : نحو أن يكون الثمن مما يستضرّ بحفظه فى الحال ، أو يخاف عليه من التلف ، أو المتغلّبين ، أو يتغيّر عن حاله إلى وقت الحلول . فهو كمن لم يُؤذن له ، لأن حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه ، إلا إذا عُلم أنه فى المصلحة ، كالمنطوق ، أو أكثر ، فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه ، أو المماثلة ، ومتى

كان فى المنطوق به غرض مختصّ به ، لم يجُز تفويتُه ، ولا ثبوت الحكم فى غيره ، وقد ذكر القاضى نحو هذا فى موضع آخر .

٣٧٤٠ (فصــــل)

وإن وكّله فى الشراء بثمن نقداً ، فاشتراه نسيئةً بأكثر من ثمن النقد ، لم يقع للموكّل ، وإن اشتراه نسيئةً بثمنه نقداً ، أو بما عيّنه له فهى كالتى قبلها . ويصحّ للموكّل فى قول القاضى ، وعلى ما ذكرنا يُنظر فى ذلك : فإن كان فيه ضرر : نحو أن يستضرّ ببقاء الثمن معه ، ونحو ذلك ، لم يجُز ، كقولنا فى التى قبلها ، ولأصحاب الشافعىّ فى صحّة الشراء وجهان .

٣٧٤١ (فصــــل)

وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل ، أو دون ما قدّره له ، ولا يشترى بأكثر من ثمن المثل ، أو أكثر مما قدّر له ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إذا أطلق الوكالة فى البيع فله البيع بأىّ ثمن كان . لأن لفظه فى الإذن مُطلق ، فيجب حمله على إطلاقه .

ولنا : أنه توكيل مطلق فى عقد معاوضة ، فاقتضى ثمن المثل ، كالشراء . فإنه وافق عليه . وما ذكره ينتقض بالشراء . فإن باع بأقلّ من ثمن المثل ، أو اشترى بأكثر منه ممّا لا يتغابنُ الناس بمثله ، أو باع بدون ما قدّره له ، أو اشترى بأكثر منه ، فحكمه حكم من لم يُؤذن له فى البيع ، والشراء ، وهذا قول الشافعىّ ، وعن أحمد : أن البيع جائز دون الشراء . ويضمن الوكيل النقص . لأن من صحّ بيعُه بثمن المثل صحّ بدونه ، كالمريض ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً ، وعلى الوكيل ضمان النقص ، وفى قدره وجهان .

أحدها : ما بين ثمن المثل ، وما باعه به .

والثانى : ما بين ما يتغابن الناس به ، وما لا يتغابن الناس به ، لأنّ ما يتغابن الناس به يصحّ بيعه به ، ولا ضمان عليه . والأول أقْيَسُ . لأنه لم يُؤذن للوكيل فى هذا البيع ، فأشبه بيع الأجنبىّ . ولو أذن له فى البيع لم يكن عليه ضمان ، فأشبه الشراء .

وكلّ تصرّف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكّله فحكمه فيه حكم تصرّف الأجنبىّ ، على ما ذكر فى موضعه إن شاء الله .

وأما ما يتغابن الناس به عادةً فمعفوّ عنه ، إذا لم يكن الموكّل قدّر له الثمن . لأن ما يتغابن الناس به يُعدّ ثمنَ المثل ، ولا يمكن التحرّز عنه ، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يجُز أن يبيع بثمن المثل ، لأنّ عليه الاحتياط ، وطلب الحظّ لموكّله . وإن باع بثمن المثل ، فحضر من يزيد فى مدّة الخيار لم يلزمه فسخ العقد

فى الصحيح . لأن الزيادة ممنوع منها منهىّ عنها ، فلا يلزم الرجوع إليها ، ولأن المُزايد قد لا يثبُت على الزيادة ، فلا يلزم الفسخ بالشكّ . ويحتمل أن يلزمه ذلك . لأنّها زيادة فى الثمن أمكن تحصيلها . فأشبه ما لو أجاز به قبل البيع ، والنهيُ يتوجَّه إلى الذى زاد ، لا إلى الوكيل ، فأشبه من جاءته الزيادة قبل البيع ، وبعد الاتفاق عليه .

٣٧٤٢ (فصــــل)

ومن وكّل فى بيع عبد بمائة ، فباعه بأكثر منها صحّ ، سواء كانت الزيادة كثيرةً أو قليلةً ، لأنه باع بالمأذون فيه ، وزاد زيادةً تنفعه ، ولا تضرُّه ، وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به ، أو من غير جنسه . مثل أن يأذن فى بيعه بمائة درهم ، فيبيعه بمائة درهم ودينار ، أو ثوب . وقال أصحاب الشافعىّ: لا يصحّ بيعه بمائة ، وثوب ، فى أحد الوجهين . لأنه من غير جنس الأثمان .

ولنا : أنها زيادة تنفعه ، ولا تضرُّه . أشبه ما لو باعه بمائة ، ودينار . ولأن الإذن فى بيعه بمائة أذنٌ فى بيعه بزيادة عليها عُرفاً . لأن من رضى بمائة لا يكره أن يُزاد عليها ثوب ينفعه ، ولا يضرُّه . وإن باعه بمائة دينار ، أو بتسعين درهماً وعشرةِ دنانير ، وأشباه ذلك ، أو بمائة ثوب ، أو بثمانين درهماً ، وعشرين ثوبا ، لم يصحّ ، ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعىّ . لأنه خالف موكّله فى الجنس ، فأشبه ما لو باعه بثوب يُساوى أكثر من مائة درهم ، ويحتمل أن يصحّ فيما إذا جعل مكان الدراهم دنانير ، أو مكان بعضها . لأنه مأذون فيه عُرفا ، فإنّ من رضى بدرهم رضى مكانه بدينار ، فجرى مجرى بيعه بمائة درهم ، ودينار . وأما الثياب فلا يصحّ بيعه بها ، لأنها من غير جنس الأثمان .

٣٧٤٣ (فصــــل)

وإن وكله فى بيع عبد بمائة ، فباع نصفه بها ، أو وكّله مطلقاً ، فباع نصفه بثمن الكل جاز . لأنه مأذون فيه من جهة العُرف ، فإنّ من رضى مائةً ثمنا للكلّ رضى بها ثمناً للنصف ، ولأنه حصّل له المائة ، وأبقى له زيادةً تنفعُه ، ولا تضرّه ، وله بيع النصف الآخر . لأنه مأذون فى بيعه ، فأشبه ما لو باع العبد كلّه بمثلَىْ ثمنه ، ويحتمل ألا يجوز له بيعه : لأنه قد حصّل للموكّل غرضه من الثمن ببيع نصفه ، فربّما لا يُؤْثِر بيع باقيه ، للغنى عن بيعه بما حصّل له من ثمن نصفه . وهكذا القولُ فى توكيله فى بيع عبدين بمائة ، إذا باع أحدهما بها صحّ ، وهل يكون له بيع العبد الآخر ؟ على وجهين ، فأما إن وكّله فى بيع عبده بمائةٍ ، فباع بعضه بأقلّ منها لم يصحّ ، وإن وكّله مطلقاً ، فباع بعضه بأقلّ من ثمن الكلّ لم يجُز . وبهذا قال الشافعىّ وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : يجوز فيما إذا أطلق الوكالة ، بناء على أصله فى أنّ للوكيل المطلق البيعَ بما شاء .

ولنا : أن على الموكّل ضرراً فى تبعيضه ، ولم يوجد الإذن فيه نطقاً ، ولا عُرفاً فلم يجز ، كما لو وكّله فى شراء عبد ، فاشترى نصفه .

٣٧٤٤ (فصـــــــل)

وإن وكّله فى شراء عبد بعينه . بمائة ، فاشتراه بخمسين ، أو بما دون المائة صحّ ، ولزم الموكّل . لأنه مأذون فيه من جهة العُرف ، وإن قال : لاتشتره بأقلّ من مائة ، فخالفه لم يجُز . لأنه خالف نصه ، وصريحُ قوله مقدّم على دلالة العُرف .

فإن قال : اشتره بمائة ، ولا تشتره بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين . لأن إذنه فى الشراء بمائة دلّ عُرفا على الشراء بما دونها ، خرج منه الخمسون بصريح النهى ، بقى فيما فوقها ، على مقتضى الإذن : وإن اشتراه بأقلّ من الخمسين . ففيه وجهان :

أحدها : يجوز ، لذلك ، ولأنه لم يخالف صريح نهيه ، أشبه ما زاد على الخمسين .

والثانى : لايجوز ، لأنه نهاه عن الخمسين استقلالاً لها . فكان تنبيهاً على النهى عمّا هو أقلّ منها ، كما أن الإذن فى الشراء بمائة إذنٌ فيما دونها ، فجرى ذلك مجرى صريح نهيه ، فإن تنبيه الكلام كنصّه ، وإن قال : اشتره بمائة دينار ، فاشتراه بمائة درهم ، فالحكم فيه كلو قال : بعه بمائة درهم ، فباعه بمائة دينار ، على ما مضى من القول فيه . وإن قال اشتر لى نصفه بمائة ، فاشتراه كلّه ، أو أكثر من نصفه بمائة جاز . لأنه مأذون فيه عُرفاً . وإن قال : اشتر لى نصفه بمائة ، ولا تشتره جميعه ، فاشترى أكثر من النصف ، وأقل من الكلّ بمائة صحّ فى قياس المسألة التى قبلها . لكون دلالة العرف قاضيةً بالإذن فى شراء كلّ ما زاد على النصف ، خرج الجميع بصريح نهيه . ففيما عداه يبقى على مقتضى الإذن .

٣٧٤٥ (فصـــــــل)

وإن وكّله فى شراء عبد موصوف بمائة ، فاشتراه على الصفة بدونها جاز . لأنه مأذون فيه عُرفاً . وإن خالفه فى الصفة ، أو اشتراه بأكثر منها لم يلزم الموكّل . وإن قال اشتر لى عبداً بمائة ، فاشترى عبداً يساوى مائةً بدونها جاز . لأنه لو اشتراه بمائة جاز . فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيراً ، فيجوز . وإن كان لا يُساوى مائةً لم يجز ، وإن كان يُساوى أكثر مما اشتراه به . لأنه خالف أمره ، ولم يُحصِّل غرضه .

٣٧٤٦ (فصـــــــل)

وإن وكّله فى شراء شاةٍ بدينار ، فاشترى شاتين تُساوى كلّ واحدة منهما أقلّ من دينار لم يقع

للموكّل . وإن كانت كلُّ واحدة منهما تُساوى ديناراً أو إحداهما تساوى ديناراً ، والأخرى أقلّ من دينار صحّ ، ولزم الموكّل . وهذا المشهور من مذهب الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : يقع للموكّل إحدى الشاتين بنصف دينار ، والأخرى للوكيل ، لأنه لم يرض إلا بإلزامه عهدةَ شاةٍ واحدةٍ .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أَعْطَى عُرْوَةَ بْنَ الْجَعْدِ دِينَاراً فَقَالَ : اشْتَرِ لَنَا بِهِ شَاةً . قال : فأتيتُ الْجَلَبَ فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بِدِينَارٍ ، فَجِئْتُ أَسُوقُهُمَا أَوْ أَقُودُهُمَا ، فَلَقِيَنِى رَجُلٌ بِالطَّرِيقِ فَسَاوَمَنِى فَبِعْتُ مِنْهُ شَاةً بِدِينَارٍ . فَأَتَيْتُ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالدِّينارِ ، وبالشَّاةِ ، فقلتُ : يَا رَسُولَ اللهِ، هَذَا دِينَارُكُمْ وَهَذِهِ شَاتُكُمْ . قال : وصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ فحدَّثْتُهُ الحديثَ . قال : اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِى صَفْقَةِ يَمِينِهِ » ولأنه حصل له المأذون فيه ، وزيادة من جنسه ، تنفعُ ولا تضرّ . فوقع ذلك له ، كما لو قال له : بعه بدينار ، فباعه بدينارين . وما ذكره يبطُل بالبيع ، فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكّل ، ففيه وجهان :

أحدهما : البيع باطل . لأنه باع مالَ موكله بغير أمره ، فلم يجُز ، كبيع الشاتين .

والثانى : إن كانت الباقية تساوى ديناراً جاز . لحديث عُروة بن الجَعْدِ البارقىّ . ولأنه حصل له المقصود ، والزيادةُ لو كانت غيرَ الشاة جاز . فجاز له إبدالُها بغيرها . وظاهر كلام أحمد : صحّة البيع . لأنه أخذ بحديث عُروة ، وذهب إليه ، وإذا قلنا : لا يجوز له بيع الشاة فباعها ، فهل يقع البيع باطلاً ، أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل ؟ على روايتين ، وهذا أصلٌ لكلّ من تصرّف فى ملك غيره بغير إذنه ، ووكيلٍ يخالف مُوكّله ، هل يقع باطلاً أو يصحّ ، ويقف على إجازة المالك ؟ فيه روايتان ، وللشافعىّ فى صحة البيع ههنا وجهان .

٣٧٤٧ (فصل)

وإذا وكّله فى شراء سِلعة موصوفة لم يجُز أن يشتريها إلا سليمةً . لأن إطلاق البيع يقتضى السلامة، ولذلك جاز الردّ بالعيب ، فإن اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكّل ، لأنه اشترى غير ما أذن له فيه ، وإن لم يعلم عيبه صحّ البيع . لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح فى الظاهر لعجزه عن التحرّز عن شراء معيب لا يعلم عيبه ، فإذا علم عيبه ملك ردّه . لأنه قائم فى الشراء مَقام الموكّل ، والموكّل ردّه أيضاً . لأن الملك له ، فإن حضر قبل ردّه الوكيل ، ورضى بالعيب لم يكن للوكيل ردُّه . لأن الحقّ له ، بخلاف المضارب ، فإن له الردّ ، وإن رضى ربُّ المال . لأن له حقاً ، فلا يسقط برضى غيره ، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الردّ فقال له البائع : توقّف حتى يحضر الموكّل ، فربّما رضى بالعيب لم يلزمه ذلك . لأنه لا يأمن فوات الردّ لهرب البائع،

وفوات الثمن بتلفه ، وإن أخّره بناء على هذا القول فلم يرضَ به الموكل لم يسقط ردّه . وإن قلنا : الردّ على الفور ، لأنه أخّره بإذن البائع فيه،وإن قال البائع موكّلك قدعلم البيع ، فرضيه لم يُقبل قوله إلا ببيّنة . فإن لم يكن له بيّنة لم يستحلف الوكيل ، إلاّ أن يدّعى علمه ، فيحلف على نفى العلم ، وبهذا قال الشافعىُّ ، وعن أبى حنيفة رضى الله عنهُ : أنه لا يُستحلف . لأنه لو حلف كان نائباً فى اليمين ، وليس بصحيح . فإنه لا نيابة ههنا . وإنما يحلف على نفى علمه . وهذا لا ينوب فيه عن أحد ، فإن ردّ الوكيلُ ، وحضر الموكل، وقال : قد بلغنى العيبُ ، ورضيتُ به ، وصدّقه البائع ، أو قامت به بيّنة لم يقع الردّ موقعه ، وكان للموكّل استرجاعه ، وللبائع ردُّه عليه . لأن رضاه به عزَل الوكيل عن الردّ . بدليل أنه لو علمه لم يكن له الردّ ، إلا أن نقول : إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل ، وإن رضى الوكيل المعيبَ ، أو أمسكه إمساكاً ينقطع به الردّ ، فحضر الموكلُ فأراد الردّ ، فله ذلك ، إن صدّقه البائعُ أنّ الشراء له ، أو قامت به بيّنة . وإن كذّبه ، ولم تكن به بيّنـة فحلّفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له ، فليس له ردُّه . لأن الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له . ويلزم الوكيل ، وعليه غرامةُ الثمن ، وهذا كلهُ مذهبُ الشافعىِّ ، وقال أبو حنيفة : للوكيل شراء المعيب . لأن التوكيل فى البيع مُطلقاً يدخُل المعيب فى إطلاقه ، ولأنه أمينه فى الشراء ، فجاز له شراء المعيب ، كالمضارب .

ولنا : أن البيع بإطلاقه يقتضى الصحيح دون المعيب ، فكذلك الوكالة فيه . ويُفارق المضاربةَ من حيث إن المقصود فيها الربح . والربح يحصُل من المعيب ، كحصوله من الصحيح ، والمقصود من الوكالة شراء ما يَقتنى ، أو يدفع به حاجته . وقد يكون العيبُ مانعاً من قضاء الحاجة به ، ومن قُنْيته ، فلا يحصُل المقصود . وقد ناقض أبو حنيفة أصله . فإنه قال فى قوله تعالى (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) لا تجوز العمياء،ولا مَعيبةٌ عيباً يضرُّ بالعمل . وقال ههنا : يجوز للوكيل شراء الأعمى ، والمُقْعَد ، ومقطوع اليدين والرجلين .

٣٧٤٨ (فصـــل)

وإن أمره بشراء سلعة بعينها ، فاشتراها ، فوجدها معيبةً احتمل أن له الردّ . لأن الأمر يقتضى السلامة فأشبه ما لو وكله فى شراء موصوفةٍ : ويحتمل أن لا يملك الردَّ . لأن الموكّـل قطع نظـره بالتعيين ، فربّما رضيه على جميع صفاته ، وإن علم عيبه قبل شرائه،فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضاً مبنيّين على ردّه ، إذا علم عيبه بعدشرائه ، وإن قلنا : يملك ردّه فليس له شراؤه . لأن العيب إذا جاز به الردّ بعد العقد ، فلأنْ يمنع من الشراء أولى . وإن قلنا : لا يملك الردَّ ، ثمّ فله الشراء ههنا . لأن تعيين الموكل قطع نظره ، واجتهاده فى جواز الردِّ ، فكذلك فى الشراء .

٣٧٤٩ (فصــل)

وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملكُ من البائع إلى الموكّـل ، ولم يدخُل فى ملك الوكيل وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يدخل فى ملك الوكيل ، ثم ينتقل إلى الموكِّل لأنّ حقوق العقد تتعلق بالوكيل ، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل فى ملكه ، ولم ينتقل إلى الموكّـل .

ولنا : أنه قبل عقداً لغيره صحّ له ، فوجب أن ينتقل الملك إليه ، كالأب ، والوصىّ ، وكما لو تزوّج له . وقولهم : إن حقوق العقد تتعلق به غيرُ مُسلّم . ويتفرّع عن هذا : أن المسلم لو وكل ذِمِّياً فى شراء خمر ، أو خنزير ، فاشتراه له لم يصحّ الشراء . وقال أبو حنيفة : يصحُّ ، ويقع للذمىّ ، لأن الخمر مالٌ لهم . لأنهم يتموّلونها ، ويتبايعونها ، فصحّ توكيلهم فيها ، كسائر أموالهم .

ولنا : أن كل ما لا يجوز للمسلم العقدُ عليه لا يجوز أن يُوكِّـل فيه ، كتزويج المجوسيّة . وبهذا خالف سائر أموالهم ، وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن . لأنه بمنزلة المبيع ، وإن كان الثمن فى الذمّة ، فللوكيل وللموكّل المطالبة به . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : ليس للموكِّل المطالبة . لأن حقوق العقد تتعلّق بالوكيل دونه، ولهذا يتعلق مجلس الصرف ، والخيار به ، دون موكّله ، فكذلك القبض .

ولنا : أن هذا دين الموكل يصحُّ قبضه له ، فملك المطالبة به ، كسائر ديُونه التى وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد . لأن ذلك من شروط العقد ، فتعلّق بالعاقد ، كالإيجاب ، والقبول ، وأما الثمن فهو حقّ الموكِّـل ، ومال من أمواله ، فكانت له المطالبة به . ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به . وإنما تتعلّق بالموكّل ، وهى تسليم الثمن ، وقبض المبيع ، والردّ بالعيوب ، وضمان الدَّرْك . فأمّا ثمن ما اشتراه إذا كان فى الذمّة ، فإنّه يثبت فى ذمّة الموكّل أصلاً . وفى ذمّة الوكيل تبعاً ، كالضامن . وللبائع مطالبة من شاء منهما . فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكّل . وإذا أبرأ الموكّل برىء الوكيل أيضاً ، كالضامن ، والمضمون عنه سواء . وإن دفع الثمن إلى البائع ، فوجد به عيباً ، فردّه على الوكيل كان أمانةً فى يده ، إن تلف فهو من ضمان الموكّل ، ولو وكّل رجلاً يتسلف له ألفاً فى كُرِّ[1] حِنْطةٍ ، ففعل ، ملك الموكِّل ثمنها ، والوكيل ضامن عن موكِّله كما تقدم .

٣٧٥٠ (فصــل)

قال أحمد فى رواية مهنا : إذا دفع إلى رجل ثوباً ليبيعه ، ففعل ، فوهب له المشترى منديلاً ، فالمنديلُ لصاحب الثوب . إنّما قال ذلك : لأن هبة المنديل سببها البيع ، وكان المنديل زيادة فى الثمن ، والزيادة فى مجلس العقد تلحقُ به .

(١) الكر : أربعون إردبا

٣٧٥١ (فصـــــل)

فى الشهادة على الوكالة

إذا ادّعى الوكالة ، وأقام شاهداً ، وامرأتين أو حلف مع شاهده ، فقال أصحابنا ، فيها روايتان :

إحداهما : تثبت بذلك إذا كانت الوكالة بمال . فإنّ أحمد قال فى الرجل يوكّل ، ويُشهد على نفسه رجلاً وامرأتين : إذا كانت المطالبة(١) بدين ، فأما غير ذلك فلا .

والثانية : لا تثبت إلا بشاهدين عدلين . نقلها الخِرَقىّ بقوله : ولا تقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال لأقلّ من رجلين . وهذا قول الشافعىّ . لأن الوكالة إثبات للتصرّف ، ويحتمل أن يكون قول الخِرَقىّ كالرواية الأولى . لأن الوكالة فى المال يُقصد بها المال ، فتقبل فيها شهادةُ النساء مع الرجال ، كالبيع والقرض . فإن شهدا بوكالته ثم قال أحدهما : قد عزله، لم تثبت وكالته بذلك . لأن أحدهما لم تثبت وكالته بذلك . وإن كان الشاهد بالعزل رجلاً غيرهما لم يثبتُ العزل بشهادته وحدَه . لأن العزل لا يثبتُ إلاّ بما يثبت به التوكيل . ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال : قد عزله لم يحُكم بشهادتهما . لأنه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها ، فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد ، وإن حكم الحاكم بشهادتهما ، ثم عاد أحدهما فقال : قد عزله بعد ماوكله لم يلتفت إلى قوله . لأن الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل ، فإن قالا جميعاً : قد كان عزله ثبت العزلُ . لأنّ الشهادة تمّت فى العزل ، كتمامها فى التوكيل .

٣٧٥٢ (فصـــــل)

فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة ، وشهد آخر أنه وكله يوم السبت . لم تتمّ الشهادة . لأن التوكيل يوم الجمعة غيرُ التوكيل يوم السبت . فلم تكمُل شهادتهما على فعل واحد . وإن شهد أحدهما أنه أقرّ بتوكيله يوم الجمعة ، وشهد الآخرُ أنه أقرّ به يوم السبت تمت الشهادة . لأن الاقرارين إخبارعن عقد واحد ، ويشقّ جمع الشهود ليقرّ عندهم حالةً واحدة ، فجوّز له الاقرار عند كلٍّ واحد وحدَه ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقرّ عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر أنه أقرّ بها بالعجَمِيّة ثبتت ، ولو شهد أحدهما أنه وكّله بالعربية ، وشهد الآخر أنه وكّله بالعَجَميَّة لم تكمُل الشهادة ، لأنّ التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية ، فلم تكمل الشهادة على فعل واحد . وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال : وكّلتك ، وشهد الآخر أنه قال : أذنت لك فى التصرف ، أو أنه قال : جعلتُك وكيلاً ، أو شهد أنه قال : جعلتك جَرِيًّا(٢) لم تتمّ الشهادة ؛ لأن اللفظ

---

(١) أى تجوز الوكالة إذا كانت المطالبة بدين .

(٢) جريا : الجرى : بفتح الجيم وكسر الراء وتشديد الياء الوكيل والرسول ، والأجير ، والضامن ، والمراد الأول كما قال الشارح .

مختلف ، والجرىُّ الوكيل ، ولو قال أحدهما : أشهد أنه وكَّله ، وقال الآخر : أشهد أنه أذن له فى التصرُّف تمَّت الشهادة . لأنهما لم يحكيا لفظ الموكِّل . وإنما عبَّرا عنه بلفظهما ، واختلافُ لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه . ولو قال أحدهما : أشهد أنَّه أقرَّ عندى أنه وكَّله ، وقال الآخر : أشهد أنه أقرَّ أنه جَرِيَّه ، أو أنه أوصى إليه بالتصرُّف فى حياته ثبتت الوكالة بذلك ، ولو شهد أحدهما أنَّه وكَّله فى بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكَّله وزيداً ، أو شهدَ أنَّه وكَّله فى بيعه ، وقال : لا تبعه حتى تستأمرنى ، أو تستأمر فلاناً . لم تتم الشهادة . لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط . والثانى ينفى ذلك ، فكانا مختلفين ، وإن شهد أحدهما أنه وكَّله فى بيع عبده ، وشهد الآخر أنه وكَّله فى بيع عبده وجاريته حُكم بالوكالة فى العبد ، لا تفاقهما عليه ، وزيادةُ الثانى لا تقدح فى تصرُّفه فى الأول . فلا تضرُّه . وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكَّله فى بيعه لزيد ، وشهد الآخر أنه وكَّله فى بيعه لزيد ، وإن شاء لعمرو .

٣٧٥٣ (فصــــل)

ولا تثبت الوكالة ، والعزل بخبر الواحد . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفة : تثبت الوكالة بخبر الواحد ، وإن لم يكن ثقةً . ويجوز التصرُّف للمخبَر بذلك ، إذا غلب على ظنِّه صدقُ المخبِر بشرط الضمان ، إن أنكر الموكِّل . ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولاً . لأن اعتبار شاهدين عدلين فى هذا يشقُّ . فسقط اعتباره . ولأنه أذن فى التصرُّف ، ومنع منه ، فلم يُعتبر فى هذا شروط الشهادة ، كاستخدام غلامه .

ولنا أنه عقد مالىٌّ . فلا يثبت بخبر الواحد ، كالبيع . وفارق الاستخدام . فإنه ليس بعقد ، ولو شهد اثنان أن فلاناً الغائب وكَّل فلاناً الحاضر ، فقال الوكيل : ماعلمتُ هذا ، وأنا أتصرَّف عنه ثبتت الوكالة ، لأن معنى ذلك أنى لم أعلم إلى الآن ، وقبول الوكالة يجوز مُتراخياً . وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ، ولا علمه . فلا يضرّ جهله به . وإن قال : ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته ، لقدحه فى شهادتهما . وإن قال : ماعلمتُ وسكتَ قيل له : فسِّرْ ، فان فسَّرَ بالأول ثبتت وكالته . وإن فسَّره بالثانى لم تثبت .

٣٧٥٤ (فصــل)

ويصحُّ سماع البيّنة بالوكالة على الغائب ، وهو أن يدَّعى أن فلاناً الغائب وكّلنى فى كذا . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يصحّ بناء على أن الحكم على الغائب لا يصحّ .

ولنا أنه لا يُعتبر رضاه فى سماع البيّنة ، فلا يُعتبر حضوره كغيره . وإذا قال له مَن عليه الحقّ . احلف أنك تستحقّ مطالبتى لم تُسمع دعواه . لأن ذلك طعن فى الشهادة . وان قال : قد عزلك الموكّل فاحلف : أنّه ما عزلك لم يُستحلف . لأن الدعوى على الموكِّل واليمين لا تدخُلها النيابة ، وإن قال : أنت

تعلم أن موكّلك قد عزلك سُمعت دعواه . وإن طلب اليمين من الوكيل حلف : أنه لايعلم أنّ موكله عزله . لأنّ الدعوى عليه ، وإن أقام الخصمُ بيّنةً بالعزل سُمعت ، وانعزل الوكيلُ .

٣٧٥٥ (فصــل)

وتقبل شهادة الوكيل على موكّله لعدم التهمة . فانه لا يجرّ بها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وتُقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه . لأنه لا يجرّ إلى نفسه نفعاً . ولا تُقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه . لأنه يُثبت لنفسه حقًّا . بدليل أنه إذا وكله فى قبض حقّ ، فشهد به له ثبت استحقاقُ قبضه . ولأنه خصم فيه . بدليل أنه يملك المخاصمة فيه . فإن شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تُقبل أيضاً ، سواء كان خاصم فيه بالوكالة ، أو لم يُخاصم . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد، وقال أبو حنيفة : إن كان لم يُخاصم فيه قُبلت شهادته ،لأنه لا حقّ له فيه ،ولم يخاصم فيه ، فأشبه مالو لم يكن وكيلا فيه . وللشافعىّ قولان كالمذهبين .

ولنا : أنه بعقد الوكالة صار خصماً فيه ، فلم تُقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه ، وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه . فانّه لم يكن خَصماً فيه .

٣٧٥٦ (فصــل)

إذا كانت الأمة بين نفسين ، فشهدا أن زوجها وكّل فى طلاقها لم تُقبل شهادتهما . لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً ، وهو زوال حقّ الزوج من البُضع الذى هو ملكهما . وإن شهدا بعزل الوكيل فى الطلاق لم تُقبل . لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً . وهو إبقاء النفقة على الزوج . ولا تُقبل شهادة ابنى الرجل له ، بالوكالة ، ولا أبويه . لأنّهمَا يُثبتان له حقّ التصرّف . ولا يثبت للانسان حقّ بشهادة ابنه ، ولا أبيه . ولا تُقبل شهادة ابنى الموكّل ، ولا أبويه بالوكالة . وقال بعض الشافعيّة : تُقبل . لأن هذا حقٌّ على الموكّل يستحقّ به الوكيلُ المطالبةَ ، فقبلت فيه شهادة قرابة الموكّل ، كالاقرار .

ولنا : أن هـذه شهادة يثبت بها حقّ لأبيه ، أو ابنه ، فلم تُقبل ، كشهادة ابنى الوكيل ، وأبويه . وذلك لأنهما يُثبتان لأبيهما نائباً متصرّفاً له ، وفارق الشهادة عليه بالإقرار . فإنها شهادة عليه متمحّضة . ولو ادّعى الوكيل الوكالة ، فأنكرها الموكّل ، فشهد عليه ابناه ، أو أبواه ثبتت الوكالة ، وأمضى تصرّفه . لأن ذلك شهادةٌ عليه وإن ادّعى الموكّل أنّه تصرّف بوكالته ، وأنكر الوكيل ، فشهد عليه أبواه ، أو ابناه ، قبل أيضاً لذلك . وإن ادَّعى وكيل لموكّله الغائب حقّاً ، وطالب به ، فادّعى الخصمُ أن الموكّل عزله ، وشهد له بذلك ابنا الموكّل قُبلت شهادتهما ، وثبت العزلُ بها . لأنهما يشهدان على أبيهما ، وإن لم يدَّع الخصمُ عزله، لم تُسمع شهادتهما . لأنهما يشهدان لمن لا يدّعيها. فإن قبض الوكيل ، فحضر الموكل ، وادّعى

أنه كان قد عزل الوكيل ، وأن حقّه باقٍ في ذمّة الغريم ، وشهد له ابناه ، لم تُقبل شهادتهما ، لأنهما يُثبتان حقّـاً لأبيهما ، ولو ادّعى مُكاتَبٌ الوكالةَ ، فشهد له سيّده ، أو ابنا سيّده ، أو أبواه لم تقبل . لأن السيّد يشهد لعبده ، وابناه يشهدان لعبد أبيهما ، والأبوان يشهدان لعبد ابنهما ، فإن عتق ، فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ تحتمل وجهين .

٣٧٥٧ (فصـــل)

إذا حضر رجلان عند الحاكم ، فأقر أحدهما أن الآخر وكّله ، ثم غاب الموكّل ، وحضر الوكيل ، فقدّم خصما لموكله ، وقال : أنا وكيل فلان ، فأنكر الخصم كونه وكيله ، فإن قلنا : لا يحكم الحاكم بعلمه لم تُسمع دعواه حتى تقوم البيّنة بوكالته . وإن قلنا : يحكم بعلمه وكان الحاكم يَعرف الموكّل بعينه ، واسمه ونسبه صدّقة ، ومكّنه من التصرُّف . لأن معرفته كالبيّنة ، وإن عرفه بعينه ، دون اسمه ، ونسبه ، لم يُقبل قوله حتّى تقومَ البيّنة عنده بالوكالة ، لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله ، فلم يقبل .

٣٧٥٨ (فصـــل)

ولو حضر عند الحاكم رجل ، فادّعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عيّنة ، وأحضر بيّنةً تشهدُ له بالوكالة سمعها الحاكم . ولو ادّعى حقّـاً لموكّله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه . وبه قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يسمعها إلاّ أن يقدّم خصماً من خُصماء الموكّل ، فيدّعى عليه حقّـا ، فإذا أجاب المدّعى عليه حينئذٍ يسمع الحاكم البيّنه ، فحصل الخلاف بيننا في حكمين .

أحدهما : أن الحاكم عندنا يَسمع البيّنة على الوكالة من غير حضور خصم ، وعنده لا يَسمع .

والثاني . أنه لا تُسمع دعواه لموكّله قبل ثبوت وكالته ، وعنده تُسمع ، وبنى أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز ، وسماع البيّنة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب ، وأن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يُجب الوكيل عن دعوى الخصم . أنك لستَ بوكيل .

ولنا : أنه إثبات للوكالة ، فلم يفتقر إلى حضور الموكّل عليه ، كما لو كان الموكّل عليه جماعة ، فأحضر واحد منهم . فإن الباقين لا يُفتقر إلى حضورهم ، كذلك ههنا ، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة : أنّها لا تُسمع إلاّ من خصم يُخاصم عن نفسه ، أوعن موكّله ، وهذا لا يُخاصم عن نفسه ، ولم يثبتُ أنّه وكيل لمن يدّعى له ، فلا تُسمع دعواه ، كما لو ادّعى لمن لم يدّعِ وَكالته . وفي هذا الأصل جوابٌ عما ذكره .

٣٧٥٩ (فصــــل)

ولو حضر رجل ، وادّعى على غائب مالاً فى وجه وكيله ، فأنكره ، فأقام بيِّنةً بما ادَّعاه حلّفه الحاكم وحكم له بالمال ، فإذا حضر الموكّل وجحد الوكالة ، أو ادّعى أنّه كان قد عزله لم يؤثّر ذلك فى الحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

٣٧٦٠ (فصــــل)

إذا قال : بع هذا الثوب بعشرة ، فما زاد عليها فهو لك صحّ ، واستحقّ الزيادة . وقال الشافعىّ : لا يصحُّ .

ولنا : أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ، ولأنّه يتصرّف فى ماله بإذنه ، فصحّ شرط الربح له فى الثانى ، كالمضارب ، والعامل فى المساقاة .

كتاب الإقرار بالحقوق

الإقرار : هو الاعتراف ، والأصل فيه الكتاب ، والسنّة ، والإجماع ، أما الكتاب : فقوله تعالى (٣ : ٨ – ٨١ وَإِذْ أَخَذَ اللهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ – إلى قوله – قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي ؟ قالوا : أَقْرَرْنَا) وقال تعالى (٩ : ١٠٢ وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ) وقال تعالى (٧ : ١٧٢ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ؟ قَالُوا بَلَى) فى آى كثيرة مثل هذا .

وأما السنّة فما رُوى أن ماعزاً أقرّ بالزنا ، فرجمه رسولُ الله صلّى الله عليه ، وكذلك الغامدية ، وقال « وَاغْدُيَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا » وأما الإجماع . فإنّ الأئمة أجمعت على صحة الإقرار . ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفى عنه التهمة ، والريبة . فإن العاقل لا يكذِبُ على نفسه كذباً يضرّ بها ، ولهذا كان آكد من الشهادة . فإن المدَّعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادةُ ، وإنما تُسمع إذا أنكر ولو كذّب المدّعى ببيّنته لم تُسمع ، وإن كذّب المقر ثم صدّقه سمع .

٣٧٦١ (فصـــل)

ولا يصحّ الإقرار إلا من عاقل مختار . فأما الطفل ، والمجنون ، والمبرسَمُ (١) والنائمُ ، والمغمىَ عليه ، فلا يصحّ إقرارهم . لا نعلم فى هذا خلافاً ، وقد قال عليه السلام « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ » فنصّ على الثلاثة ، والمبرسم ، والمغمى عليه فى معنى المجنون ، والنائم . ولأنه قولٌ مِنْ غائبِ العقل ، فلم يثبُت له حكم ، كالبيع ، والطلاق ، وأمّا الصبىّ المميِّز فإن كان محجوراً عليه لم يصحّ إقراره . وإن كان مأذوناً له صحّ إقراره فى قدر ما أُذن له فيـه . قال أحمد فى رواية مهنا فى اليتيم : إذا أُذن له فى التجارة وهو يعقِل البيعَ ، والشراء ، فبيعُه وشراؤه جائز . وإن أقرّ أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه . وهذا قول أبى حنيفة ، وقال أبو بكر ، وابن أبى موسى : إنما يصحّ إقراره فيما أذن له فى التجارة فيه فى الشىء اليسير ، وقال الشافعىّ : لا يصحّ إقراره بحال . لعموم الخبر . ولأنه غير بالغ . فأشبه الطفل ، ولأنه لا تقبل شهـادته ، ولا روايتـه ، فأشبه الطفل .

ولنا : أنه عاقل مختار يصحّ تصرّفه فصحّ إقراره ، كالبالغ . وقد دللنا على صحّة تصرّفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف ، والإثم ، فإن أقرّ مَنْ هو مراهق غيرُ مأذون له ، ثمّ اختلف هو والمقرّ له فى بلوغه . فالقولُ قوله ، إلاّ أن تقوم بيّنة ببلوغه ، لأنّ الأصل الصغرُ ، ولا يحلف المقرّ ، لأننا حكمنا

(١) المبرسم : الذى يهذى من علة فيـه .

بعدم بلوغه ، إلا أن يحلفا بعد ثبوت بلوغه ، فعليه اليمين: أنّه حين أقرّ لم يكن بالغاً . ومن زال عقله بسببٍ مُباح ، أو معذور فيه ، فهو كالمجنون لا يُسمع إقراره بلا خلاف. وإن كان بمعصية ، كالسكران ومن شرب، مايُزيل عقله عامداً ، لغير حاجة ، لم يصحّ إقراره . . ويتخرّج أن يصحّ بناء على وقوع طلاقه . وهو منصوص الشافعيّ لأنّ أفعاله تجرى مجرى الصاحى .

ولنا : أنه غيرُ عاقل . فلم يصحّ إقراره كالمجنون الذى سبب جنونه فعلٌ محرّم ، ولأن السكران لا يوثَقُ بصحّة ما يقول ، ولا تنتفى عنه التّهمة فيما يخبر به . فلم يوجد معنى الإقرار الموجِب لقبول قوله ، وأما المكرَه : فلا يصحّ إقراره بما أُكره على الإقرار به ، وهذا مذهب الشافعيّ . لقول رسول صلى الله الله عليه وسلم « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » ولأنه قولٌ أُكره عليه بغير حقّ ، فلم يصحّ كالبيع . وإن أقرّ بغير ما أُكره عليه ، مثل أن يُكرَه على الإقرار لرجل ، فأقرّ لغيره ، أو بنوع من المال ، فيقرّ بغيره ، أو على الإقرار بطلاق امرأة ، فأقرّ بطلاق أخرى ، أو أقرّ بعتق عبد صحّ . لأنّه أقرّ بما لم يكره عليه فصحّ ، كما لو أقرّ به ابتداء ، ولو أُكره على أداء مال ، فباع شيئاً من ماله ليؤدّىَ ذلك صحّ بيعُه . نصّ عليه . لأنّه لم يُكره على البيع ، ومن أقرّ بحقّ ثمّ ادّعى أنه كان مكرهاً لم يُقبل قوله إلا ببيّنة ، سواء أقرّ عند السلطان ، أو عند غيره . لأنّ الأصلَ عدم الإكراه ، إلاّ أن يكون هناك دلالة على الإكراه كالقيد ، والحبس ، والتوكيل به . فيكون القول قوله مع يمينه . لأن هذه الحال تدلّ على الإكراه ، ولو ادّعى أنه كان زائل العقل حالَ إقراره لم يُقبل قوله، إلاّ ببيّنة . لأن الأصل السلامةُ حتّى يُعلم غيرها ، ولو شهد الشهودُ بإقراره لم تفتقر صحّة الشهادة إلى أن يقولوا طوعاً فى صحّة عقله . لأنّ الظاهر سلامةُ الحال ، وصحّة الشهادة . وقد ذكرنا حكم إقرار السفيه ، والمفلس ، والمريض فى أبوابه .

وأما العبد : فيصحّ إقراره بالحدّ ، والقِصاص فيما دون النفس . لأنّ الحقّ له دون مولاه ، ولا يصحّ إقرار المولَى عليه . لأن المولَى لا يملك من العبد إلا المال ، ويحتمل أن يصحّ إقرار المولَى عليه بما يوجبُ القِصاص . ويجبُ المالُ دون القِصاص . لأن المال يتعلّق برقبته . وهى مال السيّد ، فصحّ إقراره به ، كجناية الخطأ ، وأمّا إقراره بما يوجب القصاص فى النفس، فالمنصوص عن أحمد أنّه لا يُقبل ، ويتّبع به بعد العِتْقِ . وبه قال زفر ، والمُزَنىُّ ، وداود ، وابن جرير ، الطّبرىّ . لأنه يسقط حقّ سيّده بإقراره . فأشبه الإقرار بقتل الخطأ . ولأنه متّهم فى أنه يقرّ لرجل ليعفوَ عنه ، ويستحقّ أخذه ، فيتخلّص بذلك من سيّده ،واختار أبو الخطّاب أنّه يصحّ إقراره به ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ : لأنه أحد نوعى القصاص ، فصحّ إقراره به ، كما دون النفس ، وبهذا الأصل ينتقض دليل

الأوّل . وينبغى على هذا القول أنْ لا يصحّ عفوُ ولىّ الجناية على مال، إلاّ باختيار سيِّده، لئلاّ يُفضى إلى إيجاب المال على سيِّده بإقرار غيره ، فلا يُقبل إقرار العبد بجناية الخطأ ، ولا شبه العمد ، ولا بجناية عمد موجَبها المالُ ، كالجائفة ، والمأمومة ، لأنّه إيجاب حقّ فى رقبته ، وذلك يتعلّق بحقّ المولى ، ويقبل إقرار المولى عليه . لأنه إيجاب حقّ فى ماله . وإن أقرّ بسرقة موجَبُها المال، لم يُقبل إقراره ويقبل إقرار المولى عليه لما ذكرنا، وإن كان موجَبُها القطع، والمال فأقرّ بها العبدُ وجب قطعُه ، ولم يجب المال ، سواء كان ما أقرّ بسرقته باقياً أو تالفاً فى يد السيّد ، أو يد العبد . قال أحمد : فى عبد أقرّ بسرقة دراهم فى يده أنّه سَرَقها من رَجُل ، والرجلُ يدّعى ذلك ، وسيّده يكذّبه ، فالدّراهم لسيّده ويُقطع العبدُ ، ويُتّبع بذلك بعد العِتق ، وللشافعىّ فى وجوب المال فى هذه الصورة وجهان . ويحتمل أن لا يجب القطعُ لأن ذلك شُبهةٌ فَيُدرَأ بها القطع ، لكونه حَدًّا يُدْرَأ بالشبُهات . وهذا قول أبى حنيفة ، وذلك لأنّ العينَ التى يُقرّ بسرقتها لم يثبُت حكم السرقة فيها ، فلا يثبُت حكم القطع بها ، وإن أقرّ العبدُ برقّه لغير مَن هو فى يده لم يُقبل إقراره بالرّقّ . لأن الإقرار بالرقّ إقرار بالملك ، والعبدُ لا يُقبل إقراره بحال . ولأننا لو قبلنا إقراره أضرَرْنا بسيِّده ، لأنه إذا شاء أقرّ لغير سيِّده ، فأبطل مِلكه ، وإن أقرّ به السيّد لرجل ، وأقرّ هو لآخرَ فهو للذى أقرّ له السيِّد . لأنه فى يد السيّد ، لا فى يد نفسه . ولأن السيّد لو أقرّ به منفرداً قُبل ، ولو أقرّ العبدُ منفرداً ، لم يقبل ، فإذا لم يُقبل إقرار العبد منفرداً . فكيف يُقبل مع معارضته لإقرار السيّد ؟ ولو قبل إقرار العبد لما قُبل اقرار السيّد ، كالحدّ وجناية العمد .

وأما المكاتَبُ : فحكمه حكم الحرّ فى صحّة إقراره ، ولو أقرّ بجناية خطأ صحّ إقراره . فإن عجز بيع فيها ، إن لم يفده سيّده . وقال أبو حنيفة : يُسْتَسْعَى فى الكتابة . وإن عَجَز بطل إقراره بها ، سواء قُضِى بها ، أو لم يُقْضَ . وعن الشافعىّ كقولنا : وعنه أنّه مراعًى : إن أدّى لزمه ، وإن عجزَ بَطَل .

ولنا : أنه إقرار فى كتابته ، فلا يبطلُ بعجزه ، كالإقرار بالدَّيْن . وعلى الشافعىّ : أن المكاتَب فى يد نفسه . فصحّ إقراره بالجناية ، كالحرّ .

٣٧٦٢ (فصـــــل)

ويصح الإقرار لكلّ من يثبُت له الحقّ . فإذا أقرّ لعبد بنكاح ، أو قصاص ، أو تعزير القذف ، صحّ الإقرار له ، صدّقه المولى أو كذّبه . لأنّ الحقّ له دون سيّده . وله المطالبة بذلك ، والعفو عنه . وليس لسيّده مطالبته به ، ولا عفو، وإن كذّبه العبد لم يُقبل . وإن أقرّ له بمال صحّ ، ويكون لسيّده . لأن يد العبد كيد سيده . وقال أصحاب الشافعىّ : إن قلنا يملك المال صحّ الإقرار له ، وإن قلنا : لا يملك

كان الإقرار لمولاه ، يلزم بتصديقه ، ويبطل برده ، وإن أقرّ لبهيمةٍ أو دارٍ لم يصحّ إقراره لها ، وكان باطلاً . لأنّها لا تملك المال مطلقاً ، ولا يدَ لها . وإن قال عليّ بسبب هذه البهيمة ، لم يكن إقراراً لأحدٍ . ولأنه لم يذكر لمن هى ؟ ومن شَرْطِ صحّة الإقرار ذكر المقَرّ له . وإن قال : لمالكها ، أو لزيدٍ عليّ بسببها ألفٌ صحّ الإقرارُ . وإن قال : بسبب حَمْل هذه البهيمة لم يصحّ . إذ لا يمكن إيجابُ شيء بسبب الحمل .

٣٧٦٣ (فصـــــــل)

وإن أقرّ لحمل امرأةٍ بمالٍ ، وعزاه إلى إرثٍ ، أو وصيّةٍ صحّ ، وكان للحمل ، وإن أطلق : فقال أبو عبد الله بن حامد : يصحّ ، وهو أصحّ قولَي الشافعيّ ، لأنه يجوز أن يملك بوجه صحيح ، فصحّ له الإقرار المطلَق ، كالطّفل ، فعلى هـــــذا إن ولدت ذكراً وأنثى كان بينهما نصفين ، وإن عزاه إلى إرثٍ أو وصيّةٍ كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك ، وقال أبو الحسن التميميّ : لا يصحُّ الإقرار إلاّ أن يَعْزِيَهُ[1] إلى إرثٍ ، أو وَصيّةٍ ، وهو قول أبي ثور ، والقول الثانى للشافعيّ . لأنه لا يملك بغيرهما ، فإن ولدت الولد ميّتاً ، وكان قد عُزِى الإقرارُ إلى إرثٍ ، أو وَصِيَّةٍ عادت إلى ورثة المُوصِي ومَوْرُوثِ الطّفل ، وإن أطلق الإقرار كلّف ذكر السبب ، فيُعملُ بقوله ، فإن تعـــذّر التفسير بموته ، أو غيره بطل إقراره ، كمن أقر لرجل لايعرف مَنْ أراد بإقراره ، وإن عُزِىَ الإقرار إلى جهة غير صحيحة ، فقال : لهذا الحمل عليّ ألفٌ أقرَضنيها ، أو وديعةً أخذتُها منه ، فعلى قول التميميّ الإقرارُ باطلٌ ، وعلى قول ابن حامد ينبغى أن يصحَّ إقراره ، لأنّه وصل إقراره بما يُسقطه ، فيسقُط ماوصله به ، كما لو قال: له عليّ ألف لاتلزمني ، وإن قال: له عليّ ألف جعلتُها له ، أو نحو ذلك ، فهى عدّة لا يُؤخذ بها ، ولا يصحُّ الإقرار لحملٍ إلا إذا تُيقّن أنّه كان موجوداً حال الإقرار ، على ما بُيّن فى موضعه ، وإن أقرّ لمسجدٍ أو مَصْنَعٍ ، أو طريق ، وعزاه إلى سبب صحيحٍ ، مثلُ أن يقول : من غَلّة وقفهِ . صحّ . وإن أطلق خرِّج على الوجهين .

٣٧٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أقرّ بشيء ، واستثنى من غير جنسه . كان استثناؤه باطلا ، إلا أن يستثنيَ عيناً من وَرِقٍ ، أو وَرِقاً من عَيْنٍ ﴾ .

فى هذه المسألة فصلان .

٣٧٦٥ أولها : أنه لا يصحّ الاستثناء فى الإقرار من غير الجنس ، وبهذا قال زفر ، ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة . إن استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز . وإن استثنى عبداً ، أو ثوباً من مكيل ، أو موزون لم يَجُز ،

(١) يقال : عزاه يعزيه ويعزوه إذا نسبه إلى شيء أو إلى سبب .

وقال مالك ، والشافعيّ : يصحّ الاستثناء من غير الجنس مُطلقاً . لأنّه ورد فى الكتاب العزيز ، ولغة العرب ، قال الله تعالى (وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلاَّ إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ) وقال تعالى (لاَ يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْواً إِلاَّ سَلاَماً) وقال الشاعر :

وَبَلْدَةٍ لَيْسَ بِهَا أَنِيسُ   إِلاَّ الْيَعَافِيرُ ، وإلا العِيسُ(١)

وقال آخر :

عَيَّتْ جَوَاباً ، وَمَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ   إِلاَّ أَوَارِيَّ(٢) لَأْياً مَا أُبَيِّنُهَا

ولنا : أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عمّا كان يقتضيه لولاه . وقيل : هو إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه ، مشتقّ من ثَنَيْتُ فلاناً عن رأيه ، إذا صرفْتَه عن رأيٍ كان عازماً عليه ، وثنيتُ عِنَانَ دَابَّتِي إذا صرفتَها به عن وجهها التى كانت تذهبُ إليها ، وغيرُ الجنس المذكور ليس بداخلٍ فى الكلام . فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صَوْبِهِ ، ولا ثناه عن وجه استرساله ، فلا يكون استثناء ، وإنّما سُمّي استثناء تجوُّزاً . وإنما هو فى الحقيقة استدراك ، « وإلاّ » ههنا بمعنى « لكن » هكذا قال أهلُ العربيّة . منهم ابنُ قتيبة . وحكاه عن سيبويه ، والاستدراك لا يأتى إلا بعد الجَحْدِ . ولذلك لم يأت الاستثناء فى الكتاب العزيز ، من غير الجنس إلاّ بعد النفى . ولا يأتى بعده الإثباتُ إلاّ أن يوجَدَ بعد جُملة .

وإذا تقرّر هذا فلا مدخل للاستدراك فى الإقرار ، لأنّه إثباتٌ للمقرّ به . فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً . وإن ذكره بعد جملة . كأن قال : له عندى مائة درهم إلاّ ثوباً لى عليه ، فيكون مُقِراً بشىء مُدّعياً لشىء سواه ، فيُقبل إقراره ، وتبطُل دعواه ، كما لو صرّح بذلك بغير لفظ الاستثناء . وأما قوله تعالى (فَسَجَدُوا إِلاَّ إِبْلِيسَ) فإنّ إبليس كان من الملائكة ، بدليل أنّ الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرَهم ، فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ، ولا عاصياً بتركه . ولا قال الله تعالى فى حقّه (فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ) ولا قال (مَامَنَعَكَ أَلاَ تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ؟) وإذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله ، وأهبطه ودَحَره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلاّ الملائكة ، فإن قالوا : بل قد تناول الأمر الملائكةَ ، ومن كان معهم . فدخل إبليس فى الأمر ، لكونه معهم ، قلنا : قد سقط استدلالُكم ، فإنّه متى كان داخلا فى المستثنى منه مأمورا بالسجود . فاستثناؤه من الجنس ، وهذا ظاهر إن أنصف إن شاء الله تعالى ، فعلى هذا : متى قال : له علىّ ألف درهم إلا ثوباً لزمه الألف ، وسقط الاستثناء ، بمنزلة ما لو قال : له علىّ ألف درهم ، لكن لى عليه ثوبٌ .

(١) اليعافير : الظباء التى لونها بلون التراب أو مطلقاً ، والعيس : الجمال البيض التى يخالط بياضها شقرة .
(٢) أواريّ : جمع ورية وهى ما تورى به النار من خرقه أو حطبة ونحوهما .

٣٧٦٦ (الفصل الثانى) إذا استثنى عيناً[1] من وَرِقٍ ، أووَرِقاً من عَيْنٍ ، فاختلف أصحابُنا فى صحّته ، فذهب أبو بكر عبدالعزيز إلى أنه لايصحّ ، لما ذكرنا ، وهو قول محمد بن الحسن ، وقال ابن أبى موسى : فيه روايتان ، واختار الخِرَقى صحّته ، لأنّ قدر أحدهما معلوم من الآخر ، ويعبّر بأحدهما عن الآخر ، فانّ قوماً يُسمّون تسعةَ دراهم ديناراً ، وآخرون يُسمّون ثمانيةَ دراهم ديناراً . فإذا استثنى أحدهما من الآخر عُلم أنّه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر ، فإذا قال : له علىّ دينار إلا ثلاثة دراهم ، فى موضع يُعبّر فيه بالدينار عن تسعةٍ ، كان معناه : له علىّ تسعة دراهم إلا ثلاثةً ، ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجُز إلغاؤه . وقد أمكن بهذا الطريق ، فوجب تصحيحُه ، وقال أبو الخطاب : لا فرق بين العين ، والورق ، وبين غيرها ، ويلزم من صحّة استثناء أحدهما من الآخر صحّة استثناء الثياب ، وغيرها ، وقد ذكرنا الفرق ، ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحّة على ما إذا كان أحدهما يعبّر به عن الآخَر ، أو يُعلم قدره منه ، ورواية البُطلان على ما إذا انتفى ذلك ، والله أعلم .

٣٧٦٧ (فصـــل)

ولو ذكرنا نوعاً من جنس ، واستثنى نوعاً آخر من ذلك الجنس . مثل أن يقول : له علىّ عشرة آصُعٍ تمرًا بَرْنِيًّا إلاّ ثَلاثَةً تمرًا مَعْقِلِيًّا لم يجُز ، لما ذكرناه من الفصل الأول . ويخالف العين والورق ، لأنّ قيمة أحد النوعين غيرُ معلومةٍ من الآخر ، ولا يعبَّر بأحدهما عن الآخر ، ويحتمل على قول الخِرَقِىّ جوازه ، لتقارب المقاصد من النوعين ، فهما كالعين ، والورق ، والأولُ أصحّ ، لأن العلّة الصحيحة فى العين والورق غيرُ ذلك .

٣٧٦٨ (فصـــل)

فأما استثناء بعض ما دخل فى المستثنى منه فجائز بغير خلاف علمناه ، فإن ذلك فى كلام العرب ، وقد جاء فى الكتاب والسنَّة قال الله تعالى « فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا » وقال « فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ إِلاَّ إِبْلِيسَ » وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم فى الشهيد « يُكَفَّرُ عَنْهُ خَطَايَاهُ كُلُّهَا إلا الدَّيْنَ » وهذا فى الكتاب ، والسنّة كثير ، وفى سائر كلام العرب ، فإذا أقرّ بشىء ، واستثنى منه كان مُقِرًّا بالباقى بعد الاستثناء ، فإذا قال : له علىّ مائة إلاّ عَشَرَةً . كان مُقِرًّا بتسعين ، لأنّ الاستثناء يمنع أن يدخُل فى اللفظ ما لولاه لدخل ، فإنه لو دخل لما أمكن إخراجه ، ولو أقرّ بالعشرة المستثناة لما قُبل منه إنكارُها ، وقول الله تعالى « فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا » إخبار بتسعمائة ، وخمسين ،

(١) العين : الذهب ، والورق : الفضة .

فالاستثناء بيّن أن الخمسين المستثناة غيرُ مرادةٍ ، كما أنّ التخصيص يبيّن أن المخصوص غيرُ مراد باللفظ العامّ ، وإن قال إلا ثلثَها ، أو ربعَها صحّ ، وكان مُقرًّا بالباقى بعد المستثنى

وإن قال:هذه الدار لزيد إلاّ هذا البيت كان مُقرًّا بما سِوَى البيت منها، وكذلك إن قال : هذه الدار له ، وهذا البيت لى صحّ أيضاً ، لأنه فى معنى الاستثناء ، لكونه أخرج بعض ما دخل فى اللفظ الأول بكلام متّصل .

وإن قال : له هؤلاء العبيد إلا هذا صحّ ، وكان مُقرًّا بمن سواه منهم ، وإن قال : إلاّ واحداً صحّ ، لأن الإقرار يصحّ مجهولا ، فكذلك الاستثناء منه ، ويرجع فى تعيين المستثنى إليه ، لأن الحكم يتعلّق بقوله ، وهو أعلم بمراده به .

وإن عيّن من عدا المستثنى صحّ ، وكان الباقى له ، فإن هلك العبيدُ إلا واحداً ، فذكر أنّه المستثنى قُبل ، ذكره القاضى ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، وقال أبو الخطاب : لا يُقبل فى أحد الوجهين ، وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعىّ . لأنه يرفع به الإقرار كله ، والصحيح أنه يُقبل ، لأنه يُقبل تفسيره به فى حياتهم ، لمعنًى هو موجود بعد موتهم ، فقبل كحالة حياتهم ، وليس هذا رفعاً للاقرار ، وإنّما تعذر تسليم المقرّ به لتلفه ، لمعنًى يرجع إلى التفسير ، فأشبه ما لو عيّنه فى حياتهم ، فتلف بعد تعيينه .

وإن قتل الجميع إلا واحداً قُبل تفسيرُه بالباقى وجهاً واحداً ، وإن قتل الجميع ، فله قيمة أحدهم ، ويرجع فى التفسير إليه ، وإن قال : غصبتُك هؤلاء العبيد إلا واحداً ، فهلكوا إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً ، لأن المقرّ له يستحقّ قيمة الهالكين ، فلا يُفضى التفسير بالباقى إلى سقوط الإقرار ، بخلاف التى قبلها .

٣٧٦٩ (فصــل)

وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بإلاّ ، فإذا قال : له علىّ عشرة سوى درهم ، أو ليس درهماً، أو خلا درهماً أو عدا درهماً، أو ما خلا ،أو ما عدا درهماً ، أو لا يكون درهماً ، أو غيرَ درهمٍ بفتح الراء[1] كان مُقرًّا بتسعة ، وإن قال : غيرُ درهم ، بضم رائها وهو من أهل العربية كان مقراً بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء ، فإنها لو كانت استثناء كانت منصوبة ، وإن لم يكن

---

(١) يريد الشارح بفتح الراء فى غير ، لأن غيرا تأخذ حكم المستثنى فتنصب هى فى مثل هذه الحالة ويجر المستثنى بإضافتها إليه ، أما إذا ضمت الراء فتكون غير صفة للعشرة ، ويكون تقدير الكلام : له عندى عشرة مغايرة للدرهم فيكون أقر بعشرة .

من أهل العربية لزمه تسعة لأن الظاهر أنه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلا منه بالعربية لا قصداً للصفة .

٣٧٧٠ (فصـــــل)

ولا يصحّ الاستثناء إلا أن يكون متّصلا بالكلام ، فإن سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ، أو فصل بين المستثنى منه ، والمستثنى بكلام أجنبيّ لم يصحّ لأنه إذا سكت ، أو عدل عن إقراره إلى شيء آخر استقرّ حكم ما أقرّ به ، فلم يرتفع ، بخلاف ما إذا كان فى كلامه ، فإنّه لا يثبُت حكمه ، وينتظر ما يتمّ به كلامه ، ويتعلّق به حكم الاستثناء ، والشرط ، والعطف ، والبدل ، ونحوه .

٣٧٧١ (فصـــل)

ولا يصحّ استثناء الكلّ بغير خلاف ، لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ ، واستثناء الكلّ رفع الكلّ ، فلو صحّ صار الكلام كلّه لغواً غيرَ مفيد ، فإن قال : له علىّ درهم ، ودرهم، إلاّ درهماً ، أو ثلاثةُ دراهم ، ودرهمان ، إلا درهمين ، أو ثلاثةٌ ونصفٌ إلا نصفاً ، أو إلا درهماً ، أو خمسةٌ وتسعونَ إلا خمسةً ، لم يصحّ الاستثناء ، ولزمه جميع ما أقرّ به قبل الاستثناء ، وهذا قول الشافعىّ ، وهو الذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة ، وفيه وجه آخر : أنه يصحّ . لأن الواو العاطفة تجمع بين العددين ، وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة ، ومن أصلنا أنّ الاستثناء اذا تعقّب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها ، كقولنا فى قول الله تعالى « وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إلاّ الذِينَ تَابُوا » إنّ الاستثناء عاد الى الجملتين ، فإذا تاب القاذفُ قُبلت شهادته ، ومن ذلك قول النبىّ صلى الله عليه وسلم : « لاَ يَؤُمَّنَّ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي سُلْطَانِهِ ، وَلاَ يَجْلِسُ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إلاّ بِإذْنِهِ » والوجه الأول أولى ، لأنّ الواو لم تُخرج الكلام من أن يكون جملتين ، والاستثناء يرفع إحداهما جميعها ، ولا نظير لهذا فى كلامهم ، ولأن صحّة الاستثناء تجعلُ إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً ، لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ، ثم رفعه كلّه ، فلا يصحّ ، كما لو استثنى منها . وهى غير معطوفة على بعضها ، فأما الآية والخبر فإنّ الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين ، إنّما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة ، فنظيره ما لو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له ، وأعطه درهماً إلاّ فلاناً ، ونظير مسألتنا ما لو قال : أكرم زيداً ، وعمراً ، إلا عمراً ، وإن قال : له علىّ درهمان ، وثلاثةٌ إلا درهمين ، لم يصحّ أيضاً ، لأنه يرفع الجملة الأولى كلّها ، فأشبه ما لو قال : أكرم زيداً ، وعمراً ، إلا زيداً ، وإن قال : له علىّ ثلاثة ، وثلاثة ، إلا درهمين خرّج فيها وجهان ، لأنه استثنى أكثر الجملة التى تليه ، واستثناء الأكثر فاسد ، كاستثناء الكلّ .

٣٧٧٢ (فصــل)

وإن استثنى استثناء بعد استثناء ، وعطف الثانىَ على الأول كان مضافاً إليه ، فإذا قال : له علىَّ عشرة إلا ثلاثةً ، وإلا درهمين ، كان مُستثنياً لخمسةٍ مُبْقِياً لخمسة ، وإن كان الثانى غيرَ معطوف على الأول كان استثناءً من الاستثناء ، وهو جائز فى اللغة ، قد جاء فى كلام الله تعالى فى قوله : (قَالُوا إِنَّا أُرْسِلْنَا إِلَى قَوْمٍ مُجْرِمِينَ إِلا آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ إِلا امْرَأَتَهُ قَدَّرْنَا إِنَّهَا لَمِنَ الْغَابِرِينَ) فإذا كان صدر الـكلام اثباتاً كان الاستثناء الأول نفياً ، والثانى إثباتاً ، فإن استثنى استثناءً ثالثاً كان نفياً يعود كلّ استثناء إلى ما يليه من الـكلام ، فإذا قال : له عشرة إلا ثلاثة ، إلا درهماً ، كان مُقرًّا بثمانية ، لأنه أثبت عشرةً ، ثم أثبت درهماً ، وبقى من الثلاثة المنفيّةدرهمان ، مُستثنيان من العشرة،فيبقى منها ثمانية ، وسنزيد لهذا الفصل فروعاً فى مسألة استثناء الأ كثر .

٣٧٧٣ (فصل)

إذا قال : له هذه الدار هبة ، أو سُـكنى ، أو عارية ، كان إقراراً بما أبدل به كلامه ، ولم يكن اقراراً بالدار ، لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل فى أوله ، فصحّ ، كما لو أقرَّ بجملة ، واستثنى بعضها ، وذكر القاضى : فى هذا وجهاً : أنه لا يصحّ ، لأنه استثناء من غير الجنس، وليس هذا استثناءً إنما هذا بدل، وهو سائغ فى اللغة . ويُسمَّى هذا النوع من البدل بدل الاشتمال ، وهو أن يُبدِل من الشىء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشىء ، كقوله : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه ، وقال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال : (وَمَا أَنْسَانِيهِ إِلاَّ الشَّيْطَانُ أَنْ أَذْكُرَهُ) أى أنسانى ذِكْرَه ، وإن قال : له هذه الدار ثلثها ، أو قال رُبعها صحّ ، ويكون مُقرًّا بالجزء الذى أبدله ، وهذا بدل البعض ، وليس ذلك باستثناء ، ومثله قوله تعالى : (قُمِ اللَّيْلَ إِلاَّ قَلِيلاً نِصْفَهُ) وقوله : (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً) ولـكنّه فى معنى الاستثناء فى كونه يُخرج من الـكلام بعض ما يدخُل فيه . لولاه ، ويُفارقه فى أنه يجوز أن يُخرج أكثر من النصف ، وأنه يجوز ابدال الشىء من غيره إذا كان مشتملا عليه ، ألا ترى أنّ الله تعالى أبدل المستطيع للحجّ من الناس ، وهو أقلُّ من نصفهم ، وأبدل القتالَ من الشهر الحرام وهو غيره ؟ ومتى قال : له هذه الدار سُـكنَى ، أو عارية ، ثبت فيها حكم ذلك ، وله أن لا يُسكنه ايّاها ، وأن يعود فيما أعاره .

٣٧٧٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن ادّعِيَ عليه شىء ، وقال : قد كان له علىّ ، وقضيته لم يكن ذلك اقراراً ﴾ .

حكى ابن أبى موسى أن فى المسألة روايتين :

إحداها : أن هذا ليس بإقرار ، اختاره القاضى ، وقال : لم أجد عن أحمد روايةً بغير هذا .

والثانية : أنه مقرّ بالحقّ مدّعٍ لقضائه ، فعليه البيّنة بالقضاء ، و إلاّ حلف غريمُه وأخذ ، واختاره أبو الخطاب ، وهو قول أبى حنيفة : لأنه أقرّ بالدين ، وادّعى القضاء ، فلم تُقبل دعواه ، كما لو ادّعى القضاء بكلام منفصل ، ولأنه رفع جميع ما أثبته ، فلم يُقبل ، كاستثناء الكلّ ، وللشافعىّ قولان كالمذهبين .

ووجه قول الخِرَقىّ : أنه قول متّصل ، يمكن صحّته ، ولا تناقُض فيه ، فوجب أن يُقبل ، كاستثناء البعض ، وفارق المنفصل . لأن حكم الأول قد استقرّ بسكوته عليه ، فلا يمكن رفعه بعد استقراره ، ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ، ولا غيره ، فما يأتى بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجرّدةً ، لا تُقبل الا ببيّنة، وأما استثناء الكلّ فمتناقض ، لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف ، وليس عليه شىء .

٣٧٧٥ (فصل)

وإن قال : له علىّ مائة وقضيتُه منها خمسين ، فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال : وقضيتها ، وإن قال له إنسان : لى عليك مائة ، فقال : قضيتُك منها خمسين ، فقال القاضى : لا يكون مُقرًّا بشىء ، لأنّ الخمسين التى ذكر أنه قضاها فى كلامه ما يمنع بقاءها ، وهو دعوى القضاء، وباقى المائة لم يذكرها ، وقوله: منها يحتمل أن يُريد بها مما يدّعيه ، ويحتمل ممّا علىّ ، فلا يثبت عليه شىء بكلام مُحتمِل . ويجىء على قول من قال بالرواية الأخرى أن يلزمه الخمسون التى ادّعى قضاءها . لأنّ فى ضمن دعوى القضاء اقراراً بأنّها كانت عليه ، فلا تُقبل دعوى القضاء بغير بيّنة .

٣٧٧٦ (فصل)

وإن قال : كان له علىّ ألف ، وسكت ، لزمه الألف فى ظاهر كلام أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفة، وأحد قول الشافعىّ ، وقال فى الآخر : لا يلزمه شىء ، وليس هذا بإقرار . لأنه لم يذكر عليه شيئاً فى الحال ، إنّما أخبر بذلك ، فجاز فى ماضٍ فلا يثبت فى الحال ، ولذلك لو شهدت البيّنة به لم يثبُت .

ولنا : أنه أقرّ بالوجوب ، ولم يذكر ما يرفعه ، فبقى على ما كان عليه ، ولهذا لو تنازعا داراً ، فأقرّ أحدهما للآخر أنّها كانت ملكه حكم بها له ، إلاّ أنه ههنا إن عاد فادّعى القضاء ، أو الإبراء ، سُمعت دعواه، لأنه لا تنافىَ بين إقراره ، وبين ما يدّعيه .

٣٧٧٧ (فصل)

وإن قال : له علىّ ألف ، قضيتُه إيّاها لزمه الألف ، ولم تُقبل دعوى القضاء ، وقال القاضى : تُقبل .

لأنه رفع ما أثبته بدعوى القضاء مُتّصلاً ، فأشبه مالو قال : كان له عليّ ، وقضيتُه ، وقال ابن أبي موسى : ان قال : قضيتُ جميعه لم يُقبل الا ببيّنة ، ولزمه ما أقرّ به ، وله اليمين على المقرّ له ، ولو قال : قضيتُ بعضه قُبل منه فى إحدى الروايتين . لأنه رفع بعض ما أقرّ به بكلام متّصل . فأشبه مالو استثناه ، بخلاف ما اذا قال : قضيتُ جميعه ، لكونه رفع جميع ما هو ثابت ، فأشبه استثناء الكلّ .

ولنا : أن هذا قول متناقض ، إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه ، فإنّ كونه عليه يقتضى بقاءه فى ذمّته ، واستحقاق مطالبته به ، وقضاؤه يقتضى براءة ذمّته منه ، وتحريم مطالبته به ، والإقرار به يقتضى ثبوتَه ، والقضاء يقتضى رفعه ، وهذان ضدّان ، لا يُتصوّر اجتماعهما فى زمن واحد ، بخلاف ما إذا قال : كان له عليّ ، وقضيتُه ، فإنه أخبر بهما فى زمانين ، ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ، ويقضى ما كان ديناً ، وإذا لم يصحّ هذا فى الجميع لم يصحّ فى البعض ، لاستحالة بقاء ألف عليه ، وقد قضى بعضه .

ويفارق الاستثناء . فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقى من المستثنى منه ، فقول الله تعالى (فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا) عبارة عن تسعمائة ، وخمسين ، أما القضاء فإنّما يرفع جزءاً كان ثابتاً ، فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدلّ على البقاء .

وإن وصل إقراره بما يُسقطه ، فقال : له عليّ ألف من ثمن خمر ، أو خنزير ، أو من ثمن طعام اشتريتُه ، فهلك قبل قبضه ، أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه ، أو تكفّلت به على أنّى بالخيار ، لزمه الألف ، ولم يُقبل قوله فى إسقاطه . ذكره أبو الخطّاب . وهو قول أبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعىّ . وذكر القاضى : أنّه إذا قال : له عليّ ألف زُيُوفٌ ، ففسّره برصاص ، أو نُحاس لم يُقبل . لأنه رفع كلّ ما اعترف به ، وقال فى سائر الصور التى ذكرناها : يُقبل قوله . لأنه عزا إقراره إلى سببه ، فقُبل ، كما لو عزاه إلى سبب صحيح .

ولنا : أن هذا يُناقض ما أقرّ به فلم يُقبل ، كالصورة التى سلّمها ، وكما لو قال : له عليّ ألف لا يلزمنى ، أو يقول : دفع جميع ما أقرّ به ، فلم يُقبل ، كاستثناء الكلّ ، وغير خافٍ تناقضُ كلامه . فإنّ ثبوت ألف عليه فى هذه المواضع لا يتصوّر ، وإقراره إخبار بثبوته ، فيتنافيان ، وإن سلّم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه .

٣٧٧٨ (فصـــل)

ولا يُقبل رجوع المقرّ عن إقراره إلاّ فيما كان حدًّا لله تعالى ، يُدرأ بالشُّبهات ، ويُحتاط لإسقاطه ،

فأمّا حقوقُ الآدميّين ، وحقوقُ الله تعالى التى لا تُدرأ بالشبهات ، كالزكاة ، والكفّارات ، فلا يُقبل رجوعه عنها ، ولا نعلم فى هذا خلافاً .

فإذا قال : هذه الدار لزيد ، لا ، بل لعمرو ، أو ادّعى زيدٌ على ميّت شيئاً معيّناً من تركته ، فصدّقه ابنه ، ثم ادّعاه عمرو ، فصدّقه ، حكم به لزيد ، ووجبت عليه غرامته لعمرو ، وهذا ظاهر أحد قولى الشافعىّ ، وقال فى الآخر : لا يغرم لعمرو شيئاً ، وهو قول أبى حنيفة . لأنه أقرّ له بما عليه الإقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله ، وذلك لا يوجب الضمان .

ولنا : أنه حال بين عمرو ، وبين ملكه الذى أقرّ له به بإقراره لغيره ، فلزمه غُرمه ، كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده ، ثمّ رجعا عن الشهادة ، أو كما لو رمى به فى البحر ، ثم أقرّ به ، وإن قال : غصبتُ هذه الدار من زيد ، لا ، بل من عمرو ، أو غصبتُها من زيد ، وغصبها زيدٌ من عمرو ، حكم بها لزيد ، ولزمه تسليمها إليه ، ويغرمها لعمرو ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ ، وقال فى الآخر : لا يضمنُ لما تقدم .

ولنا : أنه أقرّ بالغصب الموجِب للضمان ، والردّ إلى المغصوب منه ، ثمّ لم يردّ ما أقرّ بغصبه ، فلزمه ، ضمانه ، كما لو تلف بفعل الله تعالى ، قال أحمد فى رواية ابن منصور ، فى رجل قال لرجل : استودعتك هذا الثوب قال : صدقت ، ثمّ قال : استودعنيه رجلٌ آخر ، فالثوب للأوّل ، ويغرم قيمته للآخر ، ولا فرق فى هذا الفصل بين أن يكون إقراره بكلام متّصل ، أو منفصل.

٣٧٧٩ (فصل)

فإن قال : غصبتُ هذه الدار من زيد ، وملكها لعمرو ، لزمه دفعها إلى زيد لإقراره له بأنّها كانت فى يده ، وهذا يقتضى كونها فى يده بحقّ ، وملكها لعمرو ، لا ينافى ذلك ، لأنّها يجوز أن تكون فى يد زيد بإجارة ، أو عارية . أو وصيّة ، ولا يغرم لعمرو شيئاً ، لأنه لم يكن منه تفريط ، وفارق هذا ما إذا قال: هذه الدار لزيد ، بل لعمرو ، لأنه أقرّ للثانى بما أقرّ به للأوّل ، فكان الثانى رجوعاً عن الأول ، لتعارضهما ، وههنا لا تعارُض بين إقراريه .وإن قال : ملكها لعمرو ، وغصبها من زيد،فكذلك لافرق بين التقديم ، والتأخير ، والمتّصل ، والمنفصل . ذكره القاضى . وقيل : يلزمه دفعها إلى عمرو ، ويغرمها لزيد ، لأنه لمّا أقرّ بها لعمرو أولاً ، لم يُقبل إقراره باليد لزيد ، وهذا وجه حسن . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين ، ولو قال : هذا الألف دفعه إلىّ زيد ، وهو لعمرو . أوقال : هو لعمرو ، ودفعه إلىّ زيد ، فكذلك على ما مضى من القول فيه .

٣٧٨٠ (فصل)

وإن قال : غصبتها من أحدهما أو هى لأحدهما صح الإقرار . لأنه يصحّ بالمجهول ، فيصحّ للمجهول ،

ويُطالب بالبيان ، فإن عيّن أحدهما دُفعت إليه ، ويحلف للآخر إن ادّعاها ، ولا يغرم له شيئاً ، لأنه لم يقرّ له بشيء ، وإن قال : لا أعرفه عيناً فصدّقاه ، نُزعت من يده ، وكانا خصمين فيها ، وإن كذَّباه فعليه اليمين : أنه لا يعلم ، وتُنزع من يده فإن كان لأحدهما بيّنة حكم له بها ، وإن لم تكن له بيّنة أقرعنا بينهما . فمن قرع صاحبه حلف ، وسُلِّمت إليه ، وإن بيّن الغاصب بعد ذلك مالكها قُبل منه ، كما لو بيّنه ابتداءً ، ويحتمل أنه إذا ادّعى كلّ واحد منهما أنّه المغصوب منه توجّهت عليه اليمينُ لكلّ واحد منهما أنه لم يغصبه ، فإن حلف لأحدهما لزمه دفعها إلى الآخر ، لأنّ ذلك يجرى مجرى تعيينه ، وإن نكل عن اليمين لهما جميعاً فسلّمت إلى أحدهما بقرعة ، أو غيرها ، لزمه غُرمها للآخر ، لأنّه نكل عن يمين توجّهت عليه ، فقُضى عليه كما لو ادّعاها وحده .

٣٧٨١ (فصــــل)

فإن كان فى يده عبدان فقال . أحد هذين لزيد ، طولب بالبيان ، فإن عيّن أحدهما فصدّقه زيد أخذه ، وإن قال : هذا لى ، والعبد الآخر ، فعليه اليمين فى العبد الذى يُنكره . وإن قال زيد : إنّما لى العبد الآخر ، فالقولُ قولُ المقرّ مع يمينه ، فى العبد الذى يُنكره . ولا يدفع إلى زيد العبد المقرّ به ، لكن يقرّ فى يد المقرّ ، لأنه لم يصحّ إقراره به فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يُنزع من يده ، لاعترافه بأنه لا يملكه ، ويكون فى بيت المال ، لأنه لا مالك له معروف ، فأشبه ميراثَ مَنْ لا يُعرف وارثه ، فإن أبى التعيين فعيّنه المقرّ له ، وقال : هذا عبدى ، طولب بالجواب ، فإن أنكر حلف ، وكان بمنزلة تعيينه للآخر ، وإن نكل عن اليمين يُقضَى عليه ، وإن أقرّ له فهو كتعيينه .

٣٧٨٢ (فصــــل)

ولو أقرّ لرجل بعبد ، ثم جاءه به ، فقال : هذا الذى أقررتُ به ، فقال : ليس هو هذا . إنّما هو آخر ، فعلى المقرّ اليمين : أنّه ليس له عنده سواه . ولا يلزمه تسليم هذا الى المقَرّ له . لأنه لا يدّعيه . وان قال : هذا لى ، ولى عندك آخر . سلّم اليه هذا ، وحلف له على نفى الآخر ، وكلّ من أقرّ لرجل بملك ، فكذّبه بطل إقراره . لأنه لا يثبُت للانسان ملك لا يَعترف به . وفى المال وجهان :

أحدهما : يترك فى يد المقرّ . لأنه كان محكوماً له به . فإذا بطل إقراره بقى على ما كان عليه .

والثانى : يُؤخذ الى بيت المال ، لأنّه لم يثبُت له مالك . وقيل : يُؤخذ ، فيُحفظ حتى يظهر مالكه . لأنه لا يدّعيه أحد . ومذهب الشافعىّ مثل هذا ، فإن عاد أحدهما ، فكذّب نفسه دُفع إليه . لأنه يدّعيه ، ولا مُنازع له فيه ، وإن كذّب كلّ واحد منهما نفسه . فرجع المقرّ عن إقراره ، وادّعاه المقَرّ له . فإن كان باقياً فى يد المقرّ فالقول قولُه . مع يمينه ، كما لو لم يقرّ به لغيره . وإن كان معدوماً بتلف ، أو إباق ، ونحوه بغير تعدّ من أحدهما ، فلا شيء فيه ، من يمين ، ولا غيرها . وان كان بتعدّ من أحدهما فالقول فيه قول المقرّ مع يمينه ،

كما لو كان باقياً ، فإذا حلف سقط عنه الضمان . ان كان تلفه بتعدّيه . ووجب له الضمان على الآخر . إن كان تلفه بتعدٍّ منه ، والله أعلم .

٣٧٨٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أقرّ بعشرة دراهم ، ثم سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه . ثم قال : زيوفاً . أو صغاراً . أو إلى شهر . كانت عشرةً جياداً ، وافيةً حالّةً ﴾

وجملته : أن من أقرّ بدراهم ، وأطلق ، اقتضى إقراره الدراهم الوافية ، وهى دراهم الإسلام ، كلّ عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ، وكلّ درهم ستّة دوانق ، واقتضى أن تكون جياداً ، حالّة ، كما لو باعه بعشرة دراهم ، وأطلق ، فإنّها تلزمه كذلك ، فإذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ، وأخذ فى كلامٍ غير ما كان فيه ، استقرّت عليه ، كذلك ، فإن عاد ، فقال : زيوفاً — يعنى رديئةً — أو صغارا ، وهى الدراهم الناقصة ، مثل دراهم طبريّة كان كلّ درهم منها أربعةَ دوانيق ، وذلك ثلثا درهم ، أو إلى شهر ، يعنى مؤجّلةً لم يُقبل منه ، لأنه يرجع عن بعض ما أقرّ به ، ويرفعه بكلام منفصل ، فلم يقبل كالاستثناء المنفصل ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، ولا فرق بين الإقرار بها دينا ، أو وديعةً ، أو غَصْباً ، وقال أبو حنيفة : يُقبل قوله فى الغصب ، والوديعة ، لأنه أقرّ بفعل فى عَيْنٍ ، وذلك لا يقتضى سلامتها ، فأشبه مالو أقرّ بغصب عبدٍ ، ثم جاء به معيباً .

ولنا : أن إطلاق الاسم يقتضى الوازِنةَ ، الجياد ، فلم يُقبل تفسيره بما يخالف ذلك ، كالدين ، ويُفارق العبد ، فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه ، فأمّا إن وصفها بذلك بكلام متّصل ، أو سكت للتنفّس ، أو اعترضته سَعْلَةٌ ، أو نحو ذلك ، ثم وصفها بذلك ، أو شيء منه قُبِل منه ، وذكر أبو الخطّاب أنه يحتمل أن لا يُقبل منه التأجيل ، وهو قول أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعىّ . لأن التأجيل يمنع استيفاء الحقّ ، فلم يُقبل ، كالو قال : له علىّ دراهم قضيته إيّاها ، وقال بعض أصحاب الشافعىّ : لا يُقبل تفسيره بالناقصة ، وقال القاضى : إن قال : له علىّ عشرة دراهم ناقصةٌ قبل قوله ، وإن قال : صغارا ، وللناس دراهم صغار قُبل قولُه أيضاً ، وإن لم تكن لهم دراهم صغار لزمه وازنةٌ كما لو قال : دُرَيْهِم[1] ، لزمه درهم وازنٌ ، وهذا قول ابن القاصّ من أصحاب الشافعىّ .

ولنا : أنه فسّر كلامه بما يحتمله بكلام متّصل ، فقُبِل منه ، كاستثناء البعض ، وذلك لأن الدراهم يعبّر بها عن الوازنة ، والناقصة ، والزُّيوف ، والجيّدة ، وكونها عليه يحتمل الحلول ، والتأجيل ، فإذا وصفها بذلك تقيّدت به ، كما لو وصف الثمن به ، فقال : بعتُك بعشرة دراهم مؤجّلةً ، ناقصةً ، وثبوتها على غير

(١) أى بصيغة التصغير .

هذه الصفة حالة الإطلاق لا يمنع من صحّة تقييدها به ، كالثمن ، وقولهم : إن التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح ، وإنّما يؤخّره ، فأشبه الثمن المؤجّل .

يحققه أن الدراهم تثبت فى الذمّة على هذه الصفات ، فإذا كانت ثابتةً بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهّرة سدّ باب الإقرار بها على صفتها ، وعلى ما ذكروه لا سبيل له إلى الإقرار بها إلاّ على وجه يؤاخذ بغير ما هو واجب عليه ، فيفسُد باب الإقرار ، وقول من قال : إن قوله صغارا ينصرف إلى المقدار لا يصحّ ، لأن مساحة الدراهم لا تُعتبر فى الشرع ، ولا تثبت فى الذمّة بمساحة مقدّرة . وإنّما يُعتبر الصغر ، والكبر فى الوزن ، فيرجع إلى تفسير المقرّ ، فأما إن قال : زُيوفاً ، وفسّرها بمغشوشة ، أو مَعيبةٍ عيباً ينقصُها قُبل تفسيرُه ، وإن فسّرها بنُحاس ، أو رَصاص ، أو ما لا قيمة له لم يُقبل ، لأنّ تلك ليست دراهم على الحقيقة، فيكون تفسيره به رجوعاً عمّا أقرّ به فلم يُقبَل ، كاستثناء الكلّ .

٣٧٨٤ (فصـــل)

وإن أقرّ بدراهم ، وأطلق فى بلد أوزانُهم ناقصةٌ ، كطبرّية كان درهمهم أربعةَ دوانيق ، وخُوَارَزْم كان درهمهم أربعةَ دوانيق، ونصفاً ، ومكّة درهمهم ناقصٌ،وكذلك المغرب ، أو فى بلد دراهمهم مغشوشة ، كمصر ، والموصل ، ففيه وجهان :

أولهما : يلزمه من دراهم البلد ، ودنانيره ، لأنّ مُطلق كلامهم يُحمل على عرف بلدهم ، كما فى البيع والأثمان .

والثانى : تلزمه الوازنة الخالصة من الغشّ ، لأن إطلاق الدراهم فى الشرع ينصرف إليها ، بدليل أن بها تقدير نُصُب الزكاة ، ومقادير الدِّيات ، فكذلك إطلاق الشخص ، وفارق البيع ، فإنّه إيجاب فى الحال ، فاختصّ بدراهم الموضع الذى هما فيه ، والإقرار إخبار عن حقّ سابق ، فانصرف إلى دراهم الإسلام.

٣٧٨٥ (فصــــــل)

وإن أقرّ بدراهم ، وأطلق ، ثم فسّرها بسكّة البلد الذى أقرّ بها فيه ، قبل، لأن إطلاقه ينصرف إليه، وإن فسّرها بسِكّة غير سِكّة البلد ، أجود منها ، قبل ، لأنه يقرّ على نفسه بما هو أغلظ ، وكذلك إن كانت مثلها ، لأنّه لا يتّهم فى ذلك ، وإن كانت أدنى من سِكّة البلد ، لكنّها مساويةٌ فى الوزن احتمل أن لا يُقبل، لأنّ إطلاقها يقتضى دراهم البلد ، ونقده ، فلا يُقبل منه دونها ، كما لا يُقبل فى البيع ، ولأنّها ناقصة القيمة ، فلم يُقبل تفسيره بها ، كالناقصة وزناً ، ويحتمل أن يُقبل منه ، وهو قول الشافعىّ ، لأنّه يحتمل ما فسّره به، وفارق الناقصة ، لأنّ إطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها ، بخلاف هذه ، ولهذا يتعلّق بهذه مقدار النّصاب فى الزكاة ، وغيره ، وفارق الثمن ، فإنه إيجاب فى الحال ، وهذا إخبار عن حقّ سابق .

٣٧٨٦ (فصـــــل)

وإن قال : له علىّ درهم كبير ، لزمه درهم من دراهم الإسلام ، لأنه كبير فى العرف ، وإن قال : له علىّ دُرَيْهم ، فهو كما لو قال : درهم ، لأن التصغير قد يكون لصغره فى ذاته ، أو لقلة قدره عنده ، وتحقيره، وقد يكون لمحبّته ؛ كما قال الشاعر :

بِذَيّالِكَ الوَادِى أَهِيمُ وَلَمْ أَقُلْ بِذَيّالِكَ الوَادِى وَذَيّاكَ مِنْ زُهْدِ
وَلَكِنْ إِذَا مَاحُبَّ شَىْءٌ تَوَلَّعَتْ بِهِ أَحْرُفُ التَّصغِيرِ مِنْ شِدَّةِ الوَجْدِ

وإن قال : له علىّ عشرة دراهم عدداً ، لزمته عشرة معدودة ، وازنة ؛ لأنّ إطلاق الدراهم يقتضى وازنةً ، وذكر العدد لا يُنافيها ؛ فوجب الجمع بينهما ، فإن كان فى بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن ، فحكمه حكمُ مالو أقرّ بها فى بلد أوزانُهم ناقصة ، أو دراهمهم مغشوشة ؛ على ما فُصّل فيه .

٣٧٨٧ (فصـــــل)

وإذا أقرّ بدرهم ؛ ثمَّ أقرّ بدرهم ، لزمه درهم واحد ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يلزمه درهمان ، كما لو قال : له علىّ درهم ، ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الإقرار فى وقت واحد، أو فى أوقات ، أو فى مجلس واحد ، أو مجالس .

ولنا: أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول، كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً، وهوداً، وصالحاً، ولوطاً ، وشُعَيباً ، وإبراهيم ، وموسى ، وعيسى ، ولم يكن المذكور فى قصّة غيرَ المذكور فى أخرى ، كذا ههنا ، فإن وصف أحدهما ، وأطلق الآخر ، فكذلك ، لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف ، أطلقه فى حال ، ووصفه فى حال ، وإن وصفه بصفة واحدة فى المرتين . كان تأكيداً ، لما ذكرنا ، وإن وصفه فى إحدى المرتين بغير ما وصفه فى الأخرى ، فقال : درهم من ثَمَن مبيع ، ثم قال : له علىّ درهم من قرض ، أو درهم من ثمن ثَوْبٍ ، ثمّ قال : درهم من ثمن عبد ، أو قال: درهم أبيض، ثم قال: درهم أسود ، فهما درهمان، لأنّهما متغايران .

٣٧٨٨ (فصـــــل)

وإن قال : له علىّ درهم ، ودرهم ، أو درهم ، فدرهم ، أو درهم ، ثمَّ درهم ، لزمه درهمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، وذكر القاضى وجهاً ، فيما إذا قال : درهم ، فدرهم ، وقال : أردتُ: درهم ، فدرهم، لازم لى ، أنّه يُقبل منه ، وهو قول الشافعىّ : لأنه يحتمل الصفة .

ولنا : أن الفاء أحدُ حروف العطف الثلاثة ، فأشبهت الواو ، ثمّ ، ولأنه عطف شيئاً على شىء

بالفاء ، فاقتضى ثبوتهما ، كما لو قال : أنتِ طالق ، فطالق ، وقد سلّمه الشافعيّ ، وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد ، لا يفهم حالة الإطلاق ، فلا يُقبل تفسيره به ، كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنّها زُيوف ، أو صغار ، أو مؤجّلة .

وإن قال : له عليّ درهم ، ودرهمان ، لزمته ثلاثة .

وإن قال : له عليّ درهم ، ودينار ، أو فدينار ، أو قفيزُ حنطة ، ونحو ذلك لزمه ذلك كله .

وإن قال : له عليّ درهم ، ودرهم ، ودرهم . لزمته ثلاثة ، وحكى ابن أبي موسى ، عن بعض أصحابنا: أنه إذا قال : أردتُ بالثالث تأكيد الثاني ، وبيانه أنه يُقبل ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ . لأن الثالث في لفظ الثاني ، فظاهر مذهبه : أنه يلزمه الثلاثة ، لأنّ الواو للعطف ، والعطف يقتضي المغايرة ، فوجب أن يكون الثالث غير الثاني ، كما كان الثاني غير الأول ، والإقرار لا يقتضي تأكيداً ، فوجب حمله على العدد ، وكذلك الحكم إذا قال : له عليّ درهم ، فدرهم ، فدرهم ، أو درهم ، ثمّ درهم ، ثمّ درهم ، وإن قال : له عليّ درهم ، ودرهم ، ثم درهم ، أو درهم ، فدرهم ، ثمّ درهم ، أو درهم ، ثمّ درهم ، فدرهم ، لزمته الثلاثة ، وجهاً واحداً ، لأن الثالث مُغاير للثاني ، لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما ، فلم يحتمل التأكيد .

٣٧٨٩ (فصــل)

وإن قال : له عليّ درهم ، بل درهمان ، أو درهم ، لـكن درهمان ، لزمه درهمان ، وبه قال الشافعيّ : وقال زفر ، وداود : تلزمه ثلاثة ، لأنّ بل للاضراب ، لأنه لما أقرّ بدرهم ، وأضرب عنه لزمه لأنه لا يُقبل رجوعه عمّا أقرّ به ، ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما .

ولنا : أنه إنّما نفى الاقتصار على واحد ، وأثبت الزيادة عليه ، فأشبه . ما لو قال : له عليّ درهم ، بل أكثر ، فإنّه لا يلزمه أكثر من اثنين ، وإن قال : له عليّ درهم بل درهم ، أو لـكن درهم ، ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه درهمٌ واحد ، لأن أحمد قال : فيمن قال لامرأته : أنت طالق ، لا ، بل أنتِ طالق ، أنّها لا تطلق إلاّ واحدةً ، وهذا في معناه ، وهذا مذهبُ الشافعيّ : لأنه أقرّ بدرهم مرتين ، فلم يلزمه أكثر من درهم ، كما لو أقرّ بدرهم ، ثم أنكره ، ثمّ قال : بل عليّ درهم ، ولـكن للاستدراك ، فهي في معنى بل ، إلاّ أنّ الصحيح أنها لا تُستعمل إلا بعد الجَحْد ، إلاّ أن يذكر بعدها جملة .

والوجه الثاني : يلزمه درهمان ، ذكره ابن أبي موسى ، وأبو بكر عبد العزيز . ونقيضه قول زفر ، وداود ، لأنّ ما بعد الإضراب يُغاير ما قبله ، فيجبُ أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعــده ، فيجب الاثنان ، كما لو قال : له عليّ درهم ، بل دينار ، ولأنّ بل من حروف العطف ،

والمعطوف غير المعطوف عليه . فوجبا جميعاً ، كما لو قال : له عليّ درهم ، ودرهم ، ولأنّا لو لم نوجب عليه إلا درهماً جعلنا كلامه لغواً ، وإضرابه عنه غير مُفيد ، والأصل فى كلام العاقل . أن يكون مفيداً . ولو كان الذى أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ، ولا بعضه مثـل أن يقول له : علىّ درهم ، بل دينار ، أو ديناران ، أو له علىّ قفيزُ حِنطة . بل قفيز شعير ، أو هذا الدرهم ، بل هـذان ، لزمه الجميع ، بغير خلاف علمناه ، لأنّ الأول لا يمكن أن يكون الثانى ، ولا بعضه ، فكان مُقرًّا بهما ، ولا يُقبل رجوعه عن شىء منهما ، وكذلك كل جملتين أقرّ بإحداهما ، ثمّ رجع إلى الأخرى لزماه ، وإن قال : علىّ درهمان ، بل درهم ، أو عشرة ، بل تسعة ، لزمه الأكثر ، لأنّه أضرب عن واحد ، ونفاه بعد إقراره به ، فلم يُقبل نفيه له ، بخلاف الاستثناء ، فإنّه لا ينفى شيئاً أقرّ به ، وإنّما هو عبارة عن الباقى بعد الاستثناء ، فإذا قال : له عشرة إلاّ درهما ، كان معناه تسعة .

٣٧٩٠ (فصــل)

وإن قال : له علىّ درهم ، قبله درهم ، أو بعده درهم ، لزمه درهمان ، وإن قال : قبله درهم ، وبعده درهم ، لزمه ثلاثة . لأن قبل ، وبعد ، تستعمل للتقديم ، والتأخير فى الوجوب ، وإن قال : له علىّ درهم فوق درهم ، أو تحت درهم ، أو مع درهم ، فقال القاضى : يلزمه درهم ، وهو أحد قولى الشافعىّ . لأنه يحتمل فوق درهم فى الجودة ، أو فوق درهم لى ، وكذلك تحت درهم ، وقوله : معه درهم ، يحتمل . معه درهم لى ، وكذلك مع درهم ، فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال أبو الخطاب : يلزمه درهمان، وهو القول الثانى للشافعىّ. لأنّ هذا اللفظ يجرى مجرى العطف ، لكونه يقتضى ضمّ درهم آخر إليه ، وقد ذكر ذلك فى سياق الإقرار ، فالظاهر أنّه إقرار ، ولأن قوله : علىّ يقتضى : فى ذمّتى ، وليس المقر فى ذمّة نفسه درهم ، مع درهم المقرّ له . ولا فوقه . ولا تحته . فإنه لا يثبُت الانسان فى ذمّة نفسه شىء ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إن قال : فوق درهم لزمه درهمان ، لأنّ فوق تقتضى فى الظاهر الزيادة ، وإن قال : تحت درهم لزمه درهم واحد ، لأنّ تحت تقتضى النقص .

ولنا : أن حمل كلامه على معنى العطف ، فلا فرق بينهما ، وإن حمل على الصفة للدرهم المقرّ به وجب أن يكون المقرّ به درهماً واحداً ، سواء ذكره بما يقتضى زيادة الجودة ، أو نقصها ، وإن قال : له علىّ درهم قبله دينار ، أو بعده ، أو قفيز حنطة ، أو معه ، أو فوقه ، أو تحته ، أو مع ذلك ، فالقول فى ذلك ، كالقول فى الدرهم ، سواء .

٣٧٩١ (فصــــل)

وإن قال : له علىّ ما بين درهم ، وعشرة ، لزمته ثمانية ، لأنّ ذلك : ما بينهما ، وإن قال : من درهم لعشرة ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : تلزمه تسعة ، وهذا يحكى عن أبى حنيفة ، لأنّ من لابتداء الغاية ، وأول الغاية منها ، وإلى ، لانتهائها ، فلا يدخل فيها ، كقوله تعالى (ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ) .

والثانى : تلزمه ثمانية ، لأن الأول والعاشر حدّان ، فلا يدخل فى الإقرار ، ولزمه ما بينهما ، كالتى قبلها :

والثالث : تلزمه عشرة لأنّ العاشر أحد الطرفين ، فيدخل فيها ، كالأول ، وكما لو قال : قرأتُ القرآنَ من أوله إلى آخره ، ، فإن قال : أردتُ بقولى من واحد إلى عشرة مجموع الأعداد كلّها ، أى الواحد، والاثنان ، وكذلك إلى العشرة ، لزمه خمسة ، وخمسون درهما ، واختصار حسابه أن تزيد أول العدد ، وهو الواحد على العشرة ، فيصير أحد عشرة ، ثم تضربها فى نصف العشرة ، فما بلغ فهو الجواب .

٣٧٩٢ (فصــل)

وإن قال: له على دراهم ، لزمه ثلاثة . لأنها أقلّ الجمع ، وإن قال : له علىّ دراهم كثيرة ، أو وافرة أو عظيمة ، لزمه ثلاثة ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا يُقبل تفسيره بدون العشرة ، لأنّها أقلّ جمع الكثرة ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا يُقبل أقلّ من مائتين ، لأنّ بها يحصُل الغنى ، وتجب الزكاة .

ولنا : أن الكثرة ، والعظمة لاحدّ لها شرعاً ، ولا لغةً ، ولا عُرفًا ، وتختلف بالإضافات ، وأحوال الناس ، فالثلاثة أكثر ممّا دونها ، وأقلّ ممّا فوقها ، ومن الناس من يستعظم اليسير ؛ ومنهم من لا يستعظم الكثير ، ويحتمل أن المقرّ أراد كثيرة بالنسبة إلى مادونها ، أو كثيرةً فى نفسه ، فلا تجب الزيادة بالاحتمال .

٣٧٩٣ (فصــل)

وإن قال : له علىّ درهمان فى عشرة ، وقال : أردتُ الحسابَ لزمه عشرون ، وإن قال : أردت درهمين مع عشرة ، ولم يكن يعرف الحساب قُبل منه ولزمه اثنا عَشْرَة ، لأن كثيراً من العامّة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى ، وإن كان من أهل الحساب احتمل أن لا يُقبل ، لأنّ الظاهر من الحساب استعمالُ ألفاظه لمعانيها فى اصطلاحهم ، ويحتمل أن يُقبل . لأنه لا يمنع أن يستعمل اصطلاح العامّة .

وإن قال أردت درهمين فى عَشَرة لى لزمه درهمان ، لأنّه يحتمل ما يقول ، وإن قال درهمان فى دينار لم يحتمل الحساب ، وسُئل عن مراده ، فإن قال : أردتُ العطفَ ، أو معنى معَ لزمه الدرهمان ، والدينار ، وإن قال أسلمتهما فى دينار ، فصدّقه المَقرّ له بطل إقراره ، لأنّ سلَمَ أحد النقدين فى الآخَر لا يصحّ ، وإن كذّبه فالقولُ قولُ المَقرّ له ، لأنّ المقرّ وصل إقراره بما يُسقطه ، فلزمه ما أقرّ به ، وبطل قوله فى دينار .

وكذلك إن قال : له علىّ درهمان فى ثوب ، وفسّره بالسلم ، أو قال : فى ثوب اشتريتُه منه إلى سَنَةٍ

فصدقه بطل إقراره ، لأنّ إن كان بعد التفرّق بطل السلم ، وسقط الثمن ، وإن كان قبـل التفرّق فالمقرّ بالخيار بين الفسخ ، والإمضاء ، وإن كذبه المقرّ له فالقولُ قوله مع يمينه ، وله الدرهمان .

٣٧٩٤ (فصـــــل)

وإن قال : له عندى درهم فى ثوب ، أو فى كيس ، أو زيت فى جرّة ، أو تِبن فى غِرارة[1] أو تمر فى جِراب[2] أو سكّين فى قِراب[3] ، أو فصٌّ فى خاتَم ، أو كيسٌ فى صُندوق ، أو قال : غصبتُ منه ثوباً فى مِنديل ، وزيتاً فى زِقّ ففيه وجهان :

أحدهما : يكون مُقرّا بالمظروف دون الظرف ، هذا اختيار ابن حامد ، ومذهب مالك ، والشافعىّ . لأنّ إقراره لم يتناول الظرف ، فيحتمل أن يكون فى ظرف للمقرّ ، فلم يلزمه .

والثانى : يلزمه الجميع ، لأنّه ذكر ذلك فى سياق الإقرار ، ويصلُح أن يكون مقرّاً به ، فلزمه ، كما لو قال : له عندى عبد عليه عمامة ، وقال أبو حنيفة : فى الغصب يلزمه ، ولا يلزمه فى بقيّة الصور ، لأن المنديل يكون ظرفاً للثوب ، فالظاهر أنّه ظرف له فى حال الغصب ، صار كأنه قال : غصبتُ ثوباً ومِنْدِيلاً .

ولنا : أنه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب ، وهو ظرف للثوب ، فيقول : غصبتُ ثوباً فى منديل لى ، ولو قال : هذا لم يكن مُقرّا بغصبه ، فإذا أطلق كان مُحتمِلاً له ، فلم يكن مُقرّا بغصبه ، كما لو قال :غصبتُ دابّةً فى اصطبلها ، أو له علىّ ثوب فى منديل ، وإن قال : له عندى جَرّة فيها زيت ، أو جراب فيه تمر ، أو قراب فيه سكين ، فعلى وجهين ، وإن قال : له علىّ خاتم فيه فصّ ، فـكذلك ، ويحتمل أن يكون مُقرّا به بفصّه وجهاً واحداً ، لأن الفصّ جزء من أجزاء الخاتم ، فأشبه مالو قال : له علىّ ثوب فيه علم[4] ولو قال : له عندى خاتم ، وأطلق لزمه الخـاتم بفصّه ، لأن اسم الخاتم يجمعهما ، وإن قال : له علىّ ثوب مُطَرَّز لزمه الثوب بطرازه .

٣٧٩٥ (فصـــــل)

وإن قال : له عندى دار مفروشة ، أو دابّة مُسْرَجَةٌ ، أو عبد عليه عمامة ، ففيه أيضاً وجهان ، وقال أصحاب الشافعىّ : تلزمه عمامة العبد دون الفرش ، أو السَّرْج ، لأنّ العبـد يدهُ على عمامته ، ويدُه كيد سيّده ،ولا يد للدابّة والدار.

(١) الغرارة : بكسر الغين ولا تفتح الجوالق (الشوال)
(٢) الجراب : بكسر الجيم المزود ، أو الوعاء الذى يوضع فيه الشىء
(٣) القراب . بكسر القاف الغمد الذى توضع فيه السكين
(٤) العلم : بفتح العين واللام خط أو خطوط مخالف لونها للون الثوب ، أو رسم أو رقم فى الثوب .

ولنا : أن الظاهر أن سَرْج الدابّة لصاحبها ، وكذلك لو تنازع رجلان سَرْجاً على دابّة أحدهما كان لصاحبها ، فصار كعمامة العبد ، فأمّا إن قال : له عندي دابّة بِسَرْجها أو دارٌ بفَرْشها ، أو سفينةٌ بطعامها ، كان مُقرًّا بهما ، بغير خلاف ، لأن الباء ُتعلّق الثانيَ بالأوّل .

٣٧٩٦ (فصـــــل)

وإن قال : له عليّ درهم ، أو دينار ، أو إمّا درهم ، أو إمّا دينار ، كان مُقرًّا بأحدهما ، يرجع في تفسيره إليه لأن أو ، وإمّا في الخبر للشكّ . وتقتضي أحدَ المذكورين ، لاجميعَهما ، وإن قال : له عليّ إمّا درهم ، وإمّا درهمان ، كان مُقرًّا بدرهم ، والثاني مشكوك فيه ، فلا يلزمه بالشكّ .

٣٧٩٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أقرّ بشيء ، واستثنى منه الكثير ، وهو أكثر من النصف أخذ بالكلّ ، وكان استثناؤه باطلاً ﴾

لا يختلف المذهب أنّه لا يجوز استثناء مازاد على النصف ، ويُحكى ذلك عن ابن دَرَسْتَوَيْه النّحويّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ ، وأصحابهم : يصحّ مالم يستثن الكلّ ، فلو قال : له عليّ مائة إلاّ تسعةً وتسعين ، لم يلزمه إلاّ واحد ، بدليل قوله تعالى (فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلاَّ عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ)(١) وقوله تعالى (إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ)(٢) فاستثنى في موضع الغاوين من العباد ، وفي موضع العباد من الغاوين وأيّهما كان الأكثر فقد دلّ على استثناء الأكثر ، وأنشدوا :

أَدُّوا الَّتِي نَقَصَتْ تِسْعِينَ مِنَ مِائَةٍ ثُمَّ ابْعَثُوا حَكَمًا بِالْحَقِّ قَوَّامَا

فاستثنى تسعين من مائة ، لأنه في معنى الاستثناء ، ومشبّه به ، ولأنه استثنى البعض ، فجاز ، كاستثناء الأقلّ ، ولأنه رفع بعض ما تناوله اللفظ ، فجاز في الأكثر ، كالتخصيص ، والبدل .

ولنا : أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلاّ في الأقلّ ، وقد أنكروا استثناء الأكثر ، فقال أبو إسحاق الزّجاج : لم يأت الاستثناءُ إلاّ في القليل من الكثير ، ولو قال قائل مائةً إلا تسعةً وتسعين لم يكن متكلّماً بالعربيّة ، وكان عِيًّا(٣) من الكلام ، ولُكْنَةً(٤) وقال القُتَيْبي : يقال: صمتُ الشهرَ إلاّ يوماً ، ولا يقال

(١) بعض الآية ٨٢ من سورة ص .
(٢) الآية ٤٢ من سورة الحجر .
(٣) عيا : العي العجز عن النطق ، أو الكلام غير الناضج .
(٤) اللكنة : العجمة ، وعدم إقامة النطق بالعربية .

صمتُ الشهرَ إلا تِسْعةً وعِشرينَ يوماً ، ويقال . لقيتُ القومَ جميعَهم إلاّ واحداً أو اثنين ، ولا يجوز أن يقول : لقيتُ القومَ إلا أكثرهم ، وإذا لم يكن صحيحاً فى الكلام لم يرتفع به ما أقرّ به كاستثناء الكلّ ، وكما لو قال : له على عشرة ، بل خمسة ، فأمّا ما احتجوّا به من التنزيل ، فانه فى الآية الأولى استثنى المخلصين من بنى آدم ، وهم الأقلّ ، كما قال تعالى (إلاَّ الَّذينَ آمنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وقَلِيلٌ مَاهُمْ)(١) وفى الأخرى استثنى الغاوينَ من العباد ، وهم الأقل فانّ الملائكة من العباد ، وهم غير غاوين . قال الله تعالى (بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ)(٢) وقيل : الاستثناء فى هذه الآية منقطع ، بمعنى الاستدراك ، فيكون قوله (إنَّ عِبَادِى لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ) مُبْقىً على عمومه ، لم يستثنَ منه شىء ، ثم استأنف (إلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ) أى لكن من اتّبعك من الغاوين فانّهم غَوَوْا باتّباعكَ .

وقد دلّ على صحّة هذا قوله فى الآية الأخرى لأتباعه (وَمَا كَانَ لِيَ عليْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إلاَّ أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِى)(٣) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجّة ، وأمّا البيت : فقال ابن فضال النحوى : هو بيتٌ مصنوع ، لم يثبُت عن العرب ، على أنّ هذا ليس باستثناء ، فإنّ الاستثناء له كلمات مخصوصة ، ليس ههنا شىء منها ، والقياس لا يجوز فى اللغة ، ثم نعارضه بأنّه استثنى أكثرَ من النصف ، فلم يجُز ، كاستثناء الكلّ ، والفرق بين استثناء الأكثر ، والأقلّ أنّ العرب استعملته فى الأقلّ ، وحسّنته ، ونفته فى الأكثر ، وقبّحته ، فلم يجز قياس ما قبّحوه على ماحسّنوه ، وجوّزوه .

٣٧٩٨ (فصـــل)

وفى استثناء النصف وجهان :

أحدهما : يجوز ، وهو ظاهر كلام الخِرَقىّ ، لتخصيصه الإبطال بما زاد على النصف ، لأنّه ليس بأكثر ، فجاز ، كالأقلّ .

والثانى لايجوز ، ذكره أبو بكر ، لأنه لم يرد فى كلامهم إلا القليل من الكثير ، والنصف ليس بقليل .

٣٧٩٩ (فصـــل)

وإن قال : له علىّ عشرة إلاّ سبعة ، إلا خمسة ، إلا درهمين ، صحّ ، وكان مُقرّاً بستة ، وذلك لأنه إذا استثنى الكلّ ، أو الأكثر سقط إن وَقَف عليه ، وإن وصله باستثناء آخرَ استعملناه ، لأن الاستثناء

(١) بعض الآية ٢٤ من سورة ص .

(٢) بعض الآية ٢٦ من سورة الأنبياء .

(٣) بعض الآية ٢٢ من سورة إبراهيم .

مع المستثنى منه عبارة عمّا بقى ، فإن خمسةً إلا درهمين عبارةٌ عن ثلاثة ، استثناها من سبعةٍ ، يقى أربعةٌ مستثناةٌ من عشرٍ ، بقى منها ستّة .

وإن قال : له علىّ ثمانية ، إلا أربعة ، إلا درهمين ، إلا درهما ، بطل الاستثناء على قول أبى بكر ، لأنه استثنى النصف ، وصحّ على الوجه الآخر ، فلزمه خمسة .

وإن قال : علىّ عشرة الا خمسة ، إلا ثلاثة ، إلا درهمين ، إلا درهما ، بطل الاستثناء كلّه ، على أحد الوجهين ، وصحّ فى الآخر ، فيكون مُقرّاً بسبعة .

ولو قال : عشرة الاّ ستّة ، إلا أربعة ، إلا درهمين ، فهو على الوجه الذى يصحّ فيه الاستثناء مُقرٌّ بستّة .

ولو قال : ثلاثة ، إلا درهمين ، إلا درهماً كان مُقرًّا بثلاثة ، فأما إن قال : له على ثلاثة إلا ثلاثة ، إلا درهمين ، بطل الاستثناء كلّه لأنّ استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الأكثر ، وهو موقوف عليه ، فبطل ، فإذا بطل الثانى بطل الأول ، لأنه استثناء الكلّ ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذا ثلاثة أوجه :

أحدها : يبطل الاستثناء . لأن الأول بطل لكونه استثناء الكلّ ، فبطل الثانى ، لأنه فرعه .

والثانى : يصحّ ، ويلزمه درهم لأن الاستثناء الأوّل لمّا بطل جعلنا الاستثناء الثانى من الإقرار ، لأنّه وليه ، لبُطلان ما بينهما .

والثالث : يصحّ ، ويكونُ مقرًّا بدرهمين . لأنه استثنى درهمين من ثلاثة ، فيبقى منها درهم مستثنًى من الإقرار ، واستثناء الأكثر عندهم لا يصحّ ، ووافقهم القاضى فى هذا الوجه ، وإن قال ، ثلاثة ، إلا ثلاثة ، إلا درهما ، بطل الاستثناء كلّه ، ويجىء على قول أصحاب الشافعىّ فيه مثلُ ما فى التى قبلها .

٣٨٠٠ (فصـــــل)

وإن قال : له على ألف درهم ، إلا خمسين ، فالمستثنى دراهم ، لأن العرب لا تستثنى فى الإثبات إلا من الجنس ، وإن قال : له علىّ ألف إلا خمسين درهماً فالجميع دراهمَ كذلك ، وهـذا اختيار ابن حامد ، والقـاضى ، وهو قول أبى ثور ، وقال أبو الحسن التميمىّ وأبو الخطاب : يكون الألفُ مبهماً يُرجع فى تفسيره إليه ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ . لأن الاستثناء عندهما يصحّ من غير الجنس ، ولأنّ لفظه فى الألف مبهم ، والدراهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إبهامه .

ولنا : أنه لم يرد عن العرب الاستثناء فى الاثبات إلاّ من الجنس ، فمتى عُلم أحدُ الطرفين عُـلم أن الآخر من جنسه ، كما لو عُلم المستثنى منه ، وقد سلّموه ، وعِلّته تَلازُمُ المستثنى والمستثنى منه فى الجنس ، فما ثبت فى أحدهما ثبت فى الآخر ، فعلى قول التميمىّ يُسأل عن المستثنى منه ، فإن فسّره بغـير الجنس بطل

الاستثناء ، وعلى قول غيرهما ينظر فى المستثنى إن كان مثل المستثنى منه ، أو أكثر بطل ، وإلا صح .

٣٨٠١ (فصـــــل)

وإن قال : له علىّ تسعة ، وتسعون درهما ، فالجميع دراهم ، لا أعلم فيه خلافاً .

وإن قال: مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرّج بعض أصحابنا وجهاً : أنّه لايكون تفسيراً إلا لما يليه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ ، وكذلك إن قال : ألف وثلاثة دراهم ، أو خمسون درهما ، وألف درهم ، أو ألف ، ومائة درهم ، أو مائة ، وألف درهم ، والصحيح ما ذكرنا ، فإن الدرهم المفسّر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المبهمة ، وجنس العدد ، قال الله تعالى مُخبراً عن أحد الخَصْمين (أنه قال[1]) (إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً)[2] وفى الحديث : أنّ رَسُولَ اللهِ صَلّى اللهُ عليهِ وَسلم تُوُفِّيَ وَهُوَ ابنُ ثَلاَثٍ وَستِّينَ سَنَةً ، وتُوفّى أبو بكر وهو ابنُ ثَلاَثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وَتُوُفِّى عُمَرُ وَهُوَ ابنُ ثَلاَثٍ وَسِتِّينَ سَنَةً ، وقال عنترة :

فِيهَا اثْنَتَانِ وَأَرْبَعُونَ حَلوبَةً سُودًا كَخَافِيَةِ الْغُرَابِ الأَسْحَمِ[3]

ولأن الدرهم ذكر تفسيراً ، ولهذا لاتجب به زيادة على العدد المذكور ، فكان تفسيراً لجميع ماقبله ، لأنّها تحتاج إلى تفسير ، وهو صالح لتفسيرها ، فوجب حمله على ذلك .

وهذا المعنى موجود فى قوله ألف ، وثلاثة دراهم ، وسائر الصور المذكورة ، فعلى قول من لايجعل الْمُجَمل من جنس المفسّر ، أو قال : بعتُك هذا بمائة ، وخمسين درهماً ، أو بخمسة وعشرين درهماً ، لايصحّ ، وهو قولٌ شاذٌ ضعيف ، لايُعوّل عليه .

٣٨٠٢ (فصـــل)

وإن قال : له علىّ ألف ودرهم ، أو ألف ، وثوب ، أو قفيز حنطة ، فالمجملُ من جنس المفسّر أيضاً ، وكذلك لو قال : ألف درهم ، وعشرة ، أو ألف ثوب ، وعشرون ، وهذا قول القاضى ، وابن حامد ، وأبى ثور ، وقال التميمىّ ، وأبو الخطاب يُرجع فى تفسير المجمل إليه ، لأنّ الشىء يُعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً)[4] ولأن الألف مبهم ، فرُجع فى تفسيره إلى المقرّ ، كما لو لم يُعطف عليها .

(١) مابين القوسين زيادة يتم الكلام بدونها .
(٢) بعض الآية ٢٣ من سورة ص
(٣) خافية الغراب : الريش الذى إذا ضم الطائر جناحيه خفى ، وخافية الغراب تكون شديدة السواد ، والأسحم الأسود .
(٤) بعض الآية ٢٣٤ ، من سورة البقرة

وقال أبو حنيفة : إن عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له ، وإن عطف مذروعاً ، أو معدوداً لم يكن تفسيراً . لأنّ على للايجاب فى الذمّة ، فإن عطف عليه مايثبُت فى الذمّة بنفسه كان تفسيراً ، كقوله : مائة وخمسون درهماً .

ولنا أنّ العرب تكتفى بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى ، قال الله تعالى (وَلَبِثُوا فِي كَهْفِهِمْ ثَلاَثَمِائَةٍ سِنِينَ وَازْدَادُوا تِسْعاً[1]) وقال الله تعالى (عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ[2])ولأنه ذكر مبهماً مع مفسّر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه ، فكان المبهم من جنس المفسّر ، كما لو قال : مائة وخمسون درهماً ، أو ثلاثمائة ، وثلاثة عشر رجلاً . يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير فى الجملة المقارنة له يَصلُح أن يفسّره ، فوجب حمل الأمر على ذلك ، أما قوله (أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهراً لوجهين .

(أحدها) أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث ، والأشهر مذكرة ، فلا يجوز أن تعدّ بغيرها .

(الثانى) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب ، لا بالعطف ، كما قال (عَلَيْهَا تِسْعَةَ عَشَرَ[3]) وقولهم إنّ الألف مبهم قلنا قد قُرِن به مايدلّ على تفسيره ، فأشبه مالو قال مائة وخمسون درهما ، أو مائة ودرهم ، عند أبى حنيفة .

فإن قيل : إذا قال : مائة وخمسون درهماً فالدرهمُ ذكر للتفسير ، ولهذا لايزداد به العدد ، فصلَح تفسيراً لجميع ماقبله، بخلاف قوله : مائة ودرهم ، فإنه ذكر الدرهم للايجاب ، لا للتفسير ، بدليل أنه زاد به العدد ، قلنا: هو صالح للايجاب ، والتفسير معاً ، والحاجة داعية إلى التفسير ، فوجب حمل الأمر على ذلك ، صيانة لكلام المقر عن الالباس ، والإبهام وصرفاً له إلى البيان ، والإفهام ، وقول أصحاب أبى حنيفة أنّ على للايجاب قلنا: فتى عطف مايجب بها على مايجب ، وكان أحدهما مبهماً ، والآخر مفسراً ، وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسّر ، فأما إن لم يمكن ، مثل أن يُعطف عدد المذكر على المؤنث ، أو بالعكس ، ونحو ذلك ، فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ، ويبقى المبهم على إبهامه ، كما لو قال : له علىّ أربعة دراهم ، وعشر .

٣٨٠٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : له عندى عشرة دراهم ، ثم قال وديعة كان القول قوله ﴾ .

---

(١) الآية ٢٥ من سورة الكهف ، ووجه الاكتفاء أنه لم يقل وازدادوا تسع سنين اكتفاء بقوله ثلثمائة سنين

(٢) بعض الآية ١٧ من سورة ق ، ووجه الاكتفاء أنه لم يقل عن اليمين قعيد ، وعن الشمال قعيد ، واكتفى بذكر قعيد بعد الشمال .

(٣) الآية ٣٠ من سورة المدثر

وجملته : أنّ من أقرّ بهذا اللفظ فقال : له عندى دراهم ، ثم فسّر إقراره بأنهـا وديعة قُبِلَ تفسيره ، لا نعلم فيه اختلافاً بين أهل العلم ، سواء فسّره بكلام متّصل أو منفصل ، لأنه فسّر لفظه بما يقتضيه ، فقُبل ، كما لو قال : له علىّ دراهم ، وفسّرها بدَيْن عليه ، فعند ذلك تثبُت فيها أحكام الوديعة ، بحيثُ لو ادّعى تلفها بعد ذلك ، أو ردّها كان القول قوله ، وإن فسّرها بدين عليه قُبل أيضاً لأنه يقرُّ على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال : له عندى وديعة ، رَدَدْتها إليه ، أو تلفت ، لزمه ضمانُها ، ولم يُقبل قوله ، وبهذا قال الشافعىّ ، لما فيه من مناقضة الإقرار ، والرجوع عمّا أقرّ به ، فإنّ الألف المردود ، والتالف ليست عنده أصلاً ، ولا هى وديعة ، وكلّ كلام يُناقض الإقرار ، ويُحيله ، يجب أن يكون مردوداً .

وقال القاضى : يُقبل قوله ، لأنّ أحمد قال فى رواية ابن منصور : إذا قال : لك عندى وديعة دفعتها إليك صُدِّق ، لأنه ادّعى تلَف الوديعة ، أو ردّها ، فقُبل ، كما لو ادّعى ذلك بكلام منفصل ، وإن قال : كانت عندى ، وظننتُ أنها باقية ، ثم عرفتُ أنّها كانت قد هلكت ، فالحكم فيها كالتى قبلها .

٣٨٠٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولو قال : له علىّ ألف ، ثم قال : وديعةً لم يُقبل قولُه ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أقرّ بدراهم ، بقوله : علىّ كذا ، ثم فسّره بالوديعة ، لم يُقبل قوله ، فلو ادّعى بعد هذا تلفها . لم يُقبل قوله ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقيل عن الشافعىّ : يُقبل قوله : إنّها وديعة ، وإذا ادّعى بعد ذلك تلفها قُبل منه .

وقال القاضى ما يدل على هذا أيضاً : لأنّ الوديعة عليه حفظُها ، وردّها ، فإذا قال : علىّ ، وفسّرها بذلك احتمل صدقه ، فقُبل منه ، كما لو وصله بكلامه ، فقال : علىّ ألف وديعةً ، ولأنّ حروف الصلات[1] يخلُف بعضها بعضاً ، فيجوز أن يستعمل على بمعنى عندى ، كما قال الله تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ) أى عندى .

ولنا أن علىّ للايجاب ، وذلك يقتضى كونها فى ذمّته ، وكذلك لو قال : ما على فلان علىّ كان ضامناً له ، والوديعة ليست فى ذمّته ، ولا هى عليه ، إنّما هى عنده ، وما ذكروه مجاز ، طريقه حذف المضاف ، وإقامة المضاف إليه مُقامه ، أو إقامة حرف مُقام حرف ، والإقرارُ يؤخذ فيه بظاهر اللفظ ، بدليل أنه لو قال : له علىّ دراهم : لزمته ثلاثةُ دراهم ، وإن جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين ، وعن واحد ، كقول الله تعالى (فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ) ومواضع كثيرة فى القرآن ، ولو قال : له علىّ درهم ، وقال :

(١) حروف الصلات : هى حروف الجر . وفى النسخ المطبوعة (حروف الصفات) وهو تصحيف

أردتُ نصفَ درهم ، فحذفت المضاف ، وأقمتُ المضاف إليه مُقامه لم يُقبل منه .

ولو قال : لك من مالى ألف ، قال : صدقت ، ثم قال : أردتُ أنّ عليك من مالى ألفاً ، وأقمتُ اللامَ مُقامَ على ، كقول الله تعالى (وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا) لم يُقبل منه ، ولو قُبل فى الإقرار مُطلق الاحتمال لسقط ، ولقُبل تفسير الدراهم بالناقصة ، والزائفة ، والمؤجّلة ، وأمّا إذا قال : لك علىّ ألف ، ثم قال : كان وديعةً ، فتلف ، لم يُقبل قوله ، لأنّه متناقض ، وقد سبق نحوٌ من هذا .

٣٨٠٥ (فصـــــــل)

وإن قال : لك علىّ مائة درهم ، ثم أحضرها ، وقال : هذه التى أقررتُ بها ، وهى وديعة ، كانت لك عندى ، فقال المقرّ له : هذه وديعة ، والتى أقررتَ بها غيرُها ، وهى دين عليك ، فقول الخِرَقىّ يقتضى أنّ القول قولُ المُقَرّ له ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال القاضى : القولُ قولُ المقِرّ مع يمينه ، وللشافعىّ قولان ، كالوجهين ، وتعليلهما ما تقدّم .

وإن كان قال فى إقراره : لك علىّ مائة فى ذمّتى ، فإنّ القاضىَ وافق ههنا فى أنه لا يُقبل قولُ المقرّ ، لأنّ الوديعةَ عينٌ لا تكون فى الذمّة ، قال : وقد قيل : يُقبل ، لأنّه يحتمل : فى ذمّتى أداؤها ، ولأنّه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدّى فيها ، فكان ضمانُها عليه فى ذمّته ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذه وجهان .

فأمّا إن وصل ذلك بكلامه ، فقال : لك علىّ مائة وديعةً قُبل : لأنّه وصل كلامه بما يحتمله ، فصحّ ، كما لو قال : له علىّ دراهم ناقصة .

وإن قال : له علىّ مائة وديعةً ديناً ، أو مُضاربةً ديناً صحّ ، ولزمه ضمانها ، لأنّها قد يتعدّى فيها ، فتكون ديناً .

وإن قال : أردتُ أنه شرط علىّ ضمانُها لم يُقبل ، لأنها تصير بذلك ديناً ، وإن قال : عنده مائة وديعةً شرط علىّ ضمانها لم يلزمه ضمانُها ، لأنّ الوديعةَ لا تصير بالشرط مضمونةً ، وإن قال : علىّ وعندى مائة درهم عاريةً ، لزمته ، وكانت مضمونةً عليه ، سواء حكمنا بصحّة العارية فى الدراهم ، أو بفسادها ، لأن ما ضُمن فى العقد الصحيح ضُمن فى الفاسد ، وإن قال أودعنى مائةً ، فلم أقبضها ، أو أقرضنى مائةً فلم آخذها قُبل قوله متّصلاً ، ولم يُقبل إذا كان منفصلاً ، وهكذا إذا قال . نقدنى مائةً ، فلم أقبضها ، وهذا قولُ الشافعىّ .

٣٨٠٦ (فصـــــــل)

فإن قال : له فى هذا العبد ألف ، أو له من هذا العبد ألف ، طولب بالبيان ، فإن قال : نَقَد عنّى ألفاً فى ثمنه ، كان قرضاً ، وإن قال : نقد فى ثمنه ألفاً قلنا : بيّن كم ثمن العبد ؟ ، وكيف كان الشراء ؟ فإن قال :

بإيجاب واحد وزن ألفاً ، ووزنتُ ألفاً كان مُقراً بنصف العبد ، وإن قال : وزنتُ ألفين كان مُقرًّا بثلثه ، والقولُ قولُه مع يمينه ، سواء كانت القيمة قدر ما ذكره ، أو أقلّ . لأنّه قد يُغبَن ، وقد يَغبِنُ .

وإن قال : اشتريناه بإيجابين ، قيل: فكم اشترى منه ؟ فإن قال: نصفاً ، أو ثلثاً ، أو أقلّ ، أو أكثر قُبل منه مع يمينه ، وافق القيمة أو خالفها .

وإن قال : وصّى له بألف من ثمنه ، بيع ، وصُرف إليه من ثمنه ألف ، وإن أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله ، لأن الموصَّى له يتعيّن حقُّه في ثمنه .

وإن فسّر ذلك بألف من جناية جناها العبد فتعلّقت برقبته قُبِلَ ذلك ، وله بيع العبد ، ودفع الألف من ثمنه .

وإن قال : أردتُ أنه رهن عنده بألف ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل،لأنّ حقّ المرتهن في الذمّة .

والثاني : يقبل . لأن الدين يتعلّق بالرهن ، فصحّ تفسيره به ، كالجناية ، ومذهبُ الشافعيّ كما ذكرنا في الفصل جميعه .

٣٨٠٧ (فصــــل)

وإن قال : له في مالي هذا ألف ، أومن مالي ألف ، وفسّره بدين ، أو وديعة ، أو وصيّة ، فيه، قبل ، وقال بعض أصحاب الشافعيّ : لا يُقبل إقراره ، لأنّ ماله ليس هو لغيره .

ولنا : أنه أقرّ بألف ، فقبل ، كما لو قال : في مالي ، ويجوز أن يُضيف إليه مالاً بعضُه لغيره ، ويجوز أن يضيف مالَ غيره إليه، لاختصاص له به ، أو يد له عليه،أو ولاية . قال الله تعالى« وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا»(١) وقال سبحانه في النّساء « لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ(٢) » وقال لأزواج رَسُولِ اللَّهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ (٣) » فلا يبطل إقراره مع احتمال صحّته ، وإن قال : أردتُ هبةً قبل منه.لأنه محتمل، وإن امتنع من تقبيضها لم يُجبر عليه . لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض،وكذلك يخرّج فيما إذا قال : لفلان في داري هذه نصفُها ، أو من داري بعضُها ، وقد نُقل عن أحمد ما يدلّ على روايتين ، قال في رواية مهنا ، فيمن قال : نصف عبدي هذا لفلان ، لم يجز إلاّ أن يقول : قد وهبتُه . وإن قال نصف مالي هـذا لفلان ، لا أعرف هذا .

ونقل ابن منصور : إذا قال : فرسي هذه لفلان ، فإقراره جائز ، فظاهر هذا صحّة الإقرار .

(١) الآية ٥ من سورة النساء (٢) بعض الآية الأولى من سورة الطلاق

(٣) بعض الآية ٣٣ من سورة الأحزاب

فإن قال : له فى هذا المـال نصفه ، أو له نصف هذه الدار فهو إقرار صحيح .

وإن قال : له فى هذا المال ألف صحّ .

وإن قال : له فى ميراث أبى ألف فهو إقرار بدَيْنٍ على التركة .

وإن قال : فى ميراثى من أبى ، وقال : أردتُ هِبةً قُبل منه ، ولأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه فمقتضاه ما خلّفه ، فيقتضى وجوب المقرّ به فيه ، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه فمعناه ماورثته ، وانتقل إلىّ ، فلا يُحمل على الوجوب ، وإذا أضاف إليه منه جزءاً فالظاهرُ أنّه جَعل له جزءاً من ماله .

٣٨٠٨ (فصـــل)

وإن قال : له فى هذا العبد شركة صحّ إقراره ، وله تفسيره بأىّ قدر كان منه ، وقال أبو يوسف : يكون مُقِرّاً بنصفه ، لقوله تعالى « فَهُمْ شُرَكاءُ فِى الثُّلُثِ » فاقتضى ذلك التسويةَ بينهم ، كذا ههنا .

ولنـا : أن أىّ جزء كان له منه فله فيه شركة ، فـكان له تفسيره بما شاء ، كالنصف ، وليس إطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازاً ، ولا مخالفاً للظاهر ، والآية تثبتُ التسوية فيها ، بدليل ، وكذلك الحـكم إذا قال : هذا العبد شركةٌ بيننا .

٣٨٠٩ (فصل فى الإقرار بالمجهول)

وإذا قال : لفلان علىّ شىء ، أو كذا ، صحّ إقراره ؛ ولزمه تفسيره ، وهذا لا خلاف فيه ، ويفارق الدعوى ، حيث لا تصحّ مجهولةً ، لـكون الدعوى له ، والإقرار عليه ؛ فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ما لَهُ. ولأن المدّعىَ إذا لم يُصحّح دعواه فله داعٍ إلى تحريرها ، والمقرُّ لا داعىَ له إلى التحرير ؛ ولا يُؤمَن رجوعه عن إقراره ؛ فيضيع حقّ المقرّ لهُ فألزمناه إيّاه مع الجهالة . فإن امتنع من تفسيره حُبس حتى يُفسّر ، وقال القاضى : يُجعل ناكلاً ، ويُؤمر المَقرّ له بالبيان ، فإن بيّن شيئاً ، فصدّقه المقِرّ ثبت . وإن كذّبه ، وامتنع من البيان قيل له : إن بيّنت ، وإلاّ جعلناك ناكلاً ، وقضينا عليك ، وهذا قول أصحاب الشافعىّ . الا أنّهم قالوا : ان بيّنتَ وإلاّ حلّفنا المقرَّ له على ما يدّعيه ، وأوجبناه عليك . فإن فعل ، وإلاّ أحلفنا المَقرّ له ، وأوجبناه على المقِرّ . ووجه الأول : أنه ممتنع من حقٍّ عليه ، فيُحبس به ، كما لو عيّنه ، وامتنع من أدائه ، ومع ذلك متى عيّنه المدّعى ، وادّعاه ، فنـكل المقر ، فهو على ما ذكروه ، وإن مات مَنْ عليه الحقّ أخذ ورثته بمثل ذلك ، لأنَّ الحق ثبت على موروثهم ، فيتعلّق بتركته ، وقد صارت إلى الورثة ، فيلزمهم مالزم موروثهم ، كما لو كان الحقّ مُعيّناً .

وإن لم يُخلّف الميّت تركةً فلا شىء على الورثة ، ومتى فسّر إقراره بما يتموّل فى العادة قُبل تفسيره ، وثبت ، إلاّ أن يكذّبه المُقَرّ له ، ويدعىّ جنساً آخر ، أولا يدّعى شيئاً ، فيبطُل إقراره .

وإن فسّره بما لا يتموّل عادةً ، كقشرة جوزة ، أو قشرة باذنجانة لم يُقبل إقراره ، لأنّ إقراره اعتراف بحقّ عليه ثابت فى ذمّته ، وهذا لا يثبُت فى الذمّة ، وكذلك إن فسّره بما ليس بمال فى الشرع ، كالخمر ، والخنزير ، والميتة لم يُقبل .

وإن فسّره بكلب لا يجوز اقتناؤه ، فكذلك .

وإن فسره بكلب يجوز اقتناؤه ، أو جلد ميتة غير مدبوغ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يقبل . لأنه شيء يجب ردّه عليه ، وتسليمه إليه ، فالإيجاب يتناوله .

والثانى : لا يقبل . لأن الإقرار إخبار عمّا يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه،وإن فسّره بحبّة حنطة ، أو شعير ، ونحوها لم يُقبل . لأن هذا لا يتموّل عادةً على انفراده ، وإن فسّره بحدّ قذف قُبل . لأنه حقّ يجب عليه ، ويحتمل أن لا يُقبل . لأنه لا يؤول إلى مالٍ ، والأول أصحّ . لأن ما ثبت فى الذمّة صح أن يُقال : هو علىّ .

وإن فسّره بحقّ شُفعة قبل . لأنه حقّ واجب ، ويؤول إلى المال .

وإن فسّره بردّ السلام أو تشميت العاطس ، ونحوه لم يُقبل . لأنّه يسقط بفواته ، فلا يثبُت فى الذمّة وهذا الإقرار يدلُّ على ثبوت الحقّ فى الذمة ، ويحتمل أن يُقبل تفسيره به إذا أراد أن حقًّا علىّ ردّ سلامه، إذاسلّم ، وتشميته إذا عطس ، لما روى فى الخبر « لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ ثَلاَثُونَ حَقًّا ، يَرُدُّ سَلاَمَهُ ، وَيُشَمِّتُ عَطْسَتَهُ ، وَيُجِيبُ دَعْوَتَهُ » وذكر الحديث ، وإن قال . غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قُبل . لأنّ اسم الغصب يقع عليه ، وإن قال : غصبته نفسه لم يُقبل . لأنّ الغصب لا يثبُت عليه ، وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعىّ . وحُكى عن أبى حنيفة : أنّه لا يقبل تفسير إقراره بغير المكيل ، والموزون ، لأن غيرهما لا يثبُت فى الذمّة بنفسه .

ولنا : أنه مملوك يدخل تحت العقد ، فجاز أن يُفسّر به الشيء فى الإقرار ، كالمكيل ، والموزون . ولأنه يثبُت فى الذمّة فى الجملة ، فصحّ التفسير ، كالمكيل ، ولا عبرة بسبب ثبوته فى الإقرار به ، والإخبار عنه .

٣٨١٠ (فصـــــل)

وإن أقرّ بمال قبل تفسيره ، بقليل المال ، وكثيره ، وبهذا قال الشافعىّ وقال أبو حنيفة : لا يُقبل تفسيره بغير المال الزّكوىّ ، لقول الله تعالى (خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ [1]) وقوله (وَفِى أَمْوالِهِمْ حَقٌّ [2]) وحكى بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه :

---

(١) بعض الآية ١٠٣ من سورة التوبة .

(٢) بعض الآية ٢٤ من سورة المعارج .

أحدها : كقولنا .

والثانى . لا يُقبل إلاّ أول نصابٍ من نُصُب الزكاة ، من نوع أموالهم .

والثالث . ما يُقطع به السارق ، ويصح مهراً ، لقول الله تعالى (أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوالِكُمْ) [١] .

ولنا : أنّ غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقةً وعرفاً ، ويتموّل عادةً ، فيُقبل تفسيره به ، كالذى وافقوا عليه . وأما آيات الزكاة فهى عامّة ، دخلها التخصيص ، وقوله تعالى (وَفِى أَمْوالِهِمْ حَق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة ، فلا حُجّة لهم فيها ، ثم يردّ قولهم قوله تعالى (أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوالِكُمْ) والتزويج جائز بأىّ نوع كان من المال ، وبما دون النّصاب .

وإن قال : له علىّ مال عظيم ، أو كثير ، أو جليل ، أو خطير ، جاز تفسيره بالقليل ، والكثير ، كما لو قال : مال لم يزد عليه ، وهذا قول الشافعىّ . وحُكى عن أبى حنيفة ، لا يقُبل تفسيره بأقلّ من عشرة دراهم . لأنّهُ يُقطع به السارق ، ويكون صَدَاقاً عنده ، وعنه ، لا يقبل بأقلّ من مائتى درهم ، وبه قال صاحباه . لأنه الذى تجب فيه الزكاة ، وقال بعض أصحاب مالك كقولهم فى المال ، ومنهم من قال . يزيد على ذلك أقلّ زيادةٍ ، ومنهم من قال ، قدر الدية ، وقال الليث بن سعد : اثنان وسبعون . لأن الله تعالى قال (لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللهُ فِى مَواطِنَ كَثِيرَةٍ) وكانت غزواتهُ وسراياه اثنتين ، وسبعين ، قالوا : ولأنّ الحَبة لا تسمّى مالاً عظيما ، ولا كثيراً .

ولنا : أن ما فسّر به المال فسر بهالعظيم ، كالذى سلّوه . ولأن العظيم ، والكثير لا حدّ له فى الشرع ، ولا فى اللغة ، ولا فى العرف ، ويختلف الناسُ فيه ، فمنهم من يستعظم القليل ، ومنهم من يستعظم الكثير ، ومنهم من يحتقر الكثير ، فلم يثبُت فى ذلك حدّ يُرجع إلى تفسيره به . ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم ، كثير ، بالنسبة إلى ما دونه ، ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده ، لفقر نفسه ، ودناءتها ، وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير ، وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيما دونه ، وقد قال الله تعالى (اذْكُرُوا اللهَ ذِكْراً كَثِيرًا) [٢] فلم ينصرف إلى ذلك وقال « كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً » [٣] فلم يُحْمل على ذلك ، والحكم فيما إذا قال : عظيم جداً ، أو عظيم ، عظيم ، كما لو لم يقله ، لما قررناه .

---

(١) بعض الآية ٢٤ من سورة النساء وأولها (والمحصنات من النساء) .

(٢) بعض الآية ٤١ من سورة الأحزاب ، وقد وردت فى الأصول ناقصة لفظ (ذكرا) الموضوعة بين قوسين .

(٣) بعض الآية ٢٤٩ من سورة البقرة

٣٨١١ (فصـــــل)

وإن قال : له على أكثر من مال فلان ، ففسّره بأكثر منه عدداً ، أو قدراً لزمه أكثر منه ، ونفسّر الزيادة بأىّ شيء أراد . ولو حبّة ، أو أقلّ .

وإن قال : ما علمتُ لفلان أكثر من كذا أو كذا ، وقامت البيّنة بأكثر منه لم يلزمه أكثر ممَّا اعترف به . لأن مبلغ المال حقيقة لا يُعرف فى الأكثر ، وقد يكون ظاهراً ، أو باطناً فيملك ما لا يعرفه المقرّ ، فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه ، إذا ادّعى عليه أكثر منه . وإن فسّره بأقلّ من ماله مع علمه بماله لم يُقبل . وقال أصحابنا : يُقبل تفسيره بالقليل ، والكثير ، وهو مذهب الشافعىّ ، سواء علم مال فلان ، أو جهله ، أو ذكر قدره ، أو لم يذكره ، أو قاله عَقِيبَ الشهادة بقدره ، أولا . لأنه يحتمل أنه أكثرُ منه بقاء ، أو منفعة ، أو بركةً لكونه من الحلال ، أو لأنه فى الذمّة . قال القاضى : ولو قال : لى عليك ألف دينار ، فقال : لك علىّ أكثر من ذلك ، لم يلزمه أكثر منها . لأن لفظَة أكثر مبهمةٌ ، لاحتمالها ما ذكرنا ، ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً ، أو حَبّ حنطة ، أو شعير ، أو دُخْن ، فرُجع فى تفسيرها إليه ، وهذا بعيد ، فانّ لفظة أكثر إنّما تُستعمل حقيقةً فى العدد ، أو فى القدر ، وتنصرف إلى جنس ما أضيف أكثر إليه ، لا يُفهم فى الاطلاق غير ذلك ، قال الله تعالى (كَانُوا أَكْثَرَ مِنْهُمْ) وأخبر عن الذى قال (أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالاً[1]) (وَقَالُوا نَحْنُ أَكْثَرُ أَمْوالاً وَأَوْلاداً)[2] والإقرار يُؤخذ فيه بالظاهر ، دون مُطلق الاحتمال ، ولهذا لو أقرّ بدراهم لزمه أقلّ الجمع ، جياداً ، صحاحاً ، وازنةً ، حالّةً .

ولو قال : له علىّ دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ، ولو رجع إلى مُطلق الاحتمال لسقط الإقرار . واحتمال ما ذكروه أبعدُ من هذه الاحتمالات التى لم يقبلوا تفسيره بها ، فلا يُعوّل على هذا .

٣٨١٢ (فصـــــل)

ولو قال : له علىّ ألف إلا شيئاً قُبل تفسيره بأكثر من خمسمائة ، لأنّ الشىء يحتمل القليل ، والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر ، فتعيّن حمله على ما دون النصف ، وكذلك إن قال : إلاّ قليلا ، لأنه مبهم فاشبه قوله إلا شيئاً ، وإن قال : له علىّ معظم ألف ، أو جُلّ[3] ألف ، أو قريب من ألف ، لزمه أكثر من نصف الألف ويحلف على الزيادة إن ادّعيتْ عليه .

---

(١) بعض الآية : ٣٤ من سورة الكهف

(٢) بعض الآية . ٣٥ من سورة سبأ

(٣) جل : بضم الجيم معناها معظم وأكثر

٣٨١٣ (فصـــــل)

وإن قال : له عليّ كذا ففيه ثلاث مسائل:

إحداها : أن يقول : كذا ، بغير تكرير ، ولا عطف .

الثانية : أن يكرّر بغير عطف .

الثالثة : أن يعطف ، فيقول ، كذا ، وكذا .

فأما الأولى : فإذا قال : له كذا درهم ، لم يخلُ من أربعة أحوال .

أحدها : أن يقول : له عليّ كذا درهمٌ بالرفع ، فيلزمه درهم . وتقديره شيء هو درهم ، فجعل الدرهم بدلاً من كذا.

الثاني : أن يقول : درهمٍ بالجرّ ، فيلزمه جُزء درهم ، يُرجع فى تفسيره إليه ، والتقدير جزء درهم ، أو بعض درهم . ويكون كذا كناية عنه .

الثالث : أن يقول . درهماً بالنصب ، فيلزمه درهم ، ويكون منصوباً على التفسير . وهو التمييز . وقال بعض النحويين : هو منصوب على القطع ، كأنّه قطع ما ابتدأ به ، وأقر بدرهم، وهذا على قول نُحاة الكوفة

الرابع : أن يذكره بالوقف ، فيُقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً . لأنّه لا يجوز أن يكون أسقط حركةَ الجرّ ، للوقف . وهذا مذهبُ الشافعيّ : وقال القاضى : يلزمه درهم فى الحالات كلّها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ .

ولنا : أن كذا اسم مبهم ، فصحّ تفسيره بجزء درهم فى حال الجرّ ، والوقف .

المسألة الثانية : إذا قال : كذا ، كذا بغير عطف ، فالحكم فيها كالحكم فى كذا بغير تكرار ، سواء لا يتغير الحكم ، ولا يقتضى تكريره الزيادة ، كأنه قال : شيء شيء ، ولأنه إذا قاله بالجرّ احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً إلى جزء ، ثم أضاف الجزء الآخَر إلى الدرهم ، فقال : نصفُ تُسع درهم ، وهكذا لو قال : كذا ، كذا ، كذا ، لأنه يحتمل أن يُريد ثلث خمس سبع درهم ، ونحوه .

المسألة الثالثة : إذا عطف ، فقال : كذا ، وكذا ، درهمٌ بالرفع ، لزمه درهمٌ واحد . لأنه ذكر شيئين ، ثم أبدل منهما درهما ، فصار كأنه قال : هما درهمٌ . وإن قال: درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : درهم واحد . وهو قول أبى عبد الله بن حامد ، والقاضى . لأن كذا يحتمل أقلّ من درهم ، فإذا عَطف عليه مثلَه ، ثم فسّرهما بدرهم واحد ، جاز ، وكان كلاماً صحيحاً ، وهذا يُحكى قولا للشافعيّ .

والوجه الثانى : يلزمه درهمان . وهو اختيار أبى الحسن التميميّ . لأنه ذكر جملتين . فإذا فسّر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كلّ واحدة منهما ، كقوله . عشرون درهما ، يعود التفسير إلى العشرين ، وكذا ههنا . وهذا يُحكى قولا ثانياً للشافعيّ .

والوجه الثالث : يلزمه أكثر من درهم . ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التى تليه ، فيلزمه بها درهم ، والأولى باقية على إبهامها ، فيرجع فى تفسيرها إليه . وهذا يُشبه مذهب التميمىّ .

وقال محمد بن الحسن : إذا قال : كذا درهماً لزمه عشرون درهماً .لأنه أقلُّ عدد يفسّر بالواحد المنصوب

وإن قال كذا ، كذا درهماً لزمه أحد عشر درهما . لأنه أقلّ عدد مركّب يفسّر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا ، وكذا درهما لزمه أحدٌ وعشرون . لأنه أقلّ عدد عُطِف بعضه على بعض ، يفسّر بذلك ، وإن قال كذا درهمٍ بالجرّ لزمه مائةُ درهم .لأنه أقلّ عدد يُضاف إلى الواحد ، وحُكى عن أبى يوسف أنّه إذا[1] قال كذا ، كذا ، أو كذا وكذا ، يلزمه بهما أحدَ عشر درهما .

ولنا : أنه يحتمل ما قلنا ، ويحتمل ماقالوه ، فوجب المصير إلى ماقلنا . لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا يجب بالشكّ ، كما لو قال : له علىّ دراهم ، لم يلزمه إلا أقلّ الجمع ، ولا يلزم كثرة الاستعمال ، فإنّ اللفظ إذا كان حقيقةً فى الأمرين جاز التفسير بكلّ واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجباً لأكثر من المكرّر . فإنه يجبُ بالمفرد عشرون ، وبالمركّب أحد عشر ولا نعرف لفظاً مُفرداً متناولاً لعدد صحيح ، يلزم به أكثرُ مما يلزم بمكرره .

٣٨١٤ (فصـــل)

ولو قال : غصبتك ، أو غَبَنْتك لم يلزمه شىء . لأنه قد يغصبه نفسَه ، ويغبنُه فى غير المال ، وإن قال : غصبتُك شيئاً ، وفسّره بغصب نفسه ، لم يُقبل . لأنه جعل له مفعولين . فجعله المفعول الأول وشيئاً المفعول الثانى ، ويجب أن يكون الثانى غير الأول ، وإن فسّره بمال قُبل وإن قلّ .

وإن فسّره بكلب ، أو جلدِ مَيْتةٍ ، أو سرْجين يُنتفع به قُبِل ، لأنه قد يقهره ، فيأخذه منه .

وان فسّره بما لا نفع فيه ، أو بما لا يباح الانتفاع به لم يُقبل . لأن أخذ ذلك ليس بغَصْب

٣٨١٥ (فصـل)

وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهـول . لأنّ الإقرار به صحيح . وما كان صحيحاً فى نفسه صحّت الشهادة به ، كالمعلوم .

٣٨١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو قال : له عندى رهن . فقال المالك : وديعةٌ . كان القول قول المالك ﴾

إنما قدم قول المالك . لأن العين ثبتت له بالإقرار . وادّعى المقرّ ديناً لا يُعترف له به . والقول قولُ المنكِر . ولأنه أقرّ بمالٍ لغيره . وادّعى أنّ له به تعلّقاً . فلم يُقبل . كما لو ادّعاه بكلام مُنفصل .

(١) لفظ (إذا) ساقط من جميع النسخ ، ولا بد منه لصحة الأسلوب

وكذلك لو أقرّ له بدار . وقال : استأجرتها . أو بثوب ، وادّعى أنه قصّره . أو خاطه بأجر ، يلزم المُقَرّ له ، لم يُقبل . لأنّه مدّعٍ على غيره حقًّا فلا يُقبل قوله إلا ببيّنة . وكذلك لو قال : هذه الدار له . ولى سكناها سنةً .

٣٨١٧ (فصـــــل)

وإن قال : لك علىّ ألف من ثمن مبيع . لم أقبضه . فقال المدّعَى عليه : بل لى عليك ألف . ولا شىء لك عندى . فقال أبو الخطاب : فيه وجهان :

أحدهما : القول قول المقرّ له . لأنه اعترف له بالألف . وادّعى عليه مبيعاً . فأشبه ما إذا قال : هذا رهن . فقال المالك : وديعةٌ أو له علىّ ألف . ولى عنده مبيع . لم أقبضه .

والثانى : القولُ قولُ المقرّ . قال القاضى : وهو قياس المذهب . وهو قول الشافعىّ . وأبى يوسف . لأنه أقرّ بحقٍ فى مُقابلةِ حقٍ له . ولا ينفكُّ أحدهما عن الآخَر . فإذا لم يُسَلَّم له مالُه لم يَسْلَمَ للمقَرّ له ما عليه ، كما لو قال لرجل : بعتُك هذا العبد بألف . قال : بل مَلَّكتنيه بغير شىء . وفارق ما لو قال له : عندى رهن . فقال المالك : بل وديعةٌ . لأن الدَّيْن ينفكُّ عن الرهن . ولو قال السيِّد لعبده : بعتُك نَفْسكَ بألف . فأنكر العبدُ عَتقَ . ولا شىء للمقرّ . لأنّ العِتق ينفكُّ عن الثمن . ولا فرق بين أن يقول : لم أقبضه . منفصلاً . أو متّصِلاً . فلو قال : له علىّ ألف من ثمن مبيعٍ ثم سكت . ثم قال : لم أقبضه ، فيقبل قوله . كما لو كان متّصلا . لأن إقراره تعلّق بالمبيع . والأصل عدم القبض . فقبل قوله فيه . فأمّا إن قال : علىّ ألف . ثم سكت ، ثم قال : من ثمن مبيع . لم يقبل . لأنه فسّرَ إقراره بما يُسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل . فلم يقبل . كما لم يقبل لو قال :له علىّ ألف . ثم سكت . ثم قال : مؤجّل .

٣٨١٨ (فصـــل)

وإذا قال : بعتك جاريتى هـذه . قال : بل زَوَّجتنيها فلا يخلو . إمّا أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن . أو بعده ، وقبل الاستيلاد . أو بعده . فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقرّ بها لمدّعى الزوجيّة ، لأنه يدّعى عليه شيئاً . والزوج يُنكر أنها ملكه . ويدّعى حلّها له بالزوجية . فيثبُت الحلّ لاتفاقهما عليه . ولا تردّ إلى البائع . لاتفاقهما على أنه لا يستحقّ أخذها . وإن كان قبل قبض الثمن. وبعد الاستيلاد . فالبائع يُقرّ أنها صارت أمّ ولد . وولدها حرّ . وأنه لا مَهْرَ له . ويدّعى الثمن ، والمشترى يُنكر ذلك كلّه ، فيحكم بحرّية الولد . لإقرار من يُنسب إليه ملكه بحرّيته ، ولا ولاء عليه . لاعترافه بأنّه حرّ الأصل ، ولا تردّ الأمة إلى البائع . لإقراره بأنّها أمّ ولدٍ ، ولا يجوز نقل الملك فيها . ويحلف المشترى : أنّه ما اشتراها ، ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر ، فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه . وإن اختلفا فى

سببه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعيّ . وقال بعضهم : يتحالفان . ولا يجب مهر ، ولا ثمن ، وهو قول القاضى ، إلاّ أنه لا يجعل على البائع يميناً . لأنه لا يرى اليمين فى إنكار النكاح . ونفقة الولد على أبيه . لأنه حرّ . ونفقة الأمة على زوجها ، لأنه إمَّا زوج . وإما سيِّد . وكلاهما سبب لوجوب النفقة . وقال القاضى : نفقتها فى كسبها . فإن كان فيه فضل فهى موقوفة . لأننا لا أزلنا عنها ملك السيِّد . وأثبتنا لها حكم الاستيلاد ، فإن ماتت . وتركت مالاً . فللبائع قدرُ ثمنها . لأنه إمَّا أن يكون صادقاً فهو يستحقّ على المشترى ثمنها . وتركتها المشترى . والمشترى مُقرّ للبائع بها . فيأخذ منها قدر ما يدّعيه . وإن كان كاذباً فهى ملكه . وتركتها كلّها له . فيأخذ منها قدر ما يدّعيه . وبقيّته موقوفة . وإن ماتت بعد الوطء فقد ماتت حرّةً فميراثها لولدها . وورثتها فإن لم يكن لها وارث . فميراثها موقوف . لأنّ أحداً لا يدّعيه . وليس للسيِّد أن يأخذ منه قدر الثمن . لأنه يدّعى الثمن على الواطىء ، وليس ميراثها له . لأنه قد مات قبلها . وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاد فعندى أنَّها تُقرّ فى يد الزوج . لاتفاقهما على حلِّها له ، واستحقاقه إمساكها ، وإنَّما اختلفا فى السبب ، ولا تردّ الى السيد لاتّفاقهما على تحريمها عليه . وللبائع أقلّ الأمرين من الثمن ، أو المهر ، لاتفاقهما على استحقاقه لذلك ، والأمر فى الباطن على ذلك ، فإن السيِّد ان كان صادقاً فالأَمَةُ حلال لزوجها بالبيع ، وإن كان كاذباً فهى حلال له بالزوجيّة ، والقدر الذى اتفقا عليه ان كان السيِّد صادقاً فهو يستحقّه ثمناً ، وان كان كاذباً فهو يستحقّه مهراً . وقال القاضى : يحلف الزوج : أنه ما اشتراها . لأنه مُنكر ، ويسقط عنه الثمن ، ولا يحتاج السيِّد الى اليمين على نفى الزوجية ، لأنه لا يُستحلف فيه . وعند الشافعيّ يتحالفان معاً ، ويسقط الثمن عن الزوج . لأن عقد البيع ما ثبت ، ولا يجب المهر . لأن السيّد لا يدّعيه ، وتردّ الجارية الى سيّدها ، وفى كيفية رجوعها وجهان :

أحدهما : ترجع اليه ، فيملكها ظاهراً ، وباطناً ، كما يرجع البائع فى السلعة عند فلس المشترى بالثمن ، لأن الثمن ههنا قد تعذّر ، فيحتاج السيِّد أن يقول : فسختُ البيع ، وتعودُ اليه مِلكاً .

والثانى : ترجع إليه فى الظاهر دون الباطن . لأن المشترىَ امتنع من أداء الثمن مع إمكانه ، فعلى هذا يبيعها الحاكم ، ويوفّيه ثمنها . فإن كان وَفق حقّه فحسن ، وإن كان دونه أخذه . وإن زاد فالزيادة لا يدّعيها أحد . لأن المشترىَ يُقرّ بها للبائع . والبائع لا يدَّعى أكثر من الثمن الأول . فهل تُقرّ فى يد المشترى ، أو ترجع الى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، فإن رجع البائع ، وقال : صدَق خصمى ، ما بعتُه إيَّاها ، بل زوّجته لم يُقبل فى إسقاط حرّية الولد ، ولا فى استرجاعها ، إن صارت أمّ ولد ، وقبل فى إسقاط الثمن ، واستحقاق المهر ، وأخذ زيادة الثمن ، واستحقاق ميراثها ، وميراث ولدها ، وإن رجع الزوج ثبتت الحرّية ، ووجب عليه الثمن.

٣٨١٩ (فصـــل)

ولو أقرّ رجل بحرّية عبد ، ثم اشتراه ، أو شهد رجلان بحرّية عبد لغيرهما ، فردّت شهادتهما ، ثم اشتراه أحـدهما من سيّده عتق في الحال ، لاعترافه بأن الذي اشتراه حرّ ، ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع ، لأنه محـكوم له برقّه ، وفي حق المشتري استنقاذاً ، واستخلاصاً ، فإذا صار في يديه حكم بحرّيته ، لإقراره السابق ، ويصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلّق امرأته ثلاثاً فردّ الحاكم شهادتهما ، فدفعا إلى الزوج عوَضاً ليخلعها صحّ ، وكان في حقّه خُلعاً صحيحاً ، وفي حقّها استخلاصاً ، ويكون ولاؤه موقوفاً ، لأن أحداً لا يدّعيه ، فإنّ البائع يقول : ما أعتقته ، والمشتري يقول : ما أعتقه إلا البائع ، وأنا استخلصته ، فإن مات ، وخلّف مالاً ، فرجع أحدُهما عن قوله ، فالمال له ، لأنّ أحداً لا يدّعيه ، لأنّ الراجع إن كان البائع فقال : صدق المشتري ، كنتُ أعتقته ، فالولاء له ، ويلزمه ردّ الثمن إلى المشتري ، لإقراره ببطلان البيع ، وإن كان الراجع المشتري قُبل في المال لأنّ أحداً لا يدّعيه سواه ، ولا يُقبل قوله في نفي الحرّية ، لأنّها حقّ لغيره ، وإن رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه ، لأنه لأحدهما ، ولا يعرف عينه ، ويحتمل أن من هو في يده يحلف ، ويأخذه ، لأنه مُنكر ، وإن لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان :

أحدهما : يُقَرّ في يد من هو في يده ، فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال ، لأن أحداً لا يدّعيه ، ويحتمل أن يكون لبيت المال على كلّ حالٍ لذلك .

٣٨٢٠ (فصـــل)

ولو أقرّ لرجل بعبد ، أو غيره ، ثم جاءه به ، وقال : هذا الذي أقررتُ لك به ، قال : بل هو غيره ، لم يلزمه تسليمه إلى المقَرّ له ، لأنه لا يدعّيه ، ويحلف المقرّ : أنّه ليس له عنده عبد سواه ، فإن رجع المقَرّ له ، فادّعاه لزمه دفعه إليه ، لأنه لا مُنازع له فيه ، وإن قال المُقَرّ له صدقت ، هـذا لي ، والذي أقررتَ به آخَرُ لي عندك ، لزمه تسليم هذا ، ويحلف على نفي الآخر .

٣٨٢١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو مات ، فخلّف ولدين ، فأقرّ أحدهما بأخ ، أو أخت لزمه أن يُعطي الفضل الذي في يديه لمن أقرّ له به ﴾

وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقرّ بوارث ثالث ، مشارك لهما في الميراث ، لم يثبُت النسب بالإجماع ، لأنّ النسب لا يتبعّض ، فلا يمكن إثباته في حقّ المقرّ ، دون المنكر ، ولا يمكن إثباته في حقّهما ، لأنّ أحدهما منكر ، ولم توجد شهادة يثبُت بها النسب ، ولكنّه يُشارك المقرّ في الميراث ، في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشافعيُّ : لا يشاركه ، وحُكي ذلك عن ابن سيرين ، وقال إبراهيم : ليس بشيء ، حتّى

يُقرُّوا جميعاً ، لأنه لم يثبت نسبه ، فلا يرث ، كما لو أقرّ بنسب معروف النسب .

ولنا : أنه أقرّ بسبب مال لم يُحكم ببطلانه ، فلزمه المال ، كما لو أقرّ ببيع ، أو أقرّ بدين فأنكر الآخر ، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب ، فإنه محكوم ببطلانه ، ولأنه يُقرّ له بمال يدّعيه المُقرُّ له ، ويجوز أن يكون له ، فوجب الحكم له به ، كما لو أقرّ بدين على أبيه ، أو أقرّ له بوصيّة ، فأنكر سائر الورثة .

إذا ثبت هذا : فإنّ الواجب له فضل ما فى يد المقرّ عن ميراثه ، وبهذا قال ابن أبى ليلى ، ومالك ، والثوريُّ ، والحسن بن صالح ، وشَريك ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : إذا كان اثنان ، فأقرّ أحدهما بأخٍ لزمه دفع نصف ما فى يده ، وإن أقرّ بأخت لزمه ثلث ما فى يده ، لأنه أخذ مالا يستحقّه من التركة ، فصار كالغاصب ، فيكون الباقى بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبيٌّ ، ولأن الميراث يتعلّق ببعض التركة ، كما يتعلّق بجميعها ، فإذا هلك بعضها ، أو غُصب تعلّق الحقُّ بباقيها والذى فى يد المنكر كالمغصوب ، فيقتسمان الباقىَ ، بالسويّة ، كما لو غصبه أجنبىّ .

ولنا : أن التركة بينهم أثلاثاً ، فلا يستحقّ ممّا فى يده إلا الثلث ، كما لو ثبت نسبه ببيّنة ، ولأنه إقرار بحقّ يتعلّق بحصّته وحصّة أخيه ، فلا يلزمه أكثر مما يخصُّه ، كالإقرار بالوصية وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ، ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبيٌّ ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصّته لم تقبل شهادته ، لكونه يجرُّ بها نفعاً ، لكونه يُسقط عن نفسه بعض ما يستحقّه عليه ، ولأنه حقّ لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصّته ، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك ، كالوصيّة ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة ، وهما اثنان ، لأنّ كل واحد منهما يستحقُّ النصف من كلّ جزء من التركة ، وههنا يستحقُّ الثلث من كلّ جزء من التركة ، ولأصحاب الشافعىّ فيما إذا كان المقرّ صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى : هل يلزمه أن يدفع إلى المقرّ له نصيبه ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه ، وهو الأصحّ ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما فى يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

٣٨٢٢ (فصل)

وإن أقرّ جميع الورثة بنسب من يشاركهم فى الميراث ثبت نسبه ، سواء كان الورثة واحداً ، أو جماعة ، ذكراً أو أنثى ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، وحكاه عن أبى حنيفة ، لأنّ الوارث يقوم مقام الميت فى ميراثه ، وديونه ، والديون التى عليه ، وبيّناته ، ودعاويه ، والأيمان التى له ، وعليه ، وكذلك فى النسب ، وقد روت عائشة : أنّ سعد بن أبى وقّاص اختصم هو ، وعبد بن زَمْعَةَ فى ابن أمةِ زَمْعَةَ ، فقال سعد : أوصانى أخى عُتْبةُ إذا قَدِمْتُ مكةَ أن أنظر إلى ابن أمةِ زَمْعَة ، وأَقبِضَهُ ، فانه ابنُه ، فقال عبد بن زَمْعَة : أخى ، وابن وَليدةِ أبى ، وُلدِ على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هُوَ لَكَ

«يَا عَبْدَ بنَ زَمْعَةَ ، وَلِلْعَاهِرُ الحَجَرُ» فقضى به لعبد بن زَمْعَةَ ، وقال «احْتَجِبِي مِنْهُ يا سَوْدَةُ» والمشهور عن أبي حنيفة : أنه لا يثبت إلا بإقرار رجلين ، أو رجل وامرأتين ، وقال مالك : لا يثبُت إلا بإقرار اثنين ، لأنه يُحمل النسب على غيره ، فاعتُبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حقّ يثبت بالإقرار ، فلم يعتبر فيه العدد ، كالدين ، ولأنه قول لا تُعتبر فيه العدالة ، فلم يُعتبر العدد فيه ، كإقرار الموروث ، واعتباره بالشهادة ، لا يصحّ ، لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ، ولا العدالة ، ويبطل بالإقرار بالدين .

٣٨٢٣ (فصل في شروط الإقرار بالنسب)

لا يخلو : إمّا أن يقرّ على نفسه خاصّةً ، أو عليه ، وعلى غيره ، فإن أقرّ على نفسه ، مثل أن يقرّ بولدٍ اعتبر في ثبوت نسبه أربعةُ شروط .

أحدها : أن يكون المقرّ به مجهول النسب ، فإن كان معروف النسب لم يصحّ ، لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبيّ صلّى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه ، أو تَوَلّى غيرَ مواليه .

الثانى : أن لا يُنازعه فيه مُنازع ، لأنّه إذا نازعه فيه غيره تعارضا ، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

الثالث : أن يمكن صدقه ، بأن يكون المقرّ به يحتمل أن يُولَد لمثله .

الرابع : أن يكون ممّن لا قول له ، كالصغير ، والمجنون ، أو يصدّق المقرّ إن كان ذا قول ، وهو المكلّف ، فإن كان غير مكلّف لم يُعتبر تصديقه ، فإن كبر ، وعقَل ، فأنكر لم يُسمع إنكاره ، لأن نسبه ثابت ، وجرى ذلك مجرى من ادّعى ملك عبد صغير في يده ، وثبت بذلك ملكه ، فلمّا كبر جَحَدَ ذلك ، ولو طلب إحلافه على ذلك لم يُستحلف ، لأنّ الأبَ لو عاد فجحَدَ النسب لم يُقبل منه ، وإن اعترف إنسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فأما إن كان إقراراً عليه ، وعلى غيره ، كإقرار بأخ ، اعتُبر فيه الشروط الأربعة ، وشرط خامس ، وهو كون المقرّ جميع الورثة ، فإن كان المقرّ زوجاً ، أو زوجةً لاوارث معهما ، لم يثبت النسب بإقرارهما ، لأنّ المقرّ لا يرث المال كلّه ، وإن اعترف به الإمام معه ثبت النسب ، لأنه قائم مقام المسلمين ، في مشاركة الوارث ، وأخذ الباقي ، وإن كان الوارث بنتاً ، أو أختاً ، أو أمّاً ، أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض ، والردّ ثبت النسبُ بقوله ، كالابن ، لأنه يرث المال كلّه ، وعند الشافعيّ : لا يثبُت بقوله النسبُ ، لأنه لا يرى الردّ ، ويجعل الباقي لبيت المال ، ولهم فيما إذا وافقه الإمام في الإقرار وجهان ، وهذا من فروع الردّ ، ويذكر في موضعه وإن كانت بنت ، وأخت ، أو أخت ، وزوج ، ثبت النسب بقولها ، لأنهما يأخذان المال كله ، وإذا أقرّ بابن ابنه ، وابنه ميّت اعتُبر فيه الشروط التي تُعتبر في الإقرار بالأخ ، وكذلك إن أقرّ بعمٍّ ، وهو ابن جدّه ، فعلى ما ذكرناه .

٣٨٢٤ (فصـــل)

وإن كان أحد الوالدين غير وارث ، لكونه رقيقاً ، أو مخالفاً لدين موروثه ، أو قاتلاً ، فلا عبرة به ، وثبت النسب بقول الآخر وحده ، لأنه يحوز جميع الميراث ، ثمّ إن كان المقرّ به يرث شارك المقرّ فى الميراث ، وإن كان غير وارث ، لوجود أحد الموانع فيه ثبت نسبه ، ولم يرث ، وسواء كان المقرّ مُسلماً أو كافراً .

٣٨٢٥ (فصـــل)

وإن كان أحد الوارثين غير مكلف ، كالصبيّ والمجنون ، فأقرّ المكلف بأخ ثالث ، لم يثبت النسب بإقراره ، لأنه لا يحوز الميراث كلّه ، فإن بلغ الصبيّ ، أو أفاق المجنون ، فأقرا به أيضاً ثبت نسبه ، لاتفاق جميع الورثة عليه ، وإن أنكر لم يثبُت النسب ، وإن ماتا قبل أن يصيرا مكلّفين ثبت نسب المقرّ به ، لأنه وجد الإقرار من جميع الورثة ، فإن المقرّ به صار جميع الورثة ، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين ، فأقرّ به أحدهما ، وأنكر الآخر ، ثم مات المنكر ، وورثه المقرّ ثبت نسب المقرّ به ، لأن المقرّ به صار جميع الورثة ، فأشبه ما لو أقرّ به ابتداء بعد موت أخيه ، وكما لو كان شريكه فى الميراث غير مكلف ، وفيه وجه آخر : أنه لا يثبُت النسب ، لأنه أنكره بعض الورثة ، فلم يثبت نسبه ، كما لو لم يمت ، بخلاف ما إذا كان شريكه غير مكلّف ، فإنه لم يُنكره وارث ، وهذا فيما إذا كان المقرّ يحوز جميع الميراث بعد الميت ، فإن كان الميّت وارث سواه ، أو مَنْ يشاركه فى الميراث ، لم يثبُت النسب بقول الباقى منهما ، وجهاً واحداً لأنه ليس كلّ الورثة ، ويقوم وارث الميّت الثانى مقامه ، فإذا وافق المقرّ فى إقراره ثبت النسب ، وإن خالفه لم يثبت ، كالموروث ، وإن خلّف ولدين ، فأقرّ أحدهما بأخ ، وأنكره الآخر ، ثم مات المنكر ، وخلّف ابناً ، فأقرّ بالذى أنكره أبوه ، ثبت نسبه ، لإقرار جميع الورثة به ، ويحتمل أن لا يثبت لإنكار الميّت له .

٣٨٢٦ (فصـــل)

وإذا أقرّ الوارث بمن يحجبه ، كأخ أقرّ بابن الميت ، وأخ من أب أقرّ بأخ من أبوين ، وابن ابن أقرّ بابن للميّت ثبت نسب المقرّ به ، وورث ، وسقط المقرّ ، وهذا اختيار ابن حامد ، والقاضى ، وقول أبى العباس ابن سُرَيْج ، وقال أكثر أصحاب الشافعيّ : يثبُت نسب المقرّ به ، ولا يرث ، لأن توريثه يفضى إلى إسقاط توريثه ، فسقط بيانه أنّه لو ورث لخرج المقرّ به ، عن كونه وارثاً ، فيبطل اقراره ، ويسقط نسب المقرّ به ، وتوريثه ، فيؤدّى توريثه إلى إسقاط نسبه ، وتوريثه ، فأثبتنا النسب دون الميراث .

ولنا : أنه ابن ثابت النسب ، لم يوجد فى حقّه أحد موانع الإرث ، فيدخل فى عموم قوله تعالى (يُوصيكم

اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ) أى فيرث ، كما لو ثبت نسبه ببيّنة ، ولأنّ ثبوت النسب سببٌ للميراث ، فلا يجوز قطع حكمه عنه ، ولا يورث محجوب به مع وجوده ، وسلامته من الموانع ، وما احتجّوا به لا يصحّ ، لأنّنا إنما نعتبر كون المقرّ وارثاً على تقدير عدم المقر به ، وخروجُه بالإقرار عن الإرث لا يمنع صحّته ، بدليل أن الابن إذا أقرّ بأخ فإنّه يرث ، مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة ، فإن قيل : إنّما يُقبل إقراره إذا صدّقه المقرّ به ، فصار إقراراً من جميع الورثة ، وإن كان المقرُّ به طفلاً ، أو مجنوناً لم يُعتبر قولُه ، فقد أقرّ كلّ من يعتبر قوله . قلنا : ومثلُه ههنا ، فإنّه إن كان المقرُّ به كبيراً فلا بدّ من تصديقه ، فقد أقرّ به كلُّ من يُعتبر إقراره ، وإن كان صغيراً غير مُعتبرِ القولِ لم يثبُت النسب بقول الآخر ، كما لو كانا ابنين : أحدُهما صغير ، فأقرّ البالغ بأخٍ لم يُقبل ، ولم يقولوا : إنّه لا نُعتبر موافقته ، كذا ههنا ، ولأنّه لو كان فى يد إنسان عبد محكوم له بملكه ، فأقرّ به لغيره ثبت للمقرّ له ، وإن كان المقرّ يخرج بالإقرار عن كونه مالكا ، كهذا ههنا .

٣٨٢٧ (فصـــــل)

فإن خلف ابناً ، فأقرّ بأخٍ ثبت نسبه ، ثمّ إن أقرّ بثالث ثبت نسبه أيضاً ، لأنّه إقرار من جميع الورثة فإن قال الثالث : الثاني ليس بأخ لنا ، فقال القاضى : يسقط نسب الثانى ، لأنّ الثالث وارث مُنكِر لنسب الثانى ، فأشبه مالو كان نسبه ثابتاً قبل الثانى ، وفيه وجه آخر : لا يسقط نسبه ، ولا ميراثه ، لأنّ نسبه ثبت بقول الأول ، وثبت ميراثه ، فلا يسقط بعد ثبوته ، ولأنه أقرّ مَنْ هو كلّ الورثة حين الإقرار ، وثبت ميراثه ، فلا يسقُط بعد ثبوته ، ولأنّ الثانىَ لو أنكر الثالث لم يثبت نسبه ، وإنّما ثبت نسبه بإقراره ، فلا يجوز له إسقاط نسب من يثبُت نسبه بقوله ، كالأول ، ولأنّ ذلك يؤدّى إلى إسقاط الأصل بالفرع الذى يثبُت به .

٣٨٢٨ (فصـل)

وإن أقرّ الابن بأخوين دفعةً واحدةً ، فصدّق كلُّ واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما ، وإن تكاذبا ففيهما وجهان :

أحدهما : لا يثبت نسبهما . وهو مذهب الشافعيّ . لأن كلّ واحد منهما لم يقرّ به كلُّ الورثة .

والثانى : يثبت نسبهما . لأنّ كلّ واحد منهما وُجِدَ الإقرارُ به من ثابت النسب هو كلّ الورثة حين الإقرار . فلم يُعتبر موافقة غيره . كما لو كانا صغيرين . فإن كان أحدهما يُصدّق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتّفق عليه منهما . وفى الآخر وجهان .

وإن كانا توأمين ثبت نسبهما . ولم يُلتفَت إلى إنكار المنكر منهما . سواء تجاحدا معاً ، أو جحد أحدهما صاحبه . لأنّنا نعلم كذبهما . فإنّهما لا يفترقان .

ولو أقرّ الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر . لأنهما لا يفترقان في النسب . وان أقرّ بنسب صغيرين دفعةً واحدةً ثبت نسبهما . على الوجه الذى يثبُت فيه نسب الكبيرَين المتجاحدَين . وهل يثبت على الوجه الآخر ؟ يحتمل أن يثبت . لأنه أقرّ به كلُّ الورثة حين الإقرار . ولم يجحده أحد . فأشبه مالو انفرد . ويحتمل ألاّ يثبت . لأنّ أحدهما وارث . ولم يقرّ بصاحبه . فلم يجتمع كلّ الورثة على الإقرار به . وَيَدْفَعُ المقرُّ إلى كلّ واحد منهما ثُلثَ الميراث . سواء قلنا بثبوت النسب ، أو لم نقل . لأنه مُقرّ به .

٣٨٢٩ (فصـــل)

إذا خلّف امرأةً . وأخاً . فأقرّت المرأة بابنٍ للميِّت . وأنكر الأخ لم يثبُت نسبه ، ودَفعت إليه ثمن الميراث . وهو الفضلة التى فى يد الزوجة عن ميراثها . وإن أقرّ بِهِ الأخ وحده لم يثبت نسبه . ودَفع إليه جميع مافى يده . وهو ثلاثة أرباع المال . فإن خلّف اثنين . فأقرّ أحدهما بامرأة لأبيه . وأنكر الآخر . لم تثبت الزوجيّة . وبدفع إليها ثمن نصف الميراث . ولأصحاب الشافعىّ فى هذه المسألة كقولنا . لأن الزوجيّة زالت بالموت . وإنَّما المقرّ به حقَّها من الميراث . ولهم وجه آخر : لا شىء لها . وإن كان للميِّت امرأة أخرى فلا شىء للمقَرّ لها . لأن الفضل الذى تستحقّــه فى يد غير المقِرّ .

وكذلك ما كان مثل هذا . مثلُ أن يخلّف أخاً من أب . وأخاً من أمّ . فيقرّ الأخ من الأمّ بأخٍ للميِّت . فلا شىء للمقِرّ به . سواء أقر بأخ من أبوين . أو من أب . أو من أمّ . لأن ميراثه فى يد غير المقِرّ . وإن أقرّ بأخوين من أمّ دفع إليهما ثلُث ما فى يده . لأنه يُقرّ أنَّهم شركاء فى الثلُث . لكلّ واحد منهما تُسعٌ . وفى يده سدُس . وهو تُسْعٌ ونصفُ تُسْعٍ . فيفضُل فى يده نصفُ تُسْعٍ . وهو ثلث ما فى يده .

٣٨٣٠ (فصـــل)

وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسبِ مشاركٍ لهم فى الميراث . ثبت نسبه إذا لم يكونا متّهمين . وكذلك ان شهدا على إقرار الميّت بِهِ . وإن كانا متَّهمين . كأخوين من أمّ يشهدان بأخٍ من أبوين . فى مسألةٍ فيها زوج . وأختان من أبوين . لم تُقبل شهادتهما . لأنّ ثبوت نسبه يُسْقط العَوْلَ . فيتوفّر عليهما الثلُث .

وكذلك لو شهد بأخٍ من أبٍ . فى مسألة معهما أمّ . وأخت من أبوين . وأختٌ من أبٍ لم تُقبل

شهادتهما . لأن ثبوت نسبه يُسْقط أختَه . فيـذهبُ العَوْلُ من المسألة . فإن لم يكونا وارثين . أو لم يكن للميّت تركة قُبلت شهادتهما . وثبت النسبُ ؛ لعدم التهمة .

٣٨٣١ (فصــــل)

وان أقرّ رجلان عدلان بنسبٍ مشاركٍ لهما فى الميراث . وثَمَّ وارثٌ غيرُهما لم يثبُت النسب . إلاّ أن يشهدا به . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يثبُت لأنهما بيِّنة .

ولنا : أنه إقرار من بعض الورثة . فلم يثبُت به النسب . كالواحد . وفارق الشهادة . لأنه تعتـبر فيها العدالة . والذكوريّة . والإقرارُ بخلافه .

٣٨٣٢ (فصــــل)

إذا أقرّ بنسب ميّت صـغير . أو مجنون . ثبت نسبه . وَورِثَهُ . وبهذا قال الشافعىّ . ويحتمـل أن يثبت نسبه دون ميراثه . لأنّه متّهم فى قَصْد أخذ ميراثه . وقال أبو حنيفة : لا يثبُت نسبه . ولا إرثُهُ لذلك .

ولنـا : أن علّة ثبوت نسبه فى حياته الإقرارُ به . وهو موجود بعد الموت . فيثبُت به . كحالة الحيـاة . وما ذكروه يُبطِل ما إذا كان المقرّ به حيًّا . مُوسِراً ، أو المقرّ فقيراً . فإنه يثبُت نسبهُ . ويملك المقـرّ التصرُّف فى ماله . وإنفاقه منه على نفسه . وان كان المقِرُّ به كبيرًا عاقلاً . فـكذلك فى قول القاضى . وظاهِر مذهب الشافعىّ . لأنه لا قولَ له ، أشـبه الصغير ، وفيـه وجه آخر : أنّه لا يثبُت نسـبه . لأن نسب المـكلّف لا يثبُت الا بتصديقهِ . ولم يوجد . ويُجاب عن هذا بأنه غير مكلّف .

فإن ادَّعى نسب المـكلّف فى حياته . فلم يصدّقه حتّى مات المقرّ . ثم صدّقه ثبت نسـبهِ . لأنَّه وُجد الإقرار . والتصديق من المقِرّ بهِ . فأشبه ما لوصدَّقهُ فى حياتهِ .

وقال أبو الخطَّاب : واذا أقرّ رجل بزوجيّة امرأة . أو أقرّت أن فلاناً زوجُها . فلم يصدّقه المقرّ بهِ إلا بعد موتهِ ، ورثه . لأنهُ وُجد الإقرار . والتصديق معاً .

٣٨٣٣ (فصــــل)

وإذا خلّف رجل وامرأةً . وابناً من غيرها . فأقرّ الابن بأخٍ له . لم يثبُت نسبهُ . لأنّه لم يقرّ به كلُّ الورثة . وهل يتوارثان ؟ فيه وجهان :

أحدهما . يتوارثان . لأنَّ كلّ واحد منهما يُقِرّ أنه لا وارث له سوى صاحبه . ولا مُنازع لهما .

والثـانى : لا يتوارثان . لأن النسب بينهما يثبُت. لمّـا كان لـكلّ واحد منهما وارث غيرُ صاحبـه لم يرثه . لأنه مُنازع فى الميراث . ولم يثبُت نسبه .

٣٨٣٤ (فصــــل)

وإذا ثبت النسبُ بالإقرار ، ثم أنكر المقرّ ، لم يُقبل إنكاره . لأنه نسبٌ ثبت بحجّةٍ شرعية ، فلم يَزُل بإنكاره ، كما لو ثبت ببيِّنة ، أو بالفراش ، وسواء كان المقِرّ به غيرَ مكلّف ، أو مكلّفاً ، فصدّق المقرّ ، ويحتمل أن يسقُط نسب المكلّف باتفاقهما على الرجوع عنه . لأنه ثبت باتفاقهما ، فزال برجوعهما ، كالمال ، والأول أصحّ . لأنه نسب ثبت بالإقرار ، فأشبه نسب الصغير . والمجنون ، وفارق المال . لأن النسب يُحتاط لإثباته .

٣٨٣٥ (فصــــل)

وإن أقرّت المرأة بولد ، ولم تكن ذات زوج ، ولا نسبٍ قُبل إقرارها ، وإن كانت ذات زوج ، فهل يُقبل إقرارها ؟ على روايتين :

إحداهما : لا يُقبل . لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها ، ولم يقرّ به ، أو إلحاقاً للعار به ، بولادة امرأته من غيره .

والثانية : يُقبل . لأنها شخص أقرّ بولد يُحتمل أن يكون منه ، فَقُبل ، كالرجل .

وقال أحمد فى رواية ابن منصور ، فى امرأة ادَّعت ولدا : فإن كان لها إخوة ، أو نسب معروف ، فلا بدّ من أن يثبت أنه ابنها ، فإن لم يكن لها دافع ، فمن يحول بينها ، وبينه ، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل . فالظاهر أنَّه لا تخفَى عليهم ولادتها ، فمتى ادَّعت ولداً لا يعرفونه ، فالظاهر كذبُها ، ويحتمل أن تُقبل دعواها مُطلقاً . لأن النسب يُحتاط له . فأشبهت الرجلَ .

٣٨٣٦ (فصــــل)

ولو قدمت امرأة من بلد الروم ، معها طفل ، فأقرّ به رجل ، لحقه ، لوجود الإمكان ، وعدم المنازع ، لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضَهم ، أو دخلت هى دار الإسلام ، ووطئها ، والنسبُ يُحتاط لإثباته ، ولهذا لو ولدت امرأةُ رجل وهو غائب عنها ، بعد عشرين سنةً من غَيْبَته لَحِقَهُ ، وإن لم يُعرف له قدوم إليها ، ولا عُرف لها خروج من بَلدها .

٣٨٣٧ (فصــــل)

وإن أقرّ بنسبِ صغير ، لم يكن مُقِرًا بزوجيّة أمّه ، وبهذا قال الشافعىُّ ، وقال أبو حنيفة : إذا كانت مشهورةً بالحرّية كان مُقِرًا بزوجيّتها . لأن أنساب المسلمين ، وأحوالهم يجب حملُها على الصحّة ، وذلك أن تكون ولدته منه فى نكاح صحيح .

ولنا : أن الزوجيّة ليست مقتضى لفظه . ولا مضمونه ، فلم يكن مُقِرًا بها ، كما لو لم تكن معروفةً

بالحرية ، وما ذكروه لا يصح ، فإن النسب محمول على الصحة ، وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد ، والشبهة ، فلا يلزمه بحكم اقراره مالم يتضمنه لفظه ، ولم يوجبه .

٣٨٣٨ (فصــل)

وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد ، لا زوج لها ، ولا أقر بوطئها ، فقال : أحدُ هؤلاء ولدى ، فإقراره صحيح ، ويطالَب بالبيان ، فإن عيَّن أحدهم ثبت نسبه ، وحريته . ثم يُسأل عن كيفية الاستيلاد ، فإن قال: كان بنكاح فعلى الوالد الولاء ، لأنه قدمسَّه رِقٌّ ، والأمّ وولداها الآخران رقيقٌ قِنٌّ . وان قال : استولدتها في ملكى ، فالمقرُّ به حرُّ الأصل ، لا ولاء عليه ، والأمة أمّ ولد ، ثم إن كان المقرُّ به الأكبر . فأخواه أبناء أمّ ولدٍ ،حكمها حكمها في العتق بموت سيِّدها . وإن كان الأوسط .فالأكبر قِنٌّ .والأصغر له حكم أمّه. وإنعيّن الأصغر ، فأخواه رقيقٌ قِنٌّ ، لأنها ولدتهما قبل الحكم بكونها أمّ ولد ، وإن قال : هو من وطء شُبهة ، فالولد حرُّ الأصل ، وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يُبَيِّن ، أخذ ورثته بالبيان ، ويقُوم بيانهم مَقام بيانه . فإن بيّنوا النسب ، ولم يبينوا الاستيلاد ثبت النسب ، وحرية الولد ، ولم يثبت للأمّ . ولا لولديها حكم الاستيلاد ، لأنه يحتمل أن يكون من نكاحٍ ، أو وطء شُبهةٍ ، وإن لم يُبيِّنوا النسب ، وقالوا : لا نعرف ذلك ، ولا الاستيلاد . فإنَّا نُرِيهِ القَافَةَ[1] . فإن ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ، ولا يثبُت حكمُ الاستيلاد لغيره ،فإن لم تكن قَافَةٌ أُقرِع بينهم ، فمن وقعت له القرعة عَتق ، وورِث . وبهذا قال الشافعيّ : إلا أنه لا يورّثه بالقرعة .

ولنا : أنه حرّ استندت حريته إلى إقرار أبيه ، فورث ، كما لو عيّنه في إقراره .

٣٨٣٩ (فصــل)

وإذا كان له أمتان ، لكلّ واحدةٍ منهما ولد ، فقال : أحدُ هذين ولدى من أمتى ، نظرتَ ، فإن كان لكلّ واحدة منهما زوج ، يمكن إلحاق الولد به لم يصحّ إقراره ، ولحق الولدان بالزوجين ، وإن كان لإحداها زوج ، دون الأخرى ، انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى ، لأنه الذى يُمكن إلحاقه به ، وإن لم يكن واحدةٍ منهما زوج ، ولكن أقرّ السيِّد بوطئهما ، صارتا فِراشاً ، ولحق ولداها به ، إذا أمكن أن يولد بعد وطئه ، وإن أمكن في إحداها دون الأخرى انصرف الإقرار إلى مَنْ أمكن ، لأنه ولدُه حكماً .

وإن لم يكن أقرّ بوطء واحدةٍ منهما صحّ إقراره ، وتثبُت حرية المقَرِّ به ، لأنه أقرّ بنسبِ صغير ،

(١) القافة : جمع قائف ، وهو الخبير بالأنساب الذى ينظر إلى الولد وإلى من يراد نسبه إليهم فيلحقه بمن هو شبيهه .

مجهول النسب ، مع الإمكان ، لا منازع له فيه ، فلحقه نسبه ، ثم يُـكلّف البيان ، كما لو طلّق إحـدى نسائه ، فإذا بيّن قُبل بيانه ، لأنّ المرجع فى ذلك إليه ، ثم يُطالَب ببيان كيفيّة الولادة ، فإن قال : استولدتها فى مِلكى ، فالولدُ حرّ الأصل ، لا ولاء عليه ، وأمّه أمُّ ولد ، وإن قال : فى نكاح ، فعلى الولد الولاء ، لأنّه مسّه رقّ ، والأمَةُ قِنٌّ ، لأنها عَلِقَتْ بمملوك ، وإن قال : بوطء شُبهةٍ فالولدُ حرُّ الأصل ، والأمة قِنٌّ لأنّها عَلِقت به فى غير ملك .

وإن ادّعت الأخرى أنّها التى استولدها ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنّ الأصل عدم الاستيلاد ، فأشبه ما لو ادّعت ذلك من غير إقـرار بشىء ، فإذا حلف رقّتْ ، وَرقّ ولدُها ، وإذا مات ورثه ولده المقَـرُّ به .

وإن كانت أمُّه قد صارت أمّ ولد عَتَقَتْ أيضاً ، وإن لم تصر أمّ ولد عتقت على ولدها ، إن كان هو الوارث وحده ، وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك، فإن مات قبل أن يُبَيّن، قامَ ورائهُ مقامه فى البيان ، لأنه يقوم مقامه فى إلحاق النسب ، وغيره ، فإذا بيّن كان كما لو بيّن الموروث ، وان لم يَعلم الوارث كيفيَّة الاستيلاد ، ففى الأمَة وجهان :

أحدهما : يكون رقيقاً ، لأن الرقّ الأصلُ ، فلا يزول بالاحتمال .

والثانى يَعتق . لأن الظاهر أنّها ولدته فى مِلـكه . لأنه أقرّ بولدها ، وهى فى مِلـكه وهـذا منصوص الشافعىّ ، فإن لم يكن وارث ، أو كان وارث فلم يُعيّن عُرِضَ على القافة[1] . فإن ألحقت به أحدهما ثبت نسبه ، وكان حكمه كما لو عيّن الوارث ، فإن لم تكن قافةٌ ، أو كانت فلم تُعرف أُقرِع بين الولدين ، فيُعتق أحدهما بالقرعة ، لأن للقرعة مدخلاً فى إثبات الحريّة ، وقياس المذهب ثبوت نسبه ، وميراثه ، على ما ذكرنا فى التى قبلها ، وقال الشـافعىّ : لا يثبُت نسبٌ ، ولا ميراث ، واختلفوا فى الميراث ، فقال المُزنىّ : يوقف نصيب ابنٍ ، لأننا تيقّنّا ابناً وارثاً ، ولهم وجـه آخر : لا يوقف شىء ، لأنّه لا يُرجَى انكشافه ، وقال أبو حنيفة : يعتق من كلّ واحد نصفُه ، ويُستَسعى فى باقيه ، ولا يرثان ، وقال ابن أبى ليلى ، مثل ذلك ، إلا أنه يجعل الميراث بينهما نصفين ، ويدفعانه فى سعايتهما ، والـكلام على قسمة الحريّة ، والسعاية يأتى فى العتق ، إن شاء الله تعالى .

---

(١) القافة : جمع قائف ، وهم الخبراء بالأنساب الذين ينظرون الوالد وينظرون المراد إلحاقه بهم فيلحقون بأقربه شبهاً إليهم .

٣٨٤٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه ﴾

وجملة ذلك أن الوارث إذا أقرّ بدين على موروثه قُبِل إقراره بغير خــلاف . نعلمه ، ويتعلّق ذلك بتركة الميّت ، كما لو أقرّ به الميت قبل موته ، فإن لم يخلّف تركة لم يُلزم الوارثُ بشيء ، لأنه لا يلزمه أداء دينه ، إذا كان حيًّا مُفلساً،فكذلك إذا كان ميتاً ، وإن خلّف تركة تعلّق الدينُ بها، فإن أحبّ الوارث تسليمها فى الدين لم يَلزمهُ إلاّ ذلك . وإن أحبّ استخلاصها ، وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ، ويلزمه أقلُّ الأمرين من قيمتها ، أو قدر الدين بمنزلة الجانى ، وإن كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا ، وإن كانا اثنين، أو أكثر ، وثبت الدين بإقرار الميّت ، أو ببيّنة ، أو إقرار جميع الورثة ، فكذلك ، وإذا اختار الورثة أخذ التركة ، وقضاء الدين من أموالهم ، فعلى كلّ واحد منهم من الدين بقدر ميراثه ، وإن أقرّ أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه ، والخيرة إليه فى تسليم نصيبه فى الدين ، أو استخلاصه ، وإذا قدّره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف ، وإن كانوا ثلاثةً فعليه الثلث، وبهذا قال النخَعِيّ،والحسن ، والحكم ، وإسحاق ، وأبو عُبيد ، وأبو ثور ، والشافعيّ فى أحد قوليه ، وقال أصحاب الرأى : يلزمه جميع الدين ، أو جميع ميراثه ، وهذا آخر قولى الشافعى ، رجع إليه بعد قوله كقولنا ، لأن الدين يتعلّق بتركته ، فلا يستحقّ الوارث منها إلا ما فضل من الدين ، لقول الله تعالى : (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ) ولأنه يقول : ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق ، فكان غاصباً ، فتعلّق الدين بما بقى من التركة ، كما لو غصبه أجنبيّ .

ولنا : أنه لا يستحقّ أكثر من نصف الميراث ، فلا يلزمه أكثر من نصف الدين ، كما لو أقرّ أخوه . ولأنه إقرار يتعلّق بحصّته ، وحصّة أخيه ، فلا يجب عليه إلا ما يخصّه ، كالإقرار بالوصيّة ، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة ، ولأنه حقّ لو ثبت ببيّنة ، أو قول الميّت ، أو إقرار الوارثين لم يلزمه إلا نصفُهُ ، فلم يلزمه بإقراره أكثرُ من نصفه ، كالوصيّة ، ولأن شهادته بالدين مع غيره تُقبل ، ولو لزمه أكثر من حصّته لم تقبلْ شهادته ، لأنه يجرُّ بها إلى نفسه نفعاً .

٣٨٤١ (فصـــل)

إذا ادّعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسببٍ يوجب الاشتراك ، مثل أن يقولا : ورثناها ، أو ابتعناها معاً ، فأقرّ المدّعىَ عليه بنصفها لأحدهما ، فذلك لهما جميعاً ، لأنهما اعترفا أنّ الدار لهما مُشاعةً ، فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما ، والباقى بينهما ، وإن لم يكونا ادّعيا شيئاً يقتضى الاشتراك ، بل ادّعى كلُّ واحد منهما نصفها،فأقرّ لأحدهما بما ادّعاه لم يشاركه الآخر ، وكان على خصومته ، لأنهما لم يعترفا بالاشتراك،

فإن أقر لأحدهما بالكل ، وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه ، وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك ، وجب تسليمُ النصف إليه ، لأن الذى هى فى يده قد اعترف له بها ، فصار بمنزلته ، فيثبُت لمن يُقرّ له ، وإن لم يكن اعترف للآخر ، وادّعى جميعها ، أو ادّعى أكثر من النصف فهو له ، فإن قيل : فكيف يملك جميعها ، ولم يدّع إلاّ نصفها ؟ قلنا : ليس من شرط صحّة الإقرار تقدم الدعوى ، بل متى أقرّ الإنسان بشىء، فصدّقه المقرّ له ثبت ، وقد وُجدالتصديق ههنا فى النصف الذى لم يسبق دعواه ، ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى ألف ، لأن له حجّةً به ، أو لأن النصف الآخر قد اعترف له به ، فادّعى النصف الذى لم يعترف به ، فإن لم يصدّقه فى إقراره بالنصف الذى لم يدّعه ، ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يبطلُ الإقرار به ، لأنه أقرّ به لمن يدّعيه .

الثانى : ينزِعه الحاكم من يده ، حتّى يثبُت لمدّعيه ، ويؤجّره ، ويحفظ أجرته لمالكه .

والثالث : يدفع إلى مُدّعيه ، لعدم المنازع فيه ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا الفصل كلّه كنحو ما ذكرنا .

٣٨٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكلّ من قلتُ : القولُ قولُه فلخصمه عليه اليمينُ ﴾ .

يعنى فى هذا الباب ، وفيما أشبهه مثلُ أن يقول : عندى ألف ، ثمّ قال : وديعةً أو قال : علىّ ، ثمّ قال : وديعةً ، أو قال : له عندى رهن ، فقال المالك : وديعةٌ ، ومثل الشريك ، والمضارب ، والمنكر للدعوى ، وإذا اختلفا فى قيمة الرهن ، أو قدره ، أو قدر الدين الذى الرهنُ به ، وأشباه هذا ، فكل مَن قلنا القولُ قولُه فعليه لخصمه اليمينُ ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَـكِنِ الْيَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » رواه مسلم ، ولأن اليمين يُشرع فى حقّ من ظهر صدقه ، وقوى جانبه تقويةً لقواه ، واستظهاراً ، والذى جُعل القول قولُه كذلك ، فيجب أن تُشرع اليمين فى حقّه .

٣٨٤٣ (فصـــل)

إذا أقرّ أنه وهب ، وأقبض الهبة ، أو رهن ، وأقبض ، أو أنه قبض المبيع ، أو أجّر المستأجر ، ثم أنكر ذلك ، وسأل إحْلافَ خصمه ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يُستحلف ، وهو قول أبى حنيفة ، ومحمد ، لأنّ دعواه تكذيبٌ لإقراره ، فلا تُسمع ،

كما لو أقرّ المضاربُ أنه ربح ألفاً ، ثم قال : غلطتُ ، ولأنّ الإقرار أقوى من البيّنة ، ولو شهدت البيّنة ، فقال: أَحْلِفوهُ لى مع بيّنته لم يُستحلف ، كذا ههنا .

والثانية . يُستحلف ، وهو قول الشافعىّ ، وأبى يوسف ، لأنّ العادة جارية بالإقرار قبل القبض ، فيحتمل صحّة ما قاله ، فينبغى أن يُستحلف خصمُه لنفى الاحتمال ، ويُفارق الإقرار البيّنة لوجهين :

أحدهما . أن العادة جارية بالإقرار بالقبض ، ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله ، لأنها تكون شهادةَ زور .

والثانى : أن إنكاره مع الشهادة طعنٌ فى البيّنة ، وتكذيب لها ، وفى الإقرار بخلافه ، ولم يذكر القاضى فى المجرّد غير هذا الوجه ، وكذلك لو أقرّ أنه اقترض منه ألفاً ، وقبضها ، أو قال : له علىّ ألف ، ثمّ قال : ما كنتُ قبضتها ، وإنّما أقررتُ لأقبضها ، فالحكم كذلك ، ولأنهُ يمكن أن يكون قد أقرّ بقبض ذلك ، بناء على قول وكيله ، وظنه ، والشهادة لا تجوز إلا على اليقين ، فأمّا إن أقرّ أنه وهبه طعاما ، ثمّ قال : ما أقبضتكه ، وقال المتّهب : بل أقبضتنيه ، فالقولُ قولُ الواهب ، لأنّ الأصل عدم القبض ، وإن كانت فى يد المتّهب ، فقال : أقبضتنيها ، فقال : بل أخذتَها منّى بغير إذنى ، فالقول قول الواهب أيضاً ، لأنّ الأصل عدم الإذن ، وإن كانت حين الهبة فى يد المتّهب لم يُعتبر إذن الواهب وإنما يعتبر مُضىّ مدّة ، يتأتّى القبضُ فيها ، وعلى من قلنا القولُ قولُه منهما اليمينُ ، لما ذكرنا .

٣٨٤٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والإقرار بدين فى مرض موته كالإقرار فى الصحة ، إذا كان لغير وارث ﴾

هذا ظاهر المذهب ، وهو قولُ أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ إقرار المريض فى مرضه لغير الوارث جائز ، وحكى أصحابنا روايةً أخرى : أنّه لا يُقبل ، لأنه إقرار فى مرض الموت ، أشبه الإقرار لوارث ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : أنّه لا يُقبل إقراره بزيادة على الثلث ، لأنه ممنوع من عطيّة ذلك لأجنبىّ ، كما هو ممنوع من عطيّة الوارث ، فلا يصحّ إقراره بما لا يملك عطيّته ، بخلاف الثلث فما دون .

ولنا : أنه إقرار غير متّهم فيه ، فقُبل كالإقرار فى الصحّة ، يحققّه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه ، وإبراء ذمّته ، وتحرّى الصدق ، فكان أولى بالقبول ، وفارق الإقرار للوارث ، لأنّه متّهم فيه على ما سنذكره .

٣٨٤٥ (فصل)

فإن أقرّ لأجنبىّ بدين فى مرضه ، وعليه دين ثبت ببيّنة ، أو إقرار فى صحّته ، وفى المال سعة لهما ، فهما

سواء ، وإن ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخِرَقى أنهما سواء ، وهو اختيار التميمى ، وبه قال مالك ، والشافعىُّ ، وأبو ثور ، وذكر أبو عُبَيد أنه قولُ أكثر أهل المدينة ، لأنهما حقّان يجب قضاؤهما من رأس المال ، لم يختصّ أحدها برهن ، فاستويا ، كما لو ثبتا ببيِّنة ، وقال أبو الخطاب : لا يُحاصُّ غرماء الصحَّة ، وقال القاضى : هو قياس المذهب ، لنصِّ أحمد فى المفلس : أنّه إذا أقرَّ وعليه دين ببيِّنة يُبدأ بالدين الذى بالبيِّنة ، وبهذا قال النَخَعىّ ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، لأنَّه أقرَّ بعد تعلّق الحقّ بتركته ، فوجب أن لا يُشارِك المقرّ له مَنْ ثبت دينُه ببيِّنه ، كغريم المفلس الذى أقرَّ له بعد الحَجْر عليه ، والدليل على تعلّق الحقِّ بماله منعُه من التبرّع ، ومن الإقرار لوارث ، ولأنه محجور عليه ، ولهذا لا تنفذ هِباته ، وتبرّعاته ، فلم يُشارِك من أقرّ له قبل الحجر ، ومن ثبت دينه ببيِّنه ، كالذى أقرّ له المفلس ، وإن أقرّ لهما جميعاً فى المرض تساويا ، ولم يقدّم السابق منهما ، لأنّهما استويا فى الحال ، فأشبها غريمى الصحّة .

٣٨٤٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن أقر لوارث لم يلزم باقى الورثة قبوله إلا ببينة ﴾ .

وبهذا قال شُريح ، وأبو هاشم ، وابن أُذَيْنة ، والنَخَعىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ورُوى ذلك عن القاسم ، وسالم ، وقال عطاء ، والحسن ، وإسحاق ، وأبو ثور : يُقبل ، لأنَّ من صحّ الإقرار له فى الصحَّة صحّ فى المرض ، وكالأجنبىّ ، وللشافعىّ قولان كالمذهبين ، وقال مالك : يصحّ إذا لم يتَّهم ، ويبطُل إن اتُّهِم ، كمن له بنت ، وابن عَمّ ، فأقرّ لابنته ، لم يُقبل ، وإن أقرّ لابن عمّه قُبِل ، لأنه لا يتّهم فى أنه يَزْوى ابنته ، ويُوصّل المال إلى ابن عمه ، وعلّة منع الاقرار التّهمة ، فاختصّ المنع بموضعها .

ولنا : أنه إيصالٌ لما له إلى وارثه . بقوله فى مرض موته ، فلم يصحّ بغير رضى بقيّة ورثته ، كهبته ، ولأنه محجور عليه فى حقّه ، فلم يصحّ إقراره له ، كالصبىِّ فى حقِّ جميع الناس ، وفارق الأجنبىّ ، فإن هبته له تصحُّ ، وما ذكره مالك لا يصحُّ ، فإنَّ التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها ، فوجب اعتبارها بمَظِنَّتها ، وهو الإرث ، وكذلك اعتبر فى الوصيّة ، والتبرُّع ، وغيرهما .

٣٨٤٧ (فصل)

وإن أقرّ لامرأته بمهر مثلها ، أو دونه صحّ فى قولهم جميعاً ، لا نعلم فيه مخالفاً إلا الشعبىّ . قال : لا يجوز إقراره لها ، لأنه إقرار لوارث .

ولنا : أنه إقرار بما تحقّق سببُه . وعُلِم وجوده . ولم تُعلم البراءة منه . فأشبه ما لو كان عليه

دين ببيّنة . فأقرّ بأنّه لم يُوفّه . وكذلك إن اشترى من وارثه شيئاً ، فأقرّ له بثمن مثله . لأنّ القول قولُ المُقَرّ له . فى أنّه لم يقبض ثمنه ، وإن أقرّ لامرأته بدين سوى الصداق لم يُقبل . وإن أقرّ لها ثمّ أبانها ، ثم رجع تزوّجها . ومات فى مرضه لم يُقبل إقراره لها . وقال محمد بن الحسن : يُقبل ، لأنها صارت إلى حالٍ لا يتّهم فيها ، فأشبه ما لو أقرّ المريض . ثم برأ.

ولنا : أنه إقرار لوارث . فى مرض الموت ، أشبه ما لو لم يُبِنْها . وفارق ما إذا صحّ من مرضه ، لأنه لا يكون مرض الموت .

٣٨٤٨ (فصل)

وإن أقرّ لوارث ، فصار غيرَ وارث . كرجل أقرّ لأخيه .ولا ولد له . ثم وُلد له ابن لم يصحّ إقراره له . وإن أقرّ لغير وارث . ثم صار وارثاً صحّ إقراره له . نصّ عليه أحمد فى رواية ابن منصور، إذا أقرّ لامرأة بدين فى المرض ، ثم تزوّجها جاز إقراره . لأنّه غيرُ متّهم . وحُكى له قولُ سفيان فى رجل له ابنان . فأقرّ لأحدهما بدين فى مرضه . ثم مات الابن . وترك ابناً ، والأبُ حيٌّ ، ثم مات بعد ذلك ، جاز إقراره . فقال أحمد : لايجوز . وبهذا قال عثمان البَتّيُّ . وذكر أبو الخطاب روايةً أخرى فى الصورتين ، مخالفةً لما قلنا . وهو قول سفيان الثوريّ . والشافعيّ ، لأنّه معنًى يُعتبر فيه عدم الميراث . فكان الاعتبار فيه بحالة الموت . كالوصيّة .

ولنا . أنه قول تُعتبر فيه التهمة . فاعتبرت حالُ وجوده دون غيره ، كالشهادة ، ولأنّه إذا أقرّ لغير وارث ثبت الإقرار ، وصحّ لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبُت الحقّ به ، ولم يوجد مُسقطٌ له . فلا يسقُط ، وإذا أقرّ لوارثٍ وقع باطلاً ، لاقتران التهمة به . فلا يصحّ بعد ذلك . ولأنه إقرار لوارث. فلم يصحّ . كما لو يستمر الميراث . وإن أقرّ لغير وارث صحّ ، واستمرّ كما لو استمرّ عدم الإرث . أمّا الوصيّة فإنّها عطيّة بعد الموت . فاعتُبرت فيها حالة الموت . بخلاف مسألتنا.

٣٨٤٩ (فصل)

وإن أقرّ لوارث، وأجنبيّ بطل فى حقّ الوارث، وصحّ فى حقّ الأجنبيّ ، ويحتمل أن لا يصحّ فى حقّ الأجنبيّ ، كما لو شهد بشهادة يجرّ إلى نفسه بعضها بطلت شهادته فى الكلّ ، وكما لو شهد لابنه ، وأجنبيّ . وقال أبو حنيفة : إن أقرّ لهما بدين من الشركة ، فاعترف الأجنبيّ بالشركة صحّ الإقرار لهما ، وإن جحدها صحّ له دون الوارث .

ولنا : أنه إقرار لوارث، وأجنبيّ فيصحّ للأجنبيّ دون الوارث ، كما لو أقرّ بلفظين ،أو كما لو جحد

الأجنبيّ الشركة ، ويُفارق الإقرار الشهادة ، لقوّة الإقرار ، ولذلك لا تُعتبر فيه العدالة ، ولو أقرّ بشيء له فيه نفع ، كالاقرار بنسب مُوسِرٍ قُبل ، ولو أقرّ بشيء يتضمّن دعوى على غيره قُبل فيما عليه ، دون ماله ، كما لو قال لامرأته : خالعْتُك على ألف ، بانت باقراره ، والقولُ قولُها في نفي العِوَض ، وإن قال لعبده : اشتريتَ نفسك مني بألف ، فكذلك .

٣٨٥٠ (فصـــل)

ويصحّ إقرار المريض بوارث ، في إحدى الروايتين . والأخرى لا يصحّ ، لأنّه إقرار لوارث ، فأشبه الإقرار له بمالٍ . والأول أصحّ . لأنه عند الإقرار غير وارث ، ويصحّ كما لو لم يصر وارثاً ، ويمكن بناء هذه المسألة على ما إذا أقرّ لغير وارث ، ثم صار وارثاً ، فمن صحّحَ الإقرار ثَمّ صحّحه ههنا ، ومن أبطله أبطله ، وإن ملك ابن عمّه ، فأقرّ في مرضه أنّه كان أعتقه في صحّته ، وهو أقرب عَصَبَتِهِ عَتَقَ ، ولم يرثْهُ لأنّ تَوْرِيثَهُ يوجب إبطال الإقرار بحرّيته ، وإذا بطلت الحرّية سقط الإرث ، فصار توريثه سبباً إلى إسقاط توريثه ، فأسقطنا التوريث ، وحده ، ويحتمل أن يرث . لأنه حين الإقرار غيرُ وارث ، فصحّ إقراره له ، كالمسألة قبلها .

٣٨٥١ (فصـــل)

ويصحّ الإقرار من المريض بإحبال الأمة ، لأنه يملك ذلك ، فملك الإقرار به ، وكذلك كلّ ماملكه ملك الإقرار به ، فإذا أقرّ بذلك ثمّ مات . فإن بيّن أنه استولدها في ملكه ، فولده حرّ الأصل ، وأمّه أمّ ولد ، تعتق من رأس المال . وإن قال : مِنْ نكاحه ، أو وطء شُبهة لم تصر الأمةُ أمّ ولد ، وعتق الولد ، فإن كان مِنْ نكاح فعليه الولاء ، لأنه مسّه رقّ . وإن قال . من وطء شُبهة لم تصر الأمةُ أمّ ولد ، وإن لم يتبيّن السبب ، فالأمة مملوكة ، لأنّ الأصل الرقّ ، ولم يثبت سبب الحرّية ، ويحتمل أن تصير أمّ ولد . لأن الظاهر استيلادها في ملكه من قِبلَ أنّها مملوكته ، والولادة موجودة ، ولا ولاء على الولد ، لأنّ الأصل عدمه ، فلا يثبُت إلا بدليل

٣٨٥٢ (فصـــل)

في الألفاظ التي يثبت بها الإقرار

إذا قال : له عليّ ألف ، أو قال له : لي عليك ألف ، فقال : نعم ، أو أجلّ أو صدقت ، أو لعمري ، أو أنا مُقرّ به ، أو بما ادّعيت ، أو بدعوك ، كان مقراً في جميع ذلك ، لأنّ هذه الألفاظ وُضعت للتصديق ، قال الله تعالى (هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا ؟ قَالُوا نَعَمْ) وإن قال : أليس لي عندك ألف ؟ قال : بلى ، كان إقراراً صحيحاً ، لأنّ بلى جوابٌ للسؤال بحرف النفي ،

قال الله تعالى (أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ؟ قَالُوا بَلَى) وإن قال : لك علىّ ألف فى علمى ، أو فيما أعلم ، كان مُقرّا به ، لأن مافى علمه لا يحتمل إلا الوجوب.

وإن قال : اقضنى الألف الذى لى عليك ، قال : نعم ، كان مُقرًّا به ، لأنَّه تصديق لما ادّعاه .

وإن قال : اشتر عبدى هذا ، أو أعطنى عبدى هذا . فقال : نعم : كان إقراراً لما ذكرنا . وإن قال : لك علىّ ألف إن شاء الله تعالى ، كان مُقرًّا به نصّ عليه أحمد . وقال أصحاب الشافعىّ : ليس بإقرار . لأنه علّق إقراره على شرط ، فلم يصحّ . كما لو علّقه على مشيئة زيد ، ولأنّ ما عُلِّق على مشيئة الله تعالى ، لا سبيل إلى معرفته .

ولنا أنه وصل إقراره بما يرفعه كلّه ، ولا يصرفه إلى غير الإقرار ، فلزمه ، ما أقرّ به ، وبطل ما وصله به ، كما لو قال: له علىّ ألف إلاّ ألفاً ، ولأنّه عقّب الإقرار بما لا يفيد حكماً آخر ، ولا يقتضى رفع الحكم أشبه مالو قال: له علىّ ألف فى مشيئة الله تعالى ، وإن قال: له علىّ ألف إلا أنْ يشاء الله صحّ الإقرار ، لأنّه أقرّ ، ثمّ علّق رفع الإقرار على أمر لا يُعلم ، فلم يرتفع ، وإن قال : لك علىّ ألف إن شئت ، أو إن شاء زيد لم يصحّ الإقرار ، وقال القاضى: يصحّ . لأنه عقّبه بما يرفعه ، فصحّ الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكلّ ، وكما لو قال : إن شاء الله .

ولنا أنه علّقه على شرط يمكن علمه ، فلم يصحّ كما لوقال : له علىّ ألف ، إن شهد بها فلان ، وذلك لأنّ الإقرار إخبار بحقّ سابق ، فلا يتعلّق على شرط مُستقبل .

ويُفارق التعليق على مشيئة الله تعالى ، فإنّ مشيئة الله تعالى تُذكر فى الكلام تبرّكاً ، وصلةً ، وتفويضاً إلى الله تعالى ،لا للاشتراط ، كقول الله تعالى (لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرامَ إِنْ شَاءَ اللهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءوسَكُمْ) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شكّ ، ويقول الناسُ : صلّينا إن شاء الله تعالى ،مع تيقّنهم صلاتهم ، بخلاف مشيئة الآدمىّ .

(الثانى[1]) أن مشيئة الله تعالى لا تُعلم إلا بوقوع الأمر ، فلا يمكن وقفُ الأمر على وجودها ، ومشيئة الآدمىّ يمكن العلم بها ، فيمكن جعلها شرطاً بتوقّف الأمر على وجودها ، والماضى لا يمكن وقفه ، فيتعيّن حمل الأمر ههنا على المستقبل ، فيكون وعداً لا إقراراً .

وإن قال : بعتُك إن شاء الله تعالى ، أو زوّجتك إن شاء الله تعالى ، فقال أبو إسحاق بن شاقلا : لا أعلم خلافاً عنه فى أنّه إذا قيل له : قبلتَ هذا النكاح ؟ فقال : نعم ،إن شاء الله تعالى ، أنّ النكاح وقع به ، قال أبو حنيفة : ولو قال : بعتُك بألف إن شئتَ ، فقال : قد شئتُ ، وقبلتُ صحّ ، لأن

(١) الأول هو ما ذكره الشارح بقوله « فان مشيئة الله تعالى تذكر فى الكلام تبركا » الخ .

قال الله تعالى (أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ؟ قَالُوا بَلَى) وإن قال : لك علىّ ألف فى علمى ، أو فيما أعلم ، كان مُقرّا به ، لأن مافى علمه لا يحتمل إلا الوجوب .

وإن قال : اقضنى الألف الذى لى عليك ، قال : نعم ، كان مُقرًّا به ، لأنه تصديق لما ادّعاه .

وإن قال : اشتر عبدى هذا ، أو أعطنى عبدى هذا . فقال : نعم : كان إقراراً لما ذكرنا . وإن قال : لك علىّ ألف إن شاء الله تعالى ، كان مُقرًّا به نصّ عليه أحمد . وقال أصحاب الشافعىّ : ليس بإقرار . لأنه علّق إقراره على شرط ، فلم يصحّ . كما لو علّقه على مشيئة زيد ، ولأنّ ما عُلّق على مشيئة الله تعالى ، لا سبيل إلى معرفته .

ولنا أنه وصل إقراره بما يرفعه كلّه ، ولا يصرفه إلى غير الإقرار ، فلزمه ، ما أقرّ به ، وبطل ما وصله به ، كما لو قال: له علىّ ألف إلاّ ألفاً ، ولأنّه عقّب الإقرار بما لا يفيد حكماً آخر ، ولا يقتضى رفع الحكم أشبه مالو قال: له علىّ ألف فى مشيئة الله تعالى ، وإن قال: له علىّ ألف إلا أنْ يشاء الله صحّ الإقرار ، لأنه أقرّ ، ثمّ علّق رفع الإقرار على أمر لا يُعلم ، فلم يرتفع ، وإن قال : لك علىّ ألف إن شئت ، أو إن شاء زيد لم يصحّ الإقرار ، وقال القاضى: يصحّ . لأنه عقّبه بما يرفعه ، فصحّ الإقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكلّ ، وكما لو قال : إن شاء الله .

ولنا أنه علّقه على شرط يمكن علمه ، فلم يصحّ كما لو قال : له علىّ ألف ، إن شهد بها فلان ، وذلك لأنّ الإقرار إخبار بحقٍ سابق ، فلا يتعلّق على شرطٍ مُستقبل .

ويُفارق التعليق على مشيئة الله تعالى ، فإنّ مشيئة الله تعالى تُذكر فى الكلام تبرّكاً ، وصلةً ، وتفويضاً إلى الله تعالى ،لا للاشتراط ، كقول الله تعالى (لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شكّ ، ويقول الناسُ : صلّينا إن شاء الله تعالى ،مع تيقّنهم صلاتهم ، بخلاف مشيئة الآدمىّ .

(الثانى[1]) أن مشيئة الله تعالى لا تُعلم إلا بوقوع الأمر ، فلا يمكن وقفُ الأمر على وجودها ، ومشيئة الآدمىّ يمكن العلم بها ، فيمكن جعلها شرطاً يتوقّف الأمر على وجودها ، والماضى لا يمكن وقفه ، فيتعيّن حمل الأمر ههنا على المستقبل ، فيكون وعداً لا إقراراً .

وإن قال : بعتُك إن شاء الله تعالى ، أو زوّجتك إن شاء الله تعالى ، فقال أبو إسحاق بن شاقلا : لا أعلم خلافاً عنه فى أنّه إذا قيل له : قبلتَ هذا النكاح ؟ فقال : نعم ،إن شاء الله تعالى ، أنّ النكاح وقع به ، قال أبو حنيفة : ولو قال : بعتُك بألف إن شئتَ ، فقال : قد شئتُ ، وقبلتُ صحّ ، لأن

(١) الأول هو ما ذكره الشارح بقوله « فان مشيئة الله تعالى تذكر فى الكلام تبركا » الخ .

كتاب العارية

٣٨٥٤ ﴿مسـألة﴾

قال ﴿ والعارية مضمونة ، وإن لم يتعدّ فيها المستعير ﴾

العارية إباحةُ الانتفاع بعين من أعيان المـال ، مشتقةٌ من عار الشيء إذا ذهبَ ، وجاء ، ومنه قيل للبطّال عيار ، لتردده فى بطالته ، والعربُ تقول : أعاره ، وعاره ، مثل أطاعه ، وطاعه ، والأصل فيها الـكتابُ ، والسنّة ، والإجماع .

أما الـكتاب : فقول الله تعالى « ١٠٧ : ٧ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ » رُوى عن ابن عباس ، وابن مسعود : أنّهما قالا : العَوارِى[1] وفسّرها ابن مسعود ، فقال : القِدْر ، والميزان ، والدلو .

وأما السنّة ، فما رُوِى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال فى خطبة عام حَجة الوداع « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِىٌّ ، والمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، والزَّعِيمُ[2] غَارِمٌ » أخرجه الترمذىّ . وقال : حديث حسن ، غريب ، ورَوى صفوان بن أميّة : أن النبىّ صلى الله عليه وسلّم استعار منه أدراعاً يوم حُنين ، فقال : أغَصْبًا يا محمد ؟ قال : « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » رواه أبو داود .

وأجمع المسلمون على جواز العارية ، واستحبابها ، لأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبـة المنافع ، ولذلك صحّت الوصيّة بالأعيان ، والمنافع جميعاً . إذا ثبت هذا : فإن العارية مندوب إليها ، وليست واجبةً فى قول أكثر أهل العلم ، وقيل : هى واجبة ، للآية ، ولما رَوى أبو هريرة ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم ، قال « مَا مِنْ صَاحب إبِلٍ لَا يُؤَدِّى حَقَّهَا » الحديث ، قيل : يا رسول الله . وما حقّهـا ؟ قال « إعَارَةُ دَلْوِهَا ، وَإطْرَاقُ فَحْلِهَا ، وَمِنْحَةُ لَبَنِهَا يَوْمَ وِرْدِهَا » فذمّ اللهُ تعـالى مانعَ العَارِيةِ[3] ، وتوعّده[4] ، رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم بما ذُكر فى خبره .

---

(١) أى قالا فى تفسير منع الماعون أنه منع العوارى أى ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض .

(٢) الزعيم : الـكفيل والضامن .

(٣) ذم الله تعالى مانع العارية وتوعده أيضاً بالويل بقوله تعالى : « فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون الذين هم يراءون ويمنعون المـاعون » وإذا توعد الله على منعها ، كان إعطاؤها مندوبا إليه .

(٤) وكذلك توعد الرسول صلى الله عليه وسلم مانع العارية فى الحديث لأن بقيته « إلا جاءت يوم القيامة كأغذ ما كانت وأنشره تنطحه بقرونها وتطؤها بأخفافها » الحديث .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « إِذَا أَدَّيْتَ زَكَاةَ مَالِكَ فَقَدْ قَضَيْتَ مَا عَلَيْكَ » رواه ابن المنذر . ورُوِى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ » وفى حديث الأعرابىّ الذى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ماذا فرض الله علىّ من الصدقة ؟ قال « الزَّكَاةَ » فقال : هل علىّ غيرها ؟ قال « لاَ إِلاَّ أَنْ تَطَوَّعَ شَيْئًا » أو كما قال ، والآيةُ فسّرها ابنُ عمر ، والحسن البصرىّ بالزكاة ، وكذلك زيدُ ابن أسلم . وقال عكرمة . إذا جمع ثلاثتها فله الويل ، إذا سها عن الصلاة ، وراءى ، ومنع الماعون ، ويجبُ ردّ العارية ، إن كانت باقيةً بغير خلاف ، ويجب ضمانها إذا كانت تالفةً ، تعدّى فيها المستعير ، أو لم يتعدّ . رُوى ذلك عن ابن عباس ، وأبى هريرة . وإليه ذهب عطاء ، والشافعىّ ، وإسحق ، وقال الحسن : والنخعىّ ، والشعبىّ ، وعمر بن عبد العزيز ، والثورىّ ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعىُّ ، وابن شُبْرُمَةَ : هى أمانة ، لا يجبُ ضمانها إلا بالتعدّى ، لما روى عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه : أنَّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ [1] ضَمَانٌ » ولأنه قبضها بإذن مالكها ، فكانت أمانةً ، كالوديعة ، قالوا : وقولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » يدلّ على أنَّها أمانة ، لقول الله تعالى (٤ : ٥٨ إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا) .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حديث صفوان « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » وروى الحسن ، عن سَمُرةَ ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » رواه أبو داود ، والترمذىّ . وقال : حديث حسن ، غريب ، ولأنه أخذ ملك غيره ، لنفع نفسه ، منفرداً بنفعه ، من غير استحقاق ، ولا إذنٍ فى الإتلاف ، فكان مضموناً ، كالغاصب ، والمأخوذِ على وجه السَّوْمِ ، وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبّار ، عن عُبَيْد بن حَسَّان ، عن عمرو بن شُعَيب ، وعمر ، وعُبَيْدٌ ضعيفان . قاله الدارقطنىّ . ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع ، والأجزاء ، وقياسُهم منقوض بالمقبوض على وجه السَّوْمِ .

٣٨٥٥ (فصـــل)

وإن شرط نفى الضمان لم يسقُط . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حفص العُكْبَرِىُّ : يسقُط ، قال أبو الخطاب : أومأ إليه أحمد ، وهو قول قتادة ، والعنبرىّ لأنه لو أذن فى إتلافها لم يجب ضمانها ، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها . وقيل: بل مذهب قتادة ، والعنبرىّ ، أنها لا تُضمن، إلا أن يُشترط ضمانُها. فيجب ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم لصفوان « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » .

---

(١) المغل : الخائن

ولنـا : أن كلّ عقد اقتضى الضمان لم يغيّره الشرط ، كالمقبوض ببيع صحيح ، أو فاسد ، وما اقتضى الأمانة فـكذلك ، كالوديعة ، والشركة ، والمضاربة ، والذى كان من النبىّ صلى الله عليه وسلم إخبارٌ بصفة العارية ، وحكمها ، وفارق ما إذا أذن فى الإتلاف ، فإن الإتلاف فعل يصحّ الإذن فيه ، ويسقُط حكمه ، إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الإذن فيه ، وإسقاط الضمان ههنا نفىٌ للحكم مع وجود سببه ، وليس ذلك للمالك، ولا يملك الإذن فيه .

٣٨٥٦ (فصــــل)

وإذا انتفع بها ، وردّها على صفتها ، فلا شىء عليه ، لأن المنافع مأذون فى إتلافها ، فلا يجب عوَضها ، وإن تلف شىء من أجزائها التى لا تذهبُ بالاستعمال ، فعليه ضمانُها ، لأن ما ضُمِن جملتهُ ضُمِنَتْ أجزاؤه ، كالمغصوبِ ، وأما أجزاؤها التى تذهبُ بالاستعمال ، كَخَمَلِ[1] المِنْشَفَةِ ، والقَطيفةِ وخفّ الثوب بلبسه ، ففيه وجهـان :

أحدهما : يجب ضمانه . لأنها أجزاء عين مضمونة ، فـكانت مضمونة . كما لو كانت مغصـوبة . ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين . قبل استعمالها . فتُضمن اذا تلفت وحدها . كسائر الأجزاء .

والثانى : لا يضمنها ، وهو قول الشافعىّ . لأنّ الإذن فى الاستعمال تضمّنه . فلا يجب ضمانه . كالمنافع ، وكما لو أذن فى إتلافها صريحاً ، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها ، لأنّه لا يمكن تمييزها من العين ، ولأنه إنّما أذن فى إتلافها على وجه الانتفاع ، فإذا تلفت العين قبل ذلك ، فقـد فاتت على غير الوجه الذى أذن فيه ، فضمنها ، كما لو أجر العين المستعارة ، فإنه يضمن منافعها ، فإذا قلنا : لا يضمن الأجزاء ، فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال . فإنّها تقـوّم حال التلف ، لأن الأجزاء التالفة تلفت غيرَ مضـمونةٍ لـكونها مأذوناً فى إتلافها ، فلا يجوز تقويمها عليه ، وإن قلنا : يجب ضمان الأجزاء قُوِّمت العين قبل تلف أجزائها ، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلَّها بأجزائها ، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمالٍ غير مأذون فيه ، مثل أن يُعيره ثوباً ليلبسه ، فحمل فيه تراباً ، فإنه يضمنُ نقصه ، ومنافعه ، لأنه تلف بتعـدّيه ، وإن تلف بغير تعدٍّ منه . ولا استعمال . كتلفها لطول الزمان عليها . ووقوع نارٍ عليها . فينبغى أن يضمن ما تلف منها بالنار ، ونحوها ، لأنه تَلَفٌ لم يتضمّنه الاستعمال المأذون فيه . فأشبه تلفها بفعلٍ غير مأذون فيه . وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال ، لأنه تلفَ بالإمساك المأذون فيه . فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه .

---

(١) الخمل : بفتح الخاء والميم الوبرة التى تكون للمنشفة « الفوطة » وللقطيفة .

٣٨٣٧ (فصــــل)

فأما ولد العارية فلا يجب ضمانه فى أحد الوجهين ، لأنه لم يدخل فى الإعارة ، فلم يدخل فى الضمان ، ولا فائدة للمستعير فيــه ، فأشبه الوديعةَ ، ويضمَنُه فى الآخر ، لأنه ولد عين مضـــمونة ، فيُضمن ، كولد المغصوبة ، والأول أصحّ ، فإنّ ولد المغصوبة لا يُضمن إذا لم يكن مغصوباً ، وكذلك ولد العارية ، إذا لم يوجد مع أمّه ، وإنما يُضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوباً . فلا أثر لكونه ولداً لها .

٣٨٥٨ (فصــل)

ويجب ضمان العين بمثلها . ان كانت من ذوات الأمثال ، فإن لم تكن مثليَّةً ضمنها بقيمتها يوم تلفها . إلا على الوجه الذى يجب فيـه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه ، فإنه يضمنُها بقيمتها قبـل تلف أجزائها ، إن كانت قيمتها حينئذٍ أكثر ، وإن كانت أقلّ ضمنها بقيمتها يوم تلفها ، على الوجهين جميعاً .

٣٨٥٩ (فصــــل)

وإن كانت العين باقيةً ، فعلى المستعير ردّها إلى المعير ، أو وكيله فى قبضها ، ويبرأ بذلك من ضمانها ، وإن ردّها إلى المكان الذى أخذها منه ، أو إلى مِلك صاحبها ، لم يبرأ من ضمانها ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يبرأ ، لأنّها صارت كالمقبوضة ، فإنّ رَدَّ العوارِى فى العادة يكون إلى أملاكِ أربابها ، فيكون مأذوناً فيه من طريق العادة .

ولنا : أنه لم يردّها إلى مالكها ، ولا نائبه فيها ، فلم يبرأ منها ، كما لو دفعها إلى أجنبىّ ، وما ذكره يبطُل بالسارق إذا ردّ المسروق إلى الحِرْزِ ، ولاتُعرف العادةُ التى ذكرها ، وإن ردّها إلى من جرت عادته بجَرَيان ذلك على يديه ، كزوجته المتصرّفة فى ماله ، وردّ الدابة إلى سائسها ، فقياسُ المذهب . أنَّه يبرأ ، قاله القاضى . لأنّ أحمد قال فى الوديعـة : إذا سلَّمها المودع الى امرأته ، لم يضمنها ، ولأنّه مأذون فى ذلك عُرفا ، أشبه مالو أذن فيه نطقاً . ومؤنة الردّ على المستعير ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ » وقوله « عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » وعليه ردُّها الى الموضع الذى أخذها منه ، إلاّ أن يتَّفقا على ردِّها إلى غيره ، لأنّ ما وجب ردُّه لزم ردُّه إلى موضعه ، كالمغصوب .

٣٨٦٠ (فصــل)

ولا تصح العارية إلا من جائز التصرّف ، لأنه تصرّف فى المال ، فأشبه التصرّف بالبيع .

وتُنْعَقَدُ بكلّ فعل ، أو لفظ يدلّ عليها ، مثل قوله : أعرتُك هذا ، أو يدفع إليه شيئاً ، ويقول : بحتُك الانتفاع به ، أو خذ هذا ، فانتفع به ، أو يقول . أعِرْنِى هذا : أو أعطنيه أركبُه ، أو أحملُ عليه ،

ويسلّمه إليه ، وأشباه هذا ، لأنه إباحة للتصرّف؛ فصحّ بالقول ، والفعل الدالّ عليه، كإباحة الطعام بقوله، وتقديمه إلى الضيف .

٣٨٦١ (فصـــل)

وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعةً مباحةً مع بقائهـا على الدوام ، كالدور ، والعقار ، والعبيد ، والجوارى ، والدوابّ ، والثياب ، والحُلِىُّ للُبس ، والفَحْل للضّراب ، والـكلب للصيد ، وغير ذلك ، لأنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم استعار أَدْرعاً[1] ، وذكر إعارة دلوها ، وفحلها ، وذكر ابن مسعود عاريةَ القدر ، والميزان ، فيثبتُ الحـكم فى هذه الأشياء ، وما عداها مقيسٌ عليها ، إذا كان فى معناها ، ولأنّ ماجاز للمالك استيفاؤه من المنافع مَلَكَ إباحته ، إذا لم يمنع منه مانع ،كالثياب ، ولأنّها أعيانٌ تجوز إجارتها فجازت إعارتها ،كالثياب ، ويجوز استعارة الدراهم ، والدنانير ، ليزن بهـا ، فإن استعارها، ليُنفقها ، فهذا قَرْضٌ ، وهذا قول أصحاب الرأى ، وقيل . ليس هذا جائزاً ، ولا تـكون العارية فى الدنانير ، وليس له أن يشترى بها شيئاً .

ولنا : أن هـذا معنى القرض ، فانعقد القرض به ، كما لو صرّح به :

٣٨٦٢ (فصـــل)

ولا تجوز إعارة العبد المسلم لـكافر ، لأنّه لا يجوز تمـكينه من استخدامه . فلم تجز إعارته لذلك ، ولا إعارة الصيد لُمحْرِم ، لأنّه لا يجوز له إمساكه ، ولا إعارة المرأة الجميـلة لرجل غير محْرَمها . إن كان يخلو بها ، أو ينظر إليها ، لأنّه لا يُؤمنُ عليها، وتجوز إعارتها لامرأةٍ ،ولذى محْرَمها، ولا تجوز إعارة العين لنفع مُحرَّم ، كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر ، أو يبيعه فيها ، أو يعصى الله تعالى فيهـا ، ولا إعارة عبده للزمْر ، أو ليسقيه الخمر ، أو يحملها له ، أو يعصرها . أو نحو ذلك ، ويُكره أن يستعير والديه لخدْمته ، لأنه يُكره له استخدامهما ، فـكره استعارتهما ، لذلك .

٣٨٦٣ (فصـــل)

وتجوز الإعارة مطلقاً ، ومقيداً ، لأنها إباحة ، فجاز فيها ذلك ، كإباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنّما تؤثّر فى العقود اللازمة ، فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أُبيح له الانتفاع به فى كلّ ماهو مستعدّ له من الانتفاع به ، فإذا أعاره أرضاً مُطلقاً ، فله أن يزرع فيها ، ويغرس ، ويبنى ، ويفعل فيها كلّ ماهى معدّة له من الانتفاع، لأن الإذن مُطلق ، وإن أعاره للغراس ، أو للبناء ، فـله أن يزرع فيها ماشاء ، لأن ضرره دون ضررهما، فـكأنّه استوفى بعض ما أذن له فيه . وان استعارها للزرع لم يغرس ، ولم يبن ، لأن ضررهما أكثر ،فلم يكن

---

(١) أدراعا : جمع درع ، وهو قميص من حلق الحديد يلبسه المحارب ليتقى به ضربات السيوف ونحوها .

الإذن فى القليل إذناً فى الكثير ، وإن استعارها للغراس ، أو للبناء ، ملك المأذون فيه منهما ، دون الآخر، لأنّ ضررهما مختلف ، فإن ضرر الغراس فى باطن الأرض ، لانتشار العروق فيها ، وضرر البناء فى ظاهرها ، فلم يكن الإذن فى أحدهما إذناً فى الآخر ، وإن استعارها لزرع الحنطة ، فله زرعها ، وزرع ماهو أقلّ ضرراً منها ، كالشعير ، والباقلىّ ، والعدَس ، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة ، لأن الرضى بزراعة شىء رضًى بضرره ، وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضرراً منه ، كالذّرة ، والدُّخْن ، والقُطن ، لأن ضرره أكثرُ ، وحكم إباحة الانتفاع فى العارية كحكم الانتفاع فى الإجارة ، فيما له أن يستوفيه ، وما يمنع منه ، وسنذكر فى الإجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى . وإن أذن له فى زرع مرّةً لم يكن له أن يزرع أكثرَ منها . وإن أذن له فى غَرْس شجرة ، فانقلعت لم يكن له غرسُ أخرى ، وكذلك إن أذن له فى وضع خشَبةٍ على حائط ، فانكسرت ، لم يملك وضع أخرى ، لأن الإذن إذا اختصّ بشىء لم يتجاوزه .

٣٨٦٤ (فصـــــل)

وإن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه ، وبوكيله . لأنّ وكيله نائب عنه ، ويده كيده ، وليس له أن يؤجّره . لأنه لم يملك المنافع ، فلا يصحّ أن يملّكها . ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين ، وأجمعوا على أن للمستعير استعمالَ المعار فيما أُذِن له فيه . وليس له أن يُعيره غيرَه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ . وقالوا فى الآخر : له ذلك . وهو قول أبى حنيفة.لأنه يملكه على حسب ما ملكه ، فجاز ، كما للمستأجر أن يؤجّر ، قال أصحاب الرأى : إذا استعار ثوباً ليلبسه هو ، فأعطاه غيره ، فلبسه ، فهو ضامن ، وإن لم يُسَمِّ من يلبسه ، فلا ضمان عليه ، وقال مالك : إذا لم يعمل بها إلا الذى كان يعمل بها الذى أُعيرَها ، فلا ضمان عليه .

ولنا : أن العارية إباحةُ المنفعة ، فلم يجز أن يُبيحها غيره ، كإباحة الطعام ، وفارق الإجارة . لأنه ملك الانتفاع على كلّ وجهٍ ، فملك أن يُملّكها ، وفى العارية لم يملكها إنّما ملك استيفاءها على وجهٍ ما أُذِنَ له ، فأشبه من أُبيح له أكلُ الطعام ، فعلى هذا : إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يُطالب من شاء منهما ، لأن الأول سلّطه غيرَه على أخذ مال غيره ، بغير إذنه ، والثانى استوفاه بغير إذنه ، فإن ضمن الأول رجع على الثانى.لأن الاستيفاء حصل منه ، فاستقرّ الضمان عليه ، وإن ضمن الثانى لم يرجع على الأول ، إلا أن يكون الثانى لم يَعلم بحقيقة الحال ، فيحتمل أن يَستقرّ الضمان على الأول ، لأنه غرّ الثانىَ ، ودفع إليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عِوَض . وإن تلفت العين فى يد الثانى استقرّ الضمان عليه بكلّ حال . لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فإن رجع على الأول رجع الأول على الثانى ، وإن رجع على الثانى لم يرجع على أحد .

٣٨٦٥ (فصـــــل)

وإن أعاره شيئاً ، وأذن له فى إجارته مُدَّةً معلومةً ، أو فى إعارته مُطلقاً ، أو مدّةً جاز . لأن الحق لمالكه ، فجاز ما أذِن فيه . وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضى ، لأن عقد الإجارة لازم ، وتكون العين مضمونةً على المستعير ، غيرَ مضمونة على المستأجر . لأن عقد الإجارة لا يوجِبُ ضماناً ، وإن أجرّه بغير إذن لم تصح الإجارةُ ، ويكون على المستأجر الضمان وللمالك تضمينُ من شاء منهما ، على ما ذكرناه فى العارية .

٣٨٦٦ (فصـــــل)

ويجوز أن يستعير عبداً يرهنُه ، قال ابن المنذر : أجمعوا على أنّ الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنُه عند رجلٍ على شيء معلوم إلى وقتٍ معلوم ، فرهن ذلك على ما أذِن له فيه أنّ ذلك جائز ، وذلك لأنّه استعاره ليقضى به حاجته ، فصحّ كسائر العوارى . ولا يُعتبر العـلم بقدر الدين ، وجنسه . لأن العارية لا يُعتبر فيها العلم . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحابُ الرأى ، وقال الشافعىّ : يُعتبر ذلك . لأن الضرر يختلف بذلك .

ولنـا : أنها عارية لجنس من النفع ، فلم تُعتبر معرفة قدره ، كعارية الأرض للزرع ، ولا يصير المعير ضامناً للدين ، وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : يصير ضامناً له فى رقبة عبده . لأنّ العارية ما يستحقّ به منفعة العين ، والمنفعة ههنا للمالك ، فدلّ على أنه ضمان .

ولنا : أنه أعاره ليقضى منه حاجته ، فلم يكن ضامناً ، كسائر العوارى . وإنما يستحقّ بالعارية النفع المأذون فيه . وما عداه من النفع فهو لمالك العين ، وإن عيّن المعيرُ قدرَ الدين الذى يرهنه به ، وجنسَه أو محلًّا تعيّنَ . لأن العارية تتعيّن بالتعيين ، فإن خالفه فى الجنس لم يصحّ . لأنه عقدٌ لم يأذن له فيه . أشبه ما لو لم يأذن فى رهنه ، وكذلك إذا أذن له فى محلّ فخالفه فيه . لأنه إذا أذن له فى رهنه بدين مُؤجّل فرهنه بحالّ فقد لا يجد ما يفُكّه به فى الحال ، وإن أذن فى رهنه بحالّ فرهنه بمؤجّل فلم يرضَ أن يحال بينه وبين عبده إلى أجلٍ لم يصح ، وإن رهنه بأكثر مما قدّره له لم يصحّ . لأنّ من رضى بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه : وإن رهنه بأنقص منه جاز . لأن من رضى بعشرة رضى بما دونها عُرفاً ، فأشبه من أمر بشراء شيء بثمن ، فاشتراه بدونه ، وللمعير مُطالبة الراهن بفَكاك الرهن فى الحال ، سواء كان بدينٍ حالّ ، أو مؤجّل . لأنه للمعير الرجوعَ فى العارية متى شاء .

وإن حلّ الدين ، فلم يفكّه الراهن جاز بيعُه فى الدين . لأن ذلك مقتضى الرهن . فإذا بيع فى الدين ، أو تلف رجع السيّد على الراهن بقيمته . لأن العارية تُضمن بقيمتها . وإن تلف بغير تفريط فلا شيء على

المرتهن . لأن الرهن لا يُضمن من غير تعدٍّ ، وإن استعارا عبداً من رجلين ، فرهنه بمائة ، ثمّ قضى خمسين على أن تخرُج حصّة أحدهما لم تخرُج . لأنه رهنه بجميع الدين فى صَفْقـةٍ ، فلا ينفكّ بعضه بقضاء بعض الدين ، كما لو كان العبد لواحد .

٣٨٦٧ (فصــــل)

وتجوز العارية مُطلقةً ، ومؤقّتةً ، لأنها إباحة ، فأشبهت إباحة الطعام وللمعير الرجوع فى العارية أىّ وقت شاء ، سواء كانت مُطلقةً ، أو مؤقّتةً ، ما لم يأذن فى شغله بشىء يتضرّر بالرجوع فيه . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وقال مالك : إن كانت مؤقّتة فليس له الرجوع قبل الوقت . وإن لم تؤقّت له مدة لزمه تركه مدّةً ينتفع بها فى مثلها . لأن المعير قد ملّكه المنفعة فى مدّةٍ ، وصارت العينُ فى يده بعقد مُباح . فلم يملك الرجوع فيها بغير اختيار المالك ، كالعبد الموصَى بخِدمته ، والمستأجَر .

ولنـا : أن المنافع المستقبلة لم تحصُل فى يده ، فلم يملكها بالاعارة ، كما لو لم تحصل العين فى يده ، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصِى الرجوعُ ، ولم يملك الورثة الرجوع .لأن التبرّع من غيرهم ، وأما المستأجَر فإنه مملوكٌ بعقد مُعاوضةٍ ، فيلزم ، بخلاف مسألتنا ، ويجوز للمستعير الردّ متى شاء ، بغير خلاف نعلمه . لأنه إباحة ، فكان لمن أبيح له تركه ، كإباحة الطعام .

٣٨٦٨ (فصــــل)

وإذا أطلق المدّة فى العارية فله أن ينتفع بها ، ما لم يرجع . وإن وقتها فله أن ينتفع ما لم يرجع ، أو ينقضى الوقتُ . لأنه استباح ذلك بالإذن ، ففيما عدا محلّ الاذن يبقى على أصل التحريم ، فإن كان المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ، ولا يبنى ، ولا يزرع بعد الوقت ، أو الرجوع . فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه ، وبنائه . وحكمه حكم الغاصب فى ذلك ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » وعليه أجر ما استوفاه من نفع الأرض ، على وجه العدوان . ويلزمه القلع وتسوية الحفر ، ونقص الأرض، وسائر أحكام الغصب ، لأنه عدوان .

٣٨٦٩ (فصــــل)

فإن أعاره شيئاً لينتفع به انتفاعاً يلزم من الرجوع فى العارية فى أثنائه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع . لأن الرجوع يضرّ بالمستعير ، فلم يجز له الإضرار به ، مثل أن يعيره لوحاً يَرْقَعُ به سفينته ، فرقعها به ، ولَجَّجَ بها[1] فى البحر لم يجُز الرجوع ، ما دامت فى البحر ، وله الرجوع قبل دخولها فى البحر ، وبعد الخروج منه ، لعدم الضرر فيه .

(١) لجج بها فى البحر : خاض بها لججه، واللجج بضم اللام جمع لجة وهى معظم الماء ، ويقال لجج تلجيجا إذا خاض اللجة .

وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ، ما لم يُدفن فيها ، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يَبْلَ الميّتُ ، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز ، كما تجوز إعارة الأرض للبناء ، والغراس . وله الرجوع ما لم يضعه ، وبعد وضعه ما لم يَبْنِ عليه . لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع ، لما فى ذلك من هدم البناء ، وإن قال : أنا أدفع إليك أرشَ ما نقصَ بالقلع لم يلزم المستعيرَ ذلك . لأنه إذا قلعه انقلع مافى ملك المستعير منه . ولا يجب على المستعير قلعُ شىء من مِلكه بضمان القيمة ، وإن انهدم الحائط ، وزال الخشبُ عنه ، أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته ، سواء بنى الحائط بآلته ، أو بغيرها . لأن العارية لا تلزم ، وإنّما امتنع الرجوع قبل انهدامه ، لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون فى وضعه ، وقد زال ذلك . وكذلك إذا سقط الخشبُ والحائط بحاله .

وإن أعاره أرضاً لزراعة شىء فله الرجوع ، ما لم يزرع ، فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها ، إلى أن ينتهى الزرع ، فإن بذل له قيمة الزرع ليملكه لم يكن له ذلك ، نصّ عليه أحمد . لأن له وقتاً ينتهى إليه . فإن كان مما يُحصَد قَصيلاً فله الرجوع فى وقت إمكان حصاده ، لعدم الضرر فيه . وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهى .

وإن أذن له فى البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه ، فإذا غرس ، وبنى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء ، لأنّه لم يتعلّق به مِلك المستعير ، ولا ضررَ عليه فى الرجوع منه ، فأشبه ما لو لم يبن فى الأرض شيئاً ، ولم يغرس فيها ، ثم إن اختار المستعيرأخذ بنائه ، وغِراسه فله ذلك . لأنه مِلْكه ، فملك نقله. ولا يلزمه تسويةُ الحفر ، ذكره القاضى . لأن المستعير رضى بذلك ، حيث أعاره مع علمه بأنّ له قلْع غرسه . ويحتمل أنّ عليه تسوية الحفر ، لأن القلع باختياره ، فإنّه لو امتنع منه لم يُجبر عليه ، فلزمه تسويةَ الحفر ، كما لو خرّب أرضَه التى لم يستعرها .

وإن أبى القلع ، فبذل له المعير ما ينقص بالقلع ، أو قيمة غراسه ، وبنائه قائماً ، ليأخذه المعير أُجْبِر المستعيرُ عليه . لأنه رجوع فى العارية من غير إضرار ، وإن قال المستعير : أنا أدفع قيمةَ الأرض لتصير لى لم يكن له ، لأن الغراس تابع ، والأرض أصل . ولذلك يتبعها الغراس ، والبناء فى البيع ، ولا تتبعهما ، وبهذا كلّه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُطالب المستعيرُ بالقلع من غير ضمان ، إلاّ أن يكون أعاره مدّةً معلومةً ، فرجع فيها قبل انقضائها . لأن المعير لم يغرّه ، فكان عليه القلع ، كما لو شرطه عليه .

ولنا أنه بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع ، فلم يلزمه القلع من غير ضمان ، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت ، وقولهم لم يغُره ممنوع ، فإنّ الغِراس ، والبناء ، يُراد للتبقية ، وتقدير المدّة ينصرف إلى

ابتدائه ، كأنه قال له : لا تغرس بعد هذه المدة . فإن امتنع المعير من دفع القيمة ، وأرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ، ودفع الأجرة لم يقلع . لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان ، والإذن فيما يبقى على الدوام ، وتضرّ إزالته رضاً بالإبقاء ، وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » يدلّ بمفهومه على أن العرق الذى ليس بظالم له حقّ . فعند ذلك إن اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها ، ودفع إلى كلّ واحد منهما قدر حقّه ، فيقال : كم قيمة الأرض غير مغروسة ولا مبنية ؟ فإذا قيل : عشرة . قلنا . وكم تُساوى مغروسةً ومبنيةً ؟ فإن قالوا : خمسة عشر . قلنا : فللمعير ثلثا الثمن ، وللمستعير ثلثه ، وإن امتنعا عن البيع بقيا على حالهما ، وللمعير دخول أرضه كيف شاء ، والانتفاع بها بما لا يضرّ الغراس والبناء ، ولا ينتفع بهما ، وليس لصاحب الغراس ، والبناء الدخول إلا لحاجةٍ ، مثل السقى ، وإصلاح الثمرة . لأن الإذن فى الغِراس إذن فيما يعود بصلاحه ، وأخذ ثماره ، وسقيه ، وليس له دخولها للتفرّج . لأنه قد رجع فى الاذن له ، ولكلٍّ واحد منهما بيع ما يختصّ به من الملك منفرداً ، فيكون للمشترى مثلُ ما كان لبائعه .

وقال بعض أصحاب الشافعىّ : ليس للمستعير بيع الشجر . لأن ملكه فيه غيرُ مستقرّ ، بدليل أن للمعير أخذه متى شاء بقيمته . قلنا : عدم استقراره لا يمنع بيعه ، بدليل الشِّقص المشفوع ، والصداق قبل الدخول ، وفى جميع هذه المسائل متى كان المعير شرط على المستعير القلع عند رجوعه ، وردّ العارية غير مشغولةٍ لزمه ذلك ، لأن المسلمين على شروطهم ، ولأن العارية مُقيّدة غيرُ مُطلقةٍ ، فلم تتناول ما عدا المقيّد . لأن المستعير دخل فى العارية راضياً بالتزام الضّرر الداخل عليه بالقلع . وليس على صاحب الأرض ضمان نقصه . ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وأما تسوية الحُفَر الحاصلة بالقلع : فإن كانت مشروطةً عليه لزمه، لما ذكرنا ، وإلا لم يلزم . لأنه رضى بضرر القلع من الحفر ، ونحوه ، حيثُ اشترط القلع . ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً فى شيء من هذه المسائل ، إلاّ فيما إذا استعار أرضاً للزرع ، فزرعها، ثم رجع المعيرُ فيها قبل كمال الزرع ، فإنّ عليه أجرَ مثله من حين رجع المعيرُ . لأن الأصل جواز الرجوع ، وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر ، ففى دفع الأجر جمعٌ بين الحقّين ، فيخرّج فى سائر المسائل مثل ، هذا لوجود هذا المعنى فيه ، ويحتمل أن لا يجب الأجر فى شيء من المواضع . لأن حكم العارية باقٍ فيه ، لكونها صارت لازمةً للضرر اللاحق بفسخها ، والإعارةُ تقتضى الانتفاع بغير عِوَض .

٣٨٧٠ (فصل)

وإذا استعار دابة ليركبها جاز . لأن إجارتها لذلك جائزة ، والاعارة أوسع ، لجوازها فيما لا تجوز إجارته ، مثل إعارة الكلب للصيد ، فإن استعارها إلى موضع ، فجاوزه ، فقد تعدّى ، وعليه الأجرة للزيادة

خاصّةً ، فإذا استعارها إلى طَبَرِيَّـةَ ، فتجاوز إلى القُدْس ، فعليه أجر ما بين طَبَرِيَّـةَ والقدس خاصّة ، وإن اختلفا : فقال المالك : أعرتُـكها إلى طَبَرِيَّـةَ ، وقال المستعير : أعرتَنيها إلى القُدس . فالقولُ قول المالك وبهـذا قال الشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك : إن كان يُشبه ما قال المستعير فالقولُ قوله ، وعليه الضمان .

ولنا : أن المالك مدّعى عليه ، فـكان القولُ قولَه ، لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « ٱلـكِنِ اليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » .

٣٨٧١ (فصـل)

ومن استعار شيئاً ، فانتفع به ، ثم ظهر مستَحَقّاً فلمالـكه أجرُ مثـله ، يطالب به من شاء منهما ، فإن ضمن المستعيرُ رجع على المعير بما غرم . لأنه غرّه بذلك ، وغرّمه . لأنه دخل على أن لا أجر له ، وإن رجع على المعير لم يرجع على أحد ، فإن الضمان استقرّ عليه ، قال أحمد فى قَصَّـار دفع ثوباً إلى غير صاحبه ، فلبسه ، فالضمان على القَصَّار دون اللابس . وإن تلف فالقيمة تستقرّ على المستعير ، لأنّه دخل على أن العين مضمونة عليه ، فإن ضمن المعير رجع على المستعير ، وإن ضمن المستعير لم يرجع على أحد . لأن الضمان استقرّ عليه ، وإن نقصت العين بالاستعمال انبنى على ضمان النقص ، فإن قلنا : هو على المستعير فحـكمه حكم القيمة ، وإن قلنا : هو على المعير فهو كالأجر على ما بيّناه .

٣٨٧٢ (فصـل)

وإذا حمل السيل بذر رجل من أرضه إلى أرضِ غيره ، فنبت فيها لم يُجبر على قلعه ، وقال أصحاب الشافعيّ فى أحد الوجهين : يُجبَرُ على ذلك ، إذا طالبه ربّ الأرض به . لأن ملـكه حصل فى ملك غيره بغير إذنه ، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرتِه فى هواء ملك جاره .

ولنا : أن قلعه إتلاف للمال على مالـكه ، ولم يوجد منه تفريط ، ولا يدوم ضرره ، فلا يُجبر على ذلك ، كما لو حصلت دابتّه فى دار غيره ، على وجهٍ لا يمـكن خروجها إلا بقلع الباب ، أو قتلها ، فإننا لا نَجْبِرهُ على قَتْلها ، ويُفارق أغصان الشجرة ، فإنّه يدوم ضرره ، ولا يُعرف قدر ما يشغل من الهواء ، فيؤدّى أجره .

إذا ثبت هذا : فإنهُ يقَرُّ فى الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله ، وقال القاضى : ليس عليه أجر . لأنه حصل فى أرض غيره ، بغير تفريطه ، فأشبه ما لو باتت دابـّته فى أرض إنسان بغير تفريطه ، وهذا بعيد . لأن إلزامه تبقيةَ زرعٍ ما أذِنَ فيه فى أرضه ، بغير أجر ، ولا انتفاع ، إضرار به ، وشَغْلٌ لملـكه بغير

اختياره ، من غير عِوَض ، فلم يجز ، كما لو أراد إبقاء بهيمته فى دار غيره عاماً ، ويُفارق مَبيتها . لأن ذلك لا يُجبر المالك عليه ، ولا يُمنع من إخراجها ، فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به ، بخلاف مسألتنا ، ويكون الزرع لمالك البذر . لأنه من عين ماله .

ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع الغاصب ، على ما سنذكره . لأنه حصل فى أرضه بغير إذنه ، فأشبه ما لو زرعه مالكه ، والأول أولى لأنّ هـذا بغير عدوان ، وقد أمكن جَبْرُ حقّ مالك الأرض بدفع الأجر إليه . وإن أحبّ مالكه قلعه ، فله ذلك ، وعليه تسوية الحُفَر ، وما نقصت الأرضُ . لأنه أدخل النقص على ملك غيره ، لاستصلاح ملكه ، فأشبه المستعير ، وأما إن كان السيلُ حمل نوًى فنبت شجراً فى أرض غيره ، كالزيتون والنخيل ، ونحوه ، فهو لمالك النوى . لأنه من نماء ملكه ، فهو كالزرع ، ويُجبر على قلعه ههنا ، لأن ضرره يدوم ، فأُجْبر على إزالته ، كأغصان الشجرة المنتشر فى هواء ملك غير مالكها .

وإن حمل السيل أرضاً بشجرها ، فنبت فى أرض آخر ، كما كانت ، فهى لمالكها ، يُجبر على إزالتها ، كما ذكرنا ، وفى كلّ ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزروع ذلك لصاحب الأرض التى انتقل إليها لم يلزمه نقله ، ولا أجر ولا غير ذلك . لأنه حصل بغير تفريطه ، ولا عُدوانه ، وكانت الخِيرة إلى صاحب الأرض المشغولة به ، إن شاء أخذه لنفسه ، وإن شاء قلعه .

٣٨٧٣ (فصـــل)

وإذا اختلف ربّ الدابّة ، وراكبها ، فقال الراكبُ : هى عارية ، وقال المالك : بل أكتريتُها ، فإن كانت الدابّة باقيةً : لم يخلُ من أن يكون الاختلاف عقيب العقد، أو بعد مُضىّ مدّة لمثلها أجر ، فإن كان عقيب العقد فالقولُ قولُ الراكب . لأن الأصل عدم عقد الاجارة ، وبراءة ذمّة الراكب منها ، فيحلف ، ويردّ الدابّة إلى مالكها ، لأنهّا عارية . وكذلك إن ادّعى المالك أنّها عارية ، وقال الراكب : بل أكتريتُها ، فالقول قولُ المالك مع يمينه ، لما ذكرنا ، وإن كان الاختلاف بعد مضى مدة لمثلها أجر ، فادّعى المالك الاجارة ، فالقولُ قولُه مع يمينه ، وحُكى ذلك عن مالك ، وقال أصحاب الرأى : القول قول الراكب ، وهو منصـــوص الشافعىّ ، لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب ، وادّعى المالك عِوَضاً لها ، والأصلُ عدمُ وجوبه ، وبراءة ذمة الراكب منه ، فكان القـولُ قولَه .

ولنا : أنهما اختلفا فى كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب ، فكان القول قول المالك ، كما لو اختلفا فى عينٍ ، فقال المالكِ : بعتُكها ، وقال الآخر : وَهَبْتَنِيها ، ولأن المنافع تجرى

مجرى الأعيان فى الملك ، والعقد عليها ، ولو اختلفا فى الأعيان كان القول قول المالك ، كذا ههنا . وما ذكروه يبطلُ بهذه المسألة ، ولأنهما اتفقا على أن المنافع لا تنتقل إلى الراكب إلا بنقل المالك لها ، فيكون القول قوله فى كيفية الانتقال ، كالأعيان ، فيحلف المالك ، ويستحقّ الأجر ، وفى قدره وجهان :

أحدهما : أجر المثل . لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا فى قدره وجب أجر المثل . فمع الاختلاف فى أصله أولى .

والثانى : المسمّى . لأنه وجب بقول المالك، ويمينه ، فوجب ما حَلَفَ عليه كالأصل وإن كان اختلافهما فى أثناء المدّة ، فالقول قول الراكب فيما مضى منها ، والقول قول المستعير فيما بقى ، لأن ما بقى بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد .

وإن ادّعى المالك فى هذه الصورة أنّها عارية ، وادّعى الراكب أنها بأجر ، فالراكب يدّعى استحقاق المنافع ، ويعترف بالأجر للمالك ، والمالكُ يُنكر ذلك كلّه . فالقولُ قوله مع يمينه ، فيحلفُ ، ويأخذ بهيمته .

وإن اختلفا فى ذلك بعد تلف البهيمة قَبْلَ مُضىّ مدّةٍ لمثلها أجرٌ فالقول قول المالك ، سواء ادّعى الإجارة ، أو الإعارة ، لأنه إن ادّعى الإجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمّته من ضمانها . فيقبل إقراره على نفسه .

وإن ادّعى الإعارة فهو يَدّعى قيمتها ، فالقول قوله . لأنهما اختلفا فى صفة القبض ، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّى تؤَدِّيَهُ » فإذا حلف المالك استحقّ القيمة ، والقول فى قدرها قول الراكب مع يمينه ، لأنه يُنكر الزيادة المختلَف فيها ، والأصل عدمُها ، وإن اختلفا فى ذلك بعد مضىّ مدّةٍ لمثلها أجر ، وتلف البهيمة ، وكان الأجر بقدر قيمتها ، أو كان ما يدّعيه المالك منهما أقلّ ممّا يعترف به الراكب ، فالقول قول المالك بغير يمين ، سواء ادّعى الإجارة ، أو الإعارة . إذ لا فائدة فى اليمين على شىء يعترف له به .

ويحتمل أن لا يأخذه إلا بيمين ، لأنه يدّعى شيئاً لا يُصدَّق فيه ، ويعترف له الراكب بما لا يدّعيه ، فيحلف على ما يدّعيه ، وإن كان ما يدّعيه المالك أكثر ، مثل إن كانت قيمة البهيمة أكثر من أجرها ، فادّعى المالك أنها عارية لتجبَ له القيمة ، وأنكر استحقاق الأجرة ، وادّعى الراكب أنها مُكتراةٌ ، أو كان الكِراء أكثر من قيمتها ، فادّعى المالك أنه أجّرها ليجبَ له الكِراء ، وادّعى الراكب أنها

عارية ، فالقولُ قول المالك . فى الصورتين ، لما قدّمنا ، فإذا حلف استحقّ ما حلف عليه ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا كلّه نحو ما ذكرنا .

٣٨٧٤ (فصــــل)

وإن قال المالك : غصبتها ، وقال الراكب : بل أعَرْتَنيها ، فإن كان الاختلاف عقيب العقد ، والدّابة قائمة لم يتلف منها شىء ، فلا معنى للاختلاف ، ويأخذ المالك بهيمتَه ، وكذلك إن كانت الدابّة تالفةً . لأن القيمة تجبُ على المستعير ، كوجوبها على الغاصب ، وإن كان الاختلاف بعد مُضىّ مدّة لمثلها أجر فالاختلاف فى وجوبه ، والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعىّ . ونقل المُزَنىّ عنه : أن القول قول الراكب ، لأن المالك يَدّعى عليه عِوَضاً الأصلُ براءةُ ذمّته منه ، ولأنّ الظاهر من اليد أنّها بحقّ ، فكان القول قولَ صاحبها .

ولنا : ما قدّمنا فى الفصل الذى قبل هذا ، بل هذا أولى . لأنهما ثَمّ اتفقا على أن المنافع ملك للراكب . وههنا لم يتفقا على ذلك ، فإنّ المالك يُنكر انتقال الملك فيها إلى الراكب ، والراكب يدّعيه . والقول قول المنكر . لأن الأصل عدمُ الانتقال ، فيحلف ، ويستحقّ الأجر ، وإن قال المالك : غصبتَنيها ، وقال الراكب : أجّرتَنيها فالاختلاف ههنا فى وجوب القيمة . لأن الأجر يجبُ فى الموضعين ، إلا أن يختلف المسمّى وأجرُ المثل ، والقول قول المالك مع يمينه . فإن كانت الدابّة تالفةً عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وإن كانت قد بقيت مدّةً لمثلها أجرٌ ، والمسمّى بقدر أجر المثل . أخذه المالك ، لاتفاقهما على استحقاقه ، وكذلك إن كان أجرُ المثل دون المسمّى ، وفى اليمين وجهان ، وإن كان زائداً على المسمّى لم يستحقّه إلا بيمين ، وجهاً واحداً .

كتاب الغصب

الغصب : هو الاستيلاء على مال غيره بغير حقّ ، وهو محرّم بالكتاب والسنّة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى : (٤ : ٢٩ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) وقوله تعالى (٢ : ١٨٨ وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلوا فَرِيقاً مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) وقوله تعالى : (٥ : ٣٨ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا) والسرقة نوع من الغَصْب .

وأما السّنة : فروى جابر : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى خُطبته يوم النحر « إنّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » رواه مسلم ، وغيره . وعن سعيد بن زيد قال : سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول « مَنْ أَخَذَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ ظُلماً طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » متفق عليه . وروى أبو حرة الرَّقَاشِىّ ، عن عمّه ، وعمرو بنُ يَثْرِبِىٍّ ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » رواه أبو إسحاق الجُوزَجَانِىّ ، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب فى الجملة ، وإنّما اختلفوا فى فروع منه .

إذا ثبت هذا فمن غصب شيئاً لزمه ردُّه ما كان باقياً ، بغير خلاف نعلمه : لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ولأن حقّ المغصوب منه مُعلّق بعين ماله، وماليتّه ، ولا يتحقّق ذلك إلا بردّه ، فإن تلف فى يده لزمه بدله ، لقول الله تعالى (٢ : ١٩٤ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) ولأنه لما تعذّر ردّ العين وجب ردّ مايقوم مقامها فى المالية، ثمّ ينظر : فإن كان ممّا تماثل أجزاؤه ، وتتفاوت صفاته ، كالحبوب ، والأدهان ، وجب مثلُه ، لأنّ المثل أقربُ إليه من القيمة ، وهو مماثل له من طريق الصورة، والمشاهدة ، والمعنى، والقيمة مماثلةٌ من طريق الظنّ ، والاجتهاد، فكان ما طريقه المشاهدة مُقدّماً كما يقدّم النصُّ على القياس ، لكون النصّ طريقةَ الإدراك بالسّماع ، والقياسُ طريقةُ الظنُّ ، والاجتهاد .

وإن كان غير متقارب الصفات ، وهو ما عدا المكيل ، والموزون ، وجبت قيمتُه فى قول الجماعة ، وحُكى عن العنبرىّ : يجب فى كلّ شىء مثله ، لما روت جَسْرَةُ بنتُ دَجَاجَةَ ، عن عائشة رضى الله عنها

أنها قالت « مَا رَأَيْتُ صَانِعاً مِثْلَ حَفْصَةَ ، صَنَعَتْ طَعَاماً ، فَبَعَثَتْ بِهِ إلى النبيِّ صلى اللهُ عليه وسلم ، فَأَخَذَنِى الأَفْكَلُ[١] فَكَسَرْتُ الإِنَاءَ ، فَقُلْتُ : يا رَسُولَ اللهِ ، ما كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ ؟ فقال : إِنَاءٌ مِثْلُ الإِنَاءِ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ ، رواه أبو داود ، وعن أنس « أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ النبيِّ صلّى الله عليه وسلّم كَسَرَتْ قَصْعَةُ الأُخْرَى ، فَدَفَعَ النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم قَصْعَةَ الكَاسِرَةِ إلى رَسُولِ صَاحِبَةِ المَكْسُورَةِ ، وحَبَس المَكْسُورَةَ فى بَيْتِهِ » رواه أبو داود مُطوّلاً ، ورواه الترمذىّ نحوه ، وقال : حديث حسن ، صحيح ، ولأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم استسلف بعيراً وردّ مثله[٢] .

ولنـا : ماروى عبد الله بن عمر : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فى عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قيمة العَدْلِ » متفق عليه . فأمر بالتقويم فى حصّة الشريك ، لأنها مُتلفة بالعتق،ولم يأمر بالمثل، ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها ، وتتباين صفاتها ، فالقيمة فيها أعدلُ ، وأقربُ إليها ، فكانت أولى ، وأما الخبر فمحمول على أنه جوّز ذلك بالتراضى ، وقد علم أنها ترضى بذلك .

٣٨٧٥ (فصــل)

وما تماثل أجزاؤه ، وتتقارب صفاته ، كالدراهم ، والدنانير ، والحبوب ، والأدهان ، ضُمن بمثله ، بغير خلاف . قال ابن عبد البَرّ : كلّ مطعوم من مأكول ، أو مشروب ، فمجمَعٌ على أنّه يجبُ على مستهلكه مثلُه ، لا قيمتُه . وأما سائر المكيل والموزون فظاهر كلام أحمد : أنه يُضمن بمثله أيضاً ، فإنه قال فى رواية حرب وإبراهيم بن هانى : ما كان من الدراهم والدنانير ، وما يُكال ، ويوزن فعليه مثـلُه ، دون القيمة . فظاهر هــذا وجوب المثل فى كل مكيلٍ ، وموزون ، إلاّ أن يكون ممّا فيه صناعة ، كمعمول الحديد ، والنحاس ، والرّصاص من الأوانى ، والآلات ، ونحوها، والحُلىّ من الذهب،والفضّـة ، وشبهه ، والمنسوج من الحرير ، والكتّان ، والقطن ، والصوف ، والشعر ، والمغزول من ذلك ، فإنه يُضمن بقيمته . لأنّ الصناعة تؤثّر فى قيمته ، وهى مختلفة ، فالقيمة فيه أحصَرُ ، فاشبه غير المكيل ، والموزون . وذكر القاضى : أن النُّقْرَةَ[٣] والسَّبِيكَةَ من الأثمان ، والعِنَب ، والرُّطَب والكُمَّثْرَى يُضمن بقيمته ، وظاهر كلام أحمد يدلّ على ما قلنا : وإنّما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ، ويحتمل أن يضمن النُّقْرَةَ بقيمتها ، لتعذّر وجود مثلها ، إلا بتكسير الدراهم المضروبة ، وسَبْكها . وفيه إتلاف .

---

(١) الأفكل : الرعدة .

(٢) البعير الذى رده الرسول صلى الله عليه وسلم كان خيرا من البعير الذى استسلفة ، وكانت الزيادة تبرعا من الرسول صلى الله عليه وسلم .

(٣) النقرة : القطعة المذابة الن الذهب والفضة ، والسبيكه المسبوكة .

فعلى هذا : إن كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمتُه من غالب نقد البلد ، فإن كانت من غير جنسه وجبت بكلّ حال ، وإن كانت من جنسه فكانت موزونةً وجبت قيمته ، وإن كانت أقلّ ، أو أكثر قُوِّم بغير جنسه لئلاّ يؤدّى إلى الربا .

وقال القاضى : إن كانت فيه صناعة مباحة، فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه ، لأنّ ذلك قيمته، والصناعة لها قيمة ، وكذلك لو كسّر الحَلْيُ وجب أرْشُ كسْرِه ، ويخالف البيع . لأن الصناعة لا يُقابلها العِوَض فى العقود ، ويُقابلها فى الإتلاف ، ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد ، وتنفرد بضمانها بالإتلاف ، قال بعض أصحاب الشافعىّ هذا مذهب الشافعىّ ، وذكر بعضهم مثل القول الأول ، وهو الذى ذكره أبو الخطاب . لأن القيمة مأخوذة على سبيل العوض ، فالزيادة فيه ربآ ، كالبيع وكالنقص .

وقد قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا كَسَر الحَلْىَ يصلحه أحبُّ إلىّ . قال القاضى : وهذا محمول على أنهما تراضيا بذلك ، لا أنّه على طريق الوجوب ، وهذا فيما إذا كانت الصناعة مُباحةً ، فإن كانت محرّمة ، كالأوانى ، وحُلىّ الرّجال لم يَجُز ضمانه بأكثر من وزنه ، وجهاً واحداً . لأن الصناعة لا قيمة لها شرعاً ، فهى كالمعدومة .

٣٨٧٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن غصب أرضا ، فغرسها أُخِذَ بقلع غرسه ، وأُجْرتها إلى وقت تسليمها ، ومقدار نُقصانها إن كان نقصها الغَرْسُ ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول :

٣٨٧٧ أحدها

أنّه يتصوّر غصب العقار من الأراضى ، والدور ، ويجب ضمانُها على غاصبها . هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، ومحمد ابن الحسن، وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً ، فزرعها ، ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض ، وإن كان شيئا من السماء لم يكن عليه شىء ، وظاهر هذا : أنّها لا تُضمن بالغصب . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا يتصوّر غصبها ، ولا تُضمن بالغصب . وإن أتلفها ضمنها بالاتلاف ، لأنه لا يوجد فيها النقل ، والتحريم ، فلم يضمنها ، كما لو حال بينه وبين متاعه ، فتلف المتاع . لأن الغصب إثباتُ اليد على المال عُدواناً على وجه تزول به يد المالك ، ولا يمكن ذلك فى العَقار .

ولنا قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ ظَلَم قِيدَ شِبْرٍ مِنَ الارْض طُوِّقَهُ يَوْمَ القِيامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » رواه البخارىّ عن عائشة ، وفى لفظ « مَنْ غَصَبَ شِبْراً مِنَ الارْض » فأخبر النبىّ صلّى الله

عليه وسلم أنه يُغصب ويُظلم فيه ، ولأنّ ما ضُمن فى البيع وجب ضمانه فى الغصب ، كالمنقول ، ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجهٍ يحول بينه وبين مالـكه ، مثل أن يسكن الدار ، ويمنع مالـكها من دخولها ، فأشبه ما لو أخذ الدابّة ، والمتاع ، وأما إذا حال بينه وبين متاعه ، فما استولى على ماله فنظيرُه ههنا ، أن يُحبس المالك ، ولا يُستولى على داره ، وأما ماتلف من الأرض بفعله ، أو سبب فعله ، كهدم حيطانها ، وتغريقها ، وكَشْطِ ترابها ، وإلقاءالحجارة فيها ، أو نقص يحصُل بغرسه ، أو بنائه ، فيضمنه بغير اختلاف فى المذهب ، ولا بين العلماء . لأن هذا إتلاف ، والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف ، ولا يحصُل الغصبُ من غير استيلاء . فلو دخل أرض إنسان ، أو داره لم يضمنها بدخوله ، سواء دخلها بإذنه ، أو غير إذنه ، وسواء كان صاحبها فيها ، أو لم يسكن ، وقال بعض أصحاب الشافعىّ : إن دخلها بغير إذنه ، ولم يسكن صاحبها فيها ضمنها ، سواء قصد ذلك ، أو ظنّ أنها داره ، أو دارٌ أذن له فى دخولها . لأنّ يد الداخل ثبتت عليها بذلك ، فيصيرُ غاصباً ، فإنّ الغصب إثبات اليد العادية ، وهذا قد ثبتت يده ، بدليل أنهما لو تنازعا فى الدار ، ولا بيّنةَ لهما حُـكم بها لمن هو فيها ، دون الخارج منها .

ولنا : أنه غير مُستولٍ عليها ، فلم يضمنها ، كما لو دخلها بإذنه ، أو دخل صحراءه ، ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه فى العارية ، وهذا لا يثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها ، فـكذلك لا يثبت به الغصب ، إذا كان بغير إذن .

٣٨٧٨ (الفصل الثانى)

أنه إذا غرس فى أرض غيره بغير إذنه ، أو بنى فيها ، فطلب صاحب الأرض قلع غراسه ، أو بنائه ، لزم الغاصب ذلك . ولا نعلم فيه خلافاً . لما روى سعيدُ بن زيد ، بن عمرو ، بن نُفَيل : أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظالم حَقٌّ » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال حديث حسن . وروى أبو داود ، وأبوعبيد فى الحديث : أنه قال « فَلَقَدْ أَخْبَرَنِي الَّذِيحَدَّثَنِي هذَا الحَدِيثَ : أَنَّ رَجُلاً غَرَسَ فِي أَرْضِ رَجُلٍ مِنْ الأَنْصارِ مِنْ بني بَيَاضَةَ فَاخْتَصمَا إلَى النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، فقَضَى للرَّجُل بأَرْضِه ، وَقَضَى لِلآخَرِ أَنْ يَنْزِعَ نَخْلَهُ ، قالَ : فَلَقَدْ رَأَيْتُهَا تُضْرَبُ فِي أُصُولِهَا بالفُئوسِ ، وَإِنَّها لنَخْلٌ عُمٌّ[1] » ولأنه شغل ملك غيره بملـكه الذى لا حرمة له فى نفسه ، بغير إذنه ، فلزمه تفريغه ، كما لو جعل فيه قماشاً،وإذا قلعها لزمه تسوية الحُفَر، وردّ الأرض إلى ما كانت عليه،لأنهضررٌ حصل بفعله فى ملك غيره ، فلزمته إزالته ، وإن أراد صاحبُ الأرض أخذ الشجر ، والبناء بغير عِوَض لم يـكن له ذلك . لأنه عينُ

(١) العم : بفتح العين كثيرا وقد تضم : النخل الطوال .

مالِ الغاصب ، فلم يملك صاحبُ الأرض أخذه ، كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيوانا ، وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالكهُ إلاّ القلع فله القلعُ . لأنه مِلْكه ، فملك نقله ، ولا يجُبر على أخذ القيمة . لأنها معاوضة ، فلم يُجبر عليها ، وإن اتّفق على تعويضه عنه بالقيمة ، أو غيرها جاز . لأن الحقّ لهما ، فجاز ما اتفقا عليه .

وإن وهب الغاصب الغراس ، والبناء لمالك الأرض ، ليتخلّص من قلعه وقبله المالك جاز ، وإن أبى قبوله ، وكان فى قلعه غرض صحيح لم يُجبر على قبوله ، لما تقدّم .

وإن لم يكن فى قلعه غرض صحيح احتمل أن يُجبر على قبوله . لأن فيه رفعَ الخصومة من غير غرض يَفُوت ، ويحتمل أن يُجبر . لأن فيه إجباراً على عقدٍ يُعتبر الرضى فيه .

وإن غصب أرضاً ، وغراساً من رجل واحد ، فغرسه فيه ، فالكلّ لمالك الأرض ، فإن طالبه المالك بقلعه ، وفى قلعه غرض أُجْبِرَ على قلعه . لأنه فوّت عليه غرضاً مقصوداً بالأرض ، فأُخِذ بإعادتها إلى ما كانت ، وعليه تسويةُ الأرض ، ونقصُها ، ونقصُ الغِراس ، لما ذكرنا . وإن لم يكن فى قلعه غرض لم يُجبر على قلعه . لأنهَ سَفَهٌ فلا يُجبر على السفه . وقيل : يجبر لأن المالكَ محكمٌ فى ملكه ، والغاصب غيرُ محكّم . فإن أراد الغاصب قلعه ، ومنعه الحاكم لم يملك قلعه . لأن الجميع ملكٌ للمغصوب منه ، فلم يملك غيرُه التصرّف فيه بغير إذنه .

٣٨٧٩ (فصـــل)

والحكم فيما إذا بنى فى الأرض كالحكم فيما إذا غرس فيها فى هذا التفصيل جميعه ، إلاّ أنه يتخرّج أنّه إذا بذل مالك الأرض القيمةَ لصاحب البناء أُجبر على قبولها ، إذا لم يكن فى النقض غرضٌ صحيح. لأن النقض سفَهٌ . والأول أصحّ . لما روَى الخلاّل بإسناده ، عن الزهرىّ ، عن عُروةَ ، عن عائشة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ بَنَى فِى رِباعِ قَوْمٍ بإذْنِهِمْ فَلَهُ القِيمَةُ ، وَمَنْ بَنَى بِغَيْرِإذْنِهِمْ فَلَهُ النَّقْضُ » ولأن ذلك معاوضة ، فلا يُجبر عليها ، وإذا كانت الآلة من تراب الأرض ، وأحجارها ، فليس للغاصب النقضُ على ما ذكرنا فى الغَرْس .

٣٨٨٠ (فصـــل)

وإن غصب داراً ، فجصّصها ، وزوّقها ، وطالبه ربُّها بإزالته ، وفى إزالته غرض لزمه إزالتُه ، وأرشُ نقصِها إن نقصت ، وإن لم يكن فيه غرض فوهبه الغاصبُ لمالكها أُجْبِر على قبوله . لأن ذلك صفةٌ فى الدار ، فأشبه قِصَارةَ الثوب ، ويحتمل أن يُجبر لأنّها أعيانٌ مُتَمَيِّزة ، فصارت بمنزلة القُماش ، وإن طلب الغاصب قلعه ، ومنعه المالك ، وكان له قيمة بعد الكشط ، فللغاصب قلعه ، كما يملك قلع غراسه ، سواء بذل له المالك قيمته ، أو لم يبذُل ، وإن لم يكن له قيمة ففيه وجهان :

أحدهما : يملك قلعه : لأنه عينُ ماله .

والثانى : لا يملك لأنه سفَهٌ يضرّ ، ولا ينفع . فلم يُجبر عليه ، وإن بذل المالك له قيمته ليتركه .

٣٨٨١ (فصــل)

وإن غصب أرضاً ، وكشط ترابها لزمه ردُّه ، وفرشهُ على ما كان ، إن طلبه المالك ، وكان فيه غرضٌ صحيح ، وإن لم يكن فيه غرض ، فهل يُجْبَرُ على فرشه؟ يحتمل وجهين. وإن منعه المالك فرشه، أو ردّه ،وطلب الغاصبُ ذلك ، وكان فى ردّه غرض من إزالة ضررٍ ، أو ضمانٍ ، فله فرشُه ، وردّه ، وعليه أجرُ مثلها مدّة شَغْلها، وأجرُ نقصها .

وإن أخذ تراب أرض ، فضرب به لبِناً ردّه ، ولا شىء له ، إلاّ أن يكون قد جعل فيه تِبناً له ، فيكون له أن يَحُلّه ، ويأخذ تبنْه .

وإن كان لا يحصل منه شىء ففيه وجهان ، بناء على كشط التزويق ، إذا لم يكن له قيمة .

وإن طالبه المالك بحلّه لزمه ذلك ، إذا كان فيه غرض ، وإن لم يكن فيه غرض فعلى وجهين ، وإن جعله آجُرّا ، أو فَخّاراً لزمه ردُّه ، ولا أجر له لعمله ، وليس له كسرُه ، ولا للمالك إجبارُه عليه . لأن ذلك سَفَهٌ لا يُفيد ، وإتلافٌ للمال ، وإضاعةٌ له ، وقد نهى النبىّ صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال .

٣٨٨٢ (فصــل)

وإن غصب أرضاً ، فحفر فيها بئراً ، فطالبه المالك بِطَمِّها[1] لزمه ذلك . لأنه يضرّ بالأرض . ولأن التراب ملكه نقله من موضعه ، فلزمه ردّه ، كتراب الأرض ، وكذلك إن حفر فيها نهراً ، أو حفر بئراً فى ملك رجل بغير إذنه .

وإن أراد الغاصب طمّها ، فمنعه المالك ، نظرنا : فإن كان له غرض فى طَمِّها ، بأن يسقُط عنه ضمان ما يقع فيها ، أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه ، أو ملك غيره أو طريق يحتاج إلى تفريغه ، فله الردّ لما فيه من الغرض ، وبهذا قال الشافعىّ .

وإن لم يكن له غرض فى طَمِّ البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب فى ملك المغصوب منه ، وأبرأه المغصوب منه ، ممّا حَفَر ، وأذِن فيه . لم يكن له طمُّها فى أحد الوجهين ، لأنه إتلاف لا نفع فيه ، فلم يكن له فعله ، كما لو غصبُ نُقْرَةً ، فطبَعها دَرَاهِمَ ، ثم أراد جعلها نُقْرَةً ، وبهذ قال أبو حنيفة ، والمزنىّ ، وبعضُ الشافعيّة .

(١) طمها : ردمها وإعادتها كما كانت.

وقال بعضهم : له طـمُّها ، وهو الوجه الثانى لنا . لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك ، لأنه إبراء مما لم يجب بعدُ ،وهو أيضاً إبراء من حقّ غيره وهو الواقع فيها .

ولنا : أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدّى . فإذا رضى صاحب الأرض زال التعدّى ، فزال الضمانُ . وليس هذا إبراء ممّا لم يجب ، وإنّما هو إسقاط التعدِّى برضائه به ، وهكذا ينبغى أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء ، ولـكن منعه من طَـمِّها : لأنه يتضمَّنُ رضاه بذلك .

٣٨٨٣ (الفصـــل الثالث)

أن على الغاصب أجر الأرض منذُ غصَبها إلى وقت تسليمها ، وهكذا كلّ ما له أجرٌ ، فعلى الغاصب أجرَ مثـله ، سواء استوفى المنافع ، أو تركها حتى ذهبت . لأنَّها تلفت فى يده العادِيَـةِ ، فـكان عليه عِوَضها ، كالأعيان .

وإن غصب أرضاً ، فبناها داراً ، فإن كانت آلاتُ بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض ، دون بنائها ، لأنه إنّما غصب الأرض، والبناء له . فلم يلزمه أجرُ ماله .

وإن بناها بتراب منها ، وآلاتٍ للمغصوب منه ،فعليه أجرُها مبنيّة ، لأنّ الدار كلّها ملك المغصوب منه ، وإنّما للغاصب فيها أثر الفعل ، فلا يكون فى مقابلته أجرٌ . لأنه وقع عدواناً .

وإن غصب داراً فنقضها،ولَمْ يَبْنِها ، فعليه أجر دارٍ إلى حين نقضها ، وأجرها مهدومةً من حين ردّها لأن البناء انهدم ، وتلف ، فلم يجب أجره مع تلفها .

وإن نقضها ثم بناها بآلةٍ من عنده ، فالحـكم فيها كذلك .

وإن بناها بآلتها أو آلةٍ من ترابها ، أو ملك المغصوب منه ، فعليه أجرها عَرْصَةً[1] منذُ نقضها إلى أن بناها ، وأجرها داراً فيما قبل ذلك ، وبعده،لأن البناء المالك ، وحكمها فى نقض بنائها الذى بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عَرْصَةً فبناها .

وإن كان الغاصبُ باعها ، فبناها المشترى ، أو نقضها ، ثم بناها ، فالحـكم لا يختلف ، لـكن المالك مطالبةُ من شاء منهما ، والرجوع عليه ، فإن رجع على الغاصب رجع الغاصبُ على المشترى بقيمة ما تلف من الأعيان . لأن المشترىَ دخل على أنه مضمون عليه بالعوض ، فاستقرّ ضمانه عليه .

وإن رجع المالك على المشترى رجع المشترى على الغاصب بنقص التالف ، ولم يرجع بقيمة ما تلف .

وهل يرجع كلّ واحد منهما على صاحبه بالأجر ؟ على روايتين ، وليس له مطالبة المشترى بشىء من الأجر ، إلاّ بأجر مدّة مُقامها فى يديه ، لأنّ يده إنما ثبتت عليها حينئذ .

---

(١) عرصة : ساحة خالية من البناء .

٣٨٨٤ (الفصـــــل الرابع)

أن على الغاصب ضمان نقص الأرض ، إن كان نقصها الغرسُ ، أو نقصت بغيره ، وهكذا كلّ عين مغصوبة ، على الغاصب ضمانُ نقصها ، إذا كان نقصاً مستقراً ، كثوب تخرّق ، وإناء تكسّر ، وطعام سوّس ، وبناء خربَ ، ونحوه ، فإنه يردّها وأرشَ النقص ، لأنه نقصٌ حصل فى يد الغاصب ، فوجب ضمانه ، كالقفيز من الطعام ، والذراع من الثوب ، وبهذا قال الشافعىّ .

وقال أبو حنيفة : إذا شقّ رجل لرجل ثوباً شقاً قليلا ، أخذ أرشَه ، وإن كان كثيراً ، فصاحبه بالخيار بين تسليمه ، وأخذ قيمته ، وبين إمساكه ، وأخذ أرشه .

وقد رُوى عن أحمد كلامٌ يحتمل هذا ، فإنّه قال فى رواية موسى بن سعيد ، فى الثوب : إن شاء شقّ الثوب ، وإن شاء مثله ، يعنى — والله أعلمُ — إن شاء أخذ أرش الشقّ ووجْهه أن هذه جنايةٌ أتلفت معظم منفعته ، فكانت له المطالبة بقيمته ، كما لو قتل شاةً له .

وحكى أصحاب مالك عنه : أنّه إذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها ، كان المجنىّ عليه بالخيار : إن شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلّمها ، وأخذ قيمتها ، ولعلّ ما يُحكى عنه من قطع ذنب حمارِ القاضى ينبنى على ذلك ، لأنه أتلف غرضه به ، فإنه لا يركبه فى العادة ، وحجّتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة ، فلزمته قيمتها ، كما لو أتلف جميعها.

ولنا : أنها جناية على مال أرشُها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيراً ، ولأنها جناية تنقُص بها القيمة ، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها ، وفى الشاة تلف جميعها ، لأن الاعتبار فى الإتلاف بالمجنىّ عليه ، لا بغرض صاحبه ، لأن هذ إن لم يصلُح لهذا صلَح لغيره .

٣٨٨٥ (فصـــل)

وقدر الأرش قدر نقص القيمة فى جميع الأعيان ، وبهذا قال الشافعىّ ، وعن أحمد رواية أخرى : أن عين الدابةِ تُضمن بربع قيمتها ، فإنّه قال فى رواية أبى الحارث، فى رجل فقأ عين دابة لرجل : عليه ربعُ قيمتها ، قيل له فقأ العينين ؟ فقال : إذا كانت واحـدةً ، فقال عمر ربع القيمة ، وأما العينان : فما سمعتُ فيهما شيئاً ، قيل له : فإن كان بعيراً ، أو بقرة ، أو شاةً ؟ فقال : هذا غيرُ الدّابة ، هذا يُنتفع بلحمه ، يُنظر ما نقصها ، وهذا يدلّ على أن أحمد إنّما أوجب مقدراً فى العين الواحدة. من الدابة ، وهى الفرسُ . والبغْلُ . والحمارُ خاصةً للأثر الوارد فيه . وما عدا هذا يَرجع إلى القياس . .

واحتجّ أصحابُنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قضى فى عين الدابّة برُبع قيمتها ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى شُرَيح لمـّا كتب إليه يسألهُ عن عين الدابّة :

إنَّا كنّا نُنزِّلها منزلةَ الآدميّ ، إلا أنّه أجمع رأيُنا أنّ قيمتَها ربعُ الثمن ، وهذا إجماع يقدَّم على القياس ، ذكر هذين أبو الخطّاب فى رءوس المسائل .

وقال أبو حنيفة : إذا قلع عين بهيمة تنتفع بها من وجهتين ، كالدابَّة ، والبعير ، والبقرة ، وجب نصف قيمتها ، وفى إحداها رُبع قيمتها . لقول عمر رضى الله عنه : أجمع رأيُنا على أنّ قيمتها ربعُ الثمن .

وروى عن أحمد فى العبد : أنه يُضمن فى الغصب بما يُضمن به فى الجناية ، ففى يده نصفُ قيمته ، وفى مُوضِحَتِهِ نصفُ عُشْرِ قيمته ، وهذا قولُ بعض أصحاب الشافعىّ ، لأنه ضمانٌ لأبعاض العبد ، فكان مقدراً من قيمته ، كأرش الجناية .

ولنا : أنه ضمان مالٍ من غير جناية ، فكان الواجبُ ما نقصَ ، كالثوب ؛ وذلك لأن القصد بالضمان جبرُ حقِّ المالك ، بإيجاب قدر المفوَّت عليه ، وقدر النقص هو الجابرُ . ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمتُه، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة ، كغير الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ،ولو كان صحيحاً لما احتجَّ أحمدُ وغيره بحديث عمر ، وتركوه ، فإن قول النبىّ صلى الله عليه وسلم أحقُّ أن يُحتجّ به وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قَدْرَ نقصها ، كما رُوى عنه أنه قضى فى العين القائمة بخمسين ديناراً ولو كان تقديراً لوجب فى العين نصفُ القيمة ، كعين الآدمى .

وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدولٌ به عن القياس ، للالحاق بالجناية على الحرّ ، والواجبُ ههنا ضمانُ اليد ، ولا تثبتُ اليدُ على الحرّ ، فوجب البقاء فيه على مُوجَب الأصل وإلحاقُه بسائر الأموال المغصوبة ، وقول أبى حنيفة : إنّ هذا فى بهيمة الأنعام ، والدابّة لا يصحّ . لأن هذا القول مبنىّ على قول عمر ، وقولُ عمر إنما هو فى الدابّة ، والدابّة فى العُرف ، ما يُعدّ للركوب ، دون بَهيمة الأنعام .

٣٨٨٦ (فصـــــل)

وإن غصب عبداً ، فجنى عليه جنايةً مقدّرة الدّية ، فعلى قولنا : ضمانُ الغصب ضمان الجناية ، الواجبُ أرشُ الجناية ، كما لو جنى عليه من غير غصب ، فنقصته الجناية أقلّ من ذلك ، أو أكثر ، وإن قلنا : ضمانُ الغصب غيرُ ضمان الجناية ، وهو الصحيح ، فعليه أكثر الأمرين : من أرش النقص ، أو دية ذلك العضو ، لأن ضمان كلّ واحد منهما وجد ، فوجب أكثرُهما ،ودخل الآخرُ فيه . فإن الجناية واليد وُجدا جميعاً ، فإن غصَب عبداً يُساوى ألفاً ، فزادت قيمته ، فصار يُساوى ألفين ، ثم قطع يده ، فنقص ألفاً لزمه ألف ، وردّ العبد . لأن سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد العبد كنصفه ، فكأنّه بقطع يده فوّت نصفه ، وإن نقص ألفاً ، وخمسمائة ، وقلنا : الواجبُ ما نقص ، فعليه ألفُ وخمسمائة ، ويردّ

العبد . وإن قلنا : ضمان الجناية . فعليه ألف ، وردّ العبد فحسب ، وإن نقص خمسمائة فعليه ردّ العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة ؟ على وجهين .

٣٨٨٧ (فصـــــل)

وإن غصب عبداً ، فقطع آخرُ يده ، فللمالك تضمينُ أيّهما شاء . لأن الجانيَ قطع يده ، والغاصبُ حصل النقصُ في يده ، إن ضمّن الجاني ، فله تضمينه نصفَ قيمته . لا غيرُ . ولا يَرجع على أحـد ، لأنّه لم يضمنه أكثر ممّا وجبَ عليه . ويضمّن الغاصب ما زاد على نصف القيمة ، إن نقص أكثرُ من النصف ، ولا يرجع على أحدٍ ، وإن قلنا : ضمان الغصب ضمانُ الجنـاية ، أو لم ينقص أكثرَ من نصف قيمته ، لم يضمن الغاصبُ ههنا شيئاً ، وإن اختار تضمينَ الغاصب ، وقلنا : إن ضمان الغصب كضمان الجناية ضمّنه نصفَ القيمة ، ورجع بها الغاصبُ على الجاني . لأن التلف حصل بفعله . فاستقرّ الضمان عليه ، وإن قلنا : إن ضمان الغصب بما نقص فلرب العبد تضمينُه بأكثرِ الأمرين . لأن ما وُجـد في يده فهو في حكم الموجود منه ، ثم يرجع الغاصبُ على الجاني بنصف القيمة ، لأنّها أرشُ جناية ، فلا يجب عليه أكثرُ منها .

٣٨٨٨ (فصـــل)

وإن غصب عبداً ، فقطع أذنيه ، أو ذكره ، أو أنفه ، أو لسانه ، أو خصْيَيه ، لزمته قيمتُه كلُّها ، وردّ العبد ، نصّ عليه أحمد ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو حنيفة ، والثوريّ : يُخيّر المالك بين أن يصبر ، ولا شيء له ، وبين أخذ قيمته ، ويملـكه الجاني . لأنه ضمان مالٍ ، فلا يبقى ملكُ صاحبه عليه مع ضمانه له ، كسائر الأموال .

ولنا : أن المتلفَ البعضُ ، فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته ، كقطع ذكر المدبّر ، وكقطع إحدى يديه ، أو أذنيه ، ولأن المضمون هو المفوّت ، فلا يزول الملك عن غيره بضمانه ، كما لو قطع تِسْع أصابع . وبهذا ينفصل عمّا ذكروه ، فإنّ الضمان في مقابلة المتلَف ، لا في مقابلة الجملة ، فأمّا إن ذهبت هذه الأعضاء بغير جناية ، فهل يضمنُها ضمانَ الإتلاف ، أو بما نقص ؟ على روايتين ، سبق ذكرهما .

٣٨٨٩ (فصـــل)

وإن جنى العبد المغصوب ، فجنايته مضمونةٌ على الغاصب ، لأنّه نقص في العبد الجاني لـكون أرش الجناية يتعلّق برقبته ، فـكان مضموناً على الغاصب ، كسائر نقصه ، وسواء في ذلك ما يوجب القصاص ، أو المال ، ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد ، وإن جنى على سيّده ، فجنايتُه مضمونةٌ على الغاصب أيضاً . لأنها من جُملة جناياته ، فـكان مضموناً على الغاصب ، كالجناية على الأجنبيّ .

٣٨٩٠ (فصـــل)

إذا نقصت عين المغصوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون الذاهبُ جزءاً مقدّر البدل ، كعبد خَصاهُ ، وزيْتٍ أغلاه ، [1] ونُقْرةٍ ضربها دراهم ، فنقصت عينُها ، دون قيمتها ، فإنه يجب ضمان النقص ، فيضمن نقص العبد بقيمته ، ونقص الزيت ، والنُّقْرةِ بمثلهما ، مع ردّ الباقي منهما ، لأنّ الناقص من العين له بدلٌ مقدّر ، فلزمه ما تقدّر به ، كما لو أذهب الجميع .

الثاني : أن لا يكون مُقدّراً مثل أن غصب عبداً ذا سِمَنٍ مُفْرِطٍ ، نخفّ جسمُه ، ولم تنقص قيمته ، فلا شيء فيه ، سوى ردّه . لأن الشرع إنّما أوجب فى هذا ما نقص من القيمة ، ولم يقدّر بدله ، ولم تنقص القيمة ، فلم يجب شيء ، بخلاف الصورة الأولى ، فإنّ الذاهب مقدّر البدل ، فلم يسقُط بدله .

الثالث : أن يكون النقص فى مُقدَّر البدل ، لـكن الذاهبُ منه أجزاء ، غيرُ مقصودة ، كعصير أغلاه ، فذهبت مائيّته ، وانعقدت أجزاؤه ، فنقصت عينُــه ، دون قيمته ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا شيء عليه سوى ردّه . لأن النار إنما أذهبت مائيّته التى يُقصد ذهابها ، ولهــذا تزداد حلاوتُه ، وتــكثُر قيمتُه ، فلم يجب ضمانُها ، كسِمَن العبد الذى ينقُص قيمتَه .

والثانى : يجب ضمانه . لأنه مقدّر البدل ، فأشبه الزيت إذا أغلاه ، وإن نقصت العين ، والقيمة جميعاً ، وجب فى الزيت : وشبهه ضمانُ النقصين جميعاً . لأن كلّ واحــد منهما مضمون منفرداً ، فـكذلك إذا اجتمعا . وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمتُه درهم ، فأغلاه فنقص ثلثه ، فصار قيمة الباقى نصف درهم ، فعليه ثلثُ رطل ، وسدس درهم ، وإن كانت قيمة الباقى ثلثى درهم ، فليس عليه أكثرُ من ثلث رطل ، لأن قيمة الباقى لم تنقُص ، وإن خَصَى العبد ، فنقصت قيمتُه ، فليس عليه أكثر من ضمان خُصْيَيْه [2] ، لأن ذلك بمنزلة ما لو فقأ عينيه ، وهل يجب فى العضير ما نقص من القيمة ، أو يكون كالزيت ؟ على وجهين .

٣٨٩١ (فصـــل)

وإن غصب عبداً فسمن سِمَناً نقصت به قيمتُه ، أو كان شابّاً فصار شَيْخاً ، أو كانت الجاريةُ ناهداً [3] فسقط ثدياها ، وجب أرشُ النقص . لا نعلم فيه خلافاً ، فإن كان العبد أمرد ، فنبتت لحيتُه ،

---

(١) يقال أغلاها وغلاها .

(٢) خصيه : تثنية خصى بضم الخاء وكسرها ، ويقال فيها خصية بضم الخاء وكسرها أيضاً :

(٣) ناهدا : مرتفعاً ثدياها واقفان .

فنقصت قيمتُهُ ، وجب ضمانُ نقصه . وبه قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجبُ ضمانُه ، لأن الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرّمة .

ولنا : أنه نقص فى القيمة بتغيير صفته ، فيضمنُه ، كبقيّة الصور .

٣٨٩٢ (فصــــل)

وإن نقص المغصوب نقصاً غير مُستقرّ ، كطعام ابتلّ ، وخيف فسادُه ، أو عَفِنَ ، وخَشِىَ تلفه ، فعليه ضمانُ نقصه ، وهذا منصوص الشافعىّ ، وله قول آخر : أنّه لا يضمن نقصه ، وقال القاضى : لا يلزمه بدله ، لأنه لا يعلم قدرَ نقصه ، وكلّما نقص شيئاً ضمنه ، لأنه يستند إلى السبَب الموجود فى يد الغاصب ، فكان كالموجود فى يده .

وقال أبو الخطاب : يتخيّر صاحبُه بين أخذ بدله ، وبين تركه ، حتّى يستقرّ فسادُه ، ويأخذ أرش نقصه .

وقال أبو حنيفة : يتخيرّ بين إمساكه ، ولا شىء له ، أو تسليمه إلى الغاصب . ويأخذ منه قيمته ، لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثلُ كَيْلِه وزيادة ، وهــذا لا يجوز ، كما لو باع قفيزاً جيّداً بقفيز ردىء ، ودرهم .

ولنا : أن عين ماله باقية ، وإنّما حدث فيه نقص ، فوجب فيه ما نقص ، كما لو باع عبداً فمرض ، وقد وافق بعضُ أصحاب الشافعىّ على هــذا فى العَفَنِ . وقال : لا يضَمن ما نقص قولاً واحــداً ، ولا يَضْمَنُ ما تولّد منه ، لأنه ليس من فعله ، وهــذا الفرق لا يصحّ . لأن البلل قد يكون من غير فعله أيضاً ، وقد يكون العَفنُ بسببٍ منه ثمّ إنّ ما وجد فى يد الغاصب فهو مضمون عليه ، لوجوده فى يده ، فلا فرق . وقول أبى حنيفة لا يصحّ . لأنّ هذا الطعام عينُ ماله ، وليس ببدل عنه . وقول أبى الخطاب لا بأس به .

٣٨٩٣ ﴿مسألة﴾

قال ﴿وإن كان زرعها ، فأدركها ربُّها ؛ والزرعُ قائم . كان الزرع لصاحب الأرض ؛ وعليه النفقة ، وإن استحقّت بعد أخذ الغاصب الزرع فعليه أجْرة الأرض﴾ .

قوله : فأدركها ربّها يعنى استرجعها من الغاصب ؛ أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحقّت ، يعنى أخذها مُستحقُّها ؛ فمتى كان هــذا بعد حصاد الغاصب الزرع فانّه للغاصب ؛ لا نعلم فيه خلافاً ؛ وذلك لأنه نماء ماله ؛ وعليه الأجرةُ إلى وقت التسليم ؛ وضمانُ النقص ، ولو لم يزرعها ؛ فنقصت لترك الزراعة ، كأراضى البَصْرةِ ، أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضاً ، لما قدّمنا فى المسألة التى قبل هذه .

فأما إن أخذها صاحبها ، والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه ، وخُيّر المالك بين أنْ يقرّ

الزرع فى الأرض إلى الحصاد ، ويأخذ من الغاصب أجر الأرض ، وأرشَ نقصها ، وبين أن يدفع إليه نفقته ، ويكون الزرع له ، وبهذا قال أبو عُبَيد .

وقال أكثر الفقهاء : يملك إجبار الغاصب على قلعه ، والحكم فيه كالغرس سواء ، لقوله عليه السلام « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » ولأنه زَرَع فى أرض غيره ظلماً ، أشبه الغِراس .

ولنا : ما روى رافع بن خُدَيج ، قال : قال رسولُ الله صلَّى الله عليه وسلم : « مَنْ زَرَعَ فى أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَىْءٌ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » رواه أبوداود والترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، فيه دليل على أن الغاصب لا يُجبر على قلعه . لأنه ملكٌ للمغصوب منه ، ورُوى أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم رأى زَرْعاً فى أرضِ ظهير ، فأعجبه ، فقال « مَا أَحْسَنَ زَرْعَ ظُهَيْرٍ » فقال : إنّه ليس لظُهَيْرٍ ولكنّه لفلان ، قال « فَخُذُوا زَرْعَكُمْ ورُدُّوا عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ » قال رافع : فأخذنا زرعنا ، ورَدَدْنا عليه نفقته ، ولأنه أمكن ردّ المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب ، على قربٍ من الزمان ، فلم يجُز إتلافه ، كما لو غصب سفينةً ، فحمل فيها ماله ، وأدخلها البحر ، أو غصب لوحاً فرقع به سفينةً ، فإنّه لا يُجبرُ على ردّ المغصوب فى اللُّجّةِ ، ويُنتظر حتى تُرْسِيَ [1] صيانةً للمال عن التلف ، كذا ههنا ، ولأنّه زرع حصل فى ملك غيره ، فلم يُجبر على قلعه ، على وجه يضرّ به ، كما لو كانت الأرضُ مستعارةً ، أو مشفوعةً ، وفارق الشجر ، والنخل ، لأن مُدّته تتطاول ، ولا يعلم متى ينقطع من الأرض ، فانتظاره يؤدّى إلى ترك ردّ الأصل بالكلّية ، وحديثهم ورد فى الغَرس ، وحديثُنا فى الزرع ، فيُجمع بين الحديثين ، ويُعمل بكلّ واحد منهما فى موضعه ، وذلك أولى من إبطال أحدهما .

إذا ثبت هذا : فمتى رضى المالك بترك الزرع للغاصب ، ويأخذ منه أجر الأرض ، فله ذلك لأنه شغل المغصوب بماله ، فملك صاحبُه أخذَ أجرِه ، كما لو ترك فى الدار طعاماً ، أو أحجاراً . يحتاج فى نقله إلى مدّة ، وإن أحبّ أخذ الزرع فله ذلك ، كما يستحقّ الشفيع أخذ شجر المشترى بقيمته، وفيما يُرَدّ على الغاصب روايتان :

إحداهما : قيمة الزرع ، لأنه بدلٌ عن الزرع ، فيقدّر بقيمته ، كما لو أتلفه ، ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه ، بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكاً له ، ولو لم يكن ملكاً له لما مَلَكه بأخذه ، فيكون أخذ المالك له تملّكاً له إلا أن يُعوّضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذ الشِّقْصَ المشفوعَ ، ويجب على الغاصب أجرُ الأرض إلى حين تسليم الزرع ، لأنّ الزرع كان محكوماً له به ، وقد شَغل به أرض غيره .

---

(١) يقال رست السفينة وأرست إذا وقفت على مرساها .

(والرواية الثانية) أنه يردّ على الغاصب ما أنفق من البذرة ، ومؤنة الزرع فى الحرث ، والسقى ، وغيره ، وهذا الذى ذكره القاضى ، وهذا ظاهر كلام الخرَقىّ ، وظاهر الحديث ، لقوله عليه السلام « عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » وقيمة الشىء لا تسمَّى نفقةً له ، والحديث مبنىّ على هذه المسألة ، فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحساناً ، على خلاف القياس ، فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر ، لأنه نماءُ عين ماله ، فأشبه ما لو غصب دجاجةً ، فحضَنت بيضاً له ، أو طعاماً فعلَفه دوابَّ له ، كان النماءُ له ، وقد صرّح به أحمد، فقال : هذا شىء لا يوافق القياس ، أستحسِنُ أن يدفع إليه نفقته ، للأثر ، ولذلك جعلناه للغاصب ، إذا استحقّت الأرضُ بعد أخذ الغاصب له ، وإذا كان العمل بالحديث فيجبُ أن يُتَّبع مدلوله .

٣٨٩٤ (فصـــــل)

فإن كان الزرع مما يبقى أصوله فى الأرض ، ويُجَزُّ مرةً بعد أخرى كالرَّطْبةِ ، والنَّعْناع احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا ، لدخوله فى عموم الزرع ، لأنه ليس له فرع قوىّ ، فأشبه الحِنْطةَ ، والشعير، واحتمل أن يكون حكمه حكمَ الغَرْس ، لبقاء أصوله ، وتكرّر أخذه ، ولأن القياس يقتضى أن يثبُت لِكلّ زرع مثلُ حكم الغَرْس ، وإنّما ترك فيما تقلُّ مدّته للأثر ، ففيما عداه يبقى على قضيّة القياس .

٣٨٩٥ (فصـــــل)

وإن غصب أرضاً ، فغرسها ، فأثمرت ، فأدركها ربُّها بعد أخذ الغاصب ثمرتها ، فهى له ، وإن أدركها والثمرةُ فيها فكذلك ، لأنها ثمرةُ شجره ، فكانت له ، كما لو كانت فى أرضه ، ولأنّها نماء أصلٍ محكوم به للغاصب ، فكان له ، كأغصانها ، وورقها ، ولبن الشاة ، وولدها ، وقال القاضى : هى لمالك الأرض ، إن أدركها فى الغِراس ، لأن أحمد قال فى رواية علىّ بن سعيد : إذا غصب أرضاً ، فغرسها ، فالنماء لمالك الأرض .

قال القاضى : وعليه من النفقة ما أنفقه الغارسُ من مُؤنة الثمرة لأن الثمرة فى معنى الزرع ، فكان لصاحب الأرض إذا أدركه قائماً فيها ، كالزرع ، والأول أصحّ لأنّ أحمد قد صرّح بأن أخذ ربِّ الأرض الزرعَ شىء لا يوافق القياس ، وإنما صار إليه للأثر ، فيختصّ الحكم به ، ولا يعدّى إلى غيره ، ولأنّ الثمرة تُفارق الزرعَ من وجهين :

أحدهما : أن الزرع نماءُ الأرض ، فكان لصاحبها ، والثمرة نماءُ الشجرِ فكان لصاحبه .

الثانى : أنه يردُّ عوض الزرع الذى أخذه ، مثل البذر الذى نبت منه الزرع ، مع ما أنفق عليه ، ولا يمكنه مثلُ ذلك فى الثمر .

٣٨٩٦ (فصـــــــل)

وإن غصب شجراً ، فأثمر ، فالثمر لصاحب الشجر ، بغير خلاف نعلمه ، لأنه نماء ملكه ، ولأن الشجر عين ملكه ، نَمَى[(١)] وزاد ، فأشبه ما لو طالت أغصانُه ، وعليه ردّ الثمر إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً فعليه بدلُه ، وإن كان رُطَباً ، فصار تمراً ، أو عِنباً ، فصار زبيباً ، فعليه ردّه ، وأرش نقصه ، إن نقص ، وليس له شيء بعمله فيه ، وليس للشجر أجرة ، لأنّ أجرتها لا تجوز في العقود ، فكذلك في الغصب ، ولأن نفع الشجر تربيةُ الثمر ، وإخراجُه ، وقد عادت هذه المنافع إلى المالك ، ولو كانت ماشيةً فعليه ضمان ولدها ، إن ولدت عنده ، ويضمن لبنها بمثله ، لأنّه من ذوات الأمثال ، ويَضمن أوبارها ، وأشعارها بمثله ، كالقطن .

٣٨٩٧ (فصـــل)

وإذا غصب أرضاً ، فحكمها في جواز دخول غيره إليها حكمُها قبل الغَصب ، فإن كانت محوطةً ، كالدار ، والبستان المحوط ، لم يجز لغير مالكها دخولها ، لأن ملك مالكها لم يَزُل عنها ، فلم يجز دخولها بغير إذنه ، كما لو كانت في يده ، قال أحمد في الضيعة تصير غَيْضَةً فيها سمك ، لا يصيد فيها أحدٌ إلا بإذنهم ، وإن كانت صحراء جاز الدخول فيها ، ورعيُ حشيشها . قال أحمد : لا بأسَ برَعْي الكلأ في الأرض المغصوبة ، وذلك لأنّ الكلأ لا يُملك بملك الأرض ، ويتخرّج في كلّ واحدة من الصورتين مثلُ حكم الأخرى ، قياساً لها عليها .

ونقل عنه المروزيّ في رجل والداه في دار طوابيقها غصب : لا يدخل على والديه ، وذلك لأنّ دخوله عليهما تصرّف في الطوابيق المغصوبة ، ونقل عنه الفضلُ بن عبد الصمد ، في رجل له إخوة في أرض غصب يزورهم ، ويراودهم على الخروج ، فإن أجابوه وإلاّ لم يُقِم معهم ، ولا يدعُ زيارتهم ، يعني يزورهم بحيثُ يأتي باب دارهم ، ويتعرّف أخبارهم ، ويسلّم عليهم ويُكلّمهم ، ولا يدخلُ إليهم ، ونقل المروزيّ عنه : أكره المشيَ على العبّارة[(٢)] التي يجري فيها الماء ، وذلك لأن العبّارة وُضعت لعبُور الماء ، لا للمشي عليها ، وربّما كان المشيُ عليها يضرّ بها ، وقال أحمد : لا يُدفن في الأرض المغصوبة ، لما في ذلك من التصرّف في أرضهم بغير إذنهم ، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ، ثمّ علم : رجع إلى الموضع الذي أخذه منه ، فردّه ، وروى عنه أنه قال : يطرحُه ، يعني على من ابتاعه منه ، وذلك لأن قعوده فيه حرام ،

(١) نمى : زاد ، يقال نمى بفتح النون والميم يأتي الآخر كما يقال نما ينمو واوي الآخر .

(٢) العبارة : القنطرة على الماء ، وهي بفتح العين وتشديد الباء ، وقد وصفت بوصف المبالغة لكثرة عبور الماء فيها .

منهيّ عنه ، فكان البيع فيه محرّماً ، ولأن الشراء ممّن يعدُ فى الموضع المحرّم يحملهم على القعود ، والبيع فيه ، وتركُ الشراء منهم يمنعُ القعود ، وقال : لا يبتاع من الخانات التى فى الطرق ، إلاّ أن لا يجد غيره ، كأنه بمنزلة المضطرّ ، وقال فى السلطان إذا بنى داراً ، وجمع الناس إليها : أَكرهُ الشّراء منها ، وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع ، لما فيه من الإعانة على الفعل المحرّم ، والظاهر صحّة البيع ، لأنه إذا صحّت الصلاةُ فى الدار المغصوبة فى رواية ، وهى عبادة ، فما ليس بعبادة أولى .

وقال فيمن غصب ضَيْعةً ، وغُصِبتْ من الغاصب ، فأراد الثانى ردّها : جمع بينهما ، يعنى بين مالكها ، والغاصب الأول ، وإن مات بعضُهم جمع ورثته ، إنّما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الغاصب الأول ، لأنه ربّما طالب بها ، وادّعاها ملكاً باليد ، وإلاّ فالواجب ردّها على مالكها ، وقد صرّح بهذا فى رواية عبد الله ، فى رجل استودع رجلاً ألفاً ، فجاء رجل إلى المستودع ، فقال : إنّ فلاناً غصَبنى الألفَ الذى استودَعَك ، وصحّ ذلك عند المستودع ، فإن لم يخف التبعة ، وهو أن يرجعوا به عليه دفعه إليه .

٣٨٩٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن غصب عبداً ، أو أمة ، وقيمته مائة ، فزاد فى بدنه ، أو بتعلّم ، حتى صارت قيمته مائتين ، ثمّ نقص بنقصان بدنه ، أو نسيان ما علم ، حتى صارت قيمته مائة أخذه السيّد . وأخذ من الغاصب مائة ﴾ .

وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يجب عليه عِوَض الزيادة ، إلاّ أن يُطالب بردّها زائدةً ، فلا يردّها ، لأنه ردّ العين ، كما أخذها ، فلم يضمن نقص قيمتها ، كنقص سعرها .

ولنا : أنها زيادة فى نفس المغصوب، فلزم الغاصبَ ضمانُها ، كما لو طالبه بردّها ، فلم يفعل ، وفارق زيادة السعر ، فإنّها لو كانت موجودةً حالَ الغصب لم يضمنها ، والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب فهى صفة فيه ، ولذلك يضمنُها إذا طولب بردّ العين ، وهى موجودة ، فلم يردّها ، وأجريناها هى والتعلم مُجرَى السِّمَن الذى هو عينٌ لأنّها صفة تتبعُ العين ، وأجرينا الزيادة الحادثة فى يد الغاصب مُجرَى الزيادة الموجودة حال الغصب ، لأنها زيادة فى العين المملوكة للمغصوب منه ، فتكون مملوكة له أيضاً ، لأنها تابعة للعين .

فأما إن غصب العين سَمِينةً ، أو ذاتَ صناعة ، أو تعلّم القرآن ، ونحوه ، فهُزِلت ، ونسِيتْ ، فنقصت قيمتُها ، فعليه ضمانُ نقصها ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثّر فى قيمتها ، فوجب ضمانُها ، كما لو أذهب عضواً من أعضائها .

٣٨٩٩ (فصـــل)

إذا غصبها وقيمتُها مائة ، فسَمِنت ، فبلغت قيمتُها ألفاً ، ثم تعلمّت صناعةً ، فبلغت ألفين ، ثم هُزِلَتْ ، ونَسِيَتْ ، فعادت قيمتُـها إلى مائةٍ ردّها وردّ ألفاً ، وتسعمائة .

وإن بلغت بالسِّمن ألفاً ، ثمّ هُزِلَت ، فبلغت مائةً ، ثم تعلّمت ، فبلغت ألفاً ، ثمّ نَسِيتَ فعادت إلى مائة ، ردّها وردّ ألفاً ، وثمانمائة ، لأنّها نقصت بالهُـزال تسعمائة ، وبالنسيان تسعمائة .

وإن سمنت ، فبلغت ألفاً ، ، ثمّ هُزِلت ، فعادت إلى مائة ، ثمّ تعلّمت ، فعادت إلى ألف ، ردّها وتسعمائة ، لأنّ زوال الزيادة الأولى أوجب الضمانَ ، ثمّ حدثت زيادةٌ أخرى من وجـهٍ آخرَ على ملك المغصوب منه ، فلا يَنْجَبِرُ ملكُ الإنسان بملـكه .

وأما إذا بلغت بالسمن ألفــاً ، ثمّ هُزِلت ، فعادت إلى مائة ، ثمّ سَمِنتْ ، فعادت إلى ألف ، ففيه وجهان :

أحدهما : يردّها زائدةً ويضمنُ نقص الزيادة الأولى ، كما لو كانا من جنسين ، فإنّ ملك الإنسان لا يَنْجَبِرُ بملـكه ، لأن الزيادة الثانية غيرُ الأولى ، فعلى هذا إن هُزِلَتْ مرةً ثانية ، فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف ، وثمانمائة .

والوجه الثاني : أنه إذا ردّها سمينةً ، فلا شيء عليه ، لأنّه عاد ماذهب ، فأشبه مالو مرضت ، فنقصت، ثم عُوفِيَت ، أو نَسِيتْ صِناعَةً ، ثم تعلّمتها ، أو أبق العبدُ ، ثم عاد . وفارق إذا زادت من جهةٍ أخرى ، فإنّه لم يُعد ما ذهب ، وهذا الوجه أقْيَسُ ، لمـا ذكرنا من شواهده ، فعلى هذا : لو سمنتْ بعد الهُـزال ، ولم تبلغُ قيمتُها إلى ما بلغت فى السِّمن الأول ، أو زادت عليه ، ضمن أكثر الزيادتين ، وتدخل الأخرى فيها ، وعلى الوجه الأول يضمنُهما جميعاً ، فأمّا إن زادت بالتعليم ، أو الصناعة ، ثمّ نَسِيت ، ثم تعلّمت ما نسيته ، فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول ، لأن العلم الثانى هو الأول ، فقد عاد ماذهب ، وإن تعلّمت علماً آخرَ ، أو صناعةً أخرى ، فهو كعَوْدِ السِّمن ، فيـــه وجهان ، ذكر هذا القاضى ، وهو مذهبُ الشافعىّ .

وقال أبو الخطاب : متى زادت ، ثمّ نقصت ، ثم زادت مثل الزيادة الأولى ، ففى ذلك وجهان ، سواء كانا من جنس ، كالسِّمن مَرّتين ، أو من جنسين ، كالسِّمن والتعليم ، والأول أولى .

٣٩٠٠ (فصـــل)

وإن مرض المغصوب ، ثم برأ ، أو ابيضّت عينُه ، ثم ذهب بياضُها ، أو غصب جاريةً حسناء، فسَمِنتْ

سِمَناً نقصها ، ثم خفّ سِمَنُها ، فعاد حُسنُها ، وقيمتُها ، ردّها ، ولا ضمان عليه ، لأنه لم يذهب ماله قيمة ، والعيب الذى أوجب الضمان زال فى يديه ، وكذلك لو حملت ، فنقصت ثم وضعت ، فزال نقصُها لم يضمن شيئاً ، فإنْ ردّ المغصوب ناقصاً بمرض ، أو عيب ، أوسِمَنٍ مُفرطٍ ، أو حَمْلٍ فعليه أرشُ نقصه ، فإن زال عيبه فى يدى مالكه لم يلزمه ردّ ما أخذ من أرشه ، لأنه استقرّ ضمانُه بردّ المغصوب ، وكذلك إن أخذ المغصوب دون أرشه ، ثمّ زال العيبُ قبل أخذ أرشه ، لم يسقط ضمانه لذلك .

٣٦٠١ (فصـــــل)

زوائد الغصب فى يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب ، مثل السِّمن ، وتعلّم الصناعة ، وغيرها ، وثمرةُ الشجرة ، وولدُ الحيوان متى تلف شىء منه فى يد الغاصب . ضَمِنه ، سواء تلف منفرداً ، أو تلف مع أصله . وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبوحنيفة ، ومالك : لايجب ضمان زوائد الغصب ، إلاّ أن يُطالَب بها ، فيمتنع من أدائها ، لأنها غير مغصوبة ، فلا يجب ضمانها ، كالوديعة . ودليل عدم الغصب أنه فعلٌ محرّم ، وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله ، لأنّه انبنى على وجود الزوائد فى يده ، ووجودها ليس بفعل محرّم منه .

ولنا : أنه مال المغصوب منه ، حصل فى يده بالغصب ، فيضمنُه بالتلف كالأصل ، وقولهم : إنّ إثبات يده ليس من فعله لا يصحّ ، لأنه بإمساك الأمّ تسبّب إلى إثبات يده على هذه الزوائد ، وإثباتُ يده على الأمّ محظور .

٣٩٠٢ (فصـــل)

وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغيّر الأسعار ، نص عليه أحمد . وهو قول جمهور العلماء ، وحُكى عن أبى ثور أنه يضمنُه لأنه يضمنه إذا تلفت العين ، فيلزمه إذا ردّها كالسِّمن .

ولنا أنه ردّ العين بحالها لم ينقص منها عين ، ولا صفة ، فلم يلزمه شىء ، كما لو لم تنقص ، ولا نُسلّم أنه يضمنها مع تلف العين ، وإن سلّمنا فلأنّه وجبت قيمة العين أكثرَ ما كانت قيمتها ، فدخلت فى التقويم ، بخلاف ما إذا ردّها ، فإنّ القيمة لاتجب ، ويخالف السِّمن ، فإنه من عين المغصوب ، والعلم بالصناعة صفة فيها ، وههنا لم تذهب عين ، ولأنه لاحقّ للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين ، وإنما حقّه فى العين ، وهى باقية كلّها ، كما كانت . ولأنّ الغاصبَ يضمن ما غصبَ ، والقيمةُ لا تدخل فى الغصب ، بخلاف زيادة العين ، فإنّها مغصوبة ، وقد ذهبت .

٣٩٠٤ (فصـــل)

ولو غصب شيئاً فشقّه نصفين ، وكان ثوباً ينقصه القطع ردّه ، وأرشَ نقصه، فان تلف أحد النصفين ردّ الباقيَ ، وقيمة التالف ، وأرشَ النقص ، وإن لم ينقصه القطع ردّ الباقيَ ، وقيمةَ التالف لا غيرُ . وإن كانا باقيين ردّهما ، ولا شيء عليه سوى ذلك ، وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجَيْ خُفٍّ ، ومصراعَيْ باب ، فتلف أحدهما ردّ الباقى ، وقيمة التالف ، وأرشَ نقصهما . فاذا كانت قيمتها ستّة دراهم ، فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقى درهمين ردّ الباقى ، وأربعةَ دراهم ، وفيه وجه آخر : لا يلزمه الا قيمة التالف مع ردّ الباقى ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعيّ . لأنه لم يتلف غيره ، ولأن نقص الباقى نقصُ قيمة ، يضمنه ، كالنقص بتغيّر الأسعار ، والصحيح الأول . لأنه نقصٌ حصل بجنايته ، فلزمه ضمانه ، كشقّ الثوب الذى ينقصُه الشقّ ، اذا تلف أحد شقّيه ، بخلاف نقص السعر ، فانــه لم يذهب من المغصوب عين ، ولا معنًى ، وههنا فوّت معنًى ، وهو إمكان الانتفاع به ، وهذا هو الموجب لنقص قيمته ، وهو حاصل من جهة الغاصب ، فينبغى ان يضــمنه ، كما لو فوّت بصره ، أو سمعه ، أو عقله ، أو فكّ تركيب باب ، ونحوه .

٣٩٠٥ (فصــل)

وإن غصب ثوباً فلبسه ، فأبلاه ، فنقصَ نصفَ قيمته ، ثم غلت الثيــابُ ، فعادت لذلك قيمتُه . كما كانت لزمه ردُّه وأرش نقصه ، فلو غصب ثوباً قيمتُه عشرة ، فنقصه لبسُه حتى صارت قيمتُه خمســةً ، ثم زادت قيمتُه ، فصارت عشرةً ردّه ، وردّ خمسةً . لأن ماتلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمتُه فى الذمّة خمسةً ، فلا يُعتبر ذلك بغلاء الثوب ، ولا رخَصــه ، وكذلك لو رَخُصت الثيابُ ، فصارت قيمتها ثلاثةً لم يلزم الغاصبَ إلا خمسةٌ مع ردّ الثوب ، ولو تلف الثوب كلُّه ، وقيمتُه عشرةٌ ، ثم غلت الثيابُ ، فصارت قيمةُ الثوب عشرين لم يضمن إلا عشرةً . لأنّها ثبتت فى الذمّة عشرةً ، فلا تزداد بغلاء الثياب ، ولا تنقُص برخصها .

٣٩٠٦ (فصــــل)

وإن غصب ثوباً أو زولياً ، فذهب بعض أجزائه ، كخَمل المِنْشَفَةِ[1] ، وزِئْبِرَةِ الثوب ، فعليه أرش نقصه ، وإن أقام عنده مدّة لمثلها أجرةٌ لزمه أجره ، سواء استعمله أو تركه ، وإن اجتمعا : مثل أن أقام عنده مدّةً ، فذهب بعض أجزائه ، فعليه ضمانُهما معاً : الأجر ، وأرش النقص ، سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال ، أو بغيره ، وقال بعض أصحاب الشافعيّ : إن نقص بغير الاستعمال ، كثوب ينقصُه النشر ، فنقص بنشره ، وبقى عنده مدّة ضمن الأجر ، والنقص ، وإن كان النقص من جهة الاستعمال ، كثوب لبسه،

(١) خمل المنشفة : وبرة (الفوطة) وزئبرة الثوب وبرته الناعمة.

وأبلاه ، ففيه وجهان . أحدهما : يضمنهما معاً . والثانى : يجب أكثر الأمرين من الأجر ، وأرش النقص ، لأنّ ما نقص من الأجزاء فى مقابلة الأجر ، ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء ، ويتخرّج لنا مثل ذلك .

ولنا : أن كلّ واحد منهما ينفرد بالإيجاب عن صاحبه ، فإذا اجتمعا وجبا ، كما لو أقام فى يده مدّة ، ثمّ تلف ، والأجرة تجب فى مقابلة ما يفوت من المنافع ، لا فى مقابلة الأجزاء ، ولذلك يجب الأجر . وإن لم تفت الأجزاء ، وإن لم يكن للمغصوب أجر كثوب غير مخيط ، فلا أجر على الغاصب ، وعليه ضمانُ نقصه ، لا غيرُ .

٣٩٠٧ (فصل)

وإذا نقص المغصوب عند الغاصب ، ثم باعه ، فتلف عند المشترى ، فله أن يضمن من شاء منهما ، فإن ضمَّن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت ، من حين الغصب إلى حين التلف ، لأنه فى ضمانه من حين غصبه إلى يومَ تلِفَ ، وإن ضمَّن المشترى ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه ، لأنّ ما قبل القبض لم يدخل فى ضمانه ، وإن كان له أجرة ، فله الرجوع على الغاصب بجميعها ، وإن شاء رجع على المشترى بأجر مُقامه فى يده ، وبالباقى على الغاصب، والكلام فى رجوع كلّ واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعدُ إن شاء الله تعالى .

٣٩٠٨ (فصل)

وإذا غصب حنطةً فطحنها ، أو شاةً فذبحها ، وشواها ، أو حديداً فعمله سكاكين ، وأوانىَ ،أو خَشَبَةً فنجَرها باباً ، أو تابوتاً ،أوثوباًفقطعه ، وخاطه ، لم يزُلْ ملكُ صاحبه عنه ، ويأخذه ، وأرشَ نقصه ، إن نقص ، ولا شىء للغاصب فى زيادته ، فى الصحيح من المذهب ، وهذا قول الشافعىّ ، وقال أبو حَنِيفة : فى هذه المسائل كلّها ينقطع حقّ صاحبها عنها ، إلاّ أنّ الغاصب لا يجوز له التصرّف فيها ، إلا بالصدقة ، إلا أن يدفع قيمتها ، فيملكها ، ويتصرّف فيها كيف شاء ، ورَوى محمد بن الحكم ، عن أحمد ما يدلّ على أن الغاصب يملكها بالقيمة ، إلاّ أنه قول قديم رجع عنه ، فإنّ محمداً مات قبل أبى عبد الله بنحوٍ من عشرين سنةً ، واحتجُّوا بما رُوى : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم « زَارَ قَوْماً مِنَ الأَنْصَارِ فِى دَارِهِمْ ، فَقَدَّمُوا إِلَيْهِ شَاةً مَشْوِيَّةً ، فَتَنَاوَلَ مِنْهَا لُقْمَةً فجعل يلوكها ، ولا يُسِيغُها ، فقال : إِنَّ هَذِهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرُ نِى أنها أُخِذَتْ بِغَيْرِ حَقٍّ . فَقَالُوا : نَعَمْ ، يا رَسُولَ اللهِ ، طَلَبْنَا فِى السُّوقِ فَلَمْ نَجِدْ ، فَأَخَذْنَا شَاةً لِبَعْضِ الأَنْصَارِ جِيرَانِنَا ، وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ مِنْ ثَمَنِها ، فقال النبىُّ صلَّى الله عليه وسلّم : أَطْعِمُوهَا الأَسْرَى »

رواه أبو داود بنحوٍ من هذا ، وهذا يدلّ على أنّ حقّ أصحابها انقطع عنها ، ولولا ذلك لأمر بردّها عليهم .

ولنا أن عين مال المغصوب منه قائمةٌ فلزم ردّها إليه ، كما لو ذبح الشاة ، ولم يشوها ، ولأنه لو فعله بمالكه لم يزُل عنه ، فإذا فعله بملك غيره لم يزُل عنه ، كما لو ذبح الشاة ، أو ضرب النُّقْرَةَ دراهم . ولأنه لا يُزيل الملك إذا كان بغير فعل آدميّ ، فلم يُزِله إذا فعله آدميّ ، كالذى ذكرناه ، فأمّا الخبر ، فليس بمعروف ، كما رووه . وليس فى رواية أبى داود « وَنَحْنُ نُرْضِيهِمْ عَنْهَا » .

فإذا ثبت هذا : فإنّه لا شىء للغاصب بعمله ، سواء زادت العين ، أو لم تَزِدْ . وهذا مذهب الشافعىّ ، وذكر أبو الخطاب : أن الغاصب يُشارك المالك بالزيادة ، لأنّها حصلت بمنافعه ، ومنافعه أُجْرِيَتْ مُجرى الأعيان ، فأشبه مالو غصب ثوباً ، فصبغه ، والمذهبُ الأوّلُ ذكره أبو بكر ، والقاضى . لأن الغاصب عمل فى ملك غيره بغير إذنه ، فلم يستحقّ لذلك عِوضاً ، كما لو أغلَى زَيْتاً ، فزادت قيمتُه ، أو بنى حائطاً لغيره ، أو زرع حِنْطةَ إنسان فى أرضه ، وسائر عمل الغاصب . فأمّا صبغُ الثوب فإن الصبغ عين مال ، لا يزولُ ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره ، وهذا حُجّة عليه ، لأنّه إذا لم يزُل ملكه عن صَبْغه بجعله فى ملك غيره ، وجعله كالصفة ، فلأَنْ لا يزولَ ملك غيره بعمله فيه أولى ، فإن احتجّ بأن من زرع فى أرض غيره يردّ عليه نفقته . قلنا : الزرع ملك للغاصب ، لأنه عين ماله ، ونفقته عليه تزداد به قيمتُه ، فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له بما أنفق على ملكه ، وفى مسألتنا عمله فى ملك المغصوب منه بغير إذنه ، فكان لاغياً ، على أننا نقول : إنّما تجب قيمة الزرع على إحدى الروايتين ، فأما إن نقصت العين دون القيمة ردّ الموجود ، وقيمةَ النقص ، وإن نقصت العينُ ، والقيمةُ ضمنهما معاً كالزيت إذا غلاه . وهكذا القول فى كلّ ما تصرّف فيه ، مثلُ نُقرةٍ ضربها دراهم ، أو حَلْياً ، أو طيناً جعله لَبِناً ، أو غزْلاً نسجه ، أو ثوباً قصّره ، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله ، مثل أن سَمَّر الرفوف بمسامير من عنده ، فله قلعها ، ويضمن مانقصت الرفوف ، وإن كانت المسامير من الخشب المغصوبة أو مال المغصوب منه ، فلا شىء للغاصب ، وليس له قلعها ، إلا أن يأمره المالك بذلك ، فيلزمه ، وإن كانت المسامير للغاصب ، فوهبها للمالك ، فهل يُجبَر على قبول الهبة ؟ على وجهين ، وإن كان استأجر الغاصب على عمل شىء من هذا الذى ذكرناه ، فالأجرُ عليه ، والحكم فى زيادته ونقصه كما لو ولِيَ ذلك بنفسه ، إلاّ أن للمالك أن يُضَمِّنَ النقص من شاء منهما . فلو استأجر قصّاباً ، فذبح شاةً ، فللمالك أخذها ، وأرش نقصها ، ويُغرِّم من شاء منهما . فإن غرّم الغاصب لم يرجع على أحدٍ ، إذا لم يعلم القصّاب الحال ، وإن ضمن القصّاب رجع على الغاصب ، لأنّه غرّه : وإن علم القصّاب أنها مغصوبة ، فغرّمه لم يرجع على أحدٍ ، لأنه أتلف مال

غيره بغير إذنه ، عالماً بالحال ، وإن ضمن الغاصب رجع على القصّاب ، لأن التلف حصل منه ، فاستقرّ الضمان عليه ، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

٣٩٠٩ (فصـــل)

وإن غصب حبًّا ، فزرعه ، فصار زرعاً أو نوًى ، فصار شجراً ، أو بيضاً ، لحضنه فصار فرخاً فهو المغصوب منه ، لأنّه عين ماله ، نَمَى ، فأشبه ما تقدّم ، ويتخرّج أن يملكه الغاصب ، بناء على الرواية المذكورة فى الفصل السابق ، وإن غصب دجاجة : فباضت عنده ، ثم حَضَنت بيضها ، فصار فراخاً [1] فَهُمْ لمالكها ، ولا شيء للغاصب فى عَلَفها . قال أحمد فى طَيْرة جاءت إلى دار قوم ، فأفرخت عندهم : يردّ فروخها إلى أصحاب الطّيْرة ، ولا شيء للغاصب فيما عمل .

وإن غصب شاةً فأنزى عليها فحلاً ، فالولد لصاحب الشاة ، لأنه من نمائها . وإن غصب فحلاً فأنزاه على شاته ، فالولد لصاحب الشاة ، لأنه يتبع الأمّ ، ولا أجرة له ، لأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ عَسَب الفَحْلِ » وإن نقصه الضراب ضمّ نقصه .

٣٩١٠ (فصـــل)

وإن غصب دنانير ، أو دراهم من رجل ، وخلطها بمثلها لآخر ، فلم يتميّزا صارا شريكين ، وقال أبو حنيفة : يملكها الغاصب ، وعليه غرامة مثلها ، لهما . وإن خلطها بمثلها من ماله ، ملكها ، لأنه تعذّر تسليمُها بعينها ، فأشبه مالو تلفت .

ولنا : أنه فِعلٌ فى المغصوب على وجه التعدى لم يَذهب بماليّته ، فلم يُزل ملك صاحبه عنه ، كذبح الشاة

٣٩١١ (فصـــل)

وإن غَصب عبداً ، فصاد صيداً ، أو كسب شيئاً ، فهو لسيّده ، وإن غصب جارحاً ، كالفهد ، والبازى فصاد به ، فالصيدُ لمالكه ، لأنه من كسب ماله ، فأشبه صيد العبد ، ويحتمل أنه للغاصب ، لأنه الصائد ، والجارحة آلةٌ له ، ولهذا يُكتَفَى بتسميته عند إرساله الجارح ، وإن غصب قوساً ، أو سهماً ، أو شبَكةً ، فصاد به ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لصاحب القوس ، والسهم ، والشبكة . لأنه حاصلٌ به ، فأشبه نماء ملكه ، وكسبَ عبده .

(١) هكذا : بالأصول ، والصحيح (فهى) لأن (هم) للعاقل والفراخ لا تعقل ، وليس هنا داع لاستعمال ضمير العاقل فيما لا يعقل .

والثانى : للغاصب .لأن الصّيد حصل بفعله ، وهذه آلاتٌ ، فأشبه ما لو ذبح بسكّين غيره ، فإن قلنا : للغاصب .فعليه أجرُ ذلك كلِّه مُدّة مُقامه فى يديه ، إن كان له أجر ، وإن قلنا : هو للمالك لم يكن له أجرٌ فى مُدّة اصطياده ، فى أحد الوجهين . لأن الأجر فى مقابلة منافعه ، ومنافعهُ فى هذه المدّة عائدةٌ إلى مالكه ، فلم يستحقّ عِوَضها على غيره ، كما لو زرع أرضَ إنسان ، فأخذ المالكُ الزرع بنفقته ، والثانى عليه أجرُ مثله . لأنه استوفى منافعه ، أشبه ما لو لم يصد شيئاً .

٣٩١٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن غصب جارية ، فوطئها ، وأولدها لزمه الحدّ ، وأخذها سيّدها ، وأولادَها ، ومهرَ مثلها ﴾

وجملة ذلك : أن الغاصب إذا وطىء الجارية المغصوبةَ فهو زانٍ . لأنّها ليست زوجةً له ، ولا مِلكَ يمين ، فإن كان عالماً بالتحريم فعليه حدُّ الزنا . لأنه لا ملك له ، ولا شُبهةَ مِلك ، وعليه مهرُ مثلها ، سواء كانت مُـكرهةً ، أو مُطاوعةً ، وقال الشافعىّ : لا مهر للمطاوِعة . لأن النبىَّ صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ مَهْرِ البَغِيّ » .

ولنا : أن هذا حقّ للسيّد فلا يسقُط بمطاوعتها ، كما لو أذِنت فى قطع يدها ، ولأنّه حقٌّ يجب للسّيد مع إكراهها ، فيجبُ مع مُطاوعتها ، كأجر منافعها ، والخبرُ محمولٌ على الحرّة ، ويجب أرشُ بكارتها ، لأنّه بدلُ جزء منها ، ويحتمل أن لا يجب ، لأن مهرَ البِـكر يدخُل فيه أرشُ البَـكارة ، ولهذا يزيدُ على مهر الثيِّب عادةً لأجل ما يتضمّنه من تفويت البَـكارة .

وإن حملت فالولدُ مملوكٌ لسيّدها . لأنّه من نَمائها ، وأجزائها ولا يُلْحَقُ نسبُه بالواطىء ، لأنّه من زناً .

فإن وضعته حيًّا وجب ردُّه معها ، وإن أسقطته مَيّتاً لمُ يضمن . لأننا لا نعلم حياته قبل هذا .

هذا قولُ القاضى ، وهو الظاهرُ من مذهب الشافعىّ عند أصحابه ، وقال القاضى أبو الحسين : يجبُ ضمانُه بقيمته ، لو كان حيًّا ، نصّ عليه الشافعىّ . لأنه يضمنُه لو سقط بضَرْبته ، وما ضُمِن بالإتلاف ضَمِنَهُ الغاصب . بالتلف فى يده ، كأجر العين ، والأولى إن شاء الله تعالى أن يضمنه بعُشْرِ قيمةِ أمِّه . لأنه الذى يضمنُه به بالجناية ، فيضمنُه به فى التلف ، كالأجزاء .

وإن وضعته حيًّا حصل مضموناً فى يد الغاصب ،كالأمّ ، فإن مات بعد ذلك ضَمنه بقيمته ، وإن نقصت الأمّ بالولادة ضمن نقصها ، ولم يَنْجَبِرْ بالولد ، وبهـــذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : ينجبِرُ نقصُها بولدها .

ولنا : أن ولدها ملك المغصوب منه ، فلا ينجبرُ به نقصٌ حصل بجناية الغاصب ، كالنقص الحاصل

بغير الولادة ، وإن ضرب الغاصبُ بطنَها ، فألقت الجنينَ ميتاً ، فعليه عُشرُ قيمة أمّه ، وإن ضرب بطنها أجنبيٌّ ففيه مثلُ ذلك ، وللمالك تضمينُ أيّهما شاء .

فإن ضمن الغاصبُ رجع على الضارب وإن ضمن الضاربُ لم يرجع على أحدٍ : لأن الإتلاف وُجد منه ، فاستقرّ الضمانُ عليه ، وإن ماتت الجارية فعليه قيمتُها أكثر ما كانت ، ويدخُل في ذلك أرشُ بَكارتها ، ونقصُ ولادتها ، ولا يدخلُ فيه ضمان ولدها ، ولا مهرُ مثلها ، وسواء في هذه الأحكام كلِّها حالةُ الإكراه ، أو المطاوَعةِ لأنها حقوق لسيّدها ، فلا تسقط بمطاوعتها : وأما حقوق الله تعالى ، كالحدّ عليها ، والتعزير في موضع يجبُ[1] فإن كانت مطاوِعةً على الوطء ، عالِمةً بالتحريم فعليها الحدُّ ، إذا كانت من أهله ، والإثم ، وإلا فلا .

٣٩١٣ (فصـــــل)

وإن كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك ، لقرب عهده بالإسلام ، أو ناشئاً ببادية بعيدة ، يخفى عليه مثلُ هذا ، فاعتقد حِلَّ وطئها ، أو اعتقد أنها جاريتُه ، فأخذها ، ثم تبيّن أنها غيرُها ، فلا حدّ عليه ، لأنّ الحدّ يُدرأ بالشُبُهات ، وعليه المهرُ ، وأرشُ البَكارةِ .

وإن حملت فالولد حرّ . لاعتقاده أنها مِلْكهُ ، ويلحقُه النسبُ ، لموضع الشُّبْهةِ .

وإن وضعته ميتاً لم يَضمنه لأنّه لم يَعلم حياته ، ولأنه لم يُحَلْ بينه ، وبينه ، وإنّما وجب تقويمُه ، لأجل الحيلولة .

وإن وضعته حيًّا فعليه قيمته يوم انفصاله ، لأنه فوّت عليه رِقَّه باعتقاده ، ولا يمكن تقويمه حملاً فقوِّم عليه أولَ حالِ انفصاله ، لأنه أولُ حال إمكان تقويمه ، ولأن ذلك وقتُ الحيلولة بينه ، وبين سيّده ، وإن ضرب الغاصبُ بطنها ، فألقت جنيناً ميّتاً ، فعليه غُرَّةٌ عبدٌ أو أمَةٌ ، قيمتُها خمسٌ من الإبل ، موروثةً عنه ، لا يرث الضاربُ منها شيئاً . لأنه أتلف جنيناً حرًّا ، وعليه للسيّد عُشر قيمة أمّه . لأن الإسقاط لما اعتقب الضرب ، فالظاهر حصولُه به وضمانه للسيّد ضمانُ المماليك ، ولهذا لو وضعته حيًّا قوّمناه مملوكاً . وإن كان الضارب أجنبيًّا فعليه غُرَّةٌ ، دِيَةُ الجنين الحرّ . لأنه محكوم بحرّيته ، وتكون موروثةً عنه وعلى الغاصب للسيّد عُشر قيمة أمّه ، لأنه يضمنه ضمان المماليك ، وقد فوّت رقّه على السيّد ، وحصل التلف في يديه ، والحكم في المهر ، والأرش ، والأجر ، ونقص الولادة ، وقيمتها على ما مضى ، إذا كانا عالمين . لأن هذه حقوق الآدميّين ، فلا تسقُط بالجهل ، والخطأ ، كالدية .

---

(١) الأسلوب السليم أن يقال يجب فيه ليعود الضمير من الوصف إلى الموصوف ، إلا إذا قلنا بتقدير « فيه » فيجوز .

٣٩١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كان الغاصب باعها ، فوطئها المشترى ، وأولدها ، وهو لا يعلم رُدّت الجاريةُ إلى سيّدها ، ومهر مثلها، وفَدَى أولاده بمثلهم ، وهم أحرار . ورجع بذلك كلّه على الغاصب ﴾ .

وجملة ذلك : أن الغاصب إذا باع الجارية فبيعُه فاسدٌ لأنه يبيعُ مالَ غيره ، بغير إذنه ، وفيه رواية أخرى : أنّه يصحّ ، ويقفُ على إجازة المالك ، وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، وفيه رواية ثالثة : أنّ البيع يصحّ ، وينفذُ . لأنّ الغصب فى الظاهر تَتَطاوَلُ مدّته ، فلو لم يصحّ تصرّف الغاصب أفضى إلى الضرر بالمالك، والمشترى . لأنّ المالك لا يملك ثمنها ، والمشترى لا يملكها ، والتفريع على الرواية الأولى ،والحكم فى وطء المشترى كالحكم فى وطء الغاصب ، إلاّ أنّ المشترىَ إذا ادّعى الجهالة قُبِل منه ، بخلاف الغاصب ، فإنّه لا يُقبل منه إلاّ بشرطٍ ذكرناه ، ويجب ردّ الجارية إلى سيّدها ، وللمالك مطالبة أيّهما شاء بردّها.لأنّ الغاصب أخذَها بغير حقّ ،وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» والمشترى أخذ مال غيره بغير حقّ أيضاً ، فيدخُل فى عموم الخبر ، ولأن مالغيره فى يده ، وهذا لاخلاف فيه بحمد الله تعالى .

ويلزم المشترىَ المهرُ لأنه وطىء جاريةَ غيره ، بغير نكاح ، وعليه أرشُ البكارة ، ونقص الولادة ، وإن ولدت منه فالولد حُرّ لاعتقاده أنّه يطأ مملوكته ، فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ، ويلحقهُ نسبُه ، وعليه فداؤهم ، لأنّه فوّت رِقَّهم على سيّدهم ، باعتقاده حِلّ الوطء .

هذا الصحيحُ فى المذهب ، وعليه الأصحابُ ، وقد نقل ابن منصور ، عن أحمد : أن المشترىَ لايلزمُهُ فداء أولاده ، وليس للسيّد بدلُهم. لأنهم كانوا فى حال العُلوُق أحراراً ، ولم يكن لهم قيمةٌ حينئذٍ ، قال الخلاّل : أحسبُه قولاً لأبى عبد الله أوّلَ ، والذى أذهب إليه : أنّه يفديهم ، وقد نقله ابن منصور أيضاً ، وجعفرُ بن محمد ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، ويفديهم ببدلهم يوم الوضع ، وبهذا قالالشافعىّ .

وقال أبو حنيفة : يجبُ يومَ المطالبة ، لأنّ ولد المغصوبة لا يضمنهُ عنده إلاّ بالمنع ، وقبلَ المطالبة لم يحصلْ منعٌ ، فلم يجب ، وقد ذكرنا فيما مضى : أنّه يحدُث مضموناً ، فيقوّمُ يوم وضعه ، لأنه أولُ حالٍ أمكن تقويمُه .

واختلف أصحابنا فيما يفديهم به ، فنقل الخِرَقىّ ههنا : أنه يفديهم بمثلهم ، والظاهر أنه أراد بمثلهم فى السنّ ، والصفات ، والجنس ، والذكوريّة ، والأنوثيّة ، وقد نصّ عليه أحمد .

وقال أبو بكر عبد العزيز : يفديهم بمثلهم فى القيمة ، وعن أحمد روايةٌ ثالثة : أنه يفديهم بقيمتهم ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، وهوأصحّ إن شاء الله تعالى . لأن الحيوانليس بمثلىّ ، فيُضمن بقيمته،

كسائر المتقوّمات ، ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته ، وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال فى غير هذا الموضع .

وقول الخِرَقىّ « رجع بذلك كُلِّه على الغاصب » . يعنى بالمهر ، وما فدى به الأولاد . لأن المشترىَ دخل على أن يَسْلَمَ له الأولادُ وأن يتمكّن من الوطء بغير عِوَض ، فإذا لم يَسْلَم لهذلك ، فقد غرّه البائع ، فرجع به عليه .

فأما الجارية إذا ردّها لم يرجع ببدلها ، لأنّها ملكُ المغصوب منه ، رجعت إليه ، لـكنّه يرجع على الغاصب بالثمن الذى أخذه منه .

وإن كانت قد أقامت عندهُ مدّةً لمثلها أجر فى تلك المدّة ، فعليه أجرُها ، وإن اغتصبها بِـكراً فعليه أرشُ بَـكارتها ، وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرشُ نقصها ، وإن تلفت فى يده فعليه قيمتُها . وكلُّ ضمانٍ يجبُ على المشترى فللمغصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما . لأن يد الغاصب سبَبُ يدِ المشترى ، وما وجب على الغاصب من أجر المدّة التى كانت فى يده ، أو نقصٍ حدث عنده ، فإنّه يرجع به على الغاصب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشترى ، فإذا طالب المالك المشترىَ بما وجب فى يده ، وأخذه منه ، فأراد المشترى الرجوعَ به على الغاصب نظرتَ :

فإن كان المشترى حين الشراء علم أنّها غيرُ مغصوبة لم يرجع بشىء . لأن مُوجَب الضمان وُجد فى يده من غير تغرير ، وإن لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب :

ضرب لا يرجع به ، وهو قيمتها ، إن تلفت فى يده ، وأرشُ بـكارتها ، وبدلُ جُزء من أجزائها . لأنه دخل مع البائع على أنه يـكون ضامناً لذلك بالثمن ، فإذا ضمنه لم يرجع به .

وضرب يرجع به ، وهو بدل الولد إذا ولدت منه . لأنه دخل معه فى العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ، ولم يحصُل من جهته إتلافٌ ، وإنّما الشرعُ أتلفه بحـكم بيع الغاصب منه ، وكذا نقص الولادة .

وضرب اختلف فيه ، وهو مهر مثلها ، وأجر نفعها ، فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان :

إحداها : يرجع به ، وهو قول الخِرقىّ . لأنه دخل فى العقد على أن يُتلفه بغير عوض ، فإذا غرم عِوَضه رجع به ، كبدل الولد ، ونقص الولادة ، وهذا أحدُ قولى الشافعىّ .

والثانية : لا يرجع به ، وهو اختيار أبى بكر ، وقول أبى حنيفة . لأنه غرم ما استوفى بدله ، فلا ترجع به ، كقيمة الجارية ، وبدل أجزائها ، وهذا القولُ الثانى للشافعىّ . وإن رجع بذلك كلّه على الغاصب ، فـكلُّ ما لو رجع به على المشترى لا يرجع به على الغاصب ، إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصبُ على المشترى . وكل ما لو رجع به على المشترى رجع به المشـترى على الغاصب . إذا غرمه الغاصبُ لم يرجع به على المشترى ، ومتى ردّها حاملاً ، فماتت من الوضع ، فإنها مضمونة على الواطىء ، لأنّ التلف بسببٍ من جهته .

٣٩١٥ (فصــل)

ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحدّ دونها ، لأنها معذورة ، وعليه مهرها ، حرّةً كانت ، أو أمةً . فإن كانت حُرّة كان المهرُ لها ، وإن كانت أمَةً كان لسيّدها ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجبُ المهرُ لأنه وطء يتعلّق به وجوبُ الحدّ ، فلم يجب به المهرُ ، كما لو طاوعته .

ولنا : أنه وطء فى غير ملك ، سقط فيه الحدّ ، من الموطوءة ، فإذا كان الواطىء من أهل الضمان فى حقّها وجب عليه مهرها ، كما لو وطئها بشُبهة ، وأما المطاوعة ، فإن كانت أمةً وجب مهرُها . لأنه حقٌّ لسيّدها ، فلا يسقُط برضاها ، وإن كانت حُرّة لم يجب لها المهر : لأن رضاها اقترن بالسبب الموجِب ، فلم يُوجِب ، كما لو أذنته فى قطع يدها ، أو إتلاف جُزء منها .

وروى عن أحمد رواية أخرى : أنّ الثيِّب لا مهر لها ، وإن أُكْرِهت ، نقلها ابن منصور ، وهو اختيار أبى بكر ، والصحيحُ الأول . لأنها مكرهة على الوطء الحرام ، فوجب لها المهر ، كالبكر ، ويجب أرشُ البَكارة مع المهر ، كما قدّمنا .

٣٩١٦ (فصــل)

إذا أجّر الغاصبُ المغصوبَ فالإجارةُ باطلة ، على إحدى الروايات ، كالبيع ، ولمالكه تضمين أيّهما شاء أجرَ مثلها ، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك ، لأنه دخل فى العقد على أنه يضمن المنفعة ، إلا إن يزيد أجرُ المثل على المسمّى فى العقد ، فيرجع بالزيادة ، ويسقُط عنه المسمّى فى العقد ، وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به ، وإن تلفت العين فى يد المستأجر فلمالكها تغريمُ من شاء منها قيمتها ، فإن غرّم المستأجرَ فله الرجوع بذلك على الغاصب . لأنه دخل معه على أنه لا يضمنُ العين ، ولم يحصل له بدلٌ فى مقابلة ما غَرِم ، هذا إذا لم يعلم بالغصب ، وإن علم لم يرجع على أحدٍ . لأنه دخل على بصيرة ، وحصل التلف فى يده ، فاستقرّ الضمان عليه .

فإن غرم الغاصبُ الأجرَ ، والقيمةَ رجع بالأجر على المستأجر ، على كلِّ حال ، ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالماً بالغصب ، وإلاّ فلا ، وهذا قول الشافعىّ ومحمد ابن الحسن ، فى الفصل كلّه ، وحُكى عن أبى حنيفة أن الأجر للغاصب ، دون صاحب الدار ، وهذا فاسدٌ . لأن الأجر عِوَض المنافع المملوكة لربّ الدار ، فلم يملكها الغاصبُ ، كعِوَض الأجزاء .

٣٩١٧ (فصــل)

وإن أودع المغصوبَ ، أو وكّل رجلاً فى بيعه ، ودفعه إليه ، فتلف فى يده فللمالك تضمينُ أيِّهما شاء ، أمّا الغاصبُ فلأنه حالَ بين المالك ، وبين ملكه ، وأثبت اليد العاديَةَ عليه ، والمستودَع والوكيلُ لإثباتهما

أيديهما على مِلكٍ معصوم بغير حقّ ، فإن غرم الغاصبُ ، وكانا غير عالمين بالغصب ، استقرّ الضمان عليه ، ولم يرجع على أحدٍ ، وإن غَرّمهما رجعا على الغاصب بما غَرِما من القيمة ، والأجر ، لأنهما دخلا على أن لا يضمنا شيئاً من ذلك ، ولم يحصُل لهما بدل عمّا ضمِنا .

وإن علما أنّها مغصوبة استقرّ الضمانُ . لأن التلف حصل تحت أيديهما . من غير تغرير بهما . فاستقرّ الضمانُ عليهما .

فإن غرما شيئاً لم يرجعا به ، وإن غرم الغاصبُ رجع عليهما ، لأنّ التلف حصل فى أيديهما . وإن جَرَحها الغاصبُ ، ثم أودعها . أو ردّها إلى مالكها . فتلفت بالجرح استقرّ الضمان على الغاصب بكلّ حال. لأنه هو المتلِف . فكان الضمانُ عليه ، كما لو باشرها بالإتلاف فى يده .

٣٩١٨ (فصــل)

وإن أعار العين المغصوبة . فتلفت عند المستعير . فللمالك تضمينُ أيِّهما شاء أجرها . وقيمتها ، فإن غرم المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع على أحدٍ . وإن غرم الغاصبُ رجع على المستعير . وإن لم يكن علم بالغصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين . لأنه قبضها على أن تكون مضمونةً عليه . وهل يرجع بما غرِم من الأجر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يرجع . لأنه دخل على أن المنافع له غيرُ مضمونة عليه .

والثانى : لا يرجع لأنه انتفع بها ، فقد استوفى بدل ما غرِم ، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال ، وإذا كانت العينُ وقتَ القبض أكثرَ قيمةً من يوم التلف ، فضمن الأكثرَ ، فينبغى أن يرجع بما بين القيمتين : لأنه دخل على أنه لا يضمّنه ، ولم يستوف بدله ، فإن ردّها المستعيرُ على الغاصب ، فللمالك أن يُضمِّنَهُ أيضاً ، لأنه فوّت الملك على مالكه ، بتسليمه إلى غير مُستحقّه ، ويستقرّ الضمان على الغاصب ، إن حصل التلف فى يديه ، وكذلك الحكم فى المودَع ، وغيره .

٣٩١٩ (فصــل)

وإن وهب المغصوب لعالم بالغصب ، استقرّ الضمانُ على المتّهب ، فمهما غرم من قيمة العين ، أو أجزائها لم يرجع به على أحد ، لأن التلف حصل فى يديه ، ولم يَغُرّه أحد ، وكذلك أجر مدّة مُقامه فى يديه ، وأرشُ نقصه إن حصل ، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمينُ أيهّما شاء . فإن ضمن المتّهبُ رجع على الواهب بقيمة العين ، والأجزاء ، لأنه غَرّه . وقال أبو حنيفة : أيّهما ضمن لم يرجع على الآخر .

ولنا : أن المتّهب دخل على أن تَسْلم له العين ، فيجبُ أن يرجع بما غَرِم من قيمتها ، كقيمة الأولاد ،

فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه ، فأما الأجرة ، والمهر ، وأرش البكارة فهل يرجع به المتّهب على الواهب ؟ فيه وجهان ، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المتّهب ؟ فيه وجهان :

٣٩٢٠ (فصـــل)

وتصرّفات الغاصب كتصرّفات الفضوليّ على ما ذكرنا من الروايتين .

إحداها : بطلانها .

والثانية : صحّتها ووقوفها على إجازة المالك ، وذكر أبو الخطّاب : أن فى تصرّفات الغاصب الحكميّة روايةً : أنها تقع صحيحةً ، وسواء فى ذلك العبادات ، كالطهارة ، والصلاة ، والزكاة ، والحجّ ، أو العقود كالبيع ، والإجارة ، والنّكاح ، وهذا ينبغى أن يتقيّد فى العقود بما لم يُبطله المالك ، فأمّا ما اختار المالك إبطاله ، وأخذ المعقود عليه ، ، فلم نعلم فيه خلافاً ، وأما ما لم يُدركه المالك ، فوجه التصحيح فيه : أن الغاصب تطول مدّته ؛ وتكثرُ تصرّفاته ؛ ففى القضاء ببطلانها ضرر كثير ، وربّما عاد الضرر على المالك ؛ فإنّ الحكم بصحّتها يقتضى كون الربح للمالك ، والعوَض بنمائه ؛ وزيادته له ؛ والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

٣٩٢١ (فصـــل)

وإذا غصب أثماناً ، فاتجر بها ، أو عُروضاً ؛ فباعها ، واتّجر بثمنها ، فقال أصحابنا : الربح للمالك ، والسلع المشتراة له ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطّاب : إن كان الشراء بعين المال فالربحُ للمالك ، قال الشريف : وعن أحمد : أنه يتصدّق به ، وإن اشتراه فى ذمّته ، ثم نقد الأثمان ، فقال أبو الخطّاب : يحتملُ أن يكون الربح للغاصب ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ فى أحد قوليه . لأنّه اشترى لنفسه فى ذمّته ، فكان الشراء له ، والربح له ، وعليه بدل المغصوب ؛ وهذا قياس قول الخِرَقىّ ؛ ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه ، لأنه نماء ملكه ، فكان له ، كما لو اشترى بعين المال ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وإن حصل خسُرانٌ ، فهو على الغاصب ، لأنه نقصٌ حصل فى المغصوب ، وإن دفع المالَ إلى من يُضارب به فالحكمُ فى الربح على ما ذكرناه ، وليس على المالك من أجر العامل شىء لأنه لم يأذن له فى العمل فى ماله ، وأما الغاصبُ فإن كان المضاربُ عالماً بالغصب ، فلا أجر له ، لأنه مُتَعَدٍّ بالعمل ، ولم يَغُرّه أحد ، وإن لم يعلم بالغصب فعلى الغاصب أجرُ مثله ، لأنه استعمله عملاً بعوَض لم يحصُل له ، فلزمه أجرُه كالعقد الفاسد .

٣٩٢٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن غصب شيئاً ، ولم يقدر على ردّه لزمت الغاصبَ القيمة ، فإن قدر عليه ردّه ، وأخذ القيمة ﴾

وجملته : أن من غصب شيئاً يَعْجِز عن ردّه ، كعبدٍ أبقَ ، أو دابّةٍ شرَدَتْ فللمغصوب منه المطالبة ببدله ، فإذا أخذه ملكه ، ولم يملك الغاصبُ العين المغصوبة ، بل متى قدر عليها لزمه ردُّها ،

ويستردّ قيمتها التى أدّاها ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ومالك : يخيّر المالك بين الصّبر إلى إمكان ردّها ، فيستردّها ، وبين تضمينه إيّاها ، فيزول ملكه عنها ، وتصير ملكاً للغاصب ، لا يلزمه ردُّها ، إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه ، لأن الملك ملك البدلَ ، فلا يبقى ملكُه على المبدل ، كالبيع ، ولأنه تضمينٌ فيما ينقل الملك فيه ، فنقَله كما لو خلط زيته بزَيْته .

ولنا : أن المغصوب لا يصحّ تملّكه بالبيع ، فلا يصحّ بالتضمين ، كالتالف ، ولأنه غرم ما تعذّر عليه ردّه بخروجه عن يده ، فلا يملكه بذلك ، كما لو كان المغصوب مُدبّراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل . لأنه مَلكَ القيمةَ لأجْل الحيلولة ، لا على سبيل العِوَض .

ولهذا إذا ردّ المغصوب اليه ردّ القيمة عليه ، ولا يُشبه الزيتَ لأنه يجوز بيعُه ، ولأنّ حقّ صاحبه انقطع عنه،لتعذّر ردّه أبداً.

إذا ثبت هذا : فإنّه متى قدر على المغصوب ردّه ، ونماءه المنفصل ، والمتّصل ، وأجر مثله إلى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى ردّه ؟ فيه وجهان :

أصحّهما : لا يلزمه ، لأنه استحقّ الانتفاع ببدله الذى أقيم مُقامه ، فلم يستحقّ الانتفاع به ، وبما قام مَقامه ، كسائر ما عداه .

والثانى : له أجر ، لأن العين باقيةٌ على مِلكه ، والمنفعة له ، ويجب على المالك ردُّ ما أخذه بدلاً عنه إلى الغاصب ، لأنه أخذه بالحيلولة ، وقد زالت ، فيجب ردُّ ما أخذ من أجلها . إن كان باقيا بعينه ، وردّ زيادته المتّصلة ، كالسِّمن ، ونحوه ، لأنها تتبع فى الفسوخ ، وهذافسخ ، ولا يلزم ردّ زيادته المنفصلة ، لأنها وجدت فى ملكه ، ولا تتبع فى الفسوخ ، فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب ، وإن كان البدل تالفاً ردَّ مثله ، أو قيمته ، إن لم يكن من ذوات الأمثال .

٣٩٢٣ (فصـــــل)

وإن غصب عصيراً ، فصار خمراً ، فعليه مثلُ العصير لأنه تلف فى يديه ، فإن صار خلاً وجب ردُّه ، وما نقص من قيمة العصير ، ويسترجع ما أدّاه من بدله ؛ وقال بعض أصحاب الشافعىّ : يردّ الخلّ ، ولا يسترجع القيمة ؛ لأن العصير تلف بتخمّره ؛ فوجب ضمانه ، وإن عاد خلاًّ ، كما لو هُزِلت الجارية السّمينةُ ثمّ عادَ سِمَنُها فإنّه يردّها ؛ وأرشَ نقصها .

ولنا : أن الخلَّ عينُ العصير تغيّرت صفتهُ ؛ وقد ردّه ؛ فكان له استرجاع ما أدّاه بدلاً عنه ؛ كما لو غصبه ؛ فغصبه منه غاصب ثم ردّه عليه ، وكما لو غصب حَملاً ، فصار كبشاً ؛ أما السِّمنُ الأوّل فلنا فيه منعٌ . وإن سلّمناه فالثانى غيرُ الأوّل ، بخلاف مسألتنا .

٣٩٢٤ (فصـــــل)

وإذا غصب شيئاً ببلد ، فلقيه ببـلد آخر ، فطالبه به ، نظرتَ : فإن كان أثماناً لزمه دفعها إليه ، لأن الأثمان قيمُ الأشياء ، فلا يضرّ اختلاف قيمتها ، وإن كانت غيرَها ، وكانت من المثليات ، وقيمته فى البلدين واحدةٌ ، أو كانت قيمتُه فى بلد الغصب أكثرَ لزمه أداء مثله ، لأنه لا ضرر عليه ، وكذلك إن كانت قيمته مختلفة ، إلاّ أنه لا مُؤْنة لحمـله ، فله المطالبة بمثله ، لأنه أمكنه ردّ المثل من غير ضرر يلحقه ، وإن كان لحمله مؤنة ، وقيمته فى البلد الذى غصبه فيه أقلّ فليس عليه ردّه ولا ردّ مثله . لأننا لا نكلّفه مؤنة النقل إلى بلد ، لا يستحقّ تسليمه فيه ، وللمغصوب منه الخِيَرَة بين الصبر إلى أن يستوفيه فى بلده ، وبين المطالبة فى الحال بقيمته فى البلد الذى غصبه فيه ، لأنه تعذّر ردّه وردّ مثله ، وإن كان من المتقوّمات فله المطالبة بقيمته ، فى البلد الذى غصبه فيه ، ومتى قدر على ردّ العين المغصوبة ردّها ، واسترجع بدلها ، على ما ذكرناه فى المسألة قبل هذا .

٣٩٢٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو غصبها حاملا ، فولدت فى يده ، ثم مات الولد أخـذها سيّدها ، وقيمةَ ولدها أكثرَ ما كانت قيمته ﴾

الـكلام فى هذه المسألة فى أمرين :

(أحـدها) أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان ، أمةً أو غيرها ، فالولدُ مضمون ، وكذلك لو غصب حائلاً ، فحملت عنده ، وولدت ضمن ولدها ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يجب ضمان الولد فى الصورتين ، لأنه ليس بمغصوب ، إذ الغصبُ فعل محظور ، ولم يوجـد ، فإن الموجود ثبوتُ اليد عليه ، وليس ذلك من فعله ، لأنه انبنى على وجود الولد ، ولا صُنع له فيه .

ولنا أن ما ضَمِن خارج الوعاء ضَمِن ما فيه كالدرّة فى الصـدفة ، والجوز ، واللوز ، ولأنه مغصوب ، فيُضمن ، كالأمّ ، فإنّ الولد إمّا أن يكون مودوعاً فى الأم ، كالدرّة فى الحُقّة : وإما أن يكون كأجزائها ، وفى كلا الموضعين الاستيلاء على الظرف ، والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف ، فإن أسقطته ميّتاً لم يضمنه ، لأنه لا تُعلم حياته ، ولـكن يجب ما نقصت الأمّ عن كونها حاملاً ، وأمّا إذا حدث الحمل فقد سبق الـكلامُ فيه .

(الأمر الثانى) أنه يلزمه ردّ الموجود من المغصوب ، وقيمة التالف ، فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الردّ ردّها ، وإن كانت تختلف نظرنا : فإن كان اختلافهما لمعنًى فيه ، من كِبَرٍ وصِغَرٍ ، وسِمَنٍ ، وهُزالٍ ، وتعـلُّمٍ ، ونِسيانٍ ، ونحو ذلك من المعانى التى تزيد بها القيمةُ ، وتنقصُ ،

فالواجب القيمة أكثرَ ما كانت ، لأنّها مغصوبة فى الحال التى زادت فيها ، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب ، على ما قررناه فيما مضى .

فإن كانت زائدةً حين تلفها لزمته قيمتها حينئذٍ ، لأنّه كان يلزمه ردّها زائدةً ، فلزمته قيمتها كذلك .

وإن كانت زائدةً قبل تلفها ، ثم نقصت عند تلفها ، لزمه قيمتها حين كانت زائدةً ، لأنه لو ردّها ناقصةً للزمه أرشُ نقصها ، وهو بدل الزيادة ، فإذا ضمن الزيادة مع ردّها ضمنها عند تلفها ، فإن كان اختلافها لتغيّر الأسعار لم يضمن الزيادة ، لأن نقصان القيمة لذلك لا يُضمن مع ردّ العين ، فلا يُضمن عند تلفها ، وحمل القاضى قول الخِرَقىّ على ما إذا اختلفت القيمة لتغيّر الأسعار ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه ، فإذا تعذّر ردّها ضمنها كقيمة يوم التلف ، وإنّما سقطت القيمة مع ردّ العين ، والمذهب الأول . لما ذكرنا .

وتفارق هذه الزيادة زيادة المعانى ، لأن تلك تُضمن مع ردّ العين ، فكذلك مع تلفها ، وهذه لا تُضمن مع ردّ العين ، فكذلك مع تلفها ، وقولهم : إنّها سقطت بردّ العين . لا يصحّ لأنها لو وجبت لما سقطت بالردّ ، كزيادة السِّمن ، والتعلّم ، قال القاضى : ولم أجد عن أحمد روايةً بأنها تُضمن بأكثر القيمتين ، لتغيّر الأسعار ، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف ، رواه الجماعة عن أحمد وعنه أنها تُضمن بقيمتها يوم الغصب ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك . لأنه الوقت الذى أزال يده عنه ، فيلزمه القيمةُ حينئذٍ ، كما لو أتلفه .

ولنا : أن القيمة إنما تثبت فى الذمّة حين التلف ، لأن قبل ذلك كان الواجب ردّ العين ، دون قيمتها ، فاعتُبرت تلك الحالة ، كما لو لم تختلف قيمته ، وما ذكروه لا يصحّ . لأن إمساك المغصوب غصبٌ ، فإنه فعلٌ يجب عليه تركه فى كلّ حال ، وما رُوى عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلاّل : جَبُنَ أحمد عنه ، كأنه رجع إلى قوله الأول .

٣٩٢٦ (فصل)

وإن كان المغصوب من المثليّات ، فتلف ، وجب ردّ مثله ، فإن فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل ، وقال القاضى : تجبُ قيمتهُ يوم قبض البدل ، لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل ، بدليل أنّه لو وجد المثل بعد فقده ، لكان الواجب هو دون القيمة ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، وأكثر أصحاب الشافعىّ : تجب قيمته يوم المحاكمة ، لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمّته إلاّ حين حكم بها الحاكم .

ولنا : أن القيمة وجبت فى الذمّة حين انقطاع المثل ، فاعتُبرت القيمةُ حينئذ ، كتلف المتقوَّم ،

ودليل وجوبها حينئذٍ أنه يَستحقّ طلبها ، واستيفاءها ، ويجب على الغاصب أداؤها ، ولا ينفى وجوب المثل ، لأنه معجوز عنه ، والتكليف يستدعى الوُسْعَ ، ولأنّه لا يَستحقّ طلب المثل ، ولا استيفاءه ، ولا يجب على الآخر ، أداؤه ، فلم يكن واجباً ، كحالة المحاكمة ، وأما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنّه يعودُ وجوبه ، لأنه الأصلُ قدَر عليه قبل أداء البدل ، فأشبه القدرة على الماء بعد التيمّم ، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة ، وقبل الاستيفاء لاستحقّ المالكُ طلبه ، وأخذه ، وقد رُوى عن أحمد فى رجل أخذ من رجل أرطالاً من كذا ، وكذا ، أعطاه على السعر يوم أخذه ، لا يوم يُحاسبه ، وكذلك روى عنه فى حوائج البقّال : عليه القيمةُ يومَ الأخذِ .

وهذا يدلّ على أن القيمة تُعتبر يوم الغصب ، وقد ذكرنا ذلك فى الفصل قبل هذا ، ويمكن التفريق بين هذا ، وبين الغصب من قِبَل أنّ ما أخذه ههنا بإذن مالكه ملَكه ، وحلّ له التصرّف فيه ، فتثبت قيمته يوم ملكه ، ولم يتغيّر ما ثبت فى ذمّته بتغيّر قيمة ما أخذه ، لأنّه ملكه ، والمغصوب ملكٌ للمغصوب منه ، والواجبُ ردّه ، لا قيمتُه ، وإنّما تثبت قيمتُه فى الذمّة يوم تلفه ، أو انقطاع مثله ، فاعتُبرت القيمة حينئذٍ ، وتغيّرت بتغيّره قبل ذلك ، فأمّا إن كان المغصوب باقياً ، وتعذّر ردُّه ، فأوجبنا ردّ قيمته ، فإنه يطالبه بقيمته يوم قبضها ، لأن القيمة لم تثبُت فى الذمّة قبل ذلك ، ولهذا يتخيّر بين أخذها ، والمطالبة بها ، وبين الصبر إلى وقت إمكان الردّ ، ومطالبة الغاصب بالسعى فى ردّه ، وإنّما يأخذ القيمة لأجل الحيلولة بينه ، وبينه ، فيُعتبر ما يقُوم مقامه ، ولأن ملكه لم يَزُل عنه ، بخلاف غيره .

٣٩٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانت المغصوب أجرة فعلى الغاصب ردّه ، وأجر مثله مدّة مُقامه فى يديه ﴾

هذه المسألة تشتمل على حكمين :

(أحدهما) وجوب ردّ المغصوب .

(والثانى) ردّ أجرته : أمّا الأول فإن المغصوب متى كان باقياً وجب ردّه ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتّى تَرُدَّهُ »[1] رواه أبو داود وابن ماجه ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، وروى عبد الله بن السائب ، بن يزيد ، عن أبيه ، عن جدّه : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لاَ يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لاعِباً جادًّا ، ومن أخذ عَصاَ أخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا » رواه أبو داود ، يعنى أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه ، وهو جادّ فى إدخال الغمّ ، والغيظ عليه ، ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حقّ ، فلزمه إعادتها ، وأجمع العلماء على وجوب ردّ المغصوب ، إذا كان باقياً بحاله ، لم يتغيّر ،

(١) هذا الحديث مروى بالمعنى : إذ نص الحديث: (حتى تؤديه) .

(الثالث) أن يخيط به جرح حيوان مأكول ، فإن كان مملوكاً لغير الغاصب ، وخيف تلفه بقلعه ، لم يقلع ، لأن فيه إضراراً بصاحبه ، ولا يُزال الضررُ بالضرر ، ولا يجبُ إتلاف مال مَنْ لم يَجْنِ صيانةً لمالٍ آخرَ ، وإن كان الحيوان للغاصب فقال القاضي : لا يجبُ ردّه ، لأنه يمكن ذبح الحيوان ، والانتفاع بلحمه ، وذلك جائز ، وإن حصل فيه نقص على الغاصب ، فليس ذلك بمانع من وجوب ردّ المغصوب ، كنقص البناء لردّ الحجرَ المغصوب ، وقال أبو الخطّاب : فيه وجهان :

(أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلعه ، لأن للحيوان حُرمةً في نفسه ، وقد نهى النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عن ذبح الحيون لغير أكله ، ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهذين ، ويحتمل أن يُفرق بين ما يُعدّ للأكل من الحيوان ، كبهيمة الأنعام ، والدجاج ، وأكثر الطير ، وبين ما لا يُعدّ له ، كالخيل، والطير المقصود صوته ، فالأول يجبُ ذبحه ، إذا توقّف ردّ المغصوب عليه .

(والثاني) لا يجب ، لأنّ ذبحه إتلاف له ، فجرى مجرى مالا يؤكل لحمه ، ومتى أمكن رد الخيط من غير تلف الحيوان ، أو تلف بعض أعضائه ، أو ضررٍ كثيرٍ وجب ردّه .

٣٩٢٩ (فصـــل)

وإن غصب فصيلاً ، فأدخله داره فكبر ، ولم يخرج من الباب ، أو خشبةً ، وأدخلها داره ، ثم بنى الباب ضيِّقاً لا يخرج معه إلا بنقضه وجب نقضه ، ورد الفصيل ، والخشبة، كما ينقض البناء لردّ الساجة[1] ، فإن كان حصوله في الدار بغير تفريط من صاحب الدار نُقِض البابُ ، وضمانه على صاحب الفصيل ، لأنه لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الدار ، وأما الخشبة : فإن كان كسرها أكثرَ ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل ، وإن كان أقلّ كُسِرت .

ويحتمل في الفصيل مثل هذا فإنه متى كان ذبحه أقلّ ضرراً ذُبح ، وأخرج لحمه ، لأنه في معنى الخشبة ، وإن كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه ، كرجل غصب داراً ، فأدخها فصـــيلاً ، أو خشبةً ، أو تعدّى على إنسان ، فأدخل داره فرسا ، ونحوها كسرت الخشبة ، وذبح الحيوان ، وإن زاد ضرره على نقض البناء ، لأن سبب هذا الضرر عدوانه ، فيجعل عليه دون غيره .

ولو باع داراً فيها خوابى لا تخرجُ إلا بنقض الباب ، أو خزائنُ ، أو حيوانٌ ، وكان نقض الباب أقلّ ضرراً من بقاء ذلك في الدار ، أو تفصيله ، أو ذبح الحيوان ، نُقض ، وكان إصلاحُه على البـــائع ، لأنه لتخليص ماله ، وإن كان أكثر ضرراً لم يُنقض ، لأنّه لا فائدة فيه ، ويصطلحان على ذلك ، إمّا بأن يشتريه مشتري الدار ، أوغير ذلك .

(١) الساجة : جشبة من نوع معروف شجره يسمى الساج .

٣٩٣٠ (فصـــل)

وإن غصب جوهرةً ، فابتلعتها بهيمةٌ ، فقال أصحابنا : حكمها حـكم الخيط الذى خاط به جُرحها ، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذُبح الحيوان ، وردّت إلى مالـكها ، وضمان الحيوان على الغاصب ، إلا أن يكون الحيوان آدميًّا ، وفارق الخيط ، لأنه فى الغالب أقلُّ قيمةً من الحيوان ، والجوهرة أكثر قيمةً ، ففى ذبح الحيوان رعايةُ حقّ المالك بردّ عين ماله إليـه ، ورعايةُ حقّ الغاصب بتقايل الضمان عليه ، وإن ابتلعت شاةُ رجلٍ جوهرةَ آخر ، غيرَ مغصوبةٍ ، ولم يمكن إخراجها ، إلا بذبح الشاة ذُبحت ، إذا كان ضرر ذبحها أقلّ ، وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة ، لأنه لتخليص ماله ، إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة ، بكون يده عليها ، فلا شىء لصاحب الجوهرة ، لأن التفريط من صاحب الشاة ، فالضرر عليه ، وإن أدخلت رأسها فى قمقم ، فلم يمـكن إخراجه إلا بذبحها ، وكان الضرر فى ذبحها أقلّ ذُبحت ، وإن كان الضرر فى كسر القمقم أقلّ كسر القمقم ، وإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمانُ عليه ، وإن كان التفريط من صاحب القمقم بأن وضعه فى الطريق فالضمانُ عليه ، وإن لم يكن منهما تفريط ، فالضمان على صاحب الشاة ، إن كسر القمقم ، لأنه كُسر لتخليص شاته ، وإن ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم ، لأنه لتخليص قمقمه .

فإن قال مَنْ عليه الضمان منهما : أنا أُتلف مالى ، ولا أغرّم شيئاً للآخر ، فله ذلك ، لأن إتلاف مالِ الآخر إنّما كان لحقّـه ، وسلامة ماله ، وتخليصه ، فإذا رضى بتلافه لم يجُز إتلاف غيره ، وإن قال : لا أتلف مالى . ولا أغرم شيئاً لم نمـكّنه من إتلاف مال صاحبه . لـكن صاحبُ القمقم لا يُجبر على شىء . لأن القمقم لا حرمةَ له . فلا يُجبر صاحبه على تخليصه . وأما صاحبُ الشاة فلا يحلّ له تركها . لـمـا فيه من تعذيب الحيوان . فيقال له : إمّا أن تذبح الشاة لتريحها من العذاب . وإما أن تغرَم القمقمَ لصاحبه ، إذا كان كسرهُ أقلّ ضرراً . ويخلصها . لأن ذلك من ضرورة إبقائها . أو تخليصها من العذاب . فلزمه كملفها . وإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المـأكول فيما ذكرنا . واحتمل أن يكسر القمقم . وهو قول أصحابنا . لأنه لا نفع فى ذبحه . ولا هو مشروع . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير أكله . ويحتمل أن يجرى مجرى المـأكول : فى أنه متى كان قتلُه أقل ضرراً . وكانت الجنايةُ من صاحبه قُتل . لأن حُرمته معارِضةٌ لحرمة الآدمىّ الذى يُتلف ماله ، والنهى عن ذبحه معارَض بالنهى عن إضاعة المـال . وفى كسر القمقم مع كثرة قيمته إضاعةٌ للمال ، والله أعـلم .

٣٩٣١ (فصـــل)

وإن غصب ديناراً ، فوقع فى محبرته ، أو أخذ دينار غيره ، فسها ، فوقع فى محبرته ، كسرت ورُدّ الدينار كما ينقض البناء . لردّ الساجة ، وكذلك إن كان درهماً أو أقلّ منه ، وإن وقع من غير فعله كُسِرت لردّ الدينار ، إن أحبّ صاحبُه، والضمان عليه ، لأنه لتخليص ماله، وإن غصب ديناراً، فوقع فى محبرةِ آخرَ بفعل الغاصب ، أو غير فعله كسرت لردّه ، وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب فى كسرها ، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ، ولم تكسر .

وإن رمى إنسان ديناره فى محبرة غيره عُدوانا ، فأبى صاحبُ المحبرة كسرها لم يُجبر عليه ، لأن صاحبه تعدّى برميه فيها ، فلم يُجبر صاحبها على إتلاف ماله ، لإزالة ضرر عدوانه ، عن نفسه ، وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ، ويحتمل أن يُجبر على كسرها لردّ عين الغاصب ، ويضمن الغاصب قيمتها ، كما لو غرس فى أرض غيره مَلَكَ حفر الأرض بغير إذن المالك ، لأخذ غرسه ، ويضمن نقصها بالحفر ، وعلى كلا الوجهين لو كسرها الغاصب قهراً لم يلزمه أكثرُ من قيمتها .

٣٩٣٢ (فصـــل)

وإن غصب لوحا فرقع به سفينة ، فإن كانت على الساحل لزم قلعه وردّه ، وإن كانت فى لُجة البحر ، واللوحُ فى أعلاها بحيثُ لا تغرقَ بقلعه لزم قلعُه ، وإن خِيف غرقُها بقلعه لم يُقلع حتى تخرج إلى الساحل ، ولصاحب اللوح طلبُ قيمته ، فإذا أمكن ردّ اللوح استرجعه ، وردّ القيمة ، كما لو غصب عبداً ، فأبَقَ ، وقال أبو الخطّاب : إن كان فيها حيوان له حرمة ، أو مال لغير الغاصب لم يقلع ، كالخيط ، وإن كان فيها مالٌ للغاصب ، أو لامال فيها ، ففيها وجهان .

أحدهما : لا يقلع .

والثانى : يقلع فى الحال ، لأنه أمكن ردّ المغصوب ، فلزم ، وإن أدّى إلى تلف المال ، كردّ الساجة المبنيّ عليها ، ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهذين .

ولنا : أنه أمكن ردّ المغصوب من غير إتلاف ، فلم يجز الإتلاف ، كما لو كان فيها مال غيره ، وفارق الساجة فى البناء ، فإنه لا يمكن ردّها من غير إتلاف .

٣٩٣٣ (فصـــل)

وإذا غصب شيئاً ، فخلطه بما يمكن تمييزه منه ، كحنطة بشعير ، أو سمسم ، أو صغار الحبّ بكباره ، أو زبيب أسود بأحمر ، لزمه تمييزه ، وردّه ، وأجر المميِّز عليه ، وإن لم يمكن تمييز جميعه ، وجب تمييزه ما أمكن ، وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

أحدها : أن يخلطه بمثله من جنسه ، كزيت بزيت ، أو حنطة بمثلها ، أو دقيق بمثله ، أودنانير، أودراهم بمثلها ، فقال ابن حامد : يلزمه مثلُ المغصوب منه ، وهو ظاهر كلام أحمد ، لأنه نصّ على أنه يكون شريكاً به ، إذا خلطه بغير الجنس ، فيكون تنبيهاً على ما إذا خلطه بجنسه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، إلا فى الدقيق ، فإنه تجب قيمته ، لأنه عندهم ليس بمثلىّ وقال القاضى : قياس المذهب أنه يلزمه مثله ، إن شاء منه ، وإن شاء من غيره ، لأنه تعذّر عليه ردّ عين ماله . بالخلط ، فأشبه ما لو تلف ، لأنه لا يتميّز له شىء من ماله .

ولنا : أنه قدر على دفع بعض ماله إليه ، مع ردّ المثل فى الباقى، فلم ينتقل إلى المثل فى الجميع ، كما لو غصب صاعاً فتلف نصفه ، وذلك لأنه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله ، وبدل الباقى ، فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثانى والثالث والرابع)

أن يخلطه بخير منه ، أو دونه ، أو بغير جنسه ، فظاهر كلام أحمد أنهما شريكان ، يباع الجميع ، ويدفع إلى كلّ واحد منهما قدر حقه ، لأنه قال فى رواية أبى الحارث ، فى رجل له رطل زيت ، وآخر له رطل شيرج ، اختلطا : يُباع الدهن كلّه ، ويُعطى كلّ واحد منهما قدر حصته ، وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كلّ واحد منهما عين ماله ، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البدل ، وإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً ، فعلى الغاصب ضمانُ النقص ، لأنه حصل بفعله .

وقال القاضى : قياس المذهب : أنّه يلزم الغاصب مثله ، لأنه صار بالخلط مستهلَكاً ، وكذلك لو اشترى زيتاً ، فخلطه بزيته ، ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء ، ولأنّه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله ، فكان له بدله ، كما لو كان تالفاً ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب ، فأما المغصوب فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقّه من المثليّات مميّزاً ، فلزمه مثله ، كما لو أتلفه ، إلا أن خلطه بخير منه ، وبذل لصاحبه مثل حقّه منه لزمه قبوله ، لأنّه أوصل إليه بعض حقه بعينه ، وتبرّع بالزيادة فى مثل الباقى . وإن خلطه بأدْوَنَ منه ، فرضى المالك بأخذ قدر حقّه منه لزم الغاصب بذله ، لأنه أمكنه ردّ بعض المغصوب ، وردّ مثل الباقى من غير ضرر ، وقيل لا يلزم الغاصب ذلك ، لأن حقّه انتقل إلى الذمّة ، فلم يُجبر على غير مال، وإن بذله للمغصوب منه فأباه لم يُجبَر على قبوله ، لأنه دون حقّه ، وإن تراضيا بذلك جاز، وكان المالكُ متبرّعاً بترك بعض حقّه .

وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقّه من الردىء ، أو دون حقّه من الجيّد لم يجُز ، لأنه رِبا ، لأنه يأخذ الزائد فى القدر عوَضاً عن الجودة ، وإن كان بالعكس ، فرضى دون حقّه من الردىء ، أو سمح الغاصبُ فدفع أكثر من حقّه من الجيّد جاز ، لأنه لا مقابل للزيادة ، وإنّما هى تبرّع مجرّد ، وإن خلطه

بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بدله ، من غير جنسه ، فلا تحرم الزيادة بينهما .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له ، كزيت خلطه بماء ، أو لبن شابه بماء ، فإن أمكن تخليصه خلصه ، ورد نقصه ، وإن لم يمكن تخليصه ، أوكان ذلك يفسده رجع عليه بمثله ، لأنه صار كالهالك ، وإن لم يفسده رده ورد نقصه ، وإن احتيج فى تخليصه إلى غرامة لزم الغاصب ذلك ، لأنه بسببه ، ولأصحاب الشافعى فى هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

٣٩٣٤ (فصـــــل)

وإن غصب ثوباً فصبغه ، لم يخلُ من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يصبغه بصبغ له .

الثانى : أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه .

الثالث : أن يصبغه بصبغ لغيرهما ، والأول لا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون الثوب ، والصبغ بحالهما ، لم تزد قيمتهما ، ولم تنقص،مثل إن كانت قيمة كل واحد منهما خمسة ، فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرةً ، فهما شريكان لأن الصبغ عينُ مالٍ له قيمة ، فإن تراضيا بتركه لهما جاز ، وإن باعاه فثمنه بينهما نصفين .

(الحال الثانى) إذا زادت قيمتهما ، فصارا يساويان عشرين نظرتَ : فإن كان ذلك لزيادة الثياب فى السوق ، كانت الزيادة لصاحب الثوب ، وإن كانت لزيادة الصبغ فى السوق ، فالزيادة لصاحبه ، وإن كانت لزيادتهما معاً فهى بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما ، فإن تساويا فى الزيادة فى السوق تساويا صاحباها فيهما ، وإن زاد أحدهما ثمانيةً والآخر اثنين ، فهى بينهما كذلك ، وإن زاد بالعمل فالزيادة بينهما ، لأن عمل الغاصب زاد به فى الثوب ، والصبغ ، وما عمله فى المغصوب للمغصوب منه ، إذا كان أثراً وزيادةُ مال الغاصب له ، وإن نقصت القيمة لتغير الأسعار لم يضمنه الغاصب ، لما تقدم ، وإن نقص لأجل العمل فهو على الغاصب ، لأنه متعديه ، فإذا صار قيمة الثوب مصبوغاً خمسة ، فهو كله لمالكه ، ولا شيء للغاصب ، لأن النقص حصل بعدوانه ، فكان عليه ، وإن صارت قيمته سبعةً صار الثوبُ بينهما ، لصاحبه خمسة أسباعه ، ولصاحب الصِّبغ سُبعاه .

وإن زادت قيمة الثوب فى السوق ، فصار يُساوى سبعةً ، ونقص الصِّبغ ، فصار يساوى ثلاثةً ، وكانت قيمة الثوب مصبوغاً عشرة ، فهو بينهما : لصاحب الثوب سبعة ، ولصاحب الصبغ ثلاثة ، وإن ساوى اثنى عشر قسمت بينهما : لصاحب الثوب نصفُها ، وخُمسها ، وللغاصب خُمسها ، وعُشرها ، وإن

انعكس الحال ، فصار الثوب يساوى فى السوق ثلاثة ، والصِّبغ سبعةً انعكست القيمةُ ، فصار لصاحب الصبغ ههنا ما كان لصاحب الثوب فى التى قبلها ، ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبغ ، لأن زيادة السعر لا تُضمن .

فإن أراد الغاصب قلع الصبغ ، فقال أصحابنا : له ذلك ، سواء أضرّ بالثوب ، أو لم يضرّ ، ويَضمنُ نقص الثوب ، إن نقص ، وبهذا قال الشافعىّ : لأنه عينُ مالِه ، فملك أخذه ، كما لو غرس فى أرض غيره ، ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغُه بالقلع ، وبين مالا يهلك ، وينبغى أن يقال : ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه ، لأنه سَفَهٌ ، وظاهر كلام الخِرَقىّ أنه لا يُمكَّنُ من قلعه ، إذا تضرّر الثوب بقلعه ، لأنه قال فى المشترى : إذا بنى ، أوغرس فى الأرض المشفوعة ، فله أخذه ، إذا لم يكن فى أخذه ضرر ، وقال أبو حنيفة : ليس له أخذه ، لأنّ فيه إضراراً بالثوب المغصوب ، فلم يمكّن منه ، كقطع خِرْقَةٍ منه ، وفارق قلع الغَرس ، لأن الضرر قليلٌ يحصُل به نفع قلع العروق من الأرض ، وإن اختار المغصوبُ منه قلعَ الصبغ ففيه وجهان :

أحدهما : يملك إجبار الغاصب عليه ، كما يملك إجباره على قلع شجرة . من أرضه ، وذلك لأنه شغل ملكه بملكه ، على وجه أمكن تخليصه ، فلزمه تخليصه ، وإن استضرّ الغاصب ، كقلع الشجر ، وعلى الغاصب ضمانُ نقص الثوب ، وأجر القلع ، كما يضمن ذلك فى الأرض .

والثانى : لا يملك إجباره عليه ، ولا يمكَّن من قلعه ، لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ، وقد أمكن وصول الحقّ إلى مستحقّه بدونه ، بالبيع ، فلم يُجبر على قلعه ، كقلع الزرع من الأرض ، وفارق الشجر ، فإنه لا يتلف بالقلع ، قال القاضى : هذا ظاهرُ كلام أحمد ، ولعله أخذ ذلك من قول أحمد فى الزرع ، وهذا مخالف للزرع ، لأن له غايةً ينتهى إليها ، ولصاحب الأرض أخذه بنفقته ، فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه فى الحال ، بخلاف الصبغ ، فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب ، فهو أشبه بالشجر فى الأرض .

ولا يختص وجوب القلع فى الشجر بما لا يتلف ، فإنه يُجبر على قلع ما يتلف ، وما لا يتلف ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

وإن بذل ربُّ الثوب قيمةَ الصِّبغ للغاصب . ليملكه ، لم يُجبر على قبوله ، لأنه إجبار على بيع ماله ، فلم يُجبر عليه كما لو بذل له قيمة الغِراس ، ويحتمل أن يجبر على ذلك ، إذا لم يقلعه ، قياساً على الشجر ، والبناء فى الأرض المشفوعة ، والعارية ، وفى الأرض المغصوبة إذا لم يقلعه الغاصبُ ، ولأنه أمرٌ يرتفع به النزاع ، ويتخلّص به أحدهما من صاحبه ، من غير ضرر ، فأُجبر عليه ، كما ذكرنا ، وإن بذل الغاصبُ قيمة الثوب

لصاحبه ، ليملكه لم يُجبر على ذلك ، كما لو بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لمالكها فى هذه المواضع ، وإن وهب الغاصبُ الصِّبغ لمالك الثوب ، فهل يلزمه قبوله ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه . لأن الصِّبغ صار من صفات العين ، فهو كزيادة الصفة فى المسلم فيه .

الثانى : لا يُجبر ، لأن الصِّبغ عين يمكن إفرادها ، فلم يُجبر على قبولها ، وظاهر كلام الخِرقى . أنه يُجبر ، لأنه قال فى الصداق : إذا كان ثوباً ، فصبغه ، فَبَذَلَتْ له نصفه ، مصبوغاً لزمه قبوله ، وإن أراد المالك بيع الثوب ، وأبى الغاصب فله بيعه ، لأنه ملكه ، فلا يملك الغاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه ، وإن أراد الغاصبُ بيعه لم يُجبر المالك على بيعه ، لأنه مُتعدٍّ فلَم يستحقّ إزالة ملك صاحب الثوب عنه ، بعدوانه ، ويحتمل أن يُجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه .

(القسم الثانى) أن يغصب ثوباً ، وصبغاً ، من واحد فيصبغه به ، فإن لم تزد قيمتهما ، ولم تنقص ردّهما ولا شىء عليه ، وإن زادت القيمة فهى للمالك ، ولا شىء للغاصب ، ولأنه إنما له فى الصبغ أثر ، لا عين ، وإن نقصت بالصّبغ فعلى الغاصب ضمانُ النقص،لأنه يتعدّ به ، وإن نقص لتغير الأسعار لم يضمنه .

(القسم الثالث) أن يغصب ثوب رجل ، وصِبْغ آخر ، فيصبغُه به ، فإن كانت القيمتان بحالها فهما شريكان بقدر مالهما ، وإن زادت فالزيادة لهما ، وإن نقصت بالصّبغ فالضمان على الغاصب . ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدّد فى الثوب . ويرجع به على الغاصب . وان نقص لنقص سعر الثياب . أو سعر الصبغ ، أو لنقص سعرهما لم يضمنه الغاصب . وكان نقص مال كلّ واحد منهما من صاحبه . وان أراد صاحبُ الصّبغ قلعه . أو أراد ذلك صاحبُ الثوب فحكمهما حكم مالو صبغه الغاصب بصبغ من عنده . على ما مرّ بيانه . وان غصب عسلاً . ونشاء . وعقده حَلْواء فحكمه حكم ما لو غصب ثوباً . فصبغه . على ما ذكر فيه .

الحكم الثانى : أنه متى كان للمغصوب أجرٌ فعلى الغاصب أجر مثله مدّة مُقامة فى يديه ، سواء استوفى المنافع ، أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف فى المذهب ، نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم . وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا يَضمن المنافع ، وهو الذى نصره أصحابُ مالك . وقد روى محمد بن الحكم ، عن أحمد ، فيمن غصب داراً ، فسكنها عشرين سنة : لا أجترىء أن أقول : عليه سُكنى ماسكن ، وهذا يدل على توقفّه عن إيجاب الأجر ، إلا أن أبا بكر قال : هذا قول قديم ، لأن محمد بن الحكم مات قبل أبى عبد الله بعشرين سنة ، واحتجّ من لم يوجب الأجر بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الْخَرَاجُ بِالضَّمانُ » وضمانُها على الغاصب ، ولأنّه استوفى منفعةً بغير عقد ، ولا شُبهةِ مِلك ، فلم يضمنها ، كما لو زنا بامرأة مُطاوِعَةٍ .

ولنا : أن كلّ ما ضمنه بالإتلاف فى العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرّد الإتلاف ، كالأعيان ، ولأنه

أتلف مُتقوّماً ، فوجب ضمانُه ، كالأعيان ، أو نقول : مالٌ متقوّم ، مغصوب ، فوجب ضمانه ، كالعين .
فأما الخبر فوارد فى البيع ، ولا يدخَل فيه الغاصبُ . لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع : ولا يُشبه الزنا ، لأنها رَضِيتْ بإتلاف منافعها بغير عوض ، ولا عقد يقتضى العوض ، فكان بمنزلة من أعاره داره ، ولو أكرهها عليه لزمه مهرُها . والخلافُ فيما له منافع تُستباح بعقد الإجارة ، كالعقار والثياب ، والدوابّ ، ونحوها . فأما الغنم ، والشجر ، والطير ، ونحوها ، فلا شىء فيها . لأنه لا منافع لها يستحقّ بهـا عوض .

ولو غصب جاريةً ، ولم يطأها ، ومضت عليها مدّة تُمكن الوطء فيها ، لم يضمن مهرها . لأن منافع البُضعِ لا تتلف إلاّ بالاستيفاء ، بخلاف غيرها . ولأنها لا تُقدَّر بزمن ، فيكون مُضىّ الزمان بتلفها ، بخلاف المنفعة .

٣٩٣٥ (فصـــل)

إذا غصب طعاماً ، فأطعمه غيره ، فللمالك تضمين أيّهما شاء . لأن الغاصب حال بينه و بين ماله ، والآكلُ أتلف مال غيره بغير إذنه ، وقبضه عن يد ضامنه ، بغير إذن مالكه ، فإن كان الآكلُ عالماً بالغصب استقرّ الضمانُ عليه لكونه أتلف مال غيره بغير إذن ، عالماً من غير تغرير ، فإذا ضمن الغاصبُ رجع عليه . وإن ضمن الآكلُ لم يرجع على أحدٍ . وإن لم يعلم الآكلُ بالغصب نظرنا : فإن كان الغاصبُ قال له : كله ، فإنه طعامى استقرّ الضمانُ عليه ، لاعترافه بأن الضمان باقٍ عليه . وأنه لا يلزم الآكلَ شىءٌ . وإن لم يقل ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : يستقرّ الضمان على الآكل ، وبه قال أبوا حنيفة ، والشافعىّ فى الجديد، لأنه ضمن ما أتلف ، فلم يرجع به على أحد .

والثانية : يستقرّ الضمان على الغاصب . لأنه غَرَّ الآكلَ ، وأطعمه على أنه لا يضمنه ، وهـذا ظاهر كلام الخِرَقىّ ، لقوله فى المشترى للأمة : يرجع بالمهر ، وكلّ ما غرم على الغاصب ، وأيّهما استقرّ عليه الضمانُ فغرمه لم يرجع على أحد . فإن غرمه صاحبه رجع عليه ، وإن أطعم المغصوب لمالكه ، فأكله عالماً أنه طعامه ، برئ الغاصبُ . وإن لم يعلم ، وقال له الغاصبُ : كله ، فإنه طعامى استقرّ الضمان على الغاصب، لما ذكرنا .

وإن كانت له بيّنة بأنه طعام المغصوب منه ، وإن لم يقل ذلك ، بل قدّمه إليه ، وقال : كله ، أو قال: قد وهبتك إياه ، أو سكت ، فظاهر كلام أحمد : أنه لا يبرأ ،لأنه قال فى رواية الأثرم ، فى رجل له قِبَلَ رجل تبعةٌ فأوصلها إليه على سبيل صدقةٍ ، أو هدّية ، فلم يعلم ، فقال : كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية ، يقول له

هذا لك عندى . وهذا يدلّ على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الأولى . لأنه ثَمّ ردّ إليه يده ، وسلطانه ، وههنا بالتقديم إليه لم تَعُد إليه اليدُ ، والسلطان . فإنه لا يتمكّن من التصرّف فيه بكلّ ما يريد ، من أخــذه ، وبيعه ، والصدقة به ، فلم يبرأ الغاصب ، كما لو علفه لدوابّه ، ويتخرّج أن يبرأ ، بناء على ما مضى ، إذا أطعمه لغير مالــكه ، فإنه يستقرّ الضمانُ على الآكل فى إحدى الروايتين ، فيبرأ ههنا بطريق الأولى ، وهذا مذهبُ أبى حنيفة .

وإن وهب المغصوب لمالــكه ، أو أهداه إليه فالصحيحُ أنّه يبرأ ، لأنه قد سلّمه إليه تسليماً صحيحاً تامّاً ، وزالت يد الغاصب ، وكلام أحمد فى رواية الأثرم وارد فيما إذا أعطاه عِوَض حقّه على سبيل الهديّة ، فأخذه المــالك على هــذا الوجه ، لا على سبيل العِوَض ، فلَم تثبُت المعارضة ، ومسألتنا فيما إذا ردّ إليه عين ماله ، وأعاد يده التى أزالها .

وإن باعه إيّاه ، وسلّمه إليه برىء من الضمان . لأنه قبضه بالابتياع يوجب الضمان .

وإن أقرضه إياه برىء أيضاً ، لذلك ، وإن أعاره إياه برىء أيضاً ، لأن العارية توجب الضمان .

وإن أودعه إياه ، أو آجره إياه ، أو رهنه ، أو أسلمه ، عنده ليقصّره ، أو يُعلّمه ، لم يبرأ من الضمان ، إلاّ أن يكون عالماً بالحال . لأنه لم يُعِد إليه سلطانه ، إنما قبضه على أنه أمانةٌ .

وقال بعض أصحابنا : يبرأ . لأنه عاد إلى يده ، وسلطانه ، وهذا أحــد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، والأول أولى ، فإنّه لو أباحه إيّاه فأكله لم يبرأ ، فههنا أولى .

٣٩٣٦ (فصـــل)

إذا اختلف المالك ، والغاصب فى قيمة المغصوب ، ولا بيّنة لأحدهما فالقول قول الغاصب . لأن الأصل براءة ذمّته ، فلا يلزمه ما لم يقمْ عليه به حُجّة ، كما لو ادّعى عليه ديناً ، فأقرّ ببعضه ، وكذلك إن قال المالك : كان كاتباً أو له صناعة ، فأنــكر الغاصبُ ، فالقول قوله كذلك ، فإن شهدت له البيّنة بالصفة ثبتت .

وإن قال الغاصب : كانت فيه سَلْعَة[1] ، أو أصبع زائدة ، أو عَيْبٌ ، فأنــكر المالك ، فالقول قوله . لأن الأصل عدم ذلك ، والقول قول الغاصب فى قيمته على كلّ حال .

وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب فى وقت زيادته ، فقال المالك : زادت قَبْل تلفه ؛ وقال الغاصب : إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل براءةُ ذمته .

---

(١) السلعة : بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ، وبفتح السين واللام شىء كالغدة فى الجسد ، أو خراج فى العنق أو زيادة فى البدن تتحرك إذا حركت ، وحجمها يكون صغيراً كالحمصة ، وكبيراً حتى يصل إلى حجم البطيخة .

وإن شاهدنا العبد مَعيباً ، فقال الغاصبُ : كان معيباً قبل غصبه ؛ وقال المالك تعيّب عندك ، فالقول قول الغاصب ؛ لأنه غارم ؛ ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير ، وإن غصبه خمراً ، ثم قال صاحبه : تخلّل عندك ؛ وأنكر الغاصبُ فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة .

وإن اختلفا فى ردّ المغصوب ، أو ردّ مثله أو قيمته ، فالقول قول المالك . لأن الأصل عدم ذلك ؛ واشتغال الذمّة به ، وإن اختلفا فى تلفه فادعاه الغاصب ، وأنكره المالك ؛ فالقول قول الغاصب ؛ لأنه أعلم بذلك ، وتتعذّر إقامة البيّنة عليه ؛ فإذا حلف ، فللمالك المطالبة ببدله ، لأنه تعذّر رد العين ؛ فلزم بدلها ؛ كما لو غصب عبداً ، فأَبَقَ ، وقيل : ليس له المطالبة بالبدل . لأنه لا يدعيه .

وإن قال : غصبتَ منى حديثاً ، فقال : بل عتيقاً ، فالقولُ قولُ الغاصب . لأن الأصل عدم وجوب الحديث ، وللمالك المطالبة بالعتيق ، لأنه دون حقّه .

٣٩٣٧ (فصــــل)

وإذا باع عبداً ، فادّعى إنسان على البائع أنه غصبه العبدَ ، وأقام بذلك بيّنة انتقض البيع ، ورجع المشترى على البائع بثمنه ، ون لم تكن بيّنة ، فأقرّ البائع والمشترى بذلك ، فهو كما لو قامت به بيّنة ، وإن أقرّ البائع وحده لم يُقبل فى حقّ المشترى . لأنه لا يُقبل إقراره فى حقّ غيره ، ولزمت البائعَ قيمتُه . لأنه حالَ بينه ، وبين ملكه ، ويُقَرُّ العبد فى يد المشترى ، لأنه ملكه فى الظاهر ، وللبائع إحلافه ، ثم إن كان البائع لم يقبض الثمن ، فليس له مطالبة المشترى به ، لأنه لا يدّعيه ، ويحتمل أن يملك مطالبته بأقلّ الأمرين من الثمن أو قيمة العبد . لأنه يدّعى القيمة على المشترى ، والمشترى يقرّ له بالثمن ، فقد اتفقا على استحقاق أقلّ الأمرين ، فوجب ، ولا يضر اختلافهما فى السبب بعد اتفاقهما على حكمه ، كما لو قال : لى عليك ألف من ثمن مبيع ، فقال : بل ألف من قَرْض .

وإن كان قد قبض الثمن ، فليس للمشترى استرجاعهُ . لأنه لا يدّعيه ، ومتى عاد العبد إلى البائع بفسخ ، أو غيره ، وجب عليه ردّه على مُدّعيه ، وله استرجاع ما أخذ منه .

وإن كان إقرار البائع فى مدّة الخيار له ، انفسخ البيعُ . لأنه يملك فسخه ، فقُبل إقراره بما يفسخه .

وإن أقرّ المشترى وحده ، لزمه ردّ العبد ، ولم يقبل إقراره على البائع ، ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ، إن كان قبضه ، ويلزمه دفعه عليه ، إن كان لم يقبضه .

وإن أقام المشترى بيّنة بما أقرّ به قُبلت ، وله الرجوع بالثمن ، وإن أقام البائع بيّنة إذا كان هو المقرّ نظرنا : فإن كان فى حال البيع قال : بعتُك عبدى هذا ، أو ملكى لم تقبل بيّنته ، لأنه يُكذّبها ، وتكذّبه ، وإن لم يكن قال ذلك قُبلت ، لأنه يبيع ملكه ، وغيرَ ملكه .

وإن أقام المدّعى البينة سُمعت ، ولا تُقبل شهادة البائع له . لأنه يجرّ بها إلى نفسه نفعاً .

وإن أنكراه جميعاً فله إحلافهما ، إن لم تكن له بينة ، قال أحمد فى رجل يجد سرقته بعينها عند إنسان ، قال : هو مِلْكهُ يأخذه ، أذهَبُ إلى حديث سَمُرَةَ ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، ويَتْبَعُ المُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ » رواه هُشَيم ، عن موسى بن السائب ، عن قتادة ، عن الحسن ، عن سَمُرة ، وموسى بن السائب ثقةٌ .

٣٩٣٨ (فصـــل)

وإن كان المشترى أعتق العبد ، فأقرّا جميعاً لم يُقبل ذلك ، وكان العبد حُرًّا . لأنه قد تعلّق به حقٌّ لغيرهما ، فإن وافقهما العبد ، فقال القاضى : لا يُقبل أيضاً . لأن الحرّية يتعلّق بها حقّ الله تعالى ، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق ، مع اتفاق السيّد والعبد على الرقّ سُمعت شهادتهما .

ولو قال رجل : أنا حُرّ ، ثمّ أقرّ بالرق لم يُقبل إقراره ، وهذا مذهب الشافعىّ ، ويحتمل أن يبطل العتق ، إذا اتّفقوا كلّهم ، ويعود العبد إلى المدّعى ، لأنه مجهول النسب أقرّ بالرقّ لمن يدّعيه ، فصحّ ، كما لو لم يعتقه المشترى .

ومتى حكمنا بالحرّية فللمالك تضمين أيهّما شاء قيمتَه يومَ عتقه ، ثمّ إن ضمن البائع رجع على المشترى . لأنه أتلفه ، وإن رجع على المشترى لم يرجع على البائع ، إلاّ بالثمن . لأن التلف حصل منه ، فاستقرّ الضمانُ عليه .

وإن مات العبد وخلّف مالاً فهو للمدّعى ، لا تفاقهم على أنه له ، وإنّما منعنا ردّ العبد إليه لتعلّق حقّ الحرّية به ، إلاّ أن يُخلّف وارثاً ، فيأخذه ، ولا يثبت الولاء عليه لأحدٍ ، لأنه لا يدّعيه أحد ، وإن صدّق المشترى البائع وحده رجع عليه بقيمته ، ولم يرجع المشترى بالثمن ، وبقيةُ الأقسام على ما مضى .

٣٩٣٩ (فصـــل)

وإذا باع عبداً أو وهبه ، ثم ادّعى أنّى فعلتُ ذلك قَبل أن أملكه ، وقد ملكته الآن بميراث ، أو هبةٍ من مالكه فيلزمُك ردُّه علىّ لأنّ البيع الأول ، والهبة باطلان ، وإن أقام بذلك بينه نظرتَ : فإن كان قال حين البيع والهبة : هذا ملكى ، أو بعتُك ملكى هذا ، وكان فى ضمنه إقرارٌ بأنه ملكه ، نحو أن يقول : قبضتُ ثمن ملكى ، أو أقبضتُه مِلْكى ، ونحو ذلك لم تُقبل البيّنة ، لأنه مُكذّب لها ، وهى تكذّبه ، وإن لم يكن كذلك قُبلت الشهادة ، لأنّ الانسان يبيعُ ، ويهَبُ ملكه ، وغيرَ ملكه .

٣٩٤٠ (فصـــل)

إذا جنى العبد المغصوب جناية أوجبت القصاص ، فاقتُصّ منه ، فضمانه على الغاصب ، لأنه قد تلف فى يديه ، فإن عُفِى عنه على مالٍ تعلّق ذلك برقبته ، وضمان ذلك على الغاصب ، لأنه نقصٌ حدث فى يده ،

فلزمه ضمانه ، لأنّ ضمان العبد ، ونقصَه على سيّده ، ويضمنهُ بأقلّ الأمرين ، من قيمته ، أو أرش جنايته ، كما يفديه سيّده ، وإن جنى على مادون النفس ، مثل أن قطع يداً ، فقطعت يده قصاصاً ، فعلى الغاصب مانقص العبدُ بذلك ، دون أرش اليد ، لأن اليد ذهبت بسببٍ غير مضمون ، فأشبه مالو سقطت ، وإن عُفى عنه على مالٍ تعلّق أرشُ اليد برقبته ، وعلى الغاصب أقلّ الأمرين من قيمته ، أو أرش اليد ، فإن زادت جنايةُ العبد على قيمته ، ثمّ إنه مات ، فعلى الغاصب قيمتهُ ، يدفعها إلى سيّده ، فإذا أخذها تعلّق أرشُ الجناية بها ، لأنّها كانت متعلّقة بالعبد ، فتعلّقت ببدله ، كما أن الرهن إذا أتلفهُ متلف وجبت قيمته ، وتعلّق الدين بها ، فإذا أخذ وليُّ الجناية القيمةَ من المالك رجع المالكُ على الغاصب بقيمةٍ أخرى ، لأنّ القيمة التى أخذها استُحقّت بسبب كان فى يد الغاصب ، فكانت من ضمانه .

ولو كان العبد وديعةً ، فجنى جنايةً استغرقت قيمته ، ثمّ إن المودَع قتله بعد ذلك ، وجبت عليه قيمتُه ، وتعلّق بها أرشُ الجناية ، فإذا أخذها وليُّ الجناية لم يرجع على المودَع ، لأنه جنى وهو غير مضمونٍ عليه ، ولو أنّ العبد جنى فى يد سيّده جنايةً تستغرق قيمته ، ثم غصبه غاصب ، فجنى فى يده جنايةً تستغرق قيمته ، بيع فى الجنايتين ، وقُسِّم ثمنه بينهما ، ورجع صاحبُ العبد على الغاصب بما أخذه الثانى منهما ، لأن الجناية كانت فى يده ، وكان المجنىّ عليه أولاً أن يأخذه دون الثانى ، لأن الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عِوَض ما أخذه المجنىُّ عليه ثانيا ، فلا يتعلّق به حقُّه ، ويتعلّق به حقّ الأول . لأنّه بدلٌ عن قيمة الجانى ، لا يزاحم فيه ، فإن مات هذا العبد فى يد الغاصب فعليه قيمته ، تقسّم بينهما ، ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ، لأنه ضامن للجناية الثانية ، ويكون المجنىّ عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه .

٣٩٤١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ من أتلف لذمىّ خمراً ، أو خنزيراً ، فلا غُرم عليه ، ويُنهى عن التعرّض لهم فيما لا يُظهرونه ﴾

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر ، والخنزير ، سواء كان مُتلفه مسلماً ، أو ذِمّيّاً ، لمسلم أو ذِمىّ نصّ عليه أحمد فى رواية أبى الحارث ، فى الرجل يُهَرِيقُ مسكرا لمسلم ، أو لذمىّ خمراً ، فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجب ضمانهما ، إذا أتلفهما على ذمىّ ، قال أبو حنيفة : إن كان مسلماً بالقيمة . وإن كان ذمّيا بالمثل . لأن عقد الذمّة إذا عَصم عيناً قوّمها . كنفس الآدمىّ . وقد عصَم خمرَ الذمىّ . بدليل أن المسلم يمُنع من إتلافها . فيجب أن يقوّمها . ولأنها مالٌ لهم يتموّلونها بدليل مارُوى عن عمر رضى الله عنه أن عامله كتب إليه : إنّ أهل الذمّة يمرُّون بالعاشر[1] . ومعهم

(١) العاشر : الذى يأخذ عشر المال فى الزكاة ونحوها .

الخمور . فكتب إليه عمر :وَلُّوهم بيعها : وخذوا منهم عُشر ثمنها . وإذا كانت مالاً وجب ضمانها . كسائر أموالهم .

ولنا أن جابرا روى : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « ألاَ إنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ والمَيْتَةِ ، والخِنْزِيرِ ، والأَصْنَامِ » متّفق على صحّته ، وما حرم بيعه لا لحرمته ، لم تجب قيمته كالميتة ، ولأن مالم يكن مضمونا فى حقّ المسلم لم يكن مضمونا فى حق الذمىّ ، كالمرتدّ ، ولأنها غير متقوّمة ، فلا تضمن كالميتة ، ودليل أنها غيرُ متقوّمةٍ أنها غيرُ مُتقوّمةٍ فى حقّ المسلم ، فكذلك فى حقّ الذمىّ ، فإن تحريمها ثبت فى حقّها ، وخطاب النواهى يتوجّه إليهما ، فماثبت فى حقّ أحدهما ثبت فى حقّ الآخر ، ولا نُسلّم أنّها معصومة ، بل متى أُظهِرتْ حلّت إراقتُها ثم لو عصمها مالزم تقويمُها ، فإن نساء أهلِ الحَرْبِ وصِبْيانَهم مَعْصُومُون غير مُتقوّمين ، وقولهم : إنها مال عندهم ينتقضُ بالعبد المرتدّ ، فانه مال عندهم ، وأما حديث عمر ، فمحمول على أنه أراد ترك التعرّض لهم ، وإنّما أمر بأخذ عُشر أثمانها لأنهم إذا تبايَعوا : وتقابَضُوا حكمنا لهم بالملك ، ولَمْ ننقضهُ ، وتسميتُها أثمانا مجاز ، كما سَمَّى الله تعالى ثمن يُوسف ثمناً ، فقال ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ وأما قول الخرقى : ويُنهى عن التعرّض لهم فيما لا يُظهرونه ، فلأن كلّ ما اعتقدوا حِله فى دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه ، من الكفر ، وشُرب الخمر ، واتّخاذه ، ونكاح ذوات المحارم ، لا يجوز لنا التعرّض لهم فيه ، إذا لم يُظهروه ، لأننا التزمنا إقرارهم عليه . فى دارنا ، فلا نَعْرِض لهم فيما التزمنا تركه ، وما أظهروه من ذلك تعيّن إنكاره عليهم ، فإن كان خمراً جازت إراقتهُ ، وإن أظهروا صَليباً ، أو طُنبوراً[1] جاز كسْرُه ، وإن أظهروا كفرهم أُدّبوا على ذلك ، ويمنعون من إظهار ما يحرُم على المسلمين .

٣٩٤٢ (فصــــل)

وإن غصب من ذمىّ خمراً لزمه ردُّها ، لأنه ، يُقرُّ على شُربها ، وإن غصبها من مسلم لم يلزم ردُّها وَوَجَبَتْ إراقتها ، لأن أبا طلحة سأل رسولَ الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمراً فأمره بإراقتها ، وإن أتلفها ، أو تلفت عنده ، لم يلزمه ضمانها ، لأن ابن عباس روى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنَّ اللهَ إذَا حَرَّمَ شَيْئاً حرَّمَ ثَمَنَهُ » ولأنّ ما حَرُم الانتفاع به لم يجب ضمانه ، كالميتة ، والدم ، فإن أمسكها فى يده حتى صارت خلاًّ لزم رَدُّهَا على صاحبها ، لأنّها صارت خلاًّ على حكم ملكه ، فلزم ردّها إليه ، فان تلفت ضمنها له ، لأنّها مال المغصوب منه تلف فى يد الغاصب ، وإن أراقها فجمعها إنسان ، فتخلّلت عنده لم يلزمه ردّ الخلّ ، لأنه أخذها بعد إتلافها ، وزوال اليد عنها .

---

(١)الطنبور آلة من آلات الغناء

٣٩٤٣ (فصــــــل)

وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب ردُّه ، لأنه يجوز الانتفاع به ، واقتناؤه فأشبه المالَ ، وإن أتلفه لم يَغرمه ، وإن حبسه لم يلزمه أجرٌ ، لأنه لا تجوز إجارته ، وإن غصب جلد ميتة ، فهل يجب ردّه ؟ على وجهين بناء على الروايتين فى طهارته بالدبغ ، فمن قال بطهارته أوجب ردّه لأنه يمكن إصلاحه ، فهو كالثوب النجس ، ومن قال : لا يطهرُ لم يوجب ردّه . لأنه لاسبيل إلى إصلاحه ، فإن أتلفه ، أو أتلف ميتة بجلدها ، لم يضمنه ، لأنه لا قيمة له ، بدليل أنّه لا يحلّ بيعُه ، ، وإن دبغه الغاصب لزم ردّه إن قلنا بطهارته ، لأنه كالخمر إذا تخللت ، ويحتملُ أن لا يجب ردُّه لأنه صار مالاً بفعله بخلاف الخمر ، وإن قلنا : لايطهرُ لم يجب ردّه ، لأنه لا يُباح الانتفاع به ، ويحتمل أن يجب ردّه ، إذا قلنا : يُباح الانتفاع به فى اليابسات ، لأنه نجس يُباح الانتفاع به ، أشبه الكلب ، وكذلك قبل الدبغ .

٣٩٤٤ (فصــــــل)

وإن كسر صليباً ، أو مِزماراً ، أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه ، وقال الشافعىّ : إن كان ذلك إذا فصل يصلُح لنفعٍ مباحٍ ، وإذا كسر لم يصلُح لنفعٍ مباحٍ لزمه ما بين قيمته مُفَصَّلاً ومكسوراً ، لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة ، وإن كان لا يصلح لمنفعةٍ مباحةٍ لم يلزمه ضمانه ، وقال أبو حنيفة يضمن .

ولنا أنه لا يحلّ بيعه ، فلم يضمنه ، كالميتة ، والدليل على أنه لايحلّ بيعه قولُ النبىِّ صلى الله عليه وسلم « إنّ اللهَ حَرَّمَ بَيعَ الخَمرِ وَالمَيْتةِ وَالخِنْزِيرِ وَالأَصْنَامِ » متفق عليه ، وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم « بُعِثْتُ بِمَحْقِ القَيْنَاتِ وَالمَعَازِفِ » .

٣٩٤٥ (فصــل)

وإن كسر آنية من ذهب ، أو فضة ، لم يضمنها ، لأن اتخاذها مُحرّم ، وحكى أبو الخطاب روايةً أخرى ، عن أحمد : أنه يضمن ، فان مهنا نقل عنه فيمن هَشّم على غيره إبريقاً فضةً . عليه قيمتُه . يصوغه كما كان ، قيل له : أليس قد نهى النبىُّ صَلى الله عليه وسلم عن اتخاذها ؟ فسكت ، والصحيح أنه لا ضمان عليه ، نصّ عليه أحمد فى رواية المروزىّ ، فيمن كسر ابريق فضةٍ لا ضمان عليه ، لأنه أتلف ماليس بمباحٍ فلم يضمنه ، كالميتة ، ورواية مهنا تدلّ على أنه رجع عن قوله ذلك ، لكونه سكت حين ذكر السائلُ تحريمه ولأن فى هذه الرواية أنّه قال : يصوغهُ ، ولا يَحِلّ له صناعته ، فكيف يجب ذلك .

٣٩٤٦ (فصــــــل)

وإن كسر آنية الخمر ففيها روايتان .

إحداهما : يضمنها . لأنه مالٌ يمكن الانتفاعُ به ، ويحلّ بيعُه ، فيضمنها ، كما لو لم يكن فيها خمر ، ولأن جعل الخمر لا يقتضى سقوط ضمانها ، كالبيت الذى جعل مخزناً للخمر .

والثانية : لا تضمن ، لما روى الإمام أحمد في مسنده « حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ ، عن ضَمْرَةَ ابن حَبِيب ، قال : قال عبد الله بن عمر : أمرني رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن آتيه بِمُدْيَةٍ ، وهي الشفرَةَ ، فأَتَيْتُه بِهَا ، فأَرْسَلَ بِهَا فَأُرْهِفَتْ ، ثُمَّ أَعْطَانِيهَا ، وقال « اغْدُ عَلَيَّ بِهَا » ففعلتُ ، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة ، وفيها زِقَاقُ الخمر ، قد جُلِبتْ من الشام ، فأخذ المُدْيَةَ مِنِّي فشقَّ ما كان من تلك الزِّقاق . بحضرته ، كلَّها ، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يَمْضُوا معي ، ويُعاوِنُوني ، وأمرني أن آتيَ الأسواقَ كلَّها ، فلا أجدُ فيها زِقَّ خمر إلا شَقَقْتُه ، ففعلتُ ، فلم أترك في أسواقها زِقًّا إلا شَقَقْتُه .

وروى عن أنس قال : كنتُ أَسْقِي أبا طَلْحَةَ ، وأُبَيَّ بن كَعْبٍ ، وأبا عُبَيْدَةَ شرابًا من فَضِيخٍ [1] فأتانا آتٍ فقال : إنَّ الخمرَ قد حُرِّمَتْ . فقال أبو طلحة : قُمْ يا أَنَسُ إلى هَذِهِ الدِّنَانِ فاكْسِرْهَا ، وهذا يدلّ على سقوط حُرْمتها ، وإباحة إتلافها ، فلا يضمنها ، كسائر المباحات .

٣٩٤٧ (فصـــل)

ولا يثبت الغصب فيما ليس بمالٍ كالحرّ ، فإنه لا يُضمن بالغصب ، إنما يُضمن بالإتلاف . وإن أخذ حُرًّا فحبسه ، فمات عنده لم يضمنه ، لأنه ليس بمالٍ . وإن استعمله مُكرهاً لزمه أجرُ مثله ، لأنه استوفى منافعه ، وهي مُتقوّمة ، فلزمه ضمانُها كمنافع العبد . وإن حبسه مدّة لمثلها أجرٌ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه أجر تلك المدّة ، لأنه فوّت منفعته ، وهي مالٌ يجوز أخذ العِوَض عنها ، فضُمِنت بالغصب ، كمنافع العبد .

والثاني : لا يلزمه . لأنها تابعة لما لا يصحّ غصبه . فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه ، وأطرافه . ولأنها تلفت تحت يديه ، فلم يجب ضمانها ، كما ذكرنا ، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه ، وجهاً واحداً . لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه ، فالحرّ أولى ، ولو حبس الحرّ ، وعليه ثياب لم يلزمه ضمانُها ، لأنّها تابعةٌ لما لم تثبت اليدُ عليه في الغصب ، وسواء كان كبيراً أو صغيراً ، وهذا كلُّه مذهبُ أبي حنيفة ، والشافعيّ .

٣٩٤٨ (فصـــل)

وأمّ الولد مضمونة بالغصب ، وبهذا قال الشافعيّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا تُضمن . لأن أمّ الولد لا تجري مجرى المال ، بدليل أنه لا يتعلّق بها حقُّ الغرماء ، فأشبهت الحُرّ .

ولنا : أن ما يُضمن بالقيمة يُضمن بالغصب ، كالقِنّ ، ولأنها مملوكة ، فأشبهت المدبّرة ، وفارقت الحرّة فإنّها ليست مملوكةً ، ولا تُضمن بالقيمة .

---

(١) الفضيخ : عصير العنب ، وشراب يتخذ من البسر المكسر ، والبسر هو البلح غير الرطب .

٣٩٤٩ (فصـــــل)

وإذا فتح قفصاً على طائر ، فطار ، أو حلّ دابّته ، فذهبت ضمنها ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ : لا ضمان عليه ، إلا أن يكون أهاجها ، حتى ذهبا .

وقال أصحاب الشافعىّ : إن وقفا بعد الحلّ ، والفتح ، ثم ذهبا لم يضمنهما ، وإن ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان ، واحتجّا بأنّ لهما اختياراً ، وقد وجُدت منهما المباشرة ، ومن الفاتح سببٌ غير مُلجىء ، فإذا اجتمعا لم يتعلّق الضمان بالسبب ، كما لو حفر بئراً ، فجاء عبد لإنسان ، فرمى نفسه فيها .

ولنا : أنه ذهب بسبب فعله ، فلزمه الضمان ، كما لو نفّره ، أو ذهب عقيب فتحه ، وحَلّه ، والمباشرة إنّما حصلت ممّن لا يُمكن إحالة الحكم عليه ، فيسقُط ، كما لو نفّر الطائر ، وأهاج الدابّة ، أو أشْلَى [(١)] كلباً على صَبِيٍّ ، فقتله ، أو أطلق ناراً فى مَتاع إنسان ، فإنّ للنار فعلاً ، لكن لمّا لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ، ولأنّ الطائر ، وسائر الصيد من طبعه النفور ، وإنّما يبقى بالمانع ، فإذا أُزيل المانع ذهب بطبعه ، فكان ضمانه على من أزال المانع ، كمن قطع عِلَاقة قنديلٍ ، فوقع ، فانكسر . وهكذا لو حلّ قيد عبد . فذهب . أو أسير . فأفلت . وإن فتح القفص . وحلّ الفرس . فبقيا واقفين . فجاء إنسان . فنفّرهما . فذهبا . فالضمانُ على مُنفِّرهما . لأن سببه أخصُّ . فاختصّ الضمانُ به . كالدافع مع الحافر ، وإن وقع طائر إنسانٍ على جدار . فنفّره إنسان . فطار لم يضمنه . لأنّ تنفيره لم يكن سبب فواته . فإنّه كان ممتنعاً قبل ذلك . وإن رماه . فقتله ضمنه . وإن كان فى داره . لأنّه كان يمكنه تنفيره بغير قتله . وكذلك لو مرّ الطائر فى هواء داره فرماه . فقتله ضمنه ، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره . فهو كما لو رماه فى هواء دار غيره .

٣٩٥٠ (فصـــــل)

ولو حلّ زِقًّا فيه مائع ، فاندفق ضمنه ، سواء خرج فى الحال ، أو خرج قليلاً قليلا . أو خرج منه شىء ، بل أسفله . فسقط . أو ثقل أحدُ جانبيه ، فلم يَزَلْ يميلُ قليلاً قليلاً حتى سقط ، بريح ، أو بزلزلة الأرض ، أو كان جامداً . فذاب بشمس ، لأنه تلف بسبب فعله . وقال القاضى : لا يضمنُ ، إذا سقط بريح . أو زلزلة . ويَضمنُ فيما سوى ذلك . وهو قول أصحاب الشافعىّ . ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان . واحتجّوا بأن فعله غيرُ مُلجىء . والمعنى الحادثُ مُباشرةٌ . فلم يتعلّق الضمان بفعله . كما لو دفعه إنسان .

(١) أشلى كلباً : أغراه به .

ولنا : أن فعله سبب تلفه ، ولم يتخلّل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه ، فوجب عليه الضمان ، كما لو خرج عقيب فعله ، أو مال قليلاً ، قليلاً ، وكما لو جرح إنساناً ، فأصابه الحرّ ، أو البرد ، فسرت الجناية ، فإنّه يضمن ، وأما إن دفعه إنسان ، فإن المتخلّل بينهما مباشرة ، يمكن الإحالة عليها ، بخلاف مسألتنا ، ولو كان جامداً ، فأدنى منه آخرُ ناراً ،فإذابه ، فسال ، فالضمان على من أذابه ، لأن سببه أخصُّ لكون التلف يعقبُه ، فأشبه المنفّر مع فاتح القفص ، وقال بعض الشافعيّة : لا ضمان على واحد منهما ، كسارقين نقب أحدهما ، وأخرج آخرُ المتاع وهذا فاسدٌ ، لأن مُدْنِيَ النارِ ألجأه إلى الخروج ، فضمنه ، كما لو كان واقفاً ، فدفعه ، والمسألة حُجّةٌ عليه ، فإن الضمانَ على مُخرج المتاع من الحرز ، والقطع حدّ لا يجب إلاّ بهتك الحِرز ، وأخذ المال جميعاً ، ثم إنّ الحدّ يدرأ بالشُبُهات ، بخلاف الضمان ، ولو أذابه أحدهما أولاً ، ثم فتح الثانى رأسه ، فاندفق ، فالضمان على الثانى ، لأن التلف تعقّبه ، وإن فتح زِقًّا مُستعْلِى الرأس ، فخرج بعضُ ما فيه ، واستمرّ خروجه قليلاً قليلاً ، فجاء آخرُ فنكسه ، فاندفق ، فضمان ما خرج بعد التنكيس على المنكِّس ، وما قبله على الفاتح ، لأن فعل الثانى أخصُّ كالجارح . والذابح .

٣٩٥١ (فصـــل)

وإن حلّ رباطَ سفينة فذهبت . أو غرقت . فعليه قيمتها . سواء تعقّب فعله أو تراخى . والخلاف فيها كالخلاف فى الطائر فى القفص .

٣٩٥٢ (فصـــل)

وإذا أوقد فى ملكه ناراً أو فى مواتٍ ، فطارت شرارةٌ إلى دار جاره ، فأحرقتها ، أو سقَى أرضَه فنزل الماءُ إلى أرض جاره فغرّقها ، لم يضمن ، إذا كان فعل ما جرت به العادةُ من غير تفريط ، لأنه غيرُ متعدّ ، ولأنها سِرَايةُ فعل مباح ، فلم يضمن ، كسِراية القَوَدِ ، وفارقَ مَنْ حَلَّ زِقًّا ، فاندفق ، لأنه مُتعدٍّ بحلّه ، ولأن الغالب خروج المائع من الزقّ المفتوح ، وليس الغالب سرايةُ هذا الفعل المعتاد إلى تلف مال غيره ، وإن كان ذلك بتفريط منه ، بأن أجّجَ ناراً تسرى فى العادة ، لكثرتها ، أوفى ريح شديدة تحملها ، أو فتحَ ماء كثيراً يتعدّى ، أو فتح الماء فى أرض غيره ، أو أوقد فى دار غيره ، ضمن ما تلف به ، وإن سرى إلى غير الدار التى أوقد فيها ، والأرض التى الماء فيها ، لأنها سراية عُدوان أشبهت سِرَايةَ الُجرْحِ الذى تَعدّى به ، وإن أوقد ناراً ، فأيبست أغصان شجرةِ غيره ، ضمنها ، لأنّ ذلك لا يكون إلاّ من نارٍ كثيرة ، إلا أن تكون الأغصان فى هوائه ، فلا يضمنها ، لأنّ دخولها عليه غيرُ مستحَقّ ، فلا يمنع من التصرّف فى داره ، لحرمتها ، وهذا الفصل مذهب الشافعيّ ، كما ذكرنا سواء .

٣٩٥٣ (فصــــل)

وإن ألقت الريح إلى داره ثوب غيره ، لزمه حفظه ، لأنّه أمانة حصلت تحت يده ، فلزمه حفظه ، كاللُّقَطَة ، وإن لم يعرف صاحبُه ، فهو لقطة ، تثبتُ فيه أحكامُها ، وإن عرف صاحبه لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمنه ، لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه ، من غير تعريف ، فصار كالغاصب ، وإن سقط طائر فى داره لم يلزمه حفظهُ ، ولا إعلام صاحبه ، لأنه محفوظ بنفسه ، وإن دخل برجه ، فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه ، لأنه أمسك مالَ غيره لنفسه ، فهو كالغاصب ، وإلاّ فلا ضمان عليه ، لأنه يتصرّف فى بُرجه كيف شاء ، فلا يضمنُ مال غيره بتلفه ، ضِمْناً لتصرفه الذى لم يتعدّ فيه .

٣٩٥٤ (فصــل)

إذا أكلت بهيمةٌ حشيش قوم ، ويد صاحبها عليها ، لكونه معها ، ضمن ، وإن لم يكن معها لم يضمن ما أكلته ، وإذا استعار من رجل بهيمته ، فأتلفت شيئاً ، وهى فى يد المستعير ، فضمانه على المستعير ، سواء أتلفت شيئاً لمالكها ، أو لغيره ، لأن ضمانه يجب باليدُ ، واليد للمستعير ، وإن كانت البهيمةُ فى يد الراعى ، فأتلفت زرعاً ، فالضمانُ على الراعى دون صاحبها ، لأن إتلافها للزرع فى النهــار لا يُضمن الا بثبوت اليد عليها ، واليدُ للراعى دون المالك ، فكان الضمان عليه كالمستعير ، وإن كان الزرع للمالك ، فإن كان ليلا ضمن أيضاً : لأن ضمان اليد أقوى ، بدليل أنه يضمن به فى الليل والنهار جميعاً .

٣٩٥٥ (فصــــل)

إذا شهد بالغصب شاهدان ، فشهد أحدهما أنه غصبه يو الخميس ، وشهد آخرُ أنه غصبه يوم الجمعة ، لم تتمّ البيّنة ، وله أن يحلف مع أحدهما .

وان شهد أحدهما أنّه أقرّ بالغصب يوم الخميس ، وشهد الآخر أنّه أقرّ بغصبه يوم الجمعه ، ثبتت البيّنة . لأن الإقرار وإن اختلف رجع الى أمر واحد ، وان شهد أنّه أقرّ أنه غصبه يوم الخميس ، وشهد الآخرُ أنّه غصبه يوم الجمعة ، لم تثبت البيّنة أيضاً ، وان شهد له واحد ، وحلف معه ثبت الغصب ، فلو كان الغاصب حَلَف بالطلاق ، أنه لم يغصبه لم نُوقع طلاقه . لأن الشاهد واليمين بيّنه فى المال ، لا فى الطلاق : والله أعــلم .

كتاب الشفعة

وهى استحقاق الشريك انتزاع حصّة شريكه المنتقلة عنه ، من يد من انتقلت إليه ، وهى ثابتة بالسنّة ، والاجماع . أما السنّة : فما رُوى عن جابر رضى الله عنه ، قال : « قَضَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ بالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يقْسَم ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وصُرِفَتِ الطُّرقُ فَلاَ شُفْعَةَ » . متفق عليه ، ولمسلم قال : قَضَى رَسُولُ الله صلّى الله عليه وسلّم بالشُّفعة فى كُلِّ شِرْكٍ لَمْ يُقْسَمْ رَبْعَة [1] أوْ حَائِطٍ لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شاء أخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ به» وللبخارى: إنمّا جَعَلَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم الشُّفعة فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذا وقَعت الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ» وَأَمَّا الإجماعُ : فقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يُقاسِمْ ، فيما بيعَ من أرضٍ ، أو دَارٍ ، أو حَائطٍ . والمعنى فى ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ، وتمكّن من بيعه لشريكه ، وتخليصه ممّا كان بصدده من توقّع الخلاص ، والاستخلاص ، فالذى يقتضيه حُسنُ العِشرة أن يبيعه منه ، ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه ، وتخليص شريكه من الضرر ، فإذا لم يفعل ذلك ، وباعه لأجنبيّ سلّط الشرعُ الشريكَ على صرف ذلك إلى نفسه . ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصمّ ، فإنّه قال : لا تثبتُ الشفعة ، لأنّ فى ذلك إضراراً بأرباب الأملاك . فإن المشترىَ إذا علم أنه يُؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعَدُ الشريكُ عن الشِّراء فيستضرّ المالك ، وهذا ليس بشىء ، لمخالفته الآثار الثابتة ، والإجماعَ المنعقد قبله ، والجوابُ عمّا ذكره من وجهين .

أحدهما : أنّا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدَم من يشترى منهم ، غيرُ شركائهم ، ولم يمنعهم استحقاق الشّفعة من الشراء .

الثانى أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقّة أن يُقاسِمَ ، فيسقُط استحقاقُ الشُّفعةِ ، واشتقاق الشفعة من الشَّفْعِ وهو الزَّوْجُ ، فإن الشفيع كان نصيبه مُنفرداً فى ملكه ، فبالشّفعةُ يُضَم المبيع إلى ملكه ، فيَشْفَعهُ به . وقيل اشتقاقها من الزيادة ، لأن الشفيع يزيدُ المبيع فى ملكه .

٣٩٥٦ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم ﴿ ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شُفعة ﴾

---

(١) الربعة بفتح الراء والباء والعين ، وبكسر الباء وسكونها مع فتح ما قبلها وما بعدها هى المنزل ، والحائط البستان .

وجملة ذلك أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ، إذ هى انتزاعُ ملكِ المشترى بغير رضاء منه ، وإجبارٍ[1] له على المعاوضة ، مع ما ذكره الأصمّ لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحةٍ ، فلا تثبتُ إلا بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون الملك مُشاعاً غيرَ مقسوم ، فأمّا الجارُ ، فلا شفعة له . وبه قال عمر ، وعثمان ، وعمر ابن عبد العزيز ، وسعيد بن المسيَّب ، وسليمان بن يَسار ، والزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، وأبو الزِّناد ، وربيعةُ ، والمُغيرةُ بن عبد الرحمن ، ومالك ، والأوزاعىّ والشافعىّ ، وإسحق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال ابن شُبْرُمةَ ، والثورىّ ، وابن أبى ليلى ، وأصحابُ الرأى : الشفعة بالشركة ، ثم بالشركة فى الطريق ، ثم بالجوار ، وقال أبو حنيفة : يقدّم الشريك ، فإن لم يكن ، وكان الطريق مشتركاً ، كدَرْبٍ لا ينفُذُ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب ، الأقرب ، فالأقرب . فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق ، من درب آخرَ خاصّة ، وقال العنبرىّ وسوّار : تثبت بالشركة فى المال ، وبالشركة فى الطريق ، واحتجُّوا بما رَوى أبو رافع ، قال : قالَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم : « الجارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ[2] » رواه البخارىّ ، وأبو داود ، وروى الحسن عن سَمُرةَ : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « جَارُ الدَّار أَحَقُّ بالدَّارِ » رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن صحيح ، ورواه الترمذىّ فى حديث جابر « الجَارُ أَحَقُّ بدَارِهِ يُنْتَظرُ بهِ إِذَا كَانَ غَائِباً إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدٌ » وقال : حديث حسن : ولأنّه اتصال ملكٍ يدومُ ويتأبّد ؛ فتثبت الشفعة به ؛ كالشركة .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الشُّفْعَةُ فِيماَ لَمْ يُقْسَمْ ، فإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرقُ فَلاَ شُفْعَةَ » وروى ابن جُرَيج ؛ عن الزهرىّ ، عن سعيد بن المسيّب ، ــ أو عن أبى سلَمة ، أو عنهما ــ قال : قالَ رسولُ اللهِ صلّى الله عليه وسلّم « إِذَا قُسِّمَتِ الأَرْضُ وَحُدَّتْ فَلاَ شُفْعَةَ فِيهاَ » ورواه أبو داود ، ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الوفاق ؛ على خلاف الأصل ، لمعنىً معدومٍ فى محلّ النزاع ،

---

(١) الأسلوب الصحيح : أن تذكر الباء مع إجبار ، فيقال وبإجبار له ، لأنها إذا لم تذكر دخلت كلمة إجبار فى حيز غير ، فيكون المعنى وبغير إجبار ، وهو ينافى المراد . لأن المراد بغير رضاه مع إجباره .

(٢) الصقب : بفتح الصاد والقاف ، القريب ، والقرب، والمراد:الجار أحق بما يقرب منه من ملك جاره إذا أراد بيعه على استعمال المصدر فى اسم الفاعل ، أو الباء للسببية أى أحق لسبب قربه .

فلا تثبُت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربّما دخل عليه شريك ؛ فيتأذّى به ، فتدعوه الحاجة إلى مُقاسمته ، أو يطلب الداخلُ المقاسمةَ ، فيدخُل الضررُ على الشريك ، بنقص قيمة مِلكه ، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وهذا لا يُوجد في المقسوم .

فأمّا حديث أبي رافع فليس بصريح في الشُّفعة ، فإن الصَّقَبَ القُرْبُ . يقال بالسين ، والصاد . قال الشاعر :

كُوفِيَّـــةٌ نَازِحٌ مَحِلَّتُهَا * لاَ أَمَمٌ دَارُهَا وَلاَ صَقَبُ (١)

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره ، وصلته ، وعيادته ، ونحو ذلك ، وخبرنا صريح ، صحيح ، فيقدّم وبقيّة الأحاديث في أسانيدها مَقال ، لحديث سَمُرةَ يروبه عنه الحسن ، ولم يَسمع منه ، إلا حديث العَقيقة قاله أصحابُ الحديث ، قال ابن المنذر : الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حديثُ جابرٍ الذي رَوبناه ، وما عداه من الأحاديث فيها مقال ، على أنه يحتمل أنّه أراد بالجار الشريك ، فإنّه جارٌ أيضاً ، ويسمّى كلُّ واحدٍ من الزوجين جاراً . قال الشاعر :

أَجَارَتَنَا بِيـــنِي ، فإنَّكِ طَالِقَهْ * كَذَاكَ أُمُورُ النَّاسِ غَادٍ وَطارِقَهْ (٢)

قال الأعشى : وتُسمّى الضَّرَّتانِ جارتين ، لاشتراكهما في الزوج ، قال حَملُ ابن مالك : كنت بين جارتين لي ، فضرَبتْ إحداهما الأخرى بِمِسْطَح (٣) ، فقَتَلَتها وجَنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون الطريق مُفردةً ، أو مشتركةً . قال أحمـــد في رواية ابن القاسم ، في رجل له أرض تشربُ هي ، وأرضُ غيره من نهر واحد : فلا شفعة له من أجـل الشرب ، إذا وقعت الحدودُ فلا شُفْعَةَ ، وقال في رواية أبي طالب ، وعبد الله ، ومُثَنىً ، فيمن لا يرى الشفعة بالجوار ، وقدّم إلى الحاكم ، فأنـكر لم يحلف . إنما هو اختيار ، وقد اختلف الناسُ فيه . قال القاضي : إنّما هذا لأنّ يمين المنـكرِ ههنا على القطع ، والبتّ ، ومسائل الاجتهاد مظنونةٌ فلا يُقطع ببطلان مذهبِ المخالف ، ويمكن أن يُحمل كلام أحمد هنا على الورَع ، لا على التحريم . لأنه يحكم بُبطلان مذهب المخالفِ ، ويجوز للمشتري الامتناعُ به من تسليم المبيع فيما بينه ، وبين الله تعالى .

---

(١) نازح : بعيد :محلتها . دارها ، أمم : الأمم القرب والصقب القرب أيضاً . فهو من عطف المرادف

(٢) بيني . ابعدي ، أو تطلق ، غاد . آت في وقت الصباح ، طارقة : آت في وقت المساء ، أي غاد ورائح

(٣) المسطح عمود الخباء ، وهو خشبة غليظة متينة ينصب عليها الخباء .

٣٩٥٧ (فصـــل)

الشرط الثانى : أن يكون المبيع أرضاً ، لأنها التى تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين :

أحدها : تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض ، وهو البناء ، والغراس ، يُباع مع الأرض ، فإنه يُؤخذ بالشفعة ، تبعاً للأرض ، بغير خلاف فى المذهب ، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً . وقد دلّ عليه قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشُّفعة ، فى كلّ شِرْكٍ لمْ يُقسَم رَبعةٍ ، أو حائطٍ ، وهــذا يدخل فيه البناء والأشجار .

القسم الثانى : مالا تثبت فيه الشفعة تبعاً ، ولا مفرداً . وهوالزرع ، والثمرة الظاهرة ، تُباع مع الأرض فإنّه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : يؤخذ ذلك بالشفعة ، مع أصوله ، لأنهُ متّصل بما فيه الشفعة ، فيثبت فيه الشفعة تبعاً ، كالبناء ، والغراس .

ولنـا : أنه لا يدخل فى البيع تبعاً ، فلا يُؤخذ بالشفعة ، كقماش[1] الدار ، وعكسُه البناء والغراس .

وتحقيقه : أن الشفعة بيعٌ فى الحقيقة ، لــكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضىالمشترى ، فإن بيع الشجرُ ، وفيه ثمرةٌ غير ظاهرة ، كالطلع غير المؤبّر دخل فى الشفعة ، لأنها تتبعُ فىالبيع ، فأشبهت الغراس فى الأرض ، وأما ما بيع مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه ، سواء كان مما ينقل ، كالحيوان ، والثّياب ، والسفن والحجارة ، والزرع ، والثمار ، أو لا يُنقل ، كالبناء ، والغراس إذا بيع مُفرداً .

وبهذا قال الشافعىّ وأصحاب الرأى ، ورُوى عن الحسن ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والعنبرىّ وقتَادة ، وربيعة ، وإسحاق : لا شُفعة فى المنقولات ، واختُلف عن مالك ، وعطاء ، فقالا مرّةً كذلك ، ومرّةً قالا : الشفعةُ فى كلّ شىء حتى فى الثوب ، قال ابن أبى موسى : وقد رُوى عن أبى عبد الله رواية أخرى : أنّ الشفعة واجبةٌ فيما لا ينقسم ، كالحجارة ، والسيف ، والحيوان ، وما فى معنى ذلك .

قال أبو الخطاب : وعن أحمد رواية أخرى : أن الشفعة تجب فى البناء ، والغراس ، وإن بيع مُفرداً وهو قول مالك ، لعموم قوله عليه السلام «الشُّفْعَةُ فِيما لَمْ يُقْسَمْ » ولأنّ الشفعة وضعت لدفع الضرر . وحصول الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغُ منه فيما ينقسم ، ولأن ابن أبى مُلَيْكَةَ روَى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الشُّفْعَةُ فى كُلِّ شَىْءٍ» .

ولنـا : أن قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرقُ فَلَا شُفْعَةَ » لا يتناول إلا ما ذكرناه ، وإنما أراد مالا ينقسم من الأرض ، بدليل قوله « فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطرقُ » ولأن هذا مما لا يتباقى على الدوام ، فلا تجب فيه الشفعة ، كصُبْرَةِ

---

(٢) قماش الدار (الستاير) التى على الأبواب والنوافذ ونحوها .

الطعام ، وحديثُ ابن أبي مُلَيْكَةَ مُرسَلٌ ، لم يَرِد في الكتب الموثوق بها ، والحكم في الغَرَّاف [1]. والدّولابِ ، والناعورة ، كالحكم في البناء ، فأمّا إن بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض مفردةً عمّا يتخللها من الأرض. فحكمها حكم مالا ينقسم من العقار ، ولأنّ هذا ممّا لا ينقسم ، على ماسنذكره ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال ، لأن القرار تابع لها ، فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيما تبعها ، وإن بيعت حصّةٌ من عُلو دار مشترك نظرتْ : فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السُّفل فلا شُفعة في العُلو ، لأنه بناء مفرد ، وإن كان لصاحب العلو فكذلك ، لأنه بناء منفرد ، لكونه لا أرض له ، فهو كما لو لم يكن السقف له ، ويحتمل ثبوت الشفعة ، لأنّ له قراراً فهو كالسفل .

٣٩٥٨ (فصـــل)

الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته ، فأمّا ما لا يمكن قسمته من العقار ، كالحمّام الصغير ، والرَّحَى الصغيرة ، والعِضادَةِ [2] ، والطريق الضيِّقة ، والعِراص [3] الضيِّقة ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : لا شفعة فيه ، وبه قال يحيى بن سعيد ، وربيعة ، والشافعي .

والثانية : فيها الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة ، والثوريّ ، وابن سُرَيج ، وعن مالك كالروايتين ، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام « الشُّفْعَةُ فِيماَ يُقْسَم » وسائر الألفاظ العامّة ، ولأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر ، لأنه يتأبَّد ضرره ، والأول ظاهر المذهب ، لما رُوى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم . أنه قال : « لاَ شُفْعَةَ فِي فِنَاءٍ وَلاَ طَرِيقٍ ، وَلاَ مَنْقَبَةٍ » والمنقبة الطريق الضيّق ، رواه أبو الخطاب في رءوس المسائل ، وروى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا شُفعةَ في بئر ، ولا فحل ، ولأن إثبات الشفعة في هذا يضرّ بالبائع ، لأنه لا يمكنه أن يتخلّص من إثبات الشفعه في نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشترى لأجل الشفيع ، فيتضرّر البائع ، وقد يمتنع البيع ، فتسقط الشفعة ، فيؤدّى إثباتها إلى نفيها .

ويمكن أن يقال : إن الشفعة إنّما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة ، لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصّة ، ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم ، وقولهم . إن الضرر ههنا أكثر لتأبُّده ، قلنا : إلا أن الضرر ، في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة ، فلا يمكن التعدية ، وفى الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق ، وهو ما ذكرناه ، فتعذّر الإلحاق ، فأمّا ما أمكن قسمته ممّا ذكرنا ، كالحمّام الكبير ، الواسع

---

(١) الفرات : بفتح العين وتشديد الراء النهر الكثير الماء .

(٢) العضادة : ما يسد به حول الحوض والطريق من البناء .

(٣) العراص . جمع عرصه وهى فناء البيت ورحبته .

البيوت ، بحيث إذا قُسِّم لم يستضرّ بالقسمة ، وأمكن الانتفاع به حمّامًا ، فإن الشفعة تجب فيه ، وكذلك البئر ، والدور ، والعَضائِدُ متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان ، كالبئر ينقسمُ بئرين ، يرتقى الماء منهما ، وجبت الشفعة ، وكذلك إن كان مع البئر بياض أرض ، بحيث يحصُل البئر فى أحد النصيبين ، وجبت الشفعة أيضاً ، لأنه تمكن القسمة ، وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته ، بحيث يحصل الحجر فى أحد القسمين ، أو كان فيها أربعة أحجار دائرة ، يمكن أن ينفرد كلّ واحد منهما بحجرين ، وجبت للشفعة ، وإن لم يمكن إلاّ بأن يحصُل لكلّ واحد منهما ما لم يتمكّن من إبقائها رحىً ، لم تجب الشفعة .

فأمّا الطريق ، فإنّ الدار إذا بيعت ولها طريق فى شارع ، أو دَرْب نافذٍ ، فلا شفعة فى تلك الدار ، ولا فى الطريق ، لأنه لا شركة لأحد فى ذلك ، وإن كان الطريق فى درب غير نافذ ، ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً ، لأن إثبات ذلك يضرّ بالمشترى ، لأن الدار تبقى لا طريق لها ، وإن كان للدار باب آخرُ يُسْتَطرق منه ، أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ ، نظرنا فى الطريق المبيع مع الدار : فإن كان ممراً لا تمكن قسمته ، فلا شفعة فيه ، وإن كان تُمكن قسمته وجبت الشفعة فيه ، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ، فوجبت فيه الشفعة ، كغير الطريق ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال ، لأن الضرر يلحق المشترىَ بتحويل الطريق إلى مكان آخر ، مع ما فى الأخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشترى ، وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض ، فلم يجز كما لو كان الشريك فى الطريق شريكا فى الدار فأراد أخذ الطريق وحدها ، والقول فى دهليز الجار . وصَحْنه ، كالقول فى الطريق المملوك ، وإن كان نصيب المشترى من الطريق أكثر من حاجته ، فذكر القاضى أن الشفعة تجب فى الزائد بكلّ حال ، لوجود المقتضى ، وعدم المانع ، والصحيح أنه لا شفعة فيه ، لأن فى ثبوتها تبعيض صفقة المشترى ، ولا يخلو من الضرر .

٣٩٥٩ (فصــــل)

الشرط الرابع : أن يكون شقصاً مُنتقلاً بعوض ، وأما المنتقل بغير عوض ، كالهبة بغير ثواب ، والصدقة ، والوصيّة ، والإرث : فلا شفعة فيه فى قول عامّة أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وحُكى عن مالك روايةٌ أخرى فى المنتقل بهبة أو صدقةٍ : أنّ فيه الشفعة ، ويأخذه الشفيع بقيمته ، وحُكى ذلك عن ابن أبى ليلى ، لأنّ الشفعة ثبتتْ لإزالة ضرر الشركة ، وهذا موجود فى الشركة كيفما كان ، والضرر اللاحق بالمتّهب دون ضرر المشترى ، لأن إقدام المشترى على شراء الشِّقْص ، وبذله ماله فيه دليلُ حاجته إليه ، فانتزاعه منه أعظمُ ضرراً من أخذه ممّن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه .

ولنا أنه انتقل بغير عوض ، أشبه الميراث ، ولأنّ محلُ الوفاق هو البيعُ ، والخبرُ ورد فيه ، وليس غيره فى معناه ، لأنّ الشفيع يأخذه من المشترى بمثل السبب الذى انتقل به إليه ، ولا يمكن هذا فى غيره ،

ولأنّ الشفيع يأخذ الشِّقص بثمنه ، لا بقيمته ، وفى غيره يأخذه بقيمته ، فافترقا ، فأما المنتقل بِعوَض فينقسم قسمين :

أحدهما : ماعِوَضُه المال ، كالبيع ، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف ، وهو فى حديث جابر ، فإنْ باع ولم يُؤذنه فهو أحقُّ به ، وكذلك كلُّ عقد جرى مجرى البيع ، كالصلح بمعنى البيع ، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال ، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم ، لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع ، وهذا منها ، وبه يقول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا : لاتثبت الشفعة فى الهبة المشروط فيها ثواب ، حتى يتقابضا لأن الهبة لا تثبتُ إلاّ بالقبض ، فأشبهت البيعَ بشرط الخيار .

ولنا : أنه يملكها بعوض هو مال ، فلم يفتقر إلى القبض فى استحقاق الشفعة ، كالبيع : ولا يصحّ ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة ، لأن العوَض صرفَ اللفظ عن مقتضاه ، وجعله عبارة عن البيع خاصّة عندهم فانه ينعقد بها النكاح الذى لا تصحّ الهبة فيه بالاتفاق .

(القسم الثانى) ما انتقل بعوض غير المال ، نحو أن يجعل الشِّقص مَهراً ، أو عوَضاً فى الخُلع ، أو فى الصُّلح عن دم العمد ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أنّه لاشُفعة فيه لأنه لم يتعرّض فى جميع مسائله لغير البيع ، وهذا قول أبى بكر ، وبه قال الحسن ، والشعبىّ وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، حكاه عنهم ابن المنذر ، واختاره ، وقال ابن حامد : تجب فيه الشفعة ، وبه قال ابن شُبْرُمة ، والحارث العُكْلِىّ ، ومالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعىّ ثم اختلف بم يأخذه ؟ فقال ابن شُبْرُمةَ ، وابن أبى ليلى : يأخذ الشِّقص بقيمته ، قال القاضى : هو قياس قول ابن حامد ، لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقوّمنا البُضْعَ على الأجانب ، وأضررنا بالشفيع ، لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمَّى ، لتسامح الناس فيه فى العادة ، بخلاف البيع ، وقال الشريف أبو جعفر : قال ابن حامد . إن كان الشِّقصُ صداقاً أو عِوَضاً فى خُلع أو مُتعةً فى طلاق أخذه الشفيع بمهر المرأة ، وهو قول العُكْلِىّ ، والشافعىّ لأنه ملك الشقص ببدلٍ ليس له مثلٌ فيجب الرجوع إلى قيمة البدَل فى الأخذ بالشفعة ، كما لو باعه بعَرْض ، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقارٌ مملوك بعقد معاوضة ، فأشبه البيع .

ولنا : أنه مملوك بغير مال ، أشبه الموهوب ، والموروث ، ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل ، لما ذكره مالك ، وبالقيمة لأنّها ليست عوض الشقص ، فلا يجوز الأخذ بها ، كالموروث ، فيتعذّر أخذه ، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به ، فأشبه الموهوب ، والموروث ، وفارق البيع ، فإنه أمكن الأخذ بعوضه ، فإن قلنا : إنه يُؤخذ بالشُّفعة ، وطلّق الزوج قبل الدخول بعد عفوِ الشفيع رجع بنصف ما أصدقها ، لأنه

موجود فى يدها ، بصفته ، وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته ، لأن مِلكها زال عنه ، فهو كما لو باعته ، وإن طلّق قبل علم الشفيع ، ثم علم ففيه وجهان :

أحدهما : حقّ الشفيع مقدّم ، لأن حقّه أسبق ، لأنه يثبت بالبيع ، وحقُّ الزوج بالطلاق .

والثانى : حقّ الزوج أولى . لأنه ثبت بالنصّ ، والاجماع ، والشفعة ههنا لا نصّ فيها ، ولا إجماع ، فأمّا إن عفا الشفيع ، ثم طلّق الزوج ، فرجع فى نصف الشِّقص ، لم يستحقّ الشفيع الأخذ منه ، وكذلك إن جاء الفسخ من قِبَل المرأة ، فرجع الشِّقصُ كلّه إلى الزوج لم يستحقّ الشفيع أخذه ، لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد ، فلم يستحقّ به الشفيع ، كالرد بالعيب ، وكذلك كلّ فسخ يرجع به الشِّقصُ إلى العاقد ، كردّه بعيب ، أو مقايلة ، أو اختلاف المتبايعين ، أو ردّه لغَبْن ، وقد ذكرنا فى الإقالة روايةً أخرى : أنّها بيعٌ ، فتثبت فيها الشفعة ، وهو قول أبى حنيفة ، فعلى هذا : لو لم يعلم الشفيع حتّى تقايلا فله أن يأخذ من أيهمَا شاء ، وإن عفا عن الشفعة فى البيع ، ثمّ تقايلا ، فله الأخذُ بها .

٣٩٦٠ (فصـــــل)

وإذا جنى جنايتين عمداً ، وخطأ ، فصالحه منهما على شِقْص ، فالشفعةُ فى نصف الشِّقص ، دون باقيه ، وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهذا على الرواية التى نقول فيها : إن موجَب العمد القصاصُ عيناً ، وإن قلنا : موجَبُه أحدُ شيئين ، وجبت الشفعةُ فى الجميع ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة فى الجميع ، لأن فى الأخذ بها تبعيضَ الصفقة ، على المشترى .

ولنا : أن ما قابل الخطأ عوض عن مال ، فوجبت فيه الشفعة ، كما لو انفرد ، ولأن الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة ، وما لا تجب فيه ، فوجبت فيما تجب فيه ، دون الآخر ، كما لو اشترى شقصاً ، وسيفاً ، وبهذا الأصل يبطُل ما ذكره ، وقول أبى حنيفة أقيسُ . لأن فى الشفعة تبعيضَ الشِّقص على المشترى ، وربّما لا يبقى منه إلاّ مالا نفع فيه ، فأشبه ما لو أراد أحدُ الشفيعين أخذ بعضه مع عَفْوِ صاحبه ، بخلاف مسألة الشِّقص والسيف ، وأما إذا قلنا : إن الواجب أحدُ شيئين ، فباختياره الصلح سقط القِصاصُ ، وتعيّنت الدية ، فـكان الجميع عِوَضاً عن المال .

٣٩٦١ (فصـــــل)

ولا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه ، سواء كان الخيار لهما ، أو لأحدهما وحده ، أيّهما كان ، وقال أبو الخطّاب : يتخرّج أن تثبت الشفعة ، لأن الملِك انتقل ، فتثبت الشفعة فى مدّة الخيار ، كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة : إن كان الخيار للبائع ، أو لهما لم تثبت الشفعة ، حتى ينقضىَ لأن فى الأخذ بها

إسقاطَ حقّ البائع من الفسخ ، وإلزام البيع فى حقّه بغير رضائه ، ولأن الشفيع إنّما يأخذ من المشترى ، ولم ينتقل الملك إليه ، وإن كان الخيار للمشترى فقد انتقل الملك إليه ، ولا حقّ لغيره فيه ، والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع ، واستقرار الملك ، فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى ، وعامّة مايقدّر ثبوتُ الخيار له ، وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة ، كما لو وجد به عيباً ، وللشافعىّ قولان كالمذهبين .

ولنا : أنه مبيع فيه الخيار ، فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان للبائع ، وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشترى بالعقد بغير رضائه ، ويوجب العهدة عليه ، ويفوّت حقّه من الرجوع فى عين الثمن ، فلم يجز ، كما لو كان الخيار للبائع ، فإنّنا إنّما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع ، وتفويت حقّ الرجوع عليه فى عين ما لها ، وهما فى نظر الشرع على السواء ، وفارق الردّ بالعيب ، فإنّه إنما ثبت لاستدراك الظُّلامة ، وذلك يزول بأخذ الشفيع ، فإن باع الشفيع حصّته فى مدّة الخيار عالماً ببيع الأول سقطت شفعته ، وثبتت الشفعة فيما باعه للمشترى الأول فى الصحيح من المذهب ، وفى وجه آخر أنه يثبت للبائع ، بناءً على الملك فى مدّة الخيار لمن هو منهما ، وإن باعه قبل علمه بالبيع فكذلك ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن ملكه زال قبل ثبوت الشفعة . ويتوجّه على تخريج أبى الخطّاب أن لا تسقُط شفعته ، فيكون له على هذا أخذ الشقّص من المشترى الأول ، وللمشترى الأول أن يأخذ الشقّص الذى باعه الشفيع من مشتريه ، لأنه كان شريكاً للشفيع حين بيعه .

٣٩٦٢ (فصـــل)

وبيع المريض كبيع الصحيح فى الصحة ، وثبوت الشفعة ، وسائر الأحكام إذا باع بثمن المثل ، سواء كان لوارث ، أو غير وارث ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ بيعُ المريض مرضَ الموت لوارثه ، لأنه محجور عليه فى حقّه ، فلم يصحّ بيعُه ، كالصبىّ .

ولنا . أنه إنما حجر عليه فى التبرّع فى حقّه ، فلم يمنع الصحّة فيما سواه ، كالأجنبىّ إذا لم يزد على التبرّع بالثلث ، وذلك لأن الحجر فى شىء لا يمنع صحّـة غيره ، كما أن الحجر على المرتهن فى الرهن لا يمنع التصرّف فى غيره ، والحجر على المفلس فى ماله لا يمنع التصرّف فى ذمّته ، فأما بيعه بالمحاباة فلا يخلو : إما أن يكون لوارثٍ ، أو لغيره ، فإن كان لوارث بطلت المحاباة ، لأنها فى المرض بمنزلة الوصيّة ، والوصيّة لوارث لا تجوز ، ويبطل البيع فى قدر المحاباة من المبيع ، وهل يصحّ فيما عداه ؟ على ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يصحّ . لأن المشترىَ بذل الثمن فى كلّ المبيع ، فلم يصحّ فى بيعه ، كما لو قال : بعتُك هذا الثوب بعشرة ، فقال : قبلتُ البيع فى نصفه ، أو قال : قبلتُه بخمسة ، أو قال : قبلتُ نصفه بخمسةٍ ، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذى تواجبا عليه ، فلم يصحّ كتفريق الصفقة .

الثانى أنه يبطل البيع فى قدر المحاباة ، ويصحّ فيما يقابل الثمن المسمَّى ، وللمشترى الخيارُ بين الأخذ ، والفسخ ، لأن الصفقة تفرّقت عليه ، وللشفيع أخذ ما صحّ البيع فيه ، وإنّما قلنا بالصحّة لأن البطلان إنّما جاء من المحاباة ، فاختصّ بما يقابلها .

الثالث : أنه يصحّ فى الجميع ، ويقف على إجازة الورثة ، لأن الوصيّة للوارث صحيحة فى أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة ، فكذلك المحاباة له ، فإن أجازوا المحاباة صحّ البيع فى الجميع ، ولا خيار المشترى ، ويملك الشفيع الأخذ به ، لأنه يأخذ بالثمن ، وإن ردّوا بطل البيع فى قدر المحاباة ، وصحّ فيما بقى ، ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة ، وردّهم ، لأن حقّهم متعلّق بالمبيع ، فلم يملك إبطاله ، وله أخذ ما صحّ البيع فيه ، وإن اختار المشترى الردّ فى هذه الصورة ، وفى التى قبلها ، واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدّم الشفيع ، لأنّه لا ضرر على المشترى ، وجرى مجرى المعيب إذا رضيه الشفيع بعيبه .

القسم الثانى : إذا كان المشترى أجنبيًّا ، والشفيع أجنبىّ ، فإن لم تزد المحاباة على الثلث صحّ البيع ، وللشفيع الأخذ بها بذلك الثمن ، لأن البيع حصل به ، فلا يمنع منها كون المبيع مُسْتَرْخَصاً ، وإن زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة فى حقّ الوارث ، وإن كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان .

أحدهما : له الأخذ بالشفعة ، لأن المحاباة وقعت لغيره ، فلم يمنع منها تمكّن الوارث من أخذها ، كما لو وهب غريم وارثه مالاً ، فأخذه الوارث .

والثانى : يصحّ البيع ، ولا تجب الشفعة ، وهو قول أصحاب أبى حنيفة ، لأنّنا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حقّ لوارثه فى المحاباة ، ويفارق الهبة لغريم الوارث ، لأن استحقاق الوارث الأخذ بدينه لا من جهة الهبة ، وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موروثه . فافترقا ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذا خمسةُ أوجه : وجهان كهذين .

والثالث : أن البيع باطلٌ من أصله ، لإفضائه إلى إيصال المحاباة إلى الوارث ، وهذا فاسد . لأن الشفعة فرع للبيع ، ولا يبطل الأصلُ ببطلان فرعٍ له ، وعلى الوجه الأول ما حصلت للوارث المحاباة ، إنما حصلت لغيره ، ووصلت إليه بجهة الأخذ من المشترى ، فأشبه هبة غريم الوارث .

الوجه الرابع : أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحاباة بقدره من الثمن ، بمنزلة هبة المقابل المحاباة : لأن المحاباة بالنصف مثلاً هبةٌ للنصف ، وهذا لا يصحّ . لأنه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الأجنبىّ أخذُ الكلّ . لأن الموهوب لا شُفعة فيه .

الخامس : أن البيع يبطل فى قدر المحاباة ، وهذا فاسد . لأنها محاباة لأجنبىّ بما دون الثلث ، فلا تبطل، كما لو لم يكن الشِّقصُ مشفوعاً .

٣٩٦٣ (فصـــــل)

ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكلّ لفظ يدلّ على أخذه ، بأن يقول : قد أخذته بالثمن ،أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك إذا كان الثمن،والشِّقصُ معلومين ، ولا يفتقر إلى حكم حاكم ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال القاضى ، وأبو الخطاب : يملكه بالطالبة ، لأن البيع السابق سببٌ ، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب فى البيع ، انضم إليه القبول ، وقال أبو حنيفة : يحصُل بحكم الحاكم ، لأنه نقلٌ الملك عن مالكه إلى غيره قهراً فافتقر إلى حكم الحاكم ، كأخذ دينه .

ولنا : أنه حقّ ثبت بالنصّ ، والإجماع فلم يفتقر إلى حاكم كالردّ بالعيب ، وماذكروه ينتقض بهذا الأصل ، وبأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، ولأنه مال يتملّكه قهراً ، فملكه بالأخذ كالغنائم ، والمباحات ، وباللفظ الدالّ على الأخذ لأنه بيع فى الحقيقه ، لكن الشفيع يستقلّ به ، فانتقل باللفظ الدالّ عليه ، وقولهم : يملك بالمطالبة بمجرّدها لايصحّ ، لأنه لوملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة ، ولوجب أنه إذا كان له شفيعان ، فطلبا الشفعة ، ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذُ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه .

إذا ثبت هذا : فإنّه إذا قال : قد أخذت الشِّقص بالثمن الذى تمّ عليه العقد،وهو عالم بقدره ، وبالمبيع صحّ الأخذُ ، وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشترى لأن الشقص يُؤخذ قهراً ، والمقهور لاخيار له ، والآخذ قهراً لاخيار له أيضاً ، كسترجع المبيع لعيب فى ثمنه ، أو الثمن لعيب فى المبيع ، وإن كان الثمن مجهولاً أو الشِّقص لم يملكه بذلك ، لأنه بيع فى الحقيقة ، فيعتبر العلم بالعوضين ، كسائر البيوع ، وله المطالبة بالشفعة ، ثم يتعرّف مقدار الثمن من المشترى ، أو من غيره ، والمبيع فيأخذه بثمنه ، ويحتمل أنّ له الأخذ مع جهالة الشقص ، بناء على بيع الغائب .

٣٩٦٤ (فصـــل)

وإذا أراد الشفيع أخذ الشِّقص، وكان فى يد المشترى أخذه منه ، وإن كان فى يد البائع أخذه منه ، وكان كأخذه من المشترى .

هذا قياس المذهب ، وهو قول أبى حنيفه ، لأن العقد يلزم فى بيع العَقار قبل قبضه ، ويدخل المبيع فى ملك المشترى وضمانه ، ويجوز له التصرّف فيه بنفس العقد ، فصار كما لوقبضه المشترى ، وقال القاضى : ليس له أخذه من البائع ، ويجبرُ الحاكم المشترىَ على قبضه ، ثم يأخذه الشفيع منه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب

الشافعىّ لأن الشفيع يشترى الشِّقص من المشترى ، فلا يأخذه من غيره ، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتمّ إلا بالقبض ، ، فإذا فات القبض ، بطل العقد ، وسقطت الشفعة .

٣٩٦٥ (فصـــل)

وإذا أقر البائع بالبيع ، وأنــكر المشترى ففيه وجهان :

أحدها : للشفيع الأخذ بالشفعة ، وهو قول أبى حنيفة، والمُزَنِىّ .

والثانى : ليس له الأخذ بها ، ونصره الشريف أبو جعفر فى مسائله ، وهو قول مالك ، وابن سُرَيج ، لأن الشفعة فرع للبيع ، ولم يثبت ، فلا يثبت فرعه ،ولأن الشفيع إنما يأخذ الشِّقص من المشترى ، وإذا أنـكر البيعَ لم يمكن الأخذ منه ، ووجه الأول : أن البائع أقرّ بحقّين : حق للشفيع وحقّ للمشترى ، فإذا سقط حقّ المشترى بإنكاره ثبت حقُّ الشفيع ، كما لو أقرّ بدار لرجلين ، فأنكر أحدهما ، ولأنه أقرّ للشفيع أنه مستحِقّ لأخذ هذه الدار ، والشفيع يدّعى ذلك ، فيوجب قبوله ، كما لو أقرّ أنها ملـكه ، فعلى هذا يقبض الشفيع ، من البائع ، ويُسلِّم إليه الثمن ، ويكون دركُ الشفيع على البائع ، لأن القبض منه ، ولم يثبت الشراء فى حقّ المشترى ، وليس للشفيع ، ولا للبائع محاكمة المشترى ، ليثبت البيع فى حقّه ، وتـكون العهدة عليه ، لأن مقصود البائع الثمن ، وقد حصل من الشفيع ، ومقصود الشفيع أخذ الشِّقص ، وضمان العهدة ، وقد حصل من البائع ، فلا فائدة فى المحاكمة .

فإن قيل . أليس لو ادّعى على رجل ديناً ، فقال آخر : أنا أدفع إليك الدين الذى تدعيه ، ولا تخاصمه لا يلزمه قبوله ، فهل لا قلتم ههنا كذلك ؟ قلنا : فى الدين عليه منّة فى قبوله ، من غـير غريمه ، وههنا بخلافه، ولأن البائع يدّعى أن الثمن الذى يدفعه الشفيع حقّ للمشترى عِوَضاً عن هـــذا المبيع ، فصار كالنائب عن المشترى فى دفع الثمن ، والبائع كالنائب عنه فى دفع الشِّقص، بخلاف الدين ، فإن كان البـائعُ مقراً بقبض الثمن من المشترى بقى الثمن الذى على الشفيـع لا يدّعيه أحدٌ ، لأن البائع يقول : هو للمشترى ، والمشترى يقول : لا أستحقّه ، ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يقال للمشترى : إما أن تقبضه، وإما أن تبرىء منه.

والثانى: يأخذه الحاكم عنده .

والثالث : يبقى فى ذمّة الشفيع ، وفى جميع ذلك متى ادعاه البائع ، أو المشترى دفع إليه ، لأنه لأحدهما وإن تداعياه جميعاً ، فأقرّ المشترى بالبيـع ، وأنـكر البائع أنّه لم يقبض منـــه شيئاً ، فهو للمشترى ، لأن البائع قد أقرّ له به ، ولأن البائع إذا أنـكر القبض لم يكن مدّعياً هذا الثمن ، لأن البائع لا يستحقّ على الشفيع ثمناً ، إنّما يستحقّه على المشترى ، وقد أقرّ بالقبض منه ، وأما المشترى فإنّه يدّعيـه ، وقد أقرّ له باستحقاقه ، فوجب دفعه إليه .

٣٩٦٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن لم يطالب بالشفعة فى وقت علمه بالبيع فلا شفعة له ﴾

الصحيح فى المذهب أن حقّ الشفعة على الفور ، إن طالب بها ساعةَ يعلم بالبيع ، وإلا بطلت ، نصّ عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، فقال : الشفعةُ بالمُواثَبة ساعةَ يعلمُ ، وهذا قول ابن شُبْرُمةَ ، والبتىّ ، والأوزاعىّ ، وأبى حنيفة ، والعنبرىّ والشافعىّ فى أحد قوليه ، وحكى عن أحمد رواية ثانية : أنّ الشفعة على التراخى ، لا تسقُط مالم يوجد منه مايدلّ على الرضى من عفو ، أو مطالبة بقسمة ، ونحو ذلك ، وهذا قول مالك ، وقول الشافعىّ ، إلا أن مالكاً قال : تنقطع بمضىّ سنة ، وعنه بمضىّ مدّة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار لاضرر فى تراخيه فلم يسقط بالتأخير ، كحقّ القصاص ، وبيان عدم الضرر . أن النفع للمشترى باستغلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارةً من غِراس ، أو بناءٍ فله قيمته ، وحُكى عن ابن أبى ليلى ، والثورىّ : أن الخيار مقدّر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعىّ . لأن الثلاث حدّ بها خيار الشرط ، فصلحت حداً لهذا الخيار . والله اعلم.

ولنا ماروى ابن السلمانىّ عن أبيه عن عمر . قال . قال . رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَال — وفى لفظ أنه قال — الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ العِقَالِ إنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَتْ ، وإنْ تُرِكَتْ فاللَّومُ عَلَى مَنْ تَرَكَها » ورُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم : أنه قال « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبها » رواه الفقهاء فى كتبهم ، لأنّه خيارٌ لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور ، كخيار الردّ بالعيب ، ولأن إثباته على التراخى يضرّ المشترى ، لكونه لا يستقرّ ملكه على المبيع ، ويمنعه من التصرّف بعمارة ، خشيةَ أخذه منه ، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ، لأن خسارتها فى الغالب أكثرُ من قيمتها ، مع تعب قلبه ، وبدنه فيها ، والتحديد بثلاثة أيام تحكّم لا دليل عليه ، والأصلُ المقيسُ عليه ممنوع ، ثم هو باطل بخيار الردّ بالعيب .

وإذا تقرّر هذا : فقال ابن حامد : يتقدّر الخيار بالمجلس ، وهو قول أبى حنيفة ، فمتى طالب فى مجلس العلم ثبتت الشفعة ، وإن طال ، لأن المجلس كلّه فى حكم حالة العقد ، بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض . كالقبض حالة العقد .

وظاهر كلام الخرقى : أنّه لا يتقدّر بالمجلس ، بل متى بادر ، فطالبَ عقيب علمه ، وإلا بطلت شفعته ، وهذا ظاهر كلام أحمد ، وقول الشافعىّ ، لما ذكرنا من الخبر ، والمعنى ، وما ذكروه يبطُل بخيار الردّ بالعيب ، فعلى هذا : متى أخّر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر ، بطلت شفعتُه ، وإن أخّرها لعُذر مثلُ أن يعلم ليلاً فيؤخّره إلى الصبح ، أو لشدّة جوع ، أو عطش ، حتّى يأكل ، ويشرب ، أو لطهارةٍ ، أو إغلاقِ بابٍ ، أو ليخرُج من الحمّام ، أو ليؤذّن ، ويقيمَ ، ويأتى بالصلاة ، وسنّتها ، أو ليشهدها فى جماعة يخاف

فوتها ، لم نبطّل شفعته ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها ، فلا يكون الاشتغال بها رضىً بترك الشفعة ، إلا أن يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال ، فيمكنه أن يُطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله ، فإن شفعته تبطُل بتركه المطالبة ، لأن هذا لا يشغله عنها ، ولا تشغله المطالبة عنه ، فأمّا مع غيبته فلا ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها ، كما لو أمكنه أن يُسرع فى مشيه ، أو يحرّك دابّته ، فلم يفعل ، ومضى على حسب عادته لم تسقطُ شفعته ، لأنه طلب بحكم العادة ، وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشترى ، فإذا لقيه بدأ السلام ، لأن ذلك السنّة ، وقد جاء فى حديث « مَنْ بَدَأَ بِالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ فَلَا تُجِيبُوهُ » ثم يطالب ، وإن قال بعد السلام : بارك الله لك فى صفقة يمينك ، أو دعا له بالمغفرة ، ونحو ذلك لم تبطُل شفعته ، لأنّ ذلك يتّصل بالسلام ، فيكون من جملته ، والدعاء له بالبركة فى الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشقّص يرجع إليه ، فلا يكون ذلك رِضىً ، وإن اشتغل بكلامٍ آخر ، أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته ، لما قدّمنا .

٣٩٦٧ (فصـــل)

فإن أخبره بالبيع مخبرٌ فصدّقه ، ولم يطالب بالشفعة بطلت شفعتُه ، سواء كان المخبرُ ممّن يُقبل خبره ، أو لا يُقبل ، لأن العلم قد يحصُل بخبر من لا يُقبَل خبرهُ ، لقرائن دالّة على صدقه .

وإن قال : لم أصدقه ، وكان المخبِر ممّن يحكم بشهادته ، كرجلين عدلين بطلت شفعته ، لأن قولها حُجّة تثبُت بها الحقوق .

وإن كان ممّن لا يُعمل بقوله ، كالفاسق ، والصبيّ لم تبطلُ شفعته .

وحكى عن أبى يوسف : أنّها تسقُط ، لأنه خبر يُعمل به فى الشرع فى الإذن فى دخول الدار ، وشبهه . فسقطت به الشفعة . كخبر العدل .

ولنـا : أنه خبر لا يقبل فى الشرع . فأشبه قول الطفل ، والمجنـون ، وإن أخبره رجل عدل ، أو مستور الحال سقطت شفعته ، ويحتمل أن لا تسقط ، ويروى هـذا عن أبى حنيفة ، وزفر ، لأن الواحد لا تقوم به البيِّنة .

ولنـا : أنه خبر لا تُعتبر فيه الشهادة . فقبل من العدل ، كالرواية ، والفُتْيا ، وسائر الأخبار الدينية ، وفارق الشهادة ، فإنّه يُحتاط لها باللفظ ، والمجلس ، وحضور المدّعى عليه ، وإنـكاره ، ولأن الشهادة يُعارضها إنـكار المنـكر ، وتوجب الحقّ عليه ، بخلاف هذا الخبر ، والمرأة فى ذلك كالرجل ، والعبد كالحر ، وقال القاضى : هما كالفاسق ، والصبيّ ، وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن قولها لا يثبُت به حقّ .

ولنا : أن هذا خبر ، وليس بشهادة ، فاستوى فيه الرجل ، والمرأة ، والعبـد ، والحرّ ، كالرواية ،

والأخبار الدينية ، والعبد من أهل الشهادة ، فيما عدا الحدود ، والقصاص ، وهذا مما عداها ، فأشبه الحرّ .

٣٩٦٨ (فصـــل)

إذا أظهر المشترى أن الثمن أكثر مما وقع العقد به ، فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك . وبهذا قال الشافعىّ . وأصحاب الرأى ، ومالك . إلاّ أنه قال : بعد أن يحلف : ما سلّمتُ الشفعة إلاّ لمكان الثمن الكثير ، وقال ابن أبى ليلى : لا شفعة له ، لأنه سلّم وَرَضِىَ .

ولنا : أنه تركها للعذر ، فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير . ويرضاه بالقليل ، وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك ، كما لو تركها لعدم العلم . وكذلك إن أظهر أن المبيع سهامٌ قليلة . فبانت كثيرةً ، أوأظهر أنهما تبايعا بدنانير ، فبان أنها دراهم ، أو بدراهم ، فبانت دنانير ، وبهذا قال الشافعىّ ، وزفر ، وقال أبو حنيفة ، وصاحباه ، إن كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة ، لأنهما كالجنس الواحد .

ولنا أنهما جنسان ، فأشبها الثياب ، والحيوان ، ولأنه قد يملك بالنقد الذى وقع به البيع ، دون ما أظهره ، فيتركه لعدم ملكه له ، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد ، فبان أنه اشتراه بعوض أو بعرض فبان أنه بنقد ، أو بنوع من العرض ، فبان أنه بغيره ، أو اشتراه مشترٍ ، فبان أنه اشتراه لغيره ، أو أظهر أنه اشتراه لغيره ، فبان أنه اشتراه له ، أوأنه اشتراه لإنسان ، فبان أنه اشتراه لغيره ، لأنه قد يرضى شركةَ إنسان ، دون غيره ، وقد يحابى إنساناً أو يخافه ، فيترك لذلك ، وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكلّ بثمن ، فبان أنه اشترى نصفه بنصفه ، أو أنه اشترى نصفه بثمن ، فبان أنه اشترى جميعه . بضعفه ، أو أنه اشترى الشقص وحده ، فبان أنه اشتراه هو ، أو غيره ، أوأنه اشتراه هو وغيره ، فبان أنه اشتراه وحده ، لم تسقط الشفعة فى جميع ذلك ، لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه ، دون ما أظهره ، فيترك لذلك ، فلم تسقط شفعته ، كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن ، فبان أقلّ منه ، فأما إن أظهر أنه اشتراه بثمن ، فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكلّ بثمن ، فبان أنه اشترى به بعضه ، سقطت شفعته ، لأن الضرر فيما أبطنه أكثر ، فاذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلّة ضرره ، فالكثير أولى .

٣٩٦٩ (فصـــل)

وإن لقيه الشفيع فى غير بلده ، فلم يطالبه ، وقال : إنما تركتُ المطالبة لأطالبه فى البلد الذى فيه البيع ، أو المبيع ، أو لآخذ الشقص فى موضع الشفعة ، سقطت شفعته ، لأن ذلك ليس بعذر فى ترك المطالبة ، فإنها لا تقف على تسليم الشقص ، ولا على حضور البلد الذى هو فيه ، وإن قال : نسيتُ ، فلم أذكر المطالبة ، أو نسيتُ البيع سقطت شفعته ، لأنها خيارٌ على الفور ، فإذا أخّره نسياناً بطل ، كالردِّ بالعيب ، وكما لو أمكنت المعتَقَةُ زوجها من وطئها نسياناً ، ويحتمل أن لا تسقط المطالبة ، لأنه تركها لعذر ، فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها ، وإن تركها جهلاً باستحقاقه لها بطلت ، كالردّ بالعيب .

٣٩٧٠ (فصـــل)

وإذا قال الشفيع للمشترى : بعنى ما اشتريتَ ، أو قاسمنى بطلت شفعته ، لأنه يدلّ على رضاه بشرائه، وتركه للشفعة ، وإن قال : صالحنى على مالٍ سقطت أيضاً وقال القاضى : لا تسقط ، لأنه لم يرض بإسقاطها، وإنما رضى بالمعاوضة عنها ، ولم تثبت المعاوضة ، فبقيت الشفعة .

ولنا أنه رضى بتركها ، وطلب عوضها ، فيثبت الترك المرضىُّ به ، ولم يثبُت العِوَضُ ، كما لو قال : بعنى، فلم يبعه، ولأن ترك المطالبة بها كافٍ فى سقوطها ، فمع طلب عوضها أولى ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

فإن صالحه عنها بعوض لم يصحّ ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقال مالك : يصحّ لأنه عوض عن إزالة ملك ، فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأةٍ أمرَها .

ولنا : أنه خيار لا يسقط إلى مالٍ ، فلم يجُز أخذُ العوض عنه ، كخيار الشرط ، ويبطل ما قاله بخيار الشرط ، وأما الخلع فهو معاوضة عمّا ما ملكه بعوض ، وههنا بخلافه .

٣٩٧١ (فصـــل)

وإن قال: آخذ نصف الشِّقص سقطت شفعته ، وبهذا قال محمد بن الحسن ، وبعض أصحاب الشافعىّ ، وقال أبو يوسف : لا تسقط ، لأن طلبه ببعضها طلب بجميعها ، لكونها لا تتبعّض ، ولا يجوز أخذ بعضها .

ولنا : أنه تارك لطلب بعضها ، فيسقط ، ويسقط باقيها ، لأنها لا تتبعّض ، ولا يصحّ ما ذكره ، فإن طلب بعضها ليس بطلب لجميعها ، وما لا يتبعّض لا يثبُت حتّى يثبُت السبب فى جميعه ، كالنكاح ، ويخالف السقوط ، فإن الجميع يسقُط بوجود السبب فى بعضه ، كالطلاق والعتاق .

٣٩٧٢ (فصـــل)

وإن أخذ الشِّقص بثمن مغصوب ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا تسقط شفعته ، لأنه بالعقد استحقّ الشِّقص بمثل ثمنه فى الذمّة ، فإذا عيّنه فيما لا يملكه سقط التعيين ، وبقى الاستحقاق فى الذمّة ، فأشبه ما لو أخّر الثمن ، أو كما لو اشترى شيئاً آخر ، ونقد فيه ثمناً مغصوباً .

والثانى : تسقط شفعته ، لأن أخذه للشِّقص بما لا يصحّ أخذه به تركٌ له ، وإعراض عنه ، فتسقط الشفعة ، كما لو ترك الطلب بها .

٣٩٧٣ (فصـــل)

ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالماً بذلك سقطت شفعته ، لأنه لم يبق له ملك يستحقّ به ، ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه ، وقد زال ذلك ببيعه ، وإن باع بعضه ففيه وجهان :

أحدهما : تسقط أيضاً ، لأنها استُحِقّت بجميعه ، فإذا باع بعضه سقط ما تعلّق بذلك من استحقاق الشفعة ، فيسقط باقيها ، لأنها لا تتبعّض ، فيسقط جميعها بسقوط بعضها ، كالنكاح ، والرقّ ، وكما لو عَفَى عن بعضها .

والثانى : لا تسقُط ، لأنه قد بقى من نصيبه ما يستحقّ به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقى ، وللمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى فى المسألة الأولى ، وفى الثانية إذا قلنا : تسقُط شفعةُ البائع الأول ، لأنه شريكٌ فى المبيع ، وإن قلنا : لا تسقط شفعة البائع ، فله أخذ الشّقص من المشترى الأول، وهل للمشترى الأول شفعة على المشترى الثانى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له الشفعة ، لأنه شريك، فإن الملك ثابت له يملك التصرّف فيه، بجميع التصرفات، ويستحقّ نماؤه ، وفوائده ، واستحقاقُ الشفعة به ، من فوائده .

والثانى . لا شفعة له . لأن ملكه يوجد بها ، فلا تؤخذ الشفعة به ، ولأن ملكه متزلزل ، ضعيف ، فلا يستحقّ الشفعة به ، لضعفه ، والأول أقيس . فإنّ استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحقّ به الشفعة ، كالصداق قبل الدخول ، والشِّقص الموهوب للولد .

فعلى هذا . للمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى ، سواء أُخِذ منه المبيع بالشفعة ، أو لم يُؤخذ ، وللبائع الثانى إذا باع بعض الشِّقص الأخذُ من المشترى الأول فى أحد الوجهين ، فأمّا إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضى : تسقُط شفعته أيضاً ، لما ذكرناه ، ولأنه زال السبب الذى يستحقّ به الشفعة ، وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه ، فصار كمن اشترى معيباً ، فلم يعلم عيبه حتى زال ، أو حتى باعه ، فعلى هذا حكمه حكم مالو باع مع علمه ، سواء فيما إذا باع جميعه ، أو بعضه .

وقال أبو الخطاب . لاتسقُط شفعته ، لأنها ثبتت له ، ولم يوجد منه رضًى بتركها ، ولا ما يدلّ على إسقاطها ، والأصلُ بقاؤها ، فتبقى ، وفارق ما إذا علم ، فإن بيعه دليلٌ على رضاه بتركها ، فعلى هذا للبائع الثانى أخذُ الشِّقص من المشترى الأول، فإن عفى عنه، فللمشترى الأول أخذُ الشِّقص من المشترى الثانى، وإن أخذ منه ، فهل للمشترى الأول الأخذ من الثانى ؟ على وجهين .

٣٩٧٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن كان غائباً وعلم بالبيع فى وقت قدومه فله الشفعة، وإن طالت غيبته ﴾ .

وجملة ذلك . أن الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم ، رُوى ذلك عن شُريح ، والحسن ، وعطاء ، وبه قال مالك ، والليث ، والثورىّ . والأوزاعىّ . والشافعىّ . والعنبرىّ . وأصحاب الرأى .

ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة ، كالصداع اليسير ، والألم القليل ، فهو كالصحيح ، وإن

ورُوى عن النَّخَعِيّ : ليس للغائب شفعة، وبه قال الحارث العُكْلِيّ ، والبتيّ ، إلا للغائب القريب لأن إثبات الشفعة له يضرّ بالمشترى ، ويمنع من استقرار ملكه ، وتصرّفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه ، فلم يثبت ذلك ، كثبوته للحاضر على التراخي .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « الشُّفْعَةُ فِيما لَمْ يُقْسَمْ » وسائر الأحاديث ، ولأن الشفعة حقّ مالىّ وُجد سببه بالنسبة إلى الغائب ، فيثبت له ، كالإرث ، ولأنه شَريك لم يعلم بالبيع ، فتثبت له الشفعة عند علمه ، كالحاضر إذا كتم عنه البيع ، والغائب غيبة قريبة ، وضرر المشترى يندفع بإيجاب القيمة له ، كما فى الصورة المذكورة .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقتَ قدومه فله المطالبة ، وإن طالت غيبته ، لأن هذا الخيار يثبُت لإزالة الضرر عن المال ، فتراخي الزمان قبل العلم به لا يُسقطه ، كالردّ بالعيب ، ومتى علم فحكمه فى المطالبة حكم الحاضر ، فى أنه إن طالب على الفور استحقّ ، وإلا بطلت شفعته ، وحكم المريض ، والمحبوس ، وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكمُ الغائب لما ذكرنا .

٣٩٧٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن علم وهو فى السفر فلم يُشهد على مطالبته فلا شفعة له ﴾ .

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع ، وقدر على الإشهاد ، وعلى المطالبة ، فلم يفعل أنّ شفعته تسقُط ، سواء قدر على التوكيل ، أو عجز عنه ، أو سار عَقيب العلم ، أو أقام ، وهو ظاهر كلام أحمد : فى رواية أبى طالب فى الغائب له الشفعةُ إذا بلغه أَشْهَد ، وإلاّ فليس له شىء ، وهو وجهٌ للشافعىّ ، والوجه الآخرُ لا يحتاج إلى الإشهاد ، لأنه ثبت عذره ، فالظاهرُ أنه تَرك الشفعة لذلك ، فقُبل قوله فيه .

ولنا : أنه قد يترك الطلب للعذر ، وقد يسير لطلب الشفعة ، وقد يسير لغيره ، وقد قدر أن يُبَيِّن ذلك بالإشهاد ، فإذا لم يفعل سقطت شفعته ، كتارك الطلب مع حضوره ، وقال القاضى : إن سار عَقيب علمه إلى البلد الذى فيه المشترى من غير إشهاد . احتمل أن لا تَبطل شفعته ، لأن ظاهر سيره أنه للطلب ، وهو قول أصحاب الرأى ، والعنبرىّ ، وقولٌ للشافعىّ ، وقال أصحاب الرأى له من الأجَل بعد العلم قدرُ السير ، فإن مضى الأجلُ قبل أن يبعث، أو يطلب بطلت شفعته ،وقال العنبرى : له مسافة الطريق ذاهباً،وجائياً ، لأن عذره فى ترك الطلب ظاهرٌ ، فلم يَحتج معه إلى الشهادة ، وقد ذكرنا وجه قول الخِرَقىّ : ولا خلاف فى أنه إذا عجز عن الإشهاد فى سفره أنّ شفعته لا تسقُط ، لأنه معذور فى تركه ، فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره ،

أو لعدم العلم ، ومتى قدر على الإشهاد فأخّره كان كتأخير الطلب للشفعة : إن كان لعذر لم تسقط الشفعة، وإن كان لغير عذر سقطت ، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب ، ونائبٌ عنه ، فيُعتبر له ما يُعتبر للطلب ، ومن لم يقدر إلا على إشهاد من لا تقبل شهادته ، كالصبيّ ، والمرأة ، والفاسق ، فترك الإشهاد لم تسقط شفعته بتركه ، لأن قولهم غيرُ معتبر ، فلم يلزم إشهادهم ، كالأطفال ، والمجانين .

وإن لم يجد من يُشهده إلاَّ من لا يقدَم معه إلى موضع المطالبة فلم يُشهد ، فالأولى أنّ شفعته لا تبطل، لأن إشهاده لا يفيد ، فأشبه إشهاد من لا تُقبل شهادته ، فإن لم يجد إلا مستورَى الحال فلم يُشهدهما . احتمل أن تبطل شفعته ، لأن شهادتهما يمكن إثباتها بالتزكية ، فأشبها العَدْلَين .

ويحتمل أن لا تبطل ، لأنه يحتاج فى إثبات شهادتهما إلى كُلفة كثيرة ، وقد لا يقدر على ذلك ، فلا تقبل شهادتهما ، وإن أشهدهما لم تبطل شفعته ، سواء قُبلت شهادتهما ، أو لم تقبل ، لأنه لم يمكنه أكثر من ذلك ، فأشبه العاجز عن الإشهاد ، وكذلك إن لم يقدر إلا على إشهاد واحد ، فأشهده ، أو ترك إشهاده .

٣٩٧٦ (فصـــــــل)

إذا أشهد على المطالبة ، ثم أخرّ القدوم مع إمكانه ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أن الشـــفعة بحالها ، وقال القاضى : تبطل شفعته ، وإن لم يقدر على المسير ، وقدر على التوكيل فى طلبها ، فلم يفعل بطلت أيضاً ، لأنه تارك للطلب بها مع قدرته عليه ، فسقطت ، كالحاضر ، أو كما لم يُشهد ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، إلاّ أنّ لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين :

أحدهما : لا تسقط شفعته . لأن له غرضاً بأن يُطالب لنفسه ، لكونه أقوم بذلك ، أو يخاف الضرر من جهة وكيله ، بأن يُقرّ عليه برشوة ، أو غير ذلك ، فيلزمه إقراره ، فكان معذوراً .

ولنا : أن عليه فى السفر ضرراً لالتزامه كلفته ، وقد يكون له حوائج ، وتجارة ، ينقطع عنها ، وتضيع بغيبته ، والتوكيل إن كان بجُعْلٍ لزمه غُرْم ، وإن كان بغير جُعْلٍ لزمته مِنَّةٌ ، ويخاف الضرر من جهته ، فاكتفى بالإشهاد ، فأمّا إن ترك السفر لعجزه عنه ، أو لضرر يلحقه فيه ، لم تبطل شفعته ، وجهاً واحداً ، لأنه معذور ، فأشبه من لم يعلم .

وإن لم يقدر على الإشهاد ، وأمكنه السفر ، أو التوكيل ، فلم يفعل بطلت شفعته ، لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه ، من غير وجود ما يقوم مقام الطلب ، فسقطت ، كما لو كان حاضراً .

٣٩٧٧ (فصـــــــل)

ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة ، كالصداع اليسير ، والألم القليل ، فهو كالصحيح ، وإن

كان مرضا يمنع المطالبة ، كالحمّى ، وأشباهها ، فهو كالغائب فى الإشهاد ، والتوكيل . وأما المحبوس : فإن كان محبوساً ظلماً ، أو بدين لا يمكنه أداؤه ، فهو كالمريض ، فإن كان محبوساً بحق يلزمه أداؤه ، وهو قادر عليه ، فهو كالمُطْلَق : إن لم يبادر إلى المطالبة ، ولم يوكّل فيها بطلت شفعته ، لأنه تركها مع القدرة عليها .

٣٩٧٨ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر ، كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم، فإن طالب الأول رجع الثانى بالثمن الذى أخذ منه ، والثالث على الثانى ﴾

وجملة ذلك : أن المشترىَ إذا تصرّف فى المبيع قبل أخذ الشفيع ، أو قبل علمه ، فتصرُّفه صحيح ، لأنه ملكه ، وصحّ قبضه له ، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملّكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرّفه ، كما لو كان أحد العوضين فى البيع معيباً ، لم يمنع التصرّف فى الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرّف فى الهبة، وإن كان الواهب ممّن له الرجوع فيه،فمتى تصرّف فيه تصرُّفاً صحيحاً تجب به الشفعة ، مثلُ أنْ باعه فالشفيع بالخيار . إن شاء فسخ البيع الثانى ، وأخذه بالبيع الأول بثمنه، لأن الشفعة وجبت له قبل تصرّف المشترى، وإن شاء أمضى تصرّفه ، وأخذ بالشفعة من المشترى الثانى ، لأنه شفيع فى العقدين ، فكان له الأخذُ بما شاء منهما ، وإن تبايع ذلك ثلاثة ، فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول ، وينفسخ العقدان الأخيران ، وله أن يأخذه بالثانى ، وينفسخ الثالث وحده ، وله أن يأخذه بالثالث . ولا ينفسخ شىء من العقود .

فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذى اشترى به ، ولم يرجع على أحدٍ، لأنه وصل إليه الثمن الذى اشترى به، وإن أخذ من الثانى دفع إليه الثمن الذى اشترى به،ورجع الثالث عليه بما أعطاه ، لأنه قد انفسخ عقده ، وأخذ الشقّص منه ، فيرجع بثمنه على الثانى ، لأنه أخذه منه .

وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشترى الأول الثمن الذى اشترى به، وانفسخ عقد الآخَرَيْن، ورجع الثالث على الثانى بما أعطاه ، ورجع الثانى على الأول بما أعطاه .

فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ، ثم اشتراه الثانى بعشرين ، ثم اشتراه الثالث بثلاثين ، فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة ، وأخذ الثانى من الأول عشرين ، وأخذ الثالث من الثانى ثلاثين ، لأن الشقّص إنما يُؤخذ من الثالث ، لكونه فى يده ، وقد انفسخ عقده ، فيرجع بثمنه الذى وزنه ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وبه يقول مالك ، والشافعىّ ، والعنبرىّ ، وأصحاب الرأى .

وما كان فى معنى البيع مما تجبُ به الشفعة ، فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وإن كان ممّا لا تجب به الشفعة فهو كالهبة ، والوقف ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٩٧٩ (فصــــل)

وإن تصرّف المشترى فى الشّقص بما لا تجب به الشفعة ، كالوقف،والهبة ، والرهن ، وجَعْلِه مسجداً، فقال أبو بكر : للشفيع فسخ ذلك التصرّف ، ويأخذه بالثمن الذى وقع البيع به ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثانى ، والثالث ، مع إمكان الأخذ بهما ، فبأن يملك فسخ عقدٍ لا يمكنه الأخذ به أولى ، ولأن حقّ الشفيع أسبقُ ، وَجَنْبَتُهُ أقوى ، فلم يملك المشترى أن يتصرّف تصرفاً يُبطل حقّه ، ولا يمتنع أن يَبْطُل الوقف ، لأجل حقّ الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين ، فإنه إذا مات رُدَّ الوقفُ إلى الغرماء ، والورثة ، فيما زاد على ثلثه ، بل لهم إبطال العتق ، فالوقف أولى .

وقال القاضى : المنصوص عن أحمد فى رواية علىّ بن سعيد ، وبكر بن محمد إسقاطُ الشفعة فيما إذا تصرّف بالوقف ، والهبة ، وحكى ذلك عن الماسَرْجَسىّ فى الوقف ، لأن الشفعة إنما تثبت فى المملوك ، وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً .

وقال ابن أبى موسى : من اشترى داراً ، فجعلها مسجداً ، فقد استهلكها ، ولا شُفعة فيها ، ولأنّ فى الشفعة هٰهنا إضراراً بالموهوب له ، والموقوف عليه ، لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ، ولا يُزال الضررُ بالضرر ، بخلاف البيع ، فإنه إذا فسخ البيع الثانىَ رجع المشترى الثانى بالثمن الذى أُخِذ منه ، فلا يلحقه ضرر ، ولأن ثبوت الشفعة هٰهنا يوجب ردّ العِوَض إلى غير المالك ، وسلبه عن المالك .

فإذا قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام ، وإن قلنا بثبوتها ، فإن الشفيع يأخذ الشِّقص ممّن هو فى يده ، ويفسخ عقده ، ويدفع الثمن إلى المشترى ، وحُكى عن مالك : أنه يكون للموهوب له ، لأنه يأخذ ملكه.

ولنـا : أن الشفيع يُبْطِل الهبة ، ويأخذ الشِّقص بحكم العقد الأول ، ولو لم يكن وهب كان الثمن له ، كذلك بعد الهبة المفسوخة .

٣٩٨٠ (فصــــل)

فإن جعله صداقاً ، أو عوضاً فى خُلع ، أو صُلح عن دم عمد ، انبنى ذلك على الوجهين فى الأخذ بالشفعة. فإن قايل البائع المشترى ، أو ردّه عليه بعيب ، فللشفيع فسخ الإقالة ، والردّ ، والأخذ بالشفعة . لأن حقّه سابق عليهما ، ولا يمكنه الأخذ معهما ، وإن تحالفا على الثمن ، وفسخا البيع ، فللشفيع أن يأخذ الشّقص بما حلف عليه البائع . لأن البائع مُقرّ بالبيع بالثمن الذى حلف عليه ، ومقرٌّ للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك . فإذا بطل حقّ المشترى بإنكاره لم يبطل حقّ الشفيع بذلك ، وله أن يُبطل فسخهما ، ويأخذ ، لأنّ حقّه أسبق .

اشترى الشّقص بثمن فى الذمّة ، ثم نقد الثمن ، فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة . لأن البيع صحيح ، فإن

٣٩٨١ (فصـــــل)

وإن اشترى شِقصاً بعبد ، ثم وجد بائعُ الشِّقص بالعبد عيباً ، فله ردُّ العبد ؛ واسترجاع الشِّقص ، ويقدّم على حقّ الشفيع . لأن فى تقديم حقّ الشفيع إضراراً بالبائع ، بإسقاط حقّه من الفسخ الذى استحقّه ، والشفعةُ لا تثبتُ لإزالة الضرر ، فلا تثبُت على وجه يحصُل بها الضرر . فإن الضرر لا يُزال بالضرر .

وقال أصحاب الشافعىّ فى أحد الوجهين : يقدّم حقّ الشفيع . لأن حقّه أسبق ، فوجب تقديمه ، كما لو وجد المشترى بالشِّقص عيباً ؛ فردّه .

ولنا ، أن فى الشفعة إبطال حقّ البائع ، وحقّه أسبق ، لأنه استند إلى وجود العيب ، وهو موجودٌ حال البيع ، والشفعة ثبتت بالبيع ، فكان حقُّ البائع سابقاً ، وفى الشفعة إبطاله ، فلم تثبُت ، ويُفارق ما إذا كان الشِّقص معيباً ، فإنّ حقّ المشترى إنّما هو فى استرجاع الثمن ، وقد حصل له من الشفيع ، فلا فائدة فى الردّ .

وفى مسألتنا : حقُّ البائع فى استرجاع الشِّقص ، ولا يحصُل ذلك مع الأخذ بالشفعة ، فافترقا .

فإن لم يردّ البائعُ العبد المعيب حتى أخذ الشفيع ، كان له ردّ العبد ؛ ولم يملك استرجاع المبيع . لأن الشفيع ملكه بالأخذ ، فلم يملك البائع إبطال ملكه، كما لو باعه المشترى لأجنبىّ،فإن الشفعة بيعٌ فى الحقيقة، ولكن يرجع بقيمة الشِّقص، لأنه بمنزلة التالف،والمشترى قد أخذ من الشفيع قيمة العبد ، فهل يتراجعان؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يتراجعان . لأن الشفيع أخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد، وهو قيمة العبدصحيحاً ، لاعيب فيه ، بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك ردّه ، ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً ، لأنه إنّما أعطى عبداً معيباً ، فلا يأخذ قيمةً غير ما أعطى .

والثانى : يتراجعان . لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى استقرّ عليه العقدُ ، والذى استقرّ عليه العقدُ قيمةُ الشِّقص .

فإذا قلنا : يتراجعان ، فأيّهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه، وإن لم يردّ البائع العبد ، ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشترى على الشفيع بشىء . لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غيرَ معيبٍ .

وإن أدّى قيمته معيباً رجع المشترى عليه بما أدّى من أرشه ، وإن عفا عنه ، ولم يأخذ أرشًا لم يرجع الشفيع عليه بشىء . لأن البيع لازم من جهة المشترى ، لا يملك فسخه ، فأشبه ما لو حطّ عنه بعض الثمن

بعد لزوم العقد ، وإن عاد الشقص إلى المشترى ببيع ، أو هبة ، أو إرث . أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الأول . لأن ملك المشترى زال عنه . وانقطع حقّه منه . وانتقل حقّه إلى القيمة .

فإذا أخذها لم يبق له حقٌ بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على ردّه . فأدّى قيمته ، ثم قدر عليه . فإنه يردّه . لأن ملك المغصوب لم يَزُل عنه .

٣٩٨٢ (فصــل)

ولو كان ثمن الشقص مكيلاً . أو موزوناً . فتلف قبل قبضه بطل البيعُ وبطلت الشفعة . لأنه تعذّر التسليم . فتعذّر إمضاء العقد فلم تثبت الشفعة ، كما لو فسخ البيع فى مدّة الخيار ، بخلاف الإقالة . والردّ بالعيب ، وإن كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه فى المسألة التى قبلها . لأن لمشترِىّ الشقص التصرّفَ فيه قبل تقبيض ثمنه ، فأشبه مالو اشتراه منه أجنبى :

٣٩٨٣ (فصــل)

وإن اشترى شقصاً بعبد ، أو ثمن مُعيّن ، نخرج مستحَقاً ، فالبيعُ باطل ، ولا شفعة فيه ، لأنها إنما تثبت فى عقد يَنقلُ الملكَ إلى المشترى ، وهو العقد الصحيح ، فأما الباطل فوجوده كعدمه . فإن كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه ردّ ما أخذ على البائع ، ولا يثبت ذلك إلا ببيّنة أو إقرار من الشفيع ، والمتبايعين.

فإن أقرّ المتبايعان ، وأنكر الشفيع لم يُقبل قولهما عليه ، وله الأخذ بالشفعة ، ويردّ العبد على صاحبه، ويرجع البائع على المشترى بقيمة الشقص .

وإن أقرّ الشفيع ، والمشترى دون البائع . لم تثبت الشفعة ، ووجب على المشترى ردّ قيمة العبد على صاحبه ، ويبقى الشقص معه ، يرغم أنه للبائع ، والبائعُ ينكره ، ويدّعى عليه وجوب ردّ العبد ، والبائع يُنكره ، فيشترى الشقص منه ، ويتبارآن .

وإن أقرّ الشفيع ، والبائع ، وأنكر المشترى وجب على البائع ردّ العبد على صاحبه ، ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشترى بشىء . لأن البيع صحيح فى الظاهر ، وقد أدّى ثمنه الذى هو ملكه فى الظاهر وإن أقرّ الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ، ولا يثبت شىء من أحكام البطلان فى حقّ المتبايعين . فأمّا إن اشترى الشقص بثمن فى الذمّة ، ثم نقد الثمن ، فبان مستحَقاً كانت الشفعةُ واجبةً . لأن البيع صحيح ، فإن تعذّر قبض الثمن من المشترى لإعساره ، أو غيره ، فللبائع فسخ البيع ، ويقدّم حقّ الشفيع . لأن الأخذ بها يُحصّل للمشترى ما يوفّيه ثمناً ، فتزول عُسرته ، ويحصُل الجمع بين الحقّين ، فكان أولى .

٣٩٨٤ (فصــل)

وإذا وجبت الشفعة ، وقضى القاضى بها ، والشقص فى يد البائع ، ودفع الثمن إلى المشترى ، فقال البائع

للشفيع : أقِلْني . فأقاله ، لم تصح الإقالة . لأنها تصح بين المتبايعين ، وليس بين الشفيع والبائع بيع ، وإنما هو مشتر من المشتري ، فإن باعه إياه صح البيع ، لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه .

٣٩٨٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء ، منهم الحسن ، وعطاء ، ومالك ، والأوزاعيّ والشافعيّ ، وسَوّار ، والعنبريّ ، وأصحاب الرأي ، وقال ابن أبي ليلى : لا شفعة له ، ورُوي ذلك عن النخَعيّ ، والحارث العُكْلِيّ لأن الصبيّ لا يمكنه الأخذ ، ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ ، لما فيه من الإضرار بالمشتري ، وليس للوليّ الأخذ . لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ .

ولنا عموم الأحاديث ، ولأنه خيار جُعل لإزالة الضرر عن المال ، فيثْبُت في حقّ الصبيّ ، كخيار الردّ بالعيب . وقولهم : لا يمكن الأخذ غيرُ صحيح ، فإن الولي ، يأخذ بها ، كما يردّ المعيب . وقولهم : لا يمكنه العفو يبُطل بالوكيل فيها ، وبالردّ بالعيب ، فإن وليّ الصبيّ لا يمكنه العفو ، ويمكنه الردّ . ولأن في الأخذ تحصيلاً الملك للصبيّ ، ونظراً له ، وفي العفو تضييع ، وتفريط في حقّه ، ولا يلزم من مالك مافيه الحظّ ملك مافيه تضييع . ولأن العفو إسقاطٌ لحقّه ، والأخذ استيفاء له ، ولا يلزم من ملك الوليّ استيفاء حقّ المولَّى عليه ملكُ إسقاطه ، بدليل سائر حقوقه ، وديونه . وإن لم يأخذ الوليّ انتظر بلوغ الصبيّ ، كما ينتظر قدوم الغائب ، وما ذكروه من الضرر في الانتظار يبطُل بالغائب .

إذا ثبت هذا : فإن ظاهر قول الخرَقيّ : أن للصغير إذا كبر الأخذ بها ، سواء عفا عنها الوليّ ، أو لم يعف ، وسواء كان الحظّ في الأخذ بها ، أو في تركها ، وهو ظاهر كلام أحمد ، في رواية ابن منصور : له الشفعة إذا بلغ ، فاختار ، ولم يفرق ، وهذا قول الأوزاعيّ ، وزفر ، ومحمد بن الحسن ، وحكاه بعض أصحاب الشافعيّ عنه . لأن المستحقّ للشفعة يملك الأخذ بها ، سواء كان له الحظّ فيها ، أو لم يكن ، فلم يسقط بترك غيره ، كالغائب إذا ترك وكيلُه الأخذ بها .

وقال أبو عبدالله بن حامد : إن تركها الوليّ لحظّ الصبيّ ، أو لأنه ليس للصبيّ ما يأخذها به سقطت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ . لأنّ الوليّ فعل ماله فعله ، فلم يجز للصبيّ نقضُه ، كالردّ بالعيب ، ولأنه فعل ما فيه الحظّ للصبيّ ، فصحّ ، كالأخذ مع الحظّ ، وإن تركها لغير ذلك لم تسقُط .

وقال أبو حنيفة : تسقط بعفو الوليّ عنها في الحالين ، لأن من ملك الأخذ بها مَلَكَ العفو عنها ، كالمالك وخالفه صاحباه في هذا ، لأنه أسقط حقاً للمولّى عليه ، لاحظّ له في إسقاطه ، فلم يصح ، كالإبراء ، وإسقاط خيار الردّ بالعيب .

ولا يصح قياس الولي على المالك ، لأن المالك التبرع ، والإبراء ، وما لا حظ له فيه بخلاف الولي .

٣٩٨٦ (فصـــل)

فأما الولي فإن كان للصبي حظ في الأخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً ، أو بثمن المثل ، وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة ، لأن عليه الاحتياط له ، والأخذ بما فيه الحظ ، فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ، ولم يملك نقضه بعد البلوغ ، في قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعي وأصحاب الرأي .

وقال الأوزاعي : ليس للولي الأخذ بها لأنه لا يملك العفو عنها ، فلا يملك الأخذ بهـا ، كالأجنبي ، وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر ، ولا يصح هـذا ، لأنه خيار جُعِل لإزالة الضرر عن المال ، فملكه الولي في حق الصبي ، كالرد بالعيب ، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى ، فإن تركها الولي مع الحظ فللصبي الأخذ بها ، إذا كبر ، ولا يلزم الولي لذلك غرم ، لأنه لم يفوت شيئاً من ماله ، وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه ، فأشبه ما لو ترك شراء العقار مع الحظ في شرائه ، وإن كان الحظ في تركها ، مثل أن يكون المشترى قد غُبِنَ أو كان الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ، ويرهن مال الصبي فليس له الأخـذ ، لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه ، فإن أخذ فهل يصح ؟ على روايتين .

إحداها : لا يصح ، ويكون باقياً على ملك المشترى ، لأنه اشترى له مالاً يملك شراءه ، فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل ، أو اشترى معيباً يعلم عيبه ، ولا يملك الولي المبيع ، لأن الشفعة تُؤخذ بحق الشركة ، ولا شركة للولي ، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه لم يصح ، فأشبه ما لو تزوج لغيره ، بغير إذنه ، فإنه يقع باطلاً ، ولا يصح لواحد منهما ، كذا ههنا ، وهذا مذهبُ الشافعي .

والرواية الثانية : يصح الأخذ للصبي . لأنه يشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح ، كما لو اشترى معيبا لا يعلم عيبه ، والحظ يختلف ، ويخفى فقد يكون له حظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل ، لزيادة قيمة ملكه ، والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة ، أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير ، فـلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه ، لخفائه ، ولا بكثرة الثمن ، لما ذكرناه . فسقط اعتباره ، وصح البيع .

٣٩٨٧ (فصـــل)

وإذا باع وصي الأيتام ، فباع لأحدهم نصيباً في شركة آخر ، كان له الأخذ للآخر بالشفعة . لأنه كالشراء له ، وإن كان الوصيُّ شريكاً لمن باع عليه ، لم يكن له الأخذ لأنه متهم في بيعه ، ولأنه بمنزلة من يشترى لنفسه من مال يتيمه ، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة . إذا كان له الحظ فيها . لأن التهمة منتفية ، فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه . لكون المشترى لا يوافقه . ولأن الثمن حاصلٌ له من

المشترى . كحصوله من اليتيم . بخلاف بيعه مال اليتيم . فإنه يمكنه تقليل الثمن . ليأخذ الشقص به . فإذا رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فللوصى الأخذ حينئذ . لعدم التهمة . وإن كان مكان الوصى أب . فباع شقص الصبى . فله أن يأخذه بالشفعة . لأن له أن يشترى من نفسه مال ولده . لعدم التهمة . وإن بيع شقص فى شركة حمل . لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة ، لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصية . وإذا ولد الحمل . ثم كبر . فله الأخذ بالشفعة . كالصبى إذا كبر .

٣٩٨٨ (فصــل)

وإذا عفا ولى الصبى عن شفعته التى له فيها حظ ، ثم أراد الأخذ بها ، فله ذلك فى قياس المذهب ، لأنها لم تسقط بإسقاطه ، ولذلك ملك الصبى الأخذ بها إذا كبر ، ولو سقطت لم يملك الأخذ بها ، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها ، لأن ذلك يؤدى إلى ثبوت حق الشفعة على التراخى ، وذلك على خلاف الخبر ، والمعنى ، ويخالف أخذ الصبى بها إذا كبر ، لأن الحق يتجدد له عند كبره ، فلا يملك تأخيره حينئذ ، وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم ، فأما إن تركها لعدم الحظ فيها ، ثم أراد الأخذ بها ، والأمر على ما كان لم يملك ذلك ، كما لم يملكه ابتداء ، وإن صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع ، فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك ، فإن قلنا : لاتسقط ، وللصبى الأخذ بها إذا كبر ، فحكمها حكم ما فيه الحظ ، وإن قلنا : تسقط ، فليس له الأخذ بها بحال ، لأنها قد سقطت على الإطلاق ، فأشبه مالو عفا الكبير عن شفعته .

٣٩٨٩ (فصــل)

والحكم فى المجنون المطبق ، كالحكم فى الصبى سواء ، لأنه محجور عليه لحظه ، وكذلك السفيه لذلك ، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه ، وحكمه حكم الغائب ، والمجنون ، ينتظر إفاقته ، وأما المفلس فله الأخذ بالشفعة ، والعفو عنها ، وليس لغرمائه الأخذ بها لأن الملك لم يثبت لهم فى أملاكه قبل قسمتها ، ولا إجباره على الأخذ بها ، لأنها معاوضة ، فلا يجبر عليها ، كسائر المعاوضات ، وليس لهم إجباره على العفو ، لأنه اسقاط حق فلا يجبر عليه ، وسواء كان له حظ فى الأخذ بها ، أولم يكن ، لأنه يأخذ فى ذمته وليس بمحجور عليه فى ذمته ، لكن لهم منعه من دفع ماله فى ثمنها ، لتعلق حقوقهم بماله ، فأشبه مالو اشترى فى ذمته شقصاً غير هذا ، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به ، سواء أخذه برضاهم أو بغيره ، لأنه مال له ، فأشبه ما لو اكتسبه .

وأما المكاتب فله الأخذ ، والترك ، وليس لسيده الاعتراض عليه ، لأن التصرف يقع له دون سيده ، فاما المأذون له فى التجارة من العبيد فله الأخذ بالشفعة ، لأنه مأذون له فى الشراء ، وإن عفا عنها لم ينفذ عفوه ،

لأن الملك لسيّده ، ولم يأذن له فى إبطال حقوقه ، وإن أسقطها السيّد سقطت ، ولم يكن للعبد أن يأخذ ، لأن للسيّد الحجر عليه ، ولأن الحقّ قد أسقطه مستحقّه ، فيسقط بإسقاطه .

٣٩٩٠ (فصـــل)

وإذا بيع شقص فى شركة مال المضاربة ، فللعامل الأخذُ بها ، إذا كان الحظّ فيها ، فإن تركها فلربّ المال الأخذ ، لأن مال المضاربة ملكه ، ولا ينفذ عفو العامل ، لأن الملك لغيره ، فلم ينفذ عفوه ، كالمأذون له ، وإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصا فى شركة ربّ المال ، فهل لربّ المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبنيّين على شراء ربّ المال من مال المضاربة ، وقد ذكرناهما .

وإن كان المضارب شفيعه ، ولا ربح فى المال فله الأخذ بها ، لأنّ الملك لغيره ، وإن كان فيه ربح ، وقلنا : لا يملك بالظهور ، فكذلك ، وإن قلنا : يملك بالظهور ففيه وجهان ، كربّ المال ، ومذهب الشافعىّ فى هذا كلّه على ما ذكرنا .

فإن باع المضارب شِقصاً فى شركته لم يكن له أخذه بالشفعة ، لأنه متّهم ، فأشبه شراءه من نفسه .

٣٩٩١ (فصـــل)

ولا شفعة بشركة الوقف ، ذكره القاضيان : ابن أبى موسى ، وأبو يَعْلَى ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ لأنه لا يؤخذ بالشفعة ، فلا تجب فيه ، كالمجاور ، وغير المنقسم ، ولأننا إن قلنا : هو غير مملوك . فالموقوف عليه غيرُ مالك ، وإن قلنا : هو مملوك ، فملكُه غير تامّ لأنه لا يُفيد إباحة التصرّف فى الرقبة ، فلا يملك به ملكاً تاما .

وقال أبو الخطاب : إن قلنا : هو مملوك وجبت به الشفعة ، لأنه مملوكٌ بِيعَ فى شركته شِقْصٌ ، فوجبت به الشفعة كالطلَق ، ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه ، كوجوبها فى الطلق ، وإنما لم يستحقّ بالشفعة ، لأن الأخذ بها بيع ، وهو مما لا يجوز بيعه .

٣٩٩٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا بنى المشترى أعطاه الشفيع قيمةَ بنائه ، إلا أن يشاء المشترى أن يأخذ بناءه ، فله ذلك ، إذ لم يكن فى أخذه ضرر ﴾

وجملته : أنه يتصوّر بناء المشترى ، وغرسُه فى الشِّقص المشفوع على وجه مُباح فى مسائل :

(منها) :أن يُظهر المشترى أنه وُهِب له ، أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه ، أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها ، فيتركها ، ويقاسمه ، ثم يبنى المشترى ، ويغرس فيه .

(ومنها) أن يكون غائباً، فيقاسمه وكيله، أو صغيراً فيقاسمه وليّه، ونحو ذلك، ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير، فيأخذ بالشفعة، وكذلك إن كان غائباً أو صغيراً، فطالب المشترى الحاكم بالقسمة، فقاسم، ثم قدم الغائب، وبلغ الصغير، فأخذه بالشفعة بعد غرس المشترى، وبنائه، فإن المشترى قلع غرسه، وبنائه، إن اختار ذلك، لأنه ملكه، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر، ولا نقص الأرض، ذكره القاضى، وهو مذهب الشافعىّ لأنه غرس، وبنى فى ملكه، وما حدث النقص إنما حدث فى ملكه، وذلك مما يقابله ثمن.

وظاهر كلام الخرقىّ أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع، لأنه اشترط فى قلع الغرس، والبناء عدم الضرر، وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره، لأجل تخليص ملكه، فلزمه ضمانه، كما لو كسر محبرة غيره، لإخراج ديناره منها، وقولهم: إن النقص حصل فى ملكه ليس كذلك، فإن النقص الحاصل بالقلع إنما هو فى ملك الشفيع، فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس، والبناء، فلا يضمنه، لما ذكروه.

فإن لم يختر المشترى القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة، وبين دفع قيمة الغراس، والبناء، فيملكه مع الأرض، وبين قلع الغرس، والبناء، ويضمن له مانقص بالقلع، وبهذا قال الشعبىّ والأوزاعىّ، وابن أبى ليلى، ومالك، والليث، والشافعىّ، والبتّىّ وسوّار، وإسحاق، وقال حمّاد ابن أبى سليمان، والثورىّ، وأصحاب الرأى، يكلّف المشترى القلع، ولا شىء له، لأنه بنى فيما استحقّ غيره أخذه؛ فأشبه الغاصب؛ ولأنه بنى فى حقّ غيره بغير إذنه؛ فأشبه مالو بانت مستحقّة.

ولنا قول النبىّ صلى الله عليه وسلم «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك. ولأنه بنى فى ملكه الذى تملّك بيعه؛ فلم يكلّف قلعه مع الإضرار، كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ما قاسوا عليه؛ فإنه بنى فى ملك غيره، ولأنه عِرْقٌ ظالمٌ، وليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ بخلاف، مسألتنا، فإنه غير ظالم، فيكون له حقّ.

إذا ثبت هذا: فإنه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقّا للبقاء فى الأرض، لأنه لا يستحقّ ذلك، ولا قيمته مقلوعاً، لأنه لو وجبت قيمته مقلوعاً لملك قلعه، ولم يضمن شيئا، ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه، ولم يذكر أصحابنا كيفيّة وجوب القيمة، فالظاهر أن الأرض تقوّم وفيها الغراس، والبناء، ثم تقوم خالية منهما، فيكون ما بينهما قيمة الغرس، والبناء، فيدفعه الشفيع إلى المشترى إن أحبّ، أو ما نقص منه إن اختار القلع، لأن ذلك هو الذى زاد بالغرس، والبناء، ويحتمل أن يقوّم الغرس والبناء. مُستحقًّا للترك بالأجرة، أو لأخذه بالقيمة، إذا امتنعا من قلعه، فإن كان للغرس وقت يُقلع فيه، فيكون له قيمة، وإن قُلع قبله لم يكن له قيمة، أو تكون قيمته قليلةً فاختار الشفيعُ قلعه قبل وقته، فله ذلك، لأنه يضمن النقص، فيُجبر

به ضرر المشترى ، سواء كثر النقص ، أو قلّ ، ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع ، وقد رضى باحتماله .

وإن غرس أو بنى مع الشفيع ، أو وكيله فى المُشاع ، ثم أخذه الشفيع ، فالحكم فى أخذ نصيبه من ذلك كالحكم فى أخذ جميعه بعد المقاسمة .

٣٩٩٣ (فصــــل)

وإن زرع فى الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ، ويبقى زرع المشترى إلى أوان الحصاد . لأن ضرره لا يتَبَاقى ، ولا أجرةَ عليه ، لأنّه زرعه فى ملكه ، ولأن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع ، فكان له مُبَقًّى إلى الحصاد ، بلا أجرة ، كغير المشفوع ، وإن كان فى الشجر ثمر ظاهر ، أثمر فى ملك المشترى ، فهو له مُبَقًى إلى الجِذَاذ ، كالزرع .

٣٩٩٤ (فصــــل)

وإذا نمَى المبيع فى يد المشترى ، لم يخلُ من حالين .

أحدهما : أن يكون نماء متّصلاً ، كالشجر إذا كثرَ أو ثمرةٍ غير ظاهرة ، فإن الشفيع يأخذه بزيادته ، لأن هذه زيادة غير متميّزة ، فتبعت الأصل ، كما لو ردّ بعيب ، أو خيار ، أو إقالة .

فإن قيل : فلم لا يرجع الزوج فى نصفه زائداً إذا طلّق قبل الدخول ؟ قلنا : لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالعين ، وفى مسألتنا إذا لم يرجع فى الشِّقص سقط حقّه من الشفعة ، فلم يسقطُ حقّه من الأصل لأجل ما حدث من البائع ، وإذا أخذ الأصل تبعه نماؤه المتّصل ، كما ذكرنا فى الفسوخ كلِّها .

الحال الثانى : أن تكون الزيادة منفصلة ، كالغلّة ، والأجرة ، والطلع المؤبّر والثّمرة الظاهرة ، فهى للمشترى ، لا حقّ للشفيع فيها ، لأنّها حدثت فى ملكه ، وتكون للمشترى مُبقّاةً فى رءوس النخل إلى الجذاذ . لأن أخذ الشفيع من المشترى شراء ثانٍ ، فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاه ، فإن اشتراه وفيه طلع غير مؤبّر ، فأبّره ، ثم أخذه الشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ، ويأخذ الأرضَ والنخيلَ بحصّتهما من الثمن ، كما لو كان المبيع شِقصاً وسَيْفاً .

٣٩٩٥ (فصــــل)

وإن تلف الشّقص ، أو بعضه فى يد المشترى ، فهو من ضمانه . لأنه ملكه تلف فى يده ، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصّته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى ، أو بفعل آدمىّ ، وسواء تلف باختيار المشترى ، كنقضه للبناء ، أو بغير اختياره ، مثل أن انهدم ، ثمّ إن

كانت الأنقاض موجودةً أخذها مع العَرْصَةِ بالحصّة ، وإن كانت معدومةً أخذ العَرْصَةِ ، وما بقى من البنـاء .

وهذا ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن القاسم ، وهذا قول الثورى ، والعنبرى ، وأبى يوسف ، وقول الشافعىّ .

وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان التلف بفعل آدمىّ كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه ، أو حريق ؛ أو غرق ؛ فليس للشفيع أخذ الباقى إلا بـكلّ الثمن ؛ أو يترك ، وهذا قول أبى حنيفة ، وقول الشافعىّ ، لأنه متى كان النقص بفعل آدمىّ رجع بدله إلى المشترى ، فلا يتضرّر ، ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شىء ، فيكون الأخذ منه إضراراً به ، والضرر لا يُزال بالضرر .

ولنـا : أنه تعذّر على الشفيع أخذ الجميع ، وقدر على أخذ البعض ، فكان له بالحصّة من الثمن ، كما لو تلف بفعل آدمىّ سواه ، أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو نقول ، أخذ بعض ما دخل معه فى العقد ، فأخذه بالحصّة ، كما لو كان معه سيف .

وأما الضرر فإنما حصل بالتلف ، ولاصنع للشفيع فيه ، والذى يأخذه الشفيع يؤدّى ثمنه ، فلا يتضرّر المشترى بأخذه ، وإنما قلنا: يأخذ الأنقاض ، وإن كانت منفصلة . لأنّ استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع . وفى تلك الحال كان متصلا اتّصالاً ليس مآله إلى الانفصال ، وانفصاله بعـد ذلك لا يُسقط حقّ الشفعة ، ويُفارق الثمرة غير المؤبّرة إذا تأبّرت . فإنّ مآلهـا إلى الانفصال ، والظهور ، فإذا ظهرت فقـد انفصلت . فلم تدخل فى الشفعة ، وإن نقصت القيمةُ مع بقاء صورة المبيـع . مثل أن انشقَّ الحائط . واستهدم البناء . وسعّث الشجر . وبارت الأرض . فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن ، أو الترك ، لأن هـذه المعانىَ لا يقابلها الثمن : بخلاف الأعيان . ولهذا قلنا : لو بنى المشترى أعطـاه الشفيـع قيمةَ بنائه . ولو زاد المبيـع زيادةً متّصلة دخلت فى الشفعة .

٣٩٩٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كان الشراء وقع بعين ، أو ورِقٍ أعطاه الشفيـع مثل ذلك ، وإن كان عَرْضاً أعطاه قيمتَه ﴾

وجملته : أن الشفيع يأخذ الشِّقص من المشترى بالثمن الذى استقرّ عليه العقدُ ، لما روى فى حديث جابر : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « هُوَ أَحَقُّ بِالثَّمَنِ » رواه أبو إسحاق الجوْزَجانِىّ فى كتابه ، ولأن الشفيع إنما استحقّ الشِّقص بالبيع ، فكان مستَحَقًّا له بالثمن ، كالمشترى .

فإن قيل : إن الشفيع استحقّ أخذه بغير رضَى مالكه ، فينبغى أن يأخذه بقيمته ، كالمضطرّ يأخذ طعام غيره ، قلنا : المضطرُّ استحَقّ أخذه بسبب حاجةٍ خاصّةٍ ، فكان المرجع فى بدله إلى قيمته ، والشفيع استحقّه لأجل البيع ، ولهذا لو انتقل بهبةٍ ، أو ميراث لم يستحقّ الشفعة ، وإذا استحقّ ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعِوَض الثابت بالبيع .

إذا ثبت هذا : فإنّا ننظر فى الثمن ، فإن كان دنانير ، أو دراهم ، أعطاه الشفيع مثلَه ، وإن كان مما لا مثل له ، كالثياب ، والحيوان ، فإن الشفيع يستحقّ الشقص بقيمة الثمن ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول أصحاب الرأى ، والشافعىّ ، وحُكى عن الحسن ، وسوّار : أن الشفعة لا تجب ههنا . لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا لا مثل له ، فتعذّر الأخذ ، فلم يجب ، كما لو جهل الثمن .

ولنا : أنه أحد نوعى الثمن ، فجاز أن تثبت به الشفعة فى المبيع ، كالمثلىّ ، وما ذكروه لا يصحّ . لأن المثل يكون من طريق الصورة ، ومن طريق القيمة ، كبدل المتلَف ، فأمّا إن كان الثمن من المثليّات غير الأثمان ، كالحبوب ، والأدهان ، فقال أصحابنا : يأخذه الشفيع بمثله . لأنه من ذوات الأمثال ، فهو كالأثمان ، وبه يقول أصحاب الرأى ، وأصحاب الشافعىّ . ولأن هذا مثلٌ من طريق الصورة ، والقيمة ، فكان أولى من المماثل فى إحداهما . ولأن الواجب بدل الثمن ، فكان مثله ، كبدل القرض ، والمتلَف .

٣٩٩٧ (فصل)

ويستحقّ الشفيع الشِّقص بالثمن الذى استقرّ عليه العقد ، فلو تبايعا بقدر ، ثم غيّراه فى زمن الخيار بزيادة ، أو نقص ، ثبت ذلك التغيير فى حقّ الشفيع . لأن حقّ الشفيع إنما يثبُت إذا تمّ العقد ، وإنما يستحقّ بالثمن الذى هو ثابت ، حال استحقاقه ، ولأنّ زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه ، لأنهما على اختيارهما فيه كما لو كان فى حال العقد ، فأمّا إذا انقضى الخيار ، وانبرم العقدُ ، فزادا ، أو نقصا لم يلحق بالعقد . لأن الزيادة بعده هبة ، يعتبر لها شروط الهبة ، والنقص إبراء مبتدأ ، ولا يثبت ذلك فى حقّ الشفيع ، وبهذا قال الشافعىّ .

وقال أبو حنيفة : يثبت النقص فى حقّ الشفيع ، دون الزيادة ، وإن كانا عنده يُلحقان بالعقد . لأن الزيادة تضرّ الشفيع ، فلم يملكها ، بخلاف النقص ، وقال مالك : إن بقى ما يكون ثمناً أخذ به ، وإن حطّ الأكثر أخذه بجميع الثمن الأوّل .

ولنا : أن ذلك يعتبر بعد استقرار العقد ، فلم يثبت فى حقّ الشفيع ، كالزيادة . ولأن الشفيع استحقّ الأخذ بالثمن الأول قبل التغيير ، فلم يؤثّر التغيير بعد ذلك فيه ، كالزيادة . وما ذكروه من العذر غيرُ صحيح . لأن ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع ، وإن أضرّ به ، كالزيادة فى مدّة الخيار ، ولأنه حطّ بعد لزوم العقد . فأشبه حطّ الجميع ، أو الأكثر عند مالك .

٣٩٩٨ (فصـــــل)

وإن كان الثمن مما تجب قيمته ، فإنها تعتبر وقت البيع لأنه وقت الاستحقاق ، ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة ، والنقص ، وإن كان فيه خيار اعتُبِرت القيمة حين انقضاء الخيار ، واستقرار العقد ، لأنه حين استحقاق الشفعة ، وبهذا قال الشافعىّ ، وحُكى عن مالك : أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة ، وليس بصحيح . لان وقت الاستحقاق وقت العقد ، وما زاد بعد ذلك حصل فى ملك البائع ، فلا يقوّم المشترى ، وما نقص فمن مال البائع ، فلا ينقُص به حقّ المشترى .

٣٩٩٩ (فصـــــل)

وإذا كان الثمن مؤجّلاً أخذه الشفيع بذلك الأجل ، إن كان مليئاً ، وإلا أقام ضمنياً مليئاً ، وأخذ، وبه قال مالك ، وعبد الملك ، وإسحاق ، وقال الثورىّ : لا يأخذها إلا بالنقد حالاً ، وقال أبو حنيفة : لا يأخذها إلا بثمنٍ حالّ ، أو ينتظر مضىّ الأجل ، ثم يأخذُ ، وعن الشافعىّ كمذهبنا ، ومذهب أبى حنيفـة ، لأنه لا يمكنه الأخذ بالمؤجّل ، لأنه يُفضى إلى أن يلزم المشترى قبولُ ذمّة الشفيع ، والذّممُ لا تتماثَلُ ، وإنما يأخذ بمثله ، ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالاً لئلاّ يلزمه أكثر ممّـا يلزم المشترى ، ولا بسلعة بمثل الثمن إلى الأجل ، لأنه إنّما يأخذه بمثل الثمن ، أو القيمة ، والسلعةُ ليست واحدةً منهما ، فلم يبق إلا التخيير .

ولنـا : أن الشفيع تابع المشترى فى قدر الثمن ، وصفته ، والتأجيلُ من صفاته ، ولأن فى الحلول زيادة على التأجيل ، فلم يلزم الشفيع ، كزيادة القدر ، وما ذكروه من اختلاف الذمم ، فإنّنا لا نوجبها ، حتى توجد المَلاءة فى الشفيع ، أو فى ضمينه ، بحيث يتحفَّظ المال ، فلا يضرّ اختلافهما فيما وراء ذلك ، كما لو اشترى الشقص بسِلْعة ، وجبت قيمتها ، ولا يضرّ اختلافهما ، ومتى أخذه الشفيع بالأجل ، فمات الشـفيع ، أو المشترى ، وقلنا يحلّ الدين بالموت حلّ الدين على الميِّت منهما دون صاحبه . لأنّ سبب حلوله الموت ، فاختصّ بمن وُجد فى حقّه .

٤٠٠٠ (فصـــــل)

وإذا باع شِقْصاً مشفوعاً ، ومعه ما لا شفعة فيه ، كالسيف ، والثوب فى عقد واحد ثبتت الشـفعة فى الشقْص بحصّته من الثمن ، دون ما معه ، فيقوّم كلّ واحدٍ منهما ، ويقسمُ الثمن على قدر قيمتهما ، فما يخصّ الشّقْص يأخذه الشفيع ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، ويحتمل أن لا تجب الشفعة ، لئلاّ تتبعّض صفقة المشترى ، وفى ذلك إضرار به . فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشـقص ، وقال مالك . تثبت الشـفعة فيها لذلك .

ولنـا : أن السيف لا شفعة فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة ، فلم يؤخذ بالشفعة ، كما لو أفرده ،

يلحق المشترىَ من الضرر فهو ألحقه بنفسه ، بجمعه فى العقد بين ما تثبت فيه الشفعة ، وما لا تثبت ، ولأن فى أخذ الـكلّ ضرراً بالمشترى أيضاً ، لأنه ربّما كان غرضه فى إبقاء السيف له ، ففى أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه .

٤٠٠١ (فصــــل)

وإذا باع شقصين من أرضين صـفقةً واحدةً ، لرجل واحد ، والشريكُ فى أحدهما غيرُ الشريك فى الآخر ، فلهما أن يأخذا ، ويقتسما الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهمـا دون الآخر جاز ، ويأخذ الشِّقص الذى فى شركته بحصّته من الثمن ، ويتخرّج أنه لا شفعة له ، كالمسألة التى قبلها ، وليس له أخذهما معاً ، لأن أحدهما لا شركة له فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة ، فجرى مجرى الشِّقص ، والسيف .

وإن كان الشريك فيهما واحداً فله أخذهما ، وتركهما ، لأنه شريك فيهما .

وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعىّ ، ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما ، لأنه أمكنه أخذ المبيع كلّه ، فلم يملك أخذ بعضه ، كما لو كان شـقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطّاب ، وبعض أصحاب الشافعىّ .

ولنـا : أنه يستحقّ كلّ واحد منهما بسببٍ غير الآخر ، فجرى مجرى الشريكين ، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب — إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعته — أن يكون للآخر أخذُ الـكلّ ، والأمر بخلافه .

٤٠٠٢ (فصــــل)

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن ، لأن فى أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشترى ، ولا يُزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً ، أو ضميناً ، لم يلزم المشترى قبوله ، لأن فى تأخير الثمن ضرراً ، فلم يلزم المشترى ذلك ، كما لو أراد تأخير ثمنٍ حالٍّ ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله ، لأنها معاوضة لم يُجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشـترى تسليم الشِّـقص حتّى يقبض الثمن ، فإذا كان موجوداً سلّمه ، وإن تعذّر فى الحال ، قال أحمد فى رواية حرب : يُنظَرُ الشفيع يوماً أو يومين ، بقـدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك .

وقال ابن شُبْرُمَةَ ، وأصحاب الشافعىّ : يُنظر ثلاثاً ، لأنها آخر حدّ القـلة ، فإن أحضر الثمن ، وإلا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : لا يأخذ بالشفعة ، ولا يقضى القاضى بها حتى يحضر الثمن ، لأن الشفيع يأخذ الشِّقص بغير اختيار المشترى ، فلا يستحقّ ذلك إلا لإحضار عوضه ، كتسليم المبيع .

ولنـا : أنّه تملّك للمبيع بعوض ، فلا يقف على إحضار العوض ، كالبيع ، وأما التسـليم فى البيع

فالتسليم فى الشفعة مثلهُ ، وكون الأخذ بغير اختيار المشترى يدلّ على قوته ، فلا يمنع من اعتباره فى الصحة ، فإذا أجّلناه مدّة ، فأحضر الثمن فيها ، وإلاَّ فسخ الحاكم الأخذ ، وردّه إلى المشترى ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الأخذ .

والأولى أن للمشترى الفسخ من غير حاكم ، لأنه فات شرطُ الأخذ ، ولأنّه تعذّر على البائع الوصول إلى الثمن ، فملك الفسخ ، كغير من أخِذَت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ، ولأن الأخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم ، فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم ، كفسخ غيرها من البيوع ، وكالردّ بالعيب ، ولأن وقف ذلك على الحاكم يُفضى إلى الضرر بالمشترى ، لأنه قد يتعذّر عليه إثبات ما يدّعيه ، وقد يصعُب عليه حضور مجلس الحاكم ، لبعده ، أو غير ذلك ، فلا يُشرع فيها ما يُفضى الى الضرر ، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلا بعد إحضار الثمن ، لئلاّ يُفضىَ إلى هذا الضرر ، وإن أفلس الشفيع خيّر المشترى بين الفسخ ، وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن ، كالبائع ، إذا أفلس المشترى .

٤٠٠٣ (فصـــــــل)

لا يحلّ الاحتيال لإسقاط الشفعة ، وإن فعل لم تسقط ، قال أحمد فى رواية إسماعيل بن سـعيد ، وقد سألتهُ عن الحيلة فى إبطال الشفعة ، فقال : لا يجوز شىء من الحيل ، فى ذلك ، ولا فى إبطال حقّ مسـلم . وبهذا قال أبو أيوب ، وأبو خيثمة ، وابن أبى شيبة ، وأبو إسحاق الجوزجانىّ ، وقال عبد الله بن عمر : من يَخْدعِ اللهَ يَخْدَعْهُ ، وقال أيّوب السختيانىّ : إنهم ليخادعون الله ، كما يخادعون صبياً ، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علىّ .

ومعنى الحيلة أن يظهروا فى البيع شيئاً لا يُؤخذ بالشُّفعة معه ، ويتواطئون فى الباطن على خـلافه ، مثل : أن يشترى شِقْصاً يُساوى عشرةَ دنانير بألف درهم ، ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتريه بمائة دينار ، ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشترى البائع من المشترى عبداً قيمته مائةٌ بألف فى ذمّته ، ثم يبيعه الشّـقص بالألف ، أو يشترى شِقصاً بألف ، ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشترى جزءاً من الشقص بمائة، ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشِّقص للمشترى ، ويهب المشترى له الثمن ، أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار ، كحفنة قُرَاضَةٍ ، أو جوهرةٍ معيّنة ، أو سلعة مُعيّنة ، غير موصـوفة أو بمائة درهم ، ولؤلؤة ، وأشباه هذا ، فهذا كلّه إذا وقع من غير تحيّل سقطت الشفعة ، وإن تحيّلا به على إسقاط الشفعة لم تسقط ، ويأخذ الشفيع الشِّـقص فى الصورة الأولى بعشرة دنانير ، أو قيمتها من الدراهم ، وفى الثانية بمائة درهم ، أو قيمتها ذهباً ، وفى الثالثة بقيمة العبد المبيع ، وفى الرابعة بالباقى بعد الإبراء ، وهو المائه المقبوضة ، وفى الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشِّـقص بقسطه من الثمن ، ويحتمل أن يأخذ الشِّـقص كلّه بجميع الثمن ،

لأنه إنّما وهبه بقيةَ الشِّقص عِوَضاً عن الثمن الذى اشترى به جزءاً من الشِّقص ، وفى السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفى سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن ، أو بقيمته إن لم يكن مثلها ، إذا كان الثمن موجوداً ، وإن لم يوجد عينه دفع إليه قيمة الشقص ، لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها ، وقال أصحاب الرأى ، والشافعىّ : يجوز ذلك كلّه ، وتسقط به الشفعة ، لأنه لم يأخذ بما وقع البيع به ، فلم يجز ، كما لو لم يكن حيلةً .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَلَمْ يَأْمَنْ أَنْ يُسْبَقَ فَلَيْسَ بِقِمارٍ ، وإن أَمِنَ أَنْ يُسْبَقَ فَهُوَ قِمَارٌ » رواه أبو داود ، وغيره ، فجعل إدخال الفرس المحلّل قماراً فى الموضع الذى يقصد به إباحة إخراج كلّ واحد من المتسابقين جُعْلاً مع عدم معنى المحلّل فيه ، وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سَبَقَيْهما ، وهذا يدلّ على إبطال كلّ حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرّم مع عدم المعنى فيها .

واستدلّ أصحابنا بما رَوى أبو هريرة رضى الله عنه ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تَرْتَكِبُوا ما ارْتَكَبَتِ الْيَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحَارِمَ اللهِ بِأَدْنَى الْحِيَلِ » وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَعَنَ اللهُ الْيَهُودَ إِنَّ اللهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا جَمَلُوهُ[1] ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَأَكَلُوا ثَمَنَهُ » متفق عليه . ولأن الله تعالى ذمّ المخادعين له بقوله (يُخَادِعُونَ اللهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ)[2] والحِيَلُ مُخَادَعة ، وقد مسخ الله تعالى الذين اعتدوا فى السبت قِرَدَةً بحيلتهم ، فإنه رُوى أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ، ومنهم من يحفر جباباً ، ويرسل الماء إليها يوم الجمعة ، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت فى الشباك ، والجباب ، فيدعونها إلى ليلة الأحد ، فيأخذونها ، ويقولون : ما اصطدنا يوم السبت شيئاً ، فمسخهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى : (فَجَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ)[3] قيل : يعنى به أمّة محمد صلى الله عليه وسلم . أى لتتّعظ بذلك أمّة محمد صلى الله عليه وسلم ، فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولأن الحيلة خديعةٌ . وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ تَحِلّ الْخَدِيعَةُ لِمُسْلِمٍ » ولأن الشفعة وُضِعَتْ لدفع الضرر ، فلو سقطت بالتحيّل للحق الضرر ، فلم تسقط ، كما لو أسقطها المشترى بالبيع ، والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيّل ، لأنه لا خداع فيه ، ولا قُصِد به إبطال حقّ ، والأعمالُ بالنيّات ، فإن اختلفا هل وقع شىء من هذا حيلة أولا ؟ فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه أعلم بنيّته وحاله .

إذا ثبت هذا فإن الغرر فى الصورتين الأوليين على المشترى لشرائه ما يُساوى عشرة بمائة ، وما يساوى

---

(١) جملوه : أذابوه ، ثم باعوه وأكلوه حيلة على الله .

(٢) الآية ٩ من سورة البقرة . (٣) الآية ٦٦ من سورة البقرة .

مائة درهم بمائة دينار ، وأشهدَ على نفسه أنّ عليه ألفاً ، فربّما طالبه بذلك ، فلزمته في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الغرر على البائع ، لأنه اشترى عبداً يساوي مائةً بألف ، وفي الرابعة على المشترى ،لأنه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف ، وكذلك في الخامسة ، لأنه اشترى بعض الشّقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادئ منهما بالهبة ، لأنه قد لا يهب له الآخر شيئاً . فإن خالف أحدهما ما لو تواطآ عليه ، فطالب صاحبه بما أظهراه لزمه في ظاهر الحكم ، لأنّ عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً ، فأمّا فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحلّ لمن غرّ صاحبه الأخذ بخلاف ما تواطآ عليه ، لأن صاحبه إنما رضى بالعقد للتواطؤ ، فمع فواته لا يتحقّق الرِّضى به .

٤٠٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشترى ، إلاّ أن يكون للشفيع بيّنة ﴾

وجملته أن الشفيع ، والمشترى إذا اختلفا في الثمن ، فقال المشترى : اشتريتَه بمائة ، فقال الشفيع بل بخمسين ، فالقول قول المشترى ، لأنه العاقدُ ، فهو أعرف بالثمن ، ولأن الشّقص ملكه؛ فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بيّنة . وبهذا قال الشافعيّ : فإن قيل : فهلاّ قلتم : القولُ قول الشفيع ، لأنه غارم ، ومنكر للزيادة ، فهو كالغاصب ، والمتلف ، والضامن لنصيب شريكه ، إذا أعتق ؟ قلنا : الشفيع ليس بغارم ، لأنه لا شيء عليه ، وإنما يُريد أن يملك الشّقص بثمنه ، بخلاف الغاصب ، والمتلف ، والمعتق،فأمّا إن كان للشفيع بيّنة حكم بها . وكذلك إن كان للمشترى بيّنة حكم بها ، واستغنى عن يمينه ، ويثبت ذلك بشاهد ، ويمين ، وشهادة رجل ، وامرأتين ، ولا تقبل شهادة البائع ، لأنه إذا شهد للشفيع كان مُتّهماً ، لأنه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدَّرَك[1] عليه ، وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة احتمل تعارضهما،لأنهما يتنازعان فيما وقع عليه العقدُ ، فيصيران كمن لا بيّنة لهما ، وذكر الشريف . أن البيّنة بيّنة الشفيع،ويقتضيه مذهبُ الخِرَقيّ ، لأن بيّنة الخارج عنده مُقدّمة على بيّنة الداخل،والشفيع هو الخارج ، وهذا قول أبي حنيفة ، وقال صاحباه : البيّنة بيّنة المشترى ، لأنها تترجّح بقول المشترى ، فإنه مقدّم على قول الشفيع ، ويخالف الخارج ، والداخل ، لأن بيّنة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده ، وفي مسألتنا : البيّنة تشهد على نفس العقد، كشهادة بيّنة الشفيع .

ولنا : أنهما بينتان تعارضتا ، فقدّمت بينة من لا يُقبل قوله عند عدمها ، كالداخل ، والخارج،ويحتمل أن يُقرع بينهما ، لأنهما يتنازعان في العقد ، ولا يد لهما عليه ، فصارا كالمتنازعين عيناً في يد غيرهما .

(١) الدرك : بفتح الراء وسكونها التبعة . أي خوفاً من الرجوع عليه .

٤٠٠٥ (فصـــــل)

وإن قال المشترى : لا أعلم مبلغ الثمن فالقولُ قوله ، لأنّ ما يدّعيه ممكن ، لجـواز أن يكون اشتراه جزافاً ، أو بثمنٍ نسى مبلغه ، ويحلف، فإذا حلف سقطت الشفعة ، لأنهـا لا تستحقّ بغير بذل ، ولا يمكن أن يدفع إليه مالا يدّعيه ، فإن ادّعى أنك فعلت ذلك تحيّلا على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفى ذلك .

٤٠٠٦ (فصـــــل)

فإن اشترى شِقْصًا بِعَرْض ، واختلفا فى قيمته ، فإن كان موجوداً عرضاه على المقوّمين ، وإن تعـذّر إحضاره فالقول قول المشترى ، كما لو اختلفا فى قدر الثمن . وإن ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما إذا ادّعى جَهْل ثمنه .

وإن اختلفا فى الغراس ، والبناء فى الشّـقص ، فقال المشترى : أنا أحدثته ، وأنكر الشـفيع ، فالقولُ قول المشـترى ، لأنه ملـكه ، والشفيع يريد تملّـكه عليه ، فالقول قولُ المـالك .

٤٠٠٧ (فصـــــل)

إذا ادّعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريتَ نصيبَك فلى أخذه بالشـفعة ، فإنه يحتاج إلى تحرير دعواه ، فيحدّد المـكان الذى فيه الشقص ، ويذكر قدر الشقص ، والثمن ، ويدّعى الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك سُئل المدّعى عليه ، فإن أقرّ لزمه ، وإن أنـكر وقال : إنّما اتهبته ، أو ورثته ، فلا شُفْعة لك فيـه ، فالقولُ قولُ من ينفيه ، كما لو ادّعى عليه نصيبه من غير شُفْعة ، فإن حلف برىء ، وإن نَـكَلَ قضى عليه ، وإن قال : لا تستحقّ علىّ شفعةً ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون يمينه على حسب قوله فى الإنـكار ، وإذا نـكَلَ وقُضِى عليـه بالشـفعة عرض عليه الثمن ، فإن أخـذه دُفع إليه ، وإن قال : لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها . يُقَرّ فى يد الشفيع إلى أن يدّعيَه المشترى ، فيُدفع إليه ، كما لو أقرّ له بدار فأنـكرها .

والثانى : أن يأخذه الحاكم ، فيحفظُه لصاحبه ، إلى أن يدّعيَه المشترى ، ومتى ادّعاه دفع إليه .

والثالث : يقال له : إمّا أن تقبضه ، وإمّا أن تبرىء منـه كسيّد المـكاتب إذا جاءه المـكاتب بمال المـكاتبة ، فادّعى أنه حرام ، اختار هذا القاضى ، وهـذا مفارق للمكاتب ، لأنّ سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به ، فلا يلزمه ذلك بمجرّد دعوى سيّده ، تحريم ما أتاه به ، وهـذا لا يطلب الشفيع بشىء ، فلا ينبغى أن يكلّـف إبراءه ممـا لا يدّعيه ، والوجه الأول أولى إن شاء الله تعالى .

٤٠٠٨ (فصـــل)

وإن قال : اشتريته لفلان ، وكان حاضراً استدعاه الحاكم ، وسأله ، فان صدّقه كان الشراء له ، والشفعة عليه ، وإن قال : هذا ملكى ، ولم أشتره انتقلت الخصومة إليه ، وإن كذّبه حكم بالشراء لمن اشتراه ، وأخذ منه بالشّفعة ، وإن كان المقرّ له غائباً أخذه الحاكم ، ودفعه إلى الشفيع ، وكان الغائب على حجّته إذا قدم ، لأننا لو وقفنا الأمر فى الشفعة إلى حضور المقرّ له لكان فى ذلك إسقاط الشفعة ، لأن كلّ مشتر يدّعى أنه لغائب ، وإن قال : اشتريته لابنى الطفل ، أو لهذا الطفل ، وله عليه ولاية ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا تثبتُ الشفعة ، لأنّ الملك ثبت للطفل ، ولا تجب الشفعة بإقرار الولىّ عليه ، لأنه إيجاب حقّ فى مال صغير ، بإقرار وليّه .

الثانى : تثبت ، لأنه يملك الشراء له ، فصحّ إقراره فيـه ، كما يصحّ إقراره بعيب فى مبيعه ، فأمّا إن ادّعى عليه شُفعةً فى شِقْص ، فقال : هذا لفلان الغائب ، أو لفلان الطفل ، ثم أقرَّ بشرائه له ، لم تثبت فيه الشفعة ، إلاّ أن تثبت ببيّنة ، أو يقدَم الغائب ، ويبلغ الطفل ، فيطالبهما بها ، لأن الملك يثْبت لهما بإقراره به ، فإقراره بالشراء بعد ذلك إقرار فى ملك غيره ، فلا يُقبل بخلاف ما إذا أقرّ بالشراء ابتداءً ، لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار المثبت للشفعة ، فثبتا جميعاً ، وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ، ولم يطالب ببيانه ، لأنه لو صرّح بالشراء لم تثبُت به شفعة ، فلا فائدة فى الكشف عنـه ، ومذهب الشافعىّ فى هذا الفصل كله كمذهبنا .

٤٠٠٩ (فصـــل)

وإذا كانت دار بين حاضر ، وغائب ، فادّعى الحاضر على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه يستحقّه بالشفعة ، فصدّقه ، فللشفيع أخذه بالشفعة ، لأنّ من فى يده العين يصدّق فى تصرّفه فيما فى يديه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، ولأصحاب الشافعىّ فى ذلك وجهان . أحدهما : ليس له أخذه ، لأنّ هذا إقرار على غيره .

ولنا : أنه أقرّ بما فى يده ، فقُبل إقراره ، كما لو أقرّ بأصل ملكه ، وهكذا لو ادّعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بإذنه ، وأقرّ له الوكيل ، كان كإقرار البائع بالبيع : فإذا قدم الغائب ، فأنكر البيع ، أو الإذن فى البيع ، فالقولُ قوله مع يمينه ، وينتزع الشقص ، ويطالب بأجره من شاء منهما ، ويستقرّ الضمان على الشفيع ، لأنّ المنافع تلفت تحت يده ، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع ، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد ، وإن ادّعى على الوكيل أنك اشتريت الشّقص الذى فى يدك ، فأنكر ، وقال : إنّما أنا وكيل فيه ، أو مستودَع له ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن كان للمدّعى بيّنة ، حكم بها ، وبهـذا قال أبو حنيفة ،

والشافعىّ مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب ، لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشِّقص من يده ، وحصل القضاء على الغائب ضِمْناً ، فإن لم تكن بيّنة ، وطالب الشفيع بيمينه ، فنكل عنها ، احتمل أن يُقضى عليه ، فكذلك إذا نكل . واحتمل أن لا يُقضى عليه،لأنه قضاء على الغائب بغير بيِّنة ، ولا إقرار من الشِّقص فى يده .

٤٠١٠ (فصــــل)

وإذا ادّعى على رجل شفعة فى شقص اشتراه ، فقال : ليس له ملك فى شركتى، فعلى الشفيع إقامة البيّنة أنه شريك ، وبه قال أبو حنيفة ، ومحمد ، والشافعىّ ، وقال أبو يوسف : إذا كان فى يده استحقّ به الشفعة لذلك ، لأنّ الظاهر من اليد الملك .

ولنا : أن الملك لا يثبُت بمجرّد اليد ، وإذا لم يثبت الملك الذى يستحقّ به الشفعة لم تثبت ، ومجرّد الظاهر لا يكفى ، كما لو ادّعى ولدَ أمة فى يده . فإن ادّعى أن المدّعى يعلم أنه شريك ، فعلى المشترى اليمين : أنّه لا يعلم ذلك ، لأنّها يمين على نفى فعل الغير . فكان على العلم ، كاليمين على نفى دين الميّت ، فإذا حلف سقطت دعواه ، وإن نكَلَ قُضِى عليه .

٤٠١١ (فصــــل)

إذا ادّعى على شريكه أنّك اشتريت نصيبك من عمرو ، فلى شفعته ، فصدّقه عمرو ، فأنكر الشريك وقال : بل ورثته من أبى ، فأقام المدّعى بيّنة أنّه كان ملك عمرو ، لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد : تثبُت ويقال له: إمّا أن تدفعه ، وتأخذ الثمن ، وإمّا أن تردّه إلى البائع ، فيأخذه الشفيع منهما ، لأنهما شهدا بالملك لعمرو ، فكأنّهما شهدا بالبيع .

ولنا : أنهما لم يشهدا بالبيع ، وإقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يُقبل ، لأنه إقرار على غيره ، فلا يقبل فى حقّه ، ولا تقبل شهادته عليه ، وليست الشفعة من حقوق العقد ، فيقبل فيها قولَ البائع ، فصار بمنزلة مالو حلف أنّى ما اشتريت الدار ، فقال من كانت الدار ملكاً له : أنا بعته إيّاها لم يُقبل عليه فى الحنث ، ولا يلزم إذا أقرّ البائع بالبيع والشّقص فى يده ، فأنكر المشترى الشراء ، لأن الذى فى يده الدار مقرّ بها للشفيع ، ولا منازع له فيها سواه ، وههنا مَن الدارُ فى يده يدّعيها لنفسه ، والمقرّ بالبيع لاشىء فى يده ، ولا يقدر على تسليم الشِّقص ، فافترقا .

٤٠١٢ (فصــــل)

وإذا كانت دار بين رجلين ، فادّعى كلّ واحد منهما على صاحبه أنه يستحقّ مافى يديه بالشفعة سألناهما : متى ملكتماها ؟ فإن قالا : ملكناها دَفْعةً واحدةً فلا شفعة لأحدهما على الآخر ، لأن الشفعة إنّما تثبت بملك

سابق فى ملك متجدّد بعده ، وإن قال كلّ واحد منهما : ملكى سابق ، ولأحدهما بيّنة بما ادّعاه ُقضى له ، وإن كان لكلٍّ واحد منهما بيّنة قدّمنا أسبقهما تاريخاً ، وإن شهدت بيّنة كل واحد منهما بسبق ملكه ، وتجدّد ملك صاحبه تعارضتا ، وإن لم تكن لواحد منهما بيّنة نظرنا إلى السابق بالدعوى ، فقدّمنا دعواه ، وسألنا خصمه ، فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأنه منكر ، فإن حلف سقطت دعوى الأول ، ثم تسمع دعوى الثانى على الأول ، فإن أنكر ، وحلف سقطت دعواهما جميعاً ، وإن ادّعى الأول فنكل الثانى عن اليمين قضينا عليه ، ولم تسمع دعواه ، لأن خصمه قد استحقّ ملكه ، وإن حلف الثانى ونَكلَ الأول قضينا عليه .

٤٠١٣ (فصــــــل)

إذا اختلف المتبايعان فى الثمن فادّعى البائع أنّ الثمن ألفان ، وقال المشترى : هو ألف ، فأقام البائع بيّنةً أن الثمن ألفان أخذها من المشترى ، وللشفيع أخذه بالألف لأن المشترى مقرّ له باستحقاقه بألف ، ويدّعى أن البائع ظلمه ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : إن حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما ، لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبيّنة بطل قوله ، وثبت ما حكم به الحاكم .

ولنا : أن المشترى مقرّ بأن هذه البيّنة كاذبةٌ ، وأنه ظلمه بألف ، فلم يحكم له به ، وإنما حكم بها للبائع ، لأنه لا يكذّبها ، فإن قال المشترى : صدَقتِ البيّنة ، وكنت أنا كاذباً ، أو ناسياً ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل رجوعه ، لأنه رجوع عن إقرار تعيّن به حقّ آدمىّ غيره ، فأشبه مالو أقرّ له بدين .

والثانى : يُقبل قوله ، وقال القاضى : هو قياس المذهب عندى ، كما لو أخبر فى المرابحة بثمن ، ثم قال : غلطتُ ، والثمن أكثرُ قبل قوله مع يمينه ، بل ههنا أولى ، لأنه قد قامت البيّنة بكذبه ، وحكم الحاكم بخلاف قوله ، فقُبل رجوعه عن الكذب .

وإن لم تكن للبائع بيّنة ، فتحالفا ، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشترى ، لم يكن له ذلك ، لأن للبائع فسخ البيع ، وأخذه بما قال المشترى يمنع ذلك ، ولأنه يُفضى إلى إلزام العقد بما حلف عليه المشترى ، ولا يملك ذلك ، فإن رضى المشترى بأخذه بما قال البائع جاز ، وملك الشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه المشترى ، لأن حقّ البائع من الفسخ قد زال ، فإن عاد المشترى فصدّق البائع وقال : الثمن ألفان ، وكنتُ غالطاً ، فهل للشفيع أخذه بالثمن الذى حلف عليه ؟ ففيه وجهان ، كما لو قامت به بيّنة .

٤٠١٤ (فصــل)

وإن اشترى شِقصاً له شفيعان ، فادّعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع

الآخر ، قَبْل عفوه عن شفعته ، لم تقبل شهادته ، لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً ، وهو توفّر الشفعة عليه ، فإذا ردّت شهادته ، ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل ، لأنها ردّت للتهمة ، فلم تقبل بعد زوالها ، كشهادة الفاسق إذا ردّت ، ثم تاب ، وأعادها لم تُقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا ، قبلت شهادته لعدم التهمة ، ويحلف المشترى مع شهادته ، ولو لم تكن بيّنة ، فالقولُ قولُ المنكر ، مع يمينه ، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معاً ، لحلفا ثبتت الشفعة ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخرُ نظرنا فى الحالف فإن صَدّق شريكه فى الشفعة فى أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين ، وكانت الشفعة بينهما لأن الحقّ له فإن الشفعة تتوفّر عليه ، إذا سقطت شفعة شريكه ، وإن ادّعى أنه عفا ، فنكل ، قضى له بالشفعة كلّها ، وسواء ورثا الشفعة ، أو كانا شريكين .

وإن شهد أجنبىّ بعفو أحد الشفيعين ، واحتيج إلى يمين معه قَبْل عفو الآخر حلف ، وأخذ الكلّ بالشفعة ، وإن كان بعده حلف المشترى . وسقطت الشفعة . وإن كانوا ثلاثةَ شفعاء . فشهد اثنان منهم، على الثالث بالعفو بعد عفوهما قُبلت ، وإن شهدا قبله ردّت ، وإن شهدا بعد عفو أحدهما ، وقبل عفو الآخر ردّت شهادة غير العافى ، وقبلت شهادة العافى ، وإن شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت شهادته ، وإن كان قبله ففيه وجهان :

أحدهما : تُقبل لأنهما سواء عنده .

والثانى : لا تقبل ، لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهُل استيفاء الثمن ، لأن المشترى يأخذه من الشفيع ، فيسهُل عليه ، وفاؤه ، أو يتعذّر على المشترى الوفاء ، لفلسه ، فيستحقّ استرجاع المبيع ، وإن شهد لمكاتَبه بعفو شفعة ، أو شهد بشراء شىء لمكاتبه فيه شفعة ، لم تقبل ، لأن المكاتب عبده ، فلا تُقبل شهادته له ، كمدبّره . ولأنّ ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيّد ، لأنه إن عجز صار له ، وإن لم يعجز سهل عليه الوفاء له ، وإن شهد على مكاتبه بشىء من ذلك قبلت شهادته ، لأنه غير متّهم ، فأشبه الشهادة على ولده .

٤١١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين ، على قدر سهامهما ﴾ .

الصحيح فى المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قُسِّم بينهم ، على قدر أملاكهم ، اختاره أبو بكر ، ورُوى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وبه قال مالك ، وسوّار ، والعنبرى ،

وإسحاق ، وأبو عبيد ، وهو أحد قولِيَ الشافعيّ ، وعن أحمد رواية ثانية : أنّه يقسّم بينهم على عدد رءوسهم ، اختارها ابن عقيل ، ورُوى ذلك عن النَخعِيّ ، والشعبيّ ، وبه قال ابن أبى ليلى ، وابن شُبْرُمةَ ، والثوريّ ، وأصحاب الرأى ، لأن كلّ واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع ، فإذا اجتمعوا تساووا كالبنين فى الميراث ، وكالمعتقين فى سراية العتق .

ولنا : أنه حقّ يستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك ، كالغلّة ، ودليلهم ينتقض بالابن ، والأب ، أو الجدّ ، وبالجدّ مع الأخوة ، وبالفرسان مع الرجّالة فى الغنيمة ، وبأصحاب الديون ، والوصايا ، إذا نقص ماله عن دين أحدهما ، أو الثلث عن وصيّة أحدهم ، وفارق الأعيان . لأنه إتلاف ، والاتلاف يستوى فيه القليل ، والكثير ، كالنجاسة تُلْقىَ فى مائع ، وأما البنون فإنّهم تساووا فى التسبب ، وهو البنوّة ، فتساووا فى الإرث بها ، فنظيره فى مسألتنا تساوى الشفعاء فى سهامهم ، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلّهم ، فنأخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت عدتّها قسّمت السهم المشفوع عليها ، ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدّة ، كما يفعل فى مسائل الردّ سواء ، ففى هذه المسألة التى ذكر الخِرَقىّ مخرج سهام الشركاء ستّة ، فإن باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم ، فالشفعة بينهم على ثلاثة ، ويصير العقار بينهم أثلاثاً ، لصاحب الثلث ثلثاه ، وللآخر ثلثه ، وإن باع صاحبُ الثلث كانت بين الآخرين أرباعاً : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، وللآخر ربعه ، وإن باع صاحبُ السُّدُس كانت بين الآخرين أخماساً : لصاحب النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمساه .

وعلى الرواية الأخرى يُقسّمُ الشِّقص المشفوع بين الآخرين نصفين ، على كلّ حالٍ ، فإن باع صاحبُ النصف قسّم النصف بين شريكيه ، لكلّ واحد الربع ، فيصير لصاحب الثلث ثلث ، وربع ، وللآخر ربع ، وسدُس .

وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان ، وللآخر الثلث .

وإن باع صاحب السدس ، فلصاحب الثلث نصف ، وربع ، ولصاحب الثلث ربع ، وسدس ، والله أعلم .

٤٠١٦ (فصل)

ولو ورث أخوان داراً ، أو اشترياها بينهما نصفين ، أو غير ذلك ، فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه ، وعمّه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزنىّ ، والشافعىّ فى

الجديد ، وقال فى القديم : إنّ أخاه أحقّ بالشفعة ، وبه قال مالك ، لأن أخاه أخصّ بشركته من العمّ ، لاشتراكهما فى سبب الملك .

ولنا : أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة ، فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد ، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه ، بسبب شركته ، وهذا يوجد فى حقّ الكلّ ، وما ذكروه لا أصل له ، ولم يثبت اعتبار الشرع له فى موضع ، والاعتبار بالشركة لا بسببها ، وهل تقسم بين العمّ ، وابن أخيه نصفين ، أو على قدر ملكيهما ؟ على روايتين ، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ، ثم اشترى ابناه نصفها الآخر ، أو ورثاه ، أو اتّهباه ، أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك ، فباع أحدهما نصيبه ، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ، ثم باع أحد المشتريَيْن نصيبه ، فالشفعة بين جميع الشركاء ، وكذلك لو مات رجل وخلّف ابنتين ، وأختين ، فباعت إحدى الأختين نصيبها ، أو إحدى الابنتين ، فالشفعة بين جميع الشركاء ، ولو مات رجل ، وخلّف ثلاثة بنين وأرضاً ، فمات أحدهم عن ابنين ، فباع أحد العمين نصيبه ، فالشفعة بين أخيه ، وابنى أخيه ، ولو خلّف ابنين ، وأوصى بثلثه لاثنين ، فباع أحد الوصيّين ، أو أحد الابنين ، فالشفعة بين شركائه كلّهم ، ولمخالفينا فى هذه المسائل اختلافٌ يطول ذكره .

٤٠١٧ (فصـــل)

وإن كان المشترى شريكاً ، فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وحكى عن الحسن ، والشعبىّ ، والبتىّ : لاشفعة للآخر ، لأنّها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل ، وهذا شركته متقدّمة ، فلاضرر فى شرائه ، وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء : أن الشفعة كلّها لغير المشترى ولا شىء للمشترى فيها ، لأنها تستحقّ عليه ، فلا يستحقّها على نفسه .

ولنا : أنهما تساويا فى الشركة ، فتساويا فى الشفعة ، كما لو اشترى أجنبىّ ، بل المشترى أولى ، لأنه قد ملك الشّقص المشفوع ، وما ذكرناه للقول الأول لا يصحّ ، لأن الضرر يحصُل بشراء هذا السهم المشفوع ، من غير نظر إلى المشترى ، وقد حصل شراؤه ، والثانى لا يصحّ أيضاً ، لأننا نقول : إنه يأخذ من نفسه بالشفعة ، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقّه بالشفعة ، فيبقى على ملكه ، ثمّ لا يمنع أن يستحقّ الإنسان على نفسه ، لأجل تعلّق حق الغير به ، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيّده ثبت للسيّد على عبده أرش الجناية ، لأجل تعلّق حق المرتهن به ، ولو لم يكن رهناً ما تعلّق به . إذا ثبت هذا : فإنّ لشريك المشترى أخذ قدر نصيبه ، لا غير ، أو العفو ، وإن قال له المشترى : قد أسقطتُ شفعتى ، فخذ

الـكلّ ، أو اترك ، لم يلزمه ذلك ، ولم يصحّ إسقاط المشترى ، لأن ملـكه استقرّ على قدر حقّه ، فجرى مجرى الشفيعين ، إذا أخذ بالشفعة ، ثم عفا أحدهما عن حقّه .

وكذلك إذا حضر أحد الشفعين ، فأخذ جميع الشِّقْص بالشفعة ، ثم حضر الآخر ، فله أخذ النصف من ذلك ، فإن قال الأول : خذ الـكلّ ، فإنى قد أسقطتُ شفعتى لم يكن له ذلك ، فإن قيل : هذا تبعيض للصفقة على المشترى ، قلنا : هذا التبعيض اقتضاه دخوله فى العقد ، فصار كالرضى منه به ، كما قلنا فى الشفيع الحاضر ، إذا أخذ جميع الشقص ، وكما لو اشترى شِقصاً وسيفاً .

٤٠١٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الـكلّ ، أو يترك ﴾

وجملته : أنه إذا كان الشقص بين شفعاء ، فترك بعضهم ، فليس للباقين إلا أخذُ الجميع ، أو ترك الجميع ، وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من أحفظ عنه من أهل العـلم على هذا ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ وأصحاب الرأى ، ولأنّ فى أخذ البعض إضراراً بالمشترى بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يُزال بالضرر ، لأن الشفعة إنما تثبُت على خلاف الأصل ، دفعاً لضرر الشريك الداخل ، خوفا من سوء المشاركة ، ومؤنة القسمة ، فإذا أخذ بعض الشِّقْص لم يندفع عنـه الضرر ، فلم يتحقّق المعنى المجوّز لمخالفة الأصل ، فلا تثبُت .

ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له أخذ بعض المبيع ، لذلك فإن فعل سقطت شفعته ، لأنها لا تتبعّض ، فإذا سقط بعضها سقط جميعها ، كالقصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أوغيره لم يصحّ . لأن ذلك عفو، وليس بهبة ، فلم يصحّ لغير من هو عليه ، كالعفو عن القِصاص.

٤٠١٩ (فصـــل)

فإن كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة ، لموضع العذر ، فإذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ إلا الـكلّ ، أو يترك لأنّا لا نعلم اليوم مطالباً سواه ، ولأن فى أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشترى ، فلم يجُز ذلك ، كما لو لم يكن معه غيره ، ولا يمكن تأخير حقّه إلى أن يقدَم شركاؤه ، لأن فى التأخير اضراراً بالمشترى ، فإذا أخذ الجميع ، ثم حضر آخر ، قاسمه إن شاء ، أو عفا ، فيبقى للأول ، لأن المطالبة إنّما وُجدت منهما ، فان قاسمه ، ثم حضر الثالث ، قاسمهما إن أحبّ ، أو عفا ، فيبقى للأولين ، فإن نَمى الشِّقْص فى يد الأول نماءً منفصلا ، لم يشاركه فيه واحد منهما ، لأنه انفصل فى يد المشترى ، قبل الأخذ بالشفعة .

وكذلك إذا أخذ الثانى ، فنمى فى يده نماءً منفصلا ، لم يشاركه الثالث فيه .

وإن خرج الشقص مستَحقًّا : فالعهدة على المشترى ، يرجع الثلاثة عليه ، ولا يرجع أحدهم على الآخر ، فإن الأخذ وإن كان من الأول فهو بمنزلة النائب عن المشتري فى الدفع إليهما ، والنائب عنهما فى دفع الثمن إليه ، لأن الشفعة مستَحقّة عليه لهم ، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ ، وإن امتنع الأول من المطالبة حتى يحضر صاحباه ، أو قال : آخذ ، قدر حقىّ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يبطل حقّه . لأنه قدر على أخذ الكلّ ، وتركه ، فأشبه المنفرد .

والثانى : لا يبطل ، لأنه تركه لعذر ، وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه ، والترك لعذر لا يُسقط الشفعة ، بدليل مالو أظهر المشتري ثمنا كثيراً ، فترك لذلك ، ثم بان بخلافه ، فان ترك الأول شفعته توفّرت الشفعة على صاحبيه ، فاذا قدم الأول منهما فله أخذ الجميع ، على ما ذكرنا فى الأول ، فان أخذ الأول بها ، ثم ردّ ما أخذه بعيب ، فكذلك ، وبهذا قال الشافعىّ ، وحُكى عن محمد بن الحسن : أنّها لا تتوفر عليهما ، وليس لها أخذ نصيب الأول ، لأنه لم يعفُ ، وإنما ردّ نصيبه لأجل العيب ، فأشبه ما لو رجع إلى المشترى ببيعٍ أو هبةٍ .

ولنا : أن الشفيع فسخ ملكه ، ورجع إلى المشترى بالسبب الأول فكان لشريكه أخذه ، كما لو عفا . ويفارق عوده بسببٍ آخر ، لأنه عاد غير الملك الأول الذى تعلّقت به الشفعة .

٤٠٢٠ (فصـــــل)

وإذا حضر الثانى بعد أخذ الأول ، فأخذ نصف الشقص منه ، واقتسما ، ثم قدم الثالث ، فطالب بالشفعة ، وأخذ بها بطلت القسمة ، لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك فى حال القسمة ، لثبوت حقّه ، ولهذا لو باع المشترى ، ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع .

فإن قيل : فكيف تصحّ القسمة ، وشريكهما الثالث غائب ؟ قلنا : يحتمل أن يكون وكّل فى القسمة قبل البيع ، أو قبل علمه ، أو يكون الشريكان رفعا ذلك إلى الحاكم ، وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما ، وبقى الغائب على شفعته .

فان قيل : فكيف تصحّ مقاسمتهما للشقّص ، وحقّ الثالث ثابت فيه ، قلنا : ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرّف ، بدليل أنه يصحّ بيعه ، وهبته ، وغيرهما ، ويملك الشفيع إبطاله ، كذا ههنا . إذا ثبت هذا : فإن الثالث إذا قدم ، فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث مافى يده ، لأنه قدر ما يستحقّه ، ثم إن قضى له القاضى على الغائب أخذ ثلث مافى يده أيضاً ، وإن لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم ، لأنه موضع عذر .

٤٠٢١ (فصـــل)

إذا أخذ الأول الشّقص كله بالشفعة ، فقدم الثانى ، فقال : لا آخذ منك نصفه ، بل أقتصرُ على قدر نصيبى ، وهو الثلث ، فله ذلك ، لأنه اقتصر على بعض حقّه ، وليس فيه تبعيض الصفقة على المشترى ، فجاز كترك الكلّ ، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثانى ثلث مافى يده فيضيفه إلى مافى يد الأول، ويقتسمانه نصفين ، فتصحّ قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما ، لأن الثالث أخذ حقّه من الثانى ، ثلثَ الثلث ، ومخرجه تسعةٌ ، فضمّه إلى الثلثين ، وهى ستّة صارت سبعةً ، ثم قسّما السبعة نصفين ، لا تنقسم ، فاضرب اثنين فى تسعة تكن ثمانيةَ عشر ، للثانى أربعة أسهم ، ولكلّ واحد من شريكيه سبعةٌ .

وإنما كان كذلك لأن الثانىَ ترك سُدُساً كان له أخذه ، وحقّه منه ثلثاه ، وهو القسع ، فتوفّر ذلك على شريكه فى الشفعة ، فللأول والثالث أن يقولا : نحن سواء فى الاستحقاق ، ولم يترك واحد منّا شيئاً من حقّه ، فنجمع مامعنا ، فنقسمه ، فيكون على ماذكرنا .

وإن قال الثانى : أنا آخذ الربع ، فله ذلك ، لما ذكرنا فى التى قبلها ، فاذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس ، وهو ثلث مافى يده ، فضمّه إلى ثلاثة الأرباع ، وهى تسعة ، يصير الجميع عشرةً ، فيقتسمانها : لكلّ واحد منهما خمسة ، وللثانى سهمان ، وتصحّ من اثنى عشر .

٤٠٢٢ (فصـــل)

إذا اشترى رجل من رجلين شِقصاً ، فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعىّ ، وحُكى عن القاضى أنه لا يملك ذلك ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، لئلاّ تتبعّض صفقة المشترى .

ولنا : أن عقد الاثنين مع واحد عقدان ، لأنه مشترٍ من كُلّ واحد منهما ملكه ، بثمن مفرد ، فكان للشفيع أخذه ، كما لو أفرده بعقد ، وبهذا ينفصل عما ذكروه ، وإن اشترى اثنان نصيب واحد ، فللشفيع أخذ نصيب أحد المشترَيين ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة فى إحدى الروايتين عنه ، وقال فى الأخرى : يجوز له ذلك بعد القبض ، ولا يجوز قبله ، لأنه قبل القبض تتبعّض صفقة البائع .

ولنا : أنهما مشتريان ، فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما ، كما بعد القبض ، وما ذكروه لا نسلّمه ، على أن المشترىَ الآخرَ يأخذُ نصيبه ، فلا يكون تبعيضاً ، فإن باع اثنان من اثنين فهى أربعة عقود ، وللشفيع أخذ الكلّ ، أو ما شاء منهما .

٤٠٢٣ (فصـــل)

فإذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدةً ، فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ، وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث ، لأن عقد كلّ منهما منفرد ؛ فلا يتوقّف الأخذ به على الأخذ بما فى العقد

الآخر ، كما لو كانت متفرّقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركته فى الشفعة ، لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ، ولا يستحقّ الشفعة إلا بملك سابق ، فأمّا إن باع نصيبه أثلاثاً فى ثلاثة عقود متفرّقة ، ثم علم الشفيع ، فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة ، وله أن يأخذ ما شاء منها ، وإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركته فى شفعته ، لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثانى وحده لم يملك الثالث مشاركته ، لذلك ، ويشاركه الأول فى شفعته ، لأن ملكه سابق لشراء الثانى ، فهو شريكٌ حال شرائه .

ويحتمل أن لا يشاركه ، لأن ملكه حال شراء الثانى يستحقّ أخذه بالشفعة ، فلا يكون سبباً فى استحقاقها .

وإن أخذ من الثالث ، وعفا عن الأولين ، ففى مشاركتهما له وجهان ، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يشاركه أحد منهم ، لأنّ أملاكهم قد استحقّها بالشفعة ، فلا يستحقّ عليه بها شفعة .

والثانى : يشاركه الثانى فى شفعة الثالث ، وهذا قول أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعىّ . لأنه كان مالكاً ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولذلك استحقّ مشاركته إذا عفا عن شفعته ، فكذلك إذا لم يعفُ ، لأنه إنما استحقّ الشفعة بالملك الذى صار به شريكاً ، لا بالعفو عنه .

ولذلك قلنا فى الشفيع : إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشترى الأول ، وللمشترى الأول أخذ نصيب المشترى الثانى .

وعلى هذا : يشاركه الأول فى شفعة الثانى ، والثالثِ جميعاً ، فعلى هذا : إذا كانت دار بين اثنين نصفين ، فباع أحدهما نصيبه أثلاثة فى ثلاثة عقود ، فى كلّ عقد سدساً ، فللشفيع السدسُ الأول ، وثلاثة أرباع الثانى ، وثلاثة أخماس الثالث ، وللمشترى الأول ربع السدس الثانى ، وخمس الثالث ، وللمشترى الثانى خمس الثالث ، فتصحّ المسألة من مائة وعشرين سهماً ، للشفيع الأول مائة ، وسبعة أسهم ، وللثانى تسعة ، وللثالث أربعة ، وإن قلنا : إن الشفعة على عدد الرءوس ، فللمشترى الأول نصف السدس الثانى ، وثلث الثالث ، وللثانى ثلث الثالث ، وهو نصف التسع ، فتصحّ من ستة وثلاثين ، للشفيع تسعة وعشرون وللثانى خمسة ، وللثالث سهمان .

٤٠٢٤ (فصـــل)

دار بين أربعة أرباعاً باع ثلاثة منهم فى عقود متفرّقة ، ولم يَعلم شريكهم ، ولا بعضهم ببعض ، فللذى

لم يبع الشفعةُ فى الجميع ، وهل يستحقّ البائع الثانى والثالث الشفعة فيما باعه البائع الأول ، والثانى ؟ على وجهين .

وكذلك هل يستحقّ الثالث الشفعة فيما باعه الأول ، والثانى ؟ على وجهين ، وهل يستحقّ مشترى الربع الأول الشفعة فيما باعه الثانى والثالث ؟ أو هل يستحقّ الثانى شفعة الثالث ؟ على ثلاثة أوجه :

أحدها : يستحقّان . لأنهما مالـكان حال البيع .

والثانى : لا حقّ لهما ، لأن ملـكهما متزلزل يُستحقّ أخذه بالشفعة ، فلا تثبت به .

والثالث : إن عفا عنهما أخذا ، وإلا فلا ، فإذا قلنا : يشترك الجميع ، فالذى لم يبع ثلث كلّ ربع لأن له شريكين ، فصار له الربع مضموماً إلى ملـكه ، فـكمل له النصف ، وللبائع والمشترى الأول الثلث ، لـكلّ واحد منهما السدسُ ، لأنه شريك فى شفعة بيعٍ واحد ، وتصحّ من اثنى عشر .

٤٠٢٥ (فصـــــــل)

وإن باع الشريك نصف الشِّقص لرجل ، ثم باعه بقيّته فى صفقة أخرى ، ثم علم الشفيع ، فله أخذ المبيع الأول ، والثانى ، وله أخذ أحدهما دون الثانى ، لأن لـكلّ عقد حكم نفسه ، فإن أخذ الأول لم يشاركه فى شفعته أحد ، وإن أخذ الثانى فهل يشاركه المشترى فى شفعته بنصيبه الأول ؟ فيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يشاركه فيها ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعىّ . لأنه شريك وقتَ البيع الثانى ، بملـكه الذى اشتراه أولاً .

والثانى : لا يشاركه . لأن ملـكه على الأول لم يستقرّ ، لـكون الشفيع يملك أخذه .

والثالث : إن عفا الشفيع عن الأول شاركه فى الثانى ، وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه ، وهذا مذهب الشافعىّ . لأنه إذا عفا عنه استقرّ ملـكه ، فشارك به ، بخلاف ما إذا أخذ ، فإن قلنا : يُشارك فى الشفعة ففى قدر ما يستحقّ وجهان .

أحدها : ثلثه .

والثانى : نصفه ، بناء على الروايتين فى قسمة الشفعة على قدر الأملاك ، أو عدد الرءوس ، فاذا قلنا : يشاركه ، فعفا له عن الأول صار له ثلث العقار ، فى أحد الوجهين ، وفى الآخر ثلاثة أثمانه ، وباقيه لشريكه .

وإن لم يعف عن الأول فله نصف سدُسه فى أحد الوجهين ، وفى الآخر ثمنه ، والباقى لشريكه . وإن باعه الشريك الشِّقص فى ثلاث صفقات متساوية ، فحـكمه حكم مالو باعه لثلاثةِ أنفس ، على ماشرحناه ، ويستحقّ مايستحقّون، وللشـفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة ، والله أعلم .

٤٠٢٦ (فصـــل)

وإذا كانت دار بين ثلاثة ، فوكّل أحدهم شريكه فى بيع نصيبه ، مع نصيبه ، فباعهما لرجل واحد ، فالشريكهما الشفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك . لأن المالك اثنان ، فهما بيعان فكان له أخذ نصيب أحدهما ، كما لو توليّا العقد .

والثانى : ليس له ذلك . لأن الصفقة واحدة ، وفى أخذ أحـــدهما تبعيض الصفقة على المشترى ، فلم يجز ، كما لو كانا لرجلٍ واحد .

وإن وكلّ رجل رجلاً فى شراء نصف نصيب أحد الشركاء ، فاشترى الشِّقْص كلّه لنفسه ولموكّله ، فلشريكه أخذ نصيب أحدهما ، لأنهما مشتريان ، فأشبه مالو وَليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها أنّ أخذ أحد النصيبين لا يُفضى إلى تبعيض صفقة المشترى ، ولأنه قد يَرضى شركة أحد المشترِيَيْن دون الآخر ، بخلاف التى قبلها ، فإنّ المشترىَ واحد .

٤٠٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿وعهدة الشفيع على المشترى ، وعهدة المشترى على البائع﴾

يعنى : أن الشفيع إذا أخذ الشقص ، فظهر مستَحقاً ، فرجوعه بالثمن على المشترى ، ويرجع المشترى على البائع ، وإن وجده معيباً ، فله ردّه على المشترى ، أو أخذ أرشه منه ، والمشترى يردّ على البائع ؛ أو يأخذ الأرش منه ، سواء قبض الشِّقص من المشترى أو من البائع ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال ابن أبى ليلى ، وعثمان البتىّ : عهدة الشفيـع على البائع ، لأن الحقّ ثبت له بإيجاب البائع ، فكان رجوعه عليه ، كالمشترى .

وقال أبو حنيفة: إن أخذه من المشترى فالعهدة عليه، وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه ، لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذّر قبض المشترى فينفسخ البيع بين البائع والمشترى ، فكان الشفيع آخذا من البائع ، مالكاً من جهته ؛ فكانت عهدته عليه .

ولنا أن الشفعة مستَحقّة بعد الشراء ، وحصول الملك للمشترى ، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن ، فكانت العهدة عليه ، كما لو أخذه منه ببيع ، ولأنه ملكه من جهة المشترى بالثمن . فملك ردّه عليه بالعيب ، كالمشترى فى البيع الأوّل ، وقياسه على المشترى فى جعل عُهدته على البائع لا يصحّ . لأنّ المشترىَ ملكه من البائع ، بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائبٌ عن المشترى فى التسليم المستَحقّ عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشترى والبائع بطلت الشفعة ، لأنها استحقّت به .

٤٠٢٨ (فصـــل)

وحكم الشفيع فى الردّ بالعيب حكم المشترى من المشترى ، وإن علم المشترى بالعيب ، ولم يعلم الشفيع ، فللشفيع ردّه على المشترى ، أو أخذ أرشه منه ، وليس للمشترى شىء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرش ، لأنّ الشفيع يأخذ بالثمن الذى استقرّ عليه العقد ، فإذا أخذ الأرش ، فما أخذه بالثمن الذى استقرّ على المشترى ، وإن علم الشفيع دون المشترى ، ، فليس لواحد منهما ردّ ، ولا أرش ، لأن الشفيع أخذه عالما بعيبه ، فلم يثبت له ردّ ، ولا أرش ، كالمشترى إذا علم العيب ، والمشترى قد استغنى عن الردّ ، لزوال ملكه عن المبيع ، وحصول الثمن له من الشفيع ، ولم يملك الأرش ، لأنه استدرك ظُلامته ، ورجع إليه جميع ثمنه ، فأشبه مالو ردّه على البائع .

ويحتمل أن يملك أخذ الأرش ، لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع ، فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع ، كما لو اشترى قَفِيزين ، فتلف أحدهما ، وأخذ الآخر ، فعلى هذا : ما يأخذه من الأرش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ، لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذى استقرّ عليه العقدُ ، فأشبه مالو أخذ الأرش قبل أخذ الشفيع منه .

وإن علما جميعا فليس لواحد منهما ردّ ، ولا أرش ، لأن كلّ واحد منهما دخل على بصيرة ، ورضى ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وإن لم يعلما ، فللشفيع ردّه على المشترى ، وللمشترى ردّه على البائع ، فإن لم يردّه الشفيع فلا يردّ المشترى لما ذكرنا أولاً

وإن أخذ الشفيع أرشه من المشترى ، فللمشترى أخذه من البائع ، وإن لم يأخذ منه شيئاً ، فلا شىء للمشترى .

ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذى ذكرناه ، فإذا أخذه ، فإن كان الشفيع لم يسقطه عن المشترى ، سقط عنه من الثمن بقدره ، لأنه الثمن الذى استقرّ عليه البيع ، وسكوته لا يُسقط حقّه ، وإن أسقطه عن المشترى توفّر عليه ، كما لو زاده على الثمن باختياره ، فأما إن اشتراه بالبراءة من كلّ عيب ، فالصحيحُ من المذهب أن لا يبرأ ، فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شىء ، وفيه رواية أخرى : أنه يبرأ إلاّ أن يكون البائع علم بالعيب ، فدلّسه ، واشترط البراءة ، فعلى هذه الرواية : إن علم الشفيع باشتراط البراءة فحكمه حكم المشترى ، لأنه دخل على شرائه ، فصار كمشترٍ ثانٍ اشترط البراءة ، وإن لم يعلم ذلك فحكمه حكم مالو علمه المشترى دون الشفيع .

٤٠٢٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ والشفعة لا تورث إلا أن يكون الميت طالب بها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخلُ من حالين :

أحدهما : أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ، ولا تنتقل إلى الورثة . وقال أحمد : الموت يَبطُل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحدّ إذا مات المقذوف ، والخيار ، إذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثة ، هذه الثلاثة الأشياء إنّما هى بالطلب ، فإذا لم يطلب ، فليس تجب ، إلا أن يُشهد أنّى على حقّى من كذا ، وكذا ، وأنّى قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلبُ به .

ورُوى سقوطه بالموت عن الحسن ، وابن سيرين ، والشعبيّ ، والنخَعِىّ ، وبه قال الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك ، والشافعىّ والعنبرىّ يورَث ، قال أبو الخطّاب : ويتخرّج لنا مثلُ ذلك ، لأنه خيارٌ ثابت لدفع الضرر عن المال ، فيُورث ، كخيار الردّ بالعيب .

ولنا أنه حقّ فسخ ثبت ، لا لفوات جزء ، فلم يورث ، كالرجوع فى الهبة ، ولأنه نوع خيار جعل للتمليك ، أشبه خيار القبول ، فأما خيار الردّ بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع .

الحال الثانى : إذا طالب بالشفعة ، ثم مات . فإنّ حقّ الشفعة ينتقل إلى الورثة ، قولاً واحداً ، ذكره أبو الخطّاب .

وقد ذكرنا نصّ أحمد عليه . لأنّ الحق يتقرّر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقُط : وقال القاضى : يصير الشقّص مِلكاً للشفيع بنفس المطالبة .

وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا ، فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصحّ العفوُ عن الشفعة بعد طلبها ، كما لا يصحّ العفو عنها بعد الأخذ بها .

فإذا ثبت هذا : فإنّ الحقّ ينتقلُ إلى جميع الورثة ، على حسب مواريثهم ، فينتقل إلى جميعهم ، كسائر الحقوق المالية ، وسواء قلنا : الشفعةُ على قدر الأملاك ، أو على عدد الرءوس ، لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم ، فان ترك بعض الورثة حقّه توافر الحقّ على سائر الورثة ، ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكلّ ، أو يتركوا ، كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته ، لأنّا لو جوّزنا أخذ بعض الشقّص المبيع تبعّضت الصفقة على المشترى ، وهذا ضرر فى حقه .

٤٠٣٠ (فصل)

وإن أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ، ثم مات لم تبطل ، وكان للورثة المطالبة بها ، نصّ عليه أحمد ، لأن الإشهاد عل الطلب عند العجز عنه يقوم مقامه ، فلم تسقط الشفعة بالموت بعد ، كنفس الطلب .

٤٠٣١ (فصـــل)

وإذا بيع شقص له شفيعان ، فعفا أحدهما عنها ، وطالب الآخر بها ، ثم مات الطالب ، فورثه العافى ، فله أخذ الشِّقص بها ، لأنه وارث الشفيع مطالب بالشفعة ، فملك الأخذ بها ، كالأجنبيّ ، وكذلك لو قذف رجل أمّهما وهى ميِّتة ، فعفا أحدهما، فطالب الآخر، ثم مات الطالب ، فورثه العافى،ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن أخيه الميّت ، إذا قلنا : بوجوب الحدّ بقذفها .

٤٠٣٢ (فصـــل)

ولو مات مفلس، وله شقص ، فباع شريكه،كان لورثته الشفعة، وهذا مذهب الشافعىّ .وقال أبوحنيفة: لا شفعة لهم . لأن الحقّ انتقل إلى الغرماء .

ولنا : أنه بيع فى شركة ما خلّفه موروثهم من شقص ، فكان لهم المطالبة بشفعته ، كغير المفلس، ولا نسلّم أن التركة انتقلت إلى الغرماء ، بل هى للورثة ، بدليل أنها لو نمّت ، أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء فى قضاء ديونهم ، وإنّما تعلّق حقّهم به ، فلم يمنع ذلك من الشفعة ، كما لو كان لرجل شقص مرهون ، فباع شريكه ، فإنّه يستحقّ الشفعة به ، ولو كان الميّت دار فبيع بعضها فى قضاء دينه ، لم يكن للورثة شفعة . لأن البيع يقع لهم ، فلا يستحقّون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً الموروث ، فبيع نصيب الموروث فى دينه ، فلا شفعة أيضاً ، لأن نصيب الموروث انتقل بموته إلى الوارث ، فإذا بيع فقد بيع ملكه،فلا يستحقّ الشفعة على نفسه .

٤٠٣٣ (فصـــل)

ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ، ووصّى به ، ثم مات ، فللشفيع أخذه بالشفعة ، لأن حقّه أسبق من حقّ الموصى له ، فإذا أخذه دفع الثمن إلى الورثة ، وبطلت الوصيّة ، لأن الموصى به ذهب ، فبطلت الوصيّة ، كما لو تلف ، ولا يستحقّ الموصى له بدله ، لأنه لم يوص له إلا بالشقص ، وقد فات بأخذه .

ولو وصى رجل لإنسان بشقص ، ثم مات ، فبيع فى تركته شقص قبل قبول الموصى له ، فالشفعة للورثة فى الصحيح ، لأن الموصَى به لا يصير الوصىّ إلا بعد القبول ، ولم يوجد ، فيكون باقياً على ملك الورثة .

ويحتمل أن يكون للوصىّ إذا قلنا : إن الملك ينتقل إليه بمجرّد الموت ، فإذا قبل الوصيّة استحقّ المطالبة ، لأننا تبيّنا أن الملك كان له ، فكان المبيع فى شركته ، ولا يستحقّ المطالبة قبل القبول، لأنّالانعلم أن الملك له قبل القبول ، وإنما يتبيّن ذلك بقبوله ، فإن قبل تبيّنا أنه كان له ، وإن ردّ تبيّنا أنه كان للورثة، ولا تستحقّ الورثة المطالبة أيضاً لذلك .

ويحتمل أن لهم المطالبة . لأن الأصل عدم القبول ، وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصَى له من وجهين :

أحدها : أن الأصل عدم القبول منه .

الثانى : أنه يمكنه أن يقبل ، ثم يطالب ، بخلاف الوارث ، فإنه لا سبيل له إلى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له ، أو لغيره . فإذا طالبوا ، ثم قَبِل الوصىّ الوصيّة كانت الشفعة له ، ويفتقر إلى الطلب منه . لأن الطلب الأول يتبيّن أنه من غير المستحقّ ، وإن قلنا : بالرواية الأولى : فطالب الورثة بالشفعة ، فلهم الأخذ بها ، وإن قبل الوصىّ أخذ الشِّقص الموصَى به دون الشِّقص المشفوع . لأن الشقص الموصَى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته . فأشبه ما لو أخذ بها الموصى فى حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصَى به ، فلا شفعة للموصَى له . لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به ، وحصول شركته ، وفى ثبوتها للورثة وجهان ، بناءً على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه .

٤٠٣٤ (فصــــل)

ولو اشترى رجل شقصاً ، ثم ارتدّ ، فقتل ، أو مات ، فالشفيع أخذه بالشفعة ، لأنها وجبت بالشراء ، وانتقاله إلى المسلمين بقتله ، أو موته ، لا يمنع الشفعة ، كما لو مات على الإسلام ، فورثته ، ورَثَتُهُ ، أو صار ماله لبيت المال . لعدم ورثته ، والمطالب بالشفعة وكيلُ بيت المال .

٤٠٣٥ (فصــــل)

وإذا اشترى المرتدّ شِقصاً ، فتصرّفه موقوف ، فإن قُتل على ردّته ، أو مات عليها تبيّنا أن شراءه باطل ، ولا شفعة فيه ، وإن أسلم تبيّنا صحّته . وثبوتَ الشفعة فيه ، وقال أبو بكر : تصرّفه غيرُ صحيح فى الحالين ، لأن ملكه يزول بردّته ، فإذا أسلم عاد إليه تمليكاً مستأنفاً .

وقال الشافعىّ ، وأبو يوسف : تصرّفه صحيح فى الحالين ، وتجب الشفعة فيه ، ومبنَى الشفعة ههنا على صحّة تصرّف المرتدّ ، ويذكر فى غير هذا الموضع ، وإن بيع شِقصٌ فى شركة المرتدّ ، وكان المشترى كافراً ، فأخذ بالشفعة انبنى على ذلك أيضاً ، لأن أخذه بالشفعة شراء للشِّقص من المشترى ، فأشبه شراءه لغيره .

وإن ارتدّ الشفيع المسلم ، وقتل بالردّة ، أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين، فإن كان طالب بالشفعة انتقلت أيضاً إلى المسلمين ، ينظرُ فيها الإمام ، أو نائبه . وإن قتل ، أو مات ، قبل طلبها بطلت شفعته . كما لو مات على إسلامه . ولو مات الشفيع المسلم ، ولم يخلّف وارثاً سوى بيت المال ، انتقل نصيبه إلى المسلمين ، إن مات بعد الطلب . وإلا فلا .

٤٠٣٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإن أذن الشريك فى البيع ، ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع ، فله ذلك ﴾

وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعه قبل البيع ، فقال : قد أذنتُ فى البيع أو أسقطتُ شفعتى ، أو ما أشبه ذلك ، لم تسقط ، وله المطالبة بها متى وُجد البيع ، هـذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب مالك ، والشافعىّ والبتىّ ، وأصحاب الرأى .

وروى عن أحمد مايدلّ على أن الشفعة تسقُط بذلك ، فإن اسماعيل بن سعيد قال : قلتُ لأحمـد : ما معنى قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْن أَخِيهِ رَبْعَةٌ[1] فَأَرَادَ بَيْعَها ، فَلْيعَرِضْهَا عَلَيْهِ » وقد جاء فى بعض الحديث « وَلا يَحِلُّ لَهُ إلاَّ أَنْ يَعْرِضَهَا عَلَيْهِ » إذ كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ماهو ببعيد من أن يكون على ذلك ، وأن لا تـكون له الشفعة ، وهذا قول الحـكَم ، والثورىّ ، وأبى عُبَيد وأبى خَيْثَمَةَ ، وطائفة من أهل الحديث .

قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمـد ، فقال مرةً . تبطلُ شُفعته ، وقال مرّةً : لا تبطلُ ، واحتّجوا بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَ لَهُ شَرِكَةٌ فِى أَرْضٍ رَبْعةٍ أَوْ حَائِطٍ فَلاَ يَحِلّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حتّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فإنْ شَاء أَخَذَ ، وَإِنْ شَاء تَرَكَ » ومحال أن يقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « وَمَنْ شَاء تَرَكَ » فلا يكون لتركه معنًى ، ومفهوم قوله : فإن باع ، ولم يُؤْذِنْه فهو أحقّ به ، أنه إذا باعه بإذنه لاحقّ له ، ولأن الشفعة ثبتت فى موضع الاتفاق على خلاف الأصل ، لـكونه يأخذ ملك المشترى من غير رضائه ، ويجبُره على المعاوضة به ، لدخوله مع البائع فى العقد الذى أساء فيه ، بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه فى عرضه عليه .

وهذا المعنى معدوم ههنا ، فإنه قد عرضه عليه ، وامتناعُه من أخـذه دليلٌ على عدم الضرر فى حقّه ببيعه ، وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه ، فلا يستحقّ الشفعة ، كما لو أخّر المطالبة بعد البيع .

ووجه الأول أنه إسقاط حقّ قبـل وجوبه ، فلم يصحّ ، كما لو أبرأه ممّا يجب له ، أو أسقطت المرأةُ صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العَرْضَ عليه ، ليبتاع ذلك إن أراد ، فتخف عليه المؤنة ويكتفى بأخذ المشترى الشِّقص لا إسقاط حقّه من شفعته .

٤٠٣٧ (فصـل)

إذا توكّل الشفيع فى البيع لم تسقط شفعته بذلك ، سواء كان وكيل البائع أو المشترى ، ذكره ، الشريف ، وأبو الخطاب ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ .

---

(١) الربعة : المنزل.

وقال القاضى ، وبعض الشافعيّة: إن كان وكيل البائع فلا شفعة له ، لأنه تلحقه التّهمة فى البيع ، لكونه يقصد تقليل الثمن ، ليأخذ به ، بخلاف وكيل المشترى .

وقال أصحاب الرأى : لا شفعة لوكيل المشترى ، بناء على أصلهم : أن الملك ينتقل إلى الوكيل ، فلا يستحقّ على نفسه .

ولنا أنه وكيل ، فلا تسقط شفعته كالآخر ، ولا نسلّم أن الملك ينتقل إلى الوكيل ، إنما ينتقل إلى الموكّل ، ثم لو انتقل إلى الوكيل لما ثبتت فى ملكه ، إنما ينتقل فى الحال . إلى الموكّل ، فلا يكون الأخذ من نفسه ، ولا الاستحقاق عليها ، وأما التهمة فلا : تؤثّر لأن الموكّل وكلّه مع علمه بثبوت شفعته ، راضياً بتصرّفه مع ذلك ، فلا يؤثّر ، كما لو أذن لوكيل فى الشراء من نفسه .

فعلى هذا ، لو قال لشريكه : بع نصف نصيبى مع نصف نصيبك ، ففعل ، ثبتت الشفعة لكلّ واحد منهما فى المبيع من نصيب صاحبه ، وعند القاضى تثبت فى نصيب الوكيل دون نصيب الموكّل .

٤٠٣٨ (فصل)

وإن ضمن الشفيع العهدةَ المشترى ، أو شرط له الخيار ، فاختار إمضاء العقد لم تسقط شفعته ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أصحاب الرأى : تسقط ، لأن العقد تم به ، فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه .

ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة ، فلم تسقط به الشفعة ، كالإذن فى البيع ، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع ، وما ذكروه لا يصحّ ، فإن البيع لا يقف على الضمان ، ويبطل بما إذا كان المشترى شريكا ، فإن البيع قد تمّ به ، وتثبتُ له الشفعة بقدر نصيبه .

٤٠٣٩ (فصل)

وإذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة ، فى أحد الوجهين ، لأن أحد الشريكين ربُّ المال ، والآخر العامل ، فهما كالشريكين فى المتاع ، فلا يستحقّ أحدهما على الآخر شفعةً ، وإن باع الثالث باقىَ نصيبه لأجنبىّ ، كانت الشفعة مستحقّةً بينهم أخماساً ، لربّ المال خُمساها ، وللعامل خُمساها ، ولمال المضاربة خمسُها بالسُّدس الذى له ، فيجعل مال المضاربة كشريكٍ آخرَ ، لأن حكمه متميّز عن مال كلّ واحد منهما .

٤٠٤٠ (فصل)

فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا ، فاشترى أجنبىٌّ نصيب أحدهم ، فطالبه أحد الشريكين بالشفعة ، فقال : إنما اشتريته لشريكك لم تؤثّر هذه الدعوى فى قدر ما يستحقّ من الشفعة ، فإن الشفعة بين الشريكين نصفين ، سواء اشتراها الأجنبىّ لنفسه ، أو للشريك الآخر ، وإن ترك المطالب بالشفعة

حقّه منها بناء على هذا القول ، ثم تبيّن كذبه لم تسقط شفعته ، وإن أخذ نصف المبيع لذلك ، ثم تبيّن كذب المشترى ، وعفا الشريك عن شفعته ، فله أخذ نصيبه من الشفعة ، لأن اقتصاره على أخذ النصف بُنى على خبر المشترى ، فلم يؤثّر فى إسقاط الشفعة ، واستحقّ أخذ الباقى ، لعفو شريكه عنه ، وإن امتنع من أخذ الباقى سقطت شفعته كلّها ، لأنه لا يملك تبعيض صفقة المشترى .

ويحتمل أن لا يسقط حقّه من النصف الذى أخذه ، ولا يبطُل أخذه له ، لأن المشترى أقرّ بما تضمّن استحقاقه لذلك ، فلا يبطُل برجوعه عن إقراره ، وإن أنكر الشريك كون الشراء له ، وعفا عن شفعته ، وأصرّ المشترى على الإقرار للشريك به ، فللشفيع أخذ الكلّ ، لأنه لا منازع له فى استحقاقه ، وله الاقتصار على النصف ، لإقرار المشترى له باستحقاق ذلك .

٤٠٤١ (فصل)

وإن قال أحد الشفيعين للمشترى : شراؤك باطل ، وقال الآخر : هو صحيح فالشفعة كلّها للمعترف بالصحّة ، وكذلك إن قال : ما اشتريته إنما اتّهبته ، وصدّقه الآخر أنّه اشتراه ، فالشفعة للمصدّق بالشراء ، لأن شريكه مُسقط لحقّه باعترافه ،أنه لا بيع صحيح ، ولو احتال المشترى على إسقاط الشفعة بحيلة لا تسقطها فقال أحد الشفيعين : قد سقطت الشفعة توفّرت على الآخر ، لاعتراف صاحبه بسقوطها ، ولو توكّل أحد الشفيعين فى البيع ، أو الشراء ، أو ضمن عهدة المبيع ، أو عفا عن الشفعة قبل البيع ، وقال : لا شفعة لى لذلك ، توفّرت على الآخر ، وإن اعتقد أن له شفعة ، وطالب بها فارتفع إلى حاكم ، فحكم بأنه لا شفعة له ، توفّرت على الآخر ، لأنها سقطت بحكم الحاكم ، فأشبه مالو سقطت بإسقاط المستحقّ .

٤٠٤٢ (فصل)

إذا ادّعى رجل على آخر ثلث داره ، فأنكر ، ثمّ صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صحّ ، ووجبت الشفعة فى الثلث المصالح به ، لأن المدّعى يزعُم أنه محقّ فى دعواه : وأن ما أخذه عوض عن الثلث الذى ادّعاه ، فلزمه حكم دعواه ، ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر فى الثلث المصالح عنه، لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل ، وإنما دفع ثلث داره إلى المدعى اكتفاءً لشرّه ، ودفعاً لضرر الخصومة ؛ واليمين على نفسه ، فلم تلزمه فيه شفعة .

وإن قال المنكر للمدعى : خذ الثلث الذى تدّعيه بثلث دارك ، ففعل ، فلا شفعة على المدّعى فيما أخذه ، وعلى المنكر الشفعة فى الثلث الذى أخذه . لأنه يزعُم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعىّ : تجب الشفعة فى الثلث الذى أخذه المدّعى أيضاً ، لأنها معاوضة من الجانبين بشقْصين ، فوجبت الشفعة فيهما ، كما لو كانت بين مُقرّين .

ولنـا : أن المدّعىَ يزعُم أنّ ما أخذه كان ملـكاً له قبل الصلح ، ولم يتجدّد له عليه ملك ، وإنما استنقذه بصلحه ، فلم تجب فيه شـفعة ، كما لو أقرّ له به .

٤٠٤٣ (فصـــــــل)

إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثاً ، فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكيه ، ثم باعه لأجنبيّ ، ثم علم شريكه ، فله أن يأخذ بالعقدين ، وله الأخذ بأحدهما ، لأنه شريك فيهما ، فإن أخذ بالعقد الثانى أخذ جميع مافى يد مشتريه ، لأنه لاشريك له فى شفعته ، وإن أخذ بالعقد الأول ، ولم يأخذ بالثانى أخذ نصف المبيع ، وهو السدس ، لأن المشترىَ شريكه فى شفعته ، ويأخذ نصفه من المشترى الأول ، ونصفه من المشترى الثانى ، لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين ، لـكلّ واحد منهما السدس ، فإذا باع الثلث من جميع مافى يده ، وفى يده ثلثان ، فقـد باع نصف ما فى يده ، والشفيع يستحقّ ربع مافى يده ، وهو السدس ، فصار منقسما فى يديهما نصفين ، فيأخذ من كلّ واحـد منهما نصفه ، وهو نصف السدس ، ويدفع ثمنه إلى الأول ، ويرجع المشترى الثانى على الأول بربع الثمن الذى اشترى به ، وتـكون المسألة من اثنى عشر ، ثم ترجع إلى أربعة ، للشفيع نصف الدار ، ولـكلّ واحد من الآخرين الربع ، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع مافى يد الثانى ، وربع مافى يد الأول ، فصار له ثلاثة أرباع الدار ، ولشريكه الربع ، ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ، ويدفع إلى الثانى ثلاثة أرباع الثانى ، ويرجع الثانى على الأول بربع الثمن الثانى ، لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول ، وهو السدس ، فيدفع إليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هـذا النصف فى يد الثانى ، وهو ربع ما فى يده ، فيأخذه منه ، ويرجع الثانى على الأول بثمنه ، وبقى المأخوذ من الثانى ثلاثة أرباع ما اشتراه ، فأخذها منـه ، ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن .

وإن كان المشترى الثانى هو البائع الأول ، فالحـكم على ماذكرنا لا يختلف .

وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً : لأحدهم نصفها ، وللآخرين نصفها بينهما ، فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه ، ثم باع ربعاً مما فى يده لأجنبيّ ، ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثانى أخذ جميعه ، ودفع إلى المشترى ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع ، وهو نصف سدس ، لأن المبيع كلّه ربع ، فثلثه نصف سدس ، يأخذ ثلثه من المشترى الأول ، وثلثه من الثانى ، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين : النصف ثمانية عشر ، ولـكلّ واحد منهما تسعة . فلما اشترى صاحب النصف تسعةً كانت شفعتها بينه ، وبين شريكه الذى لم يبع أثلاثاً ، لشريكه ثلثها ثلاثة ، فلما باع صاحب النصف ثلث ما فى يده حصل فى المبيع من الثلاثة ثلثها ، وهو سهم ، بقى فى يد البائع منها سهمان ، فترد الثلاثة إلى الشريك ، ويصير فى يده اثنا عشر ، وهى الثلث ، ويبقى فى يد المشترى الثانى ثمانية ، وهى تسعان ، وفى يد صاحب النصف ستة عشر ، وهى أربعة

أتساع ، ويدفع الشريك الثمن إلى المشترى الأول ، ويرجع المشترى الثانى عليه بقُسم الثمن الذى اشترى به ، لأنه قد أخذ منه تسع مبيعه ، وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثانى جميع ما فى يده ، وأخذ من الأول نصف التسع ، وهو سهمان من ستة وثلاثين ، فيصير فى يده عشرون سهماً ، وهى خمسة أتساع ، ويبقى فى يد الأول ستة عشر سهماً ، وهى أربعة أتساع ، ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ، ويدفع إلى الثانى ثمانية أتساع الثمن الثانى، ويرجع الثانى على الأول بقسع الثمن الثانى .

٤٠٤٤ (فصـــل)

إذا كانت دار بين ثلاثة ، لزيد نصفها ، ولعمرو ثلثها ، ولبكر سدُسها ، فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ، ثم باع عمراً سدُسها ، ولم نعلم عمرو بشراء الثلث ، ثم علم فله المطالبة بحقّه من شفعة الثلث ، وهو ثلثاه ، وذلك تُسعا الدار ، فيأخذ من بكر ثلثى ذلك ، وقد حصل ثلثه الباقى فى يده بشرائه للسدس ، فيفسخ بيعه فيه ، ويأخذه بشفعة البيع الأول ، ويبقى من مبيعه خمسة أتساعه ، لزيد ثلث شفعته ، فيقسّم بينهما أثلاثاً .

وتصح المسألة من مائة ، واثنين ، وستين سهماً : الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً : لعمرو ثلثاها بشفعته ، ستة وثلاثون سهماً ، يأخذ ثلثيها من بكر . وهى أربعة وعشرون سهماً ، وثلثها فى يده اثنا عشر سهماً ، والسدس الذى اشتراه سبعة وعشرون سهماً ، قد أخذ منها اثنى عشر بالشفعة ، بقى منها خمسة عشر ، له ثلثاها : عشرةٌ ويأخذ منها زيدٌ خمسةً ، فحصل لزيد اثنان ، وثلاثون سهماً ، ولبكر ثلاثون سهماً ، ولعمرو مائة سهم ، وذلك نصف الدار ، وتُسعها ، ونصف تُسْعِ تُسعها ، ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى الثمن فى البيع الأول ، وعليه ، وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الباقى ، بينهما أثلاثاً .

وإن عفا عمرو عن شفعة الثلث ، فشفعة السدُس الذى اشتراه بينه ، وبين زيد أثلاثا، ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار ، لزيد تسعاها ، ولبكر ثلثها ، وتصحّ من تسعة .

وإن باع بكر السدس لأجنبىّ فهو كبيعه إياه لعمرو ، إلا أنّ لعمرو العفوَ عن شفعته فى السدس ، بخلاف ما إذا كان هو المشترى ، فإنه لا يصحّ عفوه عن نصيبه منها ، وإن باع بكر الثلث لأجنبىٍّ ، فلعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول ، وهو القسمان ، يأخذ ثلثهما من بكر ، وثلثهما من المشترى الثانى ، وذلك تسع ، وثث تسع ، يبقى فى يد الثانى سدس ، وسدس تسع ، وهو عشرة من أربعة وخمسين ، بين عمرو وزيد أثلاثاً ، وتصحّ أيضاً من مائة ، واثنين وستين ، ويدفع عمرو إلى بكر ثلثى ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشترى الثانى ثمن خمسة أسباع مبيعه ، بينهما أثلاثاً ، ويرجع المشترى الثانى على بكر بثمن أربعة أتساع مبيعه .

وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما في يده سدساً لم تبطل شفعته ، في أحد الوجوه ، وله أن يأخذ بها ، كما لو لم يبع شيئاً

(الثاني) تبطل شفعته كلها .

(والثالث) تبطل في قدر ماباع ، وتبقى فيما لم يبع :

وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه ، فأما شفعة ماباعه ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أنها بين المشترى الثاني وزيد ، وبكر ، أرباعاً ، للمشترى نصفها ، ولكل واحد منهما ربعها ، على أملاكهم حين بيعه ،

والثاني : أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهماً ، لزيد تسعة ، ولبكر خمسة ، لأن لزيد السدس ، ولبكر سدس يستحق منه أربعةَ أتساعه بالشفعة ، فيبقى معه خمسة أتساع السدس ، ملكه مستقرّ عليها ، فأضفناه إلى سدس زيد ، وقسّمنا الشفعة على ذلك ، ولم نُعط المشترىَ الثانىَ ، ولا بكراً بالسهام المستحقة بالشفعة شيئاً ، لأن الملك عليها غير مستقرّ

والثالث : إن عفا لهم عن الشفعة استحقّوا بها ، وإن أخذت بالشفعة لم يستحقّوا بها شيئاً وإن عفا عن بعضهم دون بعض استحقّ المعفو عنه بسهامه ، دون غير المعفوّ عنه ، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو ، فهو بمنزلة المعفوّ عنه ، فيخرج في قدره وجهان ، ولو استقصينا فروع هذه المسألة على سبيل البسط لطال ، وخرج إلى الإملال .

٤٠٤٥ (فصـــل)

وإذا كانت دار بين أربعة أرباعاً ، فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم ، استحق الرابع الشفعة عليهما ، واستحق كلّ واحد من المشتريَيْن الشفعة على صاحبه ، فان طالب كلّ واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثا ، وصارت الدار بينهم كذلك .

وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين ، وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم ، فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار ، وللرابع الربع بحاله .

وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع ، لأن كلّ واحد منهما له من الملك مثلُ ما للمطالب ، فشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين ، فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار ، وباقيها بينهما نصفين ، وتصح من ستة عشر .

وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر ، قاسمه الثمن نصفين ، فيحصُل للمعفوّ عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين ، وتصحّ من ستة عشر .

وإن عفا أحد المشتريين ، ولم يعفُ الآخر ، ولا الرابع قسّم مبيع المعفوّ عنه بينه ، وبين الرابع نصفين ، ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً ، فيحصل للذى لم يعفُ عنه ربع ، وثلث ثمن ، وذلك سدس ، وثمن ، والباقى بين الآخرين نصفين ، وتصحّ من ثمانيه وأربعين .

وإن عفا الرابع عن أحدهما ، ولم يعف أحدهما عن صاحبه ، أخذ ممن لم يعف عنه ثلث الثمن ، والباقى بينهما نصفين ، ويكون الرابع كالعافى فى التى قبلها ، وتصحّ أيضاً من ثمانية وأربعين .

وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ، ولم يعف الآخر فلغير العافى ربع ، وسدس ، والباقى بين العافيين نصفين ، لكلّ واحد منهما سدس ثمن ، وتصحّ من أربعة وعشرين ، ومايفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا .

٤٠٤٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا شفعة لكافر على مسلم ﴾

وجملة ذلك : أن الذمىّ إذا باع شريكه شقصاً لمسلم ، فلا شفعة له عليه ، رُوى ذلك عن الحسن ، والشعبىّ ، وروى عن شُرَيح ، وعمر بن عبد العزيز : أن له الشفعة ، وبه قال النخَعىّ ، وإياس بن معاوية ، وحماد بن أبى سليمان ، والثورىّ ، ومالك ، والشافعى ، والعنبرىّ ، وأصحاب الرأى ، لعموم قوله عليه السلام « لاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، وَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء ، فاستوى فيه المسلم ، والكافر ، كالردّ بالعيب .

ولنا ، ما روى الدارقطنىّ فى كتاب العلل بإسناده ، عن أنس : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لاَ شُفْعَةَ لِنَصْرانىّ » وهذا يخُصُّ عموم ما احتجّوا به ، ولأنه معنًى يملك به يترتّب على وجود ملك مخصوص ، فلم يجب للذمىّ على المسلم ، كالزكاة ولأنه معنىً يختصّ العقار ، فأشبه الاستعلاء فى البنيان .

يحققه أن الشفعة إنّما ثبتت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه ، فقدّم دفع ضرره على دفع ضرر المشترى .

ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمىّ . فإن حقّ المسلم أرجحُ ، ورعايته أولى ، ولأنّ ثبوت الشفعة فى محل الإجماع على خلاف الأصل رعايةً لحقّ الشريك المسلم .

وليس الذمى فى معنىً المسلم ، فيبقى فيه على مقتضى الأصل ، وتثبت الشفعة للمسلم على الذمى ، لعموم الأدلة الموجبة ، لأنها إذا ثبتت فى حقّ المسلم على المسلم مع عظم حرمته ، ورعاية حقّه فلأَنْ تثبُتَ على الذمىّ مع دناءته أولى ، وأحرى .

٤٠٤٧ (فصل)

وتثبتُ للذمىّ على الذمىّ لعموم الأخبار ، ولأنهما تساويا فى الدين والحرمة ، فتثبت لأحدهما على الآخر ، كالمسلم على المسلم ولا نعلم فى هذا خلافاً .

وإن تبايعوا بخمر ، أو خنزير ، وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع ، وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو الخطّاب : إن تبايعوا بخمر ، وقلنا : هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة .

وقال أبو حنيفة : تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمراً ، لأنها مال لهم ، فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم ، لكن إن كان الشفيع ذمّياً أخذه بمثله ، وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر .

ولنا : أنه بيع عقد بخمر ، فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو كان بين مُسلمين . ولأنه عقد بثمن محرم ، أشبه البيع بالخنزير ، والميتة ، ولانسلم أن الخمر مال لهم ، فإن الله تعالى حرّمه ، كما حرّم الخنزير ، واعتقادهم حِله لايجعله مالاً ، كالخنزير ، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأنّنا لانتعرّض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم ، مالم يتحاكموا إلينا قبل تمامه ، ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه .

٤٠٤٨ (فصـــل)

فأما أهل البدع فمن حُكم بإسلامه فله الشفعة ، لأنه مسلم فتثبت له الشفعة ، كالفاسق بالأفعال ، ولأن عموم الأدلّة يقتضي ثبوتها لكلّ شريك ، فيدخل فيها .

وقد روى حرب أن أحمد سُئل عن أصحاب البدع ، هل لهم شفعة ؟ ويروى عن ابن إدريس أنه قال : ليس للرافضة شفعة ، فضحك ، وقال ، أراد أن يخرجهم من الإسلام ، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة . وهذا محمول على غير الغلاة منهم ، وأما من غلا ، كالمعتقد أنّ جبريل غلط في الرسالة ، فجاء إلى النبيّ صلّى الله عليه وسلم ، وإنّما أرسل إلى عليّ ونحوه ، ومن حُكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلاشفعة له ، لأن الشفعة إذا لم تثبت للذميّ الذي يقَرّ على كفره فغيره أولى .

٤٠٤٩ (فصـــل)

وتثبت الشفعة للبدويّ على القرويّ وللقرويّ على البدويّ في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبيّ ، والبتّيّ : لاشفعة لمن لم يسكن المصر .

ولنا : عموم الأدلة واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة .

٤٠٥٠ (فصـــل)

قال أحمد في رواية حنبل : لانرى في أرض السواد شفعة ، وذلك لأن أرض السواد موقوفة ، وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ، ولايصحّ بيعُها ، والشفعة إنما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر رضي الله عنه ، وهي التي فُتحت عَنْوةً في زمنه ، ولَم يَقْسِمْها ، كأرض الشام ، وأرض مصر ، وكذلك كلّ أرض فتحت عنوةً ، ولم تُقسّم بين الغانمين ، إلاّ أن يحكُمُ ببيع ذلك حاكم ، أو يفعله الإمام ، أو نائبه ، فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة ، لأنه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه ، والله أعلم .

كتاب المساقاه

المساقاة أن يدفع الرجلُ شجره إلى آخر، ليقوم بسقيه، وعمل سائر مايحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره، وإنما سمّيت مساقاةً لأنها مُفَاعَلَةٌ من السقى، لأن أهل الحجاز أكثر حاجةِ شجرهم إلى السقى، لأنهم يَسْتقون من الآبار، فسمّيت بذلك، والأصل فى جوازها السّنة، والإجماع.

أما السّنة: فما رَوى عبد الله بن عمر رضى الله عنه قال: «عَامَلَ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمْ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَايَخْرُجُ مِنْها مِنْ ثَمرٍ أَوْ زَرْعٍ» حديث صحيح، متفق عليه.

وأما الإجماع: فقال أبوجعفر، محمد بن علىّ بن الحُسين بن علىّ بن أبى طالب، رضى الله عنه، وعن آبائه «عاملَ رسولُالله صلّى الله عليه وسَلم أهْلَخَيْبَرِ بالشَّطْرِ[1]، ثمَّ أبُوبَكْرٍ، وعمر، وعُثْمانُ، وعلىّ، ثم أهلوهم إلى اليوم، يُعْطُونَ الثلث، والربع» وهذا عمل به الخلفاء الراشدون فى مدّة خلافتهم، واشتهر ذلك فلم ينكره منكر، فكان إجماعاً، فإن قيل: لانسلّم أنه لم ينكره منكر، فإن عبد الله بن عمر راوى حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه، وقال: كنّا نُخابر أربعين سَنَةً حتىّ حدّثنا رافعُ بن خَدَيْج: أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلم نَهَى عَنِ المُخَابَرَةِ، وهذا يمنع انعقاد الإجماع، ويدلّ على نسخ حديث ابن‌عمر، لرجوعه عن العمل به، إلى حديث رافع، قلنا: لايجوز حمل حديث رافع على مايُخالف الإجماع، ولاحديث ابن عمر، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم لم يزلْ يعاملُ أهل خيبر حتىّ مات، ثمّ عمل به الخلفاء بعده، ثمّ مَنْ بعدهم، فكيف يتصوّر نهيُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم عن شيء ثم يُخالفه؟ أم كيف يُعمل بذلك فى عصر الخلفاء، ولم يُخبرهم من سمع النهى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم، وهو حاضر معهم، وعالم بفعلهم، فلم يخبرهم، فلو صحّ خبر رافع لوجب حمله على مايوافق السنّة، والإجماع.

وعلى أنه قد روى فى تفسير خبر رافع عنه مايدلّ على صحّة قولنا، فروى البخارىّ بإسناده، قال: كنا نكرى الأَرْضَ بِالنَّاحِيَةِ منها تُسمّى لسيِّد الأَرْضِ، فَرُبمَّا يُصابُ ذَلِكِ، وتسْلَمُ الأَرْضُ، ورُبَّما تُصَابُ الأَرْضُ وَيَسْلَمُ ذَلِكَ، فَنُهِينَا، فأَمَّا الذَّهَبُ والْوَرِقُ فَلَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذٍ، وروى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد، وهو مضطرب جداً، قال الأثرم: سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن حديث رافع ابن خَدَيج: نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن المزراعة، فقال رافع: رُوى عنه فى هذا ضُروب، كأنه يُريد أن اختلاف الروايات عنه يُوهِنُ حديثه، وقال طاوس: إنّ أعلمهم، يعنى ابن عباس، أخبرنى أن النبىّ صلىّ الله عليه وسلم لم يَنْهَ عنه، ولكن قال: لأَنْ يَمْنح أَحَدُكُمْ أَخَاه أَرْضَهَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ

---

(١) الشطر: النصف.

يأخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجاً مَعْلُوماً ، رواه البخاريّ ومسلم ، ، وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمرٍ فعله النبيُّ صلىّ الله عليه وسلّم حتى مات ، وهو يفعله ، ثم أجمع عليه خلفاؤه ، وأصحابه بعده بخبر لايجوز العمل به ، ولو لم يخالفه غيره ؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسّرها رافع فى حديثه ، وأما غير ابن عمر ، فقد أنكر على رافع ، ولم يقبل حديثه ، وحمله على أنه غلط فى روايته ، والمعنى يدلّ على ذلك ، فإنّ كثيراً من أهل النخيل ، والشجر ، يعجزون عن عمارته ، وسقيه ، ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لاشجر لهم ، ويحتاجون إلى الثمر ففى تجويز المساقاة دفع للحاجتين ، وتحصيل لمصلحة الفئتين ، فجاز ذلك كالمضاربه بالأثمان .

٤٠٥١ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم ﴿ وتجوز المساقاة فى النخل ، والشجر والكَرْم ، بجزء معلوم ، يُجْعَلُ للعامل من الثمر ﴾

وجملة ذلك : أن المساقاة جائزة فى جميع الشجر المثمر ، هذا قول الخلفاء الراشدين ، رضى الله عنهم ، وبه قال سعيد ابن المسيّب ، وسالم ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وقال داود : لايجوز إلا فى النخيل ، لأنّ الخبر إنما ورد بها فيه ، وقال الشافعىّ لايجوز إلا فى النخيل ، والكرم لأن الزكاة تجب فى ثمرتها ، وفى سائر الشجر قولان :

أحدهما : لايجوز فيه : لأن الزكاة لاتجب فى نمائه ، فأشبه مالا ثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر : لاتجوز بحال ، لأنها إجارة بثمرة لم تخلق ، أو إجارة بثمرة مجهولة، أشبه إجارةَ نفسه بثمرة غير الشجر الذى يسقيه.

ولنا : السنّة ، والإجماع ، ولايجوز التعويل على ماخالفهما ، وقولهم إنها إجارة غير صحيح ، إنّما هو عقد على العمل فى المال ببعض نمائه ، فهو كالمضاربة ، وينكسر ماذكروه بالمضاربة ، فإنه يعمل فى المال بنمائه وهومعدوم مجهول، وقد جاز بالإجماع،وهذا فى معناه ، ثمّ قد جوّز الشارع العقد فى الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة ، فلم لايجوز على الثمرة المعدومة للحاجة ، مع أن القياس إنما يكون فى إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه ، أو المجمع عليه ، فأما فى إبطال نصّ ، وخرق إجماع بقياس نصّ آخر ، فلا سبيل إليه .

وأما تخصيص ذلك بالنخيل ، أو به وبالكرم ، فيخالف عموم قوله : عامل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر مايخرُج منها ، من زرع ، أو ثمر ، وهذا عامّ فى كلّ ثمرٍ ، ولاتكاد بلدة ذاتُ أشجارٍ تخلو من شجرٍ غير النخيل، وقد جاء فى لفظ بعض الأخبار :أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر مايخرُج من النخل ، والشجر ، ولأنه شجر يُثمر كلّ حول ،فأشبه النخيل ، والكرم ، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه ، كالنخل ، وأكثر لكثرته ، فجازت المساقاة عليه ، كالنخل . ووجوب الزكاة ليس من العلّة المجوِّزة للمساقاة ، ولا أثر له فيها وإنما العلّة ماذكرناه .

٤٠٥٢ (فصـــل)

فأمّا مالا ثمر له من الشجر ، كالصفصاف ، ، والجوز ، ونحوهما ، أو له ثمر غير مقصود ، كالصنوبر ، والأرز ، فلاتجوز المساقاة عليه ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم فيه خلافاً لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص ، ولأنّ المساقاة إنما تـكون بجزء من الثمرة ، وهذا لاثمرة له ، إلاّ أن يكون مما يُقصد ورقه كالتوت ، والورد ، فالقياس يقتضى جواز المساقاة عليه ، لأنه فى معنى الثمر ، لأنه نماء يتكرّر كلّ عام ، ويمكن أخذه ، والمساقاة عليه بجزء منه ، فيثبت له مثلُ حكمه .

٤٠٥٣ (فصـــل)

وإن ساقاه على ثمرة موجودة ، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين .

إحداهما : تجوز ، وهو اختيار أبى بكر ، وهو قول مالك . وأبى يوسف ، ومحمد وأبى ثور ، وأحد قولى الشافعىّ : لأنها إذا جازت فى المعدومة مع كـثرة الغرر فيها ، فمع وجودها ، وقلّة الغرر فيها أولى ، وإنّما تصحّ إذا بقى من العمل ما يُستزاد به الثّمرة ، كالتأبير ، والسقى ، وإصلاح الثّمرة ، فإن بقى ما لا تزيد به الثّمرة ، كالجِذَاذِ ، ونحوه لم يجُز بغير خلاف .

والثانيه : لا تجوز ، وهو القول الثانى للشافعىّ . لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص . فإنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم عاملَ أهلَ خيبر على الشّطر ، ممّا يخرج من ثمر ، أو زرع ، ولأن هذا يُفضى إلى أن يستحقّ بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن ربّ المال إلى المساق ، فلم يصحّ ، كما لو بدا صلاحُ الثّمرة ، ولأنه عقد على العمل فى المال ببعض نمائه ، فـــلم يجز بعد ظهور النماء ، كالمضاربة ، ولأنّ هذا جعل العقـد إجارة بمعلوم ، ومجهول ، فلم يصحّ ، كما لو استأجره على العمـل بذلك .

وقولهم : إنه أقلّ غرراً قلنا : قلّة الغرر ليست من المقتضى للجواز ، ولا كثرته الموجودة فى محلّ النصّ مانعةٌ فلا تؤثّر قلّته شيئاً ، والشرع ورد به على وجهٍ لا يستحقّ العامل فيه عوضاً موجوداً ، ولا ينتقل إليه من ملك ربّ المال شىء ، وإنّما يحدث النماء الموجود على ملـكهما ، على ما شرطاه ، فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ، ولا إثبات عقد ليس فى معناه إلحاقاً به ، كما لو بدا صلاح الثّمرة ، كالمضاربة بعد ظهور الربح .

٤٠٥٤ (فصـــــل)

فأما قول الخرقىّ (بجزء معلوم يُجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين .

أحدهما : أن المساقاة لا تصحّ إلا على جزء معلوم من الثّمرة ، مُشاع ، كالنصف ، والثلث ، لحديث

ابن عمر : عاملَ أهلَ خيبرَ بشطرِ ما يخرُج منها ، وسواء قلّ الجزء أو كثر ، فلو شرط للعامل جزءاً من مائةِ جزء ، وجعل جزءاً منها لنفسه ، والباقى للعامل جاز ، مالم يفعل ذلك حِيلَةً ، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة ، كالخُمْسَيْنِ ، وثلاثة أثمان ، أو سدس ، ونصف سبع ، ونحو ذلك جاز ، وإن عقد على جزء مبهم ، كالسهم والجزء والنصيب ، والحظّ ، ونحوه لم تجز ، لأنه إذا لم يكن معلوما لم تُمكن القسمة بينهما .

ولو ساقاه على آصع معلومة ، أوجعل مع الجزء المعلوم آصُعاً لم تجز.لأنه ربّما لم يحصل ذلك ، أو لم يحصل غيره ، فيستضر ربُّ الشجر ، أو ربّما كثر الحاصل ، فيستضرّ العامل ، وإن شرط له ثمر نَخَلاتٍ بعينها لم يجُز ، لأنّها قد لاتحمل ، فتكون الثمرة كلّها لربّ المال ، وقد لاتحمل غيرها ، فتكون الثمرة كلّهاللعامل ، ولهذه العلة نهى النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عن المزارعة التى يجعل فيها لربّ الأرض مكاناً مُعيّناً وللعامل مكاناً معيناً .

قال رافع : « كنّا نُكْرِى الأرْضَ عَلَى أنّ لَنَا هَذِهِ ، وَلَهُمْ هَذِه ، فربّما أخْرَجَتِ هَذِه ، ولم تُخْرِج هَذِه ، فنَهَانَا عَنْ ذَلِك ، فأمّا الذّهَبُ وَالْوَرِقُ فَلمْ يَنْهَنَا » متفق عليه ، فمتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة ، والثمرة كلّها لرّب المال ، لأنها نماءُ ملكه ، وللعامل أجر مثله ، كالمضاربة الفاسدة .

الثانى : أن الشرطللعامل.لأنه إنما يأخذبالشرط، فالشرطُ يُراد لأجله ، وربُّ المال يأخذ بماله،لا بالشرط ، فإذا قال : ساقيتُك على أنّ لك ثلث الثمرة صحّ ، وكان الباقى لربّ المال ، وإن قال : على أنّ لى ثلثَ الثمرة ، فقال ابن حامد . يصحّ ، والباقى للعامل ، وقيل : لا يصحّ .

وقد ذكرنا تعليل ذلك فى المضاربة ، وإن اختلفا فى الجزء المشروط لمن هو منهما ؟ فهو للعامل ، لأن الشرط يُراد لأجله ، كما ذكرنا .

٤٠٥٥ (فصـــل)

إذا كان فى البستان شجر من أجناس ، كالتين ، والزيتون ، والكَرْم ، والرمّان ، فشرط للعامل من كلّ جنس قدراً ، كنصف ثمر التين ، وثلث الزيتون ، وربع الكرم ، وخمس الرمّان ، أوكان فيه أنواع من جنس ، فشرط من كلّ نوع قدراً وهما يعلمان قدر كلّ نوع صحّ . لأن ذلك كأربعة بساتين ، ساقاه على كلّ بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر .

وإن لم يعلما قدره ، أو لم يعلم أحدُهما . لم يجز ، لأنه قد يكون أكثر ما فى البستان من النوع الذى شرط فيه القليل ، أو أكثره مما شرط فيه الكثير .

ولو قال : ساقيتُك على هذين البستانين بالنصف من هـــذا ، والثلث من هذا صحّ . لأنهما صفقة واحدة ، جمعت عوضين ، فصار كأنه قال : بعتُك داريَّ هاتين : هذه بألف ، وهذه بمائة ، وإن قال ، بالنصف من أحدهما ، والثلث من الآخر لم يصحّ ، لأنه مجهول ، لا يُدرى أيهما الذى يستحقّ نصفه ، ولا الذى يستحقّ ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد : نصفُه هذا بالنصف ، ونصفه هذا بالثلث ، وهما متميزان صحّ ، لأنهما كبستانين .

٤٠٥٦ (فصـــل)

وإن كان البستان لاثنين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما . وثلث نصيب الآخر ، والعاملُ عالم بنصيب كلّ واحد منهما جاز . لأنّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، ولو أفرد كلّ واحد منهما بعقدٍ كان له أن يشرط ما اتفقا عليه . وإن جهل نصيب كلّ واحـد منهما لم يجز ، لأنه غرر ، فإنه قد يقلّ نصيبَ مَنْ شرط النصف ، فيقلّ حظّه ، وقد يكثر . فيتوفّر حظّه .

فأما إن شرطا قدراً واحداً من مالهما جاز . وإن لم يعلم قدر ما لـكلّ واحد منهما . لأنّها جهالة . لا غرر فيها . ولا ضرر . فصار كما لو قالا : بعناك دارنا هذه بألف ؛ ولم يعلم نصيب كلّ واحد منهما جاز ، لأنه أى نصيب كان ، فقد علم عِوَضَه ، وعلم جملة المبيع ، فصحّ كذلك ههنا ، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشرط لهما التساوى فى النصيب ، ويجوز أن يشرط لأحدهما أكثر من الآخر .

٤٠٥٧ (فصـــــل)

ولو ساقاه ثلاث سنين على أنّ له فى الأولى النصف ، وفى الثانية الثلث ، وفى الثالثة الربع جاز . لأنّ قدر ماله فى كلّ سنة معلوم فصحّ ، كما لو شرط له من كلّ نوع قدراً .

٤٠٥٨ (فصـــل)

ولو دفع إلى رجل ُبستاناً ، فقال : مَازَرَعْتَ فيه من حِنْطةٍ فلى ربعهُ ، ومازرعتَ من شعير فلى ثلثه ، ومازرعتَ من باقلّى فلى نصفه لم يصحّ لأن مايزرعه من كلٍّ واحد من هذه الأصناف مجهول القـدر ، فجرى مجرى مالو شرط له فى المساقاة ثلث هذا النوع الآخر ، وهو جاهل بما فيه منهما .

وإن قال : إن زرعتها حِنطةً فلى ربعها . وإن زرعتها شعيراً فلى ثلثه ، وإن زرعتها باقلّى فلى نصفه لم يصح أيضاً . لأنه لا يدرى ما يزرعهُ ، فأشبه مالو قال : بعتُك بعشرة صحاح ، أو أحد عشرة مكسّرة ، وفيه وجه آخر : أنّه يصحّ بناء على قوله فى الإجارة : إن خِطتَه رومياً فلك درهم ، وإن خطته فارسيًّا فلك نصف درهم ، فإنه يصحّ فى المنصوص عنه ، فيخرّج ههنا مثله ، وإن قال : مازرعتَها من شىء فلى نصفه صحّ . لأن

النبيَّ صلّى الله عليه وسلم ساق أهل خيبر بشَطْرِ مايخرج منها من ثمر ، أو زَرْع ، ولو جعل له فى المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثى الباقلى ، وبيَّنا قدر مايزرع من كلّ واحد من هذه الأنواع . إما بتقدير البذر . وإما بتقدير المكان ، وتمييزه ، أو بمساحته ، مثل أن قال : تزرع هذا المكان حنطةً ، وهذا شعيراً ، وتزرع مُدَّين حنطةً ، ومدّين شعيراً ، أو تزرع قفيزاً حنطةً ، وقفيزين شعيراً ، جاز . لأنّ كل واحد من هذه طريق إلى العلم فاكتفى به .

٤٠٥٩ (فصـــــل)

وإن ساقاه على أنه إن سقى سيحاً ، فله الثلث . وإن سقى بكُلْفة فله النصف لم يصحّ . لأن العمل مجهول ، والنصيب مجهول ، وهو فى معنى بيعتين فى بيعة ، ويتخرّج أن يصحّ قياساً على مسألة الإجارة ، ولو قال : لك الخُمسان إن كانت عليك خسارةٌ . وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصحّ . نصّ عليه أحمد ، وقال : هذا شرطان فى شرط ، وكرهه ، وهذا فى معنى المسألة التى قبلها ، ويخرّج فيها مثل ما خرّج فيها .

ولو ساقاه فى هذا الحائط بالثلث ، على أن يُساقيه فى الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصحّ . لأنه شرط عقداً فى عقد ، فصار فى معنى بَيْعتين فى بيعة ، كقوله : بعتُك ثوبى على أن تبيعنى ثوبك ، وإنما فسد لمعنيين :

أحدهما : أنه شرط فى العقد عقداً آخر ، والنفع الحاصل بذلك مجهول ، فكأنه شرط العوض فى مقابلة معلوم ومجهول .

الثانى : أن العقد الآخر لايلزمه بالشرط ، فيسقط الشرط ، وإذا سقط وجب رد الجزء الذى تركه من العوض لأجله ، وذلك مجهول ، فيصير الكلّ مجهولاً .

٤٠٦٠ (فصـــــل)

وإن ساقى أحد الشريكين شريكه ، وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه ، مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين ، فجعل له الثلثين من الثمرة صحّ ، وكان السدس من حصّته المساقاة، فصار كأنه قال : ساقيتُك على نصيبى بالثلث ، وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين ، أو على أن يكون للعامل الثلث ، فهى مساقاة فاسدة،لأن العامل يستحقّ نصفها بملكه، ولم يجعل له فى مقابلة عمله شيئاً.

وإذا شرط له الثلث ، فقد شرط أنّ غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ، ويستعمله بلا عوض، فلا يصحّ ، فإذا عمل فى الشجر بناءً على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين ، بحكم الملك ، ولا يستحقّ العامل بعمله شيئاً ، لأنه تبرّع به ، لرضاه بالعمل بغير عوض ، فأشبه مالو قال له : أنا أعملُ فيه بغير شىء ، وذكر

أصحابنا وجهاً آخر : أنّه يستحقّ أجر مثله ، لأن المساقاة تقتضى عوضاً،فلا تسقط برضاه بإسقاطه، كالنكاح، ولم يَسْلَم له العوض ، فيكون له أجرُ مثله .

ولنا : أنه عمل فى مال غيره متبرّعاً ، فلم يستحقّ عوضاً ، كما لو لم يعقد المساقاة ، ويفارق النكاح لوجهين :

أحدهما : أن عقد النكاح صحيح ، فوجب به العوض لصحّته ، وهذا فاسد لا يوجب شيئاً .

والثانى : أن الأبْضَاع لا تُستباح بالبَذْل ، والإباحة ، والعملُ ههنا يستباحُ بذلك ، ولأن المهر فى النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد ، أو بالإصابة ، أو بهما ، فإن وجب بالعقد لم يصحّ قياسُ هذا عليه لوجهين :

أحدهما : أن النكاح صحيح ، وهذا فاسد .

والثانى : أن العقد ههنا لا يوجب ، ولو أوجب لأوجب قبل العمل ، ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً ، وإن وجب بالإصابة لم يصحّ القياسُ عليها لوجهين :

أحدهما : أن الإصابة لا تُستباح بالإباحة ، والبذل ، بخلاف العمل .

والثانى : أن الإصابة لو خلت عن العقد لأوجبت ، وهذا بخلافه ، وإن وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلّها .

فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملا معاً ، فالمساقاة فاسدة ، والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ، ويتقاصّان العمل . إن تساويا فيه ، وإن كان لأحدهما فضلٌ نظرتَ ، فإن كان قد شرط له فضل ما فى مقابلة عمله استحقّ ما فضل له من أجر المثل ، وإن لم يشترط له شىء فلا شىء له ، إلاّ على الوجه الذى ذكره أصحابنا ، وتكلّمنا عليه .

٤٠٦١ (فصـــل)

وتصحُّ المساقاة على البعل[١] من الشجر ، كما تجوز فيما يحتاج إلى سَقْيٍ ، وبهذا قال مالك : ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوّز المساقاة،لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة فى ذلك ، كدعائها إلى المعاملة فى غيره ، فيقاس عليه ، وكذلك الحكم فى المزارعة .

٤٠٦٢ (فصـــل)

ولا تصحّ المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية ، أو بالصفة التى لا يختلف معها . كالبيع . فإن ساقاه على

(١) البعل : هو ما يشرب بعروقه من الأرض.

بستان بغير رؤية ، ولا صفة لم يصحّ ، لأنه عقد على مجهول ، فلم يصحّ ، كالبيع ، وإن ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصحّ ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها ، باختلاف الأعيان ، فلم يجز على غير معيّن ، كالبيع .

٤٠٦٣ (فصـــل)

وتصحّ المساقاة بلفظ المساقاة ، وما يؤدّى معناها من الألفاظ ، نحو عاملتك ، وفالحتك ، واعمل فى بستانى هذا ، حتى تكمُل ثمرته ، وما أشبه هذا ، لأن القصد المعنى ، فإذا أتى به بأىّ لفظ دلّ عليه صحّ ، كالبيع ، وإن قال : استأجرتُك لتعمل لى فى هذا الحائط حتى تكمُل ثمرته بنصف ثمرته ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ ، ذكره أبو الخطّاب ، لأن الإجارة يُشترط لها كون العوض معلوماً ، والعمل معلوماً ، وتكون لازمةً ، والمساقاة بخلافه .

والثانى : يصحّ . وهو أقيس ، لأنه مُؤدٍّ للمعنى ، فصحّ به العقد ، كسائر الألفاظ المتفق عليها .

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحمد : تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج منها المزارعة ، على أن البذر ، والعمل من العامل ، وما ذُكر من شروط الإجارة إنّما يعتبر فى الإجارة الحقيقيّة ، أما إذا أريد بالإجارة المزارعة ، فلا يُشترط لها غير شرط المزارعة .

٤٠٦٤ (فصـــــل)

ويلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة مافيه صلاح الثمرة ، وزيادتها ، مثل حرث الأرض تحت الشجر ، والبقر التى تحرث ، وآلة الحرث ، وسقى الشجر ، واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء ، وتنقيتها ، وقطع الحشيش المضرّ ، والشوك ، وقطع الشجر اليابس ، وزبار الكرم ، وقطع ما يحتاج إلى قطعه ، وتسوية الثمرة ، وإصلاح الأجاجين ، وهى الحُفَر التى يجتمع فيها الماء على أصول النخل ، وإدارة الدولاب ، والحفظ للثمر فى الشجر ، وبعده ، حتى يُقسَمّ ، وإن كان مما يُشمّس فعليه تشميسُه ، وعلى ربّ المال ما فيه حفظ الأصل ، كسدّ الحيطان ، وإنشاء الأنهار ، وعمل الدولاب ، وحفر بئره ، وشراء ما يُلَقّح به ، وعبّر بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال : كلّ ما يتكرر كلّ عامّ ، فهو على العامل ، وما لا يتكرّر فهو على ربّ المال ، وهذا صحيح فى العمل ، فأمّا شراء ما يلقّح به فهو على ربّ المال ، وإن تكرّر ، لأن هذا ليس من العمل ، فأما البقرة التى تُدير الدولاب فقال أصحابنا : هى على ربّ المال ، لأنها ليست من العمل ، فأشبهت ما يلقّح به ، والأولى أنها على العامل ، لأنها تُراد للعمل ، فأشبهت بقر الحرث ، ولأن استقاء الماء على العامل . إذا لم يحتج إلى بهيمة ، فكان عليه ، وإن احتاج إلى بهيمة كغيره من الأعمال .

وقال بعض أصحاب الشافعىّ : ما يتعلّق بصلاح الأصول والثمرة معاً ، كالكسح للنهر ، والثور هو

على من شرط عليه منهما ، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدلّ على أنه على العامل ، فأمّا تسميدُ الأرض بالزّبل إن احتاجت إليه ، فشراء ذلك على ربّ المال ، لأنه ليس من العمل ، فجرى مجرى ما يلقّح به ، وتفريق ذلك فى الأرض على العامل ، كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ، ولم يبيّنا ما على كلّ واحد منهما ، فعلى كلّ واحد منهما ما ذكرنا أنّه عليه ، وإن شرطا ذلك كان تأكيداً

وإن شرطا على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر ، فقال القاضى ، وأبو الخطّاب : لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسدُ المساقاة ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنه شرط يخالف مقتضى العقد ، فأفسده ، كالمضاربة إذا شُرط العمل فيها على ربّ المال .

وقد رُوى عن أحمد مايدلّ على صحّة ذلك ، فانّه ذكر أن الجذاذ عليهما ، فإن شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الخِرَقىّ فى المضاربة . لأنه شرطٌ لا يُخلّ بمصلحة العقد ، ولا مفسدةَ فيه ، فصحّ ، كتأجيل الثمن فى المبيع ، وشرط الرهن ، والضمين ، والخيار فيه ، لكن يُشترط أن يكون مايلزم كلّ واحد من العمل معلوماً لئلا يفضىَ إلى التنازع ، والتواكل ، فيختلّ العمل ، وأن لا يكون ما على ربّ المال أكثر العمل ، لأن العامل يستحقّ بعمله ، فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه ، فلا يستحقّ شيئاً .

٤٠٦٥ (فصـــــل)

فأما الجذاذ ، والحصاد ، واللِّقاط ، فهو على العامل ، نصّ أحمد عليه فى الحصاد ، وهو مذهبُ الشافعىّ لأنه من العمل ، فكان على العامل ، كالتشميس .

وروى عن أحمد فى الجذاذ : أنّه إذا شرط على العامل فجائز ، لأن العمل عليه ، وإن لم يشرطه فعلى ربّ المال بحصّته ما يصير إليه ، فظاهر هذا أنه جعل الجدّاذ عليهما ، وأجاز اشتراطه على العامل ، وهو قول بعض الشافعيّة ، وقال محمد بن الحسن : تفسد المساقاة بشرطه على العامل ، لأنه شرطٌ ينافى مقتضى العقد ، واحتجّ من جعله عليهما بأنّه يكون بعد تكامل الثمرة ، وانقضاء المعاملة ، فأشبه نقله إلى منزله .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم ، دفع خيبر إلى يهودَ على أن يَعْمَلُوها من أموالهم ، ولأن هذا من العمل فيكون عليه ، كالتشميس ، وما ذكروه ، يبطُل بالتشميس ، ويُفارق النقل إلى المنزل ، فانّه يكون بعد القسمة ، وزوال العقد ، فأشبه المخزن .

٤٠٦٦ (فصـــل)

وإن شرط أن يعمل معه غلمان ربّ المال فهو كشرط عمل ربّ المال ، لأن عملهم كعمله ، فإن يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب : فيه وجهان : أحدهما : كما ذكرنا .

والثانى : يجوز . لأن غلمانه ماله ، فجاز أن تعمل تبعاً لماله ، كثور الدولاب ، وكما يجوز فى القراض أن يدفع إلى العامل بهيمةً يحمل عليها ، وأما ربّ المال لايجوز جعله تبعاً ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ ، ومحمد بن الحسن ، فإذا شرط غلماناً يعملون معه فنفقتهم على مايشترطان عليه ، فإن أطلقا ، ولم يذكرا نفقتهم فهى على ربّ المال ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال مالك : نفقتهم على المُساقِي ، ولاينبغى أن يشرطها على ربّ المال ، لأن العمل على المُساق ، فمؤنة من يعمله عليه ، كمؤنة غلمانه .

ولنا : أنه مملوك ربّ المال ، فكانت نفقته عليه عند الإطلاق ، كما لو أجّره ، فإن شرطها على العامل جاز ، ولايشترط تقديرها ، وبه قال الشافعىّ . وقال محمد بن الحسن : يشترط تقديرها . لأنه اشترط عليه مالا يلزمه ، فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط .

ولنا : أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ، ولايجب ذكر صفاتها ، فلم يجب تقديرها ، ولابدّ من معرفة الغلمان المشترط عملهم برؤية ، أو صفة تحصُل بها معرفتهم ، كما فى عقد الإجارة .

٤٠٦٧ (فصـــــل)

وإن شرط العامل أن أجر الأُجَراء الذين يُحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة ، وقدّر الأجرة ، لم يصحّ ، لأن العمل عليه ، فإذا شرط أجره من المال لم يصحّ ، كما لو شرط لنفسه أجر عمله ، وإن لم يقدّره فسد لذلك ، ولأنه مجهول ، ويُفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج إليهم من الحمّالين ، ونحوهم . لأن ذلك لايلزم العامل ، فكان على المال ، ولو شرطا أجر مايلزمه عمله بنفسه لم يصح كمسألتنا .

٤٠٦٨ (فصـــل)

ظاهر كلام أحمد أن المساقاة ، والمزارعة من العقود الجائزة ، أومأ إليه فى رواية الأثرم ، وسُئل عن الأكّار يخرج نفسه من غير أن يُخرجه صاحب الضيعة ، فلم يمنعه من ذلك ، ذكره الشيخ أبو عبد الله بن حامد ، وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا : هو عقد لازم ، وهو قول أكثر الفقهاء . لأنه عقد معاوضة ، فكان لازماً ، كالإجارة ، ولأنه لو كان جائزاً جاز لربّ المال فسخهُ إذا أدركت الثمرة ، فيسقط حقّ العامل ، فيستضِرّ .

ولنا : ماروى مسلم بإسناده ، عن ابن عمر : أن اليهودَ سألوا رسولَ الله صلى الله عليه وسلم أن يُقرّهم بخيبر ، على أن يعملوها ، ويكون لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر مايخرُج منها ، من ثمر ، أو زرع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « نُقِرّكُمْ عَلَى ذَلِكَ مَاشِئْنَا » ولو كان لازماً لم يجز بغير تقدير مدّة ، ولا أن يجعل الخِيرَة إليه فى مدّة إقرارهم ، ولأن النبىّ صلىّ الله عليه وسلّم لم ينقل عنه أنه قدّر لهم ذلك بمدّة ، ولو قدّر لم يترك نقله . لأن هذا مما يحتاج إليه ، فلايجوز الإخلال بنقله ، وعمر رضى الله عنه

أجلاهم من الأرض ، وأخرجهم من خيبر ، ولو كانت لهم مدّة مقدّرة لم يجز إخراجهم منها . ولأنه عقد على جزء من نماء المال ، فكان جائزاً ، كالمضاربة ، أو عقدٌ على المال بجزء من نمائه ، أشبه المضاربة ، وفارق الإجارة . لأنها بيعٌ ، فكانت لازمةً ، كبيع الأعيان ، ولأن عوضها مقدّر معلوم ، فأشبهت البيع ، وقياسهم ينتقض بالمضاربة ، وهى أشبه بالمساقاة من الإجارة ، فقياسها عليها أولى .

وقولهم إنّه يُفضى إلى أن ربّ المال يفسخ بعد إدراك الثمرة ، قلنا : إذا ظهرت الثمرة ، فهى تظهر على ملكهما ، فلا يسقط حقّ العامل منها بفسخ ، ولا غيره ، كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح ، فعلى هذا لا يفتقر إلى ضَرْب مدّة ، ولذلك لم يضرب النبىُّ صلى الله عليه وسلم ، ولا خلفاؤه رضى الله عنهم لأهل خَيْبَرَ مُدَّةً معلومةً حين عاملوهم ، ولأنه عقد جائز ، فلم يفتقر إلى ضرب مدّة ، كالمضاربة ، وسائر العقود الجائزة .

ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة فهى بينهما على ماشرطاه ، وعلى العامل تمام العمل ، كما يلزم المضارب بيع العروض ، إذا فُسِخت المضاربة بعد ظهور الربح .

وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شىء له ، لأنه رضى بإسقاط حقّه ، فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح ، وعاملِ الجَعَالةِ إذا فسخ قبل إتمام عمله .

وإن فسخ ربّ المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجرُ المثل للعامل . لأنه منعه إتمام عمله الذى يستحقّ به العوَض ، فأشبه ما لو فسخ الجاعِلُ قبل إتمام عمل الجَعَالة ، وفارق ربّ المال فى المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح . لأن عمل هذا مُفْضٍ إلى ظهور الثمرة غالباً ، فلولا الفسخ لظهرت الثمرة ، فملك نصيبه منها ، وقد قطع ذلك بفسخه ، فأشبه فسخ الجَعَالة ، بخلاف المضاربة ، فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ، ولأن الثمرة إذا ظهرت فى الشجر كان العمل عليها فى الابتداء من أسباب ظهورها ، والربح إذا ظهر فى المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً .

فأما إن قلنا : إنه عقد لازم ، فلا يصحّ إلاّ على مدّة معلومة ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو ثور : يصحّ من غير ذكر مدّة ، ويقع على سنةٍ واحدةٍ ، وأجازه بعض أهل الكوفة استحساناً ، لأنه لما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدّة تحصُل الثمرة فيها .

ولنا . أنه عقد لازم ، فوجب تقديره بمدّة ، كالإجارة ، ولأن المساقاة أشبه بالإجارة ، لأنها تقتضى العمل على العين مع بقائها ، ولأنها إذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها ، لأنه يُفضى إلى أن العامل يستبدّ بالشجر كلّ مدّته ، فيصير كالمالك ، ولا يمكن تقديره بالسنة ، لأنه تحكّم ، وقد تكمل الثمرة فى أقلّ من السنة .

فعلى هذا : لا تتقدر أكثر المدّة ، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدّة التى يبقى الشجر فيها ، وإن طالت ، وقد قيل : لا يجوز أكثر من ثلاثين سنةً ، وهذا تحكّم ، وتوقيتٌ لا يُصار إليه إلاّ بنصّ أو إجماع ، فأما أقلّ المدة فيتقدّر بمدّةٍ تكملُ الثمرة فيها ، فلا يجوز على أقلّ منها . لأن المقصود أن يشتركا فى الثمرة ، ولا يوجد فى أقلّ من هذه المدّة ، فإن ساقاه على مدّة لا تكمل فيها الثمرة ، فالمساقاة فاسدة ، فإذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكمل فله أجر مثله فى أحد الوجهين ، وفى الآخر لا شىء له ، لأنه رضى بالعمل بغير عوض ، فهو كالمتبرّع ، والأول أصحّ ، لأن هذا لم يرض إلا بعوض ، وهو جزء من الثمرة ، وذلك الجزء موجود ، غير أنه لا يمكن تسليمه إليه ، فلما تعذّر دفع العوض الذى اتفقا عليه إليه كان أجر مثله ، كما فى الإجارة الفاسدة ، وفارق المتبرّع ، فإنه رضى بغير شىء .

وإن لم تظهر الثمرة فلا شىء له فى أصحّ الوجهين . لأنه رضى بالعمل بغير عوض ، وإن ساقاه إلى مدّة تكمل فيها الثمرة غالباً ، فلم يحمل تلك السنة فلا شىء للعامل ، لأنه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذى اشتُرِطَ جزؤه ، فأشبه المضاربة إذا لم تربح فيها .

وإن ظهرت الثمرة ، ولم تكمُل فله نصيبه منها ، وعليه إتمام العمل فيها ، كما لو انفسخت قبل كمالها .

وإن ساقاه إلى مدّة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ، ويحتمل أن لا يكون ففى صحّة المساقاة وجهان :

أحدهما : تصحّ . لأن الشجر يحتمل أن يحمل ، ويحتمل أن لا يحمل ، والمساقاة جائزة فيه .

والثانى : لا يصحّ . لأنه عقد على معدوم ، ليس الغالب وجوده ، فلم تصحّ ، كالسلم فى مثل ذلك ، ولأن ذلك غرر أمكن التحرّز عنه ، فلم يجز العقد معه ، كما لو شرط ثمر نخلة بعينها ، وفارق ما إذا شرط مدّة تكمُل فيها الثمرة ، فإنّ الغالب أن الشجر يحمل ، واحتمال أن لا يحمل نادر ، لم يمكن التحرّز عنه ، فإن قلنا: العقد صحيح فله حصّته من الثمر ، فإن لم يحمل فلا شىء له ، وإن قلنا : هو فاسد استحقّ أجر المثل ، سواء حمل ، أو لم يحمل لأنه لم يرض بغير عوض ، ولم يَسْلَمْ له العوض ، فكان له العوض وجهاً واحداً ، بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدّة لا يحمل فى مثلها غالباً ، ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الأجل فله حقّه منها ، إذا قلنا بصحّة العقد ، وإن خرجت بعده فلا حق له فيها ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا قريب مما ذكرنا .

٤٦٠٩ (فصــــل)

ولا يثبت فى المساقاة خيار الشرط ، لأنّها إن كانت جائزة فالجائز مستغنٍ بنفسه عن الخيار فيه ، وإن كانت لازمةً فإذا فسخ لم يمكن ردّ المعقود عليه ، وهو العمل فيها ، وأما خيار المجلس . فلا يثبت إن كانت جائزةً لما تقدّم ، وإن كانت لازمةً فعلى وجهين :

أحدهما : لا يثبُت ، لأنها عقدٌ لا يشترط فيه قبض العِوَض ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، فلا يثبت فيه خيار المجلس ، كالنكاح .

والثانى : يثبت . لأنه عقد لازم ، يُقصد به المالُ ، أشبه البيع .

٤٠٧٠ (فصــل)

ومتى قلنا بجوازها لم يفتقر إلى ضرب مدّة . لأن إبقاءها إليهما ، وفسخها جائز ، لكلّ واحد منهما متى شاء ، فلم تحتج إلى مدّة ، كالمضاربة ، وإن قدّرها بمدّة جاز . لأنه لا ضرر فى التقدير ، وقد تبيّنا جواز ذلك فى المضاربة ، والمساقاةُ مثلها ، وتنفسخ بموت كلّ واحد منهما ، وجنونه ، والحَجْر عليه لسفَهٍ ، كقولنا فى المضاربة ، فإذا مات العامل ، أو ربّ المال انفسخت المساقاة ، فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه ، وإن قلنا بلزومها لم ينفسخ العقدُ ، ويقوم الوارث مَقام الميّت منهما . لأنه عقد لازم . فأشبه الإجارة . لكن إن كان الميت العامل . فأبى وارثه القيام مَقامه لم يجُز لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التى على مورّثه إلا ما أمكن دفعه من تركته . والعملُ ليس ممّا يمكن ذلك فيه .

فعلى هذا : يستأجر الحاكم من التركة مَنْ يعمل العمل . فإن لم تكن له تركة ، أو تعذر الاستئجار منها . فلربّ المال الفسخُ . لأنه تعذّر استيفاء المعقود عليه . فيثبت الفسخ . كما لو تعذّر ثمن المبيع قبل قبضه .

ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بِيعَ من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقى من العمل ، واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتيج إلى بيع الجميع ، بِيعَ ، ثم لا يخلو : إما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحُها أو لم يبدُ ، فإن كانت قد بدا صلاحها خُيِّر المالك بين البيع والشراء ، فإن اشترى نصيب العامل جاز ، وإن اختار بيع نصيبه أيضاً باعه ، وباع الحاكم نصيب العامل ، وإن أبى البيعَ والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده ، وما بقى على العامل من العمل يكْترى عليه من يعمله ، وما فضل لورثته .

وإن كان لم يبدُ صلاحها خيّر المالك أيضاً ، فإن بيع لأجنبىّ لم يجز إلا بشرط القطع ، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده ، لأنه لا يمكنه قطعُه إلا بقطع نصيب المالك ، فيقف إمكانُ قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل ، لقولنا بجوازها ، وأبى الوارث العمل ، وإن اختار ربّ المال البقاء على المساقاة لم تنفسخ ، إذا قلنا بلزومها ، ويستأذن الحاكم فى الإنفاق على الثمرة ، ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم ، فأنفق مُحتسباً بالرجوع ، وأشهد على الانفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . لأنه مُضطرّ ، وإن أمكنه استئذان الحاكم ، فأنفق بنيّة الرجوع من غير استئذانه ، فهل

يرجع بذلك ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، وإن تبرّع بالانفاق لم يرجع بشيء ، كما لو تبرّع بالصدقة ، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء .

٤٠٧١ (فصـــل)

وإن هرب العامل فلرب المال الفسخ، لأنه عقد جائز ، وإن قلنا بلزومه فحكمه حكم مالو مات ، وأبى وارثه أن يقوم مقامه ، إلا أنه إن لم يجد الحاكم له مالاً ، وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال ، أو غيره فعل.

وإن لم يمكنه ، ووجد من يعمل بأجرة مؤجَّلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل ، فإن لم يجد ، فلربّ المال الفسخ ، أما الميّت فلا يقترض عليه ، لأنه لاذمّة له .

٤٠٧٢ (فصـــل)

والعامل أمين ، والقول قوله فيما يدّعيه من هلاك ، وما يدّعى عليه من خيانة ، لأن ربّ المال ائتمنه بدفع ماله إليه ، فهو كالمضارب ، فإن اتّهم حلف ، فإن ثبتت خيانته بإقرار ، أو ببيّنة ، أو نكوله ضمّ إليه من يُشرف عليه ، فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أصحاب مالك : لا يُقام غيره مقامه ، بل يُحفظ منه ، لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه ، فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة .

ولنا أنه تعذّر استيفاء المنافع المقصودة منه ، فاستُوفيت بغيره ، كما لو هرب ، ولا نسلّم إمكان استيفاء المنافع منه ، لأنه لا يؤمن من تركها ، ولا يوثق منه بفعلها ، ولا نقول إن له فسخ المساقاة ، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غَيرك يعمل ذلك ، وارفع يدك عنها ، لأن الأمانة قد تعذّرت في حقّك ، فلا يلزم ربّ المال ائتمانك ، وفارق فسخه بغير الخيانة ، فإنّه لاضرر على ربّ المال ، وههنا يفوت ماله .

٤٠٧٣ (فصـــل)

فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ، ضُمّ إليه غيره ، ولا ينزع من يده ، لأن العمل مستَحَقّ عليه ، ولاضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالكليّة أقام مَقامه من يعمل ، والأجرة عليه في الموضعين ، لأن عليه توفيةَ العمل ، وهذا من توفيته .

٤٠٧٤ (فصـــل)

وإن اختلفا في الجزء المشروط للعامل ، فالقولُ قول ربّ المال ، ذكره ابن حامد ، وقال مالك : القول قول العامل ، إذا ادّعى ما يُشبه ، لأنّه أقوى سبباً لتسلّمه للحائط ، والعمل ، وقال الشافعيّ : يتحالفان ، وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر .

ولنا : أن ربّ المال منكر للزيادة التى ادّعاها العامل ، فيكون القول قوله لقوله عليه السلام « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعى ، واليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » فإن كان مع أحدهما بيّنة حكم بهما ، وإن كان مع كلّ واحد منهما بيّنة ففى أيّهما تقدّم ببينته ؟ وجهان ، بناء على بيّنة الداخل ، والخارج ، فإن كان الشجر لاثنين ، فصدّق أحدهما العامل ، وكذّبه الآخر ، أخذ نصيبه من مال المصدّق ، فإن شهد على المنكر قُبلت شهادته إذا كان عَدْلاً ، لأنه لايجرّ إلى نفسه نفعاً ، ولايدفع ضرراً ، ويحلف مع شاهده ، وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كعدمها ، ولو كان العامل اثنين ، وربُّ المال واحداً ، فشهد أحدهما على صاحبه ، قبلت شهادته أيضاً ، لما ذكرنا .

٤٠٧٥ (فصـــل)

ويملك العامل حصّته من الثمرة بظهورها ، فلو أتلفت كلّها إلاّ واحدةً كانت بينهما ، وهذا أحدُ قولى الشافعىّ ، والثانى يملكه بالمقاسمة ، كالقِراض .

ولنا : أن الشرط صحيح ، فيثبت مقتضاه ، كسائر الشروط الصحيحة ، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كلّ حال ، لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ، ولا ملكها ، كالأصول ، وأما القراض ، فإنه يملك الربح فيه بالظهور ، كمسألتنا ، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال ، فلم يملك حتىّ يسلم رأس المال لربّه ، وهذا ليس بوقاية لشىء ، ولذلك لو تلفت الأصول كلُّها كانت الثمرة بينهما .

فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كلّ واحد منهما زكاة نصيبه ، إذا بلغت حصّتُه نصاباً ، نصّ عليه أحمد فى المزارعة ، وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم تجب ، لأن الخلطة لاتؤثّر فى غير المواشى فى الصحيح ، وعنه أنّها تؤثّر ، فتؤثّر ههنا ، فيبدأ بإخراج الزكاة ، ثم يقْسمان مابقى .

وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصاباً دون الآخر ، فعلى من بلغت حصّته نصاباً الزكاةُ ، دون الآخر ، يخرجها بعد المقاسمة ، إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصاباً مايتمّ به النصابُ من موضع آخر ، فتجب عليهما جميعاً الزكاة ، وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصّته يبلغان بمجموعهما نصاباً ، فعليه الزكاة فى حصّته .

وإن كان أحد الشريكين ممّن لازكاة عليه ، كالمكاتب ، والذمىّ ، فعلى الآخر زكاة حصّته ، إن بلغت نصاباً ، وبهذا كلّه قال مالك ، والشافعىّ ، وقال الليث : إن كان شريكه نصرانيّا أعلمه أن الزكاة مؤدّاة فى الحائط ، ثم يقاسمه بعد الزكاة مابقى .

ولنا أن النصرانىّ لازكاة عليه ، فلايخرج من حصّته شىء ، كما لو انفرد بها ، وقد روى أبو داود فى السنن ، عن عائشة رضى الله عنها قالت : كانَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّم يبعثُ عبدَ الله بنَ رَوَاحةَ

فَيَخْرِصُ [١] النَّخْلَ حِينَ يَطِيبُ قَبْلَ أَنْ يُؤْكَلَ مِنْهُ ، ثُمَّ يُخَيِّرُ يَهُودَ خَيْبَرَ : أيأخذونه بذلك الخَرْصِ ، أم يدفعونه إليهم بذلك الخرص ، لكى تُحصى الزكاة قبل أن تُؤكل الثمار ، وتفرّق .

قال جابر : خَرصَها ابنُ رواحة أربعين ألف وَسْق ؛ وزعم أن اليهود لمّا خيَّرهم ابنُ رواحة أخذوا التَّمرَ وعليهم عشرون ألف وَسْق [٢] .

٤٠٧٦ (فصــــل)

وإن ساقاه على أرض خراجيّة ، فالخارج على ربّ المال . لأنه يجب على الرقبة ، بدليل أنه يجب ، سواء أثمرت الشجرة ، أو لم تُثمر ، ولأنّ الخراج يجب أجرةً للأرض ، فكان على ربّ الأرض ، كما لو استأجر أرضاً ، وزارع غيره فيها ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقد نُقل عن أحمد فى الذى يتقبّل الأرض البيضاء ليعمل عليها ، وهى من أرض السواد يتقبّلها من السلطان ، فعلى من يقبلها أن يؤدّى وظيفةَ عمر رضى الله عنه ، ويؤدّى العُشرَ بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم . إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ، ويؤدّى خراجها ، فإنه يبدأ فيؤدّى خراجها ، ثم يزكّى ما بقى ، كما ذكره الخِرَقىّ فى باب الزكاة ، ولا تَنافىَ بين ذلك ، وبين ما ذكرنا ههنا ، إن شاء الله تعالى .

٤٠٧٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يجوز أن يجعل له فضل دارهم ﴾

يعنى : إذا شرط جزءاً معلوماً من الثمرة ، ودراهم معلومة ، كعشرة ، ونحوها لم يجُز بغير خلاف ، لأنه ربّما لم يحدُث من النّماء ما يساوى تلك الدراهم ، فيتضرّر ربّ المال ، ولذلك منعنا من اشتراط أقفِزة معلومةٍ ، ولو شرط له دراهم منفردةً عن الجزء لم يجُز لذلك ، ولو جعل له ثمرةَ سنةٍ غير السنة التى ساقاه فيها ، أو ثمر شجرٍ غير الشجر الذى ساقاه عليه ، أو شرط عليه عملاً فى غير الشجر الذى ساقاه عليه ، أو عَملاً فى غير السنة فسد العقد ، سواء جعل ذلك كلّ حقّه ، أو بعضه ، أو جميع العمل ، أو بعضه ، لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها : أن يعمل فى شجر معيَّن بجزء مُشاعٍ من ثمرته فى ذلك الوقت الذى يستحقّ عليه فيه العمل .

٤٠٧٨ (فصــــل)

وإذا ساقى رجلا ، أو زارعه ، فعامل العاملُ غيرهُ على الأرض ، والشجر لم يجز ذلك ، وبهذا قال

---

(١) يخرص النخل : يقدر ما عليها من الرطب كم يبلغ إذا صار تمراً .

(٢) الوسق ستون صاعاً .

أبو يوسف ، وأبو ثور ، وأجازه مالك ، إذا جاء برجل أمين . ولنا أنه عامل في المال بجزء من نمائه ، فلم يجز أن يعامل غيره ، كالمضارب ، ولأنه إنما أذن له في العمل فيه ، فلم يجز أن يأذن لغيره ، كالوكيل ، فأمّا إن استأجر أرضاً فله أن يزارع غيره فيها ، لأنها صارت منافعها مستحقّة له ، فملك المزارعة فيها ، كالمالك والأجرة على المستأجر ، دون المزارع ، كما ذكرنا في الخراج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجيّة أن يزارع فيها ، لأنه بمنزلة المستأجر لها ، والموقوف عليه أن يزارع في الوقف ، ويساقيَ على شجره ، لأنّه إمّا مالك لرقبة ذلك ، أو بمنزلة المالك ، ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة ، والمزارعة ، والله أعلم .

٤٠٧٩ (فصـــل)

وإذا ساقاه على وَدِيّ النخل[1] أو صغار الشجر ، إلى مدّة يحمل فيها غالباً ، ويكون له فيها جزء من الثمرة معلوم ، صحّ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر . ونصيبه يقلّ . وهذا لا يمنع صحتّها ، كما لو جعل له سهماً من ألف سهم ، وفيه الأقسام التي ذكرنا في كبار النخل ، والشجر ، وهي أننا إن قلنا : المساقاة عقدٌ جائز لم نحتج إلى ذكر مدّة ، وإن قلنا : هو لازم ، ففيه ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يجعل المدّة زمناً يحمل فيه غالباً ، فيصحّ ، فإن حمل فيها فله ما شرط له ، وإن لم يحمل فيها فلا شيء له .

والثاني : أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالباً ، فلا يصحّ ، وإن عمل فيها ، فهل يستحِقّ الأجر ؟ على وجهين ، وإن حمل في المدّة لم يستحقّ ما جُعل له ، لأن العقد وقع فاسداً ، فلم يستحقّ ما شرط فيه .

والثالث : أن يجعل المدة زمناً يحتمل أن يحمل فيها ، ويحتمل أن لا يحمل ، فهل يصحّ ؟ على وجهين ، فإن قلنا : لا يصحّ استحقّ الأجر ، وإن قلنا : يصحّ ، فحمل في المدة استحقّ ما شرط له ، وإن لم يحمل فيها ، لم يستحقّ شيئاً ، وإن شرط نصف الثمرة ، ونصف الأصل لم يصحّ ، لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في النماء ، والفائدة ، فإذا شرط اشتراكهما في الأصل لم يجز ، كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال ، فعلى هذا يكون له أجر مثله ، وكذلك لو جعل له جزءاً من ثمرتها مدّة بقائها ، لم يجز ، وإن جعل له ثمرةَ عامٍ بعد مدّة المساقاة لم يجز ، لأنه يخالف موضوعَ المساقاة .

٤٠٨٠ (فصـــل)

وإن ساقاه على شجر يغرسه ، ويعمل فيه ، حتى يحمل ، ويكون له جزء من الثمرة معلوم ، صحّ أيضاً ، والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر ، على ما بيّنّاه .

---

(١) ودى : بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء صغار النخل . أو أصغر النخل .

وقد قال أحمد فى رواية المروزىّ ، فى رجل قال لرجل : اغرس فى أرضى هذه شجراً ، أو نخلاً ، فما كان من غَلَّة فلك بعمل كذا ، وكذا سهماً ، من كذا ، وكذا ، فأجازه ، واحتجّ بحديث خَيْبَر فى الزرع ، والنخيل ، لكن بشرط أن يكون الغَرْسُ من ربّ الأرض ، كما يُشترط فى المزارعة كونُ البذر من ربّ الأرض ، فإن كان من العامل خرَّج على الروايتين ، فيما إذا اشتُرِط البذرُ فى المزارعة من العامل .

وقال القاضى : المعاملة باطلة ، وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ، ويضمن له أرش نقصها ، وبين إقرارها فى أرضه ، ويدفع إليه قيمتها ، كالمشترى إذا غرس فى الأرض التى اشتراها ، ثم جاء الشفيع فأخذها ، وإن اختار العامل قلع شجره فله ذلك ، سواء بذل له القيمة ، أو لم يبذلها ، لأنه ملكه ، فلم يمنع تحويله ، وإن اتفقا على إبقاء الغِراس ، ودفع أجر الأرض جاز .

ولو دفع أرضه إلى رجل يغرسها ، على أن الشجر بينهما لم يجز ، على ما سبق ، ويحتمل الجواز ، بناء على المزارعة ، فإن المزارع يبذُر فى الأرض ، فيكون الزرع بينه ، وبين صاحب الأرض ، وهذا نظيره .

وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما . فالمعاملة فاسدة ، وجهاً واحداً ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ وأبو يوسف ، ومحمد ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه شرط اشتراكهما فى الأصل ، ففسد ، كما لو دفع إليه الشجر ، والنخيل ، ليكون الأصل ، والثمرة بينهما ، أو شرط فى المزارعة كون الأرض والزرع بينهما .

٤٠٨١ (فصــــل)

وإن ساقاه على شجر ، فبان مستَحَقًّا بعد العمل أخذه ربّه ، وثمرته ، لأنه عين ماله ، ولاحقّ للعامل فى ثمرته ، لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ، ولا أجر له عليه ، لذلك ، وله أجر مثله على الغاصب ، لأنه غرّه ، واستعمله ، فلزمه الأجر ، كما لو غصب نُقْرَةً ، فاستأجر(١) مَنْ ضَرَبَها دراهمَ ، وإن شمّس الثمرة ، فلم تنقص أخذها ربُّها ، وإن نقصت فلربها أرشُ نقصها ، ويرجع به على من شاء منهما ، ويستقرّ ذلك على الغاصب ، وإن استحقّت بعد أن اقتسماها ، وأكلاها ، فلربّها تضمين من شاء منهما ، فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكلّ ، وله تضمينه قدر نصيبه ، ويضمن العامل قدر نصيبه . لأن الغاصب سببُ يد العامل ، فلزمه ضمان الجميع ، فإن ضمّنه الكلّ رجع على العامل بقدر نصيبه ، لأن التلف وُجد فى يده ، فاستقرّ الضمان عليه ، ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله .

ويحتمل أن لا يرجع الغاصبُ على العامل بشىء ، لأنه غرّه فلم يرجع عليه ، كما لو أطعم إنسانا شيئاً ، وقال له : كله ، فإنّه طعامى ، ثم تبيّن أنه مغصوب ، وإن ضمّن العامل احتمل أنّه لا يضمّنه إلا نصيبه

(١) النقرة: القطعة السائلة .

خاصّـة ، لأنه ما قبض الثمرة كلّها ، وإنما كان مراعياً لها ، وحافظاً ، فلا يلزمه ضمانها مالم يقبضها .

ويحتمل أن يضمّنه الـكلّ . لأن يده ثبتت على الـكلّ مشاهدةً بغير حق ، فإن ضمّنه الـكلّ رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها ، وأجر مثله ، وإن ضمّن كلّ واحد منهما ما صار إليه رجـع العامل على الغاصب بأجر مثله ، لا غيرُ .

وإن تلفت الثمرة فى شجرها ، أو بعد الجِذَاذ قبل القسمة ، فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال : يلزمه ضمانها ، ومن «جعله»[1] لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها قال : لا يلزمه الضمان ، ويكون على الغاصب .

(١) لفظ جعله ساقط من جميع نسخ الأصل ولا بد منه لصحة الـكلام ، ولعله سهو من الناسخ .

باب المزارعة

٤٠٨٢ ﴿مسألة﴾

قال ﴿ وتجوز المزارعة ببعض مايخرج من الأرض ﴾

معنى المزارعة : دفع الأرض إلى من يزرعها ، أو يعمل عليها ، والزرع بينهما ، وهى جائزة فى قول كثير من أهل العلم ، قال البخارىّ ، قال أبوجعفر : ما بالمدينة أهل بيت إلاّ ويزرعون على الثلث ، والربع ، وزارع علىّ ، وسعد ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وعروة ، وآل أبى بكر ، وآل علىّ وابن سيرين ، وممّن رأى ذلك سعيد بن المسيّب ، وطاوس ، وعبدالرحمن بن الأسود ، وموسى بن طلحة ، والزهرىّ وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، وابنه ، وأبو يوسف ، ومحمد ، ورُوى ذلك عن معاذ ، والحسن ، وعبد الرحمن بن يزيد ، قال البخارىّ : وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذْر فلهم كذا ، وكرهها عكرمة ، ومجاهد ، والنخَعِىّ وأبو حنيفة .

ورُوى عن ابن عباس الأمران جميعاً ، وأجازها الشافعىّ فى الأرض بين النخيل، إذا كان بياض الأرض أقلّ ، فإن كان أكثر فعلى وجهين ، ومنعها فى الأرض البيضاء . لما روى رافع بن خَدِيج ، قال : كُنَّا نُخابِرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ ، فذكر أن بعض عُمومته أتاه فقال : نهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً . وطواعيةُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع ، قال : قلنا : ماذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا ، ولاَ يُكْرِيها ، بِثُلُثٍ ، ولاَ بِرُبُعٍ ، ولا بِطَعَامٍ مُسمًّى » وعن ابن عمر قال : ما كنّا نرى بالمزارعة بأساً ، حتى سمعنا رافع بن خَديج يقول : نَهَى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عنها ، وقال جابر : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، وهذه كلّها أحاديث صحاح ، متفق عليها .

والمخابرة: المزارعة، واشتقاقها من الخبار[1] وهى الأرض الليِّنة، والخبير الأكّار[2] ، وقيل : المخابرة معاملة أهل خَيْبَرَ . وقدجاء حديث جابر مُفسَّراً . فروى البخارىّ عن جابر . قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف .فقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم : « مَنْ كَانَتْ له أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَلْيُمْسِكْ أَرْضَهُ » وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت . فروى أبو داود بإسناده . عن

(١) الخبار : بفتح الخاء والباء مالان من الأرض واسترخى .

(٢) الأكار : الحراث الذى يحرث الأرض أى الفلاح الذى يعمل بالأجر.

زيد . قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، قلت:وما المخابرة ؟ قال « أَنْ يَأْخُذَ الأَرْضَ بِنِصْفٍ أَوْ ثُلُثٍ . أَوْ رُبُعٍ » .

ولنا : ما روى ابن عمر قال « إِنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ » متفق عليه . وقد رَوى ذلك ابن عباس . وجابر بن عبد الله .

وقال أبو جعفر : عامل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشَّطْر ، ثم أبو بكر ، ثم عمر ، وعثمان ، وعليّ ، ثم أهلوهم إلى اليوم ، يعطون الثلث ، والربع ، وهذا أمر صحيح ، مشهور ، عمل به رسول الله صلى الله عليه وسلم حتىّ مات ، ثم خلفاؤه الراشدون ، حتىّ ماتوا ، ثم أهلوهم من بعدهم ، ولم يبق بالمدينة أهلُ بيتٍ إلا عمل به ، عَمِل به أزواجُ رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعده ، فروى البخاريّ عن ابن عمر : أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم عَامَل أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ . أَوْ ثَمَرٍ ، فَكَانَ يُعْطِي أَزْوَاجَهُ مِائَةَ وَسْقٍ ، ثَمَانُونَ وَسْقًا ثَمْرًا وَعِشْرُونَ وَسْقًا شَعِيرًا . فَقَسَمَ عُمَرُ خَيْبَر ، فَخَيَّرَ أَزْوَاجَ النَّبِيّ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم أَنْ يُقْطِعَ لهَنَّ مِنَ الأَرْضِ وَالْمَاءِ . أَوْ يُمْضِيَ لَهَنَّ الأَوْسُقَ ، فَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الأَرْضَ . وَمِنْهُنَّ مَنْ اخْتَارَ الأَوْسُقَ . فَكَانَتْ عَائِشَةُ اخْتَارَتْ الأَرْضَ .

ومثل هذا لا يجوز أن يُنْسَخ ، لأنّ النسخ إنّما يكون فى حياةِ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما شيء عمل به إلى أن مات ، ثم عمل به خلفاؤه بعده ، وأجمعت الصحابة رضوانُ الله عليهم عليه ، وعملوا به ، ولم يخالف فيه منهم أحد ، فكيف يجوز نسخه ؟ ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نُسخ فى حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم . فكيف عَمِل به بعد نسخه ؟ وكيف خَفِى نسخه فلم يبلغ خلفاءه . مع اشتهار قصّة خيبر . وعملهم فيها ؟ فأين كان راوى النسخ حتّى لم يذكره ، ولم يُخبرهم به ؟

فأما ما احتّجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه :

أحدها : أنه قد فسّر المنهيّ عنه فى حديثه بما لا يُختَلف فى فساده ، فإنه قال : كُنّا من أكثر الأنصار حَقْلاً ، فكنّا نُكرِى الأرض على أنّ لنا هذه ، ولهم هذه ، فربّما أخرجت هذه ، ولم تُخرج هذه ، فنهانا عن ذلك ، فأما بالذهب ، والورق . فلم ينهنا . متفق عليه ، وفى لفظٍ : فأما شيءٌ مَعْلُومٌ مَضْمُون فلا بَأْسَ ، وهذا خارج عن محلّ الخلاف . فلا دليل فيه عليه ، ولا تعارُض بين الحديثين .

الثانى : أن خبره ورد فى الكراء بثلث ، أو ربع ، والنزاع فى المزارعة ، ولم يدل حديثه عليها أصلاً ، وحديثه الذى فيه المزارعة يُحمل على الكراء أيضاً ، لأن القصّة واحدة ، رُويت بألفاظ مختلفة ، فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر .

الثالث : أن أحاديث رافع مضطرب به جداً ، مختلفة اختلافاً كثيراً ، يوجب ترك العمل بها لو انفردت ، فكيف تقدّم على مثل حديثنا ؟

قال الإمام أحمد : حديث رافع ألوان ، وقال أيضاً : حديث رافع ضُروبٌ ، وقال ابن المنذر : قد جاءت الأخبار عن رافع بعلل تدلّ على أن النهى كان لذلك .

(منها) الذى ذكرناه ، ومنها خمسٌ أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهـاء الصحابة: زيد ابن ثابت، وابن عباس ، قال زيد بن ثابت : أنا أعلم بذلك منه ، وإنّما سمع النبىصلّى الله عليه وسلم رجلين قد اقتتلا ، فقال : « إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنُكُمْ فَلَا تُكْرُوا الْمَزَارِعَ » رواه أبوداود ، والأثرم، وروى البخارىّ عن عمرو ابن دينار ، قال : قلتُ لطاوس : لو تَرَكْتَ المخابرة ، فإنهم يزعمون أن النبىّ صلى الله عليهوسلم نهى عنها ، قال : إنّ أعلمهم — يعنى ابن عباس — أخبرنى أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم لم ينه عنها ، ولكن قال : « أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرَاجًا مَعْلُومًا »

ثم إن أحاديث رافع ، منها مايُخالف الإجماع ، وهو النهى عن كراء المزارع على الإطلاق ، ومنها مالا يُختلف فى فساده ، كما قدْ بيّنا ، وتارةً يحدّث عن بعض عمومته ، وتارةً عن سماعه ، وتارةً عن ظُهَيْرْ ابن رافع ، وإذا كانت أخبار رافع ، هكذا وجب إخراجها ، واستعمال الأخبار الواردة فى شأن خيبر ، الجارية مجرى التواتر ، التى لا اختلاف فيها،وبها عمل الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الأحاديث الواهية .

الجواب الرابع أنه لو قدّر صحة خبر رافع ، وامتنع تأويله ، وتعذّر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ ، لأنه لابدَّ من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيلُ القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولاً به من جهة النبىّ صلّى الله عليه وسلم إلى حين موته ، ثم من بعده إلى عصر التابعين ، فمتى كان نسخه ؟ وأما حديث جابر فى النهى عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التى حُمل عليها خبر رافع ، فإنه قد رَوى حديث خيبر أيضا، فيجب الجمع بين حديثيه، مهما أمكن ، ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخا بقصة خيبر ، لاستحالة نسخها ، كما ذكرنا ، وكذلك القول فى حديث زيد بن ثابت . فإن قال أصحاب الشافعىّ : تحمل أحاديثكم على الأرض التى بين النخيل ، وأحاديث النهى على الأرض البيضاء جمعاً بينهما ، قلنا : هذا بعيد لوجوه خمسة .

أحدها : أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتى منها أربعون ألف وَسْقٍ ، ليس فيها أرض بيضاء ، ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض ، فينقل الرواة كلّهم القصّة على العموم ، من غير تفصيل مع الحاجة إليه .

الثانى : أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه ، وما ذكرناه دلّ عليه بعض الروايات ، وفسره الراوى له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث ، والجمع بينهما بحَمْل بعضها على ما فسّره راويه به أولى من التحكّم بما لا دليل عليه .

الثالث : أن قولهم يُفضى إلى تقييد كلّ واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده .

الرابع : أن فيما ذكرناه موافقةَ عمل الخلفاء الراشدين ، وأهليهم ، وفقهاء الصحابة ، وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ،وسنّته ، ومعانيها ، وهو أولى من قول من خالفهم .

الخامس : أن ما ذهبنا إليه مجمعٌ عليه ، فإن أبا جعفر رَوى ذلك عن كلّ أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الأربعة ، وأهليهم : وفقهاء الصحابة ، واستمرار ذلك ، وهذا مما لا يجوز خفاؤه ، ولم ينكره من الصحابة منكر ، فكان إجماعاً ، وماروى فى مخالفته فقد بيّنا فساده ، فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضى الله عنهم ، ولا يَسُوغ لأحدٍ خلافُه ، والقياس يقتضيه ، فإنّ الأرض عين تَنْمَى بالعمل فيها ، فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها ، كالأثمان فى المضاربة ، والنخل فى المساقاة ، أو نقول : أرض ، فجازت المزارعة عليها ، كالأرض بين النخيل ، ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة ، لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها ، والعمل عليها ، والأَكَرَةُ يحتاجون إلى الزرع ، ولا أرض لهم ، فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة ، كما قلنا فى المضاربة ، والمساقاة ، بل الحاجة ههنا آكدُ ، لأن الحاجة إلى الزرع آكدُ منها إلى غيره ، لكونه مُقتاتاً ، ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها ، بخلاف المال ، ويدلّ على ذلك قولُ راوى حديثهم : نَهانا رسولُ الله صلى الله عليه وسلّم عن أمرٍ كان لنا نافعا ، والشارعُ لا ينهى عن المنافع ، وإنما ينهى عن المضارّ ، والمفاسد ، فيدلّ ذلك على غَلط الراوى فى النهى عنه ، وحصول المنفعة فيما ظنّه منهيًّا عنه .

إذا ثبت هذا فإنّ حكم المزارعة حكم المساقاة ، فى أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع ، وفى جوازها ، ولزومها ، وما يلزم العامل ، وربّ الأرض وغير ذلك من أحكامها .

٤٠٨٣ (فصــــل)

وإذا كان فى الأرض شجر ، وبينه بياض أرض ، فساقاه على الشجر ، وزارعه على الأرض التى بين الشجر ، جاز ، سواء قلّ بياض[١] الأرض ، أو كثر ، نصّ عليه أحمد ، وقال : قد دفع النبيّ صلّى الله عليه وسلم خيبر على هذا ، وبهذا قال كلّ من أجاز المزارعة فى الأرض المفردة ، فإذا قال : ساقيتُك على الشجر ، وزارعتُك على الأرض بالنصف جاز ، وإن قال : عاملتك على الأرض ، والشجر على النصف جاز ، لأن

(١) بياض الأرض : الأرض الخالية من الشجر .

المعاملة تشملهما ، وإن قال : زراعتك على الأرض بالنصف ، وساقيتك على الشجر بالربع ، جاز ، كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ، ويجعل له فى كل نوع قدراً ، وإن قال : ساقيتك على الأرض ، والشجر بالنصف جاز ، لأن المزارعة مساقاة ، من حيث إنها تحتاج إلى السقى فيها ، لحاجة الشجر إليه .

وقال أصحاب الشافعى : لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض ، وتصح فى النخل وحده ، وقيل : ينبنى على تفريق الصفقة .

ولنا : أنه عبّر عن عقد بلفظ عقد يشاركه فى المعنى المشهور به فى الاشتقاق ، فصح كما لو عبّر بلفظ البيع فى السلم ، ولأن المقصود المعنى ، وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا إن قال فى الأرض البيضاء : ساقيتك على هذه الأرض بنصف مايزرع فيها ، فأمّا إن قال : ساقيتك على الشجر بالنصف . ولم يذكر الأرض لم تدخل فى العقد ، وليس للعامل أن يزرع ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك ، وأبو يوسف : للداخل زرع البياض ، فإن تشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض لم يصلح ، لأن الداخل يسقى لرب الأرض ، فتلك زيادة ازدادها عليه .

ولنا : أن هذا لم يتناوله العقد ، فلم يدخل فيه ، كما لو كانت أرضاً مفردة .

٤٠٨٤ (فصــــل)

وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة ، لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها ، وبهذا قال الشافعى ، وابن المنذر ، وأجازه مالك ، إذا كان الشجر بقدر الثلث ، أو أقل لأنه يسير ، فيدخل تبعاً .

ولنا أنه اشترط الثمرة كلها ، فلم يجز ، كما لو كان الشجر أكثر من الثلث .

٤٠٨٥ (فصــــل)

وإن أجّره بياض أرض ، وساقاه على الشجر الذى فيها جاز ، لأنهما عقدان ، يجوز إفراد كل واحد منهما ، فجاز الجمع بينهما ، كالبيع والإجارة ، ويحتمل أن لا يجوز ، بناء على الوجه الذى لا يجوز الجمع بينهما فى الأصل ، والأول أولى ، إلا أن يفعلا ذلك حيلةً على شراء الثمرة قبل وجودها ، أو قبل بدو صلاحها ، فلا يجوز سواء جمعا بين العقدين ، أو عقدا أحدهما بعد الآخر ، لما ذكرنا فى إبطال الحيل .

٤٠٨٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ إذا كان البذر من رب الأرض ﴾

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض ، والعمل من العامل ، نص عليه

أحمد فى رواية جماعة ، واختاره عامّة الأصحاب ، وهو مذهب ابن سيرين ، والشافعىّ وإسحاق ، لأنه عقدٌ يشترك العاملُ وربّ المال فى نمائه ، فوجب أن يكون رأس المال كلّه من عند أحدهما ، كالمساقاة ، والمضاربة.

وقد رُوى عن أحمد ما يدلّ على أن البذر يجوز أن يكون من العامل ، فإنّه قال فى رواية مهنا فى الرجل يكون له الأرضُ فيها نَخْلٌ ، وشجر : يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ، ويقومون على الشجر ، على أنّ له النصف ، ولهم النصف : فلا بأس بذلك ، وقد دفع النبىُّ صلّى الله عليه وسلم خيبرَ على هذا ، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر، فعلى هذا أيهّما أخرج البذر جاز ، ورُوى نحوُ ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو قول أبى يوسف ، وطائفةٍ من أهل الحديث ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

ورُوى عن سعد ، وابن مسعود ، وابن عمر : أن البذر من العامل ، ولعلّهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل ، فيكون كقول عمر ، ولا يكون قولا ثالثا .

والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر : دفع رسولُ الله صلى الله عليه وسلم إلى يهودِ خَيْبَرَ نخلَ خَيْبَرَ ، وأرضَها على أن يَعملُوها من أموالهم ، ولرسولِ الله صلّى الله عليه وسلم شَطْرُ ثَمَرَتِها .

وفى لفظٍ على أن يعملوها ، ويزرعوها ، ولهم شَطْر ما يَخرُج منها أخرجهما البخارىّ ، فجعل عملها من أموالهم ، وزرعها عليهم ، ولم يذكر شيئا آخر ، وظاهرُه أن البذر من أهل خيبر .

والأصل المعوّل عليه فى المزارعة قصّة خيبر ، ولم يذكر النبىُّ صلى الله عليه وسلم أن البذر على المسلمين ، ولو كان شرطاً لما أخلّ بذكره ، ولو فعله النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، وأصحابُه لنُقل ، ولم يجُز الإخلال بنقله ، ولأن عمر رضى الله عنه فعل الأمرين جميعاً ، فإنّ البخاريّ روى عنه أنه عامل الناس على أنه : إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا ، فظاهر هذا أن ذلك اشتهر ، فلم ينكر ، فكان إجماعاً .

فإن قيل : هذا بمنزلة بيعتين فى بيعة ، فكيف يفعله عمر رضى الله عنه ؟ قلنا : يحتمل أنه قال ذلك ليخيرّهم فى أى العقدين شاءوا ، فمن اختار عقداً عقده معهُ معيّناً ، كما لو قال فى البيع : إن شئت بِعْتُكه بعشرةٍ صحاحٍ . وإن شئت بأحد عشر مكسورةٍ ، فاختار أحدهما ، فعقد البيع معه عليه مُعيّناً ، ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر ، أو شروعه فى العمل بغير بذر مع إقرار عمر له . على ذلك ، وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا رُوى عن أحمد رحمه الله صحّة الإجارة ، فيما إذا قال : إن خِطْتَهُ رُوميًّا فلك درهم ، وإن خِطْتَهُ فارسيًّا فلك نصف درهم .

وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النصّ ، والإجماع اللذين ذكرناهما ، فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان ، وبدن صاحب أحدهما .

٤٠٨٧ (فصــــل)

فإن كان البذر منهما نصفين ، وشرطا أنّ الزرع بينهما نصفان ، فهو بينهما ، سواء قلنا بصحّة المزارعة أو فسادها . لأنها إن كانت صحيحةً فالزرع بينهما على ما شرطاه ، وإن كانت فاسدةً فلكلّ واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحّتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شَرْط صحتها إخراج ربّ المال البذر فهي فاسدة ، فعلى العامل نصف أجر الأرض ، وله على ربّ الأرض نصف أجر عمله ، فيتقاصّان بقدر الأقلّ منهما ، ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل .

وإن شرطا التفاضُل في الزرع ، وقلنا بصحّتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ، ولا تراجع بينهما .

وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ، ويتراجعان ، كما ذكرنا ، وكذلك إن تفاضلا في البذر ، وشرطا التساويَ في الزرع ، أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره ، أو أقلّ .

٤٠٨٨ (فصــــل)

فإن قال صاحب الأرض : أجرتُك نصف أرضي هذه بنصف بَذْرك ، ونصف منفعتك ، ومنفعة بَقَرِك وآلَتك ، وأخرجَ المزارعُ البَذر كلّه لم يصحّ ، لأن المنفعة غيرُ معلومة ، وكذلك لو جعلها أجرةً لأرض أخرى ، أو دارٍ لم يجز ، ويكون الزرع كلّه للمزارع ، وعليه أجرُ مثل الأرض .

وإن أمكن علم المنفعة ، وضبطها بما لا تختلف معه ، ومعرفة البذر جاز ، وكان الزرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصّح لأن البذر عوض ، فيشترط قبضُه ، كما لو كان مبيعاً ، وما حصل فيه قبض .

وإن قال : أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ، ومنفعة بقرك ، وآلتك ، وأخرجا البذر ، فهي كالتي قبلها ، إلا أن الزرع يكون بينهما على كلّ حال .

٤٠٨٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن اتفقا على أن يأخذ ربّ الأرض مثل بذره ، ويقتسما ما بقي لم يجز ﴾

وكانت للمزارع أجرة مثله ، وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ، ويصير الزرع للمزارع ، وعليه أجرة الأرض ، أما إذا اتّفقا على أن يأخذ ربّ الأرض مثل بذره ، فلا يصحّ . لأنه كأنه اشترط لنفسه قُفْزاناً معلومةً ، وذلك شرط فاسد ، تفسُد به المزارعة ، لأن الأرض ربّما لا يخرج منها إلا تلك القُفْزان ، فيختصّ ربّ المال بها ، وربّما لا تخرجها الأرض ، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبنيّ على الروايتين في صحّة هذا الشرط .

وقد ذكر الخرقي أنه فاسد ، فإذا أخرج المزارع البذر فسدت ، كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس المال من عنده ، ومتى فسدت المزارعة فالزرعُ لصاحب البذر . لأنهُ عَينُ ماله ، ينقلب من حالٍ إلى حالٍ ، وينمو ، فصار كصغار الشجر إذا غرس ، فطال ، والبيضة إذا حُضِنَتْ ، فصارت فرخاً ، والبذرُ ههنا من المزارع ، فكان الزرع له ، وعليه أجر الأرض . لأن ربّها إنّما بذلها له بعوض لم يَسْلم له ، فرجع إلى عوض منافعها ، النابتة ، بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من ربّ الأرض كان الزرع له ، وعليه أجر مثل العامل ، لذلك .

وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ، ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجر مثل الأرض التي فيها نصيب العامل ، وأجر العامل بقدْر عمله في نصيب صاحب الأرض .

٤٠٩٠ (فصـــــل)

وإن زارعه على أن لربّ الأرض زرعاً بعينه ، وللعامل زرعاً بعينه ، مثل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية ، وللآخر زرع أخرى ، أو يشترط أحدهما ما على السواقى ، والجداول ، إمّا منفرداً ، أو مع نصيبه ، فهو فاسد بإجماع العلماء . لأن الخبر صحيح في النهى عنه ، غير معارض ، ولا منسوخ . ولأنه يؤدّى إلى تلف ما عيّن لأحدهما دون الآخر ، فينفرد أحدهما بالغلّة دون صاحبه .

٤٠٩١ (فصـــــل)

والشروط الفاسدة في المساقاة ، والمزارعة تنقسم قسمين.

أحدهما : ما يعود بجهالة نصيب كلّ واحد منهما ، مثل ماذكرنا ههنا ، أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولا ، أو دراهم معلومة ، أو أقفزةً معيّنة ، أو أنه إن سُقِي سَيْحاً فله كذا ، وإن سُقِيَ بكُلْفةٍ فله كذا ، فهذا يُفسدها ، لأنه يعود إلى جهالة المعقود عليه ، فأشبه البيع بثمن مجهول ، والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما.

وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص عن أحمد فسادُ العقد . لأن الشرط إذا فسد لزم كون الزرع لربّ البذر ، لكونه نماء ماله ، فلا يحصُل لربّ الأرض شيء منه ، ويستحقّ الأجر ، وهذا معنى الفساد .

فأما إن شرط مالا يُفضى إلى جهالة الربح ، كعمل ربّ المال معه ، أو عمل العامل في شيء آخر ، فهل تفسُد المساقاة ، والمزارعة ؟ يخرّج على روايتين ، بناء على الشرط الفاسد في البيع ، والمضاربة .

٤٠٩٢ (فصـــــل)

وإن دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض ليزرعه في أرضه ، ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضاً . لأنّ البذر ليس من ربّ الأرض ، ولا من العامل ، ويكون الزرع لصاحب البذر ، وعليه أجر الأرض ،

والعمل . وإن قال صاحب الأرض لرجل : أنا أزرع الأرض ببذرى ، وعواملى ، ويكون سَقْيُها من مائك ، والزرع بيننا ، ففيها روايتان :

إحداهما : لا يصح ، اختارها القاضى ، لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل ، وليس من صاحب الماء أرض ، ولا عمل ولا بذر . لأن الماء لا يُباع ، ولا يستأجر ، فكيف تصح المزارعة به ؟

والثانية : يصح . اختارها أبو بكر ، ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان ، وحرب ، لأن الماء أحدُ ما يحتاج إليه فى الزرع ، فجاز أن يكون من أحدهما ، كالأرض ، والعمل ، والأول أصح . لأن هذا ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص ، لما ذكرناه .

٤٠٩٣ (فصــــل)

وإن اشترك ثلاثة ، من أحدهم الأرض ، ومن الآخر البذر ، ومن الآخر البقر ، والعمل ، على أن مارزق الله بينهم ، فعملوا ، فهذا عقد فاسد ، نصّ عليه فى رواية أبى داود ، ومهنا ، وأحمد بن القاسم . وذكر حديث مجاهد فى أربعة اشتركوا فى زرع على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلم ، فقال أحدهم : علىّ الفَدَّانُ[1] ، وقال الآخر : قِبَلِى الأرض ، وقال الآخر : قِبَلِى البَذْر ، وقال الآخر : قِبَلِى العملُ فجعل النبىُّ صلّى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر ، وألغى صاحب الأرض ، وجعل لصاحب العمل كلّ يوم درهماً ، ولصاحب الفَدّان شيئاً معلوماً . فقال أحمد : لا يصح ، والعمل على غيره .

وذكر هذا الحديث سعيدُ بن منصور ، عن الوليد بن مسلم ، عن الأوزاعىّ ، وعن واصل بن أبى جميل ، عن مجاهد ، وقال فى آخره : فحدّثت به مكحولاً ، فقال : ما يَسُرّنِى بهذا الحديث وصيفاً[2] ، وحكم هذه المسألة حكم المسألة التى ذكرناها فى صدر الفصل ، وهما فاسدان . لأن موضوع المزارعة على أن البذر من ربّ الأرض ، ومن العامل ، وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة . لأن الشركة تكون بالأثمان ، وإن كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ، ولم يوجد شىء من ذلك ههنا . وليست إجارةً لأن الإجارة تفتقر إلى مدّة معلومة ، وعوض معلوم ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى .

فعلى هذا : يكون الزرع لصاحب البذر ، لأنه نَماء ماله ، ولصاحبَيْه عليه أجر مثلهما ، لأنهما دخلا على أن يَسْلَم لهما المسمّى ، فإذا لم يَسْلَم عادا إلى بدله ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور .

---

(١) الفدان : الثور أو الثوران يقرن بينهما للحرث . أو هو الآلة التى يحرث بها الثوران الأرض (المحراث ونحوه).

(٢) هكذا بالأصول ، والوصيف الخادم أو الخادمة ، والأسلوب الصحيح رفع (وصيف) ، لا نصبه ، لأنه فاعل يسرنى إلا إذا قدرت جملة قبل وصيف أى (ما يسرنى بهذا الحديث أنى ملكت وصيفا) وفى ذلك شطط .

وقال أصحاب الرأى : يتصدّق بالفضل ، والصحيح أن النماء لصاحب البـذر ، ولا تلزمه الصدقة به ، كسائر ماله :

ولو كانت الأرض لثلاثة ، فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ، ودوابّهم ، وأعوانهم ، على أنّ ما أخرج الله بينهم ، على قدر مالهم ، فهو جائز ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافاً . لأن أحدهم لا يفضُل صاحبَيه بشىء .

٤٠٩٤ (فصـــل)

وإذا زارع رجلاً ، وآجره أرضه ، فزرعها ، وسقط من الحبّ شىء ، فنبت فى تلك الأرض عاماً آخر فهو لصاحب الأرض . نصّ عليه أحمـد فى رواية أبى داود ، ومحمـد بن الحارث ، وقال الشافعىّ : هو لصاحب الحبّ . لأنه عين ماله ، فهو كما لو بذره قصداً .

ولنا : أن صاحب الحبّ أسقط حقّه منه بحكم العرف ، وزال ملكه عنه . لأن العـادة ترك ذلك لمن يأخذه ، ولهـذا أبيح التقاطه ، ورعيه ، ولا نعلم خلافاً فى إباحة التقاط ما خلّفه الحصادون من سنبل وحبّ وغيرهما ، فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له ، وصار كالشىء التافه يسقط منه كالتمـرة ، واللقمة ، ونحوهما ، والنوى لو التقطه إنسـان فغرسه ، كان له دون مَنْ سقط منه ، كذا ههنا .

٤٠٩٥ (فصــل)

فى إجارة الأرض

تجوز إجارتها بالورق ، والذهب ، وسائر العروض ، سوى المطعوم ، فى قول أكثر أهل العلم ، قال أحمد : قلّما اختلفوا فى الذهب ، والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوامّ أهل العـلم على أن اكتراء الأرض وقتاً معلوماً جائز ، بالذهب ، والفضة ، روينا هذا القول عن سعيد ، ورافع بن خَديج ، وابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسّيب ، وعروة ، والقاسم ، وسالم ، وعبـد الله بن الحارث ، ومالك ، والليث ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ورُوى عن طاوس ، والحسن ، كراهة ذلك لما رَوى رافع : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم نهى عن كِراء المزارع ، متفق عليه .

ولنا : أن رافعاً قال : أمّا بالذهب ، والورق ، فلم ينهنا ، يعنى النبىّ صلى الله عليه وسلم ، متفق عليه ، ولمسلم « أمّا بِشَىْءٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ فَلاَ بَأْسَ » وعن حنظلة بن قيس : أنه سأل رافع بن خَديج . عن كراء الأرض ، فقال : نهى رَسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن كِراء الأرض ، قال : فقلت : بالذهب والفضّة ؟

قال : إنّما نهى عنها ببعض ما يخرُج منها ، أمّا بالذهب ، والفضّة فلا بأس ، متفق عليه ، وعن سعد قال : كنّا نُكرى الأرضَ بما على السواقى ، وما سعد[١] بالماء منها ، فنهانا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وأمرنا أن نُكريها بذهب ، أو فضة ، رواه أبو داود ، ولأنها عينٌ يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها ، مع بقائها ، فجازت إجارتها بالأثمان ، ونحوها كالدور .

والحكم فى العروض كالحكم فى الأثمان ، وأما حديثهم فقد فسّره الراوى بما ذكرنا عنه ، فلا يجوز الاحتجاج به على غيره ، وحديثنا مفسِّر لحديثهم ، فإن راويهما واحد ، وقد رواه عامًّا وخاصًّا ، فيُحمل العامُّ على الخاصّ لسائر الأحاديث ، والقياس ، وقول أكثر أهل العلم .

فأما إجارتها بطعام فتنقسم ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يؤجّرها بطعوم غير الخارج منها ، معلوم ، فيجوز ، نصّ عليه أحمد ، فى رواية الحسن بن ثواب ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم سعيد بن جُبَير ، وعِكرمة ، والنخَعىّ ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ومنع منه مالك ، حتى منع إجارتها باللّبَن والعسَل ، وقد روى عن أحمد : أنه قال : ربّما تهيّبته ، قال القاضى : هذا من أحمدَ على سبيل الورَع ، ومذهبه الجواز ، والحجّة لمالك ماروى رافع ابن خَديج ، عن بعض عُمومته ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلا يُكْرِيهَا بِطعَام مُسَمًّى ». رواه أبو داود ، وابن ماجه ، وروى ظُهَيْرُ بن رافع ، قال: دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال . « ما تَصْنَعُونَ بِمحَاقِلِكُمْ ؟ » قلت : نُؤَاجِرُها عَلَى الرُبع أو عَلَى الأَوسُقِ مِنَ التّمر ، أو الشّعِير ، قال : لا تفعلوا ، ازرعوها ، أو أمْسِكُوهَا » متفق عليه ، وروى أبو سعيد ، قال : نهى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم عن الُمحاقَلةِ والمحاقلةُ اسْتِكرَاء الأرْضِ بالحِنْطَةِ .

ولنا قول رافع ، فأمّا بشَىْءٍ مَعْلُومٍ مَضْمُونٍ فَلاَ بَأس به ، ولأنّه عوض معلوم ، مضمون ، لا يُتّخذ وسيلةً إلى الرّبا ، فجازت إجارتها به كالأثمان ، وحديث ظُهَير بن رافع قد سبق الكلام عليه فى المزارعة ، على أنه يحتمل النهى عن إجارتها بذلك ، إذا كان خارجاً منها ، ويحتمل النهى عنه إذا آجرها بالرّبع ، والأوسُق ، وحديث أبى سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة ، إذا اكتراها لزرع الحنطة .

القسم الثانى : إجارتها بطعامٍ معلوم من جنس ما يُزرع فيها ، كإجارتها بقُفْزانِ حنطة ، لزرعها ، فقال أبو الخطاب : فيها روايتان .

إحداها : المنع ، وهى التى ذكرها القاضى مذهباً ، وهى قول مالك ، لما تقدّم من الأحاديث ، ولأنها

(١) سعد بالماء أى روى بالماء .

ذريعة إلى المزارعة عليها بشىء معلوم من الخارج منها ، لأنه يجعل مكان قوله : زارعتك ، آجَرْتُك ، فتصيرُ مزارعةً بلفظ الإجارة ، والذرائع مُعتبرةٌ .

والثانية : جواز ذلك ، اختارها أبو الخطّاب ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ لما ذكرنا فى القسم الأول ، ولأنّ ما جازت إجارتُه بغير المطعوم جَزت به ، كالدُّور .

القسم الثالث : إجارتها بجزء مُشاعٍ مِمّا يخرُج منها ، كنصفٍ ، وثلثٍ ، وربعٍ ، فالمنصوص عن أحمد جوازه ، وهو قول أكثر الأصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تصحّ ، وهو قول أبى حنيفة، والشافعىّ، وهو الصحيح ، إن شاء الله ، لما تقدّم من الأحاديث فى النهى من غير مُعارض لها ، ولأنها إجارة بعوض مجهول ، فلم تصحّ ، كإجارتها بثلث ما يخرج من أرضٍ أخرى ، ولأنّها إجارةٌ لعين ببعض نمائها ، فلم تجز ، كسائر الأعيان ، ولأنه لا نصّ فى جوازها ، ولا يُمكن قياسُها على المنصوص ، فإن النصوص إنما وردت بالنهى عن إجارتها بذلك ، ولا نعلم فى تجويزها نصّاً ، والمنصوص على جوازه إجارتها بذهب ، أو فضة ، أو شىءٍ مضمون ، معلومٍ ، وليست هذه كذلك ، فأمَّا نصّ أحمد فى الجواز فيتعيّن حمله على المزارعة بلفظ الإجارة ، فيكون حكمها حكم المزارعة فى جوازها ، ولزومها ، وفيما يلزم العامل ، وربّ الأرض ، وسائر أحكامها ،والله أعلم .

كتاب الإجارات

الأصل فى جواز الإجارة الكتاب، والسنّة، والإجماع.

أمّا الكتابُ فقول الله تعالى (٦٥ : ٦ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)[1]، وقال تعالى: (قَالَتْ إِحْدَاهُمَا: يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ، قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ، فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ[2]).

وروى ابن ماجه فى سننه، عن عُتْبَة بن النُّدَّر، قال: كنَّا عند رسول الله صلَّى الله عليه وسلَّم فقرأ (طس) حتى إذا بلغ قِصّة موسى، قال «إنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ آجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِيَ حِجَجٍ، أَوْ عَشْرًا عَلَى عِفَّةِ فَرْجِهِ، وَطَعَامِ بَطْنِهِ» وقال الله تعالى (فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ، قالَ: لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً[3]) وهذا يدلّ على جواز أخذ الأجر على إقامته.

وأمّا السنة: فثبت أن رسولَ الله صلّى الله عليه وسلم، وأبا بكر استأجرا رجلاً من بنى الدِّيل هَادِيًا خِرِّيتًا[4]، وروى البخاريّ عن أبى هريرة، رضى الله عنه: أن رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال: «قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ، وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ» والأخبار فى هذا كثيرة.

وأجمع أهل العلم فى كلّ عصر، وكلّ مِصْرٍ على جواز الإجارة، إلا ما يُحكى عن عبد الرحمن بن الأصمّ أنّه قال: لا يجوز ذلك، لأنه غرر، يعنى أنه يعقد على منافع لم تُخلق، وهذا غلط، لا يمنع انعقاد الإجماع الذى سبق فى الأعصار، وسار فى الأمصار، والعبرة أيضاً دالّة عليها، فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلمّا جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك، فإنه ليس لكلّ أحد دارٌ يملكها، ولا يقدر كلّ مسافر على بعير أو دابّة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم، وحملهم تطوّعاً، وكذلك أصحابُ الصنائع يعملون بأجر، ولا يمكن كلّ أحد عمل ذلك، ولا يجد متطوّعاً به، فلا بدّ من الإجارة، لذلك، بل ذلك مما جعله الله طريقاً للرزق،

(١) بعض الآية ٦ من سورة الطلاق.
(٢) الآيه ٢٦ وبعض الآية ٢٧ من سورة القصص
(٣) بعض الآية ٧٧ من سورة الكهف.
(٤) الخريت: الدليل الحاذقة.

حتى إن أكثر المكاسب بالصنائع ، وما ذكره من الغرر لا يلتفت إليه ، مع ما ذكرنا من الحاجة ، فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تتلف بمضىّ الساعات ، فلا بدّ من العقد عليها قبل وجودها ، كالسلم فى الأعيان .

٤٠٩٦ (فصـــل)

واشتقاق الإجارة من الأجر ، وهو العوض ، قال الله تعالى [لَوْ شِئْتَ لاَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً] ومنه سمّى الثواب أجراً ، لأن الله تعالى يعوّض العبد به على طاعته ، أو صبره على مصيبته .

٤٠٩٧ (فصـــل)

وهى نوع من البيع ، لأنها تمليكٌ من كلّ واحد منهما لصاحبه ، فهى بيع المنافع ، والمنافع بمنزلة الأعيان ، لأنه يصحّ تمليكها فى حال الحياة ، وبعد الموت ، وتُضمن باليد ، والإتلاف ، ويكون عوضها عيناً ، وديناً ، وإنما اختصّت باسم كما اختصّ بعض البيوع باسم ، كالصرف ، والسلم .

إذا ثبت هذا فإنّها تنعقد بلفظ الإجارة ، والكراء ، لأنهما موضوعان لها ، وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تنعقد به ، لأنها بيع ، فانعقدت بلفظه ، كالصرف .

والثانى : لا تنعقد به ، لأن فيها معنًى خاصاً ، فافتقرت إلى لفظ يدلّ على ذلك المعنى ، ولأن الإجارة تُضاف إلى العين التى يُضاف إليها البيع إضافةً واحدةً ، فاحتيج إلى لفظ يعرف ، ويفرق بينهما ، كالعقود المتباينة ، ولأنه عقد يخالف البيع فى الحكم ، والاسم ، فأشبه النكاح .

٤٠٩٨ (فصـــل)

ولا تصحّ إلا من جائز التصرّف ، لأنها عقد تمليك فى الحياة ، فأشبه البيع .

٤٠٩٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وقعت الإجارة على مدّة معلومة ، بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملةً فى وقت العقد ، إلا أن يشترطا أجلاً ﴾ .

هذه المسألة تدلّ على أحكام ستّة .

أحدها : أن المعقود عليه المنافع ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، وأبو حنيفه ، وأكثر أصحاب الشافعىّ .

وذكر بعضهم : أن المعقود عليه العين ، لأنها الموجودة ، والعقد يُضاف إليها ، فيقول : أجرتك دارى ، كما يقول : بعتكها .

ولنا : أن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد ، وذلك هو المنافع ، دون الأعيان ، ولأن الأجر فى مقابلة المنفعة ، ولهذا تُضْمَن دون العين ، وما كان العوض فى مقابلته فهو المعقود عليه ، وإنما أضيف العقد إلى العين ، لأنها محلّ المنفعة ، ومنشؤها ، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان ، والمعقود عليه الثمرة ، ولو قال : أجّرتك منفعةَ دارى جاز . الثانى : أن الإجارة إذا وقعت على مدّة يجب أن تكون معلومةً ، كشهرٍ ، وسنَة ، ولا خلاف فى هذا نعلمه ، ولأن المدّة هى الضابطة للمعقود عليه ، المعرّفة له ، فوجب أن تكون معلومة ، كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل ، فإنّ قدر المدّة بسنَةٍ مُطلقة حمل على سنَة الأهلّة ، لأنها المعهودة فى الشرع ، قال الله تعالى (يَسْئَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ) فوجب أن يُحمل العقد عليه ، فإن شرط هلاليةً كان تأكيداً ، وإن قال : عدديّة ، أو سنةً بالأيام كان له ثلاثمائة ، وستّون يوماً ، لأن الشهر العدديّ يكون ثلاثين يوماً .

وإن استأجر سنةً هلاليّة أوّل الهلال ، عد اثنى عشر شهراً بالأهلة ، سواء كان الشهر تامًّا أو ناقصاً لأن الشهر الهلالىّ ما بين الهلالين ينقصُ مرّةً ويزيد أخرى .

وإن كان العقد فى أثناء شهرٍ عُدّ ما بقى من الشهر ، وعدّ بعده أحد عشر شهراً بالهلال ، ثم كمّل الشهر الأول بالعدد . ثلاثين يوماً ، لأنه تعذّر إتمامه بالهلال فتمّمناه بالعدد ، وأمكن إستيفاء ماعداه بالهلال ، فوجب ذلك ، لأنه الأصل .

وحكى عن أحمد رحمه الله روايةً أخرى : أنّه يستوفى الجميع بالعدد ، لأنها مدّة يستوفى بعضها بالعدد ، فوجب استيفاء جميعها به ، كما لو كانت المدّة شهراً واحداً ، ولأن الشهر الأول ينبغى أن يكمّل من الشهر الذى يليه ، فيحصُل ابتداء الشهر الثانى فى أثنائه ، فكذلك كلّ شهر يأتى بعده ، ولأبى حنيفة ، والشافعىّ ، كالروايتين ، وهكذا إن كان العقد على أشهر دون السنة .

وإن جعلا المدة سنةً روميةً ، أو شمسيّة ، أو فارسيّةً ، أو قبطيّةً ، وكانا يعلمان ذلك جاز ، وكان له ثلاثُمائةٌ وخمسةٌ وستون يوماً ، فإن الشهور الروميّة منها سبعة ، أحد وثلاثون يوماً ، وأربعة ثلاثون يوماً ، وشهر واحد ، ثمانية وعشرون يوماً ، وشهورُ القبط كلّها ثلاثون ثلاثون ، وزادوها خمسة أيام لتساوى سنتهُم السنةَ الروميّة .

وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصحّ ، لأن المدةّ مجهولة فى حقّه ، وإن أجّره إلى العيد انصرف إلى الذى يليه ، وتعلّق بأول جزء منه ، لأنه جعله غايةً ، فتنتهى مدّة الاجارة بأوله .

وقال القاضى : لابدّ من تعيين العيد فطراً ، أو أضحى من هذه السنة ، أو سنةَ كذا ، وكذلك

الحكم إن علّقه بشهر يقع اسمه على شهرين ، كجمادى ، وربيع ، يجب على قوله أن يذكر الأول ، أو الثانى من سنة كذا .

وإن علقه بشهر مفرد ، كرجب ، وشعبان ، فلابد أن يبيّنه من أىّ سنةٍ ، وإن علّقه بيوم فلابدّ على قوله أن يبيّنه من أىّ أسبوع ، وإن علقّه بعيد من أعياد الكفّار صحّ إذا علماه ، وإلاّ لم يصحّ ، وقد مضى نحو من هذا .

٤١٠٠ (فصـــل)

ولا يشترط فى مدة الاجارة أن تلى العقد ، بل لو أجرّه سنةَ خمس ، وهما فى سنة ثلاثٍ ، أو شهرَ رجب فى المحرّم صحّ ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعىّ : لا يصحّ إلا أن يستأجرها مَنْ هى فى إجارته ، ففيه قولان ، لأنه عقد على مالا يمكن تسليمه فى الحال ، فأشبه إجارة العين المغصوبة ، قال : ولا يجوز أن يكترى بعيراً بعينه ، إلا عند خروجه لذلك .

ولنا : أن هذه مدّة يجوز العقد عليها مع غيرها ، فجاز العقد عليها مُفردةً ، مع عموم الناس ، كالتى تلى العقد ، وإنما تُشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم ، كالمسلم فيه ، ولا يشترط وجوده ، ولا القدرة عليه حال العقد ، ولا فرق بين كونها مشغولة ، أو غير مشغولة ، لما ذكرناه ، وما ذكروه يبطل بما إذا أجرّها من المكترى ، فإنه يصحّ مع ما ذكروه .

إذا ثبت هذا ، فإنّ الاجارة إن كانت على مدة تلى العقد لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد ، وإن كانت لا تليه فلابدّ من ذكر ابتدائها ، لأنه أحد طرفى العقدة ، فاحتيج إلى معرفته ، كالانتهاء ، وإن أطلق فقال : أجرّتك سنةً أوشهراً صحّ ، وكان ابتداؤه من حين العقد ، وهذا قول مالك ، وأبى حنيفة ، وقال الشافعىّ ، وبعض أصحابنا : لا يصحّ حتى يُسمِّى الشهر ، ويذكر أى سنةٍ هى؟ ، فإن أحمد قال فى رواية إسماعيل بن سعيد : إذا استأجر أجيراً شهراً فلا يجوز حتى يُسمِّى الشهر .

ولنا : قول الله تعالى إخباراً عن شُعَيب عليه السلام (عَلَى أَنْ تأجُرَنِى ثَمَانِيَ حِجَجٍ) ولم يذكر ابتداءها ، ولأنه تقدير بمدّة ليس فيها قُربة ، فإذا أطلقها وجب أن تلى السبب الموجب ، كمدة السلَم ، والإيلاء ، وتُفارق النذر ، فإنه قُربة .

٤١٠١ (فصـــل)

ولا تتقدّر أكثر مدّة الإجارة ، بل تجوز إجارةُ العين المدّة التى تبقى فيها ، وإن كثرت ، وهذا قول كافّة أهل العلم ، إلا أنّ أصحاب الشافعىّ اختلفوا فى مذهبه ، فمنهم من قال : له قولان :

أحدهما . كقول سائر أهل العلم ، وهو الصحيح .

الثانى : لا يجوز أكثر من سنةٍ ، لأنّ الحاجة لا تدعو إلى أكثر منها ، ومنهم من قال : له قول ثالث . أنّها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ، لأن الغالب أنّ الأعيان لا تبقى أكثر منها ، وتتغيّر الأسعار : والأجرُ .

ولنا : قول الله تعالى إخباراً عن شُعيب عليه السلام أنه قال (عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ فإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ) وشرعُ مَن قبلنا شرعٌ لنا ما لم يَقُمْ على نسخه دليل ، لأن ما جاز العقد عليه سنةً جاز أكثر منها ، كالبيع ، والنّكاح ، والمساقاة ، والتقدير بسنةٍ ، وثلاثين تحكّم لا دليل عليه ، وليس ذلك أولى من التقدير بزيادة عليه ، أو نقصان منه .

وإذا استأجره سنين لم يحتج إلى تقسيط الأجر على كلّ سنة ، فى ظاهر كلام أحمد ، كما لو استأجر سنةً لم يفتقر إلى تقسيط أجر كلّ شهر بالاتفاق ، ولو استأجر شهراً لم يفتقر إلى تقسيط أجر كلّ يوم ، ولأن المنفعة كالأعيان فى البيع ، ولو اشتملت الصفقة على أعيان لم يلزمه تقدير ثمن كلّ عين ، كذلك ههنا .

وقال الشافعىّ فى أحد قوليه كقولنا ، وفى الآخر يفتقر إلى تقسيط أجر كلّ سنة ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فلا يأمن أن ينفسخ العقد ، فلا يَعلم بم يرجع ، وهذا يبطل بالشهور . فإنّه لا يفتقر إلى تقسيط الأجر عليها ، مع الاحتمال الذى ذكروه .

٤١٠٢ (فصـــل)

والاجارة على ضربين .

أحدهما : أن يعقدها على مدّة .

الثانى : أن يعقدها على عمل معلوم ، كبناء حائط ، وخياطة قميص ، وحملٍ إلى موضع معيّن ، فإذا كان المستأجَر مما له عمل ، كالحيوان جاز فيه الوجهان ، لأن له عملاً تتقدّر منافعه به ، وإن لم يكن له عمل ، كالدار ، والأرض لم يجز إلا على مدّة ، ومتى تقدّرت المدّة لم يجز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . لأن الجمع بينهما يزيدها غرراً ، لأنه قد يفرُغ من العمل قبل انقضاء المدّة ، فإن استعمل فى بقية المدّة فقد زاد على ما وقع عليه العقد ، وإن لم يعمل كان تاركاً للعمل فى بعض المدّة ، وقد لا يفرغ من العمل فى المدّة ، فإن أتمه عمل فى غير المدّة ، وإن لم يعمله لم يأت بما وقع عليه العقد ، وهذا غرر أمكن التحرّز عنه ، ولم يوجد مثله فى محلّ اوفاق ، فلم يجز العقد معه .

ورُوى عن أحمد فيمن ا كترى دابّة إلى موضع على أن يدخله فى ثلاث ، فدخله فى ستٍّ ، فقال : قد أضرّ به ، فقيل : يرجع عليه بالقيمة ؟ قال : لا يُصالحه ، وهذا يدلّ على جواز تقديرهما جميعاً ، وهو قول أبى يوسف ، ومحمد بن الحسن ، لأن الاجارة معقودة على العمل ، والمدّة مذكورة للتعجيل ، فلا يمتنع ذلك .

فعلى هـذا ، إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدّة لم يلزمه العمل فى بقيتها ، لأنه وفّى ما عليه قبل مدّته ، فلم يلزمه شىء آخر ، كما لو قضى الدين قبل أجله ، وإن مضت المدّة قبل العمل ، فللمستأجر فسخ الاجارة ، لأن الأجير لم يفِ له بشرطه ، وإن رضى بالبقاء عليه لم يملك الأجير الفسخ ، لأن الاخلال بالشرط منه ، فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ ، كما لو تعذّر أداء المسلَم فيه ، فى وقته ، لم يملك المسلم إليه الفسخ ، ويملكه المسلِمُ ، فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير ، كالمسلم إذا صبر عند تعذّر المسلم فيه إلى حين وجوده ، لم يكن له أكثر من المسلَم فيه ، وإن فسخ العقد قبل عمل شىء من العمل سقط الأجر والعمل ، وإن كان بعد عمل شىء منه ، فله أجر مثله ، لأن العقد قد انفسخ ، فسقط المسمّى ، ورجع إلى أجر المثل ،

٤١٠٣ (فصـــل)

ومن اكترى دابّة إلى العِشاء ، فآخر المدة إلى غروب الشمس ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور : آخرها زوال الشمس ، لأن العشاء آخرُ النهار ، وآخر النهار النصفُ الآخر من الزوال ، ولذلك جاء فى حديث ذى اليدين ، عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : صَلّى بِنَا النبىُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم إحْدَى صَلاتَىِ العَشىِّ يَعْنى الظُّهرَ أو العَصْرَ ، هكذا تفسيره .

ولنا قول الله تعالى (مِنْ بَعْدِ صَلاَةِ العِشَاء[1]) يعنى العَتَمةَ[2] ، وقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لَوْلاَ أنْ أشُقَّ عَلَى أُمَّتِى لأخَّرْتُ العِشَاء إلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ » وإنّما تعلق الحكم بغروب الشمس لأن هذه الصلاة تسمىّ العِشاء الآخِرَة ، فدلّ على أن الأولى المغرب ، وهو فى العُرف كذلك ، فوجب أن يتعلّق الحكم به ، لأن المدّة إذا جعلت إلى لوقت تعلّقت بأوله ، كما لو جعلها إلى الليل .

وما ذكروه لا يصحّ لأنّ لفظ العشىّ غيرُ لفظ العِشاء ، فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر ، حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد ، ثم لو وثبت أن معناهما واحد غير أنّ أهل العُرف لا يعرفونه فلا يتعلّق به حكم ، وكذلك الحكم فيما إذا اكتراها إلى العشىِّ ، لأنّ أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه .

وإن اكتراها إلى الليل فهو إلى أوله ، وكذلك إن اكتراها إلى النهار فهو إلى أوله ، ويتخرّج أن يدخل الليل فى المدّة الأولى ، والنهار فى الثانية ، لما ذكرناه فى مدّة الخيار ، والأول أصحّ .

وإن اكتراها نهاراً فهو إلى غروب الشمس ، وإن اكتراها ليلةً فهى إلى طلوع الفجر ، فى قول

---

(١) بعض الآية ٥٨ من سورة النور .

(٢) نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن تسمية العشاء العتمة ، ولكن الشارح عبر بها للتعريف بأن العشاء هى الأخيرة لأن المغرب تسمى العشاء أيضاً .

الجميع ، لأن الله تعالى قال . فى ليلة القدر (سَلَامٌ هِيَ حَتَّىٰ مَطْلَعِ الْفَجْرِ [١]) وقال تعالى (أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ — ثم قال — فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ ، وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ، ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ [٢]) .

٤١٠٤ (فصـــــل)

وإن اكترى فُسطاطاً إلى مكة ، ولم يقل متى أخرُج فالكراء فاسد ، وبه قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعىّ ، وقال أصحاب الرأى : يجوز استحساناً ، بخلاف القياس .

ولنا أنها مدّة غير معلومة الابتداء ، فلم يجُز ، كما لو قال : أجّرتك دارى من حين يخرُج الحاجُّ إلى آخر السنة ، وقد اعترفوا بمخالفته للدليل ، وما ادّعَوْه دليلا لا نُسلّم كونه دليلاً .

٤١٠٥ (فصـــــل)

(الحكم الثالث) أنه يُشترط فى عِوَض الإجارة كونه معلوماً ، لا نعلم فى ذلك خلافاً ، وذلك لأنه عوض فى عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوماً ، كالثمن فى البيع ، وقد رُوى عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ » ويُعتبر العلم بالرؤية ، أو بالصفة ، كالبيع سواء ، فإن كان العوض معلوماً بالمشاهدة دون القدر ، كالصُّبرة احتمل وجهين .

أشبههما الجواز ، لأنه عوض معلوم ، يجوز به البيع ، فجازت به الإجارة ، كما لو علم قدره .

والثانى : لا يجوز ، لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصُّبرة ، فلا يدرى بكم يرجع ، فاشترط معرفة قدره ، كعوض المسلَم فيه ، والأول أولى .

وظاهر كلام الخِرَقىّ أن العلم بالقدر فى عوض السلم ليس بشرط ، ثم الفرق بينهما أن المنفعة ههنا أُجريتْ مُجرى الأعيان ، لأنها متعلّقة بعينٍ حاضرةٍ ، والسلم يتعلّق بمعدوم ، فافترقا ، وللشافعىّ نحوٌ مما ذكرنا فى هذا الفصل .

٤١٠٦ (فصـــــل)

وكل ما جاز ثمناً فى البيع جاز عِوضاً فى الإجارة ، لأنه عقدُ معاوضةٍ ، أشبه البيع ، فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عيناً ، ومنفعةً أخرى ، سواء كان الجنس واحداً ، كمنفعة دارٍ بمنفعة أخرى ، أو مختلفاً ، كمنفعةِ دارٍ بمنفعةِ عبدٍ ، قال أحمد : لا بأس أن يكترىَ بطعام موصوف ، معلوم ، وبهذا كلّه قال الشافعىّ ،

---

(١) آخر سورة القدر (٢) بعض الآية ١٨٧ من سورة البقرة

قال الله تعالى إخباراً عن شُعَيبَ أنه قال (إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمانِىَ حِجَجٍ) فجعل النكاح عوض الإجارة ، وقال أبو حنيفة فيما حُكى عنه : لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى ، ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة ، كسكنى دار بمنفعة بهيمة ، لأن الجنس الواحد عنده يحرّم النَّساء ، وكره الثورىّ الإجارة بطعام موصوف ، والصحيح جوازه ، وهو قول إسحق ، وأصحاب الرأى ، وقياس قول الشافعىّ ، لأنه عوض يجوز فى البيع ، فجاز فى الإجارة ، كالذهب والفضّة ، وماقاله أبو حنيفة لا يصحّ ، لأن المنافع فى الإجارة ليست فى تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئة ماجاز فى جنسين ، لأنه يكون بيْع دَيْن بدَيْن .

٤١٠٧ (فصل)

ولو استأجر رجلاً ليسلخ له بهيمةً بجلدها لم يجز ، لأنه لا يعلم : هل يخرج الجلدُ سليماً ، أولا ؟ وهل هو ثخين ، أو رقيق ، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمناً فى البيع ، فلا يجوز أن يكون عوضاً فى الإجارة كسائر المجهولات ، فإن سلخه بذلك فله أجر مثله ، وإن استأجره لطرح ميْتةٍ بجلدها ، فهو أبلغ فى الفساد ، لأن جلد الميتة نجسٌ لا يجوز بيعه ، وقد خرج بموته عن كونه ملكا ، وإن فعل فله أجر مثله أيضاً .

٤١٠٨ (فصل)

ولو استأجر راعياً لغنم بثلث درّها ونسلها ، وصوفها ، وشعرها أو نصفه ، أو جميعه لم يجز ، نصّ عليه أحمد فى رواية جعفر بن محمد النَّسائىّ ، لأن الأجر غيرُ معلوم ، ولا يصلح عِوَضاً فى البيع ، وقال إسماعيل ابن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل على أن يعلفها ، ويتحفّظها ، وما ولدت من ولد بينهما ، فقال أكره ذلك ، وبه قال أبو أيوب ، وأبو خيثمة ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأن العوض مجهول ، معدوم . ولا يدرى : أيوجد أم لا ؟ والأصل عدمه . ولا يصلحُ أن يكون ثمناً . فإن قيل : فقد جوّزتم دفع الدابّة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها ؟ قلنا : إنما جاز ثَم تشبيهاً بالمضاربة . لأنها عين تَنْمَى بالعمل فجاز اشتراط جزء من النماء ، والمساقاة . كالمضاربة ، وفى مسألتنا لا يمكن ذلك ، لأن النماء الحاصل فى الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها ، فلم يمكن إلحاقه بذلك ، وإن استأجره على رعايتها مدّةً معلومةً بنصفها ، أو جزء معلوم منها صحّ ، لأن العمل ، والأجر ، والمدّة معلوم ، فصحّ ، كما لو جعل الأجر دراهم ، ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك ، لأنه ملك الجزء المجعول له منها فى الحال ، فيكون له نماؤه ، كما لو اشتراه .

٤١٠٩ (فصل)

(الحكم الرابع) أن الإجارة إذا تمّت ، وكانت على مدّة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدّة ، ويكون حدوثها على ملكه ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : تحدث على ملك المؤجّر ولا يملكها

المستأجر بالعقد ، لأنها معدومة ، فلا تكون مملوكة ، كالثمرة ، والولد .

ولنا أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها ، كتصرفه في العين ، فلما أجرها صار المستأجر مالكاً للتصرف فيها ، كما كان يملكه المؤجر ، فثبت أنها كانت مملوكةً لمالك العين ، ثم انتقلت إلى المستأجر ، بخلاف الولد ، والثمرة ، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها ، وقولهم : إن المنافع معدومة ، قلنا : هي مقدرة الوجود ، لأنها جعلت مورداً للعقد ، والعقد لا يرد إلا على موجود .

٤١١٠ (فصــــل)

(الحكم الخامس) أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلاً ، كما يملك البائع الثمن بالبيع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يملكها بالعقد ، فلا يستحق المطالبة بها إلا يوماً بيوم ، إلا أن يشترط تعجيلها .

قال أبو حنيفة : إلا أن تكون معينة ، كالثوب ، والعبد ، والدار ، لأن الله تعالى قال « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ » فأمر بإيتائهن بعد الارتضاع ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ثَلاَثَةٌ أَنا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أجيرًا فَاسْتَوفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أجْرَهُ » فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الوجوب ، وروى عنه عليه السلام أنه قال « أعطُوا الأجِيرَ أجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ » رواه ابن ماجه ، ولأنه عوض لم يملك معوضه ، فلم يجب تسليمه ، كالعوض في العقد الفاسد ، فإن المنافع معدومة لم تملك ، ولو ملكت فلم يتسلمها ، لأنه يتسلمها شيئاً فشيئاً ، فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد .

ولنا : أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة ، فيستحق بمطلق العقد ، كالثمن ، والصداق ، أو نقول : عوض في عقد يتعجل بالشرط ، فوجب أن يتعجل بمطلق العقد ، كالذي ذكرنا ، فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع ، أو تسليم نفسها : كما قال تعالى « فَإِذَا قَرَأْتَ القُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ (١) » ، أي إذا أردت القراءة ، ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب ، ولا يقولون به ، وكذلك الحديث .

يحققه أن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله ، كقوله « فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ »(٢) ، والصداق يجب قبل الاستمتاع ، وهذا هو الجواب عن الحديث . ويدل عليه أنه إنما

(١) الآية ٩٨ من سورة النحل

(٢) بعض الآية ٢٤ من سورة النساء

توعّد على ترك الإيفاء بعد الفراغ من العمل وقد قالوا : يجب الأجر شيئاً ، فشيئاً ، ويحتمل أنه توعّده على ترك الإيفاء فى الوقت الذى تتوجّه المطالبة فيه عادةً .

جواب آخر : أنّ الآية ، والأخبار إنّما وردت فيمن استُؤجر على عمل ، فأمّا ما وقعت الإجارة فيه على مدّة ، فلا تعرض لها به ، وأما إذا كانت الإجارة على عمل ، فإن الأجر يُملك بالعقد أيضاً ، لكن لا يستحقّ تسليمه إلا عند تسليم العمل .

قال ابن أبى موسى : من استُؤجر لعملٍ معلومٍ استحقّ الأجر عند إيفاء العمل ، وإن استُؤجر فى كلّ يوم بأجرٍ معلوم فله أجرُ كلّ يوم عند تمامه .

وقال أبو الخطاب : الأجر يُملك بالعقد ، ويستحقّ بالتسليم ، ويستقرّ بمضىّ المدة ، وإنما توقّف استحقاق تسليمه على العمل ، لأنه عوض ، فلا يستحقّ تسليمه إلا مع تسليم المعوّض ، كالصداق ، والثمن فى المبيع ، وفارق الإجارة على الأعيان لأن تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ، ومتى كان على منفعةٍ فى الذمّة لم يحصُل تسليم المنفعة ، ولا ما يقوم مقامها ، فتوقّف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل ، وقولهم : لم يملك المنافع، قد سبق الجواب عنه، فإن قيل : فإن المؤجّر إذا قبض الأجر انتفع به كلّه بخلاف المستأجر ، فإنه لا يحصُل له استيفاء المنفعة كلها ، قلنا : لا يمتنع هـذا ، كما لو شرطا التعجيل ، أو كان الثمن عيناً .

٤١١١ (فصــــل)

(الحكم السادس) أنه إذا شرط تأجيل الأجر فهو إلى أجله، وإن شرطه مُنجّماً يوماً ، يوماً ، أو شهراً، شهراً ، أو أقلّ من ذلك ، أو أكثر فهو على ما اتّفقا عليه ، لأن إجارة العين كبيعها ، وبيعها يصحّ بثمن حالّ ، أو مؤجّل ، فكذلك إجارتها .

٤١١٢ (فصــــل)

وإذا استوفى المستأجر المنافع استقرّ الأجر ، لأنه قبض المعقود عليه ، فاستقرّ عليه البدل ، كما لو قبض المبيع ، وإن سلّمت إليه العين التى وقعت الإجارة عليها ، ومضت المدّة ، ولا حاجز له عن الانتفاع استقرّ الأجر ، وإن لم ينتفع ، لأن المعقود عليه تلف تحت يده ، وهى حقّه ، فاستقرّ عليه بدلها ، كثمن المبيع ، إذا تلف فى يد المشترى ، وإن كانت الإجارة على عمل ، فتسلّم المعقود عليه ، ومضت مدّة يُمكن استيفاء المنفعة فيها ، مثلُ أن يكترىَ دابّةً ليركبها إلى حمص ، فقبضها ، ومضت مدة يمكن ركوبها فيها ، فقال أصحابنا : يستقرّ عليه الأجرُ ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره، فاستقرّ الضمان عليه . كما لو تلفت العين فى يد المشترى ، وكما لو كانت الإجارة على مدّة ، فمضت .

وقال أبو حنيفة : لا يستقرّ الأجر عليه حتى يستوفى المنفعة ، لأنه عقد على منفعة غير مؤقّتة بزمن ، فلم

يستقرّ بدلها قبل استيفائها ، كالأجر للأجير المشترك ، فإن بذل تسليم العين ، فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدّة استقرّ الأجر عليه ، لأن المنافع تلفت باختياره فى مدّة الإجارة ، فاستقرّ عليه الأجر ، كما لو كانت فى يده ، وإن بذل تسليم العين ، وكانت الإجارة على عمل ، فقال أصحابنا : إذا مضت مدّة يمكن الاستيفاء فيها استقرّ عليه الأجر ، وبهذا قال الشافعىّ ، لأن المنافع تلفت باختياره .

وقال أبو حنيفة : لا أجر عليه ، وهو أصحّ عندى ، لأنه عقدٌ على ما فى الذمّة ، فلم يستقرّ عوضُه ببذل التسليم ، كالمسلَم فيه ، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقّتة بزمن ، فلم يستقرّ عوضُها بالبذل ، كالصَّداق إذا بذلت تسليم نفسها ، وامتنع الزوجُ من أخذها ، وإن كان هذا فى إجارة فاسدة ، ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه ، لأنها لم تتلف تحت يده ، ولا فى ملكه ، وإن قبضها ، ومضت المدّة أو مدّة يمكن استيفاء المنفعة فيها ، أو لا يمكن ، فعن أحمد روايتان :

إحداهما : عليه أجر المثل لمدّة بقائها فى يده ، وهو قول الشافعىّ ،لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض، لم يسلَم له ، فرجع إلى قيمتها ، كما لو استوفاها .

والثانية : لا شىء له ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها ، فلم يلزمه عوضها ، كالنكاح الفاسد ، وإن استوفى المنفعة فى العقد الفاسد فعليه أجرُ المثل ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يجب أقلّ الأمرين ، من المسمّى ، أو أجر المثل ، بناءً منه على أن المنافع لا تُضمن إلا بالعقد .

ولنا : أن ما ضُمن بالمسمّى فى العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة فى الفاسد ، كالأعيان ، وما ذكره لا نسلّمه والله أعلم .

٤١١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وقعت الإجارة على كلّ شهر بشىء معلوم ، لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضّى كلّ شهر ﴾ :

وجملة ذلك : أنه إذا قال : أجّرتك هذا كل شهر بدرهم ، فاختلف أصحابنا : فذهب القاضى إلى أن الإجارة صحيحة ، وهو المنصوص عن أحمد فى رواية ابن منصور ، واختيار الخِرَقىّ إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد ، لأنه معلوم يلى العقد ، وله أجر معلوم ، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبّس به ، وهو السكنى فى الدار ، إن كانت الإجارة على دار ، لأنه مجهول حال العقد ، فإذا تلبّس به تعيّن بالدخول فيه ، فصحّ بالعقد الأول ، وإن لم يتلبّس به ، أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ ، وكذلك حكم كلّ شهر يأتى ، وهذا مذهب أبى ثور . وأصحاب الرأى ، وحكى عن مالك نحوُ هذا . إلا أنّ الإجارة لا تكون لازمةً عنده . لأن المنافع متقدّرة بتقدير الأجر ، فلا يحتاج إلى ذكر المدّة . إلا فى

اللزوم . واختار أبو بكر عبد العزيز بن جعفر ، وأبو عبد الله بن حامد : أنّ العقد باطلٌ وهو قول الثورىّ ، والصحيح من قولى الشافعىّ ، لأن كلّ اسم للعدد ، فإذا لم يقدّره كان مبهماً مجهولاً ، فيكون فاسداً ، كما لو قال : أجّرتك مدّة ، أو شهراً ، وحمل أبو بكر ، وابن حامد كلام أحمد فى هذا ، على أنّ الإجارة وقعت على أشهُر معيَّنة .

ووجه الأول . « أن عليًّا رضى الله عنه استقى لرجل من اليهود كلّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ ، وجاء به إلى النبىّ صلّى الله عليه وسلم يأكُلُ مِنهُ ، قال علىّ : كنتُ أدْلُوا الدَّلْوَ بتَمْرَةٍ ، وأشترطها جَلْدةً ، وعن رجلٍ من الأنصار : أنه قال ليهودىّ : أسقى نَخْلَكَ ؟ قال : نعم ، كلّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ ، واشترط الأنصارىّ أن لا يأخذها خَدِرَةً[1] ، ولا تارِزةً ، ولا حَشَفَةً ، ولا يأخذ إلا جَلْدَةً فاستقى بنحوٍ من صاعين ، فجاء به إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم » . رواهما ابن ماجه ، فى سننه ، وهو نظير مسألتنا ، ولأن شروعه فى كلّ شهر مع ما تقدّم فى العقد من الإتفاق على تقدير أجره ، والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كالبيع بالمعاطاة ، إذا جرى من المساومة ما دلّ على التراضى بها .

فعلى هذا : متى ترك التلبّس به فى شهرٍ لم تثبُت الإجارة فيه ، لعدم العقد ، وإن فسخ ، فكذلك ، وليس بفسخ فى الحقيقة ، لأن العقد فى الشهر الثانى ما ثبت ، فأمّا أبو حنيفة فذهب إلى أنهما إذا تلبّسا بالشهر الثانى فقد اتّصل القبضُ بالعقد الفاسد ، وهو عذر غير صحيح ، لأن العقد الفاسد فى الأعيان لا يلزم بالقبض ، ولا يُضمن بالمسمّى ، ثم لم يحصل القبض ههنا ، إلا فيما استوفاه ، وقول مالك لا يصحّ ، لأن الإجارة من العقود اللازمة ، فلا يجوز أن تكون جائزة .

٤١١٤ (فصــــل)

إذا قال : أجّرتك دارى عشرين شهراً ، كلّ شهر بدرهم جاز ؛ بغير خلاف نعلمه،لأن المدّة معلومة ، وأجرها معلوم ، وليس لواحد منهما فسخ بحال ، لأنها مدّة واحدة ، فأشبه ما لو قال : آجَرْتُكَ عشرين شَهْراً بعِشْرينَ دِرْهَماً ، وإن قال : آجرتكها شهراً بدرهم ، وما زاد فبحساب ذلك صحّ فى الشهر الأول ، لأنه أفرده بالعقد، وبطل فى الزائد لأنه مجهول، ويحتمل أن يصحّ فى كلّ شهر تلبّس به كما لو قال : آجرتُكها كلّ شهر بدرهم ، لأن معناهما واحد ، ولو قال : آجَرتكها هذا الشهر بدرهم ، وكلّ شهر بعد ذلك بدرهم، أو قال : بدرهمين . صحّ فى الأول . وفيما بعده وجهان .

٤١١٥ (فصــــل)

والإجارة عقد لازم من الطرفين ، ليس لواحد منهما فسخها ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب

---

(١) الخدرة : الثمرة تقع من النحل قبل أن تنضج ، والتارزة : اليابسة لاروح فيها ، والحشفة : أردأ التمر ، أو الضعيفة لانوى لها ، أو اليابسة الفاسدة .

الرأى ، وذلك لأنها عقد معاوضة ، فكان لازماً كالبيع ، ولأنها نوع من البيع ، وإنّما اختصّت باسم كما اختصّ الصرف ، والسلم باسم ، وسواء كان له عذر ، أو لم يكن ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : يجوز للمكترى فسخها لعذر فى نفسه ، مثل أن يكترى جملاً ليَحُجّ عليه ، فيمرض ، فلا يتمكّن من الخروج ، أو تضيع نفقته ، أو يكترى دُكّاناً للبَزّ ، فيحترق متاعه ، وما أشبه هذا ، لأن العذر يتعذّر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها ، فملك به الفسخ ، كما لو استأجر عبداً فأبق .

ولنا أنه عقد لايجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر ، فلم يجز لعذر فى غير المعقودعليه ، كالبيع ، ولأنه لو جاز فسخه لعذرِ المكترى ، لجاز لعُذرِ المُكْرِى تسويةً بين المتعاقدين ، ودفعاً للضرر عن كلّ واحد من العاقدين ، ولم يجز ثَمَّ فلا يجوز ههنا ، ويُفارق الإباق ، فإنّه عذر فى المعقود عليه .

٤١١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن استأجر عقاراً مدّة بعينها ، فبدا له قبل تقضّيها ، فقد لزمته الأجرة كاملة ﴾ .

وجملته أن الإجارة عقد لازم ، يقتضى تمليك المؤجّر الأجرَ ، والمستأجر المنافع ، فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدّتها ، وترك الانتفاع اختياراً منه ، لم تنفسخ الإجارة ، والأجر لازم له ، ولم يزُل ملكه عن المنافع ، كما لو اشترى شيئاً ، وقبضه ، ثم تركه ، قال الأثرم : قلتُ لأبى عبدالله : رجل اكترى بعيراً ، فلمّا قدم المدينة قال له : فاسِخْنِى ، قال : ليس ذلك له ، قد لزمه الكراء ، قلت : فإنّ مرض المستكرى بالمدينة ، فلم يجعل له فسخاً ، وذلك لأنه عقد لازم بين الطرفين ، فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه ، وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه ، كالبيع .

٤١١٧ (فصل)

ولا خلاف بين أهل العلم فى إباحة إجارة العقار ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استئجار المنازل ، والدوّاب جائز ، ولا تجوز إجارتها إلا فى مدّة معيّنة ، معلومة ، ولا بدّ من مشاهدته ، وتحديده ، فإنه لا يصير معلوماً إلا بذلك ، ولا يجوز إطلاقه ، ولا وصفه ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو ثور : إذا ضبط بالصفة أجزأ ، وقال أصحاب الرأى : له خيار الرؤية ، كقولهم فى البيع ، ويتخرّج لنا مثلُ ذلك ، بناء على البيع ، والخلاف ههنا مبنىّ على الخلاف فى البيع ، ولم يكتف بالصفة ، لأنه لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، كما لايعلم فى البيع إلا بذلك ، فان كان داراً ، أو حمّاماً احتاج إلى مشاهدة البيوت ، لأن الغرض يختلف بصغرها ، وكبرها ، ومرافقها ، ومشاهدة قدر الحمّام ليعلم كبرها من صغرها ، ومعرفة ماء الحمّام ، إما من قناةٍ ، أو بئرٍ ، فان كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها ، ليعلم عُمقها ، ومؤنة استسقاء الماء

منها ، ومشاهدة الأتون ، ومطّرح الرّماد ، وموضع الزّبل ، ومَصْرَف ماء الحمّام ، فتى أخلّ بهذا ، أو بعضه لم تصحّ للجهالة بما يختلف الغرض به .

٤١١٨ (فصـــل)

وكره أحمد كراء الحمّام ، وسئل عن كرائه ، فقال : أخشى ، فقيل له : إذا شرط على المكترى أن لا يدخله أحد بغير إزار ، فقال : ومن يضبط هذا ؟ وكأنه لم يعجبه ، قال ابن حامد : هذا على طريق الكراهة تنزيهاً لا تحريماً ، لأنه تبدو فيه عورات الناس ، فتحصُل الإجارة على فعل محظور ، فكرهه لذلك ، فأمّا العقدُ فصحيح ، وهذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم أن كِراء الحمّام جائز ، إذا حدده ، وذكر جميع آلته شهوراً مسمّاة ، وهذا قول مالك ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، لأن المكترىَ إنما يأخذ الأجر عوضاً عن دخول الحمّام ، والاغتسال بمائه ، وأحوال المسلمين محمولة على السلامة ، وإن وقع من بعضهم فعل مالا يجوز لم يحرم الأجر المأخوذ منه ، كما لو اكترى داراً ليسكنها ، فشرب فيها خمراً .

٤١١٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يتصرّف مالك العقار فيه إلا عند تقضّى المدّة ﴾

وجملته أن المستأجر يملك المنافع بالعقد ، كما يملك المشترى المبيع بالبيع ، ويزول ملك المؤجر عنها ، كما يزول ملك البائع عن المبيع ، فلا يجوز له التصرّف فيها ، لأنها صارت مملوكةً لغيره ، كما لا يملك البائع التصرّف فى المبيع ، فإن تصرّف فيها نظرنا ، فإن كان ذلك فى حال بدا المستأجر قبل تقضّى المدّة ، مثل أن يكترىَ داراً سنةً ، فيسكنها شهراً ، ويتركها ، فيسكنها المالك بقية السنة ، أو يؤجّرها لغيره ، احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك ، لأنه يتصرّف فيه قبل قبض المكترى له ، فأشبه ما لو تلف المكيل قبل تسليمه ، وسلم باقيه .

فعلى هذا : إن تصرّف المالك فى بعض المدّة دون بعض انفسخ العقد فى قدر ما تصرّف فيه ، دون مالم يتصرّف فيه ، ويكون على المستأجر ما بقى ، فلو سكن المستأجر شهراً ، وتركها شهراً ، وسكن المالك عشرةَ أشهر لزم المستأجر أجرُ شهرين ، وإن سكنها شهراً ، وسكن المالك شهرين ، ثم تركها ، فعلى المستأجر أجرُ عشرةَ أشهر ، ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدّة ، وله على المالك أجر المثل لما سكنَ أو تصرّف فيه بقسط ذلك ، ممّا على المستأجر من الأجر ، ويلزمه الباقى . لأنّه تصرّف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه ، فأشبه ما لو تصرّف فى المبيع بعد قبض المشترى له وقبض الدار ههنا قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يملك التصرّف فى المنافع بالسكنى ، والاجارة ، وغيرها .

فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمّى فى العقد لم يجب على المستأجر شىء ، وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر ، والأول أولى ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ ، وإن تصرّف المالك قبل تسلّم العين ، أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدّة الاجارة ، انفسخت الاجارة ، وجهاً واحداً ، لأن العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه ، فانفسخ العقد ، كما لو باعه طعاماً ، فأتلفه قبل تسليمه ، وإن سلّمها إليه فى أثناء المدّة انفسخت فيما مضى ، ويجب أجر الباقى بالحصّة ، كالمبيع إذا سلّم بعضه ، وأتلف بعضاً .

٤١٢٠ ﴿مسألة﴾

قال ﴿ فإن حوله المالك قبل تقضّى المدّة لم يكن له أجرٌ لما سكن ﴾

يعنى إذا استأجر عقاراً مدّة ، فسكنه بعض المدّة ، ثم أخرجه المالك ، ومنعه تمام السكنى ، فلا شىء له من الأجرة ، وقال أكثر الفقهاء : له أجر ما سكن ، لأنّه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة ، فلزمه عوضه ، كالمبيع إذا استوفى بعضه ، ومنعه المالك بقيته ، كما لو تعذّر استيفاء الباقى لأمرٍ غالب .

ولنا : أنه لم يُسلّم إليه ما عقد الاجارة عليه ، فلم يستحقّ شيئاً ، كما لو استأجره ليحمل كتاباً ، فحمله بعض الطريق ، أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً ، فحفر له عشراً وامتنع من حفر الباقى ، وقياس الإجارة على الاجارة أولى من قياسها على البيع .

ويفارق ما إذا امتنع لأمرٍ غالب لأن له عذراً ، والحكم فيمن اكترى دابّة ، فامتنع المُكرى من تسليمها فى بعض المدّة ، أوآجر نفسه ، أوعبده للخدمة مدّةً وامتنع من إتمامها ، أو أجّر نفسه لبناء حائط ، أو خياطةٍ ، أو حفرِ بئر ، أو حملِ شىءٍ إلى مكانٍ ، وامتنع من إتمام العمل ، كالحكم فى العقار يمتنع من تسليمه ، وأنّه لا يستحقّ شيئاً لما ذكرنا .

٤١٢١ (فصل)

إذا هرب الأجير ، أو شردت الدابّة ، أو أخذ المؤجّر العين ، وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة منها ، من غير هرب ، لم تنفسخ الاجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فإن فسخ ، فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضىّ المدّة يوماً ، فيوماً ، فإن عادت العين فى أثناء المدّة استوفى ما بقى منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الإجارة ، لفوات المعقود عليه ، وإن كانت الإجارة على موصوف فى الذمّة ، كخياطةِ ثوب ، أو بناء حائط ، أو حملٍ إلى موضع معيّن استُؤجر من ماله من يعمله ، كما لو أسلم إليه فى شىء ، فهرب ، ابتيع من ماله . فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فإن فسخ

فلا كلام . وإن لم يفسخ وصبر إلى أن يقدِرَ عليه فله مطالبته بالعمل . لأن ما فى الذمّة لا يفوت بهربه .

وكلّ موضع امتنع الأجير من العمل فيه ، أو منع المؤجّر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض . فلا أجر له فيه ، على ما سبق ، إلا أن يردّ العين قبل انقضاء المدّة ، أو يتمّ العمل ، إن لم يكن على مدّة قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

فأما إن شردت الدابّة ، أو تعذّر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجّر ، فله من الأجر بقدر ما استوفى بكلّ حال .

٤١٣٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدّة انتفاعه ﴾ .

وجملته : أن من استأجر عيناً مدّة ، فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخلُ من أقسام ثلاثة .

أحدها : أن تتلف العين ، كدابّة تَنْفَقُ ، أو عبد يموت ، فذلك على ثلاثة أضرُب .

أحدها : أن تتلف قبل قبضها فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه . لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه . فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

والثانى : أن تتلف عَقيب قبضها ، فإنّ الإجارة تنفسخ أيضاً ، ويسقط الأجر فى قول عامّة الفقهاء ، إلا أبا ثور ، حكى عنه أنه قال : يستقرّ الأجر . لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه ، أشبه المبيع ، وهذا غلط . لأن المعقود عليه المنافع ، وقبضها باستيفائها أو التمكّن من استيفائها ، ولم يحصل ذلك ، فأشبه تلفها قبل قبض العين .

الثالث : أن تتلف بعد مضىّ شىء من المدّة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدّة دون ما مضى ، ويكون للمؤجّر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة .

قال أحمد فى رواية إبراهيم بن الحارث : إذا اكترى بعيراً بعينه ، فنفق البعير ، يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه ، فبطل العقد فيما تلف ، دون ما قبض ، كما لو اشترى صُبْرتين ، فقبض إحداهما ، وتلفت الأخرى قبل قبضها ، ثم ننظر : فإن كان أجر المدّة متساوياً فعليه بقدر ما مضى ، إن كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر ، وإن كان قد مضى الثلث فعليه الثلث ، كما يقسّم الثمن على المبيع المتساوى ، وإن كان مختلفاً ، كدار أجرها فى

الشتاء أكثر من أجرها فى الصيف ، وأرضٍ أجرها فى الصيف أكثر من الشتاء ، أو دار لها موسمٌ ، كدور مكة رجع فى تقويمه إلى أهل الخبرة ، ويقسّط الأجر المسمّى على حسب قيمة المنفعة ، كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة فى البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافةٍ ، كبعير استأجره على حملِ شيء إلى مكان معيّن ، وكانت متساويةَ الأجزاء ، أو مختلفة . وهذا ظاهرُ مذهب الشافعىّ .

٤١٢٣ (فصـــل)

القسم الثانى أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ، كدار انهدمت ، وأرض غرقت ، أو انقطع ماؤها ، فهذه يُنظر فيها . فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهى كالتالفة سواء ، وإن بقى فيها نفع غيرُ ما استأجرها له ، مثل أن يمكن الانتفاع بَعْرصةِ الدار . والأرض ، لوضع حطب فيها ، أو نَصْبِ خيمة فى الأرض التى استأجرها ، للزرع ، أو صَيْد السمك من الأرض التى غرقت ، انفسخت الإجارة أيضاً . لأن المنفعة التى وقع عليها العقد تلفت ، فانفسخت الإجارة ، كما لو استأجر دابةً ليركبها ، فزَمِنَت[1] بحيثُ لا تصلُح إلا لتدور فى الرحَى . وقال القاضى فى الأرض التى ينقطع ماؤها : لا تنفسخ الإجارة فيها ، وهو منصوص الشافعىّ . لأن المنفعة لم تبطل جملةً لأنه يمكن الانتفاع بَعْرصةِ الأرض بِنَصْبِ خَيْمةٍ أو جمع حَطَبٍ فيها فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه .

فعلى هذا : يخيّر المستأجر بين الفسخ ، والإمضاء . فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات . وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الأجر ، لأن ذلك عيب . فإذا رضى به سقط حكمه . فإن لم يختر الفسخ ولا الإمضاء إما لجهله بأن له الفسخ ، أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك ، والأول أصحّ . لأن بقاء غير المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه ، كما فى البيع .

ولو كان النفع الباقى فى الأعيان مما لا يُباح استيفاؤه بالعقد ، كدابّةٍ استأجرها للركوب ، فصارت لا تصلُح إلا للحمل ، أو بالعكس ، انفسخ العقد وجهاً واحداً ، لأن المنفعة الباقية لا يُملك استيفاؤها مع سلامتها ، فلا يَملكها مع تعيبّها ، كبيعها .

وأما إن أمكن الانتفاع بالعين ، فيما اكتراها له ، على نعتٍ من القصور ، مثل أن يُمكنه زرع الأرض بغير ماء ، أو كان الماء ينحسر عن الأرض التى غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة ، أو يسوء الزرع ، أو كان يمكنه سُكنى ساحةِ الدار ، إمّا فى خَيْمةٍ ، أو غيرها لم تنفسخ الإجارة ، لأن المنفعة المعقود عليها لم تزلُ بالكلية ، فأشبه ما لو تعيّبت ، وللمستأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا ، إلا فى الدار إذا انهدمت ، فإن فيها وجهين .

---

(١) زمنت : عجزت عن العمل لعدم استطاعتها الحركة الكثيرة وقلت قوتها .

أحدهما : لا تنفسخ الإجارة .

والثانى : تنفسخ : لأنه زال اسمها بهدمها ، وذهبت المنفعة التى تُقصد منها ، ولذلك لا يستأجر أحدٌ عَرْصَةَ دارٍ ليسكنها . فأمّا إن كان الحادث فى العين لا يضرّها ، كغرق الأرض بماء ينحسر فى قرب من الزمان ، لا يمنع الزرع ، ولا يضرّه ، وانقطاع الماء عنها ، إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر ، أو كان انقطاعه فى زمن لا يحتاج إليه فيه ، فليس للمستأجر الفسخ ، لأن هذا ليس بعيب ، وإن حدث الغرق المضرّ ، أو انقطاع الماء ، أو انهدم بعض العين المستأجرة ، فلذلك البعض حكم نفسه فى الفسخ ، أو ثبوت الخيار ، وللمكترى الخيار فى تبقية العين ، لأن الصفقة تبعّضت عليه ، فإن اختار الإمساك أمسك بالحصّة من الأجر كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام فى يد البائع .

٤١٢٤ (فصــــل)

القسم الثالث : أن تغصب العين المستأجرة ، فللمستأجر الفسخ ، لأن فيه تأخير حقّه ، فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدّة الإجارة فله الخيار بين الفسخ ، والرجوع بالمسمّى ، وبين البقاء على العقد ، ومطالبة الغاصب بأجر المثل ، لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً ، بل إلى بدل ، وهو القيمة ، فأشبه مالو أتلف الثّمرة المبيعة آدمىّ قبل قطعها ، ويتخرج انفساخ العقد بكلّ حال ، على الرواية التى تقول : إن منافع الغصب لا تُضمن ، وهو قول أصحاب الرأى ، ولأصحاب الشافعىّ فى ذلك اختلاف .

وإن زادت العين فى أثناء المدّة ، ولم يكن فسخٌ استوفى مابقى منها ، ويكون فيما مضى من المدّة مخيّراً كما ذكرنا .

وإن كانت الإجارة على عمل ، كخياطة ثوب ، أو حمل شىء إلى موضع معيّن ، فغصب جمله الذى يحمل عليه ، وعبده الذى يخيط له لم ينفسخ العقد ، وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب ، وإقامة من يعمل العمل ، لأنّ العقد على مافى الذّمة ، كما لو وجد بالمسلَم فيه عيباً ، فردّه ، فإن تعذّر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة ، فيستوفى منها .

٤١٢٥ (فصــــل)

القسم الرابع : أن يتعذّر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها ، مثل أن يأبق العبد أو تَشْرُدَ الدابّة ، وقد ذكرنا حكم ذلك فيما قبل هذا .

٤١٢٦ (فصــــل)

القسم الخامس : أن يحدث خوف عامّ يمنع من سكنى ذلك المكان الذى فيه العين المستأجرة ،

أو تُحْصَر البلد ، فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ، ونحو ذلك ، فهذا يُثبت للمستأجر خيار الفسخ ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة ، فأثبت الخيار ، كغصب العين ، ولو استأجر دابّة ليركبها ، أو يحمل عليها إلى مكان معيّن ، فانقطت الطريق إليه لخوف حادث ، أو اكترى إلى مكة ، فلم يحجّ الناس ذلك العام من تلك الطريق ، فلكلّ واحد منهما فسخ الإجارة .

وإن أحبّ إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز ، لأن الحقّ لها لا يعدوهما ، فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر ، مثل أن يخاف وحده لقُرب أعدائه من الموضع المستأجر ، أو حلولهم فى طريقة لم يملك الفسخ ، لأنه عذر يختصّ به ، لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلّية ، فأشبه مرضه ، وكذلك لو حُبس ، أو مرض ، أو ضاعت نفقته ، أو تلف متاعُه لم يملك فسخ الاجارة لذلك ، لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنًى من جهته ، فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه ، كما لو تركها اختياراً .

٤١٢٧ (فصــــــل)

وإذا اكترى عيناً ، فوجد بها عيباً لم يكن علم به فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه ، وقال ابن المنذر إذا اكترى دابّة بعينها ، فوجدها جَمُوحاً ، أو عَضُوضاً ، أو نَفُوراً ، أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها ، فللمكترى الخيار : إن شاء ردّها وفسخ الإجارة ، وإن شاء أخذها ، وهــذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى ، ولأنه عيب فى المعقود عليه ، فأثبت الخيار ، كالعيب فى بيوع الأعيان .

والعيب الذى يردّ به ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر فى المشى ، والعَرج ، الذى يتأخّر به عن القافلة ، وربض البهيمة بالحمل ، وكونها جَمُوحَةً أو عَضُوضَةً أو أشباه ذلك .

وفى المكتَرى للخدمة ضعفُ البصر ، والجنون ، والجُذام ، والبرص ، وفى الدار انهدامُ الحائط والخوف من سقوطها ، وانقطاع الماء من بئرها ، أو تغيّره بحيث يمتنع الشرب ، والوضوء ، وأشباه ذلك من النقائص ، ومتى حدث شىء من هذه العيوب بعد العقد ثبت المكترى خيار الفسخ ، لأن المنافع لا يحصُل قبضها إلا شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب فقد وجد ، مثل قبض الباقى من المعقود عليه ، فأثبت الفسخ فيما بقى منها ، ومتى فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، وإن رضى المقام ، ولم يفسخ لزمه جميع العوَض ، لأنه رضى به ناقصاً ، فأشبه مالو رضى بالمبيع مَعيباً ، وإن اختلفا فى الموجود : هل هو عيب أو لا ؟ رُجع فيه إلى أهل الخبرة ، فإن قالوا : ليس بعيب ، مثل أن تكون الدابة خَشِنَةَ المَشْى ، أو أنها تُتْعِبُ راكبها ، لكونها لا تُركب كثيراً ، فليس له فسخ ، وإن قالوا : هو عيب فله الفسخ ، هـذا إذا كان العقد يتعلّق بعينها ، فأمّا إن كانت موصوفةً فى الذمّة لم ينفسخ العقد ، وعلى المكرى إبدالها ، لأن العقد لم يتعلّق بعينها ،

أشبه المسلم فيه إذا سلّمه على غير صفته ، فإن عجز عن إبدالها ، أو امتنع منه ولم يمكن إجباره عليه ، فللمكترى الفسخ أيضاً .

٤١٢٨ (فصـــــل)

وعلى المكرى ما يتمكّن به من الانتفاع ، كتسليم مفاتيح الدار ، والحمّام ، لأن عليه التمكين من الانتفاع ، وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع فوجب عليه ، فإن ضاعت بغير تفريط من المكترى ، فعلى المكرى بدلها ، لأنها أمانة فى يد المكترى : فأشبه ذلك حيطان الدار ، وأبوابها ، وعليه بناء حائط ، إن سقط ، وإبدال خشبه إن انكسر ، وعليه تبليط الحمّام ، وعمل الأبواب ، والبزل ، ومجرى الماء ، لأنه بذلك يتمكّن من الانتفاع ، وما كان لاستيفاء المنافع ، كالحبل ، والدلو ، والبكرة ، فعلى المكترى ، وأما التحسين ، والتزويق ، فلا يلزم واحداً منهما ، لأن الانتفاع ممكن بدونه ، وأما تنقية البالوعة ، والكُنُف ، فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء فعلى المكرى ، لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع ، وإن امتلأت بفعل المكترى ، فعليه تفريغها ، وهذا قول الشافعىّ ، وقال أبو ثور : هو على ربّ الدار ، لأن به يتمكّن من الانتفاع ، فأشبه ما لو اكترى ، وهى ملأى ، وقال أبو حنيفة : القياس أنّه على المكترى ، والاستحسان أنه على ربّ الدار . لأن عادة الناس ذلك .

ولنا أن ذلك حصل بفعل المكترى . فكان عليه تنظيفه ، كما لو طرح فيها قُماشاً ، والقول فى تفريغ جيّة الحمّام التى هى مصرف الماء . كالقول فى بالوعة الدار ، وإن انقضت الإجارة وفى الدار زبل ، أو قُمامة من فعل الساكن فعليه نقله . وهذا قول الشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى .

٤١٢٩ (فصـــل)

وإن شرط على مكترى الحمّام ، أو غيره أن مدّة تعطيله عليه لم يجز ، لأنه لا يجوز أن يؤجّر مدّة لا يمكن الانتفاع فى بعضها . ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفى بقدرها بعد انقضاء مدّته ، لأنه يؤدّى إلى أن يكون انتهاء مدّة الإجارة مجهولا ، فإن أطلق ، وتعطّل فهو عيب حادث ، والمكترى بالخيار بين الإمساك بكلّ الأجر ، وبين الفسخ ، ويتخرّج أن له أرش العيب ، قياساً على المبيع المعيب ، وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدّة الإجارة فعليه الأجر كلّه ، لأنه استوفى المعقود عليه ، فأشبه ما لو علم العيب بعد العقد ، فرضيه ، ويتخرّج أنّ له أرش العيب ، كما لو اشترى معيباً ، فلم يعلم عيبه حتى أكله ، أو تلف فى يده .

٤١٣٠ (فصـــل)

وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكرى ، كعمارة الحمّام إذا شرطها على المكترى ، فالشرط فاسد ، لأن العين ملك المؤجّر ، فنفقتها عليه ، وإذا أنفق بناء على هذا احتسب به على المكرى ،

لأنه أنفقه على ملكه ، بشرط العوض ، فإن اختلفا في قدر ما أنفق فالقول قولُ المكرى ، لأنه مُنكِر ، فإن لم يشترط لكن أذن له في الإنفاق ليحتسب له من الأجر ، ففعل ، ثم اختلفا ، فالقول قول المكرى أيضاً ، وإن أنفق من غير إذنه لم يرجع بشيء ، لأنه أنفق على ماله بغير إذنه نفقةً غيرَ واجبةٍ على المالك ، فأشبه مالو عمَّر داراً له أخرى .

٤١٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ومن استؤجر لعمل شيء بعينه ، فمرض أقيم مُقامه من يعمله ، والأجرة على المريض﴾

وجملة ذلك أنه يجوز استئجار الآدميّ بغير خلاف بين أهل العلم ، وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم ، واستأجر النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وأبو بكر رجلاً ليدلهما على الطريق ، وذكر النبيّ صلى الله عليه وسلم رجلاً استأجر أجراء كلّ أجير بفَرَق[1] من ذُرَة وقال « إنَّما مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أَهْلِ الكِتَابِ كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ فَقَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ غُدْوَةٍ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ عَلَى قِيرَاطٍ قِيرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ الْيَهُودُ ، ثُمَّ قال : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنْ نِصْفِ النَّهَارِ إِلَى الْعَصْرِ عَلَى قِيرَاطٍ قِيرَاطٍ ؟ فَعَمِلَتِ النَّصَارَى ، ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِي مِنَ الْعَصْرِ إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ عَلَى قِيرَاطَيْنِ قِيرَاطَيْنِ ؟ فَعَمِلْتُمْ أَنْتُمْ فَغَضِبَتِ الْيَهُودُ ، والنَّصَارَى ، وقَالُوا : نَحْنُ أَكْثَرُ عَمَلاً وَأَقَلُّ أَجْراً ، فَقَال : هَلْ ظَلَمْتُكُمْ مِنْ أَجْرِكُمْ شَيْئاً؟! قَالُوا : لاَ : قَالَ : فَإِنَّمَا هُوَ فَضْلِي أُوتِيهِ مَنْ أَشَاءُ » ولأنه يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه ، فجازت إجارته ، كالدور ، ثم إجارته تقع على ضربين :

أحدهما : استئجاره مدّةً بعينها ، لعمل بعينه ، كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثمانيَ حِجَج واستئجار الأُجراء المذكورين في الخبرَ .

والثاني : استئجاره على عمل مُعَيَّن في الذمّة ، كاستئجار النبيّ صلّى الله عليه وسلم ، وأبي بكر دليلاً يدُلُّهما على الطريق ، واستئجار رجل لخياطة قميص ، أو بناء حائط ، ويتنوّع ذلك نوعين .

أحدهما : أن تقع الإجارة على عين ، كإجارة عبده لرعاية غنمه ، أو ولده لعمل معيّن .

والثاني . أن تقع على عمل في الذمّة ، كخياطة قميص ، وبناء حائط ، فمتى كانت على عمل في ذمّته ، فمرض وجب عليه أن يقُيم مُقامه من يعمله ، لأنه حقّ وجب في ذمّته ، فوجب عليه إيفاؤه ، كالمسلَم فيه ، ولا يجب على المستأجر إنظاره ، لأن العقد بإطلاقه ، يقتضي التعجيل ، وفي التأخير إضرارٌ به ، فأمّا إن كانت الإجارة على عبده في مدّة ، أو غيرها ، فمرض لم يقُم غيره مُقامه ، لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه ،

---

(١) الفرق : بفتح الفاء والراء ، وبفتح الفاء وسكون الراء والأول أفصح : هو مكيال يسع ثلاثة آصع أو ستة عشر رطلا ، أو أربعة أرباع .

لا على شيء فى ذمّته ، وعمل غيره ليس معقوداً عليه ، وإنما وقع العقد على معيّن ، فأشبه مالو اشترى معيّناً لم يجز أن يدفع إليه غيره ، ولا يُبدله ، بخلاف مالو وقع فى الذمّة . فإنّه يجوز إبدال المعيب ، ولا ينفسخ العقد بتلف ما تسلّمه ، والمبيع المعيّن بخلافه ، فكذلك الإجارة ، وإن كانت الإجارة على عمل فى الذمّة لكنّه لا يقوم غيرُ الأخير مقامه ، كالنسخ ، فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف إقامةَ غيره مُقامه ، ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير ، لأن الغرض لا يحصُل من غير الناسخ ، كحصوله منه ، فأشبه مالو أسلم إليه فى نوع ، فسلّم إليه غيره ، وهكذا كلّ ما يختلف باختلاف الأعيان .

٤١٣٢ (فصـــل)

يجوز الاستئجار لحفر الآبار ، والأنهار ، والقُنِيّ ، لأنها منفعة معلومة ، يجوز أن يتطوع بها الرجل على غيره ، فجاز عقد الإجارة عليه كالخدمة ، ولابدّ من تقدير العمل بمدة أو عمل مُعيّن . فإن قيّده بمدّة ، نحو أن يقول : استأجرتك شهراً لتحفر لى بئراً أو نهراً لم يحتج إلى معرفة القدر ، وعليه أن يحفر ذلك الشهر ، قليلاً حفر ، أو كثيراً ، ويحتاج إلى معرفة الأرض التى يحفر فيها ، وقال بعض أصحابنا : لا يحتاج إلى معرفتها ، لأن الغرض لا يختلف بذلك ، والأول أولى إن شاء الله ، لأن الأرض قد تكون صلبةً فيكون الحفر عليه شاقاً ، وقد تكون سهلةً ، فيسهل ذلك عليه ، وإن قدّره بالعمل ، فلابدّ من معرفة الوضع بالمشاهدة . لأن المواضع تختلف بالسهولة ، والصلابة ، ولا ينضبط ذلك بالصفة . ويعرف دور البئر . وعمقها ، وطول النهر . وعمقه ، وعَرضه . لأن العمل يختلف بذلك . فإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب . لأنه لا يمكنه الحفر إلا بذلك فقد تضمّنه العقد . فإن تهوّر تراب من جانبيها . أو سقطت فيه بهيمة . أو نحو ذلك . لم يلزمه شيله . وكان على صاحب البئرْ . لأنه سقط فيها من ملكه . ولم يتضمّن عقدُ الإجارة رفعه .

وإن وصل إلى صخرة ، أو جماد يمنع الحفر ، لم يلزمه حفره . لأن ذلك مخالف لما شاهده من الأرض ، وإنما اعتبرت مشاهدة الأرض ، لأنّها تختلف ، فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة كان له الخيار فى الفسخ ، فإذا فسخ كان له من الأجر بحصّة ما عمل ، فيقسّط الأجر على مابقى ، وما عمل ، فيقال : كم أجر ما عمل ؟ وكم أجر ما بقى ؟ ويقَسّط الأجر المسمَّى عليهما ، ولا يجوز تقسيطه على عدد الأذرع . لأن أعلى البئر يسهُل نقل التراب منه ، وأسفله يشقّ ذلك فيه ، وإن نبع ما يمنعه من الحفر فهو بمنزلة الصخرة على ما ذكرنا .

٤١٣٣ (فصـــــــل)

ويجوز الاستئجار لضرب اللّبِن لما ذكرنا ، ويكون على مدّةٍ ، أو عملٍ . فإن قدّره بالعمل احتاج إلى تبيين عدده ، وذكر قالبه ، وموضع الضرب . لأن الأجر يختلف باختلافه ، لكون التراب فى بعض الأماكن أسهل ، والماء أقرب ، فإن كان هناك قالب معروف لا يختلف جاز ، كما إذا كان المكيال معروفاً ،

وإن قدَّره بالطول ، والعرض ، والسمك جاز ، ولا يكتفى بمشاهدة قالب الضرب ، إذا لم يكن معروفاً ، لأن فيه غرراً . وقد يتلف القالب ، ولا يصح كما لو أسلم فى مكيال بعينه .

٤١٣٤ (فصـــل)

ويجوز الاستئجار للبناء ، وتقديره بالزمان ، أو العمل ، فإن قدره بالعمل : فلابدّ من معرفة موضعه . لأنه يختلف أيضاً بقرب الماء ، وسهولة التراب ، ولابدّ من ذكر طوله ، وعرضه ، وسمكه ، وآلة البناء من لبن ، وطين ، أو حجرٍ . وطين ، أو شيْد ، وآجر ، أو غير ذلك ، قال ابن أبى موسى : وإذا استأجره لبناء ألف لَبِنة فى حائطه ، أو استأجره يبنى له فيه يوماً فعمل ما استأجره عليه ، ثم سقط الحائط ، فله أجره ، لأنه وفَّى العمل ، وإن قال: ارفع لى هذا الحائط عشرةَ أذرع ، فرفع بعضه ، ثم سقط . فعليه إعادة ماسقط ، وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الزرع ، وهذا إذا لم يكن سقوطه فى الأول لأمر من جهة العامل ، فأمّا إن فرّط ، أو بناه محلولاً ، أو نحو ذلك ، فسقط ، فعليه إعادته ، وغرامة ما تلف منه .

٤١٣٥ (فصـــل)

ويجوز الاستئجار لتطيين السطوح والحيطان ، وتجصيصها ، ولا يجوز على عمل معين لأن الطين يختلف ، فمنه رقيق ، وثخين ، وأرض السطح تختلف ، فمنها العالى ، ومنها النازل ، وكذلك الحيطان ، فلذلك لم يجز إلا على مدّة .

٤١٣٦ (فصـــل)

ويجوز استئجار ناسخ لينسخ له كتب فقه ، أو حديث ، أو شعراً مباحاً ، أو سجلاّت ، نصّ عليه فى رواية مثنىّ بن جامع ، وسأله عن كتابة الحديث بالأجر فلم يرَ به بأساً .

ولابدّ من التقدير بالمدّة أو العمل ، فإن قدره بالعمل ذكر عدد الأوراق ، وقدرها ، وعدد السطور ، فى كلّ ورقة ، وقدر الحواشى ، ودقّة القلم ، وغِلظه ، فإن عرف الخط بالمشاهدة جاز ، وإن أمكن ضبطه بالصّفة ضبطه ، وإلاّ فلابدّ من مشاهدته ، لأن الأجر يختلف باختلافه .

ويجوز تقدير الأجر بأجزاء الفرع ، ويجوز بأجزاء الأصل المنسوخ منه ، وإن قاطعه على نسخ الأصل بأجر واحد جاز ، وإذا أخطأ بالشىء اليسير الذى جرت العادة به عُفِى عنه ، لأن ذلك لا يمكن التحرّز منه ، وإن أسرف فى الغلط بحيث يخرج عن العادة فهو عيب يردّ به ، قال ابن عقيل : وليس له محادثة غيره حالة النسخ ، ولاالتشاغل بما يشغل سرّه ، ويوجب غلطه ، ولا لغيره تحديثهُ وشغله ، وكذلك كلّ الأعمال التى تختلّ بشغلْ السرّ ، والقلب ، كالقِصَارةِ ، والنِّساجة ، ونحوها .

٤١٣٧ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفاً فى قول أكثر أهل العلم ، وروُى ذلك عن جابر بن زيد ، ومالك بن دينار ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعىّ . وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال ابن سيرين : لابأس أن يستأجر الرجل شهراً ، ثم يستكتبهُ مصحفاً ، وكره علقمة كتابةَ المُصحف بالأجر ، ولعلّه يرى أنّ ذلك ممّا يختصّ فاعله بكونه من أهل القُربة فكره الأجر عليه كالصلاة .

ولنا : أنه فعلٌ مباح ، يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير ، فجازأخذ الأجر عليه ، كـكتابة الحديث ، وقد جاء فى الخبر « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللهِ » .

٤١٣٨ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر لحصاد زرعه ، ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، وكان إبراهيم بن أدهم يؤجّر نفسه لحصاد الزرع ، ويجوز أن يقدّره بمـدّة ، وبعمل معيّن ، مثل أن يقاطعه على حصاد زرع مُعيّن ، ويجوز أن يستأجر رجلاً لسقى زرعه ، وتنقيته ، ودِياسه، ونقـله إلى موضع مُعيّن ، ويجوز أن يستأجر رجلاً ليحتطب له ، لأنه عمل مباح تدخله النيابة ، أشبه حصاد الزرع . قال أحمد فى رجل استأجر أجيراً على أن يحتطب له على حمارين كلّ يوم ، فـكان الرجل ينقل عليهما ، وعلى حمير لرجل آخر . ويأخذ منه الأجرة ، فإن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضرّ باشتغاله عن عمله ، لأنه قال : إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة ، فاعتبر الضرر ، وظاهر هذا أنه إذا لم يستضرّ لا يرجع بشىء ، لأنه اكتراه لعمل ، فوفّاه على التّمام ، فلم يلزمه شىء ، كما لو استأجره لعمل ، فـكان يقرأ القرآن فى حال عمله ، فإن ضرّ المستأجر يرجع عليه بقيمة ما فوّت عليه ، ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ماعمله لغيره ، لأنه صرف منافعه المعقودعليها إلى عمل غيرالمستأجر ، فـكان عليه قيمتها ، كما لوعمل لنفسه ، وقال القاضى : معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذى أخذه من الآخر ، لأن منافعه فى هذه المدّة مملوكة لغيره . فما حصل فى مقابلتها يكون للذى استأجره .

٤١٣٩ (فصـــل)

ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص فى النفس ، فما دونهما ، وبه قال مالك ، والشافعىّ . وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز فى النفس ، لأن عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعيّن ، إذ يمكن أن يضرب مما يلى الرأس ومما يلى الـكتف ، فـكان مجهولاً .

ولنا : أنه حقّ يجوز التوكيل فى استيفائه ، لا يختصّ فاعله بكونه من أهل القُربة ، فجاز الاستئجار عليه ، كالقصاص فى الطّرَف ، وقوله أن عدد الضربات يختلف ، وهو مجهول يبطلُ بخياطة الثوب ،

فإن عدد الغرزات مجهول ، وقوله إن محلّه غير متميّن قلنا : هو متقارب ، فلا يمنع ذلك صحته ، كوضع الخياطة من حاشية الثوب ، والأجر على المقتص منه ، وبهذا قال الشافعيّ وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : هو على المستوفى ، لأنه غير متميّن ، فليس على المقتصّ منه إلا التمكين ، كما لو اشترى ثمرة نخله .

ولنا : أنه أجرٌ يجب لإيفاء حقّ ، فكان على الموفّى كأجر الكيّال ، والوزّان ، وما ذكروه غير صحيح . فإن القطع مستحقّ عليه ، بخلاف الثمرة ، بدليل أنه لو مكّنه من القطع فلم يقطع ، وقطعه آخر لم يسقط حقّ صاحب القِصاص ، ولو كان التمكين تسليماً لسقط حقّه ، كالثمرة .

٤١٤٠ (فصـــــل)

ويجوز استئجار رجل ليدلّه على طريق ، فإن النبيّ صلّى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا عبد الله بن أُرَيْقِط هادياً خِرِّيتاً[1] ، وهو الماهر بالهداية ، ليدلّهما على طريق المدينة ، ويجوز استئجار كيّال ، ووزّان لعملٍ معلوم ، أو في مدّة معلومة ، وبهذا قال مالك ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

وقد روى في حديث سُوَيْد بن قَيْس : أتانا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ، فاشترى منّا رجُلٌ سراويل ، وثَمَّ رجلٌ يزنُ بأجْرٍ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زِنْ وَأَرْجِحْ » رواه أبو داود ، ويجوز استئجار رجل ليلازم غريماً يستحقّ ملازمته ، وسُئل أحمد . عن ذلك ، فقال : لا بأس ، قد شغله ، وقال في موضع آخر : غيرُ هذا أعجبُ إليّ ، كرهه ، لأنه يؤول إلى الخصومة ، وفيه تضييق على مسلم ، ولا يأمن أن يكون ظالماً ، فيساعده على ظلمه ، لكنّه جائز في الجملة ، لأن الظاهر أنّه مُحِقٌّ ، فإن الظاهر أن الحاكم لا يحكم إلا بحقّ ، ولهذا أجزنا للموكّل فعله .

٤١٤١ (فصـــــل)

ويجوز أن يستأجر سمساراً يشترى له ثياباً ، ورخّص فيه ابن سيرين ، وعطاء ، والنخَعِيّ ، وكرهه الثوريّ ، وحمّاد .

ولنا : أنها منفعة مباحة ، تجوز النيابة فيها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالبناء ، ويجوز على مدّة معلومة ، مثل أن يستأجره عشرةَ أيّام يشترى له فيها ، لأن المدّة معلومة ، والعمل معلوم أشبه الخيّاط والقصّار . فإن عيّن العمل دون الزمان ، فجعل له من كلّ ألف درهم شيئاً معلوماً صحّ أيضاً ، وإن قال :

---

(١) الخريت : بكسر الخاء وتشديد الراء مكسورة الدليل الحاذق .

كلّما اشتريتَ ثوباً فلك درهم أجراً ، وكانت الثياب معلومةً بصفة ، أو مقدّرة بثمن جاز ، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز ، لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها ، والأجر يختلف باختلافها . فإن اشترى فله أجر مثله ، وهذا قول أبي ثور ، وابن المنذر ، لأنه عمل عملاً بعوض لم يَسْلَم له ، فكان له أجر المثل ، كسائر الإجارات الفاسدة .

٤١٤٢ (فصـــــل)

وإن استأجر ليبيع له ثياباً بعينها صحّ ، وبه قال الشافعيُّ ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ . لأن ذلك يتعذّر عليه ، فأشبه ضِراب الفحل وحَمْل الحجرِ الكبير .

ولنا : أنه عمل مباح ، تجوز النيابة فيه ، وهو معلوم ، فجاز الاستئجار عليه ، كشراء الثياب ، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدّراً بزمن ، فجاز مقدّراً بالعمل ، كالخياطة ، وقولهم : إنه غير ممكن لا يصحّ . فإن الثياب لا تنفكّ عن راغب فيها ، ولذلك صحّت المضاربة . ولا تكون إلا بالبيع ، والشراء ، بخلاف ما قاسوا عليه . فإنه متعذّر ، وإن استأجره على شراء ثياب معيّنة . احتمل أن لا يصحّ لأن ذلك لا يكون إلاّ من واحد ، وقد لا يبيع ، فيتعذّر تحصيل العمل بحكم الظاهر ، بخلاف البيع ، وإن استأجره فى البيع لرجل بعينه ، فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها ، ويحتمل أن يصحّ ، لأنه ممكن فى الجملة ، فإن حصل من ذلك شيء ، استحقّ الأجر ، وإلاّ بطلت الإجارة ، كما لو لم يعيّن البائع ، ولا المشترى .

٤١٤٣ (فصـــــل)

ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كلّ شهر بشيء معلوم ، وسواء كان الأجير رجلاً ، أو امرأةً ، حراً ، أو عبداً ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وأبو ثور : لأنه تجوز النيابة فيه ، ولا يختصّ عامله بكونه من أهل القربة ، قال أحمد : أجير المشاهرة يشهد الأعياد ، والجمعة ، ولا يشترط ذلك ، قيل له : فيتطوّع بالركعتين ؟ قال : ما لم يضرّ بصاحبه ، إنما أباح له ذلك ، لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة ، ولهذا وقعت مستثناة فى حقّ المعتكف بترك مُعتكفه لها ، وقال ابن المبارك : لا بأس أن يصلّيَ الأجيرُ ركعاتِ السّنة ، وقال أبو ثور ، وابن المنذر : ليس له منعه منها ، وقال أحمد : يجوز للرجل أن يستأجر الأمةَ ، والحرّة للخدمة ، ولكن يصرف وجهه عن النظر ، ليست الأمة مثلَ الحرّة ، ولا يخلو معها فى بيت ، ولا ينظر إليها متجرّدة ، ولا إلى شعرها ، إنما قال ذلك لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكمه قبلها ، وفرق بين الأمة ، والحرّة ، لأنهما يختلفان قبل الإجارة ، فكذلك بعدها .

٤١٤٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا مات المكرى ، والمكترى ، أو أحدهما ، فالإجارة بحالها ﴾

هذا قول مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، والبتىّ ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وقال الثورىّ ، وأصحاب الرأى ، والليث : تنفسخ الإجارة بموت أحدهما ، لأن استيفاء المنفعة يتعذّر بالموت ، لأنه استحقّ بالعقد استيفاءها على ملك المؤجِّر ، فإذا مات زال ملكه عن العين ، فانتقلت إلى ورثته ، فالمنافع تحدث على ملك الوارث ، فلا يستحقّ المستأجر استيفاءها ، لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يُمْكِنَ إيجاب الأجر فى تركته .

ولنا أنه عقد لازم ، فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه ، كما لو زوّج أمته ثم مات ، وما ذكروه لا يصحُّ ، فإنّا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة ، فى وقت العقد ، ثمّ يلزمهم ما لو زوّج أمته ، ثم مات ، ولو صحّ ما ذكروه لكن وجوب الأجر ههنا بسبب من المستأجر ، فوجب فى تركه بعد موته . كما لو حفر بئرا ، فوقع فيها شىء بعد موته ضمنه فى ماله . لأن سبب ذلك كان منه فى حال الحياة كذا ههنا .

٤١٤٥ (فصــــــل)

وإن مات المكترى ولم يكن له وارث يقوم مقامه فى استيفاء المنفعة ، أو كان غائباً ، كمن يموت فى طريق مكّة ويخلّف جمله الذى اكتراه ، وليس له عليه شىء يحمله ، ولا وارث له حاضر يقوم مقامه ، فظاهر كلام أحمد أن الإجارة تنفسخ فيما بقى من المدّة ، لأنه قد جاء أمر غالب ، يمنع المستأجر عن منفعة العين ، فأشبه مالو غصبت ، ولأن بقاء العقد ضرر فى حقّ المكترى ، والمكرى ، لأن المكترى يجب عليه الكراء من غير نفع ، والمكرى يمتنع عليه التصرّف فى ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه .

وقد نقل عن أحمد فى رجل اكترى بعيراً ، فمات المكترى فى بعض الطريق ، فإن رجع البعير خالياً فعليه بقدر ماوجب له ، وإن كان عليه ثقله وَوِطاؤه فله الكراء إلى الموضع ، وظاهر هذا أنه حكم بفسخ العقد فيما بقى من المدّة ، إذا مات المستأجر ، ولم يبق به انتفاع ، لأنه تعذّر استيفاء المنفعة بأمر من الله تعالى ، فأشبه مالو اكترى من يقلع له ضِرْسَه ، فبرأ ، أو انقلع قبل قلعه ، أو اكترى كحّالاً ليكحل عينه ، فبرأتْ ، أو ذهبتْ . ويجب أن يقدّر أنه لم يكن ثَمَّ من ورثته من يقوم مقامه فى الانتفاع ، لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، وتأوّلها القاضى على أن المكرى قبض البعير ، ومنع الورثة من الانتفاع ، ولولا ذلك لما انفسخ العقد ، لأنه لا ينفسخ بعذر فى المستأجر مع سلامة المعقود عليه ، كما لو حبس مستأجر الدار ، ومنع من سكناها ، ولا يصحّ هذا ، لأنه لو منع الوارث الانتفاع لما استحقّ شيئاً من الأجر .

ويفارق هذا ما لو حبس المستأجر ، لأن المعقود عليه انتفاعه ، وهذا لا يُؤْيَسُ منه بالحبس ، فإنه فى كلّ وقت يمكن خروجه من الحبس ، وانتفاعه ، ويمكن أن يستنيب من يستوفى المنفعة ، إما بأجر ، أو غيره ، بخلاف الميّت ، فإنّه قد فات انتفاعه بنفسه ، ونائبه ، فأشبه ما ذكرنا من الصور .

٤١٤٦ (فصـــل)

إذا أجّر الموقوف عليه الوقف مدة، فمات فى أثنائها ، وانتقل إلى من بعده ففيه وجهان :

أحدهما : لا تنفسخ الإجارة لأنه أجر ملكه فى زمن ولايته ، فلم يبطل بموته ، كما لو أجر ملكه الطلق .

والثانى : تنفسخ الإجارة فيما بقى من المدّة ، لأنّا تبينّا أنه أجّر ملكه ، وملك غيره ، فصح فى ملكه ، دون ملك غيره ، كما لو أجّر دارين : أحداهما له ، والأخرى لغيره ، وذلك لأن المنافع بعد الموت حقّ لغيره ، فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ، ولا ولاية ، بخلاف الطلق ، فإن المالك يملك من جهة الموروث ، فلا يملك إلا ما خلّفه ، وما تصرّف فيه فى حياته لا ينتقل إلى الوارث ، والمنافع التى أجّرها قد خرجت عن ملكه بالإجارة ، فلا تنتقل إلى الوارث ، والبطن الثانى فى الوقف يملكون من جهة الواقف ، فما حدث فيها بعد البطن الأول كان ملكاً لهم . فقد صادف تصرُّف المؤجّر فى ملكهم من غير إذنهم ، ولا ولاية له عليهم ، فلم يصحّ .

ويتخرّج أن تبطل الإجارة كلّها بناء ، على تفريق الصفقة ، وهذا التفصيل مذهب الشافعى .

فعلى هذا : إن كان المؤجّر قبض الأجر كلّه ، وقلنا : تنفسخ الإجارة ، فلمن انتقل إليه الوقف أخذه ، ويرجع المستأجر على ورثة المؤجر بحصّة الباقى من الأجر ، وإن قلنا : لا تنفسخ رجع من انتقل إليه الوقف على التركة بحصّته .

٤١٤٧ (فصـل)

وإن أجّر الولىّ الصبىّ ، أو ماله مدّة ، فبلغ فى أثنائها ، فقال أبو الخطّاب : ليس له فسخ الإجارة ، لأنه عقد لازم عقده بحقّ الولاية ، فلم يبطل بالبلوغ ، كما لو باع داره ، أو زوّجه ، ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد زوال الولاية ، على ما ذكرنا فى إجارة الوقف ، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا أجّره مدّة يتحقّق بلوغه فى أثنائها . مثل أن أجّره عامين ، وهو ابن أربع عشرة ، فتبطل فى السادس عشر ، لأننا نتيقّن أنه أجّره فيها بعد بلوغه ، وهل تصحّ فى الخامس عشر ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . وبين ما إذا لم يتحقق بلوغه فى أثنائها ، كالذى أجّره فى الخامس عشر وحده ، فبلغ فى أثنائه ، فيكون فيه ما قد ذكرنا فى صدر الفصل ، لأنّنا لو قلنا : يلزم الصبىّ بعقد الولىّ مدّة يتحقّق بلوغه فيها أفضى إلى أن يعقد على جميع منافعه طول عمره ، وإلى أن يتصرّف فيه فى غير زمن ولايته عليه ، ولا يُشبه النّكاح ، لأنه لا يمكن

تقدير مدّته ، فإنّه إنما يعقد للأبد ، وبهذا قال الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : إذا بلغ الصبيّ فله الخيار ، لأنه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرّف في نفسه ، فإذا ملك ثبت له الخيار ، كالأمة إذا أعتقت تحت زوج .

ولنا أنه عقد لازم عقد عليه قبل أن يملك التصرّف ، فإذا ملكه لم يثبت له الخيار ، كالأب إذا زوّج ولده ، وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا عتقت تحت عبد ، لأجل العيب ، لا لما ذكره ، ولهذا لو عتقت تحت حُرٍّ لم يثبت لها الخيار ، وإن مات الوليّ المؤجّر للصبيّ ، أو ماله ، أو عزل ، وانتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل عقدُه ، لأنه تصرّف وهو من أهل التصرّف في محلّ ولايته ، لم يبطل تصرّفه بموته ، أو عزله ، أو كما لو مات ناظر الوقف ، أو عزل ، أو مات الحاكم بعد تصرّفه فيما له النظر فيه .

ويفارق ما لو أجّر الموقوف عليه الوقف مدّة ، ثم مات في أثنائها ، لأنه أجّر ملك غيره بغير إذنه ، في مدة لا ولايةَ له فيها ، وههنا إنما يثبت المولى الثاني الولاية في التصرّف فيما لم يتصرّف فيه الأول ، وهذا العقد قد تصرّف فيه الأول ، فلم تثبت للثاني ولايةٌ على ماتناوله .

٤١٤٨ ﴿ فصـــل ﴾

وإن أجرّ عبده مدّة ، ثم أعتقه في أثنائها صحّ العتق ، ثم يبطُل عقد الإجارة في قياس المذهب ، ولا يرجع العبد على مولاه بشيء ، وهذا جديد قولَي الشافعيّ ، وقال في القديم : يرجع على مولاه بأجر المثل ، لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيّد ، فرجع به عليه ، كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل .

ولنا أنها منفعة استُحِقّت بالعقد قبل العتق ، فلم يرجع ببدلها ، كما لو زوّج أمته ، ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها ، فإنّ مايستوفيه السيّد لايرجع به عليه ، ويخالف المكره ، فإنّه تعدّى بذلك ، وقال أبو حنيفة : للعبد الخيار في الفسخ . أو الإمضاء ، كالصبيّ إذا بلغ للمعنى الذي ذكره ثَمّ .

ولنا أنه عقد لازم عقده على ما يملكه فلاينفسخ بالعتق ، ولايزول ملكه عنه ، كما لو زوج أمته ، ثم باعها .

إذا ثبت هذا : فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر فهي عليه ، كما كانت ، وإن لم تكن مشروطة عليه فهي على مُعتقه ، لأنه كالباقي على ملكه ، بدليل أنه يملك عوض نفعه ، ولأن العبد لايقدر على نفقة نفسه ، لأنه مشغول بالإجارة ، ولا على المستأجر ، لأنه استحقّ منفعته بعوض غير نفقته . لم يبق إلا أنّها على المولى .

٤١٤٩ (فصـــــل)

إذا أجّر عينا ، ثم باعها صحّ البيع ، نصّ عليه أحمد ، سواء باعها للمستأجر ، أو لغيره ، وبهذا قال الشافعيّ فى أحد قوليه ، وقال فى الآخر : إن باعها لغير المستأجر لم يصحّ البيع ، لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشترى ، فمنعت الصحّة كما فى بيع المغصوب .

ولنا أن الإجارة عقد على المنافع ، فلم تمنع الصحّة ، كما لو زوّج أمته ، ثم باعها ، وقولهم يد المستأجر حائلة دون التسليم لا يصحّ ، لأن يد المستأجر إنّما هى على المنـافع ، والبيع على الرقبة ، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر ، كما لو باع الأمـة المزوّجه ، ولئن منعت التسليم فى الحال فلا تمنع فى الوقت الذى يجب التسليم فيه ، وهو عند انقضاء الإجارة ، ويكفى القدرة على التسليم حينئذٍ ، كالمسلَم فيه ، وقال أبو حنيفة : البيع موقوف على إجازة المستأجر ، فإن أجازه جاز ، وبطلت الإجارة ، وإن ردّه بطل .

ولنا : أن البيع على غير المعقود عليه فى الإجارة ، فلم تعتبر إجارته ، كبيع الأمة المزوّجة .

إذا ثبت هذا : فإن المشترى يملك المبيع مسلوبَ المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة ، ولا يستحقّ تسليم العين إلا حينئذٍ ، لأن تسليم العين إنما يُراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها إنمـا يستحقّه إذا انقضت الإجارة ، فيصير هذا بمنزلة من اشترى عيناً فى مكان بعيـد ، فإنه لا يستحقّ تسليمها إلا بعد مضىّ مـدة يمكن إحضارها فيها ، كالمسلَم إلى وقتٍ لا يستحق تسلّم المسلم فيه إلا فى وقته ، فإن لم يعلم المشترى بالإجارة فـله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكلّ الثمن . لأنّ ذلك عيب ، ونقص .

٤١٥٠ (فصـــــل)

فإن اشتراها المستأجر صحّ البيع أيضاً ، لأنه يصحّ بيعها لغيره ، فله أولى ، لأن العين فى يده ، وهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تبطل . لأنه تملّك المنفعة بعقد ، ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر ، فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ، ثم يملك الأصل بعقد آخر ، ولو أجّر الموصَى له بالمنفعة مالك الرقبة صحّت الإجارة ، فدلّ على أن ملك المنفعة لا يُنافى العقد على الرقبة ، وكذلك لو استأجر المـالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز ، فعلى هذا يكون الأجر باقياً على المشترى ، وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع ، كما لو كان المشترى غيره .

والثانى : تبطل الإجارة فيما بقى من المدّة . لأنه عقد على منفعة العين ، فبطل ملك العاقد للعين ، كالنـكاح ، فإنه لو تزوّج أمة ، ثم اشتراها بطل نكاحه ، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتـداء الإجارة ، فمنع استدامتها ، كالنكاح ، فعلى هذا يسقط عن المشترى الأجر فيما بقى من مدّة الاجارة ، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين ، وإن كان المؤجّر قد قبض الأجر كلّه حُسِب عليه باقى الأجر من الثمن .

٤١٥١ (فصـــل)

وإن ورث المستأجر العين المستأجرة فالحكم فيه كما لو اشتراها فى بطلان الإجارة أو بقائها ، إلا أنّه لا فرق فى الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها ، فلو استأجر إنسان من أبيه داراً ، ثم مات أبوه ، وخلّف ابنين ، أحدهما هو المستأجر ، فإنّ الدار تكون بينهما نصفين ، والمستأجر أحقّ بها ، لأن النصف الذى لأخيه الإجارة باقية فيه ، والنصف الذى ورثه يستحقّه ، إمّا بحكم الملك ، وإما بحكم الإجارة ، وما عليه من الأجر بينهما نصفين .

وإن كان أبوه قد قبض الأجر لم يرجع بشىء منه على أخيه ، ولا تركة أبيه ، ويكون ما خلّفه أبوه بينهما نصفين، لأنه لو رجع بشىء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته، وورث أخوه نصفاً مسلوب المنفعة ، والله سبحانه قد سوّى بينهما فى الميراث ، ولأنّه لو رجع بنصف أجر النصف الذى انتقضت الإجارة فيه لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التى انتقضت الإجارة فيها ، إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره .

٤١٥٢ (فصـــل)

وإن اشترى المستأجر العين ، ثم وجدها مَعيبةً ، فردّها ، فإن قلنا : لا تنفسخ الإجارة بالبيع ، فهى باقية بعد ردّ العين ، كما كانت قبل البيع ، وإن قلنا : قد انفسخت فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين .

وإن كان المشترى أجنبياً ، فردّ المستأجر الإجارة لعيب ، فينبغى أن تعود المنفعة إلى البائع ، لأنه يستحقّ عِوَضها على المستأجر ، فإذا سقط العوض عاد إليه المعوّض ، ولأن المشترىَ ملك العين مسلوبةَ المنفعة مدّة الإجارة فلا يرجع إليه مالم يملكه ، وقال بعض أصحاب الشافعىّ : يرجع إلى المشترى ، لأن المنفعة تابعة للرقبة ، وإنّما استحقّت بعقد الإجارة ، فإذا زالت عادت إليه ، كما لو اشترى أمةً مزوّجة ، فطلّقها الزوج ، ولا يصحّ هذا القياس ، فإن منفعة البُضع قد استقرّ عوضها للبائع بمجرّد دخول الزوج بها ، ولا ينقسم العوض على المدّة ، ولهذا لا يرجع الزوج بشىء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح ، أو وقع الطلاق ، بخلاف الأجر فى الإجارة ، فإن المؤجّر يستحقّ الأجر فى مقابلة المنفعة مقسوماً على مُدّتها ، فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلة فزال بالفسخ رجع إليه مُعوّضها ، وهو المنفعة . ولأن منفعة البُضع لا يجوز أن تُملك بغير ملك الرقبة ، أو النكاح ، فلو رجعت إلى البائع للكت بغيرهما ، لأنّها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره ، ولا المعاوضة عنها ، ومنفعة البدن بخلافها .

٤١٥٣ (فصـــــل)

وإذا وقعت الإجارة على عين ، مثل أن يستأجر عبداً للخدمة ، أو لرعاية الغنم ، أو جملاً للحمل ، أو للركوب ، فتلفت انفسخ العقدُ بتلفها ، وإن خرجت مستَحَقَّة تبيَّنا أن العقد باطل ، وإن وجد بها عيباً ، فردّها انفسخ العقد ، ولم يملك إبدالها . لأن العقد على مُعيّن ، فثبتت هذه الأحكام ، كما لو اشترى عيناً.

وإن وقعت على عين موصوفة فى الذمّة انعكست هذه الأحكام ، فمتى سلّم إليه عيناً ، فتلفت لم تنفسخ الإجارة ، ولزم المؤجّر إبدالها ، وإن خرجت مغصوبةً لم يبطُل العقد ، ولزمه بدلها ، وإن وجد بها عيباً فردّها ، فكذلك . لأن المعقود عليه غير هذه العين ، وهذه بدل عنه ، فلم يؤثّر تلفها ، ولا غصبها ، ولا ردّها بعيب فى إبطال العقد ، كما لو اشترى بثمن فى الذمة على ماقرر فى موضعه .

فإن قيل : فقد قلتم : من اكترى جملاً ليركبه جاز أن يركبه من هو مثله ، ولو اكترى أرضاً لزرع شىء بعينه جاز له زرع ما هو مثله ، أو دونه فى الضرر ، فلم قلتم : إذا اكترى جملاً بعينه لا يجوز أن يبدله ؟ قلنا : لأن المعقود عليه منفعة العين ، فلم يجُز أن يدفع إليه غير المعقود عليه ، كما لو اشترى عيناً ، لا يجوز أن يأخذ غيرها ، والراكبُ غيرُ معقودٍ عليه ، إنّما هو مستوفٍ للمنفعة ، وإنّما يشترط معرفته لتقدير المنفعة ، لا لكونه معقوداً عليه ، وكذلك الزرع فى الأرض ، فإنّما يعيَّن ليُعرف به قدر المنفعة المستوفاة ، فيجوز الاستيفاء بغيرها ، كما لو وكّل المشترى غيره فى استيفاء المبيع ، ألا ترى أنه لو تلف البعير ، أو الأرض انفسخت الإجارة ، ولو مات الراكب ، أو تلف البذر لم تنفسخ الإجارة وجاز أن يقوم غيرُه مَقامه ، فافترقا .

٤١٥٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن استأجر عقاراً فله أن يُسكنه غيره ، إذا كان يقوم مَقامه ﴾ .

وجملته : أن من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يَسكنه ، ويُسكن فيه من شاء ، ممّن يقوم مقامه فى الضرر ، أو دونه ، ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به ، من الرِّحال ، والطعام ، ويخزُن فيها الثياب ، وغيرها ، ممّا لا يضرّ بها ، ولا يُسكنها ما يضرّ بها ، مثل القصّارين ، والحدّادين ، لأن ذلك يضرّ بها ، ولا يجعل فيها الدوابّ ، لأنها تَرُوثُ فيها ، وتُفسدها ، ولا يجعل فيها السِّرْجينَ[1] ، ولا رَحى ، ولا شيئاً يضرّ بها ، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلا فوق سَقْفٍ ، لأنهُ يثقله ، ويكسر خشبه ، ولا يجعل فيها شيئاً يضرّ بها ، إلا أن يشترط ذلك ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفا ، وإنّما كان

(١) السرجين : ومثله السرقين هو الزبل . وهو معرب سركين بفتح السين وسكون الراء .

كذلك ، لأنّ له استيفاء المعقود عليه بنفسه ، ونائبه ، والذى يُسكنه نائب عنه فى استيفاء المعقود عليه ، فجاز ، كما لو وكّل وكيلاً فى قبض المبيع ، أو دين له ، ولم يملك فعل ما يضرّ بها ، لأنه فوق المعقود عليه ، فلم يمكن له فعله ، كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه ، فأمّا أن يجعل الدار مخزناً للطعام ، فقد قال أصحابنا : يجوز ذلك ، لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ، ويحتمل أن لا يجوز ، لأن ذلك يُفضى إلى تحريق الفار أرضها ، وحيطانها ، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار .

٤١٥٥ (فصـــــــل)

وإذا اكترى داراً جاز إطلاق العقد ، ولم يحتج إلى ذكر السُّكنَى ، ولا صفتها ، وهذا قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور لا يجوز ، حتىّ يقول : أبيتُ تحتَها أنا وعيالى ، لأن السكنى تختلف ، ولو اكتراها ليسكنها ، فتزوّج امرأةً لم يمكن له أن يُسكنها معه .

ولنا : أن الدار لا تُكترى إلا للسكنى ، فاستغنى عن ذكره ، كإطلاق الثمن فى بلد فيه نقد معروف به ، والتفاوت فى السكنى يسير ، فلم يحتج إلى ضبطه ، وما ذكره لا يصحّ ، فان الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن . وقلّتهم ، ولا يمكن ضبط ذلك ، فاجتزىء فيه بالعُرف ، كما فى دخول الحمّام . وشبهه . ولو اشترط ما ذكره لوجب أن يذكر عدد السكّان . وأن لا يبيت عنده ضيف . ولا زائر ، ولا غير من ذكره . ولكان ينبغى أن يعلم صفة الساكن ، كما يعلم ذلك فيما إذا اكترى للركوب .

٤١٥٦ (فصـــــل)

وإذا اكترى ظهراً ليركبه فله أن يُركبه مثله ، ومن هو أخفُّ منه ، ولا يُركبه من هو أثقل منه ، لأنّ العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدّرة بذلك الراكب ، فله أن يستوفى ذلك بنفسه . ونائبه . وله أن يستوفى أقلّ منه . لأنّه يستوفى بعض ما يستحقّه ، وليس له استيفاء أكثر منه . لأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه ، ولا يشترط التساوى فى الطول ، والقصر ، ولا المعرفة بالركوب ، وقال القاضى : يُشترط أن يكون مثله فى هذه الأوصاف كلّها ، لأن قلّة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب ، وتضرّ به . قال الشاعر :

لَمْ يَرْكَبُوا الْخَيْلَ إلاَّ بَعْدَ مَا كَبِرُوا ... فَهُمْ ثِقَالٌ عَلَى أَعْجَازِهَا عُنُفُ[1]

ولنا : أن التفاوت فى هذه الأمور بعد التساوى فى الثِّقل يسير ، فعفى عنه ، ولهذا لا يشترط ذكره فى الإجارة ، ولو اعتبر ذلك لا شتُرطت معرفته فى الإجارة ، كالثقل والخفّة .

(١) عنف : بضم العين والنون جمع عنيف وهو من لا رفق له بالخيل عند ركوبها .

٤١٥٧ (فصــــل)

فإن شرط أن لا يستوفى فى المنفعة بمثله ، ولا من هو دونه ، فقياس قول أصحابنا صحّة العقد ، وبطلان الشرط ، فإنّه قال فيمن شرط أن يزرع فى الأرض حِنطةً ولا يزرع غيرها : يبطُل الشرط ، ويصحّ العقد ، ويحتمل أن يصحّ الشرط ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجّر ، فلا يملك ما لم يرض به ، ولأنه قد يكون له غرض فى تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة ، وقالوا فى الوجه الآخر : يبطـل الشرط ، لأنه يُنافى موجَب العقد ، إذ موجَبه ملك المنفعة ، والتسلّط على استيفائها بنفسه ، وبنائبه ، واستيفاء بعضها بنفسه ، وبعضها بنائبه ، والشرط ينافى ذلك ، فكان باطلاً ، وهل يبطل به العقد ؟ فيه وجهان :

أصحهما لا يبطله ، لأنه لا يؤثّر فى حقّ المؤجّر نفعاً ، ولا ضرّاً فأُلغِى ، وبقى العقدُ على مقتضاه ، والآخرُ يُبطله ، لأنه ينافى مقتضاه ، فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفىَ المنافع .

٤١٥٨ (فصــــــل)

ويجوز للمستأجر أن يؤجّر العين المستأجرة إذا قبضها ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيّب ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، وأبى سليمان بن عبد الرحمن ، والنَخعِىّ ، والشعبىّ ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى .

وذكر القاضى فيه رواية أخرى : أنه لا يجوز . لأن النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم نهى عن ربح ما لم يُضمن ، والمنافع لم تدخل فى ضمانه . ولأنه عقد على ما لم يدخــل فى ضمانه ، فلم يجز ، كبيع المكيل ، والموزون قبل قبضه ، والأول أصحّ ، لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع ، بدليل أنه يجوز التصرّف فيها ، فجاز العقد عليها ، كبيع الثمرة على الشجرة ، ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل .

إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه ، أو دونه فى الضرر ، لما تقدّم ، فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجّر ، فى أحد الوجهين . وهذا قول أبى حنيفة ، والمشهور من قولى الشافعىّ . لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة ، فاعتُبر فى جواز العقد عليها القبض ، كالأعيان ، والآخر يجوز ، وهو قول بعض الشافعيّة . لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرّف عليه ، فأما إجارتها قبل القبض من المؤجّر : فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجّر كان فيها ههنا وجهان :

أحدهما · لا يجوز . لأنه عقد عليها قبل قبضها .

والثانى : يجوز . لأن القبض لا يتعذّر عليه ، بخلاف الأجنبيّ ، وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصحّ من غير بائعه ، روايةً واحدة ، وهل يصحّ من بائعه ؟ على روايتين .

فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجّر ، فجائزة ، وبهذا قال الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . لأن ذلك يؤدّى إلى تناقُض الأحكام ، لأن التسليم مستحقّ على الكراء ، فإذا اكتراها صار مستَحِقًا له ، فيصير مستَحِقًا لما يستحقّ عليه ، وهذا ناقض .

ولنا : أن كلّ عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع ، وما ذكروه لا يصحّ . لأن التسليم قد حصل ، وهذا المستحقّ له تسليم آخر ، ثم يبطل بالبيع ، فإنه يستحقّ عليه تسليم العين ، فإذا اشتراها استحقّ تسليمها .

فإن قيل : التسليم ههنا مستحقّ فى جميع المدّة ، بخلاف البيع ، قلنا : المستحقّ تسليم العين ، وقد حصل ، وليس عليه تسليم آخر ، غير أن العين من ضمان المؤجّر ، فإذا تعذّرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه ، لأنها تعذّرت بسببٍ كان فى ضمانه .

٤١٥٩ (فصــــل)

ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة ، نصّ عليه أحمد ، وروى ذلك عن عطاء ، والحسن ، والزهريّ ، وبه قال الشافعيّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وعن أحمد أنه إن أحدث فى العين زيادة جاز له أن يُكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدّق بالزيادة ، روى هذا الشعبيّ ، وبه قال الثوريّ ، وأبو حنيفة ، لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن ، وقد نهى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يَضْمَن ، ولأنه يربح فيما لم يضمن ، فلم يجز كما لو ربح فى الطعام قبل قبضه ، ويخالف ما إذا عمل عملا فيها ، لأن الربح فى مقابلة العمل ، وعن أحمد رواية ثالثة . إن أذن له المالك فى الزيادة جاز ، وإلا لم يجز ، وكره ابن المسيّب ، وأبو سلمة ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشعبيّ والنَخَعِىّ الزيادة مُطلقاً ، لدخولها فى ربح مالم يَضْمَن .

ولنا : أنه عقد يجوز برأس المال ، فجاز بزيادة ، كبيع المبيع بعد قبضه ، وكما لو أحدث عمارةً لا يُقابلها جزء من الأجر ، وأما الخبر : فإن المنافع قد دخلت فى ضمانه ، من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصحّ القياس على بيع الطعام قبل قبضه ، فإن البيع ممنوع منه بالكلّية ، سواء ربح ، أو لم يربح ، وههنا جائز فى الجملة ، وتعليلهم بأن الربح فى مقابلة عمله مُلْغًى بما إذا كنس الدار ، ونظّفها ، فإن ذلك يزيد فى أجرها فى العادة .

٤١٦٠ (فصـــل)

ونقل الأثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبّل العمل من الأعمال ، فيقبله بأقلّ من ذلك ، أيجوز له الفضل ؟ قال : ما أدرى ؟ هى مسألة فيها بعضُ الشىء ، قلت : أليس كان الخيّاط أسهل عندك إذا قطع الثوب ، أو غيره ، إذا عمل فى العمل شيئاً قال : إذا عمل عملاً فهو أسهل ، قال النَخَعىّ : لا بأس أن يتقبل الخيّاط الثياب بأجر معلوم ، ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يُعِين فيها ، أو يقطع ، أو يُعطيه سلوكاً ، أو إبراً ، أو يخيط فيها شيئاً فإن لم يُعِن فيها بشئ ، فلا يأخذَنّ فضلاً ، وهذا يحتمل أن يكون النخَعِى قاله مبنياً على مذهبه ، فى أن من استأجر شيئاً لا يؤجّره بزيادة ، وقياس المذهب جواز ذلك ، سواء أعان فيها بشىء ، أولم يُعِنْ ، لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه ، جاز بزيادة عليه كالبيع ، وكإجارة العين .

٤١٦١ (فصـــل)

وكلّ عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى مثل تلك المنفعة ، وما دونها ، فى الضرر ، وقال أحمد : إذا استأجر دابّة ليحمل عليها تمراً ، فحمل عليها حِنطةً أرجو أن لا يكون به بأس ، إذا كان الوزن واحداً ، فإن كانت المنفعة التى يستوفيها أكثر ضرراً ، أو مخالفة للمعقود عليها فى الضرر لم يجز لأنه يستوفى أكثر من حقّه ، أو غير ما يستحقّه ، فإذا اكترى دابّة ليحمل عليها حديداً ، لم يحمل عليها قطناً ، لأنه يتجافى وتهبّ فيه الريح ، فيُتعب الظهر ، وإن اكتراها لحمل القطن لم يجز أن يحمل الحديد لأنه يجتمع فى موضع واحد ، فيثقل عليه ، والقطن يتفرّق فيقلّ ضرره ، وإن اكتراه ليركبه لم يجُز أن يحمل عليه ، لأن الراكب يعين الظهر بحركته ، وإن اكتراه ليحمل عليه لم يجز أن يركبه ، لأن الراكب يَقْعُد فى موضع واحد ، فيشتدّ على الظهر ، والمتاع يتفرّق على جنبيه .

وإن اكتراه ليركبه عُرْياً لم يجز أن يركبه بِسَرْج ، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه عُرْياً ، لأنه إذا ركب عليه من غير سرج حَمِيَ ظهرُه ، فربّما عقره ، وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه ، فلو اكترى حماراً لم يجز أن يركبه بسرج البِرْذَوْن[1] ، إذا كان أثقل من سرجه ، وإن اكترى دابةً بسرج ، فركبها بإكاف[2] أثقل منه ، أو أضرّ لم يجز ، وإن كان أخفّ وأقلّ ضرراً فلا بأس ، ومتى فعل ماليس له فعله كان ضامناً ، وعليه الأجر ، وهذا كلّه مذهبُ الشافعىّ ، وأبى ثور .

---

(١) البرذون : دابة متولدة بين الحمار والحصان وهى أكبر من الحمار .

(٢) الاكاف : البرذعة .

٤١٦٢ (فصــــــل)

وإن اكترى دابةً ليركبها في مسافة معلومة ، أو يحمل عليها فيها ، فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر أضرّ منها أو تخالف ضررها ، بأن تكون إحداهما أحسن والأخرى أخوف ، لم يجز ، وإن كان مثلها في السهولة ، والحُزُونَة [1] والأمْن ، أو التي يعدل إليها أقلّ ضرراً ، فذكر القاضي : أنّه يجوز وهو قول أصحاب الشافعيّ ، لأن المسافة عُيِّنت ليستوفي بها المنفعة ، ويعلم قدرها بها ، فلم تتعيّن ، كنوع المحمول والراكب ، ويقوى عندي أنه متى كان للمكري غرض في تلك الجهة المعيّنة لم يجز العدول إلى غيرها ، مثل من يُكري جماله إلى مكة ، فيحجّ معها ، فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها ، ولو أكراها إلى بغداد لسكون أهله بها ، أو ببلد العراق لم يجز الذهابُ بها إلى مصر .

ولو اكرى جماله جملةً إلى بلد لم يجز المستأجر التفريق بينها بالسفر ببعضها إلى جهة وبباقيها إلى جهة أخرى ، وذلك لأنه عيّن المسافة لغرض في فواته ضرر ، فلم يجز تفويته ، كما في حقّ المكتري ، فإنه لو أراد حمله إلى غير المكان الذي اكترى إليه لم يجز ، وكما لو عيّن طريقا سهلًا أو آمنا ، فأراد سلوك ما يخالفه في ذلك .

٤١٦٣ (فصــــــل)

ويجوز أن يكترى قميصاً ليلبسه ، لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ويجوز بيعه ، فجازت إجارته ، كالعقار ، ولابدّ من تقدير المنفعة بالمدّة ، وإن كانت عادة أهل بلده نزع ثيابهم عند النوم في الليل ، فعليه نزعه في ذلك ، لأن الإطلاق يحمل على المعتاد ، وله لبسه فيما سوى ذلك،وإن نام نهاراً لم يكن عليه نزعه ، لأنه العُرف ، ويلبس القميص على ماجرت العادة به ، ولا يجوز أن يتّزر [2] به ، لأنه يعتمد عليه ، فيشقّه ، وفي اللبس لا يعتمد ، ويجوز أن يرتدى [3] به لأنه أخفّ ، ومن ملك شيئاً ملك ماهو أخف منه ، وقيل فيه وجه آخر : أنه لا يجوز ، لأنه استعمال لم تجر العادة به في القميص ، أشبه الاتّزار به .

٤١٦٤ (فصــــــل)

وإن استأجر أرضاً صحّ لما تقدّم ، ولا يصحّ حتى يرى الأرض ، لأن المنفعة تختلف باختلافها ، ولا تعرف إلا بالرؤية ، لأنها لا تنضبط بالصفة ، ولا يصحّ حتى يذكر له ما يكترى له من زرع أو غَرْس ، أو بناء ، لأن الأرض تصلح لهذا كله ، وتأثيره في الأرض يختلف ، فوجب بيانه ، فإن قال : أجرتكها لتزرعها ،

(١) الحزونة : صعوبة الأرض وشدتها .

(٢) يتزر به . يجعله ازاراً ، وهو ما يغطى الجزء الأسفل من البدن ، كالسروال .

(٣) يرتدى به : يجعله رداء ؛ وهو ما يغطى أعلى الجسم .

أو تغرسها ، لم يصحّ لأنه لم يعيّن أحدهما ، فأشبه مالو قال : بعتُك أحد هذين العبدين ، وإن قال : لتزرعها ماشئت أو تغرسها ما شئت صحّ ، وهذا منصوص الشافعيّ ، وخالفه أكثر أصحابه ، فقالوا : لايجوز ، لأنه لا يدرى كم يزرع ، ويغرس ؟ وقال بعضهم : يصحّ ، ويزرع نصفها ، ويغرس نصفها .

ولنا : أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين ، فصح ، كما لو قال : لتزرعها ما شئت ، ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين ، وقوله : لتزرعها ما شئت إذنٌ فى نوعين ، وأنواع ، وقد صحّ ، فكذلك فى الجنسين ، ولهأن يغرسها كلّها ، وإنأحبّ زرعها كلّها ، كما لو أذن له فى أنواع الزرع كلّه كانله زرعجميعها نوعاًواحداً ، وله زرعها من نوعين ، كذلك ههنا .

وإن أكراها للزرع وحده ففيه أربع مسائل :

إحداهن : أكراها للزرع مطلقا ، أو قال : لتزرعها ما شئت ، فإنه يصحّ ، وله زرع ما شاء ، وهذا مذهب الشافعيّ ، وحُكى عن ابن سُرَيج : أنه لايصحّ حتى يتبينَ الزرع لأن ضرره يختلف ، فلم يصحّ بدون البيان ، كما لو لم يذكر ما يكترى له ، من زرع أو غرس ، أو بناء .

ولنا : أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضرراً ، ويباح له جميع الأنواع ، لأنها دونه ، فإذا عمّم ، أو أطلق تناول الأكثر ، وكان له ما دونه ، ويخالف الأجناس المختلفة ، فإنه لا يدخل بعضها فى بعض .

فإن قيل : فلو اكترى دابّة للركوب لوجب تعيينُ الراكب ، قلنا : لأن إجارة المركوب لأكثر الركّاب ضرراً لا تجوز ، بخلاف المزروع ، ولأن للحيوان حرمةً فى نفسه ، فلم يجُز إطلاق ذلك فيه ، بخلاف الأرض .

فإن قيل : فلواستأجر داراً للسكنى مطلقاً لم يجزأن يُسكنها من يَضُرّ بها ، كالقصّار ، والحدّاد ، فلم قلتم : إنه يجوز أن يزرعها مايضرّ بها ؟ قلنا : السكنى لا تقتضى ضرراً ، فلذلك مُنع من إسكان من يضرّ بها ، لأن العقد لم يقتضه والزرع يقتضى الضرر ، فإذا أطلق كان راضياً بأكثره ، فلهذا جاز ، وليس له أن يغرس فى هذه الأرض ، ولا يبنى ، لأن ضرره أكثر من المعقود عليه .

المسألة الثانية : أكراها لزرع حِنطةٍ ، أو نوعٍ بعينه ، فإنّ له زرع ما يعيّنه ، وما ضرره كضرره ، أو دونه ، ولا يتعيّن ما عيّنه فى قول عامة أهل العلم ، إلا داود ، وأهل الظاهر ، فإنهم قالوا : لا يجوز له زرع غير ما عيّنه ، حتى لو وصف الحنطة بأنّها سمراء ، لم يجز له أن يزرع بيضاء ، لأنه عيّنه بالعقد ، فلم يجز العدول عنه ، كما لو عيّن المركوب ، أو عيّن الدراهم فى الثمن .

ولنا : أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح ، ولهذا يستقرّ عليه العوض بمضىّ المدّة ،

إذا تسلم ، الأرض ، وإن لم يزرعها ، وإنما ذكر القمح لتقدّر به المنفعة ، فلم يتعيّن ، كما لو استأجر داراً ليسكنها ، كان له أن يُسكنها غيره ، وفارق المركوب ، والدراهم ، فى الثمن ، فإنّهما معقود عليهما ، فتعيّنا ، والمعقود عليه ههنا منفعة مقدّرة ، وقد تعيّنت أيضاً ، ولم يتعيّن ماقدّرت به ، كما لا يتعيّن المكيال ، والميزان ، فى المكيل والموزون .

المسألة الثالثة : قال ليزرعها حنطة ، وما ضرره كضررها ، أو دونه ، فهذه كالتى قبلها ، إلا أنّه لا يخالف فيها ، لأنه شرط ما اقتضاه الإطلاق وبينَ ذلك تصريحُ نصّه فزال الإشكال .

المسألة الرابعة : قال : ليزرعها حِنطة ، ولا يزرع غيرها ، فذكر القاضى : أن الشرط باطل ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، لأنه يقتضى استيفاء المنفعة كيف شاء ، فلم يصحّ الشرط ، كما لو شرط عليه استيفاء المبيع بنفسه ، والعقد صحيح ، لأنه لا ضرر فيه ، ولا غرض لأحد المتعاقدين ، لأن ما ضرره مثله لا يختلف فى غير المؤجَر ، فلم يؤثّر فى العقد ، فأشبه شرط استيفاء المبيع ، أو الثمن بنفسه ، وقد ذكرنا فيما إذا شرط مكترى الدار أنّه لا يُسكنها غيرَه وجهاً فى صحّة الشرط ووجهاً آخر فى فساد العقد ، فيخرّج ههنا مثله .

٤١٦٥ (فصل)

وإن أكراها للغراس ففيه ما ذكرنا من المسائل ، إلا أنّ له أن يزرعها ، لأن ضرر الزرع أقلّ من ضرر الغراس ، وهو من جنسه ، لأن كلّ واحد منهما يضرّ بباطن الأرض ، وليس له البناء ، لأن ضرره مخالف لضرره ، فإنه يضرّ بظاهر الأرض ، وإن أكراها للزرع لم يكن له الغرس ، ولا البناء ، لأن ضرر الغرس أكثرُ ، وضرر البناء مخالف لضرره ، وإن أكراها للبناء لم يكن له الغرس ، ولا الزرع ، لأن ضررهما يخالف ضرره .

٤١٦٦ (فصل)

ولا تخلو الأرض من قسمين :

أحدهما : أن يكون له ماء دائم ، إمّا من نهر لم تجر العادة بانقطاعه ، أو لا ينقطع إلا مدّة لا يؤثّر فى الزرع ، أو من عين نابعة ، أو بركة من مياه الأمطار يجتمع فيها ، ثم يسقى به ، أو من بئر يقوم بكفايتها ، أو ما يشرب بعروقه لنداوة الأرض ، وقرب الماء الذى تحت الأرض ، فهذا كلّه دائم . ويصحّ استئجارها للغرس ، والزرع ، بغير خلاف علمناه ، وكذلك الأرض التى تشرب من مياه الأمطار ، وتكتفى بالمعتاد منه ، لأن ذلك بحكم العادة ، ولا ينقطع إلا نادراً ، فهو كسائر الصور المذكورة .

والثانى : أن لا يكون لها ماء دائم ، وهى نوعان .

أحدهما : مايشرب من زيادة معتادة تأتى فى وقت الحاجة ، كأرض مصر الشاربة من زيادة النيل ،

وما يشرب من زيادة الفُرات، وأشباهه ، وأرض البصرة الشاربة من المدّ ، والجَزْر ، وأرض دمشق الشاربة من زيادة بَرَدَى ، أو ما يشرب من الأدوية الجارية من ماء المطر ، فهذه تصح إجارتها قبل وجود الماء الذى تُسقى به ، وبعده ، وحكى ابن الصبّاغ ذلك مذهباً للشافعىّ ، وقال أصحابه : إن أكراها بعد الزيادة صح ولا يصح قبلها ، لأنها معدومة ، لا نعلم هل يقدر عليها . أو لا ؟

ولنا : أن هذا معتادٌ الظاهر وجوده ، فجازت إجارة الأرض الشاربة به ، كالشاربة من مياه الأمطار ولأن ظنّ القدرة على التسليم فى وقته يكفى فى صحّة العقد . كالسلَم فى الفاكهة إلى أوانها .

النوع الثانى : أن يكون مجىء الماء نادراً ، أو غير ظاهر ، كالأرض التى لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير ، الذى يندر وجوده ، أو يكون شُربها من فيض وادٍ مجيئهُ نادراً ، أو من زيادة نادرة فى نهر ، أو عين غالبة ، فهذه إن أجرّها بعد وجود ماء يسقيها به صح أيضاً ، لأنه أمكن الانتفاع بها ، وزرعها ، فجازت إجارتها ، كذات الماء الدائم ، وإن أجرّها قبله للغرس ، أو الزرع ، لم يصح ، لأنه يتعذّر الزرع غالباً ، ويتعذّر المعقود عليه فى الظاهر ، فلم تصح إجارتها . كالآبق . والمغصوب .

وإن اكتراها على أنها لا ماء لها جاز ، لأنه تمكّن من الانتفاع بها بالنزول فيها . ووضع رَحْله وجمع الحطب فيها ، وله أن يزرعها رجاء الماء ، وإن حصل له ماء قبل زرعها فله زرعها ، لأن ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها ، وليس له أن يبنى ، ولا يغرس ، لأن ذلك يُراد للتأبيد ، وتقدير الإجارة بمدّة تقتضى تفريغها عند انقضائها .

فإن قيل : فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدّة ؟ ، قلنا : التصريح بالبناء والغراس صَرف التقدير عن مقتضاه بظاهره فى التفريغ عند انقضاء المدة ، إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة ، فيصرف الغراس ، والبناء عمّا يراد له بظاهره ، بخلاف مسألتنا ، وإن أطلق إجارة هذه الأرض مع العلم بحالها ، وعدم مائها صحّ ، لأنّهما دخلا فى العقد على أنّها لا ماء لها ، فأشبه مالو شرطاه ، وإن لم يعلم عدم مائها ، أو ظنّ المكترى أنه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه لم يصحّ العقد ، ولأنه ربّما دخل فى العقد بناءً على أن المالك لها يُحصِّل لها ماءً ، وأنه يكتريها للزراعة مع تعذّرها .

وقيل : لايصحّ العقدُ مع الإطلاق ، وإن علم بحالها ، لأن إطلاق كراء الأرض يقتضى الزراعة ، والأولى صحّته ، لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط ، كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه ، ومتى كان لها ماء غير دائم ، أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع ، أو لا يكفى الزرع فهى كالتى لا ماء لها ، ومذهب الشافعىّ فى هذا كلّه كما ذكرناه .

٤١٦٧ (فصــــــل)

وإن اكترى أرضاً غارقةً بالماء ، لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها ، وقد ينحسر ، ولاينحسر ،

فالعقد باطلٌ . لأن الانتفاع بها فى الحال غيرُ ممكن ، ولا يزول المانع غالباً ، وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة ، كأرض مصر فى وقت مدّ النيل صحّ العقد ، لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة ، وإن كانت الزراعة فيها ممكنةً ، ويخاف غرقها ، والعادةُ غرقُها لم يجز إجارتها ، لأنها فى حكم الغارقة ، بحكم العادة المستمرة .

٤١٦٨ (فصــــل)

ومتى غرق الزرع ، أو هلك بحريق ، أو جرَادٍ أو بَرْدٍ أو غيره ، فلا ضمان على المؤجّر ، ولا خيار للمكترى ، نصّ عليه أحمد ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وهو مذهب الشافعىّ : لأن التالف غير المعقود عليه ، وإنّما تلف مال المكترى فيه ، فأشبه من اشترى دكّاناً ، فاحترق متاعه فيه ، ثم إن أمكن المكترى الانتفاع بالأرض بغيرِ الزرع ، أو بالزرع فى بقية المدّة فله ذلك ، وإن تعذّر ذلك فالأجر لازم له ، لأن تعذّره لفوات وقت الزراعة بسببٍ غير مضمون على المؤجّر ، لا لمعنىً فى العين ، وإن تعذّر الزرع بسبب غرق الأرض ، أو انقطاع مائها ، فللمستأجر الخيار . لأنه لمعنًى فى العين .

وإن تلف الزرع بذلك ، فليس على المؤجّر ضمانه ، لأنه لم يتلفه بمباشرةٍ ، ولا بسببٍ ، وإن قلّ الماء بحيث لا يكفى الزرع فله الفسخ ، لأنه عيب ، فإن كان ذلك بعد الزرع فله الفسخ أيضاً ، ويبقى الزرع فى الأرض إلى أن يَسْتَحْصِدَ ، وعليه من المسمّى بحصّته إلى حين الفسخ ، وأجر المثل لما بقى من المدّة لأرضٍ لها مثلُ ذلك الماء ، وكذلك إن انقطع الماء بالكلّية ، أو حدث بها عيب ، من غرق يهلك بعض الزرع ، أو يسوء حالُه به .

٤١٦٩ (فصــــل)

وإذا استأجر أرضاً للزراعة مدّةً : فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصادَه لم يخلُ من حالين :

أحدهما : أن يكون لتفريطٍ من المستأجر ، مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدّة ، فحكمه حكم زرع الغاصب ، يخيّر المالك بعد المدّة بين أخذه بالقيمة ، أو تركه بالأجر لما زاد على المدّة ، لأنه أبقى زرعه فى أرض غيره بعُدوانه .

وإن اختار المستأجر قطع زرعه فى الحال ، وتفريغ الأرض فله ذلك ، لأنه يُزيل الضرر ، ويُسلِّم الأرض على الوجه الذى اقتضاه العقد ، وذكر القاضى : أن على المستأجر نقل الزرع ، وتفريغ الأرض ، وإن اتفقا على تركه بعوض ، أو غيره جاز ، وهذا مذهب الشافعىّ ، بناءً على قوله فى الغاصب ، وقياس مذهبنا ما ذكرناه .

الحال الثانى : أن يكون بقاؤه بغير تفريط ، مثل أن يزرع زرعاً ينتهى فى المدّة عادة ، فأبطأ لبرد ،

أو غيره ، فإنّه يلزم المؤجِّر تركه إلى أن ينتهى ، وله المسمَّى ، وأجر المثل لما زاد ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، والوجه الثانى: قالوا : يلزمه نقله ، لأن المدّة ضُرِبت لنقل الزرع ، فيلزم العمل بموجبه ، وقد وُجد منه تفريط ، لأنه كان يمكنه أن يستظهر فى المدة فلم يفعل .

ولنا : أنه حصل الزرع فى أرض غيره بإذنه من غير تفريط ، فلزم تركه ، كما لو أعاره أرضاً ، فزرعها ، ثمّ رجع المالك قبل كمال الزرع ، وقولهم : إنه مُفرّط غيرُ صحيحٍ لأن هذه المدة التى جرت العادة بكمال الزرع فيها ، وفى زيادة المدّة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة ، وتضييع زيادة مُتيقّنة ، لتحصيل شىء متوهّم على خلاف العادة هو التفريط ، فلم يكن تركه تفريطاً ، ومتى أراد المستأجر زرع شىء لا يُدرك مثلهُ فى الإجارة ، فللمالك منعه ، لأنه سبب لوجود زرعه فى أرضه بغير حقّ ، فملك منعه منه ، فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدّة ، لأنه فى أرض يملك نفعها ، ولأنه لا يملك ذلك بعد المدّة ، فقبلها أولى ، ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال : إذا لم يكن بدّ من المطالبة بالنقل فليكن عند المدّة التى يستحقّ تسليمها إلى المؤجر فارغةً .

٤١٧٠ (فصـــل)

وإذا اكترى الأرض لزرع مدّةً لا يكمل فيها ، مثل أن يكترى خمسةَ أشهر لزرعٍ لا يكمل إلا فى سنةٍ نظرنا : فإن شرط تفريغها عند انقضاء المدّة ، ونقله عنها صحّ ، لأنه لا يُفضى إلى الزيادة على مدّته ، وقد يكون له غرض فى ذلك ، لأخذه إياه قصيلًا ، أو غيره ، ويلزمه ما التزم .

وإن أطلق العقد ، ولم يشترط شيئاً احتمل أن يصحّ ، لأن الانتفاع بالزرع فى هـــذه المدّة ممكن ، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض فى زرع ضررُه كضرر الزرع المشروط ، أو دونه ، مثل أن يزرعها شعيراً يأخذُه قصيلًا صحّ العقدُ . لأن الانتفاع بها فى بعض ما اقتضاه العقد ممكن ، وإن لم يكن كذلك لم يصحّ لأنه اكترى للزرع ما لا ينتفع بالزرع فيه ، أشبه إجارة السَّبَخِة[1] له ، فإن قلنـا : يصحّ ، فإن انقضت المدة ففيه وجهان :

أحدهما : حكمه حكم زرع المستأجر لمـا لا يكمل فى مدّته ، لأنه ههنا مُفرّط ، واحتمل أن يلزم المـكرى تركه بالأجر ، لأن التفريط منه حيث أكراه مدّةً لزرع لا يكمُل فيها ، وإن شرط تبقيته حتى يكمل ، فالعقد فاسد ، لأنه جمع بين متضادّين ، فإنّ تقدير المدّة يقتضى النقل فيها ، وشرط التبقية يخالفه ، ولأن مدّة التبقية مجهولة ، فإن زرع لم يطالب بنقله ، كالتى تقدّمت .

---

(١) السبخة : بفتح السين مع فتح الباء وسكونها أرض ذات نز وملح .

٤١٧١ (فصــــل)

إذا أجره للغراس سنة صحّ ، لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة ، فأشبهت سائر المنافع ، وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدّة ، أو أطلق ، وله أن يغرس قبل انقضاء المدّة ، فإذا انقضت لم يكن له أن يغرس ، لزوال عقده ، فإذا انقضت السنة ، وكان قد شرط القلع عند انقضائها ازمه ذلك ، وفاءً بموجَب شرطه ، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه ، ولا على المكترى تسوية الُحفَر ، وإصلاح الأرض ، لأنهما دخلا على هذا ، لرضاهما بالقلع ، واشتراطهما عليه .

وإن اتفقا على إبقائه بأجر ، أو غيره جاز ، إذا شرطا مدّة معلومةً ، وكذلك لو اكترى الأرض سنةً بعد سنةٍ ، كلّما انقضى عقد جُدّد آخر جاز ، وإن أطلق العقد ، فللمكترى القلع ، لأن الغرس ملكه ، فله أخذه ، كطعامه من الدار التى باعها ، وإذا قلع فعليه تسوية الُحفَر ، لأنه نقصٌ دخل على ملك غيره بغير إذنه .

وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدّة ههنا وفى التى قبلها ، لأن القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك ، ولأنه تصرّف فى الأرض تصرّفاً نقصها لم يقتضه عقد الإجارة ، وإن أبى القلع لم يجبر عليه ، إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه ، فيُجبر حينئذ ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : عليه القلع من غير ضمان النقص له ، لأن تقدير المدة فى الإجارة يقتضى التفريغ عند انقضائها ، كما لو استأجرها للزرع .

ولنا : قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » مفهومه أن ما ليس بظالم له حقّ ، وهذا ليس بظالم ، ولأنه غرس بإذن المالك ، ولم يشرط قلعه ، فلم يُجبر على القلع من غير ضمان النقص ، كما لو استعار منه أرضاً للغرس مدّة ، فرجع قبل انقضائها ، ويخالف الزرع ، فإنه لا يقتضى التأبيد .

فإن قيل : فإن كان إطلاق العقد فى الغراس يقتضى التأبيد ، فشرط القلع ينافى مقتضى العقد ، فينبغى أن يُفسده ، قلنا : إنما اقتضى التأبيد من حيثُ إنّ العادة فى الغراس التبقية ، فإذا أطلقه حُمل على العادة ، وإذا شرط خلافه جاز ، كما إذا باع بغير نقد البلد ، أو شرط فى الإجارة شرطاً يخالف العادة .

إذا ثبت هذا : فإن ربّ الأرض يخيَّر بين ثلاثة أشياء :

أحدها : أن يدفع قيمة الغراس ، والبناء ، فيملكه مع أرضه .

والثانى : أن يقلع الغراس ، والبناء ، ويضمن أرش نقصه .

والثالث : أن يقرّ الغراس ، والبناء ، ويأخذ منه أجرَ المثل . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال مالك : يخيّر بين دفع قيمته ، فيملكه ، وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان ، وبين تركه ، فيكونان شريكين ، وليس بصحيح ، لأن الغراس ملك لغارسه : لم يدفع إليه عنه عوض ، ولا رضى بزوال ملكه عنه ، فلا

يزول عنه ، كسائر الغَرْس ، وإن اتفقا على بيع الغراس ، والبناء لمالك جاز ، وإن باعهما صاحبهما لغير مالك الأرض جاز ، ومشتريهما يقوم فيهما مقام البائع ، وقال أصحاب الشافعيّ في أحد الوجهين : ليس له بيعهما لغير مالك الأرض ، لأن ملكه ضعيف ، بدليل أن لصاحب الأرض تملّكه عليه بالقيمة من غير إذنه .

ولنا : أنه مملوك له يجوز بيعه لمالك الأرض ، فجاز لغيره ، كشِقْصٍ مشفوعٍ ، وبهذا يبطل ما ذكروه ، فإن للشفيع تملّك الشِّقص ، وشراءه ، ويجوز بيعه لغيره ، فأما إن شرط في العقد تبقية الغراس : فذكر القاضي أنه صحيح ، وحكمه حكم ما لو أطلق العقد سواء ، وهو قول أصحاب الشافعيّ ، ويحتمل أن يبطل العقد ، لأنه شرط ما ينافي مقتضى العقد ؛ فلم يصحّ ، كما لو شرط ذلك في الزرع لا يكمل قبل انقضاء المدة . ولأن الشرط باطل . بدليل أنه لا يجب الوفاء به . وهو مؤثّر . فأبطله . كشرط تبقية الزرع بعد مدّة الإجارة .

٤١٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه ، وكسوته ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيراً بطعامه . وكسوته ، أو جعل له أجراً . وشرط طعامه ، وكسوته ، فرُوي عنه جواز ذلك ، وهو مذهبُ مالك . وإسحاق ، ورُوي عن أبي بكر، وعمرو أبي موسى رضي الله عنهم أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم . وكسوتهم . ورُوي عنه أن ذلك جائز في الظِّئْر [1] دون غيرها. اختارها القاضي ، وهذا مذهب أبي حنيفة ، لأن ذلك مجهول ، وإنّما جاز في الظِّئر لقول الله تعالى : (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ [2]) فأوجب لهنّ النفقة ، والكسوة ، على الرّضاع ، ولم يفرق بين المطلّقة ، وغيرها ، بل في الآية قرينة تدلّ على طلاقها ، لأن الزوجة تجب نفقتها ، وكسوتها بالزوجيّة ، وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال : (وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ [3]) والوارث ليس بزوج ، ولأن المنفعة في الحضانة ، والرضاع غيرُ معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك . ورُوي عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحالٍ ، لا في الظِّئر ولا في غيرها ، وبه قال الشافعيّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ،

(١) الظئر : هي الحانية على ولد غيرها المرضعة له من الناس وغيرهم ، يعني يطلق على أنثى الحيوان التي ترضع ولد غيرها كالبقرة والشاة والناقة وغيرها . ظئر ، وسواء كان الولد ذكرا أو أنثى .

(٢) بعض الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

(٣) هذا جزء من نفس الآية ٢٣٣ .

وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً ، فيكون مجهولاً ، والأجر من شرطه أن يكون معلوماً .

ولنا : ما روى ابن ماجه عن عُتْبَةَ بن المنذر ، قال : كُنّا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأ (طس)[1] حتى بلغ قصة موسى قال «إنّ مُوسَى آجَرَ نَفْسَهُ ثَمانِيَ حِجَجٍ أوْ عَشْراً عَلَى عِفَّةِ فَرْجِهِ وَطَعَامِ بَطْنِهِ» وشرعُ من قبلنا شرعٌ لنا ، ما لم يثبت نَسخُه .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : كنتُ أجيراً لابنةِ غَزْوانَ بطعامِ بَطْنِي ، وعُقْبَةِ[2] رِجْلِي ، أَحْطِبُ لَهُمْ إذَا نَزَلُوا ، وأَحْدُو بِهِمْ إذَا رَكِبُوا . ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه ، فلم يظهر له نكير ، فكان إجماعاً ، ولأنه قد ثبت في الظِّئر بالآية ، فيثبُت في غيرها بالقياس عليها ، ولأنّه عوض منفعة ، فقام العُرف فيه مقام التسمية ، كنفقة الزوجة ، ولأن للكسوة عُرفاً ، وهي كسوة الزوجات ، والإطعام عرفٌ وهو الإطعام في الكفّارات ، فجاز إطلاقه ، كنقد البلد ، ونخصّ أبا حنيفة بأنّ ما كان عِوَضا في الرضاع جاز في الخدمة . كالأثمان .

إذا ثبت هذا : فإنّهما إن تشاحّا في مقدار الطعام ، والكسوة رُجع في القوت إلى الإطعام في الكفّارة وفي الكسوة إلى أقلّ ملبوس مثله ، قال أحمد : إذا تشاحّا في الطعام يُحكم له بمُدّ كُلّ يوم ، ذهب به إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين ، ففَسّرت ذلك السنة بأنه مدٌّ ، لكلّ مسكين ، ولأن الإطعام مطلق في الموضعين ، فما فُسِّر به أحدُهما يفَسَّر به الآخرُ وليس له إطعام الأجير إلا ما يُوافقه من الأغذية ، لأن عليه ضرراً ، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه .

٤١٧٣ (فصــــل)

وإن شرط الأجير كسوة ، ونفقة معلومة ، موصوفة ، كما يوصف في السَّلَمَ جاز ذلك عند الجميع ، وإن لم يشترط طعاماً ، ولا كسوة ، فنفقته ، وكسوته ، على نفسه ، وكذلك الظِّئر ، قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحد خلافاً فيما ذكرتُ ، وإن شرط للأجير طعام غيره ، وكسوته موصوفاً جاز ، لأنه معلوم ، أشبه ما لو شرط دراهم معلومةً ويكون ذلك للأجير ، إن شاء أطعمه ، وإن شاء تركه ، وإن لم يكن موصوفاً لم يجُز ، لأن ذلك مجهول ، احتُمِل فيما إذا شرطه للأجير للحاجة إليه ، وجرت العادة به ، فلا يلزمه احتمالها

(١) يعني سورة القصص وهي « طسم تلك آيات الكتاب المبين ، نتلو عليك من نبأ موسى وفرعون بالحق لقوم يؤمنون » .

(٢) عقبة بضم العين وسكون القاف هي النوبة أي أركب مرة وأمشي مرة .

مع عدم ذلك ، ولو استأجر دابّة بعلفها ، أو بأجر مُسمًّى ، وعلفها ، لم يجُز ، لأنه مجهول ، ولا عرف له يرجع إليه ، ولا نعلم أحداً قال بجوازه ، إلا أن يشترطه موصوفاً فيجوز .

٤١٧٤ (فصــــــل)

وإن استغنى الأجيرُ عن طعام المؤجِّر بطعام نفسه ، أو غيره ، أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره ، لم تسقط نفقته ، وكان له المطالبة بها ، لأنها عِوَضٌ ، فلا تسقط بالغِنَى عنه ، كالدراهم ، وإن احتاج لدواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك ، لأنه لم يشرط له الإطعام إلا صحيحاً ، لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح ، يشترى له الأجير ما يصلح ، لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقدُ عليه ، فلا يُلزم به ، كالزائد فى القدر .

٤١٧٥ (فصــــــل)

إذا دفع إليه طعامه ، فأحبَّ الأجيرُ أن يستَفْضِل بعضَه لنفسه ، نظرتَ : فإن كان المؤجّر دفع إليه أكثر من الواجب ليأكل قدر حاجته . ويُفْضِل الباقىَ ، أو كان فى تركه لأكله كلِّه ضرر على المؤجّر ، بأن يضْعف عن العمل ، أو يقلّ لَبَنُ الظِّئْر منع منه ، لأنه فى الصورة الأولى لم يُملِّكه إيّاه ، وإنما أباحه أكل قدر حاجته ، وفى الثانية على المؤجّر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته ، فمنع منه ، كالجمّال إذا امتنع من علف الجمال ، وإن دفع إليه قدر الواجب من غير زيادة ، أو دفع إليه أكثر وملّكه إيّاه . ولم يكن فى تفضيله لبعضه ضرر بالمؤجّر جاز . لأنه حقّ لا ضرر على المؤجّر فيه ، فأشبه الدراهم .

٤١٧٦ (فصــــل)

وإن قدّم إليه طعاماً فنُهِب . أو تَلِف قبل أكله نظرتَ . فإن كان على مائدة لايخُصّه فيها بطعامه ، فهو من ضمان المستأجر ، لأنه لم يسلّمه إليه . فكان تلفه من ماله . وإن خصّه بذلك وسلّمه إليه فهو من ضمان الأجير ، لأنه تسليم عِوض على وجه التمليك . أشبه البيع .

٤١٧٧ (فصــــــل)

إذا دفع إلى رجل ثوباً ، وقال : بعه بكذا ، فما ازددتَ فهو لك صحّ ، نصّ عليه أحمد فى رواية أحمد بن سعيد ، ورُوى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال ابن سيرين ، وإسحاق ، وكرهه النخَعِىّ ، وحمّاد ، وأبو حنيفة ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وابن المنذر ، لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم .

ولنا : ما رَوى عطاء ، عن ابن عباس : أنه كان لا يرى بأساً أن يُعطى الرجُل الرجَل الثوبَ أو غير ذلك فيقول : بعه بكذا ، وكذا ، فما ازددتَ فهو لك ، ولا يُعرف له فى عصره مخالف ، ولأنها عين تَنْمىَ بالعمل فيها ، أشبه دفع مال المضاربة .

إذا ثبت هذا : فإن باعه بزيادة فهي له ، لأنه جعلها أجرةً ، وإن باعه بالقدر المسمَّى من غير زيادة فلا شيء له ، لأنه جعل له الزيادة ، ولا زيادة ههنا ، فهو كالمضارب إذا لم يربح ، وإن باعه بنقص عنه لم يصحّ البيعُ ، لأنه وكيلٌ مخالف ، وإن تعذّر ردّه ضمن النقص .

وقد قال أحمد : يضمن النقصان مُطلقا ، وهذا قد مضى مثله فى الوكالة ، وإن باعه نسيئةً لم يصحّ البيع ، لأن إطلاق البيع يقتضى النقد ، لما فى النسيئة من ضرر التأخير ، والخطر بالمال ، ليحصُل له نفعُ الربح ، ويُفارق المضارب على رواية ، حيث يجوز له البيع نَساء ، لأنه يحصُل لربّ المال نفعٌ بما يحصل من الربح فى مقابلة ضرره بالنسيئة ، وههنا لا فائدة لربّ المال فى الربح بحالٍ ، ولأن مقصود المضاربة تحصيل الربح ، وهو فى النسيئة أكثر ، وههنا ليس مقصود ربّ المال الربح ، ولاحظّ له فيه ، فلا فائدة له فيه ، وقال أحمد فى رواية الأثرم : ليس له شيء ، يعنى إذا زاد على العشرة ، لأن الإطلاق إنّما اقتضى بيعَها حالاً ، فإذا باعها نسيئةً ، فلم يمتثل الأمر ، فلم يستحقّ شيئاً .

٤١٧٨ (فصــل)

قال أحمد رحمه الله فى رواية مهنا : لا بأس أن يحصُد الزرع ، ويَصْرِمَ[1] النَّخْلَ بِسُدُسِ ما يخرُج منه ، وهو أحبُّ إلىّ من المقاطعة ، إنّما جاز ههنا لأنه إذا شاهده فقد علمه بالرؤية ، وهى أعلى طرق العلم ، ومن علم شيئاً علم جزأه المشاع ، فيكون أجراً معلوماً ، واختاره أحمد على المقاطعة ، مع أنها جائزة ، لأنه ربّما لم يخرُج من الزرع مثلُ الذى قاطعه عليه ، وههنا يكون أقلّ منه ضرورةً .

٤١٧٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك الظِّئْر ﴾

يعنى أنه يجوز استئجارها بطعامها ، وكسوتها ، وقد ذكرنا ذلك ، والخلاف فيه . وأجمع أهل العلم على جواز استئجار الظئر ، وهى المرضعة . وهو فى كتاب الله تعالى فى قوله سبحانه وتعالى (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)[3] واسترضَعَ النبيُّ صلّى اللهُ عليه وسلّم لولده إبراهيم . ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره ، فإن الطفل فى العادة إنما يعيش بالرضاع ، وقد يتعذّر رضاعه من أمّه ، فجاز ذلك ، كالإجارة فى سائر المنافع ، ثم ننظر : فإن استأجرها للرضاع دون الحِضَانة ، أو للحِضَانة[2] دون الرضاع ، أو لهما جاز . وإن أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحِضَانة ؟ فيه وجهان :

---

(١) يصرم النخل يجزه ، ويقطع سباطاته

(٢) الحضانة بكسر الحاء : تربية الطفل ، أو حمله فى الحضن ؛ والمراد هنا الأول .

(٣) الآية ٦ من سورة الطلاق

أحدهما : لا تدخل . وهو قول أبى ثور ، وابن المنذر ، لأن العقد ما تناولها .

والثانى : تدخل ، وهو قول أصحاب الرأى . لأن العرف جارٍ بأن المرضعة تحضن الصبىّ ، فحمل الإطلاق على ما جرى به العرف ، والعادة ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

والحِضَانة : تربية الصبىّ ، وحفظُه وجعْله فى سريره ، وربطُه ، ودَهْنُهُ ، وكَحْلُه ، وتنظيفُه ، وغسْل خِرَقه ، وأشباه ذلك ، واشتقاقه من الحِضْن ، وهو ما تحت الإبط ، وما يليه ، وسُمِّيت التربية حِضَانَةً تجوُّزاً ، من حِضَانة الطير لبيضه ، وفِراخه . لأنه يجعلها تحت جناحيه ، فسمّيت تربيةُ الصبىّ بذلك ، أخذاً من فعل الطائر .

٤١٨٠ (فصــــــل)

ويشترط لهذا العقد أربعة شروط :

أحدها : أن تـكون مدّة الرضاع معلومةً . لأنه لا يمـكن تقديره إلا بها . فإن السقى والعمل فيها يختلف .

الثانى : معرفة الصبىّ بالمشاهدة . لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبىّ فى كبره ، وصغره ، ونَهمته ، وقَناعَتِهِ . وقال القاضى : يُعرف بالصفة كالراكب .

الثالث : موضع الرضاع . لأنه يختلف ، فيشقّ عليها فى بيته ، ويسْهل عليها فى بيتها .

الرابع : معرفة العوض ، وكونه معلوماً كما سبق .

٤١٨١ (فصــــل)

واختلف فى المعقود عليه فى الرضاع ، فقيل : هو خدمة الصبىّ ، وحمْلُه ، ووضع الثدى فى فمه تبع ، كالصِّبغ فى إجارة الصبّاغ ، وماء البئر فى الدار . لأن اللبن عين من الأعيان ، فلا يعقد عليه فى الإجارة ، كلبن غيرالآدمىّ ، وقيل : هو اللبن . قال القاضى : هو أشبه . لأنه المقصود دون الخدمة ، ولهذا لوأرضعته دون أن تخدمه استحقّت الأجرة ، ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحقّ شيئاً . ولأن الله تعالى قال (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَـكُمْ فَـآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ)[1] فجعل الأجر مرتّباً على الإرضاع ، فيدلّ على أنه المعقود عليه . ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها .

وأمّا كونه عيناً ، فإنّما جاز العقد عليه فى الإجارة رُخْصَةً . لأن غيره لا يقوم مقامه ، والضرورة تدعو إلى استيفائه ، وإنما جاز هذا فى الآدَمِيّين دون سائر الحيوان ، للضرورة إلى حفظ الآدمىّ ، والحاجة إلى إبقائه .

(١) الآيه ٦ من سورة الطلاق .

٤١٨٢ (فصــــــل)

وعلى المرضعة أن تأكل ، وتشرب مايَدِرّ به لبنها ، ويصلح به ، وللمكترى مطالبتها بذلك . لأنه من تمام التمكين من الرضاع ، وفى تركه إضرار بالصبىّ ، ومتى لم ترضعه ، وإنما أسقته لبن الغنم ، أو أطعمته فلا أجر لها . لأنها لم توف المعقود عليه ، فأشبه ما لو اكتراها لخياطة ثوب ، فلم تخطه . وإن دفعته إلى خادمتها ، فأرضعته ، فكذلك . وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأى : لها أجرها . لأن رضاعه حصل بفعلها.

ولنا : أنها لم ترضعه ، فأشبه ما لو سقته لبن الغنم . وإن اختلفا ، فقالت : أرضعته ، فأنكر المسترضع ، فالقول قولها ، لأنها مؤتمنة .

٤١٨٣ (فصــــــل)

ويجوز للرجل أن يؤجّر أمته ، ومدبَّرته ، وأمّ ولده ، ومنْ عُلِّق عتقُها بصفة ، والمأذون لها فى التجارة للارضاع . لأنه عقد على منفعتها ، أشبه إجارتها للخدمة . وليس لواحدة منهنّ إجارةُ نفسها . لأن نفعها لسيّدها .

وإن كان لها ولد لم تجز إجارتها للارضاع ، إلا أن يكون فيها فضلٌ عن ربّه . لأن الحقّ لولدها ، وليس لسيّدها إلا ما فضل عنه .

وإن كانت مزوّجة لم تجز إجارتها لذلك إلا بإذنه . لأنه يفوّت حقّ الزوج ، لاشتغالها عنه بإرضاع الصبىّ ، وحِضَانته . فإن أجّرها للرضاع ، ثم زوّجها صحّ النكاح ، ولا ينفسخ عقد الإجارة ، ويكون للزوج أن يستمتع بها فى حال فراغها من الرضاع ، والحِضَانة . وقال مالك : ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر . لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه .

ولنا : أن وطء الزوج مستحقّ ، فلا يسقط لأمر مشكوك فيه . وليس للسيد إجارة مكاتبته . لأن منافعها إليها ، ولذلك لم يملك سيّدها تزويجها ، ولا وطأها ، ولا إجارتها فى غير الرضاع ، ولها أن تؤجرّ نفسها ، لأنه من جهات الاكتساب .

٤١٨٤ (فصــــــل)

ويجوز للرجل استئجار أمته ، وأخته ، وابنته ، لرضاع ولده ، وكذلك سائر أقاربه بغير خلاف ، وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها جاز ، هذا الصحيح من مذهب أحمد ، وذكره الخِرَقىّ فقال : وإن أرادت الأمّ أن تُرضعه بأجرِ مثلها . فهى أحقُّ به ، من غيرها ، سواء كانت فى حِبال الزوج أو مُطلَّقةً .

وقال القاضى : ليس لها ذلك ، وتأول كلام الخِرَقىّ على أنها فى حبال زوج آخرَ . وهذا قول أصحاب الرأى : وحُكى عن الشافعىّ ، لأنه قد استحقّ حَبْسها ، والاستمتاع بها بعوض . فلا يجوز أن يلزمه عوضٌ آخر لذلك .

ولنا : أن كلّ عقد يصحّ أن تعقده مع غير الزوج ، يصحّ أن تعقده معه ، كالبيع . ولأن منافعها فى الرضاع والحضَانة غيرُ مستَحقّة للزوج . بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضَانة ولدها ، ويجوز لها أن تأخذ عليها العوَض من غيره ، فجاز لها أخذُه منه ، كثمن مالها . وقولهم إنها استحقّت عوض الحبس ، والاستمتاع . قلنا : هذا غير الحضَانة ، واستحقاقُ منفعةٍ من وجه لا يمنع استحقاق منفعةٍ سواها بعَوض آخرَ ، كما لو استأجرها أولاً ثم تزوّجها ، وتأويل القاضى كلامَ الخرقىّ يُخالف الظاهر من وجهين :

أحدهما : أن الألف واللام فى الزوج للمعهود ، وهو زوجها أبو الطفل .

والثانى. أنها إذا كانت فى حبال زوج آخر لا تكون أحقّ به، بل يسقط حقُّها من الحضَانة، ثم ليس لها أن تُرضع إلا بإذن زوجها ، ففسد التأويل .

٤١٨٥ (فصـــــل)

وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة ، لفوات المنفعة بهلاك محلّها وحُكى عن أبى بكر أنها لا تنفسخ ، ويجب فى مالها أجر من ترُضعه تمامَ الوقت ، لأنه كالدين .

ولنا : أنه هلك المعقود عليه ، أشبه مالو هلكتْ البهيمةُ المستأجرة . وإن مات الطفل انفسخ العقد لأنه يتعذّر استيفاء المعقود عليه . لأنه لا يمكن إقامة غيره مُقامه ، لاختلاف الصبيان فى الرضاع ، واختلاف اللبن باختلافهم ، فإنّه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا منصوص الشافعىّ . وإذا انفسخ العقد عقيبه بطلت الإجارة من أصلها ، ورجع المستأجر بالأجر كلّه ، وإن كان فى أثناء المدّة رجع بحصّة مابقى .

٤١٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويستحبّ أن تُعطى عند الفطام عبداً ، أو أمةً كما جاء فى الخبر إذا كان المسترضَعُ موسراً ﴾

يعنى بالخبر ما رَوى أبو داود بإسناده ، عن هشام بن عُروة ، عن أبيه ، عن حَجّاج ابن حجّاج الأسْلَمىّ ، عن أبيه ، قلت يارسول الله : مَا يذهِبُ عَنِّى مَذَمَّةَ الرَّضاع ؟ فال « الْغرَّةُ الْعَبْدُ أَوِ الأَمَة » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، صحيح ، قال ابن الجوزىّ : المذمّة بكسر الدال ، من الذِّمام ، وبفتحها من الذّمّ ، قال ابن عقيل : إنما خصّ الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها . لأن فعلها فى إرضاعه ، وحضَانته سببُ حياته ، وبقائه ، وحفظ رقبته ، فاستُحبّ جعلُ الجزاء هبتَها رقبةً ، ليناسب بين النعمة ، والشكر ، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمّا فقال تعالى (وَأُمَّهَاتُكُمْ اللاّتِى أَرْضَعْنَكُمْ [1]) وقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم «لاَ يَجْزِى ولَدٌ وَالِدَهُ إلاّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلوكاً فَيُعْتِقَهُ » وإن كانت المرضعة مملوكة استُحِبّ إعتاقها . لأنه

(١) بعض الآية ٢٣ . من سورة النساء .

يحصل أخصُّ الرقاب بها : لها ، وتحصُل به المجازاة التى جعلها النبيُّ صلّى الله عليه وسلم المجازاة للوالد من النسب .

٤١٨٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال : (ومن اكترى دابّة إلى موضع، فجاوزه، فعليه الأجرة المذكورة ، وأجرة المثل لما جاوز ، وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها) .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٤١٨٨ (أحـــدها)

فى الأجر الواجب وهو المسمّى ، وأجر المثل للزائد . نصّ عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكر القاضى ذلك . وروى الأثرم بإسناده ، عن أبى الزناد : أنه ذكر عن فقهاء المدينة السبعة ، وقال : ربّما اختلفوا فى الشىء ، فأخذنا بقول أكثرهم ، وأفضلهم رأياً ، فكان الذى وعيتُ عنهم على هذه الصفة: أنّ من اكترى دابّة إلى بلد ، ثم جاوز ذلك إلى بلدٍ سواه . فإن الدابّة إن سلمت فى ذلك كلّه أدّى كراءها ، وكراءها مابعدها ، وإن تلفت فى تعدّيها ضمنها ، وأدّى كراءها الذى تكاراها به ، وهذا قول الحكم ، وابن شُبْرُمَةَ ، والشافعىّ .

وقال الثورىّ ، وأبوحنيفة : لا أجر عليه لما زاد ، لأن المنافع عندهما لا تُضمن فى الغصب ، وحُكى عن مالك : أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة يُخيَّر صاحبُها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدّى، لأنه متعد بإمساكها ، حابسٌ لها عن أسواقها ، فكان لصاحبها تضمينُها إيّاه .

ولنا أن العين باقية بحالها ، يمكن أخذها ، فلم تجب قيمتها ، كما لو كانت المسافة قريبة ، وما ذكره تحكّم لادليل عليه ، ولا نظير له ، فلايجوز المصير إليه ، وقد مضى الكلام مع أبى حنيفة فى الغصب .

٤١٨٩ الفصل الثانى فى الضمان

ظاهر كلام الخِرقىّ وجوب قيمتها إذا تلفت به ، سواء تلفت فى الزيادة ، أو بعد ردّها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكترى ، أو لم يكن ، وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة ، إذا تلفت حال التعدّى لما حكينا عنهم ، وقال القاضى : إن كان المكترى نزل عنها ، وسلّمها إلى صاحبها ليمسكها ، أو يَسقِيَها ، فتلفت ، فلا ضمان على المكترى ، وإن هلكت والمكترى راكب عليها ، أو حمله عليها ، فعليه ضمانها .

وقال أبو الخطاب : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميعُ قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصفُ قيمتها . وقال أصحاب الشافعىّ : إن لم يكن صاحبها معها لزم المكترى قيمتها كلّها ، وإن كان

معها فتلفت فى يد صاحبها لم يضمنها المكترى ، لأنها تلفت فى يد صاحبها ، أشبه مالو تلفت بعد مدة التعدى.

وإن تلفت تحت الراكب ففيه قولان :

أحدهما : يلزمه نصفُ قيمتها، لأنها تلفت بفعل مضمون ، وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجراحته ، وجراحة مالكها .

والثانى : تُقسّط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الإجارة سقط ، ووجب الباقى ، ونحوُ هذا قول أبى حنيفة ، فإنه قال : من اكترى جملًا لحمل تسعةٍ ، فحمل عشرةً ، فتلف . فعلى المكترى عُشر قيمته ، وموضع الخلاف فى لزوم كال القيمة ، إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت فى يد صاحبها .

فأما إذا تلفت حال التعدّى ، ولم يكن صاحبها مع راكبها ، فلا خلاف فى ضمانها بكمال قيمتها ، لأنها تلفت فى يد عاديَةٍ ، فوجب ضمانها ، كالمغصوبة ، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب ، أو تحت حمله ، وصاحبُها معها . لأن اليد للراكب ، وصاحب الحمل ، بدليل أنهما لو تنازعا دابةً أحدُهما راكبُها ، أوله عليها حِمْلٌ ، والآخر آخذٌ بزمامها ، لكانت للراكب ، ولصاحب الحِمل . ولأن الراكب متعدٍّ بالزيادة ، وسكوت صاحبها لا يُسقط الضمان ، كمن جلس إلى إنسان ، فخرق ثيابه ، وهو ساكت ، ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدّى ، كمن ألقى حجراً فى سفينة مُوقَرة[1] فغرّقها .

فأما إذا تلفت فى يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها ، فينظر : فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل ، والسير ، فهو كما لو تلفت تحت الحمل ، والراكب ، وإن تلفت بسبب آخرَ ، من افتراس سَبُعٍ ، أو سقوط فى هُوّةٍ[2] ونحو ذلك فلا ضمان فيها ، لأنها لم تتلف فى يد عادية ، ولا بسبب عدوان ، وقولهم تلفت بفعل مضمون، وغير مضمون ، أشبه ما لو تلفت بجراحتين ، يبطُل بما إذا قُطِع السارق، ثم قَطع آخر يده عُدواناً ، فمات منهما ، وفارق ما إذا جرح نفسه ، وجرحه غيره ، لأن الفعلين عدوان ، فقسِّم الضمان عليهما .

٤١٩٠ (فصــــــل)

ولا يسقط الضمان بردّها إلى المسافة ، وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعىّ . وقال محمد : يسقُط ، كما لو تعدّى فى الوديعة ، ثم ردّها .

ولنا : أنها يد ضامنة ، فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد ، ولم يوجد ، وما ذكروه فى الوديعة لا نسلّمه إلا أن يردّها إلى مالكها ، أو يجدّد له إذناً .

---

(١) موقرة : محملة ثقيلة بحملها .

(٢) الهوة : الحفرة أو ما انخفض من الأرض

٤١٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه ﴾

وجملة ذلك : أن من اكترى لحمل شيء ، فزاد عليه ، مثل أن يكتريها لحمل قفيزين ، فحمل ثلاثة ، فحكمه حكم من اكترى إلى موضع ، فجاوزه إلى سواه فى وجوب الأجر المسمّى ، وأجر المثل لما زاد ، ولزوم الضمان إن تلفت ، هذا قول الشافعىّ ، وحكى القاضى : أن قول أبى بكر فى هذه المسألة وجوبُ أجر المثل فى الجميع ، وأخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً ، فزرعها حنطةً ، قال : عليه أجر المثل للجميع ، لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، فأشبه ما لو استأجر أرضاً ، فزرع أخرى ، فجمع القاضى رحمه الله بين مسألة الخرقىّ ، ومسألة أبى بكر ، وقال : ينقل قولُ كلٍّ واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى ، لتساويهما فى أن الزيادة لا تتميَّز ، فيكون فى المسألتين وجهان ، وليس الأمر كذلك ، فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً ، فإن الذى حصل التعدّى فيه فى الحمل متميّز عن المعقود عليه ، وهو القفيز الزائد ، بخلاف الزرع ، ولأنه فى مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها ، وزاد ، وفى الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه ، ولهذا علّله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ، ولا يصحّ هذا القول فى مسألة الحمل . فإنه قد حمل المعقود عليه ، وزاد عليه ، بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اكترى مسافةً ، وزاد عليها أشدّ ، وشبهُها بها أشدّ ، ولأنه فى مسألة الحمل متعدٍّ بالزيادة وحدها ، وفى مسألة الزرع متعدٍّ بالزرع كلّه ، فأشبه الغاصب .

فأما مسألة الزرع فيما إذا اكترى أرضاً لزرع الشعير ، فزرع حِنطةً ، فقد نصّ أحمد فى رواية عبدالله ، فقال : يُنظر ما يدخُل على الأرض من النقصان ، ما بين الحنطة ، والشعير ، فيُعطى ربُّ الأرض ، فجعل هذه المسألة كمسألتى الخِرقِىّ فى إيجاب المسمّى ، وأجر المثل للزائد ، ووجهه أنه لما عيّن الشعير لم يتعيَّن ، ولم يتعلّق العقد بعينه ، كما سبق ذكره .

ولهذا قلنا : له زرع مثله ، وما هو دونه فى الضرر ، فإذا زرع حنطةً فقد استوفى حقه ، وزيادة ، أشبه ما لو اكتراها إلى موضع ، فجاوزه ، وقال أبو بكر : له أجر المثل ، وعلّله بأنه عدل عن المعقود عليه ، فإن الحنطة ليست شعيراً ، وزيادة ، وإن قلنا : إنّه قد استوفى المعقود عليه ، وزيادة ، غير أن الزيادة ليست متميّزة عن المعقود عليه ، بخلاف مسألتى الخِرقىّ ، وقال الشافعى : المكترى مخيّر بين أخذ الكراء ، وما نقصت الأرض عمّا ينقصها الشعير ، وبين أخذ كراء مثلها للجميع ، لأن هذه المسألة أخذت شبهاً من أصلين .

أحدهما : إذا ركب دابةً فجاز بها المسافة المشروطة ، لكونه استوفى المعقود عليه ، وزيادة .

والثانى : إذا استأجر أرضاً ، فزرع غيرها . لأنه زرع متعدّياً . فلهذا خيّره بينهما . ولأنه وُجد سبب يقتضى كلَّ واحد من الحكمين . وتعذّر الجمع بينهما . فكان له أوفرهما . وفوّض اختياره إلى المستحقّ .

كقتل العمد . ومن نصر أبا بكر قال : هذا متعدٍّ بالزرع كلّه . فكان عليه أجر المثل . كالغاصب . ولهذا يملك ربُّ الأرض منعه من زرعه . ويملك أخذه بنفقته ، إذا زرعه ، ويُفارق من زاد على حقّه زيادةً متميّزة ، فإنه غيرُ متعدٍّ بالجميع . إنما تعدّى بالزيادة وحدها . ولهذا لا يملك المُكرى منعه من الجميع .

ونظير هاتين المسألتين من اكترى غُرفةً ليجعل فيها أقْفِزَةَ حِنْطةٍ ، فترك فيها أكثر منها ، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطاراً من القطن ، فجعل فيها قنطاراً من حديد ، ففى الأولى له المسمّى ، وأجر الزيادة ، وفى الثانية يخرّج فيها من الخلاف مثل ما قلنا فى مسألة الزرع ، وحكم المستأجر الذى يزرع أضرَّ ممّا اكترى له حكم الغاصب ، لربّ الأرض منعه فى الابتداء ، لما يلحقه من الضرر ، فإن زرع فربّ الأرض مخيّر بين ترك الزرع بالأجر ، وبين أخذه ، ودفع النفقة ، وإن لم يعلم حتى أخذ المستأجر زرعه ، فله الأجرة لا غيرُ على ما ذكرنا فى باب الغصب .

٤١٩٢ (فصــــل)

وإن اكترى دابّةً إلى مسافة ، فسلك أشقَّ منها ، فهى مثلُ مسألة الزرع ، يخرّج فيها وجهان .

قياس المنصوص عن أحمد أنّ له الأجر المسمّى ، وزيادة ، لكون المسافة لا تتعيّن على قول أصحابنا ، وقياس قول أبى بكر ، إنّ له أجرُ المثل . لأن الزيادة غير متميّزة ، ولأنه متعدٍّ بالجميع ، بدليل أن لربّ الدابّة منعه من سلوك تلك الطريق كلّها ، بخلاف من سلك تلك الطريق ، وجاوز ، فإنّه إنما يمنعه الزيادة لا غيرُ ، وإن اكترى لحمل قُطن ، فحمل بوزنه حديداً ، أو لحمل حديدٍ فحمل قطناً ، فالصحيح أن عليه أجرَ المثل ههنا ، لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الأرض ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحقّ بعقد الإجارة ، وزيادة عليه ، بخلاف ماقبلها من المسائل ، وسائر مسائل العدوان فى الإجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل : ما كان متميّزاً ، وما لم يكن متميزاً ، فتلحق كلّ مسألة بنظيرتها ، والله أعلم .

٤١٩٣ (فصــل)

إذا أكراه لحمل قفيزين ، فحملهما ، فوجدهما ثلاثةً ، فإن كان المكترى تولى الكيل ، ولم يعلم المُكرى بذلك فحكمه حكم من اكترى لحمولة شىء ، فزاد عليه ، وإن كان المُكْرى تولّى كيله وتعبيتَه ، ولم يعلم المكترى ، فهو غاصبٌ ، لا أجر له فى حمل الزائد ، وإن تلفت دابّته فلا ضمان لها ، لأنها تلفت بعدوان صاحبها ، وحكمه فى ضمان الطعام حكم من غصب طعام غيره .

وإن تولّى ذلك أجنبى ، ولم يعلم المكرى ، والمكترى ، فهو متعدٌّ عليهما ، يلزمه لصاحب الدابّة الأجرُ ويتعلّق به الضمان ، ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه ، وسواء كاله أحدهما ، ووضعه الآخرُ على ظهر الدابة ، أو كان الذى كاله ، وعبّاه وضعه على ظهرها .

وقال أصحاب الشافعيّ في أحد الوجهين : إذا كاله المكترى ، ووضعه المُكرى على ظهر البهيمة لا ضمان على المكترى ، لأن المكرى مُفرِّط في حمله .

ولنا : أن التدليس ليس من المكترى ، إذ أخبره بكيلها على خلاف ماهو به ، فلزمه الضمان ، كما لو أمر أجنبياً بتحميلها ، فأمّا إن كالها المكترى ، ورفعها المكرى على الدابّة عالماً بكيلها لم يضمن المكترى دابّته إذا تلفت ، لأنه فعل ذلك من غير تدليس ، ولا تغرير ، وهل له أجر القفيز الزائد ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : لا أجر له ، لأن المكترى لم يجعل له على ذلك أجراً .

والثاني : له أجر الزائد ، لأنهما اتّفقا على حمله على سبيل الإجارة ، فجرى مجرى المعاطاة في البيع ، ودخول الحمّام من غير تقدير أجره ، وإن كاله المكرى وحمله المكترى على الدابّة عالماً بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها ، فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره بحمله عليها ففي وجوب الأجر وجهان ، كما لو حمله المكرى عليها ، لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله ، وإن كاله أحدهما ، وحمله أجنبيّ بأمره فهو كما لو حمله الذى كاله ، وإن كان بأمر الآخر فهو كما لو حمله الآخر ، وإن حمله بغير أمرهما فهو كما لو كاله ، ثم حمله .

٤١٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يجوز أن يكترى مدّة غَزَاته ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : الأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : قدعرف وجه ذلك ، وأرجو أن يكون خفيفاً .

ولنا : أن هذه إجارة في مدّة مجهولة ، وعمل مجهول ، فلم يجز ، كما لو أكراها لمدّة سفره في تجارته ، ولأن مدّة الغَزاة تطولُ ، وتقصرُ ، ولا حدّ لها تُعرف به ، والعمل فيها يقلّ ، ويكثر ، ونهاية سفرهم تقرُب وتبعُد ، فلم يجز التقدير بها ، كغيرها من الأسفار المجهولة ، فإن فعل ذلك فله أجرُ المثل ، لأنه عقدٌ عَلَى عوض لم يَسْلَمْ له ، لفساد العقد ، فوجب أجر المثل ، كسائر الإجارات الفاسدة .

٤١٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن سمّى لكلّ يوم شيئاً معلوماً فجائز ﴾

وجملته : أن من اكترى فرساً مدّة غزوه كلّ يوم بدرهم ، فالمنصوص عن أحمد صحّته ، وقال الشافعيّ : هذا فاسد . لأن مدّة الاجارة مجهولة .

ولنا : أن علياً رضى الله عنه أجّر نفسه كلّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، وكذلك الأنصاريّ ولم يُنكره النبيّ

صلى الله عليه وسلم ، ولأن كلّ يوم معلوم مدّته ، وأجرته ، فصحّ ، كما لو قال : أجرتـكها شهراً ، كلّ يوم بدرهم ، أو قال : استأجرتك لنقل هذه الصُّبرة كل قفيز بدرهم ، ولابدّ من تعيين ما يستأجر له ، إما لركوب أو حمل معلوم ، ويستحقّ الأجر المسمّى لـكلّ يوم ، سواء كانت مقيمة ، أو سائرة ، لأن المنافع ذهبت فى مدّته ، فأشبه ما لو اكترى داراً ، فأغلقها ، ولم يسكُنها ، وإن أجرّ نفسه لسقى نخل كلّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ أو بفَلْسٍ ، أو أجر معلوم جاز للأثر الوارد فيه ، ولأن كلّ عمل معلوم له عوض معلوم ، فجاز كما لو سمّى دِلاءً معروفةً ، ولابد من معرفه الدلو ، والبئر ، وما يستقى به ، لأن العمل يختلف به .

٤١٩٦ (فصـــــــل)

ونقل أبوالحارث عن أحمد ، فى رجل استأجر دابّة فى عشرةِ أيام ، بعشرة دراهم ، فإن حبسها أكثر من ذلك فله بكلّ يوم درهم ، فهو جائز ، ونقل ابن منصور عنه فيمن اكترى دابّة من مكّة إلى جدّة بكذا ، فإن ذهب إلى عَرَفاتٍ بكذا ، فلا بأس ، ونقل عبد الله عنه : لو قال : أكريتُـكها بعشرة ، فما حبسها ، فعليه كلّ يوم عشره .

وهذه الروايات تدلّ على أن مذهبه أنه متى قدّر لـكلّ عمل معلوم أجراً معلوماً صحّ ، ويتأوّل القاضى هذا كلّه على أن يصحّ فى الأول ، ويفسُد فى الثانى ، لأن مدّته غير معلومة ، فلم يصحّ العقد فيه ، كما لو قال : استأجرتُك لتحمل لى هذه الصُّبرة ، وهى عشرة أقفزة بدرهم ، وما زاد فبحساب ذلك ، والظاهر خلاف هذا . فإن قوله : فهو جائز عاد إلى جميع ماذكر قبله ، وكذلك قوله : لابأس ، ولأن لـكل عمل عوضاً معلوماً ، فصحّ كما لو استقى له كلّ دلو بتَمْرةٍ ، وقد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه ، ومسألة الصُّبرة لانصّ فيها عن الإمام ، وقياسُ نصوصه صحّة الإجارة ، وإن سلم فسادها ، فلأن القُفزان التى شَرط حملها غير معلومةٍ بتعيينٍ ، ولاصفةٍ ، وهى مختلفة فلم يصحّ العقد ، لجهالتها ، بخلاف الأيام ، فإنها معلومة .

٤١٩٧ (فصـــــــل)

وإن قال : إن خطتَ هذا الثوب اليوم فلك درهم ، وإن خطته غداً فلك نصف درهم ، فعن أحمد فيه روايتان : إحداهما : لا يصحّ ، وله أجر المثل ، نقلها أبو الحارث عن أحمد . وهذا مذهبُ مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير ، فلم يصحّ كما لو قال : بعتك نقداً بدرهم ، أو بدرهمين نسيئةً .

والثانية : يصحّ ، وهو قول الحارث العُكلىّ ، وأبى يوسف ، ومحمد ، لأنه سمّى لـكُلِّ عمل عوضاً معلوماً ، فصحّ كما لو قال : كلّ دَلْوٍ بتمرة .

وقال أبو حنيفة : إن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً لا يُزاد على درهم ، ولا يُنْقَصُ عن نصف درهم ، لأن المؤجّر قد جعل له نصف درهم ، فلا ينقُص منه ، وهو قد رضى فى أكثر العملين بدرهم ، فلا يُزاد عنه ، وهذا لا يصح ، لأنه إن صح العقدُ فله المسمّى ، وإن فسد فوجوده كالعدم ، ويجب أجر المثل ، كسائر العقود الفاسدة .

٤١٩٨ (فصـــل)

وإن قال : إن خطتَه روميًّا فلك درهم ، وإن خطته فارسيًّا فلك نصف درهم ، ففيها وجهان ، بناء على التى قبلها ، والخلاف فيها كالتى قبلها ، لأن أبا حنيفة وافق صاحبه فى الصحّة ههنا .

ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعيّن فيه العوض ، ولا المعوّض ، فلم يصح ، كما لو قال : بعتُك هذا بدرهم ، أو هذا بدرهمين ، وفارق هذا كلّ دلو بتمرة من وجهين : أحدهما : أن العمل الثانى ينضمّ إلى العمل الأول ، ولكل واحد منهما عوض مقدّر ، فأشبه ما لو قال : بعتُك هذه الصُّبرةُ كلَّ قفيزٍ بدرهم ، وههنا الخياطة واحدة ، شرط فيها عوضاً إن وُجِدت على صفةٍ ، وعوضا آخرَ إن وُجدت على أخرى ، فأشبه مالو باعه بعشرة صحاح ، أو إحدى عشرة مكسَّرة . والثانى : أنه وقف الإجارة على شرطٍ بقوله : إن خطته كذا ، فلك كذا ، وإن خطته كذا ، فلك كذا ، بخلاف قوله ، كلّ دلو بتمرة .

٤١٩٩ (فصـــل)

ونقل مهنا عن أحمد ، فيمن استأجر من حَمّال إلى مصر بأربعين ديناراً ، فإن نزل دمشق فكراؤه ثلاثون ، فإن نزل الرَّقّة فكراؤه عشرون ، فقال : إذا اكترى إلى الرقّة بعشرين ، واكترى إلى دمشق بعشرة ، واكترى إلى مصر بعشرة ، جاز ، ولم يكن للحمّال أن يرجع .

فظاهر هذا أنّه لم يحكم بصحّة العقد الأول ، لأنه فى معنى بيعتين فى بيعة ، لكونه خيّره بين ثلاثة عقود ، ويخرّج فيه أن يصحّ ، بناء على المسألتين قبل هذا ، ونقل البِرْزاطِىّ عن أحمد ، فى رجل استأجر رجلاً يحمل له كتاباً إلى الكوفة ، وقال : إن وصّلتَ الكتاب يوم كذا ، وكذا ، فلك عشرون ، وإن تأخّرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة ، فالإجارة فاسدة ، وله أجر مثله ، وهذا مثل الذى قبله .

ونقل عبد الله فيمن اكترى دابّة ، وقال : إن رَدَدْتَها غداً فكراؤها عشرة ، وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة ، فلا بأس ، وهذه الرواية تدلّ على صحّة الإجارة ، والظاهر عن أحمد فى رواية الجماعة فيما ذكرنا فسادُ العقد ، وهو قياس بيعتين فى بيعة ، والله أعلم .

٤٢٠٠ (فصل فى مسائل الصُّبرة وفيها عشرُ مسائل)

أحدها : قال : استأجرتك لتحمل لى هذه الصُّبرة إلى مصر بعشرة ، فالإجارة صحيحة ، بغير خلاف

نعلمه ، لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة ، التى يجوز بيعها بها ، فجاز الاستئجار عليها ، كما لو علم كيلها .

الثانية : قال : استأجرتك لتحملها لى كلّ قفيز بدرهم ، فيصحّ أيضاً ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يصحّ فى قفيز ، ويُبطل فيما زاد ، ومبنى الخلاف على الخلاف فى بيعها ، وقد ذكرناه .

الثالثة : قال : لتحملها لى قفيزاً بدرهم ، وما زاد فبحساب ذلك ، فيجوز ، كما لو قال : كلّ قفيز بدرهم وكذلك كلُّ لفظ يدلّ على إرادة حمل جميعها ، كقوله : لتحمل منها قفيزاً بدرهم ، وسائرها ، أو باقيها بحساب ذلك ، أو قال : وما زاد بحساب ذلك يُريد به باقيها كلّه ، إذا فهما ذلك من اللفظ ، لدلالته عندهما عليه ، أو لقرينة صَرفت إليه .

الرابعة : قال : لتحمل منها قفيزاً بدرهم، وما زاد فبحساب ذلك ، يريد مهما حملتَ من باقيها فلا يصحّ ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعىّ لأن المعقود عليه بعضها ، وهو مجهول .

ويحتمل أن يصحّ ، لأنه فى معنى كلّ دلو بتمرة .

الخامسة : قال : لتنقل لى منها كلّ قفيز ، بدرهم ، فهى كالرابعة سواء .

السادسة : قال : لتحمل منها قفيزاً بدرهم ، على أن تحمل الباقى بحساب ذلك ، فلا يصحّ ، لأنه فى معنى بيعتين فى بيعة ، ويحتمل أن يصحّ ، لأن معناه : لتحمل لى كلّ قفيز بدرهم .

السابعة : قال : لتحمل لى هذه الصّبرة كلّ قفيز بدرهم ، وتنقل لى صُبرة أخرى فى البيت ، بحساب ذلك ، فإن كانا يعلمان الصّبرة التى فى البيت بالمشاهدة صحّ فيهما ، لأنهما كالصبرة الواحدة ، وإن جهلها أحدهما صحّ فى الأولى ، وبطل فى الثانية ، لأنهما عقدان ، أحدهما على معلوم ، والثانى على مجهول ، فصحّ فى المعلوم ، وبطل فى المجهول ، كما لو قال : بعتك عبدى هذا بعشرة ، وعبدى الذى فى البيت بعشرة .

الثامنة : قال : لتحمل لى هذه الصبرة ، والتى فى البيت بعشرة ، فإن كانا يعلمان التى فى البيت صحّ فيهما وإن جهلاها بطل فيهما ، لأنه عقد واحد بعوض واحد على معلوم ، ومجهول ، بخلاف التى قبلها ، فإن كانا يعلمان التى فى البيت ، لكنّها مغصوبة ، أو امتنع تصحيح العقد فيها لمانع اختصّ بها ، بطل العقد فيها ، وفى صحته وفى صحة الأخرى وجهان ، بناء على تفريق الصفقة، إلا أنهما إن كانت قفزانهما معلومةً أو قدرأحدهما معلوم من الأخرى فالأولى صحّته ، لأن قسط الأجر فيهما معلوم ، وإن لم يكن كذلك فالأولى بطلانه ، لجهالة العوض فيها .

التاسعة : قال : لتحمل لى هذه الصّبرة ، وهى عشرة أقفزة بدرهم ، فإن زادت على ذلك فالزائد بحساب ذلك ، صحّ فى العشرة ، لأنها معلومة ، ولم يصح فى الزيادة ، لأنّها مشكوك فيها ، ولا يجوز العقد على ما يُشَكّ فيه .

العاشرة : قال : لتحمل لى هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم ، فإن قدِمَ لى طعام فحملته فبحساب ذلك ، صحّ أيضاً فى الصبرة ، وفسد فى الزيادة ، لما ذكرناه .

٤٢٠١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن اكترى إلى مكة فلم يرى الجمال الراكبين ، والمحامل والأغطية ، والأوطئة ، لم يجز الكراء ﴾ .

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة ، وغيرها ، وقد قال الله تعالى : (وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا)[1] ولم يفرق بين المملوكة ، والمكتراة ، ورُوى عن ابن عباس فى قوله تعالى (لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ)[2] أن تحجّ ، وتكرى ، ونحوه عن ابن عمر ولأن بالناس حاجةً إلى السفر ، وقد فرض الله تعالى عليهم الحجّ ، وأخبر أنهم يأتون رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كلّ فجّ عميق ، وليس لكلّ أحد بهيمة يملكها ، ولا يقدر على معاناتها ، والقيام بها ، والشدّ عليها ، فدعت الحاجة إلى استئجارها ، فجاز دفعاً للحاجة .

إذا ثبت هذا : فمن شرط صحّة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه ، لأنه عقد معارضة محضة ، فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه ، كالبيع .

فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين ، والآلة التى يركبون فيها ، من مَحْمِلٍ أو مَحارة[3] وغيرها ، وإن كان مَقْتَبًا[4] ذكره ، وهل يكون مُغَطًّى أو مكشوفاً ؟ فإن كان مغطًّى احتيج إلى معرفة الغطاء ، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذى يُوَطّأ به[5] المحمل ، والمعاليق التى معه من قِرْبةٍ ، وسَطِيحَة وسُفْرةٍ ، ونحوها ، وذكر سائر مايحمل معه ، وبهذا قال الشافعىّ وأبو ثور ، وابن المنذر ، إلا أنّ الشافعىّ قال : يجوز إطلاق غطاء المحمل ، لأنه لا يختلف اختلافاً مُتبايناً ، وحُكى عنه فى المعاليق قول : أنه يجوز إطلاقها ، وتُحمل على العرف .

وحكى عن مالك : أنه يجوز إطلاق الراكبين ، لأن أجسام الناس متقاربة فى الغالب .

---

(١) بعض الآية ٨ من سررة النحل

(٢) بعض الآية ٣٩٨ من سورة البقرة

(٣) المحارة : شىء يشبه الهودج ، يوضع على الجمل يجلس فيه الراكب يقيه الحر والبرد ويريحه فى ركوبه .

(٤) المقتب ، والقتب : بكسر القاف وسكون التاء ، وبتحريك القاف والتاء أكثر من الأول ، وهو الإكاف الصغير على قدر سنام البعير ، والإكاف للجمل مثل البرذعة للحمار ونحوه

(٥) يوطأ به . يلين به ويسهل بحيث يكون مريحاً للراكب

وقال أبو حنيفة : إذا قال : فى المحمل رجلان، وما يصلحهما من الوطاء ، والدثر جاز ، استحساناً ، لأن ذلك يتقارب فى العادة ، فحمل على العادة ، كالمعاليق . وقال القاضى فى غطاء المحمل كقول الشافعى .

ولنا أن هذا يختلف ، ويتباين كثيراً ، فاشترطت معرفته ، كالطعام الذى يحمل معه ، وقولهم : إن أجسام الناس متقاربة لا يصح ، فإن منهم الكبير ، والصغير ، والطويل ، والقصير ، والسمين والهزيل والذكر ، والأنثى ، ويختلفون بذلك . ويتباينون كثيراً . ويتفاوتون أيضاً فى المعاليق . فمنهم من يكثر الزاد . والحوائج . ومنهم من يقنع باليسير . ولا عُرف له يُرجع إليه فاشترطت معرفته . كالمحمل والأوطئة، وكذلك غطاء المحمل ، من الناس من يختار الواسع الثقيل ، الذى يشتدُّ على الجمل فى الهواء ، ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف ، فتجبُ معرفته ، كسائر ما ذكرنا .

وأما المستأجر فيحتاج إلى معرفة الدابة التى يركب عليها ، لأن الغرض يختلف بذلك ، وتحصل بأحد أمرين : إما بالرؤية ، فيكتفى بها ، لأنها أعلى طرق العلم ، إلا أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المسمَّى فيه ، كالرَّهوال ، وغيره ، فأمّا أن يُجربه ، فيعلم ذلك برؤيته : وإمّا أن يصفه ، وإما بالصفة ، فإذا وجدت اكتفى بها ، لأنه يمكن ضبطه بالصفة ، لجاز العقد عليه ، كالبيع ، وإذا استأجر بالصفة للركوب احتاج إلى ذكر الجنس ، فيقول : إبل ، أو خيل ، أو بغال ، أبو حمير ، والنوع ، فيقول : بُختىّ ، أو عربىّ ، وفى الخيل : عربى ، أو بِرْذَوْنٌ ، وفى الحمير : مصرىّ ، أو شامىّ ، إن كان فى النوع ما يختلف ، كالمُهَمْلِج من الخيل ، والقَطُوف ، احتيج إلى ذكره ، وذكر القاضى : أنه يحتاج إلى معرفة الذكورية ، والأنوثية ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأن الغرض يختلف بذلك ، فإن الأنثى أسهل ، والذكر أقوى ، ويحتمل أنه لا يحتاج إلى معرفة ذلك ، لأن التفاوت فيه يسير ، ومتى كان الكراء إلى مكّة فالصحيح أنه لا يحتاج إلا ذكر الجنس ، ولا النوع ، لأن العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة إنّما هو الجمال العِرَابُ دون البَخَاتِى .

٤٢٠٢ (فصـــل)

وإذا كان الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكارِيَيْن ، فلا وجه لذكر تقدير السير فيه ، لأن ذلك ليس اليهما ، ولا مقدور عليه لهما وإن كان فى طريق السير فيه إليهما استُحِبّ ذكر قدر السير فى كلّ يوم ، فإن أطلق وللطريق منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقا ، لأنه معلوم بالعُرف ، ومتى اختلفا فى ذلك ، وفى ميقات السير ليلاً ، أو نهاراً ، وفى موضع المنزل ، أمّا فى داخل البلد ، أو خارج منه حُملا على العرف ، كما لو أطلقا الثمن فى بلد فيه نقد معروف ، وإن لم يكن للطريق عُرفَ ، وأطلقا العقد فقال القاضى : لا يصحّ ، كما لو أطلقا الثمن فى بلد لا عُرف فيه ، والأولى أن هذا ليس بشرط ، لأنه

لو كان شرطا لما صحّ العقد بدونه . فى الطريق المَخُوف ، ولأنه لم تجر العادة بتقدير السير فى طريق ، ومتى اختلفا رُجِع إلى العرف فى غير تلك الطريق .

٤٢٠٣ (فصـــل)

وإن اشترط حمل زاد مقدّر ، كمائة رطل ، نظرنا ، فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالأكل ، أو غيره ، فله ذلك ، وإن شرط أن ما نقص بالأكل لا يُبدله لم يكن له إبداله ، فإن ذهب بغير الأكل ، كسرقة ، أو سقوط فله إبداله ، لأن ذلك لم يدخل فى شرطه ، وإن أطلق العقد فله إبدال ماذهب بسرقة ، أو سقوط ، أو أكل غير معتاد ، بغير خلاف ، وإن نقص بالأكل المعتاد فله إبداله أيضاً ، لأنه استحق حمل مقدار معلوم ، فملك إبدال مانقص منه ، كما نقص بسرقة ، ويحتمل أنه لا يملك إبداله ، لأن العرف جارٍ بأن الزاد ينقص ، فلا يُبدل ، لحمل العقد عند الإطلاق على العُرف ، وصار كالمصرّح به ، وقال الشافعى : القياس أنّ له إبداله ، ولو قيل : ليس له إبداله كان مذهباً ، لأن العادة أن الزاد لايبقى جميعَ المسافة ، ولذلك يقلّ أجره عن أجر المتاع .

٤٢٠٤ (فصـــل)

وإذا اكترى جملاً ليحُجّ عليه ، فله الركوب عليه إلى مكة ، ومن مكة إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منىً ، لأنه من تمام الحجّ ، وقيل : ليس له الركوب إلى منىً ، لأنه بعد التحلّل من الحجّ ، والأولى أنّ له ذلك ، لأنه من تمام الحجّ ، وتوابعه ، ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره ، فدخل فى قول الله تعالى (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاً) ومن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحجّ ، لأنها زيادة ، ويحتمل أنّ له ذلك ، لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحجّ ، لكونها لا يكترى إليها إلا للحجّ غالبا ، فكان بمنزلة المكترى للحجّ .

٤٢٠٥ (فصـــل)

فيما يلزم المكرى والمكترى للركوب . يلزم المُكرى كلّ ما جرت العادة أن يُوطَّأ به المركوب للراكب ، من الحداجة[1] للجمل ، والقتَب ، والزمام الذى يقُاد به البعير ، والبُرَةُ التى فى أنف البعير ، إن كانت العادة جارية بينهم بها ، وإن كان فرساً فاللجام ، والسرج ، وإن كان بغلاً ، أو حماراً فالبرذعة ، والإكاف ، لأن هذا هو العرف ، فحمل الاطلاق عليه . وعلى المكترى ما يزيد على ذلك ، كالمحمِل ، والمحارةِ والحبل الذى يشدّ به بين المحملين ، أو المحارتين . لأن ذلك من مصلحة المحمِل ، والوطاء الذى يشدّ فوق الحداجة تحت المحمل ، وعلى المُكرى رفع المحمِل على الجمل ، ورفع الأحمال ، وشدّها وحطّها . لأن هذا هو العرف ، وبه يتمكّن من الركوب ، ويلزمه القائد ؛ والسائق .

---

(١) الحداجة : مركب للنساء كالمحفة ، وهى بكسر الحاء

هذا إذا كان الكراء على أن يذهب مع المكترى ، وإن كان على أن يتسلّم الراكب البهيمةَ يركبها لنفسه ، فكلّ ذلك عليه . لأن الذى على المكرى تسليم البهيمة ، وقد سلّمها ، فأما الدليل فهو على المكترى . لأن ذلك خارج عن البهيمة المكتراة ، وآلتها ، فلم يلزمه كالزاد .

وقيل : إن كان اكترى منه بهيمة بعينها ، فأجرة الدليل على المكترى . لأن الذى عليه أن يسلّم الظهر ، وقد سلمه ، وإن كانت على حمله إلى مكان مُعيّن فى الذمّة فهو على المكرى ، لأنه من مؤنة إيصاله إليه ، وتحصيله فيه .

٤٢٠٦ (فصل)

وإذا كان الراكب ممن لا يقدر على الركوب ، والبعير قائم ، كالمرأة ، والشيخ ، والضعيف ، والسمين ، وشبههم ، فعلى الجمّال أن يُبرك الجمل لركوبه ، ونزوله ، لأنه لا يتمكّن من الركوب ، والنزول إلاّ به ، وإن كان ممن يمكنه الركوب ، والنزول ، والبعير قائم لم يلزم الجمّال أن يُبرك له الجمل ، لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بدون هذه الكُلفة ، وإن كان قويًّا حال العقد فضعف فى أثنائه ، أو ضعيفاً ، فقوى ، فالاعتبار بحال الركوب . لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة .

ويلزم الجمّال أن يقف البعير لينزل لصلاة الفريضة ، وقضاء حاجة الإنسان ، وطهارته ، ويدع البعير واقفاً حتى يفعل ذلك ، لأنه لا يمكنه فعل شىء من هذا على ظهر البعير ، وما أمكنه فعله عليه من الأكل ، والشرب ، وصلاة النافلة ، من السنن ، وغيرها ، لم يلزمه أن يبركه له ، ولا يقف عليه من أجله ، وإن أراد المكترى إتمام الصلاة ، وطالبه الجمّال بقَصْرها لم يلزمه ذلك ، بل تكون خفيفةً فى تمامٍ .

ومن اكترى بعيراً لإنسان يركبه لنفسه ، وسلّمه إليه لم يلزمه سوى ذلك ، لأنه وفّى له بما عقد عليه ، فلم يلزمه شىء سواه .

٤٢٠٧ (فصل)

إذا اكترى ظهراً فى طريقٍ العادةُ فيه النزول ، والمشى عند اقتراب المنزل ، والمكترى امرأة ، أو ضعيف ، لم يلزمه النزول ، لأنه اكتراه جميع الطريق ، ولم تجر له عادة بالمشى ، فلزم حمله فى جميع الطريق ، كالمتاع ، وإن كان جَلْداً قويًّا ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه النزول أيضاً ، لأنه عقد على جميع الطريق ، فلا يلزمه تركه فى بعضها ، كالضعيف .

والثانى : يلزمه ، لأنه متعارف ، والمتعارف كالمشروط .

٤٢٠٨ (فصل)

وإن هرب الجمّال فى بعض الطريق ، أو قبل الدخول فيها ، لم يخلَ من حالين :

أحدهما : أن يهرب بجماله ، فينظر : فإن لم يجد المستأجر حاكماً ، أو وجد حاكماً لم يمكن إثبات الحال عنده ، أو أمكن الإثبات عنده ، ولا يحصل له ما يكترى به ما يستوفى حقه منه ، فللمستأجر فسخ الإجارة ، لأنه تعذر عليه قبضُ المعقود عليه . فأشبه ما لو أفلس المشترى ، أو انقطع المسلَم فيه عند مَحِلّه ، فإن فسخ العقد ، وكان الجمّال قد قبض الأجر ، كان ديناً فى ذمته ، وإن اختار المُقام على العقد ، وكانت الإجارة على عمل فى الذمّة فله ذلك ، ومتى قدر على الجمّال طالبه به .

وإن كان العقد على مدّة انقضت فى هربه انفسخ العقدُ بذلك ، وإن أمكنه إثبات الحال عند الحاكم ، وكان العقد على موصوف غير معيّن لم ينفسخ العقد ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، ويثبت عنده حاله ، فينظر الحاكم ، فإن وجد للجمّال مالاً اكترى به له ، وإن لم يجد له مالاً ، وأمكنه أن يقترض على الجمّال من بيت المال ، أو من غيره ما يكترى له به فعل ، فإن دفع الحاكم المال إلى المكترى ليكترىَ لنفسه به جاز . فى ظاهر كلام أحمد ، وإن اقترض عليه من المكترى ما يُكرى به جاز ، وصار ديناً فى ذمّة الجمّال .

وإن كان العقد على معيّن لم يجز إبداله ، ولا اكتراء غيره . لأن العقد تعلّق بعينه ، فيتخيّر المكترى بين الفسخ ، أو البقاء إلى أن يقدر عليه ، فيطالبه بالعمل .

الحال الثانى : إذا هرب الجمّال فترك جِمَاله ، فإن المُكترىَ يرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد للجمّال مالاً استأجر به من يقوم مَقام الجمّال فى الإنفاق على الجمال ، والشدّ عليها ، وحفظها ، وفعل ما يلزم الجمّالَ فعلُه ، فإن لم يجد له غير الجمال ، وكان فيها فضلةٌ عن الكراء باع بقدر ذلك ، وإن لم يكن فيها فضل ، أو لم يمكن بيعه اقترض عليه الحاكم كما قلنا .

وإن ادّان[1] من المكترى ، وأنفق جاز ، وإن أذن للمكترى فى الإنفاق من ماله بالمعروف ، ليكون ديناً على الجمّال جاز ، لأنه موضع حاجة ، وإذا رجع الجمّال ، واختلفا فيما أنفق نظرنا : فإن كان الحاكم قدّرَ له ما يُنفق ُقبِل قوله فى قدر ذلك ، وما زاد لا يحتسب به ، وإن لم يقدّر له ُقبل قوله فى قدر النفقة بالمعروف ، لأنه أمين ، وما زاد لا يَرجع به ، لأنه مُتطوّع به ، وإذا وصل المكترى رفع الأمر إلى الحاكم ، ففعل ما يرى الحظّ فيه من بيع الجمال ، فيوفّى عن الجمال ما لزمه من الدين للمكترى ، أو لغيره ، ويحفظ باقى الثمن له ، وإن رأى بيع بعضها ، وحفظ باقيها ، والإنفاق على الباقى من ثمن ما باع جاز .

وإن لم يجد حاكماً ، أو عجز عن استدانةٍ ، فله أن ينفق عليها ، ويُقيم مَقام الجمّال فيما يلزمه ، فإن فعل ذلك مُتبرِّعاً لم يرجع بشىء ، وإن نوى الرجوع ، وأشهد على ذلك رجع به ، لأنه حالُ ضرورة ، وهذا أحدُ الوجهين للشافعىّ ، وإن لم يشهد ، ونوى الرجوع ففى الرجوع وجهان :

---

(١) ادان : استدان واقترض .

أحدهما : يرجع به . لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بدّ لها من نفقة إذن فى الإنفاق .

والثانى : لا يرجع به . لأنه يثبت لنفسه حقًّا على غيره ، وكذلك إن لم يجد مَنْ يُشهده ، فأنفق مُحتسباً بالرجوع ، وقياس المذهب أنّ له الرجوع ، لقولنا : يُرجعُ بمـا أنفق على الآبق ، وعلى عيال الغائب ، وزوجاته ، والدابّة المرهونة .

ولو قدر على استئذان الحاكم فأنفق من غير استئذانه ، وأشهد على ذلك ، ففى رجوعه وجهان أيضاً ، وحكم موت الجمّال حكم هربه ، وقال أبو بكر : مذهب أحمد أنّ الموت لا يفسخ الإجارة ، وله أن يركبها ، ولا يُسرف فى علفها ، ولا يقصّر ، ويرجع بذلك فى مال المتوفّى ، فإن لم يكن فى يد المستأجر ما يُنفقه لم يجز أن يبيع منها شيئاً ، لأن البيع إنما يجوز من المالك ، أو من نائبه ، أو ممّن له ولايةٌ عليه .

٤٢٠٩ (فصـــــل)

قال أصحابنا : يصحّ كراء العُقْبَة ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، ومعناها الركوب فى بعض الطريق ، يركب شيئاً ، ويمشى شيئاً لأنه إذا جاز اكتراؤها فى الجميع جاز اكتراؤها فى البعض ، ولا بد من كونها معلومةً ، إما أن يقدّرها بفراسخ معلومة ، وإما بالزمان ، مثل أن يركب ليلاً ، ويمشى نهاراً ، ويُعتبر فى هذا زمان السير ، دون زمان النزول ، وإن اتفقا على أن يركب يوماً ويمشىَ يوماً جاز . فان اكترى عُقْبَةً ، وأطلق احتمل أن يجوز ويحمل على العُرف ، ويحتمل أن لا يصحّ ، لأن ذلك يختلف ، وليس له ضابط ، فيكون مجهولا .

وإن اتفقا على أن يركب ثلاثةَ أيامٍ ، ويمشىَ ثلاثة أيام ، أو ما زاد ، ونقص جاز ، وإن اختلفا لم يُجبر الممتنع منهما ، لأن فيه ضرراً على كلّ واحد منهما ، الماشى لدوام المشى عليه ، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه ، ولأنه إذا ركب بعد شدّة تعبه كان أثقلَ على البعير .

وإن اكترى اثنان جملاً يركبانه عُقْبَةً ، وعُقْبَةً جاز ، ويكون كراؤهما طول الطريق ، والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه ، وإن تشاحّا قسّم بينهما ، لكلّ واحد منهما فراسخ معلومة ، أو لأحدهما الليل ، وللآخر النهار ، وإن كان لذلك عرف رُجع إليه ، وإن اختلفا فى البادىء منهما أقرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصحّ كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم ، لكلّ واحد منهما لأنه عقد على مجهولٍ بالنسبة إلى كلّ واحد منهما ، فلم يصحّ كما لو اشتريا عبدين ، على أن لكلّ واحد منهما عبداً معيّنا منهما

٤٢١٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ فان رأى الراكبين ، أو وُصفا له ، وذكر الباقى بأرطال معلومة فجائز ﴾ .

وجملته : أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية فى الراكبين ، إذا وصفهما بما يختلفان به فى الطول ،

والقصر ، والهُزال ، والسمن ، والصحّة ، والمرض ، والصغر ، والـكبر ، والذكورية والأنوثية ، والباقي يـكفي فيه ذكر الوزن ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : لا بدّ من معرفة الراكبين بالرؤية ، لأنه يختلف بثقله ، وخفته ، وسكونه ، وحركته ، و ينضبط بالوصف ، فيجب تعيينه ، وهذا مذهبُ الشافعيّ ، ولهم في المحمِل وجه : أنه لا تـكفي فيه الصفة ، ويجب تعيينه .

ولنا أنه عقد معاوضة ، مضاف إلى حيوان ، فاكتُفي فيه بالصفة ، كالبيع ، وكالمركوب . في الإجارة ، ولأنه لو لم يـكتفَ فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مُقامه . لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات ، فما لا تأتي عليه الصفات لا يُعلم التساوي فيه ، ولأن الوصف يُـكتفى به في البيع ، فاكتفى به في الإجارة ، كالرؤية ، والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة يسير ، تجرى المسامحة فيه ، كالمسلَم فيه .

٤٢١١ (فصـــــل)

ويجوز اكتراء الابل ، والدواب للحمولة ، قال الله تعالى (وَتَحْمِلُ أَثْقَالَـكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَـكُونُوا بَالِغِيهِ إِلاَّ بِشِقِّ الْأَنْفُس[١]) والحمولة بالضم الأحمال ، والحَمولة بالفتح التي يُحمل عليها ، قال الله تعالى (وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةً وَفَرْشاً[٢]) الحمولة الـكبار ، والفرش الصغار ، وقيل : الحمولة الإبل ، والفرش : الغنم لأنها لا تَحملُ ، ولا يحتاج إلى معرفة الحمولة ، لأن الغرض حمل المتاع دون ما يحمله ، بخلاف الركوب ، فإن للراكب غرضاً في المركوب ، من سهولته ، وحالة سرعته ، وإن اتفق وجود غرض في الحمولة ، مثل أن يـكون المحمول شيئاً تضرّه ، كثرة الحركة ، كالفاكهة ، والزجاج ، أو كون الطريق مما يعسرُ على بعضها دون بعض ، فينبغي أن يذكر في الاجارة .

وأمّا الأحمال فلا بد من معرفتها ، فإن لم يعرفها لم يجز ، لأن ذلك يتفاوت كثيرا ، ويختلف الغرض به ، فإن شرط أن يحمل ما شاء بطل لأن ذلك لا يمكن الوفاء به ، ويدخل فيه مايقتُل البهيمة ، وإن قال : احتمِل عليها طاقتها لم يجز أيضاً ، لأن ذلك لا ضابط له ، وتحصُل المعرفة بطريقين :

(المشاهدة) لأنها من أعلى طرق العلم .

(والصفة) ويشترط في الصفة معرفة شيئين : القدر ، والجنس ، لأن الجنس يختلف تعبُ البهيمة باختلافه ، مع التساوي في القدر ، فإن القُطنَ يضرُّها من وجه ، وهو أنه ينتفخُ على البهيمة ، فيدخل فيه الريح ، فيثقُل ، ومثله من الحديد يُؤذي من جهة أخرى ، وهو أنه يجتمع على موضع من البهيمة ، فربمّا عقَرها ، فلا بدّ من بيانه .

---

(١) الآية : ٧ من سورة النحل

(٢) بعض الآية ١٤٢ من سورة الأنعام .

وأما الظروف فإن دخلت فى الوزن لم يحتج إلى ذكرها ، وإن لم توزن ، فإن كانت ظروفاً معروفةً لا تختلف ، كغرائر الصوف ، والشَّعر ، ونحوها جاز العقدُ عليها من غير تعيين ، لأنها قلما تتفاوت تفاوتا كثيرا ، فتسميتها تكفى ، وإن كانت تختلف فلابدّ من معرفتها بالتعيين ، أو الصفة ، وذكر ابن عقيل: أنه إذا قال : أكريتكها لتحمل عليها ثلاثمائة رطل مماشئت جاز ، وملك ذلك ، لكن لا يحمله حملاً يضرّ بالحيوان ، مثل مالو أراد حمل حديد ، أو زئبق ، ينبغى أن يفرّقه على ظهر الحيوان ، فلا يجتمع فى موضع واحدٍ . من ظهره ، ولا يحمله فى وعاء يتموّج فيه ، فيكدّ البهيمة ، ويتعبها .

وإن اكترى ظهراً للحمل موصوفاً بجنس ، فأراد حمله على غير ذلك الجنس ، وكان الطالب لذلك المستأجر لم يقبل منه ، لأنه لا يملك المطالبة بمالم يعقد عليه ، وإن طلبه المؤجّر ، وكان يفوت به غرض المستأجر ، مثل أن يكون غرضه الاستعجال فى السير ، أو أن لا ينقطع عن القافلة ، فيتعينّ الخيل ، أو البغال ، أو يكون غرضه سكون الحمولة ، لكون الحمولة مما يضرّها الهز ، أو قوتها ، وصبرها لطول الطريق ، وثقل الحمل ، فيعيّن الابل لم يجز العدول عنه ، لأنه يفوت غرض المستأجر ، فلم يجز ذلك ، كما فى المركوب ، وإن لم يفوّت غرضاً جاز ، كما يجوز لمن اكترى على حمل شىء حمل مثله ، أو أقلّ ضرراً منه .

٤٢١٢ (فصـــل)

ويجوز كراء الدابّة للعمل ، لأنها منفعة مباحة ، خلقت الدابّة لها ، فجاز الكراء لها ، كالركوب ، وإن اكترى بقراً للحرث جاز ، لأن البقر خُلقت للحرث ، ولذلك قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « بَيْنَا رَجُلٌ يَسُوقُ بَقَرَةً أَرَادَ أَنْ يَرْكَبَهَا فَقَالَتْ : إِنِّى لَمْ أُخْلَقْ لِهذَا ، إِنَّمَا خُلِقْتُ لِلْحَرْثِ » متفق عليه . ويحتاج إلى شرطين : معرفة الأرض ، وتقدير العمل ، فأما الأرض فلا تُعرف إلابالمشاهدة ، ولأنها تختلف ، فتكون صُلبةً تُتعب البقر ، والحرّاث ، وقد يكون فيها حِجارة تتعلّق بالسكة ، وتكون رِخْوَةً سَهلة يسهل حرثها ، ولاتأتى الصفة عليها ، فيحتاج إلى رؤيتها .

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين : إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض كهذه القطعة ، أو من هذا المكان إلى هذا المكان ، أو بالمساحة ، كمُدْىٍ أو مُدْيَيْنِ ، ونحو ذلك ، كلّ ذلك جائز ، لأن العلم يحصُل به ، فإن قدّره بالمدّة فلابدّ من معرفة البقر التى يعمل عليها ، لأن الغرض يختلف باختلافهـــا فى القوة ، والضعف .

ويجوز أن يستأجر البقر مفردةً ليتولّى ربُّ الأرض الحرث بها ، ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها ليتولّى الحرث بها ، ويجوز استئجارها بآلتها من الفَدّان[1] والنِّير ، واستئجارها بدون آلتها ، وتكون

(١) الفدان : بفتح الفاء وتخفيف الدال وتشديدها الثوران يقرن للحرث بينهما ، أو هو آلة الثوريين ، والنير : الخشبة التى على عنق الثور بأداتها .

الآلة من عند صاحب الأرض ، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع ، لأنها منفعة مباحة ، مقصودة ، فأشبهت الحرث ، ويجوز على مدة ، أو زرع معين ، أو موصوف ، كما ذكرناه في الحرث ، ومتى كان على مدة احتيج إلى معرفة الحيوان الذي يعمل عليه ، ليعرف قوته ، أو ضعفه .

وإن كان على عمل غير مقدر بالمدة احتاج إلى معرفة جنس الحيوان ، لأن الغرض يختلف به ، فمنه مارَوْثهُ طاهر ، ومنه مارَوْثهُ نجس ، ولايحتاج إلى معرفة عين الحيوان .

ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته ، وبغير آلته ، مع صاحبه ، ومنفرداً عنه ، كما ذكرنا في الحرث .

٤٢١٣ (فصـــــل)

ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحى ، ويفتقر إلى شيئين: معرفة الحجر ، إما بمشاهدة ، وإما بصفة تحصُل بها معرفته ، لأن عمل البهيمة يختلف فيه ، بثقله ، وخفته ، فيحتاج صاحبها إلى معرفته ، وتقدير العمل ، إمَّا بالزمان ، فيقول : يوماً أو يومين ، أو بالطعام ، فيقول : قفيزاً ، أو قفيزين ، ويذكر جنس المطحون إن كان يختلف ، لأن منه مايسهُل طحنه ، ومنه مايصعُب ؛ وكذلك إن اكتراها لإدارة دولاب ، فلا بدّ من مشاهدته ، ومشاهدة دولابه ، لاختلافها ، وتقدير ذلك بالزمان ، أومَلْء هذا الحوض ، أو هذه البِرْكة ، وكذلك إن اكتراها للاستقاء بالغَرْبِ[1] ، فلا بدّ من معرفته ، لأنه يختلف بكبره ، وصغره ، ويقدّر بالزمان ، أو بعدد الغُروب ، بمَلْء بِرْكة أو حَوْض .

ولايجوز تقدير ذلك بسقي أرض ، لأن ذلك يختلف ، فقد تكون الأرض عطشانة لايرويها القليل ، وتكون قريبةَ العهد بالماء ، فيكفيها القليل ، فيكون ذلك مجهولاً ، وإن قدّره بسقي ماشية احتمل أن لايجوز . لذلك ، ويحتمل أن يجوز . لأن شربها يتقارب في الغالب ، ويجوز استئجار دابّة ليستقي عليها ماء ، ولابد من معرفة الآلة التي يستقي بها ، من راوية أو قِرَبٍ ، أو جِرَارٍ ، ومعرفة ذلك إمّا بالرؤية ، وإما بالصفة ، ويقدّر العمل إما بالزمان ، وإما بعدد المرّات ، وإما بمَلْء شيء معيّن ، فإن قدّره بعدد المرّات احتاج إلى معرفة الموضع الذي يستقي منه ، والذي يذهب إليه ، لأن ذلك يختلف بالقُرب ، والبعد ، والسهولة ، والحُزُونةِ[2] وإن قدّره بمَلء شيء معيّن احتاج إلى معرفته ، ومعرفة مايستقي منه .

ويجوز أن يكترى البهيمة بآلتها ، وبدونها ، مع صاحبها ووحدها ، وإن اكتراها لبلّ تراب معروف جاز ، لأن ذلك بالعُرف ، وكلّ موضع وقع العقد على مدّة فلا بدّ من معرفة الظهر الذي يعمل عليه ، لأن الغرض يختلف باختلافها في القوة ، والضعف ، وإن وقع على عمل معيّن لم يحتج إلى معرفتها ، لأنه لايختلف ،

---

(١) الغرب . الدلو (الجردل) .

(٢) الحزونة الصعوبة من ارتفاع وانخفاض وكونها حجرية ونحو ذلك .

ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك استقاء الماء عليه ، لأن منه ماروْثه طاهر ، وجسمه طاهر ، بغير خلاف ، كالخيل ، والبقر ، ومنه ماروثه نجس ، ويختلف فى نجاسة جسمه ، كالبغال ، والحمير ، فربما نجس به المستقى ، أو دلوه ، فيتنجس الماء به ، فيختلف الغرض بذلك ، فتجب معرفته .

٤٢١٤ (فصـــــل)

وإذا اكترى حيواناً لعمل لم يُخلق له ، مثل أن اكترى البقر للركوب ، والحمل عليها ، أو اكترى الإبل ، والحمرُ للحرث جاز لأنها منفعة مقصودة ، أمكن استيفاؤها من الحيوان ، لم يرد الشرع بتحريمها ، فجاز ، كالذى خُلقت له ، ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكلّ ماله العين المملوكة ، ويمكن تحصيله منها ، ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح ، إما ورود نصّ بتحريمه ، أو قياس صحيح ، أو رجحان مضرته على منفعته ، وليس ههنا واحد منها ، وكثير من الناس من الأكراد ، وغيرهم يحملون على البقر ، ويركبونها ، وفى بعض البلدان يحرث على الإبل ، والبغال ، والحمير ، فيكون معنى خلقها للحرث إن شاء الله أن معظم الانتفاع بها فيه ، ولا يمنع ذلك الانتفاع بها فى شىء آخر ، كما أنّ الخيل خُلقت الركوب ، والزينة ، ويباح أكلها ، واللؤلؤ خُلق للحلية ، ويجوز استعماله فى الأدوية ، وغيرها ، والله أعلم .

٤٢١٥ ﴿ مسألة ﴾

﴿ وما حدث فى السلعة من يد الصانع ضُمِن ﴾

وجملته أن الأجير على ضربين : خاصّ ومشترك . فالخاصّ : هو الذى يقع العقد عليه فى مدّة معلومة ، يستحقّ المستأجر نفعه فى جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة ، أو عمل فى بناء ، أو خياطة ، أو رعاية ، يوماً أو شهراً ، سُمّى خاصًّا لاختصاص المستأجر بنفعه ، فى تلك المدّة ، دون سائر الناس . والمشترك الذى يقع العقد معه على عمل معيّن ، كخياطة ثوب ، وبناء حائط ، وحمل شىء إلى مكان معيّن ، أو على عمل فى مدّة لا يستحقّ جميع نفعه فيها ، كالكحّال ، والطبيب . سمىّ مشتركا لأنه يتقبّل أعمالاً لاثنين ، وثلاثة ، وأكثر ، فى وقت واحد ، ويعمل لهم ، فيشتركون فى منفعته ، واستحقاقها ، فسمّى مشتركا ، لاشتراكهم فى منفعته ، كالأجير المشترك هو الصانع الذى ذكره الخرَقىّ ، وهو ضامن لما جنت يده .

فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نصّ أحمد على هذه المسألة ، فى رواية ابن منصور ، والقصّار ضامن لما يتخرّق من دقّه أو مده ، أو عصره ، أو بسطه ، والطبّاخ ضامن لما أفسد من طبيخه ، والخبّاز ضامن لما أفسد من خبزه ، والحمّال يضمن مايسقُط من حمله عن رأسه ، أوتلف من عثرته ، والجمّال يضمن ما تلف بقَوْدِه ، وسَوْقِه ، وانقطاع حَبْلِهِ الذى يشدّ به حمله ، والملاّح يضمن ما تلف من يده ،

أو جَذْفِه ، أو ما يعالج به السفينة ، وروى ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وعبد الله بن عُتبة ، وشُرَيح ، والحسن ، والحكم ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، وأحد قولى الشافعىّ ، وقال فى الآخر : لا يضمن مالم يتعدّ . قال الربيع : هذا مذهب الشافعىّ وإن لم يبح به ، وروى ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وزفر ، لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة : فلم تصر مضمونةً كالعين المستأجرة .

ولنا : ما روى جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علىّ أنه كان يضمِّن الصبّاغ ، والصواغ ، وقال : لا يُصْلِح الناس إلا ذلك ، ورَوى الشافعىّ فى مسنده باسناده ، عن علىّ أنه كان يضمن الأجَراء ، ويقول لا يُصلح الناس إلا هذا ، ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولّد منه يجب أن يكون مضموناً كالعدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاصّ . والدليل على أن عمله مضمون عليه أنّه لا يستحقّ العوض إلا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف فى حرزه بعد عمله لم يكن له أجرٌ فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه ، بخلاف الخاصّ ، فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحقّ العوض بمضىّ المدة ، وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شىء ، فتلف من حرزه ، لم يسقط أجره بتلفه .

٤٢١٦ (فصــل)

ذكر القاضى أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل فى ملك نفسه ، مثل الخبّاز يخبز فى تنُّوره ، وملكه ، والقصار ، والخيّاط فى دكّانَيْهما قال : ولو دعا الرجل خبّازاً نخبز له فى داره ، أو خيّاطاً ، أو قصّاراً ليقصّر ، ويَخيط عنده ، لا ضمان عليه فيما أتلف ، مالم يفرّط . لأنه سلّم نفسه إلى المستأجر ، فيصيرُ كالأجير الخاصّ .

قال : ولو كان صاحب المتاع مع الملاّح فى السفينة ، أو راكباً على الدابة فوق حِمْله ، فعطب الحِمل ، لاضمان على الملاح ، والمُكارى . لأن يد صاحب المتاع لم تزُل ، ولو كان ربّ المتاع، والحمّال راكبين على الحِملَ ، فتلف حمله ، لم يضمنه الحمّال لأن ربّ المتاع لم يسلّمه إليه ، ومذهب مالك، والشافعىّ نحو هذا ، قال أصحاب الشافعى : لو كان العمل فى دكّان الأجير، والمستأجرُ حاضر ، أو اكتراه ليعمل له شيئاً وهو معه لم يضمن ، لأن يده عليه ، فلم يضمن من غير جناية ، ويجب له أجر عمله ، لأن يده عليه ، فكلما عمل شيئاً صار مُسلَّماً إليه ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أنه لا فرق بين كونه فى ملك نفسه ، أو ملك مسأجره ، أو كان صاحب العمل حاضراً عنده ، أوغائباً عنه ، أوكونه مع الملاّح ، أو الجمّال ، أولا . وكذلك قال ابن عقيل: ما تلف بجناية الملاّح بجذْفِه[1] أو بجناية المكارى ، بشدّه المتاع ونحوه ، فهو مضمون عليه ، سواء كان

(١) الجذف . بالذال وبالدال دفع السفينة بالمجذافة .

صاحب المتاع معه ، أو لم يكن ، لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده ، فلا فرق بين حضور المالك ، وغيبته، كالعدوان ، ولأن جناية الجمّال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه يَعُمّ المتاع وصاحبه ، وتفريطه يعمّهما ، فلم يُسقط ذلك الضمان ، كما لو رمى إنساناً متترساً فكسر تُرْسَه ، وقتله ، ولأن الطبيب ، والخَتّان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبَّب ، والمختون ، وقد ذكر القاضى ، أنه لو كان ذلك يحمل على رأسه ، وربّ المتاع معه ، فعثَر ، فسقط المتاع ، فتلف ، ضَمِن ، وإن سُرق لم يَضمن ، لأنه فى العِثار تلِفَ بجنايته ، والسرقةُ ليست من جنايته ، وربّ المال لم يُحل بينه وبينه ، وهذا يقتضى أن تلفه بجنايته مضمون عليه ، سواء حضر ربّ المال ، أو غاب ، بل وجوب الضمان فى محلّ النزاع أولى ، لأن الفعل فى ذلك إلى الموضع مقصود لفاعله ، والسقطة من الحمّال غير مقصودة له ، فاذا وجب الضمان ههنا فثَمّ أولى .

٤٢١٧ (فصــــل)

وذكر القاضى : أنه إذا كان المستأجَر على حمله عبيداً صغاراً ، أو كباراً ، فلا ضمان على المكارى ، فيما تلف من سَوْقه وقَوْده ، إذ لا يضمن بنى آدم من جهة الإجارة ، لأنه عقد على منفعة ، والأولى وجوب الضمان ، لأن الضمان ههنا من جهة الجناية ، فوجب أن يعُمّ بنى آدم وغيرهم كسائر الجنايات ، وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والخَتّان . والله أعلم .

٤٢١٨ (فصــــل)

الأجير الخاصّ فهو الذى يستأجره مدّة ، فلا ضمان عليه ، ما لم يتعدّ ، قال أحمد فى رواية مهنا ، فى رجل أمر غلامه يكيلُ لرجل بَزْراً ، فسقط الرِّطل من يده ، فانكسر ، لا ضمان عليه ، فقيل : أليس هو بمنزلة القصّار ؟ قال : لا ، القصّار مشترك ، قيل : فرجل اكترى رجلاً يستقى ماء ، فكسر الجَرّة ؟ فقال : لا ضمان عليه . قيل له : فإن اكترى رجلاً يحرُث له على بقرةٍ فكسر الذى يحرُث به ؟ قال : فلا ضمان عليه ، وهذا مذهب مالك ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، وظاهر مذهب الشافعىّ ، وله قول آخر : أن جميع الأُجَراء يضمنون ، وروى فى مسنده عن علىّ رضى الله عنه أنه كان يُضمِّن الأُجَراء ، ويقول : لا يُصلِح الناس إلا هذا .

ولنا : أن عمله غير مضمون عليه ، فلم يضمن ما تلف به ، كالقِصَاص ، وقطع يد السارق ، وخبر علىّ رضى الله عنه وكرّم وجهه مُرسَل ، والصحيح فيه أنه كان يُضمِّن الصبّاغ ، والصوّاغ ، وإن رُوِى مطلقاً حمل على هذا ، فإن المطلق يُحمل على المقيّد . ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك فى صرف منافعه إلى ما أمره به ، فلم يضمن من غير تعدٍّ ، كالوكيل ، والمضارب ، فأما ما يتلف بتعدّيه فيجب ضمانه ، مثل

الخبّاز الذى يُسرف فى الوقود ، أو يُلزقه قبل وقته ، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، لأنه تلف بتعدّيه ، فضمنه ، كغير الأجير .

٤٢١٩ (فصــل)

وإذا استأجر الأجير المشترك أجيراً خاصًا ، كالخيّاط فى دكّان يستأجر أجيراً مدّة يستعمله فيها ، فتقبّل صاحبُ الدكان خياطةَ ثوب ، ودفعه إلى أجيره ، فخرقه ، أو أفسده ، لم يضمنه ، لأنه أجير خاصّ ، ويضمنه صاحبُ الدكّان ، لأنه أجير مشترك .

٤٢٢٠ (فصــل)

إذا أتلف الصانع الثوب بعد عمله ، فصاحبه مخيّر بين تضمينه إيّاه ، غير معمول ، ولا أجر عليه ، وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجره ، ولو وجب عليه ضمان المتاع المحمول ، فصاحبه مخيّر بين تضمينه قيمته فى الموضع الذى سلّمه إليه ، ولا أجر له ، وبين تضمينه إياه فى الموضع الذى أفسده ، ويُعطيه الأجر إلى ذلك المكان ، وإنما كان كذلك لأنه إذا أحبّ تضمينه معمولاً ، أو فى المكان الذى أفسده فيه فله ذلك ، لأنه ملكه فى ذلك الموضع على تلك الصفة ، فملك المطالبة بعوضه حينئذ ، وإن أحبّ تضمينه قبل ذلك فلأنّ أجر العمل لا يلزمه قبل تسليمه إليه ، وما سلّم إليه فلا يلزمه .

٤٢٢١ (فصــل)

إذا دفع إلى حائك غزلاً ، فقال : انسجه لى عشرةَ أذرُع ، فى عرض ذراع ، فنسجه زائداً على ما قدّر له فى الطول ، والعرض، فلا أجر له فى الزيادة . لأنه غير مأمور بها ، وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها ، فأما ما عدا الزائد فينظر فيه : فإن كان جاء به زائداً فى الطول وحده ، ولم ينقص الأصل بالزيادة ، فله ما سمّى له من الأجر ، كما لو استأجره على أن يضرب لهُ مائةَ لَبِنَةٍ ، فضرب له مائتين ، فإن جاء به زائداً فى العرض وحده ، أو فيهما ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا أجر له . لأنه مخالف لأمر المستأجر ، فلم يستحقّ شيئاً ، كما لو استأجره على بناء حائط ، عرض ذراع ، فبناه عرضَ ذراعين :

والثانى : له المسمّى . لأنه زاد على ما أمر به . فأشبه زيادة الطول ، ومن قال بالوجه الأول فرق بين الطول ، والعرض ، بأنه يمكن قطع الزائد فى الطول ، ويبقى الثوب على ما أراد ، ولا يمكن ذلك فى العرض ، وأما إن جاء به ناقصاً فى الطول ، والعرض ، أو فى أحدهما ، ففيه أيضاً وجهان :

أحدهما : لا أجر له ، وعليه ضمان نقص الغزل ، لأنه مخالف لما أمر به ، فأشبه ما لو استأجره على بناء حائط عرض ذراع ، فبناه عرض نصف ذراع .

والثانى : له بحصّته من المسمى كمن استؤجر على ضرب لبن ، فضرب بعضه ، ويحتمل أنه إن جاء به ناقصاً فى العرض ، فلا شىء له ، وإن كان ناقصاً فى الطول فله بحصّته من المسمّى لما ذكرنا من الفرق بين الطول والعرض ، وإن جاء به زائداً فى أحدهما ، ناقصاً فى الآخر فلا أجر له فى الزائد ، وهو فى الناقص على ما ذكرنا من التفصيل فيه .

وقال محمد بن الحسن فى الموضعين : يخيّر صاحب الثوب بين دفع الثوب إلى النسّاج ومطالبته بثمن غزله ، وبين أن يأخذه ، ويدفع إليه المسمّى فى الزائد ، أو بحصّة المنسوج فى الناقص . لأن غرضه لم يَسْلَم له ، لأنه ينتفع بالطويل ، ما لا ينتفع بالقصير ، وينتفع بالقصير ما لا ينتفع بالطويل ، فكأنه أتلف عليه غزله .

ولنا : أنه وجد عين ماله ، فلم يكن له المطالبة بعوضه ، كما لو جاء به زائداً فى الطول وحده ، فأما إن أثّرت الزيادة ، أو النقص فى الأصل ، مثل أن يأمره بنسج عشرة أذرُع ليكون الثوب خفيفاً ، فنسجه خمسة عشر ، فصار صفيقاً ، أو أمره بنسجه خمسة عشر ليكون صفيقاً ، فنسجه عشرةً ، فصار خفيفاً ، فلا أجر له بحال ، وعليه ضمان نقص الغزل ، لأنه لم يأت بشىء ممّا أمر به .

٤٢٢٢ (فصـــل)

إذا دفع إلى خياط ثوباً ، فقال : إن كان يُقْطَع قميصاً ، فاقطعه ، فقال : هو يُقطع ، وقطعه ، فلم يكف ، فعليه ضمانُه ، وإن قال : انظر هذا يكفينى قميصاً ؟ قال : نعم ، قال اقطعه ، فقطعه ، فلم يكفه لم يضمن . وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : لا ضمان عليه فى المسألتين ، لأنهُ لو كان غرّه فى الأولى لكان قد غرّه فى الثانية .

ولنا : أنه إنما أذن له فى الأولى بشرط كفايته ، فقطعه بدون شرطه ، وفى الثانية أذن له من غير شرط ، فافترقا ، ولم يجب عليه الضمان فى الأولى لتغريره ، بل لعدم الإذن فى قطعه ، لأن إذنه مقيّد بشرط كفايته ، فلا يكون إذناً فى غير ما وجد فيه الشرط ، بخلاف الثانية .

٤٢٢٣ (فصـل)

فإن أمره أن يقطع الثوب قميص رجل ، فقطعه قميص امرأة ، فعليه غرم ما بين قيمته صحيحاً ، ومقطوعا ، لأن هذا قطع غير مأذون فيه ، فأشبه ما لو قطعه من غير إذن ، وقيل : يغرم ما بين قميص امرأة ، وقميص رجل ، لأنه مأذون فى قميصٍ فى الجملة ، والأول أصحّ ، لأن المأذون فيه قميص موصوف بصفة ، فإذا قطع قميصاً غيره لم يكن فاعلاً لما أذن فيه ، فكان متعدّياً بابتداء القطع ، ولذلك لا يستحقّ على القطع أجراً ، ولو فعل ما أمر به لاستحقّ أجره .

٤٢٣٤ (فصـــل)

وإن اختلفا ، فقال : أذنتَ لى فى قطعه قميص امرأة ، وقال : بل أذنتُ لك فى قطعه قميص رجل ، أو قال : أذنتَ لى فى قطعه قميصاً ، قال : بل قَبَاء ، أو قال الصبّاغ : أمرتنى بصبغه أحمر ، قال : بل أسود ، فالقول قول الخيّاط ، والصبّاغ . نصّ عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، فقال : القولُ قولُ الخيّاط ، والصبّاغ ، وهذا قول ابن أبى ليلى ، وقال مالك ، وأبو حنيفة ، وأبو ثور : القول قول ربّ الثوب ، واختلف أصحابُ الشافعىّ : فمنهم من قال : له قولان كالمذهبين ، ومنهم من قال : له قول ثالث : أنهما يتحالفان ، كالمتبايعين يختلفان فى الثمن ، ومنهم من قال . الصحيح أن القول قول ربّ الثوب ، لأنهما اختلفا فى صفة إذنه ، والقول قوله فى أصل الإذن ، فكذلك فى صفته . ولأن الأصل عدم الإذن المختلَف فيه ، فالقول قولُ من ينفيه .

ولنا : أنهما اتفقا فى الإذن ، واختلفا فى صفته ، فكان القول قول المأذون له ، كالمضارب إذا قال : أذنتَ لى فى البيع نَساء ، ولأنهما اتّفقا على ملك الخيّاط القطع ، والصبّاغ الصّبغ ، والظاهر أنه فعل ما ملكه ، واختلفا فى لزوم الغُرم له ، والأصلُ عدمه .

فعلى هـذا يحلف الخيّاط ، والصباغ بالله : لقد أذنتَ لى فى قطعه قَباء ، وصبْغه أحمر ، ويسقُط عنه الغرم ، ويكون له أجر مثله ، لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض ، ولا يستحقّ المسمّى ، لأن المسمّى ثبت بقوله ، ودعواه ، فلا يحنَثُ بيمينه . ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وأَمْوَالَهُمْ ، وَلَـكِن اليَمِينُ عَلَى المدَّعَى عَلَيْهِ » أخرجه مسلم .

فأما المسمّى فى العقد فإنّما يعترف ربّ الثوب بتسميته أجراً ، وقطعه قميصاً ، وصبغه أسود ، فأما من قال : القول قول ربّ الثوب فإنه يحلف بالله : ما أذنتُ فى قطعه قَباء ، ولاصَبْغه أحمر ، ويسقطُ عنه المسمّى ، ولا يجب للخيّاط ، والصبّاغ شىء ، لأنهما فعلا غير ما أذن لهما فيه .

وذكر ابن أبى موسى ، عن أحمد روايةً أخرى : أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقبية ، والسواد ، فالقولُ قوله ، وعلى الصانع غُرم ما نقص بالقطع ، وضمانُ ما أفسد ، ولا أجر له ، لأن قرينة حال ربّ المال تدلّ على صدقه ، فتترجّح دعواه بهما ، كما لو اختلفا فى حائطٍ لأحدهما ، عليه عَقْد ، أو أَزَجّ رجّحنا دعواه بذلك .

وإن اختلف الزوجان فى متاع البيت رَجّحنا دعوى كلّ واحد منهما فيما يصلُح له .

ولو اختلف صانعان فى الآلة التى فى دكّانهما رجّحنا قول كلّ واحد منهما فى آلة صناعته .

فعلى هذا : يحلف ربّ الثوب ، ما أذنتُ لك فى قطعه قَباء ، ويكفى هذا ، لأنه ينتفى به الإذن ، فيصير

قاطعاً لغير ما أذن فيه ، فإن كان القَباء مَخيطاً بخُيوطٍ لمالكه ، لم يملك الخيّاط فتقه ، وكان لمالكه أخذه مخيطاً ، بلا عوض ، لأنه عمل فى ملك غيره عملاً مجرّداً عن عينٍ مملوكة له ، فلم يكن له إزالته ، كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى موضع ، لم يكن له ردّه إذا رضى صاحبه بتركه فيه ، وإن كانت الخيوط للخيّاط فله نزعها ، لأنها عين ماله ، ولا يلزمه أخذ قيمتها ، لأنها ملكه ، ولا يتلف بأخذها ماله حُرْمة ، فإن اتفقا على تعويضه عنها جاز ، لأن الحقّ لهما ، وإن قال ربّ الثوب : أنا أشدّ فى كلّ خيط خيطاً حتى إذا سلّه عاد خيط ربّ الثوب فى مكانه لم يلزم الخيّاط الإجابة إلى ذلك ، لأنه انتفاع بملكه ، وحكم الصبّاغ فى قلع الصبغ إن أحبّه وفى غير ذلك من أحكامه حكم صبغ الغاصب ، على ما مضى فى بابه . والذى يقوى عندى أن القول قول ربّ الثوب ، لما ذكرنا فى دليلهم .

٤٢٢٥ (فصـــــل)

وكل من استؤجر على عمل فى عين فلا يخلو : إما أن يوقعه ، وهى فى يد الأجير كالصبّاغ يصبغ فى حانوته ، والخيّاط فى دكّانه ، فلا يبرأ من العمل حتى يُسلّمها إلى المستأجِر ، ولا يستحقّ الأجر حتى يسلّمه مفروغاً منه ، لأن المعقود عليه فى مدّة فلا يبرأ منه ما لم يُسلّمه إلى العاقد ، كالمبيع من الطعام ، لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشترى . وأما إن كان يوقع العمل فى ملك المستأجر ، مثل أن يُحضره المستأجر إلى داره ، ليخيط فيها ، أو يصبغ فيها ، فإنه يبرأ من العمل ، ويستحقّ أجره بمجّرد عمله ، لأنه فى يد المستأجر ، فيصير مُسلِماً للعمل حالاً فحالاً .

ولو استأجر رجلاً يبنى له حائطاً فى داره ، أو يحفر فيها بئراً لبرىء من العمل ، واستحقّ أجره بمجرّد عمله ، ولو كانت البئر فى الصحراء ، أو الحائط لم يبرأ بمجرّد العمل ، ولو انهارت عقيب الحفر ، أو الحائطُ بعد بنائه ، وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل . نصّ عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، فإنه إذا قال : استعمل ألف لبنة فى كذا ، وكذا ، فعمل ، ثم سقط ، فله الكراء ، وأما الأجير الخاصّ فيستحقّ أجره بمضىّ المدة ، سواء تلف ما عمله ، أو لم يتلف ، نصّ عليه أحمد ، فقال : إذا استأجره يوماً ، فعمل ، وسقط عند الليل ما عمل فله الكراء ، وذلك لأنه إنّما يلزمه تسليم نفسه ، وعمل ما يُستعمل فيه ، وقد وجد ذلك منه ، بخلاف الأجير المشترَك ، ولو استأجر أجيراً ليبنى له حائطاً طوله عشرة أذرع ، فبنى بعضه ، فسقط ، لم يستحقّ شيئاً حتى يتمّمه ، سواء كان فى ملك المستأجر ، أو فى غيره ، لأن الاستحقاق مشروط بإتمامه ، ولم يوجد ، قال أحمد : إذا قيل له ارفع حائطاً كذا ، وكذا ذراعاً ، فعليه أن يوفّيه ، فإن سقط فعليه التمام ، وكذا لو استأجره ليحفر له بئراً عمقها عشرة أذرع ، فحفر منها خمسة ، وانهار فيها تراب من جوانبها لم يستحقّ شيئا حتى يتمّم حفرها .

٤٢٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وان تلفت من حِرز فلا ضمان عليه ، ولا أجر له فيما عمل فيها ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى الأجير المشترك إذا تلفت العينُ من حِرزه ، من غير تعدّ منه ، ولا تفريط ، فروى عنه : لا يضمن ، نصّ عليه فى رواية ابن منصور ، وهو قول طاوس ، وعطاء ، وأبى حنيفة ، وزفر ، وقول الشافعىّ ، وروى عن أحمد : إن كان هلاكه بما استطاع ضمنه . وإن كان غرقاً ، أو عَدوًّا غالباً ، فلا ضمان ، قال أحمد رحمة الله عليه ، فى رواية أبى طالب : إذا جنت يده ، أو ضاع من بين متاعه ضمنه ، وإن كان عدواً ، أو غرقاً ، فلا ضمانَ ، ونحو هذا قال أبو يوسف ، والصحيح فى المذهب الأول ، وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصّة ، لأنه يتّهم ، ولهذا قال فى الوديعة ، فى رواية : إنّها تُضمن إذا ذهبت من بين ماله ، فأمّا غير ذلك فلا ضمان عليه ، لأن تخصيص التضمين بما إذا تلف من بين متاعه يدلّ على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه ، ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ، ولا عدوان ، فلا يجب عليه الضمان ، كما لو تلفت بأمرٍ غالب ، وقال مالك ، وابن أبى ليلى ، يضمن بكلّ حال ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه ، من غير استحقاق ، فلزمه ضمانها ، كالمستعير .

ولنا : أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة ، لم يُتلفها بفعله ، فلم يضمنها ، كالعين المستأجرة ، ولأنه قبضها بإذن مالكها ، لنفعٍ يعود إليهما ، فلم يضمنها ، كالمضارب ، والشريك ، والمستأجَر ، وكما لو تلفت بأمر غالب ، ويُخالف العاريةَ ، فانّه ينفرد بنفعها ، والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول ، فيخصّ محلّ النزاع بالقياس عليها .

إذا ثبت هذا : فانه لا أجر له فيما عمل فيها ، لأنه لم يسلّم عمله إلى المستأجر ، فلم يستحقّ عوضه ، كالمبيع من الطعام ، إذا تلف فى يد البائع قبل تسليمه .

٤٢٢٧ (فصـــل)

وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر ، فتلف ضمنه ، لأنه لم يرهنه عنده ، ولا أذن له فى إمساكه ، فلزمه الضمان ، كالغاصب .

٤٢٢٨ (فصـــل)

إذا أخطأ القصّار ، فدفع الثوب إلى غير مالكه ، فعليه ضمانه لأنه فوّته على مالكه . قال أحمد : يغرم القصّار ، ولا يسع المدفوع إليه لبسهُ ، إذا علم أنّه ليس ثوبَهُ ، وعليه ردّه إلى القصّار ، ويطالبه بثوبه ،

فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ، ولبسه ، ثم علم ردّه مقطوعاً ، وضمن أرش القطع ، وله مطالبته بثوبه ، إن كان موجوداً ، وإن هلك عند القصّار فهل يضمنه ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يضمنه لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه ، فضمنه ، كما لو علم .

والثانية : لا يضمنه ، لأنه لم يمكنه ردّه فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض .

٤٢٢٩ (فصـــــل)

والعين المستأجرة أمانة فى يد المستأجر ، إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها . قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن الذين يُكرون المِظلّ . أو الخَيْمَةَ إلى مكة ، فيذهب من المكترى بِسَرَقٍ[1] . أو بذهاب ، هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ إذا ذهب لا يضمن ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ، فكانت أمانةً ، كما لو قبض العبد الموصَى له بخدمته سنةً ، أو قبض الزوج امرأته الأمة .

ويخالف العارية ، فإنه لا يستحق منفعتها ، وإذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الردّ ، أومأ إليه فى رواية ابن منصور ، فقيل له : إذا اكترى دابة ، أو استعار ، أو استودع ، فليس عليه أن يحمله ؟ فقال أحمد : من استعار شيئاً فعليه ردّه من حيثُ أخذه ، فأوجب الردّ فى العارية ، ولم يوجبه فى الإجارة ، والوديعة ، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان ، فلا يقتضى ردّه ، ومؤنته ، كالوديعة ، وفارق العارية ، فانّ ضمانها يجب ، فكذلك ردّها .

وعلى هذا : متى انقضت المدّة كانت العين فى يده أمانةً كالوديعة إن تلفت من غير تفريط ، فلا ضمان عليه ، وهذا قول بعض الشافعية ، وقال بعضهم : يضمن ، لأنه بعد انقضاء الإجارة غيرُ مأذون له فى إمساكها ، أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها .

ولنا أنها أمانة ، أشبهت الوديعة ، ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها ، وأما العارية فانها مضمونة فى كلّ حال ، بخلاف مسألتنا ، ولأنه يجب ردّها ، وعلى كلّ حال متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه ، فإن امتنع من ردّها لغير عذر صارت مضمونةً كالمغصوبة .

٤٢٣٠ (فصـــــل)

فان شرط المؤجرّ على المستأجر ضمان العين ، فالشرط فاسد ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، وهل تفسد الإجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

---

(١) السرق : بفتح السين والراء وسكونها ، وبفتح السين وكسر الراء هو السرقة ، والسرقه يجوز فيها أيضا فتح السين والراء ، وفتح السين وكسر الراء .

وقال أحمد فيما إذا شرط ضمان العين : الكراء ، والضمان مكروه . وروى الأثرم بإسناده ، عن ابن عمر ، قال : لا يصلح الكراء بالضمان ، وعن فقهاء المدينة : أنهم كانوا يقولون : لا نكترى بضمان ، إلا أنه من شرَط على كريّ أنه لا يُنزل متاعه بطن وادٍ ، أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط ، فتعدّى ذلك ، فتلف شيء مما حمل فى ذلك التعدّى فهو ضامن فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان فيه ، وإن شرطه لم يصحّ الشرط . لأن مالا يجب ضمانه لا يصيِّره الشرط مضمونا ، وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه ، وعن أحمد أنه سئل عن ذلك ، فقال : المسلمون على شروطهم ، وهذا يدل على نفى الضمان بشرطه ، ووجوبه بشرطه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « المُسْلِمونَ عَلَى شرُوطِهم » فأما إن أكراه عيناً ، وشرط عليه أن لا يسير بها فى الليل ، أو وقت القائلة ، أو لا يتأخرّ بها عن القافلة ، أو لا يجعل سيره فى آخرها ، أو لا يسلك بها الطريق الفلانيّة ، وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ، ضمن ، لأنه متعدٍّ لشرط كريِّه فضمن ما تلف به ، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزاً ، فحمل اثنين .

٤٢٣١ (فصـــــل)

وإن كانت الإجارة فاسدةً لم يضمن العين أيضاً ، إذا تلفت بغير تفريط ، ولا تعدٍّ ، لأنه عقد لا يقتضى الضمان صحيحُه ، فلا يقتضيه فاسدُه كالوكالة والمضاربة ، وحكم كلِّ عقد فاسد فى وجوب الضمان حكم صحيحه ، فما وجب الضمان فى صحيحه وجب فى فاسده ، وما لم يجب فى صحيحه لم يجب فى فاسده .

٤٢٣٢ (فصـــــل)

وللمستأجر ضرب الدابّة بقدر ماجرت به العادة ، ويكبحُها باللجام للاستصلاح ؛ ويحثها على السير ليلحق القافلة ، وقد صحّ أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم نَخَسَ بَعِيرَ جَابِرٍ وضَرَبَهُ وكَانَ أبوُ بـكرٍ رَضِىَ اللهُ عَنْهُ يَخْرِش[1] بَعِيرهُ بِمِحْجَنِهِ ، وللرائضِ ضربُ الدابة للتأديب ، وترتيب المشى ، والعَدْو ، والسير ، وللمعلمّ ضرب الصِّبيان للتأديب ، قال الأثرم : سُئل أحمد عن ضرب المعلمّ الصبيان ، قال : على قدر ذنوبهم ، ويتوقَّى بجُهده الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا يضرِبه ، ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف ، وبهذا فى الدابة قال مالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال الثورىّ ، وأبو حنيفة ، يضمن ، لأنه تلف بجنايته ، فضمنه ، كغير المستأجَر ، وكذلك قال الشافعىّ فى المعلمّ يضرب الصبىّ ، لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب .

ولنا أنه تلف من فعل مستَحقّ ، فلم يضمن ، كما لو تلف تحت الحمل ، ولأن الضرب معنىً تضمَّنه عقد الإجارة ، فإذا تلف منه لم يضمن ، كالركوب ، وفارق غير المستأجر ، لأنه متعدّ ، وقول الشافعىّ : يمكن

(١) يخرش بعيره : يخدشه ويجرحه جرحا خفيفا ، والمحجن : العصا المعوجة ، والرائض معلم الدابة المشى والجرى .

التأديب بغير الضرب لا يصحّ ، فان العادة خلافه ، ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب ، إذ فيه ضرر ، وإيلام مستغنًى عنه ، وإن أسرف فى هذا كلّه ، أو زاد على ما يحصُل الغنى به ، أو ضرب من لا عقل له من الصبيان ، فعليه الضمان ، لأنه متعدٍّ حصل التلف بعُدوانه .

٤٢٣٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولاضمان على حجّام ولا ختّان ، ولامتطبّب إذا عُرِف منهم حِذق الصنعة ، ولم تجنِ أيديهم ﴾
وجملته : أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين :

أحدهما : أن يكونوا ذوى حِذق فى صناعتهم ، ولهم بها بَصارة ، ومعرفة ، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحِلّ له مباشرة القطع ، وإذا قطع مع هذا كان فعلاً محرّماً ، فيضمن سِرايته كالقطع ابتداء .

الثانى : أن لا تجنى أيديهم ، فيتجاوزوا ما ينبغى أن يقطع ، فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعا مأذونا فيه ، فلم يضمنوا سرايته ، كقطع الإمام يد السارق ، أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً فى فعله ، أشبه ما ذكرنا .

فأما إن كان حاذقاً ، وجنت يده ، مثل أن تجاوز قطع الختَان إلى الحَشفَة ، أو إلى بعضها أو قطع فى غير محلّ القطع ، أو يقطع السّلعة من إنسان ، فيتجاوزها ، أو يقطع بآلة كآلة يكثرُ ألمها ، أو فى وقتٍ لا يصلُح القطع فيه ، وأشباه هذا ضمن فيه كلّه ، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد ، والخطأ فأشبه إتلاف المال ، ولأن هذا فعل محرّم ، فيضمن سِرَايته ، كالقطع ابتداءً ، وكذلك الحكم فى النزاع ، والقاطع فى القصاص ، وقاطع يد السارق ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه خلافاً .

٤٢٣٤ (فصـــل)

وإن ختن صبيّاً بغير إذن وليه ، أو قطع سَلْعَةً من إنسان بغير إذنه أو من صبيٍّ ، بغير إذن وليّه ، فسرت جنايته ضمن ، لأنه قطع غير مأذون فيه ، وإن فعل ذلك الحاكم ، أو من له ولاية عليه ، أو فعله من أذِنا له لم يضمن ، لأنه مأذون فيه شرعاً .

٤٢٣٥ (فصـــل)

ويجوز الاستئجار على الختان ، والمداواة ، وقطع السّلعة ، لا نعلم فيه خلافاً ، ولأنه فعل يحتاج إليه ، مأذون فيه شرعاً ، فجاز الاستئجار عليه ، كسائر الأفعال المباحة .

٤٢٣٦ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر حجّاماً ليحجمه ، وأجره مباح ، وهذا اختيار أبى الخطاب . وهذا قول ابن عباس

قال : أنا آكله ، وبه قال عكرمة و والقاسمُ ، وأبو جعفر ، ومحمد بن على ، بن الحسين ، وربيعة ، ويحيى الأنصاريّ ، ومالك ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، وقال القاضى : لا يباح أجر الحجّام ، وذكر أن أحمد نصّ عليه فى مواضع ، وقال : أعطِى شيئاً من غير عقد ، ولا شرط ، فله أخذه ، ويصرفه فى علف دوابّه ، وطُعْمة عبيده ، ومؤنة صناعته ، ولايحلّ له أكله ، وممن كره كسبالحجّام عثمان ، وأبو هريرة، والحسن، والنخعيّ ، وذلك . لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « كَسْبُ الحَجَّامِ خَبِيثٌ » رواه مسلم ، وقال « أَطْعِمْهُ نَاضِحَكَ وَرَقِيقَكَ » .

ولنا : ما روى ابن عباس قال : « احتجَمَ النبيُّ صلّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلّم ، وأَعْطَى الحَجَّامَ أَجْرَهُ وَلَوْ عَلِمَهُ حَراماً لم يعْطه » متفق عليه . وفى لفظ : لو علمه خبيثاً لم يُعطه ، ولأنها منفعة مباحة ، لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القُربة ، فجاز الاستئجار عليها كالبناء ، والخياطة ، ولأن بالناس حاجةً إليها . ولا نجد كلّ أحد متبرعًا بها ، فجاز الاستئجار عليها ، كالرضاع ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى كسب الحجّام « أطعمه رقيقك » دليل على إباحة كسبه ، إذ غير جائز أن يُطعم رقيقه مايحرُم أكله ، فإن الرقيق آدميّون ، يحرم عليهم ما حرّمه الله تعالى ، كما يحرم على الأحرار ، وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار تحكم لا دليل عليه ، وتسميته كسباً خبيثاً لا يلزم منه التحريم ، فقد سمّى النبى صلى الله عليه وسلم الثوم ، والبصل ، خبيثين مع إباحتهما .

وإنما كره النبيّ صلّى الله عليه وسلم ذلك للحُرّ تنزيهاً ، لدناءة هذه الصناعة ، وليس عن أحمد . نصّ فى تحريم كسب الحجّام ، ولا الاستئجار عليها ، وإنما قال : نحن نعطيه كما أعطى النبيّ صلى الله عليه وسلم . ونقول له : كما قال النبيّ صلى الله عليه وسلم ، لما سُئل عن أكله نهاه ، وقال « اعِلفْهُ النَّاضِحَ وَالرَّقِيقَ » وهذا معنى كلامه فى جميع الروايات . وليس هذا صريحاً فى تحريمه ، بل فيه دليل على إباحته ، كما فى قول النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وفعله ، على ما بيّنّا ، وأن إعطاءه للحجّام دليل على إباحته ، إذ لا يعطيه مايحرم عليه . وهوعليه السلام يعلّم الناس ، وينهاهم عن المحرّمات ، فكيف يعطيهم إيّاها ، ويمكّنهم منها ، وأمره بإطعام الرقيق منها دليل على الإباحة ، فيتعيّن حمل نهيه عن أكلها على الكراهة ، دون التحريم . وكذلك قول الإمام أحمد ، فإنه لم يخرُج عن قول النبى صلى الله عليه وسلم ، وفعله ، وإنما قصد اتّباعه صلى الله عليه وسلم ، وكذلك سائر من كرهه من الأئمة ، يتعيّن حمل كلامهم على هذا : ولا يكون فى المسألة قائل بالتحريم .

وإذا ثبت هذا، فإنه يكره للحرّ أكلُ كسب الحجّام،ويكره تعلّم صناعة الحجامة ، وإجارة نفسه لها ، لما فيها من الأخبار . ولأن فيها دناءة ، فكره الدخول فيها ، كالكسح . وعلى هذا يُحمل قول الأئمة الذين

ذكرنا عنهم كراهتها ، جمعاً بين الأخبار الواردة فيها ، وتوفيقاً بين الأدلة الدالّة عليها ، والله أعلم.

٤٢٣٧ (فصـــل)

فأما استئجار الحجّام لغير الحجامة ، وحلق الشعر ، وتقصيره ، والختان ، وقطع شيء من الجسد للحاجة إليه ، فجائز ، لأنّ قول النبي صلى الله عليه وسلم « كَسْبُ الحَجّامِ خَبِيثٌ » يعني بالحِجامة ، كما نهى عن مَهْرِ البَغيّ أي في البغاء ، وكذلك لو كسب بصناعةٍ أخرى لم يكن خبيثاً ، بغير خلاف . وهـذا النهي مخالف للقياس ، مختصّ بالمحلّ الذي ورد فيه . ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها ، ولا تحريم فيها ، فجازت الإجارة فيها ، وأخذ الأجر عليها ، كسائر المنافع المباحة .

٤٢٣٨ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر كحّالا ليكحل عينه ، لأنه عمل جائز ، ويمكن تسليمه ، ويحتاج أن يقدّر ذلك بالمدّة ، لأن العمل غير مضبوط ، فيقدّر به ، ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحّله : مرّة في كلّ يوم ، أو مرّتين ، فأمّا إن قدّرها بالبُرْء ، فقال القاضي : لا يجوز ، لأنه غير معلوم .

وقال ابن أبي موسى : لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء ، لأن أبا سعيد حين رَقَى الرجلَ شارطه على البرء ، والصحيح إن شاء الله . أنّ هذا يجوز ، لكن يكون جَعَالةً لا إجارةً . فإنّ الإجارة لا بدّ فيها من مدّة ، أو عمل معلوم ، فأمّا الجَعَالة فتجوز على عمل مجهول ، كردّ اللُّقطة ، والآبق ، وحديث أبي سعيد في الرُّقْيَةِ إنّما كان جَعَالةً ، فيجوز ههنا مثله .

إذا ثبت هذا : فإنّ الكحل إن كان من العليل جاز . لأن آلات العمل تكون من المستأجر ، كاللبِن في البناء ، والطين ، والآجرّ ، ونحوها ، وإن شارطه على الكحل جاز .

وقال القاضي : يحتمل أن لا يجوز ، لأن الأعيان لا تُملك بعقد الإجارة ، فلا يصحّ اشتراطُه على العامل، كلَبِن الحائط .

ولنا : أن العادة جارية . ويشقّ على العليل تحصيلُه . وقد يَعجِز عنه بالكلّية ، فجاز ذلك ، كالصّبغ من الصّبّاغ ، واللَّبَن في الرَّضاع ، والحِبْر ، والأقلام من الورّاق . وما ذكروه ينتقض بهذه الأصول ، وفارق لبِنَ الحائط، لأن العادة تحصيلُ المستأجَر له . ولا يشقّ ذلك ، بخلاف مسألتنا ، وقال أصحاب مالك : يجوز أن يستأجره ليبني له حائطاً ، والآجر من عنده . لأنه اشترط ما تتمّ به الصنعة التي عقد عليها ، فإذا كان مُباحاً معروفاً جاز . كما لو استأجره ليصبُغ ثوباً ، والصِّبغ من عنده .

ولنا : أن عقد الإجارة عقد على المنفعة . فإذا شرط فيه بيع العين صار كبيعتين في بيعة ، ويُفارق الصبغ. وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك من حيثُ إن الحاجة داعية إليه ، لأن تحصيل الصبغ يشقّ على

صاحب الثوب ، وقد يكون الصِّبغ لا يحصل إلا في حيثُ يحتاج إلى مؤنة كثيرة ، لا يحتاج إليها في صبغ هذا الثوب . فجازَ لمسيس الحاجة إليه ، بخلاف مسألتنا .

٤٢٣٩ (فصـــل)

وإذا استأجره مدّة ، فكحله فيها ، فلم تبرأ عينه استحقّ الأجر . وبه قال الجماعة ، وحُكي عن مالك أنه لا يستحقّ أجراً حتى تبرأ عينه . ولم يَحك ذلك أصحابُه . وهو فاسد ، لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه ، فوجب له الأجر . وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً ، أو لخياطة قميص ، فلم يتمّه فيه ، وإن برئت عينه فى أثناء المدّة انفسخت الإجارة فيما بقى من المدّة . لأنه قد تعذّر العمل . فأشبه ما لو حجز عنه أمر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من الاكتحال مع بقاء المرض استحقّ الكحّال الأجر بمضىّ المدة ، كما لو استأجره يوماً للبناء ، فلم يستعمله فيه .

فأمّا إن شارطه على البرء ، فإنه يكون جَعالة ، فلا يستحقّ شيئاً ، حتى يوجد البرء ، سواء وُجد قريباً ، أو بعيداً ، فإن برىء بغير كُحله ، أو تعذر الكحْل لموته ، أو غير ذلك من الموانع التى من جهة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجَعَالة ، ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لأمرٍ من جهةِ الكحّال أو غير الجاعل فلا شىء له ، وإن فسخ الجاعلُ الجعالة بعد عمل الكحّال فعليه أجر عمله ، فإن فسخ الكحّال فلا شىء له ، لأنها جَعالة ، فثبت فيها ما ذكرناه .

٤٢٤٠ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر طبيباً ليداويه ، والكلام فيه كالكلام فى الكحّال سواء . إلا أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب ، لأن ذلك إنّما جاز فى الكحّال على خلاف الأصل للحاجة إليه ، وجَرْيِ العادة به . فلم يوجد ذلك المعنى ههنا . فثبت الحكم فيه على وَفق الأصل ، والله أعلم .

٤٢٤١ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر من يقلع ضِرْسه ، لأنها منفعة مباحة ، مقصودة ، فجاز الاستئجار على فعلها ، كالختَان . فإن أخطأ ، فقلع غير ما أُمِر بقلعه ضمنه ، لأنه من جنايته ، وإن برأ الضِّرْسُ قبل قلعه انفسخت الإجارة ، لأن قلعه لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يُجبر عليه ، لأن إتلاف جزء من الآدمىّ محرّم فى الأصل . وإنما أُبيح إذا صار بقاؤه ضرراً ، وذلك مفوّض إلى كلّ إنسان فى نفسه إذا كان أهلاً لذلك ، وصاحبُ الضِّرس أعلم بمضرّته ، ومنفعته ، وقدر المدة .

٤٢٤٢ (فصـــل)

ومن استؤجر على عمل موصوف فى الذمّة ، كخياطة ، أو بناء أو قلع ضرس، فبذَلَ الأجيرُ نفسه للعمل

فلم يسكّنه المستأجر لم تستقرّ الأجرة بذلك ، لأنه عقد على المنفعة من غير تقدير ، فلم يستقرّ بدلها بالبذل ، كالصداق ، لا يستقرّ ببذل المرأة نفسها ، ويُفارق حبس الدابّة مدّة الإجارة ، لأن المنافع تلِفَتْ تحت يده ، بخلاف مسألتنا .

٤٢٤٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا ضمان على الراعى إذا لم يتعدّ ﴾

لا نعلم خلافاً فى صحة استئجار الراعى . وقد دلّ عليه قولُ الله تعالى مُخبراً عن شُعَيبٍ : أنه قال (إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِيَ حِجَجٍ) وقد عُلم أن موسى عليه السلام إنّما آجر نفسه لرعاية الغنم . إذا ثبت هذا : فإنه لا ضمان على الراعى فيما تلف من الماشية ، ما لم يتعدّ ، ولا نعلم فيه خلافاً إلاّ عن الشعبى ، فإنّه رُوى عنه أنه ضمّن الراعى .

ولنا : أنه مؤتمن على حفظها ، فلم يضمن من غير تعدّ ، كالمودَع ، ولأنها عينٌ قبضها بحكم الإجارة ، فلم يضمنها من غير تعدّ كالعين المستأجَرة ، فأمّا ما تلف بتعدّيه ، فيضمنُه بغير خلاف ، مثل أن ينام عن السائمة ، أو يغفُل عنها ، أو يتركها تتباعد منه ، أو تغيبُ عن نظره ، وحفظه ، أو ضربها ضرباً يُسرف فيه ، أو فى غير موضع الضرب ، أو من غير حاجة إليه ، أو سلك بها موضعاً تتعرّض فيه للتلف ، وأشباه هذا ، مما يعدّ تفريطاً ، وتعدّياً ، فتتلف به ، فعليه ضمانها ، لأنها تلفت بعدوانه ، فضمنها ، كالمودَع إذا تعدّى ، وإن اختلفا فى التعدّى وعدمه ، فالقول قول الراعى ، لأنه أمين ، وإن فعل فعلاً اختلفا فى كونه تعديًا رُجع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاةٍ ، وقال : ماتت ، قُبِل قوله ، ولم يضمن ، وعن أحمد أنه يضمن ، ولا يُقبل قوله ، والصحيح الأول ، لأن الأمناء تُقبل أقوالهم ، كالمودَع ، ولأنه يتعذّر عليه إقامة البيّنة فى الغالب ، فأشبه المودَع . كذلك لو ادّعى موتها من غير أن يأتىَ بجلدها .

٤٢٤٤ (فصـــــــل)

ولا يصحّ العقد فى الرعى إلا على مدّة معلومة ، لأن العمل لا ينحصر ، ويجوز العقد على رعى ماشية معيّنة ، وعلى جنس فى الذمّة ، فإن عقد على ماشيةٍ معينة ، فذكر أصحابنا : أنه يتعلّق بأعيانها ، كما لو استأجره لخياطة ثوب بعينه ، فلا يجوز إبداله ، ويبطُل العقد بتلفها ، وإن تلف بعضها بطل عقد الإجارة فيه ، وله أجرما بقى منها بالحصّة ، وإن ولدت سِخَالاً ، لم يكن عليه رعيُها ، لأنها زيادة لم يتناولها العقد ، ويحتمل أن لا يتعلّق بأعيانها ، لأنها ليست المعقود عليها ، وإنما يستوفى المنفعة بها ، فأشبه مالو استأجر ظهراً ليركبه ، جاز ، أن يركب غيره مكانه .

ولو استأجر داراً ليسكنها جاز أن يُسكنها مثله ، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حِنطةً جاز أن يزرعها

ما هو مثلها فى الضرر أو أدنى منها ، وإنّما المعقود عليه منفعة الراعى ، ولهذا يجب له الأجر إذا سلّم نفسه ، وإن لم يرع ، ويُفارق الثوب فى الخياطة ، لأن الثياب فى مَظِنّة الاختلاف ، فى سهولة خياطتها ، ومشقّتها بخلاف الرعى .

فعلى هذا : له إبدالُها بمثلها ، وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه ، وكان له إبداله ، وإن وقع العقد على موصوف فى الذمّة فلا بدّ من ذكر جنس الحيوان ، ولونه ، إبلاً ، أو بقراً ، أو غَنَماً ، أو ضأناً ، أو مَعِزاً ، وإن أطلق ذكر البقر ، والإبل ، لم يتناول الجواميس ، والبخاتىّ ، لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً ، وإن وقع العقد فى مكان يتناولها إطلاق الاسم احتاج إلى ذكر نوع ما يراه منها ، كالغنم ، لأن كل نوع له أثر فى أتعاب الراعى ، ويذكر الكبر ، والصغر ، فيقول كباراً ، أو سِخالاً ، أو عَجاجِيلَ ، أو فُصْلاناً ، إلا أن يكون ثَمّ قرينةٌ ، أو عُرف صارفٌ إلى بعضها ، فيغنى عن الذكر .

وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعى زيادة عليها ، لا من سِخالها ، ولا من غيرها ، وإن أطلق العقد ولم يذكر عدداً لم يجز ، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ ، وقال القاضى : يصحّ ، ويحمل على ما جرت به العادة ، كالمائة من الغنم ، ونحوها ، وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ ، والأول أصحّ ، لأن العادة فى ذلك تختلف وتتباين كثيراً ، إذ العمل يختلف باختلافه .

٤٢٤٥ (فصل فيما تجوز إجارته)

تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها بحكم الأصلّ كالأرض ، والدار ، والعبد ، والبهيمة ، والثياب ، والفساطيط ، والحبال ، والخيام ، والمحامل ، والسرج ، واللجام ، والسيف ، والرمح ، وأشباه ذلك ، وقد ذكرنا كثيراً مما تجوز إجارته فى مواضعه ، وتجوز إجارة الحلى ، نص عليه أحمد فى رواية ابنه عبدالله ، وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وروى عن أحمد أنه قال فى إجارة الحلى : ما أدرى ما هو؟ قال القاضى : هو محمول على إجارته بأجرة من جنسه ، فأما بغير جنسه فلا بأس به ، لتصريح أحمد بجوازه ، وقال مالك فى إجارة الحلى ، والثياب : ما هو من المشتبهات ، ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة ، وليس ذلك من المقاصد الأصلية ، ومن منع ذلك بأجر من جنسه فقد احتجّ له ، بأنها تحتكّ بالاستعمال ، فيذهب منها أجزاء ، وإن كانت يسيرةً فيحصلُ الأجر فى مقابلتها ، ومقابلة الانتفاع بها ، فيُفضى إلى بيع ذهب بذهب ، وشىء آخر ، ولنا أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة مع بقاء عينها ، فأشبهت سائر ماتجوز إجارته ، والزينة من المقاصد الأصلية ، فإن الله تعالى امتنّ بها علينا بقوله تعالى (لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً) وقال تعالى (قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللهِ الَّتِى أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ) وأباح الله تعالى من التحلّى ، واللّباس للنساء ما حرّمه على الرجال ، لحاجتهنّ إلى التزيّن للأزواج ، وأسقط الزكاة عن حَلْيِهِنّ

معونةً لهنّ على اقتنائه ، وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصحّ ، لأن ذلك يسير لا يقابل بعوض ، ولا يكاد يظهر فى وزن ، ولو ظهر فالأجر فى مقابلة الانتفاع ، لا فى مقابلة الأجزاء ، لأن الأجر فى الإجارة إنما هو عوض المنفعة ، كما فى سائر المواضع ، ولو كان فى مقابلة الجزء الذاهب لما جاز إجارة أحد النقدين بالآخر ، لإفضائه إلى الفرق فى معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض ، والله أعلم .

٤٢٤٦ (فصـــل)

وتجوز إجارة الدراهم والدنانير للوزن والتحلّى فى مدّة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، والوجه الآخر أنّها لا تجوز إجارتها ، لأن هذه المنفعة ليست المقصود منها ، ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها ، فأشبهت الشمع .

ولنا : أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعةً مباحة ، فأشبهت الحُلِىّ ، وفارق الشمع ، فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه . إذا ثبت هذا فإنه إن ذكر ما يستأجره له ، وعيّنه فحسن ، وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب : تصحّ الإجارة ، وينتفع بها فيما شاء منهما ، لأن منفعتهما فى الإجارة متعيّنة فى التحلّى ، والوزن ، وهما متقاربان ، فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما ، كاستئجار الدار مطلقا ، فإنه يتناول السكنى ، ووضع المتاع فيها ، وقال القاضى : لا تصحّ الإجارة ، وتكون قرضاً ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأن الإجارة تقتضى الانتفاع ، والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير ، إنما هو بأعيانها ، فإذا أطلق الانتفاع حُمل على الانتفاع المعتاد .

وقال أصحاب الشافعىّ : لا تصحّ الإجارة ، فلا تكون قرضاً ، لأن التحلّى ينقصها ، والوزن لا ينقصها ، فقد اختلفت جهة الانتفاع ، فلم يجز إطلاقها ، ولا يجوز أن يعبرّ بها عن القرض ، لأن القرض تمليك للغير ، والإجارة تقتضى الانتفاع مع بقاء العين ، فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر ، ولأن التسمية والألفاظ تُؤخذ : نقلاً ، ولم يُعهد فى اللسان التعبير بالإجارة عن القرض ، وقول أبى الخطاب أصحّ إن شاء الله ، لأن العقد متى أمكن حمله على الصحّة كان أولى من إفساده ، وقد أمكن حمله على إجارتها ، للجهة التى تجوز إجارتها فيها ، وقول القاضى لا يصحّ ، لأن الإجارة إنما تقتضى انتفاعاً مع بقاء العين ، فلا تحمل على غير ذلك ، وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال فى التحلّى فبعيد ، فإن ذلك يسير ، لا أثر له ، فوجوده كعدمه .

٤٢٤٧ (فصـــل)

ويجوز أن يستأجر شجراً ونخيلاً ليجفّف عليها الثياب ، أو يبسطها عليها ليستظلّ بظلّها ، ولأصحاب الشافعىّ فى ذلك وجهان ، لما ذكروه فى الأثمان .

ولنا : أنها لو كانت مقطوعة لجاز استئجارها لذلك ، فكذلك إذا كانت ثابتةً ، وذلك لأن الانتفاع يحصُل بهما على السواء فى الحالتين ، فما جاز فى إحداهما يجوز فى الأخرى ، ولأنها شجرة فجاز استئجارها لذلك ، كالمقطوعة ، ولأنها منفعة مقصودة ، يمكن استيفاؤها مع بقاء العين ، فجاز العقد عليها ، كما لو كانت مقطوعةً ، ولأنها عين يمكن استيفاء هذه المنفعة منها ، فجاز استئجارها لها ، كالحبال ، والخشب ، والشجر المقطوع .

٤٢٤٨ (فصــــل)

ويجوز استئجار غنم لتدوس له طيناً ، أو زرعاً ، ولأصحاب الشافعىّ فيه وجهان ، لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان ، فأشبهت النحل .

ولنا : أنها منفعة مباحة ، يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها ، فأشبهت استئجار البقر لدياس الزرع .

٤٢٤٩ (فصــــل)

ويجوز استئجار ما يبقى من الطِّيب ، والصندل ، وأقطاع الكافور ، والنَّدّ لتشمّه المرضى ، وغيرهم مدّة ، ثم يردّه ، لأنها منفعة مباحة ، فأشبهت الوزن ، والتحلّى ، مع أنه لا ينفكّ من إخلاَقٍ[1] وبِلىً .

٤٢٥٠ (فصــــل)

وتجوز اجارة الحائط ليضع عليها خشباً معلوماً ، مدّة معلومة ، وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

ولنا : أن هذه منفعة مقصودة مقدورٌ على تسليمها ، واستيفائها ، فجاز عقد الإجارة عليها ، كاستئجار السطح للنوم عليه .

٤٢٥١ (فصــــل)

ويجوز استئجار دار يتّخذها مسجداً يُصلّى فيه ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ . لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال ، فلا تجوز الإجارة لذلك .

ولنا : أن هذه منفعة مباحة ، يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها ، فجاز استئجار العين لها ، كالسكنى ، ويفارق الصلاة ، فإنّها لا تدخُلها النيابة ، بخلاف بناء المساجد .

٤٢٥٢ (فصــــل)

وذكر ابن عقيل أنه يجوز استئجار البئر ليستقى منها أياماً معلومةً ، لأن هواء البئر ، وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه ، وأما نفس الماء فيُؤخذ على أصل الإباحة ، والله الموفق .

---

(١) الاخلاق : جعله خلقا مستعملا قديما والبلى ، الذهاب والتلاشى .

٤٢٥٣ (فصـــــل)

ويجوز استئجار الفهد ، والبازى ، والصقر للصيد ، فى مدّة معلومة ، لأن فيه نفعاً مباحاً ، تجوز إعارته له ، فجازت إجارته له ، كالدابّة ، وتجوز إجارة كتب العلم التى يجوز بيعُها للانتفاع بها فى القراءة فيها ، والنسخ منها ، لما ذكرناه ، وتجوز إجارة درج فيه خط حسن ، يكتب عليه ، ويتمثّل منه لذلك .

٤٢٥٤ (فصل وما لا تجوز إجارته أقسام)

أحدها : ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالمطعوم ، والمشروب ، والشمع ليشعله ، لأن الإجارة عقد على المنافع ، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها ، فإن استأجر شمعةً يسرجها ، ويرد بقيتها ، وثمن ما ذهب ، وأجر الباقى كان فاسداً ، لأنه يشمل بيعاً وإجارة وما وقع عليه البيع مجهول ، وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضاً فيفسد العقدان ، ولو استأجر شمعاً ليتجمّل به ، ويردّه من غير أن يشغل منه شيئاً لم يجز ، لأن ذلك ليس بمنفعة مرعيّة فى الشرع ، فبذل المال فيه سفه ، وأخذه أكل مال بالباطل ، فلم يجز ، كما لو استأجر خبزاً لينظر إليه ، وكذلك لو استأجر طعاماً ليتجمّل به ، على مائدته ، ثم يردّه لم يجز ، لما ذكرنا ، وهكذا سائر الأشياء ، ولا يصحّ استئجار ما لا يبقى من الرياحين ، كالورد ، والبنفسج ، والريحان الفارسىّ ، وأشباهه ، لشمّها ، لأنها تتلف عن قرب ، فأشبهت المطعومات ، ولا يجوز استئجار الغنم ، ولا الإبل ، والبقر ، ليأخذ لبنها ، ولا ليسترضعها السخلة[1] ، ونحوها ، ولا استئجارها ليأخذ صوفها ، ولا شعرها . ولا وبرها ، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها ، أو شيئاً من عينها .

٤٢٥٥ (فصـــــل)

ولا تجوز إجارة الفحل للضراب ، وهـذا ظاهر مذهب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وخرج أبو الخطاب وجهاً فى جوازه ، لأنه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه ، فجاز ، كاجارة الظئر للرضاع ، والبئر ليستقى منها الماء ، ولأنها منفعة تُستباح بالإعارة ، فتُستباح بالإجارة ، كسائر المنافع ، وهذا مذهب الحسن ، وابن سيرين .

ولنا : « أن النبىّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمَ نَهَى عَنْ عَسْبِ الفَحْلِ » متفق عليه ، وفى لفظ « نَهَى عَنْ ضِرَابِ الجَمَلِ » ولأن المقصود الماء الذى يُخلق منه الولد فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة ، فلم يجز ، كإجارة الغنم لأخذ لبنها ، وهذا أولى ، فإن هذا الماء محرّم ، لا قيمة له ، فلم يجز أخذ العوض عنه ، كالميتة ، والدم وهو مجهول ، فأشبه اللبن فى الضرع ، فأما من أجازه فينبغى أن يوقع العقد على العمل ، ويقدّر بمرّة ، أو مرّتين ، أو أكثر ، وقيل يقع العقد على مدّة ، وهذا بعيد ، لأن من أراد إطراق فرسه

---

(١) السخلة ولد الشاة أيا كان ، وفى نسخ المغنى (السخالة) بدل السخلة وهو تصحيف .

مرّة فقدّره بمدّة تزيد على قدر الفعل لم يمكن استيعابها به ، وإن اقتصر على مقداره فربّما لا يحصل الفعل فيه ، ويتعذّر أيضاً ضبط مقدار الفعل، فيتعيّن التقدير بالفعل ، إلا أن يكترى فحلاً لإطراق ماشية كثيرة ، كفحلٍ يتركه فى إبله ، أو تيس فى غنمه ، فإنّ هذا إنّما يكترى مدّة معلومة ، والمذهبُ أنه لا يجوز إجارته ، فإن احتاج إنسان إلى ذلك ، ولم يجد من يطرق له جاز له أن يبذُل الكراء ، وليس للمطرِق أخذه ، قال عطاء : لا يأخذ عليه شيئاً ، ولا بأس أن يعطيه إذا لم يجد من يطرق له ، ولأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة ، تدعو الحاجة إليها ، فجاز ، كشراء الأسير ، ورِشْوةِ الظالم ليدفع ظُلْمَه ، وإن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ، ولا شرط ، فأهديت له هديّة ، أو أكرم بكرامة لذلك ، فلا بأس به ، لأنه فعل معروفاً ، فجازت مجازاته عليه ، كما لو أهدى هديّة .

٤٢٥٦ (فصـــل)

القسم الثانى : ما منفعته محرّمة ، كالزنا ، والزّمْر ، والنَّوْح ، والغناء ، فلا يجوز الاستئجار لفعله ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ، وصاحباه ، وأبو ثور ، وكره ذلك الشعبىّ ، والنَّخَعِىُّ، لأنه محرّم ، فلم يجز الاستئجار عليه ، كإجارة أَمَتِه للزنا ، ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غِناء ونَوْحاً ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا : أنه انتفاع بمحرّم ، فأشبه ما ذكرنا ، ولا يجوز الاستئجار على كتابة شعر محرّم ولا بدعة ، ولا شىء محرّم لذلك . ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها ، ولا على حمل خنزير ، ولا ميتة ، لذلك ، وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، لأن العمل لا يتعيّن عليه ، بدليل أنه لو حمله مثله جاز ، ولأنه لو قصد إراقته ، أو طرح الميتة جاز .

وقد روى عن أحمد فيمن حمل خنزيراً ، أو ميتة ، أو خمراً لنصرانىّ : أكرهُ أكْلَ كِرائه ، ولكن يُقضَى للحمّال بالكراء ، فإذا كان لمسلم فهو أشدّ . قال القاضى : هذا محمول على أنه استأجره ليُريقها ، فأمّا للشرب فمحظور[1] ، لا يحلّ أخذ الأجرة عليه ، وهذا التأويل بعيد ، لقوله : أكره أكل كرائه ، وإذا كان لمسلم فهو أشدّ ، ولكن المذهب خلاف هذه الرواية ، لأنه استئجار لفعل محرّم ، فلم يصحّ ، كالزنا ، ولأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم لعن حاملها ، والمحمولة إليه . وقوله : لا يتعيّن ، يبطل باستئجار أرض ليتّخذها مسجداً ، وأما حمل هذه لإراقتها ، والميتة لطرحها ، والاستئجار للكُنُف ، فجائز ، لأن ذلك كلّه مباح ، وقد استأجر النبىُّ صلّى الله عليه وسلم أبا طَيْبَةَ لحجْمِه ، وقال أحمد فى رواية ابن منصور ، فى الرجل يؤجّر نفسه لِنظارة كَرْمٍ لنصرانىّ : يكره ذلك ، لأن الأصل فى ذلك راجع إلى الخمر .

---

(١) المحظور : الممنوع ، وفى نسخ المغنى (فمحذور) بالذال بدل الظاء ، وهو تصحيف .

٤٢٥٧ (فصــــل)

ويكره أن يؤجّر الرجل نفسه لـكسح الـكُنُف ، ويكره له أ كلُ أجره ، لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « كَسْبُ الحجّامِ خَبِيثٌ » ونهى الحرّ عن أ كله ، فهذا أولى ، وقد روُى عن ابن عباس : أنّ رجُلاً حجّ ، ثم أتاه فقال : إنىّ رجلٌ أ كْنُس ، فما ترى فى مَـكْسبى ؟ قال : أىّ شىء تـكْنُس ؟ قال : العَذرَه ، قال : ومنه حججت؟ ومنه تزوّجت ؟ قال نعم ، قال:أنت خبيثٌ ، وحَجُّكَ خبيثٌ ، وماتزوّجت خبيث ، أو نحو هذا ، ذ كره سعيد بن منصور فى سننه بمعناه ، ولأن فيه دناءةً ، فـكُره ، كالحجامة ، فأمّا الإجارة فى الجملة ، فجائزة ، لأن الحاجة داعية إليها ، فلا تندفع بدن إباحة الإجارة ، فوجب إباحتها ، كالحجامة .

٤٢٥٨ (فصــــل)

ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتّخذها كنيسةً ، أو بِيعَةً ، أو يتخذُها لبيع الخمر ، أو القمار ، وبه قال الجماعة ، وقال أبو حنيفة : إن كان بيتك فى السَّوادِ فلا بأس أن تؤجّره لذلك ، وخالفه صاحباه ، واختلف أصحابه فى تأويل قوله .

ولنا : أنه فعل محرم ، فلم تجز الإجارة عليه ، كإجارة عبده للفجور ، ولو ا كترى ذمىٌّ من مسلم داره ، فأراد بيع الخمر فيها فلصاحب الدار منعه ، وبذلك قال الثورىّ ، وقال أصحاب الرأى : إن كان بيته فى السواد ، والجبل ، فله أن يفعل ما شاء .

ولنا : أنه فعل محرّم جاز المنع منه فى المصر ، فجاز فى السواد ، كقتل النفس المحرمة .

٤٢٥٩ (فصــــل)

القسم الثالث : ما يحرم بيعه إلا الحرّ ، والوقف ، وأمّ الولد ، والمدبّر ، فانه يجوز إجارتها ، وإن حرم بيعها ، وما عدا ذلك فلا تجوز إجارته ، سواء كان مما لايقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق[١] والجمل النادّ ، والبهيمة الشاردة [٢] ، والمغصوب من غير غاصبه ، أو ممّن لا يقدر على انتزاعه منه ، فانه لا تجوز إجارته . لأنه لايمكن تسليم المعقود عليه ، وإن كان مما تُجهل صفته ، فإنه لا تجوز إجارته فى ظاهر المذهب ، أو كان مما لا نفع فيه ، كسباع البهائم ، أو الطير التى لا تصلح للاصطياد ، ولا تجوز إجارة الـكلب ، ولا الخنزير بحال ، ويتخرّج جواز إجارة الـكلب الذى يُباح اقتناؤه ، لأن فيه نفعاً مباحاً ، تجوز إعارته له ، فجازت إجارته له كغيره ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين ، ولا تجوز إجارة مالا يقدر على تسليم منفعته ، سواء

---

(١) الآبق : الهارب ، والناد ، والنافر الشارد مثل الهارب .

(٢) البهيمة الشاردة : النافرة من صاحبها الهائمة على وجهها .

جاز بيعه ، أو لم يجز ، مثل أن يغصب منفعته ، بأن يدّعى إنسان أن هذه الدار فى إجارته عاماً ، ويغلب صاحبها عليها ، فإنه لا تجوز إجارتها ، فى هذا العام إلا من غاصبها أو ممن يقدر على أخذها منه ، قال أصحابنا : ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك ، إلا أن يؤجر الشريكان معاً ، وهذا قول أبى حنيفة ، وزفر ، لأنه لا يقدر على تسليمه ، فلم تصح إجارته ، كالمغصوب ، وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له على مال شريكه ، واختار أبو حفص العُكْبَرِىّ جواز ذلك ، وقد أومأ إليه أحمد ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأبى يوسف ، ومحمد ، لأنه معلوم يجوز بيعه ، فجازت إجارته ، كالمفروز ، ولأنه عقد فى ملكه يجوز مع شريكه ، فجاز مع غيره ، كالبيع ، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً ، فجاز لأحدهما فعله فى نصيبه مفرداً ، كالبيع ، ومن نصر الأول فرق بين محلّ النزاع وبين ما إذا أجّره الشريكان أو أجّره لشريكه ، بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر ، فأشبه إجارة المغصوب من غاصبه ، دون غيره .

وإن كانت الدار لواحد فأجّر نصفها صحّ ، لأنه يمكنه تسليمه ، ثم إن أجّر نصفها الآخر المستأجر الأول صحّ ، فانه يمكنه تسليمه إليه ، وإن اجّره لغيره ففيه وجهان ، بناء على المسألة التى قبلها ، لأنه لا يمكنه تسليم ما أجّره إليه ، وإن أجّر الدار لاثنين لكلّ واحد منهما نصفها فكذلك ، لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كلّ واحد منهما إليه .

٤٢٦٠ (فصـــــل)

وفى إجارة المصحف وجهان :

(أحدهما) لا تصحّ إجارته مبنيًّا على أنه لا يصحّ بيعه ، وعلّة ذلك إجلال كلام الله ، وكتابه عن المعاوضة به ، وابتذاله بالثمن ، فى البيع ، والأجر فى الإجارة .

(والثانى) تجوز إجارته ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأنه انتفاع مباح ، تجوز الإعارة من أجله ، فجازت فيه الإجارة ، كسائر الكتب ، فأما سائر الكتب الجائز بيعها ، فتجوز إجارتها . ومقتضى مذهب أبى حنيفة أنها لا تجوز إجارتها ، لأنه علّل منع إجارة المصحف بأنه ليس فى ذلك أكثرُ من النظر إليه ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك ، بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفاً لينظر إلى عمله ، وتصاويره ، أو شمعاً ليتجمّل به .

ولنا : أنه انتفاع مباح ، يحتاج إليه ، وتجوز الإعارة له ، فجازت إجارته ، كسائر المنافع ، وفارق النظر إلى السقف ، فإنه لا حاجة إليه ، ولا جرت العادة بالاعارة من أجله ، وفى مسألتنا يحتاج إلى القراءة فى الكتب ، والتحفّظ منها ، والنسخ ، والسماع منها ، والرواية ، وغير ذلك ، من الأنفاع المقصودة المحتاج إليه .

٤٢٦١ (فصـــــل)

ولا تجوز إجارة المسلم للذمىّ لخدمته ، نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم ، فقال : إن أجرّ نفسه من الذمىّ فى خدمته لم يجز ، وإن كان فى عمل شىء جاز ، وهذا أحد قولى الشافعىّ ، وقال فى الآخر : تجوز ، لأنه تجوز له إجارة نفسه فى غير الخدمة ، فجاز فيها ، كإجارته من المسلم .

ولنا : أنه عقد يتضمّن حبس المسلم عند الـكافر ، وإذلاله له ، واستخدامه ، أشبه البيع ، يحقّقه أن عقد الإجارة للخدمة يتعيّن فيه حبسه مدّة الإجارة ، واستخدامه ، والبيع لا يتعيّن فيه ذلك ، فإذا منع منه ، فلأنْ يمنع من الإجارة أولى ، فأمّا إن أجّر نفسه منه فى عمل معيّن فى الذمّة ، كخياطة ثوب ، وقِصَارته جاز ، بغير خلاف نعلمه ، لأن عليًّا رضى الله عنه أجّر نفسه من يهودىّ يسقى له كلّ دلو بتَمْرةٍ ، وأخبر النبىّ صلّى الله عليه وسلم بذلك ، فلم ينـكره ، وكذلك الأنصارىّ ، ولأنه عقد معاوضة لا يتضمّن إذلال المسلم ، ولا استخدامه ، أشبه مبايعته ، وإن أجّر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدّةً معلومة جاز أيضاً فى ظاهر كلام أحمد ، لقوله فى رواية الأثرم : وإن كان فى عمل شىء جاز .

ونقل عنه أحمد بن سعيد : لا بأس أن يؤجّر نفسه من الذمىّ ، وهذا مطلق فى نوعى الإجارة ، وذكر بعض أصحابنا أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك ، وأشار إلى ما رواه الأثرم ، واحتجّ بأنه عقد يتضمّن حبس المسلم، أشبه البيع ، والصحيح ما ذكرنا ، وكلام أحمد إنما يدلّ على خلاف ما قاله ، فإنه خصّ المنع بالإجارة للخدمة ، وأجاز إجارته للعمل ، وهـذا إجارة للعمل ، ويفارق البيع ، فإن فيه إثبات الملك على المسلم ، ويفارق إجارته للخدمة ، لتضمّنها الإذلال .

٤٢٦٢ (فصـــــل)

نقل إبراهيم الحربى عن أحمد أنه سئل عن الرجل يـكترى الديك يُوقظه لوقت الصلاة لا يجوز ، وذلك لأن ذلك يقف على فعل الديك ، ولا يمـكن استخراج ذلك منه بضرب ، ولا غيره ، وقد يَصيحُ ، وقد لا يصيح ، وربّما صاح بعد الوقت .

٤٢٦٣ (فصـــــل)

القسم الرابع : القُرَب التى يختصّ فاعلها بـكونه من أهل القربة ، يعنى أنه يشترط كونه مسلماً ، كالإمامة ، والأذان ، والحجّ ، وتعليم القرآن ، نصّ عليه أحمد ، وبه قال عطاء ، والضحّاك بن قيس ، وأبو حنيفة ، والزهرىّ ، وكره الزهرىّ ، وإسحاق تعليم القرآن بأجر .

وقال عبد الله بن شقيق : هذه الرُّغف التى يأخذها المعلّمون من السُّحْت ، وممّن كره أجرة التعليم مع

الشرط الحسن ، وابن سيرين ، وطاوس ، والشعبيّ ، والنخَعِيّ . وعن أحمد رواية أخرى . يجوز ذلك حكاها أبو الخطاب .

ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال : التعليم أحبُّ إليّ من أن يتوكّل لهؤلاء السلاطين ، ومن أن يتوكّل لرجل من عامّة الناس فى ضيعة ، ومن أن يستدين ويتّجر لعلّه لا يقدر على الوفاء ، فيلقى الله تعالى بأمانات الناس ، التعليم أحبّ إليّ ، وهذا يدلّ على أن منعه منه فى موضع منعه للكراهة ، لا للتحريم .

وممن أجاز ذلك مالك ، والشافعيّ ، ورخّص فى أجور المعلّمين أبو قلابة ، وأبو ثور ، وابن المنـذر ، لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم زوّج رجلاً بما معه من القرآن ، متّفق عليه ، وإذا جاز تعليم القرآن عوضاً فى باب النـكاح ، وقام مقام المهر ، جاز أخذ الأُجرة عليه فى الإجارة ، وقد قال رسول الله صلى الله عليـه وسلم « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ اللهِ » حديث صحيح ، وثبت أن أبا سعيد رَقَى رجلاً بفاتحة الـكتاب على جُعْلٍ ، فبرأ ، وأخذ أصحابه الْجُعْل ، فأتوا به رسول الله صلى الله عليه وسلّم ، فأخبروه ، وسألوه فقال « لَعَمْرِى لَمَنْ أَكَل بِرُقْيَةِ بَاطِلٍ لَقَدْ أَكَلْتَ بِرُقْيَةِ حَقٍّ ، كُلُوا ، واضْرِبُوا لِى مَعكُمْ بِسَهْمٍ » وإذا جاز أخذ الْجُعْل جاز أخذ الأجر ، لأنه فى معناه ، ولأنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال ، فجاز أخذ الأجر عليه ، كبناء المساجد ، والقناطر ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنه يحتاج إلى الاستنابة فى الحجّ عمّن وجب عليه الحجّ وعجز عن فعله ، ولا يكاد يوجد متبرّع بذلك ، فيحتاج إلى بذل الأجر فيه .

ووجه الرواية الأولى ما روى عثمان بن أبى العاص قال « إنّ آخِرَ مَا عَهِد إلىّ النبىُّ صلّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ أتَّخِذَ مُؤَذِّناً لاَ يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْراً » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن ، وروى عُبادة ابن الصامت . قال : علمْتُ ناساً من أهل الصُّفّة القرآنَ والـكتابة ، فأهدى إلىّ رجلٌ منهم قوْساً ، قال : قلت : قوس ، وليست بمال ، قال : قلت : أتقلّدها فى سبيل الله ، فذكرت ذلك للنبىِّ صلّى الله عليه وسلم ، وقصَصْتُ عليه القصّة ، قال : « إنْ سَرَّكَ أَنْ يُقَلِّدَكَ اللهُ قَوْساً مِنْ نَار فَاقْبَلْهَا » وعن أُبىّ بن كعب أنه علّم رجلاً سورةً من القرآن ، فأهدى إليه خميصة(١) ، أو ثوباً ، فذكر ذلك للنبىِّ صلّى الله عليه وسلم فقال : « لَوْ أَنَّكَ لَبِسْتَهَا ، أَوْ أَخَذْتَهَا أَلْبَسَكَ اللهُ مَـكَانَهَا ثَوْباً مِنْ نَارٍ » وعن أُبىّ قال : كنت أختلف إلى رجل مُسِنّ ، قد أصابته علّة ، قد احتبس فى بيته ، أقرئه القرآن ، فـكان عند فراغه ممّا أقرئه يقول لجارية له : هلُمّى بطعام أخى ، فيُؤْتَى بطَعامٍ لا آكلُ مثله بالمدينة ، لحاك فى نفسى منه شىء ، فذكرته للنبىّ صلّى الله عليه وسلم ، فقال : « إنْ كَانَ ذَلِكَ الطَّعامُ طَعَامَهُ وطَعَامَ أَهْلِهِ فَـكُلْ مِنْهُ ، وإنْ كَانَ يُتْحِفُكَ

---

(١) الخميصة : كساء أسود مربع له علمان أى خطان مخالفان لجميع لونه .

بِهِ فَلاَ تَأْكُلْهُ » وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصاريّ ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أقْرَؤُا القُرآنَ وَلاَ تَغْلُوا فِيهِ ، ولاَ تَجْفُوا عَنْهُ ، ولا تَأْكُلُوا بِهِ ، وَلاَ تَسْتَكْثِرُوا بِهِ » روى هذه الأحاديث كلَّها الأثرم فى سننه ، ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى ، فم يجز أخذ الأجر عليها ، كما لو استأجر قوماً يصلّون خلفه الجمعة ، أو التراويح ، فأمّا الأخذ على الرُّقية ، فإن أحمد اختار جوازه ، وقال : لابأس ، وذكر حديث أبى سعيد .

والفرق بينه وبين ما اختلف فيه أن الرقية نوع مداواة ، والمأخوذ عليها جُعل ، والمداواة يُباح أخذ الأجر عليها ، والجَعَالة أوسع من الإجارة ، ولهذا تجوز مع جهالة العمل ، والمدّة ، وقوله عليه السلام « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجراً كِتابُ اللهِ » يعنى به الجُعل أيضاً فى الرُّقْيةِ ، لأنه ذكر ذلك أيضاً فى سياق خبر الرقية ، وأما جَعل التعليم صداقاً ففيه اختلاف ، وليس فى الخبر تصريح بأن التعليم صداق ، إنما قال « زَوَّجْتُكَهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » فيحتملُ أنه زوّجه إياها بغير صداق إكراماً له ، كما زوّج أبا طلحة أمَّ سُلَيْم على إسْلاَمِه ، ونقل عنه جوازه ، والفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بعوض محض ، وإنما وجب نِحْلَةً ، ووُصْلَةً ، ولهذا جاز خلوّ العقد عن تسميته ، وصحّ مع فساده ، بخلاف الأجر فى غيره .

فأما الرزق من بيت المال فيجوز على مايتعدّى نفعُه من هذه الأمور ، لأن بيت المال لمصالح المسلمين ، فإذا كان بذله لمن يتعدّى نفعه إلى المسلمين محتاجاً إليه ، كان من المصالح ، وكان للآخذ له أخذه ، لأنه من أهله ، وجرى مجرى الوقف على من يقوم بهذه المصالح ، بخلاف الأجر .

٤٣٦٤ (فصـــل)

فإن أعطى المعلم شيئاً من غير شرط فظاهر كلام أحمد جوازه ، وقال فيما نقل عنه أيوب بن سافرىّ لا يطلب ولا يشارط ، فإن أعطى شيئاً أخذه ، وقال فى رواية أحمد بن سعيد : أكره أجر المعلّم إذا شرط ، وقال : إذا كان المعلم لا يُشارط ، ولا يطلب من أحد شيئاً ، إن أتاه شىء قبله ، كأنّه يراه أهون ، وكرهه طائفة من أهل العلم ، لما تقدم من حديث القوس ، والخَمِيصة اللتين أعْطِيَهُما أبىّ وعبادةُ من غير شرط ، ولأنّ ذلك قُرْبة ، فلم يجز أخذ العوض عنها ، لابشرط ، ولا بغيره كالصلاة والصيام ، ووجه الأول قول النبى صلى الله عليه وسلم « مَا أَتَاكَ مِنْ هَذا المَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلة ، ولا إشرافِ نَفْسٍ فَخُذْهُ ، وتموّلْهُ ، فَإِنهُ رِزْقٌ سَاقَهُ اللهُ إلَيْكَ » وقد أرخص النبىُّ صلى الله عليه وسلم لأبىّ فى أكل طعام الذى كان يُعلّمه ، إذا كان طعامه ، وطعام أهله ، ولأنه إذا كان بغير شرط كان هبةً مجرّدة ، فجاز ، كما لو لم يعلّمه شيئاً فأمّا حديث القوس ، والخَميصة ، فقضيّتان فى عين ، فيحتمل أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلّم علم أنّهما فعلا ذلك لله خالصاً ، فكره أخذ العوض عنه ، من غير الله تعالى ، ويحتمل غير ذلك .

وإن أعطى المعلم أجراً على تعليم الصبيّ الخطّ ، وحفظه ،جاز نصّ عليه أحمد ، فقال : إن كان المعطى بنوى أن يعطيه لحفظ الصبي ، وتعليمه ، فأرجو إذا كان كذا ، ولأن هذا مما يجوز أخذ الأجر عليه مفرداً ، فجاز مع غيره ، كسائر مايجوز الاستئجار عليه . وهكذا لو كان إمام المسجد قيّما له يُسْرِج قناديله ، ويكنُسه ، ويُغلق بابه ، ويفتحه ، فأخذ أجراً على خدمته أو كان النائب فى الحجّ يخدُم المستنيب له فى طريق الحج ، ويشدّ له ، ويرفع حمله ، ويحجّ عن أبيه ، فدفع له أجراً لخدمته . لم يمتنع ذلك ، إن شاء الله تعالى .

٤٢٦٥ (فصـــل)

ومالا يختصّ فاعله أن يكون من أهل القربة ، كتعليم الخطّ ، والحساب ، والشعر المباح ، وأشباهه ، وبناء المساجد ، والقناطر ، جاز أخذ الأجر عليه . لأنه يقع تارةً قُرْبة ، وتارةً غير قُربة ، فلم يمنع من الاستئجار لفعله ، كغرس الأشجار ، وبناء البيوت . وكذلك فى تعليم الفقه ، والحديث ، وأمّا مالا يتعدّى نفعه فاعله من العبادات المحضة ، كالصيام ، وصلاة الإنسان لنفسه ، وحجّه عن نفسه ، وأداء زكاة نفسه ، فلا يجوز أخذ الأجر عليها ، بغير خلاف . لأن الأجر عوض الانتفاع ، ولم يحصل لغيره ههنا انتفاع ، فاشبه إجارة الأعيان التى لانفع فيها .

٤٢٦٦ (فصـــــل)

إذا اختلفا فى قدر الأجر فقال : أجرتنيها سنةً بدينار ، قال : بل بدينارين ، تحالفا ، ويبدأ بيمين الآجر[1] . نصّ عليه أحمد ، وهو قول الشافعيّ . لأن الإجارة نوع من البيع .

فإذا تحالفا قبل مضيّ شيء من المدّة فسخا العقد ، ورجع كلّ واحد منهما فى ماله ، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قَرّ العقدُ . وإن فسخا العقد بعد المدّة أو شيء منها سقط المسمى ، ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا فى المبيع بعد تلفه ، وهذا قول الشافعيّ ، وبه قال أبو حنيفة ، إن لم يكن عمل العمل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه ، وبين أجر مثله . وقال أبوثور : القول قول المستأجر . لأنه منكِر الزيادة فى الأجر ، والقول قولُ المنكِر .

ولنا : أن الإجارة نوع من البيع ، فيتحالفان عند اختلافهما فى عوضها ، كالبيع ، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبى حنيفة ، وقال ابن أبى موسى : القول قول المالك ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ » وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا فى المدّة . وأما إذا اختلفا فى العوض فالصحيحُ أنهما يتحالفان لما ذكرناه .

---

(١) الآجر . المؤجر .

٤٢٦٧ (فصـــــل)

وإن اختلفا فى المدة فقال : أجّرتـكها سنةً بدينار ، قال : بل سنتين بدينارين ، فالقول قول المالك . لأنه منـكر للزيادة ، فـكان القول قوله فيما أنـكره ، كما لو قال : بعتك هـذا العبد بمائة ، قال : بل هذين العبدين ، وإن قال : أجّرتـكها سنةً بدينار ، قال : بل سنتين بدينار ، فههنا قد اختلفا فى قدر العوض ، والمدةّ جميعاً فيتحالفان . لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مـدةّ بعوض ، فصار كما لو اختلفا فى العوض مع اتفاق المدةّ .

وإن قال المالك : أجّر تـكها سنةً بدينار ، فقال الساكن : بل استأجرتنى على حفظها بدينار ، فقال أحمد : القولُ قولُ ربّ الدار . إلا أن تـكون للساكن بيّنة ، وذلك لأن سكنى الدار قد وُجد من الساكن ، واستيفاء منفعتّها وهى ملك صاحبها ، والقولُ قولهُ فى ملـكه ، والأصلُ عدم استئجار الساكن فى الحفظ ، فـكان القول قولَ من ينفيه .

٤٢٦٨ (فصـــــل)

وإن اختلفا فى التعدّى فى العين المستأجرة ، فالقولُ قولُ المستأجر . لأنه مؤتمن عليها ، فأشبه المودَع ، ولأن الأصل عدم العُدوان ، والبراءة من الضمان . وإن ادّعى أن العبد أبقَ من يده وأن الدابّة شرَدَت [١] أو نَفقَتْ ، وأنـكر المؤجّر فمن أحمد روايتان .

إحداهما : أن القول قول المستأجر ، لما ذكرنا . ولا أجر عليه إذا حلف أنه ما انتفع بها لأن الأصل عدم الإنتفاع .

والثانية : القول قول المؤجّر . لأن الأصل السلامة . فأمّا إن ادّعى أن العبد مرض فى يده نظرنا : فإن جاء به صحيحاً فالقول قول المالك ، سواء وافقه العبد أو خالفه . نصّ عليه أحمد . وإن جاء به مريضاً فالقولُ قول المستأجر ، وهذا قول أبى حنيفة . لأنه إذا جاء به صحيحاً فقد ادّعى ما يخالف الأصل ، وليس معه دليل عليه ، وإن جاء به مريضاً فقد وجُد ما يخالف الأصل يقيناً ، فـكان القول قوله فى مدة المرض ، لأنه أعلم بذلك ، لكونه فى يده ، وكذلك إن ادّعى إباقه فى حال إباقة ، أو جاء به غير آبق .

ونقل إسحاق بن منصور : عن أحمد : أنهُ يقبل قوله فى إباق العبد دون مرضه ، وبه ، قال الثورىّ ، وإسحاق ، قال أبو بكر : وبالأول أقول ، لأنهما سواء فى تفويت منفعته ، فـكانا سواء فى دعوى ذلك . وإن هلـكت العين ، فاختلفا فى وقت هلاكها ، أو أبق العبد ، أو مرض ، فاختلفا فى وقت ذلك فالقولَ قولُ المستأجر ، لأن الأصل عدم العمل ، ولأن ذلك حصل فى يده وهو أعلم به .

---

(١) شردت : نفرت وهربت ، ونفقت : يعنى ماتت .

٤٢٦٩ (فصـــــل)

إذا دفع ثوبه إلى خيّاط ، أو قصّار ، ليخيطه ، أو يقصّره ، من غير عقد ، ولا شرط ، ولا تعريض بأجر ، مثل أن يقول : خذ هذا ، فاعمله ، وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر ، وكان الخيّاط والقصّار منتصبين لذلك ، ففعلا ذلك ، فلهما الأجر ، وقال أصحاب الشافعيّ : لا أجر لهما ، لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جُعِل لهما ، فأشبه مالو تبرّعا بعمله .

ولنا : أن العرف الجارى بذلك يقوم مقام القول ، فصار كنقد البلد ، وكما لو دخل حماماً ، أو جلس فى سفينة مع ملاّح ، ولأن شاهد الحال يقتضيه ، فصار كالتعريض ، فأمّا إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقّا أجراً ، إلا بعقد ، أو شرط العوض ، أو تفويض به ، لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد ، فصار كما لو تبرّع به ، أو عمله بغير إذن مالكه ، ولو دفع ثوباً إلى رجل ليبيعه ، فالحكم فيه كالحكم فى القصّار ، والخيّاط : إن كان منتصباً يبيع للناس بأجر ، فله أجر مثله . نصّ عليه أحمد ، وإن لم يكن كذلك فلا شىء له ، لما تقدّم ، ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء ، ولم يقاطعه على أجر ، فله أجر المثل ، لأن الثياب تختلف أجرتها ، ولم يعيّن شيئاً ، فجرى مجرى الإجارة الفاسدة ، فإن تلف الثوب من حرزه ، أو بغير فعله ، فلا ضمان عليه ، لأن ما لا يضمن فى العقد الصحيح لا يُضمن فى فاسده ، وإن تلف من فعله بتخريقه ، أو دقّه ضمنه . لأنه إذا ضمنه بذلك فى العقد الصحيح ففى الفاسد أولى، وقال أحمد فيمن دفع ثوباً إلى قصّار ليقصّره ، ولم يقطع له أجراً بل قال : أنا أعطيك كما تُعطَى ، وهلك الثوب . فإن كان بخرق ، أو نحوه مما لا تجنيه يده ، فلا ضمان عليه ، بيّن الكراء ، أو لم يبيّن ، والعلة فى ذلك ما ذكرناه .

٤٢٧٠ (فصـــــل)

إذا استأجر رجلا ليحمل له كتاباً إلى مكة ، أو غيرها إلى صاحب له ، فحمله ، فوجد صاحبه غائباً ، فردّه استحقّ الأجر بحمله فى الذهاب والردّ ، لأنه حمله فى الذهاب بإذن صاحبه صريحاً، وفى الردّ تضميناً ، لأن تقدير كلامه : وإن لم تجد صاحبه فردّه ، إذ ليس سوى ردّه إلا تضييعه . فقد عُلِم أنه لا يرضى تضييعه ، فتعيّن ردّه ، والله أعلم .

كتاب إحياء الموات

الموات هو الأرض الخراب الدارسة ، تسمى ميتة ، ومواتاً ، ومَوَتاناً بفتح الميم ، والواو، والموتان بضم الميم وسكون الواو الموتُ الذريع ، ورجل مَوْتانُ القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب ، لا يفهم ، والأصل في إحياء الأرض ما رَوى جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » قال الترمذي : هذا حديث حسن ، صحيح ، وروى سعيد بن زيد : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ ، ولَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » قال الترمذي : هذا حديث حسن . وروى مالك في مُوَطَّئه ، وأبو داود في سُننه ، عن عائشة مثله ، قال ابن عبد البر : وهو مسند صحيح ، متلقًّى بالقبول عند فقهاء المدينة ، وغيرهم ، وروى أبو عُبَيد في الأموال عن عائشة قالت : قالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً لَيْسَتْ لأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا » قال عُروة : قضى بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خلافته ، وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يُملك بالإحياء ، وإن اختلفوا في شروطه .

٤٢٧١ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم ﴿ ومن أحيا أرضاً لم تُملك فهي له ﴾ .

وجملته : أن الموات قسمان :

أحدهما : ما لم يجر عليه ملك لأحد ، ولم يوجد فيه أثر عمارة ، فهذا يملك بالإحياء ، بغير خلاف بين القائلين بالإحياء ، والأخبارُ التي رويناها متناولةٌ له .

القسم الثاني : ما جرى عليه ملك مالك ، وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : ماله مالك معيّن ، وهو ضربان : أحدهما : ما مُلك بشراء ، أو عطيّة ، فهذا لا يُملك بالإحياء بغير خلاف ، وقال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غيرِ مُنقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحدٍ غير أربابه .

الثاني : ما ملك بالإحياء ، ثم تُرك حتى دَثَر[1] وعاد مواتاً ، فهو كالذي قبله سواء ، وقال مالك: يملك هذا لعموم قوله « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » ولأن أصل هذه الأرض مباح ، فإذا تُركت حتى تصير مواتاً عادت إلى الإباحة ، كمن أخذ ماء من نهر ، ثم ردّه فيه .

---

(١) دثر : قدم وطال عليه العهد بعدم العمارة والإحياء .

ولنا : أن هذه أرض يُعرف مالكها ، فلم تُملك بالإحياء ، كالتي مُلكت بشراء ، أو عطيّة ، والخبر مقيّد بغير المملوك ، بقوله في الرواية الأخرى « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ » وقوله « في غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ » وهذا يوجب تقييد مُطلق حديثه ، وقال هشام بن عُروة في تفسير قوله عليه السلام « وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميّتة لغيره ، فيغرس فيها ، ذكره سعيد بن منصور في سننه ، ثم الحديث مخصوص بما مُلك بشراء ، أو عطيّة ، فنقيس عليه محلّ النزاع . ولأنّ سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تُركت حتى تشعّثت ، وما ذكروه يبطلُ بالموات إذا أحياه إنسان ، ثم باعه ، فتركه المشتري حتى عاد مَواتاً ، وباللُّقطة إذا مَلكها ، ثم ضاعت منه ، ويُخالف ماء النهر فإنه استهلك .

النوع الثاني : ما يوجد فيه آثار ملك قديم جاهليّ ، كآثار الرُّوم ، ومساكن ثمود ، ونحوها ، فهذا يُملك بالإحياء . لأن ذلك الملك لا حُرمة له . وقد روى عن طاوس ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « عَادِي الأَرْضِ لِلّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هُوَ بَعْدُ لَكُمْ » رواه سعيد بن منصور في سننه ، وأبو عُبَيد في الأموال ، وقال : عادى الأرض : التي كان بها ساكن في آباد الدهر ، فانقرضوا ، فلم يبق منهم أنيس ، وإنما نسبها إلى عادٍ لأنهم كانوا مع تقدّمهم ذوى قُوَّةٍ ، وبطش ، وآثار كثيرة ، فنُسب كلُّ أثرٍ قديم إليهم ، ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ، ولم يُعلم زواله قبل الإسلام أنه لا يُملك ، لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً ، فاستحقّوه ، فصار موقوفاً بوقف عمر له ، فلم يملك ، كما لو عُلم مالكه .

النوع الثالث : ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم ، أو ذميّ غير معيّن ، فظاهر كلام الخرقيّ أنها لا تُملك بالإحياء ، وهو أحد الروايتين عن أحمد ، نقلها عنه أبو داود ، وأبو الحارث ، ويوسف بن موسى ، لما روى كثير بن عبد الله بن عوف ، عن أبيه ، عن جدّه قال : سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم يقول « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَوَاتاً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » فقيّده بكونه في غير حقّ مسلم . ولأن هذه الأرض لها مالك ، فلم يجز إحياؤها ، كما لو كان معيّناً ، فإن مالكها إن كان له ورثة فهى لهم ، وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون .

والرواية الثانية : أنها تملك بالإحياء ، نقلها صالح ، وغيره وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك ، لعموم الأخبار ، ولأنها أرض موات ، لا حقّ فيها لقوم بأعيانهم ، أشبهت ما لم يجر عليه ملك مالك ، ولأنها إن كانت في دار الإسلام فهى كلقطة دار الإسلام ، وإن كانت في دار الكفر فهى كالرّكاز .

٤٢٧٢ (فصـــــل)

ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الإسلام ، لعموم الأخبار ، ولأن عامر دار الحرب إنما

يملك بالقهر ، والغلبة ، كسائر أموالهم ، فأمّا ماعرف أنه كان مملوكا ، ولم يعلم له مالك معيّن فهو على الروايتين .
فإن قيل : فهذا ملك كافر غير محترم ، فأشبه ديار عادٍ وقد دلّ عليه قوله عليه السلام « عَادِي الأَرْضِ لله ولرسوله » ولأن الرِّكاز من أموالهم ، ويملكه واجده ، فهذا أولى ، قلنا : قوله « عادى الأرض » يعنى ما قدم ملكه ، ومضت عليه الأزمان ، وما كان كذلك فلا حكم لمالكه . فأمّا ماقرب ملكه ، فيحتمل أن له مالكا باقيا . وإن لم يتعيّن ، فلهذا قلنا : لا يملك ، على إحدى الروايتين ، وأما الركاز فإنّه ينقل ، ويحوّل ، وهذا بخلاف الأرض ، بدليل أن لقطة دار الإسلام تملك بعد التعريف ، بخلاف الأرض .

٤٢٧٣ (فصل)

ولا فرق بين المسلم والذمىّ فى الإحياء ، نص عليه أحمد وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال مالك : لا يملك الذمىّ بالإحياء فى دار الإسلام ، قال القاضى : وهو مذهب جماعة من أصحابنا ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَوَتَانُ الأَرْضِ لله وَلِرَسُولِهِ ، ثمّ هىَ لَكُمْ مِنىِّ » فجمع الموتان ، وجعله للمسلمين ، ولأنّ موتان الدار من حقوقها ، والدار للمسلمين فكان مواتها لهم ، كمرافق المملوك .

ولنا عموم قول النبىّ « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فَهِىَ لَهُ » ولأنّ هذه جهة من جهات التمليك ، فاشترك فيها المسلم ، والذمىّ ، كسائر جهاته ، وحديثهم لا نعرفه ، إنما نعرف قوله « عَادِي الأَرْضِ لِلهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هُوَ لَكُمْ بعدُ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتاً مِنَ الأَرْضِ فَلَهُ رَقَبَتُها » هكذا رواه سعيد بن منصور ، وهو مرسل ، رواه طاوس ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، ثمّ لا يمتنع أن يريد بقوله « هِىَ لَكُمْ » أى لأهل دار الإسلام ، والذمّى من أهل الدار ، تجرى عليه أحكامها ، وقولهم إنّها من حقوق الإسلام قلنا : وهو من أهل الدار ، فيتملّكها كما يملكها بالشراء ، ويملك مُباحاتها من الحشيش ، والحطب ، والصّيود ، والرِّكاز ، والمعدن ، واللُّقطة ، وهى من مرافق دار الإسلام .

٤٢٧٤ (فصل)

وما قرب من العامر ، وتعلّق بمصالحه من طرقه ، ومسيل مائه ، ومُطَّرَح قُمامَته ، ومُلْقَى تُرابه ، وآلاته ، فلا يجوز إحياؤه ، بغير خلاف فى المذهب ، وكذلك ما تعلّق بمصالح القرية ، كفنائها ، ومرعَى ماشيتها ، ومُحتطَبها ، وطرقها ، ومسيل مائها ، لا يملك بالإحياء ، ولا نعلم فيه أيضاً خلافاً بين أهل العلم ، وكذلك حريم البئر ، والنهر ، والعين ، وكلّ مملوك لا يجوز إحياء ما تعلّق بمصالحه لقوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فِى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِىَ لَهُ » مفهومه أنّ ما تعلّق به حقّ مسلم لا يُملك بالإحياء ، ولأنه تابع للمملوك ، ولو جوّزنا إحياءه لبطل الملك فى العامر على أهله .

وذكر القاضي . أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء ، لكن هو أحقُّ بها من غيره ، لأن الإحياء الذى هو سبب الملك لم يوجد فيها.

وقال الشافعيّ . يملك بذلك ، وهو ظاهر قول الخرَقيّ في حريم البئر ، لأنه مكان استحقّه بالإحياء فملكه ، كالمحيي ، ولأن معنى الملك موجود فيه ، لأنه يدخل مع الدار في البيع ويختصّ به صاحبُها ، فأمّا ما قرب من العامر ، ولم يتعلّق بمصالحه . ففيه روايتان .

إحداهما : يجوز إحياؤه ، قال أحمد في رواية أبي الصّقْر في رجلين أحْيَيا قطعتين من مَوات ، وبقيت بينهما رُقعةٌ ، فجاء رجل ليُحييَها فليس لهما منعه ، وقال في جَبّانة بين قريتين : من أحياها فهي له ، وهذا مذهبُ الشافعيّ ، لعموم قوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ » ولأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم أقطع بلال ابن الحارث المُزنيّ العَقِيقَ ، وهو يعلم أنه بين عِمارة المدينة ، ولأنّه مواتٌ لم يتعلّق به مصلحة العامر ، فجاز إحياؤه كالبعيد .

(والرواية الثانية) لا يجوز إحياؤه ، وبه قال أبو حنيفة ، والليث ، لأنه في مَظِنّة تعلّق المصلحة به ، فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب حائطه إلى فنائه ، ويجعله طريقاً أو يخرب حائطه ، فيضع آلات البناء في فنائه ، وغير ذلك ، ولم يجز تفويت ذلك عليه بخلاف البعيد .

إذا ثبت هذا . فانّه لاحدّ يفصل بين القريب ، والبعيد ، سوى العُرف ، وقال الليث : حدّه غَلْوةٌ ، وهي خُمس الفرسخ . وقال أبو حنيفة : حدّ البعيد هو الذى إذا وقف الرجل في أدناه فصاح بأعلى صوته لم يُسمِع أدنى أهلِ المصر إليه .

ولنا أن التحديد لا يُعرف إلا بالتوقيف ، ولا يُعرف بالرأى ، والتحكّم ، ولم يرد من الشرع لذلك تحديد ، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العُرف ، كالقبض ، والإحراز . وقول من حدّد هذا تحكّم بغير دليل ، وليس ذلك أولى من تحديده بشيء آخر ، كمِيلٍ ، ونصف ميل ، ونحو ذلك ، وهذا التحديد الذى ذكراه — والله أعلم — مختصّ بما قرب من المصر ، أو القرية ، ولا يجوز أن يكون حداً لكلّ ما قرب من عامر ، لأنه يُفضي إلى أن من أحيا أرضاً في موات حرُم إحياء شيء من ذلك الموات على غيره ، مالم يخرج عن ذلك الحدّ .

٤٢٧٥ (فصـــل)

وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء ، المفتوح عَنْوةً كأرض الشام ، والعراق ، وما أسلم أهله عليه ، كالمدينة وما صُولح أهله على أن الأرض للمسلمين ، كأرض خَيْبَر ، إلا الذى صُولح أهلهُ على أن الأرض لهم ، ولنا الخراج عنها ، فإن أصحابنا قالوا : لو دخل فيها مسلم ، فأحيا فيها مواتاً لم يملكه ، لأنهم صُولحوا في بلادهم ،

فلا يجوز التعرّض لشيء منها ، عامراً كان ، أو مواتاً ، لأن الموات تابع للبلد ، فإذا لم يملك عليهم البلد ، لم يملك ، مواته ، ويفارق دار الحرب ، حيثُ يملك مواتها ، لأن دار الحرب على أصل الإباحة ، وهذه صالحناهم على تركها لهم ، لحرمت علينا ، ويحتمل أن يملكها من أحياها لعموم الخبر ، ولأنها من مُباحات دارهم ، فجاز أن يملكها من وُجد منه سبب تملّكها ، كالحشيش ، والحطب ، وقد روى عن أحمد : أنه ليس في السواد مَواتٌ ، يعني سواد العراق . قال القاضي : هذا محمول على العامر ، ويحتمل أن أحمد قال ذلك لكون السواد كان معموراً كلّه في زمن عمر بن الخطاب ، وحين أخذه المسلمون من الكفّار حتى بلغنا أن رجلاً منهم سأل أن يُعطى خَرِبَةً فلم يجدوا له خربة ، فقال : إنّما أردتُ أن أُعلِمَكُمْ كيف أخذتموها مِنّا ، وإذا لم يكن فيها موات حين ملكها المسلمون لم يصر فيها موات بعده ، لأن ما دثرَ من أملاك المسلمين لم يصر مواتاً على إحدى الروايتين .

٤٢٧٦ (فصـــل)

وإن تحجّر مواتاً ، وهو أن يشرع في إحيائه ، مثل أن أدار حول الأرض تراباً ، وأحجاراً ، أو حاطها بحائط صغير ، لم يملكها بذلك ، لأن الملك بالإحياء ، وليس هذا إحياء ، لكن يصير أحقّ الناس به ، لأنه رُوى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ سَبَقَ إلى مَالم يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسلمٌ فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » رواه أبو داود ، فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمنزلته ، لأن صاحبه أقامه مقامه ، وإن مات فوارثه أحقُّ به لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أوْ مَالاً فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ » فإن باعه لم يصحّ بيعه ، لأنه لم يملكه ، فلم يملك بيعه ، كحق الشفعة قبل الأخذ به ، وكمن سبق إلى معدن ، أو مباح قبل أخذه ، قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز بيعه ، لأنه له ، فإن سبق غيرُه ، فأحياه ففيه وجهان :

أحدهما : أنه يملكه ، لأن الإحياء يملك به ، والحجرُ لا يُملك به ، فثبت الملك بما يملك به ، دون مالم يملك به ، كمن سبق إلى معدن ، أو مَشْرَعة ماء ، فجاء غيره ، فأزاله وأخذه . والثاني : لا يملكه لأن مفهوم قوله عليه السلام ، « مَنْ أحْيَا أرْضاً مَيْتَةً ، لَيْسَتْ لأحَدٍ — وقوله — في حَقِّ غَيْرِ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ » أنها لا تكون له اذا كان لمسلم فيها حقّ ، وكذلك قوله « مَنْ سَبَقَ إلَى مَالمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » وروى سعيد في سننه : أن عمر رضي الله عنه قال : من كانت له أرض ، يعني : من تحجّر أرضاً ، فعطّلها ثلاثَ سنين ، فجاء قوم ، فعمروها ، فهم أحقُّ بها ، وهذا يدلّ عن أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ، لأن الثانيَ أحيا في حقّ غيره ، فلم يملكه ، كما لو أحيا ما يتعلّق به مصالح ملك غيره ، لأن حقّ المتحجّر أسبقُ ، فكان أولى ، كحق الشفيع يقدّم على شراء المشترى . فإن طالت المدّة عليه ، فينبغي أن يقول له السلطان : إمّا أن تُحييه ، أو تتركه ليُحْيِيَهُ غيرك ، لأنه ضيّق على الناس

فى حقّ مُشترك بينهم ، فلم يمكّن من ذلك ، كما لو وقف فى طريق ضيّق ، أو مَشْرَعَةِ ماء ، أو مَعدن لا ينتفع ، ولا يدع غيره ينتفع ، فإن سأل الإمهال لعُذر له أُمْهِل الشهرَ ، والشهرَيْنِ ، ونحو ذلك ، فإن أحياه غيره فى مدّة المُهلة ، ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما .

وإن انقضت المدة ، ولم يُعمر ، فلغيره أن يُعمره ، ويملكه ، لأن المدّة ضُربت له لينقطع حقّه بمضيّها ، وسواء أذن له السلطان فى عمارتها ، أو لم يأذن له ، وإن لم يكن للمتحجر عذر فى ترك العمارة ، قيل له : إمّا أن تعمر ، وإما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها ، فإن لم يقل له شىء ، واستمرّ تعطيلها ، فقد ذكرنا عن عمر رضى الله عنه أن من تحجّر أرضاً فعطّلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحقّ بها ، ومذهب الشافعىّ فى هذا كلّه نحو ما ذكرنا .

٤٢٧٧ (فصــــــل)

وللامام إقطاع الموات لمن يُحييه ، فيكون بمنزلة المتحجّر الشارع فى الإحياء ، لما رُوى « أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أَقْطَع بِلَالَ بْنَ الحرث العَقِيقَ أَجْمَعَ ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ قَالَ لِبلالٍ : إنّ رَسُولَ الله صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ لَمْ يُقْطِعْكَ لِتُحِيزَهُ عَنْ النَّاسِ ، إنّما أَقْطَعكَ لِتَعْمُرَ ، فَخُذْ مِنْهَا مَا قَدَرْتَ عَلَى عِمَارَتِه ، وَرُدَّ البَاقِيَ » رواه أبو عُبَيد فى الأموال ، وذكر سعيد فى سننه : حدّثنا عبد العزيز بن محمد ، عن ربيعة ، قال : سمعت الحرث بن بلال بن الحرث يقول : إنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحرث العقيق ، فلمّا وَلِيَ عمر بنُ الخطّاب قال : ما أقطعك لتحْتَجِنَهُ ، فأَقْطَعهُ النّاسَ ، وروى علقمة بن وائل ، عن أبيه ، أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً بحضْرَمَوْتَ ، قال الترمذىّ : هذا حديث حسن صحيح . وقال سعيد : حدّثنا سفيان ، عن ابن أبى نجيح ، عن عمرو بن شُعَيب « أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم أَقْطَعَ نَاساً مِنْ جُهَيْنَةَ أَوْ مُزَيْنَةَ أَرْضاً فَعطَّلُوهَا فَجاء قَوْمٌ فَأَحْيَوْهَا فَخَاصَمَهمْ الّذِينَ أَقْطَعَهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم إِلَى عُمَرَ بنَ الخطّاب ، فقال عمر : لَوْ كَانَتْ قَطِيعةً مِنِّى أَوْ مِنْ أَبِى بَكْرٍ لَمْ أَرُدَّها ، ولكنّها قَطِيعةٌ مِنْ رسول الله صلّى الله عليه وسلم ، فأنا أردُّها ، ثمّ قال عمر رضى الله عنه : مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ يَعْنِي مَنْ تَحجّر أرضاً ، فعطّلها ثلاث سِنِينَ ، فجاء قوم فعَمَرُوها ، فهم أحقُّ بها » .

٤٢٧٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ إلا أن تكون أرض ملح ، أو ماء للمسلمين فيه المنفعة ، فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان ﴾ .

وجملة ذلك أن المعادن الظاهرة ، وهى التى يوصل ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس ، وينتفعون بها ،

كالملح ، والماء ، والكبريت ، والقير[١] ، والموميا ، والنّفط ، والكحل ، والبرام[٢] ، والياقوت ، ومقاطع الطين ، وأشباه ذلك ، لا تملك بالإحياء ، ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين ، لأن فيه ضرراً بالمسلمين ، وتضييقاً عليهم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن حمّال معدن الملح ، فلمّا قيل له : إنه بمنزلة الماء العِدّ[٣] ردّه ، كذا قال أحمد . وروى أبو عُبيد ، وأبو داود ، والترمذىّ ، بإسنادهم ، عن أبيض بن حمّال : أنّه استقطع رسولَ الله صلّى الله عليه وسلم الملح بمأرِبَ ، فلمّا وَلّى قيل : يا رسول الله ، أتدرى ما أقطعتَ له ؟ إنما أقطعت له الماء العِدَّ ، فرجَعَهُ منه ، قال : قلت : يا رسول الله ، ما يُحمَى من الأراك ؟ قال « مَا لَمْ تَنَلْهُ أَخْفَافُ الإِبِلِ » وهو حديث غريب ، ورُوى فى لفظ عنه أنه قال « لاَ حِمَى فِى الأَرَاكِ » ورواه سعيد ، فقال : حدّثنى إسماعيل بن عيّاش ، عن عمرو ابن قيس المأربىّ ، عن أبيه ، عن أبيض بن حمّال المأربىّ ، قال : استقطعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم مَعْدِنَ المِلْحِ بمأربَ ، فأقطعنيه ، فقيل : يا رسول الله ، إنه بمنزلة الماء العِدّ ، يعنى أنّه لا ينقطع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فَلاَ إِذَنْ » ولأن هذا تتعلّق به مصالح المسلمين العامّة ، فلم يجز إحياؤه ، ولا إقطاعه ، كمشارع الماء ، وطرقات المسلمين ، وقال ابن عقيل : هذا من موادّ الله الكريم ، وفيض جُوده الذى لا غَناء عنه ، فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه ، فضاق على الناس ، فإن أخذ العوض عنه أغلاه ، فخرج عن الموضع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كُلفة ، وهذا مذهب الشافعىّ ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

٤٢٧٩ (فصــــل)

فأما المعادن الباطنة ، وهى التى لا يوصل إليها إلا بالعمل ، والمؤنة ، كمعادن الذهب ، والفضّة ، والحديد ، والنّحاس ، والرّصاص ، والبلّور ، والفيروزج ، فإذا كانت ظاهرةً لم تُملك أيضاً بالإحياء ، لما ذكرنا فى التى قبلها ، وإن لم تكن ظاهرةً ، فحفرها إنسان ، وأظهرها لم تملك بذلك فى ظاهر المذهب ، وظاهر مذهب الشافعىّ ، ويحتمل أن يملكها بذلك ، وهو قول للشافعىّ ، لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل ، والمؤنة ، فملك بالإحياء ، كالأرض ، ولأنه بإظهاره تهيّأ الانتفاع به ، من غير حاجةٍ إلى تكرار

(١) القير : الزفت ، كالقار ، أو شىء أسود تطلى به الإبل الجربى كالزفت ، والموميـاء ، الآثار والنفط . زيت البترول .

(٢) نوع من الحجارة رخو .

(٣) الماء العد : بكسر العين وتشديد الدال ، الماء الجارى الذى له مادة لا تنقطع كماء العين والمعنى أن الملح كالماء الجارى ينبغى أن يشارك الناس فيه بعضهم بعضاً .

ذلك العمل ، فأشبه الأرض إذا جاءها بماء ، أو حاطها ، ووجه الأول أن الإحياء الذى يملك به هو العمارة التى تهيّأ بها المُحْيَا للانتفاع ، من غير تكرار عمل ، وهذا حفر ، وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كلّ انتفاع ، فإن قيل : فلو احتفر بئراً ملكها ، وملك حريمها . قلنا : البئر تهيّأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ، ولا عمارة ، وهذه المعادن تحتاج عند كلّ انتفاع إلى عمل ، وعمارة ، فافترقا . قال أصحابنا : وليس للامام إقطاعها . لأنها لا تملك بالإحياء ، والصحيح جواز ذلك ، « لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم أقطع لبِلَالِ ابن الحارث معادِنَ القِبْلِيَّة ، جَلْسِيَّها ، وغَوْرِيَّها[1] » رواه أبو داود ، وغيره .

٤٢٨٠ (فصــــل)

ومن أحيا أرضاً فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه ، ظاهراً كان أو باطناً ، إذا كان من المعادن الجامدة ، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها ، وطبقاتها ، وهذا منها ، ويفارق الكنز ، فإنه مودَع فيها ، وليس من أجزائها ، ويُفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها ، لأنه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلاً إليهم ، ومنعهم انتفاعاً كان لهم ، وههنا لم يقطع عنهم شيئاً ، لأنه إنما ظهر بإظهاره له ، ولو تحجّر الأرض ، أو أقطعها ، فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له إحياؤها ، ويملكها بما فيها ، لأنه صار أحقّ به بتحجّره ، وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمام حقّه .

وأما المعادن الجارية ، كالقار ، والنِّفط ، والماء ، فهل يملكها من ظهرت فى ملكه ؟ فيه روايتان .

أظهرهما : لا يملكها ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِى ثَلَاثٍ : فِى المَاءِ ، والكَلَإِ وَالنَّارِ » رواه الخلاّل ، ولأنّها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها بملك الأرض ، كالكنز .

والثانية : يملكها ، لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع ، والمعادن الجامدة .

٤٢٨١ (فصــــل)

ولو شرع إنسان فى حفر معدن ، ولم يصل إلى النَّيْلِ ، صار أحقّ به ، كالمتحجّر الشارع فى الإحياء ، فإذا وصل إلى النَّيل صار أحقّ بالأخذ منه ، ما دام مُقيماً على الأخذ منه ، وهل يملكه بذلك ؟ فيه ما قد ذكرنا من قبل ، وإن حفر آخرُ من ناحيةٍ أخرى لم يكن له منعهُ ، وإذا وصل إلى ذلك العِرْق لم يكن له

---

(١) جلسيها : نسبة إلى الجلس . بفتح الجيم وسكون اللام وهو الغليظ من الأرض ، وغوريها نسبة الى الغور بفتح الغين وسكون الواو وهو ما انخفض من الأرض ، أو مالان ورخو منها . والمعنى أنه أقطعه جميع أرض القبلية غليظها ورخوها والقبليه بكسر القاف وسكون الباء ، وبفتح القاف والباء ناحية من نواحى الفرع ، وهو بضم الفاء موضع من أضخم أعراض المدينة .

منعه ، سواء قلنا . إن المعدن يملك بحفره ، أو لم نقل ، لأنه إن ملكه فإنّما يملك المكان الذى حفره ، وأما العرق الذى فى الأرض فلا يملكه بذلك .

ومن وصل إليه من جهة أخرى فله أخذه ، ولو ظهر فى ملكه معدن بحيث يخرج النَّيْلُ عن أرضه ، لحفر إنسان من خارج أرضه ، كان له أن يأخذ ما خرج عن أرضه منه ، لأنه لم يملكه ، إنّما ملك ما هو من أجزاء أرضه ، وليس لأحدٍ أن يأخذ ما كان داخلاً فى أرضه من أجزاء الأرض الباطنة ، كما لا يملك أخذ أجزائها الظاهرة ، ولو حفر كافر فى دار الحرب معدناً ، فوصل إلى النَّيْلِ ، ثم فتحها المسلمون عَنْوةً لم تصر غنيمةً ، وكان وجود عمله ، وعدمه واحداً ، لأن عامره لم يملكه بذلك ، ولو ملكه فإن الأرض كلّها تصير وقفاً للمسلمين ، وهذا ينصرف إلى مصلحةٍ من مصالحهم ، فتعيّن لها كما لو ظهر بفعل الله تعالى .

٤٢٨٢ (فصـــــل)

ولو كان فى الموات موضع يمكن أن يُحدث فيه معدناً ظاهراً ، كوضع على شاطىء البحر ، إذا صار فيه ماء البحر صار ملحاً ، ملك بالإحياء ، وجاز للامام إقطاعه ، لأنه لا يضيّق على المسلمين بإحداثه ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه ، كبقية الموات ، وإحياء هذا بتهيئته لما يصلُح له ، من حفر ترابه ، وتمهيده ، وفتح قناة إليه تصبّ الماء فيه ، لأنه يتهيَّأ بهذا الانتفاع به .

٤٢٨٣ (فصـــــل)

ومن ملك معدناً ، فعمل فيه غيرُه بغير إذنه ، فما حصل منه فهو لمالكه ، ولا أجر للغاصب على عمله ، لأنه عمل فى ملك غير بغير إذنه ، أشبه ما لو حصد زرع غيره ، وإن قال مالكه : اعمل فيه ، والك مايخرج منه ، فله ذلك ، ولا شىء لصاحب المعدن فيه ، لأنه إباحة من مالكه ، فملك ما أخذه ، كما لو أباحه الأخذ من داره ، أو بستانه ، وإن قال : اعمل فيه على أن ما رزق الله من نَيْلٍ كان بيننا نصفين فعمل ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز ، وما يأخذه يكون بينهما ، كما لو قال له : احصُد هذا الزرع بنصفه ، أو ثلثه ، ولأنّها عين تَنمّى بالعمل عليها ، فصحّ العمل فيها ببعضه ، كالمضاربة فى الأثمان .

والثانى : لا يصحّ . لأن ما يحصُل منه مجهول ، ولأنه لا يصحّ أن يكون إجارةً لأن العوض مجهول ، والعمل مجهول ، ولا جَعالة ، لأن العوض مجهول ، ولا مضاربة ، لأن المضاربة إنما تصحّ بالأثمان ، على أن يرد رأس المال ، وتكون له حصّة من الربح ، وليس ذلك ههنا ، وفارق حصاد الزرع بنصفه ، أو جزء منه ، لأن الزرع معلوم بالمشاهدة ، وما علم جميعه علم جزؤه ، بخلاف هذا ، وإن قال : اعمل فيه كذا ، ولك ما يحصل منه ، بشرط أن تُعطينى ألفاً ، أو شيئاً معلوماً لم يصحّ . لأنه بيع لمجهول ، ولا يصحّ أن يكون

معاملةً ، كالمضاربة ، لما ذكرنا ، ولأن المضاربة تكون بجزء من النماء ، لا دراهمَ معلومةً ، قال أحمد : إذا أخذ معدناً من قوم على أن يَعْمُره ، ويعمل فيه ، ويعطيهم ألفي مَنًّا(١) ، وألفَ مَنًّا صُفْراً ، فذلك مكروه ، ولم يرخّص فيه ، والله الموفق .

٤٢٨٤ (فصـــل)

إذا استأجر رجلاً ليحفر له عشرة أذرع في دَوْرٍ(٢) كذا بدينار صحّ، لأنها إجارة معلومة ، وإن ظهر عرق ذهب . فقال : استأجرتُك لتُخرِجه بدينار لم يصحّ ، لأن العمل مجهول ، وإن قال : إن استخرجته فلك دينار صحّ ، ويكون جَعالةً ، لأن الجعالة تصحّ على عمل مجهول ، إذا كان العوض معلوماً .

٤٢٨٥ (فصـــل)

ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر ، أو باطن فهو أحقّ بما ينال منه ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ » فإن أخذ قدر حاجته ، وأراد الإقامة فيه بحيثُ يمنع غيره مُنع منه ، لأنه يضيّق على الناس ، ما لا نفع فيه ، فأشبه ما لو وقف في مَشْرَعةِ الماء لغير حاجة ، وإن أطال المُقام ، والأخذ احتمل أن يُمنع ، لأنه يصير كالمتملّك له ، واحتمل أن لا يُمنع لإطلاق الحديث ، وإن استبق إليه اثنان ، وضاق المكانُ عنهما أُقرِعَ بينهما ، لأنه لا مَزِيّة لأحدهما على صاحبه ، ويحتمل أن يُقَسّم بينهما ، لأنه يمكن قسمته ، وقد تساويا فيه ، فيقسّم بينهما ، كما لو تداعيا عيناً في أيديهما ، ولا بيّنة لأحدهما بها ، ويحتمل أن يقدّم الإمام من يرى منهما ، لأن له نظراً ، وذكر القاضي وجهاً رابعاً ، وهو أن الإمام ينصب من يأخذ لهما ، ويقسم بينهما ، وهذا التفصيل مذهب الشافعيّ .

٤٢٨٦ (فصـــل)

وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يُملك بالإحياء . قال أحمد في رواية العباس بن موسى : إذا نضب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها ، لأن فيه ضرراً ، وهو أن الماء يرجع ، يعني أنه يرجع إلى ذلك المكان ، فإذا وجده مبنياً رجع إلى الجانب الآخر ، فأضرّ بأهله ، ولأن الجزائر مَنبتُ الكلأ ، والحطب ، فجرت مجرى المعادن الظاهرة ، وقد قال النبيّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ حِمَى فِي الأَرَاكِ » وقال أحمد في رواية حرب : يروى عن عمر أنّه أباح الجزائر ، يعني أباح ما ينبُت في الجزائر من النبات ، وقال . إذا نضب الفُرات عن شيء ، ثم نبت فيه نبات ، فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك ، فأمّا إن غلب الماء على ملك إنسان ، ثم عاد فنضب عنه ، فله أخذه ، فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه ، وإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به

(١) المنا . كيل أو ميزان ، والصفر النحاس . (٢) الدور : الدائرة ، أي في دائرة قطرها كذا مثلا .

أحد ، فعمره رجل عمارةً لا تردّ الماء ، مثل أن يجعله مزرعةً ، فهو به حق من غيره ، لأنه متحجّر لما ليس لمسلم فيه حقّ ، فأشبه التحجّر فى الموات .

٤٢٨٧ (فصـــل)

وما كان من الشوارع ، والطرقات ، والرِّحاب بين العمران ، فليس لأحد إحياؤه ، سواء كان واسعاً أو ضيقا ، وسواء ضيّق على الناسّ أو لم يضيّق ، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون ، وتتعلّق به مصلحتهمّ ، فأشبه مساجدهم ، ويجوز الارتفاق بالقعُود فى الواسع من ذلك ، للبيع ، والشراء ، على وجهٍ لا يضيّق على أحد ، ولا يضرّ بالمارّة لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك ، من غير إنـكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار ، فلم يمنع منه ، كالاجتياز ، قال أحمد فى السابق إلى دكاكين السوقغُدوةً ، فهو له إلى الليل ، وكان هذا فى سوق المدينة ، فيما مضى ، وقد قال النبيّ صلّى الله عليه وسلم « مِنًى مُناخُ مَنْ سَبَقَ » وله أن يظلّل على نفسه بما لا ضرر فيه ، من باريّة[1] وتابوت ، وكِساء ، ونحوه ، لأن الحاجة تدعو إليه من غير مضّرة فيه ، وليس له البناء ، لادكّة ، ولا غيرها ، لأنه يضّيق على الناس ، ويعثُر به المارّة ، بالليل ، والضرير فى الليل ، والنهار ، ويبقى على الدوام ، فربّما ادّعى ملـكه بسبب ذلك ، والسابق أحقّ به مادام فيه ، فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته ، لأن يد الأول عليه ، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه ، لأن يده قد زالت ، وإن قعد وأطال مُنع من ذلك ، ولأنه يصير كالمتملك ، ويختصّ بنفعٍ يُساويه غيره فى استحقاقه ، ويحتمل أن لا يُزال ، ولأنه سبق إلى مالم يَسبق إليه مُسلم ، وإن استبق اثنان إليه احتمل أن يُقرَع بينهما ، واحتمل أن يقدّم الإمام من يرى منهما ، وإن كان الجالس يضيّق على المارّة لم يحلّ له الجلوس فيه ، ولا يحلّ للامام تمـكينه بعوض ، ولا غيره ، قال أحمد : ما كان ينبغى لنا أن نشتريَ من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق ، قال القاضى : هذا محمول على أن الطريق ضّيق ، أو يكون يؤذى المارّة ، لما تقدّم ذكرنا له ، وقال: لا يعجبنى الطحنُ فى العروب ، إذا كانت فى طريق الناس ، وهى السّفن التى يُطحن فيها فى الماء الجارى ، إنما كره ذلك لتضييقها طريق السفن المارة فى الماء ، قال أحمد : ربّما غَرِقت السفن ، فأرى للرجل أن يتوقّى الشِّراء مما يُطحن بها .

٤٤٨٨ (فصل فى القطائع)

وهى ضربان :

أحدهما . إقطاع إرفاق ، وذلك إقطاع مقاعد السوق ، والطرق الواسعة ، ورحاب المساجد التى

---

(١) البارية : الحصير المنسوج .

ذكرنا : أنّ للسابق إليها الجلوس ، فللامام إقطاعها لمن يجلس فيها ، لأن له فى ذلك اجتهاداً من حيثُ إنه لا يجوز الجلوس إلا فيما لا يضرّ بالمارّة ، فكان للامام أن يُجلس فيها من لا يرى أنه يتضرّر بجلوسه ، ولا يملكها المقطَع بذلك ، بل يكون أحقّ بالجلوس فيها ، من غيره ، بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع ، سواء ، إلا فى شيء واحد ، وهو أن السابق إذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها ، لأن استحقاقه لها بسبقه إليها ، ومقامه فيها ، فإذا انتقل عنها زال استحقاقه ، لزوال المعنى الذى استحقّ به ، وهذا استحقّ باقطاع الإمام ، فلا يزول حقّه بنقل متاعه ، ولا يضرّه الجلوس فيه ، وحكمه فى التظاليل على نفسه بما ليس بناء ومنعه من البناء ، ومنعه إذا قال مَقامه حكم السابق على ما أسلفناه .

الثانى : إقطاع موات من الأرض لمن يُحييها ، فيجوز ذلك ، لما رَوى وائل بن حُجْر « أنّ رَسُولَ اللهِ صَلَى اللهُ عليه وسلم أقطعهُ أرْضاً فَأَرسَلَ مُعَاوِيَةُ أَنْ أَعْطِهِ إِيَّاهُ أَوْ أَعْلِمْهُ إِيَّاهُ » حديث صحيح وأقطع بلالَ بن الحارث المزنىّ ، وأبيَض بن حَمّال المأربى ، وأقطع الزبير حُضْرَ[1] فَرَسِه ، فأجرَى فَرَسَهُ حَتّى قَامَ ، ورَمىَ بِسَوْطِه ، فقال : « أَعْطُوهُ مِنْ حَيْثُ وَقَعَ السَّوْطُ » رواه سعيد ، وأبو داود ، وذكر البخارىّ عن أنس قال : دَعَا رَسُولُ اللهِ صَلَى اللهُ عليه وسلّم الأنصارَ لِيُقْطِعَ لَهُمْ بِالْبَحْرَيْنِ ، فقالوا : يا رَسُولَ اللهِ : إنْ فَعَلْتَ فاكْتُبْ لإخْوَانِنَا مِنْ قُرَيْشٍ بِمِثْلِهَا ، ورُوى أنّ أبا بكر أقطع طَلْحَةَ بن عُبَيْدِ الله أرضاً ، وأن عثمان أقطع خمسةً من أصحاب النبىّ صلّى الله عليه وسلم : الزبير ، وسعداً ، وابنَ مسعود ، وأسامةَ بن زيد ، وخَبّاب بن الأرتّ .

ويروى عن نافع أبى عبد الله أنه قال لعمر : إن قِبلنا أرضاً بالبصرة ليست من أرضِ الخَراجِ ، ولا تضرّ بأحدٍ من المسلمين ، فإن رأيتَ أن تُقطِعَنيها أتَّخِذُ فيها قصيلاً[2] لخَيْلِى ، فافْعَلْ ، قال : فكتب عمر إلى أبى موسى : إن كانت كما يقول ، فاقطعها إيّاه ، روى هذه الآثار كلّها أبو عُبَيدَ فى الأموال .

وروى سعيد ، عن سفيان ، عن أبى نَجيح ، عن عمرو بن شُعيب : أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم أقطعَ ناساً من جُهَيْنةَ أو مُزَيْنةَ أرضاً .

إذا ثبت هذا : فإنّ من أقطعه الإمام شيئاً من الموات لم يملكه بذلك ، لكن يصير أحقّ به كالمتحجّر الشارع فى الإحياء ، بدليل ما ذكرنا من حديث بلال بن الحارث ، حيثُ استرجع عمر منه ما عجز عن إحيائه من العقيق الذى أقطعه إياه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو ملكه لم يجز استرجاعه ، وردّ عمر

(١) حضر فرسه : بضم الحاء وسكون الضاء جرية سريعة لفرسه .
(٢) القصيل : النبات الذى لا ثمر فيه كأعواد الذرة قبل أن ينبت فيها الحب .

أيضاً قطيعةَ أبى بكر لعُيَيْنةَ بنِ حِصْن ، فسأل عُيَيْنَةُ أبا بكر أن يجدّد له كتاباً ، فقال : والله لا أجدّد شيئاً ردّه عمر ، رواه أبو عُبَيد ، لكن المُقطَع يصير أحقّ به من سائر الناس ، وأولى بإحيائه ، فإن أحياه ، وإلا قال له السلطان : إن أحييته ، وإلاّ فارفع يدك عنه ، كما قال عمر لبلال بن الحارث المزنىّ : إنّ رَسولَ الله صلى الله عليه وسلم لم يُقْطِعْكَ لِتَحْجُبَهُ دُونَ النّاسِ ، وَإِنَّما أَقْطَعَكَ لِتَعْمُرَ ، فَخُذْ مِنْهَا ما قَدَرْتَ عَلَى عِمارَتِهِ وَرُدَّ الباقِي ، وإن طلب المهلة لعذر أُمهل بقدر ذلك ، وإن طلبها لغير عذر لم يُمهَل ، على ما ذكرنا فى المتحجر ، وإن سبق غيره ، فأحياه قبل أن يقال له شىء أوفى مدّة المهلة ، فهل يملكه ؟ على وجهين .

وقد رُوى عن عمرو بن شعيب : أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم أقطع ناساً من جُهَيْنة أومُزَينَة أرضاً ، فعطّلوها ، فجاء قوم فأحيَوْها فخاصمهم الذين أقطعهم رسولُ الله صلىّ الله عليه وسلم إلى عمر رضى الله عنه ، فقال عمر : لو كانت قطيعة منّى أو من أبى بكر لم أردّها ، ولكنها قطيعةٌ من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنا أردُّها ، فدلّ هذا على أنها إذا كانت قطيعةً من غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهى لمن أحياها .

والثانى : لا يملكه . لأنه تعلّق به حقُّ المقطَع ، ومفهوم قوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيِّتَةً فى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فهيَ لَهُ » أنه إذا تعلّق بها حقُّ مسلم لم يجُز إحياؤها ، وقد ذكرنا الوجهين فى المتحجّر ، وهذا مثله ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا الفصل كنحو ما ذكرنا .

٤٢٨٩ (فصـــل)

وليس للامام إقطاع مالا يجوز إحياؤه من المعادن الظاهرة ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم لما استقطعه أبيضُ بنُ حَمّال الملح الذى بمأرب ، فقيل : يا رسول الله إنما أقطعته الماء العِدّ ، فارتجَعَهُ منه ، ولأنّ فى ذلك تضييقاً على المسلمين ، وفى إقطاع المعادن الباطنة وجهان ، ذكرناهما فيما مضى .

٤٢٩٠ (فصـــل)

ولا ينبغى أن يُقطع الإمام أحداً من الموات إلا ما يمكنه إحياؤه ، لأن فى إقطاعه أكثر من ذلك تضييقاً على الناس فى حقّ مشترك بينهم ، بما لا فائدة فيه ، فإن فعل ، ثم تبيّن عجزه عن إحيائه استرجعه منه ، كما استرجع عمر من بلال بن الحارث ما عجز عن عمارته من العقيق الذى أقطعه إيّاه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٤٢٩١ (فصـــل فى الحمى)

ومعناه أن يَحْمِيَ أرضاً من الموات يمنع النـاسَ رَعْيَ ما فيها من الكلأ ، ليختصّ بها دونهم ،

وكانت العربُ فى الجاهليّة تعرف ذلك ، فكان منهم من اذا انتجع بلداً ، أو فى بكلبٍ على نَشْزٍ ، ثم استعواه ، ووقف له من كلّ ناحية من يَسْمَعُ صوته بالعُواء ، فحيثما انتهى صوتُه حماه من كلّ ناحيةٍ لنفسه ، ويرعى مع العامّة فيما سواه فنهى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عنه ، لما فيه من التضييق على الناس ومنعهم من الانتفاع بشىء لهم فيه حقّ .

وروى الصَّعْبُ بنُ جَثّامةَ قال : سمعتُ رسولَ اللهِ صلّى الله عليه وسلّم يقول : « لاَ حِمَى إلاّ للهِ ولِرَسُولِه» رواه أبو داود ، وقال: « النَّاسُ شُرَكَاء فِى ثَلاَثٍ : فِى المَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَلأ » رواه الخلاّل . وليس لأحد من الناس سوى الأئمّة أن يحمىَ ، لما ذكرنا من الخبر ، والمعنى ، فأما النبىّ صلّى الله عليه وسلم فقد كان له أن يحمى لنفسه ، وللمسلمين ، لقوله فى الخبر « لاَ حِمىً إلاّ للهِ وَلِرَسُولِهِ » لكنّه لم يحمِ لنفسه شيئاً،وإنما حَمَى للمسلمين ، فقد روى ابن عمر قال « حَمَى النَّبىُّ صلّى الله عليه وسلّم النَّقِيعَ (١) لِخَيْلِ المُسْلِمِينَ » رواه أبو عبيد ، والنقيع بالنون موضع ينتقع فيه الماء ، فيكثُر فيه الخصب ، لمكان ما يصير فيه من الماء ، وأما سائر أئمة المسلمين فليس لهم أن يحمُوا لأنفسهم شيئاً ، ولكن لهم أن يحموا مواضعَ لترعى فيها خيلُ المجاهدين (٢) ، ونَعَمُ الجِزْيَةِ ، وإبلُ الصَّدقة ، وضَوَالُّ النّاسِ (٣) التى يقوم الإمام بحفظها ، وماشيةُ الضعيف من الناس ، على وجهٍ لا يستضرّ به مَنْ سواه من الناس ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ فى صحيح قوليه ، وقال فى الآخر : ليس لغير النبىّ صلّى الله عليه وسلم أن يحمىَ ، لقوله «لاَ حِمَى إلاّ للهِ وَلِرَسُولِه » .

ولنا أن عمر ، وعثمان ، حميا ، واشتهر ذلك فى الصحابة ، فلم يُنكَر عليهما ، فكان إجماعاً ، وروى أبو عُبَيد باسناده ، عن عامر بن عبد الله بن الزبير ، أحسبه عن أبيه ، قال : أتى أعرابىّ عمر ، فقال : ياأمير المؤمنين ، بلادُنا قاتلنا عليها فى الجاهلية ، وأسلمنا عليها فى الإسلام ، علام تحميها ؟ فأطرق عمر ، وجعل ينفُخ ، ويفتِلُ شاربَه — وكان إذا كربَهُ أمر فتل شاربه ، ونفخ — فلمّا رأى الأعرابىُّ ما به جعل يردّد ذلك ، فقال عمر : المالُ مالُ الله ، والعبادُ عبادُ الله ، واللهِ لولا ما أحملُ عليه فى سبيل الله ما حميتُ شِبْراً من الأرض ، فى شبر ، وقال مالك : بلغنى أنه كان يحملُ فى كلّ عام على أربعين ألفاً من الظَّهْر ، وعن أسلم قال : سمعتُ عمر يقول لهُنَىّ حين استعمله على حِمَى الرَّبَذَة : يا هُنَىّ اضمُمْ جناحَكَ عن الناس ،

---

(١) النقيع : يطلق النقيع على الماء العذب البارد ، وعلى ما ينقع فى الماء من الدواء أو التنبيذ ، وعلى البئر الكثيرة الماء ، والمراد هنا ما ذكره الشارح ، وهو أرض واسعة خصبة لترسب الماء فيها .

(٢) كما حمى عمر رضى الله عنه نقيع الخضمات وهو موضع على ليلتين من المدينة .

(٣) ضوال الناس : جمع ضالة : أى الدواب التى تضل وتضيع من أصحابها .

واتقِّ دعوةَ المظلوم ، فإنّها مُجابَةٌ . وأدخل رَبَّ الصُّرَيمة ، والغُنَيمَة ، ودعنى من نَعَم ابن عوف ، ونعم ابن عفّان ، فانّهما إن هلكت ما شيتُهما رجعا إلى نخل ، وزرع ، وإنّ هذا المسكين إن هلكت ماشيتُه جاء يصرُخ : يا أمير المؤمنين ، فالكلأُ أهونُ علىّ أم غُرْمُ الذَّهبِ ، والوَرِق ، ؟ إنها أرضهُم قاتلوا عليها فى الجاهلية ، وأسلموا عليها فى الإسلام ، وإنهم ليرون أنّا نظلمهم ، ولولا النَّعَمُ التى يُحْمَلُ عليها فى سبيل الله ما حَمَيْتُ على الناس من بلادهم شيئاً أبداً ، وهذا إجماع منهم ، ولأن ما كان لمصالح المسلمين قامت الأئمة فيه مقام رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد رُوى عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « مَا أَطْعَمَ اللهُ لِنَبِىٍّ طُعْمَةً إلاَّ جَعَلَها طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ » وأما الخبر فمخصوص ، وأما حماه لنفسه فيفارق حِمَى النبىِّ صلّى الله عليه وسلم لنفسه ، لأن صلاحه يعود إلى صلاح المسلمين ، وماله كان يردّه فى المسلمين ، ففارق الأئمة فى ذلك ، وساوَوْهُ فيما كان صلاحاً للمسلمين ، وليس لهم أن يحمُوا إلا قدراً لا يضيّق به على المسلمين ، ويضرّ بهم ، لأنه إنما جاز لما فيه من المصلحة ، لما يحمى ، وليس من المصلحة إدخال الضرر على أكثر الناس .

٤٢٩٢ (فصــل)

وما حماه النبىّ صلى الله عليه وسلم فليس لأحد نقضُه ، ولا تغييره ، مع بقاء الحاجة إليه ، ومن أحيا منه شيئاً لم يملكه ، وإن زالت الحاجة إليه ففيه وجهان ، وما حماه غيرُه من الأئمة فغيرَّه هو أو غيره من الأئمة جاز ، وإن أحياه إنسان ملكه فى أحد الوجهين ، لأن حمى الأئمة اجتهاد ، وملك الأرض بالإحياء نصّ ، والنصّ يقدّم على الاجتهاد .

والوجه الآخر لا يملكه ، لإن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه ، كما لا يجوز نقض حكمه ، ومذهب الشافعىّ فى هذا على نحو ما قلنا ، والله أعلم .

٤٢٩٣ (فصــــل فى أحكام المياه)

قد ذكرنا فى البيع حكم ملكها ، وبيعها ، ونذكر ههنا حكم السقى بها ، فنقول :

لا يخلو الماء من حالين . إمّا أن يكون جارياً أو واقفاً ، فإن كان جارياً فهو ضربان :

أحدهما : أن يكون فى نهر غير مملوك ، وهو قسمان :

أحدهما : أن يكون نهراً عظيماً ، كالنيل ، والفرات ، ودِجْلة ، وما أشبهما من الأنهار العظيمة ، التى لا يستقرّ أحد بسقيه منها ، فهذا لا تزاحُم فيه ، ولكلّ أحد أن يسقى منها ما شاء ، متى شاء ، كيف شاء .

القسم الثانى : أن يكون نهراً صغيراً ، يزدحمُ الناس فيه ، ويتشاحُّون فى مائه ، أو سيلا يتشاحّ فيه

أهلُ الأرض الشاربة منه ، فإنه يُبدأ بمن فى أول النهر ، فيَسقِى ، ويحبس الماء حتى يبلغ إلى الكعب ، ثم يُرسل إلى الذى يليه ، فيصنع كذلك ، وعلى هذا إلى أن تنتهى الأراضى كلّها ، فإن لم يفضُل عن الأول شىء ، أو عن الثانى ، أو عمّن يليهم ، فلا شىء للباقين ، لأنه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعَصَبة فى الميراث ، وهذا قول فقهاء المدينة ، ومالك ، والشافعىّ ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

والأصل فى هذا ما رَوى عبد الله بن الزبير : أنّ رجلاً من الأنصار خاصم الزبير فى شِرَاج[1] الحرّة التى يَسْقُونَ بها إلى النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، فقال صلّى الله عليه وسلم : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمّ أَرْسِلْ الماء إلَى جَارِكَ » فغضب الأنصارىّ ، وقال : يا رسول الله ، أَنْ كان[2] ابنَ عَمّتِكَ ؟ فتلوّن وجهُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم قال : « يَا زُبَيْر ، اسْقِ ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتى يَرْجِعَ إلى الْجَدْرِ[3] » قال الزبير : فوالله إنّى لأحسَبُ هذه الآية نزلت فيه (فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ)[4] متفق عليه ، ورواه مالك فى مُوَطّئه ، عن الزهرىّ ، عن عُروة ، عن عبد الله بن الزبير ، وذكر عنه عبد الرزّاق ، عن مَعْمَر ، عن الزهرىّ ، قال : نظرنا فى قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « ثُمّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتّى يَبْلُغَ إلى الْجَدْرِ » فكان ذلك إلى الكعبين ، قال أبو عُبَيْد : الشِّراج جمعُ شَرْجٍ ، والشَّرْج نَهْر صغير ، والحَرّة أرضٌ مُلْتَبِسَةٌ بحِجَارةٍ سُودٍ ، والجَدْرُ الجِدَارِ ، وإنما أمر النبىُّ صلّى الله عليه وسلم الزبير أن يسقى ، ثم يُرسل الماء تسهيلاً على غيره ، فلمّا قال الأنصارىّ ما قال استوعى[5] النبىُّ صلّى الله عليه وسلم الزبير حَقّه .

وروى مالك فى الموطّأ أيضاً ، عن عبد الله بن أبى بكر ، بن حَزم ، أنه بلغه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى سَيْلِ مَهزوزٍ وَمُذَيْنِيبٍ : يُمْسِكُ حَتّى الكعبين ، ثم يُرسل الأعلى على الأسفل . قال ابنُ عبد البرّ . هذا حديث مَدَنِىٌّ مشهور عند أهل المدينة ، معمول به عندهم . قال عبد الملك بن حبيب : مهزوز ، ومُذَيْنيب ، واديان من أودية المدينة ، يسيلان بالمطر ، وتتنافسُ أهل الحوائط[6] فى سَيْلهما .

---

(١) شراج : جمع شرج بفتح الشين وسكون الراء ، وهو مسيل الماء من الحرة الى السهل . والحرة الأرض المرتفعة : ويجمع على شروج . أيضا .

(٢) أن كان . معناها لأن كان ، وفيها معنى التعليل ، أى حكمت له لأن كان ابن عمتك .

(٣) الجدر : بفتح الجيم وسكون الدال الحائط (الجدار) .

(٤) بعض الآية ٦٥ من سورة النساء .

(٥) استوعى : وفاه حقه ، ماخوذ من الوعاء الذى يملأ كاملا ، يقال أوعى بمعنى ملأ الوعاء ، كما فى قوله تعالى (جمع فأوعى) يعنى استوعب .

(٦) الحوائط : البساتين .

وروى أبو داود بإسناده ، عن ثعلبة بن أبى مالك : أنه سمع كبراءهم يذكرون : أن رجلاً من قُريش كان له سهم فى بنى قُرَيظة ، فخاصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سَيْلِ مهزوز ، والسيل الذى يقتسمون ماءه ، فقضى بينهم رسولُ الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبين ، لا يَحْبِس الأعلى على الأسفل ، ولأن مَنْ أرضُه قريبة من فوّهة النهر أسبقُ إلى الماء ، فكان أولى به ، كمن سبق إلى المَشْرَعة[1] .

فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفةً ، منها مستعليةٌ ، ومنها مُسْتَفِلةٌ سقى كلّ واحدة منهما على حدتها ، وإن استوى اثنان فى القُرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما ، إن أمكن ، وإن لم يمكن أُقرِع بينهما ، فقدّم من تقع له القرعة ، فإن كان الماء لا يفضُل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقّه من الماء ، ثم تركه للآخر ، وليس له أن يسقى بجميع الماء ، لأن الآخر يُساويه فى استحقاق الماء ، وإنّما القرعة للتقديم فى استيفاء الحقّ ، لا فى أصل الحقّ ، بخلاف الأعلى مع الأسفل ، فإنّه ليس للأسفل حقّ إلا فيما فضل عن الأعلى ، فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسّم الماء بينهما على قدر الأرض ، لأن الزائد من أرض أحدهما مُساوٍ فى القرب ، فاستحقّ جزءاً من الماء ، كما لو كان لشخص ثالث .

وإن كان لجماعة رسم شِرْبٍ من نهر غير مملوك ، أو سيل ، وجاء إنسان ليُحيىَ مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم لم يكن له أن يسقى قبلهم ، لأنهم أسبقُ إلى النهر منه ، ولأن من ملك أرضاً ملكها بحقوقها ، ومرافقها ، ولا يملك غيره ، إبطال حقوقها ، وهذا من حقوقها ، وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس لهم منعه ، لأن حقهم فى النهر لا فى الموات .

والثانى : لهم منعه ، لئلاً يصير ذلك ذريعةً إلى منعهم حقهم من السقى ، لتقديمه عليهم بالقرب ، إذا طال الزمان ، وجُهل الحال ، فإذا قلنا : ليس لهم منعه ، فسبق إنسان إلى مسيل ماء ، أو نهر غير مملوك ، فأحيا فى أسفله مواتاً ، ثم أحيا آخر فوقه ، ثم أحيا ثالث فوق الثانى ، كان للأسفل السقى أولاً ، ثم الثانى ، ثم الثالث ، ويقدّم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر ، لما ذكرنا .

٤٢٩٤ (فصـــل)

الضرب الثانى الماء الجارى فى نهر مملوك وهو أيضاً قسمان .

أحدهما : أن يكون الماء مباح الأصل ، مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتّصل بنهر كبير مباح ، فما لم يتصل الحفر لا يملكه ، وإنّما هو تحجّر ، وشروع فى الإحياء ، فإذا اتّصل الحفر كمل الإحياء ، وملكه ، لأن الملك بالإحياء أن تنتهى العمارة إلى قصدها ، بحيث يتكرّر الانتفاع بها على صورتها ، وهذا كذلك ،

(١) المشرعة : مكان ورود الماء والشرب منه .

وسواء أجْرى فيه الماء ، أو لم يُجرِه ، لأن الإحياء يحصُل بأن يُهيِّئه للانتفاع به ، دون حصول المنفعة ، فيصير مالـكاً لقرار النهر ، وحافتيه ، وهواؤه حقّ له ، وكذلك حريمه ، وهو مُلْقَى الطِّين من كلِّ جانب ، وعند القاضى : أن ذلك غيرُ مملوك لصاحب النهر ، وإنّما هو حقّ من حقوق الملك ، وكذلك حريم البئر . وهذا مذهب الشافعىّ .

وظاهر قول الخِرَقىّ أنه مملوك لصاحبه ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً لَمْ تُمْلَكْ فَهِيَ لَهُ » وإحياؤها أن يُحَوِّط عليهـا حائطاً ، أو يحفِر فيها بئراً ، فيـكون له خمسٌ وعشرون ذراعاً حواليها ، وحريم النهر يجب أن يكون كذلك .

فإذا تقرّر هذا فـكان النهر لجماعة ، فهو بينهم على حسب العمل ، والنفقة ، لأنه إنّما مُلك بالعمارة ، والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم فلا كلام ، وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهايأة[1] أو غيرها ، جاز ، لأنه حقّهم ، لايخرج عنهم ، وإن تشاحّوا فى قسمته قسّمه الحاكم بينهم ، على قدر أملاكهم ، لأن كلّ واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبةٌ صُلبة ، أو حجر مستوى الطرفين ، والوسط ، فيوضع على موضع مستوٍ من الأرض ، فى مقدّم الماء ، فيه حُزوز ، أو ثقوب متساوية فى السعة ، على قدر حقوقهم ، يخرج من كلّ جزء ، أو ثقب إلى ساقية مفرَدَةٍ لـكلّ واحد منهم ، فإذا حصل الماء فى ساقيته انفرد به ، فإن كانت أملاكهم مختلفة قسّم على قدر ذلك .

فإذا كان لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللآخر سدسه ، جُعل فيه ستة ثقوب ، لصاحب النصف ثلاثة ، تَصُبُّ فى ساقيته ، ولصاحب الثلث اثنان ، ولصاحب السدس واحد ، وإن كان لواحد الخمسان ، والباقى لاثنين ، يتساويان فيه ، جُعل عَشَرة ثقوب ، لصاحب الخُمُسَيْن أربعة ، تصُبّ فى ساقيته ، ولـكلّ واحد من الآخرين ثلاثة تصُبّ فى ساقيةٍ له ، فإن كان النهر لعشرة ، لخمسة منهم أراض قريبـة من أول النهر ، ولخمسة أراض بعيدة جُعل لأصحاب القريبة خمسة ثقوب ، لـكلّ واحد ثقب ، وجُـعل للباقين خمسة تجرى فى النهر ، حتّى تصل إلى أرضهم ، ثم تقسّم بينهم قسمةً أخرى ، وإن أراد أحدهم أن يُجرى ماءه فى ساقيةِ غيره ، ليقاسمه فى موضعٍ آخر لم يجز ، إلا برضاه ، لأنّه يتصرّف فى ساقيته ، ويخرّب حافتها بغير إذنه ، ويخلط حقه بحقّ غيره ، على وجهٍ لايتميز ، فلم يجز ذلك ، ويجىء على قولنا : أن الماء لا يملك أنّ حكم الماء فى هذا النهر حكمه فى نهرٍ غير مملوك ، وأن الأسبق أحَقُّ بالسقى منه . ثم الذى يليه على ماذكرنا ، لأنه غير مملوك ، فـكان الأسبقُ إليه أحقّ به . كما لو كان فى نهر غير مملوك ، ومذهب الشافعىّ فى هذا الفصل كله على نحو ما ذكرنا ، والله أعلم .

---

(١) المهايأة : أن يكون لـكل شخص أو جماعة يوم أو أيام وللآخر أو الآخرين مثله أو مثلهم .

٤٢٩٥ (فصــــل)

وإذا حصل نصيب إنسان فى ساقية . فله أن يسقى به ماشاء من الأرض ، سواء كان لهـا رسم شِرْب من هذا النهر . أو لم يكن ، وله أن يُعطيه مَن يسقى به ، وقال القاضى ، وأصحاب الشافعىّ : ليس له سقى أرض ليس لها رسم شِرْب فى هذا الماء . لأن ذلك دالّ على أنّ لها قسماً من هذا الماء ، فربّما جعل سقيها منه دليلاً على استحقاقها لذلك ، فيستضرّ الشركاء ، ويصير هذا كما لو كان له دار بابها فى درب لاينفذ ، ودار بابها فى درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى . فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى . لم يجز ، لأنه يجعل لنفسه استطراقاً من كلّ واحدةٍ من الدارين .

ولنا : أن هذا ماء انفرد باستحقاقه ، فكان له أن يسقىَ منه ما شاء ، كما لو انفرد به من أصله . ولا نسلّم ما ذكروه فى الدارين ، وإن سلّمنا فالفرق بينهما أنّ كلّ دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك ، لأن الظاهر أن لـكلّ دار سُـكاناً ، فيجعل لسكّان كلّ واحدة منهما استطراقاً إلى درب غير نافذ ، لم يكن لهم حقّ فى استطراقه . وههنا إنما يسقى من ساقيته المفردة ، التى لا يُشاركه غيره فيها .

فلو صار لتلك الأرض رسم من الشُّرب من ساقيته ، لم يتضرّر بذلك أحد ، ولو كان يسقى من هذا النهر بدولاب ، فأحبّ أن يسقى بذلك الماء أرضاً لا رسم لها فى الشُّرب من ذلك النهر ، فالحـكم فى ذلك على ما ذكرنا من الخلاف فى التى قبلها ، وإن كان الدولاب يَغرف من نهرٍ غير مملوك جاز أن يسقى بنصيبه من المـاء أرضاً لا رسم لها فى الشرب منه ، بغير خلاف نعلمه ، فإن ضاق المـاء قدّم الأسبق ، فالأسبق ، على ما مضى .

٤٢٩٦ (فصــــل)

ولـكل واحد منهم أن يتصرّف فى ساقيته المختصّة به بما أحبّ ، من إجراء غير هذا الماء فيها ، أو عملِ رحًى عليها ، أو دولاب ، أو عِبارة ، وهى خشبة تُمدّ على طرفى النهر ، أو قنطرةٍ يعبُر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرّفات . لأنها ملـكه لا حقّ لغيره فيها ، فأما النهر المشترك فليس لواحد منهم أن يتصرّف فيه بشىء من ذلك ، لأنه يتصرّف فى النهر المشترك ، وفى حريمه بغير إذن شركائه ، وقال القاضى فى العبّارة : هذا ينبنى على الروايتين : فيمن أراد أن يُجرى ماءه فى أرض غيره ، والصحيح أنه لا يجوز ههنا ، ولا يصحّ قياس هذا على إجراء الماء فى أرض غيره ، لأن إجراء الماء فى أرض ينفعُ صاحبها ، لأنه يسقى عروق شجره ، ويشربه أولاً ، وآخراً . وهذا لا ينفع النهر ، بل ربما أفسد حافتيه ، ولم يسق له شيئاً ، ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قَسْمِه شيئاً ، يسقى به أرضاً فى أول النهر ، أو غيره ، أو أراد إنسان غيرهم ذلك لم يجز ، لأنهم صاروا أحقّ بالماء الجارى فى نهرهم من غيرهم ، ولأن الأخذ من الماء ربّما احتاج إلى تصرّف

فى حافة النهر المملوك لغيره ، أو المشترك بينه ، وبين غيره ، ولو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان فهو مباح ، كالطائر يعشّش فى ملك إنسان ، وهذا كلّه مذهبُ الشافعىّ فيه نحوُ مما ذكرنا .

٤٢٩٧ (فصـــل)

وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة جاز ، إذا تراضوا به ، وكان حقّ كلّ واحد منهم معلوماً ، مثل أن يجعلوا لكلّ حصّة يوماً ، وليلةً ، أو أكثر من ذلك ، أو أقلّ ، وإن قسّموا النهار فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال ، وللاخر من الزوال إلى الغروب ، ونحو ذلك جاز ، وإن قسّموه ساعاتٍ ، وأمكن ضبطُ ذلك بشىء معلوم ، كطاسةٍ مثقوبة ، تُترك فى الماء ، وفيها علاماتٌ إذا انتهى الماء إلى علامة كانت ساعةً ، وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين ، أو زجاجةٍ فيها رمل ، ينزل من أعلاها إلى أسفلها فى ساعةٍ ، أو ساعتين ، ثم يقلبها ، فيعود الرمل إلى الموضع الذى كان فيه فى مثل ذلك المقدار ، أو بميزان الشمس الذى تعرف به ساعات النهار ، أو بمنازل القمر فى الليل ، ونحو ذلك ، جاز[1] ، فإذا حصل الماء لأحدهم فى نوبته ، فأراد أن يسقى به أرضاً ليس لها رسم شُرب من هـذا أو يُؤثر به إنساناً ، أو يُقرضه إيّاه على وجهٍ لا يتصرّف فى حافة النهر جاز ، وعلى قول القاضى ، وأصحاب الشافعىّ ينبغى أن لا يجوز ، لما تقدّم فى مثل ذلك .

وإن أراد صاحب النوبة أن يُجرى مع مائه ماء له آخر ، يسقى به أرضه التى لهـا رسم شُرب من هذا النهر ، أو أرضاً له أخرى ، أو سأله إنسان أن يُجرى ماء له مع مائه فى هـذا النهر ، ليقاسمه إيّاه فى موضع آخر ، على وجه لا يضرّ بالنهر ، ولا بأحدٍ جاز ذلك ، فى قياس قول أصحابنا ، فإنّهم قالوا فيمن استأجر أرضاً : جاز أن يُجرى فيها ماء فى نهر محفورٍ ، إذا كان فيها ، ولأنه مستحقّ لنفع النهر فى نوبته ، بإجراء الماء ، فأشبه ما لو استأجرها لذلك .

٤٢٩٨ (فصـــل)

القسم الثانى : أن يكون منبع الماء مملوكاً ، مثل أن يشترك جماعة فى استنباط عين ، وإجرائها ، فإنهم يملكونها أيضاً ، لأن ذلك إحياء لها ، ويشتركون فيها ، وفى ساقيتها على حسب ما أنفقوا عليها ، وعملوا فيها ، كما ذكرنا فى القسم الذى قبل هذا ، إلا أن المـاء غير مملوك ، ثمّ لأنه مباح ، دخل ملـكه ، فأشبه ما لو دخل صيد بستانه ، وههنا يخرّج على روايتين : أصحهما أنه غير مملوك أيضاً ، وقد ذكرنا ذلك .

---

(٢) يظهر أن ذلك كان قبل وجود الساعات الزمنية الموجودة عندنا الآن ، أو لأن معظم الناس فى هذا الزمان لم يكونوا يستعملون الساعات التى بأيدينا الآن .

وعلى كلّ حال فلكلّ أحد أن يستقى من الماء الجارى لشربه ، ووضوئه ، وغُسله ، وغَسل ثيابه ، وينتفع به فى أشباه ذلك ، مما لا يؤثر فيه من غير إذنه ، إذا لم يدخل إليه فى مكان مُحوّط عليه ، ولا يحلّ لصاحبه المنع من ذلك ، لما رَوى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثَلاَثَةٌ لَا يَنْظُرُ اللهُ إِلَيْهِمْ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ : رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ مَاءٍ بِالطَّرِيقِ فَمَنَعَهُ ابْنَ السَّبِيلِ » رواه البخارىّ ، وعن بُهَيَّةَ ، عن أبيها : أنه قال : يا نبىّ الله ، ما الشىء الذى لاَ يَحِلُّ منعُه ؟ قال « الماء » قال : يا نبىّ الله ، ما الشىء الذى لا يحلّ منعُه ؟ قال « المِلْحُ » قال : يانبىّ الله ، ما الشىء الذى لايحلّ منعهُ ؟ قال « أَنْ تَفْعَلَ الخَيْرَ خَيْرٌ لكَ » رواه أبو داود ، ولأن ذلك لايؤثّر فى العادة ، وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، فأما ما يؤثر فيه ، كسقى الماشية الكثيرة ، ونحو ذلك ، فإن فضل الماء عن حاجةِ صاحبه لزمه بذله لذلك ، وإن لم يفضُل لم يلزمه ، وقد ذكرنا ذلك فى غير هذا الموضع .

٤٢٩٩ (فصـــل)

إذا كان النهر أو الساقية مشتركاً بين جماعة ، فإن أرادوا إكراءه ، أو سدّ بثقٍ فيه ، أو إصلاح حائطه ، أو شىء منه ، كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه ، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكلّ فى إكرائه ، وإصلاحه ، إلى أن يصلوا إلى الأول ، ثم لاشىء على الأول ، ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثانى ثم يشترك مَنْ بعده كذلك ، كلّما انتهى العملُ إلى موضع واحد منهم لم يكن عليه فيما بعده شىء ، وبهذا قال الشافعىّ ، وحُكى ذلك عن أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يشترك جميعهم فى إكرائه كلّه ، لأنهم ينتفعون بجميعه ، فإنّ ما جاوز الأول مصبٌّ لمائه ، وإن لم يسبق أرضَهُ .

ولنا : أن الأول إنما ينتفع بالماء الذى فى موضع شربه ، وما بعده إنّما يختصّ بالانتفاع به من دونه ، فلا يشاركهم فى مؤنته ، كما لا يشاركهم فى نفعه ، فإن كان يفضُل عن جميعهم منه مايحتاج إلى مصرف ، فمؤنة ذلك المصرف على جميعهم ، لأنهم يشتركون فى الحاجة اليه ، والانتفاع به ، فكانت مؤنته عليهم كلّهم ، كأوله .

٤٣٠٠ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإحياء الأرض أن يحوِّط عليها حائطاً ﴾ .

ظاهر كلام الخِرَقى : أن تحويط الأرض احياءٌ لها ، سواء أرادها للبناء ، أو للزرع ، أو حظيرةً للغنم ، أو الخشب ، أو غير ذلك ، ونصّ عليه أحمد فى رواية علىّ بن سعيد ، فقال : الإحيــاء أن يُحوِّط عليها حائطاً ، ويحفر فيها بئراً ، أو نهراً ، ولا يُعتبر فى ذلك تسقيف ، وذلك لمـا روى الحسن ، عن سَمُرة : أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَحَاطَ حَائِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِىَ لَهُ » رواه أبو داود ، والإمام أحمد فى مسنده ، ويُروى عن جابر ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم مثلَه ، ولأن الحائط حاجز منيع ، فكان

إحياء ، أشبه ما لو جعلها حظيرةً للغنم ، ويبيّن هذا أن القصد لا اعتبار به ، بدليل ما لو أرادها حظيرةً للغنم ، فبناها بِجصٍّ ، وآجُرٍّ ، وقسّمها بُيوتاً ، فإنه يملكها ، وهذا لا يصنع للغنم مثله .

ولا بد أن يكون الحائط منيعاً ، يمنع ما وراءه ، ويكون مما جرت العادة بمثله ، ويختلف باختلاف البُلدان ، فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها ، كأهل حَوْران ، وفِلَسْطِينَ ، أو بالطين ، كالقطائر لأهل غُوطَةِ دِمَشق ، أو بالخشب ، أو بالقصب ، كأهل الغَوْر ، كان ذلك إحياء ، وإن بناه بأرفعَ مما جرت به عادته كان أولى ، وقال القاضي : في صفة الإحياء روايتان :

إحداهما : ما ذكرنا .

والثانية : الإحياء ما تعارفه الناس إحياء . لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ، ولم يبيّنه ، ولا ذكر كيفيّته ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياءً في العرف ، كما أنه لمّا ورد باعتبار القبض ، والحرز ، ولم يبيّن كيفيّته كان المرجع فيه إلى العُرف ، ولأن الشارع لو علّق الحكم على مسمًّى باسمٍ لتعلّق بمسمّاه عند أهل اللسان ، فكذلك يتعلّق الحكم بالمسمَّى إحياء عند أهل العرف ، ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلّم لا يعلّق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق ، فلمّا لم يبيّنه تعيّن العرف طريقاً لمعرفته ، إذ ليس له طريقٌ سواه .

إذا ثبت هذا ، فإن الأرض تُحيَى داراً للسكنَى ، وحظيرةً ، ومزرعةً ، فإحياء كلّ واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذى أريدت له . فأما الدار ، فبأن يبنى حيطانها بما جرت به العادة ، وتسقيفها . لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك .

وأما الحظيرة فاحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها ، وليس من شرطها التسقيف ، لأن العادة ذلك من غير تسقيف ، وسواء أرادها حظيرةً للماشية ، أو للخشب ، أو للحطب ، أو نحو ذلك ، ولو خندق عليها خندقاً لم يكن إحياءً . لأنه ليس بحائط ولا عمارةٍ إنّما هو حفر ، وتخريب ، وإن حاطها بشوك ، وشبهه ، لم يكن إحياءً ، وكان تحجّراً . لأن المسافر قد ينزل منزلاً ، ويحوّط على رحله بنحوٍ من ذلك ، ولو نزل منزلاً ، فنصب به بيت شَعْرٍ ، أو خيمةً ، لم يكن إحياءً .

وإن أرادها للزراعة ، فبأن يُهيئها لإمكان الزرع فيها ، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء ، فبأن يسوق إليها ماءً من نهر ، أو بئر ، وإن كانت مما لا يمكن زرعها لكثرة أحجارها ، كأرض الحجاز ، فبأن يقلع أحجارها ، وينقّيها ، حتى تصلح للزرع .

وإن كانت غياضاً ، وأشجاراً ، كأرض الشمرى[1] فبأن يقلع أشجارها ، ويُزيل عروقها التى تمنع

(١) الشمرى . جبل عند حرة بنى سليم .

الزرع ، وإن كانت مما لا يمكن زرعه إلا بحبس الماء عنها ، كأرض البطائح التى يُفسدها غَرَقُها بالماء ، لكثرته ، فإحياؤها بسدّ الماء عنها ، وجعلها بحالٍ يمكن زرعها . لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أرادها من غير حاجة إلى تكرار ذلك ، فى كلّ عام ، فكان إحياءً ، كسَوْق الماء إلى الأرض التى لا ماء لها .

ولا يُعتبر فى إحياء الأرض حَرْثها ، ولا زرعها ، لأن ذلك مما يتكرّر ، كلّما أراد الانتفاع بها ، فلم يُعتبر فى الإحياء ، كسقيها ، وكالسكنى فى البيوت ، ولا يحصُل الإحياء بذلك إذا فعله لمجرّده لما ذكرنا ، ولا يعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت ، وبهذا قال الشافعىّ ، فيما ذكرنا فى الرواية الثانية . إلا أنّ له وجهاً فى أن حرثها ، وزرعها إحياء لها ، وأن ذلك مُعتبر فى إحيائها ، ولا يتمّ بدونه ، وكذلك نصب الأبواب على البيوت . لأنه ممّا جرت العادة به ، فأشبه التسقيف ، ولا يصحّ هذا ، لما ذكرنا ، ولأن السكنى ممكنة بدون نصب الأبواب ، فأشبه تطيين سطوحها ، وتبييضها .

٤٣٠١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ أو يحفر فيها بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حواليها ، وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً ﴾ .

البئر العاديّة بتشديد الياء ، القديمةُ ، منسوبةٌ إلى عادٍ ، ولم يُرد عاداً بعينها ، لكن لمّا كانت عادٌ فى الزمن الأول ، وكانت لها آثارٌ فى الأرض نُسِب إليها كلُّ قديم ، فكلّ من حفر بئراً فى موات للتمليك فله حريمها ، خمس وعشرون ذراعاً من كلّ جانب ، ومن سبق إلى بئر عاديةٍ كان أحقّ بها ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ ، وَلَهُ حَرِيمُهَا خَمْسُونَ ذِرَاعاً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ » نصّ أحمد على هذا فى رواية حرب ، وعبد الله ، واختاره أكثر أصحابنا ، وقال القاضى ، وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد ، بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج إليه فى ترقية مائها منها ، فإن كان بدولاب فقدر مدّ الثور أو غيره ، وإن كان بساقيه فبقدر طول البئر ، لما رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « حَرِيمُ الْبِئْرِ مَدُّ رِشَائِهَا » أخرجه ابن ماجه . ولأنه المكان الذى تمشى إليه البهيمة ، وإن كان يستقى منها بيده فبقدْر ما يحتاج إليه الواقف عندها ، وإن كان المستخرَج عيناً فحريمها القدر الذى يحتاج إليه صاحبها للانتفاع بها ، ولا يستضرّ بأخذه منها ، ولو على ألف ذراع ، وحريم البئر من جانبيه ما يحتاج إليه لطرح كرايته ، بحكم العرف فى ذلك . لأن هذا إنما ثبت للحاجة ، فينبغى أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها ، وقال أبو حنيفة : حريم البئر أربعون ذراعاً ، وحريم العين خمسمائة ذراع .

لأن أبا هريرة روى عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال « حَرِيمُ الْبِئْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعاً ، لأَعْطَانِ الإِبِلِ وَالْغَنَمِ » وعن الشعبيّ مثله ، رواه أبو عُبَيد .

ولنا : ما روى الدارقطنيّ ، والخلاّل بإسنادهما ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال : حَرِيمُ الْبِئْرِ الْبَدِيّ[1] خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعاً ، وحَرِيمُ الْبِئْرِ الْعَادِيّ خَمْسُونَ ذِرَاعاً » وهذا نصّ. وروى أبو عُبَيد بإسناده ، عن يحيى بن سعيد الأنصاريّ أنه قال : السّنّة في حريم القلِيب العاديّ خمسونَ ذراعاً ، والبَدِيّ خمسٌ وعشرُونَ ذراعاً ، وبإسناده عن سعيد بن المسيّب قال : حريم البئر البَدِيّ خمس وعشرون ذراعاً ، من نواحيها ، كلّها ، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع ، من نواحيها كلّها ، وحريم البئر العاديّة خمسون ذراعاً ، من نواحيها كلّها . ولأنه معنى يُملك به الموات ، فلا يقف على قدر الحاجة ، كالحائط ، ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء ، فإنه يحتاج إلى ما حولها عَطَناً لإبله ، وموقفاً لدوابّه ، وغنمه ، وموضعاً يجعل فيه أحواضاً يسقى منها ماشيته ، وموقفاً لدابّته التي يستقى عليها ، وأشباه ذلك ، فلا يختصّ الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء ، وأما حديث أبي حنيفة فحديثنا أصحّ منه ، ورواهما أبو هريرة ، فيدلّ على ضعفه .

إذا ثبت هذا : فظاهر كلام الخِرَقيّ أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر ، وعند الشافعيّ ، والقاضي ليس بمملوك ، وقد سبق ذكر هذا .

٤٣٠٢ (فصـــل)

ولا بدّ أن يكون البئر فيها ماء ، وإن لم يصل إلى الماء ، فهو كالمتحجّر الشارع في الإحياء على ما قدّمناه؟ ويجب أن يحمل قوله في البئر العاديّة على البئر التي انطمّت ، وذهب ماؤها ، فجدّد حفرها ، وعمارتها ، أو انقطع ماؤها ، فاستخرجه ليكون ذلك إحياءً لها ، وأما البئر التي لها ماء ينتفع به المسلمون ، فليس لأحد احتجاره ، ومنعه ، لأنه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة ، التي يَرتفق بها الناس ، وهكذا العيون النابعة ، ليس لأحدٍ أن يختصّ بها ، ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها ، أو لينتفع هو بها مدّة إقامته عندها ، ثم يتركها لم يملكها ، وكان له الانتفاع بها . فإذا تركها صارت للمسلمين كلّهم ، كالمعادن الظاهرة ، وما دام مقيماً عندها فهو أحقّ بها . لأنه سابق إليها ، فهو كالمتحجّر الشارع في الإحياء .

---

(١) البئر البديّ : أصلها البديء ، فعيل بمعنى مفعول أي البئر المبدوءة أي المحفورة ابتداء ولم تكن قبل ذلك ، أما التي كانت موجودة قبل ذلك فتسمى البئر العادية نسبة إلى قوم عاد ، أي البئر القديمة ، وحريم كل من البئرين مختلف .

٤٣٠٣ (فصـــل)

وإذا كان لإنسان شجرة فى موات فله حريمها قدر ما تمد إليه أغصانها حواليها ، وفى النخلة مد جريدها ، لما روى أبو داود بإسناده ، عن أبى سعيد قال : اختُصِم إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حريم نخلة ، فأمر بجريدة من جرائدها ، فذُرِعت ، فكانت سبعةَ أذرع ، أو خمسةَ أذرع ، فقضى بذلك ، وإن غرس شجرةً فى موات فهى له ، وحريمها ، وإن سبق إلى شجر مباح ، كالزيتون ، والخرّوب ، فسقاه ، وأصلحه ، فهو أحقّ به ، كالمتحجّر الشارع فى الإحياء ، فإن طعمه ملكه بذلك ، وحريمه ، لأنه تهيّأ للانتفاع به لما يُراد منه ، فهو كسَوْق الماء إلى الأرض المَوات ، ولقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْـهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » .

٤٣٠٤ (فصـــل)

ومن كانت له بئر فيها ماء ، فحفر آخرُ قريباً منها بئراً ينسرق إليها ماء البئر الأولى ، فليس له ذلك سواء ، كان محتفرُ الثانية فى ملكه مثلَ رجلين متجاورين فى دارين ، حفر أحدهما فى داره بئراً ، ثم حفر الآخرُ بئراً أعمق منها ، فسرى إليها ماء الأولى ، أو كانتا فى موات ، فسبق أحدهما ، فحفر بئراً ، ثم جاء آخرُ فحفر قريباً منها بئراً تجتذب ماء الأولى ، ووافق الشافعىّ فى هـذه الصورة الثانية . لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضرّ بالمالك قبله ، وقال فى الأولى : له ذلك . لأنه تصرّف مُباح فى ملكه ، فجاز له فعله ، كتعلية داره ، وهكذا الخلاف فى كلّ ما يُحدثه الجار مما يضرّ بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغةً أو حمّاماً يضرّ بعَقار جاره ، بحَمْي[1] ناره ، ورماده ، ودُخانه ، أو يحفر فى أصل حائطه حُشًّا[2] يتأذّى جارُه برائحته ، وغيرها ، أو يجعل داره مخبزاً فى وسط العطّارين ، ونحوه ، ممّا يُؤذى جيرانه ، فلا يحلّ له ذلك ، وقال الشافعى : له ذلك كله ، لأنه تصرّف مباح فى ملكه ، أشبه بناءه ونقضَه .

ولنا : قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرارَ » ولأنّه إحداث ضرر بجاره ، فلم يجز ، كالدقّ الذى يهزُّ الحيطان ، ويخرّبها ، وكإلقاء السّماد ، والتراب ، ونحوه فى أصل حائطه ، على وجه يضرّ به .

ولو كان لرجل مصنعُ[3] ماء ، فأراد جاره غرس شجرةِ تينٍ ، أو نحوها ، مما تسرى عروقُه ، فتشقُّ حائطَهُ مصنعَ جاره ، ويُتلفه لم يملك ذلك ، وكان لجاره منعه ، وقلعها إن غرسها ، ولو كان هذا الذى يحصل

---

(١) حمى : بفتح الحاء ، وسكون الميم مصدر حمت النار إذا اشتد حرها .

(٢) الحشى : بضم الحاء هو المرحاض .

(٣) مصنع الماء . مكان يجتمع فيه الماء كالحوض المعروف عندنا الآن .

منه الضرر سابقاً ،مثل مَنْ له فى ملكه مدبَغَةٌ ، أو مَقْصَرةٌ[1] ، فأحيا إنسان إلى جانبه مواتاً ، وبناه داراً يتضرّر بذلك لم يلزم إزالة الضرر بغير خلاف نعلمه ، لأنه لم يُحدث ضرراً .والله تعالى أعلم .

٤٣٠٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وسواء فى ذلك ما أحياه ، أو سبق إليه بإذن الإمام ، أو غير إذنه ﴾ .

وجملة ذلك : أن إحياء الموات لم يفتقر إلى إذن الإمام ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يفتقر إلى إذنه ؛ لأن للإمام مَدْخلاً فى النظر فى ذلك ، بدليل أن من تحجّر مواتاً فلم يحيه فإنّه يطالبه بالإحياء ، أو الترك ، فافتقر إلى إذنه ، كمال بيت المال .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً فَهِيَ لَهُ » ولأنّ هذه عينٌ مباحة، فلا يفتقر تملّكها إلى إذن الإمام ، كأخذ الحشيش ، والحطب ، ونظرُ الإمام فى ذلك لا يدلّ على اعتبار إذنه ، ألا ترى أن من وقف فى مَشْرَعةٍ طالبه الإمام أن يأخذ حاجته ، وينصرف ، ولا يفتقر ذلك إلى إذنه ، وأمّا مال بيت المال فإنّما هو مملوك للمسلمين ، وللامام ترتيب مصارفه ، فافتقر إلى إذنه ، بخلاف مسألتنا ، فإن هذا مباح ، فمن سَبَق إليه كان أحقّ الناس به ، كالحشيش ، والحطب ،والصُّيود ،والثمار .المباحة فى الجبال .

٤٣٠٦ (فصــل)

فأما ماسَبق إليه فهو الموات ، إذا سبق إليه فتحجّره كان أحقّ به ، وإن سبق إلى بئرٍ عاديَّةٍ ،فشرع فيها يعمُرها كان أحقّ بها ، ومن سَبق إلى مقاعد الأسواق ، والطرقات ، أو مشارع المياه ،والمعادن الظاهرة، والباطنة ، وكلّ مباح ، مثل الحشيش ، والحطب ، والثمار المأخوذة من الجبال ، وما ينبذه الناس رغبةً عنه ، أو يضيع منهم مما لا تتبعُه النفس للقطة ، واللقيط ، وما يسقُط من الثلج ، وسائر المباحات ، من سبق إلى شىء من هذا فهو أحقُّ به ، ولا يحتاج إلى إذن الإمام ، ولا إذن غيره ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إلى مَا لم يَسْبِقْ اَلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » والله الموفق .

تم بحمد الله الجزء الخامس من كتاب المغنى لابن قدامة ، ويليه الجزء السادس ، وأوله (كتاب الوقوف والعطايا) وكان تمام الجزء الخامس فى السابع من شهر المحرم سنة ١٣٨٩ﻫ الموافق الخامس والعشرين من مارس سنة١٩٦٩م ، ونسأل الله التوفيق لإتمام ما بعده

د . طه الزينى

---

(١) مقصرة مصبغة .

كتاب الوقوف والعطايا

الوُقُوف : جَمْعُ وقف ، يقال منه : وقفتُ وقفاً ، ولا يقال : أوقفتُ إلاّ فى شاذّ اللغة ، ويقال : حبستُ ، وأحْبَستُ ، وبه جاء الحديث « إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا » والعطايا : جمعُ عطيِّة ، مثل خَلِيّة ، وخلايا ، وبلّيةٍ وبلايا . والوقف مستحبّ ، ومعناه تحبيس الأصل ، وتسبيلُ الثمرة .

والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال : أصابَ عمرُ أرضاً بخَيْبَر ، فأتَى النبيَّ صلّى الله عليه وسلّم يَستأمِرُه فيها ، فقال : يَا رَسُولَ اللهِ إِنِّى أَصَبْتُ أَرْضاً بِخَيْبَر لَمْ أُصِبْ قَطُّ مَالاً أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ ، فَمَا تَأْمُرنِي فِيهَا ؟ فقالَ« إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا ، غَيْرَ أَنَّهُ لاَ يُبَاعُ أَصْلُهَا ، ولاَ يُبْتَاعُ، ولاَ يُوهَبُ ، ولاَ يُورَثُ » قال : فتصدّق بها عمر فى الفقراء ، وذوى القربى ، والرقاب ، وابن السبيل ، والضّيفِ ، لا جُناحَ على من وَلِيهَا أن يأكل منها ، أو يُطْعِم صديقاً بالمعروف ، غيرَ مُتَأَثِّلٍ فيه ، أو غيرَ مُتَمَوِّلٍ فيه . متفق عليه .

ورُوِى عن النبيّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم أنه قال « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلاَثٍ : صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، صحيح ، وأكثر أهل العلم من السلف ، ومَنْ بعدهم على القول بصحّة الوقف . قال جابر : لم يكن أحد من أصحاب النبىّ صلّى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف . ولم ير شُرَيح الوقف ، وقال : لا حبس عن فرائض الله ، قال أحمد : وهذا مذهب أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرّده ، وللواقف الرجوع فيه ، إلا أن يوصِىَ به بعد موته ، فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم ، وحكاه بعضهم عن علىّ ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وخالفه صاحباه ، فقالا كقول سائر أهل العلم .

واحتجّ بعضهم بما رُوِى : أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقةً ، وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلّم ، فجاء أبواه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالا : يا رسول الله ، لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط ، فردّه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم ماتا ، فورثهما ، رواه المحاملىّ فى أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القُربة من ملكه ، فلا يلزم بمجرّد القول ، كالصدقة ، وهذا القول يخالف السنّة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال لعمر فى وقفه « لا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلاَ يُبْتَاعُ ، ولاَ يُوهَبُ ، وَلاَ يُورَثُ » قال الترمذىّ رحمه الله : العملُ على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وغيرهم ، لا نعلم بين أحد من المتقدّمين منهم فى ذلك اختلافاً .

قال الحَمِيدىّ : تصدّق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمرُ بِرَبْعِهِ عند المروة على ولده ، وعثمانُ بُرُومَةَ[١] ، وتصدّق علىّ بأرضه بينْبُع ، وتصدّق الزبير بداره بمكة ، وداره بمصر ، وأمواله بالمدينة على ولده ، وتصدّق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده ، وعمرو بن العاص بالوَهْطِ[٢] ، وداره بمكة على ولده ، وحكيم بن حِزام بداره بمكة ، والمدينة على ولده ، فذلك كلّه إلى اليوم .

وقال جابر : لم يكن أحد من أصحاب النبىّ صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلاّ وقف ، وهذا إجماع منهم ، فإنّ الذى قدر منهم على الوقف وقف ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد ، فكان إجماعاً ، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصيّة ، فإذا نجّزه حالَ الحياة لزم من غير حكم ، كالعتق . وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت فليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقةً غير موقوف ، استنباب فيها رسولَ الله صلى الله عليه وسلم ، فرأى والديه أحقّ الناس بصرفها إليهما ، ولهذا لم يردّها عليه ، إنما دفعها إليهما ، ويحتمل أن الحائط كان لهما ، وكان هو يتصرّف فيه بحكم النيابة عنهما ، فتصرّف بهذا التصرّف بغير إذنهما ، فلم يُنفّذاه ، وأتيا النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، فردّه إليهما ، والقياس على الصدقة لا يصحّ ، لأنها تلزم فى الحياة بغير حكم حاكم ، وإنما تفتقر إلى القبض ، والوقفُ لا يفتقر إليه ، فافترقا .

٤٣٠٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله عليه ﴿ ومن وقف فى صحة من عقله ، وبدنه على قوم ، وأولادهم ، وعقبهم ، ثم آخره للمساكين ، فقد زال ملكه عنه ﴾

فى هذه المسألة فصول ثلاثة :

٤٣٠٨ (أحـــــدها)

أن الوقف إذا صحّ زال به ملك الواقف عنه فى الصحيح من المذهب ، وهو المشهور من مذهب الشافعىّ ، ومذهب أبى حنيفة ، وعن أحمد : لا يزول ملكه ، وهو قول مالك ، وحُكى قولاً للشافعىّ رضى الله عنه ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « حَبِّسِ الْأَصْلَ وسَبِّلِ الثَّمَرَةَ » .

ولنا : أنه سبب يُزيل التصرّف فى الرقبة ، والمنفعة ، فأزال الملك ، كالعتق ، ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته ، كالملك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوساً لا يُباع ، ولا يوهب ، ولا يورث ،

(١) رومة : هى بئر رومة ، وكانت ملكا ليهودى يسق منها بالأجر فاشتراها عثمان رضى الله عنه ، وجعلها صدقة على المسلمين يستقون منها بدون مقابل .

(٢) الوهط : بستان ومال كان لعمرو بن العاص رضى الله عنه بالطائف على ثلاثة أميال من وجّ ، كان يعرش على ألف ألف خشبه ثمن كل خشبة درهم.

وفائدة الخلاف أنّا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته ، والخصومة فيه ، ويحتمل أن يلزمه أرشُ جنايته ، كما يفدى أمّ الولد سيّدُها لما تعذّر تسليمه ، بخلاف غير المالك .

٤٣٠٩ (الفصل الثانى)

أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ، ويلزم الوقف بمجرّد اللفظ به ، لأن الوقف يحصُل به ، وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى : لا يلزم إلا بالقبض ، وإخراج الواقف له عن يده ، وقال : الوقف المعروف أن يخرجه من يده إلى غيره ، ويوكّل فيه من يقومُ به ، اختاره ابن أبى موسى ، وهو قول محمد بن الحسن ، لأنه تبرّع بمال لم يخرجه عن المالية فلم يلزم بمجرّده ، كالهبة ، والوصيّة .

ولنا : ما رويناه من حديث عمر ، ولأنه تبرّع يمنع البيع ، والهبة ، والميراث ، فلزم بمجرّده ، كالعتق ، ويفارق الهبة ، فإنها تمليك مطلق ، والوقف تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة ، فهو بالعتق أشبه ، فإلحاقه به أولى .

٤٣١٠ (الفصل الثالث)

أنه لا يفتقر إلى القبول من الموقوف عليه ، ذكره القاضى ، وقال أبو الخطاب : إن كان الوقف على غير معيّن ، كالمساكين ، أو مَنْ لا يتصوّر منه القبول ، كالمساجد ، والقناطر لم يفتقر إلى قبول ، وإن كان على آدمىّ معيّن ففى اشتراط القبول وجهان :

أحدهما : اشتراطه ، لأنه تبرّع لآدمىّ معيّن ، فكان من شرطه القبول ، كالهبة ، والوصيّة ، يحققه أن الوصيّة إذا كانت لآدمىّ معيّن وقفت على قبوله ، وإذا كانت لغير معيّن ، أو لمسجد ، أو نحوه لم تفتقر إلى قبول ، كذا ههنا .

والوجه الثانى: لا يشترط القبول ، لأنه أحد نوعى الوقف ، فلم يشترط له القبول ، كالنوع الآخر ، ولأنه إزالة ملك يمنع البيع ، والهبة ، والميراث ، فلم يُعتبر فيه القبول ، كالعتق ، وبهذا فارق الهبة ، والوصيّة ، والفرق بينه وبين الهبة ، والوصيّة أن الوقف لا يختصّ المعيّن ، بل يتعلّق به حقّ من يأتى من البطون فى المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرتّب ، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذى لا يبطل بردّ واحد . منهم ، ولا يقف على قبوله ، والوصيّة للمعيّن بخلافه . وهذا مذهب الشافعىّ .

فإذا قلنا : لا يفتقر إلى القبول لم يبطل بردّه ، وكان ردّه وقبوله وعدمهما واحداً ، كالعتق ، وإن قلنا : يفتقر إلى القبول فردّه من وُقف عليه بطل فى حقّه ، وصار كالوقف المنقطع الابتداء ، يخرّج فى صحّته فى حقّ من سواه ، وبطلانه وجهان ، بناءً على تفريق الصفقة ، فإن قلنا بصحّته فهل ينتقل فى الحال إلى من بعده ، أو يصرف فى الحال إلى مَصرِف الوقف المنقطع ، إلى أن يموت الذى ردّه ،

ثم ينتقل إلى مَنْ بعده ؟ على وجهين ، وسنذكر ذلك فى الوقف المنقطع الابتداء ، إن شاء الله تعالى .

٤٣١١ (فصـــل)

وينتقل الملك فى الموقوف إلى الموقوف عليهم فى ظاهر المذهب ، قال أحمد : إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم ، وهذا يدلّ على أنهم ملكوه .

ورُوى عن أحمد : أنه لا يُملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته فى مرضه يجوز . لأنه لا يُباع ، ولا يورث ، ولا يصير ملكاً للورثة . وإنما ينتفعون بغلّتها ، وهذا يدلّ بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله : لايملكون ، أى لا يملكون التصرّف فى الرقَبة ، فإنّ فائدة الملك ، وآثاره ثابتة فى الوقف ، وعن الشافعىّ من الاختلاف نحوُ ما حكيناه ، وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك فى الوقف اللازم ، بل يكون حقًّا لله تعالى ، لأنه إزالة ملك عن العين ، والمنفعة ، على وجه القُربة ، بتمليك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى ، كالعتق .

ولنا : أنه سبب يُزيل ملك الواقف ، وُجد إلى من يصحّ تمليكه ، على وجهٍ لمْ يخرج المالَ عن ماليّته ، فوجب أن ينقل الملك إليه ، كالهبة ، والبيع ، ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجرّدة لم يلزم ، كالعارية ، والسكنى ، ولم يزُل ملك الواقف عنه ، كالعارية ، ويفارق العتق ، فإنه أخرجه عن المالية ، وامتناع التصرّف فى الرقبة لا يمنع الملك ، كأمّ الولد .

٤٣١٢ (فصـــل)

وألفاظ الوقف ستة : ثلاثة صريحة ، وثلاثة كناية : فالصريحة : وقفت ، وحبست ، وسبّلت . متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد . لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس ، وانضمّ إلى ذلك عرف الشرع ، بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم لعمر « إنْ شئْتَ حَبَسْتَ أصْلَهَا وَسَبَّلْتَ ثَمَرَتَها » فصارت هذه الألفاظ فى الوقف كلفظ التطليق فى الطلاق .

وأما الكناية : فهى : تصدّقت ، وحرّمْتُ ، وأبّدْتُ ، فليست صريحةً . لأن لفظة الصدقة ، والتحريم مشتركة . فان الصدقة تُستعمل فى الزكاة ، والهبات ، والتحريم يُستعمل فى الظهار ، والأيمان ، ويكون تحريماً على نفسه ، وعلى غيره ، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم ، وتأبيد الوقف ، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال ، فلا يحصل الوقف بمجرّدها ، ككنايات الطلاق فيه ، فإن انضم إليها أحدُ ثلاثةِ أشياء حصل الوقف بها .

أحدها : أن ينضمّ إليها لفظة أخرى ، تخلّصها من الألفاظ الخمسة ، فيقول : صدقة موقوفة ، أو مُحبَّسةً ، أو مسبَّلة ، أو محرّمةً ، أو مؤبّدةً ، أو يقول : هذه محرّمة موقوفة ، أو محبّسة ، أو مسبّلة ، أو مؤبّدة .

الثانى : أن يصفها بصفات الوقف ، فيقول : صدقة لا تُباع ، ولا توهب ، ولا تُورث . لأن هذه القرينة تُزيل الاشتراك .

الثالث : أن ينوىَ الوقف ، فيكون على ما نوى ، إلا أنّ النيّة تجعله وقفاً فى الباطن دون الظاهر ، لعدم الاطّلاع على ما فى الضمائر ، فإن اعترف بما نواه لزم فى الحكم لظهوره ، وإن قال : ما أردت الوقف ، فالقولُ قوله ، لأنه أعلم بما نوى .

٤٣١٣ (فصـــل)

وظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصُل بالفعل مع القرائن الدالّة عليه ، مثل أن يبنى مسجداً ، ويأذَن للناس فى الصلاة فيه ، أو مقبرةً ، ويأذن فى الدفن فيها ، أو سقايةً ويأذن فى دخولها ، فإنّه قال فى رواية أبى داود ، وأبى طالب ، فيمن أدخل بيتا فى المسجد وأذِن فيه ، لم يرجع فيه ، وكذلك إذا اتّخذ المقابر ، وأذن للناس ، والسقاية فليس له الرجوع ، وهذا قول أبى حنيفة . وذكر القاضى فيه روايةً أخرى : أنه لا يصير وقفاً إلا بالقول ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وأخذه القاضى من قول أحمد إذ سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرةً ، ونوى بقلبه ، ثم بدا له العَوْدُ ، فقال : إن كان جعلها لله فلا يرجع ، وهذا لا ينافى الرواية الأولى ، فإنه أراد بقوله : إن كان جعلها لله أى نوى بتحويطها جعلها لله ، فهذا تأكيدا للرواية الأولى ، وزيادة عليها ، إذ منعه من الرجوع بمجرّد التحويط مع النية ، وإن أراد بقوله جعلها لله : أى اقترنت بفعله قرائن دالّة على إرادة ذلك ، من إذنه للناس فى الدفن فيها ، فهى الرواية الأولى بعينها ، وإن أراد وقفاً بلسانه ، فيدلّ بمفهومه على أن الوقف لا يحصُل بمجرّد التحويط ، والنية ، وهذا لا ينافى الرواية الأولى ، لأنه فى الأولى انضمّ إلى فعله إذنُهُ للناس فى الدفن ، ولم يوجد ههنا ، فلا تنافى بينهما ، ثم لم يعلم مراده من هذه الاحتمالات ، فانتفت هذه الرواية ، وصار المذهب روايةً واحدةً ، والله أعلم ، واحتجوا بأنهذا تحبيس أصلٍ علىوجه القربة ، فوجب أن لا يصحّ بدون اللفظ ، كالوقف علىالفقراء .

ولنا : أن العرف جار بذلك ، وفيه دلالة على الوقف ، فجاز أن يثبت به ، كالقول ، وجرى مجرى من قدّم إلى ضيفه طعاماً كان إذناً فى أكله ، ومن ملأ خابيةً ماء على الطريق كان تسبيلاً له ، ومن نثر على الناس نِثاراً كان إذناً فى التقاطه ، وأُبيح أخذه ، وكذلك دخول الحمّام ، واستعمال مائه من غير إذن مباح ، بدلالة الحال ، وقد قدّمنا فى البيع أنه يصحّ بالمعاطاة ، من غير لفظ ، وكذلك الهبة ، والهديّة ، لدلالة الحال ، فكذلك ههنا . وأما الوقف على المساكين فلم تجربه عادة بغير لفظ ، ولو كان شيء جرت به العادة ، أو دلّت الحال عليه كان كمسألتنا ، والله أعلم .

٤٣١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منافعه ﴾

وجملة ذلك : أن من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً . فقد صارت منافعه جميعها للموقوف عليه ، وزال عن الواقف ملكه ، وملك منافعه ، فلم يجُز أن ينتفع بشيء منها ، إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين ، فيدخل في جملتهم ، مثل أن يقف مسجداً ، فله أن يصلّي فيه ، أو مقبرةً فله الدفن فيها ، أو بئراً للمسلمين فله أن يستقي منها ، أو سقايةً ، أو شيئاً يعمّ المسلمين ، فيكون كأحدهم ، لا نعلم في هذا كله خلافاً . وقد رُوي عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه . أنه سبّل بئر رومةَ ، وكانَ دَلْوُه فيها كدِلاء المسلمين .

٤٣١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ إلا أن يشترط أن يأكل منه ، فيكون له مقدارما يشترط ﴾

وجملته : أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن يُنفق منه على نفسه صحّ الوقف والشرط ، ونصّ عليه أحمد . قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : يَشترطُ في الوقف : أنّي أُنفق على نفسي ، وأهلي منه ؟ قال : نعم ، واحتجّ قال : سمعتُ ابن عُيَيْنةَ عن ابن طاوس ، عن أبيه ، عن حجر المدري ، أنّ في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر ، وقال القاضي : يصحّ الوقف روايةً واحدةً ، لأن أحمد نصّ عليها في رواية جماعة ، وبذلك قال ابن أبي ليلى ، وابن شُبْرُمَةَ ، وأبو يوسف ، والزبير ، وابن شُرَيح ، قال مالك ، والشافعيّ ، ومحمد بن الحسن : لايصحّ الوقف . لأنه إزالة الملك ، فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه ، كالبيع ، والهبة ، وكما لو أعتق عبداً بشرط أن يخدمه ، ولأن ما يُنفقه على نفسه مجهول . فلم يصحّ اشتراطه ، كما لو باع شيئاً ، واشترط أن ينتفع به .

ولنا : الخبر الذي ذكره الإمام أحمد . ولأن عمر رضي الله عنه لمّا وقف قال : ولا بأس على من وليها أن يأكل منها ، أو يُطعم صديقاً غير متموّل فيه . وكان الوقف في يده إلى أن مات . ولأنه إذا وقف وقفاً عامًّا ، كالمساجد ، والسقايات ، والرّباطات ، والمقابر كان له الانتفاع به ، فكذلك ههنا ، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدّة حياته ، أو مدّةً معلومةً معيّنة ، وسواء قدّر ما يأكل منه ، أو أطلقه ، فإن عمر رضي الله عنه . لم يقدّر ما يأكل الوالي ، ويُطعم إلاّ بقوله : بالمعروف ، وفي حديث صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر ، إلا أنه إذا شرط أن ينتفع به مدّة معيّنةً ، فمات فيها . فينبغي أن يكون ذلك لورثته ، كما لو باع داراً ، واشترط أن يسكنها سنةً ، فمات في أثنائها ، والله أعلم .

٤٣١٦ (فصـــــل)

وإن شرط أن يأ كل أهله منه صحّ الوقف ، والشرط . لأن النبى صلى الله عليه وسلم . شرط ذلك فى صدقته ، وإن اشترط أن يأ كل من وليه منه ويُطعم صديقاً جاز . لأن عمر رضى الله عنه شرط ذلك فى صدقته ، التى استشار فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإن وليها الواقف كان له أن يأ كل ، ويُطعم صديقاً ، لأن عمر ولى صدقته ، وإن وليها أحدٌ من أهله . كان له ذلك ، لأن حفصة بنت عمر كانت تلى صدقته بعد موته ، ثم وليها بعدها عبدُ الله بن عمر .

٤٣١٧ (فصـــــل)

وإن شرط أن يبيعه متى شاء ، أو يهبه ، أو يرجع فيه . لم يصحّ الشرط ، ولا الوقف ، لا نعلم فيه خلافاً . لأنه يُنافى مقتضَى الوقف ويحتمل أن يفسدَ الشرط ، ويصحّ الوقف ، بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

وإن شرط الخيار فى الوقف فسد ، نصّ عليه أحمد . وبه قال الشافعىّ ، وقال أبو يوسف فى رواية عنه : يصحّ . لأن الوقف تمليك المنافع ، فجاز شرط الخيار فيه ، كالإجارة .

ولنا : أنه شرط يُنافى مقتضى العقد ، فلم يصحّ ، كما لو شرط أنّ له بيعه متى شاء ، ولأنه إزالة ملك لله تعالى ، فلم يصحّ اشتراط الخيار فيه ، كالعتق . ولأنه ليس بعقد معاوضة ، فلم يصحّ اشتراط الخيار فيه ، كالهبة ، ويُفارق الإجارة ، فإنّها عقد معاوضة ، وهى نوع من البيع ، ولأن الخيار إذا دخل فى العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار ، أو التصرّف ، وههنا لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ، ولم يمنع التصرّف ، فافترقا .

٤٣١٨ (فصـــــل)

وإن شرط فى الوقف أن يُخرج من شاء من أهل الوقف ، ويُدخل من شاء من غيرهم لم يصحّ . لأنه شرطٌ يُنافى مقتضى الوقف ، فأفسده ، كما لو شرط أن لا ينتفع ، وإن شرط للناظر أن يُعطِىَ من يشاء من أهل الوقف ، ويَحرِم من يشاء جاز . لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف ، وإنّما علّق استحقاق الوقف بصفة ، فكأنّه جعل له حقاً فى الوقف ، إذا اتّصف بإرادة الوالى لعطيّته ، ولم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه ، فأشبه مالو وقف على المشتغلين من ولده ، فإنه يستحقّ منهم من اشتغل به ، دون من لم يشتغل ، فلو ترك المشتغلُ الاشتغالَ زال الاستحقاق ، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه ، والله أعلم .

٤٣١٩ (فصـــــل)

إذا جعل عُلْوَ داره مسجداً دون سُفْلِها أو سُفْلَهَا دون عُلْوِها صحّ ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ . لأن المسجد يتبعُه هواؤه .

ولنا : أنه يصحّ بيعها ، كذلك يصحّ وقفه ، كالدار جميعها . ولأنه تصرّف يُزيل الملك إلى من يثبُت له حقّ الاستقرار ، والتصرّف ، فجاز فيما ذكرنا ، كالبيع .

٤٣٢٠ (فصـــل)

وإن جعل وسط داره مسجداً ، ولم يذكر الاستطراق ، صحّ ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ حتّى يذكر الاستطراق .

ولنا: أنه عقدٌ يبيح الانتفاع، من ضرورته الاستطراق فصحّ وإن لم يذكر الاستطراق، كما لو أجّر بيتاً من داره .

٤٣٢١ (فصـــل)

إذا وقف على نفسه ، ثم على المساكين ، أو على ولده ، ففيه روايتان .

إحداهما : لا يصحّ . فإنه قال فى رواية أبى طالب ، وقد سُئل عن هذا فقال : لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله ، وفى سبيل الله . فإذا وقفه عليه حتّى يموت فلا أعرفه ، فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلاً . وهل يبطُل الوقف على من بعده ؟ على وجهين : بناءً على الوقف المنقطع الابتداء ، وهذا مذهب الشافعىّ . لأن الوقف تمليكٌ للرقبة والمنفعة ، ولا يجوز أن يملّك الإنسان نفسَه من نفسِه ، كما لا يجوز أن يبيع نفسَه مالَ نفسِه ، ولأن الوقف على نفسه إنمّا حاصلُه منع نفسه التصرّف فى رقبة الملك ، فلم يصحّ ذلك ، كما لو أفرده ، بأن يقول : لا أبيع هذا ، ولا أهبه ، ولا أورّثه . ونقل جماعة أن الوقف صحيح ، اختاره ابن أبى موسى ، قال ابن عقيل : وهى أصحّ . وهو قول ابن أبى ليلى ، وابن شُبْرُمَةَ ، وأبى يوسف وابن سُرَيج ، لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شىء من منافعه ، ولأنه يصحّ أن يقف وقفاً عامًّا ، فينتفع به كذلك إذا خصّ نفسه بانتفاعه ، والأول أقيس .

٤٣٢٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ والباقى على من وقف عليه وأولاده الذكور ، والإناث من أولاد البنين بينهم بالسويّة إلا أن يكون الواقف فضّل بعضهم ﴾

فى هذه المسألة فصول أربعة :

٤٣٢٣ (الأول)

أنه إذا وقف على قوم ، وأولادهم ، وعقبهم ، ونسلهم كان الوقف بين القوم وأولادهم ، ومن حدث من نسلهم على سبيل الاشتراك إن لم تقترن به قرينة تقتضى ترتيباً . لأن الواو تقتضى الاشتراك ، فإذا اجتمعوا اشتركوا ، ولم يقدّم بعضهم على بعض ، ويشارك الآخر الأول ، وإن كان من البطن العاشر ، وإذا حدث حمل لم يُشارك حتى ينفصل ، لأنه يحتمل أن لا يكون حملاً ، فلا يثبُت له حكم الولد قبل إنفصاله .

٤٣٢٤ (فصـــــل)

فإن قال : وقفت على أولادى ، ثم على المساكين ، أو قال : على ولدى ، ثم على المساكين ، أو على ولد فلان ، ثم على المساكين ، فقد رُوى عن أحمد . ما يدلّ على أنه يكون وقفاً على أولاده ، وأولاد أولاده، من الأولاد البنين ، ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك ، قال المروزىّ : قلت لأبى عبدالله : ماتقول فى رجل وقف ضَيْعةً على ولده ، فمات الأولاد ، وتركوا النِّسوةَ حواملَ ؟ فقال : كلّ ما كان من أولاد الذكور بناتٍ كنّ أو بنينَ فالضيعةُ موقوفةٌ عليهم ، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شىء . لأنهم من رجل آخر .

وقال أيضاً فيمن وقف على ولد علىّ بن إسماعيل ، ولم يقل : إن مات ولد علىّ بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده ، فمات ولد علىّ بن إسماعيل : دُفع إلى ولده أيضاً . لأن هذا من ولد علىّ ابن إسماعيل . ووجه ذلك أن الله تعالى قال (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) (١) فدخل فيه ولد البنين ، وإن سفَلوا ، ولما قال (وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ) (٢) فتناول ولدَ البنين . وكذلك كلّ موضع ذكر الله تعالى الولد دخل فيه ولدُ البنين ، فالمطلق من كلام الآدمىّ إذا خلا عن قرينة ينبغى أن يُحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ويفسَّر بما يفسّر به ، ولأن ولدَ ولده ولدٌ له ، بدليل قول الله تعالى (يَا بَنِي آدَمَ — و — وَيَا بَنِي إِسْرائِيلَ) وقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم « ارْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فإنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِياً » ، وقال « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ بنِ كِنَانَةَ » والقبائلُ كلّها تُنسب إلى جُدودها ، ولأنه لو وقف على ولد فلان ، وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين ، فكذلك إذا لم يكونوا قبيلةً .

وقال القاضى وأصحابه : لا يدخل فيه ولد الولد بحال ، سواء فى ذلك ولد البنين ، وولد البنات ، لأن الولد حقيقةً وعرفاً إنما هو ولده لصُلبه ، وإنما يُسمَّى ولدُ الولدِ ولداً مجازاً ، ولهذا يصحّ نفيه ، فيقال : ما هذا ولدى ، إنما هو ولدُ ولدِى ، وإن قال : على ولدى لصُلبى فهو آكدُ ، وإن قال : على ولدى ، وولدِ ولدِى ، ثمّ على المساكين دخل فيه البطن الأول ، والثانى ، ولم يدخل فيه البطن الثالث ، وإن قال : على ولدى ، وولد ولدى ، وولد ولد ولدى ، دخل فيه ثلاث(٣) بطون ، دون مَنْ بعدهم ، وموضع الخلاف المطلق ، فأما مع وجود دلالةٍ تصْرف إلى أحد الحمِلين فإنّه يُصرف اليه ، بغير خلاف ، مثل أن يقول : على ولد فلان ، وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صُلبه ، فإنّه يُصرف إلى أولاد الأولاد بغير خلاف ،

(١) بعض الآية ١١ من سورة النساء . (٢) بعض الآية ١١ من سورة النساء .
(٣) كان الأولى أن يقول (ثلاثة بطون) لأن البطن مذكر .

وكذلك إن قال . على أولادى ، أو ولدى ، وليس له ولد من صُلبه ، أو قال : ويفضّل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم ، أو قال : فإذا خلت الأرض من عَقِبى عاد إلى المساكين ، أو قال : على ولدى ، غير ولد البنات ، أو غير ولد فلان ، أو قال : يفضّل البطنُ الأعلى على الثانى ، أو قال : الأعلى ، فالأعلى ، وأشباه ذلك ، فهذا يصرف لفظه الى جميع نسله ، وعاقبته .

وإن اقترنت به قرينة تقتضى تخصيص أولاده لصُلبه بالوقف ، مثل أن يقول : على ولدى لصلبى ، أو الذين يلوننى ، ونحو هذا ، فإنه يختصّ بالبطن الأول ، دون غيرهم ، وإذا قلنا بالتعميم فيهم ، إمّا للقرينة ، وإما لقولنا : بأن المطلق يقتضى التعميم . ولم يكن فى لفظه ما يقتضى تشريكاً ، ولا ترتيباً ، احتمل أن يكون بينهم كلّهم على التشريك ، لأنهم دخلوا فى اللفظ دخولاً واحداً ، فوجب أن يكون بينهم مشتركاً ، كما لو أقرّ لهم بدين ، ويحتمل أن يكون على الترتيب ، على حسب الترتيب فى الميراث ، وهذا ظاهر كلام أحمد ، لقوله فيمن وقف على ولد علىّ بن إسماعيل ، ولم يقل : إن مات ولد علىّ بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده ، فمات ولد علىّ بن إسماعيل ، وترك ولداً ، فقال : إن مات بعض ولد علىّ بن إسماعيل دُفع إلى ولده أيضاً لأن هذا من ولد علىّ بن إسماعيل ، فجعله لولد من مات من ولد علىّ بن إسماعيل عند موت أبيه ، وذلك أن ولد البنين لمّا دخلوا فى قول الله تعالى (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ)[1] ولم يستحقّ ولد البنين شيئاً مع وجود آبائهم ، واستحقّوا عند فقدهم ، كذا ههنا ، فأمّا إن وصّى لولد فلان ، وهم قبيلة ، فلا ترتيب فيه ، ويستحقّ الأعلى ، والأسفلُ على كلّ حال .

٤٣٢٥ (فصل)

وإن رتّب فقال : وقفت هذا على ولدى ، وولد ولدى ، ماتناسلوا ، وتعاقبوا ، الأعلى ، فالأعلى ، أو الأقرب ، فالأقرب ، أو الأول ، فالأول ، أو البطن الأول ، ثم البطن الثانى ، أو على أولادى ثمّ على أولاد أولادى ، أو على أولادى ، فإن انقرضوا فعلى أولاد أولادى فكلّ هذا على الترتيب ، فيكون على ما شرط ولا يستحقّ البطن الثانى شيئاً حتى ينقرض البطن كلّه ، ولو بقى واحد من البطن الأول كان الجميع له ، لأن الوقف ثبت بقوله ، فيتّبع فيه مقتضى كلامه ، وإن قال : على أولادى ، وأولادهم ، ما تعاقبوا ، وتناسلوا ، على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده ، كان ذلك دليلاً على الترتيب ، لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد الولد سهما ، مثل سهم أبيه ، ثم دفعنا اليه سهم أبيه صار له سهمان ، ولغيره سهم ، وهذا ينافى التسوية ، ولأنه يفضى إلى تفضيل ولد الابن على الابن ، والظاهر من إرادة الواقف خلافُ هذا .

---

(١) بعض الآية ١١ من سورة النساء .

فإذا ثبت الترتيب فإنّه يترتّب بين كلّ ولد ، وولده ، فإذا مات عن ولد انتقل إلى ولده سهمُهُ ، سواء بقي من البطن الأول أحدٌ أو لم يبقَ .

٤٣٢٦ (فصــــل)

وإن رتب بعضهم دون بعض ، فقال : وقفتُ على ولدى ، وولد ولدى ، ثم على أولادهم ، أو على أولادى ، ثمّ على أولاد أولادى ، وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا ، أو قال : على أولادى ، وأولاد أولادى ، ثم على أولادهم ، وأولاد أولادهم ، ما تناسلوا ، فهو على ما قال : يشترك من شرّك بينهم بالواو المقتضيـة للجمع ، والتشريك ، ويَتَرتَّب ، من رتّبه بحرف الترتيب ، ففي المسألة الأولى يشترك الولد ، وولد الولد ، ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختصّ به الولد ، فإذا انقرضوا صار مشتركاً بين مَنْ بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان ، دون غيرهم ، فإذا انقرضوا اشترك فيه مَنْ بعدهم .

٤٣٢٧ (فصــــل)

وإن قال : وقفت على أولاى ، ثم على أولاد أولادى ، على أنه مَنْ مات من أولادى عن ولدٍ فنصيبه لولده ، أو فنصيبه لإخوته ، أو لولد ولده ، أو لولد أخيه ، أو لأخواته ، أو لولد أخواته ، فهو على ما شرطه ، وإن قال : من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، ومن مات منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف ، وكان له ثلاثة بنين ، فمات أحدهم عن ابنين ، انتقل نصيبه إليهما ، ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبُه لأهل الوقف ، وكان له ثلاثة بنين ، فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ، ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه لأخيه ، وابنى أخيه بالسويّة ، لأنهم أهل الوقف .

ثم إن مات أحد ابنى الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه ، وعمّه ، لأنهما أهل الوقف ، ولو مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد ، وخلّف أخويه ، وابنى أخٍ له فنصيبهُ لأخويه ، دون ابنى أخيه ، لأنهما ليسا من أهل الوقف ، ما دام أبوهما حيًّا ، فإذا مات أبوهما صار نصيبه لهما ، فإذا مات الثالث كان نصيبه لابنى أخيه بالسويّة ، إن لم يخلّف ولداً ، وإن خلّف ابناً واحداً فله نصيب أبيه ، وهو النصف ، ولابنى عمّه النصفُ : لكلّ واحد الرُّبع .

وإن قال : من مات منهم من غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو فى درجته ، فإن كان الواقف مرتِّباً بطناً بعد بطن ، كان نصيب الميت عن غير ولد لأهل البطن الذى هو منه ، وإن كان مشتركاً بين البطون كلّها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلّهم ، لأنهم فى استحقاق الوقف سواء ، فكانوا فى درجته من هذه الجهة ، ولأننا لو صرفنا نصيبه إلى بعضهم أفضى إلى تفضيل بعضهم ، والتشريكُ يقتضى التسوية ، فعلى هذا يكون وجود هذا الشرط كعدمه ، لأنه لو سكت عنه ، كان الحكم

فيه كذلك ، ويحتمل أن يعود نصيبه إلى سائر أهل البطن الذى هو منه ، لأنهم فى درجته فى القرب إلى الجدّ الذى يجمعهم ، ويستوى فى ذلك إخوته ، وبنو عمّه ، وبنو بنى عمّ أبيه ، لأنهم سواء فى القرب ، ولأننا لو شرّكنا بين أهل الوقف كلّهم فى نصيبه لم يكن فى هذا الشرط فائدة ، والظاهر أنه قصد شيئاً يفيد .

فعلى هذا : إن لم يكن فى درجته أحد بطل هذا الشرط ، وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره ، وإن كان الوقف على البطن الأول ، على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من فى درجته ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلّهم ، يتساوَوْن فيه ، سواء كانوا من بطن واحد ، أو من بطون ، وسواء تساوت أنصباؤهم فى الوقف ، أو اختلفت ، لما ذكرنا من قبل .

والثانى : أن يكون لأهل بطنه ، سواء كانوا من أهل الوقف ، أو لم يكونوا ، مثل أن يكون البطن الأول ثلاثةً ، فمات أحدهم عن ابن ، ثم مات الثانى عن ابنين ، فمات أحد الابنين ، وترك أخاه ، وعمّه ، وابن عمّه ، وابناً لعمّه الحىّ ، فيكون نصيبه بين أخيه وابنى عمه .

والثالث : أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف ، فيكون نصيبه على هذا لأخيه ، وابن عمه الذى مات أبوه ، فإن كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال : كرجل له أربعة بنين . وقف على ثلاثةٍ منهم ، على هذا الوجه المذكور ، وترك الرابع ، فمات أحد الثلاثة عن غير ولد ، لم يكن للرابع فيه شىء ، لأنه ليس من أهل الاستحقاق ، فأشبه ابن عمّهم .

٤٣٢٨ (فصــــل)

وإن وقف على بنيه وهم ثلاثة ، على أن من مات من فلان ، وفلان ، وأولادهم ، عن ولد فنصيبه لولده ، وإن مات فلان فنصيبه لأهل الوقف ، فهو على ما شرط ، وكذلك إن كان له بنون ، وبنات ، فقال : من مات من الذكور فنصيبه لولده ، ومن مات من البنات فنصيبها لأهل الوقف ، فهو على ما قال ، وإن قال : على أولادى ، على أن يصرف إلى البنات منه ألف ، والباقى للبنين ، لم يستحقّ البنون شيئاً ، حتى تَستوفى البناتُ الألف ، لأنه جَعل للبنات مُسمًّى ، وجعل للبنين الفاضلَ عنه ، فكان الحكم فيه على ما قال ، فجعل البنات كذوى الفروض الذين سَمّى الله لهم فرضاً ، وجعل البنين كالعصَبات الذين لا يستحقّون إلاّ ما فضل عن ذوى الفُروض .

٤٣٢٩ (فصــــل)

فإن كان له ثلاثة بنين ، فقال : وقفتُ على ولدى فلان ، وفلان ، وعلى ولد ولدى ، كان الوقف على الابنين المسمَّيَيْنِ ، وعلى أولادهما ، وأولاد الثالث ، وليس للثالث شىء ، وقال القاضى : يدخل الثالث

فى الوقف ، وذكر أن أحمد قال فى رجل قال : وقفتُ هذه الضيْعةَ على ولدى فلان ، وفلان ، وعلى ولد ولدى ، وله ولد غير هؤلاء قال : يشتركون فى الوقف ، واحتجّ القاضى بأن قوله ولدى يستغرق الجنس ، فيعمّ الجميع ، وقوله فلان ، وفلان ، تأكيد لبعضهم ، فلا يوجب إخراج بقيّتهم ، كالعطف فى قوله (مَنْ كَانَ عدُوًّا للهِ وَملاَئِــكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ)[1].

ولنا أنه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع ، فاختصّ بالبعض المبدَل ، كما لو قال : على ولدى فلان ، وذلك لأن بدل البعض يوجبُ اختصاص الحكم به ، كقول الله تعالى (وَللهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إلَيْهِ سَبِيلاً)[2] لما خصّ المستطيع بالذكر اختصّ الوجوب به ، ولو قال : ضربت زيداً رأسَه ، ورأيتُ زيداً وجهَه اختصّ الضرب بالرأس ، والرؤية بالوجه ، ومنه قول الله تعالى (وَيَجْعَلَ الْخَبِيثَ بَعْضَهُ عَلَى بَعْضٍ)[3] وقول القائل : طرحتُ الثياب بعضَها فوق بعض ، فإنّ الفوقية تختصّ بالبعض ، مع عموم اللفظ الأول ، كذا ههنا ، وفارق العطف ، فإنّ عطف الخاصّ على العامّ يقتضى تأكيده ، لا تخصيصه ، وقول أحمد : هم شركاء ، يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده ، أى يشترك أولاد الموقوف عليهما ، وأولاد غيرهم ، لعموم لفظ الواقف فيهم ، ويتعين حملُ كلامه عليه لقيام الدليل عليه .

ولو قال : على ولدى فلان ، وفلان ، ثم على المساكين خرج فيه من الخلاف مثلُ ما ذكرنا ، ويحتمل أن يدخل فى الوقف ولد ولده ، لأننّا قد ذكرنا من قبلُ أن ظاهر كلام أحمد أنّ قوله وقفتُ على ولدى يتناول نسله ، وعاقبته كلّها .

٤٣٣٠ (فصــــــل)

ومن وقف على أولاده ، أو أولاد غيره ، وفيهم حمل لم يستحقّ شيئاً قبل انفصاله لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله ، قال أحمد فى رواية جعفر ابن محمد ، فيمن وقف نخلاً على قوم ، وما توالدوا ، ثم وُلد مولود ، فإن كانت النخل قد أُبِّرتْ فليس له فيه شيء ، وهو للأول ، وإن لم تــكن قد أُبِّرت فهو معهم ، وإنّما قال ذلك لأنّها قبل التأبير تتبع الأصل فى البيع ، وهذا الموجود يستحقّ نصيبه من الأصل ، فيتبعه حصّته من الثمرة ، كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل ، وبعد التأبير لا تتبع الأصل ، ويستحقّها من كان له الأصل ، فــكانت للأول ، لأن الأصل كان كله له ، فاستحقّ ثمرته ، كما لو باع هذا النصيب

(١) بعض الآية ٩٨ من سورة البقرة .

(٢) بعض الآية ٩٧ من سورة آل عمران .

(٣) بعض الآية ٣٧ من سورة الأنفال .

منها ، ولم يستحقّ المولود منها شيئاً ، كالمشترى ، وهكذا الحكم فى سائر ثمر الشجر الظاهر ، فإن المولود لايستحقّ منه شيئاً ، ويستحقّ مما ظهر بعد ولادته ، وإن كان الوقف أرضاً فيها زرع يستحقّه البائع ، فهو للأول ، وإن كان مما يستحقّه المشترى فللمولود حصّته منه ، لأن المولود يتجدد استحقاقه للأصل ، كتجدّد ملك المشترى فيه .

٤٣٣١ (الفصل الثانى)

إذا وقف على قوم ، وأولادهم ، وعاقبتهم ، ونسلهم دخل فى الوقف ولد البنين ، بغير خلاف نعلمه ، فأما ولد البنات فقال الخِرَقىّ : لايدخلون فيه ، وقد قال أحمد ، فيمن وقف على ولده : ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شىء ، فهذا النصّ يحتمل أن يُعدّى إلى هذه المسألة ، ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ، ولم يذكر ولد ولده ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدّم ، وممن قال : يدخل ولد البنات فى الوقف الذى على أولاده ، وأولاد أولاده مالك ، ومحمد بن الحسن ، وهكذا إذا قال : على ذرّيتهم ، ونسلهم ، وقال أبو بكر ، وعبد الله بن حامد : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب الشافعىّ ، وأبو يوسف ، لأن البنات أولاده ، فأولادهنّ أولاد حقيقة ، فيجب أن يدخلوا فى الوقف ، لتناول اللفظ لهم ، وقد دلّ على صحّة هذا قول الله تعالى (وَنُوحاً هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ[(١)] ــ إلى قوله ــ وَعِيسى) وهو من ولد بنته ، فجعله من ذرّيته ، وكذلك ذكر الله تعالى قصّة عيسى ، وابراهيم ، وموسى ، وإسماعيل ، وإدريس ، ثم قال (أُولَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَّةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ ، وَمِنْ ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ[(٢)]) وعيسى معهم ، وقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم للحسن « إنّ ابنى هَذا سَيِّدٌ » وهو ولد بنته ، ولما قال الله تعالى (وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ[(٣)]) دخل فى التحريم حلائل أبناء البنات ، ولمّا حرم الله تعالى البنات دخل فى التحريم بناتُهنّ .

ووجه قول الخِرَقىّ أن الله تعالى قال (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ) فدخل فيه ولد البنين ، دون ولد البنات ، وهكذا كلّ موضع ذكر فيه الولد فى الإرث ، والحَجْب دخل فيه ولد البنين ، دون ولد البنات ، ولأنه لو وقف على ولد رجل ، وقد صاروا قبيلةً دخل فيه ولد البنين ، دون ولد البنات بالاتفاق ، وكذلك قبل أن يصيروا قبيلةً ، ولأنه لو وقف على ولد العبّاس فى عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته ، فكذلك إذا وقف عليهم فى حياته ، ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم ، دون أمهاتهم ، قال الشاعر :

---

(١) بعض الآيتين ٨٤ ، ٨٥ من سورة الأنعام .

(٢) بعض الآية ٥٨ من سورة مريم .

(٣) بعض الآية ٢٣ من سورة النساء .

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ(١)

وقولهم : إنهم أولاد أولاد حقيقة ، قلنا : إلا أنهم لا يُنْسَبُون إلى الواقف عُرفاً ، ولذلك لو قال : أولاد أولادى المنتسبين إلىّ لم يدخل هؤلاء فى الوقف ، ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمىّ ليس بهاشمىّ ، ولا يُنسب إلى أبيها ، وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب يُنسب إليه ، فنُسِب إلى أمه ، لعدم أبيه ، ولذلك يقال : عيسى بن مريم ، وغيرُه إنما يُنسب إلى أبيه ، كيحيى بن زكريا ، وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم «إنّ ابنى هَذَا سَيِّد» تجوّز بغير خلاف، بدليل قول الله تعالى(مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ)(٢) وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد مايدلّ على تعيين أحد الأمرين . فأما إن وجد ما يَصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف إليه ، ولو قال : على أولادى ، وأولاد أولادى ، على أن لولد البنات سهماً ، ولولد البنين سهمين ، أو فإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إلىّ من قِبَلَ أبٍ ، أو أمّ كان للمساكين ، أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلّهم بنات ، وأشباه هذا ، ممّا يدلّ على إرادة ولد البنات بالوقف ، دخلوا فى الوقف .

وإن قال : على أولادى ، وأولاد أولادى المنتسبين إلىّ ، أو غير ذوى الأرحام ، أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات .

وإن قال : على ولدى فلان ، وفلانة ، وفلانة ، وأولادهم ، دخل فيه ولد البنات ، وكذلك لو قال : على أنه من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده .

وإن قال الهاشمىّ : وقفت على أولادى ، وأولاد أولادى . الهاشميّين لم يدخل فى الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمىّ ، فأمّا من كان هاشميّاً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون ؟ على وجهين :

(أولهما) أنهم يدخلون لأنهم اجتمع فيهم الصفتان جميعاً ، كونهم من أولاد أولاده ، وكونهم هاشميّين .

(والثانى) : لا يدخلون ، لأنهم لم يدخلوا فى مُطلق أولاد أولاده ، فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين ، وإن قال : على أولادى ، وأولاد أولادى ، ممن يُنسب إلى قبيلتى ، فكذلك .

٤٣٣٢ (الفصل الثالث)

أنه إذا وقف على أولاد رجل ، وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والأنثى ، لأنه تشريك بينهم ، وإطلاق التشريك يقتضى التسوية ، كمالو أقرّ لهم بشىء ، وكولد الأمّ فى الميراث حين شرّك الله تعالى بينهم

---

(١) تقدير البيت : بنو أبنائنا هم بنونا ، فبنونا خبر مقدم وبنو مبتدأ مؤخر ، وبناتنا مبتدأ ، وبنوهن مبتدأ ثان ، والجملة من المبتدأ الثانى وخبره خبر المبتدأ الأول الذى هو بناتنا . والمعنى أن بنى أبنائنا هم بنونا الذين ينتسبون إلينا بالبنوه ، أما أبناء بناتنا فهم أبناء الرجال الأباعد ، الذين هم أزواج بناتنا . (٢) بعض الآية ٤٠ من الأحزاب

فيه ، فقال (فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ) تساووا فيه ، ولم يفضّل بعضهم على بعض ، وليس كذلك فى ميراث ولد الأبوين ، وولد الأب ، فإن الله تعالى قال (وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ[1]) ولا أعلم فى هذا خلافا .

٤٣٣٣ (الفصل الرابع)

أنه إذا فضّل بعضهم على بعض فهو على ما قال ، فلو قال : وقفت على أولادى ، وأولاد أولادى ، على أن للذكر سهمين ، وللأنثى سهماً أو للذكر مثلُ حظ الأنثيين ، أو على حسب ميراثهم ، أو على حسب فرائضهم ، أو بالعكس من هذا ، أو على أنّ للكبير ضِعْفَ ما للصغير ، أو للعالم ضعفَ ما للجاهل ، أو للعائل ضعفَ ما للغنى ، أو عكس ذلك ، أو عيّن بالتفضيل واحداً معيّناً ، أو ولده ، أو ما أشبه هذا فهو على ما قال ، لأن ابتداء الوقف مفوّض إليه ، فكذلك تفضيله وترتيبه .

وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ، وردّه بصفة ، مثل أن يقول : من تزوّج منهم فله ، ومن فارق فلا شيء له ، أو عكس ذلك ، أو من حفظ القرآن فله ، ومن نسيه فلا شيء له ، ومن اشتغل بالعلم فله ، ومن ترك فلا شيء له ، أو من كان على مذهب كذا فله ، ومن خرج منه فلا شيء له ، فكلّ هذا صحيح على ما شرط .

وقد روى هشام بن عُروة أن الزبير جعل دُوره صدقةً على بنيه ، لاتُباع ، ولاتوهب ، وأن المردودة من بناته أن تسكن غير مُضِرَّةٍ ، ولا مُضَرٍّ بها ، فإن استغنت بزوج فلا حقّ لها فى الوقف ، وليس هذا تعليقاً للوقف بصفة ، بل الوقف مطلق ، والاستحقاق له بصفة ، وكلّ هذا مذهب الشافعىّ ، ولا نعلم فيه خلافاً .

٤٣٣٤ (فصـــل)

والمستحبّ أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم ، للذكر مثلُ حظ الأنثيين . وقال القاضى : المستحبّ التسوية بين الذكر والأنثى ، لأن القصد القُربة على وجه الدوام ، وقد استووا فى القرابة .

ولنا : أنه إيصال للمال إليهم ، فينبغى أن يكون بينهم على حسب الميراث ، كالعطيّة ، ولأن الذكر فى مَظِنّة الحاجة أكثر من الأنثى ، لأن كلّ واحد منهما فى العادة يتزوّج ، ويكون له الولد ، فالذكر تجب عليه نفقة امرأته ، وأولاده ، والمرأة يُنفق عليها زوجها ، ولا يلزمها نفقة أولادها ، وقد فضل الله الذكر

(١) بعض الآية ١٧٦ من سورة النساء وهى آخر السورة ، وكانت فى الأصل (فإن كانوا) وهو خطأ فأصلحناه كما ترى .

على الأنثى فى الميراث ، على وفق هذا المعنى ، فيصحّ تعليله به ، ويتعدّى إلى الوقف ، وإلى غيره من العطايا ، والصلات ، وما ذكره القاضى لا أصل له ، وهو ملغى بالميراث ، والعطيّة ، فإن خالف ، فسوّى بين الذكر والأنثى ، أو فضّلها عليه ، أو فضّل بعض البنين ، أو بعض البنات على بعض ، أو خصّ بعضهم بالوقف دون بعض ، فقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم : إن كان على طريق الأثَرَة فأكرهه ، وإن كان على أن بعضهم له عيال ، وبه حاجة ، يعنى فلا بأس به .

ووجه ذلك أن الزبير خص المردودةَ من بناته دون المستغنية منهنّ بصدقته ، وعلى قياس قول أحمد لو خصّ المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه ، تحريضاً لهم على طلب العلم ، أو ذا الدين دون الفسّاق ، أو المريض ، أو من له فضل من أجل فضيلته ، فلا بأس . وقد دل على صحة هذا أن أبا بكر الصدّيق رضى الله عنه نَحَل عائشَة جِذَاذ عشرين وَسْقاً دون سائر ولده ، وحديث عمر أنه كتب : بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين إن حَدَث به حَدَث أنّ ثَمْغاً ، وصِرْمَةَ[1] بْنِ الأَكْوَعِ ، والعَبْدَ الّذِي فِيهِ ، والمائةَ سَهْم الّتِي بخَيْبَر ، ورَقِيقَه الذى فيه ، الذى أَطْعَمَهُ مُحَمَّد صَلّى الله عليه وسلم بالواد ، تليه حَفْصَة ، ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأى من أهلها ، أن لا يباع ، ولا يُشترى ، ينفقه حيث رأى من السائل ، والمحروم ، وذوى القربى ، لا حرج على من وَلِيَه إن أكل ، أو آكل ، أو اشترى رقيقاً منه ، رواه أبو داود ، وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها ، وأخواتها .

٤٣٣٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإذا لم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ﴾

يعنى إذا وقف على قوم ونسلهم ، ثم على المساكين ، فانقرض القوم ، ونسلهم ، فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ، ولم ينتقل إليهم ، ما دام أحد من القوم ، أو من نسلهم باقياً ، لأنه رتبه للمساكين بعدهم ، والمساكين الذين يستحقّون السهم من الزكاة ، والفقراء يدخلون فيهم ، وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين ، لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذى يُسمّيان به شامل لهما ، وهو الحاجة ، والفاقة ، ولهذا لما سمّى الله عزّ وجلّ المساكين فى مصرف كفّارة اليمين ، وكفّارة الظهار ، وفدية الأذى تناولها جميعاً ، وجاز الصرف إلى كلّ واحد منهما ، ولما ذكر الفقراء فى قوله (لِلْفُقَرَاءِ الّذين أُحْصِرُوا فِى سَبِيلِ اللهِ)[2] وفى قوله (وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاء فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ)[3] تناول القسمين ، وكلّ موضع ذكر

---

(١) ثمغا وصرمة بن الأكوع مالان لعمر بن الخطاب رضى الله عنه بالمدينة وقفهما .
(٢) بعض الآية ٢٧٣ من سورة البقرة .
(٣) بعض الآية ٢٧١ من سورة البقرة .

فيه أحد اللفظين تناول القسمين ، إلا فى الصدقات ، لأن الله تعالى جمع بين الاسمين ، وميّز بين المسمَّيَيْن ، فاحتجنا إلى التمييز بينهما ، وفى غير الصدقات يستحقّ الكلّ بكلّ واحد من الاسمين ، فإن جمع بين الاسمين ، بالوقف أيضاً ، فقال : وقفت هذا على الفقراء ، والمساكين ، نصفين ، أو ثلاثاً ، وجب التمييز بينهما أيضاً ، فنزلناها منزلتهما من سهام الصدقات .

وإن قال : على الفقراء ، والمساكين ، فقياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين ، وإباحة الدفع إلى واحد ، كما قلنا فى الزكاة ، ويتخرّج أن لا يجوز الدفع إلى أقلّ من ثلاثة من كلّ صنف ، بناءً على القول فى الزكاة أيضاً . ولا خلاف فى أنه لا يجب تعميمهم بالعطية ، كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ، ولا فى أنه يجوز التفضيل بين من يُعطيه منهم ، سواء كانوا ذكوراً ، أو إناثاً ، أو كان الوقف ابتداءً ، أو انتقل إليهم عن غيرهم ، وضابط هذا أنه متى كان الوقفُ على من يمكن حصرهم ، واستيعابهم ، والتسوية بينهم وجب استيعابهم ، والتسوية بينهم ، إذا لم يفضّل الواقف بعضهم على بعض ، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم ، كالمساكين ، أو قبيلة كبيرة ، كبنى تميم ، وبنى هاشم ، جاز الدفع إلى واحد ، وإلى أكثر منه ، وجاز التفضيل ، والتسوية ، لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذّر استيعابهم دليل على أنه لم يُرده ، ومن جاز حرمانهُ جاز تفضيل غيره عليه .

فإن كان الوقف فى ابتدائه على من يمكن استيعابه ، فصار ممّن لا يمكن استيعابه ، كرجل وقف على ولده ، وولد ولده ، فصاروا قبيلةً كبيرةً ، تخرُج عن الحصر ، مثل أن يقف علىٌّ رَضِيَ الله عنه ، على ولده ، ونسله ، فإنه يجب تعميم من أمكن منهم ، والتسوية بينهم ، لأن التعميم كان واجباً ، وكذلك التسوية ، فإذا تعذر وجب منه ما أمكن ، كالواجب الذى يعجز عن بعضه ، ولأن الواقف أراد التعميم ، والتسوية ، لامكانه ، وصلاح لفظه ، لذلك ، فيجب العمل بما أمكن منه ، بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف ممّا لا يمكن ذلك فيهم .

٤٣٣٦ (فصـــل)

وإن وقف على سبيل الله ، أو ابن السبيل ، أو الرّقاب ، أو الغارمين ، فهم الذين يستحقّون السهم من الصدقات ، لا يعدوهم الى غيرهم ، لأن المطلق من كلام الآدميّين محمول على المعهود فى الشرع ، فينظر من كان يستحقّ السهم من الصدقات ، فالوقف مصروف إليه ، وشرحهم يأتى فى موضعه إن شاء الله تعالى .

وإن وقف على الأصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات صُرِف إليهم ، ويُعطى كلّ واحد منهم من الوقف مثلَ القدر الذى يُعطى من الزكاة ، لا يُزاد على ذلك ، فيُعطى الفقير والمسكين ما يتمّ به غناؤه ، والغارم

قدر ما يقضى غرمه ، والمكاتب قدر ما يؤدّى به كتابته ، وابن السبيل ما يبلّغه ، والغازى ما يحتاج إليه لغزوه ، وإن كان غنيّاً ، واختُلف فى قدر ما يحصل به الغِنَى ، فقال أحمد فى رواية علىّ بن سعيد ، فى الرجل يُعطَى من الوقف خمسين درهماً : فقال : إن كان الواقف ذكر فى كتابه المساكين فهو مثلُ الزكاة ، وإن كان متطوّعاً أعطِىَ ما شاء ، وكيف شاء ، فقد نصّ أحمد على إلحاقه بالزكاة فيكون الخلاف فيه كالخلاف فى الزكاة ، والله أعلم .

وإن وقف على جميع الأصناف ، أو على صنفين ، أو أكثر فهل يجوز الاقتصار على صنف واحد ، أو يجب إعطاء بعض كلّ صنف من الموقوف عليه ؟ على وجهين ، بناء على الزكاة .

٤٣٣٧ (فصـــــل)

وإذا وقف على سبيل الله ، وسبيل الثواب ، وسبيل الخير ، فسبيل الله هو الغزو ، والجهاد فى سبيل الله ، فيُصرف ثلث الوقف إلى من يُصرف إليهم السهمُ من الزكاة ، وهم الغُزاة الذين لا حقّ لهم فى الديوان ، وإن كانوا أغنياء ، وسائر الوقف يُصرف إلى كلّ ما فيه أجر ، ومثوبة ، وخير ، لأن اللفظ عامّ فى ذلك ، وقال أصحابنا : يُجزَّأ الوقف ثلاثةَ أجزاء ، فجزء يُصرف إلى الغزاة ، وجزء يُصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء ، لأنهم أكثر الجهات ثواباً ، فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « صَدَقَتُكَ عَلَى ذِى الْقَرَابَةِ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » والثالث يُصرف إلى من يأخذ الزكاة ، لحاجته ، وهم خمسة أصناف : الفقراء ، والمساكين ، والرقاب ، والغارمون لمصلحتهم ، وابن السبيل ، لأن هؤلاء أهلُ حاجةٍ ، منصوصٌ عليهم فى القرآن ، فكان مَنْ نَصَّ اللهُ تعالى عليه فى كتابه أولى من غيره ، وإن ساواه فى الحاجة ، وهذا مذهبُ الشافعىّ .

ولنا : أن لفظه عامّ ، فلا يجب التخصيص بالبعض ، لكونه أولى ، كالفقراء ، والمساكين فى الزكاة ، لا يجب تخصيص أقاربه منهم بها ، وإن كانوا أولى ، وكذلك سائر الألفاظ العامّة ، وإن أوصى فى أبواب البرّ صرف فى كلّ ما فيه برّ ، وقُربة ، وقال أصحابنا : يُصرف فى أربع جهات : أقاربه غيرُ الوارثين ، والمساكين ، والجهاد ، والحجّ ، قال أبو الخطاب : وعنه فداء الأسرى مكان الحجّ ، ووجه القولين ماتقدّم فى التى قبلها .

٤٣٣٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يجعل آخره للمساكين ، ولم يبق ممّن وقف عليه أحد ، رجع إلى ورثة الواقف ، فى إحدى الروايتين . عن أبى عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى يكون وقفاً على أقرب عَصَبةِ الواقف ﴾

وجملة ذلك : أن الوقف الذى لا اختلاف فى صحّته ما كان معلوم الابتداء ، والانتهاء ، غيرَ منقطع ، مثل أن يُجعل على المساكين ، أو طائفةٍ لا يجوز بحكم العادة انقراضُهم ، وإن كان غير معلوم الانتهاء ،

مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم . بحكم العادة ، ولم يَجعل آخره للمساكين ، ولا لجهة غير منقطعة ، فإن الوقف يصحّ ، وبه قال مالك ، وأبو يوسف ، والشافعيّ فى أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن : لا يصحّ ، وهو القول الثانى للشافعيّ ، لأن الوقف مقتضاه التأبيد ، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول ، فلم يصحّ ، كما لو وقف على مجهول فى الابتداء .

ولنا : أنه تصرّف معلوم المصرف ، فصحّ ، كما لو صرحّ بمصرفه المتّصل ، ولأن الاطلاق إذا كان له عرف حُمل عليه ، كنقد البلد ، وعرف المصرِف ، وههنا هم أولى الجهات به ، فكأنه عينهم .

إذا ثبت هذا : فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف ، وبه قال الشافعيّ ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه ينصرف إلى المساكين ، واختاره القاضى ، والشريف أبو جعفر ، لأنه مَصرِف الصدقات ، وحقوق الله تعالى من الكفّارات ، ونحوها ، فإذا وُجدت صدقة غيرُ معيّنةِ المصرِف انصرفت إليهم ، كما لو نذر صدقةً مطلقةً ، وعن أحمد رواية ثالثة : أنه يُجعل فى بيت مال المسلمين ، لأنه مالٌ لا مستَحِقّ له ، فأشبه مال مَنْ لا وارث له ، وقال أبو يوسف : يرجع إلى الواقف ، وإلى ورثته ، إلا أن يقول : صدقةٌ موقوفةٌ يُنفقُ منها على فلان ، وعلى فلان ، فإذا انقرض المسمَّى كانت للفقراء ، والمساكين ، لأنه جعلها صدقةً على مُسمًّى ، فلا تكون على غيره ، ويفارق ما إذا قال : ينفَق منها على فلان ، وفلان ، فإنه جعل الصدقةَ مُطلقةً .

ولنا : أنه أزال ملكه لله تعالى ، فلم يجُز أن يرجع إليه ، كما لو أعتق عبداً ، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته ، بدليل قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « صَدَقَتُكَ عَلَى غَيْرِ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وَصَدَقَتُكَ عَلَى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ » وقال « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِياء خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » ولأن فيه إغناءهم وصلة أرحامهم . لأنهم أولى الناس بصدقاته ، النوافل ، والمفروضات ، كذلك صدقته المنقولة .

إذا ثبت هذا : فإنه فى ظاهر كلام الخِرَقيّ ، وظاهر كلام أحمد يكون للفقراء منهم ، والأغنياء ، لأن الوقف لا يختصّ الفقراء ، ولو وقف على أولاده تناول الفقراء ، والأغنياء ، كذا ههنا ، وفيه وجه آخر : أنه يختصّ لفقراء منهم ، لأنهم أهلُ الصدقات ، دون الأغنياء ، ولأنّا خَصَصْناهم بالوقوف ، لكونهم أولى الناس بالصدقة ، وأولى الناس بالصدقة الفقراء ، دون الأغنياء ، واختلفت الرواية فيمن يستحقّ الوقف من أقرباء الواقف .

ففى إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم ، لأنهم الذين صَرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته ، واستغنائه عنه ، فكذلك يُصرف إليهم من صدقته مالم يذكر له مصرفاً ، ولأن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال « إنَّكَ

أَنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ» فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ، ويكون وقفاً عليهم ، نصّ عليه أحمد ، وذكره القاضي ، لأن الوقف يقتضي التأبيد ، وإنما صرفناه إلى هؤلاء ، لأنهم أحقّ الناس بصدقته ، فصرف إليهم مع بقائه صدقةً ، ويحتمل كلام الخِرَقيّ أن يُصرف إليهم على سبيل الإرث ، ويبطلُ الوقف فيه . فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف .

(والرواية الثانية) : يكون وقفاً على أقرب عَصَبة الواقف ، دون بقيّة الورثة ، من أصحاب الفروض ، ودن البعيد من العَصَبات ، فيقدّم الأقرب ، فالأقرب ، على حسب استحقاقهم لولاء الموالى ، لأنهم خُصُّوا بالعقل عنه ، وبميراث مواليه ، فخصّوا بهذا أيضاً .

وهذا لا يقوى عندى ، فإنّ استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل ، من نصّ ، أو إجماع ، أو قياس ، ولا نعلم فيه نصًّا ، ولا إجماعاً ، ولا يصحّ قياسه على ميراث ولاء الموالى ، لأن علّته لا تتحقق ههنا ، وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين ؛ لأنهم مصارفُ مال الله تعالى ، وحقوقه ، فإن كان فى أقارب الواقف مساكين ، كانوا أولى به ، لا على سبيل الوجوب ، كما أنهم أولى بزكاته ، وصلاته ، مع جواز الصرف إلى غيرهم ، ولأننا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التعيين فهى أيضاً جهة منقطعة ، فلا يتحقّق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين ، وقال الشافعيّ : يكون وقفاً على أقرب الناس إلى الواقف ، الذكرُ ، والأنثى فيه سواء .

٤٣٣٩ (فصــــل)

فإن لم يكن للواقف أقارب ، أو كان له أقارب ، فانقرضوا ، صُرف إلى الفقراء ، والمساكين وقفاً عليهم ، لأن القصد به الثواب الجارى عليه ، على وجه الدوام ، وإنما قدّمنا الأقارب على المساكين ، لكونهم أولى ، فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك ، فصرف إليهم ، إلا على قول من قال : إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكاً لهم ، فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال ، لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه ، وصار ميراثاً لا وارث له ، فكان بيت المال به أولى .

٤٣٤٠ (فصــل)

فان قال : وقفت هذا ، وسكت ، أو قال : صدقةً موقوفةً ، ولم يذكر سبيله ، فلا نصّ فيه ، وقال ابن حامد : يصحّ الوقف ، قال القاضي : هو قياس قول أحمد ، فانّه قال فى النذر المطلق : ينعقد موجِباً لكفّارة يمين ، وهذا قول مالك ، والشافعيّ فى أحد قوليه ، لأنه إزالة ملك على وجه القربة ، فوجب أن يصحّ مطلقه كالأضحية ، والوصيّة ، ولو قال : وصيّت بثلث مالى صحّ ، وإذا صحّ صرف إلى مصارف الوقف المنقطع ، بعد انقراض الموقوف عليه .

٤٣٤١ (فصـــل)

وإن وقف على من يجوز الوقف عليه ، ثمّ على من لا يجوز الوقف عليه ، مثل أن يقف على أولاده ، ثم على البيع ، صحّ الوقف أيضاً ، ويرجع بعد انقراض من جاز الوقف عليه إلى من يُصرف اليه الوقف المنقطع ، لأن ذكره لمن لا يجوز الوقف عليه وعدمه واحد ، ويحتمل أن لا يصحّ الوقف ، لأنه جمع بين ما يجوز ، وما لا يجوز ، فأشبه تفريق الصفقة .

٤٣٤٢ (فصـــل)

وإن كان الوقف منقطع الابتداء ، مثل أن يقفه على من لايجوز الوقف عليه ، كنفسه ، أو أمّ ولده ، أو عبده ، أو كنيسةٍ ، أو مجهول ، فان لم يذكر له مآلاً يجوز الوقف عليه ، فالوقف باطل ، وكذلك إن جعل مآله مما لا يجوز الوقف عليه ، لأنه أخلّ بأحد شرطى الوقف ، فبطل ، كما لو وقف ما لا يجوز وقفه ، وإن جعل له مآلاً يجوز الوقف عليه ، مثل أن يقفه على عبده ، ثم على المساكين ، ففى صحّته وجهان ، بناء على تفريق الصفقة ، وللشافعىّ فيه قولان كالوجهين .

فإذا قلنا : يصحّ ، وهو قول القاضى ، وكان من لا يجوز الوقف عليه ممّن لا يمكن اعتبار انقراضه ، كالميتّ ، والمجهول ، والكنائس ، صرف فى الحال الى من يجوز الوقف عليه ، لأننا لمّا صحّحنا الوقف مع ذكر ما لا يجوز الوقف عليه فقد ألغيناه ، فإنّه يتعذّر التصحيح مع اعتباره .

وإن كان من لا يجوز الوقف عليه يمكن اعتبار انقراضه ، كأمّ ولده ، وعبدٍ معيّن ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه ينصرف فى الحال إلى من يجوز الوقف عليه ، كالتى قبلها ، ذكره أبو الخطّاب . والثانى : أنه يُصرف فى الحال إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه ، فإذا انقرض صُرف إلى من يجوز ، وهذا الوجه الذى ذكره القاضى ، وابن عقيل ، لأن الواقف إنّما جعله وقفاً على من يجوز بشرط انقراض هذا ، فلا يثبت بدونه ، وفارق مالا يمكن اعتبار انقراضـه ، فإنّه تعذر اعتباره ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

٤٣٤٣ (فصـــل)

وإن كان الوقف صحيح الطرفين ، منقطع الوسط ، مثل أن يقف على ولده ، ثم على عبيده ، ثمّ على المساكين خرّج فى صحّة الوقف وجهان ، كمنقطع الانتهاء ، ثم يُنظر فيما لا يجوز الوقف عليه ، فإن لم يمكن اعتبار انقراضه ألغيناه إذا قلنا بالصحة ، وإن أمكن اعتبار انقراضه ، فهل يُعتبر ، أو يلغى ؟ على وجهين ، كما تقدم ، وإن كان منقطع الطرفين ، صحيح الوسط ، كرجل وقف على عبيده ، ثم على أولاده ، ثم على الكنيسة ، خرّج فى صحته أيضاً وجهان ، ومصرفهُ بعدَ من يجوز إلى مصرف الوقف المنقطع .

٤٣٤٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن وقف فى مرضه الذى مات فيه ، أو قال : هو وقف بعد موتى ، ولم يخرج من الثلث وُقِف منه بقدر الثلث ، إلا أن تُجيز الورثة ﴾

وجملته : أن الوقف فى مرض الموت بمنزلة الوصيّة فى اعتباره من ثلث المال ، لأنه تبرّع ، فاُعتبر فى مرض الموت من الثلث ، كالعتق ، والهبة ، وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ، ولزم ، وما زاد على الثلث لزم الوقف منه فى قدر الثلث ، ووَقف الزائد على إجازة الورثة ، لا نعلم فى هذا خلافاً عند القائلين بلزوم الوقف ، وذلك لأن حق الورثة تعلّق بالمال ، بوجود المرض ، فمنع التبرّع بزيادة على الثلث ، كالعطايا ، والعتق ، فأمّا إذا قال : هو وقف بعد موتى ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أنه يصحّ ، ويُعتبر من الثلث ، كسائر الوصايا ، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد ، وقال القاضى : لا يصحّ هذا ، لأنه تعليق للوقف على شرط ، وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل مالو علّقه على شرط فى حياته ، وحمل كلام الخِرَقىّ على أنه قال : قفوا بعد موتى ، فيكون وصيّة ، بالوقف ، لا إيقافاً ، وقال أبو الخطاب : قول الخِرَقىّ هذا يدلّ على جواز تعليق الوقف على شرط .

ولنا على صحّة الوقف بالمعلّق بالموت ما احتجّ به الإمام أحمد رضى الله عنه . أنّ عمر وصّى ، فكان فى وصيّته . هذا ما أوصى به عبدُ الله عمر ، أميرالمؤمنين، إن حَدثَ به حَدَث ، أنّ ثمغا صَدَقةٌ ، وذكر بقية الخبر ، وقد ذكرناه فى غير هذا الموضع ، ورواه أبو داود بنحو من هذا ، وهذا نصّ فى مسألتنا ، ووقفه هذا كان بأمر النبىّ ، صلى الله عليه وسلم ، ولأنه اشتهر فى الصحابة ، فلم يُنكر ، فكان إجماعاً ، ولأن هذا تبرّع معلّق بالموت ، فصح كالهبة ، والصدقة المطلقة ، أو نقول : صدقة معلّقة بالموت ، فأشبهت غير الوقف ، ويفارق هذا التعليق على شرط فى الحياة ، بدليل الهبة المطلقة ، والصدقة ، وغيرهما ، وذلك لأن هذا وصيّة والوصيّة أوسعُ من التصرّف فى الحياة ، بدليل جوازها بالمجهول ، والمعدوم ، وللمجهول ، وللحمل ، وغير ذلك ، وبهذا يتبيّن فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط .

٤٣٤٥ (فصل)

ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط فى الحياة ، مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حَبيس ، أو إذا وُلد لى ولد ، أو إذا قدم لى غائبى ، ونحو ذلك ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، لأنه نقلٌ للملك ، فيما لم يبن على التغليب ، والسراية ، فلم يجز تعليقه على شرط ، كالهبة ، وسوّى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت ، وتعليقه بشرط فى الحياة ، ولا يصحّ لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

٤٣٤٦ (فصــل)

وإن علّق انتهاءه على شرط ، نحو قوله : دارى وقف إلى سنة ، أو إلى أن يقدم الحـاجّ لم يصحّ فى أحد الوجهين ، لأنه يُنافى مقتضى الوقف ، فإن مقتضاه التأبيد ، وفى الآخر يصحُّ ، لأنهُ منقطع الانتهاء فأشبه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء ، فإن حكمنا بصحّته ههنا فحكمه حكم مُنقطع الانتهاء .

٤٣٤٧ (فصــــل)

وإن قال : هذا وقف على ولدى سنةً ، ثم على المساكين صحّ ، وكذلك إن قال : هذا وقف على ولدى مدّةَ حياتى ، ثم هو بعد موتى للمساكين صحّ ، لأنه وقف متّصل الابتداء ، والانتهاء ، وإن قال : وقف على المساكين ، ثم على أولادى صحّ ، ويكون وقفاً على المساكين ، ويلغى قوله على أولادى ، لأن المساكين لا انقراض لهم .

٤٣٤٨ (فصــــل)

واختلفت الرواية عن أحمد فى الوقف فى مرضه على بعض ورثته ، فعنه لا يجوز ذلك ، فإن فعل وُقف على إجازة سائر الورثة .

قال أحمد فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، فيمن أوصى لأولاد بنيه بأرض تُوقف عليهم ، فقال : إن لم يرثوه فجائز ، فظاهر هذا أنه لا يجوز الوقف عليهم فى المرض ، اختاره أبو حفص العُـكْبَرِىّ ، وابن عقيل، وهو مذهب الشافعىّ .

والرواية الثالثة : يجوز أن يقف عليهم ثلثه ، كالأجانب ، فإنه قال فى رواية جماعة منهم الميمونى : يجوز للرجل أن يقف فى مرضه على ورثته فقيل له : أليس تذهب أنّه لا وصيّة لوارث ؟ فقال : نعم ، والوقف غير الوصيّة ، لأنه لا يُباع ، ولايورث ، ولا يَصير ملـكاً للورثة ، ينتفعون بغلّته ، وقال فى رواية أحمد بن الحسن ، فإنه صرّح فى مسألته بوقف ثلثه على بعض ورثته ، دون بعض ، فقال : جائز ، قال الخبرى : وأجاز هذا الأكثرون ، واحتجّ أحمد رضى الله عنه بحديث عمر رضى الله عنه أنّه قال : هـذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حَدَثَ بِهِ حَدَثٌ أنَّ ثَمْـغاً[1] صَدَقَةٌ ، والعَبْدُ الَّذِى فِيهِ ، والسَّهْمُ الَّذِى بِخَيْبَر ، ورقيقُه الَّذِى فِيهِ ، والمائةُ وَسْقٍ الّذى أَطْعَمَنِى مُحمدٌ صلّى الله عليه وسلّم تَلِيه حَفْصَةُ مَا عَاشَتْ ، ثُمَّ يَلِيه ذو الرأى مِن أهله ، لا يُباع ، ولا يُشترى ، يُنْفِقُهُ حَيْثُ يَرَى مِنَ السَّائِلِ ، والمَحْرُومِ ، وذَوِى القُرْبَى ، ولا حَرَجَ عَلَى مَنْ وَلِيَـهُ إنْ أَكَلَ أَوْ اشْتَرى رَقِيقاً . رواه أبو داود بنحوِ من هذا ، فالحجّة أنه جعل لحفصة أن تَلِىَ وقفه ، وتأكُل منه ، وتشترى رقيقاً، قال الميمونىّ : قلتُ لأحمد :

(١) ثمغ : بفتح الثاء وسكون الميم مال بالمدينة لعمر بن الخطاب رضى اللـه عنه جعله وقفاً .

إنّما أمر النبيُّ صلّى الله عليه وسلم عمر بالإيقاف ، وليس فى الحديث الوارث ، قال : فإذا كان النبيّ صلّى الله عليه وسلم أمره ، وهو ذا قد وقفها على ورثته ، وحبس الأصل عليهم جميعاً ، ولأنّ الوقف ليس فى معنى المال ، لأنه لا يجوز التصرّف فيه ، فهو كمتق الوارث .

ولنا : أنه تخصيص لبعض الورثة بماله فى مرضه ، فمنع منه ، كالهبات ، ولأنّ كلّ من لا تجوز له الوصيّة بالعين لا تجوز بالمنفعة ، كالأجنبيّ فيما زاد على الثلث ، وأما خبر عمر فإنّه لم يخصّ بعض الورثة بوقفه ، والنزاع إنّما هو فى تخصيص بعضهم ، وأما جعل الولاية لحفصة فليس ذلك وقفاً عليها ، فلا يكون ذلك وارداً فى محلّ النزاع ، وكونه انتفاعاً بالغلّة لا يقتضى جواز التخصيص ، بدليل ما لو أوصى لورثته بمنفعة عبدٍ لم يجُز ، ويحتمل أن يُحمل كلام أحمد فى رواية الجماعة على أنّه وقف على جميع الورثة ، ليكون على وفق حديث عمر ، وعلى وفق الدليل الذى ذكرنا .

٤٣٤٩ (فصــــل)

فإن وقف داره وهى تخرج من الثلث ، بين ابنه وبنته نصفين فى مرض موته ، فعلى رواية الجماعة يصحّ الوقف ، ويلزم ، لأنه لمّا كان يجوز له تخصيص البنت بوقف الدار كلّها فبنصفها أولى ، وعلى الرواية التى نصرناها إن أجاز الابن ذلك جاز ، وإن لم يُجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت ، وهو السدس ، ويرجع إلى الابن ملكاً ، فيكون له النصف . وقفاً ، والسدس ملكاً مطلقاً ، والثلث للبنت جميعُه وقفاً ، ويحتمل أن يبطُل الوقف فى نصف ما وقف على البنت ، وهو الربع ، ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفاً ، ونصفها للابن ، وربعها للبنت ، والربع الذى بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً ، للابن ثلثاه ، وللبنت ثلثه ، وتصحّ المسألة من اثنى عشر ، للابن ستة أسهم . وقفاً ، وسهمان ملكاً ، وللبنت ثلاثة أسهم وقفاً ، وسهم ملكاً . ولو وقفها على ابنه ، وزوجته نصفين ، وهى تخرج من الثلث فردّ الابن صحّ الوقف ، على الابن فى نصفها ، وعلى المرأة فى ثمنها ، وللابن إبطال الوقف فى ثلاثة أثمانها ، فترجع إليه ملكاً على الوجه الأول ، وعلى الوجه الثانى يصحّ الوقف على الابن فى نصفها وهو أربعة أسباع نصيبه ، ويرجع إليه باقى حِصّته ملكاً ، ويصحّ الوقف فى أربعة أسباع الثمن الذى للمرأة ، وباقيه يكون لها ملكاً ، فاضرب سبعةً فى ثمانية ، تكون ستةً وخمسين ، للابن ثمانية وعشرون وقفاً ، وأحدٌ وعشرون ملكاً ، وللمرأة أربعة أسهم وقفاً ، وثلاثة ملكاً ، وهكذا ذكر أصحاب الشافعىّ .

فأما إن كانت الدار جميعَ ملكه ، فوقفها كلّها فعلى ما اخترناه الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث ، فإنّ الوارث فى جميع بالمال كالأجنبيّ فى الزائد عن الثلث ، وأما على ما رواه الجماعة فانّ الوقف يلزم

فى الثلث من غير اختيار الورثة ، وفيما زاد فلهما إبطال الوقف فيه ، وللابن إبطال التسوية ، فإن اختار إبطال التسوية دون إبطال الوقف خرج فيه وجهان :

أحدهما : أنه يبطل الوقف فى التُّسع ، ويرجع إليه ملكاً ، فيصير له النصف وقفاً ، والتُّسع ملكاً ، ويكون للبنت السدس ، والتُّسعان وقفاً ، لأن الابن إنّما ملك إبطال الوقف فى ماله دون مالغيره .

والوجه الثانى : أن له إبطال الوقف فى السدس ، ويصير له النصف وقفاً ، والتسع ملكاً ، وللبنت الثلث وقفاً ، ونصف التّسع ملكا ، لئلاّ تزداد البنت على الابن فى الوقف ، وتصحّ المسألة فى هذا الوجه من ثمانيةَ عشر ، للابن تسعة وقفاً ، وسهمان ملكاً ، وللبنت ستة أسهم وقفاً ، وسهم ملكاً ، وقال أبو الخطاب : له إبطال الوقف فى الربع كلّه ، ويصير له النصف وقفاً ، والسدس ملكاً ، ويكون للبنت الربع وقفاً ونصف السدس ملكاً ، كما لو كانت الدار تخرج من الثلث ، وتصحّ من اثنى عشر .

٤٣٥٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا خرب الوقف ولم يردّ شيئاً بيع ، واشترُى بثمنه ما يردّ على أهل الوقف ، وجُعل وقفاً كالأول ، وكذلك الفرسُ الحبيسُ إذا لم يَصلحْ للغزو بيع ، واشترُى بثمنه ما يصلحُ للجهاد ﴾

وجملة ذلك : أن الوقف إذا خرب ، وتعطّلت منافعه ، كدارٍ انهدمت ، أو أرض خربت ، وعادت مَواتاً ولم تمكن عمارتها ، أو مسجد انتقل أهل القرية عنه ، وصار فى موضع لايُصلّى فيه ، أو ضاق بأهله ، ولم يمكن توسيعه فى موضعه ، أو تشعّب جميعُه فلم تمكن عمارته ، ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه ، جاز بيعُ بعضه ، لتعمُر به بقيتُه ، وإن لم يمكن الانتفاع بشىء منه بيع جميعُه . قال أحمد فى رواية أبى داود : إذا كان فى المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما ، وصُرف ثمنهما عليه ، وقال فى رواية صالح : يحوّل المسجد خوفاً من اللصوص ، وإذا كان موضعه قَذراً ، قال القاضى : يعنى إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ، ونصّ على جواز بيع عَرْصَتِهِ فى رواية عبد الله ، وتكون الشهادة فى ذلك على الإمام .

قال أبو بكر : وقد رَوى علىّ بن سعيد : أن المساجد لا تُباع ، وإنّما تُنقل آلتها ، قال : وبالقول الأول أقول ، لإجماعهم على جواز بيع الفَرسِ الحبيّسِ ، يعنى الموقوفة على الغزو ، إذا كبرَتْ ، فلم تصلُح للغزو ، وأمكن الانتفاع بها فى شىء آخر ، مثل أن تدور فى الرحَى ، أو يُحمل عليها تراب ، أو تكون الرغبة فى نتاجها ، أو حصاناً يتّخذ للطّراق ، فإنه يجوز بيعها ، ويُشترى بثمنها ما يصلُح للغزو ، نصّ عليه أحمد .

وقال محمد بن الحسن : إذا خرب المسجد ، أو الوقف عادإلى ملك واقفه ، لأن الوقف إنّما هو تسبيل المنفعة ، فإذا زالت منفعتهزال حقّ الموقوفعليه منه ، فزال ملكهُ عنه ، وقال مالك ، والشافعىّ : لايجوز

بيع شيء من ذلك ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاَ يُبَاعُ أَصْلُهَا ، ولا تُبْتَاعُ ولاَ تُوهَبُ ، ولاَ تُورَثُ » ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها ، كالمعتق ، والمسجدُ ، أشبه الأشياء بالمعتق .

ولنا : ما رُوى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى سعدٍ لمّا بلغه أنه قد نَقَب بيت المال الذى بالكوفة ، انقُل المسجد الذى بالتمّارين ، واجعل بيت المال فى قِبلة المسجد ، فإنه لن يَزال فى المسجد مُصَلٍّ ، وكان هذا بمشهدٍ من الصحابة ، ولم يظهر خلافه ، فكان إجماعاً ، ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذّر إبقائه بصورته ، فوجب ذلك كما لو استولد الجارية الموقوفة ، أو قتلها غيره ، قال ابن عقيل : الوقفُ مؤبّد ، فإذا لم يمكن تأبيده على وجه يخصّصه استبقاء الغرض ، وهو الانتفاع على الدوام فى عين أخرى ، وإيصال الابدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطّلها تضييع للغرض ، ويقرب هذا من الهدى إذا عَطِب فى السفر ، فانّه يُذبح فى الحال ، وإن كان يختص بموضع ، فلّما تعذر تحصيل الغرض بالكلّية استوفى منه ما أمكن ، وترك مُراعاة المحل الخاص عند تعذّره ، لأن مراعاته مع تعذّره تفضى إلى فوات الانتفاع بالكلية ، وهكذا الوقف المعطّل المنافع .

ولنا : على محمد بن الحسن أنّه إزالة ملك على وجه القربة ، فلا يعود إلى مالكه باختلاله ، وذهاب منافعه كالعتق .

٤٣٥١ (فصـــل)

وظاهر كلام الخِرَقىّ أن الوقف إذا بيع فأىّ شيء اشتُرى بثمنه مما يردّ على أهل الوقف جاز ، سواء كان من جنسه ، أو من غير جنسه ، لأن المقصود المنفعة ، لا الجنس ، لكن تكون المنفعة مصروفةً إلى المصلحة التى كانت الأولى تصرف فيها ، لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه ، كما لا يجوز تغيير الوقت بالبيع ، مع إمكان الانتفاع به .

٤٣٥٢ (فصـــل)

وإذا لم يقف ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أُعِين به فى شراء فرس حَبِيس يكون بعض الثمن نص عليه أحمد ، لأن المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤها ، وصيانتها عن الضياع ، ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق .

٤٣٥٣ (فصـــل)

وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلّية ، لكن قلّت ، وكان غيره أنفع منه ، وأكثر ، ردّ على أهل

الوقف، لم يجز بيعه ، لأن الأصل تحريم البيع ، وإنّما أبيح للضرورة صيانةً لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ، ومع الانتفاع وإن قلّ ما يضيع المقصود ، اللّهم إلا أن يبلغ فى قلّة النفع إلى حدٍّ لا يُعدّ نفعاً فيكون وجود ذلك كالعدم .

٤٣٥٤ (فصـــل)

قال أحمد فى رواية أبو داود ، فى مسجدٍ أراد أهلُه رفعه من الأرض ، ويُجعل تحته سقايةٌ ، وحوانيت ، فامتنع بعضُهم من ذلك . فيُنظر إلى قول أكثرهم ، واختلف أصحابنا فى تأويل كلام أحمـد ، فذهب ابن حامد إلى أن هذا فى مسجد أراد أهلُه إنشاءه ابتداء ، واختلفوا كيف يُعمل ؟ وسمّاه مسجداً قبل بنائه تجوزاً ، لأن مآله إليه ، أمّا بعد كونه مسجداً لا يجوز جعله سقايةً ، ولا حوانيت ، وذهب القاضى إلى ظاهر اللفظ ، وهو أنه كان مسجداً ، فأراد أهلُهُ رفعه ، وجعلَ ما تحته سقايةً لحاجتهم إلى ذلك ، والأول أصحّ ، وأولى ، وإن خالف الظاهر ، فإنّ المسجد لا يجوز نقله ، وإبداله ، وبيع ساحته ، وجعلها سقايةً ، وحوانيت ، إلاّ عند تعذّر الانتفاع به ، والحاجة إلى سقاية : وحوانيت ، لا تُعطّل نفع المسجد ، فلا يجوز صرفه فى ذلك ، ولو جاز جعل أسفل المسجد سقايةً وحوانيت لهذه الحاجة ، لجاز تخريب المسجد وجعله سقايةً وحوانيت ، ويُجعل بدلهُ مسجداً فى موضع آخر ، وقال أحمد فى رواية بكر بن محمـد عن أبيه ، فى مسجدٍ ليس بحَصينٍ من الـكلاب ، وله مَنارةٌ ، فرخّص فى نقضها ، وبناء حائط المسجد بها ، للمصلحة .

٤٣٥٥ (فصـــل)

ولا يجوز أن يغرس فى المسجد شجرةً ، نصّ عليه أحمد ، وقال : إن كانت غُرِست النخلةُ بعد أن صار مسجداً فهذه غُرست بغير حقّ ، فلا أُحبّ الأكلَ منها ، ولو قلعها الإمام لجاز ، وذلك لأنّ المسجد لم يُبنَ لهذا ، وإنما بُنى لذكر الله ، والصلاة ، وقراءة القرآن ، ولأن الشجرة تُؤذى المسجد ، وتمنع المصلّين من الصلاة فى موضعها ، ويسقُط ورقها فى المسجد ، وثمرها ، وتسقُط عليها العصافير ، والطير ، فتبول فى المسجد ، وربما اجتمع الصبيان فى المسجد من أجلها ، ورَمَوْها بالحجارة ليسقُط ثمرها ، فأمّا إن كانت النخلة فى أرض ، فجعلها صاحبها مسجداً ، والنخلة فيها ، فلا بأس ، قال أحمد فى موضع : لا بأس يعنى أن يبيعها من الجيران ، وقال فى رواية أبى طالب فى النبقة: لا تباع ، وتُجعل للمسلمين ، وأهل الدرب، يأكلونها ، وذلك والله أعلم لأنّ صاحب الأرض لما جعلها مسجداً ، والنخلةُ فيها ، فقد وقف الأرض والنخلة معها ، ولم يعيّن مصرفها ، فصارت كالوقف المطلَق الذى لم يعين له مصرف ، وقـد ذكرنا فيه فى إحدى الروايات أنه للمساكين ، فأمّا إن قال صاحبها : هـذه وقف على المسـجد ، فينبغى أن يُباع ثمرها ، ويصرف اليه ، كما لو وقفها على المسجد ، وهى فى غيره ، قال أبو الخطاب : عندى أن المسجد إذا احتاج إلى

إلى ثمن ثمرة الشجرة بيعت ، وصُرف ثمنها فى عمارته ، قال : وقول أحمد يأكلها الجيرانُ محمول على أنهم يعمرونه .

٤٣٥٦ (فصــــــل)

وما فضل من حُصر المسجد ، وزيته ، ولم يُحتج إليه جاز أن يجعل فى مسجد آخر أو يتصدّق من ذلك على فقراء جيرانه ، وغيرهم ، وكذلك إن فضل من قَصَبه ، أو شىء من نقضه ، قال أحمد فى مسجد بُنى ، فبقى من خشبه ، أو قصبه ، أو شىء من نقضه ، فقال: يُعان به فى مسجد آخر ، أو كما قال : وقال المروزىّ : سألت أبا عبد الله عن بَوَارِىّ[1] المسجد ، إذا فضل منه الشىء ، أو الخشبة ، قال : يُتَصدّق به ، وأرى أنه قد احتجّ بكُسوة البيت إذا تخرّقت تُصدّق بها ، وقال فى موضع آخر : قد كان شَيْبَةُ يَتَصَدّق بخُلْقَانِ[2] الكَعبة .

وروى الخلاّل بإسناده ، عن علقمة ، عن أمّه : أن شَيْبَةَ بنَ عُثْمانَ الحَجَبِىّ ، جاء إلى عَائِشةَ رضىَ الله عنها ، فقال : ياأمّ المؤمنين ، إنّ ثياب الكعبة تكثُر عليها ، فننزعها ، فنحفِرُ لها آبارا ، فندفنُها فيها ، حتىّ لا تَلْبَسُها الحائض ، والجنُب ، قالت عائشة : بئس ماصنعت ، ولم تُصبْ : إن ثياب الكعبة إذا نُزعت لم يضرّها مَن لبسها من حائض ، أو جُنُب ، ولكن لو بعتّها ، وجعلت ثمنها فى سبيل الله ، والمساكين؟ فكان شيبةُ يَبعثُ بها إلى اليمين ، فتُباع فيضَعُ ثمنها حيث أمرته عائشة ، وهذه قصّة مثلُها ينتشر ، ولم يُنكَر ، فيكون إجماعاً ، ولأنه مال الله تعالى ، لم يبق له مَصرِف ، فصُرف إلى المساكين ، كالوقف المنقطع.

٤٣٥٧ (فصــــل)

إذا جنى الوقف جنايةً توجب القصاص ، وجب سواء كانت الجناية على الموقوف عليه ، أو على غيره ، فإن قتل بطل الوقف فيه ، وإن قطع كان باقيه وقفاً ، كما لو تلف بفعل الله تعالى ، وإن كانت الجنايةُ موجبةَ للمال ، لم يمكن تعلقها برقبته ، لأنه لايمكن بيعها ، ويجب أرشُها على الموقوف عليه ، لأنه ملكه تعلّق أرشه برقبته ، فكان على مالكه ، كأمّ الولد ، ولا يلزمه أكثر من قيمته ، كأمّ الولد ، وإن قلنا : الوقف لايملك ، فالأرش فى كسبه ، لأنه تعذّر تعلّقه برقبته ، لكونها لاتباع ، وبالموقوف عليه ، لأنه لايملكه ، فكان فى كسبه ، كالحرّ يكون فى ماله ، ويحتمل أن يكون فى بيت المال ، كأرش جناية الحر المعسر ، وهذا احتمال ضعيف جداً ، فإن الجناية إنما تكون فى بيت المال فى صورة تَحْمِلُها العاقلة ، عند عدمها ، وجناية العبد

(١) بوارى : جمع بارية بتشديد الياء وهى الحصير المنسوج والمراد حصر المسجد .

(٢) خلقان : جمع خلق بفتح الخاء واللام وهو الثوب البالى أو القماش البالى . والمراد كسوة الكعبة التى بليت ونزعت عنها لكسوتها بثياب جديدة .

لاتحملها العاقلة، وإن كان الوقف على المساكين فينبغى أن يكون الأرش فى كسبه ، لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه، ولا يمكن تعلقه برقبته ، لتعذر بيعها ، فتعين فى كسبه ، ويحتمل أن يجب فى بيت المال .

٣٤٥٨ (فصـــــــل)

وإن جنى على الوقف جنايةً موجبة المال . وجب ، لأن ماليّته لم تبطل ، ولو بطلت ماليّته لم يبطل أرش الجناية عليه ، فإن الحرّ يجب أرش الجناية عليه ، فإن قُتل وجبت قيمته ، وليس للموقوف عليه العفو عنها ، لأنه لايختصّ بها ، ويُشترى بها مِثلُ الجنيِّ عليه ، يكون وقفاً ، وقال بعض الشافعيّة : يختصّ الموقوف عليه بالقيمة ، إن قلنا : إنّه يملك الموقوف ، لأنّه بدلُ ملكه .

ولنا : أنه ملك لايختصّ به ، فلم يختصّ ببدله ، كالعبد المشترك ، والمرهون ، وبيان عدم الاختصاص ظاهر ، فإنه يتعلّق به حقّ البطن الثانى ، فلم يجز إبطاله ، ولا نعلم قدر مايستحق هذا منه ، فنعفو عنه ، فلم يصحّ العفو عن شىء منه ، كما لو أتلف رجل رَهْناً أخذتْ مِنْهُ قِيمَتُهُ ، فَجُعلت رهناً ، ولم يصحّ عفو واحد منهما عنه ، وإن كانت الجناية عمداً محضاً ، من مُكافىء له ، فالظاهر أنه لايجب القصـــاص ، لأنه محلّ لايختصّ به الموقوف عليه ، فلم يجز أن يُقتصّ من قاتله ، كالعبد المشترك ، وقال بعض أصحاب الشافعى : يكون ذلك إلى الإمام ، فإن قُطعت يد العبد ، أوطرَف من أطرافه ، فالقصاص له ، وله استيفاؤه ، لأنه لايُشاركه فيه غيره ، وإن كان القطع لايوجب القصاص ، أو يوجبه فعُفى عنه ، وجب نصف قيمته، فإن أمكن أن يُشترى بها عبد كامل ، وإلاّ اشترى بها شِقْصٌ من عبد .

٤٣٥٩ (فصــــل)

ويجوز تزويج الأمة الموقوفة ، لأنه عَقْدٌ عَقْد على منفعتها ، أشبه الإجارة ، ولأن الموقوف عليه لايملك استيفاء هذه المنفعة ، فلا يتضرّر بتمليك غيره إياها ، ووليُّها الموقوف عليه ، لأنّها ملكه ، والمهر له ، لأنه بدل نفعها . أشبه الأجر فى الإجارة ، ويحتمل أن لا يجوز تزويجها ، لأنه عقد على نفعها فى العمر . فيُفضى إلى تفويت نفعها فى حقّ البطن الثانى . ولأن النكاح يتعلّق به حقوقٌ : من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها ، ومبيتها عنده ، فتفوت خدمتها فى الليل على البطن الثانى . إلا أن تطلب التزويج ، فيتعيّن تزويجها . لأنه حقٌ لها ، طلبته ، فتتعيّن الإجابة إليه . وما فات من الحق به فات تبعاً لإيفائها حقّها ، فوجب ذلك ، كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة إذا طلبت ذلك .

وإذا زوّجها ، فولدت من الزوج ، فولدها وقف معها ، لأن ولد كلّ ذات رحم تثبت لها حرمة ، حكمه حكمها ، كأمّ الولد ، والمكاتبة ، وإن أكرهها أجنبىّ ، فوطئها ، أو أطاعته ، فعليه الحدّ ، إذا انتفت الشبهة ، وعليه المهر لأهل الوقف ، لأنه وطىء جاريةَ غيره أشبه الأمة المطلقة ، وولدها يكون

وقفاً معها ، وإن وطئها بشبهة يعتقدها حُرّة ، فالولد حرّ . ولو كان الواطىء عبداً . وتجب قيمته ، لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكاً ، فمنعه اعتقادُ الحرّية من الرقّ ، فوجبت قيمته ، يُشترى بها عبد يكون رقيقاً ، وتُعتبر قيمته يوم تضعه حيّاً ، لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك .

٤٣٦٠ (فصـــل)

وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة ، لأنا لا نأمن حَبَلها ، فتنقُصُ أوْ تَتْلَفُ ، أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد ، ولأن ملكه ناقص ، فإن وطىء فلا حدّ عليه للشبهة . ولا مهر عليه ، لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب للانسان شيء على نفسه ، والولد حر ، لأنه مِنْ وَطْءِ شبهة ، وعليه قيمة الولد ، يشترى بها عبد مكانه ، وتصير أم ولد ، لأنه أحبلها بحرّ فى ملكه . فإذا مات عتقت ، ووجبت قيمتها فى تركته ، لأنه أتلفها على من بعده من البطون ، فيشترى بها جارية ، تكون وقفاً مكانها . وإن قلنا : إن الموقوف عليه لا يملكها لم تصِرْ أمّ ولد له ، لأنها غير مملوكة له .

٤٣٦١ (فصـــل)

وإن أعتق العبد الموقوف لم ينفذ عتقه ، لأنه يتعلّق به حقّ غيره ، ولأن الوقف لازم ، فلا يمكن إبطاله ، وإن كان نصف العبد وقفاً ، ونصفه طَلْقاً ، فأعتق صاحب الطاق لم يَسْرِ عتقُه إلى الوقف ، لأنه إذا لم يَعتق بالمباشرة فبالسراية أولى .

٤٣٦٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا حصل فى يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق ففيه الزكاة ، وإذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه ﴾

وجملة ذلك : أن الوقف إذا كان شجراً فأثمر ، أو أرضاً فزرعت . وكان الوقف على قوم بأعيانهم ، فحصل لبعضهم من الثمرة ، أو الحب نصابٌ ، ففيه الزكاة . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ . وروى عن طاوس ، ومكحول : لا زكاة فيه ، لأن الأرض ليست مملوكةً لهم . فلم تجب عليهم زكاة فى الخارج منها كالمساكين .

ولنا : أنه استغلّ من أرضه ، أو شجره نصاباً ، فلزمته زكاته ، كغير الوقف ، يُحقّقه أن الوقف الأصل ، والثمرة طَلْقٌ ، والملك فيها تامّ ، له التصرف فيها بجميع التصرّفات . وتُورث عنه ، فتجب فيها الزكاة ، كالحاصلة من أرضٍ مستأجرةٍ له ، وقولهم : إنّ الأرض غير مملوكة له ممنوع . وإن سلمنا ذلك فهو مالك لمنفعتها . ويكفى ذلك فى وجوب الزكاة ، بدليل الأرض المستأجرة ، أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصُل فى أيديهم . سواء حصل فى يد بعضهم نصابٌ من الحبوب ، والثمار ، أو لم يحصل .

ولا زكاة عليهم قبل تفريقها . وإن بلغت نصباً ، لأن الوقف على المساكين لا يتعيّن لواحد منهم . بدليل أن كلّ واحد منهم يجوز حرمانه ، والدفع إلى غيره ، وإنّما ثبت الملك فيه بالدفع والقبض لما أعطِيَه من غَلّته ملكاً مستأنفاً ، فلم تجب عليه فيه زكاة ، كالذى يدفع إليه من الزكاة ، وكما لو وهبه أو اشتراه . وفارق الوقف على قوم بأعيانهم . فإنه يُعيّن لكل واحد منهم ، حتى فى نفع الأرض وغلّتها . ولهذا يجب إعطاؤه ، ولا يجوز حرمانه .

٤٣٦٣ (فصـــل)

ويصح الوقف على القبيلة العظيمة ، كقريش ، وبنى هاشم ، وبنى تميم ، وبنى وائل ، ونحوهم ، ويجوز الوقف على المسلمين كلّهم ، وعلى أهل إقليم ، ومدينة ، كالشام ، ودمشق ، ونحوهم ، ويجوز للرجل أن يقف على عشيرته ، وأهل مدينته . وقال الشافعىّ فى أحد قوليه . لا يصحّ الوقف على مَن لا يمكن استيعابهم ، وحصرُهم ، فى غير المساكين ، وأشباههم . لأن هذا تصرف فى حقّ الآدمىّ . فلم يصحّ مع الجهالة ، كما لو قال : وقفتُ على قوم .

ولنا : أن من صحّ الوقف عليه إذا كان عدده مَحْصِيًّا[1] صحّ . وإن لم يكن مَحْصِيًّا ، كالفقراء ، والمساكين ، وما ذكره يَبْطُل بالوقف على الفقراء ، والمساكين. ومتى كان الوقف على من لا يمكن حصرهم فلا زكاة على واحد منهم ، فيما يصحّ له ، لما ذكرناه فى المساكين ، ولا فى جملة الوقف ، لما ذكرناه من قبل.

٤٣٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف مثل الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز ﴾

وجملته : أن ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدنانير ، والدراهم ، والمطعوم ، والمشروب ، والشمع ، وأشباهه لا يصحّ وقفه فى قول عامّة الفقهاء ، وأهل العلم ، إلا شيئاً يُحكى عن مالك ، والأوزاعىّ فى وقف الطعام : أنّه يجوز ، ولم يحكه أصحاب مالك ، وليس بصحيح . لأن الوقف تحبيس الأصل ، وتسبيل الثمرة ، وما لا ينتفع به إلاّ بالإتلاف لا يصحّ فيه ذلك ، وقيل فى الدراهم ، والدنانير يصحّ وقفُها على قول من أجاز إجارتها ، ولا يصحّ . لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذى خُلقت له الأثمان ، ولهذا لا تُضمن فى الغَصْب ، فلم يجز الوقف له ، كوقف الشجر على نَشْر الثياب ، والغنم على دَوْسِ الطين ، والشمع ليَتَجَمَّل به .

٤٣٦٥ (فصـل)

والمراد بالذهب والفضة ههنا الدراهم ، والدنانير ، وما ليس بحلىٍ . لأن ذلك هو الذى يَتْلَف

(١) الصحيح أن يقال محصى : بضم الميم وسكون الحاء وفتح الصاد لأن الفعل أحصى .

بالانتفاع به ، أما الحلى : فيصحّ وقفه للبس ، والعارية ، لما روى نافع قال : ابْتَاعَتْ حَفْصَةُ حَلْياً بِعِشْرِينَ أَلْفاً ، فَحَبَسَتْهُ عَلَى نِسَاءِ آلِ الْخَطَّابِ ، فَكَانَتْ لَا تُخْرِجُ زَكَاتَهُ . رواه الخلال بإسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائماً ، فصح وقفها ، كالعَقَار ، ولأنه يصحّ تحبيس أصلها ، وتسبيل الثمرة ، فصحّ وقفها ، كالعقار ، وبهذا قال الشافعىّ . وقد روى عن أحمد : أنه لا يصحُّ وقفها ، وأنكر الحديث عن حَفْصَةَ فى وَقْفِهِ ، وذكره ابن أبى موسى ، إلاّ أن القاضىَ تأوله على أنَّه لا يصحّ الحديث فيه ، ووجه هذه الرواية أن التحلِّى ليس هو المقصود الأصلى من الأثمان ، فلم يصحَّ وقفُها عليه ، كما لو وقف الدنانير ، والدراهم ، والأول هو المذهب ، لما ذكرناه ، والتحلّى من المقاصد المهمّة ، والعادة جارية به ، وقد اعتبره الشرع فى إسقاط الزكاة عن متّخذه ، وجوز إجارته لذلك ، ويُفارق الدراهم والدنانير ، فإن العادة لم تجر بالتحلّى به ، ولا اعتبره الشرع فى إسقاط زكاته ، ولا ضمان نفعه فى الغصب بخلاف مسألتنا .

٤٣٦٦ (فصـــــل)

ولا يصح وقف الشمع ، لأنه يتلف بالانتفاع به ، فهو كالمأكول ، والمشروب ، ولا ما يُسرع إليه الفساد من المشمومات ، والرياحين ، وأشباهها ، لأنها تَتْلَف على قُرب من الزمان ، فأشبهت المطعوم .
ولا وقف ما لا يجوز بيعه ، كأمّ الولد والمرهون ، والكلب ، والخنزير ، وسائر سِباع البهائم التى لا تصلُح للصيد ، وجوارح الطير التى لا يُصاد بها ، لأنه نقل الملك فيها فى الحياة . فأشبه البيع . ولأنّ الوقف تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة ، وما لا منفعة فيه لا يحصُل فيه تسبيل المنفعة ، والكلب أبيح الانتفاع به ، على خلاف الأصل للضرورة ، فلم يجز التوسّع فيها ، والمرهون فى وقفه إبطال حقّ المرتهن منه ، فلم يجز إبطاله ، ولا يصحّ الوقف فيما ليس بمعيّن ، كعبد فى الذمة ، ودار وسلاح . لأن الوقف إبطالٌ لمعنَى الملك فيه ، فلم يصحّ فى عبد مُطلق ، كالعتق .

٤٣٦٧ (فصـــــل)

قال أحمد فيمن وصَّى بفرس ، وسَرْج ، ولجام مُفَضَّض يوقف فى سبيل الله فهو على ما وقَف ووَصَّى وإن بِيعَ الفضّةُ من السرج ، واللجام ، وجُعل فى وقف مثله ، فهو أحبُّ إلىَّ ، لأن الفضة لا ينتفع بها ، ولعلّه يشترى بتلك الفضة سرجاً ، ولجاما ، فيكون أنفعَ للمسلمين ، فقيل له : تُباع الفضة ، وتُجعل فى نفقته ؟ قال : لا . فأباح أن يشترى بفضة السرج ، واللجام سرجاً ، ولجاما ، لأنه صرف لها فى جنس ما كانت عليه ، حين لم ينتفع بهما فيه . فأشبه الفرس الحبيس ، إذا عطب فلم ينتفع به فى الجهاد جاز بيعه ، وصرف ثمنه فى مثله ، ولم يجز إيقافها على الفرس ، لأنه صرف لها إلى غير جهتها .

٤٣٦٨ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ ويصحّ الوقف فيما عدا ذلك ﴾

وجملة ذلك : أن الذى يجوز وقفه ما جاز بيعه ، وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه ، وكان أصلاً يبقى بقاءً متصلاً كالعقار ، والحيوانات ، والسلاح ، والأثاث ، وأشباه ذلك ، قال أحمد فى رواية الأثرم : إنما الوقف فى الدور ، والأرضين ، على ما وَقَف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال فيمن وقف خمس نَخَلاتٍ على مسجد : لا بأس به ، وهذا قول الشافعىّ ، وقال أبو يوسف : لا يجوز وقف الحيوان ، ولا الرقيق ، ولا الكُراع[1] ، ولا العُروض ، والسّلاح ، والغِلمان ، والبقر ، والآلة فى الأرض الموقوفة تبعاً لها ، لأن الحيوان لا يُقاتَل عليه ، فلم يجز وقفه ، كما لو كان الوقف إلى مدّة . وعن مالك فى الكُراع والسلاح روايتان .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « أَمَّا خَالِدٌ فَقَدِ احْتَبَس أَدْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فى سَبِيلِ اللهِ » متفق عليه ، وفى رواية « وَأَعْتُدَهُ » أخرجه البخارىّ ، قال الخطّابىّ : الأعتادُ ما يُعِدُّه الرجل من المركوب ، والسلاح ، وآلة الجهاد ، ورُوى أن أم مَعْقِل جاءت إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله ، إنّ أبَا مَعْقِلٍ جَعَلَ نَاضِحَهُ فى سَبِيلِ الله ، وَإِنِّى أُرِيدُ الْحَجَّ أَفَأَرْكَبُهُ ؟ فقالَ رسولُ اللهِ صَلى الله عَلَيهِ وَسَلّمَ : « ارْكَبِيهِ ، فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللهِ » ولأنه يحصُل فيه تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة ، فصحّ وقفه ، كالعقار ، والفرس الحبيس ، ولأنه يصحّ وقفه مع غيره ، فصحّ وقفه وحده ، كالعقار .

٤٣٦٩ (فصـــــل)

قال أحمد رحمه الله فى رجل له دار فى الرَّبَضِ ، أو قطيعة ، فأراد التنزّه منها ، قال : يقفها ، قال : القطائع ترجعُ إلى الأصل إذا جعلها للمساكين ، فظاهر هذا إباحة وقف السّوادِ ، وهو فى الأصل وقف ، ومعناه أنّ وقفها يُطابق الأصل ، لا أنها تصير بهذا القول وقفاً .

٤٣٧٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويصح وقف المشاع ﴾

---

(١) الكراع : بضم الكاف اسم لجمع الخيل ، والعروض جمع عرض ـ بفتح العين ـ وهو مال التجارة من الثياب ونحوها .

وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن : لا يصحّ ، وبناه على أصله : فى أن القبض شرط ، وأن القبض لا يصحّ فى المشاع .

ولنـا : أن فى حديث عمر أنه أصاب مائةَ سَهْمٍ من خَيْبَر ، واستأذن النبيّ صلى الله عليه وسلم فيها ، فأمره بوقفها ، وهذا صفة المشاع ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مُفْرَزاً ، فجاز عليه مُشاعاً ، كالبيع ، أو عَرْصَةٍ يجوز بيعها ، فجاز وقفها ، كالمفرزة ، ولأن الوقف تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل فى المشاع ، كحصوله فى المفرز ، ولا نسلم[1] اعتبار القبض ، وإن سلمنا فإذا صحّ فى البيع صح فى الوقف .

٤٣٧١ (فصـــل)

وإن وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يقفها على أولاده ، وعلى المساكين نصفين ، أو أثلاثاً ، أو كيفما كان جاز ، وسواء جعل مآل الموقوف على أولاده ، وعلى المساكين ، أو على جهة أخرى سواهم ، لأنه إذا جاز وقف الجزء مفرداً ، جاز وقف الجزئين ، وإن أطلق الوقف ، فقال : وقفت دارى هـذه على أولادى وعلى المساكين ، فهى بينهما نصفين ، لأن إطلاق الإضـافة إليهما تقتضى التسوية بين الجهتين ، ولا تتحقّق التسوية إلا بالتصنيف ، وإن قال : وقفتها على زيد ، وعمرو ، والمساكين ، فهى بينهم أثلاثاً .

٤٣٧٢ (فصـــل)

فإن أريد تمييز الوقف عن المطلق بالقسمة ، فذلك مبنيّ على القسمة ، هل هى بيع ، أو إفراز حـق ؟ والصحيح أنها إفراز حقّ ، فينظر ، فإن لم يكن فيها ردّ جازت القسمة ، وإن كان فيها ردّ من جانب أصحاب الوقف جازت أيضاً ، لأنه شراء لشيء من المطلق ، وإن كان من صاحب المطلق لم يجز ، لأن شراء بعض الوقف ، وبيعه غير جائز ، وإن كان المشاع وقفاً على جهتين ، فأراد أهله قسمته انبنى على ما ذكرنا ، ولم يجز فيما إذا كان فيها ردّ بحال ، ومتى جازت القسمة فى الوقف ، وطلبها أحد الشريكين ، أو وليّ الوقف أجبر الآخر ، لأن كلّ قسمة جازت من غير ردّ ، ولا ضرر فهى واجبة .

٤٣٧٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا لم يكن الوقف على معروف ، أو برّ فهو باطل ﴾ .

وجملة ذلك : أن الوقف لا يصحّ إلا على من يعرف ، كولده ، وأقاربه ، ورجل معيّن ، أو على برّ ،

---

(١) كان فى هذا السطر اضطراب إذا تقدمت بعض الكلمات على بعض فأعدنا كل كلمة إلى موضعها .

كبناء المساجد ، والقناطر ، وكتب الفقه ، والعلم ، والقرآن ، والمقابر ، والسقايات ، وسبيل الله ، ولا يصلح على غير معيّن ، كرجل وامرأة ، لأن الوقف تمليك للعين ، أو للمنفعة ، فلا يصح على غير معيّن ، كالبيع ، والإجارة ، ولا على معصية ، كبيت النار ، والبيَع ، والكنائس ، وكتب التوراة ، والإنجيل ، لأن ذلك معصية ، فإنّ هذه المواضع بُنيت للكفر ، وهذه الكتب مُبدّلة منسوخة ، ولذلك غَضِبَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم . حين رأى مع عمر صحيفةً فيها شيء من التوراة ، وقال « أَفِي شَكٍّ أَنْتَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ ؟ أَلَمْ آتِ بِهَا بَيْضَاءَ نَقِيَّةً ؟ لَوْ كَانَ مُوسَى أَخِي حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلاّ اتّبَاعِي » ولولا أن ذلك معصية ماغضب منه ، والوقف على قناديل البيعة ، وفرشها ، ومن يخدُمها ، ويعمرُها كالوقف عليها ، لأنه يُراد لتعظيمها ، وسواء كان الواقف مُسلماً ، أو ذمّياً ، قال أحمد فى نصارى وقفوا على البيعة ضِياعاً كثيرةً ، وماتوا ، ولهم أبناء نصارى ، فأسلموا ، والضِّياع بيد النصارى : فلهم أخذها ، وللمسلمين عونُهم حتى يستخرجوها من أيديهم ، وهذا مذهب الشافعىّ ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن ما لا يصحّ من المسلم الوقف عليه لا يصحّ من الذمىّ ، كالوقف على غير معيّن ، فإن قيل : فقد قلتم : إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقوداً فاسدةً وتقابضوا ، ثم أسلموا ، وترافعوا إلينا ، لم ننقض ما فعلوه ، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا : الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة للملك فى الموقوف على وجه القربة ، فإذا لم يقع صحيحاً لم يزُل الملك ، فيبقى بحاله ، كالعتق .

وقد رُوى عن أحمد رحمه الله فى نصرانىّ أشهدَ فى وصيّته أنّ غلامه . فلاناً يخدم البيعَة خمس سنين ، ثم هو حرّ ثم مات مولاه ، وخدم سنةً ، ثم أسلم ما عليه ؟ قال : هو حرّ ، ويرجع على الغلام بأجرة خدمةِ مبلغ أربع سنين ، ورُوى عنه قال : هو حرّ ساعةَ مات مولاه ، لأن هذه معصية ، وهذه الرواية أصحّ ، وأوفق ، لأصوله ، ويحتمل أن قوله يرجع عليه بخدمته أربع سنين لم يكن لصحّة الوصيّة ، بل لأنه إنما أعتقه بعوض يعتقدان صحّته ، وإذا تعذّر العوض بإسلامه كان عليه مايقُوم مقامه ، كما لو تزوّج الذمىّ ذميّةً على ذلك ، ثم أسلم ، فإنه يجب عليه المهر ، كذا ههنا ، يجب عليه العوض ، والأول أولى .

٤٣٧٤ (فصــــل)

ولا يصحّ الوقف على من لا يملك ، كالعبد القِنّ ، وأمّ الولد ، والمدبّر ، والميّت ، والحمل ، والملك ، والجنّ ، والشياطين ، قال أحمد فيمن وقف على مماليكه : لا يصحّ الوقف حتى يعتقهم ، وذلك لأن الوقف تمليك ، فلايصحّ على من لا يملك ، فإن قيل : قد جوّزتم الوقف على المساجد ، والسقايات ، وأشباهها ، وهى لا تملك ، قلنا : الوقف هناك على المسلمين ، إلاّ أنّه عيّن فى نفع خاصّ لهم . فإن قيل : فينبغى أن يصحّ الوقف على الكنائس ، ويكون الوقف على أهل الذمّة قلنا: الجهة التى عينّ صرف الوقف فيها ليست نفعا ،

بل هي معصية محرّمة ، يزادون بها عقاباً وإثما ، بخلاف المساجد ، ولا يصحّ الوقف على العبد ، وإن قلنا : إنّه يملك بالتمليك ، لأن الوقف يقتضي تحبيس الأصل ، والعبدُ لا يملك ملكاً لازماً. ولا يصحّ الوقف على المكاتَب ، وإن كان يملك ، لأن ملكه غير مستقرّ ، ولا على مرتدّ ، ولا حربيّ ، لأن أموالهم مُباحة في الأصل ، ويجوز أخذها منهم بالقهر ، والغلبة ، فما يتجدّد لهم أولى ، والوقف لا يجوز أن يكون مُباحَ الأخذ ، لأنه تحبيس الأصل .

٤٣٧٥ (فصـــــل)

ويصحّ الوقف على أهل الذمّة ، لأنّهم يملكون ملكاً محترماً ، ويجوز أن يتصدّق عليهم، فجاز الوقف عليهم ، كالمسلمين . ويجوز أن يقف المسلم عليه ، لما رُوى أن صفيّةَ بنتَ حُيَيّ زَوْج النبيّ صَلّى الله عليه وسلّم وقَفَتْ عَلَى أخٍ لها يَهُودِيّ ، ولأنّ من جاز أن يقف الذمىّ عليه جاز أن يقف عليه المسلم ، كالمسلم ، ولو وقف على منَ ينزِلُ كنائسهم ، وبيَعهم من المارّة ، والمجتازين صحّ أيضاً ، لأن الوقف عليهم ، لا على الموضع .

٤٣٧٦ (فصـــل)

وينظر في الوقف من شرطه الواقف ، لأنّ عمر رضى الله عنه جَعَلَ وقفه إلى حَفْصَةَ تَليهِ مَا عَاشَت ، ثم إلى ذَوِي الرأى من أهلها ، ولأنّ مَصْرِف الوقْفِ يُتّبع فيه شرط الواقف ، فكذلك الناظر فيه ، فإن جعل النظر لنفسه جاز ، وإن جعله إلى غيره فهو له ، فإن لم يجعله لأحدٍ ، أو جعله لإنسان ، فمات نظر فيه الموقوف عليه ، لأنه ملكه ، ونفعه له ، فكان نظره إليه ، كالملك المطلَقَ ، ويحتمل أن ينظر فيه الحاكم ، اختاره ابن أبي موسى ، ويحتمل أن يكون الوجهان مبنيين على أن الملك هل ينتقل فيه إلى الموقوف عليه ، أو إلى الله تعالى ؟ فإن قلنا : هو للموقوف عليه ، فالنظر فيه إليه ، لأنه ملكهُ عينُهُ ونفعُه ، وإن قلنا : هو لله ، فالحاكم ينوبُ فيه ، ويصرفه إلى مَصارفه ، لأنه مال الله ، فكان النظر فيه إلى حاكم المسلمين ، كالوقف على المساكين ، وأما الوقف على المساكين ، والمساجد ، ونحوها ، أو على من لا يمكن حصرهم ، واستيعابهم ، فالنظر فيه إلى الحاكم ، لأنه ليس له مالك متعيّن ينظر فيه ، وله أن يستنيب فيه ، لأن الحاكم لا يمكنه تولى النظر بنفسه ، ومتى كان النظر للموقوف عليه إمّا بجعل الواقف ذلك له ، أو لكونه أحقَّ بذلك عندعدم ناظر سواه ، وكان واحداً مكلّفاً رَشيداً ، فهو أحقُّ بذلك ، رجلاً كان أو امرأةً ، عدلاً كان ، أو فاسقاً ، لأنه ينظر لنفسه ، فكان له ذلك في هذه الأحوال ، كالمطلق ، ويحتمل أن يُضَمّ إلى الفاسق أمينٌ حِفظاً لأصل الوقف عن البيع ، أو التضييع ، وإن كان الوقف لجماعةٍ رَشِيدِينَ ، فالنظر

للجميع ، لكلٍّ إنسان في نصيبه ، وإن كان الموقوف عليه غير رشيد ، إمّا لصغر ، أو سَفَهٍ ، أو جنون ، قام وليّه في النظر مقامه ، كما يقوم مقامه في ماله المطلق ، وإن كان النظر لغير الموقوف عليه ، أو لبعض الموقوف عليه بتولية الواقف ، أو الحاكم ، لم يجز أن يكون إلا أميناً ، فإن لم يكن أميناً ، وكانت توليته من الحاكم لم تصحّ ، وأزيلت يده ، وإن ولاّه الواقف ، وهو فاسق ، أو ولاّه وهو عدلٌ ، وصار فاسقاً ضُمّ إليه أمين ، ينْحفِظ به الوقف ، ولم تُزَل يده ، ولأنه أمكن الجمع بين الحقّين ، ويحتمل أن لا تصحّ توليته ، وأنه ينعزل إذا فسق في أثناء ولايته ، لأنها ولاية على حقّ غيره ، فنافاها الفسق ، كما لو ولاّه الحاكم ، وكما لو لم يمكن حفظ الوقف منه مع بقاء ولايته على حقّ غيره ، فإنه متى لم يمكن حفظه منه أزيلت ولايته ، فان مراعاة حفظ الوقف أهم مّن إبقاء ولاية الفاسق عليه .

٤٣٧٧ (فصـــــل)

ونفقة الوقف من حيث شَرَطَ الواقف ، لأنّه لما اتُّبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته ، فإن لم يمكن فمن غلّته ، لأن الوقف اقتضى تحبيس أصله ، وتسبيل نفعه ، ولا يحصُل ذلك إلا بالاتفاق عليه ، فكان ذلك من ضرورته ، وإن تعطّلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه ، لأنه ملكه ، ويحتمل وجوبها في بيت المال ، ويجوز بيعه على ما سلف بيانه .

كتاب الهبة والعطية

٤٣٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ، أو يوزن إلا بقبضه ﴾

وجملة ذلك : أن الهبة ، والصدقة ، والهدية ، والعطية معانيها متقاربة ، وكلها تمليك فى الحياة بغير عوض . واسم العطية شامل لجميعها ، وكذلك الهبة ، والصدقة ، والهدية متغايران ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم « كَانَ يَأْكُلُ الْهَدِيَّةَ ، وَلاَ يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ » وقال فى اللحم الذى تُصُدِّق به على بَرِيرَةَ : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ » فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه ، والمحبة له فهو هدية ، وجميع ذلك مندوب إليه ، ومحثوث إليه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « تَهَادَوْا تَحَابُّوا » وأما الصدقة فما ورد فى فضلها أكثر من أن يمكننا حصره ، وقد قال الله تعالى (إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ ، وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرْ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ)(١) .

إذا ثبت هذا : فإن المكيل والموزون لاتلزم فيه الصدقة ، والهبة إلا بالقبض ، وهو أكثر الفقهاء ، منهم النخعى ، والثورى ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وقال مالك ، وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد ، لعموم قوله عليه السلام « الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ » ولأنه إزالة ملك بغير عوض ، فلزم بمجرد العقد ، كالوقف ، والعتق ، وربما قالوا تبرع فلا يعتبر فيه القبض ، كالوصية ، والوقف . ولأنه عقد لازم ينقل الملك ، فلم يقف لزومه على القبض ، كالبيع .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم . فإن ما قلناه مروى عن أبى بكر ، وعمر رضى الله عنهما ، ولم يعرف لهما فى الصحابة مخالف ، فروى عروة عن عائشة رضى الله عنها : « أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ نَحَلَهَا جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقاً مِنْ مَالِهِ بِالْعَالِيَةِ » فلما مرض قال : يَا بُنَيَّةُ ، مَا أَحَدٌ أَحَبَّ إِلَيَّ غِنًى بَعْدِي مِنْكِ ، ولاَ أَحَدَ أَعَزَّ عَلَيَّ فَقْراً مِنْكِ ، وَكُنْتُ نَحَلْتُكِ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقاً ، وَوَدِدْتُ أَنَّكِ حُزْتِيهِ ، أَوْ قَبَضْتِيهِ ، وَهُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ : أَخَوَاكِ وَأُخْتَاكِ ، فَاقْتَسِمُوا عَلَى كِتَابِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ » .

وَرَوى ابْنُ عُيَيْنَةَ عَنِ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَبْدِ الرحمن بن عبدٍ القارى ، أن عمر بن الخطاب قال « مَا بَالُ أَقْوامٍ يَنْحَلونَ أَوْلاَدَهُمْ ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ قال : مَالِي ، وَفِي يَدِي ، وإِذَا مَاتَ هو قال : كُنْتُ نَحَلْتُهُ وَلَدِي ؟ لاَ نِحْلَةَ إِلاَّ نِحْلَةً يُحْرِزُها الْوَلَدُ ، دُونَ الوالدِ ، فإن مَاتَ وَرِثَهُ » وروى عثمان

(١) الآية ٢٧١ من سورة البقرة وتمامها (والله بما تعملون خبير)

أن الوالد يُحرز لولده ، إذا كانوا صغاراً . قال المروزىّ : اتفق أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلىّ : أنّ الهبة لا تجوز إلا مقبوضةً ، ولأنّها هبة غير مقبوضة ، فلم تلزم ، كما لو مات قبل أن يقبض ، فإن مالكاً يقول : لا يلزم الورثة التسليم ، والخبر محمول على المقبوض ، ولا يصحّ القياس على الوقف ، والوصيّة ، والعتق ، لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى ، يخالف التمليكات ، والوصيّة تلزم فى حقّ الوارث ، والعتق إسقاط حقّ ، وليس بتمليك . ولأن الوقف والعتق لا يكون فى محلّ النزاع فى المكيل ، والموزون .

٤٣٧٩ (فصل)

وقول الخِرقىّ « لا يصحّ » يحتمل أن يريد لا يلزم ، ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك . قبل القبض ، فإن الملك حكم الهبة ، والصحّة اعتبار الشىء فى حق حكمه ، وأما صحّته بمعنى انعقاد اللفظ ، بحيث إذا انضمّ إليه القبض اعتُبر ، ويثبت حكمه ، فلا يصحّ حمل لفظه على نفيه ، لعدم الخلاف فيه ، ولأنه قال فى سياق المسألة : « كَمَا يَصِحّ فِى الْبَيْعِ » وقد تقرر فى البيع أن بيع المكيل والموزون صحيح . قبل القبض ، وإنما ينتفى الضمان ، وإطلاقه فى التصرّفات . وقوله « ما يُكال وما يوزن » ظاهره العموم فى كلّ موزون ، ومكيل ، وخصّه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتميّن فيه ، كالقفيز من صُبرة ، والرِّطل من زُبْرة[1] . وقد ذكرنا ذلك فى البيع ، ورجّحنا العموم .

٤٣٨٠ (فصل)

والواهب بالخيار قبل القبض ، إن شاء أقبضها ، وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ، ومنعها ، ولا يصحّ قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتمّ الهبة ، ولم يصحّ القبض ، وحُكى عن أبى حنيفة : أنّه إذا قبضها فى المجلس صحّ ، وإن لم يأذن له ، لأن الهبة قامت مقام الإذن فى القبض ، لكونها دالّة على رضاه بالتمليك الذى لا يتمّ إلا بالقبض .

ولنا : أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب ، فلم يصحّ ، كما بعد المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها . ولأن التسليم غيرُ مستحقّ على الواهب ، فلا يصحّ التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشترى المبيعَ من البائع قبل تسليم ثمنه ، ولا يصحّ جعل الهبة إذناً فى القبض ، بدليل ما بعد المجلس . ولو أذن الواهب فى القبض، ثم رجع عن الإذن ، أو رجع فى الهبة صحّ رجوعه . لأن ذلك ليس بقبض ، وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه ، لأن الهبة تمت .

---

(١) الزبره : بفتح الزاى وسكون الباء القطعة من الحديد ونحوه .

٤٣٨١ (فصـــــــل)

وإن مات الواهب ، أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبـة ، سواء كان قبل الإذن فى القبض ، أو بعده ، ذكره القاضى فى موت الواهب ، لأنه عقد جائز، فبطل بموت أحد المتعاقدين ، كالوكالة والشركة. وقال أحمد فى رواية أبى طالب ، وأبى الحارث ، فى رجل أهدى هدية ، فلم تصل إلى المُهدَى إليه حتى مات، فإنها تعود إلى صاحبها ، ما لم يقبضها . وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سَلَمَةَ ، قالت : لمّا تَزَوَّجَ رَسولُ الله صلّى الله عليه وسلم أمَّ سَلَمَةَ قالَ لَهَا « إِنِّى قَدْ أَهْدَيْتُ إِلَى النَّجَاشِيِّ حُلَّةً ، وَأَوَاقِيَ مِسْكٍ ، وَلاَ أَرَى النَّجَاشِيَّ إِلاَّ قَدْ مَاتَ ، ولاَ أَرَى هَدِيَّتِي إِلاَّ مَرْدُودةً عَلَيَّ ، فإِنْ رُدَّتْ فَهِيَ لَكِ » قالَتْ: فَكَانَ مَا قالَ رسولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، ورُدَّتْ عَلَيْه هَدِيَّتُه ، فَأَعْطَى كُلَّ امْرأَةٍ مِنْ نِسَائِه أُوقِيَّةً مِنْ مِسْكٍ ، وأَعْطَى أمَّ سَلَمَةَ بَقِيَّةَ المِسْكِ وَالْحُلَّةَ . وإن مات صاحب الهدية قبل أن تصل إلى المهدَى إليه رجعت إلى ورثة المُهدِى ، وليس للرسول حملُها إلى المهدَى إليه ، إلاّ أن يأذن له الوارث ، ولو رجع المهدِى فى هديّته قبل وصولها إلى المهدَى إليه صحّ رجوعُه فيها ، والهبة كالهدية .

وقال أبو الخطاب : إذا مات الواهبُ قام وارثه مقامه فى الإذن فى القبض ، والفسخ ، وهذا يدلّ على أن الهبة لا تنفسخ بموته ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعيّ لأنّه عقدٌ مآله إلى اللزوم ، فلم ينفسخ بالموت، كالبيع المشروط فيه الخيار ، وكذلك يخرّج فيما إذا مات الموهوب له بعد قبوله ، وإن مات أحـدهما قبل القبول ، أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً . لأن العقد لم يتمّ ، فأشبه ما لو أوجب البيع ، فمات أحدهما قبل القبول من المشترى .

وإذا قلنا : إن الهبة لا تبطلُ ، فمات أحدهما بعد الإذن فى القبض بطل الإذن ، وجهاً واحـداً . لأن الميّت إن كان هو الواهب فقد انتقل حقّه فى الرجوع فى الهبة إلى وارثه فلم يلزم بغير إذنه ، وإن كان الموهوب له فلم يوجد الإذن لوارثه ، فلم يملك القبض بغير إذن .

٤٣٨٢ (فصـــــل)

وإن وهبه شيئاً فى يد المتّهب ، كوديعة ، أو مغصوب ، فظاهر كلام أحمد أن الهبة تلزم من غير قبض ، ولا مضىّ مدّة يتأتّى القبض فيها ، فإنّه قال فى رواية ابن منصور : إذا وهب لامرأته شيئاً ، ولم تقبضه ، فليس بينه وبينها خيار ، هى معه فى البيت . فظاهر هذا أنه لم يعتبر قبضاً ، ولا مضىّ مدّة يتأتّى فيهـا ، لـكونها معه فى البيت ، فيدُها على مافيه . وقال القاضى : لا بدّ من مضىّ مدّة يتأتّى فيهـا القبض وقد رُوى عن أحمد روايةٌ أخرى : أنّه يفتقر إلى إذن فى القبض ، وقد مضى تعليل ذلك ، وتفصيله فى الرهن ومذهبُ الشافعيّ كمذهبنا فى الاختلاف فى اعتبار الإذن ، واعتبار مضىّ مدّة يتأتّى القبضُ فيها .

٤٣٨٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويصح في غير ذلك بغير قبض ، إذا قبل ، كما يصح في البيع ﴾

يعني أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرّد العقد ، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه ، وروى ذلك عن عليّ ، وابن مسعود رضى الله عنهما : أنّهما قالا : الهبة جائزة إذا كانت معلومةً قُبضت أو لم تُقبض ، وهو قول مالك ، وأبي ثور ، وعن أحمد رواية أخرى : لا تلزم الهبة في الجميع إلاّ بالقبض ، وهو قول أكثر أهل العلم ، قال المروزيّ : اتّفق أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعليّ على أنّ الهبة لا تجوز إلاّ مقبوضةً ، ويروى ذلك عن النَخَعيّ ، والثوريّ ، والحسن بن صالح ، والعنبريّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأي لما ذكرنا في المسألة الأولى . ووجه الرواية الأولى : أنّ الهبة أحدُ نوعي التمليك ، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ، ومنها ما يلزم قبله ، كالبيع ، فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض ، وهو الصرف ، وبيع الرِّبويّات ، ومنه ما يلزم قبله ، وهو ما عدا ذلك ، فأما حديث أبي بكر فلا يلزم ، فإنّ جِذاذَ عِشرينَ وَسْقاً يحتمل أنه أراد به عشرين وسقا مجذوذةً ، فيكون مكيلاً غيرَ مُعيّن ، وهذا لا بد فيه من القبض ، وإن أراد نخلاً يُجَذّ عشرين وسقاً فهو أيضاً غير مُعيّن ، ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه ، فيكون معناه : وعدتُك بالنِّحْلة ، وقول عمر أراد به النهي عن التحيّل بِنحلة الوالد ولدَه نِحْلةً موقوفةً على الموت ، فيُظهِرُ إني نَحَلْتُ وَلدِي شيئاً و يُمسكه في يده ، ويَستغلّه ، فإذا مات أخذه ولده بحكم النِّحلة التي أظهرها ، وإن مات ولده أمسكه ، ولم يُعط ورثةَ ولدِه شيئاً ، وهذا على هذا الوجه محرّم ، فنهاهم عن هذا حتى يَحُوزها الولد ، دون والده ، فإن مات ورثها ورثتُه ، كسائر ماله ، وإذا كان المقصود هذا اختصّ بهبةِ الولد ، وشبهه ، على أنه قد رُوي عن عليّ ، وابن مسعود خلافُ ذلك ، فتعارضت أقوالهم .

٤٣٨٤ (فصـــــــل)

قول الخرقيّ : إذا قبل يدلّ على أنه إنما يستغنى عن القبض في موضع وجد فيه الإيجاب ، والقبول ، والإيجاب أن يقول : وَهَبْتُكَ أو أَهْدَيْتُ إليْك ، أو أعطيتك ، أو هذا لك ، ونحوه من الألفاظ الدالّة على هذا المعنى ، والقبول أن يقول : قبلتُ أو رضيتُ ، أو نحوَ هذا . وذكر القاضي ، وأبو الخطّاب : أن الهبة : والعطيّة لا تصحّ كلّها إلا بإيجاب ، وقبول ، ولا بد منهما ، سواء وجد القبض ، أو لم يوجد ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعيّ ، لأنه عقد تمليك ، فافتقر إلى الإيجاب ، والقبول ، كالنكاح ، والصحيح أن المعاطاة . والأفعال الدالّة على الإيجاب ، والقبول كافية ، ولا يحتاج إلى لفظ ، وهذا اختيار ابن عقيل ، فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم كان يُهدِي ويُهدَى إليه ، ويُعْطِي وَيُعْطَى ، ويُفرّق الصدقات ، ويأمر سُعاتَه بتفريقها ، وأخذها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك ، ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ، ولا قبول ، ولا أمر به ، ولا تعليمه لأحد ، ولو كان

ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشهوراً ، وكان ابن عمر على بعير لعمر ، فقال النبيّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ لِعُمَرَ « بِعْنِيهِ » فقال : هُوَ لَكَ يارسُولَ الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « هُوَ لَكَ يا عَبْدَ اللهِ بنَ عُمَرَ فَاصْنَعْ به مَا شِئْتَ » ولم ينقل قبولُ النبيّ صلى الله عليه وسلم من عمر ، ولا قبول ابن عمر من النبيّ صلى الله عليه وسلم ، ولو كان شرطاً لفعله النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وعلّمه ابنَ عمر ، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ماشاء قبل أن يَقبله .

وروى أبو هريرة : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم كان إذا أُتِيَ بِطَعَامٍ سَأل عَنْهُ ، فإن قالوا : صدقةٌ قال لأصحابه : كُلُوا ، ولم يأكلْ ، وإن قالوا : هدِيَّةٌ ضَرَبَ بِيَدِهِ فَأَكَلَ مَعَهُمْ ، ولا خلاف بين العلماء فيما عَلِمناه فى أن تقديم الطعام بين يدى الضّيفان إذنٌ فى الأكل . وأنه لايحتاج إلى قبول بقوله ، ولأنهُ وُجِد مايدلّ على التراضى بنقل الملك ، فاكتفى به . كما لو وجد الإيجابُ والقبول .

قال ابن عقيل : إنما يُشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق ، وعدم العُرف القائم بين المعطِى ، والمعطَى . لأنه إذا لم يكن عرف يدلّ على الرضا فلا بدّ من قول دالّ عليه ، أما مع قرائن الأحوال والدلائل . فلا وجه لتوقيفه على اللفظ . ألا ترى أنّا اكتفينا بالمُعَاطَاةِ فى البيع ، واكتفينا بدلالة الحال فى دخول الحمّام ، وهو إجارة ، وبيع أعيان ، فإذا اكتفينا بالمعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال ، وأنّها تنقل الملك من الجانبين ، فَلأَنْ نكتفىَ به فى الهبة أولى .

٤٣٨٥ (فصــــل)

والقبض فيما لاينقل بالتخلية بينه وبينه لاحائل دونه . وفيما ينقل بالنقل ، وفى المشاع بتسليم الكلّ إليه ، فإن أبى الشريك أن يسلّم نصيبه قيل للمتّهب : وَكِّل الشريكَ فى قبضه لك ، ونقله ، فإن أبى نصب الحاكم من يكون فى يده لهما ، فينقله ليحصُل القبض ، لأنه لاضرر على الشريك فى ذلك ، ويتمّ به عقد شريكه .

٤٣٨٦ (فصــــل)

وتصحّ هبة المشاع . وبه قال مالك ، والشافعىّ ، قال الشافعىّ : سواء فى ذلك ما أمكن قسمتُه ، أو لم يمكن ، وقال أصحاب الرأى : لاتصحّ هبة المُشاع الذى يُمكنُ قسمته ، لأن القبض شرط فى الهبة ، ووجوب القسمة يمنع صحّة القبض ، وتمامه . فإن كان ممّا لا يمكن قسمته صحّت هبته ، لعدم ذلك فيه ، وإن وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجز عند أبى حنيفة . وجاز عند صاحبيه ، وإن وهب اثنان اثنين شيئاً ممايقسم لم يصحّ فى قياس قولهم ، لأن كلّ واحد من المتّهِبَيْن قد وُهِب له جزء مشاع .

ولنا : أن وفد هَوازِنَ لمّا جاءوا يطالبون مِنْ رَسُولِ الله صلّى الله عليه وسلم أن يردّ عليهم ما غنمه

منهم قالَ رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَا كَانَ لِي وَلِبني عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَهُوَ لَـكُمْ » رواه البخاريّ ، وهذا هبة المُشاع . ورَوى عمر بنُ شُعَيْب ، عن أبيه ، عن جدِّه ، قال : سَمِعْتُ النبيَّ صلّى الله عليه وسلّم ، وقد جاءه رَجُلٌ ، ومَعَه كُبّةٌ مِن[1] شَعْرٍ ، فقال : أَخَذْتُ هَذِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ لأُصْلِحَ بَرْذَعَةً لِي ، فقالَ النبيُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمَ : « مَا كَانَ لِيَ ولِبَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ فَهُوَ لَكَ »

ورَوى عمرو بن سَلَمة الضَّمْرِيُّ ، قال : خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّمَ حَتىَّ أَتَيْنا الرَّوْحاء ، فرأينا حِمَارَ وَحْشٍ مَعْقُوراً ، فأردنا أخذه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دَعُوه ، فإنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُه . فَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَهْزٍ وَهُوَ الّذِي عَقَرَهُ فقال : يارسول الله شَأْنُـكُمُ الحِمَارَ فأمرَ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهِ عَلَيْهِ وسَلّم أبا بكر أَنْ يَقْسِمَهُ بَيْنَ النَّاسِ » . رواه الإمام أحمد ، والنّسائيُّ ، ولأنه يجوز بيعه ، فجازت هبته ، كالذى لا ينقسم ، ولأنهُ مشاعٌ . فأشبه ما لا ينقسم ، وقولهم : إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصحّ . فإنه لم يمنع صحّته فى البيع ، فـكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لاثنين ، فقبضاه بإذنه ثبت ملـكها فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك فى نصيبه دون نصيب صاحبه .

٣٤٨٧ (فصـــــــل)

ومتى قلنا : إن القبض شرط فى الهبة لم تصحّ الهبة فيما لا يمكن تسليمه ، كالعبد الآبق ، والجمل الشارد . والمغصوب لغير غاصبه ، ممن لا يقدر على أخذه من غاصبه ، وبهذا يقول أبو حنيفة ، والشافعىّ ، لأنه عقد يفتقر إلى القبض ، فلم يصحّ فى ذلك ، كالبيع ، وإن وهب المغصوب لغاصبه ، أو لم يتمكّن من أخذه منه صحّ . لأنه ممـكن قبضه ، وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب . فإن وكل المالك الغاصبَ فى تقبيضه صحّ ، وإن وكّل المتّهب الغاصبَ فى القبض له ، فقبل ، ومضى زمن ، يمـكن قبضه فيه صار مقبوضاً ، وملـكه المتّهب ، وبرىء الغاصبُ من ضمانه . وإن قلنا : القبضُ ليس بشرط فى الهبة ، فما لا يُعتبر فيه القبض من ذلك احتمل أن لا يعتبر فى صحّته القدرة على التسليم ، وهو قول أبى ثور . لأنه تمليك بغير عوض ، أشبه الوصيّة ، ويحتمل أن لا تصحّ هبته . لأنه لا يصحّ بيعه ، فلم تصحّ هبته ، كالحمل فى البطن ، وكذلك يخرج فى هبة الطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، إذا كان مملوكاً .

٤٣٨٨ (فصـــل)

ولا تصحُّ هبة الحمل فى البطن ، واللبن فى الضّرْع . وبهذا قال أبو حنيفة . والشافعىّ ، وأبو ثور : لأنه مجهول ، معجوز عن تسليمه ، وفى الصوف على الظهر وجهان ، بناءً على صحّة بيعه ، ومتى أذن له فى جزّ الصوف ، وحَلْب الشاة كان إباحةً ، وإن وهب دُهْن سِمْسِمِهِ قبل عصره ، أو زيت زيتونه ، أو جفته لم

---

(١) الـكبة : الخصله المجتمعة ، والمجموعة من الشعر .

يصحّ . وبهذا قال الثوريّ ، والشافعيّ ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم لهم مخالفاً ، ولا تصحّ هبة المعدوم ، كالذى تُثمر شجرته ، أو تحمل أمته ، لأن الهبة عقد تمليك فى الحياة ، فلم تصحّ فى هذا كلّه كالبيع .

٤٣٨٩ (فصـــــل)

قال أحمد فى رواية أبى داود ، وحرب : لا تصحّ هبة المجهول ، وقال فى رواية حرب : إذا قال : شاةٌ من غَنَمِى ، يعنى وَهَبْتُهَا لَكَ لم يجز ، وبه قال الشافعيّ ، ويحتمل أن الجهل إذا كان فى حقّ الواهب منع الصحّة ، لأنه غرر فى حقّه ، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها ، لأنه لا غرر فى حقّـه ، فلم يُعتبر فى حقّه العلم بما يُوهَب له ، كالموصَى له ، وقال مالك : تصحّ هبة المجهول . لأنه تبرّع ، فصحّ فى المجهول، كالنذر، والوصيّة ، ووجه الأول أنه عقد تمليك لا يصحّ تعليقه بالشروط ، فلم يصحّ فى المجهول كالبيع بخلاف النذر ، والوصيّة .

٤٣٩٠ (فصـــــل)

ولا يصحّ تعليق الهبة بشرط ، لأنها تمليك لمعيَّن فى الحياة ، فلم يجز تعليقها على شرط ، كالبيع ، فإن علّقها على شرط ، كقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم لأمّ سَلَمة « إِنْ رَجَعَتْ هَدِيَّتُنَا إِلَى النَّجَاشِيِّ فَهِيَ لَكِ » كان وَعْداً ، وإن شرط فى الهبة شروطاً تُنافى مقتضاها : نحو أن يقول : وهبتُك هذا بشرط أن لاتَهَبه ، أو لا تبيعه ، أو بشرط أن تهبه ، أو تبيعه ، أو بشرط أن تهب فلاناً شيئاً لم يصحّ الشرط ، وفى صحة الهبة وجهان . بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وإن وقّت الهبة ، فقال : وهبتك هـذا سَنةً ، ثم يعود إلىّ لم يصحّ . لأنه عقد تمليك امين ، فلم يصحّ مؤقّتاً ، كالبيع .

٤٣٩١ (فصـــــل)

وإن وهب أمة ، واستثنى ما فى بطنها صحّ فى قياس قول أحمد : فيمن أعتق أمةً واستثنى ما فى بطنها. لأنه تبرّع بالأمّ دون ما فى بطنها ، فأشبـه العِتق . وبه يقول فى العتق النخَعِيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأى : تصحّ الهبة ، ويبطُل الاستثناء .

ولنا : أنه لم يهب الولد ، فلم يملك الموهوب له ، كالمنفصل ، وكالموصَى به .

٤٣٩٢ (فصـــــل)

وإذا كان له فى ذمّة إنسان دين ، فوهبه له ، أو أبرأه منه ، أو أحلّه منه صحّ ، وبرئت ذمّة الغريم منه . وإن ردّ ذلك فلم يقبله ، لأنه إسقاط ، فلم يفتقر إلى القبول ، كإسقاط القِصاص ، والشُّفعة ، وحدّ القذف ، وكالعتق ، والطلاق ، وإن قال : تصدّقت به عليك صحّ . فإن القرآن ورد فى الإبراء بلفظ

الصدقة ، بقول الله تعالى : (وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَنْ يَصَّدَّقُوا[١]) وإن قال : عفوتُ لك عنه صحّ . لأن الله تعالى قال (إِلاَّ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ[٢]) يعنى به الإبراء من الصداق . وإن قال : أسقطته عنك صحّ . لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له ، وإن قال : ملّكتك إيّاه صحّ . لأنه بمنزلة هبته إياه .

٤٣٩٣ (فصــــل)

وإن وهب الدين لغير من هو فى ذمته ، أو باعه إيّاه لم يصحّ ، وبه قال فى البيع أبو حنيفة ، والثورىُّ ، وإسحاق . قال أحمد : إذا كان لك على رجل طعام قرضاً ، فبعه من الذى هو عليه بنقد ، ولا تبعه من غيره بنقد ، ولا نَسيئةٍ ، وإذا أقرضت رجلاً دراهم ، أو دنانيرَ فلا تأخذ من غيره عرضاً بما لك عليه ، وقال الشافعىّ : إن كان الدين على مُعسر ، أو مُماطل ، أو جاحد له لم يصحّ البيع . لأنه معجوزٌ عن تسليمه ، وإن كان على مليءٍ باذلٍ له ، ففيه قولان :

أحدهما : يصحُّ : لأنه ابتاع بمال ثابت فى الذمّة ، فصحّ ، كما لو اشترى فى ذمّته ، ويشترط أن يشتريه بعين ، أو يتقابضان فى المجلس ، لئلاّ يكون بيعَ دينٍ بدينٍ .

ولنا : أنه غيرُ قادر على تسليمه ، فلم يصحّ ، كبيع الآبق ، فأما هبته فيحتمل أن لا تصحّ ، كالبيع ، ويحتمل أن تصحّ . لأنه لا غرر فيها على المتّهب ، ولا الواهب ، فصحّ كهبة الأعيان .

٤٣٩٤ (فصــــل)

تصحُّ البراءة من المجهول إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته ، وقال أبو حنيفة : تصحُّ مطلقاً . وقال الشافعىّ : لا تصحُّ إلا أنه إذا أراد ذلك قال : أبرأتك من درهم إلى ألف . لأنّ الجهالة إنما مُنِعت لأجل الغرر ، فإذا رضى بالجملة ، فقد زال الغرر ، وصحّت البراءة .

ولنا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال لرجلين اختصما إليه فى مواريث دَرَسَتْ[٣] « اقْتَسِمَا وتَوخَّيَا الْحَقَّ ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ثُمَّ تَحَالاَّ[٤] » رواه أبو داوود ، ولأنه إسقاط ، فصحّ فى المجهول ، كالعِتاق ، والطلاق ، وكما لو قال : من درهم إلى ألف ، ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمّة ، ولا سبيل إلى العلم بما

---

(١) بعض الآية ٩٢ من سورة النساء .

(٢) بعض الآية ٢٣٧ من سورة البقرة .

(٣) درست : تهدمت وصارت أطلالا .

(٤) استهما : اقترعا ليظهر سهم كل واحد منكما ثم تحالا ، أى ليحل كل منكما صاحبه مما أخذه بغير حق من نصيب صاحبه .

فيها ، فلو وقف صحّة البراءة على العلم لكان سداً لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم ، وتبرئة ذِمّته ، فلم يجز ذلك ، كالمنع من العتق ، وأما إن كان مَنْ عليه الحقّ يعلمه ، ويكتمُه المستحقّ خوفاً من أنه إذا علمه لم يسمح بإبرائه منه ، فينبغى أن لا تصحّ البراءة فيه ، لأن فيه تغريراً بالمشترى ، وقد أمكن التحرّز منه ، وقال أصحابنا : لو أبرأه من مائةٍ وهو يعتقد أنه لا شيء له عليه ، وكان له عليه مائة ففى صحّة البراءة وجهان :

أحدهما : صحّتها . لأنها صادفت ملكه ، فأسقطته ، كما لو علمها .

والثانى : لا تصحُّ . لأنه أبرأه مما لا يعتقد أنه عليه ، فلم يكن ذلك إبراء فى الحقيقة ، وأصل الوجهين مالو باع مالاً كان لموروثه يعتقد أنه باقٍ لموروثه ، وكان موروثُه قد مات ، وانتقل ملكُه إليه ، فهل يصحّ ؟ فيه وجهان ، وللشافعىّ قولان فى البيع ، وفى صحَّة الإبراء وجهان .

٤٣٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويقبض للطفل أبوه ، أو وصيّه أو الحاكم ، أو أمينه بأمره ﴾ .

وجملة ذلك : أن الطفل لا يصحّ قبضه لنفسه ، ولا قبوله ، لأنه ليس من أهل التصرف ، ووليّه يقوم مَقامه فى ذلك ، فإن كان له أب أمين فهو وليّه ، لأنه أشفقُ عليه ، وأقربُ إليه ، وإن مات أبوه الأمين وله وصىّ فوليّه وصيُّة لأن الأب أقامه مقام نفسه ، فجرى مجرى وكيله ، وإن كان الأب غير مأمون لفسق ، أو جنون ، أو مات عن غير وصىّ فأمينه الحاكم ، ولا يلى ماله غيرُ هؤلاء الثلاثة ، وأمين الحاكم يقومُ مَقامه ، وكذلك وكيل الأب ، والوصىّ ، فيقوم كلُّ واحد منهم مقام الصبى فى القبول ، والقبض ، إن احتيج إليه ، لأن ذلك قبول لما للصبى فيه حظّ ، فكان إلى الولى كالبيع ، والشراء ، ولا يصحّ القبض ، والقبول ، من غير هؤلاء ، قال أحمد فى رواية صالح ، فى صبىٍّ وُهبت له هبة ، أو تُصُدِّق عليه بصدقة ، فقَبضت الأمّ ذلك ، وأبوه حاضر ، فقال : لا أعرف للأم قبضاً ، ولا يكون إلا للأب ، وقال عثمان رضى الله عنه : أحقُّ من يحوز على الصبى أبوه ، وهذا مذهب الشافعىّ ، ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن القبض إنّما يكون من المتّهب ، أو نائبه ، والولىّ نائبٌ بالشرع ، فصحّ قبضه له ، أما غيره فلا نيابةَ له ، ويحتمل أن يصحّ القبض ، والقبول من غيرهم ، عند عدمهم ، لأن الحاجة داعية إلى ذلك ، فإنّ الصبىّ قد يكون فى مكان لا حاكم فيه ، وليس له أب ، ولا وصىّ ، ويكون فقيراً لا غِنَى به عن الصدقات ، فإن لم يصحّ قبض غيرهم له انسدّ باب وصولها إليه ، فيضيع ، ويهلك ، ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية .

فعلى هذا : للأمّ القبض له ، وكلّ من يليه من أقاربه ، وغيرهم ، وإن كان الصبىّ مميزاً فحكمه حكم

الطفل، فى قيام وليّه مقامه ، لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ ، إلا أنه إذا قَبِل لنفسه ، وقبض لها صحّ ، لأنه من أهل التصرّف فإنّه يصحّ بيعه ، وشراؤه بإذن الولىّ ، فههنا أولى ، ولا يحتاج إلى إذن الولىّ ههنا ، لأنه محضُ مصلحةٍ ، ولا ضرر فيه ، فصحّ من غير إذن وليّه ، كوصيّته ، وكسب المباحات ، ويحتمل أن يقف صحّة القبض منه على إذن وليّه ، دون القبول ، لأن القبض يحصُل به مُستولياً على المال ، فلا يُؤمن تضييعه له ، وتفريطه فيه ، فيتعيّن حفظُه عن ذلك ، بوقفه على إذن وليّه ، كقبضه لوديعته ، وأما القبول فيحصُل له به الملك من غير ضرر ، فجاز من غير إذن ، كاحتشاشه ، واصطياده .

٤٣٩٦ (فصــل)

فإن وهب الأب لابنه شيئاً قام مقامه فى القبض ، والقبول ، إن احتيج إليه . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها ، أو عبداً بعينه ، وقبضه له من نفسه ، وأشهدَ عليه . أنّ الهبة تامّة ، هذا قولُ مالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وروينا معنى ذلك عن شُريح ، وعمر بن عبد العزيز ، ثمّ إن كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض اكتُفِى بقوله : قد وهبتُ هذا لابنى ، وقبضتُه له ، لأنهُ يغنى عن القبول ، كما ذكرنا ، ولا يغنى قوله : قد قبلته ، لأن القبول لا يُغنِى عن القبض ، وإن كان ممّا لا يفتقر ، اكتُفِى بقوله : قد وَهَبْتُ هذا لابنى ، ولا يحتاج إلى ذكر قبض ، ولا قبول ، قال ابن عبد البرّ : أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير فى حِجْره لا يحتاج إلى قبض ، وأن الإشهاد فيها يُغنِى عن القبض ، وإن وَلِيهَا أبوه ، لما رواه مالك عن الزهرىّ ، عن ابن المسيّب : أنّ عثمان قال : مَنْ نَحَل ولداً له صغيراً لم يَبْلُغ أن يَحُوز نِحْلةً فأعلن ذلك ، وأشهد على نفسه ، فهى جائزة ، وإن وَلِيهَا أبُوه .

وقال القاضى : لابدّ فى هبة الولد من أن يقول : قد قبلتُه ، وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن الهبة عندهم لا تصحّ إلا بإيجاب ، وقبــول ، وقد ذكرنا من قبلُ أنّ قرائن الأحوال ، ودِلالتها تُغنى عن لفظ القبول ، ولا أدلّ على القبول من كون القابل هو الواجب ، فاعتبار لفظ لا يُفيد معنًى من غير وُرود الشرع به تحــكّمٌ لا معنى له ، مع مخالفته لظاهر حال النبىّ صلّى الله عليه وسلّم ، وصحابته ، وليس هذا مذهباً لأحمد ، فقد قال فى رواية حرب فى رجل أشهد بسهم من ضيعته ، وهى معروفة لابنه ، وليس له ولد غيره ، فقال : أَحَبُّ إلىّ أن يقول عند الإشهاد : قد قبضتُه له ، قيل له : فإن سها ؟ فقال : إذا كان مُفْرَزاً رَجَوْتُ ، فقد ذكر أحمدُ أنه يكتفى بقوله : قد قبضتُه له ، وأنه يرجو أن يكتفى مع التمييز بالإشهاد . فحسب ، وهذا موافق للاجماع المذكور عن سائر العلماء ، وقال بعض أصحابنا : يكتفى بأحد

لفظين ، إمّاأن يقول : قد قبلتهُ ، أو قد قبضتهُ ، لأن القبول يُغنى عن القبض ، وظاهر كلام أحمدماذكرناه ، ولافرق بين الأثمان ، وغيرها فيما ذكرنا ، وبه يقول أبوحنيفة ، والشافعيّ ، وقال مالك : إن وهب له مالا يُعرف بعينه ، كالأثمان ، لم يجز إلاّ أن يضعَها على يد غيره ، لأن الأب قد يُتلف ذلك ، ويتلف بغيرسببه ، ولايمكن أن يُشهد على شيء بعينه ، فلاينفع القبض شيئاً .

ولنا : أن ذلك مما لاتصحّ هبته ، فإذا وهبه لابنه الصغير وقبضه له وجب أن تصحّ ، كالعُروض .

٤٣٩٧ (فصـــل)

وإن كان الواجب للصبيّ غيرَ الأب من أوليائه ، فقال أصحابنا : لابدّ من أن يوكّل من يقبل للصبيّ ، ويقبض له ، ليكون الإيجاب منه ، والقبول ، والقبض . من غيره ، كما فى البيع ، بخلاف الأب ، فإنه يجوز أن يُوجِب ، وَيَقْبَل ، وَيَقْبِضَ ، لكونه يجوز أن يبيع لنفسه ، والصحيح عندى : أنّ الأبَ وغيره فى هذا سواء ، لأنه عقد يجوز أن يصدُر منه ، ومن وكيله ، فجاز له أن يتولّى طرفيه ، كالأب ، وفارق البيع ، فإنّه لايجوز أن يوكّل من يشترى له ، ولأن البيع عقدُ معاوضة ، ومُرابحةٍ ، فيتّهم فى عقده لنفسه ، والهبة محضُ مَصلحةٍ ، لاتُهمةَ فيها ، وهو وَلِى فيه ، فجاز أن يتولّى طرَفَى العقد ، كالأب ، ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبيّ ، وهو ههنا يعطى ، ولا يأخذ ، فلا وجه لمنعه من ذلك ، وتوقيفه على توكيل غيره ، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب ، والإشهاد إلى القبض ، والقبول ، فلا حاجة إلى التوكيل فيهما ، مع غناه عنهما .

٤٣٩٨ (فصـــل)

فأما الهبة من الصبيّ لغيره فلاتصحّ ، سواء أذن فيها الولىّ ، أو لم يأذن لأنه محجور عليه لحظّ نفسه ، فلم يصحّ تبرعُه ، كالسفيه ، وأما العبد فلايجوز أن يهب إلا بإذن سيّده ، لأنه مال لسيده ، ومالُه مالٌ لسيّده ، فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه ، كالأجنبيّ ، وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده ، نصّ عليه أحمد ، لأنه تحصيل للمال للسيِّد ، فلم يُعتبر إذنه فيه ، كالالتقاط ، وماوهبه لسيِّده ، لأنه من اكتسابه ، فأشبه اصطياده .

٤٣٩٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا فاضل بين ولده فى العطية أمر برده كما أمر النبى صلى الله عليه وسلم ﴾

وجملة ذلك : أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده فى العطيّة ، إذا لم يختصّ أحدُهم بمعنىً يُبيح التفضيل ، ، فإن خَصّ بعضهم بعطيّته ، أو فاضل بينهم فيها أَثِمَ ، ووجبت عليه التسويةُ بأحد أمرين ، إمّا ردّ مافَضّلَ به البعضَ ، وإمّا إتمامُ نصيبِ الآخر ، قال طاوس : لايجوز ذلك ، ولا رغيف مُحْترقٍ ،

و به قال ابن المبارك ، رُوى معناه عن مجاهد ، وعُرْوةَ ، و كان الحسن يكرهه ، ويُجيزه فى القضاء .

وقال مالك ، والليث ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى : ذلك جائز ، ورُوى معنى ذلك عن شُرَيح ، وجابر بن زيد ، والحسن بن صالح ، لأن أبا بكر رضى الله عنه نَحَلَ عَائِشَةَ ابنته جِدَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا دُونَ سائِرِ وَلَدِهِ ، واحتجّ الشافعىُّ بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حديث النُّعمان بن بَشير « أَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِى »فأمره بتأكيدها ، دون الرجوع فيها ، ولأنّها عطيّة تلزم بموت الأب ، فكانت جائزَةً ، كما لو سوّى بينهم .

ولنا ما روى النُّعمان بن بشير قال : تَصَدَّقَ عَلَىَّ أَبِى بِبَعْضِ مَالِهِ ، فقالَتْ أُمِّى عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لاَ أَرْضَى حَتَّى تُشْهِدَ عَلَيْهَا رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَجَاء أَبِى رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِيُشْهِدَهُ عَلَى صَدَقَتِه ، فقالَ « أَكُلَّ وَلَدِكَ أَعْطَيْتَ مِثْلَه ؟ » قال : لا ، قال : فاتَّقُوا اللهَ واعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلاَدِكُمْ » قال : فرجع أبى ، فردّ تلك الصدقة ، وفى لفظ قال « فَارْدُدْهُ » وفى لفظ قال « فارْجِعْهُ » وفى لفظ « لاَ تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » وفى لفظ « فَأَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِى » وفى لفظ « سَوِّ بَيْنَهُمْ » وهو حديث صحيح ، متفق عليه ، وهو دليل على التحريم ، لأنه سمّاه جوراً ، وأمر بردّه ، وامتنع من الشهادة عليه ، والجور حرام ، والأمر يقتضى الوجوب ، ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة ، والبغضاء ، وقطيعةَ الرحم ، فمُنع منه ، كتزويج المرأة على عمّتها ، أو خالتها ، وقول أبى بكر لا يُعارِضُ قولَ النبىِّ صلّى الله عليه وسلم ، ولا يُحتجّ به معه . ويحتمل أن أبا بكر رضى الله عنه خصّها بعطيّته لحاجتها ، وعجزها عن الكسب ، والتسبّب فيه ، مع اختصاصها بفضلها ، وكونها أمّ المؤمنين ، زوجِ رسولِ اللهَ صلّى الله عليه وسلّم ، وغير ذلك من فضائلها .

ويحتمل أن يكون قد نَحَلها ونَحَلَ غَيْرَهَا من وَلدِه ، أو نَحَلهَا وهو يُريد أن يَنْحَلَ غيرها ، فأدركه الموتُ قبل ذلك ، ويتعيَّن حملُ حديثه على أحد هذه الوجوه ، لأن حمله على مثل محلِّ النزاع منهىٌّ عنه ، وأقلّ أحواله الكراهة ، والظاهر من حال أبى بكر اجتنابُ المكروهات ، وقولُ النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، « فَأَشْهِدْ عَلَى هَذَا غَيْرِى » ليس بأمرٍ ، لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب ، والندب ، ولا خلاف فى كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره بردّه ، وتسميته إيّاه جوراً ، وحمل الحديث على هذا حملٌ لحديث النبىِّ صلّى الله عليه وسلم على التناقُض ، والتضادّ ، ولو أمر النبىّ صلّى الله عليه وسلم بإشهاد غيره امتثل بشير أمره ، ولم يرُدّه ، وإنما هذا تهديدٌ له على هذا ، فيفيد ما أفاده النهى عن إتمامه ، والله أعلم .

٤٤٠٠ (فصـــــــل)

فإن خصّ بعضهم لمعنًى يقتضى تخصيصه ، مثل اختصاصه بحاجةٍ ، أو زَمَانةٍ ، أو عَمًى ، أو كثرةِ عائلةٍ ، أو اشتغاله بالعلم ، أو نحوه من الفضائل ، أو صَرَفَ عطيّته عن بعض ولده لفسقه ، أو بدعته ، أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصيةِ الله ، أو يُنفقه فيها ، فقد رُوى عن أحمد ما يدلّ على جواز ذلك ، لقوله فى تخصيص بعضهم بالوقوف : لا بأس به ، إذا كان لحاجةٍ ، وأكرهه إذا كان على سبيل الأَثَرَةِ ، والعطيّة فى معناه ، ويحتمل ظاهر لفظه المنعَ من التفضيل ، والتخصيص على كلّ حال ، لكون النبىّ صلّى الله عليه وسلّم لم يستفصل بشيراً فى عطيّته ، والأول أولى إن شاء الله ، لحديث أبى بكر ، ولأن بعضهم اختصّ بمعنًى يقتضى العطيّة ، فجاز أن يختصّ بها ، كما لو اختصّ القرابة . وحديث بشير قضيّة فى عين ، لا عمومَ لها ، وتركُ النبىّ صلّى الله عليه وسلم الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال . فإن قيل : و علم بالحال لما قال « أَلَكَ وَلَدٌ غَيْرُه ؟ » قلنا : يحتمل أن يكون السؤال ههنا لبيان العلّة ، كما قال عليه السلام للذى سأله عن بيع الرُّطَب بالتّمر « أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ ؟ » قال : نعم . قال : « فَلاَ إِذاً » وقد عَلِم أن الرطب ينقُص ، لكن نَبَّهَ[1] ، السائل بهذا على علّة المنع من البيع ، كذا ههنا .

٤٤٠١ (فصـــــــل)

ولا خلاف بين أهل العلم فى استحباب التسوية ، وكراهة التفضيل . قال ابراهيم : كانوا يستحبّون أن يُسَوُّوا بينهم ، حتّى فى القُبَل ، إذا ثبت هذا : فالتسوية المستَحبّة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث ، فيجعلُ للذكر مثلَ حظّ الأنثيين ، وبهـذا قال عطاء ، وشُرَيح ، وإسحاق ، ومحمد بن الحسن . قال شُرَيح لرجل قَسمَ ماله بين ولده : ارْدُدْهم إلى سهام الله تعالى ، وفرائضه . وقال عطـاء : ما كانوا يَقْسِمُون إلاّ على كتاب الله تعالى . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، وابن المبارك : تُعطَى الأنثى مثلَ ما يُعطَى الذكر ، لأن النبىّ صلّى الله عليه وسـلم قال لبشير بنِ سَعْدٍ : « سَوِّ بَيْنَهُمْ » وعلّل ذلك بقوله « أَيَسُرُّكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِى بِرِّكَ ؟ » قال : نعم ، قال : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ » والبنت كالابن فى استحقاق برّها ، وكذلك فى عطيّتها ، وعن ابن عبّاس قال : قال رسول الله « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلاَدِكُمْ فِى الْعَطِيَّةِ ، وَلَوْ كنت مُؤْثِراً لآثَرْتُ النِّسَاء عَلَى الرِّجَالِ » رواه سعيد فى سُننه . ولأنها عطيّة فى الحياة ، فاستوى فيها الذكر ، والأنثى ، كالنفقة ، والكسوة .

ولنا : أن الله تعالى قسم بينهم ، فجعل للذكر مثلَ حظّ الأنثيين ، وأولى ما اقْتُدِى بقسمةِ الله ، ولأن العطيّة فى الحياة أحدُ حالَى العطيّة ، فيُجعل للذكر منها مثلُ حظّ الأُنثَيَيْنِ ، كحالة الموت ، يعنى الميراث ،

---

(١) فى الطبعة الثانية وردت كلمة (فيه) بدل (نبه) الموجودة هنا ولم تذكر فى الخطأ والصواب .

يُحَقّقه أنّ العَطِيّة استعجالٌ لما يكون بعد الموت ، فينبغى أن تكون على حسبه ، كما أن مُعَجّل الزكاة قبل وجوبها يؤدّيها على صفة أدائها بعد وجوبها ، وكذلك الكفّارات المعجّلة ، ولأن الذكر أحوجُ من الأنثى من قِبَل أنهما إذا تزوّجا جميعاً فالصداقُ والنفقةُ ونفقةُ الأولاد على الذكر ، والأنثى لها ذلك ، فكان أولى بالتفضيل لزيادة حاجته ، وقد قسّم الله تعالى الميراثَ ، ففضّل الذكر مقروناً بهذا المعنى ، فتعلّل به ، ويتعدّى ذلك إلى العطيّة فى الحياة . وحديثُ بشير قضيّةٌ فى عَيْنٍ ، وحكايةُ حالٍ لا عمومَ لها ، وإنّما ثبت حكمها فيما ماثلها ، ولا نعلم حال أولاد بشير ، هل كان فيهم أنثى ، أولا ؟ ولعلّ النبىّ صلّى الله عليه وسلّم قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر ، ثم تُحْمَل التسويةُ على القسمة على كتاب الله تعالى ، ويحتمل أنه أراد التسوية فى أصل العطاء ، لا فى صفته ، فإن القسمة لا تقتضى التسوية من كلّ وجه ، وكذلك الحديث الآخر ، ودليل ذلك قولُ عطاء : ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى ، وهذا خبر عن جميعهم ، على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مُرسل .

٤٤٠٢ (فصـــل)

وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه ، ولا إعطاؤهم على قدر مواريثهم ، سواء كانوا من جهة واحدة ، كأخوة ، وأخوات ، وأعمام ، وبَنِى عمّ ، أو من جهات ، كبناتٍ ، وأخَواتٍ ، وغيرهم ، وقال أبو الخطاب : المشروع فى عطية الأولاد وسائر الأقارب أن يُعطيهم على قدر ميراثهم ، فإن خالف ، وفعل ، فعليه أن يرجع ، ويعمّهم بالنِّحلة ، لأنهم فى معنى الأولاد ، فثبت فيهم مثلُ حكمهم .

ولنا : أنّها عطية لغير الأولاد فى صحته ، فلم تجب عليه التسوية ، كما لو كانوا غير وارثين ، ولأن الأصل إباحة تصرّف الإنسان فى ماله ، كيف شاء ، وإنّما وجبت التسوية بين الأولاد بالخبر ، وليس غيرهم فى معناهم ، لأنهم استووا فى وجوب برّ والدهم ، فاستووا فى عطيّته ، وبهذا علّل النبىّ صلّى الله عليه وسلم حين قال « أَيَسُرُّكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِى بِرِّكَ ؟ » قال : نعم قال « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ » ولم يُوجد هذا فى غيرهم ، ولأن للوالد الرجوع فيما أعطى ولده ، فيمكنه أن يُسَوِّىَ بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم ، ولا يمكن ذلك فى غيرهم ، ولأن الأولاد لشدّة محبّة الوالد لهم ، وصرف ماله إليهم عادة يَتَنافسون فى ذلك ، ويشتدّ عليهم تفضيلُ بعضهم ، ولا يُساويهم فى ذلك غيرُهم ، فلا يصحّ قياسه عليهم ، ولا نصّ فى غيرهم ، ولأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قد عَلِمَ لِبَشِيرٍ زَوْجَةً ، ولم يأمره بإعطائها شيئاً ، حين أمره بالتسوية بين أولاده ، ولم يسأله : هل لك وارث غيرُ ولدك ؟

٤٤٠٣ (فصـــل)

والأم فى المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « اتَّقُوا اللهَ وَاعْدِلُوا

بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » ولأنها أحد الوالدين ، فمُنعت التفضيل كالأب ، ولأن ما يحصل بتخصيص الأب بعض ولده من الحسد ، والعداوة ، يوجد مثله فى تخصيص الأمّ بعضَ ولدها ، فثبت لها مثل حكمه فى ذلك .

٤٤٠٤ (فصـــــل)

وقول الخرقىّ : أمر بردّه يدلّ على أن للأب الرجوع فيما وهب لولده ، وهو ظاهر مذهب أحمد ، سواء قصد برجوعه التسوية بين الأولاد ، أو لم يرد ، وهذا مذهب مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وعن أحمـــد رواية أخرى : ليس له الرجوع فيها ، وبها قال أصحاب الرأى ، والثورىّ ، والعنبرىّ ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « العَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ » متفق عليه ، وعن عمر ابن الخطّاب رضى الله عنه ، قال : مَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرى أنّه أراد بها صِلَةَ رَحِمٍ ، أو على وجهِ صدَقةٍ فإنَّه لا يرجع فيهـا ، ومن وَهب هِبَةً أراد بها الثوابَ ، فهو على هبته ، يرجع فيها إذا لم يُرْضَ منها ، رواه مالك فى الموطّأ ، ولأنها هبـةٌ يحصل بها الأجر من الله تعالى ، فلم يجز الرجوع فيهـا ، كصدقة التطوّع .

ولنا : قول النّبى صلّى الله عليه وسلّم لبشير بن سَعْد « فَارْدُدْهُ » ورُوى « فَارْجِعْهُ » رواه كذلك مالك ، عن الزهرىّ ، عن حُميد بن عبد الرحمن ، عن النُّعْمَانِ فأمره بالرجوع فى هبته ، وأقلّ أحوال الأمر الجواز ، وقد امتثل بَشيرُ بنُ سَعْدٍ فى ذلك ، فرجع فى هبته لولده ، ألا تراه قال فى الحديث : فرجع أبى ، فردّ تلك الصدقة ، وحملُ الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يُخالف ظاهر الحديث ، لقوله : تصدَّق عَلَيَّ أَبِي بِصَدَقَةٍ ، وقول بَشير : إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي غُلَامًا يدلّ على أنّه كان قد أعطاه ، وقول النبىّ صلّى الله عليه وسلّم « فَارْدُدْهُ » وقوله « فَارْجِعْهُ » ورَوى طاوس ، عن ابن عمر ، وابن عباس ، يرفعان الحديث إلى النبىّ صلّى الله عليه وسلّم أنه قال « لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ » رواه الترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، وهذا يخصّ عموم ماروه ، ويفسّره ، وقياسهم منقوض بهبة الأجنبىّ ، فإنّ فيها أجراً ، وثواباً ، فإن النبىّ صلى الله عليه وسلّم ندب إليها ، وعندهم له الرجوع فيها ، والصدقة على الولد ، كمسألتنا ، وقد دلّ حديث النعمان بن بَشير على الرجوع فى الصدقة ، لقوله : تَصَدَّقَ عَلَيَّ أَبِي بِصَدَقَةٍ .

٤٤٠٥ (فصـــــل)

وظاهر كلام الخرقىّ أن الأمّ كالأب فى الرجوع فى الهبة ، لأن قوله : وإذا فاضل بين أولاده يتناول كلّ والد ، ثم قال فى سياقه : أمَر بردّه ، فيدخُل فيه الأمّ ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، لأنها داخلة فى قوله : (إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَده ، ولأنّها لمـّا دَخَلَتْ فِي قَوْلِ النبىّ « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » ينبغى أن يتمكّن

من التسوية ، والرجوع فى الهبة ، طريق فى التسوية ، وربما تعين طريقاً فيها إذا لم يمكن إعطاء الآخر مثلَ عطيّة الأول ، ولأنّها لمّا دخلت فى المعنى فى حديثَ بشير بن سعد ، فينبغى أن تدخُل فى جميع مدلوله ، لقوله « فارْدُدْهُ » وقوله « فَارْجِعهُ » ولأنّها لمّا ساوت الأب فى تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغى أن تساويه فى التمكّن من الرجوع فيما فضّله به ، تخليصاً لها من الإثم ، وإزالة للتفضيل المحرّم ، كالأب ، والمنصوص عن أحمد : أنّه ليس لها الرجوع ، قال الأثرم : قلتُ لأبى عبد الله : الرجوعُ المرأة فيما أعطته ولدهَا كالرّجل ؟ قال : ليس هى عندى فى هذا كالرجل ، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ، والأمّ لا تأخذ ، وذكر حديثَ عائشة « أَطْيَبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلِ مِنْ كَسْبِهِ وإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ » أى كأنّهُ الرجُل ، قال أصحابنا : والحديثُ حُجّة لنا ، فانّه خصّ الوالد ، وهو باطلاقه إنّما يتناول الأب دون الأمّ ، والفرق بينهما أن للأب ولايةً على ولده ، ويحوز جميعَ المال فى الميراث ، والأمّ بخلافه ، وقال مالك : للأمّ الرجوع فى هبة ولدها ، ما كان أبوه حيًّا ، فإن كان ميّتاً فلا رجوع لها ، لأنها هبة ليتيم ، وهبةُ اليتيم لازمةٌ ، كصَدقة التطوّع ، ومن مذهبه أنه لا يرجع فى صدقة التطوّع .

٤٤٠٦ (فصــل)

ولا فرق فيما ذكرنا بين الهبة . والصدقة ، وهو قول الشافعىّ ، وفرق مالك وأصحاب الرأى بينهما ، فلم يُجيزوا الرجوع فى الصدقة بحال ، واحتجّوا بحديث عمر : مَنْ وَهَبَ هِبَةً ، وأرادَ بِهَا صِلَةَ رَحِمٍ ، أَوْعَلَى وَجْهِ صَدَقةٍ فإنّه لاَ يَرْجِعُ .

ولنا حديث النعمان بن بَشِيرٍ . فانّه قال : تصدّق على أبى بصدقة ، وقال : فرجع أبى فرد تلك الصدقة ، وأيضاً عموم قول النبىّ صلّى الله عليه وسلّم « إلاَّ الوَالدُ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ » وهذا يقدّم على قول عمر ، ثمّ هو خاصّ فى الولد ، وحديث عمر عامٌّ ، فيجب تقديم الخاصّ .

٤٤٠٧ (فصــــل)

وللرجوع فى هبة الولد شروط أربعة :

أحدها : أن تكون باقيةً فى ملك الابن ، فان خرجت عن ملكه ببيع ، أو هبة ، أو وقف ، أو إرث ، أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها ، لأنّه إبطال لملك غير الوالد ، وإن عادت إليه بسبب جديد ، كبيع ، أو هبة ، أو وصيّة ، أو إرث ، ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها ، لأنها عادت بملك جديد لم يستفده من قِبَل أبيه ، فلا يملك فسخه ، وإزالته ، كالذى لم يكن موهوباً له ، وإن عادت إليه بفسخ البيع لعيب ، أو إقالة ، أو فلَسِ المشترى ففيه وجهان :

أحدهما : يملك الرجوع ، لأن السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول ، فأشبه مالو فسخ البيع بخيار المجلس ، أو خيار الشرط .

والثانى : لايملك الرجوع ، لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه . عليه ، فأشبه مالو عاد إليه بهبة ، فأمّا إن عاد إليه للفسخ بخيار الشرط ، أو خيار المجلس ، فله الرجوع ، لأن الملك لم يستقرّ عليه .

٤٤٠٨ (فصـــل)

الثانى : أن تكون العين باقيةً فى تصرّف الولد ، بحيث يملك التصرّف فى رقبتها ، فان استولد الأمَةَ لم يملك الأب الرجوع فيها ، لأن الملك فيها لايجوز نقله إلى غير سيدها ، وإن رهن العين ، أو أفلس ، وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها ، لأن فى ذلك إبطالاً لحقّ غير الولد ، فان زال المانع من التصرّف فله الرجوع ، لأن ملك الابن لم يزل ، وإنّما طرأ معنًى قطع التصرّف مع بقاء الملك ، فمنع الرجوع ، فإذا زال زال المنع ، والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب ، وهو مذهب الشافعىّ ، وجماعة سواه ، فأما من أجاز بيع المكاتب ، فحكمه حكم المستأجر ، والمزوج .

وأما التدبير فالصحيح أنه لا يمنع البيع ، فلا يمنع الرجوع ، وإن قلنا : يمنع البيع منع الرجوع ، وكلُّ تصرّف لايمنع الابن التصرّف فى الرقبة ، كالوصية ، والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه ، والوطء والتزويج ، والإجارة ، والكتابة ، والتدبير ، إن قلنا : لا يمنع البيع ، والمزارعة عليها ، وجعلها مُضاربةً أو فى عقد شركة ، فكلّ ذلك لايمنع الرجوع ، لأنه لا يمنع تصرّف الابن فى رقبتها ، وكذلك العتق المعلق على صفة ، وإذا رجع ، وكان التصرف لازماً كالإجارة ، والتزويج ، والكتابة ، فهو باقٍ بحاله ، لأنّ الابن لا يملك إبطاله ، فكذلك من انتقل إليه ، وإن كان جائزاً كالوصيَةَ ، والهبة ، قبل القبض بطل ، لأن الابن يملك إبطاله .

وأما التدبير ، والعتق المعلّق بصفة ، فلا يبقى حكمها فى حقّ الأب ، ومتى عاد إلى الابن عاد حكمهما ، فأما البيع الذى للابن فيه خيار ، إمّا لشرط ، أو عيب فى الثمن ، أو غير ذلك ، فيمنع الرجوع ، لأن الرجوع يتضمّن فسخ ملك الابن فى عوض المبيع ، ولم يثبت له ذلك من جهته ، وإن وهبه الابن لابنه لم يملك الرجوع فيه ، لأن رجوعه إبطالٌ لملك غير ابنه ، فإن رجع الابن فى هبته احتمل أن يملك الأب الرجوع ، فى هبته حينئذٍ ، لأنه فسخ هبته برجوعه ، فعاد إليه الملك بالسبب الأول ، ويحتمل أن لا يملك الأب الرجوع . لأنه رجع إلى ابنه بعد استقرار ملك غيره عليه ، فأشبه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه .

٤٤٠٩ (فصـــل)

الثالث : أن لا يتعلّق بها رغبةٌ لغير الولد ، فإن تعلّقت بها رغبة لغيره ، مثل أن يهب ولده شيئاً ،

فيرغب الناس فى معاملته ، وأدانوه ديونا ، أو رغبوا فى مناكحته ، فزوّجوه إن كان ذكراً ، أو تزوّجت الأنثى لذلك ، فعن أحمد روايتان :

أولاهما : ليس له الرجوع . قال أحمد فى رواية أبى الحارث ، فى الرجل يهب لابنه مالاً : فله الرجوع إلا أن يكون غرّ به قوماً ، فان غرّ به فليس له أن يرجع فيها ، وهذا مذهب مالك ، لأنه تعلّق به حقّ غير الابن ، ففى الرجوع إبطال حقّه ، وقد قال عليه السلام « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » وفى الرجوع ضرر ، ولأنّ فى هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ، ولا يجوز التحيل على ذلك .

والثانية : له الرجوع لعموم الخبر ، ولأن حقّ المتزوّج والغريم لم يتعلّق بعين هذا المال ، فلم يمنع الرجوع فيه .

٤٤١٠ (فصـــل)

الرابع : أن لا تزيد زيادة متّصلة كالسمن ، والكبر ، وتعلّم صنعة ، فإن زادت فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : لا تمنع الرجوع ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأنها زيادة فى الموهوب ، فلم تمنع الرجوع ، كالزيادة قبل القبض ، والمنفصلة .

والثانية : تمنع ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأن الزيادة للموهوب له ، لكونها نماء ملكه ، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها ، كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع فى الأصل ، لئلا يُفضىَ إلى سوء المشاركة ، وضرر التشقيص ، ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب فى عوضه ، فمنعه الزيادة المتّصلة ، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح ، أو نصفه بالطلاق ، أو رجوع البائع فى المبيع ، لفلس المشترى ، ويفارق الردّ بالعيب من جهة أن الردّ من المشترى ، وقد رضى ببذل الزيادة وإن فرض الكلام فيما إذا باع عَرْضاً بعَـرْض ، فزاد أحدهما ، ووجد المشترى الآخر به عيباً قلنا : بائع المعيب سلّط مشتريه على الفسخ ببيعه المعيب فكأنّ الفسخ وجد منه ، ولهذا قلنا فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول : لا صداق لها ، كما لو فسخته ، وعلى هذا : لا فرق بين الزيادة فى العين ، كالسمن ، والطول ، ونحوهما ، أو فى المعانى ، كتعلم الصناعة أو الكتابة ، أو القرآن ، أو علم ، أو إسلام ، أو قضاء دين عنه ، وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : الزيادة بتعليم القرآن ، وقضاء الدين عنه لا تمنع الرجوع .

ولنا أنها زيادة لها مقابل من الثمن ، فمنعت الرجوع ، كالسمن ، وتعلّم الصنعة ، وإن زاد ببرئه من مرض ، أو صمم منع الرجوع ، كسائر الزيادات ، وإن كانت زيادة العين ، أو التعلّم لا يزيد فى قيمته شيئاً أو ينقص منها لم يمنع الرجوع ، لأن ذلك ليس بزيادة فى الماليّة ، وأما الزيادة المنفصلة ، كولد البهيمة ، وثمرة الشجرة ، وكسب العبد ، فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه ، والزيادة للولد ، لأنّهـا حادثة فى ملكه ،

ولا تتبع فى الفسوخ ، فلا تتبع ههنا . وذكر القاضى وجهاً آخر : أنّها للأب ، وهو بعيد ، فإن كانت الزيادة ولد أمةٍ لا يجوز التفريق بينه ، وبين أمّه منع الرجوع ، لأنه يلزم منه التفريق بينه وبين أمه ، وذلك محرّم ، إلاّ أنّ نقول : إن الزيادة المنفصلة للأب ، فلا يمنع الرجوع ، لأنه يرجع فيهما جميعاً ، أو يرجع فى الأم ، ويتملك الولد من مال ولده .

٤٤١١ (فصـــــل)

وإن قصر العين ، أو فصلها ، فلم تزد قيمتها لم تمنع الرجوع ، لأن العين لم تزد ، ولا القيمة ، وإن زادت قيمتها فهى متّصلة ، هل تمنع الرجوع ، أولا ؟ يبنى على الروايتين فى السمنة ، ويحتمل أن تمنع هـذه الزيادة الرجوع بكل حال ، لأنها حاصلة بفعل الابن ، فجرت مجرى العين الحاصلة بفعله ، بخـلاف السمن ، فإنه يحتمل أن يكون للأب ، فلا يمنع الرجوع ، لأنه نماء العين ، فيكون تابعاً لها ، وإن وهبـه حاملاً فولدت فى يد الابن فهى زيادة متّصلة فى الولد ، ويحتمل أن يكون الولد زيادةً منفصلة ، إذا قلنا : الحملُ لا حكم له وإن وهبه حاملاً ، ثم رجع فيها حاملاً جاز ، إذا لم تزد قيمتها ، وإن زادت قيمتها فهى زيادة منفصلة ، وإن وهبته حائلاً ، فحملت ، فهى زيادة منفصلة ، وله الرجوع فيها دون حملها . وإن قلنا : إنّ الحَمْلَ لا حكم له ، فزادت به قيمتها ، فهى زيادة مُتّصلة . وإن لم تزد قيمتها جاز الرجوع فيها ، وإن وهبـه نخلاً فحملت ، فهى قبل التأبير زيادة متّصلة ، وبعده زيادة منفصلة .

٤٤١٢ (فصـــــل)

وإن تلف بعضُ العين ، أو نقصت قيمتها ، لم يمنع الرجوع فيها ، ولا ضمان على الابن فيما تلف منها ، لأنها تتلَف على ملـكه ، وسواء تلف بفعل الابن ، أو بغير فعله ، وإن جنى العبد جنايةً تعلّق أرشُها برقبته ، فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه ، وللأب الرجوع فيه ، فإن رجع فيـه ضمن أرش الجناية ، وإن جنى على العبد فرجع الأب فيرجع الأب فيه ، فأَرش الجناية عليه للابن ، لأنه بمنزلة الزيادة المنفصلة ، فإن قيل : فلو أراد الرجوع فى الرهن ، وعليه فَـكاكُه لم يَملك ذلك ، فـكيف ملك الرجوع فى العبـد الجانى ، إذا أدّى أرش جنايته ؟ قلنا : الرهنُ يمنع التصرّف فى العين ، بخلاف الجناية ، ولأن فَكّ الرهن فسخ لعقد عقده الموهوب له ، وههنا لم يتعلّق الحقّ به ، من جهة العقد ، فافترقا .

٤٤١٣ (فصـــــل)

والرجوع فى الهبة أن يقول : قد رجعتُ فيها ، أو ارتجَعْتُها ، أو ارتَدَدْتُها ، أو نحو ذلك من الألفاظ الدّالة على الرجوع ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا يصحّ الرجوع إلا بقضاء قاضٍ ، لأنّ ملك الموهوب له مستقر .

ولنا : أنه خيار فى فسخ عقد ، فلم يفتقر إلى قضاء ، كما فسخ بخيار الشرط . فأمّا إن أخذ ما وهبه لولده ، فان نوى به الرجوع كان رجوعاً ، والقول قوله فى نيّته ، وإن لم يعلم هل نوى الرجوع أولا : وكان ذلك بعد موت الأب ، فإن لم توجد قرينة تدلّ على الرجوع لم يحكم بكونه رجوعاً . لأن الأخذ يحتملُ الرجوع، وغيره ، فلا نُزيل حكماً يقينيّاً بأمر مشكوك فيه ، وإن اقترنت به قرائن دالّة على الرجوع ، ففيه وجهان :

أحدهما : يكون رجوعاً ، اختاره ابن عقيل ، لأنّنا اكتفينا فى العقد بدلالة الحال ، فى الفسخ أولى . ولأنّ لفظ الرجوع إنّما كان رجوعاً لدلالته عليه ، فكذلك كلّ ما دلّ عليه ، والآخر لا يكون رجوعاً ، وهو مذهبُ الشافعىّ . لأن الملك ثابت للموهوب له يقيناً ، فلا يزول إلا بالصريح ، ويمكن أن ينبنى هذا على نفس العقد ، فمن أوجب الإيجاب ، والقبول فيه لم يكتف ههنا إلا بلفظ يقتضى زواله ، ومن اكتفى فى العقد بالمعاطاة الدالّة على الرضا به ، فههنا أولى ، وإن نوى الرجوع من غير فعل ، ولا قول ، لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً . لأنه إثبات الملك على مالٍ مملوك لغيره ، فلم يحصل بمجرّد النيّة ، كسائر العقود ، وإن علّق الرجوع بشرط ، فقال : إذا جاء رأس الشهر فقد رجعتُ فى الهبة لم يصحّ . لأن الفسخ للعقد لا يقف على شرط ، كما لا يقف العقد عليه .

٤٤١٤ ﴿ مســألة ﴾

﴿ فإن مات ولم يردده ، فقد ثبت لمن وهب له إذا كان ذلك فى صحّته ﴾

يعنى إذا فاضل بين ولده فى العطايا ، أو خصّ بعضهم بعطيّة ، ثم مات قبل أن يستردّه ثبت ذلك للموهوب له ، ولزم ، وليس لبقيّة الورثة الرجوع . هذا المنصوص عن أحمد فى رواية محمد بن الحكم ، والميمونىّ ، وهو اختيار الخلاّل ، وصاحبه أبى بكر ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وأكثر أهل العلم ، وفيه رواية أخرى عن أحمد : أنّ لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه . اختاره ابنَ بطَّةَ ، وأبو حفص العُكْبَرِيَّانِ ، وهو قول عُروةَ بن الزّبير ، وإسحاق ، وقال أحمد : عُروة قد رَوى الأحاديثَ الثلاثة ، حديثَ عائشة ، وحديثَ عمر ، وحديثَ عثمان ، وتركها ، وذهب إلى حديث النبيّ صلّىَ الله عليه وسلم « يُرَدُّ فِى حَيَاةِ الرَّجُلِ وَبَعْدَ مَوْتِهِ » وهذا قول إسحاق ، إلاّ أنه قال : إذا مات الرجل فهو ميراث بينهم ، لا يسع أن ينتفع أحدٌ بما أعطى ، دون إخوته ، وأخَواته . لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم سمّىَ ذلك جَوْراً بقوله « لَا تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » والجور حرام ، لا يحلّ للفاعل فعله ، ولا للمعطى تناوله ، والموتُ لا يغيّره عن كونه جوراً حراماً ، فيجب ردّه ولأن أبا بكر ، وعمر أمرا قَيْسَ بن سَعْدٍ أن يَرُدّ قِسْمَةَ أبيه حين وُلِدَ له ولد ، ولم يكن علم به ، ولا أعطاه شيئاً ، وكان ذلك بعد موت سعد ، فروَى سعيدٌ بإسناده ، من طريقين : أن سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَسمَ ماله بَينَ أولادِه ، وخرَج إلى الشام ، فمات بها ، ثم وُلد

بعد ذلك ولد ، فمشى أبو بكر ، وعمر رضى الله عنهما إلى قيس بن سَعْدٍ ، فقالا : إن سَعْداً قسّم ماله ، ولم يَدْرِ ما يكونُ ، وإنّا نرى أنْ تَرُدّ هذه القِسْمَةَ ، فقال قيس : لَمْ أكُنْ لأُغَيِّرَ شيئاً صَنَعَهُ سَعْدٌ وَلَكِنْ نَصِيبِي لَهُ ، وهذا معنى الخبر .

ووجه القول الأول قولُ أبي بكر رضى الله عنه لعائشة ، لمّا نحلها نَحْلاً : وَدِدْتُ لَوْ أنّكِ كُنْتِ حُزْتِيه ، فدلّ على أنها لَوْ كَانَتْ حَازَتْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ، وكذلك قول عمر : لانِحْلَةَ إلاّ نِحْلَةً يحوزها الولد دون الوالد . ولأنّها عطيّة لولده ، فلزمت بالموت ، كما لو انفرد ، وقوله : إذا كان ذلك فى صحّته يدلّ على أن عطيّته فى مرض موته لبعض ورثته لا تنفذ ، لأنّ العطايا فى مرض الموت بمنزلة الوصيّة فى أنّها تُعتبر من الثلث إذا كانت لأجنبيّ إجماعاً ، فكذلك لا تنفذُ فى حقّ الوارث . قال ابن المنذر : أجمع كلّ من أحفظُ عنه من أهل العلم أنّ حكم الهِبَاتِ فى المرض الذى يموت فيه الواهبُ حكم الوصايا .

هذا مذهبُ المدنىّ ، والشافعىّ ، والكوفىّ ، فان أعطى أحد بنيه فى صحّته ، ثم أعطى الآخر فى مرضه فقد توقّف أحمد فيه ، فإنّهُ سئل ، عمن زوّج ابنه ، فأعطى عنه الصَّداق ، ثم مرض الأب ، وله ابن آخر ، هل يُعطيه فى مرضه ، كما أعطى الآخر فى صحّته ؟ فقال : لو كان أعطاه فى صحّته ، فيحتمل وجهين :

أحدهما : لا يصحّ . لأن عطيّته فى مرضه ، كوصيّته ، ولو وصّى له لم يصحّ ، فكذلك إذا أعطاه .

والثانى : يصحّ . لأن التسوية بينهما واجبة ، ولا طريق لها فى هذا الموضع إلا بعطيّة الآخر ، فتكون واجبةً ، فتصحّ كقضاء دينه .

٤٤١٥ (فصـــل)

قال أحمد : أحبّ أن لا يقسم ماله ويدعه على فرائض الله تعالى ، لعلّه أن يولد له ، فإن أعطى ولده ماله ، ثم وُلِدَ له ولد ، فأَعْجَبُ إلىّ أن يرجع ، فيسَوِّيَ بينهم ، يعنى يرجع فى الجميع ، أو يرجع فى بعض ما أعطى كلّ واحد منهم ، ليدفعوه إلى هذا الولد الحادث ، ليساوى إخوته ، فإن كان هذا الولد الحادث بعد الموت لم يكن له الرجوع على إخوته ، لأن العطية لزمت بموت أبيه ، إلا على الرواية الأخرى التى ذهب إليها أبو عبد الله بن بطّة ، ولا خلاف فى أنه يستحبّ لمن أعطِى أن يُساوِيَ أخاه فى عطيّته ، ولذلك أمر أبو بكر ، وعمر رضى الله عنهما قَيْسَ بْنَ سَعْدٍ بِرَدّ قِسْمَةِ أبيه ، ليساوُوا المولودَ الحادثَ بعدَ موت أبيه .

٤٤١٦ (فصـــل)

وللأب أن يأخذ من مال ولده ماشاء ، ويتملّكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ، ومع عدمها ، صغيراً كان الولد ، أو كبيراً ، بشرطين :

أحدهما : أن لا يُجحف بالابن ، ولا يضرّ به ، ولا يأخذ شيئاً تعلّقت به حاجتُه .

والثانى : أن لا يأخذ من مال ولده ، فيُعطيه الآخرَ . نصّ عليه أحمد فى رواية إسماعيل بن سعيد ، وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه ، فلأن يُمنع من تخصيصه بما أخذَ من مال ولده الآخر أولى .

وقد رُوىأن مسروقاً زوّجابنته بصَداقِ عشرةِ آلاف ، فأخذها ، وأنفقها فى سبيلالله ، وقال للزوج : جَهِّز امرأتك ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ : ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته . لأنّ النبىّ صلىّ الله عليه وسلّم قال « إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا » متفق عليه . وروى الحسن أن النبىّ صلّى اللهعليه وسلم قال « كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ ، والنَّاسِ أَجْمَعِينَ » رواه سعيد فى سننه ، وهذا نصّ . ورُوى أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « لاَ يحلُّ مَالُ امرىءٍ مُسلِمٍ إلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ » رراه الدار قطنىّ . ولأنَّ ملك الابن تامّ على مال نفسه ، فلم يجز انتزاعه منه ، كالذى تعلّقت به حاجته .

ولنا : ماروت عائشةُ رضىَ اللهعنها قالت : قَالَ رسولُ الله صلّى الله عليه ، وسلم «إِنَّ أَطْيَبَ مَاأَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ وَإِنَّ أَوْلاَدَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » أخرجه سعيد ، والترمذىّ وقال : حديثحسن . ورَوى عمرو بنُ شُعَيْبٌ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : جَاءَ رَجُلٌ إلى النبىِّ صلّى الله عليه وسلّم فقال : إنّ أبى اجْتَاحَ مَالِى ، فقالَ « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » رواه الطبرانىُّ فى مُعْجَمِه مُطَوَّلاً ، ورواه ، غيره ، وزاد « إِنَّ أَوْلاَدَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا مِنْ أَمْوالِهِمْ » ورَوى محمد بن المنكدر ، والمطّلب ابن حَنْطَب ، قال : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَليهِ وسَلّم فقال : إِنَّ لِي مَالاً وَعِيَالاً ولأبى مَالٌ وَعِيالٌ ، وأَبِى يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَ مَالِى . فَقَالَ النَّبِىُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » أخرجه سعيدٌ فى سننه . ولأنّ الله تعالى جَعَلَ الولدَ مَوْهوباً لأبيهِ فقال (وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَقَ وَيَعْقُوبَ[(١)]) وقال (وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى[(٢)]) وقال زكريّا (فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا[(٣)]) وقال إبراهيم (الْحَمْدُ لِلهِ الذِى وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ[(٤)]) وما كان موهوباً له كان له أخذُ ماله كعبده .

(١) بعض الآية ٧٢ من سورة الأنبياء .

(٢) بعض الآية ٩٠ من سورة الأنبياء .

(٣) بعض الآية ٥ من سورة مريم ، وقد وردت فى الأصل محرفة وهكذا (رب هب لى منلدنك وليا) وقد أثبتناهاصحيحة ،ولعل المؤلف اشتبهت عليه هذه الآية بالآية ٣٨ من سورةآلعمران وهى (هنالك دعا زكريا ربه قال رب هب لى من لدنك ذرية طيبة) .

(٤) بعض الآية ٣٩ من سورة إبراهيم .

وقال سفيانُ بن عُيَيْنةَ فى قوله (وَلاَ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ[1]) ثم ذكر بيوت سائر القرابات ، إلا الأولاد ، لم يذكرهم ، لأنهم دخلوا فى قوله (بُيُوتِكُمْ) فلمّا كانت بيوتُ أولادهم كبيوتهم لم يذكر بيوتَ أولادهم ، ولأنّ الرجل يلى مالَ ولده من غير تولية ، فكان له التصرّف فيه ، كمال نفسه ، وأما أحاديثهم ، فأحاديثنا تخصّصُها ، وتفسّرها فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم جعل مال الابن مالاً لأبيه ، بقوله « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » فلا تنافىَ بينهما ، وقوله « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ » مرسل ، ثم هو يدلّ على ترجيح حقّه على حقّه ، لا على نفى الحقّ بالكلّية ، والولد أحقّ من الوالد بما تعلّقت به حاجتُه .

٤٤١٧ (فصــــل)

وليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه ، وبه قال الزبير بن بكّار ، وهو مقتضى قول سفيان بن عُيَيْنة ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ : له ذلك . لأنه دين ثابت ، فجازت المطالبة ، كغيره .

ولنا : أن رجلاً جاء إلى النبيّ صلّى الله عليه وسلم بأبيه يقتضيه ديناً عليه ، فقال : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » رواه أبو محمد الخلاّل بإسناده . ورَوى الزبيرُ بنُ بكّار فى كتاب الموفّقيّات بإسناده ، أنّ رجلاً استقرض من ابنه مالاً ، فحبسه ، فأطالَ حَبْسَهُ ، فاستعدى عليه الابنُ عليّ بن أبى طالب ، رضى الله عنه ، وذكر قصّته فى شِعْرٍ ، فأجابه أبوه بشعر أيضاً ، فقال عليّ رضى الله عنه :

قَدْ سَمِعَ الْقَاضِي وَمَنْ رَبِّى الْفَهَمْ   الْمَالُ لِلشَّيْخِ جَــزَاءٌ بِالنِّعَمْ
يَأْكُلُه بِرَغْمِ أَنْفِ مَنْ رَغِمْ   مَنْ قَالَ قَوْلاً غَيْرَ ذَا فَقَدْ ظَلَمْ
وَجَارَ فِي الْحُكْمِ وَبِئْسَ مَا جَرَمْ

قال الزبير : إلى هذا نذهبُ ، ولأن المال أحدُ نوعى الحقوق ، فلم يملك مطالبة أبيه بها ، كحقوق الأبدان ، ويُفارق الأبُ غيره بما ثبت له من الحقّ على ولده . وإن مات الابن فانتقل الدين إلى ورثته لم يملكوا مطالبة الأب به . لأن مَوْرُوثهم لم يكن له المطالبة ، فهم أولى ، وإن مات الأب رجع الابن فى تركته بدَيْنه . لأن دينه لم يسقط عن الأب ، وإنما تأخّرت المطالبة . وقد رُوى عن أحمد : أنّه قال : إذا مات الأب بطل دينُ الابن . وقال فيمن أخذ من مهر ابنته شيئاً فأنفقه ؛ فليس عليه شىء ، ولا يُؤخذ من بعده ، وما أصابت من المهر من شىء بعينه أخذَتْهُ . وتأوّل بعضُ أصحابنا كلامه ، على أن له ما أخذه على سبيل التمليك ، ويحتمل أن يكون أخذه له ، وإنفاقه إيّاه دليلاً على قصد التملّك ، فيثبُت الملك بذلك الأخذ ، والله أعلم .

---

(١) بعض الآية ٦١ من سورة النور .

٤٤١٨ (فصـــــل)

وإن تصرّف الأب في مال الابن قبل تملّكه لم يصحّ تصرّفه ، نصّ عليه أحمد ، فقال : لا يجوز عتقُ الأب لعبد ابنه ، ما لم يقبضْهُ ، فعلى هذا لايصحّ إبراؤه من دينه ، ولا هبته لماله ، ولا بيعُه له ، وذلك لأن ملك الابن تامّ على مال نفسه ، يصحّ تصرّفه فيه ، ويحلّ له وطء جواريه ، ولو كان الملك مشتركاً لم يحلّ له الوطء ، كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة ، وإنّما للأب انتزاعه منه ، كالعين التي وهبها أباه ، فقبل انتزاعها لا يصحّ تصرّفه ، لأنه يتصرّف في ملك غيره بغير ولاية ، وإن كان الابن صغيراً لم يَصحّ أيضاً لأنه لا يملك التصرّف بما لاحظّ للصغير فيه ، وليس من الحظّ إسقاط دَيْنه ، وعتق عبده ، وهبة ماله .

٤٤١٩ (فصـــــل)

قال أحمد : بين الرجل وبين ولده ربا ، لما ذكرناه من أنّ ملك الابن على ماله تامّ ، وقال : لا يطأ جاريةَ الابن ، إلاّ أن يقبضها ، يعني يملّكها ، وذلك لأنه إذا وطئها قبل تملّكها فقد وطئها وليست زوجةً ، ولا ملك يمين ، وإن تملّكها لم يحلّ له وطؤها ، حتّى يستبرئها ، لأنه ابتداء ملك ، فوجب الاستبراء فيه ، كما لو اشتراها ، وإن كان الابن قد وطئها لم تحلّ له بحال ، وإن وطئها قبل تملّكه كان محرّماً من وجهين :

أحدهما : أنه وطئها قبل ملكها .

والثاني : أنه وطئها قبل استبرائها ، وإن كان الابن وطئها حَرُمت بوجه ثالث ، وهي أنّها صارت بمنزلة حليلة ابنه ، فإن فعل فلا حدّ عليه ، لشبهة الملك ، فإنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم أضاف مال الولد إلى أبيه ، فقال « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » وإن ولدت منه صارت أمّ ولد له ، وولده حُرّ ، لأنه من وطء انتفى عنه الحدّ للشبهة ، وتصير أمّ ولد ، وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها ، ولا قيمة ولدها ، ولامهرها.
وهل يُعزَّر ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يعزّر ، لأنه وطىء وَطْئًا محرّماً ، أشبه ما لو وطىء جاريةً مشتركة ، بينه وبين غيره .

والثاني : لا يعزّر ، لأنه لا يقتصّ منه بالجناية على ولده ، فلا يعزّر بالتصرّف في ماله .

٤٤٢٠ (فصـــــل)

وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه ، لأن الخبر ورد في الأب بقوله « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » ولا يصحّ قياسُ غير الأب عليه ، لأن للأب ولايةً على ولده وماله إذا كان صغيراً، وله شفقة تامّة ، وحقّ متأكّد ، ولا يسقط ميراثه بحال ، والأمّ لا تأخذ ، لأنّها لا ولايةَ لها ، والجدُّ أيضاً لا يلي

على مالِ ولد ابنه ، وشفقتُـه قاصرةٌ عن شفقة الأب ، ويُحجَب به فى الميراث ، وفى ولاية النـكاح ، وغيرها من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخـذ بطريق التنبيه ، لأنه إذا امتنع الأخذ فىحق الأم ، والجدّ مع مشاركتهما للأب فى بعض المعانى فغيرهما ممّا لا يشارك الأب فى ذلك أولى .

٤٤٢١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا يحلّ لواهب أن يرجع فى هبته ، ولا لمُهدٍ أن يرجع فى هديّته ، وإن لم يُثَبْ عليها ﴾

يعنى وإن لم يُعَوّض عنها ، وأراد مَنْ عدا الأب ، لأنه قد ذكر أنّ للأب الرجوع بقوله أمر بردّه ، فأمّا غيره ، فليس له الرجوع فى هبته ، ولا هديّته ، وبهذا قال الشافعىّ وأبو ثور . وقال النخَعىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى : مَنْ وَهبَ لغير ذى رَحِمٍ ، فله الرجوع ، مالم يُثَبْ عليها ، ومَنْ وَهَبَ لذِى رَحِمٍ فليس له الرجوع ، ورُوى ذلك عن عمر بن الخطّاب ، رضى الله عنه ، واحتجّوا بما روَى أبو هريرة ، قال : قالَ رسول الله صلى الله عليه وسلم « الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَالَمْ يُثَبْ مِنْهَا » رواه ابن ماجه فى سننه ، وبقول عمر ، ولأنه لم يحصُل له عنها عِوَض ، فجاز له الرجوع فيها ، كالعارية .

ولنا : قولُ النبىّ صلّى الله عليه وسلم « الْعَائِدُ فى هِبَتِهِ كالْعَائِدِ فى قَيْئِهِ » وفى لفظ « كالْـكَلْبِ يعُودُ فِى قَيْئِهِ » وفى رواية « أَنَّهُ لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوءِ الْعَائِدُ فى هِبَتِهِ كَالْـكَلْبِ يَعُودُ فِى قَيْئِهِ » متفق عليه ، وأيضاً قولُ النبىّ صلّى الله عليه وسلّم « لَيْسَ لِأحدٍ أنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيها إلاَّ الْوالِدُ فِيمَا يُعْطِيَ وَلَدَهُ » وقد ذكرناه، وروى عَمْرو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جدّه : أنَّ نَبِيَّ الله صلّى الله عليهوسلّم قال : « لاَ يَرْجِعُ وَاهِبٌ فى هِبَتِهِ إلاَّ الوالِدُ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ » ولأنه واهب لا ولاية له فى المال ، فلم يرجع فى هبته ، كذى الرحم الْمَحْرَمِ وأحاديثنا أصحّ من أحاديثهم ، وأولى . وقول عمر قد رُوى عن ابنه ، وابن عبّاس خلافُه ، وأمّا العارية ، فانّما هى هبة المنافع ، ولم يحصُل القبض فيها ، فإن قبضها باستيفائها فنظيرُ مسألتنا ما استوفى من منافع العارية ، فانه لايجوز الرجوع فيها .

٤٤٢٢ (فصـــل)

لحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوى رحمه المحرم غيرِ ولده لا رجوع فيه ، وكذلك ما وهب الزوج لامرأته ، والخلاف فيما عدا هؤلاء ، فعندنا لا يرجع إلا الوالد ، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبىّ ، فأمّا هبة المرأة لزوجها فعن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : لارجوع لها فيها ، وهذا قول عمر بن عبد العزيز ، والنَخَعِىّ ، وربيعة ، ومالك ، والثورى ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وهو قول عطاء ، وقتادة .

والثانية : لها الرجوع . قال الأثرم : سمعتُ أحمد يُسأل عن المرأة تَهَبُ ، ثُمَّ ترجعُ ، فرأيته يجعل النِّساء غيرَ الرجال ، ثم ذكر الحديث « إِنَّمَا يَرْجِعُ فى الْمَوَاهِبِ النِّسَاءُ وشِرَارُ الأَقْوام » وذكر حديث عمر « إِنَّ النِّسَاء يُعْطِينَ أَزْوَاجَهُنَّ رَغْبَةً وَرَهْبَةً ، وأَيُّما امْرَأَةٍ أَعْطَتْ زَوْجَهَا شَيْئاً ثُمَّ أَرَادَتْ أَنْ تَعْتَصِرَهُ فَهِىَ أَحَقُّ بِهِ » رواه الأثرم باسناده ، وهذا قول شُرَيح ، والشعبىّ ، وحكاه الزهرىّ ، عن القضاة ، وعن أحمد رواية أخرى ، ثالثة ، نقلها أبو طالب : إذا وَهَبَتْ له مَهْرَهَا ، فإنْ كَانَ سَأَلَهَا ذلكَ ردَّهُ إِلَيْها ، رَضِيَتْ ، أوْ كَرِهَتْ ، لأنّها لا تَهَبُ إلاّ مَخَافَةَ غَضَبِهِ ، أو إِضْرارٍ بهَا بأَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْها ، وإن لم يكن سألها وتبرّعت به ، فهو جائز ، فظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينةٌ من مسألته لها ، أو غضبه عليها ، أو ما يدلّ على خوفها منه ، فلها الرجوع ، لأنّ شاهد الحال يدلّ على أنّها لم تطب بها نفسها ، وإنما أباحه الله تعالى عند طيب نفسها ، بقوله تعالى : (فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَىْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئاً مرِيئاً[1]) وظاهر كلام الخرَقىّ الرواية الأولى ، وهو اختيار أبى بكر ، لقول الله تعالى (إلاّ أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ)[2] وقال تعالى (فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَىْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً) وعموم الأحاديث التى[3] قدّمناها .

٤٤٢٣ (فصــل)

ولا يجوز للمتصدّق الرجوع فى صدقته فى قولهم جميعاً ، لأن عمر قال فى حديثه : مَنْ وَهَبَ هِبَةً عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ فإنه لا يَرْجِعُ فِيهَا . مَعَ عُمُومِ أَحَادِيثنَا ، فاتفق دليلهم ، ودليلنا . فلذلك اتفق قولهم ، وقولنا .

٤٤٢٤ (فصــل)

والهبة المطلقة لا تقتضى ثواباً ، سواء كانت من الإنسان لمثله ، أو دونه ، أو أعلى منه ، وبهـذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى الهبة لمثله ، أو دونه كقولنا . فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان :

أحدهما : أنّها تقتضى الثواب ، وهو قول مالك ، لقول عمر رضى الله عنه ، ومَنْ وَهَبَ هِبةً أَرَادَ بِهَا الثوابَ فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ يَرْجِعُ فِيهَا إِذَا لَمْ يُرْضَ مِنْهَا .

ولنا : أنّها عطيّة على وجه التبرّع ، فلم تقتض ثواباً كهبَة المثل ، والوصيّة ، وحديث عمر قد خالفه ابنه وابن عبّاس ، فإن عوّضه عن الهبة كانت هبةً مُبتدأةً ، لا عِوضاً ، أيهما أصاب عيباً لم يكن له الردّ ،

---

(١) بعض الآية ٤ من سورة النساء

(٢) بعض الآية ٢٣٧ من سورة البقرة (٣) فى الأصول (الذى) وهو خطأ نحوى

وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ، ولم يرجع الموهوب له ببدلها ، فإن شرط في الهبة ثواباً معلوماً صح نص عليه أحمد ، لأنه تمليك بعوض معلوم ، فهو كالبيع ، وحكمها حكم البيع في ضمان الدرك ، وثبوت الخيار ، والشفعة ، وبهذا قال أصحاب الرأي ، ولأصحاب الشافعي قول : إنه لا يصح . لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها .

ولنا : أنه تمليك بعوض فصح مالو قال : ملكتك هذا بدرهم ، فإنه لو أطلق التمليك كان هبة ، وإذا ذكر العوض صار بيعاً ، وقال أبو الخطاب ، وقد روى عن أحمد مايقتضى أن يغلب في هذا حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به ، فأما إن شرط ثواباً مجهولاً لم يصح ، وفسدت الهبة ، وحكمها حكم البيع الفاسد يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة ، والمنفصلة ، لأنه نماء ملك الواهب ، وإن كانت تالفة رد قيمتها ، وهذا قول الشافعي ، وأبي ثور ، وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنها تصح ، فإذا أعطاه عنها عوضاً رضيه ، لزم العقد بذلك ، فانه قال في رواية محمد بن الحكم : إذا قال الواهب : هذا لك على أن تثيبني ، فله أن يرجع إذا لم يثبه لأنه شرط ، وقال في رواية إسماعيل بن سعيد : إذا وهب له على وجه الإثابة ، فلا يجوز ، إلا أن يثيبه عنها ، فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه ، فإن لم يفعل ، فللواهب الرجوع ، ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها ، والأول أصح . لأن هذا بيع فيعتبر فيه التراضي ، إلا أنه بيع بالمعاطاة ، فإذا عوضه عوضاً رضيه حصل البيع بما حصل من المعاطاة ، مع التراضي بها ، وإن لم يحصل التراضي لم تصح لعدم العقد ، فانه لم يوجد الإيجاب والقبول ، ولا المعاطاة مع التراضي ، والأصل في هذا قول عمر رضي الله عنه : مَنْ وَهَبَ هِبَةً أرادَ بِهَا الثَّواب فَهُوَ عَلَى هِبَتِهِ يَرْجِعُ فِيهَا إذَا لَمْ يُعَوَّض مِنها . وروى معنى ذلك عن علي ، وفضالة بن عبيد ، ومالك بن أنس ، وهو قول الشافعي على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثواباً .

وقد روى أبو هريرة : أن أعرابياً وَهَبَ للنبي صلى الله عليه وسلم ناقة ، فأعطاه ثلاثاً ، فأبى ، فزاده ثلاثاً فأبى ، فزاده ثلاثاً ، فلما كَمَلَتْ تِسْعاً قالَ : رَضيتُ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لا أَتَّهِبَ إلاَّ مِنْ قُرَشيّ أَوْ أَنْصَارِيّ أو ثَقَفِيّ أَوْ دَوْسِيّ » من المسند ، قال أحمد : إذا تغيرت العين الموهوبة ، بزيادة ، أو نقصان ، ولم يثبه منها فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده ، إذا رده إلى صاحبه ، إلا أن يكون ثوباً لبسه ، أو غلاماً استعمله . أو جارية استخدمها ، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه ، فكان عندي مثل الرهن : الزيادة ، والنقصان لصاحبه .

٤٤٢٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : داري لك عُمْرِي ، أو هي لك عُمْرَكَ ، فهي له ، ولورثته من بعده ﴾

العُمْرَى والرُّقْبَى نَوْعَانِ مِنْ الهِبَةِ يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات، من الإيجاب ، والقبول ، والقبض ، أو ما يقوم مقام ذلك ، عند من اعتبره ، وصورة العُمْرَى أن يقول الرجلُ : عَمَّرْتُكَ دارى هذه ، أو هى لك عُمْرَى ، أو ماعشتَ ، أو مدّة حياتكَ ، أو مَا حَيِيتَ أو نحو هـذا ، سُمّيتْ عُمْرَى لتقييدها بالعُمْر .

والرُّقْبَى : أن يقول : أرْقَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ ، أوْ هِيَ لَكَ حَيَاتَكَ عَلَى أنكَ إنْ مِتَّ قَبْلِي عادَتْ إلَيَّ وإن مُتُّ قَبلكَ فهى لَكَ ، ولعقبك ، فكأنه يقول : هى لآخرنا موتاً ، وبذلك سُمّيَتْ رُقْبَى، لأن كُلَّ واحدٍ منهما يرقُبُ مَوْتَ صاحبه : وكلاهما جائز فى قول أكثر أهل العلم ، وحُكى عن بعضهم أنها لاتصحُّ ، لأن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال «لا تُعْمِروا ، ولا تُرْقِبُوا » .

ولنا ما روى جابر قال : قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم « الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِها ، والرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا » رواه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال: حديث حسن ، فأما النهى فإنّما ورد على سبيل الإعلام لهم : إنّكم إن أعمرتمْ أو أرقبتم يَعُدْ للمُعْمَر وَالمُرْقَب ، ولم يَعُدْ إلَيْكُمْ مِنْهُ شَىْء . وسياق الحديث يَدُلّ عليه ، فانّه قال « فَمَنْ أعْمرَ عُمْرَى فَهِيَ لِمَنْ أعْمَرهَا حَيًّا وَمَيِّتاً وَعَقِبِه » ولو أريد به حقيقة النهى لم يمنع ذلك صِحّتها ، فان النهى إنما يمنع صحّة ما يفيد المنهىّ عنه فائدةً ، أما إذا كان صحّة المنهى عنه ضرراً على مرتكبه لم يمنع صحّته ، كالطلاق فى زمن الحيض ، وصحّة العمرى ضرر على المُعمِرْ ، فانّ ملكه يزول بغير عوض .

إذا ثبت هذا : فإنّ العُمْرَى تَنقُل المُلْكَ إلى المُعْمَر ، وبهذا قال جابر بن عبد الله ، وابن عمر ، وابن عباس ، وشُرَيح ، ومجاهد ، وطاوس ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ورُوى ذلك عن علىّ .

وقال مالك ، والليث : العُمْرَى تمليكُ المنافع ، لا تُملَكُ بها رقَبَة المُعْمَر بحال ، ويكون للمعمَر السكنى ، فإذا مات عادت إلى المُعْمِر ، وإن قال : له ، ولعقبه ، كان سكناها لهم ، فإذا انقضوا عادت إلى المُعْمِر ، واحتجّا بما رَوى يحيى بن سعيد ، عن عبدالرحمن ، بن القاسم ، قال : سمعتُ مكحولاً يسأل القاسمَ بن محمد ، عن العُمْرَى : ما يقول الناسُ فيها ؟ فقال القاسم : مَا أدْرَكْتُ النَّاسَ إلاّ على شرُوطهم فى أموالهم ، وما أَعْطَوْا ، وقال إبراهيم بن إسحاق الحربى ، عن ابن الاعرابىّ : لم يختلف العرب فى العُمْرَى ، والرُّقبَى والإفقار [1] ، والإخْبال [2] ، والمِنْحَةِ ، والعرِيّة [3] ، والعَارِيَةِ ، والسّكنَى ، والإطراق [4] ، إنّها على

(١) الإفقار : إعارة البعير للركوب (٢) الإحبال : اباحة الفحل ليطرق الإناث فتحبل .

(٣) العرية : النخلة يباح ما عليها من الرطب بمثله تمراً .

(٤) لإطراق : إعارة الفحل للضرب وتلقيح الإناث وإباحة الطريق المملوك للطروق والسير فيه .

مِلك أربابها، ومنافعُها لمن جُعلت له، ولأنّ التمليك لا يتأقّت، كالو باعه إلى مدّة، فاذا كان لا يتأقّت حُمل قوله على تمليك المنافع، لأنه يصحّ توقيته.

ولنا ماروى جابر قال: قال النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمَ «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ولاَ تُفْسِدُوهَا، فإنّهُ مَنْ أعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ للّذِي أعْمِرَها حَيًّا وَميتًا، ولِعَقِبِهِ» رواه مسلم. وفى لفظ «قَضَى رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيهِ وسلّم بالعُمْرَى لِمَنْ وُهِبَتْ لهُ» متّفق عليه. وروى ابن ماجه، عن ابن عمر قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيهِ وسَلّمَ: «لاَ رُقْبَى، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا فَهُوَ لهُ حَيَاتَه، ومَوتَهُ» وعن زيد بن ثابت: أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم جعل العُمْرَى للوارث.

وقد روى مالك حديثَ العُمْرَى فى مُوَطَّئِه، وهو صحيح، رواه جابر، وابن عمر، وابن عباس، ومعاوية وزيدُ بْن ثابت، وأبوهريرة، وقول القاسم: لا يُقبل فى مُخالفةمن سمّينا من الصحابة، والتابعين، فكيف يُقبل، فى مخالفة قول سيِّد المُرسلين، ولا يصحُّ أن يَدَّعى إجماعَ أهل المدينة، لكثرةِ مَنْ قَال بِهَا منهم، وقَضى بها طَارِقٌ بالمَدِينةِ بِأَمْرِ عَبْدِ المَلِكِ بنِ مَرْوَان، وقول ابن الإعرابىّ: إنّها عندالعرب تمليك المنافع لا يضرُّ إذا نقلها الشرع إلى تمليك الرقبة، كما نقل الصلاة من الدُّعاء إلى الأفعال المنظومة، ونقل الظِّهار، والإيلاء، من الطلاق إلى أحكام مخصوصة، وقولهمُ إنّ التمليك لا يتأقت قلنا: فلذلك أبطل الشرع تأقيتها، وجعلها تمليكاً مُطلقاً.

٤٤٢٦ (فصـــــل)

إذا شرط فى العُمرى أنها للمُعمَرِ وعَقِبهِ فهذا تأكيدٌ لحكمها، وتكون للمُعمرَ ووَرَثته، وهذا قول جميع القائلين بها، وإذا أطلقها فهى للمُعْمَرِ ووَرَثتِهِ أيضاً، لأنها تمليك للرقبة، فأشبهت الهبة، فان شرط: أنّك إذا مُتّ فهى لى، فعن أحمد روايتان:

إحداها: صحّةُ العقد، والشرط، ومتى مات المُعْمَرُ رجعتْ إلى المُعْمِر، وبه قال القاسم بن محمد، وزيد بن قُسَيط، والزهرىُّ، ومالك، وأبو سَلَمة بن عبد الرحمن، وابن أبى ذئب، ومالك، وأبو ثور، وداود، وهو أحد قولى الشافعىّ، لما رَوى جابر قال: إنّمَا العُمرى التى أجاز رسول اللهِ صَلّى الله عليه وسلّم أن يقول: هِىَ لَكَ ولعَقِبكَ، فأمّا إذا قال: هى لكَ ما عشت، فانّها ترجع إلى صاحبها، متّفق عليه وَرَوى مالك فى مُوَطّئه، عن جابر: أنّ رسُولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قال «أَيمّا رَجُلٍ أعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلعقَبِهِ فإنّها للذِى أُعْطِيَها، لاَ تَرْجِعُ إلىَ الذِى أعْطَاهَا» لأنه أعطى عطاءً، وقعت فيه المواريث. وقال القاسم بن محمد: ما أدركتُ الناسَ إلاّ على شروطهم فى أموالهم.

(والرواية الثانية) أنها تكون للمُعْمَر ولورثته، ويسقُط الشرط، وهذا قول الشافعى الجديد، وقول

أبي حنيفة ، وهو ظاهر المذهب ، نصّ عليه أحمد في رواية أبي طالب ، للأحاديث المطلقة التي ذكرناها ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاَ رُقْبَى فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئاً فَهُوَ لَهُ فِي حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ » وقال مجاهد : الرّقبى أن يقول : هي للآخِرِ مِنِّي وِمِنْكَ مَوْتاً .

وروى الإمام أحمد بإسناده ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال : « لاَ عُمْرَى ، وَلاَ رُقْبَى فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئاً ، أَوْ أُرْقِبَهُ فَهُوَ لَهُ حَيَاتَه وَمَوْتَهُ » وهـذا صريح في إبطال الشرط ، لأنّ الرّقبى يشترط فيها عودها إلى المُرْقِب إن مات الآخَرُ قبله . وأما حديثهم الذي احتجّوا به فمن قول جابر نفسه ، وأما نقل لفظ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال : «أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ وَلاَ تُفْسِدُوهَا ، فإنّه مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا حَيًّا وَمَيِّتاً وَلِعَقِبِهِ » ولأنّا لو أجزنا هذا الشرط كانت هبةً مُؤَقَّتةً ، والهبة لا يجوز فيها التأقيتُ ولم يفسدها الشرط ، لأنه ليس بشرط على المُعَمَر ، وإنّما شرط ذلك على ورثته ، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه . لم يؤثّر فيه ، وأما قوله في الحديث الآخَر : إنّه أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ فهذه الزيادة من كلام أبي سَلَمَةَ بْنِ عبد الرحمن ، كذلك رواه ابن أبي ذئب ، وفصل هذه الزيادة فقال : عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم : أنّه قضى فيمن أعمر عُمْرَى له ، ولعقبه ، فهي له بَتْلَةً[1] لا يجوز المُعْطِى فيها شرطٌ ، ولا مَثْنَوِيَّةٌ[2] . قال أبو سلمة : لأنّه أعطَى عَطاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ .

٤٤٢٧ (فصـــل)

والرُّقْبَى هي أن يقول : هذا لك عُمْرَك ، فإن متّ قبلي رجع إليّ ، وإن متّ قبلك فهو لك ، ومعناه : هي لآخرنا موتاً ، وكذلك فسّرها مجاهد ، سُمّيت رُقْبَى ، لأن كلّ واحد منهما يرقُبُ مَوْتَ صَاحِبِهِ ، وقد رُوي عن أحمد أنه قال : هِيَ أَنْ يَقُولَ : لَكَ حَيَاتَكَ ، فإِذَا مِتُّ فَهِيَ لِفُلاَنٍ ، أَوْ هِيَ رَاجِعَةٌ إِلَيّ ، الحُكْمُ فِيهَا عَلَى ما تقدّم ذكره ، وأنها كالعُمْرَى إذا شرط عودها إلى المُعْمِر ، وقال عليّ رضى الله عنه : العُمْرَى والرُّقْبَى سواء . وقال طاوس : مَنْ أَرْقَبَ شَيْئاً فَهُوَ عَلَى سَبِيلِ المِيرَاثِ ، وقال الزهريّ : الرُّقْبَى وَصِيّة ، يعني أن معناها : إذا متّ فهذا لك ، وقال الحسن ، ومالك ، وأبو حنيفة : الرُّقْبَى باطلةٌ ، لما رُوِي أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم أجاز العُمْرَى ، وأَبْطَلَ الرُّقْبَى ، ولأن معناها أنها للآخِرِ منّا ، وهذا تمليك مُعلّق بخَطَر ، ولا يجوز تعليق التّمليك بالخَطَر .

ولنا : ما رويناه من الأخبار ، وحديثهم لا نعرفه ، ولا نُسلّم أن معناها ما ذكروه ، بل معناها أنّها

---

(١) بتله : وبتة بتشديد التاء في الثانية ، أي مقطوعة لا تعود اليه مأخوذة من بتله وبته اذا قطعه .

(٢) المثنوية الاستثناء ، أي لا يستثنى في العمرى فيقال إلا إذا حدث كذا . فهو كالشرط .

لك حياتَك ، فإن متّ رجعت إلىّ ، فتكون كالعُمْرَى سواء ، إلاّ أنه زاد شَرْطَها لورَثةِ المُرْقَب ، إن مات المُرْقِبُ قبله ، وهذا يُبيّن تأكيدها على العُمْرَى .

٤٤٢٨ (فصـــل)

وتصح العمرَى فى غير العقار ، من الحيوان ، والثياب ، لأنّها نوعُ هِبةٍ ، فصحّت فى ذلك ، كسائر الهبات ، وقد رُوى عن أحمد ، فى الرجل يُعْمِرُ الجارية ، فَلاَ أَرَى له وَطْأَهَا ، قال القاضى : لم يتوقّف أحمدُ عن وطء الجارية لعــدم الملك فيها ، لكن على طريق الوَرَع ، لأنّ الوطء استباحةُ فرج ، وقد اختُلف فى صحة العُمْرَى ، وجَعَلها بعضهم تمليك المنافع ، فلم ير له وَطْأَه لهذا ، ولو وطئها كان جائزاً .

٤٤٢٩ (فصـــل)

وإن وقّت الهبة إلى غير العُمْرَى ، والرُّقْبَى ، فقال : وَهَبْتُكَ هَذَا لِسَنةٍ ، أو إلى أن يَقدَم الحاجّ ، أو إلى أن يبلُغ ولدى ، أو مدّة حياةِ فلان ، ونحو هـذا لم يصحّ ، لأنّها تمليك للرقبة ، فلم تصحّ مؤقّتةً ، كالبيع ، وتفارق العُمْرَى ، والرُّقْبَى ، لأنّ الإنسان إنّما يملك الشيء عمره ، فإذا ملّكه عمره فقد وقّته بما هو موقّت به فى الحقيقة ، فصار ذلك كالمطلَق ، وإن شرط رجوعها إليه بعــد ذلك كان شرطاً على غير الموهوب له ، بخلاف غيره .

٤٤٣٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن قال : سكناها لك عمرك ، كان له أخذها ، أىّ وقت أحبّ ، لأن السُّكْنَى ليست كالعُمْرَى ، والرُّقْبَى ﴾

أما إذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك ، أو اسكنها عمرك ، أو نحو ذلك ، فليس ذلك بعقد لازم ، لأنه فى التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تُستَوْفَى بمضىّ الزمان شيئاً ، فشيئاً ، فلا تلزم إلا فى قدر ما قبضه منها ، واستوفاه بالسكنَى ، وللمُسكن الرجوع متى شاء ، وأيّهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء ، وجماعة أهل الفتوى ، منهم الشعبىّ ، والنخَعِىُّ ، والثَّوْرِىّ ، والشافعىُّ ، وإسحاق ، وأصحابُ الرأى ، ورُوى معنى ذلك عن حَفْصَة ، وقال الحسن ، وعطاء ، وقتادة : هى كالعُمْرَى ، تكون له ، ولعقبه ، لأنها فى معنى العُمْرَى ، فيثبُت فيها مثلُ حكمها .

وحُكى عن الشعبىّ أنّه إذا قال : هى لك ، اسكُنْ حتىّ تَمُوتَ ، فهى له حياتَه ومَوْتَهُ ، وإن قال : دارى هذه اسكُنْها حتىّ تَمُوتَ فإنّها ترجع إلى صاحبها ، لأنّه إذا قال : هى لك ، فقد جعل له رقبتَها ، فتكون عُمْرَى ، فإذا قال : اسكن دارى هذه ، فإنّما جعل له نفعها ، دون رقبتها ، فتكون عارية .

ولنا : أن هذا إباحة المنافع ، فلم يقع لازماً ، كالعارية ، وفارق العُمْرَى ، فإنّهاهبة للرقبة ، فأمّا إذا قال : هذه لك اسكنْها حتى تموت ، فإنه يحتمل : لك سكناها حتى تموت ، وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد

السكنى ، فأشبه مالو قال : هذه لك سُكناها ، وإذا احتمل أن يريد به الرقبة ، واحتمل أن يريد السكنى ، فلا نُزيل ملكه بالاحتمال .

٤٤٣١ (فصـــل)

إذا وهب هبةً فاسدةً ، أو باع بيعاً فاسداً ، ثم وهب تلك العين ، أو باعها بعقد صحيح ، مع علمه بفساد الأول صحّ العقدُ الثانى ، لأنه تصرّف فى ملكه عالماً بأنه ملكه ، وإن كان يعتقد صحّة العقد الأول ففى صحّة الثانى وجهان .

أحدهما : صحّته ، لأن تصرّفه صادف ملكه ، وتمّ بشروطه ، فصحّ ، كما لو علم فساد الأول .

والثانى : لا يصحّ ، لأنّه تصرّف تصرّفاً يعتقد فساده ، ففسد ، كما لو صلّى يعتقد أنه مُحدِث ، فبان متطهّراً ، وهكذا لو تصرّف فى عين يعتقد أنّها لأبيه ، فبان أنه قد مات ، وملكها بالميراث ، أو غصب عينها ، فباعها يعتقدها مغصوبةً ، فبان أنّها ملكه فعَلَى الْوَجْهَيْنِ قال القاضى : أصلُ الوجهين مَنْ باشَر امرأةً بطلاقٍ يعتقدها أجنبيّةً ، فبانت امرأته ، أو واجه بالعتق من يعتقدها حُرّةً ، فبانت أمَتَه ، ففى وقوع الطلاق والحرّية روايتان ، وللشافعيّة فى هذه المسائل وجهان ، كما حكينا ، والله أعلم .

كتاب اللقطة

وهى المال الضائع من ربّه يلتقطه غيره ، قال الخليل بن أحمد : اللُّقَطة بفتح القاف اسم للملتقِط ، لأن ماجاء على فُعَلة ، فهو اسمٌ للفاعل ، كقولهم هُمزة ، ولُمَزة ، وضُحَـكة ، وَهُزَأَة واللُّقْطَةُ بسكون القاف المالُ الملقوط ، مثل الضُّحْـكةِ الذى يُضْحَكُ منه ، والهُزْأَةُ الذى يُهزَأُ به ، وقال الأصمعىّ ، وابن الاعرابىّ ، والفرّاء : هى بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضاً .

والأصلُ فى اللُّقَطةِ ماروى زيدُ بن خالد الجُهنىّ ، قال : سُئِلَ رَسُولُ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّمَ عَن لُقَطَة الذَّهَبِ وَالْوَرِق ، فقال : «اعْرِفْ وِكَاءَهَا وَعِفَاصَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فإِنْ لم تُعْرَفْ ، فَاسْتَنْفِقْهَا[1] ، ولتَـكُنْ وَدِيعةً عِنْدَكَ ، فإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْماً مِنَ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إليْه » وسأله عن ضَالّة الإبل فقال «مَالَكَ وَلَهَا ، دَعْهَا ، فإنّ مَعَها حِذَاءهَا وَسِقَاءهَا تَرِدُ الماءَ وتأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهاَ : وسَأَلَهُ عَن الشَّاة فقال « خُذْهَا ، فإنما هِىَ لَكَ أوْ لِأَخِيكَ ، أَوِ لِلذِّئْبِ » متفق عليه ، والوكاء الخَيْطُ الذى يُشَدُّ به المال فى الخِرقَةِ ، والعِفَاصُ الوِعَاء الّذى هِى فيه ، مِنْ خِرْقَةٍ ، أَوْ قِرْطَاسٍ ، أوغيره . قاله أَبُو عُبَيْد .

والأَصْلُ فى العِفاصِ أنه الجِلْدُ الذّى يُلْبَسُهُ رَأْسُ الْقَارُورَةِ ، وقوله « مَعَها حِذَاءهَا » يعنى خُفَّها ، فإنّه لِقُوّتِهِ وصَلاَبَتِـه يَجْرِى مَجْرَى الحذَاءِ ، وسِقَاؤُها بَطْنُها ، لأنّهاَ تأْخُذُ فِيهِ مَاء كثيراً فَيَبْقَى مَعَها يَمْنَعُهَا العَطَشَ .

والضّالةُ اسمُ الحيوانِ خاصّةً دونَ سائرِ اللُّقَطةِ والجمع ضَوَالُّ ، ويقالُ لها أيضاً : الهَوَامِى ، وَالْهَوَافِى ، والهَوَامِلُ .

٤٤٣٢ (فصـــل)

قال إمامنا رحمه الله : الأفضلُ تركُ الالتقاط . ورُوى معنى ذلك عن ابن عباس ، وابن عمر ، وبه قال جابر ، وابن زيد ، والربيع بن خُثَيْم ، وعطاء ، ومَرَّ شُرَيْح بدرهم ، فلم يَعرِضْ له . واختـار أبو الخطّاب : إذا وجدها بمَضْيَعَةٍ ، وأَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهاَ فالأفضلُ أخذُها . وهذا قول الشافعىّ ، وحُـكى عنه قولٌ آخرُ : أنّـه يجب أخذها ، لقول الله تعالى (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) فإذا كان وليّه وجب عليه حفظ ماله . وممّن رأى أخذها سعيـدُ بنُ المسيّب ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، وأخذَها أُبَىُّ بنُ كعب ، وسُوَيدُ بنُ غَفَلَةَ . وقال مالك : إنْ كَانَ شَيْئاً له بالٌ يأخُـذُه أَحَبُّ إلىّ ، ويُعرّفه ، لأن فيه حفظ مالِ المُسلمِ عليه . فـكان أولى من تضييعه ، وتخليصه من الغرق .

ولنا : قول ابن عمر ، وابن عباس ، ولا نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة ، ولأنه تعريض لنفسه لأ كل

(١) استنفقها : أنفقها .

الحرام ، وتضييع الواجب من تعريفها ، وأداء الأمانة فيها ، فكان تركه أولى ، وأسلم ، كولاية مال اليتيم ، وتحليل الخمر ، وما ذكروه يبطل بالضوالّ ، فإنّه لا يجوز أخذها مع ما ذكروه . وكذلك ولايةُ مال الأيتام .

٤٤٣٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وَمَنْ وَجَد لقطةً عرّفها سنةً في الأسواق ، وأبواب المساجد ﴾

وجملته : أن في التعريف ستّة فصول : في وجوبه ، وقدره ، وزمانه ، ومكانه ، وكيفيّته ، ومن يتولاّه .

٤٤٣٤ (أما وجوبه)

فإنه واجب على كلّ مُلتقط ، سواء أراد تملّكها ، أو حفظها لصاحبها ، وقال الشافعيّ : لا تجبُ على من أراد حفظها لصاحبها .

ولنا : أن النبيّ صلّي الله عليه وسلم أمر به زَيْدَ بن خالد ، وأُبَيَّ بنَ كعب ، ولم يفرّق ، ولأن حفظها لصاحبها إنّما يقيّد باتصالها إليه ، وطريقه العريف ، أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلاكها سِيّان ، ولأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها ، فلم يجز ، كردّها إلى موضعها ، أو إلقائها في غيره ، ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط ، لأن بقاءها في مكانها إذاً أقرب إلى وصولها إلى صاحبها ، إمّا بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه ، فيجدها ، واما بأن يجدها مع من يعرّفها ، وأخذه لها يفوّت الأمرين فيحرم ، فلمّا جاز الالتقاط وجب التعريف ، كيلا يحصل هذا الضرر ، ولأن التعريف واجب على من أراد تملّكها ، فكذلك على من أراد حفظها ، فانّ التمليك غير واجب ، فلا تجب الوسيلة إليه ، فيلزم أن يكون الوجوب في المحلّ المتفق عليه ، لصيانتها عن الضَّياع عن صاحبها ، وهذا موجود في محلّ النزاع .

٤٤٣٥ (الفصل الثاني)

في قدر التعريف . وذلك سَنَة ، روى ذلك عن عمر ، وعليّ ، وابن عبّاس ، وبه قال ابن المسيّب ، والشعبي ، ومالك والشافعيّ ، وأصحاب الرأي . ورُوى عن عمر رواية أُخرى : أنّه يعرّفها ثلاثةَ أشهُرٍ ، وعنه ثلاثة أعوامٍ ، لأنَّ أُبيّ بنَ كَعْبٍ رَوى أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثةَ أعوامٍ ، وقال أبو أيوّب الهاشميّ : مادون الخمسين درهماً يُعرّفها ثلاثةَ أيّام إلى سبعة أيام ، وقال الحسن بن صالح : مادون عشرة دراهم يُعرّفها ثلاثةَ أيّام ، وقال الثوريّ في الدرهم : يُعرّفه أربعةَ أيام ، وقال إسحاق : مادون الدينار يُعَرّفه جُمعةً ، أو نحوها . وروى أبو إسحاق الجُوزَجانيّ ، باسناده ، عن يَعْلَى ابنِ أميّة ،

قال : قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم « مَنِ الْتَقَطَ دِرْهَماً أَوْ حَبْلاً ، أَوْ شِبهَ ذَلِكَ فَلْيُعَرِّفْهُ ثَلاَثَةَ أَيّامٍ فإِنْ كَانَ فَوْقَ ذَلِكَ فَلْيعرِّفْهُ سَبْعَةَ أَيَّامٍ » .

ولنا حديث زيد بن خالد الصحيح ، فإنّ النبيّ صلىّ الله عليه وسلمّ أمره بعامٍ واحد ، ولأن السنة لا تتأخرّ عنها القوافل ، ويمضى فيها الزمان الذى تُقصد فيه البلاد ، من الحرّ ، والبرد ، والاعتدال ، فصلحت قدراً ، كمدّة أجل العين . وأمّا حديث أبيّ فقد قال الراوى : لا أدرى ثلاثةُ أعوامٍ ، أو عامٌ واحد ، قال أبو داود : شكّ الراوى فى ذلك ، وحديث يَعْلَى لم يَقُلْ به قائلٌ على وَجهِهِ ، وحديثُ زَيْدٍ وأُبيّ أصحُّ منه ، وأولى .

إذا ثبت هذا : فانه يجب أن تكون هذه السنة تلى الالتقاط، وتكون مُتَوالِيةً فى نفسها لأنّ النبيّ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم أمر بتعريفها حين سُئِل عنها ، والأمر يقتضى الفور ، ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها ، وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متوالياً لأنّ صاحبها فى الغالب إنمّا يتوقّعها ، ويطلُبها عقيب ضياعها فيجب تخصيص التعريف به .

٤٤٣٦ (الفصل الثالث)

فى زمانه ، وهو النهار ، دون الليل ، لأن النهار مجْمَعُ الناس ، ومُلتقاهم دون الليل ، ويكون ذلك فى اليوم الذى وجدها والأسبوعِ أكثرَ ، لأن الطالب فيه أكثرُ ، ولا يجب فيما بعد ذلك مُتوالياً . وقد رَوى الجُوزَجانىّ ، بإسناده ، عن معاوية بن عبد الله ، عن زيد الجُهنِىّ ، قال : نزلنا مُنَاخَ رَكْبٍ فَوجَدتُ خِرْقَةً فِيهَا قَرِيبٌ مِنْ مِائة دِينَارٍ ، فَجِئْتُ بِهَا إلى عُمَر ، فقَالَ : عَرِّفْهَا ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ عَلَى بَابِ المَسْجِدِ ، ثمّ أمْسِكْها حَتَّى قَرْنِ السَّنَةِ ، ولاَ يفِدُ مِنْ رَكْبٍ إلاّ نَشَدْتَها وَقُلْتَ : الذَّهَبُ بِطَرِيق الشَّامِ ، ثُمّ شَأْنكَ بِهَا .

٤٤٣٧ (الفصل الرابع)

فى مكانه ، وهو الأسواق ، وأبواب المساجد . والجوامع ، فى الوقت الذى يجتمعون فيه ، كأدبار الصَّلَوات فى المساجد ، وكذلك فى مجامع الناس ، لأن المقصود إشاعة ذكرها ، وإظهارها ، ليظهر عليها صاحبها ، فيجب تحرِّى مجامع الناس ، ولا ينشُدها فى المسجد ، لأن المسجد ، لم يُبْنَ لهـذا ، وقد رَوى أبو هريرة ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ سَمِعَ رَجُلاً يَنْشُدُ ضَالَّةً فِى المَسْجِدِ فَلْيَقُلْ : لاَرَدَّهَا اللهُ إلَيْكَ فإنَّ المَسَاجِد لَمْ تُبْنَ لهذَا » وأمر عمرُ واجدَ اللُّقَطةِ بتعْريفها على بَابِ المسْجِدِ .

٤٤٣٨ (الفصل الخامس فيمن يتولاه)

والملتقط أن يتولىّ ذلك بنفسه ، وله أن يستنيب فيه ، فإن وجد متبرّعا بذلك ، وإلا إن احتاج إلى

أجر فهو على الملتقط ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، واختار أبو الخطّاب أنّه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملّكها رجع بالأجر على مالكها ، وكذلك قال ابن عقيل ، فيما لا يملك بالتعريف ، لأنه من مُؤنةِ إيصالها إلى صاحبها ، فكان على مالكها ، كأجر مَخْزَنِها ، وَرَعْيِها ، وتجفيفها .

ولنا أن هذا أجر واجبٌ على المعرّف ، فكان عليه ، كما لو قصد تملّكها ، ولأنه لو وَلِيَه بنفسه لم يكن له أجرٌ على صاحبها ، فكذلك إذا استأجر عليه ، لا يلزم صاحبَها شىء ، ولأنه سبب لملكها ، فكان على الملتقط ، كما لو قصد تملّكها ، وقال مالك : إن أعْطَى منها شيئاً لِمنْ عرّفها فلاغُرم عليه ، كما لو دفع منها شيئاً لمن جَفّفها ، وقد ذكرنا الدليل على ذلك .

٤٤٣٩ (الفصل السادس)

فى كيفية التعريف ، وهو أن يذكر جنسها ، لاغيرُ ، فيقول : من ضاع منه ذهب ، أو فضة ، أو دنانير ، أو ثياب . ونحو ذلك ، لقول عمر رضى الله عنه لواجد الذهب بطريق الشام . وَلاَ تَصِفْهَا ، لأنّه لَوْ وَصَفَها لعلم صِفَتَهَا مَنْ يَسْمَعُها ، فلا تبقى صفتُها دليلاً على مالكها ، لمشاركة غير المالكِ المالكَ فى ذلك ، ولأنه لا يأمن أن يَدَّعِيَها بعضُ مَن سمع صفتها ، ويذكر صفتها التى يجب دفعها بها ، فيأخذها ، وهو لا يملكها ، فتضيع على مالكها .

٤٤٤٠ (فصـــــل)

لم يفرق الخرقىّ بين يسير اللُّقطة ، وكثيرها . وهو ظاهر المذهب ، إلا فى اليسير . الذى لا تتّبعه النفس ، كالتمرة ، والكِسْرة ، والخِرْقَةِ . وما لا خَطَر له ، فإنه لا بأس بأخذه ، والانتفاع به ، من غير تعريف ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم . لم يُنْكِر على واجد التمرة حيثُ أكلها ، بل قال له «لَوْ لَمْ تأْتِها لأَتَتْكَ» ورأى النبىُّ صلى الله عليه وسلم تَمْرةً فقال «لَوْلاَ أنى أخْشَى أنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لأَكَلْتُها» ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى إباحة أخذ اليسير ، والانتفاع ، وقد رُوى ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وابن عمر ، وعائشة ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والنخعىّ ، ويحيى بن أبى كثير ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وليس عن أحمد . وأكثرِ من ذكرنا تحديدُ اليسير الذى يُباح ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يجب تعريف مَالاَ يُقْطَع به السارق ، وهو رُبع دينار عند مالك ، وعشرةُ دراهمَ عند أبى حنيفة ، لأنّ مادون ذلك تافهٌ ، فلا يجب تعريفه ، كالكِسْرَةِ ، والتمرة ، والدليلُ على أنه تافه قولُ عائشةَ رَضِىَ اللهُ عَنْها : كانوا لا يَقْطَعُونَ فِى الشّىْءِ التافه ، ورُوى عن علىّ رضى الله عنه : أنه وجد ديناراً فتصرّف فيه ، ورَوى الجُوزَجانِىّ ، عَنْ سُلْمَى بِنْتَ كَعْبٍ قالت : وَجَدْتُ خَاتَماً مِنْ ذَهَبٍ فِى طَرِيقِ مَكَّةَ ، فسألتُ عائشةَ عنه ، فقالت : تمتّعى به ، ورَوى أبو داود بإسناده عن جابر ، قال : رَخّصَ لنا رسولُ

الله صلى الله عليه وسلّم فى العَصَا ، والسوْط ، والحَبْل ، وأشباهه ، يلتقطُه الرجــلُ ينتفعُ به ، والحبلُ قد تــكون قيمتُه دَراهمَ ، وعن ابن ماجه ، بإسناده ، عن سُوَيْدِ بْنِ غَفَلَةَ ، قال : خَرَجْتُ مَعَ سَلْمَانَ بْنِ رَبِيعَةَ وَزَيْدِ ابنِ صُوحَانَ حَتَّى إذا كنّا بالعُذَيْبِ الْتَقَطْتُ سَوْطًا ، فقالاَ لِى : أَلْقِهِ ، فأَبَيْتُ حَتى قَدِمْنَا المَدِينَةَ . أتيتُ أُبَىّ بنَ كَعْبٍ . فذكرت ذلك له ، فقال . أَصَبْتَ ، قال . الترمذىّ : هذا حديث حسن ، صحيح ، وللشافعيّة ثلاثةُ أوجه ، كالمذاهب الثلاثة .

ولنا : على إبطال تحديده بما ذكروه . أن حديث زيد بن خالد عامٌّ فى كلّ لُقَطَةٍ ، فيجب إبقاؤه على عمومه ، إلا ما خرج منه بالدليل ، ولم يرد بما ذكروه نصّ ، ولا هو فى معنى ما ورد النصّ به . ولأن التحديد ، والتقدير ، لا يُعرف بالقياس . وإنّما يُؤخـذ من نصّ ، أو إجماع . وليس فيما ذكروه نصّ ، ولا إجماع ، وأما حـديث علىّ فهو ضعيف . رواه أبو داود وقال : طرُقه كلّها مضطربة ، ثم هو مخالف لمذهبهم ، ولسائر المذاهب . فتعيّن حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة . إمّا لكونه مضطراً إليه ، أو غير ذلك ، وحديث عائشة قضيّة فى عين ، لا يُدرى كم قدرُ الخاتم ، ثم هو قول صحابىّ . وكذلك حديث علىّ وهم لا يرون ذلك حُجّةً ، وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير ، لـكن يُباح أخـذ ما ذكره النبىّ صلى الله عليه وسلم . ورخّص فى أخذه ، من السوط ، والعصا ، والحَبْل . وما قيمته كقيمة ذلك ، وقدّره الشيخ أبو الفرج فى كتابه بما دون القيراط . ولا يصحّ تحديده ، لما ذكرنا .

٤٤٤١ (فصـــل)

إذا أخّـر التعريف عن الحول الأول . مع إمكانه أثِمَ ، لأنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم أمر به فيه . والأمر يقتضى الوجوب . وقال فى حديث عِيَاض ابن حِمَار ، لا تـكتُمْ ولا تُغَيِّبْ ، ولأنّ ذلك وسيلةٌ إلى أن لا يعرفها صاحبُها . فإنّ الظاهر أنه بعــد الحول يَيْأَسُ منها ، ويسلو عنها ، ويترك طلبها ، ويسقُط التعريف بتأخيره عن الحول الأول ، فى المنصوص عن أحمد . لأنّ حـكمة التعريف لا تحصُل بعد الحول الأول . وإن تركه فى بعض الحول . عَرَّف بقيّته ، ويتخرّج أن لا يسقُط التعريف لتأخره . لأنه واجب ، فلا يسقُط بتأخيره عن وقته ، كالعبادات ، وسائر الواجبات . ولأن التعريف فى الحول الثانى يحصُـل به المقصود على نوع من القصور ، فيجب الإتيان به ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « إِذَا أَمَرْتُـكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ » .

فعلى هذا : إن أخّر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف فى بقيّته ، وأتمّه من الحول الثانى ،وعلى كلا القولين . لا يملـكها بالتعريف ، فيما عدا الحول الأول . لأن شرط الملك التعريف فى الحـول الأول ، ولم يوجد ، وهل له أن يتصدّق بها ، أو يحبسها عنده أبداً ؟ على روايتين ، ويحتمل أن يلزمه دفعها إلى الحاكم،

كقولنا فيما إذا التقط فيما لا يجوز التقاطه ، ولو ترك التعريف فى بعض الحول الأول لم يملكها أيضاً بالتعريف .فيما بعده لأن الشرط لم يكمل . وعدم بعض الشرط كعدم جميعه . كما لو أخلّ ببعض الطهارة ، أو ببعض السُّترة فى الصلاة .

٤٤٤٢ (فصــــل)

وإن ترك التعريف فى الحول الأول لعجزه عنه ، مثل أن يتركه لمرض أو حبس ، أو نسيان ، ونحوه ، ففيه وجهان :

أحدهما : أن حكمه حكم ما و تركه مع إمكانه ، لأن تعريفه فى الحول سبب الملك ، والحكم ينتفى لانتفاء سببه ، سواء انتفى لعذر ، أو غير عذر .

والثانى : أنه يعرّفه فى الحول الثانى ، ويملكه . لأنه لم يؤخرّ التعريف عن وقت إمكانه ، فأشبه ما لو عرّفه فى الحول الأول .

٤٤٤٣ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن جاء ربّها وإلا كانت كسائر ماله ﴾

وجملته : أنه إذا عرّف اللُّقطة حولاً ، فلم تُعرف مَلَكها مُلتقطها ، وصارت من ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط أو فقيراً ، ورُوى نحو ذلك عن عمـر ، وابن مسعود ، وعائشة رضى الله عنهم . وبه قال عطاء ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . ورُوى ذلك عن علىّ ، وابن عبّاس ، والشعبىّ ، والنخَعىْ ، وطاوس ، وعِكرمة ، وقال مالك ، والحسن بن صالح ، والثورىّ . وأصحاب الرأى : يتصدّق بها ، فإذاجاء صاحبها خَيَّره بين الأجر ، والغُرم . لما رَوى أبو هريرة رضى الله عنه ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلّم أنه سُئِل عن اللُّقطة ، فقال « عَرِّفْها حَوْلاً » ورُوى « ثَلاثَةَ أَحْوَالٍ » فإن جاء ربُّها وإلا تصدّقْ بها . فإذا جاء ربُّها فرضى بالأجر ، وإلاّ غَرِمَها ، ولأنها مالٌ لمعصوم لم يرضَ بزوال ملكه عنها ، ولا وُجدمنه سببٌ يقتضى ذلك ، فلم يَزُل ملكه عنه ، كغيرها ، قالوا : وليس له أن يتملّكها ، إلا أنّ أبا حنيفة قال : له ذلك إن كان فقيراً من غير ذوى القُرْبَى ، لما روَى عياضُ بنُ حِمَارٍ المُجَاشِعىّ : أنّ النبىّ صلّى الله عَلَيْه وسَلّمَ قال « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْها ذَا عَدْلٍ أَوْ ذَوَىْ عَدْلٍ ،وَلاَ يَكْتُمْ وَلاَ يُغَيِّبْ ، فإنْ وَجَدَ صَاحِبَها فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ ، وَإلاّ فَهِىَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيه مَنْ يَشاءُ » رواه النّسائىّ . قالوا: وما يضاف إلى الله تعالى . إنما يتملّكه مَنْ يَستَحِقّ الصَّدَقة ، ونقل حنبل عن أحمد . مثل هذا القول . وأنكره الخلاّل ، وقال . ليس هذا مذهباً لأحمد .

ولنا : قولُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم فى حديث زَيْدِ بن خالد « فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا » وفى لفظ : «وَإِلاّ فَهِىَ كَسَبِيلِ مَالِكَ »وفى لفظ «ثُمَّ كُلْهَا »وفى لفظ «فانتفِعْ بها»وفى لفظ « فَشَأْنَكَ بِهَا»وفى حديث أُبىّ ابن كعب« فَاسْتَنْفِقهَا» وفى لفظ « فَاسْتَمْتِعْ بِهَا» وهو حديث صحيح ،ولأنّ من ملك بالقرض ملك باللقطة ، كالفقير ، ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف كالفقير . وحديثهم عن أبى هريرة لم يثْبت . ولا نُقل فى كتاب يوثَقُ به ، ودعواهم فى حديث عِيَاض أنّ ما يُضاف إلى الله لا يتملكه إلا من يَسْتَحِقُّ الصدقة لا برهان لها ، ولا دليل عليها ، وبُطلانها ظاهرٌ . فإنّ الأشياء كلّها تُضاف إلى الله تعالى ، خلقاً ، ومِلْكاً ، قال الله تعالى (وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللهِ الّذِى آتَاكُمْ) [1].

٤٤٤٤ (فصــل)

وتدخل اللُّقَطة فى ملكه عند تمام التعريف حكما ، كالميراث . هذا ظاهر كلام الخِرَقىّ لقوله : وإلا كانت كسائر ماله ، وكذلك قال أحمد فى رواية الجماعة : إذا جاء صاحبها ، وإلاّ كانت كسائر ماله ، واختار أبو الخطاب : أنّها لا تدخل فى ملكِهِ حتّى يختار . واختلف أصحاب الشافعىّ . فمنهم من قال كقولنا ، ومنهم من قال : يملكها بالنّية ، ومنهم من قال : يملكها بقوله : اخترتُ تملّكها ، ومنهم من قال : لا يملكها إلا بقوله ، والتصرّف فيها . لأن هذا تمليك بعوض ، فلم يحصل إلا باختيار المتملّك ، كالشراء .

ولنا : قول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم « فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ » وقوله « فَاسْتَنْفِقْهَا » ولو وقف مِلْكُها على تملّكها لبيّنه له . ولم يجوّز له التصرّف قبله ، وفى لفظ «فَهِىَ لَكَ» وفى لفظ « كُلْهَا » وهذه الألفاظ كلّها تدلّ على ما قلنا . ولأن الالتقاط ، والتعريف سبب للتمليك . فإذا تمّ وجب أن يثبُت به الملك حكماً ، كالإحياء ، والاصطياد ، ولأنه سبب يملك به ، فلم يقف الملك بعده على قوله ، ولا اختياره ، كسائر الأسباب . وذلك لأن المكلّف ليس إليه إلاّ مباشرة الأسباب ، فإذا أتى بها ثبت الحكم قهراً ، وجَبراً من الله تعالى ، غيرَ موقوف على اختيار المكلّف : وأمّا الاقتراض فهو السبب فى نفسه ، فلم يثبُت الملك بدونه .

٤٤٤٥ (فصــل)

فإن التقطها اثنان فعرّفاها حولاً ملكاها جميعاً . وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار ، فاختار أحدهما دون الآخر ملكَ المختارُ نصفَها دونَ الآخر ، وإن رأياها معاً ، فبادر أحدهما ، فأخذها ، أو رآها أحدُهما ، فأعلم بها صاحبه ، فأخذها ، فهى لآخذِها ، لأنّ استحقاق اللُّقَطة بالأخذ ، لا بالرؤية ، كالاصطياد ، وإن

(١) بعض الآية ٣٣ من سورة النور

قال أحدُهما لصاحبه : هاتها ، فأخذها ، نظرْتَ في نيّته ، فإن أخذها لنفسه ، فهي له دون الآمر ، وإن أخذها للآمر فهي له ، كما لو وكله في الاصطياد له .

٤٤٤٦ (فصـــل)

ويملك اللقطة ملكاً مُراعَى يزول بمجيء صاحبها ، ويُضمن له بدلها إن تعذّر ردّها ، والظاهرُ أنّه يملكها بغير عوض يثبُت في ذمّته . وإنما يتجدّد وجوب العِوَض بمجيء صاحبها ، كما يتجدّد زوال الملك عنها بمجيئه ، وكما يتجدّد وجوب نصف الصداق للزوج ، أو بدله إن تعذّر ثبوت الملك فيه بالطلاق ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعيّ ، وقال أكثرهم : لا يملكها إلاّ بعوض يثبُت في ذمّته لصاحبها ، وهذا قول القاضي وأصحابه ، بدليل أنه يملك المطالبة به ، فأشبه القرض .

ولنا : قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم «فإنْ جَاء صَاحِبُهَا وَإلاّ فهِيَ مَالُ اللهِ يُؤْتيهِ مَنْ يَشَاء» فجعلها مِنَ المُبَاحَاتِ ، ولأنّه لو مات لم يُعزل من تركته بدلُها ، ولا يستحقّ أن يأخذ من الزكاة بسبب الغُرم ، ولا يلزمه أن يُوصِيَ به ، ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ، ولا يثبُت شيء من أحكام الدَّيْن في حقّه ، وانتفاء أحكامه دليل على انتفائه ، وقال القاضي : يمنع ذلك وجوب الزكاة ، ولأنه لو ملكها بعوض لم يزُل ملكه عنها بمجيء صاحبها ، ولو وقف ملكه لها على رضاه بالمعاوضة ، واختياره لأحدهما كالقرض ، والأمر بخلاف ذلك .

وإنما يستحقّ صاحبُها المطالبةَ بعد مجيئه ، بشرط تلفها ، فإنّها لو كانت موجودةً لأخذها ، ولم يستحقّ لها بدلاً ، وإن كانت تالفةً تجدّد له ملكُ المطالبة ببدلها : كما يتجدّد له الملك فيها لو كانت موجودةً ، وكما يتجدّد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ، وفي بدله إن كان معدوماً ، وهذا أشبهُ بمسألتنا ، وبه يبطُل ما ذكروه ، وأما القرض فإنّه لمّا ثبت بداله في الذمّة لم يعد الملك له في المُقرَض إلاّ برضاء المُقرِض ، واختياره .

٤٤٤٧ (فصـــل)

وكلّ ما جاز التقاطه مُلك بالتعريف عند تمامه ، أثماناً كانت ، أو غيرها ، هذا كلام الخِرَقيّ ، فإنّ لفظه عامّ في كلّ لُقَطة ، وقد نُقل ذلك عن أحمد ، فانّ محمد بن الحكم ، روىَ عنه في الصّياد يقع في شِصّه[١] الـكِيسُ ، أو النُّحاس ، يُعرّفه سَنَةً ، فإن جاء صاحبه ، وإلاّ فهو كسائر ماله ، وهذا نصّ في النُّحَاس ، وقال الشريف بن أبي موسى : هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرّف فيها بعد ذلك حكم الأثمان ؟ على روايتين : أظهرهما أنّها كالأثمان ، ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقاً بين الأثمان : والعروض

(١) الشص : (السنارة) ، قال في القاموس : الشصّ بالكسر حديدة عقفاء يصاد بها السمك .

فى ذلك ، وقال اكثر أصحابنا : لا تملك العروض بالتعريف ، قال القاضى : نصّ أحمد على هذا فى رواية الجماعة ، واختلفوا فيما يصنع بها ، فقال أبو بكر ، وابن عقيل : يعرّفها أبداً . وقال القاضى : هو بالخيار بين أن يُقيم على تعريفها حتىّ يجىء صاحبُها ، وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيه فيها ، وهل له بيعُها بعد الحول ، ويتصدّق بها ؟ على روايتين ، وقال الخلاّل : كلّ مَنْ روى عن أحمد أنّه يعرّفه سَنَةً ويتصدّقُ به ، والذى نُقِلَ أنه يعرّف أبداً قولٌ قديم ، رجعَ عنه ، واحتجّوا بما رُوى عن ابن عمر ، وابن عبّاس ، وابن مسعود ، مثل قولهم ، ولأنها لُقَطةٌ لا تُملك فى الحرم ، فلا تُملك فى غيره ، كالإبل . ولأن الخبر ورَد فى الأثمان وغيرُها لا يُساويها لعدم الغرض المتعلّق بعينها ، فمثلها يَقُومُ مقامها مِنْ كُلّ وجه ، بخلاف غيرها.

ولنا : عموم الأحاديث فى اللقطة جميعها ، فانّ النبىّ صلّى الله عليه وسلّم سُئل عن اللقطة فقال «عَرِّفْها سَنَةً — ثُمَّ قَالَ فِى آخِرِهِ — فَانْتَفِعْ بِهَا ، أوفَشَأْنَكَ بِهَا ، وفى حديث عِيَاضِ بن حِمَار « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً » وهو لفظ عامّ ، ورَوى الجُوزَجَانىّ ، والأثرم ، فى كتابيهما قالا : حَدّثنا أبو نُعَيْمٍ ثنا هِشَامُ بنُ سَعْدٍ ، قال : حَدَّثنى عَمرُو بن شُعَيب ، عن أبيه عَن جَدّه ، قال : أتى رجلٌ رَسُولَ الله صلّى الله عليه وسلّم ، فقال: يَارَسُولَ اللهِ كَيْفَ تَرَى فِى مَتَاعٍ يُوجَدُ فى الطَّرِيقِ المِيْتَاء ، أوْفى قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ ؟ فقال : « عَرِّفْهُ سَنَةً ، فإنْ جَاءَ صَاحِبُهُ وَإلاّ فَشَأْنُكَ بِهِ » ورَوَيا أنّ سُفيانَ بن عبد الله وَجدَ عَيْبَةً فأَتَى بِهَا عُمَرَ بن الخطَّابِ ، فقال : عَرِّفها سَنَةً ، فانْ عُرِفَتْ وَإلاَّ فَهِىَ لَكَ ، زَادَ الجُوزَجَانِىّ : فلم تُعرَف فلقيه العامَ المُقبل ، فذكرها له ، فقال عمر : هى لك ، إنّ رَسُولَ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسلم أمرَنا بِذَلِكَ، ورواه النّسائىّ ، أيضاً ، وهذا نصّ فى غير الأثمان ، وروَى الجُوزَجَانىّ باسناده ، عن الحرِّ بن الصبّاح ، قال : كنتُ عند ابن عمر بمكة ، إذ جاءه رجل فقال : إنى وجدتُ هذا البُردَ[1] وقدَ نَشَدْتهُ ، وعَرَّفتهُ ، فلم يَعرِفْهُ أحد ، وهذا يوم التروية ، ويوم يتفرّق الناسُ ، فقال : إن شئتَ قوّمته قِيمةَ عَدْلٍ وَلبِستَه ، وكُنْتَ لهُ ضَامِناً مَتىَ جَاءَكَ صَاحِبُهَ دَفَعْتَ إليه ثمنه ، وإن لم يجىء له طالبٌ فهو لك إن شئت ، ولأن ما جاز التقاطهُ ملك بالتعريف ، كالأثمان ، وما حكوه عن الصحابة إن صحّ فقد حكينا عن عمر وابنه خلافَه ، وقولهم : إنها لُقَطة لا تُملك فى الحرَم ممنوع ، ثم هو منقوض بالأثمان ، ولا يصحّ قياسُها على الإبل ، لأن معها حِذاءها وسِقاءَهَا تَرِدُ الماء وتَأْكُلُ الشَّجَرَ ، حتىَّ يَأْتِيَهَا رَبُّها ، ولا يُوجَدُ ذلك فى غيرها ، ولأن الإبل لا يجوزُ التقاطها ، فلا تُملك به ، وههنا يجوز التقاطها ، فتُملك به ، كالأثمان ، ثم إذا لم تملك فى الحرم لا تُملك فى الحل ؟ وذلك لأن الحرم مُيّز بكون لُقَطته لا يَلْتَقِطُها إلا مُنْشِدٌ ، ولهذا لم تُملك الأثمانُ بالتقاطها فيه ، فلا يلزم أن لا تُملك فى موضع لم يوجد المانع فيه .

(١) البرد : الثوب المخطط ، والكساء الذى يلتحف به .

وقولهم : إنّ النصّ خاصّ في الأثمان قلنا : بل هو عامّ في كلّ لُقَطة ، فيجبُ العَمَلُ بعمومه ، وإن ورد فيها نصّ خاصّ فقد رُوى خبرٌ عامّ ، فيُعملُ بهما ، ثم قد روينا نصًّا خاصًّا في العُروض ، فيجب العملُ به ، كما وجب العمل بالخاصّ في الأثمان ، ثم لو اختصّ الخبر بالأثمان لوجب أن يُقاس عليها ما كان في معناها . كسائر النصوص التي عُقِل معناها ، ووُجد في غيرها ، وههنا قد وُجد المعنى ، فيجب قياسُه على المنصوص عليه ، أو نقول : إن المعنى ههنا آكدُ ، فيثبتُ الحكمُ فيه بطريق التنبيه .

بيانه : أن الأثمان لا تتلف بمضيّ الزمان عليها ، وانتظار صاحبها بها أبداً ، والعرُوض تتلَف بذلك ، ففي النّداء عليها دائمًا هلاكُها ، وضياعُ ماليتها على صاحبها ، ومُلتقطِها ، وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها ، وملكها بعد التعريف حفظاً لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها إليه ، وتقع لغيره ، فيجبُ ذلك لنهى النبيّ صلّى الله عليه وسلم عن إضاعةِ المالِ ، ولما فيه من المصلحة ، والحِفْظِ لمال المسلم عليه ، وعلى أخيه ، ولأن في إثبات الملك فيها حثًّا على التقاطها ، وحفظها ، وتعريفها ، لكونه وسيلةً إلى الملك المقصود للآدميّ ، وفي نفي ملكها تضييع لها ، لما في التقاطها من الخطر ، والمشقّة ، والكُلفة من غير نفع يصل إليه ، فيؤدّي إلى أن لا يلتقطها أحدٌ لتعريفها ، فتضيع ، وما ذكروه في الفرق مُلْغًى بالشاة ، فقد ثبت المِلْكُ فيها مع هذا الفرق ، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة ، فلا يحصُل هذا الفرق بين الأصل والفرع ، والله أعلم ، ثم قلب دليلهم ، فنقول : لُقطة لا تملك في الحرم ، فما أبيح التقاطه منها مُلك إذا كان في الحلّ ، كالإبل .

٤٤٤٨ (فصـــل)

وظاهر كلام أحمد ، والخِرَقيّ أن لُقطة الحِلّ ، والحرم سواء ، ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وابن المسيّب ، وهو مذهب مالك ، وأبي حنيفة ، وروى عن أحمد رواية أخرى : أنه لا يجوز التقاطُ لُقَطةِ الحرم للتملّك ، وإنّما يجوز حفظها لصاحبها ، فإن التقطها عرّفها أبداً ، حتّى يأتيَ صاحبها ، وهو قول عبد الرحمن بن مهدى ، وأبي عُبَيد ، وعن الشافعيّ كالمذهبين ، والحجّة لهذا القول قولُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم في مكة «لاَ تَحِلُّ سَاقِطَتُها إلاّ لِمُنْشِدٍ» متفق عليه . وقال أبو عُبَيد : المُنْشِدُ المعرّف ، والناشد الطالب ، وينشَد * إصَاخَةَ النّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ * فيكون معناه : لا تَحِلّ لُقطة مكة إلا لمن يُعرّفها ، لأنّها خُصّت بهذا من سائر البلدان ، ورَوى يعقوب ابن شَيْبة في مُسنده ، عن عبد الرحمن بن عثمان التيمىّ : أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن لُقَطةِ الحاجّ ، قال ابن وهب : يعنى يَتْرُكها حتى يَجِدَها صاحِبُها . رواه أبو داود أيضاً ، ووجه الرواية الأولى عموم الأحاديث ، وأنه أحد الحرمَيْنِ ، فأشبه حَرَم المدينة ، ولأنّها أمانة ، فلم يختلف حكمها بالحلّ والحرم ، كالوديعة ، وقول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم : «إلاّ لِمُنْشِدٍ»

يحتملُ أن يريد إلاّ لمن عرّفها عاماً ، وتخصيصُها بذلك لِتأكّدها ، لا لتخصيصها ، كقوله عليه السلام « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ كَحَرْقِ النَّارِ » وضالة الذمي مَقِيسَةٌ عَلَيْهَا .

٤٤٤٩ (فصـــل)

إذا التقط لُقَطةً عازماً على تملّكها بغير تعريف فقد فعل مُحرّماً ، ولا يحلّ له أخذُها بهذه النيّة ، فإذا أخذها لزمه ضمانُها ، سواء تلفتْ بتفريطه ، أو بغير تفريط ، ولا يملكها ، وإن عرّفها ، لأنه أخذ مال غيره على وجهٍ لا يجوز له أخذه ، فأشبه الغاصبَ ، نصّ على هذا أحمد ، ويحتمل أن يملكها ، لأن ملكها بالتعريف ، والالتقاط ، وقد وُجد ، فيملكها به ، كالاصطياد ، والاحتشاش ، فإنّه لو دخل حائطاً لغيره ، بغير إذنه فاحتشّ ، أو اصطاد منه صيداً ملكه ، وإن كان دخوله مُحَرّماً كذا ههنا ، ولأن عموم النصّ يتناول هذا المُلتقط ، فيثبُت حكمه فيه ، ولأنّنا لو اعتبرنا نيّة التعريف ، وقتَ الالتقاط لافترق الحال بين العدل ، والفاسق ، والصبيّ والسفيه ، لأن الغالب على هؤلاء الالتقاط للتملك من غير تعريف .

٤٤٥٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وحفظ وكاءها ، وعفاصها ، وحفظ عددها ، وصفتها ﴾

الأصل في هذا قولُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد : « اعْرِفْ وِكَاءها وَعِفاصَها » وقال في حديث أبيّ بن كعب « اعْرِفْ عِفَاصَها وَوِكَاءها وَعَدَدَها ، ثمّ عرّفها سَنَةً » وفي لفظ عن أبيّ ابن كعب : أنّه قال : وجدتُ مائةَ دينارٍ ، فأتيتُ بها النبيّ صلّى الله عليه وسلّم فقال « عَرِّفْهَا حَوْلاً » فعرّفتها حولاً ، فلم تُعرف ، فرجعتُ إليه ، فقال « اعْرِفْ عِدَّتَهَا وَوِعَاءهَا وَوِكَاءهَا وَاخْلِطْهَا بِمَالِكَ ، فإنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ » ففي هذا الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف ، وفي غيره أمره بمعرفتها حين التقاطها قبل التعريف ، وهو الأولى ، ليحصُل عنده علمُ ذلك ، فإذا جاء صاحبُها ، فنَعتَها[1] غلبَ على ظنّه صدقُه ، فيجوز الدفع إليه حينئذٍ ، وإن أخّر معرفة ذلك إلى حين مجيء باغيها[2] جاز ، لأن المقصود يحصُل بمعرفتها حينئذٍ ، وإن لم يجيء طالبها ، فأراد التصرّف فيها بعد الحول لم يجز له ، حتى يعرف صفاتها ، لأن عينها تنعدم بالتصرّف ، فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها ، إذا جاء صاحبُها ، وكذلك إن خلطها بماله على وجهٍ لا تتميّز منه ، فيكون أمر النبيّ صلّى الله عليه وسلم لأبيّ بمعرفة صفاتها عند خَلْطها بماله أمرَ إيجاب ، مُضَيّق ، وأمرُه لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجباً موسّعاً ، والله أعلم .

(١) نعتها : وصفها .
(٢) باغيها : طالبها .

قال القاضى : ينبغى أن يَعرِف جنسها ، دراهم ، أو دنانير ، ونوعَها ، وإن كانت ثياباً عَرف لُفافتها ، وجنسها ، ويُعرف قدرها بالكيل ، وبالوزن ، أو بالعدد ، أو الذَّرْع ، ويَعرف العَقْد عليها ، هل هو عقدٌ واحدٌ ، أو أكثر ، أنشوطةٌ[1] أو غيرها . ويَعرفُ صِمام القارورةَ التى تدخُل رأسَها ، وعِفاصَها الذى تَلبَسُه .

٤٤٥١ (فصــل)

ويستحبّ أن يُشهد عليها حين يجدها ، قال أحمد رحمه الله : لا أحبّ أن يَمَسّها حتى يُشهدَ عليها ، فظاهر هذا أنه مُستحبّ غيرُ واجب ، وأنّه إن لم يُشهد عليها لا ضمان عليه ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : إذا لم يُشهد عليها ضَمِنَها ، لقول رسُولِ الله صلّى الله عليه وسلم « مَنْ وَجَد لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ ، أو ذَوَىْ عَدْلٍ » وهذا أمر يقتضى الوجوب ، ولأنه إذا لم يُشهد كان الظاهر أنّه أخذها لنفسه .

ولنا : خبر زيد بن خالد ، وأبىّ بن كعب ، فإنّه أمرهما بالتعريف دون الإشهاد ، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، فلو كان واجباً لبيّنه النبىّ صلّى الله عليه وسلم ، سيّما وقد سُئل عن حكم اللّقطة ، فلم يكن ليُخِلّ بذكر الواجب فيها ، فيتعيّن حمل الأمر فى حديث عِيَاض على الندب ، والاستحباب ، ولأنه أخذ أمانةً فلم يَفتقر إلى الإشهاد ، كالوديعة ، والمعنى الذى ذكروه غيرُ صحيح ، فإنّه إذا حفظها ، وعرّفها ، فلم يأخذها لنفسه ، وفائدة الإشهاد صيانةُ نفسه عن الطمع فيها ، وكتْمُها وحفظُها من وَرَثَتِه إن مات ، ومن غُرمائه إن أفْلَس ، وإذا أشهد عليها لم يذكر للشهود صِفاتِها لئلاّ ينتشِرَ ذلك فيدّعيهاَ من لا يستحقّها ، ويذكرُ صفاتِها كما قلنا فى التعريف ، ولكن يذكر للشهود ما يذكره فى التعريف من الجنس، والنوع ، قال أحمد فى رواية صالح ، وقد سأله إذا أشهد عليها هل يُبيّن كم هى؟ قال: لا ، ولكن يقول : قد أصبتُ لُقطةً ، ويُستحبّ أن يكتُب صفاتِها ليكون أثبتَ لها ، مخافة أن ينساها إن اقتصر على حفظها بقلبه ، فإن الإنسان عُرضةٌ للنسيان .

٤٤٥٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ فإن جاء ربّها فوصفها له دُفعت إليه بلا بيّنة ﴾

يعنى إذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها إليه ، سواء غلب على ظنّه صدقُه ، أو لم يغلب ، وبهذا قال مالك ، وأبو عُبَيد ، وداود ، وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة ، والشافعىّ : لا يُجبَر على ذلك ، إلا ببيّنة ، ولا يجوز له دفعها إليه إذا غلب على ظنه صدقُه ، قال أصحاب الرأى : إن شاء دفعها إليه ، وأخذ كفيلاً

---

(١) الأنشوطة : عقدة يسهل انحلالها .

بذلك ، لأنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال : « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي » ولأن صفة المدّعى لا يستحق بها كالمغصوب .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « فَإِن جَاءكَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدَدِها وَوِعَائِها . وَوِكَائِها فادْفَعْها إليه » قال ابن المنذر : هذا الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وبه أقول ، رواه ابن القصّار ، فإن جاء باغيها ، ووصف عِفَاصَها وعَدَدَها ، فادْفَعْها إليه ، وفى حديث زيد الذى ذكرناه « اعْرِفْ وكَاءها وعِفَاصَها ، ثمّ عَرّفْهَا سَنَةً ، فإنْ لَمْ تُعْرَف ، فاسْتَنْفِقْهَا ، وإنْ جَاء طَالِبُهَا يوماً مِنَ الدَّهْرِ فَأَدِّهَا إليهِ » ، يعنى إذا ذكر صفاتها لأن ذلك هو المذكور فى صدر الحديث ، ولم يذكر البيّنة فى شىء من الحديث ، ولو كانت شرطاً للدفع لم يجز الاخلال به ، ولا أمر بالدفع بدونه ، ولأن إقامة البيّنة على اللّقطة تتعذّر ، لأنها إنّما سقطت حال الغَفْلة ، والسهو ، فتوقف دفعها منع لوصولها إلى صاحبها أبداً ، وهذا يفوت مقصودَ الالتقاط ، ويُفضى إلى تضييع أموال الناس ، وما هذا سبيله ، يَسْقُط اعتبار البيّنة فيه ، كالإنفاق على اليتيم .

والجمع بين هذا القول ، وبين تفضيل الالتقاط على تركه ، متناقض جداً ، لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم ، يقيناً ، وإتعاباً لنفسه بالتعريف الذى لا يفيد ، والمخاطرة بدينه بتركه الواجبَ من غير تعريفها ، وما هذا سبيله يجبُ أن يكون حراماً ، فكيف يكون فاضلاً ، وعلى هذا نقول : لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها ، لما ذكرناه ، وقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي » يعنى إذا كان ثمَّ منكر ، لقوله فى سياقه « وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » ولا منكِرَ ههنا ، على أن البيّنة تختلف ، وقد جعل النبيُّ صلى الله عليه وسلم ، بينة مدّعى اللّقطة وَصْفَها ، فإذا وصفها فقد أقام بينته ، وقياسُ اللّقطة على المغصوب غيرُ صحيح ، فإن النزاع ثمّ فى كونه مَغصوبا ، والأصلُ عدمه ، وقول المنكر يعارض دعواه فاحتيج إلى البينة ، وههنا قد ثبت كون هذا المال لُقَطَةً ، وأن له صاحباً غير من هو فى يده ، ولا مدّعى له إلا بالواصف ، وقد ترجح صدقه فينبغى أن يُدفع إليه .

٤٤٥٣ (فصـــــل)

فإن وصفها اثنان أقرع بينهما ، فمن وقعت له القرعة حلف أنها له ، وسلّمت إليه ، وهكذا إن أقاما بيّنتين أقرع بينهما ، فمن وقعت له القرعة حلف ، ودُفعت اليه ، ذكره القاضى ، وقال أبو الخطّاب : تقسّم بينهما ، لأنهما تساويا فيما يُستحقّ به الدفع ، فتساويا فيها ، كما لو كانت فى أيديهما ، والذى قلنا : أصحّ وأشبه بأصولنا ، فيما إذا تداعيا عَيْناً فى يد غيرها ، ولأنّهما تداعيا عَيْنا فى يد غيرهما ، وتساويا فى البيّنة ، أو فى عدمها ، فتكون لمن وقعت له القرعة ، كما لو ادّعيا وديعةً فى يد إنسان ، فقال : هى لأحدكما لا أعرفه عيناً ، وفارق ما إذا كانت فى أيديهما ، لأن يد كلّ واحد منهما على نصفه ، فرجح قوله فيه ، وإن

وصفها إنسان ، فأقام آخر البيّنة أنّها له ، فهي لصاحب البينة ، لأنها أقوى من الوصف ، فإن كان الواصف قد أخذها انتُزِعت منه ، وردّت إلى صاحب البيّنة ، لأننا تبيّنا أنها له ، فإن كانت قد هلكت فلصاحبها تضمين من شاء ، من الواصف ، أو الدافع اليه ، وبهذا قال أبي حنيفة ، والشافعيّ ، ويتخرّج أن لا يلزم الملتقط شيء ، وهذا قول ابن القاسم ، صاحب مالك ، وأبو عُبَيد ، لأنه فعل ما أُمِر به ، لأنه أمين ، غير مفرّط ، ولا مقصّر ، فلا يَضمن ، كما لو دفعها بأمر الحاكم ، ولأن الدفع واجب عليه ، فصار الدفع بغير اختياره ، فلم يضمنها ، كما لو أخذها كَرْهاً .

ولنا أنه دفع مال غيره إلى غير مُستحقّه اختياراً منه ، فضمنه ، كما لو دفع الوديعة إلى غير مالكها ، إذا غلب على ظنّه أنه مالكها ، فأما إن دفعها بحكم حاكم لم يملك صاحبُها مطالبةَ الدافع ، لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر ، فلم يضمنها ، كما لو غصبها غاصبٌ ، ومتى ضمن الواصفُ لم يرجع على أحدٍ ، لأن العدوان منه ، والتلف عنده ، فإن ضمن الدافع رجع على الواصف ، لأنه كان سببَ تغريمه ، إلا أن يكون الملتقط قد أقرّ للواصف أنه صاحبُها ، ومالكها ، فإنه لا يرجع عليه . لأنه اعترف أنه صاحبُها ، ومستحقّها ، وأنّ صاحب البينة ظلمه بتضمينه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه ، وإن كانت اللقطة قد تلفت عند الملتقط فضمَّنه إياها رجع على الواصف ، بما غرمه ، وليس لمالكها تضمين الواصف ، لأن الذى قبضه إنّما هو مال الملتقط ، لا مال صاحب اللقطة ، بخلاف ما إذا سلّم العين ، فأمّا إن وصفها إنسان ، فأخذها ، ثم جاء آخر فوصفها ، وادّعاها لم يستحقّ شيئا ، لأن الأول استحقّها لوصفه إيّاها ، وعدم المنازع فيها ، وثبتت يده عليها ، ولم يوجد مايقتضى انتزاعها منه ، فوجب إبقاؤها له ، كسائر ماله .

٤٤٥٤ (فصـــل)

ولو جاء مدّع للقطة فلم يصفها ، ولا أقام بيّنة أنّها له لم يجز دفعها إليه ، سواء غلب على ظنّه صدُقه ، أو كذبه ، لأنها أمانة ، فلم يجز دفعها إلى من لم يثبت أنه صاحبها ، كالوديعة ، فإن دفعها ، فجاء آخرُ فوصفها أو أقام بيّنة لزم الواصفَ غرامتُها له ، لأنه فوتّها على مالكها بتفريطه ، وله الرجوع على مدّعيها ، لأنه أخذَ مال غيره ، ولصاحبها تضمين آخذها ، فإذا ضمّنه لم يرجع على أحدٍ ، وإن لم يأت أحدٌ يدّعيها فللملتقط مطالبة آخذها بها ، لأنه لا يأمن من مجيء صاحبها ، فيغرّمه إياها ، ولأنّها أمانة في يده ، فملك أخذها من غاصبها ، كالوديعة .

٤٤٥٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ أو مثلها إن كانت قد استهلكت ﴾

وجملة ذلك أن اللقطة في الأحوال أمانة في يد الملتقط ، إن تلفت بغير تفريطه ، أو نقصت فلا ضمان عليه كالوديعة ، ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتّها المتصلة ، والمنفصلة ، لأنها نماء ملكه ، وإن

أتلفها الملتقط ، أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها ، إن كانت من ذوات الأمثال ، وبقيمتها إن لم يكن لها مثل ، لا أعلم في هذا خلافاً . وإن تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها ، أو قيمتها بكل حال ، لأنها دخلت في ملكه ، وتلفت من ماله ، وسواء فرّط في حفظها ، أو لم يفرّط ، وإن وجد العين ناقصةً وكان نقصها بعد الحلول أخذ العين ، وأرش نقصها ، لأن جميعها مضمون إذا تلفت ، فكذلك إذا نقصت ، وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها ، بمضيّ حول التعريف ، وأما من قال : لا يملكها حتى يتملّكها لم يضمّنه إيّاها حتّى يتملّكها ، وحكمها قبل تملّكه إياها حكمها قبل مضيّ حول التعريف ، ومن قال : لا تملك اللّقطة بحال لم يضمّنه إيّاها ، وبهذا قال الحسن ، والنخعيّ وأبو مِجْلَز ، والحارث العُكْليّ ، ومالك ، وأبو يوسف ، قالوا : لا يضمن ، وإن ضاعت بعد الحول ، وقد ذكرنا فيما تقدّم دليل دخولها في ملكه ، وقال داود : إذا تملّك العين ، وأتلفها لم يضمنها .

وحكى ابن أبي موسى ، عن أحمد : أنّه لوّح إلى مثل هذا القول ، لحديث عِياض بْنِ حِمارٍ عن النبيّ صلى الله عليه وسلم : أنّه قال : « فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا وَإِلاَّ فَهِيَ مالُ اللهُ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاء » فجعله مباحاً . وقوله في حديث أبيّ بن كعب : فإِنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُها ، وإلاّ فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ . وفي حديث زيد « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاّ فَشَأْنَكَ بِهَا » ورُوي : فهي لك ، ولم يأمره بردٍّ بدلها .

ولنا قول النبيّ صلى الله عليه وسلّم « فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فإنْ جَاء طَالِبُهَا يَوْماً مِنْ الدَّهْرِ فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » وقال الأثرم : قال أحمد : اذهبُ إلى حديث الضحّاك بن عثمان ، جوّده ولم يروِه أحدٌ مثلَ مارواه « إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ سَنَةٍ وَقَدْ أَنْفَقَهَا رَدَّهَا إِلَيْهِ » لأنّها عينٌ يلزم ردّها لو كانت باقيةً ، فيلزمه ضمانها ، إذا أتلفها ، كما قبل الحول ، ولأنه مالُ معصومٍ فلم يجز إسقاط حقّه منه مطلقاً ، كما لو اضطرّ إلى مال غيره ، وإن وجد العين زائدةً بعد الحول زيادةً متّصلة أخذها بزيادتها ، لأنها تتبع في الردّ بالعيب ، والإقالة ، فتبعت ههنا ، وإن حدث بعد الحول لها نماء منفصلٌ ، فهو للملتقط ، لأنه نماء ملكه متميّزٌ ، لا يتْبَع في الفُسوخ ، فكان له كنماء المبيع إذا ردّ بعيب .

وذكر أبو الخطاب فيه وجهاً آخر ، بناءً على المفلس إذا استُرجعت منه العينُ ، بعد أن زادت زيادةً متميّزة ، والولد إذا استرجع أبوه ما وَهب له ، بعد زيادته ، والصحيح أن الزيادة للملتقط ، لما ذكرناه ، وكذلك الصحيح في الموضعين اللّذَيْنِ ذكرهم أنّ الزيادة لمن حدثت في ملكه ، ثم الفرق بينهما أنه في مسألتنا يضمنُ النقص ، فتكون له الزيادة ، ليكون الخراج بالضمان ، وثَمّ لا ضمان عليه ، فأمكن أن لا يكون الخراج له والله أعلم ، ومتى اختلفا في القيمة ، أو المثل ، فالقول قولُ الملتقط مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمّته مما حلف عليه .

٤٤٥٦ (فصـــــل)

وإن وجد العين بعد خروجها من ملك الملتقط ببيع ، أو هبة ، أو نحوهما ، لم يكن له الرجوع فيها ، ولا أخذ بدلها ، لأن تصرف الملتقط وقع صحيحاً ، لكونها صارت فى ملكه ، وإن صادفها قد رجعت إلى الملتقط بفسخ ، أو شراء أو غير ذلك فله أخذها ، لأنه وجد عين ماله فى يد ملتقطه ، فكان له أخذه ، كالزوج إذا طلّق قبل الدخول ، فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة ، وسائر أحكام الرجوع ههنا كحكم رجوع الزوج ، على ما نذكره فى موضعه ، إن شاء الله تعالى .

٤٤٥٧ (فصـــــل)

إذا أخذ اللّقطة ، ثم ردّها إلى موضعها ، ضمنها . رُوى ذلك عن طاوس ، وبه قال الشافعىّ ، وقال مالك . لا ضمان عليه ، لما رَوى الأثرم ، عن القَعْنَبِىّ ، عن مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن سليمان بن يسار عن ثابت بن الضّحاك عن عمر : أنّه قال لرجل وجد بعيراً : أَرْسِلهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ ، ولما رُوى عن جرير بن عبد الله أنّه رأى فى بقره بقرةً قد لحقتْ بها ، فأمر بها فطُرِدَتْ حتىّ تَوارَتْ :

ولنا أنها أمانة حصلت فى يده ، فلزمه حفظها ، فاذا ضيّعها لزمه ضمانها ، كما لو ضيّع الوديعة ، ولأنّها لما حصلت فى يده لزمه حفظها ، وتركها تضييعها ، فأمّا حديث عمر فهو فى الضالة التى لا تَحِلّ ، فأمّا مالا يحلّ التقاطه ، إذا أخذه فيحتملُ أنّ له رده إلى مكانه ، ولا ضمان عليه لهذه الآثار ، ولأنه كان واجباً عليه تركهُ فى مكانه ابتداء فكان له ذلك بعد أخذه ، ويحتمل أن لا يبرأ من ضمانه بردّه ، فانّه دخل فى ضمانه ، فلم يبرأ من ضمانه بردّه إلى مكانه ، كالمسروق ، وما يجوز التقاطه ، فعلى هذا لا يبرأ إلا بردّه إلى الإمام ، أو نائبه . وأما عمر فهو كان الإمام ، فاذا أمر بردّه كان كأخذه منه ، وحديث جرير لاحجّة فيه ، لأنه لم يأخذ البقرة ، ولا أخذها غلامه ، إنما لحقت بالبقر من غير فعله ، ولا اختياره .

٤٤٥٨ (فصـــــل)

وإن ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تفريط ، فلا ضمان عليه ، لأنها أمانة فى يده ، فأشبهت الوديعة ، فان التقطها آخرُ فعرف أنها ضاعت من الأول ، فعليه ردُّها إليه ، لأنه قد ثبت له حقُّ التموّل ، وولاية التعريف ، والحفظ ، فلا يزول ذلك بالضّياع ، فان لم يعلم الثانى بالحال حتىّ عرّفها حولاً ملكها ، لأن سبب الملك وُجد منه ، من غير عدوان ، فيثبت الملك به ، كالأول ، ولا يملك الأول انتزاعها ، لأن الملك مقدّم على حقّ التملك ، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثانى ، وليس له مطالبة الأول ، لأنه لم يفرّط ، وإن علم الثانى بالأول فردّها إليه ، فأبى أخذَها : وقال : عرّفها أنتَ ، فعرّفها ملكها أيضاً ، لأن الأول ترك حقّه ، فسقط ، وإن قال : عرّفها ، ويكون ملكها لى ، ففعل ، فهو مستنيب له فى التعريف ، ويملكها

الأول ، لأنه وكّله فى التعريف ، فصحّ ، كما لو كانت فى يد الأول ، وإن قال : عرّفها ، وتكون بيننا ، ففعل ، صحّ أيضاً ، وكانت بينهما ، لأنه أسقط حقّه من نصفها ، ووكّله فى الباقى ، وإن قصد الثانى بالتعريف تملّكها لنفسه دون الأول احتمل وجهين :

أحدهما : يملكها . لأن سبب الملك وُجد منه ، فملكها ، كما لو أذن له الأول فى تعريفها لنفسه .

والثانى : لا يملكها ، لأن ولايةَ التعريف للأول . أشبهَ ما لو غصبها مِنَ المُلتقط غاصبٌ ، فعرّفها ، وكذلك الحكم إذا علم الثانى بالأول ، فعرّفها ، ولم يُعلمه بها ، ويشبه هذا المتحجِّرَ فى الموات ، إذا سبقه غيره إلى ما حَجّره ، فأحياه بغير إذنه ، فأمّا إن غصبها غاصبٌ من الملتقط ، فعرّفها لم يملكها وجهاً واحداً ، لأنه مُعتدٍ بأخذها ، ولم يوجد منه سبب تملُّكها فإن الالتقاط من جملة السبب ، ولم يوجد منه ، ويفارق هذا ما إذا التقطها ثانٍ ، فإنه وجد منه الالتقاط ، والتعريف .

٤٤٥٩ (فصـل)

ومن اصطاد سمكة ، فوجد فيها دُرّةً فهى للصيّاد ، لأن الدرّ يكون فى البحر ، بدليل قول الله تعالى (وَتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا) فتكون لآخذها ، فإن باعها الصيّاد ، ولم يعلم ، فوجدها المشترى فى بطنها ، فهى للصيّاد ، نصّ عليه أحمد ، لأنه إذا لم يعلم مافى بطنها فلم يبعه ، ولم يرض بزوال ملكه عنه ، فلم يدخل فى البيع ، كمن باع داراً له مالٌ مدفون فيها ، وإن وَجد فى بطنها عَنْبَرَةً ، أو شيئاً مما يكون فى البحر ، فهو للصيّاد ، لما ذكرنا ، وحكمه حكم الجوهرة ، وإن وجد دراهم ، أو دنانير ، فهى لقطة ، لأن ذلك لا يُخلق فى البحر ، ولا يكون إلا لآدمىّ ، فيكون لُقطةً كما لو وجده فى البحر ، وكذلك الحكم فى الدرّة إذا كان فيها أثر لآدمىّ ، مثل أن تكون مثقوبةً ، أو متّصلة بذهب ، أو فضّة ، أو غيرهما ، فإنّها تكون لقطةً لا يملكها الصيّاد ، لأنها لم تقع فى البحر ، حتى تثبُت اليد عليها ، فهى كالدينار ، وكذلك الحكم فى العنبرة إذا كانت موصولةً بذهب ، أو فضّة ، أو مصنوعةً ، كالتفاحة مثقوبةً ، ونحو ذلك ، ممّا لا يخلق عليه فى البحر ، فهى لقطةٌ ، وإن وجدها الصيّاد فعليه تعريفها ، لأنهُ ملتقطها ، وإن وجدها المشترى فالتعريف عليه ، لأنه واجدها ، ولا حاجة إلى البداية بالبائع ، فإنّه لا يحتمل أن تكون السمكة ابتلعت ذلك بعد اصطيادها ، وملك الصيّاد لها ، فاستوى هو وغيره .

فأما إن اشترى شاةً ووجدَ فى بطنها دُرّةً ، أو عَنْبَرَةً ، أو دَنانِيرَ ، أو دَرَاهِم ، فهى لُقطةٌ يُعرّفها ، ويبدأ بالبائع ، لأنه يحتملُ أن تكون ابتلعتها فى ملكه ، فيبدأ به ، كقولنا فى مشترى الدار ، إذ وجد فيها مالاً مدفوناً ، وإن اصطاد السمكةَ من غير البحر ، كالنهر ، والعين ، فحكمها حكم الشاة ، فى أنّ ما وُجد فى بطنها من ذلك فهو لقطة ، درّةً كانت أو غيرها ، لأن ذلك لا يكون إلا فى البحر بحكم العادة ، ويحتمل

أن تكون الدرّة للصيّاد لقول الله تعالى (وَمِنْ كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا)(١) .

٤٤٦٠ (فصـــل)

وإن وجد عنبرة على ساحل البحر فهى له ، لأنه يمكن أن يكون البحر ألقاها ، والأصل عدم الملك فيها ، فكانت مباحةً لآخذها ، كالصيد . وقد روى سعيد ، قال : حدّثنا إسماعيلُ بنُ عيّاش ، عن معاوية ابن عمرو العَبْدِيّ ، قال : ألقى بحرُ عدنَ عَنْبَرَةً مثلَ البَعير ، فأخذها ناسٌ بعدَنَ ، فكُتِب إلى عمر ابن عبد العزيز ، فكَتَبَ إلينا أن خذوا منها الخمس ، وادفَعُوا إليهم سائرها ، وإن باعُوكموها فاشتروها ، فأردنا أن نزنها ، فلم نجد ميزاناً يُخرجها ، فقطعناها باثنين ووزنّاها ، فوجدناها ستّمائة رِطْلٍ ، فأخذنا خمسها ، ودفعنا سائرها إليهم ، ثم اشتريناها بخمسة آلاف دينار ، وبعثنا بها إلى عمر بن عبد العزيز ، فلم تلبث إلا قليلاً حتى باعها بثلاثة وثلاثين ألف دينار .

٤٤٦١ (فصـــل)

وإن صاد غزالاً فوجده مخضوباً ، أو فى عُنقه حِرز ، أو فى أذنه قُرط ونحو ذلك مما يدلّ على ثبوت اليد عليه ، فهو لُقَطة ، لأن ذلك دليل على أنه كان مملوكاً ، وقال أحمد ، فيمن ألقى شبكةً فى البحر ، فوقعت فيها سمكة ، فجذبت الشبكة ، فمرت بها فى البحر ، فصادها رجل ، فإن السمكة للذى حازها ، والشبكة يُعرّفها ويدفعها إلى صاحبها ، فجعل الشبكة لقطة ، لأنها مملوكة لآدمىّ ، والسمكة لمن صادها ، لأنها كانت مباحة ، ولم يملكها صاحب الشبكة ، لكون شبكته لم تُثْبِتها ، فبقيت على الإباحة ، وهكذا لو نصب فخًا ، أو شَرَكاً فوقع فيه صيد من صيود البرّ ، فأخذه وذهب به ، وصاده آخر ، فهو لمن صاده ، ويردّ الآلة إلى صاحبها ، فهى لُقطة يعرّفها . وقال أحمد فى رجل انتهى إلى شَرَكٍ فيه حمار وَحْشٍ ، أو ظَبْيَةٌ ، قد شارف الموتَ فخلّصه ، وذبحه ، هو لصاحب الأحبولةِ(٢) ، وما كان من الصيد فى الأحبولة فهو لمن نَصَبها ، وإن كان بازيا أو صَقْراً ، أو عُقاباً ، وسُئل عن بازى ، أو صقر ، أو كلبٍ معلم ، أو فهد ، ذهب عن صاحبه ، فدعاه فلم يجبه ، ومرّ فى الأرض حتى أتى لذلك أيام ، فأتى قريةً فسقط على حائطٍ . فدعاه رجل فأجابه ، قال : يردّه على صاحبه ، قيل له : فإن دعاه فلم يجبه ، فنصب له شركاً فصاده به ؟ قال : يرده على صاحبه ، فجعل هذا لصاحبه ، لأنه قد ملكه ، فلم يزُل ملكه ، عنه بذهابه ، عنه ، والسمكة فى الشبكة لم يكن مَلَكها ، ولا حازَها ، وكذلك جعل ما وقع فى الأحبولة(٣) من البازى ، والصقر ، والعُقاب لصاحب الأحبولة ، ولم يجعله ههنا لمن وقع فى شركه ، لأن هذا فيما علم أنه قد كان مملوكاً لإنسان ، فذهب ، وإنّما

(١) بعض الآية ١٢ من سورة فاطر (٢) ، (٣) الأحبولة : المصيدة .

يعلم هذا بالخبر ، أو بوجود ما يدلّ على الملك فيه ، مثل وجود السير فى رجله ، وآثار التعلّم ، مثل استجابته للذى يدعوه ، ونحو ذلك ، ومتى لم يوجد ما يدلّ على أنه مملوك فهو لمن اصطاده ، لأن الأصل عدم الملك فيه ، وإباحته .

٤٤٦٢ (فصـــــــل)

ومن أُخِذت ثيابه من الحمّام ، ووجد بدلها ، أو أُخِذ مداسه ، وتُرك له بدله ، لم يملكه بذلك ، قال أبو عبد الله فيمن سُرِقت ثيابُه ، ووجَد غيرها : لم يأخذها ، فإن أخذها عرّفها سنةً ، ثم تصدّق بها ، إنّما قال ذلك لأن سارق الثياب لم تجر بينه وبين مالكها معاوضة تقتضى زوال ملكه عن ثيابه ، فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ، ولا يعرف صاحبه ، فيعرفه كاللقطة ، ويحتمل أن ينظر فى هذا ، فإن كانت ثَمّ قرينة تدلّ على السرقة ، بأن تكون ثيابه ، أو مداسه خيراً من المتروكة ، وكانت مما لا تشتبه على الآخذ بثيابه ، ومداسه ، فلا حاجة إلى التعريف ، لأن التعريف إنّما جُعل فى المال الضائع عن ربّه ، ليعلم به ، ويأخذه ، وتارك هذا عالم به ، راضٍ ببدله عوضاً عمّا أخذه ، ولا يعترف أنه له ، فلا يحصُل فى تعريفه فائدةٌ ، فإذًا هو ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص ، وفيما يَصنَعُ بها ثلاثةُ أوجه . أحدها : أنه يتصدّق به على ما ذكرنا .

الثانى : أن يُباح له أخذها ، لأن صاحبها فى الظاهر تركها له باذلاً إيّاها له عوضاً عمّا أخذه ، فصار كالمبيح له أخذَها بلسانه ، فصار كمن قهر إنساناً على أخذ ثوبِهِ ، ودفع إليه درهماً .

الثالث : أنه يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله ، والوجه الثانى أقربُ إلى الرفق بالناس ، لأن فيه نفعاً لمن سُرِقَتْ ثيابه بحصول عوض عنها ، ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإثم ، وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعضُ أهل العلم لمن له على إنسان حقّ من دَيْن ، أو غصب أن يأخذ من مال مَنْ عليه الحقُّ بقَدْر ما عليه ، إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك ، فهنا مع رضاء من عليه الحقّ بأخذه أولى ، وإن كانت ثَمّ قرينةٌ دالّة على أن الآخذ للثياب إنّما أخذها ظانّاً منه أنّها ثيابه ، مثل أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة ، أو مثلها ، وهى ما تشتبه بها ، فينبغى أن يعرّفها ههنا ، لأن صاحبها لم يتركها عمداً ، فهى بمنزلة الضائعة منه ، والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ، ورد ما كان أخذه ، فتصير كاللقطة فى المعنى ، وبعد التعريف إذا لم تعرَف ، ففيها الأوجه التى ذكرناها ، إلا أننا إذا قلنا بأخذها ، أو يبيعها الحاكم ، ويدفع إليه ثمنها ، فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه ، لا يزيد عليها ، لأن الزائد فاضلٌ عما يستحقّه ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عمّا أخذه فانّه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ، ولا رضى بالمعاوضة بها ، وإذا قلنا : إنّه يدفعُها إلى الحاكم ليبيعها ، ويدفع إليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن فى ذمّته ، ويسقُط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ، ويتصدّق بالباقى ، والله أعلم .

٤٤٦٣ (فصـــــل)

قال أحمد فيمن عنده رُهُون قد أتى عليها زمان لا يَعرِفُ صاحبَها : يبيعُها ويتصدَّق بثمنها ، فان جاء صاحبها غَرِمها له ، وهذا محمول على من استوفى ديونه التى رَهَنَ الرَّهنَ بها ، فأمّا من لم يستوف دينه ، فإن كان قد أذن له فى بيعها باعها ، واستوفى دينه من ثمنها ، وتصدق بالباقى ، وإن لم يكن أذن له فى بيعها ، رفعها إلى الحاكم ليبيعها ، ويقبضه حقَّه من ثمنها ، ويتصدّق بباقيه .

٤٤٦٤ (فصـــــل)

نقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، إذا تنازع صاحبُ الدار ، والساكن فى دِفْنٍ(١) فى الدار ، فقال كلّ واحد منهما أنا دَفَنْتُه بيِّنَ كُلُّ واحدٍ منهما ما الذى دَفَنَ فكُلّ مَنْ أصابَ الوصفَ فهو له ، وذلك لأن ما يوجد فى الأرض من الدِّفْنِ ممّا عليه علامة المسلمين فهو لقطة ، واللقطة تستحقّ بوصفها ، ولأن المصيب للوصف فى الظاهر هو من كان ذلك فى يده ، فكان أحقّ به ، كما لو تنازعه أجنبيان فوصفه أحدهما .

٤٤٦٥ (فصـــــل)

ومن وجد لقطةً فى دار الحرب ، فإن كان فى الجيش ، فقال أحمد : يُعرّفها سنةً فى دار الإسلام ، ثم يطرحها فى المَقْسِمِ ، إنّما عرّفها فى دار الإسلام ، لأن أموال أهل الحرب مباحةٌ ، ويجوز أن تكون لمسلم ، ولأنه قد لا يمكنه المقام فى دار الحرب لتعريفها ، ومعناه والله أعلم يتمّم التعريفَ فى دار الإسلام ، فأمّا ابتداء التعريف فيكون فى الجيش الذى هو فيه ، لأنه يحتمل أن تكون لأحدهم ، فإذا قفل أتمّ التعريف فى دار الإسلام ، فأمّا إن كان دخل دارهم بأمان ، فينبغى أن يعرّفها فى دارهم ، لأن أموالهم محرّمة عليه ، فإذا لم تعرف ملكها ، كما يملكها فى دار الإسلام ، وإن كان فى الجيش طرحها فى المَقْسِمِ بعد التعريف ، لأنّه وصل إليها بقوّة الجيش ، فأشبهت مُباحات دار الحرب ، إذا أخذ منها شيئاً ، وإن دخل إليهم مُتلصِّصاً فوجد لُقَطَةً عرّفها فى دار الإسلام ، لأن أموالهم مُباحةٌ له ، ثم يكون حكمها حكم غنيمته ، ويحتمل أن تكون غنيمةً له ، لا تحتاج إلى تعريف ، لأن الظاهر أنّها من أموالهم ، وأموالهم غنيمة .

٤٤٦٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإن كان الملتقط قد مات فصاحبها غريم بها ﴾

وجملة ذلك أن الملتقط إذا مات ، واللقطة موجودة بعينها ، قام وارثه مقامه فى إتمام تعريفها ، إن مات

(١) الدفن بكسر الدال : المدفون .

قبل الحول ، ويملكها بعد إتمام التعريف ، فإن مات بعد الحول ورثها الوارث ، كسائر أموال الميّت ، ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث ، كما يأخذها من الموروث ، فإن كانت معدومةَ العين ، فصاحبُها غريم للميّت بمثلها ، إن كانت من ذوات الأمثال ، أو بقيمتها إن لم تكن كذلك ، فيأخذ ذلك من تركته ، إن اتسعت لذلك ، وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها ، سواء تلفت بعد الحول بفعله ، أو بغير فعله ، لأنها قد دخلت فى ملكه بمضىّ الحول ، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، ولا شىء لصاحبها ، لأنها أمانة فى يده ، تلفت بغير تفريطه ، فلم يضمنها ، كالوديعة ، وكذلك إن تلفت بعد الحول قبل تملّكها من غير تفريط ، على رأى من رأى أنها لا تدخل فى ملكه حتى يتملّكها ، وقد مضى الكلام فى ذلك ، فأما إن لم يعلم تلفها ، ولم يجدها في تركته ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أنّ صاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول ، أو بعده ، لأن الأصل بقاؤها ، ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شىء ، ويسقط حقّ صاحبها ، لأن الأصل براءة ذمّة الملتقط منها ، ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه ، فلا تشغل ذمته بالشكّ ، ويحتمل أنه إن كان الموت قبل الحول فلا شىء عليه ، لأنها كانت أمانة عنده ، ولم تُعلم جنايته فيها ، والأصل براءة ذمّته منها ، وإن مات بعد الحول فهى فى تركته ، لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ، ودخولها فى ملكه ، ووجوب بدلها عليه ، فإن قيل : فقد قلتم : إن صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها ، أو هبته لم يكن له إلا بدلها ، فلم قلتم إنّها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها ؟ قلنا : لأن الوارث خليفة الموروث ، وإنما يثبت له الملك فيها على الوجه الذى كان ثابتا لموروثه ، وملك موروثه فيها كان مراعاً مشروطاً بعدم مجىء صاحبها ، فكذلك ملك وارثه ، بخلاف ملك المشترى ، والمتّهب : فإنهما يملكان ملكا مستقراً .

٤٤٦٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجُعْل ﴾

وجملة ذلك أن الجَعَالة فى ردّ الضالّة ، والآبق ، وغيرهما جائزة ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك والشافعىّ ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، والأصل فى ذلك قول الله عزّ وجلّ (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ)(١) . وروى أبو سعيد : أنّ ناساً من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أتوا حيًّا من أحياء العرب ، فلم يَقْرُوهم ، فبينما هم كذلك ، إذ لُدِغ سَيِّدُ أولئكَ ، فقالوا : هَلْ فِيكُمْ رَاقٍ ؟ فقالوا : لَمْ تَقْرُونَا فلا نَفْعَلُ حَتّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلاً ، فَجعلُوا لَهُمْ قَطِيعَ شِياهٍ ، فَجَعَلَ رَجُلٌ يَقْرَأُ بِأُمّ القُرآنِ ، وبِجْمعُ بُزاقَه ، وَيَتْفُلُ فَبَرأَ الرَّجُلُ ، فأَتوهُمْ بِالشّاءِ فَقَالُوا : لاَ نَأْخُذُهَا حَتّى نَسْأَلَ عَنْهَا رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم ، فسألُوا النبيّ

(١) بعض الآية ٧٢ من سورة يوسف .

صَلَّى اللهُ عَلَيْه وَسلَّم فقَالَ « وَمَا أَدْرَاكَ أَنَّها رُقْيَةٌ ؟ خُذُوهَا واضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ » رواه البخاري ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإنّ العمل قد يكون مجهولاً كردّ الآبق ، والضالة ، ونحو ذلك ، ولا تنعقد الإجارة فيه ، والحاجة داعية إلى ردّهما ، وقدلا يجدُ من يتبرّع به ، فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجُعْل فيه ، مع جهالة العمل ، لأنّها غيرُ لازمةٍ ، بخلاف الإجارة ، ألا ترى أن الإجارة لمّا كانت لازمةً افتقرت إلى تقدير مدّة ، والعقود الجائزة كالشركة ، والوكالة لا يجب تقدير مدّتها ، ولأن الجائزة لكلّ واحد منهما تركها ، فلا يؤدّى إلى أن يلزمه مجهول عنده ، بخلاف اللازمة . إذا ثبت هذا : فإذا قال : من رَدَّ علىَّ ضالّتى ، أو عبدى الآبق ، أو خاط لى هذا القميص ، أو بنى لى هذا الحائط فله كذا ، وكذا ، صحّ ، وكان عقداً جائزاً ، لكلٍّ واحد منهما الرجوع فيه ، قبل حصول العمل ، لكن إن رجع الجاعلُ قبل التلبّس بالعمل فلا شيء عليه ، وإن رجع بعد التلبّس به فعليه للعامل أجرة مثله ، لأنه إنما عمل بعوض ، فلم يَسْلَمَ له ، وإن فسخ العامل قبل إتمام العمل فلا شيء له ، لأنه أسقط حقّ نفسه ، حيثُ لم يأت بما شرط عليه العوض ، ويصير كعامل المضاربة ، إذا فسخ قبل ظهور الربح ، ولا بد أن يكون العوض معلوماً ، والفرق بينه وبين العمل من وجهين :

أحدهما : أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولاً ، بأن لا يعلم موضع الضالّة والآبق ، ولا حاجة إلى جهالة العوض .

والثانى : أن العمل لا يصير لازماً ، فلم يجب كونه معلوماً ، والعوض يصير لازماً ، بإتمام العمل ، فوجب كونه معلوماً ، ويحتمل أن تجوز الجَعَالة مع جَهالة العوض ، إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم ، نحو أن يقول : من رَدَّ عبدى الآبق فله نصفه ، ومن ردَّ ضالّتى فله ثلثها ، فإن أحمد قال : إذا قال الأمير فى الغزو : من جاء بعشَرَةِ رءوس فله رأس ، جاز ، وقالوا : إذا جعل جُعلاً لمن يدلّه على قلعة ، أو طريق سهل ، وكان الجُعل من مال الكفّار جاز أن يكون مجهولاً كجارية يعيّنها العامل ، فتخرَّج ههنا مثله ، فأمّا إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصحّ الجَعالة وجهاً واحداً ، وإن كان العمل معلوماً مثل أن يقول : مَن ردّ عبدى من البصرة ، أو بنى لى هذا الحائط ، أو خاط قميصى هذا ، فله كذا صحّ ، لأنه إذا صحّ مع الجهالة ، فمع العلم أولى ، وإن علّقه بمدّة معلومة ، فقال : من رَدّ لى عبدى من العراق إلى شهر فله دينار ، أو من خاط قميصى هذا فى اليوم فله درهم صحّ ، لأن المدّة إذا جازت مجهولةً فمع التقدير أولى ، فإن قيل : الصحيح من المذهب أن مثل هذا لا يجوز فى الإجارة ، فكيف أجزتموه فى الجَعَالة ؟ قلنا : الفرق بينهما من وجوه .

(أحدها) أن الجَعالة يحتمل فيها الغرر ، وتجوز جهالة العمل ، والمدّة بخلاف الإجارة .

(الثانى) أن الجَعالة عقد جائز ، فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر ، بخلاف الإجارة ، فإنّها عقد لازم ، فإذا دخل فيها مع الغرر لزمه ذلك .

(الثالث) أن الإجارة ، إذا قدِّرت بمدّة لزمه العمل فى جميعها ، ولا يلزمه العمل بعدها ، فإذا جمع بين تقدير المدّة ، والعمل ، فربّما عمله قبل المدة ، فإن قلنا : يلزمه العمل فى بقية المدّة ، فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه ، وإن قلنا : لا يلزمه فقد خلا بعض المدّة من العمل ، فإن انقضت المدة قبل عمله ، فألزمناه إتمام العمل ، فقد لزمه العمل فى غير المدّة المعقود عليها ، وإن قلنا : لا يلزمه العمل فما أتى بالمعقود عليه من العمل بخلاف مسألتنا ، فإنّ العمل الذى يستحقّ به الجُعل هو عمل مقيّد بمدّة إن أتى به فيها استحقّ الجُعْلَ ، ولا يلزمه شىء آخر ، وإن لم يف به فيها فلا شىء له .

إذا ثبت هذا : فإنما يستحقُّ الجُعلَ من عمل العمل ، بعد أن بلغه ذلك ، لأنه عوض يستحقّ بعمل ، فلا يستحقُّه من لم يعمل ، كالأجر فى الإجارة .

٤٤٦٨ (فصـــل)

ويجوز أن يجعل الجعل فى الجَعالة لواحد بعينه ، فيقول له : إن رَدَدْتَ عبدى فلك دينار ، فلا يستحقّ الجُعلَ من يردّه سواه ، ويجوز أن يجعله لغير معيّن ، فيقول : من رَدّ عبدى فله دينار ، فمن ردّه استحقّ الجُعل ، ويجوز أن يجعل لواحد فى ردّه شيئاً معلوماً ، ولآخر أكثر منه ، أو أقلّ ، ويجوز أن يجعل للمتعيّن عوضاً ، ولسائر الناس عوضاً آخر ، لأنه يجوز أن يكون الأجر فى الإجارة مختلفاً مع التساوى فى العمل ، فههنا أولى ، فإن قال : من رَدّ لُقَطتى فله دينار ، فردّها ثلاثةٌ فلهم الدينار ، بينهم أثلاثاً ، لأنهم اشتركوا فى العمل الذى يستحقّ به العوض ، فاشتركوا فى العوض ، كالأجر فى الإجارة ، فإن قيل : أليس لو قال : من دخل هذا النقب فله دينار ، فدخله جماعة استحقّ كلّ واحد منهم ديناراً كاملاً ، فلم لا يكون ههنا كذلك ؟ قلنا : لأن كلّ واحد من الداخلين دخل دخولا كاملاً ، كدخول المنفرد ، فاستحقّ العوض كاملاً ، وههنا لم يردّه واحد منهم كاملاً ، إنما اشتركوا فيه فاشتركوا فى عوضه ، فنظير مسألة الدخول ما لو قال : من ردّ عبداً من عبيدى فله دينار ، فردّ كلُّ واحد منهم عبداً ، ونظير مسألة الردّ ما لو قال : من نقب السور فله دينار ، فنقب ثلاثةٌ نقباً واحداً ، فإن جعل لواحد فى ردّها ديناراً ، ولآخر دينارين ، ولثالث ثلاثة ، فردّه الثلاثة ، فلكلّ واحد منهم ثلث ما جُعل له ، لأنه عمل ثلث العمل ، فاستحقّ ثلث المسمّى ، فإن جعل لواحد ديناراً ، ولآخرين عوضاً مجهولاً ، فرَدُّوه معاً ، فلصاحب الدينار ثلاثة ، وللآخرين أجر عملها ، وإن جعل لواحد شيئاً فى ردّها ، فردّها هو ، وآخران معه ، وقالا : رددنا معاونةً له استحقّ جميعَ الجُعل ، ولا شىء لهما ، وإن قالا : رددناه لنأخذه العوض لأنفسنا ، فلا شىء لهما ، وله ثلث الجعل ،

لأنه عمل ثلث العمل ، فاستحقّ ثلث الجعل ، ولم يستحقّ الآخران شيئاً ، لأنهما عملا من غير جُعل ، وهذا كلّه مذهب الشافعيّ ، ولا أعلم فيه خلافا .

٤٤٦٩ (فصــــل)

وإن قال : من ردّ عبدى من بلد كذا فله دينار ، فردّه إنسان من نصف طريق ذلك البلد ، استحقّ نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل ، وكذلك لو قال : من ردّ عبدَىَّ فله دينار ، فردّ أحدَهما ، فله نصف الدينار ، لأنه ردّ نصف العبدين ، وإن ردّ العبد من غير البلد المسمّى فلا شيء له ، لأنه لم يجعل فى ردّه منه شيئاً ، فأشبه ما لو جعل فى ردّ أحد عبديه شيئاً ، فردّ الآخر ، ولوقال : من ردّ عبدى فله دينار ، فرده إنسان إلى نصف الطريق ، فهرب منه ، لم يستحقّ شيئاً ، لأنه شرط الجُعْلَ بردّه ، ولم يردّه ، وكذلك لو مات ، كما لو استأجر لخياطة ثوب ، فخاطه ، ولم يسلّمه حتىّ تلف لم يستحقّ أجرةً ، فإن كان الجاعل قال : من وجد لقطتى فله دينار ، فقد وجد الوجدان ؟ قلنا : قرينة الحال تدلّ على اشتراط الردّ ، والمقصود هو الردّ لا الوجدان المجرّد ، وإنما اكتفى بذكر الوجدان ، لأنه سبب الردّ ، فصار كأنه قال : من وجد لقطتى ، فردّها علىّ .

٤٤٧٠ (فصــــل)

والجعالة تساوى الإجارة فى اعتبار العلم بالعوض ، وما كان عوضاً فى الإجارة جاز أن يكون عوضاً فى الجعالة ، وما لا فلا ، وفى أن ماجاز أخذ العوض عليه فى الإجارة من الأعمال جاز أخذه عليه فى الجعالة ، وما لا يجوز أخذ الأجرة عليه فى الإجارة مثل الغناء ، والزمر ، وسائر المحرّمات لا يجوز أخذ الجعل عليه ، وما يختصّ فاعله أن يكون من أهل القُربة مّما لا يتعدّى نفعه فاعلَه كالصلاة ، والصيام ، لا يجوز أخذ الجُعل عليه ، فإن كان ممايتعدّى نفعه ، كالأذان ، والإقامة ، والحجّ ففيه وجهان ، كالروايتين فى الإجارة ، ويفارق الإجارة فى أنه عقدٌ جائز ، وهى لازمة ، وأنه لا يعتبر العلم بالمدّة ، ولا بمقدار العمل ، ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد مُعيَّن ، فعلى هذا متى شرط عوضاً مجهولاً كقوله : إن رَددْتَ عبدى فلك ثوب ، أو فلك سَلَبه ، أو شرط عوضاً محرّماً ، كالخمر ، والحُرّ ، أو غير مقدور عليه ، كقوله : مَنْ رَدَّ عَبْدِى فله ثلثه ، أو من ردّ عبدى فله أحدهما ، فردّه إنسان استحقّ أجر المثل ، لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلَم له ، فاستحقّ أجره ، كما فى الإجارة .

٤٤٧١ (فصــــل)

ومن ردّ لقطة ، أو ضالّة ، أو عمل لغيره عملاً غير رَدِّ الآبق بغير جُعل لم يستحقّ عوضاً ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، لأنه عمل يستحقّ به العوض مع المعاوضة ، فلا يستحقّ مع عدمها ، كالعمل فى الإجارة ،

فإن اختلفا فى الجعل ، فقال : جعلتَ لى فى ردّ لقطتى كذا ، فأنكره المالك ، فالقولُ قوله مع يمينه ، لأن الأصل معه ، وإن اتفقا على العوض ، واختلفا فى قدره ، فالقول قول المالك ، لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه ، ولأن القول قوله فى أصل العوض ، فكذلك فى قدره ، كرب المال فى المضاربة ، ويحتمل أن يتحالفا ، كالمتبايعين ، إذا اختلفا فى قدر الثمن ، والأجير والمستأجر ، إذا اختلفا فى قدر الأجر ، فعلى هذا إن تحالفا فسخ العقد ، ووجب أجر المثل ، وكذلك الحكم إن اختلفا فى المسافة ، فقال : جعلتُ لك الجعل على ردّها من حلب ، فقال : بل على ردّها من حِمص ، وإن اختلفا فى عين العبد الذى جُعل الجعلُ فى ردّه ، فقال : رددتُ العبد الذى شرطتَ لىَ الجُعلَ فيه ، قال : بل شرطتُ لك الجُعلَ فى العبد الذى لم ترده ، فالقول قول المالك ، لأنه أعلم بشرطه ، ولأنه ادّعى عليه شرطاً فى هذا العقد ، فانكره ، والأصل عدم الشرط .

٤٤٧٢ (فصــــل)

أما العبد الآبق فإنه يستحقّ الجعل بردّه ، وإن لم يشرط له . روى هــذا عن عمر ، وعلىّ ، وابن مسعود ، وبه قال شُرَيح ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأصحاب الرأى . وقد رُوى عن أحمد : أنّه لم يكن يوجب ذلك . قال ابن منصور : سُئل أحمد عن جُعل الآبق ، فقال : لا أدرى ، قد تكلّم الناس فيه ، لم يكن عنده فيه حديث صحيح ، فظاهر هذا أنه لا جُعل له فيه ، وهو ظاهر قول الخِرَقىّ ، فإنّه قال : وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيّده ما أنفق عليه ، ولم يذكر جُعلاً . وهذا قول النخَعِىّ ، والشافعىّ وابن المنذر . لأنه عمل لغيره عملاً من غير أن يشرط له عوضاً ، فلم يستحقّ شيئاً ، كما لو ردّ جمله الشارد .

ووجه الرواية الأولى ما رَوى عمرو بنُ دينار ، وابن أبى مُلَيْكةَ : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلّم جعل فى جُعل الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً ، وأيضاً فإنّه قول من سمّينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم فى زمنهم مخالفاً ، فكان إجماعاً . ولأن فى شرط الجُعل فى ردّهم حثا على ردّ الإباق ، وصيانةً لهم عن الرجوع إلى دار الحرب ، وردّتهم عن دينهم ، وتقوية أهل الحرب بهم ، فينبغى أن يكون مشروعاً لهــذه المصلحة ، وبهذا فارق ردّ الشارد ، فإنه لا يُفضى إلى ذلك . والرواية الأخرى أقربُ إلى المصلحة ، لأن الأصل عدم الوجوب ، والخبر المروىّ فى هــذا مُرسل ، وفيه مقال ، ولم يثبت الإجماع فيه ، ولا القياس ، فإنّه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ، ولا تحقّقَت أيضاً ، فإنه ليس الظاهر هربهم إلى دار الحرب ، إلا فى المجلوب منها ، إذا كانت قريبةً ، وهــذا بعيد فيهم . فأمّا على الرواية الأولى فقد اختلفت الرواية فى قدر الجُعل ، فروى عن أحمد : أنّه عشرةُ دراهم ، أو دينار ، إن ردّه من المِصر ، وإن ردّه من خارجه ففيه روايتان :

إحداهما : يلزمه دينار ، أو اثنا عشر درهماً للخبر المروىّ فيه . ولأن ذلك يروى عن عمر ، وعلىّ رضى الله عنهما .

والثانية : له أربعون درهماً إن ردّه من خارج المصر . اختارها الخلاّل ، وهو قولُ ابن مسعود ، وشُرَيح ، فروى أبو عمر الشيبانىّ ، قال : قلت : لعبد الله بن مسعود : إنّى أصبت عَبيداً إباقاً . فقال : لك أجر ، وغنيمة ، فقلت : هذا الأجر ، فما الغنيمة ؟ قال : مِنْ كُلِّ رأس أربعين درهماً .

وقال أبو إسحاق : أعطيتُ الُجعل فى زمن معاوية أربعينَ درهماً . وهـذا يدلّ على أنه مستفيض فى العصر الأول ، قال الخلاّل : حديث ابن مسعود أصحّ إسناداً . وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال : إذا وجده على مسيرة ثلاث فله ثلاثة دنانير . وقال أبو حنيفة : إن ردّه من مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهماً ، وإن كان من دون ذلك يُرْضَخُ[1] له على قدر المـكان الذى تَعَنّى[2] إليه . ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الُجعل على قيمة العبد ، أو لا يزيد ، وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : إن كان قليل القيمة نقص الُجعل من قيمته درهماً ، لئلاّ يفوت عليه العبدُ جميعُه .

ولنا : عموم الدليل . ولأنه جعل يستحقّ فى ردّ الآبق فاستحقّـه ، وإن زاد على قيمته كما لو جعله له صاحبه ، ويستحقّـه إن مات سيّده فى تركته ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو يوسف : إن كان الذى ردّه من ورثة المولى سقط الُجعل .

ولنا : أن هـذا عوض عن عمله ، فلا يسقط بالموت ، كالأجر فى الإجارة ، وكما لو كان من غير ورثة المولَى .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون من ردّه معروفاً بردّ الإباق ، أو لم يكن ، وبهذا قال أصحاب الرأى . وقال مالك : إن كان معروفاً بذلك استحقّ الجُعل ، وإلا فلا . ولنا الخبر ، والأثر المذكور من غير تفريق ، ولأنه ردّ آبقاً ، فاستحقّ الجُعل كالمعروف بردّهم .

٤٤٧٣ (فصـــــل)

ويجوز أخذ الآبق لمن وجده ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن العبد لا يُؤمن لحاقه بدار الحرب ، وارتداده ، واشتغاله بالفساد فى سائر البلاد ، بخلاف الضوالّ التى تحفظ نفسها ، فإذا أخذه ، فهو أمانة فى يده إن تلف بغير تفريطه ، فلا ضمان عليه ، وإن وجد صاحبه دفعه إليه ، إذا أقام به البيّنة ، أو اعترف العبد أنه سيّده ، وإن لم يجد سيّده دفعه إلى الإمام ، أو نائبـه ،

---

(١) يرضخ له : يعطى له عطاء غير معلوم يقدره الحاكم .

(٢) تعنى : تعب وبذل جهده حتى وصل إليه .

فيحفظه لصاحبه ، أو يبيعه ، إن رأى المصلحة فى بيعه ، ونحو ذلك ، قال مالك ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، وليس لملتقطه بيعه ، ولا تملّكه بعد تعريفه . لأن العبد يتحفّظ بنفسه ، فهو كضوالّ الإبل ، فإن باعه فالبيع فاسد فى قول عامّة أهل العلم ، منهم أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وإن باعه الإمام لمصلحة رآها فى بيعه ، فجاء سيّده ، فاعترف أنه كان أعتقه قبل منه . لأنه لا يجرّ إلى نفسه بهذا نفعاً ، ولا يدفع عنها ضرراً ، ويحتمل أن لا يقبل ، لأنه ملك لغيره ، فلا يقبل إقراره فى ملك غيره ، كما لو باعه السيّد ، ثم أقرّ بعتقه ، فعلى هذا ليس لسيّده أخذ ثمنه ، لأنه يقرّ أنه حرّ ، ولا يستحقّ ثمنه ، ولكن يؤخذ إلى بيت المال ، لأنه لا مستحقّ له ، فهو كتركة من مات ولا وارث له ، فإن عاد السيّد ، فأنكر العتق ، وطلب المال دفع إليه ، لأنه مال لا منازع له فيه .

٤٤٧٤ (فصـــل)

وإذا أبق العبد ، فحصل يد حاكم ، فأقام سيّده بيّنة عند حاكم بلد آخر أنّ فلاناً الذى صفته كذا ، وكذا ، واستقصى صفاته : عبد فلان بن فلان ، أبق منه ، فقبل الحاكم بيّنته ، وكتب الحاكم إلى الحاكم الذى عنده العبد ثبت عندى إباق فلان الذى صفته كذا ، وكذا ، قبل كتابه ، وسلم إليه العبد ، وهذا قول أبى يوسف ، وأحد قولى الشافعىّ ، إلا أن أبا يوسف قال : يأخذ به كفيلاً ، لأن البيّنة أثبتته ، بصفاته ، كما ثبت فى الذمة بوصفه فى السلم ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : لا يجب تسليمه ، لأنهم لا يشهدون على عينه ، وإنّما يشهدون بالصفات ، وقد تتّفق الصفات مع اختلاف الأعيان ، ويفارق المسلم فيه ، فإن الواجب أقلّ ما يوجد منه الصفة ، وهو غير معيّن .

ولنا : أنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب ، ويؤخذ المحكوم عليه بالحقّ ، وليس ثمّ شهادة على عين ، وإنّما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ، ونسبه ، وصفته ، فكذا ههنا إذا ثبت وجوب تسليمه ، فإنّ الحاكم الذى يُسلّمه يختم فى عنقه خيطاً ضيّقاً لا يخرُج من رأسه ويدفعه ، إلى المدّعى ، أو وكيله ، ليحمله إلى الحاكم الكاتب ، ليشهد الشهود على عينه ، فان شهدوا بعينه سلم إلى مدّعيه ، وإن لم يشهدوا وجب ردّه إلى الحاكم الأول ، ويكون فى ضمان الذى أخذه ، لأنه أخذه بغير استحقاق .

٤٤٧٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كان التقطها قبل ذلك فردّها لعلة الجعل لم يجز له أخذه ﴾

إنما كان كذلك لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الُجعل فقد التقطها بغير عوض ، وعمل فى مال غيره بغير جُعْل جُعِل ، فلا يستحقّ شيئاً ، كما لو التقطها ، ولم يجعل ربّها فيها شيئاً ، وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل ، فإنّه إنما بذل منافعه بعوض جعل له ، فاستحقّه ، كالأجير إذا عمل بعد العقد ، وسواء كان التقاطه

لها بعد الجعل ، أو قبله لما ذكرنا ، ولا يستحق أخذ الجعل بردّها ، لأن الردّ واجب عليه من غير عوض ، فلم يجز أخذ العوض عن الواجب ، كسائر الواجبات ، وإنما يأخذه الملتقط فى موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح .

إذا ثبت هذا : فإن مُلتقطها قبل أن يبلغه الجُعل لا يستحق شيئاً ، سواء ردّها لملة الجُعل،أو لغيره . لأنه إذا لم يستحقّه مع قصده إيّاه ، وعمله من أجله ، فلأنْ لا يستحقّه مع عدم ذلك أولى ، وإنما ذكر الخِرَقىّ ردّها لملّة الجُعل إن شاء الله لينبّه به على عدم استحقاقه ، فيما إذا ردّها لغير علّته ، ولأن الحاجة إنما تدعو إلى معرفة الحكم فيمن يريد الجُعل ، أما من تركه ، ولا يريده ، فلا يقع التنازُع فيه غالباً ، والله أعلم .

٤٤٧٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كان الذى وجد اللقطة سفيها ، أو طفلا قام وليّه بتعريفها ، فإن تمت السنة ضمّها إلى مال واجدها ﴾ .

وجملة ذلك أن الصبىّ ، والمجنون ، والسفيه ، إذا التقط أحدهم لُقَطةً ثبتت يده عليها ، لعموم الأخبار ، ولأن هذا تكسّب ، فصح منه ، كالاصطياد ، والاحتطاب ، وإن تلفت فى يده بغير تفريط فلا ضمان عليه ، لأنه أخذ ماله أخذةً ، وإن تلفت بتفريطه ، ضمنها فى ماله ، وإذا علم بها وَليّه لزمه أخذها ، لأنه ليس من أهل الحفظ ، والأمانة ، فإن تركها فى يده ضمنها ، لأنه يلزمه حفظ ما يتعلّق به حقّ الصبىّ ، وهذا يتعلّق به حقّه ، فإذا تركها فى يده كان مُضيّعاً لها ، وإذا أخذها الولىّ عرّفها ، لأنّ واجدها ليس من أهل التعريف فإذا انقضت مدّة التعريف دخلت فى ملك واجدها ، لأن سبب الملك تمّ شرطه فيثبت الملك له ، كما لو اصطاد صيداً ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، إلا أن أصحابه قالوا : إذا انقضت مدّة التعريف فكان الصبىّ ، والمجنون بحيثُ يَستقرِض لها يتملّكه لها ، وإلا فلا،وقال بعضهم : يتملّكه لها بكلّ حال ، لأن الظاهر عدم ظهور صاحبه ، فيكون تملّكه مصلحةً له .

ولنا : عموم الأخبار ، ولو جرى هذا مجرى الاقتراض لما صحّ التقاط صبىّ لا يجوز الاقتراض له : لأنه يكون تبرّعا بحفظ مال غيره ، من غير فائدة .

٤٤٧٧ (فصــــل)

قال أحمد فى رواية العباس بن موسى فى غُلام له عشرُ سنين ، التقط لُقطةً ، ثم كبر . فإن وجد صاحبها دفعها إليه ، وإلا تصدّق بها ، قد مضى أجل التعريف فيما تقدّم من السنين ، ولم ير عليه استقبال أجل التعريف ، قال : وقد كنت سمعته قبل هذا ، أو بعده ، يقولُ فى انقضاء أجل التعريف : إذا لم يجدصاحبها

أيتصدّق بمال الغير ؟ وهذه المسألة قد مضى نحوُها فيما إذا لم يُعرِّف الملتقط اللُّقطةَ فى حولها . فإنه لا يملكها وإن عرّفها فيما بعد ذلك . لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهراً ، لكون صاحبها يئس منها ، وترك طلبها ، وهذه المسألة تدلّ على أنه إذا ترك التعريف لعذر كان كتركه لغير عذر ، لكون الصبىّ من أهل العذر ، وقد ذكرنا فى هذا وجهين فيما تقدّم . وقال أحمد فى غلام لم يبلغ أصابَ عَشَرةَ دنانير ، فذهب بها إلى منزله ، فضاعت ، فلمّا بلغ أراد ردّها ، فلم يعرف صاحبها : تصدّق بها ، وإن لم يجد عَشَرةً ، وكان يُجحِفُ به تصدّق قليلا قليلا ، قال القاضى : معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبىّ ، وهو أنه لم يُعلِم وليّه حتى يقوم بتعريفها .

٤٤٧٨ (فصـــــل)

فإذا وجد العبد لقطةً فله أخذها بغير إذن سيّده ويصحّ التقاطه ، وبهذا قال أبو حنيفة،وهو أحد قولى الشافعىّ ، وقال فى الآخر : لا يصحّ التقاطه ، لأن اللّقطة فى الحول الأول أمانة وولايةٍ ، وفى الثانى تملك ، والعبدُ ليس من أهل الولايات ، ولا الملك .

ولنا : عموم الخبر، ولأن الالتقاط سببٌ يملك به الصبىّ ، ويصحّ منه ، فصحّ من العبد، كالاحتطاب والاصطياد ، ولأن من جاز له قبول الوديعة صحّ منه الالتقاط ، كالحرّ ، وقولهم : إن العبد ليس من أهل الولايات ، والأمانات يبطل بالصبى والمجنون ، فإنهما أدنى حالاً منه فى هذا ، وقولهم : إن العبد لا يملك ممنوع ، وإن سلّمنا فإنه يتملك لسيده ، كما يحصّل بسائر الاكتساب ، ولأن الالتقاط تخليصُ مال من الهلاك ، فجاز من العبد بغير إذن سيده ، كإنقاذ المال الغريق، والمغصوب . إذا ثبت هذا : فإن التقط العبد لُقطةً كانت أمانةً فى يده ، إن تلفت بغير تفريط فى حول التعريف لم يضمن ، وإن تلفت بتفريطه ، أو إتلاف ، وجب ضمانُها فى رقبته ، كسائر جناياته ، وإن عرّفها صحّ تعريفه ، لأن له قولاً صحيحاً ، فصحّ تعريفه ، كالحرّ . فإذا تمّ حول التعريف ملكها سيده . لأن الالتقاط كسب العبد ، وكسبُه لسيّده وإن علم السيّد بلقطةِ عبده كان له انتزاعها منه ، لأنها من كسب العبد ، وللسيد انتزاع كسبه من يده ، فإذا انتزعها بعد أن عرّفها العبد ملكها ، وإن كان لم يعرّفها عرّفها سيّده حَوْلاً كاملاً ، وإن كان العبد قد عَرّفها بعض الحول عرّفها السيد تمامه . فإن اختار السّيد إقرارها فى يد عبده نظرتَ ، فإن كان العبد أميناً جاز ، وكان السيد مستعيناً بعبده فى حفظها كما يستعين به فى حفظ ماله ، وإن كان العبد غيرَ أمين كان السيد مُفرّطاً بإقرارها فى يده ، ولزمه ضمانُها ، كما لو أخذها من يده ، ثمّ ردّها إليه ، لأن يد العبد كيده ، وما يستحق بها فهو لسيده ، وإن أعتق السيد عبدَه بعد الالتقاط فله انتزاع اللقطة من يده، لأنها من كسبه ، وإ كسابه لسيده ، ومتى علم العبد أن سيده غيرُ مأمون عليها لزمه سترُها عنه ، وتسليمها

إلى الحاكم ، ليعرّفها ، ثمّ يدفعها إلى سيّده بشرط الضمان ، فإن أعلم سيده بها فلم يأخذها منه ، أو أخذها، فعرّفها ، وأدى الأمانة فيها فتلفت فى الحول الأول بغير تفريطه ، فلا ضمان فيها ، لأنها لم تتلف بتفريط من أحدهما ، وإن لم يؤدّ الأمانة فيها وجب ضمانُها ، ويتعلّق الضمان برقبة العبد ، وذمّة السيدجميعاً لأن التفريط حصل منهما جميعاً .

٤٤٧٩ (فصـــل)

والمكاتَب كالحرّ فى اللقطة ، لأن المال له فى الحال ، وأكسابه(١) له دون سيّده ، واللقطة من اكتسابه ، فإن عجز عاد عبداً ، وصار حكمه فى اللقطة حكم العبد ، على ما مرّ بيانه ، وأمّ الولد ، والمعلّق عتقُه بصفة ، والمدبّر كالقِنّ ، ومن نِصفهُ حرّ إذا التقط شيئاً ، ولم يكن بينهُ وبين سيّده مُهايأة فهو بينهما ، بعد التعريف نصفين ، كسائر أكسابه ، وهى بينهما فى حول التعريف ، كالحرّين التقطا لُقطةً ، وإن كان بينهما مُهايأة ففيها وجهان :

أحدهما : لا تدخل فى المهايأة . لأنها كسبٌ نادر ، لا يعلم وجوده ، ولا يظنّ ، فلم تدخل فى المهايأة ، وتكون منهما .

والثانى : تدخل فى المهايأة . لأنّها من كسبه ، فأشبهت سائر أكسابه ، فإن وجدها فى يومه فهى له وإن وجدها فى يوم سيّده فهى له ، وإن كان العبد مُشتركاً بين اثنين ، فلقطته بينهما على ما ذكرنا فيمن بعضه حرّ ، وبعضه رقيق .

٤٤٨٠ (فصـــل)

والذمىّ فى الالتقاط كالمسلم ، ومن أصحاب الشافعىّ من قال : ليس له الالتقاط فى دار الإسلام ، لأنه ليس من أهل الأمانة .

ولنا : أنها نوع اكتساب . فكان من أهلها ، كالحشّ ، والاحتطاب ، وما ذكروه يبطل بالصبىّ والمجنون ، فإنه يصحّ التقاطهما مع عدم الأمانة . إذا ثبت هذا : فإنه إن عرّف اللقطة حَوْلاً ملكها ، كالمسلم ، وإن علم بها الحاكم ، أو السلطان أقرّها فى يده ، وضمّ إليه مُشرفاً عَدْلاً يُشرف عليه ، ويُعرّفها ، لأننا لا نأمن الكافر . على تعريفها ، ولا نأمنه أن يخلّ فى التعريف بشىء من الواجب عليه فيه ، وأجر المشرف عليه ، فإذا تمّ حول التعريف ملكها الملتقط ، ويحتمل أن تنزع من يدى الذّمىّ ، وتوضع على يد عدل ، لأنه ، غيرُ مأمون عليها .

(١) الأكساب : بفتح الهمزة وسكون الكاف جمع كسب .

٤٤٨١ (فصـــل)

ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللُّقطة ، لأنه يعرّض نفسه للأمانة ، وليس هو من أهلها ، فإن التقط صحّ التقاطه ، لأنها جهة من جهات الكسب ، وهو من أهل الكسب ، ولأنه إذا صحّ التقاط الكافر فالمسلم أولى ، فإذا التقطها فعرّفها حولا ملكها ، كالعدل ، وإن علم الحاكم ، أو السلطان بها أقرّها فى يده ، وضم إليه مشرفاً يُشرف عليه ويتولىّ تعريفها ، كما قلنا فى الذمىّ ، لأنه لا نأمنه عليها ، وبهـذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ فى أحد قوليه ، وقال فى الآخر : يَنزعها من يده ، ويضعُها فى يد عدل .

ولنا : أن مَنْ خَلّى بينه وبين الوديعة لم تزَلْ يده عن اللقطة ، كالعدل ، والحفظُ يحصلُ بضمّ المُشرف إليه ، وإن لم يمكن المشرفَ حِفْظُها منه ، انتزِعَتْ من يده ، وتُرِكتْ فى يد عدل ، فإذا عرّفها وتمّت السنة ملكها ملتقطُها ، لأن سبب الملك وُجد منه .

٤٤٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وجد الشاة بمصرٍ ، أو بمهلكة فهى لقطة ﴾

يعنى أنه يُباح أخذها ، والتقاطها ، وحكمها إذا أخذها حكم الذهب ، والفضّة فى التعريف والملك بعده ، هذا الصحيح من مذهب أحمد ، وقول أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البرّ : أُجمِع على أن ضالّة الغنم فى الموضع المخوف عليها له أكلها ، وكذلك الحكم فى كلّ حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع ، وهى الثعلب ، وابن آوَى ، والذئب ، وولد الأسد ، ونحوها ، فما لا يمتنع منها كفُصلان الإبل ، وعجول البقر ، وَأَفلاَءِ[1] الخَيْلِ والدّجاج ، والأوزّ ، ونحوها يجوز التقاطه ، ويُروى عن أحمد رواية أخرى : ليس لغير الإمام التقاطها : وقال الليث بن سعد : لا أحبّ أن يَقْرَبَها ، إلاّ أن يُحرزها لصاحبها ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاَ يُؤْوِى الضَّالَّةَ إلاّ ضَالٌّ » ولأنه حيوان أشبه الإبل .

ولنا قول النبىّ صلى الله عليه وسلم لمّا سُئل عن الشاة « خُذْهَا فَإِنَّمَا هِىَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ » متفق عليه ، ولأنه يخشى عليه التلف ، والضياع ، فأشبه لقطة غير الحيوان ، وحديثُنا أخصّ من حديثهم ، فنخصّه به ، والقياس على الإبل لا يصحّ ، فإنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم علّل منع التقاطها بأن مَعها حِذاءها وسِقاءها ، وهذا معدوم فى الغنم ، ثمّ قد فرق النبىُّ صلى الله عليه وسلم بينهما فى خبر واحد ، فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ، ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يجدها بمصرٍ ، أو بِمَهْلَكةٍ ، وقال مالك ، وأبو عُبَيد ، وابن المنذر

(١) أفلاء : جمع فـلو بكسر الفاء وسكون اللام ، وبفتح الفاء وضم اللام وتشديد الواو ، وهو ولد الفـرس .

فى الشاة توجد فى الصحراء : اذْبَحْهَا وكُلْهَا ، وفى المصر ضُمّها حتّى يجدها صاحبها ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ » والذئبُ لا يكون فى المصر .

ولنا : أن النبىّ صلى الله عليه وسلّم قال « خُذْهَا » ولم يفرق ، ولم يستفصل ، ولو افترق الحال ، لسأل ، أو استفصل ، ولأنها لقطة ، فاستوى فيها المصر ، والصحراء كسائر اللقطات ، وقولهم : إنّ الذئب لا يكون إلاّ فى الصحراء ، قلنا : كونُها للذِّئب فى الصحراء ، لا يمنع كونها لغيره فى المصر . إذا ثبت هذا فإنّه متى عَرّفها حَوْلاً كاملاً ملكها ، وذكر القاضى ، وأبو الخطّاب عن أحمد روايةً أخرى : أنّه لا يملكها ، ولعلّها الرواية التى منع من التقاطها فيها .

ولنا قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ » فأضافها إليه بلام التمليك ، ولأنّهَا يُباح التقاطها ، فملكت بالتعريف ، كالأثمان ، ولأنّ ذلك إجماع ، حكاه ابنُ عبد البرّ .

٤٤٨٣ (فصـــــل)

ويتخيّر ملتقطها بين ثلاثة أشياء :

(أكلها فى الحال) ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وغيرهم ، وقال ابن عبد البرّ : أجمعوا على أن ضالّة الغنم فى المواضع المخوف عليها له أكلُها ، والأصلُ فى ذلك قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ ، أَوْ لِلذِّئْبِ » فجعلها له فى الحال ، وسوّى بينه ، وبين الذئب ، والذئب لا يستأنى بأكلها ، ولأنّ فى أكلها فى الحال إغناء عن الإنفاق عليها ، وحراسةً لماليّتها على صاحبها ، إذا جاء ، فإنّه يأخذ قيمتها بكمالها ، من غير نقص ، وفى إبقائها تضييعُ المال ؛ بالإنفاق عليها ، والغرامة فى عَلَفها ، فكان أكلُها أولى ، ومتى أراد أكلَها حفظ صفتها ، فمتى جاء صاحبُها غرمها فى قول عامّة أهل العلم ، إلا مالكاً ، فإنه قال : كلْها ، ولا غُرم عليك لصاحبها ، ولا تعريف لها ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « هِيَ لَكَ » ولم يوجب فيها تعريفاً . ولا غُرْمًا ، وسوّى بينه وبين الذئب ، والذئبُ لا يعرف ولا يَغْرَم ، قال ابن عبد البرّ : لم يوافق مالكاً أحدٌ من العلماء على قوله ، وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم فى حديث عبد الله بن عمرو « رُدَّ عَلَى أَخِيكَ ضَالَّتَهُ » دليلٌ على أن الشاة على ملك صاحبها ، ولأنها لُقْطةٌ ، لها قيمة ، وتتبعها النفس ، فتجب غرامتها لصاحبها ، إذ جاء ، كغيرها ، ولأنّها ملك لصاحبها ، فلم يجز تملّكها عليه بغير عوض ، من غير رضاه ، كما لو كانت بين البنيان ، ولأنّها عين يجب ردّها مع بقائها ، فوجب غرمها ، إذا أتلفها ، كلقطة الذهب ، وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « هِيَ لَكَ » لا يمنع وجوب غرامتها ، فإنه قد أذن فى لقطة الذهب ، والورِق بعد تعريفها فى أكلها ، وإنفاقها ، وقال : هى كسائر مالك ، ثم أجمعنا على وجوب غرامتها ، كذلك الشاة ، ولا فرق فى إباحة أكلها بين وجدانها

فى الصحراء ، أو فى المصر ، وقال مالك ، وأبو عُبَيد وأصحابُ الشافعىّ ، وابن المنذر . ليس له أكلُها فى المصر ، لأنه يمكنه بيعُها بخلاف الصحراء .

ولنا : أن ما جاز أكلُه فى الصحراء أُبيح فى المصر ، كسائر المأكولات ، لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال : « هِىَ لَكَ » ولم يفرق ، ولأن أكلها مُعلّل بما ذكرنا . من الاستغناء عن الانفاق عليها ، وهذا فى المصر أشدُّ منه فى الصحراء .

الثانى : أن يُمسكها على صاحبها ، وينفق عليها من ماله ، ولا يتملّكها ، وإن أحبَّ أن ينفق عليها محتسباً بالنفقة على مالكها ، وأشهد على ذلك ، فهل له أن يرجع بالنفقة ؟ على روايتين .

إحداهما : يرجع بها ، نصَّ عليه فى رواية المروزىّ ، فى طَيْرةٍ أفرخت عند قوم ، فقضى أن الفِراخ لصاحب الطَّيْرة ، ويرجع بالعَلَف إذا لم يكن متطوِّعاً ، وقضى عمر بن عبد العزيز فيمن وجد ضالَّة ، فأنفق عليها ، وجاء ربُّها بأنه يغرَمُ له ما أنفق ، وذلك لأنه أنفق على اللقطة لحفظها ، فكان من مال صاحبها ، كمؤنة الرُّطب والعنب . والرواية الثانية : لا يرجع بشىء ، وهو قول الشعبىّ ، والشافعىّ ، ولم يُعجب الشعبىُّ قضاء عمر بن عبد العزيز ، لأنه أنفق على مالِ غيره بغير إذنه ، فلم يرجع ، كما لو بنى داره ، ويفارق العنب ، والرُّطب ، فإنّه ربّما كان تجفيفه ، والانفاق عليه فى ذلك أحظَّ لصاحبه ، لأن النفقة لا تتكرّر ، والحيوان يتكرّر الانفاق عليه ، فربّما استغرق قيمته ، فكان بيعهُ ، أو أكلُه أحظُّ ، فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق .

الثالث : أن يبيعها ، ويحفظ ثمنها لصاحبها ، وله أن يتولّى ذلك بنفسه ، وقال بعض أصحاب الشافعىّ : يبيعها بإذن الإمام .

ولنا : أنه جاز له أكلُها بغير إذن ، فبيعها أولى ، ولم يذكر أصحابنا لها تعريفاً . فى هذه المواضع ، وهذا قول مالك ، لحديث زيد بن خالد ، فإنه صلّى الله عليه وسلّم قال « خُذْهَا ، فإنّما هِىَ لَكَ ، أَوْ لأخِيكَ ، أَوْ لِلذِّئْبِ » ولم يأمر بتعريفها ، كما أمر فى لقطة الذهب ، والورق .

ولنا : أنها لقطة لها خَطَر ، فوجب تعريفها ، كالمطعوم الكثير ، وإنما ترك ذكر تعريفها لأنه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها ، فاستغنى بذلك عن ذكره ، ولا يلزم من جواز التصرّف فيها فى الحلول ، سقوط التعريف كالمطعوم .

٤٤٨٤ (فصـــل)

إذا أكلها ثبتت قيمتها فى ذمّته ، ولا يلزمه عزلها ، لعدم الفائدة فى ذلك ، فإنها لا تنتقل من الذمّة إلى المال المعزول ، ولو عزل شيئاً ، ثم أفلس ، كان صاحب اللقط أسوةَ الغرماء ، ولم يختصّ بالمال المعزول ،

وإن باعها ، وحفظ ثمنها ، وجاء صاحبها أخذه ، ولم يشاركه فيه أحدٌ من الغرماء لأنه عينُ ماله ، لا شيء للمفلس فيه .

٤٤٨٥ (فصـــل)

وإذا التقط مالاً يبقى عاماً ، فذلك نوعان .

أحدها : مالا يَبقى بعلاج ، ولا غيره ، كالطبيخ ، والبطِّيخ ، والفاكهة التى لاتجفّف ، والخضراوات ، فهو مخيّر بين أكله ، وبيعه ، وحفظ ثمنه ، ولا يجوز إبقاؤه ، لأنه يتلف ، فإن تركه حتّى تلف فهو من ضمانه ، لأنه فرّط فى حفظه ، فلزمه ضمانه ، كالوديعة ، فإن أكله ثبتت القيمةُ فى ذمّته ، على ماذكرناه فى لقطة الغنم ، وإن باعه ، وحفظ ثمنه جاز ، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ . وله أن يتولّى بيعه بنفسه ، وعن أحمد : له بيع اليسير ، وإن كان كثيراً دفعه إلى السلطان .

وقال أصحاب الشافعىّ : ليس له بيعه ، إلاّ بإذن الحاكم ، فإن عجز عنه جاز البيع بنفسه ، لأنه حال ضرورة ، فأما مع القدرة على استئذانه فلا يجوز من غير إذنه ، لأنه مال معصوم ، لا ولايةَ عليه ، فلم يجز لغير الحاكم بيعُه ، كغير اللقطة .

ولنا : أنه مالٌ أبيح للملتقط أكلُه ، فأبيح له بيعه ، كماله ، ولأنه مال أبيح له بيعه ، عند العجز عن الحاكم ، فجاز عند القدرة عليه ، كما له . إذا ثبت هذا : فانّه متى أراد أكله ، أو بيعه ، حفظ صفاته ، ثمّ عرفه عاماً ، فإذا جاء صاحبه ، فإن كان قد باعه ، وحفظ ثمنه دفعه إليه ، وإن كان قد أكله ، أو أكل ثمنه غرمه له بقيمته ، يوم أكله ، وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملّكه ، أو نقص ، أو تلفت العين ، أو نقصت من غير تفريطه ، فلا ضمان على الملتقط ، وإن تلفت ، أو نقصت ، أو نقص الثمن لتفريطه ، فعلى الملتقط ضمانه ، وكذلك إن تلف الثمن بعد تملّكه ، أو نقص ضمنه .

(النوع الثانى) ما يمكن إبقاؤه بالعلاج ، كالعنب ، والرطب ، فيُنظر مافيه الحظّ لصاحبه ، فإن كان فى التجفيف جفّفه ، ولم يكن له إلا ذلك ، لأنه مال غيره ، فلزمه مافيه الحظّ لصاحبه ، كولىّ اليتيم ، وإن احتاج فى التجفيف إلى غرامةٍ باع بعضه فى ذلك ، وإن كان الحظّ فى بيعه باعه ، وحفظ ثمنه كالطعام ، والرطب ، فإن تعذّر بيعه ، ولم يمكن تجفيفه تعيّن أكله ، كالبِطّيخ ، وإن كان أكله أنفع لصاحبه فله أكله أيضاً ، لأن الحظّ فيه ، ويقتضى قول أصحابنا : إن العروض لا تُملك بالتعريف . أنّ هذا كلّه لا يجوز له أكله ، لـكن يخيّر بين الصدقة به ، وبين بيعه ، وقد قال أحمد فيمن يجد فى منزله طعاماً لا يعرفه ، يُعرّفه ما لم يخشَ فساده ، فإن خشى فساده تصدّق به ، فإن جاء صاحبه غَرِمه ، وكذلك قال مالك ، وأصحاب الرأى ، فى لقطة مالا يبقى سنةً : يتصدّق به ، وقال الثورىّ ، يبيعه ، ويتصدّق بثمنه .

ولنا : على جواز أكله قولُ النبيّ صلّى الله عليه وسلم فى ضالّة الغنم « خُذْهَا فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ » وهذا تجويز للأكل ، فإذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه ففيما يفسُد ببقائه أولى .

٤٤٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا يتعرّض لبعير ، ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه ﴾

وجملة ذلك أن كلّ حيوان يقوَى على الامتناع من صغار السباع ، وورود الماء ، لا يجوز التقاطه ، ولا التعرُّض له ، سواء كان لكبر جُثّته ، كالإبل، والخيل ، والبقر، أو لطيرانه ، كالطيور كلّها ، أو لسرعته كالظّباء ، والصُّيرد ، أو بنابه ، كالكلاب ، والفُهود، وقال عمر رضى الله عنه : من أخذ ضالّةً ، فهو ضالٌّ، أى مُخطىء ، وبهذا قال الشافعىّ ، والأوزاعىّ ، وأبو عُبَيد ، وقال مالك والليث ، فى ضالة الإبل : من وجدها فى القُرى عرّفها ، ومن وجدها فى الصحراء لا يقربها ، ورواه المزنىّ عن الشافعىّ ، وكان الزهرىّ يقول : من وجد بدَنةً فليُعرّفها ، فإن لم يجد صاحبها فلينْحرها ، قبل أن تنقضى الأيام الثلاثة ، وقال أبو حنيفه ، فى لفظٍ : يُباح التقاطها ، لأنّها لقطة ، أشبهت الغنم .

ولنا : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمّا سُئل عنها « مَالَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » وسُئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقيل : يارسول الله ، إنَّا نُصِيبُ هَوَامِيَ(١) الإبل ، قال « ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ » ورُوى عن جرير بن عبدالله أنّه أمر بطرد بقَرةٍ لحقَتْ ببقره ، حتىّ توارَتْ ، وقَال : سمعتُ رَسُولَ الله صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسَلم يقول « لَا يُؤْوِي الضَّالَّةَ إلاَّ ضَالٌّ » رواه أبو داود بمعناه ، وقياسُهم يعارض صريح النصّ ، وكيف يجوز ترك نصّ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وصريحُ قوله بقياس نصّه فى موضع آخر ؟ على أن الإبل تُفارق الغنم لضعفها ، وقلّة صبرها عن الماء .

٤٤٨٧ (فصــــل)

فإن كانت الصيود مستوحَشة ، إذا تركت رَجعت إلى الصحراء ، وعَجز عنها صاحبها جاز التقاطها ، لأن تركها أضيَعُ لها ، من سائر الأموال ، والمقصودُ حفظها لصاحبها ، لا حفظها فى نفسها ، ولو كان المقصود حفظُها فى أنفسها لما جاز التقاط الأثمان ، فإن الدينار دينار حيثما كان .

٤٤٨٨ (فصــــل)

والبقر كالإبل ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول الشافعىّ ، وأبى عُبَيْد ، وحُكى عن مالك : أن البقرة كالشاة . ولنا خبر جرير ، فإنّه طرد البقرة ، ولم يأخذها ، ولأنّها تمتنع عن صغار السّباع ، وتجزىء فى

---

(١) الهوامى . جمع هامية ، وهى المهملة التى لاراعى لها ولاحافظ ، وكل حارد ذاهب من حيوان ، أو إماء فهو هام

الأضحية ، والهَدْى عن سبعة ، فأشبهت الإبل ، وكذلك الحكم فى الخيل ، والبغال ، فأمّا الحمرُ فجعلها أصحابنا من هذا القسم الذى لا يجوز التقاطه ، لأن لها أجساماً عظيمةً ، فأشبهت البغال ، والخيل ، ولأنها من الدوابّ فأشبهت البغال ، والأولى إلحاقها بالشاة ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم علّل الإبل بأن معها حذاءها ، وسقاءها ، يريد شدّة صبرها عن الماء ، لكثرة ما تُوعِى فى بطونها ، منه ، وقوّتها على وروده ، وفى إباحة ضالة الغنم بأنها معرّضة لأخذ الذئب إيّاها ، بقوله « هِىَ لكَ أَوْ لِلذِّئْبِ » والحمرُ مُساوية للشاة فى علّتها ، فانّها لا تمتنع من الذئب ، ومفارقة للابل فى علّتها ، فانّها لاصبر لها عن الماء ، ولهذا يضرب المثل بقلة صبرها عنه ، فيقال : مَا بَقِيَ مِنْ مُدَّتِهِ إلا ظِمْءُ[1] حِمَارٍ . وإلحاق الشىء بما ساواه فى علة الحكم ، وفارقه فى الصورة أولى من إلحاقه بما قاربه فى الصورة ، وفارقه فى العلّة ، فأمّا غير الحيوان فما كان منه يتحفّظ بنفسه ، كأحجار الطواحين ، والكبير من الخشب ، وقدور النحاس ، فهو كالإبل فى تحريم أخذه ، بل أولى منه ، لأن الإبل تتعرّض فى الجملة للتلف إمّا بالأسد ، وإما بالجوع ، والعطش ، وغير ذلك ، وهذه بخلاف ذلك ، ولأن هذه لا تكاد تضيع عن صاحبها ، ولا تبرح من مكانها ، بخلاف الحيوان ، فإذا حرم أخذ الحيوان ، فهذه أولى .

٤٤٨٩ (فصــــل)

فإن أخذ هذا الحيوان الذى لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه ، إماماً كان أو غيره ، لأنه أخذ ملك غيره ، بغير إذنه ، ولا أذن الشارع له ، فهو كالغاصب ، فإن ردّه إلى موضعه لم يبرأ من الضمان ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال مالك : يبرأ . لأن عمر رضى الله عنه قال : أرسله فى الموضع الذى أصبته فيه ، وجرير طرد البقرة التى لحقت ببقره .

ولنا : أن مالزمه ضمانه لا يزول عنه إلا بردّه إلى صاحبه ، أو نائبه ، كالمسروق ، والمغصوب ، وأما حديث جرير فإنّه لم يأخذ البقرة ، ولا أخذها راعيه ، إنّما لحقت بالبقر ، فطردها عنها ، فأشبه مالو دخلت داره ، فأخرجها ، فعلى هذا متى لم يأخذها بحيث ثبتت يده عليها لايلزمه ضمانُها سواء طردها ، أولم يطردها ، وإن أخذها فلزمه ضمانها ، فدفعها إلى الإمام أو نائبه زال عنه الضمان ، لأن له نظراً فى ضوالّ الناس بدليل أنّ له أخذها فكان نائباً عن أصحابها فيها .

٤٤٩٠ (فصــــل)

وللامام أو نائبه أخذ الضالّة على وجه الحفظ لصاحبها ، لأن عمر رضى الله عنه حَمَى موضعاً يقالُ

---

(١) الظمء : بكسر الظاء وسكون الماء المدة بين الشربتين ، ومعنى لم يعد الاظمء حمار ، لم يبق إلا مدة يسيرة لأن الحمار ليس شىء أقصر ظِمئاً منه .

له النَّقِيعُ لِخَيْلِ الْمُجاهِدِينَ ، والضوَّالّ ولأنّ للامام نظراً فى حفظ مال الغائب ، وفى أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك ، ولا يلزمه تعريفها ، لأن عمر رضى الله عنه لم يكن يُعرِّف الضوالّ ، ولأنه إذا عُرِّفَ ذلك فمن كانت له ضالّة فإنه يجىء إلى موضع الضوالّ ، فإذا عرف ضالّته أقام البيّنة عليها ، وأخذها ، ولا يكتفى فيها بالصفة ، لأنها ظاهرة بين الناس ، فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها ، فلا تكون الصفة لها دليلاً على ملكه لها ، ولأن الضالّة قد كانت ظاهرةً بين الناس حين كانت فى يد مالكها ، فلا يختصّ هو بمعرفة صفاتها دون غيره ، فلم يكن ذلك دليلاً ويمكنه إقامة البيّنة عليها ، لظهورها للناس ، ومعرفة خلطائه ، وجيرانه بملكه إياها .

٤٤٩١ (فصــل)

وإن أخذها غيرُ الإمام ، أو نائبه ، ليحفظها لصاحبها لم يجز له ذلك ، ولزمه ضمانها لأنه لاولاية له على صاحبها ، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ ، ولأصحابه وجه : أن له أخذها لحفظها ، قياساً على الإمام ، ولا يصحّ لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلّم منع أخذها ، من غير تفريق بين قاصد الحفظ ، وقاصد الالتقاط ، ولا يصحّ القياس على الإمام ، لأن له ولايةً ، وهذا لا ولايةَ له ، وإن وجدها فى موضع يخاف عليها به ، مثل أن يجدها بأرض مُسْبِعةٍ يَغْلِبُ على الظنّ أن الأسد يفترسُها إن تركت به ، أو قريباً من دار الحرب يخاف عليها من أهلها ، أو بموضع يستحلّ أهلهُ أموالَ المسلمين ، كوادِ التيم أو فى بريّة لاماء بها ولامرعىً فالأولى جواز أخذها للحفظ ، ولا ضمان على آخذها ، لأن فيه إنقاذها من الهلاك ، فأشبه تخليصها من غرق ، أو حريق ، فإذا حصلت فى يده سلّمها إلى نائب الإمام ، وبرىء من ضمانها ، ولا يملكها بالتعريف ، لأن الشرع لم يرد بذلك فيها .

٤٤٩٢ (فصــل)

وما يحصل عند الإمام من الضوالّ فإنه يُشهد عليها ، ويَسِمُها[1] بأنّها ضالة ، ثمّ إن كان له حِمىً ترعى فيه تركها فيه ، إن رأى ذلك ، وإن رأى المصلحة فى بيعها ، وحفظ ثمنها ، أو لم يكن له حِمىً باعها بعد أن يحليها ، ويحفظ صفاتها ، ويحفظ ثمنها لصاحبها ، فإن ذلك أحفظَ لها ، لأن تركها يُفضى إلى أن تأكل جميع ثمنها .

٤٤٩٣ (فصــل)

ومن ترك دابة بمهلكه ، فأخذها إنسان ، فأطعمها ، وسقاها ، وخلصها ملكها ، وبه قال الليث ، والحسن بن صالح ، وإسحاق ، إلاّ أن يكون تركها ليرجع إليها أو ضلّت منه ، وقال مالك : هى لمالكها

(١) يسمها : يعلمها ، يضع لها علامة الضالة سواء كانت بالكى أو غيره .

الأول ، ويغرم ما أنفق عليها ، وقال الشافعيّ وابن المنذر هي لمالكها ، والآخر متبرّع بالنفقة ، لا يرجع بشيء ، لأنه مِلكُ غيره ، فلم يملكه بغير عوض ، من غير رضاه ، كما لو كانت في غير مَهْلكةٍ ، ولا يملك الرجوع ، لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه ، فلم يرجع بشيء ، كما لو بنى داره .

ولنا : ما روى الشعبيّ : أنّ رَسُولَ الله صلى الله عليه وسلّم قال « مَنْ وَجَدَ دابَّةً قَدْ عَجَزَ عَنْها أَهْلُها فَسَيَّبُوها ، فأَخَذَها فأَحْيَاهَا فَهِيَ لَهُ » قال عبد الرحمن : فقلت — يعنى للشعبي — من حدّثك بهذا ؟ قال : غيرُ واحدٍ من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه وسلّم،رواه أبو داود ، باسناده ، وفي لفظ عن الشعبيّ عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم : أنه قال « مَنْ تَرَكَ دَابَّةً بِمَهْلَكةٍ فأَحْيَاهَا رَجُلٌ فَهِيَ لِمَنْ أَحْيَاهَا » ولأن في الحكم بملكها إحياءها ، وإنقاذها من الهلاك ، وحفظاً للمال عن الضياع ، ومحافظةً على حُرمة الحيوان ، وفي القول بأنها لا تُملك تضييع لذلك كله من غير مصلحة تحصُل ، ولأنه نُبِذَ رغبةً عنه،وعجزاً عن أخذه ، فملكه آخذُه ، كالساقط من السُّنبل ، وسائرِ ما يَنْبِذُه الناس رغبةً عنه .

٤٤٩٤ (فصــــــل)

وإن تركَ متاعاً فخلّصه إنسان ، لم يملكه ، لأنه لا حُرمة له في نفسه،ولا يُخشى عليه التلف، كالخشية على الحيوان ، فإن الحيوان يموتُ إذا لم يُطعَمْ ويُسقَ وتأكله السباع ، والمتاع يبقى حتّى يرجع إليه صاحبُه ، وإن كان المتروك عبداً لم يملك بأخذه ، لأن العبد في العادة يمكنه التخلّص إلى الأماكن التي يعيش فيها بخلاف البهيمة ، وله أخذ العبد ، والمتاع ، ليخلّصه لصاحبه ، وله أجر مثله في تخليص المتاع نصّ عليه ، وكذلك في العبد على قياسه .

قال القاضي : يجب أن يُحمل قوله في وجوب الأجر على أنّه جعل له ذلك ، أو أمره به،فأمّا إن لم يجعل له شيئاً فلا جُعل له ، لأنه عَمِل في مالِ غيره بغير جُعل ، فلم يستحِقّ شيئاً ، كالملتقط ، وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد ، فإنهُ لو جعل له جُعلاً لاستحقّه ، ولم يجعل له أجر المثل ، ويُفارق هذا الملتقط ، فإن الملتقط لم يخلّص اللّقطة من الهلاك ، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها ، فيجـدها وههنا إن لم يخرجه هذا ضاع ، وهلك ، ولم يرجع إليه صاحبه ، ففي جعل الأجر فيه حفظ للأموال من غير مضرّة ،فجاز ذلك كالجُعل في الآبق ، ولأن اللّقطة جَعَل فيها الشارع ما يحثّ على أخذها ، وهو ملكها ، إن لم يجيء صاحبُها ، فاكتفى به عن الأجر ، فينبغي أن يُشرع في هـذا ما يحثّ على تخليصه بطريق الأولى ، وليس إلا الأجر .

فأما ما ألقاه ركّاب البحر فيه ، خوفاً من الغرق ، فلم أعلم لأصحابنا فيه قولاً سوى عموم قولهم الذى ذكرناه ، ويحتمل أن يملك هذا من أخذه ، وهو قول الليث بن سعد ، وبه قال الحسن،فيمن أخرجه قال :

ومَا نَضبَ عَنْهُ الماء فَهُو لأهْلِهِ ، وقال ابن المنذر : يردّه على أصحابه ، ولا جُعل له، ويقتضيه قول الشافعيّ، والقاضى ، لما تقدّم ، ومقتضى قول الإمام أبي عبد الله : أنّ لمن أنقذه أجرَ مثله، لما ذكرنا ، ووجه ماذكرنا من الاحتمال : أنّ هذا مالٌ ألقاه صاحبه فيما يتلف بتركه فيه ، اختياراً منه ، فملكه من أخذه ، كالذى ألقوه رغبةً عنه ، ولأن فيما ذكروه تحقيقاً لإتلافه ، فلم يجز ، كمباشرته بالإتلاف ، فأمّا إن انكسرت السفينة ، فأخرجه قوم ، فقال مالك : يأخذ أصحابُ المتاع متاعهم ، ولا شيء للذى أصابوه ، وهذا قول الشافعىّ، وابن المنذر ، والقاضى ، وعلى قياس نصّ أحمد يكون لمستخرجه أجر المثل ، لأن ذلك وسيلةٌ إلى تخليصه، وحفظه، لصاحبه ، وصيانته عن الغرق ، فإن الغوّاصّ إذ علم أنه يدفع إليه الأجر ، بادر إلى التخليص ليخلّصه ، وإن علم أنه يؤخذ منه بغير شيء لم يخاطر بنفسه ، فى استخراجه ، فينبغى أن يقضى له بالأجر ، كجُعل ردّ الآبق .

٤٤٩٥ (فصـــــل)

ذكر القاضى فيما إذا التقط عبداً صغيراً ، أو جاريةً ، أنّ قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف ، وقال الشافعى : يملك العبد دون الجارية ، ولأن التملّك بالتعريف عنده اقتراض ، والجارية عنده لا تملك بالقرض ، وهذه المسألة فيها نظر ، فان اللقيط محكوم بحرّيته ، فإن كان ممّن يعبّر عن نفسه ، فأقرّ بأنه مملوك لم يُقبل إقراره ، لأن الطفل لا قول له ، ولو اعتُبر قوله فى ذلك لاعتُبر فى تعريفه سيّده ، والله أعلم .

كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، واللقيط بمعنى الملقوط ، فعيل بمعنى مفعول ، كقولهم قتيل وجريح ، وطريح ، والتقاطه واجب ، لقول الله تعالى (وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى)(١) ولأن فيه إحياء نفسه ، فكان واجباً ، كإطعامه إذا اضطرّ ، وإنجائه من الغرق ، ووجوبه على الكفاية ، إذا قام به واحد سقط عن الباقين ، فإن تركه الجماعة أَثِمُوا كلّهم ، إذا علموا ، فتركوه ، مع إمكان أخذه . ورُوى عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ(٢) قال وجدت ملفوفاً ، فأتيتُ به عمر رضى الله عنه ، فقال عَرِيفِي(٣) يا أميرَ المؤمنين ، إنّه رجلٌ صالح ، فقال عمر : أَكَذلِكَ هُوَ ؟ قال : نعم . قال : فاذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ ، ولك ولاؤه ، وعلينا نفقتُه . رواه سعيد ، عن سُفيان ، عن الزهرىّ ، سَمع سُنَيْناً أبَا جَمِيلَةَ بهذا ، وقال علينا رَضَاعُه .

٤٤٩٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ واللقيط حر ﴾

وجملة ذلك : أن اللقيط حر فى قول عامّة أهل العلم ، إلا النخَعِىّ ، قال ابن المنذر : أجمع عوامُّ أهل العلم على أن اللقيط حرٌّ . روينا هذا القول عن عمر ، وعلىّ رضى الله عنهما ، وبه قال عمر بنُ عبد العزيز ، والشعبىُّ ، والحكم ، وحمَّاد ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، ومن تبعهم ، وقال النخَعِىّ : إن التقطه للحسبة فهو حرٌّ ، وإن كان أراد أن يَسترقّه فذلك له ، وذلك قولٌ شذّ فيه عن الخلفاء ، والعلماء ، ولا يصحُّ فى النظر ، فإنّ الأصل فى الآدميِّين الحرِّية ، فإنَّ الله تعالى خالق آدم وذريته أحراراً ، وإنّما الرقّ للعارض ، فإذا لم يُعلم ذلك العارض فله حكم الأصل .

٤٤٩٧ (فصل)

ولا يخلو اللقيط من أن يوجد فى دار الإسلام ، أو فى دار الكفر ، فأما دار الإسلام فضربان :

أحدهما : دار اختطّها المسلمون ، كبغداد ، والبَصرة ، والكوفة ، فلقيط هذه محكوم بإسلامه ، وإن كان فيها أهل الذمّة تغليباً للاسلام ، ولظاهر الدار ، ولأن الإسلام يعلو ، ولا يُعلى عليه .

---

(١) بعض الآية ٢ من سورة المائدة .

(٢) سنين : بصيغة التصغير ، مع تخفيف ياء التصغير وتشديدها وهو سنان بن فرقد ، ويكنى أبا جميلة . وهو صحابى صغير له فى البخارى حديث واحد .

(٣) العريف : رئيس القوم .

الثانى : دار فتحها المسلمون ، كمدائن الشام ، فهذه إن كان فيها مسلم واحد ، حكم بإسلام لقيطها ، لأنه يحتمل أن يكون لذلك المسلم تغليباً للاسلام ، وإن لم يكن فيها مسلم بل كلّ أهلها ذمّة حكم بكفره . لأن تغليب حكم الإسلام إنّما يكون مع الاحتمال . وأما بلد الكفّار ، فضربان أيضاً .

أحدهما : بلد كان المسلمين ، فغلب الكفّار عليه ، كالساحل ، فهذا كالقسم الذى قبله ، إن كان فيه مسلم واحد حكم بإسلام لقيطه ، وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر ، وقال القاضى : يحكم بإسلامه أيضاً ، لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه ، بخلاف الذى قبله ، فإنّه لا حاجة به إلى كتم إيمانه فى دار الإسلام ، وإن كان فى بلد كان للمسلمين ، ثم غَلَب عليه المشركون ، ثم ظهر عليه المسلمون ، وأقرّوا فيه أهله بالجزية، فهذا كالقسم الثانى من دار الإسلام .

الثانى : دار لم تكن للمسلمين أصلاً كبلاد الهند ، والروم ، فإن لم يكن فيها مسلم ، فلقيطها كافر ، لأن الدار لهم ، وأهلها منهم ، وإن كان فيها مسلمون ، كالتّجار وغيرهم احتمل أن يحكم بإسلامه ، تغليباً للاسلام ، واحتمل أن يُحكم بكفره ، تغليباً للدار ، والأكثر ، وهذا التفصيل كلّه مذهبُ الشافعىّ . قال ابن المنذر : أجمع عوامّ أهل العلم على أن الطفل إذا وُجد فى بلاد المسلمين ميّتاً فى أىّ مكان وُجد أن غُسلَه ودَفْنَه فى مقابر المسلمين يجبُ ، وقد منعوا أن يُدفن أطفال المشركين فى مقابر المسلمين . قال : إذا وجد لقيط فى قرية ليس فيها إلا مشرك ، فهو على ظاهر ما حكموا به أنّه كافر . هذا قول أصحاب الشافعىّ ، وأصحاب الرأى .

٤٤٩٨ (فصــل)

وفى الموضع الذى حكمنا بإسلامه إنّما يثبُت ذلك ظاهراً ، لايقينا ، لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر ، فلو أقام كافر بيّنة أنه ولده ، ولد على فراشه ، حكمناله به ، وإذا بلغ اللقيط حداً يصحّ فيه إسلامه ، وردّته فوصف الإسلام ، فهو مسلم ، سواء كان ممّن حُكم بإسلامه ، أو كفره ، وإن وصف الكفر ، وهو ممّن حُكم بإسلامه فهو مرتدّ ، لا يُقَرّ على كفره ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وذكر القاضى وجهاً : أنه يُقَرّ على كفره ، وهو منصوص الشافعىّ . لأن قوله أقوى من ظاهر الدار ، وهذا وجه مُظلم ، لأن دليل الإسلام وُجِد عَرِيّاً عن المعارض ، وثبت حكمه ، واستقرّ ، فلم يجز إزالة حكمه بقوله ، كما لو كان ابنَ مسلم ، وقوله لا دلالة فيه أصلاً ، لأنه لا يُعرف فى الحال من كان أبوه ، ولا مكان دينه ، وإنّما يقول هذا من تلقاء نفسه ، فعلى هذا إذا بلغ استتيب ثلاثاً ، فإن تاب وإلاّ قتل ، فأمّا على قولهم فقال القاضى : إن وصف كفراً يُقَرّ أهله عليه بالجزية عقدت له الذمّة ، فإن امتنع من التزامها ، أو وصف كفراً لا يقرّ أهله عليه أُلحق بمأمنه ، وهذا بعيد جداً ، فإن هذا اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن

وثنى حَربى ، فهو حاصلٌ فى يد المسلمين بغير عُهدة ، ولا عقد ، فيكون لواجده ، ويصير مسلماً بإسلام سابيه ، أو يكون ابن ذميين ، أو أحدهما ذمى ، فلا يُقَرّ على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب ، أو يكون ابنَ مسلمٍ أو ابن مُسْلِمَيْن فيكون مُسلما ، قال أحمد ، فى أمةٍ نصرانيَّة وَلَدَتْ من فجور : ولدُها مسلم ، لأن أبويه يُهَوِّدانه ، وَيُنَصِّرانه ، وهذا ليس معه إلا أمّه ، وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقرّ فيها على دين ، لا يقرّ أهله عليه ، فكيف يردّ إلى دار الحرب .

٤٤٩٩ (فصـــل)

إذا جنى اللقيط جنايةً تَحْمِلها العاقلة فالعقلُ على بيت المال ، لأن ميراثه له ، ونفقته عليه ، وإن جنى جنايةً لا تحملها العاقلة فحكمه فيها غيرُ حكم اللقيط ، إن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل اقتصّ منه ، وإن كانت موجبةً للمال ، وله مال استُوفى منه ، وإلا كان فى ذمّته حتى يُوسر ، وإن جنى عليه فى النفس جنايةً توجب الدّية فهى لبيت المال ، لأنه وارثه ، وإن كان عمداً محضاً ، فالإمام مخيّر بين استيفاء القصاص إن رآه أحظّ للملاقيط ، والعفو على مال ، وبهذا قال الشافعىّ وابن المنذر ، وأبو حنيفة ، إلاّ أنه يخيّره بين القصاص ، والمصالحة ، وذلك لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لاَ وَلِيَّ لَهُ » وإن جنى عليه فيما دون النفس جنايةً توجب الأرش قبل بلوغه فلوليّه أخذ الأرش ، وإن كانت عمداً موجبةً للقصاص، وللقيط مالٌ يكفيه ، وقف الأمر على بلوغه ليقتصّ ، أو يعفو ، سواء كان عاقلاً ، أو معتوهاً ، وإن لم يكن له مال ، وكان عاقلا انتُظِر بلوغُه أيضاً ، وإن كان معتوهاً فللولىّ العفوُ على مالٍ يأخذه له ، لأن المعتوه ليست له حال معلومة ، منتظَرة ، فإن ذلك قد يدوم به ، والعاقل له حال منتظَرة ، فافترقا ، وفى الحال التى يُنتظر بلوغُه ، فإنّ الجانىَ يُحْبَسُ حتّى يبلغ اللقيط ، فَيَسْتَوْفِىَ لِنَفْسِه ، وهـذا مذهبُ الشافعىّ ، وقد رُوى عن أحمد رواية أخرى : أنّ للامام استيفاء القصاص له ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه أحدُ نوعى القصاص ، فكان للامام استيفاؤه عن اللقيط ، كالقصاص فى النفس .

ولنا : أنه قصاص لم يتحتّم استيفاؤه ، فوقف على قوله ، كما لو كان بالغاً غائباً ، وفارق القصاص فى النفس ، فإن القصاص ليس هو له ، إنمّا هو لوارثه ، والإمام المتولّى له .

٤٥٠٠ (فصـــل)

وإن قذف اللقيط بعد بلوغه مُحْصَناً حُدّ ثمانين ، لأنه حرّ ، وإن قذفه قاذف ، وهو محصنٌ فعليه الحدّ ، لأنه محكوم بحرّيته ، فإن ادّعى القاذف أنه عبد ، فصدّقه اللقيط سقط الحدّ ، لإقرار المستحقّ بسقوط الحدّ ، ويجب التعزير لقذفه مَنْ ليس بمحصن ، وإن كذّبه اللقيط ، وقال : إنّى حرّ فالقولُ قولُه ، لأنه محكوم بحرّيته ، فقوله موافق للظاهر ، ولذلك أوجبنا عليه حدّ الحرّ ، إذا كان قاذفاً وأوجبنا له القصاص ، وإن

كان الجانى حُرًّا ، ويحتمل أن يكون القول قولَ القاذف ، لأنه يحتمل صحّة ما قاله ، بأن يكون ابن أمة ، فيكون ذلك شُبْهَةً ، والحدّ يَنْدَرِىء بالشبُهات ، وفارق القصاص له ، إذا ادّعى الجانى عليه أنه عبد ، لأن القصاص ليس بحدّ ، وإنّما وجب حقًا لآدمىّ ، ولذلك جازت المصالحة عنـه ، وأخذُ بدله ، بخلاف حدّ القذف ، ويتخرّج من هذا أن اللقيط إذا كان قاذفاً فادّعى أنه عبد ليجب عليه حدّ العبد قُبل منه ، لذلك، والأول أصح ، لأن كلّ من كان محكوماً بحرّيته لا يسقُط الحدّ عن قاذفه ، باحتمال رقّه ، بدليل مجهـول النسب ، ولو سقط الحدّ لهذا الاحتمال لسقط ، وإن لم يدع القاذفُ رقّـه ، لأنه موجود ، وإن لم يدّعه .

٤٥٠١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وينفَق عليه من بيت المـال ، إن لم يوجد معه شىء يُنفق عليه ﴾

وجملته أن اللقيط إذا لم يوجد معه شىء لم يلزم الملتقط الإنفاق عليه ، فى قول عامّة أهل العـلم . وقال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غيرُ واجبةٍ على الملتقط ، كوجوب نفقة الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة ، والزوجيّة ، والملك ، والولاء ، مُنتفية ، والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك ، وتبرّع بحفظه ، فلا يوجب ذلك النفقة ، كما لو فعله بغير اللقيط ، وتجبُ نفقته فى بيت المـال ، لقول عمر رضى الله عنه فى حديث أبى جَميلةَ . اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ ، وَلَكَ وَلاَؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ . وفى روايةٍ مِنْ بَيْتِ المـالِ . ولأن بيت المال وَارثُهُ ، وماله مصروف إليه ، فتـكون نفقته عليه ، كقرابته ، ومولاه .

فإن تعذّر الإنفاق عليه من بيت المال لـكونه لا مالَ فيه ، أو كان فى مكان لا إمامَ فيه . أو لم يُعط شيئاً ، فعلى من علم حاله من المسلمين الإنفاقُ عليـه ، لقول الله تعالى (وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرّ والتقْوَى) لأنّ فى ترك الإنفاق عليه هلاكَه ، وحِفْظه عن ذلك واجبٌ كانقاذه من الغرق ، وهذا فرضُ كفاية ، إذا قام به قومٌ سقط عن الباقين ، فإن تركه الـكلّ أثموا .

ومن أنفق عليه متبرّعاً ، فلا شىء له ، سواء كان الملتقطَ أو غيرَه ، وإن لم يتبرّع بالإنفاق عليه ، فأنفق عليـه الملتقط ، أو غيره محتسباً بالرجوع عليه إذا أيسر ، وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك ، إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف ، وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وإن أنفق بغير أمر الحاكم محتسباً بالرجوع عليه ، فقال أحمد : تؤدّى النفقة من بيت المال ، وقال شُرَيح ، والنخَعِىّ : يَرجع عليه بالنفقة ، إذا أشهد عليه . وقال عمر بن عبد العزيز : يحلفُ ما أنفق احتساباً . فإن حلف استُسْعِى . وقال الشعبىّ ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن والشافعىّ ، وابن المنذر : هو متبرّع به .

ولنا : أنه أدّى ماوجب على غيره ، فـكان له الرجوع على من من كان الوجوب عليه ، كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه ، وقد ذكرنا حكم هذا الأصل فى موضعه .

٤٥٠٢ (فصــــل)

فأما إن وجد مع اللقيط شىء فهو له . ويُنفق عليه منه . وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وذلك لأن الطفل يملك ، وله يد صحيحة . بدليل أنه يرث ، ويورث ، ويصحّ أن يشترى له وليّه ، ويبيع ، ومن له ملك صحيح . فله يد صحيحة ، كالبالغ .

إذا ثبت هذا . فُكلّ ما كان متّصلاً به ، أو متعلقاً بمنفعته . فهو تحت يده ، ويثبت بذلك ملـكاً له فى الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابساً له ، أو مشدوداً فى ملبوسه ، أو فى يديه ، أو مجعولاً فيه ، كالسرير ، والسَّفَطِ ، وما فيه من فَرْش أو دراهم ، والثياب التى تحته ، والتى عليه ، وإن كان مشدوداً على دابّة ، أو كانت مشدودةً فى ثيابه ، أو كان فى خيمةٍ ، أو فى دارٍ فهى له ، وأما المنفصل عنه : فإن كان بعيداً منه ، فليس فى يده ، وإن كان قريباً منه ، كثوبٍ موضوعٍ إلى جانبه ، ففيه وجهان :

أحدهما : ليس هو له ، لأنه منفصل عنه ، فهو كالبعيد .

والثانى : هو له ، وهو أصحّ . لأن الظاهر أنه تُرِك له ، فهو له بمنزلة ما هو تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون فى يده ، ألا ترى أن الرجـل يقعُد فى السوق ومتاعُه بقربه ، ويحكم بأنه فى يده ؟ والحمّال إذا جلس لاستراحة ترك حِمله قريباً منه ، فأمّا المدفون تحته . فقال ابن عقيل : إن كان الحفر طريًّا فهو له . وإلاّ فلا ، لأن الظاهر أنه إذا كان طريًّا فواضع اللقيط حفره ، وإذا لم يكن طريًّا كان مدفوناً قبـل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ، لأنه بموضع لا يستحقّه ، إذا لم يكن الحفر طريًّا ، فلم يكن له ، إذا كان طريًّا ، كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشدّه واضعه فى ثيابه ، ليعلم به . ولم يتركه فى مكان لا يطّلع عليه ، وكلّ ما حكمنا بأنه ليس له ، فحكمه حكم اللُّقَطة ، وما هو له أُنفِق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد ، لأنه ذو مال ، فأشبه غيره من الناس .

إذا ثبت هـذا : فان للملتقط الانفاق عليه بغير إذن الحاكم ، ذكره أبو عبد الله بن حامد ، لأنه ولىّ له ، فلم يُعتبر فى الانفاق عليه فى حقّه إذنُ الحاكم ، كوصىّ اليتيم ، ولأن هـذا من الأمر بالمعروف ، فاستوى فيه الإمامُ وغيرُه ، كتبديد الخمر .

وروى أبو الحارث عن أحمد ، فى رجل أودع رجلاً مالاً ، وغاب ، وطالت غيبته ، وله ولد ، ولا نفقة له ، هل يُنفِق عليهم هذا المستودَع من مال الغائب ؟ فقال : تقومُ امرأته إلى الحاكم حتّى يأمره بالإنفاق

عليهم ، فلم يجعل له الإنفاق عليهم من غير إذن الحاكم ، فقال بعض أصحابنا : هـذا مثله ، والصحيحُ أنّ هذا مخالف له من وجهين :

أحدهما : أن الملتقط له ولاية على اللقيط ، وعلى ماله ، فانّ له ولايةَ أخذه ، وحفظه .

والثانى : أنه : ينفق على اللقيط من ماله ، وهذا بخلافه ، ولأن الإنفاق على الصبىّ من مال أبيه مشروط بكون الصبىّ محتاجاً إلى ذلك ، لعدم ماله ، وعدم نفقةٍ تركها أبوه برَسْمِه ، وذلك لا يقبل فيه قولُ المودَع ، فاحتيج إلى إثبات ذلك عند الحاكم ، ولا كذلك فى مسألتنا ، فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثمَّ وجوبُه فى اللقيط ، ومتى لم يجد حاكماً فله الإنفاق بكلّ حالٍ ، لأنه حالُ ضرورة ، وقال الشافعىّ : ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم ، فى موضع يجد حاكماً ، وإن أنفق ضمن ، بمنزلة ما لو كان لأبى الصغير ودائع عند إنسان ، فأنفق عليه منه ، وذلك لأنه لا ولايةَ له على مالِه وإنّما له حَقُّ الحضانة ، وإن لم يجد حاكماً ففى جواز الإنفاق وجهان .

ولنا : ما ذكرناه ابتداء ، ولا نُسلّم أنه لا ولاية له على ماله ، فإنّا قد بيّنا أن له أخذَه وحفظَه ، وهو أولى الناس به ، وذكرنا الفرق بين اللقيط ، وبين ما قاسوا عليه ، فاذا ثبت هـذا فالمستحَبّ أن يستأذن الحاكم ، فى موضع يجد حاكماً ، لأنه أبعدُ من التّهمة ، وأقطعُ للظِّنّة ، وفيه خروج به من الخلاف ، وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق .

فإذا ثبت هذا : فينبغى أن ينفق عليه بالمعروف ، كما ذكرنا فى ولىّ اليتيم ، فإذا بلغ اللقيط ، واختلفا فى قدر ما أنفق ، وفى التفريط فى الإنفاق ، فالقول قول المنفق . لأنه أمين ، فكان القول قولَه فى ذلك ، كولىّ اليتيم .

٤٥٠٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وولاؤه لسائر المسلمين ﴾

يعنى ميراثه لهم ، فإنّ اللقيط حرّ الأصل ، ولا ولاءَ عليه ، وإنما يرثه المسلمون ، لأنهم خُوّلوا كلّ مالٍ لا مالك له ، ولأنهم يرثون مال مَنْ لا وارث له غير اللقيط ، فكذلك اللقيط ، وقول الخرقىّ : وولاؤه لسائر المسلمين ، تجوّز فى اللفظ ، لاشتراك سائر المسلمين ، ومن له الولاء فى أخذ الميراث ، وحيازته كلّه عند عدم الوارث ، هذا هو الظاهر وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وأكثر أهل العلم ، وقال شُرَيح ، وإسحاق : عليه الولاء للمتقطة ، لما روى وَاثِلَةَ بنُ الأسْقَعِ قال : قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم : « المَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلاَثَةَ مَوَارِيثَ : عَتِيقَهَا ، ولقِيطَها وولَدَها الذى لاعَنتَ عَلَيْهِ » أخرجه أبو داود ، والترمذىّ ، وقال : حديث حسن ، وقال عمر لأبى جَمِيلة ، فى لقطته : هُوَ حُرّ ، ولَكَ وَلاَؤُه وَعَلَيْنا نَفَقَتُهُ .

ولنا : قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ولأنه لم يثبُت عليه رِقّ ، ولا على آبائه ، فلم يثبُت عليه ولاء ، كالمعروف نسبه ، ولأنه إن كان ابنَ حُرَّيْن ، فلا ولاء عليه ، وإن كان ابن مُعْتقين ، فلا يكون عليه ولاء لغير مُعْتِقِهما ، وحديث واثلة لا يثبُت ، قاله ابن المنذر ، وخبر عمر قال ابن المنذر : أبو جميلة رجلٌ مجهولٌ لا تقوم بحديثه حُجّة . ويحتمل أن عمر رضى الله عنه عَنَى بقوله : لَكَ وَلَاؤُه . أى لك ولايتُه ، والقيامُ به ، وحفظُه ، لذلك ذكره عقيب قول عَرِيفه « إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ » وهذا يقتضى تفويض الولاية إليه ، لكونه مأمونًا عليه ، دون الميراث .

إذا ثبت هذا : فانّ حكم اللقيط فى الميراث حكم من عُرِف نسبه ، وانقرض أهله ، يدفع إلى بيت المال ، إذا لم يكن له وارث ، فان كان له زوجة فلها الربع ، والباقى لبيت المال ، وإن كانت امرأةً لها زوج ، فله النصف ، والباقى لبيت المال، وإنْ كانت له بنت ، أو ذو رحم ، كبنت بنت ، أخَذَت جميع المال ، لأن الردّ وذا الرحم مقدّم على بيت المال . والله أعلم .

٤٥٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن لم يكن من وجد اللقيط أمينًا منع من السفر به ﴾ .

وجملة ذلك : أن الملتقط إن كان أمينًا أُقِرّ اللقيط فى يده ، لأن عمر رضى الله عنه أقرّ اللقيط فى يد أبى جميلة حين قال له عريفه « إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ » ولأنه سبق إليه ، فكان أولى به ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالٍ لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وهل يجب الإشهاد عليه ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يجب ، كما لا يجب الإشهاد فى اللقطة .

والثانى : يجب ، لأن القصد بالإشهاد حفظُ النسب ، والحريّة ، فاختصّ بوجوب الشهادة ، كالنكاح ، وفارق اللقطة فإن المقصود منها حفظ المال ، فلم يجب الاشهادُ فيها ، كالبيع ، فأمّا إن كان غير أمين ، فظاهر كلام الخِرَقىّ أنهُ يَقرّ فى يديه ، ويمنع من السفر به ، لئلاّ يدّعى رقه ، ويبيعه ، وينبغى أن يجب الاشهاد عليه ، ويضمّ إليه من يُشرف عليه ، لأننّا إذا ضممنا إليه فى اللقطة من يُشرف عليه ، فههنا أولى ، وقال القاضى : المذهب أنه ينزع من يديه ، وهذا قول الشافعىّ لأنه ليس فى حفظ اللقيط إلاّ الولاية ، ولا ولايةَ لفاسق ، وفارق اللُّقَطةَ من ثلاث أوجه .

(أحدها) أن فى اللقطة معنَى الكسب ، وليس ههنا إلا الولاية .

والثانى : أن اللقطة لو انتزعناها منه رددْناها إليه بعد الحول . فاحتطنا عليها ، مع بقائها فى يديه . وههنا لا تردّ إليه بعد الانتزاع منه بحالٍ ، فكان الانتزاع أحْوَطَ .

والثالث : أن المقصود ثَمَّ حفظُ المال ، ويمكن الاحتياط عليه ، بأن يُسْتَظْهَر عليه فى التعريف ، أو

ينصب الحاكم من يعرّفها . وههنا المقصود حفظُ الحرّية ، والنسب ، ولا سبيل إلى الاستظهار عليه ، لأنه قد يدّعى رقّه فى بعض البُلدان ، أو فى بعض الزمان ، ولأن اللقطة إنما يحتاج إلى حفظها ، والاحتياط عليها عاماً واحداً ، وهذا يحتاج إلى الاحتياط عليه فى جميع زمانه .

وأما على ظاهر قول الخرقىّ : فلا ينزع منه لأنه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه إيّاه ، وسبقه إليه ، وأمكن حفظ اللقيط فى يديه بالإشهاد عليه . وضم أمين يُشارفه إليه ، ويُشيع أمره ، فيُعرف أنّه لقيط ، فينحفظ بذلك ، من غير زوال ولايته ، جمعاً بين الحقّين ، كما فى اللقطة ، وكما لو كان الوصىّ خائناً ، وما ذُكر من الترجيح للقطة فيمكن معارضته بأنّ اللقيط ظاهر ، مكشوف ، لا تخفى الخيانة فيه . واللقطة مستورة خفيّة تتطرّق إليها الخيانة ، ولا يُعلم بها ، ولأن اللقطة يمكن أخذ بعضها ، وتنقيصها ، وإبدالها . ولا يتمكّن من ذلك فى اللقيط ، ولأن المال محلّ الخيانة ، والنفوس إلى تناوله ، وأخذه داعية بخلاف اللقيط[1] ، فعلى هذا متى أراد الملتقط السفر باللقيط مُنع منه . لأنه يُبعده ممّن عرف حاله فلا يُؤمن أن يدّعى رقّه ويبيعه .

٤٥٠٥ (فصـــل)

وإذا التقط اللقيطَ من هو مستور الحال لم تُعرف منه حقيقة العدالة ، ولا الخيانة ، أُقرّ اللقيط فى يديه ، لأن حكمه حكم العدل فى لُقطة المال ، والولاية فى النكاح ، والشهادة فيه ، وفى أكثر الأحكام ، ولأن الأصل فى المسلم العدالة . ولذلك قال عمر رضى الله عنه « ٱلْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ » فإنْ أرادَ السفر بلقطته ، ففيه وجهان :

أحدهما : لاَ يُقَرّ فى يديه . وهذا مذهبُ الشافعىّ . لأنه لم يتحقّق أمانته ، فلم تُؤمن الخيانة منه .

والثانى : يُقَرّ فى يديه . لأنه يُقَرّ فى يديه فى الحضَر من غير مُشرِف يُضَمّ إليه . فأشبه العدل ، ولأن الظاهر الستر ، والصيانة ، فأما من عرفت عدالته ، وظهرت أمانته ، فيَقرّ اللَّقِيط فى يده فى سفره ، وحضره . لأنه مأمون عليه ، إذا كان سفره لغير النقلة .

٤٥٠٦ (فصـــل)

فإن كان سفر الأمين باللقيط إلى مكان يُقيم به . نظرنا ، فإن كان التقطه من الحضر ، فأراد النقلة به إلى البادية ، لم يقَرّ فى يده لوجهين :

أحدهما : أن مُقامه فى الحضر أصلحُ له فى دينه ، ودنياه ، وأرْفَهُ له .

والثانى : أنه إذا وجد فى الحضر . فالظاهر أنه ولد فيه . فبقاؤه فيه أرجَى لكشف نسبه وظهور أهله . واعترافهم به . فإن أراد النقلة به إلى بلد آخرَ من الحضر ففيه وجهان :

(١) فى أصول الكتاب (بخلاف النفوس) وهو خطأ لم يتنبه إليه أحد

أحدهما : لا يقَرّ في يده . ولأن بقاءه في بلد أرجَى لكشف نسبه . فلم يُقَرّ في يد المنتقل عنه ، قياساً على المنتقل به إلى البادية .

والثانى : يُقَرّ في يده ، لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثانى كالأول فى الرفاهية ، فيقرّ فى يده . كما لو انتقل من أحد جانبى البلد إلى الجانب الآخر ، وفارق المنتقل به إلى البادية . لأنه يضرّ به بتفويت الرفاهية عليه . وإن التقطه من البادية فله نقله إلى الحضر ، لأنه ينقله من أرض البؤس ، والشقاء إلى الرفاهية ، والدَّعَة ، والدِّين ، وإن أقام به فى حِلّة يستوطنها فله ذلك ، وإن كان ينتقل به إلى المواضع . احتمل أن يقرّ فى يديه . لأن الظاهر أنه ابن بدويّين . وإقراره فى يدَىْ مُلتقطه أرجَى لكشف نسبه ، ويحتمل أن يُؤخذ منه ، فيُدفع إلى صاحب قريةٍ . لأنه أرْفَهُ له ، وأخفُّ عليه وكلّ موضع قلنا يُنزع من مُلتقطه . فإنّما يكون ذلك إذا وُجد من يُدفع إليه . ممن هو أولى به . فإن لم يوجد من يَقُوم به أُقِرّ فى يدى مُلتقطه . لأن إقراره فى يديه مع قصوره أولى من إهلاكه ، وإن لم يوجد إلا مثلُ مُلتقطه ، فملتقطُه أولى به . إذ لا فائدة فى نزعه من يده ، ودفعه إلى مثله .

٤٥٠٧ (فصـــل)

وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ . إذا وجد من يلتقطه سواه ، لأن منافعه لسيده . فلا يُذهبها فى غير نفعه إلا بإذنه . ولأنه لا يثبُت على اللقيط إلا الولاية ، ولا ولاية لعبدٍ . فإن التقطه لم يُقرّ فى يديه ، إلاّ أن يأذن له السيّد . فإن أذن له أُقِرّ فى يديه . لأنه استعان به فى ذلك ، فصار كما لو التقطه بيده ، وسلّمه إليه . قال ابن عقيل : إن أذن له السيّد لم يكن له الرجوع بعد ذلك . وصار كما لو التقطه ، والحكم فى الأمة كالحكم فى المكاتَب ، فأمّا إن لم يجد أحداً يلتقطه سواه . وجب التقاطه ، لأنه تخليص له من الهلاك . فأشبه تخليصَه من الغرق ، والمدبّر ، وأمّ الولد ، والمعلّق عتقُه بصفة ، كالقِنّ ، وكذلك المكاتَب ، لأنه ليس له التبرّع بماله ، ولا بمنافعه ، إلا أن يأذن له سيّده فى ذلك .

٤٥٠٨ (فصـــل)

وليس لكافر التقاط مسلم . لأنه لا ولاية لكافر على مُسلمٍ . ولأنه لا يُؤمَن أن يفتنه ، ويُعلّمه الكفر . بل الظاهر أنه يَربّيه على دينه ، ويَنْشأُ على ذلك ، كولده ، فإن التقطه لم يُقَرّ فى يده . وإن كان الطفل محكوماً بكفره فله التقاطه ، لأن الذين كفروا بعضُهم أولياء بعض .

٤٥٠٩ (فصـــل)

وإن التقطه اثنان ، وتناولاه تناولاً واحداً . لم يخلُ من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون ممّن يُقَرّ فى يديه ، كالمسلم العدل الحرّ . والآخرُ ممّن لا يقرّ فى يديه ، كالكافر ،

إذا كان اللقيط مُسلماً . والفاسق ، والعبد ، إذا لم يأذن له سيّده ، والمكاتب ، فإنه يُسلّم إلى من يُقَرّ في يده . وتكون مشاركةُ هؤلاء كعدمها . لأنه لو التقطه وحده لم يُقَرّ في يده . فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى.

الثاني : أن يكونا جميعاً مِمّنْ لا يُقَرّ في يدى واحد منهما . فإنّه يُنزع منهما ويُسلّم إلى غيرهما .

الثالث : أن يكون كلّ واحد منهما ممّن يقرّ في يده لو انفرد . إلا أن أحدهما أحظّ للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما مُوسراً ، والآخرُ مُعسراً ،فالموسر أحقّ . لأن ذلك أحظّ للطفل ، وإن التقط مُسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره ، فالمسلم أحقّ ، وقال أصحابنا ، وأصحاب الشافعيّ : هما سواء،لأن للكافر ولايةً على الكافر ، ويُقَرّ في يده إذا انفرد بالتقاطه ، فساوى المسلم ، في ذلك .

ولنا : أن دفعه إلى المسلم أحظّ له . لأنه يصير مسلماً ، فيَسعَدُ في الدنيا ، والآخرة ، وينجو من النار ، ويتخلّص من الجِزْيَةِ والصَّغار. فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذى إنما يتعلّق به توسعةً عليه في الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلاً فلا تحصُل التوسعة. فإن تعارض الترجيحان . فكان المسلم فقيراً ، والكافرُ موسراً . فالمسلم أولى . لأن النفع الحاصلَ له بإسلامه أعظمُ من النفع الحاصل بيساره ، مع كفره وعلى قياس قولهم : في تقديم الموسر . ينبغي أن يقدّم الجواد على البخيل ، لأن حظّ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظّ فيها باليسار ، وربّما تخلّق بأخلاقه ، وتعلّم من وجوده .

الرابع : أن يتساويا في كونهما مسلمين ، عدلين ، حُرّين ، مقيمين ، فهما سواء فيه . فإن رضى أحدهما بإسقاط حقّه ، وتسليمه إلى صاحبه جاز . لأن الحقّ له . فلا يمنع من الإيثار به ، وإن تشاحّا أُقرِع بينهما ، لقول الله تعالى (وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ)(١) ولأنه لا يمكن كونه عندهما، لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالةٍ واحدة ، وإن تهاياه ، فجُعل عند كلّ واحد يوماً ، أو أكثر من ذلك أضرّ بالطفل ، لأنه تختلف عليه الأغذية ، والأنس ، والإلف . ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قُرعة ، لأن حقّهما متساوٍ فتعيين أحدهما بالتحكّم لا يجوز ، فتعيّن الإقراع بينهما ، كما يُقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة ، وبين النساء في البداية بالقسمة ، وبين العبيد في الإعتاق . والرجل والمرأة سواء. ولا ترجّح المرأة ههنا . كما ترجّح في حِضانة ولدها على أبيه . لأنها رجّحت ، ثَمّ لشفقتها على ولدها ، وتوليها لحضانته بنفسها . والأب يحضنه بأجنبيّة . فكانت أمّه أحظّ له ، وأرفق به ، أما ههنا فإنّها أجنبيّة من اللقيط . والرجل يحضنهُ بأجنبيّة ، فاستويا ، ومذهبُ الشافعيّ في هذا الفصل جميعه على ما ذكرنا ، فإن كان أحدهما مستور الحال ، والآخر ظاهر العدالة . احتمل أن يرجّح العدلُ . لأن المانع من

(١) بعض الآية ٤٤ من سورة آل عمران

الالتقاطُ منتفٍ فى حقه بغير شكّ . والآخر مشكوك فيه . فيكون الحظ للطفل فى تسليمه إليه أتمّ ، ويحتمل أن يتساويا ، لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر فى المنع ، فلا يؤثّر فى الترجيح .

٤٥١٠ (فصـــــل)

وإن رأياه جميعاً فسبق أحـدهما ، فأخذه أو وضع يده عليه . فهو أحقُّ به ، لقوله عليه السلام « مَنْ سَبَقَ إلىَ مَالَمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وإن رآه أحدهما قبل صاحبه ، فسبق إلى أخذه الآخر فالسابق إلى أخذه أحقُّ ، لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية . ولو قال أحدهما لصاحبه ناولينه ، فأخذه الآخرُ نظرنا إلى نيّته ، فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحقّ . كما لو لم يأمره الآخرُ بمناولته إياه . وإن نوى مناولته فهو للآمر . لأنه فعل ذلك بنيّة النيابة عنه ، فأشبه ما لو توكّل له فى تحصيل مُباحٍ .

٤٥١١ (فصـــــل)

فإن اختلفا فقال كلّ واحد منهما : أنا التقطتهُ . ولا بيّنة لأحدهما ، وكان فى يد أحدهما . فالقول قوله مع يمينه أنّـه التقطه ، ذكر ذلك أبو الخطّاب . وهذا قول الشافعىّ . وقال القاضى : قياسُ المذهب أنـّه لا يَحلف ، كما فى الطلاق ، والنّـكاح .

ولنا قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوالَهمْ . وَلَـكِنِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » رواه مسلم ، فإن كان فى يديهما أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف وسلم إليه ، وعلى قول القاضى : لا تُشرع اليمين ههنا . ويُسلم إليه ، بمجرد وقوع القُرعة له ، وإن لم يكن فى يد واحد منهما . فقال القاضى . وأبو الخطاب : يُسّلمه الحاكم إلى من يرى منهما ، أو من غيرهما . لأنه حقّ لهما ، والأولى أن يُقرع بينهما ، كما لو كان فى أيديهما ، لأنهما تنازعا حقًّا فى يد غيرهما . فأشبه مالو تنازعا وديعةً عند غيرهما . فإن وصفه أحـدهما ، مثلُ أن يقول : فى ظهره شَامَةٌ (١) أو بجسده عَلاَمةٌ ، وذكر شيئاً فى جسده مستوراً . فقال أبو الخطاب يقدّم بالصفة ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال الشافعىّ . لا يقدّم بالصفة ، كما لو وصف المدّعى المدّعَى ، فإنه لا تقدّم به دعواه .

ولنا : أن هـذا نوع من اللّقطة ، فقدّم بوصفها كلقطة المال ، ولأن ذلك يدلّ على قوة يده ، فـكان مُقدّما بها . وقياسُ اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غـيرها ، لأن اللقيط لُقطةٌ أيضاً ، وإن كان لأحدهما بيّنة قدّم بها ، وإن كان لـكلّ واحد منهما بيّنة قدّم أسبقهما تاريخاً ، لأن الثانىَ إنّما أخذ ممّن قد

---

(١) الشامة : العلامة المخالفة فى لونها للون ما هى فيه كأن تـكون سوداء وما هى فيه أبيض، أو بيضاء وهو أسود أو نحو ذلك .والعلامة المذكورة بعد ذلك هى مطلق العلامة سواء كانت كيًّا أوخدشا أو وشما أونحو ذلك .

ثبت الحقّ فيه لغيره ، وإن استوى تاريخهما ، أو أطلقتا معاً ، أو أرّخت إحداهما ، وأطلقت الأخرى ، فقد تعارضتا ، وهل يَسقُطان ، أو يُستعملان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يَسقطان ، فيصيران كمن لا بيّنة لهما .

والثانى : يُستعملان ، ويُقرَع بينهما ، فمن قَرَع صاحبه كان أولى ، وسنذكر ذلك فى بابه إن شاء الله تعالى ، وإن كان اللقيط فى يد أحدهما ، فهل تقدّم بيّنته على بيّنة الآخر ، أو تقدّم بيّنة الخارج ؟ فيه وجهان ، مبنيّان على الروايتين فى دعوى المال ، وإن كان أحد المتداعيَيْن ممّن لا تُقرّ يدُه على اللقيط ، أقِرّ فى يد الآخر ، ولم يلتفت إلى دعوى من لا يقرّ فى يده بحال .

٤٥١٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا ادّعاه مسلم ، وكافر ، أرِىَ القافة ، فبأيّهما ألحقوه لحق ﴾ يعنى إذا ادّعِى نسبه ، فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين

أحدهما : أن يدّعِيَه واحد ينفرد بدعواه ، فينظر ، فإن كان المدّعى رجلاً مُسلماً حرّا لحق نسبه به ، بغير خلاف بين أهل العلم ، إذا أمكن أن يكون منه . لأنّ الإقرار محض نفع للطفل ، لا تّصال نسبه ، ولا مضرّة على غيره فيه ، فقبل ، كما لو أقرّ له بمال . ثمّ إن كان المقرُّ به ملتقطه ، أقِرّ فى يديه ، وإن كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط . لأنه قد ثبت أنه أبوه ، فيكون أحقّ بولده ، كما لو قامت به بيّنة ، وإن كان المدّعى له عبداً لحق به أيضاً ، لأن لمائه حُرْمةً ، فلحق به نسبه ، كالحرّ ، وهذا قول الشافعىّ ، وغيره ، غير أنّه لا تثبت له حضَانة ، لأنه مشغول بخدمة سيّده ، ولا تجب عليه نفقته ، لأنه لا مال له ، ولا على سيّده ، لأن الطفل محكوم بحرّيته ، فتكون نفقته فى بيت المال ، وإن كان المدّعى ذمّيا لحق به ، لأنه أقوى من العبد فى ثبوت الفراش ، فإنه يثبت له بالنكاح ، والوطء فى الملك ، وقال أبو ثور : لا يُلحق به . لأنه محكوم بإسلامه .

ولنا أنه أقرّ بنسب مجهول النسب ، يمكن أن يكون منه ، وليس فى إقراره إضرار بغيره ، فيثبُت إقراره كالمسلم .

إذا ثبت هذا : فانّه يُلحق به مِنْ النسب لا فى الدين ، ولا حقّ له فى حِضَانته ، وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : يَتْبعه فى دينه ، لأن كلّ ما لحِقَ به نسبه لحق به فى دينه ، كالبيّنه ، إلا أنه يُحال بينه ، وبينه .

ولنا : أن هذا حكم بإسلامه ، فلا يقبل قولُ الذمىّ فى كُفره ، كما لو كان معروف النسب ، ولأنها دعوى تخالف الظاهر ، فلم نُقبل بمجرّدها ، كدعوى رقّه ، ولأنه لو تبعه فى دينه لم يُقبل إقراره بنسبه ،

لأنه يكون إضراراً به ، فلم تُقبل ، كدعوى الرق ، أما بمجرّد النسب بدون اتّباعه فى الدين ، فمصلحة عارية من الضرر ، فقبل قوله فيه . ولا يجوز قبوله فيما هو أعظم : الضرر ، والخِزىُ فى الدنيا ، والآخرة ، وإن كان المدّعى امرأةً فاختُلف عن أحمد رحمه الله ، فرُوِى أن دعوتها تُقبل ، ويَلحقها نسبهُ ، لأنها أحد الأبوين ، فثبت النسب بدعواها ، كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها ، كما يكون ولد الرجل بل أكثر . لأنّها تأتى به من زوج ، ووطء بشبهة ، ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل . ولأن فى قصّة داود ، وسليمان عليهما السلام حين تحاكم إليهما امرأتان ، كان لها ابنان ، فذهب الذئب بأحدهما ، فادّعت كلّ واحدة منهما أنّ الباقىَ ابنها ، وأن الذى أخذه الذئب ابْنُ الأخرى . فحكم به داود للكبرى ، وحكم به سليمان للأخرى ، بمجرّد الدعوى منهما . وهذا قول بعض أصحاب الشافعىّ . فعلى هذه الرواية يُلحق بها دون زوجها . لأنه لا يجوز أن يَلحقه نسب ولد لم يقرّ به ، وكذلك إذا ادّعى الرجل نسبه لم يُلحق بزوجته .

فإن قيل : الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى ، أو من أَمَتِهِ ، والمرأة لا يحلّ لها نكاح غير زوجها ، ولا يحلّ وطؤها لغيره ؟ قلنا : يمكن أن تلد من وطىء شُبهة ، أو غيره ، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوّجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فإن قيل : إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبىّ ، وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ، ولا يحصُل هذا بإلحاق نسبه بالمرأة ، بل إلحاقه بها دون زوجها تطرّق للعار إليه ، وإليها قلنا : بل قبلنا دعواه لأنه يدّعى حقًا لا مُنازع له فيه ، ولا مضرّة على أحد فيه ، فقبل قوله فيه ، كدعوى المال ، وهذا متحقّق فى دعوى المرأة .

والرواية الثانية : أنها إن كان لها زوج لم يثبُت النسب بدعواها ، لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ، ولا رضاه ، أو إلى أن امرأته وُطئت بزنًا ، أو شُبهةٍ ، وفى ذلك ضرر عليه ، فلا يُقبل قولها فيما يُلحِق الضرر به . وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها ، لعدم هذا الضرر . وهذا أيضاً وجه لأصحاب الشافعىّ .

والرواية الثالثة : نقلها الكَوْسَجُ عن أحمد ، فى امرأةٍ ادّعت ولداً : إن كان لها إخوة ، أو نسب معروف لا تصدّق إلا ببيّنة . وإن لم يكن لها دافع لم يُحَلْ بينها ، وبينه ، لأنه إذا كان لها أهل ، ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ، ويتضرّرون بإلحاق النسب بها ، لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها ، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهلٌ ، ويحتمل أن لا يثبُت النسب بدعواها بحال . وهذا قول الثورىّ ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى : قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم

على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة ، لأنها يمكنها إقامة البيّنة على الولادة ، فلا يُقبل قولها بمجرده ، كما لو علّق زوجها طلاقها بولادتها .

ولنا : أنها أحد الوالدين ، فأشبهت الأب ، وإمكان البيّنة لا يمنع قبول القول ، كالرجل ، فانه تُمكنه البيّنة أنّ هذا وُلِد على فراشه . وإن كان المدّعى أمةً فهى كالحرّة ، إلا أننا إذا قبلنا دعواها فى نسبه لم نقبَل قولها فى رقّه ، لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضرّه ، كما لم نقبل الدعوى فى كفره إذا ادّعى نسبه كافر .

القسم الثانى : أن يدَّعىَ نسبه اثنان فصاعدا ، والكلام فى ذلك فى فصول :

٤٥١٣ (أحـــدها)

أنه إذا ادعاه مسلم ، وكافر ، أو حرّ وعبد ، فهما سواء . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : المسلم أولى من الذمىّ ، والحرّ أولى من العبد . لأن على اللقيط ضرراً فى إلحاقه بالعبد ، والذمىّ ، فكان إلحاقه بالحرّ المسلم أولى ، كما لو تنازعوا فى الحِضَانة .

ولنا : أن كلّ واحد لوانفرد صحّت دعواه ، فاذا تنازعوا تساوَوْا فى الدعوى ، كالأحرار المسلمين ، وماذكروه من الضرر لا يتحقّق ، فانّنا لا نحكم برقه ، ولا كفره ، ولا يشبه النسب الحِضَانة . بدليل أنّنا نُقدّم فى الحِضَانة الموسِرَ ، والحضَرِىّ ، ولا نقدِّمهما فى دعوى النسب . قال ابن المنذر : إذا كان عبد امرأته أمةٌ فى أيديهما صبىٌّ فادّعى رجل من العرب امرأتهُ عربيّة أنه ابنه من امرأته ، فأقام العبد بيّنةً بدعواه أنه ابنه ، فهو ابنه ، فى قول أبى ثور ، وغيره . وقال أصحاب الرأى : يُقْضَى به للعربىّ ، للعتق الذى يدخُل فيه ، وكذلك لو كان المدّعَى من الموالى عبدهم . وقولهم هذا غيرُ صحيح . لأن العرب وغيرهم فى أحكام الله ، ولحوق النسب بهم سواء .

الفصل الثانى : أنه إذا ادّعاه اثنان ، فكان لأحدهما به بيِّنة فهو ابنه ، وإن أقاما بيِّنتين تعارضتا ، وسقطتا ، ولا يمكن استعمالها ههنا . لأن استعمالها فى المال إمّا بقسمته بين المتداعيين ، ولا سبيل إليه ههنا ، وإما بالأقراع بينهما ، والقرعة لا يثبت بها النسبُ . فإن قيل : فان ثبوته ههنا يكون بالبيّنة ، لا بالقرعة ، وإنّما القرعة مرجِّحة ؟ قلنا : فيلزم أنه إذا اشترك رجلان فى وطء امرأة ، فأتت بولد يُقرع بينهما ، ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة .

الفصل الثالث : أنه إذا لم تكن بة بيّنة ، أو تعارضت به بيّنتان ، وسقطتا ، فإنا نريه القافةَ معهما، أو مع عَصَبتهما ، عند فقدهما ، فنُلحقهُ بمن ألحقته به منهما ، هـذا قول أنس ، وعطاء ، ويزيد بن عبد الملك ، والأوزاعىّ ، والليث ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وقال أصحاب الرأى : لاحكم للقافة ، ويُلحق بالمدّعِيَيْن جميعاً .

لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرّد الشّبَه ، والظنّ ، والتخمين ، فإنّ الشبه يوجد بين الأجانب ، وينتفي بين الأقارب ، ولهذا رُوي عن النبيّ صلى الله عليه وسلم « أنّ رَجُلاً أتَاهُ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللهِ ، إنّ امْرَأتِي وَلَدَتْ غُلاَمًا أسْوَدَ ، فَقَالَ : هَلْ لَكَ مِنْ إبلٍ ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : فَمَا ألْوَانُهَا ؟ قَالَ : حُمْرٌ . قال : فَهلْ مِنْ أوْرَق ؟ (١) قال : نَعَمْ . قال : أنى أتَاها ذَلِكَ ؟ قَالَ : لَعَلّ عِرْقًا نَزَعَ . قال : وهذا لَعَلّ عِرْقًا نَزَعَ » متفق عليه . قالوا : ولو كان الشبه كافياً لا كْتُفِيَ به في ولد الملاعنة ، وفيما إذا أقرّ أحد الورثة بأخٍ ، فأنكره الباقون .

ولنا : ما رُوي عن عائشة رضى الله عنها « أنّ النّبيّ صَلّي اللهُ عَلَيْهِ وسَلّمَ دَخَلَ عَلَيْهَا يَوْمًا مسرُورًا تَبْرُقَ أسارِيرُ وَجْهِهِ ، فقَالَ : ألَمْ تَرَىْ أنّ مُجَزِّزًا المُدْلجيّ نظرَ آنِفًا إلَى زَيْدَ وَأسَامَةَ ، وَقدْ غَطّيَا رُءُوسَهُمَا وَبَدتْ أقْدَامُهُمَا فقَالَ : إنّ هَذِهِ الأقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ ؟ » متفق عليه . فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سُرّ به النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم ، ولا اعتمد عليه ، ولأنّ عمر رضى الله عنه قضَى به بحَضْرَةِ الصحابة ، فلم يُنكِرْهُ مُنكر ، فكان إجماعاً ، ويدلّ على ذلك قولُ النبيّ صلّى اللهُ عليهِ وسلّم في ولد الملاعَنَة « انظُرُوهَا ، فإنْ جَاءتْ بِهِ أحْمَشَ (٢) السّاقَيْنِ ، كأنّهُ وَحرَةٌ (٣) فَلاَ أرَاهُ إلاّ قدْ كَذَبَ عَلَيهَا ، وإن جاءت بهِ أكْحَلَ جَعْدًا جَماليًا سَابِغَ الألْيَتَيْنِ خَدَلّجَ (٤) السّاقَيْنِ فَهُوَ لِلّذِى رُمِيَتْ بِهِ » فَأتَتْ بِهِ عَلَى النّعْتِ المَكْرُوهِ . فقال النبيُّ صلّى الله عليه وسلم (لولا الأيمانُ لَكَانَ لي وَلَهَا شأنٌ » فقد حَكم به النبيُّ صلّى الله عليه وسلم للذى أشبهه منهما ، وقوله « لَوْلاَ الإيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأنٌ » يدلّ على أنه لم يمنعه من العمل بالشَّبهَ إلا الأيمان ، فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك قول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم في ابن أمةِ زَمْعَةَ حِينَ رَأى بِهِ شَبَهًا بَيِّنًا بِعُتْبَةَ بْنِ أبِي وَقّاصٍ « احْتَجِبِي مِنْهُ يَا سَوْدَةُ » فعمل بالشبه في حَجْبِ سَوْدَةَ عنه ، فإن قيل : فالحديثان حُجّة عليكم ، إذ لم يحكم النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم بالشَّبَه فيهما ، بل ألحق الولد بزَمْعَةَ ، وقال لعبدِ بْنِ زَمْعَةَ « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ ، الوَلَدَ لِلفِرَاش ، وللعاهِرِ الحَجَر » ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في إقامة الحدّ عليها ، لشبهه بالمقذوف : قلنا : إنّما لم يعمل به في ابن أمةِ زَمْعَةَ ، لأنّ الفراش أقوى ، وترك العمل بالبيّنة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه ، إذا خلت عن المعارض .

وكذلك ترك إقامة الحدّ عليها من أجل إيمانها ، بدليل قوله « لَوْلاَ الأيمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأنٌ »

(١) الأورق : ما في لونه بياض إلى سواد

(٢) أحمش الساقين : دقيقهما رفيعهما

(٣) الوحرة : وزغة أي حشرة كسامّ أبرص

(٤) خدلج الساقين : ممتلئهما غليظهما

على أن ضعف الشبه عن إقامة الحدّ لا يوجب ضعفه عن إلحاق النسب ، فإن الحد في الزنا لا يثبُت إلا بأقوى البيّنات ، وأكثرها عدداً ، وأقوى الإقرار ، حتى يُعتبر فيه تكراره أربعَ مرّات ، ويُدرأ بالشبهات ، والنسبُ يثبُت بشهادة امرأةٍ واحدةٍ على الولادة ، ويثبُت بمجرّد الدعوى ، ويثبُت مع ظهور انتفائه حتى لو أنّ امرأةً أتت بولد وزوجُها غائب عنها منذُ عشرين سنةً لحقَهُ ولدُها ، فكيف يحتجّ على نفيه بعدم إقامة الحدّ ؟ ولأنه حكم بظنّ غالب ، ورأيٍ راجحٍ ممّن هو من أهل الخبرة ، فجاز ، كقول المقوِّمينَ .

وقولُهم إن الشبه يجوز وجوده وعدمه . قلنا : الظاهرُ وجوده ، ولهذا قال النبيّ صلّى الله عليه وسلّم حِينَ قالت أمُّ سَلَمَةَ « أَوَ تَرَى ذَلِكَ الْمَرْأَةُ ؟ قال : فَمِنْ أَيْنَ يَكُونُ الشَّبَهُ ؟ » والحديث الذى احتجُّوا به حُجَّةٌ عليهم ، لأن إنكار الرجل ولده لمخالفة لونه ، وعزمه على نفيه لذلك يدلّ على أن العادة خلافه ، وأن فى طِباع الناس إنكارَه ، وأن ذلك إنما يوجد نادراً ، وإنما ألحقه النبيّ صلّى الله عليه وسلم به ، لوجود الفراش[1] وتجوز مخالفة الظاهر لدليل ، ولا يجوز تركه من غير دليل ، ولأنّ ضعف الشَّبه عن نفى النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته ، فإنّ النسب يُحتاط لإثباته ، ويثبُت بأدنى دليل ، ويلزم من ذلك التشديد فى نفيه ، وأنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلّه ، كما أن الحدّ لمّا انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل ، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه فى الخبر المذكور أن لا يثبُت به النسب فى مسألتنا ، فإن قيل : فهنا إذا عملتم بالقافة فقد نفيتم النسب عمّن لم تُلحقه القافة به ، قلنا : إنما انتفى النسب ههنا لعدم دليله ، لأنه لم يوجد إلا مجرّد الدعوى ، وقد عارضها مثلها ، فسقط حكمها ، وكان الشبه مرجِّحاً لأحدهما ، فانتفت دلالة الأخرى ، فلزم انتفاء النسب ، لانتفاء دليله ، وتقديم اللّعان عليه لا يمنع العمل به عند عدمه ، كاليد تُقدّم عليها البيّنة ، ويُعمل بها .

٤٥١٤ (فصـــل)

والقافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه ، ولا يختصّ ذلك بقبيلة مُعيّنة ، بل من عرف منه المعرفة بذلك ، وتكررّت منه الإصابة فهو قائف ، وقيل : أكثر ما يكون فى بنى مُدْلجٍ رَهْطِ مُجزِّزٍ المُدْلِجِيِّ الذى رأى أُسَامَةَ ، وأباه زيداً ، قد غطَّيا رءوسهما ، وبدت أقدامهما ، فقال « إنَّ هَذِهِ الأقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ » وكان إياس ابن معاوية المُزَنِيّ قائفاً ، وكذلك قيل فى شُرَيح . ولا يُقبل قول القائف إلاّ أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً فى الإصابة ، حرًّا ، لأن قوله حكم ، والحكم تُعتبر له هذ الشروط ، قال القاضى : وتُعتبر معرفة القائف بالتجربة ، وهو أن يترك الصبيّ مع عَشَرةٍ من الرجال غير من يدّعيه ، ويرى إيّاهم ، فإن

(١) لفظ الفراش ساقط من الطبعة الثالثة ولم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

ألحقه بواحد منهم سقط قوله ، لأنا نتبيّن خطأه ، وإن لم يُلحقه بواحد منهم أَرَيْنَاهُ إيّاه مع عِشرِينَ ، فيهم مُدّعيه ، فإن ألحقه لحق ، ولو اعتُبر بأن يرى صبيًّا معروف النسب مع قوم فيهم أبوه ، أو أخوه ، فإذا ألحقه بقريبه عُلمت إصابته، وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز ، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط فى معرفة إصابته ، وإن لم نجرّ به فى الحال ، بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة ، وصحة المعرفة فى مرّات كبيرة جاز .

وقد روينا « أنّ رَجُلاً شَرِيفاً شَكّ فى ولد له من جاريته ، وأبى أن يستلحقه ، فمرّ به إياس بن معاوية فى المكتب ، وهو لا يعرفه ، فقال : ادعُ لى أباك ، فقال له المعلّم : ومن أبو هذا ؟ قال : فلان ، قال : من أين علمت أنه أبوه ؟ قال : هو أشبه به من الغراب . بالغراب ، فقام المعلّم مسروراً إلى أبيه ، فأعلمه بقول إياس ، فخرج الرجل ، وسأل إياساً ، فقال : من أين علمت أنّ هذا ولدى ؟ فقال : سُبحانَ الله ، وهل يخفى على أحد أنه أشبه بك من الغراب بالغراب ؟ فسرّ الرجل ، واستحلق ولده » وهل يُقبل قول واحد ، أولا يقبل إلا قول اثنين ؟ فظاهر كلام أحمد أنّه لا يُقبل إلا قول اثنين ، فإنّ الأثرم رَوى عنه أنه قيل له : إذا قال أحد القافة : هو لهذا ، وقال الآخر : هو لهذا ؟ قال : لا يُقبل واحد حتىّ يجتمع اثنان فيكونان شاهدين ، فإذا شهد اثنان من القافة : أنّه لهذا ، فهو لهذا . لأنه قول يثبُت به النسب ، فأشبه الشهادة ، وقال القاضى : يُقبل قولُ الواحد ، لأنه حكم ، ويقبل فى الحكم قول واحد ، وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين ، فقال : إذا خالف القائف غيرَه تعارضاً ، وسقطاً .

فان قال اثنان قولا ، وخالفهما واحد ، فقولهما أولى ، لأنهما شاهدان ، فقولهما أقوى من قول واحد ، وإن عارض قولُ اثنين قولَ اثنين سقط قول الجميع ، وإن عارض قوْلُ الاثنين ثلاثةً ، أو أكثر لم يرجح ، وسقط الجميع ، كما لو كانت إحدى البيّنتين اثنين ، والأخرى ثلاثة ، فأكثر .

فأمّا إن ألحقته القافة بواحد ، ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بآخر ، كان لاحقاً بالأول ، لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم ، ومتى حكم الحاكم حكماً لم ينتقض بمخالفة غيره له ، وكذلك إن ألحقته بواحد ، ثمّ عادت فألحقته بغيره ، لذلك ، فان أقام الآخرُ بيّنةً أنه ولده حكم له به ، وسقط قول القائف ، لأنه بدل ، فيسقط بوجود الأصل ، كالتيمّم مع الماء .

٤٥١٥ (فصـــــل)

وإن ألحقته القافة بكافر ، أو رقيق ، لم يحكم بكفره ، ولا رقّه ، لأن الحرّية ، والإسلام ثبتا له بظاهر الدار ، فلا يزول ذلك بمجرّد الشبه ، والظنّ ، كما لم يزل ذلك بمجرّد الدعوى من المنفرد ، وإنما قبلنا قول القائف فى النسب للحاجة إلى إثباته ، ولكونه غير مخالف للظاهر . ولهذا اكتفينا فيه بمجرد الدعوى من المنفرد ، ولا حاجة إلى إثبات رقّه ، وكفره وإثباتهما يخالف الظاهر .

ولو ادّعى نسب اللقيط إنسان ، فألحق نسبُه به لانفراده بالدعوى ، ثمّ جاء آخر ، فادعاه لم يزُل نسبه عن الأول ، لأنه حكم له به ، فلم يزل بمجرّد الدعوى ، فإن ألحقته به القافة لحق به ، وانقطع عن الأول ، لأنها بيّنه فى إلحاق النسب ، ويزول بها الحكم الثابت بمجرّد الدعوى كالشهادة .

٤٥١٦ (فصــل)

وإذا ادّعاه اثنان ، فألحقته القافة بهما لحق بهما ، وكان ابنهما يرثهما ميراثَ ابن ، ويرثانه جميعاً ميراث أبٍ واحد . وهذا يُروى عن عمر ، وعليّ رضى الله عنهما ، وهو قول أبى ثور . وقال أصحاب الرأى : يلحق بهما بمجرّد الدعوى ، وقال الشافعيّ : لا يُلحق بأكثر من والد ، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ، ولم يحكم لهما ، واحتجّ برواية عن عمر رضى الله عنه « أنَّ القَافَةَ قَالَتْ : قَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ . فَقَالَ عُمَرَ : وَالِ أَيَّهُمَا شِئْتَ » ولأنّه لا يتصوّر كونه من رجلين ، فإذا ألحقته القافة بهما تبيّنا كذبهما ، فسقط قولهما ، كما لو ألحقته بأمين ، ولأن المدّعين لو اتفقا على ذلك لم يثبتُ ، ولو ادّعاه كلّ واحد منهما ، وأقام بيّنة سقطتا . ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما ، والحق بهما عند تعارض بيّنتهما .

ولنا : ما روى سعيد فى سننه : ثنا سُفيان ، عن يحيى ، عن سعيد ، عن سليمان بن يَسارٍ ، عن عمر ، فى امرأةٍ وَطِئَها رجلان فى طُهْرٍ ، فقال القائف : « قَدِ اشْتَرَكَا فِيهِ جَمِيعاً ، فَجَعَلَهُ بَيْنَهُمَا » وبإسناده عن الشعبيّ قال : وعليّ يقول « هُوَ ابْنُهُمَا ، وهُمَا أَبَوَاهُ يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ » ورواه الزبير بن بكّار ، بإسناده ، عن عمر . وقال الإمام أحمد : حديثُ قَتادَة عَن سَعيدٍ عن عمر جعله بينهما ، وقابوس عن أبيه ، عن عليّ جعله بينهما ، وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيّب فى « رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَا فِى طُهْرِ امْرَأَةٍ فَحَمَلَتْ فَوَلَدَتْ غُلَامًا يُشْبِهُهُمَا فَرُفِع ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فَدَعَا الْقَافَةَ فَنَظَرُوا ، فَقَالُوا : نَرَاهُ يُشْبِهُهُمَا فَأَلْحَقَهُ بِهما ، وَجَعَلَهُ يَرِثُهماَ وَيَرِثَانِهِ » قال سَعيدٌ : عَصَبَتُه الباقى منهما ، وما ذكروه عن عمر لانعلم صحّته ، وإن صحّ فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمرٍ آخر ، إمّا لعدم ثقتهما ، وإما لأنه ظهر له من قولهما ، واختلافه ما يوجب تركه ، فلا ينحصر المانع من قبول قولهما فى أنّهما اشتركا فيه . قال أحمد : إذا ألحقته القافة بهما ورثهما ، وورثاه ، فإن مات أحدهما فهو للباقى منهما ، ونسبه من الأول قائم لايزيله شىء ، ومعنى قوله « هُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا » والله أعلم : أنه يرثه ميراثَ أبٍ كاملٍ ، كما أن الجدّة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدّات ، والزوجة تأخذُ وحدها ما يأخذُه جميعُ الزوجات .

٤٥١٧ (فصــل)

وإن ادعاه أكثرُ من اثنين ، فألحقته بهم القافة ، فنصّ أحمد فى رواية مهنا : أنه يُلحق بثلاثة . ومُقتضى هذا أنه يُلحق بمن ألحقته القافة ، وإن كثروا . قال أبو عبد الله بن حامد : لا يُلحق بأكثر من اثنين ،

وهو قول أبى يوسف ، لأنا صرنا إلى ذلك للأثر ، فيقتصر عليه . وقال القاضى : لا يلحق بأكثر من ثلاثة ، وهو قول محمد بن الحسن ، ورُوى ذلك عن أبى يوسف أيضاً .

ولنا : أن المعنى الذى لأجله لحق باثنين موجود فيما زاد عليه ، فيقاس عليه ، وإذا جاز أن يُلحق من اثنين جاز أن يلحق من أكثر من ذلك ، وقولهم إنّ إلحاقه بالاثنين على خلاف الأصل ممنوع ، وإن سلّمناه ، لكنّه ثبت لمعنًى موجودٍ فى غيره ، فيجب تعدية الحكم به ، كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الأصل ، لا يمنع من أن يُقاس على ذلك مال غيره ، والصيد الحرَمِىّ ، وغيرهما من المحرّمات ، لوجود المعنى ، وهو إبقاء النفس ، وتخليصها من الهلاك ، وأما قولُ من قال أنه يجوز إلحاقه بثلاثة ، ولا يزاد على ذلك ، فتحكم ، فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه ، ولا عدّى الحكم إلى كلّ ما وجد فيه المعنى ، ولا نعلم فى الثلاثة معنًى خاصًّا يقتضى إلحاق النسب بهم ، فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكّم .

٤٥١٨ (فصـــل)

وإذا لم توجد قافة ، أو أشكل الأمر عليها ، أو تعارضت أقوالها ، أو وجد من لا يوثق بقوله لم يرجّح أحدهما بذكر علامة فى جسده ، لأن ذلك لا يرجّح به فى سائر الدعاوى ، سوى الالتقاط فى المال ، واللقيط ، ويضيع نسبه ، هذا قول أبى بكر ، وقد أومأ إليه أحمد رحمه الله ، فى رجلين وقعا على امرأةٍ فى طُهْرٍ واحد إلى أنّ الابن يخيّرٍ أيّهما أحَبّ ، وهو قول أبى عبد الله بن حامد ، قال : يُترك حتى يبلغ ، فينتسب إلى من أحبّ منهما ، وهو قول الشافعىّ الجديد ، وقال فى القديم : حتَّى يميّز ، لقول عمر : « وَالِ أيهُمَا شِئْتَ » ولأن الإنسان يميلُ بطبعه إلى قريبه ، دون غيره ، ولأنه مجهول نسبه أقرّبه مَنْ هو مِن أهل الإقرار ، وصدّقه المُقَرُّ له ، فيثبُت نسبه ، كما لو انفرد ، وقال أصحاب الرأى : يلحق بالمدّعيَيْن بمجرّد الدعوى ، لأن كلّ واحد منهما لو انفرد سُمِعت دعواه ، فإذا اجتمعا ، وأمكن العمل[1] بهما وجب كما لو أقرّ له بمال .

ولنا : أن دعواهما تعارضتا ، ولا حُجّة لواحد منهما ، فلم تثبُت ، كما لو ادّعيا رِقّه ، وقولهم يميل طبعه إلى قرابته ، قلنا : إنما يميل إلى قرابته بعدمعرفته بأنّها قرابته ، فالمعرفة بذلك سبب الميل ، ولاسببَ قبله ، ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته لكنّه قد يميل إلى من أحسن إليه ، فإن القلوب جُبِلَتْ على حبّ من أحسن إليها ، وبُغض من أساء إليها ، وقد يميل إليه لإساءة الآخر إليه ، وقد يميل إلى أحسنهما خُلُقاً ، أو أعظمهما قدراً أو جاهاً أومالاً ، فلايبقى الميل أثر فى الدلالة على النسب ، وقولهم : إنّه صدق المقرّ بنسبه ، قلنا : لايحل له تصديقه ، فإن النبىّ صلى الله عليه وسلم لَعنَ مَنِ ادّعَى إلى غير أبيهِ ، أو تولّى غير مواليه ، وهذا لايعلم أنه أبوه ، فلايأمن أن يكون ملعوناً بتصديقه ، ويفارق ما إذا انفرد ، فإن المنفرد ثبت النسب

---

(١) لفظ العمل ساقط من الطبعة الثالثة ولم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

بقوله من غير تصديق ، وأما قول عمر « وَالِ مَنْ شِئْت » فلم يثبت ، ولو ثبت لم يكن فيه حجّة ، فإنه إنّما أمره بالموالاة ، لابالانتساب ، وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهما ، لو انتسب إلى أحدهما ثم عاد ، وانتسب إلى الآخر ، ونفى نسبه من الأول ، أو لم ينتسب إلى واحدٍ لم يُقبل منه ، لأنه قد ثبت نسبه ، فلا يُقبل رجوعه عنه ، كما لو ادّعى منفرد نسبه ، ثم أنكره ، ويُفارق الصبيّ الذى يخيَّر بين أبويه ، فيختار أحدهما ، ثم يردّ الآخر إذا اختاره ، فإنه لاحكم لقول الصبي ، وإنما تبع اختياره ، وشهوته ، فأشبه مالو اشتهى طعاماً فى يوم ، ثمّ اشتهى غيره فى يوم آخر ، وإن قامت للآخر بنسبه بينة عُمل بها ، وبطل انتسابه ، لأنها تُبطل قول القافة الذى هو مقدّم على الانتساب ، فلأن تبطل الانتساب أولى ، وإن وُجدت قافة بعد انتسابه ، فألحقته بغير من انتسب إليه بطل انتسابه أيضاً ، لأنه أقوى ، فبطل به الانتساب ، كالبيِّنة مع قول القافة .

٤٥١٩ (فصـــل)

وإن ادّعت امرأتان نسبَ ولدٍ ، فذلك مبنيّ على قبول دعوتهما ، فإن كانتا ممّن لاتُقبل دعوتهما لم تُسمع دعوتهما ، وإن كانت إحداهما ممّن تُسمع دعوتها دون الأخرى فهو ابن لها ، كالمنفردة به ، وإن كانتا جميعاً ممن تُسمع دعوتهما ، فهما فى إثباته بالبيِّنة ، أو كونه يُرى القافة مع عدمها ، كالرجلين . قال أحمد فى رواية بكر بن محمد ، فى يهوديّة ، ومسلمة ، ولدتا فادّعت اليهوديّة ولد المسلمة ، فتوقّف ، فقيل : يُرَى القافة ؟ فقال : ما أحسنه . ولأن الشبه يوجَدُ بينها . وبين ابنها ، كوجوده بين الرجل وابنه ، بل أكثر ، لاختصاصهما بحمله ، وتغذيته ، والكافرة ، والمسلمة ، والحرّة ، والأمة فى الدعوى واحدة ، كما قلنا فى الرجل وهذا قول أصحاب الشافعى ، على الوجه الذى يقولون فيه بقبول دعوتهما ، وإن ألحقته القافة بأمّين لم يلحق بهما ، وبطل قول القافة ، لأننا نعلم خطأه يقيناً ، وقال أصحاب الرأى : يُلحق بهما ، بمجرّد الدعوى ، لأن الأمّ أحدُ الأبوين ، فجاز أن يُلحق باثنين ، كالآباء .

ولنا : أن كونه منهما محالٌ يقيناً ، فلم يجز الحكم به ، كما لو كان أكبر منهما ، أو مثلهما ، وفارق الرجلين ، فإن كونه منهما ممكن ، فإنه يجوز اجتماع النطفتين لرجل فى رحم امرأة ، فيمكن أن يُخلَق منهما ولد ، كما يُخلق من نطفة الرجل ، والمرأة ، ولذلك قال القائف لعمر « قَدِ اشْتَرَكا فِيهِ » ولايلزم من إلحاقه بمن يتصوّر كونه منه إلحاقَه بمن يستحيل كونه منه ، كما لم يلزم من إلحاقه بمن يولد مثله لمثله الحاقَه بأصغر منه .

٤٥٢٠ (فصـــل)

فإن ادّعى نسبه رجل ، وامرأة ، فلا تنافى بينهما ، لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح ، كان بينهما ،

أو وطء شُبهة ، فيلحق بهما جميعاً ، ويكون ابنهما بمجرّد دعواها ، كما لو انفرد كلّ واحد منهما بالدعوى ، وإن قال الرجل : هذا ابنى من زوجتى ، وادّعت زوجته ذلك ، وادّعته امرأة أخرى ، فهو ابن الرجل ، وهل ترجّح زوجته على الأخرى؟ يحتمل وجهين :

أحدها : ترجّح لأن زوجها أبوه ، فالظاهر أنها أمّه ، ويحتمل أن يتساويا ، لأن كلّ واحدة منهما لو انفردت لألحق بها ، فإذا اجتمعتا تساوتا .

٤٥٢١ (فصـــل)

وإن ولدت امرأتان ابناً وبنتاً ، فادّعت كلّ واحدة منهما أن الابن ولدها دون البنت احتمل وجهين:
أحدها : أن ترى المرأتين القافةُ مع الوالدين ، فيلحق كلّ واحد منهما بمن ألحقته به ، كما لو لم يكن لهما ولد آخر .

والثانى : أن نعرض لبنَيْهما على أهل الطبّ ، والمعرفة ، فإنّ ابن الذكر يُخالف لبن الأنثى فى طبعه ، وزنته ، وقد قيل : لبن الابن ثقيل ، ولبن البنت خفيف ، فيُعتبران بطباعهما ، ووزنهما ، وما يختلفان به عند أهل المعرفة ، فمن كان لبنها لبن الابن فهو ولدها ، والبنت للأخرى ، فإن لم يوجد قافة اعتبرنا اللبن خاصّةً ، وإن تنازعا أحد الوالدين ، وهما جميعاً ذكران ، أو انثيان عُرِضوا على القافة ، كما ذكرنا فيما تقدّم .

٤٥٢٢ (فصــــل)

ولو ادّعى اللقيطَ رجلان ، فقال أحدهما : هو ابنى ، وقال الآخر : هو ابنى ، نظرنا ، فإن كان ابناً فهو لمدّعيه ، وإن كانت بنتاً فهى لمدّعيها ، لأن كلّ واحد منهما لا يستحقّ غير ما ادّعاه ، وإن كان خنثى مشكلاً أُرِىَ القافة معهما ، لأنه ليس قولُ واحد منهما أولى من الآخر ، وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنةً بما ادّعاه ، فالحكم فيهما كالحكم فيما لو انفرد كلّ واحد منهما بالدعوى، لأن بيّنة الكاذب منهما كاذبةٌ وجودها كعدمها ، والأخرى صادقة ، فيتعيّن الحكم بها .

٤٥٢٣ (فصــــل)

وإذا وطىء رجلان امرأةً فى طُهْرٍ واحد وطئاً يُلحَقُ النسب بمثله ، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما مثل أن يطأ جاريةً مشتركة بينهما فى طهر ، أو يطأ رجل امرأة آخرَ ، أو أمته بشُبهة فى الطهر الذى وطئها زوجها ، أو سيّدها فيه ، بأن يجدها على فراشه فيظنّها زوجته ، أو أمته ، أو يدعو زوجته فى ظُلمة فتجيبه زوجةُ آخرَ ، أو جاريته ، أو يتزوّجها كلّ واحد منهما تزويجاً فاسداً ، أو يكون نكاح أحدهما صحيحاً والآخرُ فاسداً ، مثل أن يُطلّق رجل امرأته ، فينكحها آخرُ فى عدّتها ، ووطئها . أو يبيع جاريةً

فيطؤها المشترى قبل استبرائها ، وتأتى بولد يمكن أن يكون منهما ، فإنه يُرَى القافة معهما ، فبأيهما ألحقوه لحق ، والخلاف فيه كالخلاف فى اللقيط .

٤٥٢٤ (فصــــل)

وإذا ادّعى رقّ اللقيط مدّعٍ سُمعت دعواه ، لأنها ممكنة ، وإن كانت مخالفة لظاهر الدار ، فإن لم تكن له بيّنة فلا شىء له ، لأنها دعوى تخالف الظاهر ، وتخالف دعوى النسب من وجهين :

أحدهما : أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ، ودعوى الرقّ مخالفة له .

والثانى : أن دعوى النسب نثبتُ بها حقًّا للقيط ، ودعوى الرقّ تثبت حقًّا عليه ، فلم تقبل بمجرّدها ، كما لو ادّعى رقّ غير اللقيط ، فإذا لم تكن له بيّنة سقطت الدعوى ، وإن كانت له بيّنة لم تخلُ : إمّا أن تشهد باليد ، أو بالملك ، أو بالولادة ، فإن شهدت بالملك ، أو باليد لم تُقبل فيه إلا شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، وإن شهدت بالولادة قُبل فيه امرأة واحدة ، أو رجل واحد ، لأنه ممّا لا يطّلع عليه الرجال ، ثم ننظر فإن شهدَت البيّنة باليد ، فإن كانت للملتقط لم يثبُت بها ملك ، لأننا عرفنا سبب يده ، فإن كانت لأجنبىّ حكم له باليد ، والقولُ قوله مع يمينه فى الملك . وإن شهدت بالملك ، فقالت : نشهد أنه عبده ، أو مملوكه حكم بها ، وإن لم تذكر سبب الملك ، كما لو شهدت بملك دار ، أو ثوب ، فإن شهدت بأن أمته ولدته فى ملكه حكم له به ، لأن أمته لا تلد فى ملكه إلا ملكه ، وإن شهدت أنه ابن أمته ، أو أن أمته ولدته ، ولم تقل فى ملكه احتمل أن يثبُت له الملك بذلك ، كقولها فى ملكه ، لأنّ أمته ملكه ، فنماؤها ملكه كسِمَنها . واحتمل أن لا يثبُت الملك ، لأنه يجوز أن تلده قبل ملكه لها ، فلا تكون له ، وهو ابن أمته .

٤٥٢٥ (فصــــل)

وإن ادّعى رقّ اللقيط بعد بلوغه مدّعٍ كلّف إجابته ، فإن أنكر ولا بيّنة للمدّعى لم تقبل دعواه ، وإن كانت له بيّنة حكم له بها . فإن كان اللقيط قد تصرّف قبل ذلك ببيع ، أو شراء ، نقضت تصرّفاته ، لأنه بان أنه تصرّف بغير إذن سيّده ، وإن لم تكن بيّنة فأقرّ بالرقّ نظرنا : فإن كان اعترف لنفسه بالحريّة قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرقّ ، لأنه اعترف بالحرية ، وهى حقّ لله تعالى ، فلا يُقبل رجوعه فى إبطاله ، وإن لم يكن اعترف بالحرّية احتمل وجهين :

أحدهما : يُقبل ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه مجهول الحال ، أقرّ بالرقّ ، فيقبل ، كما لو قدم رجلان من دار الحرب ، فأقرّ أحدهما للآخر بالرقّ ، كما لو أقرّ بقصاص ، أو حدّ ، فإنه يُقبل ، وإن تضمّن ذلك فوات نفسه ، ويحتمل أن لا يقبل ، وهو الصحيح ، لأنه يَبطُل به حقّ الله تعالى فى الحرّية المحكوم بها ،

فلم يصح كما لو أقر قبل ذلك بالحرية ، ولأنه محكوم بحريته ، فلم يقبل إقراره بالرق ، كما ذكرنا ، ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه ، ولا حريتها ، ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه ، لأنه فى تلك الحال ممن لا يعقل ، ولم يتجدد له رق بعد التقاطه ، فكان إقراره باطلاً ، وهذا قول القاسم ، وابن المنذر ، وللشافعى وجهان ، كما ذكرنا ، فإن قلنا : يقبل إقراره صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزنى ، وهو أحد قولى الشافعى ، لأنه أقر بما يوجب حقًّا له ، وحقًّا عليه ، فوجب أن يثبُت ما عليه دون ماله ، كما لو قال : لفلان على ألف درهم ، ولى عنده رهن ، ويحتمل أن يُقبل إقراره فى الجميع ، وهو القول الثانى للشافعى ، لأنه ثبت ما عليه ، فيثبت ماله كالبيّنة ، ولأن هذه الأحكام تبع للرق ، فإذا ثبت الأصل بقوله ثبت التبع ، كما لو شهدت امرأة بالولادة تَثْبتُ ، ويثبت النسب تبعاً لها ، وأما إن أقر بالرق ابتداء لرجل فصدقه ، فهو كما لو أقر به جواباً ، وإن كذبه بطل إقراره ، ثم إن أقر به بعد ذلك لرجل آخر جاز ، وقال بعض أصحابنا : يتوجه أن لا يُسمع إقراره الثانى ، لأن إقراره الأول تضمّن الاعتراف بنفى مالك له سوى هذا المقر ، فإذا بطل إقراره برد المقر له بقى الاعتراف بنفى مالك له غيره ، فلم يقبل إقراره بما نفاه ، كما لو أقر بالحرية ، ثم أقر بعد ذلك بالرق .

ولنا : أنه إقرار لم يقبله المقَر له ، فلم يمنع إقراره ثانياً ، كما لو أقر له بثوب ، ثم أقر به لآخر بعد رد الأول : وفارق الإقرار بالحرية ، فإن إقراره بها لم يبطُل ولم يرد .

٤٥٢٦ (فصل)

إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه لم يَخلُ من أن يكون ذكراً أو أنثى . فإن كان ذكراً ، فإن كان قبل الدخول فسد نكاحه فى حقه ، لأنه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده ، ولها عليه نصف المهر ، لأنه حق عليه ، فلم يسقط بقوله ، وإن كان بعد الدخول فسد نكاحه أيضاً ، ولها عليه المهر جميعُه ، لما ذكرنا ، لأن الزوج يملك الطلاق ، فإذا أقر بما يوجب الفرقة لزمته ، وولده حر تابع لأمّه ، وإن كان متزوّجا بأمة فولده لسيدها ، ويتعلّق المهر برقبته ، لأن ذلك من جناياته ، ويَفديه سيّده ، أو يسلمه ، وإن كان فى يده كسب استوُفِى المهر منه ، لأنه لم يثبُت إقراره به لسيّده بالنسبة إلى امرأته ، فلا ينقطع حقها منه باقراره ، وإن قلنا : يقبلُ قوله فى جميع الأحكام فالنكاحُ فاسد ، لكونه تزوّج بغير إذن سيّده ، ويفرق بينهما ، ولا مهر لها عليه ، إن لم تكن مدخولاً بها ، وإن كان دخل بها فلها عليه المهر المسمّى جميعُه فى إحدى الروايتين ، والأخرى خُمساه ، وإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح فى حقه ، وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لإقرارها بفساد نكاحها ، وأنها أمة تزوّجت بغير إذن سيّدها ، والنكاح

الفاسد لا يجب المهر فيه إلاّ بالدخول ، وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها ، ولسيِّدها الأقلُّ من المسمَّى ، أو مهر المثل ، لأن المسمَّى إن كان أقلّ فالزوج ينكر وجوب الزيادة عليه ، وقولها غيرُ مقبول فى حقّه ، وإن كان الأقلّ مهر المثل ، فهى وسيِّدها يقرّان بفساد النكاح ، وأن الواجب مهر المثل ، فلا يجب أكثر منه إلا على الرواية التى يجب فيها المسمّى فى النكاح الفاسد ، فيجب ههنا المسمّى قلّ أو كثر ، لاعتراف الزوج بوجوبه ، وأما الأولاد فأحرار ، ولا تجب قيمتهم ، لأنه لو وجب لوجب بقولها ، ولا يجب بقولها حقّ على غيرها ، ولا يثبت الرقّ فى حقّ أولادها بإقرارها ، فأمّا بقاء النكاح ، فيقال للزوج قد ثبت أنّها أمة ولدها رقيق لسيّدها ، فإن اخترت المقام على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها ، وسواء كان ممّن يجوز له نكاح الإماء ، أو لم يكن لأنّا لو اعتبرنا ذلك ، وأفسدنا نكاحه لكان إفساداً للعقد جميعه بقولها ، لأن شروط نكاح الأمة لا تعتبر فى استدامة العقد ، إنّما تعتبر فى ابتدائه ، فإن قيل : فقد قبلتم قولها فى أنها أمة فى المستقبل ، وفيه ضرر على الزوج ؟ قلنا : لم يُقبل قولها فى إيجاب حقّ لم يدخل فى العقد عليه ، فأمّا الحكم فى المستقبل فيمكن إيفاء حقّه ، وحقّ من ثبت له الرقّ عليها ، بأن يُطلّقها ، فلا يلزمه ما لم يدخل عليه ، أو يقم على نكاحها ، فلا يسقط حقّ سيّدها ، فإن طلّقها اعتدت عدّة الحرّة ، لأن عدّة الطلاق حقّ للزوج بدليل أنها لا تجب إلا بالدخول ، وسببها النكاح السابق ، فلا يُقبل قولها فى تنقيصها ، وإن مات اعتدّت عدّة الأمة ، لأن المغلّب فيها حقّ الله تعالى ، بدليل وجوبها قبل الدخول ، فقبل قولها فيها . ومن قال بقبول قولها فى جميع الأحكام فهذه أمة ، قد تزوّجت بغير إذن سيّدها ، فنكاحها فاسد ، ويفرّق بينهما ، وإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان دخل بها وجب لها مهر أمةٍ نكحت بغير إذن سيّدها ، على ما ذكر فى موضعه ، وهل ذلك مهرُ المثل أو المسمّى ؟ فيه روايتان ، وتعتدّ بحيضتين ، لأنه وطء فى نكاح فاسد ، وأولاده أحرار ، لاعتقاده حرّيتها . فإنه مغرور بحرّيتها ، وعليه قيمتهم يوم الوضع ، وإن مات عنها لم تجب عدّة الوفاة .

٤٥٢٧ (فصـــــل)

وإن كان قد يصرّف ببيع ، أو شراء فتصرّفه صحيح ، وما عليه من الحقوق ، والأثمان يؤدّى ممّا فى يديه ، وما فضل عليه ففى ذمّته . لأن معامله لا يعترف برقّه . ومن قال بقبول إقراره فى جميع الأحكام قال بفساد عقوده كلّها ، وأوجب ردّ الأعيان إلى أربابها ، إن كانت باقية ، وإن كانت تالفةً وجبت قيمتها فى رقبته ، إن قلنا إنّ ما استدان العبد بغير إذن سيّده فهو فى رقبته ، وإن قلنا : بأن استدانة العبد فى ذمّته فهذا كذلك ، ويتّبع به بعد العتق ، لأنه ثبت رضى صاحبه.

٤٥٢٨ (فصـــــل)

وإن كان قد جنى جنايةً موجبةً للقصاص فعليه القَوَدُ ، حراً كان المجنىّ عليه أو عبداً ، لأن إقراره

بالرقّ يقتضى وجوب القوَد عليه فيما إذا كان المجنىّ عليه عبداً أو حرّاً ، فقبل إقراره فيه ، وإن كانت الجناية خطأ تعلّق أرشها برقبته ، لأن ذلك مُضرّ به ، فإن كان أرشها أكثر من قيمته ، وكان فى يده مال استوفى منه ، وإن كان مما تحمِلهُ العاقلة لم يُقبل قوله فى إسقاط الزيادة ، لأن ذلك يضرّ بالمجنىّ عليه ، فلا يقبل قوله فيه ، وقيل : تجب الزيادة فى بيت المال ، لأنّ ذلك كان واجباً للمجنىّ عليه ، فلا يقبل قوله فى إسقاطه . وإن جنى عليها جنايةً موجبةً للقوَد ، وكان الجانى حرّاً سقط ، لأن الحرّ لا يُقاد منه للعبد ، وقد أقرّ المجنىُّ عليه بما يُسقط القصاص ، وإن كانت موجبةً لمال يَقلّ بالرق وجب أقلُّ الأمرين ، وإن كان مساوياً للواجب قبل الإقرار وجب ، ويدفع الواجب إلى سيّده ، وإن كان الواجب يكثر لكون قيمته عبداً ، أكثر من ديته حرّاً ، لم يجب إلا أرش الجناية على الحرّ ، ومن قَبِل قولهَ فى الأحكام كلّها أوجب أرش الجناية على العبد ، وإن كان الأرش تحمله العاقلة إذا كان حراً سقط عن العاقلة ، ولم يجب على الجانى ، لأن إقراره بالرقّ يتضمّن إقراره بالسقوط عن العاقلة ، ولم يقبل فى إيجابه على الجانى ، فسقط ، وقيل : لا يتحوّل عن العاقلة ، ومن قال لا يُقبل إقراره فى الأحكام كلّها أوجبَ الأرش على الجانى .

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصيّة مثل العطايا جمع عطيّة ، والوصيّة بالمال هى التبرّع به بعد الموت ، والأصل فيها الكتاب ، والسنّة ، والإجماع ، أمّا الكتاب فقولُ الله سبحانه وتعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ[1]) وقَال الله تعالى (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ[2]) وأما السنّة فرَوى سعد بن أبى وقاص ، قال : جاءنى رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم يَعُودُنِي عامَ حَجَّةِ الوداع ، مِنْ وَجَعٍ اشتدّ بى ، فقلت : يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة أفأتصدّق بثُلُثَيْ مالى؟ قال : «لا» قلت : فبالشّطر يا رسول الله ؟ قال : «لا» ، قلت : فبالثلث ؟ قال : « الثلُث ، والثلُث كثير ، إنَّك أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أغنياء خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » وعن ابن عمر : أنّ رسولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم قال : « مَاحَقُّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي بِهِ يبيتُ لَيْلَتَيْنِ إلا وَوَصِيَّتُه مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » متفق عليهما ، ورَوى أبو أُمامةَ قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وسلم يَقُولُ « إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » رواه سعيد ، وأبو داود ، والترمذيُّ ، وقال : حديث حسن ، صحيح ، وعن علىّ رضى الله عنه قال « إنَّكُمْ تَقْرَءُونَ هَذه الآية (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) وَإِنّ النبيَّ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسلم قضى أنّ الدَّيْنَ قَبلَ الْوَصِيَّةِ » ورواه الترمذيُّ ، وأجمع العلماء فى جميع الأمصار ، والأعصار ، على جواز الوصيّة .

٤٥٢٩ (فصــــل)

ولا تجب الوصيّة الا على من عليه دين ، أو عنده وديعة ، أو عليه واجب يوصى بالخروج منه ، فإنّ الله تعالى فرض أداء الأمانات ، وطريقهُ فى هذا الباب الوصيّة ، فتكون مفروضةً عليه ، فأمّا الوصيّة بجزء من ماله فليست بواجبةٍ على أحدٍ فى قول الجمهور ، وبذلك قال الشعبيُّ ، والنخعيُّ ، والثوريُّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم ، وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أنّ الوصيّة غيرُ واجبةٍ إلا على مَنْ عليه حقوق بغير بَيِّنة ، وأمانةٌ بغير إشهاد ، إلا طائفةً شذّت ، فأوجبتها ، رُوى عن الزهريّ أنه قال : جَعَلَ اللهُ الوَصِيَّة حقًّا ممّا قلّ أو كثر ، وقيل لأبى مِجْلَز : على كلّ ميّتٍ وَصيّة ؟ قال : إن ترك خيراً ، وقال أبو بكر عبد العزيز : هى واجبة للأقربين ، الذين لا يرثون ، وهو قول داود ، وحكى ذلك

(١) بعض الآية ١٨٠ من سورة البقرة
(٢) بعض الآية ١١ من سورة النساء

عن مسروق ، وطاوس ، وإياس ، وقتادة ، وابن جرير ، واحتجُّوا بالآية ، وخبر ابن عمر ، وقالوا : نُسخت الوصيَّة للوالدين ، والأقربين الوارثين ، وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين .

ولنـا : أن أكثر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يُنقل عنهم وصيّة،ولم ينقل لذلك نكير ، ولو كانت واجبةً لم يُخِلُّوا بذلك ، ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً ، ولأنها عطيّة لا تجب فى الحياة ، فلا تجب بعد الموت ، كعطيّة الأجانب ، فأما الآية فقال ابن عباس : نسخها قولُه سبحانه : (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ)[1] وقال ابن عمر : نسختها آيةُ الميراث ، وبه قال عِكرمة ، ومجاهد ، ومالك ، والشافعيّ ، وذهب طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسّنة إلى أنها نُسخت بقول النبيّ صلى الله عليه وسلم . «إِنَّ اللهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّهُ ، فلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِث»وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب، أو عنده وديعة .

٤٥٣٠ (فصــــل)

وتستحبّ الوصيَّة بجزء من المال لمن ترك خيراً ، لأن الله تعالى قال : (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ)[2] فنُسِخ الوجوب، وبقى الاستحباب فى حقّ من لا يرث ، وقد رُوى عن ابن عمر قال : قالَ رَسولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم : « يَا ابْنَ آدَمَ ، جَعَلْتُ لَكَ نَصِيباً مِنْ مَالِكَ حِينَ أَخَذْتُ بِكَظَمِكَ لِأُطَهِّرَكَ وَأُزَكِّيَكَ » وعن أبى هريرة قال : قالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ » رواهما ابن ماجه،وقال الشعبيّ : من أوصى بوصيّة ، فلم يجُرْ ولم يَحِفْ كان له من الأجر مثلُ ما لو أعطاها وهو صحيح ، وأما الفقير الذى له ورثة محتاجون ، فلا يستحبّ له أن يُوصِىَ ، لأن الله قال فى الوصية (إِنْ تَرَكَ خَيْراً) وقال النبيّ صلّى الله عليه وسلم لسعد : إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » وقال : « ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » وقال علىّ رضى الله عنه لرجل أراد أن يُوصِىَ : إنكَ لَنْ تَدَعْ طَائِلاً ، إنّما تَرَكْتَ شيئاً يسيراً فدعْهُ لِوَرَثَتِك ، وعنه: أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة ، وروى عن عائشة رضى الله عنها : أن رجلاً قال لها « لِى ثَلَاثَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ وَأَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ أَفَأُوصِى ؟ فقالت : اجْعَلِ الثَّلَاثَةَ لِلْأَرْبَعَةِ » وعن ابن عباس قال : من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصيّة . وقال عُروة : دخل علىّ على صديق له يَعودُه ، فقال الرجل . إنى أريد أن أوصىَ ، فقال له : إن الله تعالى يقول (إِنْ تَرَكَ خَيْراً) وإنّك إنّما تدع شيئاً يسيراً ، فدعه لورثتك .

واختلف أهلُ العلم فى القدر الذى لا تستحبّ له لمالكه ، فرُوى عن أحمد : إذا ترك دون الألف لا تستحب الوصيّة ، وعن علىّ أربعمائة دينار ، وقال ابن عباس : اذا ترك الميّت سبعمائة درهم فلا يوصى ، وقال : من

(١) بعض الآية ٧ من سورة النساء . (٢) بعض الآية ١٨٠ من سورة البقرة .

ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً ، وقال طاوس : الخيرُ ثمانون ديناراً ، وقال النخعي : ألف ، وخمسمائة ، وقال أبو حنيفة : القليلُ أن يُصيب أقلّ الورثة سهمًا خمسون درهمًا ، والذى يقوى عندى أنه متى كان المتروك لا يفضُل عن غنيَ الورثة فلا تستحبّ الوصيّة ، لأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم علّل المنع من الوصيّة بقوله : « أَنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً » ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبيّ ، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم إياه ، فيكون ذلك أفضلَ من الوصية به لغيرهم ، فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة ، فى كثرتهم ، وقلتهم ، وغناهم ، وحاجتهم ، فلا يتقيَّد بقدرٍ من المال ، والله أعلم .

وقد قال الشعبيّ : ما من مالٍ أعظمَ أجراً من مالٍ يتركه الرجل لولده يُغنيهم به عن الناس .

٤٥٣١ (فصـــــــل)

والأولى أن لا يستوعب الثلثَ بالوصيّة ، وإن كان غنيًّا ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ » قال ابن عباس : لو أنّ الناسَ غضّوا من الثلث : فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال : « الثلثُ كثيرٌ » متّفق عليه . وقال القاضى ، وأبو الخطّاب : إن كان غنيًّا استُحِبّ الوصيّة بالثلث .

ولنا : أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال لسعد « والثلثُ كثيرٌ » مع إخباره إيّاه بكثرة ماله ، وقلة عياله ، فإنه قال فى الحديث : « إنَّ لِي مَالاً كَثِيراً ، وَلاَ يَرِثُنِي إلا ابْنَتِي » . وروى سعيدُ بن خالد ، ثنا بن عبد الله ، ثنا بن عطاء بن السائب ، عن أبى عبدالرحمن السّلَميّ ، عن سعيد بن مالك، قال : مَرِضْتُ مَرَضاً فعادَنِي رسولُ اللهِ صلى اللهُ عليهِ وسلم فقال لى « أَوْصَيْتَ » ؟ فقلت : نعم . أوصيتُ بمالى كلّه للفقراء ، وفى سبيل الله . فقال لى رسولُ الله صلى الله عليه وسلم « أَوْصِ بِالعُشْرِ » فقلت : يا رَسُولَ الله ، إنّ مالِي كثير ، وورثتى أغنياء ، فلم يزل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم يناقِصُنِي وأناقِصُه حتى قال : « أوْصِ بالثّلُثِ ، والثلث كثيرٌ » وقال أبو عبد الرحمن : لم يكن أحد منّا يبلُغ فى وصيّته الثلث حتى ينقُص منه شيئاً ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « الثلُث ، والثلُث كثيرٌ » .

إذا ثبت هذا : فالأفضل للغنيّ الوصيّة بالخُمس ، ونحوُ هذا يروى عن أبى بكر الصديق ، وعليٍّ بن أبى طالب رضى الله عنهما ، وهو ظاهر قول السلف ، وعلماء أهل البَصْرة ، ويروى عن عمر رضى الله عنه ، أنه جاءه شيخ فقال : يا أمير المؤمنين . أنا شيخٌ كبير، ومالى كثير ، ويرثنى أعراب، موالى كلالةٍ مَنْزُوحٌ نَسَبُهُمْ ، أفأوصى بمالى كله ؟ قال : لا . قال : فلم يزل يحطّ حتى بلغ العُشْر ، وقال إسحاق : السنّة الربعُ إلا أن يكون رجلاً يعرف فى ماله حُرمةَ شُبُهاتٍ ، أو غيرِها فله استيعابُ الثلث .

ولنا : أن أبا بكر الصدّيق رضى الله عنه أوصى بالخمس ، وقال : رضيتُ بما رضى اللهُ به لنفسه ، يعنى قوله تعالى : (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ)(١) ، ورُوى أن أبابكر وعليًّا رضى الله عنهما أوصيا بالخمس ، وعن علىّ رضى الله عنه أنه قال : لأن أوصىَ بالخمس أحبُّ إلىّ من الربع ، وعن إبراهيم قال : كانوا يقولون : صاحبُ الربع أفضلُ من صاحب الثلث ، وصاحبُ الخمس أفضلُ من صاحب الربع ، وعن الشعبىّ قال : كان الخمس أحبَّ إليهم من الثلث ، فهو منتهى الجامح ، وعن العلاء ابنِ زياد قال : أوصَى أبى أن أسأل العلماء : أىُّ الوصيَّة أعدلُ ، فما تتابعوا عليه فهو وصيّته ؟ فتتابعوا على الخمس .

٤٥٣٢ (فصـــــل)

والأفضل أن يجعل وصيّته لأقاربه الذين لا يرثون ، إذا كانون فقراء ، فى قول عامّة أهل العلم ، قال ابن عبد البرّ : لا خلاف بين العلماء علمتُ فى ذلك ، إذا كانوا ذوى حاجةٍ ، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصيَّة للوالدين ، والأقربين ، فخرج منه الوارثون ، بقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » وبقى سائر الأقارب لهم ، وأقلُّ ذلك الاستحباب ، وقد قال الله تعالى (وَآتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ)(٢) وقال تعالى (وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى)(٣) فبدأ بهم ، ولأن الصدقة عليهم فى الحياة أفضلُ ، فكذلك بعد الموت ، فإن أوصى لغيرهم ، وتركهم صحّت وصيّته فى قول أكثر أهل العلم ، منهم سالم ، وسليمان بن يَسار ، وعَطاء ، ومالك ، والثورىّ ، والأوزاعىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وحُكى عن طاوس ، والضحَّاك ، وعبد الملك بن يَعْلى : أنَّهم قالوا : يُنزع عنهم ، ويُردُّ إلى قرابته ، وعن سعيد بن المسيَّب ، والحسن ، وجابر بن زيد : للذى أوصى له ثلث الثلث ، والباقى يُردُّ إلى قرابة الموصى ، لأنه لو أوصى بماله كلِّه لجاز منه الثلث ، والباقى رَدٌّ على الورثة ، وأقاربُه الذين لا يرثونه فى استحقاق الوصيَّة كالورثة فى استحقاق المال كلِّه .

ولنا : ما روى عمران بن حُصَين : أن رجلاً أعتق فى مرضه ستَّةَ أعبُد ، لم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبىَّ صلّى الله عليه وسلم فدعاهم ، فجزّأهم ثلاثةَ أجزاء ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرقَّ أربعةً ، فأجاز العتقَ فى ثلثه لغير قرابته ، ولأنها عطيَّة ، فجازت لغير قرابته ، كالعطيَّة فى الحياة .

---

(١) بعض الآية ٤١ من سورة الأنفال .

(٢) بعض الآية ٢٦ من سورة الإسراء

(٣) بعض الآية ١٧٧ من سورة البقرة

٤٥٣٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا وصيَّة لوارث إلا أن يُجيز الورثة ذلك ﴾

وجملة ذلك : أن الإنسان إذا وصّى لوارثه بوصيّة، فلم يُجزها سائر الورثة لم تصحّ بغير خلاف بين العلماء قال ابن المنذر ، وابن عبد البرّ : أجمع أهلُ العلم على هذا ، وجاءت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ، فروى أبو أمامة قال : سمعتُ رسُولَ الله صلّى الله عليه وسلم يقول « إنّ الله قَدْ أعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلاَ وَصِيَّةَ لِوارِثٍ » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والترمذيّ ، ولأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم منع من عطيّة بعض ولده ، وتفضيل بعضهم على بعض ، فى حال الصحّة ، وقوة الملك ، وإمكان تلافى العدل بينهم ، بإعطاء الذى لم يُعطه فيما بعد ذلك ، لما فيه من إيقاع العداوة ، والحسد بينهم ، ففى حال موته ، أو مرضه ، وضعف ملكه ، وتعلّق الحقوق به ، وتعذّر تلافى العدل بينهم أولى ، وأحرى ، وإن أجازها جازت فى قول الجمهور من العلماء ، وقال بعض أصحابنا : الوصيّة باطلة ، وإن أجازها سائر الورثة ، إلاّ أن يعطوه عطيّة مبتدأةً أخذاً من ظاهر قول أحمد ، فى رواية حنبل : لا وصيّة لوارث ، وهذا قولُ المُزنىّ ، وأهل الظاهر ، وهو قول للشافعىّ ، واحتجّوا بظاهر قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ وَصِيَّةَ لِوارِثٍ » وظاهر مذهب أحمد، والشافعىّ ، أنّ الوصية صحيحة فى نفسها ، وهو قول جمهور العلماء ، لأنه تصرّف صدر من أهله فى محلّه ، فصحّ ، كما لو وصّى لأجنبىّ ، والخبر قد روى فيه « إلاّ أنْ يُجيزَ الوَرَثَةُ » والاستثناء من النفى إثبات ، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصيّة عند الإجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه : لا وصية نافذةً أو لازمةً أو ما أشبه هذا ، أو يقدر فيه : لا وصيّة لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة ، وفائدة الخلاف: أنّ الوصيّة إذ كانت صحيحةً فإجازة الورثة تنفيذ ، وإجازة محضةٌ يكفى فيها قول الوارث : أجزتُ أو أمضيتُ ، أو نفّذت ، فإذا قال ذلك لزمت الوصيّة ، وإن كانت باطلةً كانت الإجازة هبةً مبتدأةً تفتقر إلى شروط الهبة ، من اللفظ ، والقبول ، والقبض ، كالهبة المبتدأة ، ولو رجع المجيز قبل القبض فما يُعتبر فيه القبض صحّ رجوعُه .

٤٥٣٤ (فصـــل)

وإن أسقط عن وارثه ديناً أو أوصى بقضاء دينه ، أو أسقطت المرأةُ صداقها عن زوجها ، أو عَفَى عن جناية موجَبُها المال ، فهو كالوصيّة ، وإن عَفَى عن القصاص ، وقلنا : الواجبُ القصاصُ عيناً سقط إلى غير بدلٍ ، وإن قلنا : الواجبُ أحدُ شيئين سقط القصاصُ ، ووجب المال ، وإن عَفى عن حَدّ القذف سقط مُطلقاً ، وإن وصّى لغريم وارثه صحّت الوصيّة ، وكذلك إن وهب له ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو حنيفة ،

وقال أبو يوسف : هو وصيّة للوارث ، لأن الوارث ينتفع بهذه الوصيّة ، وتُستوفىَ ديونه منها .

ولنا : أنه وصى لأجنبيّ ، فصحّ ، كما لو وصى لمن عادتُه الإحسان إلى وارثه وإن وصى لولد وارثه صحّ ، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى ، قال طاوس ، فى قوله عزّ وجلّ (فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا)[1] قال : أنْ يُوصىَ لولد ابنته ، وهو يُريد ابنته . رواه سعيد ، قال ابن عبّاس : الجَنَفُ فى الوصيّة : والإضرارُ فيها من الكبائر .

٤٥٣٥ (فصـــل)

وإن وصّى لكلّ وارث بمعيّن من ماله ، بقدر نصيبه ، كرجل خلّف ابناً وبنتاً ، وعبداً ، قيمتُه مائة وجاريةً قيمتُها خمسون ، فوصّى لابنه بعبده ، ولابنته بأمته ، احتمل أن تصحّ الوصيّة ، لأن حق الوارث فى القدر ، لا فى العين ، بدليل ما لو عاوض المريضُ بعضَ ورثته ، أو أجنبياً بجميع ماله صحّ إذا كان ذلك بثمن المثل ، وإن تضمّن فواتَ عين المال ، واحتمل أن تقف على الإجازة ، لأنّ فى الأعيان غرضاً صحيحاً ، وكما لا يجوز إبطال حقّ الوارث فى قدر حقّه لا يجوز من عينه .

٤٥٣٦ (فصـــل)

وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق ، وورث ، وبهـــذا قال مالك ، وبعض أصحاب الشافعىّ ، وحكاه الخـبرىّ مذهباً للشافعىّ ، ولا خلاف بين هؤلاء فى أنه إذا ملكه بالميراث أنه يعتق ، ويرث ، وقال أبو حنيفة : إن حمله الثلثُ عَتقَ ، ووَرثَ ، وإلا سَعَى فيما بقى عليه ، ولم يرث ، ولم يفرق بين أن يملكه بعوض ، أو غيره ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يُحتسب ميراثهم من قيمتهم ، فإن فضل شىء أخذه ، وإن فضل عليهم شىء سَعَوْا فيه .

ولنا : أن المريض لم يضع فيهم شيئاً من ماله ، وإنّما تعاطى سببَ ملكهم ، على وجه لم يستقرّ ، وزال بغير إزالته ، فلم يُحتسب عليه من ثلثه ، كما لو اتّهبَ شيئاً ، فرجع الواهب فيه قبل قبضه ، أو اشترى شيئاً فيه غبطة ، بشرط الخيار ففسخ البائع ، أو وجد بالثمن عيباً ، ففسخ البيع ، أو تزوّجت المرأة ، فطُلّقت قبل الدخول ، وإذا لم تكن وصيّة لم تُحتسب عليه من الثلث لم يمنع الميراث ، كما لو ملكه بالميراث عند من سلّمه ، أو كما لو كان ذلك فى صحّته ، فإن ملكه بعوض ، كالشراء ، فحكى الخبرى عن أحمد : أنه يَعتقُ ، ويرث ، وهذا قول ابن الماجُشُون ، وأهلِ البصرة ، وقال القاضى فى المجرّد : إن ملكه بعوض ، وخرج من الثلث عتق ، وورث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، وهذا قول مالك ، وقال الخبرىّ ، وهو أحـــد الوجهين لأصحاب الشافعىّ ، وحكى غيره عن الشافعىّ : أنه لا فرق عنده بين أن يملكه بعوض ، أو غيره ، وأنه إن خرج من الثلث عتق ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، ولا يرث فى الحالين ، لأنه لو ورث لـكان

(١) بعض الآية ١٨٢ من سورة البقرة.

إعتاقه وصيّةً لوارث ، فيبطُل عتقه ، ويبطُل ميراثه ، لبطلان عتقه ، فيؤدّى توريثُه إلى إبطال توريثه ، فصحّحنا عتقه ، ولم نُوَرِّثه ، لئلاّ يُفضِيَ إلى ذلك ، ومذهبُ أبى حنيفة وصاحبيه فى هذا كمذهبهم فيما إذا ملكه بغير عوض .

ولنا : على إعتاقه قولُ النبىّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ » ولأنه ملكٌ وُجِد معه ما ينافيه ، فبطل ، كملك النكاح مع ملك الرقبة ، أعنى فيما إذا اشترى أحدُ الزوجين صاحبَه ، وإذا أعتق ورث ، لأنه وُجِد سبب الميراث عَرِيًّا عن الموانع ، فورث ، كما لو ورثه ، وقولهم : إنّ عتقه وصيّة لا يصحّ ، لأن الوصيّة فعله ، والعتق ههنا يحصُل من غير اختياره ، ولا إرادته ، ولأن رقبة المعتَق لا تحصُل له ، وإنما تَتْلَفُ ماليّته ، وتزولُ ، فيصير ذلك كتلافه بقتل بعض رقيقه ، أو كاتلاف ماله فى بناء مسجد ، مثال ذلك : مريض وُهِبَ له ابنُه ، فقبله ، وقيمتُه مائة ، ثم مات المريض ، وخلّف ابناً آخر ، ومائتين ، فإنّه يعتق ، ويقاسم أخاه المائتين فى قول الأكثرين ، وعند الشافعىّ فيما حكى عنه غير الخبرى . يعتق ، ولا يرث شيئاً ، وعند صاحبى أبى حنيفة : يعتق ، وله نصف التركة ، يُحتسب عليه بقيمته ، ويبقى له خمسون ، وإن كان باقى التركة خمسين ، فعندنا يعتق ، وله نصف الخمسين ، وهو قول مالك ، وعند أبى حنيفة يعتق نصفه ، ويَسْعَى فى باقيه ، والخمسون كلّها لأخيه ، وقال صاحباه : تعتق ثلاثة أرباعه ، وعند الشافعىّ فى قول غير الخبرى : يعتق نصفه ، ويرقّ نصفه ، ونصفه الرقيق ، والخمسون كلّها لأخيه ، وإن كان باقى التركة ثلاثمائة فعندنا يعتق ، وله مائة وخمسون ، وعند الشافعىّ : يعتق ، ولا يرث شيئاً ، وعند صاحبى أبى حنيفة : يعتق ، وله مائة ، فإن كان اشترى ابنه بمائة ، ومات ، وخلّف ابناً آخر ، ومائةً أخرى فعلى الرواية الأولى يعتق ، ويقاسم أخاه المائة الباقية ، وعلى ما حكاه القاضى : يعتقُ منه ثلثاه ، ويرث أربعين ، ويعتق باقيه على أخيه ، ولا يرث بذلك الجزء شيئاً ، لأن عتقه حصل بعد موت أبيه ، وعند الشافعىّ يعتق ثلثاه ، ولا يرث ، وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثاه ، ويسعى فى باقيه ، ولا يرث ، وعند صاحبيه : يعتق كلّه ، ولا يرث شيئاً ، فإن كان قد تصدّق قبل ذلك بثلثه ، أو حابى به ، لم يعتق ، لأن الثلث قد ذهب .

٤٥٣٧ (فصـــل)

وإن ملك من ورثته من لا يعتق عليه ، كبنى عمّه ، فأعتقهم فى مرضه ، فعتقهم وصيـة ، لأنه حصل بفعله ، واختياره ، وحكمهم فى العتق حكم الأجانب ، إن خرجوا من الثلث عتقوا ، وإلا عتق منهم بقدر الثلث ، وينبغى أن يعتقوا ، ولا يرثوا ، لأنهم لو ورثوا لـكانت وصيّةً لوارث ، فيبطل عتقهم ، ثم يبطل ميراثهم ، وقد قال أبو الخطاب ، فى رجل ملك ابن عمه ، فأقرّ فى مرضه أنّه كان أعتقه فى صحّته عتق ،

ولم يرث ، وهـذا فى معنى ما ذكرنا ، لأن إقراره لوارث غير مقبول ، فمنعنا ميراثه ، ليقبل إقراره له بالإعتاق .

٤٥٣٨ (فصـــــل)

مريض اشترى أباه بألف ، لا مال له سواه ، فعلى رواية الخبرى يعتق كلّه ، وعلى القول الآخر يعتق ثلثه على المعتق ، ويعتق باقيه على ابنه ، وهذا قول مالك ، وقال أبو حنيفـة : يعتق ثلثه ، ويسعى للابن فى ثلثيه ، وعلى قول صاحبيه : يعتق سدسه ، ويسعى فى خمسة أسداسه ، وقيل على قياس قول الشافعىّ : يفسخ الشراء ، إلاّ أن يُجيز الابن عتقه ، وقيل : يعتق ثلثه ، ويفسخ البيع فى ثلثيه ، وإن خلف ألفين سواه عتق ، وورث سدسهما ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة ، وفى قول صاحبيه : يعتق نصفه ، ويسعى فى قيمة نصفه .

٤٥٣٩ (فصـــل)

وإذا وُهِب لإنسان أبوه ، أو وُصّى له به ، استُحبّ له أن يقبله ، ولم يجب ، وهذا قول الشافعىّ ، ويحتمل أن يجب عليه قبوله ، لأن فيه اعتاقاً لأبيه من غير التزام مالٍ .

ولنا . أنه استجلاب ملك على الأب ، فلم يلزمه ، كما لو بُذل له بعوض ، أو كما لو بُذل له ابنـــه ، أو غيره من أقاربه ، ولأنه يلزمه ضرر بلحوق المنّة به ، وتلزمه نفقته ، وكُسوته .

٤٥٤٠ (فصـــــل)

إذا وصّى لوارثه ، وأجنبىّ بثلثه ، فأجاز سائر الورثة وصيّة الوارث ، فالثلث بينهما ، وإن وصّى لـكلّ واحد منهما بمعيّن ، قيمتهما الثلث ، فأجاز سائرالورثة وصيّة الوارث جازت الوصيّة لهما ، وإن ردُّوا بطلت وصيّة الوارث فى المسألتين ، وللأجنبىّ السدس فى الأولى ، والمعيّن والموصّى له به فى الثانية ، وهـذا قول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم ، وإن كانت الوصيّتان بثلثى ماله ، فأجاز الورثة لهما جازت لهما ، وإن عيّنوا نصيب الوارث بالردّ وحده فللأجنبىّ الثلث كاملاً ، لأنهم خصُّوا الوارث بالإبطال ، فالثلث كلُّه للأجنبىّ ، وسقطت وصيّة الوارث فصار كأنه لم يُوصَ له ، وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلثُ الباقى بين الوصيّين لـكلّ واحد منهما السدُس .

وهـذا الذى ذكره القاضى ، وهو قول مالك ، والشافعىّ وذلك لأنّ الوارث يُزاحم الأجنبىّ إذا أجاز الورثة الوصيّتين ، فيكون لـكلّ واحد منهما الثلث ، فإذا أبطلوا نصفهما بالردّ كان البطلان راجعاً إليهما ، وما بقى منهما بينهما ، كما لو تلف ذلك بغير الردّ ، واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبىّ ، وحكى نحو هذا عن أبى حنيفة ، لأنهم لا يقدرون على إبطال الثلث فما دون إذا كان للأجنبىّ ، ولو جعلنا

الوصيّة بينهما لملكوا إبطال مازاد على السدُس ، فإن صرّح الورثة بذلك ، فقالوا : أجزنا الثلث لكما ، ورددْنا مازاد عليه فى وصيّتكما ، أو قالوا : رددْنا من وصيّة كلّ واحد منكما نصفها ، وبقّينا له نصفها ، كان ذلك آكدَ فى جعل السدس لكلّ واحد منهما ، لتصريحهم به ، وإن قالوا : أجزنا وصيّة الوارث كلّها ، ورددْنا نصف وصيّة الأجنبىّ فهوعلى ما قالوا ، لأن لهم أن يجيزوا لهما ، ويردّوا عليهما ، فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ، ويردُّوا على الآخر ، وان أجازوا للأجنبى جميع وصيته ، وردُّوا على الوارث نصف وصيّته جاز ، كما قلنا .

وإن أرادوا أن ينقصوا الأجنبىّ عن نصف وصيّته لم يملكوا ذلك ، سواء أجازوا للوارث ، أو ردُّوا عليه ، فإن ردّوا جميع وصيّة الوارث ونصفَ وصيّة الأجنبىّ فعلى قول القاضى لهم ذلك ، لأن لهم أن يجيزوا الثلث لهما ، فيشتركان فيه ، ويكون لكلّ واحدمنهما نصفُه ، ثمّ إذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الأجنبىّ على ما كان له فى حالة الإجازة للوارث ، وعلى قول أبى الخطاب ، يتوفّر الثلثُ كلّه للأجنبىّ ، لأنه إنما ينقص منه بمزاحمة الوارث ، فإذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث ، لأنه قد أوصى له به ، ولو خلف ابنين ، ووصّى لهما بثلثى ماله ، ولأجنبىّ بالثلث ، فردّا الوصيّة ، فقال أبو الخطاب : عندى للأجنبىّ الثلث كاملاً ، وعند القاضى له التُّسع ، ويجىء فيه من الفروع مثلُ ما ذكرنا فى التى قبلها .

٤٥٤١ (فصـــل)

وإن وصّى بثلثه لوارث ، وأجنبىّ ، وقال : إن ردُّوا وصيّة الوارث فالثلث كلّه للأجنبىّ كما وصّى ، وإن أجازوا للوارث فالثلث بينهما ، لأن الوصيّة تتعلّق بالشروط ، ولو قال : أوصيتُ لفلان بثلثى ، فإن مات قبلى فهو لفلان : صحّ ، وإن قال وَصّيت بثلثى لفلان ، فإن قدم فلان الغائب فهو له صحّ ، فإن قدم الغائب قبل موت الموصِى صار هو الوصىّ ، وبطلت وصيّة الأول ، سواء عاد إلى الغَيْبة أو لم يَعُدْ ، لأنه قد وجد شرط انتقال الوصيّة إليه ، فلم ينتقل عنه بعد ذلك ، وإن مات الموصِى قبل قدوم الغائب فالوصيّة للحاضر ، سواء قدِم الغائب بعد ذلك ، أو لم يقدَم ، ذكره القاضى ، لأن الوصيَّة ثبتت لوجود شرطها ، فلم تنتقل عنه ، كما لو لم يقدَم ، ويحتمل أن الغائب إن قدم بعد الموت كانت الوصيَّة له ، لأنه جعلها له بشرط قدومه ، وقد وُجد ذلك .

٤٥٤٢ (فصـــل)

وإن وصَّى لوارث ، فأجاز بعضُ باقى الورثة الوصيَّة دون البعض ، نَفَذ فى نصيب من أجاز ، دون من لم يُجز ، وإن أجازوا بعض الوصيّة دون بعض نَفَذَت فيما أجازوا دون ما لم يُجيزوا ، فإن أجاز بعضُهم بعضَ الوصيّة ، وأجاز بعضهم جميعَهَا ، أو ردَّها ، فهو على ما فعلوا من ذلك ، فلوا خلّف ثلاثةَ بنين ، وعبداً لا يملك غيره ، فوصَّى به لأحدهم ، أو وهبه إيّاه فى مرض موته ، وأجازه له أخواه فهو له ، وإن

أجاز له أحدهما وحده فله ثلثاه ، وإن أجازا له نصف العبد فله نصفه ولهما نصفه ، وإن أجاز له نصف نصيبه ، وردّ الآخر فله النصف كاملاً : الثلث نصيبه ، والسدس من نصيب المُجيز ، وإن أجاز كلّ واحد منهما له نصف نصيبه كمُل له الثلثان ، وإن أجاز له أحدهما نصف نصيبه ، والآخر ثلاثة أرباع نصيبه كمل له ثلاثة أرباع العبد ، وإن وصّى بالعبد لاثنين منهما ، فللثالث أن يُجيز لهما ، أو يردّ عليهما ، أو يجيز لهما بعض وصيّتهما ، إن شاء ، متساويًا ، وإن شاء مُتفاضلاً ، أو يردّ على أحدهما ، ويُجيز للآخر وصيّته كلّها ، أو بعضها ، أو يُجيز لأحدهما جميع وصيّته ، وللآخر بعضها ، فكلُّ ذلك جائز ، لأن الحقّ له ، فكيفما شاء فعل فيه .

٤٥٤٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصى جاز وإن لم يجيزوا ردّ إلى الثلث ﴾

وجملة ذلك : أن الوصيّة لغير الوارث تلزم فى الثلث من غير إجازة ، وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم ، فان أجازوه جاز ، وإن ردّوه بطل فى قول جميع العلماء . والأصل فى ذلك قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم لسعدٍ حين قال : أوُصِى بمالى كُلِّه ؟ قال « لا » قال : فبالثلثين ؟ قال « لا » قال : فبالنصف ؟ قال « لا » ، قال : فبالثلث قال : « الثلُث والثلُث كثيرٌ » وقوله عليه السلام « إنّ اللهَ تَصَدّقَ عَلَيْـكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِـكُمْ عِنْدَ مَمَاتِـكُمْ » يدلّ على أنه لا شىء له فى الزائد عليه ، وحديث عمران بن حُصَين فى المملوكينَ الذين أعتقهم المريض ، ولم يـكن له مال سواهم ، فدعا بهم النبيُّ صلّى الله عليه وسلم ، فجزّأهم ثلاثةَ أجزاء ، وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرقّ أربعة ، وقال له قولاً شديداً ، يدلّ أيضاً على أنه لا يصحّ تصرّفه فيما عدا الثلث ، إذا لم يُجز الورثة ، ويجوز بإجازتهم ، لأن الحقّ لهم ، والقولُ فى بطلان الوصيّة بالزائد عن الثلث ، كالقول فى الوصيّة للوارث ، على ماذكرنا .

وهل إجازتهم تنفيذ ، وعطيّة مبتدأة ؟ فيه اختلاف ، ذكرناه فى الوصية للوارث ، والخلاف فيه مبنىّ على أنّ الوصيّة به ، أو العطيّة فى مرض الموت المَخُوف صحيحة موقوفة على الإجازة ، أو باطلة ، فظاهر المذهب أنّها صحيحة ، وأن الإجازة تنفيذ مجرّد ، يـكفى فيه قول المُجيز أجزتُ ذلك ، أو أنفذتهُ ، أو نحوه ، من الـكلام ، ولا يفتقر إلى شروط الهبة ، ويتفرّع عن هذا الخلاف أنّه لو أعتق عبداً لا مال له سواه فى مرضه ، أو وصىّ باعتاقه ، فأعتقوه بوصِّيته ، فقد نفذ العتق فى ثلثه ، ووقف عتق باقيه على إجازة الورثة ، فإن أجازوه عتق جميعه ، واختصّ عصباتُ الميّت بولائه . كلّه ، إذا قلنا بصحّة إعتاقه ، ووصيّته ، وإن قلنا : هى باطلة ، والإجازة عطيّة مبتدأةٌ اختصّ عَصباتُ الميّت بثلث ولائه ، وكان

ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم ، لأنهم باشروه بالاعتاق ، وكذلك لو تبرّع بثلث ماله فى مرضه ، ثم أعتق ، أو وصّى بالإعتاق فالحكم فيه على ماذكرنا ، ولو أوصى لابن وارثه بعد تبرّعه بثلث ماله ، أو أعطاه عطيّةً فى مرضه ، فأجاز أبوه وصيّته ، وعطيّته ، ثم أراد الرجوع فيما أجازه فله ذلك ، إن قلنا : هى عطية مبتدأة ، وليس له ذلك على القول بأنها اجازة مجرّد ، ولو تزوّج رجلٌ ابنة عمه ، فأوصت له بوصيّة ، أو عطيّة فى مرض موتها ، ثم ماتت وخلّفته ، وأباه ، فأجاز أبوه وصيّته ، وعطيّته فالحكم فيه على ماذكرنا ، ولو وقف فى مرضه على ورثته ، فأجازوا الوقف صحّ ، إن قلنا : إجازتهم تنفيذ ، ولم يصحّ إن قلنا : هى عطيّة مبتدأة ، ولأنهم يكونون واقفين على أنفسهم ، ولا فرق فى الوصيّة بين المرض والصحّة ، وقد روى حنبل ، عن أحمد : أنّه قال : إن أوصى فى المرض فهو من الثلث ، وإن كان صحيحاً فله أن يوصِىَ بما شاء ، يعنى به العطيّة ، قاله القاضى ، أمّا الوصيّة فانّها عطيّة بعد الموت ، فلا يجوز منها إلا الثلث على كلّ حال .

٤٥٤٤ (فصــــل)

ولا يعتبر الردُّ والإجازة إلا بعد موت الموصِى ، فلو أجازوا قبل ذلك ، ثم ردُّوا أو أذِنُوا لموروثهم فى حياته بالوصية بجميع المال ، أو بالوصية لبعض ورثته ، ثم بدالهم ، فردُّوا بعد وفاته فلهم الردُّ ، سواء كانت الإجازة فى صحّة الموصِى ، أو مرضه ، نصَّ عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، وروى ذلك عن ابن مسعود ، وهو قول شُرَيح ، وطاوس ، والحكم ، والثوريِّ ، والحسن بن صالح ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، وقال الحسن ، وعطاء ، وحمّاد بن أبى سُليمان ، وعبد الملك ابن يَعْلَىَ ، والزهرىُّ ، وربيعة ، والأوزاعىُّ ، وابن أبى ليلى : ذلك جائزعليهم ، لأنَّ الحقَّ للورثة ، فاذا رضُوا بتركه سقط حقّهم ، كما لو رضى المشترى بالعيب ، وقال مالك : إن أذِنُوا له فى صحّته فلهم أن يرجعوا ، وإن كان ذلك فى مرضه ، وحين يُحجَب عن ماله ، فذلك جائز عليهم .

ولنا أنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه ، فلم يلزمهم ، كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح ، أو أسقط الشفيعُ حقّه من الشُّفعة قبل البيع ، ولأنها حالة لايصحُّ فيها ردُّهم للوصيّة فلم يصحّ فيها إجازتهم ، كما قبل الوصية .

٤٥٤٥ (فصــــل)

وإذا وصىَّ بأكثر من الثلث ، فأجاز الوارث الوصيّة وقال : إنما أجزتّها ظننا أنَّ المال قليل ، فبان كثيراً ، فان كانت للموصِى بيّنة تشهَدُ باعترافه بمعرفة قدر المال ، أو كان المال ظاهراً لا يخفى عليه لم يقبل قوله ، إلا على قول من قال : الإجازة هِبَةٌ مبتدأة ، فله الرجوع فيما يجوز الرجوع فى الهبة فى مثله ، وإن لم تشهد بيّنة باعترافه بذلك فالقول قوله مع يمينه ، لأن الإجازة تنزّلت منزلة الابراء ، فلايصحُّ فى المجهول ،

والقول قوله فى الجَهْل به مع يمينه ، لأن الأصل عدم العلم ، ويحتمل أن لا يُقبل قوله ، لأنه أجاز عقداً له الخيار فى فسخه ، فبطل خياره ، كما لو أجاز البيع مَنْ له الخيار فى فسخه بعيب ، أو خيار ، وإن أوصى بمعيَّن ، كعبد ، أو فرس ، يزيد على الثلث ، فأجاز الوصيّة بها ، ثم قال : ظننتُ المالَ كثيراً تخرُج الوصية من ثلثه ، فبان قليلاً ، أو ظهر عليه دين لم أعلمه لم تبطل الوصيّة ، لأن العبد معلوم ، لاجهالة فيه ، ويحتمل أن يملك الفسخ ، لأنه قد يسمح بذلك ظنًّا منه أنه يبقى له من المال ما يكفيه ، فإذا بان خلافُ ذلك لحقه الضرر فى الإجازة ، فملك الرجوع ، كالمسألة التى قبلها .

٤٥٤٦ (فصـــــل)

ولا تصحُّ الإجازة إلا من جائز التصرُّف ، فأما الصبىُّ ، والمجنون ، والمحجور عليه لسفهٍ ، فلا تصحُّ الإجازة منهم ، لأنها تبرُّع بالمال ، فلم تصحَّ منهم كالهبة ، وأما المحجور عليه لفلس : فإن قلنا : الإجازة هبة لم تصحَّ منه ، لأنه ليس له هبة ماله ، وإن قلنا : هى تنفيذ صحَّت .

٤٥٤٧ (فصـــل)

قال ﴿ ومن أوصِىَ له وهو فى الظاهر وارث فلم يمت الموصِى حتى صار الموصَى له غير وارث فالوصيّة له ثابتة ، لأن اعتبار الوصيّة بالموت ﴾

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى اعتبار الوصية بالموت ، فلو أوصى لثلاثةِ إخوة له متفرّقين ، ولا ولد ، له ، ومات قبل أن يولد له ولد ، لم تصحّ الوصية لغير الأخ من الأب ، إلا بالاجازة من الورثة ، وإن ولد له ابن صحّت الوصيّة لهم جميعاً من غير إجازة ، إذا لم تتجاوز الوصيّة الثلثَ ، وإن ولدت له بنت جازت الوصيّة لأخيه من أبيه ، وأخيه من أمّه ، فيكون لهما ثلثا الموصَى به ، بينهما نصفين ، ولا يجوز للأخ من الأبوين ، لأنه وارث ، وبهذا يقول الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى وغيرهم ، ولا نعلم عن غيرهم خلافَهم ، ولو أوصى لهم ، وله ابن ، فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصيّة لأخيه من أبويه ، ولا لأخيه من أمّه ، وجازت لأخيه من أبيه ، فان مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز للأخ من الأب أيضاً ، لأنه صار وارثا .

٤٥٤٨ (فصـــل)

ولو أوصى لامرأةٍ أجنبيّة أو أوصت له ، ثم تزوّجها لم تجز وصيّتهما ، إلا بالإجازة من الورثة ، وإن أوصى أحدهما للآخر ، ثمّ طلّقها جازت الوصيّة ، لأنه صار غير وارث ، إلا أنه إن طلّقها فى مرض موته ، فقياس المذهب أنها لا تُعطى أكثر من ميراثها ، لأنه يتّهم فى أنه طلّقها ليوصّل إليها ماله بالوصيّة ، فلم ينفذ لها ذلك ، كما لو طلّقها فى مرض موته ، أو وصّى لها بأكثر مما كانت ترث .

٤٥٤٩ (فصـــل)

وإن أعتق أمته فى صحّته ، ثم تزوّجها فى مرضه صحّ ، وورثته بغير خلاف نعلمه ، وإن أعتقها فى مرضه ، ثم تزوّجها ، وكانت تخرج من ثلثه ، فنقل المروزىّ ، عن أحمد أنّها تعتق ، وترث ، وهذا اختيار أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنّها امرأة نـكاحها صحيح ، ولم يوجد فى حقّها مانع من موانع الإرث ، وهى الرقّ ، والقتل ، واختلاف الدين ، فترث كما لو كان أعتقها فى صحّتها ، وقال الشافعىّ : تعتق ، ولا ترث ، لأنها لو ورثت لـكان إعتاقها وصيّةً لوارث ، فيؤدِّى توريثها إلى إسقاط توريثها ، لأن ذلك يقتضى إبطال عتقها ، فيبطلُ نـكاحها ، ثم يبطلُ إرثها ، فـكان إبطال الإرث وحده ، وتصحيح العتق ، والنـكاح أولى .

٤٥٥٠ (فصـــل)

وإن أعتق أمةً لا يملك غيرها ، ثم تزوّجها فالنـكاح صحيح فى الظاهر ، فإن مات ولم يملك شيئاً آخر تبيّن أنّ نكاحها باطل ، ويسقط مهرُها ، إن كان لم يدخل بها ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، ويعتق منها ثلثها ، ويرقّ ثلثاها ، فإن كان قد دخل بها ومهرُها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ، ويرقّ أربعةأسباعها . وحساب ذلك أن تقول : عتق منها شىء ، ولها بصداقها نصف شىء ، وللورثة شيئان ، فيجمع ذلك ، ويكون ثلاثة أشياء ونصف ، ونبسطها ، فتكون سبعةً ، لها منها ثلاثة ، ولهم أربعة ، ولا شىء للميّت سواها، فنجعل لنفسها منها ثلاثة أسباعها يكون حرًّا ، والباقى للورثة ، وإن أحبّ الورثة أن يدفعوا إليها حصّتها من مهرها وهو سبعاه ، ويعتق منها سبعاها ، ويسترقّوا خمسة أسباعها فلهم ذلك ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يحسب مهرها من قيمتها ، ولهـا ثلث الباقى ، وتسعى فيما بقى ، وهو ثلث قيمتها ، فإن كان يملك مع الجارية قدر نصف قيمتها ، ولم يدخل بها عتق منها نصفها ، ورقّ نصفها ، لأن نصفها هو ثلث المـال،وإن دخل بها عتق منها ثلاثة أسباعها ، ولهـا ثلاثة أسباع مهرها ، وإنما قلّ العتق فيها لأنها لمـا أخذت ثلاثة أسباع مهرها نقص المـال به ، فيعتق منها ثلث البـاقى ، وهو ثلاثة أسباعها ، وحسـابها أن تقول : عتق منها شىء ، ولهـا بمهرها نصف شىء ، وللورثة شيئان ، يعـدِل ذلك الجارية ، ونصف قيمتها ، فالشىء سبعاها ، وسبعا نصف قيمتها ، وهو ثلاثة أسباعها ، فهو الذى عتق منها، وتأخذ نصف ذلك من المـال بمهرها ، وهو ثلاثة أسباعه ، فإن كان يملك معها مثل قيمتها ، ولم يدخل بها عتق ثلثاها ، ورقّ ثلثها ، وبطل نكاحها ، وإن كان دخل بها عتق أربعة أسباعها ، ولهـا أربعة أسباع مهرها ، ويبقى للورثة ثلاثة أسباعها ، وخمسة أسباع قيمتها ، وذلك يعدِل مثلى ما عتق منها . وحسابها أن

تجعل السبعة الأشياء معادلةً لها ، ولقيمتها ، فيعتق منها بقدر سبعى الجميع ، وهو أربعة أسباعها ، وتستحقّ سبع الجميع بمهرها ، وهو أربعة أسباع مهرها ، وإن كان يملك معها مثلى قيمتها عتقت كلّها ، وصحّ نـكاحها ، لأنها تخرج من الثلث إن أسقطت مهرها ، وإن أبت أن تسقطه لم ينفذ عتقها ، وبطل نـكاحها ، فإن كان لم يدخل بها ، فينبغى أن يقضى بعتقها ، ونـكاحها ، ولا مهر لها ، لأن إيجابه يُفضى إلى إسقاطه ، وإسقاط عتقها ، ونـكاحها ، فإسقاطه وحده أولى ، وإن كان قد دخل بها عملنا فيها على ما تقدّم ، فيعتق ستّة أسباعها ، ولها ستّة أسباع مهرها ، ويبطل عتق سبعها ، ونـكاحها ، ولو أعتقها ، ولم يتزوّجها ، ووطئها كان العمل فيها فى هذه المواضع ، كما لو تزوّجها ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وذكر القاضى فى مثل هذه المسألة التى قبل الأخيرة ما يقتضى صحّة عتقها ، ونـكاحها مع وجوب مهرها ، فإنه قال فيمن أعتق فى مرضه أمةً قيمتُها مائة ، وأصدقها مائتين لا مال له سواهما ، وهما مهر مثلها : يصحّ العتق ، والصداق ، والنـكاح ، لأن المائتين صداق مثلها ، وتزويج المريض بمهر المثل صحيح ، نافذ . وهـذا غير جيّد ، فإنّ ذلك يُفضى إلى نفوذ العتق فى المرض من جميع المال ، ولا أعلم به قائلاً ، ولو أنه أتلف المائتين ، أو أصدقهما لامرأةٍ أجنبية ، ومات ، ولم يخلّف شيئاً لبطل عتق ثلثى الأمة ، فإذا أخذتهما هى كان أولى فى بطلانه ، والصحيح ما ذكرنا إن شاء الله تعالى .

وقال أبو حنيفة ، فيما إذا ترك مثلَىْ قيمتها ، وكان مهرها نصف قيمتها : تُعطَى مهرها ، وثلثَ الباقى ، يحسب ذلك من قيمتها ، وهو نصفها ، وثلثها ، فيعتق ذلك ، وتسعى فى سدسها الباقى ، ويبطل نـكاحها ، فأمّا إن خلّف أربعة أمثال قيمتها صحّ عتقها ، ونـكاحها ، وصداقها ، فى قول الجميع ، لأنّ ذلك يخرج من الثلث ، وترث من الباقى فى قول أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفـة ، وقال الشافعىّ : لا ترث ، وهو مقتضى قول الخِرَقىّ ، لأنها لو ورثت لـكان عتقها وصيّةً لوارث ، واعتبار الوصيّة بالموت .

٤٥٥١ (فصـــــــل)

ولو أن امرأةً مريضةً أعتقت عبداً قيمته عشرة ، وتزوجها بعشرة فى ذمته ، ثم ماتت ، وخلّفت مائةً اقتضى قول أصحابنا أن تُضمّ العشرة التى فى ذمّته إلى المـائة ، فيـكون ذلك هو التركة ، ويرث نصف ذلك ، ويبقى للورثة خمسة وخمسون ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وقال صاحباه : تحسب عليه قيمته أيضاً ، وتضمّ إلى التركة ، ويبقى للورثة ستون ، وقال الشافعىّ : لا يرث شيئاً ، وعليه أداء العشرة التى فى ذمّته ، لئلاّ يكون إعتاقه وصيّةً لوارث ، وهذا مقتضى قول الخِرَقىّ إن شاء الله تعالى .

٤٥٥٢ (فصـــــــل)

ولو تزوّج المريض امرأةً صداقُ مثلها خمسة ، فأصدقها عشرةً لا يملك غيرها ، ثم مات ، وورثتـه

بطلت المحاباة ، لأنها وصيَّة لوارث ، ولها صداقها ، وربع الباقى بالميراث ، فإن ماتت صحّت المحاباة ، ويدخلها الدور ، فيقول : لها مهرها ، وهو خمسة ، وشيء بالمحاباة ، يبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء ، ثم رجع إليهم نصف مالها ، وهو ديناران ، ونصف شيء ، صار لهم سبعة ونصف ، إلا نصف شيء يعدل شيئين ، اجبر ، وقابل يتبيّن أن الشيء ثلاثة ، فيكون لورثتها أربعة ، ولورثته ستّة ، وإن خلفت مع ذلك دينارين عاد إلى الزوج من ميراثها ثلاثة ونصف شيء ، فصار له ثمانية ونصف ، إلا نصف شيء ، اجبر ، وقابل ، يخرج الشيء ثلاثة وخُمسين ، فصار لورثته ستّة ،وأربعة أخماس ، ولورثتها خمسة وخُمس .

٤٥٥٣ (فصـــــــل)

وإذا أوصى بجارية لزوجها الحرّ ، فقبلها انفسخ النـكاح . لأن النـكاح لا يجتمع مع ملك اليمين ، وظاهر المذهب أن الموصَى له إنّما يملك بالقبول ، فحينئذ ينفسخ النـكاح ، وفيـه وجه آخر : أنّه إذا قبل تبيّنا أن الملك كان ثابتاً من حين موت الموصِي ، فتبيّن حينئذ أن النـكاح انفسخ من حين موت الموصِي ، وإن أتت بولد لم تخلُ من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن تـكون حاملاً به حين الوصيَّة ، ويعلم ذلك ، بأن تأتىَ به لأقلّ من ستة أشهر منذ أوصَى ، فالصحيح أنه يكون موصًى له معها ، لأن للحمل حكماً ، ولهذا تصحّ الوصيّة به ، وإذا صحّت الوصية به منفرداً صحّت الوصيَّة به ، مع أمه ، فيصير كما لو كان منفصلاً ، فأوصى بهما جميعاً ، وفيه وجه آخر : لا حكم للحمل ، فلا يدخل فى الوصيّة ، وإنما ثبت له الحـكم عند انفصاله ، كأنه حدث حينئذ ، فعلى هذا إن انفصل فى حياة الموصِي فهو له كسائر كَسْبها ، وإن انفصل بعد موته ، وقبل القبول ، فهو للورثة على ظاهر المذهب ، وإن انفصل بعده فهو الموصَى له .

(الحال الثانى) أن تحمل به بعد الوصيَّـة فى حياة الموصِى ، ويُعلم ذلك بأن تضعه بعد ستّة أشهر من حين أوصى ، لأنها ولدته لمدّة الحمل بعد الوصيّة ، فيحتمل أنها حملته بعدها ، فلم يتناوله ، والأصل عـدم الحمل حال الوصيّة ، فلا نثبته بالشكّ ، فيكون مملوكاً للموصِى إن ولدته فى حياته ، وإن ولدته بعده ، وقلنا : للحمل حكم فـكذلك ، وإن قلنا : لا حكم له فهو للورثة ، إن ولدته قبل القبول ، ولا بيّنة إن وضعته بعده ، وكلّ موضع كان الولد للموصَى له ، فإنه يعتق عليه ، لأنه ابنه ، وعليه ولاء لأبيه ، لأنه عتق عليـه بالقرابة ، وأمه أمةٌ ينفسخ نـكاحها بالملك ، ولا تصير أمّ ولد ، لأنها لم تَعْلَق منه بحرّ فى ملـكه .

(الحال الثالث) أن تحمل بعد موت الموصِى ، وقبل القبول ، ويعلم ذلك بأن تضعه لأكثر من ستة أشهر من حين الموت ، فإن وضعته قبل القبول أيضاً ، فهو للوارث فى ظاهر المذهب ، لأن الملك إنما ثبت للموصَى له بعد القبول ، وعلى الوجه الآخر يـكون الموصَى له ، وإن وضعته بعد القبول فـكذلك ، لأن

الظاهر أن للحمل حكماً ، فيكون حادثاً عن ملك الوارث ، وعلى الوجه الآخر يكون الموصَى له ، فعلى هذا يكون جزءا ، لا ولاء عليه ، لأنّها أمّ ولد ، لكونها عَلِقت منه بحرّ فى ملكه ، فتصير كما لو حملت به بعد القبول ، ومذهب الشافعىّ فى هذا الفصل قريب ممّا قلناه ، وقال أبو حنيفة : إذا وضعته بعد موت الموصِى دخل فى الوصيّة بكلّ حال ، لأنّها تستقرّ بالموت ، وتلزم ، فوجب أن تسرى إلى الولد ، كالاستيلاد .

ولنا : أنها زيادة منفصلة ، حادثة بعد عقد الوصيّة ، فلا تدخل فيها ، كالكسب ، وإذا أوصى بعتق جارية فولدت ، وتفارق الاستيلاد لأنّ له تغليباً ، وسِرَاية ، وهذا التفريع فيما إذا خرجت الجارية من الثلث ، وإن لم تخرج من الثلث ملك منها بقدر الثلث ، وانفسخ النكاح ، لأن ملك بعضها يفسخ النكاح ، كملك جميعها ، وكلّ موضع يكون الولد فيه لابنه ، فإنه يكون منه ههنا بقدر ما ملك من أمّه ، ويسرى العتق إلى باقيه ، إن كان موسراً ، وإن كان معسراً فقد عتق منه ما ملك وحده ، وكلّ موضع قلنا : تكون أمّ ولد فإنّها تصير أمّ ولد ههنا ، سواء كان موسراً ، أو معسراً ، على قول الخِرَقىّ كما إذا استولد الأمة المشتركة ، قال القاضى : يصير منها أمّ ولد بقدر ما ملك منها ، وهذا مذهب الشافعىّ ، والله أعلم .

٤٥٥٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن مات الموصَى له قبل موت الموصِى بطلت الوصية ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، وبه قال الزهرىّ وحمّاد بن أبى سُليمان ، وربيعة ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال الحسن : تكون لولد الموصَى له ، وقال عطاء : إذا علم الموصِى بموت الموصَى له . ولم يُحدث فيما أوصَى به شيئاً فهو لوارث الموصَى له . لأنه مات قبل عقد الوصيّة ، فيقوم الوارث مقامه ، كما لو مات بعد موت الموصِى ، وقبل القبول .

ولنا : أنها عطيّة صادفت المعطَى ميتاً ، فلم تصحّ . كما لو وهب ميتاً ، وذلك لأن الوصيّة عطيّة بعد الموت ، وإذا مات قبل القبول بطلت الوصيّة أيضاً ، وإن سلمنا صحّتها . فإن المطيّة صادفت حيًّا بخلاف مسألتنا .

٤٥٥٥ (فصل)

ولا تصحّ الوصية لميّت . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وقال مالك : إن علم أنه ميّت فهى جائزة . وهى لورثته بعد قضاء ديونه ، وتنفيذ وصاياه . لأن الغرض نفعه بها . وبهذا يحصل له النفع ، فأشبه ما لو كان حيًّا .

ولنا أنه أوصى لمن لا تصحّ الوصيّة له ، إذا لم يعلم حاله ، فلم تصحّ إذا علم حاله ، كالبهيمة . وفارق الحيّ ، فإن الوصيّة تصحّ له فى الحالين ، ولأنه عقد يفتقر إلى القبول ، فلم يصحّ للميّت كالهبة .

إذا ثبت هذا : فاذا أوصى بثلثه أو بمائة لاثنين : حيّ ، وميِّت ، فللحيّ نصف الوصيّة ، سواء علم موت الميّت ، أو جهله . وهـذا قول أبى حنيفه ، وإسحاق ، والبصريّين . وقال الثورىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد : إذا قال : هـذه المائة لفلان ، وفلان ، فهى للحيّ منهما ، وإن قال : بين فلان ، وفلان . فوافقنا الثورىّ فى أن نصفها للحيّ ، وعن الشافعىّ كالمذهبين ، وقال أبو الخطّاب : عندى أنه إذا علمه ميتاً فالجميع للحيّ ، وإن لم يعلمه ميتاً فللحيّ النصف . وقد نُقل عن أحمد ما يدلّ على هـذا القول فإنّه قال فى رواية ابن القاسم : إذا أوصى لفلان ، وفلان بمائةٍ فبان أحدهما ميتاً . فللحيّ خمسون ، فقيل له : أليس إذا قال : ثلثى لفلان ، وللحائط أنّ الثلث كلّه لفلان ؟ فقال : وأى شيء يشبه هـذا : الحائط له ملك ؟ ! فعلى هذا إذا شرك بين من تصحّ الوصيّة له ، ومن لا تصحّ ، مثل أن يوصِىَ لفلان ، وللملك ، وللحائط ، أو لفلان الميّت . فالموصىَ به كلّه لمن تصحّ الوصيّة له . إذا كان عالماً بالحال . لأنه إذا شرك بينهما فى هـذا الحال عُلم أنه قصد بالوصيّة كلّها من تصحّ الوصيّة له ، وإن لم يعلم الحال فلمن تصحّ الوصية له نصفها ، لأنه قصد إيصال نصفها إليه . وإلى الآخر النصف الآخر ، ظنًّا منه أن الوصيّة له صحيحة ، فاذا بطلت الوصيّة فى حقّ أحدهما صحّت فى حقّ الآخر بقسطه ، كتفريق الصفقة ، ووجه القول الأول . أنه جعل الوصيّة لاثنين ، فلم يستحقّ أحدهما جميعها ، كما لو كانا ممّن تصحّ الوصية لهما فمات أحدهما ، أو كما لو لم يعلم الحال ، فأمّا إن وصّى لاثنين حَيَّيْنِ ، فمات أحدهما ، فللآخر نصف الوصيّة ، لا نعلم فى هـذا خلافاً ، وكذلك لو بطلت الوصيّة فى حقّ أحدهما ، لردّه لها ، أو لخروجه عن أن يكون من أهلها . ولو قال : أوصيتُ لكلّ واحدٍ من فلان ، وفلان بنصف الثلث . أو بنصف المائة ، أو بخمسين لم يستحقّ أحدهما أكثر من نصف الوصيّة . سواء كان شريكه حيًّا أو ميتاً . لأنه عيّن وصيّته فى النصف ، فلم يكن له حقّ فيما سواه .

٤٥٥٦ ﴿ مسألة ﴾

﴿ وإن ردّ الموصَى له الوصيّة بعد موت الموصِى بطلت الوصيّة ﴾

لا يخلو إذا ردّ الوصيّة من أربعة أحوال .

أحدها : أن يردّها قبل موت الموصِى ، فلا يصحّ الردّ ههنا ، لأن الوصيّة لم تقع بعد ، فأشبه ردّ المبيع قبل إيجاب البيع ، ولأنه ليس بمحلّ للقبول ، فلا يكون محلاً للردّ كما قبل الوصيّة .

الثانية . أن يردّها بعد الموت ، وقبل القبول ، فيصحّ الردُّ ، وتبطل الوصيّة ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأنه أسقط حقّه فى حال يملك قبوله ، وأخذه ، فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع .

الثالثة : أن يردّ بعد القبول ، والقبض ، فلا يصحّ الردُّ ، لأن ملكه قد استقرّ عليه ، فأشبه ردّه لسائر ملكه ، إلا أن يرضَى الورثة بذلك ، فتكون هبةً منه لهم ، تفتقر إلى شروط الهبة .

الرابعة : أن يردَّ بعد القبول ، وقبل القبض ، فيُنظر ، فان كان الموصَى به مكيلاً أو موزوناً صحّ الردُّ ، لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبه ردّه قبل القبول ، وإن كان غير ذلك لم يصحّ الردُّ ، لأن ملكه قد استقرَّ عليه فهو كالمقبوض ، ويحتمل أن يصحّ الردّ بناءً على أن القبض معتبر فيه ، ولأصحاب الشافعىّ فى هذه الحال وجهان .

أحدهما : يصحُّ الردَّ فى الجميع ، ولافرق بين المكيل ، والموزون وغيرهما . وهذا المنصوص عن الشافعىّ ، لأنهم لما ملكوا الردَّ من غير قبول ملكوا الردَّ من غير قبض ، ولأن ملك الوصىّ لم يستقرّ عليه قبل القبض ، فصحّ ردُّه كما قبل القبول .

والثانى : لا يصحّ الردُّ لأن الملك يحصُل بالقبول من غير قبض .

٤٥٥٧ (فصــــل)

وكلُّ موضع صحّ الردُّ فيه فانّ الوصيّة تبطُل بالردّ وترجع إلى التركة ، فتكون للورّاث جميعهم ، لأن الأصل ثبوت الحكم لهم ، وإنما خرج بالوصيّة ، فاذا بطلت الوصيّة رجع إلى ما كان عليه ، كأن الوصيّة لم توجد . ولو عيَّن بالردّ واحداً ، وقصد تخصيصه بالمردود ، لم يكن له ذلك ، وكان لجميعهم ، لأن ردّه امتناع من تملكه ، فيبقى على ما كان عليه ، ولأنه لم يملك دفعه إلى أجنبىّ ، فلم يملك دفعه إلى وارث يخصُّه به . وكلُّ موضع امتنع الردُّ فيه لاستقرار ملكه عليه فله أن يختصَّ به واحداً . من الورثة ، لأنه ابتداء هبة ، ويملك أن يدفعه إلى أجنبىّ ، فملك دفعه إلى وارث ، فلو قال : ردَدْتُ هذه الوصيّة لفلان ، قيل له : ما أردت بقولك : لفلان ؟ فإن قال : أردتُ تمليكه إيّاها ، وتخصيصه بها ، فقبلها اختص بها ، وإن قال : أردتُ ردّها إلى جميعهم ليرضَى فلان ، عادت الى جميعهم إذا قبلوها ، فإن قبلها بعضهم دون بعض فلمن قبل حصّتُه منها .

٤٥٥٨ (فصــــل)

ويحصل الردُّ بقوله : ردَدْتُ الوصيّة ، وقوله : لا أقبلها ، وما أدّى هذا المعنى . قال أحمد : إذا قال : أوصيتُ لرجل بألف ، فقال : لا أقبلها ، فهى لورثته ، يعنى لورثة الموصِى .

٤٥٥٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ فإن مات قبل أن يقبل ، أو يردّ قام وارثه فى ذلك مقامه ، إذا كان موته بعد موت الموصِى ﴾

اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول ، والردّ بعد موت الموصِى ، فذهبَ الخرقىّ إلى أن وارثه يقوم مقامه فى القبول ، والردّ ، لأنه حقّ ثبت للموروث ، فثبت للوارث بعد موته ، لقوله عليه السلام « مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ » وكخيار الردّ بالعيب ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصيّة تبطل ، لأنه عقد يفتقر إلى القبول ، فإذا مات مَن له القبول قبله بطل العقد ، كالهبة . قال القاضى : هو قياس المذهب ، لأنه خيار لا يعتاض عنه ، فبطل بالموت ، كخيار المجلس ، والشرط ، وخيار الأخذ بالشفعة ، وقال أصحاب الرأى : تلزم الوصيّة فى حقّ الوارث ، وتدخُل فى ملكه حُكماً بغير قبول ، لأن الوصيّة قد لزمت من جهة الموصِى ، وإنّما الخيار الموصَى له ، وإذا مات بطل خياره ، ودخل فى ملكه ، كما لو اشترى شيئاً على أن الخيار له ، فمات قبل انقضائه .

ولنا على أن الوصيّة لا تبطُل بموت الموصَى له : أنّها عقد لازم من أحد الطرفين ، فلم تبطل بموت من له الخيار ، كعقد الرهن ، والبيع ، إذا شرط فيه الخيار لأحدهما ، ولأنه عقد لا يبطُل بموت الموجب ، فلا يبطل بموت الآخر ، كالذى ذكرنا ، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ، ويبطل بموت الموجَب له ، ولا يصحّ قياسه على الخيارات ، لأنه لم يبطل الخيار ، ويلزم العقد ، فنظيره فى مسألتنا قولُ أصحاب الرأى .

ولنا : على إبطال قولهم أنه عقد يفتقر الى قبول المتملك ، فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة .

إذا ثبت هذا : فإنّ الوارث يقوم مقام الموصَى له فى القبول ، والردّ ، لأن كلّ حقّ مات عنه المستحقُّ ، فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه .

فعلى هذا: إن ردّ الوارث الوصية بطلت، وإن قبلها صحت، وثبت الملك بها، وإن كان الوارث جماعةً اعتبر القبول أو الردُّ من جميعهم ، فإن ردَّ بعضهم ، وقبل بعضٌ ثبت للقابل حصّته، وبطلت الوصيّة فى حق من رد. فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرّف قام وليه مقامه فى القبول، والردّ، وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظّ فيه، فإن فعل غيره لم يصحّ ، فإذا كان الحظُّ فى قبولها، فردَّها لم يصحّ ردُّه ، وكان له قبولها بعد ذلك ، وإن كان الحظ فى ردها ، فقبلها لم يصحّ قبوله ، لأن الوليّ لا يملك التصرّف فى حقّ المولى عليه بغير ماله الحظّ فيه ، فلو أوصى لصبيٍّ بذى رحم له، يعتق بملكه له، وكان على الصبيّ ضرر فى ذلك بأن تلزمه نفقة الموصَى به، لكونه فقيراً لا كسب له ، والمولى عليه موسر ، لم يكن له قبول الوصيّة ، وان لم يكن عليه ضرر لكون

الموصَى به ذا كسب ، أو كون المولى عليه فقيراً ، لا تلزمه نفقته تعيّن قبول الوصية ، لأن فى ذلك نفعاً للمولّى عليه لعتق قرابته ، وتحريره من غير ضرر يعود عليه ، فتعيّن ذلك . والله أعلم .

٤٥٦٠ (فصـــل)

ولا يملك الموصَى له الوصيَّة إلا بالقبول فى قول جمهور الفقهاء ، إذا كانت لمعيَّن يمكن القبول منه ، لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك ، متعيِّن ، فاعتبر قوله ، كالهبة ، والبيع ؛ قال أحمد : الهبة ، والوصيّة واحد ، فأمّا إن كانت لغير معيّن ، كالفقراء ، والمساكين ، ومن لا يملك حَصْرهم ، كبنى هاشم ، وتميم ، أو على مصلحة ، كمسجد ، أو حجّ لم يفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرّد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذّر ، فيسقط اعتباره ، كالوقف عليهم ، ولا يتعيّن واحد منهم ، فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصَى به ، مثل أن يوصِىَ بعبد للفقراء ، وأبوه فقير لم يعتق عليه ، ولأن الملك لا يثبت للموصَى لهم ، بدليل ما ذكرنا من المسألة ، وإنما يثبت لكلّ واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضه مقام قبوله ؛ أما الآدمىُّ المعيَّن فيثبُت له الملك ، فيعتبر قبوله ، لكن لا يتعيَّن القبول باللفظ ، بل يُجزىء ما قام مقامه ، من الأخذ ، والفعل الدالّ على الرضا ، كقولنا فى الهبة ، والبيع ، ويجوز القبول على الفور ، والتراخى ، ولا يكون إلا بعد موت الموصِى ، لأنه قبل ذلك لم يثبُت له حقّ ، ولذلك لم يصحّ ردّه . فإذا قبل ثبت الملك له من حين القبول فى الصحيح من المذهب ، وهو قول مالك ، وأهل العراق ، وروى عن الشافعىّ .

وذكر أبو الخطّاب فى المسألة وجهاً آخر : أنه إذا قبل تبيَّنا أنّ الملك يثبُت حين موت الموصِى ، وهو ظاهر مذهب الشافعىّ ، لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقالُه من جهة الموجب عند الإيجاب ، كالهبة والبيع . ولأنه لا يجوز أن يثبُت الملك فيه للوارث ، لأن الله تعالى قال (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ) ولأن الإرث بعد الوصيَّة ، ولا يبقى للميّت ، لأنه صار جماداً لا يملك شيئاً ، وللشافعىّ قول ثالث غير مشهور : إنّ الوصيّة تُملك بالموت ، ويحكم بذلك قبل القبول ، لما ذكرنا .

ولنا : أنه تملّك عين لمعيّن يفتقر إلى القبول ، فلم يسبق الملك القبول ، كسائر العقود ، ولأن القبول من تمام السبب ، والحكم لا يتقدّم سببه . ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً ، أو جزءاً من السبب ، والحكم لا يتقدّم سببه ، ولا شرطه ، ولأن الملك فى الماضى لا يجوز تعليقه بشرط مستقبَل ، فإن قيل : فلو قال لامرأته : أنت طالق قبل موتى بشهر ، ثم مات تبينّا وقوع الطلاق قبل موته بشهر ، قلنا : ليس هذا شرطاً . فى وقوع الطلاق ، وإنما تبيّن به الوقتُ الذى يقعُ فيه الطلاق ، ولو قال : إذا متّ فأنت طالق قبله بشهر لم يصحّ ، وأما انتقاله من جهة للموجب فى سائر العقود ، فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول ،

فهو كمسألتنا ، غير أن ما بين الإيجاب ، والقبول ثَمَّ يسيرٌ لا يظهر له أثر ، بخلاف مسألتنا . قولهم : إن الملك لا يثبت للوارث ممنوع ، فإنّ الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل ، إلا أن يمنع منه مانع ، وقول الله تعالى (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) قلنا : المراد به وصيَّة مقبولة ، بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكا للوارث ، وقبل قبولها فليست مقبولة ، ويحتمل أن يكون المراد بقوله (فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ)[1] أى لكم ذلك مستقرٌ ، فلايمنع هذا ثبوت الملك غير مستقرّ ، ولهذا لايمنع الدين ثبوت الملك فى التركة ، وهو آكد من الوصيَّة ، وإن سلَّمنا أن الملك لا يثبت للوارث فإنّه يبقى ملكاً للميِّت ، كما إذا كان عليه دين ، وقولهم : لا يبقى له ملك ممنوع ، فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ، ودفنه ، وقضاء ديونه ، ويجوز أن يتجدّد له ملك فى ديونه ، إذا قبل ، وفيما إذا نصب شبكةً فوقع فيها صيد بعد موته ، بحيث تُقضَى ديونه ، وتنفَّذ وصاياه ، ويجهّز ، إن كان قبل تجهيزه . فهذا يبقى على ملكه ، لتعذّر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصيّة ، وامتناع انتقاله إلى الوصىّ قبل تمام السبب ، فإن ردّ الموصَى له ، أو قبل انتقل حينئذٍ ، فإن قلنا بالأول ، وأنه ينتقل إلى الوارث فإنّه يثبت له الملك على وجهٍ لا يفيد إباحةَ التصرّف ، كثبوته فى العين المرهونة ، فلو باع الموصَى به ، أو رهنه ، أو أعتقه ، أو تصرّف بغير ذلك لم ينفُذ شيء من تصرفاته ، ولو كان الوارث ابناً للموصَى به ، مثل أن تملك امرأةٌ زوجَها الذى لها منه ابن ، فتوصِى به لأجنبىّ فإذا ماتت انتقل الملك فيه إلى ابنه إلى حين القبول ، ولا يعتق عليه ، والله أعلم .

٤٥٦١ (فصل فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين)

من ذلك أنه إذا حدث للموصى به نماء منفصل بعد موت الموصى ، وقبل القبول ، كالثمرة والنِّتاج ، والكَسْب فهو للورثة ، وعلى الوجه الآخر يكون للموصَى له ، ولو وصى بأمةٍ لزوجها ، فأولدها بعد موت الموصِى ، وقبل القبول ، فولده رقيق للوارث ، وعلى الوجه الآخر يكون حرّ الأصل ، ولا ولاء عليه ، وأمه أمّ ولد ، لأنها علقت منه بحرّ فى ملكه ، وإن مات الموصَى له قبل القبول ، والردّ فلوارثه قبولها ، فإن قبلها ملك الجارية ، وولدها ، وإن كان ممّن يعتق الولد عليه عتق ، ولم يرث من ابنه شيئاً ، وعلى الوجه الآخر تكون الجارية أمّ ولد ، ويرث الولد أباه ، فإن كان يحجب الوارث القابل حَجَبه ، وقال أكثر أصحاب الشافعىّ : لا يرث الولد ههنا شيئاً ، لأن توريثه يمنع كونَ[2] القابل وارثاً ، فيبطل قبوله ، فيُفضى إلى الدور ، وإلى إبطال ميراثه ، فأشبه ما لو أقرّ الوارث بمن يحجبه عن الميراث ، وقد ذكرنا فى الإقرار ما يدفع هذا ، وإن المقر به يرث ، فكذا ههنا . ويُعتبر قبول من هو وارث فى حال اعتبار القبول ، كما يُعتبر فى الإقرار إقرار من هو وارث حالَ الإقرار ، والله أعلم .

(١) بعض الآية ١٢ من سورة النساء وكان لفظ(مما تركن) ساقطا فى الأصل فوضعناه فى مكانه

(٢) كانت كلة (كون) فى الأصل (قول) ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب .

ومن ذلك : لو أوصى لرجل بأبيه ، فمات الموصَى له قبل القبول ، فقبل ابنه صحّ ، وعتق عليه الجدّ ، ولم يرث من أبيه شيئاً ، لأن حرّيته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره ، وعلى الوجه الآخر تثبت حرّيته من حين موت الموصِى ، ويرث من أبيه السدس ، وقال بعض أصحاب الشافعيّ : لا يرث أيضاً، لأنه لو ورث لاعتبر قبوله ، ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرّيته ، وإذا لم يجز اعتباره لم تعتق ، فيؤدّى توريثه إلى إبطال توريثه ، وهذا فاسد . فإنّه لو أقرّ جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه ، وورث مع أنه يخرج المقرّون به عن كونهم جميع الورثة ، ومن ذلك : أنه لو مات الموصَى له فقبل وارثه لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصِى ، لا من جهة موروثه ، ولم يثبت للموصَى له شىء ، فحينئذ لا تُقضى ديونه ، ولا تنفذ وصاياه ، ولا يعتق من يعتق عليه ، وإن كان فيهم من يعتق على الوارث عتق عليه ، وكان ولاؤه له دون الموصَى له ، وعلى الوجه الآخر يتبيّن أن الملك كان ثابتاً للموصَى له ، وأنه انتقل منه إلى وارثه ، فتنعكس هذه الأحكام ، فتقضى ديونه ، وتنفذ وصاياه ، ويعتق من يعتق عليه ، وله ولاؤه ، يختصّ به الذكور من ورثته . ومن ذلك : أن الموصى به لو كان أمةً ، فوطئها الوارث ، فأولدها صارت أمّ ولد له ، وولدها حرّ ، لأنه وطئها فى ملكه ، وعليه قيمتها للموصَى له ، إذا قبلها ، فإن قيل : كيف قضيتم بعتقها ههنا، وهى لا تعتق باعتاقها ؟ قلنا : الاستيلاد أقوى ، ولذلك يصحّ من المجنون ، والراهن ، والأب ، والشريك المعسر ، وإن لم ينفُذ إعتاقهم ، وعلى الوجه الآخر يكون ولده رقيقاً ، والأمة باقية على الرقّ ، وإن وطئها الموصى له قبل قبولها كان ذلك قبولاً لها ، وثبت الملك له به ، لأنه لا يجوز إلا فى الملك ، فإقدامه عليه دليل على اختياره الملك . فأشبه مالو وطىء مَنْ له الرجعة الرجعيّة ، أو وطىء من له الخيار فى البيع الأمَةَ المبيعَة ، أو وطىء من له خيار فسخ النكاح امرأته .

٤٥٦٢ (فصــــل)

وتصحُّ الوصيَّة مطلقةً ، ومقيّدةً ، فالمطلقة أن يقال : إن متّ فثلثي للمساكين ، أو لزيد ، والمقيّدة أن يقول : إن متُّ مِنْ مرضى هذا ، أو فى هذه البلدة ، أو فى سفرى هذا ، فثلثى للمساكين ، فإن برأ من مرضه ، أو قدم من سفره ، أو خرج من البلدة ، ثم مات بطلت الوصيّة المقيّدة ، وبقيت المطلقة . قال أحمد فيمن وصَّى وصيَّةً إن مات من مرضه هذا ، أو من سفره هذا ، ولم يُغَيّر وصيّته ، ثمّ مات بعد ذلك فليس له وصيَّة ، وبهذا قال الحسن ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك : إن قال قولاً ، ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وإن كتب كتاباً ، ثم صحّ من مرضه ، وأقرّ الكتابَ فوصيّته بحالها ، ما لم ينقضها .

ولنا : أنها وصيّة بشرط ، لم يوجد شرطها ، فبطلت ، كما لو لم يكتب كتاباً ، أو كما لو وصّى لقوم ،

فماتوا قبله ، ولأنه قيد وصيته بقيد ، فلا يتعداه ، كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبديه . أنت حر بعد موتى ، وقال للآخر : أنت حرٌ إن متّ فى مرضى هذا ، فمات فى مرضه . فالعبدان سواء فى التدبير ، وإن برِ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيَّد ، وبقى تدبير المطلق بحاله ، ولو وصّى لرجل بثلثه ، وقال : إن متّ قبلى فهو لعمرو ، صحّت وصيتّه على حسب ما شرطه له ، وكذلك فى سائر الشروط . فإن النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » .

٤٥٦٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطى السدس ، وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : يعطى سهماً مما تصحّ منه الفريضة ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله ، فيما لو أوصى بسهم ، فروى عنه : أن للموصَى له السدس. وروى ذلك عن علىّ ، وابن مسعود رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن ، وإياس بن معاوية ، والثورىّ ، والرواية الثانية : أنه يُعطى سهماً مما تصحّ منه الفريضة ، فينظر : كم سهماً صحّت منه الفريضة ؟ ويزاد عليها مثلُ سهم من سهامها للموصَى له ، وهذا قول شُرَيح ، قال : تُرفع السهام ، فيكون للموصَى له سهم ، قال القاضى : هذا ما لم يزد على السدس ، فإن زاد السهم على السدس فله السدس ، لأنه متحقّق . وجه ذلك أن قوله : سهماً ينبغى أن ينصرف إلى سهام فريضته ، لأن وصيّته منها ، فينصرف السهم إليها ، فكان واحداً من سهامها ، كما لو قال : فريضتى كذا ، وكذا ، سهماً ، لك منها سهم ، وقال الخلاّل ، وصاحبه : أقلّ سهماً من سهام الورثة ، لأن أحمد قال فى رواية أبى طالب ، والأثرم : إذا أوصى له بسهم من ماله . يعطى سهماً من الفريضة ، قيل له : نصيب رجل ، أو نصيب امرأة ؟ قال : أقلُّ ما يكون من السهام . قال القاضى : مالم يزد على السدس ، وهذا قول أبى حنيفة ، وقال صاحباه : إلا أن يزيد على الثلث ، فيكون له الثلث . ووجه هذا القول : أن سهام الورثة أنصباؤهم ، فيكون له أقلها ، لأنه اليقين ، فإن زاد على السدس دُفِع إليه السدس ، لأنه أقلُّ سهم يرثه ذو قرابة ، وقال أبو ثور : يُعْطَى سهماً من أربعة وعشرين ، لأنها أكثر أصول الفرائض ، فالسهم منها أقلُّ السهام ، وقال الشافعىّ ، وابن المنذر : يُعطيه الورثة ما شاء ، ولأن ذلك يقع عليه اسم السهم ، فأشبه مالو أوصى له بجزء ، أو حظٍّ ، وقال عطاء ، وعكرمة : لا شىء له .

ولنا : ما رَوى ابن مسعود « أنَّ رَجُلاً أَوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ مِنَ المَالِ ، فَأَعْطاهُ النبىُّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلمِ السُّدُسَ » ولأن السهم فى كلام العرب السدس ، قال إياس بن معاوية : السهمُ فى كلام العرب

السدس ، فتنصرف الوصيَّة إليه ، كما لو لفظ به، ولأنه قول عليّ وابن‌مسعود ، ولا مخالف لهما فى الصحابة، ولأن السدس أقلّ سهم مفروض يرثه ذو قرابة ؛ فتنصرف الوصيَّة إليه .

إذا ثبت هذا : فإنَّ السدس الذى يستحقه الموصَى له يكون بمنزله سدس مفروض ، فإن كانت المسألة كاملةَ الفروض أُعِيلَتْ به ، وإن كانت عائلةً زاد عَوْلُها به ، وإن كان فيها ردّ ، أو كانوا عَصَبَةً أُعْطِىَ سُدُساً كاملا ، قال أحمد فى رواية ابن منصور ، وحرب : إذا أوصى لرجل بسهم من ماله يُعطَى السدسَ ، إلا أن تعول الفريضة ، فيُعطى سهماً مع العَوْل ، فكأنَّ معنى الوصيَّة: أوصيتُ لك بسهم من يرث السدس، فلو أوصى له بسهم فى مسألة فيها زوج ، وأخت ، كان له السبع ، كما لو كان معهما جدَّة ، على الروايات الثلاث ، وكذلك لو كان فى المسألة أمّ ، وثلاث أخَوَات مفترقات ، فإن كان معهم زوج فالمسألة من تسعة ، وللموَصى له العشرُ ، على الروايات الثلاث ، وإن كان الورثة ثلاث أخواتٍ متفرقات فللموَصى له السدس ، على الروايات الثلاث ، وإن كانوا زوجاً ، وأبوين ، وابنين ، فالمسألة من خمسة عشر وتعول بسدس آخر ، فتصير من سبعة عشر ، وكذلك على قول الخلاَّل ، لأن أقلّ سهام الورثة سدس . وعلى الرواية الأخرى : يكون للوَصى له سهم واحد ، يزاد على خمسةَ عشَر ، فتصير ستّة عشر . وإن كانوا زوجةً، وأبوين ، وابناً ، فالفريضة من أربعة وعشرين ، وتعولُ بالسدس الموَصى به، إلى ثمانيةٍ وعشرين. وعلى الرواية الثانية : يُزاد عليها سهم واحد للموَصى له . فتكون من خمسة وعشرين . وعلى قول الخلاّل يُزاد عليها مثلُ سهم الزوجة ، فتكون من سبعة وعشرين . وإن كانوا خمسةَ بنين ، فللوصى السدس كاملاً . وتصحّ من ستّة ، على الروايات الثلاث . فإن كان معهم زوجة صحَّت الفريضة من أربعين . فتزيد عليها سهماً للوصىّ على إحدى الروايات، تصير أحداً وأربعين . وعلى قول الخلاّل نزيد مثل نصيب الزوجة، فتصير خمسةً وأربعين . وعلى الرواية الأولى نزيد عليها مثلَ سدسها ، ولا سدس لها ، فنضربها فى ستة ، ثم نزيد عليها سدسها. تكن مائتين وثمانين. للوصىّ أربعون، وللزوجة ثلاثون، ولكلّ ابن اثنان وأربعون، ولو خلَّف أبوين ، وابنين ، وأوصى لرجل بسدس ماله ، ولآخر بسهم جعلت ذا السهم كالأمّ ، وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً ، وقسّمت الباقىَ بين الورثة والموَصى له على سبعة ، فتصحّ من اثنين وأربعين، لصاحب السدس سبعة ، ولصاحب السهم خمسة ، على الروايات الثلاث ، ويحتمل أن يُعطى ذو السهم السبع كاملاً ، كأنه أوصى له من غير وصيّة أخرى . فيكون له ستة ، ويبقى تسعة وعشرون ، على ستة ، لا تنقسم فنضربها فى اثنين وأربعين ، تكن مائتين ، واثنين ، وخمسين .

٤٥٦٤ (فصــــــل)

وإن أوصى بجزء ، أو حَظ ، أو نصيب ، أو شىء من ماله ، أعطاه الورثة ما شاءوا . لا أعلم فيه

خلافاً . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وابن المنذر ، وغيرهم ، لأن كلّ شيء جزء ، ونصيب ، وحظّ ، وشيء . وكذلك إن قال : أعطوا فلاناً من مالى ، أو ارزقوه . لأن ذلك لا حدّ له فى اللغة ، ولا فى الشرع ، فكان على إطلاقه .

٤٥٦٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، ولم يسمّه كان له مثل ما لأقلّهم نصيباً ، كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، وهم ابن ، وأربع زوجات ، فتكون صحيحةً من اثنين وثلاثين سهماً، للزوجات الثمن ، وهو أربعة ، وما بقى فللابن ، فزد فى سهام الفريضة مثل حظّ امرأة من نسائه ، فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهماً ، فللموصَى له سهم ، ولكل امرأة سهم ، وما بقى فللابن ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مُسمًّى . فإن كان الورثة يتساوَوْن فى الميراث كالبنين . فله مثلُ نصيب أحدهم ، مزاداً على الفريضة . ويجعل كواحد منهم زاد فيهم . وإن كانوا يتفاضلون ، كمسألة الخِرَقيّ ؛ فله مثلُ نصيب أقلّهم ميراثاً ، يزاد على فريضتهم . وإن أوصى بنصيب وارث معيّن ، فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة . وهذا قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وقال مالك ، وابن أبى ليلى ، وزفر ، وداود : يُعطَى مثل نصيب المعيّن ، أو مثل نصيب أحدهم ، إذا كانوا يتساوَوْنَ من أصل المال غير مزيد ، ويقسّم الباقى بين الورثة . لأن نصيب الوارث قبل الوصيّة من أصل المال ، فلو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد فالوصيّه بجميع المال. وإن كان له ابنان فالوصيّة بالنصف . وإن كانوا ثلاثةً فالوصيّة بالثلث ، وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون نظرَ إلى عددهم ، فأعطِىَ سهماً من عددهم ، لأنه لا يمكن اعتبار أنصبائهم ، لتفاضلهم ، فاعتبر عدد رءوسهم .

ولنا : أنه جعل وارثه أصلاً ، وقاعدةً حمل عليه نصيب الموصَى له . وجعله مثلاً له ، وهذا يقتضى أن لا يزاد أحدها على صاحبه ، ومتى أُعْطِى من أصل المال فما أُعطِى مثل نصيبه ، ولا حصلت له التسوية . والعبارة تقتضى التسوية . وإنما جعل له مثل أقلّهم نصيباً ، لأنه اليقين ، وما زاد فمشكوك فيه . فلا يثبُت مع الشكّ ، وقوله « يُعْطَى سَهْماً مِنْ عَدَدِهِمْ » خلاف ما يقتضيه لفظ الموصِى . فإنّ هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ، ولفظه إنّما اقتضى نصيب أحدهم ، وتفاضلُهم لا يمنع كون نصيب الأقلّ نصيب أحدهم ، فيصرفه إلى الوصيّ ، لقول الموصِى ، وعملاً بمقتضى وصيّته . وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصِى أصلاً ، وقوله « تَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِقَوْلِ الموُصِى » غير صحيح . فإنه أمكن العمل به بما قلناه ، ثمّ لو تعذّر العمل به . لما جاز أن يوجب فى ماله حقًّا لم يأذن فيه ، ولم يأمر به ، وقد مثّل الخِرَقيّ فى هذه المسألة بما أغنى عن تمثيلها . ولو قال : أوصيت بمثل نصيب أقلّهم ميراثاً كان كما لو أطلق ، وكان ذلك

تأكيداً ، وإن قال : أوصيتُ بمثل نصيب أكثرهم ميراثاً . فله ذلك مضافاً إلى المسألة ، فيكون له فى مسألة الخِرَقِ ثمانيةٌ وعشرون ، تُضَمّ إلى الفريضة ، فيكون الجميع ستّين سهماً .

٤٥٦٦ (فصــــــل)

وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان :

أحدهما : تصحّ الوصيّة ، ويكون ذلك كالوصيّة بمثل نصيبه ، وهذا قول مالك ، وأهل المدينة ، واللؤلؤىّ ، وأهل البصرة ، وابن أبى ليلى ، وزُفَر ، وداود .

والوجه الثانى : لاتصحّ الوصيّة ، وهو الذى ذكره القاضى ، وهو قول أصحاب الشافعىّ ، وأبى حنيفة ، وصاحبيه . لأنه أوصى بما هو حقّ للابن . فلم يصحّ ، كما لوقال : بدار ابنى ، أو بما يأخذه ابنى ، وجه الأول أنه أمكن تصحيح وصيّته، بحمل لفظه على مجازه ، فصحّ . كما لو طلّق بلفظ الكناية ، أو أعتق ، وبيان إمكان التصحيح : أنه أمكن تقدير حذف المضاف ، وإقامة المضاف إليه مُقامه ، أى بمثل نصيب وارثى ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صحّ . وإن تضمّن ذلك الوصيّة بنصيب ورّاثه كلّهم .

٤٥٦٧ (فصــــــل)

وإن قال : أوصيت لك بضعف نصيب ابنى فله مِثْلاَ نصيبه . وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو عُبَيْدَةَ القاسمُ بن سَلاّم ، الضِّعف المثلُ . واستدلّ بقول الله تعالى (يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ[1]) أى مِثْلَين وقوله : (فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ[2]) أى مثلين ، وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل .

ولنا : أن الضعف مثلان، بدليل قوله تعالى (لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ)[3] وقال(فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزاءُ الضِّعْفِ بِمَا عَمِلُوا[4]) وقال(وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ[5]) ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بنى تغلب ، فكان يأخذ من المائتين عشرةً . وقال لحذيفة ، وعثمان بن حُنَيف : « لَعَلَّكُمَا حَمَّلْتُمَا الْأَرْضَ مَالاَ تُطِيقُ ؟ فقال عثمان : لَوْ أَضْعَفْتُ عَلَيها لَاحْتَمَلَتْ » قال الأزهرىّ : الضعفُ المثلُ ، فما فوقه . وأما قوله : إن الضعفين المثلين . فقد رَوى ابن الأنبارىّ ، عن هشام بن معاوية النحوىّ ، قال : العربُ تتكلّم بالضعف مُثنّى ، فتقول : إن أعطيتنى درهماً فلك ضعفاه ،

---

(١) بعض الآية ٣٠ من سورة الأحزاب .
(٢) بعض الآية ٢١٥ من سورة البقرة .
(٣) بعض الآية ٧٥ من سورة الإسراء .
(٤) بعض الآية ٣٧ من سورة سبأ .
(٥) الآية ٣٩ من سورة الروم .

أى مِثْلَاهُ ، وإفراده . لا بأس به ، إلا أنَّ التثنية أحسَنُ ، يعنى أن المفرد ، والمثنَّى فى هذا بمعنى واحدٍ ، قال أبو عُبَيْدَة مَعْمَرُ بْنُ المُثَنَّى ضعف الشىء هو مثله ، وضعفاه هو مثلاه ، وثلاثة أضعافه ثلاثة أمثاله ، وعلى هذا .

٤٥٦٨ (فصـــل)

وإن قال : أوصيتُ لك بضِعْفَىْ نصيب ابنى ، فله مِثْلاَ نصيبه ، وإن قال : ثلاثة أضعافه فله ثلاثةُ أمثاله ، وهذا الصحيح عندى . وهو قول أبى عُبَيْد ، وقال أصحابنا : إن أوصى بضعفيه فله ثلاثة أمثاله ، وإن أوصى بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله ، وعلى هذا : كلّما زاده ضعفاً زاد مَرَّةً ، وهذا قول الشافعىّ ، واحتجّوا بقول أبى عُبَيْدَةَ ، وقد ذكرناه ، وقال أبو ثور : ضعفاه أربعةأمثاله ، وثلاثة أضعافه ستّة أمثاله لأنه قد ثبت أن ضِعْفَ الشىء مثلاه ، فتثنيتهُ مِثْلاَ مُفردِه ، كسائر الأسماء .

ولنا : قول الله تعالى (فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنْ) قال عِـكرمة تحمل فى كلّ عام مرّتين ، وقال عطاء : أثمرت فى سنة مثل ثمرة غيرها سنتين ، ولا خلاف بين المفسرين فيما علمتُ فى تفسير قوله تعالى (يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنْ) أن المراد به مرّتين ، وقد دل عليه قوله تعالى (نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ) ومحال أن يَجعل أجرها على العمل الصالح مرتين ، وعذابها على العمل الفاحش ثلاث مرّات . فإن الله تعالى إنما يريد تضعيف الحسنات على السّيئات ، وهذا هو المعهود من كرمه ، وفضله ، وأما قول أبى عُبَيْدَة فخالفه فيه غيره ، وأنـكروا قوله . قال ابنُ عرفة : لا أحبّ قول أبى عُبَيْدَة فى (يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ) لأن الله تعالى قال فى آية أخرى : (نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ) فأعلم أنّ لها من هذا حظّين، ومن هذا حظين .

وقد نقل معاوية بن هشام النحوىّ عن العرب : أنّهم ينطقون بالضعف مُثَنًّى ومفرداً بمعنًى واحـد ، وموافقة العرب على لسانهم مع مادلّ عليه كلام الله تعالى العزيز ، وقول المفسرين من التابعين ، وغيرهم أولى من قول أبى عُبَيْدة المخالف لذلك كلّه ، مع مخالفة القياس ،ونسبة الخطأ إليه أولى من تخطئة ماذكرناه. وأما قول أبى ثور فظاهر الفساد ، لما فيه من مخالفة الـكتاب ، والعرب، وأهل العربيّة . ولا يجوز التمسك بمجرّد القياس المخالف للنقل . فقد يشذّ من العربيّة كلمات تُؤخذ نقلاً بغير قياس ، والله أعلم .

٤٥٦٩ فصـــــل

وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له ، مثل أن يوصِىَ بنصيب ابنه . وهو ممن لا يرث ، لـكونه رقيقاً ، أو مخالفاً لدينه ، أو بنصيب أخيه ، وهو محجوب عن ميراثه ، فلا شىء للموصى له ، لأنه لا نصيب له فمثلُ لا شىء له .

٤٥٧٠ (فصــــل)

وإن أوصى لرجل بثلث ، ولآخر بربع ، ولآخر بخمس ، ولآخر بمثل وصيّة أحـــدهم فله الخمس ، وإن وصّى لرجل بعشرة ، ولآخر بستة ، ولآخر بأربعة ، ولآخر بمثل وصيّة أحدهم : فـله أربعة ، لأنها اليقين ، وإن قال : فلان شريكهم فله خمس مالـكلّ واحدمنهم ، وإن وصّى لأحدهم بمائة ، ولآخر بدارولآخر بَعبْد ، ثم قال : فلان : شريكهم فله نصف مالكلّ واحد منهم : ذكرها الخبرىّ ، لأنه ههنا يشارك كل واحد منهم منفرداً ، والشركة تقتضى التسوية ، فلهذا كان له النصف ، بخلاف الأوليين، فانّهم كلّهم مشتركون ، وقال ابن القاسم : له الربع فى الجميع .

٤٥٧١ (فصـــل)

ولو أوصى بمثل نصيب وارث لو كان ، فقدّر الوارث موجوداً ، وانظر ما للموصَى له مع وجوده . فهو له مع عدمه ، فإن خلّف ابنين ، وأوصى بمثـــل نصيب ثالث ، فللموصَى له الربع ، ولو وصّى بمثل نصيب خامس لو كان ، فللموصى له السُدس ، وعلى هذا أبداً . ولو خلّفت زوجا ، وأوصت بمثل نصيب أمّ لو كانت ، فللموصَى له الخمس . لأن للأمّ الربع لو كانت ، فيَجعل له سهماً مضافاً إلىأربعة ، يكن خمساً ، فقس على هذا .

٤٥٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا خلف ثلاثة بنين وأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم كان الموصى له الربع ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الشعبىّ ، والنخَعِىّ ، والثورىّ ، والشـافعىّ ، وأصحاب الرأى . وعند مالك وموافقيه للموصَى له الثلث ، والباقى بين الابنين ، وتصحّ من تسعة . وقد دلّلنا على فساده . ولو خلّف ابناً واحداً ، وأوصى بمثل نصيبه ، فللموصَى له النصف فى حال الإجازة ، والثلث فى حال الردّ وعند مالك : للموصى له فى حال الإجازة جميعُ المال .

٤٥٧٣ (فصــــل)

فإن خلّف بنتاً وأوصى بمثل نصيبها ، فالحـكم فيها كالحكم فيما لو كان ابناً ، عند من يرى الردّ ،لأنها تأخذ المال كلّه بالفرض ، والردّ ، ومن لا يرى الردّ يقتضى قوله أن يكون له الثلث ، ولهـا نصف الباقى ، وما بقى لبيت المال ، ويقتضى قول مالك : أن يكون للموصَى له النصف فى حال الإجازة ، ولها نصفالباقى ، وما بقى لبيت المال ، فإن خلّـف ابنتين ، وأوصى بمثل نصيب إحداهما ، فهى من ثلاثة عندنا ، ويقتضى ، قول من لايرى الردّ أنها من أربعة ، لبيت المال الربع ، ولـكلّ واحد منهم ربعُه ، ويقتضى قول مالك : أن الثلث للموصَى له ، وللبنتين ثلثا مابقى ، والباقى لبيت المال ، وتصحّ من تسعة ، فإن خلّف جدّةً وحدها

وأوصى بمثل نصيبها . فقياس قولنا : أنّ المال بينهما نصفين ، وقياس قول من لا يرى الردّ أنهامن سبعة لكل واحد منهما السبع ، والباقي لبيت المال . وقياس قول مالك : أنّ للموصَى له السدس ، وللجدة سدس مابقى ، والباقي لبيت المال .

٤٥٧٤ (فصــــل)

وإذا خلّف ثلاثة بنين ، وأوصى لثلاثة بمثل أنصبائهم ، فالمال بينهم على ستة ، إن أجازوا ، وإن ردُّوا فمن تسعة : للموصَى لهم الثلث ، ثلاثة ، والباقي بين البنين على ثلاثة ، فإن أجازوا لواحد ، وردّوا على اثنين، فللمردود عليهما التُّسعان اللذان كانا لهما فى حال الردّ عليهم ، وفى المُجاز له وجهان :

أحدهما : له السدُس الذى كان له فى حال الإجازة للجميع ، وهذا قول أبى يوسف ، وابن سُرَيج ، فيأخذ السدس، والتّسعين ، ومِنْ مَخْرجهما وهو ثمانية عَشَر يبقى أحد عشر بين البنين ، على ثلاثة ، لا يصحّ، فيضربُ عددهم فى ثمانيةَ عَشَر ، تكن أربعةً وخمسين ، للمُجاز له السدس تسعة ، ولكلّ واحد من صاحبه ستّة ، ولكلّ ابنٍ أحدَ عَشَر .

والوجه الثانى : أن يُضَمّ المُجاز له إلى البنين، ويقسّم الباقى بعد التسعين عليهم ، وهم أربعة ، لا تنقسم ، فتضرب أربعة فى تسعة ، تكن ستةً وثلاثين ، فإن أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتمُّوا لكلّ واحد منهم تمامَ سدس المال ، فيصيرُ المال بينهم أسداساً على الوجه الأول ، وعلى الوجه الآخر يَضُمُّون ما حصل لهم ، وهو أحدٌ وعشرون ، من ستّةٍ وثلاثين ، إلى ما حصل لهما ، وهو ثمانية ، ويقتسمونه بينهم على خمسة ، ولا يصحّ ، فتَضرب خمسةً فى ستة وثلاثين ، تكن مائةً وثمانين ، ومنها تصحّ ، وإن أجاز أحد البنين لهم، وردّ الآخران عليهم ، فللمُجيز السدس ، وهو ثلاثة من ثمانيةَ عَشَر،وللذين لم يُجيزوا أربعة أتساع : ثمانيةٌ ، تبقى سبعةٌ بين الموصَى لهم ، على ثلاثة ، اضربها فى ثمانيةَ عَشَر ، تكن أربعةً وخمسين . وإن أجاز واحد لواحد دُفِع إليه ثلث ما فى يده من الفضل ، وهو ثلث سهم ، من ثمانيةَ عشَر ، فاضربها فى ثلاثةٍ ، تكن أربعةً وخمسين . والله أعلم .

٤٥٧٥ (فصــــــل)

وإذا وصّى لرجل بجزء مقدّر ، ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ، ففيها وجهان :

أحدهما : يُعطى الجزء لصاحبه ، ويقسّم الباقى بين الورثة والموصَى له ، كأنه ذلك الوارث ، إن أجازوا ، وإن ردُّوا قسّمت الثلث بين الوصيّين على حسب ما كان لهما فى حال الإجازة ، والثلثان بين الورثة .

والوجه الثانى : أن يُعطى صاحب النصيب مثلَ نصيب الوارث ، كأن لا وصيّة سواها ، وهذا قول

يحيى بن آدم . مثاله : رجل أوصى بثلث ماله لرجل ، ولآخرَ بمثل نصيب أحد بنيه ، وهم ثلاثة ، فعلى الوجه الأول للموصَى له بالثلث الثلث ، وما بقى بين البنين والوصىّ على أربعة ، وتصحّ من ستّة ، لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم ، فإن ردوا ، فالثلث بين الوصيّين على ثلاثة ، والثلثان بين البنين على ثلاثة ، وتصحّ من تسعة ، وعلى الوجه الآخر : لصاحب الثلث الثلث ، وللآخر الربع ، إن أجيز لهما ، وإن ردّ عليهما قسّمت الثلث بينهما على سبعة ، والثلثان للورثة ، وتصحّ من ثلاثة وستّين ، وإن كان الجزء يزيد على الثلث ، مثل أنْ أوْصى لرجل بالنصف ، ولآخرَ بمثل نصيب أحد بنيه ، ففيها وجه ثالث ، وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين ، وهو ربعه ، لأن الثلثين حقّ الورثة ، لا يؤخذ منها شىء ، إلا بإجازتهم ، ورضاهم ، فيكون صاحب النصيب كواحد منهم ، لا ننقص من السدس شيئاً ، إلا بإجازته ، فعلى الوجه الأول لصاحب الجزء النصف ، والباقى بين الآخر والبنين على أربعة ، وتصحّ من ثمانية إن أجازوا . وإن ردّوا قسّمت الثلث بين الوصيّين على خمسة ، والثلثين بين البنين على ثلاثة ، وتصحّ من خمسة وأربعين . وعلى الوجه الثانى : لصاحب النصف النصف ، وللآخر الربع ، ويبقى الربع بين البنين ، وتصحّ من اثنى عشر ، وإن ردّوا فالثلث بين الوصيّين على ثلاثة ، وتصحّ من تسعة ، وعلى الوجه الثالث : لصاحب النصف النصف ، وللآخر السدُس ، ويبقى الثلث بين البنين ، على ثلاثة ، وتصحّ من ثمانيةَ عَشر ، وإن ردّوا فالثلث بين الوصيّين على أربعة ، وتصحّ من ستّة وثلاثين ، وإن أوصى لصاحب الجزء بالثلثين : فعلى الوجه الأول لصاحب النصف ربع الثلث ، سهم من اثنىعشر ، إن أجازوا ، وإن ردّوا قسّمت الثلث بين الوصيّين على تسعة ، وعلى الوجه الثانى يكون له الربع فى حال الإجازة ، وفى حال الردّ يكون الثلث بين الوصيّين على أحدَ عشَر ، وعلى الوجه الثالث يكون له السدس فى الإجازة ، وفى الردّ يكون الثلث بين الوصيّين على خمسة ، وإن أوصى لرجل بجميع ماله ، ولآخر بمثل نصيب أحد ورثته ، فعلى الوجه الأول لا يصحّ للوصىّ الآخر شىء فى إجازة ، ولا ردّ . وعلى الثانى يقسّم الوصيّان المال بينهما على خمسة ، فى الإجازة ، والثلث على خمسة فى الردّ ، وعلى الثالث يقتسمان المال على سبعة فى الإجازة ، والثلث على سبعة فى الردّ .

٤٥٧٦ (فصــــل)

وإن أوصى لرجل بمثل نصيب وارث ، ولآخر بجزء مما بقى من المال ففيها أيضاً ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يُعطى صاحب النصف مثلَ نصيب الوارث ، إذا لم يكن ثَمّ وصية أخرى .

والثانى : أن يُعطى مثل نصيبه من ثلثى المال .

والثالث : أن يُعطى مثل نصيبه بعد أخذ صاحب الجزء وصيّته ، وعلى هذا الوجه يدخلها الدَّورُ ،

وعليه التفريع . ومثاله : رجل خلّف ثلاثة بنين ، وصّى بمثل نصيب أحدهم ، ولآخرَ بنصف باقى المال ، فعلى الوجه الأول لصاحب النصف الربع ، وللآخر نصف الباقى ، وما بقى للبنين ، وتصحّ من ثمانية . وعلى الثانى له السدس ، وللآخر نصف الباقى ، وتصحّ من ستّة وثلاثين ، ولا تفريع على هذين الوجهين ، لوضوحهما ، وأما على الثالث فيدخلها الدور ، ولعملها طرق . أحدها : أن تأخذ مخرج النصف ، فتُسقط منه سهماً يبقى سهم ، فهو النصيب ، ثم تزيد على عدد البنين واحداً ، تصير أربعةً ، فتضربها فى المخرج ، تكن ثمانية ، تنقُصها سهماً يبقى سبعة ، فهى المال . للموصَى له بالنصيب سهم ، وللآخر نصف الباقى ، وهو ثلاثة ، ولكلّ ابن سهم .

(طريق آخر)

أن تزيد على سهام البنين نصف سهم ، وتضربها فى المخرج ، تكن سبعة .

(طريق ثالث)

ويسمى المنكوس أن تأخذ سهام البنين ، وهى ثلاثة ، فتقول : هى بقية مال ذهب نصفه . فإذا أردت تكميله فزد عليه مثله ، ثم زد عليها مثل سهم ابن تكن سبعة .

(طريق رابع)

أن تجعل المال سهمين ونصيباً ، وتدفع النصيب إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهماً ، يبقى سهم للبنين ، يعدل ثلثه ، فالمال كلّه سبعة . وبالجبر تأخذ مالاً فتُلقى منه نصيباً ، يبقى مالٌ إلا نصيباً ، وتدفع نصف الباقى إلى الوصىّ الآخر ، يبقى نصف مال ، يعدل ثلاثة أنصباء ، فأجبره بنصف نصيب ، وزده على الثلاثة ، يبقى نصفاً كاملاً يعدل ثلاثة ونصفاً ، فالمالُ كلّه سبعة .

٤٥٧٧ (فصــــــل)

فإن كانت الوصيّة الثانية بنصف ما يبقى من الثلث أخذتَ مخرج النصف ، والثلث ، وهو ستة، نقصت منها واحداً ، يبقى خمسة ، فهى النصيب ، ثم تزيد واحداً على سهام البنين ، وتضربها فى المخرج ، تكن أربعة وعشرين ، تنقصها ثلاثة ، يبقى أحد وعشرون ، فهو المال ، فتدفع إلى صاحب النصيب خمسةً ، يبقى من الثلث اثنان ، تدفع منهما سهماً إلى الوصىّ الآخر ، يبقى خمسة عشر ، لكلّ ابن خمسة وبالطريق الثانى تزيد على سهام البنين نصفاً ، وتضربها فى المخرج ، تكن إحدى وعشرين ، وبالثالث تعمل كما عملت فى الأولى ، فإذا بلغت سبعة ضربتها فى ثلاثة ، من أجل أن الوصيّة الثانية بنصف الثلث ، وبالرابع تجعل الثلث سهمين ، ونصيباً ، تدفع النصيب إلى صاحبه ، وإلى الآخر سهماً ، يبقى من المال خمسة أسهم ، ونصيبان ، تدفع نصيبين إلى ابنين ، يبقى خمسة للثالث ، فهى النصيب ، فإذا بسطتها كانت إحدى وعشرين . وبالجبر

تأخذ مالاً فتُلقى منه ثلثه نصيباً ، وتدفع إلى الآخر نصف باقى الثلث ، يبقى من المال خمسة أسداسه ، إلا نصف نصيب اجبُره بنصف نصيب ، وزده على سهام البنين يصير ثلاثة ً ونصفاً ، تعدل خمسة أسداس ، اقلب ، وحوّل يصير النصيب خمسةً ، وكلّ سهم ستّة ، تكن إحدى وعشرين .

٤٥٧٨ (فصـــــل)

فإن أوصى لثالث بربع المال ، نخذ المخارج ، وهى اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، واضرب بعضها فى بعض، تكن أربعةً وعشرين ، وزد على عدد البنين واحداً تصرْ أربعة ، واضربها فى أربعة وعشرين ، تكن ستةً وتسعين ، انقُصْ منها ضَرْبَ نصف سهم فى أربعة وعشرين ، وذلك اثنى عشر ، يبقى أربعة وثمانون فهى المال ، ثم انظر الأربعة والعشرين ، فانقُص منها سدسها ، لأجل الوصيّة الثانية ، وربعها لأجل الوصيّة يبقى أربعة عشر فهى النصيب ، فادفعها إلى الموصَى له بالنصيب ، ثم ادفع إلى الثانى نصف ما يبقى من الثلث، وهو سبعة ، وإلى الثالث ربع المال : إحدى وعشرين ، يبقى اثنان وأربعون ، لكلّ ابن أربعة عشر . وبالطريق الثانى تزيد على عدد البنين نصف سهم ، وتضرب ثلاثة ونصف فى أربعة وعشرين تكن أربعةً وثمانين ، وبالطريق الثالث تعمل فى هذه كما عملت فى التى قبلها . فإذا بلغت إحدى وعشرين ضربتها فى أربعة من أجل الربع تكن أربعةً وثمانين ، وبطريق النصيب تفرض المال ستة أسهم ، وثلاثة أنصباء ، تدفع نصيباً إلى صاحب النصيب ، وإلى الآخر سهماً ، وإلى صاحب الربع سهماً ونصفاً ، وثلاثة أرباع نصيب، ويبقى من المال نصيب وربع ، وثلاثة أسهم ونصف ، للورثة ، يعدل ثلاثة أنصباء ، فأسقط نصيباً وربعاً بمثلها ، يبقى ثلاثة أسهم ونصف ، يعدل نصيباً وثلاثة أرباع ، فالنصيب إذاً سهمان ، فابسط الثلاثة إلا نصيباً تكن ستة ، فصار المال اثنى عشر ، ومنها تصحّ . لصاحب النصيب سهمان ، وللآخر نصف باقى الثلث سهم ، ولصاحب الربع ثلاثة ، تبقى ستة ، لكلّ ابن سهمان . وهذا أخصر ، وأحسن . وبالجبر تأخذ مالا تدفع منه نصيباً ، يبقى مال إلا نصيباً ، تدفع نصف باقى ثلثه ، وهو سدس إلا نصف نصيب ، يبقى من المال خمسة أسداس إلا نصف نصيب ، تدفع منها ربع المال ، يبقى ثلث ، وربعه إلا نصف نصيب ، يعدل ثلاثة أنصباء ، اجبر وقابل ، واقلب ، وحوّل يكن النصيب سبعةً ، والمال اثنين وأربعين ، ثم تضربها فى اثنين ليزول الكسر ، يرجع إلى أربعة وثمانين .

٤٥٧٩ (فصـــل)

فإن كانت الوصية الثالثة بربع ما بقى من المال بعد الوصيّتين الأوليين ، فاعملها بطريق النصيب ، كما ذكرنا، يبقى معك ثلاثة، أسهم ، وثلاثة أرباع ، تعدل نصيباً ونصفاً ابسطهما أرباعاً تكن السهام خمسة عشر والأنصباء ستة ، توافقهما ، وتردهما إلىَ وفقيهما ، تصير خمسة أسهم ، تعدل نصيبين ، اقلب ، واجعل

النصيب خمسة ، والسهم اثنين ، وابسُط ما معك يصر سبعة وعشرين ، فادفع خمسة إلى صاحب النصيب ، وإلى الآخر نصف باقي الثلث سهمين، وإلى الآخر ربع الباقي خمسة يبقى خمسة عشر ، لكل ابن خمسة ، وهذا الطريق أخصر ، وإن عملت بالطريق الثاني أخذت أربعة وعشرين ، فنقصت سدسها ، وربع الباقي ، يبقى خمسة عشر ، فهي النصيب ، ثم زدت على عدد البنين سهماً ، ونقصت نصفه ، وربع الباقي منه ، يبقى ثلاثة أثمان ، ردّها على سهام البنين، تكن ثلاثة وثلاثة أثمان، تضربها في أربعة وعشرين ، تكن إحدى وثمانين ومنها تصحّ ، وبالجبر تُفضي إلى ذلك أيضاً .

٤٥٨٠ (فصـــــــل)

وإن خلّف أما ، وأختا ، ، وعمًّا ، وأوصى لرجل بمثل نصيب العمّ ، وسدس ما يبقى ، ولآخر بمثل نصيب الأمّ ، وربع ما يبقى ، ولآخر بمثل نصيب الأخت ، وثلث ما يبقى ، فاعملها بالمنكوس ، وقل : أصل المسألة ستة ، فابدأ بآخر الوصايا ، فقل : هذا مال ذهب ثلثه ، فزد عليه نصفه ، ثلاثة ، ومثل نصيب الأخت ثلاثة صارت اثنى عشر ، ثم قل : هذا بقية مال ذهب ربعه ، فزد عليه ثلثه ، ومثلَ نصيب الأم ستة ، صار ثمانيــة ، ثم قل : هذا بقيّــة مال ذهب سبعه ، فزد عليه سدسه ، ونصيب العمّ صار اثنين وعشرين ، ومنه تصحّ .

٤٥٨١ (فصل في الاستثناء)

إذا خلفّ ثلاثةَ بنين ، وأوى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال ، نخذ مخرج الكسر أربعةً ، وزد عليها سهماً تكن خمسةً ، فهذا النصيب ، وزد عدد البنين واحداً ، واضربه في مخرج الكسر ، تكن ستة عشر ، تدفع إلى الوصيّ خمسة ، وتستثنى منه أربعه ، يبقى لهم سهم ، ولكلّ ابن خمسة ، وإن شئت خصّصت كلّ ابن بربع ، وقسّمت الربع الباقي بينه وبينهم على أربعة . فان قال : الاربع الباقي بعد النصيب ، فردّ على سهام البنين سهماً وربعاً ، واضربه في أربعـــة تكن سبعة عشر ، للوصيّ سهمان ، ولكلّ ابن خمسة ، وبالجبر تأخذ مالا ، وتدفع منه نصيباً إلى الموصَى له ، وتستثنى منه ربع الباقي ، وهو ربع مالٍ الاربع نصيب صار معك مال ، وربع إلاّ نصيباً وربعاً ، يعدل أنصباء البنين ، وهي ثلاثة ، اجبر ، وقابل ، يخرج النصيب خمسةً ، والمال سبعةَ عشَر . فان قال : إلاّ ربع الباقي بعد الوصيّة جعلت المخرج ثلاثة ، وزدت عليه ثلثه ، صار أربعة ، فهو النصيب ، وتزيد على عدد البنين نصيباً وثلثاً ، وتضربه في ثلاثة ، تكن ثلاثة عشر ، فهو المال . وإن شئت قلت : المال كلّه ثلاثة أنصباء ، ووصيّة ، والوصية هي نصيبٌ إلاّ ربع الباقي بعدها ، وذلك ثلاثة أرباع نصيب ، فيبقى ربع نصيب ، فهو الوصيّة ، وتبيّن أن المال كلّه ثلاثة وربع ، ابسُطها تكن ثلاثة عشر . ولهذه المسائل طرق سوى ما ذكرناه . والله أعلم .

٤٥٨٢ (فصـــل)

وإن قال : أوصيت لك بمثل نصيب أحد بنيّ إلاّ ثلث ما يبقى من الثلث ، فخذ مخرج الكسر ثلث الثلث ، وهو تسعة ، وزد عليها سهماً تـكن عشرة ، فهي النصيب، وزد على أنصباء البنين سهماً وثُلثاً ، واضرب ذلك فى تسعة ، تـكن تسعة وثلاثين ، ادفع عشرة إلى الوصّى، واستثن منه ثلث بقية الثلث سهم ، يبقى له تسعة ، ولـكلّ ابن عشرة ، وإن قال : إلاّ ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصيّة جعلت المال ستة ، وزدت عليها سهماً صارت سبعةً ، فهذا هو النصيب ، وزدت على أنصباء البنين سهماً ونصفاً ، وضربته فى ستة صار سبعة وعشرين ، ودفعت إلى الوصيّ سبعة ، وأخذت واحدة من نصف بقيّة الثلث ، بقى معه ستة وبقى أحد وعشرون ، لـكلّ ابن سبعة ، وإنّما كان كذلك لأنّ الثلث بعد الوصيّة هو النصف بعد النصيب ، ومتى أطلق الاستثناء فلم يقل . بعد النصيب ، ولا الوصيّة ، فعند الجمهور يحمل على ما بعد النصيب ، وعند محمد بن الحسن ، والبصريّين يكون بعد الوصيّة .

٤٥٨٣ (فصـــل)

فان قال : إلا خمُس ما يبقى من المال بعد النصيب ، ولآخر بثلث ما يبقى من المال بعد وصيّة الأول ، فخذ الجميع خمسة ، وزد عليها خمسها ، تـكن ستة ، انقُصْ ثلثها من أجل الوصيّة بالثلث ، يبقى أربعةٌ ، فهى النصيب ، ثم خذ سهماً ، وزد عليه خمسة ، وانقص من ذلك ثلثه ، يبقى أربعة أخماس ، زدها على أنصباء البنين ، واضربها فى خمسة ، تصر تسعة عشر ، فهى المال ، ادفع إلى الأول أربعة ، واستثن منه خمُس الباقى ثلاثةً ، يبقى معه سهم ، فادفع إلى الآخر ثلث الباقى ستة ، يبقى اثنى عشر ، لـكلّ ابن أربعة ، وبالجبر خذ مالاً ، وألق منه نصيباً ، واسترجع منه خمُس الباقى يصر معك مالٌ وخمُسٌ إلاّ نصيباً ، وخمساً ، ألق منه ثلث ذلك ، يبقى أربعة أخماس مال إلاّ أربعة أخماس نصيب ، تعدل ثلاثة أنصباء ، اجبُر ، وقابل ، وابسط ، يـكن المال تسعةَ عشَر ، والنصيب أربعه .

وإن شئت قلت : أنصباء البنين ثلاثة ، وهى بقية مال ذهب ثلثه ، فزد عليه نصفه ، يصر أربعة أنصباء ، ونصفاً ، ووصيّة ، والوصيّة هى نصيب إلا خمُس الباقى ، وهو نصف نصيب ، وخمس وصيّة أسقطه من النصيب ، يبقى خمُس نصيب ، وعشر نصيب ، إلا خمس وصيّة ، تعدل وصيّة ، اجبُر ، وقابل ، وابسط تصير ثلاثةً من النصيب ، تعدل اثنى عشر سهماً من الوصيّة ، وهى تتّفق بالأثلاث ، فردّها على وَفْقها يصير سهماً ، يعدل أربعةً ، فالوصيّـة سهم ، والنصيب أربعة ، فابسطها ، تـكن أربعة عشر ، فان كان الاستثناء بعد الوصيّة قلت : المال أربعة أسهم ونصف ، ووصيّـة ، وهى نصيبٌ إلاّ خمس الباقى ، وهو تسعة أعشار نصيب ، يبقى عشر نصيب ، فهو الوصيّة ، فابسط الـكلّ أعشاراً تـكن إلا نصيباً خمسة وأربعين ، والوصيّـة سهم ، وإن كان استثنى خمس المال كله فالوصية عُشر نصيب إلا خُمس

وصيّـة ، اجبُر يصر العشر ، يعدل وصية وخمساً ، ابسط يصير النصيب ستين ، والوصية خمسة ، والمال كلّه مائتان وخمسة وسبعون ، ألق منها ستين ، واسترجع منه خُمس المال ، وهو خمسة وخمسون ، يبقى له خمسة ، وللآخر ثلثا الباقى ، تسعون ، ويبقى مئة وثمانون ، لكلّ ابن ستّون ، وترجع بالاختصار إلى خُمسها ، وذلك خمسة وخمسون ، للوصىّ الأول سهم ، وللثانى ثمانية عشر ، لكلّ ابن اثنا عشر ، وبالجبر تأخذ مالاً تُلقى منه نصيباً ، وتزيد على المال خُمسه يصير مالاً وخُمساً إلا نصيباً ، ألق ثلث ذلك ، يبقى أربعة أخماس مالٍ إلا ثلثى نصيب ، يعدل ثلاثة ، اجبُر ، وقابل ، وابسط ، يكن المال ثمانيةَ عشَر وثلثا ، اضربها فى ثلاثة ، ليزول الكسر ، يصر خمسةً وخمسين ، وإن كان استثنى الخمس كلّه ، وأوصى بالثلث كله ، فخذ مخرَجَ الكسرَيْن خمسةَ عشَرَ ، وزد عليها خُمسها ، ثم انقص ثلث المال كلّه ، يبقى ثلاثة عشر ، فهى النصيب ، وزد على أنصباء البنين سهماً ، واضربه فى المال يكن ستين ، وهو المال ، وإن كان استثنى خمس الباقى ، وأوصى بثلث المال كلّه فالعمل كذلك ، إلا أنك تزيد على سهام البنين سهماً وخمساً ، وتضربها ، تكن ثلاثة وستين ، وإن كان استثنى خُمس ما بقى من الثلث زدتَ على الخمسة عشر سهماً واحداً فصار ستة عشر ، ثم نقصت ثلث المال كلّه ، بقى أحد عشر ، فهو النصيب ، ثمّ زدتَ سهام البنين سهما وخمساً ، وضربتها فى خمسة عشر تكن ثلاثة وستين ، تدفع إلى الوصىّ الأول أحد عشر ، وتستثنى منه خُمس بقية الثلث ، سهمين ، يبقى معه تسعة ، وتدفع إلى صاحب الثلث إحدى وعشرين ، يبقى ثلاثة وثلاثون لكلّ ابن أحد عشر ، فإن كانت الوصيّة الثانية بثلث باقى المال ، زدت على الخمسة عشر واحداً ، ثم نقصت ثلث الستة عشر ، ولا ثلث لها ، فاضربها فى ثلاثة تكن ثمانية وأربعين ، انقُص ثلثها ، يبقى اثنان وثلاثون ، فهى النصيب ، وخذ سهماً وزد عليه خُمسه ، ثم انقُص ثلث ذلك من أجل الوصيّة بثلث الباقى ، يبقى أربعة أخماس ، زدها على سهام الورثة ، واضربها فى خمسة وأربعين ، تكن مائة وإحدى وسبعين ، منها تصحّ .

٤٥٨٤ (فصـــــل)

فان خلّف أربعة بنين ، وأوصى لرجل بثلث ماله إلا نصيب أحدهم ، أو أوصى له بتكملة الثلث على نصيب أحدهم ، فله التسع ، وحسابها . أن تدفع إلى الوصىّ وابنٍ ثلثَ المـال ، يبقى ثلثاه ، لثلاثة بنين ، لكلّ واحد تُسعان ، فعلمت أن نصيب الابن من الثلث تُسعان ، يبقى تُسع للوصىّ ، وإن وصّى لآخر بخمس ما يبقى من المال بعد الوصيّة الأولىَ عَزلْتَ ثلث المال ، ثم أخذت منه نصيباً ، ورددْته على الثلثين ، ودفعت إلى الوصىّ الثانى خُمس ذلك ، يبقى من المال ثلثه ، وخمسه ، وأربعة أخماس نصيب للورثة ، فأسقط أربعة أخماس نصيب بمثلها ، يبقى له ثلاثة وخمس ، تعدل ثلثاً وخمساً ، فنصف المال إذاً يعدل ثلاثة

أنصباء ، والمال كله ستة ، للوصيين والبنين ، لكل واحد سهم .

(طريق آخر)

سهام البنين أربعة ، وهى بقية مالٍ ذهب خُمسة ، زد عليه ربعه ، للوصى الثانى ، صارت خمسة ، ثم زد على سهم ابنٍ ما يكمّل به الثلث ، وهو سهم آخر ، فصارت ستّه ، وإن شئت فرضت المال خمسة أسهم ، وتكملة ، ودفعت التكملة إلى صاحبها ، وخمس الباقى إلى صاحبه ، ويبقى لكل ابن سهم ، وقد علمت أن سهم ابنٍ مع التكملة ثلث المال ، وأن الباقىَ بعدهما الثلثان ، وهى أربعةأسهم ، فقابل بهما نصف الأربعة ، وهى سهمان ، فتبيّن أن التكملة سهم .

٤٥٨٥ (فصــــل)

وإن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه . وهم ثلاثة ، ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث ، ولآخر بدرهم ، فاجعل المال تسعة دراهم ، وثلاثة أيضاً فادفع إلى الوصىّ الأول نصيباً ، وإلى الثانى والثالث درهمين ، بقى سبعة ، ونصيبان ، ادفع نصيبين إلى ابنين ، يبقى سبعة للابن الثالث ، فالنصيب سبعة ، والمال ثلاثون ، فان كانت الوصيّة الثالثة بدرهمين فالنصيب ستة ، والمال سبعة وعشرون .

٤٥٨٦ (فصــــل)

وإن ترك ستمائة ، ووصىّ لأجنبىّ بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ، فلكلّ واحد منهما مائة ، فإن ردّ الأول وصيّته ، فللآخر مائة ، وإن وصىّ للأول بمائتين ، وللآخر بباقى الثلث ، فلا شىء للثانى ، سواء ردّ الأول وصيّته أو أجازها ، وهذا قياس قول الشافعىّ ، وأهل البصرة ، وقال أهل العراق : إن ردّ الأول فللثانى مائتان فى المسألتين .

ولنا : أن المائتين ليست باقى الثلث ، ولا تتمّته ، فلا يكون موصىً بها للثانى ، كما لو قبل الأول ولو وصى لوارث بثلثه ، ولآخر بتمام الثلث ، فلا شىء للثانى ، وعلى قول أهل العراق له الثلث كاملاً .

٤٥٨٧ (فصــــل)

وإن أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمائة ، ولثالث بتمام الثلث . على المائة ، ولم يزد على مائة بطلت وصّية التمام ، وإن زاد على مائة ، وأجاز الورثة أمضيت وصاياهم على ما أوصى به ، وإن ردّوا ففيه وجهان :

أحدهما : يردّ كلّ واحد منهما إلى نصف وصيّته ، لأن الوصايا رجعت إلى نصفها ، فيدخل النقص على كلّ واحد بقدر ماله فى الوصيّة ، كسائر الوصايا .

والثانى : لا شىء لصاحب التمام . حتى تكمل المائة لصاحبها ، ثم يكون الثلث بين الوصيّين الآخرين

نصفين ، ويُزاحم صاحب المائة صاحبَ التمام ، ولا يُعطيه شيئاً لأنه إنما يستحقّ بعد تمام المائة لصاحبها ، وما تمّت له ، ويجوز أن يزاحم به ، ولا يُعطيه ، كالأخ من الأبوين ، يزاحم الجدّ بالأخ من الأب ، ولا يُعطيه شيئاً .

٤٥٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو بربع ماله ، ولم يُجِز ذلك الورثة ، فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم : لعمرو سهم ، ولزيد سهمان ﴾

وجملته : أنه إذا وصى بأجزاء من المال أخذتَها من مخرجها . وقسّمت الباقى على الورثة ، وإن لم يُجيزوا قسّمت الثلث بين الأوصياء على قدر سهامهم فى حال الإجازة ، وقسّمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيّته الثلث أولا . هذا قول الجمهور ، منهم الحسن ، والنَخعِىّ ، ومالك ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لايَضْرِبِ الموصىَ له فى حال الردّ بأكثر من الثلث لأن ماجاوز الثلث باطل ، فكيف يَضْرِب به ؟

ولنا : أنه فاضل بينهما فى الوصّية فلم تجز التسوية ، كما لو وصّى بثلث وربع أو بمائة ومائتين ، وماله أربعمائة ، وهذا يبطل ماذكروه ، ولأنها وصيّة صحيحة ضاق عنها الثلث ، فتقسّم بينهم على قدر الوصايا ، كالثلث ، والربع ، وليس الأمر على ماقالوه فى بطلان الوصّية ، فإن الوصّية صحيحة على ماذكرنا فيما مضى .

فعلى هذا : إذا أوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو بربعه ، فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال ، إن أجاز الورثة ، ويبقى لهم الربع ، وإن ردُّوا فالثلث بين الوصيّين على ثلاثة ، كلها من تسعة ، وإن أجازوا لأحدهما دون صاحبه ضربت مسألة الردّ فى مسألة الإجازة ، وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الإجازة ، فى مسألة الردّ ، والمردود عليه سهمه من مسألة الردّ مضروباً فى مسألة الإجازة ، وإن أجاز بعض الورثة لهما ، وردّ الباقون عليهما أعطيت المجيز سهمه ، من مسألة الإجازة ، فى مسألة الرّد ، ومن لم يجز سهمه من مسألة الردّ مضروباً فى مسألة الإجازة ، وقسّمت الباقىَ بين الوصيّين على ثلاثة ، وإن اتفقت المسألتان ضربت وَفق إحداها فى الأخرى ، ومن له سهم من إحدى المسألتين مضروب فى وفق الأخرى .

وإن دخلت إحدى المسألتين فى الأخرى اجتزأتَ بأكثرهما ، ففى مسألة الخرَقىّ هذه : إذا كان الورثة أمًّا ، وثلاث أخَوَاتٍ متفرّقات ، فأجازوا ، فالمسألة من أربعة : للوصيّين ثلاثة ، يبقى سهم على ستة ، تضربها فى أربعة ، تكن أربعة وعشرين ، وإن ردّوا فللوصيّين الثلث ثلاثة ، ويبقى ستة ، على المسألة وهى ستة وتصحّ من تسعة ، وإن أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وَفقّ التسعة فى أربعة وعشرين ، تكن اثنين وسبعين ، لصاحب النصف اثنا عشر ، فى ثلاثة ، ستة وثلاثون ، وللآخر سهم فى ثمانية ، ثمانية ،

يبقى ثمانية وعشرون للورثة ، وإن أجازت الأمّ لهما ، وردّ الباقون عليهما أعطيتَ الأمّ سهماً فى ثلاثة ، والباقين خمسة أسهم فى ثمانية ، صار الجميع ثلاثةً وأربعين ، يبقى تسعة وعشرون ، بين الوصيّين على ثلاثة ، وإن أجازت الأختُ من الأبوين وحدها ، فلها تسعة ، والباقىللورثة أربعة وعشرن ويبقى تسعه وثلاثون ، لهما على ثلاثة ، لصاحب النصف ستة وعشرون ، وللآخر ثلاثة عشر .

٤٥٨٩ (فصـــــل)

إذا جاوزت الوصايا المال فاقسم المال بينهم على قدر وصاياهم ، مثل العول ، واجعل وصاياهم كالفروض التى فرضها الله تعالى للورثة ، إذا زادت على المال ، وإن ردّوا قسمّت الثلث بينهم على تلك السهام ، وهـذا قول النَخعىّ ، ومالك ، والشافعىّ وقال سعيد بن منصور : حدّثنا أبو معاوية ، حدثنا عاصم الثقفىّ ، قال : قال لى إبراهيم النَخعىّ : « ما تقول فى رجل أوصى بنصف ماله ، وثلث ماله ، وربع ماله ؟ قلت : لا يجوز ، قال : فإنهم قد أجازوا ، قلت : لا أدرى ؟ قال : امسك اثنى عشر ، فأخرج نصفها ستة ، وثلثها أربعة ، وربعها ثلاثة ، فاقسم المال على ثلاثة عشر ، فلصاحب النصف ستة ، ولصاحب الثلث أربعة ، ولصاحب الربع ثلاثة » وكان أبو حنيفة يقول : يأخذ أكثرهم وصيّة مما يفضل به علىمن دونه ، ثم يقتسمون الباقى ، إن أجازوا وفى الردّ لا يضرب لأحدهم بأكثر من الثلث ، وإن نقص بعضهم عن الثلث أخذ أكثرهم ما يفضل بهِ على من دونه ، ومثال ذلك رجل أوصى بثلثى ماله ، ونصفه وثلثه ، فالمال بينهم على تسعة فى الإجازة ، والثلث بينهم كذلك فى الردّ ، كمسألةٍ فيها زوج ، وأختان لأب ، وأختان لأمّ ، وقال أبوحنيفة : صاحب الثلثين يفضلهما بسدس ، فيأخذه ، وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلث بسدس ، فيأخذانه بينهما نصفين ، ويقتسمون الباقى بينهم أثلاثاً ، وتصح من ستة وثلاثين : لصاحب الثلثين سبعة عشر ، ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب الثلث ثمانية ، وإن ردّوا قسم بينهم على ثلاثة ، ولوأوصى لرجل بجميع ماله ، ولآخر ثلثه فالمال بينها على أربعة ، إن أجازوا ، والثلث بينهما كذلك فى حال الردّ ، وعند أبى حنيفة : إن أجازوا فلصاحب المال الثلثان يتفرّد بهما ، ويقاسم صاحب الثلث ، فيحصل له خمسة أسداس ، ولصاحب الثلث السدس ، وإن ردّوا اقتسما الثلث نصفين ، فلا يحصل لصاحب الثلث إلا السدس فى الإجازة ، والردّ جميعاً ، ولو جعل مكان الثلث سدساً لكان لصاحب المال خمسة أسداس فى الإجازة ، ويقاسم صاحب السدس ، فيأخذ نصفه ، ويبقى لصاحب السدس نصفه ، سهم من اثنى عشر ، وفى الردّ يقتسمان الثلث بينهما أثلاثاً ، فيجعل لصاحب السدس التسع ، سهم من تسعة ، وذلك أكثر مماحصل له فى الإجازة ، وهذا دليل على فساد هذا القول ، لزيادة سهم الموصَى له فىالردّ على حالة الإجازة ، ومتى كان للموصَى له حقٌ فى حال الردّ ، لا ينبغى أن يتمكن الوارث من تغييره ، ولا تنقيصه ، ولا أخـذه منه ،

ولا صرفه إلى غيره ، مع أن ماذهب إليه الجمهور نظيره مسائل العول فى الفرائض ، والديون على المفلس ، وما ذكروه لانظير له ، مع أن فرض الله تعالى للوارث آكدُ من فرض الموصِى ، ووصيَّته ، ثم إن صاحب الفضل فى الفرض المفروض لا ينفرد بفضله ، فكذا فى الوصايا .

٤٥٩٠ (فصـــل)

وإذا خلف ابنين ، وأوصى لرجل بماله كلّه ، وللآخر بنصفه ، فالمال بين الوصيّين على ثلاثة ، إن أجازا ، لأنك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين ، فإذا ضممت النصف الآخر صارت ثلاثة ، فيقسّم المال على ثلاثة ، ويصير النصف ثلثاً ، كمسألة فيها زوج ، وأمّ ، وثلاث أخوات متفرقات ، فإذا ردّوا فالثلث بينهما على ثلاثة ، وإن أجازوا لصاحب النصف وحده ، فلصاحب المال التسعان ، ولصاحب النصف النصف فى إحدى الوجهين ، لأنه موصًى له به ، وإنّما منعه أخذه حال الإجازة لها مزاحمةُ صاحبة ، فإذا زالت مزاحمته أخذ جميع وصيّته .

والثانى : ليس له إلا الثلث الذى كان له فى حال الإجازة لها . لأن ما زاد على ذلك إنما كان حقًّا لصاحب المال ، أخذه الورثة منه بالردّ عليه ، فأخذه الوارثان . وإن أجاز لصاحب الكلّ وحده فله ثمانية أتساع ، على الوجه الأول ، والتسع للآخر ، وعلى الوجه الثانى ليس له إلا الثلثان اللذان كانا له حال الإجازة لها ، والتسعان للورثة . فان أجاز أحد الابنين لها دون الآخر فلا شيء للمجيز ، وللآخر الثلث ، والثلثان بين الوصيّين على أربعة ، وإن أجاز أحدهما لصاحب المال وحده فللآخر التسع ، وللابن الآخر الثلث ، والباقى لصاحب المال فى أحد الوجهين ، وفى الآخر له أربعة أتساع ، والتسع الباقى للمجيز ، وإن أجاز لصاحب النصف وحده دفع إليه نصف مايتمّ به النصف ، وهو تسع ونصف سدس ، فى أحد الوجهين . وفى الآخر يدفع إليه التسع فيصير له تسعان ، ولصاحب المال تسعان ، وللمجيز تسعان ، والثلث للذى لم يجز . وتصحّ من تسعة . وعلى الوجه الأول تصحُّ من ستة وثلاثين ، للذى لم يُجزاثنا عشر ، وللمجيز خمسة ، ولصاحب النصف أحد عشر ، ولصاحب المال ثمانية . وذلك لأن مسألة الردِّ من تسعة ، لصاحب النصف منهما سهم ، فلوا أجاز له الابنان كان له تمام النصف ، ثلاثة ونصف ، فإذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك ، وهو سهم ، وثلاثة أرباع سهم ، فيضرب مخرج الربع فى تسعة ، يكن ستة وثلاثين .

٤٥٩١ ﴿ مسـألة ﴾

﴿ وإذا أوصى لولد فلان فهو للذكر والأنثى بالسويّة ، وإن قال : لبنيه فهو للذكور دون الاناث ﴾ أما إذا أوصى لولده ، أو لولد فلان فانّه للذكور والاناث والخناثى ، لا خلاف فى ذلك . لأن الاسم

يشمل الجميع . قال الله تعالى (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ[١]) وقال تعالى مَا اتَّخَذَ اللهُ مِنْ وَلَدٍ[٢]) نفى الذكر ، والأنثى جميعاً ، وإن قال : لبنىّ ، أو بنى فلان ، فهو للذكور دون الإناث ، والخناثى ، هذا قول الجمهور ، وبه قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن ، وإسحاق ، وأبو ثور : هو للذكر والأنثى جميعاً . لأنه لو أوصى لبنى فلان ، وهم قبيلة دخل فيه الذكر والأنثى . وقال الثورىُّ : إن كانوا ذكوراً وإناثاً فهو بينهم ، وإن كنّ بناتٍ لا ذكر معهنّ فلا شىء لهنّ . لأنه متى اجتمع الذكور والإناث غلّب لفظ التذكير ، ودخل فيه الإناث ، كلفظ المسلمين والمشركين .

ولنا : أن لفظ البنين يختصُّ الذكور قال الله تعالى (أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ ؟[٣]) وقال تعالى (أَمِ اتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَاكُمْ بِالْبَنِينَ ؟[٤]) وقال (زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ[٥]) وقال (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا[٦]) وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات ، فقال (وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ . وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَى[٧]) الآية . وإنما دخلوا فى الاسم إذا صاروا قبيلةً . لأن الاسم نقل فيهم عن الحقيقة إلى العُرف ، ولهذا تقول المرأة أنا من بنى فلان ، إذا انتسبت إلى القبيلة ، ولا تقول ذلك إذا انتسبت إلى أبيها .

٤٥٩٢ (فصــــل)

وإن أوصى لبنات فلان دخل فيه الإناث دون غيرهنّ . لا نعلم فيه خلافاً ، ولا يدخل فيهنّ الخنثى المشكل ، لأنا لا نعلم كونه أنثى .

٤٥٩٣ (فصــــل)

وإن أوصى لولد فلان ، أو لبنى فلان ، ولم يكونوا قبيلةً فهو لولده لصلبه وأما أولاد أولاده فإن كانت قرينةٌ تدلّ على دخولهم مثل أن يوصِىَ لولد فلان ، وليس له إلا أولاد أولاده ، أو قال : ولا يُعطى ولد البنات شيئاً ، أو قال : إلا ولد فلان ، أو فضّلوا ولد فلان على غيرهم ، ونحو ذلك دخلوا ، لأن اللفظ يحتملهم ، والقرينة صارفة له إليهم ، فصار كالتصريح بهم ، وإن دلّت القرينة على إخراجهم فلا شىء لهم . وإن

(١) بعض الآية ١١ من سورة النساء
(٢) بعض الآية ٩١ من سورة المؤمنون .
(٣) بعض الآية ١٥٣ من سورة الصافات
(٤) الآية ١٦ من سورة الزخرف .
(٥) بعض الاية ١٤ من سورة آل عمران
(٦) بعض الاية ٤٦ من سورة الكهف
(٧) الآية ٥٧ ، وبعض ٥٨ من سوره النحل

انتفت القرائن لم يدخلوا فى الوصيّة ، لأن اسم الولد حقيقةً عبارة عن ولد الصلب ، فإن قيل : فقد دخلوا فى قول الله تعالى (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ[1]) قلنا : إنما دخلوا فيه إذا لم يكن ثَمّ ابنٌ من ولدالصلب ، ودخلوا مع الاناث على أنهم إنما يرثون مافضَل عن البنات ، على ماذكر تفصيله فى الفرائض ، ولا يمكن ذلك ههنا ، فانتفى دخولهم ، ويحتمل أن يدخل ولد البنين فى الوصيّة ، إذا لم تكن قرينة تخرجهم ، لأنهم دخلوا فى اسم الولد فى كلّ موضع ذكره الله تعالى من الإرث ، والحجب وغيره .

٤٥٩٤ (فصــــل)

وإن وصى لولد فلان ، أو بنى فلان ، وهم قبيلة كبنى هاشم ، وبنى تميم دخل فيهم الذكر والأنثى ، والخنثى ، ويدخل ولد الرجل معه ، ولا يدخل فيه ولد بناتهم ، لأن ذلك اسم للقبيلة ، ذكرها وأنثاها ، قال الله تعالى (يَابَنِي آدَمَ) (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ[2]) يريد الجميع ، وقال (وَلَقَدْ آتَيْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ الْكِتَابَ)[3] وروى أن جوارى من الأنصار قُلنَ :

نَحْنُ جَوَارٍ مِنْ بَنِي النَّجَّارِ يَاحَبَّذَا مُحَمَّدٌ مِنْ جَارِ

ويقال : امرأة من بنى هاشم ، ولا يدخل ولد البنات فيهم ، لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة .

٤٥٩٥ (فصــــل)

وإن أوصى لأخواته فهو للإناث خاصّة ، وإن أوصى لإخوته دخل فيه الذكر والأنثى جميعاً ، لأن الله تعالى قال (وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً[4]) وقال : (فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ[5]) وأجمع العلماء على حجبها بالذكر والأنثى ، وإن قال لعمومته ، فالظاهر أنه مثل الإخوة ، يشمل الذكر والأنثى ، لأنهم إخوة أبيه ، وإن قال لبنى إخوته ، أو لبنى عمه فهو للذكور دون الإناث ، إذا لم يكونوا قبيلة ، والفرق بينهما أن الإخوة والعمومة ليس لهما لفظ موضوع يشمل الذكر والأنثى سوى هذا اللفظ ، وبنو الإخوة والعمّ لهم لفظ يشمل الجميع ، وهو لفظ الأولاد ، فإذا عدل عن اللفظ العامّ إلى لفظ البنين دلّ على إرادة الذكور ، ولأن لفظ العمومة أشبه بلفظ الإخوة ، ولفظ بنى الإخوة ، والعمّ يشبه بنى فلان

(١) بعض الآية ١١ من سورة النساء
(٢) بعض الآية ٧٠ من سورة الإسراء
(٣) بعض الآية ١٦ من سورة الجاثية
(٤) بعض الآية ١٧٦ من سورة النساء
(٥) بعض الآية ١١ من سوره النساء

وقد دللنا عليهما ، والحكم فى تناول اللفظ للبعيد من العمومة وبنى العم ، والإخوة حكم ماذكرنا فى ولد الولد ، مع القرينة وعدمها .

٤٥٩٦ (فصـــل)

وألفاظ الجموع على أربعة أضرب .

أحدها : ما يشمل الذكر والأنثى بوضعه ، كالأولاد ، والذرّية ، والعالمين ، وشبهه .

والثانى : موضوع للذكور ، ويدخل فيه الإناث إذا اجتمعوا ، كلفظ المسلمين ، والمؤمنين ، والقانتين، والصابرين ، والصادقين ، والذميّين والمشركين ، والفاسقين ، ونحوه ، وكذلك ضمير المذكر ، كالواو فى قاموا ، والتاء والميم فى قتم ، وهم مفردةً ، وموصولةً والكاف والميم فى لكم ، وعليكم ونحوه . فهذا متى اجتمع الذكور وعليه الإناث ، وغلب لفظ التذكير فيه ، ودخل فيه الذكر والأنثى .

والثالث : ضرب يختصّ الذكور ، كالبنين ، والذكور ، والرجال ، والغلمان ، فلا يدخل فيه إلا الذكور .

والرابع : لفظ يختصّ النساء ، كالنساء ، والبنات، والمؤمنات ، والصادقات،والضمائر الموضوعة لهنّ ، فلا يتناول غير الإناث.

٤٥٩٧ (فصـل)

وإن وصّى للأرامل فهو للنّساء اللاتى فارقهن أزواجهنّ بموت ، أو غيره . قال أحمد فى رواية حرب ، وقد سُئل عن رجل أوصى لأرامل بنى فلان ، فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم : هو للرجال والنساء ، والذى يُعرف فى كلام الناس أن الأرامل النساء ، وقال الشعبىّ،وإسحاق : هو للرجال، والنساء . وأنشد أحدهما :

هَذِى الْأَرَامِلُ قَدْ قَضَّيْتَ حَاجَتَهَا فَمَنْ لِحَاجَةِ هَذَا الْأَرْمَلِ الذَّكَرِ ؟

وقال الآخر :

أُحِبُّ أَنْ أَصْطَادَ ظَبْيًا سَخْبَلاَ رَعَى الرَّبِيعَ وَالشِّتَاءَ أَرْمَلاَ

ولنا : أن المعروف فى كلام الناس أنه النساء ، فلا يُحمل لفظ الموصِى إلا عليه ، ولأن الأرامل جمع أرملة ، فلا يكون جمعاً للمذكر ، لأن ما يختلف لفظ الذكر والأنثى فى واحده يختلف فى جمعه ، وقد أنكر ابن الأنبارىّ على قائل القول الآخر ، وخطّأه فيه ، والشعر الذى احتجّ به حُجّة عليه ، فإنّه لو كان لفظ الأرامل يشمل الذكر والأنثى لقال حاجتهم ، إذ لا خلاف بين أهل اللسان فى أن اللفظ متى كان للذكر

والأنثى ثم ردّ عليه ضمير غلّب فيه لفظ التذكير ، وضميره ، فلمّا ردّ الضمير على الإناث علم أنه موضوع لهنّ على الانفراد ، وسمّى نفسه أرملاً تجوّزا ، تشبيهاً بهنّ ، ولذلك وصف نفسه بأنه ذكر ، ويدلّ على إرادة المجاز أن اللفظ عند إطلاقه لا يُفهم منه إلا النساء ، ولا يسمّى فى العرف غيرُهنّ ، وهذا دليل على أنه لم يوضع لغيرهنّ ، ثم لو ثبت أنه فى الحقيقة للرجال والنساء لكن قد خصّ به أهلُ العرف النساء ، وهُجرت به الحقيقة حتى صارت مغمورةً لا تفهم من لفظ المتكلم ، ولا يتعلّق بها حكم ، كسائر الألفاظ العرفية .

٤٥٩٨ (فصــل)

فأما لفظة الأيامى فهو كالأرامل ، لأنه لكلّ امرأة لا زوج لها . قال الله تعالى : (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ)(١) ، وفى بعض الحديث « أَعُوذُ بِاللهِ مِنْ بَوَارِ الْأَيِّمِ » وقال أصحابنا : هو للرجال والنساء الذين لا أزواج لهم ، لما رُوى عن سعيد بن المسيّب قال(٢) : آمتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عُمَر مِنْ زَوْجِها ، وآمَ عُثْمانُ مِنْ رُقَيَّةَ ، وقال الشاعر :

فَإِنْ تَنْكِحِى أَنْكِحْ وَإِنْ تَتَأَيَّمِى ... وَإِنْ كُنْتُ أَفْتَى مِنْكُمُ(٣) أَتَأَيَّمِ

ولنا أن العرف يخصّ النساء بهذا الإسم ، والحكم للاسم العرفىّ ، وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَعُوذُ بِاللهِ مِنْ بَوارِ الْأَيِّمِ » إنما أراد به المرأة ، فإنّها التى توصف بهذا ، وبضرّ بوارُها .

٤٥٩٩ (فصــل)

والعزّاب هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء ، يقال : رجل عزَب ، وامرأة عزَبَةٌ ، وإنّما سُمىّ عزَبًا لانفراده ، وكلّ شىء انفرد فهو عَزَبٌ . قال ذو الرُّمّة يصف ثوراً من الوحش انفرد :

يَجْلُو الْبوَارِق عَنْ مُجْلَمِزٍّ لَهَقٍ ... كَأَنَّهُ مُتَقَبِّىٌ يَلْمَقٍ عَزَبُ(٤)

ويحتمل أن يختصّ العزبُ بالرجال ، لأنه فى العرف كذلك ، والثيّب ، والبكر يشترك فيه الرجل ، والمرأة . قال النبىّ صلى الله عليه وسلم « الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَنَفْيُ سَنَةٍ ، والثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ الْجَلْدُ وَالرَّجْمُ » والعانس من الرجال ، والنساء الذى كبر ، ولم يتزوّج ، قال قيس بنُ رفاعة الواقفىّ :

فِينَا الَّذِى هُوَ مَا إِنْ طَرَّ شَارِبُهُ ... وَالعَانِسُونَ وَفِينَا المُرْدُ وَالشِّيبُ(٥)

(١) الآية ٣٢ من سورة النور . (٢) آمت فقدت زوجها وصارت أيما .

(٣) جملة (وإن كنت أفتى منكم) معترضة بين فعل الشرط وجوابه . ومعنى أفتى منكم : أكثر فتاء بفتح الفاء وهو الشباب .

(٤) اللهق : الثور الأبيض واليلمق : القباء ، وهو ثوب مثل الجبة معرب يلمه ، ومتقبى : لابس للقباء .

(٥) طر شاربه : نبت . والعانسون الذين لم يتزوجوا ، والمرد الذين لم ينبت شعرهم بعد .

والكهول الذين جاوزوا الثلاثين ، قال الله تعالى (وَيُكَلِّمُ النَّاسَ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلاً)[١] قال المفسرون : ابن ثلاثين مأخوذ من قولهم اكتهل النباتُ إذا تمّ وقوِيَ ثم لا يزال كهلاً حتى يبلغ خمسين ، ثم يشيخ ، ثم لا يزال شيخاً حتى يموت .

٤٦٠٠ (فصـــل)

وإذا أوصى لجماعةٍ لا يمكن حصرهم ، واستيعابهم ، كالقبيلة العظيمة ، والفقراء ، والمساكين ، صح ، وأجزء الدفع إلى واحد منهم ، وبه قال الشافعيّ في أحد الوجهين ، إلا أنه قال : يدفع إلى ثلاثة منهم ، لأنه أقلّ الجمع . وقال أبو حنيفة : لا تصحّ الوصيّة للقبيلة التى لا يمكن حصرها ، لأنها يدخل فيها الأغنياء ، والفقراء ، وإذا وقعت للأغنياء لم تكن قربة ، وإنما تكون حقًّا لآدميّ ، وحقوق الآدميّين إذا دخلت فيها الجهالة لم تصحّ ، كما لو أقر لمجهول .

ولنا أن كلّ وصيّة صحّت لجماعة محصورين صحّت لهم ، وإن لم يكونوا محصورين ، كالفقراء ، وما ذكروه غير صحيح ، فإن الوصيّة للأغنياء قربة ، وقد ندب النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم إلى الهدية وإن كانت لغنيٍّ ، وأما جواز الدفع إلى واحدٍ فمبنيّ على الدفع في الزكاة ، وقد مضى الكلام فيه هناك .

٤٦٠١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ والوصية بالحمل ، وللحمل جائزة ، إذا أتت به لأقلّ من ستة أشهر منذ تكلّم بالوصية ﴾

أما الوصيّة بالحمل فتصحّ إذا كان مملوكاً ، بأن يكون رقيقاً ، أو حمل بهيمة مملوكة له ، لأن الغرر ، والخطر لا يمنع صحّة الوصيّة ، فجرى مجرى إعتاق الحمل ، فإن انفصل ميّتاً بطلت الوصيّة ، وإن انفصل حيًّا ، وعلمنا وجوده حال الوصيّة ، أو حكمنا بوجوده صحّت الوصيّة ، وإن لم يكن كذلك لم تصحّ لجواز حدوثه ، ولو قال : أوصيتُ لك بما تحمل جاريتى هذه ، أو ناقتى هذه ، أو نخلتى هذه جاز ، لما ذكرنا من صحّتها مع الغرر ، وأما الوصيّة للحمل فصحيحة أيضاً ، لا نعلم فيه خلافاً ، وبذلك قال الثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وذلك لأن الوصيّة جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصَى له ، بغير عوض ، كانتقاله إلى وارثه ، وقد سمّى الله تعالى الميراث وصيّة بقوله سبحانه (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ[٢]) وقال سبحانه : (فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ)[٢] والحمل يرث فتصحّ الوصيّة له ، ولأن الوصيّة أوسع من الميراث ، فإنها تصح للمخالف

---

(١) بعض الآية ١١ من سوره النساء .

(٢) بعض الآية ١٢ من سوره النساء

فى الدين ، والعبد ، بخلاف الميراث ، فإذا ورث الحمل فالوصيّة له أولى ، ولأن الوصيّه تتعلّق بخطر وغرر ، فتصحّ للحمل ، كالعتق ، فإن انفصل الحمل مَيتاً بطلت الوصيّة ، لأنه لا يرث ، ولأنه يحتمل أن لا يكون حيًّا حين الوصية ، فلا تثبت له الوصيّة ، والميراث بالشك ، وسواء مات لعارض من ضرب البطن ، أو ضرب دواء ، أو غيره ، لما بينّا من أنه لا يرث ، وإن وضعته حيًّا صحّت الوصية له ، إذا حكمنا بوجوده حال الوصيّة .

نقل الخرقىّ : إذا أتت به لأقل من ستة أشهر ، وليس ذلك شرطاً فى كلّ حال ، لكن إن كانت المرأة فراشاً لزوج ، أو سيّد يطؤها ، فأتت به لستّة أشهر ، فما دون ، علمنا وجوده حين الوصيّة ، وإن أتت به لأكثر منها لم تصحّ الوصيّة له ، لاحتمال حدوثه بعد الوصية ، وإن كانت بائناً ، فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة ، وأكثر من ستّة أشهر من حين الوصيّة لم تصحّ الوصية له ، وإن أتت به لأقلّ من ذلك صحّت الوصيّة له ، لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستّة أشهر ، ويُحكم بوجوده إذا أتت به لأقلّ من أربع سنين من حين الفُرقة ، وهذا مذهب الشافعىّ ، وإن وصّى لحمل امرأة من زوجها ، أو سيّدها صحّت الوصية له ، مع اشتراط إلحاقه به ، وإن كان منتفياً باللّعان ، أو دعوى الاستبراء لم تصحّ الوصيّة له ، لعدم نسبه المشروط فى الوصيّة ، فأما إن كانت المرأة فراشاً لزوج ، أو سيّد إلاّ أنه لا يطؤها لكونه غائباً فى بلد بعيد ، أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء ، أو كان أسيرا ، أو محبوساً ، أو علم الورثة أنه لم يطأها ، وأقرّوا بذلك ، فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور ، وبين ما إذا كان يطؤها ، لأنهما لم يفترقا فى لحوق النسب بالزوج ، والسيد ، فكانت فى حكم من يطؤها ، ويحتمل أنه متى أتت به فى هذه الحال اوقت يغلب على الظّن أنه كان موجوداً حال الوصّية ، مثل أن تضعه لأقلّ من غالب مدّة الحمل ، أو تكون أمارات الحمل ظاهرةً ، أو أتت به على وجه يغلب على الظنّ أنه كان موجوداً بأمارات الحمل ، بحيث يحكم لها بكونها حاملاً صحّت الوصيّة له ، لأنه يثبت له أحكام الحمل من غير هذا الحكم ، وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً ، فينبغى أن تثبت له الوصيّة ، والحكم بإلحاقه بالزوج ، والسّيد فى هذه الصور إنّما كان احتياطاً للنسب ، فإنه يلحق بمجرّد الاحتمال ، وإن كان بعيداً ، ولا يلزم من إثبات النسب بمطاق الاحتمال نفى استحقاق الوصيّة ، فإنه لا يحتاط لابطال الوصيّة ، كما يحتاط لإثبات النسب ، فلا يلزم إلحاق مالا يحتاط له بما يحتاط مع ظهور مايثبته ، ويصحّحه .

٤٦٠٢ (فصـــــل)

وإن وصّى بالحمل الموجود اعتبُر وجوده فى حمل الأمَة بما يُعتبر وجود الحمل الموصَى له ، وإن كان حملَ بهيمة اعتبُر وجوده بما يثبُت به وجوده فى سائر الأحكام .

٤٦٠٣ (فصـــل)

وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة لم يصح، وقال بعض أصحاب الشافعي، يصح، كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية .

ولنا أن الوصية تمليك ، فلا تصح للمعدوم ، بخلاف الموصى به ، فإنه يملك ، فلم يعتبر وجوده ، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، ولو مات إنسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً ، كذلك الوصية ، ولو تجدد للميت مال بعد موته ، بأن يسقط فى شبكته صيد لورثه ورثته ، ولذلك قضينا بثبوت الإرث فى ديته ، وهى تتجدد بعد موته ، فجاز أن تملك بالوصية . فإن قيل : فلو وقف على من يحدث من ولده ، أو ولد فلان صح فالوصية أولى ، لأنها تصح بالمعدوم ، والمجهول ، بخلاف الوقف ، قلنا : الوصية أجريت مجرى الميراث ، ولا يحصل الميراث إلا لموجود ، فكذا الوصية ، والوقف يراد للدوام ، فمن ضرورته إثباته للمعدوم .

٤٦٠٤ (فصـــل)

وإذا أوصى لحمل امرأة ، فولدت ذكراً وأنثى ، فالوصية لهما بالسوية ، لأن ذلك عطية وهبة ، فأشبه مالو وهبهما شيئاً بعد ولادتهما ، وإن فاضل بينهما فهو على ماقال ، كالوقف ، وإن قال : إن كان فى بطنها غلام فله ديناران ، وإن كان فيه جارية فلها دينار ، فولدت غلاماً وجارية فلكل واحد منهما ماوصى له به ، لأن الشرط وجد فيه ، وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، ولو قال : إن كان حملها ، أو إن كان مافى بطنها غلاماً فله ديناران ، وإن كانت جارية فلها دينار ، فولدت أحدهما منفرداً فله وصيته ، وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شىء لهما ، لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ، ولا كل مافى البطن ، وبهذا قال أصحاب الرأى ، وأصحاب الشافعى ، وأبو ثور .

٤٦٠٥ (فصـــل)

وإن أوصى بثمرة شجرة ، أو بستان ، أو غلة دار ، أو خدمة عبد صح ، سواء وصى بذلك فى مدة معلومة ، أو بجميع الثمرة ، والمنفعة فى الزمان كله ، هذا قول الجمهور ، منهم مالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وقال ابن أبى ليلى : لاتصح الوصية بالمنفعة ، لأنها معدومة .

ولنا أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة ، فصح الوصية بها ، كالأعيان ، ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال ، نص عليه أحمد فى سكنى الدار ، وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها ، فإن لم تخرج من الثلث أجيز منها بقدر الثلث ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : إذا أوصى بخدمة عبده سنة ، فلم يخرج من الثلث ، فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة ، وبين تسليم ثلث المال ، وقال أصحاب الرأى ، وأبو ثور :

إذا أوصى بخدمة عبده سنةً ، فإن العبد يَخدم الموصَى له يوماً ، والوَرَثةَ يومين ، حتى يستكمل الموصى له سنةً ، فإن أراد الورثةُ بيع العبد بِيعَ على هذا .

ولنا أنها وصية صحيحة ، فوجب تنفيذها على صفتها ، إن خرجت من الثلث ، أو بقدر مايخرج من الثلث منها ، كسائر الوصايا ، أو الأعيان .

إذا ثبت هذا : فمتى أريد تقويمها فإن كانت الوصيّة مقيّدة بمدّة قوّم الموصَى بمنفعته مسلوبَ المنفعة ، تلك المدّة ثم تُقوَّم المنفعة فى تلك المدّة ، فينظر : كم قيمتُها ؟ وإن كانت الوصيّة مطلقةً فى الزمان كلّه ، فقد قيل : تقوّم الرقبة بمنفعتها جميعاً ، ويُعتبر خروجهما من الثلث ، لأن عبداً لامنفعةَ له وشجراً لاثمر له لاقيمة له غالباً ، وقيل : تقوّم الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصَى له ، وصفة ذلك أن يقوّم العبد بمنفعته ، فإذا قيل : قيمته مائة . قيل : كم قيمتُه لامنفعةَ فيه ؟ فإذا قيل : عشرة . علمنا أن قيمة المنفعة تسعون .

٤٦٠٦ (فصـــل)

وإن أراد الموصى له إجارة العبد ، أو الدار فى المدة التى أوصى له بنفعها جاز ، وبه قال الشافعيّ ، وقال أبوحنيفة : لايجوز إجارة المنفعة المستحقّة بالوصيّة ، لأنه إنما أوصى له باستيفائه .

ولنا أنها منفعة يملكها ملكاً تامًا ، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان ، كما لو ملكها بالإجارة ، وإن أراد الموصَى له إخراج العبد عن البلد فله ذلك ، وبه قال أبو ثور ، وقال أصحاب الرأى : لايُخرجه إلا أن يكون أهله فى غير البلد ، فيخرجه إلى أهله . ولنا أنه مالك لنفعه ، فملك إخراجه ، كالمستأجر .

٤٦٠٧ (فصـــل)

وإذا أوصى له بثمرة شجرة مدّة ، أو بما يُثمر أبداً لم يملك واحد من الموصَى له . وللوارث إجبار الآخر على سقيها ، لأنه لايُجبر على سقى ملكه ، ولاسقى ملك غيره ، وإن أراد أحدهما سقيها على وجه لايضرّ بصاحبه لم يملك الآخرُ منعه ، وإذا يبست الشجرة كان حَطَبُها للوارث ، وإن وصّى له بثمرتها سنةً بعينها ، فلم تحمل تلك السنة ، فلاشيء للموصى له ، وإن قال : لك ثمرتها أوّل عامٍ تُثمرُ صحّ ، وله ثمرتها أول عام تُثمر ، وكذلك إذا أوصى له بما تحمل جاريتُه ، أو شاتهُ ، وإن وصّى لرجل بشجرة ، ولآخر بثمرتها صحّ وكان صاحب الرقبة قائماً مقام الوارث ، وله ماله ، وإن وصّى له بلبن شاة ، وصوفها صَحّ ، كما تصحّ الوصيّة بثمرة الشجرة ، وإن وصّى بلبنها خاصّة ، أو صوفها خاصّة صحّ ، ويقوم الموصَى بِه دون العين .

٤٦٠٨ (فصـــل)

فأما نفقة العبد الموصَى بخدمته ، وسائر الحيوانات الموصَى بنفعها ، فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة ، هذا الذى ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد ، وهو قول أبى ثور ، وظاهر مذهب الشافعيّ ، لأن

النفقة على الرقبة ، فكانت على صاحبها ، كالعبد المستأجر ، وكما لو لم يكن منفعة . قال الشريف : ولأن الفطرة تلزمه ، والفطرة تتبع النفقة ، ووجوب التابع على إنسان دليل على وجوب المتبوع عليه ، ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة ، وهو قول أصحاب الرأى ، والاصطخرىّ ،وهو أصح إن شاء الله ، لأنه يملك نفعه على التأبيد ، فكانت النفقة عليه ، كالزوج ، ولأن نفعه له ، فكان عليه ضَرّه ، كالمالك لهما جميعاً ، يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرّد ، فيصير معنى الوصية : أوصيتُ لك بنفع عبدى ، وأبقيتُ على ورثتى ضُرّه ، وإن وصّى بنفعه لإنسان ، ولآخر برقبته كان معناه : أوصيتُ لهذا بنفعه ، ولهذا بضُرّه ، والشرع ينفى هذا بقوله « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ولذلك جعل الخراج بالضمان ، ليكون ضرّه على من له نفعه ، وفارق المستأجر ، فإنّ نفعه فى الحقيقة للمؤجِّر لأنه يأخذ الأجر عوضاً عن منافعه ، وقيل : تجب نفقته فى كسبه ، وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة ، لأن كسبه من منافعه ، فإذا صرف فى نفقته ، فقد صرف المنفعة الموصَى بها إلى النفقة ، فصار كما لو صُرِف إليه شىء من ماله سواه .

٤٦٠٩ (فصــــل)

وإذا أعتق الورثة العبد عتق ، ومنفعته باقية للموصَى له بها ، ولا يرجع على المعتق بشىء ، وإن أعتقه صاحب المنفعة لم يَعتق ، لأن العتق للرقبة ، وهو لا يملكها ، وإن وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد ، وأسقطها عنه ، فللورثة الانتفاع به ، لأن ما يوهب للعبد يكون لسيّده ، وإن أراد صاحب الرقبة بيع العبد فله ذلك ، ويُباع مسلوبَ المنفعة ، ويَقُوم المشترى مقام البائع ، فيما له وعليه ، وقيل : لا يجوز بيعه من مالك منفعته ، دون غيره ، لأن مالا منفعة فيه لايصحّ بيعه ، كالحشرات ، والمَيْتات ، وقيل : يجوز بيعه من مالك منفعته ، دون غيره ، لأن مالك منفعته يجتمع له الرقبة ، والمنفعة ، فينتفع بذلك بخلاف غيره ، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدوّ صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره ، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض .

ولنا أنه عبد مملوك تصحّ الوصيّة به ، فصحّ بيعه كغيره ، ولأنه يمكنه إعتاقه ، وتحصيل ولائه ، وجرّ ولاء من ينجرُّ ولاؤه بعتقه ، بخلاف الحشرات . وإن وصّى لرجل برقبة عبد ، ولآخر بنفعه صحّ وقام الموصَى له بالرقبة مقام الوارث ، فيما ذكرنا ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى .

٤٦١٠ (فصــــل)

وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته فأتت بولد من زوج ، أو زنا ، فهو مملوك ، حكمه حكم أمه ، لأن الولد يتبع الأم فى حكمها ، كولد المكاتبة ، والمدبّرة ، ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة ، لأن ذلك ليس من النفع الموصَى به ، ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها ، وإن وطئت بشبهة ، فأوجب المهر على الواطىء لصاحب

المنفعة عند أصحابنا ، وعندى أنه لصاحب الرقبة ، لأن منافع البُضْعِ لا تصحّ الوصية بها منفردةً ، ولا مع غيرها ، ولا يجوز نقلها منفردةً عن الرقبة بغير التزويج ، وإنما هى تابعة للرقبة ، فتكون لصاحبها ، ولا يستحقّ صاحب المنفعة أخذ بدلها ، وإن أتت بولد فهو حرّ ، وتجب قيمته يوم وضعه لصاحب الرقبة فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يُشترى بها عبدٌ يقُوم مقامه ، وليس للوارث ، ولا لصاحب المنفعة وطؤها ، لأن صاحب المنفعة لا يملك رقبتها ، ولا هو زوج لها ، ولا يباح الوطء بغيرهما ، لقول الله عز وجل (إلاّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ)[1] وصاحب الرقبة لا يملكها ملكاً تامّاً ولا يأمن أن تحبل منه ، فربّما أفضى إلى إهلاكها ، وأيهما وطئها فلا حدّ عليه ، لأنه وطء بشُبهة ، لوجود الملك لكلّ واحد منهما فيها ، وولده حرٌّ لأنه من وطء شُبهة ، فان كان الواطىء مالك المنفعة لم تصر أمّ ولد له ، لأنه لا يملكها ، وعليه قيمة ولدها يوم وضعه ، وحكمها على ما ذكرنا فيما إذا وطئها غيرهما بشبهة ، وإن كان الواطىء مالك الرقبة صارت أم ولد له ، لأنها عَلِقت منه بحُرٍّ فى ملكه ، وفى وجوب قيمته عليه الوجهان ، وأما المهر فعندى أنه إن كان الوطىء مالكاً للرقبة فلا مهر عليه ، وله المهر على صاحب المنفعة ، إذا كان هو الواطىء ، وعند أصحابنا وأصحاب الشافعىّ بعكس ذلك فيهما ، وقد تقدّم تعليل ذلك ، ويحتمل أن يجب الحدّ على صاحب المنفعة إذا وطىء لأنه لا يملك إلاّ المنفعة ، فلزمه الحدّ كالمستأجر ، فعلى هذا يكون ولده مملوكاً .

٤٦١١ (فصــــل)

وليس لواحد منهما تزويجها ، لأن مالك المنفعة لا يملك رقبتها ، ومالك الرقبة لا يملك تزويجها ، لما فيه من ضرر صاحب المنفعة بتزويجها ، فإن طلبت ذلك لزم تزويجها ، لأنه لحقّها ، وحقّها فى ذلك مقدّم عليها ، بدليل أنّها لو طلبته من سيّدها الذى يملك رقبتها ، ونفعها أجبر عليه ، وقدّم حقّها على حقّه ، وكذلك إن اتّفقا على تزويجها قبل طلبها جاز ، ووليها فى الموضعين مالك رقبتها ، لأنه مالكها والكلام فى مهرها وولدها على ما تقدمّ فى الفصل الذى قبله .

٤٦١٢ (فصــــل)

وإن قتل العبد الموصى بنفعه وجبت قيمته ، يشترى بها ما يقُوم مقام الموصَى به ، لأن كلّ حقّ تعلّق بالعين تعلّق ببدلها ، إذا لم يبطل سبب استحقاقها ، ويفارق الزوجة ، والعين المستأجرة ، لأن سبب الاستحقاق يبطل بتلفهما ، ويحتمل أن تجب القيمة للوارث ، أو مالك الرقبة ، وتبطل الوصيّة ، لأن القيمة بدل الرقبة ، فتكون لصاحبها ، وتبطل الوصيّة بالمنفعة ، كما تبطُل بالإجارة .

---

(١) بعض الآية ٦ من سورة المؤمنون .

٤٦١٣ (فصـــل)

وإذا أوصى لرجل بحب زرعه ، ولآخر بتبنه صحّ ، والنفقة بينهما ، لأن كلّ واحد منهما تعلّق حقه بالزرع ، فإن امتنع أحدهما من الإنفاق فهما بمنزلة الشريكين فى أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من سقيه ، والإنفاق عليه ، فيخرج فى ذلك وجهان : أحدهما : يجبر على الإنفاق عليه ، هذا قول أبى بكر ، لأن فى ترك الإنفاق ضرراً عليهما ، وإضاعة المال ، وقد قال النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ » ونهى عن إضاعة المال . والوجه الآخر : لا يُجبر ، لأنه لا يُجبر على الإنفاق على مال نفسه ، ولا مال غيره ، إذا كان كلّ واحد منهما منفرداً ، فكذلك إذا اجتمعا . وأصل الوجهين إذا استهدم الحائط المُشتركُ ، فدعا أحد الشريكين الآخرَ إلى مُباناته ، فامتنع ، وينبغى أن تكون النفقة بينهما على قدر قيمة حقّ كلّ واحد منهما ، كما لو كانا مشتركين فى أصل الزرع .

٤٦١٤ (فصـــل)

وإن أوصى له بخاتم ، ولآخر بفصه صحّ ، وليس لواحد منهما الانتفاع به ، إلا بإذن صاحبه ، وأيّهما طلب قَلْعَ الفصّ من الخاتم أجيب إليه ، وأجبر الآخر عليه ، وإن اتفقا على بيعه ، أو اصطلحا على لبسه جاز ، لأن الحقّ لهما لا يعدوهما .

٤٦١٥ (فصـــل)

وإن أوصى لرجل بدينار من غلّة داره ، وغلّتها ديناران صحّ ، فإن أراد الورثة بيع نصفها ، وترك النصف الذى أجْره دينار فله منعهم منه ، لأنه يجوز أن ينقص أجره عن الدينار ، وإن كانت الدار لاتخرج من الثلث فلهم بيعُ ما زاد عليه ، وعليهم ترك الثلث ، فإن كانت غلّته ديناراً ، أو أقلّ فهو للموصَى له ، وإن كانت أكثر فله دينار ، والباقى للورثة .

٤٦١٦ (فصـــل)

وتصحّ الوصيّة بما لا يُقدر على تسليمه ، كالعبد الآبق ، والجمل الشارد ، والطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ، لأن الوصيّة إذا صحّت بالمعدوم فبذلك أولى ، ولأنّ الوصيّة أجريت مجرى الميراث ، وهذا يورث ، فيوصى به ، فإن قدر عليه أخذه وسلّمه ، إذا خرج من الثلث ، وللوصىّ السعى فى تحصيله ، فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث .

٤٦١٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا أوصى بجارية لبشر ، ثم أوصى بها لبكر فهى بينهما ﴾

وجملة ذلك أنه إذا أوصى لرجل بمعيّن من ماله ، ثم وصّى به لآخر ، أو وصّى له بثلثه ، ثمّ وصّى لآخر

بثلثه ، أو وصّى بجميع ماله لرجل، ثمّ وصّى به لآخر ، فهو بينهما ، ولا يكون ذلك رجوعاً فى الوصّية الأولى، وبهذا قال ربيعة ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وقال جابر ابن زيد ، والحسن، وعطاء ، وطاوس ، وداود : وصيّته للآخر منهما ، لأنه وصّى للثانى بما وصّى به للأول ، فكان رجوعاً ، كما لو قال : ما وصّيت به لبشر فهو لبكر ، ولأن الثانية تُنافى الأولى فإذا أتى بها كان رجوعاً ، كما لو قال : هذا لورثتى .

ولنا أنه وصّى لهما بها ، فاستويا فيها ، كما لو قال لهما : وصّيت لكما بالجارية ، وما قاسوا عليه صرّح فيه بالرجوع عن وصيّته لبشر ، وفى مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك ، فلم تبطل وصّية الآخر بالشكّ.

٤٦١٨ (فصـــــل)

وإن وصّى بعبد لرجل ، ثم وصّى لآخر بثلثه ، فهو بينهما أرباعاً ، وعلى قول الآخرين ينبغى أن يكون للثانى ثلثه كاملاً ، وإن وصّى بعبده لاثنين ، فردّ أحدهما وصيّته ، فللآخر نصفُه ، وإن وصّى لاثنين بثلثى ماله ، فردّ الورثة ذلك ، وردّ أحد الوصيّين وصيّته ، فللآخر الثلث كاملاً ، لأنه وصّى له به منفرداً ، وزالت المزاحمة ، فكمل له ، كما لو انفرد به .

٤٦١٩ (فصـــــل)

إذا أقرّ الوارث أن أباه وصّى بالثلث لبشر ، وأقام آخر شاهدين : أنه وصّى له بالثلث . فردّ الوارث الوصيّتين ، وكان الوارث رجلاً عاقلاً عدلاً ، وشهد بالوصّية حلف معه الموصَى له ، واشتركا فى الثلث ، وبهذا قال أبو ثور ، وهو قياس قول الشافعىّ ، وقال أصحاب الرأى : لا يشاركه المقَرّ له ، بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجّة شرعيّة ، وقد ثبت أن النبىّ صلىّ الله عليه وسلم قضى بشاهد ويمين ، رواه مسلم ، وإن كان المقِرّ ليس بعدل ، أو كان امرأةً ، فالثلث لمن ثبتت له البيّنة ، لأن وصيته ثابتة ، ولم تثبت وصيّة الآخر ، وإن لم يكن لواحد منهما بيّنة فأقرّ الوارث أنه أقرّ لفلان بالثلث ، أو بهذا العبد ، وأقرّ لفلان به بكلام متّصل ، فالمقرّ به بينهما ، وبهذا قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن أقرّ به لواحد ، ثم أقرّ به لآخر فى مجلس آخر ، لم يقبل إقراره ، لأنه يثبت للأول باقراره ، فلا يقبل قوله فيما ينقص به حقّ الأول ، إلا أن يكون عدلاً ، فيشهد بذلك ، ويحلف معه المقر له ، فيشاركه ، كما لو ثبت للأول بيّنة ، وإن أقرّ للثانى فى المجلس بكلام متّصل ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل ، لأن حقّ الأول ثبت فى الجميع ، فأشبه مالو أقرّ له فى مجلس آخر . والثانى : يُقبل ، لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة ، فإنّ الخِرَقىّ قال : وإذا خلّف ابناً ، وألف درهم ، فأقرّ بها الرجل ، ثم أقرّ بألف لآخر ، فإن كان فى مجلس واحد، فالألف بينهما ، وإن كان فى مجلسين فهى للأول،

ولا شىء للثانى ، والأول أقيس ، لأن حقّ الأول ثبت فى الثلث كاملاً ، لاقراره به منفرداً ، فأشبه ما لو كان فى مجلسين ، وكما لو أقرّ بدراهم ، ثم سكت ، ثمّ قال : زيوفاً ، أو صغاراً ، أو إلى شهر ، أو كما لو استثنى مما أقرّ به بكلام منفصل فى المجلس .

٤٦٢٠ ﴿ مسألة ﴾

﴿ وإن قال : ما أوصيتُ به لبشر ، فهو لبكر كانت لبكر ﴾

هذا قولهم جميعاً ، وبه قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وهو أيضاً على مذهب الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه صرّح بالرجوع عن الأول بذكره : أنّ ما أوصَى به مردود إلى الثانى ، فأشبه ما لو قال : رجعتُ عن وصيّتى لبشر ، وأوصيت بها لبكر ، بخلاف ما إذا أوصى بشىء واحد لرجلين ، أحدهما بعد الآخر ، فإنه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما ، وقد ثبتت وصيّة الأول يقيناً ، فلا تزول بالشك .

٤٦٢١ (فصل)

وإن قال : ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان ، أو ثلثه ، كان رجوعاً فى القدر الذى وصَّى به للثانى خاصّةً ، وباقيه للأول .

٤٦٢٢ (فصل)

وأجمع أهل العلم على أن للوصىّ أن يرجع فى جميع ما أوصى به ، وفى بعضه . إلا الوصيّة بالإعتاق ، والأكثرون على جواز الرجوع فى الوصيّة به أيضاً . رُوى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : يُغَيِّر الرجلُ ما شاء من وصيّته ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، والزهرىُّ ، وقتادة ، ومالك ، والشافعىُّ ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وقال الشعبىُّ ، وابن سيرين ، وابن شبرُمة ، والنخَعِى : يغَيّر منها ما شاء إلا العتق ، لأنه اعتاق بعد الموت ، فلم يملك تغييره ، كالتدبير .

ولنا : أنها وصيّة ، فلك الرجوع عنها ، كغير العتق ، ولأنَّها عطيّة تنجز بالموت ، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجيزها ، كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه ، وفارق التدبير ، فإنَّه تعليق على شرط ، فلم يملك تغييره ، كتعليقه على صفة فى الحياة .

٤٦٢٣ (فصل)

ويحصل الرجوع بقوله : رجعتُ فى وصيّتى ، أو أبطلتها ، أو غيّرتها ، أو ما أوصيتُ به لفلان فهو لفلان ، أو فهو لورثتى ، أو فى ميراثى ، وإن أكله ، أو أطعمه ، أو أتلفه ، أو وهبه ، أو تصدقّ به ، أو باعه ، أو كان ثوباً غير مُفَصّل ، ففصّله ، ولبسه ، أو جاريةً فأحْبَلَها ، أو ما أشبه هذا فهو رجوعٌ ، قال

ابن المنذر : أجمع كلّ من أحفظ عنه من أهل العلم أنّه إذا أوصى لرجل بطعام ، فأكله أو بشيء فأتلفه ، أو تصدّق به ، أو وهبه ، أو بجاريةٍ فأحبلَها ، أو أولدها أنّه يكون رجوعاً ، وحُكى عن أصحاب الرأى أنّ بيعه ليس برجوع ، لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة .

ولنا : أنه أزال ملكه عنه ، فكان رجوعاً ، كما لو وهبه ، وإن عرضه على البيع ، أو وصّى ببيعه ، أو أوجب الهبة ، فلم يقبلها الموهوب له ، أو كاتبه ، أو وصّى بإعتاقه ، أو دبّره كان رجوعاً ، لأنه يدلّ على اختياره للرجوع بعرضه على البيع ، وإيجابه للهبة ، ووصيّته ببيعه ، أو إعتاقه لكونه وصّى بما ينافى الوصيّة الأولى ، والكتابة بيع ، والتدبير أقوى من الوصيّة ، لأنه يُنجَز بالموت ، فيسبق أخذ الموصَى له ، وإن رهنه كان رجوعاً ، لأنه علّق به حقًّا يجوز بيعه ، فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر : أنّه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب الشافعىّ ، لأنه لا يُزيل الملك ، فأشبه إجارته ، وكذلك الحكم فى الكتابة .

٤٦٢٤ (فصـــل)

وإن وصّى بحَبّ ، ثم طحنه ، أو بدقيق فعجنه ، أو بعجين فخبزه ، أو بخُبز ففتّه ، أو جعله فتيتاً ، كان رجوعاً ، لأنه أزال اسمه ، وعَرَضه للاستعمال ، فدلّ على رجوعه ، وبهذا قال الشافعىّ ، وإن وصّى بكَتّان ، أو قطن ، فغزله ، أو بغزل فنسجه ، أو بثوب فقطعه ، أو بنُقْرَةٍ[1] فضربَها ، أو شاةٍ فذبحها ، كان رجوعاً ، وبهذا قال أصحاب الرأى ، والشافعىّ فى ظاهر مذهبه ، واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع ، وهو قول أبى ثور ، لأنه لا يُزيل الاسم . ولنا أنه عرضه للاستعمال ، فكان رجوعاً ، كالتى قبلها ، ولا يصح قوله : إنّه لا يُزيل الاسم ، فإنّ الثوب لا يسمّى غَزْلاً ، والغزلُ لا يسمّى كَتَّاناً .

٤٦٢٥ (فصـــل)

وإن وصّى بشىء معيّن ، ثم خلطه بغيره ، على وجهٍ لا يتميّز منه كان رجوعاً ، لأنه يتعذّر بذلك تسليمه ، فيدلُّ على رجوعه ، فإن خلطه بما يتميّز منه لم يكن رجوعاً ، لأنه يمكن تسليمه ، وإن وصّى بقفيزِ قمح من صُبْرةٍ ، ثم خلطها بغيرها لم يكن رجوعاً ، سواء خلطها بمثلها ، أو بخيرٍ منها ، أو دونَها ، لأنه كان مُشاعاً ، وبقى مُشاعاً . وقيل : إن خلطه بخيرٍ منه كان رجوعاً ، لأنه لا يمكنه تسليم الموصَى به ، إلا بتسليم خيرٍ منه ، ولا يجب على الوارث تسليمُ خيرٍ منه ، فصار متعذّرَ التسليم ، بخلاف ما إذا خلطه بمثله ، أو دونه .

---

(١) النقرة : الفضة والذهب السائلان ، أو السبيكة غير المضروبة منهما .

٤٦٢٦ (فصــــل)

وإن حدث بالموصى به ما يُزيل اسمه من غير فعل الموصِى ، مثل أنْ سقط الحبُّ فى الأرض ، فصار زرعاً ، أو انهدمت الدار فصارت فضاء فى حياة الموصِى بطلت الوصيّة بها ، لأن الباقىَ لا يتناوله الاسم ، وإن كان انهدامُ الدار لا يُزيل اسمها سُلمّت إليه ، دون ما انفصل منها ، لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتّصل ، دون المنفصل ، ويتبع الدار فى الوصيّة ما يتبعها فى البيع .

٤٦٢٧ (فصــــل)

وإن جحد الوصيّة لم يكن رجوعاً فى أحد الوجهين ، وهو قول أبى حنيفة فى إحدى الروايتين ، ولأنه عقد فلا يبطل بالجحود ، كسائر العقود . والثانى : يكون رجوعاً ، لأنه يدلّ على أنه لا يُريد إيصاله إلى الموصَى له ، وإن غسل الثوب ، أو لبسه ، أو جَصَّص الدار ، أو سكنها ، أو أجرَّ الأمة ، أو زوّجها ، أو علمّها ، أو وطئها لم يكن رجوعاً ، لأن ذلك لا يُزيل الملك ، ولا الاسم ، ولا يدلّ على الرجوع ، ويحتمل أن وطء الأمة رجوع ، لأنه يُعرِّضها للخروج عن جواز النقل ، والأول أولى ، لأنه انتفاع لا يُزيل الملك فى الحال ، ولا يُفضى إليه يقيناً فأشبه لُبس الثوب ، فانه ربمّا أتلفه ، وليس برجوع .

٤٦٢٨ (فصــــل)

نقل الحسن بن ثَوَاب ، عن أحمد ، فى رجل قال : هــذا ثلثى لفلان ، ويُعطَى فلانٌ منه مائة فى كلّ شهر ، إلى أن يموت ، فهو للآخِر منهما ، ويُعطَى هذا مائة فى كل شهر فإن مات وفضل شىء ردّ إلى صاحب الثلث لحكم الوصيّة وإنفاذها على ما أمر به الموصِى .

٤٦٢٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن كتب وصيّة ، ولم يُشهد فيها حكم بها ، مالم يعلم رجوعه عنها ﴾

نصّ أحمد على هذا فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، فقال : من مات ، فوجدت وصيّته مكتوبةً عند رأسه ، ولم يُشهد فيها ، وعُرف خطه ، وكان مشهور الخطّ يُقبل مافيها . ورُوى عن أحمد : أنّه لا يُقبل الخطّ فى الوصيَّة ، ولا يُشهد على الوصيَّة المختومة ، يَسْمَعها الشهود منه ، أو تُقرأ عليه ، فيقرُّ بما فيهـا ، وبهذا قال الحسن . وأبو قِلاَبة ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لأن الحكم لايجوز برؤية خطّ الشاهد بالشهادة ، بالإجماع ، فكذ ههنا ، وأبلغُ من هذا أن الحاكم لو رأى حكمه بخطّه تحته ختمُه ، ولم يذكر أنه حكم به ، أو رأى الشاهدُ شهادتَه بخطه ، ولم يذكر الشهادة لم يجُز للحاكم إنفاذ الحكم بما وجده ، ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به ، فههنا أولى .

وقد نصّ أحمد على هذا فى الشهادة ، ووجه قول الخرقىّ قولُ النبىّ صلى الله عليه وسلم « مَا مِنْ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَىْءٌ يُوصِى فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » ولم يذكر شهادته ، وما ذكرناه فى الفصل الأول الذى يلى هذا ، ولأن الوصيّة يُتسامح فيها ، ولهذا صحّ تعليقها على الخطر ، والغرر ، وصحّت للحمل به ، وبما لا يقدر على تسليمه ، وبالمعدوم ، والمجهول ، فجاز أن يُتسامح فيها بقبول الخط ، كرواية الحديث .

٤٦٣٠ (فصـــــل)

وإن كتب وصيّته ، وقال : اشهدوا علىّ بما فى هذه الورقة ، أو قال : هذه وصيّتى ، فاشهدوا علىّ بها ، فقد حُكى عن أحمد : أنّ الرجل إذا كتب وصيّته ، وختم عليها ، وقال للشهود : اشهدوا علىّ بما فى هذا الكتاب ، لا يجوز ، حتّى يَسْمَعُوا منه ما فيه ، أو يُقرأ عليه ، فيقرّ بما فيه ، وهو قول من سمّينا فى المسألة الأولى ، ويحتمل كلام الخِرَقىّ جوازه ، لأنه إذا قبل خطّه المجرّد ، فهذا أولى ، وممّن قال ذلك عبد الملك ابن يَعْلَى ، ومكحول ، ونُمَير بن إبراهيم ، ومالك ، والليث ، والأوزاعىّ ، ومحمد بن مَسْلَمَة ، وأبو عُبَيْد ، وإسحاق .

واحتجّ أبو عبيد بكتب رسول الله صلّى الله عليه وسلم إلى عُماله ، وأمرائه فى أمر ولايته ، وأحكامه ، وسننه ، ثمّ ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديّون بعده من كتبهم ، إلى وُلاتهم بالأحكام التى فيها الدماء ، والفروج ، والأموال ، يبعثون بها مختومةً ، لا يَعلم حاملُها ما فيها ، وأَمْضَوْها على وجوهها ، وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتابٍ كتبه ، وختم عليه ، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته ، وانتشاره فى علماء العصر ، فكان إجماعاً ، ووجه الأول أنه كتاب لا يَعلم الشاهد ما فيه ، فلم يجُز أن يَشهد عليه ، ككتاب القاضى إلى القاضى ، فأمّا ما ثبت من الوصيّة بشهادة ، أو إقرار الورثة به ، فإنّه يثبُت حكمه ، ويُعمل به ، ما لم يُعلم رجوعه عنه ، وإن طالت مدّته ، وتغيّرت أحوال الموصَى به ، مثل أن يوصِىَ فى مرضٍ ، فيبرأ منه ، ثم يموت بعدُ ، أو يُقتل لأن الأصل بقاؤه ، فلا يزول حكمه بمجرّد الاحتمال ، والشكّ ، كسائر الأحكام .

٤٦٣١ (فصـــــل)

ويستحبّ أن يكتب الموصِى وصيّته ، ويُشهد عليها ، لأنه أحفظُ لها ، وأحوط لما فيها ، وقد صحّ أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « مَا حَقُّ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ لَه شَىْءٌ يُوصِى فِيه يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » ورُوى عن أنس أنّه قال : كَانُوا يَكْتُبُونَ فِى صُدُورِ وَصَايَاهُمْ (بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) هَذَا مَا أَوْصَى بِهِ فُلاَن : أَنَّه يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَه إلاَّ اللهُ وَحْدَهُ لاَ شَرِيكَ له ، وأَنَّ مُحَمَّداً عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ،

وَأَنَّ السَّاعَةَ آتِيَةٌ لاَ رَيْبَ فِيهَا ، وأَنَّ اللهَ يَبْعَثُ مَنْ فِي القُبُورِ) وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ، ويُصلحوا ذاتَ بينهم ، ويُطيعوا الله ، ورسوله ، إن كانوا مؤمنين ، وأوصاهم بما أوصَى به إبراهيمُ بنيه ، ويعقُوبُ (يَا بَنِيَّ إِنَّ اللهَ اصْطَفَى لَكُمُ الدِّينَ فَلاَ تَمُوتُنَّ إِلاَّ وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ)(١) أخرجه سعيد ، عن فضَيل ، بن عياض ، عن هشام بن حسّان ، عن ابن سيرين ، عن أنس ، ورُوى عن ابن مسعود أنه كتب (بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) هذا ذكرُ ما أوصى به عبدُ الله بن مسعود : إِنْ حَدَثَ بِي حَادِثُ المَوْتِ مِنْ مَرَضِي هَـذَا أَنْ مَرْجِعَ وَصِيَّتِي إِلَى اللهِ ، وإِلَى رَسُولِهِ ، ثُمَّ إِلَى الزُّبَيْرِ بْنِ العَوَّامِ ، وَابْنِهِ عَبْدِ اللهِ ، وَأَنَّهُمَا فِي حِلٍّ وَبِلٍّ(٢) فِيماَ وَلِياَ ، وقَضَيا ، وأنَّه لاَ تُزَوَّجُ امْرَأَةٌ مِنْ بَنَاتِ عَبْدِ اللهِ إِلاَّ بِإِذْنِهِمَا . ورَوى ابنُ عَبد البرّ قال : كَانَ فى وصيّة أبى الدّرداء (بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ) هذا ما أوصى به أبو الدرداء : أنَّه يَشْهَدُ أنْ لا إله إلا الله ، وَحْدَهُ لاَ شَرِيكَ لَه ، وأنّ محمداً عبده ورسوله . وأنّ الجنة حقّ ، وأن النار حقّ ، وأن الله يَبْعَثُ مَنْ فِي القُبُورِ ، وأنَّهُ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَيكْفُرُ بِالطَّاغُوتِ ، عَلَى ذَلِكَ يَحْيَا وَيَمُوتُ إِنْ شَاءَ اللهُ وَأَوْصَى فِيماَ رَزَقَهُ اللهُ تَعَالَى بكذا ، وكذا ، وأنّ هـذه وصيّته إن لم يُغيّرها .

٤٦٣٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وما أعطى فى مرضه الذى مات فيه فهو من الثلث ﴾

وجملة ذلك : أن التبرّعات المنجزة ، كالعتق ، والمحاباة ، والهبة المقبوضة ، والصـدقة ، والوقف ، والإبراء من الدَّين ، والعفو عن الجناية الموجبة للمال ، إذا كانت فى الصحَّة فهى من رأس المـال ، لا نعلم فى هذا خلافاً . وإن كانت فى مرض مَخُوفٍ اتصل به الموتُ فهى من ثلثُ المال ، فى قول جمهور العلماء ، وحُكى عن أهل الظاهر فى الهبة المقبوضة أنَّها من رأس المـال ، وليس بصحيح ، لما رَوى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قالَ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم « إِنَّ اللهَ تَصَدَّقَ علَيْكُمْ عِنْدَ وفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمالِكُمْ » رواه ابن ماجة . وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث . وروى عمران بن حُصَين : أنّ رجلاً من الأنصار أعتق ستّة أَعْبُدٍ لَهُ فِي مَرَضِه لاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ فاسْتَدْعَاهُمْ رَسُولُ اللهِ صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، فَجَزَّأَهُمْ ثَلاثةَ أَجْزَاءٍ ، وأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ فأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً) متفق عليه ، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته ، فغيره أولى . ولأن هذه الحال الظاهرُ منها الموتُ ، فـكانت عطيَّته فيها فى حقّ ورثته ، لا تتجاوز الثلثُ ، كالوصيَّة .

(١) الآية : ١٣٢ من سورة البقرة .

(٢) البل : الشفاء والمباح وإذا اجتمع مع الحل جازأن يكون اتباعا كما هنا ، أى حل ، حل .

٤٦٣٣ (فصـــــل)

وحكم العطايا فى مريض الموت المَخُوف حكم الوصيَّة فى خمسة أشياء :

(أحـدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث ، وإجازة الورثة .

(الثانى) أنها لا تصح لوارث ، إلا بإجازة بقيَّة الورثة .

(الثالث) أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة فى الصحّة . ولأن النبىّ صلى الله عليه وسلم سُئل عن أفضل الصدقة ، قال : « أن تَصَدَّقَ وَأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ تَأْمُلُ الْغِنَى وَتَخْشَى الْفَقْرَ وَلاَ تُمْهِلْ حَتَّى إِذَا بَلَغَتِ الْحُلْقُومَ قُلْتَ : لِفُلانٍ كذا ، ولِفُلانٍ كذا ، وَقَدْ كَانَ لِفُلاَنٍ » متفق عليه ، ولفظـه : قال رجل : يا رسول الله ، أىّ الصدقة أفضلُ ؟

(الرابع) أنه يُزاحم بها الوصايا فى الثلث .

(الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حالَ الموت ، لا قبله ، ولا بعده ، ويفارق الوصيّة فى ستة أشياء :

(أحدها) أنها لازمة فى حقّ المعطِى ليس له الرجوع فيها ، وإن كثرت ، ولأن المنع على الزيادة من الثلث إنّما كان لحقّ الورثة لا لحقّه ، فلم يملك إجازتها ، ولا ردَّها ، وإنما كان له الرجوع فى الوصيّة لأن التبرّع بها مشروط بالموت . فلم يملك إجازتها ، ولا ردَّها ، وإنما كان له الرجوع فىالوصيَّة ، لأن التبرُّع مشروط بالموت . ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ، ولا المطيَّة بخلاف العطيَّة فى المرض ، فإنه قد وجدت العطيَّة منه ، والقبول من المعطى ، والقبض ، فلزمت ، كالوصيَّة إذا قُبلت بعد الموت ، وقُبضت .

(الثانى) أن قبولها على الفور فى حال حياة المعطِى ، وكذلك ردُّها ، والوصايا لا حكم لقبولها ، ولا ردِّها إلا بعد الموت ، لما ذكرنا من أن العطيَّـة تصرُّف فى الحال ، فتُعتبر شروطُه وقتَ وجوده ، والوصيَّة تبرُّع بعد الموت فتُعتبر شروطه بعد الموت .

(الثالث) أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها فى الصحّة ، من العلم ، وكونها لا يصحُّ تعليقها على شرط ، وغرر ، فى غير العتق ، والوصيَّةَ بخلافه .

(الرابع) أنها تقدَّم على الوصيَّة ، وهذا قول الشافعىّ ، وجمهور العلماء ، وبه قال أبو حنيفـة ، وأبو يوسف ، وزفر ، إلا فى العتق ، فإنه حُكى عنهم تقديمُه لأنّ العتق يتعلّق به حقُّ الله تعالى ، ويسرى وقفه ، وينفُذ فى ملك الغير ، فيجب تقديمُه .

ولنا : أن العطية لازمة فىحقّ المريض ، فقدّمت على الوصيّة ، كعطيّة الصحّة ، وكما لوتساوى الحقّان .

(الخامس) أن العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بُدىء بالأول ، فالأول ، سواء كان الأول عتيقاً ،

أو غيره ، وبهذا قال الشافعيّ ، قال أبو حنيفة : الجميع سواء ، إذا كانت من جنس واحد ، وإن كانت من أجناس ، وكانت المحاباة متقدّمة قدّمت ، وإن تأخرّت سُوِّى بينها ، وبين العتق ، وإنّما كان كذلك لأن المحاباة حقّ آدمى ، على وجه المعاوضة ، فقدّمت ، إذا تقدّمت كقضاء الدين وإذا تساوى جنسها سُوِّى بينها ، لأنّها عطايا من جنس واحد ، تُعتبر من الثلث ، فسُوِّى بينها ، كالوصيّة ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يقدّم العتق تقدّم أو تأخر .

ولنا : أنّهما عطيّتان مُنَجّزتان ، فكانت أولاهما أولى لو كانت الأولى مُحاباةً عند أبى حنيفة ، أو عتقاً عند صاحبيه . ولأن العطية المنجّزة لازمة فى حقّ المُعطى ، فإذا كانت خارجةً من الثلث لزمت فى حقّ الورثة ، فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها فى حقّ المعطى ، لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطيّة أخرى ، بخلاف الوصايا ، فإنها غير لازمة فى حقّه ، وإنما تلزم بالموت فى حال واحدة ، فاستويا لا ستوائهما فى حال لزومهما ، بخلاف المنجّزتين ، وما قاله فى المحاباة غير صحيح ، فإنها بمنزلة الهبة ، ولو كانت بمنزلة المعاوضة ، أو الدين لما كانت من الثلث ، فأمّا إن وقعت دفعةً واحدةً ، كأن وكّل جماعةً فى هذه التبرعات ، فأوقعوها دفعةً واحدةً ، فإن كانت كلها عِتقاً ، أقرعنا بينهما ، فكمّلنا العتق كلّه فى بعضهم ، وإن كانت كلّها من غير العتق قسّمنا الثلث بينهم ، على قدر عطاياهم ، لأنهم تساووا فى الاستحقاق ، فقسِّم بينهم على قدر حقوقهم ، كغرماء المفلس ، وإنما خولف هذا الأصل فى العتق لحديث عمران بن حُصَين ، ولأن القصد بالعتق يكمّل الأحكام ، ولا تكمّل الأحكام إلا بتكميل العتق ، بخلاف غيره ، ولأن فى قسمة العتق عليهم إضراراً بالورثة ، والميّت والعبيد ، على ما يذكر فى موضعه ، وإن وقعت دفعةً واحدةً ، وفيها عتق ، وغيره ففيه روايتان :

إحداهما : يقدّم العتق لتأكيده .

والثانية : يسوّى بين الكلّ ، لأنها حقوق تساوت فى استحقاقها ، فتساوت فى تنفيذها ، كما لو كانت من جنس واحد ، وذلك لأن استحقاقها حصل فى حالة واحدة .

(السادس) أن الواهب إذا مات قبل تقبيضه الهبة المنجّزة كانت الخيرة للورثة ، إن شاءوا قبضوا ، وإن شاءوا منعوا ، والوصيّة تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم .

٤٦٣٤ (فصـــــل)

إذا قال المريض : إذا أعتقتُ سعداً فسعيد حرّ ، ثم أعتق سعداً عتق سعيد أيضاً ، إن خرجا من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد ، وحده ، ولم يُقرع بينهما لوجهين :

أحدهما : أن سعداً سبق بالعتق .

والثانى : أن عتقه شرط لعتق سعيد ، فلورقّ بعضُه لفات إعتاق سعيد أيضاً ، لفوات شرطه ، وإن بقى من الثلث ما يعتق به بعض سعيد عتق تمامُ الثلث منه ، وإن قال : إن أعتقت سعداً فسعيد وعمرو حرّان ، ثم أعتق سعداً ، ولم يخرُج من الثلث إلا أحدهم عتق سعد وحده ، لما ذكرنا ، وإن خرج من الثلث اثنان ، أو واحد وبعض آخر عتق سعد ، وأقرع بين سعيد وعمرو فيما بقى من الثلث ، لأن عتقهما فى حال واحدةٍ وليس عتق أحدهما شرطاً فى عتق الآخر ، ولو خرج من الثلث اثنان وبعض الثلث أقرعنا بينهما ، لتكميل الحريّة فى أحدهما ، وحصول التشقيص فى الآخر .

وإن قال : إن أعتقت سعداً فسعيدحر أو فسعيد وعمرو حرّان فىحال إعتاق سعداً ، فالحكم سواء ، لا يختلف لأن عتق سعد شرط لعتقهما ، فلو رقّ بعضه لفات شرط عتقهما ، فوجب تقديمه ، وإن كان الشرط فى الصحّة والإعتاق فى المرض فالحكم على ماذكرنا .

٤٦٣٥ (فصـــــل)

وإن قال : إن تزّوجت فعبدى حرٌ ، فتزوج فى مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محاباة معتبرة من الثلث ،وإن لم تخرج من الثلث إلا المحاباة ،أوالعبد فالمحاباة أولى ، لأنها وجبتقبل العتق ، لكون التزويج شرطاً فىعتقه ، فقد سبقت عتقه ، ويحتمل أن يتساويا ، لأن التزويج سببلثبوت المحاباة ، وشرط للعتق ، فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه ،فيكونان سواء ، ثم هل يقدّم العتق على المحاباة ؟ على روايتين . وهذا فيما إذا ثبتتالمحاباة ، بأن لاترث المرأة الزوج امّا لوجود مانعمن الإرث ، أو لمفارقتهاايّاها فىحياته ، امّا بموتها ، أو طلاقها ، أو نحوه ، فأمّا ان ورثته تبيّنا أنها غير ثابتة لها الا بإجازة الورثة ، فينبغى أن يقدّم العتق عليها ، لأنه لازم غير موقوف على الإجازة ، فيكون متقدّما ، وان قال : أنت حرٌ فى حال تزويجى ، فتزوّج ، وأصدق أكثر من المثل ، فعلى القول الأول يتساويان ، لأن التزويج جعل جعالة لإيقاع العتق ، كما فى عتق سعد ، وسعيد ، وبطلان المحاباة لا يُبطل التزويج ، ولا يؤثّر فيه ، وعلى الاحتمال الذى ذكرته يكون التعق سابقا ، لأن المحاباة إنما ثبتت بتمام التزويج ، والعتق قبل تمامه ، فيكون سابقا على المحاباة ، فيتقدّم لهذا المعنى ، سيّما إذا تأكد بقوّته ، وكونه لغير وارث .

٤٦٣٦ (فصـــــل)

إذا أعتق المريض شِقْصاً من عبد ، ثم أعتق شِقْصاً من آخر ، ولم يخرُج من الثلث إلا العبد الأول عتق وحده ، لأنه يعتق حين يلفظ بإعتاق شِقْصه ، وإن خرج الأول ، وبعض الثانى عتقذلك ، وإن أعتق الشِّقصين دفعةً واحدةً فلم يخرج من الثلث إلا الشِّقصان عتقا ، ورَقّ باقى العبدين ، وإن لم يخرج إلاأحدهما أقرع بينهما ، وإن خرج عتق الشِّقصان ، وباقى أحد العبدين ، ففيه وجهان .

أحدهما : يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما ، كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما .

والثانى : يقسّم ما بقى من الثلث بينهما بغير قرعة ، لأنه أوقع عتقاً مُشَقَّصاً ، فلم يكمله ، بخلاف ما إذا أعتق العبدين ، ولهذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان أعتقناهما ، ولم يقرع بينهما ، ولم يكمله من أحدهما ، ولو أوصى بإعتاق النصيبين ، وأن يكمل عتقهما من ثلثه ، ولم يخرج من الثلث إلا النصيبان وقيمة باقى أحدهما أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته كَمُل العتق فيه ، لأن الموصِى أوصى بتكميل العتق ، فجرى مجرى إعتاقهما بخلاف التى قبلها .

٤٦٣٧ (فصـــــــل)

وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض ، كالهبة ، والميراث ، عتق وورث المريض إذا مات ، وبهذا قال مالك ، وأكثر أصحاب الشافعىّ ، وقال بعضهم : يعتق ، ولا يرث ، لأنّ عتقه وصيّة ، فلا يجتمع مع الميراث ، وهذا لا يصحّ ، لأنه لو كان وصيَّة لاعتبر من الثلث ، كما لو اشتراه ، وجعل أهلُ العراق عتق المرهون وصيّةً يُعتبر خروجه من الثلث ، فإن خرج من الثلث عتق ، وورث ، وإن لم يخرج من الثلث يَسْعَى فى قيمة باقيه ، ولم يرث فى قول أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ، ومحمد يحتسبُ بقيمته من ميراثه ، فإن فضل من قيمته شىء سَعَى فيه .

ولنا : أن الوصيّة هى التبرّع بماله بعطيه ، أو إتلاف أو التسبّب إلى ذلك ، ولم يوجد واحد منهما . لأن العتق ليس من فعله ، ولا يقف على اختياره ، وقبول الهبة ليس بعطيّة ، ولا إتلاف لماله ، وإنما هو تحصيل شىء يتلف بتحصيله ، فأشبه قبوله لشىء لا يمكنه حفظه ، أو لما يتلف ببقائه فى وقت لا يمكنه التصرُّف فيه ، وفارق الشراء ، فإنه تضييع لماله فى ثمنه .

وقال القاضى : هذا الذى ذكرناه قياس قول أحمد ، لأنه قال فى مواضع : إذا وقف فى مرضه على ورثته صحّ ، ولم يكن وصيةً . لأن الوقف ليس بمال ، لأنه لا يُباع ، ولا يورث ، قال الخبرىُّ : هذا قول أحمد ، وابن الماجُشون ، وأهل البصرة ، ولم يذكر فيه عن أحمد خلافاً . فأمّا إن اشترى من يعتق عليه ، فقال القاضى : إن حَمَله الثلث عتق ، وورثه ، وهذا قول مالك ، وأبى حنيفة . وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، ويرث بقدر ما فيه من الحرّية ، وباقيه على الرقّ فإن كان الوارث ممن يعتق عليه إذا ملكه عتق عليه إذا ورثه .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا وصيّة لوارث ، ويحتسب بقيمته من ميراثه ، فإن فضل من قيمته شىء سعى فيه ، وقال بعض أصحاب مالك : يعتق من رأس المال ، ويرث ، كالموهوب ، والموروث ، وهو قياس

قوله ، لكونه لم يجعل الوقف وصيّة ، وإجازةً للوارث ، فهذا أولى ، لأن العبد لا يملك رقبته ، فيجعل ذلك وصيّة ، ولا يجوز أن يجعل الثمن وصيّةً له ، لأنه لم يصل إليه ، ولا وصيّة للبائع ، لأنه قد عاوض عنه ، وإنّما هو كبناء مسجد ، وقنطرة ، فى أنه ليس بوصيّة لمن ينتفع به ، فلا يمنعه ذلك الميراث ، واختلف أصحاب الشافعىّ فى قياس قوله فقال بعضهم : إذا حمله الثلث عتق ، وورث ، لأن عتقه ليس بوصيّة له ، على ما ذكرنا ، وقيل : يعتق ، ولا يرث ، لأنه لو ورث لصارت وصيّةً لوارث ، فتبطل وصيّته ويبطل عتقه ، وإرثه ، فيفضى توريثه إلى إبطال توريثه ، فكان إبطال توريثه أولى ، وقيل على مذهبه : شراؤه باطل لأن ثمنه وصيّة ، والوصيّة تقف على خروجها من الثلث ، أو إجازة الورثة ، والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفاً .

ومن مسائل ذلك : مريض وهب له ابنه ، فقبله ، وقيمته مائة ، وخلّف مائتى درهم ، وابناً آخر ، فإنه يعتق ، وله مائة ، ولأخيه مائة ، هذا قول مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ ، وقيل على قول الشافعىّ : لا يرث ، والمائتان كلّها للابن الحرّ ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرث نصف نفسه ، ونصف المائتين ، ويحتسب بقيمة نصف الباقى من ميراثه ، وإن كان قيمته مائتين ، وبقية التركة مائة عتق من رأس المال والمائة ، بينه وبين أخيه ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ .

وقال أبو حنيفة : يعتق منه نصفه ، لانه قدر ثلث التركة ، ويسعى فى قيمة باقيه ، ولا يرث ، لأن المستسعَى عنده كالعبد ، لا يرث ، إلا فى أربعة مواضع : الرجل يُعتق أمته على أن تتزوّجه . والمرأة تُعتق عبدها على أن يتزوّجها ، فيأبيان ذلك ، والعبد المرهون يعتقه سيّده . والمشترى للعبد يعتقه قبل قبضه ، وهما معسران . ففى هذه المواضع يسعى كلّ واحد فى قيمته ، وهو حرّ يرث ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرث نصف التركة ، وذلك ثلاثة أرباع رقبته ، ويسعى فى ربع قيمته لأخيه ، وإن وهب له ثلاث أخوات متفرّقات ، لا مال له سواهنّ ، ولا وارث عتقن من رأس المال ، وهذا قول مالك ، وإن كان اشتراهنّ فكذلك ، فيما ذكره الخبرى ، عن أحمد ، وهو قول ابن الماجُشون ، وأهل البصرة ، وبعض أصحاب مالك وعلى قول القاضى : يعتق ثلثهن فى أحد الوجهين ، وهو قول مالك ، وفى الآخر : يعتق كلّهن ، لكون وصيّة من لا وارث له جائزة فى جميع ماله فى أصح الروايتين ، وإن ترك مالاً يخرُجنَ من ثلثه عتقن ، وورثْنَ ، وقال أبو حنيفة : إذا اشتراهن ، أو وُهِبْنَ له ، ولا مال له سواهنّ ، ولا وارث عتقن ، وتسعى كلّ واحدة من الأخت للأب ، والأخت للأمّ فى نصف قيمتها للأخت من الأب ، والأمّ ، وإنّما لم يرثا لأنهما لو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب ، وذلك رقبة وخُمسٌ ، بينهما نصفين ، فكان يبقى عليهما سعاية ، وإذا بقيت عليهما سعاية لم يرثا ، وكانت لهما الوصيّة ، وهى رقبة بينهما نصفين ، وأما الأخت

للأبوين ، فإذا ورثت عتقت ، لأن لها ثلاثة أخماس الرقاب ، وذلك أكثر من قيمتها ، فورثت ، وبطلت وصيتها ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : تبعّض ، وتسعى كلُّ واحدة من الأخت للأب ، والأخت من الأم للأخت من الأبوين فى خمسى قيمتها ، لأن كل واحـدة ترث ثلاثة أخماس رقبة ، وعلى قول الشافعىّ يعتقنَ .

٤٦٣٨ (فصــل)

وإن اشترى المريض أباه بألف لا مال له سواه ، ثم مات ، وخلّف ابناً ، فعلى القول الذى حكاه الخبرى : يعتق كلُّه على المريض ، وله ولاؤه ، وعلى قول القاضى : يعتق ثلثه بالوصيّة ، ويعتق باقيه على الابن، لأنه جدُّه ، ويكون ثلث ولائه للمشترى ، وثلثاه لابنه ، وهذا قول مالك ، وقيل : هو مذهب الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصيَّة ، ويسعى للابن فى قيمة ثلثيه .

وقال أبو يوسف ، ومحمد ، يعتق سدسه ، لأنه ورثه ، ويسعى فى خمسة أسداس قيمته . للابن ، ولا وصيّة له ، وقيل على قول الشافعىّ . يفسخ البيع ، إلا أن يُجيز الابنُ عتقه ، وقيـل : يفسخ فى ثلثيه ، ويعتق فى ثلثه ، وللبائع الخيار ، لتفرُّق الصفقة عليه ، وقيل : لا خيار له لأنه مُتلف ، فإن ترك ألفين سواه عتق كلّه ، وورث سدس الألفين ، والباقى للابن ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ،وقيل نحوه على قول الشافعىّ وقيل على قوله : يعتق ، ولا يرث ، وقيل :شراؤه مفسوخ .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرث الأب سدس التركة ، وهو خمسمائة ، يحتسب بها من رقبته ، ويسعى فى نصف قيمته ، ولا وصيَّة له ، وإن اشترى ابنــه بألف لا يملك غيره ، ومات ، وخلّـف أباه عتق كلّه بالشراء فى الوجه الأول ، وفى الثانى يعتق ثلثه بالوصية ، وثلثاه على جدّه عند الموت ، وولاؤه بينهما أثلاثاً ، وبهذا قال مالك ، وقول الشافعىّ فيه على ماذكرنا فى مسألة الأب : وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه بالوصيّة ، ويسعى فى قيمة ثلثيه للأب، ولا يرث .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرث خمسةَ أسداسه ، ويسعى فى قيمة سدُسه ، وان ترك ألفين سواه عتق كلّه ، وورث خمسةَ أسداس الألفين ، وللأب السدس ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفه ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : للأب سدس التركة ، خمسمائة ، وباقيها للابن ، يعتق منها ، ويأخذ ألفاً وخمسمائة ، وإن خلّف مالاً يخرُج المبيع من ثلثه ، فعلى الوجه الأول يعتق كلّه ، ويرث منه ، كأنه حرُّ الأصل ، وعلى الوجه الثانى : يعتق منه بقدر ثلث التركة ، ويرث بقدر مافيه من الحرّية ، فإن لم يخلّف المشترى أباً حرّاً ، ولم يترك مالاً عتق من رأس المال على الوجه الأول ، ويعتق ثلثه على الثانى ، ويرث الأخ ثلثيه ، ثم يعتق عليه . وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثه ، ويسعى لعمّه فى قيمة ثلثيه . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يعتق كلّه ،

ولا سعاية وان خلّف ألفين سواه عتق ، وورث الألفين ، ولا شيء للأخ فى الأقوال كلّها ، إلا ما قيل على قول الشافعيّ : إنّه يعتق ، ولا يرث ، وقيل : شراؤه باطل ، فإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ، وقيمته ثلثا ألف، وخلف ابنا آخر فعلى الوجه الأول يعتق من رأس المال، ويستقرُّ ملك البائع قدر على قيمته من الثمن ، وله ثلث الباقى ، لأن المشترى حاباه به ، ولم يبق من التركة سواه ، فيكون له ثلثه ، وهو تسع ألف ، ويردّ التسعين ، فتكون بين الابنين ، وعلى الوجه الثانى يعتق ثلثه ، ويرث أخوه ثلثه ، فيعتق عليه ، وللبائع ثلث المحاباة ، ويردّ ثلثيها ، فيكون ميراثاً .

وقال أبو حنيفة : الثلث للبائع ، ويسعى المشترى فى قيمته . لأخيه ، وقال أبو يوسف ومحمد : يسعى فى نصف رقبته ، ويرث نصفها ، وقال الشافعى: المحاباة مقدّمة ، لتقديمها ، ويرث الابن الحرّ أخاه ، فيملكه ، وقيل : يفسخ البيع فى ثلثيه ، ويعتق ثلثه ، ولا تقدّم المحاباة ، لأن فى تقديمها تقرير ملك الأب على ولده ، وقيل : يفسخ البيع فى جميعه ، فإن كانت قيمته ثلث الألف فعلى الوجه الأول يعتق من رأس المال ، وتنفُذ المحاباة فى ثلث الباقى ، وهو تُسعا ألف ، ويردّ البائع أربعة أتساع ألف ، فتكون بين الابنين ، وعلى الوجه الآخر يحتملُ وجهين .

(أحدهما) تقديم العتق على المحاباة ، فيعتق جميعه ، ويردّ البائع ثلثى الألف فيكون بينهما .

(والثانى) أن يعتق ثلثه ، ويكون للبائع تُسعا ألف ، ويردّ أربعة أتساعها ، كما قلنا فى الوجه الأول ، وقال أبو حنيفة : للبائع بالمحاباة الثلث ، ويردّ الثلث ، ويسعى الابن فى قيمته لأخيه ، وفى قول أبى يوسف ، ومحمد : يردّ البائع ثلث الألف ، فيكون للابن الحرّ ، ويعتق الآخر بنصيبه من الميراث ، وقيل على قول الشافعىّ: يردّ البائع ثلث الألف ، فيكون ذلك مع الابن المشترى للحرّ ، وقيل غير ذلك ، وإن اشتراه بألف لا يملك غيره ، وقيمته ثلاثة آلاف ، فمن أعتقه من رأس المال جعله حرًّا ، ومن جعل ذلك وصيّة له أعتق ثلثه بالشراء ، ويعتق باقيه على أخيه ، إلا فى قول الشافعىّ ، ومن وافقه فإن الحرّ يملك بقيّة أخذه ، فيملك من رقبته قدر ثلثى الثمن ، وذلك تُسعا رقبة ، لأنه يجعل ثمنه من الثلث دون قيمته ، وقيل : يُفسخ البيع فى ثلثيه ، وقبل فى جميعه ، وقال أبو حنيفة : يسعى لأخيه فى قيمة ثلثيه .

وقال أبو يوسف ، ومحمد : يسعى له فى نصف قيمته ، فإن ترك ألفين سواه عتق كلّه ، لأن التركة هى الثمن مع الألفين ، والثمن يخرج من الثلث ، فيعتق ، ويرث نصف الألفين ، وهو قول الشافعىّ ، وقيل : يعتق ، ولا يرث ، وعند أبى حنيفة ، وأصحابه : التركة قيمته مع الألفين ، وذلك خمسة آلاف ، فعلى قول أبى حنيفة : يعتق منه قدرُ ثلث ذلك وهو ألف ، وثلثا ألف ، ويسعى لأخيه فى الألف ، وثلث ألف ، وفى قول صاحبيه : يعتق منه نصف ذلك ، وهو خمسة أسداسه ، ويسعى لأخيه فى خمسمائة، والألفان لأخيه فى قولهم جميعاً ،

ولو اشترى المريض ابنى عمّ له بألف ، لا يملك غيره ، وقيمة كلّ واحد منهما ألف ، فأعتق أحدهما ، ثم وهبه أخاه ، ثم مات ، وخلّفهما ، وخلّف مولاةً ، فإن قياس قول القاضى إن شاء الله أن يعتق ثلثا المعتق ، إلا أن يجيز المولى عتق جميعه ، ثم يرث بثلثيه ثلثى بقية التركة ، فيعتق منه ثمانية أتساعه ، ويبقى تسعه ، وثلث أخيه للمولى ، ويحتمل أن يعتق كلّه ، ويرث أخاه ، فيعتقان جميعاً لأنه يصير بالإعتاق وارثاً اثلثى التركة ، فتنفذ إجازته فى إعتاق باقيه ، فتكمُل له الحرّية ، ثم يكمل الميراث له ، وفى قياس قول أبى الخطاب : يعتق ثلثاه، ولا يرث لأنه لو ورث لكان اعتاق وصيّة له ، فيبطل إعتاقه ، ثم يبطل إرثه ، فيؤدّى توريثه إلى إبطال توريثه ، وهذا قول للشافعىّ ، ويبقى ثلثه ، وابن العمّ الآخر للمولى ، وقال أبو حنيفة : يعتق ثلثا المعتق ، ويسعى فى قيمة ثلثه ، ولا يرث ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يعتق كلّه ، ويعتق عليه أخوه بالهبة ، ويكونون أحقّ بالميراث من المولى ، فإن كان للميّت مال سواهما أخذا ذلك المال بالميراث ، ويغرم بالمعتَق لأخيه الموهوب نصف قيمته ، ونصف قيمة أخيه ، لأن عتق الأول وصيّة له ، ولا وصيّة لوارث ، وقد صار وارثا مع أخيه ، فورث نصف قيمة نفسه ، ونصف قيمة أخيه ، وورث أخوه الباقى ، وكان أخوه الموهوب له هبةً من المريض فعتق بقرابته منه ، ولم يعتق من المريض فلم يكن عتقه وصيّة ، بل استهلكها بالعتق الذى جرى فيها ، فيغرم الأول نصف قيمته ، ونصف قيمة أخيه ، وأما قول أبى حنيفة ، فان كان الميّت لم يدع وارثاً غيرهما عتقا ، وغرم الأول لأخيه نصف قيمة . أخيه ولم يغرم له نصف قيمة نفسه ، لأنه إذا لم يدع وارثاً جازت وصيّته ، لأنهما لا يرثان ، ولا يعتقان حتى تجوز وصيّة الأول ، لأنه متى بقيت عليه سعاية لم يرث واحد منهما ، ولم يعتق ، فلا بدّ من أن ينفُذ للمعتق وصيّة ، ليصير حرّاً ، فيعتق أخوه بعتقه ، وقدجازت له الوصيّة فى جميع رقبته ، لأن الميت إذا لم يدع وارثاً جازت وصيّته بجميع ماله ، ويرثان جميعاً ، ويرجع الثانى على الأول بنصف قيمته ، لأنه يقول : قد صرت أنا ، وأنت وارثين ، فلا تأخذ من الميراث شيئاً دونى ، وقد كانت رقبتى لك وصيّة ، وعتقت من قبلك ، فأضمن لى نصف رقبتى ، فإن كان معسراً ، وهناك مال غيرهم أخذ الثانى نصفه ، ثم أخذ من النصف الثانى نصف قيمة نفسه ، وكان مابقى ميراثاً لأخيه الأوّل .

٤٦٣٩ (فصــــل)

وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف ، فتبرّع بألف ، ثم اشترى أباه ممّا بقى ، وله ابن ، فعلى قول من قال : ليس الشراء بوصيّة يعتق الأب ، وينفذ من التبرّع قدر ثلث المال حال الموت ، وما بقى فللأب سدسه ، وباقيه للابن ، على قول القاضى ، ومن جعله وصيّة لا يعتق الأب ، لأن تبرّع المريض إنّما ينفُذ فى الثلث ، ويقدّم الأوّل فالأوّل ، وإذا قدّم التبرُّع لم يبق من الثلث شىء ، ويرثه الابن ، فيعتق

عليه ، ولا يرث ، لأنه إنما عتق بعد الموت ، وإن وهب له أبوه عتق ، وورث ، لأن الهبة ليست بوصيّة ، وكذلك إن ورثه ، وإن اشترى أباه ، ثم أعتقه لم يعتق على قول القاضي ، لأنه إذا لم يعتق بالملك ، وهو أقوى من الإعتاق بالقول ، بدليل نفوذه في حقّ الصبيّ ، والمجنون ، فأولى أن لا ينفذ بالقول .

٤٦٤٠ (فصـــل)

وإن ملك المريض من يرثه ممّن لا يعتق عليه ، كابن عمّه ، فأعتقه في مرضه كان إعتاقه وصيّةً معتبرةً من الثلث ، بدليل أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الذين أعتقهم مالكهم عند موته ، ولم يكن له مال سواهم ، فاعتبر عتقهم من الثلث ، فعلى هذا يُعتبر خروج المعتق من الثلث ، فإن خرج من الثلث عتق ، ولم يرث ، ذكره أبو الخطّاب في مريض ملك ابن عمه في مرضه ، فأقرّ بأنه كان أعتقه في صحّته عتق ، ولم يرث ، لأنه لو ورث لكان إقراره لوارث ، فلا يقبل ، فيؤدّي توريثه إلى إبطال عتقه ، ثم يبطل ميراثه ، فكان إعتاقه من غير توريث أولى ، ومقتضى قول القاضي أنّه يعتق ويرث ، لأنه حرّ حين موت موروثه ليس بقاتل ، ولا مخالف لدينه ، ويرث ، كما لو ورثه ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، ولا يرث على القول الأول ، وعلى قول القاضي ينبغي أن يرث بقدر ما فيه من الحرّية ، على مايذكر في المعتق بعضه .

٤٦٤١ (فصـــل)

وما لزم المريض في مرضه من حقّ لايمكنه دفعه ، وإسقاطه ، كأرش الجناية ، وجناية عبده ، وماعاوض عليه بثمن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله ، فهو من رأس المال ، لا نعلم فيه خلافاً ، وهذا عنـــد الشافعيّ ، وأصحاب الرأي ، وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال ، لأنه صرف لماله في حاجة نفسه ، فيقدّم بذلك على وارثه ، وكذلك لو اشترى جاريةً يستمتع بها كثيرةَ الثمن بثمن مثلها ، أو اشترى من الأطعمة التي لا يأكل مثله منها جاز ، وصحّ شراؤه ، لأنه صرفٌ لماله في حاجته ، وإن كان عليه دين أو مات وعليه دين قدّم بذلك على وارثه ، لقول الله تعالى (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ) .

٤٦٤٢ فصـــل

فأما إن قضى المريض بعض غرمائه ، ووفت تركته بسائر الديون صحّ قضاؤه ، ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه ، وإن لم يف بها ففيه وجهان :

أحدهما : أن لسائر الغرماء الرجوع عليه ، ومشاركته فيما أخذه . وهو قول أبي حنيفة ، لأن حقوقهم تعلقّت بماله بمرضه ، فمنعت تصرّفه فيه بما ينقصُ ديونهم ، كتبرّعه ، ولأنه لو وصى بقضاء بعض ديونه فلم يجز ، فكذلك إذا قضاها.

والثانى : أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ، ولا مشاركته ، وهو قياس قول أحمد ، ومنصوص الشافعىّ ، لأنه ادّى واجباً عليه ، فصحّ ، كما لو اشترى شيئاً ، فأدّى ثمنه ، أو باع بعض ماله ، وسلّمه ، ويُفارق الوصيّة ، فإنّه لو اشترى ثياباً مُثْمِنة صحّ ، ولو وصّى بتكفينه فى ثياب مُثْمِنةٍ لم يصحّ ، يحقّق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه ، وقد صحّ عقيب البيع ، فكذلك إذا تراخى ، إذ لا أثر لتراخيه .

٤٦٤٣ (فصـــــل)

وإذا تبرّع المريض ، أو أعتق ، ثم أقرّ بدين لم يبطل تبرّعه . نصّ عليه أحمد ، فيمن أعتق عبده فى مرضه ، ثم أقرّ بدين عتق العبد ، ولم يرد إلى الرقّ ، وهذا لأن الحقّ يثبت بالتبرّع فى الظاهر ، فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حقُّ غيره .

٤٦٤٤ (فصـــــل)

ويعتبر فى المريض الذى هذه أحكامه شرطان :

أحدهما : أن يتّصل بمرضه الموت ، ولو صحّ فى مرضه الذى أعطى فيه ، ثم مات بعد ذلك فحكم عطيّته حكم عطيّة الصحيح ، لأنه ليس بمرض الموت .

الثانى : أن يكون مخوفاً ، والأمراض على أربعة أقسام :

غير مَخُوف : مثل وجع العين ، والضِّرس ، والصّداع اليسير ، وحُمّى ساعة ، فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح ، لأنه لا يخاف منه فى العادة .

الضرب الثانى : الأمراض الممتدّة ، كالجُذام ، وحمّى الرِّبْع[1] ، والفالج فى انتهائه ، والسلّ فى ابتدائه ، والحمّى الغِبّ ، فهذا الضرب إن أضنى صاحبها على فراشه فهى مخوفة ، وإن لم يكن صاحب فراش بل كان يذهب ، ويجىء ، فعطاياه من جميع المال . قال القاضى : هذا تحقيق المذهب فيه ، وقد رَوى حرب ، عن أحمد فى وصيّة المجذوم ، والمفلوج من الثلث ، وهو محمول على أنّهما صارا صاحبى فراش ، وبه يقول الأوزاعىُّ ، والثورىُّ ، ومالك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وأبو ثور ، وذكر أبو بكر وجها فى صاحب الأمراض الممتدّة أنّ عطيّته من صُلب المال ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم .

ولنا : أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف . فأشبه صاحب الحمّى الدائمة . وأما الهرم فإن صار صاحب فراش فهو كمسألتنا .

(١) حمى الربع : هى التى تأخذ يوما وتدع يومين ثم تجىء فى اليوم الرابع .

الضرب الثالث : من تحقق تعجيل موته ، فيُنظر فيه ، فإن كان عقله قد اختل ، مثــل من ذبح ، أو أبينت حُشْوَتُه(١) فهذا لا حكم لـكلامه ، ولا لعطيّته ، لأنه لا يبقى له عقل ثابت ، وإن كان ثابت العقل كمن خُرِقت حُشْوَته ، أو اشتدّ مرضه ، ولم يتغيّر عقله صحّ تصرفه ، وتبرّعه ، وكان تبرّعه من الثلث ، فإن عمر رضى الله عنه خُرِقَتْ حُشْوَتُه فقبلت وصيّته ، ولم يختلف فى ذلك ، وعلىّ رضى الله عنه بعد ضرب ابن مُلْجَمٍ أوصى ، وأمر ، ونهى ، فلم يُحكم ببطلان قوله .

الضرب الرابع : مرض مَخُوفٌ لا يَتعَجَّل موت صاحبه يقيناً ، لـكنه يخاف ذلك ، كالبِرْسام ، وهو بخار يَرْقَى إلى الرأس ، ويؤثّر فى الدماغ ، فيختلّ العقل ، والحمّى الصالب(٢) ، والرُّعاف الدائم ، لأنه يُصَفِّى الدم ، فيذهب القوة ، وذاتُ الجَنب ، وهو قُرْحٌ بِبَاطِنِ الجَنْبِ ، وَوَجَعُ القلب ، والرّئة . فإنّها لا تسكن حركتها ، فلا يندمل جُرحها ، والقُولَنْج ، وهو أن ينعقد الطعام فى بعض الأمعاء ، ولا ينزل عنه ، فهـذه كلّها مخوفة ، سواء كان معها حمّى ، أو لم يكن . وهى مع الحمّى أشدّ خوفاً ، فإن ثاوره الدم ، واجتمع فى عضوٍ كان مخوفاً ، لأنه من الحرارة المفرطة ، وإن هاجت به الصفراء فهى مخوفة ، لأنها تورثُ يُبوسةً وكذلك البلغم . إذا هاج . لأنه من شدّة البرُودة . وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتُطفئها ، والطاعون مخوف ، لأنه من شدّة الحرارة ، إلا أنه يكون فى جميع البدن ، وأما الإسهال ، فإن كان مُنخرقاً لا يمكنه منعه ، ولا إمساكه ، فهو مخوف . وإن كان ساعةً ، لأن من لحقه ذلك أسرع فى هلاكه ، وإن لم يكن منخرقاً لـكنه يكون تارة ، وينقطع أخرى . فإن كان يوماً أو يومين ، فليس بمخوف ، لأن ذلك قد يكون من فضلة الطعام ، إلاّ أن يكون معـه زَحِير ، وتقطيع ، كأن يخرج متقطعاً . فإنه يكون مخوفاً ، لأن ذلك يضعف ، وإن دام الإسهال فهو مخوف ، سواء كان معه زحير ، أو لم يكن ، وما أشـكل أمره من الأمراض رُجع فيـه إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء ، لأنهم أهلُ الخـبرة بذلك ، والتجربة ، والمعرفة ، ولا يقبل إلا قول طبيبين مُسـلِمَيْن ثِقَتين ، بالغـين . لأن ذلك يتعلّق به حقّ الوارث ، وأهل العطايا ، فلم يقبل فيه إلا ذلك ، وقياس قول الخرقىّ أنّه يقبل قول الطبيب العـدل ، إذا لم يقدر على طبيبين ، كما ذكرناه فى باب الدعاوى ، فهذا الضرب وما أشبهه عطاياه صحيحة ، لما ذكرناه من قصة عمر رضى الله عنه ، فإنه لما جُرِح سقاه الطبيب لَبَناً ، فخرج من جُرحه ، فقال له الطبيب : اعْهَدْ إلى الناس ، فعهِد إليهم ، ووصَّى ، فاتفق الصحابة على قبول عهده ، ووصيّته ، وأبو بكر لما اشتدّ مرضه عهد إلى عمر فنفذ عهده .

٤٦٤٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر ﴾

---

(١) الحشوة : الأمعاء . (٢) الشديدة الدائمة .

يعنى عطيتها من الثلث . وهذا قول مالك ، وقال إسحاق : إذا أثقلت لا يجوز لها إلا الثلث ، ولم يحد ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد . وقال سعيد بن المسيّب ، وعطاء ، وقتادة : عطيّة الحامل من الثلث . وقال أبو الخطاب : عطية الحامل من رأس المال ، ما لم يضربها المخاض ، فإذا ضربها المخاض فعطيّتها من الثلث . وبهذا قال النخَعِيّ ، ومكحول ، ويحيى الأنصاريّ ، والأوزاعى ، والثوريّ ، والعنبريّ ، وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب الشافعيّ ، لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت ، ولأنها إنما تخاف الموت إذا ضربها الطلق ، فأشبهت صاحب الأمراض الممتدّة قبل أن يصير صاحب فراش ، وقال الحسن ، والزهريّ : عطيّتها كعطيّة الصحيح ، وهو القول الثانى للشافعيّ ، لأن الغالب سلامتّها ، ووجه قول الخرقيّ أنّ ستّة الأشهر وقتٌ يمكن الولادة فيه وهى من أسباب التلف ، والصحيح إن شاء الله أنّها إذا ضربها الطلق كان مخوفاً ، لأنه ألم شديد يخاف منه التلف ، فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة ، وأما قبل ذلك ، فلا ألم بها ؛ واحتمال وجوده خلاف العادة ، فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد . مع عدمه ، كالصحيح ، فأما بعد الولادة فإن بقيت المشيمة معها فهو مَخُوف ، وإن مات الولد معها فهو مخوف ، لأنه يصعب خروجه ، وإن وضعت الولد ، وخرجت المشيمة ، وحصل ثَمّ ورم ، أوضَرَبان شديد ، فهو مخوف ، وإن لم يكن شيء من ذلك فقد رُوى عن أحمد فى النفساء : إن كانت ترى الدم فعطيّتها من الثلث ، ويحتمل أنه أراد بذلك إذا كان معه ألم ، للزومه لذلك فى الغالب ، ويحتمل أن يُحمل على ظاهره ؛ فإنها إذا كانت ترى الدم كانت كالمريض ، وحكمها بعد السقط ، كحكمها بعد وضع الولد التامّ ، وإن أسقطت مضغةً ، أو عَلَقة فلا حكم له إلاَّ أن يكون ثمَّ مرض أو ألم ، وهذا كله مذهب الشافعيّ إلا أن مجرّد الدم عنده ليس بمخوف .

٤٦٤٦ (فصل)

ويحصل الخوف بغير ما ذكرناه فى مواضع خمسة تقوم مقام المرض :

أحدها : إذا التحم الحرب ، واختلطت الطائفتان للقتال ، وكانت كلّ طائفة مكافئة للأخرى ، أو مقهورة ، فأما القاهرة منهما بعد ظهورها ، فليست خائفة ، وكذلك إذا لم يختلطوا ، بل كانت كل واحدة منهما متميزّة ، سواء كان بينهما رمى بالسهام ، أو لم يكن ، فليست حالةَ خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متّفقتين فى الدين ، أو متفرقتين ، وبه قال مالك ، والأوزاعيّ ، والثوريّ ، ونحوه عن مكحول ، وعن الشافعيّ قولان :

أحدها : كقول الجماعة .

والثانى : ليس بمخوف ، لأنه ليس بمريض .

ولنـا : أن توقّع التلف ههنا ؛ كتوقع المرض ، أو أكثر ، فوجب أن يلحق به ، ولأن المرض إنما جُعل مخوفاً لخوف صاحبه التلف ، وهـذا كذلك ، قال أحمد : إذا حضر القتال كان عتقـه من الثلث ، وعنه : إذا التحم الحرب فوصيّته من المـال كلّه ، فيحتمـل أن يجعل هذا رواية ، وتسمّى العطيّـة وصيّة تجوّزاً ، لـكونها فى حكم الوصيّـة ، ولـكونها عند الموت ، ويحتمل أن يُحمل على حقيقتـه فى صحة الوصيّة من المـال كلّه ، لـكن يقف الزائد على الثلث على إجازة الورثة ، فإن حكم وصيّة الصحيح ، وخائف التلف واحد .

الثـانية : إذا قدم ليقتل فهى حالة خوف ، سواء أريد قتله للقصاص ، أو لغيره ، وللشافعىّ فيـه قولان :

أحدهما : أنه مخوف :

والثانى : إذا جرح فهو مخوف . وإلاّ فلا ، لأنه صحيـح البدن ، والظاهر العفو عنه .

ولنـا : أن التهديد بالقتـل جُعِل إكراها يمنـع وقوع الطلاق ، وصحّة البيـع ، ويُبيـح كثيراً من المحرّمات . ولولا الخوف لم تثبت هذه الأحكام ، وإذا حكم للمـريض وحاضر الحرب بالخوف مع ظهـور السلامة ، وبعد وجود التلف ، فمع ظهور التلف وقربه أولى ، ولا عبرة بصحّة البدن ، فإن المرض لم يكن مُثبتاً لهذا الحـكم لعينه ، بل لخوف إفضائه إلى التلف ، فثبت الحـكم ههنا بطريق التنبيه لظهور التلف .

(الثالثة) إذا ركب البحر ، فإن كان ساكناً فليس بمخوف ، وإن تموّج ، واضطرب وهبّت الريح العاصف فهو مخوف ، فإن الله تعالى وصفهم بشـدّة الخوف ، بقوله سـبحانه : « هُوَ الَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى الْبَرِّ وَالْبَحْـرِ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِى الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَـةٍ وَفَرِحُوا بِهَا جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ ، وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُا اللهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ، لَئِنْ أَنْجَيْتَنَا مِنْ هَذِهِ لَنَـكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِين»[(١)] .

(الرابعة) الأسير ، والمحبوس ، إذا كان من عادته القتل ، فهو خائف ، عطيّته من الثلث ، وإلا فلا ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك ، وابن أبى ليـلى ، وأحد قولى الشافعىّ ، وقال الحسـن لمـّا حبس الحجّاج إياسَ بنَ معاوية : ليس له من ماله إلا الثلث ، وقال أبو بكر : عطيّة الأسير من الثلث ، ولم يفرق ، وبه قال الزهرىّ ، والثورىّ ، وإسحاق ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وتأوّل القاضى ما رُوى عن أحمـد فى هذا على ما ذكرناه من التفصـيل ابتداء ، وقال الشعبىّ ، ومالك : الغـازى عطيّته من الثلث ، وقال

(١) الآية ٢٢ من سورة يونس .

مسروق : إذا وضع رجله فى الغَرْزِ[1] ، وقال الأوزاعىّ : المحصور فى سبيل الله ، والمحبوس ينتظر القتل ، أو تُفقأ عيناه ، هو فى ثلثه ، والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل ، لأن مجرّد الحبس ، والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ، ولا هو فى معنى المرض فى الخـوف ، فلم يجز إلحاقه به ، وإذا كان المريض الذى لا يخاف التلف عطيّته من رأس ماله ، فغيره أولى .

الخامسة : إذا وقع الطاعون ببلدة ، فمن أحمـد أنه مخوف ، ويحتمل أنه ليس بمخوف . فإنه ليس بمرض ، وإنما يخالف المرض ، والله أعلم .

٤٦٤٧ (فصـــــــل)

ويعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت ، فمهما خرج من الثلث تبينّا أن العطيّة صحّت فيه حال العطيّة ، فإن نما المعطَى ، أو كسب شيئا قسّم بين الورثة ، وبين صاحبه ، على قدر مالهما فيه ، فربّما أفضى إلى الدور ، فمن ذلك إذا أعتق عبدا لا مال له سواه ، فـكسب مثل قيمته فى حياة سيّده ، فللعبد من كسبه بقدر ما عتق منه ، وباقيه لسيّده ، فيزداد به مال السيّـد ، وتزداد الحرّية لذلك ، ويزداد حقّه من كسبه ، فينقص به حقّ السيِّد من الـكسب ، وينقص بذلك قدر المعتق منه فيستخرج ذلك بالجبر ، فيقال : عتق من العبد شيء ، وله من كسبه شيء ، لأن كسبه مثله ، وللورثة من العبد وكسبه شيئان ، لأن لهم مِثْلَىْ ما عتق منه ، وقد عتق منه شيء ، ولا يُحسب على العبد ما حصل له من كسبه ، لأنه استحقّه بجزئه الحرّ ، لا من جهة سيّـده ، فصار للعبد شيئان ، وللورثة شيئان من العبد وكسبه ، فيقسّم العبد وكسبه نصفين ، يعتق منه نصفه ، وله نصف كسبه ، وللورثة نصفهما .

وإن كسب مِثْلَىْ قيمته ، فله من كسبه شيئان ، صار له ثلاثة أشياء ، ولهم شيئان ، فيقسّم العبـد ، وكسبه أخماساً ، يعتق منه ثلاثة أخماسه ، وله ثلاثة أخماس كسبه ، وللورثة خمساه ، وخمسا كسبه ، وإن كسب ثلاثةَ أمثال قيمته ، فله ثلاثة أشياء ، من كسبه مع ما عتق منه ، ولهم شيئان ، فيعتق منه ثلثاه ، وله ثلثا كسبه ، ولهم الثلث منهما ، وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء ، وله نصف شيء ، ولهم شيئان ، فالجميع ثلاثة أشياء ، ونصف ، إذا بَسَطْتها أنصافاً صارت سبعةً ، له ثلاثة أسباعها ، فيعتق ثلاثة أسباعه ، وله ثلاثة أسباع كسبه ، والباقى لهم ، فإن كانت قيمته مائة ، فـكسب تسعةً ، فاجعل له من كلّ دينار شيئاً ، فقل : عتق منه مائة شيء ، وله من كسبه تسعة أشياء ، ولهم مائتا شيء ، ويعتق منه مائة جزء ، وتسعة أجزاء ، من ثلثمائة وتسعة ، وله من كسبه مثل ذلك ، ولهم مائتا جزء من نفسه ، ومائتان من كسبه ، وإن كان على السيد دين يستغرق قيمته ، وقيمة كسبه صُرِفا فى الدّين ، ولم يعتق منه شيء ، لأن

(١) الغرز للابل كالسرج للفرس ، المراد هنا إذا ركب .

الدين مقدّم على التبرّع ، وإن لم يستغرق قيمته ، وقيمة كسبه صرف من العبد ، وكسبه ما يقضى به الدين، وما بقى منهما يقسّم على ما يعمل فى العبد الكامل ، وكسبه . فلو كان على السيّد دين كقيمته ، صرف فيه نصف العبد ، ونصف كسبه ، وقسم النصف الباقى بين الورثة ، والعتق نصفين ، وكذلك بقية الكسب ، وإن كسب العبد مثل قيمته ، وللسيّد مال مثل قيمته قسّمت العبد ، ومِثْلَىْ قيمته على الأشياء الأربعة ، فلكلّ شىء ثلاثة أرباع ، فيعتق من العبد ثلاثة أرباعه ، وله ثلاثة أرباع كسبه ، ولو أعتق عبداً قيمته عشرون ؛ ثم أعتق عبداً قيمته عشرة ، فكسب كلّ واحد منهما مثل قيمته ، لكُملت الحرّية فى العبد الأول ، فيعتق منه شىء ، وله من كسبه شىء ، وللورثة شيئان ، ويقسّم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة ، فيكون لكلّ شىء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك ، وهو ثلاثة أرباعه ، وله ثلاثة أرباع كسبه، والباقى لهم .

وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كلّه ، وأخذ كسبه ، ويستحقّ الورثة من العبد الآخر وكسبه مِثْلَىْ العبد الذى عتق ، وهو نصفه ، ونصف كسبه ، ويبقى نصفه ، ونصف كسبه . بينهما نصفين ، فيعتق ربعه ، وله ربع كسبه ، ويرقّ ثلاثة أرباعه ، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه ، وذلك مثل ما أعتق منهما ، وإن أعتق العبدين دفعةً واحدةً أقرعنا بينهما ، فمن خرجت له قرعة الحريّة ، فحكمه كما لو بدأ بإعتاقه .

٤٦٤٨ (فصــــل)

وإن أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء ، وعليه دين بقدر قيمة أحدهم وكسب أحدهم مثل قيمته أقرعنا بينهم لإخراج الدين ، فإن وقعت على غير المكتسب عتق كلّه ، والمكتسب وماله للورثة ، وإن وقعت قرعة الحرّية على المكتسب عتق منه ثلاثة أرباعه ، وله ثلاثة أرباع كسبه ، وباقيه ، وباقى كسبه والعبد الآخر للورثة ، كما قلنا فيما إذا كان للسيّد مال بقدر قيمته ، ولو وقعت قرعة الدّين ابتداء على المكتسب ، لقضينا الدين بنصفه ، ونصف كسبه ، ثم أقرعنا بين باقيه ، وبين العبدين الآخرين فى الحرّية ، فإن وقعت على غيره عتق كلّه ، وللورثة ما بقى ، وإن وقعت على المكتسب عتق باقيه ، وأخذ باقى كسبه ، ثمّ نقرع بين العبدين لإتمام الثلث ، فمن وقعت عليه القرعة عتق ثلثه ، وبقى ثلثاه ، والعبد الآخر للورثة ، ولو كان العبد موهوباً لإنسان كان له من العبد وكسبه مثلُ ما للعبد من كسبه ، ونفسه فى هذه المسائل كلها .

٤٦٤٩ (فصــــل)

وإن أعتق عبدين متساويِي القيمة بكلمة واحدة ، ولا مال له غيرهما ، فمات أحدهما أقرع بين الحىّ

والميّت ، فإن وقعت على الميّت فالحيّ رقيق ، وتبيّن أن الميّت نصفه حرّ ، لأن مع الورثة مِثْلَيْ نصفه ، وإن وقعت على الحيّ عتق ثلثه ، ولا يحسب الميت على الورثة ، لأنه لم يصل إليهم .

٤٦٥٠ (فصـــل)

رجل أعتق عبداً لا مال له سواه ، قيمته عشرة ، فمات قبل سيّده وخلّف عشرين ، فهي لسيده بالولاء ، وتبيّن أنه مات حراً ، وكذلك إن خلّف أربعين وبنتاً ، وإن خلّف عشرةً عتق منه شيء ، وله من كسبه شيء ولسيّده شيئان ، وقد حصل في يد سيّده عشرة تعدل شيئين ، فتبيّن أن نصفه حرّ ، ونصفه رقيق ، والعشرة يستحقّها السيّد ، نصفها بحكم الرقّ ، ونصفها بالولاء ، فإن خلّف العبد ابناً ، فله من رقبته شيء ، ومن كسبه شيء ، يكون لأبيه بالميراث ، ولسيّـده شيئان ، فتقسّم العشرة على ثلاثة ، للابن ثلثها ، وللسيّد ثلثاها ، وتبيّن أنه عتق من العبد ثلثه ، وإن خلّـف بنتاً فلها نصف شيء ، وللسيّد شيئان فصارت العشرة على خمسة ، للبنت خمسها ، وللسيّـد أربعة أخماسها ، تعدل شيئين ، فتبيّن أن خمسى العبد مات حُرًّا ، وإن خلّف العبد عشرين وابناً ، فله من كسبه شيئان ، يكونان لابنه ، ولسيّـده شيئان ، فصارت العشرون بين السيد ، وبين ابنه نصفين ، وتبيّن أنه عتق منه نصفه ، فإن مات الابن قبل موت السيّـد وكان ابن معتقه ، ورثه السيّـد ، لأنّا تبيّنّا أن أباه مات حُرًّا ، لـكون السيّـد ملك عشرين ، وهي مثلا قيمته ، فعتق وجرّ ولاء ابنه إلى سيّـده ، فورثه ، وإن لم يكن ابن معتقه لم ينجرّ ولاؤه ، ولم يرثه سيّـد أبيه ، وكذلك الحـكم لو خلّف هذا الابن عشرين ، ولم يخلّف أبوه شيئاً ، أو ملك السيّد عشرين من أي جهة كانت ، وإن لم يملك عشرين لم ينجرّ ولاء الابن إليه ، لأن أباه لم يعتق ، وإن عتق بعضه جرّ من ولاء ابنه بقدره ، فلو خلّف الابن عشرةً ، وملك السيّـد خمسةً ، فإنك تقول : عتق من العبد شيء ، ويجرّ من ولاء أبيه مثل ذلك ، ويحصل له من ميراثه شيء مع خمسته ، وهما يعدلان شيئين ، وباقي العشرة لمولى أمّه ، فيقسّم بين السيّد ، ومولى الأمّ نصفين ، وتبيّن أنه قد عتق من العبـد نصفه ، وحصل للسيّـد خمسة من ميراث ابنه ، وكانت له خمسة ، وذلك مِثْلاَ ما عتق من العبـد ، فإن مات الابن في حياة أبيه قبل موت سيّده ، وخلّـف مالاً ، وحكمنا بعتق الأب ، أو عتق بعضه ، ورث مال ابنه ، إن كان حرًّا ، أو بقدر ما فيه من الحرّية ، إن كان بعضه حرًّا ، ولم يرث سيّده منه شيئاً ، وفي هـذه المسائل خلاف تركت ذكره كراهةَ التطويل .

٤٦٥١ (فصـــل)

في المحاباة في المرض ، وهي أن يعاوض بماله ، ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه ، وهي على أقسام :

أحدها : المحاباة فى البيع ، والشراء ، ولا يمنع ذلك صحة العقد فى قول الجمهور . وقال أهل الظاهر : العقد باطل .

ولنا : عموم قول الله تعالى (وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ) ولأنه تصرف صدر من أهله فى محله ، فصح ، كغير المريض ، فلو باع فى مرضه عبداً لا يملك غيره ، قيمتُه ثلاثون بعشرة ، فقد حابى المشترى ، بثلثى ماله ، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع ، وإن لم يجيزوا فاختار المشترى فسخ البيع فله ذلك ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار إمضاء البيع ، فالصحيح عندى أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ، وينفسخ البيع فى الباقى ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

والوجه الثانى أنه يأخذ ثلثى المبيع بالثمن كلّه ، إلى هذا أشار القاضى فى نحو هذه المسألة لأنه يستحق الثلث بالمحاباة ، والثلث الآخر بالثمن . وقال أهل العراق : يقال له : إن شئت أدّيت عشرةً أخرى ، وأخذت المبيع ، وإن شئت فسخت ، ولا شىء لك ، وعند مالك له أن يفسخ ، ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ، ويسمّيه أصحابه خلع الثلث .

ولنا : أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن ، عند تعذّر أخذ جميعه ، بجميعه ، فصحّ ذلك ، كما لو اشترى سلعتين بثمن ، فانفسخ فى إحداهما . لعيب ، أو غيره ، أو كما لو اشترى شِقْصاً ، وسَيْفاً ، فأخذ الشفيع الشِّقص ، أو كالشُّفعاء يأخُذُ كلّ واحد منهم جزءاً من المبيع بقسطه ، أو كما لو اشترى قفيزاً يساوى ثلاثين بقفيز ، قيمته عشرة ، وأما الوجه الذى اختاره القاضى فلا يصحّ ، لأنه أوجب له المبيع بثمن ، فيأخذ بعضه بالثمن كلّه ، فلا يصحّ ، كما لو قال : بعتك هذا بمائة ، فقال : قبلتُ نصفها بها ، ولأنه إذا فسخ البيع فى بعضه ، وجب أن يفسخه فى قدره من ثمنه ، ولا يجوز فسخ البيع فيه . مع بقاء ثمنه ، كما لا يجوز فسخ البيع فى الجميع مع بقاء ثمنه .

وأما قول أهل العراق : فإن فيه إجبار الورثة على المعاوضة ، على غير هذا الوجه الذى عاوض مورثهم ، وإذا فسخ البيع لم يستحقّ شيئاً ، لأن الوصّية إنما حصلت فى ضمن البيع ، فإذا بطل البيع زالت الوصيّة ، كما لو وصّى لرجل بعينه أن يحجّ عنه بمائة ، وأجر مثله خمسون ، فطالب الخمسين الفاضلة بدون الحجّ ، وإن اشترى عبداً يساوى عشرةً بثلاثين ، فإنّه يأخذ نصفه بنصف الثمن ، وإن باع العبد الذى يساوى ثلاثين بخمسة عشر جاز ، والبيع فى ثلثه بثلثى الثمن ، وعلى قول القاضى : للمشترى خمسة أسداسه ، بكلّ الثمن ، وطريق هذا أن تنسب الثمن ، وثلث المبيع إلى قيمته ، فيصحّ البيع فى قدر تلك النسبة ، وهو خمسة أسداسه ، وعلى الوجه الأول يسقط الثمن من قيمة المبيع ، ويُنسب الثلث إلى الباقى ، فيصحّ البيع فى قدر تلك النسبة ، وهو ثلثاه بثلثى الثمن ، فإن خلّف البائع عشرةً أخرى ، فعلى الوجه الأول يصحّ البيع فى

ثمانية أتساعه بثمانية أتساع الثمن . وعلى الوجه الثانى يأخذ المشترى نصفه ، وأربعة أتساعه بجميع الثمن ، ويردّ نصف تُسعه ، وإن باع قفيز حنطةٍ يساوى ثلاثين بقفيز يساوى عشرةً ، أو بقفيز يساوى خمسةَ عشر تعيّن الوجه الذى اخترناه فى قول القاضى ، ومن وافقه ، لأن المساواة ههنا شرط فى صحّة البيع ، ولا تحصُل بغير هذا الوجه ، وطريق حسابها بالجبر فيما إذا باعه بما يساوى ثلث قيمته . أن نقول : يجوز البيع فى شىء من الأرفع بشىء من الأدْوَنِ ، وقيمته ثلث شىء ، فتكون المحاباة بثلثى شىء ، ألقِهما من الأرفع ، يبْقَ قفيزٌ إلا ثلثى شىء ، يعدل مِثلَى المحاباة ، وذلك شىء وثلث شىء ، فإذا جُبِر به عَدَل شيئين ، فالشىء نصفُ القفيز .

٤٦٥٢ (فصـــل)

القسم الثانى : المحاباة فى التزويج ، إذا تزوّج فى مرضه امرأةً صداقُ مثلها خمسة ، فأصدقها عشرةً لا يملك سواها ، ثم مات ، فإن ورثته بطلت المحاباة ، إلا أن يُجيزها سائر الورثة ، وإن لم ترثه لكونها مُخالفةً له فى الدّين ، أو غير ذلك ، فلها مهرها ، وثلث ما حاباها به ، وإن ماتت قبله ، فورثها ، ولم تخلّف مالاً سوى ما أصدقها ، دخلها الدَّوْرُ ، فتصحّ المحاباة فى شىء ، فيكون له خمسة بالصداق ، وشىء بالمحاباة ، ويبقى لورثة الزوج خمسة إلا شيئاً ، ثم رجع إليهم بالميراث نصف مالها ، وهو اثنان ونصف ، ونصف شىء ، صار لهم سبعة ونصف ، إلا نصف شىء ، يعدل شيئين ، اجْبرْ ، وقابل يخرُج الشىء ثلاثةً ، فكان لها ثمانية ، رجع إلى ورثة الزوج نصفها أربعة ، صار لهم ستّة ، ولورثتها أربعة فإن ترك الزوج خمسة أخرى قلت : يبقى مع ورثة الزوج اثنا عشر ونصف إلا نصف شىء ، يعدل شيئين ، فالشىء خمسة ، فجازت لها المحاباة جميعها ، ورجع جميع ما حاباها به إلى ورثة الزوج ، وبقى لورثتها صداق مثلها .

وإن كان للمرأة خمسة ، ولم يكن للزوج شىء قلت : يبقى مع ورثة الزوج عشرةٌ إلا نصف شىء ، يعدل شيئين ، فالشىء أربعة ، فيكون لها بالصداق تسعة مع خمسها أربعة عشر ، رجع إلى ورثة الزوج نصفها مع الدينار الذى بقى لهم ، صار لهم ثمانية ، ولورثتها سبعة .

وإن كان عليها دين ثلاثة قلت : يبقى مع ورثة الزوج ستّة إلا نصف شىء ، يعدل شيئين ، فالشىء ديناران ، وخمسان . والباب فى هذا أن ننظرُ ما يبقى فى يد ورثة الزوج ، فخمساه هو الشىء الذى صحّت المحاباة فيه ، وذلك كان لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ، ونصفاً ، والشىء هو خمسا شيئين ونصف ، وإن شئت أسقطت خمسةً ، وأخذت نصف ما تبقى .

٤٦٥٣ (فصـــل)

القسم الثالث : أن يُخالعها فى مرضها بأكثر من مهرها ، فذهب أحمد أنّ لورثتها أن لا يعُطوه أكثر

من ميراثه منها ، يكون له الأقلّ من العِوَض ، أو ميراثه منها ، وبهذا قال أبو حنيفة : إن خالعها بعد دخوله بها ، وماتت بعد انقضاء عدتها لأنّها متهمّة فى أنهّا قصدت إيصال أكثر من ميراثه إليه ، وعند مالك : إن زا د على مهر المثل فالزيادة مردودة ، وعن مالك : إن خُلع المريضةِ باطلٌ . وقال الشافعىّ الزيادة على مهر المثل محاباة تُعتبر من الثلث .

وقال أبو حنيفة: إن خالعها قبل دخوله بها ، أو مات بعد انقضاء عدّتها فالعوض من الثلث، ومثال ذلك: امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين. لا مال لها سواها، وصداقُ مثلها اثنا عشر، فله خمسة عشر، سواء قلّ صداقُها، أو كثر، لأنها قدر ميراثه، وعند الشافعىّ له ثمانية عشر ، اثنا عشر لأنها قدر صداقها ، وثلث باقى المال بالمحاباة ، وهو ستة ، وإن كان صداقها ستّة فله أربعة عشر ، لأن ثلث الباقى ثمانية . مريض تزوّج امرأةً على مائة لا يملك غيرها ، ومهرُ مثلها عشرة ، ثم مرضت ، فاختلعت منه بالمائة ، ولا مال لها سواها ، فلها مهر مثلها ، ولها شىء بالمحاباة ، والباقى له ، ثمّ رجع إليه نصفُ مالها بالمحاباة ، وهو خمسة ونصف شىء ، صار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شىء ، يعدل شيئين ، فبعد الجبر يخرج الشىء ثمانيةً وثلاثين ، فقد صحّ لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون ، وبقى مع ورثته اثنان وخمسون ، فرجع إليهم بالخلع أربعة وعشرون ، فصار معهم ستة وسبعون ، وبقى للمرأة أربعة وعشرون ، وعند الشافعىّ يرجع إليهم صداق المثل ، وثلث شىء بالمحاباة ، فصار بأيديهم مائة إلا ثلثى شىء ، يعدل شيئين ، فالشىء ثلاثة أثمانها ، وهو سبعة وثلاثون ، ونصف ، فصار لها ذلك ، ومهر المثل ، رجع إليه مهر المثل ، وثلث الباقى اثنا عشر ، ونصف ، فيصير بأيدى ورثته خمسة وسبعون ، وهو مِثلاَ محاباتها ، وعند أبى حنيفة يرجع إليهم ثلث العشر ، وثلث الشىء ، فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث ، إلا ثلثى شىء ، فالشىء ثلاثة أثمانها ، وهو خمسة وثلاثون ، مع العشرة صار لها خمسةٌ وأربعون ، رجع إلى الزوج ثلثها ، صار لورثتها ثلاثون ، ولورثته سبعون .

هذا إذا ماتت بعد انقضاء عدّتها ، وإن تركت المرأة مائة أخرى ، فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شىء ، يعدل شيئين ، فالشىء خمسا ذلك ، وهو ثمانية وخمسون ، وهو الذى صحّت المحاباة فيه ، فلها ذلك وعشرة بالمثل صار لها مائة وستون ، رجع إلى الزوج نصفها أربعة وثمانون ، وكان الباقى معه ، اثنان وثلاثون ، صار له مائة وستة عشر ، ولورثتها أربعة وثلاثون .

٤٦٥٤ فصل فى الهبة

رجل وهب أخاه مائةً لا يملك غيرها فقبضها ، ثم مات ، وخلّف بنتاً ، فقد صحّت الهبة فى شىء ، والباقى للواهب ، ورجع إليه بالميراث نصف الشىء الذى جازت الهبة . فيه ، صار معه مائة إلا نصف شىء ،

يعدل شيئين، فالشىء خمسا ذلك ، أربعون ، رجع إلى الواهب نصفها عشرون ، صار معه ثلاثون ، وبقى لورثة أخى الواهب عشرون ، وطريقها بالباب أن تأخذ عدداً لثلثه نصف ، وهو ستة ، فتأخذ ثلثه اثنين ، وتلقى نصفه سهماً، يبقى سهم، فهو للموهوب له، ويبقى للواهب أربعة ، فتَقسِمُ المائة سهم على خمسة، والسهم الذى أسقطته لا يُذكر، لأنه يرجع على جميع السهام الباقية بالسوية، فيجب اطّراحه ، كالسهام الفاضلة عن الفرُوض فى مسألة الردّ ، وشبه هذه المسألة من مسائل الردّ : أمّ واختان ، فللأختين أربعة ، وللأم سهم ، يسقُط ذكر السهم السادس ، ولو كان ترك اثنتين ضرَبْتَ ثلاثةً فى ثلاثة ، صارت تسعةً وأسقطتَ منها سهماً ، يبقى سهمان ، فهى التى تبقى لورثة الموهوب له ، ويبقى ستة للواهب ، وهى مِثلاَ ما جازت الهبة فيه ، وإن خلّف امرأة ، وبنتا فمسألتها من ثمانية ، تضربها فى ثلاثة ، تكن أربعةً وعشرين ، تُسقط منها الثلاثة التى ورثها الواهب ، يبقى أحد وعشرون ، فهى المال ، وتأخذ ثلث الأربعة والعشرين ، وهى ثمانية ، تُلقى منها الثلاثة ، يبقى خمسة ، فهى الباقية لورثة الموهوب له ، والباقى للواهب ، فتقسّم المائة على هذه السهام .

٤٦٥٥ (فصـــل)

فإن وهب مريض مريضاً مائةً لا يملك سواها ، ثم عاد الموهوب له ، فوهبها للأول ، ولا يملك سواها، فالباب نضرب ثلاثةً فى ثلاثة ، ونُسقط منها سهماً ، يبقى ثمانية ، فاقسم المـائة عليها ، لـكلّ سهم خمسة وعشرون ، ثم خذ ثلثها ثلاثةً ، أسقِط منها سهماً ، يبقى سهمان ، فهو للموهوب الأول ، وذلك هو الربع . وبالجبر قد صحّت الهبة فى شىء . ثم صحّت الهبة الثانية فى ثلثه ، بقى للموهوب الأول ثلثا شىء ، والواهب مائة إلا ثلثى شىء ، يعدل شيئين ، اجْبُر ، وقابل ، يخرُجُ الشىء سبعةً وثلاثين، ونصفاً ، رجعَ إلى الواهب ثُلثها اثنا عشر ونصف ، وبقى للموهوب له خمسة وعشرون ، فإن خلّف الواهب مائةً أخرى، فقد بقى مع الواهب مائتان إلا ثلثى شىء ، تعدل شيئين ، فالشىء ثلاثه أثمانها ، وذلك خمسة وسبعون، رجع إلى الواهب ثلثها ، بقى مع ورثته خمسون .

٤٦٥٦ (فصـــل)

فإن وهب رجل رجلاً جاريةً ، فقبضها الموهوب له، ووطئها ، ومهرها ثلث قيمتها . ثم مات الواهب ، ولا شىء له سواها ، وقيمتها ثلاثون ، ومهرها عشرة ، فقد صحّت الهبـة فى شىء ، وسقط عنه من مهرها ثلث شىء ، وبقى للواهب أربعون ، إلا شيئاً وثلثاً . يعدل شيئين ، اجبُر ، وقابل، يخرج الشىء خمس ذلك، وعشرة . وهو اثنا عشر ، وذلك خمسا الجارية ، فقد صحّت الهبة فيه ، ويبقى للواهب ثلاثة أخماسها ، وله على الموهوب له ثلاثة أخماس ، مهرها ستة ، ولو وطئها أجنبىّ فـكذلك ، ويكون عليه مهرها ثلاثة أخماسه

للواهب ، وخمساه للموهوب له ، إلا أنّ نفوذ الهبة فيما زاد على الثلث منهما موقوف على حصول المهر من الواطىء ، فإن لم يحصل منه شيء لم تزد الهبة على ثلثها ، وكلّما حصل منه شيء نفذت الهبة في الزيادة بقدر ثلثه ، وإن وطئها الواهب فعليه من عُقْرِها[1] بقدر ما جازت الهبة فيه ، وهو ثلث شيء ، يبقى معه ثلاثون إلا شيئا ، يعدل شيئين ؛ فالشيء تسعة ، وهو خُمس الجارية ، وعشرها ، وسبعة أعشارها ، لورثة الواطىء، وعليهم عقر الذى جازت الهبة فيه ، فإن أخذ من الجارية بقدرها صار له خمساها .

٤٦٥٧ (فصـــل)

وإن وهب مريض رجلا عبداً لا يملك غيره ، فقتل العبدُ الواهبَ قيل للموهوب له : إمّا أن تفديه ، وإما أن تُسلِمه ، فإن اختار تسليمه سلّمه كلّه ، نصفُه بالجناية ، ونصفُه لانتقاض الهبة فيه ، وذلك لأن العبد كلّه قد صار إلى ورثة الواهب ، وهو مِثْلاَ نصفه ، فتبيّن أن الهبة جازت فى نصفه ، وإن اختار فداءه ففيه روايتان :

إحداها : يَفديه بأقلّ الأمرين ، من قيمة نصيبه منه ، أو أرش جنايته .

والأخرى : يفديه بقدر ذلك من أرش جنايته بالغة ما بلغت ، فإن كانت قيمته ديةً ، فإنّك تقول : صحّت الهبة فى شيء ، وتدفع إليهم نصف العبد ، وقيمة نصفه ، وذلك يعدل شيئين ، فتبيّن أنّ الشيء نصف العبد ، وإن كانت قيمته ديتين ، واختار دفعه ، فإنّ الهبة تجوز فى شيء ، وتدفع إليهم نصفه ، يبقى معهم عبدٌ إلا نصف شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء خمساه ، ويردّ إليهم ثلاثة أخماسه ، لانتقاض الهبة ، وخمساه من أجل جنايته ؛ فيصير لهم أربعة أخماسه ، وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه ، وإن اختار فداءه فداه بخمسى الدية ، ويبقى لهم ثلاثة أخماسه ، وخمسا الدية ، وهى بمنزلة خمس منه ، ويبقى له خمساه . وإن كانت قيمته نصف الدية ، أو أقلّ ، وقلنا : نفديه بأرش جنايته نفذت الهبة فى جميعه ، لأن أرشها أكثر من مثلى قيمته ، أو مثليها ، وإن كانت قيمته ثلاثة أخماس الدية ، فاختار فداءه بالدية ، فقد صحّت الهبة فى شيء ، ويفديه بشيء وثلثين ، فصار مع الورثة عبد وثلثا شيء ، يعدل شيئين ، فالشيء ثلاثة أرباع ، فتصحّ الهبة فى ثلاثة أرباع العبد ، ويرجع إلى الواهب ربعُه ، مائة وخمسون ، وثلاثة أرباع الدية سبعمائة وخمسون ، صار الجميع تسعمائة ، وهو مِثْلاَ ما صحّت الهبة فيه ، فإن ترك الواهب مائةَ دينار ، فاضممها إلى قيمة العبد ، فإن اختار دفع العبد دفع ثلثه وربعه ، وذلك قدر نصف جميع المال بالجناية ، وباقيه

---

(١) العقر : بضم العين وفتحها مع سكون القاف ، دية الفرج المغصوب ، وصداق المرأة ، والمراد . عليه من العوض عن نقصها بسبب وطئها ، ماتجوز فيه الهبة.

لانتقاض الهبة ؛ فيصير العبد والمائة ، وذلك مِثلا ما جازت الهبة فيه . وإن اختار الفداء فقد علمت أنه يفدى ثلاثه أرباعه ، إذا لم يترك شيئاً ، فزد على ذلك ثلاثةَ أرباع المائة ، يصير ذلك سبعةَ أثمان العبد ، فيفديه بسبعة أثمان الدية .

٤٦٥٨ (فصـــل)

مريض أعتق عبداً لا مال له سواه ، قيمتُه مائة ، فقطع أصبع سيّده خطأ فانه يعتق نصفه ، وعليه نصف قيمته ، ويصير للسّيد نصفه ، ونصف قيمته ، وذلك مِثلاَ ما عتق منه ، وأوجبنا نصف قيمته عليه ، لأن عليه من أرش جنايته بقدر ما عتق منه . وحسابها أن تقول : عتق منـه شيء ، وعليه شيء للسّيد ، فصار مع السيد عبدٌ إلا شيئاً ، وشيء يعدل شيئين ، فأسقط شيئاً بشيء ، بقي ما معه من العبد يعـدل شيئاً مثل ماعتق منه ، ولو كانت قيمة العبد مائتين عتق خمـاه ، لأنه يعتق منه شيء ، وعليه نصف شيء للسّيد ،فصار للسّيد نصف الشيء ، وبقية العبد يعدل شيئين ، فيكون بقية العبد يعدل شيئاً ونصفاً ، وهو ثلاثة أخماسه والشيء الذى عتق خمساه . وإن كانت قيمته خمسين ، أو أقلّ عتق كلّه ، لأنه يلزمه مائة ، وهى مثلاه ، أو أكثر ، ،إن كانت قيمته ستّين، قلنا : عتق منه شيء ، وعليه شيء ، وثلثا شيء ، للسّيد مع بقية العبد ، يعدل شيئين ، فبقية العبد إذاً ثلث شيء ، فيعتق منه ثلاثة أرباعه ، وعلى هـــذا القياس ، إلا أن مازاد فى العتق على الثلث ينبغى أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة ، كما إذا دبّر عبداً ، وله دين فى ذمّة غريم له ، فـكلما اقتضى من القيمة شيئاً عتق من الموقوف بقدر ثلثه .

٤٦٥٩ (فصـــل)

فإن أعتق عبدين دفعةً واحدةً قيمةُ أحدهما مائةٌ ، والآخر مائةٌ وخمسون ، فجنى الأدنى على الأرفع جنايةً نقصته ثلث قيمته ، وأرشها كذلك فى حياة سيّدهما ، ثم مات أقرعنا بين العبـــدين ، فإن وقعت على الجانى عتق منه أربعة أخماسه ، وعليه أربعة أخماس أرش جنايته ، وبقى لورثة سيّده خمسه ، وأرش جنايته ، والعبد الآخر ، وذلك مائة وستون ، وهو مِثلاَ ماعتق منه . وحسابها أن تقول : عبد عتق منه شيء ، وعليه نصف شيء ، لأن جنايته بقدر نصف قيمته ، بقى للسّيد نصف شيء ، وبقية العبـدين تعدل شيئين ، فعلمت أن بقية العبدين شيء ، ونصف ، فإذا أضفت إلى ذلك الشيء الذى عتق صارا جميعاً يعدلان شيئين ونصفاً فالشيء الـكامل خمساها ، وذلك أربعة أخماس أحدهما . وإن وقعت قرعة الحرية على المجنى عليه عتق ثلثه ، وله ثلث أرش جنايته ، يتعلّق برقبـة الجانى ، وذلك تسع الدية ، لأن الجناية على من ثلثه حرّ تُضمن بقدر مافيه من الحرّية ، والرّق ، والواجب له من الارش يستغرق قيمة الجانى ، فيستحقّه بها ، ولا يبقى لسيّده مال سواه ، فيعتق ثلثه ، ويرقّ ثلثاه . وإن أعتق عبدين قيمةُ أحدهما خمسون ،وقيمة الآخر

ثلاثون ، لجنى الأدنى على الأرفع ، فنقصه حتى صارت قيمته أربعين ، أقرعنا بينهما ، فإن خرجت القرعة للأدنى عتق منه شيء ، وعليه ثلث شيء ، فبعد الجبر تبيَّن أن العبــدين شيئان ، وثلثان ، فالشيء ثلاثة أثمانهما ، وقيمتهما سبعون ، فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون ، وربع ، وهي من الأدنى نصفه ، وخمساه ، ونصف سدس عشره ، وإن وقعت على الآخر عتق ثلثه ، وحقّه من الجناية أكثر من قيمة الجاني ، فيأخذه بها ، أو يفديه المعتق . وقد بقيت فروع كثيرة ، وفيما ذكرنا مايستدلّ به على غيره ، إن شاء الله تعالى وكلّ موضع زاد المعتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الأرش للسيِّد تكون الزيادة موقوفةً على أداء الأرش ، كما ذكرنا من قبل ، والله أعلم .

٤٦٦٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن جاوز العشر سنين فوصيّته جائزة إذا وافق الحق ﴾

وهذا المنصوص عن أحمد ، فانه قال فى رواية صالح وحنبل : تجوز وصيّته ، إذا بلغ عَشْرَ سنين ، قال أبو بكر : لا يختلف المذهب أنّ من له عشرُ سنين تصحُّ وصيّته ، ومن له دون السبع لا تصحّ وصيّته ، وما بين السبع والعشر فعلى روايتين ، وقال ابن أبي موسى : لاتصحّ وصيّةُ الغلام لدون العشر ، ولا الجارية ، قولاً واحداً ، ومازاد على العشر فتصحّ على المنصوص ، وفيه وجهٌ آخر : لا تصحّ حتى يبلغ ، وقال القاضى ، وأبو الخطاب : تصحّ وصيّة الصبيّ إذا عقل ، ورُوى عن عمر رضى الله عنه أنّه أجاز وصيّةَ الصبيّ ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وشُرَيح ، وعطاء ، والزهرى وإياس ، وعبدالله بن عُتْبَةَ ، والشعبيّ ، والنخَعِيّ ، ومالك ، وإسحاق ، قال إسحاق : إذا أبلغ اثنتى عَشْرةَ ، وحكاه ابن المنذر ، عن أحمد ، وعن ابن عبّاس : لا تصحّ وصيّته حتى يبلغ ، وبه قال الحسن ، ومجاهد ، وأصحاب الرأى ، وللشافعى قولان كالمذهبين . واحتجّوا بأنه تبرّع بالمال ، فلا يصحّ من الصبي ، كالهبة ، والعتق ، ولأنه لا يُقبل إقراره ، فلا تصحُّ وصيّته ، كالطفل .

ولنا ما رُوى أن صبيّاً من غَسّان له عشرُ سنين أوصى لأخوالٍ له ، فرُفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فأجاز وصيّته ، رواه سعيد ، وروى مالك فى مُوَطَّئه عن عبد الله بن أبى بكر ، عن أبيه : أن عمرو بن سُلَيم أخبره ، أنه قيل لعمر بن الخطاب : « إنَّ هَهُنَا غُلاَمًا يَفَاعًا[1] لَمْ يَحْتَلِمْ وَوَرَثَتُهُ بِالشَّامِ ، وهُوَ ذُو مَالٍ وَلَيْسَ لَهُ هَهُنَا إلاَ ابنةُ عَمٍّ له فَقَال عمر : فَلْيُوصِ لَهَا ، فأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ يقال لَهُ : بِئْر

(١) اليفاع المرتفع من كل شيء ، والمعروف فى اللغة الغلام اليافع أو اليفع أو اليفعة بفتح الفاء والعين قال ابن الأثير وفى إطلاق اليفاع على الناس غرابة ، واليافع واليفع واليفعة الشاب .

جُشَمَ ، قال عَمْرُو بْنُ سُلَيْم : فبعتُ ذلكَ المَال بِثَلاثِينَ أَلفًا ، وَابنةُ عَمِّه الَّتى أَوْصَى لَها هى أمُّ عَمْرو ابْنِ سُلَيْم » قال أبو بكر : وكان الغلام ابنَ عَشْرة ، أو اثنتى عَشْرَةَ سنةً ، وهـذه قصةٌ انتشرت ، فلم تنكر ، ولأنه تصرّف تمحّض نفعاً للصبى ، فصحّ منه ، كالإسلام ، والصلاة ، وذلك لأن الوصيّة صدقةٌ يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه ، وماله ، فلا يلحقه ضرر فى عاجل دنياه ، ولا أخراه ، بخلاف الهبة ، والعتق المنجّز ، فانّه يفوّت من ماله ما يحتاج إليه ، وإذا ردّت رجعتْ إليه ، وههنا لا يرجع إليه بالردّ ، والطفل لا عقل له ، ولا يصحُّ إسلامه ، ولا عباداته ، وقوله « إذَا وَافَقَ الحَقّ » يعنى إذا وصّى بوصيّة يصحّ مثلُها من البالغ صحّت منه ، وإلا فلا ، قال شُرَيح ، وعبد الله بن عُتْبة ، وهما قاضيان : من أصحاب الحَق : أجزنا وصيّته .

٤٦٦١ (فصـــــل)

فأمّا الطفل وهو من له دون السبع ، والمجنون ، والمَبْرَسَم ، فلا وصيّة لهم ، وهـذا قول أكثر أهل العلم ، منهم حُمَيدُ بن عبد الرحمن ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، رضى الله عنهم ، وأصحاب الرأى ، ومن تبعهم . ولا نعلم أحداً خالفهم إلا إياس بن معاوية ، قال فى الصبىّ ، والمجنون : إذا وافقت وصيّتهم الحقّ جازت ، وليس بصحيح ، فانه لا حكم لـكلامهما ، ولا تصح عبادتهما ، ولا شىء من تصرّفاتهما ، فـكذا الوصيّة ، بل أولى ، فانه إذا لم يصحّ إسلامه ، وصلاته التى هى محضُ نفع،لاضرر فيها فَلأَنْ لا يصح بذله لمالٍ يتضررّ به وارثُه أولى،ولأنّها تصرّف يفتقر إلى إيجاب ، وقبول ، فلا يصحّ منهما ، كالبيع والهبة .

٤٦٦٢ (فصــل)

فأما المحجور عليه لسفهٍ فانّ وصيّته تصحّ فى قياس قول أحمد ، قال الخبرى . وهو قول الأكثرين ، وقال أبو الخطاب : فى وصيّته وجهان .

ولنا أنه عاقل ، تصحّ وصيّته ، كالصبىّ العاقل ولأن وصيّته تمحّضت نفعاً له ، من غير ضرر ، فصحّت ، كعباداته ، وأما الذى يجنّ أحياناً ، ويُفيق أحياناً ، فان وصّى حال جنونه لم تصحّ ، وإن وصّى فى حال عقله صحّت وصيّته ، لأنه بمنزلة العقلاء فى شهادته ، ووجوب العبادة عليه ، فـكذلك فى وصّيته ، وتصرّفاته . ولا تصحّ وصيّة السكران ، وقال أبو بكر : فيه قولان ، يعنى وجهين :

ولنا أنه ليس بعاقل ، فلا تصحّ وصيّته ، كالمجنون ، وأما إيقاع طلاقه فانّما أوقعه مَنْ أوقعه تغليظاً عليه ، لارتـكابه المعصيةَ ، فلا يتعدّى هذا إلى وصيّته فانّه لا ضرر عليه فيها إنّما الضرر على وارثه ، وأما الضعيف فى عقله فإن مَنَع ذلك رُشْدَه فى ماله فهو كالسفيه ، وإلاّ فهو كالعاقل .

٤٦٦٣ (فصــل)

وتصحّ وصيّة الأخرس إذا فُهمت إشارته ، لأنّها أقيمت مُقام نُطقه فى طلاقه ، ولعانه ، وغيرهما ، فإن لم تُفهم إشارتُه فلا حكم لها ، وهـذا قولُ أبى حنيفة ، والشافعيّ وغيرهما ، فأما الناطق إذا اعتقل لسانه ، فعرضت عليه وصيّته ، فأشار بها ، وفُهمت إشارته لم تصحّ وصيّته ، ذكره القاضى ، وابن عقيل، وبه قال الثورىُّ ، والأوزاعىُّ ، وأبو حنيفة ، وقال الشافعىُّ ، وابن المنذر : تصحُّ وصيّته ، لأنه غيرُ قادر على الـكلام ، أشبه الأخرس . واحتجَّ ابن المنذر بأنّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلّم « صَلَّى وَهُوَ قَاعِدٌ فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ فَقَعَدُوا » رواه البخاريُّ ، وخرّجه ابنُ عقيلٍ وجهاً إذا اتصّل باعتقال لسانه الموتُ .

ولنا أنه غير مأيوس من نطقه ، فلم تصحّ وصيّته بإشارته ، كالقادر على الـكلام ، والخبر لا يُلزِم ، فان النبيّ صلّى الله عليه وسلّم كان قادراً على الـكلام ، ولاخلاف فى أن إشارة القادر لاتصحّ بها وصيّة ، ولا إقرار ، ففارق الأخرس ، لأنه مأيوس من نطقه .

٤٦٦٤ (فصــل)

وإن وصّى عبد ، أو مكاتب ، أو مدبّر أو أمّ ولد وصيّةً ، ثم ماتوا على الرقّ فلا وصيّة لهم ، لأنه لا مال لهم ، وإن أعتقوهم ، ثم ماتوا ، ولم يغيّروا وصيّتهم صحّت ، لأن لهم قولاً صحيحاً ، وأهليّةً تامةً ، وإنما فارقوا الحرّ بأنهم لا مال لهم ، والوصيّة تصحّ مع عدم المال ، كما لو وصّى الفقيرُ الذى لا شىء له ، ثم استغنى ، وإن قال أحدهم : متى عَتقتُ ، ثم مُتّ فثلثى لفلان وصيّة ، فعتق ، ومات ، وصحّت وصيّته ، وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم .

٤٦٦٥ (فصــل)

وتصحّ وصيّة المسلم للذمىّ ، والذمىّ المسلم ، والذمىّ للذمىّ ، روى إجازة المسلم للذمىّ عن شُرَيح ، والشعبىّ ، والثورىّ والشافعىّ رضى الله عنه ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . وقال محمد ابن الحنفيّة ، وعطاء وقتادة ، فى قوله تعالى (إِلاّ أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىَ أَوْلِيائِـكُمْ مَعْرُوفاً)(١) هو وصيّة المسلم لليهودىّ ، والنصرانىّ ، وقال سعيد : حدّثنا سُفيان ، عن أيوّب عن عـكرمة « أنّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُيَيٍّ بَاعَتْ حُجْرَتَها مِنْ مُعَاوِيةَ بِمائةِ أَلْفٍ ، وكَانَ لَها أَخٌ يَهُودِىٌّ فَعَرَضَت عَلَيْهِ أَنْ يُسْلِمَ فَيرِث ، فأَوْصَتْ لَهُ بِثُلُثِ المائةِ أَلْفٍ » ولأنّه تصحّ له الهبة ، فصحّت الوصيّة له ، كالمسلم ، وأنها صحّت وصيّة المسلم للذمىّ ، فوصيّة الذمىّ المسلم ، والذمىّ للذمىّ أولى ، ولا تصحّ إلا بما تصحّ به وصيّه المسلم للمسلم ، ولو أوصى لوارثه ، أو لأجنبىّ بأكثر من ثلثه وُقف على إجازة الورثة ، كالمسلم سواء .

(١) بعض الآية ٦ من سورة الأحزاب .

٤٦٦٦ (فصـــل)

وتصحُّ الوصيَّة للحربىّ ، فى دار الحرب ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول مالك ، وأكثر أصحاب الشافعىّ رضى الله عنه ، وقال بعضهم : لا تصحّ ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن الله تعالى قال (لَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الذِّينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ – إلى قوله – إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللهُ عَنِ الذِّينَ قَاتَلُوكُمْ فِى الدِّينِ[1]) الآية . فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره .

ولنا أنه تصحّ هبته ، فصحّت الوصيّة له ، كالذمىّ ، وقد رُوى « أَنّ النبيَّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّم أَعْطَى عُمرَ حُلَّةً مِنْ حَرِيرٍ ، فَقَالَ : يَارَسُولَ اللهِ : كَسَوْتَنِيهَا وَقَدْ قُلْتَ فِي حُلَّةِ عُطَارِدَ مَا قُلْتَ ؟ فقال : إنِّي لَمْ أُعْطِكَهَا لِتَلْبَسَهَا ، فَكَسَاهَا عُمَرُ أَخاً مُشْرِكاً لَهُ بِمَكَّةَ » وعن أسماء بنت أبى بكر قالت « أَتَتْنِى أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ — تعنى عَنِ الإِسْلَامِ — فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلم ، فَقُلْتُ : يَارَسُولَ اللهِ أَتَتْنِى أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ أَفَأَصِلُهَا؟ قال : نَعَمْ» وهذان فيهما صلة أهل الحرب ، وبرّهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يُقاتلْ فأما المقاتلُ فإنّه نُهِى عن تولّيه، لا عن برّه،والوصيّةله، وإن احتجّ بالمفهوم فهو لا يراه حجّة . ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة ، والوصيّةُ فى معناها ، فأما المرتدّ فقال أبو الخطّاب : تصحّ الوصيّة له ، كما تصحّ هبته . وقال ابن أبى موسى : لو تصحّ لأن ملكه غيرُ مستقرّ ، ولا يرث ، ولا يورَث ، فهو كالميِّت ، ولأن ملكه يزولُ عن ماله بردّته ، فى قول أبى بكر ، وجماعة ، فلا يثبت له الملك بالوصيَّة .

٤٦٦٧ (فصـــل)

ولا تصحُّ الوصيَّة لكافر بمصحف ، ولا عبد مسلم ، لأنه لا يجوز هبتها . له ، ولا بيعهما منه . وإن أوصى له بعبد كافر ، فأسلم قبل موت الموصِى بطلت الوصيَّة ، وإن أسلم بعد الموت ، وقبل القبول بطلت عند من يرى أن الملك لا يثبُت إلا بالقبول ، لأنّه لا يجوز أن يبتدىء الملك على مسلم ، ومن قال : يثبُت الملك بالموت قبل القبول قال : الوصيَّة صحيحة ، لأننا نتبيَّن أن الملك يثبُت بالموت ، لأنه أسلم بعد أن ملكه ، ويحتمل أن لا يصحّ أيضاً ، لأنه يأتى بسبب لولاه لم يثبُت الملك ، فمنع منه ، كابتداء الملك .

٤٦٦٨ (فصـــل)

ولا تصحُّ الوصيَّة بمعصية ، وفعل محرّم ، مسلماً كان الموصى أو ذمّياً ، فلو وصّى ببناء كنيسة ، أو بيت نار ، أو عمارتهما ، أو الإنفاق عليهما ، كان باطلاً . وبهذا قال الشافعىُّ رضى عنه ، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأى : يصحّ ، فأجاز أبو حنيفة الوصيّة بأرضه تُبنى كنيسةً ، وخالفه صاحباه ، وأجاز أصحاب

(١) الآية ٨ ، وبعض الآية ٩ من سورة المتحنة .

الرأى أن يُوصِيَ بشراء خمر ، أو خنازير ، ويتصدّق بها على أهل الذمّة . وهذه وصايا باطلة ، وأفعالٌ محرّمة ، لأنها معصية ، فلم تصحّ الوصيّة بها ، كما لو وصّى بعبده ، أو أمته للفُجور ، وإن وصّى لكتب التوراة . والإنجيل لم تصحّ ، لأنها كتب منسوخة ، وفيها تبديل ، والاشتغال بها غير جائز ، وقد غضب النبيُّ صلّى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة . وذكر القاضى أنه لو أوصَى لحُصْرِ البِيَع ، وقناديلها ، وما شاكل ذلك ولم يقصد إعظامها بذلك صحّت الوصيّة ، لأن الوصيّة لأهل الذمّة . فإن النفع يعود إليهم ، والوصيّة لهم صحيحة ، والصحيح أن هذا ممّا لا تصحّ الوصية به ، لأن ذلك إنّما هو إعانة لهم على معصيتهم ، وتعظيم لكنائسهم . ونُقل عن أحمد كلامٌ يدلّ لصحّة الوصية من الذمى بخدمة الكنيسة ، والأول أولى وأصحُّ ، وإن وصّى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمّة ، وأهل الحرب صحّ ، لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية .

٤٦٦٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن أوصى لأهل قرية لم يُعطَ من فيها من الكفّار إلا أن يذكرهم ﴾ .

يعنى به المسلم إذا أوصى لأهل قريته ، أو لقرابته ، بلفظ عامّ يدخل فيه مسلمون ، وكفّار ، فهى للمسلمين خاصّة ، ولا شيء للكفار . وقال الشافعيّ رضى الله عنه : يدخل فيه الكفّار ، لأن اللفظ يتناولهم بعمومه ولأن الكافر لو أوصى لأهل قريته ، أو قرابته دخل فيه المسلم ، والكافر ، فكذلك المسلم .

ولنا : أن الله تعالى قال (يُوصِيكُم اللهُ فى أَوْلادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ)[1] فلم يدخل فيه الكفار ، إذ كان الميّت مسلماً ، وإذا لم يدخلوا فى وصيّة الله تعالى مع عموم اللفظ ، فكذلك فى وصيّة المسلم ، ولأن ظاهر حاله أنه لا يريد الكفّار ، لما بينه وبينهم من عداوة الدين ، وعدم الوُصلة المانع من الميراث ، ووجوب النفقة على فقيرهم ، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ فى الأولاد ، والأخوة ، والأزواج ، وسائر الألفاظ العامّة فى الميراث ، فكذا ههنا ، لأن الوصيّة أجريت مجرى الميراث ، وإن صرّح بهم دخلوا فى الوصيّة ، لأن صريح المقال لا يُعارَض بقرينة الحال ، وإن وصى لهم ، وأهلُ القرية كلّهم كفّار ، أو أوصى لقرابته ، وكلّهم كفار دخلوا فى الوصيّة ، لأنه لا يمكن تخصيصهم ، إذ فى إخراجهم رفع اللفظ بالكلّية ، وإن كان فيها مسلم واحد ، والباقى كفار دخلوا فى الوصيّة ، لأن إخراجهم بالتخصيص ههنا بعيد ، وفيه مخالفة الظاهر من وجهين .

أحدهما : مخالفة لفظ العموم .

---

(١) بعض الآية ١١ من سورة النساء .

والثانى : حمل اللفظ الدالّ على الجمع على المفرد ، وإن كان أكثر أهلها كفاراً فظاهر كلام الخرقىّ أنه للمسلمين ، لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم،وصرفه إليهم ، والتخصيص يصح ،وإن كان بإخراج الأكثر ويحتمل أن يدخل الكفار فى الوصيّة ، لأن التخصيص فى مثل هذا بعيد ، فإن تخصيص الصورة النادرة قريب ، وتخصيص الأكثر بعيد يُحتاج فيه إلى دليل قوىّ . والحكم فى سائر ألفاظ العموم مثل أن يوصِيَ لأخوته ، أو عمومته ، أو بنى عمّه ، أو لليتامى ، أو للمساكين ، كالحكم فيما إذا أوصى لأهل قريته ، فأما إن أوصى بذلك كافر فإنّ وصيّته تتناول أهل دينه ، لأن لفظه يتناولهم ، وقرينة حاله إرادتهم ، فأشبه وصيّة المسلم التى يدخل فيها أهل دينه وهل يدخل فى وصيّته المسلمون ؟ نظرنا فإن وجدت قرينة دالّة على دخولهم ، مثلُ أن لا يكون فى القرية إلا مسلمون دخلوا فى الوصيّة ، وكذلك إن لم يكن فيها إلا كافر واحد ، وسائر أهلها مسلمون ، وإن انتفت القرائن ففى دخولهم وجهان :

أحدهما : لا يدخلون كما لم يدخل الكفار فى وصيّة المسلم .

والثانى : يدخلون ، لأن عموم اللفظ يتناولهم ، وهم أحقّ بوصيّته من غيرهم ، فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ، ومن هو أحقّ بحكمه إلى غيره ، وإن كان فى القرية كافر من غير أهل دين الموصِى لم يدخل فى وصيّته ، لأن قرينةَ حال الموصى تُخرجه ، ولم يوجد فيه ما وُجد فى المسلم من الأولوية ، فبقى خارجاً بحالِهِ . ويحتمل أن لا يخرج ، بناء على توريث الكفّار بعضِهم من بعضٍ ، على اختلاف دينهم .

٤٦٧٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أوصى بكلّ ماله ، ولا عَصَبةَ له ، ولا مولىَ له . فجائز . وقد رُوى عن أبى عبد الله رحمه الله روايةٌ أخرى : لا يجوز إلا الثلث ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن لم يخلّف من ورّاثه عَصبَةً ، ولا ذا فرض ، فروى عنه أن وصّيته جائزة ، بكل ماله ، ثبت هذا عن ابن مسعود ، وبه قال عَبِيدَةُ السَّلْمَانِىّ ، ومسروق ، وإسحاق، وأهل العراق ، والرواية الأخرى : لا يجوز إلا الثلث ، وبه قال مالك ، والأوزاعىّ ، وابن شُبْرُمَةَ ، والشافعىّ ، والعَنْبرىّ ، لأن له من يعقل عنه ، فلم تنفُذ وصيّته فى أكثرَ من ثلثه ، كما لو ترك وارثا .

ولنا : أن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلّق حقِّ الورثة ، بدليل قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « إنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » وههنا لا وارث له يتعلّق حقّ بماله . فأشبه حال الصحّة ، ولأنه لم يتعلق بماله حقّ وارث ، ولا غريم ، أشبه حال الصحّة أو أشبه الثلث .

٤٦٧١ ﴿ فصـــل ﴾

وإن خلف ذا فرض لا يرث المال كلّه ، كبنت ، أو أمّ ، لم يكن له الوصيّة بأكثر من الثلث ، لأن سعداً قال للنبيّ صلىّ الله عليه وسلم « لَا يَرِثُنِي إِلاَّ ابْنَتِي » فمنعه النبيّ صلىّ الله عليه وسلّم من الزيادة على الثلث ، ولأنها تستحقّ جميع المال بالفرض ، فأشبهت العَصَبة ، وإن كان لها زوج ، أو للرجل امرأة ، فكذلك ، لأن الوصيّة تنقصُ حقّه لأنه إنما يستحقّ فرضه بعد الوصيّة لقوله تعالى (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) فأمّا ذوو الأرحام فظاهر كلام الخِرَقيّ أنه لا يمنع الوصيّة بجميع المال ، لقوله « ولا عَصَبَةَ لَهُ وَلَا مَوْلَى لَهُ » وذلك لأن ذا الرحم إرثه كالفَضْلة ، والصلة ، ولذلك لا يُصرف إليه شيء إلا عند عدم الردّ ، والمولى لا تجب نفقته ، ويحتملُ أن لا تنفُذ وصيّته بأكثر من ثلثه ، لأن له وارثاً ، فيدخل في معنى قوله عليه السلام « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » ولأنهم ورثة يستحقُّون ماله بعد موته ، وصلته لهم في حياته . فأشبهوا ذوي الفروض ، والعصبات ، وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسألتنا ، كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضاً ، والعصبات .

٤٦٧٢ (فصـــل)

فإن خلّف ذا فرض لا يرث المال كلّه ، وقال : أوصيتُ لفلان بثلثي ، على أنه لا ينقص ذا الفرض شيئاً من فرضه ، أو خلّف امرأةً وقال : أوصيتُ لك بما فَضَل من المال عن فرضها صحّ في المسألة الأولى ، لأن ذا الفرض يرث المال كلّه ، لولا الوصيّة فلا فرق في الوصيّة بين أن يجعلها من رأس المال ، أو من الزائد على الفرض ، وأما المسألة الثانية ، فتبنى على الوصيّة بجميع المال ، فإن قلنا : تصحّ ثمّ صحّت ههنا ، لأن الباقيَ عن فرض الزوجة مالٌ لا وارث له ، فصحّت الوصيّة به ، كما لو لم تكن زوجةٌ ، وإن قلنا : لا تصحّ ثَمّ فههنا مثله ، لأن بيت المال جُعل كوارث ، فصار كأنه ذو ورثة يستغرقون المال ، إذا عيّن الوصيّة من نصيب العَصَبة منهم ، فعلى هذا يُعطَى الموصَى له الثلث من رأس المال ، ويسقُط تخصيصه .

٤٦٧٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أوصى لعبده بثلث ماله فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق ، وما فضل من الثلث بعد عتقه فهو له ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، إلا أن يُجيز الورثة ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا أوصى لعبده بجزء شائع من ماله ، كثلث ، أو ربع ، أو سدس ، صحّت الوصيّة ، فإن خرج العبد من الوصيّة عتق ، واستحقّ باقيها ، وإن لم يخرج عتق منه بقدر الوصيّة ، وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، وأبو حنيفة ، إلا أنّهم قالوا : إن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه . وقال الشافعي رضي

الله عنه : الوصيّة باطلة إلا أن يوصِىَ بعتقه . لأنه أوصى بمال يصير للورثة . فلم يصحّ . كما لو وصّى له بمعيّن .

ولنا : أن الجزء الشائع يتناول نفسه ؛ أو بعضه ، لأنه من جملة الثلث الشائع ، والوصيّة له بنفسه تصحّ ، ويعتق ، وما فضل يستحقّه ، لأنه يصير حراً ، فيملك الوصيّة ، فيصير كأنه قال : اعتقوا عبدى من ثلثى ، وأعطوه ما فضل منه ، وفارق ما إذا أوصى بمعيّن ، لأنه لا يتناول شيئاً منه .

٤٦٧٤ (فصل)

فإن أوصى له بمعيّن من ماله ، كثوب ، أو دار . أو بمائة درهم ، فالوصيّة باطلة فى قول الأكثرين ، وبه يقول الثورىّ ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وذكر ابن أبى موسى رواية أخرى عن أحمد : أنها تصحّ ، وهو قول مالك . وأبى ثور ، وقال الحسن ، وابن سيرين : إن شاء الورثة أجازوا ، وإن شاءوا ردُّوا .

ولنا : أن العبد يصير ملكاً للورثة ، فما وصّى به له فهو لهم ؛ فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه . فلا فائدة فيه . وفارق ما أذا أوصى له بمُشاعٍ لما ذكرناه .

٤٦٧٥ (فصل)

وإن أوصى له برقبته فهو تدبير بعتق ، إن حمله الثلث ، وبهذا قال مالك ، وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : الوصيّة باطلة لأنهُ لا يملك رقبته .

ولنا : أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام ، فصحّ ، كما لو وصّى بأبيه ، ولأن معنى الوصيّة له برقبته عتقه ، لعلمه بأنه لا يملك رقبته ، فصارت الوصيّة به كناية عن إعتاقه بعد موته . وإن أوصى له ببعض رقبته فهو تدبير لذلك الجزء ، وهل يعتقهُ جميعه ، إذا حمله الثلث ؟ على روايتين ، ذكرهما الخِرَقىّ فيما إذا دبَّر بعض عبده ، وهو مالك لكله ، وقال أصحاب الرأى ، يسعى فى قيمة باقية ، وهذا شىء يأتى فى باب العتق إن شاء الله تعالى .

٤٦٧٦ (فصل)

وإن أوصى لمكاتَبه ، أو مكاتَب وارثه ، أو مكاتب أجنبىّ صحّ ، سواء أوصى له بجزء شائع ، أو معيّن ، لأن ورثته لا يستحقّون المكاتب ، ولا يملكون ماله ، وإن أوصى لأمّ ولده صحّت الوصيّة لأنها حرّة حين لزوم الوصيّة ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه أوصى لأمّهات أولاده بأربعةِ آلاف ، أربعةِ آلاف . رواه سعيد . ورُوى ذلك عن عِمران بن الحُصَين ، وبه قال ميمون بن مِهْران ، والزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وإن وصّى لمدبّره صحّ ، لأنه يصير حُراً

حين لزوم الوصيّة ، فصحّت الوصيّة له ، كأمّ الولد ، وإن لم يخرج من الثلث هو والوصيّة جميعاً قدّم عتقهُ على الوصيّة ، لأنه أنفع ، وقال القاضي : يعتق بعضه ، ويملك من الوصية بقدر ماعتق منه .

ولنا : أنه وصى لعبده وصيّةً صحيحة فيقدّم عتقُه على ما يحصُل له من المال ، كما لو وصى لعبده القِنِّ بمشاع من ماله .

٤٦٧٧ (فصــل)

وإن أوصى لعبد غيره صحّ ، وتكون الوصيّة، والقبول فى ذلك إلى العبد ، لأن العقد مُضافٌ إليه فأشبه مالو وهبه شيئاً ، فإذا قبل ثبت لسيّده ، لأنه من كسب عبده ، وكسبُ العبد لسيِّده . ولا تفتقر فى القبول إلى إذن السيّد ، لأنه كسب ، فصحّ من غير إذن سيّده ، كالاحتطاب ، وهذا قول أهل العراق والشافعىّ ، ولأصحابه وجه أن القبول يفتقر إلى إذن السيِّد ، لأنه تصرف من العبد ، فأشبه بيعه وشراءه .

ولنا : أنه تحصيل مال بغير عوض . فلم يفتقر إلى إذنه . كقبول الهبة . وتحصيل المباح . وإن وصى لعبد وارثه فهى كالوصية لوارثه . تقف على إجازة الورثة . وبه قال الشافعىّ وأبو حنيفة ، وقال مالك : إن كان يسيراً جاز . لأن العبد يملك . وإنّما لسيِّده أخذه من يده . فإذا وصّى له بشىء يسير علم أنه قصد بذلك العبد دون سيِّده .

ولنا ، أنها وصيّة لعبد وارثه . فأشبهت الوصيّة بالكثير ، وما ذكروه من ملك العبد ممنوع . ولا اعتبار به . فإنه مع هذا القصد يستحقّ سيده أخذه ، فهو كالكثير .

٤٦٧٨ (فصــل)

وإذ أوصى بعتق أمته على أن لا تتزوّج ، ثم مات ، فقالت : لا أتزوّج عَتَقت ، فإن تزوّجت بعد ذلك لم يبطُل عتقُها . وهذا مذهب الأوزاعىّ ، والليث ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وذلك لأن العتق إذا وقع لا يمكن رفعه ، وإن أوصى لأمّ ولده بألف على أن لا تتزوّج ، أو على أن تثبت مع ولده ، ففعلت ، وأخذت الألف ، ثم تزوّجت ، وتركت ولده ، ففيها وجهان :

أحدهما : تبطل وصيّتها ، لأنه فات الشرط ، ففاتت الوصيّة ، وفارق العتق ، فإنه لا يمكن رفعه .

والثانى: لاتبطل وصيّتها ، وهو وقول أصحاب الرأى ، لأن وصيّتها صحّت ، فلم تبطل بمخالفة ماشرط عليها ، كالأولى .

٤٦٧٩ (فصــل)

واختلف أصحابنا فى الوصيّة للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد : تجوز الوصيّة له ، واحتجّ بقول

أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ ، فعفا المجروح ، فقال أحمد : يُعتبر من ثلثه . قال : وهذه وصيّة لقاتل، وهذا قول مالك ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وأظهرُ قولَي الشافعىّ رضى الله عنه ، لأن الهبة له تصحّ ، فصحّت الوصيّة له ، كالذمىّ، وقال : أبو بكر : لا تصحّ الوصيّة له. فإن أحمد قد نصّ على أن المدبّر إذا قتل سيّده بطل تدبيره ، والتدبير وصيّة . وهذا قول الثورىّ : وأصحاب الرأى ، لأن القتل يمنع الميراث الذى هو آكد من الوصيّة ، فالوصيّة أولى ، ولأن الوصيّة أجريت مجرى الميراث ، فيمنعها ما يمنعه .

وقال أبو الخطاب : إن وصّى له بعد جرحه صحّ ، وإن وصّى له قبله ثم طرأ القتلُ على الوصيّة أبطلها ، جمعاً بين نصّي أحمد فى الموضعين ، وهو قول الحسن بن صالح ، وهذا قول حسن ، لأن الوصيّة بعد الجرح صدرت من أهلها فى محلّها ، ولم يطرأ عليها ما يبطلها ، بخلاف ما إذا تقدّمت ، فإن القتل طرأ عليها ، فأبطلها ، لأنه يبطل ما هو آكد منها ، يحققه أن القتل إنما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذى انعقد سببه ، فعورض بنقيض قصده ، وهو منع الميراث دفعاً لمفسدة قتل الموروثين، ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارىء عليه أيضاً ، وهذا المعنى متحقّق فى القتل الطارىء على الوصيّة ، فإنه ربّما استعجلها بقتله . وفارق القتل قبل الوصيّة ، فإنه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه ، والموصِى راضٍ بالوصيّة له بعد صدور ما صدر منه فى حقّه ، ولا فرق بين العمد والخطأ فى هذا ، كما لا يفترق الحال بذلك فى الميراث ، وعلى هذا متى دبّر عبده بعد جرحه إيّاه صحّ تدبيره .

٤٦٨٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : أحد عبدىَّ حرّ أقرع بينهما ، فمن تقع عليه القرعة فهو حرّ ، إذا خرج من الثلث ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أعتق عبداً غير معيّن ، فإنه يُقرع بينهما ، فيخرج الحرُّ بالقرعة ، وقال أبو حنيفة، والشافعىّ رضى الله عنه : له تعيين أحدهما بغير قرعة ، لأنه عتق مستحقّ فى غير معيّن ، فكان التعيين إلى المعتق ، كالعتق فى الكفّارة ، وكما لو قال لورثته : اعتقوا عنّى عبداً .

ولنا : أنه عتق استحقّه واحد من جماعة معيّنين ، فكان إخراجه بالقرعة ، كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ، ودليل الحكم فى الأصل حديث عِمْران ابن حُصَين ، فأمّا العتق فى الكفّارة ، فإنه لم يستحقّه أحدٌ ، إنّما استحقّ على المكفِّر التكفير ، وأمّا إذا قال : أعتقوا عنّى عبداً ، فإن لم يُضفه إلى عبيده ، ولا إلى جماعة سواهم ، فهو كالمعتق فى الكفّارة ، وإن قال : أعتقوا أحد عبيدى احتمل أن نقول بإخراجه بالقرعة ، كمسألتنا ، واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة . وأصل الوجهين ما لو وصّى لرجل بعبد من عبيده ، هل يُعطَى أحدُهم بالقرعة ، أو يرجع إلى اختيار الورثة؟ ،وسيأتى الكلام عليها ، والفرق

بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه أنه جعل الأمر إلى الورثة ، حيث أمرهم بالإعتاق ، فكانت الخيرَة إليهم ، وفى مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئاً ، فلا يكون لهم خيرَة .

٤٦٨١ (فصـــل)

ونقل صالح عن أبيه ، فيمن له غلامان اسمُهما واحد ، فقال : فلان حرٌّ بعد موتى ، وله مائتا درهم ، ولم يعيّنه يُقرع بينهما ، فيعتق من خرجت له القرعة ، وليس له من المائتين شيء . ووجه ذلك — والله أعلم — أن الوصيّة بالمائتين وقعت لغير معينٍ ، ولا تصحّ الوصيّة إلا لمعيّن ، وقال القاضى : يجب أن تصحّ هذه الوصيّة لأن مستحقّها حرٌّ فى حال استحقاقها ، ونُقل عن أحمد فيمن قال : أعتقوا رقبةً عنّى : فلا يُعتَق عنه إلا مسلم . وذلك لأن المطلق فى كلام الآدمىّ يُحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة لم يتناول إلا المسلم ، فكذلك الآدمىّ .

٤٦٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أوصى أن يشترَى عبد زيد بخمسمائة ، فيعتق ، فلم يبعه سيّده فالخمسمائة للورثة ، وإن اشتروه بأقلّ فما فَضَل فهو للورثة ﴾

أما إذا تعذّر شراؤه ، إما لامتناع سيّده من بيعه ، أو من بيعه بالخمسمائة ، وإمّا لموته ، أو لعجز الثلث عن ثمنه ، فالثمن للورثة ، لأن الوصيّة بطلت لتعذّر العمل بها ، فأشبه ما لو وصّى لرجل ، فمات قبل موت الموصِى ، أو بعده ، ولم يَدَعْ وارثا . ولا يلزمهم شراء عبد آخر ، لأن الوصيّة لمعين ، فلا تصرف إلى غيره ، وأما إن اشتروه بأقلّ فالباقى للورثة ، وقال الثورى : يدفع جميع الثمن إلى سيّد العبد ، لأنه قصد إرفاقه بالثمن ، ومحاباته به . فأشبه مالو قال : بيعوه عبدى بخمسمائة ، وقيمته أكثر منها ، وكما لو أوصى أن يحجّ عنه فلان حَجّة بخمسمائة . وقال اسحاق : يجعل بقية الثمن فى العتق ، كما لو أوصى أن يحجّ عنه بخمسمائة ، ردّ ما فضل فى الحجّ .

ولنا : أنه أمر بشرائه بخمسمائة ، فكان ما فضل من الثمن راجعاً إليه ، كما لو وكلّ فى شرائه فى حياته ، وفارق ما إذا أوصى أن يحجّ عنه رجل بخمسمائة ، لأن القصد ثَمَّ إرفاق الذى يحجّ بالفضلة ، وفى مسئلتنا المقصود العتق . ويفارق ما إذا أوصى أن يحجّ عنه بخمسمائة لغير معّين ، لأن الوصيّة ، ثمّ للحجّ مطلقاً ، فصرف جميعها فيه ، وههنا لمعيّن فلا تتعدّاه ، وقوله : إنه قصد إرفاق زيد بالثمن ومحاباته به فنقول : الصحيح أنّه إن كانت ثَمَّ قرينة تدلّ على ذلك ، إما لكون البائع صديقاً له ، أو ذا حاجة ، أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا ، أو عيّن هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه ، لقلّة قيمته ، فإنه يدفع جميع الثمن إلى زيد ، كما لو صرّح بذلك ، فقال : وادفعوا إليه جميعها ، وإن بذله بدونها ، وإن

انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه إنما قصد العتق ، وقد حصل ، فـكان الفاضل عائداً إليه ، كما لو أمره بالشراء فى حياته .

٤٦٨٣ (فصـــل)

وإن وصى أن يُشترى عبد بألف ، فيُعتق عنه ، فلم يَخرج من ثلثه ، اشتُرى عبد بما يخرج من الثلث ، وبه قال الشافعيّ رضى الله عنه ، وقال أبو حنيفة : تبطل الوصيّة ، لأنه أمر بشراء عبد بألف ، فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه ، كالوكيل .

ولنا أنها وصيّة يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث ، فإذا لم يحتملها وجب تنفيذها ، فيما حمله ، كما لو وصى بعتق عبد يحمله الثلث ، وفارق الوكالة ، فإنه لو وكّله فى إعتاق عبد لم يملك اعتاق بعضه ، ولو أوصى بإعتاق عبد لأعتق منه ما يحتمله الثلث ، فأمّا إن حمله الثلث فاشتراه ، وأعتقه ، ثمّ ظهر على الميّت دين يستغرق المال ، فالوصيّة باطلة . ويُرَدّ العبد إلى الرقّ ، ان كان اشتراه بعين المال ، لأننا تبيّنا أن الشراء باطل بكونه اشتُرِىَ بمال مستحَقّ للغرماء بغير إذنهم ، وإن كان الشراء فى الذمّة صحّ الشراء ، ونفذ العتق ، وعلى المشترى غرامة ثمنه ، ولا يرجع بهعلى أحد ، لأن البائع ما غرّه ، إنما غره الموصِى ، ولا تركة له فيرجع عليها هـذا مذهب الشافعيّ ، ويحتمل أن يشارك الغرماء فى التركة ، ويضرب معهم بقدر دينه لأن الدين لزمه بتغرير الموصى ، فيرجع به عليه ، فإذا كان ميتاً لزمه فى تركته ، كأرش جنايته .

٤٦٨٤ (فصـــل)

وإن وصّى بشراء عبد ، وأطلق ، أو وصى ببيع عبده ، وأطلق ، فالوصيّة باطلة ، لأن الوصيّة لا بد لها من مستحِقّ ، ولا مستحق ههنا ، وإن وصّى ببيعه بشرط العتق صحّت الوصيّة ، وبيع كذلك ، لأن فى البيع ههنا نفعاً للعبد بالعتق ، فإن لم يوجد من يشتريه كذلك بطلت الوصيّة لتعذّرها ، كما لو وصّى بشراء عبد ليعتق ، فلم يبعه سيّده ، وإن وصّى ببيعه لرجل بعينه ، بثمن معلوم بيع به ، لأنه قد قصد إرفاقه بذلك فى الغالب ، وإن لم يسمّ ثمنا بيع بقيمته ، وتصحّ الوصيّة لـكونه قَصد إيصال العبد بعينه ، إلى رجل بعينه فيحتمل أن يتعلّق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن المَلَكة ، وإعتاق الرقاب، ويحتمل أن يريد إرفاق المشترىلمعنىً يحصل لهمن العبد ، فإن تعذّر بيعه لذلك الرجل ، أو أبى أن يشتريه بالثمن ، أو بقيمته ، إن لم يعيّن الثّمن بطلت الوصيّة ، لما ذكرنا .

٤٦٨٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره ، وقيمتُه مائة ، ولآخر بثلث ماله ، وملـكه غير العبد مائتا درهم ، فأجاز الورثة ذلك ، فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد ، ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة

أرباعه ، وإن لم يُجز الورثة ذلك فلمن أوصى له بالثلث سدس المائتين ، وسدس العبد ، لأن وصيّته في الجميع ، ولمن أوصى له بالعبد نصفُه ، لأنّ وصيته في العبد ﴾ .

وجملته : أنه إذا أوصى لرجل بمعيّن من ماله ، ولآخر بجزء مُشاع منه ، كثلث المال ، وربعه ، فأجيز لهما انفرد صاحبُ المشاع بوصيّته من غير المعيَّن ، ثم شارك صاحب المعيّن فيه ، فيقتسمانه بينهما على قدر حقيّهما فيه ، ويدخل النقص على كلّ واحد منهما بقدر ماله في الوصيّة ، كمسائل العَوْل ، وكما لو أوصى لرجل بماله ، ولآخر بجزء منه ، فأما في حال الردّ فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث ، مثل أن يوصِيَ لرجل بسدس ماله ، ولآخر بمعيّن قيمتهُ سدس المال ، فهي كحال الإجازة سواء ، إذ لا أثر للردّ ، وإن جاوزت ثلثه رددنا وصيّتهما إلى الثلث ، وقسّمناه بينهما على قدر وصيتهما ، إلا أن صاحب المعيّن يأخذ نصيبه من المعيّن ، والآخر يأخذ حقّه من جميع المال ، هذا هو قول الخِرَقيّ ، وسائر الأصحاب ، ويَقْوَى عندى أنهما في حال الردّ يقتسمان الثلث ، على حسب ما لهما في الإجازة ، وهذا قول ابن أبي ليلى .

وقال أبو حنيفة، ومالك، في الردّ : يأخذ صاحبُ المعيّن نصيبه منه، ويَضُمّ الآخر سهامه إلى سهام الورثة، ويقتسمون الباقيَ على خمسة، في مثل مسألة الخِرَقيّ ، لأن له السدس، وللورثة أربعة أسداس ، وهو مثل قول الخِرَقيّ إلا أن الخرقي يُعطيه السدس من جميع المال ، وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين، وعشر العبد ، واتفقوا على أن كلّ واحد من الوصيّين يرجع إلى نصف وصيته ، لأن كلّ واحد منهما قد أوصى له بثلث المال ، وقد رجعت الوصيّتان إلى الثلث ، وهو نصف الوصيّتين ، فيرجع كلُّ واحد إلى نصف وصيّته ، ويدخل النقص على كلّ واحد منهما بقدر ماله في الوصيّة . وفي قول الخِرقيّ رحمة الله عليه يأخذ كلُّ واحد منهما نصف وصيّته من المحلّ الذى وصّى له منه ، وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع ، لأنه وصى له بثلث الجميع ، وأما على قولنا ، فإن وصيّة صاحب العبد دون وصيّة صاحب الثلث ، لأنه وصّى له بشيء أشرك معه غيره فيه ، كلّه ، وصاحب الثلث أفرده بشيء لم يشاركه فيه غيره ، فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الردّ على حسب مالهما في حال الإجازة ، كما في سائر الوصايا ، ففي مسألتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ، ستة وستون وثلثان ، لا يزاحمه الآخر فيها ، ويشتركان في العبد : لهذا ثلثه ، وللآخر جميعه ، فابسطه من جنس الكسر ، وهو الثلث ، يصير العبد ثلاثة ، واضمم إليها الثلث الذى للآخر ، يصير أربعةً ، ثم اقسم العبد على أربعة أسهم ، يصير الثلث ربعا ، كما في مسائل العَوْل ، وفي حال الردّ تردُّ وصيّتهما إلى ثلث المال ، وهو نصف وصيّتهما ، فيرجع كلّ واحد إلى نصف وصيّته ، فيرجع صاحب الثلث إلى سدس الجميع ، ويرجع صاحب العبد إلى نصفه ، وفي قولنا يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثنا عشر ، ثم في ثلاثة تكن ستةً وثلاثين ، فلصاحب الثلث ثلث المائتين ، وهو ثمانية من أربعين ، وربع العبد ، وهو ثلاثة

أسهم ، صار له أحدَ عشَر ، ولصاحب العبد ثلاثةُ أرباعه ، وذلك تسعة أسهم ، فبضمِّها إلى سهام صاحب الثلث ، صار الجميع عشرين سهماً ، ففى حال الردِّ تجْعَلُ الثلث عشرين سهماً ، والمال كلّه ستون ، فلصاحب العبد تسعة من العبد ، وهو ربعه ، وخمسه لصاحب الثلث ثمانية من الأربعين ، وهى خمسها ، وثلاثةٌ من العبد ، وذلك عُشرة ونصف عُشره ، وإن كانت وصيّةصاحب المُشاع بالنصففله فى حال الإجازة مائة ، وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه ، وفى الردّ لصاحب المشاع خمس المائتين ، وخمس العبد ، ولصاحب العبد خمساه ، وعلى الوجه الآخر : لصاحب المشاع ربع المائتين ، وسدس العبد ، ولصاحب العبد ثلثه . وطريقها أن تنسُبَ الثلث إلى ما حصل لهما فى الإجازة ، ثم تُعطى كلّ واحد ممَّا حصل له فى الإجازة مثلَ تلك النسبة . وعلى الوجه الأول تنسب الثلث إلى وصيَّتهما ، ثم تُعطى كلّ واحد فى الردِّ مثل الخارج بالنسبة ، وبيانه فى هذه المسألة أن نسبة الثلث إلى وصيَّتهما بالخمسين ، لأن النصف والثلث خمسة من ستة ، فالثلث خمساها ، فلصاحب العبد خمسا العبد ، لأنه وصيّته ، ولصاحبالنصف الخمس ، لأنه خمسا وصيّته ، وعلى الوجه الآخر قد حصل لهما فى الإجازة الثلثان ، ونسبة الثلث إليهما بالنصف ، فلكلِّ واحد منهما ممَّا حصل له فى الإجازة نصفه ، وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها ، فله ربعها ، وكان له من العبد ثلثه ، فصار له سدسه ، وكان لصاحب العبد ثلثاه ، فصار له ثلثه .

وإن كانت المسألة بحالها ، وملكه غير العبد ثلاثمائة ، ففى الإجازة لصاحب المشاع مائة وخمسون ، وثلثالعبد ، ولصاحبالعبد ثلثاه ، وفىالردّ لصاحب المشاع تُسعا المال كلّه ، ولصاحب العبد أربعةأتساعه ، على الوجه الأول . وعلى الوجه الثانى لصاحب العبد أربعة وسدسه ، وللآخر ثمنه ، ونصف سدسه[1] ، ومن المال ثمانون ، وهى ربعها ، وسدس عُشرها . وإن وصّى لرجل بجميع ماله ، ولآخر بالعبد ، ففى الإجازة لصاحب العبد نصفه ، والباقى كلّه للآخر ، وفى الردّ يقسّم الثلث بينهما على خمسة ، لصاحب العبد خمسه ، وهو ربع العبد ، وسدس عُشره ، وللآخر أربعة أخماسه ، فله من العبد مثل ماحصل لصاحبه ، ومن كلّ مائة مثلذلك ، وهو ثمانون ديناراً . ولو خلّف عبداً قيمته مائة ومائتين ، ووصّى لرجل بمائة ، وبالعبد كلّه ووصّى بالعبد لآخَر ففى حال الإجازة يقسّم العبد بينهما نصفين ، وينفرد صاحب الثلث بثلث الباقى[2] وفى الردّ للموصَى له بالعبد ثلثه ، وللآخر ثلثه ، وثلث المائة ، وعلى الوجه الآخر لصاحب العبد ربعه ، وللآخر ربعه ، ونصف المائة ، يرجع كلّ واحد منهما إلى نصف وصيّته ، فإن لم تزد الوصيَّتان على الثلث ، كرجل خلّف خمسمائة وعبداً قيمته مائة ، ووصّى لرجل بسدس ماله ، ولآخر بالعبد ، فلا أثر الردّ ههنا ، ويأخذ

---

(١) صوابه ثلثه وخمسه تسعه ، وللآخر تسعه وثلث خمسه .

(٢) صوابه بنصف الباقى .

صاحب المشاع سدس المال ، وسبع العبد ، والآخر ستة أسباعه ، وإن وصى لصاحب المشاع بخمس المال ، فله مائة ، وسدس العبد ، ولصاحب العبد خمسة أسداسه ، ولا أثر للرد أيضاً ، لأن الوصيتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه .

٤٦٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أوصى لقرابته فهو للذكر والأنثى بالسوية ، ولا يجاوز بها أربعة آباء ، لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يجاوز بنى هاشم بسهم ذى القربى ﴾

وجملته : أن الرجل إذ أوصى لقرابته ، أو لقرابة فلان . كانت الوصيّة لأولاده ، وأولاد أبيه ، وأولاد جدّه ، وأولاد جدّ أبيه ، ويستوى فيه الذكر ، والأنثى ، ولا يُعطى من هو أبعد منهم شيئاً ، فلو وصّى لقرابة النبيّ صلى الله عليه وسلم أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب ، وأولاد هاشم . ولم يُعط بنى عبدشمس ، ولا بنى نوفل شيئاً ، لأن الله تعالى لمّا قال (مَا أَفَاءَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى الْقُرْبَى[1]) يعنى قرباء النبيّ صلى الله عليه وسلم أعطى النبى صلى الله عليه وسلم هؤلاء الذين ذكرناهم ، ولم يُعطِ من هو أبعد منهم ، كبنى عبد شمس ، ونوفل شيئاً ، إلا أنه أعطى بنى المطّلب ، وعلّل عطيّتهم بأنهم « لَمْ يُفَارِقُوا بَنِى هَاشِمٍ فى جَاهِلِيَّةٍ وَلاَ إِسْلاَمٍ » ولم يُعط قرابة أمّه ، وهم بنو زُهرة شيئاً ، ولم يعط منهم إلا مُسْلماً ، فَحمل مطلق كلام الموصِى على ما حُمل عليه المطلق من كلام الله تعالى ، وفسِّر بما فسِّر به ، ويسوّى بين قريبهم ، وبعيدهم ، وذكرهم وأنثاهم . لأن الوصية لهم سواء ، ويدخل فى الوصيّة الكبير ، والصغير ، والغنىّ ، والفقير ، ولا يدخل الكفّار ، لأنهم لم يدخلوا فى المستحقّ من قُرْبَى النبىّ صلى الله عليه وسلم . وقد نقل عبد الله ، وصالح ، عن أبيهما روايةً أخرى : أنه يُصرف إلى قرابة أمّه ، إن كان يصلهم فى حياته ، كأخواله ، وخالاته ، وأخواته من أمه ، وإن كان لا يصلهم لم يُعطوْا شيئاً ، لأن عطيّته لهم فى حياته قرينه دالةّ على صلته لهم بعد مماته ، وإلا فلا ، وعنه رواية أخرى : أنه يجاوز بها أربعة آباء ، ذكرها ابن أبى موسى فى الإرشاد ، وهذه الرواية تدلّ على أن لفظه لا يتقيّد بالقيد الذى ذكرناه ، فعلى هذا يُعطِى كلّ من يُعرف بقرابته من قِبَل أبيه وأمه الذين يُنسبون إلى الأب الأدنى ، الذى يُنسب إليه ، وهذا مذهب الشافعىّ . لأنهم قرابة ، فيتناولهم الاسم ، ويدخلون فى عُمومه ، وإعطاء النبىّ صلى الله عليه وسلم لبعض قرابته تخصيصٌ لا يمنع من العُموم فى غير ذلك الموضع .

وقد قال أبو حنيفة : قرابته كلّ ذى رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فيُعطَى مِنْ أدناهم اثنان فصاعداً ، فإذا كان له عمّان ، وخالان ، فالوصيّة لعميّه ، وإن كان له عمّ ، وخالان ، فلعمّه النصف ، وخاليه النصف ، وقال قتادة :

---

(١) بعض الآية ٧ من سورة الحشر .

للأعمام الثلثان ، والأخوال الثلث ، وبه قال الحسن ، قال : ويُزاد الأقرب بعضَ الزيادة ، وقال مالك : يقسّم على الأقرب ، فالأقرب بالاجتهاد .

ولنا : أن هذا الاسم له عرف فى الشرع ، وهو ما ذكرناه ، فيجب حمله عليه ، وتقديمه على العرف اللغوىّ ، كالوضوء ، والصلاة ، والصوم ، والحجّ ، ولا وجه لتخصيصه بذى الرحم المحرم ، فإنّ اسم القرابة يقع على غيرهم عُرفاً وشرعاً ، وقد تحرم على الرجل ربيبتُه ، وأمّهات نسائه ، وحلائل آبائه ، وأبنائه ، ولا قرابة لهم ، وتحلُّ له ابنة عمّه ، وعمّته ، وابنة خاله ، وخالته ، وهنّ من أقاربه ، وما ذكره من التفصيل لا يقتضيه اللفظ ، ولا يدلُّ عليه دليل ، فالمصير إليه تحكّم ، فأمّا إن كان فى لفظه ما يدلُّ على إرادة قرابة أمّه ، كقوله ، وتُفضَّل قرابتى من جهة أبى على قرابتى من جهة أمى ، أو قوله : إلا ابن خالتى فلاناً ، أو نحو ذلك ، أو قرينة تُخرج بعضهم عُمل بما دلَّت عليه القرينة ، لأنها تَصْرِف اللفظ عن ظاهره إلى غيره .

٤٦٨٧ (فصل)

فإن وصَّى لأقرب أقاربه ، أو أقرب الناس إليه ، أو أقربهم به رحماً لم يُدفع إلى الأبعد مع وجود الأقرب ، فيقدَّم الأب على كلٍّ من أدلى به من الأجداد ، والإخوة ، والأعمام ، والابن مقدَّم عليهم ، وعلى كلّ من أدلى به ، ويستوى الأب والابن ، لأن كلّ واحد منهما يُدلى بنفسه من غير واسطة ، ويحتمل أن يقدّم الابن لأنه يُسقط تعصيب الأب . والأول أولى ، لأن إسقاط تعصيبه لا يمنع مساواته فى القرب ، ولا كونه أقرب منه ، بدليل أن ابن الابن ، يسقط تعصيبه مع بعده ، ويقدَّم الابن على الجدِّ ، والأبُ على ابن الابن ، وقال أصحاب الشافعىّ رضى الله عنه : يقدّم ابن الابن على الأب فى أحد الوجهين ، لأنه يُسقِط تعصيبه .

ولنا : أن الأب يدلى بنفسه ، ويلى ابنَه من غير حاجز ، ولا يسقُط ميراثُه بحال ، بخلاف ابن الابن . والأب ، والأمّ سواء ، وكذلك الابن ، والبنت . والجدُّ أبو الأب ، وأبو الأمّ ، وأمّ الأب ، وأمّ الأمّ كلّهم سواء ، ثم من بعد الأولاد أولاد البنين ، وإن سَفَلُوا ، الأقربُ فالأقربُ ، الذكور والإناث ، وفى أولاد البنات وجهان ، بناء على دخولهم فى الوقف ، ثمّ من بعد الولد الأجداد ، الأقرب منهم ، فالأقرب ، لأنهم العمود الثانى ، ثم الإخوة ، والأخوات ، لأنّهم ولد الأب ، أو من ولد الأمّ ، ثم ولدهم ، وإن سَفَلوا ، ولا شىء لولد الأخَوَات ، إذا قلنا : لا يدخل ولد البنات ، وإذا تساوت درجتهم ، فأولاهم ولد الأبوين ، ويسوّى بين ولد الأب ، وولد الأمّ ، لأنهما على درجة واحدة ، وكذلك ولداهما ، والأخ للأب أولى من ابن الأخ من الأبوين ، كما فى الميراث ، ثم بعدهم الأعمام ، ثم

بنوهم ، وإن سَفَلُوا ، ويستوى العمُّ من الأب ، والعمُّ من الأمِّ ، وكذلك أبناؤهما ، وعلى هـذا الترتيب ، ذكره القاضى ، وهذا مذهب الشافعىِّ رضى الله عنه ، إلا أنه يرى دخول ولد البنات ، والأخوات ، والأخوال ، والخالات ، وهذا القول إنَّما يخرَّج فى مذهب أحمد على الرواية الثالثة التى تجعل القرابة فيها كلَّ من يقع عليهم اسم القرابة ، فأما على الرواية التى اختارها الخِرَقىُّ ، وأن القرابة اسمٌ لمن كان من أولاد الآباء . فلا يدخل فيه الأمّ . ولا أقاربها . لأن من لم يـكن من القرابة لم يـكن أقرب القرابة . فعلى هـذا تتناول الوصيّة من كان أقرب من أولاد الموصِى . وأولاد آبائه . إلى أربعة آباء . ولا يعـدوهم ذلك . وإن وصّى لجماعة من أقرب الناس إليه أعطى ثلاثةٍ من أقرب الناس إليه . وإنْ وُجِدَ أكثر من ثلاثة فى درجة واحدة كالإخوة ، فالوصيّة لجميعهم ، لأن بعضهم ليس بأولى من بعض ، والاسم يشملهم ، وإن لم يوجـد ثلاثة فى درجة واحدة كُمِّلت من الثانية ، وإن كانت فى الدرجة الثانية جماعةٌ سُوِّى بينهم ، لما ذكرنا فى الدرجة الأولى ،وإن لم يُـكمَّل من الثانية فمن الثالثة ، فإذا وجد ابنٌ ، وأخ ، وعمٌ ، فالوصيّة بينهم أثلاثاً ، وكذلك إن كان ابن وأخوان ، وإن كان ابن وثلاثة إخوة دخل جميعهم فى الوصيّة ، وينبغى أن يكون للابن ثلث الوصية ولهم ثلثاها ، فإن كان الابن وارثاً سقط حقّه من الوصيّة إن لم يجُز له والباقى للأخوة ، وإن وصّى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب فى الجملة ، سواء كانوا ممّن يرث فى الحال ، أو لم يكن ، ويسوّى بين قريبهم، وبعيدهم لشمول اللفظ لهم ، ولا خلاف فى أنّهم لا يكونون من جهة الأمّ بحال .

٤٦٨٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإن قال لأهل بيتى أعطى مِنْ قِبَل أبيه وأمه ﴾

يعنى تعطى أمّه ، وأقاربها ، الأخوال ، والخالات ، وآباء أمّه ، وأولادهم ، وكلّ من يعرف بقرابته ، والمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه التسويةُ بين هذا اللفظ ، ولفظ القرابة ، فإنه قال فى رواية عبد الله : إذا أوصى بثلث ماله . لأهل بيته هو بمثابة قوله : لقرابتى ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وقال أحمد : قال النبيّ صلى الله عليه وسلم : « لاَ تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِي وَلاَ لِأَهْلِ بَيْتِي » فجعل سهم ذوى القربى لهم عوضاً عن الصدقة التى حرّمت عليهم ، فـكان ذوو القربى الذين سمّاهم الله تعالى هم أهلَ بيته الذين حرّمت عليهم الصدقة . وذكر حديث زيد بن أرقم : أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلمقال « أُذَكِّرُكُمُ اللهَ فِي أَهْلِ بَيْتِي . قال قلنا : من أهلُ بيته ؟ نساؤه ؟ قال : لا ، أصلُه وعشيرتُه الذين حرّمت عليهم الصدقة : آلُ علىّ ، وآلُ عَقِيل ، وآلُ جَعْفر ، وآلُ العبّاسِ » وقال القـاضى : قال ثعلب : أهلُ البيت عند العرب آباء الرجل ، وأولادهم كالأجداد ، والأعمام ، وأولادهم ، ويستوى فيه الذكور ، والإناث . وذكر القاضى : إن أولاد

الرجل لا يدخلون فى اسم القرابة ، ولا أهل بيته ، وليس هذا بشىء ، فإنّ ولد النبيّ صلّى الله عليه وسلم من أهل بيته ، وأقاربه الذين حُرِمُوا الصدقة ، وأُعْطُوا من سهم ذى القربى ، وهم من أقرب أقاربه ، فكيف لا يكونون من أقاربه ، وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم لفاطمة وولديها وزوجها : « اللَّهُمَّ هَؤُلَاءِ أَهْلُ بَيْتِي ، فَأَذْهِبْ عَنْهُمُ الرِّجْسَ وَطَهِّرْهُمْ تَطْهِيراً » ؟ ولو وقف على أقارب رجل أو أوصى لأقاربه ، دخل فيه ولده ، بغير خلاف علمته ، والخِرَقى عَدّهم فى القرابة ، بقوله « لَا يُجَاوِزُ بِهَا أَرْبَعَةَ آبَاء لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْه وسلّم لَمْ يُجَاوِزْ بَنِي هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذِي الْقُرْبَى » فجعل هاشماً الأب الرابع ، ولا يكون رابعاً إلا أن يُعَدّ النبيُّ صلّى الله عليه وسلّم أباً لأنّ هاشماً إنّما هو رابع النبيّ صلّى الله عليه وسلم .

٤٦٨٩ (فصـــــل)

وإن وصّى لآله فهو مثل قرابته ، فإن فى بعض ألفاظ زيد بن أرقم : « مَنْ آلُ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ؟قال : أصلُه وَعشِيرَتُهُ الَّذِينَ حُرِمُوا الصَّدَقَةَ بَعْدَهُ : آلُ عليّ ، وآلُ العبّاس ، وآل جعفر ، وآل عَقِيل » والأصل فى آلِ أهلٌ فقلبت الهاء همزة ، كما قالوا : أَهْرَقْتُ الماء ، وأَرَقْتُه ، ومُدّت لئلا تجتمع همزتان .

وإن وصّى لِعِترته فقد توقّف أحمد فى ذلك ، وهو فى عُرف الناس عشيرتُه الأَدْنَوْنَ ، وولدهُ الذكور ، والإناث ، وإن سَفَلوا ، فتُصرف الوصيّة إليهم ، وبذلك فسّره ابن قُتَيبة ، قال : ويدلّ على ذلك قول أبى بكر رضى الله عنه « نَحْنُ عِتْرَةُ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم وَبَيْضَتُهُ الَّتِي تَفَقَّأَتْ عَنْهُ » وقال ثعلب ، وابن الأعرابىّ : العِترة الأولاد ، وأولاد الأولاد ، ولم يُدخِلا فى ذلك العشيرة ، والأول أصحّ ، وأشهر فى عُرف الناس ، مع أنه قد دلّ على صحّته قول أبى بكر رضى الله عنه فى محفِل من أصحاب النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فلم ينكره أحد ، وهم أهل اللسان ، فلا يعوّل على ما خالفه .

وإن وصى لقومه ، أو لنُسَبائه ، فقال أبو بكر : هذا بمثابة أهل بيته ، وقال القاضى : إذا قال : لرحمى أو لأرحامى ، أو لأنسابى ، أو لمناسبى ، صرف إلى قرابته من قِبَل أبيه وأمّه ويتعدّى وَلد الأب الخامس ، فعلى هذا يُصرف إلى كلّ من يرث بفرض ، أو تعصيب ، أو بالرحم فى حال من الأحوال ، وقول أبى بكر فى المُناسِبين أولى من قول القاضى ، لأن ذلك فى العُرف يُطلق على من كان من العشيرة التى ينتسبان إليها . و إذا كان كلّ واحد منهما ينتسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه ، فليس بمُناسب له .

٤٤٩٠ (فصـــل)

فان وصّى لمواليه ، وله موالٍ من فوق ، وهم مُعتقوه ، فالوصيّة لهم ، لأن الاسم يتناولهم ، وقد تعيّنوا بوجودهم ، دون غيرهم . وإن لم يكن له إلا موالٍ من أسفل ، فهو لهم كذلك ، وإن اجتمعوا فالوصيّة لهم

جميعاً ، يستوون فيها ، لأن الاسم يشمل جميعهم ، وقال أصحاب الرأى : الوصيَّة باطلة ، لأنها لغير معيَّن ، وقال أبو ثور : يُقرع بينهما ، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ، وقال ابن القاسم : هى للمولىَ من أسفل ، ولأصحاب الشافعيِّ أربعة أوجه ، كقولنا ، وقول أصحاب الرأى . والثالث : هى الموالى من فوقُ ، لأنهم أقوى بدليل أنهم عَصَبة ، ويرثونه ، بخلاف عتقائه . والرابع : يقف الأمر حتّى يصطلحوا .

ولنا : أن الاسم يتناول الجميع حقيقةً ، وعُرفاً ، فدخلوا فى الوصيّة ، كما لو وصّى لإخوته ، وقولهم « غير معيّن » غير صحيح ، فان من التعميم يحصُل التعيين ، ولذلك لو حلف : لا كلمتُ مواليّ حَنِث بكلام أيهّم كان ، وقولهم « إنّ المولَى من فوقُ أقوى » قلنا : مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الأقوى ، والأضعف ، كاخوته ، ولا شىء لابن العمّ ، ولا للناصر ، ولا لغير من ذكرنا ، لأن الاسم إن لم يتناولهم حقيقةً لم يتناولهم عُرفاً، والأسماء العُرفيّة تقدّم على الحقيقية ولا يستحقّ مولَى ابنه مع وجود مَواليه، وقال زُفر : يستحقّ ، ولا يصح ، لأن مولَى ابنه ليس بمولًى سواه ، فان لم يكن له مولىً ، فقال الشريف أبو جعفر : يكون لموالى أبيه ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : لا شىء له ، لأنه ليس بمولًى له ، واحتجّ الشريف بأن الاسم يتناول مواليَ أبيه مجازاً ، فاذا تعذّرت الحقيقة وجب صرفُ الاسم إلى مجازه ، والعمل به ، تصحيحاً لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه ، ولأن الظاهر إرادته المجاز ، لكونه محملاً صحيحاً وإرادةُ الصحيح أغلب من إرادة الفاسد ، فإن كان له موالى أبٍ حين الوصيّة ، ثم انقرض مواليه قبل الموت لم يكن لموالى الأب شىء ؛ على مقتضى ما ذكرناه ، لأن الوصيّة كانت لغيرهم ، فلا تعود إليهم إلا بعقدٍ ولم يوجد . ولا يشبه هذا قوله : أوصيتُ لأقرب الناس إليّ ، وله إبن ، وابنُ ابن ، فمات الابن حيثُ يستحقّ ابنُ الابن ، وإن كان لا يستحقّ مع حياة الابن شيئاً ، لأن الوصيّة ههنا لموصوفٍ بصفة ، وُجدت فى ابن الابن ؛ كوجودها فى الابن حقيقةً وفى المولىَ يقع الاسم على مولىَ نفسه حقيقةً ؛ وعلى مولى أبيه مجازاً ؛ فمع وجودهم جميعاً لا يُحمل اللفظ إلا على الحقيقة ، وهذه الصفة توجد فى مولى أبيه ، وقال الشريف : ويدخل فى الوصيَّة المولى مُدبَّره ، وأمُّ ولده ، لأن الوصيَّة إنما تُستحقّ بعد الموت ، وهم حينئذٍ موالٍ فى الحقيقة .

٤٦٩١ (فصـــل)

وإن وصى لجيرانه فهم أهل أربعين داراً من كلّ جانب ، نصّ عليه أحمد ، وبه قال الأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : الجار الملاصق ، لأن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال « الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ » (١) يعنى الشُّفعة ، وإنما تثبت للملاصق ، ولأن الجار مشتق من المجاورة ، وقال قتادة : الجار الدار ، والداران .

(١) الصقب بفتح الصاد والقاف القريب والقرب .

ورُوى عن علىّ رضى الله عنه فى قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ صَلاَةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إلاَّ فِي الْمَسْجِدِ » قال « مَنْ سَمِعَ النِّدَاء » وقال سعيدُ بن عمرو بن جَعْدَةَ : « مَنْ سَمِعَ الإِقَامَةَ » وقال أبو يوسف : الجيران أهلُ المحلّة فى مسجدَين صغيرين مُتقاربين ، فالجميع جيران ، وإن كانا عظيمين فكلّ أهل مسجدٍ جيران ، وأما الأمصار التى فيها القبائل فالجوار على الأفخاذ[1] .

ولنا : ما روى أبو هريرة : أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « الْجَارُ أَرْبَعُونَ دَاراً هكذا ، وهكذا ، وهكذا ، وهكذا » وهـذا نص ، لا يجوز العدول عنه إن صحّ ، وإن لم يثبت الخبر فالجار هو المقارب ، ويُرجع فى ذلك إلى العُرف .

٤٦٩٢ (فصــــل)

وإن وصّى لأهل دَرْبِهِ ، أو سَكَنِه ، فهم أهلُ المحلّة الذين طريقهم فى دَرْبِهِ .

٤٦٩٣ (فصــل)

وإن وصّى لأصناف الزكاة المذكورين فى القرآن فهم الذين يستحقّون من الزكاة ، وينبغى أن يُجعل لكلّ صنف ثُمنُ الوصيّة ، كما لو وصّى لثمان قبائلَ . والفرق بين هذا وبين الزكاة حيثُ يجوز الاقتصار على صنف واحدٍ أنّ آية الزكاة أُريد بها بيانُ من يجوز الدفع إليه ، والوصيّة أريد بها بيانُ من يجب الدفع إليه ، ويجوز الاقتصار من كلّ صنف على واحد ، لأنه لا يمكن استيعابهم . وحُكى هـذا عن أصحاب الرأى ، وعن محمد بن الحسن أنه قال : لا يجوز الدفعُ إلى أقلّ من اثنين .

وحَكى أبو الخطّاب روايةً ثانيةً عن أحمد : أنّه لا يجوز الدفع إلى أقلّ من ثلاثة ، من كلّ صنف ، وهو مذهبُ الشافعىّ . وأصل هـــذا الاختلاف فى الزكاة ، وقد ذكرناه ، ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحقّ من أهل بلده ، وإن وصّى للفقراء وحدهم دخل فيه المساكين ، وإن أوصى للمساكين دخل فيـه الفقراء ، لأنهم صنف واحد ، فيما عدا الزكاة ، إلا أن يذكر الصنفين جميعاً فيدلّ ذلك على أنه أراد المغايرة بينهما ، ويُستحبّ تعميم من أمكن منهم ، والدفع إليهم على قدر الحاجة ، والبدايةُ بأقارب الموصِى ، على ما ذكرنا فى باب الزكاة .

٤٦٩٤ (فصــــل)

وإن أوصى بشىء لزيد ، والمساكين ، فلزيد نصف الوصيّة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد ، وعن محمد : لزيد ثلثه ، وللمساكين ثلثاه ، لأن أقلّ الجمع اثنان ، وقال الشافعىّ : يكون كأحدهم ، إن عمّهم أعطاه

---

[1] الأفخاذ : جمع فخذ وهو حى الرجل من أقرب عشيرته .

كواحد منهم ، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم ، وحكى أصحابه وجهين آخرين : أحدهما كمذهبنا ، والثاني له ربع الوصيَّة ، لأن أقلَّ الجمع ثلاثة ، فإذا انضمَّ إليهم صاروا أربعة .

ولنا : أنه جعل الوصيَّة لجهتين ، فوجب أن تقسَّم بينهما ، كما لو قال : لزيد ، وعمرو ، ولأنه لو وصَّى لقريش ، وتميم ، لم يُشرك بينهم على قدر عددهم ، ولا على قدر من يُعطَى منهم ، بل يقسم بينهم نصفين ، كذلك ههنا ، وإن كان زيد مسكيناً لم يدفع إليه من سهم المساكين شيء ، وبه قال الحسن ، وإسحاق ، لأن عطفهم عليه يدلّ على المغايرة بينهما ، إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجويز ذلك يُفضى إلى تجويز دفع الجميع إليه ، ولفظه يقتضى خلافَ ذلك ، فأمّا إن كانت الوصيَّة لقوم يمكن استيعابهم ، وحصرهم ، مثل أن يقول : هذا لزيد ، وإخوته ؛ فيحتمل أنه يكون كأحدهم ، لأنه شرَّك بينه وبينهم ، على وجه لا يجوز الإخلال ببعضهم ، فتساوَوْا فيه ، كما لو قال : هذا لكم ، ويحتمل أن يكون كالتي قبلها .

٤٦٩٥ (فصـــل)

وإن قال : اشتروا بثلثي رقاباً ، فأعتقوهم ، لم يجُز صرفه إلى المكاتَبِينَ ، لأنه وصَّى بالشراء ، لا بالدفع إليهم ، فإن اتَّسع الثلث لثلاثة لم يجُز أن يُشترى أقلُّ منها ، لأنها أقلّ الجمع ، وإن قدَرْتَ على أن تشترى أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية كان أولى ، وأفضلَ . لأن النبيّ صلَّى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَعْتَقَ امْرَأً مُسْلِماً أَعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ » ولأنه يُفرج عن نفس زائدة ، فكان أفضلَ من عدم ذلك ، وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصةٍ ، وحصةٍ من الرابعة بثمن ثلاثة غاليةٍ فالثلاثة أولى . لأنَّ النبيَّ صلَّى الله عليه وسلم لمَّا سُئل عن أفضل الرِّقاب قال « أَغْلاَهَا ثمَناً ، وأَنْفَسُها عِنْدَ أَهْلِهاَ » والقصدُ من العتق تكميلُ الأحكام من الولاية ، والجمعة ، والحجِّ ، والجهاد ، وسائر الأحكام التي تختلف بالرِّق ، والحرِّية ، ولا يحصُل ذلك إلا بإعتاق جميعه ، وهذا التفضيل — والله أعلم — من النبيِّ صلَّى الله عليه وسلم للغالية إنما يكون مع التساوى في المصلحة . فأمَّا إن ترجَّح بعضهم بدينٍ وعِفَّةٍ ، وصلاحٍ ، ومصلحةٍ له في العتق ، بأن يكون مَضْرُوراً بالرقِّ ، فله صلاحٌ في العتق ، وغيرُه له مصلحة ، في الرقِّ ، ولا مصلحة له في العتق ، وربّما تضرّر به من فوات نفقته ، وكفالته ، ومصالحه ، وعجزه بعد العتق عن الكسب ، وخروجه عن الصيانة ، والحفظ ، فإن إعتاق من كثُرت المصلحة في إعتاقه أفضلُ ، وأولى ، وإن قلَّت قيمتُه ، ولا يَسوغُ إعتاق من في إعتاقه مَفْسَدَةٌ . لأن مقصود المُوصِى تحصيلُ الثواب ، والأجر. ولا أجر في إعتاق هذا ، ولا يجوز أن يُعتَق إلا رقَبة مُسلمةٌ . لأن الله تعالى لمَّا قال : (فتَحْرِيرُ

رَقَبَةٍ)[1] لم يتناول إلا المسلمةَ ، ومُطلق كلام الآدميّ محمول على مُطلق كلام الله تعالى ، ولا يجوز إعتاق مَعيبةٍ عيباً يمنع الإجزاء فى الكفّارة ، لما ذكرنا ، والله أعلم .

٤٦٩٦ (فصـــــل)

ونقل المروزيّ عن أحمد ، فيمن أوصى بثلثه فى أبواب البرّ : يُجَزّأ ثلاثةَ أجزاء : جزء فى الجهاد ، وجزء يُتصدّق به فى قرابته ، وجزء فى الحجّ . وقال فى رواية أبى داود : الغزوُ يُبدأ به . وحُكى عنه أنه جعل جُزءاً فى فداء الأسرى ، وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم ، والتحديد، بل يجوز صرفه فى جهات البرّ كلها ، لأن اللفظ للعموم ، فيجب حملهُ على عمومه . ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل ، وربما كان غيرُ هذه الجهات أحوجَ من بعضها ، وأحقّ ، وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميّت ، وإصلاح طريق ، وفكّ أسير ، وإعتاق رقبة ، وقضاء دين ، وإغاثة ملهوف أكثرَ من دعائها إلى حجّ من لا يجبُ عليه الحجّ . فيكلّف وجوبَ مالم يكن عليه واجباً ، وتعباً كان الله قد أراحه منه من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله ، فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة ، والحاجة إليه داعية بغير دليل تحكّم لا معنى له .

وإذا قال : ضع ثُلثى حيثُ يُريكَ الله ، فله صرفه فى أىّ جهة من جهات القُرَب ، رأى وضعه فيها، عملاً بمقتضى وصيته . وذكر القاضى : أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين ، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه ، فإن لم يجد فإلى محارمه من الرّضاع ، فإن لم يكن فإلى جيرانه وقال أصحاب الشافعىّ : يجب ذلك ، لأنه ردّه إلى اجتهاده فيما فيه الحظّ . وهذا أحظّ .

ولنا : أنه قد يرى غير هذا أهمّ منه ، وأصلح ، فلا يجوز تقييده بالتحكّم . ونقل أبو داود عن أحمد أنه سُئل عن رجل أوصَى بثلثه فى المساكين، وله أقارب محاويجُ لم يوص لهم بشيء ، ولم يَرِثوا ، فإنه يُبدأ بهم ،فإنّهم أحقّ ، قال : وسُئل عن النصرانىّ يوصى بثلثه للفقراء من المسلمين : أيعطَى أخوَتُه وهُمْ فُقَراء ؟ قال : نعم ، هم أحقّ ، يُعطَوْنَ خمسون درهماً ، لا يُزادون على ذلك ، يعنى لا يُزاد كلّ واحد منهم على ذلك ، لأنه القدر الذى يحصُل به الغِنىَ .

٤٦٩٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا وصّى أن يُحَجّ عنه بخمسمائة فما فضل رُدّ فى الحجّ ﴾ .

وجملته : أنه إذا أوصى أن يُحَجّ عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك فى الحجّ ، إذا حمله الثلث ، لأنه وصّى بجميعه فى جهة قُرْبةٍ ، فوجب صرفه فيها ، كما لو وصّى به فى سبيل الله ، وليس

(١) بعض الآية ٩٢ من سورة النساء .

للولىّ أن يصرف إلى من يحجّ أكثر من نفقة المثل ، لأنه أطلق التصرّف فى المعاوضة ، فاقتضى ذلك عوضَ المثل ، كالوكيل فى البيع ، ثم لا يخلو : إمّا أن يكون بقدر نفقة المثل لحجّة واحدة ، فيُصرف فيها ، أو ناقصاً عنها فيُحَجّ به من حيث يَبلغُ فى ظاهر منصوص أحمد ، فإنه قال فى رواية حنبل ، فى رجل أوصى أن يُحَجّ عنه ، ولا تبلغُ النفقة ، فقال : يُحَجُّ عنه من حيث تبلغُ النفقة للراكب ، من أهل مدينته ، وهذا قول العنبرىّ .

وقال القاضى : يُعان به فى الحجّ ، وهو قول سَوّار القاضى ، حكاه عنه العنبرىّ ، وعن أحمد أنه مخيّر فى ذلك ، قال فى رواية أبى داود ، فى امرأة أوصت بحجّ لا يجب عليها : أرى أن يُؤخذ ثلث ما لها فيُعان به فى الحجّ ، أو يُحَجُّ من حيثُ يَبْلُغ .

الحال الثالث : أن يَفْضُلَ عن الحجّة ، فيدفع فى حجّة ثانية ، ثم فى ثالثة ، إلى أن ينفَدَ ، أو يبقى ما لا يبلُغ حَجَّةً ، فيُحَجُّ عنه من حيثُ يبلُغ ، على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، ولا يستنيب فى الحجّ مع الإمكان إلا من بلد المحجوج عنه ، لأنه نائب عن الميّت ، وقائمٌ مقامه ، فينوب عنه من موضع لو حجّ المنوب عنه لحجّ منه ، فإن كان الموصَى به لا يحمله الثلث لم يخلُ من أن يكون الحجّ فرضاً ، أو تطوُّعاً ، فإن كان فرضاً أُخذ أكثر الأمرين من الثلث ، أو القدر الكافى لحجّ الفرض ، فإن كان الثلث أكثرَ أُخذ ، ثمّ يُصرف منه فى الفرض قدرُ ما يكفيه ، ثم يُحَجّ بالباقى تطوُّعاً ، حتى يَنْفَد ، كما ذكرنا من قبلُ ، وإن كان الثلث أقلّ تُمِّمَ قدرُ ما يكفى الحجّ من رأس المال ، وبهذا قال عطاء ؛ وطاوس ، والحسن ؛ وسعيد ابن المسيّب ، والزهرىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ؛ قال سعيد ابن المسيَّب . والحسن : كلُّ واجب من رأس المال . وقال ابن سيرين . والنخعى ، والشعبىّ ، وحمّاد بن أبى سُلَيْمان ، والثورى ، وأبو حنيفة ، وداود بن أبى هِند : إن وصّى بالحجّ فمن ثلثه . وإلا فليس على ورثته شىء ، فعلى قولهم إن لم يف الثلث بما وصّى به ، وإلا لم يزد على الثلث ، لأن الحجّ عبادة ، فلا تلزم الوارث ، كالصلاة .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ أَ كُنْتَ تَقْضِيهِ ؟ » قال : نعم . قال : « فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى » والدين من رأس المال ، فما هو أحقُّ منه أولى ، ولأنه واجب ، فكان من رأس المال ، كدين الآدمىّ ، وإن كان تطوّعاً أخذ الثلث لاغيرُ ، إذا لم يُجزِ الورثة ، ويُحجّ به على ما ذكرنا فيما مضى .

٤٦٩٨ (فصل)

وإذا أوصى بحجّ واجب ، أو غيره من الواجبات ، كقضاء دين ، وزكاة ، وإخراج كفارة لم يخلُ من أربعة أحوال :

(أحدها) أن يوصِيَ بذلك من صُلب ماله ، فهذا تأكيد لما وجب بالشرع ، وَيُحَجّ عنه من بلده ، وإن لم يف مالُه بذلك أُخِذَ مالُه كلّه ، يدفع في الواجب ، كما لم يوصِ .

(الثاني) أن يوصِيَ بأداء الواجب من ثلث ماله ، فيصحّ أيضاً . فإن لم تكن له وصيّة غيرُ هذه لم تفِد شيئاً ، ويؤدّى من المال كلّه ، كما لم يُوصِ ، وإن كان قد أوصى بتبرّع لجهةٍ أخرى قدّم الواجب ، وإن فَضَل من الثلث فهو للتبرّع ، وإن لم يفضُل شيء سقطت ، وإن لم يفِ الثلث بالواجب أُتِمّ من رأس المال ، هكذا ذكر القاضي ، وقال أبو الخطّاب : يُزاحِم بالواجب أصحابَ الوصايا ، فيحتملُ أنه أراد مثل ما ذكر القاضي ، ويحتمل أنه أراد أنّ الثلث يقسّم بين الوصايا كلها: الواجب ، والتّبرع بالحصص ، فما حصل للواجب أُتِمّ من رأس المال ، فيدخله الدور ، وتَعمل بالجبر ، فتقول في رجل أوصى بِحَجّةٍ واجبةٍ كفايتُها عشرةٌ من ثلثه ، ووصّى بصدقةِ تطوّع عشرة ، ومات ، فلم يخلّف إلا ثلاثين ، فاعزل تَتِمّةَ الواجب من المال ،وهي شيء مجهول، وخذ ثلث الباقي عشرة، إلا ثلثَ شيء، واقسمه بين الوصيَّين ،لكلّ واحد خمسةٌ إلا سدُس شيء ، اضمُمْ الشيءَ الذي عزلته إلى ماحصل للحَجّة ، فصار شيئاً وخمسةً إلا سُدُسَ شيء ، يَعدِل عشرةً ، وخذ من الشيء سدُسه ، فاجْبُر به بعض الخمسة ، يبقى خمسة أسداس شيء ، يعدل خمسةً ، فالشيء إذاً ستّة ، ومتى أخذت ستةً من ثلاثين بقي أربعة وعشرون ، ثلثها ثمانيـة ، لصاحب الصدقة نصفها أربعة ، وللواجب أربعة مع الستة صار الجميع عشرة ، فإن كان عليه أيضاً دين خمسة عزلت تَتِمّة الحجّ شيئاً ، وتتِمّة الدين نصف شيء بقي ثلث المال عشرة إلا نصف شيء ، واقسمه بين الوصايا فيحصُل للحج أربعة إلا خُمس شيء ، اضمُمْ إليها تَتِمّته يصر شيئاً ، وأربعةً إلا خُمس شيء، يعدل عشرةً ، وبعد الجبر يصير أربعةَ أخماس شيء ، تعدل ستّةً ، فردَّ على الستّة رُبْعَها تصر سبعةً ونصفاً ، يعدل شيئاً . فالشيء سبعة ونصف ، ونصف الشيء ثلاثة ونصف وربع ، وبقية المال ثمانية عشر ، وثلاثة أرباع ، ثلثها ستة وربع ، للدّين خُمسها واحد وربع ، إذا ضَمَمْتَ إليه تَتِمته كَمُلَ خمسةً ، وللحَجّ اثنان ونصف ، تكمّل به تَتِمّته ، وللصدقة اثنان ونصف .

وفي عملها طريق آخر ، هو أن يُقْسَم الثلثُ بكماله بين الوصايا بالقسط ، ثم مابقي من الواجب أخذه من الورثة ، وصاحب التبرّع بالقسط ، ففي المسألة الأولى يحصُل للواجب خمسةٌ : يبقى له خمسة ، يأخذ من صاحب التبرع ديناراً ، ومن الورثة أربعةً ، وفي المسألة الثانية حصل للحجّ أربعة ، و بقي له ستة ، وحصل للدين ديناران ، وبقي له ثلاثة ، فيأخذان مابقي لهما من الورثة ، ثلاثة ، ومن صاحب التبرّع ثلاثة ، فيأخذ صاحبُ الحُجّة من الورثة أربعةً ، ومن صاحب التبرّع دينارين ، ويأخذ صاحب الدين دينارين من الورثة. وديناراً من صاحب التبرع .

(الثالث) أن يوصِيَ بالواجب ويطلق ، فهو من رأس المال ، فيُبدأ بإخراجه قبل التبرعات،والميراث. فإن كان ثَمّ وصيَّة تبرع فلصاحبها ثلث الباقي . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي . وذهب بعضهم إلى أنّ الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله ، لأنه إنما يملك الوصية بالثلث .

ولنا : أن الحج كان واجباً من رأس المال . وليس في وصيته مايقتضي تغييره . فيبقى على ما كان عليه. كما لم يوصِ به . وقولهم : لا تملك الوصية إلا بالثلث . قلنا : في التبرع : فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث . ولا تتقيَّد به .

(القسم الرابع) أن يوصِيَ بالواجب . وَيَقْرِنَ الوصية بالتبرع . مثل أن يقول : حُجُّوا عني وأدُّوا دَيْنِي . وتصدَّقوا عنِّي . ففيه وجهان .

أصحّهما : أن الواجب من رأس المال ، لأن الاقتران في اللفظ لا يدلّ على الاقتران في الحكم ، ولا في كيفيته ، ولذلك قال الله تعالى « كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ » والأكلُ غيرُ واجب ، والإيتاء واجب ، ولأنه ههنا قد عطف غير الواجب عليه ، فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواؤهما في محلّ الإخراج .

والثاني : أنه من الثلث ، لأنه قرن به ما مَخْرَجُه من الثلث .

٤٦٩٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن قال حَجَّة بخمسمائة ، فما فضل فهو لمن يحج ﴾

وجملته أنه إذا أوصى أن يُحَجّ عنه بقدر من المال حَجَّةً واحدة ، وكان فيه فضل عن قدر ما يُحَجّ به ، فهو لمن يَحُجّ ، لأنه قصد إرفاقه بذلك ، فكأنه صرّح ، فإن قال : حُجُّوا عنِّي حَجَّةً واحدةً بخمسمائة ، وما فضل منها فهو لمن يَحُجّ ، ثمّ إن عيَّن من يَحُجّ عنه فقال : يَحُجّ عنِّي فلان بخمسمائة صرف ذلك إليه ، وإن لم يعيِّن أحداً فالوصيّ صرفها إلى من شاء ، لأنه فوّض إليه الاجتهاد ، إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث ، إذا كان فيها فضل ، إلا بإذن الورثة ، وإن لم يكن فيها فضل جاز ، لأنَّها لا محاباة فيها ، ثم يُنظر ، فإن كان الحجّ الموصَى به تطوُّعاً فجميع القدر الموصَى به من الثلث ، وإن كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل مُعتبر من الثلث ، وإن لم يفِ الموصَى به بالحجّ الواجب أُتِمّ من رأس المال ، وإن كان تطوُّعًا فإنه يُحَجّ به من حيث يبلغ ، على ما مضى .

٤٧٠٠ (فصل)

وإن عيَّن رجلا أن يَحُجّ ، فأبى أن يَحُجّ بطل التعيين ، ويَحُجُّ عنه بأقلّ ما يمكن إنسانٌ ثقةٌ سواه، ويُصرف الباقي إلى الورثة ، ولو قال المعيَّن : اصرفوا الحَجَّةَ إلى من يَحُجّ ، وادفَعُوا الفضْلَ إليّ ،

لأنه موصىً به لى لم يُصرف إليــه شيء ، لأنه إنما أوصى بالزيادة بشرط أن يَحُجَّ ، فإذا لم يفعــل لم يوجد الشرط ، ولم يَستحِقّ شيئاً .

٤٧٠١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإن قال : حُجُّوا عنِّى حَجَّةً فما فضل ردّ إلى الورثة ﴾

أما إذا أوصى بحَجَّةٍ ولم يذكر قدراً من المــال ، فإنه لا يُدفع إلى من يَحُجُّ إلا قدر نفقة المثل ، لمــا ذكرناه ، وإن فضل فضل عن ذلك فهو للورثة ، وهذا ينبنى على أن الحجّ لا يجوز الاستئجار عليه ، إنما ينوب عنه فيه نائب ، فما يُنفق عليه فيما يحتاج إليه فهو من مال الموصِى ، وما بقى ردّه على ورثتــه ، وإن تلف المــال فى الطريق فهو من مال الموصِى ، وليس على النائب إتمام المضىّ إلى الحجّ عنــه ، وعلى الرواية الأخرى يجوز الاستئجار عليه ، فلا يَستأجر إلا ثقةً بأقلِّ ما يمكن ، وما فضل فهو لمن يَحُجُّ ، لأنه ملك ما أُعْطِىَ بعد الإجارة ، وإن تلف المــال فى الطريق بعد قبض الأجير له ، فهو من ماله ، ويلزمه إتمــام الحجّ ، وإن قال : حُجُّوا عنّى ، ولم يقلْ حَجَّةً واحدةً لم يُحَجَّ عنه إلا حَجّــةٌ واحدةٌ ، لأنه أقلُّ ما يقع عليه الاسم ، فإن عيَّن مع هذا من يَحُجُّ عنه فقال : يَحُجّ عنِّى فلان ، فإنه يُدفع إليه قدر نفقتــه من بلده ، إذا خرج من الثلث ، فإن أبى الحجّ إلا بزيادة تُصرف إليه ، فينبغى أن يُصرف إليه أقلُّ قدر ممكن أن يَحُجَّ به غيرُه ، وإن أبى الحجّ ، وكان واجباً استُنيب غيره بأقلِّ ما يمكن استنابته به ، وإن كان تطوُّعاً احتَمل بطلان الوصيَّة ، لأنه عيَّن لها جهةً ، فإذا لم تقبلها بطلت الوصيّــة ، كما لو قال : بيعوا عبدى لفلان بمائة ، فأبى شراءه ، ويَحْتمــل أن لا تبطلَ ، ويُستناب غيره ، لأنه قصــد القُربةَ ، والتعيين ، فإذا بطل التعيين لم تبطل القربة ، كما لو قال : بيعُوا عبدى لفلان ، وتصدّقوا بثمنه ، فلم يَقبل فلان ، فإنه يُباع لغيره ، ويتصدّق به .

٤٧٠٢ (فصــــل)

وإذا أوصى لرجل أن يخرج عنه حَجّــةً لم يكن للوصىّ الحجّ بنفسه ، نصّ عليه أحمــد ، كما لو قال : تصدّق علىّ ، لم يجز أن يتصدّق على نفســه ، وإن قال : حُجَّ عنِّى بما شــئت صحّ ، وله ما شاء ، إلا أن لا يُجيز الورثة ، فله الثلث .

٤٧٠٣ (فصــــل)

إذا أوصى أن يَحُجّ عنــه زيد بمائة ، ولعمــرو بتمام الثلث ، ولســعد بثلث ماله ، فأجاز الورثة أمضيتْ على ما قال الموصِى ، وإن لم يفضُل عن المــائة شيء ، فلا شيء لعمرو ، لأنه إنما أوصى له بالفضل ، ولا فضل ، وإن ردّ الورثةُ قسّم الثلث بينهم نصفين ، لسعد السدس ، ولزيد مائة ، وما

فضل من الثلث فلعمرو ، فإن لم يفضل شيء فلا شيء لعمرو ، ولأنه أوصى له بالزيادة ، ولا زيادة، ولا تمنع المزاحمة به ، ولا يُعطى شيئاً ، كولد الأب مع الأخ من الأبوين في مزاحمة الجدّ ، ويحتمل أنه متى كان في الثلث فضلٌ عن المائة أن يُرَدّ كلّ واحد منهم إلى نصف وصيّته ، لأن زيداً إنّما استحقّ المائة بالإجازة ، فمع الردّ يجب أن يدخل عليه من النقص بقدر وصيّته ، كسائر الوصايا ، وقد ذكرنا نظير هذه المسألة فيما تقدّم ، فإن امتنع زيد من الحجّ وكانت الحجّة واجبةً استنيب ثقةٌ غيرُه في الحجّ بأقلّ ما يمكن ، وتمام المائة للورثة ، ولعمرٍو ما فضل ، فإن كانت الحجّة تطوّعاً ، ففي بطلان الوصيّة بهما وجهان ، ذكرناهما فيما مضى .

٤٧٠٤ (فصـــل)

وإن أوصى لزيد بعبد بعينه ، ولعمرو ببقيّة الثلث قوّم العبـد يوم موت الموصِي ، لأنه حالُ نفوذ الوصيّة ، ودُفع إلى زيد ، ودُفع بقيّة الثلث إلى عمرو فإن لم يبق من الثلث شيء بطلت وصية عمرو ، وإن مات العبد بعد موت الموصى أورَدّ زيد وصيّته بطلت ، ولم تبطُل وصيةُ عمرو وهكذا إن مات زيد قبل موت الموصِي ، أو بعده ، وإن مات العبد قبل موت الموصِي قوّمنا التركة حالَ موت الموصِي بدون العبد ، ثم يقوّم العبدُ ، لو كان حيّاً فان بقي من الثلث بعد قيمته شيء فهو لعمرٍو ، وإلا بطلت وصيّته ، ولو قال لأحد عبديه : أنت مدبّر ، ثمّ قال لآخر : أنت مدبّر في زيادة الثلث عن قيمة الأول ، ثمّ بطل تدبير الأول لرجوعه فيه ، أو خروجه مستَحقًّا ، أو غير ذلك ، فهي كالتي قبلهـا على ماذكرناه .

٤٧٠٥ ﴿ مســألة ﴾

قال (ومن أوصى بثلث ماله لرجل فقتل عمداً أو خطأً وأخذت الدية فلمن أُوصِي له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين ، والأخرى ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله ، أو جزء منه مُشاعٍ ، فقتل الموصِي وأخذت ديتُه ، هل للوصىّ منها شيء أولا ؟ فنقل مهنا عن أحمد : أنه يستحقُّ منها ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه في دية الخطأ وهو قول الحسن ، ومالك ، ونقل ابن منصور عن أحمد : لاتدخل الدية في وصيّته ، وروى ذلك عن مكحول ، وشريك ، وأبي ثور ، وداود ، وهو قول إسحاق ، وقال مالك في دية العمد : لأن الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصِي ، بدليل أن سببها الموت ، فلا يجوز وجوبها قبله ، لأن الحكم لايتقدّم سببه ، ولايجوز أن تجب للميّت بعد موته ، لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له ، فكيف يتجدّد له ملك ؟ فلا يدخل في الوصيّة ، لأن الميّت إنما يوصى بجزء من ماله ، لابمال ورثته ، ووجه الرواية الأولى أن الدية تجب للميّت ، لأنها بدل نفسه ، ونفسُه له ، فكذلك بدلها ، ولأن بدل أطرافه في حال حياته له ، فكذلك بدلها بعد موته ، ولهذا تُقضى منها ديونه ، ويجهّز منها ، إن كان قبل تجهيزه ، وإنما يزول من أملاكه

مااستغنى عنه، فأمّا ماتعلّقت به حاجته ،فلا ، ولأنه يجوز أن يتجدّد له ملك بعد الموت، كمن نصب شبكةً فسقط فيها صيدٌ بعد موته ، فأنّه يملك بحيث تُقضى ديونه منه ، ويجهّز ، فكذلك ديته ، لأن تنفيذ وصيّته من حاجته ، فأشبهت قضاء دينه .

٤٧٠٦ (فصــل)

فإن كانت الوصيّة بمعيّن فعلى الرواية الأولى يُعتبر خروجه من ثلث ماله ، وديته ، وعلى الأخرى يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديته ، لأنّها له ليست من ماله

٤٧٠٧ (فصـــل)

وإن أوصى ثمّ استفاد مالاً قبل الموت ، فأكثر أهل العلم يقولون : إن الوصيّة تُعتبر من جميع مايخلفه من التّلاد[1] والمستفاد ، ويُعتبر ثلث الجميع ، هذا قول النخَعِيّ ، والأوزاعيّ ومالك ، والشافعيّ ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأى ، وسواء علم أو لم يعلم ، وحُكى عن أبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، ومالك : لا يدخُل فى وصيّته إلا ما علم ، إلا المدبّر ، فإنه يدخل فى كلّ شىء .

ولنـا : أنه من ماله ، فدخل فى وصيّته ، كالمعلوم .

٤٧٠٨ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا وَصَّى إلى رجل ، ثم أوصى بعده إلى آخر ، فهما وصيّان إلا أن يقــول : قد أخرجت الأول ﴾

معنى أوصى إلى رجل أى جعل له التصرُّف بعد موته فيما كان له التصرُّف فيه ، من قضاء ديونه ، واقتضائها ، وردّ الودائع ، واستردادها ، وتفريق وصيّته ، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم ، من الصبيان ، والمجانين ، ومن لم يُؤْنَسْ رُشدُه ، والنظر لهم فى أموالهم ، بحفظها ، والتصرُّف فيها ، بما لهم الحظُّ فيه ، فأمّا مَنْ لا ولاية له عليهم ، كالعقلاء الراشدين ، وغير أولاده من الإخوة ، والأعمام ، وسائر من عدا الأولاد ، فلا تصحُّ الوصيَّة عليهم ، لأنه لا ولاية للموصَى عليهم فى الحياة ، فلا يكون ذلك لنائبه بعد المات ، ولا نعلم فى هـذا كلّه خلافاً وبه يقول مالك ، وَأبو حنيفة ، والشافعىّ ، إلا أن أبا حنيفة ، وَالشافعىّ قالا : للجدّ ولايةٌ على ابن ابنه ، وإن سَفَل ، لأن له ولادةً وتَعْصِيباً ، فأشبه الأب ، ولأصحاب الشافعىّ فى الأمّ عند عدم الأب ، وَالجدّ وجهان . أحدهما : أن لها وَلايةً لأنها أحد الأبوين ، فأشبهت الأب .

---

(١) التلاد : المال القديم ، والمستفاد الحديث

ولنا : أن الجدّ يُدلى بواسطة ، فأشبه الأخ ، والعمّ ، وفارق الأب ، فإنه يُدلى بنفسه ، ويُحجب الجدّ ويخالفه فى ميراثه ، وحَجْبه ، فلا يصحّ إلحاقه به ، ولا قياسه عليه ، وأما المرأة فلا تلى ، لأنها قاصرة ، لا تلى النكاح بحال ، فلا تلى مالَ غيرها ، كالعبد ، ولأنها لا تلى بولاية القضاء ، فكذلك بالنسب .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا أوصى إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر فهما وصيّان ، إلا أن يقول : قد أخرجتُ الأول ، أو قد عزلته ، لما ذكرنا فيما إذا أوصى بجارية لبشرٍ ، ثم أوصى بها لبَكرٍ ، ولأنّه قد وجدت الوصيّة إليهما من غير عَزْلِ واحدٍ منهما ، فكانا وصيّين ، كما أوصى إليهما دفعةً واحدة ، فأمّا إن أخرج الأول انعزل ، وكان الثانى هو الوصىّ ، كما لو عزله بعد الوصيّة إلى الثانى .

٤٧٠٩ (فصل)

ويجوز أن يُوصِىَ إلى رجل بشىء دون شىء ، مثل أن يوصِىَ إلى إنسان بتفريق وصيّته ، دون غيرها ، أو بقضاء ديونه ، أو بالنظر فى أمر أطفاله حسبُ ، فلا يكون له غيرُ ما جُعِلَ إليه ، ويجوز أن يُوصِىَ إلى إنسان بتفريق وصيّته ، وإلى آخر بقضاء ديونه ، وإلى آخر بالنظر فى أمر أطفاله ، فيكون لكلّ واحد منهم ما جُعِل إليه دون غيره . ومتى أوصى إليه بشىء لم يصر وصيًّا فى غيره . وبهذا قال الشافعىّ . وَقال أبو حنيفة : يصير وَصيًّا فى كلّ ما يملكه الوصىّ . لأن هذه ولايةٌ تنتقل من الأب بموته . فلا تَتَبَعّض . كولاية الجدّ .

ولنا : أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمىّ . فكان مقصوراً على ما أذن فيه . كالوكيل . وولاية الجدّ ممنوعة . ثم تلك ولاية استفادها بقرابته . وهى لا تَتَبَعّض . وَالإذن يتبعّض فافترقا .

٤٧١٠ (فصل)

ويجوز أن يُوصِىَ إلى رجلين معاً فى شىء واحد . وَيَجْعَل لكلّ واحد منهما التصرّف منفرداً . فيقول : أوصيتُ إلى كلّ واحد منكما أن ينفرد بالتصرّف . لأنه جعل كلّ واحد منهما وصيًّا منفرداً ، وهذا يقتضى تصرّفه على الانفراد . وله أن يُوصِىَ إليهما ليتصرّفا مجتمعين ، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرّف ، ولأنه لم يجعل ذلك إليه ، وَلم يرض بنظره وَحده ، وَهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافاً ، وَإن أطلق فقال : أوصيتُ إليكما فى كذا ، فليس لأحدهما الانفراد بالتصرّف . وَبه قال

مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو يوسف : له ذلك ، لأن الوصيّة والولاية ، لا تتبعّض ، فملك كلّ واحد منهما الانفراد بها كالأخوين فى تزويج أختهما .

وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يُستحسن على خلاف القياس ، فيبيح أن ينفرد كلّ واحد منهما بسبعة أشياء : كفن الميت ، وقضاء دينه ، وإنفاذ وصيّته ، وردّ الوديعة بعينها ، وشراء ما لا بدّ للصغير منه ، من الكسوة ، والطعام ، وقبول الهبة له ، والخصومة عن الميّت فيما يُدّعى له ، أو عليه ، لأن هذه يشقّ الاجتماع عليها ، ويضرّ تأخيرها فجاز الانفراد بها .

ولنا : أنه شرّك بينهما فى النظر ، فلم يكن لأحدهما الانفراد ، كالوكيلين ، وما قاله أبو يوسف نقول به ، فإنّه جعل الولاية إليهما باجتماعهما ، فليست متبعّضة ، كما لو وكّل وكيلين ، أو صرّح للوصيّين بأن لا يتصرّفا إلا مجتمعين ، ثم يبطلُ ما قاله بهاتين الصورتين ، ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضاً ، وإذا تعذّر اجتماعهما أقام الحاكم أميناً مقام الغائب .

٤٧١١ (فصل فيمن تصحّ الوصيّة إليه ، ومن لا تصحّ)

تصحّ الوصيّة إلى الرجل العاقل ، المسلم الحرّ ، العدل ، إجماعاً ، ولا تصحّ إلى مجنون ، ولا طفل ، ولا وصيّة مُسلم إلى كافر ، بغير خلاف نعلمه . لأن المجنون ، والطفل ليسا من أهل التصرف فى أموالهما ، فلا يليان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، وتصحّ الوصيّة إلى المرأة فى قول أكثر أهل العلم ، ورُوى ذلك عن شُرَيح ، وبه قال مالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، والحسن بن صالح ، وإسحاق ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولم يُجزه ، لأنها لا تكون قاضيةً ، فلا تكون وصيّةً ، كالمجنون .

ولنا : ما رُوى أن عمر رضى الله عنه أوصى إلى حَفْصَةَ ، ولأنّها من أهل الشهادة ، فأشبهت الرجلَ ، وتُخالف القضاء . فإنه يُعتبر له الكمال فى الخِلْقةِ ، والاجتهاد ، بخلاف الوصيّة ، وتصحّ الوصيّة إلى الأعمى ؛ وقال أصحاب الشافعىّ : فيه وجه : أنهّ لا تصحّ الوصيّة إليه . بناء منهم على أنه لا يصحّ بيعه ، ولا شراؤه . فلا يوجد فيه معنى الولاية ، وهذا لا يُسَلّم لهم ، مع أنه يمكنه التوكيل فى ذلك ، وهو من أهلِ الشهادة ، والولاية فى النكاح ، والولاية على أولاده الصغار . فصحّت الوصيّة إليه كالبصير ، وأمّا الصبى العاقل . فلا أعلم فيه نصًّا عن أحمد . فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه . لأنه ليس من أهل الشهادة، والإقرار . ولا يصحّ تصرّفه إلا بإذن ، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ، ولأنه مُوَلّى عليه . فلا يكون والياً ، كالطفل ، والمجنون . وهذا مذهب الشافعىّ ، وهو الصحيح إن شاء الله ، وقال القاضى : قياسُ المذهب صحّة الوصيّة إليه . لأن أحمد قد نصّ على صحّة وكالته .

وعلى هذا : يُعتبر أن يكون قد جاوز العشر ، وأما الكافر فلا تصح وصيّة مُسلم إليه . لأنه لا يلى

على مسلم ، ولأنه ليس من أهل الشهادة ، ولا العدالة ، فلم تصحّ الوصيّة إليه ، كالمجنون ، والفاسق . وأما وصيّة الكافر إليه . فإن لم يكن عدلاً فى دينه لم تصحّ الوصيّة إليه . لأن عدم العدالة فى المسلم يمنع صحّة الوصيّة إليه ، فمع الكفر أولى ، وإن كان عدلا فى دينه ففيه وجهان :

أحدهما : تصحّ الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأى . لأنه يلى بالنسب ، فيلى الوصيّة كالمسلم .

والثانى : لا تصحّ ، وهو قول أبى ثور ، لأنه فاسق ، فلم تصحّ الوصيّة إليه ، كفاسق المسلمين ، ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين ، وأما وصيّة الكافر إلى المسلم فتصحّ ، إلا أن تكون تركته خمراً ، أو خنزيراً ، وأما العبد : فقال أبو عبد الله بن حامد : تصحّ الوصيّة إليه ، سواء كان عبد نفسه ، أو عبد غيره ، وبه قال مالك ، وقال النخَعِىّ ، والأوزاعىّ ، وابن شُبْرُمَةَ : تصحّ الوصيّة إلى عبد نفسه . ولا تصح إلى عبد غيره ، وقال أبو حنيفة: تصحّ الى عبد نفسه إذا لم يكن فى ورثته رشيد . وقال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعىّ :لاتصحّ الوصيّة إلى عبد بحال ، لأنه لايكون وليًّا على ابنه بالنسب . فلا يجوز أن يلىَ الوصيّة ، كالمجنون .

ولنا : أنه يصحّ استنابته فى الحياة ، فصحّ أن يُوصَى إليه ، كالحرّ . وقياسهم يبطل بالمرأة ، والخلاف فى المكاتب ، والمدبّر ، والمعتَق بعضُه ، كالخلاف فى العبد القِنّ ، وقد نصّ الخِرقىّ على أن الوصيّة إلى أمّ ولده جائزة ، وقد نصّ عليه أحمد أيضاً ، لأنها تكون حُرّةً عند نفوذ الوصيّة من أصل المال ، وأما الفاسق : فقد رُوى عن أحمد ما يدلّ على أن الوصيّة إليه لا تصحّ ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، وعن أحمد ما يدلّ على صحّة الوصيّة إليه ، فإنه قال فى رواية ابن منصور : إذا كان متّهماً لم تخرُج من يده ، وقال الخِرقىّ : إذا كان الوصىّ خائناً ضُمّ إليه أمين . وهذا يدلّ على صحّة الوصيّة إليه ، ويضُمّ الحاكم إليه أميناً ، وقال أبو حنيفة : تصحّ الوصيّة إليه ، وينفُذ تصرّفه ، وعلى الحاكم عزله ، لأنه بالغ ، عاقل ، فصحّت الوصيّة إليه ، كالعدل ، ووجه الأولى أنه لا يجوز إفراده بالوصيّة ، فلم تجزالوصية إليه ، كالمجنون ، وعلى قوله أبى حنيفة ، لا يجوز إقراره على الوصيّة ، فأشبه ما ذكرناه .

٤٧١٢ (فصـــــل)

ويُعتبر وجود هذه الشروط فى الوصىّ حال العقد ، والموت ، فى أحد الوجهين . وفى الآخَر يُعتبر حالُ الموت حَسْبُ ، كالوصيّة له . وهو قول بعض أصحاب الشافعىّ .

ولنا : أنها شروط لعقد ، فتُعتبر حال وجوده ، كسائر العقود ، فأما الوصيّة له ، فهى صحيحة ، وإن كان وارثاً ، وإنّما يعتبر عدم الإرث ، وخروجها من الثلث للنفوذ ، واللزوم ، فاعتُبرت حالةَ اللزوم ، بخلاف مسألتنا . فإنها شروط لصحّة العقد ، فاعتُبرت حالةُ العقد . ولا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه

الثانى . لو كانت الشروط كلّها منتفية ، أو بعضُها حال العقد ، ثم وجـدت حالة الموت ، لصحّت الوصيّة إليه .

٤٧١٣ (فصــــل)

وإذا قال : أوصيتُ إلى زيد ، فإن مات فقد أوصيتُ إلى عمرو صحّ ذلك ، روايةً واحدةً . ويكون كلّ واحد منهما وصيّاً ، إلا أن عمراً وصىٌّ بعد زيد ، لأن النبيَّ صلّى الله عليه وسلّم قال فى جيش مُؤْتة « أَمِيرُكُم زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللهِ بْنُ رَوَاحَةَ » والوصيّة فى معنى التأمير . وإن قال : أوصيتُ إليك . فإذا كبر ابنى كان وَصِيّ صحّ . لذلك ، فإذا كبر ابنه صار وصيّه . وعلى هذا : لو قال : وصيّت لك ، فإن تاب ابنى عن فِسْقه ، أو قدم من غيبته ، أو صحّ من مَرَضه ، أو اشتغل بالعلم ، أو صالح أمّه ، أو رَشَد ، فهو وَصِيّ صَحّت الوصيّة إليه ، ويصيرُ وصيًّا عنـد وجود هذه الشروط .

٤٧١٤ ﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا كان الوصىّ خائناً جُعل معه أمين ﴾

ظاهر هذا صحّـة الوصيّة إلى الفاسق ، ويُضَمُّ إليه أمين . وكذلك إن كان عدلا ، فتغيّرت حاله إلى الخيانة ، لم يخرج منها ، ويُضَمُّ إليه أمين . ونقل ابنُ منصور عن أحمد نحوَ ذلك ، قال : إذا كان الوصىُّ متّهما لم يخرُج من يده . ونقل المروزىُّ ، عن أحمد فيمن أوصى إلى رجلين . ليس أحدها بموضع للوصيّة ، فقال للآخر : أعطنى : لا يُعطيه شيئاً ليس هذا بموضع للوصيّة ، فقيل له : أليس المريض قد رضى به ؟ فقال : وإن رضى به فظاهر هـذا إبطال الوصيّة إليه ، وحمل القاضى كلامَ الخِرَقى ، وكلام أحمد فى إبقائه فى الوصيّة على أن خيانته طرأت بعد الموت ، فأمّا إن كانت خيانته موجودةً حال الوصيّة إليه لم تصحّ . لأنه لا يجوز تولية الخائن على يَتيم فى حياته ، فكذلك بعد موته . ولأن الوصيّة ولاية ، وأمانة ، والفاسق ليس من أهلهما . فعلى هذا إذا كان الوصىّ فاسقاً فحكمه حكم من لا وصِىّ له ، وينظُر فى ماله الحاكم ، وإن طرأ فسقُه بعد الوصيّـة زالت ولايته ، وأقام الحاكمُ مقامه أميناً ، هذا اختيار القاضى ، وهو قول الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وعلى قول الخِرَقِىّ : لا تزول ولايته ، ويضَمُّ إليه أمين يَنْظُر معه . ورُوى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصىّ ، بإبقائه فى الوصيّـة ، فيكون جمعاً بين الحقّين ، وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعيّن إزالة يد الفاسق الخائن ، وقطع تصرُّفه . لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصِى الفاسد .

وأما التفريق بين الفسق الطارىء ، وبين المقارن فبعيد . فإن الشروط تُعتبر فى الدوام ، كاعتبارها

فى الابتداء ، سيماً إذا كانت لمعنىً يحتاج إليه فى الدوام ، ولو لم يكن بدّ من التفريق لكان اعتبار العدالة فى الدوام أولى ، من قِبَل أن الفِسْقَ إذا كان موجوداً حال الوصيّة فقد رضِىَ به الموصى مع علمه بحاله ، وأوصى إليه راضياً بتصرّفه مع فسقه ، فيشعرُ ذلك بأنه علِمَ أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه ، وخيانته فى ماله ، بخلاف ما إذا طرأ الفسق ، فإنه لم يرض به على تلك الحال ، والاعتبار برضاه ، ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد جاز له التصرف وحده ، ولو وصَّى إلى اثنين ، لم يجُز للواحد التصرّف .

٤٧١٥ (فصــــل)

وأما العدل الذى يعجز عن النظر لعلة ، أو ضعف ، فإن الوصيّة تصحّ إليه ، ويضمّ إليه الحاكم أميناً ، ولا يزيل يده عن المال ، ولا نظره ، لأن الضعيف أهل للولاية ، والأمانة ، فصحّت الوصيّة إليه ، وهكذا إن كان قويًّا ، فحدث فيه ضعف ، أو علّة ضَمّ الحاكم إليه يداً أخرى ، ويكون الأول هو الوصىّ ، دون الثانى، وهذا معاون ، لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصىّ ، وهذا قول الشافعىّ ، وأبى يوسف. ولا أعلم لهما مخالفاً .

٤٧١٦ (فصــــل)

وإذا تغيّرت حال الوصىّ ، بجنون ، أو كفر ، أو سفَه ، زالت ولايته ، وصار كأنه لم يوص إليه ، ويرجع الأمر إلى الحاكم ، فيقيم أميناً ناظراً للميّت فى أمره ، وأمر أولاده من بعده ، كما لو لم يخلّف وصيًّا ، وإن تغيَّرت حاله بعد الوصيَّة ، وقبل الموت ، ثم عاد ، فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصيّة صحّت الوصيّة إليه ، لأن الشروط موجودة حال العقد ، والموت ، فصحّت الوصيَّة ، كما لو لم تتغيَّر حاله . ويحتمل أن تبطل ، لأن كلّ حالة منها حالةٌ للقبول ، والردّ ، فاعتُبرت الشروط فيها ، فأمّا إن زالت بعد الموت ، وانعزل ، ثم عاد ، فكمَل الشروط ، لم تعُد وصيّته ، لأنها زالت ، فلا تعود إلا بعقد جديد .

٤٧١٧ (فصــــل)

ويصحّ قبول الوصيّة وردّها فى حياة الموصى ، لأنها إذنٌ فى التصرّف ، فصحّ قبوله بعد العقد ، كالوكيل ، بخلاف الوصيّة له ، فإنّها تمليك فى وقت ، فلم يصحّ القبول قبل الوقت ، ويجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت ، لأنها نوع وصيّة ، فصحّ قبولها بعد الموت ، كالوصيّة له ، ومتى قبل صار وصيًّا ، وله عزل نفسه متى شاء ، مع القدرة والعجز فى حياة الموصى ، وبعد موته بمشهدٍ منه ، وفى غيبته ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ، ولا يجوز فى حياته إلا بحضرته ، لأنه غرّه

بالتزام وصيته ، ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره . وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد روايةً عن أحمد : ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك .

ولنا أنه متصرّف بالإذن ، فكان له عزل نفسه ، كالوكيل .

٤٧١٨ (فصـــل)

ويجوز أن يجعل للوصىّ جُعلاً ، لأنها بمنزلة الوكالة ، والوكالة تجوز بجُعل ، فكذلك الوصيّة ، وقد نقل إسحاق بن إبراهيم فى الرجل يوصى إلى الرجل ، ويجعل له دراهم مسمّاةً : فلا بأس ، ومقاسمة الموصِى الموصَى له جائزة على الورثة ، لأنه نائب عنهم ، ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز ، لأنه ليس بنائب عنه .

٤٧١٩ (فصـــل)

وإذا أوصى إلى رجل ، وأذن له أن يوصىَ إلى من يشاء ، نحو أن يقول : أذنت لك أن تُوصِىَ إلى من شئت ، أو كلّ من أوصيتَ إليه ، فقد أوصيتُ إليه ، أو فهو وصىٌّ ، صحّ ، وله أن يوصىَ إلى من شاء ، لأنه رضى باجتهاده ، واجتهاد من يراه ، فصحّ ، كما لو وصّى إليهما معاً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحُكى عن الشافعىّ أنه قال فى أحـد القولين : ليس له أن يُوصِىَ لأنه يلى بتوليه . فلا يصحّ أن يُوصِىَ كالوكيل .

ولنـا : أنه مأذون له فى الإذن فى التصرّف ، فجاز له أن يأذن لغيره ، كالوكيل إذا أمر بالتوكيل ، والوكيل حُجَّة عليه من الوجه الذى ذكرناه . فأما إن أوصى إليه ، وأطلق ، ولم يأذن له فى الإيصاء ، ولا نهاه عنه ، ففيه روايتان :

إحداهما : له أن يُوصِىَ إلى غيره ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والثورىّ ، وأبى يوسف ، لأن الأب أقامه مُقام نفسه ، فكان له الوصيّة ، كالأب .

والثانية : ليس له ذلك ، وهو اختيار أبى بكر ، ومذهب الشافعىّ ، وإسحاق ، وهو الظاهر من مذهب الخرَقىّ ، لقوله ذلك فى الوكيل ، لأنه يتصرّف بتولية ، فلم يكن له التفويض ، كالوكيل ، ويخالف الأب ، لأنه يلى بغير تولية .

٤٧٢٠ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإن كانا وصيّين ، فمات أحدهما أقيم مُقام الميّت أمين ﴾

وجملة ذلك : أنه يجوز للرجل الوصيّة إلى اثنين ، فمتى أوصى إليهما مطلقاً لم يجُز لواحد منهما الانفراد بالتصرّف ، فإن مات أحدهما ، أو جُنّ ، أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً ، لأن الموصِى

لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده ، فإن أراد الحاكم ردَّ النظر إلى الباقي منهما ، لم يكن له ذلك . وذكر أصحاب الشافعيّ وجهاً في جوازه ، لأن النظر لو كان له لموت الموصِي عن غير وصيّة كان له ردّه إلى واحد ، كذلك ههنا ، فيكون ناظراً بالوصيّة من الموصِي ، والأمانة من جهة الحاكم .

ولنا : أن الموصِي لم يرض بتصرّف هذا وحده ، فوجب ضَمُّ غيره إليه ، لأن الوصيّة مقدّمة على نظر الحاكم ، واجتهاده ، وإن تغيرّت حالهما جميعاً بموت ، أو غيره ، فللحاكم أن ينصب مكانهما ، وهل له نصب واحد ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لأنه لما عدم الوصيّان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لا كتفى بواحد ، كذا ههنا ، ويُفارق ما إذا كان أحدهما حيًّا ، لأن الموصِي بيّن أنه لا يرضى بهذا وحده ، بخلاف ما إذا ماتا معاً .

والثاني : لا يجوز أن ينصب إلا اثنين ، لأن الموصِيَ لم يرض بواحد ، فلم يقتنع به ، كما لو كان أحدهما حيًّا ، فأمّا إن جعل لكلّ واحد منهما التصرّف منفردا ، فمات أحدهما أو خرج من الوصيّة لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقيَ منهما له النظر بالوصيّة ، فلاحاجةَ إلى غيره ، وإن ماتا معاً ، أوخرجا عن الوصيّة فللحاكم أن يقيم واحداً يتصرّف ، وإن تغيرّت حالُ أحد الوصيّين تغييراً لا يزُيله عن الوصيّة ، كالعجز عنها لضعف ، أو علّة ، ونحو ذلك ، وكانا ممّن لكلّ واحد منهما التصرّف منفردا ، فليس للحاكم أن يَضُمّ إليهما أميناً ، لأن الباقيَ منهما يكفي ، إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرّف وحده ، لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أميناً ، وإن كانا ممّن ليس لأحدهما التصرّف على الانفراد فعلى الحاكم أن يُقيم مقامَ من ضَعُف عنها أمينا ، يتصرّف معه ، على كلّ حال ، فيصيرون ثلاثةً : الوصيّان ، والأمين معهما ، لكلّ واحد منهم[1] التصرّف وحده .

٤٧٢١ (فصـــــل)

وإذا اختلف الوصيّان عند من يُجعل المال منهما؟ لم يجعل عند واحد منهما ، ولم يُقْسَم بينهما ، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً ، لأن الموصِي لم يأمن أحدهما على حفظه ، ولا التصرّف فيه ، وقال مالك : يُجعل عند أعدلهما ، وقال أصحاب الرأي : يُقَسَّم بينهما ، وهو المنصوص عن الشافعيّ ، إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده . بكلامه ، فقال بعضهم : إنما أراد : إذا كان كلُّ واحد منهما مُوصىً إليه على الانفراد ، وقال بعضهم : بل هو عامٌّ فيهما .

(١) صوابه وليس لكل واحد منهم .

ولنا أن حفظ المال من جملة الموصَى به ، فلم يجُز لأحدهما الانفراد به ، كالتصرّف ، ولأنه لوجاز لكلٍّ واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز له أن ينفرد بالتصرّف فى بعضه .

٤٧٢٢ (فصـــل)

لا بأس بالدخول فى الوصيّة ، فان الصحابة رضى الله عنهم كان بعضهم يُوصِى إلى بعض ، فيقبلون الوصيّة ، فرُوى عن أبى عُبَيْدَةَ أنّه لما عَبرَ الفرات أوصى إلى عمر ، وأوصى إلى الزبَيْرْ ستّةٌ من أصحاب رسولِ اللهِ صلّى الله عليه وسلم ، عثمان ، وابن مسعود ، والمقداد ، وعبد الرحمن بن عوف ، ومُطِيع بن الأسود ، وآخر ، ورُوى عن ابن عمر : أنه كان وصيًّا لرجل ، وفى وصيّة ابن مسعود : إنْ حَدَثَ بِي حَادِثُ الموْتِ مِنْ مَرَضِي هَذا أَنَّ مَرْجِعَ وَصِيَّتِي إِلَى اللهِ سُبْحَانَهُ ثُمَّ إِلَيَ الزُّبَيْرِ بْنِ العَوَّام ، وابْنِهِ عَبْدِ اللهِ . ولأنها وكالة ، وأمانة ، فأشبهت الوديعة ، والوكالة فى الحياة ، وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى ، لما فيها من الخطر ، وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط ، وترك الاحرام قبل الميقات أفضلَ تحرياً للسلامة ، واجتناباً للخطر ، وقد رُوى حديث يدلّ على ذلك ، وهو ما رُوى أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال لأبى ذرّ « إِنِّي أَرَاكَ ضَعِيفاً ، وإِنِي أُحِبُّ لكَ مَاأُحِبُّ لِنَفْسِي ، فلاَ تَأَمَّرَنَّ عَلَى اثنَيْنِ ، ولاَ تَوَلَّيَنَّ مَالَ يَتِيمٍ » أخرجه مسلم .

٤٧٢٣ (فصـــل)

فان مات رجل لا وصّى له ، ولا حاكم فى بلده ، فظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولّى أمره ، ويبيع مادعت الحاجة إلى بيعه ، فأنّ صالحاً نقل عنه فى رجل بأرض غُرْبةٍ لا قاضيَ بها ، مات ، وخلّف جواريَ ومالاً ، أترى لرجل من المسلمين بيعَ ذلك ؟ فقال : أما المنافع ، والحيوان ، فان اضطرُّوا إلى بيعه ، ولم يكن قاضٍ فلا بأس ، وأما الجوارى فأحَبُّ إليّ أن يتولّى بيعهنّ حاكم من الحكام ، وإنّما توقّف عن بيع الإماء على طريق الاختيار احتياطاً ، لأن بيعهنّ يتضمن إباحة فرج ، وأجاز بيع ذلك ، لأنه موضعُ ضرورة .

٤٧٢٤ (فصـــل)

وإذا أوصى اليه بتفريق مال لم يكن له أخذ شىء منه ، نصّ عليه أحمد ، فقال : إذا كان فى يده مال للمساكين ، وأبواب البرّ ، وهو يحتاج اليه ، فلا يأكلُ منه شيئاً ، إنمّا أمر بتنفيذه ، وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأى : إذا قال الموصِي : جعلتُ لك أن تضع ثلثى حيثُ شئتَ ، أو حيثُ رأيتَ فله أخذه لنفسه ، وولده ، ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا ، لأنه يتناوله لفظ الموصِي ، ويحتمل أن يُنظر إلى قرائن الأحوال ، فان دلّت على أنه أراد أخذه منه ، مثل أن يكون من جملة المستحقّين الذين

يُصرف إليهم ذلك ، أو عادتُه الأخذُ من مثله فله الأخذ منه ، وإلاّ فلا ، ويحتمل أن له إعطاء ولده ، وسائرِ أقاربه ، إذا كانوا مستحقّين دون نفسه ، لأنه مأمور بالتفريق ، وقد فرّق فيمن يستحقّ ، فأشبه ما لو دفع إلى أجنبيّ .

ولنا : أنه تمليكٌ مَلَكهُ بالإذن ، فلا يجوز أن يكون قابلاً ، كما لو وكّله فى بيع سِلعةٍ لم يجُز له بيعُها من نفسه .

٤٧٢٥ (فصـــــل)

وإن وصّى اليه بتفريق ثلثه ، فأبى الورثة إخراج ثلث ما فى أيديهم ، فمنه روايتان :

إحداهما : يُخرج الثلث كلّه ممّا فى يده ، نقلها أبو طالب ، لأن حقّ الموصَى له متعلّق بأجزاء التركة ، فجاز أن يدفع اليه ممّا فى يده ، كما يدفع إلى بعض الورثة .

والأخرى : يدفع اليه ثلث ما فى يده ، ولا يُعطيهم شيئاً ممّا فى يده ، حتى يخرجوا ثلث ما فى أيديهم ، نقلها أبو الحارث ، لأن صاحب الدين إذا كان للمدين فى يديه مالٌ لم يملك استيفاءه ممّا فى يديه ، كذلك ههنا ، ويمكن حملُ الروايتين على اختلاف حالين ، فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً ، فللموصى أن يُخرج الثلث كلّه ممّا فى يديه ، لأنه لا فائدة فى انتظار إخراجهم ممّا فى أيديهم ، مع اتحاد الجنس ، والرواية الثانية محمولةٌ على ما إذا كان المالُ أجناساً ، فإنّ الوصيّة تتعلّق بثلث كلّ جنس ، فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما فى أيديهم ممّا فى يده ، لأنه معاوضة لا تجوز إلا برضاهم ، والله أعلم .

٤٧٢٦ (فصـــــل)

إذا علم الوصىّ أن على الميّت ديناً إمّا بوصيّة الميّت ، أو غيرها ، فقال أحمد : لا يقضيه إلا ببيّنة ، قيل له : فان كان ابن الميّت يُصدّقه ؟ قال : يكون ذلك فى حِصّة من أقرّ بقدر حصّته ، وقال فيمن استودع رجلاً ألف درهم ، وقال : إن أنا مِتّ فادفعها إلى ابنى الكبير ، وله إبنان ، أو قال : ادفعها إلى أجنبىّ فقال : إن دفعها إلى أحد الابنين ضمن للآخر قدر حِصّته ، وإن دفعها إلى الآخر ضمن ، ولعلّ هذا من أحمد فيما إذا لم يصدّق الورثةُ الوصىّ ، ولم يقرّوا ، فلا يُقبل قوله عليهم ، وليس له الدفع بغير إذنهم ، لأن قوله أقرّ عندى ، وأذن لى إثبات ولايةٍ ، فلا يُقبل قوله فيه ، ولا شهادته ، لأنه يشهد لنفسه بالولاية ، وقد نقل أبو داود ، فى رجل أوصى أنّ لفلان علىّ كذا : ينبغى للوصىّ أن يُنفّذه ، ولا يَحِلّ له إن لم يُنفّذ ، فهذه المسألة محمولة على أن الورثة يُصدّقون الوصىّ ، أو المدّعِى ، أو له بيّنة بذلك جمعاً بين الروايتين ، وموافقةً للدليل ، قيل لأحمد : فان علم الموصَى اليه لرجل حقّاً على الميّت ، فجاء الغريمُ يُطالب الوصىّ ،

وقدمه إلى القاضى ليستحلفه أنّ مالى فى يديك حقّ . فقال : لا يحلف ، ويُعلم القاضى بالقضيّة ، فان أعطاه القاضى فهو أعلم ، فان ادّعى رجل على رجل ديناً على الميّت ، وأقام به بيّنة ، فهل يجوز للوصى قبولها ، وقضاء الدين بها ، من غير حضور حاكم ؟ فكلام أحمد يدلّ على روايتين :

إحداهما : قال : لايجوز الدفع إليه بدعواه ، إلا أن تقوم البيّنة ، فظاهر هذا أنّه جوز الدفع بالبيّنة من غير حكم حاكم ، لأن البيّنة له حجّة ، وقال فى موضع آخر : إلا أن يثبُت ببيّنة عند الحاكم بذلك ، فأمّا إن صدّقهم الورثة على ذلك قُبل ، لأنه إقرار منهم على أنفسهم .

٤٧٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أعتق فى مرضه ، أو بعد موته عبدين لا يملك غيرهما ، وقيمة أحدهما مائتان ، والآخر ثلاثمائة ، فلم يُجِز الورثة أقرِعَ بينهما ، فإن وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه ، وهو ثلث الجميع ، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه ، لأن جميع ملك الميّت خمسمائة درهم ، وهو قيمة العبدين ، فضرب فى ثلاثة ، فأخذ ثلثه خمسمائة ، فأمّا إن وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان ضربناه فى ثلاثة ، فصيَّرناه ستمائة ، فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل فى الآخر ، إذا وقعت عليه القرعة وكلّ شىء يأتى من هذا الباب فسبيله أن يضرب فى ثلاثة ، ليخرُج بلا كسر ﴾ .

هذه المسألة دالّة على أحكام أربعة : منها : أن حُكم العتق فى مرض الموت حكم الوصيّة لا يجوز منه إلا ثلث المال ، إلا أن يُجيزه الورثة ، وهذا قول جمهور الفقهاء ، وحُكى عن مسروق فيمن أعتق عبده فى مرض موته ، ولا مال له غيره ، أُجيزهُ برمّته ، شىء جعله لله لا أردُّه . وهذا قول شاذّ يُخالف الأثر ، والنظر ، فإنه قد صحّ عن عمران ابن حُصَيْن « أنَّ رَجُلاً مِنَ الْأَنْصَار أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبُد عِنْدَ مَوْتِه لمْ يَكُنْ لهُ مَالٌ غَيْرهُمْ ، فَدعَا بِهِم النبىُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ، فأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقّ أَرْبَعَةً ، وقالَ لهُ قَوْلاً شَدِيداً » رواه مسلم ، وأبو داود ، ولأنه تبرّع فى مرض موته ، فأشبه سائر العطايا ، والصدقات .

الثانى : أن العتق إذا كان فى أكثر من واحد فلم يحملهم الثلث ، كمّلنا الثُلثَ فى واحد بالقرعة ، وإن كانوا جماعةً كمّلنا العتق فى بعضهم بالقرعة ، بدليل حديث عِمرنَ ابن حُصَين المذكور .

الثالث : أنه إذا لم يخرج من الثلث إلا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصةً ، ورقّ باقيه ، على ما سنذكره فى العتق ، إن شاء الله تعالى .

الرابع : إثبات القرعة ، ومشروعيتها بدليل حديث عمران ، وفعل النبىّ صلى الله عليه وسلم فى الأعبُد الذين أقرع بينهم . فأما كيفيّة تكميل العتق ، فإنّ العبيد إن تساوت قيمتهم ، وكان لهم ثلث صحيح ،

كستة أعبد ، قيمة كلِّ اثنين منهم ثلث المال ، جعلنا كلّ اثنين منهم ثلثاً ، وأقرعنا بينهم بسهم حرّية ، وسهمى رِقّ ، كما فعل النبيّ صلى الله عليه وسلم ، فاللذان يقع لهما سهم الحرّية يَعتِقان ، ويرقّ الآخرون، وإن كان فيهم كسر ، كمسألة الخِرقيّ أقرعتَ بين العبدين ، فأيُّهما وقعت عليه قرعة الحرّية ضربت قيمتَه فى ثلاثة أسهم ، فما بلغ نَسَبْتَ إليه قيمةَ العبدين جميعاً ، فمهما خرج بالنسبة فهو القدر الذى يعتق منه ، ففى هذه المسألة إذا وقعت القرعة على الذى قيمته مائتان ضربتهما فى ثلاثة ، صارت ستمائة ، ونسبت منها قيمة العبدين معاً ، وهى خمسمائة ، تجدها خمسة أسداسها ، فيعتق منه خمسة أسداسه ، وإن وقعت على الآخر عتق خمسة أتساعه ، وتمام شرح ذلك يأتى فى باب العتق ، إن شاء الله تعالى .

٤٧٢٨ ﴿ مسألة ﴾

﴿ وإذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ، ولم يسمّ العبد كان له أحدهم بالقرعة ، إذا كان يخرج من الثلث وإلا ملك منه بقدر الثلث ﴾

وجملة ذلك : أن الوصيّة بغير معيَّن ، كعبد من عبيده ، وشاة من غنمه ، تصحّ ، وقد ذكرنا أن الوصيّة بالمجهول تصحّ فيما مضى ، وبه يقول مالك . والشافعىّ . وإسحاق واختلفت الرواية فيما يستحقّه الموصَى له ، فرُوى أنه يستحقّ أحدهم بالقرعة ، ويُشبه أن يكون قولَ إسحاق . ونقل ابن منصور : أنه يُعطَى أحسَنهم ، يعنى يعطيه الورثة ما أحبوُّا من العبيد ، وهو قول الشافعىّ ، وقال مالك قولاً يقتضى أنه إذا أوصى بعبد وله ثلاثة أعبد فله ثلثهم ، وإن كانوا أربعةً فله ربعهم ، فإنه قال : إذا أوصى بعَشْرٍ من إبله ، وهى مائة ، يعطَى عُشرها ، والنخلُ والرقيقُ والدوابّ على ذلك . والصحيح أنه يعطى عشرةً بالعدد ، لأنه الذى تناوله لفظه ، ولفظه هو المقتضى ، فلا يُعْدَل عنه ، ولكن يُعطَى واحداً بالقرعة ، لأنه يستحقّ واحداً غير مُعَيّن، فليس واحد بأولى من واحد، فوجب المصير إلى القرعة ، كما لو أعتق واحداً منهم ، وعلى مانقل ابن منصور ، يُعطيه الورثةُ من عبيده ماشاءوا من صحيح ، أو معيب جيّد ، أو ردىء ، لأنه يتناوله اسم العبد ، فأجزأ ، كما لو وصّى له بعبد ، ولم يُضفه إلى عَبيده .

وإن لم يكن له إلا عبد واحد تعيّنت الوصيّة فيه ، وكذلك إن كان له عبيد فماتوا كلّهم ، إلا واحداً، تعيّنت الوصيّة فيه ، لتعذّر تسليم الباقى ، وإن تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصِى ، أو قتلوا ، بطلت الوصيّة ، لأنها إنما تلزم بالموت ، ولا رقيق له حينئذٍ ، وإن تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت الوصيّة ، لأن التركة عند الورثة غيرُ مضمونة ، لأنّها حصلت فى أيديهم بغير فعلهم ، وإن قتلهم قاتلٌ فللموصَى له قيمةُ أحدهم ، مبنيًّا على الروايتين ، فيمن يستحقّه منهم فى الحياة ، ولو قال : أوصيتُ لك بعبد من عبيدى ، ولا عبيد له لم تصحّ الوصية ، لأنه أوصى له بلا شىء ، فهو كما لو قال : أوصيتُ لك بما فى

كيسى ، ولا شىء فيه ، أو بدارى ، ولا دار له ، فإن اشترى قبل موته عبيداً احتمل أن لاتصحّ الوصيَّة ، لأنها وقعت باطلةً فلم تصحّ كما لو قال : أوصيتُ لك بما فى كيسى ، ولا شىء فيه ، ثم جعل فى كيسه شيئاً ، ولأن الوصيَّة تقتضى عبداً من الموجودين له حال الوصيّة : ويحتمل أن تصحّ ، كما لو وصّى له بألف لا يملكه ، ثم ملكه ، أو وصّى له بثلث عبيده ، ثم ملك عبيداً آخرين .

وقد روى ابن منصور عن أحمد ، فى رجل قال فى مرضه : أعْطُوا فلاناً من كيسى مائةَ درهم ، فلم يوجد فى كيسه شىء : يُعطَى مائةَ درهم،فلم تبطُل الوصية ، لأنه قصد إعطاءه مائة درهم، وظنّها فى الكيس، فإذا لم تكن فى الكيس أعطى من غيره ، فكذلك يخرّج فى الوصّية بعبد من عبيده ، إذا لم يكن له عبيد . أن يُشترَى له من تركته عبد ، ويُعطَى إيّاه .

٤٧٢٩ (فصـــــل)

وإن وصّى لرجل بعبد صحّت الوصيّة ، ويشترَى له عبد ، أىّ عبد كان ، وإن كان له عبيد أعطاه الورثةُ ما شاءوا ، ولا قرعةَ ههنا ، لأنه لم يُضِفِ الرقيقَ إلى نفسه ، ولا جعله واحداً من عدد محصور ، فلم يستحقّ الموصَى له أكثر من أقلّ من يُسمَّى عبداً ، كما لو أقرّ له بعبد : قال القاضى : ولهم أن يعطوه ما شاءوا من ذكر أو أنثى ، والصحيح عندى أنه لا يستحقّ إلا ذكراً ، فإن الله تعالى فرق بين العبيد والإماء ، بقوله تعالى (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ[1]) والمعطوف يغاير المعطوف عليه ظاهراً ، ولأنه فى العُرف كذلك ، فإنه لا يُفهم من إطلاق اسم العبد إلا الذكر . ولو وكلّه فى شراء عبد لم يكن له شراء أمة ، فلا تنصرف وصيّته إلا إلى الذكر ، وإن وصّى له بأمةٍ ، أو جاريةٍ لم يكن له إلا أنثى ، وليس له أن يُعطيه خُنْثَى مُشْكلاً ، لأنه لا يُعلم كونهُ ذكراً ، أو أنثى ، وإن وصّى له بواحد من رقيقه ، أو برأس ممّا مَلكت يمينه دخل فى وصيّته الذكر والأنثى ، والخنثى .

٤٧٣٠ (فصـــــل)

وإن وصّى له بشاةٍ من غنمه ، فالحكم فيها كالحكم فى الوصيّة بعبد من عبيده ، ويقع هذا الاسم على الضأن والمعز . قال أصحابنا : ويتناول الصغيرة والكبيرة ، والذكر والأنثى ، لأن الشاة اسم يتناول جميع ذلك . بدليل قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « فِى أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ » يريد الذكور ، والإناث ، والصغار ، والكبار ، وعندى أنه لا يتناول إلا أنثى كبيرةً ، إلا أن يكون فى بلد عُرفهم يتناول ذلك ، فأمّا من لايتناول عرفهم إلا الإناث فإن وصيّته لاتتناول إلا مايُسمّى فى عرفهم ، لأن ظاهر حاله إرادة مايتعارفونه ،

(١) بعض الآية ٣٢ من سورة النور .

وإن وصّى بكبش لم يتناول إلا الذكر الكبير من الضأن ، والتيس لا يقع إلا على الذكر الكبير من المعز ، وإن وصَّى بعشرة من الغنم ، يتناول عشرةً من الذكور ، والإناث ، والصغار والكبار .

٤٧٣١ (فصـــل)

وإن وصّى بجمل لم يكن إلا ذكراً ، وإن وصَّى بناقة لم تكن إلا أنثى ، وإن قال عشرةً من إبلى وقع على الذكر ، والأنثى ، جميعاً ، ويحتملُ أنه إن قال عشرة بالهاء فهو للذكور ، وإن قال عشر فهو للإناث ، وكذلك فى الغنم ، لأن العدد فى العشرة إلى الثلاثة للمذكر بالهاء ، وللمؤنث بغيرها ، قال الله تعالى (سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ)[1] وإن قال : اعطوه بعيراً ففيه وجهان :

أحدها : هو للذكر وحده . لأنه فى العرف اسم له وحده .

والثانى : هو للذكر والأنثى ، لأنه فى لسان العرب يتناولها جميعاً ، تقول العرب : حلبت البعير ، تريد الناقة ، فالجمل فى لسانهم كالرجل من بنى آدم ، والناقة كالمرأة والبَكْرةُ كالفتاة ، وكذلك القَلُوص ، والبعير كالإنسان .

٤٧٣٢ (فصـــل)

وإن وصّى له بثور فهو ذكر ، وإن وصّى ببقرة فهى أنثى . وإن وصّى بدابةٍ فهى واحدة من الخيل ، والبغال ، والحمير ، يتناول الذكر والأنثى ، لأن الاسم فى العُرف يقع على جميع ذلك ، وإن قرن به ما يصرفه إلى أحدها ، مثل أن قال : دابّة يُقاتل عليها ، أو يُسهَم لها انصرف إلى الخيل ، وإن قال : دابّة ينتفع بظهرها ، ونسلها خرج منه البغال ، لأنه لا نسل لها ، وخرج منه الذكور كذلك ، وإن وصّى له بحمار فهو ذكر ، وإن وصَّى بأتانٍ فهى أنثى ، فإن وصّى بحصان فهو ذكر ، وإن وصى بفرس تناول الذكر والأنثى ، وفى جميع ذلك إذا كان له أعداد من جنس ما وصّى له به ، فعلى قول الخِرَقىّ يكون له ذلك بالقرعة ، وعلى رواية ابن منصور يُعطيه الورثةُ ما شاءوا ، ولا يستحقّ للدابّة سرجاً ، ولا للبعير رحلاً ، إلا أن يذكره فى الوصيّة .

٤٧٣٣ (فصـــل)

وإن أوصى بكلب يُباح اقتناؤه صحّت الوصيّة . لأن فيه نفعاً مباحاً وتقرّ اليد عليه ، والوصيّة تبرّع ، فتصحّ فى المال ، وفى غير المال من الحقوق ، ولأنه تصحّ هبته ، فتصحُّ الوصيّة به ، كالمال ، وإن كان مما لا يباح اقتناؤه لم تصحَّ الوصيّة به ، سواء قال : كلباً من كلابى ، أو قال : من مالى ، لأنه لا يصحُّ

---

(١) بعض الآية ٧ من سورة الحاقة وكانت فى الأصل محرفة هكذا (فسخرها عليهم) بزيادة الفاء قبل سخرها وقد أثبتناها صحيحة .

ابتياع الكلب ، لأنه لا قيمة له ، بخلاف الشاة ، فإن كان له كلب ، ولا مال له سواه ، فله ثلثه ، وإن كان له مال سواه فقد قيل : للموصى له جميعُ الكلب ، وإن قلّ المال ، لأن قليل المال خيرٌ من الكلب ، لكونه لا قيمةَ له ، وقيل : للموصى له به ثلثه ، وإن كثر المال ، لأن موضوع الوصيّة على أن يَسْلَمَ ثلثا التركة للورثة ، وليس فى التركة شىء من جنس الموصى به .

وإن وصّى لرجل بكلابه ، ولآخر بثلث ماله ، فللموصَى له بالثلث الثلث ، وللموصى له بالكلاب ثلثها ، وجهاً واحداً ، لأن ما حصل للورثة من ثلثى المال قد جازت الوصيّة فيما يقابله من حق الموصى له ، وهو الثلث ، فلا يحسب عليهم فى حقّ الكلاب ، ولو وصّى بثلث ماله ، ولم يوص بالكلاب دُفع إليه ثلث المال ، ولم يُحتسب بالكلاب على الورثة ، لأنها ليست بمال .

وإذا قسّمت الكلاب بين الوارث ، والموصى له ، أو بين اثنين مُوصًى لهما بها قسّمت على عددها ، لأنها لا قيمة لها ، فإن تشاحُّوا فى بعضها ، فينبغى أن يُقْرَع بينهم فيه ، وإن وصّى له بكلب ، وللموصى كلاب يُباح اتّخاذها ، ككلاب الصيد ، والماشية ، والحرث ، فله واحد منها بالقرعة ، أو ما أحبّ الورثةُ ، على الرواية الأخرى ، وإن كان له كلب يباح ، وكلب للهِرَاش ، فله الكلب المباح ، ومذهبُ الشافعىّ فى هذا الفصل كلّه كنحوٍ ممّا ذكرنا ، إلا أنه يجعل للموصى له بكلب ما أحبّ الورثةُ دفعه إليه ، ولا تصحّ الوصيّة بكلب الهرَاش ، ولا كلبٍ غير الكلاب الثلاثة ، وفى الوصيّة بالجِرْوْ الصغير وجهان ، بناء على جواز تربيته للصيد ، أو الماشية ، وقد سبق ذكر ذلك ، ولا تصحّ الوصيّة بخِنزير ، ولا بشىء من السباع التى لا تصلُح للاصطياد ، كالأسد ، والنمر ، والذئب ، لأنها لا منفعة فيها ، ولا تصحّ الوصيّة بشىء لا منفعة فيه من غيرها .

٤٧٣٤ (فصـــــل)

وإن وصّى له بطبل حرب صحّت الوصيّة به ، لأن فيه منفعةً مباحةً ، وإن كان بطبل لهوٍ لم تصحّ ، لعدم المنفعة المباحة به ، وإن كان مع ذلك إذا فصل صلح للحرب لم تصحّ الوصيّة به أيضاً ، لأن منفعته فى الحال معدومة ، فان كان يصلُح لهما جميعاً صحّت الوصيّة به ، لأن المنفعة قائمةٌ به ، وإن وصّى له بطبل ، وأطلق ، وله طبلان تصحّ الوصيّة بأحدهما دون الآخر انصرفت الوصيّة إلى ما تصحّ الوصيّة به ، وإن كان له طبول تصحّ الوصية بجميعها ، فله أخذها بالقرعة ، أو ما شاء الورثةُ على اختلاف الروايتين ، وإن وصّى بدُفٍّ[1] صحّت الوصيّة به ، لأن النبىّ صلّى اللهُ عليهِ وسلم قال « أَعْلِنُوا النِّكاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بالدُّفِّ »

(١) الدف : بضم الدال أفصح من كسرها ما يضرب به فى أفراح البدو وهو جلد رقيق مشدود محوط بدائرة من خشب أو نحوه ، ويسمى عندنا الآن (الطار) كالذى يضرب به فى الموالد

ولا تصحّ الوصيّة بمزمار ، ولا طُنبور ، ولا عود من عيدان اللهو ، لأنها محرّمة ، وسواء كانت فيه الأوتار ، أو لم تكن ، لأنه مهيّأ لفعل المعصية ، دون غيرها ، فأشبه ما لو كانت فيه الأوتار ،

٤٧٣٥ (فصـــل)

ولو أوصى له بقوس صحّت الوصيّة فانّ فيه منفعةً مباحةً ، سواء كان قوس نُشّاب[1] وهو الفارسيّ ، أو نَبْلٍ وهو العربيّ ، أوقوس بمجرى ، أو قوس زُنبور[2] ، أو جُوخٍ[3] ، أو نَدْفٍ[4] ، أو بُنْدُق ، فان لم يكن له إلا قوس واحد من هذه القِسيّ تعيّنت الوصيّة فيه ، وإن كانت له هـذه جميعها ، وكان في لفظه أو حاله قرينة تصرف إلى أحدها انصرف إليه ، مثل أن يقول : قوساً يُنْدَف به ، أو يَتَمَيَّشُ به ، أو ما أشبه ذلك ، فهذا يصرفه إلى قوس النَّدْف ، وإن قال : يغزو به خرج منه قوس الندف ، والبندق ، وإن كان الموصَى له نَدَّفاً لا عادة له بالرمى ، أو بُنْدُقَانيًّا لا عادة له بالرمى بشيء سواه ، أو يرمى بقوس غيره ، لا يرمى بسواه انصرفت الوصيَّة إلى القوس الذى يستعمله عادة ، لأن ظاهر حال الموصى أنه قصد نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به ، وإن انتفت القرائن ، فاختار أبو الخطّاب أن له واحداً من جميعها بالقرعة ، أو ما يختاره الورثةُ ، لأن اللفظ يتناول جميعها ، والصحيح أن وصيّته لاتتناول قوس النَّدْف ولاالبُنْدُق ولا العَرَبيَّة فى بلدٍ لاعادة لهم بالرمى بها ، وهذا مذهب الشافعيّ ، إلا أنه لا يذكر العربيَّة ، ويكون له واحدٌ مما عدا هذه ، لأن هذه لا يُطلق عليها اسم القوس فى العادة بين غير أهلها ، حتى يصفها ، فيقول قوس القطن ، أو الندف ، أو قوس البندق ، وأما العربيَّة ، فلا يتعارفها غيرُ طائفةٍ من العرب ، فلايَخْطِرُ ببال الموصى غالباً ، ويعطى القوسَ معمولةً بها ، لأنها لا تسمىّ قوساً إلا كذلك ، ولا يستحقّ وترَهَا ، لأن الاسم يقع عليها دونه ، وفيه وجه آخر : أنه يُعطاها بوترها ، لأنها لا ينتفع بها إلا به ، فكان كجزء من أجزائها .

٤٧٣٦ (فصـــل)

وإن وصّى له بعود ، وله عودُ لهوٍ ، وغيرُه ، لم تصحّ الوصيَّة ، لإن إطلاقها ينصرف إلى عود اللهو ، ولا تصح الوصيّة به ، لعدم النفع المباح فيه ، وإن لم يكن له إلا عيدانُ قِسيّ ، أو عودٌ يتبخّر به ، أو غيره من العيدان المباحة صحّت الوصيّة ، وانصرفت إليها ، لعدم غيرها ، وتعيُّنها مع إباحتها ، وإن وصّى له بجَرَّة فيها خمر ، صحّت الوصيَّة بالجرّة ، وبطلت فى الخمر ، لأن فى الجرة نفعاً مباحاً والخمر لا نفع فيه مباح ،

---

(١) النشاب : النبل . (٢) الزنبور نوع من الشجر .

(٣) الجوخ : جمع جوخة وهى الحفرة .

(٤) الندف : ضرب القطن بالمندف وهى الخشبة التى يطرق بها الوتر ليرق القطن . والبندق : قطع من الطين أو الحجارة مثل البندقه التى تؤكل فى الحجم .

فصحّت الوصيّة بما فيه المنفعة المباحة ، كما لو وصّى له بخمر ، وخلٍّ ، وإن وصّى له بخمر فى جَرَّةٍ لم تصحَّ ، لأن الذى أضاف الوصيّة إليه الخمر ولا تصحُّ الوصيّة به .

٤٧٣٧ ﴿ مسألة ﴾

﴿ قال : وإذا أوصى له بشىء بعينه ، فتلف بعد موت الموصِى لم يكن للموصَى له شىء ، وإن تلف المال كلّه إلا الموصَى به فهو للموصَى له ﴾

أجمع أهل العلم ممن علمنا قوله على أن الموصَى به إذا تلف قبل موت الموصِى أو بعده ، فلا شىء للموصَى له ، كذلك حكاه ابن المنذر ، فقال : أجمع من أحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا أوصِىَ له بشىء ، فهلك ذلك الشىء أنْ لا شىء له فى سائر مال الميت ، وذلك لأن الموصَى له إنما يستحقّ بالوصية لا غيرُ ، وقد تعلّقت بمعيّن وقد ذهب ، فذهب حقّه ، كما لو تلف فى يده ، والتركة فى يد الورثة غيرُ مضمونة عليهم ، لأنها حصلت فى أيديهم بغير فعلهم ، ولا تفريطهم ، فلم يضمنوا شيئاً ، وإن تلف المال كلّه سواه فهو للموصَى له ، لأن حقّ الورثة لم يتعلّق به ، لتعيينه للموصَى له ، وذلك يملك أخذه بغير رضاهم ، وإذنهم ، فكان حقّه فيه دون سائر المال ، وحقوقهم فى سائر المال دونه ، فأيّهما تلف حقّه لم يُشارك الآخر فى حقّه ، كما لو كان التلف بعد أن أخذه الموصَى له ، وقبضه ، وكالورثة إذا اقتسموا ، ثم تلف نصيب أحدهم ، قال أحمد فيمن خلّف مائتى دينار وعبداً قيمته مائة ، ووصّى لرجل بالعبد ، فسُرقت الدنانير بعد الموت فالعبد للموصىَ له .

٤٧٣٨ (فصـــل)

وإن وصّى له بمعيّن فاستحقّ بعضه ، أو هلك فله ما بقى منه ، إن حمله الثلث ، وإن وصى له بثلث عبد ، أو ثلث دار ، فاستُحق الثلثان منه ، فالثلث الباقى للموصَى له ، وهو قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، لأن الباقى كلّه موصًى به ، وقد خرج من الثلث ، فاستحقّه الموصَى له ، كما لو كان شيئاً معيّناً ، وإن وصّى له بثلاثة أعبدٍ فهلك عبدان ، أو استُحِقّا فليس له إلا ثلث الباقى ، وبه قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، لأنه لم يوصِ له من الباقى بأكثر من ثلاثة ، وقد شرك بينه وبين ورثته فى استحقاقه .

٤٧٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أوصِى له بشىء فلم يأخذه زماناً قوّم وقت الموت ، لا وقت الأخذ ﴾

وجملته أن الاعتبار فى قيمة الموصَى به وخروجها من الثلث ، أو عدم خروجها بحالة الموت ، لأنها حالُ لزوم الوصيّة ، فتعتُبر قيمةُ المال فيها ، وهو قول الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه خلافاً ، فيُنظر : فإن كان الموصَى به وقت الموت ثلثَ التركة ، أو دونه ، نفذَت الوصيّة ، واستحقّه الموصَى له

كلّه ، فإن زادت قيمتُه حتى صار مُعادلاً لسائر المال ، أو أكثر منه ، أو هلك المال كله سواه ، فهو الموصَى له ، لا شيء للورثة فيه ، فإن كان حين الموت زائداً عن الثلث ، فللموصَى له منه قدرُ ثلث المال ، فإن كان نصفَ المال فللموصى له ثلثاه ، وإن كان ثلثيه فللموصَى له نصفُه ، وإن كان نصف المال وبثلثه فللموصى له خمساه ، فإن نقص بعد ذلك ، أو زاد ، أو نقص سائرُ المال ، أو زاد ، فليس للموصَى له سوى ما كان له حين الموت ، فلو وصَّى بعبد قيمته مائة ، وله مائتان ، فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يُساوى مائتين فهو الموصَى له كلُّه ، وإن كانت قيمته حين الموت مائتين ، فللموصَى له ثلثاه ، لأنهما ثلث المال ، فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يُساوى مائةً لم يزد حقّ الموصى له عن ثلثه شيئاً ، إلا أن يُجيز الورثة ، وإن كانت قيمته أربعمائة فللموصَى له نصفه ، لا يزاد حقّه عن ذلك سواء نقص العبد أو زاد ، أو نقص المال ، أو زاد .

٥٧٤٠ (فصـــــــل)

والعطايا فى مرضه يُعتبر خروجها من الثلث حين الموت ، نقل صالح بن أحمد عن أبيه فيمن له ألف درهم ، وعبدٌ قيمته ألف ، فأعتق العبد فى مرض موته ، وأنفق الدراهم عتق من العبد ثلثه ، فاعتُبر ماله حين الموت من العبد ، لا فيما قبله ، فلما لم يكن له حين الموت إلا العبد لم يعتق منه إلا ثلثه ، ولو لم يتلف الألف لعتق منه ثلثاه ، ولو زاد ماله قبل موته حتّى بلغ ألفين ، لعتق العبد كلّه ، لخروجه من الثلث ، وإن كسب العبد شيئاً كان كسبه بينه ، وبين الورثة ، على قدر ما فيه من الحرّية ، والرقّ ، ويدخله الدَّوْرُ ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، وإن تلف من التركة شيء بفعلٍ مضمونٍ على الورثة حُسِبَ عليهم من التركة .

٤٧٤١ (فصـــــــل)

وإن وصَّى بمعيَّن حاضر ، وسائر ماله دين ، أو غائب ، فليس للوصى أخذ المعيّن قبل قدوم الغائب ، أو استيفاء الدين ، لأنه ربّما تلف ، فلا تنفذ الوصيّة فى المعيّن كله ، وظاهر كلام الخرَقىّ أن للوصِىّ ثلث المعيّن ، ذكره فى المدبّر ، وقيل : لا يدفع إليه شىء ، لأن الورثة شركاؤه فى التركة ، فلا يحصل له شىء ما لم يحصُل للورثة مثلُه ، ولم يحصل لهم شىء ، وهذا وجهٌ لأصحاب الشافعىّ ، والصحيح أنّ له الثلث ، لأن حقّه فيه مستقرّ ، فوجب تسليمه إليه ، لعدم الفائدة فى وقفه ، كما لو لم يخلف غير المعيّن ، ولأنه لو تلف سائر المال لوجب تسليم ثلث المعيّن إلى الوصىّ ، وليس تلف المال سبباً لاستحقاق الوصيّة ، وتسليمها ، ولا يمنع نفوذ الوصيّة فى الثلث المستقرّ ، وإن لم ينتفع الورثة بشىء ، كما لو أبرأ معسراً من دين عليه ، وقال مالك : يخيّر الورثةُ بين دفع العين الموصَى بها ، وبين جعل وصيّته بثلث المال ، لأن الموصِى كان

له أن يُوصِيَ بثلث ماله ، فعدل إلى المعيّن ، وليس له ذلك ، لأنه يؤدّى إلى أن يأخذ الموصَى له المعيّن ، فينفردَ بالتركة على تقدير تلف الباقى قبل وصوله إلى الورثة ، فيقال للورثة : إن رضيتم بذلك وإلا فعودوا إلى ما كان له أن يُوصِيَ به ، وهو الثلث .

ولنا : أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لأجنبيّ ، فوقع لازماً ، كما لو وصّى له بمُشاع ، وما قاله لا يصحّ ، لأن جعل حقّه فى قدر الثلث إشاعة ، وإبطال لما عينه . فلا يجوز إسقاط ما عيّنه الموصِى الموصى له . ونقل حقّه الى ما لم يوص به . كما لو وصّى له بمُشاعٍ لم يجز نقله الى معيّن . وكما لو كان المال كله حاضراً . أو غائباً .

إذا ثبت هذا : فإنّ الموصَى له ثلثُ المعيّن الحاضر ، وكلَّما اقتُضِى من دينه شىء أو حضر من الغائب شىء فللموصَى له بقدر ثلثه من الموصَى به ، كذلك ، حتى يكمل للموصَى له الثلث ، أو يأخذ المعيّن كلّه ، فلو خلّف تسعةً عيناً ، وعشرين دَيْناً ، وابناً ، ووصّى بالتسعة لرجل ، فللوصىّ ثلثها ، ثلاثة ، وكلما اقتضى من الدين شىء ، فللوصىّ ثلثه ، فإذا اقتضى ثلثه فله من التسعة واحد ، حتى يقتضى ثمانية عشر ، فيكمل له التسعة ، وإن جحد الغريم ، أو مات ، أو يئس من استيفاء الدين أخذ الورثةَ الستّةَ الباقية من العين ، ولو كان الدين تسعةً ، فإن الابن يأخذ ثلث العين ، ويأخذ الوصىّ ثلثها ، ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفى من الدين شىء فللوصىّ من العين قدر ثلثه ، فإذا استوفى الدين كلّه . كمل للموصَى له ستّة ، وهى ثلث الجميع ، وإن كانت الوصيّة بنصف العين أخذ الوصىّ ثلثها ، وأخذ الابن نصفها ، وبقى سدسها موقوفاً ، فمتى اقتضى من لدين مِثْلَيْهِ كمات الوصيّة .

٤٧٤٢ (فصـــــل)

فإن كان الدين مثل العين ، فوصّى لرجل بثلثه ، فلاشىء له قبل استيفاء الوصيّة ، فكلّما اقتضى منه شىء فله ثلثه ، وللابن ثلثاه ، وهذا أحد قول الشافعىّ ، وقال فى الآخر : هو أحقّ بما يخرج من الدين حتىّ يستوفى وصيّته ، وهذا قول أهل العراق ، لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر .

ولنا أن الورثة شركاؤه فى الدين ، وليس معهم شركة فى العين ، فلا يختصّ بما خرج منه دونهم ، كما لو كان شريكه فى الدين وصياً آخر أو كما لو وصّى لرجل بالعين ، وله ، ولآخر بالدين ، فإن المنفرد بوصيّة الدين لا يختصّ بما خرج منه له ، دون صاحبه ، كذا ههنا .

٤٧٤٣ (فصـــــل)

ولو وصّى لرجل بثلث ماله ، وله مائتان ديناً ، وعبد يساوى مائة ، ووصّى لآخر بثلث العبد ، اقتسما ثلث العبد نصفين ، وكلما اقتضى من الدين شىء فللموصَى له بثلث المال ربعه ، وله وللآخر من العبد بقدر ربع ما استوفى بينهما نصفين ، فإذا استوفى الدين كلّه كمل للوصىّ نصف العبد ، ولصاحب الثلث ربع المائتين ،

وذلك هو ثلث المال ، وإن استوفى الدين قبل القسمة قسمنا بينهما كذلك ، للموصَى له بالثلث ربع المائتين ، وربع العبد ، وللموصَى له بثلث العبد ربعه ، لأن الوصيّتين أربعة أتساع المال ، والجائز منهما ثلث المال ، وهو ثلاثة أتساع ، وذلك ثلاثة أرباع وصيتهما ، فرددنا كلّ واحد منهما إلى ثلاثة أرباع وصيّته ، وهى ربع المال كله ، لصاحب العبد ثلثه ، وربع العبد لصاحب ثلثه ، وفى المسألة أقوال سوى ما قلناه ، تركناها لطولها ، وهـذا أسدُّها إن شاء الله ، إلا أننا أدخلنا النقص على كلّ واحد منهما بقدر ماله فى الوصيَّة ، وكمّلنا لها الثلث ، وإن أجيز لها أخذ كلّ واحد منهما مابقى من وصيّته ، وهو ربعها ، فيكمّل ثلث المال لصاحبه ، وثلث العبد للآخر .

٤٧٤٤ (فصـــل)

وإن خلف ابنين ، وترك عشرةً عيناً ، وعشرةً ديناً ، على أحد بنيه ، وهو معسر ، ووصى لأجنبى ، بثلث ماله ، فإن الوصىّ والابن الذى لادين عليه يقتسمان العشرةَ العينَ نصفين ، ويسقطُ عن المدين ثلثا دينه ، ويبقى لها عليه ثلثه ، فإن كانت الوصيَّة بالربع قسِّمت العشرة العين بينهما أخماساً ، للموصى خمساها ، أربعة ، وللابن ستة ، وسقط عن المدين ثلاثة أرباع دينه ، وبقى عليه ربعه ، فإذا استوفى قسّم بينهما أخماساً ، كما قسّم العين ، لأن الوصيَّة بالربع ، وهو ثُمنان ، ويبقى ستة أثمان ، لكلّ ابن ثلاثة أثمان ، فصار نصيب الوصىّ والابن الذى لادين عليه خمسة أثمان ، للابن ثلاثة ، وللوصى سهمان ، فلذلك قسّمنا العين ، وماحصل لها من الدين بينهما أخماساً ، وسقط عن المدين ثلاثة أرباع ماعليه ، لأنه له ثلاثة أثمان ، وهى ثلاثة أرباع النصف الذى عليه .

٤٧٤٥ (فصـــل)

ونماء العين الموصَى بها إن كان متّصلا كالسِّمن ، وتعليم صَنْعَة فهو تابع للعين ، ويكون للموصى له إذا احتمله الثلث ، وإن كان منفصلا كالولد ، والثمرة فى حياة الموصِى فهو له ، يصير إلى ورثته ، لأنه ملكه ، وما حدث بعد الموت ، وقبل القبول فينبنى على الملك فى الموصَى له ، والصحيح أنه للورثة ، والآخر هو للموصىَ له ، فيكون النماء لمن الملك له ، والله أعلم بالصواب .

٤٧٤٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أوصى بوصايا فيها عِتاقة ، فلم يف الثلث بالكلّ تحاصُّوا فى الثلث ، وأدخل النقص على كلّ واحد منهم بقدر مالَهُ فى الوصيّة ﴾

أما إذا خلت الوصايا من العتق ، وتجاوزت الثلث ، وردّ الورثة الزيادة ، فإن الثلث يقسّم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ، ويدخل النقص على كلّ واحد بقدر ماله من الوصيّة ، على مثال مسائل . العَوْل ، إذا

زادت الفروض عن المال ، فلو وصّى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمعيّن قيمته خمسون ، ووصّى بفداء أسير بثلاثين ، ولعمارة مسجد بعشرين ، وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلّها ، فوجدتها ثلاثمائة ، ونسبت منها الثلث ، فتجده ثلثها فتعطي كلّ واحد منهم ثلث وصيّته ، فلصاحب الثلث المائة ، وكذلك لصاحب المائة ، ويرجع صاحب الخمسين إلى ثلثها ، ولفداء الأسير عشرة ، ولعمارة المسجد ستّة ، وثلثان ، فأمّا إن كان فيها عتق ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : أن يقسّم الثلث بين جميع الوصايا بالعتق ، وغيره سواء ، ويقسّم بينهم على ما ذكرنا ، وهذا قول ابن سيرين ، والشعبيّ ، وأبي ثور ، لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق ، فتساووا فيه كسائر الوصايا والرواية الثانية : يقدّم العتق ، ويبدأ به ، فإن فضل منه شيء قسم بين سائر أهل الوصايا على قدر وصاياهم وروى هذا عن عمر ، وبه يقول شُرَيح ، ومسروق ، وعطاء ، والخراسانيّ ، وقتادة ، والزهريّ ، ومالك والثوريّ . وإسحاق ، لأن فيه حقاً لله تعالى ، وحقاً لآدميّ فكان آكد ، ولأنه لا يلحقه فسخ ، ويلحق غيره ذلك ، ولأنه أقوى ، بدليل سرايته ونفوذه من الراهن ، والمفلس ، وروى عن الحسن والشافعيّ كالروايتين .

٤٧٤٧ (فصـــل)

والعطايا المعلّقة بالموت كقوله : إذا متُّ فأعطوا فلاناً كذا ، أو أَعْتِقوا فلاناً ونحوه . وصايا حكمها حكم غيرها من الوصايا ، في التسوية بين مقدّمها . ومؤخّرها ، والخلاف في تقديم العتق معها ، بخلاف العطايا المنجّزة ، فإنه يقدّم الأول منها ، فالأول ، لأنها تلزم بالفعل ، والمؤخّرة تلزم بالموت فتتساوى كلّها .

٤٧٤٨ (فصـــل)

وإذا أوصى بعتق عبده لزم الوارثَ إعتاقهُ ، فإن أبى أجبره الحاكم عليه لأنه حقّ وجب عليه ، فأجبر عليه ، كتنفيذ الوصيّة بالعطية ، فإن أعتقه الوارث ، أو الحاكم فهو حرّ من حين أعتقه : لأنه حينئذ عتق ، وولاؤه للموصى ، لأنه السبب ، وهؤلاء نوّاب عنه ، ولهذا لزمهم إعتاقه كَرهاً ، وإن كانت الوصيّة بعتقه إلى غير الوارث كان الإعتاق إليه ، لأنه نائبُ الموصِي في إعتاقه ، فلم يملك ذلك غيرُه إذا لم يمتنع منه ، كالوكيل في الحياة .

٤٧٤٩ ﴿مســألة﴾

قال ﴿ ومن أوصى بفرس في سبيل الله ، وألف درهم تُنفق عليه ، فمات الفرس كانت الألف للورثة ، وإن أُنفِقَ بعضُها ردّ الباقي إلى الورثة ﴾

إنما كان كذلك لأنه عيّن للوصيّة جهةً ، فإذا فاتت عاد الموصَى به إلى الورثة ، كما لو أوصى بشراء عبد زيد يُعتق ، فمات العبد ، أو لم يبعه سيّده ، وإن أنفق بعض الدراهم ، ثم مات الفرس بطلت الوصيّة فى الباق ، كما لو وصّى بشراء عبدين ، فمات أحدهما قبل شرائه . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن رجل أوصى بألف درهم فى السبيل ، أيُجعلُ فى الحجّ منها شيء ؟ فقال : لا . إنّما يَعرف الناس السبيل الغزو .

٤٧٥٠ (فصـــل)

وإذا قال : يخدم عبدى فلاناً سنةً ، ثم هو حرّ صحّت الوصيّة ، فإن قال الموصَى له بالخدمة : لا أقبل الوصيّة ، أو قال : قد وهبتُ الخدمةَ له لم يعتق فى الحال ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال مالك : إن وهب الخدمة للعبد عتق فى الحال .

ولنا : أنه أوقع العتق بعد مضىّ السنة ، فلم يقع قبله ، كما لو ردّ الوصيّة .

٤٧٥١ (فصـــل)

وإذا أوصى لعمّه بثلث ماله ، ولخاله بعُشره ، فردّت وصيّتهما ، فتحاصّا فى الثلث ، فأصاب الخال ستة ، فاضرب الذى أصاب فى وصيّته ، وذلك ستة فى عشرة ، تكن ستين ، واقسمه على الفاضل بينهما يخرجْ بالقسم خمسة عشر ، فهى الثلث ، وإن شئت قلت : قد أصاب الخالَ ثلاثةُ أخماس وصيّته ، يبقى من الثلث خمساه ، وهى تعدل ما أصاب الخال ، فزد على ما أصاب الخال مثلَ نصفه ، وهو ثلثه يصر تسعة ، فهى الذى أصاب العمّ ، وإن قال : أصاب العم الربع ، فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيّته ، وبقى من الثلث نصف سدس ، يعدل ثلاثة أرباع وصيّة الخال ، وذلك سبعة ونصف ، وللعمّ ثلاثة أمثالها اثنان وعشرون ونصف ، والمال كلّه تسعون .

وإن قال : أصاب الخال خُمس المال ، فقد بقى من الثلث خمساه للعمّ ، فيكون الحاصل للخال خُمسا وصيّته أيضاً ، وذلك أربعة دنانير ، ووصية العم مثل ثلثيها ، ديناران وثلثان ، والثلث كلّه ستة وثلثان ، والمال كله عشرون ، فإن كان معهما وصية بسدس المال ، وأصاب الخال ستة ، فهى ثلاثة أخماس وصيّته ، فلكلّ واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته ، وذلك تسعة أعشار الثلث ، يبقى منه عشرة ، تعدل ماحصل للعم ، وهو ستة ، فالثلث ستون .

وإن أصاب صاحب السدس عشر المال ، فقد أصاب صاحب الثلث خمسة ، يبقى من الثلث أيضاً عُشره ، فهو وصية الخال ، وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة ، فيكون الثلث ستين ، كما ذكرنا .

نوع آخر : خلّف ثلاثة بنين ، ووصّى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصيّـة خاله ، ولخاله بمثل نصيب أحدهم إلا ربع وصية عمّه فاضرب مخرج الثلث فى مخرج الربع ، يكن اثنى عشر ، انقُصها سهماً يبقى أحدَ عشر ، فهى نصيب ابن ، انقُصها سهمين يبقى تسعة ، فهى وصيّة الخال ، وإن نَقَصتها ثلاثةً بقى ثمانية ، فهى وصيّة العمّ ، وبالجبر تجعل مع العمّ أربعة دراهم ، ومع الخال ثلاثة دنانير ، ثم تزيد على الدراهم ديناراً ، وعلى الدنانير درهماً يبلغ كلّ واحد منهما نصيباً ، اجبُرْ ، وقابل ، وأسقِط المشترك يبقى معك ديناران ، تعدل ثلاثةَ دراهم ، فاقلب ، وحول تصر الدراهم ثمانيةً ، والدنانير تسعة كما قلنا .

وإن أوصى لعمّه بعشرة إلا ربع وصيَّة خاله ، ولخاله بعَشرة إلا خمس وصيَّة عمه ، فاضرب مخرج الربع فى مخرج الخمس ، يكن عشرين ، انقُصها سهما تـكن تسعةَ عشر ، فهى المقسوم عليه ، ثم اجعل مع الخال أربعةً ، وانقصها سهماً يبقى ثلاثة ، اضربها فى العشرة ، ثم فيما مع العمّ وهو خمسة ، يكن مائةً وخمسين ، اقسمها على تسعة عشر ، يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً ، من تسعة عشر ، فهى وصيَّة عمّه ، واجعل مع العمّ خمسةً ، وانقُصْها سهماً ، واضربها فى عشرة ، ثم فى أربعة ، تـكن مائة وستين ، واقسمها تـكن ثمانيةً وثمانيةَ أجزاء . فهى وصيَّة خاله .

طريق آخر : تنقص من العشرة ربعها ، وتضرب الباقى فى العشرين ، ثم تقسمها على تسعة عشر ، وتنقُص منها خُمسها ، وتضرب الباقى فى عشرين ، وتقسمها . وبالجبر تجعلُ وصيَّة الخال ستاً ، ووصيَّة العمّ عشرةً إلا ربع شىء ، نخذ خُمسها ، فزده على الشىء ، وهو سهمان إلا نصف عُشر شىء ، يعـدل عشرةً ، فاسقط المشترك من الجانبين تصرْ ثمانيةً وثمانيةَ أجزاء ، من تسعةَ عشر ، إذا أسقطت رُبعها من العشرة بقيت سبعةٌ وسبعة عشر جزءاً .

وإن أوصى لعمّه بعشرة إلا نصف وصيَّة خاله ، ولخاله بعشرة إلا ثلث وصيَّة جدّه ، ولجدّه بعشرة إلا ربع وصيَّة عمّه ، فوصية عمّه ستة ، وخمسان ، ووصية خاله سبعة وخمس ، ووصية جدّه ثمانية وخمسان، وبابها أن تضرب المخارج بعضَها فى بعض ، فتضرب اثنين فى ثلاثة ، فى أربعة ، تـكن أربعة وعشرين ، تزيدها واحداً تـكن خمسة وعشرين ، فهذا هو المقسوم عليه ، ثم تنقُص من الاثنين واحداً ، وتضرب واحداً فى ثلاثة ، ثم تزيدها واحداً ، وتضربها فى أربعة ، تـكن ستةَ عشرَ ، ثم اضربْها فى عشرة ، تـكن مائةً وستين ، واقسمها على خمسةٍ وعشرين ، يخرج بالقسم ستة وخمسان ، فهى وصيَّة العمّ ، وانقُص الثلاثةَ واحداً ، يبقى ثنان ، واضربها فى الأربعة ، تـكن ثمانية ، زدها واحداً ، واضربها فى اثنين ، ثم فى عشرة ، تـكن مائةً وثمانين ، واقسمها على خمسةٍ وعشرين ، ثم انقُص من الأربعة واحداً ، واضرب

ثلاثةً فى اثنين ، ثم زدها واحداً تـكن سبعة ، اضربها فى ثلاثة ، ثم فى عشرة ، تـكن مائتين وعشرة ، مقسومةً على خمسة وعشرين .

طريق آخر : تجعل مع العمّ أربعة أشياء ، ومع الخال دينارين ، ومع الجدّ ثلاثة دراهم ، ثم تضمّ إلى ما مع العمّ ديناراً إلى ما مع الخال درهماً ، وتقابل ما مع أحدهما بما مع الآخر ، وتُسقط المشترك ، فيصير أربعة أشياء ، تعدل ديناراً ، ودرهماً ، فأسقط لفظة الأشياء ، واجعل مكانها ديناراً ، أو درهماً ، ثم قابل ما مع الخال بما مع الجدّ بعد الزيادة ، وهو ديناران ، ودرهم مع الخال ، ثلاثة دراهم ، وربع درهم ، وربع دينار ، مع الجدّ فإذا أسقطت المشترك بقى درهمان وربع ، معادلة للدينار ، وثلاثة أرباع ، فابسُط الـكلّ أرباعاً ، تصر سبعةً أرباع من الدينار ، تعدل تسعةً من الدراهم ، فاقلب ، واجعل الدراهم سبعةً ، والدينار تسعةً ، ثم ارجع إلى ما فرضت ، فتجد مع العمّ درهماً ، وديناراً ، بستّة عشر ، ومع الخال ثمانية عشر ، ومع الجدّ أحد وعشرون ، والعشرة الـكاملة خمس وعشرون ، والستة عشر منها ستة وخمسان ، والثمانية عشر سبعة وخمس ، والأحد وعشرون ثمانية وخمسان ، فإن كان معهم أخ ، ووصية الجد عشرة إلا ربع ما مع الأخ ، ووصيّة الأخ عشرة إلا خمس ما مع العمّ ، فبهذه الطريق تجعل مع العمّ خمسة أشياء ، ومع الخال دينارين ، ومع الجد ثلاثة دراهم ، ومع الأخ أربعة أفلُس ، ثم تقابل ما مع العمّ بما مع الخال ، كما ذكرنا ، وتجعل الأشياء ديناراً ، ودرهماً ، ثم تقابل ما مع الخال بما مع الجدّ ، فتجعل الدينارين درهمين ، وفلساً ، ثم تقابل ما مع الجدّ بما مع الأخ ، فتُخرج الفلس ستّة وعشرين ، والدرهم أحداً وثلاثين ، والدينار أربعةً وأربعين ، فتبيّن أن مع العمّ خمسةً وسبعين ، ومع الخال ثمانية وثمانينَ ، ومع الجدّ ثلاثة وتسعونُ ، ومع الأخ مائة وأربعة ، إذا زدت على ما مع كلّ واحد ما استثنيته منه صار معه مائة وتسع عشرة ، وهى العشرة الكاملة ، فصارت وصيّة العمّ ستة وسـتة وثلاثين جزءاً ، ووصية الخال سبعة وسبعة وأربعين جزءاً ، ووصية الجدّ سبعة وسبعة وتسعين جزءاً ، ووصيّة الأخ ثمانية وثمانية وثمانين جزءاً ، وبطريق الباب تضرب المخارج بعضها فى بعض ، تـكن مائة وعشرين ، تنقُصها واحداً يبقى مائة وتسعة عشر ، فهذا المقسوم عليه ، ثم تنقُص الاثنين واحداً ، وتضربه فى ثلاثة ، ثم تزيدها واحداً ، وتضربها فى أربعة ، تـكن ستة عشر ، تنقصها واحداً ، وتضربها فى خمسة ، تـكن خمسة وسبعين . فهذه وصيّة العمّ . تضر بها فى عشرة . ثم تقسمها على تسعة عشر . تـكن ستة وثلاثين جزءاً . ثم تنقص الثلاثة واحداً . وتضر بها فى أربعة وتزيدها واحداً . وَتضر بها فى خمسة تـكن خمسةوأربعين. تنقصها واحداً . وتضر بها فى اثنين تـكن ثمانية وثمانين . فهذه وصيّـة الخال . ثم تنقص الأربعة وَاحداً . وَتضر بها فى خمســة تـكن خمســة عشر . وَتزيدها وَاحداً . وَ تضر بها فى اثنين تـكن اثنين وثلاثين ،

وَتنقصها وَاحداً . وَتضرب بها فى ثلاثة . تـكن ثلاثة وتسعين . فهذه وصيّـة الجدّ . ثم تنقص الخمسة واحداً ، وتضرب بها فى اثنين ، تـكن ثمانية ، تزيدها واحداً ، وتضرب بها فى ثلاثة ، تـكن سبعة وعشرين ، تنقصُها واحداً ، وتضرب بها فى أربعة تـكن مائةً وأربعةً ، فهى وصيّـة الأخ ، وفى ذلك تضرب العدد الذى مع كلّ واحد منهم . وتقسمه على تسعة عشر ، فالخارج بالقسم هو وصيّته ، ولو وصّى لعمّه بعشرة ونصف وصيّة خاله ، ولخاله بعشرة وثلث وصيّة عمه ، كانت وصيّة العم ثمانيةَ عشرَ . ووصية الخال ستة عشر ، وبابها أن تضرب أحد المخرجين فى الآخر ، وانقصه واحداً ، فهو المقسوم عليه . ثم تزيد مخرج النصف واحـداً ، وتضرب به فى مخرج الثلث . ثم فى عشرة تـكن تسـعين مقسومة على خمسـة عشر ، تـكن ثمانية عشر ، ثم تزيد مخرج الثلث واحداً ، وتضرب به فى مخرج النصف ، ثم فى عشرة تـكن ثمانين مقسومة على خمسة ، فإن كان معهما آخر ، ووصى للخال بعشرة ، وربع وصيته ، ووصّى له بعشرة وربع وصيّة العم ضربْتَ المخارج ، ونقَصْتها واحداً ، تـكن ثلاثة وعشرين ، فهى المقسوم عليه ، ثم تزيد الاثنين واحداً، وتضرب بها فى ثلاثة ، تـكن تسعة ، فزدها واحداً ، واضربها فى أربعة ، تـكن أربعين فى عشرة ، ثم اقسمها تخرج سبعة عشر ، وتسعة أجزاء فهى وصية العمّ ، ثم تصنع فى الباقين كما ذكرنا ، فتـكون وصيّة الخال أربعة عشر ، وثمانية عشر جزءاً ، ووصيَّة الثالث أربعة عشر ، وثمانية أجزاء ، وإن شئت بعد ما عملت وصيّة العمّ فاضرب الزائد من وصيّته فى اثنين ، فهو وصيّة الخال ، واضرب الزائد عن العشرة من وصيّة الخال فى ثلاثة ، فهى وصيّة العم ، ومتى عرفت ما مع واحد منهم أمكنك معرفة مامع الآخرين ، والله أعـلم .

وهذا القدر من هذا الفن يكفى ، فإن الحاجة إليه قليلة ، وفروعه كثيرة ، طويلة ، وغيرها أهمّ منها ، والله تعالى يوفقنا لمـا يرضيه ، إنه على مايشاء قدير .

كتاب الفرائض

روى أبو داود بإسناده، عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أنّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال: «الْعِلْمُ ثَلاَثَةٌ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ فَضْلٌ: آيَةٌ مُحْكَمَةٌ وَسُنَّةٌ قَائِمَةٌ وَفَرِيضَةٌ عَادِلَةٌ» وعن أبي هريرة أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال: «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ، وَعَلِّمُوهُ، فَإِنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ، وَهُوَ يُنْسَى، وهُوَ أَوَّلُ شَيْءٍ يُنْتَزَعُ مِنْ أُمَّتِي» أخرجه ابن ماجه. ويُروى عن عبد الله: أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ، وعَلِّمُوهَا النَّاسَ، فَإِنِّي امْرُؤٌ مَقْبُوضٌ، وإِنَّ الْعِلْمَ سَيُقْبَضُ حَتَّى يَخْتَلِفَ الرَّجُلاَنِ فِي الْفَرِيضَةِ فَلاَ يَجِدَانِ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا» وروى سعيد، عن جرير بن عبد الحميد، عن الأعمش، عن ابراهيم قال: قال عمرُ بن الخطّاب رضي الله عنه: تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ، فإنَّها مِنْ دِينِكُمْ، وعن جرير، عن عاصم الأحول، عن مُوَرِّق العِجْليّ قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: تعلّموا الفرائضَ، واللّحْنَ، والسنَّة، كما تعلّمُونَ القرآنَ.

وقال: حدّثنا أبو الأحوص، أخبرنا أبو إسحاق، عن أبي الأحوص، عن عبد الله قال: مَنْ تعلَّمَ الْقُرآنَ فَلْيَتَعَلَّمِ الْفَرائِضَ.

وروى جابر بن عبد الله قال: جاءَتِ امرأةُ سَعْدِ بن الرَّبيع إلى رسُولِ الله صلى الله عليه وسلم بِابْنَتَيْهَا مِنْ سَعْدٍ، فقالتْ: يارسُولَ اللهِ هاتان ابنتا سعدِ بنِ الربيع، قُتِلَ أبوهما مَعَك في أُحُدٍ شهيداً، وَإِنَّ عَمَّهُمَا أخذَ مَالَهمَا، وَلاَ يُنْكَحَانِ إلاّ وَلَهُمَا مَالٌ، قال: فنزلت آية الميراث، فأرسل رسولُ الله صلى الله عليه وسلّم إلى عَمِّهما، فقال: «أَعْطِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ وَأُمَّهُمَا الثُّمُنَ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ» رواه أحمد في مسنده.

٤٧٥٢ ﴿مسألة﴾

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ ولا يرث أخ، ولا أخت لأب، وأمٍّ، أو لأب مع ابن، ولا مع ابن ابن، وإن سفَل، ولا مع أب ﴾

أجمع أهل العلم على هذا بحمد الله، وذكر ذلك ابن المنذر، وغيره، والأصل في هذا قول الله تعالى (يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلاَلَةِ، إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ، وهوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ)[1] الآية. والمراد بذلك الإخوة، والأخوات من الأبوين، أو من

(١) بعض الآية ١٧٦ من سورة النساء.

الأب، بلا خلاف بين أهل العلم ، ولأنه قال : وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ، وهذا حكم العَصَبة ، واقتضت الآية أنّهم لا يرثون مع الولد ، والوالد ، لأن الكلالة من لا ولد له ، ولا والد ، خرج من ذلك البنات ، والأمّ ، لقيام الدليل على ميراثهم معهما ، بقى ما عداها على ظاهره ، فيسقط ولد الأبوين ، ذكرهم وأنثاهم بثلاثة ، بالابن ، وابن الابن ، وإن سفل ، وبالأب ، ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة ، وبالأخ من الأبوين، لما روى عن علىّ عليه السلام : أنّ رسولَ الله صلّى الله عليه وسلّم قضى بالدَّيْنِ قَبْل الوَصيَّة ، ولأنأعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العَلاَّت[1] ، يرثُ ، الرجل أخاه لأبيه، وأمّه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذىّ .

٤٧٥٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يرث اخ ، ولاأخت لأمّ مع ولد ، ذكراً كان الولد أو أنثى ، ولا مع ولد الابن ، ولا مع أب ، ولا مع جدّ ﴾

وجملة ذلك : أن ولد الأمّ ذكرهم وأنثاهم يسقطون بأربعة ، بالولد ، وولد الابن ، والأب ، والجد ، أب الأب ، وإن علا ، أجمع على هذا أهلُ العلم ، فلا نعلم أحداً منهم خالف هذا إلا روايةً شـذّت عن ابنعبّاس، فىأبوين، وأخوينلأم ، للأمّ الثلث ، وللأخوين الثلث ، وقيل عنه لهما ثلث الباقى ، وهذا بعيد جدًّا ، قال ابن عباس : يسقُط الإخوة كلهم بالجدّ ، فكيف يورّث ولد الأمّ مع الأب ؟ ولا خلاف بين أهل العلم فى أن ولد الأم يسقطون بالجدّ ، فكيف يرثون مع الأب ؟ والأصلُ فىهذه الجملة قول الله تعالى : (وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَوِ امْرَأَةٌ ، وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، فإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنَ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ)[2] والمراد بهذه الآية الأخ ، والأخت من الأم ، بإجماع أهل العلم ، وفى قراءة سعد بن أبى وقّاص : وله أخ ، أو أختٌ من أمّ ، والكلالة فى قول الجمهور من ليس له ولد ، ولا والد ، فشرط فى توريثهم عدم الولد ، والوالد، والولدُ يشمل الذكر والأنثى،والوالد يشمل الأب والجد .

٤٧٥٤ (فصـــل)

اختلف أهل العلم فى الكلالة فقيل : الكلالة اسمٌ للورثة ، ما عدا الوالِدين، والمولودِين ، نصّ أحمد

(١) العلات : جمع علة وهى الضرة ، والمراد بنىالعلات الإخوة من الأبّ ؛ لأنهم من أب واحد وأمهات مختلفة .

(٢) بعض الآية ١٢ من سورة النساء .

على هذا ، ورُوى عن أبى بكر الصدّيق رضى الله عنه أنه قال : الكلالةُ من عدا الولَد ، والوالدَ ، واحتج مَنْ ذهب إلى هذا بقول الفرزدق فى بنى أمية :

وَرِثْتُمْ قَنَاةَ المَجْدِ لاَ عَنْ كَلاَلَةٍ عَنِ ابْنَىْ مَنَافٍ عَبْدِ شَمْسٍ وَهَاشِمِ

واشتقاقه من الإكليل الذى يُحيط بالرأس ، ولا يعلو عليه ، فكأن الورثة ما عدا الولد والوالد قد أحاطوا بالميّت من حوله ، لا من طرفيه ، أعلاه وأسفله ، كإحاطة الإكليل بالرأس ، فأما الوالد والولد فهما طرفا الرجل ، فإذا ذهبا كان بقية النسب كلالةً ، قال الشاعر :

فَكَيْفَ بِأَطْرَافِى إِذَا مَا شَتَمْتَنِى وَمَا بَعْدَ شَتْمِ الوَالِدينَ صُلُوحُ

وقالت طائفة : الكلالة اسمٌ للميّت نفسه ، الذى لا ولد له ولا والد ، يروى ذلك عن عمر ، وعلىّ وابن مسعود ، وقيل : الكلالة قرابة الأمّ ، واحتجُّوا بقول الفرزدق الذى أنشدناه ، عَنَى أنكم ورثتم الملك عن آبائكم ، لا عن أمهاتكم ، ويُروى عن الزهرى أنه قال : الميِّت الذى لا ولد له ولا والد كلالة ، ويسمى وارثه كلالةً ، والآيتان فى سورة النساء ، والمراد بالكلالة فيهما الميِّت ، ولا خلاف فى أن اسم الكلالة يقع على الإخوة من الجهات كلها، وقد دلّ على صحة ذلك قول جابر : يارسول الله . كيف الميراثُ؟ إنما يرثنى كلالةٌ ، فجعل الوارثَ هو الكلالة ، ولم يكن لجابر يومئذ ولد ، ولا والد ، وممن ذهب إلى إلى أنه يُشترط فى الكلالة عدم الولد ، والوالد زيدٌ ، وابن عباس ، وجابر بن زيد ، والحسن ، وقتادة ، والنخَعِى، وأهل المدينة ، والبصرة، والكوفة ، ويُروى عن ابن عباس أنه قال : الكلالةُ مَنْ لاَ ولَد لهُ، ويُروى ذلك عن عمر ، والصحيح عنهما كقول الجماعة .

٤٧٥٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ والأخوات مع البنات عَصَبة ، لهنّ ما فضل ، وليست لهنّ معهن فريضة مسمّاة ﴾

العَصَبة هو الوارث بغير تقدير ، وإذا كان معه ذو فرض أخذ مافضل عنه ، قلّ أو كثر ، وإن انفرد أخذ الكلّ ، وإن استغرقت الفروضُ المال سقط ، والمراد بالأخَوات ههنا الأخواتُ من الأبوين ، أو من الأب ، لأنه قد ذُكر أن ولد الأمّ لا ميراث لهم مع الولد ، وهذا قول عامّة أهل العلم ، يُروى ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وزيد ، وابن مسعود ، ومعاذ ، وعائشة رضى الله عنهم ، وإليه ذهب عامّة الفقهاء ، إلا ابن عباس ، ومن تابعه ، فإنه يروى عنه : أنه كان لا يجعل الأخواتِ مع البنات عَصَبةً ، فقال فى بنت وأخت : للبنت النصف ، ولاشىء للأخت ، فقيل له : إن عمر قضى بخلاف ذلك ، جعل للأخت النصف ، فقال ابن عباس : أنتم أعلم أم الله ؟ يُريد قول الله سبحانه : (إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا

نِصْفُ مَا تَرَكَ[(١)]) فإنّما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد ، والحقّ فيما ذهب إليه الجمهور ، فإن ابن مسعود قال في بنت ، وبنت ابن ، وأخت : لأقضِيَنّ فيها بقضاء رسول الله صلّى الله عليه وسلّم : للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وما بقي فللأخت ، رواه البخاريّ ، وغيره ، واحتجاج ابن عباس لا يدلُّ على ما ذهب إليه ، بل يدلّ على أن الأخت لا يُفرض لها النصف مع الولد ، ونحن نقول به ، فإن ما تأخذه مع البنت ليس بفرض ، وإنّما هو بالتعصيب ، كميراث الأخ ، وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد ، مع قول الله تعالى (وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقُط الأخ ، لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها ، وهو خلاف الاجماع ، ثمّ إن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم ، وهو المبيّن لكلام الله تعالى قد جعل للأخت مع البنت ، وبنت الابن الباقيَ عن فرضهما ، وهو الثلث ، ولو كانت ابنتان ، وبنتُ ابن لسقطت بنتُ الابن ، وكان للأخت الباقي ، وهوالثلث ، فإن كان معهم أمّ فلها السدس ، ويبقى للأخت السدس ، فإن كان بدل الأمّ زوج ، فالمسألة من اثنى عشر ، للزوج الربع ، وللابنتين الثلثان ، ويبقى للأخت نصف السدس ، فإن كان معهم أمّ عالت المسألة ، وسقطت الأخت .

٤٧٥٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكنْ بناتٌ ﴾

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهنّ ، في إرثهنّ ، وحَجْبِهنّ ، لمن يحجبه البناتُ ، وفي جعل الأخوات معهنّ عصباتٍ ، وفي أنهنّ إذا استكملن الثلثين سقط مَنْ أسفلُ منهنّ من بنات الابن ، وغير ذلك ، والأصلُ في ذلك قول الله عز وجل (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ، فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ)[(٢)] وولد البنين أولاد ، قال الله تعالى (يَا بَنِي آدَمَ) يخاطبُ بذلك أمّة محمد صلى الله عليه وسلم وقال (يا بَنِي إِسْرَائِيلَ) يخاطبُ بذلك مَنْ في عصر النبيّ صلّى الله عليه وسلم منهم ، وقال الشاعر :

بَنُونَا بَنُــــو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ[(٣)]

٤٧٥٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن كنّ بناتٍ وبنات ابن ، فللبنات الثلثان ، وليس لبنات الابن شيء ، إلا أن يكون معهنّ ذكر ، فيعصّبهنّ فيما بقي ، للذكر مثلُ حظ الأنثيين ﴾

(١) بعض الآية ١٧٦ من سورة النساء .

(٢) بعض الآية ١١ من سورة النساء .

(٣) سبق شرح هذا البيت في ص ١٧ من هذا الجزء .

أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان ، إلا روايةً شاذّة عن ابن عباس : أن فرضهما النصف ، لقول الله تعالى (فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ)[1] فمفهومه أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان ، والصحيح قول الجماعة ، فإن النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال لأخي سعد بن الربيع « أَعْطِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ » وقال الله تعالى فى الأخوات (فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ)[2] وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين ، لأنهما أقرب ، ولأن كلّ من يرث الواحد منهم النصف فلاثنتين منهم الثلثان ، كالأخوات من الأبوين ، والأخوات من الأب ، وكلّ عدد يختلف فرضُ واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثلُ فرض الجماعة ، كولد الأمّ ، والأخوات من الأبوين ، أو من الأب ، فأمّا الثلاث من البنات فما زاد فلا خلاف فى أن فرضهنّ الثلثان ، وأنه ثابت ، بقول الله تعالى (فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ) .

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين ، فقيل : ثبت بهذه الآية ، والتقدير : فإن كنّ نساءً اثنتين وفوق صلة[3] ، كقوله (فَاضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ)[4] أى اضربوا الأعناق . وقد دلّ على هذا أن النبيّ صلى الله عليه وسلم حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخى سعد بن الربيع « أَعْطِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ » وهذا من النبيّ صلّى الله عليه وسلّم تفسير للآية ، وبيان لمعناها ، واللفظ إذا فسّر كان الحكم ثابتاً بالمفسّر لا بالتفسير ، ويدلّ على ذلك أيضاً أن سبب نزول الآية قصّة بِنْتَيْ سعد بن الربيع ، وسؤال أمّهما عن شأنهما فى ميراث أبيهما ، وقيل : بل ثبت بهذه السنّة الثابتة ، وقيل : بل ثبت بالتنبيه الذى ذكرناه ، وقيل : بل ثبت بالإجماع ، وقيل : بالقياس ، وفى الجملة ، فهذا حكم قد أجمع عليه ، وتواردت عليه الأدلّة التى ذكرناها كلّها ، فلا يضرّنا أيّها أثبته . وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بناتُ الابن ، ما لم يكنّ بإزائهنّ ، أو أسفل منهنّ ، ذكر يُعَصّبهنّ ، وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساءً إلا الثلثين ، قليلاتٍ كنّ ، أو كثيرات ، وهؤلاء لم يخرجنَ عن كونهنّ نساءً من الأولاد ، وقد ذهب الثلثان لولد الصلب ، فلم يبق لهنّ شىء ، ولا يمكن أن يشاركنَ بناتِ الصلب ، لأنهنّ دون درجتهنّ ، فإن كان مع بنات الابن ابن فى درجتهنّ ، كأخيهنّ ، أو ابن عمّهنّ ، أو أنزلَ منهنّ ، كابن أخيهنّ ، أو ابن ابن عمّهنّ ، أو ابن ابن

(١) بعض الآية ١١ من سورة النساء .

(٢) بعض الآية ١٧٦ من سورة النساء .

(٣) صلة : يعنى زائدة ، ويعبر عن الزائد فى القرآن بأنه صلة احتراما لكتاب الله .

(٤) بعض الآية ١٢ من سورة الأنفال .

ابن عمهن ، عَصَّبهُنَّ فى الباقى ، فجعل بينهم للذكر مثلُ حظ الأنثيين ، وهذا قول عامة العلماء . يروى ذلك عن على ، وزيد ، وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال مالك ، والثورى ، والشافعى رضى الله عنهم ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وبه قال الفقهاء ، إلا ابن مسعود ، ومن اتبعه ، فإنه خالف الصحابة فى ست مسائل من الفرائض ، هذه إحداهن ، فجعل الباقىَ للذكر دون أخواته ، وهو قول أبى ثور ، لأن النساء من الأولاد لا يرثن أكثر من الثلثين ، بدليل ما لو انفردْنَ ، وتوريثهن ههنا ، يُفضى إلى توريثهن أكثر من ذلك .

ولنا : قول الله تعالى (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ)(١) وهؤلاء يدخلون فى عموم هذا اللفظ ، بدليل تناوله لهمْ لو لم يكنْ بناتٌ ، وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم ، ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال ، إذا لم يكن معهم ذو فرض ، فيجب أن يقتسما الفاضل عنه ، كأولاد الصُّلب ، والأخوة مع الأخوات ، وما ذكروه فهو فى الاستحقاق للفرض ، فأمّا فى مسألتنا فإنما يستحقون بالتعصيب ، فكان معتبراً بأولاد الصلب ، والإخوة ، والأخوات ، ثُمَّ ويبطل ما ذكروه بما إذا خلّف ابناً ، وست بناتٍ ، فإنهنَّ يأخذن ثلاثة أرباع المال ، وإن كنَّ ثمانياً أخذن أربعة أخماسه ، وإن كنّ عشراً أخذن خمسةَ أسداسه ، وكلّما زدن فى العدد زاد استحقاقهُنَّ .

٤٧٥٨ (فصـــل)

وابن ابن الابن يعصّب من فى درجته من أخواته ، وبنات عمه ، وبنات ابن عم أبيه ، على كلِّ حال ، ويُعَصِّب مَنْ هو أعلى منه من عمّاته ، وبنات عمِّ أبيه ومن فوقهن ، بشرط أن يكنَّ ذوات فرض ، ويسقط من هو أنزل منه ، كبناته ، وبنات أخيه ، وبنات ابن عمِّه . فلو خلَّف الميّت خمس بناتِ ابنٍ بعضهنَّ أنزلُ من بعض،لاذكر معهنَّ ، وعصبةً كان للعليا النصف، وللثانيةالسدس،وسقط سائرهنَّ والباقى للعصبة ، فإن كان مع العُليا أخوها ، أو ابن عمّها فالمالُ بينهما على ثلاثة ، وسقط سائرهن ، فإن كان مع الثانية عصّبها ، وكان للعليا النصف ، والباقى بينه وبين الثانية على ثلاثة ، فإن كان مع الثالثة فللعليا النصف ، وللثانية السدس ، والباقى بينه وبين الثالثة على ثلاثة ، فإن كان مع الرابعة فللعليا النصف ، وللثانية السدس ، والباقى بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة ، فإن كان مع الخامسة ، فالباقى بعد فرض الأولى ، والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة ، وتصحُّ من ثلاثة ، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك ، ولا أعلم فى هذا خلافاً بين القائلين بثبوت تعصيب بنات الابن مع بنى الابن بعد استكمال الثلثين .

---

(١) بعض الآية ١١ من سوره النساء .

٤٧٥٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن كانت ابنة واحدة ، وبنات ابن ، فلابنة الصلب النصف ، ولبنات الابن واحـدةً كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تـكملة الثلثين ، إلا أن يكون معهنّ ذكر فيعصّبهنّ فيما بقى ، للذكر مثلُ حظِّ الأنثيين ﴾

فى هذه المسألة ثلاثة أحكام .

أحدها : أن للبنت الواحدة النصف ، ولا خلاف فى هذا بين علماء المسلمين ، لقول الله تعالى (وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ) ولأنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قضى فى بنت ، وبنت ابن ، وأخت : أن للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وما بقى فللأخت .

الثانى : أنه إذا كان مع البنت الواحـدة بنت ابن ، أو بنات ابن ، فللبنت النصف ، ولبنات الابن واحدةً كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تـكملة الثلثين ، وهذا أيضاً مُجمع عليه بين العلماء . والأصل فيه قول الله تعالى (فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَـيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ، وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ) ففرض للبنات كلهنّ الثلثين وبنات الصلب ، وبنات الابن كلهنّ نساء من الأولاد ، فـكان لهنّ الثلثان بفرض الـكتاب ، لا يزدن عليه ، واختصّت بنت الصلب بالنصف ، لأنه مفروض لها ، والاسم متناول لها حقيقةً فيبقى للبقية تمام الثلثين ، ولهذا قال الفقهاء : لهنّ السدس تـكملةَ الثلثين ، وقد رَوى هُزيل بن شُرَحْبيل الأَوْدِىّ ، قال : سُئل أبو موسى عن ابنة ، وابنة ابن ، وأخت ، فقال : للبنت النصف ، وما بقى فللأخت . فأتى ابنَ مسعود وأخبره بقول أبى موسى ، فقال : لقد ضَلَلْتُ إذا ، وَمَا أَنَا مِنَ الْمُهْتَدِينَ . وَلَـكِنْ أَقْضِى فِيهاَ بِقَضَاءِ رَسُولِ اللهِ صَلّى اللهُ عليْهِ وسلّم : للبنت النصف ، ولابنة الابن السدس ، تـكملة الثلثين ، وما بقى فللأخت . فأتينا أبا موسى ، فأخبرناه بقول ابن مسعود ، فقال : لا تسألونى عن شىء مادام الحَبْرُ فيـكم ، متفق عليه بنحو من هذا المعنى .

الحـكم الثالث : إذا كان مع بنات الابن ذكر فى درجتهنّ ، فإنه يعصّبهنّ ، فيما بقى للذكر مثل حظ الأنثيين ، فى قول جمهور الفقهاء من الصحابة ، ومن بعدهم إلا ابن مسعود فيمن تابعه ، فإنه خالف الصحابة فيها ، وهذه المسألة الثانية التى انفرد فيها عن الصحابة ، فقال : لبنات الابن الاضرّ بهنّ ، من المقاسمة ، أو السدس ، فإن كان السدس أقلّ مما يحصُل لهنّ بالمقاسمة فرضه لهنّ ، وأعطى الباقىَ للذكر ، وإن كان الحاصل لهنّ بالمقاسمة أقلّ قاسم بهنّ ، وبنى ذلك على أصله فى أنّ بنت الابن لا يعصّبها أخوها إذا استـكمل البنات الثلثين ، إلا أنه ناقض فى المقاسمة ، إذا كان أضرّ بهنّ وكان ينبغى أن يعطهنّ السدس على كلّ حال .

ولنا : قول الله تعالى (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ[1]) ولأنه يقاسمها لو لم يكن غيرهما ، فقاسمها مع بنت الصلب ، كما لو كانت المقاسمة أضرَّ بهنّ ، وأصله الذى بنى عليه فاسد ، كما قدّمنا .

٤٧٦٠ (فصـــل)

وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب فى جميع ماذكرنا فى هاتين المسألتين ، وفى أنه متى استكمل مَنْ فوق السفلى الثلثين سقطت إذا لم يكن لهامن يُعصِّبها ، سواء كمل الثلثان لمن فى درجة واحدة ، أو للعليا ، أو التى تليها ، وكذلك كلّ من نزلت درجته مع من هو أعلى منه ، وقد مثّلنا ذلك فى المسألة التى ذكرنا فى آخر المسألة التى قبل هذه .

٤٧٦١ ﴿مســألة﴾

قال ﴿ والأخوات من الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم ، إذا لم يكن أخوات لأب وأم ، فإن كان أخوات لأب وأم ، وأخوات لأب فللأخوات من الأب والأم الثلثان ، وليس للأخوات من الأب شىء ، إلا أن يكون معهنّ ذكر فيعصّبهن فيما بقى ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كانت أختٌ واحدةٌ لأب وأمّ ، وأخوات لأب ، فللأخت للأب والأم النصف ، وللأخوات من الأب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس ، تكملة الثلثين ، إلا أن يكون معهنّ ذكر فيعصّبهن فيما بقىَ ، للذكر مثلُ حظ الأنثيين ﴾

وهذه الجملة كلّها مُجمع عليها بين علما الأمصار ، إلا ما كان من خلاف ابن مسعود ، ومن تبعه لسائر الصحابة ، والفقهاء فى ولد الأب إذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين ، فإنه جعل الباقىَ للذكور من ولد الأب دون الإناث ، فإن كانت أخت واحدة من أبوين ، وأخوة وأخوات من أب ، جعل للاناث من ولد الأب الأضرُّ بهنّ من المقاسمة ، أو السدُس ، وجُعل الباقى للذكور ، كفعله فى ولد الابن مع البنات ، على ما مرّ تفصيله ، وشرحه ، وقد سبق ذكر حُجّته وجوابها بما يغنى عن إعادته .

فأما فرض الثلثين للأختين فصاعداً ، والنصف للواحدة المفردة ، فثابت بقول الله تعالى (يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ ، إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَاتَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ[1]) والمراد بهذه الآية ولد الأبوين ،

---

(١) بعض الآية ١١ من سورة النساء .

(٢) بعض الآية ١٧٦ من سورةالنساء

وولد الأب ، بإجماع أهل العلم ، وروى جابر قال : « قُلْتُ : يَارَسُولَ اللهِ ، كَيْفَ أصنع فِي مَالِي وَلِي أَخَوَاتٌ ؟ قال : فنزلت آية الميراث (يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ)» رواه أبو داود وروى أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات ، فقال النبيّ صلّى الله عليه وسلم : « قد أنزل الله فِي أَخَوَاتِكَ » فبيّن لهنّ الثلثين ، وما زاد على الأختين فى حكمهما ، لأنه إذا كان للأختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعداً ، وأما سقوط الأخوات من الأب باستكمال ولد الأبوين الثلثين فلأن الله تعالى إنّما فرض للأخوات الثلثين ، فإذا أخذه ولد الأبوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للأخوات شيء يستحقّه ولد الأب ، فإن كانت واحدة من الأبوين فلها النصف بنصّ الكتاب ، وبقي من الثلثين المفروضة للأخوات سدس ، يكمل به الثلثان ، فيكون للأخوات للأب ، ولذلك قال الفقهاء : لهن السدس تكملة الثلثين ، فإن كان ولد الأب ذكوراً وإناثاً ، فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصلب ، إلا فى أن بنت الابن يعصّبها ابن أخيها ، ومن هو انزل منها ، والأخت من الأب لا يعصّبها إلا أخوها ، فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين ، وثمّ أخوات من أب . وابن أخ لهنّ لم يكن للأخوات للأب شيء . وكان الباقي لابن الأخ . لأن ابن الابن وإن نزل ابن . وابن الأخ ليس بأخ .

٤٧٦٢ (فصـــل)

أربعة من الذكور يعصّبون أخواتهم ، فيمنعونهنّ الفرض ، ويقتسمون ما ورثوا ، للـذكر مثل حظ الأنثيين ، وهم الابن ، وابن الابن ، وإن نزل ، والأخ من الأبوين ، والأخ من الأب ، وسائر العَصَبات ينفرد الذكور بالميراث دون الأناث ، وهم بنو الأخ ، والأعمام ، وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يُوصِيكُمُ اللهُ فِى أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) فهذه الآية تناولت الأولاد، وأولاد الابن، وقال تعالى (وإِن كَانوا إِخوةً رِجَالاً وَنِساءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) فتناولت ولد الأبوين، وولد الأب ، وإنما اشتركوا لأن الرجال والنساء كلّهم وراث ، فلو فرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الأنثى على الذكر ، أو مساواتها إيّاه ، أو إسقاطه بالكلّية ، فكانت المقاسمة أعدل وأولى ، وسائر العصابات ليس أخواتهم من أهل الميراث ، فانهنّ لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات ، فلا يرثن مع إخوتهن شيئاً ، وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومنّته .

٤٧٦٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وللأم الثلث إذا لم يكن إلا أخ واحد ، أو أخت واحدة ، ولم يكن ولد ، ولا ولد ابن ، فان كان له ولد ، أو اخوان ، أو أختان ، فليس لها إلا السدس ﴾

وجملة ذلك أن للأم ثلاثة أحوال : حال ترث فيها الثلث بشرطين :

أحدها : عدم الولد ، وولد الابن من الذكور ، والاناث . والثانى : عدم الاثنين فصاعداً ، من الأخوة والأخوات ، من أىّ الجهات كانوا ، ذكوراً ، أو إناثاً ، أو ذكوراً وإناثاً ، فلها فى هذه الحال الثلث بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم .

الحال الثانى : لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان ، بل كان الميّت ولد ، أو ولد ابن ، أو اثنان من الإخوة ، والأخوات فى قول جمهور الفقهاء ، وقال ابن عباس : لا يحجب الأمَّ عن الثلث إلى السدس من الإخوة والأخوات إلا ثلاثة ، وحكى ذلك عن مُعاذ ، لأن الله تعالى قال : (فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ) وأقلّ الجمع ثلاثة ، ورُوى أن ابن عباس قال لعثمان رضى الله عنه : ليس الأَخَوَانِ إخوَةً فى لسان قومك ، فلم تحجُب بهما الأمّ ؟ فقال : لا أستطيع أن أردّ شيئاً كان قبلى ، ومضى فى البُلدان ، وتوارث الناسُ به .

ولنا قول عثمان هذا ، فإنه يدلّ على أنه إجماع ، ثم قبل مخالفة ابن عباس ، ولأن كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن ، والأخوات من الأبوين الأخوات من الأب ، والأخوة تستعمل فى الاثنين ، قال الله تعالى (وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ)(١) وهذا الحكم ثابت فى أخ وأخت ، ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ، ومنهم من يستعمله مجازاً ، فيصرف إليه بالدليل ، ولا فرق فى حجبها بين الذكر والأنثى لقوله تعالى (إِخْوَة) وهذا يقع على الجميع بدليل قوله (وإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً) ففسّرهم بالرجال والنساء .

الحال الثالث : إذا كان زوج ، وأبوان ، أو امرأة ، وأبوان ، فللأم ثلث الباقى بعد فرض الزوجين ، وهذه يأتى ذكرها إن شاء الله .

٤٧٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للأب مع الولد الذكر ، أو ولد الابن إلا السدس ، فإن كن بنات كان له مافضل ﴾ يعنى والله أعلم كان له مافضل بعد أن يفرض له السدس ، فيكون له ثلاثة أحوال:

حال : يرث فيها بالفرض ، وهى مع الابن أو ابن الابن ، وإن سفل ، فليس له إلا السدس ، والباق للابن ومن معه ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، وذلك لقول الله تعالى (وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ) .

الحال الثانية : يرث فيها بالتعصيب المجرّد ، وهى مع غير الولد ، فيأخذ المال إن انفرد ، وإن كان معه

(١) بعض الآية ١٧٦ من سورة النساء .

ذو فرض غير الولد ، كزوج ، أو أمّ ، أو جدّة ، فلذى الفرض فرضه ، وباقى المال له ، لقول الله تعالى : (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ) فأضاف الميراث إليهما ، ثم جعل للأمّ الثلث ، فكان الباقى للأب ، ثم قال (فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ) فجعل للأم ، مع الإخوة السدس ، ولم يقطع إضافة الميراث إلى الأبوين ، ولا ذكر للأخوة ميراثاً ، فكان الباقى كلّه للأب .

الحال الثالثة : يجتمع له الأمران : الفرض ، والتعصيب ، وهى مع إناث الولد ، أو ولد الابن . فله السدس ، لقوله تعالى (فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ) ولهذا كان للأب السدس مع البنت بالإجماع ، ثم يأخذ مابقى بالتعصيب ، لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » متفق عليه ، والأب أولى رجل بعد الابن وابنه ، وأجمع أهل العلم على هذا كلّه فليس فيه بحمد الله اختلاف نعلمه .

٤٧٦٥ (فصـــل)

والجدّ كالأب فى أحواله الثلاث ، وله حال رابع مع الإخوة ، يذكر فى بابه ، ويسقط بالأب ، لأنه يُدلى به ، فيسقط به ، كالإخوة ، وكذلك كلّ جدّ يسقط بابنه ، لكونه يُدلى به ، وينقص الجدّ عن رُتبة الأب ، فى زوج ، وأبوين ، أو امرأة ، وأبوين ، فيفرض للأم فيهما ثلث جميع المال ، وباقيه للجدّ ، بخلاف الأب .

٤٧٦٦ ﴿ مســـألة ﴾

﴿ قال وللزوج النصف إذا لم يكن ولد ، فإن كان لها ولد فله الربع ، وللمرأة الربع واحدةً كانت ، أو أربعاً ، إذا لم يكن ولد ، فإن كان له ولد فلهنّ الثمن ﴾

وجملة ذلك : أن الزوج والزوجة ذَوَا فَرْض ، لايرثان بغيره ، وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة ، وولد ابنها ، والربع مع الولد ، أو ولد الابن ، وفرض الزوجة ، والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج ، وولد ابنه ، والثمن مع الولد ، أو ولد الابن الواحدة ، والأربع ، سواء بإجماع أهل العلم ، والأصل فيه قول الله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَاتَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ، وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ)[١] ، وإنما جعل للجماعة مثل ما للواحدة لأنه لو جعل لكلّ واحدة الربع ، وهنّ أربع ، لأخذن

(١) بعض الآية ١٢ من سورة النساء

جميع المال ، وزاد فرضهنّ على فرض الزوج ، ومثل هذا في الجدّات ، للجماعة مثل ما للواحدة ، لأن الجدّات لو أخذت كلّ واحدة منهن السدس لأخذنَ النصف ، فزدن على ميراث الجدّ ، فأما سائر أصحاب الفروض ، كالبنات ، وبنات الابن ، والأخوات ، المفترقات ، كلّهن ، فإن لكلّ جماعة منهن مثلُ ما للاثنتين ، على ما ذكر في موضعه ، وزدن على فرض الواحدة ، لأن الذكر الذي يرث في درجتهن لافرض له إلا ولد الأم ، فإن ذكرهم ، وأنثاهم سواء ، لأنهم يرثون بالرحم ، وقرابة الأم المجرّدة .

٤٧٦٧ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب ، وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم ، وابن الأخ وإن سفل ، إذا كان الأب أولى من العم ، وابن العمّ للأب أولى من ابن ابن العمّ للأب والأم ، وابن العم وإن سفل أولى من عم الأب) .

هذا في ميراث العصبة ، وهم الذكور من ولد الميت ، وآبائه ، وأولادهم ، وليس ميراثهم مقدّراً ، بل يأخذون المال كلّه إذا لم يكن معهم ذو فرض ، فإن كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم ، أخذوا الفاصل عن ميراثه كلّه ، وأولاهم بالميراث أقربهم ، ويسقُط به من بَعُدَ لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « أَلحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » وأقربهم البنون ، ثم بنوهم ، وإن سَفَلُوا يسقط قريبهم ببعيدهم ، ثم الأب ، ثم آباؤه ، وإن عَلَوا ، الأقربُ منهم ، فالأقرب ، ثم بنو الأب ، وهم الإخوة ، للأبوين ، أو للأب ، ثم بنوهم ، وإن سفلوا ، الأقرب منهم ، فالأقرب ، ويسقط البعيد بالقريب ، سواء كان القريب من ولد الأبوين ، أو من ولد الأب وحده ، فإن اجتمعوا في درجة واحدة فولد الأبوين أولى ، لقوة قرابته بالأمّ ، فلهذا قال : ابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب ، لأنهما في درجة واحدة ، وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم ، لأن ابن الأخ للأب أعلى درجةً من ابن ابن الأخ للأب والأم ، وعلى هذا أبداً ، ومهما بقي من بني الأخ أحدٌ وإن سَفَل فهو أولى من العمّ ، لأنه من ولد الأب ، والعمّ من ولد الجدّ ، فإذا انقرض الإخوة ، وبنوهم ، فالميراث للأعمام ، ثم بنيهم ، على هذا النسق ، إن استوت درجتهم قدّم من هو لأبوين ، فإن اختلفت قدّم الأعلى ، وإن كان لأب ، ومهما بقي منهم أحد ، وإن سَفَل فهو أولى من عمّ الأب ، لأن الأعمام من ولد الجدّ ، وأعمام الأب من ولد أب الجدّ ، فإذا انقرضوا فالميراث لأعمام الأب ، على هذا النسق ، ثمّ لأعمام الجدّ ، ثم بنيهم ، وعلى هذا أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه ، وإن نزلت درجتهم ، لما مرّ في الحديث ، وهذا كلّه مُجمع عليه بحمد الله وَمَنِّه .

٤٧٦٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان زوج ، وأبوان ، أعطىَ الزوج النصف ، والأمّ ثلث ما بقى ، وما بقى فللأب ، وإذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع ، والأم ثلث مابقى ، وما بقى فللأب ﴾

هاتان المسألتان يُسَمَّيان العُمَرِيَّتَيْنِ . لأن عمر رضى الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء ، فاتّبعه على ذلك عثمان ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود ، وروى ذلك عن علىّ ، وبه قال الحسن ، والثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ رضى الله عنهم ، وأصحاب الرأى ، وجعل ابن عبّاس ثلث المال كلّه للأمّ فى المسألتين ، لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد ، والإخوة ، وليس ههنا ولد وإخوة ، ويروى ذلك عن علىّ ، وروى ذلك عن شُرَيح فى زوج وأبوين ، وقال ابن سيرين كقول الجماعة فى زوج وأبوين ، وكقول ابن عباس فى امرأة ، وأبوين ، وبه قال أبو ثور ، لأننا لو فرضنا للأم ثلث المال فى زوج وأبوين لفضّلناها على الأب ، ولا يجوز ذلك .

وفى مسألة المرأة لا يؤدّى إلى ذلك ، واحتجّ ابن عباس بعموم قوله تعالى (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ) وبقوله عليه السلام « أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِىَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » والأب ههنا عَصَبة ، فيكون له ما فضل عن ذوى الفروض ، كما لو كان مكانه جدٌّ ، والحجّة معه ، لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته ، ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين ، وذا فرض كان للأم ثلث الباقى ، كما لو كان معهم بنت ، ويخالف الأب الجدّ ، لأن الأب فى درجتها ، والجدّ أعلى منها ، وما ذهب إليه ابن سيرين تفريق فى موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ، ثم إنه مع الزوج يأخذ مثلَىْ ما أخذت الأم ، كذلك مع المرأة قياسا عليه .

٤٧٦٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان زوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأب وأم فللزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوة من الأم الثلث ، وسقط الإخوة من الأب والأم ﴾

هذه المسألة تسمّى المشرّكة ، وكذلك كلّ مسألة اجتمع فيها زوج ، وأمٌّ ، أو جدّة واثنان ، فصاعداً من ولد الأمّ ، وعصبةٌ من ولد الأبوين ، وإنما سمّيت المشرّكة . لأن بعض أهل العلم شرّك فيها بين ولد الأبوين وولد الأمّ فى فرض ولد الأمّ ، فقسمه بينهم بالسويّة وتسمّى الحماريّة ، لأنه يُروى أنّ عمر رضى الله عنه أسقط ولد الأبوين ، فقال بعضهم : يا أمير المؤمنين ، هب أنّ أبانا كان حمارا ، أليست أمّنا واحدة ؟ فشرّك بينهم ، ويقال : إن بعض الصحابة قال ذلك ، فسمّيت الحماريّة لذلك ، واختلف أهل العلم فيها قديماً ، وحديثاً ، فذهب أحمد رضى الله عنه فيها إلى أن للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوة من الأم الثلث ،

وسقط الإخوة من الأبوين ، لأنهم عَصَبة ، وقد تمّ المال بالفروض . ويُروى هـذا القول عن علىّ ، وابن مسعود وأبىّ بن كعب ، وابن عبّاس ، وأبى موسى رضى الله عنهـم ، وبه قال الشعبىُّ ، والعنبرىُّ ، وشَرِيك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه رضى الله عنهم ، ويحيى بن آدم ، ونُعيم بن حَمّاد ، وأبو ثور ، وابن المنذر .

ورُوى عن عمر ، وعثمان ، وزيد بن ثابت ، رضى الله عنهم أنّهم شرّكوا بين ولد الأبوين ، وولد الأمّ فى الثلث ، فقسّموه بينهم بالسويّة ، الذكر مثلُ حظّ الأنثيين ، وبه قال مالك ، والشافعىّ رضى الله عنهما ، وإسحاق ، لأنهم ساوَوْا ولد الأم فى القرابة التى يرثون بها ، فوجب أن يساووهم فى الميراث ، فإنّهم جميعاً من ولد الأمّ وقرابتهم من جهة الأب ، إن لم تزدهم قرباً ، واستحقاقاً ، فلا ينبغى أن تسقطهم ، ولهذا قال بعض الصحابة ، وبعض ولد الأبوين لعمر ، وقد أسقطهم : هب أن أباهم كان حماراً ، فما زادهم ذلك إلا قرباً ، فشرّك بينهم ، وحرّر بعض أصحاب الشافعىّ فيها قياساً ، فقال : فريضة جمعت ولد الأب والأم ، وولد الأم ، وهم من أهل الميراث ، فإذا ورث ولد الأم وجب أن يرث ولد الأب والأم ، كما لو لم يكن فيها زوج .

ولنا قول الله تعالى (وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ، فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ) ولا خلاف فى أن المراد بهذه الآية ولد الأمّ على الخصوص ، فمن شرّك بينهم فلم يُعطِ كلّ واحد منهما السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى ، وهى قوله (وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) يراد بهذه الآية سائر الإخوة ، والأخوات ، وهم يسوّون بين ذكرهم ، وأنثاهم ، وقال النبىّ صلى الله عليه وسلم « أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » ومن شرّك فلم يُلحق الفرائض بأهلها ، ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عَصَبة ، لا فرض لهم ، وقد تمّ المال بالفروض ، فوجب أن يَسْقُطوا ، كما لو كان مكان ولد الأمّ ابنتان ، وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان فى هذه المسألة واحد من ولد الأم ، ومائة من ولد الأبوين لكان للواحد السدس ، وللمائة السدس الباقى لكلّ واحد عُشْرُ عُشره ، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كلّه لم لا يجوز لاثنين إسقاطهم ؟ وقولهم : تساوَوْا فى قرابة الأم . قلنا : فلم يساوُوهم فى الميراث فى هذه المسألة ؟ وعلى أنّا نقول : إن ساوَوْهم فى قرابة الأمّ فقد فارقوهم فى كونهم عَصَبةً من غير ذوى الفروض ، وهذا الذى افترقوا فيه هو المقتضى لتقديم ولد الأم ، وتأخير ولد الأبوين ، فإن الشرع ورد بتقديم ذوى الفروض ، وتأخير العَصَبة ، ولذلك يقدّم ولد الأمّ على ولد الأبوين فى القدر فى المسألة المذكورة ، وشبهها ، فكذلك يقدّم وإن سقط ولد الأبوين كغيره

ويلزمهم أن يقولوا فى زوج وأخت من أبوين ، وأخت من أب معها أخوها : أن الأخ يسقط وحده ، فترث أخته السبع ، لأن قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه ، وهو لم يحجبها ، فهلاّ عدُّوه حماراً ، وورّثوها مع وجوده ، كميراثها مع عدمه ؟ وما ذكروه من القياس طَرْدِىّ ، لا معنى تحته ، قال العنبرى : القياس ما قال علىّ ، والاستحسان ما قال عمر ، قال الخبرى ، وهذه وَساطة مليحة ، وعبارة صحيحة ، وهو كما قال ، إلا أن الاستحسان المجرّد ليس بحجّة فى الشرع ، فإنه وضع للشرع بالرأى من غير دليل ، ولا يجوز الحكم به لو انفرد عن المعارض ، فكيف وهو فى مسألتنا يخالف ظاهر القرآن ، والسنة ، والقياس ؟ ومن العجب ذهاب الشافعىّ إليه ههنا مع تخطئته الذاهبين إليه فى غير هذا الموضع ، وقوله : من استحسن فقد شرع وموافقة الكتاب والسنّة أولى .

٤٧٧٠ (فصــــل)

ولو كان مكان ولد الأبوين عَصَبة من ولد الأب سقط قولاً واحداً ، ولم يورّثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا ، لأنهم لم يساووا ولد الأم فى قرابة الأم ، ولو كان مكانهم أخوات من أبوين ، أو من أب فرض لهنّ الثلثان ، وعالت المسألة ، إلى عشرة ، فى قول الجميع إلا فى قول ابن عباس ، ومن تابعه ، ممنْ لا يرى العَوْل ، فإنهم يردُّون النقص على الأخوات غير ولد الأم ، فمقتضى قوله سقوط الأخوات من ولد الأبوين ، كما لو كانوا إخوةً ، وسنبيّن أن الصواب خلاف ذلك إن شاء الله تعالى .

٤٧٧١ (فصــــل)

إذا قيل : امرأة خلَّفت أمًّا وابنى عمّ ، أحدهما زوج ، والآخر أخ من أم وثلاثة إخوة مفترقين ، فقل : هذه المشرِّكة ، للزوج النصف ، وللأمِّ السدس ، وللأخوين من الأم الثلث ، وسقط الأخوات من الأبوين والأب ، ومن شرّك جعل للأخ من الأبوين التسع ، ولكلّ واحد من الأخوين من الأم تُسعاً .

٤٧٧٢ ﴿ مســألة ﴾

قال (وإذا كان زوج وأم ، وإخوة وأخوات لأم ، وأخت لأب ، وأم وأخوات لأب ، فللزوج النصف ، وللأم السدس ، وللاخوة والأخوات من الأم الثلث بينهم بالتسوية ، وللأخت من الأب والأم النصف ، والأخوات من الأب السدس ﴾ .

أما التسوية بين ولد الأم فلا نعلم فيه خلافاً إلا رواية شذّت عن ابن عباس أنه فضّل الذكر على الأنثى ، لقول الله تعالى (فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ) وقال فى آية أخرى (وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) .

ولنا قول الله تعالى (وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ) فسوّى بين الذكر والأنثى، وقوله (فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ) من غير تفضيل لبعضهم على بعض، يقتضى التسوية بينهم، كما لو وصّى لهم بشىء، أو أقرّ لهم به. وأما الآية الأخرى فالمراد بها ولد الأبوين، وولد الأب، بدليل أنه جعل للواحدة النصف، وللاثنتين الثلثين، وجعل الأخ يرث أخته الكلّ، ثم هذا مجمع عليه، ولا عِبْرةَ بقول شاذّ، وتوريث ولد الأم، ههنا الثلث، والأم السدس، والزوج النصف تسمية لا خلاف فيها أيضاً.

وقد اجتمع فى هذه المسأله، فروض يضيق المال عنها، فإن النصف للزوج، والنصف للأخت من الأبوين، يكمّل المال بهما، ويزيد ثلث ولد الأمّ وسدس الأمّ، وسدس الأخت من الأب، فتعول المسألة بثلثها، وأصلها من ستّة أسهم، فتعول إلى عشرة، وتسمىّ أمّ الفروخ، لكثرة عولها، شبهّوا أصلها بالأمّ، وعولها بفروخها، وليس فى الفرائض مسألة تعول بثلثها سوى هذه، وشبهها، ولا بدّ فى أمّ الفُروخ من زوج واثنين فصاعداً، من ولد الأمّ، وأم أو جدّة، واثنين من ولد الأبوين، أو الأب، أو إحداها من ولد الأبوين، والأخرى من ولد الأب، فمتى اجتمع فيها هذا عالت إلى عشرة، ومعنى العول أن تزدحم فروض لا يتّسع المال لها، كهذه المسألة، فيدخل النقص عليهم كلّهم، ويقسّم المال بينهم على قدر فروضهم، كما يقسّم مال المفلس بين غرمائه بالحصص، لضيق ماله عن وفائهم، ومال الميت بين أرباب الديون، إذا لم يفها، والثلث بين أرباب الوصايا. إذا عجز عنها، وهذا قول عامّة الصحابة، ومن تبعهم من العلماء رضى الله عنهم، يروى ذلك عن عمر، وعلىّ، والعباس، وابن مسعود، وزيد، وبه قال مالك فى أهل المدينة، والثورىّ وأهل العراق، والشافعىّ وأصحابه، وإسحاق ونُعَيم بن حمّاد، وأبو ثور، وسائر أهل العلم، إلا ابن عبّاس، وطائفة شذّت يقلّ عددها. نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن على بن الحسين، وعطاء، وداود، فإنّهم قالوا لا تعولُ المسائل.

رُوى عن ابن عباس أنه قال فى زوج، وأختٌ أمّ: مَنْ شاء باهَلْتُه[1] أنّ المسائل لا تعول، إن الذى أحصى رمل عالج[2] عدداً أعدلُ من أن يجعل فى مالٍ نصفاً، ونصفاً، وثلثا، هذان نصفان ذهبا بالمال، فأين موضع الثلث، فسمّيت هذه المسألة مسألة المُبَاهَلَةَ لذلك، وهى أول مسألة عِائلةٍ حدثت فى زمن عمر رضى الله عنه، لجمع الصحابة للمشورة فيها، فقال العباس: أرى أن تقسّم المال بينهم على قدر سهامهم، فأخذ به عمر رضى الله عنه، واتبعه الناس على ذلك حتى خالفهم ابن عباس، فروى الزهرىّ عن عبد الله ابن عبد الله بن عُتبة قال: لقيتُ زفَر بن أوس البصرىّ، فقال: نمضى إلى عبد الله بن عباس نتحدّث

(١) باهلته: أصل المباهلة الملاعنة، والمراد هنا حاججته وخاصمته خصاماً شديدا.

(٢) عالج: بكسر اللام موضع كثير الرمل فى بلاد العرب.

عنده ، فأتيناه ، فتحدثنا عنده ، فكان من حديثه أنه قال: سبحان الذى أحصى رَمْلَ عالج عدداً ، ثم يجعل فى مال نصفا ونصفا وثلثا ، ذهب النصفان بالمال ، فأين موضع الثلث ؟ وأيمُ الله لو قدموا من قدم الله ، وأخروا من أخر الله ما عالت فريضة أبداً ، فقال زفر : فمن الذى قدمه الله ، ومن الذى أخره الله ؟ فقال : الذى أهبطه من فرض إلى فرض ، فذلك الذى قدمه ، والذى أهبطه من فرض إلى ما بقى فذلك الذىأخره الله ، فقال زفر : فمن أول من أعال الفرائض ؟ قال : عمر بن الخطاب ، فقلت : ألا أشرتَ عليه ؟ فقال:هِبْتهُ ، وكان امرأ مَهيباً ، قولهُ من أهبطه من فريضة فذلك الذى قدمه الله ، يريد أن الزوجين ، والأم لكل واحد منهم فرض ، ثم يُحجَب إلى فرض آخرَ لا ينقص منه ، وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقى يُريد البناتِ والأخواتِ ، فإنهن ، يفرض لهن ، فإذا كان معهن إخوتهُنَّ ورثوا بالتعصيب ، فكان لهم ما بقى ، قل أو كثر ، فكان مذهبه أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات ، والأخوات .

ولنا أن كل واحد من هؤلاء لوانفرد أخذ فرضه ، فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق ، كأصحاب الديون والوصايا ، ولأن الله تعالى فرض للأخت النصف ، كما فرض للزوج النصف وفرض للأختين الثلثين ، كما فرض الثلث للأختين من الأم ، فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى عليه بالرأى ، والتحكم ، ولم يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساوَوْا فى النقص على قدر الحقوق ، كالوصايا والديون ، وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج ، وأم ، وأخوان من أم ، فإن حجب الأم إلى السدس خالف مذهبه فى حجب الأم بأقل من الأخوة ، وإن نقص الأخوين من الأم رد النقص على من لم يُهبطه الله من فرض إلى ما بقى ، وإن أعال المسألة رجع إلى قول الجماعة ، وترك مذهبه ، ولا نعلم اليوم قائلاً بمذهب ابن عباس ، ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الأمصار فى القول بالعَوْل بحمد الله ومنه .

٤٧٧٣ (فصـــــل)

حصل خلاف ابن عباس للصحابة فى خَمْس مسائل ، اشتهر قوله فيها : أحدها : زوج وأبوان .

والثانية : امرأة وأبوان ، للأم ثلث الباقى عندهم ، وجعل هو لها ثلث المال فيها .

والثالثة : أنه لا يحجب الأم إلا بثلاثة من الاخوة .

الرابعة : لم يجعل الأخوات مع البنات عَصَبةً .

الخامسة : أنه لا يُعيل المسائل فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها ، واشتهر عنه القول بها ، وشذت روايات سوى هذه ، ذكرنا بعضها فيما مضى .

٤٧٧٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانا ابنا عم أحدهما أخ لأم فللأخ للأم السدس وما بقى بينهما نصفين ﴾

هذا قول جمهور الفقهاء ، يروى عن عمر رضى الله عنه مايدلّ على ذلك ، ويروى ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، وزيد ، وابن عباس ، وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ ، ومن تبعهم . وقال ابن مسعود : المال للذى هو أخ من أم ، وبه قال شُرَيح ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، والنخَعِىّ ، وأبو ثور ، لأنهما استويا فى قرابة لأب ، وفضله ، هذا بأمّ فصار كأخوين ، أو عمّين ، أحدهما لأبوين ، والآخر لأب ، ولأنه لو كان ابن عمّ أخوين ، وابن عم لأب كان ابن العمّ للأبوين أولى ، فإذا كان قربه لكونه من ولد الجدّة قدّمه ، فكونه من ولد الأم أولى .

ولنا : أن الاخوة من الأم يفرض له بها ، إذا لم يرث بالتعصيب ، وهو إذا كان معه أخ من أبوين ، أو من أب ، أو عمّ ، ومايفرض له به لايرجّح به ، كما لو كان أحدهما زوجاً ، ويفارق الأخ من الأبوين ، والعمّ وابن العمّ إذا كانا من أبوين ، فإنه لا يفرض له بقرابة أمّه شىء ، فرجّح به ، ولا يجتمع فى إحدى القرابتين ، ترجيح ، وفرض .

٤٧٧٥ (فصـــــــل)

فإن كان معهما أخ لأب ، فللأب من الأمّ السدس ، والباقى للأب من الأب ، فإن كان معهما أب من أبوين ، فكذلك ، إن كان ابن عمّ لأبوين وابن عم هو أخ لأم فعلى قول الجمهور للأخ السدس ، والباقى للآخر ، وعلى قول ابن مسعود المال كلّه لابن العم ، الذى هو أخ لأم .

٤٧٧٦ (فصـــل)

فإن كان ابنا عم أحدهما أخ من أم ، وبنت ، أو بنت ابن ، فللبنت أو بنت الابن النصف ، والباقى بينهما نصفين ، وسقطت الاخوة من الأم بالبنت ، ولو كان الذى ليس بأخ ابن عم من أبوين أخذ الباقى كلّه كذلك ، وعلى قول ابن مسعود الباقى للأخ فى المسألتين ، بدليل أن الأخ من الأبوين يتقدّم على الأخ من الأب بقرابة الأم ، فإن كان فى الفريضة بنت تحجب قرابةَ الأمّ ، وحُكى عن سعيد ابن جبير أنّ الباقىَ لابن العمّ الذى ليس بأخ ، وإن كان من أب لأنه يرث بالقرابتين ميراثاً واحداً ، فإذا كان فى الفريضة من يحجب إحداها سقط ميراثه ، كما لو استغرقت الفروض المال سقط الأخ من الأبوين ، ولم يرث بقرابة الأمّ ، بدليل مسألة المشركة .

ولنا : على ابن مسعود أن البنت تُسقط الميراث بقرابة الأمّ ، فبقى التعصيب منفرداً ، فيرث به ، وفارق ولد الأبوين ، فإن قرابة الأم ثمّ يرجّح بها ، ولايفرض لها ، فلا يؤثّر فيها مايحجبها ، وفى مسألتنا يفرض له بها ، فإذا كان فى الفريضة من يحجبها سقطت ، ولأنه لو كان مع ابن العم الذى هو

أخ أخ من أب وبنت ، لحجبت البنت قرابة الأم ، ولم ترث بها شيئاً ، فكان للبنت ، والباقى للأخ من الأب ، ولولا البنت لورث لكونه أخاً من أم السدس ، فإذا حجبته البنت مع الأخ من الأب . وجب أن تحجبه فى كل حال ، لأن الحجب بها ، لا بالأخ من الأب ، وما ذكره سعيد ابن جُبَير ينتقض بالأخ من الأبوين مع البنت ، وبابن العم إذا كان زوجاً ، ومعه من يحجب بنى العم ، ولا نسلّم أنه يرث ميراثا واحداً ، بل يرث بقرابته ميراثين ، كشخصين ، فصار كابن العم الذى هو زوج ، وفارق الأخ من الأبوين ، فإنه لا يرث إلا ميراثاً واحداً ، فإن قرابة الأم لا ترث بها مفردة .

٤٧٧٧ (فصـــــل)

فحصل خلاف ابن مسعود فى مسائل ست هذه إحداهن ، والثانية : فى بنت ، وبنات ابن ، وابن ابن ، الباقى عنده للابن دون أخواته .

الثالثة : فى أخوات الأبوين ، وأخوات لأب ، الباقى عنده للأخ دون أخواته .

والرابعة : بنت وابن ابن ، وبنات ابن عنده لبنات الابن الأضرّ بهنّ من السدس ، أو المقاسمة .

الخامسة : أخت لأبوين ، وأخ وأخوات لأب للأخوات عنده الأضرّ بهنّ من ذلك .

السادسة : كان يحجب الزوجين ، والأم بالكفار والعبيد ، والقاتلين ولا يورثهم .

٤٧٧٨ (فصـــــل)

ابن ابن عم هو أخ لأم ، وابن ابن عم آخر للأخ السدس ، والباقى بينهما ، وعند ابن مسعود الكل للأخ ، وسقط الآخر ، وإن كان أحدهما ابن أخ لأم فلا شىء له بقرابة الأخوة ، لأن ابن الأخ للأم من ذوى الأرحام ، وإن كان عمّان أحدهما خال لأم ، لم يرجّح بخئولته ، وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان :

أحدهما : لا يرجّح بها .

والثانى : يرجّح بها على العم الذى هو من أب ، فيأخذ المال ، لأنه ابن الجد والجدة ، والآخر ابن الجد لا غيرُ ، وإن كان العم الآخر من أبوين ، فالمال بينهما ، لأن كل واحد منهما يُدلى بجدة ، وهما ابنا الجد ، وهكذا القول فى ابنى عمٍ أحدهما خال ، أو ابنى ابنى عم أحدهما خال ، فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم .

٤٧٧٩ (فصـــــل)

ابنا عم أحدهما زوج فللزوج النصف ، والباقى بينهما نصفان ، عند الجميع ، فإن كان الآخر أخاً من أم ، فللزوج النصف ، وللأخ السدس ، والباقى بينهما ، أصلها من ستة ، للزوج أربعة ، وللأم اثنان ، وترجع

بالاختصار إلى ثلاثة ، وعند ابن مسعود الباقى للأخ ، فتكون من اثنين ، لكلّ واحد منهما سهم .
ثلاثة بنى عمّ ، أحدهم زوج ، والآخر أخ من أم ، فللزوج النصف ، وللأخ السدس ، والباقى بينهما على ثلاثة ، أصلها من ستة · يضرب فيها الثلاثة ، تكن ثمانية عشر ، للزوج النصف تسعة ، وللأخ ثلاثة ، يبقى ستة بينهم على ثلاثة ، فيحصُل للزوج أحدعشر ، وهى النصف ، والتسع ، وللأخ خمسة ، وهى السدس ، والتسع ، وللثالث التسع سهمان ، فإن كان الزوج ابن عمّ ، لأبوين ، فالباقى كلّه له ، وإن كان هو والثالث من أبوين فالثلث الباقى بينهما ، وتصحّ من ستة ، للزوج الثلثان ، ولكلّ واحد من الآخرين سدس ، وابن مسعود فى جميع ذلك يجعل الباقى بعد فرض الزوج للذى هو أخ من أم .

٤٧٨٠ (فصـــــل)

أخوان من أم أحدهما ابن عم ، فالثلث بينهما ، والباقى لابن العم ، وتصح من ستة ، لابن العم خمسة ، وللآخر سهم ، ولا خلاف فى هذه المسألة ، فإن كانوا ثلاثة اخوة أحدهم ابن عم ، فالثلث بينهم على ثلاثة ، والباقى لابن العم ، وتصحّ من تسعة ، وإن كان اثنان منهم ابنى عمّ ، فالباقى بعد الثلث بينهما ، وتصحّ من تسعة.

٤٧٨١ (فصـــــل)

ثلاثة إخوة لأم ، أحدهم ابن عم ، وثلاثة بنى عمّ ، أحدهم أخ لأم ، فاضمم واحدا من كلّ عدد إلى العدد الآخر يصير معك أربعة بنى عم ، وأربعة اخوة ، فهم ستة فى العدد ، وفى الأحوال ثمانية ، ثم اجعل الثلث للاخوة على أربعة ، والثلثين ، على بنى العم على أربعة ، فتصحّ من اثنى عشر ، لكلّ أخ مفرد سهم ، ولكلّ ابن عممفرد سهمان ، ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة ، فيحصُل لهما النصف ، وللأربعة الباقين النصف ، وعلى قول عبد الله: للإخوة الثلث ، والباقى لابنى العمّ اللّذيْن هما أخوات ، والله أعلم .

باب أصول سهام الفرائض التى تعول

معنى أصول المسائل : المخارج التى تخرج منها فروضها ، وأصول المسائل كلّها سبعة ، لأن الفروض المحدودة فى كتاب الله تعالىستة : النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس ، ومخارج هذه الفروض مفردةً خمسة ، لأن الثلث والثلثينمخرجُهما واحد ، والنصف من اثنين ، والثلثوالثلثانمن ثلاثة ، والربع من أربعة ، والسدس من ستة ، والثمن من ثمانية ، والربع مع السدس ، أو الثلث ، أو الثلثين من اثنى عشر ، والثمن مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين ، فصارت سبعةً ، وهذهالفروض نوعان :

أحدهما : النصف ، ونصفه ، ونصف نصفه .

والثانى : الثلثان ، ونصفهما ، ونصف نصفهما . وكلّ مسألة فيها فرض مُفْرَد فأصلها من مخرجه ، وإن كان فيها فرضان يُؤخذ أحدهما من مخرج الآخر ، فأصلها من مخرج أقلّهما ، وإن كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر ، فاضرب أحد المخرجين فى الآخر ، أو وَفْقِهِ ، فما بلغ فهو أصل المسألة ، وفيها يكون العَوْلُ ، لأن العول إنما يكون فى مسألة تزدحم فيها الفروض ، ولا يتّسع المال لها ، فكلّ مسألة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلُها من ستة ، لأن مخرج النصف اثنان ، ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ، فتضرب اثنين فى ثلاثة تكن ستة ، وهكذا سائرها .

والمسائل على ثلاثة أضرب : عادلة ، وعائلة ، وردّ ، فالعادلة : التى يستوى مالها ، وفروضها ، والعائلة : التى تزيد فروضها عن مالها ، والردّ : التى يفضل مالها عن فروضها ، ولا عَصَبة فيها ، وسنذكر أمثلة هذه الأضرب فى هذا الباب بعَون الله .

٤٧٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وما فيه نصف وسدس ، أو نصف وثلث ، أو نصف وثلثان ، فأصلها من ستة ، وتعول إلى سبعة ، وإلى ثمانية ، وإلى تسعة ، وإلى عشرة ، ولا تعول أكثر من ذلك ﴾

أما إذا كان نصف وسدس فإنّ مخرج النصف اثنان ، ويوجد ذلك فى مخرج السدس ، وهو الستة ، فكان أصلهما جميعاً ستّة ، وهكذا لو كان سدس ، وثلث ، أو ثلثان ، فأصلهما من مخرج السدس ، لا يزيد عليه ، وإن اجتمع النصف والثلثان ، أو الثلث ، فإن مخرج النصف اثنان ، ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ، ولا وفق بينهما ، فاضرب أحد المخرجين فى الآخر تكن ستة ، ويصير كلّ كسر بعدد مخرج الآخر ، ويدخل العول هذا الأصل لازدحام الفروض فيه ، وهو أكثرها عولاً ، والعول زيادة فى السهام ، ونقصان فى أنصباء الورثة ، وأمثلة ذلك : زوج ، وأم ، وأخ ، من أمّ . أصلها من ستة ، ومنها تصحّ ، زوج وأم ، وأخوان ، من أم ، بنت ، وأم وعم ، أو عَصَبة ، ثلاث أخوات متفرّقات ، وأخ من أم ، أو أم وجدّة ، أبوان ، وبنتان ، بنت ، وأبوان ، بنت ، وبنت ابن وأبوان ، أو جد وجدّة ، والعولُ زوج ، وأختان ، من أبوين ، أو من أب ، أو إحداهما ، من أبوين والأخرى من أب أو أم ، أو أخت من أب ، وأخت من أم ، أصلها من ستة ، وتعول إلى سبعة ، زوج وأخت ، وجدة أو أخ لأم ، ست أخوات مفترقات ، وأم وأخت لأب وأم وأخت لأب ، وأخوان لأم .

عول ثمانية : زوج وأخت وأم . للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وللأم الثلث سهمان ، تعول إلى ثمانية ، وهى مسألة المباهلة ، فإن كان معهم أخت أخرى من أىّ جهة كانت ، أو أخ من أمّ فهى من ثمانية أيضاً .

عول تسعة : زوج وست أخوات مفترقات ، تعول إلى تسعة ، وتسمّي الغرّاء : زوج وأم ، وثلاث أخوات مفترقات ، تعول إلى عشرة ، وتسمّى أم الفُروخ ، لكثرة عولها ، لأنها عالت بثلثيها ، فشبّهوا الأصل بالأمّ ، والعول بالفروخ . ويُروى أن رجلاً جاء إلى شُرَيح فقال : إن امرأتى ماتت ولم تترك ولداً فكم لى من ميراثها ؟ قال : لك النصف ، فمن خلّفت ؟ قال: خلفت أمها ، وأختيها من أبيها ، وأختيها من أمها ، وأباً، قال : لك ثلاثة أسهم من عشرة، فخرج الرجل فقال : ألا تعجبون من قاضيكم؟ قال: لى النصفُ، فوالله ما أعطانى نصفاً ولا ثُلثاً ، فقال له شريح : ألا أنك ترانى قاضياً ظالماً ، وأنا أراك رجلاً فاجراً تكتم القصّة ، وتُذيع الفاحشة ، ومتى عالت المسألة إلى تسعة ، أو الى عشرة لم يكن الميّت امرأةً ، لأنها لا بّد فيها من زوج ، ولا يمكن أن تعول المسألة إلى أكثر من هذا ، وَلا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا .

وطريق العمل فى العول أن تأخذ الفروض من أصل المسألة ، وتضمّ بعضها إلى بعض ، فما بلغت السهام فاليه ينتهى ، فنقول فى زوج وأم ، وست أخوات مفترقات : للزوج النصف ثلاثة ، وللأم السدس سهم ، وللأختين الثلثان أربعة ، وللأختين من الأم الثلث ، سهمان ، صارت عشرةً .

٤٧٨٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وما فيه ربع وسدس ، أو ربع وثلث ، أو ربع وثلثان ، فأصلها من اثنى عشرة ، وتعول إلى ثلاثة عشر ، وإلى خمسة عشر ، وإلى سبعة عشر ، ولا تعول إلى أكثر من ذلك ﴾

إنما كان أصلها من اثنى عشر لأن مخرج الربع أربعة ، ومخرج الثلث ثلاثة ، ولا وفق بينهما ، فإذا ضربت أحدهما فى الآخر كان اثنى عشر فإن كان مع الربع سدس ، فبين الستة والأربعة موافقة ، وإذا ضربتَ وفقَ أحدهما فى الآخر صار اثنى عشر ، ولا بدّ فى هذا الأصل من أحد الزوجين ، لأنه لا بدّ فيها من ربع ، ولا يكون فرضاً لغيرهما .

وأمثلة ذلك : زوج ، أبوان ، وخمسة بنين : للزوج الربع ثلاثة ، وللأبوين السدسان ، يبقى خمسة ، لكلّ ابن سهم . زوج ، وابنتان ، وأخت ، وعصبة : امرأة وأختان ، للأبوين ، أو لأب ، أو أختان لأم وعصَبَة : امرأة وأخوان لأم ، وسبعة لأب. العول: زوج ، وابنتان ، وأم ، تعول إلى ثلاثة عشر : امرأة وثلاث أخوات مفترقات : زوج وأبوان ، وابنتان ، تعول إلى خمسة عشر: امرأة وأختان من أب ، وأختان من أم : امرأة وأم ، وست أخوات مفترقات تعول إلى سبعة عشر : ثلاث نسوة ، وجدتان ، وأربع أخوات ، لأم ، وثمان لأب ، تعول إلى سبعة عشر ويصحّ لكلّ واحدة منهنّ سهم ، وتسمّى أمّ الأرامل ، ويعُايا بها ، فيقال : سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسمنَ مال ميّت بالسوّية ، لكلّ

امرأة سهم ، وهي هذه ، وهي هذه ، ولا يعول هذا الأصلُ إلى أكثر من هذا ، ولا يمكن أن يكمّل هذا الأصل بفروض من غير عَصبَةٍ ، ولا عَوْلٍ ، ولا يمكن أن تعول إلا على الأفراد ، لأن فيها فرضاً يُباين سائر فروضها ، وهو الربع ، فإنه ثلاثة ، وهي فرد ، وسائر فروضها ، يكون زوجاً ، فالسدس اثنان ، والثلث أربعة ، والثلثان ثمانية ، والنصف ستة ، ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميّت فيها إلا رجلاً .

٤٧٨٤ ﴿مسـألة﴾

قال ﴿ وما كان فيه ثمن وسدس ، أو ثمن وسدسان ، أو ثمن وثلثان ، فأصلها من أربعة وعشرين ، وتعول إلى سبعة وعشرين ، ولا تعول إلى أكثر من ذلك ﴾

إنما كان كذلك لأنك تضرب مخرج الثمن فى مخرج الثلثين ، أو فى وفق مخرج السدس ، فيكون أربعة وعشرين ، ولم نقل ثمن وثلث ، لأن الثلث لا يجتمع مع الثمن فإنه لا يكون إلا للزوجة مع الولد ، ولا يكون الثلث فى مسألة فيها ولد ، لأنه لا يكون إلا لولد الأمّ ، والولد يُسقطهم ، أو الأمّ بشرط عدم الولد ، ومسائل ذلك : امرأة ، وأبوان وابنَ ، أو ابنان ، أو بنون ، وبنات ، امرأة ، وابنتان ، وأمّ وعَصَبة ثلاثُ نسوة ، وأربع جدّات ، وستةَ عشر[1] بنتاً ، وأخت : امرأة وبنت ابن وجدّة ، وعَصَبة ، العولُ امرأة ، وأبوان ، وابنتان ، تعول إلى سبعة وعشرين ، وتسمّى البَخيلة ، لأنها أقلّ الأصول عولاً ، لم تُعل إلا بثُمنها ، وتسمّى المِنْبَرِية ، لأن علياً رضى الله عنه سُئل عنها على المنبر فقال « صارَ ثُمنها تُسْعاً ، ومَضَى فِي خُطْبَتِهِ » يعنى أن المرأة كان لها الثمن ، ثلاثة من أربعة وعشرين ، صار لها بالعول ثلاثةٌ من سبعة وعشرين ، وهي التّسع ، ولا يكون الميت فى هذا الأصل إلا رجلاً ، لأن فيها ثمناً ، ولا يكون إلا للمرأة مع الولد ، ولا يمكن أن يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذا ، إلا على قول ابن مسعود ، فإنه يحجُب الزوجين والأمّ بالولد ، والكافر ، والقاتل ، والرقيق ، ولا يورّثه ، فعلى قوله : إذا كانت امرأة ، وأمّ ، وستّ أخَوات مفترَقات ، وولد كافر فللأخوات الثلث ، والثلثان ، أربعة وعشرون ، وللأم والمرأة السدس ، والثمن سبعة ، فتعول إلى أحد وثلاثين .

٤٧٨٥ (فصول فى تصحيح المسائل)

وإذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمةً صحيحةً فاضرب عددهم فى أصل المسألة ، وعَوْلها ، إن كانت عائلةً ، إلا أن يوافق عددُهم سهامهَم بنصف ، أو ثلث ، أو غير ذلك من الأجزاء ،

---

(١) هكذا فى الأصول ، والصحيح ، وست عشرة بنتا ، لأن عدد المؤنث فى الستة مذكر .

فيجزئك ضرب وَفق عددهم فى أصل المسألة ، وعولها ، إن كانت عائلةً ، فما بلغ فمنه تصحّ ، فإذا أردت القسمةَ فلكلّ مَنْ له شىء من أصل المسألة مضروب فى العدد الذى ضربته فى المسألة ، وهو الذى يُسمّى جزء السهم ، فما بلغ فهو له ، إن كان واحداً ، وإن كانوا جماعةً قسّمته عليهم ، وإن شئت قلت : إذا كان الكسر على فريق واحد فلواحدهم بعد التصحيح مثلُ ما كان لجماعتهم قبل التصحيح ، أو وَفْقه إن كان وافق ، مثال ذلك : زوج ، وأم وثلاثة إخوة ، أصلها من ستة ، للزوج النصف ثلاثة ، وللأم السدس سهم ، بقى للإخوة سهمان ، لا تنقسم عليهم ، ولا توافقهم ، فاضرب عددهم وهو ثلاثة فى أصل المسألة ، تكن ثمانيةَ عشَر سهما : للزوج ثلاثة فى ثلاثة تسعة ، وللأم سهم فى ثلاثة ثلاثة ، وللاخوة سهمان فى ثلاثة تكن ستة ، لكلّ واحد منهم سهمان ، ولو كان الإخوة ستّة وافقتهم سهامهم بالنصف فردّهم إلى نصفهم ثلاثة ، وتعمل فيها كعملك فى الأولى ، سواء ولكلّ واحد من الإخوة سهم ، وهو وَفْق سهام جماعتهم .

٤٧٨٦ (فصـــل)

وإن كان الكسر على فريقين لم تخلُ من أربعة أقسام .

أحدها : أن يكون العددان متماثلين ، فيُجزئك ضرب أحدهما فى المسألة ، ومثال ذلك : زوج ، وثلاث جدّات ، وثلاثة إخوة ، أصلها من ستّة ، للزوج ثلاثة ، وللجدّات سهم ، وللاخوة سهمان ، فتضرب أحد العددين فى المسألة ، تكن ثمانية عشر ، وطريق القسمة فيها مثلُ طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء ، ولو كان الاخوة ستة وافقوا سهمهم بالنصف رجعوا إلى ثلاثة ، وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء .

القسم الثانى : أن يكون العددان متناسبين ، وهو أن يكون أحدهما ينتسب إلى الآخر بجزء من أجزائه ، كنصفه ، وثلثه ، أو غير ذلك من الأجزاء ، فيُجزئك ضرب العدد الأكثر منهما فى المسألة ، ومثاله ما لو كان الجدّات فى هذه المسألة ستًّا ، فإن عدد الأخوات نصف عدد الجدّات ، فاجتزئ بعددهنّ ، وأضربه فى أصل المسألة تكن ستةً وثلاثين ، ومنها تصحّ ، ولو كان عدد الإخوة ستّة وافقتهم سهامهم بالنصف ، ورجعوا إلى ثلاثة ، وعملت على ماذكرنا .

القسم الثالث : أن يكون العددان متباينين ، لا يماثل أحدهما الآخر ، ولا يناسبه ، ولا يوافقه ، مثل أن يكون عدد الجدّاتِ أربعاً ، والإخوة ثلاثاً ، فإنك تضرب عدد أحدهما فى جميع الأجزاء ، فما بلغ ضربته فى المسألة ، ومتى ضربته ههنا كان اثنى عشر ، فإذا ضربته فى المسألة كانت اثنين وسبعين ، وإن وافق أحد العددين سهامه ، دون الآخر أخذتَ وَفْق الموافق ، وضربته فيما لم يوافق ، وعملت على ما ذكرنا ، وإن وافقا جميعاً سهامهما رددتهما إلى وفقهما ، وعملت فى الوَفْقين عملَك فى العددين الأصليّين .

القسم الرابع : أن يكون العددان متفقين بنصف ، أو ثلث ، أو ربع أو غير ذلك من الأجزاء ،

فإنك تردّ أحد العددين إلى وفقه ، ثم تضربه فى جميع الآخر ، فما بلغ ضربته فى المسألة ، ومثاله أن تكون الإخوة تسعةً ، والجدّاتُ ستّاً ، فيتفقان بالثلث ، فتردّ الجدّات إلى ثلثهن اثنين ، وتضربهما فى عدد الإخوة ، تكن ثمانيةَ عشَر ثم تضرب ذلك فى أصل المسألة ، تكن مائةً وثمانيةً ، ومنها تصحّ .

٤٧٨٧ (فصــــل)

وإن كان الكسر على ثلاثة أحياز نظرتَ : فإن كانت متماثلةً ، كثلاث جدّات ، وثلاث بنات ، وثلاثة أعمام ، ضربت أحدها فى المسألة ، فما بلغ فمنه تصحّ المسألة ، ولكلّ واحد منهم بعد التصحيح مثلُ ما كان لجماعتهم ، وإن كانت متناسبة ، كجدّتين ، وخمس بنات ، وعشرة أعمام ، اجتزأت بأكثرها ، وهى العشرة ، فضربتها فى المسألة ، تكن ستّين ، ومنها تصحّ ، وإن كانت متباينة ، مثل أن يكون الأعمام فى هذه المسألة ثلاثةً ، ضربت بعضها فى بعض تكن ثلاثين ، ثم ضربتها فى المسألة تكن مائة ، وثمانين ، وإن كانت متوافقة ، كستّ جدّات ، وتسع بنات ، وخمسة عشر عمًّا ضربت وفق عدد منها فى جميع الآخر ، فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث ، وضربت وفقه فى جميع الثالث ، ثم اضرب ما معك فى أصل المسألة ، فما بلغ فمنه تصحّ ، وإن تماثل اثنان منها ، وباينهما الثالث ، أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين فى جميع الثالث ، أو فى وفقه ، وإن كان موافقاً فما بلغ ضربته فى المسألة ، وإن تناسب اثنان ، وباينهما الثالث ضربت أكثرها فى جميع الثالث أو فى وفقه ، إن كان موافقاً ، ثم فى المسألة ، وإن توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما فى جميع الآخر ، ثم فى الثالث ، وإن تباين اثنان ، ووافقهما الثالث ، كأربعة أعمام ، وستّ جدّات ، وتسع بنات ، أجزأك ضرب أحد المتباينين فى الآخر ، ثم تضربه فى المسألة ، ويسمّى هذا الموقوف المقيّد، لأنك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا السّتة ،ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة ، وتردّ الستة إلى الاثنين أدخلا فى الأربعة ، وأجزأك ضرب الأربعة فى التسعة ، ولو وقفت الأربعة رددت الستة إلى ثلاثة ، ودخلت فى التسعة، وأجزأك ضرب الأربعة فى التسعة. فأما إن كان الأعداد الثلاثة متوافقةً ، فإنه يسمىّ الموقوف المطلق ، وفى عملها طريقان :

أحدهما : ما ذكرناه من قبل ، وهو طريق الكوفيين .

والثانى : طريق البصريين ، وهو أن تقف أحد الثلاثة ، وتوافق بينه وبين الآخرين ، وتردّهما إلى وفقهما ، ثم تنظر فى الوفقين ، فإن كانا متماثلين ضربت أحدهما فى الموقوف ، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما ، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما فى الآخر ، ثم الموقوف ، وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما فى جميع الآخر ، ثم فى الموقوف ، فما بلغ ضربته فى المسألة ، ومثال ذلك : عشرُ جدّات ، واثنا عشر عمًّا ، وخمس عشرة بنتا ، فقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف ، فترجع إلى ستة ،

وتوافقها الخمس عشرة بالأخماس ، فترجع إلى ثلاثة ، وهى داخلة فى الستة ، فتضرب الستة فى العشرة ، تكن ستين ، ثم فى المسألة تكن ثلثمائة وستين ، وإن وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة ، والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة ، وهما متماثلان ، فتضرب خمسة فى اثنى عشر تكن ستين ، وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين ، والاثنا عشر إلى أربعة ، ودخل الاثنان فى الأربعة فتضربها فى الخمس عشرة ، تكن ستين ثم فى المسألة .

٤٧٨٨ (فصــــل)

فى معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة ، الطريق فى ذلك أن تلقى أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى ، فان فنى به فالعددان متناسبان ، وإن لم يفن به ولكن بقيت منه بقية ألقيتها من العدد الأول ، فإن بقيت منه بقية ألقيتها من البقية الأولى ، ولا تزال كذلك تلقى كل بقية من التى قبلها حتى يصل إلى عدد يفنى الملقى منه ، غير الواحد ، فأى بقية فنى بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء ، وتلك البقية إن كانت اثنين فبالأنصاف ، وإن كانت ثلاثة فبالأثلاث ، فإن كانت أربعة فبالأرباع ، فإن كانت أحدعشر ، أو اثنى عشر ، أو ثلاثة عشر ، فبجزء ذلك ، وإن بقى واحد فالعددان متباينان ، ومما يدلك على تناسب العددين : أنك متى زدت على الأقل مثله أبداً ساوى الأكثر ، ومتى قسمت الأكثر على الأقل انقسم قسمة صحيحة ، ومتى نسبت الأقل إلى الأكثر انتسب إليه بجزء واحد ، ولا يكون ذلك إلا فى النصف ، فما دونه .

٤٧٨٩ (فصــــل)

فى مسائل المناسخات . ومعناها : أن يموت من ورثة الميت انسان قبل قسم تركة الأول ، فإذا وجد ذلك نظرت : فإن كان ورثة الأول يرثون الثانى على حسب ميراثهم من الأول ، مثل أن يكونوا عصبة لهما جميعاً ، وقد يتفق ذلك فى أصحاب الفروض فى مسائل يسيرة ، كرجل مات عن امرأة ، وثلاثة بنين وبنت ، ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة فإن للمرأة من الأول سهماً مثل سهم البنت ، وكنصف سهم ابن ، وكذلك لها من الثانية ، فإذا كان كذلك فاقسم المسألة على ورثة الثانى ، ولا تنظر إلى الأول ، فلو خلف رجل خمسة بنين ، وخمس بنات ، فمات منهم ابن ، ثم بنت ، ثم ابن ، ثم بنت ، ثم ابن ، ثم بنت قسمت الميراث على الابنين الباقيين ، والبنتين ، للذكر مثل حظ الانثيين ، ولم ينظر فى بقية المسائل ، فإن كان معهم من يرث من الأولى دون ما بقى ، كما لو كان مع هؤلاء امرأة للميت ، ليست أما لهم ، فإنك تفرز لها الثمن ، وتقسم الباقى على ما ذكرنا ، وإن كانت أماً لهم إلا أنها ماتت قبلهم ، أو بعد بعضهم ، ولم تخلف وارثاً غيرهم قسمت الميراث كله على الباقين ، للذكر مثل حظ الانثيين ، ولم ينظر فى ميراثها ،

لأنه قد صار إليهم ، فإن لم يكونوا كذلك فإنك تقسم مسألة الأول ، ثم تنظر ما صار للميت الثانى فيها .
فإن انقسم على مسألته ، فقد صحت المسألتان مما صحت منه الأولى .

ومثال ذلك : امرأة ، وبنت من غيرها ، وأخ ، ماتت البنت ، وخلفت زوجاً ، وبنتاً ، وعماً ، فالمسألة الأولى من ثمانية ، المرأة سهم وللبنت أربعة ، ويبقى للأخ ثلاثة ، ومسألة الميتة الثانية من أربعة ، لزوجها سهم ، ولابنتها سهمان ، ويبقى سهم للأخ الأول ، فصار له من المسألتين أربعة أسهم ، وصحت المسألتان من ثمانية ، وإن لم تنقسم سهام الميت الثانى على مسألته ووافقت بين سهامه ، ومسألته ، فإن انفقا رددت مسألته إلى وَفقها ، ثم ضربته فى المسألة الأولى ، فما بلغ فمنه تصح المسألتان ، ثم كل من له شىء من المسألة الأولى مضروب فى وفق المسألة الثانية ، وكل من له شىء من المسألة الثانية مضروب فى وفق سهام الميت الثانى .

مثال ذلك إذا خلفت البنتُ زوجاً ، وابنتين ، فمسألتها من اثنى عشر ، وتوافقها سهامها بالربع ، فترجع إلى ثلاثة ، تضرب فى ثمانية ، تكن أربعة ، وعشرين ، للمرأة سهم من الأولى فى ثلاثة ، وللأخ ثلاثة فى ثلاثة بتسعة ، وله من الثانية سهم فى سهم تكن عشرة ، وللزوج ثلاثة فى سهم ، وللابنتين ثمانية ، وإن لم يوافق سهامه مسألته ضربت المسألة الثانية فى الأولى ، ثم كل من له شىء من المسألة الأولى مضروب فى الثانية ، ومن له شىء من الثانية مضروب فى سهام الميت الثانى ، فإن مات ثالث عملت مسألته ونظرت سهامه مما صحت منه المسألتان ، فإن انقسم على مسألته صحت مما صحت منه الأوليان ، وإن لم تصح وافقت بين مسألته وسهامه ، وضربت وفق سهام مسألته إن وافقت ، أو جميعها ، إن لم توافق فيما صحت منه الأوليان ، وعملت على ما ذكرنا . وكذلك تصنع فى الرابع ، والخامس ، وما بعده .

٤٧٩٠ (فصـــل)

وإن أردت قسمت المسألة على قراريط الدينار ، فإنها فى عُرف أهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطاً فإن كانت السهام كثيرةً ، فلك فى قسمها طريقان .

أحدهما : أن تنظر ما تركب منه العدد ، فإنه لا بد أن يتركب من ضرب عدد فى عدد ، فانسبْ أحد العددين إلى أربعة وعشرين ، إن كان أقل منها ، وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة ، فما كان فهو لكل قيراط ، وإن كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها ، فما خرج بالقسم فاضرب به فى العدد الآخر ، فما بلغ فهو نصيبه .

مثال ذلك ، ستمائة ، أردتَ قسمتها ، فانك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين فى ثلاثين ، فانسبُ العشرين إلى أربعة وعشرين ، تكن نصفها ، وثلثها ، فخذ نصف الثلاثين . وثلثها . خمسة وعشرون

فهو سهم القيراط . وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقَسْم سهم ، وربع ، فاضربها تـكن خمسةً وعشرين ، كما قلنا .

والثانى : أن تنظر عدداً إذا ضربته فى الأربعة والعشرين ساوى المقسوم أو قاربه ، فاذا بقيت منه بقية ضربتها فى عدد آخر ، حتى يبقى أقلّ من المقسوم عليه ، ثم تجمع العدد الذى ضربته اليه ، وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه ، فتضمّها إلى العدد ، فيكون ذلك سهم القيراط .

مثاله فى مسألتنا : أن تضرب عشرين فى أربعة وعشرين ، تـكن أربعمائة وثمانين ، ثم تضرب خمسةً فى أربعة وعشرين تـكن مائةً ، وعشرين ، وتضمّ الخمسة إلى العشرين ، فيكون ذلك سهام القيراط ، فاذا عرفت سهام القيراط فانظر كلّ مَنْ له سهام فأعطه بكلّ سهم من سهام القيراط قيراطاً ، فان بقى له من السهام مالا يبلغ قيراطاً ، فانسبه إلى سهام القيراط ، وأعطه منه مثلَ تلك النسبة ، فان كان فى سهام القيراط كسر بَسَطْتها من جنس الـكسر ، ثم كلّ من له سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الـكسر قراريط ، وتضرب بقية سهامه فى مخرج الـكسر ، وتنسبها منها .

مثال ذلك : زوج ، وأبوان ، وابنتان ، ماتت الأمّ ، وخلّفت أمّاً وأختاً من أبوين ، وأختين من أب ، وأختين من أمّ ، فالأولى من خمسة عشر ، والثانية منعشرين ، فتضربوفق إحداها فى الأخرى ، تـكن مائةً وخمسين ، وسهم القيراط ستّة وربع ، فابسطها أرباعاً ، تـكن خمسةً وعشرين ، فهذه سهام القيراط . فللبنت من الأولى أربعة فى عشرة ، تـكن أربعين ، فلها بخمسة وعشرين أربعة ، تبقى خمسة عشر،اضربها فى مخرج الـكسر تـكن ستين ، واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين ، فصار لها ستة وخمسان ، وللأب من الأولى والثـانية ستة وعشرون ، فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط ، وابسط السهم الباقىَ أرباعاً تـكن أربعة أخماس خمس ، ولزوج الأولى ثلاثون ، فله بخمسة وعشرين منها أربعة قراريط ، وابسط الخمسة الباقية تـكن عشرين ، وهى أربعة أخماس قيراط ، ولأم الثانية سهمان ، ابسطهما أرباعاً تـكن خُمس قيراط ، وثلاثة أخماس قيراط ، وكذلك لـكلّ أخت من أمّ ، وللأختين من الأب مثلُ ذلك ، وللأخت من الأبوين ستّة ، ابْسُطْها أرباعاً تـكن أربعةَ أخماس قيراط ،وأربعةَ أخماس خُمُس .

٤٧٩١ (فصل فى قسمة التركات)

إن أمـكن أن تنسُب سهام كلّ وارث من المسألة ، ثم تعطيه من التركة مثلَ تلك النسبة لحسن ، ومثال ذلك : زوج ، وأبوان ، وابنتان ، والتركة أربعون ديناراً ، فللزوج ثلاثة ، وهى خمُس المسألة ،

فله خُمس التركة ، و هى ثمانية دنانير ، ولكلّ واحد من الأبوين ثلثاً خمس المسألة ، فله ثلثا الثمانية ، ولكلّ واحد من البنين مثلُ ما للأبوين كليهما ، وإن شئت ضربت سهام كلّ وارث فى التركة ، وقسمت ذلك على المسألة ، فما خرج فهو نصيبه ، وإن شئت قسمت التركة على المسألة ، ثم ضربت الخارج بالقسم فى سهام كلّ وارث ، فما بلغ فهو له ، وإذا كانت المسألة عدداً أصمّ عملت بإحدى هاتين الطريقتين ، وإن كان فى السهام كسر بَسَطْتَها من جنسه ، على ما ذكرنا فى القَسْم على قراريط الدينار .

ولك فى قسم التركة فى مسائل المناسخات أن تقسم التركة أو القراريط على المسألة الأولى ، فما حصل للميت الثانى قسمته على مسألته ، ثم تفعل بالثالث ، والرابع ، وما بعدهما كذلك ، وإذا كان بين المسألة والتركة موافقة فخذ وَفْقيهما ، واعمل بهما ما ذكرنا .

٤٧٩٢ (فصــــل)

وإذا كانت التركة سهاماً من عَقَارٍ فاضرب أصلَ سهام العقار فيما صحّت منه المسألة ، فما بلغ فهو سهام العقار ، واضرب سهام كلّ وارث من أصل المسألة فى السهام الموروثة من العقار ، واضرب سهام الشركاء فى أصل مسألة الورثة .

ومثال ذلك : زوج ، وأمّ وأخت ، والتركة ربع ، وسدس دار ، المسألة من ثمانية . وأصل سهام العقار اثنا عشر ، فاضربها فى الثمانية ، تكن ستّةً وتسعين ، فللزوج ثلاثة من مسألة مضروبة فى السهام الموروثة ، وهى خمسة ، تكن خمسه عشر ، وللأُخت كذلك ، فانسبها من الدار تكن ثمنها ، وربع ثمنها ، وللأُم سهمان فى خمسة ، تكن عشرة ، وهى نصف سدس الدار ، وثمن سدسها ، وإن شئت قلت : هى نصف ثمنها ، وثلث ثمنها ، وإن شئت بسطت الربع ، والسدس من قراريط الدينار ، وهى عشرة ، وقسمتها على المسألة ، فللأُم ربعها ، وهو قيراطان ، ونصف ، وللأُخت ثلاثة أثمانها ، وهى ثلاثة قراريط ، وثلاثة أرباع قيراط ، وكذلك الزوج .

٤٧٩٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويردّ على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم ، إلا الزوج والزوجة ﴾

وجملة ذلك : أن الميت إذا لم يخلّف وارثاً إلا ذوى فروض ، ولا يستوعب المال ، كالبنات ، والأَخَوات ، والجدّات ، فإنّ الفاضل عن ذوى الفروض يُرَدّ عليهم على قدر فروضهم ، إلا الزوج ، والزوجة . رُوى ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وابن مسعود ، وابن عبّاس ، رضى الله عنهم . وحُكى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وشُرَيح ، وعطا ، ومجاهد ، والثورىّ وأبى حنيفة ، وأصحابه. قال ابن سراقة:

وعليه العمل اليوم فى الأمصار ، إلا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يَرُدّ على بنتِ ابنٍ مع بنت ، ولا على أختٍ من أبٍ مع أختٍ من أبوين ، ولا على جدّةٍ مع ذى سهم ، وروى ابن منصور عن أحمد : أنه لا يردّ على ولد الأمّ مع الأمّ ، ولا على الجدّ مع ذى سهم . والذى ذكر الخِرَقىّ أظهرُ فى المذهب ، وأصحّ ، وهو قول عامّة أهل الردّ ، لأنهم تساوَوْا فى السهام ، فيجبُ أن يتساووا فيما يتفرّع عليها ، ولأن الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع ، فالردّ ينبغى أن ينالهم أيضاً . فأما الزوجان فلا يردّ عليهما باتفاق من أهل العلم ، إلا أنه رُوى عن عثمان رضى الله عنه أنه ردّ على زوج ، ولعلّه كان عَصَبةً ، أو ذا رَحِم ، فأعطاه لذلك ، أو أعطاه من مال بيت المال ، لا على سبيل الميراث ، وسبب ذلك إن شاء الله أن أهل الردّ كلّهم من ذوى الأرحام ، فيدخلون فى عموم قول الله تعالى : (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ[1]) والزوجان خارجان من ذلك ، وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوى الفروض لبيت المال ، ولا يردّ على أحد فوق فرضه ، وبه قال مالك ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ رضى الله عنهم ، لأن الله تعالى قال فى الأخت : (فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ) ومن ردّ عليها جعل لها الكلّ ، ولأنها ذات فرض مسمًّى ، فلا يردّ عليها ، كالزوج .

ولنا : قول الله تعالى : (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ) وهؤلاء من ذوى الأرحام ، وقد ترجّحوا بالقرب إلى الميت ، فيكونون أولى من بيت المال ، لأنه لسائر المسلمين ، وذو الرحم أحقّ من الأجانب ، عملاً بالنصّ ، وقد قال النبىّ صلى الله عليه وسلم (مَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ ، وَمَنْ تَرَكَ كَلاًّ فَإِلَيَّ[2]) وفى لفظ « مَنْ تَرَكَ دَيْناً فَإِلَيَّ ، وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِلْوَارِثِ » متفق عليه ، وهذا عامّ فى جميع المال ، ورُوى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « تُحْرِزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ : لَقِيطَهَا ، وَعَتِيقَهَا ، وَالْوَلَدَ الَّذِى لَاعَنَتْ عَلَيْهِ » أخرجه ابن ماجه ، فجعل لها ميراث ولدها المنفىّ باللّعان كلّه ، خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوى الفروض بالإجماع ، بقى الباقى على مقتضى العموم ، ولأنها من ورّاثه بالرحم ، فكانت أحقّ بالمال من بيت المال ، كعَصَباته ، فأما قوله تعالى (فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ) فلا ينفى أن يكون لها زيادة عليه ، بسبب آخرَ ، كقوله تعالى (وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ) لا ينفى أن يكون للأب السدس ، وما فضل عن البنت بجهة التعصيب ، وقوله : (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل ، إذا كان ابن عمّ ، أو مولى ، وكذلك الأخ من الأمّ ، إذا كان ابن عمّ ، والبنت وغيرها من ذوى

(١) بعض الآية ٦ من سورة الأحزاب .

(٢) الكل : الذى لا عائل له .

الفروض إذا كانت مُعتِقة ، كذا ههنا ، تستحق النصف بالفرض ، والباقى بالرد ، وأما الزوجان فليسا من ذوى الأرحام .

٤٧٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانت أخت لأب وأم ، وأخت لأب ، وأخت لأم ، فللأخت للأب والأم النصف ، وللأخت للأب السدس ، وللأخت للأم السدس ، وما بقى يرد عليهن على قدر سهامهن ﴾

فصار المال بينهن على خمسة أسهم ، للأخت للأب والأم ثلاثة أخماس المال ، وللأخت للأب الخمس ، وللأخت للأم الخمس . طريق العمل فى الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم ، وهى أبداً تخرج من ستة ، إذ ليس فى الفروض كلها مالا يؤخذ فى الستة إلا الربع ، والثمن ، وليس لغير الزوجين ، وليسا من أهل الرد ثم تجعل عدد سهامهم أصلَ مسألتهم ، كما صارت السهام فى المسألة العائلة ، هى المسألة التى تضرب فيها العدد الذى انكسرتْ عليه سهامه ، فكذا ههنا ، إذا انكسر على فريق منهم ضربته فى عدد سهامهم ، لأن ذلك صار أصل مسألتهم .

وينحصر فى ذلك أربعة أصول : أولها أصل اثنين ، كجدّة وَأخ من أم ، لكل واحد منهما السدس ، أصلها اثنان ، ثم تُقَسّم المال عليهما ، فيصير لكل واحد منهما نصف المال ، فإن كان الجدّات ثلاثاً فلهن سهم ، لا ينقسم عليهن ، اضرب عددهن فى أصل المسألة ، وهو اثنان ، تصير ستة ، للأخ من الأم النصف ثلاثة ، ولكل واحد منهم سهم .

أصل ثلاثة ، أم وأخ من أم ،وأم وإخوان لأم ، فإن كانوا ثلاثة ضربت عددهم فى أصل مسألتهم ، وهو ثلاثة ، صارت تسعة ، ومنها تصح ، ثلاثة جدّات ، وأربعة إخوة من أم ، للأخوة سهمان ، يوافقهم بالنصف ، يرجع عددهم إلى اثنين ، تضربهما فى عدد الجدّات ، ثم فى أصل المسألة ، صارت ثمانيةَ عشر ، ومنها تصح .

أصل أربعة : أخت لأبوين ، وأخت لأب ، أو أم ، أو أخ لأم ، أو جدّة . بنت ، وأم ، أو جدّة . بنت ، وبنت ابن ، فإن كان بناتُ الابن أربعاً ضربتهن فى أصل المسألة ، وهى أربعة ، صارت ستة عشر ، ومنها تصح .

أصل خمسة : ثلاث أخَوَاتٍ مُفترقات ، للأخت من الأب والأم النصف ، وللأخت من الأب السدس ، وللأخت من الأم السدس . وهذه مسألة الخِرقىّ . أم ، وأخت لأبوين ، أو لأب ، أم وأخت لأبوين ، وأخت لأب ، أو لأم . لا تزيد مسائل الرد أبداً على هذا ، لأنها لو زادت سهماً لكمل المال ، ولم يبق

شيء منه يردّ ، ثلاث جدّات ، وبنت ، وأربع بنات ابن ، أصلها من خمسة ، وتصحّ من ستّين . ومتى كان الردّ على حيزّ واحدٍ ، فله جميع المال بالفرض ، والردّ ، كأنه عَصَبة ، فإن كان شخصاً واحداً فالمالُ له ، وإن كان جماعةً قسّمته عليهم ، على عددهم ، كالبنين ، والإخوة .

٤٧٩٥ (فصـــل)

فإن كان معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه من أصل مسألته ، وقسمت الباقيَ من مسألته على فريضة أهل الردّ ، فإن انقسم صحّت المسألتان ، ولا يتفق هذا إلا أن يكون للزوج امرأة لها الربع . ومسألة أهل الردّ من ثلاثة ، كامرأة ، وأمّ ، وأخ لأم ، أو أمّ ، وأخوين لأمّ ، أو جدّة ، وأخوين لأمّ ، فللمرأة الربع من أربعة ، يبقى ثلاثة ، على فريضة أهل الردّ ، وهى ثلاثة ، فتصحّ عليها ، ويصحّ الجميع من أربعة ، فإن انكسر على عدد ضربته فى أربعة ، كأربع زوجات ، وأمّ ، وأخ لأمّ ، تصحّ من ستة عشر ، وإن لم ينقسم فأصّل مسألة الزوج على فريضة أهل الردّ لم يمكن أن يوافقها أيضاً ، فاضرب فريضة الردّ فى فريضة الزوج ، فما بلغ فإليه تنتقل المسألة ، فإذا أردت القسمة فلأحد الزوجين فريضة الردّ ، ولكلّ واحد من أهل الردّ سهامُه من مسألته ، مضروبة فى فاضل فريضة الزوج ، فما بلغ فهو له ، إن كان واحداً ، وإن كانوا جماعةً قسّمته عليهم ، فإن لم ينقسم ضربته ، أو وَفْقه فيما انتقلت إليه المسألة ، وتصحّ على مامضى فى باب التصحيح ، وهذا ينحصر فى أصول خمسة :

أحدها : زوج ، وجدّة ، وأخ لأمّ . للزوج النصف ، وأصل مسألته من اثنين ، له سهم ، يبقى سهمٌ على مسألة الردّ ، وهى اثنان ، فتضرب فى اثنين يكن أربعةً ، ولا يقع الكسر فى هذا الأصل إلا على فريق واحد ، وهو الجدّات ، فإذا كان أكثر من جّدة واحدة فاضرب عددهن فى أربعة ، فما بلغ فمنه تصحّ .

الأصل الثانى : زوجة ، وجدّة ، وأخ لأمّ ، مسألة الزوجة من أربعة ، ثم تنتقل إلى ثمانية ، ولا يكون الكسر إلا على الجدّات أيضاً .

الأصل الثالث : زوج ، وبنت ، وبنت ابن ، مسألة الزوج من أربعة ، ثم تنتقل إلى ستة عشر ، وكذلك زوجة ، وأخت لأبوين ، وأخت لأب ، أو أخت لأمّ ، أو جدّ ، أو جدّة ، ومثلها زوجة ، وأخت لأب ، وأخت لأم ، أو جدّة .

الأصل الرابع : زوجة ، وبنت ، وبنت ابن ، ابن أو أمّ ، أو جدّة ، مسألة الزوجة من ثمانية ، ثم تنتقل إلى اثنين وثلاثين .

الأصل الخامس : زوجة ، وبنتان ، وأمّ ، مسألة الزوجة من ثمانية ، ثم تنتقل إلى أربعين ، وكذلك

زوجة ، وبنت ، وبنت ابن ، وأمٌّ أو جدّة ، أخت من أبوين ، وأخت أو أخوات من أب ، وأخت من أمّ أو أمّ أو جدّة ، أختان من أبوين ، أو من أب ، وأم أو جدّة ، وأخ من أمّ ، وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت إليه المسألة .

ومثال ذلك : أربع زوجات ، وإحدى وعشرون بنتاً ، وأربع عشرة جدّة ، مسألة الزوجات من ثمانية ، فتضرب فيها فريضةَ الردّ وهي خمسة ، تكن أربعين : للزوجات فريضة أهل الردّ خمسة على أربعة ، لا تصحّ ، ولا توافق ، ويبقى خمسة وثلاثون ، للجدّات خُمسها سبعة على أربعة عشر ، توافق بالأسباع ، فيرجعْنَ إلى اثنين ، ويبقى للبنات ثمانية وعشرون ، توافقهنّ بالأسباع ، فيرجعْنَ إلى ثلاث ، والاثنتان ، ثم تَدْخُلان في عدد الزوجات ، فتضرب ثلاثاً في أربع تكن اثنى عشر ، ثم في أربعين تكن أربعمائة وثمانين ، ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الردّ أخذ الفاضل كله ، كأنه عَصَبة ، ولا تنتقل المسألة ، إن كان معهم فريق واحد من أهل الردّ ، كالبنات ، أو الأخوات قسمت الفاضل عليهم ، كأنهم عَصَبة ، فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسأله الزوج .

(باب الجدّات)

٤٧٩٦ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وللجدة إذا لم تكن أم السدس ﴾

قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس ، إذا لم يكن للميت أمٌّ ، وحكى غيره روايةً شاذّةً عن ابن عباس : أنها بمنزلة الأمّ ، لأنها تُدلي بها فقامت مقامها ، كالجدّ يقوم مقام الأب .

ولنا : ما روى قَبيصةَ بْن ذؤيب ، قال « جَاءَتِ الجدّةُ إلى أبي بكرٍ تَطْلُبُ مِيرَاثَها فَقالَ : مَالَكِ في كِتَابِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ شَيْءٌ . وَمَا أعْلَمُ لَكِ في سُنّةِ رَسُولِ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم شيئاً ، ولكن ارجعي حتّى أسْأل النّاس ، فقال المغيرة بن شُعبة : حَضَرْتُ رَسُولَ اللهِ صلّى الله عليه وسلم أعْطَاهَا السُّدُسَ ، فقال : هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ ؟ فشَهِدَ لَهُ مُحمّدُ بنُ مَسْلَمَةَ ، فأمضاه لها أبو بكر ، فلمّا كان عمر جاءت الجدّة الأخرى ،فقال :مَالَكِ في كِتَابِ الله شَيْء. فَمَا كَانَ القَضَاءُ الذّي قَضَى به إلاّ في غَيْرِكِ ، وَمَا أَنا بزَائِد في الفَرَائِضِ شَيْئاً ، ولكن هو ذَاكَ السُّدسُ ، فإن اجْتَمَعْتُما ، فَهُوَ لَكُمَا، وأيّتُكما خَلَتْ به فَهُوَ لَهَا » رواه مالك في موطّئه ، وأبو داود ، والترمذيّ ، وقال : حديث حسن ، صحيح . وأما الجدُّ فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله، على ما ذكرناه ، وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدّات من جميع الجهات . وقد رَوى ابن بُرَيدةَ ، عن أبيه « أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم جَعَلَ لِلجَدّةِ السُّدُسَ إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَها أُمٌّ »

رواه أبو داود ، وهذا يدلّ على أنها لا ترث معها شيئاً ، ولأن الجدّة تُدلي بالأمّ ، فسقطت بها ، كسقوط الجدّ بالأب ، وابن الابن به ، فأمّا أمّ الأب ، فإنها أيضاً إنما ترث ميراث أمّ ، لأنها أمّ . ولذلك ترث وابنُها حيّ ، ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده .

٤٧٩٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إن كثُرْنَ لم يزِدْنَ على السدس فرضاً ﴾

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدّات السدس ، وإن كثُرنَ ، وذلك لما روينا من الخبر ، وأنّ عمر شرّك بينهما . وقد رُوى نحو ذلك عن أبي بكر رضى الله عنه . فروى سعيد ، ثنا سفيان ، وهُشَيم ، عن يحيى بن سعيد ، عن القاسم بن محمد ، قال « جَاءَتِ الجدَّتَانِ إِلَى أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فَأَعْطَى أمَّ الأمِّ المِيرَاثَ دُونَ أمِّ الأبِ . فَقَالَ لهُ عَبْدُ الرَّحْمنِ بْنُ سُهَيْلِ بْنِ حَارِثَةَ ، وكَانَ شَهِدَ بَدْراً : ياخليفَةَ رَسُولِ الله، أَعْطَيْتَ التي إنْ مَاتَتْ لمْ يَرِثْها ، وَمَنَعْتَ التي لَوْ مَاتَتْ وَرِثَها ؟ فجعل أبو بكر السُّدُسَ بَيْنَهُمَا » ولأنهنّ ذواتُ عدد ، لايَشْرَكُهُنّ ذَكَرٌ ، فاستوى كثيرهنّ ، وواحدتهنّ ، كالزوجات ، وقول الخِرَقيّ ، « لم يَزِدْنَ عَلَى السُّدُسِ فَرْضاً » يريد به التحرّز من زيادتهنّ بالردّ ، فإنهنّ يأخذن في الردّ زيادة على السدس ، على ماقد مضى ذكره .

٤٧٩٨ (فصـــل)

ولاخلاف بين أهل العلم في توريث جدّتين : أمّ الأمّ ، وأمّ الأب . وكذلك إن عَلَتا ، وكانتا في القُرب سواء ، كأمّ أمّ أمّ ، وأمّ أمّ أب ، إلا ماحكي عن داود : أنه لايورِّث أمّ أمّ الأب شيئاً ، لأنه لايرثها ، فلا ترثه ، ولأنها غير مذكورة في الخبر .

ولنا أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أعطى ثلاثَ جَدَّاتٍ . ومن ضرورته أن يكون فيهنّ أمّ أمّ الأب، أو من هي أعلى منها . وما ذكره داود فهو قياس ، وهو لايقول بالقياس ، ثم هو باطل بأمّ الأمّ ، فإنها ترثه ، ولايرثها ، وقوله : ليست مذكورة في الخبر . قلنا : وكذلك أمّ أمّ الأمّ ، واختلفوا في توريث مازاد عليهما : فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدّات من غير زيادة عليهنّ ، وروى ذلك عن عليّ ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود رضى الله عنهم . ورُوى نحوه عن مسروق ، والحسن ، وقتادة ، وبه قال الأوزاعيّ ، وإسحاق ، ورُوى عن سعد بن أبي وقاص مايدلّ على أنه لايورّث أكثر من جدّتين . وحكى ذلك عن أبي بكر بن عبد الرحمن ، بن الحارث بن هشام ، وسليمان بن يَسار ، وطلحة بن عبد الله ابن عوف ، وربيعة ، وابن هرمز ، ومالك ، وابن أبي ذئب ، وأبي ثور ، وداود ، وقاله الشافعيّ في القديم ،

وحُكي عن الزهريّ أنه قال « لا نَعْلَمُ وَرِثَ فِي الإِسْلامِ إلاّ جَدَّتَين » وحُكي عن سعد ابن أبي وقّاص « أنه أوتر بركعة ، فعابه ابن مسعود فقال سعد : أتعيبُني وأنتَ تُورِّث ثَلاثَ جَدّات ؟ »

ورُوى عن ابن عباس « أنهُ ورَّثَ الجدّاتِ وإنْ كَثُرْنَ ، إذا كنّ في دَرَجَةٍ واحدةٍ ، إلاّ مَنْ أدْلَتْ بِأبٍ غَيْرِ وَارِثٍ ، كأمّ أبِ الأمِّ » قال ابن سُراقة : وبهذا قال عامّة الصحابة ، إلا شاذاً . وإليه ذهب الحسن ، وابن سيرين ، والثوريّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وهو رواية المزنيّ عن الشافعيّ رضي الله عنه ، وهو ظاهر كلام الخرقيّ ، فإنه سمّى ثلاثَ جدّات متحاذيات ، ثم قال : وإن كثرن فعلى ذلك ، واحتجّوا بأن الزائدة جدّة أدلت بوارث ، فوجب أن ترث ، كأحد الثلاث .

ولنا : ماروى سعيد ، عن ابن عيينة ، عن منصور ، عن إبراهيم « أن النبيّ صلّى الله عليه وسلّم ورّثَ ثَلاثَ جَدّاتٍ : ثِنْتَيْنِ مِنْ قِبَلِ الأبِ ، وواحِدَةً مِنْ قِبَلِ الأمِّ » وأخرجه أبو عُبَيد ، والدارقطنيّ .

وروى سعيد أيضاً عن إبراهيم أنه قال « كَانُوا يورّثون من الجدّات ثلاثاً ، ثنتين من قبل الأب ، وواحدةً من قِبَل الأمّ » وهذا يدلّ على التحديد بثلاث ، وأنه لا يرث أكثر منهنّ .

وإذا ثبت هذا : فإن الوارثات هي أمّ الأمّ ، وإن علت درجتها ، وأمّ الأب ، وأمهاتها ، وإن علت درجتهن ، وأم الجدّ وأمهاتها ، ولا ترث أمّ أب الجدّ . ولا كلّ جدّة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء ، وهؤلاء الجدّات المختلف فيهنّ ، وأجمع أهل العلم على أن الجدّة المُدْلية بأب غير وارث لا ترث ، وهي كلّ جَدّة أدلت بأب بين أمَّيْنِ كأمّ أبي الأمّ ، إلا ماحُكي عن ابن عبّاس ، وجابر بن زيد ، ومجاهد ، وابن سيرين ، أنهم قالوا « تَرِثُ » وهو قول شاذّ ، لا نعلم اليوم به قائلاً ، وليس بصحيح ، فإنّها تُدلي بغير وارث ، فلم ترث ، كالأجانب .

وأمثلة ذلك : أمّ أمّ ، وأم أب ، السدس بينهما إجماعاً ، أمّ أمّ أمّ وأمّ أمّ أب ، وأمّ أبي أب ، وأمّ أبي أمّ : السدس للثلاث الأول ، إلا عند مالك وموافقيه ، فإنه للأوليين ، وعند داود هو للأولى وحدها . ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذّ عن ابن عباس ، وموافقيه ، أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، أم أم أبي أب ، وأم أبي أبي أب ، وأم أم أبي أم ، وأم أبي أم أم ، وأم أبي أبي أم ، وأم أبي أم أب ، السدس للأولى عند داود ، وللأوليين عند مالك وموافقيه ، وللثلاث الأول عند أحمد ، وموافقيه ، وللأربع الأول عند أبي حنيفة وموافقيه ، وتسقط الأربع الباقيات ، إلا في الرواية الشاذّة ، وفي الجملة لا يرث من قِبَل الأمّ إلا واحدة ، ولا من قِبَل الأب إلا اثنتان ، وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر ، إلا عند أبي حنيفة ، وموافقيه ، فإنه كلّما عَلَوْنَ دَرَجةً زاد في عددهنّ من قِبَل الأب واحِدةً .

٤٧٩٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن ﴾

أما إذا كانت إحدى الجدتين أمّ الأخرى فأجمع أهل العلم عن أن الميراث للقُربَى ، وتسقط البُعدَى بهـا ، وإن كانتا من جهتين ، والقُربَى من جهة الأمّ فالميراث لهـا ، وتحجب البُعدَى فى قول عامتهم . إلا ما رُوى عن ابن مسعود ، ويحيى بن آدم ، وَشَرِيك : ان الميراث بينهما ، وعن ابن مسعود : إن كانتا من جهتين فهما سواء ، وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقُربَى . يعنى به أن الجدتين من قبلَ الأب إذا كانت إحداها أمّ الأب ، والأخرى أمّ الجدّ سقطت أمّ الجدّ ، بأمّ الأب ، وسائر أهل العلم على ان القُربَى من جهة الأمّ تحجُب البُعْدَى من جهة الأب ، فأما القُربى من جهة الأب فهل تحجُب البعدَى من جهة الأمّ ؟ فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : أنها تحجبها ، ويكون الميراث للقربَى ، وهذا قول علىّ عليه السلام ، وإحـدى الروايتين عن زيد ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، وأهل العراق ، وهو قول الشافعىّ . والرواية الثانية عن أحمد : هو بينهما ، وهى الرواية الثابتة عن زيد . وبه قال مالك ، والأوزاعىّ ، وهو القول الثانى للشافعىّ ، رضى الله عنهم ، لأن الأب الذى تُدلى به الجدّة لايحجُب الجدّة من قِبَل الأمّ ، فالتى تُدلى به أولى أن لا يَحْجُبها ، وبهذا فارقتها القُربَى من قِبَل الأمّ ، فإنها تُدلى بالأمّ ، وهى تحجُب جميعَ الجدّات .

ولنا : أنها جدة قربى ، فتحجب البُعدَى ، كالتى من قِبَل الأمّ ، ولأن الجدّات أمّهات يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدةٍ . فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهنّ ، كالآباء ، والأبناء ، والإخوة ، والبنات . وكلّ قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم ، وقولهم ان الأب لا يُسقطها . قلنا : لأنهنّ لا يرثن ميراثه ، إنّما يرثن ميراث الأمّهات ، لكونهنّ أمّهاتٍ ، ولذلك أسقطتهنّ الأم ، والله أعلم .

﴿ مســـائل ﴾

من ذلك أمّ أم ، وأم أم أب : المال للأولى ، إلا فى قول ابن مسعود : هو بينهما . أم أب ، وأم أم أم ، المال للأولى فى قول الخِرقىّ ، وفى الرواية الأخرى هو بينهما . أم أب ، وأم أم ، وأم جدّ : المال للأوليين ، فى قول الجميع ، إلا فى قول شَرِيك ، وموافقيه : هو بينهنّ . أم أب ، وأم أم ، وأم أم أم ، وأم أبى أب : هو للأوليين فى قول الجميع .

٤٨٠٠ (فصـــل)

إذا اجتمعت جدّة ذات قرابتين مع أخرى . فقياس قول أبى عبد الله أن السدس بينهما أثلاثاً ، لذات القرابتين ثلثاه ، والأخرى ثلثه ، كذلك قال أبو الحسن التميمىّ ، وأبو عبد الله الوَنِىّ ، ولعلهما أخـذا

ذلك من قوله فى توريث المجوس بجميع قراباتهم . وهذا قول يحي بن آدم ، والحسن بن صالح ، ومحمد ابن الحسن ، والحسن بن زياد ، وزفر ، وشَريك ، وقال الثورىّ ، والشافعىّ رضى الله عنه ، وأبو يوسف : السدس بينهما نصفان ، وهو قياس قول مالك ، لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعاً ، كالأخ من الأب ، والأم .

ولنا : أنها شخص ذو قرابتين ، ترث بكلّ واحدةٍ منهما منفردةً ، ولا يرجّح بها على غيره ، فوجب أن يرث بكلّ واحدةٍ منهما ، كابن العمّ إذا كان أخاً ، أو زوجاً ، وفارق الأخ من الأبوين ، فإنّه رجّح بقرابتيه على الأخ من الأب ، ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة ، والتوريث بها ، فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر ، وههنا قد انتفى الترجيح ، فيثبت التوريث ، وصورة ذلك : أن يتزوّج ابنُ ابنِ المرأةِ بنتَ بنتِها ، فيولَدُ لهما ولد ، فتكون المرأة أم أم أمّه ، وهى له أم أبى أبيه . وإن تزوّج ابنُ بنتها بنتَ بنتها فهى أم أم أمه ، وأم أم أبيه . وان أدلت الجدّة بثلاث جهات ترث بهنّ ، لم يمكن أن يجتمع معها جدّة أخرى وارثة ، عند من لا يورّث أكثر من ثلاث .

٤٨٠١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والجدة ترث وابنها حىّ ﴾

وجملته : أنّ الجدّة من قِبَل الأب إذا كان ابنها حيًّا وارثاً فإنّ عمر ، وابن مسعود ، وأبا موسى ، وعِمْران بن الحُصَين ، وأبا الطُّفَيل رضى الله عنهم ورّثوها مع ابنها ، وبه قال شُرَيح ، والحسن ، وابن سيرين ، وجابر بن زيد ، والعَنبرىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنه ، وقال زيد بن ثابت : لا ترث ، وروى ذلك عن عثمان ، وعلىّ رضى الله عنهما ، وبه قال مالك ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وسعيد بن عبد العزيز ، والشافعىّ ، وابن جابر ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وهو رواية عن أحمد ، رواه عنه جماعة من أصحابه ، ولا خلاف فى توريثها مع ابنها إذا كان عمًّا ، أو عمّ أب ، لأنها لا تدلى به ، واحتجّ من أسقطها بأبيها بأنّها تدلى به ، فلا ترث معه ، كالجدّ مع الأب ، وأم الأم مع الأم .

ولنا : ماروى ابن مسعود رضى الله عنه قال : « أَوّلُ جَدّةٍ أَطْعَمَهَا رَسُولُ اللهِ صَلّي اللهُ عَلَيهِ وَسَلّم السُّدُسَ : أمّ أبٍ مَعَ ابنِهَا ، وابنُهَا حَيٌّ » أخرجه الترمذىّ . ورواه سعيد بن منصور ، إلا أن لفظه « أَوّلُ جَدّةٍ أُطْعِمَتِ السُّدُسَ : أمُّ أبٍ مَعَ ابنِهَا » ، وقال ابن سيرين « أَوّلُ جَدّةٍ أَطْعَمَهَا رَسُولُ اللهِ صَلّى الله عَلَيْهِ وَسَلّم . أمُّ أبٍ مَعَ ابنِها » ولأن الجدّات أمهات ، يرثن ميراث الأم ، لا ميراث الأب ، فلا يُحْجَبْنَ به ، كأمهات الأمّ .

﴿ مسائل ذلك ﴾

أم أب ، وأب ، لها السدس ، والباقى له . وعلى القول الآخر : الكل له دونها . أم أم ، وأم أب ، وأب : السدس بينهما ، على القول الأول ، وعلى الثانى السدس لأم الأم ، والباقى للأب . وقيل : لأم الأم نصفُ السدس ، والباقى للأب . لأن الأب لو عدم لم يكن لأم الأم إلا نصف السدس ، فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه ، والأول أصحّ. لأن الإخوة مع الأبوين يحجبون الأمّ عن نصف ميراثها ، ولا يأخذون ما حجبوها عنه ، بل يتوفّر ذلك على الأب ، كذا ههنا .

ثلاث جدّات مُتحاذيات ، وأب : السدس بينهنّ على القول الأول ، ولأم الأم على القول الثانى ، وعلى الثالث لأم الأم ثلث السدس ، والباقى للأب ، وإن كان مع المتحاذيات جدّات لم يحجب إلا أمّه .

أب ، وأم أب ، وأم أم أم : على قول الخِرقىّ السدس لأم الأب ، ومن حجب الجدّة بابنها أسقط أم الأب ، ثم اختلف القائلون بذلك . فقيل : السدس كلّه لأم أم الأم . لأن التى تحجبها ، أو تزاحمها ، قد سقط حكمها ، فصارت كالمعدومة . وقيل : بل لها نصف السدس على قول زيد ، لأنه يُورِّث البُعْدَى من جهة الأم ، مع القُرْبَى من جهة الأب ، فكان لها نصف السدس . وقيل : لا شىء لها ، لأنها انحجبت بأم الأب، ثم انحجبت أمّ الأب بالأب ، فصار المال كلّه للأب .

٤٨٠٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ والجدّات المتحـاذيات أن تـكون أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبى أب ، وإن كثرن ، فعلى ذلك ﴾

يعنى بالمتحاذيات المتساويات فى الدرجة ، بحيث لا تـكون واحدةٌ أعلى من الأخرى ، ولا أنزلَ منها ، لأن الجدّات إنما يرثن كلّهن إذا كنّ فى درجةٍ واحدةٍ ، ومتى كان بعضهنّ أقربَ من بعض فالميراث لأقربهنّ ، فإذا قيل : ترك جدّتين وارثتين على أقرب المنازل ، فهما أم أمه ، وأم أبيه . وإن قيل : ترك ثلاثاً فهنّ كما قال الخرقىّ : أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبى أب ، واحدةٌ من قِبَل الأمّ ، واثنتان من قبل الأب ، وهما أم أمه ، وأم أبيه ، كما جاء الحديث ، وفى درجتهنّ أخرى من قِبَل الأمّ غير وارثة ، وهى أم أبى الأم . ولا يرث أبداً من قبل الأمّ إلا واحدة ، وهى التى كلّ نسبها أمهات ، لا أب فيهنّ . فاحفظ ذلك ، فإن قيل : ترك أربعاً فهنّ أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبى أب ، وأم أبى أبى أب ، وفى درجتهنّ أربع غيرُ وارثات ، وقد ذكرنا هنّ فيما تقدّم ، إلا أن مذهب أحمد لا يورّث أكثر من ثلاث جدّاتٍ ، وهنّ الثلاث الأول . ويحتمل قول الخِرَقىّ توريثهنّ ، وإن كثُرنَ .

فعلى هذا القول : كلّما زاد درجة زادت جدّة ، ويرث فى الدرجة الخامسة خمس ، وفى السادسة ستّ ،

وفى السابعة سبع ، وعلى هذا أبداً ، وقول الخِرَقىّ : وإن كثرن فعلى ذلك ، يحتمل أنه ذهب إلى توريث الجدّات على هذا الوجه ، وإن كثرن . ويحتمل أنه أراد وإن كثرن فلا يرث إلا هؤلاء الثلاث ، فعلى هذا القول لا يرث أكثر من ثلاث : واحدة من قبل الأم ، واثنتان من قبل الأب ، وهما أمّ أمه ، وأم أبيه ، وأمهاتهما . ولا يرث جدّة فى نسبها أب بين أمّين ، ولا ثلاثة آباء ، وإن أردت تنزيل الجدّات الوارثات وغيرهنّ فاعلم أن للميّت فى الدرجة الأولى جدّتين : أم أمه ، وأم أبيه ، وفى الثانية أربع ، لأن لكلّ واحد من أبويه جدّتين ، فهما أربع بالنسبة إليه . وفى الثالثة : ثمانٍ ، لأن لكلّ واحدٍ من أبويه أربعاً ، على هذا الوجه . فيكون لولدهما ثمانٍ . وعلى هذا : كلّما عَلَوْنَ درجةً تضاعف عددهُنّ ، ولا يرث منهنّ إلا ثلاث ، والله أعلم .

باب من يرث من الرجال والنساء

٤٨٠٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وإن سفل ، والأب ثم الجد وان علا والأخ ثم ابن الأخ والعم ثم ابن العم والزوج ومولى النعمة ومن النساء البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والزوجة ومولاة النعمة ﴾

فهؤلاء مجمع على توريثهم . وأكثرهم ثبت توريثه بالكتاب والسنة ، فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ) وابن الابن والأبوان ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ) والجد يحتمل أن يتناوله قوله تعالى (وَلِأَبَوَيْهِ) كما دخل ابن الابن فى عموم « أَوْلَادِكُمْ » ، والأخ والأخت من الأم ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ) وولد الأبوين ، والأب ، ثبت إرثه بقوله تعالى (وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ) وأما ابن الأخ للأبوين ، أو للأب والعم ، وابنه ، وعمّ الأب وابنه ، فثبت ميراثهم بقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَا أَبْقَتِ الْفُرُوضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » ولم يدخل فيهم ولد الأم ، ولا العمّ للأمّ ، ولا ابنه ، ولا الخال ، ولا أبو الأم ، لأنهم ليسوا من العَصَبات ، وأما المولى المعتِق، والمولاة ، فثبت إرثهما بقوله عليه السلام « الْوَلَاءُ لمن أعتق » والجدة أطعمها النبي صلى الله عليه وسلم السدس . والزوج ثبت إرثه بقوله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ) والزوجة ثبت بقوله تعالى (وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ) .

٤٨٠٤ (فصل)

وجميعهم ضربان : ذو فرض ، وعَصَبة . فالذكور كلّهم عَصَبات ، إلا الزوج ، والأخ من الأم ،

وإلا الأب ، والجدّ مع الابن . والأناث كلهنّ إذا انفردن عن اخوتهنّ ذواتُ فرض ، إلا المولاة المعتِقة ، وإلا الأخوَات مع البنات . وعدد العصَبات ، الابن ، وابنه ، وإن نزل ، والأب ، وأبوه ، وإن علا ، والأخ من الأبوين ، والأخ من الأب ، وابناهما ، وإن نزلا ، والعمّان كذلك ، وابناهما ، وإن نزلا ، وعمّا الأب ، وابناهما كذلك ، أبداً ، ومولى النِّعمة . وعدد الإناث : البنات ، وبنات الابن ، والأمّ والجدّة من الجهتين ، وإن علت ، والأخوات من الجهات الثلاث ، والأخ من الأم ، والزوجة . ومن لا يسقط بحال خمسة : الزوجان ، والأبوان ، وولد الصّلب ، لأنهم يمتّون بأنفسهم من غير واسطة بينهم ، وبين الميت يحجُبهم ، ومَن سواهم من الوارث إنّمـا يمت بواسطة سواه ، فيسقط بمن هو أولى بالميّت منه .

باب ميراث الجد

روى أبو داود بإسناده ، عن قتادة ، عن الحسن ، عن عمران بن الُحصَين « أنَّ رَجُلاً أتَى النبيّ صلّي اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم فَقَالَ : إنَّ أبْنَ ابْنِي مَاتَ فَمَالِي مِنْ مِيرَاثِه ؟ قَالَ : لَكَ السُّدُسُ . فَلمّا أدبر دعاه ، فقال : إنَّ لَكَ سُدُساً آخرَ ، فلمّا أدْبرَ دَعاهُ فقَالَ : إنَّ لك السُّدُسَ الآخَرَ طُعْمَـةً » قال قتادة : فلا ندرى أىّ شيء ورّثه . قال قتادة : أقلّ شيء ورث الجدّ السدس ، ورُوى عن الحسن أيضاً : أن عمر رضى الله عنه قال « أيُّـكُمْ يَعْلَمُ مَا وَرَّثَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الجَـدَّ ، فَقَالَ مَعْقِلُ ابْنُ يَسَارٍ : أنَا ، وَرَّثَهُ رَسُولُ الله صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلّم السُّدُسَ ، قَال : مَعَ مَنْ ؟ قَالَ : لاَ أدْرِى ، قال : لاَ دَرَيْتَ ، قَالَ : فَمَا يُغْنِي إذاً ؟ » رواه سعيد فى سننه ، قال أبو بكر بن المنذر : أجمع أهلُ العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن الجدّ أبَا الأب لا يحجُبه عن الميراث غيرُ الأب ، وأنزلوا الجدّ فى الحجب والميراث منزلةَ الأب فى جميع المواضع ، إلا فى ثلاثة أشياء :

أحدها : زوج ، وأبوان .

والثانية : زوجه ، وأبوان ، للأُم ثلث الباقى فيهما مع الأب ، وثلث جميع المال لو كان مكان الأب جدّ

والثالثة: اختلفوا فى الجدّ مع الإخوة، والأخوَات، للأبوين ، أو للاب،ولا خـلاف بينهم فى إسقاطه بين الإخوة وولد الأمّ ذكرهم، وأنثاهم : وذهب الصديق رضى الله عنه إلى أن الجدّ يُسقط جميع الإخوة والأخوات من جميع الجهات ، كما يُسقطهم الأب ، وبذلك قال عبد الله بن عباس ، وعبد الله بن الزبير ، ورُوى ذلك عن عثمان ، وعائشة ، وأبيّ بن كعب ، وأبى الدرداء، ومعاذ بن جبل ، وأبى موسى،وأبى هريرة رضى الله عنهم .

وحكى أيضاً عن عمران بن الُحصَين ، وجابر بن عبد الله ، وأبى الطُّفَيل ، وعُبادة بن الصامت ، وعطاء

وطاوس ، وجابر بن زيد ، وبه قال قتادة ، وإسحاق ، وأبو ثور ، و نُعَيم بن حمّاد ، وأبو حنيفة ، والمُزَنىّ وابن سُرَيج ، وابن اللبّان ، وداود ، وابن المنذر ، وكان علىّ بن أبى طالب ، وابن مسعود، وزيد بن ثابت رضى الله عنهم يورثونهم معه، ولا يحجبونهم به ، وبه قال مالك، والأوزاعىّ ،والشافعىّ وأبو يوسف،ومحمد، لأن الأخ ذكر يعصّب أخته ، فلم يُسقطه الجدّ ، كالابن ، ولأن ميراثهم ثبت بالكتاب ، فلا يحجبون إلا بنصّ ، أو اجماع،أو قياس، وما وجد شىء من ذلك، فلايحجبون ، ولأنهم تساوَوْا فى سبب الاستحقاق، فيتساوَوْن فيه ، فإن الأخ والجدّ يُدليان بالأب ، الجدّ أبوه ، والأخ ابنه ، وقرابة البنوّة لا تنقص عن قرابة الأبوّة ، بل ربمّا كانت أقوى ، فإن الابن يُسقط تعصيب الأبِ ولذلك مثّله علىّ رضى الله عنه بشجرة أنبتتْ غُصناً ، فانفرق منه غُصنان ، كلّ واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى أصل الشجرة .

ومثّله زيد بوادٍ خرج منه نهر ، انفرق منه جدولان ، كلّ واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادى .

واحتجّ من ذهب مذهب أبى بكر رضى الله عنه بقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، وَمَا بَقِىَ فَلِأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ » والجدّ أولى من الأخ ، بدليل المعنى والحكم . أما المعنى : فإنه له قرابة إيلاد ، وبعضيّة كالأب ، وأما الحكم : فإن الفروض إذا ازدحمت سقط الأخ دونه ، ولا يُسقطه أحدٌ إلا الأب ، والإخوة والاخوات يَسقُطون بثلاثة ، ويُجمع له بين الفرض ، والتعصيب ، كالأب ، وهم ينفردون بواحد منهما ، ويسقط ولد الأمّ ، وولد الأب يسقطون بهم بالإجماع ، إذا استغرقت الفروضُ المال ، وكانوا عَصَبةً ، وكذلك ولد الأبوين فى المشرّكة عند الأكثرين ، ولأنه لا يُقتل بقتل ابن ابنه ، ولا يحدّ بقذفه ، ولا يُقطع بسرقة ماله ، ويجب عليه نفقته ، ويمنع من دفع زكاته إليه ، كالأب سواءً . فدل ذلك على قوّته .

فإن قيل : فالحديث حجّة فى تقديم الأخوات ، لأن فروضهنّ فى كتاب الله ، فيجب أن تلحق بهنّ فروضهنّ ، ويكون للجدّ ما بقى . فالجواب : أن هذا الخبر حجّة فى الذكور المنفردين ، وفى الذكور مع الاناث ، أو نقول : هو حجّة فى الجميع ، ولا فرض لولد الأب مع الجدّ لأنهم كَلاَلة ، والكَلاَلة اسمٌ للوارث مع عدم الولد ، والوالد ، فلا يكون لهم معه إذاً فرض .

حجّة أخرى : قالوا : الجدّ أب ، فيحجُب ولد الأب ، كالأب الحقيقىّ ، ودليل كونه أباً قوله تعالى (أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ)[1] وقول يوسف (وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِى إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ)[2] وقوله

---

(١) بعض الآية ٧٨ من سورة الحج .

(٢) بعض الآية ٣٨ من سورة يوسف .

(كَمَا أَتَمَّهَا عَلَى أَبَوَيْكَ مِنْ قَبْلُ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ) [1] وقالَ النبيّ صلّى الله عليه وسلم « ارْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِياً » وقال : سَامٌ أَبُو الْعَرَبِ ، وحَامٌ أَبُو الْحَبَشَ » وقال : نَحْنُ بَنِي النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ ، لَا نَقْفُو [2] أُمَّنَا ، ولا نَنْتَفِي مِنْ أَبِينَا » وقال الشاعر :

إِنَّا بَنِي نَهْشَلٍ لاَ نَدَّعِي لِأَبٍ عَنْهُ وَلَا هُوَ بِالْأَبْنَاءِ يَشْرِينَا

فوجب أن يَحْجُبَ الإخوة ، كالأب الحقيقيّ .

يحقّق هذا : أن ابن الابن وإن سفل يقوم مقام أبيه فى الحجب ، كذلك أبو الأب . يقوم مقام ابنه . ولذلك قال ابن عباس « أَلاَ يَتَّقِي اللهَ زَيْدٌ ؟ يَجْعَلُ ابْنَ الابْنِ ابْناً ، ولاَ يَجْعَلُ أَبَا الأَبِ أَباً » ولأن بينهما إيلاداً ، وبعضّية ، وجُزْئيةً ، وهو يُساوى الأب فى أكثر أحكامه ، فيساويه فى هذا الحجب ، يحققّه أن أبا الأب وإن علا يُسقِط بنى الإخوة ، ولو كانت قرابة الجدّ والأخ واحدةً لوجب أن يكون أبو الجدّ مساوياً لبنى الأخ ، لتساوى درجة من أدليا به ، والله أعلم . ولا تفريع على هذا القول لوضوحه .

٤٨٠٥ (فصـــــل)

اختلف القائلون بتوريثهم معه فى كيفية توريثهم . فكان علىّ رضى الله عنه يفرض للأخوات فروضهنّ ، والباقى للجدّ ، إلا أن ينقُصه ذلك من السدس ، فيفرضُ له ، فإن كانت أختٌ لأبوين ، وأخوةٌ لأب ، فرض للأخت النصف ، وقاسم الجدّ الأخوة فيما بقى ، إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس ، فنفرضه له ، فإن كان الاخوة كلّهم عصبةً ، قاسمهم الجدّ إلى السدس ، فإن اجتمع ولد الأب ، وولد الأبوين مع الجدّ سقط ولد الأب ، ولم يدخلوا فى المقاسمة ، ولا يعتدّ بهم ، وإن انفرد ولد الأب قاموا مقام ولد الأبوين مع الجدّ ، وصنع ابن مسعود فى الجدّ مع الأخوات ، كصنع علىّ عليه السلام وقاسم به الإخوة إلى الثلث . فإن كان معهم أصحاب فرائض أعطى أصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم صنع صنيع زيد فى إعطاء الجدّ الأحظّ من المقاسمة ، أو ثلث الباقى ، أو سدس جميع المال ، وعلىّ يقاسم به بعد أصحاب الفرائض ، إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً ، أو بناتٍ فلا يزيد الجدّ على الثلث ، ولا يقاسِمُ به ، وقال بقول علىّ الشعبىُّ ، والنخَعِىُّ ، والمغيرةُ بنُ المقسم وابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، وذهب إلى قول ابن مسعود مسروقٌ ، وعَلْقمة ، وشُرَيح ، وأما مذهب زيد فهو الذى ذكره الخرقىّ ، وسنشرحه إن شاء الله ، وإليه

---

(١) بعض الآية ٦ من سورة يوسف .

(٢) نقفو أمنا ، لانتبعها وننتسب إليها ونترك أبانا ، وقد عبر بترك الانتساب إلى الأباء بالانتفاء منهم ، وقيل معناه لا نتهم أمهاتنا ولا نقذفهن .

ذهب أحمد . وبه قال أهل المدينة ، وأهل الشام ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، والنخعيّ ، والحجّاج ابن أرْطَاةَ ، ومالك ، والشافعيّ ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وأبو عُبَيد ، وأكثر أهل العلم .

٤٨٠٦ ﴿ مسألة ﴾

وقال أبو القاسم ﴿ ومذهب أبي عبد الله رحمه الله في الجدّ قول زيد بن ثابت رضي الله عنه . وإذا كان إخوة ، وأخوات ، وجدّ قاسم الجدّ بمنزلة أخ ، حتى يكون الثلث خيراً ، فإذا كان الثلث خيراً له أعطىَ ثلثَ جميع المال ﴾

وجمله ذلك : أن مذهب زيد في الجدّ مع الإخوة والاخوات للأبوين ، أو للأب أنه يعطيه الأحظّ من شيئين ، إما المقاسمة كأنه أخ ، وإما ثلث جميع المال ، فعلى هذا : إن كان الإخوة اثنين ، أو أربع أخوات ، أو أخا ، وأختين ، فالثلث والمقاسمة سواء ، فأعطه ماشئت منهما ، وإن نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظّ له ، فقاسم به لا غيرُ ، وإن زادوا فالثلث خير له ، فأعطه إيّاه ، وسواء كانوا من أب ، أو من أبوين ، وإن اجتمع ولد الأبوين ، وولد الأب ، فإن ولد الأبوين يعادون الجدّ بولد الأب ، ويحتسبون بهم عليه ، ثم ما حصل لهم أخذه منهم ولد الأبوين ، إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدةً فتأخذ منهم تمام نصف المال ، ثم ما فضل فهو لهم . ولا يمكن أن يفضل عنهم أكثر من السدس ، لأن أدنى ما للجدّ الثلث ، وللأخت النصف ، والباقي بعدهما هو السدس .

٤٨٠٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن كان مع الجدّ والأخوة ، والأخوات أصحاب فرائض أعطى أصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم ينظر فيما بقي . فإن كانت المقاسمة خيراً للجدّ من ثلث ما بقي ، ومن سدس جميع المال أعطى المقاسمة ، وإن كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة ومن سدس جميع المال أعطى ثلث ما بقي ، فان كان سدس جميع المال أحظّ له من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطى سدس جميع المال ﴾

أما كونه لاينقص عن سدس جميع المال فلأنه لاينتقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى ، فمع غيرهم أولى ، وأما إعطاؤه ثلث الباقي إذا كان أحظّ له فلأن له الثلث مع عدم الفروض ، فما أخذ بالفرض فكأنه ذهب من المال ، فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال ، وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض ، فكذلك مع وجودها ، فعلى هذا متى زاد الإخوة عن اثنين ، أو من يَعدلهم من الإناث ، فلا حظّ له في المقاسمة ، ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظّ له في ثلث الباقي ، ومتى زادت الفروض على النصف فلا حظّ له في ثلث مابقي ، وإن نقصت عن النصف فلا حظّ له في السدس . وإن كان الفرض النصف فحسبُ استوى السدس ، وثلث الباقي . وإن كان الأخوة اثنين استوى ثلث الباقي ، والمقاسمة .

٤٨٠٨ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا ينقص الجدّ أبداً من سدس جميع المال أو تسميته إذا زادت السهام ﴾

هذا قول عامّة أهل العلم ، إلا أنه رُوى عن الشعبى أنه قال « إنّ ابْنَ عَبَّاسٍ كتبَ إلى عَلِيّ فى سِتَّةِ إِخْوَةٍ وَجَدٍّ . فكتب إليه : اجْعَلِ الجَدَّ سَابِعَهُمْ وَامْحُ كِتَابِى هَذَا » وروى عنه فى سبعة إخوة وجدّ : أن الجدّ ثامنهم . وحُكى عن عمران بن حُصَين ، والشعبىّ المقاسمة إلى نصف سدس المال .

ولنا : أن الجد لا ينقص عن السدس مع البنين ، وهم أقوى ميراثاً من الإخوة ، فإنهم يسقطونهم ، فلأن لا ينقص عنه مع الإخوة أولى ، ولأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم أطعم الجدّ السدس . فلا ينبغى أن يُنقَص منه ، وأما قوله « أو تسميته إذا زادت السهام » فإنه يعنى إذا عالت المسألة ، فإنه يسمّى له السدس ، وهو ناقص عن السدس . ألا ترى أنا نقول فى زوج ، وأم ، وابنتين ، وجد ، له السدس ، ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهماً ، وهما ثلثا الخمس ، ومتى أفضت المسألة إلى العَوْل سقط الإخوة ، والإخَوات إلا فى الأكْدَرِيّة . ولا ينقص الجدّ عن السدس الكامل فى مسألة يرث فيها أحد من الإخوة والأخوات .

٤٨٠٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان أخ لأب وأمّ ، وأخ لأب وجد ، قاسم الجد الأخ للأب والأمّ ، والأخ للأب على ثلاثة أسهم ، ثم رجع الأخ للأب والأم على ما فى يد أخيه لأبيه فأخذه ﴾

قد ذكرنا أن الجدّ يقاسم الإخوة كأخ ، ما لم تنقُصه المقاسمة عن الثلث ، وأنّ ولد الأبوين يعادون الجدّ بولد الأب ، ثم يأخذون ما حصل لهم ، وأنه متى كان اثنان من الإخوة وجدّ استوى الثلث والمقاسمة. ففى هذه المسألة قد استوى الثلث ، والمقاسمة ، ولذلك اقتسما على ثلاثة ، لكلّ واحد منهم ، ثم أخذ الأخ للأبوين ما حصل لأخيه من أبيه ، وإن شئت فرضتَ للجدّ الثلث ، والباقى لولد الأبوين . وإن زاد عدد الإخوة على اثنين ، أو من يَعدلهما من الأخوات فافرض للجدّ الثلث ، والباقى لولد الأبوين ، هذا مذهب زيد . وأما علىّ ، وابن مسعود ، فإنّهما يقاسمان به ولد الأبوين ، ويُسقطان ولد الأب ، ولا يعتدّان به ، لأنه محجوب بولد الأبوين ، فلا يعتدّ به ، كولد الأم ، وقسما هذه المسألة بين الجدّ والأخ من الأبوين نصفين ، وأسقطا الأخ من الأب .

ولنا : أن الجدّ والد ، فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث ، وأخ غير وارث ، كالأم ، ولأن ولد الأب يحجبونه إذا انفردوا ، فيحجبونه مع غيرهم ، كالأم ، ويفارق ولد الأم لأن الجدّ يحجبهم ، فلا ينبغى أن يحجبوه ، بخلاف ولد الأب ، فإن الجدّ لا يحجبهم ، فجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره ، كما يحجبون الأمّ ، وإن كانوا محجوبين بالأب ، وأما الأخ من الأبوين فهو أقوى تعصيباً

من الأخ من الأب ، فلا يرث معه شيئاً ، كما لو انفردا عن الجـدّ ، فيأخذ ميراثه ، كما لو اجتمع ابن ، وابن ابن ، حجبه ، وأخذ ميراثه ، فان قيل : فالجدّ يحجب ولد الأم ، ولا يأخذ ميراثه ، والإخوة يحجبون الأم ، وإن لم يأخذوا ميراثها . قلنا : الجدّ وولد الأمّ يختلف سبب استحقاقهما للميراث ، وكذلك سائر من يُحْجب ، ولا يأخذ ميراث المحجوب ، وههنا سبب استحقاق الإخوة للميراث الأخوّة ، والعُصُوبة ، فأيهما قَوِيَ حَجَبَ الآخر ، وأخذَ ميراثه ، وقد مثلت هذه المسألة بمسألة فى الوصايا وهى : إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بمائة ، ولآخر بتمام الثلث على المائة ، وكان ثلث المال مائتين ، فان الموصىَ له بالمائة يُزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام ، فيقاسمه الثلث نصفين ، ثم يختصّ صاحبُ المائة بها ، ولا يحصل لصاحب التمام شىء.

٤٨١٠ (فصـــــل)

أخ لأبوين ، وأختان لأب ، وجدّ : للجدّ الثلث ، والباقى للأخ . وفى قول علىّ وابن مسعود : المال بينه ، وبين الجدّ نصفين . أخ،وأخت من أبوين ، وأخت من أب ، وجدّ ، فللجد الثلث ، والباقى بين ولد الأبوين على ثلاثة ، وتصحّ من تسعة ، وفى قول علىّ وابن مسعود : المال بين ولد الأبوين ، والجدّ على خمسة ، أخ لأبوين ، وأخت لأب ، وجدّ المال بينهم على خمسة : للجدّ سهمان ، والبـاقى للأخ ، وعندهما المال بينهما نصفين .

٤٨١١ (فصـــل)

أخوان لأبوين ، وأخ لأب وجدّ ، للجد الثلث ، والباقى للأخوين ، للأبوين عند الجميع ، وإن كان ولد الأبوين ثلاثة ، للجد ، الثلث أيضاً عنـد زيد ، وعند علىّ وابن مسعود له الربع ، لأنهما يقاسمان به إلى السدس ، أخ ، وأخت من أبوبن ، وأخ من أب ، أو أكثر من ذلك ، فللجدّ الثلث ، وعندهما للجدّ الخمسان ، وللأخ الأبوين الخمسان ، وللأخت الخمس .

٤٨١٢ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان أخ وأخت لأب وأم ، أو لأب ، وجدّ كان المال بين الجدّ ، والأخ والأخت على خمسة أسهم ، للجدّ سهمان ، وللأخ سهمان ، وللأخت سهم ﴾

المقاسمة ههنا خير للجدّ من الثلث ، لأنه يحصل له بها خمسا المال ، وذلك خير له من الثلث ، وكذلك كلّما نقص الإخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث، كثلاث أخوات أو أختين ، أو أخ واحد ، أو أخت واحدة ، فليس فيها إلا المقاسمة به ، كأخ ، وهذا قول زيد ، وعلىّ وعبد الله إذا كانوا عَصَبةً ، فأمّا إن كنّ أخواتٍ منفرداتٍ ، فإنّ علياً وابن مسعود يفرضان لهنّ فروضهن ، ثم يُعطيان الجدّ ، مابقى .

٤٨١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانت أخت لأب وأم ، وأخت لأب وجدّ ، كانت الفريضة للجدّ والأختين على أربعة أسهم ، للجد سهمان ، ولكل أخت سهم ، ثم رجعت الاخت للأم والأب ، فأخذت ممّا فى يد أختها لتستكمل النصف ﴾

المقاسمة ههنا أحظّ للجدّ ، وتعتدّ الأخت للأبوين على الجد بأختها من أبيها ، فصيّرله النصف ، ولها النصف بينهما على اثنين، لكلّ واحدةٍ سهم ، ثم تأخذ الأخت من الأبوين مابقى فى يد أختها لتستكمل تمام فرضها ، وهو جميع مافى يدها ، فلا يبقى لها شىء ، وتصير كما لو كان معها بنت ، فأخذت البنت النصف ، وبقى النصف ، فإن الأخت من الأبوين تأخذه جميعه ، فلا يبقى للأخت من الاب شىء.

٤٨١٤ (فصـــــل)

فإن كان مع الأخت من الأبوين أختان من أب ، كان المال بينهنّ ، وبين الجدّ على خمسة أسهم ، للجدّ اثنان ، ولهنّ ثلاثة ، ثم تأخذ الأخت من الأبوين من أختها تمام النصف ، وهو سهم ونصف ، يبقى لها نصف سهم بينهما ، لكلّ واحدة ربع سهم ، فتضرب مخرج الربع وهو أربعة من خمسة تكن عشرين للجدّ ثمانية ، وللأخت للأبوين عشرة ، ولكلّ واحدة من أختيها سهم . فإن كان معها ثلاث أخوات ، أو أكثر من ذلك ، فليس للجدّ إلا الثلث ، ولها النصف ، ويبقى السدس بين الأخوات من الأب ، وإن كثرن ، وإن كان من ولد الأبوين أختان ، أو أكثر ، فليس للأخوات من الأب شىء ، وإن كثرن ، لأن فرض الأختين الثلثان ، والجدّ لا ينقص عن الثلث ، فلا يبقى من المال شىء ، ولأن الأخوات من الأبوين يُسقطنَ الأخوات من الأب ، باستكمال الثلثين ، ولو لم يكن معهنّ جدّ فمع الجدّ أولى ، وليس فى هذه المسألة اختلاف ، فأما مسألة الخِرقىّ فإن عليًّا ، وعبد الله يفرضان للأخت من الأبوين النصف ، وللأخت من الأب السدس ، والباقى للجدّ ، وكذلك إن كان معها أختان ، أو أخوات من أب .

٤٨١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿فإن كان مع التى من قِبَل الأب أخوها كان المال بين الجدّ والأخ ، والأختين ، على ستة أسهم ، للجدّ سهمان ، وللأخ سهمان ، ولكلّ أخت سهم . ثم رجعت الأخت من الأب والأم على الأخ والأخت من الأب فأخذت مما فى أيديهما لتستكمل النصف . فتصحّ الفريضة من ثمانية عشر سهماً : للجدّ ستة أسهم ، وللأخت من الأب والأم تسعة أسهم ، وللأخ سهمان ، وللأخت سهم ﴾

المقاسمة ههنا والثلث سواء . فإن قاسمتَ به كان المال بينهم على ستة أسهم ، يأخذ الجدّ سهمين ، ثم يكمل للأخت تمام النصف ممّا فى أيديهما ثلاثة أسهم ، يبقى لها سهم ، على ثلاثة لا يصحّ ، فتضرب ثلاثةً فى أصل المسألة تكن ثمانيةَ عشرَ ، كما قال الخِرَقىّ . وإن زاد ولد الأب على هذا لم يزادوا على السدس شيئاً ، لأن الجدّ لا ينقص عن الثلث ، والأخت لا تنقص عن النصف ، فلا يبقى إلا السدس .

٤٨١٦ ﴿ مسألة الأكدرية ﴾

قال ﴿ وإذا كان زوج وأم وأخت وجد ، فللزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللأخت النصف ، وللجدّ السدس ﴾ .

ثم يقسّم سدس الجدّ ، ونصف الأخت بينهما على ثلاثة أسهم ، للجدّ سهمان ، وللأخت سهم ، فتصحّ الفريضة من سبعة وعشرين سهماً ، للزوج تسعة أسهم ، وللأم ستة ، وللجدّ ثمانية ، وللأخت أربعة . وتسمّى هذه المسألة الأكدريّة . ولا يفرض للجدّ مع الأخوات فى غير هذه المسألة .

قيل : إنما سمّيت هذه المسألة الأكدريّة ، لتكديرها لأصول زيد فى الجدّ . فإنه أعالها ، ولا عول عنده فى مسائل الجدّ ، وفرض للأخت معه ، ولا يُفرض لأخت مع جدّ ، وجمع سهامه وسهامها ، فقسّمها بينهما ، ولا نظير لذلك . وقيل سمّيت الأكدريّة لأن عبد الملك بن مَرْوان سأل عنها رجلاً اسمُه الأكدر ، فأفتى فيها على مذهب زيد ، وأخطأ فيها ، فنُسبت إليه . واختلف أهل العلم فيها ، فمذهب أبى بكر الصدّيق وموافقيه إسقاطُ الأخت ، ويُجعل للأم الثلث ، وما بقى للجدّ .

وقال عمر ، وابن مسعود : للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وللأم السدس ، وللجدّ السدس ، وعالت إلى ثمانية ، وجعلوا للأم السدس ، كيلا يُفَضِّلوها على الجدّ . وقال علىّ ، وزيد : للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وللأم الثلث ، وللجدّ السدس ، وأعالاها إلى تسعة ، ولم يحجبا الأمّ عن الثلث ، لأن الله تعالى إنما حجبها بالولد ، والإخوة ، وليس ههنا ولد ، ولا إخوة . ثم إن عمر ، وعليًّا ، وابن مسعود أبقوا النصف للأخت ، والسدسَ للجدّ ، وأما زيد فإنه ضمّ نصفها إلى سدس الجدّ ، فقسّمه بينهما ، لأنها لا تستحقّ معه إلا بحكم المقاسمة .

وإنما حمل زيد على إعالة المسألة هنها لأنه لو لم يفرض للاخت لسقطت ، وليس فى الفريضة من يُسقطها ، وقد رُوى عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال : ما قال ذلك زيد ، وإنّما قاس أصحابهُ على أصوله ، ولم يبيّن هو شيئاً ، فإن قيل : فالأختُ مع الجدّ عَصَبةٌ والعَصَبة تسقُط باستكمال الفروض ، قلنا : إنما يُعصّبها الجدّ ، وليس بعَصَبة مع هؤلاء ، بل يُفرض له ، ولو كان مكان الأخت أخ لسقط ، لأنه عَصَبة فى نفسه ، ولو كان

مع الأخت أخرى ، أوأخ ، أوأكثر من ذلك لانحجبَتْ الأمّ إلى السدس، وبقى لها السدس ، فأخذوه ولم تَعُل المسألة . وأصل المسألة فى الأكدرية ستة ، وعالت إلى تسعة ، وسهام الأخت والجدّ ، أربعة ، بينهما ، على ثلاثة ، لا تصحّ فتضرب ثلاثة فى تسعة ، تكن سبعة وعشرين ، ثم كلّ من له شىء فى أصل المسألة مضروب فى الثلاثة التى ضربتها فى المسألة ، للزوج ثلاثة فى ثلاثة تسعة ، وللأم اثنان فى ثلاثة ستة ، ويبقى اثنا عشر بين الجدّ والأخت على ثلاثة ، له ثمانية ، ولها أربعة .

ويعايى بها . فيقال : أربعة ورثوا مال ميت ، فأخذ أحدهم ثلثه ، والثانى ثلث ما بقى ، والثالث ثلث ما بقى ، والرابع ما بقى ، ويقال : امرأة جاءت قوماً فقالت : إنى حامل ، فإن ولدت ذكراً فلا شىء له ، وإن ولدت أنثى فلها تُسع المال ، وثلث تُسعه ، وإن ولدت ولدين فلهما السدس ، ويقال أيضاً : إن ولدت ذكراً فلى ثلث المال ، وإن ولدت أنثى فلى تسعاه ، وإن ولدت ولدين فلى سدُسه .

٤٨١٧ (فصـــــل)

زوجة ، وأم ، وأخت ، وجدّ : وللزوجة الربع ، وللأم الثلث ، والباقى بين الجدّ والأخت على ثلاثة ، أصلها من اثنى عشر ، وتصحّ من ستة وثلاثين ، فإن كان مكان الأخت أخ فالباقى بينهما نصفين ، وتصحّ من أربعة وعشرين ، وإن كانتا أختين قاسمها ، وصحّت من ثمانية وأربعين ، فإن كان أخ وأخت ، أو ثلاث أخوات حَجَبوا الأمّ إلى السدس ، وقسّموا الباقى بينهم على خمسة ، وصحّت من ستين ، فإن زادوا على ذلك استوى ثلث الباقى ، والمقاسمة ، فافرض له ثلث الباقى ، واضرب المسألة فى ثلاثة ، تصير ستة وثلاثين ، ويبقى له ولهم أحد وعشرون ، يأخذ ثلثها سبعة ، والباقى لهم ، فإن لم تصحّ عليهم ضَرَبْتهم ، أو وَفْقهم فى ستة وثلاثين ، فما بلغ فمنه تصحّ ، فإن كانوا من الجهتين لم يبق لولد الأب شىء ، واستأثر به ولد الأبوين دونهم .

٤٨١٨ (فصـــــل)

زوجة ، وأخت ، وجدّ وجدّة فهى كالتى قبلها فى فروعها ، إلا فى أن للجدّة السدس مع الأخت الواحدة ، والأخ الواحد . ومتى كانوا أكثر من واحد كان حكم الجدّة والأم واحداً ، وإن لم يكن معهم جدّة فهى من أربعة ، للزوجة الربع ، ويبقى ثلاثة ، للجد سهمان وللأخت سهم ، فإن كان معها أخت أخرى فالباقى بينهم على أربعة ، وتصحّ من ستّة عشر ، وإن كان مكانهما أخ صحّت من ثمانية ، فإن كان أخ وأخت وثلاث أخَواتٍ فالباقى بينهم على خمسة ، وتصحّ من عشرين ، وإن زادوا على هذا فأعطه ثلث الباقى بينهما ، واقسم الباقى على الباقين ، فإن كانوا من الجهتين فلا شىء لولد الأب ، لأن الباقىَ بعد نصيب الجدّ لا يزيد على النصف ، وهو أقلّ فرض لولد الأبوين .

٤٨١٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانت أمّ وأخت وجدّ فللأم الثلث ، وما بقى فبين الجدّ والأخت ، على ثلاثة أسهم ، للجدّ سهمان ، وللأخت سهم ﴾ .

وهذه المسألة تسمى الخرقاء . إنما سميت خرقاً لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فكأن الأقوال خرقتها ، قيل :فيهاسبعة أقوال : قول الصديق وموافقيه : للأم ثلث ، والباقى للجدّ، وقول زيد وموافقيه : للأم الثلث ، أصلها من ثلاثة ، ويبقى سهمان بين الأخت والجدّ على ثلاثة ، وتصحّ من تسعة ، وقول علىّ : للأخت النصف ، وللأم الثلث، وللجدّ السدس . وعن عمر ، وعبد الله : للأخت النصف، وللأم ثلث ما بقى ، وما بقى فللجدّ . وعن ابن مسعود : للأمّ السدس ، والباقى للجدّ ، وهى مثل القول الأول فى المعنى . وعن ابن مسعود أيضاً : للاخت النصف ، والباقى بين الجدّ والأم نصفين ، فتكون من أربعة وهى إحدى مربّعات ابن مسعود . وقال عثمان : المال بينهم أثلاثٌ ، لكلّ واحد منهم ثلث ، وهى مثلّثة عثمان ، وتسمّى المسبّعة ، فيها سبعة أقوال ، والمسدّسة ، لأن معنى الأقوال يرجع إلى ستّة . وسأل الحجّاج عنها الشعبيّ فقال : اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذكر له عثمانَ، وعليًّا ، وابن مسعود ، وزيداً ، وابن عبّاس .

٤٨٢٠ (فصـــل)

أم أو جدة ، وأختان ، وجدّ ، المقاسمة خير للجدّ ، ويبقى خمسة على أربعة ، فتصحّ من أربعة وعشرين ، أمّ وأخ ، وأخت ، أو ثلاث أخوَات ، وجدّ ، تصح من ستة ، أم ، وأخوان ، أو أخ ، وأختان ، أو أربع أخَوات ، وجدّ، ثلث الباقى ، والمقاسمة سواء، فإن زادوا على ذلك فرض للجدّ ثلث الباقى ، وانتقلت المسألة إلى ثمانية عشر ، للأم ثلاثة ، وللجدّ خمسة ، يبقى عشرة للأخوة ، والأخَوات، فتصحّ المسألة عليهم ، فإن كان الإخوة ، والأخوات من الجهتين ، فالباقى كلّه لولد الأبوين ، إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدةً ، فلها قدر فرضها ، والباقى لهم ، أمّ ، وأخت لأبوين ، وأخ وأخت ، لأب ، وجدٌ ، للأم السدس ، وللجدٌ ثلث الباقى ، ينتقل إلى ثمانية عشر ، فللأم ثلاثة ، وللجدّ خمسة ، وللأخت للأبوين النصف تسعة ، يبقى سهم على ثلاثة ، فتصحّ من أربعة وخمسين ، وتسمّى مختصرةَ زيد لأنه لو قاسم بالجدّ لانتقلت إلى ستة وثلاثين ، ثم يبقى سهمان على ثلاثة ، فتصح من مائة وثمانية ، ثم ترجع بالاختصار إلى أربعة وخمسين ، فلذلك سمّيت المختصرة ، أم ، وأخت لأبوين ، وأخوان ، وأخت لأب ، وجدٌ ، أصلها من ستة ، ثم تنتقل إلى ثمانية عشر ، وبفضُل لولد الأب سهم ، على خمسة ، تضربها

فى ثمانية عشر ، تكن تسعين ، وتسمى تِسْعِينية زيد ، وفى هذا الفصل كلّه : الجدة كالأم ، لأن لكلّ واحدة منهما السدس .

٤٨٢١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانت بنت ، وأخت ، وجدّ ، فللبنت النصف ، وما بقى فبين الجدّ والأخت على ثلاثة أسهم ، للجد سهمان ، وللأخت سهم ﴾

إنما كان كذلك لأن المقاسمة ههنا أحظُّ للجدّ ، وقال علىّ رضى الله عنه : للبنت النصف ، وللجدّ السدس ، والباقى للأخت ، وعند ابن مسعود الباقى بعد فرض البنت بين الجدّ والأخت نصفين . لأن كلّ واحد منهما لو انفرد أخذ المال بالتعصيب ، فإذا اجتمعا اقتسما ، كما لو كان مكانها أخ ، فأمّا علىّ فبنى على أصله فى أن الأخوات لايقاسمن الجدّ ، وإنما يفرض لهنّ فلم يفرض لها ههنا ، لأن الأخت مع البنت عصَبة ، وأعطى الجدّ السدس ، كما لو انفرد معها ، وجعل لها الباقى .

ولنا : أن الجدّ يقاسم الأخت ، فيأخذ مثلها ، إذا كان معها أخ ، فكذلك إذا انفردت . وهذه إحدى مربّعات ابن مسعود .

٤٨٢٢ (فصـــل)

بنت وأخ وجد : الباقى بعد فرض البنت بينهما نصفين ، وإن كان معه أخته فالباقى بينهم على خمسة ، وإن كان أخوان ، أو أخ وأختان ، أو أربع أخوات ، استوى ثلث الباقى ، والسدس ، والمقاسمة ، فإن زادوا فلا حظّ له فى المقاسمة ، ويأخذ السدس ، والباقى لهم . فإن كانوا من الجهتين فليس لولد الأب شىء ، ويأخذ ولد الأبوين جميع الباقى . بنت ، وأختان ، وجد ، الباقى بين الجدّ والأختين على أربعة ، وتصح من ثمانية ، فإن كنّ ثلاثَ أخَوات فالباقى بينهم على خمسة ، فإن كنّ أكثر من أربع فله السدس ، أو ثلث الباقى ، والباقى لهنّ .

٤٨٢٣ (فصـــل)

بنتان ، أو أكثر ، أو بنت ابن ، وأخت ، وجدّ : للبنتين الثلثان ، والباقى بين الجدّ ، والأخت على ثلاثة ، وتصحّ من تسعة . وإن كان مكانها أخ فالباقى بينهما على اثنين ، وتصحّ من ستة ، وإن كان مكانه أختان صحّت من اثنى عشر ، ويستوى فى هاتين المسألتين السدس ، والمقاسمة ، فإن زادوا عن أخ ، أو عن أختين ، فرضتَ للجدّ السدس وكان الباقى لهم ، فإن كان معهم أم ، أو جدّة ، فللجد السدس ، ولا شىء للأخوة ، والأخوات .

٤٨٢٤ (فصــــل)

زوج ، وأخت ، وجدّ ، للزوج النصف ، والباقي بينهما على ثلاثة . وعند عليّ وابن مسعود : للأُخت النصف ، وللجدّ السدس ، وعالت إلى سبعة ، وإن كان مع الأخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة ، وعندهما لها الثلثان ، وتعولُ إلى ثمانية ، وإن كان مكانهما أخ فالباقي بينهما نصفين ، وإن كان أخ ، وأخت ، أو ثلاثُ أخوات ، قاسمهم الجدّ . وإن كان أخوان ، أو من يَعْدِلهما استوى السدس ، وثلث الباقي ، والمقاسمة ، فإن زادوا فرضتَ له السدس ، والباقي لهم ، وإن كان زوج ، وبنت ، وأخت ، وجدّ فللزوج الربع ، وللبنت النصف ، والباقي بينهما على ثلاثة ، ويستوي السدس ههنا ، والمقاسمة ، فإن زادوا على أخت واحدة فرضتَ للجد السدس ، والباقي لهم ، وإن كان مع الزوج ابنتان ، أو بنت ، وبنت ابن ، أو بنت ، وأم ، أو جدّة سقطت الإخوة ، والأَخَوات ، وفرضت للجدّ السدس ، وعالت المسألة إلى ثلاثةَ عشَر .

٤٨٢٥ (فصــــل)

زوجة ، وبنت ، وأخت ، وجدّ ، الباقي بين الجدّ ، والأخت على ثلاثة ، وتصحّ من ثمانية . فإن كان مكان الأخت أخ ، أو أختان ، فالباقي بينهم ، وتصحّ مع الأخ من ستة عشر ، ومع الأختين من اثنين وثلاثين ، وإن زادوا فرضتَ للجدّ السدس ، وانتقلت المسألة إلى أربعة وعشرين ، ثم تصحّح على المنكسر عليهم ، وإن كان مع الزوجة ابنتان ، أو أكثر ، أو بنت ، وبنت ابن وبنت ، وأم ، أو جدّة فرضتَ للجدّ السدس ، ويبقى للإخوة والأخوات سهم من أربعة وعشرين .

باب ذوي الأرحام

وهم الأقارب الذين لا فرض لهم ، ولا تعصيب ، وهم أحد عشر حَيّزاً : ولد البنات ، وولد الأخَوات وبنات الإخوة ، وولد الإخوة من الأم ، والعمّات من جميع الجهات ، والعمّ من الأمّ ، والأخوال ، والخالات ، وبنات الأعمام ، والجدّ أبو الأمّ ، وكلّ جدّة أدلت بأب بين أمّين ، أو بأبٍ أعلى من الجدّ : فهؤلاء ومن أدلى بهم يُسمَّوْنَ ذوي الأرحام . وكان أبو عبدالله يورّثهم إذا لم يكن ذو فرض ، ولا عصبة ، ولا أحد من الوارث إلا الزوج ، والزوجة ، رُوي هذا القول عن عمر ، وعليّ ، وعبد الله ، وأبو عُبَيدة بن الجراح ، ومعاذ بن جَبَل ، وأبي الدرداء رضي الله عنهم . وبه قال شُرَيح ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، وطاوس ، وعَلْقَمَة ، ومسروق ، وأهل الكوفة ، وكان زيد لا يورّثهم ، ويجعل الباقيَ لبيت المال ، وبه قال مالك ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وأبو ثور ، وداود ، وابن جرير ، رضي الله عنهم ، لأن عطاء بن يَسار

روى « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلّى الله عليه وسلم ركب إلى قُبَاءٍ يَستخيرُ اللهَ تعالى فى العَمَّةِ والخالة ، فَأنزِلَ عَلَيْهِ أَنَّ لَا مِيرَاثَ لَهُمَا » رواه سعيد فى سننه ، لأن العَمَّة ، وابنة الأخ لا ترثان مع أخويهما ، فلا ترثان منفردتين ، كالأجنبيّات . وذلك لأن انضمام الأخ إليهما يؤكّدهما ، ويقوّيهما ، بدليل أن بنات الابن ، والأخوات من الأب يعصّبهن أخوهن فيما بقى بعد ميراث البنات ، والأخوات من الأبوين ، ولا يرثْنَ منفردات ، فإذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ، ولأن المواريث إنما تثبت نصًّا ، ولا نصّ فى هؤلاء .

ولنا : قول الله تعالى « وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِى كِتَابِ اللهِ » أى أحقّ بالتوارُث فى حكم الله تعالى . قال أهل العلم : كان التوارُث فى ابتداء الإسلام بالحِلْفِ ، وكان الرجل يقول للرجل : دَمِى دَمُكَ وَمَالِى مَالُكَ تَنْصُرُنِى وَأَنْصُرُكَ وترثنى ، وأرثك . فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك . فيتوارثان به دون القرابة ، وذلك قول الله عزّ وجل « وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ[(1)] » ثم نسخ ذلك ، وصار التوارث بالإسلام ، والهجرة . فإذا كان له ولد ، ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عَزَّ وجل : (وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَىْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا)[(2)] ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى : (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِى كِتَابِ اللهِ) وروى الإمام أحمد بإسناده ، عن سهل بن حُنَيف « أَنَّ رَجُلاً رَمَى رَجُلاً بِسَهْمٍ فَقَتَلَهُ وَلَمْ يَتْرُكْ إِلاَّ خَالاً ، فكتب فيه أبو عُبَيْدَة إلى عمر ، فكتب إليه عمر : إِنِّى سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم يقول : الْخَالُ وَارِثُ مَنْ لا وَارِثَ لَهُ » قال الترمذىّ : هذا حديث حسن ، وروى المقداد عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم : أنه قال : « الخَالُ وَارِثُ مَنْ لا وَارِثَ لَهُ ، يَعْقِلُ عَنْهُ وَيَرِثُهُ » أخرجه أبو داود ، وفى لفظ « مَوْلَى مَنْ لا مَوْلَى لَهُ يَعْقِلُ عَنْهُ وَيَفُكُّ عَانِيَهُ » فإن قيل : المراد به أنّ من ليس له إلا خال فلا وارث له ، كما يقال : الجوع زادُ من لا زاد له ، والماء طيبُ من لا طيب له ، والصبر حيلةُ من لا حيلة له ، أو أنه أراد بالخال السلطان . قلنا : هذا فاسد لوجوه ثلاثة . أحدها : أنه قال : يرث ماله ، وفى لفظ قال يرثه .

والثانى : أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر بهذا جواباً لأبى عُبَيْدَة حين سأله عن ميراث الخال . وهم أحقّ بالفهم ، والصواب من غيرهم .

الثالث : أنه سمّاه وارثاً ، والأصل الحقيقة ، وقولهم : إنّ هذا يستعمل للنفى ، قلنا : والإثبات ، كقولهم : يا عمادَ من لا عمادَ له ، يا سندَ من لا سندَ له ، يا ذُخْرَ من لا ذُخْرَ له .

---

(١) بعض الآية ٣٣ من سورة النساء (٢) بعض الآية ٧٢ من سورة الأنفال

(٣) بعض الآية ٧٥ من سورة الأنفال

وقال سعيد : حدّثنا أبو شهاب ، عن محمد بن إسحاق ، عن محمد، بن يحيى ، ابن حَبّان قال : « تُوُفِّيَ ثابتُ بْنُ الدَّحْدَاحَةِ وَلَمْ يَدَعْ وَارِثاً ولاَ عَصَبَةً ، فرفع شأنه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فدَفَعَ رَسُولُ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيهِ وسلم مالَه إلَي ابْنِ أُخْتِهِ أبي لُبَابَةَ بن عبدالمُنذِر » ورواه أبو عُبَيد فى الأموال إلا أنه قال : « وَلَمْ يخلّف إلاّ ابْنَةَ أخٍ له ، فقَضَى النبيُّ صلَّى اللهُ عَلَيهِوسَلَّمَ بِمِيرَاثِهِ لابْنَةِ أَخيهِ » ولأنه ذو قرابة ، فيرث كذوى الفروض ، وذلك لأنه ساوى الناس فى الإسلام ، وزاد عليهم بالقرابة ، فكان أولى بماله منهم . ولهذا كان أحقَّ فى الحياة بصدقته ، وصلته ، وبعد الموت بوصيّته ؛ فأشبه ذوى الفروض، والعصباب المحجوبين ، إذا لم يكن من يحجبهم ، وحديثهم مُرسَل ، ثم يحتمل أنه لاميراث لها مع ذوى الفروض والعصبات ، ولذلك سمّى الخالُ « وَارِثَ مَنْ لا وَارِثَ لهُ » أى لا يرث إلا عند عدم الوارث ، وقولهم : لا يرثان مع إخوتهما . قلنا : لأنهما أقوى منهما ، وقولهم : إن الميراث إنما ثبت نصًّا . قلنا : قد ذكرنا نصوصاً ، ثمّ التعليل واجب مهما أمكن ، وقد أمكن ههنا ، فلا يُصار إلى التعبّد المحض .

٤٨٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويورث ذوو الأرحام ، فيُجعل مَن لم يسمّ له فريضة على منزلة من سُمّيَتْ له ، ممن هو نحوه ، فيجعل الخال بمنزلة الأم ، والعمّة بمنزلة الأب . وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه جعلها بمنزلة العمّ ، وبنت الأخ بمنزلة الأخ ، وكلّ ذى رحم لم يسمّ له فريضة فهو على هذا النحو ﴾ .

مذهب أبى عبد الله فى توريث ذوى الأرحام مذهبُ أهل التنزيل ، وهو أن ينزّل كلّ واحد منهم منزلةَ من يمتُّ به من الورثة ، فيجعل له نصيبه ، فان بَعُدوا نُزِّلوا درجةً درجةً إلى أن يَصِلوا من يمتّون به ، فيأخذون ميراثه ، فان كان واحداً أخذ المال كلّه ، وإن كانوا جماعةً قسمتَ المال بين من يمتّون به ، فما حصل لكلّ وارث جُعِل لمن يمتّ به ، فإن بقى من سهام المسألة شىء ردّ عليهم ، على قدر سهامهم ، وهذا قول علقمة ، ومسروق ، والشعبىّ، والنخَعِىّ ، وحمّاد ، ونُعَيم ، وشَريك ، وابن أبى ليلى ، والثورىّ . وسائر من ورّثهم غير أهل القرابة .

وقد رُوى عن علىّ ، وعبد الله رضى الله عنهما : أنهما نزّلا بنتَ البنتِ مَنْزلة البنت ، وبنت الأخِ منْزلة الأخ ، وبنت الأخت منزلة الأخت ، والعمّة منزلة الأب ، والخالة منزلة الأمّ . وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه فى العمّة ، والخالة . وعن علىّ أيضا أنه نزّل العمّة بمنزلة العمّ ، وروى ذلك عن علقمة ، ومسروق ، وهى الرواية الثانية . عن أحمد رضى الله عنه ، وعن الثورىّ وأبى عُبَيد : أنهما نزّلاها منزلة الجدّ ، مع ولد الاخوة ، والأخوات ، ونزّلها آخرون منزلة الجدّة ، وإنما صار هذا الخلاف فى العمّة لأنها أدلت بأربع جهات ، وارثاتٍ ، فالأب ، والعمّ أخواها ، والجدّ والجدّة أبواها ، ونزّل قوم الخالة جدّةً ،

لأن الجدّة أمّها ، والصحيح من ذلك تنزيل العمّة أباً ، والخالة أمًّا ، لوجوه ثلاثة .

أحدها : ماروى الزهرىّ : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الْعَمَّةُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا أَبٌ ، والْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا أُمٌّ » رواه الإمام أحمد .

الثانى : أنه قول عمر ، وعلىّ وعبد الله فى الصحيح عنهم ، ولا مخالف لهم فى الصحابة .

الثالث : أن الأب أقوى جهات العمّة ، والأمّ أقوى جهات الخالة ، فتعيّن تنزيلهما بهما دون غيرهما ، كبنت الأخ ، وبنت العمّ ، فانهما ينزّلان منزلة أبوَيْهما دون أخوَيْهما ، ولأنه إذا اجتمع لها قرابات ، ولم يمكن توريثها بجميعها ورّثناها بأقواها ، كالمجوس عند من لم يورّثهم بجميع قراباتهم ، وكالأخ من الأبوين ، فانّا نورّثه بالتعصيب ، وهى جهة أبيه ، دون قرابة أمّه . فأمّا أبو حنيفة ، وأصحابه ، فانّهم ورّثوهم على ترتيب العَصَبات ، فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت ، وإن سفلوا ، ثم ولد أبويه ، أو أحدهما ، وإن سفلوا ، ثم ولد أبوَىْ أبوَيْه ، وإن سفلوا ، كذلك أبداً ، لايرث بنو أب أعلى ، وهناك بنوا أب أقرب منه ، وإن نزّلت درجتهم . وعن أبى حنيفة أنه جعل أبا الأُمّ وإن علا أولى من ولد البنات ، ويسمىّ مذهبهم مذهبَ أهل القرابة .

ولنا : أنهم فرع فى الميراث على غيرهم ، فوجب إلحاقهم بمن هم فرع له . وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يُسقط ولد أبيه ، فأولى أن لا يُسقطهم ولده .

﴿ مسـائل ﴾

من ذلك : بنت بنت ، وبنت بنت ابن ، المال بينهما على أربعة ، فان كان معهما بنت أخ فالباقى لها ، وتصحّ من ستة ، فان كان معهما خالة فلبنت البنت النصف ، ولبنت بنت الابن السدس ، تكملة الثلثين ، وللخالة السدس ، والباقى لبنت الأخ . فان كان مكان الخالة عمّة حجَبَتْ بنت الأخ ، وأخذت الباقىَ ، لأن العمّة . كالأب ، فتُسقط من هو بمنزلة الأخ ، ومن نزّلها عمًّا جعل الباقىَ لبنت الأخ ، وأسقط العمّة ، ومن نزّلها جدًّا قاسم بنت الأخ الثلثَ الباقىَ بينهما نصفين ، ومن نزلها جدّةً جعل لها السدس ، ولبنت الأخ الباقىَ . وفى قول أهل القرابة أنه لاترث بنت الأخ مع بنت البنت ، ولامع بنت بنت الابن شيئاً .

٤٨٢٧ (فصـــل)

إذا انفرد أحد من ذوى الأرحام أخذ المال كلّه فى قول جميع من ورثهم ، وإن كانوا جماعة لم يخلُ : إما أن يُدلوا بشخص واحد ، أو بجماعة ، فان أدْلَوْا بشخص واحد ، وكانوا فى درجة واحدة ، فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه ، فان أسقط بعضهُم بعضاً ، كأب الأمّ ، والأخوال ، فأسقِط الأخوال ، لأن الأب يُسْقِط الإخوة ، والأخوات ، فإن كان بعضهم أقربَ من بعض فالميراث لأقربهم ، كخالة ،

وأمّ ، أبى أم ، أو ابن خال ، فالميراث للخالة ، لأنها تلقى الأمّ بأول درجة ، وهذا قولُ عامّة المنزّلين ، إلا أنه حُـكِى عن النخَعِىّ ، وشَريك ، ويحيى بن آدم ، فى قرابة الأمّ خاصَّةً أنهم أماتوا الأمّ ، وجعلوا نصيبها لورثتها . ويسمّى قولُهم قولَ مَنْ أماتَ السبب . واستعمله بعض الفرَضِيِّينَ فى جميع ذوى الأرحام . فعلى قولهم يـكون للخالة نصف ميراث الأم ، لأنها أخت ، ولأم أبى الأم السدس ، لأنها جدّة ، والباقى لابن الخال ، لأنه ابن أخ .

ولنا : أن الميراث من الميّت لا من سببه ، ولذلك ورّثنا أم أم الأم ، دون ابن عمّ الأمّ ، بغير خلاف أيضاً فى أبى أم أم ، وابن عم أبى أم : أن المال للجدّ ، لأنه أقرب ، ولو كانت الأمّ الميتة كان وارثها ابنَ عمّ أبيها ، دون أبى أمّها ، خالة ، وأم أبى أم ، وعمّ أم : المال للخالة ، وعندهم : للخالة النصف ، وللجدّة السدس ، والباقى للعمّ ، فإن لم يـكن فيها عمّ أم ، فالمال بين الخالة ، وأم أبى الأم ، على أربعة . فان لم يكن فيها جدّة فالمال بين الخالة ، وعمّها نصفين ، ابن خالة ، وابن عم أمّ ، المال لابن الخالة ، وعندهم لابن عمّ الأم . فأما إن أدلى جماعةٌ بجماعةٍ جَعَلْتَ المالَ للمدُلَى بهم ، كأنّهم أحياء ، فقسّمتَ المال بينهم على ما توجبُه الفريضة ، فما صار لـكلّ واحد منهم فهو لمن أدلى به ، إذا لم يسبق بعضُهم بعضاً ، فان سبق بعضهم بعضاً . وكانوا من جهة واحدة فالسابق إلى الوارث أولى . وإن كانوا من وجهتين نُزِّلَ البعيدُ حتى يَلحق بمن أدلى به ، فيأخذ نصيبه ، سواء سقط به القريب ، أو لم يسقط . هذا ظاهر كلام أحمد رضى الله عنه ، ونقل عنه جماعة من أصحابه فى خالة ، وبنت خالة ، وبنت ابن عمّ : للخالة الثلث ، ولابنة ابن العم الثلثان ، ولا تُعطَى بنت الخالة شيئاً ، ونقل حنبل عنه أنه قال : قال سفيان قولا حسناً : إذا كانت خالة ، وبنت ابن العمّ تعطَى الخالةُ الثلث ، وتعطَى بنتُ ابن العمّ الثلثين ؛ وظاهر هذا يدلّ على ماقلناه ، وهو قول الثورىّ ، ومحمد بن سالم ، والحسن بن صالح ، وقال ضِرَارُ ابنُ صُرَد : إن كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى ، وإن لم يـكن يُسقطه نُزِّلَالبعيد حتى يَلحق بالوارث ، وقال سائر المنزِّلين : الأسبق إلا الوارث أولى بكلّ حال ، ولم يختلفوا فيما علمتُ فى تقديم الأسبق ، إذا كان من جهة واحدة ، إلا نُعَيماً ، ومحمد بن سالم ، فإنّهما قالا فى عمة ، وبنت عمّة : المالُ بينهما نصفين . ولم أعلم أحداً من أصحابنا ، ولا من غيرهم عدّ الجهات ، وبيّنها إلا أبا الخطاب ، فإنّه عدّها خمس جهات : الأبوّة ، والأمومة، والبنوّة ، والأخوّة ، والعمومة ، وهذا يُفضى إلى أن ابنة العمّ من الأم ، أو بنت العمّة من الأم مُسقِطَةٌ لبنت العمّ من الأبوين ، ولا أعلم أحداً قال به .

وقد ذكر الخِرَقىّ هذا فى ثلاث بناتِ عمومةٍ مُفترقينَ : أنّ المال لبنت العمّ من الأبوين ، وبيان إفضائه إلى ذلك : أنَّ بنت العمّ من الأمِّ أبوها يُدلى بالأب ، وبنتالعمّ من الأبوين تُدلى بأبيها ، والأب

يُسقط العمّ ، وكذلك بنت العمة من جهة الأب ، وبنت العمّ من جهة العمّ . فالصواب إذاً أن تكون الجهات أربعاً : الأبوة ، البنوّة ، والأخوّة ، والأمومة .

(مسائل فى هذا الباب) : بنت بنت بنت ، وبنت بنت بنت بنت ، وبنت أخ ، المال بين الأولى والثالثة ، وسقطت الثانية ، إلا عند محمد بن سالم ، ونُعَيم ، فإنّها تشاركها ، ومن ورّث الأقرب جعله لبنت الأخ ، لأنّها أسبق، وقول أهل القرابة هو للأولى وحدها ، لأنّها من ولد الميّت ، وهى أقرب من الثانية ، ابن خال، وبنت عمّ ، ثلث ، وثلثان ، ومن ورّث الأسبق جعله لبنت العمّ ، وإن كان معها بنت عمّة فلا شيء لها ، لأن بنت العمّ أسبق إلى الوارث منهما ، وهما من جهة واحدة ، وإن كان معهم عمّة سقطت بنت العمّ ، لأن العمّة بمنزلة الأب ، وبنت العمّ بمنزلة العمّ ، بنت بنت بنت ، وبنت بنت ابن : المالُ لبنت بنت الابن عند الجميع ، إلا عند ابن سالم ، ونُعَيم .

بنت بنت بنت ، وابن أخ من أمّ : المال للأولى ، ومن ورّث الأقرب جعله لابن الأخ . وهو قول ضِرَار ، لأنّ البَعيد إذا نَزَلَ أسقط القريب . بنت بنت ، وبنت بنت ابن : المالُ بينهما على أربعة عند جميع المنزّلين ، وعند أهل القرابة هو لبنت البنت ، لأنها أقرب .

ابن بنت بنت ، وبنت أخ ، هو بينهما ، ومن ورّث الأقرب جعله لبنت الأخ ، وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت ، ابن بنت ، وابن ابن ابن أخت لأبوين ، المال بينهما ، وعند من ورّث الأقرب وأهل القرابة هو للأول ، بنت أخ ، وبنت عمّ ، أو بنت عمّة : المال لبنت الأخ . وقياس قول أحمد رضى الله عنه فى توريث البعيد من القريب إن كان من جهتين : أن يكون لبنت العمّ ، والعمّة ، لأنهما من جهة الأب ، وذلك قول ضِرَار أيضاً .

ابن أخت ، وابن عمّ لأم : المال بينهما ، ومن ورّث الأقرب جعله لابن الأخت ، وهو قول أهل القرابة أيضاً ، لأنها من ولد أبوى الميّت . وابن العم للأم من ولد أبوى أبويه .

بنت عمّ ، وبنت عمّ أب ، هو للأولى عند الجميع ، إلا عند ابن سالم ، ونُعَيم .

بنت بنت بنت ، وأم أب أمّ ، المال بينهما على أربعة .

بنت بنت بنت ، وأبو أم أب ، مثلها عندنا ، وعند من ورّث الأقرب جعله للثانى .

بنت بنت بنت ابن ، وعمة ، أو خالة ، للأولى النصف فى الأولى ، ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال ، وعند من ورّث الأقرب الكلّ للعمّة ، وللخالة ، ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثاً : الأبوة ، والبنوّة ، والأمومة ، لأن جعل الأمومة جهةً خامسةً يُفضى إلى إسقاط بنت العمّ ببنت العمّة ، كما ذكرنا ، وإن جعلنا الأخوّة جهةً رابعةً مع نفى جهة العمومة أفضى إلى إسقاط ولد الإخوة ، والأخوات ببنات الأعمام ، والعمّات ، وإذا جعلنا جميعهم جهةً واحدةً وورّثنا أسبقهم إلى الوارث كان أولى . والله أعلم .

٤٨٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة أو مولى نعمة فهو أحق بالمال من ذوى الأرحام ﴾ فى هذه المسألة فصول ثلاثة :

٤٨٢٩ (أحـــدها)

أن الردّ يقدم على ميراث ذوى الأرحام ، فمتى خلّف الميت عَصَبة ، أو ذا فرض من أقاربه أخذ المال كلّه ، ولا شيء لذوى الأرحام . وهذا قول عامّة من ورّث ذوى الأرحام . وقال الخبرىّ لم يختلفوا أن الردّ أولى منهم ، إلا ما رُوى عن سعيد بن المسيّب ، وعمر بن عبد العزيز : أنهما ورّثا الخال مع البنت . فيحتمل أنهما ورّثاه لـكونه عَصَبةً ، أو مولًى ، لئلاّ يُخالف الإجماع ، وقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « الْخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ » .

ومن مسائل هذا الفصل : أبو أمّ ، وجدّة . المال للجدّة .

بنت ابن ، وبنت بنت ، ابن ابن ابن ، وابن أخت عمّ ، وعمّة ، ثلاثة بنى إخوة ، مفترقين لا شيء لذى الرحم فى جميع ذلك .

٤٨٣٠ (الفصل الثانى)

أن المولى المعتِق وعصباته أحقّ من ذوى الأرحام . وهو قول عامّة من ورّثهم من الصحابة وغيرهم ، وقول من لا يرى توريثهم أيضاً . ورُوى عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال ابنه أبو عُبَيْدة ، وعُبَيْد الله بن عبد الله بن عُتْبَة ، وعلقمة ، والأسود ، وعَبَيدةُ ، ومسروق ، وجابر بن زيد ، والشعبىّ والنخَعِىّ ، والقاسم بن عبد الرحمن ، وعمر بن عبد العزيز ، وميمون بن مِهْران ، والأول أصحّ ، لقوله عليه السلام « الْخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ » والمولى وارث ، ولأن المولى يَعْقِلُ و يَنْصُر ، فأشبه العَصَبةَ من النسب .

٤٨٣١ (الفصل الثالث)

فى توريثهم مع الزوج والزوجة : لا أعلم خلافاً بين من ورّثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه ، من غير حَجْب له ، ولا مُعاولة ، واختلف فى كيفية توريثهم معه ، فروى عن إمامنا أنهم يرثون ما فضَل ، كما يرثون المال إذا انفردوا ، وهذا قول أبى عبيد ، ومحمد بن الحسن ، واللؤلؤىّ ، وعامّة من ورّثهم ، وقال يحيى بن آدم ، وضِرَارُ : يقسّم المال الباقى بينهم ، على قدر سهام من يُدلون به ، مع أحد الزوجين ، على الحجب ، والعول ، ثمّ نفرض للزوج فرضَه كاملاً من غير حَجْب ، ولا عول ، ثمّ يقسّم الباقى بينهم على قدر سهامهم ، فإنّما يقع الخلاف فى مسألةٍ فيها من يُدلى بذى فرض ، ومن يُدلى

بعَصَبة ، فأما إن أدلى جميعُهم بذى فرض ، أو عَصَبةٍ ، فلا خلاف فيه ، ومن مسائل ذلك زوج ، وبنت بنت ، وبنت أخت ، أو ابن أخت ، أو أولاد أخت ، أو بنت أخ ، أو بنات أخ ، فللزوج النصف ، والباقى بين بنت البنت ، ومن معها . نصفين ، وقال يحيى ، وضِرَار : المسألة من أربعة ، للزوج الربع ، وللبنت النصف ، سهمان ، يبقى سهم لمن معها ، ثم يفرض للزوج النصف ، والنصف الآخر بينهم على ثلاثة ، لبنت البنت سهمان ، ولمن معها سهم ، فإن كان مكان الزوج زوجة فرضتَ المسألة من ثمانية ، للمرأة سهم ، وللبنت أربعة ، ويبقى ثلاثة لمن بقى ، ثم يفرض للمرأة الربع ، ويقسّم الباقى بينهم على سبعة ، تضربها فى أربعة ، تكن ثمانيةً وعشرين ، ومنها تصحُّ ، للمرأة الربع سبعة ، ولبنت البنت أربعة أسباع الباقى اثنا عشر ، ويبقى تسعة لمن معها. زوج ، وبنت بنت ، وخالة ، وبنت عمّ . للزوج النصف ، والباقى بين ذوى الأرحام على ستة ، لبنت البنت ثلاثة ، وللخالة سهم ، ويبقى لبنت العم سهمان ، وتصحّ من اثنى عشر سهماً ، وفى قول يحيى ، وضِرَار تَفرض المسألة من اثنى عشر ، للزوج ثلاثة ، وللبنت ستّة ، وللأم سهمان ، ويبقى للعمّ سهم ، ثم يُعطَى الزوج النصف ، وتجمع سهام الباقين ، وهى تسعة ، فيقسّم النصف الباقى على تسعة ، فلا تصحُّ ، فتضربها فى اثنين تكن ثمانيةَ عشَر ، وإن كان مكان الزوج امرأة فعلى قول الجمهور: للمرأة الربع ، والباقى بين ذوى الأرحام على ستّة . وهى توافق باقىَ مسألة الزوجة بالأثلاث ، فردّها إلى اثنين ، وتضربها فى أربعة ، تكن ثمانيةَ عشر، للمرأة سهمان ، ولبنت البنت نصف الباقى، ثلاثة ، وللخالة سهم ، ولبنت العمّ سهمان ، وعلى قول يحيى: تفرضها من أربعة وعشرين ، لذوى الأرحام منها أحد وعشرون ، ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة ، لها سهم ، ولهم ثلاثة ، توافق سهامهم بالثلث ، فتضرب ثلثها فى أربعة ، تكن ثمانيةً وعشرين ، ومنها تصحّ ، امرأة ، وثلاث بنات ، ثلاثة إخوة متفرقين ، امرأة ، وبنت بنت ، وثلاث إخوة مفترقين . امرأة ، وبنت بنت ، وثلاث خالات مفترقات ، وثلاث عمّات متفرّقات .

٤٨٣٢ (فصل)

ولا يعول من مسائل ذوى الأرحام إلا مسألة واحدة ، وشبهها ، وهى خالة ، أو غيرها ممّن يقوم مقام الأمّ ، أو الجدّة ، وست بنات ، ست أخوات متفرقات ، أو من يقوم مقامهنّ ممّن يأخذ المال بالفروض، فإن للخالة السدس ، ولولد الأم الثلث ، ولبنات الأختين من الأبوين الثلثان ، أصلها من ستة ، وعالت إلى سبعة .

٤٨٣٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ويورّث الذكور والإناث من ذوى الأرحام بالسويّة ، إذا كان أبوهم واحداً ، وأمّهم واحدة ، إلا الخال ، والخالة ، فللخال الثلثين ، وللخالة الثلث ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى توريث الذكور ، والاناث من ذوى الأرحام ، إذا كانوا من أب واحد، وأم واحدة ، فنقل الأثرم ، وحنبل ، وإبراهيم بن الحارث فى الخال ، والخالة : يعطَوْنَ بالسويّة ، فظاهر هذا التسوية فى جميع ذوى الأرحام ، وهو اختيار أبى بكر ، ومذهب أبى عُبَيد ، وإسحاق ، ونُعيم ابن حمّاد ، لأنهم يرثون بالرحم المجرّد ، فاستوى ذكرهم وأنثاهم ، كولد الأمّ ، ونقل يعقوب بن بختان : إذ ترك ولد خاله وخالته اجعله بمنزلة الأخ ، والأخت ، للذكر مثلُ حظّ الأنثيين ، وكذلك ولد العمّ والعمّة ، ونقل عنه المروزىّ فيمن ترك خاله ، وخالته : للخال الثلثان ، وللخالة الثلث ، فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق ، وعامّة المنزّلين ، لأن ميراثهم معتبر بغيرهم ، فلا يجوز حملهم على ذوى الفروض، لأنهم يأخذون للمال كلّه ، ولا على العصبة البعيد ، لأن ذكرهم ينفرد بالميراث دون الإناث ، فوجب اعتبارهم بالقرب من العَصَبات ، والإخوة والأخوات . ويُجاب عن هذا بأنهم معتبرون بولد الأمّ ، وإنما يأخذون كلّ المال بالفرض ، والردّ واتفق الجميع على التسوية بين ولد الأمّ ، لأن آباءهم يستوى ذكرهم وأنثاهم ، إلا فى قياس قول من أمات السبب ، فإن للذكر مثل حظّ الأنثيين .

والذى نقل الخرقىّ : التسوية بين الجميع ، إلا فى الخال والخالة . ولم أعلم له مُوافقاً على هذا القول ، ولا علمتُ وجهه . وأما قوله : إذا كان أبوهم واحداً ، وأمهم واحدة . فلأن الخلاف إنما هو فى ذكر وأنثى،أبوهما وأمهما واحد . فأمّا إذا اختلف آباؤهم ،وأمهاتهم، كالأخوال ، والخالات المتفرقين ، والعمّات المتفرقات ، وإذا أدلى كلّ واحد منهم بغير من أدلى به الآخر ، كابن بنت ، وبنت بنت ، أخرى ، فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا ، إن شاء الله تعالى .

ومن مسائل ذلك : ابن أخت معه أخته ، أو ابن بنت معه أخته : المال بينهما نصفان ، عند من سوّى وعند أهل القرابة وسائر المنزّلين : المالُ بينهما على ثلاثة .

ابنان وابنتان ، أخت لأبوين ، وَثلاثة بنين ، وَثلاث بنات ، أخت لأب ، وأربعة بنى ولد ، وأربع بنات ، أخت لأم : أصل المسألة من خمسة ، للأخت من لأبوين . ثلاثة بين ولدها على أربعة ، وللأخت من الأب سهم بين ولدها على ستةّ ، وللاخت من الأب سهم بين ولدها على ثمانية ، والأربعة داخلة فيها ، والستة توافقها بالنصف ، فتضربُ نصفها فى ثمانية ، تكن أربعةً وعشرين ، ثم فى خمسة تكن ثمانية وعشرين ، ومن فضّل أبقى ولد الأم بحالهم ، وجعل ولد الأخت من الأبوين ستة ، توافقهم سهامهم بالثلث ، فيرجعون إلى اثنين ، فيدخلان فى الثمانية ، وولد الأخت من الأب تسعة ، تضربها فى ثمانية ، تكن اثنين وسبعين ، ثم فى خمسة ، تكن ثلثمائة وستين ، وإن كانوا أولاد عمات ، أو خالات مفترقات ، فكذلك ، وإن كانوا أولاد بنات ، أو أولاد أخواتٍ من أبوين ، أو من أب ، فهى من اثنين وسبعين ، عند من

سوّى . ومن مائة وثمانية عند من فضّل . وقول أهل العراق : هى من سبعة وعشرين كأولاد البنين .

٤٨٣٤ (فصــــل)

وإن كان معك أولاد بنات ، أو أخوات ، قسّمتَ المال بين أمهاتهم . على عددهنّ ، فما أصاب كلّ واحدة منهنّ فهو لولدها بالسويّة عند من سوىّ ، وعند من فضّل جعله بينهم على حسب ميراثهم : واختلف أصحاب أبى حنيفة ، فذهب أبو يوسف إلى قَسمْ المال بينهم على عددهم ، دون مراعاة أمهاتهم ، إذا استوَوْا أو ممن يُدْلُونَ به من الآباء ، والأمهات إلى بنات الميّت ، للذكر مثلُ حظّ الانثيين: كأولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بابن ابناً ، وإن كان أنثى ، ومن أدلى بالأنثى أنثى وإن كان ذكراً ، وجعل المدلى بهم بعدد المُدلين ، ثم قسّم بينهم على عددهم ، فما أصاب ولد الابن قسّمه بينهم للذكر مثلُ حظّ الانثيين ، وما أصاب ولد الانثى قسّمه بينهم كذلك .

﴿ مســــائل ﴾

من ذلك : بنت ابن بنت ، وابن بنت بنت ، قول من سوّى المالُ بينهما نصفين ، وقول من فضّل إن كانا من ولد بنين فكذلك ، وإن كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنها وبنتها ، لابنها ثلثاه ، ولبنتها ثلثه ، فما أصاب ابنها فهو لبنته ، وما أصاب بنتها فهو لابنها ، فيصير للبنت سهمان ، وللابن سهم ، وقول محمد كذلك ، وقول أبى يوسف: للابن سهمان ، وللبنت سهم، كابن الميّت، وبنتة . ابنا بنت بنت ، وابن ابن بنت ، قول من سوّى لابن ابن البنت النصف ، والباقى بين الباقين على ثلاثة ، سواء ، كانوا من ولد بنت ، أو من ولد بنين ، وقول المفضّلين إن كانوا من ولد بنين فلابن ابن البنت النصف ، والنصف الآخر بين الباقين ، على خمسة ، وإن كانوا من ولد بنت ، فلابن ابن البنت الثلثان ، والثلث الباقى للباقين، على خمسة ، لأن المال كان للبنت الأولى ، فقسّم بين ابنها وبنتها أثلاثاً ، للابن سهمان ، فهما لابنه ، وللبنت سهمان ، فهو لولدها ، قول محمد : يقسّم بينهم على خمسة ، لابن الابن سهمان ، لأنه يدلى بابن ، وللباقين ثلاثة ، لأنهم يدلون بأنثى ، قول أبى يوسف : يقسّم بينهم على سبعة ، لكل ابن سهمان ، وللبنت سهم .

ابنا بنت بنت ، وبنتا ابن بنت ، قول من سوّى المالُ بينهم على أربعة بكلّ حال ، قول المفضّلين : إن كانوا من ولد بنين ، فكذلك ، وإن كانوا من ولد واحدةٍ فلابنها الثلثان بين ابنتيه ، ولابنتها الثلث بين ابنيها ، قول أبى يوسف : المال بينهم على ستة ، لكل ذكر سهمان ، ولكلّ أنثى سهم ، قول محمد : لكل ذكر سهم ، ولكلّ أنثى سهمان .

ابنا وابنتا ابن أخت ، وثلاثة بنين ، وثلاث بنات ، بنت أخت . قول من سوّى النصفُ بين الأوّلين على أربعة ، والنصف الباقى بين الآخرين على ستة ، وتصح من أربعة وعشرين .

قول من فضّل : إن كانوا من ولد واحدة فللأولين الثلثان ، بينهم عل ستة ، وللآخرين الثلث بينهم على تسعة ، وتصح من أربعة وخمسين ، وإن كانوا من ولد اثنتين صحّت من ستة ، وثلاثين ، قول أبى يوسف : للذكر مثل حظّ الانثيين ، وتصح من خمسة عشر ، وقول محمد : ولد ابن الأخت بمنزلة أربع ذكور ، وولد بنت الأخت كستّ إناث ، فيقتسم المال بينهم على أربعة عشر ، ولولد أخ الأخت منها ثمانية أسهم ، بينهم على ستة ، وللآخرين ستة ، بينهم على سبعة ؛ وتصح من اثنين وأربعين ، وترجع بالاختصار إلى أحد وعشرين ؛ ابنتا أخ ، وابن ، وابنة أخت ، لبنتَي الأخ الثلثان ، فى قول المنزّلين جميعهم ، وقول محمد : الثلُث لولدَي الأخت ، بينهما بالسوّية ، عند من سوّى ، ومن فضّل جعله بينهما أثلاثاً ، وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف : لابن الأخت سهمان ، ولكلّ واحد من الباقين سهم ، وتصحّ من خمسة .

٤٨٣٥ (فصـــل)

بنت بنت ، وبنت بنت ابن ، هى من أربعة عند المنزّلين جميعهم ، وعند أهل القرابة هو لبنت البنت ، لأنها أقرب ، فإن كان معهما بنتا بنت ابن أخرى فكأنّهم بنت ، وبنتا ابن ؛ فمسألتهم من ثمانية ، وتصحّ من ستة عشر . ابن بنت ابن ، وبنت ابن بنت ، المال للابن ، لأنه أقرب إلى الوارث ، وهذا قول عامّة من ورّثهم إلاّ ما حُكى عن ابن سالم ، فى أنهُ ينزّل البعيد حتى يُلحق بوراثه ، فيكون المال بينهما على أربعة : للبنت ثلاثة ، وللابن سهم ؛ كبنت ؛ وبنت ابن بنت بنت ابن ، وبنت بنت ابن ابن . وابنتا بنت ابن آخر . للأولى ثلاثة أرباع المال ، والربع الباقى بين الباقيات على أربعة ، فتضربها فى أصل المسألة . تكن من ستة عشر . ابن ، وبنت بنت ، وثلاثُ بنات ، بنت ، وابنا بنت ابن . لاشىء لهذين فى قول الجميع ، لأن أمّها تسقُط باستكمال البنات الثلثين ، ويكون النصف بين الابن وأخته على اثنين ، والنصف الآخر على ثلاث ، وتصحُّ من اثنى عشر عند من سوّى ، ومن فضّل جعلها بينهم على ستة ، وهو قول أهل القرابة أيضاً ، بنت بنت بنت ، وبنت ابن بنت أخرى ، وبنت بنت ابن ابن ، المال لهذه ، إلا فى قول أهل القرابة ، فإنّه للأوليَيْن ، وقولُ من أمات السبب ، وورّث البعيد مع القريب : المالُ بين بنت ابن بنت ، وبنت بنت ابن ابن على أربعة ، وتسقُط الأخرى ، لأن هذه وارثة البنت فى أول درجة ، بنت بنت ، وبنت بنت بنت أخرى ، وبنت بنت ابن . المالُ بين الأولى ، والأخيرة ، على المنزّلين ، وقال أهل القرابة : هو للأولى ، قول ابن سالم هو للأوليَيْن ، وتسقط الثالثة .

٤٨٣٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان ابن أخت ، وبنت أخت أخرى ، أعطى ابن الأخت حقّ أمه النصف ، ولبنت الأخت الأخرى حقّ أمّها النصف ، وإن وكان ابن ، وبنت أخت ، وبنت أخت أخرى ، فللابن وبنت الأخت النصف ، بينهما نصفين ، ولبنت الأخت الأخرى النصف ﴾

أما المسألة الأولى فلا خلاف فيها بين المنزّلين ، لأن كلّ واحد منهما له ميراث من أدلى به ، وهو قول محمد بن الحسن أيضاً ، وقال أبو يوسف : يعتبرون بأنفسهم ، فيكون لابن الأخت الثلثان ، ولبنت الأخت الثلث . وأما المسألة الثانية فلاخلاف بين المنزّلين فى أن لولد كلّ أخت ميراثها ، وهو النصف ، ومن سوّى جعل النصف بين ابن الأخت ، وأخته نصفين ، والنصف الآخر لبنت الأخت الأخرى ، فتصحّ من أربعة . ومن فضلّ جعل النصف بينهما على ثلاثة ، وتصحّ من ستة ، وقال أبو يوسف : للابن النصف ، ولكلّ بنت الربع ، وتصحّ من أربعة ، وقال محمد : لولد الأخت الأولى الثلثان ، بينهما على ثلاثة ، وللأخرى الثلث ، وتصحّ من تسعة ، وإذا انفرد ولد كلّ أخ ، أو أخت ، فالعمل فيه على ماذكرنا فى أولاد البنات ، ومتى كان الأخواتُ ، أو الإخوة من ولد الأمّ ، فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم ، إلا الثوريّ ، ومن أمات السبب ، ثلاث بنات أخ ، وثلاث بنى أخت ، إن كانا من أمّ فالمال بينهم على عددهم ، وإن كانا من أب ، أو من أبوين ، فلبنات الأخ الثلثان ، ولبنى الأخت الثلث ، وتصحّ من تسعة ، عند المنزّلين ، وعند محمد مثلهُ ، وفى قول أبى يوسف يُجعل لبنى الأخت الثلثين ، ولبنات الأخ الثلث . ابن ، وبنت أخت لأبوين ، وابن أخت لأمّ . هى من أربعة عند من فضّل ، وعند من سوّى تصحّ من ثمانية ، قول محمد : كأنّهما أختان من أبوين ، وأخت من أمّ ، فتصحّ من خمسة عشر ، فإن كان ولد الأم أيضاً ابناً وابنةً صحّت عند جميعهم من ثمانية ، إلا الثوريّ ، فإنه يَجعل للذكر من ولد الأم مثلَ حظّ الأنثيين ، فصحّ عنده من اثنى عشر ، وعند محمد هى من ثمانية عشر . ابنا أخت لأبوين ، وابن ، وابنة أخت لأب ، وابنا أختٍ أخرى لأب ، فى قول عامّتهم من ثمانية ، وتصحّ من اثنين وثلاثين عند من سوّى ، وعند من فضّل من ثمانية وأربعين ، وقول محمد : يسقط ولد الأب ، ويتّفق قوله مع قول أبى يوسف فى أن المال لولد الأخت من الأبوين . ابن أخت لأبوين ، وابن ، وابنة أخت لأمٍ ، وابنا وابنتا أخت أخرى لأمّ ، قول المنزّلين من عشرين ، الثوريُّ من ثلاثين ، محمد من ستّين .

٤٨٣٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن كنّ ثلاث بنات ، ثلاث أخوات مُفترقات ، فلبنت الأخت من الأب والأم ثلاثة أخماس المال ، ولبنت الأخت من **الأب** الخمس ، ولبنت الأخت من الأمّ الخمس ﴾

جعلهنّ مكان أمهاتهنّ ، وكذلك إن كنّ ثلاث عمّات مفترقات ، مذهب أحمدَ ، وسائر المنزّلين فى ولد الأخوات أنّ المال يقسَّم بين الأخوات على قدر سهامهنّ فما أصاب كلّ أخت فهو لولدها ، والمال فى مسألتنا بين الأخوات على خمسة ، فيكون بين أولادهنّ كذلك ، وكذلك إن كنّ ثلاث عمّات مُفترقات لأنهنّ أخوات الأب ، فميراثه بينهنّ كميراث الأخوات المتفرقات من أخيهنّ ، وكذلك الحكم فى ثلاث خالات متفرقات ، لأنهنّ أخوات الأم فميراثها بينهنّ كذلك ، وقدّم أهلُ القرابة من كان لأب وأم من جميعهم ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأمّ إلا محمد بن الحسن ، فانه قسّم ميراث أولاد الأخوات على أعدادهم ، وأقامهم مقام أمهاتهم ، كأنهم أخوات .

ومن مسائل ذلك ستة بنات ، ثلاث أخوات متفرقات ، المالُ بين الأخوات على خمسة ، فما أصاب كلّ واحدة فهو لبنتيها ، وتصحّ من عشرة ، قول أبى يوسف :المال كله لولد الأبوين ، قول محمد : لها الثلثان ، ولولد الأمّ الثلث ، وتصحّ من ستة ، ستّ بنات ، ستّ أخوات متفرقات ، لبنتى الأختين من الأبوين الثلثان ، ولولد الأم الثلث ، وتصحّ من ستة ، وهذا قول محمد . ابن أخت لأبوين وابن ، وابنة أخت لأب ، وابنا وابنتا أخت أخرى لأب ، وثلاثة بنين ، وثلاث بنات أخت لأمّ ، هى من مائة وعشرين ، عند من سوّى ، ومن ستين عند من فضّل ، ومن أربعة وخمسين عند محمد . فإن كان معهم أربعة بنين وأربع بنات أخرى لأمّ صحّت من مائة وأربعة وأربعين ، عند المنزّلين كلّهم ، قول محمد : كأنهم أخت لأبوين ، وست أخوات لأب ، وأربع عشرة أختاً لأمّ ، وسهم ولد الأب بينهم على تسعة ، فتصحّ من ثلاثمائه وثمانية وسبعين ، فإن كان ولد الأخت للأبوين ابناً وبنتاً صحّت كذلك عند المنزّلين ، وعند محمد : كأنهما أختان لأبوين ، فيسقط ولد الأب ، وتصحّ من مائة وستة وعشرين ، والقول فى العمّات المتفرقات ، والخالات المتفرقات ، واولادهنّ كالقول فى ولد الأخوات المتفرقات .

٤٨٣٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ إذا كنّ ثلاث بنات ، ثلاثة إخوة متفرقين ، فلبنت الأخ من الأم السدس ، والباقى لبنت الأخ من الأب ، والأم ﴾

هـذا قول جميع المنزّلين ، لأن الإخوة المفترقين يَسقُط ولد الأب منهم بولد الأبوين ، وللأخ للأمّ السدس ، والباقى كلّه للأخ للأبوين ، ثم ما صار لـكلّ أخ فهو لولده ، وكذلك الحكم فى الأخوال المتفرقين ، وأولادهم ، لأن الأخوال إخوة الأمّ . مسائل من ذلك : ستّ بنات ، ستة إخوة مفترقين لولد الأم الثلث ، والباقى لولد الأبوين ، ست بنات ، ثلاثة أخوة مفترقين ، لولد الأم السدس ، والباقى لولد الأبوين ، قول محمد : لولد الأم الثلث ، بنت أخ لأبوين ، وابن أخ لأمّ ، وبنت أخ آخر لأم ، ابن ،

وبنت بنت أخ لأب ، وابنا وابنتا ابنِ أخٍ لأم ، وثلاثة بنين ، وثلاث بنات بنت أخت لأم ، تصحّ من اثنين وسبعين عند المنزّلين ، فإن كان مكان الأخ من الأب أخت كانت من ستّين ، فإن كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت إلى اثنين وسبعين .

٤٨٣٩ (فصـــل)

بنت أخ لأم ، وبنت ابن أخ لأب ، للأولى السدس ، والباقى للثانية عند المنزّلين ، وفى القرابة هو للأولى ، لأنّها أقرب إلى الميت . بنت بنت أخ لأبوين ، وبنت ابن أخ لأبوين المالُ لهذه فى قولهم جميعاً ، بنت ابن أخ لأم ، وبنت بنت أخ لأبوين ، وابن بنت أخ لأب ، للأولى السدس ، والباقى للثانية ، وقال أبو يوسف : الـكلّ للثانية . بنت أخ لأمّ ، وبنت بنت أخ لأب ، المال للأولى ، إلا فى قول الثورىّ ، وابن سالم ، وضِرَار : للأولى السدس ، والباقى للثانية ، لأنهم يورّثون البعيد مع القريب : وإن كانا من جهة واحدة .

٤٨٤٠ (فصـــل)

ابن ، وبنت أخت لأبوين ، وبنتا أخ لأب ، وثلاثة بنى أخت لأب ، وخمسة بنى أخت لأم ، وعشر بنات أخ لأم ، أصلها من ثمانية عشر ، وتصحّ من خمسمائة وأربعين فى قول المنزّلين ، النصف من ذلك بين ولدى الأخت للأبوين بالسويّة ، عند من سوّى ، وأثلاثاً عند من فضّل ، ولولد الأم الثلث وهو مائة وثمانون ولولد الأخ تسعون ، ولولد الأخت تسعون ، ولولد الأب تسعون ، ولولد الأخ ستون . ولولد الأخت ثلاثون ، ثلاث بنات إخوة مفترقين ، وثلاث بنات أخوات متفرقات ، لولدى الأم الثلث بينهما بالسويّة ، والباقى لولدى الابن ، لبنت الأخ ثلثاه ، ولبنت الأخت ثلثه . وإن كان معهم ثلاثة بنى أخوال مفترقين ، فلهم السدس ، لابن الخال من الأم سدسه ، وباقيه لابن الخال من الأبوين ، ويبقى النصف ، لبنت الأخ من الأبوين ثلثاه ، ولبنت الأخت ثلثه ، وتصحّ من ستة وثلاثين ، والحـكم فى ثلاثة أخوال مفترقين فى قسمة ميراث الأمّ بينهم كالحـكم فى ثلاثة إخوة مفترقين فى قَسْم ميراثهم بينهم ، وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاثة خالات متفرقات ، كثلاث بنات اخوة مفترقين ، مع ثلاث بنات أخوات مفترقات ، على ما ذكرنا .

٤٨٤١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان ثلاث بنات عمومة مفترقين ، فالمال لابنة العمّ من الأب والأم ، لأنهنّ أقمن مُقام آبائهن ﴾

أكثر أهل التنزيل على هذا ، وهو قول أهل القرابة. وقال الثورىّ : المال بين بنت العمّ من الأبوين ،

وبنت العمّ من الأمّ على أربعة . وقال أبو عُبَيد : لبنت العمّ من الأم السدس ، والباقى لبنت العمّ من الأبوين ، كبنات الإخوة ، ولا يصحّ شيء من هذا ، لأنهنّ بمنزلة آبائهنّ ، ولو كان آباؤهنّ أحياء لكان المال للعمّ ، من الأبوين ، وفارق بنات الإخوة ، لأن آباءهنّ يكون المال بينهم على ستّة ، ويرث الأخ من الأمّ مع الأخ من الأبوين ، بخلاف العُمومة . وقيل : على قياس قول محمد بن سالم : المـالُ لبنت العمّ من الأمّ ، لأنها بعد درجتين بمنزلة الأب ، فيسقُط به العمّ ، قال الخبرىّ : وليس بشيء ، وقد ذكر أبو الخطاب فى كتاب الهداية قولاً من رأيه ، يُفضى إلى هذا ، فإنه ذكر أن الأبوّة جهة ، والعمومة جهة أخرى ، وأن البعيد والقريب من ذوى الأرحام إذا كانا من جهتين نزّل البعيد حتّى يلحق بوارثه ، سواء سقط به القريب ، أو لم يسقط ، فيلزم على هذا أن تنزّل بنت العمّ من الأمّ حتى تلحق بالأب ، فيسقط بها ابنتـا العمّين الآخرين ، وأظنّ أبا الخطاب لو علم إفضاء هذا القول إلى هذا لم يقله ، ولم يذهب إليه ، لما فيه من مخالفة الإجماع ، ومقتضى الدليل ، وإسقاط القوىّ بالضعيف ، والقريب بالبعيد ، ولا يختلف المذهب فى أن الحكم فى هذه المسألة على ما قال الخرقىّ .

ومن مسائل ذلك : بنت عمّ لأبوين ، وبنت عمّ لأب . المال للأولى : بنتُ عمٍّ لأب ، وبنت عمّ لأمّ كذلك . بنتُ عمّ لأب ، وبنت ابن عمّ لأبوين ، كذلك ، بنتُ ابن عمّ لأب ، وبنت عمّ لأمّ . المال للأولى عند المنزلّين ، وهو للثانية عند أهل القرابة ، لأنها أقرب . بنت عمّ لأمّ ، وبنت عمّ لأبوين . المال للأولى فى قولهم جميعاً . بنت عمّ ، وابن عمّـة . المال لبنت العمّ عند الجمهور ، وحُكى عن الثورى : أن لبنت العمّ سهمين ، ولابن العمّة سهم . بنتُ بنتُ عمّ ، وبنت ابن عمّ . المـال لهذه عنـد الجمهور ، وقول ابن سالم : هو للأولى . بنت عمّـة من أبوين ، وبنت عمّ من أمّ . لبنت العمّ السدس ، ولبنت العمّة النصف ، ثم يُرَدّ عليهما الباقى ، فيكون بينهما على أربعة . ثلاثُ بنات عمّات مفترقات ، وبنتُ عمٍّ من أمّ المـال بينهنّ على ستة ، فإن كان معهنّ بنت عمّ من أبوين ، أو أب ، ورثت المـال دونهنّ .

٤٨٤٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ فإن كنّ ثلاث خالات مفترقات ، وثلاث عمّات مفـترقات ، فالثالث بين الثـلاث خالات على خمسة أسهم ، والثلثان بين الثلاث عمات على خمسة أسهم ﴾

فتصحّ من خمسة عشر سهماً ، للخالة التى من قِبَل الأب والأمّ ثلاثةُ أسهم ، وللخالة التى من قِبَـل الأب سهم ، وللخالة التى من قبل الأمّ سهم ، وللعمّـة التى من قبل الأب والأم ستة أسهم ، وللعمّـة التى من قِبَـل الأب سهمان ، وللعمّـة التى من قبـل الأم سهمان ، إنما كان كذلك ، لأن الخالات بمنزلة الأمّ

والعمـات بمنزلة الأب ، فـكأن الميت خلّف أباه ، وأمه ، فلأمّه الثلث ، والباقى لأبيه ، ثم ما صار للأمّ بين أخواتها على خمسة ، لأنهنّ أخوات لها ، متفرقات ، فيقسّم نصيبها بينهنّ بالفرض ، والردّ على خمسة ، كما يقسّم مال الميت بين أخواته المفـترقات ، وما صار للأب قسّم بين أخواته على خمسـة ، فصار الـكسر فى الموضعين على خمسة ، وإحداها تجزىء عن الأخرى ، لأنّهما عددان متماثلان ، فتضرب خمسةً فى أصـل المسألة ، وهو ثلاثة، فصارت خمسةَ عشر ، كما ذكر. للخالات سهم فى خمسة ، مقسومة بينهنّ ، كما ذكر ، وللعمـات سهمان فى خمسة ، تـكن عشرة ، بينهنّ على خمسة ، كما ذكر أيضاً . وهذا قول عامّة المنزلّين ، وعند أهل القرابة : للعمـة من الأبوين الثلثان ، وللخالة من الأبوين الثلث ، وسـقط سائرهنّ ، وقال نُعَيم ، وإسحاق : الخالات كلّهن سواء ، فيـكون نصيبهنّ بينهنّ على ثلاثة ، يتساوَيْن فيه ، فتـكون هذه المسألة عندهما من تسعة .

فإن كان مع الخالات خال من أم ، ومع العمات عمّ من أمّ فسهم كلّ واحد من الفـريقين بينهم على ستّة ، وتصحّ من ثمانية عشر سهماً عند المنزلّين . ثلاثة أخوال مفترقين ، معهم أخواتهم ، وعمّ وعمّـة من أم. الثلث بين الأخوال ، والخالات على ستة ، للخال والخالة من الأم ثلاثة ، بينهما بالسويّة، وثلثاه للخال والخالة من الأبوين ، بينهما على ثلاثة عند من فضّل ، وهو قول أكثر المنزّلين ، وإحدى الروايتين عن أحمد ، وذكرها الخِرَقيّ فى الخال ، والخالة ، خاصّةً دون سائر ذوى الأرحام ، والرواية الاخرى : هو بينهما على السويّة ، والثلثان بين العمّ والعمّـة بالسويّة . ثلاث عمّات ، وثلاث بنات عمّ ، وثلاث خالات ، وثلاثة بنى خال. الميراث للعمّـات ، والخالات ، ويسقُط الباقون ، فيكون للخالات الثلث ، والباقى للعمّـات ، فإن كان معهم ثلاث بنات إخوة ، فللخالات السدس ، والباقى للعمات لأنهنّ بمنزلة الأب ، فيسقط بهنّ بنات الإخوة ، لانهنّ بمنزلة الإخوة ، ويحتمل أن يجعل أولاد الإخوة والأخوات من جهة الابوة ، فيقدّم ولد الأبوين ، وولد الأب على العمّات ، لأنهم أولاد بنيه ، والعمات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال أنّنا إذا جعلنا الأخوّة جهةً ، والأبوةَ جهةً أخرى مع ما تقرّر من أصلنا : أن البعيد والقريب إذا كانا من جهتين نزّل البعيد حتى يَلْحَق بوارثه ، سواء سقط به القريب ، أو لم يسقط ، لزم منه سقوط ولد الإخوة ببنات العمّ من الأمّ ، لأنهنّ من جهة الأب ، ويلزم من هذا أن يَسقُطن ببنات العمّات ، وبنات الأعمام كلّهم ، فأما إن كان مكان العمّات والخالات بناتهنّ ، فللخالات السدس ، بين بناتهنّ على خمسة ، والباقى لبنات الإخوة ، لبنت الأخ من الأمّ السدس ، والباقى لبنت الأخ من الأبوين ، وتصحّ المسألة من ثلاثين . فإن لم يكن بنات إخوة من أبوين ، ولا من أب ، فالباقى لبنت العمّ من الأبوين .

٤٨٤٣ (فصـــــل)

خالة، وابن عمّة. للخالة الثلث ، والباقى لابن العمّة ، وهذا قول الثورىّ ، ومن ورّث البعيد مع القريب،

وفي قول أكثر المنزّلين ، وأهل القرابة : المالُ للخالة ، لأنها أقرب ، وكذلك إن كان مكان الخالة خال . عمّة ، وابن خال معه أخته ، الثلث بين ابن الخال ، وأخته بالسويّة ، إن كان أبوهما خالاً من أمّ ، وإن كان من أب أو من أبوين ففيه روايتان :

إحداهما : هو بينهما بالسويّة أيضاً .

والثانية : على ثلاثة ، والباقي للعمّة ، وعند أكثر الفرضيِّينَ المالُ للعمّة . بنت عمّ ، وابن عمة ، وبنت خال ، وابن خالة . الثلث بين بنت الخال ، وابن الخالة بالسويّة ، إن كانا من أمّ . وإن كانا من أبوين ، أو من أب فهل هو بينهما بالسويّة ، أو على ثلاثة ؟ فيه روايتان ، وإن كان ابن الخالة من أمّ ، والخال من أب فلابن الخالة سدس الثلث ، والباقي لبنت الخال ، وإن كانت بنت الخال من أمّ ، وابن الخالة من أب ، فالثلث بينهما على أربعة ، والباقي لابن العمّ . وعند أكثر المنزّلين : المالُ كلّه لبنت العمّ ، لأنها أسبق إلى الوارث : خالة ، وبنت عمّ ، ثلث ، وثلثان ، وعند أهل القرابة هو للخالة : عمة وبنت عم ، من نزّل العمة أباً جعل المال لها ، ومن نزّلها عماً جعل المال بينهما نصفين . وكذلك من أمات السبب . بنتُ ابن عمّ لأب ، وبنت عمة لأبوين ، المال لبنت ابن العمّ : ابن خالة من أم ، وبنت خالة من أب ، وبنت عمّ من أمّ ، وابن عم من أب . الثلث من أربعة ، والثلثان من أربعة أيضاً ، وتصحّ من اثنى عشر ، وفي القرابة : الثلث ابنت الخالة ، والثلثان لابن العمّة ، وتصحّ من ثلاثة

٤٨٤٤ (فصــــل)

خال ، وخالة ، وأبوأمْ . المال لأبي الأمّ ، فإن كان معهم ابنة عمّ ، أو عمة ، فالثلث لأبي الأم ، والباقي لابنة العمّ ، أو العمّة ، وإن كان مكان أبي الأم أمه فلا شيء لها ، لأن الخالة أسبق إلى الوارث ، والجهة واحدة . خالة ، وأبو أمّ . المالُ للخالة ، لأنّها بمنزلة الأمّ ، وهي تُسقط أمّ الأم : ابن خال ، وابن أخٍ من أمّ . المال بينهما على ثلاثة ، كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزلين هو لابن الأخ ، فإن كان معهما ابن أخت من أب ، فالمال بينهم على خمسة ، لابن الأخت ثلاثة أخماسه ، ولكلّ واحدمنهما الخمس ، وإن كان معهم بنت أخ من أبوين فلها النصف ، ولكل واحد من الباقين السدس ، وعند المنزّلين لاشيء لابن الخال ، والمال بين الباقين على خمسة : خال ، وابن ابن أختٍ لأمّ ، المال بينهما على ثلاثة ، وعند المنزّلين هو للخال . بنت بنت أخت لأبوين ، وابن ابن أخ لأمّ ، وبنت ابن أخ لأب ، وبنت خالة ، لهذه السدس ، والباقي لبنت ابن الأخ ، وعند المنزّلين المالُ كله له .

٤٨٤٥ (فصــــل)

عمة ، وابنة أخ . المالُ للعمّة عند من نزّلها أباً ، ولابن الأخ عند من نزلها عمّاً ، وبينهما عند من نزّلها

جدّاً : بنت عم ، وبنت عمّة ، وبنت أخ من أمّ ، وبنت أخ من أب ، لبنت الأخ من الأمّ السدس ، والباقي لبنت الأخ من الأب،فإن لم يكن بنت أخ من أب ، فالباقي لبنت العمّ ، ويجيء على قول من نزّل البعيد حتى يُلحقه بوارثه ، وجعل الأبوّة جهةً ، والأخوّة جهةً أنْ يَسقُط أولاد الإخوة ، فإن جعل الأبوة جهةً ، والعمومة جهةً أخرى أسقط ببنت العمّ بنت العمة ، وقيل : إن هذا قول ابن سالم ، وهو بعيد. بنتُ عمّ ، وبنت خال ، وبنت أخ من أب : لبنت الخال الثلث ، والباقي لبنت الأخ ، وعند أكثر المنزّلين : الكلّ لبنت الأخ . ثلاثُ بناتٍ أخوات مفترقات ، وثلاث بنات عمّات مفترقات . السدُس الباقي بنات العمات ، على خمسة ، وتصح من ثلاثين ، فإن كان معهم خال ، أو خالة ، أو أحد من أولادهما فله السدس، ولاشيء لولد العمات ، إلا على قول ابن سالم ، وأصحابه ، فإنه يورّثهم ، ويُسقط ولد الأخوات، ويقتضيه قول أبي الخطّاب . خالة وعمة ، وثلاث بنات ، ثلاث أخوات مفترقاتٌ . للخالة السدس ، والباقي للعمّة ، ومن نزّلها عمًّا فلبنتى الأخت من الأبوين النصف ، ولبنتى الأخت من الأب السدس ، ولبنتى الأخت من الأم السدس ، فإن كن بنات ستة أخوات مفترقات ، عالت على هذا إلى سبعة .

٤٨٤٦ فصل فى عمات الأبوين وأخوالها وخالاتهما

مذهبنا ما تقدّم من تقديم الأسبق إلى الوارث ، إن كانا من جهة واحدة ، وتنزيل البعيد حتى يلحق بوارثه ، إن كانا من جهتين ، ثم يجعل لمن يُدلى به ما كان له ، وأكثر المنزّلين يُعطون الميراث للأسبق بكلّ حال . والمشهور عن أهل العراق أن نصيب الأمّ بين خالها ، وخالتها ، وعمها ، وعمّتها ، على ثلاثة ، ونصيب الأب بين عماته ، وخالاته كذلك . ومن مسائل ذلك : ثلاث خالات أمّ مفترقات ، وثلاثة أعمام أمّ مفترقين ، وثلاث خالات أب مفترقات ، فخالات الأمّ بمنزلة أم الأم ، وخالات الأب بمنزلة أم الأب ، فيكون المال بين هاتين الجدتين نصفين ، ونصيب كلّ واحدة منهما بين أخواتها على خمسة ، وتسقط عمات الأمّ لأنهنّ بمنزلة أب الأم ، وهو غير وارث ، فان كان معهم عمات أب فلخالات الأب ، والأم السدس بينهما ، والباقي لعمّات الأب ، لأنهن بمنزلة الجدّ . عمة أب ، وعمة أم ، لعمّة الأم الثلث ، والباقى لعمّة الأب ، هذا قياس المذهب ، وهو قول أهل العراق، وقال القاضى : المال لعمة الأب لأنها أسبق ، لأنها أخت الجدّ ، وهو وارث ، وهذا قول أكثر المنزّلين ، لأنهم يورّثون الأسبق بكلّ حال . خالة أم ، وعمة أب . للخالة السدس ، والباقى للعمّة ، لأنهما كجدّة ، وجدة ، وكذلك القول فى خالة أب ، وعمته : خالة أم ، وخالة أم أب ، المالُ للخالة لأنهما بمنزلة أم أم ، وأم أم أب : خال أب ، وعم أم. المالُ للخال،لأنه بمنزلة جدّة والجدات بمنزلة الأمهات : بنت خال أم ، وبنت عم أب ، لبنت الخال السدس ، ولبنت العم ما بقى ، ومن ورّث الأسبق جعل الكلّ لبنت العم ، أبو أبى أم ، وأبو أم أب المالُ لأبى أم الأب ، فإن كان معهما

أبوأم أم فهو بينهما نصفين ، لأنهما بمنزله جدّتين متحاذِيَتَينِ . أبو أم أبىأم وأبو أبىأم أم المالُ لهذا ،لأنه أسبقُ ، فإن كان معهما أبو أم أبى أب ، فالمالُ له لأنهبأول درجة يلقى الوارث ، أب ، وأم أبى أم ، لأم أبىالأم الثلث ، والباقى للأب ، فإن كان معهما أبو أم أم فالمالُ له ، لأنه يُدلى بوارث ، فإن كان معهما أبو أم أب فالمال بين هذا والذى قبله نصفين .

٤٨٤٧ (فصـــــل)

وإذا كان لذى الرحم قرابتان ورث بهما بإجماع من المورِّثين لهم ، إلا شيئاً يُحكى عن أبى يوسف : أنهم لا يرثون إلا بقرابة واحدة وليس بصحيح عنه ولا صحيح فى نفسه ، لأنه شخص له جهتان ، لا يرجّح بهما ،فورث بهما ، كالزوج ، إذا كان ابن عم ، وابن العمّ إذا كان أخاً من أم،وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين كشخص ، فتقول فى ابن بنت بنت : هو ابن ابن بنتأخرى ، وبنتبنت بنت أخرى ، للابن الثلثان ، وللبنتالثلث ، فإن كانت أمهما واحدةً فله ثلاثة أرباع المال ، عند من سوّى ، ولأخته الربع ،ومن فضّلجعلله النصف ، والثلث ، ولأخته السدس،وهذا قول أكثرالمنزّلين ، وقولأبىحنيفة ، ومحمد،وقياس قول أبى يوسف : له أربعة أخماس المـال ، ولأخته الخمس . بنتا أخت من أم ، إحداهما بنت أخ من أب ، وبنت أخت من أبوين ، هى من اثنى عشر : ستة لبنت الأخت . من الأبوين ، وأربعة لذات القرابتين من جهة ابنها ، ولها سهممن جهة امّها ، وللأخرى سهم . عمّتان من أب ، إحداهما خالة من أمّ وخالةمن أبوين هى من اثنى عشر أيضاً ، لذات القرابتين خمسة ، وللعمة الأخرى أربعة ، وللخالة من الأبوين ثلاثة ، فإن كان معهما عم من أم ، هو خال من أب صحّت من تسعين : ابن ، وبنت ابن ، عمـة من أم ، البنتُ هى بنت عمٍّ من أم ، والعم هو خال من أب : ابن وبنت ابن خال من أب ، الابن هو ابن بنت خال آخرَ من أب ، والخالان عمّان من أم ، هى من ثمانية عشر .

« مسائل شتى »

يعنى متفرقة ، فإنّها مسائل من أبواب متفرقه ، يقال شتّى وشتّان ، وقال الله تعالى (تَحْسَبُهُمْ جَمِيعاً وَقُلُوبُهُمْ شَتَّى[1]) وقال تعالى (إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّى)[2] وقال الشاعر :

قَدْ عِشْتُ فِى النَّاسِ أَطْواراً عَلَى طُرُقٍ شَتَّى وَقاسَيْتُ فِيها اللِّينَ وَالفَظَعَا[3]

٤٨٤٨ ﴿مسـألة﴾

قال ﴿ والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى ، فإن بال من حيث يبول الرجل فليس بمشكل ، وحكمه فى الميراث وغيره حكم رجل ، وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة ﴾

(١) الآية ١٤ من سورة الحشر . (٢) الآية ٤ من سورة الليل .

(٣) الفظع : بفتح الفاء والعين مصدر فظع الأمر من باب فرح إذا اعتقده فظيعاً لا يطيقه .

الخنثى هو الذى له ذكر ، وفرج امرأة ، أو ثقب فى مكان الفرج يخرج منه البول ، وينقسم إلى مُشكلٍ وغير مُشكلٍ ، فالذى يتبين فيه علامات الذكورية ، أو الأنوثية ، فيعلم أنه رجل ، أو امرأة ، فليس بمشكل ، وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة ، أو امرأة فيها خلقة زائدة ، وحكمه فى إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه ، ويعتبر بمباله فى قول من بلغنا قولُه من أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورّث من حيث يبول ، وإن بال من حيثُ يبول الرجل فهو رجل ، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة ، وممّن رُوى عنه ذلك علىّ ، ومعاوية ، وسعيد بن المسيّب ، وجابر بن زيد ، وأهل الكوفة ، وسائر أهل العلم .

قال ابن اللّبان : رَوى الكلبىّ ، عن أبى صالح ، عن ابن عباس : أن النبىّ صَلّى الله عليه وسلم سُئل عن مولود له قُبُلٌ ، وذكر ، من أين يورث؟ قال من حيثُ يبول ، وروى أنه عليه السلام أُتِىَ بخنثى من الأنصار ، فقال « وَرِّثُوهُ مِنْ أَوَّلِ مَا يَبُولُ مِنْهُ » ولأن خروج البول أعمّ العلامات ، لوجودها من الصغير والكبير ، وسائر العلامات إنما يوجد بعد الكبر ، مثل نبات اللحيّة ، وتفلّك[1] الثدى ، وخروج المنىّ ، والحيض ، والحَبَل ، وإن بال منهما جميعاً اعتبرنا أسبقهما ، نصّ عليه أحمد ورُوى ذلك عن سعيد المسيّب ، وبه قال الجمهور ، فإن خرجا معاً ، ولم يسبق أحدهما ، فقال أحمد فى رواية إسحاق بن ابراهيم : يرث من المكان الذى ينزل منه أكثر ، وحُكى هذا عن الأوزاعىّ ، وصاحبى أبى حنيفة ، ووقف فى ذلك أبو حنيفة ، ولم يعتبره أصحابُ الشافعىّ رضى الله عنه فى أحد الوجهين .

ولنا أنها مزيّة لإحدى العلامتين ، فيعتبر بها ، كالسبق ، فإن استويا فهو حينئذ مشكل ، فإن مات له من يرثه فقال الجمهور : يوقف الأمر حتى يبلغ ، فيتبيّن فيه علامات الرجل : من نَبات اللّحية ، وخروج المنىّ من ذكره ، وكونه منىّ رجل ، أو علامات النساء : من الحيض ، والحَبَل ، وتفلّك الثديَيْن ، نصّ عليه أحمد فى رواية الميمونىّ ، وحُكى عن علىّ ، والحسن . أنهما قالا : تُعَدّ أضلاعه ، فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضلع ، قال ابن اللّبان : فلو صحّ هذا لما أشكل حاله ، ولما احتيج إلى مراعاة المبال ، وقال جابر بن زيد : يوقف إلى جنب حائط ، فإن بال عليه فهو رجل ، وإن شَلْشَل[2] بينْ فخذيه فهو امرأة ، وليس على هذا تعويل ، والصحيح ما ذكرناه ، إن شاء الله تعالى ، وانه يوقف أمره مادام صغيراً ، فإن احتيج إلى قَسْم الميراث أُعْطِىَ هو ومن معه اليقين ، ووقف الباقى إلى حين بلوغه ، فتعمل

(١) تفلك الثدى : استدارته .

(٢) شلشل بوله : فرقه وأرسله منتشرا .

المسألة على أنه ذكر ، ثم على أنه أنثى ، وندفع إلى كلّ وارث أقلّ النصيبين ، ونقف الباقيَ حتى يبلغُ ، فإن مات قبل بلوغه ، أو بلغ مشكلاً فلم تظهر فيه علامة ورث نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى ، نصّ عليه أحمد ، وهذا قول ابن عباس ، والشعبيّ ، وابن أبي ليلى ، وأهل المدينة ، ومكة ، والثوريّ ، واللؤلؤيّ ، وشَرِيك ، والحسن بن صالح ، وأبي يوسف ، ويحيى بن آدم وضِرَار بن صُرَد ، ونُعيم بن حمّاد ، وورّثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته ، وأعطى الباقيَ لسائر الورثة ، وأعطاه الشافعيّ ومن معه اليقين ، ووقف الباقيَ حتى يتبيّن الأمر ، أو يصطلحوا ، وبه قال أبو ثور ، وداود وابن جرير ، وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقى بعد اليقين ، وبعضهم بالدعوى من أصل المال ، وفيه أقوال شاذّة سوى هذه .

ولنا قول ابن عباس ، ولم نعرف له من الصحابة منكراً ، ولأن حالتيه تساوتا ، فوجبت التسوية بين حكميهما كما لو تداعى نفسان داراً بأيديهما ، ولا بيّنة لهما ، وليس توريثه بأسوأ أحواله بأولى من توريث من معه بذلك ، فتخصيصه بهذا تحكّم لا دليل عليه ، ولا سبيل إلى الوقف ، لأنه لا غاية له تُنْتَظر ، وفيه تضييع المال مع يقين استحقاقهم له .

٤٨٤٩ (فصــــــل)

واختلف من ورّثه نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى ، فى كيفية توريثهم ، فذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرّة ذكوراً ، ومرّة إناثاً ، وتعمل المسألة على هذا مرةً وعلى هذا مرةً ثم تضرب إحداهما فى الأخرى ، إن تباينتا ، أو فى وفقها إن اتفقتا ، ، ونجتزىء بإحداهما إن تماثلتا ، أو بأكثرهما إن تناسبتا ، فتضربهما فى اثنين ، ثم تجمع ما لكلّ واحد منهما إن تماثلتا ، وتضرب ما لكلّ واحد منهما فى الأخرى إن تباينتا ، أو فى وفقها إن اتفقتا ، فتدفعه إليه ، ويسمّى هذا مذهب المنزّلين ، وهو اختيار أصحابنا ، وذهب الثوريّ ، واللؤلؤيّ فى الولد إذا كان فيهم خنثى إلى أن يجعل للانثى سهمين ، وللخنثى ثلاثة وللذكر أربعة ، وذلك لأنّنا نجعل للانثى أقلّ عدد له نصف وهو اثنان ، وللذكر ضعف ذلك أربعة ، وللخنثى نصفهما وهو ثلاثة ، فيكون معه نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى ، وهذا قولٌ لا بأس به ، وهذا القول يوافق الذى قبله فى بعض المواضع ، ويخالفه فى بعضها ، وبيان اختلافهما أننا لو قدّرنا ابناً وبنتاً وولداً خنثى لكانت المسألة على هذا القول من تسعة ، للخنثى الثلث ، وهو ثلاثة ، وعلى القول الأول مسألة الذكوريّة من خمسة ، والأنوثيّة من أربعة ، تضرب إحداهما فى الأخرى تكن عشرين ، ثم فى اثنين تكن أربعين ، للبنت سهم فى خمسة ، وسهم فى أربعة ، يكن لها تسعة ، وللذكر ثمانية عشر ، وللخنثى سهم فى خمسة ، وسهمان فى أربعة ، يكن له ثلاثة عشر ، وهى دون ثلث الأربعين ، وقول من ورّثه بالدعوى فيما بقى بعد

اليقين يوافق قول المنزّلين فى أكثر المواضع ، فانّه يقول فى هذه المسألة : للذكر الخمسان بيقين ، وهى ستة عشر من أربعين ، وهو يدّعى النصف من عشرين ، وللبنت الخمس بيقين ، وهى تدّعى الربع ، وللخنثى الربع بيقين ، وهو يدّعى الخُمُسَين ستة عشر ، والمختلف فيه ستّة أسهم ، يدعيها الخنثى كلّها فتعطيه نصفها ، ثلاثة ، مع العشرة التى معه ، صارت له ثلاثة عشر ، والابن يدّعى أربعةً ، فتعطيه نصفها سهمين ، صار له ثمانية عشر ، والبنت تدّعى سهمين ، فتدفع إليها سهماً ، صار لها تسعة ، وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال ، فعلى قولهم يكون الميراث فى هذه المسألة من ثلاثة وعشرين ، ولأن المدّعى ههنا نصف ، وربع ، وخمسان ، ومخرجها عشرون ، يعطى الابن النصفَ عشرةً ، وللبنت خمسة ، والخنثى ثمانية ، تكن ثلاثةً وعشرين ، فإن لم يكن فى المسألة بنت ففى قول الثورىّ هى من سبعة ، وكذلك قول من ورّثهما بالدعوى من أصل المال ، وفى التنزيل من اثنى عشر للابن سبعة ، وللخنثى خمسة ، وهو قول من ورّثه بالدعوى فيما عدا اليقين ، وإن كانت بنت ، وولد خنثى ، ولا عَصَبةَ معهما ، فهى من خمسة ، فى قول الثورىّ ، ومن اثنى عشر فى التنزيل ، وإن كان معهما عَصَبة فهى من ستة ، للخنثى ثلاثة ، وللبنت سهمان ، وللعَصَبة سهم ، فى الأقوال الثلاثة ، فإن كان معهما أمّ ، وعَصَبة فهى فى التنزيل من ستة وثلاثين ، وللأمّ ستة ، وللخنثى ستة عشر ، وللبنت أحد عشر ، وللعصبة ثلاثة ، وقياس قول الثورىّ : أن يكون للخنثى ، والبنت ثلاثة أرباع المال ، بينهما على خمسة ، وللأمّ السدس ، ويبقى نصف السدس للعَصَبة ، وتصحّ من ستين ، وإن كان ولد خُنثى وعَصَبةٌ ، فللخنثى ثلاثة أرباع المال ، والباقى للعَصَبة ، إلا فى قول من ورّثهما بالدعوى من أصل المال ، فإنه يَجعل المال بينهما أثلاثاً ، لأن الخنثى تَدّعى المال كُلَّه ، والعَصَبةُ تدّعى نصفه ، فتضيف النصف إلى الكلّ فيكون ثلاثة أنصاف ، لكل نصفٍ ثلث : بنت ، وولد ابنٍ خنثى ، وعمّ ، هى فى التنزيل من اثنى عشر ، وترجع بالاختصار إلى ستة ، للبنت النصف ، وللخنثى الثلث ، وللعم السدس .

٤٨٥٠ (فصـــــل)

وإن كان الخنثى يرث فى حال دون حال ، كزوج ، وأخت ، وولد أب خنثى ، فمقتضى قول الثورىّ : أن يجعل للخنثى نصف مايرثه فى حال إرثه ، وهو نصف سهم ، فتضمّه إلى سهام الباقين ، وهى ستة ، ثم تبسطها أنصافاً ليزول الكسر ، فتصير ثلاثة عشر ، له منها سهم ، والباقى بين الزوج والأخت نصفين ، وقد عمل أبو الخطاب هذه المسألة على هذا فى كتاب الهداية ، وأما فى التنزيل فتصحّ من ثمانية وعشرين ، للخنثى سهمان ، وهى نصف سُبع ، ولكلّ واحد من الآخرين ثلاثة عشر ، وإن كان زوج ، وأم ، وأخوان من أم ، وولد أب خنثى فله فى حال الأنوثيّة ثلاثة من تسعة ، فاجعل له نصفها مضموماً إلى سهام باقى المسألة ، ثم ابسطها تكن خمسةَ عشر ، له منها ثلاثة ، وهى الخمس ، وفى التنزيل له ستة من

ستة وثلاثين ، وهى السدس ، وإن كانت بنت ، وبنت ابن ، وولد أخ خنثى ، وعمّ ، فهى من ستة ، للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وللخنثى السدس ، وللعم ما بقى على القولين جميعاً .

٤٨٥١ (فصـــــل)

وإن خلف خنثيين ، فصاعداً نزّلتهم بعدد أحوالهم فى أحد االوجهين ، فتجعل للاثنين أربعة أحوال ، وللثلاثة ثمانية ، وللأربعة ستة عشر ، وللخمسة اثنين وثلاثين حالاً ، ثم تجمع ما لهم فى الأحوال كلّها ، فتقسمه على عدد أحوالهم ، فما خرج بالقَسْم فهو لهم ، إن كانوا من جهة واحدة ، وإن كانوا من جهات جَمَعْتَ ما لـكلّ واحد منهم فى الأحوال ، وقسمته على عدد الأحوال كلّها ، فالخارج بالقَسْمِ هو نصيبه ، وهذا قول ابن أبى ليلى ، وضِرَار ، ويحيى بن آدم ، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبىّ .

والوجه الآخر. أنهم ينزّلون حالين : مرّةً ذكوراً ، ومرةً إناثا ، كما تصنع فى الواحد ، وهذا قول أبى يوسف ،والأول أصحّ ، لأنه يُعطى كلّ واحد بحسب مافيه من الاحتمال،فيعدل بينهم ، وفى الوجه الآخر يُعطى بعض الاحتمالات دون بعض ، وهذا تحـكّم لا دليل عليه ، وبيان هذا فى ولد خنثى ، وولد أخ ، خنثى ، وعم ، إن كانا ذكرين فالمال للولد ، وإن كانا أنثيين فللولد النصف ، والباقى للعمّ ، فهى من أربعة عند من نزّلهم حالين ، للولد ثلاثة أرباع المال ، وللعمّ ربعه ، ومن نزّلهم أحوالاً زاد حالين آخرين ، وهو أن يـكون الولد وحده ذكراً ، وأن يـكون ولد الأخ وحده ذكراً ، فتـكون المسألة من ثمانية ، للولد المال فى حالين ، والنصف فى حالين ، فله ربع ذلك ، وهو ثلاثة أرباع المال ، ولولد الأخ نصف المال فى حال ، فله ربعه ، وهو الثمن ، وللعمّ مثل ذلك ، وهذا أعدل ، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال للأخ النصف يقيناً ، والنصف الآخر يتدَاعَوْنه ، فيـكون بينهم أثلاثا ، وتصحّ من ستة ، وكذلك الحـكم فى أخ خُنثى ، وولد أخ ، وفى كلّ عَصَبتين يحجب أحدهما الآخر ، ولا يرث المحجوب شيئاً إذا كان أنثى ، ولو خلّف بنتاً ، وولداً خنثى ، وولد ابن خنثى ، وعصبَةً ، فمن نزّلها حالين جعلها من ستة ، للولد الخنثى ثلاثة ، وللبنت سهمان ، والباقى للعمّ ، ومن نزّلها أربعة أحوال جعلها من اثنى عشر ، وجعل لولد الابن نصف السدس ، وللعم سدسه ، وهذا أعدل الطريقين ، لما فى الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن ، مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العمّ ، وهـكذا تصنع فى الثلاثة ، وما كان أكثر منها ، ويـكفى هذا القدر من هذا الباب ، فإنه نادر قلّ ما يُحتاج إليه ، واجتماع خُنثَيينْ وأكثر نادرُ النادر ، ولم يسمع بوجوده ، فلا حاجة إلى التطويل فيه .

٤٨٥٢ (فصـــــل)

وقد وجدنا فى عصرنا شيئا شبيها بهذا ، لم يذكره الفرَضيّون ، ولم يسمعوا به ، فإنا وجدنا شخصين

ليس لها فى قُبُلِهما مخرج ، لا ذكر ، ولا فرج ، أمّا أحدهما فذكر ، وأنه ليس له فى قبله إلا لحمة ناتئة كالربوة ، يرشحُ البول منها رشحاً على الدوام ، وأرسل إلينا يسألنا عن حكمه فى الصلاة ، والتحرّز من النجاسة فى هذه السنة ، وهى ستة عشر وستمائة ، والثانى : شخص ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين ، منه يتغوّط ، ومنه يَبُول . وسألت من أخبرنى عنه عن زيّه ، فأخبرنى أنه إنما يلبس لباس النساء ، ويخالطهنّ ، ويغزل معهنّ ويعد نفسه امرأةً . وحُدِّثت أن فى بعض بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلاً لا قبلٌ ولا دبرٌ ، وإنّما يتقايأ ما يأكله ، وما يشربه ، فهذا وما أشبهه فى معنى الخُنثَى ، إلاّ أنه لا يمكن اعتباره بمَبَاله ، فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مُشكل ينبغى أن يَثبُت له حكم الخُنثى المُشكل فى ميراثه ، وأحكامه كلّها ؛ والله تعالى أعلم .

٤٨٥٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وابن الملاعنة ترثه أمه ، وعصبتها ، فإن خلّف أمًّا وخالاً ، فلأمه الثلث ، وما بقى فللخال ﴾

وجملته : أن الرجل إذا لاعن امرأته ، ونفى ولدها ، وفرّق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه ، وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن ، فلم يرثه هو ، ولا أحد من عصباته ، وترث أمّه ، وذوو الفروض منه فروضهم ، وينقطع التوارث بين الزوجين ، لا نعلم بين أهل العلم فى هذه الجملة خلافاً ، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ، ورثه الآخران ، فى قول الجمهور ، وقال الشافعىّ رضى الله عنه : إذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا ، وقال مالك : إن مات الزوج بعد لعانه فإن لاعنت المرأة لم ترث ، ولم تحدّ ، وإن لم تلاعن ورثت وحُدّت ، وإن ماتت هى بعد لعان الزوج ورثها ، فى قول جميعهم ، إلا الشافعىّ رضى الله عنه ، وإن تمّ اللعان بينهما ، فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يتوارثان ، وهو قول مالك ، وزُفر ، ورُوى نحو ذلك عن الزهرىّ ، وربيعة ، والأوزاعىّ ، وداود ، لأن اللعان يقتضى التحريم المؤبّد ، فلم يُعتبر فى حصول الفُرقة به التفريق كالرضاع .

والرواية الثانية : يتوارثان ما لم يفرّق الحاكم بينهما ، وهو قول أبى حنيفة ، وصاحبيه ، لأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم فرّق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللعان لم يُحتج إلى تفريقه ، وإن فرّق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ، ولم ينقطع التوارث فى قول الجمهور . وقال أبو حنيفة ، وصاحباه : إن فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثاً وقعت الفُرقة ، وانقطع التوارث ، لأنه وجد منهما مُعظم اللعان ، وإن فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ، ولم ينقطع التوارث .

ولنا : أنه تفريق قبل تمام اللعان ، فأشبه التفريق قبل الثلاث ، وهذا خلاف فى توارث الزوجين ، فأما الولد : فالصحيح أنه ينتفى عن الملاعِن ، إذا تمّ اللعان بينهما ، من غير اعتبار تفريق الحاكم ، لأن انتفاءه

بنفيه ، لا بقول الحاكم : فرقت بينكما ، فإن لم يذكره فى اللعان لم ينتف عن الملاعن ، ولم ينقطع التوارث بينهما .

وقال أبو بكر : ينتفى بزوال الفراش ، وإن لم يذكره ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم نفى الولد عن الملاعن ، وألحقه بأمّه ، ولم يذكره الرجل فى لعانه ، ويحقق ذلك أن الولد كان حملاً فى البطن ، فقال النبىّ صلّى الله عليه وسلم « انظُرُوها فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أُحَيْمِرَ كَأَنَّهُ وَحَرَةٌ حَمْشَ السَّاقَيْنِ فَلَا أُرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ جَعْدًا جُمَالِيًّا[1] خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ فَهُوَ لِلَّذِى رُمِيَتْ بِهِ » فأتت به على النعت المكروه .

إذا ثبت هذا : عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول : اختلف أهل العلم فى ميراث الولد المنفىّ باللعان ، فرُوى عن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : أن عَصَبته عَصَبة أمّه . نقلها الأثرم ، وحنبل ، يروى ذلك عن علىّ ، وابن عبّاس ، وابن عمر ، وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والشعبىّ ، والنخعِىّ ، والحكم ، وحمّاد ، والثورىّ والحسن بن صالح ، إلا أن عليًّا يجعل ذا السهم من ذوى الأرحام أحقّ ممن لا سهم له ، وقدّم الردّ على غيره .

والرواية الثانية : أن أمّه عصبته ، فإن لم تكن فعصبتها عَصَبَتُه ، نقله أبو الحارث ، ومهنا ، وهذا قول ابن مسعود ، وروى نحوه عن علىّ ، ومكحول ، والشافعىّ ، لما رَوى عمرُو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ، ولورثتها من بعدها . ورواه أيضاً مكحول ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم مرسلاً . وروى واثلة بن الأسقع ، عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال « تَحُوزُ الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ : عَتِيقَهَا وَلَقِيطَهَا وَوَلَدَهَا الَّذِى لَاعَنَتْ عَلَيْهِ » .

وعن عبيد الله بن عُبَيد بن عُمَير ، قال : كتبتُ إلى صديق لى من أهل المدينة ، من بنى زُرَيق ، أسأله عن ولد الملاعنة ، لمن قَضَى به رَسولُ الله صلّى الله عليه وسلم ؟ فكتب إلىّ : إنّى سألت ، فأُخْبِرْت: أنه قضَى به لأمه ، هى بمنزلة أبيه ، وأمّه . رواهنّ أبو داودُ ، ولأنها قامت مقامَ أمّه ، وأبيه فى انتسابه إليها، فقامت مقامهما فى حيازة ميراثه ، ولأن عَصَبات الأمّ أدْلوا بها فلم يرثوا معها ، كأقارب الأب معه ، وكان زيد بن ثابت يورّث من ابن الملاعنة ، كما يورّث من غير ابن الملاعنة ، ولا يجعلها عَصَبةً ابنها ، ولا عصبتُها عصبتَه ، فإن كانت أمّه مولاةً لقوم جُعل الباقى من ميراثها لمولاها ، فإن لم تكن مولاةً جعله

---

(١) جماليا : بضم الجيم ضخم الأعضاء ، تام الأوصال ، يقال ناقة جمالية مشبهة بالجمل عظما وبدانة ، وخدلج : بفتح الخاء والدال وتشديد اللام المفتوحة غليظهما قويهما . وسابغ الأليتين تامهما

لبيت المال ، وعن ابن عبّاس ، نحوه ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وعروة ، وسليمان بن يَسار ، وعمر ابن عبد العزيز ، والزهريّ ، وربيعة ، وأبو الزناد ، ومالك ، وأهل المدينة ، والشافعيّ ، وأبو حنيفة ، وصاحباه ، وأهل البصرة ، إلا أن أبا حنيفة ، وأهلَ البصرة جعلوا الردّ ، وذوى الأرحام أحقّ من بيت المال ، لأن الميراث إنّما ثبت بالنصّ ، ولا نصّ فى توريث الأم أكثر من الثلث ، ولا فى توريث الأخ من الأمّ أكثر من السدس ، ولا فى توريث أبى الأمّ ، وأشباهه من عَصَبات الأمّ ، ولا قياس أيضاً ، فلا وجه لإثباته .

ووجه قول الخرقىّ قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِىَ فَهُو لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » وأولى الرجل به أقاربُ أمّه ، وعن عمر رضى الله عنه أنه أَلْحَقَ وَلَدَ المُلاَعَنِةِ بعَصَبَةِ أمّه ، وعن علىّ رضى الله عنه أنه لما رَجَم المرأة : دعا أولياءها ، فقال : هذا ابنكم ترثونه ، ولا يرثكم ، وإن جنى جنايةً فعليكم . حكاه الإمام أحمد عنه . ولأن الأمّ لو كانت عَصَبةً كأبيه ، لحجبتْ إخْوَته ، ولأن مولاها مولى أولادها ، فيجب أن تكون عصبتُها عصبتَه كالأب ، فإذا خلّف ابن الملاعنة أمّاً ، وخالاً فلأمه الثلث بلا خلاف ، والباقى لخاله ، لأنه عَصَبةُ أمّه . وعلى الرواية الأخرى هو لها كلّه ، وهذا قول علىّ ، وابن مسعود ، وأبى حنيفة ، وموافقيه ، إلا أن ابن مسعود يُعطيها إيّاه ، لكونها عَصَبةً ، والباقون بالردّ ، وعند زيد : الباقى لبيت المال ، فإن كان معهما مولىَ أمّ فلا شىء له عندنا .

وقال زيد ، ومن وافقه ، وأبو حنيفة : الباقى له ، وإن لم يكن لأمّه عَصَبَة إلا مولاها فالباقى له على الرواية التى اختارها الخِرَقىّ ، وعلى الأخرى هو للأمّ ، وهو قول ابن مسعود ، لأنها عصبة ابنها ، فإن لم يخلّف إلا أمّه فلها الثلث بالفرض ، والباقى بالردّ ، وهو قول علىّ ، وسائر من يرى الردّ ، وفى الرواية الأخرى : لها الباقى بالتعصيب ، وإن كان مع الأمّ عصبةٌ لها ، فهل يكون الباقى لها أوله ؟ على روايتين ، وإن كان لها عَصَباتٌ ، فهو لأقربهم منها على رواية الخِرقىّ ، فإذا كان معها أبوها ، وأخوها ، فهو لأبيها ، وإن كان مكان أبيها جدّها فهو بين أخيها ، وجدها نصفين ، وإن كان معهم ابنها ، وهو أخوه لأمّه ، فلا شىء لأخيها ، ويكون لأمه الثلث ، ولأخيه السدس ، والباقى لأخيه ، أو ابن أخيه ، وإن خلّف أمه ، وأخاه ، وأخته ، فلكلّ واحد منهم السدس ، والباقى لأخيه ، دون أخته ، وإن خلّف ابن أخته ، وبنت أخته ، أو خاله وخالته فالباقى للذكر ، وإن خلّف أخته ، وابن أخته فللأخت السدس ، والباقى لابن أخته ، وعلى الرواية الأخرى الباقى للأمّ فى هذه المواضع .

٤٨٥٤ (فصـــل)

ابن ملاعنة مات ، وترك بنتاً ، وبنت ابن ، ومولى أمّه . الباقى لمولى الأمّ ، فى قول الجمهور . وقال

ابن مسعود : الردّ أولى من المولى ، فان كان معهم أمّ فلها السدس ، وفى الباقى روايتان :

إحداها : المولى ، وهو قولُ الأكثرين .

والثانية : للأمّ وهو قول ابن مسعود ، فإن لم يكن معهم مولى ، فالباقى مردود عليهم فى إحدى الروايتين ، والأخرى هو للأمّ ، فان كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض ، وله الباقى فى رواية ، والأخرى هو للأمّ . بنت ، وأخ ، أو ابن أخ ، أو خال ، أو أبو أم ، أو غيرهم من العصبات. للبنت النصف، والباقى للعَصَبة فى قول العبادلة ، وإن كان معها أخ ، وأخت ، أو ابن أخ ، وأخته ، أو خال ، أو خالة ، فالباقى للذكر وحده فى قولهم . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : المال للبنت بالفرض ، والردّ، ورُوى عن علىّ عليه السلام أنه جعل ذا السهم أحقّ ممّن لا سهم له ، وأنه ورّث من ابن الملاعنة ذوى أرحامه ، كما لا يرثون من غيره . قال ابن اللبان : وليس هذا محفوظاً عن علىّ ، وإنمّا المشهور عنه قوله لأولياء المرجومة عن ابنها . هذا ابنكم ، ترثونه ، ولا يرثكم ، وإن جنى جنايةً فعليكم ، وفسّر القاضى قول أحمد : إن لم تكن أمّ ، فعصبتُها عصبتَهُ بتقديم الردّ على عَصَبة الأم ، كقوله فى أخت ، وابن أخ : المالُ كلّه للأخت ، وهذا تفسير للكلام بضدّ ما يقتضيه ، وحَمل اللفظ على خلاف ظاهره ، وإنمّا هذه الرواية ، كمذهب ابن مسعود ، ورواية الشعبىّ عن علىّ ، وعبد الله أنهمّا قالا : عصبة ابن الملاعنة أمُّه ، ترث ماله أجمع ، فان لم تكن أمّ ، فعصبتها عَصَبتُه . امرأة ، وجدّة ، وأختان ، وابن أخ. للمرأة الربع ، وللجدّة السدس ، وللأختين الثلث ، والباقى لابن الأخ فى الروايتين جميعاً . وقال أبو حنيفه : الباقى يردّ على الأختين ، والجدّة ، وهو قول القاضى فى الرواية الثانية .أبو أمّ ، وبنت، وابن أخ. الباقى لابن الأخ وحده ،ويحتمل أن يكون لأب الأم سدس باقى المال، وخمسة أسداسه لابن الأخ، وقال أبو حنيفة : المال بين أمّ الأمّ ، والبنت على أربعة بالفرض والردّ

٤٨٥٥ (فصــــل)

فإن لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصَبةِ أمّه فى قول الجماعة . وقد رُوى ذلك عن علىّ ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : هو بين ذوى الأرحام ، كميراث غيره ، ورَوَوْه عن علىّ عليه السلام ، وذلك مثلُ خال ، وخالة ، وابن أخ ، وأخته . المالُ للذكر ، وفى قول أبى حنيفة : هو بينهما فى المسألتين نصفين : خالة لأب ، وأمّ ، وخال لأب. المالُ للخال . وقال أبو حنيفة : هو للخالة . خالة ، وبنت بنت. المالُ بينهما على أربعة ، وإذا لم يخلّف ابن الملاعنة إلا ذا رحم فحكمهم فى ميراثه كحكمهم فى ميراث غيره ، على ما تقدّم شرحه .

٤٨٥٦ (فصــــل)

وإذا قسم ميراث الملاعنة ، ثم أكذب الملاعِنُ نفسه لِحقه الولدُ ، ونُقِضَتْ القِسْمَةُ ، وقال أبو حنيفة :

لا يَلْحَقُ النسبُ بعد موته ، إلا أن يكونا توأمين ، مات أحدهما ، وأكذبَ نفسَهُ ، والآخر باق ، فيَلْحَقهُ نسب الباقى ، والميّت معاً ، وقد مضى الكلام معه فى غير هذا الموضع .

٤٨٥٧ (فصـــل)

ولو كان المنفى باللعان توأمين ، ولهما ابن آخر من الزوج لم ينفه ، فمات أحد التوأمين ، فميراث توأمه منه كميراث الآخر فى قول الجمهور ، وقال مالك : يرثه توأمُه ميراثَ ابن لأبوين ، لأنه أخوه لأبويه ، بدليل أن الزوج لو أقرّ بأحدهما لحقه الآخر ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعىّ رضى الله عنه .

ولنا : أنهما توأمان ، لم يثبت لهما أب ينتسبان إليه ، فأشبها توأمى الزانية ، ولا خلاف فى توأمى الزانية ، وفارق هذا ما إذا استلحق أحدَهما ، لأنه يثبت باستلحاقه أنه أبوه .

٤٨٥٨ (فصـــل)

قولهم إن الأم عصبة ولدها ، أو أن عصبتها عصبته ، إنّما هو فى الميراث خاصّة ، كقولنا فى الأخوات مع البنات ، فعلى هذا لا يعقلون عنه ، ولا يثبت لهم ولاية التزويج ، ولا غيره ، وهذا قول الأكثرين ، ورُوى عن علىّ رضى الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة فى ولدها : هـذا ابنكم يَرِثُكُمْ ولا تَرِثُونَه ، وإن جنى فعليكم ، ورُوى هذا عن عبد الله ، وإبراهيم .

ولنا : أنهم إنما ينتسبون إليه بقرابة الأمّ ، فلم يعقلوا عنه ، ولم يثبت لهم ولاية التزويج ، كما لو علم أبوه ، ولا يلزم من التعصيب فى الميراث التعصيب فى العقل ، والتزويج ، بدليل الأخوات مع البنات ، فأمّا إن أعتق ابن الملاعنة عبداً ، ثم مات المولَى ، وخلّف أم مولاه ، وأخاً مولاه احتمل أن يثبُت لهما الإرث بالولاء ، لأن التعصيب ثابت ، وحُكى ذلك عن أبى يوسف ، وهل يكون للأمّ أو للأخ ؟ على الروايتين ، ويحتمل أن لا يثبت لهما ميراث ، لأن النساء لا يرثن من الوَلاء ، إلا من أعتقنَ ، أو أعْتَق من أعتقنَ ، فكذلك من يُدلى بهنّ ، وما ذكرناه للاحتمال الأول يَبطُل بالأخوات مع البنات ، وبمن عصّبهنّ أخوهنّ من الإناث .

٤٨٥٩ (فصـــل)

فى ميراث ابن ابن الملاعنة إذا خلّف أمه ، وأم أبيه ، وهى الملاعنة ، فلأمه الثلث ، والباقى لها بالردّ ، وهذا قول علىّ ، وعلى الرواية الأخرى : الباقى لأمّ أبيه ، لأنها عصبة أبيه ، وهـذا قول ابن مسعود . ويُعايى بها ، فيقال : جدّة ورثت مع أمّ أكبر منها ، وإن خلّف جدّته ، فالمال بينهما بالفرض ، والردّ على قول علىّ ، وفى قول ابن مسعود : السدسُ بينهما فرضاً ، وباقى المال لأم أبيه . أم أم ، وخال أب لأمّ للأم السدس ، وفى الباقى القولان .

أحدهما : أنه لها بالردّ .

والثانى : لخال الأب ، وفى قول علىّ : الـكلّ للجدّ : خال ، وعمّ ، وخال أب ، وأبو أم أب . المالُ للعمّ ، لأنه أبو الملاعنة ، فإن لم يكن عمّ فلأبى أم الأب ، لأنه أبوها ، فإن لم يكن فلخال الأب ، فإن لم يكن فلالخال ، لأنه ذو رحمه : بنت ، وعمّ . للبنت النصف ، والباقى للعمّ ، وفى قول علىّ : الـكلّ للبنت ، لأنه يقدّم الردّ على توريث عصَبة أمّه : بنت ، وأمّ ، وخال . المالُ بين البنت والأمّ على أربعة ، بالفرض ، والردّ ، ولاشىء للخال ، لأنه ليس بعَصَبةِ الملاعنة ، ولو كان بدل الخال خال أب ، كان الباقى له ، لأنه عصَبَةُ الملاعنة ، فأما ابن ابن ابن الملاعنة ، فإذا خلّف عمه ، وعمّ أبيه، فالمالُ لعمه ، لأنه عصبته ، وهذا ينبغى أن يكون إجماعاً ، وقد قال بعض الناس : يحتمل أن يكون عمّ الأب أولى ، لأنه ابن الملاعنة ، وهذا غلط بيّن لأن العصَباتِ إنما يعتبر أقربُهم من الميِّت ، لامن آبائه ، وإن خلّف ثلاثَ جدّات مُتحاذِياتٍ فالسدس بينهنّ ، والباقى ردٌّ عليهنّ فى إحدى الروايتين ، وهو قول علىّ ، وفى الثانية : لأمّ أبى أبيه ، وهو قول ابن مسعود ، وإن خلّف أمّه ، وجدّته ، وجدّة أبيه ، فلأمه الثلث ، ولاشىء لجدّته ، وفى الباقى روايتان .

إحداها : يردّ على الأمّ .

والثانية : لجدّة أبيه ، وإن خلّف خاله ، وخال أبيه ، وخال جده فالمال لخال جدّه ، ، فإن لم يكن فلخاله ، ولاشىء لخال أبيه ، فأما ولد بنت الملاعنة فليست الملاعنة عصَبةً لهم فى قول الجميع، لأن لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم، وهو زوج بنت الملاعَنة ، ولو أعتقت بنت الملاعنة عبداً ثم ماتت ، ثم مات المولىَ ، وخلّف أمّ مولاته ، ورثت مالَ المولىَ لأنها عَصَبة لبنتها، والبنت عصبة لمولاها فى أحد الوجهين ، وقد ذكرناها فى ابن الملاعنة .

٤٨٦٠ (فصـــل)

والحـكم فى ميراث ولد الزنا فى جميع ماذكرنا ، كالحـكم فى ولد الملاعنة ، على ماذكرنا من الأقوال ، والاختلاف ، إلا أنّ الحسن بن صالح قال: عَصَبة ولد الزنا سائر المسلمين ، لأنّ أمّه ليست فراشاً ، بخلاف ولد الملاعَنة ، والجمهور على التسوية بينهما ، لانقطاع نسب كلّ واحد منهما من أبيه ، إلا أن ولد الملاعنة يلحق الملاعِن إذا استلحقه ، وولد الزنا لايلحق الزانىَ فى قول الجمهور ، وقال الحسن ، وابن سيرين : يلحق الواطىء إذا أقيم عليه الحدُّ ويرثه ، وقال إبراهيم : يلحقه إذا جُلِدَ الحدّ ، أو ملك الموطوءة ، وقال إسحاق: يلحقه ، وذُكر عن عروة ، وسليمان بن يَسار نحوُه ، ورَوى علىّ بن عاصم ، عن أبى حنيفة : أنه قال : لاأرى بأساً إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوّجها مع حملها ، ويستُرَ عليها والولد ولدٌ له ، وأجمعوا على أنه إذا وُلد على فِراش رجلٍ ، فادّعاه آخرُ أنه لايلحقه ، وإنما الخلافُ فيما إذا وُلد على غير فراش .

ولنا : قول النبيّ صلى الله عليه وسلم « الْوَلَدُ لِلفِرَاشِ وَلِلعَاهِرِ الْحَجَرُ » ولأنه لايلحق به إذا لم يستلحقه ، فلم يلحق به بحال ، كالو كانت أمه فراشاً أو كما لو لم يُجلد الحدّ عند من اعتبره .

٤٨٦١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ والعبد لا يرث ، ولا مال له فيورث عنه ﴾

لانعلم خلافاً فى أن العبد لا يرث ، إلا ما رُوى عن ابن مسعود ، فى رجل مات وترك أباً مملوكاً يُشترى من ماله ، ثمّ يعتق ، فيرث ، وقاله الحسن ، وحُكى عن طاوس : أن العبد يرث ، ويكون ماورثه لسيِّده ، كـكسبه ، وكما لو وصّى له ، ولأنه تصحّ الوصية له ، فيرث كالحر .

ولنا أن فيه نقصاً منع كونه موروثاً ، فمنع كونه وارثاً ، كالمرتدّ ، ويفارق الوصيّة فإنها تصحّ لمولاه ولا ميراث له ، وقياسهم ينتقض بمختلفى الدين . وقول ابن مسعود لايصحّ لأن الأب رقيق حين موت ابنه ، فلم يرثه ، كسائر الأقارب ، وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت ، فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم . وأجمعوا على أن المملوك لايُورث ، وذلك لأنه لامال له ، فيورث ، فإنه لايملك ، ومن قال : إنه يملك بالتمليك فملـكه ناقص غير مستقرّ ، يزول إلى سيِّده بزوال ملـكه عن رقبته ، بدليل قوله عليه الســلام « مَنْ بَاعَ عَبْداً وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلبَائِعِ إلاّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » ولأن السيد أحقّ بمنافعه ، وأكسابه ، فى حياته ، فـكذلك بعد مماته ، وممّن رُوى عنه أن العبد لايرث ، ولايورث ، ولايحجب : علىّ ، وزيد ، وبه قال الثورىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق رضى الله عنه ، وأصحاب الرأى .

٤٨٦٢ (فصــل)

ويرث الأسير الذى مع الـكفّار إذا عُلمت حياته ، فى قول عامّة الفقهاء ، إلا سعيد بن المسيّب ، فإنه قال : لا يرث ، لأنه عبد ، وليس بصحيح ، لأن الـكفّار لايملـكون الأحرار بالقهر ، فهو باقٍ على حرّيته ، فيرث ، كالمطلق .

٤٨٦٣ (فصـــل)

والمدبر ، وأم الولد كالقنّ ، لأنهم رقيق ، بدليل أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم باع مدبراً . وأم الولد مملوكة ، يجوز لسيّدها وطؤها بحـكم الملك ، وتزويجها وإجارتها ، وحكمها حكم الأمة فى جميع أحكامها ، إلا فيما يَنقلُ الملك فيها أو يُراد له كالرهن .

٤٨٦٤ (فصـــل)

فأما المـكاتب فإن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد ، لا يرث ، ولا يورث ، وإن ملك قدر ما يؤدّى ، ففيه روايتان :

إحداهما : أنه عبد ما بقى عليه درهم ، لا يرث ، ولا يورث ، يُروى ذلك عن عمر ، وزيد بن ثابت ، وابن عمر ، وعائشة ، وأمّ سَلمة ، وعمر بن عبد العزيز ، والشافعىّ رضى الله عنه ، وأبى ثور ، وعن ابن المسيّب ، وشُرَيح ، والزهرىّ ، نحوُه لما رَوى أبو داود بإسناده ، عن عمرو بن شُعَيب ، عن أبيه ، عن جدّه أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ » وفى لفظ أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال«أَيُّمَا عَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَّاهَا إِلاَّ عَشْرَ أَوَاقٍ فَهُوَ عَبْدٌ،وأَيُّماعَبْدٍ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ، فأدّاهَا إلاَّ عَشَرة دنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ » وعن محمد بن المنكدر ، وعمر بن عبد الله ، مَوْلَى عَفْرَةَ ، وعبد الله بن عَبْدَة أنّ النبىّ صلّى الله عليه وسلم قال لعتّاب بن أَسِيدٍ « مَنْ كَاتَبَ مُكَاتَباً فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَقْضِيَ كِتَابَتَهُ » .

وقال القاضى ، وأبو الخطاب : إذا أدّى المكاتَبُ ثلاثة أرباع كتابته ، وعجز عن الربع عَتَق ، لأن ذلك يجب إيفاؤه المكاتَب ، فلا يجوز إبقاؤه على الرقّ لعجزه عمّا يجبُ ردّه إليه .

والرواية الثانية : أنه إذا ملك ما يؤدّى ، فقد صارحرًّا ، يرث ويورَث ، فإذا مات له من يرثه ورث ، وإن مات فلسيّده بقية كتابته ، والباقى لورثته ، لما روى أبو داود بإسناده ، عن أمّ سَلمة ، قالت : قال لنا رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم : « إِذَا كَانَ لِإِحدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤدّى فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » .

وروى الحكم ، عن علىّ ، وابن مسعود ، وشُرَيح . يُعطَى سيّده من تركته ما بقى من كتابته ، فإن فضل شىء كان لورثة المكاتَب ، ورُوى نحوه عن الزهرىّ ، وبه قال ابن المسيّب وأبو سَلَمة ابن عبد الرحمن ، والنخَعىّ ، والشعبىّ ، والحسن ، ومنصور ، ومالك ، وأبو حَنيفة ، غيرَ أنّ مالكاً جعل من كان معه فى كتابته أحقّ ممّن لم يكن معه . قال فى مكاتب هلك وله أخ معه فى الكتابة ، وله ابن ، قال : ما فضَلَ من كتابته لأخيه دون ابنه . وجعله أبو حنيفة عبداً ما دام حيًّا ، فإذا مات أدّى من تركته باقى كتابته ، والباقى لورثته . ورُوى عن عمر رضى الله عنه أنه قال على المنبر : إِنَّكُمْ مُكَاتِبُون ، مُكَاتَبِينَ فأَيُّهُمْ أدَّى النِّصْفَ فَلاَ رِقَّ عَلَيْهِ .وعن علىّ عليه السلام ،إذا أدّى النصفَ فهوحرّ ، وعن عُروة نحوُه . وعن الحسن : إذا أدّى الشَّطْرَ فهو غَرِيم ، وعن ابن مسعود ، وشُرَيح نحوُه ، وعن ابن مسعود : إذا أدّى ثلثاً ، أو رُبعاً فهو غَرِيم ، وعن ابن عبّاس : إذا كتب الصحيفة فهو غريم .

وعن علىّ رضى الله عنه قال : تَجْرِى العِتَاقَةُ فى المكَاتَب فى أول نجم . يعنى يَعْتِقُ منه بقدر ما أدّى ، وعنه أنه قال : يرث ، ويَحْجُبُ ، ويَعْتِقُ منه بقدر ما أدّى . وقد روى حمّاد بنُ سَلَمَة ، عن أيّوب ، عن عِكْرِمة ، عن ابن عبّاس ، عن النبى صلّى اللهُ عليه وسلّم قال : « إِذَا أَصَابَ الْمُكَاتَبُ

حَدًّا ، أَوْ مِيرَاثاً وَرِثَ بِحِسَابِ مَا أُعْتِقَ مِنْهُ ، وَأُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ بِحِسَابِ مَاعَتَقَ مِنْهُ » وفى رواية « يُؤَدِّى الْمُكَاتَبُ بِقَدْرِ مَاعَتَقَ مِنْهُ دِيَةَ الْحُرِّ ، وَقَدْرِ مَارَقَ مِنْهُ دِيَةَ الْعَبْدِ » قال يحيى بن أبى كثير، وكان علىّ ، ومروان بنُ الحكمَ يقولان ذلك . وقد رُوى حديث ابن عباس عن عكرمة ، عن النبىّ صلى الله عليه وسلم مُرْسَلاً ، والحديثُ الذى رويناه لقولنا أصحّ منه ، ولا أعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا ، وما ذكرناه أولاً أولى ، والله أعلم .

٤٨٦٥ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن بعضه حرّ يرث ، ويورث ، ويحجُب على مقدار مافيه من الحرّية ﴾ .

وجملته . أن المعتَق بعضُه إذا كسب مالاً : ثم مات ، وخلّفه نُظِرَ فيه : فإن كان كسبُهُ بجزئه الحرّ ، مثلُ أن كان قد هَايَأَ(1) سيّده على منفعته ، فاكتسب فى أيامه ، أو وَرِث شيئاً ، فإن الميراث إنما يستحقّه بجزئه الحرّ ، أو كان قد قاسم سيّده فى حياته ، فتركتُه كلّها لورثته ، لاحقّ لمالك باقيه فيها ، وقال قوم : جميعُ ماخلّفه بينه وبين سيّده ، قال ابن اللبان : هذا غلط . لأن الشريك إذا استوفى حقّه من كسبه مرّة لم يبق له حقّ فى الباقى ، ولا سبيل له على ما كسبه بنصفه الحرّ ، كما لو كان بين شريكين ، فاقتسما كسبه لم يكن لأحدهما حقّ فى حِصّة الآخر ، والعبدُ يَخلُفُ أحدَ الشريكين فيما عَتَق منه ، فأمّا إن لم يكن كَسْبُه بجزئه الحرّ خاصة ، ولا اقتسما كسبه فلمالك باقيه من تركته بقدر مِلْكِه فيه ، والباقى لورثته ، وإن مات له من يرثه فإنه يَرِثُ ويُورَثُ ، ويَحْجُب على قَدْر مافيه من الحرّية ، وهذا قول علىّ ، وابن مسعود رضى الله عنهما ، وبه قال عثمان البَتّى ، وحمزةَ الزيات ، وابن المبارك ، والمزنىّ ، وأهل الظاهر ، وقال زيد بن ثابت : لا يرث ولا يورث ، وأحكامه أحكام العبد ، وبه قال مالك ، والشافعىّ رضى الله عنهما فى القديم ، جعلا ماله لمالك باقيه ، قال ابن اللبان : هـذا غلط ، لأنه ليس لمالك باقيه على ماعتق منه ملك ، ولا ولاء ، ولا هو ذو رحم ، قال ابن سُرَيج : يحتمل على قول الشافعىّ رضى الله عنه القديم أن يجعل فى بيت المال ، لأنه لاحقّ له فيما كسبه بجزئه الحرّ ، وقال الشافعىّ فى الجديد : ما كسبه بجزئه الحرّ لورثته ، ولا يرث هو ممن مات شيئاً ، وبه قال طاوس ، وعمرو بن دينار ، وأبو ثور ، وقال ابن عباس : هو كالحرّ فى جميع أحكامه فى توريثه ، والإرث منه ، وغيرهما ، وبه قال الحسن ، وجابر بن زيد ، والشعبىّ ، والنَّخَعِىّ ، والحكم ، وحمّاد ، وابن أبى ليلى ، والثورىّ ، وأبو يوسف ، ومحمد ، واللؤلؤى ، ويحيى بن آدم ، وداود ، وقال أبو حنيفة: إن كان الذى لم يعتق استسعى العبد ، فله من تركته سعايته ، وله نصف ولائه ، وإن كان أغرم الشريك فولاؤه كلّه للذى أعتق بعضَه .

---

(1) هايأ سيده : جعل لنفسه أياماً ولسيده أياماً .

ولنا : ماروى عبد الله بن أحمد : حدّثنا الرمليّ ، عن يزيد بن هارون ، عن عكرمة . عن ابن عباس، أن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال فى العبد يعتق بعضُه « يَرِثُ وَيُورَثُ عَلَى قَدْرِ مَاعَتَقَ مِنْهُ » ولأنه يجب أن يثبُت لكلّ بعضٍ حكمُه ، كما لو كان الآخر مثله ، وقياساً لأحدهما على الآخر .

إذا ثبت هذا : فالتفريع على قولنا . لأن العمل على غيره واضحٌ . وكيفية توريثه أن يُعطَى من له فرض يقدر مافيه من الحرّية من فرضه . وإن كان عصبةً نظر ماله مع الحرّية الكاملة ، فأعطى بقدر مافيه منها ، وإن كانا عصبتين لايحجُب أحدهما الآخر كابنين نصفُهما حرّ ، ففيه وجهان :

أحدهما : تكمّل الحرية فيهما ، بأن تُضَمّ الحرّية من أحدهما إلى مافى الآخر منها ، فإن كَمُلَ منهما واحد،ورثا جميعاً ميراثَ ابن حرٍ ، لأن نصفى شىء شىءٌ كاملٌ ، ثم يقسّم ماورثاه بينهما على قدر مافى كلّ واحد منهما ، فإذا كان ثلثا أحدهما حرّ ، وثلث الآخر حرًّا كان ماورثاه بينهما أثلاثاً ، وإن نقص مافيهما من الحرّية عن حرّ كامل ورثا بقدر مافيهما ، وإن زاد على حرّ واحد ، وكان الجزءان فيهما سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسويّة ، وإن اختلفا أُعْطِيَ كلّ واحد منهما بقدر ما فيه ، قال:الخبريّ قال:الأكثرون : هذا قياس قول علىّ رضى الله عنه .

والوجه الآخر : لا تُكَمّل الحرّية فيهما ، لأنها لو كَمُلت لم يظهر للرقّ أثرٌ وكانا فى ميراثهما كالحرّين ، وإن كان أحدهما يحجُب الآخر فقد قيل فيهما وجهان . أيضاً ، والصحيح أن الحريّة لا تكمّل ههنا . لأن الشىء لا يكمّل بما يُسقطه ، ولا يجمع بينه ، وبين ما ينافيه ، وورثه بعضهم بالخطاب ، وتنزيل الأحوال ، وحجب بعضهم ببعض على مثال تنزيل الخطاب . وقال أبو يوسف بمعناه .

ومسائل ذلك : ابن نصفه حرّ له نصف المال ، فإن كان معه ابن آخر نصفه حرّ فلهما المال فى أحد الوجهين . وفى الآخر : لهما نصفه ، والباقى للعصَبَة ، أو لبيت المال إن لم تكن عصَبَةٌ ، ويحتمل أن يكون لكلّ واحد منهما ثلاثةُ أثمان المال ، لأنهما لو كانا حرّين لكان لكلّ واحد منهما النصف ، ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شىء ، ولو كان الأكبر وحده حرًّا كان له المال ، ولا شىء للأصغر ، ولو كان الأصغر وحده حرًّا كان له كذلك ، ولكلّ واحد منهما فى الأربعة أحوال مالٌ ونصف ، فله ربع ذلك ، وهو ثلاثة أثمان ، فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حرّ فعلى الوجه الأول ينقسم المالُ بينهم على ثمانية ، كما تقسم مسألةُ المَباهلة ، وعلى الثانى يقسّم النصف بينهم على ثمانية .

وفيه وجه آخر : يقسّم الثلث بينهم أثلاثاً ، ثم يقسّم السدس بين صاحبى النصفين نصفين ، وعلى تنزيل الأحوال يحتمل أن يكون لكلّ واحد ممّن نصفه حرّ سدس المال ، وثمنه ، ولمن ثلثه حرّ ثلثا ذلك ، وهو

تُسع المال ، ونصف سدُسه ، لأن لكلّ واحد المالَ فى حال ، ونصفَه فى حالين ، وثلثَه فى حال ، فيكون له مالان وثلث ، فى ثمانية أحوال ، فنعطيه ثُمن ذلك ، وهو سدس ، وثُمن ، ويُعطَى مَنْ ثلثه حرّ ثلثيه ، وهو تُسع ، ونصف سدس : ابن حرّ ، وابن نصفه حرّ . المال بينهما على ثلاثة ، على الوجه الأول ، وعلى الثانى النصف بينهما نصفان ، والباقى للحرّ ، فيكون للحرّ ثلاثة أرباع ، وللآخر الربع ، ولو نزّلتهما بالأحوال أفضى إلى هذا ، لأن للحرّ المالَ فى حال ونصفه فى حال ، فله نصفهما ، وهو ثلاثة أرباع ، وللآخر نصفه فى حال ، فله نصف ذلك ، وهو الربع ، ولو خاطبتهما لقلت للحرّ : لك المال لو كان أخوك رقيقاً ، ونصفه لو كان حرًّا ، فقد حجبك بحرّيته عن النصف ، فنصفُها يحجبُك عن الربع ، يبقى لك ثلاثة أرباع ، ويقال للآخر : لك النصف لو كنت حرًّا ، فإذا كان نصفك حرًّا فلك نصفه ، وهو الربع ، ابن ثلثاه حرّ ، وابن ثلثه حرّ ، على الأول : المالُ بينهما أثلاثاً ، وعلى الثانى : الثلث بينهما ، وللآخر ثلث ، فيكون له النصف ، وللآخر السدس ، وقيل : الثلثان بينهما أثلاثاً ، وبالخطاب تقول . لمن ثلثاه حرّ : لو كنتَ وحدَك حُرًّا كان المال لك ، ولو كنتما حرّين كان لك النصف ، فقد حجبك بحرّيته عن النصف فبثلثها يحجبك عن السدس ، يبقى لك خمسةأسداس ، لو كنتَ حرًّا فلك بثلثى حرّيته خمسةُ أتساع . ويقال للآخر : يحجبُك أخوك بثلثى حرّيته ، عن ثلثى النصف ، وهو الثلث ، يبقى لك الثلثان ، فلك بثلث حرّيتهم ثلث ذلك ، وهو التسعان ، ويبقى التسعان للعصَبَة إن كان ، أو ذِى رَحِمٍ ، فإن لم يكن ففى بيت المال : ابن حرّ ، وبنت نصفها حرّ للابن خمسة أسداس المال ، وللبنت سدسه فى الخطاب ، والتنزيل جميعاً ، ومن جمع الحرّية أفضى قولُه إلى أنّ له أربعة أخماس المال ، ولها الخمس ، فإن كانت بنت حرّة ، وابن نصفه حرّ ، وعَصَبَةٌ فللابن الثلث ، ولها ربع وسدس ، ومن جمع الحرّية فيهما جعل المال بينهما نصفين . ابن ، وبنت ، نصفهما حرّ ، وعَصَبَةٌ ، فمن جمع الحرّية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة . وقال بعض البصريين : النصفُ بينهما على ثلاثة ، ومن ورَّث بالتنزيل والأحوال قال : للابن المالُ فى حال ، وثلثاه فى حال ، فله ربع ذلك ، ربع وسدس ، وللبنت نصف ذلك ، ثمن ، ونصف سدس ، والباقى للعصبة ، وإن شئت قلت : إن قدّرناها حرّين فهى من ثلاثة ، وإن قدّرنا البنت وحدها حرّةً فهى من اثنين ، وإن قدرنا الابن وحده حرّاً فالمالُ له ، وإن قدّرناهما رقيقين فالمالُ للعَصَبَة ، فتضربُ اثنين فى ثلاثة تكن ستةً ، ثم فى أربعة أحوال تكن أربعةً وعشرين ، فللابن المالُ فى حال : ستة ، وثلثاه فى حال أربعة ، صار له عشرة ، وللبنت النصفُ فى حالٍ والثلث فى حال خمسة ، وللعصبة المالُ فى حال ، ونصفه فى حال ، تسعة ، فإن لم تكن عصبة جملتَ للبنت فى حال حرّيتها المالَ كلّه بالفرض ، والردّ ، فيكون لها مال ، وثلث ، فتجعل لها ربع ذلك ، وهو الثلث ، فإن كان معهما امرأة ، وأمّ حرّتان كمُلَت الحرّية فيهما ، فحجبا الأمّ إلى السدس ، والمرأة إلى الثمن ،

لأن كلّ واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب ، فإذا اجتمعا اجتمع الحجب ، ومن ورث بالأحوال والتنزيل قال : للأمّ السدس فى ثلاثة أحوال ، والثلث فى حال فلها ربع ذلك ، وهو سدس ، وثلث وثمن ، وللمرأة الثمن فى ثلاثة أحوال ، والربع فى حال ، فلها ربع ذلك ، وهو الثمن ، وربع الثمن ، وللابن الباقى فى حال ، وثلثاه فى حال ، فله ربعه ، وللبنت ثلث الباقى فى حال ، والنصف فى حال ، فلها ربعه ، وإن لم يكن فى المسألة عَصَبة ، فللبنت بالفرض والردّ أحد وعشرون من اثنين وثلاثين ، مكان النصف ، وللأمّ سبعة مكان السدُس ، وتصحّ المسألة إذا لم يكن فيها ردّ بالبسط من مائتين ، وثمانية وثمانين سهماً ، للأم منها ستون ، وللمرأة خمسة وأربعون ، وللابن خمسة وثمانون ، وللبنت ثلاثة وخمسون ، والباقى للعَصَبة ، وقياس قول من جمع الحرّية فى الحجب أن يجمع الحرّية فى التوريث ، فيجعل لهما ثلاثة أرباع الباقى .

وقال ابن اللبان : لهما ستّة عشر من ثمانية وأربعين ، لأنهما لو كانا حرّين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين ، فيكون لهما بنصف حرّيتهم نصف ذلك ، وهذا غلط . لأنه جعل حجب كلّ واحد منهما لصاحبه بنصف حرّيته ، كحجبه إيّاه بجميعها ، ولو ساغ هذا لكان لهم حالَ انفرادهما النصفُ بينهم من غير زيادة : ابن ، وأبوان ، نصف كلّ واحد منهم حرّ إن قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان ، وإن قدرناه حرًّا وحده فله المالُ ، وإن قدّرنا معه أحد الأبوين حرًّا فله خمسةُ أسداس ، فتجمع ذلك تجده ثلاثة أموال ، وثلثان ، فله ثمنها ، وهو ربع سدس ، وللأب المالُ فى حال ، وثلثاه فى حال ، وسدساه فى حالين ، فله ثمن ذلك ربع ، وللأمّ الثلث فى حالين ، والسدس فى حالين ، فلها الثمن ، والباقى للعَصَبة ، وإن عملتها بالبسط قلت : إن قدرناهم أحراراً فهى من ستة ، وإن قدرنا الابن وحده حرًّا فهى من سهم ، فكذلك الأب ، وإن قدّرنا الأمّ وحدها حرّةً ، أو قدّرناها مع حرّية الأب فهى من ثلاثة ، وإن قدّرنا الابن مع الأب ، أو مع الأمّ فهى من ستة ، وإن قدّرناهم رقيقاً فالمالُ للعَصَبة ، وجميع المسائل تدخل فى ستة ، فتضربها فى الأحوال ، وهى ثمانية ، تكن ثمانية وأربعين ، وللابن المالُ فى حال ستة ، وثلثاه فى حال أربعة ، وخمسة أسداسه فى حالين ، عشرة ، فذلك عشرون سهماً ، من ثمانية وأربعين ، وللأب المالُ فى حال ستة ، وثلثاه فى حال ، وسدساه فى حالين ، وذلك اثنا عشر ، وللأم الثلث فى حالين ، والسدس فى حالين ، وذلك ستة ، وهى الثمن ، وإن كان ثلث كلّ واحد منهم حرًّا زدتَ على الستة نصفها ، تصير تسعةً ، وتضربها فى الثمانية ، تكن اثنين وسبعين ، فللابن عشرون ، من اثنين وسبعين ، وهى السدس ، والتّسع ، وللأب اثنا عشر ، وهى السدس ، وللأم ستة ، وهى نصف السدس ، ولاتتغيّر سهامهم ، وإنّما صارت منسوبةً إلى اثنين وسبعين ، وإن كان ربع كلّ واحد منهم حرًّا زدتَ على الستّة مثلَها ، وقيل فيما إذا كان نصف كلّ واحد

منهم حراً : للأم الثمن ، وللأب الربع ، وللابن النصف . ابن نصفه حر ، وأم حرة : للأم الربع ، وللابن النصف ، وقيل: له ثلاثة أثمان ، وهو نصف مايبقى ، فإن كان بدل الأم أختاً[1] حرةً فلها النصف ، وقيل: لها نصف الباقى ، لأن الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها ، فإن كان نصفها حراً فلها الثمن ، على هـذا القول ، وعلى الأول لها الربع ، وإن كان مع الابن أخت من أم ، أو أخ من أم ، فلكل واحد منهما نصفُ السدس ، وإن كان معه عَصَبَةٌ حر فله الباقى كله .

٤٨٦٦ (فصــــل)

ابن نصفه حر ، وابن ابن حر . المالُ بينهما فى قول الجميع ، إلا الثورى ، قال :لابن الابن الربع ، لأنه محجوب بنصف الابن عن الربع ، فإن كان نصف الثانى حرًا ، فله الربع ، فإن كان معهما ابن ابن ابن نصفُه حر ، فله الثمن ، وقيل : للأعلى النصف ، وللثانى النصف ، ولأن فيهما حرية ابن ، وهذا قول أبى بكر ، وقال سفيان: لاشىء للثانى ، والثالث،لأن مافيهما من الحرية محجوب بحرية الابن،فإن كان معهم أخ حرًا ، أو غيره من العَصَبات فله الباقى ، وإن كان نصفه حرًا فله نصف مابقى ، إلاّ على القولين الآخرين . ابن نصفُه حرًّا ، وابن ابن ثلثه حرٌّ وأخ ثلاثةُ أرباعه حر للأعلى النصف ، وللثانى ثلث الباقى ،وهو السدس ، وللأخ ثلاثة أرباع الباقى،وهو الربع ، وعلى القول الآخر: للابن النصف ، ولابن الابن الثلث ، والباقى للأخ. ثلاثة إخوة مفترقين ، نصفُ كلّ واحد حرٌّ. للأخ من الأم نصف السدس ، وللأخ من الأبوين نصف الباقى ، وللأخ من الأب نصف الباقى ، وتصح من ثمانية وأربعين، للأخ من الأم أربعة، وللأخ من الأبوين اثنان وعشرون ، وللأخ من الأب أحد عشر ، وعلى القول الآخر : للأخ من الأم نصف السدس ، وللأخ من الأبوين النصف ، وللأخ من الأب مابقى ، فإن كان معهم بنت حرة فلها النصف ، ولاشىء للأخ من الأم وللأخ من الأبوين الربع ، وللأخ من الأب الثمن ، والباقى للعَصَبة ، وعلى القول الآخر : الباقى للأخ من الأبوين وحده ، فإن كان نصف البنت حرًا فلها الربع ، وللأخ من الأم ربع السدس ، وللأخ من الأبوين نصف الباقى ، وللأخ من الأب نصف الباقى .

٤٨٦٧ (فصــــل)

بنت نصفها حر لها الربع ، والباقى للعَصَبة ، فإن لم يكن عصَبَة ، فلها النصف بالفرض ، والرد ، والباقى لذوى الرحم ، فإن لم يكن فلبيت المال ، فإن كان معها أم حرة فلها الربع ، لأن البنت الحرة تحجُبها عن السدس ، فنصفها يحجبها عن نصفه ، وإن كان معها امرأة ، فلها الثمن ، ونصف الثمن ، وإن كان معها

---

(١) هكذا بنصب أخت والأسلوب يقتضى الرفع لأن كان تامة وأخت فاعلها .

أخ من أمّ فله نصف السدس ، وإن كان معها بنت ابن فلها الثلث ، لأنها لو كانت كلّها أمةً لكان لبنت الابن النصف ، ولو كانت حرّةً لكان لها السدس ، فقد حجبتها حرّيتها عن الثلث ، فنصفها يحجبها عن السدس ، وكلّ من ذكرنا إذا كان نصفه حرًّا فله نصف ماله ، في الحرّية ، وإن كان ثلثه حرًّا فله ثلثه ، وإن كان معها بنت أخرى حرّة فلها ربع المال ، وثلثه بينهما على ثلاثة ، عند من جمع الحرّية فيهما ، لأن لها بحرّية نصفاً ، وبنصف حرّية نصف ، كمالُ الثلثين ، وفي الخطاب والتنزيل ، للحرّة ربع ، وسدس ، وللأخرى سدس ، لأن نصف إحداها يحجب الحرّة عن نصف السدس ، فيبقى لها ربع ، وسدس ، والحرّة تحجبها عن سدس كامل ، فيبقى لها سدس، فإن كان نصفهما رقيقاً ، ومعها عَصَبة ،فلهما ربع المال ، وسدسه بينهما ، لأنهما لو كانتاحرّتين كان لهما الثلثان ، ولو كانت الكبرى وحدها حرّة كان لها النصف ،وكذلك الصغرى ، ولو كانتا أَمَتَين كان المال للعَصَبة ، فقد كان لها مال ، وثلثان ، فلهما ربع ذلك ، وهو ربع وسدس ، وطريقها بالبسط أن تقول : لو كانتا حرّتين فالمسألة من ثلاثة ، وإن كانت الكبرى وحدها حرّة فهي من اثنين ، وكذلك إذا كانت الصغرى وحدها حرّة ، وإن كانتا أمتين فهي من سهم ، فتضرب اثنين في ثلاثة ، تكن ستة ، ثم للكبرى نصف المال ، في حال ، ثلاثة ، وثلثه في حال سهمان ، في الأحوال الأربعة ، تكن أربعةً وعشرين ، صار لها خمسة من أربعة وعشرين ، وللأخرى مثلُ ذلك ، وللعَصَبة المال في حال ، والنصف في حالين ، والثلث في حال ، ذلك أربعة عشر سهماً ، من أربعة وعشرين ، ومن جمع الحرّية فيهما جعل لهما النصف ، والباقي للعصبة ، وإذا لم يكن عصبة نزّلتهما عَلَى تقدير الردّ ، فيكون حكمهما حكم اثنين ، نصف كلّ واحد منهما حرٌّ على ماقلناه . ثلاثُ بناتِ ابن متنازلات،نصف كلّ واحدةٍ حرّ ، وعَصَبةٌ . للأولى الربع ، وللثانية السدس، لأنها لو كانت حرّة كان لها الثلث ، وللثالثة نصف السدس على قول البصريين ، لأنك تقول:للسفلى : لو كانتا أمتين كان لك النصف ، ولو كانت إحداهما حرّة كان لك السدس، فبينهما ثلث ، فتحجبُك العليا عن ربع ، والثانية عن نصف سدس ، فيبقى لك سدس ، لو كنت حرّة ، فإذا كان نصفك حرًّا كان لك نصفُه ، وفي التنزيل : للثالثة نصف الثمن وثلثه، وذلك لأننا لو نزّلنا كلّ واحدة حرّةً وحدها كان لها النصف ، فهذه ثلاثةأحوال ، من ابنين اثنين ، ولو كنّ إماءً كان المال للعَصَبة ، ولو كنّ أحراراً كان للأولى النصف ، وللثانية السدس ، والثلث للعَصبة ، ولو كانت الأولى والثانية حرّتين فكذلك ، ولو كانت الثانية والثالثة حرّتين،فللثانية النصف، وللثالثةالسدس،والثلث للعَصبَة فهذا أربعة أحوال ، من ستة . ستة ، والمسائل كلّها تدخل فيها ، فتضربها في ثمانية أحوال ، تكن ثمانية وأربعين ، للعليا النصف ، في أربعة أحوال ، اثنا عشر ، وهي الربع ، وللثانية النصف في حالين . ، والسدس في حالين ، وهي ثمانية ، وذلك السدس ، وللثالثة النصف في حال ، والسدس في حالين ، وهو خمسة ، وهي

نصف الثمن ، وثلثهُ ، وقال قوم : تجمع الحرِّية فيهنَّ ، فيكون فيهنَّ حرِّية ونصف ، لهنَّ بها ثلث ، وربع للأولى ، وللثانية ربعان ، وللثالثة نصف سدس ، فإن كان معهنَّ رابعة كان لها سدس ، ونصف آخرُ .
ثلاث أخوات مُفترقاتٌ ، نصفُ كلٍّ واحدةٍ حرٌّ ، وأمٌّ حرّة ، وعمّ ، للتي من قِبَلِ الأبوين الربع ، وللتي من قِبَل الأب السدس ، وللتي من قِبَل الأمّ نصف السدس ، وللأمّ الثلث ، لأنها لا تحجب إلا باثنين من الإخوة ، والأخوات ، ولم تكمّل الحرية في اثنين ، وللعمّ ما بقي ، وهكذا لو كانت أخت حرّة ، وأخرى نصفها حرّ ، وأم حرةٌ ، فللأم الثلث ، لما ذكرناه ، وقال الخبرىّ : للأم الربع ، وحجبها بالجزء ، كما تحجب بنصف البنت ، والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدّر ، بل هو مطلق في الولد ، والجزء من الولد ، وفي الإخوة مقدّر باثنين ، فلا يثبت بأقلّ منهما ، ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلاً ، وهذا قول ابن اللبان ، وحكى القول الأول عن الشعبىّ ، وقال : هذا غلط ، وفي الباب اختلاف كثير ، وفروع قلّ ما تتفق وقلّ ما تجيء مسألة إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرناه .

٤٨٦٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا مات ، وخلّف ابنين ، فأقرّ أحدهما بأخٍ فله ثلث ما في يده ، وإن أقرّ بأخت فلها خمس ما في يده ﴾

قد ذكرنا في باب الإقرار من يثبت النسب بقوله ومن لا يثبت ، ونذكر ههنا ما يستحقّ المقرّ به من الميراث ، إذا لم يثبت نسبه ، فنقول : إذا أقرّ بعض الورثة لمشارك في الميراث فلم يثبتُ نسبه لزم المقرّ أن يدفع إليه فضلَ ما في يده ، عن ميراثه ، وهذا قول مالك ، والأوزاعىّ ، والثورىّ ، وابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح ، وشَريك ، ويحيى بن آدم ، ووكيع ، وإسحاق وأبي عُبَيد ، وأبي ثور ، وأهل البصرة ، وقال النخَعىّ ، وحمّاد ، وأبو حنيفة ، وأصحابه : يقاسمُهُ ما في يده ، لأنه يقول : أنا وأنت سواء في ميراث أبينا ، وكأنّ ما أخذه المنكر تلف ، أو أخذته يد عادية ، فنستوى فيما بقي ، وقال الشافعىّ رضي الله عنه ، وداود : لا يلزمه في الظاهر دفع شيء إليه ، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ؟ على قولين : أصحّهما لا يلزمه ، لأنه لا يرث من لا يثبُت نسبه ، وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء إليه ، ففي قدره وجهان ، كالمذهبين المتقدّمين .

ولنا على الشافعىّ رضي الله عنه أنه أقرّ بحقّ لمدّعيه يمكن صدقه فيه ، ويد المقرّ عليه ، وهو متمكّن من دفعه إليه ، فيلزمه ذلك ، كما لو أقرّ بمعيّن ، ولأنه إذا علم أن هذا أخوه فله ثلث التركة ، ويتعيّن استحقاقه لها ، وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه ، فلزمه دفعه إليه ، وحرم عليه منعه منه ، كما في سائر المواضع ،

وعدم ثبوت نسبه فى الظاهر ، لا يمنع وجوب دفعه إليه ، كما لو غصبه شيئاً ، ولم تقم البيّنة بغصْبه .

ولنا على أبى حنيفة أنه أقرّ له بالفاضل عن ميراثه ، فلم يلزمه أكثر ممّا أقرّ به ، كما لو أقرّ له بشىء معيَّن ، ولأنه حقٌّ يتعلّق بمحلّ مشترك بإقرار أحد الشريكين ، فلم يلزمه أكثر من قسطه ، كالو أقرّ أحد الشريكين على العبد بجناية ، فعلى هذا : إذا خلّف ابنين ، فأقرّ أحدهما بأخ فللمقَرّ له ثلث مافى يد المقرّ ، وهو سدس المال ، لأنه يقول : نحن ثلاثةٌ ، لكلّ واحد منّا الثلث ، وفى يدى النصف ، ففضل فى يدى لك السدس فيدفعه إليه ، وهو ثلث ما فى يده ، وفى قول أبى حنيفة : يدفع إليه نصف مافى يده ، وهو الربع ، وإن أقرّ بأخت دفع إليها خمس ما فى يده ، لأنه يقول : نحن أخوَانِ ، وأخت ، فلك الخمس من جميع المال ، وهو خمس ما فى يدى ، وخمس ما فى يد أخى ، فيدفع إليها خمس ما فى يده ، وفى قولهم : يدفع إليها ثلثَ ما فى يده .

٤٨٦٩ (فصــــل)

وإن أقر جميع الورثة بوارث ، أو أقرّ به الميِّت ليثبت نسبه منه ثبت نسبة ، سواء كان الورثة واحداً ، أو جماعةً ، وبهذا قال النخَعِىُّ ، والشافعىُّ رضى الله عنه ، وقال أبو حنيفة ومالك ، وابن أبى ليلى ، والحسن ابن صالح: لا يثبت نسبُه ، والمشهور عن أبى يوسف أنه لا يثبُت النسب إلاّ بإقرار ابنين ذكرين ، كانا أو أنثيين ، عدلين ، أو غير عدلين ، ونحوه عن مالك ، ورَوى ابن اللبان قال أشعثُ بنُ سَوَّار ، عن رجل من أهل المدينة ، قال : جاء رَجُل ، وأخته إلى عمر بن الخطّاب رضى الله عنه ، ومعهما صبىٌّ ، فقالا : هذا أخونا ، فقال : لا ألحِقُ بأبيكما من لم يُقِرّ به .

ولنا : أن عبد الله بن زَمْعَةَ ادّعى نَسَبَ ولد وَليدَةِ أبيه ، وقال : هذا أخى ولِدعلى فراش أبى ، فَقَبِل النبىُّ صلّى الله عليه وسلم قوله ، وأثبت النسب به ، ولأن الوارث يقوم مقامَ مَوْرُوثه ، بدليل أنه يثبت باعترافه مايثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين ، وغيره ، كذا النسب ، ولأن الوارث يخلُف الموروث فى حقوقه ، وهذا منها ، ولا خلاف بينهم فى وجوب دفع ميراثه إليه إلا أن يكون المقرّ به يسقط المقرّ ، كأخ يقرّ بابن ، أو ابن ابن ، أو أخ من أب يقرّ بأخ من أبوين ، فإن الشافعىّ فى ظاهر مذهبـه أثبت النسب ، ولم يورّثه لئلا يكون إقراراً من غير وارث ، فثبوت ميراثه يُفضى إلى سـقوط نسبه ، وميراثه .

ولنا أنه إقرار من كلّ الورثة ، يثبُت به النسب بمن يرث ، لو ثبت نسبه بغير إقراره ، فيجب أن يرث ، كما لو لم يُسقطه ، ولأنه ابن ثابت النسب لم يمنع إرثه مانع متفق عليه ، أشـبه ما لو ثبت ببيّنة ، والاعتبار بكونه وارثاً حالة الإقرار ، أو بكونه وارثاً لولا الإقرار ، بدليل أنه لو اعتبر الحال الثانى ، لم

يثبت النسب ، إذا أقرّ بمشارك فى الميراث ، لأنه يكون إقراراً من بعض الورثة ، فإن قالوا : إنما ثبت لأن المقرّ به أيضاً مقرّ بنفسه ، مدّع لنسبه ، قلنا : وههنا مثله ، فاستويا .

٤٨٧٠ (فصـــــل)

إذا خلّف ابناً واحداً ، فأقرّ بأخ من أبيه ، دفع إليه نصف مافى يده ، فى قول الجميع ، فإن أقرّ بعدُ بآخر ، فاتفقا عليه دفعا إليه ثلث مافى أيديهما ، فى قول الجميع ، فإن أنكر المقرّ به ثانياً المقرّ به الأول لم يثبُت نسبه ، قال القاضى : هذا مَثَلٌ للعامة ، تقول : أَدْخِلْنِى أُخْرِجْكَ ، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث مافى أيديهما ، لأنه لم يقرّ له بأكثر منه .

وقال الشافعىّ رضى الله عنه : يلزم المقرّ أن يغرم له نصف التركة ، لأنه أتلفه عليه ، بإقراره الأول ، ويحتمل أن لا يبطُل نسب الأول ، لأنه ثبت بقول من هو كلّ الورثة ، حال الإقرار . فإن لم يصدّق به الأول بالثانى لم يثبت نسبه ، ويدفع إليه المقرّ ثلث مابقى فى يدهلأنه الفضل الذى فى يده ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال ، لأنه فوّته عليه بدفع النصف إلى الأول ، وهو يقرّ أنه لا يستحقّ إلا الثلث ، وسواء دفعه إليه بحكم الحاكم ، أو بغير حكمه ، لأن إقراره علّة حكم الحاكم ، وسواء علم بالحال عند إقراره الأول ، أو لم يعلم ، لأن العمد ، والخطأ واحد فى ضمان ما يُتْلَف ، وحكى نحوُ هذا عن شَرِيك ، ويحتمل أنه إن علم بالثانى حين أقرّ بالأول ، وعلم أنه إذا أقرّ به بعد الأول ، لا يقبل ضمن لتفويته حقّ غيره بتفريطه ، وإن لم يضمن ، لأنه لم يجب عليه الإقرار بالأول إذا علمه ، ولا يحوجه إلى حاكم ، ومن فعل الواجب فقد أحسن ، وليس بخائن ، فلا يضمن ، وقيل هذا قياس قول الشافعىّ .

وقال أبو حنيفة : إن كان الدفع بحكم حاكم دفع إلى الثانى نصف مابقى فى يده ، لأن حكم الحاكم كالأخذ منه كَرْهاً ، وإن دفعه بغير حاكم دفع إلى الثانى ثلث جميع المال ، لأنه دفع إلى الأول ماليس له تبرّعاً . ولنا على الأول : أنه أقرّ بما يجب عليه الإقرار به ، فلم يضمن ماتلف به ، كما لو قطع الإمام يد السارق ، فسرى إلى نفسه ، وإن أقرّ بعدهما بثالث ، فصدّقاه ثبت نسبه ، وأخذ ربع مافى يد كلّ واحد منهم ، إذا كان مع كلّ واحد ثلث المال . وإن كذّباه لم يثبت نسبه ، وأخذ ربع ما فى يد المقرّ به ، وفى ضمانه له ما زاد التفصيل فى التى قبلها ، وعلى مثل قولنا قال ابنُ أبى ليلى ، وأهل المدينة ، وبعض أهل البصرة .

٤٨٧١ (فصـــــل)

ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسألةَ الإقرار فى مسألة الإنكار ، ثم تضرب ما للمقرّ ، من مسألة الإقرار فى مسألة الإنكار ، إذا كانتا متباينتين ، وتضرب ماللمنكر فى مسألة الإنكار فى مسألة

الإقرار فما كان بينهما فهو الفضل ، فإن لم يكن في يده فضل فلا شيء للمقَرّ له ، كثلاثة إخوة مفترقين ، أقرّ الأخ من الأمّ بأخ ، أو أخت ، فلاشيء للمقَرّ له ، لأنه يقرّ على غيره ، وسواء أقرّ بأخ من أم ، أو غيره ، وعند أبي حنيفة : إن أقرّ بأخ من أمّ فله نصف مافي يده ، وإن أقرّ بأخ من أبوين فللمقرّ به خمسة أسباع ما في يده ، وإن كنّ ثلاث أخوات مفترقات ، فأقرّت الأخت من الأمّ بأخ ، فإن كان في المسألة عَصَبَة فلا شيء له ، فإن لم يكن فيها عَصَبَة فله سدس ما بقي في يدها ، لأن مسألة الإنكار من خمسة ، والإقرار من ستة ، إذا ضربت إحداها في الأخرى كانت ثلاثين ، لها سهم من مسألة الإنكار ، في مسألة الإقرار ، ستة ، ولها في الاقرار خمسة ، يفضُل في يدها سهم ، فهو للأخ من أيّ جهة كان ، وإن أقرّت الأخت من الأب بأخ لها ، صحّت من تسعين ، لها عشرة ، ويفضُل لأخيها ثمانية ، وإن أقرّت بأخ من أبوين دفعَتْ إليه جميع ما في يدها ، وإن أقرت بأخ من أم ، أو بأمّ للميّت ، أو جدّة ، أو بعَصَبَة فله سدس ما في يدها .

وإن خلّف أربع أخوات من أب ، وعمًّا ، فأقر الأخَوات بأخ لهنّ فلا شيء له ، وإن أقررن بأخت من أبوين دفعْنَ إليها ثلاثة أرباع ما في أيديهنّ ، وإن أقررنَ بأخت من أب فلها خُمس مافي أيديهنّ ، وأيتّهن أقرّت وحدها دفعَتْ إليها ممّا في يدها بقدر ذلك ، وإن أقرت إحداهنّ بأخ وأخت ، فمسألة الاقرار من سبعة ، والإنكار من ستة ، تضرب إحداهما في الأخرى ، تكن اثنين وأربعين ، لها سهم في ستة ، وفي يدها سبعة ، يفضُل في يدها سهم لهما ، وإن أقرّ الاربع بهما فضَل لهما أربعة أسهم ، فان كان المقرّ بهما يتصادقان اقتسماها بينهم أثلاثًا ، فإن تجاحدا فلا شيء للأخ ، لأنه يقرّ أنه لا حقّ له في الثلثين ، ويكون المقرّ به للأخت لأنها تدّعي خُمس الثلثين ، وإن جحدته ، ولم يَجْحَدْها لم يُلتفت إلى جحدها ، لإقرار الأخوات المعروفات ، وإن جحدها ، ولم تجحْدهُ احتمل أن يكون المقرّبه لها ، لإقراره بأنه لايستحقّ شيئًا من الثلثين ، وكونها تدّعي من الثلثين مثل هذه الفضلة . ويحتمل أن لاتستحقّ إلا ثلث أربعة أسهم ، لاقرارها بها للأخ . والأول أولى إن شاء الله تعالى .

وإن أقرّ العمّ بأخت أو أخوات من أب ، أو أبوين ، فلا شيء لهم ، وإن أقرّ بأخ ، أو أخت من أم ، أو بأم ، أو جدّة ، فللمقرّ له السدس ، وإن أقرّ بأخ من أبوين ، أو من أب ، أو بابنين من ولد الأمّ ، فلهم جميعُ مافي يده ، وإن خلّف أمًّا وأخًا من أبوين ، فأقرّت الأم بأخ من أم ، أو من أبوين فله السدس ، وهو نصف مافي يدها . وإن أقرّت بأخ من أب ، فصدّقها الأخ من الأبوين ، فله السدس ، وهو نصف ما في يدها ، ولا شيء المقرّ له ، وإن لم يصدّقها فقد أقرّت له بما لا يدّعيه ، فيحتمل أن يُقَرّ في يدها ، ولا يصحّ إقرارها ، ويحتمل أن يصطلحا عليه ، لأنه لا يخرج عنهما ، وقد أشكل أمره ، ويحتمل أن يكون لبيت المال ، لأنه مال لم يثبت له مستحقّ ، ولا يدّعيه أحد ، فان أقرّ الأخ بأخ له من أبوين ، فله ثلاثة

أثمان ما فى يده ، لأن مسألة الإقرار من اثنى عشر ، له منها خمسة ، وفى يده ثمانية ، فالفاضل فى يده ثلاثة .

٤٨٧٢ (فصـــل)

إذا خلّف ابنين ، فأقرّ الأكبر بأخوين ، فصدّقه الأصغر فى أحدهما ، ثبت نسب المتفق عليه ، فصاروا ثلاثة ، ومسألة الإقرار إذاً من ثلاثة ، ومسألة الإنكار من أربعة ، فتضرب مسألة الاقرار ، فى مسألة الإنكار ، تكن اثنى عشر، للأصغر سهم من مسألة الإنكار فى مسألة الإقرار ، أربعة ، وللأكبر فى مسألة الإنكار ، ثلاثة ، والمتفق عليه إن أقرّ بصاحبه مثل سهم الأكبر وإن أنكر مثل سهم الأصغر . وذكر أبو الخطّاب أن المتفق عليه إن صدّق بصاحبه لم يأخذ من المنكر إلا ربع ما فى يده ، لأنه لا يدّعى أكثر منه ، ويأخذ هو والمختلف فيه من الأكبر نصف ما بيده ، فتصح من ثمانية ، للمنكر ثلاثة أثمان ، والمقرّ سهمان ، والمتفق عليه سهمان ، وللآخر سهم .

وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك ، والشافعىّ رضى الله عنه ، وفى هذا نظر ، لأن المنكر يقرّ أنه لا يستحقّ إلا الثلث ، وقد حضر من يدّعى الزيادة ، فوجب دفعها إليه ، ونظير هذا ما لو ادّعى إنسان داراً فى يد رجل ، فأقرّ بها لغيره ، فقال المقرّ له : إنّما هى لهذا المدّعى ، فإنها تدفع إليه .

وقد ردّ الخبرىّ على ابن اللبان هذا القول ، وقال : على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان ، وهو لا يدّعى إلا الثلث ، وقد حضر من يدعى هذه الزيادة ، ولا مُنازع له فيها ، فيجب دفعها إليه . قال : والصحيح أن يَضمّ المتفَق عليه السدسَ الذى يأخذه من المقرّ به ، فيضمّه إلى النصف الذى بيد المقرّ بهما ، فيقسمانه أثلاثاً ، وتصحّ من تسعة : للمنكر ثلاثة ، ولكلّ واحد من الآخرين سهمان . وهذا قول أبى يوسف ، إذا تصادقا ، ولا يستقيم هـــذا على قول من لم يلزم المقرّ أكثرَ من الفضل عن ميراثه ، لأن المقرّ بهما ، والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ، ولم يحصُل له على هذا القول إلا التُّسعان ، وقيل : يدفع الأكبر إليهما نصف ما فى يده ، ويأخذ المتفَق عليهِ من الأصغر ثلث ما فى يده ، فيحصُل للأصغر الثلث ، وللأكبر الربع ، والمتفق عليه السدس ، والثمن ، والمختلَف فيه الثمن ، وتصحّ من أربعة وعشرين ، للأصغر ثمانية ، وللمتفق عليه سبعة ، وللأكبر ستة ، والمختلَف فيه ثلاثة ، وفيها أقوال كثيرة سوى هذا .

٤٨٧٣ (فصـــــل)

إذا خلّف ابنا ، فأقرّ بأخوين دفعةً واحدةً ، فتصادقا ، ثبت نسبُهما ، وإن تجاحدا فكذلك فى أحد الوجهين ، لأن نسبهما ثبت بإقرار من هو كلّ الورثة قبلهما ، وفى الآخر لا يثبت ، لأن الإقرار بكلّ واحد منهما لم يصدر من كلّ الورثة ، ويدفع إلى كلّ واحد منهما ثلث ما فى يده ، وإن صدّق أحدهما

بصاحبه ، وجحده الآخر ، ثبت نسب المتفق عليه . وفى الآخر وجهان ، ويدفع إلى كلّ واحد منهما ثلثَ ما بقى فى يده .

٤٨٧٤ (فصـــــل)

ولو خلّف ثلاثة بنين ، فأقرّ أحدهم بأخ ، وأخت ، فصدّقه أحد أخويه فى الأخ ، والآخر فى الأخت ، لم يثبت نسبهما ، ويدفع المقِرّ بهما إليهما ثلث ما فى يده ، ويدفع المقرّ بالأخ إليه ربع ما فى يده ، ويدفع المقرّ بالأخت إليهما سبع ما فى يده ، فأصل المسألة ثلاثة أسهم : سهم المقرّ يقسم بينه وبينهما على تسعة ، فله ستة ، ولهما ثلاثة ، وسهم المقرّ بالأخ بينهما على أربعة ، له ثلاثة ، ولأخيه سهم ، وسهم المقرّ بالأخت بينه وبينهما على ستة ، له خمسة ، ولها سهم ، وكلّها متباينة ، فاضرب أربعةً فى سبعة ، فى تسعةٍ ، فى أصل المسألة ، تكن سبعمائة ، وستة وخمسين ، للمقرّ بهما ستة ، فى أربعة ، فى سبعة ، مائة وثمانية وستون ، وللمقرّ بالأخت ستة ، فى أربعة ، فى تسعة ، مائتان وستة عشر ، وللمقرّ بالأخ ثلاثة ، فى سبعة ، فى تسعة ، مائة وتسعة وثمانون ، وللأخ المقرّ به سهمان ، فى أربعة ، فى سبعة ، ستة وخمسون ، وسهم فى ستة ، فى تسعة ، ثلاثة وستون ، فيجتمع له مائة وتسعة عشر ، وللأخت سهم فى أربعة ، فى سبعة ، ثمانية وعشرون ، وسهم فى أربعة ، فى تسعة ، ستة وثلاثون ، يجتمع لها أربعة ، وستون ، ولا فرق بين تصادقهما ، وتجاحدهما ، لأنه لافضل فى يد أحدهما عن ميراثه ، ولو كان فى هذه المسألة ابن رابع لم يصدّقه فى واحد منهما كان أصلُ المسألة من أسهم ، على أحد عشر ، وسهم على تسعة ، وسهم على خمسة ، وسهم ينفرد به الجاحد فتصحّ المسألة من ألف وتسعمائة وثمانين سهماً ، وطريق العمل فيها كالتى قبلها .

٤٨٧٥ (فصـــــل)

إذا خلّف بنتاً ، وأختاً ، فأقرّتا لصغيرة ، فقالت البنت : هى أخت ، وقالت الأخت : هى بنت ، فلها ثلث ما فى يد الأخت لاغيرُ ، وهـذا قول ابن أبى ليلى ، ولمحمّد ابن الحسن ، واللؤلؤىّ ، ويحيى بن آدم تخبيطٌ كثير ، يطولُ ذكره ، وإن خلّف امرأةً وبنتاً ، وأختاً ، فأقررنَ بصغيرة ، فقالت المرأة : هى امرأة ، وقالت البنت : هى بنت ، وقالت الأخت : هى أخت ، فقال الخبرىّ : تُعطى ثلثَ المـال ، لأنه أكثرُ ما يمكن أن يكون لها ، ويُؤخذ من المقرّات على حسب إقرارهنّ ، وقد أقرّت لها البنت بأربعة أسهم ، من أربعة وعشرين ، وأقرّت لها الأخت بأربعة ونصف ، وأقرّت المرأة بسهم ونصف ، وذلك عشرة أسهم ، منها ثمانية ، وهى أربعة أخماسها ، نخذ لها من كل واحدةٍ أربعةَ أخماس ما أقرّت لها به ، واضرب المسألة فى خمسة ، تكن مائةً وعشرين ، ومنها تصحّ ، فإذا بلغت الصغيرة ، فصدّقت إحداهنّ أخذت منها تمام ما أقرّت لها به ، وردّت على الباقيتين ما أخذته ، ممّا لا تستحقّه ، وهذا قول أبى حنيفة ،

وقال ابن أبى ليلى : يُؤخذ لها من كلّ واحدة ما أقرّت لها به ، وإذا بلغت ، فصدّقت إحداهنّ أمسكت ما أُخِذ لها منها ، وردّت على الباقِيتَيْن الفضلَ الذى لا تستحقه عليها ، وهذا القول أصوبُ إن شاء الله تعالى ، لأن فيه احتياطاً على حقّها .

ثلاثة إخوة لأب ، ادّعت امرأة أنها أخت الميّت لأبيه ، وأمّه ، فصدّقها الأكبر ، وقال الأوسط : هى أخت لأمّ ، وقال الأصغر : هى أخت لأب ، فإنّ الأكبر يدفع إليها نصف مافى يده ، ويدفع إليها الأوسط سدس مافى يده ، ويدفع إليها الأصغر سُبع مافى يده ، وتصحّ من مائة وستة وعشرين ، لأن أصل مسألتهم ثلاثة ، فمسألة الأكبر من اثنين ، والثانى من ستة ، والثالث من سبعة ، والاثنان تدخل فى الستة ، فتضرب ستة فى سبعة ، تكن اثنين وأربعين ، فهذا مافى يد كلّ واحد منهم ، فتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ، ومن الأوسط سدسه سبعةً ، ومن الأصغر سُبعه ستةً ، صار لها أربعة، وثلاثون ، وهذا قياس قول ابن أبى ليلى ، وفى قول أبى حنيفة : تأخذ سبع مافى يد الأصغر ، فيُضَمّ نصفُه إلى ما بيد أحدهما ، ونصفه إلى مابيد الآخر ، ويقاسم الأوسط على ثلاثة عشر ، له عشرة، ولها ثلاثة ، فيضَمّ الثلاثة إلى ما بيد الأكبر ، ويقاسمه ما بيده ، على أربعة ، لها ثلاثة ، وله سهم ، فاجعل فى يد الأصغر أربعةَ عشرَ ، ليكون لسُبعه نصف صحيح ، واضربها فى ثلاثة عشر ، تكن مائةً واثنين ، وثمانين ، فهذا مابيد كلّ واحد منهم ، تأخذ من الأصغر سُبعه ، وهو ستة وعشرون ، تضمّ إلى مابيد كلّ واحد من إخوته ، ثلاثة عشر ، فيصير معهم مائة وخمسة وتسعون ، وتأخذ من الأوسط منها ثلاثة ، من ثلاثة عشر ، وهى خمسة وأربعون ، تضمّها إلى مابيد الأكبر ، يصير معه مائتان وأربعون ، فتأخذ ثلاثه أرباعها ، وهى مائة وثمانون ، ويبقى له ستون ، ويبقى للأوسط مائة وخمسون ، وللأصغر مائة وستة وخمسون ، وترجع بالاختصار إلى سدسها ، وهو أحد وتسعون .

٤٨٧٦ (فصـــل)

وإذا خلّف ابنا ، فأقرّ بأخ ، ثم جحده ، لم يقبل جحده ، ولزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده . فإن أقرّ بعد جحده بآخر احتمل أن لا يلزمه له شىء ، لأنه لا فضل فى يده عن ميراثه ، وهذا قول ابن أبى ليلى، فإن كان لم يدفع إلى الأول شيئاً لزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده ، ولا يلزمه للآخر شىء . ويحتمل أن يلزمه دفع النصف الباقى كلّه إلى الثانى ، لأنه فوته عليه . وهذا قول زفر ، وبعض البصريين ، ويحتمل أن يلزمه ثلث ما فى يده للثانى ، لأنه الفضل الذى فى يده ، على تقدير كونهم ثلاثة ، فيصير كما لو أقرّ من غير جحد الأول ، وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعىّ ، رضى الله عنه . وقال أهل العراق : إن كان دفع إلى الأول بقضاء دفع إلى الثانى نصف ما بقى فى يده ، وإن كان دفعه بغير قضاء دفع إلى الثانى ثلث جميع المال ،

وإن خلّف ابنين ، فأقرّ أحدهما بأخ ، ثم جحده ، ثم أقرّ بآخر ، لم يلزمه للثانى شىء ، لأنه لافضل فى يده ، وعلى الاحتمال الثانى يدفع إليه نصف ما بقى فى يده ، وعلى الثالث يلزمه ربع ما بقى فى يده ، ولا يثبت نسب واحد منهما فى هذه الصورة ، ويثبت نسب المقَرّ به الأول فى المسألة الأولى ، دون الثانى .

٤٨٧٧ (فصـــل)

إذا مات رجل ، وخلّف ابنين ، فمات أحدهما ، وترك بنتاً ، فأقرّ الباقى بأخ له من أبيه ، ففى يده ثلاثة أرباع المال ، وهو يزعم أن له ربعاً ، وسدساً ، فيفضُل فى يده ثلث ، يردّه على المقرّ به ، وإن أقرت به البنتُ وحدها ، ففى يدها الربع ، وهى تزعم أن لها السدس ، يفضُل فى يدها نصف السدس ، تدفعه إلى المقرّ له ، وهـذا قول ابن ليلى ، وقال أبو حنيفة : إن أقرّ الأخ دفع إليه نصف ما فى يده ، وإن أقرّت البنت دفعت إليه خمسة أسباع ما فى يدها ، لأنها تزعم أن له ربعاً ، وسدساً ، وهو خمسة من اثنى عشر ، ولها السدس ، وهو سهمان ، فيصير الجميع سبعةً ، لها منهما سهمان وله خمسة .

بنتان ، وعمّ ماتت إحداهما ، وخلّفت ابناً ، وبنتاً ، فأقرّت البنتُ بخالةٍ ففريضة الإنـكار من تسعة ، وفريضة الإقرار من سبعة وعشرين ، ولها منها سهمان ، وفى يدها ثلاثة ، فتدفع إليها سهماً ، وإن أقرّ بها الابن دفع إليها سهمين ، وإن أقرّت بها البنت البـاقية دفعت إليها التُّسع ، وإن أقرّ بها العمّ لم يدفع إليها شيئاً ، وإن أقرّ الابن بخال له ، فمسألة الإقرار من اثنى عشر ، له منها سهمان ، وهما السدس ، يفضُل فى يده نصف تسع ، وإن أقرّت به أخته دفعت إليه رُبع تُسع ، فإن أقرّت به البنت الباقية فلها الربع ، وفى يدها الثلث ، فتدفع إليه نصف السدس ، وإن أقرّ به العمّ دفع إليه جميع ما فى يده .

ابنان : مات أحدهما عن بنت ، ثم أقرّ الباقى منهما بأمّ لأبيه ، ففريضة الإنـكار من أربعة ، المقرّ منها ثلاثة أرباعها ، وفريضة الإقرار من اثنين وسبعين ، للمقرّ منها أربعون ، يفضُل فى يده أربعةَ عشرَ سهماً ، يدفعها إلى المرأة التى أقرّ لها ، وترجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين ، المقرّ منها عشرون ، وللبنت تسعة ، والمقرّ لها سبعة ، ومذهبُ أبى حنيفة تعمل كذلك ، إلا أنه يجمع سهام الأمّ ، وهى سبعة عشر ، إلى سهام المقرّ ، وهى أربعون ، فتقسِم عليها ثلاثة أرباع المال ، فما أصاب كلّ واحد فهو له ، فتضرب سبعةً وخمسين فى أربعة ، تـكن مائتين وثمانية وعشرين ، فللبنت سهم فى سبعة وخمسين ، وللمقرّ أربعون فى ثلاثة ، تـكن مائة وعشرين ، وللأمّ سبعة عشر فى ثلاثة : أحدٌ وخمسون ، وإن أقرّت بها البنت فلها من فريضة الإقرار خمسة عشر سهماً ، وفى يدها الربع ، وهو ثمانية عشر ، يفضُـل فى يدها ثلاثة ، تدفعها إلى المقرّ لهـا . وإن أقرّ الابن بزوجةٍ لأبيه ، وهى أمُّ الميّت الثانى ، فمسألة الإقرار من ستة وتسعين ، لها منها ستة وخمسون ، وفى يده ثلاثة أرباع ، يفضُـل معه ستة عشر سهماً يدفعها إلى المقرّ لها ، ويكون له ستة وخمسون ، ولهـا

ستة عشر ، وللبنت أربعة وعشرون ، وترجع بالاختصار إلى اثنى عشر ، لأن سهامهم كلّها تتفق بالأثمان ، فيكون للمقرّ سبعة ، وللمقر لها سهمان ، وللبنت ثلاثة ، وفى قول أبى حنيفة : تضمُّ سهام المقرّ لها ، وهى تسعة عشر، إلى سهام المقرّ ، فتكون خمسةً وسبعين ، وتُقسم عليها ثلاثة الأرباع ، وهما يتفقان بالأثلاث ، فترجع السهام إلى ثلثها ، خمسة وعشرون ، تضربها فى أربعة تكن مائة : للبنت سهم فى خمسة وعشرين ، وللمرأة تسعة عشر فى سهم ، وللمقرّ ستة وخمسون ، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له .

أبوان ، وابنتان ، اقتسموا التركة ، ثم أقرّوا ببنت للميّت ، فقالت : قد استوفيتُ نصيبى من تركة أبى ، فالفريضة فى الاقرار من ثمانية عشر ، للأبوين ستة ، ولكلّ بنت أربعة ، فأسقِطْ منها نصيب البنت المقرّ بها ، يبقى أربعة عشر ، للأبوين منها ستة ، وإنما أخذا ثلث الأربعة عشر ، وذلك أربعة أسهم وثلثا سهم ، فيبقى لهما فى يد البنتين ، سهم وثلث ، يأخذانها منهما ، فاضرب ثلاثة فى أربعة عشر ، تكن اثنين وأربعين ، فقد أخذ الأبوان أربعة عشر ، وهما يستحقان ثمانية عشر ، يبقى لهما أربعة ، يأخذانها منهما ، ويبقى للابنتين أربعة وعشرون وإن قالت : قد استوفيت نصف نصيبى ، فأسقطْ سهمين من ثمانية عشر ، يبقى ستة عشر ، قد أخذا ثلثها ، خمسةً وثلثاً ، ويبقى لهما ثلثا سهم ، فإذا ضربتها فى ثلاثة كانت ثمانية وأربعين ، قد أخذا منها ستة عشر ، يبقى لهما سهمان .

٤٨٧٨ (فصـــــل)

إذا أقرّ بعض الورثة ممّن أُعيلَتْ له المسألة بمن يعصّبه ، فيذهب العولُ مثل مسألة فيها زوج ، وأختان ، اقرّت إحداهما بأخ لها ، فاضرب مسألة الإقرار وهى ثمانية ، فى مسألة الإنكار وهى سبعة ، تكن ستة وخمسين ، للمنكرة سهمان فى مسألة الاقرار ، ستة عشر ، والمقرة سهم فى مسألة الإنكار ، سبعة ، يفضُل فى يدها تسعة أسهم ، فيُسأل الزوج ، فإن أنكر أُعْطِىَ ثلاثةً فى ثمانية ، أربعة وعشرون ، ودفعت المقرّة إلى المقَرّ له ما فضل فى يدها كلّه ، وإن أقرّ الزوج به فهو يدّعى أربعةً ، والأخ يدّعى أربعة عشر فتجمعها تكن ثمانية عشر ، وتقسم عليها التسعة ، فتدفع إلى الزوج سهمين ، وإلى الأخ سبعةً ، فإن أقرّت الأختان به ، وأنكر الزوج دفع إلى كلّ أخت سبعةً ، وإلى الأخ أربعة عشر ، ويبقى أربعة ، يقرّان بها للزوج ، وهو ينكرها ، ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن تُقرّ فى يد من هى فى يده ، لأن اقراره بطل ، لعدم تصديق المقرّ له .

والثانى : يصطلح عليها الزوج ، والأختان ، له نصفها ، ولهما نصفها ، لأنها لا تخرج عنهم ، ولا شىء فيها للأخ، لأنه لا يحتمل أن يكون له فيها شىء بحال .

الثالث : يؤخذ إلى بيت المال ، لأنه مال لم يثبت له مالك ، ومذهب أبي حنيفة رضى الله عنه فى الصورة الأولى : إن أنكر الزوج أخذت المقرّة سهمها من سبعة ، فنقسمها بينها وبين أختها على ثلاثة ، فتضرب ثلاثة فى سبعة ، تكن أحداً وعشرين ، لها منها ستة ، لها سهمان ، ولأختها أربعة ، وإن أقر الزوج ضمّ سهامه إلى سهميهما ، تكن خمسة ، واقتسماها بينهم على سبعة ، للزوج أربعة، وللأخ سهمان ، وللأخت سهم ، ثم نضرب سبعةً فى سبعة ، تكن تسعةً وأربعين ، ومنها تصحّ : المنكرة سهمان فى سبعة ، وأربعة عشر ، وللزوج أربعة فى خمسة ، وللأخ سهمان فى خمسة ، وللمقرة سهم فى خمسة ، فإن خلّفت أمًّا ، وزوجاً ، وأختاً من أب ، فأقرّت الأخت بأخ لها ، فمسألة الإنكار من ثمانية ، ومسألة الإقرار من ثمانية عشر ، ويتفقان بالأنصاف ، فاضرب نصف إحداهما فى الأخرى ، تكن اثنين وسبعين ، للأمّ ثمانية عشر ، وفى يد المقرّ سبعة وعشرون ، ولها من مسألة الإقرار ثمانية ، يفضُل فى يدها تسعة عشر ، فيسأل الزوج ، فإن أنكر أخذ الأخ ستة عشر ، وبقيت ثلاثة أسهم ، فيها الأوجه الثلاثة ، وإن أقر فهو يدّعى تسعة ، لأنه يدّعى تمام النصف ، والأخ يدّعى ستة عشر ، فتضمّ التسعة إلى الستة عشر ، تكن خمسةً وعشرين ، والتسعة عشر لاتوافقها ، فتضرب خمسة وعشرين فى اثنين وسبعين ، تكن ألفاً وثمانمائة ، ثم كلّ من له شىء من اثنين وسبعين مضروب فى خمسة وعشرين ، ومن له شىء من خمسة وعشرين مضروب فى تسعة عشر .

وسئل المغيرة الضبيّ عن هذه المسألة فأجاب بهذا ، وذكر أنه قول النخَعِيّ ، قال يحيى بن آدم : وهى فى قول حمّاد ، وأبى حنيفة من عشرين سهماً ، يعنى للأمّ ربعها خمسة والباقى بين الزوج والأخ والأخت على قدر سهامهم من فريضة الإقرار ، للزوج تسعة ، وللأخ أربعة ، وللأخت سهمان ، وإن صدّقتها الأمّ وحدها دون الزوج أعطيت الأمّ السدس ، والأخ والأخت الثلث بينهما على ثلاثة ، وللزوج ثلاثة أثمان ، ويبقى الثمن فيه الأوجه الثلاثة :

٤٨٨١ (فصـــل)

وإن أقرّ وارث بمن لا يرث ، ويسقط به ميراثه ، كأخت من أب أقرت بأخ لها ، فى مسألة فيها زوج، وأخت من أبوين ، أو أقرت بأخ من أبوين سقط ميراثها ، ويقسّم المال بين الزوج والأخت نصفين ، إن صدّقاها فى الصورة الأولى ، وفى الثانية للزوج النصف ، والباقى بين الأخ والأخت ، على ثلاثة . وإن كذّباها فالمقرّ به هو السبع ، ففيه الأوجه الثلاثة فى الصورة الأولى ، ويدفع إلى الأبوين فى الصورة الثانية ، وإن خلّفت زوجاً ، وأماً ، وأختين لأمّ ، وأختين لأب ، فأقرّت إحداهما بأخ لها سقط ميراثها ، ولا شىء للأخ ، وللأخرى خُمس المال ، والباقى بين سائر الورثة على ستة ، إن أقرّوا ، فاضرب ستة فى خمسة ، تكن ثلاثين ، وإن أنكرت الأمّ فلها العشر أيضاً ، والباقى بين الزوج والأختين من الأمّ على

خمسة ، وإن أنكرته الأختان من الأم فلهما الخمس أيضاً ، والباقي كلّه للزوج ، وتصحّ من عشرة ، وإن أنكره الزوج فله خُمس ، وعُشر ، فيبقى خُمس المال ، لا يدّعيه أحد يقرّون به الأخت المقرّة ، وهي تقرّ به لهم ، ففيه الأوجه الثلاثة ، إلاّ أننا إذا قلنا : يقسّم بينهم فلاشيء فيه للأخت المنكرة ولا للا للمقرّ به بحال ، لأنه لا يحتمل أن يكون لها شيء بحال .

٤٨٨٠ (فصـــــل)

امرأة ، وعمّ ووصى لرجل بثلث ماله ، فأقرّت المرأة ، والعمّ : أنه أخو الميّت ، وصدّقهما ، ثبت ، نسبه ، وأخذ ميراثه ، وإن أقرت به المرأة وحدها فلم يصدّقها المقرّ به لم يؤثّر إقرارها شيئاً ، وإن صدّقها الأخ وحده فللمرأة الربع بكماله إلا أن يجيز الوصيّة ، وللعمّ النصف ، ويبقى الربع يدفع إلى الوصيّ ، وإن صدّقها العمّ ، ولم يصدّقها الوصيُّ فله الثلث ، وللمرأة الربع ، والباقي يقرُّ به العمُّ لمن لا يدّعيه ، ففيه الأوجه الثلاثة ، وإن أقرّ به العمّ وحده ، فصدّقه الموصَى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع المال ، وللمرأة السدس ، ويبقى نصف السدس ، فيحتمل أن يكون لها ، لأن الموصَى له يعترف ببطلان الوصيّة ، أو وقوفها على إجازة المرأة ، ولم تُجزها ، ويحتمل أن يكون فيه الأوجه الثلاثة ، وإن لم يصدّقه أخذ الثلث بالوصيّة ، والمرأة السدس بالميراث ، ويبقى النصف فيه الأوجه الثلاثة .

٤٨٨١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ والقاتل لا يرث المقتول ، عمداً كان القتل أو خطأ ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً ، إلا ما حُكي عن سعيد بن المسيّب ، وابن جُبَير : أنّهما ورّثاه ، وهو رأى الخوارج ، لأن آية الميراث تتناوله بعمومها ، فيجب العمل بها فيه ، ولا تعويل على هذا القول لشذوذه ، وقيام الدليل على خلافه . فإن عمر رضى الله عنه ، أعْطَى دِيَةَ ابْنِ قَتَادَةَ المَذْحِجِيِّ لأخيهِ دُون أبيه ، وكان حَذَفَهُ بِسَيْفِه فَقَتَلَهُ . واشتهرتْ هذه القصّة بين الصحابة رضى الله عنهم ، فلم تُنكَرَ فكانت إجماعاً ، وقال عمر : سمعتُ رسُولَ الله صلّى الله عليه وسلّم يقول : « لَيْسَ لِلقَاتِلِ شيْءٌ » رواه مالك فى مُوطَّئه ، والإمام أحمد بإسناده ، وروى عمرو بن شُعَيْب عن أبيه ، عن جدّه ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم نحوه . رواه ابن اللبان ، بإسناده ، ورواهما ابن عبد البرّ فى كتابه .

وروى ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فإنّهُ لا يَرِثُهُ ، وَإنْ لَمْ يكُنْ لهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ ، وإنْ كانَ وَالِدَهُ أوْ وَلَدَهُ ، فلَيْسَ لِقَاتِلٍ مِيرَاثٌ » رواه

الإمام أحمد بإسناده ، ولأنّ توريث القاتل يُفضى إلى تكثير القتل ، لأن الوارث ربّما استعجل موت موروثه ، ليأخذ ماله ، كما فعل الاسرائيليّ الذى قتل عمّه ، فأنزل الله تعالى فيه قصّة البقرة ، وقيل: ماوَرِث قاتلٌ بعد عاميل ، وهو اسم القتيل ، فأما القاتل خطأ ، فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضاً ، نصّ عليه أحمد ، ويُروى ذلك عن عمر ، وعليّ ، وزيد ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عباس ، وروى نحوه عن أبى بكر رضى الله عنهم ، وبه قال شُرَيح ، وعُرْوة ، وطاوس، وجابر بن زيد ، والنخَعِيّ ، والشعبيّ ، والثوريّ ، وشَريك ، والحسن بن صالح ، ووكيع ، والشافعيّ ، ويحيى بن آدم ، وأصحاب الرأى ، وورّثه قوم من المال دون الدّية ، ورُوى ذلك عن سعيد بن المسيّب ، وعمرو بن شُعَيب ، وعطاء ، والحسن ، ومجاهد ، والزهريّ ، ومكحول ، والأوزاعىّ ، وابن أبى ذئب ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وداود ، ورُوِى نحوهُ عن علىّ ، لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنّة ، تخصّص قاتل العمد بالإجماع ، فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه .

ولنا : الأحاديث المذكورة ، ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها ، كقاتل العمد ، والمخالف فى الدين ، والعمومات مخصّصة بما ذكرناه .

٤٨٨٢ (فصــــل)

والقتل المانع من الإرث هو القتل بغير حقّ ، وهو المضمون بقَوَد ، أو دِيَةٍ ، أو كفّارةٍ ، كالعمد ، وشِبْه العمد ، والخطأ ، وما جرى مجرى الخطأ ، كالقتل بالسبب ، وقتل الصبىّ ، والمجنون ، والنائم ، وما ليس بمضمون بشىء ممّا ذكرنا لم يمنع الميراث ، كالقتل قصاصاً ، أو حدّا ، أو دَفعاً عن نفسه ، وقتل العادل الباغىَ ، أو مَنْ قَصَدَ مَصْلَحةَ مَوْلِيّه بماَلَهُ فِعْلُه : من سَقْىِ دَواءٍ ، أو بَطِّ[1] خُرَاجٍ ، فمات ، ومن أمره إنسان عاقل كبير ببَطِّ خُرّاجِهِ ، أو قطع سَلْعةٍ[2] منه ، فتلف بذلك ، وَرِثَهُ فى ظاهر المذهب .

قال أحمد : إذا قتل العادلُ الباغِيَ فى الحرب يَرِثهُ ، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد ، فى أربعةٍ شهدوا على أختهم بالزنا ، فرُجِمَتْ ، فرَجَمُوا مع الناس : يَرِثُونَها ، هم غيرُ قَتَلَةٍ ، وعن أحمد رواية أخرى تدلّ على أن القتل يمنع الميراث بكلّ حالٍ ، فإنّه قال فى رواية ابنَيْهِ صالح ، وعبد الله : لا يرثُ العادلُ

---

(١) بط الخراج : شقه وفتحه حتى يخرج منه القيح فيصح الجسم ، فهو علاج وليس قتلا .

(٢) السلعة : شيء كالغدة فى الجسد ، أو لحمة زائدة تتحرك إذا حركت وتكون فى حجم الحمصة أو أكبر منها إلى حجم البطيخة وتنطق بفتح السين وكسرها مع سكون العين وبفتح السين والعين وبكسر السين وفتح اللام .

الباغىَ، ولا يرث الباغى العادلَ، وهذا يدلّ على أن القتل يمنع الميراث بكلّ حال، وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ، أخذاً بظاهر لفظ الحديث، ولأنه قاتلٌ، فأشبه الصبىّ، والمجنون.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: كلّ قتل لا مأثَمَ فيه لا يَمنعُ الميراث، كقَتل الصبىّ، والمجنون، والنائم، والساقط على إنسان من غير اختيار منه، وسائق الدابة، وقائدها، وراكبها، إذا قتلت بيدها، أو فيها، فإنه يرثُهُ، لأنه قتلٌ غيرُ متّهم فيه، ولا مأثَمَ فيه. فأشبه القتلَ فى الحد.

ولنا: على أبى حنيفة وأصحابه عمومُ الأخبار، خصّصنا منها القتلَ الذى لا يُضمن، ففيما عداه، يبقى على مقتضاها، ولأنه قتلٌ مضمون، فيمنع الميراث، كالخطأ.

ولنا على الشافعىّ: أنه فعل مأذون فيه، فلم يمنع الميراث، كما لو أطعمه، أو سقاه باختياره، فأفضى إلى تلفه، ولأنه حرّم الميراث فى محلّ الوفاق، كيلا يُفضىَ إلى إيجاد القتل المحرّم، وزجراً عن إعدام النفس المعصومة، وفى مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة، واستيفاء الحقوق المشروعة، ولا يُفضى إلى إيجاد قتل محرّم، فهو ضدُّ ما ثبت فى الأصل، ولا يصحّ القياس على قتل الصبىّ، والمجنون لأنه قتل محرّم وتفويت نفس معصومة، والتوريث يُفضى إليه، بخلاف مسألتنا.

إذا ثبت هذا: فالمشارك فى القتل فى الميراث كالمنفرد به، لأنه يلزمه من الضمان بحسبه، فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلماً فقُتل لم يرثه، وإن شهد بحقّ ورِثَهُ، لأنه غيرُ مضمون.

٤٨٨٣ (فصل)

أربعة إخوة، قتل أكبرُهم الثانىَ، ثم قتل الثالثُ الأصغرَ سقط القِصاصُ عن الأكبر، لأن ميراث الثانى صار للثالث، والأصغرِ، نصفين، فلمّا قتل الثالث الأصغر لم يرثه، وورِثَهُ الأكبر، فرجع إليه نصف دم نفسه، وميراثُ الأصغر جميعُه، فسقط عنه القصاص، لميراثه بعض دم نفسه، وله القصاصُ على الأصغر، ويرثه فى ظاهر المذهب، فإن اقتصّ منه وَرِثهُ، ويرثُ إخوته الثلاثة، ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويْهما، وهما زوجان، ثمّ قتل الآخرُ أباه الآخر سقط القِصاصُ عن القاتل الأول، ووجب على القاتل الثانى، لأن الأول لما قتل أباه ورث ماله، ودمه أخوه، وأمّه، فلما قتلَ الثانى أمّه ورِثَها قاتلُ الأب، فصار له من دم نفسه ثُمنه، فسقط القِصَاصُ عنه لذلك، وله القصاص على الآخر، فإن قتله وَرِثهُ فى ظاهر المذهب، وإن جَرحَ أحدُهما أباه، والآخرُ أمّه، وماتا فى حال واحدة، ولا وارث لهما سواهما، فلِكلّ واحد منهما مالُ الذى لم يقتله، ولِكلّ واحد منهما القصاصُ على صاحبه، وكذلك لو قتل كلّ واحد منهما أحد الأبوين، ولم يكونا زوجين، فلِكلّ واحد منهما القصاصُ على أخيه، إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء. إلاّ بإبطال حقّ الآخر. فيسقطان، وإن عفا أحدهما عن الآخر فللآخر قتلُ العافى، ويرثهُ

فى الظاهر ، وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاصُ عنه ، وورثه فى الظاهر عنه ، ويحتمل ألا يرثه ، ويجب القصاصُ عليه بقتله ، لأن القصاصين لمّا تساويا ، وتعذر الجمع بين استيفائهما سقطا ، فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفى منهما معتدياً باستيفائه ، فلا يرث أخاه ، ويجب القصاصُ عليه بقتله . وإن أشكل كيفية موتِ الأبوين ، وادّعى كلٌّ واحد منهما أن قتيله أوّلهما موتاً خرّج فى توريثهما ما ذكرناه فى الغَرْقَى : من توريث كلّ واحد من الميّتين من الآخر ، ثم يرث كلّ واحد منهما بعض دم نفسه ، فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كالتى قبلها ، ويحتمل أن يسقط القصاص بكلّ حال ، للشبهة ، وأن يكون لكلّ واحد دِيَةُ الآخر ، ومالهُ .

٤٨٨٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يرث مسلم كافراً ، ولا كافر مسلماً ، إلا أن يكون مُعتقاً فيأخذ ماله بالولاء ﴾

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم ، وقال جمهور الصحابة ، والفقهاء : لا يرث المسلم الكافر ، يُروى هذا عن أبى بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعليّ وأسامة بن زيد ، وجابر بن عبد الله ، رضى الله عنهم . وبه قال عمرو بن عثمان ، وعُروة ، والزهريّ ، وعطاء وطاوس ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وعمرو بن دينار والثوريّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ومالك ، والشافعيّ ، وعامة الفقهاء ، وعليه العمل .

وروى عن عمر ، ومعاذ ، ومعاوية رضى الله عنهم : أنّهم ورّثوا المسلم من الكافر ، ولم يورثوا الكافر من المسلم . وحُكى ذلك عن محمد بن الحنفية ، وعليّ بن الحسين وسعيد بن المسيّب ، ومسروق وعبد الله بن مَعقل ، والشعبيّ ، والنخَعيّ ، ويحيى بن يَعْمُر ، وإسحاق ، وليس بموثوق به عنهم . فإن أحمد قال : ليس بين الناس اختلاف فى أن المسلم لا يرث الكافر . ورُوى أن يحيى بن يَعْمر احتجّ لقوله فقال : حدّثنى أبو الأسود : أنّ مُعاذاً حدّثه : أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم قال «الإِسْلاَمُ يزيدُ وَلا يَنْقُصُ» ولأننّا ننكح نساءهم ، ولا ينكحون نساءنا ، فكذلك نَرِثُهم ولا يرثوننا .

ولنا ما رَوى أُسامة بن زَيْدٍ عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم أنه قال «لاَ يَرِثُ الكافِرُ المُسْلِمَ ، ولا المُسْلِمُ الْكَافِرَ» متفق عليه . ورَوى أبو داود بإسناده ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه عبد الله بن عمرو ، قال : قال رَسُولُ اللهِ صلّي الله عليه وسلم «لاَ يَتَوَارثُ أَهْلُ مِلّتَيْنِ شَتَّى[1]» ولأنّ الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه ، كما لا يرث الكافر المسلم . فأما حديثهم ، فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد ، لأهل الإسلام ، ولا ينقص بمن يرتدّ ، لقلّة من يرتدّ ، وكثرة من يُسلم ، وعلى أن حديثهم مُجمل ، وحديثنا مفسَّر ، وحديثهم لم يُتَّفق على صحّته ، وحديثنا متفق عليه ، فتعيّن تقديمه . والصحيح عن عمر أنه قال «لاَ نَرِثُ أَهْلَ المِلَلِ ، وَلاَ يَرِثُونَنَا» وقال فى عمّة الأشعث :

(١) شتى : مختلفتين .

« يَرِثُها أَهْلُ دِينِها » فأمّا المعتق إذا خالف دينهُ دينَ مُعتقه فسنذكره فى باب الولاء ، إن شاء الله تعالى .

٤٨٨٥ (فصـــل)

فأما الكفّار فيتوارثون إذا كان دينهم واحداً ، لانعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، وقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الكَافِرَ » دليلٌ على أن بعضهم يرث بعضاً ، وقوله « لا يتوارث أهلُ مِلَّتَين شَتّى » دليل على أن أهل الملّة الواحدة يرثُ بعضُهم بعضاً ، وقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ دَارٍ ؟ » دليل على أنّ عقيلاً ورِثَ أبا طالب دون جعفر ، وعليّ ، لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل على دين أبيه ، مقيماً بمكّة ، فباع رباعه بمكّة ، فلذلك لما قيل للنبيّ صلى الله عليه وسلم « أينَ تَنزِلُ غداً ؟ قال : وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عَقِيلٌ مِنْ رِبَاعٍ ؟ » وقال عمر فى عمّة الأشعث بن قيس « يَرِثُها أَهْلُ دِينِها » فإن اختلفت أديانهم فاختُلف عن أحمد فرُوى عنه : أن الكفر كلّه مِلّة واحدة ، يرثُ بعضُهم بعضاً . رواه عنه حرب ، واختاره الخلاّل ، وبه قال حمّاد ، وابن شُبْرُمَة ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ ، وداود ، لأن توريث الآباء مذكور فى كتاب الله تعالى ذكراً عامًّا ، فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم ، ولأن قول الله تعالى (وَالّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) عامّ فى جميعهم.

وروى عن أحمد : أن الكفر مِلَلٌ مختلفة ، لا يرثُ بعضُهم بعضاً ، اختاره أبو بكر ، وهو قول كثير من أهل العلم ، لأن قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَينِ شَتّىً » ينفى توارثهما ، ويخصّ عموم الكتاب . ولم نسمع عن أحمد تصريحاً بذكر أقسام المِلَل . وقال القاضى أبو يعلى : الكفر ثلاثُ مِلل : اليهوديّة والنصرانيّة ، ودين منعداهم لأن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم . وهذا قول شُرَيح ، وعطاء ، وعمر بن عبدالعزيز ، والضحّاك ، والحكَم ، والثوريّ ، والليث ، وشَريك ، ومُغيرة ، والضبيّ ، وابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، ووكيع ، ورُوى ذلك عن مالك . ورُوى عن النخَعِيّ ، والثوريّ القولان معاً ، ويحتمل كلام أحمد رضى الله عنه أن يكون الكفر مِلَلاً كثيرةً ، فتكون المجوسيّة مِلّة ، وعبادة الأوثان ملّة أخرى ، وعبادة الشمس مِلّة ، فلا يرث بعضهم بعضاً ، رُوى ذلك عن على . وبه قال الزهريّ ، وربيعة ، وطائفة من أهل المدينة ، وأهل البصرة ، وإسحاق ، وهو أصحّ الأقوال ، إن شاء الله تعالى ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لاَ يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَينِ شَتّى » ولأنّ كلّ فريقين منهم لاموالاة بينهم ، ولا اتفاق فى دين ، فلم يرث بعضهم بعضاً ، كالمسلمين ، والكفّار والعمُومات فى التوريث مخصوصة ، فيخصّ منها محلّ النزاع بالخبر ، والقياس . ولأن مُخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب ، وأهل دار الإسلام ، مع اتفاقهم فى الملّة ، لانقطاع الموالاة ، فمع اختلاف الملّة أولى .

وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غيرُ صحيح ، فإنّ هذا وصف عدميّ ، لا يقتضى حكماً ، ولا جمعاً . ثم

لابدّ لهذا الضابط من دليل يدلّ على اعتباره ، ثم قد افترق حكمهم ، فإن المجوس يُقرّون بالجزية ، وغيرهم لايقرّ بها ، وهم مختلفون فى معبوداتهم ، ومعتقداتهم ، وآرائهم يستحلّ بعضهم دماء بعض ، ويكفر بعضهم بعضاً ، فكانوا مِلَلاً ، كاليهود ، والنصارى . وقد رُوى ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، فإنّ إسماعيل بن أبى خالد روى عن الشعبى ، عن على عليه السلام « أَنَّهُ جَعَلَ الْكُفْرَ مِلَلاً مُخْتَلِفَةً » ولم يُعرف له مخالف فى الصحابة ، فيكون إجماعاً .

٤٨٨٦ (فصل)

وقياس المذهب عندى أن الملّة الواحدة يتوارثون ، وإن اختلفت ديارهم ، لأن العمومات من النصوص تقتضى توريثهم ، ولم يرد بتخصيصهم نصّ ، ولا إجماع ، ولا يصحّ فيهم قياس ، فيجب العمل بعمومها . ومفهوم قوله عليه السلام : « لا يَتَوَارَثُ أَهلُ مِلَّتَيْنِ شتّى » أنّ أهل الملّة الواحدة يتوارثون . وضبطه بتوارث أهلِ ملّتين شتىّ أن أهل الملّة الواحدة يتوارثون ، وضبطه التوريث بالملّة ، والكفر ، والإسلام ، دليل على أن الاعتبار به ، دون غيره ، ولأن مقتضى التوريث موجود ، فيجب العمل به ، ما لم يقم دليل على تحقّق المانع . وقد نصّ أحمد فى رواية الأثرم فيمن دخل إلينا بأمان ، فقتل أنه يبعثُ بديته إلى ملكهم حتىّ يدفعها إلى الورثة .

وقد رُوى « أنّ عمرو بن أميّة كَانَ مَعَ أَهْلِ بِئْرِ مَعُونَةَ فسلّم وَرَجَعَ إِلَى الْمَدِينَةِ فَوَجَدَ رَجُلَيْنِ فى طَرِيقِه مِنَ الحَىِ الّذى قَتَلُوهُمْ وَكَانا أَتَيَا النبىَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم فى أَمَانٍ وَلَمْ يَعْلَمْ عمرو ، فقتلهما ، فوداهُمَا النَّبىُّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلم » ولا شك فى أنه بعث بديتهما إلى أهلهما .

وقال القاضى : قياس المذهب عندى : أنه لا يرث حربىّ ذمّيا ، ولا ذمىّ حربيّا ، لأن الموالاة بينهما مُنقطعة ، فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب ، وأهل دار الإسلام ، وبهذا قال الشافعىّ رضى الله عنه ، وبه قال أبو حنيفة ، إلاّ أن المستأمَن لا يرثه الذمىّ ، لأن دارهما مختلفة .

قال القاضى : ويرثُ أهل الحرب بعضُهم بعضاً ، سواء اتفقت ديارهم ،أو اختلفت . وهذا قول الشافعىّ رضى الله عنه ، وقال أبو حنيفة : إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكلّ طائفة ملك ، ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا ، لأنهم لاموالاة بينهم ، أشبه أهل دارالحرب،فجعلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعدمه ، ولا نعلم فى هذا كلّه حجّةً من كتاب ، ولا سنّة ، مع مخالفته لعموم النصّ المقتضى للتوريث ، ولم يعتبروا الدين فى اتفاقه ، ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه،وصحّة العبرة فيها ، فإن المسلمين يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت الدار بهم ، فكذلك الكفّار . ولا يرث المسلم كافراً ، ولا الكافر مسلماً ، لاختلاف الدين بهم، وكذلك لا يرث مختلفا الدين أحدُها من صاحبه شيئاً .

٤٧٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمرتدّ لا يرث أحداً ، إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث ﴾

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن المرتدّ لا يرث أحداً . وهذا قول مالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه لا يرث مسلماً لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم «لاَ يَرِثُ كَافِرٌ مُسْلِماً» ولا يرث كافراً لأنه يخالفه فى حكم الدين، لأنه لا يقَرّ على كفره،فلم يثبت له حكم أهل الدين الذى انتقل إليه ، ولهذا لا تحلّ ذبيحتهم ، ولا نكاح نسائهم ، وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتدّ تزول أملاكه الثابتة له ، واستقرارها ، فلأن لا يثبت له ملك أولى . ولو ارتدّ متوارثان ، فمات أحدهما لم يرثه الآخرُ ، فإنّ المرتدّ لا يرث ، ولا يورَث ، وإن رجع المرتدّ إلى الإسلامْ قبل قسم الميراث قسم له على ما سنذكره فى المسألة التى بعدها . إن شاء الله تعالى .

٤٨٨٨ (فصـــل)

والزنديق كالمرتدّ فيا ذكرنا ، والزّنديق هو الذى يُظهر الإسلام ويَستسرّ الكفر ، وهو المنافق ، كان يُسَمّى فى عصر النبىّ صلّى الله عليه وسلم مُنافقاً ، ويُسَمَّى اليومَ زنديقاً ، قال أحمد : مال الزّنديق فى بيت المال .

٤٨٨٩ (فصـــل)

إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال ولم يرث أحدهما الآخر ، وإن كانت رِدّته بعد الدخول ففيه روايتان :

إحداهما : يتعجّل الفرقة . والأخرى : يقف على انقضاء العدة ، وأيّهما مات لم يرثه الآخر .

٤٨٩٠ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يُقْسَم قُسِم له ﴾

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قَسْم ميراث مَوْرُوثه المسلم . فنقل الأثرم ، ومحمد ابن الحكم أنه يرث . ورُوى نحو هذا عن عمر ، وعثمان ، والحسن بن علىّ ، وابن مسعود ، وبه قال جابر بن زيد ، والحسن ، ومكحول ، وقتادة ، وحُميد ، وإياس بن مُعاوية ، وإسحاق ، فعلى هذا إن أسلم قبل قسم بعض المال ورث ممّا بقى ، وبه قال الحسن ، ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت : لا يرث ، قد وجبت المواريث لأهلها ، وهذا المشهور عن علىّ رضى الله عنه ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرىّ ، وسليمان ابن يَسار ، والنخَعِىّ ، والحكم ، وأبو الزّناد ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعىّ رضى الله عنهم ، وعامّة

الفقهاء لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلّم « لاَ يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمُ » ولأن الملك قد انتقل إلى المسلمين ، فلم يُشاركهم من أسلم ، كما لو اقتسموا ، ولأنّ المانع من الإرث متحقّق حال وجود الموت ، فلم يرث ، كما لو كان رقيقاً ، فأعتق ، أو كما لو بقي على كفره .

ولنا : قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ » رواه سعيد من طريقين عن عُروة ، وابن أبي مُلَيْكَةَ ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم . ورَوى أبو داود بإسناده ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كُلُّ قَسْمٍ قُسِمَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهُوَ عَلَى مَا قُسِّمَ ، وكُلُّ قَسْمٍ أَدْرَكَهُ الاسْلاَمُ فَهُوَ عَلَى قَسْمِ الإِسْلاَمِ »

ورَوى ابن عبد البرّ بإسناده في التمهيد ، عن زيد بن قتادة العنبريّ « أَنَّ إِنْسَاناً مِنْ أَهْلِهِ مَاتَ عَلَى غَيْرِ دِينِ الْإِسْلاَمِ ، فَوَرِثَتْهُ أُخْتِي دُونِي ، وكَانَتْ عَلَى دِينِهِ ، ثُمَّ إِنَّ جَدِّي أَسْلَمَ وَشَهِدَ مَعِ النَّبِيِّ صلَّى الله عليه وسلّم حُنَيْناً فَتُوفِّيَ فَلَبِثَتْ سَنَةً ، وكَانَ تَرَكَ مِيرَاثاً ، ثمّ إِنَّ أُخْتِي أَسْلَمَتْ فَخَاصَمَتْنِي في الْمِيرَاثِ إِلَى عُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، فَحَدَّثَهُ عَبْدُ اللهِ ابْنُ أَرْقَم أَنَّ عُمَر قَضَى : أَنَّهُ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ فَلَهُ نَصِيبُه ، فَقَضَى بِهِ عُثْمَانُ فَذَهَبَتْ بِذَلِكَ الْأَوَّلِ وَشَارَكَتْنِي فِي هَذَا » وهذه قضيّة انتشرت ، فلم تُنكر فكانت[1] إجماعا ، ولأنه لو تجدّد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته لثبت له الملك فيه ، ولو وقع إنسان في بئر حفرها لتعلّق ضمانه بتركته بعد موته فجاز أن يتجدّد حقّ من أسلم من ورثته بتركته ، ترغيباً في الإسلام ، وحثّا عليه ، فأمّا إذا قسمت التركة ، وتعيّن حقّ كلّ وارث ، ثم أسلم ، فلا شيء له ، وإن كان الوارث واحداً ، فإذا تصرّف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها .

٤٨٩١ (فصــــل)

ومن كان رقيقاً حين موت موروثه ، فأعتق قبل القسمة لم يرث . نصّ عليه أحمد رضى الله عنه ، في رواية محمد بن الحكم ، وفرق بين الإسلام والعتق ، وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ، ومن بعدهم ورُوى عن ابن مسعود : أنّه سُئل عن رجل مات ، وترك أباه عبداً ، فأعتق قبل أن يُقسم ميراثه ، فقال : له ميراثه .

وحُكي عن مكحول ، وقتادة أنهما ورّثا من أعتق قبل القسمة ، لأن المانع من الميراث زال قبل القسمة ، فأشبه ما لو أسلم ، قال أبو الحسن التميمي : يخرّج على قول من ورّث المسلم أن يورّث العبد إذا

(١) لفظ (فكانت) ساقط من الطبعة الثالثة ولم ينبه عليه في الخطأ والصواب .

أعتق ، وليس بصحيح ، فإنّ الإسلام قُرْبة ، وهو أعظم الطاعات ، والقُرَب ورد الشرع بالتأليف عليها ، فورد الشرع بتوريثه ، ترغيبا له فى الإسلام ، وحثًّا عليه ، والعتق لا صُنع له فيه ، ولا يُحمد عليه ، فلم يصح قياسه عليه،ولولا ما ورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضى أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت ، لأن الملك ينتقل به إلى الورثة ، فيستحقّونه ، فلا يبقى لمن حدث شىء ، لكن خالفناه فى الإسلام للأثر ، وليس فى العتق أثر يجب التسليم له ، ولا هو فى معنى ما فيه الأثر ، فيبقى على موجَب القياس .

٤٨٩٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومتى قتل المرتدّ على ردّته فما له فىء ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى مال المرتدّ إذا مات ، أو قتل على ردّته : فروى عنه أنه يكون فيئاً فى بيت مال المسلمين ، قال القاضى : هو صحيح فى المذهب ، وهو قول ابن عباس ، وربيعة ، ومالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعىّ رضى الله عنهم ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد ما يدلّ على أنه لورثته من المسلمين . ورُوى ذلك عن أبى بكر الصدّيق رضى الله عنه ، وعلىّ ابن مسعود رضى الله عنهم ، وبه قال ابن المسيّب وجابر بن زيد ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، والشعبىّ ، والحكَم ، والأوزاعىّ ، والثورىّ ، وابن شُبْرُمة ، وأهل العراق ، وإسحاق . لأن الثورىّ وأبا حنيفة ، واللؤلؤىّ ، وإسحاق قالوا : ما اكتسبه فى ردّته يكون فيئاً ، ولم يفرق أصحابُنا بين تِلاَدِ[1] ماله ، وطارفه ، ووجه هذا القول أنه قول الخليفتين الراشدَيْن ، فإنه رُوى عن زيد بن ثابت قال : « بَعَثَنِي أَبُو بَكْرٍ عِنْدَ رُجُوعِهِ إِلَى أَهْلِ الرِّدَّةِ أَنْ أَقْسِمَ أَمْوالَهُمْ بَيْنَ وَرَثَتِهِمْ الْمُسْلِمِينَ » ولأن ردّته ينتقل بها ماله ، فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين ، كما لو انتقل بالموت .

ورُوى عن أحمد رواية : أن ماله لأهل دينه الذى اختاره ، إن كان منه من يرثه ، وإلا فهو فىء ، وبه قال داود ، ورُوى عن علْقمة ، وسعيد بن أبى عَرُوبة ، لأنه كافر ، فورثه أهل دينه ، كالحربىّ ، وسائر الكفّار . والمشهور الأول . لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ، وَلاَ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ » وقوله : « لاَ يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى » ولأنه كافر فلا يرثه المسلم ، كالكافر الأصلىّ ، ولأن ماله مال مرتدّ . فأشبه الذى كسبه فى ردّته ، ولا يمكن جعله لأهل دينه ، لأنه لا يرثهم ، فلا يرثونه ، كغيرهم من أهل الأديان ، ولأنه يخالفهم فى حكمهم . فإنه لا يقَر على ما انتقل إليه ، ولا تؤكل له ذبيحة ، ولا يحلّ نكاحه إن كان امرأةً . فأشبه الحربى مع الذمىّ ؛ فإن قيل : إذا جعلتموه فيئاً فقد

---

(١) التلاد : بكسر التاء هو القديم ، والطارف : الحديث.

ورّثتموه للمسلمين ، قلنا : لا يأخذونه ميراثاً ، بل يأخذونه فيئاً ، كما يُؤخذ مال الذمىّ إذا لم يخلّف وارثاً ، وكالمشور .

٤٨٩٣ (فصـــــل)

والزنديق كالمرتدّ لا يرث ولا يورث ، وقال مالك فى الزنديق الذى يتّهم بزَىّ[١] ورثته عند موته : ماله لورثته من المسلمين ، مثلُ من يرتدّ إذا حضره الموت ، قال : وترثه زوجته ، سواء انقضتْ عدّتها ، أو لم تنقض ، كالتى يُطلّقها زوجها فى مرض موته ، ليحرمها الميراث ، لأنه فارٌّ من ميراث من انعقد سبب ميراثه ، فورثه ، كالمطلقة فى مرض الموت .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « لاَ يَرِثُ المُسْلِمُ الْكَافِرَ » وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتدّ فى مرض موته يرثه الآخر ، لأنه فعل ما يفسخ النكاح فى مرض موته ، فأشبه الطلاق ، وفعلَ المرأة ما يفسخ نكاحها ، ويخرّج فى ميراث سائر الورثة مثل الزوجين ، فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف : إذا ارتدّت المريضة ، فماتت فى عدّتها أو لحقت بدار الحرب ، وورثها زوجها .

وروى اللؤلؤىّ عن أبى حنيفة : إذا ارتدّ الرجل ، فقتل على ردّته ألحق بدار الحرب وبانت منه امرأته ، فإن كانت مدخولاً بها ورثته ، إذا كان ذلك قبل انقضاء عدّتها ، وإن كانت غير مدخول بها بانت ، ولم ترثه ، وإن ارتدّت المرأة من غير مرض فماتت لم يرثها زوجها ، لأنها عندهم لا تُقتل ، فلم تكن فارّةً من ميراثه ، بخلاف الرجل .

٤٨٩٤ (فصـــــل)

وارتداد الزوجين معاً ، كارتداد أحدهما فى فسخ نكاحهما ، وعدم ميراث أحدهما من الآخر ، سواء لحقا بدار الحرب ، أو أقاما بدار الإسلام ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : إذا ارتدّا معاً لم ينفسخ النكاح ، ولم يتوارثا ، لأن المرتدّ لا يرث المرتدّ ، ما داما فى دار الإسلام ، فإن لحقا بدار الحرب توارثا .

ولنا أنهما مرتدّان فلم يتوارثا ، كما لو كانا فى دار الإسلام . ولو ارتدّا جميعاً ، ولهما أولاد صغار ، لم يتبعوهم فى ردّتهم ، ولم يرثوا منهم شيئاً ، ولم يُجز استرقاقهم ، سواء لحقوهم بدار الحرب ، أو لم يلحقوهم ،

---

(١) زى ورثته : حجبهم ومنعهم وتنحيتهم عن ميراثه ، وأصلها زوى بفتح الزاى وسكون الواو مصدر زوى بمعنى حجب ومنع ، فاجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت فى الياء طبقاً للقاعدة الصرفية .

وبهذا قال الشافعىّ رحمه الله ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتدًّا ، يجوز سَبْيه ، ومن لم يلحقوه بدار الحرب ، فهو فى حكم الإسلام ، فأمّا من ولد بعد الردّة بستة أشهر ، فذكر الخِرَقىّ رضى الله عنه ما يدلّ على أنه يجوز استرقاقه ، وهو قول أبى حنيفة ، وأحد قول الشافعىّ ، والقول الثانى : لا يُسْبَوْنَ ، وهو منصوص الشافعىّ .

٤٨٩٥ (فصـــــل)

فإذا لحق المرتدّ بدار الحرب وُقِف ماله ، فإن أسلم دُفع إليه ، وإن مات صار فيئاً ، وبهذا قال مالك ، والشافعىّ رضى الله عنهما ، وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب ، كموته فى زوال ملكه ، وصرف ماله إلى من يُصرف إليه ، إذا مات ، فإن عاد إلى الإسلام فله ما وجد من ماله ، ولا يرجع على ورثته بشىء ممّا أتلفوه ، إلا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ، ولم يختلفوا فيما اكتسبوه فى دار الحرب ، أو أخرجه من ماله إلى دار الحرب أنه فىء ، وقال أبو بكر عبد العزيز : إذا ارتدّ المسلم زال ملكه عن ماله ، ولم يصحّ تصرّفه فيه بشىء من التصرّفات ، فإن أسلم ردّ إليه تمليكاً مُستأنفاً ، وقال أبو يوسف : إنّما أحكم بموته يوم يختصمون فى ماله ، لا يوم لحاقه بدار الحرب .

ولنا : أنه حرّ من أهل التصرّف ، ويبقى ملكه بعد إسلامه ، فلم يحكم بزوال ملكه ، كما لو لم يرتدّ ، ويجب ردّ ما أخذ من ماله ، أو أتلف عليه كغيره .

٤٨٩٦ (فصـــــل)

ومتى مات الذمىّ ولا وارث له كان ماله فيئاً ، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه ، كمن ليس له وارث إلا أحد الزوجين ، فإنّ الفاضل عن ميراثه يكون فيئاً ، لأنه مال ليس له مستحقّ معيّن ، فكان فيئاً كمال الميت المسلم الذى لا وارث له .

٤٨٩٧ (فصـــــل)

فى ميراث المجوس ، ومن جرى مجراهم ممّن ينكح ذوات المحارم ، إذا أسلموا ، وتحاكموا إلينا .
لا نعلم بين علماء المسلمين خلافاً فى أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم ، فأما غيره من الأنكحة ، فكلّ نكاح اعتقدوا صحّته ، وأقرّوا عليه بعد إسلامهم توارثوا به ، سواء وجد بشروطه المعتبرة فى نكاح المسلمين ، أو لم يوجد، وما لا يقرّون عليه بعد إسلامهم ، لا يتوارثون به ، والمجوس وغيرهم فى هذا سواء ، فلو طلّق الكافر امرأته ثلاثاً ، ثم نكحها ، ثم أسلما ، ومات أحدهما لم يُقرّا عليه ، ولم يتوارثا به ، وكذلك إن مات أحدهما قبل إسلامهما لم يتوارثا فى قول الجميع ، وإن تزوّجها بغير شهود ، ثم مات أحدهما ورثه الآخرُ ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ، رضى الله عنهما ، وقال زفر ، واللؤلؤىّ : لا يتوارثان ، وإن

تزوّج امرأةً في عدّتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه ، فإنّه قال : إذا أسلما ، وقد نكحها في العدّة أُقِرّا عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ، وقال القاضي : إن أسلما بعد انقضاء العدّة أقِرّا ، وإن أسلما ، قبلُ لم يقَرا . فعلى هذا : إن مات أحدهما قبل انقضاء العدّة لم يتوارثا ، وإن مات بعده توارثا ، وهذا قول الشافعيّ رضي الله عنه ، وتأوّل القاضي روايةَ أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدّة ، وإن تزوّجها وهي حُبْلَى من زوج ، أو زنًا ، فالحكم فيه كالتي قبلها سواء لأن الزنا موجِبٌ للعدّة ، وبهذا قال الشافعيّ رضي الله عنه في الحامل من زوج . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه في الحامل من زوج : لا يتوارثان ، وقال أبو حنيفة ، والشافعيّ في الحامل من الزنا : يتوارثان ، وقال أبو يوسف ، وزفر ، واللؤلؤيّ : لا يتوارثان ، وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يُقَرّان عليه إذا أسلما ، أو تحاكما إلينا ، ونذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى .

٤٨٩٨ (فصـــــل)

فأما القرابة فيرثون بجميعها ، إذا أمكن ذلك ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول عمر ، وعليّ وابن مسعود ، وابن عبّاس ، وزيد في الصحيح عنه . وبه قال النخَعِيّ ، والثوريّ ، وقتادة ، وابن أبي ليلى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وداود ، والشافعيّ رضي الله عنهم في أحد قوليه ، واختاره ابن اللبان . وعن زيد أنه ورّثه بأقوى القرابتين ، وهي التي لا تَسْقطُ بحال ، وبه قال الحسن ، والزهريّ ، والأوزاعيّ ، ومالك ، والليث ، وحمّاد ، وهو الصحيح عن الشافعيّ ، وعن عمر ابن عبد العزيز ، ومكحول ، والشعبيّ القولان جميعاً ، واحتجّوا بأنهما قرابتان ، لا يورّث بهما في الإسلام ، فلا يورث بهما في غيره ، كما لو أسقطت إحداهما الأخرى .

ولنا : أن الله تعالى فرض للأم الثلث ، وللأخت النصف ، فإذا كانت الأمّ أختاً وجب إعطاؤهاما فرض الله تعالى لهما في الآيتين ، كالشخصين ، ولأنهما قرابتان ترث بكلّ واحدة منهما منفردةً ، لا تحجُب إحداهما الأخرى ، ولا ترجّح بها ، فترث بهما مجتمعين ، كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ من أم ، وكذوى الأرحام المُدْلِين بقرابتين ، وقياسُهم فاسد ، لأن القرابتين في الأصل تُسْقِطُ إحداهما الأخرى ، إذا كانتا في شخصين ، فكذلك إذا كانتا في شخص ، وقولهم : لا يورّث بهما في الإسلام ممنوع ، فإنه إذا وُجِد ذلك من وطء شُبهة في الإسلام ورث بهما . ثمّ إن امتناع الإرث بهما في الإسلام لعدم وجودهما ، ولو تصوّر وجودهما لورث بهما ، بدليل أنه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج ، أو أخ من أم .

قال ابن اللبان : واعتبارهم عندي فاسد ، من قِبَل أن الجدّة تكون أختاً لأب ، فإن ورّثوها بكونها جدّةً لكون الابن يُسقط الأخت دونها لزمهم توريثها بكونها أختاً ، لكون الأمّ تُسقط الجدّة دونها .

وخالفوا نصّ الكتاب فى فرض الأخت ، وورّثوا الجدّة التى لانصّ للكتاب فى فرضها ، وهو مختلَف فيه ، فمنهم من قال : هو طُعْمةٌ ، وليس بفرض مستَحقّ ، ويلزمهم أن الميِّت إذا خلّف أمه ، وأمّ أمّ هى أخت أن لايورّثوها شيئاً ، لأن الجدودة محجوبة ، وهى أقوى القرابتين ، وإن قالوا : نورّثها مع الأم بكونها أختاً نقضوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين ، وجعلوا الأخوّة تارة أقوى ، وتارة أضعف ، وإن قالوا : أقوى القرابتين الأخوّة ، لأنّ ميراثها أوفر لزمهم فى أمّ هى أختٌ جعلُ الأخوّة أقوى من جهة الأمومة ، ويلزمهم فى إسقاط ميراثها مع الابن والأخ من الأبوين مالزم القائلين بتقديم الجدودة مع الأمّ .

فإن قالوا : توريثها بالقرابتين يُفضى إلى حَجْب الأمّ بنفسها ، إذا كانت أختاً ، وللميِّت أخت أخرى . قلنا : وما المانع من هذا ؟ فإن الله تعالى حجب الأمّ بالأختين بقوله (فإنْ كانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ) من غير تقييد بغيرها . ثم هم قد حجبوها من ميراث الأخت بنفسها ، فقد دخلوا فيما أنكروه ، بل هو أعظم، لأنهم فرّوا من حجب التنقيص إلى حجب الإسقاط ، وأسقطوا الفرض الذى هو أوفر بالكلّية ، محافظةً على بعض الفرض الأدنى ، وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى ، لأنهم أعطَوُا الأمّ الثلث ، وإنما فرض الله لها مع الأختين السدس .

والثانى أن الله تعالى إنما فرض لكلّ واحدة من الأختين ثلثاً ، فأعطوا إحداهما النصف كاملاً .

والثالث : أن الله تعالى فرض للأختين الثلثين ، وهاتان أختان ، فلم يجعلوا لهما الثلثين .

الرابع : أن مقتضى الآية أن يكون لكلّ واحدةٍ من الأختين الثلث ، وهذه أختٌ ، فلم يعطوها بكونها أختاً شيئاً ، وهذا كله معنى كلام ابن اللبان .

٤٨٩٩ (فصــــل)

والمسائل التى تجتمع فيها قرابتان يصحّ الإرث بهما ست :

إحداهن فى الذكور ، وهى عم هو أخ لأم .

وخمس : فى الإناث ، وهى بنت هى أخت ، أو بنت ابن ، وأم هى أخت ، وأم أم هى أخت لأب، وأم أب هى أخت لأم ، فمن ورّثهم بأقوى القرابتين ورّثهم بالنبوّة ، والأمومة ، دون الأخوّة، وبنوّة الابن . واختلفوا فى الجدّة إذا كانت أختاً : فمنهم من قال : الجدودة أقوى ، لأنها جهة ولادة ، لاتسقُط بالولد ، ومنهم من قال : الأُخوّة أقوى ، لأنها أكثر ميراثاً ، قال ابن سُرَيج وغيره : هو الصحيح ، ومن ورّث بأقوى القرابتين لم يحجب الأمّ بأخوّة نفسها ، إلا ماحكاه سُحنون عن مالك : أنه حجبها بذلك ، والصحيح عنه الأول ، ومن ورّث بالقرابتين حجبها بذلك . ومتى كانت البنتُ أختاً ،

والميِّت رجل فهى أخت لأم ، وإن كان امرأةً فهى أخت لأب ، وإن قيل : أم هى أخت لأمّ أو أم أم هى أخت لأم ، أو أم أب هى أخت لأب فهو محال .

﴿ مســائل ﴾

من ذلك مجوسى تزوّج ابنته فأولدها بنتاً ، ثم مات عنهما ، فلهما الثلثان ، لأنهما ابنتان ، ولا ترث الكبرى بالزوجيّة شيئاً ، فى قولهم جميعاً ، فإن ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتاً هى أخت لأب ، فلها النصف بالنبوّة ، والباقى بالأخوّة ، وإن ماتت الصغرى قبل الكبرى ، فقد تركت أمًّا هى أخت لأب ، فلها النصف ، والثلث بالقرابتين ، ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورّثها بالأخوّة شيئاً فى المسألتين .

وقال ابن سُرَيج : يحتمل قول الشافعىّ رضى الله عنه توريثها بالقرابتين فى المسألتين ، لأنه لم يمنع توريث الشخص بفرض ، وتعصيب ، لتوريثه ابن العم إذا كان زوجاً ، أو أخاً لأم ، وإنما منع الإرث بفرضين ، فإن كان المجوسىّ أولدها بنتين ، ثم مات ، وماتت الكبرى بعده ، فقد تركت بنتين هما أختان لأب ، وإن لم تمت الكبرى بل ماتت إحدى الصغيرتين فقد تركت أختاً لأبوين ، وأمّاً هى أخت لأب فلأمّها السدس بكونها أمًّا ، والسدس بكونها أختاً لأب ، وانحجبت بنفسها ، وأختها عن السدس ، وللأخت النصف ، وعلى القول الآخر لها الثلث بالأمومة ، ولا شيء لها بالأخوّة ، ولا تنحجب بها ، وللاخت النصف ، فقد استوى الحكم فى القولين ، وإن اختلف طريقهما ، وعلى ما حكاه سُحنون لها السدس ، وتنحجب بنفسها وأختها ، وإن أولدها المجوسىّ ابناً وبنتاً ، ثم مات وماتت الصغرى بعده ، فقد خلّفت أمًّا هى أخت أب ، وأخاً لأم ، وأب ، فلأمّها السدس ، والباقى للأخ ، ولا شيء للام بالأخوّة ، لأن الأخ للأبوين يحجبها ، وعلى القول الآخر : للأمّ الثلث كاملاً .

وإن تزوّج المجوسى أمّه فأولدها بنتاً ، ثم ماتت ، فلأمّه السدس ، ولابنته النصف ، ولا ترث أمّه بالزوجية شيئاً ولا ابنته بكونها أختاً لأمّ شيئاً ، وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلّفت بنتاً هى بنت ابن ، فلها الثلثان بالقرابتين ، وعلى القول الآخر : لها النصف ، وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أمًّا هى أمّ أب ، فلها الثلث بالأمومة ، لا غيرُ على القولين جميعاً ، وإن تزوّج ابنته فأولدها ابنةً ، ثم تزوّج الصغرى فأولدها بنتاً ، ثم مات ، وماتت الكبرى بعده ، فقد تركت أختيها لأبيها ، إحداهما بنتها ، وبنت أبيها ، والأخرى بنت بنتها ، فلبنتها النصف ، والباقى بينهما ، وعلى القول الآخر : لبنتها النصف ، والباقى للصغرى ، وإن ماتت الوُسطى بعده فقد تركت أختيها : إحداهما أمّها ، والأخرى بنتها ، فلأمّها السدس ، ولبنتها النصف ، والباقى بينهما ، وعلى القول الآخر : الباقى للعصبة ، وإن ماتت الصغرى بعده فقد خلّفت أختيها :

إحداهما أمّها ، والأخرى جدّتها ، فلأمّها السدس ، والباقى بينهما ، وقد انحجبت الأمّ بنفسها وبأمّها عن السدس ، وعلى القول الآخر : من جعل الأخوّة أقوى فللكبرى النصف ، وللوسطى الثلث ، والباقى للعَصَبة ، ومن جعل الجدودة أقوى لم يورّث الكبرى شيئاً ، لأنها لا ترث بالأخوّة ، لكونها ضعيفةً ، ولا بالجدودة لكونها محجوبةً بالأمومة ، وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلّفت جدّةً هى أخت لأب ، فلها الثلث بالقرابتين ، ومن ورّث بإحداهما فلها السدس عند قوم ، وعند ابن سُرَيج ، ومن وافقه لها النصف ، وهو اختيار الخبرىّ .

مجوسىّ تزوّج أمّه فأولدها بنتاً ، ثم تزوّج بنته فأولدها ابناً ، ثم تزوج الابن جدّته فأولدها بنتاً ، ثم مات المجوسىّ ثم ماتت أمّه ، فقد خلّفت بنتا هى بنت ابن ، وبنتاً أخرى ، هى بنت ابن ابن ، وخلّفت ابن ابن ، هو زوجها ، فلابنتها الثلثان ، والباقى بين الكبرى وابنها على ثلاثة ، وتصحّ من تسعة : للكبرى أربعة ، وللصغرى ثلاثة ، وللذكر سهمان ، وعلى القول الآخر : الباقى للذكر وحده ، فإن ماتت بعده بنته فإن ، الكبرى جدّتها أمّ أبيها ، وهى أختها من أمّها ، فلها السدسان بالقرابتين ، وفى الثانى لها السدس بإحداهما .

٤٩٠٠ (فصــــل)

وإن وطىء مسلم بعض محارمه بشبهة ، أو اشتراها وهو لا يعرفها ، فوطئها ، فولدت له ، واتفق مثل هذه لإنسان ، فالحكم فيها مثلُ هذا سواء .

٤٩٠١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا غرق المتوارثان ، أو ماتا تحت هدم ، فجهل أولهما موتاً ورث بعضهم من بعض ﴾

وجملة ذلك : أن المتوارثين إذا ماتا ، فجهل أولهما موتاً ، فإن أحمد قال : أذهب إلى قول عمر ، وعلىّ ، وشُرَيح ، وإبراهيم ، والشعبىّ : يرث بعضهُم من بعض ، يعنى من تِلاَد ماله ، دون طارِفه ، وهو ماورثه من ميّت معه . وهذا قول من ذكره الإمام أحمد ، وهو قول اياس بن عبد الله المزنىّ ، وعطاء ، والحسن ، وحُمَيد ، الأعرج ، وعبد الله بن عُتْبَة ، وابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، وشَريك ، ويحيى بن آدم ، وإسحاق ، وحُكى ذلك عن ابن مسعود . قال الشعبىّ : وقع الطاعون بالشام عام عَمْواس ، فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم ، فكتب فى ذلك إلى عمر رضى الله عنه ، فكتب عمر « أَنْ وَرِّثُوا بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ »

ورُوى عن أبى بكر الصدّيق ، وزيد ، وابن عباس ، ومعاذ ، والحسن بن علىّ ، رضى الله عنهم : أنهم لم يورّثوا بعضَهم من بعض ، وجعلوا مال كلّ واحد للأحياء من ورثته ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ،

وأبو الزّناد والزهريّ ، والاوزاعيّ ومالك ، والشافعيّ رضى الله عنهم ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ويُروى ذلك عن عمر ، والحسن البصريّ ، وراشد بن سعد ، وحكيم بن عمير ، وعبد الرحمن بن عوف .

ورُوى عن أحمد مايدلّ عليه ، فانّه قال فى امرأةٍ وابنها ماتا ، فقال زوجها : ماتت فورِثناها ، ثم مات ابنى فورثته ، وقال أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم ماتت فورثناها ، حلَف كلٌّ واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وكان ميراث الابن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها ، وزوجها ، نصفين . فجعل ميراث كلّ واحد منهما للأحياء من ورثته ، فيحتمل أن يجعل هذا روايةً عن أحمد فى جميع مسائل الباب ، ويحتملُ أن يكون هذا قوله فيما إذا ادّعى وارث كلّ ميت أن موروثه كان آخرهما موتاً ، ويرث كلّ واحد منهما من الآخر ، إذا اتفق وُرّاثهم على الجهل بكيفية موتهم ، لأن مع التداعى تتوجّه اليمين على المدّعىَ عليه ، فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ، ويتوفّر الميراث له ، كما فى سائر الحقوق ، بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل ، فلا تتوجّه يمين ، لأن اليمين لا يُشرع فى موضع اتفقوا على الجهل به .

واحتجّ من قال بعدم توريث بعضهم من بعض بما روى سعيد ، حدّثنا اسماعيل ابن عيّاش عن يحيى ابن سعيد «أنّ قَتْلَى اليمَامَةِ وَقَتْلَى صِفِّينَ وَالحَرّةِ لمْ يُوَرِّثُوا بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ وَوَرَّثُوا عَصَبَتَهُمْ الأَحْيَاء »

وقال : حدّثنا عبد العزيز بن محمد ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه : أن أمّ كلثوم بنت علىّ توفّيت هى وابنها زيد بن عمر ، فالتقت الصيحتان فى الطريق ، فلم يُدرَ أيّهما مات قبل صاحبه ، فلم ترثه ، ولم يرثها وأنّ أهل صِفِّين وأهلَ الحرّة لم يَتَوارَثوا ، ولأن شرط التوريث حياةُ الوارث بعد موت الموروث ، وهو غير معلوم ، ولا يثبت التوريث مع الشّك فى شرطه ، ولأنه لم تُعلم حياته حين موت موروثه ، فلم يرثه كالحمل إذا وضعته ميتاً ، ولأن الأصل عدم التوريث ، فلا نثبته بالشّك ، ولأن توريث كلّ واحد منهما خطأ يقيناً لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معاً ، أو سبق أحدهما به ، وتوريث السابق بالموت ، والميّت معه خطأ يقيناً مخالف للاجماع ، فكيف يُعمل به ؟

فإن قيل : فى قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت ، وهو خطأ أيضاً .قلنا : هذا غير متيقّن لأنه يحتمل موتهما جميعاً ، فلا يكون فيهما مسبوق ، وقد احتجّ بعض أصحابنا بما رَوى إياس بن عبد الله المزنىّ « أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم سُئِل عن قوم وقع عليهم بيتٌ ؟ فقال : يَرِثُ بَعْضُهُمْ بَعْضاً » والصحيح أن هذا إنّما هو عن إياس نفسه ، وأنه هو المسئول ، وليس براويه عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم ، وهكذا رواه سعيد فى سننه . وحكاه الإمام أحمد عنه . وقال أبو ثور ، وشُرَيح ، وطائفة من البصريّين : يُعطى كلٌّ وارث اليقين ، ويوقف المشكوك فيه ، حتى يتبيّن الأمر ، أو يصطلحوا . وقال الخبريّ : هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ، ولم يذكر فيه خلافاً .

ومن مسائل ذلك : أخوان غرقا ، أحدهما مولَى زيدٍ والآخر مولى عمرو : من ورّث كلّ واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كلّ واحد منهما لمولى أخيه ، ومن لم يورّث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كلّ واحد منهما لمولاه . ومن قال بالوقف وقف مالهما ، فان ادّعى كلّ واحد من المولَيَيْن أنَّ مولاه آخِرُهما موتاً حلف كلّ واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وأخذ مال مولاه ، على مسألة الخِرَقيّ . وإن كانت لهما أخت ، فلها الثلثان من مال كلٍّ واحد منهما ، على القول الأول ، والنصف على القول الثاني .

وإن خلّف كلّ منهما بنتاً ، وزوجةً ، فمن لم يورّث بعضَهم من بعض صحّحها من ثمانية ، لامرأته الثمن ، ولا بنته النصف ، والباقى لمولاه ، ومن ورّثهم جعل الباقىَ لأخيه ، ثم قسّمه بين ورثة أخيه ، على ثمانية ، ثم ضربها فى الثمانية الأولى ، فصحّت من أربعة ، لامرأته ثمانية ، ولا بنته اثنان ، وثلاثون ، ولامرأة أخيه ثمن الباقى ، ثلاثة ، ولابنته اثنا عشر ، ولمولاه الباقى تسعة .

أخ ، وأخت ، غرقا ، ولها أم ، وعم ، وزوجان ، فمن ورّث كلّ واحدمن صاحبه جعل ميراث الأخ بين امرأته ، وأمّه ، وأخته ، على ثلاثة عشر ، فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأمّها ، وعمّها على ستة فصحّت المسألتان من ثلاثة عشر ، لامرأة الأخ ثلاثة ، ولزوج الأخت ثلاثة ، وللأمّ أربعة بميراثها من الأخ ، واثنان بميراثها من الأخت ، وللعمّ سهم ، وميراث الأخت بين زوجها ، وأمها ، وأخيها ، على ستة : لأخيها سهم ، بين أمّــه وامرأته ، وعمّه ، على اثنى عشر ، تضربها فى الأولى ، تكن من اثنين وسبعين ، والضرر فى هـذا القول على من يرث من أحد الميّتين ، دون الآخر ، وينتفع به من يرث منهما .

ثلاثة إخوة من أبوين ، غرقوا ، ولهم أم ، أو عَصَبَة ، فقـدّر موت أحدهم أولاً ، فلأمه السدس ، والباقى لأخوَيه ، فتصحّ من اثنى عشر ، لكل واحـد من أخويه خمسة ، بين أمه ، وعصَبته على ثلاثة ، فتضربها فى الأولى تكن ستة ، وثلاثين ، للأم من ميراث الأول السدس ، ستة ، ومما ورثه كل واحـد من الأخوين خمسة ، فصار لها ستة عشر ، والباقى للعصبة ، ولها من ميراث كلّ واحد من الأخوين مثل ذلك . ذكر هذه المسألة أبو بكر .

ثلاثة إخوة مفترقين ، غرقوا ، وخلّف كلّ واحد منهم أخته لأبويه ، فقـدّر موت الأخ من الأبوين أولاً ، عن أخته من أبويه ، وأخويه من أبيه ، وأخويه من أمه ، فصحّت مسألته من ثمانية عشر ، لأخيه من أمه منها ثلاثة ، بين أخته من أبويه ، وأخته من أمه ، على أربعة ، وأصاب الأخ من الأب منها اثنين ، بين أخيه من أبويه ، وأخته من أبيه ، على أربعـة ، فتجتزىء بإحداهما ، وتضربها فى الأولى ، تكن اثنين وسبعين ، ثم قدّر موت الأخ من الأمّ عن أخت لأبوين ، وأخ ، وأخت لأم ، فمسألته من خمسة

أيضاً ، تضربها فى الأولى ، تكن خمسةً وعشرين ، ثم قدر موت الأخ من الأب عن أخت لأبويه ، وأخ ، وأخت لأبيه ، فهى من ستة ، ثم مات الأخ من الأب عن ثلاث أخوات ، مفترقات ، فهى من خمسة ، تضربها فى الأولى تكن ثلاثين ، فإن خلّف بنتاً وأخوين ، فلم يقتسموا التركة حتى غرق الأخوان ، وخلّف أحدهما امرأةً ، وبنتاً ، وعمًّا ، وخلّف الآخر ابنين ، وبنتين ، الأولى من أربعة مات أحدهم عن سهم ، ومسألته من ثمانية ، لأخيه منها ثلاثة ، بين أولاده على ستة ، رجعوا إلى اثنين ، تضربها فى ثمانية ، تكن ستة عشر ، وفريضة الآخر من ستة ، يتفقان بالنصف ، فاضرب نصف إحداهما فى الأخرى ، تكن ثمانيةً وأربعين ، ثم فى أربعة تكن مائة واثنين وتسعين ، للبنت نصفها ، ولأولاد الأخ عن أبيهم ربعها ، وعن عمّهم ثمانية عشر ، صار لهم ستة وستون ، ولامرأة الأخ ستة ، ولبنته أربعة وعشرون .

٤٩٠٢ (فصــل)

وإن عُلم خروج روحهما معاً فى حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه ، وورث كلُّ واحـد الأحياء من ورثته ، لأنّ توريثه مشروط بحياته بعده ، وقد عُلم انتفاء ذلك . وإن عُلم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه، ثم أشكل أُعْطِيَ كلُّ وارث اليقين ، ووُقِف الباقى حتى يتبين الأمرَ أو يصطلحوا . قال القاضى : وقياس المذهب أن يقسّم على سبيل ميراث الغرقى الذين جُهِل حالهم ، وإن ادّعى ورثةُ كلّ ميّت أنه آخرهما موتا فهى مسألة الخرقىّ رضى الله عنه . وقد نصّ فيها الإمام أحمد رحمة الله عليه أن ورثة كلّ ميّت يحلفون ، ويختصمون بميراثه ، فيحتمل أن يقاس على هـذه الصورة سائرُ الصور ، فيتخرّج فى الجميع روايتان ، ويحتمل أن يختصّ هذا الحكم بهذه الصورة ، دون غيرها ، لأن هذه الصورة فيها مدّع ومنكر ، واليمين على من أنكر ، بخلاف بقية الصورة والله أعلم .

٤٩٠٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن لم يرث لم يحجُب ﴾

يعنى من لم يرث لمعنًى فيه ، كالمخالف فى الدين ، والرقيق ، والقاتل ، فهذا لايحجُب غيره فى قول عامّة أهل العلم ، من الصحابة ، والتابعين ، إلا ابن مسعود ، ومن وافقه ، فإنّهم يحجبون الأمّ ، والزوجين بالولد الكافر ، والقاتل ، والرقيق ، ويحجبُون الأمّ بالإخوة ، الذين هم كذلك ، وبه قال أبو ثور ، وداود ، وتابعه الحسن فى القاتل ، دون غيره ، ولعلهم تمسّكوا بعموم قوله تعالى (فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ) (وَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ) وقوله تعالى (وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ) وقوله (فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ

السُّدُسُ) وهؤلاء أولاد ، وإخوة ، وعدم إرثهم لا يمنع حجبهم ، كالإخوة مع الأبوين ، يحجبون الأمّ ، ولا يرثون .

ولنا : أنه ولد لا يَحجُب الإخوة من الأمّ ، ولا يحجب ولده ، ولا الأب إلى السدس ، فلم يحجب غيرهم ، كالميّت ، ولأنه لا يؤثّر في حجب غير الأمّ ، والزوجين ، فلم يؤثّر في حجبهم ، كالميّت ، والآية أريد بها ولد من أهل الميراث ، بدليل أنه لما قال (يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ) أراد به الوارث ، ولم يدخل هذا فيهم ، ولما قال (إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ) لم يدخل هذا فيهم ، وأمّا الإخوة مع الأب فهم من أهل الميراث ، بدليل أنه لولا الأب لورثوا ، وإنما قدّم عليهم غيرهم ، ومنعوا من أهليّتهم ، لأن غيرهم أولى منهم ، فامتناع إرثهم لمانع ، لا لانتفاء المقتضي .

٤٩٠٤ (فصـــــل)

فأما من لا يرث لحجب غيره له . فإنه يحجب ، وإن لم يرث ، كالإخوة يحجبون الأمّ ، وهم محجوبون بالأب ، لأن عدم إرثهم لم يكن لمعنًى فيهم ، ولا لانتفاء أهليّتهم ، بل لتقديم غيرهم عليهم ، والمعنى الذي حجبوا به في حال إرثهم موجودٌ مع حجبهم عن الميراث ، بخلاف مسألتنا . فعلى هذا إذا اجتمع أبوان ، وأخوان ، وأختان ، فللأمّ السدس ، والباقي للأب ، ويحجب الأخوان الأمّ عن السدس ، ولا يرثون شيئاً ، ولو مات رجل ، وخلّف أباه ، وأمّ أبيه ، وأمّ أمّ أمّه ، لحجب الأب أمّه عن الميراث ، وحجبت أمّه أمّ أمّ الأم ، على قول من يحجب الجدّة بابنها ، والبُعدَى من الجدّات بمن هي أقرب منها ، ويكون المال جميعُه للأب .

٤٩٠٥ (فصـــل في ميراث الحمل)

إذا مات الإنسان عن حمل يرثه وُقف الأمرُ حتّى يتبيّن ، فإن طالب الورثة بالقسمة لم يُعْطَوْا كُلَّ المال ، بغير خلاف ، إلا ما حُكي عن داود ، والصحيح عنه مثلُ قول الجماعة ، ولكن يُدفع إلى من لا ينقُصه الحملُ كالُ ميراثه ، وإلى من ينقصه أقلّ ما يصيبه ، ولا يدفع إلى من يُسقطه شيء ، فأمّا من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا : يوقَفُ للحمل شيء ، ويدفع إلى شركائه الباقي . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والليث ، وشَريك ، ويحيى بن آدم ، وهو رواية الربيع ، عن الشافعيّ ، والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء ، لأن الحمل لا حدّ له ، ولا نعلم كم يترك له .

وقد حكى الماورديّ قال : أخبرني رجلٌ من أهل اليمن ورد طالباً للعلم ، وكان من أهل الدين والفضل : أن امرأةً ولدت باليمن شيئاً كالكَرِش ، فظنّ أن لا ولد فيه ، فألقى على قارعة الطريق ، فلمّا

طلعت الشمس وحَمِىَ بها تحرّك فأخذ وَشُقّ ، فخرج منه سبعة أولاد ذكور ، وعاشوا جميعاً ، وكانوا خلقاً سويًّا إلا أنه كان فى أعضادهم قِصَر : قال : وصارعنى أحدهم فصرعنى ، فكنت أعَيَّرُ به ، فيقال : صَرَعَك سُبْعُ رجل .

وقد أخبرنى من أثق به سنة ثمان وستمائة ، أو سنة تسع ، عن ضرير ، بدمشق : أنه قال : ولدت امرأتى فى هذه الأيام سبعةً فى بطن واحد ، ذكوراً ، وإناثا ، وكان بدمشق أمُّ ولد لبعض كبرائها ، وتزوّجت بعده من كان يقرأ علىّ ، وكانت تلد ثلاثةً فى كلّ بطن ، وقال غيره : هذا نادر ، ولا يعوّل عليه ، فلا يجوز منع الميراث من أجله ، كما لو لم يظهر بالمرأة حمل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف : فرُوى عن أحمد أنّه يوقَف نصيب ذكرين ، إن كان ميراثهما أكثر ، أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر . وهذا قول محمد بن الحسن ، واللؤلؤىّ ، وقال شَرِيك : يوقف نصيب أربعة ، فإنّى رأيتُ بنى اسماعيل أربعةً ولدوا فى بطن واحد : محمد ، وعمر ، وعلىّ ، قال يحيى بن آدم ، وأظنُّ الرابع إسماعيل ، ورَوى ابن المبارك هذا القول عن أبى حنيفة ، ورواه الربيع عن الشافعىّ ، رضى الله عنه ، وقال الليث ، وأبو يوسف : يوقف نصيب غلام ، ويُؤخذ ضَمِينٌ من الوَرثةِ .

ولنا : أن ولادة التوأمين كثير ، مُعتاد ، فلا يجوز قسم نصيبهما كالواحد ، وما زاد عليهما نادر ، فلم يوقف له شىء ، كالخامس ، والسادس ، ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كلّه أخذه ، وإن بقى منه شىء ردّ إلى أهله ، وإن أعوز شيئاً رجع على من هو فى يده .

﴿ مسـائل ﴾

من ذلك امرأة حاملٌ ، وبنت . للمرأة الثمن ، وللبنت خُمس الباقى ، وفى قول شَرِيك تُسعه ، وفى قول أبى يوسف ثلثه ، بضمين ، ولا يدفع إليها شىء فى المشهور عن الشافعىّ رضى الله عنه ، وإن كان مكان البنت ابن دفع إليه ثلث الباقى ، أو خُمسه ، أو نصفُه ، على اختلاف الأقوال ، ومتى زادت الفروض على ثلث المال فميراث الإناث أكثر ، فإذا خلّف أبوين ، وامرأةً حاملاً ، فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين ، وللأبوين ثمانية منها ، ويوقف ستة عشر ، ويستوى ههنا قولُ من وقف نصيب أربعة ، وقال أبو يوسف : تعطى المرأة ثمناً كاملاً ، والأبوان ثلثاً كاملاً ، ويؤخذ منهم ضَمِين ، فإن كان معهم بنت دُفع إليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين ، وفى قول شَريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر ، وفى قول أبى يوسف: ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ، ويؤخذ من الكلّ ضُمَناء . من البنت ، لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ، ومن الباقى لاحتمال أن تعول المسألة ، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ، ومائة وعشرين ، بالأثلاث وتضرب ثلث إحداهما فى جميع الأخرى ، تكن ألفا وثمانين ، وتُعطى البنتُ ثلاثة

عشر فى تسعة ، تكن مائة وسبعة عشر ، وللأبوين والمرأة أحد عشر فى أربعين ، وما بقى فهو موقوف .

زوج ، وأمّ حامل من الأب . المسألة من ثمانية ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، ويوقف أربعة ، وقال أبو يوسف : هى من ثمانية : يدفع إلى الزوج ثلاثة ، وإلى الأمّ سهمان ، وتقف ثلاثة ، وتأخذ منها ضَمِيناً ، هكذا حكى الخبرىّ عنه ، فإن كان فى المسألة من يَسقُط بولد الأبوين ، كعَصَبة ، أو أحد من ولد الأب ، لم يُعطَ شيئاً ، ولو كان فى هذه المسألة جدّ فللزوج الثلث ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، والباقى موقوف ، وقال أبو حنيفة : للزوج النصف ، وللأمّ السدس ، وللجد السدس ، ويوقف السدس بين الجدّ والأمّ ، ولا شىء للحمل ، لأن الجدّ يسقطه ، وأبو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين ، ويقف أربعةَ أسهم . وحُكى عن شَرِيك أنه كان يقول بقول علىّ فى الجدّ ، فيقف ههنا نصيب الإناث ، فيكون عنده من تسعة ، وتقف منها أربعة ، ولو لم يكن فيها زوج ، كان للامّ السدس ، وللجدّ ثلث الباقى ، وتقف عشرةً من ثمانية عشر ، وعند أبى حنيفة : للجدّ الثلثان ، وللأمّ السدس ، ويوقف السدس بينهما ، قول أبى يوسف : يقف الثلث ، ويُعطى كلّ واحد منهما ثلثاً ، ويؤخذ منهما ضمين ، ومتى خلّف ورثةً ، وأمّاً تحت الزوج ، فينبغى للزوج الإمساك عن وطئها ، ليعلم أحاملٌ هى أم لا ؟ كذلك رُوى عن علىّ ، وعمر بن عبد العزيز ، والشعبىّ ، والنخَعىّ ، وقتادة فى آخرين ، وإن وطئها قبل استبرائها فأتت بولد لأقلّ من ستة أشهر ، ورث ، لأننا لا نعلم أنها كانت حاملاً به ، وإن ولدته لأكثر من ذلك لم ترث ، إلا أن يقرّ الورثة أنها كانت حاملاً به يوم موت ولدها .

٤٩٠٦ (فصـــل)

﴿ ولا يرث الحمل إلا بشرطين ﴾

أحدهما : أن يُعلم أنه كان موجوداً حال الموت ، ويُعلم ذلك بأن تأتى به لأقلّ من ستة أشهر . فإن أتت به لأكثر من ذلك نظرنا : فإن كان لها زوج ، أو سيّد يطؤها ، لم يرث ، إلا أن يقرّ الورثة ، أنه كان موجوداً حال الموت ، وإن كانت لا توطأ إمّا لعدم الزوج ، أو السيّد ، وإمّا لغيبتهما ، أو اجتنابهما الوطء عجزاً ، أو قصداً ، أو غيره ، ورث ، ما لم يجاوز أكثر مدّة الحمل ، وذلك أربعُ سنين ، فى أصحّ الروايتين ، وفى الأخرى سنتان .

والثانى : أن تضعه حيًّا ، فإن وضعته ميّتاً لم يرث فى قولهم جميعاً ، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة ، واتفقوا على أنه إذا استهلّ صارخاً وَرِثَ ، وَوَرِّثَ ، وقد روى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة ، عن النبىّ صَلّى الله عليه وسلم أنه قال : « إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وَرِثَ » وروى ابن ماجه بإسناده ، عن

جابر ، عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم مثلَه ، واختلفوا فيما سوى الاستهلال ، فقالت طائفة : لا يرث حتّى يستهلّ ، ولا يقوم غيره مقامه ، ثم اختلفوا فى الاستهلال ما هو ؟ فقالت طائفة : لا يرث حتى يستهلّ صارخاً . فالمشهور عن أحمد رضى الله عنه لا يرث حتى يستهلّ ، ورُوى ذلك ابن عباس ، والحسن بن علىّ ، وأبى هريرة ، وجابر ، وسعيد بن المسيّب ، وعطاء ، وشُرَيح ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخَعِىّ ، والشعبىّ ، وربيعة ، ويحيى بن سعيد ، وأبى سَلمة بن عبد الرحمن ، ومالك ، وأبى عُبَيد ، وإسحاق ، لأن مفهوم قول النبىّ صلى الله عليه وسلم « إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وَرِثَ » أنه لا يرث بغير الاستهلال ، وفى لفظ ذكره ابن سُرَاقَة عن النبىّ صلى الله عليه وسلم أنه قال فى الصبىّ المنفوس « إِذَا وَقَعَ صَارِخاً فَاسْتَهَلَّ وَرِثَ وَتَمَّتْ دِيَتُهُ وَسُمِّىَ وَصُلِّىَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ وَقَعَ حَيًّا وَلَمْ يَسْتَهِلَّ صَارِخاً لَمْ تَتِمَّ دِيَتُهُ ، وَفِيهِ غُرَّةٌ عَبْدٌ أو أَمَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ » ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حىّ ، والحركة تكون من غير حىّ ، فإن اللحم يختلج سيّما إذا خرج من مكان ضيّق ، فتضامّت أجزاؤه ، ثم خرج إلى مكان فسيح ، فإنه يتحرّك من غير حياة فيه ، ثم إن كانت فيه حياة فلا نعلم كونها مستقرّة ، لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح ، فإن الحيوانات تتحرّك بعد الذبح ، حركةً شديدةً ، وهى فى حكم الميّت ، واختلف فى الاستهلال ما هو ؟ فقيل : الصراخ خاصّةً ، وهذا قول من ذكرنا فى هذه المسأله . ورواه أبو الخطّاب عن أحمد ، فقال : لا يرث إلاّ من استهلّ صارخاً ، وإنما سُمِّى الصراخُ من الصبىّ الاستهلال تجوّزاً ، والأصل فيه أن الناس إذا رأوا الهلال صاحُوا عند رؤيته ، واجتمعوا ، وأراه بعضهم بعضاً ، فسمّى الصوتُ عند استهلال الهلال استهلالًا ، ثم سُمِّى الصوتُ من الصبىّ المولود استهلالاً ، لأنه صوت عند وجود شىء يُجتمع له ، ويُفْرَحُ به . ورَوى يوسفُ بن موسى ، عن أحمد : أنه قال : يرث السِّقط ، ويُورث إذا استهلّ . فقيل له : ما استهلالُه ؟ قال : إذا صاح ، أو عَطِسَ ، أو بكى . فعلى هذا : كلّ صوت يوجد منه تُعلم به حياته ، فهو استهلال ، وهذا قول الزهرىّ ، والقاسم بن محمد ، لأنه صوت عُلمت به حياته ، فأشبه الصُّراخ .

وعن أحمد رواية ثالثة : إذا عُلمت حياته بصوت ، أو حركة ، أو رَضاع ، أو غيره ، ورث ، وثبت له أحكام المستهلّ ، لأنه حىّ ، فتثبت له أحكام الحياة ، كالمستهلّ ، وبهذا قال الثورىّ ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وداود ، وإن خرج بعضه حيًّا فاستهلّ ، ثم انفصل باقيه ميّتًا لم يرث ، وبهذا قال الشافعىّ رضى الله عنه ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إذا خرج أكثرُه فاستهلّ ، ثم مات ورث ، لقوله عليه السلام « إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وَرِثَ » .

ولنا : أنه لم يخرج جميعه ، فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره .

٤٩٠٧ (فصـــــل)

وإن ولدت توأمين ، فاستهل أحدهما ، ولم يُعلم بعينه ، فإن كانا ذكرين ، أو أنثيين ، أو ذكرا وأنثى ، لا يختلف ميراثهما ، فلا فروق بينهما ، وإن كانا ذكراً ، وأنثى ، يختلف ميراثهما ، فقال القاضى من أصحابنا : من قال : يُقرَع بينهما ، فمن أخرجته القرعة جُعِلَ المستهِلّ ، كما لو طلّق إحدى نسائه ، فلم تُعلم بعينها ، ثم مات ، أُخرِجَتْ بالقرعة . وقال الخبرىّ : ليس فى هذا عن السلف نصّ ، وقال الفَرَضِيُّونَ : تُعمل المسألة على الحالين ، ويُعطى كلّ وارث اليقين ، ويوقف الباقى حتى يصطلحوا عليه ، ويحتمل أن يُقسم بينهم على حسب الاحتمال .

ومن مسائل ذلك : رجل خلّف أمه ، وأخاه ، وأم ولد ، حاملاً منه ، فولدت توأمين ، ذكرا وأنثى ، فاستهلّ أحدهما ، ولم يُعلم بعينه ، فقيل : إن كان الابن المستهلّ ، فللأم السدس ، والباقى له ، ترث أمه ثلثه ، والباقى لعمِّه ، فاضرب ثلاثةً فى ستة ، تكن ثمانية عشر ، لأمّ الميت ثلاثة ، ولأمّ الولد خمسة ، وللعمّ عشرة ، وإن كانت البنت المستهلّة فالمسألة من ستة ، فتموت البنت عن ثلاثة ، ولأمّها سهم ، ولعمّها سهمان ، والستة تدخل فى ثمانية عشر ، فمن له شىء من الثمانية عشر مضروب فى واحد ، ومن له شىء من الستة مضروب فى ثلاثة ، فسدس الأم لا يتغيّر ، وللعمّ من الستة أربعة فى ثلاثة اثنا عشر ، وله من الثمانية عشر عشرة فى واحد ، فهذا اليقين ، فيأخذه ، ولأمّ الولد خمسة فى سهم ، وسهم فى ثلاثة ، فيأخذها ، ويقف سهمين بين الأخ ، وأمّ الولد ، حتى يصطلحا . عليها ، ويحتمل أن يقتسماها بينهما .

امرأة حامل ، وعمّ . ولدت المرأة ابناً ، وبنتاً ، واستهلّ أحدهما ، ولم يُعلم ، فالمسألتان من أربعة وعشرين ، إذا أعطيت كلّ واحد أقلّ من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة ، فإن كان معهما بنت ، فكلّ واحدة من المسألتين من اثنين وسبعين ، والموقوف اثنا عشرة .

امرأة ، وعمّ ، وأم حامل من الأب ، ولدت ابناً ، وبنتاً ، فاستهل أحدهما ، فإن كان المستهلّ الأخ فهى من ستة وثلاثين ، وإن كانت الأخت المستهلة فهى من ثلاثة عشر ، فالمسألتان متباينتان ، فاضرب إحداهما فى الأخرى ، تكن أربعمائة وثمانية وستين ، وكلّ من له شىء من إحدى المسألتين مضروب فى الأخرى ، فيدفع لكلّ واحد أقلّ النصيبين ، يبقى أربعة عشر ، منها تسعة بين المرأة ، والعمّ ، وخمسة بين الأم ، والعم ، فإن كانت المرأة ، والأمّ حاملين ، فوضعتا معاً ، فاستهلّ أحدهما ، فكلّ واحدة منهما ترجع إلى ستة وثلاثين ، فيُعطى كلُّ وارث أقلّ النصيبين ، ويبقى أحد عشر ، منها أربعة موقوفة ، بين الزوجة ، والأم ، وسبعة بين الأمّ والعمّ .

٤٩٠٨ (فصــل)

وإذا ولدت الحامل توأمين ، فسُمع الاستهلالُ من أحدهما ، ثم سُمِع مرّة أخرى ، فلم يُدْرَ أهو من الأول ، أو من الثانى ؟ فيحتمل أن يثبت الميراث لمن عُلِم استهلاله ، دون من شككنا فيه ؛ لأن الأصل عدم استهلاله . فعلى هذا الاحتمال : إن عُلِم المستهل بعينه فهو الوارث وحده ، وإن جُهِل عينه كان كما لو استهلّ واحد منهما لا بعينه . وقال الفَرَضيّون : يعمل على الأحوال ، فيُعطى كلّ وارث اليقين ، ويوقف الباقى .

ومن مسائل ذلك : أم حامل ، وأخت لأب ، وعم ، ولدت الأم بنتين ، فاستهلّت إحداهما ، ثم سُمع الاستهلالُ مرّةً أخرى ، فلم يُدْرَ هل استهلّت الأخرى ، أو تكرّر مِنْ واحدة ؟ فقيل : إن كان منهما جميعاً ، فقد ماتتا عن أربعة ، من ستة ، ولا يُعلم أولها موتاً ، فحكمهما حكم الغَرْقَى ، فمن ذهب إلى أنه لا تورث إحداهما من الأخرى ، قال : قد خلفتا أمًّا ، وأختاً ، وعمًّا فتصح من ثمانيـة عشر ، وإن كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة ، من ستة ، فتصحّ من اثنى عشر ، وبينهما موافقة بالسدس ، فتصير ستة وثلاثين ، للأم اثنا عشر ، وللأخت كذلك ، وللعم تسعة ، ونقف ثلاثة ، تدّعى الأم منها سهمين ، والعمّ سهماً ، وتدّعيها الأخت كلّها ، فيكون سهمان بينها ، وبين الأم ، وسهم بينها ، وبين العمّ .

زوج ، وجدّ ، وأمّ حامل ، ولدت ابناً ، وبنتاً ، فاستهلّ أحدهما ، ثم سُمع الاستهلالُ مرّةً أخرى ، فلم يُدْرَ ممّن هو ؟ فإن كان الاستهلالُ تكرّر من البنت فهى الأكدريّة ، وماتت عن أربعة ، بين أمّها وجدّها ، فتصحّ من أحد وثمانين ، وإن تكرر من الأخ لم يرث شيئاً ، والمسألة من ستة : للجدّ منها سهم، وإن كان منهما فللأم السدس ، وللزوج النصف ، وللجدّ السدس ، ولهما السدس على ثلاثة ، فتصحّ من ثمانية عشر ، والثلاثة التى لهما بين الجدّ والأمّ على ثلاثة ، فصار للأم أربعة ، وللجدّ خمسة ، وثمانية عشر توافق أحداً وثمانين ، بالأتساع ، فتصير مائةً واثنين ، وستين ، للزوج حقّه من الأكدريّة ، أربعة وخمسون ، وللأمّ تُسعا المـالِ من مسألة استهلالها معاً ، ستة وثلاثون ، وللجدّ السدس من مسألة استهلال الأخ وحده ، سبعة وعشرون ، يبقى خمسة وأربعون ، يدّعى الزوجُ منها سبعةً وعشرين ، والأم ثمانيـةَ عشَر ، ويدّعى منها الجدّ سبعة وثلاثين ، وتعول الثمانية الفاضلة للأمّ . فيحتملُ أن تُدفع إليها ، لأن الزوج والجدّ يُقِرّان لها بها .

٤٩٠٩ (فصـــل)

وإذا ضرب بطن حامل ، فأسقطت ، فعلى الضارب غُرّة موروثَةٌ ، عن الجنين ، كأنه سقط حيًّا ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعىّ ، وسائر الفقهاء ، إلا شيئاً يُحكى عن ربيعة ، و الليث ، وهو شذوذ

لا يعرّج عليه ، فإن قيل : فكيف تورّثون منه وهو لا يرث ؟ قلنا : نورّث منه ، لأن الواجب بدلٌ عنه ، فورثه ورثته ، كدية غير الجنين ، وأما توريثه فمن شروطه كونه حيًّا حين موت موروثه ، ولا يتحقق ذلك ، فلا نورّثه مع الشكّ في حياته .

٤٩١٠ (فصـــل)

ودية المقتول موروثةٌ عنه ، كسائر أمواله ، إلا أنه اختُلف فيه عن عليّ : فروى عنه مثلُ قول الجماعة ، وعنه : لا يرثها إلا عَصَباتهُ الذين يَعْقِلُون عنه ، وكان عمر يذهب إلى هذا ، ثم رجع عنه لمّا بلغه عن النبيّ صلّى الله عليه وسلم توريثُ المرأة من دية زوجها ، قال سعيد : حدّثنا سُفيان ، حدّثنا الزهريُّ ، سمع سعيد ابن المسيّب يقول « كَانَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يَقُولُ : الدِّيَةُ لِلْعَاقِلَةِ ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئاً . فقال له الضحّاك الكلابيّ : كتبَ إليّ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلّم : أنْ أُورِّث امرأةَ أشْيَم الضِّبَابِيِّ مِن دِيَةِ زَوْجِهَا أَشْيَم » قال الترمذيّ : هـذا حديث حسن صحيح ، وروى الإمام أحمد بإسناده ، عن عمرو بن شُعَيب عن أبيه عن جدّه « أنّ النبيّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنَّ الْعَقْلَ[1] مِيرَاثٌ بَيْنَ وَرَثَةِ الْقَتِيلِ عَلَى فَرَائِضِهِمْ » وبإسناده عن ابن عباس أن النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال « الْمَرْأَةُ تَرِثُ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا وَعَقْلِهِ ، وَيَرِثُ هُوَ مِنْ مَالِهَا وَعَقْلِهَا مَا لَمْ يَقْتُلْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ » إلا أن في إسناده رجلاً مجهولاً . وقال إبراهيم : قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم « الدِّيَةُ عَلَى الْمِيرَاثِ وَالْعَقْلُ[2] عَلَى الْعَصَبَةِ » وقال أبو ثور : هي على الميراث ، ولا تُقْضَى منها ديونُه ، ولا تُنَفَّذُ منها وصاياه . وعن أحمد نحو من هذا ، وقد ذكر الخِرَقيّ فيمن أوصى بثلث ماله لرجل ، فقتل ، وأُخذت ديته فللموصَى له بالثلث ثلثُ الدية ، في إحدى الروايتين . والأخرى ليس لمن أُوصِيَ له بالثلث من الدية شيء ، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميّت ، أو على ملك الورثة ابتداء ، وفيه روايتان :

إحداهما : أنها تحدث على ملك الميّت ، لأنها بدل نفسه ، فيكون بدلُها له ، كدية أطرافه المقطوعة منه في الحياة ، ولأنه لو أسقطها عن القاتل بعد جَرحه إيّاه كان صحيحاً ، وليس له إسقاط حقّ الورثة ، ولأنها مال موروث ، فأشبهت سائر أمواله ، والأخرى أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء ، لأنها إنما تستحق بعد الموت ، وبالموت تزول أملاك الميت الثابتة له ، ويخرج عن أن يكون أهلاً للملك . وإنما يثبُت الملك لورثته ابتداء ، ولا أعلم خلافاً في أن الميّت يُجهَز منها ، إن كان قبل تجهيزه ، لأنه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته ، لو كان فقيراً ، فأولى أن يجب ذلك في دينه .

(١) العقل : الدية .

(٢) العقل هنا : دفع الدية ، أى العصبة هى التى تدفع الدية للقاتل خطأ فتعينه عليها .

٤٩١١ (فصل فى ميراث المفقود وهو نوعان)

أحدهما : الغالب من حاله الهلاك وهو من يفقد فى مهلكة كالذى يفقد بين الصفين وقدهلك جماعة ، أو فى مركب انكسر فغرق بعض أهله أو فى مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين ، فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة ، وحلّت للأزواج نصّ عليه الإمام أحمد ، وهذا اختيار أبى بكر وذكر القاضى أنه لا يقسّم ماله حتى تمضى عدّة الوفاة بعد الأربع سنين ، لأنه الوقت الذى يباح لامرأته التزوّج فيه . والأول أصحّ ، لأن العدّة إنما تكون بعد الوفاة ، فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسْم ماله ، وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه ، وما يشكّ فى مستحقّه ، وقسّم باقيه ، فإن بان حياً أخذه وردّ الفضل إلى أهله ، وإن علم أنه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته ، وإن علم أنه كان ميّتاً حين موت موروثه ردّ الموقوف إلى ورثة الأول ، وإن مضت المدّة ، ولم يعلم خبره ردّ أيضاً إلى ورثة الأول ، لأنه مشكوك فى حياته حين موت موروثه ، فلا تورّثه مع الشكّ كالجنين الذى يسقُط ميّتاً ، وكذلك إن علمنا أنه مات ولم يدر متى مات . ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا ، إلا أن مالكاً والشافعىّ رضى الله عنهما فى القديم وافقاً فى الزوجة أنها تتزوّج خاصّة ، والأظهر من مذهبه مثلُ قول الباقين ، فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسّم حتى تمضى مدّة لا يعيش فى مثلها ، على ما سنذكره فى الصورة الأخرى ، إن شاء الله تعالى ، لأنه مفقود لا يتحقّق موته ، فأشبه التاجر ، والسائح .

ولنا اتفاق الصحابة رضى الله عنهم على تزويج امرأته ، على ما ذكرناه فى العِدَد ، وإذا ثبت ذلك فى النكاح مع الاحتياط للأبضاع ، ففى المال أولى . ولأن الظاهر هلاكه ، فأشبه مالو مضت مدة لا يعيش فى مثلها.

النوع الثانى : ليس من الغالب هلاكه ، كالمسافر لتجارة ، أو طلب علم ، أو سياحة ، ونحو ذلك ، ولم يُعلم خبره ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يقسّم ماله ولا تتزوّج امرأته حتى يتيقّن موته ، أو يمضى عليه مدّة لا يعيش فى مثلها ، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم ، وهذا قول الشافعىّ رضى الله عنه ، ومحمد بن الحسن ، وهو المشهور عن مالك ، وأبى حنيفة ، وأبى يوسف ، لأن الأصل حياته ، والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف ، ولا توقيف ههنا ، فوجب التوقف عنه .

والرواية الثانية : أنه ينتظر به تمام تسعين سنةً مع سَنةِ يومَ فُقِدَ ، وهذا قول عبد الملك بن الماجُشون ،

لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، وقال عبد الله ابن الحكم : يُنتظر به إلى تمام سبعين سنةً ، مع سنةِ يَوْمَ فُقِدَ ، ولعلّه يحتجّ بقول النبيّ صلى الله عليه وسلّم « أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السَّبْعِينَ والسِّتِّينَ » ، أو كما قال : لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، فأشبه التسعين .

وقال الحسن بن زياد : ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة . قال : ولو فقد وهو ابن ستين سنةً ، وله مال لم يقسَّم ماله حتى يمضى عليه ستون سنة أخرى ، فيكون له مع سَنَةِ يوم فُقِدَ مائة وعشرون سنة ، فيقسَّم ماله حينئذٍ بين ورثته ، إن كانوا أحياء ، وإن مات بعض ورثته قبل مضىّ مائة وعشرين : وخلّف ورثةً لم يكن لهم شىء من مال المفقود ، وكان ماله للأحياء من ورثته ، ويوقف للمفقود حصَّته من مال مورثه ، الذى مات فى مدّة الانتظار ، فإن مضت المدة ، ولم يعلم خبر المفقود ، ردّ الموقوف إلى ورثةِ موروث المفقود ، ولم يكن لورثة المفقود . قال اللؤلؤىّ : وهذا قول أبى يوسف . وحكى الخبرىّ عن اللؤلؤى أنه قال إن الموقوف للمفقود ، وإن لم يعلم خبره يكون لورثته . قال : وهو الصحيح عندى ، والذى ذكرناه هو الذى حكاه ابن اللبّان عن اللؤلؤى ، فقال : لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم ، أو بعد فقده ، وتمّت مائة وعشرون سنةً لم تورّث منه شيئاً ، ولم نورّثه منها ، لأننا لا نعلم أيّهما مات أولاً ، وهذا قياس قول من قال فى الغرقىَ : إنه لا يورّث أحدهم من صاحبه ، ويرث كلّ واحد الأحياء من ورثته .

قال القاضى : هذا قياس قول أحمد ، واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله ، لا من مات قبل ذلك ، ولو بيوم . واختلفوا فيمن مات وفى ورثته مفقود ، فمذهب أحمد ، وأكثر الفقهاء على أنه يُعطى كلّ وارث من ورثته اليقين ، ويوقف الباقى حتى يتبيّن أمره ، أو تمضى مدّة الانتظار ، ، فتعمل المسألة على أنه حىّ ، ثمّ على أنه ميّت ، وتضرب إحداهما فى الأخرى إن تباينتا ، أو فى وفقهما إن اتفقتا ، وتجتزىء بإحداهما إن تماثلتا ، أو بأكثرها إن تناسبتا ، ونُعطى كلّ واحد أقلّ النصيبين ، ومن لا يرث إلا من أحدهما لا تعطيه شيئاً ، ونقف الباقىّ . ولهم أن يصطلحوا على مازاد على نصيب المفقود ، واختاره ابن اللبان ، لأنه لا يخرج عنهم ، وأنكر ذلك الونى ، وقال : لا فائدة فى أن ينقص بعض الورثة عمّا يستحقُّه فى مسألة الحياة وهى مُنتفية ، ثم يقال له : لك أن تُصالح على بعضه ، بل إن جاز ذلك ، فالأولى أن نقسِّم المسألة على تقدير الحياة ، ونقف نصيب المفقود لا غيرُ ، والأول أصحّ إن شاء الله فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك فى مستحقّه ، ويقين الحياة معارض بظهور الموت ، فينبغى أن يوقف كالزائد عن اليقين فى مسائل الحمل ، والاستهلال ، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لأنه حقّهم لا يخرج عنهم ، وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه ، كما تقدّم فى نظائره ، ووجوب وقفه

لا يمنع الصلح عليه ، لذلك ، ولأن تجويز أخذ الإنسان حقّ غيره برضاه ، وصلحه ، لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه .

وظاهر قول الوني هذا أن تقسّم المسألة على أنه حيّ ، ويقف نصيبه لا غيرُ ، وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقسّم المال على الموجودين ، لأنهم متحقّقون ، والمفقود مشكوك فيه ، فلا يورّث مع الشكّ . وقال محمد بن الحسن : القول قولُ مَن المالُ في يده ، فلو مات رجل ، وخلف ابنتيه ، وابن ابن أبوه مفقود والمال في يد الابنتين ، فاختصموا إلى القاضي ، فإنّه لا ينبغي للقاضي أن يحوّل المال عن موضعه ، ولا يقف منه شيئاً ، سواء اعترفت الابنتان بفقده ، أو ادّعتا موته . وإن كان المال في يد ابن المفقود ، لم يُعط الابنتان إلا النصف ، أقلّ ما يكون لهما ، وإن كان المال في يد أجنبيّ ، فأقرّ بأن الابن مفقود وقف له النصف في يديه ، وإن قال الأجنبيّ : قد مات المفقود ، لزمه دفع الثلثين إلى البنتين ، ويوقف الثلث ، إلا أن يقرّ ابن الابن بموت أبيه ، فيدفع إليه الباقي ، والجمهور على القول الأول .

ومن مسائل ذلك : زوج ، وأمّ وأخت ، وجدّ ، وأخ مفقود . مسألة الموت من سبعة وعشرين ، لأنّها مسألة الأكدريّة ، ومسألة الحياة من ثمانية عشر ، وهما يتّفقان بالاتساع ، فتضرب تسع إحداهما في الأخرى ، تكن أربعةً وخمسين ، للزوج النصف من مسألة الحياة ، والثلث من مسألة الموت ، فيعطى الثلث ، وللأمّ التّسعان من مسألة الموت ، والسدس من مسألة الحياة ، فتُعطى السدس . وللجدّ ستة عشر سهماً ، من مسألة الموت ، وتسعة من مسألة الحياة ، فيأخذ التّسعة ، وللأخت ثمانية من مسألة الموت ، وثلاثة من مسألة الحياة ، فتأخذ ثلاثة ، ويبقى خمسة عشر موقوفة ، إن بان أن الأخ حيّ أخذ ستة ، وأخذ الزوج تسعة ، وإن بان ميّتاً ، أو مضت المدة قبل قدومه ، أخذت الأمّ ثلاثة ، والأخت خمسة ، والجدّ سبعة ، واختار الخبريّ أن المدّة إذا مضت ، ولم يتبيّن أمره أن يقسّم نصيبه من الموقوف على ورثته ، فإنه كان محكوماً بحياته لأنّها اليقين ، وإنّما حكمنا بموته بمضيّ المدة .

ولنا : أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا يعلم حاله ، فإذا لم تتبيّن حياته ، لم يكن لورثته ، كالموقوف للحمل ، وللورثة أن يصطلحوا على القسمة قبل مضيّ المدة .

زوج ، وأبوان ، وابنتان مفقودتان ، مسألة حياتهما من خمسة عشر ، وفي حياة أحدهما من ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ، ثم تُعطى الزوج والأبوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروباً في اثنين ، ثم في ثلاثة عشر ، وتقف الباقيَ ، وإن كان في المسألة ثلاثة مفقودون عملت لهم أربعَ مسائل ، وإن كانوا أربعةً عملت لهم خمس مسائل ، وعلى هذا . وإن كان المفقود يحجُب ، ولا يرث ، كزوج ، وأخت ، من أبوين ، وأخت من أب ، وأخ لها مفقود ، وقفت السبع بينهما ، وبين الزوج والأخت من الأبوين . وقيل

لا يوقف ههنا شيء ، وتُعطى الأخت من الأب السبع ، لأنهما لا تحجب بالشكّ ، كما لا ترث بالشك ، والأول أصحّ ، لأن دفع السبع إليها توريث بالشكّ ، وليس فى الوقف حجبٌ يقيناً ، إنما هو توقّف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها ، ويُعارض قول هذا القائل قول من قال : إن اليقين حياته فيعمل على أنه حىّ ، ويدفع المال إلى الزوج ، والأخت من الأبوين ، والتوسّط بما ذكرناه أولى . والله أعلم .

٤٩١٢ (فصـــل)

والأسير كالمفقود ، إذا انقطع خبره ، وإن علمت حياته ، ورث فى قول الجمهور . وحُكى عن سعيد ابن المسيّب : أنه لا يرث لأنه عبد ، وحُكى ذلك عن النخَعِىّ ، وقتادة . والصحيح الأول . والكفّار لا يملكون الأحرار ، والله أعلم .

٤٩١٣ (فصـــل)

فى التزويج فى المرض والصحّة ، حكم النكاح فى المرض ، والصحّة سواء فى صحّة العقد ، وتوريث كلّ واحد منهما من صاحبه فى قول الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعىّ رضى الله عنه ، وقال مالك : أىّ الزوجين كان مريضاً مرضاً مَخُوفا حال عقد النكاح ، فالنكاح فاسدٌ ، لا يتوارثان به ، إلا أن يصيبها ، فيكون لها المسمّى فى ثلاثة مُقدماً على الوصيّة ، وعن الزهرىّ ، ويحيى ابن سعيد مثلُه ، واختلف أصحاب مالك فى نكاح من لم يرث ، كالأمة ، والذميّة ، فقال بعضهم : يصحّ لئلا يتّهم بقصد توريثها . ومنهم من أبطله ، لجواز أن تكون وارثةً ، وقال ربيعة ، وابن أبى ليلى : الصداق ، والميراث من الثلث . وقال الأوزاعى : النكاح صحيح ، ولا ميراث بينهما . وعن القاسم بن محمد ، والحسن : إن قصد الإضرار بورثته فالنكاح باطل ، وإلا فهو صحيح .

ولنا : أنه عقد معاوضة تصحّ فى الصحّة فيصحّ فى المرض ، كالبيع ، ولأنه نكاح صدر من أهله فى محلّه بشرطه ، فيصحّ كحال الصحّة ، وقد روينا أن عبد الرحمن ابن أم الحكم تزوّج فى مرضه ثلاث نِسْوة أصدق كلّ واحدة ألفاً ، ليضيِّق بهن على امرأته ، ويَشْرَكْنها فى ميراثها ، فأجيز ذلك . وإذا ثبت صحّة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية .

٤٩١٤ (فصـــل)

ولا فرق فى ميراث الزوجين بين ماقبل الدخول وبعده ، لعموم الآية ولأن النبى صلى الله عَلَيْهِ وَسَلَّم «قَضَىَ لِبَرْوَعَ بِنْتِ وَاشِقٍ ، بالْمِيرَاثِ ، وكانَ زَوْجُها مات عنها قبل أن يدخل بها ، ولم يَفْرِضْ لَهَا صَدَاقاً » ولأن النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول .

٤٩١٥ (فصــــل)

فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين ، لأنه ليس بنكاح شرعيّ . وإذا اشتبه مَنْ نكاحُها فاسد بِمَنْ نكاحها صحيح فالمنقول عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين ، لا يدرى أيّتهما تزوّج أولَ فإنّه يفرّق بينهما ، وتوقّف عن أن يقول فى الصّداق شيئاً ، قال أبو بكر : يتوجّه على قوله أن يُقْرَع بينهما ، فعلى هذا الوجه يُقرَع بينهما فى الميراث إذا مات عنهما . وعن النخَعِيّ ، والشعبيّ ما يدلّ على أن المهر والميراث يقسم بينهنّ على حسب الدعاوَى ، والتنزيل ، كميراثِ الخَناثَى . وهو قول أبى حنيفة ، وأصحابه ، وقال الشافعيّ : رضى الله عنه : يوقف المشكوك فيه من ذلك ، حتى يصطلحْنَ عليه ، أو يتبيّن الأمر . فلو تزوّج امرأةً فى عقد ، وأربعاً فى عقد ، ثم مات ، وخلّف أخاً ، ولم يعلم أىّ العقدين سبق ، ففى قول أبى حنيفة : كلّ واحدة تدّعى مهراً كاملاً يُنكره الأخ ، فتُعطَى كلٌّ واحدة نصف مهر ، ويؤخذُ ربع الباقى تدّعيه الواحدة ، والأربع ، فيقسّم للواحدة نصفه ، وللأربع نصفه ، وعند الشافعيّ رضى الله عنه : أكثرُ ما يجب عليه أربعة مهور ، فيأخذ ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ، ويبقى ثلاثة تدّعى الواحدة ربعها ميراثاً ، ويدّعى الأخ ثلاثة أرباعها ، فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر ، بين النساء الخمس ، وباقيها ، وهو مهران ، وربع بين الأربع ، وبين الأخ ، ثم يؤخذ ربع ما بقى ، فيوقف بين النساء الخمس ، والباقى للأخ ، وإن تزوّج امرأةً فى عقد ، واثنتين فى عقد ، وثلاثاً فى عقد ، ولم يعلم السابق ، فالواحدة نكاحها صحيح ، فلها مهرها ، ويبقى الشكّ فى الخمس . فعلى قول أهل العراق لهنّ مهران ، بيقين ، والثالث لهنّ فى حال دون حال ، فيكون لهنّ نصفه ، ثم يقسّم ذلك بينهنّ ، لكلّ واحدة نصف مهر ، ثم يؤخذ ربع الباقى لهنّ ميراثا فللواحدة ربعه يقيناً ، وتدّعى نصف سدسه ، فتعُطَى نصفَه ، فيصيرلها من الربع سدُسه ، وثُمنه ، وذلك سبعة من أربعة وعشرين ، والاثنتان تدّعيان ثلثيه ، وهو ستة عشر سهماً ، فيُعَطيْنَ نصفَه ، وهو ثمانية أسهم ، والثلاث يدّعين ثلاثة أرباعه ، وهو ثمانية عشر سهماً ، فيُعطَين تُسعه . هذا قول محمد بن الحسن .

وعلى قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف : تقسّم السبعة عشر بين الثلاث والاثنتين ، نصفين ، فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهماً ، ثم تضرب الاثنين فى الثلاث ، ثم فى الثمانية والأربعين ، تكن مائتين وثمانية وثمانين ، فهذا ربع للمال ، وعند الشافعيّ تُعطى الواحدةُ مهرها ، ويوقَفُ ثلاثة مُهور : مَهران منها بين الخمس ، ومهر تدّعيه الواحدة والاثنتان رُبعه ميراثاً ، وتدّعيه الثلاث مهراً ، وثلاثة أرباعه تدّعيه الأخرى ميراثاً ، وتدّعيه الثلاث مهراً ، ويُؤخذ ربع ما بقى ، فيُدفع ربعه إلى الواحدة ، ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف ، وثلثاه بين الثلاث والاثنتين موقوف ، فإن طلبت واحدة من الخمس شيئاً من

الميراث الموقوف لم يدفع إليها شيء . وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لم يُدفع إليه شيء ، وإن طلبت واحدة من الثلاث ، وواحدة من الاثنتين دُفع إليهما رُبع الميراث ، وإن طلبته واحدة من الاثنتين ، واثنتان من الثلاث ، أو الثلاث كلّهنّ دفع إليهنّ ثلثه ، وإن عيّن الزوج المنكوحات أولاً قُبِل تعيينهُ وثبت ، وإن وطىء واحدةً منهنّ لم يكن ذلك تعييناً لها ، وهذا قول الشافعيّ رضى الله عنه والموطوءة الأقلّ من المسمّى ، أو مهر المثل ، فيكون الفضل بينهما موقوفاً ، وعلى قول أهل العراق ، يكون تعييناً ، فإن كانت الموطوءة من الاثنتين صحّ نكاحُها ، وبطل نكاح الثلاث ، وإن كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين ، وإن وطىء واحدةً من الاثنتين ، وواحدةً من الثلاث صحّ نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه ، وللموطوءة التى لم يصحّ نكاحُها مهرُ مثلها ، فإن أشكل أيضاً أخذَ منه اليقين ، وهو مهران مُسمَّيان ، ومهرُ مثلٍ ، ويبقى مهرٌ مسمىً تدّعيه النِّسوة ، ويُنكره الأخ فيقسمّ بينهما ، فيحصُل للنسوة مهر مثل ، ومسمَّيان ، ونصف ، منها مهر مسمًّى ، ومهر مثل ، يقسمّ بين الموطوءتين نصفين ، ويبقى مسمًّى ونصف ، بين الثلاث الباقيات ، لكلّ واحدة نصف مسمًّى ، والميراث على ما تقدّم . وعند الشافعىّ : لا حكم للوطء فى التعيين ، وهل يقوم تعيين الوارثَ مقام تعيين الزوج ؟ فيه قولان ، فعلى قوله يُؤخذ مسمًّى ، ومهر مثل للموطوءتين ، تُعطَى كلّ واحدة الأقلّ من المسمَّى ، أو مهر المثل ، ويقف الفضل بينهما ، ويبقى مُسمَّيان ونصف ، يقف أحدهما بين الثلاث اللاتى لم يُوَطأْنَ وآخرُ بين الثلاث والاثنتين ، والميراث على ما تقدّم .

وحُكى عن الشعبىّ ، والنخَعِى ّ فيمن له أربع نسوة بَتَّ طلاق إحداهنّ ، ثم نكح خامسةً ، ومات ولم يُدْرَ أيتهنّ طلّق؟ فللخامسة ربع الميراث ، وللأربع ثلاثة أرباعه ، بينهنّ . وهذا مذهب أبى حنيفة ، إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدّة المطلّقة ، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة : إحدى نسائى طالق ، ثم نكح سادسة ، ثم مات قبل أن يبيّن فللسادسة ربع الميراث ، وللخامسة ربع ثلاثة الأرباع الباقى ، وما بقى بين الأربع الأول أرباعاً . وفى قول الشافعىّ رضى الله عنه : ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدّم .

٤٩١٦ فصل فى الطلاق

إذا طلّق الرجل امرأته طلاقاً يملك رَجعتَها فى عدّتها لم يسقط التوارثُ بينهما ، مادامت فى العدّة ، سواء كان فى المرض ، أو الصحّة ، بغير خلاف نعلمه ، ورُوى ذلك عن أبى بكر ، وعمر وعثمان وعلىّ ، وابن مسعود رضى الله عنهم . وذلك لأن الرجعيّة زوجةٌ يلحقُها طلاقُه ، وظِهاره ، وإيلاؤه ، ويملك امساكها بالرّجعة ، بغير رضاها ، ولا ولىّ ، ولا شهود ، ولا صداق جديد ، وإن طلّقها فى الصحّة طلاقاً

بائناً ، أو رجعيًا ، فبانت بانقضاء عدّتها لم يتوارثا إجماعاً ، وإن كان الطلاق فى المرض المَخُوف ، ثمّ مات من مرضه ذلك فى عدّتها ورثته ، ولم يرثها إن ماتت ، ويُروى هذا عن عمر ، وعثمان ، رضى الله عنهما . وبه قال عُروة ، وشُرَيح ، والحسن ، والشعبىّ ، والنخَعِىّ ، والثورىّ وأبو حنيفة ، فى أهل العراق ، ومالك فى أهل المدينة ، وابن أبى ليلى . وهو قول الشافعىّ رضى الله عنه فى القديم .

ورُوى عن عُتبة بن عبد الله بن الزبير : لا ترث مَبتوتة . ورُوى ذلك عن علىّ ، وعبد الرحمن ابن عوف ، وهو قول الشافعىّ الجديد ، لأنها بائن فلا ترث ، كالبائن فى الصحّة ، أو كما لو كان الطلاق باختيارها ، ولأن أسباب الميراث محصورة فى رحمٍ ونكاح ، ووَلاء ، وليس لها شىء من هذه الأسباب .

ولنا : أن عثمان رضى الله عنه ورّث تُماضِرَ بنتَ الأَصْبَغ الكَلْبِيَّةَ من عبد الرحمن بن عوف ، وكان طلقها فى مرضه ، فبتّها . واشتهر ذلك فى الصحابة فلم يُنكر ، فكان إجماعاً . ولم يثبت عن علىّ ولا عبد الرحمن خلافٌ فى هذا . بل قد رَوى عُروة عن عثمان : إنه قال لعبد الرحمن « لَئِنْ مِتَّ لأُوَرِّثَنَّهَا مِنْكَ ، قال : قَدْ عَلِمْتُ ذَلِكَ » وما رُوى عن ابن الزبير إن صحّ فهو مسبوق بالإجماع ، ولأنّ هذا قصد قصداً فاسداً فى الميراث ، فعورض بنقيض قصده ، كالقاتل القاصد استعجال الميراث ، يُعاقَب بحرمانه .

إذا ثبت هذا : فالمشهور عن أحمد أنّها ترثه فى العدّة ، وبعدها ، مالم تتزوّج . قال أبو بكر : لايختلف قول أبى عبد الله فى المدخول بها ، إذا طلّقها المريض أنّها ترثُهُ فى العدّة ، وبعدها ، ما لم تتزوّج ، ورُوى ذلك عن الحسن ، وهو قول البتّىّ ، وحُمَيد ، وابن أبى ليلى ، وبعض البصريّين ، وأصحاب الحسن ، ومالك ، فى أهل المدينة . وذُكر عن أُبىّ بن كعب ، لما رَوى أبو سلَمَةَ بن عبد الرحمن « أَنَّ أَبَاهُ طَلَّقَ أُمَّهُ وَهُوَ مَرِيضٌ فَمَاتَ فَوَرِثَتْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ » ولأن سبب توريثها ، فرارُه من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدّة ، ورُوى عن أحمد ما يدلّ على أنّها لا ترث بعد العدّة ، فإنه قال فى رواية الأثرم : يلزم من قال : له أن يتزوّج أربعاً قبل انقضاء عدّة مُطلّقاته أنه لو طلّق أربع نسوةٍ فى مرضه ، ثم تزوّج أربعاً ، ثم مات من مرضه ذلك . أنّ الثمانِ يَرِثْنَهُ كُلّهُنَّ ، فيكون مُسلماً يرثه ثمانِ نِسْوةٍ ، وهذا القول يلزم منه توريثُ ثمانٍ ، وتوريثها بعد العدّة يلزم منه ذلك ، ولأنه قال فى المطلّقة قبل الدخول : لا ترث ، لأنها لا عدّة لها ، وهذه كذلك ، فلا ترث ، وهذا قول عُروة ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، وقول الشافعىّ القديم ، لأنها تُباح لزوج آخر ، فلم ترثه ، كما لو كان فى الصحّة ، ولأن توريثها بعد العدّة يُفضى إلى توريث أكثر من أربع نسوة ، فلم يجز ذلك ، كما لو تزوّجت ، وإن تزوّجت المبتوتة لم ترثه ، سواء كانت فى

الزوجيّة ، أو بانت من الزوج الثانى ، هذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك فى أهل المدينة : ترثهُ ، لما ذكرنا للرواية الأولى ، ولأنّها شخص يرث مع انتفاء الزوجيّة ، فورث معها ، كسائر الوارثين .

ولنا : أن هذه وارثةٌ من زوج ، فلا ترث زوجاً سواه ، كسائر الزوجات ، ولأن التوارُث من حكم النكاح ، فلا يجوز اجتماعه مع نكاحٍ آخر ، كالعدّة ، ولأنّها فعلت باختيارها ما يُنافى نكاح الأول لها فأشبه ما لو كان فسخ النّكاح من قِبَلها .

٤٩١٧ (فصـــل)

ولو صحّ من مرضه ذلك ، ثم مات بعده لم ترثه فى قول الجمهور ، ورُوى عن النخَعِىّ ، والشعبىّ والثورىّ ، وزُفر ، أنّها ترثه ، لأنه طلاق مرض ، قُصِد به الفرار من الميراث ، فلم يمنعه ، كما لو لم يصحّ .

ولنا : أن هذه بائن بطلاق فى غير مرض الموت ، فلم ترثه ، كالمطلّقة فى الصحّة ، ولأن حكم هذا المرض حكم الصحّة فى العطايا ، والإعتاق ، والإقرار ، فكذلك فى الطلاق ، وما ذكروه يَبطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق فى صحّته .

٤٩١٨ (فصـــل)

ولو طلّق امرأته ثلاثة فى مرضه قبل الدخول بها ، فقال أبو بكر : فيها أربع روايات .

إحداهنّ لها الصداق كاملا ، والميراثُ ، وعليها العدّة ، اختارها أبو بكر ، وهو قول الحسن ، وعطاء وأبى عُبَيد ، لأن الميراث ثبت للمدخول بها ، لفراره منه وهذا فارّ ، وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكميل الصداق ، وينبغى أن تكون العدّة عدّة الوفاة ، لأنّا جعلناها فى حكم من تُوفىّ عنها ، وهى زوجة ، ولأن الطلاق لا يوجب عدّة على غير مدخول بها .

الثانية : لها الميراث ، والصداق ، ولا عدّة عليها ، وهو قول عطاء ، لأن العدّة حقّ عليها ، فلا يجب بفراره .

والثالثة : لها الميراث ، ونصف الصداق ، وعليها العدّة ، وهذا قول مالك ، فى رواية أبى عُبَيد عنه ، لأن من ترث يجب أن تعتدّ ، ولا يكمّل الصداق ، لأن الله تعالى نصّ على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ، ولا تجوز مخالفته .

والرابعة : لا ميراث لها ، ولا عدّة عليها ، ولها نصف الصداق ، وهو قول جابر ابن زيد ، والنخَعِىّ وأبى حنيفة ، والشافعىّ ، وأكثر أهل العلم . قال أحمد : قال جابر ابن زيد : لا ميراث لها ، ولا عدّة عليها ، قال الحسن : أذهبُ إلى قول جابر ، وذلك لأن الله تعالى نصّ على تنصيف الصداق ، ونفى العدّة عن المطلّقة قبل الدخول ، بقوله تعالى (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ

فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ) وقال تعالى (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا[1]) ولا يجوز مخالفة نصّ الكتاب بالرأى والتحكّم . وأما الميراث : فإنّها ليست بزوجة ، ولا معتدّة من نكاح ، فأشبهت المطلّقة فى الصحة ، والله أعلم . ولو خلا بها وقال : لمّا أطأها ، وصدّقته فلها الميراث ، وعليها العدّة للوفاة ، ويكمل لها الصداق ، لأن الخلوة تكفى فى ثبوت هذه الأحكام ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأصحابه

٤٩١٩ (فصـــل)

ولو طلق المدخول بها طلاقاً رجعيّاً ، ثم مرض فى عدّتها ، ومات بعد انقضائها لم ترثه ، لأنه طلاق صحّة ، وإن طلّقها واحدةً فى صحّته وأبانها فى مرضه ، ثم مات بعد انقضاء عدّتها فحكمها حكم مالو ابتدأ طلاقها فى مرضه ، لأنه فرّ من ميراثها . فإن طلّقها واحدة فى صحّته ، وأخرى فى مرضه ، ولم يبنها حتى بانت بانقضاء عدّتها لم ترث ، لأن طلاق المرض لم يقطع ميراثها ، ولم يؤثّر فى بينونتها .

٤٩٢٠ (فصـــل)

وإن طلقها ثلاثاً فى مرضه ، فارتدّت ، ثم أسلمت ، ثم مات فى عدّتها ، ففيه وجهان :

أحدهما : ترثه ، وهو قول مالك ، لأنها مطلّقة فى المرض ، أشبه ما لو لم ترتدّ .

والثانى : لا ترثه ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعىّ ، لأنها فعلت ما يُنافى النكاح ، أشبه ما لو تزوجت . ولو كان هو المرتدّ ، ثم أسلم ، ومات ، ورثته ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه . وقال الشافعىّ رضى الله عنه[2] : لا ترثه .

ولنا : أنها مطلّقة فى المرض ، لم تفعل ما يُنافى نكاحها ، مات زوجها فى عدّتها ، فأشبه ما لو لم ترتدّ ، ولو ارتدّ أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ، ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدّة ورثه الآخر ، لأن النكاح باقٍ . فإن انقضت العدّة قبل رجوعه انفسخ النكاح ، ولم يرث أحدُهما الآخر ، وإن قلنا : إن الفرقة تتعجّل عند اختلاف الدِّين لم يرث أحدُهما الآخر ، ويتخرّج أن يرثه الآخرُ ، إذا كان ذلك فى مرض موته ، لأنه تحصل به البينونة ، فأشبه الطلاق ، وهو قول مالك ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إذا ارتدّت المرأة ، ثم ماتت فى عدّتها ورثها الزوج .

٤٩٢١ (فصـــل)

إذا طلق المسلم المريض زوجته الأمة ، والذمّية طلاقاً بائناً ، ثم أسلمت الذمّية ، وعتقت الأمة ، ثم مات فى عدّتهما لم ترثاه ، لأنه لم يكن عند الطلاق فارًّا ، وإن قال لهما فى المرض : إذا عتقتِ أنت ، أو أسلمتِ

---

(١) فى الطبعة الثالثة . (تعدونها) ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب (٢) فى الأصول (عنهم) وهو سهو

أنت ، فأنتما طالقتان. فعتقت الأمة ، وأسلمت الذمّية ، ومات ورثتاه ، لأنه فارّ . فإن قال لهما : أنتما طالقتان غداً ، فعتقت الأمة ، وأسلمت الذمّية لم ترثاه ، لأنه غيرُ فارّ ، وإن قال سيّد الأمة : أنت حرّة غداً ، وقال الزوج : أنت طالق غداً ، وهو يعلم بقول السيّد ورثته ، لأنه فارّ ، وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفِرار ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والشافعيّ رضى الله عنه ، ولم أعلم لهم مخالفاً .

٤٩٢٢ (فصــــل)

وإذا قال لامرأته فى صحّته : إذا مرضت فأنت طالق ، فحكمه حكم طلاق المرض سواء ، فإن أقرّ فى مرضه أنه كان طلّقها فى صحّته ثلاثاً لم يُقبل إقراره عليها ، وكان حكمه حكم طلاقه فى مرضه ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، وقال الشافعيّ رضى الله عنه : يقبل إقراره . ولنا أنه إقرار بما يَبطُل به حقّ غيره ، فلم يُقبل ، كما لو أقرّ بمالها .

٤٩٢٣ (فصــــل)

وإن سألته الطلاق فى مرضه ، فأجابها ، فقال القاضى : فيه روايتان :

إحداهما : لا ترثه ، لأنه ليس بفارّ .

والثانية : ترثه : لأنه طلّقها فى مرضه ، وهو قول مالك ، وكذلك الحكم إن خالعها ، أو علّق الطلاق على مشيئتها ، فشاءت ، أو على فعلٍ من جهتها ، لها منه بُدّ ، ففعلته ، أو خيّرها فاختارت نفسها ، والصحيح فى هذا كلّه أنّها لا ترثه ، لأنه لا فرار منه ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعيّ رضى الله عنه ، وإن لم تعلم بتعليق طلاقها ، ففعلت ما علّق عليه ورثته ، لأنها معذورة فيه ، ولو سألته طَلْقَةً ، فطلّقها ثلاثاً ورثته ، لأنه أبانها بما لم تطلُبه منه ، وإن علّق طلاقها على فعل لا بدّ لها منه ، كصلاة مكتوبة ، وصيامٍ واجب فى وقته ، ففعلته ، فحكمه حكم طلاقها ابتداء ، فى قولهم جميعاً ، وكذلك إن علّقه على كلامها لأبويها ، أو لأحدهما ، وإن قال فى مرضه : أنت طالق إن قدم زيد ، ونحوه ، ممّا ليس من فعلها ، ولا فعله ، فوُجد الشرط فطلّقت به ورثته.

٤٩٢٤ (فصــــل)

فإن علّق طلاقها فى الصحّة على شرط وُجد فى المرض ، كقدوم زيد ، ومجىء غد ، وصلاتها الفرض بانت ، ولم ترث ، لأن اليمين كانت فى الصحة .

وذكر القاضى روايةً أخرى : أنّها ترث ، وهو قول مالك ، لأنّ الطلاق وقع فى المرض ، والأول أصحّ ، وإن علّقه على فعل نفسه ، ففعله فى المرض ورثته ، لأنّه أوقع الطلاق بها فى المرض ، فأشبه ما لو كان التعليق فى المرض . ولو قال فى الصحة : أنت طالق إن لم أضرب غُلامى ، فلم يضربه حتّى مات ،

ورثته ، وإن ماتت لم يرثها ، وإن مات الغلام ، والزوج مريض ، طلقت ، وكان كتعليقه على مجيء زيد أيضاً ، وكذلك إن قال : إن لم أوفك مهرك فأنت طالق ، وإن ادّعى الزوج أنه وفّاها مهرها ، فأنكرته ، صدّق الزوج فى توريثه منها ، لأن الأصل بقاء النكاح ، ولم تصدّق فى براءته منه ، لأن الأصل بقاؤه فى ذمّته ، ولو قال لها فى الصحّة : أنت طالق إن لم أتزوّج عليك فكذلك ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول الحسن ، ولو قذف المريض امرأته ، ثم لاعنها فى مرضه ، فبانت منه ، ثم مات فى مرضه ورثته ، وإن ماتت لم يرثها ، وإن قذفها فى صحّته ، ولاعنها فى مرضه ، ومات فيه لم ترثه ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول الشافعىّ ، واللؤلؤىّ ، وذكر القاضى روايةً أخرى : أنها ترث ، وهو قول أبى يوسف ، وإن آلى منها فى مرضه ، ثم صحّ ، ثم نُكِس فى مرضه ، فبانت بالإيلاء لم ترثه .

٤٩٢٥ (فصـــل)

وإذا استكره الابن امرأة أبيه على ما ينفسخ به نكاحُها ، من وطء أو غيره فى مرض أبيه ، فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ، ولم يرثها إن ماتت ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأصحابه ، فان طاوعته على ذلك لم ترث ، لأنها مُشاركة فيما ينفسخ به نكاحُها . فأشبه ما لو خالعته ، وسواء كان للميّت بَنُونَ سوى هذا الابن ، أو لم يكن ، فإذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غيرَ وارث ، كالكافر ، والقاتل ، والرقيق ، أو كان ابناً من الرّضاعة ، أو ابن ابن محجوب بابن للميّت ، أو بأبوين ، أو ابنين ، أو كان للميت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث ، لانتفاء التهمة ، ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم يرث ، لانتفاء التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثاً فعاد محجوباً عن الميراث لورثت ، لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان للمريض امرأتان ، فاستكره ابنه إحداهما لم ترثه ، لانتفاء التهمة عنه ، لكون ميراثها لا يرجع إليه ، ولو استكره الثانية بعدها لورثت الثالثة ، لأنه متّهم فى حقّها ، ولو استكرههما معاً دفعةً واحدةً ورثتا جميعاً ، وهذا كلّه قول أبى حنيفة ، وأصحابه ، فأما الشافعىّ رضى الله عنه فإنّه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحَرام ، وكذلك الحكم فيما إذا وطىء المريض من ينفسخ نكاحُه بوطئها ، كأمّ امرأته ، أو ابنتها ، فان امرأته تَبِينُ منه ، وترثه إذا مات فى مرضه ، ولا يرثها ، وسواء طاوعته الموطوءة ، أو أكرهها ، فإنّ مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعلٌ ، فيسقط به ميراثُها ، فان كان زائلَ العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً ، لأنه ليس له قصد صحيح ، فلا يكون فاراً من ميراثها ، وكذلك لو وطىء ابنه امرأته مستكرهاً لها ، وهو زائلُ العقل لم ترث ، لذلك ، فان كان صبيا عاقلاً ورثت ، لأن له قصداً صحيحاً . وقال أبو حنيفة : هو كالمجنون ، لأن قوله لا عبرة به ، وكذلك الحكم فيما إذا وطىء بنت امرأته ، أو أمّها .
وللشافعىّ فى وطء الصبىّ ابنةَ امرأته ، أو أمّها قولان :

أحدهما : لا ينفسخ به نكاح امرأته ، لأنه لا يَحْرُم .

والثانى : أن امرأته تبِينُ بذلك ، ولا ترثه ، ولا يرثها ، وفى القُبلة والمباشرة دون الفرج روايتان :

إحداهما : تَنْشُرُ الحرمة ، وهو قول أبى حنيفة ، وأصحابه ، لأنّها مباشرة تحرُم فى غير النكاح ، والملك . فأشبهت الوطء .

والثانية : لا تنشرها ، لأنها ليست بسبب للبِغْضة ، فلا تنشرُ الُحرمة ، كالنظر ، والخَلْوة ، وخرّج أصحابنا فى النظر إلى الفرج والخلوة لشهوة وجهاً : أنّها تنشرُ الُحرمة .

٤٩٢٦ (فصل)

وإن فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها ، كرضاع امرأة صغيرة لزوجها ، أو رضاع زوجها الصغير ، أو ارتدّت ، أو نحو ذلك فماتت فى مرضها ورثها الزوج ، ولم ترثه . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعىّ رضى الله عنه : لا يرثها .

ولنا : أنها أحد الزوجين فرّ من ميراث الآخر ، فأشبه الرجل ، وإن أُعتقت ، فاختارت نفسها ، أو كان الزوج عِنِّيناً ، فأجِّل سنةً ، ولم يصبها حتى مرضت فى آخر الحول ، فاختارت فرقته ، وفرّق بينهما لم يتوارثا فى قولهم أجمعين ، ذكره ابن اللبان فى كتابه ، وذكر القاضى فى المعتَقَة : إذا اختارت نفسها فى مرضها لم يرثها ، وذلك لأن فسخ النكاح فى هذين الموضعين لدفع الضرر لا للفرار من الميراث ، وإن قبلت ، ابن زوجها لشهوةٍ خرّج فيه وجهان :

أحدهما : ينفسخ نكاحها ، ويرثها ، إذا كانت مريضةً وماتت فى عدّتها ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأصحابه .

والثانى : لا ينفسخ النكاح به ، وهو قول الشافعىّ رضى الله عنه . ولو أن رجلاً زوّج ابنةَ أخيه وهى صغيرة ، ثم بلغت ، ففسخت النكاح فى مرضها . لم يرثها الزوجُ بغير خلاف نعلمه ، لأن النكاح من أصله غير صحيح فى صحيح المذهب ، وهو قول الشافعىّ رضى الله عنه ، ورُوى عن أحمد ما يدلّ على صحّته ، ولها الخيار ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وأصحابه ، إلا أن الفسخ لإزالة الضرر لا من أجل الفِرار ، فلم يرثها ، كما لو فسخت المتعقَة نكاحها ، والله أعلم .

٤٩٢٧ (فصل)

إذا طلق المريض امرأته ، ثم نكح أخرى ، ومات من مرضه فى عدّة المطلّقة ورثتاه جميعاً ، هذا قول أبى حنيفة ، وأهل العراق ، وأحد قولى الشافعىّ رضى الله عنه والقول الآخر : لا ترث المبتوتة ، فيكون الميراث كلّه للثانية . وقال مالك : الميراث كلّه المطلّقة ، لأن نكاح المريض عنده غيرُ صحيح ، وجعل بعضُ

أصحابنا فيها وجهاً : أن الميراث كلّه المطلّقة ، لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها ، وهو جميع الميراث ، فكذلك بعده ، وليس (هذا) بصحيح ، فإنّها إنّما ترث ما كانت ترث لو لم يطلّقها . ولو لم يطلّقها وتزوّج عليها لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات ، فكذلك إذا طلّقها ، فعلى هذا لو تزوّج ثلاثاً فى مرضه ، فليس للمطلّقة إلا ربع ميراث الزوجات ، ولكلّ واحدة من الزوجات رُبعه — وإن مات بعد انقضاء عدة المطلّقة فالميراث للزوجات فى إحدى الروايتين، وهو قول الشافعىّ ، وأبى حنيفة ، وأصحابه . والرواية الأخرى : أن الميراث للأربع . وعند مالك : الميراث كلّه للمطلّقة . وإن كان له أربع نسوة فطلّق إحداهن ثلاثاً فى مرضه ، ثم نكح أخرى فى عدة المطلّقة ، أو طلّق امرأةً واحدةً ، ونكح أختها فى عدّتها ، ومات فى عدّتها فالنكاح باطل ، والميراث بين المطلّقة وباقى الزوجات الأوائل ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك . وقال الشافعىّ : النكاح صحيح ، والميراث للجديدة مع باقى المنكوحات دون المطلّقة ، ويجىء على قوله القديم وجهان :

أحدهما : أن يكون الميراث بين المطلّقة وباقى الزوجات كقول الجمهور ، ولا شىء للمنكوحة .

والثانى : أن يكون بينهنّ على خمسةٍ ، لكلّ واحدة منهنّ خُمسه ، فإن مات بعد انقضاء عدّة المطلّقة ، ففى ميراثها روايتان .

إحداهما : لا ميراث لها ، فيكون الميراث لباقى الزوجات ، وهو قول أبى حنيفة ، وأهل العراق .

والثانية : ترث معهنّ ، ولا شىء للمنكوحة . وقال الشافعىّ : الميراث للمنكوحات كلّهنّ ، ولا شىء للمطلّقة ، وإن تزوّج الخامسة بعد انقضاء عدّة المطلّقة صحّ نكاحُها . وهل ترث المطلقة ؟ على روايتين .

إحداهما : لا ترث ، وهو ظاهر كلام أحمد ، لأنه قال : يلزم من قال: يصحّ النكاح فى العدّة أن يرثه ثمان نِسْوةٍ ، وأن يرثه أختان ، فيكون مسلم يرثه ثمان نِسْوةٍ ، وأختان ، وتوريث المطلّقات بعد العدّة يلزم منه هذا ، أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهنّ ، فيكون مُنكراً له غير قائل به ، فعلى هذا يكون الميراث للزوجات ، دون المطلقة .

والرواية الثانية : ترث المطلقة، فيخرج فيه وجهان :

أحدهما : يكون الميراث بين الخمس .

والثانى : يكون للمطلقة والمنكوحات الأوائل دون الجديدة ، لأن المريض ممنوع من أن يحرمهنّ

---

* من هنا انتهى تحقيق فضيلة الشيخ طه الزينى ، وبدأ تحقيق الأستاذ عبد القادر أحمد عطا .

* كل كلمة وضعناها بين قوسين هكذا ( ) فهى ساقطة من المطبوعة . وأضيفت من مخطوطة فى القرن السابع رقم ٢٣ و ١٨ ، ٢٠ — فقه حنبلى دار الكتب .

ميراثهنّ بالطلاق ، فكذلك يمنع من تنقيصهنّ منه ، وكلا الوجهين بعيد ، أما أحدهما : فيردّه نصّ الكتاب على توريث الزوجات ، فلا يجوز مخالفته بغير نصّ ، ولا إجماع ، ولا قياس على صورة مخصوصة من النصّ فى معناه ، وأما الآخر : فلأن الله تعالى لم يُبح نكاح أكثرَ من أربع ، ولا الجمعَ بين الأختين ، فلا يجوز أن يجتمعْنَ فى ميراثه بالزوجيّة ، وعلى هذا : لو طلّق أربعاً فى مرضه ، وانقضت عدّتهنّ ، ونكح أربعاً سواهنّ ، ثم مات من مرضه فعلى الأول : ترثه المنكوحات ، دون المطلّقات ، وعلى الثانى يكون فيه وجهان :

أحدهما : أن الميراث كلّه للمطلقات ، وعلى الثانى هو بين الثمان . وقال مالك : الميراث للمطلّقات ، ولا شيء للمنكوحات ، لأن نكاحهنّ غيرُ صحيح عنده . وإن صحّ من مرضه ، فتزوّج أربعاً فى صحّته ، ثم مات ، فالميراث لهنّ ، فى قول الجمهور . ولا شيء للمطلّقات فى قول مالك ، ومن وافقه . وكذلك إن تزوّجت المطلّقات لم يرثْنَ شيئاً إلا فى قوله ، وقول من وافقه . ولو طلّق أربعاً بعد دخوله بهنّ ثلاثاً فى مرضه ، وقال : قد أخبرْنَنِي بانقضاء عدّتهنّ فكذّبْنَهُ ، فله أن ينكح أربعاً سواهنّ إذا كان ذلك فى مدّة يمكن انقضاء العدّة فيها ، ولا يقبل قوله عليهنّ فى حرمان الميراث ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، واللؤلؤىّ ، إذا كان بعد أربعة أشهر . وقال زفر : لا يجوز له التزويج أيضاً ، والأول أصحّ ، لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى ، لا حقّ لهنّ فيه ، فقبل قوله فيه . فعلى هذا : إن تزوّج أربعاً فى عقد واحد ، ثم مات ورثه المطلّقات دون المنكوحات ، إلا أن يَمُتْنَ قبله ، فيكون الميراث للمنكوحات .

وإن أقررن بانقضاء عدتهن وقلنا : لاميراث لهن[1] بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضاً ، وإن مات منهنّ ثلاث فالميراث للباقية ، وإن مات منهن واحدة ، ومن المنكوحات واحدة ، أو اثنتان ، أومات من المطلّقات اثنتان ، ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقى المطلّقات وإن مات من المطلّقات واحدة ومن المنكوحات ثلاث ، أو من المطلّقات اثنتان ، ومن المنكوحات اثنتان ، أو من المطلّقات ثلاث ، ومن المنكوحات واحدة ، فالميراث بين البواقى من المطلّقات والمنكوحات معاً لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز ، وكان[2] صحيحاً . وإن تزوّج المنكوحات فى أربع عقود ، فمات من المطلّقات واحدةٌ ورثتْ مكانَها الأولى من المنكوحات ، وإن مات اثنتان ورثت الأولى ، والثانية ، وإن مات ثلاث ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقى من المطلّقات ، وهذا على قياس قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، واللؤلؤىّ .

وأما زفر : فلا يرى صحّة نكاح المنكوحات حتّى يصدّقه المطلّقات .

---

(١) فى المطبوعة : وقلنا الميراث (٢) فى المطبوعة : فكان

وأما الشافعيّ فيُباح عنده التزويج فى عدّة المطلّقات ، فعلى قوله إذا طلّق أربعاً ونكح أربعاً فى عقد، أو عقود ، ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات ، وعلى قوله القديم يخرّج فيه وجهان :

أحدهما : أن الميراث بين الثمان .

والثانى أن الميراث للمطلّقات دون المنكوحات ، فإن مات بعض المطلّقات ، أو انقضت عدّتهن فللمنكوحات ميراث الميّتات ، وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء ، وإن ماتت اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، فإن مات ثلاث فلهنّ ثلاثة أرباع الميراث إذا كان نكاحهنّ فى عقد واحد . وإن كان فى عقود متفرقة — فإذا ماتت واحدة من المطلّقات فميراثها للأولى من المنكوحات ، وميراث الثانية للثانية ، وميراث الثالثة للثالثة .

٤٩٢٨ (فصـــــل)

إذا قال الرجل لنسائه : إحداكنّ طالق ، يعنى واحدة بعينها ، طَلَقَت وحدها ، ويرجع إلى تعيينه ، ويؤخذ بنفقتهنّ كلّهن إلى أن تعيّن ، وإن كان الطلاق بائناً منع منهنّ إلى أن يعيّن ، فإن قال : أردت هذه طَلَقَت وحدها . وإن قال : لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة . وإن عاد فقال : أخطأتُ ، إنما أردت هذه طلقت الأخرى، وإن مُتْنَ أو إحداهنّ قبل أن يبيّن رُجع إلى قوله ، فمن أقرّ بطلاقها حرّمناه ميراثها، وأحلفناه لورثه من لم يُعيّنها ، وهذا قول الشافعيّ ، وإن لم يعن بذلك واحدةً بعينها ، أو مات قبل التعيين أخرجت بالقُرعة ، وكذلك إن طلّق واحدةً من نسائه بعينها ، فأنسيها[1] ، فمات ، أُخرجت بالقرعة ، فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها . رُوى ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، وهو قول أبى ثور . ورَوى عطاء عن ابن عباس : « أنّ رَجُلاً سَأَلَهُ فَقَالَ : إنّ لِى ثَلاَثَ نسْوة ، وَإِنِّى طَلَّقْتُ إِحْدَاهُنّ فبتَتّ طَلاَقَها . فقال ابن عباس رضى الله عنه : إنْ كُنْتَ نَوَيْتَ وَاحِـدَةً مِنْهُنّ بِعَيْنِها ثُمّ أُنْسِيتَها ، فَقَدِ اشْتَرَكْنَ فِي الطَّلاَقِ ، وإنْ لَم تَكُنْ نَوَيْتَ وَاحِدةً بَعَيْنها فَطَلّق أَيّتَهُنّ شِئْتَ » .

وقال الشافعىّ وأهل العراق: يُرجع إلى تعيينه فى المسائل كلّها ، فإن وطئ إحداهنّ كان تعييناً لها بالنكاح ، فى قول أهل العراق ، وبعض أصحاب الشافعىّ وقال الشافعىّ : لا يكون تعييناً ، فإن مات قبل أن يبيّن فالميراث بينهن كلّهن فى قول أهل العراق . وقال مالك يَطْلُقن كلّهن ، ولا ميراث لهنّ . وقال الشافعىّ : يوقف ميراثهنّ ، وإن كان الطلاق قبل الدخول دُفع إلى كلّ واحدة نصف مهر ، ووقف الباقى فى مهورهنّ . وقال داود : يبطُل حكم طلاقهنّ ، لموضع الجهالة ، ولكلّ واحدة مهر كامل ، والميراث بينهنّ ، وإن مُتْنَ قبله طَلَقَت الآخرة ، فى قول أهل العراق . وقال الشافعىّ : يُرجع إلى تعيينه على ما ذكرناه[2] .

---

(١) فى المخطوطة : وأنسيها .

(٢) فى المخطوطة : على ما ذكرنا .

ولنا : قول علىّ رضى الله عنه ، ولا يُعارضه قول ابن عباس . لأن ابن عباس يعترف لعلىّ بتقديم قوله ، فإنه قال: « إِذَا ثَبَتَ لَنَا عَنْ عَلِيٍّ قَولٌ لَمْ نَعْدُهُ إِلَى غَيْرِهِ ». وقال : « مَا عِلْمِي [إلى علم] عَلِيٍّ إِلَّا كَالْقَرَارَةِ إِلَى الْمُثْعَنْجَرِ[1] » ولأنه إزالة ملك عن الآدمىّ ، فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه . كالعتق ، وقد بيَّنت ذلك فى العتق بخبر عِمْرانَ ابن الحُصَين ، ولأن الحقوق تساوت على وجه تعذَّر تعيينُ المستحقّ فيه من غير قرعة ، فينبغى أن تُستعمل فيه القرعة ، كالقسمة فى السفر بين النساء ، فأما قَسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى إحداهنّ مالا تستحقّه ، وتنقيصُ بعضهنّ حقَّها يقيناً ، والوقفُ إلى غير غاية تضييعُ لحقوقهنّ ، وحرمان الجميع منعُ الحقّ عن صاحبه يقيناً ، ولو كان له امرأتان فطلّق إحداهما ، ثم ماتت إحداهما ، ثم مات أقرع بينهما ، فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها إن كانت الميّتة ، ولم ترثه إن كانت الأخرى ، وفى قول أهل العراق : يرث الأولى ، ولا ترثه الأخرى ، وللشافعىّ قولان :

أحدهما : يُرجع إلى تعيين الوارث ، فإن قال : طلّق الميّتة لم يرثها ، وورثته الحيّة ، وإن قال : طلّق الحيّة حلف على ذلك ، وأخذ ميراث الميتة ، ولم تورث الحيّة .

والقول الثانى : يُوقَف من مال الميّتة ميراث الزوج ، ومن مال الزوج ميراث الحيّة . وإن كان له امرأتان قد دخل بإحداهما دون الأخرى ، وطلّق إحداهما لا بعينها . فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق ، وللأخرى حكم الزوجيّة . وقال أهل العراق : للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث ، إن مات فى عدّتها ، وللأخرى ربعه ، لأن للمدخول بها نصفه بيقين ، والنصف الآخر يتداعيانه ، فيكون بينهما ، وفى قول الشافعىّ : النصف للمدخول بها ، والثانى موقوف . وإن كانتا مدخولاً بهما ، فقال فى مرضه : أردتُ هذه ، ثم مات فى عدّتها لم يُقبل قوله ، لأن الإقرار بالطلاق فى المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، وقال زُفَر : يُقبل قوله ، والميراث للأخرى ، وهو قياس قول الشافعىّ ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين ، فلها نصف الميراث ، وللاثنتين نصفه . وفى قول الشافعىّ نصفه موقوف .

٤٩٣١ (فصـــــــل)

ولو كان له أربع نسوة ، فطلّق إحداهنّ غير معيّنة ، ثم نكح خامسةً بعد انقضاء عدّتها ، ثم مات ، ولم يبيّن فللخامسة رُبع الميراث والمهر ، ويُقرع بين الأربع . وقال أهل العراق : لهنّ ثلاثة أرباع الميراث بينهنّ ، وإن كنّ غير مدخول بهنّ فلهنّ ثلاثة مهور ونصف . وفى قول الشافعىّ : يوقف ثلاثة أرباع الميراث ، ومهر ونصف بين الأربع . فإن جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تُعطَ شيئاً ، وإن طلبه اثنتان دُفع

(١) يريد بالقرارة : الماء القليل . وبالمثعنجر : خضم البحر

إليهما رُبع الميراث ، وإن طلبه ثلاث دُفع إليهنّ نصفه ، وإن طلبه الأربع دفع إليهنّ . ولو قال بعد نكاح الخامسة : إحداكنّ طالق ، فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث ، لأنها شريكة ثلاث ، وباقيه بين الأربع كالأولى ، وللخامسة سبعة أثمان مهر . لأن الطلاق نقصها ، وثلاثا معها نصف مهر ، ويبقى للأربع ثلاثة ، وثمن بينهنّ في قول أهل العراق . فإن تزوّج بعد ذلك سادسةً فلها ربع الميراث ، ومهرٌ كامل ، وللخامسة ربع ما بقى ، وسبعة أثمان مهر ، وللأربع ما بقى ، وثلاثة مهور ، وثمن ويكون الربع مقسوماً على أربعة وستّين ، فإن قال بعد ذلك : إحداكنّ طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور ، فللسادسة سبعة أثمان مهر ، وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً . من اثنين وثلاثين من مهر ، ويبقى للأربع مَهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر ، وعند الشافعىّ يوقف ربع الميراث بين الستّ ، وربعُ آخر بين الخمس ، وباقيه بين الأربع ، ويوقف نصف مهر بين الستّ ، ونصفٌ بين الخمس ، ونصف بين الأربع ويُدفع إلى كلّ واحدة نصيب[1] .

باب الاشتراك في الطهر

إذا وطىء رجلان امرأةً في طهر واحد وَطْئاً يَلْحَقُ النسب من مثله فأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، مثل أن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة ، أو يطأ الإنسان جاريته ، ثم يبيعها قبل أن يستبرئها ، فيطؤها المشترى قبل استبرائها ، أو يطؤها رجلان بشُبهة ، أو يطلّق رجل امرأته ، فيتزوّجها غيره في عدّتها ويطؤها ، أو يطأ إنسان جارية آخر ، أو امرأته بشُبهة في الطُّهر الذى وطئها فيه سيدّها ، أو زوجها ، ثم تأتى بولد يمكن أن يكون منهما . فإنه يُرَى القافةَ[2] معهما ، وهذا قول عطاء ، ومالك ، والليث ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبي ثور ، فإن ألحقته بأحدهما لحق به ، وإن نفته عن أحدهما لحق بالآخر ، سواء ادّعياه ، أو لم يدّعياه ، أو ادّعاه أحدهما ، وأنكره الآخر ، وإن ألحقته القافة بهما لحقهما ، وكان ابنَهما . وهذا قول الأوزاعىّ ، والثورىّ ، وأبي ثور ، ورواه بعض أصحاب مالك عنه . وقال مالك : لا يُرَى ولدُ الحرّة للقافة ، بل يكون لصاحب الفِراش الصحيح ، دون الواطىء بشُبهة . وقال الشافعىّ : لاَ يُلْحَقُ بأكثر من واحد ، فإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة ألا يوجد قافه . ومتى لم يوجد قافة ، أو أشكل عليها ، أو اختلف القائفان في نسبه ، فقال أبو بكر : يضيع نسبه ، ولا حكم لاختياره ، ويبقى على الجهالة أبداً . وهو قول مالك . وقال ابن حامد : يُترك حتى يبلُغ ، فينْتَسِب إلى أحدهما ، وهو قول الشافعىّ الجديد . وقال في القديم : يترك حتى يُميّز ، وذلك لسبع ، أو ثمان ، فينتسب إلى أحدهما ، ونفقته عليهما ، إلى أن ينتسب إلى أحدهما ، فيرجع الآخر عليه بما أنفق . وإذا ادّعى اللقيطَ اثنان أُرِىَ القافةَ معهما ، وإن مات [الولد] المدّعىَ في هذه المواضع قبل أن يُرَى القافةَ وله ولد أُرِىَ ولدهُ القافةَ مع المدّعين . ولو مات الرجلان

---

(١) في المطبوعة : نصف . (٢) هم الذين يتتبعون الآثار ، وأهل الفراسة في تتبع الملامح والسمات .

أرِىَ القافة مع عصبتهما ، وإن ادّعاه أكثرُ من اثنين ، فألحقته القافة بهم لحق . وقد نصّ أحمد على أنه يُلحق بثلاثة ، ومقتضى هذا أنه يُلْحَقُ بهم وإن كثروا ، وقال القاضى : لا يُلْحَقُ بأكثر من ثلاثة ، وهو قول محمد بن الحسن ، ورُوىعن أبى يوسف . وقال ابنحامد : لايُلحق بأكثر مناثنين . ورُوى أيضاً عن أبى يوسف . وقال الثورىّ وأبوحنيفة وأصحابه ، وشَريك ، ويحيى بن آدم : لاحكم للقافة ، بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه ، فإذا ادّعياه معاً فهو ابنهما ، وكذلك إن كثر الواطئون ، وادّعوه معاً فإنه يكون لهم جميعاً .

ورُوى عن علىّ رضى الله عنه أنه قضى فى ذلك بالقُرعة واليمين ، وبه قال ابن أبى ليلى ، وإسحاق . وعن أحمد نحوه ، إذا عُدمت القافة . وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحةً مدلولاً عليها فىمواضعها ، والغرض ههنا ذكر ميراث المدّعى ، والتوريث منه وبيان مسائله .

٤٩٣٠ ﴿ مسألة ﴾

إذا ألحق باثنين ، فمات ، وترك أمّه حرّة فلها الثلث ، والباقى لهما . فإن كان لكلّ واحد منهما ابن سواه ، أو لأحدهما ابنان فلأمّه السدس . فإن مات أحد الأبوين ، وله ابن آخر ، فما لهُ بينهما نصفين . فإن مات الغلام بعد ذلك فلأمّه السدس ، والباقى للباقى من أبويه ، ولا شىء لأخويه ، لأنهّما محجوبان بالأب الباقى ، فإن كان الغلام ترك ابناً ، فللباقى من الأبوين السدس ، والباقى لابنه ، وإن مات قبل أبويه ، وترك ابناً فلهما جميعاً السدس ، والباقى لابنه . فإن كان لكلّ واحد منهما أبوان ، ثم ماتا ، ثم مات الغلام وله جدّةُ أمّ أمّ ، وابن ، فلأمّ أمّه نصف السدس ، ولأمّى المدّعيين نصفُه ، كأنهماجدّة واحدة ، وللجدّين السدس والباقىللابن ، فإن لم يكن ابنفللجدّين الثلث ، لأنهمابمنزلة جدّ واحد ، والباقىللأخوين ، وعند أبى حنيفة الباقى كلّه للجدّين ، لأن الجدّ يُسقط الإخوة . وإن كان المدّعيان أخوين ، والمدّعَى جاريةً فماتا ، وخلّفا أباهما فلها[1] من مال كلّ واحدنصفه ، والباقى للأب . فإن مات الأب بعد ذلك فلها النصف ، لأنها بنت ابن .

وحكى الخبرىّ عن أحمد ، وزفر ، وابن أبى زائدة أنّ لها الثلثين ، لأنها بنت ابنته ، فلها ميراث بنتى ابن ، وإن كان المدّعَى ابناً ، فمات أبواه ،ولأحدهما بنت،ثم مات أبوهما ، فميراثه بين الغلام ،والبنت ، على ثلاثة . وعلى القول الآخر على خمسة ، لأنّ الغلام يضرب بنصيب ابنى ابن ، وإن كان لكلّ واحد منهما بنت فللغلام من مال كلّ واحد منهما ثلثان[2] ، وله من مال جدّه نصفه ،وعلى القول الآخر : لهثلثاه ، ولها سُدساه ، وإن كانالمدّعِيَان رجلاً وعمّةً ، والمدّعَى جاريةً ، فماتا ، وخلّفا أبويهما ، ثم مات أبو الأصغر

(١) فى المطبوعة : فلهما (٢) فى المطبوعة : ثلثاه .

فلها النصف ، والباقى لأبى العم لأنه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله . أيضاً . وعلى القول الآخر : لها الثلثان ، لأنها بنت ابن ، وبنت ابن ابن ، وإن كان المدّعى رجلا وابنه ، فمات الابن فلها نصفُ ماله وإذا مات الأب فلها النصف أيضاً ، وعلى القول الآخر لها الثلثان .

وقال أبو حنيفة : إذا تداعى الأب وابنه قدّم الأب ، ولم يكن للابن شيء ، وإن مات الأب أولاً ، فما له بين ابنه وبينها على ثلاثة ، ثم تأخذ نصف مال الأصغر ، لكونها بنته ، وباقيه ، لأنها أخته ، وفى كلّ ذلك إذا لم يثبت نسب المدّعى وُقف نصيبه ، ودُفع إلى كلّ وارث اليقين ، ووُقف الباقى حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا .

فلو كان المدّعون ثلاثة ، فمات أحدهم ، وترك ابناً وألفاً ، ثم مات الثانى ، وترك ابناً وألفين ، ثم مات الثالث ، وترك ابناً وعشرين ألفاً ، وترك أربعةَ آلاف ، وأمّاً حرّة ، وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفاً وخمسمائة فلأمه سدسها والباقى بين إخوته الثلاثة أثلاثاً ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دُفع إلى الإمام ثلث تركته وهو ألف وخمسمائة ، لأن أدنى الأحوال أن يكون ابن صاحب الألف فيرث منه خمسمائة ، وقد كان وقف له من مال كلّ واحد من المدّعين نصف ماله ، فيردّ إلى ابن صاحب الألف ، وابن صاحب الألفين ماوقف من مال أبويهما ، لأنه لم يكن أخاً[1] لهما ، فذلك لهما من [مال] أبويهما ، وإن كان أخاً [أحدهما]فهو يستحقّ ذلك وأكثر منه [بإرثه]، ويردّ على ابن الثالث تسعةُ آلاف وثلث ألف . ويبقى ثلثا ألف موقوفةً بينه، وبين الأم، لأنه يحتمل أن يكون أخاه ، فيكون قد مات عن أربعة عشر ألفاً ، لأمّه ثلثها ، ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة ، موقوفة يدّعيها ابن صاحب الألف كلّها ويدعى منها ابن صاحب الألفين ألفين وثلثاً ، فيكون ذلك موقوفاً بينهما وبين الأمّ ، وسدس الألف بين الأم وابن صاحب الألف وإن ادّعى أخوان ابناً ، ولهما أب ، فمات أحدهما ، وخلف بنتاً ، ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدّعى وقف من مال الأول خمسة أتساعه ، منها تسعان بين الغلام والبنت ، وثلاثة أتساع بينه وبين الأب ، ويوقف من مال الثانى خمسةُ أسداسٍ بينه وبين الأب ، فإن مات الأب بعدهما وخلّف بنتاً فلها نصف ماله ، ونصف ماورثه عن ابنته ، والباقى بين الغلام وبنت الابن ، لأنه ابن ابنه بيقين ، ويدفع إلى كلّ واحد منهم من الموقوف اليقين ، ويوقف الباقى ، فتقدّره مرةً ابن صاحب البنت ، ومرّةً ابن الآخر ، وتنظر ماله من كلّ واحد منهم فى الحالين ، فتُعطيه أقلّهما ، فللغلام فى حالٍ [كل] الموقوفُ من مال الثانى ، وخُمس الموقوف من مال الأول ، وفى حالٍ كلُّ الموقوف من مال الأول ، وثلث الموقوف من الثانى ، فله أقلّهما ، ولبنت الميت الأول فى حالِ النصف[2] من مال أبيها ، وفى حال السدس من مال عمها ، ولبنت الأب فى حالٍ نصف الموقوف من

(١) فى المطبوعة : أخا أحدها .

(٢) فى المطبوعة : التصرف .

مال الثاني ، وفي حالٍ ثلاثة أعشار من مال الأول ، فيدفع إليها أقلّهما ، ويبقى باقي التركة موقوفاً بينهم ، حتى يصطلحوا عليه ، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى .

ومتى اختلفت أجناس التركة ولم يصر بعضهم قصاصاً عن بعض قوّمت ، وعمل في قيمتها على ما بيّنا في الدراهم إن تراضوا على ذلك ، أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحقّ كلّه من جنس واحد، لما فيه من الصلاح لهم ، ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصلح ، ولو ادّعى اثنان غلاماً ، فألحقته القافة بهما ، ثم مات أحدهما وترك ألفاً ، وبنتاً وعمّاً ، ثم مات الآخر ، وترك ألفين ، وابن ابن ، ثم مات الغلام ، وترك ثلاثة آلاف وأمّا ، كان للبنت من تركة أبيها ثلثها ، وللغلام ثلثاها ، وتركة الثاني كلّها له ، لأنه ابنه ، فهو أحقّ من ابن الابن ، ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف ، فلأمّه ثلث ذلك ، ولأخته نصفه ، وباقيه لابن الابن ، لأنه ابن أخيه ، ولا شيء للعمّ ، وإن لم يثبت نسبه فلابنه الأول ثلث الألف ، ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني . فإذا مات الغلام فلأمّه من تركته ألف وتُسعا ألف ، لأن أقلّ أحواله أن يكون ابن الأول ، فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف ، وثلثي ألف ، ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعمّ ، فيصطلحان عليه ، لأنه لهما إما عن صاحبهما ، أو الغلام ، ويردّ الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنه ، لأنه له ، إما عن جدّه ، وإمّا عن عمه ، وتُعطى الأمّ من تركة الغلام ألفاً ، وتُسْعَيْ ألف ، لأنه أقلّ مالها ، ويبقى ألف ، وسبعة أتساع ألف ، تدّعي الأمّ منها أربعةَ أتساع ألف تمام ثلث خمسة آلاف ، ويدّعي منها ابن الابن ألفاً وثلثاً تمام ثلثي خمسة آلاف وتدّعي البنت ، والعمّ جميع الباقي ، فيكون ذلك موقوفاً بينهم حتّى يصطلحوا . ولو كان المولود في يدي امرأتين ، فادّعياه معاً ، أُرِي القافة معهما ، فإن ألحقته بإحداهما لحق بها ، وورثها وورثته في إحدى الروايات ، وإن ألحقته بهما ، أو نفته عنهما لم يلحق بواحدة منهما ، وإن قامت لكلّ واحدة منهما بيّنة تعارضتا ، ولم تُسمع بيّنتهما . وبهذا قال أبو يوسف ، واللؤلئي ، وقال أبو حنيفة : يثبُت نسبه منهما ، ويرثانه ميراثَ أمّ واحدةٍ ، كما يُلحق برجلين .

ولنا : أن إحدى البينتين[1] كاذبةٌ يقيناً ، فلم تُسمع ، كما لو علمت . ومن ضرورة ردّها ردّهما[2] لعدم العلم معها بعينها ، ولأن هذا محال ، فلم يثبت ببيّنة ولا غيرها ، كما لو كان الولد أكبر منهما ، ولو أنّ امرأةً معها صبيّ ادّعاه رجلان كلّ واحد يزعُم أنه ابنه منها ، وهي زوجته ، فكذّبتهما لم يلحقهما ، وإن صدّقت أحدهما لحقه ، كما لو كان بالغاً فادّعياه ، فصدّق أحدهما ولو أن صبيًّا مع امرأة فقال زوجها : هو ابني من غيرك ، فقالت : بل هو ابني منك لحقهما جميعاً .

---

(١) في المطبوعة : البنتين . والسياق يؤيد المخطوطة (٢) أي رد البينتين لكذب إحداها وعدم تعينها .

كتاب الولاء

قال الله تعالى « ٣٣ : ٥ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ » يعنى الأدعياء . وقال النبيّ صلّى الله عليه وسلم : « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وقال سعيد : ثنا سفيان ، عن عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر قال: « نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَعَنْ هِبَتِه» . متفق عليهما، وقال النبيّ صلّى الله عليه وسلم :« لَعَنَ اللهُ مَنْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ » قال الترمذيّ : هذا حديث حسن صحيح . وقال صلّى الله عليه وسلم : « مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ » . حديث صحيح . وروى الخلاّل بإسناده ، عن إسماعيل ابن أبي خالد ، عن عبد الله بن أبي أوفى قال : قال لى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم: « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ » .

٤٩٣١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ والولاء لمن أعتق ، وإن اختلف دينهما ﴾

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً ، أو عتق عليه ولم يُعتقه سائبة أنّ له عليه الولاء ، والأصل فى هذا قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم :« الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وأجمعوا أيضاً على أن السيّد يرث عتيقه إذا مات جميعَ ماله، إذا اتفق ديناهما، ولم يخلّف وارثاً سواه . وذلك لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم :« الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » والنسب يورث به ، ولا يورث ، كذلك الولاء .

ورَوى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد : ثنا شُعبة ، عن الحكم ، عن عبد الله بن شدّاد قال . « كَانَ لِبِنْتِ حَمْزَةَ مَوْلًى أَعْتَقَتْهُ فَمَاتَ وَتَرَكَ ابْنَتَهُ وَمَوْلَاتَهُ ، فَأَعْطَى النبيُّ صلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم ابْنَتَهُ النِّصْفَ ، وَأَعْطَى مَوْلَاتَهُ بِنْتَ حَمْزَةَ النِّصْفَ » . قال : وحدّثنا خالد بن عبد الله، عن يونس، عن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الميراثُ لِلْعَصَبة . فإن لم يكن عَصَبةٌ فلِلْمَولَى» وعنه . « أَنَّ رَجُلاً أَعْتَقَ عَبْداً ، فقالَ للنبيِّ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلّم : مَا تَرَى فِي مَالِه ؟ قال : إِنْ مَاتَ وَلَمْ يَدَعْ وَارِثاً فَهُو لَكَ » .

٤٩٣٢ ﴿ فصــل ﴾

ويقدّم المولى فى الميراث على الردّ ، وذوى الأرحام ، فى قول جمهور العلماء من الصحابة ، والتابعين ، ومَنْ بعدهم . فإذا مات رجل ، وخلف بنته . ومولاه ، فلبنته النصف ، والباقى لمولاه ، وإن خلّف ذا رحم ومولاه، فالمال لمولاه دون ذى [1] رحمه، وعن عمر وعليّ : تقديم [2] الردّ على المولَى . وعنهما وعن ابن مسعود

---

(١) فى المخطوطة : ذوى رحمه .

(٢) فى المطبوعة : يقدم

تقديم ذوى الأرحام على المولى . ولعلهم يحتجّون بقول الله تعالى : « ٨:٧٥ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ » .

ولنا : حديث عبد الله بن شدّاد ، وحديث الحسن ، ولأنه عَصَبَةٌ يَعْقِلُ عَنْ مولاه فيقدّم على الردّ ، وذى الرحم ، كابن العمّ .

٤٩٣٣ (فصـــل)

وإن كان للمعتق عصبة[من] نسبه ،أو ذوو فروض يستغرق فروضهم المال ، فلا شيء للمولَى . لا نعلم فى هذا خلافاً . لما تقدّم من الحديث ، ولقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم : « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا أَبْقَتِ الْفُرُوضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ ».وفى لفظ « فَلِأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ » . والعصبة من القرابة أولى من ذى الولاء ، لأنه مشبّه بالقرابة ، والمشبّه به أقوى من المشبّه ، ولأن النسب أقوى من الولاء ، بدليل أنه يتعلّق به التحريم ، والنفقة ، وسقوط القِصاص ، وردّ الشهادة ، ولا يتعلّق ذلك بالولاء .

٤٩٣٤ (فصـــل)

وإن اختلف دين السيّد وعتيقه ، فالولاء ثابت ، لا نعلم فيه خلافاً ، لعموم قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم:«الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ». ولقوله: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ .»ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين ، وكذلك الولاء ، ولأن الولاء إنما يثبت له عليه ، لإنعامه بإعتاقه ، وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما ، ويثبت الولاء للذكر على الأنثى ، والأنثى على الذكر ، ولكلّ مُعتقٍ ، لعموم الخبر والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شدّاد . وهل يرث السيّد مولاه مع اختلاف الدِّين ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يرثه . رُوى ذلك عن عليّ ، وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهلُ الظاهر ، واحتجّ أحمد بقول عليّ : الولاء شُعبة من الرِّقّ . وقال مالك : يرث المسلم مولاه النصرانيّ ، لأنه يصلح له تملّكه[(١)] ، ولا يرث النصرانيّ مولاه المسلم ، لأنه لا يصلُح له تملكه ، وجمهور الفقهاء[(٢)] على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما . لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم: « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ » ولأنه ميراث ، فيمنعه اختلاف الدين، كميراث النسب . ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث ، فمنع الميراث بالولاء ، كالقتل والرقّ . يحقّقه أن الميراث بالنسب أقوى ، فإذا منع الأقوى فالأضعف أولى ، ولأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم ألحق الولاء بالنسب بقوله : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته ، كذلك يمنعه مع صحّة الولاء . وثبوته . فإذا اجتمعا على الإسلام توارثا كالمتناسبين[(٣)] وهذا أصحّ فى الأثر والنظر إن شاء الله تعالى . فإن كان للسيّد عَصَبَة على دين العبد ورثه دون سيّده . وقال داود : لا يرث عصبته مع حياته .

---

(١) فى المخطوطة . ملكه . (٢) فى المطبوعة العلماء . (٣) فى المخطوطة . كالمتبايعين

ولنـا : أنه بمنزلة ما لو كان الأقرب من العصبة مخالفاً لدين الميت ، والأبعد على دينه ، ورث دون القريب .

٤٩٣٥ (فصـــــل)

وإن أعتق حربيّ حربيًّا فله عليه الولاء ، لأن الولاء مشبّه بالنسب ، والنسب ثابت بين أهل الحرب ، فـكذلك الولاء . وهذا قول عامّة أهل العـلم ، إلا أهل العراق ، فإنهم قالوا : العتق فى دار الحرب والـكتابة والتدبير لا يصـحّ . ولو اسـتولد أمته لم تصر أمّ ولد ، مسلماً كان السيّـد أو ذمّيّاً ، أو حربيا .

ولنا أن ملـكهم ثابت بدليل قول الله تعالى: «٢٧:٣٣ وَأَوْرَثَـكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ» فنسبها إليهم ، فصحّ عتقهم، كأهل الإسلام، وإذا صحّ عتقهم ثبت الولاء لهم. لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » فإن جاءنا المعتقُ مسلماً فالولاء بحاله ، فإن سُبِي مَوْلَى النعمة لم يرث ما دام عبداً ، فان أُعْتِق فعليه الولاء لمعتِقه ، وله الولاء على معتَقِه . وهل يثبت لمعتق السيّد ولاء على معتقه ؟ يحتمل أن يثبت ، لأنه مولى مولاه . ويحتمل أن لا يثبت ، لأنه ما حصل منه إنعام عليه ولا سبب لذلك ، فإن كان الذى اشتراه مولاه ، فأعتقه ، فـكلّ واحد منهما مولَى صـاحبه ، يرثه بالولاء ، وإن أسره مولاه فأعتقه فـكذلك ، وإن أسره مولاه وأجنبيّ فأعتقاه ، فولاؤه بينهما نصفين ، فإن مات بعده المعتق الأول فلشريكه نصف ماله ، لأنه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين ، والآخر لا شىء له ، لأنه لم ينعِم عليه ، وإن سُبِي المعتق فاشتراه رجلٌ ، فأعتقه بطل ولاء الأول ، وصار الولاء للثانى . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ . وقيل : الولاء بينهما ، واختاره ابن المنذر ، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقيل : الولاء للأول ، لأنه أسبق .

ولنا : أن السبى يُبطل ملك الأول الحَرْبىّ ، فالولاء التابع له أولى ، ولأن الولاء بطل باسترقاقه ، فلم يعد بإعتاقه ، وإن أعتق ذمىٌّ عبداً كافراً ، فهرب إلى دار الحرب ، فاستُرِقّ فالحـكم فيه كالحـكم فيما إذا أعتقه الحربىّ سواء ، وإن أعتق مسلم كافراً ، فهرب إلى دار الحرب ، ثم سباه المسلمون ، فذكر أبو بكر ، والقاضى : أنه لا يجوز استرقاقه ، وهو قول الشافعىّ ، لأن فى استرقاقه إبطالَ ولاءِ المسلم المعصوم . قال ابن اللبان : ولأن له أماناً بعتق المسلم إيّاه . والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه، لأنه كافر أصلىّ [أو] كتابىّ فجاز استرقاقه ، كمعتق الحربىّ ، وكغير المعتق . وقولهم : فى استرقاقه إبطالُ ولاء المسلم . قلنا : لانُسلّم ، بل متى أُعْتِق عاد الولاء للأول ، وإنما امتنع عمله فى حال رقّه لمانع . وإن سلّمنا أن فيه إبطال ولائه فـكذلك فى قتله ، وقد جاز إبطال ولائه بالقتل ، فـكذلك بالاسترقاق . ولأن القرابة يبطل عملها بالاسترقاق ، فـكذلك الولاء . وقول ابن اللبان : له أمان . لا يصحّ ، فإنه لو كان له أمان لم يجز قتله ، ولا سَبْيُهُ .

فعلى هذا إن استرقّ ، ثم أُعْتِق احتمل أن يكون الولاء للثانى ، لأن الحكمين إذا تنافيا كان الثابت هو الآخِر منهما ، كالناسخ والمنسوخ ، واحتمل أنه للأول ، لأن ولاءه ثبت وهو معصوم ، فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك ، ويحتمل أنه بينهما ، وأيّهما مات كان للثانى . وإن أعتق مسلم مسلماً ، أو أعتقه ذمىّ ، فارتدّ ، ولحق بدار الحرب فسبِي لم يجز استرقاق ، وإن اشترى فالشراء باطل ، ولا يُقبل منه إلا التوبة ، أو القتـــل .

٤٩٣٦ (فصـــــل)

ولا يصحّ بيع الولاء ، ولاهبته ، ولا أن يأذن لمولاه فيوالىَ من شاء . رُوى ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيّب ، وطاوس ، وإياس ابن معاوية ، والزهرىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبو حنيفة ، وأصحابه . وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء . قال سعيد: حدّثنا جرير عن مُغيرة ، عن ابراهيم ، قال: قال عبدالله: « إنَّما الْوَلَاءُ كَالنَّسَبِ أَفَيَبِيعُ الرَّجلُ نَسَبهُ » وقال : حدّثنا سُفيان ، عن عمرو بن دينار « أنَّ مَيْمُونَةَ وَهَبَتْ وَلَاءَ سُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ لِابْنِ عَبَّاسٍ ، وَكَانَ مُكَاتَباً » ورُوى « أنَّ مَيْمُونَةَ وَهَبَتْ وَلَاءَ مَوَالِيهاَ لِلعَبَّاسِ » وولاؤهم اليوم لهم ، وأنّ عُروَةَ ابتاع ولاء طِهْمَانَ وَرَثَةِ مصعب ابن الزبير ، وقال ابن جُرَيج : قلت لعطاء : « أَذِنْتُ لِمَوْلَايَ أَنْ يُوالِيَ مَنْ شَاءَ فَيَجُوزُ ؟ قال : نَعَمْ » .

ولنا : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء ، وعن هبته ، وقال : « الْوَلَاءُ لُحمةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » وقال « لَعَنَ اللهُ مَنْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ » ولأنه معنىً يورث به ، فلا ينتقل كالقرابة . وفعل هؤلاء شاذّ ، يخالف قول الجمهور . ويردّ السنّة[1] ، فلا يعوّل عليه .

٤٩٣٧ (فصـــــل)

ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ، ولا يرثه ورثته ، وإنّما يرثون المال به ، مع بقائه للمعتق . هذا قول الجمهور . ورُوى نحو ذلك عن عمر ، وعلىّ ، وزيد ، وابن مسعود ، وأبىّ بن كعب ، وابن عمر ، وأبى مسعود البدرىّ ، وأسامة بن زيد ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، وسالم بن عبد الله ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبىّ ، والزهرىّ والنخعىّ ، وقتادة ، وأبو الزناد ، وابن نَشيط ، ومالك ، والثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وداود . وشذّ شُرَيح وقال : الولاء كالمال يورث عن المعتق ، فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته . ورواه حنبل ، ومحمد بن الحكم ، عن أحمد ، وغلّطهما أبو بكر وهو كما قال ، فإن رواية الجماعة عن أحمد مثلُ قول الجماعة ، وذلك لقوله عليه السلام « الْوَلَاءُ

(١) فى المخطوطة . ويرد بالسنة .

لِلْمُعْتِقِ» . وقوله : « الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » . والنسب لا يورث ، وإنما يورث به ، ولأنه معنىً يورث به ، فلا ينتقل ، كسائر الأسباب ، والله تعالى أعلم .

٤٩٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء ، فإن أخذ من ميراثه شيئاً ردّه فى مثله ﴾

قال أحمد فى رواية عبد الله : الرجُل يُعتق عبده سائبةً هو الرجل يقول لعبده : قد أعتقتك سائبةً ، كأنه يجعله لله ، ولا يكون ولاؤه لمولاه ؛ قد جعله لله ، وسلمه . عن أبى عمرو الشيبانىّ عن عبدالله بن مسعود : السائبةُ يضعُ مالَه حيث يشاء[1] . وقال أحمد : قال عمر[2] : السائبةُ والصدّقة ليَوْمِهِما . ومتى قال الرجل لعبده : أعتقتُك سائبةً ، أو أعتقتك ولا ولاء لى عليك لم يكن له عليه ولاء . فإن مات وخلّف مالاً ، ولم يدع وارثاً اشتُرِى بماله رقابٌ فأُعْتِقُوا فى المنصوص عن أحمد ، وأعتق ابن عمر عبداً سائبةً ، فمات ، فاشترى ابن عمر بماله رقاباً ، فأعتقهم ، وقال عمر بن عبد العزيز ، والزهرىّ ، ومكحول ، وأبو العالية ، ومالك : يجعل ولاؤه لجماعةِ المسلمين ، وعن عطاء أنه قال : كنّا نعلم أنه إذا قال : أنت حر سائبةً فهو يُوالى من شاء ، ولعلّ أحمد رحمه الله ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمر . والولاء للمعتق . وهذا قول النَخعىّ ، والشعبىّ ، وابن سيرين ، وراشد بن سعد ، وضَمْرَة بن حَبيب ، والشافعىّ ، وأهل العراق ، لقوله عليه السلام: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» . وجعله لُحْمَةً كلُحمة النسب. فكما لا يزوال[3] نسب إنسان ، ولا ولدٌ عن فراش بشرط لايزول ولاء عن مُعتق ، ولذلك لمّا أراد أهل بَرِيرَةَ اشتراط ولائها على عائشة ، قال لها النبيُّ صلّى الله عليه وسلم : « اشْتَرِيهَا وَاشْتَرِطِى لَهُم الْوَلَاءَ فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » يعنى أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ، ولا يُزيل الولاء عن المعتق ، وروى مسلم بإسناده ، عن هزيل بن شُرَحْبيل . قال: « جاءَ رجُلٌ إلى عبد الله ، فقال : إنّى أعتقتُ عبداً لى وجعلته سائبةً فمات ، وترك مالاً ، ولم يدع وارثاً ، فقال عبد الله : إن أهل الإسلام لا يُسيِّبون ، وإن أهل الجاهليّة كانوا يُسيّبون ، وأنت ولىّ نعمته ، فان تأثّمتَ وتحرّجتَ من شىء فنحنُ نقبلُهُ ، ونجعلهُ فى بيت المال » وقال سعيد : حدثنا هُشَيم حدثنا بشر عن عطاء . أن طارق بن المرقع أعتق سوائب ، فماتوا ، فكتب إلى عمر رضى الله عنه، فكتب عمر : أن ادفع مال الرجل إلى مولاه ، فإن قبله ، وإلا فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه ، وقال : حدثنا هُشَيم ، عن منصور : أن عمر ، وابن مسعود قالا فى ميراث السائبة : « هُوَ لِلَّذى أَعْتَقَهُ » وهذا القول أصحّ فى الأثر والنظر ، وفى المواضع التى جعل الصحابة ميراثه لبيت المال ، أو فى مثله ، كان لتبرّع المعتق ، وتورّعه عن ميراثه ، كفعل ابن عمر فى ميراث مُعتقه ، وفعل عمر وابن مسعود فى ميراث الذى تورّع سيّده عن أخذ ماله ، وقد رُوى « أَنَّ سَالِماً مَوْلَى أَبى حُذَيْفَةَ أَعْتَقَتْهُ لُبْنَى بِنْتُ يعار سَائِبَةً ، فَقُتِل وَتَرَك ابنةً فأعطاها

(١) فى المخطوطة : حيث شاء (٢) فى المطبوعة : قاله عمر . (٣) فى المطبوعة : لايزال

عُمَرُ نِصْفَ مَالِهِ ، وجَعَلَ النِّصْفَ فِي بَيْتِ المَالِ » وعلى القول المنصوص عن أحمد : إن خلَّف السائبةُ مالاً اشترى به رقابٌ ، فأُعتقوا ، فإن رجع من ميراثهم شيء اشتُرِى به أيضاً رقابٌ فأعتقوا ، وإن خلّف السائبةُ ذا فرض ، لا يستغرق ماله أُخِذَ فرضَه واشتُرِى بباقيه رقابٌ فأُعتقوا ، ولا يردّ على ذى الفرض .

٤٩٣٩ (فصـــل)

وإن أعتق عبداً عن كفارته ، أو نذره ، أو من زكاته ، فقال أحمد فى الذى يعتق من زكاته : إن ورث منه شيئاً جعله فى مثله . قال : هذا قول الحسن ، وبه قال إسحاق ، وعلى قياس ذلك العتق من الـكفّارة ، والنذر ، لأنه واجب عليه ، وقد رُوِى عن أحمد رحمه الله أنه قال فى الذى يَعتق فى الزكاة: ولاؤه للذى جرى عتقُه على يديه ، وقال مالك ، والمنبرى[1] : ولاؤه لسائر المسلمين ويُجعل فى بيت المال ، وقال أبو عُبَيد : ولاؤه لصاحب الصدقة ، وهو قول الجمهور فى العتق فى النذر ، والـكفّارة ، لقول النبىّ صلّى الله عليه . سلم « الْوَلَاء لِمَنْ أَعْتَق » ولأن عائشةَ اشترَت بَرِيرَةَ بِشَرْط العِتق ، فأعتقتها ، فـكان ولاؤها لها . وشرط العتق يوجبُ ، ولأنه مُعْتق عن نفسه فـكان الولاء له ، كما لو اشترط عليه العتق ، فأعتق .

ولنا : أن الذى أَعْتق من الزكاة مُعتِق من غير ماله ، فلم يكن له الولاء ، كما لو دفعها إلى الساعى فاشترى بها وأعتق وكما لو دفع إلى المـكاتب مالاً فأدّاه فى كتابته ، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله ، والعتق فى الـكفّارة والنذر واجبٌ عليه . فأشبه العتق من الزكاة ، وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة ، وعلّل بعضُهم المنَع من ذلك بأنه يجرّ الولاء إلى نفسه ، فينتفع بزكاته. وهذا قول لأحمد ، رواه عنه جماعة ، وهو قول النَخَعىّ ، والشافعىّ .

٤٩٤٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه ، وكان ولاؤه له ﴾

ذو الرحم المحرم القريب الذى يحْرُم نكاحه عليه ، لو كان أحدُهما رجلاً والآخرُ إمرأةً ، وهم الوالدان وإن عَلَوْا من قِبَل الأب والأمّ جميعاً ، والولد وإن سفَل من وَلَدِ البنين ، والبنـات ، والإخوة ، والأخوات ، وأولادهم ، وإن سَفَلوا ، والأعمام ، والعمّات ، والأخوال ، والخالات ، دون أولادهم ، فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه ، روى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن ، وجابر ابن زيد ، وعطاء ، والحـكم ، وحمّاد ، وابن أبى ليلى ، والثورىّ ، والليث ، وأبو حنيفة ، والحسن بن صالح ، وشَرِيك ، ويحيى بن آدم ، وأعتق مالك الوالدين والمولودين وإن بَعُدوا ، والإخوة والأخوات ،

(١) فى المخطوطة : العنبرى ومالك .

دون أولادهم ، ولم يعتق الشافعيّ إلا عمودَي النسب ، وعن أحمد رواية كذلك ، ذكرها أبو الخطاب . ولم يعتق [داود ، و] أهلُ الظاهر أحداً حتى يُعتقه ، لقول النبيّ صلّى الله عليه وسلم : « لاَ يَجْزِى وَلَدٌ وَالِدَهُ إلاَّ أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ » رواه مسلم .

ولنا : ما روى الحسن عن سُمرة قال : قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلّم : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ » رواه أبو داود ، والترمذيّ . وقال : حديث حسن ، ولأنه ذو رحم محرم ، فيعتِقُ[1] عليه بالملك ، كعمودَي النسب ، وكالإخوة ، والأخوات عند مالك ، فأما قوله : « حَتَّى يَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ » فيحتمل أنه أراد : يشتريهُ فيُعتقه بشرائه له ، كما يقال ضربه فقتله ، والضرب هو القتل . وذلك لأن الشراء لمّا كان يحصُل به العتق ، تارةً دون أخرى جاز عطف صفته عليه ، كما يقال : ضربه فأطار رأسه ، ومتى عتق عليه فولاؤه له ، لأنه يعتق من ماله بسبب فعله ، فكان ولاؤه له ، كما لو باشر عتقه ، وسواء ملكه بشراء ، أو هبة ، أو غنيمة ، أو إرث ، أو غيره . لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً .

٤٩٤١ (فصـــل)

ولا خلاف فى أن المحارم من غير ذوى الأرحام لا يعتقون على سيّدهم ، كالأم ، والأخ من الرضاعة ، والربيبة ، وأمّ الزوجة ، وابنتها ، إلا أنه حُكى عن الحسن ، وابن سيرين ، وشَريك : أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة ، ورُوى عن ابن مسعود أنه كرهه . والأول أصحّ . قال الزهريّ : جرت السنّة بأن يباع الأخ ، والأخت من الرضاع . ولأنه لا نصّ فى عتقهم ، ولا هم فى معنى المنصوص عليه ، فيبقَوْنَ على الأصل ، ولأنهما لا رحم بينهما ، ولا توارث ، ولا تلزمه نفقتُه . فأشبه الربيبة ، وأم الزوجة .

٤٩٤٢ (فصـــل)

وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه ، على ظاهر كلام أحمد ، لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه ، وهى الميراث ، والحجب ، والمحرميّة ، ووجوب الإنفاق ، وثبوت الولاية له عليه ، ويحتمل أن يعتق ، لأنه جزؤه حقيقةً ، وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ، ولهذا لو ملك ولده المخالفَ له فى الدين عتق عليه ، مع انتفاء هذه الأحكام .

٤٩٤٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا اعتقا ﴾

هذا قول عامّة الفقهاء . وبه يقول الشافعيّ ، وأهل العراق ، وحَكى ابنُ سُراقة عن عمرو بن دينار ، وأبى ثور : أنه لا ولاء على المكاتَب ، لأنه اشترَى نفسه من سيِّده ، فلم يكن له عليه ولاء ، كما لو اشتراه

---

(١) فى المخطوطة : فعتق

أجنبيّ ، فأعتقه . وكان قتادة يقول : من لم يشترط ولاء المكاتب فلمكاتبه أن يُوالِيَ من شاء . وقال مكحول : أما المكاتَب إذا اشترط ولاؤه مع رقبته فجائز .

ولنا : أن السيّد هو المعتق للمكاتب ، لأنه يبتاعه بماله ، وماله وكسبه لسيّده فجعل ذلك له ، ثم باعه به حتى عتق ، فكان هو المعتق ، وهو المعتق للمدبّر بلا إشكال ، وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم « الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » ويدلّ على ذلك أن المكاتبين يُدْعَوْنَ مواليَ مكاتبيهم ، فيقال أبو سعيد مولى ابن أسيد ، وسيرين مولى أنس ، وسليمان بن يَسار مولى مَيْمُونَة ، وقد وهبت ولاءه لابن عبّاس ، وكانوا مكاتَبين ، وكذلك أشباههم . ويدلّ على ذلك أن فى حديث بَرِيرَة « أَنَّهَا جَاءَتْ عَائِشَةَ فَقَالَتْ : يَا أُمَّ الْمُؤْمِنِين ، إِنِّى كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فأعينيني ، فقالت عائشةُ : إِنْ شَاءُوا عَدَدْتُ لَهُمْ عَدَّةً وَاحِدَةً وَيَكُونُ وَلَاؤُكِ لِي فَعَلْتُ ، فَأَبَوْا أَنْ يَبِيعُوهَا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ ، فَقَالَ النبيُّ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم : اشْتَرِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الْوَلَاءَ » وهذا يدلّ على أن الولاء كان لهم ، لو لم تشترها منهم عائشةُ .

٤٩٤٤ (فصــــل)

وإن اشترى العبدُ نفسه من سيّده بعوض حالّ عتق ، والولاء لسيّده ، لأنه يبيع ماله بماله ، فهو مثل المكاتَب سواء والسيّد هو المعتق لهما ، فالولاء له عليهما .

٤٩٤٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وولاء أم الولد لسيّدها إذا ماتت ﴾

يعنى إذا عتقت بموت سيّدها فولاؤها له،يرثها أقرب عَصبته ، وهذا قول عمر ، وعثمان ، وبه قال عامّة الفقهاء ، وقال ابن مسعود : تعتق من نصيب ابنها ، فيكون ولاؤها له ، وعن ابن عباس نحوه ،وعن عليّ لا تعتق مالم يعتقها ، وله بيعها ، وبه قال جابر بن زيد ، وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ، ولذكر الدليل على عتقها موضعٌ غيرُ هذا ، ولا خلاف بين القائلين بعتقها ، أن ولاءها لمن عتقت[1] عليه ، ومذهب الجمهور أنّها تعتق بموت سيّدها من رأس المال ، فيكون ولاؤها له ، لأنها عتقت بفعله ، من ماله فكان ولاؤها له ، كما لو عتقت بقوله ، ويختصّ ميراثها بالولاء بالذكور من عَصَبة السيّد ، كالمدبّر ، والمكاتب .

٤٩٤٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن أعتق عبده عن رجل حيّ بلا أمره ، أو عن ميت فالولاء للمعتق ﴾

هذا قول الثوريّ ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ وأبى حنيفة ، وأبى يوسف ، وداود ، ورُوى عن

(١) فى المطبوعة : لمن عتق عليه

ابن عباس : أنَّ ولاءه للمعتق عنه ، وبه قال الحسن ومالك وأبو عُبَيد . لأنه أعتقه عن غيره ، فكان الولاء للمعتق عنه ، كما لو أذن له [فى العتق] .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « الوَلاَءُ لِلْمُعْتِقِ » . ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره له ، فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً .

٤٩٤٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره ﴾ .

وبهذا قال جميع من حكينا قوله فى المسألة الأولى ، إلا أبا حنيفة ، ووافقه أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن وداود ، فقالوا : الولاء للمعتق ، إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء ، ويلزمه [1] العوض ، ويصير كأنه اشتراه ثم وكله فى إعتاقه . أما إذا كان عن غير عوض ، فلا يصح تقدير البيع ، فيكون الولاء للمعتق ، لعموم قوله عليه السلام : « الولاء للمعتق » وعن أحمد مثل ذلك .

ولنا : أنه وكيل فى الإعتاق ، فكان الولاء للمعتق عنه ، كما لو أخذ عوضاً ، فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً ، فإن الهبة جائزة فى العبد ، كما يجوز البيع . والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً ، وبسائر الوكلاء [2] ، فنقيس عليه محل النزاع

٤٩٤٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن قال : أعتق عبدك عنى وعلىَّ ثمنه ، فالثمن عليه ، والولاء للمعتَق عنه ﴾

لا نعلم فى هذه المسألة خلافاً ، وأن الولاء للمعتَق عنه ، لكونه أعتقه عنه بعوض ، ويلزمه الثمن ، لأنه أعتقه عنه بشرط العوض ، فيقدّر ابتياعه منه ، ثم توكيله فى عتقه ليصح [عتقه] عنه ، فيكون الثمن عليه والولاء له ، كما لو ابتاعه منه ، ثم وكّله فى عتقه .

٤٩٤٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو قال : أعتقه والثمن علىَّ كان الثمن عليه ، والولاء للمعتق ﴾

إنما كان الثمن عليه ، لأنه جعل له جُعلاً على إعتاق عبده ، فلزمه ذلك بالعمل ، كما لو قال : من بنى هذا الحائط فله دينار ، فبناه إنسان استحقّ الدينار ، والولاء للمعتِق ، لأنه لم يأمره بإعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك ، فلم يوجد ما يقتضى صرفه إليه ، فيبقى للمعتق ، عملاً بقوله عليه السلام « الولاءُ لِلْمُعْتِق »

٤٩٥٠ (فصل)

ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موته فأعتق فالولاء له ، وكذلك لو وصّى بعتق عبده ، ولم يقل: عنى ،

(١) فى المطبوعة : ويلزم العوض . (٢) فى المطبوعة : وكسائر الوكلاء والمعنى لايستقيم معه .

فأعتق كان الولاء له ، لأن الإعتاق من ماله ، وإن أعتق عنه ما يجب إعتاقه ، ككفّارة ، ونحوها ، فقد مضى ذكرها فيما تقدم .

٤٩٥١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن أعتق عبداً له أولاد من مولاة لقوم جرّ معتق العبد ولاء أولاده ﴾

وجملة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته ، فتزوّجت عبداً ، فأولدها ، فولدها منه أحرار ، وعليهم الولاء لمولَى أمّهم ، يعقِلُ عنهم ويرثهم إذا ماتوا ، لكونه سبب الإنعام عليهم ، بعتق أمّهم ، فصاروا لذلك أحراراً ، فإن أعتق العبد سيّده ثبت له عليه الولاء ، وجرّ إليه ولاء أولاده ، عن مولى أمّهم ، لأن الأب لمّا كان مملوكاً لم يكن يصلُح وارثاً ولا وليًّا فى نكاح ، فكان ابنه كولد الملاعَنة ينقطع نسبه عن أبيه ، فثبت الولاء لمولىَ أمّه ، وانتسب إليها ، فإذا عتق العبد صلَح الانتساب إليه ، وعاد وارثاً عاقلاً وليًّا ، فعادت النسبة إليه ، وإلى مواليه بمنزلة ما لو استلحقّ الملاعنُ ولده . هذا قول جمهور الصحابة ، والفقهاء ، يُروَى هذا عن عُمَر ، وعثمان ، وعليّ ، والزبير ، وعبد الله ، وزيد بن ثابت ، ومروان ، وسعيد بن المسيّب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخَعِيّ ، وبه قال مالك ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، والليث ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور . ويُروى عن رافع بن خَدِيج : أن الولاء لا ينجرّ عن موالى الأمّ ، وبه قال مالك بن أوس بن الحدَثان ، والزهريّ ، وميمون بن مِهْرانَ ، وحُمَيد بن عبد الرحمن ، وداود ، لأن الولاء لُحمة كلُحْمَـةِ النسب ، والنسب لا يزول عمّن ثبت له ، فكذلك الولاء ، وقد رُوى عن عثمان نحوُ هذا ، وعن زيد . وأنكرهما ابن اللبان ، وقال : مشهورٌ عن عثمان أنه قضى بالولاء للزُّبَيْر على رافع بن خَدِيج .

ولنا : أن الانتساب إلى الأب ، فكذلك الولاء ، ولذلك لو كانا حرّين ، كان ولاء ولدهما لمولى أبيه ، فلمّا كان مملوكاً كان الولاء لمولى الأمّ ضرورةً ، فإذا أعتق الأب[1] زالت الضرورة ، فعادت النسبة إليه ، والولاء إلى مواليه . وروى عبد الرحمن عن الزبير : « أنه لمّا قدم خيبرَ رأى فتيةً لُعْساً ، فأعْجَبَه ظَرْفُهُمْ وجَمالُهُمْ فَسأَلَ عَنْهُمْ ، فقِيلَ له : مَوالِي رَافِـعِ بنِ خَدِيجٍ وَأَبُوهُمْ مَمْلُوكٌ لآلِ الحُرَقَةَ ، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ، وقال لأولاده : انتسبوا إلىّ ، فإنّ ولاءكم لى. فقال رافع بن خديج : الولاء لى ، فإنّهم عتقوا بعتق أمّهم ، فاحتكموا إلى عثمان ، فقضى بالولاء للزبير ، فاجتمعت الصحابةُ عَلَيْه » . اللَّعَسُ سواد فى الشفَتَـيْنِ تستحسنه العَربُ ، ومثله اللَّمَى ، قال ذو الرمة :

لَمْيَاءُ فِى شَفَتَيْها حُوَّةٌ لَعَسٌ وَفِى اللِّثَاتِ وَفِى أنيابِهَا شَنَبُ

(١) فى المطبوعة : فإذا أعتق العبد الأب والمخطوطة أوضح .

٤٩٥٢ (فصـــــــل)

وحكم المكاتب يتزوّج فى كتابته ، فيأتى له أولاد ، ثم يعتق حكم العبد القن[1] فى جرّ الولاء ، وكذلك المدبّر ، والمعلّق عتقه بصفة ، لأنهم عبيد ، فإن المكاتَب عبد ما بقى عليه درهم .

٤٩٥٣ (فصـــــــل)

إذا انجرّ الولاء إلى موالى الأب ، ثم انقرضوا عاد الولاء إلى بيت المال ، ولم يرجع إلى موالى الأم بحال ، فى قول أكثر أهل العلم . وحُكى عن ابن عباس أنه يعود إلى موالى الأمّ ، والأول أصحّ ، لأن الولاء جرى مجرى الانتساب . ولو انقرض الأب وآباؤه لم تعد النسبة إلى الأمّ ، كذلك الولاء ، فإذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الأب كان ولاء ولدها لموالى أبيه ، بلا خلاف ، فإن نفاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالى الأمّ ، لأنا نتبين أنه لم يكن له أب ينتسب إليه ، فإن عاد فاستلحقه ، عاد الولاء إلى موالى الأب .

٤٩٥٤ (فصـــــــل)

ولا ينجرّ الولاء إلا بشروط ثلاثة :

أحدها : أن يكون الأب عبداً حين الولادة ، فإن كان حرًّا وزوجته مولاة ، لم يخلُ : إما أن يكون حرّ الأصل فلا ولاء عليه ، ولا على ولده بحال ، وإن كان مولًى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ، ولا جرّ فيه .

الثانى : أن تكون الأمّ مولاةً ، فإن لم تكن كذلك لم تخلُ : إما أن تكون حرّة الأصل ، فلا ولاء على ولدها بحال ، وهم أحرار بحرّيتها ، أو تكون أمةً فولدُها رقيق لسيّدها ، فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجرّ عنه بحال ، سواء أعتقهم بعد ولادتهم ، أو أعتق أمّهم حاملاً بهم ، فعتقوا بعتقها ، لأن الولاء يثبت بالعتق مباشرةً ، فلا ينجرّ عن المعتق ، لقوله عليه السلام : « الولاء لِمَنْ أَعْتَقَ ». وإن أعتقها المولى فأتت بولد لدون ستة أشهر ، فقد مَسّه الرقّ وَعتق بالمباشرة ، فلا ينجرّ ولاؤه . وإن أتت به لأكثر من ستّة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمسّ الرقّ له ، وانجرّ ولاؤه ، لأنه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق ، فلم يمسّه الرقّ ، ولم يُحكم برّقه بالشكّ ، وإن كانت المرأة بائناً ، وأتت بولد لأربع سنين من حين الفُرقة ، لم يلحق بالأب ، وكان ولاؤه لمولى أمّه ، وإن أتت به لأقلّ من ذلك لحقه الولد ، وانجرّ ولاؤه . وولد الأمة مملوك ، سواء كان من نكاح ، أو من سِفاح ، عربيًّا كان الزوجُ أو أعجمياً ، وهذا قول عامّة الفقهاء . وعن عمر : إن كان زوجها عربيًّا فولده حرّ ، وعليه قيمتُه ، ولا ولاء عليه ، وعن أحمد مثلُه ، وبه قال ابن المسيّب ، والثورىّ ، والأوزاعىّ ، وأبو ثور ، وبه قال[2] الشافعىّ فى القديم ، ثم رجع عنه[3] ، والأول أولى ، لأن أمّهم أمةٌ ، فكانوا عبيداً ، كما لو كان أبوهم أعجميا .

---

(١) أى العبد الخالص (٢) فى المخطوطة : وقاله ... (٣) كلمة « عنه » ساقطة من المخطوطة

الثالث : أن يُعتقَ العبدَ سيدُه ، فإن مات على الرقّ لم ينجرّ الولاء بحال ، وهذا لاخلاف فيه ،فإن اختلف سيد العبد ومولى الأمّ فى الأب بعد موته ، فقال سيِّده : مات حرًّا [بعد جر الولاء] . وأنكر ذلك مولى الأمّ ، فالقول قول مولى الأمّ . ذكره أبو بكر ، لأن الأصل بقاء الرقّ ، وهذا مذهب الشافعىّ .

٤٩٥٥ (فصــــل)

فإن لم يعتق الأب ، ولـكن عتق الجدّ ، فقال أحمد : لا يجرُّ الولاء ، ليس هو كالأب ، وبهـذا قال أبو حنيفة وصاحباه . وعن أحمد : أنه يجرُّه ، وبه قال شُرَيح ، والشعبىّ والنخعىّ ، وأهــل المدينه ، وابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، وابن المبارك ، وأبو ثور ، وضِرَار بن صُرَد ، والشافعى فى أحد قوليه ، فإن أعتق الأب بعد ذلك جرّه عن موالى الجدّ إليه ، لأن الجدّ يقوم مقام الأب فى التعصيب ، وأحكام النسب ، فـكذلك فى جر الولاء . وقال زُفَر : إن كان الأب حيًّا ، لم يجرّ الجدّ الولاء ، وإن كان ميتاً جرّه ، وهو القول الثانى للشافعى .

ولنا : أن الأصل بقاء الولاء لمستحقه ، وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الأب ، والجدّ لا يُساويه ، بدليل : أنه لو عتق الأب بعد الجدّ جرّه عن موالى الجدّ إليه ، ولو أسلم الجدّ لم يتبعه ولد ولده ، ولأن الجدّ يُدلى بغيره ، ولا يستقرّ الولاء عليه ، فلم يجرّ الولاء كالأخ ، وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن ينجرّ الولاء إليه ، كالأخ ، وعلى القـول الآخر : لا فرق بين الجدّ القريب والبعيد ، لأن البعيد يقوم مقام الأب ، كقيام القريب ، ويقتضى هذا أنه متى عتق البعيد[1] فجر الولاء ، ثم عتق من هو أقرب منه جرّ الولاء إليه ، ثم إن عتق الأب جرّ الولاء ، لأن كلّ واحد يحجُب مَن فوقه ، ويسقط تعصيبه وإرثه ، وولايته ، ولو لم يعتق الجدّ ، لـكن كان حرًّا ، وولده مملوكا ، فتزوّج مولاة قوم ، فأولدها أولاداً ، فولاؤهم لمولى أمّهم . وعند من يقول : يجرّ الجدّ الولاء[2] يكون المولى[3] الجد ، وإن لم يكن الجدّ مولى بل كان حر الأصل ، فلا ولاء على ولد أبيه ، فإن أعتق أبوه بعد ذلك ، لم يعد على ولده ولاء ، لأن الحرّية ثبتت له من غير ولاء ، فلم يتجدّد عليه ولاء ، كالحرّ الأصلىّ .

٤٩٥٦ (فصــــل)

وإذا كان أحد الزوجين الحرّين حرَّ الأصل فلا ولاء على ولدهما ، سواء كان الآخر عربيًّا أو مولى لأن الأمّ إن كانت حرّة الأصل ، فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقاً فى إبقاء الرقّ والولاء ، فلأنْ يتبعها فى نفى الولاء وحده أولى ، وإن كان الأب حرّ الأصل ، فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء ، بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه ، فلأن يتبعه فى سقوط الولاء عنه أولى ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وسواء كان الأب عربيًّا ، أو أعجميًّا ، وقال أبو حنيفة : إن كان أعجميًّا والأمّ مولاة ثبت الولاء على

(١) فى المخطوطة : العبد . (٢) فى المخطوطة : وعند من يقول بجر الولاء .

(٣) فى المطبوعة : بكون المولى . خطأ .

ولده،وليس بصحيح ، لأنه حر الأصل[١] ، فلم يثبت الولاء على ولده ، كما لو كان عربيًّا ،وسواء كان مسلماً[٢] أو ذميًّا أو حربيًّا ، أو مجهول النسب ، أو معلومه ، وهذا قول أبي يوسف ، ومالك ، وشُرَيح[٣] . وقال القاضي : إن كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الأمّ إن ، كانت مولاةً ، قال ابن اللبان : (وهذا ظاهرمذهب الشافعيّ ، وقال الخبريّ)[٤] : وهذا قول أبي حنيفة ، ومحمد ، وأحمد ، لأن مقتضى ثبوته لمولى الأمّ موجودٌ ، وإنّما امتنع في محلّ الوفاق بحرّيّة الأب ، فإذا لم يكن معلوما فقد وقع الشكّ في المنافع ، فيبقى على الأصل ، ولا يزول عن اليقين بالشكّ ، ولا يترك العمل بالمقتضى مع الشكّ في المانع .

ولنا : أن الأب حرّ محكوم بحرّيته ، فأشبه معروف النسب ، ولأن الأصل في الآدميّين الحرّية ، وعدم الولاء ، فلا يترك هذا الأصل بالوَهْم في حقّ الولد ، كما لم يترك في حقّ الأب . وقولهم : مقتضى ثبوته لمولى الأمّ موجود ممنوع ، فإنّه إنما ثبت لمولى الأم بشرط عتق الأب ، وهذا الشرط منتفٍ حُكماً ، وظاهراً . وإن سلّمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانع حكماً ، فإنّ الأب حرّيته ثابتة حكماً ، فلا تعويل على ما قالوه ، وإن كان الأب مولى ، والأمّ مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا ، وقياس قول القاضي ، والشافعيّ : أن يثبت الولاء عليه لمولىَ ابنه ، لأنّا شككنا في المانع من ثبوته .

ولنا : ماذكرنا في التي قبلها ، ولأن الأمّ لا تخلو من أن تكون حرّة الأصل ، فلا ولاء على ولدها ، أوأمةً فيكون ولدها عبداً ، أو مولاةً ، فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه ، والاحتمال الأول راجح لوجهين .

أحدهما : أنه محكوم به في الأمّ ، فيجب الحكم به في ولدها .

الثاني : أنه معتضد بالأصل ، فإنّ الأصل الحرّية ، ثم لو لم يترجّح هذا الاحتمال لكان الاحتمال الذى صاروا إليه مُعارَضاً باحتمالين ، كلّ واحد منهما مُساوٍ له ، فترجيحُه عليهما تحكّمٌ لا يجوز المصير إليه بغير دليل ، وهذا وارد عليهم في المسألة الأولى أيضاً .

٤٩٥٧ (فصـــل)

إذا تزوّج معتق بمعتقةٍ ، فأولدها ولدين ، فولاؤهما لمولى أبيهما ، فإن نفاهما باللّعان عاد ولاؤهما إلى مولى أمّهما ، فإن مات أحدهما فميراثه لأمّه ، ومواليها ، فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما ، واسترجع الميراث من موالي الأمّ ، ولو كان أبوهما عبداً ، ولم ينفهما ، وورث موالي الأمّ الميّت منهما ، ثم أعتق الأب انجرّ الولاء إلى موالي الأبِ ، ولم يكن لهم ولاء ، وللأب استرجاع الميراث ، لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب ، ويفارق الأب إذا أكذب نفسه ، لأن النسب ثبت من حين خَلق الولد .

---

(١) في المخطوطة : فإنه حر الأصل . (٢) في المخطوطة : كما لو كان مسلما

(٣) في المطبوعة (وشريح) ص ٣٦٣ جـ ٦ فلا داعي لإثبات (ابن) هنا بل يذكر في الهامش لأنه تكرر ذكر شريح بدون (ابن) كما هنا ص ٤٢٠ (٤) ما بين الحاصرين ساقط من المخطوطة ٢٣

٤٩٥٨ (فصـــل)

وإذا تزوّج عبد مُعتَقةً ، فاستولدها أولاداً فهم أحرار ، وولاؤهم لموالى أمّهم ، فإن اشترى أحدُهم أباه عتق عليه ، وله ولاؤه ، ويجرّ إليه ولاء أولاده كلّهم ، ويبقى ولاء المشترى لمولى أمّه ، لأنه لا يكون مولىَ نفسه ، وهذا قول جمهور الفقهاء : مالك فى أهل المدينة ، وأبو حنيفة فى أهل العراق ، والشافعىّ . وشذّ عمرو بن دينار المدنىّ ، فقال: يجرّ ولاء نفسه ، فيصيرُ حرًّا لا ولاء عليه . قال ابن شُرَيح : ويحتمله قول الشافعىّ ، ولا يعوّل على هذا القول لشذوذه ، ولأنه يؤدّى إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه ، دونه ، مع كونه مولوداً لهما فى حال رقّهما ، أو فى حال ثبوت الولاء عليهما ، وليس لنا مثلُ هذا فى الأصول ، ولا يمكن أن يكون مولى نفسه ، يعقلُ عنها ويرثها ويزوّجها . لكن لو اشترى هذا الولد عبداً ، فأعتقه ، ثم اشترى العبدُ أبا معتقه فأعتقه ، فإنه ينجرّ إليه ولاء سيّده ، فيكون لهذا الولد على مُعْتَقِه الولاء بإعتاقه إيّاه ، وللعتيق ولاء مُعْتَقِه بولائه على أبيه ، وجرّه ولاءه باعتاقه إيّاه ، ولا يمتنع مثلُ هذا ، كما لو أعتق الحربىّ عبداً ، فأسلم، ثم أسر سيّده ، وأعتقه صار كلّ واحد منهما [مولى] الآخر من فوق ، ومن أسفلَ ، ويرث كلّ واحد منهما الآخرَ بالولاء ، وكما جاز أن يشتركا فى النسب ، فيرث كلّ واحد منهما صاحبه به ، كذلك الولاء . وإن تزوّج ولد المعتقة معتقة ، فأولدها ولداً ، فاشترى جدّه عتق عليه ، وله ولاؤه ، ويجرّ إليه ولاء أبيه ، وسائر أولاد جدّه ، وهم عمومته ، وعمّاته ، وولاء جميع معتقيهم ، ويبقى ولاء المشترى لمولى أمّ أبيه ، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حرًّا لا ولاء عليه .

٤٩٥٩ (فصـــل)

إذا تزوّج عبد بعتيقة[1] فأولدها ولداً ، فتزوّج الولد بمُعْتَقَةِ رجل ، فأولدها ولداً ، فولاء هذا الولد الآخر لمولَى أمّ أبيه فى أحد الوجهين ، لأن له الولاء على أبيه ، فكان الولاء له عليه ، كما لو كان مولى جدّه ، ولأن الولاء الثابت على الأب يمنع ثبوت الولاء لمولىَ الأمّ .

والوجه الثانى : ولاؤه لمولى أمّه ، لأن الولاء الثابت على ابنه من جهة أمّه : ومثل ذلك ثابت فى حقّ نفسه ، وما ثبت فى حقّه أولى مما ثبت فى حقّ أبيه ، ألا ترى أنه لو كان له مولىً ولأبيه مولى كان مولاه أحقَّ به من مولى أبيه ؟ فإن كان له مولى أم ومولى أم أب ، ومولى أمّ جدّ وجدّه مملوك فعلى الوجه الأول يكون لمولى أمّ الجدّ ، وعلى الثانى يكون لمولى الأمّ .

٤٩٦٠ (فصـــل)

وإن تزوج معتق بمعتقة ، فأولدها بنتاً وتزوّج عبد بمعتقةٍ فأولدها ابناً ، فتزوّج هذا الابن بنت المعتقَين ، فأولدها ولداً فولاء هذا الولد لمولى أمّ أبيه ، لأن له الولاء على أبيه ، وإن تزوّجت بنت بمملوك ،

---

(١) فى المطبوعة (بمعتقة) .

فولاء ولدها لمولى أبيها ، لأن ولاءها له ، فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى[1] أبى الأمّ ، على الوجه الأول ، لأن مولى أبى الأمّ يثبتُ له الولاء على أبى الأمّ ، فكان مقدّماً على المعتقين أمّها ، ويثبت له الولاء عليها .

٤٩٦١ فصل فى دَوْرِ الولاء

إذا تزوّج عبدمعتَقةً ، فأولدها بنتين ، فاشترتا أباهما عتق عليهما ، ولهما عليه الولاء ، وتجرّ كلّ واحدة منهما نصف ولاء أختها إليها ، لأنها أعتقت نصف الأب ، ولا ينجرّ الولاء الذى عليها ، ويبقى نصف ولاء كلّ واحدةٍ منهما لمولى أمّها ، فان مات الأب فماله لهما ، ثلثاه بالبنوّة ، وباقيه بالولاء ، فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب ، ونصف الباقى بأنّها مولاة نصفها ، فصارلها ثلاثة أرباع مالها ، والربع الباقى لمولى أمّها ، فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها ، فمالها لأبيها . ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها، لـكونها بنته ، ونصف الباقى وهو الربع لـكونها مولاة نصفه ، ويبقى الربع لموالى البنت التى ماتت قبله ، فنصفه لهذه البنت ، لأنّها مولاةُ نصف أختها ، صار لها سبعة أثمان ميراثه ، ولمولى أمّ الميتة الثمن ، فإن ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لمواليها ، نصفهُ لمولى أمّها ، ونصفه لمولى أختها الميتة ، وهم أختها ومولى أمّها ،فنصفه لمولى أمها ، وهو الربع ، والربع الباقى يرجع إلى هذه الميّتة ، فهذا الجزء دائر ، لأنه خرج من هذه الميّتة ، ثم دار إليها فقال القاضى : يُجعل فى بيت المال ، لأنه لا مستَحِقّ له نعلمه ، وهذا قول محمد بن الحسن ، وقياس قول مالك ، والشافعىّ .

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين : هو لمولى أمّ الميّتة ، وهذا قول الجمهور ، وهاتان المسألتان أصل فى دور الولاء ، وفيهما أقوال شاذّة سوى ما ذكرناه ، وهذا أصحّ ما قيل فيهما ، إن شاء الله . فإن مات الابنتان قبل الأب ورث مالهما بالنسب ، فإن مات بعدهما فمالهُ يقسمّ على ثمانية أسهم ، لـكلّ واحدة من ابنتيه أربعة أسهم ، سهمان لمولى أمّها ، وسهمان لمولى أختها ، يقسّمان أيضاً ، لموالى أمّها سهم ، وسهم دائر يرجع إلى بيت المال ، فيحصل لبيت المال الربع ، ولمولى أمّها ثلاثة أرباع ، فإن كنّ ثلاثاً ماتت إحداهنّ قبل الأب ، والأخرى بعـده ، فمال الأب على سبعة وعشرين ، لابنتيه ثلثاها ، بالنسب ، وثلثا الباقى بولائهما عليه ، وثلثا الباقى بولائهما على أختهما ، ويبقى لمولى الأمّ سهم ، ومال الثانية على ثمانية عشر ، للحيّة تسعة بالنسب ، وثلاثة بولائها عليها ، ولمولى أمها ثلاثة ، ويبقى ثلاثة لموالى الميّتة الأولى ، للحيّة سهم ، ولمولى أمّها سهم ، ويبقى سهم دائر ، فمن جعله لبيت المال دفعه إليه ، ومن جعله لمولى الأمّ فهو له ، ومن لم يدفعه قسّمه بين الحيّة ، ومولى الأمّ نصفين ، وترجع بالاختصار إلى أربعة ، فإن كانت أمهاتهنّ شتىً ، فمن اثنى عشر ، فإن اشترى الابنان أباهما ، ثم اشترى أبوهما هو والـكبرى

(١) فى المطبوعة (لمولى أم أبى الأم) .

جدّهما ، ثم مات الأب ، فماله بينهم أثلاثاً ، ثم إذا مات الجدّ وخلّف ابنتى ابنه ، فلهما الثلثان ، وللكبرى نصف الباقى ، لكونها مولاةَ نصفه ، يبقى السدس لموالى الأب ، لأنه مولى نصف الجدّ ، وهم ابنتاه ، فيحصُل للكبرى ثلث المال ، وربُعه ، وللصغرى ربعه وسدسه ، فإن كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاها لأبيهما ، فالجواب فيها كالتى قبلها .

باب ميراث الولاء

يعنى والله أعلم الميراث بالولاء ، وأضاف الميراث إليه لأنه سببُه ، فإن الشيء يضاف إلى سببه ، كما يقال : دِيَةُ الخَطَأ ، وديةُ العَمْدِ ، وإنّما قلنا ذلك لأن الولاء لا يورث ، وإنّما يورث به ، وهذا قول الجمهور ، رُوِى نحو ذلك عن عمر ، وعثمان ، وعلىّ ، وزيد ، وابن مسعود وابن عمر ، وأسامة بن زيد ، وأبو مسعود البدرىّ ، وأبىّ بن كعب ، وبه قال عطاء ، وطاووس ، وسالم ، والزهرىّ ، والحسن ، وابن سيرين ، وقتادة ، والشعبىّ ، وابراهيم ، ومالك ، والشافعىّ ، وأهل العراق ، وداود ، وجعل شُرَيح الولاء موروثاً كالمال .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم : «إنَّما الوَلاَء لِمَنْ أَعْتَقَ» . وقوله : «الْوَلاَء لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ» ، والنَّسَبُ يورث به ، ولا يورث ، فكذلك الولاء ، ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيّد على عبده بالعِتْق وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق ، فكذلك الولاء .

٤٩٦٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن ، أو أعتق من أعتقن أو كاتبْنَ ، أو كاتَبَ من كاتبْنَ ﴾

وقد رُوِى عن أبى عبد الله رحمه الله فى بنت المعتق خاصّة : أنّها ترث ، لما رُوِى عن النبىّ صلّى الله عليه وسلم : «أنَّه وَرَّثَ بِنْتَ حَمْزَةَ مِنَ الذى أَعْتَقَهُ حَمْزَةُ» قوله : ولا يرث النساء من الولاء . [أى بالولاء] لما قدّمنا من أن الولاء لا يورث ، ولهذا قال : إلاّ ما أعتقْنَ ، ومعتَقُهُنَّ ولاؤهلنّ ، فكيف يَرِثْنَهُ ؟ والظاهر من المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء ، إلا ما أعتقن ، أو أعتق من أعتقن ، وجرّ الولاء إليهنّ من أعتقن ، والكتابة [كذلك] ، فإنّها إعتاق ، قال القاضى : هذا ظاهر كلام أحمد ، والرواية التى ذكرها الخِرَقىّ فى ابنة المعتَق ما وجدتها منصوصةً عنه . وقد قال فى رواية ابن القاسم ، وقد سأله : هل كان المولى لحمزة ، أو لابنته ؟(1) فقال [لابنته] : فقد نصّ على [أن] ابنة حمزة وَرِثت بولاء نفسها ، لأنها هى المعتقة ، وهذا قول الجمهور ، وهو قول من سمّينا فى أول الباب من الصحابة ، والتابعين ، ومَنْ بعدهم ، غير شُرَيح ، والصحيح الأول ، لإجماع الصحابة ومَنْ بعدهم عليه ، ولأن الولاء لُحمة كلُحمة النسب ، والمولى كالنسيب من الأخ ، والعمّ ، ونحوهما ، فولده

(1) فى المطبوعة : هل كان لمولى حمزة أولا بنته . وهو اضطراب لا يسيغه السياق

من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ، ولا يرث منهم إلا الذكور خاصّة . فأمّا رواية الخرقيّ في بنت المعتق فوجهُها : ما رَوى إبراهيمُ النخَعيّ : « أنّ مَوْلَى لحمزَةَ مَاتَ وَخَلَّفَ بِنتاً ، فَوَرَّثَ النبيُّ صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمِ بِنْتهُ النِّصْفَ ، وَجَعَل لحمْزَةَ النِّصْفَ » والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة .

قال عبد الله بن شدّاد : « كَانَ لِبنْتِ حَمْزَةَ مَوْلىً أعْتَقَتْهُ فَمَاتَ ، وَتَرَكَ ابْنَتَهُ وَمَوْلاَتَه بِنْت حَمْزَةَ ، فرُفِعَ ذَلِكَ إلى رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسلَّمْ ، فأعْطَى ابْنَتَهُ النِّصْفَ ، وأعطى مَوْلاَتَه بِنْتَ حَمْزَةَ النِّصْفَ » . قال عبد الله بن شدّاد : « أنا أعْلَمُ بِها ، لأنَّها أُخْتي مِنْ أمّي أمُّنا سلْمَى » رواه ابن اللبان بإسناده ، وقال : هذا أصحّ ممّا روى ابراهيم ، ولأن البنت من النساء ، فلا ترث بالولاء كسائر النساء . فأما توريث المرأة من معتَقها ، ومعتَق مُعتِقها ، ومن جرّ ولاء[1] معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم ، وقد نصّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم على ذلك ، فإنّ عائشة أرادت شراء بَريرة لتُعْتِقَها ، ويكونَ وَلاؤُها لهَا ، فَأَرَادَ أَهْلُها اشْتِرَاطَ وَلائِها ، فقالَ النبيُّ صلىَ الله عليه وسلم : « اشْتَرِيها وَاشْتَرِطي لَهمُ الْوَلاَءَ ، فَإِنَّما الْوَلاَء لِمَنْ أعْتقَ » متفق عليه . وقال عليه السلام « تَحُوزُ المَرْأَةُ ثَلاَثَةَ مَوارِيثَ : عَتِيقَها ، ولَقِيطَها ، وولَدَها الّذى لاعَنَتْ عَلَيْهِ » . قال الترمذيّ : هذا حديث حسن ، ولأن المعتقة مُنعِمة بالإعتاق كالرجل ، فوجب أن تُساويه في الميراث . وفي حديث مولى بنت حمزة الذى ذكرناه تنصيصٌ على توريث المعتِقة . وأما معتَق أبيها فهو بمنزلة عمّها ، أو عمّ أبيها ، فلا ترثه ، ويرثه أخوها . كالنسب .

ومن مسائل ذلك : رجل مات وخلّف ابن معتقه ، وبنت معتقه ، فالميراث لابن معتقه خاصّة . وعلى الرواية الأخرى : يكون الميراث بينهما أثلاثاً ، فإن لم يخلّف إلا بنت معتقه فلا شيء لها ، وماله لبيت المال ، إلا على الرواية الأخرى فإنّ الميراث لها . وإن خلف أخت معتقه فلا شيء لها ، روايةً واحدةً . وكذلك إن خلّف أمّ معتقه ، أو جدّة معتقه ، أو غيرهما . وإن خلّف أخا معتقه ، وأخت معتقه فالميراث للأخ . ولو خلّف بنت معتقه ، وابن عمّ معتقه ، أو معتق معتقه ، أو ابن معتق معتقه ، فالمال له دون البنت ، إلا على الرواية الأخرى ، فإن لها النصف ، والباقي للعصبة . وإن خلّف بنتـه . ومعتقه فلبنته النصف ، والباقي لمعتقه ، كما في قصة مولى بنت حمزة ، فإنه مات وخلّف بنته ، وبنت حمزة التي أعتقته ، فأعطى النبيّ صلى الله عليه وسلم بنته النصف ، والباقي لمولاته . وإن خلّف ذا فرض سوى البنت ، كالأمّ أو الجدّة أو الأخت أو الأخ من الأم أو الزوج أو الزوجة ، أو من لا يستغرق فرضُه المال : أو مولاه أو مولاته ، فإن لذى الفرض فرضه ، والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء . وقد سبق ذكر ذلك .

رجل وابنته أعتقا عبداً ، ثم مات الأب وبنته ، فماله بينهما أثلاثاً ، ثم مات العبد فللبنت النصف ، لأنها مولاة نصفه ، والباقي لابن المعتق خاصّة ، إلا على الرواية الضعيفة ، فإن الباقيَ يكون بينهما على

(١) في المخطوطة . ومن جر ولاؤه لمعتقها .

ثلاثة ، فيكون للبنت الثلثان ، ولأخيها الثلث . وإن ماتت البنتُ قبل العبد وخلّفت ابناً ، ثم مات العبد ، فلابنها النصف ، والباقى لأخيها . ولو لم تخلّف البنت إلا بنتاً كان الولاء كلّه لأخيها ، دون بنتها ، إلا على الرواية الأخرى ، فإن لبنتها النصف ، والباقى لأخيها . وإن مات الابن قبل العبد وخلّف بنتاً ، ثم مات العبد وخلّف مُعْتِقةً وبنت أخيها ، فللمعتقة نصف ماله ، وباقيه لبيت المال . وعلى الرواية الأخرى لها النصف بإعتاقها ، ونصف الباقى، لأنها بنت معتق النصف ، والباقى لعصبة ابنها . ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلّفت ابنها ، ثم مات العبد فلابنها النصف ، ولا شىء لبنت أخيها .

امرأة أعتقت أباها ، ثم أعتق أبوها عبداً ، ثم مات الأب ، ثم العبد ، فمالها لها ، فإن كان أبوها خلّف بنتاً أخرى معها ، فلهما ثلثا مال الأب بالنسب ، والباقى للمعتقة بالولاء ، ومال العبد جميعه للمعتقة دون أختها ، ويتخرج على الرواية الأخرى أن يكون لها ثلثا مال العبد أيضاً ، وباقيه للمعتقة ، ولو كان الأب خلّف مع المعتقة ابناً ، فمال الأب بينهما أثلاثا بالبنوّة ، ومال العبد كلّه للابن دون أخته المعتقة . لأنه يرث بالنسب ، والنسب مقدّم على الولاء ، ولو خلّف الأب أخاً أو عمّاً . أو ابن عمّ مع البنت ، فللبنت نصف ميراث أبيها، وباقيه لعصبته ، ومال العبد لعصبته ، ولا شىء لبنته فيه ، لأن العَصَبة من النسب مقدّم على المعتق فى الميراث ، إلا على رواية الْخِـرَقىّ ، فإن للبنت نصف ميراث العبد ، لكونها بنت المعتق ، وباقيه لعصبته .

امرأة وأخوها ، أعتقا أباهما ، ثم أعتق أبوهما عبداً ، ثم مات الأب ، فماله بينهما أثلاثاً . ثم إذا مات العبد فميراثه للابن دون أخته ، لأنه ابن المعتق ، يرثه بالنسب ، وهى مولاة المعتق ، ولأن المعتق يقدّم على مولاه ، فإن مات أخوها قبل أبيه ، وخلّف بنتاً فما له بين ابنته وابنه نصفين . ثم إذا مات الأب وقد خلّف بنته ، وبنت ابنه ، وبنته مولاة نصفه ، فلبنته النصف ، ولبنت ابنه السدس ، ويبقى الثلث لبنته ، نصفه وهو السدس ، لأنها مولاة نصفه ويبقى السدس لموالى الأخ ، إن كان ابن معتقه ، وهم أخته ، وموالى أمّه فلأخته نصف السدس ، والنصف الباقى لمولى أمّه ، فحصل لأخيه النصف ، والربع والسدس ، وإن لم يكن ابن معتقه : بل كانت أمّه حرّة الأصل ، فلا ولاء عليه ، وتأخذ أخته الباقىَ كلّه بالردّ إن لم يخلّف الأب عَصَبةً . فإن خلّف الأب عَصَبةً من نسبه كأخ ، أو عم ، أو ابن عم، أو عم أب ، فلبنته النصف ، والباقى لعَصَبته . ولو اشترى رجل وأخته أخاهما ، ثم اشترى أخوهما عبداً . فأعتقه ، ثم مات أخوهما ، فماله بينهما أثلاثاً ، ثم إذا مات عتيقه فميراثه لأخيه ، دون أخته ، ولو مات الأخ المعتق قبل موت العبد ، وخلّف ابنه ، ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها ، لأنه ابن أخى المعتق ، وإن لم يخلّف الأخ إلا بنته ، فنصف مال العبد للأخت ، لأنها معتقة نصف معتقه ، ولا شىء لبنت الأخ روايةً واحدةً ، والباقى لبيت المال .

٤٩٦٣ (فصـــــل)

إذا خلّف الميت بنت مولاه ومولى أبيه ، فماله لبيت المال ، لأنه إذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته بالعتق لم يثبت عليه بإعتاق أبيه ، وإذا لم يكن لمولاه إلا ابنة[1] لم ترث ، لأنها ليست عَصَبة ، وإنما يرث عَصَبات المولى . فإذا لم يكن له عَصَبة لم يرجع إلى معتق أبيه ، وكذلك إن كان له معتق أب ،أو معتق جدّ، ولم يكن هو معتقاً ، فميراثه لمعتق أبيه ، إن كان ابن معتقه ، ثم لعَصَبة معتق أبيه ، ثم لمعتق معتق أبيه ، فإن لم يكن له أحد منهم فلبيت المال ، ولا يرجع إلى معتق جدّه . وإن كانت أمّه حرّة الأصل فلا ولاء عليه ، وليس لمعتق أبيه شيء .

٤٩٦٤ (فصـــــل)

امرأة حرة لا ولاء عليها ، وأبواها رقيقان ، أعتق إنسان أباها ، ويتصوّر هذا فى موضعين :

أحدهما : أن يكون جميعهم كفّاراً ، فتُسلم هى ، ويُسْبَى أبواها ، فيُسترقان .

والثانى : أن يكون أبوها عبداً تزوّج أمةً على أنها حرّة ، فولدتها ثم ماتت ، وخلّفت معتق أبيها ، لم يرثها ، لأنه إنما يرث بالولاء ، وهذه لا ولاء عليها ، وهكذا الحكم فيما إذا تزوّج عبد حرّة الأصل ، فأولدها ولداً ، ثم أعتق العبد ، ومات ، ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق أبيه ، لأنه لا ولاء عليه . ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحداهما أباها ، فعتق عليها ، فلها ولاؤه ، وليس لها[2] ولاء على أختها ، فإذا مات أبوهما فلهما الثلثان بالنسب، ولها الباقى بالولاء ، فإذا ماتت أختها فلها نصفُ ميراثها[3]، بالنسب ، وباقيه لعصبتها ، فإن لم يكن لها عَصَبة فالباقى لأختها بالردّ ، ولا ميراث لها منها بالولاء ، لأنها لا ولاء عليها .

٤٩٦٥ (فصـــــل)

ولا يرث من أقارب المعتق ذو فرض منفرد ، كالأخ من الأمّ ، والزوج ، لأن الولاء للعَصَبات، وليس هؤلاء عَصَبات ، فحكمهم حكم النساء ، وقد رُوى عن أحمد أنه قال : لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن [أو أعتق من أعتقن] ، إلا أن الملاعِنَة ترث من أعتق ابنها ، وهذا يخرّج على الرواية التى تقول : إن الملاعِنَة عصبةُ ابنها ، وهى أحقّ بالميراث من عصبتها ، فترث لكونها عصبةً قائمةً مقام أبيه ، فأمّا على الرواية الأخرى فإن الولاء يكون لعصبتها .

٤٩٦٦ ﴿مسـألة﴾

قال ﴿ والولاء لأقرب عَصَبة المعتق ﴾

وجملة ذلك : أن المولى العتيق إذا لم يخلّف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه ، على ما أسلفناه ،

(١) فى المخطوطة : بنت . (٢) فى المطبوعة : وليس بها . (٣) فى المطبوعة نصف ميراثه

فإن كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عَصَبته ، سواء كان ولداً ، أو أباً ، أو أخاً ، أو عمًّا أو ابن عمّ ، أو عمّ أب ، وسواء كان المعتق ذكراً ، أو أنثى . فإن لم يكن له عصبة من نسبه كان الميراث لمولاه ، ثم لعَصَباته الأقرب فالأقرب ، ثم لمولاه ، وكذلك أبداً ، رُوى هذا عن عمر ، وبه قال الشعبيّ ، والزهريّ ، وقتادة ، ومالك ، والثـــورىّ ، والأوزاعىّ والشافعىّ وأبو حنيفة ، وصاحباه . وقد رُوى عن علىّ ما يدلّ على أن مذهبه فى امرأةٍ ماتت وخلّفت ابنها وأخاها ، أو ابن أخيها : أنّ ميراثَ مواليها لأخيها وابن أخيها ، دون ابنها ، ورُوى عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة . فروى عن إبراهيم أنه قال : اختصم علىّ والزبيرُ فى موالى صفيّة بنتِ عبد المطلب . فقال على : أنا أحقّ بهم ، أنا أرثهم ، وأعقل عنهم ، وقال الزبير : هم موالى أمّى ، وأنا أرثهم ، فقضى عمر للزبير بالميراث ، والعَقْـل على علىّ ، رواه سعيد قال : حدّثنا أبو معاوية ، حدثنا عُبَيْدة الضبىّ ، عن إبراهيم . وقال: حدّثنا هُشَيم ، حدّثنا الشيبانىّ ، عن الشعبىّ، قال : « قَضَىَ بِوَلاَءِ مَوالِي صَفِيَّةَ لِلزُّبَيْرِ دُونَ الْعَبَّاسِ » وقضَىَ عمر فىموالى أمّ هانىء بنت أبى طالب لابنها جَعْدَة بن هُبَيْرَة ، دون علىّ ، وروى الإمام أحمد باسناده عن زياد بن أبى مريم « أنّ امْرأةً أَعْتَقَتْ عبداً لَهَا ثُمَّ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ ابْنًا لَهَا وَأَخاهَا، ثُمَّ تُوفِّىَ مَوْلاَهَا مِنْ بَعْدِهَا ، فأتى أَخُو الْمَرْأَةِ وَابْنُهَا رَسُولَ اللهِ صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي مِيراثِهِ فقال عليه السلام : مِيرَاثُهُ لابْنِ الْمَرْأَةِ . فقال أخوها : يَارَسُولَ اللهِ ، لَوْ جَرَّ جَرِيرَةً(١) كَانَتْ علىّ ، ويكون مِيرَاثهُ لِهٰذَا ؟ قَالَ : نَعَمْ» وروى بإسناده عن سعيد بن المسيّب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الْمَوْلَى أَخٌ فِي الدِّينِ ،وَمَوْلَى النِّعْمَةِ يَرِثهُ أَوْلَى النَّاسِ بِالْمُعْتِقِ». إذا ثبت هذا : فإن المعتقة إذا ماتت وخلّفت ابنها ، وأخاها ، أو ابن أخيها ، ثم مات مولاها ، فميراثه لابنها ، وإن مات ابنها بعدها ، وقبل مولاها ، وترك عَصَبة كأعمامه، وبنى أعمامه ، ثم مات العبد ، وترك أخاً مولاته ، وعَصَبة ابنها ، فميراثه لأخى مولاته ، لأنه أقرب عَصَبة المعتق ، فإنّ المرأة لو كانت هى الميّتة لورثها أخوها وعَصَبتها، فإن انقرض عصبتها كان بيت المال أحقّ به من عصبة أبيها ، يروى نحوُ هذا عن علىّ ، وبه قال أبان بن عثمان ، وقبيصةُ بن ذؤيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرىّ ، وقتادة ، ومالك ، والشافعىّ ، وأهل العراق. ورُوى عن علىّ روايةٌ أخرى: أنه لعَصَبة الابن ، ورُوى نحو ذلك عن عمر ، وابن عباس، وسعيد بن المسيّب ، وبه قال شُرَيح. وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يورث ، كما يورث المال ، وقد رُوى عن أحمد نحو هذا . واحتجّوا بأن عمرو بن شُعَيب رَوَى عن أبيه ، عن جدّه «أنّ رباب(٢) بن حُذَيْفة تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَلَدَتْ له ثلاثة غِلْمَةٍ ،فَمَاتَتْ أُمُّهُمْ فَوَرِثُوا عَنْهَا(٣) وَلاَءَ مَوالِيها،وَكَانَ عَمْرُو بنْ الْعَاص عَصَبَةَ بَنِيها ، فأخْرَجَهُمْ إلى الشَّام فَمَاتُوا . فَقَدِمَ عَمْرُو بنُ العاصِ ، وَماتَ مَوْلاَهَا ، وتَرَكَ

(١) أى جنى جناية . (٢) فى المطبوعة : رئاب .

(٣) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ١١٥ « فورثوها رباعها وولاء مواليها » .

مَالاً فَخاصَمَهُ إخْوَتُها إلى عُمر ، فقال : قالَ رسولُ الله صلّى الله عليه وسلم : «ما أَحْرَزَ الْوالِدُ وَالْوَلَد فَهُوَ لِعَصَبَتِهِ مَنْ كَانَ — قال : وكَتَبَ لَهُ كتاباً فِيه شَهادَة عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَرَجُلٍ آخرَ ، قال : فنَحْنُ فيه إلَى السَّاعةِ» رواه أبو داود ، وابن ماجه ، فى سُننهما ، والصحيح الأول ، فإن الولاء لا يُوَرَث على ماذكرنا من قبل ، وإنما يورث به ، وهو باقٍ للمعتِق ، يرث به أقربُ عصَباته . ومن لم يكن من عَصَباته لم يرث شيئاً ، وعصباتُ الابن غيرُ عَصَبات أمه ، فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها ، وحديث عمرو بن شُعَيب غلَط ، قال حميد : الناسُ يُغَلِّطُونَ عَمْرو بنَ شُعَيْب فى هذا الحديث .

فعلى هذا لا يرث المولَى العتيقَ من أقارب مُعتِقه إلاعَصَباتُه ، الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا فى ترتيب العَصَبات ، ولا يرث ذو فرض بفرضه ، ولا ذو رحم ، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب ، كالأب والجدّ والزوج ، والأخ من الأمّ ، إذا كانا ابنى عمّ ، ورث بما فيه من التعصيب ، ولم يرث بفرضه شيئاً . وإن كان عصباتٌ فى درجة واحدة ، كالبنين وبنيهم ، والإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم ، اقتسموا الميراث بينهم بالسوِيّة ، وهذا كلّه لا خلاف فيه ، سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذّة . والله أعلم .

٤٩٦٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا مات المعتق ، وخلّف أبا معتقه وابن معتقه ، فلأبى معتقه السدس ، وما بقى فللابن ﴾ .

نصّ أحمد على هذا فى رواية جماعة من أصحابه ، وكذلك قال فى جدّ المعتق ، وابنه ، وقال : ليس الجدّ والأخ ، والابن من الكُبْر[1] فى شىء يجزيهم على الميراث ، وهـذا قول شُرَيح ، والنخعِيّ ، والأوزاعىّ ، والعنبرىّ ، وإسحاق ، وأبى يوسف . ويُروى عن زيد : أن المـال للابن . وبه قال سعيد ابن المسيّب ، وعطاء ، والشعبىّ ، والحسن ، والحكم ، وقتادة ، وحمّاد ، والزهرىّ ، ومالك ، والثورىّ ، وأبو حنيفة ، ومحمد ، والشافعىّ ، وأكثر الفقهاء . لأن الابن أقرب العصَبة ، والأب ، والجدّ يرثان معه بالفرض ، ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال .

ولنا : أنه عَصَبة وارث ، فاستحقّ من الولاء كالأخوين ، ولا نُسلّم أنّ الابن أقرب من الأب ، بل هما فى القرب سواء ، وكلاهما عَصَبة لا يُسقِط أحدهما صاحبه ، وإنّما هما يتفاضلان فى الميراث ، فـكذلك

(١) الكبر أكبر الذرية ، أى من يتصل بالجد الأكبر بوسائط قليلة

فى الإرث بالولاء ، ولذلك يقدّم الأب على الابن فى الولاية والصلاة على الميّت وغيرها . وحكم الأب مع ابن الابن وإن سفل ، حكم الجدّ وإن علا مع الابن وابنه سواء .

٤٩٦٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن خلّف أخاً معتقه ، وجدّ معتقه ، فالولاء بينهما نصفين ﴾

وبهذا قال عطاء ، والليث ، ويحيى الأنصارىّ ، ومال إليه الأوزاعىّ ، وهو قول الشافعىّ ، وقول الثورىّ ، وأبى يوسف ، ومحمد . والذين نزّلوا الجد أباً جعلوا الجدّ أولى ، وورّثوه وحده ، ورُوى عن زيد : أن المال للأخ ، وهو قول مالك ، والشافعىّ ، لأن الأخ ابن الأب ، والجدّ أبوه ، والابن أحقّ من الأب .

ولنا : أنهما عَصَبتان يرثان المال نصفين ، فكان الولاء بينهما نصفين كالأخوين . وإن ترك جدّ مولاه ، وابنى أخى مولاه ، فالمال لجدّه فى قولهم جميعاً ، إلا مالكا[1] جعل الميراث لابن الأخ وإن سفل ، وقاله الشافعىّ أيضاً ، لأن ابن الابن وإن سفل يقدّم على الأب ، وليس هذا بصواب ، فإن ابن الأخ محجوب عن الميراث . بالجدّ ، فكيف يقدّم عليه ، ولأن الجدّ أولى بالمعتق من ابن الأخ ، فيرث مولاه ، لقول النبىّ صلى الله عليه وسلم: « الْمَوْلَى أَخٌ فِى الدِّينِ وَوَلِيُّ نِعْمَةٍ يَرِثُهُ أَحَقُّ النَّاسِ بِالْمُعْتِقِ». والدليل على أن الجدّ أولى : أنه يرث ابن ابنه ، دون ابن الأخ ، فيكون أولى ، لقول النبىّ صلّى الله عليه وسلم : « أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، وَمَا أَبْقَتِ الْفُرُوضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ» وفى لفظ[2] « فَلِأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ » ولأن الجدّ أبٌ ، فيقدّم على ابن الأخ ، كالأب الحقيقىّ ، ولأنه يقدّم فى ميراث المال ، فقدّم فى الميراث بالولاء ، كسائر العصبات .

٤٩٦٩ (فصل)

فإن اجتمع إخوة وجدّ فميراث المولى بينهم كمال سيّده ، وإن اجتمع إخوة من أبوين وإخوة من أب[3] ، عادّ الإخوة من الأبوين الجدّ بالإخوة من الأب ، ثم ما حصل لهم أخذه ولد الأبوين ، وقال ابن سُرَيج : يحتمل أنه بينهم على عددهم ، ولا يُعادّ ولد الأبوين الجدّ بولد الأب .

ولنا : أنه ميراث من الجدّ والإخوة ، فأشبه الميراث بالنسب ، فإن كان مع الإخوة أخوات لم يعتدّ بهنّ ، لأنهنّ لا يرثنَ منفرداتٍ ، فلا يعتدّ بهنّ كالإخوة من الأمّ ، وإن انفرد الإخوة من الأب مع الجدّ فحكمهم حكم الإخوة من الأبوين .

---

(١) فى المطبوعة : إلا مالك . (٢) فى المخطوطة . وفى لفظه .

(٣) فى المخطوطه . إخوة من أب وإخوة من أبوين .

٤٩٧٠ (فصـــــل)

وإن ترك جدّ مولاه وعمّ مولاه فهو للجدّ ، وكذلك إن ترك جدّ أبي مولاه . وبه يقول الثوريّ ، والأوزاعيّ ، وأهل العراق . وقال الشافعيّ : هو للعمّ وبنيه وإن سفلوا دون جدّ الأب ، وهو قياس قول مالك . قال الشافعيّ : ومن جعل الجدّ والأخ سواء فجدّ الأب والعمّ سواء ، وهو أولى من ابن العمّ .

ولنا : قول النبيّ صلّى الله عليه وسلم : « يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِالْمُعْتِقِ » . والجدّ أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ، ويقدّم في تزويجه والصلاة عليه ، وغير ذلك . والعجبُ أن الشافعيّ رحمه الله [1] نزّل الجدّ أباً في ولاية المال ، وولاية الإجبار على النكاح ، ووافق غيرَه في وجوب الإنفاق عليه ، وعتقه على ابن ابنه ، وعتق ابن ابنه عليه ، وانتفاء القِصاص عنه بقتل ابن ابنه ، والحدّ بقذفه ، وغير ذلك من أحكام الأب ، ثم جعل أبعدَ العصَباتِ أولى منه بالولاء .

٤٩٧١ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا هلك رجل عن ابنين ومولى ، فمات أحد الابنين بعده عن ابن ، ثم مات المولى ، فالولاء لابن معتقه . لأن الولاء للكُبر . ولو هلك الابنان بعده وقَبْلَ المولى ، وخلّف أحدهما ابناً ، والآخرُ تسعةً [2] ، كان الولاء بينهم على عددهم ، لكلّ واحد منهم عشره ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، قال الإمام أحمد : رُوى هذا عن عمر ، وعثمان ، وعليّ ، وزيد ، وابن مسعود ، ورَوى سعيد : ثنا هُشَيم ، ثنا أشعث بن سَوّار ، عن الشعبيّ : أن عمر وعليًّا وابن مسعود وزيداً كانوا يجعلون الولاء للكُبر . ورُوى ذلك عن ابن عمر ، وأبيّ بن كعب ، وأبي مسعود البدريّ ، وأسامة بن زيد ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، وسالم بن عبد الله ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبيّ ، والنخعيّ ، والزهريّ ، وقتادة ، وابن نَشيط ، ومالك ، والثوريّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وداود كلّهم قالوا : الولاء للكُبر ، وتفسيره : أنه يرث المولَى المعتَق من عَصباتِ سيّده أقربُهم إليه ، وأولاهم بميراثه يوم موت العبد . قال ابن سيرين : إذا مات المعتَق نُظر إلى أقرب الناس إلى الذى أعتقه ، فيُجعل ميراثه له ، وإذا مات السيّد قبل مولاه لم ينتقل الولاء إلى عَصَبته ، لأن الولاء كالنسب ، لا ينتقل ، ولا يورث ، وإنّما يورّث به ، فهو باقٍ للمعتق أبداً ، لا يزول عنه ، بدليل قوله عليه السلام : « إِنَّما الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وقوله : « الْوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » . وإنما يرث عَصَبة السيّد مالَ مولاه بولاء معتقه ، لا نفس الولاء ، ويتّضح معنى هذا القول بمسألتى الخِرَقيّ اللتين ذكرناهما ههنا ، وهما : إذا مات رجل عن ابنين ، ومولًى ، فمات أحد الابنين بعده عن ابن ، ثم مات المولى ، ورثه ابن معتقه

(١) في المطبوعة « رحمة الله عليه » (٢) في شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٦٤٤ زاد « ثم مات العتيق »

دون ابن ابن معتقه ، لأن ابن ابن المعتق أقربُ عَصَبة سيّده . ولو مات السيّد وخلّف ابنه وابن ابنه ، لـكان ميراثه لابنه ، دون ابن ابنه ، فـكذلك إذا مات المولى . والمسألة الأخرى : إذا هلك الابنان بعده ، وقبل مولاه ، وخلّف أحدهما ابناً ، والآخر تسعةً ، ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم ، لـكلّ واحد منهم عُشره ؛ لأن السيّد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك ، فـكذلك ميراث مولاه ، ولو كان الولاء موروثاً لانعكس الحـكم فى المسألتين . وكان الميراث فى المسألة الأولى بين الابن ، وابن الابن ، كأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما ، ثم ما صار للابن الذى مات انتقل إلى ابنه ، فصار ميراث الولىّ بينه وبين عمّه نصفين . وفى المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ، ولبنى الابن الآخر النصف بينهم ، على عددهم ، وشذّ شُرَيح فقال : الولاء بمنزلة المال ، يُورَثُ عن المعتق ، فمن ملك شيئاً حياتَه فهو لورثته .

وقد حُـكى عن عمر ، وعلىّ ، وابن عباس ، وابن المسيّب نحوُ هذا . ورُوى عن حنبل ، ومحمد ابن الحـكم ، عن أحمد نحوه ، وغلّطهما أبو بكر فى روايتهما ، فإن الجماعة روَوْا عن أحمد مثلَ قول الجمهور . قال أبو الحارث : سألت أبا عبد الله عن الولاء للـكبر ، فقال : كذا رُوى عن عمر ، وعثمان ، وعلىّ ، وزيد ، وابن مسعود : أنّهم قالوا : الولاء للـكبر ، إلى هذا القول أذهبُ ، وتفسير ذلك : أن يُعتق الرجل عبداً ، ثم يموتُ ويخلّف ابنين ، فيموت أحد الابنين ، ويخلّف ابناً فولاء هـذا العبد المعتَق لابن المعتِق وليس لابن الابن شىء مع الابن ، وحجّة شُرَيح حديثُ عمرو بن شُعَيب الذى ذكرناه ، والقياسُ على المال .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « المَوْلَى أَخٌ فِي الدِّينِ وَوَلِيُّ نِعْمَةٍ وَأَوْلَى النَّاسِ بِهِ أَقْرَبُهُمْ مِنَ المُعْتِقِ » وقوله عليه السلام « الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » وقوله « الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ » ولأنه من أسباب التوارث فلم يُورَث كالقرابة ، والنّكاح ، ولأنه إجماع من الصحابة ، ولم يظهر عنهم خلافه ، فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو بن شعيب قد غلّطه العلماء فيه ، ولم يصحّ عن أحدٍ من الصحابة خلافُ هذا القول ، وحكاه الشعبىّ والأئمة عن عمر ، ومن ذكرنا قولهم ، ولا يصحّ اعتبار الولاء بالمال ، لأن الولاء لا يورث ، بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض ، وإنما يورث به ، فينظر أقرب الناس إلى سيّده من عصباته يوم موت العبد ، والمعتق ، فيـكون هو الوارث للمولى ، دون غيره ، كما أن السيّد لو مات فى تلك الحال ورثه وحده ، فإذا خلّـف ابن مولاه ، وابن ابن مولاه فماله لابن مولاه ، وإن خلّف ابن ابن مولاه ، وتسعةَ بنى ابن آخر ، لمولاه ، فماله بينهم على عددهم ، لـكلّ واحد عشره ، لأنهم يرثون جدّهم كذلك ، ولو خلّف السيّد ابنه ، وابن ابنه ، فمات ابنه بعده عن ابن ، ثم مات عتيقـه ، فميراثه بين ابنى الابن نصفين ، وفى قول شُرَيح

هو لابن الابن الذى كان حيًا عند موت ابنه . وإن مات السيّد عن أخ من أب ، وابن أخ من أبوين ، فمات الأخ من الأب عن ابن ، ثم مات العتيق ، فماله لابن الأخ من الأبوين . وفى قول شُرَيح : هو لابن الأخ من الأب . وإن لم يخلّف عَصَبةً من نسب مولاه فماله لمولى مولاه ، ثم لأقرب عصباته ، ثم لمولى مولاه . فإذا انقرض عصباته ، وموالى الموالى وعصباتهم فماله لبيت المال .

٤٩٧٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن أعتق عبداً فولاؤه لابنه ، وعقله على عصبته ﴾

هذه المسألة محمولة على أن المعتق لم يخلّف عصبة من نسبه ، ولا وارثاً منهم ، إذ لو خلّف وارثاً من نسبه أو عصبته ، كانوا أحقّ بميراثه وَعَقْلِهِ من عَصَبات مولاه وولده ، فليس فى ذلك إشكال . وإذا لم يخلّف إلا ابن مولاه ، وعصبة مولاه ، فماله لابن مولاه ، لأنه أقرب عَصَبات المعتق ، وعقلُه إن جنى جناية على عصبة مولاه إن كان المعتق امرأةً ، لما روى إبراهيم قال : « أُخْتَصَمَ عَلِيٌّ وَالزُّبَيْرُ فِي مَوْلَى صَفِيَّةَ فقال على : مَوْلَى عَمَّتِي ، وَأَنَا أَعْقِلُ عَنْهُ ، وقال الزُّبَيْرَ : مَوْلَي أُمِّي ، وَأَنَا أَرِثُهُ ، فَقَضَى عُمَرُ لِلزُّبَيْرَ بالميراثِ ، وَقَضَى عَلَى عَلِيّ بالْعَقْلِ » ذكر هـذا الإمام أحمد ، ورواه سعيد فى السنن ، وغيره ، وهى قضية مشهورة ، وعن الشعبيّ قال « قُضِى بِوَلاَءِ صَفِيَّةَ لِلزُّبَيْرِ دُونَ الْعَبَّاسِ ، وَقَضَى[عُمَرُ] بولاَءِ أمّ هَانِىءٍ لِجَعْدَةَ بْنِ هُبَيْرَةَ دُونَ عَلِيّ » ولا يمتنع كون العقل على العصبة ، والميراث لغيره ، كما قضى النبى صلى الله عليه وسلّم بميراث التى قُتِلَتْ هىوجنينها لبنيها، وعقلُها على العَصبة .

وقد روىزياد بن أبى مريم « أَنَّ امْرَأَةً أَعْتَقَتْ عَبداً لَهَا ثُمَّ تُوُفِّيَتْ وَتَرَكَتْ ابْنًا لها ، وأخًا لها ، ثُمَّ تُوُفِّىَ مَوْلاَهَا مِنْ بَعْدِهَا ، فأَتَى أَخُو المرأةِ وابْنُهَا رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسلّم فِي مِيرَاثِهِ ، فقالَ عَلَيهِ السلامُ : « مِيرَاثُهُ لابْنِ الْمَرْأَةِ . فَقَالَ أَخُوهَا : لَوْ جَرَّ جَرِيرَةً كانت عَلَيَّ ويكُونُ مِيرَاثُه لِهَذا ؟ قَالَ : نَعَمْ » وإنما حملنا مسألة الخِرَقيّ على ما إذا كان المعتق امرأةً لأن الأخبار التى رويناها إنّما وردت فيها ، ولأن المرأة لا تعقِل ، وابنها ليس من عشيرتها ، فلا تعقِل عن مُعتقها ، وعقَل عنها عصَباتُها من عشيرتها ، أما الرجلُ المعتِق فإنه يعقل عن مُعتقه ، لأنه عَصَبة من أهل العقل ، ويعقِل ابنُه ، وأبوه ، لأنهما من عصباته ، وعشيرته ، فلا يلحق ابنه فى نفى العقل عنه بابن المرأة ، والله أعلم :

٤٩٧٣ (فصـل)

فإن كان المولى حيًا وهو رجل عاقل موسر ، فعليه من العقل وله الميراث ، لأنه عصبةُ معتقه . وإن كان صبيًا ، أو امرأةً أو معتوهاً ، فالعقلُ على عَصَباته والميراث ، لأنه ليس من أهل العقل ، فأشبه مالو جنوا جنايةً خطأٍ كان العقلُ على عَصَباتهم ، ولو جُنى عليهم كان الأرشُ لهم .

٤٩٧٤ (فصـــــل)

ولا يرث المولى من أسفل معتقه فى قول عامّة أهل العلم . وحُكى عن شُرَيح ، وطاوس : أنّهما ورّثاه ، لما روى سعيد عن سُفيان ، عن عمرو بن دينار ، عن عَوْسَجَة ، عن ابن عبّاس « أَنَّ رَجُلاً تُوُفِّىَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَيْسَ لَهُ وَارِثٌ إِلاَّ غُلاَمٌ لَهُ هُوَ أَعْتَقَهُ، فَأَعْطَاهُ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِيرَاثَهُ » . قال الترمذىّ : هـــذا حديث حسن . ورُوى عن عمر نحو هذا .

ولنا : قول النبىّ صلى الله وسلم : « إِنَّمَا الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» ولأنه لم يُنعِم عليه ، فلم يرثه ، كالأجنبىّ . وإعطاء النبى صلّى الله عليه وسلم له قضيّةٌ فى عَيْن ، يحتملُ أن يكون وارثاً بجهة غير الإعتاق ، وتكون فائدة الحديث أنّ إعتاقه له لم يمنعه ميراثه . ويحتمل أنه أعطاه صِلَةً وتفضلاً ، فإذا[1] ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه ، وقال الشافعىّ فى القديم : يعقلُ عنه ، لأن سيّده أنعم عليه ، فجاز أن يَغْرَمَ عنه .

ولنا : أن العقل على العَصَبات ، وليس هـذا منهم . وما ذكره لا أصل له ، وينعكس كسائر العاقلة ، فإنّه لم يُنعم عليه ، ويعقلون عنه ، وينتقض بما إذا قضى إنسان دين آخر، فقد غرم عنه ، ولا يَعقِل .

٤٩٧٥ (فصـــــل)

فإن أسلم الرجل على يدى الرجل لم يرثه بذلك ، فى قول عامّة أهل العلم . منهم الحسن ، والشعبىّ ، ومالك ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وقد رُوى عن أحمد رحمه الله روايةٌ أخرى : أنه يرثه ، وهو قول إسحاق ، وحُكى عن إبراهيم : أن له ولاءه ، ويعقل عنه ، وعن ابن المسيّب : إن عقل عنه ورثه . وإن لم يعقل عنه لم يرثه ، وعن عمر بن الخطاب ، وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما . أنه يرثه ، وإن لم يُواله ، لما رَوى راشدُ بن سَعد : قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ رَجُلٌ فَهُوَ مَوْلاَهُ يَرِثُهُ وَيَدِى[2] عَنْهُ » رواه سعيد ، وقال أيضاً : حدّثنا عيسى بن يونس ، حدّثنا معاوية بن يحيى الصّدَفىّ عن القاسم الشامى ، عن أبى أمامة ، قال : قالَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ رَجُلٌ فَلَهُ وَلاَؤُهُ » وروى بإسناده عن تميم الدارىّ أنه قال: « يَارَسُولَ اللهِ ، مَا السُّنَّةُ فِى الرَّجُلِ يُسْلِمُ عَلَى يَدَىْ الرَّجُلِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ؟ فقال : هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ » . رواه أبو داود والترمذىّ ، وقال : لا أظنّه متّصلاً .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم: « إِنَّمَا الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ». ولأن أسباب التوارث غير موجودة

---

(١) فى المطبوعة : إذا ثبت .

(٢) أى : يغرم عنه دية ما جناه .

فيه ، وحديث راشد مرسَل ، وحديث معاوية فيه أُمامَةُ بن يحيى الصدفىّ ، وهو ضعيف ، وحديث تميم تكلّم الترمذىّ فيه .

٤٩٧٦ (فصــــل)

وإن عاقد رجل رجلا فقال : عاقدتك على أن ترثنى ، وأرثك ، وتعقِلَ عنىّ وأعقِلَ عنك ، فلا حكم لهذا العقــد ، ولا يتعلّق به إرث ولا عَقل ، وبه قال الشافعىّ . وقال الحكم وحمّاد وأبو حنيفة : هو عقد صحيح ، ولكلّ واحد منهما أن يرجع عنه ، ما لم يعقِل واحد عن الآخر ، فإذا عقل عنه لزم ، ويرثه إذا لم يخلّف ذا رحم ، لقوله تعالى : «وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ[1]» ، ولأن هذا كالوصيّة ، ووصيّة الذى لَا وَارِثَ لَه بجميع ماله جائزة .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . ولأن أسباب التوارث محصورة فى رحم ، ونكاح ، وولاء ، وليس هذا منها ، والآية منسوخة بآية الميراث ، ولذلك لا يرث مع ذى رحم شيئا . قال الحسن نسختها «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللهِ[2]» ، وقال مجاهد : فآتوهم نصيبهم من العقل والنُّصرة والرِّفادة[3] ، وليس هذا بوصلة ، لأن الوصى لا يعقل فله الرجوع ، وهذا عندهم بخلافه .

٤٩٧٧ (فصــــل)

واللقيط حرّ لا ولاء عليه فى قول الجمهور ، وفقهاء الأمصار ، وروى عن عمر : أن ولاءه للملتقطه ، وبه قال الليث وإسحاق . وعن إبراهيم : إن نوى أن يرث منه فذلك . وقد رُوى عن النبىّ صلى الله عليه وسلم « الْمَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ : لَقِيطَهَا ، وعَتِيقَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِى لَا عَنَتْ عَلَيْهِ »[4] .

ولنا : قول النبىّ صلّى الله عليه وسلّم . « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . ولأنه ليس بقرابة ، ولا عتيق ، ولا ذى نكاح ، فلا يرث كالأجنبىّ ، والحديث فيه كلام .

---

(١) سورة النساء آية ٣٣ (٢) سورة الأنفال آية ٧٥

(٣) يعنى الصلة والرعاية .

(٤) أخرجه الترمذى عن واثلة بن الأسقع ج ٨ ص ٢٦٧ وقال: هذا حديث غريب لايعرف إلا من هذا الوجه من حديث محمد بن حرب .

كتاب الوديعه

والأصل فيها الكتاب، والسنّة، والإجماع، أما الكتاب: فقول الله تعالى: «إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا[1]» وقوله تعالى: «فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ[2]» وأما السنّة: فقول رسول الله صلّى الله عليه وسلم: «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ[3]». روى عنه عليه السلام: «أَنَّهُ كَانَتْ عِنْدَهُ وَدَائِعُ فَلَمَّا أَرَادَ الْهِجْرَةَ أَوْدَعَهَا عِنْدَ أُمِّ أَيْمَنَ وَأَمَرَ عَلِيًّا أَنْ يَرُدَّهَا عَلَى أَهْلِهَا». وأما الإجماع: فأجمع علماء كلّ عصر على جواز الإيداع والاستيداع، والعبرة تقتضيها، فإن بالناس إليها حاجةً، فإنّه يتعذّر على جميعهم حفظُ أموالهم بأنفسهم، ويحتاجون إلى من يحفظ لهم، والوديعةُ فعيلة من وَدَع الشيء إذا تركه، أي هي متروكة عند المودَع، واشتقاقُها من السكون، يقال: ودَعَ يَدعُ فكأنّها ساكنة عند المودَع مستقرّة، وقيل: هي مشتقّة من الخَفْضِ وَالدَّعَةِ، فكأنّها في دَعَةٍ عند المودَع، وقبولها مستحَبّ. لمن يعلم من نفسه الأمانة، لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن، ومعاونتَه، وهي عقد جائز من الطرفين، متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودَع ردُّها لقوله تعالى: «إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا». فإن أراد المستودَع ردّها على صاحبها لزمه قبولها، لأن المستودَع متبرّع بإمساكها، فلا يلزمه التبرّع في المستقبل.

٤٩٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وليس على مودع ضمان إذا لم يتعد ﴾

وجملته: أن الوديعة أمانة، فإذا تلفت بغير تفريط من المودَع فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شيء من مال المودَع، أو لم يذهب. هذا قول أكثر أهل العلم، رُوِي ذلك عن أبي بكر، وعليّ، وابن مسعود، رضي الله عنهم. وبه قال شُرَيح، والنخَعِيّ، ومالك، وأبو الزِّناد، والثوريّ، والأوزاعيّ، والشافعيّ، وأصحاب الرأي. وعن أحمد رواية أخرى: إن ذهبت الوديعةُ من بين ماله غَرِمَها، لما رُوى عن عمر بن الخطّاب رضي الله عنه: أنه ضمَّن أنسَ بنَ مالك وديعةً ذهبَتْ من بين ماله، قال القاضي: والأول أصحّ، لأن الله تعالى سمّاها أمانةً، والضمانُ يُنافى الأمانةَ، ويُروى عن عمرو بن شُعَيب، عن أبيه، عن جدّه: أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلم قال: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ ضَمَانٌ». ويُروى عن الصحابة الذين ذكرناهم، ولأن المستودَع مؤتمنَ، فلا يضمَنُ ما تلف من غير تعدّيه وتفريطه، كالذى ذهب

---

(١) سورة النساء آية ٥٨

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣ (٣) أخرجه أبو داود والترمذى والحاكم عن أبى هريرة.

مع ماله ، ولأن المستودَع إنّما يحفظُها لصاحبها ، متبرّعا من غير نفع يرجع عليه ، فلو لزمه الضمان لا متنع الناس من قبول الودائع ، وذلك مضر ، لما بيّناه من الحاجة إليها ، وما رُوى عن عمر محمول على التفريط من أنسَ فى حِفظها ، فلا يُنافى ماذكرنا ، فأمّا إن تعدّى المستودَع فيها ، أو فرّط فى حفظها ، فتلفت ضمن بغير خلاف نعلمه ، لأنه مُتلف لمال غيره ، فضمنه ، كما لو أتلفه من غير استيداع .

٤٩٧٩ (فصـــل)

إذا شرط ربّ الوديعة على المستودَع ضمان الوديعة ، فقبله ، أو قال : أنا ضامن لها لم يضمن ، قال أحمد فى المودَع إذا قال : أنا ضامن لها ، فسُرقت : فلا شىء عليه ، وكذلك كلّ ما أصلُه الأمانة ، كالمضاربة ، ومالِ الشركة والرهن ، والوَكالة . وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وابن المنذر . وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سببُ ضمانه ، فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يَتلَفُ فى يد مالكه .

٤٩٨٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ فإن خلطها بماله ، وهى لا تتميّز ، أو لم يحفظها كما يحفظ ماله ، أو أودعها غيره ، فهو ضامن ﴾ فى هذه المسألة ثلاث مسائل :

٤٩٨١ (إحداهنّ)

أن المستودَع إذا خلط الوديعة بما لم تتميّز منه من ماله ، أو مال غيره ضمنها ، سواء خلطها بمثلها ، أو [بما] دونها ، أو أجود من جنسها ، أو غير جنسها ، مثل أن يخلط دراهم بدراهم ، أو دُهنًا يُدهن ، كالزيت بالزيت ، أو السمن ، أو بغيره ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى .

وقال ابن القاسم : إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحِرْز لم يضمن ، وحُكى عن مالك : لا يضمن ، إلا أن يكون دونها ، لأنه لا يمكنه ردّها إلا ناقصةً .

ولنا : أنه خلطها بماله خلطًا لا يتميّز ، فوجب أن يضمنها ، كما لو خلطها بدونها ، ولأنه إذا خلطها بما لا يتميّز فقد فوّت على نفسه إمكان ردّها ، فلزمه ضمانها ، كما لو ألقاها فى لُجّة بحر ، وإن أمره صاحبُها بخلطها بماله ، أو بغيره ، ففعل ذلك فلا ضمان عليه ، لأنه فعل ما أمر به ، فكان نائبًا عن المالك فيه ، وقد نقل مُهنا عن أحمد فى رجل استودع عشرةَ دراهم ، واستودعه آخرُ عشرةً ، وأمراه أن يخلطها ، فخلطها ، فضاعت الدراهم ، فلا شىء عليه ، فإن أمره أحدُهما بخلط دراهمه ، ولم يأمره الآخر ، فعليه ضمان دراهم من لم يأمره ، دون الأخرى ، وإن اختلطت هى بغير تفريط منه ، فلا ضمان عليه ، لأنها لو تلفت بذلك لم يضمن ، فخلطُها أولى . وإن خلطها غيرُه فالضمان على من خلطها ، لأن العُدوان منه ، فالضمان عليه ، كما لو أتلفها .

٤٩٨١ (المسألة الثانية)

إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله ، وهو أن يُحرزها بحرز مثلها ، فإنه يضمنها ، وحرز مثلها يذكر فى باب القَطع فى السرقة . وهذا إذا لم يعيّن له المودِع ما يحفظها فيه ، فإن عيّن له لزمه حفظها ، فيما أمره به ، سواء كان حرزَ مثلها ، أو لم يكن ، وإن أحرزها بمثله ، أو أعلى منه لم يضمنها ، ويتخرَّج أن يضمنها ، إذا فعل ذلك من غير حاجة .

٤٩٨٢ (المسألة الثالثة)

إذا أودعها غيره . ولها صورتان .

إحداهما أن يودعها غيره لغير عذر ، فعليه الضمان بغير خلاف فى المذهب . وهوقول شُرَيح ، ومالك ، والشافعىّ ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، وإسحاق ، وقال ابن أبى ليلى : لا ضمان عليه ، لأن عليه حفظها ، وإحرازها ، وقد أحرزها عند غيره ، وحفظها به ، ولأنه يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله ، فلم يضمنها ، كما لو حفظها فى حرزه .

ولنا : أنه خالف المودِع ، فضمنها ، كما لو نهاه عن ايداعها . وهذا صحيح ، فإنه أمره بحفظها بنفسه ، ولم يرض لها غيرَه .

فإذا ثبت هذا : فإن له تضمين الأول ، وليس للأول الرجوع على الثانى ، لأنه دخل معه فى العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه .

وإن أحب المالك تضمين الثانى ، فذكر القاضى : أنه ليس له تضمينه فى ظاهر كلام أحمد ، لأنه ذكر الضمان على الأول فقط . وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأنه قبض قبضاً موجباً للضمان على الأول ، فلم يوجب ضماناً آخر . وفارق القبض من الغاصب ، فإنه لم يوجب الضمان على الغاصب ، إنما لزمه لضمان بالغصب ، ويحتمل بأن له تضمين الثانى أيضاً ، لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ، ولم يأذن له مالكه فى ملكه[1] فضمنه كالقابض من الغاصب،وهذا مذهب الشافعى. وذكر أحمد:[أن]الضمان على الأول لا ينفى الضمان عن الثانى ، كما أن الضمان يلزم الغاصب ولا ينفى وجوبه على القابض منه . فعلى هذا يستقر الضمان على الأول .

فإن ضمنه لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الثانى يرجع على الأول ، وهذا القول أشبه بالصواب ، وماذكرنا للقول الأول لا أصل له، ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى إنسان عارية ، أو هبة ، أو وديعة لنفسه ، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله، كامرأته وغلامه لم يضمن. نص عليه أحمد،

---

(١) فى نسخة (فى ملكه) والصواب ما أثبتناه . أى لم يأذن فى قبضه فضلا عن ملكه .

وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : يضمن ، لأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها ، فضمنها كما لو سلمها إلى أجنبي .

ولنا : أنه حفظها بما يحفظ به ماله ، فأشبه ما لو حفظها بنفسه ، وكما لو دفع الماشية إلى الراعي ، أو دفع البهيمة إلى غلامه ليسقيها . ويفارق الأجنبي . فإنّ دَفْعها إليه لا يُعد حفظاً منه .

الصورة الثانية : إذا كان له عذر مثل أن أراد سفراً ، أو خاف عليها من نفسه[1] [أو] من حرق أو غرق ، أو غيره ، فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجز له دفعها إلى غيره ، فإن فعل ضمنها ، لأنه دفعها إلى غير مالكها بغير إذن منه من غير عذر فضمنها ، كما لو أودعها في الصورة الأولى ، وإن لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم ، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن ، لأنه متبرع بإمساكها ، فلا يلزمه استدامته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته . وإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها ، لأن غير الحاكم لا ولاية له . ويحتمل أن يجوز له إيداعها ، لأنه قد يكون أحفظ لها ، وأحب إلى صاحبها . وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها ، لأنه موضع حاجة . وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد : أنه يضمنها ، ثم تأوّل كلامه على أنه أودعها من غير حاجة ، أو مع قدرته على الحاكم .

وإن دفنها في موضع وأعلم بها ثقةً يدُه على الموضع ، وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده ، وإن لم يعلم بها أحداً ضمنها ، لأنه فرط في حفظها ، فإنه لا يأمن أن يموت في سفره ، فلا تصل إلى صاحبها ، وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع ، وإن أعْلَمَ بها غير ثقةٍ ضمنها ، لأنه ربما أخذها . وإن أعلم بها ثقةً لا يَدَ لَهُ على المكان فقد فرّط ، لأنه لم يودعها إياه ، ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

٤٩٨٣ (فصـــــل)

وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها ، لأنه مخالف لصاحبها ، وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مَخُوف ، أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ، ضمنها ، لأنه فرط في حفظها . وإن لم يكن كذلك فله السفرُ بها . نص عليه أحمد ، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها ، لأنه سافر[2] بها من غير ضرورة ، أشبه ما لو كان السفر مخوفا .

ولنا : أنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها ، كما لو نقلها في البلد ، ولأنه سافر بها سفراً غير مخوف ،

(١) في المطبوعة : أو عليها عنه نفسه . وفي بعض النسخ : عند نفسه . (٢) في المطبوعة : لأنه يسافر به .

أشبه ما لو لم يجد أحداً يتركها عنده . ويقوى عندى : أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان ، لأنه يفوِّت على صاحبها إمكانَ استرجاعها ، ويخاطر بها ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إنَّ المسَافِرَ وَمَالُهُ لَعَلَى قَلَتٍ إلاَّ ماوَقى اللهُ[1] ».أى : على هلاك . ولا يلزم من الإذن فى إمساكها على وجه لا يتضمن هذا[2] هذا الخطر ، ولا يفوِّت إمكان ردِّها على صاحبها الإذن فيما يتضمن ذلك ، فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها ، إذا كان أحفظ لها ، لأنه موضع[3] حاجة فيختار فعل ما فيه الحفظ[4]

٤٩٨٤ (فصـــل)

وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر على مامضى من أحكامه ، إلا فى أخذها معه ، لأن كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده .

٤٩٨٥ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإن كانت غَلّة فخلطها فى صحاح ، أو صحاحا فخلطها فى غَلّة ، فلا ضمان عليه ﴾ .

يعنى بالغلة : المكسّرة ، إذا خلطها بصحاح من ماله ، أو خلط الصحاح بالمكسرة ، لم يضمنها ، لأنها تتميز منها ، فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها ، كما لو تركها فى صندوق وفيه أكياس له . وبهذا قال الشافعى ومالك ، ولا نعلم فيه اختلافا . وكذلك الحكم إذا خلط دراهم بدنانير ، وبيضا بسود ، وقد حكى أحمد فيمن خلط دراهم بيضا بسود : يضمنها ، ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً أو يتغير لونها[5] فتنقص قيمتها ، فإن لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى أعلم .

٤٩٨٦ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ ولو أمره أن يحملها فى منزل ، فأخرجها عن المنزل لغشيانِ نار أو سَيْل ، أو شىء الغالب منه التَّوى[6] ، فلا ضمان عليه ﴾

---

(١) فى كشف الخفا ج ١ ص ٢٥٣ قال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات « ليس هذا خبرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما هو من كلام بعض السلف قيل: إنه عن على، وذكر ابن السكيت والجوهرى فى صحاحه: أنه لبعض الأعراب » اهـ وكلام النووى فى كتابه مجلد ٢ ج ٢ ص ١٠٠

(٢) فى المطبوعة . لايضمن هذا الخطر . (٣) فى المطبوعة : وضع حاجته.

(٤) فى المطبوعة والمخطوطة : فعل ما فيه الحظ . والسياق يقتضى ما أثبتناه .

(٥) فى المخطوطة ٢٣ ويتغير لونها .

(٦) فى المطبوعة : البوار . ومن معانى البوار : الهلاك كالتوى .

وجملة ذلك : أن ربَّ الوديعة إذا أمر المستودَع بحفظها فى مكان عيَّنه ، فحفظ فيه ، ولم يخش عليها ، فلا ضمان عليه بغير خلاف ، لأنه ممتثل لأمره ، غير مفرط فى ماله. وإن خاف عليها سيلا أو توى[1] ، يعنى: هلا كا ، فأخرجها منه إلى حرزها فتلفت ، فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضا ، لأن نقلها فى هذه الحال تعين حفظا لها ، وهو مأمور بحفظها ، وإن تركها مع الخوف فتلفت ضمنها، سواء تلفت بالأمر المَخُوف أو بغيره ، لأنه فرط فى حفظها ، لأن حفظَها نقلُها ، وتركها تضييعٌ لها . وإن لم يخَفْ عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه ضمنها ، لأنه خالفه فى الحفظ المأمور به، وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها نظرنا ، فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضا لتفريطه ، وإن لم يمكنه إحرازَها إلا بما دونه لم يضمنها ، لأن إحرازَها بذلك أحفظُ لها من تركه ، وليس فى وسعه سواه . وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر ، فقال القاضى : لا يضمنها ، وهو مذهب الشافعى ، لأن تقييده بهذا الحرز[2] يقتضى ما هو مثله ، كمن اكترى أرضا لزرع حنطة ، فله زرعها وزرع مثلها فى الضرر . ويحتمل كلام الخرقى لزوم الضمان ، لأن الأمر بشىء يقتضى تعيينه ، فلا يُعْدَل عنه إلا بدليل . وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم مالو أخرجها إلى مثله ، فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ، ولم ينهه عن إخراجها منه ، إلا فى أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان .

أحدهما : يضمن لما ذكرنا فى التى قبلها .

والثانى : لا يضمن لأنه ممتثل لقول صاحبها ، وفى أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها ، سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه ، لأنه خالف صاحبها لغير فائدة ، وهذا ظاهر كلام الشافعى . وقال أبوحنيفة : إن نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن البيتين من دار واحدة حرز واحد ، وطريقُ أحدِهما طريق الآخر ، فأشبه مالو نقلها من زاوية إلى زاوية ، وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن .

ولنا : أنه خالف أمر صاحبها بمالا مصلحة فيه فيضمن ، كما لو نقلها من دار إلى دار . وليس مافرق به صحيحا، لأن بيوت الدار تختلف ، فمنها ما هو أقرب إلى الطريق ، أو إلى موضع الوقود ، أو إلى الانهدام : أو أسهل فتحا ، أو بابه أسهل كسراً ، أو أضعف حائطا ، أو أسهل نقبا ، أو لكون المالك يسكن به ، أو يسكن فى غيره وأشباه هذا مما يؤثر فى الحفظ أو فى عدمه ، فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة . وإن خاف عليها فى موضعها فعليه نقلها ، فإن تركها فتلفت ضمنها ، لأن نَهْيَ صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها ، وحفظها ههنا فى إخراجها ، فأشبه مالو يَنْهَهُ عن إخراجها .

---

(١) فى المطبوعة . سيلا وتوى .

(٢) فى المخطوطة ٢٣ لأن تقييده لهذا الحرز .

فإن قال : لا تخرجها وإن خفت عليها ، فأخرجها من غير خوف ضمنها ، وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم يضمنها ، لأن نهيَه مع خوف الهلاك نصٌّ فيه ، وتصريح به ، فيكون مأذوناً فى تركها فى تلك الحال ، فلم يضمنها لامتثاله أمر صاحبها ، كما لو قال له أتلفها فأتلفها ولا يضمن إذا أخرجها ، لأنه زيادة خير وحفظ ، فلم يضمن به ، كما لو قال له أتلفها فلم يتلفها حتى تلفت .

٤٩٨٧ (فصــــــل)

وإن أودعه وديعة ولم يعيِّن له موضع إحرازها ، فإن المودِع يحفظها فى حرز مثلها ، أىَّ موضع شاء . فإن وضعها فى حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها ، سواء نقلها إلى مثل الأول أو دونه ، لأن ربَّها ردَّ حفظَها إلى رأيه واجتهاده ، وأذن له فى إحرازها بما شاء من أحراز مثلها ، ولهذا لو تركها فى هذا الثانى أوّلا لم يضمنها ، فكذلك إذا نقلها إليه .

ولو كانت العين فى بيت صاحبها فقال لرجل : احفظها فى موضعها[1] ، فنقلها عنه من غير خوف ضمنها، لأنه ليس بمودِع ، إنما هو وكيل فى حفظها ، وليس له إخراجها من ملك صاحبها ، ولا من موضع استأجره لها ، إلا أن يخاف عليها فعليه إخراجها ، لأنه مأمور بحفظها ، وقد تعين حفظها فى إخراجها ، ويعلم أن صاحبها لو حضر فى هذه الأحوال لأخرجها ، ولأنه مأمور بحفظها على صفة ، فإذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها ، كالمستودَع إذا خاف عليها .

٤٩٨٨ (فصــــــل)

إذا أخرج الوديعــة المنهىُّ عن إخراجها فتلفت ، وادّعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سيل أو شىء ظاهر ، فأنكر صاحبُها وجودَه ، فعلى المستودَع البينة[2] على أنه كان فى ذلك الموضع ما ادعاه ، لأن هذا مما لا تتعذر إقامة البينة عليه لأنه [أمر] ظاهر .

فإذا ثبت ذلك كان القول قوله فى التلف مع يمينه ، ولا يُحتاج إلى بينة ، لأنه تتعذر إقامة البيِّنة ، فلم يطالب بها ، كما لو ادعى التلف بأمر خفىّ . وهذا قول الشافعى والحكم . [و] فى إخراجها من الخريطة[3] والصندوق حكم إخراجها من البيت على [ما] مضى من التفصيل فيه .

٤٩٨٩ (فصــــــل)

ولو أمره أن يجعلها فى منزله فتركها فى ثيابه وخرج بها ضمنها ، لأن البيت أحرز لها ، وإن جاءه بها فى السوق فقال : احفظها فى بيتك ، فقام بها فى الحال فتلفت ، فلا ضمان عليه ، وإن تركها فى دكانه أو ثيابه

(١) فى المخطوطات : اجعلها فى موضعها . (٢) فى المخطوطة ٢٣ : فالمستودع عليه البينة .
(٣) الخريطة : وعاء من جلد أو نحوه يشد على ما فيه ويسمى الحقيبة .

ولم يحملها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها ، لأن بيته أحرز لها ، هكذا قال أصحابنا ، ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله فى العادة فتلفت لم يضمنها ، لأن العادة أن الإنسان إذا أُودِع شيئاً وهو فى دُكانه أمسكه فى دكانه أو فى ثيابه إلى وقت مضيه إلى منزله ، فيستصحبه معه ، والمودِع عالم بهذه الحالة راض بها ، ولو لم يرض بها لشرط عليه خلافَها ، وأمَرَه بتعجيل حَمْلها ، فإما أن يقبلها بهذا الشرط ، أو يردها .

وإن قال : اجعلها فى كمك ، فجعلها فى جيبه ، لم يضمنها ، لأن الجيب أحرز لها ، لأنه ربما نسى فيسقط الشىء من كمه ، بخلاف الجيب . وإن قال : اجعلها فى جيبك ، فتركها فى كمه ، ضمنها لذلك[1] . وإن جعلها فى يده ضمن أيضاً كذلك[2] ، وإن قال : اجعلها فى كمك ، فتركها فى يده ففيه وجهان .

أحدهما : يضمن ، لأن سقوط الشىء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم .

والثانى : لا يضمن ، لأن اليد لا يتسلط عليها الطرّار بالبَطّ[3] ، والكم بخلافه ، ولأن كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان .

ولمن نصَرَ الوجه الأول أن يقول : متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن ، لأنه فوّت الوجه المأمور بالحفظ به ، وأتى بما لم يؤمر به ، فضمن لمخالفته . وعلى هذا لو أمر بتركها فى يده ، فجعلها فى كمه ضمن لذلك ، وقال القاضى : اليد أحرز عند المغالبة [والكم أحرز عند عدم المغالبة] . فعلى هذا إن أمر بتركها فى يده فشدها فى كمه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه ، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن . وإن أمره بشدها فى كمه فأمسكها فى يده عند المغالبة لم يضمن ، وإن فعل ذلك عند غير المغالبة ضمن ، وإن أمره بحفظها مطلقاً فتركها فى جيبه ، أو شدها (فى كمه لم يضمنها وإن تركها)[4] فى كمه غير مشدودة ، وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها ، لأنه مفرط ، وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها ، لأن هذا عادة الناس فى حفظ أموالهم . فإن شدها[5] على عضده لم يضمنها ، لأن ذلك أحفظ لها ، وقال القاضى : إن شدها من جانب الجيب لم يضمن ، وإن شدها من الجانب الآخر ضمنها ، لأن الطّرّار يقدر على بَطِّها بخلاف ما إذا شدها مما يلى الجيب ، وهذا يبطل بما إذا تركها فى جيبه أو شدها فى كمه ، فإن الطرار يقدر

(١) فى المخطوطة ٢٣ : ضمن لذلك . أى لأن الجيب أحرز من الكم .
(٢) فى المطبوعة: كذلك.
(٣) «الطرار : وهو الذى يشق كم الرجل ويسل مافيه . من الطر وهو القطع والشق» لسان العرب ج ٤ ص٤٩٩ والطرار من يسمى الآن بالنشال والبط : الشق والقطع بقصد السرقة .
(٤) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ٢٣ (٥) فى المخطوطة : وإن شدها .

على بطها ، ولا يضمن . وليس إمكان إحرازها بأحفظ الحرزين مانعاً من إحرازها بما دونه إذا كان حرزاً لمثلها[1] ، وشدُّها على العضد حرز لها كيفما كان ، لأن الناس يحرزون به أموالهم . فأشبه شدها فى الكم وتركها فى الجيب ، ولكن لو أمره بشدها مما يلى [الجيب فشدها] من الجانب الآخر ضمن،وإن أمره بشدها مما يلى الجانب الآخر فشدها مما يلى الجيب لم يضمن ، لأنه أحرز ، وإن أمره بشدها على عضده مطلقاً ، أو أمره بحفظها معه فشدها من أى الجانبين كان لم يضمن ، لأنه ممتثل أمر مالكها ، محرز لها بحرز مثلها ، وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها فى بيته فى حرزها .

٤٩٩٠ (فصــــــل)

وإن أمره أن يجعلها فى صندوق ، وقال : لا تقفل عليها ، ولا تنم فوقها ، نخالفه فى ذلك ، أو قال : لا تقفل عليها إلا قفلا واحداً ، فجعل عليها قفلين ، فلا ضمان عليه . ذكره القاضى . وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وحكى عن مالك : أنه يضمن ، لأنه خالف رَبَّها فى شىء له فيه غرض يتعلق بحفظها . فأشبه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزله ، فأخرجها لغير حاجة ، وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتفاظ بها ينبه اللص عليها ، ويحثه على الجد فى سرقتها ، والاحتيال لأخذها .

ولنا : أن ذلك أحرز لها ، فلا يضمن بفعله ، كما لو أمره بتركها فى صحن الدار ، فتركها فى البيت ، وبهذا ينتقض ما ذكروه .

٤٩٩١ (فصــــــل)

إذا قال : اجعلها فى هذا البيت ولا تُدْخِلْه أحداً ، فأدخل إليه قوماً ، فسرقها أحدهم ضمنها ، لأنها ذهبت بتَعَدِّيه ومخالفته ، وسواء سرقها حال إدخالهم أو بعده ، لأنه ربما شاهد الوديعة فى دخوله البيت ، وعلم موضعها وطريق الوصول إليها . وإن سرقها من لم يدخل البيت ، فقال القاضى : لا يضمن ، لأن فعله لم يكن سبباً لإتلافها ، ويحتمل أن يلزمه الضمان لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولأنها مخالفة فوجب الضمان إذا كانت سبباً لإتلافها فأوجبته وإن لم تكن سبباً كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة .

٤٩٩٢ (فصــــــل)

إذا قال ضع هذا الخاتم فى الخنصر فوضعه فى البنصر لم يضمنه، لأنها أغلظ وأحفظ له، إلا ألا يدخل فيها فيضعه فى أنملتها العليا فيضمنه ، أو ينكسر بها لغلظها عليه فيضمنه أيضاً ، لأن مخالفته سبب لتلفه .

٤٩٩٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أودعه شيئاً ثم سأله دفعه إليه فى وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن ﴾

(١) فى المطبوعة: حرزا يمثلها .

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها فأمكن أداؤها إليه بغير ضرورة . وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى : « إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا[1] ». وأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » . يعنى عند طلبها ، ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره ، فلزم أداؤها إليه كالمغصوب والدين الحال ، فإن امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها ، لأنه صار غاصباً ، لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم . فأشبه الغاصب ، فأما إن طلبها في وقت لم يمكن دفعها إليه ، لبعدها أو لمخافة في طريقها ، أو للعجز عن حملها ، أو غير ذلك ، لم يكن متعدياً بترك تسليمها ، لأن الله تعالى لا يكلف نفساً إلا وسعها . وإن تلفت لم يضمنها ، لعدم عدوانه. وإن قال أمهلونى حتى أقضى صلاتى ، أو آكل فإنى جائع ، أو أنام فإنى ناعس ، أو ينهضم عنى الطعام فإنى ممتلىء ، أُمْهِلَ بقدر ذلك .

٤٩٩٤ (فصــــل)

وليس على المستودع مؤنة الرد[2] وحملها إلى ربها إذا كانت مما لحمله مؤنة قلت المؤنة أو كثرت، لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص ، فلم تلزمه الغرامة عليها ، كما لو وكَّله في حفظها في مِلْك صاحبها ، وإنما عليه التمكين من أخذها . وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها إلى بلدها ، لأنه بعَّدها[3] بغير إذن ربها ، فلزمه رَدُّها كالغاصب .

٤٩٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها ﴾

وجملته : أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها ، فهى دين عليه يغرم من تركته ، فإن كان عليه دين سواها فهى والدين سواء ، فإن وَفَتْ تركته بهما ، وإلا اقتسماها بالحصص . وبهذا قال الشعبى ، والنخعى ، وداود بن أبى هند ، ومالك ، والشافعى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وإسحاق . وروى ذلك عن شريح ، ومسروق ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وأبى جعفر محمد بن على . وروى عن النخعى: الأمانة قبل الدين ، وقال الحارث العكلى : الدين قبل الأمانة .

ولنا : أنهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين، وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودَع أن عندى وديعة أو على وديعة لفلان ، أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة . فأما إن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ، ولم يعلم هل هى باقية عنده أو تلفت ، ففيه وجهان :

---

(١) سورة النساء : ٥٨ (٢) في المطبوعة : مؤنه الردود . (٣) في المطبوعة : لأنه أبعدها .

أحدهما : وجوب ضمانها ، لأن الوديعة يجب ردها إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ، ولم يثبت ذلك ، ولأن الجهل بعينها كالجهل بها ، وذلك لا يسقط الرد .

والثانى : لا ضمان عليه ، لأن الوديعة أمانة ، والأصل عدم إتلافها والتعدى فيها ، فلم يجب ضمانها ، وهذا قول ابن أبى ليلى ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وظاهر المذهب الأول ، لأن الأصل[1] وجوب الرد ، فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله .

٤٩٩٦ (فصــــل)

وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها ، فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها ، فإن لم يعلم صاحبها بموت[2] من أخذها وجب عليهم إعلامه بها ، وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها ، لأنه لم يأتمنهم عليها ، وإنما حصل مالُ غيرهم فى أيْدِيهم ، بمنزلة من أطارَت الريحُ إلى داره ثوباً وعَلِمَ به ، فعليه إعلامُ صاحبه به ، فإن أخَّر ذلك مع الإمكان ضمن ، كذا ههنا .

ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الميت أو ورثته ، أو ببينة تشهد بها . وإن وجد عليها مكتوباً : وديعة ، لم يكن حجة عليهم ، لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة قبل هذا ، أو كان وديعة لموروثهم عند غيره ، أو كانت وديعة فابتاعها ، وكذلك لو وجد فى رزمانج[3] أبيه أن لفلان عندى وديعة ، لم يلزمه بذلك ، لجواز أن يكون قد ردها ونسى الضرب على ما كتب ، أو غير ذلك .

٤٩٩٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طالبه بالوديعة فقال : ما أودعتنى ، ثم قال : ضاعت من حرز كان ضامناً ، لأنه خرج من حال الأمانة ، ولو قال : مالك عندى شىء ، ثم قال : ضاعت من حرز ، كان القول قوله ولا ضمان عليه ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا ادُّعِىَ على رجل وديعة ، فقال : ما أودعتنى ، ثم ثبت أنه أودَعَه فقال : أودعتنى وهلكت من حرزى ، لم يقبل قوله ، ولزمه ضمانها . وبهذا قال مالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، لأنه مكذِّب لإنكاره الأول ، ومعترف على نفسه بالكذب المنافى للأمانة . وإن أقر له بتَلَفِها من حرزه قبل جَحْده ، فلا ضمان عليه . وإن أقر أنها تَلِفت بعد جُحوده لم يسقط عنه الضمان ،

---

(١) فى المخطوطة : وأن الأصل .

(٢) هكذا فى النسخ كلها (فإن لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب الخ) .

(٣) الرزنامج : (كتاب يثبت فيه الشخص ماله وما عليه) ورزمانج هكذا فى النسخ — والمعروف كما فى مفاتيح العلوم للخوارزمى ص ٣٧ بتقديم النون على الميم قال فى باب الكتابة « الرزنامج تفسيره كتاب اليوم لأنه يكتب فيه ما يجرى كل يوم من الخراج أو نفقة أو غير ذلك » والعامة تسميه اليومية .

لأنه خرج بالجحود عن الأمانة ، فصار ضامناً ، كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها . وإن أقام البينة[1] بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك ، وإن شهدت[2] بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته ففيه وجهان :

أحدهما : لا تسمع ، لأنه مكذبٌ لها بإنكاره الإيداع .

والثانى : تسمع بينته ، لأن المودَع لو اعترف بذلك سقط حقه ، فتسمع البينة به ، فإن شهدت بالتلف من الحرز ، ولم تعيِّن قبل الجحود ولا بعده ، واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان ، لأن الأصل وجوبه ، فلا ينتفى بأمر متردد ، وأما إذا ادعى الوديعة فقال : مالك عندى شىء ، أو لا تستحق على شيئاً ، فقامت البينة[3] بالإيداع ، أو أقر به المودَع ، ثم قال : ضاعت من حرز ، كان القول قوله مع يمينه ، ولا ضمان عليه . لأن قوله لا ينافى ما شهدت به البينة ، ولا يكذبها ، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شىء لمالكها عنده ، ولا يستحق عليه شيئاً . لكن إن ادعى تلفَها بعد جحوده ، أو قامت [به] بينة بعد الجحود[4] أو أنها كانت عنده حال جحوده ، فعليه ضمانها ، لأن جحوده أوجب الضمان عليه ، فصار كالغاصب .

٤٩٩٨ (فصل)

إذا نوى الخيانة فى الوديعة بالجحود أو الاستعمال. ولم يفعل ، لم يصر ضامناً ، لأنه لم يحدث فى الوديعة قولا ولا فعلا، فلم يضمن كما لو لم ينْو . وقال شريح[5] يضمنها، لأنه أمسكها بنية الخيانة، فيضمنها كالملتقط بقصد التمليك .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « عُفِى لأمَّتِى[6] الخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا مَا لَمْ تَتَكَلَّمْ بِهِ أَوْ تَعْمَلْ بِهِ[7] » . ولأنه لم يخن فيها بقول ولا فعل ، فلم يضمنها ، كالذى لم ينو وفارق الملتقِط[8]

---

(١) فى المخطوطة : وإن أقام بينة . (٢) أى البينة كما يظهر من السياق .

(٣) فى المطبوعة : فقالت البينة . (٤) فى المطبوعة (أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود) .

(٥) فى المخطوطة (ابن شريح) والظاهر (شريح) لأنه دائماً يذكر روايته كما فى ص ٣٩٣ .

(٦) فى المطبوعة : عفى عن أمتى .

(٧) ورد فى الصحيحين عن أبى هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الله تجاوز لأمتى ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يعملوا به » ، وانظر كشف الخفا ج ١ ص ٤٣٣ وما نقله عن الإمام أحمد والمحدثين فى حديث (رفع عن أمتى الخطأ) .

(٨) الملتقط : واجد اللقطة .

بقصد التملك ، فإنه عمل فيها بأخذها ناوياً للخيانة فيها ، فوجب الضمان بفعله المنوى لا بمجرد النية. ولو التقطها قاصداً لتعريفها ، ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه كانت كمسألتنا ، ولو أخرجها بنيـة الاستعمال ولم يستعملها ضمنها ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يضمنها إلا بالاستعمال،لأنه لو أخرجها لنقلها لم يضمنهـا .

ولنا : أنه تعدى بإخراجها ، أشبه ما لو استعملها ، بخلاف ما إذا نقلها .

٤٩٩٩ (فصـــل)

والمودَع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف . قال ابن المنـذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودَع إذا أحرز الوديعة ، ثم ذكر أنها ضاعت ، أن القولَ قولُه . وقال أكثرهم : مع يمينه . وإن ادعى ردّها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً . وبه قال الثورى، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وقال مالك : إن كان دفعها إليه بغير بينة[1] . وإن كان أودعه إياها ببينة لم يقبل قوله فى الرد إلا ببينة .

ولنا : أنه أمين لا منفعة له فى قبضها ، فقبل قوله فى الرد بغير بينة ، كما لو أودع بغير بينة . وإن قال : دفعتها إلى فلان بأمرك ، فأنـكر مالـكها الإذن فى دفعها ، فالقول قول المودَع . نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، وهو قول ابن أبى ليلى ، وقال مالك ، والثورى والعنبرى والشافعى وأصحاب الرأى : القول قول المالك ، لأن الأصل عدم الإذن ، وله تضمينه .

ولنـا : أنه ادعى دفعاً يَبْرأ به من الوديعة ، فـكان القول قوله ، كما لو ادعى ردها على مالـكها . ولو اعترف المالك بالإذن ، ولـكن قال : لم يدفعها ، فالقول قول المستودَع أيضاً ، ثم ننظر فى المدفوع إليه ، فإن أقر أنه قبضه وكان الدفع فى دَين فقد برىء الـكل ، وإن أنـكر فالقول قوله مع يمينه .

وقد ذكر أصحابنا : أن الدافع يضمن ، لـكونه قضى الدين بغير بَيِّنة . ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة ، لأن المودَع مفرط لـكونه أُذن فى قضاء يبرئه من الحق ، ولم يبرأ بدفعه ، فـكان ضامناً ، سواء صدقه أو كذّبه ، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة ، لأن المودَع يقبل قوله فى التلف والرد ، فلا فائدة فى الإشهاد عليه ، فعلى هذا يحلف المودَع ويبرأ ، ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ، ويـكون ذهابها من مالـكها .

٥٠٠٠ (فصـــل)

وإذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لوجهين :

---

(١) أى يكون القول قوله .

أحدهما : لحرمة صاحبها لأنه أخذها منه على ذلك .

والثانى : لحرمة البهيمة ، فإن الحيوان يجب إحياؤه بالعلف والسقى . ويحتمل ألا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك ، لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها ، كغير الوديعة ، وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضاً . وبهذا قال الشافعى ويحتمل ألا يلزمه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها ، والعلف على مالكها ، فإذا لم يعلفها كان هو المفرط فى ماله .

ولنا : أنه لا يجوز إتلافها ولا التفريط فيها ، فإذا أمره بحفظها تضمّن ذلك علفَها وسقْيها ، ثم ننظر فإن قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها ، أو ردها عليه ، أو يأذن له فى الإنفاق عليها، ليرجع به ، فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه ، وإن لم يجد مالاً فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه ، من بيعها أو بيع بعضها ، وإنفاقه عليها ، أو إجارتها ، أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال ، أو من غيره ، ويدفع ذلك إلى المودَع إن أراد ذلك لينفقه عليها ، وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولى الإنفاق عليها جاز .

وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه إليه ليتولى الإنفاق عليها ، لأنه أمين عليها ، ويجوز أن يأذن له الحاكم فى أن ينفق عليها من ماله ، ويكون قابضاً لنفسه من نفسه ، ويكل ذلك إلى اجتهاده فى قدر ما ينفق ، ويرجع به على صاحبها ، فإن اختلفا فى قدر النفقة فالقول قول المودَع إذا ادعى النفقة بالمعروف ، وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له ، وإن اختلفا فى قدر المدة التى أنفق فيها فالقول قول صاحبها ، لأن الأصل عدم ذلك ، فإن لم يقدر على الحاكم فأنفق عليها محتسباً بالرجوع على صاحبها ، وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق ، رواية واحدة ، لأنه مأذون فيه عرفاً ، ولا تفريط منه إذا لم يجد حاكما ، وإن فعل ذلك — مع إمكان استئذان الحاكم — من غير إذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نُصَّ عليهما فيما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن ، وفى الضامن إذا ضمن وأذن بغير إذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين .

إحداهما : يرجع به لأنه مأذون فيه عرفا .

والثانية : لا يرجع لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم .

وإن أنفق من غير إشهاد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع إمكانه ففي الرجوع وجهان أيضاً كذلك، ومتى علف البهيمة أو سقاها فى داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل فى بهائمه على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه ، لأن هذا مأذون فيه عرفا ، لجريان العادة به ، فأشبه المصرح به .

٥٠٠١ (فصـــــــل)

وإن أودعه البهيمة وقال : لا تعلفها ولا تسقها ، لم يجز له ترك علفها ، لأن للحيوان حرمة في نفسه ، يجب إحياؤه لحق الله تعالى ، فإن علفها وسقاها كان كالقسم الذى قبله ، وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها . وهذا قول عامة أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم : يضمن ، لأنه تعدى بترك علفها أشبه إذا لم ينهه . وهذا قول ابن المنذر ، لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ، فيصير أمر مالكها وسكوته سواء .

ولنا : أنه ممتثل لأمر صاحبها[1] فلم يضمنها ، كما لو قال : اقتلها فقتلها ، وكما لو قال : لا تُخرِج الوديعة وإن خفت عليها ، فخاف عليها ولم يخرجها ، أو أمره صاحبها بإلقائها فى نار أو بحر . وبهذا ينتقض ما ذكروه . ومنع ابن المنذر الحكم فيما إذا أمره بإتلافها وأتلافها لما تقدم ولا يصح لأنه ثابت لصاحبها[2] فلم يغرم له شيئاً ، كما لو استقابه فى مباح ، والتحريم أثره فى بقاء حق الله تعالى وهو التأثيم ، أما حق الآدمى فلا يبقى مع إذنه فى تفويته ، ولأنها لم تتلف بفعله ، وإنما تلفت بترك العلف المأذون فيه . أشبه ما لو قال له : لا تخرجها إذا خفت عليها فلم يخرجها .

٥٠٠٢ ﴿ مسألة ﴾

قال رحمه الله ﴿ ولو كان فى يده وديعة فادعاها نفسان فقال : أودعنى أحدهما ولا أعرفه عيناً أقرع بينهما[3] فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه ﴾ .

وجملته : أن من كانت عنده وديعة فادعاها نفسان ، فأقر بها لأحدهما ، سلمت إليه ، لأن يده دليل ملكه فلو ادعاها لنفسه كان القول قوله ، فإذا أقر بها لغيره وجب أن يقبل ، ويلزمه أن يحلف للآخر ، لأنه منكر لحقه فإن حلف برىء وإن نكل[4] لزمه أن يغرم له قيمتها ، لأنه فوتها عليه ، وكذلك لو أقر للثانى بها بعد أن أقر بها للأول سلمت إلى الأول ، لأنه استحقها بإقراره ، وغرم قيمتها للثانى نص على هذا أحمد .

وإن أقر بها لهما جميعاً فهى بينهما ، ويلزمه اليمين لكل واحد منهما فى نصفها . وإن قال هى لأحدهما لا أعرفه عيناً ، فاعترفا له بجهله تعيين المستحِقّ لها ، فلا يمين عليه ، وإن ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك . وقال أبو حنيفة يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لهما .

ولنا : أن الذى يُدَّعَى عليه أمرٌ واحد وهو العلم بعين المالك ، فكفاه يمين واحدة ، كما لو ادعياها فأقر بها

---

(١) فى المخطوطة ٢٣ : يقول صاحبها .

(٢) فى المطبوعة : ثابت لصاحبها .

(٣) فى المخطوطة ٢٣ : قرع بينهما .

(٤) النكول : رفض الحلف .

لأحدهما، ويفارق ما إذا أنكرهما، لأن كل واحد منهما يدعى عليه أنها له فهما دعويان ، فإن حلف أقْرِع بينهما فمن قَرَع صاحبه [1] حلف وسلمت إليه .

وقال الشافعى : يتحالفان ويوقف الشىء بينهما حتى يصطلحا . وهو قول ابن أبى ليلى ، لأنه لا يعلم المالك منهما ، وللشافعى قول آخر : أنها تقسم بينهما ، كما لو أقر بها لهما . وهذا الذى حكاه ابن المنذر عن ابن أبى ليلى ، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه فيما حكى عنهم ، قالوا : ويضمن المستودَع نصفها لكل واحد منهما، لأنه فوّت ما استُودِع بجهله .

ولنا : أنهما تساويا فى الحق فيما ليس بأيديهما ، فوجب أن يُقْرَع بينهما ، كالعبدين إذا أعتقهما فى مرضه ، فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما، أو كما لو أراد السفر بإحدى نسائه . وقول أبى حنيفة ليس بصحيح . فإن العين لم تتلف ، ولو تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه ، وليس فى جهله تفريط ، إذ ليس فى وسعه ألا ينسى ولا يجهل .

٥٠٠٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ومن أودع شيئاً فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ ﴾ .

وجملته أن من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ . فإن رده أو مثله لم يزل الضمان عنه ، وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : لا ضمان عليه إذا رده أو مثله ، وقال أصحاب الرأى : إن لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن ، وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن .

ولنا أن: الضمان تعلق بذمته بالأخذ ، بدليل أنه لو تلف فى يده قبل رده ضمنه ، فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب . فأما سائر الوديعة فينظر فيه، فإن كان فى كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمن ، سواء أخرج منه أو لم يخرج . لأنه هتك الحرز بفعل تعدّى به . وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة ، لأنه ما هتك الحرز . وإن لم تكن الدراهم فى كيس أو كانت فى كيس غير مشدود ، أو كانت ثيابا فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه ، لم يضمن غيره، لأنه لم يتعدّ غيره. وإن رد بدله وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك ، وإن لم يكن متميزاً فظاهر كلام الخرقى هنا أنه لا يضمن غيره ، لأن التعدى اختص به ، فيختص الضمان به ، وخلط المردود بغيره لا يقتضى الضمان ، لأنه يجب رده معها ، فلم يفوت على نفسه إمكان ردها ، بخلاف ما إذا خلطه بغيره . ولو أذن له صاحب الوديعة فى الأخذ منها ، ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم ردّ بدلَ ما أخذ ، فهو كرد بدل ما لم يؤذن فى أخذه . وقال القاضى : يضمن الكل ، وهو قول الشافعى ، لأنه خالط الوديعة بما لا يتميز منها ؛ فضمن الكلّ كما لو خلطها بغير البدل.

---

(١) قرع صاحبه أى غلبه وفاز عليه وخرج سهمه فى القرعة .

وقد ذكرنا فرقاً بين البدل وغيره فلا يصح القياس . وقال أبو حنيفة : إذا كسر ختم الكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لأنه لم يتعد فى غيره .

ولنا : أنه هتك حرزها فيضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها فى صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحاً. ولا نسلم أنه لم يتعد فى غير الختم .

٥٠٠٤ (فصل)

وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان ، فإن ردها صاحبها إليه كان ابتداء استئمان ، وإن لم يردها إليه ولكن جدد له الاستئمان ، أو أبرأه من الضمان برىء من الضمان فى ظاهر المذهب،لأن الضمان حقه فإذا أبرأه منه برىء ، كما لو أبرأه من دَيْن فى ذمته ، وإذا جدد له استئماناً فقد انتهى القبض المضمون به ، فزال الضمان ، وقد قال أصحابنا : إذا رهن المغصوب عند الغاصب ، أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب ، فهذا أولى .

٥٠٠٥ (فصل)

ولو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة ، أو أخذ الوديعة ليستعملها ، أو ليخزن فيها ، ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة ، لم يبرأ من الضمان . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ، يبرأ ، لأنه ممسك لها بإذن مالكها ، فأشبه ما قبل التعدى .

ولنا : أنه ضمنها بعدوان ، فبطل الاستئمان ، كما لو جحدها ثم أقر بها . وبهذا يبطل ما ذكروه .

٥٠٠٦ (فصل)

ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف . فإن أودع طفلٌ أو معتوه إنساناً وديعة ضمنها بقبضها ، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه ، وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له فى ماله ، أو الحاكم. فإن كان الصبى مميزاً صح إيداعه لما أذن له فى التصرف فيه ، لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك فإن أودع رجل عند صبى أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط فى حفظها ، فإن أتلفها أو أكلها ضمنها فى قول القاضى ، وظاهر مذهب الشافعى ، ومن أصحابنا من قال : لا ضمان عليه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه سلّطه على إتلافها بدفعها إليه ، فلا يلزمه ضمانها ، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا : أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الإيداع كالبالغ . ولا يصح قولهم : إنه سلطه على إتلافها وإنما استحفظه إياها ، وفارق دفع السكين فإنه سبب الإتلاف ، ودفع الوديعة بخلافه .

٥٠٠٧ (فصـــــل)

وإن أودع عبداً وديعة خرج على الوجهين فى الصغير . إن قلنا : لا يضمن الصبى فأتلفها العبد كانت فى ذمته ، وإن قلنا : يضمن كانت فى رقبته .

٥٠٠٨ (فصـــــل)

وإن غصبت الوديعة من المودَع قهراً فلا ضمان عليه ، سواء أُخِذت من يده ، أو أكره على تسليمها فسلمها بنفسه ، لأن الإكراه عذر لها يبيح له دفعها ، فلم يضمنها ، كما لو أخذت من يده قهراً .

﴿ باب قسمة الفىء والغنيمة والصدقة ﴾

الفَىْء : هو الراجع إلى المسلمين من مال الكفار بغير قتال ، يقال : فاء الفَىْء إذا رجع نحو المشرق . والغنيمة : ما أُخِذ منهم قهراً بالقتال ، واشتقاقها من الغُنْم ، وهو الفائدة ، وكل واحد منهما فى الحقيقة فَىْء وغنيمة ، وإنما خص كل واحد منهما باسم مُيِّز به عن الآخر ، والأصل فيهما قول الله تعالى : « مَا أَفَاءَ اللهُ على رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى »[1] . الآية وقوله سبحانه : « وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَىْءٍ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ »[2] الآية .

٥٠٠٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ والأموال ثلاثة : فىء ، وغنيمة ، وصدقة ﴾

يعنى والله أعلم : أن الأموال التى تليها الولاة من أموال المسلمين فإنها ثلاثة أقسام : قسمان يؤخذان من مال المشركين . أحدهما : الفىء ، وهو ما أُخِذ من مال مشرك لم يُوجَفْ[3] عليه بخيل ولا ركاب ، كالذى تركوه فزعا من المسلمين وهربوا ، والجزية ، وعشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا إلينا تجاراً ، ونصف عشر تجارات أهل الذمة ، وخراج الأرضين ، ومال من مات من المشركين ولا وارث له .

والغنيمة : ما أخذ بالقهر والقتال من الكفار .

والقسم الثالث الصدقة ، وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيراً له ، وهو الزكاة . وقد ذكرناها ، يروى أن عمر رضى الله عنه قرأ قوله تعالى : « إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ـ حتى بلغ ـ عَلِيمٌ حَكِيمٌ »[4] . ثم قال هذه لهؤلاء ثم قرأ : « وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَىْءٍ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ ـ حتى بلغ ـ وَابْنِ السَّبِيلِ »

---

(١) سورة الحشر آية ٧ (٢) سورة الأنفال آية ٤١

(٣) لم يجر المسلمون فى تحصيله خيلا ولا إبلا ، من الوجيف وهو سرعة السير .

(٤) سورة التوبة آية ٦٠ .

ثم قال : هذه لهؤلاء ثم قرأ : « مَا أَفَاءَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ القُرَى ـ حتى بلغ ـ والذِينَ جَاءُوا مِن بَعْدِهِم »[1] ثم قال : هذه استوعبت المسلمين عامة ، ولئن عشت ليأتين الراعى وهو بسرو[2] حمير نصيبه منها لم يعرق به جبينه »[3]

٥٠١٠ (فصـــل)

ولم تـكن الغنائم تحل لمن مضى من الأمم ، وإنما علم الله ضعفنا فطيبها لنا رحمة لنا ، ورأفة بنا ، وكرامة لنبينا صلى الله عليه وسلم . روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أُعْطِيتُ خَمْساً لَمْ يُعْطَهُنَّ نَبِيٌّ قَبْلِى ـ فذكر فيها ـ أُحِلَّتْ لِيَ الْغَنَائِمُ » . متفق عليه ، وقال سعيد : حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَمْ تَحِلُّ الْغَنَائِمُ لِقَوْمٍ سُودِ الرُّءُوسِ[4] غيْرِكُمْ كَانَتْ تَنْزِلُ نارٌ مِنَ السَّمَاءِ فَتَأْكُلُهَا » . ثم كانت فى أول الإسـلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم بدليل قول الله تعالى : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأنفالِ قُلِ الأنْفالُ لِلهِ والرَّسُول[5] » ثم صار أربعة أخماسها للغانمين ، والخمس لغيرهم ، بدليل قوله تعالى : « وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ »[6] . فأضاف الغنيمة إليهم ، وجعل الخمس . لغيرهم ، فيدل ذلك على أن سائرها لهم ، وجرى ذلك مجرى قوله تعالى : وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ »[7] أضاف ميراثه إليهما ، ثم جعل للأم منه الثلث ، فدل على أن الباقى للأب . وقال تعالى : « فَـكُلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حلالاً طَيِّباً »[8] فأحلها لهم .

٥٠١١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فالفيء : ما أخـذ من مال مشرك بحال ، ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب ، والغنيمة : ما أوجف عليها ﴾ .

الركاب : الإبل خاصة . والإيجاف أصله : التحريك ، والمراد ههنا الحركة فى السير إليه . قال قتادة : فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ » ولا ركاب ما قطعتم واديا ولا سيّرتم إليها دابة ، إنما كانت حوائط[9] بنى

(١) سورة الحشر : ٧ — ١٠ .

(٢) السرو : ما انحدر عن الجبل ، وارتفع عن الوادى . والسرو : محلة حمير أيضاً . وسرو حمير : موضع كما فى مراصد الاطلاع ج ٢ ص ٧١١

(٣) فى المخطوطه ٢٨ (٤) لم يعرق فيها جبينه (٥) سورة الأنفال آية ١

(٦) لفظ الترمذى : لم تحل لأحد سود الرءوس من قبلـكم كانت تجمع وتنزل نار من السماء فتأ كلها .

(٧) سورة الأنفال : ٤١ (٨) سورة النساء آية ١١ (٩) سورة الأنفال آية ٦٩

(١٠) حوائط : جمع حائط أى بستان .

النضير أطعمها الله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال أبو عبيدة : الإيجاف : الإيضاع ، يعنى الإسراع ، وقال الزجاج : الوجيف دون التقريب من السير يقال : وجف الفرس وأوجفته أنا [1] قال الله تعالى : « وَمَا أَفاءَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْهُمْ فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ خَيْلٍ وَلاَ رِكابٍ »[2] فكل ما أخذ من مال مشرك بغير إيجاف مثل الأموال التى يتركونها فزعاً من المسلمين ونحو ذلك هو فىء ، وما أُجْلِبَ عليه المسلمون وساروا إليه وقاتلوهم عليه فهو غنيمة ، سواء أخذ عُنْوَةً أو استنزلوا أهله بأمان ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم افتتح حصون خيبر بعضها عنوة ، وبعضها استنزل أهله بالأمان فكانت غنيمة كلها .

٥٠١٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ تخمس الفىء والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم ﴾

فى هذه المسألة فصول أربعة :

٥٠١٣ أحـــدها

أن الفىء مخموس كما تخمس الغنيمة فى إحـدى الروايتين وهو مذهب الشافعى والرواية [الثانية] : لا يخمس نقلها أبو طالب فقال : إنما تخمس الغنيمة قال القاضى لم أجد بما قال الخرقى من أن الفىء مخموس نصاً فأحكيه ، وإنما نص على أنه غير مخموس . وهـذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر ولا نحفظ عن أحد قبل الشافعى فى الفىء خمس كخمس الغنيمة ، وأخبار عمر تدل على ما قاله الشافعى . ولأن الله تعالى قال « ما أفاء اللهُ على رسُولهِ من أهْلِ القُرى ـ إلى قوله ـ والذينَ جاءوا مِنْ بَعْدِهِم »[3] الآية فجعله كله لهم ولم يذكر خمساً ، ولما قرأ عمر هذه الآية قال « هذه استوعبت المسلمين » .

ووجه الأول قول الله تعالى: «ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم » فظاهر هذا أن جميعه لهؤلاء وهم أهل الخمس ، وجاءت الأخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والأخبار وتتعارض ، وفى إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق ، فإن خمسه للذى سمى فى الآية وسائره ينصرف إلى من فى الخبر كالغنيمة ، ولأنه مال مشرك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز . وروى البراء بن عازب قال : «لقيت خالى ومعه الراية قلت إلى أين ؟ فقال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل عرّس بامرأة أبيه أن أضرب عنقه وأخمس ماله » .

---

(١) فى المطبوعة : وأوجفت أنا . (٢) الحشر : ٦ (٣) الحشر آيات ٦ ـــ ١٠

٥٠١٤ (الفصـــــل الثانى)

أن الغنيمه مخموسة ولا اختـلاف فى هذا بين أهل العلم بحمد الله وقد نطق به الكتاب العزيز فقال الله تعالى: « واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه » لـكن اختلف فى أشياء :

منها سَلَب القاتل . وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس ، فإن عمر رضى الله عنه قال : « كنا لانخمس السّلب » وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً فَلَهُ سَلَبُهُ » ، يقتضى أنه له كله ، ولو خمس لم يكن جميعه ، له وعن قتادة ، « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نفّله سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس » رواه سعيد فى سننه .

ومنها إذا قال الإمام . من جاء بعشرة رءوس فله رأس ، ومن طلع الحصن فـله كذا من النفل ، فالظاهر أن هذا غير مخموس ، لأنه فى معنى السلب .

ومنها إذا قال الإمام : من أخذ شيئاً فهو له ، وقلنا : يجوز ذلك ، فقد قيل : لا خمس فيـه ، لأنه فى معنى الذى قبله والصحيح أن الخمس لايسقط ، لأنه يدخل فى عموم الآية ، ولايدخل فى معنى السلب والنفل ، لأن ترك تخميسهما لايسقط خمس الغنيمة بالـكلية ، وهذا يسقطه ، فلا يكون تخصيصاً ، بل نسخاً لحـكمها ، ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقاً .

ومنها إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير إذن الإمام ، فقـد قيل : إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس ، والصحيح أنه يخمس ويدفع إليهم أربعـة أخماسه ، لدخوله فى عمـوم الآية ، وعدم دليل يوجب تخصيصه .

٥٠١٥ (الفصل الثالث)

أن الخمس مما يجب خمسه[1] من الفىء والغنيمة شيء واحد فى مصرفهما وحكمهما ولا اختلاف فى هـذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فإن القائل بوجوب الخمس فى الفىء غير من قاله[2] من أصحابنا الشـافعى ، وقد وافق على هذا ، فإنه قال فى الفىء والغنيمة يجتمعان فى أن فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعنى فى سـورة الأنفال فى قوله سبحانه : « وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ للهِ خُمُسَهُ[3] » الآية . وفى سـورة الحشر فى قوله تعالى: « مَا أفاءَ اللهُ عَلَى رَسولهِ مِنْ أهلِ القرَى »[4] الآية . والمسمون فى الآيتين شيء واحد .

٥٠١٦ (الفصل الرابع)

أن الخمس يقسم إلى خمسة أسهم . وبهذا قال عطاء ، ومجاهد ، والشعبى ، والنخعى ، وقتـادة ، وابن

(١) فى المخطوطة ٢٣ : ما يجب خمسه .
(٢) فى المطبوعة : غير من قال .
(٣) الأنفال آية ٤١
(٤) الحشر آية ٧

جريج ، والشافعى . وقيل : يقسم على ستة : سهم لله ، وسهم لرسوله ، لظاهر قوله تعالى : « وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنِ السَّبِيلِ » (١) فعد ستة ، وجعل الله تعالى لنفسه سهماً سادساً ، وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة .

وقال أبو العالية : « سهم الله عز وجل هو : أنه إذا عزل الخمس ضرب بيده [فيه] ، فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة ، فهو الذى سُمِّىَ لله ، لا تجعلوا له نصيباً ، فإن لله الدنيا والآخرة » : ثم يقسم بقية السهم الذى عزله على خمسة أسهم .

وروى عن الحسن وقتادة فى سهم ذى القربى : كانت طُعْمَةً لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فى حياته، فلما توفى حمل عليه أبو بكر وعمر فى سبيل الله . وروى ابن عباس : « أن أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم». ونحوه حكى عن الحسن بن محمد بن الحنفية ، وهو قول أصحاب الرأى . قالوا : يقسم الخمس على ثلاثة: اليتامى ، والمساكين ، وابن السبيل . وأسقطوا سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بموته ، وسهم قرابته أيضاً .

وقال مالك : الفىء والخمس واحد ، يجعلان فى بيت المال . قال ابن القاسم : وبلغنى عمن أثق به أن مالكا قال : يعطى الإمام أقرباء رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يرى ، وقال الثورى والحسن : يضعه الإمام حيث أراه الله عز وجل .

ولنا : قول الله تعالى : « وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ » . وسهم الله والرسول واحد ، كذا قال عطاء والشعبى . وقال الحسن ابن محمد بن الحنفية وغيره : قوله « فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ » افتتاح كلام . يعنى : أن ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركا به ، لا لإفراده بسهم ، فإن لله تعالى الدنيا والآخرة . وقد روى عن ابن عمر وابن عباس قالا : « كَانَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقْسِمُ الْخُمُسَ عَلَى خَمْسَةٍ » . وما ذكره أبو العالية فشىء لا يدل عليه رأى ، ولا يقتضيه قياس ، ولا يصار إليه إلا بنص صحيح يجب التسليم له ، ولا نعلم فى ذلك أثراً صحيحاً سوى قوله ، فلا نترك ظاهر النص وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله من أجل قول أبى العالية . وما قاله أبو حنيفة فمخالف لظاهر الآية ، فإن الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئاً ، وجعل لهما فى الخمس حقا ، كما سمى للثلاثة الأصناف الباقية . فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب .

وأما حمل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما على سهم ذى القربى فى سبيل الله ، فقد ذكر لأحمد فسكت وحرك

---

(١) سورة الأنفال آية ٤١

رأسه ، ولم يذهب إليه . ورأى أن قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقته كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، فإن ابن عباس لما سئل عن سهم ذى القربى قال : « إنّا كُنَّا نَزْعُمُ أَنَّهُ لَنَا فَأَبَى ذَلِكَ عَلَيْنَا قَوْمُنَا » . ولعله أراد بقوله : أبى ذلك علينا قومنا ، فعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى حملهما عليه فى سبيل الله ، ومن تبعهما على ذلك ، ومتى اختلف الصحابة وكان قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان أولى ، وقول ابن عباس موافق للكتاب والسنة . فإن جبير بن مطعم روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبنى عبد شمس ولا بنى نوفل من الخمس شيئاً كما كان يقسم لبنى هاشم ولبنى المطلب، وأن أبا بكر كان يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم، غير أنه لم يكن يعطى قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم ، وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده » رواه أحمد فى مسنده .

وقد تكلم فى رواية ابن عباس عن أبى بكر وعمر « أنهما حملا على سهم ذى القربى فى سبيل الله » فقيل: إنه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف ، عن الكلبى وهو ضعيف أيضاً ، ولا يصح عند أهل النقل .

فإن قالوا : فالنبى صلى الله عليه وسلم ليس بباق ، فكيف يبقى سهمه ؟ قلنا : جهة صرفه إلى النبى صلى الله عليه وسلم مصلحة المسلمين ، والمصالح باقية ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَا يَحِلُّ لِى مِمَّا أَفَاءَ اللهُ عَلَيْكُمْ وَلاَ مِثْلَ هَذِهِ ، إِلاَّ الْخُمُسُ ، وَهُوَ مَرْدُودٌ عَلَيْكُمْ »(١) . رواه سعيد .

٥٠١٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وسهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، يصرف فى الكراع(٢) والسلاح ومصالح المسلمين ﴾

وهذا قول الشافعى . فإنه قال : أختار أن يضعه الإمام فى كل أمر خُصَّ به الإسلام وأهله ، من سَدِّ ثغر ، وإعداد كراع ، أو سلاح ، أو إعطائه أهل البلاء فى الإسلام نفلا عند الحرب وغير الحرب . وهذا نحو ما قال الخرقى ، وهذا السهم كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الغنيمة ، حضر أو لم يحضر ، كما أن سهم بقية أصحاب الخمس لهم، حضروا أو لم يحضروا . وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع به ماشاء. فلما توفى وَلِيَهُ أبو بكر ولم يسقط بموته ، وقد قيل : إنما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم أن [جهته] جهة المصلحة ، وأنه ليس بمختص بالنبى صلى الله عليه وسلم فيسقط بموته .

---

(١) قال صلى الله عليه وسلم ذلك عقب غزوة حنين عند تقسيم الغنائم ، وقد ازدحم عليه الجند حتى ألجأوه إلى جذع شجرة ، فأمسك وبرة من جمل ، وقال هذا القول . كما فى سيرة ابن هشام وأخرجه أحمد عن جبير ابن مطعم وفيه (يأيها الناس مالى من هذا الفىء ولا هذه إلا الخمس والخمس مردود عليكم) .

(٢) الكراع : الخيل ، وركائب الحرب .

وزعم قوم : أنه سقط بموته ، ويُرَدّ على أنصباء الباقين من أهل الخمس ، لأنهم شركاؤه ، وقال آخرون : بل يرد على الغانمين ، لأنهم استحلوها بقتالهم، وخرجت منها سهام ، منها سهم النبي صلى الله عليه وسلم ما دام حياً ، فإذا مات وجب رده إلى من وُجد سبب الاستحقاق فيه ، كما أن تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصية ثم بطلت الوصية رُدّ إلى التركة .

وقالت طائفة : هو للخليفة بعده ، لأن أبا بكر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إِذَا أَطْعَمَ اللهُ نَبِيًّا طُعْمَةً ثُمَّ قَبَضَهُ فَهُوَ لِلَّذِي يَقُومُ بِهَا مِنْ بَعْدِهِ . وَقَدْ رَأَيْتُ أَنْ أَرُدَّهُ عَلَى الْمُسْلِمِينْ » .

والصحيح أنه باق ، وأنه يصرف فى مصالح المسلمين، لكن الإمام يقوم مقام النبى صلى الله عليه وسلم فى صرفه فيما يرى فإن أبا بكر قال : « لاَ أَدَعُ أَمْراً رَأَيْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَصْنَعُهُ فِيهِ إِلاَّ صَنَعْتُهُ » . متفق عليه . وروى عن الحسن بن محمد بن الحنفية أنه قال : اختلفوا فى هذين السهمين ، يعنى سهم الرسول صلى الله عليه وسلم ، وسهم ذى القربى . فأجمع رأيهم على أن يجعلوهما فى الخيل والعدة فى سبيل الله ، فكانا فى خلافة أبى بكر وعمر فى الخيل والعدة فى سبيل الله .

٥٠١٨ (فصل)

وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم من المغنم الصَّفِيّ ، وهو شىء يختاره من المغنم قبل القسمة ، كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه . وهذا قول محمد بن سيرين ، والشعبى ، وقتادة ، وغيرهم من أهل العلم . وقال أكثرهم : إن ذلك انقطع بموت النبى صلى الله عليه وسلم .

قال أحمد : الصفى إنما كان للنبىصلى الله عليه وسلم خاصة ، لم يبق بعده ، ولانعلم مخالفاً لهذا إلا أبا ثور ، فإنه قال : إن كان الصفى ثابتاً للنبى صلى الله عليه وسلم ، فللإمام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبى صلى الله عليه وسلم ، ويجعله مجعل سهم النبى من خُمْس الخمس ، فجمع بين الشك فيه فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم ، ومخالفة الإجماع فى إبقائه بعد موته .

قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً سبق أبا ثور إلى هذا القول ، وقد أنكر قوم كون الصفى للنبى صلى الله عليه وسلم ، واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَفَعَ وَبَرَةً مِنْ ظَهْرِ بَعِيرِهِ فَقَالَ : مَا يَحِلُّ لِي مِمَّا أَفَاءَ اللهُ عَلَيْكُمْ وَلاَ مِثْلَ هَذِهِ إِلاَّ الْخُمْسُ ، وَهُوَ مَرْدُودٌ عَلَيْكُمْ » . رواه سعيد . ورواه أبو داود بإسناده عن أبى أمامة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأن الله تعالى قال : «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلهِ خُمُسَهُ» . فمفهومه أن باقيها للغانمين .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده: « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَتَبَ إِلَى بَنِي زُهَيْرِ بْنِ قَيْس : إِنَّكُمْ إِنْ شَهِدْتُمْ أَلاَّ إِلَهَ إِلاَّ اللهُ وَأَنَّ مُحَمَّداً رَسُولُ اللهِ وَأَدَّيْتُمُ الزَّكَاةَ وَأَدَّيْتُمُ الْخُمْسَ مِنَ

الْمَغْنَمِ وَسَهْمُ الصَّفِيِّ إِنَّكُمْ آمِنُونَ بِأَمَانِ اللهِ وَرَسُولِهِ » . وفى حديث وفد عبد القيس الذى رواه ابن عباس : « وَأَنْ يُعْطُوا سَهْمَ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالصَّفِيَّ » . وقالت عائشة : « كَانَتْ صَفِيَّةُ مِنَ الصَّفِيِّ » . رواه أبو داود .

وأما انقطاعه بعد النبى صلى الله عليه وسلم فثابت بإجماع الأمة ، قبل أبى ثور وبعده عليه ، وكون أبى بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ، ولا ذكره أحد منهم ولا يجمعون على ترك سنة النبى صلى الله عليه وسلم .

٥٠١٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وخمسٌ مقسوم فى صَلِيبة بنى هاشم ، وبنى المطلب ابنى عبد مناف ، حيث كانوا ، للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾

يعنى بقوله « فى صليبة بنى هاشم » أولاده دون من يُعَدّ معهم من مواليهم وحلفائهم . وفى هذه المسألة فصول خمسة .

٥٠٢٠ (أحدها)

أن سهم ذى القربى ثابت بعد موت النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه . وقد ذكرهم الله تعالى فى كتابه من ذوى السهام . وثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعطيهم . فروى جبير بن مطعم قال : « وَضَعَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَهْمَ ذِى الْقُرْبَى فِى بَنِى هَاشِمٍ ، وَبَنِى الْمُطَّلِبِ ، وَتَرَكَ بَنِى نَوْفَلَ وَبَنِى عَبْدِ شَمْسٍ » . وذكر الحديث رواه أبو داود ، ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير ، فوجب القول به والعمل بحكمه .

قال أحمد : حدثنا وكيع ، حدثنا أبو معشر ، عن المَقْبُرى قال : « كَتَبَ نَجْدَةُ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ يَسْأَلُهُ عَنْ سَهْمِ ذِى الْقُرْبَى ، فَكَتَبَ ابْنُ عَبَّاسٍ: إِنَّا كُنَّا نَزْعُمُ أَنَّهُ لَنَا فَأَبَى ذَلِكَ عَلَيْنَا قَوْمُنَا » . قال أحمد : أنا أذهب إلى أنه لقرابة النبى صلى الله عليه وسلم على ما قال ابن عباس : « هُوَ لَنَا » .

٥٠٢١ (الفصل الثانى)

أن ذا القربى هم بنو هاشم ، وبنو المطلب ابنى عبد مناف ، دون غيرهم . بدليل ما روى جُبَيْر بن مُطْعِم قال : « لَمَّا قَسَمَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَهْمَ ذِى الْقُرْبَى مِنْ خَيْبَرَ بَيْنَ بَنِى هَاشِمٍ وَبَنِى الْمُطَّلِبِ . أَتَيْتُ أَنَا وَعُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقُلْنَا : يَا رَسُولَ اللهِ ، أَمَّا بَنُو هَاشِمٍ فَلَا نُنْكِرُ فَضْلَهُمْ لِمَكَانِكَ الَّذِى وَضَعَكَ اللهُ بِهِ مِنْهُمْ ، فَمَا بَالُ إِخْوَانِنَا مِنْ بَنِى الْمُطَّلِبِ أَعْطَيْتَهُمْ وَتَرَكْتَنَا ، وَإِنَّمَا نَحْنُ وَهُمْ مِنْكَ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ ؟ فقال : إِنَّهُمْ لَمْ يُفَارِقُونِى

فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلاَ إِسْلاَمٍ ، وَإِنَّمَا بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ » وَشَبَّكَ بين أصابعه . وفى رواية « إِنَّهُمْ لَمْ يُفَارِقُونَا فِي جَاهِلِيَّةٍ وَلاَ إِسْلاَمٍ » . رواه أحمد والبخارى . فرعى لهم النبى صلى الله عليه وسلم نصرتهم وموافقتهم بنى هاشم .

ومن كانت أمه منهم ، وأبوه من غيرهم ، لم يستحق شيئاً . لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يدفع إلى أقارب أمه ، وهم بنو زهرة شيئاً ، وإنما دفع إلى أقارب أبيه ، ولو دفع إلى أقارب أمه لدفع إلى بنى زهرة . وخَبَرُ جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئاً ، ولم يدفع أيضاً إلى بنى عماته ، وهم : الزبير بن العوام ، وعبد الله والمهاجر ابنا أبى أمية ، وبنو جحش .

٥٠٢٢ (الفصـــل الثالث)

أنه يشترك فيه الذكر والأنثى ، لدخولهم فى اسم القرابة ، واختلفت الرواية فى قسمته بينهم .
فعن أحمد : أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهو اختيار الخرَقِىّ ومذهب الشافعىّ لأنه سهم استُحِقَّ بقرابة الأب شرعاً ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث .

ويفارق الوصية ، وميراث ولد الأم . فإن الوصية استحقت بقول الموصى ، وميراث ولد الأم استحق بقرابة الأم .

والرواية الثانية : يُسَوَّى بين الذكر والأنثى . وهو قول أبى ثور ، والمزنى ، وابن المنذر ، لأنهم أعْطُوا باسم القرابة ، والذكر والأنثى فيها سواء ، فأشبه ما لو وَصَّى لقرابة فلان ، وأوقف عليهم . ألا ترى أن الجدَّ يأخذ مع الأب ، وابن الابن يأخذ مع الابن ؟ وهذا يدل على مخالفة المواريث.ولأنه سهم من خُمس الخُمس لجماعة ، فيستوى فيه الذكر والأنثى كسائر سهامه ، ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين ، لاستوائهم فى القرابة ، فأشبه الميراث .

٥٠٢٣ (الفصـــل الرابع)

أنه يفرق بينهم بحيث كانوا من الأمصار ، يجب تعميمهم به حسب الإمكان ، وهذا قول الشافعى .
وقال بعضهم : يُخَصّ أهلُ كل ناحية بخُمس مَغْزاها الذى ليس لهم مغزى سواه ، فما يؤخذ من مَغْزى الروم لأهل الشام والعراق وما يؤخذ من مغزى الترك لمن فى خراسان من ذوى القربى ، لما يلحق من المشقة فى نقله من المشرق إلى المغرب . ولأنه يتعذر تعميمهم به ، فلم يجب كسائر أهل السهم .

ووجه الأول : أنه سهم مُستَحَق بقرابة الأب ، فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالميراث . فعلى هذا يبعث الإمام إلى عماله فى الأقاليم ، وينظركم حصل من ذلك ؟ فإن استوت فيه فرّق كلَّ خُمس فيمن فاز به ،

وإن اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه كالميراث . وفارق الصدقة حيث لا تنقل ، لأن كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله ، والخمس يؤخذ فى بعض الأقاليم ، فلو لم يُنقَل لأدى إلى إعطاء البعض وحرمان البعض .

والصحيح إن شاء الله أنه لا يجب التعميم ، لأنه يتعذر ، فلم يجب ، كتعميم المساكين ، وما ذكر من بعث الإمام عماله وسُعاته فهو متعذر فى زماننا ، لأن الإمام لم يبق له حكم إلا فى قليل من بلاد الإسلام ، ولم يبق له جهة فى الغزو ، ولا له فيه أمر ، ولأن هذا سهم من سهام الخمس ، فلم يجب تعميمه كسائر سهامه. فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

٥٠٢٤ (الفصل الخامس)

أن غَنِيَّهم وفقيرهم فيه سواء ، وهذا قول الشافعى ، وأبى ثور ، وقيل : لاحق فيه اغنى ، قياساً له على بقية السهام .

ولنا : عموم قوله تعالى: « وَلِذِي الْقُرْبَى »، وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعطى أقاربه كلهم ، وفيهم الأغنياء كالعباس وغيره ، ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم . وقد روى الإمام أحمد فى مسنده : « أنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَى الزُّبَيْرَ سَهْماً وأُمَّهُ سَهْماً وَفَرَسَهُ سَهْمَيْنِ ». وإنما أعطى أمه من سهم ذى القربى وقد كانت موسرة ولها موالٍ ومال. ولأنه مال مستحق بالقرابة، فاستوى فيه الغنى والفقير كالميراث والوصية للأقارب ، ولأن عثمان وجُبَيْراً طلبا حقهما منه ، وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما، وهما موسران ، فعلله النبى صلى الله عليه وسلم بنصرة بنى المطلب دونهم ، وكونهم مع بنى هاشم كالشيء الواحد ، ولو كان اليسار مانعاً والفقر شرطاً لم يطلبا مع عدمه ، ولَعَلَّلَ النبى صلى الله عليه وسلم منعهما بيسارهما ، وانتفاء فقرهما .

٥٠٢٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والخمس الثالث لليتامى ﴾

وهم : الذين لا آباء لهم ، ولم يبلغوا الحلم . فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ »[1] ، قال بعض أصحابنا : لا يستحقون إلا مع الفقر ، وهو المشهور من مذهب الشافعى ، لأن ذا الأب لا يستحق ، والمال أنفع من وجود الأب ، ولأنه صُرف إليهم لحاجتهم ، فإن اسم اليتيم يطلق عليهم فى العرف للرحمة ، ومن كان إعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه ، وفارق ذوى القربى ، فإنهم استحقوا

(١) أخرجه أبوداود عن علي

لقربهم من رسول الله صلى الله عليه وسلم تكرمه لهم . والغنى والفقير فى القرب سواء ، فاستويا فى الاستحقاق ، ولم أعلم فى هذا نصاً عن أحد ، وعموم الآية يقتضى تعميمهم .

وقال بعض أصحاب الشافعى : له قول آخر : أنه للغنى والفقير ، لعموم النص فى كل يتيم ، وقياساً له على سهم ذى القربى ، ولأنه لو خص به الفقير لكان داخلا فى جملة المساكين الذين هم أصحاب السهم الرابع ، فكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم .

قال أصحابنا : ويفرّق على الأيتام فى جميع الأقطار ، ولا يُخَصّ به أهل ذلك المَغْزى . والقول فيه كالقول فى سهم ذى القربى، وقد تقدم القول فيه .

٥٠٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والخمس الرابع للمساكين ﴾

وهم : أهل الحاجة ، ويدخل فيهم الفقراء ، والفقراء والمساكين صنفان فى الزكاة ، وصنف واحد ههنا ، وفى سائر الأحكام ، وإنما يقع التمييز بينهما إذا جمع بينهما بلفظين ، ولم يرد ذلك إلا فى الزكاة ، وسنذكرهم فى أصنافها ، قال أصحابنا : ويعم بها جميعهم فى جميع البلاد ، كقولهم فى سهم ذى القربى واليتامى ، وقد تقدم قولنا فى ذلك .

٥٠٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والخمس الخامس لابن السبيل ﴾

وسنذكره أيضاً فى أصناف الصدقة ، ويعطى كل واحد منهم قدر ما يوصله إلى بلده . لأن دفعنا إليه لأجل الحاجة ، فأعطى بقدرها ، فإن اجتمع فى واحد أسباب كالمسكين إذا كان يتيماً وابن سبيل ، استحق بكل واحد منهما ، لأنها أسباب لأحكام ، فوجب أن نثبت أحكامها ، كما لو انفردت . فإن أعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئاً .

٥٠٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وأربعة أخماس الفىء لجميع المسلمين ، غنيّهم وفقيرهم فيه سواء ، إلا العبيد ﴾

لا نعلم خلافا بين أهل العلم اليوم فى : أن العبيد لا حق لهم فى الفىء . وظاهر كلام أحمد والخرقى : أن سائر الناس لهم حق فى الفىء ، غنيهم وفقيرهم . ذكر أحمد الفىء فقال : فيه حق لكل المسلمين ، وهو بين الغنى والفقير . وقال عمر رضى الله عنه : « ما من أحد من المسلمين إلا له فى هذا المال نصيب ، إلا العبيد فليس لهم فيه شىء ، وقرأ عمر : «مَا أَفَاءَ اللهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى ـ حتى بلغ ـ وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ »[1] .

(١) سورة الحشر آيات ٧ — ١٠

ثم قال : هذه استوعبت المسلمين عامة ، ولئن عشت ليأتين الراعى ، بِسَرْوِ حِمْيَرَ نصيبه منها ، لم يعرق فيها جبينه » ، ولأنه مال مخموس ، فلم يختص به من فيه منفعة ، كأربعة أخماس الغنيمة .

وذكر القاضى : أن أهل الفىء هم أهل الجهاد من المرابطين فى الثغور ، وجند المسلمين ، ومن يقوم بمصالحهم ، لأن ذلك كان للنبى صلى الله عليه وسلم ، فى حياته لحصول النصرة والمصلحة به ، فلما مات صارت للجند ، ومن يحتاج إليه المسلمون ، فصار ذلك لهم دون غيرهم . وأما الأعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه ، والذين يغزون إذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة .

قال : ومعنى كلام أحمد : أنه بين الغنى والفقير ، يعنى الغنى الذى فيه مصلحة المسلمين ، من المجاهدين والقضاة والفقهاء ، ويحتمل أن يكون معنى كلامه : أن لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال ، لكونه يصرف إلى من يعود نفعه على جميع المسلمين ، وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال ، وبالأنهار والطرقات التى أصلحت به .

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصا بالجند ، وإنما هو مصروف فى مصالح المسلمين ، لكن يبدأ بجند المسلمين لأنهم أهمُّ المصالح ، لكونهم يحفظون المسلمين فيعْطَون كفاياتهم ، فلما فضل قُدّم الأهم فالأهمّ ، من عمارة الثغور [1] وكفايتها ، فالأسلحة والكُرَاع [2] وما يحتاج إليه ، ثم الأهم فالأهم من عمارة المساجد والقناطر وإصلاح الطرق وكراء الأنهار وسد بثوقها [3] وأرزاق القضاة ، والأئمة ، والمؤذنين ، والفقهاء ، ونحو ذلك ، مما للمسلمين فيه نفع .

وللشافعى قولان كنحو مما ذكرناه .

واحتجوا على أن أربعة أخماس الفىء كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى حياته بما روى : مَالِكُ ابنُ أوْس بن الحَدَثَان قال : سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلى يختصمان إليه فى أموال النبى صلى الله عليه وسلم فقال عمر كَانَتْ أَمْوَالُ بنى النَّضِير مما أفاء الله على رسوله ، مما لم يوجِف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب ، وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصاً دون المسلمين ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفقُ منها على أهله نفقة سَنَتِه فما فَضَل جعله فى الكُرَاع والسلاح ، ثم تُوُفى رسول الله صلى الله عليه وسلم فَوَلِيَهَا أبو بكر بمثل ما وليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم وليتها بمثل ما وليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر » . متفق عليه إلا أن فيه (يَجْعَلُ ما بَقِىَ أُسْوَةَ المَالِ) وظاهر أخبار عمر تدل على أن

(١) الثغور جمع ثغر ، وهو الحدود أو البلاد الواقعة على الحدود التى يخشى منها هجوم العدو .

(٢) الكراع : الخيل ، وركائب الحرب عامة . (٣) البثوق : الشقوق التى يتسرب بواسطتها الماء من الأنهار .

لجميع المسلمين فى الفىء حقا ، فإنه لما قرأ الآية التى فى سورة الحشر قال : « هذه الآية استوعبت المسلمين » . وجعل للراعى بسرو حمير منه نصيباً ، وقال : « ما أجد إلا له فى هذا المال نصيب »

وأما أموال بنى النضير فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم كان ينفق منه على أهله ، لأن ذلك من أهم المصالح ، فبدأ بهم ، ثم جعل باقيه أسوة المال. ويحتمل أن تكون أموال بنى النضير اختص بها النبى صلى الله عليه وسلم من الفىء ، وترك سائره لمن سمى فى الآية ، وهذا مبين فى قول عمر : « وكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصاً دون المسلمين » .

٥٠٢٩ (فصل)

واختلف الخلفاء الراشدون رضى الله عنهم فى قسْم الفىء بين أهله . فذهب أبو بكر الصديق رضى الله عنه إلى التسوية بينهم فيه وهو المشهور عن على رضى الله عنه ، فروى أن أبا بكر رضى الله عنه سوى بين الناس فى العطاء ، وأدخل فيه العبيد ، فقال له عمر: « ياخليفة رسول الله ، أتجعل الذين جاهدوا فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم ، وهجروا ديارهم له ، كمن إنما دخلوا فى الإسلام كرها » ؟ فقال أبو بكر : « إنما عملوا لله ، وإنما أجورهم على الله ، وإنما الدنيا بلاغ » . فلما ولى عمر رضى الله عنه فاضل بينهم ، وأخرج العبيد ، فلما ولى على سوّى بينهم ، وأخرج العبيد . وذكر عن عثمان : أنه فضل بينهم فى القسمة .

فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم : أبى بكر وعلى التسوية ، ومذهب اثنين : عمر وعثمان التفضيل .

وروى عن أحمد رحمة الله عليه أنه أجاز الأمرين جميعاً على ما يراه الإمام ، ويؤدى اجتهاده إليه .

فروى عن الحسن بن على بن الحسن أنه قال : للإمام أن يفضل قوما على قوم ، وقال أبو بكر : اختيار أبى عبد الله ألا يفضلوا ، وهذا اختيار الشافعى .

وقال أبىّ : رأيت قسم الله المواريث على العدد ، يكون الإخوة متفاضلين فى الغَنَاء عن الميت والصلة فى الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون ، وقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأربعة الأخماس على العدد ، ومنهم من يعطى غاية الغَنَاء ، ويكون الفتح على يديه ، ومنهم من يكون محضره إما غير نافع ، وإما ضر بالجبن والهزيمة . وذلك أنهم استووا فى سبب الاستحقاق ، وهو انتصابهم للجهاد ، فصاروا كالغانمين .

والصحيح إن شاء الله : أن ذلك مفوض إلى اجتهاد الإمام ، يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعطى الأنفال فيفضل قوما على قوم على قدر غنائهم ، وهذا فى معناه .

والمشهور عن عمر رضى الله عنه : أنه حين كثر عنده المال فرض للمسلمين أعطياتهم ، ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف ، وللأنصار من أهل بدر أربعة آلاف أربعة آلاف ، وفرض

لأهل الحديبية ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ، ولأهل الفتح ألفين ألفين ، وقال : بمن أبدأ ؟ قيل له : بنفسك ، قال : لا ولكن أبدأ بقرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم . فبدأ ببنى هاشم ، ثم ببنى المطلب ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا بَنُوا هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَىْءٌ واحِدٌ » . ثم ببنى عبدشمس ، لأنه أخو هاشم لأبويه ، ثم ببنى نوفل لأنه أخوهما لأبيهما ، ثم الأقرب فالأقرب .

قال : أصحابنا : ينبغى أن يتخذ الإمام ديواناً ، وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر أعطياتهم ويجعل لكل قبيلة عريفاً . فقد روى لزهرى : « أنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، عَرَّف عامَ حُنَيْنٍ عَلَى كل عشرة عرِيفاً . »[1] وإذا أراد إعطاءهم بدأ بقرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما روى عن عمر رضى الله عنه ، ويقدم الأقرب فالأقرب ، ويقدم بنى عبد العزى على بنى عبد الدار ، لأن فيهم أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن خديجة منهم ، حتى تنقضى قريش . وهم : بنو النضر بن كنانة ، ثم من بعد قريش الأنصار ، ثم سائر العرب ، ثم العجم ، والموالى ، ثم تفرض الأرزاق لمن يحتاج المسلمون إليهم ، من القضاة والمؤذنين ، والأئمة والفقهاء ، والقراء والبرد[2] والعيون[3] ، ومن لا غنى للمسلمين عنه ، ثم فى إصلاح الحصون والكراع والسلاح ، ثم بمصالح المسلمين ، من بناء القناطر والجسور ، وإصلاح الطرق ، وكَرْى الأنهار ، وسد بثوقها ، وعمارة المساجد ، ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ، ويخص ذا الحاجة .

٥٠٣٠ (فصـــــل)

قال القاضى : ويعرف قدر حاجتهم - يعنى أهل العطاء - وكفايتهم ، ويزداد ذو الولد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه ، وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤونتهم فى كفايته . وإن كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا فى مؤونته ، وينظر فى أسعارهم فى بلدانهم ، لأن أسعار البلدان تختلف والغرض الكفاية ، ولهذا تعتبر الذرية والولد ، فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك ، وإن كانوا سواء فى الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض ، وإنما تتفاضل كفايتهم ، ويعطون قدر كفايتهم فى كل عام مرة .

وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية ، فأما من يرى التفضيل فإنه يفضل أهل السوابق والغناء فى الإسلام على غيرهم بحسب ما يراه ، كما أن عمر فضل أهل السوابق ، فقسم لقوم خمسة آلاف ، ولآخرين أربعة آلاف ، ولآخرين ثلاثة آلاف ، ولآخرين ألفين ألفين ، ولم يقدِّر ذلك بالكفاية .

---

(١) العريف من يتولى شئون جماعة من إخوانه ويتعرف الأمير منه أحوالهم .

(٢) جمع بريد وهم السعاة بالرسائل (٣) العيون : الجواسيس على العدو .

٥٠٣١ (فصـــــل)

والعطاء الواجب لا يكون إلا لبالغ يطيق مثله القتال ، ويكون عاقلا حراً بصيراً صحيحاً ، ليس به مرض يمنعه القتال ، فإن مرض الصحيح مرضاً غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها ، خرج من المقاتلة وسقط سهمه ، وإن كان مرضاً مرجو الزوال كالحمى والصداع والبرسام(١) لم يسقط عطاؤه ، لأنه فى حكم الصحيح ألا ترى أنه لا يستنيب فى الحج كالصحيح ؟

وإن مات بعد حلول وقت العطاء دفع حقه إلى ورثته ، ومن مات من أجناد المسلمين دفع إلى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم، لأنه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرد نفسه للقتال، لأنه يخاف على ذريته الضياع، فإذا علم أنهم يكفون بعد موته سهل عليه ذلك ، ولهذا قال أبو خالد الهنائى(٢) :

لقد زاد الحيـــاة إلىَّ حُبـــا بنـــاتى إنهن من الضِّعاف
مخافة(٣) أن يرين الفقر(٤) بعـدى وأن يشربن رنقا(٥) بعد صاف
وأن يعرين إن كُسى الجوارى فتَنْبُو العَيْنُ عن كوم(٦) عجاف(٧)
ولولا ذاك قد سوَّمت مُهْرى(٨) وفى الرحمن للضعفـا كاف

وإذا بلغ ذكور أولادهم واختاروا أن يكونوا فى المقاتلة فرض لهم، وإن لم يختاروا تركوا ، ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء .

٥٠٣٢ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة ، للراجل سهم وللفارس ثلاثة أسهم ، إلا أن يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان ، سهم له وسهم لهجينه ﴾

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين وقوله تعالى : « وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ »(٩) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم ، لأنه أضافها إليهم ، ثم أخذ منها سهماً لغيرهم ، فبقى

---

(١) البرسام : التهاب فى الحجاب الذى بين الكبد والقلب .
(٢) فى لسان العرب ج ١٢ ص ٥١١ وفى الكامل للمبرد ج ٢ ص ١٠٧ (القنانى) .
(٣) فى الكامل (أحاذر) بدل (مخافة) . (٤) فى اللسان (البؤس) بدل (الفقر) .
(٥) الرنق : الكدر من الماء ، والمراد عسر العيش بعد صفائه .
(٦) فى اللسان والكامل (كرم) وهو وصف بالمصدر .
(٧) والعجاف : الهزيلات والمراد : تتباعد العين عن أصيلات هزيلات عاريات .
(٨) يعنى : أعددت فرسى وجهزتها للقتال . (٩) الأنفال آية ٤١ .

سائرها لهم . كقوله تعالى : « وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ »(١) وقال عمر رضى الله عنه : « الغنيمة لمن شهد الوقعة » .

وذهب جمهور أهل العلم إلى أن للراجل سهماً ، وللفارس ثلاثة أسهم ، وقال أبو حنيفة : للفارس سهمان ، وخالفه أصحابه ، فوافقوا سائر العلماء ، وقد ثبت عن ابن عمر : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أسْهَمَ للفارس ثلاثةَ أسهم ، سهم له ، وسهمان لفرسه » ، متفق عليه ، وقال خالد الحذَّاء : إنه لا يختلف فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه أسهم للفرس سهمين ، ولصاحبه سهماً ، وللراجل سهماً » . والهجين من الخيل هو : الذى أبوه عربى ، وأمه غير عربية . والمُقْرِف(٢) : عكس ذلك ، وهو الذى أبوه غير عربى ، وأمه عربية . ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير :

وما هندُ إلا مُهْرَةٌ عربيةٌ سليلة أفراسٍ تحللها بغل(٣)
فإن ولدت مُهْراً كريما فبالحرَى وإن يك إقرافٌ فما أنجب الفَحْل

وأراد الخرقى بالهجين هنا : ما عدا العربى من الخيل من البراذين(٤) وغيرها ، وقد روى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أن البراذين إذا أدركت مثل العِراب فلها مثل سهمها . وذكر القاضى رواية أخرى فيما عدا العِراب من الخيل : لا يسهم لها ، وفى هذه المسألة اختلاف كثير ، وأدلة على كل قول أخَّرنا ذكرها إلى باب الجهاد ، فإن المسألة مذكورة فيه ، وهو أليق بها إن شاء الله تعالى .

٥٠٣٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الأصناف التى سمى الله عز وجل ﴾

يعنى قول الله تعالى : « إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِى الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِى سَبِيلِ اللهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ »(٥) . وروى أن رجلا قال : يا رسول الله أعطنى من هذه الصدقات ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنَّ اللهَ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِ نَبِىٍّ وَلاَ غَيْرِهِ فِى الصَّدَقَاتِ حَتَّى حَكَمَ فِيهَا فَجَزَّأَهَا ثَمَانِيَةَ أَجْزَاء ، فَإِنْ

---

(١) سورة النساء آية ١١ (٢) المقرف كمحسن كما فى القاموس ج ٣ ص ١٩٠ .

(٣) فى سمط اللآلى ج ١ ص ١٧٩ باختلاف يسير فى اللفظ و (تجللها) بالجيم المعجمة. وورد فى لسان العرب ج ١١ ص ٣٣٩ (سليلة أفراس تجللها بغل) قال ابن برى : وذكر بعضهم أنها تصحيف وأن صوابه (نغل) بالنون وهو الخسيس من الناس والدواب لأن البغل لاينسل .

(٤) البراذين جمع برذون ، وهو: دابة الحمل الثقيلة والتركى من الخيل .

(٥) سورة التوبة آية ٦٠

كُنْتَ مِنْ تِلْكَ الْأَجْزَاءِ أَعْطَيْتُكَ حَقَّكَ » . والمراد بالصدقة ههنا : الزكاة المفروضة ، دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا ، ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى أنه لا يجوز دفع الزكاة إلى غير هذه الأصناف ، إلا ما روى عن عطاء والحسن أنهما قالا : ما أعطيتَ فى الجسور والطرق فهى صدقة ماضية ، والأول أصح ، وذلك لأن الله تعالى قال : « إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ » وَ « إِنَّمَا » للحصر ، تثبت المذكور وتنفى ما عداه ، لأنها مركبة من حرف نفى وإثبات ، فتجرى مجرى قوله تعالى : « إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهٌ وَاحِدٌ »[1] أى لا إله إلا الله ، وقوله تعالى : « إِنَّمَا أَنْتَ مُنْذِرٌ »[2] أى ما أنت إلا نذير ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » .

٥٠٣٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ الفقراء وهم : الزمنى ، والمكافيف الذين لا حرفة لهم . والحرفة : الصناعة ، ولا يملكون خمسين درهماً ، ولا قيمتها من الذهب . والمساكين وهم السؤّال وغير السؤال ، ومن لهم الحرفة إلا أنهم لا يملكون خمسين درهماً ، ولا قيمتها من الذهب ﴾

الفقراء والمساكين صنفان فى الزكاة ، وصنف واحد فى سائر الأحكام ، لأن كل واحد من الاسمين ينطلق عليهما ، فأما إذا جمع بين الاسمين ، وميز بين المسميين تميزاً ، وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة ، وعدم الغنى ، إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل أن الله تعالى بدأ به ، وإنما يبدأ بالأهم فالأهم ، وبهذا قال الشافعى والأصمعى. وذهب أبو حنيفة إلى أن المسكين أشد حاجة ، وبه قال الفرّاء ، وثعلب ، وابن قتيبة ، لقول الله تعالى : « أَوْ مِسْكِيناً ذَا مَتْرَبَةٍ »[3] . وهو المطروح على التراب لشدة حاجته ، وأنشدوا :

أما الفقير الذى كانت حَلُوبَتُه   وَفْقَ العِيالِ فلم يُتْرَكْ له سَبَدُ[4]

فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله .

ولنا : أن الله تعالى بدأ بالفقراء ، فيدل على أنهم أهم ، وقال تعالى: « أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِى الْبَحْرِ »[5] . فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اللَّهُمَّ أَحْيِنِي مِسْكِيناً وَأَمِتْنِي مِسْكِيناً وَاحْشُرْنِي فِي زُمْرَةِ الْمَسَاكِينِ » . وكان يستعيذ من الفقر ،

---

(١) سورة النساء آية ١٧١ (٢) سورة الرعد آية ٧ (٣) سورة البلد آية ١٦

(٤) قاله الراعى يمدح عبد الملك بن مروان ويشكو إليه سعاته كما فى لسان العرب ج ٥ ص ٦٠ والحلوبة : ما يحلب والسبد : الوبر أو الشعر والمعنى أن السعاة جاروا على الفقير — الذى ليس لديه سوى حلوبة يكفى لبنها عياله — حتى لم يتركوا له شيئاً .

(٥) سورة الكهف آية ٧٩

ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعيذ من حالة أصلح منها ، ولأن الفقير مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول ، أى مفقور ، وهو الذى يرعب فقرة ظهره ، فانقطع صاحبه . قال الشاعر[1] :

لَمَّا رأى لُبَدُ النُّسُورَ تطايَرَتْ ... رَفَعَ القَوَادِمَ كالفقيرِ الأعْزَلِ

أى لم يطق الطيران كالذى انقطع صلبه ، والمسكين مفعيل من السكون ، وهو الذى أسكنته الحاجة ، ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن ، فأما الآية فهى حجة لنا ، فإن نعت الله للمسكين بكونه ذا مَتْرَبة ، يدل على أن هذا النعت لا يستحقه بإطلاق اسم المسكنة ، كما يقال ثوب ذو علم .

ويجوز التعبير بالمسكين عن الفقير بقرينة وبغير قرينة ، والشعر أيضا حجة لنا ، فإنه أخبر أن الذى كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبد ، فصار فقيراً لا شيء له .

إذا تقرر هذا فالفقير الذى لا يقدر على كسب ما يقع موقعا من كفايته ، ولا اه من الأجرة أو من المال الدائم مايقع موقعا من كفايته ، ولا له خمسون درهما ولا قيمتها من الذهب ، مثل الزمنى والمكافيف وهم العميان ، سموا بذلك لكف أبصارهم ، لأن هؤلاء فى الغالب لا يقدرون على اكتساب ما يقع موقعا من كفايتهم ، وربما لا يقدرون على شيء أصلا ، قال الله تعالى : « لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللهِ لاَ يَسْتَطِيعُونَ ضَرْباً فِي الأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الجَاهِلُ أَغْنِياءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا[2] » . ومعنى قولهم : يقع موقعا من كفايتهم : أنه يحصل به معظم الكفاية ، أو نصف الكفاية ، مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة ، فما زاد ، والذى لا يحصل له إلا مالا يقع موقعا من كفايته كالذى لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها ، فهذا هو الفقير والأول هو المسكين ، فيعطى كل واحد منهما ما يتم به كفايته ، وتنسد به حاجته ، لأن المقصود دفعها وإغناء صاحبها ، ولا يحصل إلا بذلك ، والذى يسأل ويحصّل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين ، لكنه يعطى جميع كفايته ، ويغنى عن السؤال .

فإن قيل : فقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لَيْسَ الْمِسْكِينُ بِالطَّوَّافِ الَّذِى تَرُدُّهُ اللُّقْمَةُ وَاللُّقْمَتَانِ وَلَكِنَّ الْمِسْكِينَ الَّذِى لَا يَسْأَلُ النَّاسَ وَلَا يُفْطَنُ لَهُ فَيُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ » قلنا : هذا تجوّز وإنما نفى المسكنة عنه مع وجودها فيه حقيقة مبالغة فى إثباتها فى الذى لا يسأل الناس ، كما قال عليه السلام : « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ وَإِنَّمَا الشَّدِيدُ الذّى يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ » . وقال : « مَا تَعُدُّونَ الرَّقُوبَ فِيكُمْ ؟

(١) هو لبيد كما فى لسان العرب ج ٥ ص ٦٢ ولبد : هو السابع من نسور لقمان — والقوادم . أربع ريشات فى مقدم الجناح .

(٢) سورة البقرة ٢٧٣

قالوا : الذى لا يَعيشُ لَهُ وَلَد . قال : لا ، وَلَـكِنَّ الرَّقُوبَ الَّذِى لَمْ يُقَدِّمْ مِنْ وَلَدِهِ شَيْئاً » . وقال « مَا تَعُدُّونَ المُفْلِسَ فِيكُمْ ؟ قالوا : الَّذِى لاَ دِرْهَمَ لَه ، وَلاَ مَتَاع . قال : لا ، ولـكن المفلس : الَّذِى يَأْتِى يَوْمَ القِيَامَةِ بِحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الجِبَالِ ، وَيَأْتِى وَقَد ظَلَمَ هَذَا ، وَلَطَمَ هَذَا ، وَأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هَذا فَيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، حَتَّى إِذَا نَفِدَتْ حَسَنَاتُهُ ، أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ فَطُرِحَتْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يُصَكُّ لَهُ صَكٌّ إِلَى النَّارِ » .

٥٠٣٥ (فصـــل)

ومن كان ذا مكسب يغنى به نفسه وعياله إن كان له عيال ، أو كان له قدر كفايته فى كل يوم من أجر عقار ، أو غلة مملوك ، أو سائمة ، فهو غنى لا حق له فى الزكاة . وبهذا قال ابن عمر ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : إن لم يملك نصابا فله الأخذ منها ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدَّ فِي فُقَرَائِهِمْ » فجعل الغنىَّ من تؤخذ منه الصدقة ، ولا تؤخذ إلا من النصاب ، ولأن هذا لا يملك نصابا ، ولا قيمته ، فجاز له الأخذ كالذى لا كفاية له .

ولنا : ما روى عبد الله بن عدى بن الخيار : أن رجلين أتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] وهو يقسم الصدقة ، فسألاه شيئا منها ، فصعّد[2] بصره فيهما ، وقال لهما : « إِنْ شِئْتُمَا أَعْطَيْتُكُما مِنْهاَ ، وَلاَ حَظَّ فِيهَا لِغَنِيّ ، وَلاَ لِقَوِيٍّ مُكْتَسِبْ » . رواه أبو داود ، ورواه الإمام أحمد عن يحيى بن سعيد ، عن هشام ابن عروة ، عن أبيه ، عن عبيد الله . وقال : هذا أجودها إسناداً ، ما أجوده من حديث ، ما أعلم روى فى هذا أجود من هذا .

قيل له : فالحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لاَ تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ وَلا لِذِى مِرَّة سَوِيّ[3] » . قال : لا أعلم فيه شيئاً يصح . قيل له : يرويه سالم بن أبى الجعد ، عن أبى هريرة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم ؟ قال : سالم لم يسمع من أبى هريرة .

والغنى يختلف فمنه غنى يوجب الزكاة ، وغِنىً يمنع أخذها ، وغنى يمنع المسألة . ويخالف ما قاسوا عليه هذا فإنه محتاج إليها ، والصدقة أوساخ الناس ، فلا تباح إلا عند الحاجة إليها . وهذا المختلف فيه لا حاجة به إليها ، فلا تباح له .

---

(١) (فى حجة الوداع) والزيادة من أبى داود نفسه جـ١ ص ٣٧٩

(٢) لفظ أبى داود (فرفع فينا البصر وخفضه) وصعد بصره فيهما تفيد المعنى

(٣) المرة : القوة والشدة . والسوى : الصحيح الأعضاء

٥٠٣٦ (فصـــــل)

وإن كان الرجل صحيحاً جلداً وذكر أنه لا كسب له أعطى منها ، وقبل قوله بغير يمين ، إذ لم يُعْلم يقين كذبه ، ولا يحلّفه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلّفهما ، وفى بعض رواياته أنه قال أتينا النبي صلى الله عليه وسلم فسألناه من الصدقة ، فصعّد فينا البصر وصوّبه ، فرآنا جلدين فقال : « إنْ شِئْتُمَا أَعْطَيْتُكُمَا » . وذكر الحديث .

٥٠٣٧ (فصـــــل)

فإن ادعى أن له عيالا فقال القاضي وأبو الخطاب : يقلد ويعطى لهم ، كما يقلد فى دعوى حاجته ، قال ابن عقيل : عندنا لا يقبل قوله إلا ببية ، لأن الأصل عدم العيال ، ولا تتعذر إقامة البينة عليه ، وفارق ما إذا ادّعى أنه لا كسب له ، فإنه يدّعى مايوافق الأصل ، لأن الأصل عدم الكسب والمال ، وتتعذّر عليه إقامة البينة عليه .

ولو ادعى الفقر من عُرِف بالغنى لم يقبل قوله إلا ببينة تشهد بأن ماله تَلف أو نفد . لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لَا تَحِلُّ الْمَسْأَلَةُ إِلاَّ لِثَلاَثَةٍ : رَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَشْهَدَ[1] لَهُ ثَلاَثَةٌ مِنْ ذَوِى الحجَا مِنْ قَوْمِه : لَقَدْ أَصَابَتْ فُلاَنًا فَاقَةٌ ، فَحَلَّتْ لَهُ المسألة حَتَّى يُصِيبَ قِواماً مِنْ عيش ، أَوْ سِدَاداً[2] مِنْ عَيْش » . وهل يعتبر فى البينة على الفقر ثلاثة ، أو يكتفى باثنين ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يكفى إلا ثلاثة لظاهر الخبر .

والثانى : يقبل قول اثنين ، لأن قولها يقبل فى الفقر بالنسبة إلى حقوق الآدميين المبنية على الشح والضيق ، ففى حقّ الله تعالى أولى ، والخبر إنما ورد فى حل المسألة ، فيقتصر عليه . وإن لم يُعْرَفْ له مال قُبل قوله ، ولم يُسْتَحْلَف ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستحلف الرجلين اللذين رآهما جلدين . فإن رآه متجملا قبل قوله أيضاً لأنه لا يلزم من ذلك الغنى ، بدليل قول الله تعالى « يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِياءَ مِنَ التَّعَفُّفِ » لكن ينبغى أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة ، لئلا يكون ممن لا تحل له الزكاة . وإن رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ، ولم يحتج أن يبين له شرط جواز الأخذ ، ولا أن ما يدفعه إليه زكاة .

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته إلى رجل : هل يقول له: هذه زكاة ؟ فقال : يعطيه ويسكت ، ولا يقرعه ، فاكتفى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه .

(١) فى سنن أبى داود جـ١ ص ٣٨١ (حتى يقول ثلاثة) ـــ والاثنان الآخران هما ، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة ، فسأل حتى يصيب قواما من عيش أو قال سدادا من عيش .

(٢) السداد بالكسر : مايسد به الفقر ويدفع ويكفى الحاجة .

٥٠٣٨ (فصــــل)

وإذا كان للرجل بضاعة يتجر بها ، أو ضيعة يستغلها تـكفيه غلتها له ولعياله ، فهو غنى لا يعطى من الصدقة شيئاً ، وإن لم تـكفه جاز له الأخذ منها قدر مايتم به الـكفاية ، وإن كثرت قيمة ذلك ، وقد تقدم ذكر ذلك فى الزكاة .

٥٠٣٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ والعاملين على الزكاة ، وهم الجباة لها ، والحافظون لها ﴾ .

يعنى العاملين على الزكاة ، وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة ، وهم السـعاة الذين يبعثهم الإمام لأخذها من أربابها ، وجمعها وحفظها ونقلها ، ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها ، وكذلك الحاسب والـكاتب والـكيّال والوزان والعداد ، وكل من يُحتاج إليه فيها ، فإنه يعطى أجرته منها ، لأن ذلك من مؤنتها ، كعلفها ، وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتهم ، فبعث عمر ، ومعاذاً ، وأبا موسى ، ورجلا من بنى مخزوم ، وابن اللتبية ، وغيرهم ، وطلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث ، أن يبعثهما فقالا : يا رسول الله لو بعثتنا على هـذه الصدقة فنصيب ما يصيب الناس ، ونؤدى إليك ما يؤدى الناس ؟ فأبى أن يبعثهما ، وقال : « إنَّ هَذِهِ الصَّدَقَةَ أَوْسَاخُ النَّاسِ » . وهذه قصص اشتهرت ، فصارت كالمتواتر ، وليس فيه اختلاف ، مع ما ورد من نص الـكتاب فيه ، فأغنى عن التطويل .

٥٠٤٠ (فصــــل)

ومن شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلا أميناً ، لأن ذلك ضرب من الولاية ، والولاية يشترط فيها هذه الخصال ، ولأن الصبى والمجنون لاقبض لهما ، والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ، ويشترط إسلامه ، واختار هذا القاضى . وذكر أبو الخطاب وغيره : أنه لا يشترط إسلامه لأنه إجارة على عمـل ، فجاز أن يتولاه الـكافر كجباية الخراج ، وقيل عن أحمد فى ذلك روايتان .

ولنا : أنه يشترط له الأمانة ، فاشترط له الإسلام كالشهادة ، ولأنه ولاية على المسلمين فلم يَجُزْ أن يتولاها الـكافر كسائر الولايات ، ولأنّ من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربى ، ولأن الـكافر ليس بأمين ، ولهذا قال عمر : « لا تأتمنوهم وقد خونهم الله تعالى » . وقد أنـكر عمر على أبى موسى توليته الـكتابة نصرانياً ، فالزكاة التى هى ركن الإسلام أولى . ويشترط كونه من غير ذوى القربى ، إلا أن يدفع إليه أجرته من غير الزكاة ، وقال أصحابنا : يجوز له الأخذ منها ، لأنها أجرة على عمل تجوز للغنى ، فجازت لذوى القربى كأجرة النقال والحافظ ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

ولنا : حديث الفضل بن العباس ، وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث ، حين سألا النبي صلى الله عليه وسلم أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال : « إِنَّمَا هَذِهِ الصَّدَقَةُ أَوْسَاخُ النَّاسِ ، وإنها لاَ تَحِلُ لِمُحَمَّدٍ وَلاَ لِآلِ مُحَمَّدٍ » وحديث أبي رافع أيضاً ، وهذا ظاهر فى تحريم أخذهم العمالة ، فلا تجوز مخالفته .

ويفارق النقال والحمال والراعى ، فإنه يأخذه أجرةً لحمله لا لعمالته .

ولا يشترط كونه حراً ، لأن العبد يحصل منه المقصود كالحر ، فجاز أن يكون عاملا كالحر ، ولا كونه فقيهاً إذا كُتب له ما يأخذه وحدّ له ، كما كتب النبي صلى الله عليه وسلم لعماله فى فرائض الصدقة ، وكما كتب أبو بكر لعماله ، أو بعث معه من يعرفه ذلك ، ولا كونه فقيراً ، لأن الله تعالى جعل العامل صنفاً غير الفقراء والمساكين ، فلا يشترط وجود معناهما فيه ، كما يشترط معناه فيهما . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيّ إِلا لِخَمْسَةٍ : لِغَازٍ فِي سَبِيلِ الله أَوْ لِعَامِلٍ عَلَيْهَا [أو لغارم] [1] أَوْ لِرَجُلٍ ابْتَاعَهَا بماله ، أَوْ لِرَجُلٍ كَانَ لَهُ جَارٌ مِسْكِينٌ ، فَتَصَدَّقَ عَلَى الْمِسْكِينِ ، فَأَهْدَى الْمِسْكِينُ إِلَى الْغَنِيّ » . رواه أبو داود ، وذكر أصحاب الشافعى : أنه تشترط الحرية ، لأن العمالة ولاية ، فنافاها الرق كالقضاء ، ويشترط الفقه ، ليعلم قدر الواجب وصفته .

ولنا : ما ذكرناه ، ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية ، فإنه يجوز أن يكون إماماً فى الصلاة ، ومفتياً ، وراوياً للحديث ، وشاهداً ، وهذه من الولايات الدينية . وأما الفقه فإنما يحتاج إليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه ، ويحصل ذلك بالكتاب له ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وصاحباه رضى الله عنهما .

٥٠٤١ (فصــــــل)

والإمام مخير بين أن يستأجر العامل إجارة صحيحة بأجر معلوم ، إما عن مدة معلومة ، وإما على عمل معلوم ، وبين أن يجعل له جعْلا معلوماً على عمله ، فإذا عمله استحق المشروط ، وإن شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه ، فإن عمر رضى الله عنه ، قال : « بعثنى النبي صلى الله عليه وسلم على الصدقة ، فلما رجعت عمّلنى [2] فقلت : أعطه من هو أحوج منى — وذكر الحديث ، فإن تلفت الصدقة فى يده قبل وصولها إلى أربابها من غير تفريط فلا ضمان عليه ، ويستحق أجره من بيت المال ، وإن لم تتلف أعطى أجر عمله منها ، وإن كان أكثر من ثمنها أو أقل ، ثم قسم الباقى على أربابه . لأن ذلك من مؤنتها ، فجرى مجرى علفها ومداواتها . وإن رأى الإمام أعطاه أجرة من بيت المال ، أو يجعل له رزقاً فى بيت المال ، ولا يعطيه

---

(١) الزيادة من سنن أبي داود جـ ١ ص ٣٨٠ وبها تتم الخمسة

(٢) أى اعتبرنى عاملا عليها ، وأعطانى سهما .

منها شيئاً فعل ، ون تولى الإمام أو الوالى من قبله أخذ الصدقة وقِسْمتها لم يستحق منها شيئاً ، لأنه يأخذ رزقه من بيت المال .

٥٠٤٢ (فصل)

ويجوز للإمام أن يولى الساعى جبايتها دون تفرقتها . ويجوز أن يوليه جبايتها وتفريقها ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم ولى ابنُ اللتبيَّة ، فقدم بصدقته على النبي صلّى الله عليه وسلم ، فقال : هذا لـكم وهذا أهدى إلى . وقال لقبيصة : « أقِمْ يا قَبِيصَةُ حَتى تَأْتِينا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لَكَ بها » . وأمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها فى فقرائهم . ويروى أن زياداً ولى عمران بن حصين الصدقة ، فلما جاء قيل له : أين المال ؟ قال : أو للمال بعثتنى ؟ أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . رواه أبو داود ، وعن أبى جُحَيْفة قال : « أتانا مصدق النبي صلى الله عليه وسلم ، وأخذ الصدقة من أغنيائنا ، فوضعها فى فقرائنا ، وكنت غلاماً يتيما ، فأعطانى منها قلوصا »[1] . أخرجه الترمذى .

٥٠٤٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمؤلّفة قلوبهم ، وهم المشركون المتألّفون على الإسلام ﴾

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة ، والمستحقون لها ، وقال أبو حنيفة : انقطع سهمهم ، وهو أحد أقوال الشافعى ، لما روى أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا ، فلم يعطه وقال : « فمنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فليـكفر »[2] ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا على أنهم أعطوا شيئاً من ذلك ، ولأن الله تعالى أظهر الإسلام ، وقمع المشركين ، فلا حاجة بنا إلى التأليف . وحكى حنبل عن أحمد أنه قال : المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم ، والمذهب على خلاف ما حكاه حنبل . ولعل معنى قول أحمد : انقطع حكمهم ، أى لايحتاج إليهم فى الغالب ، أو أراد أن الأئمة لا يعطونهم اليوم شيئاً . فأما إن احتاج إليهم جاز الدفع إليهم . فلا يجوز الدفع إليهم إلا مع الحاجة .

ولنا على جواز الدفع إليهم : قول الله تعالى : « والمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ »[3] وهذه الآية فى سورة براءة ، وهى آخر ما نزل من القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين ، وأعطى أبو بكر عدىَّ بنَ حاتم — وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من إبل الصدقة — ثلاثين بعيراً ، ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله واطراحها بلا حجة لا يجوز ، ولا يثبت

(١) القلوص : الناقة الشابة . (٢) الـكهف : ٢٩ (٣) التوبة : ٦٠

النسخ بترك عمر وعثمان إعطاء المؤلفة ، ولعلهم لم يحتاجوا إلى إعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة إليه ، لا لسقوطه .

٥٠٤٤ (فصل)

والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ، ومسلمون ، وهم جميعاً السادة المطاعون فى قومهم وعشائرهم .

فالكفار ضربان . أحدهما : من يرجى إسلامه ، فيعطى لتقوى نيته فى الإسلام ، وتميل نفسه إليه فيسلم . فإن النبي صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة « أعطى صفوان بن أمية الأمان ، واستنظره صفوان أربعة أشهر لينظر فى أمره ، وخرج معه إلى حنين[1] فلما أعطى النبي صلى الله عليه وسلم العطايا قال صفوان : مالى ؟ فأومأ النبي صلى الله عليه وسلم إلى واد فيه إبل محملة فقال : « هذا لك » . فقال صفوان : إن هذا عطاء من لا يخشى الفقر »[2].

والضرب الثانى : من يخشى شره ، ويُرْجى بعطيته كف شره ، وكف غيره معه ، وروى عن ابن عباس أن قوماً كانوا يأتون النبي صلى الله عليه وسلم ، فإن أعطاهم مدحوا الإسلام ، وقالوا : هذا دين حسن وإن منعهم ذموا وعابوا .

وأما المسلمون فأربعة أضرب : قوم من سادات المسلمين ، لهم نظراء من الكفار ، ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة فى الإسلام ، فإذا أعطوا رجى إسلام نظرائهم ، وحسن نياتهم ، فيجوز إعطاؤهم ، لأن أبا بكر أعطى عَدِيّ بن حاتم ، والزِّبرِقَان بن بدر ، مع حسن نياتهما وإسلامهما .

الضرب الثانى : سادات مُطاعُون فى قومهم ، يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم ومناصحتهم فى الجهاد ، فإنهم يُعْطَوْن . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « أعطى عُيَيْنَةَ بن حِصْن والأقْرَعَ بن حَابِس ، وعَلْقَمة بن عُلاثة والطُّلَقاء من أهل مكة ، وقال للأنصار : « يَامَعْشَرَ الأنْصَار ، عَلاَمَ تأسَوْن على لُمَاعَةٍ[3] مِنَ الدُّنيا تَأَلَّفْتُ بِهَا قوْماً لاَ إيمانَ لهم ، ووكلتكمْ إلى إيمانِكم » ؟

وروى البخارى بإسناده عن عمرو بن تغلب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى ناساً ، وترك ناساً فبلغه عن الذين تَرَكَ أنهم عَتِبوا ، فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : « إنِّى أُعْطِى نَاساً ، وأَدَعُ ناساً ، والّذِى أَدَعُ أَحَبُّ إلىَّ مِنَ الّذِى أعْطى ، أعطى نَاساً لِمَا فى قُلُوبِهِمْ مِنَ الجْزَع والهَلَع ، وَأَكِلُ نَاساً إلى مَا فى قُلُوبِهمْ مِنَ الغنى والخيْر ، مِنْهُمْ عمْرُو بنَ تَغْلب » . وعن أنس قال : حين أفاء الله على

(١) بل لقد أعار النبي صلى الله عليه وسلم مائة درع بسلاحها .

(٢) وقال أيضاً : إنه ليعطينى وهو أبغض الناس إلى ، وما زال يعطينى حتى ما أرى أحداً أحب إلى منه ، وقد حسن إسلامه بعد ذلك .

(٣) اللماعة بضم اللام : بقية يسيرة .

رسوله أموال هَوَازن ، طَفِق رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى رجالا من قريش مائة من الإبل . فقال ناس من الأنصار : يغفر الله لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، يعطى قريشا ويمنعنا ، وسيوفنا تقطر من دمائهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وإنى أُعْطِى رِجَالاً حُدَثاء عَهْدٍ بِكُفْرٍ أَتألَّفُهُمْ » . متفق عليه .

الضرب الثالث : قوم فى طرف بلاد الإسلام ، إذا أعطوا دفعوا عمن يليهم من المسلمين .

الضرب الرابع : قوم إذا أعطوا جبوا الزكاة ممن لايعطيها إلا أن يخاف ، وكل هؤلاء يجوز الدفع إليهم من الزكاة ، لأنهم من المؤلفة قلوبهم ، فيدخلون فى عموم الآية .

٥٠٤٥ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وفى الرقاب ، وهم المـكاتبون ﴾

لا نعلم بين أهل العـلم خلافاً فى ثبوت سهم الرقاب ، ولا يختلف المذهب فى أن المـكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة إليهم ، وهو قول الجمهور . وخالفهم مالك فقال : إنما يصرف سهم الرقاب فى إعتاق العبيد ، ولا يعجبنى أن يعان منها مكاتب. وخالف أيضاً ظاهر الآية لأن المـكاتب من الرقاب ، لأنه عبد ، واللفظ عام ، فيدخل فى عمومه . إذا ثبت هذا فإنه يدفع إلى المـكاتب جميع ما يحتاج إليه لوفاء كتابته ، فإن لم يكن معه شىء جاز أن يدفع إليه جميعها . وإن كان معه شىء يتم له ما يتخلص به ، لأن حاجتـه لا تندفع إلا بذلك . ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شىء ، لأنه مستغن عنه فى وفاء الـكتابة . قيل : ولا يدفع إليه بحكم الفقر شىء ، لأنه عبد ، ويجوز أن يدفع إليه فى كتابته قبل حلول النَّجم[1] لئـلا يحل النجم ولا شىء معه فتنفسخ الـكتابة ، ولا يُدفع إلى مكاتبٍ كافرٍ شىء ، لأنه ليس من مصارف الزكاة ، ولا يقبل قول المـكاتب : إنه مكاتب إلا ببينة ، لأن الأصل عدمها ، فإن صدّقه السيد ففيه وجهان .

أحدهما : يقبل ، لأن الحق فى العبد لسيده ، فإذا أقر بانتقال حقه عنه قبل .

والثانى : لا يقبل ، لأنه متهم فى أنه يواطئه ليأخذ به المـال .

٥٠٤٦ (فصــــــل)

ويجوز للسيد دفع زكاته إلى مكاتبه ، لأنه قد صار معه فى باب المعاملة كالأجنبى ، حتى يجرى بينهما الربا ، فصار كالغريم يدفع زكاته إلى غريمه ، ويجوز للمـكاتب ردها إلى سيده بحكم الوفاء ، لأنها رجعت إليه بحكم الإيفاء ، أشبه إيفاء الغريم دينه بها ، قال ابن عقيل : ويجوز دفع الزكاة إلى سيد المـكاتب وفاء عن الـكتابة ، وهو الأولى ، لأنه أعجل لعتقه ، وأوصل إلى المقصود الذى كان الدفع من أجـله ، فإنه إذا أخذه المـكاتب قد يدفعه وقد لايدفعه .

---

(١) النجم : القسط من قدر المال الذى كوتب عليه العبد .

ونقل حنبل أنه قال : قال سفيان : لا تعط مكاتباً لك من الزكاة ، قال وسمعت أبا عبد الله يقول : وأنا أرى مثل ذلك .

وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يُسأل : أيُعْطَى المكاتبُ من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى ؟ ومعناه والله أعلم : لا يعطى مكاتبه من الزكاة ، لأنه عبده وماله يرجع إليه إن عجز ، وإن عتق فله ولاؤه ، ولا تقبل شهادته لمكاتبه ، ولا شهادة مكاتبه له .

٥٠٤٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه يعتق منها ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى جواز الإعتاق من الزكاة ، فروى عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس ، والحسن ، والزهرى ، ومالك ، وإسحاق ، وأبى عبيد ، والعنبرى ، وأبى ثور . لعموم قول الله تعالى : « وَفِي الرِّقَابِ » ، وهو متناول للقِنّ بل هو ظاهر فيه . فإن الرقبة إذا أطلقت انصرفت إليه كقوله تعالى : « فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ »[1] ، وتقدير الآية : وفى إعتاق الرقاب ، ولأنه إعتاق للرقبة ، فجاز صرف الزكاة فيه ، كدفعه فى الكتابة .

والرواية الأخرى : لا يجوز ، وهو قول ابراهيم ، والشافعىّ ، لأن الآية تقتضى صرف الزكاة إلى الرقاب كقوله : « وَفِي سَبِيلِ اللهِ »[2] يريد : الدفع إلى المجاهدين ، كذلك ههنا ، والعبد القن لا يدفع إليه شىء ، قال أحمد فى رواية أبى طالب : قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن أهابه اليوم ، ولأنه يجر الولاء[3] . وفى موضع آخر قيل له : فما يعجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم .

وقد روى نحو هذا عن النخعى ، وسعيد بن جبير ، فإنهما قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يعطى منها فى رقبة ، ويعين مكاتباً ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه ، لأنه إذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه ، فكأنه صرف الزكاة إلى نفسه .

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحمد رجع عن القول بالإعتاق من الزكاة ، وهذا والله أعلم من أحمد إنما كان على سبيل الورع ، فلا يقتضى رجوعا ، لأن العلة التى تملك بها جر الولاء ، ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد فى مثله فلا ينتفع إذاً بإعتاقه من الزكاة .

---

(١) جزء من آية فى سورة التوبة ٦٠ .

(٢) التوبة : ٦٠

(٣) يعنى أن السيد يستفيد بولاء من أعتقه من زكاته ، ولهذا لا يجوز .

٥٠٤٨ (فصـــل)

ولا يجوز أن يشترى من زكاته من يعتق عليه بالرحم ، وهو كل ذى رحم محرم ، فإن فعل عتق عليه ، ولم تسقط عنه الزكاة .

وقال الحسن : لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة ، لأن دفع الزكاة لم يحصل إلى أبيه ، وإنما دفع الثمن إلى بائعه .

ولنا : أن نفع زكاته عاد إلى أبيه فلم يجز ، كما لو دفعها إليه ، ولأن عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم ، فلم يجز أن يحتسب له به عن الزكاة ، كنفقة أقاربه ، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجز ، لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه ، والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه ، ولو أعتق عبداً من عبيده للتجارة لم يجز ، لأن الواجب فى قيمتهم لا فى عينهم .

٥٠٤٩ (فصـــل)

ويجوز أن يشترى من زكاته أسيراً مسلماً من أيدى المشركين ، لأنه فك رقبة من الأسر ، فهو كفك رقبة العبد من الرق ، ولأن فيه إعزازاً للدين ، فهو كصرفه إلى المؤلفة قلوبهم ، ولأنه يدفعه إلى الأسير لفك رقبته ، فأشبه ما يدفعه إلى الغارم لفك رقبته من الدين .

٥٠٥٠ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فما رجع من الولاء رد فى مثله ﴾

يعنى يعتق به أيضاً[1] ، وبهذا قال الحسن ، وإسحاق ، وقال أبو عبيد : الولاء للمُعْتِق ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . وقال مالك : ولاؤه لسائر المسلمين ، لأنه مال لا مُسْتَحِقَّ له ، أشبه مال من لا وارث له ، وقال العنبرى : يجعله فى بيت المال للصدقات ، لأن عتقه من الصدقة فولاؤه يرجع إليها ، ولأن عتقه بمال هو لله ، والمعتق نائب عن الله تعالى فى الشراء والإعتاق ، فلم يكن الولاء له ، كما لو توكل فى الإعتاق ، وكالساعى إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها ، ولأن الولاء أثر الرق ، وفائدة من المعتق ، فلم يجز أن يرجع إلى المزكِّى لإفضائه إلى أن ينتفع بزكاته وقد روى عن أحمد ما يدل على أن الولاء له . وقد سبق ذلك فى باب الولاء .

٥٠٥١ (فصـــل)

ولا يعقل عنه ، اختاره الخلال ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يعقل عنه ، اختارها أبو بكر ، لأنهُ

(١) أى إن المال العائد من ولاء العبد المعتق من الزكاة يرد فى إعتاق العبيد أيضاً . أى أن المال الذى ورثه من عبده المعتق من الزكاة يعتق به عبد آخر .

معتق فيعقل عنه كالذى أعتقه من ماله ، وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته ، والعقل عنه ليس بانتفاع ، فيبقى على الأصل .

ولنا : أنه لا ولاء عليه فلم يعقل عنه ، كما لو كان وكيلا فى العتق ، ولأنه لا يرثه فلم يعقل عنه ، كما لو اختلف دينهما ، وما ذكره يبطل بالوكيل والساعى ، إذا أعتق من الزكاة .

٥٠٥٢ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ والغارمين ﴾

وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم ، هـذا الصنف السادس من أصناف مصارف الزكاة . ولا خلاف فى استحقاقهم وثبوت سهمهم ، وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم لكن إن غرم فى معصية مثل أن يشترى خمراً ، أو يصرفه فى زنا ، أو قمار ، أو غناء ، ونحوه لم يدفع إليه قبل التوبة شىء ، لأنه أعانه على المعصية ، وإن تاب فقال القاضى : يدفع إليه ، واختاره ابن عقيل ، لأن إيفاء الدَّين الذى فى الذمة ليس من المعصية ، بل يجب تفريغها ، والإعانة على الواجب قربة لا معصية ، فأشبه من أتلف ماله فى المعاصى حتى افتقر ، فإنه يدفع إليه من سهم الفقراء .

وفيه وجه آخر ، لا يدفع إليه ، لأنه استدانه للمعصية ، فلم يدفع إليه كما لو لم يتب ، ولأنه لا يؤمَن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصى ، ثقة منه بأن دينه يُقْضىَ ، بخلاف من أتلف ماله فى المعاصى ، فإنه يعطى لفقره لا لمعصيتــه .

٥٠٥٣ (فصــــــل)

ولا يدفع إلى غارم كافر ، لأنه ليس من أهل الزكاة ، ولذلك لا يدفع إلى فقيرهم ولا مكاتبهم . وإن كان من ذوى القربى ، فقال أصحابنا : يجوز الدفع إليه ، لأن علة منعه من الأخذ منها لفقره صيانة عن أكلها ، لكونها أو ساخ الناس ، وإذا أخذها لغرمه فصرفها إلى الغرماء فلا يناله دناءة وسخها ، ويحتمل ألا يجوز لعموم النصوص فى منعهم من أخذها ، وكونها لا تحل لهم ، ولأن دناءة أخذها تحصل ، سواء أكلها أو لم يأكلها ، ولا يدفع منها إلى غارم له ما يقضى به غرمه ، لأن الدفع إليه لحاجته وهو مستغن عنها .

٥٠٥٤ (فصــــــل)

ومن الغارمين صنف يعطون مع الغنى ، وهو غرم لإصلاح ذات البين ، وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضغائن يتلف فيها نفس أو مال ، ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك ، فيسعى إنسان فى الإصلاح بينهم ، ويتحمل الدماء التى بينهم والأموال ، فيسمى ذلك حمالة بفتح الحاء وكانت العرب تعرف

ذلك ، وكان الرجل منهم يتحمل الحمالة ثم يخرج فى القبائل ، فيسأل حتى يؤديها ، فورد الشرع بإباحة المسألة فيها ، وجعل له نصيبا من الصدقة فروى قَبِيصة بن المُخارق قال : تحملت حَمَالَة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم وسألته فيها ، فقال : « أَقِمْ ياقَبِيصة حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا . ثم قال : ياقَبِيصَةُ ، إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لاَ تَحِلُّ إِلاَّ لِثَلاثَة[1] رَجُلٌ تَحَمَّلَ حَمَالَةً فَيَسْأَلُ فِيها حَتَّى يُؤَدِّيَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكُ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ[2] فَاجْتَاحَتْ مَالَهُ فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ سِدَاداً مِنْ عَيْشٍ ، أَوْ قِوَاماً مِنْ عَيْشٍ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يُشْهِدَ لَهُ ثَلاَثَةٌ مِنْ ذِوى الْحِجَا مِنْ قَوْمِه : لَقَدْ أَصَابَتْ فُلاَناً فَاقَةٌ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ سِدَاداً مِنْ عَيْشٍ أَوْ قِوَاماً مِنْ عَيْشٍ ، وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَهُوَ سُحْتٌ يَأْكُلُهَا صَاحِبُها سُحْتاً يَوْمَ الْقِيَامَة » . أخرجه مسلم ، وروى أبو سعيد الخدرى أن النبي صلى الله عليه وسلم وقال « لاَ تَحِلُّ الصَّدَقَةَ لِغَنِيٍّ إِلاّ لِخَمْسَةً » ذكر منها الغارم ، ولأنه إنما يُقْبَل ضمانه وتحمُّله إذا كان مليئا ، وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى .

وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ ، لأنه قد سقط الغُرْم ، وإن استدان وأداها جاز له الأخذ ، لأن الغرم باق ، والمطالبة قائمة .

والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه : أن هذا الغارم يأخذ لحاجتنا إليه لاطفاء الثائرة ، وإخماد الفتنة ، فجاز له الأخذ مع الغنى ، كالغازى والمؤلف والعامل ، والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه ، فاعتبرت حاجته وعجزه ، كالفقير والمسكين والمكاتب وابن السبيل .

وإذا كان الرجل غنياً ، وعليه دين لمصلحة لا يطيق قضاءه جاز أن يُدْفع إليه ما يُتِمّ به قضاءه ، مع مازاد عن حد الغنى فإذا قلنا : الغنى يحصل بخمسين درهما ، وله مائة ، وعليه مائة ، جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غنَاءه ، قال أحمد : لايعطى من عنده خمسون درهما أو حسابها من الذهب إلا مدينا ، فيعطى دَيْنه ، وإن كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من الغنَاء لم يعط شيئاً .

٥٠٥٥ (فصـــــل)

وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم ، فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه ، وإن أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عن دينه ، فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : يجوز ذلك ، نقل أبو الحارث قال : قلت لأحمد : رجل عليه ألف ، وكان على رجل زكاة

---

(١) الحديث فى مسلم ج ٢ ص ٧٢٢ . ولفظه (إلا لأحد ثلاثة) وفى بقية الحديث اختلاف يسير فى اللفظ .

(٢) الجائحة : آفة تهلك الثمار والأموال وتستأصلها ، وكل مصيبة عظيمة.

ماله ألف ، فأداها عن هذا الذى عليه الدين ، يجوز هذا من زكاته ؟ قال : نعم ، ما أرى بذلك بأساً ، وذلك لأنه دفع الزكاة فى قضاء دينه ، فأشبه ما لو دفعها إليه ليقضى بها دينه .

والثانية : لا يجوز دفعها إلى الغريم ، قال أحمد : أحب إلىّ أن يدفعه إليه ، حتى يقضى هو عن نفسه ، قيل : هو محتاج يخاف أن يدفعه إليه فيأكله ، ولا يقضى دينه ، قال : فقل له يوكله حتى يقضيه ، فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم ، لأن الدين إنما هو على الغارم ، فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله . ويحتمل أن يُحمَل هذا على الاستحباب ، ويكون قضاؤه عنه جائزاً .

وإن كان دافع الزكاة الإمام جاز أن يقضى بها دينه من غير توكيله ، لأن للإمام ولاية عليه فى إيفاء الدين ، ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه . وإذا ادعى الرجل أن عليه ديناً ، فإن كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البيْن ، فالأمر فيه ظاهر لا يكاد يخفى ، فإن خفى ذلك لم يُقبل منه إلا ببينة ، وإن غرم لمصلحة نفسه لم يدفع إليه إلا ببينة أيضاً ، لأن الأصل عدم الغُرم وبراءة الذمة ، فإن صدّقه الغريم فعلى وجهين ، كالمكاتب إذا صدقه سيده .

٥٠٥٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وسهم فى سبيل الله ، وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح ، وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء ﴾

هذا الصنف السابع من أهل الزكاة ، ولا خلاف فى استحقاقهم وبقاء حكمهم ، ولا خلاف فى أنهم الغزاة فى سبيل الله ، لأن سبيل الله عند الإطلاق هو الغزو ، قال الله تعالى : « وَقَاتِلُوا فِى سَبِيلِ اللهِ »(١). وقال : « وَيُجَاهِدُونَ فِى سَبِيلِ اللهِ »(٢). وقال : « إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِى سَبِيلِهِ صَفًّا »(٣). وذكر ذلك فى غير موضع من كتابه .

فإذا تقرر هذا فإنهم يعطون وإن كانوا أغنياء . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا تدفع إلا إلى فقير ، وكذلك قالوا فى الغارم لإصلاح ذات البين ، لأن من تجب عليه الزكاة لا تحل له كسائر أصحاب السهمان ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ : « أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيَائِهِمْ فَتُرَدُّ فِى فُقَرَائِهِمْ » . فظاهر هذا : أنها كلها ترد فى الفقراء ، والفقير عندهم من لا يملك نصابا .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِىٍّ إِلَّا لِخَمْسَةٍ : لِغَازٍ فِى سَبِيلِ اللهِ ، أَوْ لِغَارِمٍ » ، وذكر بقيتهم ، ولأن الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين ، وعد بعدهما ستة أصناف ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٤٤ (٢) فى الأصول : ويجاهدون فى سبيله . (٣) سورة الصف آية ٤

فلا يلزم وجود صفة الصنفين فى بقية الأصناف ، كما لا يلزم وجود صفة الأصناف فيهما ، ولأن هـذا يأخذ لحاجته إليها ، دون من يأخذ لحاجتنا إليه ، فأشبه العامل والمؤلف . فأما أهل سائر السهمان فإنما يعتبر فَقْر من يأخذ لحاجته إليها ، دون من يأخذ لحاجتنا إليه .

فإذا تقرر هذا فمن قال : إنه يريد الغزو ، قبل قوله ، لأنه لا يمكن إقامة البينة على بيّنته ، ويدفع إليه قدر كفايته لمؤنته ، وشراء السلاح والفرس إن كان فارساً ، وحمولته ودرعه وأثاثه وسائر ما يحتاج إليه لغزوه وإن كثر ذلك ، ويدفع إليه دفعاً مراعى ، فإن لم يَغزُ رده ، لأنه أخذه كذلك ، وإن غزا وعاد فقد ملك ما أخذه ، لأننا دفعنا إليه قدر الكفاية ، وإنما ضيق على نفسه ، وإن مضى إلى الغزو فرجع من الطريق ، أو لم يتم الغزو الذى دفع إليه من أجله ، رَدّ ما فضل معه ، لأن الذى أخذ لأجله لم يفعله كله .

٥٠٥٧ (فصـــل)

وإنما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم فى الديوان ، وإنما يتطوعون بالغزو إذا نشطوا . قال أحمد . ويعطى ثمن الفرس ، ولا يتولى مُخْرِج الزكاة شراء الفرس بنفسه ، لأن الوجب إيتاء الزكاة ، فإذا اشتراها بنفسه فما أعطى إلا فرساً ، وكذلك الحكم فى شراء السلاح والمؤنة .

وقال فى موضع آخر : إن دفع ثمن الفرس وثمن السيف فهو أعجب إلى ، وإن اشتراه هو رجوت أن يجزئه ، وقال أيضاً . يشترى الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه ، والقنـاة ، ويجهز الرجل . وذلك لأنه قد صرف الزكاة فى سبيل الله ، فجاز كما لو دفعها إلى الغازى فاشترى بها ، قال : ولا يشترى من الزكاة فرساً يصير حبيساً فى سبيل الله ، ولا داراً ولا ضيعة يصيِّرها فى سبيل الله للرباط ، ولا يقفها على المجاهدين ، لأنه لم يؤت الزكاة لأحد ، وهو مأمور بإيتائها ، قال . ولا يغزو الرجل على الفرس الذى أخرجه من زكاة ماله ، لأنه لا يجوز أن يجعل نفسه مصرفاً لزكاته ، كما لا يجوز أن يقضى بها دينه ، ومتى أخذ الفرس التى اشتريت بماله صار مصرفاً لزكاته .

٥٠٥٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويعطى أيضاً فى الحج ، وهو من سبيل الله ﴾

ويروى هذا عن ابن عباس . وعن ابن عمر : الحج فى سبيل الله ، وهو قول إسحاق ، لما روى أن رجلا جعل ناقة له فى سبيل الله ، فأرادت امرأته الحج ، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم . « ارْكَبِيهَا ، فَإِنَّ الْحَجَّ فِي سَبِيلِ اللهِ » . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى : لا يصرف منها فى الحج ، وبه قال مالك ، والليث ، وأبو حنيفة ، والثورى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وهذا أصح لأن سبيل الله عنـد

الإطلاق إنما ينصرف إلى الجهاد ، فإن كل مافى القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد إلا اليسير ، فيجب أن يحمل مافى هذه الآية على ذلك ، لأن الظاهر إرادته به ، ولأن الزكاة إنما تصرف إلى أحد رجلين : محتاج إليها ، كالفقراء والمساكين ، وفى الرقاب ، والغارمين لقضاء ديونهم ، أو من يحتاج إليه المسلمون كالعامل ، والغازى ، والمؤلف ، والغارم لإصلاح ذات البين ، والحج من الفقير لا نفع للمسلمين فيه ، ولا حاجة بهم إليه ، ولا حاجة به أيضاً إليه ، لأن الفقير لا فرض عليه فيسقطه ، ولا مصلحة له فى إيجابه عليه ، وتكليفه مشقة قد رفّهه الله منها ، وخفف عنه إيجابها ، وتوفير هذا القدر على ذوى الحاجة من سائر الأصناف ، أو دفعه فى مصالح المسلمين أولى .

وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله ، والمراد بالآية غيره لما ذكرنا .

وقال الشافعى : يجوز الدفع إلى من أراد الحج ، لكونه ابن سبيل . ولا يصح لأن ابن السبيل المسافر المنقطع به ، أو من هو محتاج إلى السفر ، ولا حاجة بهذا إلى هذا السفر ، فإن قلنا يدفع فى الحج منها فلا يعطى إلا بشرطين .

أحدهما : أن يكون ممن ليس له ما يحج به سواها ، لقول النبى صلّى الله عليه وسلم : « لاَ تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ وَلاَ لِذِي مِرَّةٍ سَوِيّ[1] » ، وقال : « لاَ تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ إلاَّ لِخَمْسَةٍ » ولم يذكر الحاج منهم ، ولأنه يأخذ لحاجته ، لا لحاجة المسلمين إليه ، فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره .

والثانى : أن يأخذه لحجة الفرض ، ذكره أبو الخطاب ، لأنه يحتاج إلى إسقاط فرضه ، وإبراء ذمته ، أما التطوع فله مندوحة عنه .

وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد : جواز ذلك فى الفرض والتطوع معا ، وهو ظاهر قول الخِرَقِيّ ، لأن الكل من سبيل الله ، ولأن الفقير لا فرض عليه ، فالحجة منه كالتطوع ، فعلى هذا يجوز أن يدفع إليه ما يحج به حجة كاملة ، وما يغنيه فى حجه ، ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه ، كما لا يجوز أن يغزو بها .

٥٠٥٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وابن السبيل . وهو المنقطع به ، وله اليسار فى بلده ، فيعطى من الصدقة ما يبلغه ﴾ .

ابن السبيل : هو الصنف الثامن من أهل الزكاة ، ولا خلاف فى استحقاقه وبقاء سهمه ، وابن السبيل هو : المسافر الذى ليس له ما يرجع به إلى بلده ، وله اليسار فى بلده ، فيعطى ما يرجع به ، وهذا قول قتادة ، ونحوه قال مالك ، وأصحاب الرأى ، وقال الشافعى : هو المجتاز ، ومن يريد إنشاء السفر إلى بلد أيضاً ، فيدفع إليهما ما يحتاجان إليه لذهابهما وعودهما ، لأنه يريد السفر لغير معصية ، فأشبه المجتاز .

(١) أى لذى قوة وسلامة فى بناء جسده .

ولنا : أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها ، كما يقال : ولد الليل، للذى يكثر الخروج فيه ، والقاطن فى بلده ليس فى طريق ، ولا يثبت له حكم الكائن فيها ، ولهذا لا يثبت له حكم السفر بهمّه به دون فعله ، ولأنه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريب ، دون من هو فى وطنه ومنزله وإن انتهت به الحاجة منتهاها ، فوجب أن يحمل المذكور فى الآية على الغريب دون غيره ، وإنما يعطى وله اليسار فى بلده لأنه عاجز عن الوصول إليه ، والانتفاع به ، فهو كالمعدوم فى حقه ، فإن كان ابن السبيل فقيراً فى بلده أعطى لفقره ، وكونه ابن السبيل ، لوجود الأمرين فيه ، ويعطى لكونه ابن السبيل قدّر ما يوصله إلى بلده ، لأن الدفع إليه للحاجة إلى ذلك ، فتقدر بقدره . وتدفع إليه وإن كان موسراً فى بلده إذا كان محتاجا فى الحال ، لأنه عاجز عن الوصول إلى ماله ، فصار كالمعدوم . وإن فضل معه شىء بعد رجوعه إلى بلده رده ، لأنه أخذه للحاجة ، وقد حصل الغنى بدونه ، فأشبه مالو أخذه لغزو فلم يغز . وإن كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقر ، أخذ الفضل لفقره ، لأنه إن فات الاستحقاق بكونه ابن السبيل ، حصل الاستحقاق بجهة أخرى . وإن كان غارماً أخذ الفضل لغرمه .

٥٠٦٠ (فصـــــل)

وإن كان ابن السبيل مجتازاً يريد بلداً غير بلده ، فقال أصحابنا : يجوز أن يدفع إليه ما يكفيه فى مُضيه إلى مقصده ورجوعه إلى بلده ، لأن فيه إعانة على السفر المباح ، وبلوغ الغرض الصحيح ، لكن يشترط كون السفر مباحا ، إما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين ، أو مباحاً كطلب المعاش والتجارات . فأما المعصية فلا يجوز الدفع إليه فيها ، لأنه إعانة عليها ، وتسبب إليها ، فهو كفعلها ، فإن وسيلة الشىء جارية مجراه ، وإن كان السفر للنزهة ففيه وجهان .

أحدهما : يدفع إليه ، لأنه غير معصية .

والثانى : لا يدفع إليه ، لأنه لاحاجة به إلى هذا السفر . ويَقْوَى عندى أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده ، لأنه لو جاز ذلك لجاز للمنشىء للسفر من بلده . ولأن هذا السفر إن كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله ، وإن كان حجاً فغيره أهم منه ، وإذا لم يَجُز الدفع فى هذين ففى غيرهما أولى ، وإنما ورد الشرع بالدفع إليه للرجوع إلى بلده ، لأنه أمْر تدعو حاجته إليه ، ولا غنى به عنه ، فلا يجوز إلحاق غيره به ، لأنه ليس فى معناه ، فلا يجوز قياسه عليه ، ولا نص فيه ، فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس .

٥٠٦١ (فصـــــل)

وإذا ادعى الرجل أنه ابن السبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا ببينة ، وإن ادعى الحاجة ولم يكن عُرف

له مال فى مكانه الذى هو به قُبِلَ قوله من غير بينة ، لأن الأصل عدمه معه . وإن عرف له مال فى مكانه لم تقبل دعواه للفقر إلا ببينة ، كما لو ادعى إنسان المسكنة .

٥٠٦٢ (فصـــــل)

وجملة من يأخذ مع الغنى خمسة : العامل ، والمؤلف قلبه ، والغازى ، والغارم لإصلاح ذات البين ، وابن السبيل الذى له اليسار فى بلده .

وخمسة لا يعطون إلا مع الحاجة : الفقير ، والمسكين ، والمكاتب ، والغارم لمصلحة نفسه فى مباح ، وابن السبيل .

وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال : الفقير ، والمسكين ، والعامل ، والمؤلف .

وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر : المكاتب ، والغارم ، والغازى ، وابن السبيل .

٥٠٦٣ (فصـــــل)

ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع إلى بلده لم يدفع إليه مالم يتب ، فإن تاب احتمل جواز الدفع إليه لأن رجوعه ليس بمعصية ، فأشبه رجوع غيره . بل ربما كان رجوعه إلى بلده تركا للمعصية ، وإقلاعا عنها ، كالعاق يريد لرجوع إلى أبويه ، والفار من غريمه أو امرأته يريد الرجوع إليهما . ويحتمل ألا يدفع إليه ، لأن سبب ذلك المعصية فأشبه الغارم فى المعصية .

٥٠٦٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وليس عليه أن يعطى لكل هؤلاء الأصناف وإن كانوا موجودين ، إنما عليه ألا يجاوزهم ﴾

وذلك : لأن الآية إنما سيقت لبيان من يجوز الصرف إليه ، لا لإيجاب الصرف إلى الجميع ، بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها . وقد ذكر الله تعالى فى آية أخرى صرفها إلى صنف واحد، فقال سبحانه «إِنْ تُبْدُو الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ ، وإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الفُقَرَاء فَهُوَ خَيرٌ لَكُمْ »(١) وقال النبى صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «أَعْلِمْهُمْ أَنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِنْ أَغْنِيائِهِمْ فَتُرَدُّ فِي فُقَرَائِهِمْ» متفق عليه . فلم يذكر فى الآية ولا فى الخبر إلا صنفاً واحداً . وقال النبى صلى الله عليه وسلم لقبيصة حين تحمل حمالة : « أَقِمْ يَاقَبِيصَةُ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا » . فذكر دفعها إلى صنف، وهو من الغارمين ، وأمر بنى زُريق بدفع صدقتهم إلى سلمة بن صخر ، وهو شخص واحد رواه أبو داود(٢) ، وبعث إليه على رضى الله عنه

(١) البقرة آية ٢٧١

(٢) فى باب الظهار جـ ١ ص ٥١٣

بذهيبه[1] فى تربتها ، فقسمها بين المؤلفة قلوبهم ، وهم صنف واحد .

والآثار فى هذا كثيرة ، تدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يعتقد فى كل صدقة ثابتة دفعها إلى جميع الأصناف ، ولا تعميمهم بها ، بل كان يدفعها إلى من تيسر من أهلها ، وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه ، إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة ، أو صاع من البر ، أو نصف مثقال ، أو خمسة دراهم دفعها إلى ثمانية عشر نفساً ، أو أحدا وعشرين ، أو أربعة وعشرين نفساً من ثمانية أصناف ، لكل ثلاثة منهم ثمنها ، والغالب تعذر وجودهم فى الإقليم العظيم ، وعجز السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرته إليهم على هذا الوجه ، فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم وإعطاءهم وهو سبحانه القائل: « وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ[2] » وقال : « يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ[3] » وقال « لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ وُسْعَهَا[4] » .

وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه ، ولا يقدر على فعله ، وما بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل هذا فى صدقة من الصدقات ، ولا أحداً من خلفائه ، ولا من صحابته ، ولا غيرهم . ولو كان هذا هو الواجب فى الشريعة المطهرة لما أغفلوه ، ولو فعلوه مع مشقته لنقل ، وما أهمل ، إذ لا يجوز على أهل التواتر إهمال نقل ما تدعو الحاجة إلى نقله ، سيما مع كثرة من تجب عليه الزكاة ، ووجود ذلك فى كل زمان وفى كل مصر وبلد ، وهذا أمر ظاهر ، وقد سبقت هذه المسألة والكلام فيها فيما تقدم .

٥٠٦٥ (فصل)

ويستحب تقديمها على ما أمكن من الأصناف ليخرج من الخلاف ، وتعميم من أمكن من كل صنف . فإن كان المتولى لتفريقها الساعى استحب إحصاء أهل السهمان من عمله ، حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تناهى أسمائهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم ، لتكون تفرقته عقيب جمع الصدقة .

ويبدأ بإعطاء العامل ، لأنه يأخذه على طريق المعاوضة ، فكان استحقاقه أقوى ، ولذلك إذا عجزت الصدقه عن أجره تمم له من بيت المال ، ولأن ما يأخذه أجر ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُه »[5]. ثم بالأهم فالأهم وأهمهم أشد حاجة ، فإن كانت الصدقة تفى بحاجة

(١) فى البخارى ومسلم ج ٢ ص ٧٤١ عن أبى سعيد الخدرى قال : بعث على رضى الله عنه وهو باليمن بذهيبه فى تربتها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أربعة نفر : الأقرع بن حابس وعيينة بن بدر الفزارى ، وعلقمة بن علاثة العامرى ثم أحد بنى كلاب ، وزيد الخير الطائى ثم أحد بنى نبهان قال فغضبت قريش فقالوا : أتعطى صناديد نجد وتدعنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . إنى إنما فعلت ذلك لأتألفهم .

(٢) الحج آية ٧٨ (٣) البقرة آية ١٨٥ (٤) سو البقرة آية ٢٨٦

(٥) أخرجة أبن ماجة عن ابن عمر

جميعهم أعطى كل إنسان منهم قدر ما يدفع به حاجته ، فيعطى الفقير ما يغنيه ، وهو : ما تحصل له به الكفاية في عامه ذلك ، له ولعياله . ويعطى المسكين ما تتم به الكفاية ، إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق ، ففيه روايتـان .

إحداهما : يعطيه ما تتم به الكفاية .

والثانية : لا يزيد على خمسين درهما أو قيمتها من الذهب ، إلا أن يكون له عيال ، فيدفع إليه لكل واحد منهم خمسين درهما .

ويدفع إلى العامل قدر أجره ، وإلى الغارم ما يقضى به غُرمه ، وإلى المكاتب ما يوفى به كتابته ، والغازى يعطى ما يحتاج إليه لمؤنة غزوه ، وابن السبيل ما يبلغه إلى بلده ، وإن نقصت الصدقة عن كفايتهم فَرّق فيهم على حسب ما يرى . ويستحب ألا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة ، لأنهم أقل الجمع ، إلا العامل ، فإنه يكون واحداً . وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفاضل إلى أقرب البلاد إليه ، وإن كان المتولى لتفريقها ربُّها فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ، ويفرقها في الأهم فالأهم ، وهو من اشتدت حاجته ، وقرب منه نسبه ، ويعطى من أمكنه .

٥٠٦٦ (فصـــــل)

وإن اجتمع فى واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفرداً . كالفقير الغارم ، أعطى بهما جميعاً ، فيعطى ما يقضى غُرمه ، ثم يعطى ما يغنيه ، لأن الشخص الذى فيه المعنيان كشخصين وجد فى كل واحد منهما أحد المعنيين ، فيستحق بهما . كالميراث لابن عم هو زوج ، أو أخ من أم . ولو أوصى لقرابته وللفقراء استحق القريب الفقير سهمين .

٥٠٦٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا يعطى من الصدقة لبنى هاشم ﴾

ولا لمواليهم ، ولا للوالدين وإن علوا ، ولا للولد وإن سفل ، ولا للزوج ، ولا للزوجة ، ولا لمن تلزمه مؤنته ، ولا لكافر ، ولا لمملوك إلا أن يكونوا من العاملين عليها ، فيعطون بحق ما عملوا ، ولا لغنى وهو الذى يملك خمسين درهما . أو قيمتها من الذهب . هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها فى باب الزكاة بما أغنى عن إعادته ههنا .

٥٠٦٨ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإذا تولى الرجل إخراج زكاته سقط العاملون)

وذلك : لأن العامل إنما يأخذ أجر عمالته ، فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثَمَّ عامل عليها ، ولا من يستحق أجراً ، فسقط سهمه والله أعلم .

٥٠٦٩ (فصل فى جوائز السلطان)

كان الإمام أبو عبد الله رحمة الله عليه يتورع عنها ويمنع بنيه وعمه من أخذها ، وهجرهم حين قبلوها ، وسد الأبواب بينه وبينهم حين أخذوها[1] ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئاً ، ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم[2] ، وأمرهم بالصدقة بما أخذوه ، وإنما فعل ذلك لأن أموالهم تختلط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره ، فيصير شبهة . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « الْحَلاَلُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ ، وَبَيْنَ ذَلِكَ أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ لاَ يَعْلَمُهَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ . فَمَنِ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وعِرْضِهِ ، وَمَنْ وَاقَعَ الشُّبُهَاتِ أَوْشَكَ أَن يَقَعُ فِى الْحَرَامِ ، كَالرَّاتِعِ حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيه[3] » . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « دَعْ مَا يَرِيبُكَ إِلَى مَا لاَ يَرِيبُكَ[4] » . واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان ، منهم : حذيفة ، وأبو عبيدة ، ومعاذ ، وأبو هريرة ، وابن عمر .

ولم ير أبو عبد الله ذلك حراماً . فإنه سئل فقيل له : مال السلطان حرام ؟ فقال : لا ، وأحب إلى أن يُتَنَزَّهَ عنه ، وفى رواية قال : ليس أحد من المسلمين إلا وله فى هذه الدراهم حق ، فكيف أقول إنها سحت؟ وقد كان الحسن والحسين وعبدالله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية .

وروى عن على رضى الله عنه . أنه قال : لا بأس بجوائز السلطان ، ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام ، وقال : لا تسأل السلطان شيئاً ، فإن أعطاك فخذ ، فإن ما فى بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام .

وروى عمر بن شيبة البحترى فى كتاب القضاء : أن الحسن وابن سيرين والشعبى دخلوا على عمر بن هبيرة ، فأمر لكل واحد منهم بألف درهم ، ألف درهم ، وأمر للحسن بألفى درهم ، فقبض الحسن جائزته ،

---

(١) حدث هذا بينه وبين ابنه صالح حين قبل عطية المنصور وكان ذلك بعد المحنة

(٢) احتاج الإمام إلى الخبز يوما ، فاشتروا له دقيقا ، ثم جاءه الخبز سريعا ، فسأل عن السبب ، فقيل له : إنهم خبزوه فى تنور ابنه صالح ، فرفض أن يتناول منه شيئا ، لأن صالحا كان قد قبل عطية المنصور بعد أن رفض الإمام قبولها [انظر أمثال هذه الأخلاق بتوسع فى كتاب تنوير بصائر المقلدين فى مناقب الأئمة المجتهدين] . لمرعى ابن يوسف الحنبلى فى ورع الإمام أحمد بن حنبل . والكتاب قد حققناه وهو تحت الطبع بمكتبة القاهرة

(٣) أخرجه الشيخان وغيرهما عن النعمان بن بشير .

(٤) رواه أبو داود والترمذى والنسائى وأحمد وغيرهم عن الحسن بن على رضى الله عنه .

وأبى ابن سيرين أن يقبض . فقال لابن سيرين : مالك لا تقبض ؟ قال : حتى يعم الناس ، فقال الحسن : والله لو عرض لك ولى لص . فأخذ ردائى ورداءك ، ثم بدا له أن يرد على ردائى ، كنت أقول : لا أقبل ردائى حتى ترد على ابن سيرين رداءه ؟ كنت أحب أن تكون أفقه مما أنت يا ابن سيرين ، ولأن جوائز السلطان لها وجه فى الإباحة والتحليل ، فإن له جهات كثيرة من الفىء والصدقة وغيرها .

٥٠٧٠ (فصـــــل)

قال أحمد : جوائز السلطان أحب إلى من الصدقة ، يعنى أن الصدقة أوساخ الناس ، صين عنها النبى صلى الله عليه وسلم وآله لدناءتها ، ولم يصانوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان ربح ألفاً ، وآخر أجازه السلطان بألف ، أيهما أحب إليك ؟ قال : الجائزة ، ذلك لأن الذى يربح عليه ألفاً لا يربحها فى الغالب إلا بنوع من التدليس والغبن الفاحش ، والجائزة عطاء من الإمام برضاه ، لا تدليس فيها ولا غبن ، وقال أحمد : إذا كان بينك وبين السلطان رجل ، يعنى فهو أحب إلىّ من أخذه منه ، وذلك لأن الوسائط كلما كثرت قربت إلى الحل ، لأنها مع البعد تتبدل ، وتحصل فيها أسباب مبيحة ، والله أعلم .

انتهى الجزء السادس بحمد الله

ويتلوه السابع بعون الله ، وأوله « باب النكاح »

---

(١) من هنا يبدو أن الإمام لا يقول بحرمتها بل يمنع عنها ورعا ، وقد روى المحاسبى عن الإمام أحمد أن من ولى شيئاً من أموالهم عليه أن يفرقه كما صنع من الماضين غير واحد (انظر المسائل للمحاسبى) وقد شدد المحاسبى النكير على من قال بتحريم مال السلاطين من الصوفية واتهمهم بالجهل بالفقه والأخبار وألحقهم بمن قالوا بتحريم التعاون مع الحاكم الظالم فى الدفاع عن الحدود (المرجع السابق)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

النكاح فى الشرع هو : عقد التزويج ، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ، ما لم يصرفه عنه دليل . وقال القاضى : الأشبه بأصلنا أنه حقيقة فى العقد والوطء جميعاً ، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج ، لدخوله فى قوله تعالى[1] : « وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ[2] » وقيل : بل هو حقيقة فى الوطء ، مجاز فى العقد . تقول العرب : أنكحنا الفرا فسنرى ، أى : أضربنا فحل حمر الوحش أمه ، فسنرى ما يتولد منهما . يضرب مثلا للأمر يجتمعون عليه[3] ، ثم يتفرقون عنه . وقال الشاعر :

ومن أَيِّمٍ قد أنكحَتْنَا رماحُنا وأخرى عَلَى خَالٍ وَعَمٍّ تلَهَّفُ[4]

والصحيح ما قلنا ، لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد فى الكتاب والسنة ، ولسان أهل العرف ، وقد قيل : ليس فى الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله : « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ » . ولأنه يصح نفيه عن الوطء ، فيقال : هذا سفاح ، وليس بنكاح . ويروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لاَ مِنْ سِفَاحٍ » . ويقال عن السُّرِّيَّة : ليست بزوجة ولا منكوحة ، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح ، فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر . وما ذكره القاضى يفضى إلى كون اللفظ مشتركا ، وهو على خلاف الأصل ، وماذكره الآخرون يدل على الاستعمال ، فى الجملة ، والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر . ثم لو قدر كونه مجازا فى العقد ، لكان اسما عرفيا يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه ، لشهرته كسائر الأسماء العرفية .

٥٠٧١ (فصـــل)

والأصل فى مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : « فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ[5] » . الآية وقوله : « وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ » .

وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم : « يَامَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فى قوله سبحانه (٢) سورة النساء آية ٢٢

(٣) قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوجها منه بكرة وقال : أنكحنا الفرا فسنرى . ثم أساء الزوج عشرتها فطلقها . يضرب فى التحذير من سوء العاقبة (مجمع الأمثال ج ٢ ص ٢٩٨) (ف)

(٤) يعنى قد اتخذنا من أيامى العدو إماء وتركنا بعضهن ينعين أعمامهن وأخوالهن . (٥) النساء : ٣

فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ[١] » . متفق عليه فى آى وأخبار سوى ذلك كثيرة . وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع .

واختلف أصحابنا فى وجوبه ، فالمشهور فى المذهب أنه ليس بواجب إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع فى محظور بتركه ، فيلزمه إعفاف نفسه . وهذا قول عامة الفقهاء . وقال أبو بكر بن عبدالعزيز : هو واجب ، وحكاه عن أحمد ، وحكي عن داود : أنه يجب فى العمر مرة واحدة للآية والخبر .

ولنا : أن الله تعالى حين أمر به علّقه على الاستطابة بقوله : «فانكحوا ما طاب لكم من النساء» والواجب لا يقف على الاستطابة ، وقال: « مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاع » . ولا يجب ذلك بالاتفاق ، فيدل على أن المراد بالأمر الندب ، وكذلك الخبر يحمل على الندب ، أو على من يخشى على نفسه الوقوع فى المحذور[٢] بترك النكاح . قال القاضى : وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبى بكر فى إيجاب النكاح[٣] .

٥٠٧٢ (فصــــــل)

والناس فى النكاح على ثلاثة أضرب : منهم من يخاف على نفسه الوقوع فى المحظور[٤] إن ترك النكاح ، فهذا يجب عليه النكاح فى قول عامة الفقهاء ، لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام ، وطريقة النكاح .

الثانى : من يستحب له ، وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع فى محظور ، فهذا الاشتغال [له] به أولى من التخلى لنوافل العبادة ، وهو قول أصحاب الرأى ، وهو ظاهر قول الصحابة رضى الله عنهم وفعلهم . قال ابن مسعود : لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام ، وأعلم أنى أموت فى آخرها يوما ، ولى طَوْل النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء . وقال ابراهيم بن ميسرة : قال لى طاوس: لتنكحن أو لأقولن لك ما قال عمر لأبى الزوائد : ما يمنعك عن النكاح إلا عجز أو فجور قال أحمد فى رواية المروزى : ليست العزبة من أمر الإسلام فى شىء . وقال : من دعاك إلى غير التزويج فقد دعاك إلى غير الإسلام ، ولو تزوج بشر[٥] كان قد تم أمره .

---

(١) أى حصن ورباط يقيد الشهوة ويضعفها ، فلا تميل بصاحبها إلى حرام .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : فى المحظور (٣) أى يحمل حكمهما بالوجوب على حالة الخوف من الوقوع فى المحذور .

(٤) فى المخطوطة ١٨ : الوقوع فى محظور .

(٥) يعنى بشر بن الحارث الحافى رضى الله عنه . كان من كبار الزهاد الورعين العلماء ، ولم يتزوج . انظر (مناقب الأبرار للموصلى) مخطوط تيمورية ج ١ ورقة ٩٥

وقال الشافعي : التخلي لعبادة الله تعالى أفضل ، لأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله : « وَسَيِّداً وَحَصُوراً[١] » والحصور : الذى لا يأتى النساء ، فلو كان النكاح أفضل لما مُدح بتركه . وقال الله تعالى : « زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ[٢] » وهذا فى معرض الذم . ولأنه عقد معاوضة ، فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع .

ولنا : ما تقدم من أمر الله تعالى به ، وحثه عليه ، وقال [النبي] صلى الله عليه وسلم : « وَلَكِنِّي أَصُومُ وَأُفْطِرُ ، وَأُصَلِّي وَأَرْقُدُ ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي » : وقال سعد : « لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ، ولو أحله له لاختصينا » متفق عليهما . وعن أنس قال : كان النبي[٣] صلى الله عليه وسلم يأمرنا بالباءة ، وينهى عن التبتل نهياً شديداً ، ويقول : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُم الأمم يوم الْقِيَامَة »[٤] . رواه سعيد .

وهذا حث على النكاح شديد ، ووعيد على تركه يقربه إلى الوجوب والتخلى عنه إلى التحريم ، ولو كان التخلى أفضل لانعكس الأمر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج وبالغ فى العدد ، وفعل ذلك أصحابه ، ولا يشتغل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلا بالأفضل ، ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل والاشتغال بالأدنى .

ومن العجيب أن من يفضل التخلى لم يفعله[٥] فكيف اجتمعوا[٦] على النكاح فى فعله ، وخالفوه فى فضله ، فما كان فيهم من يتبع الأفضل عنده ، ويعمل بالأدنى[٧] ولأن مصالح النكاح أكثر ، فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه ، وتحصين المرأة وحفظها ، والقيام بها ، وإيجاد النسل ، وتكثير الأمة ، وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وسلم ، وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة ، فمجموعها أولى .

---

(١) سورة آل عمران آية ١٤

(٢) سورة آل عمران آية ٣٩

(٣) فى المخطوطة ١٨ : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(٤) أخرجه أبو داود عن معقل بن يسار ج١ ص ٤٧٣ والنسائى ج٦ ص ٦٦ وليس فيها يوم القيامة (ف)

(٥) يريد بذلك أن الإمام الشافعى وهو القائل بأفضلية التخلى قد تزوج وأنجب أولاداً ، مع أنه كان كثير المرض عليل الصحة . رضى الله عنه .

(٦) فى المخطوطة ١٨ : فكيف أجمعوا (٧) فى المخطوطة : ١٨ : ويعمل بالأولى

وقد روينا فى أخبار المتقدمين : أن قوماً ذكروا لنبى لهم فضل عابد لهم فقال : أما إنه لتارك لشىء من السنة ، فبلغ العابد ، فأتى النبى فسأله عن ذلك ، فقال : إنك تركت التزويج . فقال : يا نبى الله وما هو إلا هذا ؟ فلما رأى النبى احتقاره لذلك قال : أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج ، من كان يقوم بالجهاد ، وينفى العدو ، ويقوم بفرائض الله وحدوده ؟ وأما ماذُكر عن يحيى فهو شرعه ، وشرعنا وارد بخلافه ، فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ، ولا يقاربها .

القسم الثالث : من لا شهوة له ، إما لأنه لم يخلق له شهوة كالعِنِّين ، أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ، ففيه وجهان .

أحدهما : يستحب له النكاح لعموم ما ذكرنا .

والثانى : التخلى له أفضل . لأنه لا يحصّل مصالح النكاح ، ويمنع زوجته من التحصين بغيره ، ويضرّ بها بحبسها على نفسه ، ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لايتمكن من القيام بها ، ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والأخبار تُحْمَل على من له شهوة ، لما فيها من القرائن الدالة عليها .

وظاهر كلام أحمد : أنه لافرق بين القادر على الإنفاق والعاجز عنه ، وقال : ينبغى للرجل أن يتزوج ، فإن كان عنده ما ينفق أنفق ، وإن لم يكن عنده صبر ، ولو تزوج بشر كان قد تم أمره.واحتج بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عنده شىء ، ويمسى وما عنده شىء[1] ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم زوّج رجلا لم يقدر إلا على خاتم حديد ، ولا وجد إلا إزاره[2] ولم يكن له رداء . أخرجه البخارى . قال أحمد فى رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال : الله يرزقهم،التزويج أحصن له ، ربما أتى عليه وقت لايملك قلبه فيه ، وهذا فى حق من يمكنه التزوج[3] فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى : «وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لاَ يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللهُ مِنْ فَضْلِهِ »[4]

٥٠٧٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا نكاح إلا بولى وشاهدين من المسلمين ﴾

فى هذه المسألة أربعة فصول :

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : وما عندهم شىء ، فى الفقرة كلها .

(٢) وعلى هذا جرى السلف بعد الصحابة ، فقدزوج سعيد بن المسيب ابنته لطالب علم فقير بدرهمين أو ثلاثة ولهذا الزواج قصة طويلة مفصلة . انظرها فى (سير السلف للحافظ اسماعيل الأصفهانى) مخطوط بالأزهرية فى حرف السين وفى وفيات الأعيان لابن خلكان ج ٢ ص ١١٨ (٣) فى الأصول (التزويج) . وما ذكرناه أوضح

(٤) سورة النور آية ٣٣

٥٠٧٤ أحـــدها

أن النكاح لا يصح إلا بولى ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها فى تزويجها ، فإن فعلت لم يصح النكاح . روى هذا عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس، أبى هريرة وعائشة،رضى الله عنهم . وإليه ذهب سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن شُبرمة ، وابن المبارك ، وعبيد الله العنبرى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد . وروى عن ابن سيرين، والقاسم بن محمد ، والحسن بن صالح ، وأبى صالح ، وأبى يوسف : لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولى ، فإن فعلت كان موقوفا على إجازته .

وقال أبو حنيفة : لها أن تزوج نفسها وغيرها ، وتوكل فى النكاح ، لأن الله تعالى قال : «فلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ »[١] أضاف النكاح إليهن ، ونهى عن منعهن منه ، ولأنه خالص حقها ، وهى من أهل المباشرة ، فصح منها كبيع أمتها ، ولأنها إذا ملكت بيع أمتها — وهو تصرُّف فى رقبتها — وسائر منافعها ، ففى النكاح الذى هو عقد على بعض منافعها أولى .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيٍّ » . روته عائشة ، وأبو موسى ، وابن عباس. قال المروزى : سألت أحمد ويحيى عن حديث « لاَ نِكَاحَ إلاّ بِوَلِيّ »[٢] فقالا : صحيح .

وروى عن عائشة أن النبى صلّى الله عليه وسلم أنه قال :« أيمَا امْرَأةٍ أنْكحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِإذْنِ وَليها فنِكَاحها باطِلٌ باطلٌ باطلٌ ، فإن أصَابها فَلَهَا المَهْرُ بما اسْتَحل مِنْ فَرْجِها ، فإنْ اشتَجروا فالسُّلطان وَلِيُّ مَنْ لاَوَلِى لَهُ » رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، وغيرهما . فإن قيل : إن الزهرى رواه وقد أنكره . قال ابن جريج[٣]:سألت الزهرى[٤] عنه فلم يعرفه ، قلنا له : لم يقل هـذا عن ابن جريج غير ابن علية[٥] ، كذلك قال الإمام أحمد ويحيى[٦] : ولو ثبت هذا لم يكن حجة ، لأنه قد نقله ثقاة عنه ، فلو نسيه الزهرى لم يضره ، لأن النسيان لم يعصم منه إنسان . قال النبى صلى الله عليه وسلم : « نَسِيَ آدمُ فَنَسِيتْ ذُرِّيته » ولأنها مُوَلى عليها فى النكاح فلا تليه كالصغيرة ، وأما الآية فإنّ عَضْلها : الامتناع من تزويجها ، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولى ، ويدل عليه أنهـا نزلت فى شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته ، فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم فزوجها ، وأضافه إليها ، لأنها محل له .

---

(١) البقرة آية ٢٣٢ (٢) أخرجه أبو داود والترمذى وغيرهما . انظر (سنن أبى داود جا ص٤٨١) (ف)
(٣) هو عبد الملك بن عبدالعزيزبن جريج. مات عام ١٥٠ هـ (ف)
(٤) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهرى ـ مات سنة ١٢٤ هـ (ف)
(٥) هو إسماعيل بن علية القاضى (ف) (٦) هو يحيى بن معين ناقد الرجال المعروف عاصر الإمام أحمد .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن أحمد لها تزويج أمتها ،وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح ، فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها ، وتزويج غيرها بالوكالة ، وهو مذهب محمد ابن الحسن، وينبغي أن يكون قولا لابن سيرين ومن معه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أيّما امْرَأَةٍ زَوَّجَتْ نفسَها بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكاحُها باطِلٌ » ، فمفهومه صحته بإذنه . ولأن المرأة إنما مُنعت الاستقلال ، بالنكاح لقصور عقلها ، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة ، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها .

والصحيح الأول ، لعموم قوله : « لا نِكاحَ إِلاَّ بِوَلِيّ » . وهذا يقدم على دليل الخطاب . والتخصيص ههنا خرج مخرج الغالب فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها ، والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها . وميلها إلى الرجال ، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة ، والله أعلم .

٥٠٧٥ (فصـــــل)

فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم ، أو كان المتولي لعقده حاكما ، لم يجز نقضه ، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة ، وخرّج القاضي وجهاً في هذا خاصة أنه يُنقض، وهو قول الإصطخري من أصحاب الشافعي ، لأنه خالف نصّا ، والأول أولى ، لأنها مسألة مختلف فيها ، ويسوغ فيها الاجتهاد ، فلم يجز نقض الحكم ، كما لو حكم بالشفعة للجار ، وهذا النص متأول ، وفي صحته كلام ، وقد عارضه ظواهر .

٥٠٧٦ (الفصـــــل الثاني)

أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين . هذا المشهور عن أحمد ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وهو قول ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وجابر بن زيد ، والحسن ، والنخعي ، وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي .

وعن أحمد : أنه يصح بغير شهود ، وفعله ابن عمر ، والحسن بن علي ، وابن الزبير ، وسالم وحمزة[1] ابنا ابن عمر . وبه قال عبد الله بن ادريس ، وعبد الرحمن بن مهدي ، ويزيد بن هارون ، والعنبري ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وهو قول الزهري ، ومالك ، إذا أعلنوه[2] .

قال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر : قد روى عن النبي صلى الله

(١) سالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر بن الخطاب كلاهما فقيه . مات سالم عام ١٠٦ هـ .ا (ف)
(٢) أى إذا أعلنوا النكاح : إذ المراد من الشهود الإعلان .

عليه وسلم : « لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ وشَاهِدَيْنِ عَدْلَين »[1]. من حديث ابن عباس ، وأبى هريرة ، وابن عمر ، إلا أن فى نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره .

قال ابن المنذر : وقد اعتق النبى صلى الله عليه وسلم صفية ابنة حيي وتزوجها بغير شهود . قال أنس ابن مالك: « اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس ، فقال الناس : ما ندرى أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد ، فلما أن أراد أن يركب حجبها ، فعلموا أنه تزوجها »[2] . متفق عليه . قال : فاستدلوا على تزويجها بالحجاب . وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالإشهاد فى البيع دون النكاح ، فاشترط أصحاب الرأى الشهادة للنكاح ، ولم يشترطوا للبيع . ووجه الأولى : أنه قد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ » ورواه الخلال بإسناده .

وروى الدارقطنى ، عن عائشة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَ بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ : الْوَلِيِّ ، والزَّوْجِ ، وَالشَّاهِدَيْنِ » ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين ، وهو الولد ، فاشترط الشهادة فيه ، لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه ، بخلاف البيع .

فأما نكاح النبى صلى الله عليه وسلم بغير ولى وغير شهود ، فمن خصائصه فى النكاح فلا يلحق به غيره[3] .

٥٠٧٧ (الفصـــل الثالث)

أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين، سواء كان الزوجان مسلمين ، أو الزوج وحده ، نص عليه أحمد وهو قول الشافعى . وقال أبو حنيفة : إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين ، قال أبو الخطاب : ويتخرج لنا مثل ذلك مبنياً على الرواية التى تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض .

ولنا قوله عليه السلام : « لاَ نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . ولأنه نكاح مسلم ، فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين .

٥٠٧٨ (فصـــل)

فأما الفاسقان ففى انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان .

إحداهما : لا ينعقد ، وهو مذهب الشافعى للخبر ، ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما ، فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين .

---

(١) وأخرجه الدارقطنى بلفظ : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » .(ف)

(٢) القصة بطولها فى صحيح مسلم ج ٢ ص ١٠٤٦ باب فضيلة إعتاقه جارية ثم يتزوجها . (ف)

(٣) انظر خصائصه صلى الله عليه وسلم فى الزواج فى (خصائص النبى) لسراج الدين بن الملقن . مخطوط بدار الكتب المصرية فهرس التاريخ .

والثانية : ينعقد بشهادتهما ، وهو قول أبى حنيفة . لأنها تَحَمُّل، فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة ، بل ينعقد بشهادة مستورى الحال ، لأن النكاح يكون فى القرى والبادية ، وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة ، فاعتبار ذلك يشق ، فاكتفى بظاهر الحال ، وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه .

فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك فى العقد ، لأن الشرط العدالة ظاهرا ، وهو ألا يكون ظاهر الفسق ، وقد تحقق ذلك .وقيل : يتبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط ، وليس بصحيح ، لأنه لو كانت العدالة فى الباطن شرطا لوجب الكشف عنها ، لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكا (فى شرط النكاح)[1] فلا ينعقد ، ولا تحل المرأة مع الشك فى صحة نكاحها ، وإن حدث الفسق فيهما لم يؤثر فى صحه النكاح ، لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولى وشاهدى عدل قبل قولهما ، وثبت النكاح باقرارهما .

٥٠٧٩ (فصـــل)

ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين ، وهذا قول النخعى ، والأوزاعى ، والشافعى . وعن أحمد أنه قال : إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز ، وإن كان معهن رجل فهو أهون ، فيحتمل أن هذا رواية أخرى فى انعقاده بذلك ، وهو قول أصحاب الرأى ، ويروى عن الشعبى ، لأنه عقد معاوضة فانعقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع .

ولنا : أن الزهرى قال : مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تجوز شهادة النساء فى الحدود ، ولا فى النكاح ، ولا فى الطلاق ، رواه أبو عبيد فى الأموال ، وهذا ينصرف إلى سنة النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنه عقد ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويحضره الرجال فى غالب الأحوال ، فلا يثبت بشهادتهن كالحدود . وبهذا فارق البيع ، ويحتمل أن أحمد إنما قال : هو أهون ، لوقوع الخلاف فيه ، فلا يكون رواية .

٥٠٨٠ (فصـــل)

ولا ينعقد بشهادة صبيين ، لأنهما ليسا من أهل الشهادة ، ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين ، ولا ينعقد بشهادة مجنونين ، ولا سائر من لا شهادة له ، لأن وجوده كالعدم ، ولا ينعقد بشهادة أصمين ، لأنهما لا يسمعان . ولا أخرسين ، لعدم إمكان الأداء منهما . وفى انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالحجام ونحوه وجهان ، بناء على قبول شهادتهم . وفى انعقاده بشهادة عدوين ، أو ابنى الزوجين ، أو أحدهما وجهان .

---

(١) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة .

أحدهما : ينعقد ، اختاره أبو عبد الله بن بطة ، لعموم قوله : « إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ » ، ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج ، فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول .

والثانى: لا ينعقد بشهادتهما ، لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه ، والابن لا تقبل شهادته لوالده .

٥٠٨١ (فصـــل)

وينعقد بشهادة عبدين ، وقال أبو حنيفة والشافعى : لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما فى سائر الحقوق ، ونذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى ، وينعقد بشهادة ضريرين ، وللشافعية وجهان فى ذلك .

ولنا : أنها شهادة على قول فصحت من الأعمى كالشهادة بالاستفاضة ، وإنما ينعقد بشهادتهما إذا تيقن الصوت ، وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما ، كما يعلم ذلك من يراهما ، وإلا فلا .

٥٠٨٢ (فصـــل)

وإذا تزوجت المرأة تزويجاً فاسداً لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها ، أو يفسخ نكاحها . وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه[1] ، نص عليه أحمد ، وقال الشافعى : لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق ، لأنه نكاح غير منعقد ، أشبه النكاح فى العدة .

ولنا : أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد ، فاحتيج فى التفريق فيه إلى إيقاع فرقة ، كالصحيح المختلف فيه ، ولأن تزويجها من غير تفريق يفضى إلى تسليط زوجين عليها ، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ، ونكاح الآخر الفاسد[2] ، ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين ، وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثانى أيضاً ، ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الأولان ، أو يفسخ نكاحهما ، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها ، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض ، فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد ، وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر، بدليل قوله عليه السلام : « فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . وإن تكرر الوطء فالمهر واحد للحديث ، ولأنه إصابة فى عقد فاسد ، أشبه الإصابة فى عقد صحيح .

٥٠٨٣ (فصـــل)

والواجب لها مهر مثلها ، أومأ إليه أحمد ، فإنه قال فى العبد يتزوج بغير إذن سيده : يعطى شيئاً . قال القاضى : يعنى مهر المثل ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لقوله : وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما ،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فسخه الحاكم .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : ونكاح الآخر فاسد .

فإن دخل بها الثانى فلها مهر مثلها ، وهذا مذهب الشافعى . والمنصوص عن أحمد : أن لهـا المسمى ، لأن فى بعض ألفاظ حديث عائشة : « وَلَهَا الَّذِى أَعْطَاهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا » .

قال القاضى : حدثناه أبو بكر البرقانى ، وأبو محمد الخلال ، بإسناديهما . وقال أبو حنيفـة : الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل ، لأنها إن رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح ، وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائد ، (لأنه)[1] بغير عقد صحيح .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم: « فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . فجعل لها المهر بالإصابة ، والإصابة إنما توجب مهر المثل ، ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر ، وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شىء ، وإذا لم يكن موجباً كان وجوده كعدمه ، وبقى الوطء موجباً بمفرده ، فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ، ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل ، فإذا فسد العقـد من أصله (كان)[2] أولى . وقول أبى حنيفة : إنها رضيت بدون صداقها ، إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب ، وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة ، فيجب مهر المثل[3] كاملا ، كوطء الشبهة .

٥٠٨٤ (فصـــــــل)

ولا يجب لها بالخلوة شىء فى قول أكثر أهل العلم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل لها المهر بمـا استحل من فرجها ، يعنى أصاب . ولم يصبها[4] ، والمنصوص عن أحمـد أن المهر يستقر بالخلوة قياساً على العقد الصحيح ، وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد ، وقد ذكرنا ذلك .

٥٠٨٥ (فصـــــــل)

ولا حد فى الوطء [فى] النـكاح[5] الفاسد ، سواء اعتقد حله أو حرمته ، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء فى النـكاح بلا ولى إذا اعتقد حرمته ، وهو اختيار السمرقندى[6] من أصحاب الشافعى . لمـا روى الدارقطنى بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاَ تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلاَ تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، إِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا » . وبإسناده عن الشعبى قال : ما كان أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أشد فى النـكاح بغير ولى من علىّ رضى الله عنه ، كان يضرب فيه . وروى الشالنجى بإسناده عن عـكرمة بن خالد : أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب ،

---

(١) ساقطة من جميع النصوص المخطوطة .
(٢) الـكلمة ساقطة من جميع النصوص المخطوطة .
(٣) فى جميع النصوص الخطية: فوجب مهر المثل .
(٤) أى ولم تتحقق الإصابة بمجرد الخلوة .
(٥) فى الطبعة الثالثة . ولاحد فى وطء النكاح الفاسد .
(٦) فى المخطوطات : الصيرفى .

لخطبها رجل فأنكحها رجل وهو غير ولى ، بصداق وشهود ، فلما قدموا على عمر رضى الله عنه رفع إليه أمرها ، ففرق بينهما ، وجلد الناكح والمنكح .

ولنا : أن هذا مختلف فى إباحته ، فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، والاختلاف فيه أقوى الشبهات ، وتسميتها زانية تجوز ، بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد وعمر جلدها أدباً وتعزيراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة ، وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله ، وكذلك حديث على ، على أن حديث على حجة على من أوجب الحد (فيه)[1] ، فإن عليا أشد الناس فيه ، وقد انتهى الأمر إلى الجلد ، فدل على أن سائر الصحابة[2] لم يروا فيه جلداً ، فإن قيل : فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه ، قلنا : هو مفارق لمسألتنا ، بدليل أنا نحد من اعتقد حله ، ولأن يسير النبيذ يدعو إلى كثيره المتفق على تحريمه ، وهذا المختلف فيه يغنى عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا .

فإذا ثبت هذا ، فإن من اعتقد حله ليس عليه إثم ولا أدب ، لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها ، ومن اعتقد حرمته ، أثم وأدب ، وإن أتت بولد منه لحقه نسبه فى الحالين .

٥٠٨٦ (فصــــــل)

فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه ، فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه .

٥٠٨٧ (فصــــــل)

ويساوى الفاسد الصحيح فى اللعان إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه ، لكون النسب لاحقاً به . فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما ، لعدم الحاجة إليه ، وتجب العدة بالخلوة فيه ، وعدة الوفاة بالموت فيه ، والإحداد ، وكل ذلك احتياطاً لها .

ويفارق الصحيح فى أنه لا يثبت التوارث ، ولا تحصل به الإباحة للمتزوج ، ولا تحل[3] للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه ، ولا يحصل الإحصان بالوطء فيه ، ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه ، ولا يحرم الطلاق فيه فى زمن الحيض .

٥٠٨٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ﴾

إنما قيد المرأة بالحرة ههنا لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها ، وإنما وليها سيدها بغير خلاف علمناه . وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ، ولا ولاية لأحد معه ، وبهذا قال الشافعى ، وهو المشهور عن

---

(١) الكلمة ساقطة من النصوص المخطوطة . (٢) فى المطبوعة : سائر الناس والصحابة .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : ولا الحل .

أبى حنيفة ، وقال مالك ، والعنبرى ، وأبو يوسف ، وإسحاق ، وابن المنذر : الابن أولى ، وهو رواية عن أبى حنيفة ، لأنه أولى منه بالميراث ، وأقوى تعصيباً ، ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده .

ولنا : أن الولد موهوب لأبيـه ، قال الله تعالى : « وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى »(١) . وقال زكريا : « رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لدنك ذرية طيبة »(٢) ، وقال : « فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا »(٣) وقال إبراهيم : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ »(٤) ، وقال صلى الله عليه وسلم: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ(٥)» ، وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولأن الأب أكمل نظراً وأشد شفقة ، فوجب تقديمه فى الولاية كتقديمه على الجـد ، ولأن الأب يلى ولده فى صغره وسفهه وجنونه ، فيليه فى سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه ، بخلاف ولاية الابن . ولذلك اختص بولاية المال ، وجاز له أن يشترى لها من ماله ، وله من مالها إذا كانت صغيرة ، بخلاف غيره ، ولأن الولاية احتـكام ، واحتـكام الأصل على فرعه أولى من العـكس ، وفارق الميراث ، فإنه لا يعتبر له النظر ، ولهذا يرث الصبى والمجنون ، وليس فيه إحتـكام ولا ولاية على الموروث ، بخلاف ما نحن فيه .

٥٠٨٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم أبوه وإن علا ﴾

يعنى أن الجـد أبا الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء ، وهو قول الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الابن مقدم على الجد ، وهو قول مالك ، ومن وافقه ، لما تقدم .

وعن أحمـد رواية ثالثة : أن الأخ يقدم على الجد(٦) وهو قول مالك ، لأن الجد يدلى بأبوة الأب ، والأخ يدلى ببنوته والبنوة مقدمة ، وعن أحمد : أن الجد والأخ سواء ، لاستوائهما فى الميراث بالتعصيب ، فاستويا فى القرابة ، فوجب أن يستويا فى الولاية كالأخوين ، ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر ، فاستويا فى الولاية كالأخوين .

ولنا : أن الجد له إيلاد وتعصيب ، فيقدم عليهما كالأب ، ولأن الابن والأخ يقادان بها ، ويقطعان(٧) بسرقة مالها ، والجد بخلافه ، لا يسقط فى الميراث إلا بالأب ، والأخ يسقط به وبالابن وابنه ، وإذا ضاق

---

(١) سورة الأنبياء آية ٩٠ . (٢) سورة آل عمران آية ٣٨ . (٣) سورة مريم آية ٥

(٤) سورة إبراهيم آية ٣٩ . (٥) أخرجه ابن ماجة عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه . (ف)

(٦) فى المخطوطات التى بين أيدينا : مقدم على الجد .

(٧) قول ابن قدامة فى شأن الابن والأخ « ويقطعان بسرقة مالها » مسلم عند الحنابلة فى الأخ أما الابن إذا سرق من أمه فلا تقطع يده إلا على ظاهر قول الخرقى كما سيأتى . (ف)

المال وفى المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده ، فوجب تقديمه عليهما كالأب ، ولتقدمه على العم وسائر العصبات. إذا ثبت هذا فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب ، وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم فى الميراث[1] .

٥٠٩٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم ابنها وابنه وإن سفل ﴾

وجملته: أنه متى عدم الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ، ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته ، الأقرب فالأقرب منهم ، وبه قال أصحاب الرأى . وقال الشافعى: لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم ، أو مولى ، أو حاكما ، فيلى بذلك لا بالبنوة، لأنه ليس بمناسب لها ، فلا يلى نكاحها كخالها ، ولأن طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها .

ولنا : ماروت أم سلمة رضى الله عنها أنها لما انقضت عدتها ، أرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها ، فقالت : يارسول الله ، ليس أحد من أوليائى شاهداً قال : « لَيْسَ مِنْ أَوْلِيائِكِ شاهدٌ ولا غائبٌ[2] يكْرَهُ ذاكَ » فقالت : قم ياعمر[3] فزوِّج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجه ، رواه النسائى . قال الأثرم : قلت لأبى عبدالله : لحديث عمر بن أبى سلمة حين تزوج النبى صلى الله عليه وسلم أمه أم سلمة ، أليس كان صغيراً قال : ومن كان صغيراً ليس فيه بيان ، ولأنه عدل من عصبتها ، فثبت له ولاية تزويجها كأخيها ، وقولهم : ليس بمناسب لها يبطل بالحاكم والمولى ، وقولهم : إن طبعه ينفر من تزويجها قلنا : هذا معارض فى الفرع ليس له أصل ، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى حاكما .

إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته ، لأنه أقوى منه تعصيباً ، وقد استويا فى عدم الإيلاد .

٥٠٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم أخوها لأبيها وأمها ﴾

لا خلاف بين أهل العلم فى تقديم الأخ بعد عمودى النسب ، لكونه أقرب العصبات بعدهم ، فإنه ابن الأب ، وأقواهم تعصيباً ، وأحقهم بالميراث .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ وأحقهم بالميراث . (٢) فى المخطوطة ٢٠ ، ١٨ : حاضر ولا غائب .

(٣) فى الأصول « عمرو » وصوابه « عمر » وترجمته فى تهذيب الأسماء للنووى مجلد ١ ج ٢ ص ١٦ . والحديث فى سنن النسائى بشرحه ج ٦ ص ٨٢ ف

٥٠٩٢ ﴿ مسألة ﴾

﴿ والأخ للأب مثله ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى الأخ للأبوين والأخ للأب إذا اجتمعا ، فالمشهور عنه : أنهما سواء فى الولاية ، وبه قال أبو ثور ، والشافعى ، فى القديم ، لأنهما استويا فى الإدلاء بالجهة التى تستفاد منها العصوبة وهى جهة الأب ، فاستويا فى الولاية ، كما لو كانا من أب ، وإنما يرجح الأخ فى الميراث بجهة الأم ، ولا مدخل لها فى الولاية ، فلم يرجح بها ، كالعمين أحدهما خال ، وابنى عم أحدهما أخ من أم .

والرواية الثانية : الأخ من الأبوين أولى ، واختارها أبو بكر ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى فى الجديد ، وهو الصحيح إن شاء الله ، ولأنه حق يستفاد بالتعصيب، فقدم فيه الأخ من الأبوين كالميراث ، وكاستحقاق الميراث بالولاء ، فإنه لا مدخل للنساء فيه ، وقد قدم الأخ من الأبوين فيه وبهذا . يبطل ما ذكرناه للرواية الأولى ، وهكذا الخلاف فى بنى الإخوة والأعمام وبنيهم .

فأما إذا كان ابنا عم لأب ، أحدهما أخ لأم ، فهما سواء ؛ لأنهما استويا فى التعصيب والإرث به ، وقال القاضى : فيهما من الخلاف مثل ما فى ابن عم من أبوين ، وابن عم من أب ، لأنه يرجح بجهة أمه ، وليس كذلك ؛ لأن جهة أمه يرث بها منفردة ، وما ورث به منفرداً لم يرجح به ، ولذلك لم يرجح به فى الميراث بالولاء ولا فى غيره. فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين ، وابن عم من أب هو أخ من أم ، فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين [والله أعلم] .

٥٠٩٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم أولادهم وأن سفلوا ، ثم العمومة ، ثم أولادهم وأن سفلوا ، ثم عمومة الأب ﴾

وجملته : أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب . فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية . فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ، ثم بنو أبيها وهم الأخوة ، ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنو جدها وهم الأعمام ، ثم بنوهم وإن سفلو ثم بنو جد الأب وهم أعمام الأب، ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنو جد الجد ثم بنوهم . وعلى هذا لا يلى بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم ، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه ، لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة ، وذلك معتبر بمظنته وهى القرابة . فأقربهم أشفقهم. ولا نعلم فى هذا خلافا بين أهل العلم .

٥٠٩٤ (فصــــل)

ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب ، كالأخ من الأم ، والخال ، وعم الأم ، والجد أب الأم ، ونحوهم . نص عليه أحمد فى مواضع ، وهو قول الشافعى ، وإحدى الروايتين عن أبى حنيفة . والثانية : إن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلى ، لأنه من أهل ميراثها ، فوليها كعصباتها .

ولنا : ما روي عن عليّ أنه قال : « إذا بلغ النساء نَصَّ الحقاق (١) فالعصبة أولى » [يعنى] إذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولأنه ليس من عصباتها فأشبه الأجنبي .

٥٠٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم المولى المنعم ، ثم أقرب عصبته به ﴾

لا خلاف نعلمه فى أن المرأة إذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاها يزوّجها ، ولا فى أن عصبة المناسب أولى منه ، وذلك لأنه عصبة مولاته ، يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها ، فلذلك يزوجها ، وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه فى الإرث والعقل .

فإن عدم المولى ، أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر ، فعصباته الأقرب منهم فالأقرب ، على ترتيب الميراث ، ثم مولى المولى ، ثم عصباته من بعده كالميراث سواء .

فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى ، لأنه أحق بالميراث وأقوى فى التعصيب . وإنما قدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته ، وفضيلة ولادته ، وهذا معدوم فى أبى المعتق ، فرجع به إلى الأصل .

٥٠٩٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم السلطان ﴾

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عَضلهم (٢) . وبه يقول مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . والأصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فالسُّلطانُ وليُّ من لا وليَّ لَه » . وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة : « أن النَّجاشيَّ زوَّجَها رسولَ اللهِ صلى اللهُ عليهِ وسلمَ وكانَتْ عِنده » . ولأن للسلطان ولاية عامة ، بدليل أنه يلى المال ، ويحفظ الضَّوالَّ ، فكانت له الولاية فى النكاح كالأب .

٥٠٩٧ (فصـــل)

والسلطان ههنا هو الإمام أو من فوَّضا إليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحمد فى والى البلد . فقال فى موضع : يزوِّج والى البلد . وقال فى الرُّستاق (٣) يكون فيه الوالى وليس فيه قاض يزوِّج : إذا احتاط لها فى المهر والكفء أرجوأ لا يكون به بأس ، لأنه ذو سلطان فيدخل فى عموم الحديث .

---

(١) نص : بفتح النون وتشديد الصاد . قال ابن المبارك ، معناه إذا بلغت من سنها المبلغ الذى يصلح أن تخاصم وتخاصم فالعصبة أولى من أمها . والحقاق مصدر المحاقة . (على هامش المخطوطة ١٨) وهى المخاصمة للوصول إلى الحق (انظر النهاية لابن الأثير ج ٢ ص ٢٤٤) (٢) العضل : سيأتى تعريفه .

(٣) الرستاق فارسى معرب والجمع رساتيق ، وهو السواد (تاج العروس ج ٦ ص ٣٧٥) يعنى القرى وما يحيط بها من الأراضى .

وقال فى موضع آخر فى المرأة إذا لم يكن لها ولىّ : فالسلطان المسلط على الشىء. القاضى يقضى فى الفروج والحدود والرجم ، وصاحب الشرطة إنما هو مسلط فى الأدب والجناية . وقال : ما للوالى ولاية ، إنما هو [إلى] القاضى [١] وتأول القاضى الرواية الأولى على أن الوالى أذن له فى التزويج، ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن فى موضع ولايته قاض ، فكأنه قد فوض إليه النظر فيما يحتاج إليه فى ولايته وهذا منها .

٥٠٩٧ (فصـــــل)

وإذا استولى أهل البغى على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيهم فى ذلك مجرى الإمام وقاضيه ، لأنه أجرى مجراه فى قبض الصدقات والجزية والخراج والأحكام ، فكذلك فى هذا .

٥٠٩٨ (فصـــــل)

واختلفت الرواية فى المرأة تسلم عَلَى يد رجل ، فقال فى موضع : لا يكون ولياً لها ، ولا يزوج ، [حتى] يأتى السلطان ، لأنه ليس من عصباتها ، ولا يعقل عنها ، ولا يرثها ، فأشبه الأجنبى . وقال فى رواية أخرى فى امرأة أسلمت على يد رجل : يزوجها هو ، وهو قول إسحاق ، وروى عن ابن مسعود : أنه لا يفعل ذلك حتى يأتى السلطان ، وعن الحسن : أنه كان لا يرى بأساً أن يزوجها نفسه ، ولما روى أبو داود بإسناده عن تميم الدارى ، أنه قال : يا رسول الله ، ما السُّنة فى الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال : « هو أَوْلَى الناسِ بِمَحْيَاهُ ومَمَاتِه » . إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد وقال : رواية عبد العزيز ، يعنى ابن عمر بن عبد العزيز ، وليس هو من أهل الحفظ والإتقان [٢] .

٥١٠٠ (فصـــــل)

فإن لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان ، فعن أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل بإذنها ، فإنه قال فى دهقان [٣] قرية : يزوج من [لا] ولى لها [٤] إذا احتاط لها فى الكفء والمهر إذا لم يكن فى الرستاق

(١) فى نيل المآرب ص٥٨ وفى شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص١٨ قال أحمد، والقاضى أحب إلى من الأخير فى هذا. (ف)

(٢) قال الخطابى : وقد احتج البخارى فى صحيحه بحديث عبد العزيز هذا ، وأخرج له عن نافع مولى ابن عمر حديث واحدا ، وذكر الحاكم والدارقطنى أن البخارى ومسلما أخرجاه : وقال يحيى بن معين : عبد العزيز بن عمر ابن عبد العزيز ثقة (شرح سنن أبى داود ج ٤ ص ١٨٦) . (ف)

(٣) الدهقان بكسر الدال وضمها : القوى على التصرف مع حدة ، والتاجر ، وزعيم فلاحى العجم ، ورئيس الإقليم قال ابن السمعانى : هو مقدم قرية أو صاحبها بخرسان والعراق ، معرب عن الفارسية أنظر (تاج العروس ج ٩ ص ٣٠٦)

(٤) (لا) ساقطة من جميع الأصول . وأثبتناها من نيل المآرب ص ٤٩ ومنتهى الإرادات ج ٣ ص ١٨ جاء فيها « قال أحمد فى دهقان قرية أى شيخها يزوج من لا ولى لها إذا احتاط لها فى الكفء والمهر إذا لم يكن فى الرستاق قاض (ف).

قاض . قال ابن عقيل : أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية : أن النكاح لا يقف على ولى ، قال : وقال القاضى : منصوص أحمد يمنع من ذلك ، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولى والسلطان ، لأنه شرط ألا يكون فى الرستاق قاض ، ووجه ذلك: أن اشتراط الولى ههنا يمنع النكاح بالكلية ، فلم يجز كاشتراط المناسب فى حق من لا مناسب لها ، وروى أنه لا يجوز النكاح إلا بولى ، لعموم الأخبار فيه .

٥١٠١ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه ، وإن كان حاضراً ﴾

وجملة ذلك : أنه يجوز التوكيل فى النكاح سواء كان الولى حاضراً أو غائباً ، مجبراً أو غير مجبر ؛لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه وكل أبا رافع فى تزويجه ميمونة، ووكل عمرو بن أمية فى تزويجه أمّ حبيبة »، ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ، ولأصحاب الشافعى فى توكيل غير الأب والجد وجهان.

أحدهما : لا يجوز ، لأنه يلى بالإذن ، فلم يجز له التوكيل كالوكيل .

ولنا : أنه يلى شرعا ، فكان له التوكيل كالأب ، ولا يصح قولهم : إنه يلى بالإذن ، فإن ولايته ثابتة قبل إذنها، وإنما إذنها شرط لصحة تصرفه ، فأشبه ولاية الحاكم عليها ، ولا خلاف فى أن للحاكم أن يستنيب فى التزويج من غير إذن المرأة ، ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها ، فكيف [تثبت] لنائبها من قبلها ؟

٥١٠٢ (فصــــــل)

ويجوز التوكيل مطلقا ومقيداً . فالمقيد التوكيل فى تزويج رجل بعينه ، والمطلق التوكيل فى تزويج من يرضاه أو من يشاء ، قال أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله، فى الرجل يولى على أخته وابنته يقول : إذا وجدت من ترضاه فزوجها (١) ، فتزويجه جائز . ومنع بعض الشافعيه التوكيل المطلق ، ولا يصح ، فإنه روى أن رجلا من العرب ترك ابنته عنـــد عمر وقال : « إذا وجدت لها كفؤاً فزوجه إياها ولو بشراك نعله، فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضى الله عنه ،فهى أم عمرو بن عثمان »واشتهر ذلك فلم ينكر ؛ ولأنه إذن فى النكاح فجاز مطلقاً ، كإذن المرأة ،أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقاً،والله أعلم.

٥١٠٣ (فصــــل)

ولا يعتبر فى صحة الوكالة إذن المرأة فى التوكيل،سواء كان الموكل أبا أو غيره ، ولا يفتقر إلى حضور شاهدين . وقال بعض الشافعية : لا يجوز لغير المجبر التوكيل إلا بإذن المرأة ، وخرجه القاضى على الروايتين فى توكيل الوكيل من غير إذن الموكل . وحكى عن الحسن بن صالح(٢): أنه لا يصح إلا بحضرة شاهدين ، لأنه يراد لحِلّ الوطء ، فافتقر إلى الشهادة كالنكاح .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فزوجه . (٢) من شيوخ يحى بن آدم صاحب الخراج

ولنا : أنه إذن من الولى فى التزويج ، فلم يفتقر إلى إذن المرأة ولا إلى إشهاد كإذن الحاكم ، وقد بينا أن الولى ليس بوكيل المرأة[1] ، وهذا التوكيل لا يملك به البضع ، فلم يفتقر إلى إشهاد ، بخلاف النكاح . ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتَّسَرِّى .

٥١٠٤ (فصــل)

ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل . فإن كان للولى الإجبار ثبت ذلك لوكيله ، وإن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها ، لأنه نائب ، فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه . وكذلك الحكم فى السلطان والحاكم يأذن لغيره فى التزويج ، فيكون المأذون له قائما مقامه .

٥١٠٥ (فصــل)

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله ، هل تستفاد الولاية فى النكاح بالوصية ؟ فروى أنها تستفاد بها ، وهو اختيار الخرقى لقوله : أو وصى ناظرا له فى التزويج . وهو قول الحسن ، وحماد بن أبى سليمان ، ومالك وعنه : لا تستفاد بالوصية ، وبه قال الثورى، والشعبى ، والنخعى ، والحارث العكلى، وأبو حنيفة، والشافعى ، وابن المنذر ، لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعاً ، فلم يجز أن يوصى بها كالحضانة ، ولأنه لا ضرر على الوصى فى تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها ، فلم تثبت له الولاية كالأجنبى ، ولأنها ولاية نكاح ، فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم . وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان لها عصبة لم تجز الوصية بنكاحها، لأنه يسقط حقهم بوصيته ، وإن لم يكن عصبة جاز لعدم ذلك .

ولنا : أنها ولاية ثابتة للأب ، فجازت وصيته بها كولاية المال ، ولأنه يجوز أن يستنيب فيها . فى حياته ، فيكون نائبه قائما مقامه ، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال . (وما ذكروه يبطل بولاية المال)[2] . فعلى هذا لا يصير وصيا فى النكاح بالوصية إليه فى المال ، لأنها إحدى الولايتين ، فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى ، قياساً على وصية المال لا تُملَكُ بالوصية فى النكاح .

٥١٠٦ (فصــل)

فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى ولاية ، سواء كان مجبراً كالأب ، أو غير مجبر كغيره . ووصى كل ولى يقوم مقامه . فإن كان الولى له الإجبار فكذلك وصيه ، وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك ، لأنه يقوم مقامه ، فهو كالوكيل .

وقال مالك : إن عين الأبُ الزوجَ مَلَكَ الوصيّ إجبارها ، صغيرة كانت أو كبيرة . وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة ، صحت الوصية واعتُبر إذنها . وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجها بإذنها .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠: ليس بوكيل المرأة . (٢) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ١٨ و ٢٠ .

ولنا : أن من ملك التزويج إذا عُيِّن له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ، ومتى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها ، لأن الوصيّ قائم مقام الموصِي ، فلم يثبت فى تزويجه خيار كالوكيل .

٥١٠٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلا أو كافراً أو عبداً زوجها الأبعد من عصبتها ﴾

وجملة ذلك : أن الولاية لاتثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال ، فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم ، فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا . وتعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط : العقل ، والحرية والإسلام والذكورية ، والبلوغ ، والعدالة ، على اختلاف نذكره .

فأما العقل فلا خلاف فى اعتباره ، لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمُولَّى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ، ومن لاعقل له لايمكنه النظر ، ولايلى نفسه ، فغيره أولى . وسواء فى هذا من لاعقل له لصغره كطفل ، ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذ أفند(١) .

قال القاضى : والشيخ الذى قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الحظ لها لا ولاية له . فأما الأغماء فلا يزيل الولاية ، لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ، ولذلك لاتثبت الولاية عليه ، ويجوز على الأنبياء عليهم السلام . ومن كان يجن فى الأحيان لم تزل ولايته ، لأنه لايستديم زوال عقله ، فهو كالأغماء .

الشرط الثانى : الحرية ، فلا ولاية لعبد فى قول جماعة أهل العلم ، فإن العبد لا ولاية له على نفسه ، فعلى غيره أولى . وقال أصحاب الرأى : يجوز أن يزوجها العبد بإذنها ، بناء على أن المرأة تزوج نفسها . وقد مضى الكلام فى هذه المسألة .

الشرط الثالث : الإسلام ، ولايثبت لكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة أهل العلم أيضاً . قال ابن المنذر : أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا . قال أحمد : بلغنا أن علياً أجاز نكاح الأخ ، وردّ نكاح الأب وكان نصرانياً .

الشرط الرابع : الذكورية ، شرط للولاية فى قول الجميع ، لأنه يعتبر فيها الكمال ، والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها ، فلاتثبت لها ولاية على غيرها أولى .

الشرط الخامس : البلوغ شرط فى ظاهر المذهب . قال أحمد : لايزوج الغلام حتى يحتلم ، ليس له أمر. وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأبوثور . وعن أحمد

---

(١) أفند . من الفند بالتحريك ، وهو الخرف وإنكار العقل لهرم أو مرض .والخطأ فى الرأى وأفند : تكلم بالفند . وقالوا للشيخ إذا هرم : قد أفند ، لأنه يتكلم بالمحرف من الكلام عن سنن الصحة . ولا يطلق على المرأة . لأنها لم تكن فى شبيبتها ذات رأى فتفند فى كبرها . أنظر (تاج العروس ج ٢ ص ٤٥٤) .

رواية أخرى : أنه إذا بلغ عشراً زوج وتزوج وطلق ، وأجيزت وكالته . وهـذا يحتمله كلام الخرقى ، لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا. ووجه ذلك : أنه يصح بيعه ووصيته فى طلاقه ، فثبت له الولاية كالبالغ . والأول اختيار أبى بكر وهو الصحيح ، لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال ، لأنها تتقيد بالتصرف فى حق غيره فاعتبرت نظراً له ، والصبى مولى عليه لقصوره ، فلاتثبت له الولاية كالمرأة .

الشرط السادس : العدالة ، وفى كونها شرطاً روايتان .

إحداهما : هى شرط . قال أحمد[1] : إذا كان القاضى مثل ابن الحلبى وابن الجعدى استقبل النـكاح . فظاهر هذا أنه أفسد النـكاح لانتفاء عدالة المولى له . وهـذا قول الشافعى. وذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : « لا نـكاحَ إلا بولىٍّ مُرْشدٍ وشاهدىْ عَدْلٍ » . قال أحمد : أصح شىء فى هذا قول ابن عباس ، وقد روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم « لا نـكاحَ إلا بولىٍّ وشاهدَىْ عَدْلٍ ، وأيُّما امرأةٍ أنْـكحَها ولىٌّ مَسْخُوطٌ عليه فنـكاحُها باطلٌ » . وروى عن أبى بكر البرقانى بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نـكاحَ إلا بولىٍّ مُرْشد وشاهدَىْ عَدْل » ، ولأنها ولاية نظرية فلايستبد بها الفاسق ، كولاية المال .

والرواية الأخرى : ليست بشرط . نقل مثنى بن جامع ، أنه سأل أحمد : إذا تزوج بولى فاسق وشهود عدول ؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شىء ، وهذا ظاهر كلام الخرقى ، لأنه ذكر الطفل والعبد والـكافر ، ولم يذكر الفاسق . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، لأنه يلى نكاح نفسه ، فتثبت له الولاية على غيره كالعدول ، ولأن سبب الولاية القرابة ، وشرطها النظر ، وهذا قريب ناظر فيلى كالعدل .

٥١٠٨ (فصـــــــل)

ولا يشترط أن يكون بصيراً ، لأن شعيباً عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ، ولأن المقصود فى النـكاح يعرف بالسماع . والاستفاضة ، فلا يفتقر إلى النظر . ولا يشترط كونه ناطقاً ، بل يجوز أن يلى الأخرس[2] إذا كان مفهوم الإشارة ، لأن إشارته تقوم مقام نطقه فى سائر العقود والأحكام ، فـكذلك فى النكاح .

٥١٠٩ (فصـــــل)

ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله ، لأن وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكله الولى فى تزويج مُوَلِّيتَه لم يجز ، لأنها ولاية ، وليس هو من أهلها ، ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبته بولاية النسب ، فلأن لا يملك تزويج مناسبة غيره بالتوكيل أولى .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ قاله أحمد ، وقال . . . .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : أن يليه الأخرس .

ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز فى العقد، لأنهم من أهل اللفظ بالعقد، وعبارتهم فيه صحيحة، ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم، وإنما سُلبوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال، ولا حاجه إليه فى اللفظ به، فأما إن وكّله الزوج فى قبول النكاح له، أو وكله الأب فى قبول النكاح لابنه الصغير، فقال أصحابنا: لا يصح أحد طرفى العقد، فلم يجز توكيله فيه كالايجاب، ويحتمل جواز توكيل من ذكرنا فيه، لأنهم من أهله، ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم، فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي فى العدة.

٥١١٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة، فروى عنه أنه يلى نكاحها والى سيدتها[1]. قال القاضي: هذا هو الصحيح، وهو مذهب الشافعي، لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها، فامتنعت فى حقها لقصورها، فتثبت لأوليائها كولاية نفسها، ولأنهم يلونها لو عتقت[2]، ففى حال رِقّها أولى، ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمتها إلا بإذنها، لأنها مالها، ولا يجوز التصرف فى مال رشيد بغير إذنه.

ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكراً، لأن صِماتها[3] إنما اكتفى به فى تزويج نفسها لحيائها، ولا تستحيي من تزويج أمتها. وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة، ولوليها ولاية على مالها، فله تزويج أمتها إن كان الحظ فى تزويجها، وإلا فلا يملك تزويجها. وكذلك الحكم فى أمة ابنه الصغير. وقال بعض الشافعية: ليس له تزويجها بحال، لأن فيه تغريراً بمال الصغير، لأنها ربما حملت فتلفت.

ولنا: أن له التصرف بما فيه الحظ، والتزويج ههنا فيه الحظ، لأن الكلام فيه، فجاز كسائر التصرفات الجائزة. واحتمال الحظ مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها وولدها، وكفاية مؤنتها وصيانتها عن الزنا الموجب للحد فى حقها، وبعض[4] قيمتها، والمرجوح كالمعدوم. وإن كان وليها فى مالها غير ولى فى تزويجها فولاية تزويجها للولى فى المال دون ولى التزويج، لأنه هو المتصرف فى المال، وهى مال.

الرواية الثانية: أن للمرأة أن تولى أمر أمتها رجلا يزوجها. نقلها عن أحمد جماعة، لأن سبب الولاية الملك، وقد تحقق فى المرأة، وامتنعت المباشرة لنقص الأنوثة، فملكت التوكيل كالرجل المريض والغائب.

---

(١) فى جميع الأصول. سيادتها. وما اخترناه أوضح. (٢) أى أمة الحرة.
(٣) فى المخطوطة ١٨: ويعتبر صمتها. (٤) هكذا فى النسخ ولعل الأصل «ونقص قيمتها».

ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو : أن سيدتها تزوجها ، فإنه قيل له : تزوج أمتها ؟ قال قد قيل ذلك، هى مالها. وهذا يحتمل أنه ذهب إليه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنها مالكة لها، وولايتها تامة عليها ، فملكت تزويجها كالسيد ، ولأنها تملك بيعها وإجارتها ، فملكت تزويجها كسيدها ، ولأن الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية ، وصيانة لحظ الأولياء فى تحصيلها ، فلا تثبت عليها الولاية فى أمتها ، لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للأولياء فيها .

ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره ، فإنه قال فى سياقها : أحب إلى أن تأمر زوجها ، لأن النساء لا يعقدن ، وقد ذكرنا فى خبر أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لاتُنْكِحُ المرأةُ المرأةَ » . وقالت عائشة رضى الله عنها « زوِّجوا فإن النساء لا يزوِّجن ، واعقدوا فإن النساء لايعقِدْن » . ولأن المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى .

٥١١١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويزوج مولاتها من يزوج أمتها ﴾

يعنى : عتيقتها ، وهذه فيها روايتان .

إحداها : أن لمولاتها التوكيل فى تزويجها رجلا ، لأنها عصبتها وترثها بالتعصيب ، فأشبهت المعتق .

والثانية : ولى سيدتها وليها، وهى الأصح، لأن هذه ولاية نكاح حرة، والمرأة ليست من أهل ذلك ، فيكون إلى عصبتها ، لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها ، فكانو أولياءها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون . وقد ذكرنا : أنه إذا انقرض العصبة من النسب ولى المولى المعتق ، ثم عصباته من بعد ، الأقرب فالأقرب ، كذا ههنا . إلا أن ظاهر كلام الخرقى ههنا : تقديم أبى حنيفة المعتقة على ابنها ، لأنه الذى يزوجها ، وذكرنا ثمّ خلاف هذا ، ويعتبر فى ولائه شرطان .

أحدها : عدم العصبة من النسب ، لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه .

الثانى : إذن الزوجة ، لأنها حرة وليست له ولاية إجبار ، فإنه أبعد العصبات ، ولا يفتقر إلى إذن مولاتها ، لأنها لا ولاية لها ولا ملك . فأشبهت قريب الطفل إذ زوج البعيد .

٥١١٢ (فصـــل)

وإذا كان للأمة مولى فهو وليها ، وإن كان لها موليان فالولاية لها ، وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه ، لأنه لا يملك إلا نصفها . وإن اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما ، لأن تزويجها تصرف فى المال ، بخلاف الحرة ، فإن نكاحها حق لها ، ونفعه عائد إليها ، ونكاح الأمة حق لسيدها ، ونفعه عائد إليه ، فلم يثبت للسلطان ولاية عنه فيه . فإن أعتقها ولها عصبة مناسب فهو أولى منهما، وإن لم يكن لها عصبة فهما ولياها ، ولا يستقل أحدهما بالتزويج ، لأن ولايته على نصفها . فإن اشتجرا أقام

الحاكم قام الحاكم مقام الممتنع منهما ، لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقاً لها . وإن كان المعتق أو المعتقة واحداً ، وله عصبات فى درجة واحدة ، كالابنين أو الأخوين ، فلأحدهما الاستقلال بتزويجها ، كما يملك تزويج سيدتها .

٥١١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجها منه بإذنها ﴾

وجملته : أن ولى المرأة التى يحل له نكاحها ، وهو ابن العم ، أو المولى ، أو الحاكم ، أو السلطان ، إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفى العقد بنفسه ؟ فيه روايتان :

إحداهما : له ذلك ، وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، وربيعة ، ومالك ، والثورى ، وأبى حنيفة ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وابن المنذر . لما روى البخارى قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة قارظ [1] : « أتجعلين أمرك إلىّ ؟ قالت : نعم . قال : قد تزوجتك » ، ولأنه يملك الإيجاب والقبول، فجاز أن يتولاهما ، كما لو زوج أمته عبده الصغير ، ولأنه عقد وُجد فيه الإيجاب من ولى ثابت الولاية ، والقبول من زوج هو أهل للقبول ، فصح كما لو وجدا من رجلين . وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه أعتق صَفِيَّة ، وجعل عتقها صداقها » .

فإن قيل : قد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كلُّ نكاحٍ لم يَحْضُرْه أربعةٌ فهو سِفَاح : زَوْج وَوَلِيٌّ وشاهدان » . قلنا : هذا لا نعلم صحته ، وإن صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير ، فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول ، أم يكتفى بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يحتاج أن يقول زوجت نفسى فلانة ، وقبلت هذا النكاح ، لأن ما يفتقر إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود .

والثانى : يكفيه أن يقول : زوجت نفسى فلانة ، أو تزوجت فلانة : وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، لحديث عبد الرحمن ابن عوف ، ولأن إيجابه يتضمن القبول ، فأشبه إذا تقدم الاستدعاء . ولهذا قلنا إذا قال لأمته : قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ، ينعقد النكاح بمجرد هذا القول .

والرواية الثانية : لا يجوز أن يتولى طرفى العقد ، ولكن يوكل رجلا يزوجه إياها بإذنها . قال أحمد رحمه الله فى رواية ابن منصور : لا يزوج نفسه حتى يولى رجلا ، لحديث المغيرة بن شعبة ، وهو ما روى

(١) فى الأصول : فارط والصواب من شرح القسطلانى للبخارى ج ٨ ص ٥١ (ف) .

أبو داود بإسناده عن عبد الملك ابن عمير ، أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأةً المغيرةُ أولى بها منه ولأنه عقد ملكه بالإذن ، فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع . وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير . وعلى هذه الرواية إن وكل من يقبل له العقد ، وتولى هو الإيجاب جاز .

وقال الشافعى فى ابن العم والمولى : لا يزوجها إلا الحاكم ، ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ، ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلته ، وهذا عقد ملكه بالإذن ، فلا يتولى طرفيه كالبيع . ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء ، لأنه لا ولاية لهم مع وجوده .

ولنا : ما ذكرناه من فعل الصحابة ، ولم يظهر خلافه ، ولأن وكيله يجوز أن يلى العقد عليها لغيره ، فصح أن يليه عليها له إذا كانت تحل له كالإمام إذا أراد أن يزوج موليته ، ولأن هذه امرأة ولها ولى حاضر غير عاضل،فلم يَلِيها الحاكم كما لو أرادأن يزوجها غيره . ومفهوم قوله عليه السلام:«السلطانُ وَلىُّ من لا ولىَّ له » أنه لا ولاية له على هذه .

٥١١٤ (فصــــل)

وإذا أذنت له فى تزويجها ولم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه ، لأن إطلاق الإذن يقتضى تزويجها غيره ، ويجوز تزويجها لولده ، لأنه غيره . فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان فى تولى طرفى العقد . فإن قلنا : لا يتولاه فوكل رجلا يزوجها لولده ، وقبل هو النكاح له ، افتقر إلى إذنها للوكيل ، على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنها . وإن وكل رجلا يقبل لولده النكاح ، وأوجب هو لم يحتج إلى إذنها ، لأنها قد أذنت له .

٥١١٥ (فصل)

وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفى العقد ، لأنه مالك ذلك بحكم الملك ، لا بحكم الإذن فى قولهم جميعاً ، وإن كان مالكا لأحد طرفى العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه ، أو وكله الولى فى الإيجاب والزوج فى القبول ، خرج فيه وجهان بناء على الروايتين ، لأنه ملك ذلك بالإذن . إن زوج بنته الكبيرة[1] عبده الكبير لم يجز ذلك إلا برضاها ، لأنه لا يكاد يكافئها ، فيخرج فيه أيضاً وجهان . وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجز ، لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها . وعنه يجوز ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

٥١١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يُزَوِّج كافر مسلمةً بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطانا أو سيد أمة ﴾ .

---

(١) فى نسخة الصغيرة .

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وقال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وقال أبو الخطاب في الذمي إذا أسلمت أم ولده : هل يلي نكاحها ؟ على وجهين .

أحدهما : يليه ، لأنها مملوكته ، فيلي نكاحها كالمسلم ، ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها .

والثاني : لا يليه ، لقول الله تعالى : « والمُؤْمِنُونَ والمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ »(١) ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته . فعلى هذا يزوجها الحاكم ، وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع . وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان ، وولي سيد الأمة الكافرة ، وذلك لقول الله تعالى : « والَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ »(٢) . ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ، ولا يعقل عنه ، فلم يل عليه ، كما لو كان أحدهما رقيقا .

أما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر ، لكونها لا تحل للمسلمين ، وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر ، لأنها ولاية بالمال ، فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً كسائر الولايات ، ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ، ولا ولي لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة ، لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام ، وهذه من أهل الدار ، فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة . وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ، ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين .

٥١١٧ (فصـــل)

إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجها إياه ، ذكره أبو الخطاب ؛ وهو قول أبي حنيفـــة ، والشافعي ، رضي الله عنه ، لأنه وليها فصح تزويجه لها ، كما لو زوجها كافراً ، ولأن هذه امرأة، ولها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره ، كما لو تزوجها ذمي ، وقال القاضي : لا يزوجها إلا الحاكم ، لأن أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة . ووجهه:أنه عقد يفتقر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر ، كنكاح المسلمين . والأول أصح ، والشهود يرادون لإثبات النكاح عنـــد الحاكم بخلاف الولاية .

---

(١) سورة التوبة آية ٧١ .

(٢) سورة الأنفال آية ٧٣ .

٥١١٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوجها مَنْ غَيْرُه أَوْلَى منه وهو حَاضِرٌ ولم يعضُلها فالنـكاح فاسد ﴾

هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة :

أحدها : أنه إذا زوجها الولى الأبعـد مع حضور الولى الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح . وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : يصح لأن هذا ولى له أن يزوجها بإذنها كالأقرب .

ولنـا : أن هذا مستحق بالتعصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالمـيراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

الحـكم الثانى : أن هذا العقد نـكاح فاسد لا يقف على الإجازة ، ولا يصير بالإجازة صحيحاً ، وكذلك الحـكم إذا زوج الأجنبى أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها ، أو تزوج العبـد بغير إذن سـيده ، فالنـكاح فى هذا كله باطل فى أصح الروايتين . نص عليـه أحمد فى مواضع ، وهو قول الشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقف على الإجازة ، فإن أجازه جاز ، وإن لم يجزه فسد . قال أحمد فى صغير زوجه عمه : فإن رضى به فى وقت من الأوقات جاز ، وإن لم يرض فسخ . وإذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت . وقال : إذا زوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد ، فإن أذن فى التزويج فالطلاق بيد العبد . وهذا قول أصحاب الرأى فى كل مسألة يعتبر فيها الإذن . وروى ذلك فى النـكاح بغير ولى عن على بن أبى طالب ، وعن ابن سيرين ، والقاسم بن محمـد ، والحسن بن صالح ، وإسحاق ، وأبى يوسف ، ومحمد[1] ، لما روى أن جارية بكراً أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكرت له أن أباها زوجها وهى كارهة ، فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم ، رواه أبو داود ، وابن ماجه .

وروى أن فتاة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى زوجنى من ابن أخيه ليرفع بى خسيسته ، قال : فجعل الأمر إليها . فقالت قد أجزت ما صنع أبى ، ولـكنى أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئاً . رواه ابن ماجه والنسـائى ، وفى رواية ابن ماجة : « أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شىء » ، ولأنه عقد يقف على الفسخ ، فوقف على الإجازة كالوصية .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « أيُّما إمرأة نـكحت نفسهَا بغير إذن وليِّها فنـكاحها باطل[2] » . وقال : « إذا نـكح العبدُ بغير إذن سـيِّده فنـكاحه باطل » . رواه أبو داود وابن ماجه .

(١) هنا تقديم وتأخير فى الأسماء فى المخطوطة ١٨ .

(٢) أخرجه أبوداود وليس فيه (نفسها) جـ ١ ص ٤٨١ (ف) .

إلا أن أبا داود قال : إنه موقوف[١] على ابن عمر . ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها ، فلم ينعقد كنكاح المعتدة .

فأما حديث المرأة التى خيرها النبى صلى الله عليه وسلم فهو مُرْسَل عن عكرمة ، رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس[٢] ، قاله أبو داود[٣] . ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التى قالت : « زوجنى من ابن أخيه ليرفع بى خسيسته » ، فتخييرها لتزويجها من غير كفئها ، وهـذا يثبت الخيار ، ولا يبطل النكاح . والوصية يتراخى فيها القبول ، وتجوز بعد الموت ، فهى معدول بها عن سائر التصرفات ، ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها .

فأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر فى العقد . لأنها شرط له ، فيعتبر وجودها معه كالقبول ، ولا تعتبر فى الإجازة لأنها ليست بعقد ، ولأنها إذا وجدت استند الملك إلى حالة العقد ، حتى لو كان فى العقد نماء ملك من حين العقد لا من حين الإجازة . وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر ، لأنه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر : إن كان مما لو رفع إلى الحاكم أجازه ورثه الآخر . لأنه عقد يلزمه إجازته فهو كالصحيح ، وإن كان مما يفسخه لم يرثه .

٥١١٩ (فصـــل)

ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها ، أو الأمة بغير إذن سيدها ، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصُوَر التى فيها الروايتان . والصحيح عندى : أنه لا يدخل فيها ، لتصريح النبى صلى الله عليه وسلم فيه بالبطلان ، ولأن الإجازة إنما تـكون لعقد صدر من أهله فى محله ، فإن المرأة ليست أهلا له ، بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الإذن المقارن ، فلأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ، ولا تفريع على هذا . فأما على القول الآخر : فمتى تزوجت المرأة بغير إذن الولى فرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته ، والأمر فيه إلى الولى ، فمتى رده بطل ، لأن من وقف الحكم على إجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير إذنها .

---

(١) قال أبو داود : هـذا الحديث ضعيف وهو موقوف . وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما (ج ١ ، ص ٤٨٠) (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ و لم يذكروه عن ابن عباس .

(٣) روى أبو داود ج ١ ص ٤٨٣ عن عكرمة عن ابن عباس : أن جارية بكرا أتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة ، فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم . وذكر سندا آخر عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم ثم قال : ولم يذكر ابن عباس ، وهكذا رواه الناس مرسلا .(ف) .

وفيه وجه آخر : أنه إذا كان الزوج كفؤاً أمر الحاكم الولى بإجازته ، فإن لم يفعل أجازه الحاكم ، لأنه لما امتنع من الإجازة صار عاضلا ، فانتقلت الولاية عنه إلى الحاكم كما فى ابتداء العقد ، ومتى حصلت الإصابة قبل الإجازة ثم أجيز فالمهر واحد . إما المسمى ، وإما مهر المثل إن لم يكن مسمى ، لأن الإجازة مستندة إلى حالة العقد ، فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا فى البيع ، ولذلك لم يجب الحد .

ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ، ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له انفسخ النكاح ، لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ، ولأنها أقوى فأزالت الأضعف ، كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه . وإن خرجت إلى من لا تحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضاً ، لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يجز بإجازة غيره ، كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك ، فأجاز المشترى الثانى بيع الأجنبى .

وفيه وجه آخر : أنه يجوز بإجازة المالك الثانى ، لأنه يملك ابتداء العقد فملك إجازته كالأول . ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أو هبة أو غيره . فأما إن أعتقها السيد احتمل أن يجوز النكاح ، لأنه إنما وقف لحق المولى ، فإذا أعتق سقط حقه ، فصح العقد . واحتمل ألا يجوز ، لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة ، ولأن حق المولى إن بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج ، فإنه يليها بالولاء .

٥٢٠٠ (فصـــل)

وإذا زُوِّجت التى يعتبر إذنها بغير إذنها ، وقلنا : يقف على إجازتها ، فإجازتها بالنطق ، أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء ، أو المطالبة بالمهر والنفقه . ولا فرق فى ذلك بين البكر والثيب ، لأن أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ، ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم لبريرة: «إن وَطِئَكِ زوْجُكِ فلا خيارَ لَكِ[1]» جعل تمكينها دليلا على إسقاط حقها . والمطالبة بالمهر والنفقة ، والتمكين من الوطء دليل على الرضى ، لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح ، فوجوده من المرأة دليل رضاها به .

الحكم الثالث : إذا عضلها الولى الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد . نص عليه أحمد . وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان ، وهو اختيار أبى بكر . رذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وشريح ، وبه قال الشافعى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « فإن اشْتَجَروا فالسلطانُ ولىُّ من لا ولىَّ له » . ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه ، فقام الحاكم مقامه ، كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه .

ولنا : أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب ، فملكه . الأبعد كما لو جن ، ولأنه يفسُق بالعَضْل ، فتنتقل

---

(١) أخرجه الدارقطنى ورواه أبوداود ج ١ ص ٥١٨ عن عائشة بلفظ « إن قربك فلا خيار لك » (ف) .

لوالاية عنه كما لو شرب الخمر . فإن عضل الأولياء كلهم زَوَّج الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله : « السلطانُ وليُّ من لا وليَّ له » . وهذه لها ولى ، ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل ، لأن قوله «فإن اشْتَجَرُوا» ضمير جمع يتناول الكل . والولاية تخالف الدَّين من وجوه ثلاثة .

أحدها : أنها حق للولى ، والدين حق عليه .

الثانى : أن الدين لا ينتقل عنه ، والولاية تنتقل لعارض من جنون الولى وفسقه وموته .

الثالث : أن الدين لا يعتبر فى بقائه العدالة ، والولاية يعتبر لها ذلك ، وقد زالت العدالة بما ذكرنا . فإن قيل : فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه . قلنا : فسقه بامتناعه ، فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق ، فزال فسقه ، فلذلك صح تزويجه ، والله أعلم .

٥٢٠١ (فصـــــل)

ومعنى العضل: منع المرأة من التزويج بكفئها إذ طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما فى صاحبه . قال معقل بن يسار : « زوَّجت أختاً لى من رَجُل فطلَّقها ، حتى إذا انْقَضَتْ عدتُها جاء يخطبها ، فقلت له : زوجتك وأفْرَشْتُك وأكْرَمْتُك فطلَّقتَهَا ، ثم جئت تخطبها ، لا والله لا تعودُ إليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه ، فأنزل الله تعالى هذه الآية : « وَلاَ تَعْضُلوهُنَّ » فقلت : الآن أفعلُ يارسولَ الله . قال : فزوجها إياه[1] » . رواه البخارى. وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها ، لأن عليهم فى ذلك عاراً ، وفيه ضرراً على نسائها لنقص مهر مثلهن .

ولنا : أن المهر خالص حقها ، وعوض يختص بها ، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كثمن عبدها ، وأجرة دارها ، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله ، فبعضه أولى ، ولأن النبىَّ صلّى الله عليه وسلم قال لرجل أراد أن يزوجه : « التمسْ ولو خَاتَماً من حَدِيد » وقال لامرأة زُوِّجت بنعلين : « أَرَضِيتِ بِنَعْلين من نَفْسِك؟ » قالت : نعم . فأجازه النبى صلى الله عليه وسلم[2] ، وقولهم : فيه عار عليهم ليس كذلك ، فإن عمر قال : « لو كان مكرمة فى الدنيا ، أو تقوى عند الله ، كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم » : يعنى غُلُوَّ الصداق . فإن رغبت فى كفء بعينه ، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها ، وامتنع من تزويجها من الذى أرادته كان عاضلا لها . فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك ، ولا يكون عاضلا

(١) انظر صحيح البخارى ج ٧ ص ١ ، باب « لانكاح إلا بولى» .(ف)
(٢) رواه أحمد وابن ماجة والترمذى وصححه عن عامر بن ربيعة .(ف)

لها بهذا ، لأنها لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح ، فلأن تمتنع منه ابتداء أولى .

٥١٢٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان وليها غائباً فى موضع لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، زوجها من هو أبعد منه من عصبتها ، فإن لم يكن فالسلطان ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥١٢٣ (أولهما)

أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم ، وبهذا قال أبو حنيفه ، وقال الشافعى : يزوجها الحاكم ، لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته ، فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ، ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب ، فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح .

ولنا : قوله عليه السلام : « السلطان ولى من لا ولى له » وهذه لها ولىّ فلا يكون السلطان وليها ، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه ، فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات ، كما لو جن أو مات ، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب ، فكان ذلك للأبعد كالأصل ، وإذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا .

٥١٢٤ (الفصل الثانى)

فى الغيبة المنقطعة التى يجوز للأبعد التزويج فى مثلها . ففى قول الخرقى : هى من لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية ، فتكون منقطعة ، أى ينقطع من إمكان تزويجها ، وقال القاضى : يجب أن يكون حد المسافة ألا ترد القوافل فيه فى السنة إلا مرة ، لأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها ، فيلحق الضر بترك تزويجها .

وقد قال أحمد فى موضع : إذا كان الأب بعيد السفر يزوّج الأخ ، قال أبو الخطاب : فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة ، لأن ذلك هو السفر الذى عُلِّقت عليه الأحكام ، وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة ، لأن أحمد قال : إذا لم يكن ولى حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا ، إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة ، فالسلطان ولى من لا ولى له ، وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب ، فإن التحديدات بابها التوقيف ، ولا توقيف فى هذه المسألة ، فترد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج فى مثله ، فإنه يتعذر فى ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب ، فيكون كالمعدوم ، والتحديد بالعام كبير ، فإن الضرر

يلحق بالانتظار في مثل ذلك ، ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل الكتاب منه أبداً ، ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته ، والتوسط أولى ، والله أعلم .

واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة ، فقال بعضهم كقول القاضي . وبعضهم قال : من الرِّيِّ إلى بغداد . وبعضهم قال : من البصرة إلى الرَّقَّة . وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر . واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم ، فقال بعضهم : مسافة القصر ، وقال بعضهم : يزوجها الحاكم وإن كان الولي قريباً ، وهو ظاهر نص الشافعي . وظاهر كلام أحمد : أنه إذا كانت الغيبة منقطعة أنه ينتظر ويراسل ، حتى يقدم أو يوكل .

٥١٢٥ (فصـــــل)

وإن كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته فهو كالبعيد ، فإن البعد لم يعتبر لعينه ، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره ، وهذا موجود ههنا ، ولذلك إن كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد ، أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه ، فهو كالبعيد .

٥١٢٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا زُوِّجت من غير كفء فالنكاح باطل ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح ، فروى عنه : أنها شرط له . قال : إذا تزوج المولى العربية فُرِّق بينهما . وهذا قول سفيان . وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب : ما هو بكفء لها : يفرق بينهما . وقال لو كان المتزوج حائكا فرقت بينهما ، لقول عمر رضي الله عنه : « لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء » . رواه الخلال بإسناده .

وعن أبي إسحاق الهمداني قال : « خرج سلمان وجرير في سفر ، فأقيمت الصلاة ، فقال جرير لسلمان: تقدم أنت ، قال سلمان : بل أنت تقدم ، فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم » ، ولأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه ، فلم يصح كما لو زوجها بغير إذنها .

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ تُنْكِحُوا النِّسَاءَ إلاَّ مِنَ الأَكْفَاءِ ، ولا تُزَوِّجُوهُنَّ إلاَّ مِنَ الأَوْلِيَاءِ » . رواه الدارقطني . إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ، ولا يحتج بمثله .

والرواية الثانية عن أحمد : أنها ليست شرطاً في النكاح ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى نحو هذا عن عمر ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، وعبيد بن عمير ، وحماد بن أبي سليمان ، وابن سيرين ، وابن عون ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . لقوله تعالى : « إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ »

وقالت عائشة رضى الله عنها : « إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنّى سالما ، وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار » . أخرجه البخارى . « وأمر النبى صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه ، فنكحها بأمره » . متفق عليه .وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته «زينب بنت جحش الأسدية» ، وقال ابن مسعود لأخته : « أنشدك الله أن تتزوجى إلا مسلماً ، وإن كان أحمر رومياً ، أو أسود حبشياً » ، ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة ، أو الأولياء ، أو لهما ، فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب .

وقد روى أن أبا هند حجم النبى صلى الله عليه وسلم فى اليافوخ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم . « يَا بَنِى بَيَاضَةَ أَنْكِحُوا أَبَا هِنْد وَأَنْكِحُوا إليه » . رواه أبو داود [1]، إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً .

والصحيح : أنها غير مشترطة ، وما روى فيها يدل على اعتبارها فى الجملة ، ولا يلزم منه اشتراطها . وذلك لأن الزوجة وكل واحد من الأولياء له فيها حق ، ومن لم يرض منهم فله الفسخ ، ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته ، جعل لها النبى صلى الله عليه وسلم الخيار ، فأجازت ما صنع أبوها ، ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار . فإذا قلنا باشتراطها فإنما نعتبر وجودها حال العقد ، فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح ، لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد ، وإن كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد ، حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى ، فإن قلنا : ليست[2] شرطاً فرضيت المرأة والأولياء كلهم صح النكاح ، وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلا من أصله ، أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن أحمد وقولان للشافعى .

أحدهما : أنه باطل ، لأن الكفاءة حق لجميعهم ، والعاقل متصرف فيها بغير رضاهم ، فلم يصح كتصرف الفضولى .

والثانية : هو صحيح ، بدليل أن المرأة التى رفعت إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، أن أباها زوجها من غير كفئها خيرها ، ولم يبطل النكاح من أصله ، ولأن العقد وقع بالإذن ، والنقص الموجود فيه لا يمنع

---

(١) رواه أبو داود ج ١ ص ٤٨٤ ـ ورواه أيضاً الحاكم بسند جيد . (ف)

(٢) فى شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٢٦ « الشرط الخامس كفاءة الزوج على رواية . فتكون الكفاءة حقاً لله تعالى ولها ولأوليائها كلهم ، فلو رضيت مع أوليائها بتزويج غير كفء لم يصح النكاح . وعلى رواية أخرى أنها شرط لزوم لا للصحة . فيصح النكاح مع فقد الكفاءة » انتهى . وعلى هذا فقد ذكر المغنى روايتين : الأولى تتمشى مع القول بأن الكفاءة شرط صحته ، والأخرى تتمشى مع القول بأنها شرط لزوم .(ف)

صحته ، وإنما يثبت الخيار كالعيب من العُنَّة وغيرها ، فعلى هـذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعي ، ومالك . وقال أبو حنيفة : إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يـكن لباقي الأولياء فسخ ، لأن هذا الحق لا يتجزأ ، وقد أسقط بعض الشركاء حقه ، فسقط جميعه كالقصاص .

ولنا : أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه ، فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي . فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا ، فإذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه ، وههنا بخلافه ، ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عندهم الاعتراض ، مع أنه خالص حقها ، فههنا — مع أنه حق لهم — أولى ، وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين ، فإن زوج الأقرب [1] مثل أن يزوج الأب بغـير كفء ، فإن للإخوة الفسخ . قال مالك والشافعي : ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب ، لأنه لا حق للأبعد معـه ، فرضاؤه لا يعتبر .

ولنا : أنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الـكفاءة ، فملك الفسخ كالمتساويين .

٥١٢٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ والـكفء : ذو الدين والمنصب ﴾

يعني بالمنصب : الحسب ، وهو : النسب ، واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الـكفاءة ، فعنه : هما شرطان : الدين ، والمنصب . وعنه أنها خمسة : هذان ، والحرية ، والصناعة ، واليسار .

وذكر القاضي في المجرد : أن فقد هذه الثلاثة[2] لا يبطل النـكاح رواية واحدة . وإنما الروايتان في الشرطين الأولين . قال : ويتوجه أن المبطل عدم الـكفاءة في النسب لا غير ، لأنه نقص لازم ، وما عداه غير لازم ، ولا يتعدى نقصه إلى الولد . وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط ، وذكره أبو الخطاب أيضاً ، وقال مالك : الـكفاءة في الدين لا غير . قال ابن عبد البر : هذا جملة مذهب مالك وأصحابه . وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر : أنها الخمسة التي ذكرناها ، والسلامة من العيوب الأربعة[3]، فتـكون ستة . وكذلك قول أبي حنيفة ، والثوري ، والحسن بن حي ، إلا في الصنعة والسلامة من العيوب الأربعة. ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر معه الصبيان ، فلا يكون كفؤاً ، لأن الغالب على الجند الفسق ، ويعد ذلك نقصاً . والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى : « أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِناً كَمَنْ كَانَ فَاسِقاً لاَ يَسْتَوُون » ، ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية ، غير مأمون على النفس والمال ، مسلوب الولاية ، ناقص عند الله وعند خلقه ، قليل الحظ في الدنيا والآخرة ،

---

(١) في الأصول المطبوعة : فزوج الأقرب . (٢) يعني الحرية والصناعة واليسار .

(٣) هي : الجب ، والخصاء ، والعنة ، والمرض المزمن المنفر كالجذام .

فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة ، ولا مساوياً لها ، لكن يكون كفؤاً لمثله . فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات .

والدليل على اعتبار النسب فى الكفاءة قول عمر : لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء . قال : قلت : وما الأكفاء ؟ قال : فى الأحساب . رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ، ولأن العرب يعدون الكفاءة فى النسب ، ويأنفون من نكاح الموالى ، ويرون ذلك نقصاً وعاراً ، فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ، ولأن فى فقد ذلك عاراً ونقصاً ، فوجب أن يعتبر فى الكفاءة الدين .

٥١٢٨ (فصل)

واختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه أن غير قريش من العرب لا يكافئها ، وغير بنى هاشم لا يكافئهم . وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعى ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنَّ اللهَ اصْطَفَى كِنَانَةَ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ وَاصْطَفَى مِن كِنَانَةَ قُرَيْشاً وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْش بَنِي هَاشِمٍ . وَاصْطَفَانِى مِنْ بَنِي هَاشِمٍ »(١) . ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقريش أخص به من سائر العرب ، وبنو هاشم أخص به من قريش . وكذلك قال عثمان ، وجبير بن مطعم : إن إخواننا من بنى هاشم لا ننكر فضلهم علينا ، لمكانك الذى وضعك الله به منهم(٢) .

وقال أبو حنيفة : لا تكافىء العجم ولا العرب قريشاً وقريش كلهم أكفاء ، لأن ابن عباس قال : قريش بعضهم أكفاء بعض .

والرواية الثانية عن أحمد : أن العرب بعضهم لبعض أكفاء ، والعجم بعضهم لبعض أكفاء ، لأن النبيّ صلّى الله عليه وسلم زوج ابنتيه عثمان ، وزوج أبا العاصى بن الربيع زينب ، وهما من بنى عبد شمس ، وزوج على عمر ابنته أم كلثوم ، وتزوج عبد الله بن عمر بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن على ، وتزوج المصعب ابن الزبير أختها سكينة ، وتزوجها أيضاً عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام ، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ، ابنة عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس ، وهما كنديان ، وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس ، وهى من قريش ، ولأن العجم والموالى بعضهم لبعض أكفاء ، وإن تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض ، وكذلك العرب .

---

(١) أخرجه مسلم عن واثلة بن الأسقع . (ف)

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى عن جبير بن مطعم « وضع النبى صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى فى بنى هاشم وبنى المطلب ، وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس . (ف)

٥١٢٩ (فصـــل)

فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الـكفاءة ، فلا يكون العبد كفؤاً لحرة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد ، فإذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة أولى ، لأن نقص الرق كبير ، وضرره بيّن ، فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ، ولا ينفق نفقة الموسرين ، ولا ينفق على ولده ، وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة « لَوْ رَاجَعْتِيهِ » . قالت . يارسول الله ، أتأمرنى ؟ قال « إِنَّمَا أَنَا شَفِيع » . قالت فلا حاجة لى فيـه ، رواه البخارى ، ومراجعتها له ابتداء لنكاح ، فإنه قد انفسخ نـكاحها باختيارها ، ولا يشفع إليها النبى صلى الله عليه وسلم فى أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح .

٥١٣٠ (فصل . فأما اليسار ففيه روايتان)

إحداهما : هو شرط فى الـكفاءة ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الْحَسَبُ الْمَالُ ».[1] وقال :«إنَّ أَحْسابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ فِى هَذِهِ الدُّنْيَا هَذَا المال»[2] . وقال لفاطمة بنت قيس حين أخـبرته أن معاوية خطبها : « أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصَعْلُوكٌ لاَ مَالَ لَه »[3] . ولأن على الموسرة ضررا فى إعسار زوجها ، لاخـلاله بنفقتها ، ومؤنة أولادها ، ولهذا ملـكت الفسخ بإخلاله بالنفقة ، فـكذلك إذا كان مقارناً ، ولأن ذلك معدود نقصاً فى عرف الناس ، ويتفاضلون فيه كتفاضلهم فى النسب وأبلغ ، قال نُبَيْه بن الحجاج السهمى :

سالتانى[4] الطـلاق أنْ رأتَانى ... قَلَّ مَالى قـد جئتمانى بنُـكْر
وَيْـكأنَّ مَنْ له نَشَبٌ يُحْبَب ... ومن يَفْتَقِرْ يَعِشْ عَيْشَ ضُرٍّ

فـكان من شروط الـكفاءة كالنسب .

والرواية الثانية : ليس بشرط ، لأن الفقر شرف فى الدين ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « اللَّهُمَّ أَحْيِنِى مِسْكِيناً وَأَمِتْنِى مِسْكِيناً »[5] وليس هو أمراً لازماً ، فأشبه العافية من المرض . واليسار المعتبر ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ، ويمكنه أداء مهرها .

---

(١) أخرجه أحمدوالترمذى وصححهمنحديث سمرة . (ف) (٢) أخرجهأحمد والنسائى من حديث بريدة(ف)

(٣) أخرجه أبو داود عن فاطمة بنت قيس ج١ ص ٥٣٢ . وأخرجه مسلم عنها ج ٣ ص ١١٩ بلفظ « أما معاوية فرجل شرب لا مال له » . (ف)

(٤) فى المطبوعة سألتانى . والمروى سالتانى على أنه مهموز خفف أو أنه لغة . ونسب البيت فى سمط اللآلىء ج١ ص٣٩٥ لزيد بن عمرو بن نفيل . لـكن البيت الثانى ذكر منسوبا لنبيه فى لسان العرب ج ١٥ ص ٤٩ هكذا (ويك أن)قال الـكسائى:هو ويك،أدخل عليهأن ومعناه:ألم تر وقال الخليل:هو: وى،ثم بدأ فقال: كأن.البيت(ف)

(٥) أخرجه الترمذى عن أنس (ف).

٥١٣١ (فصـــل)

فأما الصناعة ففيها روايتان أيضاً . إحداهما : أنها شرط ، فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام ، والحارس ، والكسَّاح[1] ، والدباغ ، والقيم ، والحمّامى ، والزبال ، فليس بكفء لبنات ذوى المروءات ، أو أصحاب الصنائع الجليلة ، كالتجارة ، والبناية ، لأن ذلك نقص فى عرف الناس ، فأشبه نقص النسب ، وقد جاء فى الحديث : « العَرَبُ بَعْضُهُم لِبَعْضٍ أَكْفَاء إلاّ حَائِكاً أَوْ حَجَّاماً »[2]. قيل لأحمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل عليه ، يعنى : إنه ورد موافقا لأهل العرف ، وروى أن ذلك ليس بنقص ، ويروى نحو ذلك عن أبى حنيفة لأن ذلك ليس بنقص فى الدين ، ولا هو لازم ، فأشبه الضعف والمرض ، قال بعضهم :

أَلاَ إنّما التقْوَى هِيَ العِزُّ والكَرَم وحُبّكَ للدُّنيا هُوَ الذُّلُّ وَالسَّقَمْ
وَلَيْسَ عَلَى عَبْدٍ تَقِيٍّ نَقِيصَةٌ إذا حَقّقَ التقْوَى وَإنْ حَاكَ أَوْ حَجَمْ

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة ، فإنه لا خلاف فى أنه لا يبطل النكاح بعدمها ، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء ، لأن ضرره مختص بها ، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر فى الكفاءة .

٥١٣٢ (فصـــل)

من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفء لمن له أبوان فى الإسلام والحرية ، وقال أبو حنيفة : ليس بكفء ، وليس بصحيح ، فإن الصحابة رضى الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الأمة فلا يجوز أن يقال : إنهم غير أكفاء للتابعين .

٥١٣٣ (فصـــل)

فأما ولد الزنا فيحتمل لا يكون كفؤا لذات نسب ، فإن أحمد رحمه الله ذكر له : أنه ينكِح ويُنكح إليه ، فكأنه لم يحب ذلك ، لأن المرأة تعير به ، هى ووليها ، ويتعدى ذلك إلى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء لعربية فلا إشكال فيه ، لأنه أدنى حالا من المولى .

٥١٣٤ (فصـــل)

والموالى بعضهم لبعض أكفاء ، وكذلك العجم ، قال أحمد رحمه الله فى رجل من بنى هاشم له مولاة : يزوجها الخراسانى ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « مَوَالِي القَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِم[3] » ، هو فى الصدقة ،

(١) الكساح : الكناس.

(٢) قال ابن أبى هاشم سألت أبى عنه فقال : منكر. وقال الدار قطنى فى العلل : لا يصح . وقال ابن عبد البر : هذا منكر موضوع . (ف)

(٣) ورد «موالينا منا » أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن ابن عمر . (ف)

أما النكاح فلينكح ، وذكر القاضى رواية عن أحمد : أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم زوج زيدا وأسامة عربيتين ، ولأن موالى بنى هاشم ساووهم فى حرمان الصدقة ، فيساووهم فى الكفاءة ، وليس هذا بصحيح . فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاء العرب ، فإن المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده ، فيبطل اعتبار المنصب . وقد قال أحمد : هذا الحديث فى الصدقة لا فى النكاح ، ولهذا لا يساووهم فى استحقاق الخمس ، ولا فى الإمامة ، ولا فى الشرف . وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح ، واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عربيان ، فإنهما من كلب ، وإنما طرأ عليهما رق ، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربى الأصل .

٥١٣٥ (فصــــل)

فأما أهل البدع فإن أحمد قال فى الرجل يزوج الجهمى [١] يفرق بينهما ، وكذلك إذا زوج الواقفى [٢] إذا كان يخاصم ويدعو ، وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظة [٣] وقد كتب الحديث: فهذا شر من جهمى، يفرق بينهما . وقال : لا يزوج بنته من حرورى [٤] مرق من الدين ، ولا من الرافضى [٥] ولا من القدرى [٦] فإذا كان لا يدعو فلا بأس ، وقال : من لم يربع بعلى فى الخلافة فلا تناكحوه ولا تكلموه ، وقال القاضى : والمقلد منهم يصح تزويجه ، ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه .

٥١٣٦ (الفصــــل)

والكفاءة معتبرة فى الرجل دون المرأة ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم لا مكافىء له ، وقد تزوج من أحياء العرب ، وتزوج صفية بنت حيى ، وتسرى بالإماء وقال : « مَنْ كانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ فَعلَّمَها وَأَحْسَنَ تَعْلِيمَها وَأَحْسَنَ إِلَيْهَا ثُمَّ أَعْتَقَها وتَزَوَّجَها فَلَهُ أَجْرَان » متفق عليه ، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه ، فلم يعتبر ذلك فى الأم .

---

(١) الجهمية أصحاب جهم بن صفوان . قالوا : لا قدرة للعبد أصلا ، لا كاسبة ولا مؤثرة ، بل هو بمنزلة الجمادات والجنة والنار تفنيان بعد دخول أهلهما حتى لا يبقى موجود سوى الله تعالى . انظر (تعريفات الجرجانى ص ٥٥)

(٢) فرقة من الخوارج كما فى التبصير فى الدين ص ٣٥ ، الفرق بين الفرق ١٠٨ (ف)

(٣) هم المأخوذون من الأرض من صغار بنى آدم خوفا من العيلة ، أو فرارا من تهمة الزنا (المصدر السابق ص ١٣٠)

(٤) هم الخوارج الذين خرجوا على علىّ ومعاوية رضى الله عنهما

(٥) هم الذين رفضوا الشيخين أبى بكر وعمر رضى الله عنهما

(٦) القدرية هم الذين يزعمون أن كل عبد خالق لفعله ، ولا يرون الكفر والمعاصى بتقدير الله تعالى

٥١٣٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها فى كفاية ، فالنكاح ثابت وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة ﴾

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء ، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها ، وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى : « واللاّئى يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِى لَمْ يَحِضْنَ » . فجعل اللائى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ، ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق فى نكاح أو فسخ ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ، ولا إذن لها فيعتبر . وقالت عائشة رضى الله عنها : « تزوجنى النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست ، وبنى بى وأنا ابنة تسع » . متفق عليه . ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحال ممن يعتبر إذنها . وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نُفست[1] فقيل له ، فقال : ابنة الزبير إن مت ورثتنى ، وإن عشت كانت امرأتى . وزوج علىّ ابنته أم كلثوم وهى صغيرة عمر بن الخطاب رضى الله عنهما . وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان .

أحداهما : له إجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة ، وهذا مذهب مالك ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وإسحاق .

والثانية : ليس له ذلك، واختارها أبو بكر وهومذهب الأوزاعى ، والثورى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاَ تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتىّ تُسْتَأْمَر ، وَلاَ تُنْكَحُ البِكْرُ حَتىّ تُسْتَأْذَن » فقالوا : يارسول الله فكيف إذنها ؟ قال « أنْ تَسْكُتَ » . متفق عليه .

وروى أبوداود وابن ماجه عن ابن عباس ، أن جارية بكراً أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة ، فخيرها النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنها جائزة التصرف فى مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل .

ووجه الرواية الأولى ما روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، والبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا » . رواه مسلم ، وأبو داود . فلما قسم النساء قسمين ، وأثبت الحق لأحدهما ، دل على نفيه عن الآخر وهى البكر ، فيكون وليها أحق منها بها ، ودل الحديث

---

(١) نفست : بمعنى ولدت .

على الاستئمار ههنا ، والاستئذان مستحب فى حديثهم ليس بواجب ، كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « آمِرُوا النِّساء فِي بَنَاتِهِنّ » . رواه أبو داود ، وحديث التى خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل ، ويحتمل أنها التى زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته ، فتخييرها لذلك ، ولأن مالا يشترط فيه لنكاح الصغيرة لا يشترط فى نكاح الكبيرة كالنطق ، وقول الخرقى : فوضعها فى كفاءة . يدل على أنه إذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، وأحد قولى الشافعى ، لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفء ، فلم يصح كسائر الأنكحة المحرمة ، ولأنه عقد لموليته عقداً لا حظ لها فيه بغير إذنها ، فلم يصح كبيعه عقارها من غير غبطة ولا حاجة ، أو بيعه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عنها شرعا ، فلم يصح تصرفه لها شرعا بما لا حظ لها فيه كالوكيل .

والثانية : يصح ، لأنه عيب فى المعقود عليه ، فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذى لا يعلم عيبه ، ويحتمل ألا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء . ويصح إذا لم يعلم ، ولأنه إذا علم حَرُم عليه العقد ، فبطل لتحريمه ، بخلاف ما لم يعلمه . كما لو اشترى لها معيباً يعلم عيبه ، ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة ، لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لها ، فتفسخ إن كرهت . وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها ، بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته . فإن كانت كبيرة فلها الخيار ، ولا خيار لأبيها إذا كان عالماً ، لأنه أسقط حقه برضاه . وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ، ولا يسقط برضاه ، لأنه يفسخ لحظها ، وحقها لا يسقط برضاه .

ويحتمل ألا يكون له الفسخ ، ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار ، فإن كان لها ولى غير الأب فلها الفسخ على ما مضى . وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء ، ولا من معيب ، لأن الله تعالى أقامه مقامها ، ناظراً لها فيما فيه الحظ ، ومتصرفا لها لعجزها عن التصرف فى نفسها ، فلا يجوز له فعل مالا حظ لها فيه ، كما فى مالها . ولأنه إذا حرم عليه التصرف فى مالها بما لا حظ فيه ، ففى نفسها أولى .

٥١٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس هذا لغير الأب ﴾

يعنى ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة ، جَدّاً كان أو غيره ، وبهذا قال مالك ، وأبو عبيد ، والثورى ، وابن أبى ليلى . وبه قال الشافعى إلا فى الجد ، فإنه جعله كالأب ، لأن ولايته ولاية إيلاد ، فملك إجبارها كالأب . وقال الحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، وعطاء ، وطاوس وقتادة ، وابن شبرمة ، والأوزاعى ، وأبو حنيفة : لغير الأب تزويج الصغيرة ، ولها الخيار إذا بلغت . وقال هؤلاء

غير أبي حنيفة : إذا زوج الصغيرين غير الأب فلهما الخيار إذا بلغا . قال أبو الخطاب : وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة ، لأن الله تعالى قال : « وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاء » فمفهومه : أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة . واليتيم : من لم يبلغ ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لاَ يُتْمَ بَعْدَ احْتِلاَمٍ[1] » . قال عروة: سألت عائشة عن قول الله تعالى : « وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى » ، فقالت : يا ابن أختي ، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ، ويشركها في مالها ، ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها ، بغير أن يقسط في صداقها ، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره ، فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ، ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق . متفق عليه ، ولأنه ولي في النكاح ، فملك التزويج كالأب .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا ، وَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا ، وَإِنْ أَبَتْ فَلاَ جَوَازَ عَلَيْهَا » رواه أبو داود ، والنسائي . وروى عن ابن عمر ، أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ وَلاَ تُنْكَحُ إِلاَّ بِإِذْنِهَا » واليتيمة : الصغيرة التي مات أبوها ، ولأن غير الأب قاصر الشفقة ، فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي ، وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبي ، ولأن الجد يلي بولاية غيره ، فأشبه سائر العصبات .

ووفارق الأب ، ، فإنه يدلي بغير واسطة ، ويسقط الإخوة والجد ، ويحجب عن الأم ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين ، أو زوجة وأبوين . والآية محمولة على البالغة ، بدليل قول الله تعالى : « تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ » وإنما يدفع إلى الكبيرة أو نحملها على بنت تسع .

٥١٣٩ (فصـــل)

وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان .

إحداهما : أنها كمن لم تبلغ تسعاً ، نص عليه في رواية الأثرم . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وسائر الفقهاء . قالوا : حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان ، لأنها غير بالغة ، ولأن إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح .

والرواية الثانية : حكمها حكم البالغة . نص عليه في رواية ابن منصور ، لمفهوم الآية ودلالة الخبر بعمومها على أن اليتيمة تنكح بإذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها ، وقد انتفى به الإذن فيمن دونها ، فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

وقد روى الإمام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها . أنها قالت : « إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي

(١) أخرجه أبو داود عن علي .(ف)

امرأة » . ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر ، عن النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه في حكم المرأة ، ولأنها بلغت سناً يمكن فيه حيضها ، ويحدث لها حاجة إلى النكاح ، فيباح تزويجها كالبالغة . فعلى هذا إذا زُوِّجت ثم بلغت ، لم يكن لها خيار كالبالغة إذا زوجت . وقد خطب عمر أمَّ كلثوم ابنةَ أبي بكر بعد موته إلى عائشةَ، فأجابته وهي لدون عشر ، لأنها إنما ولدت بعد موت أبيها ، وإنما كانت ولاية عمر عشراً، فكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ، ولم ينكره منكر . فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها ، والله أعلم .

٥١٤٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسناً ﴾

لا نعلم خلافا في استحباب استئذانها . فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر به ، ونهى عن النكاح بدونه . وأقل أحوال ذلك الاستحباب ، ولأنه فيه تطييب قلبها ، وخروجها من الخلاف . وقالت عائشة : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية يُنكحها أهلها ، أتستأمر أم لا ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « نَعَمْ تُسْتَأْمَر » . وقال : « اسْتَأْمِرُوا النِّساء في أَبْضَاعِهِنَّ [1] فإنَّ البكرَ تستَحْيِي فتسْكُت فهُوَ إذنُها » . متفق عليهما .

وروى عن عطاء قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته ، إذا أنكحهن ، قال : كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول : إن فلانا يذكر فلانة . فإن حركت الخدر لم يزوجها ، وإن سكتت زوجها .

٥١٤١ (فصـــل)

يستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «آمِرُ النِّسَاءَ فِي بَنَاتِهِنَّ » ، ولأنها تشاركه في النظر لابنتها ، وتحصيل المصلحة لها بشفقتها عليها ، وفي استئذانها تطييب قلبها ، وإرضاء لها ، فتكون أولى .

٥١٤٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل ، وإن رضيت بعد ﴾

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة فأما الكبيرة : فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم ، إلا الحسن ، قال له : تزويجها ، وإن كرهته ، والنخعي قال : يزوج بنته

(١) الأبضاع جمع بضع ، بضم فسكون ، وهو : الجماع . رواه ابن السكيت . ونقل الأزهري أنه الفرج نفسه ، والمراد هنا الاستمتاع بالفرج بالنكاح . انظر تاج العروس ج ٥ ص ٢٧٦

إذا كانت عياله ، فإن كانت بائنة فى بيتها مع عيالها استأمرها . قال إسماعيل بن اسحاق : لا أعلم أحداً قال فى البنت بقول الحسن، وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة ، فإن الخنساء ابنة حذام الأنصارية روت أن أباها زوجها وهى ثيب فكرهت ذلك ، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه . رواه البخارى والأئمة كلهم . قال ابن عبد البر : هذا الحديث مجمع على صحته ، والقول به ، لا نعلم مخالفاً له إلا الحسن . وكانت الخنساء من أهل قباء ، وكانت تحت أُنَيْس بن قتادة ، فقتل عنها يوم أحد ، فزوجها أبوها رجلا من بنى عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فرد نكاحها ، ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر .

وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا تُنْكَحُ الأيم[1] حتى تُسْتَأمَر» متفق عليه. وقال : الأيمَ أحقُّ بنفسها من وَلِيِّها » وروى ابن عباس رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ليس للولىِّ مع الثيِّبِ أمرٌ » رواهما النسائى ، وأبو داود، ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة، فلم يجز إجبارها عليه كالرجل .

القسم الثانى : الثيب الصغيرة ، وفيها وجهان :

أحدهما : لايجوز تزويجها ، وهو ظاهر قول الخرقى ، واختاره ابن حامد ، وابن بطة والقاضى، ومذهب الشافعى لعموم الأخبار ، ولأن الإجبار يختلف بالبكارة والثيوبة ، لا بالصغر والكبر ، وهذه ثيب ، ولأن فى تأخيرها فائدة ، وهو : أن تبلغ فتختار لنفسها ، ويعتبر إذنها ، فوجب التأخير بخلاف البكر .

الوجه الثانى : أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها ، اختاره أبو بكر ، وعبد العزيز . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . لأنها صغيرة ، فجاز إجبارها كالبكر والغلام ، يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ، ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً ، فكذا هذه ، والأخبار محمولة على الكبيرة ، فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها ، والصغيرة لاحق لها .

ويتخرج وجه ثالث ، وهو : أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها بإذنها ، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف ، لما ذكرنا فى البكر ، والله أعلم .

٥١٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذن الثيب الكلام ، وإذن البكر الصِّمات ﴾ .

أما الثيب : فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن إذنها الكلام للخبر ، ولأن اللسان هو المعبر عما فى القلب

---

(١) الأيم التى تبقى زمانا بلا زوج ، وصف للرجل والمرأة . انظر (تاج العروس ج ٨ ص ١٩٥)

وهو المعتبر (١) فى كل موضع يعتبر فيه الإذن ، غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض .

وأما البكر فإذنها صماتها فى قول [عامة] أهل العلم ، منهم شريح ، والشعبى ، وإسحاق ، والنخعى ، والثورى ، والأوزاعى ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة . ولا فرق بين كون الولى أبا أو غيره . وقال أصحاب الشافعى : فى صمتها فى حق غير الأب وجهان .

أحدهما : لا يكون إذناً ، لأن الصمات عدم الإذن ، فلا يكون إذناً ، ولأنه محتمل الرضى والحياء وغيرهما ، فلا يكون إذناً كما فى حق الثيب ، وإنما اكتفى به فى حق الأب لأن رضاءها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن أهل العلم ، وترك للسنة الصحيحة الصريحة ، يصان الشافعى عن إضافته إليه ، وجعله مذهبا له ، مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يعرج منصف على هذا القول ، وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حتى تَسْتَأْمر ، ولا تنكَحُ البكرُ حتى تستأْذَن» . فقالوا : يا رسول الله ، فكيف إذنها ؟ قال : « أن تسكت» .

وفى رواية : عن عائشة [رضى الله عنها] أنها قالت : يا رسول الله ، إن البكر تستحيى قال : « رِضَاهَا صِمَاتها (٢) » متفق عليه . وفى رواية : « واليتيمةُ تستَأمَر ، فصَمْتها إقْرَارُها » . رواه النسائى وفى رواية : « تَسْتَأْمرُ اليتيمةُ فى نفسِهَا فإن سكَتَتْ فهو إذْنُها » . وهذا صريح فى غير ذات الأب .

وروى الأثرم عن عدى الكندى ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الثيِّبُ تُعْرِبُ عن نفْسها والبِكْرُ رضاها صِمَاتُها» (٣) والأخبار فى هذا كثيرة ، ولأن الحياء عقْلة على لسانها يمنعها النطق بالإذن ، ولا تستحيى من إبائها وامتناعها ، فإذا سكتت غلب على الظن أنه لرضاها ، فاكتفى به .

وما ذكروه يفضى إلى ألا يكون صماتها إذناً فى حق الأب أيضا ، لأنهم جعلوا وجوده كعدمه ، فيكون إذاً رداً على النبى (٤) صلى الله عليه وسلم بالكلية ، واطراحا للأخبار الصريحة الجليلة ، وخرقا لإجماع الأمة المرضية .

٥١٤٣ (فصـــل)

فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وأتم فى الإذن من صمتها ، وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها . وقال أبو يوسف ومحمد : إن بكت فليس بالإذن (٥) ، لأنه يدل على الكراهية ، وليس بصمت فيدخل فى عموم الحديث .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : وهو المعبر .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : صمتها .

(٣) رواه الخمسة عن أبى هريرة .(ف)

(٤) فى المخطوطة ٣٩ : على رسول الله . . .

(٥) فى المخطوطة ٣٩ : فليس بإذن .

ولنا : ماروى أبو بكر بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تستأمرُ اليتيمةُ فإن بَكَتْ أو سكَتَتْ فهو رِضَاها ، وإن أبَتْ فلا جواز عليها » . ولأنها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان ، فكان إذنا منها كالصمات أو الضحك . والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ، ولو كرهت لامتنعت ، فإنها لا تستحيي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن ، وبمعناه على ما فى معناه من الضحك والبكاء ، وكذلك أقمنا الضحك مقامه .

٥١٤٥ (فصـــل)

والثيب المعتبر نطقها هى : الموطوءة فى القبل ، سواء كان الوطء حلالا أو حراما . وهذا مذهب الشافعى . وقال مالك ، وأبو حنيفة ، فى المصابة بالفجور : حكمها حكم البكر فى إذنها وتزويجها ، لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء ، والحياء من الشىء لا يزول إلا بمباشرته ، وهذه لم تباشَر بالإذن فى النكاح[1] ، فيبقى حياؤها منه بحاله .

ولنا : قوله صلى الله عليه وسلم : « الثيبُ تعربُ عن نَفْسِها » [وهذه ثيب] ، ولأن قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكَحُ الأيِّمُ حتى تستَأْمرَ ، ولا تنكح البكرُ حتى تستَأْذَن ، وإذنها أن تسكت » ، يدل على أنه لا بد من نطق الثيب ، لأنه قسم النساء قسمين ، فجعل السكوت إذناً لأحدهما ، فوجب أن يكون الآخر بخلافه ، وهذه ثيب ، فإن الثيب هى الموطوءة فى القبل ، وهذه كذلك ، ولأنه لو أوصى لثيب النساء دخلت فى الوصية ، ولو أوصى للأبكار لم تدخل ، ولو اشترطها فى التزويج أو الشراء بكراً ، فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ ، ولأنها موطوءة فى القبل ، فأشبهت الموطوءة بشبهة ، والتعليل بالحياء غير صحيح ، فإنه أمر خفى لا يمكن اعتباره بنفسه ، وإنما يعتبر بمظنته وهى البكارة ، ثم هذا التعليل يفضى إلى إبطال منطوق الحديث ، فيكون باطلا فى نفسه ، ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة ، وعلى هذا ليس لنا إجبارها[2] إذا كانت بالغة ، وفى تزويجها إن كانت صغيرة وجهان ، وقولهم : إنها لم تباشر الإذن قلنا : يبطل بالموطوءة بشبهة[3] أو فى ملك يمين ، والمزوجة وهى صغيرة .

٥١٤٦ (فصـــل)

وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة ، أو شدة حيضة ، أو بأصبع ، أو عود ونحوه ، فحكمها حكم الأبكار . ذكره ابن حامد ، لأنها لم تختبر المقصود ، ولا وجد وطؤها فى القبل ، فأشبهت من لم تزل

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ : لم تباشر الإذن فى النكاح. وهى أصح وقد جرى عليه فى نهاية الفصل .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ : ليس لأبيها إجبارها . (٣) فى المخطوطة ٣٩ : الموطوءة بالشبهة .

عذرتها . ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ، ولا حكمها حكمهن ، لأنها غير موطوءة في القبل .

٥١٤٧ (فصـــل)

إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء . وقال زفر في الثيب : كقول أهل العلم ، وفي البكر : القول قول الزوج ، لأن الأصل السكوت ، والكلام حادث ، فالزوج يدعي الأصل ، فالقول قوله .

ولنا : أنها منكرة للإذن ، والقول قول المنكر ، ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت ، والأصل عدم ذلك ، وهذا جواب عن قوله ، وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي : القول قول الزوج ، لأن التمكين من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح ، وكان الظاهر معه . وهل تستحلف المرأة إذا قلنا : القول قولها ؟ قال القاضي : قياس المذهب أنه لا يمين عليها ، كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد : تستحلف ، فإن نكلت فقال أبو يوسف ومحمد : يثبت النكاح ، وقال الشافعي : يستحلف الزوج ، ويثبت النكاح .

ولنا : أنه اختلاف في زوجية ، فلا يثبت بالنكول ، ولا يحلف المدعى معه ، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته ، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج[1] فالقول قولها ، لأنه اختلاف في أمر يختص بها ، صادر من جهتها ، فالقول قولها فيه ، كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ، ولأنها تدعي صحة العقد وهم يدعون فساده ، فالظاهر معها .

٥١٤٨ (فصل في المجنونة)

إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها ، لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فمع عدمه أولى . وإن كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة ، فهذه يجوز لوليها تزويجها ، ذكره القاضي . وهو ظاهر كلام الخرقي ، لأنه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى . وهذا قول الشافعي ، وأبي حنيفة . ومنع منه أبو بكر ، لأنها ولاية إجبار ، وليس على الثيب ولاية إجبار . والأول أصح ، فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها ، لحصول المباشرة منها والخبرة ، وهذه بخلاف ذلك . وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الإجبار في حقها إذا كانت عاقلة .

القسم الثاني : أن يكون وليها الحاكم ، ففيها وجهان .

---

(١) في المخطوطة ٣٥ : وأنكر ورثة الزوج .

أحدهما : ليس له تزويجها بحال ، لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها .

والثانى : له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال ، كبيرة كانت أو صغيرة ، وهو اختيار ابن حامد ، وأبى الخطاب ، وقول أبى حنيفة ، لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها ، وصيانتها عن الفجور ، وتحصيل المهر والنفقة والعفاف ، وصيانة العرض ، ولا سبيل إلى إذنها ، فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها ، وكذلك ينبغى أن يملك تزويجها إن قال أهل الطب : إن علتها تزول بتزويجها ، لأن ذلك من أعظم مصالحها ، وقال الشافعى : لا يملك تزويجها صغيرة بحال ، ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب : إن علتها تزول بتزويجها [١] .

ولنا : أن المعنى المبيح للتزويج وجد فى حق الصغيرة ، فأبيح تزويجها كالكبيرة . وإذا ظهرت منها شهوة للرجال ففى تزويجها مصلحتها ، ودفع حاجتها ، فأشبه مالو قال أهل الطب : إنه يزيل علتها ، وتعرف شهوتها من كلامها ، وقرائن أحوالها ، كتتبعها الرجال ، وميلها إليهم ، وأشباه ذلك .

القسم الثالث : مَنْ وليها غير الأب والحاكم . فقال القاضى : لا يزوجها غير الحاكم ، فيكون حكمها حكم القسم الثانى على ما بيناه .

وقال أبو الخطاب : لهم تزويجها فى الحال التى يملك الحاكم تزويج موليته فيها . وهذا قول أبى حنيفة، لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه فى التزويج ، كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضى : أن الحاكم هو الناظر لها فى مالها دونهم ، فيكون ولياً دونهم ، كتزويج أمتها ، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة ، فكانت إلى الحاكم ، كدفع حاجة الجوع والعرى ، فإن كان لها وصى فى مالها لم يتملك تزويجها لأنه لا ولاية له فى نكاحها ، والحكم فى تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا .

٥١٤٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى ، وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح ، وكان لها مهر مثلها ﴾

وجملة ذلك : أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة . وبهذا قال أبو الخطاب ، ومالك . وقال الشافعى : ليس له ذلك ، فإن فعل فلها مهر مثلها ، لأنه عقد معاوضه ، فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ، ولأنه تفريط فى مالها ، وليس له ذلك .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه خطب الناس فقال : ألا لا تغالوا فى صداق النساء ، فما أصدق

---

(١) فى المطبوعة : بتزوجها. فى الفقرة كلها .

رسول الله صلى الله عليه وسلم أحداً من نسائه ، ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتى عشر أوقية ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه ، فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك ، وإن كان دون صداق المثل ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين ، وهو من سادات قريش شرفا وعلماً وديناً ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها[1] ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض ، وإنما المقصود السكن والازدواج ، ووضع المرأة عند من يكفيها فى منصب[2] ، ويصونها ويحسن عشرتها ، والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعانى المقصودة بالنكاح ، فلا ينبغى أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره .

ويفارق سائر عقود المعاوضات ، فإن المقصود فيها العوض ، فلم يجز تفويته ، فأما غير الأب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها ، فإن زوج بدون ذلك صح النكاح ، لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر فى النكاح ، ويكون لها مهر مثلها ، لأنه قيمة بضعها ، وليس للولى نقصها منه ، فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

٥١٥٠ (فصـــل)

وتمام المهر على الزوج ، لأن التسمية ههنا فاسدة ، لكونها غير مأذون فيها شرعاً ، فوجب على الزوج مهر المثل ، كما لو زوجها بمحرم ، وعلى الولى ضمانه ، لأنه المفرِّط ، فكان عليه الضمان ، كما لو باع مالها بدون ثمن مثله .

قال أحمد [رحمه الله] : أخاف أن يكون ضامناً ، وليس الأب مثل الولى ، ولا تملك المرأة الفسخ ، لأنه قد حصل لها وجوب مهر مثلها ، والله أعلم .

٥١٥١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز ، إلا أن يزوجه والده أو وصّى ناظر له فى التزويج ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة .

٥١٥٢ (أحـــــدها)

أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضى فى المجرد : للحاكم تزويجه ، لأنه

(١) فى مخطوط « سير السلف » للحافظ اسماعيل بن محمد الأصفهانى أنه رفض زواجها من ابن الخليفة وزوجها لطالب من طلابه بدرهمين ، ثم أعطاه بعد ذلك ألفى درهم ليستعين بها ، أنظر حرف السين من تراجم التابعين. والكتاب يجرى طبعه الآن من تحقيقنا .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : ووضع المرأة فى منصب عند من يكفلها .

يلى ماله، وقال الشافعى : يملك ولى الصبى تزويجه ، ليألف حفظ فرجه عند بلوغه ، وليس بسديد ، فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة ، فالغلام أولى . وفارق الأب ووصيه ، فإن لهما تزويج الصغيرة وولاية الإجبار ، وسواء أذن الغلام فى تزويجه أو لم يأذن ، فإنه لا إذن له .

٥١٥٣ (الفصل الثانى)

أن المعتوه وهو : الزائل العقل بجنون مطبق ، ليس لغير الأب ووصيه تزويجه . وهذا قول مالك . وقال أبو عبد الله بن حامد : للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء ، بأن يتبعهن ويريدهن، وهذا مذهب الشافعى ، لأن ذلك من مصالحه ، وليس له حال ينتظر فيها إذنه ، وقد ذكرنا (توجيه)[1] الوجهين فى تزويج المجنونة . وينبغى على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب : إن فى تزويجه ذهاب علته ، لأنه من أعظم مصالحه ، والله أعلم .

٥١٥٤ (الفصل الثالث)

أن للأب أو وصيه تزويجهما ، سواء كان الغلام عاقلا أو مجنونا ، وسواء كان الجنون مستداما أو طارئا فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن لأبيه تزويجه . كذلك قال ابن المنذر ، وممن هذا مذهبه : الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير ، فاختصما[2] إلى زيد فأجازاه جميعاً ، رواه الأثرم بإسناده . فأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه . وقال الشافعى : لا يجوز ، لأنه يلزمه بالتزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته ، فلم يجز له ذلك كغيره من الأولياء .

ولنا : أنه غير بالغ ، فملك أبوه تزويجه كالعاقل ، ولأنه إذا ملك[3] تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه[4] إلى التزويج رأيا ونظراً لنفسه ، فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى . وفارق غير الأب ، فإنه لا يملك تزويج العاقل . وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقى : أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها . وقال القاضى : إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه ، وهو مذهب الشافعى ، لأن فى تزويجه مع عدم حاجته إضرارا به ، بإلزامه حقوقا لا مصلحة له فى التزامها . وقال أبو بكر : ليس للأب تزويجه بحال ، لأنه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل ، وقال زفر : إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجز تزويجه ، وإن كان مستداماً جاز .

---

(١) الكلمة ساقطة من المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ .
(٢) فى المخطوطة ٣٩ : فاختصموا .
(٣) فى المخطوطة ١٨ : إذا جاز .
(٤) فى المطبوعة : مع احتياجه

ولنا : أنه غير مكلف ، فجاز لأبيه تزويجه كالصغير ، فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال ، وتوقع نظره عند الحاجة ، فههنا أولى .

ولنا : على التسوية بين الطارىء والمستدام : أنه معنى يثبت الولاية ، فاستوى طارئه ومستدامه كالرق، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله ، فأثبتها عليه في النكاح[1] كالمستدام . فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها ، فإنه [لا] يجوز لوليه تزويجه ، إلا إذا رأى المصلحة فيه ، غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة ، فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ ، وربما كان دواء له ، ويترجى به شفاؤه ، فجاز التزويج له كقضاء الشهوة ، والله أعلم .

٥١٥٥ (فصـــل)

ومن يفيق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه ، لأن ذلك ممكن ، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ، ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل ، فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله ، فعلى نفسه أولى ، وإن لم يُرْجَ زواله فهو داخل فيما ذكرناه .

٥١٥٦ (الفصل الرابع)

أن وصي الأب[2] في النكاح بمنزلته على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة ، وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه ، وإنما يثبت ذلك لوصي الأب في التزويج خاصة ، فإن كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج ، لأنه إنما يستفيد التصرف بالوصية ، فلا يملك ما لم يوص به إليه ، ووصيّ غير الأب لا ولاية له على صبيّ أو مجنون ، لأن الموصي لا يملك ذلك ، فوصيه أولى .

٥١٥٧ (فصـــل)

وإن تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لهما النكاح ، ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله ، لأنهما ليسا من أهل التصرف . وإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه ، حتى يتولاه لنفسه ، كما يفوض أمر البيع إليه ، ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه . وإن تزوج له الوليّ جاز ، كما يجوز أن يبتاع له ، وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه . وإن قلنا : لا يصح ذلك منه ، فهذا أولى .

٥١٥٨ (فصـــل)

وذكر القاضي: أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل ، لأنه معاوضة في حق الغير ، فلم تجز

---

(١) في المخطوطة ١٨ : في نكاحه . (٢) في المخطوطة : ٢٠ ، ٣٩ ووصي الأب .

الزيادة فيها على عوض المثل ، كبيع ماله ، وهذا مذهب الشافعى . وقد ذكرنا : أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، فهذا مثله . فإنه قد يرى المصلحة فى ذلك ، فجاز له بذل المال فيه ، كما يجوز فى مداواته ، بل الجواز ههنا أولى ، فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها ، فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك ، بخلاف المرأة . وذكر القاضى فى المجرد : أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة ، لعدم حاجته إلى زيادة عليها ، فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به إليه . وذكر فى الجامع : أن له تزويج ابنه الصغير بأربع ، لأنه قد يرى المصلحة فيه ، وليس له تزويجه بمعيبة عيباً يرد به فى النكاح ، لأن فيه ضرراً به ، وتفويتاً لماله[1] فيما لا مصلحة له فيه . فإن فعل خرج فى صحة النكاح وجهان . فإن قلنا : يصح فهل للولى الفسخ فى الحال؟ على وجهين مضى توجيههما فى تزويج الصغيرة بمعيب ، ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبى أو عقل المجنون فلهما الفسخ ، وليس له تزويجه بأمة ، لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت[2] ، وهو معدوم فى حق الصبى ، غير معدوم[3] فى المجنون .

٥١٥٩ (فصـــــــل)

وإذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن ، موسراً كان أو معسراً ؛ لأنه عقد للابن ، فكان عليه بذله كثمن المبيع . وهل يضمنه الأب ؟ فيه روايتان .

إحداهما : يضمنه ، نص عليه فقال : تزويج الأب لابنه الطفل جائز ، ويضمن الأب المهر ، لأنه التزم العوض عنه فضمنه ، كما لو نطق بالضمان .

والأخرى : لا يضمنه ، لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره ، فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه ، أو كالوكيل. قال القاضى : هذا أصح ، وقال : إنما الروايتان فيما إذا كان معسراً ، أما الموسر فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة . فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق ، فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن ، وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع فى الهبة ، لأن الإبن ملكه بالطلاق عن غير أبيه ، فأشبه ما لو وهبه الأب أجنبياً ، ثم وهبه الأجنبى للابن . ويحتمل أن يرجع فيه ، لأنه تبرع عن ابنه ، فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن ، وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ، ثم طلق قبل الدخول . وإن ارتدت قبل الدخول فالحكم فى الرجوع فى جميعه كالحكم فى الرجوع فى النصف بالطلاق .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : وتفويت ماله .
(٢) العنت : يطلق على معان كثيرة منها لقاء الشدة [تاج العروس] جـ ١ ص ٥٦٥ . والمراد خوف الزنا
(٣) فى المخطوطة ٣٩ : غير معلوم .

٥١٦٠ (فصل فى المحجور عليه للسفه)

والكلام فى نكاحه فى ثلاثة أحوال .

أحدها : أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح ، لأنه نصب لمصالحه ، وهذا من مصالحه ، لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه ، فإنه ربما تعرض بترك التزويج للإثم بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته[1] بقوله أو بغير قوله : وسواء كانت حاجته إلى الاستمتاع[2] أو إلى الخدمة ، فيزوجه امرأة لتحل له ، لأنه يحتاج إلى الخلوة بها ، وإن لم يكن به حاجة إليه لم يجز تزويجه ، لأنه يلزمه بالنكاح حقوقا من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى ، فيكون تضييعاً لماله ونفسه فى غير فائدة ، فلم يجز كتبذير ماله. وإذا أراد تزويجه استأذنه فى تزويجه ، فإن زوجه بغير إذنه فقال أصحابنا : يصح ، لأنه عقد معاوضة فملكه الولى فى حق المولى عليه كالبيع ، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ، ويحتمل ألا يملك تزويجه بغير إذنه ، لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار ، فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولأنه قد يكون له غرض فى امرأة ، ولا يكون له فى أخرى ، فإذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها ، وفات عليه غرضه من الأخرى ، فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه . وإنما جاز ذلك فى حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولهما ، ولم يتعذر ذلك ههنا ، فوجب ألا يفوت ذلك عليه كالرشيد .

الحال الثانى

أن للولى أن يأذن له فى التزويج فى الحال التى للولى تزويجه فيها ، وهى حالة الحاجة ، لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف ، ولذلك يملك الطلاق والخلع ، فجاز أن يفوض إليه ذلك . ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقاً ، وقال بعض الشافعية : يحتاج إلى التعيين ، لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك .

ولنا : أنه أذن فى النكاح فجاز من غير تعيين كالإذن للعبد ، وبهذا يبطل ما ذكروه ، ولا يتزوج إلا بمهر المثل ، فإن زاد على مهر المثل بطلت الزيادة ، لأنها محاباة بماله ولا يملكها . وإن نقص عن مهر المثل جاز ، لأنه ربح من غير خسران .

الحال الثالث

إذا تزوج بغير إذن . فقال أبو بكر : يصح النكاح. أومأ إليه أحمد. قال القاضى: يعنى إذا كان محتاجاً ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . علم حاجته . (٢) فى المطبوعة الثالثة . وسواء كانت حاجته بالاستمتاع .

فإن عدمت الحاجة لم يجز ، لأنه إتلاف لماله فى غير فائدة . وقال أصحاب الشافعى : إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه ، لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذن كالعبد . وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان .

ولنا : أنه إذا احتاج إلى النكاح لحقه متعين فيه ، فصح استيفاؤه بنفسه ، كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه . فأما إن تزوج من غير حاجة لم يصح ، فإن وطىء الزوجة فعليه مهر المثل ، لأنه أتلف بضعها بشبهة ، فلزمه عوض ما أتلف ، كما لو أتلف مالها .

٥١٦١ (فصل)

وليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه ، سواء كان ممن يملك التزويج كوصى الأب والحاكم على قول ابن حامد ، أو لا يملكه ، لا نعلم فى هذا خلافا . فأما الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال أحمد فى رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ، ثم إن الأبوين كرها ، هل لهما أن يفسخا ؟ فقال : قد اختلف فى ذلك ، وكأنه رآه . قال أبو بكر : لم يبلغنى عن أبى عبد الله فى هذه المسألة إلا هذه الرواية ، فتخرج على قولين .

أحدهما : يملك ذلك ، وهو قول عطاء ، وقتادة ، لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البُضع ، فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهماً ، كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار .

والقول الثانى : لا يملك ذلك ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، لقول النبى صلّى الله عليه وسلم : « إنَّما الطَّلاقُ لمنْ أخَذَ بِالسَّاقِ[1] » . ولأنه لا يملك البضع ، فلا يملك الطلاق بنفسه كوصى الأب والحاكم ، وكالسيد يزوج عبده الصغير . وبهذه الأصول يبطل دليل القول الأول .

٥١٦٢ (فصل)

وإذا ادعت امرأة المجنون عُنَّتَهُ[2] لم تضرب له مدة ، لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ، ولا حكم لإقراره . وإن أقر بالعنة وهو صحيح ، فضُربت له المدة ، ثم جُنّ وانقضت المدة ، وطالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ ، لأنها إن كانت ثيباً فالقول قوله ، وإن كانت بكراً فادعى منعها إياه نفسها ، و[قالت] إنه وطئها فعادت عذرتها ، فله استحلافها . فإذا كان لا يعبر عن نفسه لم يستحلف ، ولا يثبت[3] ماقالته فلم يفسخ عليه .

---

(١) أخرجه الدارقطنى وابن ماجه ج ١ ص ٦٤١ عن ابن عباس (ف) .

(٢) أى عجزه عن مباشرتها مباشرة الأزواج مع وجود أعضاء التذكير ، دون قطع أحدها وذلك لمرض أو ضعف . ومنه : القدرة على وطء البكر دون الثيب

(٣) فى المخطوطة ٢٩ : فلا يثبت .

٥١٦٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج أمته بغير إذنها فقد لزمها النكاح ، كبيرة كانت أو صغيرة ﴾.

لا نعلم فى هذا خلافاً ، وذلك لأن منافعها مملوكة له ، والنكاح عقد على منفعتها ، فأشبه عقد الإجارة ، ولذلك ملك الاستمتاع بها . وبهذا فارقت العبد ، ولأنه ينتفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ، ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد .

٥١٦٤ (فصل)

والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة القن فى إجبارها على النكاح ، وقال مالك آخر أمره : ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها ، وكرهه ربيعة . وللشافعى فيه قولان ، لأنه لا يملك التصرف فى رقبتها ، فكذلك لا يملك تزويجها بغير إذنها كأخته .

ولنا : أنها مملوكته ، يملك الاستمتاع بها وإجارتها ، فملك تزويجها كالقن ، ولأنها إحدى منفعتيها ، فملك أخذ عوضها[1] كسائر منافعها . وما ذكروه يبطل بابنته الصغيرة ، لا يملك رقبتها ويملك تزويجها . وإذا ملك أخته من الرضاع ، أو مجوسية فله تزويجهما وإن كانتا محرمتين عليه ، لأن منافعهما ملكه وإنما حرمتا عليه لعارض . فأما التى بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها ، لأنه لا يملك جميعها ، ولا يملك إجبار المكاتبة لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ، ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ، ولا تلزمه نفقتها ، ولا يصل إليه مهرها ، فهى كالعبد .

٥١٦٥ (فصل)

فإن طلبت الأمة من سيدها تزويجها ، فإن كان يطؤها لم يجبر على تزويجها ، لأن عليه ضرراً فى تزويجها ، ووطؤه لها يدفع حاجتها . فإن كان لا يطؤها لكونها محرمة عليه ، كالمجوسية وأخته من الرضاع ، أو محللة له لكن لا يرغب فى وطئها أُجْبِر على تزويجها أو وطئها إن كانت محللة له ، أو إزالة ملكه عنها ، لأنه وليها فأجبر على تزويجها كالحرة ، لأن حاجتها قد تشتد إلى ذلك فأجبر على دفعها كالإطعام والكسوة وإذا امتنع أجبره الحاكم ، وإن طلبت منه مَنْ نصفها حر ، أو المكاتبة ، أو أم الولد التزويج أجبر عليه ، لأنه وليهن ، فأجبر على تزويجهن كالحرائر .

٥١٦٦ (فصل)

وإذا اشترى عبده المأذون أمة ، وركبته ديون ، ملك سيده تزويجها وبيعها وإعتاقها نص عليه أحمد ،

---

(١) فى المطبوعة : أحد عوضيها .

وذكره أبو بكر . وقال : للسيد وطؤها . وقال الشافعى : ليس له شىء من ذلك ، لما فيه من الإضرار بالغرماء . وأصل الخلاف يبنى على دين المأذون له فى التجارة ، فعندنا يلزم السيد ، فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف السيد فى الأمة ، فإن الدين ما تعلق بها ، وعنده : أن الدين يتعلق بالعبد وبما فى يده ، فيلحقهم الضرر ، والكلام على هذا يذكر فى موضعه .

٥١٦٧ (فصــــــل)

وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به فى النكاح ، لأنه يؤثر فى الاستمتاع ، وذلك حق لها ، ولذلك ملكت الفسخ بالجَبّ[1] والعُنَّة ، والامتناع من العبد دون السيد . وفارق بيعها من معيب ، لأنه لا يراد للاستمتاع ، ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة ، ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عُنَّتِهِ ولا إيلائه . وإن زوجها من معيب فهل يصح ؟ على وجهين . فإن قلنا يصح ، فلها الفسخ . وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ فى الحال أو ينتظر بلوغها ؟ على وجهين . ومذهب الشافعى هكذا فى هذا الفصل كله .

٥١٦٨ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز ، إلا أن يكون صغيرا ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٥١٦٩ (أحــــدهما)

أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح . وبهذا قال الشافعى فى أحد قوليه . وقال مالك وأبو حنيفة : له ذلك ، لقول الله تعالى: « وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ »[2] ، ولأنه يملك رقبته ، فملك إجباره على النكاح كالأمة ، ولأنه يملك إجارته ، فأشبه الأمة .

ولنا : أنه مكلف يملك الطلاق ، فلا يجبر على النكاح كالحر ، ولأن النكاح خالص حقه ، ونفعه له ، فأشبه الحر ، والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه ، بدليل عطفه على الأيامى ، وإنما يزوَّجن عند الطلب . ومقتضى الأمر الوجوب ، وإنما يجب تزويجه عند طلبه . وأما الأمة فإنه يملك منافع بضعها ، والاستمتاع بها ، بخلاف العبد . ويفارق النكاح الإجارة ، لأنها عقد على منافع بدنه ، وهو يملك استيفاءها .

٥١٧٠ (الفصل الثانى)

فى العبد الصغير الذى لم يبلغ . فللسيد تزويجه فى قول أكثر أهل العلم ، إلا أن بعض الشافعية قال : فيه قولان ، وقال أبو الخطاب : يحتمل ألا يملك تزويجه .

---

(١) الجب قطع الذكر والأنثيين ، ويسمى الرجل حينئذ مجبوبا (٢) سورة النور آية ٣٢ .

ولنا : أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير ، فعبده مع ملكه له وتمام ولايته عليه أولى ، وكذلك الحكم في عبده المجنون .

٥١٧١ (فصل)

والمهر والنفقة على السيد ، سواء ضمنهما أو لم يضمنهما ، وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده ، وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه . نص عليه أحمد . وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه ، فإنه قال : نفقته من ضريبته ، وقال : إن كان بقيمة ضريبته أنفق عليها ، ولا يعطى المولى ، وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما ، وهذا قول الشافعي .

وفائدة الخلاف:أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وإن لم يكن للعبد كسب ، وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد ، وللسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب . ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب ، فللمرأة الفسخ ، وليس للسيد منعه من الكسب .

ولنا : أنه حق تعلق بالعبد برضا سيده ، فتعلق بسيده ، وجاز بيعه فيه ، كما لو رهنه بدَيْن . فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد . نص عليه ، لأنه حق تعلق بذمته ، فلم يسقط ببيعه وعتقه ، كأرش جنايته . فأما النفقة فإنها تتجدد ، فتكون في الزمن المستقبل على المشترى ، أو على العبد إذا أعتق.

٥١٧٢ (فصل)

ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بإذنه ، ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه ، لأنه مكلف يصح طلاقه ، فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ، ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيداً . فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح ، لأنه متصرف بالإذن ، فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل ، وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء ، لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فللسيد منعه من الخروج إليها ، وإن كانت في البلد فعلى السيد إرساله ليلا للاستمتاع ، وإن أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ، ولا يلزمه إرساله نهاراً ، لأنه يحتاج إلى استخدامه ، وليس النهار محلا للاستمتاع ، ولسيده المسافَرَة به ، فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر ، والحر يملك المسافرة وإن كرهت امرأته ، كذا ههنا .

٥١٧٣ (فصل)

وللسيد أن يعين له المهر ، وله أن يطلق ، فإن تزوج بما عينه أو دونه ، أو بمهر المثل عند الإطلاق أو دونه ، لزم المسمى . وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة ، وهل تتعلق برقبة العبد أو بذمته

يُقَبِّع بها بعد العتق ؟ على روايتين ، بناء على استدانة العبد المحجور عليه ، وقد ذكر فى باب المصرّاة[1] .

٥١٧٤ (فصـــــل)

وإن تزوج أمة ثم اشتراها بإذن سيده لسيده ، لم يؤثر ذلك فى نكاحه . وإن اشتراها لنفسه ، وقلنا : إن العبد لا يملك بالتمليك فكذلك . وإن قلنا : يملك بالتمليك انفسخ نكاحه ، كما لو اشترى الحر امرأته. وله وطؤها بملك اليمين . إذا أذن له السيد . فإن كان نصفه حراً فاشتراها فى ذمته ، أو بما يختص بملكه ، انفسخ نكاحه ، لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه . وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ، ولم تحل له ، لأنه لا يملك جميعها . وإن اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه ، وقلنا : لا تفرق الصفقة لم يصح البيع ، والنكاح بحاله . وإن قلنا : بتفريقها صح فى قدر ماله ، وانفسخ النكاح للملكه بعضها .

٥١٧٥ (فصـــــل)

وإن اشترت الحرة زوجها ، أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح ، لأن ملك النكاح واليمين يتنافيان ، لاستحالة كون الشخص مالكا لمالكه ، ولأن المرأة تقول : أنفق على ، لأنى امرأتك ، وأنا أسافر بك لأنك عبدى ، ويقول هو : أنفقى على لأنى عبدك ، وأنا أسافر بك لأنك امرأتى ، فيتنافى ذلك ، فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين ، وينفسخ النكاح ، لأنه أضعف ، ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول ، وله عليها الثمن ، فإن كانا دَيْنين من جنس تقاصا وتساقطا وإن كانا متساويين . وإن تفاضلا سقط الأقل منهما بمثله ، وبقى الفاضل . وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا ، وعلى كل واحد منهما تسليم ماعليه إلى صاحبه . وقال الشافعى فى أحد قوليه : يسقط مهرها ، لأنه دين فى ذمة العبد ، فإذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين فى ذمة عبدها ، كما لو أتلف لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد ، وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده ، فلا يؤثر ملك العبد فى إسقاطه .

وذكر القاضى فيه وجهاً : أنه يسقط ، لأن ثبوت الدين فى ذمة السيد تبع لثبوته فى ذمة العبد ، فإذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً ، كالدين الذى على الضامن إذا سقط من ذمة المضمون عنه ، ولا يعرف هذا فى المذهب ، ولأنه ثبت فى الذمتين جميعاً إحداهما تبعاً للأخرى . بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه ، كما لو طلقها قبل دخوله بها ، وفى سقوط باقيه وجهان .

أحدهما : لا يسقط ، لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع ، فانفسخ إذاً من جهته ، فلم يسقط جميع المهر كالخلع .

(١) هى الشاة يخزن لبنها فى ضرعها ليغر بها المشترى . وقد سبق القول فى أحكامها .

والثانى : يسقط ، لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة ، فأشبه الفسخ بالعيب فى أحدهما ، وفسخها لإعساره وشراء الرجل لامرأته .

٥١٧٦ (فصـــــل)

فإن ابتاعته بصداقها صح : نص عليه أحمد ، وذكره أبو بكر والقاضى . ويرجع عليها بنصفه إن قلنا : يسقط نصفه ، أو بجميعه إن قلنا : يسقط جميعه . ويحتمل ألا يصح البيع ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن ثبوته يقتضى نفيه ، فإن صحة البيع تقتضى فسخ النكاح ، وسقوط المهر يقتضى بطلان البيع ، لأنه عوض[1] ، ولا يصح بغير عوض .

ولنا : أنه يجوز أن يكون ثمنا لغير هذا العبد ، فجاز أن يكون ثمنا له كغيره من الديون ، وماسقط منه يرجع عليه به .

٥١٧٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج الوليان فالنكاح الأول منهما ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إن كان[2] للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما فى تزويجها جاز ، سواء أذنت فى رجل معين ، أو مطلقا فقالت : قد أذنت لكل واحد من أوليائى فى تزويجى من أراد . فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له ، دخل بها الثانى أو لم يدخل . وهذا قول الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، وابن سيرين ، والأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى . وبه قال عطاء ، ومالك ، ما لم يدخل بها الثانى . فإن دخل بها الثانى صار أولى ، لقول عمر : « إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثانى » ، ولأن الثانى اتصل بعقده القبض فكان أحق .

ولنا ما روى سمرة وعقبة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلْأَوَّلِ » أخرج حديث سمرة أبو داود ، والترمذى ، وأخرجه النسائى عنه ، وعن عقبة . وروى نحو ذلك عن على ، وشريح . ولأن الثانى تزوج امرأة فى عصمة زوج ، فكان باطلا ، كما لو علم أن لها زوجا ، ولأنه نكاح باطل لو عرى عن الدخول ، فكان باطلا وإن دخل [بها] ، كنكاح المعتدة والمرتدة وكما لو علم . فأما حديث عمر رضى الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث ، وقد خالفه قول على رضى الله عنه ، وجاء على خلاف حديث النبى صلى الله عليه وسلم ، وما ذكروه من القبض لا معنى له ، فإن النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ، ثم يبطل بسائر الأنكحة الفاسدة .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . لأنه عوضه .
(٢) فى المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : إذا كان .

٥١٧٨ (فصـــــــل)

إذا استوى الأولياء فى الدرجة كالإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم ، فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما تقدم إليه مُحَيِّصَة[1] ، وحُوَيِّصَة ، وعبدالرحمن بن سهل فتكلم عبدالرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « كَبِّرْ كَبِّرْ[2] » . أى : قدم الأكبر ، قدم الأكبر . فتكلم حويصة. وإن تشاحُّوا ولم يقدموا الأكبر أقرع بينهم ، لأن حقهم استوى فى القرابة . وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوى حقوقهن ، كذا ههنا ، فإن بدر واحد منهم فزوج كفؤاً بإذن المرأة صح ، وإن كان هو الأصغر المفضول الذى وقعت القرعة لغيره ، لأنه تزويج صدر من ولى كامل الولاية ، بإذن موليته ، فصح كما لو انفرد، وإنما القرعة لإزالة المشاحَّة .

٥١٧٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ فإن دخل بها الثانى وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما ، وكان لها عليه مهر مثلها ، ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حِيَضٍ ، بعد آخر وقت وطئها الثانى ﴾ .

أما إذا علم الحال قبل وطء الثانى لها فإنها تدفع إلى الأول ، ولا شيء على الثانى ، لأن عقده عقد فاسد لايوجب شيئاً . وإن وطئها الثانى وهو لايعلم فهو وطء شبهة ، يجب لها به المهر ، وترد إلى الأول ، ولايحل له وطؤها حتى تنقضى عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء ولم تحمل . نص عليه أحمد ، وهو قول قتادة ، والشافعى ، وابن المنذر . وقال أحمد رحمه الله : لها صداق بالمسيس ، وصداق من هذا ، ولا يرد الصداق الذى يؤخذ من الداخل بها على الذى دفعت إليه ، وذلك لأن الصداق فى مقابلة الاستمتاع بها ، فكان لها دون زوجها ، كما لو وُطئت بشبهة أو مكرهة . ولا يحتاج هذا النكاح الثانى إلى فسخ ، لأنه باطل . ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج ، لأنه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل، لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر : أن الواجب المسمى ، قال القاضى : هو قياس المذهب ، والأول أصح لما قلناه ، والله أعلم .

٥١٨٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان ﴾ .

---

(١) حويصة بضم ففتح فياء مشددة كما فى القاموس . ومشددة مكسورة كما فى هامش سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٦٣ . وبعد الياء صاد مفتوحة . ومحيصه بضم ففتح فياء مشددة مفتوحة وصاد مفتوحة (ف)

(٢) أخرجه البخارى ومسلم عن سهل بن أبى حثمة فى القيامة (ف) .

وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين ألا يعلم كيفية وقوعهما ، أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه ، أو يعلم بعينه ثم يشك ، فالحكم فى جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعاً . نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، ثم تتزوج من شاءت منهما ، أو من غيرهما . وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقرع بينهما ، فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ، ثم يجدد القارع نكاحه ، فإن كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئا ، وإن كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه ، وصارت زوجة هذا بعقده الثانى ، لأن القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساوى ، كالسفر بإحدى نسائه ، والبداءة بالمبيت عند إحداهن ، وتعيين الأنصباء فى القسمة .

وقال الثورى وأبو ثور : يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة، فإن أبيا فرق بينهما ، وهذا قريب من قولنا الأول ، لأنه تعذر إمضاء العقد الصحيح ، فوجب إزالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعى وابن المنذر : النكاح مفسوخ ، لأنه تعذر إمضاؤه . وهذا لا يصح ، فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله ، كما لو اختلف المتبايعان فى قدر الثمن . فإن العقد لا يزول إلا بفسخه ، كذا ههنا . وقد روى عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وحماد بن أبى سليمان : أنها تخير ، فأيهما اختارته فهو زوجها ، وهذا غير صحيح ، فإن أحدهما ليس بزوج لها ، فلم تخير بينهما ، كما لو لم يعقد إلا أحدهما ، كما لو أشكل على الرجل امرأته فى النساء ، أو على المرأة زوجها ، إلا أن يريدوا بقولهم: إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينها وبين الآخر ، ثم عقد المختار نكاحها ، فهذا حسن ، فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعاً ، وبفسخ أحد النكاحين عن فسخهما . فإن أبت أن تختار لم تجبر وكذلك ينبغى أنه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه ، لأنه لا يعلم أنه زوجها ، فيتعين إذاً فسخ النكاحين ، ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما فى الحال إن كان قبل الدخول ، وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضى عدتها من وطئه .

٥١٨١ (فصــل)

فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ، ولا بينة لهما ، لم يقبل قولهما ، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها ، نص عليه أحمد . وقال أصحاب الشافعى : يقبل ، كما لو أقرت ابتداء .

ولنا : أن الخصم فى ذلك هو الزوج الأخير[1] فلم يقبل إقرارها فى إبطال حقه ، كما لو أقرت عليه بطلاق : وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت ، لم تستحلف لذلك . وقال أصحاب الشافعى : تستحلف ، بناء منهم على أن إقرارها مقبول . فإن فرق بينها وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه ،

(١) فى المخطوطة ٣٩ : الزوج الآخر .

أو الوقوع القرعة له ، وأقرت . له أن عقده سابق ، فينبغى أن يقبل إقرارها ، لأنهما اتفقا على ذلك من غير خصم منازع ، فأشبه مالو لم يكن صاحب عقد آخر .

٥١٨٢ (فصـــــل)

وإن علم أن العقدين وقعا معاً لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان ، لا حاجة إلى فسخهما ، لأنهما باطلان من أصلهما ، ولا مهر لها على واحد منهما ، ولا ميراث لها منهما ، ولا يرثها واحد منهما كذلك . وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما . فروى عن أحمد : أنه يجب لها نصف المهر ، ويقترعان عليه ، لأن عقد أحدهما صحيح ، وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول ، فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعها ، وقال أبو بكر : لا مهر لها ، لأنهما مجبران على الطلاق ، فلم يلزمهما مهر ، كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عُنته وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلأحدهما نصف ميراثها ، فيوقف الأمر حتى يصطلحا عليه . ويحتمل أن يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث . وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلاميراث لها من الآخر ، وهى تدعى ربع ميراث من أقرت له . فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً دفع إليها ربع ميراثه . وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإن نكلوا قضى عليهم . وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويبرأ . واحتمل أن يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه . وقد روى حنبل عن أحمد ، فى رجل له ثلاث بنات زوّج إحداهن من رجل ، ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوّج ، يقرع بينهن ، فأيتهن أصابتها القرعة فهى زوجته ، وإن مات الزوج فهى التى ترثه ، والله أعلم .

٥١٨٣ (فصـــل)

وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ، ثم فرق بينهما ، وقلنا بوجوب المهر ، وجب على المقر له دون صاحبه ، لاقراره لها به ، وإقرارها ببراءة صاحبه . وإن ماتا ورثت المقَرّ له دون صاحبه كذلك . وإن ماتت هى قبلهما احتمل أن يرثها المقَرّ له كما ترثه ، واحتمل ألا يقبل إقرارها له ، كما لم تقبله فى نفسها . وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت فى حياته ، وليس لورثة كل واحد منهما الإنكار لاستحقاقها ، لأن موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها ، وسبقه[1] بالعقد عليها ، وإن لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة ، وإن كان أحدهما قد أصابها فإن كان هو المقر له ، أو كانت لم تقر لواحد منهما ، فلها المسمى ، لأنه مقر لها به وهى لاتدعى سواه . وإن كانت مقرة للآخر فهى تدعى مهر المثل ، وهو يقر لها بالمسمى ، أو اصطلحا فلا كلام ،

(١) فى المخطوطة ٢٠ : وبالسبق .

وأن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط ، فإن كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة ، وهى تنكرها فلا تستحقها ، والله أعلم .

٥١٨٤ (فصـــل)

وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ، ثبت النكاح وتوارثا ، وقال أبو الخطاب فى ذلك روايتان ، والصحيح أنه مقبول، لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه ، فقبل إقرارها ، كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها ، فأنكر أبوها تزويجها ، لم يقبل إنكاره ، لأن الحق على غيره ، وقد أقر به ، وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولى وشاهدين عينهما ، فأقرت المرأة بذلك ، وأنكر الشاهدان ، لم يلتفت إلى إنكارهما ، لأن الشهادة إنما يحتاج إليها مع الإنكار ، ويحتمل ألا يقبل إقرارها مع إنكار أبيها ، لأن تزويجها إليه دونها . فإن ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها ، وإن مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته ، لكمال الإقرار منهما بتصديقها ، وكذلك لو أقرت المرأة دونه ، فمات قبل أن يصدقها لم ترثه ، وإن ماتت فصدقها ورثها ، لما ذكرنا[1] .

٥١٨٥ ﴿مســــألة﴾

قال ﴿ وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل ﴾

أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده ، فإن نكح لم ينعقد نكاحه فى قولهم جميعاً . وقال ابن المنذر : أجمعوا على أن نكاحه باطل ، والصواب ما قلنا إن شاء الله . فإنهم اختلفوا فى صحته . فمن أحمد فى ذلك روايتان . أظهرهما : أنه باطل ، وهو قول عثمان ، وابن عمر ، وبه قال شريح ، وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد : أنه موقوف على إجازة السيد ، فإن أجازه جاز ، وإن رده بطل ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه عقد يقف على الفسخ ، فوقف على الإجازة كالوصية .

ولنا : ما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيُّما عبد تزوّج بغير إذن مَوَاليه فهو عاهِر[2] » . رواه الأثرم ، وابن ماجه . وروى الخلال بإسناده ، عن موسى بن عقبة ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أيُّما عبدٍ تزوَّجَ بغيرِ إذْنِ مَوَاليه فهو زَانٍ» قال حنبل: ذكرت هذا الحديث لأبى عبد الله قال : هذا حديث منكر ، ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه من قوله ولأنه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود[3] .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : لما ذكر . (٢) العاهر والزانى بمعنى واحد .

(٣) فى المخطوطة ٢٠ : بدون شهود .

٥١٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن دخل بها فعلى سيده خمسا المهر ، كما قال عثمان رضى الله عنه ، إلا أن يجاوز الخمسان قيمته ، فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه ﴾

فى هذه المسألة خمسة فصول :

الأول : فى وجوب المهر وله حالان .

أحدهما : ألا يدخل بها ، فلامهر لها ، لأنه عقد باطل ، فلا توجب بمجرده شيئاً كالبيع الباطل. وهكذا سائر الأنكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئاً .

(الحال الثانى)

أن يصيبها ، فالصحيح من المذهب : أن المهر يجب ، رواه عنه جماعة . وروى عنه حنبل : أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ، وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول ، فيكون موافقاً لرواية الجماعة ، ويمكن حمله على عمومه فى عدم الصداق . وهو قول ابن عمر ، رواه الأثرم عن نافع . قال : كان إذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد ، وقال للمرأة : إنك أبحت فرجك ، وأبطل صداقها . ووجهه : أنه وطىء امرأة مطاوعة فى غير نكاح صحيح ، فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا . قال القاضى : هذا إذا كانا عالمين بالتحريم ، فأما إن جهلت المرأة ذلك فلها المهر . لأنه لا ينقص عن وطء الشبهة ، ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها فى الحال ، بل يجب [مهرها] فى ذمة العبد تنتفع به بعد العتق ، وهو قول الشافعى الجديد ، لأن هذا حق لزمه برضى من له الحق ، فكان محله الذمة كالدين ، والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام : « أَيُّما امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نفسَها بغيْرِ إذْنِ وليِّها فنكاحُها باطِلٌ ، فإنْ أصابَها فَلَها المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِها » . وهذا قد استحل فرجها ، فيكون مهرها عليه ، ولأنه استوفى منافع البُضع باسم النكاح ، فكان المهر واجباً كسائر الأنكحة الفاسدة .

٥١٨٧ (الفصل الثانى)

أن المهر يتعلق برقبته ، يباع فيه ، إلا أن يفديه[1] السيد ، وقد ذكرنا احتمالا آخر : أنه يتعلق بذمة العبد ، والأول أظهر . إلا أن الوطء أجرى مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير إذن المولى ، ولذلك وجب المهر ههنا وفى سائر الأنكحة الفاسدة ، ولو لم تجر مجراها ما وجب شىء ، لأنه برضا المستحق والله أعلم .

٥١٨٨ (الفصل الثالث)

أن الواجب من المهر خمساه ، وهو قول عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وعمل به أبو موسى ، وعن

(١) فى المطبوعة الثالثة : إلا بفدية السيد .

أحمد : أنها إن علمت أنه عبد فلها خمسا المهر ، وإذا لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد ، وعنه : أن الواجب مهر المثل ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأنه وطء يوجب المهر ، فأوجب مهر المثل بكماله كالوطء في النكاح بلا ولي ، وفي سائر الأنكحة الفاسدة ، ووجه الأولى ما روى الإمام أحمد بإسناده عن خلاس ، أن غلاماً لأبي موسى تزوج بمولاة تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى ، فكتب في ذلك إلى عثمان ، فكتب إليه عثمان : أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها ، وكان صداقها خمسة أبعرة ، ولأن المهر أحد موجبي الوطء ، فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه ، أو أحد العوضين في النكاح ، فينقص العبد كعدد المنكوحات .

٥١٨٩ (الفصل الرابع)

أنه يجب خمسا المسمى ، لأنه صار فيه إلى قصة عثمان رضي الله عنه ، وظاهرها : أنه أوجب خمسي المسمى ، ولهذا قال : وكان صداقها خمسة أبعرة ، ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قِيَم المتلفات ، ولأوجب القيمة وهي الأثمان دون الأبعرة ، ويحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل ، لأنه عوض عن جناية ، فكان المرجع فيه إلى قيمة المحل ، كسائر أُرُوشِ[1] الجنايات ، وقيمة المحل مهر المثل .

٥١٩٠ (الفصل الخامس)

أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة ، لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد ، بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء . فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة ، فلم تلزمه زيادة عليه . وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك ، لأنه أَرْشُ الجناية ، فلا يجب عليه أكثر منها ، والخيرة في تسليم العبد وفدائه إلى السيد ، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بأَبْيَنَ من هذا .

٥١٩١ (فصـــــل)

إذا أذن السيد لعبده في تزويجه بمعينة ، أو من بلد معين ، أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد ، والحكم فيه كما ذكرنا وإن أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحاً فاسداً فكذلك ، لأنه غير مأذون له فيه . وإن أذن له في النكاح وأطلق ، فنكح نكاحاً فاسداً احتمل أن يكون كذلك ، لأن الإذن في النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله إذنه ، لأن اللفظ بإطلاقه يتناوله . وإن أذن له في نكاح فاسد وحصلت الإصابة فيه ، فعلى سيده جميع المهر ، لأنه بإذنه والله أعلم .

٥١٩٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوج الأمة على أنها حرة وأصابها وولدت منه فالولد حر ، وعليـه أن يفديهم ، والمهر

(١) الأروش جمع أرش بفتح فسكون ، والأرش هو المال الواجب فيما دون قتل النفس من الجنايات . انظر (تعريفات الجرجاني . ص ٩) .

المسمى ، ويرجع به على من غرّه ، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء ، وإن كان ممن يجوز له أن ينكح فرضى بالمقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق ﴾

فى هذه المسألة ستة فصول :

٥١٩٣ (أحـــــدها)

أن النكاح لا يفسد بالغرور ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : يفسد ، لأنه عقد على حرة ولم يوجد ، فأشبه ما لو قال : بعتك هذا الفرس ، فإذا هو حمار .

ولنا : أن المعقود عليه فى النكاح الشخص دون الصفات ، فلا يؤثر عدمها فى صحته ، كما لو قال : زوجتك هذه البيضاء فإذا هى سوداء ، أو هذه الحسناء فإذا هى شوهاء ، وكذا يقول فى الأصل الذى ذكره ، أن العقد الذى ذكروه صحيح . لأن المعقود عليه العين المشار إليها ، وإن سلمناه فالفرق بينهما من وجهين . أحدهما : أنّ ثمّ فاتت الذات ، فإن ذات الفرس غير ذات الحمار ، وههنا اختلفا فى الصفات . والثانى : أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات ، بدليل أنه يرد بفوات أى شىء كان فيه نفع منها ، والنكاح بخلافه .

٥١٩٤ (الفصل الثانى)

أن أولاده أحرار منها بغيرخلاف نعلمه ، لأنه اعتقد حريتها ، فكان أولاده أحراراً لاعتقاده مايقتضى حريتهم ، كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائعها ، فبانت مغصوبة بعد أن أولدها .

٥١٩٥ (الفصل الثالث)

أن على الزوج فداء أولاده ، كذلك قضى عمر رضى الله عنه ، وعلى ، وابن عباس رضى الله عنهما ، وهو قول مالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رواية أخرى : ليس عليه فداؤهم . لأن الولد ينعقد حر الأصل ، فلم يضمنه سيد الأمة ، لأنه لم يملكه . وعنه أنه يقال له : أفد أولادك وإلا فهم يتبعون أمهم . فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقاً ، لأنهم رقيق بحكم الأصل ، فلم يلزمه فداؤهم ، كما لو وطئها وهو يعلم رقها : وقال الخلال : اتفق عن أبى عبدالله أنه يفدى ولده ، وقال إسحق عنه فى موضع : إن الولد له ، وليس عليه أن يفديهم ، وأحسبه قولا أول لأبى عبدالله ، والصحيح أن عليه فداءهم ، لقضاء الصحابة به ، ولأنه نماء الأمة المملوكة ، فسبيله أن يكون مملوكا لمالكها ، وقد فوت رقه باعتقادالحرية ، فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله ، وفى فدائهم ثلاث مسائل .

الأولى : فى وقته .

وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر ، وعلى ، وابن عباس رضى الله عنهم ، وهو قول الشافعى ،

وقال أبو ثور ، والثورى ، وأصحاب الرأى : يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة ، لأنه إنما يضمنهم بالمنع ، ولم يمنعهم إلا حال الخصومة .

ولنا : أنه محكوم بحريته عند الوضع ، فوجب أن يضمنه ، لأنه فات رقه من حينئذ ، ولأن القيمة التى تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك الأمة ، فلم يضمنها كما بعد الخصومة . فإن قيل : فقد كان محكوماً بحريته وهو جنين ، قلنا : إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته ، والاطلاع عليه ، فأوجبنا ضمانه فى أول حال يمكن تضمينه ، وهو حال الوضع .

المسألة الثانية : فى صفة الفداء

وفيها ثلاث روايات :

إحداهن : بقيمتهم ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لقول النبىِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسَلَّم : «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصاً من عَبْدٍ قُوِّمَ عليه نَصِيب شَرِيكه[١] » ، ولأن الحيوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال ، فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه .

والثانية : يضمنهم بمثلهم عبيدا ، الذكر بذكر ، والأنثى بأنثى ، لما روى سعيد ابن المسيب قال : أبَقَتْ[٢] جارية لرجل من العرب ، وانتمت إلى بعض العرب ، فتزوجها رجل من بنى عُذْرة ، ثم إن سيدها دبّ فاستاقها، واستاق ولدها ، فاختصموا إلى عمر رضى الله عنه ، فقضى للعُذْرى بفداء ولده بغرة غرة[٣] مكان كل غلام ، ومكان كل جارية بجارية ، وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ، ومن لم يجد غرة[٤] ستين ديناراً ، ولأن ولد المغرور حر ، فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار فعلى هذه الرواية ينبغى أن ينظر إلى مثلهم فى الصفات تقريباً ، لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال ، ويحتمل أن يجب مثلهم فى القيمة ؛ وهو قول أبى بكر ،

الثالثة : هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم : قال أحمد فى رواية الميمونى : إما القيمة أو رأس برأس

(١) أخرج الأئمة الستة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أعتق شقصاً له فى عبد فخلاصه فى ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه » وروى البخارى عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل ، فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » .الشقص . النصيب . (ف)

(٢) أبقت : أى هربت من سيدها .

(٣) الغرة من العبيد من يكون ثمنه نصف عشر الدية .

(٤) ذكر المؤلف فى باب الديات أن الغرة عبد أو أمة وقال : إن الغرة قيمتها خمس من الإبل أو خمسون دينارا (ف)

لأنهما جميعاً يرويان عن عمر ، ولـكن لا أدرى أى الإسنادين أقوى ، وهذا اختيار أبى بكر ، وقال فى المقنع الفدية غرة بغرة بقدر القيمة ، أو القيمة ، وأيهما أعطى أجزأه ، ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذى يضمن بغرة ، وبين إلحاقه بغيره من المضمونات ، فاقتضى التخيير بينهما ، والصحيح : أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات ، وقول عمر قد اختلف عنه فيه . قال أحمد فى رواية أبى طالب : وعليه قيمتهم مثل قول عمر ، وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس .

المسألة الثالثة : فيمن يُضمَن منهم .

وهو من ولد حياً لوقت يعيش لمثله ، سواء عاش أو مات بعد ذلك . وقال مالك، والثورى ، وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة . وهـذا مبنى على وقت الضمان وقد ذكرناه ، فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش فى مثله ، وهو دون ستة أشهر فلا ضمان ، لأنه لا قيمة له .

٥١٩٦ (الفصل الرابع فى المهر)

ولا يخلو أن يكون ممن يجـــوز له نـكاح الإماء أولا . فإن كان ممن يجوز له نـكاح الإماء ، وقد نـكحها نـكاحا صحيحاً فلها المسمى. وإن لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها، لأن الفسخ تعذر من جهتها فهى كالمعيبة يفسخ نـكاحها ، وإن كان ممن لا يجوز له نـكاح الإماء فالعقد فاسد من أصله ، ولا مهر فيه قبل الدخول ، فإن دخل بها فعليه مهرها . وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك إن كان ممن يجوز له نـكاح الإماء لـكن تزوجها بغير إذن سيـــدها ، أو نحو ذلك مما يفسد به النـــكاح .

٥١٩٧ (الفصل الخامس)

أنه يرجع بما غرمه على من غره فى المهر وقيمة الأولاد ، وهذا اختاره الخرقى ، ورواية عن أحمد . قال ابن المنذر : كذلك قضى عمر ، وعلى ، وابن عباس ، وبه قال الشافعى فى القديم . والرواية الأخرى : لا يرجع بالمهر ، وهو اختيار أبى بـكر قال : وهو قول على ، وبه قال الثورى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى الجديد ، لأنه وجب عليه فى مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء ، فلم يرجع به ، كما لو اشترى مغصوبا فأكله ، بخلاف قيمة الولد ، فإنها لم تحصل فى مقابلة عوض ، لأنها وجبت بحرية الولد للولد لا لأبيه .

قال القاضى : والمذهب أنه يرجع بالمهر ، لأن أحمد قال : كنت أذهب إلى حديث على ، ثم كأنى هبته ، وكأنى أميل إلى حديث عمر ، يعنى فى الرجوع ، ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد ،

فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر . قال : وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها ، كما يرجع بالمهر ، ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا . وقال : إذا ثبت هذا ، فإن كان الغرور من السيد فقال : هى حرة،عتقت ، وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شىء له ، لأنه لا فائدة فى أن يجب له ما يرجع به عليه . وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه فى الحال . وإن كان من أجنبى رجع عليه أيضاً وإن كان منها فليس لها فى الحال مال، فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده ، هل يتعلق برقبته أو بذمته يُتْبَعُ به بعد العتق ؟ قال القاضى : قياس قول الخرقى أنه يتعلق بذمتها ، لأنه قال فى الأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها : يتبعها به إذا عتقت ، كذا ههنا ، ويتبعها بجميعه .

وظاهر كلام أحمد : أن الغرور إذا كان من الأمة لم يرجع على أحد ، فإنه قال : إذا جاءت الأمة فقالت : إنى حرة ، فولت أمرها رجلا فزوجها من رجل ، ثم ظهر عليها مولاها ، قال : فكاك ولده على الأب ، لأنه لم يغره أحد . وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة ، فالفداء على من غره . يروى هذا عن على ، وإبراهيم ، وحماد ، وكذلك قال الشعبى ، وإن قلنا : يتعلق برقبتها ، فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها ، أو يسلمها . فإن اختار فداءها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج ، فإنه لا فائدة فى أن نوجبه عليه ثم نرده إليه . وإن اختار تسليمها سلمها ، وأخذ ماوجب له .

وذكر القاضى : أن الغرور الموجب للرجوع : أن يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد ، فيقول : زوجتكها على أنها حرة ، فإن لم تكن كذلك لم تملك الفسخ وهذا مذهب الشافعى . والصحيح خلاف هذا ، قال : لأن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ، ولم يستفصلوا . والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ، ولم تجر العادة به فى العقود ، فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنتقل ، ولأن الغرور قد يكون من المرأة ، ولا لفظ لها فى العقد ، ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن فغلب على ظنه حريتها ، فنكحها على ذلك ، ورغب فيها بناء عليه ، وأصدقها صداق الحرائر ، لزمه الغُرم ، فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار ، فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات، ثم الرجوع على من غره وأضر به . فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم ، وإن كان الغرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه ، والله أعلم .

٥١٩٨ (الفصل السادس)

أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء ، وهو ممن يجد الطَّول[١] أو لا يخشى العنت فإنه

(١) الطول . القدرة واليسار .

يفرق بينهما ، لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله ، لعدم شرطه ، وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها ، أو اختل شرط من شروط النكاح ، فهو فاسد يفرق بينهما ، والحكم فى الرجوع على ماذكرنا .

وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء ، وكانت شرائط النكاح مجتمعة ، فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح . وهذا معنى قول الخرقى : فرضى بالمقام معها على النكاح . وهذا الظاهر من مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لاخيار له ، لأن الكفاءة غير معتبرة فى جانب المرأة ، لأنه يملك الطلاق .

ولنا : أنه عقد غرّ فيه أحد الزوجين بحرية الآخر ، فثبت له الخيار كالآخر ، فإن الكفاءة وإن لم تعتبر فإن عليه ضرراً فى استرقاق ولده ، ورقّ امرأته ، وذلك أعظم من فقد الكفاءة[1] ، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر ، فإنه يسقط نصف المسمى ، والفسخ يسقط جميعه . فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضى بالمقام معها فله ذلك ، لأنه يحل له نكاح الإماء ، وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها ، لأن المانع من رقهم فى الغرور اعتقادُ الزوج حريتها ، وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فعلقت منه ، ثم علم قبل الوضع فهو حر ، لأنه وطئها يعتقد حريتها .

٥١٩٩ (فصــــل)

والحكم فى المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالأمة القِنّ ، لأنها ناقصة بالرق ، إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حُكْمُ أمّه ، وكذلك من أعتق بعضها ، إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق ، لأن بقيته حر بحرية أمه ، لا باعتقاد الوطء . فإن كانت مكاتبة فكذلك ، إلا أن مهرها لها ، لأنه من كسبها ، وكسبها لها ، وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال أبو بكر : ويكون ذلك لها تستعين به فى كتابتها ، فإن كان الغرور منها فلا شىء لها ، إذ لا فائدة فى إيجاب شىء لها يُرْجَع به عليها . وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ، ويرجع به على من غره .

٥٢٠٠ (فصــــل)

ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ، فإن قام بذلك بينة ثبت ، وإن أقرت أنها أمة فقال أحمد فى رواية أبى الحارث : لا يستحقها بإقرارها ، وذلك لأن إقرارها يزيل النكاح عنها ، ويثبت حقاً على غيرها ، فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها ، وقال فى رواية حنبل : لاشىء له حتى يثبت ، أو تقر هى أنها أمة ، فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها ، لأنها مقرة على نفسها بالرق ، أشبه غير الزوجة . والأول أولى ، ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق ، بعد إقرارها بالحرية ، لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى .

(١) فى المخطوطة ٢٠ . من فقدان الكفاءة .

٥٢٠١ (فصـــل)

إذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب ، فألقت جنيناً ميتاً ، فعلى الضارب غُرة ، لأن هذا الجنين محكوم بحريته ، ويرثها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل ، وإن كان الضارب أباه لم يرثه ، وورثه أقاربه ، ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حى وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عُشْر قيمة أمه ، لأن الواطىء فوّت ذلك عليه باعتقاد الحرية ، ولولاه لوجب له ذلك .

٥٢٠٢ (فصـــل)

إذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعى[1] ، لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد ، كما لو تزوج أمة على أنها حرة ، وهذا إذا كملت شروط النكاح ، وكان ذلك بإذن سيده ، وإن كانت المرأة حرة ، وقلنا : الحرية ليست من شروط الكفاءة ، أو إن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح ، فهو صحيح ، وللمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء ، فإن اختارت إمضاءه فلأوليائها الاعتراض عليها ، لعدم الكفاءة ، وإن كانت أمة فينبغى أن يكون لها الخيار أيضاً ، لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غُرّ من أمة ، ثبت للأمة إذا غُرّت بعبد ، وكل موضع حكمنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فلها مهر المثل ، أو المسمى ، على ما قدمنا من الاختلاف[2] ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شىء لها ، وإن كان بعده فلها المسمى ، لأنه فسخ طرأ على نكاح فأشبه الطلاق .

٥٢٠٣ (فصـــل)

فإن غرها بنسب ، فبان دونه ، وكان ذلك مخلا بالكفاءة ، وقلنا بصحة النكاح ، فلها الخيار . فإن اختارت الإمضاء فلأوليائها الاعتراض عليها ، وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها ، لأن ذلك ليس بمعتبر فى النكاح ، فأشبه ما لو شرطه فقيها فبان بخلافه ، وكذلك إن شرطت غير النسب ، فإن كان مما يعتبر فى الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافىء لها فى النسب ، وإن لم يعتبر فى الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك ، فلا خيار لها ، لأن ذلك مما لا يعتبر فى النكاح ، فلا يؤثر اشتراطه . وذكر فيما إذا بان نسبه دون ما ذكر وجه فى ثبوت الخيار لها إن لم يخل بالكفاءة ، والأولى ما ذكرناه والله أعلم .

٥٢٠٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار ، ويفديهم إذا عتق ، ويرجع به على من غره ﴾

(١) فى المخطوطة ٣٩ : وقول للشافعى

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : من الخلاف .

وجملة ذلك أن المغرور إذا كان عبداً فولده أحرار ، وقال أبو حنيفة : يكون رقيقاً ، لأن أبويه رقيق، وليس ذلك بصحيح ، فإنه وطئها معتقداً حريتها ، فكان ولده حراً كولد الحر ، فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية فى محل الوفاق ، ولولا ذلك لكان رقيقاً ، فإن علة رق الولد رق الأم خاصة ، ولا عبرة بحال الأب بدليل ولد الحر من الأمة ، وولد الحرة من العبد ، وعلى العبد فداؤهم ، لأنه فوّت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له فى الحال ، فيخرج فى ذلك وجهان .

أحدهما : يتعلق برقبته بمنزلة جنايته .

والثانى : بذمته يتبع به بعد العتق ، بمنزلة عوض الخلع من الأمة إذا بذلته بغير إذن سيدها . ويفارق الاستدانة والجناية ، ولأنه إذا استدان أتلف مال الغريم ، فكان جناية منه ، وههنا لم يجن فى الأولاد جناية ، وإنما عتقوا من طريق الحكم ، وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك فى ذمته يتبع به بعد العتق ، ويرجع به حين يغرمه ، فإنه لا ينبغى أن يجب له بذل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتتعجل فى الحال ، وإن قلنا إن الفداء يتعلق برقبته وجب فى الحال ويرجع به سيده فى الحال ، ويثبت للعبد الخيار إذا علم ، كما ثبت للحر لمن يحل له نكاح الإماء ، لأن عليه ضرراً فى رق ولده ، ونقصاً فى استمتاعه ، فإنها لا تبيت معه ليلا ونهاراً ، ولم يرض به . ويحتمل ألا يثبت له خيار ، لأنه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته ، فأشبه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه ، لأنها مساوية لنسبه بخلاف تغرير الحر .

وقال بعض الشافعية : لا خيار له قولا واحداً . وقال بعضهم : فيه قولان ، والأولى ماذكرناه . وإذا اختار الإقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد ، وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده والنكاح بإذن سيده فالمهر واجب عليه ، وفى الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى ، وإن كان بغير إذنه فالنكاح فاسد ، فإن دخل بها ففى قدر ما يجب عليه وجهان . أحدهما : مهر المثل . والثانى : الخمسان ، وهل يرجع به ؟ على وجهين .

٥٢٠٥ (فصـــل)

فإن شرط أنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار ، لأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد ، فأشبه مالو شرطها حرة فبانت أمة .

٥٢٠٦ (فصـــل)

فإن شرطها بكرا فبانت ثيباً فعن أحمد كلام يحتمل أمرين أحدهما : لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب ، فلا يرد منه بمخالفة الشرط . والثانى : له الخيار ، لأنه شرط صفة مقصودة

فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية . وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه ، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء ، أو شرطها طويلة فبانت قصيرة ، أو حسناء فبانت شوهاء ، خرج في ذلك كله وجهان ، ونحو هذا مذهب الشافعي .

وقال أبو ثور : القياس أن له الرد إن كان فيه اختلاف ، وإن كان إجماعاً . فالإجماع أولى من النظر . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً وافق أبا ثور على مقالته ، وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق . وأصحاب الرأي .

وروى الزهري : أن رجلا تزوج امرأة فلم يجدها عذراء ، كانت الحيضة خرقت عذرتها ، فأرسلت إليه عائشة : إن الحيضة تذهب العذرة يقيناً . وعن الحسن والشعبي وإبراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء : ليس عليه شيء ، العذرة تذهبها الوثبة ، وكثرة الحيض ، والتعنيس ، والحمل الثقيل ، والله أعلم .

٥٢٠٧ (فصل)

وإذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة ، أو يظنها مسلمة فبانت كافرة ، أو تزوجت عبداً تظنه حراً ، فلهم الخيار كما لو شرط ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبداً تظنه حراً فلها الخيار . وقال الشافعي في الأمة : لا خيار له ، وفي الكافرة : له الخيار ، وقال بعضهم : فيهما جميعاً قولان .

ولنا : أن بعض الرق أعظم ضرراً ، فإنه يؤثر في رق ولده ، ويمنع كمال استمتاعه ، فكان له الخيار كما لو كانت كافرة .

٥٢٠٨ (فصل)

وإن شرطها أمة فبانت حرة ، أو ذات نسب فبانت أشرف منه ، أو على صفة دنيئة فبانت خيراً من شرطه ، أو كافرة فبانت مسلمة ، فلا خيار له في ذلك ، لأنه زيادة . وقال أبو بكر : له الخيار إذا بانت مسلمة ، لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات ، والأول أولى .

٥٢٠٩ (فصل)

وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه ، وإن فسخ بعده وكان التغرير ممن له المهر فلا شيء عليه أيضاً ، وإن كان من غيره فعليه المهر يدفعه ، ثم يرجع به على الغار ، فإن كان التغرير من أوليائها رجع عليهم ، وإن علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده ، لأنه الغار ، واحتمل أن يرجع على جميعهم ، لأن حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء .

٥٢١٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : قد جعلت عتق أمتى صداقها بحضرة شاهدين ، فقد ثبت العتق والنكاح ، وإذا قال : أشهد أنى قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين ، سواء تقدم القولُ العتقَ أو تأخر ، إذا لم يكن بينهما فصل ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ﴾

فى هذه المسألة خمسة[1] فصول

٥٢١١ (الفصل الأول)

أن ظاهر المذهب : أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح ، نص عليه أحمد فى رواية جماعة . وروى ذلك عن على رضى الله عنه ، وفعله أنس بن مالك ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، والحسن ، والزهرى وإسحاق . وقال الأوزاعى : يلزمها أن تتزوجه ، وروى المروزى عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه . وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح. وقال أبو الخطاب : هى الصحيحة، واختارها القاضى ، وابن عقيل . وهو قول أبى حنيفة ، ومالك والشافعى ، لأنه لم يوجد إيجاب وقبول ، فلم يصح لعدم أركانه ، كما لو قال : أعتقتك وسكت ، ولأنها بالعتق تملك نفسها ، فيجب أن يعتبر رضاها، كما لو فصل بينهما ، ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك ، فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى ، فإنه لو قال : بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح .

ولنا:ماروى أنس«أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية ،وجعل عتقها صداقها»، متفق عليه ، وفى لفظ «أعتقها وتزوجها» فقلت : ياأبا حمزة ، ما أصدقها ؟ قال نفسها. عتقها ، وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت : أعتقنى رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل عتقى صداقى . وبإسناده عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ، ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح ، لأن الصداق لا يتقدم النكاح ، ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز ، فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ، ولأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه استأنف عقداً ، ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام ، وقولهم : لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير ، فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته ، وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه ، وهو جعل العتق صداقا ، فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ، وكما لو قال[2] الخاطب للولى : أزوجت ؟ فقال : نعم ، وقال للزوج : أقبلت ؟ قال : نعم ، عند أصحابنا. وكما لو أتى بالكنايات عند أبى حنيفة ومن وافقه .

---

(١) فى المطبوعة : خمس فصول (٢) فى المخطوطة ٢٠ : وكما إذا قال .

٥٢١٢ (الفصل الثانى)

أن النكاح ينعقد بقوله : أعتقتك ، وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك ، وبذلك خالياً عن قوله : وتزوّجتك، وهـذا لفظ الخرقى، وهو الذى جاء فى حديث أنس ، وبقوله : جعلت عتقك صداقك ، وجعلت صداقك عتقك ، وهذا معنى قول الخرقى ، سواء تقدم العتق أو تأخر ، ونص أحمد على هذا فى رواية صالح إذا قال : جعلت عتقك صداقك ، أو صداقك عتقك كل ذلك جائز .

٥٢١٣ (الفصل الثالث)

ألا يكون بينهما فصل ، ولو قال : أعتقتك وسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه، أو تكلم بكلام أجنبى ثم قال : جعلت عتقك صداقك ، لم يصح النكاح، لأنها صارت بالعتق حرة ، فيحتاج إلى تزويجها برضاها ، بصداق جديد .

٥٢١٤ (الفصل الرابع)

أنه لابد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة فى النكاح . نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، وذلك لقوله : «لاَ نِكَاحَ إلا بوَلِيٍّ وشَاهِدَيْنِ ».

٥٢١٥ (الفصل الخامس)

أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع فى نصف مافرض لها ، وقد فرض لها نفسها ، ولا سبيل إلى الرجوع فى الرق بعد زواله ، فرجع بنصف قيمة نفسها . وبهذا قال الحسن ، والحكم . وقال الأوزاعى : يرجع بربع قيمتها .

ولنا : أنه طلاق قبل الدخول ، فأوجب الرجوع فى النصف كسائر الطلاق ، وتعتبر القيمة حالة الإعتاق ، لأنها حالة الإتلاف ، فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تُسْتَسْعَى فيها ، أو تكون ديناً تنظر به إلى حال القدرة ؟ على روايتين، وإن قلنا: إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها، لأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له[1] ، فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد ، وكذلك إن قلنا : إن النكاح انعقد به فارتدت قبل الدخول ، أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها ، مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ، ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

٥٢١٦ (فصـــــــل)

وإن قال لأمته : أعتقتك على أن تزوجينى نفسك ، ويكون عتقُك صداقَك ، أو لم يقل : ويكون عتقك صداقك فقبلت ، عتقت ، ولم يلزمها أن تزوجه نفسها ، لأنه سلف فى نكاح فلم يلزمها ، كما لو أسلف حرةً

(١) فى المخطوطة ١٨ : لم يسلم إليه .

ألفاً على أن يتزوجها ، ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه [1] فلم يسقط كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع ، ويلزمها قيمة نفسها . أومأ إليه أحمد فى رواية عبد الله . وهو مذهب الشافعى ، لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له ، فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة فى يد المشترى ، والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول . ويحتمل ألا يلزمها شىء ، بناء على ما إذا قال لعبده : أعتقتك على أن تعطينى ألفاً . وهذا قول مالك ، وزفر ، لأن هذا ليس بلفظ شرط ، فأشبه ما لو قال : أعتقتك وزوجينى نفسك . وتعتبر القيمة حالة العتق ، ويطالبها بها فى الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل تُنْظَر إلى الميسرة ، أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين ، أصلهما فى المفلس : هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين .

٥٢١٧ (فصـــل)

وإن اتفق السيد وأمته على أن يعتقها وتزوجه نفسها ، فتزوجها على ذلك صح ، ولا مهر لها غير ما شرط [لها] من العتق ، وبه قال أبو يوسف . وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يكون العتق صداقاً ، لكن إن تزوجها على القيمة التى له فى ذمتها [2] وهما يعلمان القيمة صح الصداق .

ولنا أن العتق صلح صداقاً فى حق النبى صلى الله عليه وسلم ، فيجوز فى حق أمته كالدراهم ، ولأنه يصلح عوضاً فى البيع ، فإنه لو قال : أعتق عبدك على ألف جاز ، فلأن يكون عوضاً فى النكاح أولى ، فإن النكاح لا يقصد فيه العوض ، وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها صح ، نص عليه أحمد فى رواية عبد الله.

إذا ثبت هـذا : فإن العتق يصير صداقاً ، كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه ، فإن بذلت له نفسها ليتزوجها ، فامتنع لم يجبر ، وكانت له القيمة ، لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها . وحكم المدبرة والمعتقة بصفة ، وأم الولد حكم الأمة القن فى جميع ما ذكرناه .

٥٢١٨ (فصـــل)

فإذا أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ، ولا شىء عليه ، لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به ، فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له لم يلزمه ذلك ، كما لو اشترطت عليه أن تملّكه داراً . ولو أراد العبد تزوُّجها لم تجبر ، لأن الشرط لها ، فلا يوجب عليها ، كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك .

٥٢١٩ (فصـــل)

ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها ، سواء أعتقها لوجه الله تعالى ، أو أعتقها ليتزوجها . وكره

(١) فى المخطوطة ١٨ : قبل وجود السبب . (٢) فى المخطوطة ١٨ : التى تعلقت بذمتها له .

أنس تزويج من أعتقها لله تعالى ، قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : روى شعبة عن قتادة عن أنس : أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها ؟ فقال : نعم ، إذا أعتقها لله كره أن يرجع فى شىء منها .

ولنا : ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ كانَتْ عندَه جارِيةٌ فعلَّمها وأحسَنَ إليها ثمَّ أعتقَهَا وتزوَّجَهَا فذلكَ لَهُ أجْرَان » . متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن إليها بإعفافها . وصيانتها ، فلم يُكره ، كما لو زوجها غيره ، وليس فى هذا رجوع فيما جعل لله ، فإنه إنما يتزوجها بصداقها ، فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

٥٢٢٠ (فصل)

وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتج إلى استبراء ، سواء كان يطؤها أو لم يكن ، لأن الاستبراء لصيانة الماء ، ولا يصان ذلك عنه . فإن اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا [أن] يزوِّجها حتى يستبرئها ، لأنه كان واجباً فلا يسقط بإعتاقه لها ، قال أحمد فى الرجل تكون له الأمة[1] لا يطؤها فيعتقها : لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها ، فإن كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ، ومتى شاء ، لأنها فى مائه ، قال القاضى : معنى قوله : إن كان يطؤها : أن يحل له وطؤها ، وهى التى قد استبرأها.

وقوله : إن كان لا يطؤها ، أى لا يحل له وطؤها ، وهى التى لم يمض عليها زمان الاستبراء ، فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها . وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بعده ، ولا يلزمها استئناف الاستبراء ، لأن الاستبراء وجب بالشراء لا بالعتق ، فيحسب ابتداؤه من حين وُجد سببه .

٥٢٢١ (فصل)

وإن قال : أعتق عبدك على أن أزوجك ابنتى ، فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته ، لأنه سلف فى النكاح ، وعليه قيمة العبد ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا يلزمه شىء ، لأنه لا فائدة له فى العتق .

ولنا : أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرَطه ، فلزمه عوضه ، كما لو قال : أعتق عبدك عنى ، وعلى ثمنه . وكما لو قال : طلق زوجتك وعلى ألف ، فطلقها ، أو قال : ألق متاعك فى البحر وعلى ثمنه ، وبهذه الأصول يبطل قولهم : إنه لا فائدة له فى العتق .

٥٢٢٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال الخاطب للولى : أزوجت ؟ فقال : نعم ، وقال للزوج : أقبلت ؟ فقال : نعم ، فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان ﴾

(١) فى المخطوطة ٢٠ : تكون له أمة .

وقال الشافعى : لا ينعقد حتى يقول معه : زوجتك ابنتى ، ويقول الزوج : قبلت هذا التزويج ، لأن هذين ركنا العقد ، ولا ينعقد بدونهما .

ولنا : أن نعم جواب لقوله : أزوجت وقبلت ؟ والسؤال يكون مضمراً فى الجواب معاداً فيه ، فيكون معنى نعم من الولى : زوجته ابنتى ، ومعنى نعم من المتزوج[1] : قبلت هذا التزويج ، ولا احتمال فيه ، فيجب أن ينعقد به ، ولذلك لما قال الله تعالى : « هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا ؟ قَالُوا نَعَمْ »[2]. كان إقراراً منهم بوجدان ذلك . أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً، ولو قيل لرجل : لى عليك ألف درهم ، فقال : نعم ، كان إقراراً صحيحاً لا يفتقر إلى نية ، ولا يرجع فى ذلك إلى تفسيره ، وبمثله تقطع اليد فى السرقة ، فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك .

٥٢٢٣ (فصـــل)

ولو قال : زوجتك ابنتى ، فقال : قبلت ، انعقد النكاح ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا ينعقد حتى يقول : قبلت هذا النكاح ، أو هذا التزويج ، لأنه كناية فى النكاح يفتقر إلى النية والإضمار ، فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع .

ولنا : أن القبول صريح فى الجواب فانعقد به ، كما ينعقد به البيع وسائر العقود . وقولهم : يفتقر إلى النية ممنوع ، فإنه جواب ، فلا ينصرف إلا إلى المذكور .

٥٢٢٤ (فصـــل)

وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج ، والجواب عنهما إجماعاً ، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب فى قوله سبحانه : « زَوَّجْنَاكَهَا »[3]. وقوله سبحانه : « وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ »[4] . وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا ، مثل أن يقول : زوجتك بنتى هذه . فيقول : قبلت هذا النكاح ، أو هذا التزوج . ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج ، وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وربيعه ، والشافعى . وقال الثورى ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود : ينعقد بلفظ الهبة ، والصدقة ، والبيع ، والتمليك . وفى لفظ الإجارة عن أبى حنيفة روايتان . وقال مالك : ينعقد بذلك إذا ذكر المهر ، واحتجوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة فقال : « قَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ » . رواه البخارى ، ولأنه لفظ ينعقد به تزويج

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : من الزوج .

(٢) سورة الأعراف آية ٤٤ .

(٣) سورة الأحزاب آية ٣٧ .

(٤) سورة النساء آية ٢٢ .

النبي صلى الله عليه وسلم ، فانعقد به نكاح أمته ، كلفظ الإنكاح والتزويج ، ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه ، فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات .

ولنا : قوله تعالى : « وامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ[1] » فذكر ذلك خالصاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح ، فلم ينعقد به النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال ، ولأنه ليس بصريح فى النكاح فلا ينعقد به كالذى ذكرنا .

وهذا لأن الشهادة شرط فى النكاح ، والكناية إنما تعلم بالنية ، ولا يمكن الشهادة على النية ، لعدم اطلاعهم عليها ، فيجب ألا ينعقد . وبهذا فارق بقية العقود والطلاق ، وأما الخبر فقد روى : زوجتكها وأنكحتكها ، وزوجناكها ، من طرق صحيحة ، والقصة واحدة ، والظاهر أن الراوى روى بالمعنى[2] ظناً منه أن معناها واحد ، فلا تكون حجة ، وإن كان النبى صلى الله عليه وسلم جمع بين الألفاظ فلا حجة لهم فيه ، لأن النكاح انعقد بأحدها ، والباقى فضلة .

٥٢٢٥ (فصل)

ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وعند أبى حنيفة : ينعقد ، لأنه أتى بلفظه الخاص ، فانعقد به كما ينعقد بلفظ العربية .

ولنا : أنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة ، فلم يصح كلفظ الإحلال . فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه ، لأنه عاجز عما سواه ، فسقط عنه كالأخرس ، ويحتاج أن يأتى بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربى ، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها . وقال أبو الخطاب : عليه أن يتعلم ، لأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير ، ووجه الأول : أن النكاح غير واجب ، فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع ، بخلاف التكبير . فإن كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذى يحسن العربية بها ، والآخر يأتى بلسانه ، فإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التى أتى بها صاحبه لفظة الإنكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً .

٥٢٢٦ (فصل)

فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها ، لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة ، فصح

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠ (٢) فى المخطوطة ١٨ : رواها بالمعنى

بإشارته كبيعه وطلاقة ولعانه . وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، لأن النـكاح عقد بين شخصين ، ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبُه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً ، لأن الشهادة شرط ، ولا يصح على مالا يفهم ، . قال أحمد : لايزوجه وليه ، يعني إذا كان بالغاً ، لأن الخرس لا يوجب الحجر ، فهو كالصمم .

٥٢٢٧ (فصـــــل)

إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة ، سواء كان بلفظ الماضي ، مثل أن يقول : تزوجت ابنتك ، فيقول زوجتك ، أو بلفظ الطلب كقوله : زوجني ابنتك ، فيقول زوجتكها . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : يصح فيهما جميعاً ، لأنه قد وجد الإيجاب والقبول ، فيصح كما لو تقدم الإيجاب .

ولنا : أن القبول إنما يـكون للايجاب ، فمتى وجد قبله لم يـكن قبولا لعدم معناه ، فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام ، ولأنه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح ، فإذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام ولأنه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال : قبلت هذا النـكاح ، فقال الولي : زوجتك ابنتي ، لم يصح ، فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى . وأما البيع فلايشترط فيه صيغة الإيجاب والقبول ، بل يصح بالمعاطاة، ولأنه لا يتعين فيه لفظ ، بل يصح بأي لفظ كان ، مما يؤدي المعنى ، ولا يلزم الخلع ، لأنه يصح تعليقه على الشروط .

٥٢٢٨ (فصـــــل)

وإذا عقد النـكاح هازلا أو تلجئَةً صح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌ وَجِدُّهُنَّ جِدٌ : الطَّلاقُ وَالنِّـكَاحُ والرَّجْعَة » . رواه الترمذي . وعن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ نَـكَحَ لَا عِباً أَوْ طَلَّقَ لَا عِباً أَوْ أَعْتَقَ لَا عِباً جَازَ[1] » . قال عمر : أربع جائزات إذا تـكلم بهن : الطلاق ، والنـكاح ، والعتاق ، والنذر : وقال علي : أربع لا لعب فيهن : الطلاق ، والعتاق ، والنـكاح ، والنذر[2] .

٥٢٢٩ (فصـــــل)

وإذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما في المجلس ، ولم يتشاغلا عنه بغيره ، لأن حـكم المجلس

---

(١) أخرج عبد الرزاق عن أبي ذر مرفوعا « من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ، وأعتق وهو لاعب فطلاقه جائز ، ومن نـكح وهو لاعب فنـكاحه جائز، وسنده منقطع (ف)

(٢) ماروى موقوفا عن عمر وعلي فهو عند عبد الرزاق أيضا (ف)

حكم حالة العقد ، بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه ، وثبوت الخيار فى عقود المعاوضات . فإن تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب ، فإنه لا يوجد معناه ، فإن الإعراض قد وجد من جهته بالتفرق ، فلا يكون قبولا ، وكذلك إن تشاغلا عنه بما يقطعه ، لأنه معرض عن العقد أيضاً بالاشتغال عن قبوله . وقد نقل أبو طالب عن أحمد فى رجل مشى إليه قوم فقالوا له : زوج فلاناً ، قال : قد زوجته على ألف ، فرجعوا إلى الزوج فأخبروه ، فقال : قد قبلت ، هل يكون هذا نكاحا ؟ قال : نعم . قال القاضى : هذا محمول على أنه وكّل من قبل العقد فى المجلس . وقال أبو بكر : مسألة أبى طالب تتوجه على قولين، واختار أنه لا بد من القبول فى المجلس ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

٥٢٣٠ (فصـــل)

فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب،ولم ينعقد بالقبول بعده ، وما لم يضامّه القبول لم يكن عقداً ، فبطل بزوال العقل كالعقود تبطل بالموت والجنون . وهذا مذهب الشافعى . وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب ، لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا .

٥٢٣١ (فصـــل)

ولا يثبت فى النكاح خيار . وسواء فى ذلك خيار المجلس وخيار الشرط . ولا نعلم أحداً خالف فى هذا ، وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه ، فإنه لا يقع فى الغالب إلا بعد تروّ وفكر ، ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه ، والمعرفة بحاله ، بخلاف البيع الواقع فى الأسواق من غير فكر ولا روية ، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ، ويصح من غير تسمية العوض ، ومع فساده ، ولأن ثبوت الخيار يفضى إلى فسخه بعد ابتذال المرأة ، فإن فى فسخه بعد العقد ضرراً بالمرأة ، ولذلك أوجب الطلاقُ قبل الدخول نصف الصداق .

٥٢٣٢ (فصـــل)

ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ، ثم يكون العقد بعده، لقول النبى صلى الله عليه وسلم: كُلُّ أَمْرٍ ذِى بَالٍ لاَ يَبْدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدُ للهِ فَهُوَ أَقْطَع » وقال : « كُلُّ خِطْبَةٍ لَيْسَ فِيهَا شَهَادَةٌ فَهِيَ كَالْيَدِ الْجَذْمَاءِ » رواهما ابن المنذر ، ويجزىء من ذلك أن يحمد الله ويتشهد ويصلى على رسول الله صلى الله عليه وسلم والمستحب أن يخطب بخطبة عبدالله بن مسعود ، التى قال : علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد فى الصلاة ، والتشهد فى الحاجة .

قال: التشهد فى الحاجة، أن الحمد لله، نحمده، ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، من يهده الله

فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادى له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً عبده ورسوله ، ويقرأ ثلاث آيات « اتقُوا الله حَقَّ تَقَاتِه وَلا تَمُوتنّ إلاّ وأنتمْ مُسْلِمون[١] » « واتقُوا الله الذى تُسَاءلُونَ بهِ والأرْحَام إنّ الله كان عَلَيْكُمْ رَقيباً[٢] »« اتقوا اللهَ وَقولُوا قَولاً سَدِيدا يُصْلِحَ لَكُمْ أعْمالَكُمْ[٣] » الآية رواه أبو داود والترمذى . وقال : حديث حسن ، قال الخلال : حدثنا أبو سليمان إمام طرسوس . قال : كان الإمام أحمد بن حنبل: إذا حضر عقد نكاح فلم يُخْطَب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود قام وتركهم . وهذا كان من أبي عبدالله من المبالغة فى استحبابها ، لا على الإيجاب[٤] . فإنّ حرب بن اسماعيل قال : قلت لأحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود ؟ فوسع فى ذلك . وقد روى عن عمر أنه إذا كان دعى ليزوج قال : لا تعصفوا[٥] علينا الناس : الحمد لله ، وصلى الله على محمد ، إن فلانا يخطب إليكم ، فإن أنكحتموه فالحمد لله ، وإن رددتموه فسبحان الله. والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولى أو الزوج أو غيرهما وقال الشافعى : المسنون خطبتان هذه التى ذكرناها فى أوله ، وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة واحدة ، وهو أولى ما اتبع .

٥٢٣٣ (فصـــل)

والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه إلا داود ، فإنه أوجبها لما ذكرناه .

ولنا : أن رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم ، يارسول الله ، زوجنيها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زَوّجتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنْ القُرْآن». متفق عليه ، ولم يذكر خطبة ، وخطب إلى عمر مولاة له ، فما زاد على أن قال : أنكحناك على ما أمر الله ، على إمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان ، وقال جعفر ابن محمد عن أبيه : إن كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق[٦] ، رواهما ابن المنذر ، وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بنى سُلَيم ، قال : خطبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أُمامة بنت عبد المطلب ، فأنكحنى من غير أن يتشهد ، ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع، وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة ، لا على الوجوب .

٣٢٣٤ (فصـــل)

ويستحب إعلان النكاح ، والضرب وفيه بالدف ، قال أحمد : يستحب أن يظهر النكاح ، ويضرب

---

(١) سورة آل عمران آية ١٠٢

(٢) سورة النساء آية ١

(٣) سورة الأحزاب آية ٧٠و٧١

(٤) المخطوطة ٢٠ : لا على أنها واجبة

(٥) لا تعصفوا : أى لا تثيروا

(٦) سبق تعريفه

فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف ، وقيل له : ما الدف ؟ قال : هذا[1] ، الدف ،قال : لا بأس بالغزل فى العرس بمثل قول النبى صلى الله عليه وسلم للأنصار :

أتيناكم أتيناكم * فحيونا نحييكم لولا الذهب الأحمر * ماحلت بواديكم
ولو الحنطة السوداء * ماسرت عذاريكم ولولا الحنطة الحمراء * ماسمنت عذاريكم[2]

لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه

وقال أحمد أيضاً : يستحب ضرب الدف ، والصوت فى الإملاك فقيل له مالصوت ؟ قال : يتكلم ويتحدث ، ويظهر ، والأصل فى هذا ماورى محمد بن حاطب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فَصلُ ما بَيْنَ الحَلاَلِ والحَرَام الصَّوت والدُّف فِي النـكاح » . رواه النسائى.وقال عليه السلام:« أعْلَنوا النـكاح » وفى لفظ : « أظهِروا النـكاح » ، وكان يحب أن يضرب عليها بالدف ، وفى لفظ « واضْرِبوا عَلَيْهِ بِالغِرْبال » [3]

وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الأنصار ، وكانت عائشة فيمن أهداها زوجها ، قالت : فلما رجعنا قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما قُلْتُمْ يا عائشه ؟ » قالت : سلمنا ، ودعونا بالبركة ، ثم انصرفنا فقال : «إن الأنصار قوم فيهم غَزَل، ألا قلتم ياعائشة أتيناكم أتيناكم.فحيانا وحياكم ؟» . روى هذا كله أبو عبدالله بن ماجه فى سننه ، وقال أحمد رحمه الله: لا بأس بالدف فى العرس ، والختان، وأكره الطبل، وهو المنكر ، وهو الكوبة التى نهى النبى صلى الله عليه وسلم .

٥٢٣٥ (فصـــــل)

فإن عقده بولى وشاهدين فأسروه وتواصوا بكتمانه كره ذلك ، وصح النكاح ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعى ، وابن المنذر.وممن كره نـكاح السرعمر رضى الله عنه ، وعروة ، وعبد الله بن عبيدالله بن عتبة، والشعبى ، ونافع مولى ابن عمر[4] . وقال أبو بكر عبد العزيز : النـكاح باطل ، لأن أحمد قال : إذا تزوج بولى وشاهدين : لا حتى يعلنه . وهذا مذهب مالك ، والحجة لها ما تقدم فى الفصل الذى قبل هذا .

---

(١) الدف على شكل الغربال إلا أنه لا خروق فيه وهو مدور جلد من رق أبيض ناعم لاسلاسل فى عرضه(ف)
(٢) فى فتح البارى ج٩ ص ١٨٥ .
فحيانا وحياكم ولولا الحنطة السوداء(ف)
(٣) عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال :« أعلنواهذا النـكاح واضربوا عليه بالغربال».رواه ابن ماجه ج١ ص٥٨٦ (ف)
(٤) فى المخطوطة ٢٠ : مولى ابن عمرو ، وهو خطأ إذ أنه مجهول ولم يرو له شيء من قبل

ولنا : قوله : « لا نـكاح إلاَّ بولىّ » ، مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الإظهار ، ولأنه عقد معاوضة فلم يشترط إظهاره كالبيع ، وأخبار الإعلان يراد بها الاستحباب ، بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت ، وليس ذلك بواجب ، فـكذلك ما عطف عليه . وقول أحمد : لا . نهى كراهة ، فإنه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ، ولأن إعلان النـكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون فى الغالب بعد عقده ، ولو كان شرطا لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط .

٥٢٣٦ (فصـــــل)

ويستحب عقد النـكاح يوم الجمعة ، لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك ، منهم ضمرة بن حبيب ، وراشد بن سعيد ، وحبيب بن عتبة ، ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام .[١] والمساية أولى ، بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبى هريرة رضى الله عنه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَسُّوا بِالإِمْلَاكِ فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ » ، ولأنه أقرب إلى مقصوده ، وأقل لانتظاره .

٥٢٣٧ (فصـــــل)

ويستحب أن يقال للمتزوج ، بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما فى خير وعافية . وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أثر صفرة فقال : « مَا هَذَا » ؟ فقال : إنى تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب ، قال : « بَارَكَ اللهُ لَكَ ، أَوْ لِمْ وَلَوْ بِشَاة » . متفق عليه . قال بعض أهل العلم : وزن النواة خمسة دراهم ، وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد : الصواب عند أهل العلم بالعربية أن يقال : على نواة فحسب ، فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم ، كما أن الأوقية أربعون درهما ، والنش عشرون ، والله أعلم .

٥٢٣٨ (فصـــــل)

ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ماروى صالح بن أحمد فى مسألةعن أبيه ، حدثنا داود عن أبى نضرة ، عن أبى سعيد مولى أبى أسيد ، قال : « تزوج فحضره عبد الله بن مسعود ، وأبو ذر ، وحذيفة ، وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ، ثم قالوا له : إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ، ثم خذ برأس أهلك فقل : اللهم بارك لى فى أهلى ، وبارك لأهلى فىّ ، وارزقهم منى ، وارزقنى منهم ، ثم شأنك وشأن أهلك » وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب ،

(١) أخرج مسلم عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة فيه خلق الله آدم » (ف) .

عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « إذا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمُ امْرَأَةً أو اشترى خَادِمَاً فَلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا وَخَيْرَ مَاجَبَلْتَهَا عَلَيْهِ وَأَعوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَاجَبَلْتَهَا عَلَيْهِ ، وَإِذَا اشْتَرَى بَعِيراً فَلْيَأْخُذْ بِذِرْوَةِ سَنَامِهِ وَلْيَقُلْ مِثْلَ ذَلِكَ »

٥٢٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات ﴾ .

أجمع أهل العلم على هذا ، ولا نعلم أحداً خالفه إلا شيئاً يحكى عن بن القاسم بن إبراهيم ، أنه أباح تسعاً ، لقول الله تعالى : « فَانْكِحُوا مَاطَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ[1] » . والواو للجمع ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم مات عن تسع ، وهذا ليس بشيء ، لأنه خرق للإجماع ، وترك للسنة ، فإن رسول الله صلى عليه وسلم قال لغَيلان بن سلمة حين أسلم ، وتحته عشر نسوة : « أَمْسِكْ أَرْبَعَاً وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . وقال نوفل بن معاوية : أسلمت وتحتى خمس نسوة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : «فَارِقْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ» . رواهما الشافعي في مسنده ، وإذا منع من استدامة زيادة عن أربع ، فالابتداء أولى ، فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع ، كما قال « أُولِي أَجْنِحَةٍ مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ[2] » : ولم يرد أن لكل مَلَك تسعة أجنحة ، ولو أراد ذلك لقال : تسعة ، ولم يكن للتطويل معنى ، ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية ، وأما النبي صلى الله عليه وسلم فمخصوص بذلك ، ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر[3] .

٥٢٤٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين ﴾

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين ، واختلفوا في إباحه الأربع ، فمذهب أحمد : أنه لا يباح له إلا اثنتان ، وهذا قول عمر رضى الله عنه ، وعلى ، وعبد الرحمن ابن عوف ، رضى الله عنهما . وبه قال عطاء ، والحسن ، والشعبي ، وقتادة ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال القاسم بن محمد ، وسالم

---

(١) سورة النساء آية ٣ (٢) سورة فاطر آية ١

(٣) انظر سير أعلام النبلاء للذهبي ج ١ في الحديث عن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم

(٤) روى البخاري عن أنس ج ١ ص ٧٦ كان النبي صلى الله عليه وسلم يدور على نسائه في الساعة الواحدة من الليل والنهار وهن إحدى عشرة . قال في الفتح ج ١ ص ٣٠ لم يجتمع لدى النبي صلى الله عليه وسلم أكثر من تسع زوجات ولكن تحمل هذه الرواية على أنه ضم إليهن مارية وريحانة وهي من سبي قريظة . وأطلق عليهن لفظ نسائه تغليبا (ف) .

ابن عبدالله ، وطاوس ، ومجاهد ، والزهرى ، وربيعة ، ومالك ، وأبو ثور ، وداود : له نكاح أربع ، لعموم الآية ، ولأن هذه طريقه للذة والشهوة ، فساوى العبد الحر فيه كالمأكول .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم ، فكان إجماعا ، وقد روى ليث بن أبى سليم عن الحكم بن قتيبة قال : «أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين» . ويقوى هذا ماروى الإمام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين ، أن عمر رضى الله عنه سأل الناس : كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن ابن عوف : باثنتين ، وطلاقه باثنتين ، فدل هذا على أن ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم ، فلم ينكر ، وهذا يخصص عموم الآية ، على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار ، وهو قوله : « أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ[1] » ويفارق النكاحُ المأكولَ ، فإنه مبنى على التفضل ، ولهذا فارق النبى صلى الله عليه وسلم فيه أمته ، ولأن فيه ملكا ، والعبد ينقص فى الملك عن الحر .

٥٢٤١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وله أن يتسرى[2] بإذن سيده ﴾

هذا هو المنصوص عن أحمد فى رواية الجماعة ، وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ، والشعبى ، والنخعى والزهرى ، ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، وأبى ثور ، وكره ذلك ابن سيرين ، وحماد بن أبى سليمان ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وللشافعى قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أولا ؟ وقال القاضى أبو يعلى : يجب أن يكون فى مذهب أحمد فى تسرى العبد وجهان مبنيان على الروايتين فى ثبوت الملك له بتمليك سيده ، واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ، ولا يجوز الوطء إلا فى نكاح أو ملك يمين ، لقول الله تعالى : «إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ. فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ » [3]

ولنا : قول ابن عمر وابن عباس ، ولا نعرف لها فى الصحابة مخالفاً . روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر ، أنه كان لا يرى بأساً أن يتسرى العبد ، ونحوه عن ابن عباس ، ولأن العبد يملك النكاح فملك التسرى كالحر ، وقولهم : إن العبد لا يملك المال ممنوع ، فإن النبى صلى الله عليه وسلّم قال : «مَنِ اشْتَرَى عَبْداً وَلَهُ مَالٌ» فجعل المال له ، ولأنه آدمى فملك المال كالحر ، وذلك لأنه بآدميته يتمهد لأهلية الملك ، إذ كان الله تعالى خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف ، وأداء العبادات قال الله تعالى:

---

(١) سورة النساء آية ٣ (٢) من التسرى ، وهو اتخاذ الأمة وإعدادها لأن تكون موطوءة بلاعزل انظر (تعريفات الجرجانى ص ٣٩) .

(٣) سورة المؤمنون آية ٦ ، ٧

« هُوَ الَّذِى خَلَقَ لَكُم مَافِى الْأَرْضِ جَمِيعاً[١] » والعبد داخل فى العموم ، ومن أهل التكليف والعبادات ، فيكون أهلا للملك ، ولذلك ملك فى النكاح . وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فيها باعتبار مآله إلى الآدمية فالعبد الذى هو آدمى مكلف أولى .

إذا ثبت هذا : فلا يجوز له التسرى إلا بإذن سيده ، ولو ملَّكه سيده جارية لم يبَحْ له وطؤها حتى يأذن له فيه . لأن ملكه ناقص ، ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد ، فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده ، فإن أذن له فقال : تَسَرَّ بها ، أو أذنت لك فى وطئها ، أو مادل عليه أبيح له . وما ولد له من التسرى فحكمه حكم ملكه ، لأن الجارية مملوكة له ، فكذلك ولدها ، وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده .

٥٢٤٢ (فصـــــل)

وله التسرى بما شاء إذا أذن له السيد فى ذلك ، نص عليه أحمد ، لأن من جاز له التسرى جاز من غير حصر كالحر ، فإن أذن له وأطلق التسرى تسرى بواحدة ، وكذلك إذا أذن له فى التزويج لم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة ، وبهذا قال أصحاب الرأى : وأبوثور ، وإذا أذن له فى التزويج فعقد على اثنتين فى عقد جاز .

ولنا : أن الإذن المطلق يتناول أقل مايقع عليه الاسم يقينا ، وما زاد مشكوك فيه ، فيبقى على الأصل، كما لو أذن له فى طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة ، ولأن الزائد على الواحدة[٢] يحتمل أن يكون غير مراد ، فيبقى على أصل التحريم ، كما لوشك هل أذن له أولا ؟ .

٥٢٤٣ (فصـــــل)

والمكاتب كالعبد القن لايتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده ، لأن فى ذلك إتلافا للمال الذى فى يديه ، وقد قال عليه السلام : « الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عَلَيْهِ دِرْهَم[٣] » . وأما المعتق بعضه فإذا ملك بجزئه الحر جارية فملكه تام ، وله الوطء ، بغير إذن سيده ، لقوله سبحانه : « أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ[٤] » ، ولأن ملكه عليها تام ، له التصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده ، فكذلك الوطء ، وما فيه من الرق لا يمنعه[٥] من استيفاء ما يملكه ، كما له أن يتصرف ويأكل ما ملكه بنصفه الحر . وقال القاضى : حكمه حكم القن ،

(١) سورة البقرة آية ٢٩ (٢) فى مخطوطة ١٨ على واحدة .

(٣) أخرجه أبو داود من رواية عمرو بن شعيب (ن)

(٤) سورة النساء آية ٣

(٥) فى المخطوطة ٢٠ . لايمنع .

وهو منصوص الشافعي ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده ، ولذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده .

ولنا : أنه لا حق لسيده فيها ، ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها ، فلم يعتبر إذنه فيها كاستخدامها . وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بجملته ، فاعتبر رضى السيد ، ليكون راضيا بتعلق الحق بملكه ، بخلاف مسألتنا . فإن الحق له لا عليه ، فأما إن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من منع العبد [من] التسرى، لأنه كالقن فى قولهم .

٥٢٤٤ (فصـــل)

نقل محمد بن ماهان عن أحمد : لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده ، فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانئ ، ويعقوب بن بختان ، ولم أر عنه خلاف هذا ، فظاهر هذا : أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع ، لأنه يملك به البضع ، فلم يملك سيده فسخه قياساً على النكاح .

وقال القاضي : يحتمل أنه أراد بالتسرى ههنا التزويج ، وسماه تسريا مجازاً ، ويكون للسيد الرجوع فيما ملّك عبده ، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا ، وذلك لأنه ملّكه بضعاً أبيح له وطؤه ، فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه .

٥٢٤٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومتى طلق الحر أو العبد طلاقا يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضى عدتها ، وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضى عدتها ، وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد ، وتحرم عليه أختها ، وعمتها ، وخالتها ، وبنت أخيها ، وبنت أختها ، تحريم جمع . وكذلك إن تزوج الحرُّ أربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع . وإن تزوج العبد اثنين حرمت الثالثة تحريم جمع . فإذا طلق زوجته طلاقا رجعياً فالتحريم باق بحاله فى قولهم جميعاً . وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند إمامنا حتى تنقضى عدتها ، وروى ذلك عن على ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ومجاهد ، والنخعي ، والثوري ، وأصحاب الرأى . وقال القاسم بن محمد ، وعروة ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وابن المنذر : له نكاح جميع من سمينا فى تحريم الجمع . وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، لأن المحرم الجمع

بينهما فى النكاح ، بدليل قوله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ »[1] أى : نكاحهن ، ثم قال : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ »[2] . معطوفاً عليه ، والبائن ليست فى نكاحه ، ولأنها بائن ، فأشبهت المطلقة قبل الدخول .

ولنا : قول على وابن عباس . وروى عن عبيدة السلمانى أنه قال : « مَا أَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ عَلَى شَىْءٍ كَإِجْمَاعِهِمْ عَلَى أَرْبَعٍ قَبْلَ الظُّهْرِ ، وَأَلاَّ تُنْكَحَ امْرَأَةٌ فِى عِدَّةِ أُخْتِهَا » . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَلاَ يَجْمَعْ مَاءَهُ فِى رَحِمِ أُخْتَيْنِ »[3] وروى عن أبى الزناد قال : « كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة ، فطلق واحدة ألبتة ، وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء » . وليس كلهم عابه . قال سعيد بن منصور : إذا عاب عليه سعيد ابن المسيب فأى شىء بقى ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه ، أشبه ما لو كان الطلاق رجعياً ، ولأنها معتدة فى حقه ، أشبهت الرجعية ، وفارق المطلقة قبل الدخول بها .

٥٢٤٦ (فصــــل)

ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع ، أو فسخ بعيب أو إعسار ، أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته ، حتى تنقضى عدتها ، سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل : وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها فى عدتها ثم أسلما فى عدة الأولى ، اختار منهما واحدة كما لو تزوجهما معاً ، وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانت ، وثبت نكاح الثانية .

٥٢٤٧ (فصــــل)

إذا أعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضى استبراؤها ، نص عليه أحمد فى أم الولد . وقال أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن : يجوز ، لأنها ليست زوجة ولا فى عدة من نكاح .

ولنا : أنها معتدة منه ، فلم يجز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ، ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه فى رحمها ، فيكون داخلا فى عموم من جمع ماءه فى رحم أختين ، ولا يمنع من نكاح أربع سواها ، ومنعه زفر ، وهو غلط ، لأن ذلك جائز قبل إعتاقها ، فبعده أولى .

٥٢٤٨ (فصــــل)

ولا يمنع من نكاح أمة فى عدة حرة بائن ، ومنعه أبو حنيفة ، كما يحرم عليه أن يتزوجها فى صلب نكاحها .

---

(١) سورة النساء آيه ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٣

(٣) قال الحافظ فى الدراية عن هذا الحديث : لم أجده . (ف)

ولنا : أنه عادم للطَّوْل ، خائف للعَنَت ، فأبيح له نكاحها ، لقوله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً » الآية . ولا نسلم أنه لا يجوز فى صلب نكاح الحرة ، بل يجوز إذا تحقق الشرطان .

٥٢٤٩ (فصـــل)

وإن زنى بامرأة فليس له أن يتزوج بأختها حتى تنقضى عدتها ، وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح . فإن زنى بأخت امرأته ، فقال أحمد : يمسك عن وطء امرأته ، حتى تحيض ثلاث حيض[1] ، وقد ذكر عنه فى المزنى بها : أنها تستبرىء بحيضه ، لأنه وطء من غير نكاح ، ولا أحكامه أحكام النكاح . ويحتمل ألا تحرم بذلك أختها ، ولا أربع سواها ، لأنها ليست منكوحة ، ومجرد الوطء لا يمنع ، بدليل أن الوطء فى ملك اليمين لا يمنع أربعاً سواها .

٥٢٥٠ (فصـــل)

وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها فى مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته ، أبيح له نكاح أختها وأربع سواها فى الظاهر ، فأما فى الباطن فبنى على صدقه فى ذلك ، لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى ، فيقبل قوله فيه ، ولا يصدق فى نفى نفقتها وسكناها ونفى النسب ، لأنه حق لها ولولدها ، فلا يقبل قوله فيه ، وبه قال الشافعى وغيره . وقال زفر : لا يصدق فى شىء ، لأنه قول واحد لا يصدق فى بعض حكمه ، فلا يصدق فى البعض الآخر قياساً لأحدهما على الآخر ، وذلك لأنه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً .

ولنا : أنه قول يتضمن إبطال حق لغيره ، و(يتضمن) حقاً له لا ضرر على غيره فيه ، فوجب أن يصدق فى أحدهما دون الآخر ، كما لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان أعتقه ، صُدق فى حريته ولم يصدق فى الرجوع بثمنه ، وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول ، صدق فى بينونتها وتحريمها عليه ولم يصدق فى سقوط مهرها .

٥٢٥١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن خطب امرأة فزُوِّج بغيرها لم ينعقد النكاح ﴾

معنى ذلك : أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ، ثم يوجب له النكاح فى غيرها ، وهو يعتقد أنها التى خطبها ، فيقبل ، فلا ينعقد النكاح ، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه ، فلم يصح ، كما لو ساومه بثوب ، وأوجب العقد فى غيره ، بغير علم المشترى ، فلو علم الحال بعد ذلك

(١) فى المخطوطة ١٨ : ثلاث حيضات .

فرضى لم يصح ، قال أحمد فى رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد : يفرق بينهما ، ويكون الصداق على وليها ، لأنه غره ، ويجهز إليه أختها التى خطبها بالصداق الأول . فإن كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد . وقوله : يجهز إليه أختها ، يعنى والله أعلم : بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها ، لأن العقد الذى عقده لم يصح فى واحدة منهما ، لأن الإيجاب صدر فى إحداهما ، والقبول فى أخرى ، فلم ينعقد فى هذه ولا فى تلك ، فإن اتفقوا على تجديد عقد فى إحداهما أيتهما كان جاز .

وقال أحمد فى رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها : لها المهر بما أصاب منها ، ولأختها المهر ، قيل يلزمه المهر ؟ قال: نعم ، ويرجع على وليها ، هذه مثل التى بها برص أو جذام ، علىّ يقول : ليس عليه غرم ، وهـذا ينبغى أن يكون فى امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه ، وأمكنته من نفسها فلا ينبغى أن يجب لها صداق ، لأنها زانية تطاوعه ، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ، ويرجع به على من غره . وروى عن على رضى الله عنه فى رجلين تزوجا امرأتين ، فزفت كل امرأة إلى زوج الأخرى : « لها الصداق ، ويعتزل كل منهما امرأته حتى تنقضى عدتها » وبه قال النخعى والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى .

٥٢٥٢ (فصل)

من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين ، لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشترى والمبيع ، ثم ينظر فإن كانت المرأة حاضرة فقال : زوجتك هذه صح ، فإن الإشارة تكفى فى التعيين ، فإن زاد على ذلك فقال : بنتى هذه ، أو هذه فلانة ، كان تأكيداً ، وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتى ، وليس له سواها جاز ، فإن سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً . فإن كان له ابنتان أو أكثر ، فقال : زوجتك ابنتى لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة ، فيقول : زوجتك ابنتى الكبرى، أو الوسطى ، أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيداً ، وإن قال زوجتك ابنتى عائشة ، أو فاطمة ، صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال : زوجتك فاطمة لم يصح ، لأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم ، حتى يقول مع ذلك : ابنتى .

وقال بعض الشافعية : يصح إذا نوياها جميعاً . وليس [هذا] بصحيح ، لأن النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أداؤها إذا ثبت به العقد ، وهذا متعذر فى النية ، فلذلك لو قال : زوجتك ابنتى وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه . وإن قال : زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع فى نسبها حتى يبلغ ما تتميز به عن [غيرها من] النساء .

٥٢٥٣ (فصـــل)

فإن كان له ابنتان : كبرى اسمها عائشة ، وصغرى اسمها فاطمة ، فقـال : زوجتك ابنتى عائشة ، وقبل الزوج ذلك ، وهما ينويان الصغرى لم يصح . ذكره أبو حفص . وقال القاضى : يصح فى التى نوياها ، وهذا غير صحيح لوجهين :

أحدهما : أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه ، فأشبه مالو قال : زوجتك عائشة فقط ، أو مالو قال : زوجتك ابنتى ولم يسمها ، ففيما إذا سماها بغير إسمها أولى ألا يصح .

والثانى : أنه لايصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ، ولم يوجد ذلك . فإن اسم أختها لايميزها بل يصرف العقد عنها . وإن كان الولى يريد الـكبرى ، والزوج يقصد الصغرى لم يصح ، كمسألة الخرقى فيما إذا خطب امرأة فزوج [1] غيرها ، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه . ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك مايصرف القبول إلى الصغرى من خطبة ونحوها ، فإن العقـــد بلفظه متناول للـكبرى ، ولم يوجـد مايصرفه عنهـا فصح كما لو نوياها ، ولو نوى الولى الصغرى والزوج الـكبرى ، أو نوى الولى الـكبرى ، ولم يدر الزوج أيتهما هى ، فعلى الأول لايصح التزويج ، لعدم النية منهما فى التى يتناولهما لفظهما ، وعلى الاحتمال الذى ذكرناه يصح فى المعينة باللفظ لما ذكرناه .

٥٢٥٤ (فصـــل)

فإن كان له ابنه واحدة فقال لرجل : زوجتك إبنتى وسماها بغير إسمها ، فقال القاضى : يصح . وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن قوله : بنتى ، آكد من التسمية ، لأنها لامشاركة فيهـا ، والاسم مشترك . ولو قال : زوجتك هذه ، وأشار إليها وسماها بغير اسمها ، يجب أن يصح بقاء على هذا التعليل .

٥٢٥٥ (فصـــل)

ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح ، لأنه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور فى غير الإرث والوصية ، ولأنه لم يتحقق أن فى البطن بنتاً فأشبه مالو قال : زوجتك من فى هذه الدار ، وهما لايعلمان مافيها ولو قال : إذا ولدت امرأتى بنتاً زوجتكها لم يصح ، لأنه تعليق للنكاح على شرط ، والنـكاح لا يتعلق على شرط ، ولأن هـذا مجرد وعد لاينعقد به عقد .

٥٢٥٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها وشرط لها ألا يخرجها من دارها وبلدها فلهـا شرطها ، لمـا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُم بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُم بِهِ الْفُرُوج » . وإن تزوجها وشرط لها ألا يتزوج عليها ، فلها فراقه إذا تزوج عليها ﴾

---

(١) فى المخطوطة (٢٠) وتزوج .

وجملة ذلك : أن الشروط فى النكاح تنقسم أقساما ثلاثة[1] .

٥٢٥٧ أحدها

ما يلزم الوفاء به ، وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها ألا يخرجها من دارها أو بلدها ، ولا يسافر بها ، أولا يتزوج عليها ، ولا يتسرى عليها . فهذا يلزمه الوفاء لها به . فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح . يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وسعد بن أبى وقاص ، ومعاوية وعمرو بن العاص ، رضى الله عنهم ، وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والأوزاعى ،وإسحاق. وأبطل هذه الشروط الزهرى، وقتادة ، وهشام بن عروة،ومالك، والليث ، والثورى ،، والشافعى ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . قال أبو حنيفة والشافعى : ويفسد المهر دون العقد ، ولها مهر المثل . واحتجوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « كلُّ شرطٍ ليسَ فى كتابِ الله فهو باطلٌ ، وإنْ كانَ مائةَ شرْط »[2] . وهذا ليس فى كتاب الله ، لأن الشرع لا يقتضيه . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « المسلمونَ عَلَى شُرُوطهم، إلاَّ شرْطًا أحلَّ حرَاماً أوْ حَرَّمَ حَلاَلاً »[3]. وهذا يحرم الحلال ، وهو التزويج والتسرى والسفر . ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، ولم يبن على التغليب والسراية ، فكان فاسداً كما لو شرطت ألا تسلم نفسها .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إنَّ أحقَّ ما وفَّيتم به من الشرطِ ما استحللْتم به الفُرُوج » رواه سعيد ، وفى رواية : « إن أحقَّ الشُّروطِ أنْ تُوفُوا بهاَ ما استَحْلَلْتم به الفرُوج» متفق عليه وأيضاً قول النبى صلى الله عليه وسلم : : « المسلمُون عَلَى شُرطِهمْ » ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا نعلم لهم مخالفاً فى عصرهم ، فكان إجماعاً . وروى الأثرم بإسناده ، أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : إذاً تطلقينا . فقال عمر : «مقاطع الحقوق عند الشروط » . ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح ، فكان لازما ، كما لو شرطت عليه زيادة فى المهر ، أو غير نقد البلد. وقوله عليه السلام : « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» أى : ليس فى حكم الله وشرعه ، وهذا مشروع ، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته ، على أن الخلاف فى مشروعيته ، وعلى من نفى ذلك الدليل ، وقولهم : إن هذا يحرم الحلال . قلنا : لا يحرم حلالا ، وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به . وقولهم :ليس من مصلحته . قلنا : لا نسلم ذلك ، فإنه من مصلحة المرأة ، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده ، كاشتراط الرهن والضمين فى البيع ، ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل ، وشرط غير نقد البلد .

(١) فى المخطوطة ٢٠ إلى أقسام (٢) أخرجه الشيخان من حديث عائشة (ف)

(٣) أخرجه الحاكم من طريق كثير بن عبدالله بن عمرو عن أبيه عن جده (ف)

فإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ، ولهذا قال الذى قضى عليه عمر بلزوم الشرط : « إذاً تطلقينا » فلم يلتفت عمر إلى ذلك ، وقال : « مقاطع الحقوق عند الشروط » ولأنه شرط لازم فى عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين فى البيع .

٥٢٥٨ (فصـــل)

فإن شرطت عليه أن يطلق ضرتها لم يصح الشرط ، لما روى أبو هريرة قال : نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن تشترط المرأة طلاق أختها [١] . وفى لفظ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاتَسْأَلُ المَرْأَةُ طَلاَقَ أُخْتِهَا لِتَنْكح» [٢] ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه ، وحق امرأته ، فلم يصح ، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه . وقال أبو الخطاب : هو شرط لازم ، لأنه لا ينافى العقد ولها فيه فائدة، فأشبه ما لو شرطت عليه ألا يتزوج عليها . ولم أر هذا لغيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساده، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته .

٥٢٥٩ (القسم الثانى)

ما يبطل الشرط ويصح العقد . مثل أن يشترط ألا مهر لها ، أو ألا ينفق عليها ، أو إن أصدقها رجع عليها ، أو تشترط عليه ألا يطأها ، أو يعزل عنها [٣] أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر ، أو لا يكون عندها فى الجمعة إلا ليلة ، أو شرط لها النهار دون الليل ، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً . فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها ، لأنها تنافى مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده ، فلم يصح ، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع . فأما العقد فى نفسه فصحيح ، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد فى العقد لا يشترط ذكره ، ولا يضر الجهل به ، فلم يبطل ، كما لو شرط فى العقد صداقا محرما ، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض ، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق . فقد نص أحمد فى رجل تزوج امرأة ، وشرط عليها أن يبيت عندها فى كل جمعة ليلة ، ثم رجعت وقالت : لا أرضى إلا ليلة وليلة ، فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها ، فإن ذلك جائز . وإن قالت : لا أرضى إلا بالمقاسمة ، كان ذلك حقاً لها ، تطالبه إن شاءت .

ونقل عنه الأثرم فى الرجل يتزوج المرأة ، ويشترط عليها أن يأتيها فى الأيام : يجوز الشرط ، فإن شاءت رجعت . وقال فى الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه فى كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم :

---

(١) أخرجه الشيخان عن أبى هريرة (ف)

(٢) فى البخارى عن أبى هريرة « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستكفى ما فى صحفتها فإنما رزقها على الله تعالى (ف)

(٣) يعزل عنها أى لا يدع ماءه يستقر فى رحمها ، لئلا ينجب منها أبناء .

النكاح جائز ، ولها أن ترجع فى هذا الشرط . وقد نقل عن أحمد كلام فى بعض هذه الشروط . يحتمل إبطال العقد . نقل عنه المروزى فى النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، وممن كره تزويج النهاريات : حماد بن أبى سليمان ، وابن شبرمة .

وقال الثورى : الشرط باطل . وقال أصحاب الرأى : إذا سألته أن يعدل لها عَدَل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأساً . وكان الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها على أن يجعل لها فى الشهر أياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجعة(١) إلى إبطال الشرط ، وإجازة من أجازه راجع إلى أصل النكاح ، فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط ، كما قلنا والله أعلم .

وقال القاضى : إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ، ونكاح السر منهى عنه، فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد ، لأنه شرط ينافى المقصود من النكاح ، وهذا مذهب الشافعى ، وكذلك إن شرط عليه ألا تسلم إليه ، فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئاً على ألا يقبضه . وإن شرط عليها ألا يطأها لم يفسد ، لأن الوطء حقه عليها ، وهى لا تملكه عليه . ويحتمل أن يفسد ، لأن لها فيه حقاً ، ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى ، والفسخ إذا تعذر بالجَبّ والعُنة .

٥٢٦٠ القسم الثالث

ما يبطل النكاح من أصله . مثل : أن يشترطا تأقيت النكاح ، وهو نكاح المتعة ، أو أن يطلقها فى وقت بعينه ، أو يعلقه على شرط ، مثل أن يقول : زوجتك إن رضيت أمها أو فلان ، أو يشترط الخيار فى النكاح لهما ، أو لأحدهما ، فهذه شروط باطلة فى نفسها ، ويبطل بها النكاح . وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى ، وهو نكاح الشغار ، ونذكر ذلك فى مواضعه إن شاء الله تعالى .

وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط الخيار إن رضيت أمها ، أو إن جاءها بالمهر فى وقت كذا ، وإلا فلا نكاح بينهما ، روايتين .

إحداهما : النكاح صحيح والشرط باطل ، وبه قال أبو ثور ، فيما إذا شرط الخيار . وحكاه عن أبى حنيفة . وزعم أنه لا خلاف فيها . قال ابن المنذر : قال أحمد واسحاق : إذا تزوجها على أنه إن جاء بالمهر فى وقت كذا وكذا ، وإلا فلا نكاح بينهما : الشرط باطل ، والعقد جائز . وهو قول عطاء ، والثورى ، وأبى حنيفة ، والأوزاعى ، وروى ذلك عن الزهرى . وروى ابن منصور عن أحمد فى هذا : أن العقد والشرط جائزان ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » .

---

(١) فى المطبوعة : راجع

والرواية الأخرى[1] : يبطل العقد من أصله فى هذا كله ، لأن النكاح لا يكون إلا لازما ، وهذا يوجب جوازه ، ولأنه إذا قال : إن رضيت أمها . أو إن جئتنى فى وقت كذا ، فقد وقف النكاح على شرط ، ولا يجوز وقفه على شرط . وهذا قول الشافعى ، ونحوه عن مالك ، وأبى عبيد .

٥٢٦١ (فصـــل)

وإن شرط الخيار فى الصداق خاصة لم يفسد النكاح ، لأن النكاح ينفرد عن ذكر الصداق . ولو كان الصداق حراما أو فاسداً لم يفسد النكاح ، فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى . ويخالف البيع ، فإنه إذا فسد أحد العوضين فيه ، فسد الآخر . فإذا ثبت هذا ففى الصداق ثلاثة أوجه .

أحدها : يصح الصداق ويبطل شرط الخيار ، كما يفسد الشرط فى النكاح ، ويصح النكاح .

والثانى . يصح ويثبت الخيار فيه ، لأن عقد الصداق عقد منفرد يجرى مجرى الأثمان فثبت فيه الخيار كالبياعات .

والثالث : يبطل الصداق ، لأنها لم ترض به ، فلم يلزمها ، كما لو لم يوافقه على شىء .

٥٢٦٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها ﴾ لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها ، وقد روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذَا خطبَ أحدُكُمْ المرأةَ ، فإن استطاعَ أن ينظُرَ إلى ما يَدْعوهُ إلى نِكاحِهَا فَلْيَفْعلْ » قال : فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها ، حتى رأيت منها مادعانى إلى نكاحها فتزوجتها . رواه أبو داود . وفى هذا أحاديث كثيرة سوى هذا . ولأن النكاح عقد يقتضى التمليك ، فكان للعاقد النظر إلى المعقود عليه ، كالنظر إلى الأمة المستَامَةَ .

ولا بأس بالنظر إليها بإذنها وغير إذنها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمرنا بالنظر وأطلق . وفى حديث جابر « فكنت أتخبأ لها » وفى حديث عن المغيرة بن شعبة « أنه استأذن أبويها فى النظر إليها فكرهاه ، فأذنت له المرأة » . رواه سعيد . ولا يجوز له الخلوة بها ، لأنها محرمة ، ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ، ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخلونّ رجلٌ بامرأةٍ ، فإنّ ثالثَهُمَا الشيطان[2] » : ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة . قال أحمد فى رواية

(١) فى المخطوطة ٢٠ : الثانية .

(٢) عن عامر بن ربيعة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له فإن ثالثهما الشيطان» أخرجه أحمد(ف).

صالح : ينظر إلى الوجه ، ولا يكون عن طريق لذة ، وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها ، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك .

٥٢٦٣ (فصـــل)

ولا خلاف بين أهل العلم فى إباحة النظر إلى وجهها ، وذلك لأنه ليس بعورة ، وهو مجمع المحاسن ، وموضع النظر ، ولا يباح له النظر إلى مالا يظهر عادة . وحكى عن الأوزاعى : أنه ينظر إلى مواضع اللحم. وعن داود أنه ينظر إلى جميعها ، لظاهر قوله عليه السلام : « انظر إليها » .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ مَا ظَهَرَ مِنْهَا [1] » وروى عن ابن عباس أنه قال : الوجه ، وبطن الكف . ولأن النظر محرم أبيح للحاجة ، فتختص بما تدعو الحاجة إليه ، وهو ما ذكرنا ، والحديث مطلق ، ومن نظر إلى وجه إنسان سمى ناظراً إليه ، ومن رآه وعليه أثوابه سمى رائياً له ، كما قال الله تعالى : « وإذَا رَأَيْتَهُم تُعْجِبُكَ أجْسَامُهم [2] » « وإذَا رَآكَ الذِينَ كَفَروا [3] »

وأما مايظهر غالباً سوى الوجه كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة فى منزلها ففيه روايتان .

إحداهما : لا يباح النظر إليه ، لأنه عورة ، فلم يبح النظر إليه ، كالذى لا يظهر ، فإن عبد الله روى أن النبىّ صلى الله عليه وسلّم قال : « المرأة عَوْرة [4] ». حديث حسن ، ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه ، فبقى ماعداه على التحريم .

والثانية : له النظر إلى ذلك ، قال أحمد فى رواية حنبل : لا بأس أن ينظر إليها ، وإلى مايدعوه إلى نكاحها ، من يد أو جسم ونحو ذلك . قال أبو بكر : لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة ، وقال الشافعى : ينظر إلى الوجه والكفين ، ووجه جواز النظر إلى ما يظهر غالباً : أن النبىّ صلّى الله عليه وسلم لما أذن فى النظر إليها من غير علمها ، علم أنه أذن فى النظر إلى جميع مايظهر عادة ، إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له فى الظهور . ولأنه يظهر غالباً ، فأبيح النظر إليه كالوجه ، ولأنها امرأة أبيح له النظر إليها بأمر الشارع ، فأبيح النظر منها إلى ذلك ، كذوات المحارم ، وقد روى سعيد عن سفيان ، عن عمرو بن دينار ، عن أبى جعفر . قال :« خطب عمر بن الخطاب ابنة علىّ ، فذكر منها صغراً، فقالوا له : إنما ردّك ، فعاوده . فقال : نرسل بها إليك تنظر إليها ، فرضيها ، فكشف عن ساقيها . فقالت : أرسل ، لولا أنك أمير المؤمنين للطمتُ الذى فيه عينيك .

---

(١) سورة النور آية ٣١ (٢) سورة المنافقون آية ٤ (٣) سورة الأنبياء آية ٣٦

(٤) أخرجه الترمذى عن أبى مسعود مرفوعا : « المرأة عورة ، فإن تزوجت استشرفها الشيطان »(ف)

٥٢٦٤ (فصـــل)

ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والـكفين والقدمين ونحو ذلك . وليس له النظر إلى ما يستتر غالبا كالصدر والظهر ونحوهما .

قال الأثرم : سألت أبا عبدالله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه، أوامرأة ابنه ، فقال : هذا فى القرآن « وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ » إلا لـكذا وكذا . قلت : ينظر إلى ساق امرأة أبيــه وصدرها ؟ قال : لا يعجبنى . ثم قال : أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا ، وإلى كل شىء لشهوة ، وذكر القاضى : أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل ، والمرأة مع المرأة .

« قال أبو بكر : كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوقى ، لأن ذلك يدعو إلى الشهوة ، يعنى أنه يكره ولا يحرم . ومنع الحسن ، والشعبى ، والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم . فروى عن هند ابنة المهلب قالت : قلت للحسن : ينظر الرجل إلى قرْط أخته وإلى عنقها ؟ قال : لا ، ولا كرامة . وقال الضحاك: لو دخلت على أمى لقلت : أيتها العجوز ، غطى شعرك . والصحيح أنه يباح النظر إلى مايظهر غالباً لقول الله تعالى : « وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ لِبُعُولَتِهِنَّ » الآية[1] . وقالت سهلة بنت سهيل: «يارسول الله ، إنا كنا نرى سالماً ولداً ، وكان يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحــد ، ويرانى فُضْلى ، وقد أنزل فيهم ما علمت[2] ، فـكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبىّ صلّى الله عليه وسلم : أرضعيه . فأرضعته خمس رضعات ،فـكان بمنزلة ولدها » رواه أبو داود وغيره . وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى مايظهر غالباً فإنها قالت : « يرانى فضلى » ومعناه فى ثياب البذْلة التى لا تستر أطرافها .

وقال امرؤ القيس :

فجئتُ وقدْ نَضَّتْ[3] لنومٍ ثيابهاَ   ولم يبق إلا[4] لبسةُ المتفَضـل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر ، فـكان يراها كذلك إذ اعتقدته ولداً . ثم دلّهم النبى صلى الله عليه وسلم على ما يستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه .

وروى الشافعى فى مسنده عن زينب بنت أبى سلمة « أنها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير . قالت : فـكنت أراه أبا ، وكان يدخل علىّ وأنا أمشط رأسى ، فيأخذ ببعض قرون رأسى ويقول أقْبِلى على »

---

(١) سورة النور آية ٣١

(٢) أى قوله تعالى فى سورة الأحزاب «ادعوهم لآبائهم » الآية : وهى تبطل التبنى(ف) .

(٣) أى خلعت ثيابها

(٤) فى المعلقات: لدى الستر إلالبسة المتفضل (ف)

ولأن التحرز من هذا لا يمكن ، فأبيح كالوجه ، ومالا يظهر غالباً لا يباح لأن الحاجة لا تدعو إلى نظره ، ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور ، فحرم النظر إليه كما تحت السرة .

٥٢٦٥ (فصــــل)

وذوات محارمه : كل من حرم عليه نكاحها على التأبيد بنسب ، أو رضاع ، أو تحريم المصاهرة بسبب مباح ، لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة : أنَّ أفلح أخا[1] أبي القُعَيْس استأذن عليها بعد ما أُنْزِل الحجاب ، فأبت أن تأذن له . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ائذني له ، فإنه عمُّك تَرِبَتْ يمينُك » وقد ذكر الله تعالى آباء بعولتهن وأبناء بعولتهن . كما ذكر آباءهن وأبناءهن في إبداء الزينة لهم .

وتوقف أحمد عن النظر إلى شعر أم امرأته وبنتها ، لأنهما غير مذكورتين في الآية قال القاضي : إنما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به ، وقد صرح في رواية المروذي : أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته ، فله أن يرى شعرها ومحاسنها ، ليست مثل التي يزني بها ، لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ، ولا إلى شيء من جسدها ، وهي حرام عليه .

٥٢٦٦ (فصــــل)

فأما أم المزنيّ بها وابنتها ، فلا يحل له النظر إليهن ، وإن حرم نكاحهن ، لأن تحريمهن بسبب محرم ، فلم يفد إباحة النظر كالمحرمة باللعان ، وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأمها ليست من ذوات محارمه ، وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرابته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت ابنته: لا يسافر بها ، ليس هو محرما لها ، والظاهر أنه أراد: ليس محرما لها في السفر ، أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه ، لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك ، فدخل على ابنته أم حبيبة ، فطوت فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم لئلا يجلس عليه ، ولم تحتجب منه ، ولا أمرها بذلك النبي صلى الله عليه وسلم .

٥٢٦٧ (فصــــل)

وعبد المرأة له النظر إلى وجهها وكفيها لقول الله تعالى : « أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ »[2] وروت أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا كان لإحدا كُنَّ مُكاتَبٌ فملك ما يؤدي ، فلتحتجب منه » وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وعن أبي قلابة قال: «وكان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار» ورواه سعيد في سننه . وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم ، أتى فاطمةَ بعَبْدٍ قد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوبٌ إذا قَنَّعَت به رأسها لم يبلغْ رجليها ، وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها ، فلما

---

(١) أرضعت زوجة أبي القعيس عائشة وأفلح، أخ لأبي القعيس، فهو إذن عمها رضاعا . والحديث رواه الجماعة بألفاظ متقاربة (ف)

(٢) سورة النور آية ٣١

رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تلقى قال: «إنه ليس عليك بأس، إنما هو أبوك وغلامك» رواه أبو داود.

وكره أبو عبد الله له أن ينظر إلى شعر مولاته، وهو قول سعيد بن المسيب، وطاوس، ومجاهد، والحسن، وأباح له ذلك ابن العباس، لما ذكرنا من الآيتين والحديثين، ولأن الله تعالى قال: «لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ - إلى قوله - لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ[1]» ولأنه يشق التحرز منه، فأبيح له ذلك كذوى المحارم.

وقال أصحاب الشافعي: هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب في أحد الوجهين، لما ذكرنا من الدليل، ولأنه محرم عليها، فكان محرماً كالأقارب.

ولنا: ما روى ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «سفرُ المرأة مع عَبْدها ضَيْعَةٌ» رواه سعيد، ولأنها لا تحرم عليه على التأبيد، ولا يحل له استمتاعها، فلم يكن محرماً كزوج أختها؛ ولأنه غير مأمون عليها إذ ليست بينهما نفرة المحرمية، والملك لا يقتضى النفرة الطبيعية، بدليل السيد مع أمته، وإنما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة إليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما، وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي لما ذكرناه، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

٥٢٦٨ (فصــــل)

فأما الغلام فما دام طفلا غير مميز لا يجب الاستتار منه في شيء. وإن عقل ففيه روايتان.

إحداهما: حكمه حكم ذى المحرم في النظر.

الثانية: له النظر إلى ما فوق السُّرّة وتحت الركبة، لأن الله تعالى قال: «لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يبلغوا الحُلُمَ مِنكُمْ — إلى قوله — لَيْسَ عَلَيْكُم ولا عَلَيْهِم جُناح بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بعض — إلى قوله — وَإِذَا بَلَغَ الأطفالُ مِنكم الحُلم فَلْيَسْتَأْذِنوا كما اسْتَأْذَنَ الذين مِنْ قَبْلِهِمْ[2]». فدل على التفريق بين البالغ وغيره، وقال أبو عبد الله: أبو طيبة حَجَمَ نساء النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام. ووجه الرواية الأولى: قوله: «والطِّفْلِ الذين لم يَظْهَروا على عَوْرات النِّسَاء[3]» وقيل لأبي عبدالله: متى تغطى المرأة رأسها من الغلام؟ قال: إذا بلغ عشر سنين.

٥٢٦٩ (فصــــل)

ومباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج، لما روى بَهْز بن حكيم عن أبيه، عن جده، قال: «قلت: يارسول الله عوراتنا ما نأتى منها وما نذر؟ فقال لى: احفظ عورتك

(١) سورة النور آية ٥٨ (٢) سورة النور آية ٥٨، ٥٩ (٣) سورة النور آية ٣١

إلا من زوجتك، أو ما ملكت يمينك » . رواه الترمذى وقال : حديث حسن . ولأن الفرج يحل له الاستمتاع به ، فجاز النظر إليه ولمسه كبقية البدن ، ويكره النظر إلى الفرج ، فإن عائشة رضى الله عنها قالت : « ما رأيت فَرْج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط » . رواه ابن ماجه ، وفى لفظ قالت : « ما رأيته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا رآه منى » . وقال أحمد فى رواية جعفر بن محمد فى المرأة تقعد بين يدى زوجها ، وفى بيتها، مكشوفة فى ثياب رقاق : لا بأس به ، قلت : تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس ، وليس فى الدار إلا هى وزوجها ؟ فرخص فى ذلك .

٥٢٧٠ (فصل)

ويباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها ، لما ذكرنا فى الزوجين ، وسواء فى ذلك سريته وغيرها ، لأنه يباح له الاستمتاع من جميع بدنها ، فأبيح له النظر إليه ، فإن زوّج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة ، لأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا زوّج أحدكم خادمه عبده أو أجيره فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة[1] » . رواه أبو داود ، ومفهومه : إباحة النظر إلى ما عداه ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ، ولا اختلاف ، فإنها قد صارت مباحة للزوج ، ولا تحل امرأة لرجلين ، فإن وطئها لزمه الإثم والتعزير ، وإن ولدت فقال أحمد : لا يلحقه الولد لأنها فراش لغيره ، فلا يلحقه ولدها كالأجنبية .

٥٢٧١ (فصل)

فيمن يباح له النظر من الأجانب

ويباح للطبيب النظر إلى ما تدعو إليه الحاجة من بدنها ، من العورة وغيرها ، فإنه موضع حاجة ، وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما حكّم سعداً فى بنى قريظة ، كان يكشف عن مؤتزرهم ، وعن عثمان أنه أُتِى بغلام قد سَرَق فقال : انظروا إلى مؤتزره ، فلم يجدوه أنبت الشعر ، فلم يقطعه .

وللشاهد النظر إلى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها ، قال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها ، وإن عامل امرأة فى بيع أو إجارة فله النظر إلى وجهها ، ليعلمها بعينها ، فيرجع عليها بالدرك . وقد روى عن أحمد : كراهة ذلك فى حق الشابة دون العجوز ، ولعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة ، فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس .

---

(١) لفظ «فإنه عورة» زائد على ما فى مسند أبى داود ج ٢ ص ٢٨٤(ف)

٥٢٧٢ (فصـــل)

فأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فإنه محرم إلى جميعها فى ظاهر كلام أحمد . قال أحمد : لايأكل مع مطلقته ، هو أجنبى لايحل له أن ينظر إليها ، كيف يأكل معها ، ينظر إلى كفها ؟ لايحل له ذلك ، وقال القاضى : يحرم عليه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين ، لأنه عورة ، ويباح له النظر إليها مع الكراهة إذا أمن الفتنة ، ونظر لغير شهوة . وهذا مذهب الشافعى ، لقول الله تعالى:(وَلاَ يبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إلاَّ مَاظَهَرَ مِنْهَا) قال ابن عباس : « الوجه والكفين» وروت عائشة أن أسماء بنت أبى بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثياب رقاق ، فأعرض عنها ، وقال : « يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا — وأشار إلى وجهه وكفيه » رواه أبوبكر [١] وغيره ، ولأنه ليس بعورة فلم يحرم النظر إليه بغير ريبة كوجه الرجل .

ولنا : قول الله تعالى : « وَإذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعاً فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ » [٢] وقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذاكان لإحداكن مكاتبٌ فملك مايُؤدِّى فلتحتجب منه »[٣]. وعن أم سلمة قالت : « كنت قاعدة عند النبى صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة ، فاستأذن ابن أم مكتوم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : احتجبن منه » رواه أبوداود « وكان الفضل بن عباس رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءته الخثعمية تستفتيه ، فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه ، فصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجهه عنها» [٤] وعن جرير بن عبد الله قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة ؟ فأمرنى أن أصرف بصرى » حديث صحيح [٤] وعن على رضى الله عنه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لاتتبع النظرةالنظرة، فإنما لكالأولى وليست لك الآخرة»رواهما أبوداود.وفى إباحةالنظر إلىالمرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك ، إذ لو كان مباحا على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه؟ وأما حديث أسماء — إن صح — فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه .

٥٢٧٣ (فصـــل)

والعجوز التى لايشتهى مثلها لا بأس بالنظر منها إلى مايظهر غالباً لقول الله تعالى : « وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللاتى لا يَرْجُونَ نِكَاحاً» الآية[٥]. قال ابن عباس فى قوله تعالى : «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ

(١) رواه أبوداود وقال : هذا مرسل (ف)
(٢) سورة الأحزاب آية ٥٣
(٣) أخرجه الخمسة إلا النسائى عن أم سلمة (ف)
(٤)أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى (ف) (٥) سورة النساء آية ٦

أَبْصَارِهِمْ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ »⁽¹⁾ الآية . قال : فنسخ واستثنى من ذلك القواعد من النساء اللاتى لا يرجون نكاحا الآية . وفى معنى ذلك الشوهاء التى لا تشتهى .

٥٢٧٤ (فصــــل)

والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين،لأن عمر رضى الله عنه رأى امرأة متلثمة فضربها بالدرة وقال:«يالكاع تتشبهين بالحرائر» وأخرج أبو حفص بإسناده:أن عمر كان لايدع أمة تقنّع فى خلافته ، وقال : « إنما القناع للحرائر » ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل أمر به ، وقد روى أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية ، قال الناس : لا ندرى أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا : إن حجبها فهى أم المؤمنين ، وإن لم يحجبها فهى أم ولد ، فلما ركب وطّأ لها خلفه ، ومد الحجاب بينه وبين الناس » .متفق عليه ، وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضاً بينهم مشهورا ، وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً ، وقال أصحاب الشافعى : يباح النظر منها إلى ماليس بعورة ، وهو ما فوق السرة وتحت الركبة ، وسوى أصحابنا بين الحرة والأمة لقوله تعالى :«ولا يبدين زينتهن » الآية ، ولأن العلة فى تحريم النظر الخوف من الفتنة ، والفتنة المخوفة تستوى فيها الحرة والأمة ، فإن الحرية حكم لا يؤثر فى الأمر الطبيعى ، وقد ذكرنا مايدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما ، وإن لم يفترقا فيما ذكروه افترقا فى الحرمة وفى مشقة الستر ، لكن إن كانت الأمة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر إليها كما يحرم النظر إلى الغلام الذى تخشى الفتنة بالنظر إليه . قال أحمد فى الأمة إذا كانت جميلة : تنتقب . ولا ينظر إلى المملوكة ، كم من نظرة ألقت فى قلب صاحبها البلابل .

٥٢٧٥ (فصــــل)

فأما الطفلة التى لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر إليها ، قال أحمد فى رواية الأثرم فى رجل يأخذ الصغيرة فيضعها فى حجره ويقبلها : فإن كان يجد شهوة فلا ، وإن كان لغير شهوة فلا بأس ، وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدينى أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له ، فأخذها عمر بيده وقال : ابنة أبى عبد الله ، فتحركت الأجراس من رجلها ،فأخذها عمر فقطعها وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مع كل جَرَس شيطان » . فأما إذا بلغت حداً تصلح معه للنكاح كابنة تسع،فإن عورتها مخالفة لعورة البالغة ، بدليل قوله عليه السلام :« لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار».فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس ، فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم ، كقولنا فى الغلام المراهق مع النساء . وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال : قالت عائشة : « دخلت على ابنة أخى

(١) سورة النور آية ٣٠ ، ٣١

مُزَيْنة ، فدخل على النبى صلى الله عليه وسلم ، فأعرض ، فقلت: يارسول الله إنها ابنة أخى ، وجارية ، فقال: «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر إلا وجهها، وإلا مادون هذا» وقبض على ذراع نفسه ، فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها . وذكر حديث أسماء : «إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا» وأشار إلى وجهه وكفيه . واحتج أحمد بهذا الحديث . وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك فى حق غيرها .

٥٢٧٦ (فصــل)

ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنـــة أو مرض لا يرجى برؤه ، والخصى [١] والشيخ والمخنث الذى لا شهوة له ، فحكمه حكم ذوى المحرم [٢] فى النظر لقول الله تعالى: «أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الإِرْبَةِ» [٣] أى غير أولى الحاجة إلى النساء ، وقال ابن عباس : هو الذى لا تستحيى منه النساء، وعنه : هو المخنث الذى لا يقوم زبه . وعن مجاهد وقتادة : الذى لا أرب له فى النساء . فإن كان المخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء ، فحكمه حكم غيره ، لأن عائشة قالت : «دخل على أزواج النبى صلى الله عليه وسلم مُخَنَّثٌ [٤] فكانوا يعدونه من غير أولى الإربة (من الرجال) [٥] فدخل علينا النبى صلى الله عليه وسلم وهو ينعت امرأة بأنها إذا أقبلت أقبلت بأربع ، وإذا أدبرت أدبرت بثمان . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ألا أرى هذا يعلم ما ههنا ؟ لا يدخلن عليكن هذا فحجبوه» [٦] رواه أبو داود وغيره ، قال ابن عبد البر : ليس المخنث الذى تعرف فيه الفاحشة خاصة ، وإنما التخنيث بشدة [٧] التأنيث فى الخلقة ، حتى يشبه المرأة فى اللين والكلام ، والنظر والنغمة والعقل ، فإذا كان كذلك لم يكن له فى النساء أرب ، وكان لا يفطن لأمور النساء ، وهو [٨] من غير أولى الإربة الذين أبيح لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذلك المخنث من الدخول على نسائه ، فلما سمعه يصف ابنة غيلان ، وفهم أمر النساء أمر بحجبه ؟

---

(١) فى المخطوطة ١٨ أو الخصى . (٢) فى المخطوطة ١٨ : ذى المحرم

(٣) سورة النساء آية ٣١

(٤) رواه البخارى ج ٧ ص ٦٧ منيرية . من رواية أم سلمة،وكان المخنث يدخل عليها قالت : إن النبى صلى الله عليه وسلم كان عندها وفى البيت مخنث ، فقال المخنث لأخى أم سلمة : إن فتح الله لكم الطائف غدا أدلك على ابنة غيلان ، فإنها تقبل بأربع ، وتدبر بثمان : فقال النبى صلى الله عليه وسلم . لا يدخلن هذا عليكم » . وبنت غيلان هى نادية أو بادية كما فى المرجع الآتى رقم ٦ (٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠

(٦) اسمه هيت بكسر فسكون، وذكر ابن إسحاق أن اسمه ماتع،أو مانع بالنون،وقال المدينى:إن مانعا لقب هيت وقيل غير ذلك انظر(إرشاد السارى جـ ٨ ص١١١ (٧)فى المخطوطة١٨ : شد التأنيث (٨) فى المخطوطة ١٨ : فهو

٥٢٧٧ (فصــل)

فأما الرجل مع الرجل فلــكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة. وفى حَدِّها روايتان : إحداها : ما بين السرة والركبة . والأخرى : الفرجان . وقد ذكرناها فى كتاب الصلاة

[وعنـــه لا يباح ، لأنه ذكر بالغ أجنبى ، فـلم يبح له ذلك ، كالذى له أرب ، ذكر هذا فى شرح المقنع] ولا فرق بين الأمرد وذى اللحية ، إلا أن الأمرد إن كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يجز تعمد النظر إليه . وقد روى عن الشعبى قال : « قدم وفد عبد القيس على النبى صلى الله عليه وسلم ، وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضاءة ، فأجلسه النبى صلى الله عليه وسلم وراء ظهره » . رواه أبو حفص قال المروذى : سمعت أبا بكر الأعين يقول : قدم علينا إنسان منْ خراسان صديق لأبى عبد الله ، ومعه غلام ابن أخت له ، وكان جميلا ، فمضى إلى أبى عبد الله فحدثه ، فلما قمنا خلا بالرجل وقال له : من هذا الغلام منك ؟ قال : ابن أختى ، قال : إذا جئتنى لا يكون معك ، والذى أرى لك:ألا يمشى معك فى طريق. فأما الغلام الذى لم يبلغ تسعاً فلاعورة له يحرم النظر إليها ، وقد روى عن ابن أبى ليلى عن أبيه قال : « كنا جلوساً عند النبى صلى الله عليه وسلم ، قال : فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه ، فوقع مقدم قميصه أراه قال : فقبل زبيبته » رواه أبو حفص .

٥٢٧٨ (فصــل)

وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ، ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية ، كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمى فى النظر ، قال أحمد : ذهب بعض الناس إلى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فأذهب إلى أنها لا تنظر إلى الفرج ولا تقبلها (1) حين تلد .

وعن أحمد رواية أخرى : أن المسلمة لا تــكشف قناعها عند الذمية ، ولا تدخل معها الحمام ، وهو قول مكحول ، وسليمان بن موسى ، لقوله تعالى : « أَوْ نِسَائِهِنَّ » والأول أولى ، لأن النساء الــكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبى صلى الله عليه وسلم ، فـلم يكنّ يحتجبن (2) ولا أُمِرْن بحجاب . وقد قالت عائشة [رضى الله عنها] جاءت يهودية تسألها ، فقالت : أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم ــ وذكر الحديث » وقالت أسماء : « قدمت علىّ أمى وهى راغبة ــ يعنى عن الإسلام ــ فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم [أن] أصلها ، قال : نعم » . ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذميه ، فوجب ألا يثبت الحجب بينهما كالمسلم

---

(1) أى : لا تــكون قابلة لها ولا تقوم بشئون ولادتها (2) فى المخطوطه : فلم يكن يحجبن

مع الذمى ، ولأن الحجاب إنما يجب بنص أو قياس ، ولم يوجد واحد منهما فأما قوله : « أَوْ نِسَائِهِنَّ »(١) فيحتمل أن يكون المراد : جملة النساء .

٥٢٧٩ (فصــل)

فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان .

إحداهما : لها النظر إلى ماليس بعورة .

والأخرى : لايجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها . اختاره أبو بكر ، وهذا أحد قولى الشافعى ، لما روى الشافعى عن نبهان ، عن أم سلمة ، قالت : « كنت قاعدة عند النبى صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة ، فاستأذن ابن أم مكتوم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : احتجبن منه . فقلت يا رسول الله إنه ضرير لا يبصر. قال : أفعمياوان أنتما لا تبصرانه ؟ » . رواه أبو داود وغيره ، ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن ، كما أمر الرجال به ، ولأن النساء أحد نوعى الآدميين ، فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياساً على الرجال ، يحققه أن المعنى المحرِّم للنظر خوف الفتنة ، وهذا فى المرأة أبلغ ، فإنها أشد شهوة وأقل عقلا ، فتسارع الفتنة إليها أكثر .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : «اعتدّى فى بيت ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك (٢) » متفق عليه ، وقالت عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسترنى بردائه وأنا أنظر إلى الحبشة يلعبون فى المسجد » ، متفق عليه (٣) ، ويوم فرغ النبى صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد « مضى إلى النساء ، فذكّرهن . ومعه بلال ، فأمرهن بالصدقة »(٤) ، ولأنهن لو مُنعن النظر لوجب على الرجال الحجاب ، كما وجب على النساء ، لئلا ينظرن إليهم ، فأما حديث نبهان فقال أحمد : نبهان روى حديثين عجيبين ، يعنى هذا الحديث ، وحديث : « إذا كان لإحداكن مكاتب فلتحتجب منه » ، وكأنه أشار إلى ضعف حديثه ، إذ لم يرو إلا هذين الحديثين المخالفين للأصول ، وقال ابن عبدالبر : نبهان مجهول، لايعرف إلا برواية الزهرى عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح ، فالحجة به لازمة ، ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبى صلى الله عليه وسلم ، كذلك قال أحمد وأبو داود ، قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : كأنّ حديث نبهان لأزواج النبى صلى الله عليه وسلم خاصة ، وحديث

(١) سورة النور آية ٣١ (٢) القصة برواية أخرى فى سنن النسائى ج٣ ص ٧٠ ط الميمنية ١٣١٢ هـ

(٣) وتكملة الحديث « حتى أكون الذى أسأم ، فاقدروا قدر الجارية الحديثة السن ، الحريصة على اللهو» . انظر (البخارى ج ٧ ص ٦٧ المنيرية) .

(٤) هذه رواية بالمعنى. وفى آخرها«فرأيتهن يهوين إلى آذانهن وحلوقهن يدفعن إلى بلال، ثم ارتفع هو وبلال إلى بيته . انظر (البخارى ج ٧ ص ٧٢ منيرية) .

فاطمة لسائر الناس ؟ قال : نعم . وإن قدر التعارض ، فتقديم الأحاديث الصحيحة أولى من الأخذ بحديث مفرد فى إسناده مقال .

٥٢٨٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ، ويبعث بها إليه بالليل ، فالعقد والشرط جائزان ، وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده ﴾

أما الشرط فصحيح ، لأنه لا يخل بمقصود النكاح ، فإن الاستمتاع إنما يكون ليلا ، وإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد ، فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة فى الليل ، لأنها سلمت إليه فيه،وليس عليه نفقة النهار ، لأنها فى مقابلة الاستمتاع ، وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها فى تلك الحال ، وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد ، لأنها فى خدمته حينئذ ، ولأنها باقية على الأصل فى وجوبها على السيد ، فتكون نفقتها بينهما نصفين ، وكذلك الكسوة ، وقال بعض أصحاب الشافعى : ليس على الزوج شىء من النفقة ، لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ، ولم يوجد ، فلم يجب منها شىء ، كالحرة إذا بذلت التسليم فى بعض الزمان دون بعض .

ولنا : أن النفقة عوض فى مقابلة المنفعة ، فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة فى الإجارة ، وفارقت الحرة ، لأن التسليم عليها واجب فى جميع الزمان ، فإذا امتنعت فى البعض فلم تسلم ما وجب عليها تسليمه ، وههنا قد سلم السيد جميع ما وجب عليه .

٥٢٨١ (فصـل)

فإن زوجها من غير شرط فقال القاضى : الحكم فيه كما لو شرط ، وله استخدامها نهاراً ، وعليه إرسالها ليلا للاستمتاع بها ، لأنه زمانه ، وذلك لأن السيد يملك من أمته منفعتين . منفعة الاستخدام ، والاستمتاع فإذا عقد على إحداهما لم يلزمه تسليمها إلا فى زمن استيفائها ، كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا فى زمنها وهو النهار ، والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما .

فإن تبرع[1] السيد بإرسالها ليلا ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج ، وإن تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلا ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ، ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج ، لأن الزوجية تقتضى وجوب النفقة[2] مالم يمنع من استمتاعها عدوانا ، أو بشرط ، أو نحوه ، ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها[3] بمرض أو حيض أو نحوهما فإذا لم يكن من السيد ههنا منع وجبت

(١) فى المطبوعة وإن تبرع (٢) فى المطبوعات : تقتضى وجوبها . وما أثبتناه أوضح .

(٣) فى المخطوطة : الاستمتاع بها

النفقة على الزوج[1] ، لوجود الزوجية المقتضية لها ، وعدم المانع منها .

٥٢٨٢ (فصــــل)

فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك ، لأنه يفوت خدمتها للمستحقة لسيدها ، وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك ، وقال : ما أدرى ، فيحتمل المنع منه ، لأنه يفوت حق الزوج منها ، فمنع منه قياسا على مالو منعه منه مع الإقامة ، ولأنه مالك لإحدى منفعتيها فلك[2] منع الآخر من السفر بها كالسيد ، وكما لو أجرها ثم أراد السفر بها . ويحتمل : أن له السفر بها ، لأنه مالك رقبتها كسيد العبد إذا زوجه ، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلا ونهاراً جاز ، وعليه نفقتها كلها ، وليس للسيد السفر بها ، لأنه لا حق له فى بضعها[3] .

٥٢٨٣ (فصــــل)

ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « تنكَحُ المرأةُ لمالها ولحسَبِهَا ولجمالها ولِدِينها ، فاظفَرْ ، بذات الدِّين ترِبَتْ يداك » متفق عليه ، ويختار البكر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتزوجت ياجابر ؟ قال : قلت ، نعم . قال : بكرا أم ثيبًا . قال : قلت : بل ثيبًا . قال : فهلا بكرا تلاعبها وتلاعبك[4] ؟ » متفق عليه . وعن عطاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عليكم بالأبكار ، فانهن أعذَبُ أفواها وأنقَى أرحاما[5] » . رواه الإمام أحمد. وفى رواية « وأنتق[6] أرحاما ، وأرضى باليسير » . ويستحب أن تكون من نساء يُعْرَفْن بكثرة الولادة لما روى عن أنس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالباءة ، وينهى عن التبتُّل نهيا شديداً ، ويقول : تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » . رواه سعيد . وروى معقل بن يسار قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى أصبت امرأة ذات حسب ومنصب ، إلا أنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : «تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم » رواه النسائى .

وعن على بن الحسين : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «يابَنِي هاشم عليكم بنساء الأعاجم ، فالتمسوا أولادهن ، فإن فى أرحامهن البركة » . ويختار الجميلة لأنها أسكن لنفسه ، وأغضّ لبصره ، وأكمل لمودته

---

(١) فى المطبوعات : فالنفقة على الزوج . وما أثبتناه أوضح . (٢) فى المطبوعة: فلم يملك .

(٣) فى المخطوطة ١٨: فى نفعها . (٤) فى رواية البخارى : «فهلاجارية تلاعبهاوتلاعبك» ج ٧ ص ٨ المنيرية ، ورواية ابن قدامه انظرها كذلك فى سنن النسائى ح ٢ ص ٧٠ الميمنية .

(٥) فى المخطوطة ١٨ : وأفتح أرحاما (٦)أنتق أرحاما أى أكثر أولادا

ولذلك شرع النظر قبل النكاح . وقد روى عن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنما النساء لُعَبٌ ، فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها » .

وعن أبى هريرة قال : قيل : يارسول الله أى النساء خير ؟ قال : « التى تسره إذا نظر ، وتطيعه إذا أمر ، ولا تخالفه فى نفسها ولا فى ماله بما يكره »[1] رواه النسائى . وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « خير فائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة ، تسره إذا نظر إليها ، وتطيعه إذا أمرها ، وتحفظه فى غيبته فى ماله ونفسها » . رواه سعيد .

ويختار ذات العقل ، ويجتنب الحمقاء ، لأن النكاح يراد للعشرة ، ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ، ولا يطيب العيش معها ، وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجتنبوا الحمقاء ، فإن ولدها ضياع ، وصحبتها بلاء ، ويختار الحسيبة ، ليكون ولدها نجيبا ، فإنه ربما أشبه أهلها ، ونزع إليهم . وكان يقال : إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تخيروا لنطفكم ، وأنكحوا الأكفاء ، وأنكحوا إليهم »[2] .

ويختار الأجنبية ، فإن ولدها أنجب ، ولهذا يقال : اغتربوا لا تضوُوا[3] ، يعنى انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم . وقال بعضهم : الغرائب أنجب ، وبنات العم أصبر . ولأنه لا تؤمن العداوة فى النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق ، فإذا كان فى قرابته أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها . والله أعلم .

(باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك)

التحريم للنكاح ضربان : تحريم عين ، وتحريم جمع ، ويتنوع أيضاً نوعين : تحريم نسب ، وتحريم سبب . والأصل فى ذلك الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب فقول الله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيكُمْ أُمَّهَاتُكُم »[4] والآية التى قبلها والتى بعدها ، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها [5] ولا بينها وبين خالتها » متفق عليه . وعن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى عليه وسلم : « إن الرضاعة تحرِّمُ ما تحرِّمُ الولادة [6] » أخرجه مسلم ، وأجمعت الأمة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه .

---

(١) انظر (سنن النسائى مع شرحه زهر الربا حـ ٢ ص ٧٢ الميمنية ١٣١٢)

(٢) أخرجه ابن ماجه والحاكم والبيهقى عن عائشة (ف) (٣) بضم المثناة وسكون الضاد المعجمة وضم الواو ، من الضاوى وهو النحيف العليل . يقال : أضوت المرأة إذا أتت بولد ضاو ، كما يقال : أذكرت وأنثت (على هامش المخطوطة ١٨) (٤) سورة النساء آية ٢٣ (٥) وفى روايات الحديث « ولا المرأة وخالتها » انظر سنن النسائى حـ ٢ ص ٨٢ الميمنية وفى رواياته « أو خالتها » (٦) الحديث من قصة طويلة من حديث عائشة . انظر (صحيح مسلم بشرح النووى الطبعة الأولى عام ١٩٢٩ م حـ ١٠ ص ١٨ .

٥٢٨٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمحرمات نكاحهن بالأنساب: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، والمحرمات بالأسباب: الأمهات المرضعات، والأخوات من الرضاعة، وأمهات النساء، وبنات النساء اللاتى دُخل بهن، وحلائل الأبناء، وزوجات الأب، والجمع بين الأختين ﴾

وجملة ذلك: أن المنصوص على تحريمهن فى الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب، واثنتان بالرضاع، وأربع بالمصاهرة، وواحدة بالجمع.

فأما اللواتى بالنسب فأولاهن: الأمهات، وهن: كل من انتسبت إليها بولادة، سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة، وهى التى ولدتك، أو مجازاً وهى التى ولدت من ولدك وإن علت، من ذلك. جدتاك، أم أمك، وأم أبيك، وجدتا أمك، وجدتا أبيك، وجدات جداتك، وجدات أجدادك وإن علوا، وارثات كن أو غير وارثات، كلهن أمهات محرمات.

ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال: « تلك أمكم يا بنى ماء السماء » وفى الدعاء « اللهم صل على أبينا آدم وأمنا حواء ».

والبنات، وهن: كل أنثى انتسبت إليك بولادتك، كابنة الصلب، وبنات البنين والبنات، وإن نزلت درجتهن، وارثات أو غير وارثات، كلهن بنات محرمات، لقوله تعالى: «وبَنَاتُكُمْ »[1] فإن كل امرأة بنت آدم، كما أن كل رجل ابن آدم، قال الله تعالى: « يا بَنِي آدَمَ »[2].

والأخوات من الجهات الثلاث، من الأبوين أو من الأب، أو من الأم، لقوله تعالى: «وَأَخَوَاتُكُمْ» ولا تفريع عليهن، والعمات أخوات الأب من الجهات الثلاث، وأخوات الأجداد من قبل الأب، ومن قبل الأم، قريباً كان الجد أو بعيداً، وارثاً أو غير وارث، لقوله تعالى: « وَعَمَّاتُكُمْ » والخالات أخوات الأم من الجهات الثلاث، وأخوات الجدات وإن علون، وقد ذكرنا أن كل جدة أم، فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة، لقوله: « وَخَالاَتُكُمْ ».

وبنات الأخ: كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادة فهى بنت أخ محرمة، من أى جهة كان الأخ لقوله تعالى: « وَبَنَاتُ الأخ » وبنات الأخت كذلك أيضاً محرمات، لقوله سبحانه « وبَنَاتُ الأُخْت » فهؤلاء المحرمات بالأنساب.

النوع الثانى: المحرمات تحريم السبب وهو قسمان: رضاع، ومصاهرة.

فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان: الأمهات المرضعات، وهن اللاتى أرضعنك وأمهاتهن

(١) سورة النساء آية ٢١. (٢) سورة الأعراف آية ١٦، ١٧، ٣١.

وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب ما ذكرنا فى النسب محرمات بقوله تعالى : « وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ » كل امرأة أرضعتك أمها ، أو أرضعتها أمك ، أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة ، أو ارتضعت أنت وهى من لبن رجل واحد ، كرجل له امرأتان لهما منه لبن ، أرضعتك إحداهما ، وأرضعتها الأخرى فهى أختك محرمة عليك لقوله سبحانه « وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ » .

القسم الثانى . تحريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع : أمهات النساء ، فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع ، قريبه أو بعيدة ، بمجرد العقد ، نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وجابر ، وعمران بن حصين ، وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن على رضى الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها ، كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول .

ولنا قول الله تعالى : « وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ » والمعقود عليها من نسائه ، فتدخل أمها فى عموم الآية قال ابن عباس : أبهموا ما أبهم القرآن ، يعنى عمموا حكمها فى كل حال ، ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها . ويروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من تزوّج امرأة فطلقها قبل أنْ دَخَل بها لا بأس أن يتزوج ربيبته ، ولا يحل له أن يتزوج أمها » . رواه أبو حفص بإسناده . وقال زيد : تحرم بالدخول أو بالموت ، لأنه يقوم مقام الدخول ، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً ، سواء وجد الدخول أو الموت أولا ، ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم ، فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والأب .

الثانية : بنات النساء اللاتى دخل بهن ، وهن الربائب ، فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن ، وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع ، قريبة أو بعيدة ، وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا فى البنات ، إذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت فى حجره أو لم تكن ، فى قول عامة الفقهاء ، إلا أنه روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن فى حجره وهو قول داود ؛ لقول الله تعالى : « وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم » قال ابن المنذر : وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول .

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو فى هذا ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : لأم حبيبة: « لا تعرضن على بناتكن ولا أخواتكن » . ولأن التربية لا تأثير لها فىالتحريم كسائر المحرمات فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط . وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها . وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه .

وإن لم يدخل بامرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه ، إلا أن تموت قبل الدخول ففيه روايتان :

إحداهما : تحرم ابنتها ، وبه قال زيد بن ثابت ، وهي اختيار أبي بكر . لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق ، فيقوم مقامه في تحريم الربيبة .

والثانية : لا تحرم وهو قول علي ، ومذهب عامة العلماء. قال ابن المنذر : وأجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها ، كذلك قال مالك والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ومن تبعهم . لأن الله تعالى قال : « مِنْ نِسَائِكُمْ اللاَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فإِنْ لَمْ تَكُونوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ »(١) ، وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف . وحديث عبد الله بن عمرو وقد ذكرناه ، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق ، والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدة الأقراء ، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ، ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ، ونص رسوله لقياس ولا غيره .

إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها ، كَنَى عنه بالدخول ، فان خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها ، لأنها غير مدخول بها ، وظاهر قول الخرقي تحريمها لقوله ؛ فإن خلا بها ، وقال : لم أطأها ، وصدقته لم يلتفت إلى قولها ، وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها ، إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً ، وفي الزنا ، فإنهما يجلدان ولا يرجمان ، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله .

الثالثة : حلائل الأبناء ، يعني أزواجهم ، سميت امرأة الرجل حليلة لأنها تحل إزار زوجها ، وهي محللة له ؛ فيحرم على الرجل أزواج أبنائه ، وأبناء بناته من نسب أو رضاع ، قريباً كان أو بعيداً ، بمجرد العقد ، لقوله تعالى : « وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكم »(٢) ولا نعلم في هذا خلافاً .

الرابعة : زوجات الأب فتحرم على الرجل امرأة أبيه ، قريباً كان أو بعيداً ، وارثاً كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى : « وَلاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِنَ النِّسَاءِ إلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ »(٣) وقال البراء ابن عازب : « لقيت خالي ومعه الراية فقلت : أين تريد؟ قال : أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله » . رواه النسائي . وفي رواية قال « لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية» . فذكر الخبر كذلك . رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أم امرأة جده لأبيه ، وجده لأمه ، قرب أو بعد ، وليس في هذا بين أهل العلم خلاف علمنا والحمد لله ، ويحرم

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٣ (٣) سورة النساء آية ٢٢

عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة، كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح. قال. ابن المنذر: الملك هنا والرضاع بمنزلة النسب، وممن حفظنا ذلك عنه عطاء، وطاوس، والحسن، وابن سيرين، ومكحول وقتادة، والثوري، والأوزاعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، ولا نحفظ عن أحد خلافهم.

الضرب الثاني: تحريم الجمع. والمذكور في الكتاب الجمع بين الأختين، سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين، أو حرة وأمة، من أبوين كانتا أو من أب أو أم، وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده، لعموم الآية. فإن تزوجهما في عقد واحد فسد، لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرة، وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداهما بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح، لأنه لم يحصل فيه جمع، ونكاح الثانية باطل، لأن به يحصل الجمع، وليس في هذا بحمد الله اختلاف، وليس عليه تفريع.

٥٢٨٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ﴾.

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع، وهن: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت على الوجه الذي شرحناه في النسب، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»(١). متفق عليه وفي رواية مسلم: «الرضاع يحرم ما تحرم الولادة» وقال النبي صلى الله عليه وسلم في درة بنت أبي سلمة: «إنها لو لم تكن ربيبتي في حجري ما حلت لي، إنها ابنة أخي من الرضاعة، أرضعتني وأباها ثويبة» متفق عليه. لأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن، والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات، ولا نعلم في هذا خلافا.

٥٢٨٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال: ﴿ ولبن الفحل محرم ﴾

معناه: أن المرأة إذا أرضعت طفلا بلبن ثاب من وطء رجل(٢)، حرم الطفل على الرجل وأقاربه، كما يحرم ولده من النسب، لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة، فيصير الطفل ولد الرجل، والرجل أباه، وأولاد الرجل إخوته، سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته، قال أحمد: لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لا يزوج هذا من هذا، وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية، والأخرى

(١) وانظر سنن النسائي ج٢ ص ٨٢ الميمنية.

(٢) علق ناشروا النسخ المطبوعة على هذا الموضع بقولهم: هكذا في الأصول. وكأنه لا معنى له. ولكن المراد من لبن مولود نشأ من رجل وطيء بكرا فحملت فدر لبنها (ف).

غلاما ، فقال : لا ، اللقاح واحد . قال الترمذى : هذا تفسير لبن الفحل . وممن قال بتحريمه: على ، وابن عباس، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والحسن ، والشعبى ، والقاسم ، وعروة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . قال ابن عبد البر : وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز ، والعراق ، والشام ، وجماعة أهل الحديث .

ورخص فى لبن الفحل سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ابن يسار ، ، والنخعى ، وأبو قلابة . ويروى ذلك عن ابن الزبير ، وجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ،غير مسمين،لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل . ويروى عن زينب بنت أبى سلمة: «أنها أرضعتها أسماء بنت أبى بكر ، امرأة الزبير ، قالت . وكان الزبير يدخل على وأنا أمتشط ، فيأخذ بقرن من قرون رأسى ، فيقول : أقبلى على فحدثينى ، أراه والداً ، وما ولد ، فهم إخوتى » . ثم إن عبد الله بن الزبير أرسل يخطب إلىّ أم كلثوم ابنتى، على حمزة بن الزبير ،وكان حمزة للكلبية ، فقلت لرسوله :وهل تحل له؟ وإنما هى ابنة أخيه ؟ فقال عبد الله : إنما أردت بهذا المنع لما قبلك ، أما ما ولدت أسماء فهم إخوتك ، وما كان من غير أسماء فليسوا لك بإخوة ، فأرسلى فسلى عن هذا . فأرسلت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون ، فقالوا لها : إن الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً ، فأنكحتها إياه ، فلم تزل عنده حتى هلك عنها » .

ولنا : ما روت عائشة رضى الله عنها : « أن أفلح أخا أبى القعيس ، استأذن علىّ بعد ما أنزل الحجاب ، فقلت : والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى ، ولكن أرضعتنى امرأة أبى القعيس ، فدخل علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله ، إن الرجل ليس هو أرضعنى ، ولكن أرضعتنى امرأته قال : ائذنى له فإنه عمك تربت يمينك[1] » . قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه ، وهذا نص قاطع فى محل النزاع ، فلا يعول على ما خالفه ، فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا ، فإن الزبير كان يعتقد أنها[2] ابنته ، وتعتقده أباها . والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم ، وقوله مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنه ، وقول قوم لا يعرفون .

---

(١) هذه الرواية فى سنن النسائى ج ٢ ص ٨٣ ، وذكر روايات أخرى باختلاف يسير فى اللفظ . وانظر البخارى ج ٧ ص ١٦ — ١٧

(٢) فى المخطوطة ١٨ : كان يعتقدها ابنته .

٥٢٨٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ والجمع بين المرأة وبين عمتها ، وبينها بين خالتها ﴾

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به ، وليس فيه بحمد الله اختلاف ، إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك[١] ، ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهى ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يُجْمَعُ بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » ، متفق عليه ، وفى رواية أبى داود : « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا العمة على بنت أخيها ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ، ولا الصغرى على الكبرى » ، ولأن العلة فى تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب ، وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم ، وهذا موجود فيما ذكرنا . فإن احتجوا بعموم قوله سبحانه : « وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ » خصّصناه بما رويناه .

وبلغنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز ، فكان مما أنكرا عليه رجم الزانيين[٢] ، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، وبينها وبين خالتها ، وقالا : ليس هذا كتاب الله تعالى . فقال لهما : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالا : خمس صلوات فى اليوم والليلة ، وسألهما عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك ، وسألهما عن مقدار الزكاة ونصابها فأخبراه . فقال : فهل تجدان ذلك فى كتاب الله ؟ قالا : لا نجده فى كتاب الله ، قال : فمن أين صرتما إلى ذلك ؟ قالا : فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والمسلمون بعده . قال : فكذلك هذا . ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً ، كعمات آبائها ، وخالاتهم ، وعمات أمهاتها وخالاتهن ، وإن علت درجتهن ، من نسب كان ذلك أو من رضاع ، فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة ، لا يجوز الجمع بينهما ، لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة ، لما فى الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها فى العقد لما ذكرناه[٣] ، ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الأختين ، فإذا لم يجمع بين الأختين ، فالمرأة وابنتها أولى .

٥٢٨٨ (فصـــــل)

ولا يحرم الجمع بين ابنتى العم وابنتى الخال فى قول عامة أهل العلم ، لعدم النص فيهما بالتحريم ، ودخولهما

---

(١) والإسماعيلية كذلك ، بل لقد بالغوا حتى قالوا بحل البنات . انظر (عقائد الباطنية لليمانى) فقد عقد فصلا طويلا لتأييد تلك البدعة . (٢) فى المطبوعة : الزانى

(٣) على هامش المخطوطة ١٨ : فى عقد واحد . من نسخة أخرى . ولم نجد هذه الرواية فيما بين أيدينا من مخطوطات الكتاب .

في عموم قوله تعالى : « وأُحِلَّ لَكُمْ ما وَرَاءَ ذَلِكُمْ »[١] ولأن إحداهما تحل لها الأخرى لو كانت ذكراً ، وفي كراهة ذلك روايتان .

إحداهما : يكره ، روى ذلك عن ابن مسعود ، وبه قال جابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، وسعيد ابن عبد العزيز ، وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تزوج المرأة على ذى قرابتها كراهية القطيعة » . ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها ، فأقل أحواله الكراهة .

والأخرى : لا يكره ، وهو قول سليمان بن يسار ، والشعبي ، وحسين بن حسن ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، لأنه ليست بينهما قرابة تحرّم الجمع ، فلا يقتضي كراهته كسائر الأقارب .

٥٢٨٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه ، وحرمت عليه أمها ، والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب ، وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها ، لقول الله تعالى : « وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ »[٢] وهذه من حلائل أبنائه . وتحرم على ابنه[٣] لقوله سبحانه : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ »[٤] وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه : « وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ »[٥] وهذه منهن . وليس في هذا اختلاف بحمد الله ، إلا شيء ذكرناه فيما تقدم[٦] ، والجد كالأب في هذا ، وابن الابن كالابن فيه ، لأنهم يدخلون في اسم الآباء والأبناء ، وسواء في هذا القريب والبعيد ، والوارث وغيره ، من قبل الأب والأم ، ومن ولد البنين ، أو ولد البنات ، وقد تقدم ذلك .

٥٢٩٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكل من ذكرناه من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن ، إلا بنات العمات والخالات ، وبنات من نكحهن الآباء والأبناء ، فإنهن محللات ، وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها ﴾

وجملة ذلك : أن كل محرمة تحرم ابنتها ، لتناول التحريم لها ، فالأمهات تحرم بناتهن ، لأنهن

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) سورة النساء آية ٢٣ (٣) في جمع الأصول: أبيه. والسياق يقتضي ما أثبتناه
(٤) سورة النساء آية ٢٢ (٥) سورة النساء آية ٢٣ (٦) انظر المسألة ٥٢٨٧

أخوات أو عمات أو خالات ، والبنات يحرم بناتهن ، لأنهن بنات ، ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأخت ، وكذلك بنات بنات الأخ . إلا بنات العمات والخالات ، فلا يحرمن بالإجماع ، لقول الله تعالى : « وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ »[1] فأحلهن الله لنبيه عليه السلام ، ولأنهن لم يذكرن فى التحريم ، فيدخلن فى قول الله تعالى : « وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ.[2] » وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء ، لأنهن حرمن لكونهن حلائل الآباء والأبناء ، ولم يوجد ذلك فى بناتهن ، ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضى تحريمهن ، فدخلن فى قوله سبحانه : « وأحل لكم ما وراء ذلكم.[3] » وكذلك بنات الزوجة التى لم يدخل بها محللات لقوله سبحانه : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ.[4] » وهن : الربائب ، وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن ، وإنما ذكرها لأنها محللة ، فيشتبه حكمها ، فإن قيل : فلم حرمت ابنة الربيبة ، ولم تحرم ابنة حليلة الابن ؟ قلنا : لأن ابنة الربيبة ربيبة ، وابنة الحليلة ليست حليلة ، ولأن علة تحريم الربيبة أنه يشق التحرز من النظر إليها ، والخلوة بها ، بكونها فى حجره فى بيته ، وهذا المعنى يوجد فى ابنتها وإن سفلت ، والحليلة حرمت بنكاح الأب والابن لها ، ولا يوجد ذلك فى ابنتها .

٥٢٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ووطء الحرام محرِّم ، كما يحرم وطء الحلال والشبهة ﴾

يعنى : أنه يثبت به تحريم المصاهرة . فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت عليه أمها وابنتها ، كما لو وطئها بشبهة ، أو حلالا ، ولو وطىء أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته ، نص أحمد على هذا فى رواية جماعة ، وروى نحو ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والشعبى ، والنخعى ، والثورى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى .

وروى عن ابن عباس أن الوطء الحرام[5] لا يحرم ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ويحيى بن يعمر ، وعروة ، والزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحرِّم الحرامُ الحلال » . ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشاً ، فلا يحرم كوطء الصغيرة .

ولنا : قوله تعالى : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ »[6] والوطء يسمى نكاحاً ، قال الشاعر :

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠ (٢) سورة النساء آية ٢٤ (٣) سورة النساء آية ٢٤
(٤) سورة النساء آية ٢٣ (٥) فى المخطوطة ٢٠ : أن وطء الحرام (٦) سورة النساء آية ٢٣

* إذا زنيت فأجد نكاحاً *

لحمل فى عموم الآية ، وفى الآية قرينة تصرفه إلى الوطء ، وهو قوله سبحانه وتعالى : « إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتاً وَسَاءَ سَبِيلاً »[1] وهذا التغليظ إنما يكون فى الوطء ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » . وروى الجوزجانى بإسناده عن وهب بن منبه قال : « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه . ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور كوطء الحائض ، ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة ، فأفسده الوطء الحرام كالإحرام ، وحديثهم لا نعرف صحته ، وإنما هو من كلام ابن أسوع ، بعض قضاة العراق ، كذلك قال الإمام أحمد . وقيل : إنه من قول ابن عباس ، ووطء الصغيرة ممنوع ، ثم يبطل بوطء الشبهة .

٥٢٩٢ (فصل)

والوطء على ثلاثة أضرب :

مباح ، وهو الوطء فى نكاح صحيح ، أو ملك يمين ، فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع ، ويعتبر محرما لمن حرمت عليه ، لأنها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح ، أشبه النسب .

الثانى : الوطء بالشبهة ، وهو الوطء فى نكاح فاسد ، أو شراء فاسد ، أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته ، أو وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره ، وأشباه هذا . فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعا ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطىء امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده ، وهذا مذهب مالك ، والأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . ولأنه وطء يلحق به النسب ، فأثبت التحريم كالوطء المباح ، ولا يصير الرجل محرما لمن حرمت عليه ، ولا يباح له به النظر إليها ، لأن الوطء ليس بمباح ، ولأن المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء ، لأنها إباحة ، ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها ، فلأن لا يستبيح النظر إلى غيرها أولى .

الثالث : الحرام المحض ، وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور[2] ، ولا تثبت به المحرمية ، ولا إباحة النظر ، لأنه إذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ، ولا يثبت به نسب ، ولا يجب به المهر إذا طاوعته فيه .

---

(١) سورة النساء آية : ٢٣ (٢) أنظر المسألة ٥٢٩١

٥٢٩٣ (فصـــــل)

ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا فى القبل والدبر ، لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وُجد فى الزوجة والأمة ، فكذلك فى الزنا ، فإن تلوّط بغلام فقال بعض أصحابنا : يتعلق به التحريم أيضاً ، فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته ، وعلى الغلام أم اللائط وابنته ، قال : ونص عليه أحمد ، وهو قول الأوزاعى ، لأنه وطء فى الفرج ، فنشر الحرمة كوطء المرأة ، ولأنها بنت من وطئه وأمه ، فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى . وقال أبو الخطاب : يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج ، يكون فيه روايتان ، والصحيح : أن هذا لا ينشر الحرمة ، فإن هؤلاء غير منصوص عليهن فى التحريم ، فيدخلن فى عموم قوله تعالى : « وأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ »[1] ولأنهن غير منصوص عليهن ، ولا فى معنى المنصوص عليه ، فوجب ألا يثبت حكم التحريم فيهن ، فإن المنصوص عليهن فى هذا حلائل الأبناء ، ومن نكحهن الآباء ، وأمهات النساء وبناتهن ، وليس هؤلاء منهن ، ولا فى معناهن ، لأن الوطء فى المرأة يكون سبباً للبضعية[2] ، ويوجب المهر ، ويلحق به النسب ، وتصير به المرأة فراشاً ، ويثبت أحكاماً لا يثبتها اللواط ، فلا يجوز إلحاقه بهن ، لعدم العلة ، وانقطاع الشبه ، ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم ، فههنا أولى ، وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به ، واطراح النص بمثله .

٥٢٩٤ (فصـــــل)

ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا ، وأخته ، وبنت ابنه ، وبنت بنته ، وبنت أخيه ، وأخته من الزنا ، وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعى فى المشهور من مذهبه : يجوز ذلك كله ، لأنها أجنبية منه ، ولا تنسب[3] إليه شرعاً ، ولا يجرى التوارث بينهما ، ولا تعتق عليه إذا ملكها ، ولا تلزمه نفقتها ، فلم تحرم عليه كسائر الأجانب .

ولنا : قوله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ[4] » وهذه بنته ، فإنها أنثى مخلوقة من مائه ، هذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، ويدل على ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم فى امرأة هلال ابن أمية : « انظروه يعنى ولدها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحماء[5] » يعنى : الزانى ، ولأنها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ، ولأنها بضعة منه ، فلم تحل له كبنته من النكاح ، وتخلف بعض الأحكام لا ينفى كونها بنته ، كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين .

(١) سورة النساء : آية ٢٤ (٢) فى المخطوطة ١٨ : سببا للبعضية (٣) فى المخطوطات : لاتنتسب

(٤) سورة النساء : آية ٢٣ (٥) أخرجه الجماعة إلا سالما والنسائى من حديث فى اللعان وفيه : « فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين ، خدلج الساقين فهو لشريك » (ف)

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين علمه بكونها منه ، مثل : أن يطأ امرأة فى طهر لم يصبها فيه غيره ، ثم يحفظها حتى تضع ، أو مثل : أن يشترك جماعة فى وطء امرأة فتأتى بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ، فإنها تحرم على جميعهم لوجهين. أحدهما : أنها بنت موطوءتهم. والثانى : أننا نعلم أنها بنت بعضهم ، فتحرم على الجميع ، كالو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما ، وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم ، فإن ألحقتها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين ، ولم تحل لأحد ممن وطىء أمها ، لأنها فى معنى ربيبته .

٥٢٩٥ (فصـــل)

ووطء الميتة يحتمل وجهين . أحدهما : ينشر الحرمة . لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة ، فلم يختص بالحياة كالرضاع . والثانى : لاينشرها ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى . لأنه ليس [بسبب] للبضعية (١) ولأن التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء ، والموت يبطل المنافع ، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من إنبات اللحم ، وإنشاز العظم ، وهذا يحصل من لبن الميتة .

وفى وطء الصغيرة أيضاً وجهان . أحدهما : ينشرها ، وهو قول أبى يوسف ، لأنه وطء لآدمية حية فى القبل أشبه وطء الكبيرة . والثانى: لاينشرها ، وهو قول أبى حنيفة. لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة.

٥٢٩٦ (فصـــل)

فأما المباشرة فيما دون الفرج فإن كانت لغير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف نعلمه ، وإن كانت لشهوة وكانت فى أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً . قال الجوزجانى : سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته فى شهوة ، أوقبلها أو باشرها ، فقال : أنا أقول : لا يحرمه شىء من ذلك إلا الجماع ، وكذلك نقل أحمد بن القاسم ، وإسحق بن منصور ، وإن كانت المباشرة لامرأة محللة له كامرأته أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها . قال ابن عباس : لايحرّم الربيبة إلا جماع أمها ، وبه قال طاوس ، وعمرو بن دينار . لأن الله تعالى قال : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ »(٢) وهذا ليس بدخول ، فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبى المباشر لها وابنه ، فإنها فى النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ، فلا يظهر للمباشرة أثر .

وأما الأمة : فمتى باشرها دون الفرج لشهوة ، فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان :

إحداها : ينشرها ، روى ذلك عن ابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، ومسروق ، وبه قال القاسم ، والحسن ، ومكحول ، والنخعى ، والشعبى ، ومالك ، والأوزاعى ، وأبو حنيفة ، وعلى بن المدينى ، وهو

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : للبعضية . (٢) سورة النساء : ٢٣

أحد قولى الشافعى . لأنه نوع استمتاع ، فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء فى الفرج ، ولأنه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطىء .

والثانية : لا يثبت به التحريم ، لأنها ملامسة لا توجب الغسل ، فلم يثبت بها التحريم ، كما لو لم يكن بشهوة ، لأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ، ولا نص فى هذا ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، ولا المجمع عليه ، فإن الوطء يتعلق به من الأحكام استقرار المهر والإحصان ، والاغتسال والعدة ، وإفساد الإحرام ، والصيام ، بخلاف اللمس ، وذكر أصحابنا الروايتين فى جميع الصور من غير تفصيل ، وهذا الذى ذكرناه أقرب إلى الصواب إن شاء الله سبحانه [1]

٥٢٩٧ (فصــل)

ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة [2] فهو كلمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان .

إحداهما : ينشر الحرمة فى الموضع الذى ينشرها اللمس ، روى عن عمر ، وابن عمر ، وعامر بن ربيعة — وكان بدرياً ، وعبد الله بن عمرو ، فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها ، لا يحل لابنه وطؤها ، وهو قول القاسم ، والحسن ، ومجاهد ، ومكحول ، وحماد ابن أبى سليمان ، وأبى حنيفة ، لما روى عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من نظر إلى فَرْج امرأة لم تحلّ له أمُّها وابنتُها » . وفى لفظ : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » .

والثانية : لا يتعلق به التحريم ، وهو قول الشافعى ، وأكثر أهل العلم ، لقوله تعالى : « وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ » ، ولأنه نظر من غير مباشرة فيما يوجب التحريم ، كالنظر إلى الوجه ، والخبر ضعيف . قاله الدارقطنى . وقيل : هو موقوف على ابن مسعود ، ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء .

وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة ، وقال بعض أصحابنا : لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة ، والصحيح خلاف هذا ، فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ، ولا خلاف نعلمه فى أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمةَ ، فكذلك غيره ، ولا خلاف أيضاً فى أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة ، لأن اللمس الذى هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغير شهوة ، فالنظر أولى وموضع الخلاف فى اللمس والنظر فيمن بلغت سناً يمكن الاستمتاع منها ، كابنة تسع فما زاد ، فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك . وقد روى عن أحمد فى بنت سبع إذا قبلها حرمت عليه أمها . قال القاضى : هذا عندى محمول على السن الذى توجد معه الشهوة .

٥٢٩٨ (فصــل)

فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فحكمه فى التحريم حكم نظره إليها . نص عليه أحمد ، لأنه معنى

---

(١) فى المخطوطات : إن شاء الله تعالى .

(٢) فى المخطوطة ١٨ لشهوة .

يوجب التحريم ، فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع ، وكذلك ينبغى أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا .

٥٢٩٩ (فصـــــل)

فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة ، وقد روى عن أحمد : إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ، ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها . قال القاضى : هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة ، فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما ، فأما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر فى تحريم الربيبة ، لما فى ذلك من مخالفة قوله سبحانه : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ » (١) وقوله : (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَاوَرَاءَ ذَلِكُمْ) (٢) وأما الخلوة بأجنبية أو أمة فلا تنشر تحريماً ، لا نعلم فى ذلك خلافاً ، وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين ، لأنه إذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى .

٥٣٠٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع فى عقد واحد فسد ، وإن تزوجهما فى عقدين فالأولى زوجته ، والقول فيهما القول فى المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها ﴾

وجملة ذلك : أن الجمع بين المرأة وأختها ، أو عمتها أو خالتها محرم ، فمن جمع بينهما فعقد عليهما معاً لم يصح العقد فى واحدة منهما ، لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ، ولا مزية لإحداهما على الأخرى ، فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين . وهكذا لو تزوج خمسة فى عقد واحد بطل فى الجميع لذلك ، وإن تزوجهما فى عقدين فنكاح الأولى صحيح ، لأنه لا جمع فيه ، ونكاح الثانية باطل ، لأن الجمع يحصل به فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ، ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه ، ويزول نكاحها وعدتها .

٥٣٠١ (فصـــــل)

فإن تزوجهما فى عقدين ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما معاً . قال أحمد فى رجل تزوج أختين لا يدرى أيتهما تزوج أولا : نفرق بينه وبينهما ، وذلك لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ، ولا نعرف المحللة له ، فقد اشتبهتا عليه ، ونكاح إحداهما يصح ، ولا نتيقن بينونتها منه إلا بطلاقهما جميعاً أو فسخ نكاحهما ، فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ، ولم يعرف الأول منهما ، وإن أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس ، وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ، ولا يخلو من ثلاثة أقسام .

أحدها : ألا يكون دخل بواحدة منهما ، فله أن يعقد على إحداهما فى الحال بعد فراق الأخرى .

الثانى : إذا دخل بإحداهما فإن أراد نكاحها فارق التى لم يصبها بطلقة ، ثم ترك المصابة حتى تنقضى

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٤

عدتها ، ثم نكحها، لأننا لا نأمن أن تكون هى الثانية ، فيكون قد أصابها فى نكاح فاسد ، فلهذا اعتبرنا انقضاء عدتها. ويحتمل أن يجوز له العقد عليها فى الحال ، لأن النسب لاحق به . ولا يصان ذلك عن مائة ، وإن أحب نكاح الأخرى فارق المصابة بطلقة ، ثم انتظرها حتى تنقضى عدتها ، ثم تزوج أختها .

القسم الثالث : إذا دخل بهما ، فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى من حين أصابها .

وإن ولدت منه إحداهما أو هما جميعاً فالنسب لاحق به ، لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد ، وكلاهما يلحق النسب فيه ، وإن لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة .

٥٣٠٢ (فصـــــل)

فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلأحدهما نصف المهر ، ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه. وإن لم يفعلا أقرع بينهما، فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها . وقال أبو بكر : اختيارى أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول ، وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما ، فإن وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر ، وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها ، وإن وقعت على المصابة فلا شىء للأخرى ، وللمصابة المسمى جميعه ، وإن أصابهما معاً فلإحداهما المسمى ، والأخرى مهر المثل ، يقرع بينهما فيه إن قلنا : إن الواجب فى النكاح الفاسد مهر المثل ، وإن قلنا : بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحدة منهما .

٥٣٠٣ (فصـــــل)

قال أحمد : إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها ، اعتزل زوجته حتى تنقضى عدة الثانية ، إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها فى الحال لم يَجُزْ له حتى تنقضى عدة الموطوءة ، كذلك لا يجوز الوطء لامرأته حتى تنقضى عدة أختها التى أصابها .

٥٣٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية فى عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معاً ، بأن يكون لرجل أخت وابنة عم ، إحداهما رضيعة المتزوج، فيقول له : زوجتكهما معاً. فيقبل ذلك. فالمنصوص ههنا صحة نكاح الأجنبية . ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة ، وقيل فيه روايتان .

إحداهما : يفسد فيهما ، وهو أحد قولى الشافعى ، واختيار أبى بكر ، لأنها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراماً ، فلم تصح كما لو جمع بين أختين .

والثانية : يصح فى الحرة ، وهى أظهر الروايتين وهذا قول مالك ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر عن أهله ، لم يجتمع معها فيه مثلها ، فصح كما لو انفردت به ،

وفارق العقد على الأختين ، لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى ، وههنا قد تعينت التى بطل النكاح فيها ، فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه . وفيه وجه آخر : أن لها نصف المسمى ، وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد ، هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتى ذكرهما إن شاء الله .

٥٣٠٥ (فصـــــل)

ولو تزوج يهودية ومجوسية، أو محللة ومحرمة فى عقد واحد، فسد فى المجوسية والمحرمة . وفى الأخرى وجهان . وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد فى الأمة ، وفى الحرائر وجهان ، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الحرتين ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما ، لأن الجمع بينهما محرم ، فلم يصح فيهما كالأختين .

٥٣٠٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا اشترى أختين فأصاب إحداهما لم يصب الأخرى حتى تحــرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ، ويعــلم أنها ليست بحامل . فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الأولى ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ستة :

٥٣٠٧ الفصل الأول

أنه يجوز الجمع بين الأختين فى الملك بغير خلاف بين أهل العلم ، وكذلك بينها وبين عمتها وخالتها . ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها ، لأن الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية . والمعتدة والمزوجة ، والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة .

٥٣٠٨ الفصل الثانى

أنه لا يجوز الجمع بين الأختين من إمائه فى الوطء . نص عليه (أحمد)[١] فى رواية الجماعة . وكرهه عمر ، وعثمان ، وعلى ، وعمار ، وابن عمر ، وابن مسعود . وممن قال بتحريمه : عبيد الله بن عبدالله بن عتبة ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، ومالك ، والأوزاعى ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وروى عن ابن عباس أنه قال: «أحلتهما آية ، وحرمتهما آية ، ولم أكن لأفعله » . ويروى ذلك عن علىّ أيضاً ، يريد بالمحرمة قوله : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلأُخْتَيْنِ [٢] » وبالمحللة قوله تعــالى : « إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَــانُهُمْ [٣] »

(١) الكلمة ساقطة من المخطوطات التى بين أيدينا .
(٢) سورة النساء آية ٢٣ (٣) سورة النساء آية ٦

وقد روى ابن منصور عن أحمد ، وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين ، أحرام هو ؟ قال : لا أقول حرام ، ولكن ننهى عنه . فظاهر هذا [1] أنه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر : لا يحرم استدلالا بالآية المحللة ، لأن حكم الحرائر فى الوطء مخالف لحكم الإماء . ولهذا تحرم الزيادة على أربع فى الحرائر ، وتباح فى الإماء بغير حصر ، والمذهب تحريمه للآية المحرمة ، فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعاً ، بدليل أن سائر المذكورات فى الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن ، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن ، وهذه منهن ، ولأنها امرأة صارت فراشاً فحرمت أختها كالزوجة .

٥٣٠٩ الفصل الثالث

أنه إذا كان فى ملكه أختان فله وطء إحداهما ، فى قول أكثر أهل العلم ، وقال الحكم وحماد : لا يقرب واحدة منهما ، وروي ذلك عن النخعى ، وذكره أبو الخطاب مذهباً لأحمد .

ولنا : أنه ليس يجمع بينهما فى الفراش ، فلم يحرم كما لو كان فى ملكه إحداهما فقط .

٥٣١٠ الفصل الرابع

أنه إذا وطىء إحداهما فليس له وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج ، هذا قول على ، وابن عمر ، والحسن ، والأوزاعى ، وإسحاق ، والشافعى ، فإن رهنها لم تحل له أختها ، لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ، ولهذا يحل له بإذن المرتهن فى وطئها ، ولأنه يقدر على فكها متى شاء ، واسترجاعها إليه ، وقال قتادة : إن استبرأها حلت له أختها ، لأنه قد زال فراشه ، ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى ، فأشبه مالو زوجها .

ولنا : قول على وابن عمر ، ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له ، فأشبه ما لوطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ، ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا يأمن عوده إليها ، فيكون ذلك ذريعة إلى الجمع بينهما ، وإن حرم إحداهما على نفسه لم تبح الأخرى ، لأن هذا لا يحرمها إنما هو يمين ، يُكَفِّر ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض متى شاء أزاله بالكفارة ، فهو كالحيض والنفاس والإحرام والصيام ، وإن كاتب إحداهما فظاهر كلام الخرقى : أنه لا تحل له الأخرى ، وقال أصحاب الشافعى : تحل له الأخرى ، لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على دفعه ، فأشبه التزويج .

ولنا : أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما ، فلم تبح له أختها كالمرهونة .

---

(١) فى المطبوعة وظاهر هذا .

٥٣١١ الفصل الخامس

أنه إذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرىء المخرجة ، ويعلم براءتها من الحمل ، ومتى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها ، لأنه يكون جامعاً ماءه فى رحم أختين ، بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها .

٥٣١٢ (فصل)

فإن وطىء أمتيه الأختين معاً فوطء الثانية محرم ، ولا حد فيه ، لأن[1] وطئه فى ملكه ، ولأنها مختلف فى حكمها[2] وله سبيل إلى استباحتها ، بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ، ولا يحل له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى ويستبرئها . وقال القاضى ، وأصحاب الشافعى : الأولى باقية على الحل ، لأن الوطء الحرام لا يحرم الحلال ، إلا أن القاضى قال : لا يطؤها حتى يستبرىء الثانية .

ولنا : أن الثانية قد صارت فراشا له ، يلحقه نسب ولدها ، فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم : إن الحرام لا يحرم الحلال ، ليس بخبر صحيح ، وهو متروك بما لو وطىء الأولى فى حيض أو نفاس أو إحرام حرمت عليه أختها ، وتحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد ، وكذلك لو وطىء امرأة بشبهة فى هذا الحال . ولو وطىء امرأة حرمت عليه ابنتها ، سواء وطئها حراما أو حلالا .

٥٣١٣ الفصل السادس

أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ، ثم عادت الأولى إلى ملكه ، فليس له وطء إحداهما ، حتى تحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج ، نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعى لا يحرم عليه واحدة منهما ، لأن الأولى لم تبق فراشاً فأشبه ما لو وطىء أمة ثم اشترى أختها.

ولنا : أن هذه صارت فراشاً، وقد رجعت إليه التى كانت فراشاً ، فحرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً ، كما لو انفردت به .

فأما إن استفرش أمة واشترى أختها ، فإن المشتراة لم تكن فراشاً له ، بل هى محرمة عليه بافتراش أختها . ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ، ثم عادت إليه قبل وطء أختها ، فهى حلال له ، وأختها محرمة عليه ، لأن أختها فراشه .

٥٣١٤ (فصل)

وحكم المباشرة من الإماء فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة[3] فيما يرجع إلى تحريم الأخت

---

(١) فى المطبوعة : ولأن . (٢) فى المخطوطة ١٨ : ٢٢ فى حلها . (٣) فى المخطوطة ١٨ لشهوة .

كحكمه فى تحريم الربيبة ، والصحيح أنه لا يحرم ، لأن الحل ثابت بقوله : « إلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيمَانُكُمْ » ومخالفة ذلك إنما ثبتت بقوله : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْن » والمراد به : الجمع فى العقد أو الوطء ، ولم يوجد واحد ، منهما ، ولا مافى معناهما .

٥٣١٥ (فصـــل)

وإن وطىء أمته ثم أراد نكاح أختها ، فقد سئل أحمد عن هذا فقال : لا يجمع بين الأختين الأمتين . فيحتمل أنه أراد : أن النكاح لا يصح ، وهى إحدى الروايات عن مالك . قال القاضى : هو ظاهر كلام أحمد ، لأن النكاح تصير به المرأة فراشاً ، فلم يجز أن ترد على فراش الأخت كالوطء ، ولأنه فعل فى الأخت ما ينافى إباحة أختها المفترشة ، فلم يجز كالوطء .

ويحتمل : أن يصح النكاح ، ولا تباح المنكوحة حتى تحرم أختها ، وهو مذهب أبى حنيفة . قال أبو الخطاب : وهو ظاهر كلام أحمد ، لأنه سبب يستباح به الوطء، فجاز أن يرد على وطء الأخت . ولا يبيح كالشراء . وقال الشافعى : يصح النكاح ، وتحل له المنكوحة ، وتحرم [عليه] أختها، لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين ، فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى .

ووجه الأول : ما ذكرنا، ولأن وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعلة الجمع ، فمنع صحة نكاحها كالزوجية ، ويفارق الشراء فإنه لا يقصد به الوطء ، ولهذا صح شراء الأختين ، ومن لا يحل له ، وقولهم : النكاح أقوى من الوطء ممنوع ، وإن سلم فالوطء أسبق ، فيقدم ، ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما ينافيه ، كالعدة تمنع ابتداء نكاح الأخت ، وكذلك وطء الأمة يحرم نكاح ابنتها وأمها ، ولأن هذا بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها ، لكونه لم يستبرىء الموطوءة .

٥٣١٦ (فصـــل)

فإن زوج الأمة الموطوءة ، أو أخرجها عن ملكه ، فله نكاح أختها ، فإن عادت الأمة إلى ملكه فالزوجية بحالها ، وحلها باق ، لأن النكاح صحيح ، وهو أقوى ولا تحل له الأمة . وعنه : أنه ينبغى أن تحرم إحداهما ، لأن أمته التى كانت فراشاً قد عادت إليه ، والمنكوحة مستفرشة . فأشبه أمتيه التى وطىء إحداهما بعد تزويج الأخرى ، ثم طلق الزوج أختها ، وإن تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له ، لأن النكاح كالوطء ، فأشبه مالو وطىء أمته ثم اشترى أختها ، فإن وطىء أمته حرمت عليه حتى يستبرىء الأمة ، ثم تحل له زوجته دون أمته ، لأن النكاح أقوى وأسبق ، وإنما وجب الاستبراء لئلا يكون جامعاً لمائه فى رحم أختين . ويحتمل أن يحرما عليه جميعاً حتى يحرم إحداهما كالأمتين .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٤

٥٣١٧ ﴿ مســــألة ﴾

قال رحمه الله ﴿ وعمة الأم وخالتها فى ذلك كأختها ﴾

يعنى فى تحريم الجمع بينهما فى الوطء ، والتفصيل فيهما كالتفصيل فى الأختين على ما ذكرنا .

٥٣١٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها ﴾

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزا لا بأس به ، فعله عبد الله بن جعفر ، وعبد الله بن صفوان بن أمية . وبه قال سائر الفقهاء ، إلا الحسن ، وعكرمة ، وابن أبى ليلى ، رويت عنهم كراهيته ، لأن إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الأخرى . فأشبه المرأة وعمتها .

ولنا : قول الله تعالى : « وأحلَّ لكُم ما وراء ذلكم » ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الأجنبيتين ، ولأن الجمع حرم خوفا من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ، ولا قرابة بين هاتين ، وبهذا يفارق ما ذكروه .

٥٣١٩ (فصــــل)

ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ، ولها بنت من غيره ، أو كان له بنت ولها ابن ، جاز تزويج أحدهما من الآخر فى قول عامة الفقهاء . وحكى عن طاوس كراهيته إذا كان ممن ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها . والأول أولى لعموم الآية ، والمعنى الذى ذكرناه ، فإنه ليس بينهما نسب ، ولا سبب يقتضى التحريم ، وكونه أخاً لأختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم ، فبقى على الإباحة لعموم الآية ، ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عماً لولد ولديهما ، وخالا .

٥٣٢٠ (فصــــل)

وإن تزوج امرأة . لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه ، فمتى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم . فإذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الأب ، وولد الأب عم ولد الابن[1] . ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال : يا أمير المؤمنين ، إنى تزوجت امرأة وزوجت ابنى بأمها ، فأخبرنا ، فقال عبد الملك : إن أخبرتنى بقرابة ولدك من ولد ابنك أخبرتك ، فقال الرجل : يا أمير المؤمنين هذا العريان بن الهيثم الذى وليته قائم سيفك إن علم ذلك فلا تخبرنى ، فقال العريان : أحدهما عم الآخر والآخر خاله .

---

(١) فى المخطوطات قدم ولد الأب على ولد الابن : ففى الفقرة تقديم وتأخير .

٥٣٢١ (فصـــل)

وإذا تزوج رجل بامرأة، وزوج ابنه بنتها أو أمها، فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها ، فإن وطء الأول يوجب عليه مهر مثلها، لأنه وطء شبهة ، وينفسخ به نكاحها من زوجها، لأنها صارت بالوطء حليلة ابنه أو أبيه ، ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها ، لأن الفسخ جاء من قبلها ، بتمكينها من وطئها ، ومطاوعتها عليه ، ولا شيء لزوجها على الواطىء ، لأنه لم يلزمه شيء يرجع به ، ولأن المرأة مشاركة فى إفساد نكاحها بالمطاوعة ، فلم يجب على زوجها شيء ، كما لو انفردت به .

ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها ، لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول ، أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع . وينفسخ نكاح الواطىء أيضاً، لأن امرأته صارت أماً لموطوءته أو بنتاً لها ، ولها نصف المسمى ، فأما وطء الثانى فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة ، فإن أشكل الأول انفسخ النكاحان ، ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ، ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ، ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك .

٥٣٢٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلال للمسلمين ﴾

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف فى حل حرائر نساء أهل الكتاب . وممن روى عنه ذلك : عمر ، وعثمان ، وطلحة ، وحذيفة ، وسلمان ، وجابر ، وغيرهم .قال ابن المنذر : ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك ، وروى الخلال بإسناده أن حُذيفة ، وطلحة ، والجارود بن المعلى ، وأذينة العبدى ، تزوجوا نساء من أهل الكتاب ، وبه قال سائر أهل العلم ، وحرمته الإمامية تمسكاً بقوله تعالى : « وَلاَ تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ [1] » ، « وَلاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ [2] » .

ولنا : قول الله تعالى [3] : « الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ — إلى قوله — وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ » وإجماع الصحابة . فأما قوله سبحانه : « ولا تنكحوا المشركات » فروى عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التى فى سورة المائدة ، وكذلك ينبغى أن يكون ذلك فى الآية الأخرى ، لأنهما متقدمتان ، والآية التى فى آخر المائدة متأخرة عنهما. وقال آخرون

---

(١) سورة البقرة آيه ٢٢١
(٢) سورة الممتحنة آية ١٠
(٣) سورة المائدة ٥

ليس هذا نسخاً ، فإن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب ، بدليل قوله سبحانه : « لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِّينَ [(١)] » وقال: « إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ [(٢)] » وقال : « لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا [(٣)] » وقال : « مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ [(٤)] » وسائر آى القرآن يفصل بينهما . فدل على أن لفظة « المشركين » بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب . وهذا معنى قول سعيد بن جبير، وقتادة ، ولأن ما احتجوا به عام فى كل كافرة، وآيتنا خاصة فى حل أهل الكتاب ، والخاص يجب تقديمه .

إذا ثبت هذا : فالأولى ألا يتزوج كتابية ، لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : «طلقوهن»، فطلقوهن إلا حذيفة ، فقال له عمر : طلقها . قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هى خمرة طلقها . قال: تشهد أنها حرام ؟ قال: هى خمرة . قال : قد علمت أنها خمرة ، ولكنها لى حلال ، فلما كان بعد طلقها ، فقيل له : ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أنى ركبت أمراً لا ينبغى لى » . ولأنه ربما مال إليها قلبه فقتلته ، وربما كان بينهما ولد فيميل إليها .

٥٣٢٣ (فصـــــل)

وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم : أهل التوراة والإنجيـــل . قال الله تعالى : « أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا » فأهل التوراة : اليهود والسامرة، وأهل الإنجيل : النصارى ومن وافقهم ، فى أصل دينهم من الإفرنج ، والأرمن ، وغيرهم .

وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً ، فروى عن أحمد أنهم جنس من النصارى ، ونص عليه الشافعى، وعلق القول فيهم فى موضع آخر. وعن أحمد أنه قال : بلغنى أنهم يسبتون [(٥)]، فهؤلاء إذاً يشبهون اليهود . والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود فى أصل دينهم ويخالفونهم فى فروعه فهم ممن وافقوه ، وإن خالفوهم فى أصل الدين فليس هم منهم ، والله أعلم .

وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف إبراهيم وشيث ، وزبور داود ، فليسوا بأهل كتاب ، ولا تحل مناكحتهم ، ولا ذبائحهم . وهذا قول الشافعى ، وذكر القاضى فيهم وجها آخر : أنهم من أهل الكتاب ، وتحل ذبائحهم ونـكاح نسائهم ، ويقرون بالجزية ، لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله . فأشبهوا اليهود والنصارى .

(١) سورة البينة آية ١
(٢) سورة البينة آية ٦
(٣) سورة المائدة آية ٨٣ .
(٤) سورة البقرة آية ١٠٥ .
(٥) رحم الله الإمام أحمد . فلا زالت بقايا هذه النحلة التى عرفها باقية إلى الآن ممثلة فى جماعة الأدفنست ، وشهود يهوه . انظر (الحق يحرركم) من منشورات البهويين . ومنهم البهائية . انظر (الحجج البهية) للجرفادقانى .

ولنا : قول الله تعالى : « أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا[1] » ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لا أحكام فيها ، فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام .

٥٣٢٤ (فصــــل)

وليس للمجوس كتاب ، ولا تحل ذبائحهم، ولا نكاح نسائهم . نص عليه أحمد . وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور، فإنه أباح ذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم: « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ولأنه يروى أن حذيفة « تزوج مجوسية » ولأنهم يقرون بالجزية . فأشبهوا اليهود والنصارى .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ[2] » وقوله : « ولا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ[3] » فرخص من ذلك فى أهل الكتاب، فمن عداهم يبقى على العموم، ولم يثبت أن للمجوس كتابا. وسئل أحمد : أيصح عن على : أن للمجوس كتابا ؟ فقال : هذا باطل . واستعظمه جداً ، ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين ، وقوله عليه السلام : « سُنُّوا بهم سنة أهل الكتاب[4] » دليل على أنه لا كتاب لهم ، وإنما أراد به النبى صلى الله عليه وسلم فى حقن دمائهم، وإقرارهم بالجزية لا غير . وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك فى تحريم دمائهم ، فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم ، فإننا إذا غلّبنا الشبهة فى التحريم فتغليب الدليل الذى عارضته الشبهة فى التحريم أولى ، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية ، وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية ، وقال : أبو وائل يقول : « تزوج يهودية » وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية ، وقال ابن سيرين : كانت امرأة حذيفة نصرانية ، ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ، على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء ، وأما إقرارهم بالجزية فلأننا غلّبنا حكم التحريم لدمائهم ، فيجب أن يغلب حكم التحريم فى ذبائحهم ونسائهم .

٥٣٢٥ (فصــــل)

وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان ، فلا خلاف بين أهل العلم فى تحريم نسائهم وذبائحهم ، وذلك لما ذكرنا من الآيتين، وعدم المعارض لها ، والمرتدة يحرم نكاحها على أى دين كانت، لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذى انتقلت إليه فى إقرارها عليه ، ففى حلها أولى .

(١) سورة الأنعام : آية : ١٥٦
(٢) سورة البقرة آية ٢٢١
(٣) سورة الممتحنة آية ١٠
(٤) أخرجه البزار عن عبد الرحمن بن عوف (ف)

٥٣٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان أحد أبوى الكافرة كتابياً ، والآخر وثنياً ، لم ينكحها مسلم ﴾

وجملته : أنه إذا كان أحد أبوى الكتابية غير كتابى ، لم يحل نكاحها ، سواء كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتداً ، وبهذا قال الشافعى فيما إذا كان الأب غير كتابى ، لأن الولد ينسب إلى أبيه ، ويشرف بشرفه ، وينسب إلى قبيلته ، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان .

ولنا : أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم يجز للمسلم نكاحها ، كما لو كان أبوها وثنياً ، ولأنها مولودة بين من يحل وبين من لا يحل ، فلم يحل كالسِّمْع والبغل . ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها فى عموم الآية المبيحة ، ولأنها كتابية تقر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان ، والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك ، لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنياً ، فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى . والاحتمال الذى ذكرناه ، ثم يتحقق ههنا اعتبار الحال نفسها دون أبيها .

٥٣٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب ، أجبرت على الإسلام ، فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٥٣٢٨ (الفصل الأول)

أن الكتابى إذا انتقل إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه ، لا نعلم فى هذا خلافاً [بين أهل العلم] فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها ، مما يستحسنه ، فالأصلى منهم لا يُقَرّ على دينه ، فالمنتقل إليه أولى ، وإن انتقل إلى [دين] المجوسية لم يُقَرَ أيضاً ، لأنه انتقل إلى أنقص من دينه ، فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد ، فأما إن انتقل إلى دين آخر من [أديان] أهل الكتاب كاليهودى يتنصر ، أو النصرانى يتهوّد ، ففيه روايتان .

إحداها : لا يقر أيضاً ، لأنه انتقل إلى دين باطل ، قد أقر ببطلانه ، فلم يقر عليه كالمرتد .

والثانية : يقر عليه ، نص عليه أحمد . وهو ظاهر كلام الخرقى ، واختيار الخلال[1] وصاحبه ، وقول أبى حنيفة ، لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب . فأشبه المنتقل ، وللشافعى قولان كالروايتين .

فأما المجوسى إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين . وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان ، وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة[2] لعموم قوله عليه السلام : « من بدل

---

(١) فى المخطوطة ـ ٢٠ : واختاره الخلال . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : والمرأة والرجل فيما ذكرنا سواء .

دينه فاقتلوه[1] » . ولعموم المعنى الذى ذكرناه فيهما جميعاً .

٥٣٢٩ (الفصل الثانى)

أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام ، نص عليه أحمد ، واختاره الخلال وصاحبه . وهو أحد أقوال الشافعى ، لأن غير الإسلام أديان باطلة ، قد أقر ببطلانها، فلم يقر عليها كالمرتد ، وعن أحمد : أنه لا يقبل إلا الإسلام أو الدين الذى كان عليه ، لأن دينه الأول قد أقررناه عليه مرة ، ولم ينتقل إلى خير منه ، فنقرّه عليه إن رجع إليه ، ولأنه منتقل من دين يقَر أهله عليه إلى دين لا يقَر أهله عليه ، فيقبل منه الرجوع إليه كالمرتد إذا رجع إلى الإسلام .

وعن أحمد رواية ثالثة : أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء : الإسلام ، أو الرجوع إلى دينه الأول ، أو دين يقر أهله عليه ، لعموم قوله تعالى : « حَتَّى يُعْطُوا الجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ »[2] . وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقلنا : لا يقر . ففيه الروايتان . إحداهما : لا يقبل منه إلا الإسلام . والأخرى : لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذى كان عليه .

٥٣٣٠ (الفصل الثالث)

فى صفة إجباره على ترك ما انتقل إليه . وفيه روايتان

إحداهما : أنه يقتل إن لم يرجع ، رجلا كان أو امرأة ، لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولأنه ذمىّ نقض العهد ، فأشبه ما لو نقضه بترك التزام الذمة . وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين[3] .

أحدهما : يستتاب ، لأنه يُسترجَع عن دين باطل انتقل إليه ، فيستتاب كالمرتد .

والثانى : لا يستتاب ، لأنه كافر أصلى أبيح قتله ، فأشبه الحربى . فعلى هذا إن بادر وأسلم أو رجع إلى مايقر عليه عصم دمه ، وإلا قتل .

والرواية الثانية : عن أحمد ، قال : إذا دخل اليهودى فى النصرانية رددته إلى اليهودية ، ولم أدعه فيما انتقل إليه ، فقيل له : أتقتله ؟ قال : لا ، ولكن يضرب ويحبس ، قال : وإن كان نصرانياً أو يهودياً فدخل فى المجوسية كان أغلظ ، لأنه لا تؤكل ذبيحته ، ولا تنكح له امرأة ، ولا يترك حتى يرد إليهما ، فقيل له : تقتله إذا لم يرجع ؟ قال : إنه لأهلُ ذلك[4] ، وهذا نص فى أن الكتابى المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل ، بل يكره بالضرب والحبس .

---

(١) أخرجه البخارى وأحمد وأبو داود والترمذى والنسائى عن ابن عباس (ف) .

(٢) سورة التوبة . آية ٢٩ .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : فيه وجهان .

(٤) فى المخطوطة ٢٠ : لأهل لذلك .

٥٣٣١ الفصل الرابع

أن امرأة المسلم الذمية إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهى كالمرتدة ، لأنه غير دين أهل الكتاب، فهى كالمرتدة ، لأن غير دين أهل الكتاب لايحل نكاح نسائهم ، فمتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها فى الحال ، ولا مهر لها ، لأن الفسخ من قبلها . وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة فى إحدى الروايتين ، والأخرى : ينفسخ فى الحال أيضاً .

٥٣٣٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٥٣٣٣ أحدهما

أن أمته الكتابية حلال له ، وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن ، فإنه كرهه ، لأن الأمة الكتابية يحرم نكاحها، فحرم التسرى بها كالمجوسية .

ولنا : قول الله تعالى : « إلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيمانُهُمْ فإنَّهمْ غَيرُ مَلُومِين [(١)] » ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم ، فحل له التسرى بها كالمسلمة ، فأما نكاحها فيحرم ، لأن فيه إرقاق ولده ، وإبقاءه مع كافرة ، بخلاف التسرى :

٥٣٣٤ الفصل الثانى

أن من حرُم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب ، لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين فى قول أكثر أهل العلم ، منهم : مُرَّة الهمدانى ، والزهرى ، وسعيد بن جبير ، والأوزاعى ، والثورى ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى . قال ابن عبد البر : [جرى] على هذا جماعة فقهاء الأمصار ، وجمهور العلماء ، وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافاً ، ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس . ووجه قوله عمومُ قوله تعالى « والْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّساءِ إلاّ ما ملكَتْ أيمانُكمُ [(٢)] » . والآية الأخرى.

---

(١) سوره المؤمنون : آية ٦ .

(٢) الآية من سورة النساء رقم ٢٤ . والحديث الآتى فى سببها رواه ابن جرير بخمسة أسانيد ، وتختلف المتون عما هنا اختلافاً يسيراً. وفيها : فكأن ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتأثمون من غشيانهن من أجل أزواجهن ، فنزلت الآية : انظر (مجمع البيان ٤/٨ دار المعارف ، وكذلك انظر مسند الإمام أحمد ٣/٧٢ حلبية. ومخطوطة إرشاد الرحمن للأجهورى فى أسباب نزول الآية) .

وروى أبو سعيد : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين بعثاً قِبَل أوطاس فأصابوا منهم سبايا ، وكأن ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهن من المشركين ، فأنزل الله عز وجل فى ذلك : « والمحصناتُ من النساءِ إلا ما ملكتْ أيمانكُم » . قال : « فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن » . وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى سبايا أوطاس : « لا تُوطَأُ حاملٌ حتى تضع ، ولا غيرُ ذاتِ حمل حتى تحيض حَيْضة » . رواهما أبو داود ، وهو حديث صحيح . وهم عبدة أوثان . وهذا ظاهر فى إباحتهن ، ولأن الصحابة فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم كان أكثر سباياهم من كفار العرب ، وهم عبدة أوثان ، فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ، ولا نقل عن النبى صلى الله عليه وسلم تحريمهن ، ولا أمر الصحابة باجتنابهن . وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبى نَفَلها إياه ، وأخذ عمر وابنه من سبى هوزان ، وغيرهما من الصحابة ، والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبى بنى حنيفة ، وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن ، وهذا ظاهر فى إباحتهن، لولا اتفاق أهل العلم على خلافه ، وقد أجيب عن حديث أبى سعيد بأجوبة . منها : أنه يحتمل أنهن أسلمن ، كذلك روى عن أحمد ، أنه سأله محمد بن الحكم قال : قلت لأبى عبدالله : هوازن ، أليس كانوا عبدة أوثان ؟ قال : لا أدرى كانوا أسلموا أولا ؟ وقال ابن عبد البر : إباحة وطئهن منسوخة بقوله تعالى : « وَلاَ تَنكِحُوا المُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ »(١) .

٥٣٣٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية ﴾

لأن الله تعالى قال : « مِنْ فَتَيَاتِكُمُ المُؤْمِنَاتِ » هذا ظاهر مذهب أحمد ، رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن ، والزهرى ، ومكحول ، ومالك ، والشافعى ، والثورى ، والأوزاعى ، والليث ، وإسحاق ، وروى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، ومجاهد ، وقال أبو ميسرة ، وأبو حنيفة : يجوز للمسلم نكاحها ، لأنها تحل [له] بملك اليمين ، فحلت بالنكاح كالمسلمة .

ونقل ذلك عن أحمد ، قال : لا بأس بتزويجها ، إلا أن الخلال رد هذه الرواية وقال : إنما توقف أحمد فيها(٢) ، ولم ينفذ له قول . ومذهبه : أنها لا تحل ، لقول الله تعالى : « فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » فشرط فى إباحة نكاحهن الإيمان ، ولم يوجد . وتفارق المسلمة ، لأنه لا يؤدى إلى استرقاق الكافرة ولدها ، لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة ، والكافرة تكون ملكاً لكافر ، ويقر ملكه عليها ، وولدها

(١) سورة البقرة . آية ٢٢١ . (٢) فى المخطوطة ١٨ : توقف فيها أحمد .

مملوك لسيدها ، ولأنه عقد اعتوره نقصان[١] ، نقص الكفر ، والملك . فإذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر ، وعدم الكتاب لم يبح نكاحها . ولا فرق بين الحر والعبد فى تحريم نكاحها ، لعموم ما ذكرناه من الدليل ، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه ، حرم على العبد كالمجوسية .

٥٣٣٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا لحرّ مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا ألا يجد طولا لحرة مسلمة ، ويخاف العنت ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى شيئين :

أحدهما : أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان : عدم الطول ، وخوف العنت . وهذا قول عامة العلماء ، لا نعلم بينهم اختلافا فيه ، والأصل فيه: قول الله سبحانه : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً »[٢] الآية . والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل ، لقول الله تعالى : « وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ » .

والثانى : إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحرّ . روى ذلك عن جابر ، وابن عباس ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، ومكحول ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وقال مجاهد : مما وسع الله على هذه الأمّة نكاح الأَمَة وإن كان موسراً ، وبه قال أبو حنيفة . إلا أن يكون تحته حرة ، لأن القدرة على النكاح لا تمنع النكاح ، كما يمنعه وجود النكاح ، كنكاح الأخت والخامسة . وقال قتادة والثورى : إذا خاف العنت حلّ له نكاح الأمة . وإن وجد الطَّوْل ، لأن إباحتها لضرورة خوف العنت[٣] ، وقد وجدت ، فلا تندفع إلا بنكاح الأمة ، فأشبه عادم الطول .

ولنا : قول الله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ — إلى قوله — ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ » فشرط فى نكاحها : عدم استطاعة الطول ، فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم فى كفارة الظهار مع عدم استطاعة الإعتاق ، ولأن فى تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه ، فلم يجز ، كما لو كان تحته حرة ، وقياسهم ليس بصحيح ، فإن نكاح الخامسة والأخت ، إنما حرم لأجل الجمع[٤] ، وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعاً ، والعلة ههنا : هو الغنى عن إرقاق ولده ، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة .

وأما من يجد الطول ويخاف العنت ، فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة ، أو غائبة ، أو مريضة لا يمكن وطؤها ، أو وجد مالاً ولم يتزوج لقصور نسبه ، فله نكاح الأمة ، لأنه عاجز عن حرة تعفه ، وإن

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : اعتراه نقصان . (٢) سورة النساء آية ٢٥

(٣) فى المخطوطة ٢٠ : لخوف العنت . (٤) فى المخطوطة ١٨ : إنما حرم بالجمع .

كانت الحرة فى حبالة غيره ، فله نكاح أمة . نص عليه أحمد فى الغائبة ، وهو ظاهر مذهب الشافعى . وقال بعضهم : لا يجوز لوجدان الطول .

ولنا : أنه غير مستطيع الطول إلى حرة تعفه ، فأشبه من لا يجد شيئاً ، ألا ترى أن الله سبحانه جعل ابن السبيل الذى له اليسار فى بلده فقيراً لعدم قدرته عليه فى الحال ؟ فإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها ، فليس بخائف العنت .

٥٣٣٧ (فصــل)

وإن قدر على تزويج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الأمة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وذكر وجهاً آخر : أنه يجوز، لقول الله تعالى : «ومن لم يستطعْ منكمْ طولاً أن ينكحَ المحصناتِ المؤمنات» وهذا غير مستطيع لذلك .

ولنا : قول الله تعالى : « ذلكَ لمنْ خشيَ العنتَ منكمْ » وهذا غير خائف له ، ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق ، فلم يجز له إرقاقه ، كما لو قدر على نكاح مؤمنة .

٥٣٣٨ (فصــل)

ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعفّ بها ، لم يجز له نكاح أمة . لا نعلم فى هذا خلافاً [بين أهل العلم] ، ولا فرق بين الكتابية والمسلمة فى ذلك ، لما ذكرنا من قبل .

٥٣٣٩ (فصــل)

فإن لم يجد طولا ، لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه ، لأن عليه ضرراً فى بقاء الدَّيْن فى ذمته ، ولصاحبه[1] مطالبته به فى الحال. وكذلك إن رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بُضعها، لأن لها مطالبته بعوضه . وكذلك إن بذل له باذل أن يزنه عنه ، أو يهبه إياه لم يلزمه قبوله ، لما عليه من ضرر المِنّة ، وله فى ذلك كله نكاح الأمة .

وإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به ، لم يكن له نكاح الأمة ، وقال أصحاب الشافعى : له ذلك ، كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة عن ثمن المثل ، فله التيمم . ولنا : قول الله تعالى : « فمن لم يستطعْ منكمْ طولاً » وهذا مستطيع ، ولأنه قادر على نكاح حرة[2] بما لا يضره ، فلم يجز له إرقاق ولده ، كما لو كان بمهر مثلها . ولا نسلم ما ذكروه فى التيمم ، ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين . أحدهما : أن التيمم رخصة عامة . وهذا أبيح للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة .

---

(١) فى أصولنا « ولصاحبته » — والسياق يقتضى ما أثبتناه » .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : على نكاح الحرة .

والثانى : أن التيمم يتكرر ، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضى إلى الإجحاف به ، وهذا لا يتكرر، فلا ضرر فيه .

٥٣٤٠ (فصـــل)

وإن كان فى يده مال ، فذكر أنه معسر ، وأن المال لغيره . فالقول قوله ، لأنه حكم بينه وبين الله تعالى ، فقبل قوله فيه ، كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الأمة ثم أقر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما ، لأنه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت ، فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد ، فلا مهر ، وإن كذبه فله نصف المسمى ، لأنه يدعى صحة النكاح والأصل معه . وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ، إلا أن يكون مهر المثل أكثر ، فعلى قول من أوجب مهر المثل فى النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لإقراره به ، فإن كان المسمى أكثر وجب ، وللسيد ألا يصدقه فيما قال ، فيكون له من المهر ما يجب فى النكاح الفاسد ، وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين .

٥٣٤١ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومتى عقد عليها وفيه الشرطان : عدم الطول ، وخوف العنت ، ثم أيسر لم ينفسخ النكاح ﴾

هذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب الشافعى ، وفى المذهب وجه آخر : أنه يفسد النكاح ، وهو قول المزنى[1] لأنه إنما أبيح للحاجة ، فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته ، كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة . فإذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا : أن فقد الطول أحد شرطى إباحة نكاح الأمة ، فلم تعتبر استدامته كخوف العنت . ويفارق أكل الميتة ، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل ، وهذا لا يبتدىء النكاح ، إنما يستديمه ، والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه ، بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته .

٥٣٤٢ (فصـــل)

وإن تزوج على الأمة حرة صح ، وفى بطلان نكاح الأمة روايتان :

إحداهما : لا يبطل ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وروى معنى ذلك عن علىّ رضى الله عنه .

والروايه الثانية : ينفسخ نكاح الأمة ، وهو قول ابن عباس ، ومسروق ، وإسحاق ، والمزنى . ووجه الروايتين ما تقدم فى المسألة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : وبه قال المزنى .

وقال النخعى : إن كان له من الأمة ولد لم يفارقها ، وإلا فارقها ، ولا يصح ، لأن ما كان مبطلا للنكاح فى غير ذات الولد أبطله فى ذات الولد كسائر مبطلاته ، ولأن ولده منها مملوك لسيدها، ونفقته عليه. وقد استدل على بقاء النكاح بما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين ، والأمة ليلة ، فإنه لو بطل نكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه ، فإن القدرة على المُبدل كاستعماله بدليل المـاء مع التراب .

٥٣٤٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ وله أن ينكح من الإماء أربعاً إذا كان الشرطان فيه قائمين ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى إباحة أكثر من أمة إذا لم تعفه .

فعنه أنه قال : إذا خشى العنت تزوج أربعا ، إذا لم يصبر كيف يصنع ؟ وهذا قول الزهرى،والحارث العكلى ، ومالك ، وأصحاب الرأى .

والرواية الثانية : قال أحمد : لا يعجبنى أن يتزوج إلا أمةً واحدة ، يذهب إلى حديث[1] ابن عباس، وهو ماروى عن ابن عباس : أن الحر لا يتزوج من الإماء إلا واحدة،وقرأ : «ذلكَ لمن خشِى العنت منكمُ» وبه قال قتادة ، والشافعى ، وابن المنذر . لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت .

ووجه الأولى قوله تعالى : « ومنْ لم يستطعْ منكم طولاً » الآية . وهـذا داخل فى عمومها ، ولأنه عادمٌ للطول،خائف للعنت ، فجاز له نـكاح أمة كالأولى ، وقولهم : لا يخشى العنت ، قلنا : الـكلام فيمن يخشاه ، ولا نبيحه إلا له . وقول ابن عباس يُحْمَل على من لم يخش العنت ، فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد .

وإن تزوج حرة فلم تعفه[2] . فذكر فيها أبو الخطاب روايتين، مثل نـكاح الأمة فى حق من تحته أمة لم تعفه لمـا ذكرنا . وإن كانت الحرة تعفه ، فلا خلاف فى تحريم نكاح الأمة ، وإن نـكح أمة تعفه لم يكن له أن ينـكح أخرى . فإن نـكحها فنكاحها باطل ، لأنه يبطل فى إحداها وليست إحداها بأولى من من الأخرى . فبطل كما لو جمع بين أختين .

٥٣٤٤ (فصـــــل)

وللعبد أن ينكح الأمة وإن فقد فيه الشرطان ، لأنه مساو لها ، فلم يعتبر فيـه هذان الشرطان كالحر

(١) فى المخطوطة ١٨ ذهاباً إلى حديث ابن عباس

(٢) أى : لم تشبع رغبته ، أو كان بها عيب منفر .

مع الحرة ، وله نكاح أمتين معاً ، وواحدة بعد واحدة ، لأن خشية العنت غير مشروطة فيه ، وإن تزوج حرة وقلنا : ليست الحرية شرطاً فى نـكاح الحرة ، فهل ينكح أمة ؟ فيه روايتان :

إحداهما : له ذلك ، وهو قول مالك والشافعى ، لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نـكاحها عدم الحرة ، كالحر مع الحرة ، ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما فى حق الحرة .

والثانية ، لا يجوز ، وهو قول الشافعى ، وأصحاب الرأى ، لأنه يروى عن سعيد بن المسيب ، أنه قال : تنـكح الحرة على الأمة ، ولا تنـكح الأمة على الحرة ، ولأنه مالك لبضع حرة ، فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر ، وإن عقد النـكاح عليهما جميعاً صح فيهما ، لأن كل واحـدة يجوز إفرادها بالعقد ، فجاز بالجمع بينهما كالأمتين .

٥٣٤٥ (فصـل)

وإذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نـكاحها إلا بشرطين .

أحدهما : انقضاء عدتها ، فإن حملت من الزنا فقضاء عدتها بوضعه ، ولا يحل نـكاحها قبل وضعه ، وبهذا قال مالك ، وأبو يوسف ، وهو إحدى الروايتين عن أبى حنيفة ، وفى الأخرى قال : يحل نكاحها ويصح ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه وطء لا يلحق به النسب[(١)] فلم يحرم النـكاح كما لو لم تحمل .

ولنا ، قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من كان يؤمنُ بالله واليوم ِ الآخِر فلا يسْقِى ماؤه زرعَ غيره[(٢)] » يعنى وطء الحوامل ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تُوطأ حاملٌ حتى تضعَ[(٣)] » صحيح ، وهو عام ، وروى عن سعيد بن المسيب : « أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها . وجدها حبلى ، فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، ففرق بينهما ، وجعل لها الصداق وجلدها مائة . رواه سعيد. ورأى النبى صلى الله عليه وسلم امرأة مُجِحًّا[(٤)] على باب فُسْطَاط ، فقال : « لعله يريد أن يلم بها ؟ قالوا نعم . قال : لقد هممت أن ألعنه لعناً يَدْخُلُ معه قبره . كيف يستخدمه وهو لا يحل له[(٥)] ؟ أم كيف يورثه وهو لا يحـل له ؟ » أخرجه مسلم ، ولأنها حامل من غيره ، فحرم عليه نـكاحها كسائر الحوامل .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : لا يلحق به نسب . (٢) أخرجه أبو داود عن رويفع بن ثابت (ف)

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن أبى سعيد (ف)

(٤) مسلم عن محمد بن المثنى ، من حديث أبى الدرداء . وفيه : أنه أتى بامرأة مجح . وكلمة (أم) ليست فيه ، وقدم « كيف يورثه ، . . » على « كيف يستخدمه .. » انظر الصحيح ٢ /١٠٦٦) والمجح : قريبة الولاده .(ف)

(٥) المقصود : أنها قد تتأخر فى الولادة لمدة يحتمل كون الولد منهما . فعلى أنه من الأول لو استلحقه السابى لورثه، مع أنه ليس منه . وعلى أنه من السابى كيف يتملـكه ويستخدمه استخدام العبيد مع أنه منه . فيجب الامتناع عن وطئها خوفاً من هذا المحظور (ف) .

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة، وحرم عليها النكاح فيها، لأنها فى الأصل لمعرفة براءة الرحم، ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا، فيكون نكاحها باطلا، فلم يصح كالموطوءة بشبهة، وقال أبو حنيفة والشافعى : لا عدة عليها، لأنه وطء لا تصير به المرأة فراشاً، فأشبه وطء الصغير .

ولنا : ما ذكرناه، لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل، فغيرها أولى، لأن وطء الحامل لا يفضى إلى اشتباه النسب، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول، ويحتمل أن يكون من الثانى، فيفضى إلى اشتباه الأنساب، فكان بالتحريم أولى، ولأنه وطء فى القُبل، فأوجب العدة كوطء الشبهة، ولا تسلم وطء الصغير الذى يمكن منه الوطء

والشرط الثانى [(١)] : أن تتوب من الزنا . قاله قتادة، وإسحاق، وأبو عبيد، وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعى : لا يشترط ذلك، لما روى أن عمر ضرب رجلا وامرأة فى الزنا، وحرص أن يجمع بينهما، فأبى الرجل وروى أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : « يجوز، أرأيت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟ » .

ولنا : قول الله تعالى: « الزَّانيةُ لا يَنْكِحُهَا إلا زَانٍ أوْ مُشْرِكٌ — إلى قوله — وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ » وهى قبل التوبة فى حكم الزنا، فإذا تابت زال ذلك، لقول النبى صلى الله عليه وسلم: « التائبُ من الذنبِ كمنْ لا ذَنْبَ له » وقوله : « التَوْبة تمحو الْحَوْبَة » وروى : أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها:عناق، فدعته إلى نفسها فلم يجبها، فلما قدم المدينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنكح عناقا ؟ فلم يجبه، فأنزل الله تعالى : « الزَّانِى لا يَنْكِحِ إلاَ زانية أومُشْرِكَةً والزَّانِيَةُ لا يَنْكِحُها إلاّ زَانٍ أو مُشْرِكٌ » فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فتلا عليه الآية، وقال : لا تنكحها[(٣)] » ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولد غيره، وتفسد فراشه، فأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان، ولا تعرض له لمحل النزاع .

---

(١) أى من شروط إباحة نكاح المرأة التى علم منها الزنا . (٢) أخرجه ابن ماجة عن ابن مسعود (ف) .

(٣) أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى والحاكم من حديث عمرو بن شعيب بن محمد بن عبدالله بن عمرو بن العاص، عن أبيه عن جده عبد الله (ف) — وأخرجه الطبرى بتمامه بسنده إلى عمرو بن شعيب أيضاً . ومرثد هذا كان يقال له «دلدل». وكان يفد إلى مكة ليحمل ضعاف المسلمين. وروى الطبرى أن الآية نزلت فى رجل استأذن النبى صلى الله عليه وسلم فى امرأة يقال لها: أم مهزول كانت تسافح. وروى أنها نزلت فى نساء بغايا فى الجاهلية كان على أبوابهن رايات مثل البيطار يعرفن بها . انظر (مجمع البيان ١٨/٧١ ، ٧٢) وفى رواية النسائى أن عناقاً نادت : يا أهل الخيام، هذا الذى يحمل أسراكم من مكة إلى المدينة . قال : فسلكت الخندمة فطالعنى ثمانية حتى قاموا على رأسى فبالوا، فتطاير بولهم على وأعماهم الله عنى . انظر (السنن ٢/٧١ ، ٧٢ ميمنية) .

إذا ثبت هذا ، فإن عدة الزانية كعدة المطلقة ، لأنه استبراء لحرة ، فأشبه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن أبي موسى أنها تُسْتَبْرَأُ بحيضة ، لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح ، فأشبه استبراء أم الولد إذا عتقت .

وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والإقلاع عن الذنب ، كالتوبة من سائر الذنوب . وروى عن ابن عمر أنه قيل له : كيف تعرف توبتها ؟ قال : يريدها على ذلك ، فإن طاوعته فلم تتب ، وإن أبت فقد تابت ، فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعا له ، والصحيح الأول ، فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ، ويطلبه منها ، ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة ، ولا تحل الخلوة بأجنبية ، ولو كان في تعليمها القرآن ، فكيف تحل في مراودتها على الزنا ؟ ثم لا يأمن إن أجابته إلى ذلك أن تعود إلى المعصية ، فلا يحل التعرض لمثل هذا، ولأن التوبة من سائر الذنوب ، وفي حق سائر الناس ، وبالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه ، فكذلك يكون هذا .

٥٣٤٦ (فصــــل)

وإذا وُجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو بكر ، وعمر ، وابنه ، وابن عباس ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، والزهري ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وروى عن ابن مسعود ، والبراء بن عازب ، وعائشة : أنها لا تحل للزاني بحال ، قالوا : لا يزالان زانيين ما اجتمعا ، لعموم الآية والخبر ، ويحتمل أنهم أرادوا بذلك: ما كان قبل التوبة، أو قبل استبرائها ، فيكون كقولنا . فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح، لقول الله تعالى : (وأُحِلَّ لكُمْ ما وراءَ ذلِكُمْ أنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ)[1]. ولأنها محللة لغير الزاني فحلت له كغيرها .

٥٣٤٧ (فصــــل)

وإن زنت امرأة رجل ، أو زنى زوجها لم ينفسخ النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم ، وبذلك قال مجاهد ، وعطاء ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وعن جابر بن عبد الله : أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما ، وليس لها شيء . وكذلك روى عن الحسن ، وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها ، واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه لتحقيقه الزنا عليها ، فدل على أن الزنا يبنهما .

ولنا : أن دعواه الزنا عليها لا تبينها ، ولو كان النكاح ينفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام ، فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فإنه يقتضي الفسخ بدون الزنا ، بدليل أنها إذا لاعنته

(١) سورة النساء . آية : ٢٤

فقد قابلته ، فلم يثبت زناها ، ولذلك أوجب النبي صلى الله عليه وسلم الحد على من قذفها ، والفسخ واقع ولكن أحمد استحب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت ، وقال : لا أرى أن يمسك مثل هذه ، وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه ، وتلحق به ولداً ليس منه . قال ابن المنذر : لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم ، فيكون مثل قول أحمد هذا . قال أحمد : ولا يطؤها حتى يستبرئها بثلاث حيض . وذلك لما روى رويفع بن ثابت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم حنين : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره » يعني إتيان الحبالى ، ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب إليه ، والأولى أنه يكفي استبراؤها بالحيضة الواحدة[1] ، لأنها تكفي في استبراء الإماء . وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها ، أو باعتاق سيدها ، فيكفي ههنا . والمنصوص ههنا مجرد الاستبراء ، وقد حصل بحيضة فيكتفي بها .

٥٣٤٨ (فصل)

وإذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحمد : لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن مسعود : أكره أن أطأ أمتي وقد بغت . وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولدٌ جنينٌ لغيره ، قال ابن عبد البر : هذا مجمع على تحريمه . وكان ابن عباس يرخص في وطء الأمة الفاجرة . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء ، أو إذا لم يحصّنها ، أو يمنعها من الفجور ، ومن أباحه بعدها ، فيكون القولان متفقين والله أعلم .

٥٣٤٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن خطب امرأة فلم تسكن إليه فلغيره خطبتها ﴾ .

الخِطبة — بالكسر — خطبة الرجل المرأة لينكحها ، والخُطبة — بالضم — هي حمد الله [تعالى] والتشهد ، ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه ، أو تأذن لوليها في إجابته أو تزويجه ، فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه »[2] . وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك »[3] متفق عليهما ، ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول وإيقاعاً للعداوة بين الناس ، ولذلك نهى النبي صلى

---

(١) في المخطوطة ١٨ : بحيضة واحدة .

(٢) وانظر كذلك (سنن ابن ماجه ١/١٠٠ حلبي) من حديث أبي هريرة ، ثم من حديث ابن عمر . وانظر (سنن النسائي ٢/٧٤) من طريق هارون بن عبد الله والحارث بن مسكين .

(٣) وانظر (سنن النسائي ٢/٧٤) من حديث أبي هريرة .

الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ، ولا نعلم فى هـذا خلافا بين أهل العلم إلا أن قوما حملوا النهى على الـكراهة والظاهر أولى .

القسم الثانى : أن ترده أو لا تركن إليه ، فهذه تجوز خطبتها . لما روت فاطمة بنت قيس : « أنها أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، انكحى أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبى صلى الله عليه وسلم بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبى جهم لها ، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرار بها ، فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها ، وكذلك لو عرّض لها فى عدتها بالخطبة فقال : لا تفوتيني بنفسك ، وأشباه هذا ، لم تحرم خطبتها لأن فى قصة فاطمة : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : « لا تفوتينا بنفسك » . ولم ينـكر خطبة أبى جهم ومعاوية لها .

وذكر ابن عبد البر: أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبى ديان . أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله ، وعلى مروان بن الحـكم ، وعلى عبد الله بن عمر ، فدخل على المرأة وهى (جالسة)[1] فى بيتها فقال عمر : إن جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قريش ، وعبد الله بن عمرو وهو من قد علمتِ ، وعمر بن الخطاب . فـكشفت المرأة الستر فقالت : أجادٌّ أمير المؤمنين ؟ فقال : نعم : فقالت : فقد أنـكحت أمير المؤمنين فأنـكحوه . فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة فى الأول .

القسم الثالث : أن يوجـد من المرأة ما يدُل على الرضى والركون تعريضاً لا تصريحا ، كقولها : ما أنت إلا رِضى ، وما عنك رغبة . فهذه فى حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها ، وهـذا ظاهر كلام الخرقى ، وظاهر كلام أحمـد ، فإنه قال : إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب ، والركون يستدل عليه بالتعريض تارة ، وبالتصريح أخرى . وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها ، وهو مذهب الشافعى ، فى الجديد ، لحديث فاطمة حيث خطبها النبى صلى الله عليه وسلم ، وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضى بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها مادل على الرضى أولا ؟

ولنا : عموم قوله عليه السلام : «لايخطب أحدكم على خطبة أخيه » ، ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به ، وسكونها إليه ، فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك . وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه ، فإن فيـه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين .

أحدهما : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها : « لا تسبقيني بنفسك ـ وفى لفظ ـ لا تفوتيني

(٢) الـكلمة ساقطة من المخطوطة ٢٠

بنفسك — وفى رواية — إذا حللت[1] فآذنينى[2] » . فلم تكن لتفتات بالإجابة قبل أن تؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والثانى : أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشيرة له فيهما ، أو فى العدول عنهما إلى غيرهما ، وليس فى الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما . على أنها إنما ذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله ورأيه ، وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما، فجرى ذلك مجرى ردها لهما ، وتصريحها بمنعهما . ومن وجه آخر : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد سبقهما بخطبتها تعريضاً ، بقوله لها ما ذكرنا ، فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لها بخلاف ما نحن فيه .

٥٣٥٠ (فصل)

والتعويل فى الرد والإجابة على الولى إن كانت مجبرة ، وعليها إن لم تكن مجبرة ، لأنها أحق بنفسها من وليها . ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها ، وإن أجاب وليها فرضيت فهو كإجابتها، وإن سخطت فلا حكم لإجابته ، لأن الحق لها ، ولو أجابت الولى فى حق المجبرة فكرهت المجاب ، واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها ، لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وإن كرهته ولم تجز سواه فينبغى أن يسقط حكم الإجابة أيضاً ، لأنه قد أمر باستئمارها ، فلا ينبغى له أن يكرهها على مالا ترضاه ، وإن أجابته ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة ، لأن لها الرجوع ، وكذلك إذا رجع الولى المجبر عن الإجابة زال حكمها ، لأن له النظر فى أمر موليته مالم يقع العقد . وإن لم ترجع هى ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها ، لما روى فى حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك » . رواه البخارى .

---

(١) حديث فاطمة بنت قيس رواه مسلم عن يحيى بن يحيى من حديث فاطمة بنت قيس : أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شىء ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فقال : ليس لك عليه نفقة . فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك ، ثم قال: تلك امرأة يغشاها أصحابى ، اعتدى عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك . فإذا حللت فآذنينى . قالت : فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأباجهم خطبانى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له . انكحى أسامة بن زيد . فكرهته ، ثم قال : انكحى أسامة . فنكحته فجعل الله فيه خيراً ، واغتبطت » (الصحيح ٢/١١١٤ حلبى) .

(٢) رواية «لا تسبقينى بنفسك» رواها مسلم عن محمد بن نافع . ورواية « لا تفوتينا بنفسك» رواها مسلم عن أبى بكر ابن أبى شيبة عن فاطمة بنت قيس (صحيح مسلم ج ٢ . ص ١١١٤ — ١١١٦) (ف) .

٥٣٥١ (فصـــل)

وخطبة الرجل على خطبة أخيه فى موضع النهى محرمة. قال أحمد : لا يحل لأحد أن يخطب فى هذه الحال، وقال أبو جعفر العُكبَرى : هى مكروهة غير محرمة ، وهذا نهى تأديب[1] لا تحريم .

ولنا ظاهر النهى ، فإن مقتضاه التحريم ، ولأنه نهى عن الإضرار بالآدمى المعصوم ، فكان على التحريم، كالنهى عن أكل ماله وسفك دمه ، فإن فعل فنكاحه صحيح ، نص عليه أحمد ، فقال : لا يفرق بينهما ، وهو مذهب الشافعى ، وروى عن مالك ، وداود : أنه لا يصح ، وهو قياس قول أبى بكر ، لأنه قال فى البيع على بيع أخيه : هو باطل ، وهذا فى معناه ووجهه أنه (نكاح)[2] منهى عنه ، فكان باطلا كنكاح الشِّغار

ولنا : أن المحرم لم يفارق العقد ، فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة فى العدة .

٥٣٥٢ (فصـــل)

ولا يكره للولى الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها فى ذلك ، لأن الحق لها ، وهو نائب عنها فى النظر ، لها فلا يكره له الرجوع الذى رأى المصلحة فيه ، كما لو ساوم فى بيع دارها ثم تبين له المصلحة فى تركها ، ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب ، لأنه عقد عمرى[3] يدوم الضرر فيه ، فكان لها الاحتياط لنفسها ، والنظر فى حظها ، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره ، لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول ، ولم يحرم ، لأن الحق بعد لم يلزمهما ، كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها .

٥٣٥٣ (فصـــل)

فإن كان الخاطب الأول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته ، نص عليه أحمد فقال : لا يخطب على خطبة أخيه ، ولا يساوم على سوم أخيه ، إنما هو للمسلمين . ولو خطب على خطبة يهودى أو نصرانى ، أو استام على سَوْمهم لم يكن داخلا فى ذلك ، لأنهم ليسوا بإخوة المسلمين . وقال ابن عبد البر : لا يجوز أيضاً ، لأن هذا خرج مخرج الغالب ، لا لتخصيص المسلم به .

ولنا : أن لفظ النهى خاص فى المسلمين[4] وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله ، وليس الذمى كالمسلم ، ولا حرمته كحرمته ، ولذلك لم تجب إجابتهم فى دعوة الوليمة ونحوها ، وقوله : خرج مخرج الغالب ، قلنا : متى كان فى المخصوص بالذِّكر معنى يصح أن يعتبر فى الحكم لم يجز حذفه ، ولا تَعْدِيَةُ الحكم بدونه . وللأخوة الإسلامية تأثير فى وجوب الاحترام ، وزيادة الاحتياط فى رعاية حقوقه ، وحفظ قلبه ، واستبقاء مودته ، فلا يجوز خلاف ذلك . والله أعلم .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ وهو نهى للتأديب .

(٢) ساقطة من المخطوطة ٢٠

(٣) فى المخطوطة ١٨ : عقد على التأبيد

(٤) فى المخطوطة ٢٠ : خاص بالمسلمين

٥٣٥٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو عرض لها وهى فى العدة بأن يقول : إنى فى مثلك لراغب ، وإن مضى شىء كان ، وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصرِّح ﴾

وجملة ذلك : أن المعتدات على ثلاثة أضرب :[١] معتدة من وفاة ، أو طلاق ثلاث ، أو فسْخ لتحريمها على زوجها ، كالفسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لاتحل بعده لزوجها ، فهذه يجوز التعريض بخطبتها فى عدتها لقول الله تعالى[٢] : « ولا جُناح عليكمُ فيما عرَّضْتُمْ بِهِ مِن خِطْبَةِ النِّساء » ولما روت فاطمة بنت قيس : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً : « إذا حللت فآذنينى — وفى لفظ — لاتسبقينى بنفسك — وفى لفظ — لاتفوتينا بنفسك » : وهذا تعريض بخطبتها فى عدتها ، ولا يجوز التصريح ، لأن الله تعالى لما خص التعريض بالإباحة دل على تحريم التصريح ، ولأن التصريح لايحتمل غير النكاح ، فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها ، والتعريض بخلافه .

القسم الثانى : الرجعية . فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح ، لأنهـا فى حكم الزوجات ، فهى كالتى فى صلب نكاحه .

القسم الثالث : بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة ، والبائن بفسخ لغيبة أو إعسار ونحوه ، فلزوجهـا التصريح بخطبتها والتعريض ، ، لأنها مباحة له نكاحها فى عدتهـا ، فهى كغير المعتدة ، وهل يجوز لغـيره التعريض بخطبتها ؟ فيه وجهان ، وللشافعى فيه أيضاً قولان .

أحدهما : يجوز لعموم الآية ، ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثاً .

والثـانى : لايجوز ، لأن الزوج يملك أن يستبيحها ، فهى كالرجعية ، والمرأة فى الجواب كالرجل فى الخطبة ، فيما يحل ويحرم ، لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان فى حله وحرمته . إذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول : إنى فى مثلك لراغب ، وربَّ راغب فيك .

وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول : إنك علىّ لكريمة ، وإنى فيـك لراغب ، وإن الله لسائق إليك خيراً أورزقاً ، وقال الزهرى : أنت جميله ، وأنت مرغوب فيك ، وإن قال : لاتسبقينـا بنفسك ، أو لاتفوتينا بنفسك ، أو إذا حللت فآذنينى ، ونحو ذلك جاز ، قال مجاهد : مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة ، فقال رجل : لاتسبقينا بنفسك ، فقالت : سبقك غيرك . وتجيبه المرأة : إن قضى شىء كان ، وما نرغب عنك ، وما أشبهه .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : على ثلاثة أقسام .

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٥

والتصريح هو : اللفظ الذى لايحتمل غير النكاح . نحو أن يقول : زوجينى نفسك ، أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ، ويحتمل أن هـــذا معنى قوله تعالى : « لاَتُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا » (1) فإن النكاح يسمى سراً . قال الشاعر :

فلنْ تطلبوا سرَّها للغنى   ولن تُسْلِمُوها لأزْهَادِهَا

وقال الشافعى : السر : الجماع ، وأنشد لامرىء القيس

ألا زعمت بسياسة القوم أننى   كبرت وألا يحسنُ السرَّ أمثالى

ومُوَاعدة السر أن يقول : عندى جماعٌ يرضيك ونحوه ، وكذلك إن قال : رب جماع يرضيك ، فهى عنه لما فيه من الهُجْر والفُحش والدناءة والسخف .

٥٣٥٥ (فصـــل)

فإن صرح بالخطبة أو عرّض فى موضع يحرم [فيه] التعريض ، ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه . وقال مالك : يطلقها تطليقة ، ثم يتزوجها ، وهذا غير صحيح، لأن هذا المحرم لم يقارن العقد ، فلم يؤثر فيه كما فى النكاح الثانى ، أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها .

٥٣٥٦ (فصـــل)

ويحرم على العبد نكاح سيدته . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدَها باطل ، وروى الأثرم بإسناده عن أبى الزبير قال : سألت جابراً عن العبد ينكح سيدته فقال : جاءت امرأة إلى عمر ابن الخطاب ونحن بالجابية ، وقد نكحت عبدها ، فانتهرها عمر ، وهمَّ أن يرجمها ، وقال : لا يحل لك . ولأن أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان ، فإن كل واحد منهما يقتضى أن يكون الآخر بحكمه ، يسافر بسفره ويقيم بإقامته ، وينفق عليه فيتنافيان .

٥٣٥٧ (فصـــل)

وليس للسيد أن يتزوج أمته . لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البُضع ، فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ، ولو ملك زوجته وهى أمة انفسخ نكاحها ، وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ، ولا يتزوج مكاتبته ، لأنها مملوكته .

٥٣٥٨ (فصـــل)

ولا يجوز للحر أن يتزوج أمة ابنه ، لأن له فيها شبهة ، وهذا قول أهل الحجاز ، وقال أهل العراق : له ذلك ، لأنها ليست مملوكة له ، ولا تعتق بإعتاقه لها .

(1) سورة البقرة آية ٢٣٥ .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك »[(1)] ، ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها ، فما هي مضافة إليه بجملتها شرعا أولى بالتحريم ، وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمّ سيده أو سيدته مع ما ذكرنا من الخلاف . ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه ، لأن الرق يقطع ولايته عن ابنه[(٢)] وماله ، ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ، ولا يرث أحدهما صاحبه ، فهو كالأجنبي منه .

٥٣٥٩ (فصـــل)

وللابن نكاح أمة أبيه ، لأنه لا ملك له فيها ، ولا شبهة ملك ، فأشبه الأجنبي ، وكذلك سائر القرابات ، ويجوز له أن يزوج الرجل ابنته المملوكة ، إذا قلنا ليست الحرية شرطاً في الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح ، وكذلك إن ملكه أو جزءاً منه بغير الإرث ، لا نعلم فيه خلافا ، إلا أن الحسن قال : إذا اشترى امرأته للعتق فأعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ، ولا يصح لأنهما متنافيان ، فلا يجتمعان قليلا ولا كثيراً ، فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقاً على عتقها . وحكم المكاتب يتزوج بنت سيده[(٣)] أو سيدته حكم العبد ،فى أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه . وقال أصحاب الرأى : النكاح بحاله ، لأنها لا تملكه، إنما لها عليه دين ، وليس بصحيح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المكاتَب عبدٌ ما بَقِىَ عَلَيه دِرْهَم » . ولأنه لو زال الملك عنه[(٤)] لما عاد بعجزه كما لو أعتق .

٥٣٦٠ (فصـــل)

وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق ، فمتى أعتقته ثم تزوجها لم تحتسب عليه بتطليقة . وبهذا قال الحكم ، وحماد ، ومالك ، والشافعى ، وابن المنذر ، وإسحاق وقال الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، والأوزاعى : هى تطليقة ، وليس بصحيح ، لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية ، وإنما انفسخ النكاح بوجود ما ينافيه ،فأشبه انفساخه بإسلام أحدهما أو ردته، ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها ، وحرم وطؤها فى قول عامة المفتين[(٥)] ، حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين وروى عن قتادة أنه قال: لم يزده ملكه فيها إلا قرباً ، وليس بصحيح ، لأن النكاح لا يبقى فى بعضها، وملكه لم يتم عليها ، ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه .

---

(١) أخرجه ابن ماجه عن جابر(ف).

(٢) فى جميع الأصول (أبيه) . وفى الشرح الكبير (ابنه) جـ ٧ ص ٥٢٠ وهو الصحيح (ف) .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : إذا تزوج بنت سيده . (٤) فى المخطوطة ٢٠ : لو زال عنه الملك .

(٥) فى المخطوطة ٢٠ : فى قول عامة أهل الفتوى .

٥٣٦١ (فصـــــل)

ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه، لأن الله تعالى قال : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »[١] وليست هذه زوجة له ولا مملوكته ، ولأنه يحل لابنه وطؤها ، ولا تحل المرأة لرجلين ، فإن وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحمد ، وقال داود : يحد . وقال بعض الشافعية : إن كان ابنه وطئها حدّ ، لأنها محرمة عليه على التأبيد .

ولنا : أن له فيها شبهة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك» والحد يُدْرأ بالشبهات ، ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه ، والقصاص حق آدمى، فإذا سقط بشبهة الملك فالحد الذى هو حق الله تعالى بطريق الأولى، ولأنه لا يقطع بسرقة ماله ، ولا يحد بقذفه فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته ، فإذا ثبت هذا فإنها تحرم على الابن على التأبيد ، وإن كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأبيد ، وإذا لم تَعْلق[٢] من الأب لم يزل ملك الابن عنها ، ولم تلزمه قيمتها . وقال أبو حنيفة : يلزمه ضمانها ، لأنه أتلفها عليه ، وحرّمه وطئها فأشبه ما لو قتلها[٣] .

ولنا : أنه لم يخرجها عن ملكه ، ولم تنقص قيمتها ، فأشبه ما لو أرضعها امرأته ، فإنها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها . وإن علقت منه فالولد حر يلحق به النسب ، لأنه من وطء لا يجب به الحد لأجل الشبهة ، فأشبه ولد الجارية المشتركة ، وتصير الجارية أم ولد للأب . وقال الشافعي فى أحد قوليه : لا تصير أم ولد [الأب] لأنها غير مملوكة له، فأشبه ما لو وطىء جارية أجنبى بشبهة .

ولنا : أنها علقت منه بحرٍّ لأجل الملك ، فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان موسراً ، قال أصحابنا : ولا يلزم الأب قيمة الجارية ، ولا قيمة ولدها ، ولا مهرها . وقال الشافعى : يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد ، وهذا يبنى على أصل وهو : أن للأب أن يتملك من مال ولده ما شاء ، وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ، ولا قيمة متلف ، وعندهم بخلاف ذلك ، وهذا يذكر فى موضع آخر إن شاء الله تعالى .

٥٣٦٢ (فصـــل)

وإن وطىء الابن جارية أبيه عالماً بتحريم ذلك[٤] فعليه الحد ، ولا يلحقه النسب ، ولا تصير به الجارية أم ولد ، لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك ، فأشبه وطء الأجنبية ، وكذلك سائر الأقارب .

٥٣٦٣ (فصـــل)

وإن وطىء الأب وابنه جارية الابن فى طهر واحد فأتت بولد أرِى القافة ، فألحق بمن ألحقته به

(١) سورة المؤمنون آية ٦ (٢) أى : تحمل .

(٣) فى المطبوعة : قبلها . خطأ . (٤) فى المخطوطه ١٨ وهو عالم بتحريم ذلك .

منهما ، وصارت أم ولد له كما لو انفرد بوطئها ، وإن ألحقته بهما لحق بهما ، وإن أولدها أحدهما بعد الآخر فهي أم ولد للأول منهما خاصة ، لأنها بولادتها منه صارت له أم ولد لانفراده بإيلادها ، فلا تنتقل بعد ذلك إلى غيره ، لأن أم الولد لا ينقل الملك فيها إلى غير مالكها .

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنه : فإن كان الأب قابضاً لها ، ولم يكن الابن وطئها ، فأحبلها الأب ، فالولد ولده ، والجارية له ، وليس للابن فيها شيء . قال القاضي : ظاهر هذا أن الابن إن كان وطئها لم تصر أم ولد للأب ، لأنه يحرم عليه وطؤها وأخذها ، فتكون قد علقت بمملوك وإن كان الأب قبضها ، ولم يكن الابن وطئها ملكها ، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ، ولم تتعلق به حاجته فيتملكه .

(باب نكاح أهل الشرك)

أنكحة الكفار صحيحة ، يُقَرُّون عليها إذا أسلموا ، أو تحاكموا إلينا ، إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ، ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ، ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول ، وأشباه ذلك بلا خلاف بين المسلمين .

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ، ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع ، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأسلم نساؤهم وأقروا على أنكحتهم ، ولم يسألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شروط النكاح ولا كيفيته ، وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة ، فكان يقينا ، ولكن ينظر في الحال ، فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له [فيها] ابتداء نكاحها أقر ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب ، أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلقة ثلاثا لم يقر ، وإن تزوجها في العدة وأسلما بعد انقضائها أقر ، لأنها يجوز ابتداء نكاحها .

٥٣٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى : ﴿ وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بِنَّ منه ، وكان لكل واحدة نصف ما سمى لها إن كان حلالا ، أو نصف صداق مثلها إن كان ما سمى لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بِنَّ منه أيضا ، ولا شيء عليه لواحدة منهن ، فإن كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول معا فهن زوجات ، فإن كان دخل بهن ثم أسلم ، فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلاف الدينان ﴾

في هذه المسألة فصول خمسة :

٥٣٦٥ (أحـــــدها)

أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين ، أو كتابى يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ، ويكون ذلك فسخا لا طلاقا ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تتعجل الفرقة ، بل إن كانا فى دار الإسلام عرض الإسلام على الآخر . فإن أبى وقعت الفرقة حينئذ . وإن كانا فى دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها ، فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة . فإن كان الإباء من الزوج كان طلاقا ، لأن الفرقة حصلت من قبله ، فكان طلاقا كما لو لفظ به . وإن كان من المرأة كان فسخا ، لأن المرأة لا تملك الطلاق . وقال مالك : إن كانت هى المسلمة عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم وإلا وقعت الفرقة . وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة ، لقوله سبحانه : « ولا تُمسِكوا بِعِصَم الكوافر »[1] .

ولنا : أنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح ، فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك ، كإسلام الزوج ، أو كما لو أبى الآخر الإسلام ، ولأنه إن كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة ، لقوله تعالى : « ولا تمسكوا بعِصَم الكَوَافر » وإن كانت هى المسلمة فلا يجوز إبقاؤها على نكاح مشرك .

ولنا على أنها فرقة فسخ : أنها فرقة باختلاف الدين ، فكان فسخا ، كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ، ولأنها فرقة بغير لفظ ، فكانت فسخا كفرقة الرضاع .

٥٣٦٦ (الفصل الثانى)

أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة ، أو نصف مهر مثلها إن كانت فاسدة ، مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيراً ، لأن الفرقة حصلت بفعله . وإن كانت بإسلام المرأة فلا شىء لها ، لأن الفرقة من جهتها . وبهذا قال الحسن ، ومالك ، والزهرى ، والأوزاعى ، وابن شبرمة ، والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى : أن لها نصف المهر إذا كانت هى المسلمة ، واختارها أبو بكر . وبه قال قتادة ، والثورى ، ويقتضيه قول أبى حنيفة . لأن الفرقة حصلت من قِبَله بإبائه الإسلام وامتناعه منه ، وهى فعلت ما فرض الله عليها ، فكان لها نصف ما فرض الله لها ، كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت .

ونقل عن أحمد فى مجوسى أسلم قبل أن يدخل بامرأته : لا شىء لها من الصداق . ووجهه ما ذكرناه . ووجه الأول : أن الفرقة حصلت باختلاف الدين ، واختلاف الدين حصل بإسلامها ، فكانت الفرقة حاصلة بفعلها ، فلم يجب لها شىء كما لو ارتدت ، ويفارق تعليق الطلاق ، فإنه من جهة الزوج ، ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر .

---

(١) سورة الممتحنة آية ١٠

٥٣٦٧ (الفصل الثالث)

أن الزوجين إذا أسلما معاً فهما على النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر : أنه إجماع من أهل العلم ، وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين . وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم جاءت امرأته مسلمة بعده ، فقال: يارسول الله إنها كانت أسلمت معي،فردها عليه[1] . ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة ، لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ، ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه ، فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد ، ولأنه يبعد إتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في الشاذ النادر فيبطل الإجماع .

٥٣٦٨ (الفصل الرابع)

أنه إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن أحمد روايتان

إحداهما : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان ، فلا يحتاج إلى استئناف العدة ، وهذا قول الزهري ، والليث ، والحسن بن صالح ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، ونحوه عن مجاهد ، وعبد الله بن عمر ، ومحمد بن الحسن .

والرواية الثانية ، تتعجل الفرقة ، وهو اختيار الخلال ، وصاحبه ، وقول الحسن ، وطاوس ،وعكرمة وقتادة ، والحكم ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ونصره ابن المنذر ، وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول ، إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك : إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت وإلا وقعت الفرقة ، وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة ، واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع.

ولنا : ما روى مالك في موطئه عن ابن شهاب قال : كان بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحوا من شهر ، أسلمت يوم الفتح ، وبقي صفوان حتى شهد حنينا والطائف وهو كافر ، ثم أسلم

(١) ورواه الترمذي . أنظر [الصحيح بشرح ابن العربي ٥/٨٣] وقال : هذا حديث صحيح .

فلم يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح(١) . قالَ ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده ، وقال ابن شهاب : أسلمت أم حكيم يوم الفتح ، وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن ، فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن ، فدعته إلى الإسلام فأسلم(٢)، وقدم فبايع النبى صلى الله عليه وسلم ، فثبتا على نكاحهما .

وقال ابن شبرمة : كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم ، قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما، ولأن أباسفيان خرج فأسلم عام الفتح ، قبل دخول النبى صلى الله عليه وسلم مكة ،ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبى صلى الله عليه وسلم مكة فثبتا على النكاح. وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته، وخرج أبوسفيان بن الحارث، وعبد الله ابن أمية، فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح بالأبواء فأسلما قبل نسائهما ، ولم يعلم أن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته ، ويبعد أن يتفق إسلامهما دفعة واحدة .

ويفارق ماقبل الدخول ، فإنه لا عدة لها فتتعجل البينونة كالمطلقة واحدة ، وههنا لها عدة . فإذا انقضت تبيّنا وقوع الفرقة من حين أسلم الأول، فلايحتاج إلى عدة ثانية ، لأن اختلاف الدين سبب الفرقة ، فتحتسب الفرقة منه كالطلاق .

٥٣٦٩ (الفصل الخامس)

أنه إذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح فى قول عامة العلماء . قال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء فى هذا إلا شيء روى عن النخعى شذ فيه عن جماعة العلماء ، فلم يتبعه عليه أحد ، زعم : أنها ترد إلى زوجها وإن طالت المدة ، لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الأول» ، رواه أبو داود(٣) ، واحتج

---

(١) الحديث فى [الموطأ ١/٥٤٤ حلبي بتحقيق المرحوم فؤاد عبد الباقي] . وفيه : أن صفوان هرب ، فأرسل إليه النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانا لصفوان . وساق الحديث .

(٢) الحديث مروى بالمعنى . وفيه : أن عكرمة قدم علي رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح . فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فرحا وما عليه رداء حتى بايعه ، فثبتا على نكاحهما ذلك [الموطأ ١/٥٤٥] .

(٣) ورواه كذلك الترمذى (الصحيح بشرح ابن العربى ٥/٨٢) وفيه «ولم يحدث نكاحا» . وقال الترمذى : هذا حديث ليس بإسناده بأس .

به أحد ، قيل له : أليس يروى : أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال : ليس له أصل ، وقيل : كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين .

ولنا : قول الله تعالى: «لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ» : وقوله سبحانه: «ولا تُمسِكوا بعِصَمِ الكوافِرِ» ، والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار. فأما قصة أبي العاص مع امرأته ، فقال ابن عبد البر : لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار ، فتكون منسوخة بما جاء بعدها ، أو تكون حاملا استمر حكمها حتى أسلم زوجها ، أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم ، أو تكون ردت إليه بنكاح جديد . فقد روى ابن أبي شيبه في سننه عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد ، ورواه الترمذي[1] وقال : سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول : حديث ابن عباس أجود إسناداً ، والعمل على حديث عمرو بن شُعَيْب .

٥٣٧٠ (فصــــل)

وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملا ، لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء ، فإن كان مسمى صحيحا فهو لها ، لأن أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة ، وإن كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره ، لأننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم ، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها ، لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ، ولا في نكاح مسلم ، وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين .

فأما نفقة العدة فإن كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها ، لأنه يتمكن من إبقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها ، فكانت لها النفقة كالرجعية . وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه ، لأنه لاسبيل له إلى استبقاء نكاحها ، وتلافي حالها ، فأشبهت البائن ، وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم .

فإن قيل : إذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين ، فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا : لأنه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها إذا أسلمت ، بل يجب عليه ذلك ، فكانت في معنى الرجعية ، فإن قيل : الرجعية جرت إلى البينونة بسبب منه ، وهذه السبب منها ، قلنا : إلا أنه كان فرضا عليها مضيقا ، ويمكنه تلافيه ، بخلاف ما إذا أسلمت قبل الدخول ، فإنه يسقط مهرها جميعه ، لأنه ما أمكنه تلافيه .

---

(١) انظر (الصحيح بشرح ابن العربي ٨١/٥ وما بعدها . المطبعة المصرية عام ١٩٣١) وفيه «بمهر جديد ونكاح جديد» . قال الترمذي : هذا الحديث في إسناده مقال .

٥٣٧١ (فصل فى اختلاف الزوجين)

لا يخلو اختلافهما من حالين .

أحدهما : أن يكون قبل الدخول ، ففيه مسألتان .

إحداهما : أن يقول الزوج : أسلمنا معا فنحن على النكاح ، وتقول هى : بل أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح . فقال القاضى : القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، وكذلك إذ يتعذر اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة ، والقول قول مَن الظاهر معه ، ولذلك كان القول قول صاحب اليد ، وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر : أن القول قول الزوج ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والفسخ طارىء عليه ، فكان القول قول من يوافق قولُه الأصل كالمنكر . وللشافعى قولان كهذين الوجهين .

المسألة الثانية : أن يقول الزوج : أسلمت قبلى ، فلاصداق لك . وتقول هى : أسلمت قبلى ، فلى نصف الصداق : فالقول قولها ، لأن المهر وجب بالعقد ، والزوج يدعى مايسقطه ، والأصل بقاؤه ، ولم يعارضه ظاهر فبقى . فإن اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه ، فلها نصف الصداق ، كذلك ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضى : إن لم تكن قبضت فلا شىء لها ، لأنها تشك فى استحقاقها فلا تستحق بالشك . وإن كان بعد القبض لم يرجع عليها ، لأنه يشك فى استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك . والأول أصح ، لأن اليقين لايزول بالشك ، وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك فى الحدث ، أو تيقن الحدث وشك فى الطهارة ، بنى على اليقين . وهذه قد كان صداقها واجباً لها ، وشكاً فى سقوطه ، فيبقى على الوجوب .

وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضاً مسألتان .

إحداهما : أن يقول : أسلمنا معاً ، أو أسلم الثانى منا فى العدة ، فنحن على النكاح ، وتقول هى : بل أسلم الثانى بعد العدة فانفسخ النكاح ، ففيه وجهان .

أحدهما : [أن] القول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والثانى : [أن] القول قولها ، لأن الأصل عدم إسلام الثانى .

المسألة الثانية : أن تقول أسلمتُ قبلكَ فلى نفقة العدة ، ويقول هو : أسلمتُ قبلكِ فلا نفقة لكِ ، فالقول قولها ، لأن الأصل وجوب النفقة ، وهو يدعى سقوطها ، وإن قال : أسلمتِ بعد شهرين من إسلامى فلانفقة لك فيهما ، وقالت : أسلمت بعد شهر ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم إسلامها فى الشهر الثانى ، فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح ، لأنه يقر على نفسه[1] بزوال نكاحه وسقوط حقه ، فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

(١) فى المخطوطة ١٨ : أقر على نفسه .

٥٣٧٢ (فصـــل)

وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا ، وبه قال مالك ، والأوزاعى ، والليث ، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : إن أسلم أحدهما وهما فى دار الحرب ودخل دار الإسلام انفسخ النـكاح . ولو تزوج حربى حربية ثم دخل دار الإسلام وعقد الذمة انفسخ نـكاحه لاختلاف الدارين . ويقتضى مذهبه : أن أحد الزوجين الذميين إذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نـكاحه ، لأن الدار اختلفت بهما فعلا وحـكما ، فوجب أن تقع الفرقة بينهما ، كما لو أسلمت فى دار الإسلام قبل الدخول .

ولنا : أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران ، وامرأته بمكة لم تسلم ، وهى دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن . وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح ، وهرب زوجها ، ثم أسلموا وأقروا على أنـكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولأنه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع . ويفارق ما قبل الدخول ، فإن القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الإقرار على النكاح دون ما ذكروه ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الإسلام حربية من أهل الـكتاب صح نـكاحه ، وعندهم لا يصح .

ولنا عموم قوله تعالى : « والمحصناتُ منَ الذينَ أوتوا الـكِتابَ مِنْ قَبْلِـكم »(١) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت فى دار الإسلام ، فأبيح نكاحها فى دار الحرب كالمسلمة .

٥٣٧٣ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو نـكح أكثر من أربع فى عقد واحد أو فى عقود متفرقة ، ثم أصابهن ، ثم أسلم ، ثم أسلمت كل واحدة منهن فى عدتها ، اختار أربعاً منهن ، وفارق ما سواهن ، سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن ﴾

وجملة ذلك : أن الـكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن فى عدتهن ، أو كن كتابيات ، لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ، ولا يملك إمساك أكثر من أربع ، فإذا أحب ذلك اختـار أربعاً منهن ، وفارق سائرهن ، سواء تزوجهن فى عقد أو فى عقود ، وسـواء اختار الأوائل أو الأواخر . نص عليه أحمد . وبه قال الحسن ، ومالك ، والليث ، والأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، ومحمد ابن الحسن . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إن كان تزوجهن فى عقد انفسخ نـكاح جميعهن ، وإن كان فى عقود فنـكاح الأوائل صحيح ، ونـكاح ما زاد على أربع باطل ، لأن العقـد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع ، فلا يكون فيــه مخيراً بعد الإسلام(٢) ، كما لو تزوجت المرأة زوجين فى حال الـكفر ثم أسلموا .

---

(١) سورة المائدة آية ٥ (٢) فى المخطوطة ١٨ : فلا تخيير فيه بعد الإسلام .

ولنـا : ما روى قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتى ثمان نسوة ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقلت له ذلك، فقال : « اختر منهن أربعاً » . رواه أحمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفى : أن غيلان ابن سلمة أسلم وتحته عشر نسوة ، فأسلمن معه ، فأمره رسـول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعاً . رواه الترمذى . ورواه مالك فى موطئه عن الزهرى مرسلا . ورواه الشافعى فى مسـنده عن ابن علية ، عن معمر ، عن الزهرى ، عن سالم عن أبيه . إلا أنه غير محفوظ ، غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهرى ، كذلك قال الحفاظ : الإمام أحمد والترمذى وغيرهما . ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق فى حال الشرك ، كما لو تزوجهن بغير شهود . وأما إذا تزوجت بزوجين فنـكاح الثانى باطل ، لأنها مَلَّكَتْهُ مِلْكَ غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح ، لأنها لم تملكه جميع بضعها ، ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان ، ولأن المرأة ليس لها اختيار النـكاح وفسخه بخلاف الرجل .

٥٣٧٤ (فصـــل)

ويجب عليه أن يختار أربعاً فما دون ، ويفارق سائرهن ، أو يفارق الجميع . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر غيلان وقيساً بالاختيار ، وأمره يقتضى الوجوب ولأن المسلم لا يجوز إقراره على نـكاح أكثر من أربع ، فإن أبى أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار ، لأن هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق ، لأن الحق ههنا لغير معين ، وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه ، بخلاف المولى ، فإن الحق لمعين يمكن الحاكم إيفاؤه والنيابة عن المستحق فيه ، فإن جُنَّ خلى حتى يعود عقله ، ثم يجبر على الاختيار ، وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار ، لأنهن محبوسات عليه ، ولأنهن فى حكم الزوجات أيتهن اختار جاز .

٥٣٧٥ (فصـــل)

ولو زوج الـكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه ، فإنه لا حكم لقوله ، وليس لأبيه الاختيار عنه ، لأن ذلك حق يتعلق بالشهوة ، فلا يقوم غيره مقامه فيه ، فإذا بلغ الصبى كان له أن يختار حينئذ ، وعليه النفقة إلى أن يختار .

٥٣٧٦ (فصـــــل)

فإن مات قبل أن يختار لم يقم وارثه مقامه لما ذكرناه فى الحاكم(٢) ، وعلى جميعهن العدة ، لأن الزوجات لم يتعيَّن منهن ، فمن كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه ، ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : من ذوات الأقراء فى الفقرة كلها . (٢) انظر المسألة ٥٣٧٤ .

أشهر وعشر ، لأنها أطول العدتين فى حقها . وإن كانت من ذوات القروء [1] فعدتها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر ، لتقضى العدة بيقين ، لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة ، وعدة المختارة عدة الوفاة ، وعدة المفارقة ثلاثة قروء ، فأوجبنا أطولها لتنقضى العدة بيقين ، كما قلنا فيمن نسى صلاة من يوم لا يعلم عينها ، عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعى ، فأما الميراث فإن اصطلحن عليه فهو جائز كيفما اصطلحن ، لأن الحق لهن لا يخرج عنهن . وإن أبين الصلح فقياس المذهب : أن يقرع بينهن ، فتكون الأربع منهن بالقرعة . وعند الشافعى : يوقف الميراث حتى يصطلحن ، وأصل هذا يذكر فى غير هذا الموضع [2] إن شاء الله تعالى .

٥٣٧٧ (فصـــل)

وصفة الاختيار أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء ، أو اخترت هؤلاء ، أو أمسكتهن ، أو اخترت حبسهن ، أو إمساكهن ، أو نكاحهن ، أو أمسكت نكاحهن ، أو ثبت نكاحهن ، أو أثبتهن . وإن قال لما زاد على الأربع: فسخت نكاحهن،كان اختياراً للأربع، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها، لأن الطلاق لا يكون إلا فى زوجة ، وإن قال : قد فارقت هؤلاء ، أو اخترت فراق هؤلاء ، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم لغيلان : « إختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » ، وهذا يقتضى أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه ، كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه ، وكذا فى حديث فيروز الديلمى قال : فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها ، وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ ، فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ ، وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن ، وذكر القاضى فيه عند الإطلاق وجهين .

أحدهما : أنه يكون اختياراً للمفارقات ، لأن لفظ الفراق صريح فى الطلاق ، والأولى ما ذكرناه . وإن وطىء إحداهن كان اختياراً لها فى قياس المذهب ، لأنه لا يجوز إلا فى ملك ، فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار . ووطء الرجعية أيضاً اختيار لها . وإن آلى من واحدة منهن ، أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يصح فى غير زوجة فى أحد الوجهين . وفى الآخر يكون اختياراً لها ، لأن حكمه لا يثبت فى غير زوجة . وإن قذفها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يقع فى غير زوجة .

٥٣٧٨ (فصـــل)

وإذا اختار منهن أربعاً وفارق البواقى فعدتهن من حين اختار ، لأنهن بِنَّ منه بالاختيار ، ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم،لأنهن بنّ بإسلامه، وإنما يتبين ذلك باختياره،فيثبت حكمه من حين الإسلام ،

---

(١) فى ٢٠ : من ذوات الأقراء فى الفقره كلها . (٢) فى المخطوطة ١٨ : فى موضع غير هذا .

كما إذا أسلم أحد الزوجين . ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها ، وفرقهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ منهن . وعدتهن كعدة المطلقات ، لأن عدة من انفسخ نكاحها كذلك . وإن ماتت إحدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات ، وتكون عنده على طلاق ثلاث ، لأنه لم يطلقها قبل ذلك . وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع ، أو تمام أربع ، لأن الأربع الزوجات لا يَبِنَّ منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه ، فإذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بهن ، وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن ، وتكون عدة المطلقات من حين طلق ، وعدة الباقيات على الوجهين .

وإن طلق الجميع أقرع بينهن ، فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ، ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقى . فإن كان الطلاق ثلاثاً فمتى انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات ، لأنهن لم يطلقن منه ، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وإصابة .

ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فى العـــدة أمر أن يختار أربعاً منهن ، فإذا اختارهن تبينّا أن طلاقه وقع بهن ، لأنهن زوجات ، ويعتددن من حين طلاقه ، وبان البواقى باختياره لغيرهن ، ولا يقع بهن طلاقه ، وله نكاح أربع منهن إذا انقضت عدة المطلقات ، لأن هؤلاء غير مطلقات .

والفرق بين هذه وبين التى قبلها : أن طلاقهن قبل إسلامهن فى زمن ليس له الاختيار فيـه ، فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ ، وفى التى قبلها يطلقن وله الاختيار ، والطلاق يصلح اختياراً ، وقد أوقعه فى الجميع ، وليس بعضهن أولى من بعض ، فصرنا إلى القرعة لتساوى الحقوق .

٥٣٧٩ (فصـــل)

وإذا أسلم قبلهن وقلنا: بتعجيل الفرقة باختلاف الدين فلا كلام ، وإن قلنا: يقف على انقضاء العدة ، ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أنهن بِنَّ منذ اختلاف الدينان ، فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن ، وله نكاح أربع منهن إذا أسلمن . وإن كان وطئهن تبينا أنه وطىء غير نسائه ، وإن لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان فى غير زوجته ، وحكمه حكم مالو خاطب بذلك أجنبية ، فإن أسلم بعضهن فى العدة تبينا أنها زوجته ، فوقع الطلاق بها ، وكان وطؤه لها وطئاً لمطلقته . وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته . وكذلك إن كان وطؤه لها قبل طلاقها .

وإن طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل فى عدتهن ولم تسلم البواقى تعينت الزوجية فى المسلمات ووقع الطلاق بهن ، فإذا أسلم البواقى فله أن يتزوج بهن ، لأنه لم يقع طلاقه بهن .

٥٣٨٠ (فصـــل)

وإذا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلم أربع منهن ، فله اختيارهن ، وله الوقوف إلى أن يسلم البواقى ، فإن

مات اللائى أسلمن ، ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات ، وله اختيار الباقيات ، وله اختيار بعض هؤلاء ، لأن الاختيار ليس بعقد ، وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن ، والاعتبار فى الاختيار بحال ثبوته ، وحال ثبوته كنّ أحياء ، وإن أسلمت واحدة منهن فقال : اخترتها ، جاز . فإذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقى ، وإن قال للمسلمة : اخترت فسخ نكاحها لم يصح ، لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع ، والاختيار للأربع ، وهذه من جملة الأربع ، إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع ، لأنه كناية ، ويكون طلاقه لها اختياراً لها .

وإن قال : اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح ، لأنه ليس بوقت للاختيار ، لأنها جارية إلى بينونة ، فلا يصح إمساكها ، وإن فسخ نكاحها لم ينفسخ ، لأنه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ . وإن نوى بالفسخ الطلاق ، أو قال : أنت طالق ، فهو موقوف . فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع ، أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها ، وإلا فلا .

٥٣٨١ (فصــــل)

وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح ، لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ، ولا يصح فى غير معيّن ، وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا ، لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ، ولا يملكه فى واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع [١] . وإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال : كلما أسلمت واحدة فهى طالق . وفى ذلك وجهان :

أحدهما : يصح ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها . فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها ، وتطلق بطلاقه .

والثانى : لا يصح ، لأن الطلاق يتضمن الاختيار ، والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط .

٥٣٨٢ (فصــــل)

وإذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ، ثم أسلمن فله الاختيار ، لأن الاختيار استدامة النكاح ، وتعيين المنكوحة ، فليس ابتداء له . وقال القاضى : ليس له الاختيار ، وهو ظاهر مذهب الشافعى .

ولنا : أنه استدامة نكاح [٢] لا يشترط له رضاء المرأة ، ولا ولىّ ولا شهود ، ولا يتجدد به مهر ، فجاز له فى الإحرام كالرجعة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : على أربع . (٢) فى المخطوطة ١٨ : أن دوام النكاح .

٥٣٨٣ (فصـــل)

وإذا أسلمن معه ثم مُتن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا ، فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات ، لأنهن لسن[1] بزوجات له. وإن مات بعضهن فله الاختيار من الأحياء ، وله الاختيار من الميتات، وكذلك لو أسلم بعضهن فمتن ، ثم أسلم البواقى فله الاختيار من الجميع . فإن اختار الميتات فله ميراثهن ، لأنهن متن وهن نساؤه . وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن ، لأنهن أجنبيات . وإن لم يسلم البواقى لزم النكاح فى الميتات ، وله ميراثهن . وإن وطىء الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن ،فاختار أربعا منهن فليس لهن إلا المسمى، لأنهن زوجات ، ولسائرهن المسمى بالعقد الأول ، ومهر للوطء الثانى ، لأنهن أجنبيات . وإن وطئهن بعد إسلامهن فالموطوءات أولا هن المختارات ، والبواقى أجنبيات ، والحكم فى المهر على ما ذكرناه .

٥٣٨٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة ﴾

هذا قول الحسن ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى عبيد . وقال أبو حنيفة فى هذه كقوله فى عشر نسوة .

ولنا : ماروى الضحاك بن فيروز ، عن أبيه ، قال : قلت : يارسول الله ، إنى أسلمت وتحتى أختان ؟ قال : « طلق أيتهما شئت »[2] رواه أبو داود وابن ماجه ، وغيرهما ، ولأن أنكحة الكفار صحيحة ، وإنما حرم الجمع فى الإسلام ، وقد أزاله فصح ، كما لو طلق إحداهما قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى فى حبالته، وهكذا الحكم فى المرأة وعمتها أو خالتها ، لأن المعنى فى الجميع واحد .

٥٣٨٥ (فصـــل)

ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ، ثم تزوج فى شركه أختها ، ثم أسلما فى عدة الأولى ، فله أن يختار منهما ، لأنه أسلم وتحته أختان مسلمتان . وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها فى عدتها ، ولا أربعا سواها . فإن فعل لم يصح النكاح الثانى ، وإذا أسلمت الأولى فى عدتها فنكاحها لازم ، لأنها انفردت به .

٥٣٨٦ (فصـــل)

وإن تزوج أختين ودخل بهما ، ثم أسلم وأسلمتا معه ، فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضى عدة أختها ، لئلا يكون واطئا لإحدى الأختين فى عدة الأخرى . وكذلك إذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن ،

---

(١) فى المطبوعة : ليس . خطأ

(٢) ابن ماجة عن يونس عن ابن وهب (السنن ١/٦٢٧ حلبى سنة ١٩٥٢م)

فأسلمن معه،أو كن ثمانيافاختارأربعامنهن ، وفارقأربعا ،لم يطأ واحدةمن المختارات حتى تنقضى عدة الفارقات، لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع ، فإن كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة . فإن كنّ ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات . فإن كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ، ولا يطأ الباقيات حتّى تنقضى عدة المفارقات . فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات ، هذا قياس المذهب .

٥٣٨٧ (فصـــل)

وإذا تزوج أختين فى حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول ، فاختار إحداهما فلا مهر للأخرى، لأننا تبينا أن الفرقة وقعت بإسلامهم جميعا[1] فلا تستحق مهراً كما لو فسخ النكاح لعيب فى إحداهما، ولأنه نكاح لا يقر عليه فى الإسلام، فلا يجب به مهر إذا لم يدخل بها، كما لو تزوج المجوسى أخته ثم أسلما قبل الدخول، وهكذا الحكم فيما زاد على الأربع، إذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختار أربعا، وينفسخ نكاح البواقى، فلا مهر لمن لما ذكرنا والله أعلم .

٥٣٨٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن كانتا أماً وبنتاً فأسلم وأسلمتا معاً قبـل الدخول فسد نكاح الأم ، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهمـا ﴾

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥٣٨٩ (أحـــدهما)

إذا كان إسلامهم جميعاً قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الأم ، ويثبت نكاح البنت . وهذا أحد قولى الشافعى واختيار المزنى. وقال فى الآخر يختار أيتهماشاء لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم إليه الاختيار ، فإذا اختار الأم فكأنه لم يعقد على البنت .

ولنـا: قول الله تعالى : « وأمّهاتُ نِسَائِكُمْ » . وهذه أم زوجته ، فتدخل فى عموم الآية ، ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلّق ابنتها فى حال شركه[2] ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها إذا أسلم ، فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى . وقولهم : إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليـه غير صحيح ، فإن أنـكحة الـكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة ، وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحاً لازماً من غير اختيار ، ولهذا فوض إليه الاختيار ههنا . ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحاً ،

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : وقعت بالإسلام . (٢) فى المخطوطة ٢٠ : فى حال كفره .

وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد ، فلم يمكن اختيارها ، والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها ، فتعين النكاح فيها ، بخلاف الأختين .

٥٣٩٠ (الفصل الثانى)

إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد . الأم لأنها أم زوجته ، والبنت لأنها ربيبته من زوجته التى دخل بها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه (من أهل العلم)[1] . وهذا قول الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وقتادة ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والثورى ، وأهل العراق ، والشافعى ، ومن تبعهم . وإن دخل بالأم وحدها فكذلك ، لأن البنت تكون ربيبته مدخولا بأمها ، والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها . وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها ، وفسد نكاح أمها ، كما لو لم يدخل بها . ولو لم تسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معاً . فإن كانت المسلمة هى الأم فهى محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها ، وإن كان دخل بأمها فهى محرمة على التأبيد . ولو أسلم وله جاريتان إحداهما أم الأخرى وقد وطئهما جميعاً حرمتا عليه على التأبيد ، وإن كان قد وطىء إحداهما حرمت الأخرى على التأبيد ، ولم تحرم الموطوءة. وإن كان لم يطأ واحدة فله وطء أيتهما شاء ، فإذا وطئها حرمت الأخرى على التأبيد ، والله أعلم .

٥٣٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا فى العدة ، فهما زوجتاه . ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين ﴾

وجملة ذلك : أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع . فإذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه، أو فى عدتهما لزم نكاحهما ، حرتين كانتا أو أمتين ، أو حرة وأمة ، لأنه له الجمع بينهما فى ابتداء نكاحه ، فكذلك فى اختياره، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين،أيتهن شاء على ما مضى فى الحر، فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين ، أو حرة وأمة ، وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار فى فراقه ، لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ، ولم يتجدد رقه بالإسلام[2] ولا تجددت حريتها بذلك ،فلم يكن لها خيار ، كما لو تزوجت معيباً تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضى وجهاً : أن لها الخيار ، لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام ، فكأنه عيب حادث . والأول أصح ، فإن الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ، ولم يتجدد نقصه بالإسلام فهو كسائر العيوب .

---

(١) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة١٨ . (٢) فى المخطوطة ١٨ : الرق بالإسلام.

٥٣٩٢ (فصــل)

وإن أسلم[1] وتحته أربع حرائر ، فأعتق ثم أسلمن فى عدتهن ، أو أسلمن قبله ، ثم أعتق ، ثم أسلم ، لزمه نكاح الأربع ، لأنه ممن يجوز له الأربع فى وقت اجتماع إسلامهم . فإنه حر ، فأما إن أسلموا كلهم، ثم أعتق قبل أن يختار ، لم يكن له أن يختار إلا اثنتين ، لأنه كان عبداً حين ثبت له الاختيار ، وهو حال اجتماعهم على الإسلام ، فتغيُّر حاله بعد ذلك لا يغير الحكم، كمن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه ثم أيسر . ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ، ثم أسلم الباقيات لم يجز إلا اثنتين ، لأنه ثبت له الخيار بإسلام الأوليين .

٥٣٩٣ (فصــل)

وإن تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل إسلامه ، فلهن فسخ النكاح ، لأنهن عتقن تحت عبد ، وإنما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة ، لأنه قد يسلم ، فيقطع جريانهن إلى البينونة . فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بنّ باختلاف الدين من حين أسلمن[2] ، وإن أسلم فى العدة بِنّ لفسخ النكاح ، وعليهن عدة الحرائر فى الموضعين ، لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر ، وفى التى قبلها عتقن فى أثناء العدة التى يمكن الزوج تلافى النكاح فيها ، وأشبهن الرجعية . فإن أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ ، لأن تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة ، فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، كالرجعية إذا عتقت أخرت الفسخ ، ولو أسلم قبلهن ، ثم أعتقن ، فاخترن الفسخ صح لأنهن إماء عَتَقن [وهن] تحت عبد ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وقال بعضهم : لاخيار لهن ، لأنه لاحاجة (بهن)[3] إلى الفسخ ، لكونه يحصل بإقامتهن على الشرك ، بخلاف التى قبلها ، وليس بصحيح . فإن السبب متحقق ، وقد يبدو لهن الإسلام وهو واجب عليهن .

فإن قيل : فإذا أسلمن اخترن الفسخ . قلنا : يتضررن بطول المدة ، فإن ابتداءها من حين الفسخ ، ولذلك ملكن الفسخ فيما إذا أسلمن وعتقن قبله .

فأما إن اخترن المقام ، وقلن : قد رضينا بالزوج ، فذكر القاضى : أنه يسقط خيارهن ، لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ ، فصح فيها اختيار الإقامة ، كحالة اجتماعهم على الإسلام ، وقال أصحاب الشافعى: لايسقط خيارهن ، لأن اختيارهن الإقامة ضدٌّ للحالة التى هن عليها ، وهى جريانهن إلى البينونة[4] فلم يصح ، كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها.وهذا يبطل بما إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، ثم عتقت ، فاختارت زوجها .

---

(١) فى المخطوطه ١٨ : ولو أسلم .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : منذ أسلمن .

(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٨

(٤) فى المخطوطة ١٨ : إلى بينونة .

(فصـــــل)

وإذا أسلم الحر وتحته إماء فأعتقت إحداهن ، ثم أسلمت ، ثم أسلم البواقى ، لم يكن له أن يختار من الإماء ، لأنه مالك لعصمة حرة حين اجتماعهما على الإسلام ، وإن أسلمت إحداهن معه ثم أعتقت ، ثم أسلم البواقى فله أن يختار من الإماء ، لأن العبرة بحال الاختيـار ، وهى حالة اجتماعهم على الإسلام . وحالة اجتماعهما على الإسلام كانت أمة

٥٣٩٤ (فصـــــل)

ولو أسلم وتحته أربع إماء ، وهو عادم للطول ، خائف للعنت، فأسلمن معه ، فله أن يختار منهن واحدة. فإن كانت لاتعِفّه فله أن يختار منهن من تعفه فى إحدى الروايتين . والأخرى : لايختار إلا واحدة . وهذا مذهب الشافعى . وتوجيههما قد مضى فى ابتداء نكاح الإماء[1].

وإن عدم فيــه الشرطان انفسخ النكاح فى الـكل . ولم يكن له خيار . وبهـذا قال الشافعى . وقال أبوثور : له أن يختار منهن ، لأنه استدامة للعقـد لا ابتداء له ، بدليل أنه لايشترط له شروط العقـد . فأشبه الرجعة .

ولنـا : أن هذه امرأة لايجوز ابتداء العقد عليها حال الإسلام ، فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره ، وكذوات محارمه . وأما الرجعة فهى قطع جريان النكاح إلى البينونة ، وهذا إثبات النكاح فى امرأة . وإن كان دخل بهن ثم أسلم، ثم أسلمن فى عدّتهن ، فالحـكم كذلك . وقال أبو بكر : لايجوز له ههنا اختيـار ، بل بِنَّ بمجرد إسلامه ، لئلا يفضى إلى استدامة نكاح مسلم فى أمَة كافرة

ولنـا : أن إسلامهن فى العدة بمنزلة إسلامهن معه ، ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أووثنيات فأسلمن فى عدتهن كان ذلك كإسلامهن معه . وإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن ، سواء كن كتابيات أم لا ، لأنه لايجوز له استدامة النكاح فى أمة كتابية

٥٣٩٥ (فصـــل)

ولو أسلم وهو واجد للطول ، فلم يسلمن حتى أعسر ، ثم أسلمن ، فله أن يختار منهن ، لأن شرائط النـكاح تعتبر فى وقت الاختيار ، وهو وقت اجتماعهم على الإسلام ، وهو حينئذ عادم للطول ، خائف للعنت ، فـكان له الاختيار وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر ، لم يكن له الاختيار لذلك . وإن أسلمت واحدة منهن وهو موسر ، ثم أسلم البواقى بعد إعساره ، لم يكن له أن يختار منهن شيئاً ، لأن وقت

(١) انظر ص ١٦٤.

الاختيار دخل بإسلام الأولى . ألا ترى أنه لو كان معسراً كان له اختيارها ، فإذا كان موسراً بطل اختياره . وإن أسلمت الأولى وهو معسر ، فلم تسلم البواقى حتى أيسر ، لزم نكاح الأولى ، ولم يكن له الاختيار من البواقى ، لأن الأولى اجتمعت معه فى حالة يجوز له ابتداء نكاحها ، بخلاف البواقى . ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر ، فلم يختر حتى أيسر ، كان له أن يختار ، لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك ، فتغير حاله لا يسقط ما ثبت له ، كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح .

٥٣٩٦ (فصـــــل)

فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختارها لو أسلمن كلهن ، فكذلك إذا أسلمت يختار من أسلمت معه، لأن له أن يختارها لو أسلمن كلهن ، فكذلك إذ أسلمت وحدها. وإن أحب انتظار البواقى جاز ، لأن له غرضاً صحيحاً ، وهو أن يكون منهن من هى أبرُّ عنده من هذه، فإن انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً، وبان البواقى منذ اختلف الدينان . وإن أسلمن فى العدة اختار منهن واحدة ، وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار ، وعِدَدُهُن من حين الاختيار . وإن أسلم بعضهن دون بعض ، بانَ اللائى لم يسلمن منذ اختلاف الدينان ، والبواقى من حين اختار . وإن اختار التى أسلمت معه حين أسلمت ، انقضت عصمة البواقى وثبت نكاحها . فإن أسلم البواقى فى العدة تبين أنهن بِنَّ منه باختياره وعدتهن من حينئذ . وإن لم يسلمن بِنَّ باختلاف الدين وعدتهن منه . وإن طلق التى أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها ، وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً ، لأن إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها . فأما إن اختار فسخ نكاحها لم يكن له ، لأن الباقيات لم يسلمن معه ، فما زاد العدد على ماله إمساكه فى هذه الحال ، ولا ينفسخ النكاح ، ثم ننظر : فإن لم تسلم البواقى لزمه نكاحها . وإن أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقى ، والأولى معهن . وإن اختار الأولى التى فسخ نكاحها صح اختياره لها، لأن فسخه لنكاحها لم يصح . وفيه وجه آخر ذكره القاضى : أنه لا يصح اختياره لها ، لأن فسخه لنكاحها إنما لم يصح مع إقامة البواقى على الكفر حتى تنقضى العدة، لأننا نتبين أن نكاحها كان لازماً . فإذا أسلمن لحق إسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن فى ذلك الوقت ، فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ، ولم يكن له أن يختارها . وهـــذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل إسلامها ، فإنه لا يصح، ولا يجعل إسلامهن الموجود فى الثانى كالموجود سابقاً ، كذلك ههنا .

٥٣٩٧ (فصـــل)

فإن أسلم وتحته إماء وحرة ، ففيه ثلاث مسائل :

٥٣٩٨ إحـــداها

أسلم وأسلمن معه كلهن ، فإنه يلزم نكاح الحرة ، وينفسخ نكاح الإماء ، لأنه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور : له أن يختار ، وقد مضى الكلام معه .

٥٣٩٩ الثـــانية

أسلمت الحرة معه دون الإماء ، فقد ثبت نكاحها ، وانقطعت عصمة الإماء ، فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بِنّ باختلاف الدين ، وابتداء عدتهن من حين أسلم ، وإن أسلمن فى عِدَدِهِنَّ بِنَّ من حين إسلام الحرة ، وعِدَدُهن من حين إسلامها . فإن ماتت الحرة بعد إسلامها لم يتغير الحكم بموتها ، لأن موتها بعد ثبوت نكاحها ، وانفساخ نكاح الإماء لا يؤثر فى إباحتهن .

٥٤٠٠ الثـــالثة

أسلم الإماء دون الحرة وهو معسر ، فلا يخلو إما أن تنقضى عدتها قبل إسلامها ، فتبين باختلاف الدين ، وله أن يختار من الإماء ، لأنه لم يقدر على الحرة . أو يسلم فى عدتها فيثبت نكاحها ، ويبطل نكاح الإماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ، وليس له أن يختار من الإماء قبل إسلامها وانقضاء عدتها ، لأننا لا نعلم أنها لا تسلم . فإن طلق الحرة ثلاثاً قبل إسلامها ، ثم لم تسلم ، لم يقطع الطلاق ، لأنا تبينا أن النكاح انفسخ باختلاف الدين ، وله الاختيار من الإماء ، وإن أسلمت فى عدتها بان أن نكاحها كان ثابتاً ، وأن الطلاق وقع فيه ، والإماء بِنَّ بثبوت نكاحها قبل الطلاق .

٥٤٠١ (فصـــل)

وإن أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ، ، ثم عتقن قبل إسلامها ، لم يكن له أن يختار منهن ، لأن نكاح الأمة لا يجوز لقادر على حرة ، وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار ، وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، ثم ننظر : فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن ، فلا يختار إلا واحدة ، اعتباراً لحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، وإن أسلمت فى عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتهن . فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات فى عدة الحرة ، ثم لم تسلم ، فلا عبرة باختياره ، وله أن يختار غيرها ، لأن الاختيار لا يكون موقوفا . فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ، ثم أسلمن ، واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر ، فإن كان جميع الزوجات أربعاً فما دون ، ثبت نكاحهن ، وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا ، وتبطل عصمة الخامسة ، لأنهن صرن حرائر فى حالة الاختيار ، وهى حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، فصار حكمهن حكم الحرائر الأصليات ، وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن . ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ، ثم أسلم ، فكذلك ويكون الحكم فى هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله .

٥٤٠٢ (فصــــل)

ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما ، لأنه لابد أن يلزمه نكاح واحدة منهما ، فلا معنى لانتظار البواقى فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقى لزمه نكاح الثانية . وكذلك إن لم يسلم من البواقى إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع . وإن أسلم الجميع فى العدة كلف أن يختار ثلاثاً مع التى اختارها أولا ، وينفسخ نكاح الباقية .

وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وإن أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن ، إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ، ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل ألا يجبر على الاختيار ، لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع ، وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الإماء لم يجبر على اختيارها ، كذا ههنا . والصحيح ههنا : أن يجبر على اختيارها . لما ذكرنا من المعنى ، وأما الأمة فقد يكون له غرض فى اختيار غيرها ، بخلاف مسألتنا .

٥٤٠٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهى زوجته ، وإن كانت هى المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ، ولا مهر لها ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده ، أو أسلما معاً ، فالنكاح باق بحاله ، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابى ، لأن للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية ، فاستدامته أولى . ولا خلاف فى هذا بين القائلين بإجازة نكاح الكتابية .

فأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة ، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابى ، إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم . فإذا كانت هى المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفسخ منها . وقد مضى الكلام فى هذا أيضاً بما فيه كفاية (١).

٥٤٠٤ (فصــــل)

وإذا تزوج المجوسى كتابية ثم ترافعا إلينا قبل الإسلام فُرق بينهما . قال أحمد فى مجوسى تزوج كتابية : يحال بينه وبينها . قيل : من يحول بينه وبين ذلك ؟ قال : الإمام . ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وإن لم يترافعا إلينا ، لأنها أعلى ديناً منه ، فيمنع نكاحها ، كما يمنع الذمى نكاح المسلمة .

وإن تزوج الذمى وثنية أو مجوسية ثم ترافعوا إلينا ففيه وجهان .

---
(١) انظر المسألة ٥٣٨٥ وما بعدها .

أحدهما : يقر على نكاحها ، لأنها ليست أعلى ديناً منه ، فيقر على نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتابية .

والثانى : لا يقر على نكاحها،لأنها ممن لا يقر المسلم على نكاحها، فلا يقر الذمى على نكاحها كالمرتدة .

٥٤٠٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وما سمى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وإن كان حراما ، ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه ، حيث أوجب ذلك ﴾

وجملته : أن الكفار إذا أسلموا وتحاكموا إلينا بعد العقد والقبض لم نتعرض إلى مافعلوه ، وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره ، حلالا كان أو حراما[1] ، بدليل قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ».[2] فأمر بترك ما بقى دون ما قبض،وقال تعالى : « فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللهِ ».[3] ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان ، وكثرة تصرفاتهم فى الحرام ، ففيه تنفيرهم عن الإسلام ، فعفى عنه كما عفى عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك ، فبرئت ذمة من هو عليه منه ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا .

وإن لم يتقابضا ، فإن كان المسمى حلالا وجب ما سمياه ، لأنه مسمى صحيح فى نكاح صحيح ، فوجب كتسمية المسلم ، وإن كان حراما كالخمر والخنزير بطل ، ولم يحكم به ، لأن ماسمياه لايجوز إيجابه فى الحكم ، ولا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ، ولا فى نكاح مسلم ، ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول ، وهذا معنى قوله : حيث أوجب ذلك . وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف . وقال أبو حنيفة : إن كان صداقها خمراً أو خنزيراً معينين فليس لها إلا ذلك ، وإن كانا غير معينين فلها فى الخمر القيمة ، وفى الخنزير مهر المثل استحساناً .

ولنا : أن الخمر لا قيمة لها فى الإسلام . فكان الواجب مهر المثل ، كما لو أصدقها خنزيراً ، ولأنه محرم فأشبه ما ذكرنا .

٥٤٠٦ (فصـل)

وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قُبض ، ووجب بحصة مابقى من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية، فقبضت خمساً منها،سقط نصف المهر،ووجب لها نصف مهر المثل.

(١) فى المخطوطة ١٨ : سواء كان حلالا أو حراما .

(٢) سورة البقرة آيه ٢٧٨ (٣) سورة البقرة آية ٢٧٥

وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل . فى أحد الوجهين . لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه .

والثانى : يقسم على عددها . لأنه لا قيمة لها ، فاستوى صغيرها وكبيرها .

وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان . أحدهما : يقسم على عددها لما ذكرنا . والثانى : يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه ، كما يقوّم شِجَاج الحر كأنه عبد .

وإن أصدقها كلباً وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : يقسم على قدر قيمتها عندهم . والثانى : يقسم على عدد الأجناس ، فيجعل لكل جنس ثلث المهر . والثالث : يقسم على العدد كله ، فلكل واحد سدس المهر . فللكلب سدسه ، ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ، ومذهب الشافعى فيه على نحو من هذا .

٥٤٠٧ (فصـــــل)

فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو مالا يُقَرُّون عليه إذا أسلموا ، كنكاح ذوات الرحم المحرم ، فأسلما قبل الدخول ، أو ترافعوا إلينا ، فرق بينهما ، ولا مهر لها ، قال أحمد فى المجوسية تكون تحت أخيها ، أو أبيها فيطلقها ، أو يموت عنها ، فترفع إلى المسلمين بطالب مهرها : لا مهر لها ، وذلك لأنه نكاح باطل من أصله ، لا يقر عليه فى الإسلام ، وحصل فيه الفرقة قبل الدخول . فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل ؟ يخرج على الروايتين فى المسلم إذا وطىء امرأة من محارمه بشبهة .

٥٤٠٨ (فصـــل)

إذا تزوج ذمى ذمية على ألا صداق لها ، أو سكت عن ذكره ، فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول ، وإن كان بعده فلها مهر المثل ، كما فى نكاح المسلمين . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إن تزوجها على ألا مهر لها فلا شىء لها ، وإن سكت عن ذكره ففيه روايتان . إحداهما لا مهر لها . والأخرى : لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها . وقد أسقطت حقها ، والذمى لا يطالب بحق الله تعالى .

ولنا : أن هذا نكاح خلا عن تسمية ، فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة . وإنما وجب المهر فى حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة ، وهذا يوجد فى حق الذمى .

٥٤٠٩ (فصـــل)

إذا ارتفعوا إلى الحاكم فى ابتداء العقد ، لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين؛ لقول الله عز وجل : « وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ[1] » وقوله : « وَأَنِ احْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ[2] » ولأنه لاحاجة

(١) سورة المائدة الآية ٤٢ (٢) سورة المائدة الآية ٤٩

إلى عقده بخلاف ذلك . وإن أسلموا وترافعوا إلينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ، ونظرنا فى الحال. فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرهما ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما . فإن تزوج معتدة وأسلما ، أو ترافعا فى عدتها ، فرق بينهما ، لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها ، وإن كان بعد انقضائها أقرا لجواز ابتداء نكاحها ، وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه ، لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح ، فإن كان فى المدة فهما لا يعتقدان تأبيده ، والنكاح عقد مؤبد، إلا أن يكونا ممن يعتقدون[1] فساد الشرط ، وصحة النكاح مؤبداً ، فيقران عليه . وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء ، أو شاء أحدهما ، لم يقرا عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه، إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده ، وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك ، وإن كان بعدها أقرا ، لأنهما يعتقدان لزومه ، وكل ما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه ، ومالا فلا .

فلو مهر حربى حربية فوطئها ، أو طاوعته ثم أسلما ، فإن كان ذلك فى اعتقادهم نكاحاً أقرا عليه ، لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها، فأقرا عليه كالنكاح بلا ولى ، وإن لم يعتقداه نكاحاً لم يقرا عليه .

٥٤١٠ (فصـــــل)

وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ، من وقوع الطلاق ، والظهار ، والإيلاء ، ووجوب المهر ، والقسم ، والإباحة للزوج الأول ، والإحصان ، وغير ذلك . وممن أجاز طلاق الكفار عطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وحماد ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولم يجوزه الحسن ، وقتادة ، وربيعة ، ومالك .

ولنا : أنه طلاق من بالغ عاقل فى نكاح صحيح ، فوقع كطلاق المسلم : فإن قيل:لانسلم صحةأنكحتهم. قلنا : دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال : « وامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ[2] » وقال : « امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ[3] » وحقيقة الإضافة تقتضى زوجية صحيحة ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ولدتُ من نكاح لا من سِفَاح[4] » : وإذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين .

(١) فى النسخ المطبوعة (ممن يعتقدا) بحذف النون ، وهو خطأ . وفى الشرح الكبير (إلا أن يعتقدا) (ف) .
(٢) سورة المسد آية ٤
(٣) فى النسخ المطبوعة (وامرأة فرعون) ولا توجد فى القرآن . والمذكور (امرأة فرعون) بدون عطف وبرفع امرأة فى سورة القصص آية ٩ وبنصب امرأة فى سورة التحريم آية ١١ (ف) .
(٤) روى (خرجت من نكاح غير سفاح) أخرجه ابن سعد عن عائشة. وروى (خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدنى أبى وأمى ، لم يصبنى من سفاح الجاهلية شىء) أخرجه ابن عدى والطبرانى فى الأوسط عن على (ف) .

فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ، وأصابها ثم أسلما ، لم يقرا عليه . وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ، ثم أسلما فهى عنده على ما بقى من طلاقها . وإن نكحها كتابى وأصابها ، حلت لمطلقها ثلاثاً ، سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً ، وإن ظاهر الذمى من امرأته ثم أسلما فعليه كفارة الظهار ، لقوله تعالى: « والَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[١] » وإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعالى : « للَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[٢] » .

٥٤١١ (فصــل)

ويحرم عليهم فى النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا فى الباب قبله ، إلا أنهم يقرون على الأنكحة المحرمة بشرطين .

أحدهما: أن لا يترافعوا إلينا . والثانى: أن يعتقدوا إباحة ذلك فى دينهم، لأن الله تعالى قال: « فَإِنْ جَاءُوكَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً[٣] » فدل هذا على أنهم يخلون بأحكامهم إذا لم يجيئوا إلينا، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ، ولم يعترض عليهم فى أحكامهم ، ولا فى أنكحتهم ، مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقد روى عن أحمد فى المجوسى يتزوج نصرانية قال : يحال بينه وبينها . قيل : من يحول بينهما ؟ قال : الإمام . قال : أبو بكر : لأن علينا ضرراً فى ذلك ، يعنى بتحريم أولاد النصرانية علينا ، وهكذا يجىء على قوله فى تزويج النصرانى المجوسية ، ويجىء على هذا القول: أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم . فإن عمر رضى الله عنه كتب : « أَنْ فَرِّقوا بين كل محرّم من المجوس ». وقال أحمد فى مجوسى ملك أمة نصرانية : يحال بينه وبينها، ويجبر على بيعها ، لأن النصارى لهم دين فإن ملك نصرانى مجوسية فلا بأس أن يطأها ، وقال أبو بكر عبد العزيز : لا يجوز له وطؤها أيضاً، لما ذكرناه من الضرر .

٥٤١٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها ، وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك ، إلا أن عليه نصف المهر ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح فى قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن داود : أنه لا ينفسخ بالردة ، لأن الأصل بقاء النكاح .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلاَ تُمْسِكوا بعِصَمِ الكوافر » وقال تعالى : « فلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ » ، ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة ، فأوجب فسخ النكاح ،

(١) سورة المجادلة آية ٣ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦ (٣) سورة المائدة آية ٤٢

كما لو أسلمت تحت كافر ، ثم ينظر . فإن كانت المرأة هى المرتدة فلا مهر لها ، لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر ، لأن الفسخ من جهته . فأشبه ما لو طلق ، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل .

٥٤١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿وإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها ، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها . ولو كان هو المرتد فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين .

فنى إحداهما : تتعجل الفرقة ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، وروى ذلك عن الحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، والثورى ، وزفر ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع .

والثانية : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان[1] . وهذا مذهب الشافعى . لأنه لفظ تقع به الفرقة ، فإذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعى ، أو اختلاف دين بعد الإصابة، فلا يوجب فسخه فى الحال كإسلام الحربية تحت الحربى ، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع .

فأما النفقة فإن قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها ، لأنها بائن منه[2] . وإن قلنا : يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها ، لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها ، وتلافى نكاحها ، فلم يكن لها نفقة ، كما بعد العدة. وإن كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة، لأنه بسبيل من الاستمتاع بها ، بأن تسلم، ويمكنه تلافى نكاحها ، فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية .

٥٤١٤ (فصل)

فإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما ، إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تتعجل ، أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين ، وهذا مذهب الشافعى . قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب ، فهو أحق بها ، ما لم تنقض العدة . وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ النكاح استحساناً ، لأنه لم يختلف بهما الدين ، فأشبه ما لو أسلما .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : اختلف ديناهما . (٢) فى المخطوطة ١٨ : لأنها بانت منه .

ولنا . أنها ردة طارئة[1] على النكاح ، فوجب أن يتعلق بها فسخه ، كما لو ارتد أحدهما ، ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كما له ، وما ذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية ، فإن نكاحهما ينفسخ ، وقد انتقلا إلى دين واحد ، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ، ويقران عليه بخلاف الردة .

٥٤١٥ (فصـــل)

وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع وطأها ، فإن وطئها فى عدتها وقلنا : إن الفرقة تعجلت ، فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء ، مع الذى يثبت عليه بالنكاح ، لأنه وطء أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا : إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً فى عدتها ، وكانت الردة منهما ، فلا مهر لها عليه بهذا الوطء ، لأنا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه ، وطئها وهى زوجته . وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها ، فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء ، لأنه وطء فى غير نكاح يشبه النكاح ، لأننا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان . وهذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها فى العدة قبل إسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم ههنا ، لما ذكرنا من التعليل فيه .

٥٤١٦ (فصـــل)

وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت ، فإن لم يسلم الآخر فى العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان ، وعدتها من حين أسلم المسلم منهما ، وإن أسلم الآخر منهما فى العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد ، لأن حكم اختلاف الدين بإسلام الأول زال بإسلام الثانى فى العدة . ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن ، لأنه لا يجوز أن يبتدىء العقد عليهن فى هذه الحال ، وكذلك لو ارتددن دونه أو معه ، لم يكن له أن يختار منهن كذلك .

٥٤١٧ (فصـــل)

فإذا تزوج الكافر بمن لا يُقرّ على نكاحه فى الإسلام مثل أن جمع بين الأختين أو بين عشر نسوة ، أو نكح معتدة ، أو مرتدة ، ثم طلقها ثلاثاً ، ثم أسلما ، لم يكن له أن ينكحها ، لأننا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه فى النكاح ، فكذلك فى الطلاق ، ولهذا جاز له إمساك الثانية من الأختين ، والخامسة المعقود عليها آخراً .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : أن الردة طارئة .

٥٤١٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ، فلا نكاح بينهما ، وإن سموا مع ذلك صداقا أيضاً ﴾

هذا النكاح يسمى الشغار . فقيل إنما سمى شغاراً لقبحه ، تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول في القبح ، يقال . شغر الكلب ، إذا رفع رجله ليبول ، وحكى عن الأصمعى أنه قال : الشغار : الرفع ، فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد . ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد ، رواه عنه جماعة قال أحمد : وروى عن عمر ، وزيد بن ثابت ،أنهما فرقا فيه ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وحكى عن عطاء ، وعمرو بن دينار ، ومكحول ، والزهرى ، والثورى : أنه يصح ، وتفسد التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد ، كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك .

ولنا : ما روى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار » متفق عليه . وروى أبو هريرة مثله ، أخرجه مسلم[1] . وروى الأثرم بإسناده عن عمران ابن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا جَلَب ولا جَنَب[2] ولا شغار في الإسلام » . ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا في الآخر فلم يصح ، كما لو قال : بعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى ، ، وقولهم : إن فساده من قبل التسمية . قلنا : بل فساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ، أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج ، فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للأخرى ، فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول : على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ، أو لم يقل ذلك .

وقال الشافعى ، هو أن يقول ذلك ، ولا يسمى لكل واحدة صداقا ، لما روى ابن عمر : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوجتك بنتى ، على أن تزوجنى بنتك ، ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى » .

ولنا : ما روى ابن عمر : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما صداق »[3] وهذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه ، وفى حديث أبى هريرة

---

(١) حديث أبى هريرة رواه مسلم عن ابن أبى شيبة عن ابن نمير وأبى أسامة . وروى مثله من حديث ابن عمر . رضى الله عنهما . انظر [الصحيح ٢|١٠٣٤، ١٠٣٥ حلبى] .

(٢) الجلب فى سباق الخيل أن يتبع الرجل فرسه فيزجره ويجلب عليه حثا له على الجرى ـ وفى الصدقة بأن ينزل المصدق على أهل الزكاة فى موضع ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقتها . . والجنب فى السباق : أن يجنب فرسا إلى فرسه الذى يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وفى الصدقة : أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ثم يأمر [بالأموال أن تجنب إليه . والمشروع فى الصدقة أن يأخذها من أماكنها . (ف)

(٣) رواه مسلم عن يحيى بن يحيى (الصحيح ٢/١٠٣٤ حلبى) (ف)

«والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوجنى ابنتك ، وأزوجك ابنتى، أوزوجنى أختك وأزوجك أختى»[1] رواه مسلم. وهذا يجب تقديمه لصحته ، وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ، ويفسد النكاح بأى ذلك كان ، ولأنه إذا شرط فى نـكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحـدة صداق الأخرى ففسد ، كما لو لفظ به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال:زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ، ومهر كل واحدة منهما مائة،أو مهر ابنتى مائة ومهر ابنتك خمسون، أو أقل أو أكثر، فالمنصوص عن أحمـد فيما وقفنا صحته ، وهو قول الشافعى . لمـا تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه سمى صداقاً فصح ، كما لو لم يشترط ذلك وقال الخرقى: لا يصح، لحديث أبى هريرة ، ولما روى أبو داود عن الأعرج « أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنـكح عبد الرحمن بن الحـكم ابنته ، وأنـكحه عبد الرحمن ابنته ، وكانا جعـلا صداقا ، فـكتب معاوية إلى مروان،فأمره أن يفرق بينهما ، وقال فى كتابه : « هذا الشغار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم » ، ولأنه شرط نـكاح إحداهما لنـكاح الأخرى فلم يصح ، كما لو لم يسميا صداقا . يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد، بدليل نكاح المفوضة، فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ، ولأنه سلف فى عقد فلم يصح ، كما لو قال : بعتك ثوبى بعشرة على أن تبيعنى ثوبك بعشرين . وهـذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك . فأما إذا قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ، ومهر كل واحـدة منهما مائة وبضع الأخرى ، فالنكاح فاسد ، لأنه صرح بالتشريك ، فلم يصح العقد ، كما لو لم يذكر مسمى .

٥٤١٩ (فصـــل)

ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان .

أحدهما : تفسد التسمية . ويجب مهر المثل ، وهذا قول الشافعى ، لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليته صاحبه ، فينقص المهر لهذا الشرط ، وهو باطل . فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولا[2] فبطل

والوجه الذى ذكره القاضى فى الجامع : أنه يجب المسمى ، لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال : زوجتك ابنتى على ألف ،على أن لى منها مائة ، والله أعلم .

٥٤٢٠ (فصـــل)

وإن سمى لإحداهما مهراً دون الأخرى ، فقال أبو بكر : يفسد النـكاح فيهما ، لأنه فسد فى إحداهما ، ففسد فى الأخرى . والأولى : أنه يفسد فى التى لم يسم لها صداقاً ، لأن نـكاحها خلا من صداق سوى نـكاح

(١) رواه مسلم من زيادة ابن نمير (الصحيح ١٠٣٦/٢ حلبى) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : جهل المسمى .

الأخرى ، ويكون فى التى سمى لها صداقاً روايتان ، لأن فيه تسمية وشرطاً ، فأشبه مالو سمى لكل واحدة مهراً ، ذكره القاضى هكذا .

٥٤٢١ (فصـــل)

فإن قال : زوجتك جاريتى هذه ، على أن تزوجنى ابنتك ، وتكون رقبتها صداقا لابنتك ، لم يصح تزويج الجارية فى قياس المذهب ، لأنه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته . وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقالها صح،لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا.وإن زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق ، لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح ، فيفسد الصداق ، ويصح النكاح ، ويجب مهر المثل .

٥٤٢٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال رحمه الله تعالى : ﴿ ولا يجوز نكاح المتعة ﴾ .

معنى نكاح المتعة : أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول : زوجتك ابنتى شهراً ، أو سنة ، أو إلى انقضاء الموسم ، أو قدوم الحاج ، وشبهه . سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة ، فهذا نكاح باطل . نص عليه أحمد ، فقال : نكاح المتعة حرام .

وقال أبو بكر فيها رواية أخرى : أنها مكروهة غير حرام ، لأن ابن منصور سأل أحمد عنها ؟ فقال : يجتنبها أحب إلى ، قال : فظاهر هذا الكراهة دون التحريم . وغير أبى بكر من أصحابنا يمنع هذا ، ويقول: فى المسألة رواية واحدة فى تحريمها . وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء . وممن روى عنه تحريمها : عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن الزبير . قال ابن عبد البر : وعلى تحريم المتعة: مالك فى أهل المدينة ، وأبو حنيفة فى أهل الكوفة ، والأوزاعى فى أهل الشام ، والليث فى أهل مصر . والشافعى وسائر أصحاب الآثار . وقال زفر : يصح النكاح ، ويبطل الشرط .

وحكى عن ابن عباس : أنها جائزة ، وعليه أكثر أصحابه : عطاء ، وطاوس . وبه قال ابن جريج ، وحكى ذلك عن أبى سعيد الخدرى ، وجابر ، وإليه ذهب الشيعة ، لأنه قد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن فيها ، وروى أن عمر قال : « متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أفأنهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء ، ومتعة الحج » ، ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتا كالإجارة .

ولنا : ما روى الربيع بن سبرة ، أنه قال : أشهدُ على أبى أنه حدَّث أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه فى حجة[1] الوداع[2]» . وفى لفظ : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم متعة النساء » رواه أبو دواد

(١) رواه أبوداود جـ ١ ص٤٧٩ (ف) . (٢) وفى سنن ابن ماجة ٦٣٠/١ حلبى ١٩٥٢م أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة يوم خيبر . وانظر (مجمع الزوائد ٢٦٦/٤ قدسى) .

وفى لفظ رواه ابن ماجة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم المتعة ، فقال : يأيها الناس إنى كنت أذنت لكم فى الاستمتاع ، ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة »[١] . وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله علية وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية » رواه مالك فى الموطأ وأخرجه الأئمة : النسائى[٢] وغيره .

واختلف أهل العلم فى الجمع بين هذين الخبرين . فقال قوم : فى حديث على تقديم وتأخير ، وتقديره أن النبى صلّى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهى عنها ، وقد بينه الربيع بن سبرة فى حديثه أنه كان فى حجة الوداع ، حكاه الإمام أحمد عن قوم . وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعى : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ، ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة . فحمل الأمر على ظاهره ، وأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ، ثم أباحها فى حجة الوداع ثلاثة أيام ، ثم حرمها ، ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق ، والظهار ، واللعان ، والتوارث ، فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة . وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه ، وروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير ، قال : قلت لابن عباس : لقد كثرت القالة فى المتعة ، حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال الثَّواء بنا معا يا صاح هل لك فى فُتيَا ابن عباس ؟
هل لك فى رَخْصَةِ الأطراف آنسةٍ تكون مثواك حتى مَصْدر الناس

فقام خطيباً وقال : « إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير[٣] »

فأما إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخه ، وأما حديث عمر — إن صح عنه — فالظاهر أنه ربما قصد الإخبار عن تحريم النبى صلى الله عليه وسلم لها ، ونهيه عنها ، إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبى صلى الله عليه وسلم أباحه ، وبقى على إباحته .

٥٤٢٣ (فصـــل)

وإن تزوجها بغير شرط إلا أن فى نيته طلاقها بعد شهر ، أو إذا انقضت حاجته فى هذا البلد ، فالنكاح

(١) رواية ابن ماجة عن ابن أبى شيبة من حديث الربيع بن سبرة عن أبيه من حديث طويل . انظر (السنن ٦٣١/٢ حلبى ١٩٥٢ م) .

(٢) الموطأ ٥٤٢/٣ حلبى نشر فؤاد عبد الباقى . والنسائى ٩٠/٣ ميمنية . والبخارى فى كتاب المغازى .

(٣) فى مجمع الزوائد ٢٦٥/٤ أن ابن عباس قال : (إنا لله وإنا إليه راجعون والله ما بهذا أفتيت ، ولا هذا أردت ، ولا أحللت منها إلا ما أحل لله من الميتة ولحم الخنزير) قال الهيثمى : ورواه الطبرانى . وفيه الحجاج بن أرطاة ، وهو ثقة ، لكنه مدلس ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

صحيح . فى قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعى ، قال : هو نكاح متعة ، والصحيح أنه لا بأس به ، ولا تضر نيته ، وليس على الرجل أن ينوى حبس امرأته، وحسبه إن وافقته وإلا طلقها .

٥٤٢٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو تزوجها على أن يطلقها فى وقت بعينه لم ينعقد النكاح ﴾

يعنى : إذا تزوجها على أن يطلقها فى وقت معين لم يصح النكاح ، سواء كان معلوما أو مجهولا ، مثل أن يشترط عليها طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها . وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ، ويبطل الشرط ، وهو أظهر قول الشافعى ، قاله فى عامة كتبه ، لأن النكاح وقع مطلقاً ، وإنما شرط على نفسه شرطا ، وذلك لا يؤثر فيه ، كما لو شرط ألا يتزوج عليها ، ولا يسافر بها .

ولنا : أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح ، فأشبه نكاح المتعة . ويفارق ما قاسوا عليه ، فإنه لم يشترط قطع النكاح .

٥٤٢٥ ﴿ المسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله ﴾

وجملته : أن نكاح المحلل حرام باطل فى قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والنخعى ، وقتادة ، ومالك ، والليث ، والثورى ، وابن المبارك ، والشافعى . وسواء قال : زوجتكها إلى أن تطأها ، أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها . وحكى عن أبى حنيفة : أنه يصح النكاح ، ويبطل الشرط . وقال الشافعى فى الصورتين الأوليين : لا يصح ، وفى الثالثة على قولين .

ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » . رواه أبو داود وابن ماجة[1] ، والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح [2] . والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، منهم : عمر بن الخطاب ، وعثمان ، وعبد الله بن عمر . وهو قول الفقهاء من التابعين . وروى ذلك عن على ، وابن مسعود ، وابن عباس . وقال ابن مسعود : « المحلِّل والمحلَّل له ملعون على لسان محمد صلى الله عليه وسلم » .

وروى ابن ماجة ، عن عقبة بن عامر : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ألا أخبركم بالتيس المستعار

---

(١) سنن ابن ماجة ٦٢٢/١ حلبى ١٩٥٢ م عن الواسطى ، وعن مجالد من حديث على رضى الله عنه .

(٢) انظر صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ٤٢/٥ — ٤٤ . قال الترمذى : حديث على وجابر معلول .... ليس إسناده بالقائم ، لأن مجالد بن سعيد ضعفه بعض أهل العلم . منهم أحمد بن حنبل . أما الصحيح فهو رواية ابن مسعود . وهى فى الصحيح ٤٤/٥ .(ف)

قالوا : بلى يا رسول الله . قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له »(١) ، وروى الأثرم بإسناده عن قَبِيصة بن جابر ، قال : سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : « والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما » ، ولأنه نكاح إلى مدة ، أو فيه شرط يمنع بقاءه ، فأشبه نكاح المتعة .

٥٤٣٦ (فصــــل)

فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ، ولم يذكره في العقد ، ونواه في العقد ، أو نوى التحليل من غير شرط ، فالنكاح باطل أيضاً . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفى نفسه أن يحلها لزوجها الأول ، ولم تعلم المرأة بذلك ، قال هو : محلل ، إذا أراد بذلك الإحلال ، فهو ملعون(٢) . وهذا ظاهر قول الصحابة رضى الله عنهم . وروى نافع ، عن عمر : « أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها ، لم يأمرنى ولم يعلم . قال : لا . إلا نكاح رغبة ، إن أعجبتك أمسكها ، وإن كرهتها فارقها . قال : وإن كنا نعده على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سفاحا »(٣) وقال : لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة ، إذا علم أنه يريد أن يحلها . وهذا قول عثمان رضى الله عنه ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له : إن عمى طلق امرأته ثلاثا ، أيحلها له رجل ؟ قال: « من يخادع الله يخدعه » . وهذا قول الحسن ، والنخعى ، والشعبى ، وقتادة ، وبكر المزنى ، والليث ، ومالك ، والثورى ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعى : العقد صحيح ، وذكر القاضى فى صحته وجها مثل قولهما ، لأنه خلا عن شرط يفسده ، فأشبه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال ، أو ما لو نوت المرأة ذلك ، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، بدليل ما لو اشترى عبداً فشرط أن يبيعه لم يصح ، ولو نوى ذلك لم يبطل . ولأنه روى عن عمر رضى الله عنه ما يدل على إجازته . وروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين ، قال : « قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار ، وعليه إزار من بين يديه رقعة ، ومن خلفه رقعة ، فسأل عمر فلم يعطه شيئاً ، فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته

---

(١) ابن ماجه ٦٢٣،٦٢٢/١ حلبى عن يحى بن عثمان من حديث عقبه بن عامر . وفى سناده مشرح بن عاهان . ذكره ابن حبان فى الثقات وقال: يخطىء ويخالف . وذكره فى الضعفاء وقال : يروى عن عقبة مناكير لا يتابع عليها . وقال ابن يونس كان فى جيش الحجاج الذين رموا الكعبة . ووثقه ابن معين والذهبى . وقال ابن حبان . الصواب ترك ما انفرد به .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : وهو ملعون .

(٣) أخرجه الحاكم فى المستدرك جـ٢ ص ١٩٩ وقال . هذا حديث على شرط الشيخين . ولم يخرجاه . ورواه الطبرانى فى الأوسط (ف) .

فطلقها ، فقال لها : هل لك أن تعطى ذا الرقعتين شيئا ويحلك لى ؟ قالت : نعم ،إن شئت . فأخبروه بذلك . قال : نعم . وتزوجها ، ودخل بها . فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار ، فجاء القرشى يحوم حول الدار ويقول : ياوَيْـله غُلِب على امرأته . فأتى عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين غُلِبْت على امرأتى . قال : من غلبك ؟ قال : ذو الرقعتين . قال : أرسلوا إليه ، فلما جاء الرسول ، قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟ قال : ليس بموضعى بأس . قالت : إن أمير المؤمنين يقول لك : طلق امرأتك . فقل : لا . والله لا أطلقها ، فإنه لا يُكْرِهك ، وألبسته حلة ، فلما رآه عمر من بعيد . قال : الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتين ، فدخل عليه فقال : أتطلق امرأتك ؟ قال : لا . والله لا أطلقها . قال عمر : لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط » رواه سعيد ، عن هشام ، عن يونس بن عبيد ، عن ابن سيرين نحواً من هذا . وقال : من أهل المدينة ، وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ، ولم ير به عمر بأساً .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » . وقول من سمينا من الصحابة ، ولا مخالف لهم ، فيكون إجماعا ، ولأنه قصد به التحليل ، فلم يصح ، كما لو شرطه . وأما حديث ذى الرقعتين ، فقال أحمد : ليس له إسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر ، وقال أبو عبيد : هو مرسل ، فأين هو من الذى سمعناه يخطب على المنبر : « لا أوتَى بمحلِّل ولا محلَّل له إلا رجمتهما » ؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ، ولا نواه ، وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع .

٥٤٢٧ (فصــــل)

فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصـــد نـكاح رغبة ، صح العقد ، لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه فصـــح ، كما لو لم يذكر ذلك ، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين ، وإن قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك فى العقد . وقال الحسن وإبراهيم : إذا هم أحد الثلاثة ، فسد النـكاح . قال أحمد : كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون فى ذلك . قال أحمد : الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ » ونية المرأة ليس بشىء ، إنما قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم: « لعن الله المحلل والمحلل له » . ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج ، لأنه الذى إليه المفارقة والإمساك ، أما المرأة فلا تملك رفع العقد ، فوجود نيتها وعدمها سواء ، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئا من العقـد ولا من رفعه ، فهو أجنبى كسائر الأجانب .

فإن قيل : كيف لعنه النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قلنا : إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل، لأنها لم تحل له ، فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك .

٥٤٢٨ (فصـــــــل)

فإن اشترى عبداً فزوجها إياه ، ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح ، قال أحمد فى رواية حنبل : إذا طلقها ثلاثا وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجها إياه فهذا الذى نهى عنه عمر ، يؤدبان جميعا ، وهذا فاسد ليس بكفء ، وهو شبه المحلل ، وعلل أحمد فساده بشيئين : أحدهما : شبهه بالمحلل ، لأنه إنما زوجه إياها ليحلها له . الثانى : كونه ليس بكفء لها ، وتزويجه لها فى حال كونه عبداً أبلغ فى هذا المعنى ، لأن العبد فى عدم الكفاءة أشد من المولى ، والسيد له سبيل إلى إزالة نكاحه من غير إرادته ، بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه ، والمولى بخلاف ذلك .

ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل ، لأن المعتبر فى الفساد نية الزوج ، لا نية غيره ، ولم ينو ، وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة ، لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته .

٥٤٢٩ (فصـــــــل)

ونكاح المحلل فاسد ، يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ، ولا يحصل به الإحصان ، ولا الإباحة للزوج الأول ، كما لا يثبت فى سائر العقود الفاسدة . فإن قيل : فقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم محللا ، وسمى الزوج محللا له ، ولو لم يحصل الحل لم يكن محللا له . قلنا : إنما سماه محللا لأنه قصد التحليل فى موضع لا يحصل فيه الحل ، كما قال صلى الله عليه وسلم : « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » . وقال الله تعالى : « يُحِلُّونَهُ عَاماً وَيُحَرِّمُونَهُ عَاماً »[1] ولو كان محللا فى الحقيقة والآخر محللا له ، لم يكونا ملعونين .

٥٤٣٠ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال رحمه الله : ﴿ وإذا عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره ، أو عقد نكاحا لمحرم على محرمة ، فالنكاح فاسد ﴾

وجملته : أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ، ككونه ولياً أو وكيلا ، فإنه

---

(١) سورة التوبة آية ٣٧

لا يصح ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يَنْكِحُ المُحْرِم ولا يُنْكَحُ ولا يَخْطُب[1] » رواه مسلم[2] . وإن عقد الحلال نكاحا لمحرم بأن يكون وكيلا له ، أو وليا عليه ، أو عقده على محرمة لم يصح ، لدخوله فى عموم الحديث ، لأنه إذا تزوج له وكيله فقد نكح .

وحكى القاضى فى كون المحرم وليا لغيره روايتين .

إحداهما : لا تصح ، وهى اختيار الخرقى .

والثانية : تصح ، وهى اختيار أبى بكر ، لأن النكاح حرم على المحرم لأنه فى دواعى الوطء المفسد للحج ، ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره ، والأول أولى ، لدخوله فى عموم الخبر ، ولأنه عقد لا يصح للمحرم ، فلا يصح منه كشراء الصيد ، ولقد مضت هذه المسألة فى الحج بأبسط من هذا الشرح .

٥٤٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال رحمه الله ﴿ وأى الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا ، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء ، أو الرجل مجنونا ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار فى فسخ النكاح ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٥٤٣٢ الأول

أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة . روى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وابنه ، وابن عباس ، وبه قال جابر ، والشافعى ، وإسحاق . وروى عن على : « لا ترد الحرة بعيب» . وبه قال النخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وعن ابن مسعود : « لا ينفسخ النكاح بعيب » ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه . إلا أن يكون الرجل مجبوبا ، أو عِنِّينا ، فإن للمرأة الخيار . فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ، ولا يكون فسخا ، لأن وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالعمى والزمانة ، وسائر العيوب .

ولنا : أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء ، فأثبت الخيار كالجَبّ والعنة ، ولأن المرأة أحد العوضين فى النكاح ، فجاز رده بالعيب كالصداق ، أو أحد العوضين فى عقد النكاح ، فجاز رده بالعيب ، أو أحد

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ مسلم فى صحيحه عن عثمان بن عفان ج ٢ ص ١٠٣١ (ف) .

(٢) ورواه الهيثمى فى مجمع الزوائد ٢٦٨/٤ قدسى : من حديث عثمان بن عفان بزيادة (عليه) بعد (ولا يخطب) .

الزوجين ، فثبت له الخيار بالعيب فى الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء ، بخلاف العيوب المختلف فيها .

فإن قيل : فالجنون ، والجذام ، والبرص لا يمنع الوطء ، قلنا : بل يمنعه ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ، ويخاف منه التعدى إلى نفسه ونسله ، والمجنون يخاف منه الجناية ، فصار كالمانع الحسى.

٥٤٣٣ (الفصل الثانى فى عدد العيوب المجوزة للفسخ)

وهى فيما ذكر الخرقى ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهى : الجنون ، والجذام ، والبرَص . واثنان يختصان الرجل وهما : الجبُّ ، والعُنَّة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهى : الفتَق والقَرَن ، والعَفَل . وقال القاضى : هى سبعة ، جعل القرن والعفل شيئاً واحداً ، وهو الرتق أيضا ، وذلك لحم ينبت فى الفرج . وحكى ذلك عن أهل الأدب ، وحكى نحوه عن أبى بكر ، وذكره أصحاب الشافعى . وقال الشافعى : القرن : عظم فى الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره : لا يكون فى الفرج عظم ، إنما هو لحم ينبت فيه . وحكى عن أبى حفص أن العفل : كالرغوة فى الفرج يمنع لذة الوطء ، فعلى هذا يكون عيباً نامياً ، وقال أبو الخطاب : الرتق أن يكون الفرج مسدوداً ، يعنى أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل : لحم ينبت فى الفرج فيسده ، فهما فى معنى الرتق ، إلا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو : انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى ، وقيل ما بين القبل والدبر .

وذكرها أصحاب الشافعى سبعة ، أسقطوا منها الفتق ، ومنهم من جعلها ستة ، جعل القرن والعفل شيئاً واحـداً .

وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح ، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ، ويخشى تعديه إلى النفس والنسل ، فيمنع الاستمتاع . والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره ، والجب والرتق يتعذر معه الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة .

فإن اختلفا فى وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا ، أو مراراً ، واختلفا فى كونه برصا ، أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين ، فاختلفا فى كونه جذاما . فإن كانت للمدعى بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله ، وإلا حلف المنكر ، والقول قوله ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولـكن اليمين على المدعى عليه[1] » وإن اختلفا فى عيوب النساء أريت

(١) أخرجه الشيخان عن ابن عباس (ف)

النساء الثقات ، ويقبل فيه قول امرأة واحدة ، فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة .

وأما المجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقا أو كان يجن فى الأحيان ، لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله ، إلا أن يكون مريضاً يغمى عليه ، ثم يزول ، فذلك مرض لا يثبت به خيار ، فإن زال المرض ودام به الإغماء فهو كالمجنون يثبت به الخيار .

وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقى منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه فى الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها ، لأن الوطء يمكن ، وإن اختلفا فى ذلك فالقول قول المرأة ، لأنه يضعف بالقطع ، والأصل عدم الوطء . ويحتمل أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء فى العنة ، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله ، فأشبه من له ذكر قصير .

٥٤٣٤ (الفصل الثالث)

أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه ، لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ، ولا يخشى تعديه ، فلم يفسخ به النكاح كالعمى والعرج ، ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ، ولا نص فى غير هذا ولا إجماع ، ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق . وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار ، قال أبو الخطاب : ويتخرج على ذلك من به الباسور ، والناسور ، والقروح السيالة فى الفرج ، لأنها تثير نفرة ، وتتعدى نجاستها ، وتسمى من لا يحبس نَجْوُها (١) الشريم ، ومن لا يحبس بولها المَاشوله ، ومثلها من الرجال الأفين . وقال أبو حفص : والخصاء عيب يرد به ، وهو أحد قولى الشافعى ، لأن فيه نقصا وعاراً ، ويمنع الوطء أو يضعفه .

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار «أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصى ، فقال له عمر : أعلمتها ؟ قال: لا . قال : أعلمها ثم خيرها » .

وفى البَخَر وكون أحد الزوجين خنثى ، وجهان .

أحدهما: يثبت الخيار ، لأن فيه نفرة ونقصا وعاراً ، والبخر : نتن الفم ، وقال ابن حامد هو . نتن فى الفرج يثور عند الوطء ، وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخراً ، ويثبت الخيار ، وإلا فلا معنى له ، فإن نتن الفم يسمى بخراً ، ويمنع مقاربة صاحبه إلا على كره ، وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجها واحداً ، كالقرع ، والعمى ، والعرج ، وقطع اليدين ، والرجلين ، لأنه لا يمنع الاستمتاع ، ولا يخشى تعديه ، ولا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافاً إلا أن الحسن قال : إذا وجد الآخر عقيما يخير ، وأحب أحمد تبيين أمره ،

---

(٢) النجو ما خرج من البطن من ريح أو غائط (ف) .

وقال : عسى امرأته تزيد الولد ، وهذا فى ابتداء النكاح . فأما الفسخ فلا يثبت به ، ولو ثبت بذلك لثبت فى الآية ، ولأن ذلك لا يعلم ، فإن رجالا لا يولد لأحدهم وهو شاب ، ثم يولد له وهو شيخ ، فلا يتحقق ذلك منهما ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم .

٥٤٣٥ (الفصل الرابع)

أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً ، وبه عيب من غير جنسه ، كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه ، إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغى أن يثبت لهما الخيار ، لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع ، وإنما امتنع لعيب نفسه .

وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ففيه وجهان . أحدهما : لا خيار لهما ، لأنهما متساويان ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه ، فأشبها الصحيحين . والثانى : له الخيار لوجود سببه ، فأشبه ما لو غر عبدٌ بأمة .

٥٤٣٦ (فصـــل)

وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان .

أحدهما : يثبت الخيار ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لأنه قال : فإن جب قبل الدخول فلها الخيار فى وقتها ، لأنه عيب فى النكاح يثبت الخيار مقارنا ، فأثبته طارئاً كالإعسار وكالرق ، فإنه يثبت الخيار إذا قارن ، مثل أن تغر الأمة من عبد ، ويثبته إذا طرأت الحرية ، مثل أن أعتقت الأمة تحت العبد ، ولأنه عقد على منفعة ، فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة .

والثانى : لا يثبت الخيار ، وهو قول أبى بكر ، وابن حامد . ومذهب مالك ، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد . أشبه الحادث بالمبيع . وهذا ينتقض بالعيب الحادث فى الإجارة .

وقال أصحاب الشافعى . إن حدث بالزوج ثبت الخيار ، وإن حدث بالمرأة فكذلك فى أحد الوجهين . والآخر لا يثبته ، لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة .

ولنا : أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقاً ، فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين .

٥٤٣٧ (فصـــــــل)

ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب : ألا يكون عالماً بها وقت العقد ، ولا يرضى بها بعده ، فإن علم بها فى العقد أو بعده فرضى فلا خيار له . لا نعلم فيه خلافا ، لأنه رضى به ، فأشبه مشترى المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً ، كمن ظن أن البرص فى قليل من جسده فبان فى كثير منه ، فلا خيار له أيضاً . لأنه من جنس مارضى به ، وإن رضى بعيب فبان به غيره فله الخيار ، لأنه وجد به عيباً لم يرض به ، ولا بجنسه فثبت له الخيار ، كالمبيع إذا رضى بعيب فيه فوجد به غيره . وإن رضى بعيب فزاد بعد العقد ، كأن كان به

قليل من البرص فانبسط فى جلده ، فلا خيار له ، لأن رضاه به رضى بما يحدث منه .

٥٤٣٨ (فصــــل)

وخيار العيب ثابت على التراخى ، لا يسقط مالم يوجد منه مايدل على الرضى به من القول ، والاستمتاع من الزوج ، أو التمكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الخرقى ، لقوله : فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضى : أنه على الفور ، وهو مذهب الشافعى ، فمتى أخر الفسخ مع العلم والإمكان بطل خياره ، لأنه خيار الرد بالعيب ، فكان على الفور كالذى فى البيع .

ولنا : أنه خيار له لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخى ، كخيار القصاص ، وخيار العيب فى المبيع يمنعه . ثم الفرق بينهما : أن ضرره فى المبيع غير متحقق ، لأنه قد يكون المقصود ماليته ، أو خدمته ، ويحصل ذلك مع عيبه ، وههنا المقصود الاستمتاع ، ويفوت ذلك بعيبه . وأما خيار الجبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق .

٥٤٣٩ (فصــــل)

ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم ، لأنه مجتهد فيه ، فهو كفسخ العنة ، والفسخ للإعسار بالنفقة . ويخالف خيار المعتقة ، فإنه متفق عليه .

٥٤٤٠ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر ، وإن كان بعــده وادعى أنه ما علم حلف، وكان له أن يفسخ وعليه المهر، يرجع به على من غره ﴾

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٥٤٤١ (أحـــدها)

أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه ، سواء كان من الزوج أو المرأة ، وهذا قول الشافعى ، لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها ، فسقط مهرها ، كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء ، فصار الفسخ كأنه منها ، فإن قيل : فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه ؟ قلنا : العوض من الزوج فى مقابلة منافعها ، فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ماعقدت عليه رجع العوض إلى العاقد معها ، وليس من جهتها عوض فى مقابلة منافع الزوج ، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها ، لا لتعذر مااستحقت عليه فى مقابلته عوضا فافترقا .

٥٤٤٢ (الفصل الثانى)

أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر ، لأن المهر يجب بالعقد ، ويستقر ، بالدخول ، فلا يسقط

بحادث بعده ، ولذلك لايسقط بردتها ، ولا يفسخ من جهتها ، ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين .

إحداهما : يجب المسمى . والأخرى : مهر المثل ، بناء على الروايتين في العقد الفاسد . وقال الشافعي: الواجب مهر المثل ، لأن الفسخ استند إلى العقد فصار كالعقد الفاسد .

ولنا: أنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح، فيه مسمى صحيح، فوجب المسمى كغير المعيبة، وكالمعتقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح : أنه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحاً ، كما لو لم يفسخه ، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً، فكذلك إذ فسخه، كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد ، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الإحصان والإباحة للزوج الأول ، وسائر أحكام الصحة ، ولأنه لو كان فاسداً لما جاز إبقاؤه، وتعين فسخه ، وما ذكروه غير صحيح ، فإن الفسخ يثبت حكمه في حينه غير سابق عليه ، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها ، وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ، ولا يكون النماء لغير المشترى ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح .

٥٤٤٣ (الفصل الثالث)

إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة ، أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ، لأنه رضى بإسقاط حقه ، فسقط ، كما لو علم المشترى بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره، لأن الأصل عدمه .

٥٤٤٤ (الفصل الرابع)

أنه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر : فيه روايتان .

إحداهما : يرجع به .

والأخرى : لايرجع .

والصحيح أن المذهب رواية واحدة ،وأنه يرجع به ، فإن أحمد قال : كنت أذهب إلى قول على فهبته، فملت إلى قول عمر : «إذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فإن لها المهر بمسيسه إياها ، ووليها ضامن للصداق» وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول ، وبه قال الزهري ، وقتاده ، ومالك ، والشافعي في القديم . وروى عن على أنه قال :لايرجع ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في الجديد ، لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء، فلا يرجع به على غيره ، كما لو كان المبيع معيبا فأكله .

ولنا ماروى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب، قال عمر ابن الخطاب : « أيما رجل تزوج بامرة بها جنون أو جذام أو برص فسها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها » ، ولأنه غره

فى النكاح بما يثبت به الخيار ، فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، فإذا ثبت هذا ، فإن كان الولى علم غرم ، وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة ، فيرجع عليها بجميع الصداق . فإن اختلفوا فى علم الولى فشهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم ، وإلا فالقول قوله مع يمينه ، قال الزهرى ، وقتادة : إن علم الولى غرم ، وإلا استحلف بالله العظيم إنه ما علم ، ثم هو على الزوج .

وقال القاضى : إن كان أبا أو جدا أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته ، علم أو لم يعلم ، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم ، وإن أنكر ولم تقم بينة بإقراره فالقول قوله [1] ، ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك ، إلا أنه قال : إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به ، لئلا تصير كالموهوبة ، وللشافعى قولان كقول مالك والقاضى .

ولنا : على أن الولى إذا لم يعلم لا يغرم : أن التغرير من غيره . فلم يغرم . كما لو كان ابن عم . وعلى أنه يرجع بكل الصداق : أنه مغرور منها ، فرجع بكل الصداق ، كما لو غره الولى ، وقولهم : لا يخفى على من يراها لا يصح ، فإن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ، ولا يحل له رؤيتها ، وكذلك العيوب تحت الثياب ، فصار فى هذا كمن لا يراها ـ إلا فى الجنون فإنه لا يكاد يخفى على من يراها ، إلا أن يكون غائباً ، وأما الرجوع بالمهر فإنه لسبب آخر ، فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه ، بخلاف الموهوبة .

٥٤٤٥ (فصـــــل)

إذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ، ولا يرجع به ، لأنه رضى بالتزام نصف الصداق ، فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ، ولا يرجع به على أحد ، لأن سبب الرجوع الفسخ ، ولم يوجد ، وههنا استقر الصداق بالموت ، فلا يرجع به .

٥٤٤٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفقة إنما تجب لمرأة زوجها له عليها الرجعة ﴾

إنما كان كذلك لأنها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ، ولا يستحق زوجها عليها رجعة ، فلم تجب لها سكنى ولا نفقة ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة » . رواه النسائى ، وهذا إذا كانت حائلا ، فإن كانت حاملا فلها النفقة ، لأنها بائن من نكاح صحيح فى حال حملها ، فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثاً ، والمختلعة ، وفى السكنى روايتان . وقال القاضى : لا نفقة لها إن كانت حاملا فى أحد الوجهين ، لأنها بائن من نكاح فاسد ، وكذلك

---

(١) فى الشرح الكبير ٥٨٣/٧ (مع يمينه) (ف) .

قال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ، وفى الآخر : لها النفقة ، لأن النفقة للحمل ، والحمل لاحق به ، وينوه على أن النكاح فاسد ، وقد بينا صحته فيما مضى .

٥٤٤٧ (فصـــل)

وليس لولى الصغيرة والصغير وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب(١) ، لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ ، ولا حظ لهم فى هذا العقد . فإن زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح ، لأنه عقدلهم عقداً لايجوز عقده ، فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة . وإن لم يعلم بالعيب صح ، كما لو اشترى لهم معيباً لا يعلم عيبه ، ويجب عليه الفسخ إذا علم ، لأن عليه النظر لهم بما فيه الحظ ، والحظ فى الفسخ . ويحتمل ألا يصح النكاح ، لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم إياه فلم يصح ، كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم .

٥٤٤٨ (فصـــل)

وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه ، لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد ، فالامتناع أولى . وإن أرادت أن تتزوج معيباً فله منعها فى أحد الوجهين .

قال أحمد : ما يعجبنى أن يزوجها بعنين ، وإن رضيت الساعة تكره إذادخلت عليه ،لأن من شأنهن النكاح، ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا. وذلك الضرر فى هذا دائم، والرضى غير موثوق بدوامه، ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالة فى ابتداء العقد ، وربما أفضى [ذلك] إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها . فملك الولى منعها، كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء.

والثانى : ليس له منعها ، لأن الحق لها . وقال القاضى : له منعها من نكاح المجنون ، وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين ، لأن ضررهما عليها خاصة . وفى الأبرص والمجذوم وجهان .

أحدهما : لا يملك منعها ، لأن الحق لها ، والضرر عليها ، فأشبها المجبوب والعنين .

والثانى : له منعها ، لأن عليه ضرراً ، فإنه يتعير به ويخشى تعديه إلى الولد ، فأشبه التزويج بمن لايكافئها ، وهذا مذهب الشافعى . والأولى أن له منعها فى جميع الصور ، لأن عليها فيه ضرراً دائماً ، وعاراً عليها وعلى أهلها ، فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء .

فأما إذا اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح ، لأن الحق لهما ، ولا يخرج عنهما . ويكره لهما ذلك ، لما ذكره الإمام أبو عبدالله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد . ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج، لأن العار يلحق بهم وينالهم الضرر . فأشبه مالو زوجها بغير كفء . فأما إن حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ ، لأن حقه فى ابتداء العقد لا فى دوامه

---

(١) فى المخطوطه ٢٠ : لمعيب بأحد هذه العيوب .

ولهذا لودعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ، ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ .

٥٠٤٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار فى فسخ النكاح ﴾

أجمع أهل العلم على هذا. ذكره ابن المنذر ، وابن عبد البر ، وغيرهما . والأصل فيه خبر بريرة . قالت : عائشة « كانت بريرة ، فخيرها رسول الله عليه وسلم فى زوجها ، وكان عبداً ، فاختارت نفسها — قال عروة : ولو كان حراما ماخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم »[١] رواه مالك وأبو داود النسائى ، ولأن عليها ضرراً فى كونها حرة تحت العبد ، فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر ، فبان عبداً ، فإن اختارت الفسخ فلها فراقه ، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه ، بعد ذلك ، لأنها أسقطت حقها . وهذا مما لاخلاف فيه بحمد الله .

٥٠٥٠ (فصل)

وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها . وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والحسن وعطاء ، وسليمان بن يسار ، وأبى قلابة وابن أبى ليلى ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق. وقال طاوس ، وابن سيرين ، ومجاهد ، والنخعى ، وحماد بن أبى سليمان ، والثورى ، وأصحاب الرأى : لها الخيار . لما روى الأسود ، عن عائشة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم خير بريرة ، وكان زوجها حراً »[٢] رواه النسائى ، ولأنها كملت بالحرية ، فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً .

ولنا : أنها كافأت زوجها فى الكمال فلم يثبت لها الخيار ، كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم . فأما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد ، وعروة : « أن زوج بريرة كان عبداً » وهما أخص بها من الأسود ، لأنهما ابن أخيها وابن أختها. وقد روى الأعمش ، عن ابراهيم ، عن الأسود ، عن عائشة : « أن زوج بريرة كان عبداً » فتعارضت روايتاه ، وقال ابن عباس : كان زوج بريرة عبداً أسود لبنى المغيرة يقال له مغيث[٣] رواه البخارى وغيره . وقالت صفيه بنت أبى عبيد : « كان زوج بريرة عبداً » قال أحمد : هذا ابن عباس وعائشة قالا فى زوج بريرة : إنه عبد ، رواية علماء المدينة وعملهم ، وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شىء ، وإنما يصح أنه حر عن الأسود وحده ، وأما غيره فليس بذاك . قال : والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه ، والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ، ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص ، ، فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر .

(١) النسائى ١٠٢/٢ ميمنية . وانظر الموطأ ٥٦٢/٢ حلبى نشر فؤاد عبد الباقى .

(٢) انظر (سنن النسائى ١٠٢/٢ ميمنية) رواه عن قتيبة عن جرير عن منصور عن إبرهيم عن الأسود عن عائشة .

(٣) البخارى ٨٤/٧ منيرية . عن عبد الأعلى . وعن قتيبة بن سعيد من حديث ابن عباس أيضا .

٥٤٥٢ (فصـــل)

وفرقة الخيار فسخ ، لاينقص بها عدد الطلاق. نص عليه أحمد ، ولا أعلم فيه خلافا . قيل لأحمد : لم لا يكون طلاقا ؟ قال : لأن الطلاق ماتكلم به الرجل ، ولأنها فرقة لاختيار المرأة ، فكانت فسخاً كالفسخ لِعُنَّة وعَتَه .

٥٤٥٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال رحمه الله تعالى ﴿ فإن أعتق، قبل أن تختار ، أو وطئها ، بطل خيارها ، علمت أن الخيار لها أو لم تعلم ﴾

وجملة ذلك : أن خيار المعتقة على التراخي مالم يوجد أحد هذين الأمرين ، عتق زوجها أو وطئه لها . ولايمنع الزوج من وطئها . وممن قال إنه على التراخي : مالك ، والأوزاعي . وروى ذلك عن عبد الله بن عمر ، وأخته حفصة ، وبه قال سليمان بن يسار ، ونافع،والزهري ، وقتادة، وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء(1) السبعة . وقال أبوحنيفة وسائر العراقيين : لها الخيار في مجلس العلم ، وللشافعي ثلاثة أقوال . أظهرها : كقولنا . والثاني : أنه على الفور كخيار الشفعة . والثالث : أنه إلى ثلاثة أيام .

ولنا : ماروى الإمام أحمد في المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال:سمعت رجالا يتحدثون عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها ، إن شاءت فارقته وإن وطئها فلا خيار لها » رواه الأثرم أيضاً . وروى أبوداود « أن بريرة عتقت وهي عند مغيث، عبد لآل أبي أحمد ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها :«إن قربك فلا خيار لك » . ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولامخالف لهم في عصرهم . قال ابن عبد البر: لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفاً من الصحابة ، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فثبت كخيار القصاص، أو خيار لدفع ضرر متحقق . فأشبه ما قلناه .

إذا ثبت هذا ، فمتى عتق قبل أن تختار سقط خيارها، لأن الخيار لدفع الضرر بالرق ، وقد زال بعتقه ، فسقط كالمبيع إذا زال عيبه . وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم . نص عليه أحمد . وهو قول من سمينا في صدر المسألة . وذكر القاضي وأصحابه : أن لها الخيار وإن أصيبت

(1) الفقهاء السبعة : سعيد بن المسيب ، والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، وعروة بن الزبير ، وخارجة ابن زيد ، وسليمان بن يسار ، وعبد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود . والسابع أبو سلمه بن عبد الرحمن بن عوف وقال ابن المبارك : سالم بن عبد الله بن عمر.وقال أبو الزناد : أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام(لقط الدرر ص٩٧) . (ف)

مالم تعلم ، فإن أصابها بعد علمها فلاخيار لها . وهذا قول عطاء ، والحكم ، وحماد ، والثورى ، والأوزاعى، والشافعى ، وإسحاق ، لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا ، فهو كما لو لم تصب .

ولنا : ما تقدم من الحديث . وروى مالك ، عن ابن شهاب ، عن عروة « أن مولاة لبنى عدى يقال لها زَبْراء ، أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت ، قالت : فأرسلت إلىّ حفصة فدعتنى ، فقالت : إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك، فإن مسك فليس لك من الأمر شىء . فقلت : هو الطلاق ثم الطلاق[1] ، ففارقته ثلاثا» .وقال مالك، عن نافع ، عن ابن عمر: « إن لها الخيار ما لم يمسها »،ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ، ولا تفريع على هذا القول .

فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق،وهى ممن يجوز خفاء ذلك عليها،مثل أن يعتقها سيدها فى بلد آخر ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها لكونهما فى بلد واحد ، وقد اشتهر ذلك ، لم يقبل قولها ، لأنه خلاف الظاهر . وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار ، فالقول قولها ، لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه . وللشافعى فى قبول قولها فى ذلك قولان .

٥٤٥٤ (فصـــل)

فإن أعتق العبد والأمة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله ، سواء أعتقهما رجل واحد أو رجلان . نص عليه أحمد . وعنه : لها الخيار . والأول أولى ، لأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ ، فالمقارنة أولى ، كإسلام الزوجين ، وعن أحمد :إذا عتقا معاً انفسخ النكاح. معناه والله أعلم : أنه إذا وهب العبد سرية ، وأذن له فى التسرى بها ، ثم أعتقهما جميعا ، صارا حرين ، وخرجت عن ملك العبد ، فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد . هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبده سرية ،أو اشترى له سرية، ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد . واحتج أحمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر « أن عبداً له كان له سريتان ، فأعتقهما ، فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد » ، ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة،فلم يبح له التسرى بها كالحرة الأصلية . وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك ، لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها ، فلا ينفسخ بإعتاقهما معاً أولى. ويحتمل أن أحمد إنما أراد بقوله : انفسخ

---

(١) تكرر فى كتاب المغنى لفظ (الطلاق مرتين) ولا يتلاءم مع قوله (ففارقته ثلاثا) ورواية الموطأ تكشف ما هنا من نقص ففيه ج ٢ ص ٢٢ (فقلت : هو الطلاق ، ثم الطلاق . ثم الطلاق . ففارقته ثلاثا) (ف)

نكاحها : أن لها فسخ النكاح . وهذا تخريج على الرواية التى تقول : بأن لها الفسخ إذا كان زوجها حرا .

٥٤٥٥ (فصـــل)

ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقهما البداية بالرجل ، لئلا يثبت المرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه ، وقد روى أبو داود ، والأثرم ، بإسنادهما عن عائشة : « أنه كان لها غلام وجارية ، فتزوجا ، فقالت للنبى صلى الله عليه وسلم: إنى أريد أن أعتقهما ، فقال لها : «فابدئى بالرجل قبل المرأة »[1] وعن صفية بنت أبى عبيد أنها فعلت ذلك ، وقالت للرجل : « إنى بدأت بعتقك لئلا يكون لها عليك خيار »

٥٤٥٦ (فصـــل)

إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما فى الحال ، لأنه لا عقل لهما ، ولا قول معتبر ، ولا يملك وليهما الاختيار عنهما ، لأن هذا طريقه الشهوة ، فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص .

فإذا بلغت الصغيرة ، وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ ، لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم ، وهـــذا الحكم فيما لو كان بزوجيهما عيب يوجب الفسخ ، فإن كان زوجاهما قد وطئاهما فظاهر كلام الخرقى : أنه لاخيار لهما ، لأن مدة الخيار انقضت، وعلى قول القاضى وأصحابه: لهما الخيار، لأنه لا رأى لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلا على الرضى ، بخلاف الكبيرة العاقلة ، ولا يمنع زوجاهما من وطئهما .

٥٤٥٧ ﴿ مسألة ﴾

قال رحمه الله ﴿ فإن كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسراً ﴾

إنما شرط الإعسار فى المعتق لأن الموسر يسرى عتقه إلى جميعها ، فتصير حرة ، ويثبت لها الخيار ، والمعسر لا يسرى عتقه ، بل يعتق منها ما أعتق ، وباقيها رقيق ، فلا تكمل حريتها ، فلا يثبت لها الخيار حينئذ . وهذا قول الشافعى . وعن أحمد : أن لها الخيار ، حكاها أبو بكر واختارها ، لأنها أكمل منه ، فإنها ترث وتورث ، وتحجب بقدر ما فيها من الحرية ، ووجه قول الخرقى : أنه لا نص فى المعتق بعضها ، ولا هى فى معنى الحرة الكاملة ، لأنها كاملة الأحكام . وأيضاً ما علل به أحمد : وهو . أن العقد صحيح ، فلا يفسخ بالمختلف فيه ، وهذه مختلف فيها .

(١) ذكر رواية أبى داود بالمعنى ولفظها فى سننه ج ١ ص ٥١٨ (ف)

٥٤٥٨ (فصـــــل)

ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ، ثم أعتقها فى مرضه بعد الدخول بها ، ثم مات ولا يملك غيرها وغير مهرها بعـد استيفائه عتقت ، لأنها تخرج من الثلث ، ولها الخيار . وإن لم تـكن قبضته عتق ثلثها فى الحال ، وفى الخيار لها وجهان . فكلما اقتضى من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه ، فإذا استوفى كله عتقت كلها ، ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك . فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ ، لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها . وعلى قول الخرقى لا يبطل ، لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها . فأشبه مالو مكنت منه قبل عتقها . فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار على قول الخرقى ، لأن فسخها النكاح يسقط به صداقها ، فيعجز الثلث عن كمال قيمتها فيرق ثلثاها ، ويسقط خيارها ، فيفضى إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط . وهـــذا مذهب الشافعى . وعند أبى بكر لها الخيار ، فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفى عتق ثلثاها ، وعلى قول من أسقطه يعتق ثلثها .

٥٤٥٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد ، وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد ﴾

وجملته : أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده ، أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب ، لأنه واجب بالعقد . فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مُسْقِط ، وإن فسخت بعد الدخول فقد استقر بالدخول، فلم يسقط بشيء ، وهو للسيد فى الحالين . لأنه وجب بالعقد فى ملـكه ، والواجب المسمى فى الحالين ، سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده . وقال أصحاب الشافعى : إن كان الدخول قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى ، وإن كان بعده فالواجب مهر المثل ، لأن الفسخ استند إلى حالة العتق ، فصار الوطء فى نـكاح فاسد .

ولنا أنه عقد صحيح ، فيه مسمى صحيح ، اتصل به الدخول قبل الفسخ ، فأوجب المسمى ، كما لو لم يفسخ ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لـكان المهر لها ، لأنها حرة حينئذ . وقولهم : إن الوطء فى نـكاح فاسد ، غير صحيح ، فإنه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ، ويثبت فيه أحـكام الوطء فى النـكاح الصحيح ، من الإحلال للزوج الأول ، والإحصان ، وكونه حلالا . وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها . نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد رواية أخرى : للسيد نصف المهر ، لأنه وجب للسيد، فلا يسقط بفعل غيره .

ولنا : أن الفرقة جاءت من قِبَلها ، فسقط مهرها، كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحَها رضاعُه ، وقوله « وجب للسيد » قلنا : لكن بواسطتها ، ولهذا سقط نصفه بفسخها ، وجميعه بإسلامها وردتها .

٥٤٦٠ (فصـــل)

ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضاً ، لأنه وجب بالعقد فى ملكه لا بالفرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب ، والموت لا يوجب ، فدل على أنه وجب بالعقد ، وإن كان الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شىء إلا على الرواية الأخرى ، وينبغى أن تجب المتعة ، لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول فى موضع لو كان مسمى وجب نصفه .

٥٤٦١ (فصـــل)

فإن طلقها طلاقا بائنا ثم أعتقت فلا خيار لها ، لأن الفسخ إنما يكون فى نكاح ، ولا نكاح ههنا . وإن كان رجعياً فلها الخيار فى العدة ، لأن نكاحها باق ، فيمكن فسخه ، ولها فى الفسخ فائدة ، فإنها لا تأمن رجعته إذا لم يفسخ . فإن قيل : فيفسخ حينئذ ؟ قلنا : إذاً تحتاج إلى عدة أخرى ، وإذا فسخت فى عدتها تبنت على ما مضى من عدتها ، ولم تحتج إلى عدة أخرى . لأنها معتدة من الطلاق ، والفسخ لا ينافيها ، ولا يقطعها ، فهو كما لو طلقها طلقة أخرى ، وينبنى[1] على عدة حرة ، لأنها عتقت فى أثناء العدة وهى رجعية فإن اختارت المقام بطل خيارها . وقال الشافعى : لا يبطل ، لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى البينونة ، وذلك ينافى اختيار المقام .

ولنا : أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ ، فصح اختيار المقام ، كصاحب النكاح ، وإن لم تختر شيئا لم يسقط خيارها، لأنه على التراخى، ولأن سكوتها لا يدل على رضاها، لاحتمال أنه كان لجريانها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك . فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ ، فإن فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطلقة واحدة ، لأن طلاق العبد اثنتان . وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طلقتين ، لأنه صار حراً، فملك ثلاث طلقات كسائر الأحرار .

٥٤٦٢ (فصـــل)

فإن طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها، أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق، وقع طلاقه، وبطل خيارها ، لأنه طلاق من زوج جائز التصرف فى نكاح صحيح ، فنفذ كما لو لم يعتق . وقال القاضى : طلاقه موقوف ، فإن اختارت الفسخ لم يقع الطلاق، لأن طلاقه يتضمن إبطال حقها من الخيار . وإن لم تختر وقع. وللشافعى

(١) لفظ الشرح الكبير ج ٧ ص ٥٦٠ (وتبنى على عدة حرة) وهو أوضح (ف) .

قولان كهذين الوجهين . وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند إلى حالة العتق،فيكون الطلاق واقعاً فى نكاح مفسوخ .

ولنا : أنه طلاق من زوج مكلف مختار ، فى نكاح صحيح ، فوقع كما لو طلقها قبل عتقها ، أو كما لو لم تختر . وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ، ولا يجوز تقديم الفرقة عليه ، والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن العدة تُبْتَدَأ من حين الفسخ ، لا من حين العتق ، وما سبقه من الوطء وطء فى نكاح صحيح ، يثبت الإحصان والإحلال للزوج الأول ، ولو كان الفسخ سابقاً عليه لا نعكست الحال ، وقول القاضى : إنه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح . فإن الطلاق يحصل به مقصود الفسخ ، من زيادة وجوب نصف المهر وتقصير العدة عليها ، فإن ابتداءها من حين طلاقه ، لا من حين فسخه . ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع ، وإن لم تختر الفسخ . كما لم يصح تصرف المشترى فى المبيع فى مدة الخيار ، سواء فسخ البائع أو لم يفسخ ، وهذا فيما إذا كان الطلاق بائنا ، فإن كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا . فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها ، لأنها بانت بالفسخ ، وإن لم يفسخ فلها نصف الصداق ، لأنها بانت بالطلاق .

٥٤٦٣ (فصـــل)

وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم ، لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه، فلم يفتقر إلى حاكم كالرد بالعيب فى المبيع ، بخلاف الفسخ فى النكاح ، فإنه مجتهد فيه ، فافتقر إلى حكم الحاكم ، كالفسخ للإعسار .

٥٤٦٤ (فصـــل)

فإن اختارت المعتقة الفراق كان فسخاً ليس بطلاق . وبهذا قال أبو حنيفة ، والثورى ، والحسن بن حىّ ، والشافعى . وذهب مالك ، والأوزاعى ، والليث ، إلى أنه طلاق بائن . قال مالك : إلا أن تطلق نفسها ثلاثا فتطلق ثلاثا ، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثاً ، فلم يبلغنا أن أحدا من الصحابة أنكر ذلك ، ولأنها تملك الفراق فملكت الطلاق كالرجل .

ولنا : قوله صلى الله عليه وسلم[1] « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولأنها فرقة من قبل الزوجة ، فكانت فسخا ، كما لو اختلف دينهما ، أو أرضعت من يفسخ نكاحها برضاعه . وفعل زبراء ليس بحجة، ولم يثبت انتشاره فى الصحابة ، فعلى هذا لو قالت : اخترت نفسى ، أو فسخت النكاح ، انفسخ . ولو قالت : طلقت نفسى ، ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ ، لأنه يؤدى إلى معناه ، فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق .

(١) أخرجه ابن ماجه والدارقطنى عن ابن عباس (ف) :

٥٤٦٥ (فصـــــل)

وإن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار ، لأن عدم الكمال فى الزوجة لا يؤثر فى النكاح ، وكذلك لا تعتبر الكفاءة إلا فى الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقا ، فبانت أمة ، لم يثبت له خيار . ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا ، فبان عبداً ، كان لها الخيار . وكذلك فى الاستدامة ، لكن إن أعتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه ؟ على وجهين تقدم ذكرهما .

٥٤٦٦ (فصـــــل)

وإذا عتقت الأمة فقالت لزوجها : زدنى فى مهرى ففعل ، فالزيادة لها دون سيدها ، سواء كان زوجها حراً أو عبداً ، وسواء عتق معها أو لم يعتق ، نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده من أمته ، ثم أعتقا جميعاً ، فقالت الأمة : زدنى فى مهرى ، فالزيادة للأمة لا للسيد ، فقيل : أرأيت إن كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال : للأمة .

وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها ، فزادها زوجها فى مهرها فالزيادة للثانى . وقال القاضى : الزيادة للسيد المعتق فى الموضعين على قياس المذهب ، لأن من أصلنا أن الزيادة فى الصداق تلحق بالعقد الأول ، فتكون كالمذكورة فيه ، والذى قلناه أصح ، لأن الملك فى الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنهما ، فيكون لها ككسبها والموهوب لها .

وقولنا : إن الزيادة تلحق بالعقد ، معناه : أنها تلزم ، ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقا . وليس معناه : أنا تبينا أن الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها . فإن هذا محال ، ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق ، فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه ، لأنه يؤدى إلى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته ، وكان له نماؤه . وهذا أظهر من أن نطيل فيه .

٥٤٦٧ باب أجل العِنّين والخِصِىّ غير المجبوب

العنين هو العاجز عن الإيلاج ، وهو مأخوذ من « عَنّ » أى : اعترض ، لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه ، أى يعترض . والعنَنَ الاعتراض . وقيل : لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده . فإذا كان الرجلَ كذلك فهو عيب به ، ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ، ويعلم حاله بها . وهذا قول عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، والمغيرة بن شعبة ، رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، والنخعى ، وقتادة ، وحماد بن أبى سليمان . وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد . وشذ الحكم بن عيينة ، وداود . فقالا : لا يؤجل ، وهى امرأته . وروى ذلك عن علي رضى الله عنه ، لأن

امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : « يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي ، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ، وإنما له مثل هُدْبَة[1] الثوب ، فقال : تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك » . ولم يضرب له مدة .

ولنا : ما روى أن عمر رضى الله عنه أجل العنين سنة . وروى ذلك الدارقطني بإسناده عن عمر ، وابن مسعود ، والمغيرة بن شعبة . ولا مخالف لهم ، ورواه أبو حفص عن علي ، ولأنه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل ، والرتق في المرأة .

فأما الخبر فلا حجة لهم فيه ، فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ، ولم يوجد واحد منهما . وقد روى أن الرجل أنكر ذلك وقال[2] : « إني لأعْرُكُها عَرْكَ الأدِيم » . وقال ابن عبد البر : وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه ، فلا معنى لضرب المدة ، وصحح ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : « تريدين أن ترجعي إلى رفاعة » ؟ ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها : وقيل : إنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة . ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم : « حتى تذوقي عُسَيْلَتَهُ ؟ »[3] والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك .

٥٤٦٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه ، فإن لم يصبها فيها ، خيرت في المقام معه أو فراقه . فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعُنَّة سئل عن ذلك ، فإن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها . وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب ، لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته ، والأصل السلامة وقال القاضي : هل يستحلف أولا ؟ على وجهين ، بناء على دعوى الطلاق . فإن أقر بالعجز أو ثبتت بينة على إقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ، ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم . وعن الحارث ابن ربيعة أنه أجل رجلا عشرة أشهر .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض ، فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة ، فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة ، وإن كان من رطوبة زال في فصل

(١) (مثل هدبة الثوب) أي أن ما لديه رخو مثل طرف الثوب لا يغني شيئا(ف)

(٢) رواها البخاري ج ٧ ص ١٩٢ بلفظ (إني لأنفضها نفض الأديم) أي أجهدها وأعركها كما يفعل بالأديم عند دباغه (ف) .

(٣) العسيلة : كناية عن الجماع .

الحرارة ، وإن كان من انحراف مزاج زال فى فصل الاعتدال . فإن مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقة .

وحكى عن أبى عبيد أنه قال : أهل الطب يقولون : الداء لا يستمر فى البدن أكثر من سنة ثم يظهر. وابتداء السنة منذ ترافعه . قال ابن عبد البر : على هذا جماعة القائلين بتأجيله . قال معمر فى حديث عمر : يؤجل سنة من يوم مرافعته ، فإذا انقضت المدة فلم يطأ فلها الخيار ، فإن اختارت الفسخ لم يجز إلا بحكم الحاكم ، لأنه مختلف فيه ، فإما أن يفسخ ، وإما أن يرده إليها فتفسخ هى فى قول عامة القائلين به ، ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه ، لأنه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار . فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق ، وهذا قول الشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والثورى : يفرق الحاكم بينهما ، وتكون تطليقة ، لأنه فرقة لعدم الوطء ، فكانت طلاقاً كفرقة المولى .

ولنا : أن هذا خيار ثبت لأجل العيب ، فكان فسخاً كفسخ المشترى : لأجل العيب .

٥٤٦٩ (فصل)

فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يجز إلا بنكاح جديد ، لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح ، فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث ، نص عليه أحمد . وذكر أبو بكر فيها قولا ثانياً : أنهما لا يجتمعان أبداً ، لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم ، فحرمت النكاح كفرقة اللعان ، والمذهب أنها تحل له،لأنها فرقة لأجل العيب ، فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة ، والفرقة من سائر العيوب .

وأما فرقة اللعان فإنها حصلت بلعانها قبل تفريق الحاكم ، وههنا بخلافه ، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح ، فمنع ابتداءه ، ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع، وههنا بخلافه ، ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يجز الفسخ ،فكيف يصح القياس مع هذه الفروق ؟

٥٤٧٠ (فصل)

ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم يضرب له المدة ، لأن ذلك عارض يزول ، والعنة خلقة وجبلة لا تزول ، وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة ، لأنه فى معنى من خلق كذلك ، وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار فى الحال ، لأن الوطء ميؤوس منه ولا معنى لانتظاره ، وإن كان قد بقى من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة ، لأنه فى معنى العنين خلقة ، وإن اختلف فى القدر الباقى هل يمكن الوطء بمثله أو لا ؟ رجع إلى أهل الخبرة فى معرفة ذلك .

٥٤٧١ (فصل)

فأما الخصى فإن الخرقى ذكره فى ترجمة الباب ، ولم يفرده بحكم ، فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره فى أنه

متى لم يصل إليها أجل ، وإن وصل إليها فلا خيار لها ، لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه ، وقد قيل : إن وطأه أكثر من وطء غيره،لأنه لا ينزل فيفتر بالإنزال ، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فى ذلك فيما مضى ، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجُور ، وهو الذى رُضَّتْ خصيتاه ، والمسلول الذى سُلّت خصيتاه ، فإن الحكم فى الجميع واحد ، فإنه لا ينزل ولا يولد له .

٥٤٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن قال : قد عِلمَتْ أنى عنين قبل أن أنكحها . فإن أقرت أو ثبت ببينة فلا يؤجل وهى امرأته ﴾

وجملة ذلك ، أن المرأة إذا علمت عُنّةَ الرجل وقت العقد ، مثل أن يعلمها بعنته، أو تضرب له المدة وهى امرأته ، فينفسخ النكاح، ثم يتزوجها ، ونحو ذلك،لم تضرب له المدة، وهى امرأته فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء ، والثورى ، وابن القاسم، وأصحاب الرأى ، وهو قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد : يؤجل ، لأنه قد يكون عنينا فى نكاح دون نكاح

ولنا : أنها رضيت بالعيب ، ودخلت فى العقد عالمة به ، فلم يثبت لها خيار، كما لو علمته مجبوباً ، ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ ، فكذلك إذا رضيت به فى العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة ، كذا ههنا .

وقولهم : إنها تكون فى نكاح دون نكاح احتمال بعيد ، فإن العنة جِبلّة وخِلقة لاتتغير ظاهراً[1]، ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة، فإن ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبت ببينة ، ثبت نكاحها وبطل خيارها .

٥٤٧٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة،ثم طالبت بعد، فلها ذلك،ويؤجل سنة من يوم ترافعه ﴾

لا نعلم فى هذا اختلافاً. وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضا ، لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ، ولا الامتناع من استمتاعه، فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقها ، كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها. ولو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً ، لأن الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فى الظاهر .

٥٤٧٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن قالت فى وقت من الأوقات : قد رضيت به عنيناً ، لم يكن لها المطالبة بعد ﴾

وجملة الأمر : أنها متى رضيت به عنيناً بطل خيارها، سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ، ولا نعلم فى بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافاً ، فأما قبلها فإن الشافعى قال فى الجديد : لا يبطل خيارها. لأن حقها فى الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة ، فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع .

ولنا : أنها رضيت بالعيب بعد العقد ، فسقط خيارها كسائر العيوب ، وكما بعد انقضاء المدة . وما ذكروه غير صحيح ، فإن العنة التى هى سبب الفسخ موجودة ، وإنما المدة ليعلم وجودها ، ويتحقق علمها ، فهى كالبينة فى سائر العيوب[1] .

ويفارق الشفعة ، فإن سببها البيع ولم يوجد بعد . فإن قيل : فلو رضيت المرأة بالإعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ، ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك . قلنا : الفرق بينهما : أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم ، فإذا رضيت بإسقاط ما يجب لها فى المستقبل لم يسقط ، لأنها أسقطته قبل وجوبه . فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع ، بخلاف العيب ، ولأن الإعسار يعقبه اليسار ، فترضى بالمقام رجاء ذلك ، وكذلك المُولِى يجوز أن يكفر عن يمينه ويطأ، فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار . فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة ، وهو معنى لا يزول فى العادة فافترقا .

٥٤٧٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عنيناً ﴾

أكثر أهل العلم على هذا ، يقولون : متى وطىء امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ، ولم تضرب له مدة . منهم : عطاء ، وطاوس ، والحسن ، ويحيى الأنصارى ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، وابن هاشم ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : إن عجز عن وطئها أجل لها ، لأنه عجز عن وطئها ، فيثبت حقها ، كما لو جُبَّ بعد الوطء .

ولنا : أنه قد تحققت قدرته على الوطء فى هذا النكاح وزوال عنته ، فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ، ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد . وأما الجب فإنه يتحقق به العجز فافترقا .

---

(١) فى نسخة المقود. هامش الطبعه الثالثة

٥٤٧٦ (فصـــــل)

والوطء الذى يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة فى الفرج ، لأن الأحكام المتعلقة بالوطء ، تتعلق بتغييب الحشفة ، فكان وطئا صحيحاً ، فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يخرج عن العنة إلا بتغييب جميع الباقى ، لأنه لا حد هٰهنا يمكن اعتباره ، فاعتبر تغييب جميعه ، ولأنه المعنى الذى يتحقق به حصول حكم الوطء .

والثانى : يعتبر تغييب قدر الحشفة ، ليكون ما يجزىء من المقطوع مثل ما يجزىء من الصحيح ، وللشافعى قولان كهذين .

٥٤٧٧ (فصـــــل)

ولا يخرج عن العنة بالوطء فى الدبر ، لأنه ليس بمحل الوطء ، فأشبه الوطء فيما دون الفرج ، ولذلك لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول ، ولا الإحصان ، وإن وطئها فى القُبُل حائضاً ، أو نفساء ، أو محرمة ، أو صائمة ، خرج عن العنة ، وذكر القاضى أن قياس المذهب : ألا يخرج من العنة ، لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان[1] والإباحة للزوج الأول ، ولأنه وطء محرم ، أشبه الوطء فى الدبر .

ولنا : أنه وطء فى محل الوطء ، فخرج به عن العنة ، كما لو وطئها وهى مريضة يضرّها الوطء ، ولأن العنة العجز عن الوطء ، ولا يبقى مع وجود الوطء ، فإن العجز ضدّ القدرة ، فلا يبقى مع وجود ضده ، وما ذكروه غير صحيح ، لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لمانع ، أو لفوات شرط . والعنة فى نفسها أمر حقيقى لا يتصور بقاؤه مع انتفائه ، فأما الوطء فى الدبر فليس بوطء فى محله ، بخلاف مسألتنا ، وقد اختار ابن عقيل : أنه تنتفى به العنة ، لأنه أصعب ، فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر .

٥٤٧٨ (فصـــل)

وإن وطىء امرأة لم يخرج به عن العنة فى حق غيرها . واختار بن عقيل : أنه يخرج عن العنة فى حق جميع النساء ، ولا تسمع دعواها عليه منها ، ولا من غيرها . وهذا مقتضى قول أبى بكر ، وقول كل من قال : إنه يخير بتزويج امرأة أخرى . ويحكى ذلك عن سمرة ، وعن عمر بن عبد العزيز ، وذلك لأن العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغير النساء ، فإذا انتفت فى حق امرأة لم تبق فى حق غيرها .

ولنا : أن حكم كل امرأة معتبرة بنفسها ، ولذلك لو ثبتت عنته فى حقهن فرضى بعضهن سقط حقها

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : على أن الإحصان لا يحصل به .

وحدها ، دون الباقيات ، ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها، وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله : كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا : قد تنهض شهوته في حق إحداهما لفرط حبه إياها وميله إليها ، واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى . فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ، ثم تزوجها ، فعنّ عنها ، فلها المطالبة ، لأنه إذا جاز أن يعنّ عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى . وعلى قول أبي بكر ومن وافقه : لا يصح هذا ، بل متى وطىء مرة لم تثبت عنته أبداً

٥٤٧٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإن جُبّ قبل الحول فلها الخيار في وقتها ﴾

كأن الخرقي أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال ، لأننا ننتظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه ههنا يقيناً ، فلا حاجة إلى الانتظار .

قال القاضي : ويلزم على هذا أن سائر العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار، فإن الخيار ههنا إنما يثبت بالجب الحادث ، ولولاه لم يثبت الفسخ ، لأننا لم نتيقن عنته . والجب حادث ، فلما ثبت الفسخ به عُلِم أنه إنما استحق بالعيب الحادث ، وفي بعض النسخ « قبل الدخول » ، ومعناهما واحد ، ويحتمل أنه إنما استحق الفسخ ههنا بالجب الحادث ، لأنه متضمن مقصود العنة في العجز عن الوطء ، ومحقق للمعنى الذي ادعته المرأة ، بخلاف غيره من العيوب والله أعلم .

٥٤٨٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن زعم أنه قد وصل إليها وادعت أنها عذراء أُرِيَتِ النساء الثقات ، فإن شهدن بما قالت أُجِّل سنة ﴾

وجملته : أن المرأة إذا ادعت عُنّة زوجها ، فزعم أنه وطئها وقالت : إنها عذراء ، أريت النساء . فإن شهدن بعذرتها فالقول قولهن ويؤجل . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وإنما كان كذلك لأن الوطء يزيل عذرتها ، فوجودها يدل على عدم الوطء . فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها ، لأن هذا بعيد جداً ، وإن كان متصوراً . وهل تستحلف المرأة ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : تستحلف لإزالة هذا الاحتمال ، كما يستحلف سائر من قلنا : القول قوله .

والآخر : لا تستحلف ، لأن ما يبعد جداً لا التفات إليه ، لاحتمال كذب البينة العادلة ، وكذب المقر في إقراره ، وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين .

وهذا الذي ذكره الخرقي فيما إذا اختلفا في ابتداء الأمر قبل ضرب الأجل ، فإن اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة ، وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة ، وإن كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم من اعترف

أنه لم يطأها[١] ، وفى كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله ، فيسقط حكم قولها ، لأنه تبين كذبها ، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم الأسباب .

٥٤٨١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كانت ثيباً وادعى أنه يصل إليها أخلى معها فى بيت ، وقيل له : أخرج ماءك على شىء ، فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار ، فإن ذاب فهو منى ، وبطل قولها ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أن القول قوله مع يمينه ﴾

اختلفت الرواية عن أبى عبدالله رحمه الله فى هذه المسألة . فحكى الخرقى فيها روايتين .

إحداهما : أنه يخلى معها ، ويقال : أخرج ماءك على شىء ، فإن أخرجه فالقول قوله ، لأن العنين يضعف عن الإنزال ، فإذا أنزل تبينا صدقه ، فنحكم به ، وهذا مذهب عطاء ، فان ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار[٢] فإن ذاب فهو منى ، لأنه شبيه ببياض البيض ، وذاك إذا وضع على النار تجمع ويبس ، وهذا يذوب ، فيتميز بذلك أحدهما من الآخر ، فيختبر به . وعلى هذا من عجز عن إخراج مائه[٣] فالقول قول المرأة ، لأن الظاهر معها .

والرواية الثانية : القول قول الرجل مع يمينه . وبهذا قال الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، لأن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه ، وجَنْبَتَهُ أقوى ، فإن دعواه سلامةُ العقد ، وسلامةُ نفسه من العيوب ، والأصل السلامة ، فكان القول قوله كالمنكر فى سائر الدعاوى ، وعليه اليمين على صحة ما قال . وهذا قول من سمينا ههنا ، لأن قوله محتمل للكذب ، فقوينا قوله بيمينه ، كما فى سائر الدعاوى التى يستحلف فيها ، فإن نكل قضى عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

قال القاضى : ويتخرج ألا يستحلف ، بناء على إنكاره دعوى الطلاق ، فإن فيها روايتين ، كذا ههنا . والصحيح ما قال الخرقى لدلالة الخبر والمعنى[٤] عليه .

وروى عن أحمد رواية ثالثة : أن القول قول المرأة مع يمينها ، حكاها القاضى فى المجرد ، لأن الأصل عدم الإصابة ، فكان القول قولها ، لأن قولها موافق للأصل ، واليقين معها . وفى كل موضع حكمنا بوطئه

(١) فى المخطوطة ١٨ : بأنه لم يطأها . (٢) فى المخطوطة ٢٠ : جعلناه على النار .
(٣) فى المخطوطة ٢٠ : عجز عن الماء .
(٤) على هامش ٢٠ : كما دل الخبر والمعنى عليه . من نسخة أخرى .

بطل حكم عنته ، فإن كان فى ابتداء الأمر لم تضرب له مدة ، وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت ، وإن كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار . وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته ، كما لو أقربها .

واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من الجمال ، وتعطى صداقها من بيت المال ، ويخلى معها وتسأل عنه ، ويؤخذ بما تقول . فان أخبرت أنه يطأ كذبت الأولى ، والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ ، وصداقها من بيت المال ، وإن كذبته فرق بينه وبينهما ، وصداق الثانية من ماله ههنا ، لما روى « ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها ، فكتب إلى معاوية فكتب إليه : أن زوجه بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح ، وسق إليها المهر من بيت المال عنه ، فإن أصابها فقد كذبت ، وإن لم يصبها فقد صدقت ، ففعل ذلك سمرة ، فجاءت المرأة فقالت : ليس عنده شيء ، ففرق بينهما » .

وقال الأوزاعى : يشهده امرأتان ، ويترك بينهما ثوب ، ويجامع امرأته ، فإذا قام عنها نظرتا إلى فرجها ، فإن كان فيه رطوبة الماء فقد صدق ، وإلا فلا . وحكى عن مالك مثل ذلك ، إلا أنه اكتفى بواحدة .

والصحيح : أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء فى الإيلاء ، ولما قدمنا . واعتبار خروج الماء ضعيف ، لأنه قد يطأ ولا ينزل ، وقد ينزل من غير وطء ، فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ، ونزول الماء ، وقد يعجز السليم القادر عن الوطء فى بعض الأحوال ، وليس كل من عجز عن الوطء فى حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يكون عنيناً ، ولذلك جعلنا مدته سنة ، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضاً ، ولأنه قد يعن عن امرأة دون أخرى ، ولأن نكاح الثانية إن كان مؤقتاً أو غير لازم فهو نكاح باطل ، والوطء فيه حرام ، وإن كان صحيحاً لازما ففيه إضرار بالثانية ، ولا ينبغى أن يقبل قولها لأنها تريد بذلك تخليص نفسها ، فهى متهمة فيه ، وليست بأحق أن يقبل قولها من الأولى ، ولأن الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء فى يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك . وأكثر ما فى الذى ذكروه أن يثبت عجزه عن الوطء فى اليوم الذى اختبروه فيه ، فإذا لم تثبت عُنّته[1] بإقراره بعجزه فلأ لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى .

٥٤٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال الخنثى المشكل: أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد ، وكذلك لو سبق فقال: أنا امرأة . لم ينكح إلا رجلا ﴾

والخنثى: هو الذى فى قبله فرجان. ذكر رجل ، وفرج امرأة ، لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى . قال الله تعالى : « وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ » وقال تعالى: « وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً » فليس ثم خلق ثالث ، ولا يخلو الخنثى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل . فإن لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال ، أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن.

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : فإن لم تثبت العنة .

وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء ، فاختلف أصحابنا فى نكاحه . فذكر الخرقى أنه يرجع إلى قوله ، فإن ذكر أنه رجل ، وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء ، فله نكاحهن ، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا ، لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته ، وليس فيه إيجاب حق على غيره ، فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة فى حيضها وعدتها ، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له . فان الله تعالى أجرى العادة فى الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى ، وميلها إليه ، وهذا الميل أمر فى النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره ، وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة، فرجع فيه إلى الأمور الباطنية فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية ، فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه ، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يُقبل ، لأنه متهم فيه ، فلا يقبل قوله على غيره ، وما كان من عبادته وسترته وغير ذلك فينبغى أن يقبل قوله فيه ، لأنه حكمٌ بينه وبين الله تعالى . قال القاضى : ويقبل قوله فى الإمامة ، وولاية النكاح ، وما لا يثبت حقاً على غيره . وإذا زوّج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الأول[1] لم يقبل فى التزويج بغير الجنس الذى زوجه أولا ، لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء، لكن إن تزوج امرأة ثم قال : أنا امرأة انفسخ نكاحه ، لإقراره ببطلانه ، ولا يقبل قوله فى سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلا وقال : أنا رجل .لم يقبل قوله فى فسخ نكاحه ، لأن الحق عليه . وهذا قول الشافعى ، وقال أبو بكر : لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره . وذكره (نصاً عن أحمد[2]) فى رواية الميمونى ، وهذا الذى ذكره أبو إسحاق مذهباً للشافعى . وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح ، فلم يبح له ، كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة،وكما لو لم يقل إنى رجل ولا امرأة،ولأن قوله لا يرجع إليه فى شىء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما فى نكاحه ، ولأنه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره ، ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور فى حقه ، فحرم كما ذكرناه .

٥٤٨٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح ، وليس واحد منهما بزائل العقل ، رجما إذا زنيا ، والمسلم والكافر الحران فيما وصفت سواء ﴾

وذكر الخرقى رحمه الله فى هذا الباب شرائط الإحصان ، ونحن نؤخره إلى الحدود ، فانه أخص به . والله أعلم .

(١) فى المخطوطة ٣٩ : فقال غير قوله الأول .

(٢) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ٢٠ ، ١٨ .

كتاب الصداق

الأصل فى مشروعيته : الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : « ٤ : ٢٤ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ » . وقوله تعالى : « ٤ : ٤ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً » . قال أبو عبيد : يعنى عن طيب نفس بالفريضة التى فرض الله تعالى . وقيل: النحلة : الهبة ، والصداق فى معناها . لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه ، وجعل الصداق للمرأة . فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل : نحلة من الله تعالى للنساء ، وقال تعالى : « ٥ : ٢٤ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً » .

وأما السنة : فروى أنس . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف ، ردع زعفران ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « مَهْيَم؟ »(١) فقال : يا رسول الله تزوجت امرأة ، فقال: ماأصدقتها؟ قال : وزن نواة من ذهب. فقال . بارك الله لك ، أولم ولو بشاة». وعنه: « أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها »(٢) متفق عليهما، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق فى النكاح.

٥٤٨٤ (فصل)

وللصداق تسعة أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنحلة ، والفريضة ، والأجر ، والعلائق ، والعقر ، والحباء . روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : أدُّو العلائق . «قيل : يا رسول الله ، وما العلائق(٤) ؟ قال : ما يتراضى به الأهلون »(٣) . وقال عمر : لها عَقْرُ نسائها . وقال مهلهل :

أنكحها(٤) فَقْدُها الأراقم فى جنبٍ ، وكان الحِباء من أَدَم

---

(١) مهيم : يعنى : ما أمرك وشأنك ؟ وهى كلمة يمنية . وردت فى ثلاث أحاديث من السنة . أنظر النهاية لابن الأثير ٤ /٣٧٨ حلبى .

(٢) حديث أنس الأول أخرجه البخارى ج٧ ص٥ ومسلم ج٢ ص١٠٤٢ وأبو داود ج١ ص٤٨٦ والترمذى ج٥ ص٣ والنسائى ج٦ ص١١٩، ١٢٨ وابن ماجه ج١ ص٨٩ مع اختلاف يسير فى اللفظ ففى أبى داود (درع زعفران) وفى النسائى (ردع من زعفران) وفى البخارى (وضر من صفرة) وفى البقية (أثر صفرة) والمعنى متفق (ردع) معناه صبغ ولطخ ، والزعفران أصفر اللون .

(٣) أخرجه الدارقطنى والبيهقى من حديث ابن عباس(ف) .

(٤) فى لسان العرب ج ١٣ ص ٥ هذان البيتان، وذكر (الخباء) بالخاء المعجمة لكنه ذكره بالحاء المهملة فى ج١٢ ص ٢٥٠ ، ١٤ص ١٦٣ وهو الصواب كما فى الزهر ج ٢ ص ٣٦٦ والحباء مهر المرأة والأراقم=

لو بأبانين جاء يخطبهـــا خضب ماء وجـه خاطب بدم

يقال : أصدقت المرأة ومهرتها . ولا يقال : أمهرتها .

٥٤٨٥ (فصـــل)

ويستحب ألا يعرى النكاح عن تسمية الصداق . لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج ، فلم يكن يخلى ذلك من صداق . وقال للذى زوجه الموهوبة : « هل من شىء تصدقها»؟ فالتمس ولم يجد ، قال : «التمس ولو خاتماً من حديد » فلم يجد شيئاً « فزوجه إياها بما معه من القرآن » ولأنه أقطع للنزاع وللخلاف فيه ، وليس ذكره شرطا . بدليل قوله تعالى : « ٢ : ٢٣٦ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» وروى «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا امرأة ولم يسم لها مهراً » .

٥٤٨٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها . فأى صداق اتفقوا عليه فهو جائز ، إذا كان شيئاً له نصف يحصل ﴾

فى هذه المسألة ثلاثة فصول :

٥٤٨٧ (أحــدها)

أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره ، بل كل ما كان مالاً جاز أن يكون صداقاً . وبهذا قال الحسن ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والأوزاعى ، والليث ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . وزوّج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين . وقال : «لو أصدقها سوطاً لحلت» وعن سعيد بن جبير ، والنخعى ، وابن شبرمة ، ومالك ، وأبى حنيفة : هو مقدر الأقل .

ثم اختلفوا فقال مالك ، وأبو حنيفة : أقله ما يقطع به السارق . وقال ابن شبرمة : خمسة دراهم . وعن النخعى : أربعون درهما . وعنه : عشرون . وعنه : رطل من الذهب . وعن سعيد بن جبير. خمسون درهما

= قوم من ربيعة سموا الأراقم تشبيها لعيونهم بعيون الأراقم من الحيات وقيل غير ذلك . وجنب : حى من اليمن . وقد روى اللسان البيت الثانى هكذا .

لو بأبانين جاء يخطبها . رمل ، ماأنت خاطب بدم .

وقال : وأما أبانان فجبلان متقابلان لا يفارق واحد منهما صاحبه . ومنه يعلم ما هنا من تحريف ــ والبيتان قالهما مهلهل حين أرغم على زواج بنته بعد تشتيته وإقامته فى قبيلة (جنب) على زواجها بمهر تافه هو جلود كما فى هامش طبقات ابن المعتز ص ١٩٧ وفى كتاب أيام العرب فى الجاهلية ص ١٦٥ (ضرج) بدل (رمل) (ف) .

واحتج أبو حنيفة بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «لامَهْر أقل من عشرة دراهم[١]»، ولأنه يستباح به عضو ، فكان مقدراً كالذى يقطع به السارق .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم للذى زوجه: « هل عندك من شىء تصدقها؟ قال : لا أجد . قال : التمس ولوخاتماً من حديد» متفق عليه. وعن عامر ابن ربيعة: « أن امرأة من بنى فزارة تزوجت على نعلين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ قالت : نعم ، فأجازه » ، أخرجه أبو داود والترمذى[٢] ، وقال : حديث حسن صحيح . وعن جابر أن رسول الله صَلّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّم قال : « لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا » رواه الإمام أحمد فى المسند . وفى لفظ عن جابر ، قال : « كنا ننكح على عهد رسول الله صلّى الله عليه وسلم على القبضة من الطعام » رواه الأثرم . ولأن قول الله عز وجل : «وأُحلّ لكم ما وراء ذلكُم أن تبتَغُوا بأموالكُم »[٣]، يدخل فيه القليل والكثير ، ولأنه بدل منفعتها . فجاز ما تراضيا عليه من المال ، كالعشرة وكالأجرة .

وحديثهم غير صحيح . رواه ميسرة[٤] بن عبيد ، وهو ضعيف ، عن الحجاج ابن أرطاة ، وهو مدلس ورووه عن جابر . وقد روينا عنه خلافه ، أو نحمله على مهر امرأة بعينها . أو على الاستحباب . وقياسهم لا يصح . فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة ، والقطع إتلاف عضو دون استباحته ، وهو عقوبة وحَدّ . وهذا عوض ، فقياسه على الأعواض أولى .

وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم . قاله ابن عبد البر . وقد قال الله عز وجل « وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً فَلاَ تأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً »[٥] وروى أبو حفص بإسناده « أنّ عمر أصدق أم كلثوم ابنة علىّ أربعين ألفاً » وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : « خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق فذكرت[٦] هذه الآية »: « وآتيتم إحداهُنّ قنطاراً »[٧]

وقال أبو صالح : القنطار مائة رطل . وقال أبو سعيد الخدرى : ملء مَسْكِ ثور ذهباً . وعن مجاهد سبعون ألف مثقال .

---

(١) أخرجه الدارقطنى والبيهقى عن جابر (ف) . (٢) انظر صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ٥|٣٢،٣٣

(٣) سورة النساء : آية ٢٤ . (٤) الصواب «مبشر بن عبيد » وترجمته فى الميزان ج٣ ص٤٣٣ (ف) . هو مبشر بن عبيد الحمصى الزهرى . قال أحمد : كان يضع الحديث . أنظر (تنزيه الشريعه ١/ ٩٩)

(٥) سورة النساء : آية ٢٠ (٦) لم يتذكر سيدنا عمر رضى الله عنه إلا بعد أن ذكرته امرأة وهو على المنبر كما فى الرواية .

(٧) أخرج أبو يعلى نهى عمر وفيه « فاعترضته امرأة من قريش فقالت : يا أمير المؤمنين نهيت الناس أن يزيد وافى صدقاتهن على أربعمائة درهم قال : نعم . . . قالت : أما سمعت الله عز وجل يقول: « وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا » فقال « اللهم غفرا كل الناس أفقه من عمر » .

٥٤٨٨ (فصـــــل)

ويستحب ألا يغلى الصداق: لما روى عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة »، رواه أبو حفص بإسناده. وعن أبى العجفاء قال: قال عمر رضى الله عنه «ألا لا تغلوا صداق[1] النساء، فإنه لو كان مكرمة فى الدنيا أو تقوى عند الله، كان أولا كم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أصْدَق رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من نسائه، ولا أُصْدِقت امرأة من بناته أكثر من اثنى عشرة أوقية، وإن الرجل ليُغْلِى بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوةٌ فى قلبه[2]، وحتى يقول: كُلِّفْتُ لكم عاق القربة»[3]. أخرجه النسائى، وأبو داود مختصراً. وعن أبى سلمة قال: « سألت عائشة عن صداق النبى صلى الله عليه وسلم؟ فقالت: اثنتا عشرة أوقية ونَشّ. فقلت: وما نش؟ قالت: نصف أوقية ». أخرجاه أيضاً، والأوقية: أربعون درهماً. فلا تستحب الزيادة على هذا. لأنه إذا كثر ربما تعذر عليه، فيتعرض للضرر فى الدنيا والآخرة.

٥٤٨٩ (فصـــــل)

وكل ما جاز ثمناً فى البيع، أو أجرة فى الإجارة، من العين والدَّين، والحالّ والمؤجل، والقليل والكثير، ومنافع الحر والعبد وغيرهما، جاز أن يكون صداقاً. وقد روى الدارقطنى بإسناده قال: قال رسول الله[4] صلى الله عليه وسلم «أنكحوا الأيامى وأدّوا العلائق. قيل: ما العلائق يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيباً من أراك» ، ورواه الجوزجانى. وبهذا قال مالك، والشافعى. وقال أبو حنيفة: منافع الحر لا تكون صداقاً، لأنها ليست مالا، وإنما قال الله تعالى: « أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ».

ولنا قول الله تعالى: «٢٧ : ٢٨ إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ ». والحديث الذى ذكرناه، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها فى الإجارة، فجازت صداقاً كمنفعة العبد. وقولهم: ليست مالا، ممنوع. فإنها تجوز المعاوضة عنها وبها. ثم إن لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال فى هذا، فكذلك فى النكاح.

(١) رواية النسائى ج ٦ ص ١١٨ «صدق النساء» جمع صداق. منصوب بنزع الخافض، وجاء فى بعض الروايات: «بصدق النساء» بظهور الخافض. (ف)

(٢) لفظ النسائى « عداوة فى نفسه » (ف).

(٣) انظر السنن ٢/٨٧، ٨٨ — وعلق القربة: حبلها الذى تعلق به — ويروى أيضاً: عرق القربة. والمراد: تكلفت لكم وتعبت حتى عرقت كعرق القربة. قال الأصمعى: عرق القربة معناه الشدة (شرح السنن للسيوطى ٢/٨٨).

(٤) فى المخطوطة: ١٨ : قال النبى.

وقد نقل مهنا عن أحمد [فيما] إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر : كيف يكون هذا ؟ قيل له : فامرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تعمرها ؟ قال : لا يصلح هذا . قال أبو بكر : إن كانت الخدمة معلومة جاز ، وإن كانت مجهولة لا تضبط[1] فلها صداق مثلها . كأنه تأول مسألة مهنا على : أن الخدمة مجهولة ، فلذلك لم يصح ، ونقل أبو طالب عن أحمد : التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب[2] ، وعمل شيء جائز ، لأنه معلوم يجوز أخذ العوض عنه ، فجاز أن يكون صداقاً كالأعيان . ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين صح ، لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجرة عنه . وإن أصدقها الإتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول .

٥٤٩٠ (فصــــل)

ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية . وبهذا قال الشافعي . وقال النخعي ، ومالك ، والثوري، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، وأبو عبيد : يصح .

ولنا . أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد ، فلم يصح ، كما لو أصدقها شيئاً ، فعلى هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية .

٥٤٩١ (فصــــل)

وإن أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد التسمية ، ولم يجب مهر المثل ، لأن تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل ، كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه ، ويجب عليه أجر مثل خياطته، لأن المعقود على العمل فيه تلف، فوجب الرجوع إلى عوض العمل ، كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم ، وإن عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه ، فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه ، وإن طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه إن أمكن معرفة نصفه ، وإن لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته ، إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه ، بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقيناً . وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره .

٥٤٩٢ (فصــــل)

وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة ، صح . لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها ، فجاز جعلها صداقاً كخياطة ثوبها ، وإن أصدقها تعليمه أو تعليمها شعراً مباحاً معيناً ، أو فقهاً ، أو لغة ، أو نحواً . أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الأجرة على تعليمها جاز ، وصحت التسمية ، لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه ، فجاز صداقاً كمنافع الدار .

(١) في المخطوطة ٢٠ : لا تنضبط . (٢) في المخطوطة ١٨ . على بناء دار وخياطة ثوب معينين .

٥٤٩٣ (فصـــل)

فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صداقا . فقال في موضع :أكرهه، وقال في موضع: لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن ، أو على نعلين وهذا مذهب الشافعي قال أبو بكر: في المسألة قولان . يعني روايتين ، قال : واختياري : أنه لا يجوز . وهو مـذهب مالك ، والليث ، وأبي حنيفة ، ومكحول ، وإسحاق .

واحتج من أجازه بما روى سهل بن سعد الساعدي : «عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنه جاءته امرأة، فقالت : إني وهبت نفسي لك، فقامت طويلا، فقال رجل : يارسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال: هل عندك من شيء تصدقها ؟ فقال : ما عندي إلا إزاري . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم. إزارك ، إن أعطيتها جلست ولا إزار لك فالتمس شيئاً . قال : لا أجد . قال : التمس ولو خاتماً من حديد . فالتمس فلم يجد شيئاً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : زوجتكها بما معك من القرآن » متفق عليه[1] . ولأنهـا منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح .

ووجه الرواية الأخرى : أن الفروج لا تستباح إلا بأموال لقوله تعالى : « أَنْ تبتغُوا بأموالـكم » وقوله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ منـكُمْ طَوْلاً أن ينـكِـحَ المحصناتِ المؤمنات » ، والطول : المال . وقد روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجـلا على سورة من القرآن ، ثم قال : لا تـكون لأحد بعدك مهراً »[2] رواه النجاد بإسناده · ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قربة لفـاعله ، فلم يصح أن يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الإيمان. ولأن التعليم من المعلم ، والمتعلم مختلف ، ولا يكاد ينضبط فأشبه الشيء المجهول . فأما حديث الموهوبة فقد قيل : معناه : أنـكحتـكها بمـا معك من القرآن ، أي : زوجتـكها لأنك من أهل القرآن ، كما زوج أبا طلحة على إسلامه . فروى ابن عبد البر بإسناده عن أنس « أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم ، فقالت : أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بني فلان؟ إن أسلمت تزوجت بك . قال : فأسلم أبو طلحة ، فتزوجهـا على إسلامه[3] » وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم،ويحتمل أن يكون خاصاً لذلك الرجل. بدليل ما رواه النجاد ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على الأخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها إياه ، إما سورة معينة ، أو سوراً أو آيات بعينها ، لأن السور

---

(١) وكذلك انظر (الترمذي ٥/٣٤ شرح ابن العربي (٢) قال الحافظ في فتح الباري ج٩ ص ١٧٤ « أخرجه سعيد بن منصور من مرسل أبي النعمان الأزدي وفيه من لا يعرف» أقول : عزى في بعض كتب الحنابلة كشرح منتهى الإرادات ج٣ص٦٥ إلى البخاري وهو خطأ(ف) (٣) رواه النسائي بلفظ آخر(السنن ٢/ ٨٦،٨٧)

تختلف ، وكذلك الآيات . وهل تحتاج إلى تعيين قراءة مرتبة ؟ فيه وجهان . أحدهما : يحتاج إلى ذلك لأن الأغراض تختلف ، والقراءات تختلف ، فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل ، فأشبه تعيين الآيات .

والثانى : لا يفتقر إلى التعيين ، لأن هذا اختلاف يسير ، وكل حرف ينوب مناب صاحبه ، ويقوم مقامه ، ولذلك لم يعين النبي صلى الله عليه وسلم المرأة قراءة ، وقد كانوا يختلفون فى القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم[١] ، فأشبه مالو أصدقها قفيزاً من صبرة . وللشافعى فى هذا وجهان كهذين .

٥٤٩٤ (فصــــل)

فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت ، فإن قال : أحصل لك تعليم هذه السورة صح ، لأن هذه منفعة فى ذمته لا تختص به ، فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها ، كالخياطة إذا استأجر من يحصلها له ، وإن قال : على أن أعلمك ، فذكر القاضى فى الجامع : أنه لا يصح ، لأنه تعين بفعله ، وهو لا يقدر عليه ، فأشبه مالو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر فى المجرد : أنه يحتمل الصحة ، لأن هذه تكون فى ذمته ، فأشبه مالو أصدقها مالا فى ذمته لا يقدر عليه فى الحال.

٥٤٩٥ (فصــــل)

فإن جاءته بغيرها فقالت : علمها السورة التى تريد تعليمى إياها لم يلزمه ، لأن المستحق عليه العمل فى عين ، فلم يلزمه إيقاعه فى غيره ، كما لو استأجرته لخياطة ثوبها فأتته بغيره ، فقالت : خط هذا ، ولأن المتعلمين يختلفون فى التعليم اختلافا كثيرا ، ولأن له غرضاً فى تعليمها ، فلا يجبر على تعليم غيرها . وإن أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك ، لأن المعلمين يختلفون فى التعليم ، ولأن لها غرضاً فى التعليم منه ، لكونه زوجها تحل له ويحل لها ، ولأنه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره ، قياساً لأحدهما على الآخر .

٥٤٩٦ (فصـل)

فإن تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها ، فعليه أجر تعليمها ، فإن اختلفا فقال : علمتها ، فأنكرت فالقول قولها ، لأن الأصل عدم تعليمها . وفيه وجه آخر : أنهما إن اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله ، لأن الظاهر معه . وإن علمها السورة ثم أُنسيتَها فلا شيء عليه ، لأنه قد وفى لها بما شرط ، وإنما تلف الصداق بعد القبض . وإن لقنها الجميع وكلما لقنها آية أنسيتها ، لم يعتد بذلك تعليما ، لأن ذلك لا يعد تعليما ، ولو جاز ذلك لأفضى إلى أنه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقيناً . ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا[٢] ، لأنه قد لقنها الآية وحفظتها ، فأما مادون الآية فليس بتلقين وجها واحدا .

---

(١) كان ذلك لاختلاف اللهجات بين القبائل الداخلة فى الإسلام .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : بالتلقين .

٥٤٩٧ (فصـــل)

فإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق ، وإن لم يكن علمها ففيه وجهان :

أحدهما عليه نصف أجر تعليمها ، لأنها قد صارت أجنبية ، فلا يؤمن فى تعليمها الفتنة.

والثانى يباح له تعليمها من وراء حجاب ، من غير خلوة بها ، كما يجوز له سماع كلامها فى المعاملات . وإن كان الطلاق بعد الدخول ففى تعليمها السورة الوجهان . وإن أصدقها رد عبدها من مكان معين فطلقها قبل الدخول وقبل الرد ، فعليه نصف أجر الرد ، لأنه لا يمكنه نصف الرد ، وإن طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره(١)

٥٤٩٨ (فصـــل)

ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ، ولها مهر المثل ، وقال الشافعى : يصح ، لقول الله تعالى : « حَتَّى يَسْمَعَ كَلاَمَ اللهِ (٢) »

ولنا : أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده أنه حق ، فالكافر أولى . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم »(٣) فالتحفيظ أولى أن يمنع منه ، فأما الآية التى احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فإن السماع غير الحفظ ، وإن أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شىء من التوراة والإنجيل لم يصح فى المذهبين ، لأنه مبدل مغير ، ولو أصدق الكتابى الكتابية شيئاً من ذلك كان كما لو أصدقها محرما

٥٤٩٩ (الفصل الثانى)

أن الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به ، لقول الله تعالى : « وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ (٤) » وقال النبى صلى الله عليه وسلم : «العلائق ما تراضى عليه الأهلون » ، ولأنه عقد معاوضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات . فإن كان الولى الأب فمهما اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقاً ، قليلا كان أو كثيراً ، بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، على ما أسلفناه فيما مضى .

ولذلك زوّج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته ، وجعلا الصداق إجارة ثمانى حجج ، من غير مراجعة الزوجة . وإن كان الولى غير الأب اعتبر رضا المرأة والزوج ، لأن الصداق لها ، وهو عوض [عن]

(١) فى المخطوطة ٢٠ : بنصف الأجر .

(٢) سورة التوبة آية ٦ (٣) أخرج مسلم فى صحيحه عن ابن عمر ج٣ ص١٤٩١ « لاتسافروا بالقرآن فإنى لا آمن أن يناله العدو »(ف) (٤) سورة النساء آية ٢٤

لمنفعتها . فأشبه أجر دارها وصداق أمتها . فإن لم يستأذنها الولى فى الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق فى البيع إن جعل الصداق مهر المثل ، فما زاد صح ولزم ، وإن نقص عنه فلها مهر المثل .

٥٥٠٠ (الفصل الثالث)

أن الصداق لا يكون إلا مالا لقول الله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم »(١) ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة ، بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقى لها من النصف مال حلال . وهذا معنى قول الخرقى « له نصف يحصل » ومالا يجوز أن يكون ثمناً فى البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول ، ومالا منفعة فيه ، ومالا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه ، ومالا يقدر على تسليمه كالطير فى الهواء ، والسمك فى الماء ومالا يتمول عادة كحبة حنطة ، وقشرة جوزة ،لا يجوز أن يكون صداقا ، لأنه نقل الملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالبيع ، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض فى مثله عرفا ، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه ، فيجب أن يكون لها مال تنتفع به ، ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق ، فإنه لو أصدقها عبداً جاز ، وإن لم تمكن قسمته .

٥٥٠١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أصدقها عبداً بعينه فوجدت به عيباً فردته فلها عليه قيمته ﴾

وجملة ذلك : أن الصداق إذا كان معيباً فوجدت به عيباً فلها رده ، كالمبيع المعيب ، ولا نعلم فى هذا خلافا إذا كان العيب كثيراً ، فإن كان [العيب] يسيراً فحكى عن أبى حنيفة : أنه لا يرد به .

ولنا : أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير ، وإذا رد به فلها قيمته ، لأن العقد لا ينفسخ برده ، فيبقى سبب استحقاقه ، فيجب عليه قيمته ، كما لو غصبها إياه فأتلفه . وإن كان الصداق مثليا كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله ، لأنه أقرب إليه ، وإن اختارت إمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك فى قياس المذهب ، وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيباً خُيِّرت بين أخذ أرْشه وبين رده ، ورد أرش عيبه ، لأنه عِوَض فى عقد معاوضة ، فيثبت فيه ذلك كالبيع ، وسائر فروع الرد بالعيب ، فيثبت فيها ههنا مثل ما يثبت فى البيع لما ذكرنا .

٥٥٠٢ (فصــــل)

وإن شرطت فى الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة ، فبان بخلافها فلها الرد ، كما ترد به فى البيع ، وهكذا إن دلسه تدليساً يرد به البيع ، مثل تحمير وجه الجارية ، وتسويد شعرها ، وتجعيده ،

(١) سورة النساء آية ٢٤

وتضمير الماء على الحجر ، وأشباه ذلك ، فلها الرد به ، وإن وجدت الشاة مُصَرَّاة فلها ردها ، ورد صاع من تمر ، قياسا على البيع .

وقد نقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هى تسعمائة : هى بالخيار ، إن شاءت أخذت الدار ، وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز ، وهذا فيما إذا أصدقها داراً بعينها على أنها ألف ذراع ، فخرجت تسعمائة ، فهذا كالعيب فى ثبوت الرد ، لأنه شرط شرطاً مقصوداً ، فبان بخلافه ، فأشبه مالو شرط العبد كاتباً فبان بخلافه ، وجوز أحمد الإمساك ، لأن المرأة رضيت بها ناقصة ، ولم يجعل لها مع الإمساك أرشا ، لأن ذلك ليس بعيب ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها .

٥٥٠٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حراً أو استحق ، سواء سلمه إليها أو لم يسلمه ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا تزوجها على عبد بعينه تظنه (عبداً[1])مملوكاً فخرج حراً ، أو مغصوباً فلهاقيمته . وبهذا قال أبو يوسف ، والشافعى فى قديم قوليه ، وقال فى الجديد : لها مهر المثل ، وقال أبو حنيفة ومحمد فى المغصوب كقولنا ، وفى الحر كقوله ، لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه ، فأشبه مالو علماه حراً .

ولنا أن العقد وقع على التسمية ، فكانت لها قيمته كالمغصوب ، ولأنها رضيت بقيمته، إذ ظنته مملوكا ، فكان لها قيمته ، كما لو وجدته معيباً فردته ، بخلاف ما إذا قال : أصدقتك هذا الحر ، أو هذا المغصوب ، فإنها رضيت بلا شيء، لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال، أو بما لا يقدر على تمليكه إياها ، فكان وجود التسمية كعدمها ، فكان لها مهر المثل . وقول الخرقى : « سواء سلمه إليها أو لم يسلمه » ، يعنى : أن تسليمه لا يفيد شيئاً ، لأنه سلم مالا يجوز تسليمه ، ولا تثبت اليد عليه ، فكان وجوده كعدمه .

٥٥٠٤ (فصـــــل)

فإن أصدقها مثليا فبان مغصوبا فلها مثله ، لأن المثل أقرب إليه ، ولهذا يضمن به فى الإتلاف . وإن أصدقها جرَّة خَلّ فخرجت خمراً أو مغصوبة ، فلها مثل ذلك خلا ، لأن الخل من ذوات الأمثال ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : لها قيمته ، لأن الخمر ليس بمال ، ولا من ذوات الأمثال . والصحيح ما قلناه ، لأنه سماه خلا ، فرضيت به [مهرا] على ذلك ،فكان لها بدل المسمى كالحر

(١) ساقطة من المخطوطات التى بين أيدينا، وهى فى المطبوعة من نسخة الظاهرية بدمشق التى استنسخها الملك عبد العزيز آل سعود .

وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها عبداً فبان حراً ، ولأنه إن أوجب قيمة الخمر فالخمر لا قيمة له ، وإن أوجب قيمة الخل فقد اعتبر التسمية فى إيجاب قيمته ، ففى إيجاب مثله أولى .

٥٥٠٥ (فصـــــل)

فإن قال : أصدقتك هذا الخمر ، وأشار إلى الخل ، أو عبد فلان هذا وأشار إلى عبده ، صحت التسمية ، ولها المشار إليه ، لأن المعقود عليه يصح العقد عليه ، فلا يختلف حكمه باختلاف صفته ، كما لو قال : بعتك هذا الأسود ، وأشار إلى أبيض ، أو هذا الطويل ، وأشار إلى قصير .

٥٥٠٦ (فصـــــل)

وإن تزوجها على عبدين فخرج أحدهما حراً أو مغصوبا صح الصداق فى تملكه ، ولها قيمة الآخر . نص عليه أحمد ، وإن كان عبداً واحداً فخرج نصفه حراً أو مغصوبا فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته ، وبين إمساك نصفه وأخذ قيمة باقية . نص عليه أحمد ، لأن الشركة عيب ، فكان لها الفسخ كما لو وجدته معيباً ، فإن قيل : فلم لا تقولون ببطلان التسمية فى الجميع ، وترجع بالقيمة كلها فى المسألتين ، كما فى تفريق الصفقة ؟ قلنا : إن القيمة بدل ، إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل ، وههنا العبد المملوك مقدور عليه ، ولا عيب فيه ، وهو مسمى فى العقد ، فلا يجوز الرجوع إلى بدله[1] ، أما تفريق الصفقة فإنه إذا بطل العقد فى الجميع صرنا إلى الثمن ، وليس هو بدلا عن المبيع ، وإنما انفسخ العقد فرجع فى رأس ماله ، وههنا لا ينفسخ العقد ، وإنما رجع إلى قيمة الحر منهما ، لتعذر تسليمه فلا وجه لإيجاب قيمته ، وأما إذا كان نصفه حراً ففيه عيب ، فجاز رده بعيبه . وقال أبو حنيفة : إذا أصدقها عبدين فإذا أحدهما حر ، فلها العبد وحده صداقاً ، ولا شيء لها سواه .

ولنا : أنه أصدقها حراً ، فلم تسقط تسميته إلى غير شيء كما لو كان منفرداً .

(آخر الجزء الرابع من ربع النكاح من أجزاء الشيخ رحمه الله)[2]

٥٥٠٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها على أن يشترى لها عبداً بعينه فلم يبع ، أو طلب فيه أكثر من قيمته ، أو لم يقدر عليه فلها قيمته ﴾

نص أحمد على هذا فى رواية الأثرم . وقال الشافعى : لا تصح التسمية ، ولها مهر المثل ، لأنه جعل ملك غيره عوضاً ، فلم يصح كالبيع .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : إلى البدل . (٢) هذا باعتبار نسخة الظاهرية بدمشق التى طبع عليها الكتاب .

ولنا : أنه أصدقها تحصيل عبد معين ، فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ، ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا ، وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه .

إذا ثبت هذا فإنه إذا قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه إليها، وإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبوله، لأنه قدر على دفع صداقها إليها كما لو أصدقها عبداً يملكه ، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه لتلفه أو غير ذلك ، أو طلب فيه أكثر من قيمته ، لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقوم ، فوجبت قيمته كما لو تلف . وإن كان الذى جعل لها مثليا فتعذر شراؤه ، وجب لها مثله ، لأن المثل أقرب إليه .

٥٥٠٨ (فصـــل)

إن تزوجها على عبد موصوف فى الذمة صح ، لأنه يصح أن يكون عوضاً فى البيع . فإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها . وبهذا قال الشافعى ، واختاره أبو الخطاب . وقال القاضى : يلزمها قبولها ، قياسا على الإبل فى الدية .

ولنا : أنها استحقت عليه عبداً بعقد معاوضة ، فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ، ولأنه عبد وجب صداقاً ، فأشبه ما لو كان معيباً . وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الإبل ، وإنما الأثمان أصل فى الدية ، كما أن الإبل أصل ، فيتخير بين دفع أى الأصول شاء ، فيلزم الولى قبوله لا على طريق القيمة ، بخلاف مسألتنا ، ولأن الدية خارجة عن القياس ، فلا يناقض بها ، ولا يقاس عليها . ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ، ثم ينتقض بالعبد المعين .

٥٥٠٩ (فصـــل)

وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح . نص عليه أحمد ، فإن طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته . وهذا قول الشعبى . ووجهه ما تقدم ، فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه لم يلزمها قبولها ، لما ذكرنا ، ولأنه يفوت عليها العوض فى عتق أبيها .

٥٥١٠ (فصـــل)

ولا يصح الصداق إلا معلوماً يصح بمثله البيع ، وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب الشافعى . وقال القاضى : يصح مجهولا ، ما لم تزد جهالته على مهر المثل ، لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد فى رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم ، فطلقها قبل أن يدخل بها : يقوم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها ، ونحو هذا قول أبى حنيفة .

فعلى هذا إذا تزوجها على عبد ، أو أمة أو فرس ، أو بغل ، أو حيوان من جنس معلوم ، أو ثوب هروى ، أو مروى ، وما أشبهه مما يذكر جنسه ، فإنه يصح ، ولها الوسط ، وكذلك قفيز حنطة ، وعشرة

أرطال زيت . وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل ، كثوب ، أو دابة ، أو حيوان ، أو على حكمها أو حكمه ، أو حكم أجنبي ، أو على حنطة ، أو شعير ، أو زيت ، أو على ما اكتسبه فى العام ، لم يصح . لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط ، فيتعذر تسليمه . وفى الأول يصح لقول النبى صلى الله عليه وسلم: « العلائق ما تراضى عليه الأهلون » ، وهذا قد تراضوا عليه ، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان فى الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال ، فثبت مطلقا كالدية ، ولأن جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل ، لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها فى صفاتها وبلدها وزمانها(١) ونسبها . ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح ، فههنا مع قلة الجهل فيه أولى . ويفارق البيع ، فإنه لا تحتمل فيه الجهالة بحال .

وقال مالك : يصح مجهولا ، لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره ، وقال أبو الخطاب : إن تزوجها على عبد من عبيده ، أو قميص من قمصانه ، أو عمامة من عمائمه ، ونحو ذلك صح ، لأن أحمد قال فى رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده : جائز ، فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم ، فإن تشاحا أقرع بينهم . قلت : وتستقيم القرعة فى هذا ؟ قال : نعم ، ووجهه : أن الجهالة ههنا يسيرة ، ويمكن التعيين بالقرعة(٢) بخلاف ما إذا أصدقها عبداً مطلقاً ، فإن الجهالة تكثر ، فلا يصح .

ولنا : أن الصداق عوض فى عقد معاوضة ، فلم يصح مجهولا كعوض البيع والإجارة ، ولأن المجهول لا يصلح عوضاً فى البيع ، فلم تصح تسميته كالمحرم ، وكما لو زادت جهالته على مهل المثل : وأما الخبر فالمراد به : ما تراضوا عليه مما يصلح عوضاً ، بدليل سائر مالا يصلح . وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد ، وهى خارجة عن القياس فى تقديرها ، ومن وجبت عليه ، فلا ينبغى أن تجعل أصلا . ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بِسِنّه ، مقدر بقيمته ، فكيف يقاس عليه العبد المطلق فى الأمرين ؟ ثم ليست عقداً ، وإنما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضى فهو كقيم المتلفات ، فكيف يقاس عليها عوض فى عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم إن قياس العوض فى عقد معاوضة على عوض فى معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف .

وأما مهر المثل فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة ، كما تجب قيم المتلفات ، وإن كانت تحتاج إلى نظر . ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند [عدم] التسمية ، ولا نصير إلى عبد مطلق ؟ ولو باع ثوباً بعبد مطلق فأتلفه المشترى فإنا نصير إلى تقويمه ، ولا نوجب العبد المطلق ؟ ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل . فإن العادة فى القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب ، فيكون إذاً معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع

(١) فى المخطوطة ٢٠ : وزمنها (٢) فى المخطوطة ١٨ : ويمكن تعيينها بالقرعة .

الجنس واختلافها واختلاف الأعيان في النوع الواحد . وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ، ولا نعلم فيه نصاً يصار إليه ، فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم ؟ وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها[1] أبو بكر على أنه تزوجها على عقد معين ، ثم أشكل عليه . إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل في كل موضع حكمنا بفساد التسمية ، ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى .

والوسط من العبيد السندي ، لأن الأعلى التركي والرومي ، والأسفل الزنجي والحبشي ، والوسط السندي والمنصوري . قال القاضي : وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها ، إلحاقا بالإبل في الدية .

٥٥١١ (فصـــــــل)

ويجوز أن يكون الصداق معجلا ومؤجلا ، وبعضه معجلا ، وبعضه مؤجلا ، لأنه عوض في معاوضة ، فجاز ذلك فيه كالثمن . ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول ، كما لو أطلق ذكر الثمن ، وإن شرطه مؤجلا إلى وقت فهو إلى أجله ، وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضي : المهر صحيح ، ومحله الفرقة ، فإن أحمد قال : إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة . وهـذا قول النخعي ، والشعبي . وقال الحسن ، وحماد بن أبي سليمان : وأبو حنيفة ، والثوري ، وأبو عبيد : يبطل الأجل ، ويكون حالا . وقال إياس بن معاوية ، وقتادة : لا يحل حتى يطلق ، أو يخرج من مصرها ، أو يتزوج عليها . وعن مكحول ، والأوزاعي ، والعنبري : يحل إلى سنة بعد دخوله بها . واختار أبو الخطاب : أن المهر فاسد ، ولها مهر المثل . وهو قول الشافعي ، لأنه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع .

ووجه القول الأول : أن المطلق يحمل على العرف ، والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة ، فحمل عليه ، فيصير حينئذ معلوماً بذلك . فأما إن جعل الآجل مدة مجهولة كقدوم زيد ، ومجيء المطر ونحـوه لم يصح ، لأنه مجهول ، وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة ، وههنا صرفه عن العادة بذكر الأجل ، ولم يبينه ، فبقي مجهولا . فيحتمل أن تبطل التسمية[2] ، ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل .

٥٥١٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها على محرّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل ، أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول ﴾

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

---

(١) في المخطوطة ١٨ : فأولها أبو بكر .

(٢) في المخطوطة ١٨ : بطلان التسمية .

٥٥١٣ (الأولى)

أنه إذا سمى فى النكاح صداقا محرما كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة ، والنكاح صحيح . نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء ، منهم الثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن أبى عبيد : أن النكاح فاسد. واختاره أبو بكر عبدالعزيز، قال: لأن أحمد قال فى رواية المروذى : إذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت : ترى استقبال النكاح ؟ فأعجبه . وحكى عن مالك : أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح ، وإن كان قبله فسخ . واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرماً ، فأشبه نكاح الشغار .

ولنا : أنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً ، فوجب أن يكون صحيحاً وإن كان عوضه فاسداً ، كما لو كان مغصوبا أو مجهولا ، ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض ، فلا يفسد بتحريمه كالخلع ، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ، ولو عدم كان العقد صحيحاً ، فكذلك إذا فسد . وكلام أحمد فى رواية المروذى محمول على الاستحباب . فإن مسألة المروذى فى المال الذى ليس بطيب ، وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه اتفاقا. وما حكى عن مالك لا يصح ، فإن ما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد ، كنكاح ذوات المحارم ، فأما إذا فسد الصداق لجهالته ، أو عدمه ، أو العجز عن تسليمه ، فإن النكاح ثابت ، لا نعلم فيه خلافا ، وقول الخرقى « وهما مسلمان » احتراز من الكافرين . إذا عقدا النكاح بمحرم ، فإن هذه قد مر تفصيلها .

٥٥١٤ (المسألة الثانية)

أنه يجب مهر المثل ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وذلك لأن فساد العوض يقتضى رد المعوض ، وقد تعذر رده لصحة النكاح ، فيجب رد قيمته وهو مهر المثل ، كمن اشترى شيئاً بثمن فاسد فقبض المبيع ، وتلف فى يده ، فإنه يجب عليه رد قيمته . فإن دخل بها استقر مهر المثل فى قولهم جميعاً . وإن مات أحدهما فكذلك ، لأن الموت يقوم مقام الدخول فى تكميل الصداق وتقريره .

وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول[1] فلها نصف مهر المثل ، وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : لها المتعة ، لأنه لو لم يُسَمِّ لها صداقاً كان لها المتعة ، فكذلك إذا سمى لها تسمية فاسدة ، لأن هذه التسمية كعدمها . وذكر القاضى فى الجامع : أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقا وبين من سمى لها ، محرماً كالخمر، أو مجهولا كالثوب . وفى الجميع روايتان .

(١) فى المخطوطة ٢٠ : وإن طلقها قبل الدخول .

إحداهما : لها المتعة إذا طلقها قبل الدخول ، لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع ، لـكن تركناه فى نصف المسمى لتراضيهما عليه ، فـكان ما تراضيا عليه أولى ، ففى مهر المثل يبقى على الأصل ، فى أنه يرتفع وتجب المتعة .

والثانية : أن لها نصف مهر المثل ، لأن ما أوجبه عقد النـكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ومهر المثل قد أوجبه العقد ، فيتنصف به كالمسمى ، والخرق فرق بينهما ، فأوجب فى التسمية الفاسدة نصف مهر المثل ، وفى المفوضة المتعة ، وهو مذهب الشافعى ، لأن المفوضة رضيت بلا عوض ، وعاد إليها بضعها سليما ، وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له ، لأن الله تعالى أوجب لها المتعة ، ففى إيجاب نصف المهر جمع بينهما ، أو إسقاط للمتعة المنصوص عليها ، وكلاهما فاسد . وأما التى اشترطت لنفسها مهراً فلم ترض إلا بعوض ، ولم يحصل لها العوض الذى اشترطته ، فوجب لها بدل مافات عليها من العوض ، وهو مهر المثل ، أو نصفه ، إن كان قبل الدخول ، ولأن الأصل وجوب مهر المثل ، لأنه وجب بالعقد ، بدليل أنه يستقر بالدخول والموت ، وإنما خولف هذا فى المفوضة بالنص الوارد فيها ،فما عداها يبقى على الأصل .

٥٥١٥ المسألة الثالثة

أنه إذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ . وبه قال الشافعى ، وزفر ، وقال أبو حنيفة ، وصاحباه : يجب الأقل من المسمى ، أو مهر المثل ، لأن البضع لا يقوم إلا بالعقد ، فإذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوّم بأكثر مما رضيت به ، لأنها رضيت بإسقاط الزيادة .

ولنا : أنه يضمن بالعقد الفاسد فاعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ كالمبيع . وما ذكروه فغير مسلم ، ثم لا يصح عندهم ، فإنه لو وطئها وجب مهر المثل ، ولو لم يكن له قيمة لم يجب ، فإن قيل : إنما وجب لحق الله تعالى ؟ قيل : لو كان كذلك لوجب أقل المهر ، ولم يجب مهر المثل .

٥٥١٦ ﴿ مسألة ﴾

وقال ﴿ وإذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزاً ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين ، ولم يكن على الأب شيء مما أخذه ﴾

وجملة الأمر : أنه يجوز لأبى المرأة أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه ، وبهذا قال إسحاق ، وقد روى عن مسروق : أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف ، فجعلها فى الحج والمساكين ، ثم قال للزوج : جهز امرأتك[1] ، وروى نحو ذلك عن على بن الحسين . وقال عطاء ، وطاوس ، وعكرمة ،

(١) ولازال أهل الجزيرة العربية على هذا الرأى إلى الآن .

وعمر بن عبد العزيز ، والثورى ، وأبو عبيد : يكون كل ذلك للمرأة . وقال الشافعى : إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية ، لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد ، لأن المهر لا يجب إلا للزوجة ، لأنه عوض بضعها ، فيبقى مجهولا لأننا نحتاج أن نضم إلى المهر ما نقص منه لأجل هذا الشرط ، وذلك مجهولا فيفسد .

ولنا : قول الله تعالى فى قصة شعيب عليه السلام: « إنى أريدُ أن أُنكِحَكَ إحدَى ابنَتَيَّ هاتينِ على أن تأجُرَنى ثمانِىَ حِجَجٍ » فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه ، وهو شرط لنفسه ، ولأن للوالد الأخذ من مال ولده ، بدليل قوله عليه السلام : « أنت ومالك لأبيك » وقوله : « إن أولادكم من أطيَبِ كسْبكم ، فكلوا من أموالهم » ، أخرجه أبو داود ونحوه الترمذى . وقال : حديث حسن ، فإذا شرط لنفسه شيئاً من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك .

وقولهم : إنه شرط فاسد . ممنوع ، قال القاضى : ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح ، بدليل قصة شعيب [عليه السلام] فإنه شرط الجميع لنفسه ، وإذا تزوجها على ألف لها ، وألف لأبيها ، فَطلِّقت قبل الدخول ، رجع الزوج فى الألف الذى قبضته ، ولم يكن على الأب شىء مما أخذ ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق . والألفان جميع صداقها ، فرجع عليها بنصفيهما ، وهو ألف ، ولم يكن على الأب شىء ، لأنه أخذ من مال ابنته ألفاً ، فلا يجوز الرجوع عليه به ، وهذا فيما إذا كان قد أقبضها الألفين ولو طلقها قبل قبضهما سقط عن الزوج ألف ، وبقى عليه ألف للزوجة ، يأخذ الأب منها ما شاء .

وقال القاضى : يكون بينهما نصفين ، وقال : نقله مهنا عن أحمد ، لأنه شرط لنفسه النصف ، ولم يحل من الصداق إلا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب ، فإن للأب أن يأخذ ماشاء ويترك ماشاء ، وإذا ملك أن يأخذ من غير شرط ، فكذلك إذا شرط .

٥٥١٧ (فصــــــل)

فإن شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والأخ والعم فالشرط باطل ، نص عليه أحمد ، وجميع المسمى لها ، ذكره أبو حفص ، وهو قول من سمينا فى أول المسألة ، وقال الشافعى : يجب مهر المثل ، وهكذا ذكر القاضى فى المجرد ، لأن الشرط إذا بطل احتجنا أن نرد إلى الصداق مانقصت الزوجة لأجله ، ولا يعرف قدره ، فيصير الكل مجهولا فيفسد ، وإن أصدقها ألفين على أن تعطى أخاها ألفاً فالصداق صحيح، لأنه شرط لا يزاد فى المهر من أجله ، ولا ينقص منه . فلا يؤثر فى المهر ، بخلاف التى قبلها .

ولنا : أن جميع ما اشترطه عوض فى تزويجها ، فيكون صداقاً لها ، كما لو جعله لها ، وإذا كان صداقاً انتفت الجهالة ، وهكذا لو كان الأب هو المشترط لكان الجميع صداقاً ، وإنما هو أخذ من مال ابنته ، لأن له

ذلك . ويشترط ألا يكون ذلك مجحفاً بمال ابنته ، فإن كان مجحفاً بمالها لم يصح الشرط ، وكان الجميع لها ، كما لو اشترطه سائر أوليائها . ذكره القاضي في المجرد .

٥٥١٨ (فصـــــل)

فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع في نصف ما أعطى الأب ، لأنه الذى فرضه لها فترجع فى نصفه ، لقوله تعالى : « فَنِصْفُ مَافَرَضْتُمْ » ويحتمل : أن يرجع عليها بقدر نصفه ، ويكون ما أخذه الأب له ، لأننا قدّرنا أن الجميع صار لها ، ثم أخذه الأب منها ، فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها ، وهكذا لو أصدقها ألفاً لها وألفاً لأبيها، ثم ارتدّت قبل الدخول ، فهل يرجع فى الألف الذى قبضه الأب [عليه] أو عليها ؟ على وجهين .

٥٥١٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول ، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد ، أو تدفع إليه نصفه زائداً إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً ، فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد ، إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه ﴾

فى هذه المسألة أحكام :

منها : أن المرأة تملك الصداق بالعقد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن مالك : أنها لا تملك إلا نصفه . وروى عن أحمد ما يدل على ذلك ، وقال ابن عبد البر : هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار . وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إن أعطيتها إزارك ، جلست ولا إزار لك[1] » دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ، ولأنه عقد تملك به العوض بالعقد، فملك فيه العوض كاملا كالبيع ، وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه ، وإن كانت قد ملكت نصفه .

إذا ثبت هذا ، فإن نماءه وزيادته لها ، سواء قبضته أو لم تقبضه . متصلا كان أو منفصلا ، وإن كان مالا زكائياً حال عليه الحول ، فزكاته عليها ، نص عليه أحمد . وإن نقص بعد قبضها له أو تلف، فهو من ضمانها ، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها ، وأما قبل القبض ، فهو من ضمان الزوج ، إن كان مكيلا أو موزونا [2] . وأما غيرهما فإن منعها منه ولم يمكنها من قبضه فهو من ضمانه ، لأنه

(١) الحديث رواه البخارى ومسلم عن سهل بن سعد فى قصة المرأة التى وهبت نفسها للنبى وأعرض عنها ورغب فيها بعض أصحابه (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ إن كان مما يكال أو يوزن

بمنزلة الغاصب . وإن لم يحل بينه وبينها ، فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بناء على المبيع ، وقد ذكرنا حكمه فى بابه .

الحكم الثانى : أن الصداق يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، لقوله تعالى : «وإنْ طلَّقْتمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» (١) ، وليس فى هذا اختلاف بحمد الله . وقياس المذهب : أن نصف الصداق يدخل فى ملك الزوج حكما كالميراث لا يفتقر إلى اختياره وإرادته ، فما يحدث فى النماء يكون بينهما ، وهو قول زفر ، وذكر القاضى احتمالا آخر : أنه لا يدخل فى ملكه حتى يختار كالشفيع ، وهو قول أبى حنيفة ، وللشافعى قولان كالوجهين . ولنا : قوله تعالى : «فنصف مافرضتم» أى لكم أو لهن ، فاقتضى ذلك أن النصف لها ، والنصف له بمجرد الطلاق ، ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض، فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث ، ولأنه سبب لنقل الملك ، فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الأسباب ، ولا تلزم الشفعة ، فإن سبب الملك فيها الأخذ بها ، ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادته واختياره ، وقبل الأخذ ماوجد السبب وإنما استحق بمباشرة سبب الملك ، ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره ، كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره ، فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق ، وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق ، فإن ثبوت الملك حكم لهما ، وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا إرادته ، فإن نقص الصداق فى يد المرأة بعد الطلاق ، فإن كان قد طالبها به فمنعته ، فعليها الضمان ، لأنها غاصبة ، وإن تلف قبل مطالبته فقياس المذهب : أنه لا ضمان عليها ، لأنه حصل فى يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها ، فلم تضمنه كالوديعة . وإن اختلفا فى مطالبته لها فالقول قولها ، لأنها منكرة . وإن ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق وقالت : بعده ، فالقول أيضاً قولها ، لأنه يدعى مايوجب الضمان عليها وهى تنكره ، والقول قول المنكر . وظاهر قول أصحاب الشافعى : أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص فى يدها بعد الطلاق ، لأنه حصل فى يدها بحكم قطع العقد . فأشبه المبيع إذا ارتفع العقد بالفسخ(٢) .

ولنا : ما ذكرناه ، وأما المبيع فيحتمل أن يمنع ، وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من المشترى فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره فى يده ، وفى مسألتنا ليس من المرأة فعل ، وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده ، فأشبه ما لو ألقى ثوبه فى دارها بغير أمرها .

٥٥٢٠ (فصــــل)

ولو خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها فى عدتها وطلقها قبل دخوله بها ، فلها فى النكاح الثانى

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٧ (٢) فى المخطوطة ٣٩ إذا ارتفع العقد بفسخه

نصف الصداق أو المسمى فيه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لها جميعه ، لأن حكم الوطء موجود فيه، بدليل أنها لو أتت بولد لزمه . ولنا : قول الله سبحانه : « وإن طلقتموهُنَّ من قبل أن تمسوهنَّ وقد فرضتمْ لهنَّ فريضةً ، فنصفُ ما فرضتمْ »[1] ، ولأنه طلاق من نكاح لم يمسها فيه ، فوجب أن يتنصف به المهر ، كما لو تزوجها بعد العدة . وما ذكره غير صحيح ، فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده ، ولا يقوم مقامه . فأما إن كان لم يدخل بها فى النكاح الأول أيضاً فعليه نصف الصداق الأول ، ونصف الصداق الثانى ، بغير خلاف .

الحكم الثالث :أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة، كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن ، أو متميزة كالولد والكسب والثمرة ، فإن كانت متميزه أخذت لزيادة ورجع بنصف الأصل ، وإن كانت غير متميزة ، فالخيرة إليها إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد ، لأن الزيادة لها لا يلزمها بدلها ،ولا يمكنها دفع الأصل بدونها ،فصرنا إلى نصف القيمة ، وإن شاءت دفعت إليه نصفاً زائداً فيلزمه قبوله ، لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز ، فإن كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع إلا فى نصف القيمة ، لأن الزيادة لها ، ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشىء لا يجب عليها ، وإن نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ، ولا يخلو أيضاً من أن يكون النقص متميزاً . أو غير متميز ، فإن كان متميزاً كعبدين تلف أحدهما ، فإنه يرجع بنصف الباقى ونصف قيمة التالف ، أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال ، وإن لم يكن متميزاً كعبد كان شاباً فصار شيخاً فنقصت قيمته ،أو نسى ما كان يحسن من صناعة أو كتابة أو هزل ، فالخيار إلى الزوج ، إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها ، لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه ، وإن شاء رجع بنصفه[2] ناقصاً فتجبر المرأة على ذلك ، لأنه رضى أن يأخذ حقه ناقصاً ، وإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له . هذا فى ظاهر كلام الخرقى،وهو قول أكثر الفقهاء . وقال القاضى : القياس أن له ذلك ، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش ، وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال محمد بن الحسن : الزيادة غير المتميزة تابعة للعين ، فله الرجوع فيها ، لأنها تتبع فى الفسوخ ،فأشبهت زيادة السوق.

ولنا : أنها زيادة حدثت فى ملكها ، فلم تتنصف بالطلاق كالمتميزة ، وأما زيادة السوق فليست ملكه، وفارق نماء المبيع،لأن سبب الفسخ العيب ،وهو سابق على الزيادة،وسبب تنصيف المهر الطلاق،وهو حادث بعدها ، ولأن الزوج يثبت حقه فى نصف المفروض دون العين ، ولهذا لو وجدها ناقصة كان له

(١) سورة النساء آية : ٢٣٧ .

(٢) على هامش ١٨ : رجع بالنصف . من نسخة أخرى .

الوجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها ، بخلاف المبيع المعيب ، والمفروض لم يكن سمينا فلم يكن له أخذه ، والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه نمنه ، فأما إن نقص الصداق من وجه وزاد من وجه ، مثل أن يتعلم صنعة وينسى أخرى ، أو هزل وتعلم ، ثبت الخيار لكل واحد منهما ، وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القيمة ، فإن اتفقا على نصف العين جاز ، وإن امتنعت المرأة من بذل نصفها [1] ، فلها ذلك لأجل الزيادة ، وإن امتنع هو من الرجوع فى نصفها فله ذلك لأجل النقص ، وإذا امتنع أحدهما رجع فى نصف قيمتها .

٥٥٢١ (فصـــــل)

فإن كانت العين تالفة وهى من ذوات الأمثال ، رجع فى نصف مثلها، وإلا رجع فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، أو إلى حين التمكين منه على ما ذكرنا من الاختلاف ، لأن العين إن زادت [2] فالزيادة لها تختص بها ، وإن نقصت قبل ذلك فالنقص من ضمانه ، وإن طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول ، وقد زادت زيادة منفصلة فهى لها تنفرد بها ، وتأخذ نصف الأصل ، وإن كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف ، وبين أن تأخذ الكل وتدفع إليه قيمة النصف غير زائد ، وإن كان ناقصا فلها الخيار بين أخذه ناقصا وبين مطالبته بنصف قيمته غير ناقص .

٥٥٢٢ (فصـــــل)

إذ أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ، ثم طلقها قبل الدخول ، فله نصف قيمتها وقت ما أصدقها . وليس له الرجوع فى نصفها ، لأنها زائدة زيادة متصله ، فأشبهت الجارية إذا سمنت ، وسواء كان الطلع مؤبَّراً أو غير مؤبر ، لأنه متصل بالأصل ، ولا يجب فصله عنه فى هذه الحال . فأشبه السِّمَنَ وتعلم الصناعة ، فإن بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها أجبر على ذلك ، لأنها زيادة متصلة ، ولا يجب فصلها ، وإن قال : اقطعى ثمرتك حتى أرجع فى نصف الأصل لم يلزمها ، لأن عرف هذه الثمرة أنها لا تؤخذ إلا بالجَذَاذ ، بدليل البيع ، ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة . فلم يعد إلى العين إلا برضاها ، فإن قالت المرأة ، اترك الرجوع حتى أجذ ثمرتى ، وترجع فى نصف الأصل ، أو : إرجع فى الأصل وأمهلنى . حتى أقطع الثمرة ، أو قال الزوج : أنا أصبر حتى إذا جذذت ثمرتك رجعت فى الأصل ، أو قال : أنا أرجع فى الأصل ، وأصبر حتى تجذى ثمرتك ، لم يلزم واحداً منهما قبول قول الآخر ، لأن الحق انتقل إلى القيمة . فلم يعد إلى العين إلا برضاها ، ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها ، لأن الضرر عليه . فأشبه ما لو بذلت له نصفها مع طلعها ، وكما لو وجد العين ناقصة فرضى بها ، وإن تراضيا على شىء من ذلك جاز . والحكم فى سائر الشجر كالحكم فى النخل . وإخراج النور فى الشجر بمنزلة الطلع الذى لم يؤبر .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : عن بذل نصفها . (٢) فى المخطوطة ١٨ : إذا زادت .

وإن كانت أرضاً فحرثها فتلك زيادة محضة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها ، وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها ، وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا أطلع (١) ، إلا فى موضع واحد ، وهو : أنها إذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله ، بخلاف الطلع مع النخل ، والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الثمرة لا ينقص بها الشجر ، والأرض تنقص بالزرع وتضعف .

والثانى : أن الثمرة متولدة من النخل فهى تابعة له ، والزرع ملكها أودعته فى الأرض ، فلا يجبر على قبوله . وقال القاضى : يجبر على قبوله كالطلع سواء ، وقد ذكرنا ما يقتضى الفرق .

ومسائل الغراس كمسائل الزرع . فإن طلقها بعد الحصاد ولم تكن الأرض [قد] زادت ولا نقصت رجع فى نصفها ، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع فى نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هى ببذلها زائدة .

٥٥٢٣ (فصـــــــل)

وإذا أصدقها خشبا فشققته أبواباً فزادت قيمته لم يكن له الرجوع فى نصفه لزيادته، ولا يلزمه قبول نصفه، لأنه نقص من وجه، فإنه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته حلياً فزادت قيمته فلها منعه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لأن الذهب لا ينقص بالصياغة ، ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته . وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حُلياً فكسرته ثم صاغته على ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه ، لأنه نقص فى يدها ، ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة (٢) التى أحدثتها فيه، وإن عادت الدنانير والدراهم إلى ما كانت عليه فله الرجوع فى نصفها ، وليس له طلب قيمتها ، لأنها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة ، فأشبه ما لو أصدقها عبداً فمرض ثم برىء ، وإن صاغت الحلى على ما كان عليه ففيه وجهان .

أحدهما : له الرجوع كالدراهم إذا أعيدت .

والثانى : ليس له الرجوع فى نصفه ، لأنها جددت فيه صناعة ، فأشبه ما لو صاغته على صفة أخرى .

ولو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت فعادت إلى حالتها الأولى، فهل يرجع فى نصفها ؟ على وجهين :

٥٥٢٤ (فصـــــل)

وحكم الصداق حكم البيع فى أن ما كان مكيلا أو موزونا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه ،

---

(١) أى : خرج منه الطلع . (٢) فى المخطوطة ١٨ : لزيادته بالصياغة .

وما عداه لا يحتاج إلى قبض ، ولها التصرف فيه قبل قبضه ، وقال القاضي وأصحابه : ما كان متميزاً فلها التصرف فيه ، وما لم يكن متميزا كالقفيز من صبرة [١] ، والرطل من زيت من دن لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى: أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه ،وهذا مذهب الشافعي ، وهذا أصل ذكر في البيع ، وذكر القاضي في موضع آخر : أن ما لم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لأنه بذل لا ينفسخ السبب الذي ملك بهلاكه ،فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث .

وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها ، وهو نوع تصرف فيه . وقياس المذهب : أن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص ، وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج، وإن منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال ، لأن يده عادية فضمنه كالغاصب، وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام ، ففقئت عينه ، فقال : إن كانت قبضته فهو لها ، وإن لم تكن قبضته فهو على الزوج . فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال . وهو مذهب الشافعي . وكل موضع قلنا : هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ، ويضمنه بمثله إن كان مثلياً . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي في القديم . وقال في الجديد : يرجع إلى مهر المثل ، لأن تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض ، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالبيع . ومهر المثل هو القيمة ، فوجب الرجوع إليه .

ولنا : أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها ، كالمغصوب والقرض والعارية . وفارق المبيع إذا تلف ، فإن البيع انفسخ ، وزال سبب الاستحقاق . إذا ثبت هذا ، فإن التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال :

أحدها : أن يتلف بفعلها ، فيكون ذلك قبضاً منها ، ويسقط عن الزوج ضمانه .

والثاني : تلف بفعل الزوج ، فهو من ضمانه على كل حال ، ويضمنه لها بما ذكرناه .

والثالث : أتلفه أجنبي، فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه، وبين الرجوع على الزوج ، ويرجع الزوج على المتلف .

والرابع : تلف بفعل الله تعالى ، فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسألة .

٥٥٢٥ (فصـــل)

إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام :

---

(١) الصبرة :الطعام المجتمع كالكومة (ف).

أحدها : ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق ، فهذا يمنع الرجوع ، وله نصف القيمة لزوال ملكها ، وانقطاع تصرفها ، فإن عادت العين إليها قبل طلاقها ثم طلقها ، وهى فى يدها بحالها ، فله الرجوع فى نصفها ، لأنه وجدها بعينها. فأشبه ما لو لم يخرجها ، ولا يلزم الوالد إذا وهب لولده شيئاً فخرج عن ملكه ثم عاد إليه، حيث لا يملك الرجوع فيه ، لأننا نمنع ذلك ، وإن سلمناه فإن حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال ، بدليل أنه لا يطالب ببدله ، والزوج لم يسقط حقه بالكلية ، بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه ، فإذا وجد كان الرجوع فى عينه أولى .

وفى معنى هذه التصرفات الرهن ، فإنه وإن لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل الملك ، ولذلك لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه ، ففى الرجوع فى العين إبطال لحق المرتهن من الوثيقة فلم يجز ، وكذلك الكتابة ، فإنها تراد للعتق المزيل للملك ، وهى عقد لازم ، فجرت مجرى الرهن ، فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن أو فى مدة الخيار فى البيع ففيه وجهان .

أحدهما : لا تجبر على رد نصفه إليه لأنه عقد عقدته فى ملكها ، فلم تملك إبطاله كاللازم ، ولأن ملكها قد زال فلم تملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها .

والثانى : تجبر على تسليم نصفه ، لأنها قادرة على ذلك ، ولا زيادة فيها . وللشافعى قولان كهذين الوجهين . فأما إن طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البيع ، فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة ، لم يكن له الرجوع فى نصفها ، لأن حقه يثبت فى القيمة .

[القسم الثانى][1] : تصرف غير لازم لا ينقل الملك ، كالوصية والشركة والمضاربة ، فهذا لا يبطل حق الرجوع فى نصفه ، ويكون وجود هذا التصرف كعدمه ، لأنه تصرف لم ينقل الملك ، ولم يمنع المالك من التصرف ، فلا يمنع مَنْ له الرجوع على المالك من الرجوع ، كالإيداع والعارية .

فأما إن دبرته فظاهر المذهب : أنه لا يمنع الرجوع ، لأنه وصية ، أو تعليق نصفه ، وكلاهما لا يمنع الرجوع ، ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ، ولا يجبر الزوج على الرجوع فى نصفه ، بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ، لأن شركة مَن نصفه مدبر نقص ، ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفى ، فيحكم بعتقه ، وإن كانت أمة . فدبّرتها خرج على الروايتين ، إن قلنا : تباع فى الدين فهى كالعبد ، وإن قلنا : لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع فى نصفها ، وإن كانت الأمة أو العبد لم يجبر الزوج على الرجوع فى العبد لأنه نقص ، وإن اختار الرجوع وقلنا : الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع ، وإن قلنا : لا تمنع

(١) من الأقسام الثلاثة لتصرف الزوج فى الصداق وقد طلق قبل الدخول .

البيع ، احتمل ألا تمنع الرجوع كالتدبير ، واحتمل أن تمنعه ، لأن الكتابة عقد لازم يراد لإزالة الملك فمنعت الرجوع كالرهن .

[القسم الثالث] : تصرف لازم لا يراد لإزالة الملك ، كالإجارة والتزويج ، فهذا نقص فيتخير بين أن يرجع فى نصفه ناقصاً ، لأنه رضى بحقه ناقصاً ، وبين الرجوع فى نصف قيمته ، فإن رجع فى نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الإجارة .

فإن قيل : فقد قلتم فى الطلع الحادث فى النخل: إذا قال أنا أصبر حتى تنتهى الثمرة لم يكن له ذلك ؟ قلنا : الفرق بينهما : أن فى تلك المسألة تكون المنة له ، فلا يلزمها قبول منته ، بخلاف مسألتنا ، ولأن ذلك يؤدى إلى التنازع فى سقى الثمرة ، ووقت جذاذها وقطعها ، لخوف العطش أو غيره ، بخلاف مسألتنا .

٥٥٢٦ (فصـــل)

فإن أصدقها شِقْصاً[1] ، فهل للشفيع أخذه ؟ على وجهين . فإن قلنا : له أخذه فأخذه ، ثم طلق الزوج ، رجع فى نصف قيمته ، لأنه قد زال ملكها عنه ، وإن طلقها قبل أخذه بالشفعة وطالب الشفيع ففيه وجهان .

أحدهما : يقدم الشفيع ، لأن حقه أسبق ، فإنه ثبت بالنكاح ، وحق الزوج ثبت بالطلاق ، ولأن الزوج يرجع إلى بدله وهو نصف القيمة ، وحق الشفيع إذا بطل بطل بغير بدل .

والثانى : يقدم الزوج ، لأن حقه آكد . فإنه ثبت بنص القرآن والإجماع ، وحق الشفعة مجتهَدٌ فيه ، غير مجمع عليه . فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقى بنصف ما كان يأخذ به الجميع .

٥٥٢٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا اختلفا فى الصداق بعد العقد فى قدره ، ولا بينة على مبلغه ، فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها ﴾

وجملة ذلك : أن الزوجين إذا اختلفا فى قدر المهر ولا بينة على مَبْلغه فالقول قول من يدعى مهر المثل منهما. فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله. وبهذا قال أبو حنيفة . وعن الحسن ، والنخعى ، وحماد بن أبى سليمان ، وأبى عبيد : نحوه .

وعن أحمد رواية أخرى : أن القول قول الزوج بكل حال ، وهذا قول الشعبى ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأبى ثور ، وبه قال أبو يوسف ، إلا أن يدعى مستنكراً ، وهو أن يدعى مهراً لا يتزوج بمثله فى العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه، فيدخل تحت قوله عليه السلام : « ولكن اليمين على المدعى عليه » وقال الشافعى : يتحالفان ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله ، وإن حلفا وجب مهر المثل . وبه

(١) الشقص : بكسر الشين وسكون القاف النصيب فى شىء مشترك (ف) .

قال الثورى ، لأنهما اختلفا فى العوض المستحق فى العقد ، ولا بينة ، فيتحالفان قياساً على المتبايعين إذا اختلفا فى الثمن . وقال مالك : إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفُسخ النكاح ، وإن كان بعده فالقول قول الزوج ، وبناه على أصله فى البيع ، فإنه يفرق فى التحالف بين ما قبل القبض وبعده ، ولأنها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته .

ولنا : أن الظاهر قول من يدعى مهر المثل ، فكان القول قوله قياساً على المنكر فى سائر الدعاوى ، وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ، ولأنه عقد لا ينفسخ بالتحالف ، فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ، ولأن القول بالتحالف يفضى إلى إيجاب أكثر مما يدعيه ، أو أقل مما يقر لها به ، فانها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين ، وقال : بل هو خمسون ، أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ، ولو ادعت مائتين وقال : بل هو مائة وخمسون ، ومهر مثلها مائة ، فأوجب مائة ، لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها ، ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما ، لم يجز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد ، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة فى إيجابه إلى يمين من ينفيه ، لأنها لا تؤثر فى إيجابه .

وفارق البيع ، فإنه ينفسخ بالتحالف ، ويرجع كل واحد منهما فى ماله . وما ادعاه مالكٌ من أنها استأمنته لا يصح ، فإنها لم تجعله أمينها ، ولو كان أميناً لها لوجب أن تكون أمينة له حين لم يشهد عليها ، على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الإشهاد ، فقد تكون بينهما بيّنة فتموت أو تغيب ، أو تنسى الشهادة .

إذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه ، لأنه اختلاف فيما يجوز بذله ، فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى فى الأموال ، وحكى عن القاضى : أن اليمين لا تشرع فى الأحوال كلها ، لأنها دعوى فى النكاح .

٥٥٢٨ (فصــــل)

فإن ادعى أقل من مهر المثل ، وادعت هى أكثر منه ، رد إلى مهر المثل . ولم يذكر أصحابنا يميناً ، والأولى أن يتحالفا، فإن مايقوله كل واحد منهما محتمل للصحة ، فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه كالمنكر فى سائر الدعاوى ، ولأنهما تساويا فى عدم الظهور ، فيشرع التحالف ، كما لو اختلف المتبايعان . وهذا قول أبى حنيفة ، والباقون على أصولهم .

٥٥٢٩ (فصــــل)

فإن قال : تزوجتك على هذا العبد ، فقالت : بل على هذه الأمة ، وكانت قيمة العبد مهر المثل ، أو أكثر ، وقيمة الأمة فوق ذلك ، حلف الزوج ووجبت لها قيمة العبد ، لأن قوله يوافق الظاهر ، ولا تجب

عين العبد لئلا يدخل فى ملكها ما تنكره[1]، وإن كانت قيمة الأمة مهر المثل أو أقل، وقيمة العبد أقل من ذلك، فالقول قول الزوجة مع يمينها . وهل تجب الأمة أو قيمتها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تجب عَيْن الأمة ، لأننا قبلنا قولها فى القدْر ، فكذلك فى العين[2]، وليس فى ذلك إدخال ما تنكره[3] فى ملكها .

والثانى : تجب لها قيمتها ، لأن قولها إنما وافق الظاهر فى القدر لافى العين ، فأوجبنا لها ما وافقت الظاهر فيه . وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل ، أو كان العبد أقل من مهر المثل ، والأمة أكثر منه وجب مهر المثل إذا تحالفا ، وظاهر قول القاضى : أن اليمين لا يشرع فى هذا كله .

٥٥٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتى ببينة تبرئه منه ﴾

وجملة ذلك : أن الزوج إذا أنكر صداق امرأته ، وادعت ذلك عليه ، فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها ، سواء ادعى أنه وفى لها ، أو أبرأته منه ، أو قال : لا تستحق على شيئاً ، وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وبه قال سعيد بن جبير ، والشعبى ، وابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وحكى عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا : إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج ، والدخول بالمرأة يقطع الصداق ، وبه قال مالك ، قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة ، أو كان الخلاف فيما تعجل منه فى العادة ، لأنها لا تسلم نفسها فى العادة إلا بقبضه ، فكان الظاهر معه .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اليمين على المدعى عليه » ، ولأنه ادعى تسليم الحق الذى عليه فلم يقبل بغير بينة ، كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول .

٥٥٣١ (فصل)

فإن دفع إليها ألفاً ثم اختلفا فقال : دفعتها إليك صداقاً ، وقالت : بل هبة ، فإن كان اختلافهما[4]

---

(١) فى النسخ المطبوعة (ما ينكره) وصوابه (ما تنكره) بالتاء لا بالياء كما فى الشرح الكبير ج٨ ص٧٠ (ف).
(٢) على هامش المخطوطة ٢٠ : فكذلك يقبل قولها فى العين . من نسخة أخرى .
(٣) فى المطبوعة (ما ينكره) وصوابه أيضا (ما تنكره) (ف) .
(٤) على هامش المخطوطة ٢٠ : فإن كان خلافهما . من نسخة أخرى .

فى نيته كأن قالت : قصدت الهبة ، وقال : قصدت دفع الصداق ، فالقول قول الزوج بلا يمين ، لأنه أعلم بمانواه ، ولا تطلع المرأة على نيته ، وإن اختلفا فى لفظه فقالت : قد قلتَ : خذى هـذا هبة ، أو هدية ، فأنـكر ذلك ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنها تدعى عليه عقداً على ملـكه ، وهو ينكره ، فأشبه مالو ادعت عليه بيع ملـكه لها ، لـكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه ، كأن أصدقها دراهم فدفع إليها عوضاً ، ثم اختلفا ، وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها ، فللمرأة رد العوض ، ومطالبته بصداقها .

قال أحمد فى رواية الفضل بن زياد ، فى رجل تزوج امرأة على صداق ألف ، فبعث إليها بقيمته متاعا وثيابا ، ولم يخبرهم أنه من الصداق ، فلما دخل سألته الصداق فقال لها : قد بعثت إليك بهذا المتاع ، واحتسبته من الصداق . فقالت المرأة : صداقى دراهم : تردّ الثياب والمتاع ، وترجع عليه بصداقها ، فهذه الرواية إذا لم يخبرهم [1] أنه صداق ، فأما إذا ادعى أنها احتسبت بهمن الصداق ،وادعت هى أنه قال : هو هبة، فينبغىأن يحلف كل واحد منهما ، ويتراجعان بما لـكل واحد منهما ، وحكى عن مالك أنه قال : إن كان ممـا جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم ، فالقول قولها ، لأن الظاهر معها ، وإلا فالقول قوله .

ولنا : أنهما اختلفا فى صفة انتقال ملكه إلى يدها ، فكان القول قول المالك ، كما لو قال : أودعتك هذه العين قال : بل وهبتها .

٥٥٣٢ (فصـــــل)

إذا مات الزوجان واختلف ورثتهما ، قام ورثة كل إنسان مقامه إلا أن من يحلف منهم على الإثبات يحلف على البت ، ومن يحلف على النفى يحلف على نفى العلم ، لأنه يحلف على نفى فعل الغير . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن مات أحد الزوجين فـكذلك ، وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية ، فأنـكرها ورثة الزوج جملة ، لم يحـكم عليهم بشىء . قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا تقادم العهد ، لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل ، لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات . وقال محمد بن الحسن : يقضى بمهر المثل ، وقال زفر : بعشرة دراهم ، لأنه أقل الصداق

ولنا : أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين . وما ذكروه ليس بصحيح ، لأنه لا يسقط الحق لتقادم العهد ، ولا يتعذر الرجوع فى ذلك كقيم سائر المتلفات .

٥٥٣٣ (فصـــــل)

وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة ، قام الأب مقام الزوجة فى اليمين ، لأنه يحلف على فعل

---

(١) فى النسخ المطبوعة (تخبرهم) بالتاء . وصوابه (بالياء) (ف) .

نفسه ، ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق ، فسمعت يمينه فيه كالزوجة : فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه ، لأن الحق لها ، وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها ، فإذا أمكن فى حقها صارت اليمين عليها ، كالوصى إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه ، فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها ، لأن الكبيرة قولها مقبول فى الصداق ، والحق لها دونه .

وأما سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية فى بنت تسع ، وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ، ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين . فإن ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج ، لأن القول قوله فى قدر مهر المثل .

٥٥٣٤ (فصــــل)

إذا أنكر الزوج تسمية الصداق ، وادعى أنه تزوجها بغير صداق ، فإن كان بعد الدخول نظرنا ، فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين ، لأنها لو صدّقته فى ذلك لوجب مهر المثل ، فلا فائدة فى الاختلاف . وإن ادعت أقل من مهر المثل فهى مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج ، فيجب أن يقبل قولها بغير يمين ، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفى ذلك ،ويجب لها مهر المثل . وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروايتين فيما إذا اختلفا فى قدر الصداق ، فإن قلنا : القول قول الزوج فلها المتعة ، وإن قلنا : القول قول من يدعى مهر المثل قُبِل قولها ما ادعت مهر مثلها . هذا إذا طلقها ، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين ، وكل من قلنا : القول قوله فعليه اليمين.

٥٥٣٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المتعة ﴾

وجملته : أن النكاح يصح من غير تسمية صداق فى قول عامة أهل العلم . وقد دل على هذا قول الله تعالى : « لا جُناحَ عليكُمْ إنْ طلَّقتم النِّساء مالم تَمَسُّوهنّ أو تَفْرِضوا لهنّ فريضَة »[1]

وروى : « أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود : لها صداق نسائها ، لا وَكْسَ ولا شَطَطَ[2] ، وعليها العدّةُ ، ولها الميراثُ . فقام مَعْقِلُ ابن سِنانٍ الأشْجَعِيُّ فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بَرْوَعَ[3] بنتِ وَاشِقٍ إمرأةٍ منّا مِثْلَ

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ .

(٢) لها صداق نسائها : أى لها مهر مثل نسائها ، لا وكس: أى لا نقص . لاشطط : أى لاجور ولازيادة (ف) .

(٣) زوجها هلال بن ميسرة الأشجعى كما فى سنن أبى داود (ف) .

بروع بالفتح والكسر قال السندى : لكسر عند أهل الحديث . والفتح عند أهل اللغة .

ما قَضَيْتَ »[١] . أخرجه أبوداود والترمذى وقال حديث حسن صحيح ، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق ، فصح من غير ذكره كالنفقة ، وسواء تركا ذكر المهر ، أو شرطا نفيه ، مثل أن يقول : زوجتك بغير مهر ، فيقبله كذلك . ولو قال : زوجتك بغير مهر فى الحال ، ولا فى الثانى ، صح أيضاً .

وقال بعض الشافعية : لا يصح فى هذه الصورة ، لأنها تكون كالموهوبة . وليس بصحيح ، لأنه قد صح فيما إذا قال : زوجتك بغير مهر ، فيصح ههنا ، لأن معناهما واحد ، وما صح فى إحدى الصورتين المتساويتين صح فى الأخرى . وليست كالموهوبة ، لأن الشرط يفسد ، ويجب المهر .

إذا ثبت هذا ، فإن المزوّجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها ، فمن كسر أضاف الفعل إليها ، على أنها فاعلة ، مثل مقوِّمة ومن فتح أضافه إلى وليها ، ومعنى التفويض الإهمال ، كأنها أهملت أمر المهر ، حيث لم تسمه . ومنه قول الشاعر :

لاَ يَصْلُحِ النَّاسُ فَوْضى لا سَرَاةَ لَهُم وَلاَ سَرَاةَ إذا جُهَّالُهُمْ سَادُوا[٢]

يعنى مهملين . والتفويض على ضربين : تفويض بضع . وتفويض مهر .

فأما تفويض البضع فهو الذى ذكره الخرقى وفسرناه ، وهو الذى ينصرف إليه إطلاق التفويض .

وأما تفويض المهر ، فهو أن يجعل الصداق إلى رأى أحدهما ، أو رأى أجنبى ، فيقول : زوجتك على ما شئت ، أو على حكمك ، أو على حكمى ، أو حكمها ، أو حكم أجنبى ، ونحوه فهذه لها مهر المثل فى ظاهر

---

(١) الحديث أخرجه الحاكم فى المستدرك ج ٢ ص ١٨٠ وأحمد فى المسند ٣ ص ٤٨٠ وأبو داود ج ١ ص ٤٨٧ والنسائى ج ٦ ص ١٢١ وابن ماجه ج ١ ص ٥٨٤ والترمذى ج ٥ ص ٨٥ — ٨٧ ثم قال « حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح وقد روى عنه من غير وجه والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وبه يقول الثورى وأحمد وإسحق . وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم منهم على بن أبى طالب وزين بن ثابت وابن عباس وابن عمر : إذا تزوج الرجل المرأة ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً حتى مات قال: لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة وهو قول الشافعى ، قال : لو ثبت حديث بروع بنت واشق لكانت الحجة فيما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم. وروى عن الشافعى أنه رجع بمصر بعد هذا القول وقال بحديث بروع بنت واشق » انتهى (ف) .

(٢) قاله الأفوه الأودى (ف).

والسراة جمع سرى وهو السيد الشريف المطاع ومفاد البيت أن الناس لا يصلحون إذا أهملوا ولم يتول عليهم أولوا المجد والشرف والعلم والخبرة . (ف) .

كلام الخرق ، لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق ، لكنه مجهول ، فسقط لجهالته [١] ، ووجب مهر المثل .

والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها فى تزويجها بغير مهر ، أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك . فأما إن زوجها غير أبيها ، ولم يذكر مهراً بغير إذنها فى ذلك ، فإنه يجب مهر المثل .

وقال الشافعى : لا يكون التفويض إلا فى الصورة الأولى ، وقد سبق الكلام معه فى أن للأب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها ، فكذلك يجوز تفويضه ، فإذا طُلِّقَت المفوِّضةُ البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة ، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ، والحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والشعبى ، والزهرى ، والنخعى ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى .

وعن أحمد رواية أخرى : أن الواجب لها نصف مهر مثلها . لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول ، فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول ، كما لو سمى محرماً .

وقال مالك ، والليث ، وابن أبى ليلى : المتعة مستحبة غير واجبة ، لأن الله تعالى قال : « حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ » [٢] ، فخصهم بها ، فيدل أنها على سبيل الإحسان والتفضل ، والإحسان ليس بواجب ، ولأنها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم .

ولنا : قوله تعالى : « وَمَتِّعُوهُنَّ » [٣] . أمر ، والأمر يقتضى الوجوب . وقال تعالى : « وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ » [٤] . وقال تعالى : « إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ » [٥] . ولأنه طلاق فى نكاح يقتضى عوضاً ، فلم يَعْرَ عن العوض ، كما لو سمى مهراً ، وأداء الواجب من الإحسان ، فلا تعارض بينهما .

٥٥٣٦ (فصل)

فإن فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف ما فرض لها ، ولا متعة ، وهذا قول ابن عمر ، وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والشافعى ، وأبى عبيد . وعن أحمد : أن لها المتعة ، ويسقط المهر . وهو قول أبى حنيفة ، لأنه نكاح عَرِى عن تسمية ، فوجبت به المتعة ، كما لو لم يفرض لها .

ولنا : قوله تعالى : « وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ » [٦] ولأنه مفروض يستقر بالدخول ، فتنصف بالطلاق قبله ، كالمسمى فى العقد .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فسقط لذلك . (٢) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٣) سورة البقرة آية ٢٣٦ .
(٤) سورة البقرة آية ٢٤١ (٥) سورة الأحزاب آية ٤٩ (٦) سورة البقرة آية ٢٣٧

٥٥٣٧ (فصـــل)

ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة ، سواء كانت ممن سمى لها صداق أو لم يسم لها ، لـكن فرض بعد العقد ، وبهذا قال أبو حنيفة ، فيمن سمى لها ، وهو قديم قول الشافعى . وروى عن أحمد : لـكل مطلقة متاع . وروى ذلك عن على بن أبى طالب ، والحسن ، وسعيد بن جبير ، وأبى قلابة ، والزهرى ، وقتادة ، والضحاك ، وأبى ثور ، لظاهر قوله تعالى: «والمطلقات متاعٌ بالمعروف حقاً على المتقين[١] » ولقوله تعالى « لنبيه عليه السلام : (قُلْ لِأَزْوَاجِكَ — إلى قوله — فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ[٢]) وعلى هـذه الرواية : لـكل مطلقة متاع ، سواء كانت مفوضة أو مسمى لهـا ، مدخولا بها أو غيرها ، لمـا ذكرنا .

وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التى لم يدخل بها إذا طلقت ، قال أبو بكر : كل من روى عن أبى عبد الله فيما أعلم روى عنه : أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر . إلا حنبلا ، فإنه روى عن أحمد : أن لـكل مطلقة متاعاً . قال أبو بكر : والعمل عليه عندى ، لولا تواتر الروايات عنه بخلافها .

ولنا : قوله تعالى : « لا جناحَ عليكُم إن طلقتمُ النساءَ مالم تمسوهُنَّ أو تفرضُوا لهُنَّ فريضةً وَمتِّعوهُنَّ[٣] » ثم قال : « وإن طلقتموهُنَّ من قبلِ أن تمسُّوهنَّ وقد فرضتُمْ لهنَّ فريضةً فنصفُ مافرضتُمْ » فخص الأولى بالمتعة ، والثانية بنصف المفروض ، مع تقسيمه النساء قسمين ، وإثباته لـكل قسم حكما ، فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه ، وهذا يخص ماذكروه .

ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع فى غير المفوضة على الاستحباب ، لدلالة الآيتين اللتين ذكرناها على نفى وجوبها ، جمعاً بين دلالة الآيات والمعنى ، فإنه عوض واجب فى عقد ، فإذا سُمِّيَ فيه عوض صحيح لم يجب غيره ، كسائر عقود المعاوضة ، ولأنها لاتجب لها المتعة قبل الفرقة ، ولا ما يقوم مقامها ، فلم تجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها .

٥٥٣٨ (فصـــــل)

ولو طلق المسمى لها بعد الدخول ، أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول ، فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل ، وقد ذكرنا ذلك ، وذكرنا قول من ذهب إليه ، وظاهر المذهب : أنه لا متعة لواحدة منهما وهو قول أبى حنيفة . وللشافعى قولان كالروايتين ، وقد ذكرنا ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يمتعهما ، نص عليه أحمد ، فقال : أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقا ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٤١ (٢) سورة الأحزاب آية ٢٨ (٣) سورة البقرة آية ٢٣٦

فإن كان سمى صداقا فلا أوجبها عليه ، وأستحب أن يمتع وإن سمى لها صداقا[1] ، وإنما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ، ودلالته على إيجابها . وقول على رضى الله عنه ومن سمينا من الأئمة بها ، فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفى الوجوب ، ودلالة المعنى المذكور عليه ، تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب ، أو على أنه أريد به الخصوص : وأما المتوفى عنها [زوجها] فلا متعة لها بالإجماع ، لأن النص العام لم يتناولها ، وإنما يتناول المطلقات ، ولأنها أخذت العوض المسمى لها فى عقد المعاوضة ، فلم يجب لها به سواه كما فى سائر العقود .

٥٥٣٩ (فصـــل)

والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول . وسواء فى ذلك الحر والعبد ، والمسلم والذمى ، والحرة والأمة ، والمسلمة والذمية ، وحكى عن أبى حنيفة : لا متعة للذمية ، وقال الأوزاعى إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقاً فلا متعة .

ولنا . عموم النص ، ولأنها قائمة مقام نصف المهر فى حق من سمى لها ، فتجب لكل زوجة على كل زوج ، كنصف المسمى ، ولأن ما يجب من العوض يستوى فيه المسلم والكافر ، والحر والعبد كالمهر .

٥٥٤٠ (فصـــل)

فأما المفوضة المهر ، وهى التى يتزوجها على ماشاء أحدهما ، أو التى زوجها غير أبيها بغير صداق بغير إذنها ، أو التى مهرها فاسد ، فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ولا متعة لها ، هذا ظاهر كلام الخرقى . وقد صرح به فى التى مهرها فاسد ، وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد . أن لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه خلا عقدها من تسمية صحيحة[2] فأشبهت التى لم يسم لها شىء .

ولنا : أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق ، فوجب أن يتنصف كما لو سماه ، أو نقول : لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها ، وتفارق التى رضيت بغير عوض ، فإنها رضيته بغير صداق . وعاد بضعها سليما فعوضت المتعة بخلاف مسألتنا .

٥٥٤١ (فصـــل)

وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة ، وما يسقط به المسمى من الفُرَق

---

(١) قوله « وإن سمى لها صداقا » بالواو يشعر أنه يستحب أن يمتع إن لم يسم أيضا ، مع أنه قال بالوجوب إذا لم يسم ـ فالأولى حذف الواو .(ف)

(٢) فى المخطوطة ١٨ من التسمية الصحيحة.

كاختلاف الدين ، والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة ، لأنها أقيمت مقام نصف المسمى ، فسقطت فى موضع يسقط كما تسقط الأبدال بما يسقط مبدلها .

٥٥٤٢ (فصـــــل)

قال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ، ولم يكن فرض لها مهراً ، ثم وهب لها غلاما، ثم طلقها قبل الدخول . قال : لها المتعة ، وذلك لأن الهبة لا تنقضى بها المتعة ، كما لا ينقضى بها نصف المسمى، ولأن المتعة إنما تجب بالطلاق ، فلا يصح قضاؤها قبله ، ولأنها واجبة فلا تنقضى بالهبة كالمسمى .

٥٥٤٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره ، فأعلاه خادم ، وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلى فيها إلا أن يشاء هو أن يزيدها ، أو تشاء هى أن تنقصه ﴾

وجملة ذلك : أن المتعة معتبرة بحال الزوج(١) فى يساره وإعساره . نص عليه أحمد . وهو وجه لأصحاب الشافعى . والوجه الآخر ، قالوا : هو معتبر بحال الزوجة ، لأن المهر معتبر بها ، كذلك المتعة القائمة مقامه . ومنهم من قال : يجزىء فى المتعة ما يقع عليه الاسم ، كما يجزىء فى الصداق ذلك .

ولنا : قول الله تعالى: « عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُه »(٢) ، وهذا نص في أنهـا معتبرة بحال الزوج ، وأنها تختلف ، ولو أجزأ مايقع عليه الاسم سقط الاختلاف ، ولو اعتبر بحال المرأة لمـا كان على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره .

إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها. فروى عنه مثل قول الخرقى : أعلاها خادم، هذا إذا كان موسراً ، وإن كان فقيراً متعها كسوتها : درعاً ، وخماراً ، وثوباً تصلى فيه ، ونحو ذلك قال ابن عباس ، والزهرى ، والحسن : قال ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة ، ونحو ما ذكرنا فى أدناها قال الثورى ، والأوزاعى ، وعطاء ومالك ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى قالوا : درع ، وخمار ، وملحفة .

والرواية الثانية : يرجع فى تقديرها إلى الحاكم ، وهو أحد قولى الشـــافعى ، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره ، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد ، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : تعتبر بحال الزوج

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٦

وذكر القاضي في المجرد رواية ثالثة : أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل ، لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به[1] ، وهذه الرواية تضعف لوجهين .

أحدهما : أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج ، وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة ، لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها .

الثاني : أنالو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر[2] ، إذ ليس المهر معيناً في شيء ولا المتعة ، ووجه قول الخرقي قول ابن عباس : « أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك الكسوة » . رواه أبو حفص بإسناده ، وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها ، لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك ، كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة . وروى كنيف السلمي : « أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فحمّمها ، بجارية سوداء » ، يعني متعها . قال ابراهيم النخعي : العرب تسمى المتعة التحميم . وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها ، فإن سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز . لأن الحق لهما لايخرج عنهما . وهو مما يجوز بذله ، فجاز ما اتفقا عليه كالصداق . وقد روى الحسن بن علي : « أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق » .

٥٥٤٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك ، فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره ، وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته ﴾

وجملة ذلك : أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر ، لأن النكاح لا يخلو من المهر ، فوجبت لها المطالبة ببيان قدره . وبهذا قال الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً . فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه ، قليلا كان أو كثيراً ، سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به . وقال الشافعي في قول له : لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل ، لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل ، فيحتاج أن يكون المبدل معلوما .

ولنا : أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه ، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها ، فلا تمنع من ذلك . وقولهم : إنه بدل غير صحيح ، فإن البدل غير المبدل . والمفروض إن كان ناقصاً فهو بعضه ، وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ، ولا يصح جعله بدلا ، ولو

---

(١) في المخطوطة ١٨ : فيجب أن تقدر به .

(٢) في جميع النسخ « لكانت نصف المهر » والصواب « لكانت نصف مهر المثل » كما في الشرح الكبير ص ٩٢ ويؤيد ذلك أيضاً تعليله اللاحق (ف) .

كان بدلا لما جاز مع العلم ، لأنه يبدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلا ' وقد روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أترضى[1] أنى أزوِّجك فلانة ؟ قال : نعم . وقال المرأة : أترضين أن أزوجك فلانا ؟ قالت : نعم . فزوج أحدهما صاحبه ، ودخل عليها ، ولم يفرض لها صداقاً . فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم يفرض لها صداقاً ، ولم أعطها شيئاً ، وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخيبر ، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف » . فإما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها الطالبة بسواه ؛ فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه ، فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة ، لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء .

وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ، ولا يثبت لها مالم ترض به ، وإن تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل ، لأن الزيادة ميل عليها ، والعدل المثل ، ولأنه إنما يفرض بدل البضع ، فيقدر به كالسلعة إذا تلفت ، فرجعا فى تقويمها إلى أهل الخبرة ، ويعتبر معرفة مهر المثل ، ليتوصل إلى إمكان فرضه ، ومتى صح الفرض صار كالمسمى فى العقد فى أنه يتنصف بالطلاق ، ولا تجب المتعة معه ، وإذا فرضه الحاكم لزم مافرضه ، سواء رضيته أو لم ترضه ، كما يلزم ما حكم به .

٥٥٤٥ (فصــــــــل)

وإن فرض لها أجنبى مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه ، وكان وجوده كعدمه . لأنه ليس بزوج ولا حاكم . فإن سلم إليها مافرضه لها فرضيته ، احتمل : ألا يصح لما ذكرنا ، ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ، ويسترجع ما أعطاها[2] ، لأن تصرفه ماصح ، ولابرئت به ذمة الزوج . ويحتمل : أن يصح ، لأنه يقوم مقام الزوج فى قضاء المسمى ، فيقوم مقامه فى قضاء مايوجبه العقد غير المسمى .

فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج ، لأنه ملكه إياه حين قضى به ديناً عليه ، فيعود إليه كما لو دفعه هو . ولأصحاب الشافعى مثل هذين الوجهين ، وذكروا وجهاً ثالثاً : أنه يرجع نصفه إلى الأجنبى . وذكره القاضى وجهاً لنا ثالثاً . وقد ذكرنا مايدل على صحة ماقلناه . ولو أن رجلا قضى المسمى عن الزوج صح . ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه إليه ، وإن فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه إليه . وعلى الوجه الآخر : يرجع إلى من قضاه . والله أعلم .

---

(١) فى جميع النسخ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أترضى» وظاهره أنه خطاب لعقبة، لكن فى الشرح الكبير ص ٨٣ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لرجل) أترضى » وهذا هو الصواب بدليل قوله فى الحديث « فزوج أحدهما صاحبه » وقد أخرجه كذلك أبو داود ج ١ ص ٤٨٨ (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ ويسترد ما أعطاها

٥٥٤٦ (فصـــل)

ويجب المهر للمفوضة بالعقد ، وإنما يسقط إلى المتعة بالطلاق ، وهذا مذهب أبي حنيفة . واختلف أصحاب الشافعي . فمنهم من قال : الصحيح أنه يجب بالعقد . وقال بعضهم : لايجب بالعقد قولا واحدا . ولايجيء على أصل الشافعي غير هذا ، لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد .

ولنـا : أنها تملك المطالبة به ، فكان واجباً كالمسمى ، ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ، ولأن النكاح لايجوز أن يخلو عن المهر ، والقول بعدم وجوبه يفضي إلى خلوه عنه ، وإلى أن النكاح انعقد صحيحاً ، وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه ، وإنما لم يتنصف لأن الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق إلى المتعة . كما نقل من سمى لها إلى نصف المسمى لها ، والله أعلم

فعلى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ، ثم فرض لها المهر ، كان لمعتقها أو بائعها ، لأن المهر وجب بالعقد في ملكه ، ولو فوضت المرأة نفسها ، ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها ودخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه ، ووافق أصحاب الشافعي على ذلك . لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد ، إلا في الأمة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين .

٥٥٤٧ (فصـــل)

ويجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً ، سواء كانت مفوضة أو مسمى لها . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي . وروى عن ابن عباس ، وابن عمر ، والزهري ، وقتادة ، ومالك : لايدخل بها حتى يعطيها شيئا . قال الزهري : مضت السنة ألا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً . قال ابن عباس : يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها .

وقد روى أبو داود بإسناده عن[1] رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : «أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها ، فمنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئاً . فقال يارسول الله ، ليس لي شيء. فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أعطها درعك : فأعطاها درعه ، ثم دخل بها»[2] ورواه ابن عباس أيضاً قال «لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطها شيئاً . قال : ما عندي. قال : أين

---

(١) أخرجه أبو داود ج١ ص ٤٩٠(ف) .

(٢) لعل ذلك بعد الحادث الذي رواه الأجهوري في (إرشاد الرحمن) من أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عليا ناقتين ليجمع عليهما من الإذخر ما يؤدي به مهر فاطمة. فأناخهما على بجوار دار كان يتخذها الصحابة للشراب والغناء قبل تحريم الخمر، فخرج العباس فوجدهما فنحرهما واقتطع منهما شواء . ولما شهد النبي صلى الله عليه وسلم الواقعة عاد مغضبا فحرمت الخمر انظر القصة بطولها في الورقة ٢٧٠ من المخطوطة المذكورة في علوم القرآن (دار الكتب المصرية)

درعك الحطمية ؟[(١)] » رواه أبو داود والنسائى .

ولنا : حديث عقبة بن عامر فى الذى زوجه النبى صلى الله عليه وسلم ، ودخل عليها ولم يعطها شيئاً . وروت عائشة قالت : « أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً » رواه ابن ماجه ، ولأنه عوض فى عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شىء منه ، كالثمن فى البيع ، والأجرة فى الإجارة. وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب ، فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئاً ، موافقة للأخبار ، ولعادة الناس فيما بينهم ، ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة ، وليكون ذلك أقطع للخصومة . ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب ، فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم .

٥٥٤٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها ﴾

أما الميراث فلا خلاف فيه ، فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً ، وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت ، فورث به لدخوله فى عموم النص . وأما الصداق فإنه يكمل لها مهر نسائها فى الصحيح من المذهب ، وإليه ذهب ابن مسعود ، وابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، وإسحاق . وروى عن على ، وابن عباس ، وابن عمر ، والزهرى ، وربيعة ، ومالك ، والأوزاعى : لا مهر لها ، لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس ، فلم يجب بها مهر ، كفرقة الطلاق . وقال أبو حنيفة كقولنا فى المسلمة ، وكقولهم فى الذمية . وعن أحمد رواية أخرى : لا يكمل وينتصف ، وللشافعى قولان كالروايتين .

ولنا : ما روى أن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه : « قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات . فقال : لها صداق نسائها لا وَكْسَ ولا شَطَطَ ، وعليها العدة ولها الميراث ، فقام مَعْقِلُ بنُ سِنان الأشْجَعِى فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بَرْوَعَ ابنةِ واشقٍ مثلَ ماقضيت » . قال الترمذى:هذا حديث صحيح ، وهو نص فى محل النزاع ، ولأن الموت معنى يكمل بهالمسمى، فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول ، وقياس الموت على الطلاق غير صحيح ، فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق ، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ، ولم تجب

---

(١) فى النسخ (الخطمية) بالخاء وصوابه بالحاء المهملة كما فى أبى داود ج ١ ص ٤٩٠ والنسائى ج ٦ ص ١٢٩ وهى بضم الحاء وفتح الطاء وهى التى تحطم السيوف أى تكسرها وقيل : هى العريضة الثقيلة وقيل : هى منسوبة إلى بطن من عبد القيس يقال له : حطمة بن محارب كانوا يعملون الدروع وهذا أشبه الأقوال (ف) .

بالطلاق ، وكمل المسمى بالموت ، ولم يكمل بالطلاق ، وأما الذمية فإنها مفارقة بالموت ، فكمل لها الصداق كالمسلمة ، أو كما لو سمى لها ، ولأن المسلمة والذمية لا يختلفان فى الصداق فى موضع، فيجب ألا يختلفا ههنا .

٥٥٤٩ (فصــل)

قوله «مهر نسائها» يعنى مهر مثلها من أقاربها . وقال مالك : تعتبر بمن هى فى مثل كمالها ومالها وشرفها، ولا يختص بأقربائها ، لأن الأعواض إنما تختلف بذلك دون الأقارب .

ولنا : قوله فى حديث ابن مسعود: « لها مهر نسائها » ، ونساؤها أقاربها . وما ذكره فنحن نشترطه ، ونشترط معه أن تكون من (نساء)[1] أقاربها، لأنها أقرب إليهن . وقوله : لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب لا يصح ، فإن المرأة تطلب لحسبها ، كما جاء فى الأثر ، وحسبها يختص به أقاربها ، فيزداد المهر لذلك ويقل ، وقد يكون الحى وأهل القرية لهم عادة فى الصداق ، ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ، ولا يغيرونه بتغير الصفات ، فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات .

واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها . فقال فى رواية حنبل : لها مهر مثلها من نسائها من قِبَل أبيها . فاعتبرها بنساء العصبات خاصة، وهذا مذهب الشافعى . وقال فى رواية إسحاق بن هانىء: لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها . اختاره أبو بكر ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وابن أبى ليلى ، لأنهن من نسائها والأولى أولى . فإنه قد روى فى قصة بَرْوَع « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها » ، ولأن شرف المرأة معتبر فى مهرها ، وشرفها بنسبها ، وأمها وخالتها لا تساويانها فى نسبها ، فلا تساويانها فى شرفها ، وقد تكون أمها مولاة وهى شريفة ، وقد تكون أمها شريفة وهى غير شريفة .

وينبغى أن يعتبر الأقرب فالأقرب ؟ فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ، ثم عماتها ، ثم بنات عمها ، الأقرب فالأقرب . ويعتبر أن تكون فى مثل حالها فى دينها ، وعقلها ، وجمالها ، ويسارها ، وبكارتها ، وثيوبتها ، وصراحة نسبها ، وكل ما يختلف لأجله الصداق ، وأن تكون من أهل بلدها ، لأن عادة البلاد تختلف فى المهر . وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل إنما هو بدل متلف ، فاعتبرت الصفات المقصودة فيه . فإن لم يكن فى عصباتها من هو فى مثل حالها فمن نساء أرحامها ، كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن ، فإن لم يكن فأهل بلدها ، فإن يكن فنساء أقرب البلدان إليها ، فإن لم يوجد إلا دونها زِيدَ لها بقدر فضيلتها ، وإن لم يوجد إلا خير منها نقصت بقدر نقصها .

---

(١) ساقطة من المخطوطة : ٢٠.

٥٥٥٠ (فصـــــل)

ولا يجب مهر المثل إلا حالا لأنه بدل متلف . فأشبه قيم المتلفات ، ولا يكون إلا من نقد البلد لما ذكرنا ، ولا تلزم الدية لأنها لا تختلف باختلاف صفات المتلف لأنها مقـدرة بالشرع ، فكانت بحـكم ما جعل من الحلول والتأجيل ، فلا يعتبر بها غيرها ، ولأنها عُدِل بها عن سائر الأبدال فيمن وجبت عليه، وكذلك فى تأجيلها تخفيفاً عنه ، بخلاف غيرها ، فإن كانت عادة نسائها تأجيل المهر ففيه وجهان :

أحدهما : يفرض حالا لذلك :

والثانى يفرض مؤجلا ، لأن مهر مثلها مؤجل ، وإن كان عادتهم أنهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا وإن زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك ، وهذا مذهب الشافعى .

فإن قيل : فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب ألا يختلف باختلاف المتلف، كسائر المتلفات ؟ قلنا : النكاح يخالف سائر المتلفات.فإن سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة ، فلم تختلف باختلاف المتلفين ، والنكاح يقصد به أعيان الزوجين ، فاختلف باختلافهم ، ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد، والمهر يختلف بالعادات ، فإن المرأة إذا كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم ، وجب مهر المرأة منهم خفيفاً ، وإن كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقيل المهر ، وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جرياً على عادتهم : والله أعلم .

٥٥٥١ (فصـل)

إذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضى : لا يجب مهر ، لأنه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال ، وقال أبو الخطاب : يجب المسمى ، أو مهر المثل إن لم يكن مسمى ، كيلا يخلو النكاح عن مهر ، ثم يسقط لتعذر إثباته .

وقال أبو عبد الله : إذا زوج عبده من أمته فأُحِبّ أن يكون بمهر وشهود . قيل : فإن طلقها ؟ قال : يكون الصداق عليه إذا أعتق . قيل : فإن زوجها منه بغير مهر ؟ قال : قد اختلفوا فيه ، فذهب جابر إلى أنه جائز .

٥٥٥٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذ خلا بها بعد العقد فقال : لم أطأها ، وصدقته ، لم يلتفت إلى قولها ، وكان حكمها حكم الدخول فى جميع أمورها ، إلا فى الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً ، أو فى الزنا ، فإنهما يجلدان ولا يرجمان ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا خلا بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ، ووجبت عليها العدة

وإن لم يطأ ، روى ذلك عن الخلفاء الراشـــدين ، وزيد ، وابن عمر ، وبه قال على بن الحسين ، وعروة ، وعطاء ، والزهرى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وهو قديم قولى الشافعى . وقال شريح ، والشعبى، وطاوس، وابن سيرين ، والشافعى فى الجديد : لايستقر إلا بالوطء ، وحكى ذلك عن ابن مسعود ، وابن عباس ، وروى نحو ذلك عن أحمد . روى عنه يعقوب بن بختان أنه قال : إذا صدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق ، وعليها العدة . وذلك لقول الله تعالى : « وإن طلقتموهُنّ من قبلِ أن تمسوهُنّ وقد فرضتُمْ لهنّ فريضةً فنصفُ ما فرضتُم[1] » ، وهذه قد طلقها قبل أن يمسها ، وقال تعالى : « وكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ[2] » ؟ والإفضاء : الجماع ، ولأنها مطلقة لم تمس ، أشبهت من لم يخْلُ بها .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زُرارة بن أوفى ، قال: « قضى الخلفاء الراشدون المهديون : أن من أغلق باباً ، أو أرخى ستراً ، فقد وجب المهر ، ووجبت العدة » . ورواه أيضاً عن الأحنف ، عن عمر ، وعلى. وعن سعيد بن المسيب ، وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ، ولها الصداق كاملا ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد فى عصرهم ، فكان إجماعا ، وما رووه عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد : يرويه ليث وليس بالقوى ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع ، قاله ابن المنذر ، ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها ، فيستقر به البدل ، كما لو وطئها ، أو كما لو أجرت دارها أو باعتها وسلمتها .

وأما قوله تعالى : « من قبلِ أن تمسوهُنّ[3] » فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذى هو الخلوة ، بدليل ما ذكرناه ، وأما قوله : « وقد أفْضَى بعضُكُمْ إلى بَعْضٍ[4] » فقد حكى عن الفراء أنه قال : الإفضاء : الخلوة دخل بها أو لم يدخل[5] . وهذا صحيح ، فإن الإفضاء مأخوذ من الفضاء ، وهو الخالى ، فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض. وقول الخرقى : « حكمهما حكم الدخول فى جميع أمورها » ، يعنى: فى حكم ما لو وطئها ، من تكميل المهر ، ووجوب العدة ، وتحريم أختها ، وأربع سواها إذا طلقها ، حتى تنقضى عدتها ، وثبوت الرجعة له عليها فى عدتها . وقال الثورى ، وأبو حنيفة : لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٢) سورة النساء آية ٢١ .
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٤) سورة النساء آية ٢١ .
(٥) انظر معانى القرآن للفراء مخطوط بدار الكتب المصرية اللوحة ٨٧ .

ولنـا : قوله تعالى : « وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ[١] » ، ولأنها معتدة من نـكاح صحيح لم ينفسخ نـكاحها ، ولا كمل عدد طلاقها ، ولا طلقها بعوض ، فـكان له عليها الرجعة كما لو أصابها، ولها عليه نفقة العدة والسكنى ، لأن ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة ، ولا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثاً ، لقول النبي صلى الله عليه وسـلم لامرأة رفاعة القرشي : « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ، ولا الإحصان ، لأنه يعتبر لإيجاب الحـد ، والحدود تُدْرأ بالشبهات ، ولا الغسل ، لأن موجبات الغسل خمسة وليس هـذا منها ، ولا يخرج به من العنة ، لأن العنة : العجز عن الوطء ، فلا يزول إلا بحقيقة الوطء ، ولا تحصل به الفيئة ، لأنها الرجوع عما حلف عليه ، وإنما حلف على ترك الوطء ، ولأن حق المرأة لا يحصل إلا بنفس الوطء[٢]، ولا تفسد به العبادات ، ولا تجب به الـكفارة .

وأما تحريم الربيبة فعن أحمـد : أنه يحصل بالخلوة[٣] ، وقال القاضي ، وابن عقيل : لا تحرم ، وحمل القاضي كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة ، فيخرج كلامه على إحـدى الروايتين في أن ذلك يحرم.والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى : « فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ[٤] » ، والدخول كناية عن الوطء ، والنص صريح في إباحتها بدونه ، فلا يجوز خلافه .

٥٥٥٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وسواء خلا بها وهما محرمان ، أو صائمان ، أو حائض ، أو سالمان من هذه الأشياء ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا خلا بها وبهما أو بأحدهما مانع من الوطء ، كالإحرام ، والصيام ، والحيض ، والنفاس . أو مانع حقيقي ، كالجب ، والعنة ، أو الرتق في المرأة ، فعنه : أن الصداق يستقر بكل حال ، وبه قال عطاء ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، لعموم ما ذكرناه من الإجماع . وقال عمر في العنين : يؤجل سنة ، فإن هو غشيها ، وإلا أخذت الصـداق كاملا ، وفرق بينهما ، وعليها العدة ، ولأن التسليم المستحق عليها قد وجد ، وإنما الحيض والإحرام والرتق من غير جهتها ، فلا يؤثر في المهر ، كما لا يؤثر في إسقاط النفقة ، وروى أنه لا يكمل به الصداق . وهوقول شريح ، وأبي ثور ، لأنه لا يتمكن من تسلمها، فلم تستحق عليه مهراً بمنعها ، كما لو منعت تسليم نفسها إليه،يحققه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالإجارة .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) في المخطوطة ١٨ : إلا بالوطء .

(٣) في المخطوطة ٢٠ : بمجرد الخلوة .

(٤) سورة النساء آية ٢٣

وعن أحمد رواية ثالثة: إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق، فإن كان غيره كمل . قال أبو داود: وسمعت أحمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان فى غير رمضان ، فأغلق الباب ، وأرخى الستر ؟ قال : وجب الصداق ، قيل لأحمد : فشهر رمضان ؟ قال : شهر رمضان خلاف لهذا . قيل له: فكان مسافراً فى رمضان ، قال : هذا مُفطر ، يعنى وجب الصداق ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق . وقال القاضى : إن كان المانع لا يمنع دواعى الوطء كالجب،والعنة ، والرتق والمرض ، والحيض ، والنفاس ، وجب الصداق ، وإن كان يمنع دواعيه كالإحرام ، وصيام الفرض ، فعلى روايتين ، وقال أبو حنيفة : إن كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق ، وإن كان من جهته كصيام فرض أو إحرام لم يستقر الصداق ، وإن كان جباً أو عنة كمل الصداق ، لأن المانع من جهتـه ، وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها ، فـكمل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت نفسها إليه .

٥٥٥٤ (فصـــل)

وإن خلا بها وهى صغيرة لا يمكن وطؤها ، أو كانت كبيرة فمنعته نفسها ، أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه . لم يكمل صداقها . نص عليه أحمد فى المكفوف يتزوج المرأة ، فأدخلت عليه ، فأرخى الستر ، وأغلق الباب ، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق ، وأومأ إلى أنها إذا نشزت عليه أو منعته نفسها لا يكمل صداقها ، وذكره ابن حامد . وذلك لأنه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه ما لو لم يخل بها ، وكذلك إن خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصـداق ، لأنه فى معنى الصغيرة فى عدم التمكن من الوطء .

٥٥٥٥ (فصـــل)

والخلوة فى النكاح الفاسد لا يجب بها شىء من المهر ، لأن الصداق لم يجب بالعقد ، وإنما يوجبه الوطء ولم يوجد ، ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، فأشبه ذلك الخلوة بالأجنبية . وقـد روى عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة فى الصحيح ، لأن الابتداء بالخلوة فيه كالابتداء بذلك فى النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح . والأولى أولى .

فإن استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمـد : أنه يكمل به الصداق ، فإنه قال : إذا أخذها فمسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره ، وقال فى رواية مهنا : إذا تزوج امرأة ونظر إليها وهى عريانة تغتسل أوجب عليه المهر ، ورواه عن إبراهيم : إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر ، لأنه نوع استمتاع فهو كالقبلة قال القاضى: يحتمل أن هذا ينبنى على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك،وفيه روايتان، فيكون فى تـكميل الصداق

به وجهان. أحدهما : يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل» ولأنه مسيس فيدخل فى قوله : « من قبل أن تمسّوهن » ، ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء

والوجه الآخر : لا يكمل به الصداق ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأن قوله تعالى « تمسّوهن » إنما أريد به فى الظاهر . الجماع ، ومقتضى قوله : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » ألا يكمل الصداق لغير من وطئها ، ولا تجب عليها العدة ، ترك عمومه فيمن خلا بها للإجماع الوارد عن الصحابة ، فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم .

٥٥٥٦ (فصـــــل)

إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ، ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها ، وقال أبو يوسف ومحمد : عليه الصداق كاملا ، لأنه أذهب عذرتها فى نكاح صحيح ، فكان عليه المهر كاملا ، كما لو وطئها .

ولنا : قول الله تعالى : « وإن طلقتموهنّ من قبل أن تمسوهنّ وقد فرضتم لهنّ فريضةً فنصفُ مافرضتمْ » ، وهذه مطلقة قبل المسيس ، فأشبه مالو لم يدفعها ، ولأنه أتلف ما يستحق إتلافه بالعقد ، فلم يضمنه ، كما لو أتلف عذرة أمته ، ويتخرج أن يجب[1] لها الصداق كاملا ، لأن أحمد قال : إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ، ففيما إذا فعله الزوج أولى ، فإن ما يجب به الصداق ابتداء ، أحق بتقرير المهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها ، وفيمن نظر إليها وهى عريانة : عليه الصداق كاملا ، فهذا أولى .

٥٥٥٧ (فصـــــل)

وإن دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها ، أو فعل ذلك بإصبعه أو غيرها ، فقال أحمد : لها صداق نسائها ، وقال: إن تزوج امرأة عذراء، فدفعها هو وأخوه فأذهبا عذرتها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فعلى الزوج نصف الصداق ، وعلى الأخ نصف العقر ، وروى ذلك عن على ، وابنه الحسن ، وعبد الله بن معقل ، وعبد الملك بن مروان ، وقال الشافعى : ليس عليه إلا أرش بكارتها . لأنه إتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير عوضه ، فرجع دينه إلى الحكومة كسائر مالم يقدر ، ولأنه إذا لم يكمل به الصداق فى حق الزوج ففى حق الأجنبي أولى .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : أنه يجب .

ولنا : ما روى سعيد ، قال: حدثنا هشيم ، حدثنا مغيرة ، عن ابراهيم : « أن رجلا كانت عنده يتيمة فخافت امرأته أن يتزوجها ، فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها ، وقالت لزوجها : إنها فجرت ، فأخبر علياً رضى الله عنه بذلك ، فأرسل على إلى امرأته والنسوة،فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن . فقال للحسن بن على:اقض فيها يا حسن . فقال : الحد على من قذفها ، والعقر عليها ، وعلى الممسكات . فقال على: لو كلفت الإبل طحناً لطحنت ، وما يطحن يومئذ بعير » ، وقال: حدثنا هشيم ، قال : حدثنا إسماعيل ابن سالم حدثنا الشعبى: « أن جوارىَ أربعاً قالت إحداهن : هى رجل ، وقالت الأخرى:هى امرأة، وقالت الثالثة : هى أبو التى زعمت أنها رجل،وقالت الرابعة :هى أبو التى زعمت أنها امرأة. فخطبت التى زعمت أنها أبو الرجل إلى التى زعمت أنها أبو المرأة ، فزوجوها إياها ، فعمدت إليها فأفسدتها بإصبعها ، فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أرباعا ، وألغى حصة التى أمكنت من نفسها . فبلغ عبد الله ابن معقل ، فقال : لو وليت أنا لجعلت الصداق على التى أفسدت الجارية[1] وحدها» . وهذه قصص تنتشر ، فلم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن إتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح ، فإذا أتلفه أجنبى وجب المهر كمنفعة البضع .

٥٥٥٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والزوج هو الذى بيده عقدة النكاح ، فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر ، وهو جائز الأمر فى ماله برىء منه صاحبه ﴾

اختلف أهل العلم فى الذى بيده عقدة النكاح . فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه الزوج ، روى ذلك عن على ، وابن عباس ، وجبير بن مطعم ، رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وشريح ، وسعيد ابن جبير ، ونافع مولى ابن عمر ، ومجاهد ، وإياس بن معاوية ، وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، والشعبى ، والثورى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى الجديد : وعن أحمد : أنه الولى إذا كان أبا الصغيرة ، وهو [مذهب] الشافعى القديم إذا كان أبا أو جداً. وحكى عن ابن عباس، وعلقمة، والحسن، وطاوس، والزهرى، وربيعة ومالك : أنه الولى ، لأن الولى بعد الطلاق هو الذى بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج . ولأن الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن ، فينبغى أن يكون عفو الذى بيده عقدة النكاح عنه ليكون المعفو عنه فى الموضعين واحداً . ولأن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله : « وإنْ طلقتموهنّ منْ قبلِ أن تمسوهنّ — ثم قال — أوْ يَعفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النّكاح »[2] ، وهذا خطاب غير حاضر .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : على من أفسدت الجارية . (٢) سورة البقرة آية ٢٣٧ .

ولنا : ماروى الدارقطنى بإسناده عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبى صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : «ولى العقدة الزوج» ولأن الذى بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج ، فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه : وليس إلى الولى منه شىء ، ولأن الله تعالى قال: «وأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى (١)» ، والعفو الذى هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقه ، أما عفو الولى عن مال المرأة فليس (هو)(٢) أقرب إلى التقوى ، ولأن المهر مال الزوجة ، فلا يملك الولى هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها ، وكسائر الأولياء ، ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب ، كقوله تعالى : حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ (٣)» ، وقال تعالى : «قُلْ أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ فَإِنْ تَوَلَّوا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُمِّلَ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ (٤)» فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما. فإن عفا الزوج لها عن النصف الذى له كمل لها الصداق جميعه . وإن عفت المرأة عن النصف الذى لها منه وتركت (له)(٥) جميع الصداق جاز . إذا كان العافى منهما رشيداً جائزاً تصرفه فى ماله ، وإن كان صغيراً أو سفيهاً لم يصح عفوه ، لأنه ليس له التصرف فى ماله بهبة ولا إسقاط . ولا يصح عفو الولى عن صداق الزوجة أباً كان أو غيره ، صغيرة أو كبيرة ، نص عليه أحمد فى رواية الجماعة ، وروى عنه ابن منصور : إذا طلق امرأته وهى بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ، ماأرى عفو الأب إلا جائزاً . قال أبو حفص: ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولا لأبى عبدالله قديماً ، وظاهر قول أبى حفص : أن المسألة رواية واحدة . وأن أبا عبدالله رجع عن قوله بجواز عفو الأب . وهو الصحيح ، لأن مذهبه أنه لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ، ولا إعتاق عبيده ، ولا تصرفه له إلا بما فيه مصلحته ، ولاحظ لها فى هذا الإسقاط ، فلا يصح .

وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط : أن يكون أبا ، لأنه الذى يلى مالها ، ولا يتهم عليها . الثانى : أن تكون صغيرة ، ليكون ولياً على مالها ، فإن الكبيرة تلى مال نفسها . الثالث : أن تكون بكراً ، لتكون غير مبتذلة ، ولأنه لا يملك تزويج الثيب ، وإن كانت صغيرة، فلا تكون ولايته عليه تامة. الرابع : أن تكون مطلقة ، لأنها قبل الطلاق معرضة لإتلاف البضع . الخامس : أن تكون قبل الدخول ، لأن ما بعده قد أتلف البضع . فلا يعفو عن بدل متلف. ومذهب الشافعى على نحو من هذا ، إلا أنه يجعل الجد كالأب .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ (٢) ساقطة من المخطوطة ٢٠ ، ١٨
(٣) سورة يونس آية ٢٢ (٤) سورة النور آية ٥٤ (٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠

٥٥٥٩ (فصــــل)

ولو بانت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثــل أن تفعل امرأته ما ينفسخ به نكاحها من رضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه ، أو بردة ، أو بصفة اطلاق من السفيه ، أو رضاع من أجنبية لمن ينفسخ نكاحها برضاعه ، أو نحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة . وكذلك لا يجوز عند الشافعى قولا واحداً . والفرق بينهم وبين الصغير : أن وليها أكسبها المهر بتزويجها ، وههنا لم يكسبه شيئاً ، إنما رجع المهر إليه بالفرقة .

٥٥٦٠ (فصــــل)

وإذا عفت المرأة عن صداقها الذى لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضه وهى جائزة الأمر فى مالها جاز ذلك وصح . ولا نعلم فيه خلافا لقول الله تعالى : « إلاَّ أنْ يعفُون »[1] يعنى الزوجات ، وقال تعالى : « فإنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَىْءٍ مِنْهُ نَفْساً فكلوهُ هَنيئاً مَريئاً » قال أحمد فى رواية المروذى : ليس شيء ، قال الله تعالى : «فكلوه هنيئاً مريئاً » سماه غير المهر تهبه المرأة للزوج . وقال علقمة لامرأته:هبِى لى من الهنيء المرىء ، يعنى من صداقها ، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها ؟ فيه عن أحمد روايتان ، واختلاف بين أهل العلم ، ذكرناه فيما مضى .

٥٥٦١ (فصــــل)

إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون دينا أو عيناً ، فإن كان دينا لم يخل إما أن يكون دينا فى ذمة الزوج لم يسلمه إليها ، أو فى ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه، أو تلف فى يدها ، وأيهما كان فإن للذى له الدين أن يعفو عن حقه منه ، بأن يقول : عفوت عن حقى من الصداق أو أسقطته،أو أبرأتك منه، أو ملكتك إياه، أو وهبتك ، أو أحللتك منه أو أنت منه فى حل ، أو تركته لك ، وأى ذلك قال سقط به المهر ، وبرىء منه الآخر وإن لم يقبله ، لأنه إسقاط حق ، فلم يفتقر إلى قبول كإسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ، ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه. ولو رد ذلك لم يرتد ، وبرىء منه لما ذكرناه ، وإن أحب العفو من الصداق فى ذمته لم يصح العفو ، لأنه إن كان فى ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وإن كان فى ذمة الزوجة فلا يثبت فى ذمتها إلا النصف الذى يستحقه الزوج، وأما النصف الذى لها فهو حقها تصرفت فيــــه ، فلم يثبت فى ذمتها منه شيء ، ولأن الجميع كان ملكا لها تصرفت فيه ، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه ، فلا يثبت فى ذمتها غير ذلك ، وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فإنه يجدد له هبة مبتدأة . وأما إن كان الصداق عيناً فى يد أحدهما فعفا الذى هو

(١) سورة البقرة آية ١٣٧ (٢) سورة النساء آية ٤

فى يده للآخر فهو هبة (له)[1] تصح بلفظ العفو والهبة والتمليك ، ولا تصح بلفظ الإبراء والإسقاط ، ويفتقر إلى القبض فيما يشترط القبض فيه ، وإن عفا غير الذى هو فى يده صح بهـذه الألفاظ ، وافتقر إلى مضى زمن يتأتى القبض فيه إن كان الموهوب مما يفتقر إلى القبض .

٥٥٦٢ (فصــل)

إذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها فعن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبى بكر ، وأحد قولى الشافعى ، لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف ، فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع،أو وهبتها لأجنبى ثم وهبها له.

والرواية الثانية : لا يرجع عليها ، وهو قول مالك ، والمزنى ، وأحد قولى الشافعى ، وهو قول أبى حنيفة ، إلا أن تزيد العين أو تنقص ، ثم تهبها له لأن الصداق عاد إليه ، ولو لم تهبه لم يرجع بشىء ، وعقد الهبة لا يقتضى ضمانا ، ولأن نصف الصداق تعجل له بالهبة . فإن كان الصداق دينا فأبرأته منه ، فإن قلنا : لا يرجع ثَمّ ، فهنا أولى .

وإن قلنا : يرجع ثَمّ ، خرج ههنا وجهان :

أحدهما : لا يرجع ، لأن الإبراء إسقاط حق ، وليس بتمليك كتمليك الأعيان ، ولهذا لا يفتقر إلى قبول . ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئاً ، ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غَرِما .

والثانى : يرجع ، لأنه عاد إليه بغير الطلاق ، فهو كالعين ، والإبراء بمنزلة الهبة ، ولهذا يصح بلفظها ، وإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين ، لأنه تعين بقبضه ، وقال أبو حنيفة : يرجع ههنا لأن الصداق قد استوفته كله ، ثم تصرفت فيــه فوجب الرجوع عليها ، كما لو وهبته أجنبياً ، ويحتمل ألا يرجع،لأنه عاد إليه ما أصدقها فأشبه مالو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها،أو وهبته العين، أو أبرأته من الدين ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها، كإسلامها أو ردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ نكاحها برضاعة،ففى الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما فى الرجوع بالنصف سواء .

٥٥٦٣ (فصــل)

وإن أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين : فإن قلنا : إذا وهبته الكل لم يرجع بشىء رجع ههنا فى ربعه ، وعلى الرواية الأخرى يرجع فى النصف الباقى كلــه ، لأنه وجده

(١) ساقطة من المخطوطة ١٨ .

بعينه : وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والمزنى ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشىء ، لأن النصف حصل فى يده ، فقد استعجل حقه ، وقال الشافعى فى أحد أقواله كقولنا . والثانى : له نصف النصف الباقى ، ونصف قيمة الموهوب . والثالث يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف .

ولنا : أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه ، فأشبه مالو لم تهبه شيئاً .

٥٥٦٤ (فصـــــل)

فإن خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح ، وصار الصـداق كله له ، نصفه بالطلاق، ونصفه بالخلع ، ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه ، لأنه إذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالعاً بنصف النصف الذى يبقى لها ، فيصير له النصف بالطلاق ، والربع بالخلع . وإن خالعها بمثل نصف الصداق فى ذمتها صح ، وسقط جميع الصداق ، نصفه بالطلاق ، ونصفه بالمقاصة بما فى ذمتها له من عوض الخلع .

ولو قالت له اخلعنى[1] بما تسلم لى من صداقى ففعل صح،وبرىء من جميع الصداق ، وكذلك إن قالت: اخلعنى على ألا تبعة عليك فى المهر صح ، وسقط جميعه عنه ، وإن خالعته بمثل جميع الصداق فى ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه ، لأنه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذى لها عليه ، ويسقط عنه النصف بالطلاق، ويبقى له عليها النصف ، وإن خالعته بصداقها كله فـكذلك فى أحـد الوجهين . وفى [الوجه] الآخر : لا يرجع عليها بشىء ، لأنه لما خالعها به مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعا لها بنصفه ، ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شىء .

٥٥٦٥ (فصـــــل)

وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده ، وسواء فى ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر ، وكذلك من سُمِّى لها مهر فاسد كالخمر والمجهول ، لأن المهر واجب فى هذه المواضع ، وإنما جهل قدره ،والبراءة من المجهول صحيحة ،لأنها إسقاط ، فصحت فى المجهول كالطلاق، وقال الشافعى : لا تصح البراءة فى شىء من هذا ، لأن المفوضة لم يجب لها مهر ، فلا يصح الإبراء مما لم يجب، وغيرها مهرها مجهول ، والبراءة من المجهول لا تصح إلا أن تقول : أبرأتك من درهم إلى ألف ، فيبرأ من مهرها ، إذا كان دون الألف . وقد دللنا على وجوبه فيما مضى ، فيصح الإبراء منـه كما لو قالت : أبرأتك من درهم إلى ألف ، وإذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول ، فإن قلنا :لا يرجع إلى المسمى لها ، لم يرجع ههنا ، وإن قلنا : يرجع ثمَّ احتمل ألا يرجع ههنا ، لأن المهر كله سقط بالطلاق ، ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ، ويحتمل أن يرجع ،

(١) فى المخطوطة ٢٠ : خالعنى

لأنه عاد إليه مهرها بسبب غير الطلاق ، وبكم يرجع ؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المثل ، لأنه الذى وجب بالعقد ، فهو كنصف المفروض ، ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة ، لأنها التى تجب بالطلاق ، فأشبهت المسمى.

٥٥٦٦ (فصـــل)

وإن أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها ، لأن المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه فصار كما لو قبضته ، ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا : إن الزوج لا يرجع عليها بشىء إذا أبرأت من جميع صداقها .

٥٥٦٧ (فصـــل)

ولو باع رجلا عبداً بمائة فأبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ، ثم وجد المشترى بالعبد عيباً ، فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن ، أو أخذ أرش العيب مع إمساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ، ثم طلقها قبل الدخول ، وإن كانت بحالها فوهب المشترى العبد للبائع ثم أفلس المشترى والثمن فى ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجهاً واحداً ، لأن الثمن ما عاد إلى البائع منـه شىء ، ولذلك كان يجب أداؤه إليه قبل الفلس ، بخلاف التى قبلها ، ولو كان عبـداً ثم أسقط عنه مال الـكتابة برىء وعتق ، ولم يرجع على سيده بالقدر الذى كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه ، وكذلك لو أسقط عنه القدر الذى يلزمه إيتاؤه إياه ، واستوفى الباقى لم يلزمه أن يؤتيه شيئاً ، لأن إسقاطه عنه يقوم مقام الإيتاء ، وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق ، ولا يصح ، لأن المرأة أسقطت الصداق الواجب لهـا قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه ، وههنا أسقط السيد عن المـكاتب ما وجد سبب إيتائه إياه ، فـكان إسقاطه مقام إيتائه ، ولهـذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع بشىء ، ولو قبضت المرأة صداقها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول لرجع عليها فافترقا .

٥٥٦٨ (فصـــل)

ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها،فإن كانت رشيدة لم يبرأ إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها ،ولا يبرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره ، بكراً كانت أو ثيباً ، قال أحمد : إذا أخذ مهر ابنته وأنـكرت فذاك لها ، ترجع على زوجها بالمهر ، ويرجع الزوج على أبيها . فقيل له : أليس قال النبى صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » ؟ قال : نعم ، ولـكن هذا لم يأخذ منها ،إنما أخذ من زوجها ، وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : له قبض صداق البـكر دون الثيب ، لأن ذلك العادة ،ولأن البكر تستحيى ، فقام أبوها مقامها ، كما قام مقامها فى تزويجها .

ولنا : أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب ، أو عوض ملكته وهى رشيدة ، فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها ، كثمن مبيعها ، وأجر دارها ، وإن كانت غير رشيدة سلمه إلى وليها فى مالها من أبيها ، أو وصيه ، أو الحاكم ، لأنه من جملة أموالها ، فهو كثمن مبيعها ، وأجر دارها .

٥٥٦٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلها لا يوطأ ، أو منع منها بغير عذر ، فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا كانت [ممن] لا يوطأ مثلها لصغرها فطلب وليها تسليمها والإنفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج ، لأن النفقة فى مقابلة الاستمتاع ، ولهذا تسقط بالنشوز ، وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها ، وإن كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أولياؤها فلا نفقة لها أيضاً ، لأنها فى معنى الناشز ، لكونها لم تسلّم الواجب عليها ، فلا يجب تسليم ما فى مقابلته من الإنفاق ، وكل موضع لزمتــه النفقة لزمه تسليم الصداق إذا طولب به . فأما الموضع الذى لا تلزمه نفقتها فيه كالصغيرة والمانعة نفسها فقال أبو عبــد الله ابن حامد : يجب تسليم الصداق ، وهو قول الشافعى ، لأن المهر فى مقابلة ملك البضع وقد ملــكه ، بخــلاف النفقة ، فإنها فى مقابلة التمــكين . ورد قوم هــذا وقالوا : المهر قد ملــكته فى مقابلة ما ملــكه من بضعها ، فليس لها المطالبة بالاستيفاء إلا عند إمكان الزوج استيفاء العوض .

٥٥٧٠ (فصــــل)

وإمكان الوطء فى الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك ، قاله القاضى . وذكر أنهن يختلفن فقد تــكون صغيرة السن تصلح ، وكبيرة لا تصلح . وحدّه أحمد بتسع سنين ، فقال فى رواية أبى الحارث فى الصــغيرة يطلبها زوجها : فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ، ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع . وذهب فى ذلك إلى أن النبى صلى الله عليه وسلم « بنى بعائشة وهى ابنة تسع » ، قال القاضى : وهذا عندى ليس على طريق التحــديد ، وإنمــا ذكره لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها ، فمتى كانت لا تصلح الوطء لم يجب على أهلها تسليمها إليه ، وإن ذكر أنه يحضنها ويربيها وله من يخدمها ، لأنه لا يملك الاستمتاع بها ، وليست له بمحل ، ولا تؤمن شِرّةُ نفسه إلى مواقعتها ، فيفضيها[1] أو يقتلها .

وإن طلب أهلها دفعها إليه فامتنع له ذلك ، ولا تلزمه نفقتها ، لأنه لا يتمكن من اســتيفاء حقه منها ، وإن كانت كبيرة ، إلا أنها مريضة مرضاً مرجو الزوال ، لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها ، لأنه مانع مرجو

(١) فيفضيها : أى فيجعل مسلكيها واحداً (ف)

الزوال ، فهو كالصغر ، ولأن العادة لم تجر بِزَفٍّ المريضة إلى زوجها ، والتسليم فى العقد يجب على حسب العرف ، فإن سلمت نفسها فتسلَّمها الزوج فعليه نفقتها ، لأن المرض عارض يعرض ويتكرر ، فيشق إسقاط النفقة به ، فجرى مجرى الحيض ، ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها ، وإن امتنع من تسليمها فله ذلك ، ولا تلزمه نفقتها ، لأنه لما لم يجب تسليمها إليه لم يجب عليه تسلمها كالصغيرة ، ولأن العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة . وقال القاضى : يلزمه تسلمها ، وإن امتنع فعليه نفقتها ، لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر ، فأشبه الحيض .

فأما إن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ، ولزمه تسلمها إذا عرضت عليه ، لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها ، فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج فائدة ، وله أن يستمتع بها .

فإن كانت نِضْوَةَ الخَلْق[1] وهو جسيم تخاف على نفسها الإفضاء من عظم خَلْقه ، فلها منعه من جماعها ، وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج ، وعليه نفقتها ، ولا يثبت له خيار الفسخ ، لأن هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره ، وإنما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه ، وهو عظم خلقه ، بخلاف الرتقاء . وإن طلب تسليمها إليه وهى حائض احتمل ألا يجب ذلك ، لأنه خلاف العادة . فأشبه المرض المرجو الزوال . واحتمل وجوب التسليم ، لأنه يزول قريباً ، ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج ، فإذا طلب ذلك لم يجز منعه منه ، كما لم يجز لها منعه منه بعد تسلمها ، وإن عرضت عليه فأباها حتى تطهر فعلى قول القاضى يلزمه تسلمها ونفقتها إن امتنع منه ، ويتخرج على ما ذكرنا ألا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال .

٥٥٧١ (فصـــل)

فإن منعت نفسها حتى تتسلم صداقها ، وكان حالا ، فلها ذلك . قال ابن المنذر : وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها ، وإن قال الزوج : لا أسلّم إليها الصداق حتى أتسلمها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولا ، ثم تجبر هى على تسليم نفسها . ومذهب الشافعى فى هذا على نحو مذهبه فى البيع .

ولنا : أن فى إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع ، والامتناع من بذل الصداق ، فلا يمكن الرجوع فى البضع ، بخلاف المبيع الذى يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه ، فإذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وإن كان معسراً بالصداق ، لأن امتناعها بحق ، وإن كان الصداق مؤجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه ، لأن رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه ، كالثمن المؤجل فى البيع ، فإن حل

---

(١) أى هزيلة الجسد .

المؤجّل قبل تسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضاً ، لأن التسليم قد وجب عليها ، واستقر قبل قبضه ، فلم يكن لها أن تمتنع منه ، وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل ، وإن كان الكل حالا فلها منع نفسها على ما ذكرنا ، فإن سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحمد عن الجواب فيها . وذهب أبو عبد الله بن بطة ، وأبو اسحاق بن شاقلا ، إلى أنها ليس لها ذلك ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ، لأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم ، فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك ، كما لو سلم البائع المبيع ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن لها ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه تسليم يوجبه عليها عقد النكاح ، فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كالأول .

فأما إن وطئها مكرهة لم يسقط به حقها من الامتناع ، لأنه حصل بغير رضاها كالمبيع إذا أخذه المشترى من البائع كرها ، وإن أخذت الصداق فوجدته معيبا فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشه ، لأن صداقها صحيح ، وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على الوجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ، ثم بدا لها أن تمتنع ، وكل موضع قلنا: لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج ، لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس ، فصارت كمن لا زوج لها . ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه ، لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه ، كسائر الديون .

٥٥٧٢ (فصـــــل)

وإن أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ ، لأنه تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض ، فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشترى بالثمن قبل تسليم المبيع ، وإن أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنيين على منع نفسها ، فإن قلنا : لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول ، وإن قلنا : ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ ، كما لو أفلس بدينٍ لآخر . ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مجتهد فيه .

٥٥٧٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا تزوجها على صداقين: سر، وعلانية ، أخذ بالعلانية ، وإن كان السر قد انعقد به النكاح ﴾

ظاهر كلام الخرقي : أن الرجل إذا تزوج المرأة في السر بمهر، ثم عقد عليها في العلانية بمهر آخر : أنه يؤخذ بالعلانية ، وهذا ظاهر قول أحمد في رواية الأثرم ، وهو قول الشعبي، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبي عبيد . وقال القاضي : الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سراً كان أو علانية ، وحمل كلام أحمد

والخرقى ، على أن المرأة لم تقر بنكاح السر ، فيثبت مهر العلانية ، لأنه الذى ثبت به النكاح ، وهذا قول سعيد بن عبد العزيز ، وأبى حنيفة ، والأوزاعى ، والشافعى . ونحوه عن شريح ، والحسن ، والزهرى ، والحكم بن عيينة ، ومالك ، وإسحاق ، لأن العلانية ليس بعقد ،ولا يتعلق به وجوب شىء .

ووجه قول الخرقى : أنه إذا عقد فى الظاهر عقداً بعد عقد السر ، فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر ، فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ، ومقتضى ما ذكرنا من التعليل لكلام الخرقى : أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية ، وجب مهر السر ، لأنه وجب عليه بعقده ، ولم تسقطه العلانية فيبقى وجوبه . فأما إن اتفقا على أن المهر ألف ، وأنهما يعقدان العقد بألفين ، تجمُّلاً ففعل ذلك ، فالمهر ألفان ، لأنهما تسمية صحيحة فى عقد صحيح ، فوجبت كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها ، وهذا أيضاً قول القاضى ، ومذهب الشافعى ، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية ، نحو أن يكون السر ألفاً والعلانية ألفين ، أو يكونا من جنسين [مختلفين] مثل أن يكون السر مائة درهم ، والعلانية مائة دينار .

وإذا قلنا : إن الواجب مهر العلانية فيستحب المرأة أن تفى للزوج بما وعدت به ، وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر . قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا تزوج امرأة فى السر بمهر ، وأعلنوا مهرا ، ينبغى لهم أن يفوا ، ويؤخذ بالعلانية ، فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «المؤمنون على شروطهم»[1] ، وعلى قول القاضى : إذا ادعى الزوج عقدا فى السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدقته[2] فليس لها سواه ، وإن أنكرته فالقول قولها لأنها منكرة ، وإن أقرت به وقالت : هما مهران فى نكاحين ، وقال : بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه، فالقول قولها ، لأن الظاهر أن الثانى عقد صحيح يفيد حكما كالأول ، ولها المهر فى العقد الأول ، إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول .وإن أصر على الإنكار سئلت المرأة ، فإن ادعت أنه دخل بها فى النكاح الأول ثم طلقها طلاقا بائنا ، ثم نكحها نكاحا ثانيا ، حلفت على ذلك واستحقت ، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه ، لزمها ما أقرت به .

٥٥٧٤ (فصــــــل)

إذا تزوج أربع نسوة فى عقد واحد بمهر واحد ، مثل أن يكون لهن ولىّ واحد، كبنات الأعمام ، أو

(١) ورد بلفظ «المسلمون على شروطهم» أخرجه أبو داود والحاكم عن أبى هريرة (ف).

(٢) فى المطبوعات «فيه مهر قليل قصد فيه» والصواب «فيه مهر قليل فصدقته» ويؤيده ما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٧٦ كما يؤيده مقابلته هنا بقوله «وإن أنكرته» (ف) .

موليات لمولى واحد ، أو من ليس لهن ولى ، فزوجهن الحاكم ، أو كان لهن أولياء فوكلوا وكيلا واحداً ، فعقد نكاحهن مع رجل فقبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح . وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو أشهر قولى الشافعى .

والقول الثانى : أن المهر فاسد ، ويجب مهر المثل ، لأن ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم .

ولنا : أن الفرض فى الجلة معلوم ، فلا يفسد لجهالته فى التفصيل ، كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد . وكذلك الصبرة[1] بثمن واحد ، وهو لا يعلم قدر قفزانها . إذا ثبت هذا ، فإن الصداق يقسم بينهن على قدر مهورهن فى قول القاضى وابن حامد ، وهو قول أبى حنيفة ، وصاحبيه ، والشافعى . وقال أبو بكر : يقسم بينهن بالسوية ، لأنه أضافه إليهن إضافة واحدة ، فكان بينهن بالسوية ، كما لو وهبه لهن أو أقر به لهن ، وكما لو اشترى جماعة ثوبا بأثمان مختلفة ، ثم باعوه مرابحة أو مساومة ، كان الثمن بينهم بالسواء ، وإن اختلفت رؤوس أموالهم ، ولأن القول بتقسيطه يفضى إلى جهالة العوض لكل واحدة منهن ، وذلك يفسده .

ولنا : أن الصفقة : اشتملت على شيئين مختلفى القيمة ، فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة ، كما لو باع شقصاً وسيفا ، أو كما لو ابتاع عبدين ، فوجد أحدهما حراً أو مغصوباً ، وقد نص أحمد فيمن ابتاع عبدين ، فإذا أحدهما حر . أنه يرجع بقيمته من الثمن ، وكذلك ، نص فيمن تزوج على جاريتين ، فإذا إحداهما حرة أنه يرجع بقيمة الحرة ، ولو اشترى عبدين فوجد أحدهما معيباً ، فرده لرجع بقسطه من الثمن . وما ذكره من المسألة غير مسلم له ، وإن سلم فالقيمة ثم واحدة بخلاف مسألتنا .

وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع إليها وتقسم الهبة عليها ، بخلاف مسألتنا ، وإفضاؤه إلى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجلة ، ويتفرع عن هذه المسألة إذا خالع امرأتين بعوض واحد ، أو كاتب عبيداً بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه ، ويقسم العوض فى الخلع على قدر المهرين ، وفى الكتابة على قدر قيمة العبيد ، وعلى قول أبى بكر : يقسم بالسوية فى المسألتين .

٥٥٧٥ (فصــــل)

وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد ، وإحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك ، وقلنا بصحة النكاح فى الأخرى ، فلها بحصتها من المسمى ، وبه قال الشافعى على قول ، وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : المسمى كله للتى يصح نكاحها ، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال ، فصار كأنه تزوجها والحائط بالمسمى .

---

(١) سبق شرحها فى الزكاة

ولنا : أنه عقد على عينين ، إحداهما لا يجوز العقد عليها ، فلزمه فى الأخرى بحصتهـا ، كما لو باع عبده وأم ولده ، وما ذكروه ليس بصحيح ، فإن المرأة فى مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط .

٥٥٧٦ (فصـــــــل)

فإن جمع بين نـكاح وبيع فقال : زوجتك ابنتى ، وبعتك دارى هـــذه بألف ، صح ، ويقسط الألف على صداقها وقيمة الدار ، وإن قال : زوجتك ابنتى ،واشتريت منك عبدك هذا بألف . فقال : بعتك وقبلت النـكاح ، صح ، ويقسط الألف على العبد ومهر المثل ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا يصح البيع والمهر ، لإفضائه إلى الجهالة .

ولنا : أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً ، فصح جمعهما ، كما لو باعه ثوبين ، فإن قال :زوجتك ولك هذا الألف بألفين ، لم يصح المهر ، لأنه كمسألة مُدّ عَجْوة .

٥٥٧٧ (فصـــــل)

وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً ، وعلى ألفين إن كان أبوها ميتاً ، فالتسمية فاسدة ، ولها صداق نسائها . نص عليه أحمد فى رواية مهنا ، لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهولا . وإن قال : تزوجتك على ألف إن لم أخرجك من دارك ، وعلى ألفين إن أخرجتك منها : أو على ألف إن لم يكن لى امرأة ، وعلى ألفين إن كانت لى امرأة . فنص أحمد على صحة التسمية فى هاتين المسألتين .

وقال القاضى ، وأبو بكر : فى الجميع روايتان .

إحداهما : لايصح ، واختاره أبو بكر ، لأن سبيله سبيل الشرطين ، فلم يجز كالبيع .

والرواية الثانية : يصح ، لأن ألفا معلوم ، وإنما جهل الثانى . وهو معلوم على شرط ، فإن وجد الشرط كان زيادة فى الصداق ، والصداق تجوز الزيادة فيه .

والأولى أولى . والقول بأن هذا تعليق على شرط لايصح لوجهين .

أحدهما : أن الزيادة لايصح تعليقها على شرط ، فلو قال : إن مات أبوك ، فقد زدتك فى صداقك ألفاً ، لم تصح ، ولم تلزم الزيادة عند موت الأب .

والثانى : أن الشرط ههنا لم يتجدد فى قوله : إن كان لى زوجة ، أو : إن كان أبوك ميتاً ، ولا الذى جعل الألف فيه معلوم الوجود ، ليـكون الألف الثانى زيادة عليه .

ويمكن الفرق بين المسألة التى نص أحمد على إبطال التسمية فيها ، وبين التى نص على الصحة فيها بأن الصفة التى جعـل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيـه ، وهو كون أبيها ميتاً[1]

(١) فى المخطوطة ١٨ : وهو موت أبيها .

بخلاف المسألتين اللتين صحت التسمية فيهما ، فإن خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقاسمها وتضيق عليها ، من أكبر أغراضها ، وكذلك إقرارها فى دارها بين أهلها وفى وطنها ، فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته ، فعلى هذا يمتنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى ، ولايكون فى كل مسألة إلا رواية واحدة ، وهى الصحة فى المسألتين الآخرتين ، والبطلان فى المسألة الأولى ، وما جاء من المسائل ألحق بأشبههما به .

٥٥٧٨ (فصــــل)

وإن تزوجها على طلاق امرأة له أخرى ، لم تصح التسمية ، ولها مهر مثلها ، وهذا اختيار أبى بكر وقول أكثر الفقهاء ، لأن هذا ليس بمال وإنما قال تعالى : « أَنْ تبتغوا بأموالكُم[1] » ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «لاتسأل المرأة طلاق أختها لتكفى مافىصحفتها ، ولتنكح ، فإنما لها ماقدر لها[2] » ، صحيح . وروى عبد الله بن عمرو ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لايحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى[3] » ولأن هذا لايصلح ثمناً فى بيع ، ولا أجراً فى إجارة ، فلم يصح صداقاً كالمنافع المحرمة . فعلى هذا يكون حكمه حكم مالو أصدقها خمراً ونحوه ، يكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المتعة ، عند من يوجبها فى التسمية الفاسدة .

وعن أحمد رواية أخرى : أن التسمية صحيحة ، لأنه شرط فعلا لها فيه نفع وفائدة ، لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها ، فصح صداقاً ، كعتق أبيها وخياطة قميصها ، ولهذا صح بذل العوض فى طلاقها بالخلع ، فعلى هذا إن لم يطلق ضرتها ، فلها مثل صداق الضرة ، لأنه سمى لها صداقاً لم يصل إليه ، فكان لها قيمته ، كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً ، ويحتمل أن لها مهر مثلها ، لأن الطلاق لاقيمة له ، وإن جعل صداقها أن طلاق ضرتها إليها إلى سنة ، فلم تطلقها ، فقال أحمد : إذا تزوج امرأة وجعل طلاق الأولى مهر الأخرى إلى سنة أو إلى وقت ، فجاء الوقت ولم تقض شيئاً ، رجع الأمر إليه ، فقد أسقط أحمد حقها لأنه جعله لها إلى وقت .

فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئاً ، بطل تصرفها كالوكيل ، وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان[4] ذكرهما أبو بكر .

أحدهما : يسقط ، لأنها تركت ماشرط لها باختيارها فسقط حقها ، كما لو تزوجها على عبد فأعتقته .

---

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) أخرجه البخارى وأبو داود عن أبى هريرة (ف) .
(٣) أخرجه أحمد (ف) . (٤) فى المخطوطة ٢٠ : على وجهين .

والثانى : لا يسقط ، لأنها أخرت استيفاء حقها فلا يسقط ، كما لو أجلت قبض دراهمها ، وهل ترجع إلى مهر مثلها ، أو إلى مهر الأخرى ؟ يحتمل وجهين .

٥٥٧٩ ﴿ فصـــل ﴾

الزيادة فى الصداق بعد العقد تلحق به . نص عليه أحمد ، قال : فى الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها فى مهرها فهو جائز . فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الأول والذى زادها . وهذا قول أبى حنيفة . وقال الشافعى : لا تلحق الزيادة بالعقد ، فإن زادها فهى هبة تفتقر إلى شروط الهبة . وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشىء من الزيادة . قال القاضى : وعن أحمد مثل ذلك ، فإنه قال : إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعاً ، فقالت الأمة : زدنى فى مهرى حتى أختارك ، فالزيادة للأمة ، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد ، وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد ، فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ، ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره ، وليس معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها ، وأنها تكون للسيد . واحتج الشافعى بأن الزوج ملك البضع بالمسمى ، فى العقد ، فلم يحصل بالزيادة شىء من المعقود عليه ، فلا تكون عوضاً فى النكاح ، كما لو وهبها شيئاً ولأنها زيادة فى عوض العقد بعد لزومه ، فلم يلحق به كما فى البيع .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ »(١) ، ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر ، فكان حالة الزيادة كحالة العقد . وبهذا فارق البيع والإجارة ، وقولهم : إنه لم يملك به شيئاً من المعقود عليه ، قلنا : هذا يبطل بجميع الصداق ، فإن الملك ما حصل به ، ولهذا صح خلوه عنه ، وهذا ألزم عندهم ، فإنهم قالوا : مهر المفوضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد . وقد ملك البضع بدونه ، ثم إنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد ، فيكون كأنه ثبت بهما جميعاً ، كما قالوا فى مهر المفوضة إذا فرضه ، وكما قلنا جميعاً فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها . إذا ثبت هذا فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى فى العقد ، فى أنها تتنصف بالطلاق ، ولا تفتقر إلى شروط الهبة ، وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ، ولأنها تثبت لمن كان الصداق له ، لأن الملك لا يجوز تقدمه على سببه ، ولا وجوده فى حال عدمه ، وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ .

وقال القاضى : فى الزيادة وجه آخر ، أنها تسقط بالطلاق ، ولا أعرف وجه ذلك ، فإن من جملها صداقاً جملها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله ، وتسقط كلها إذا جاء الفسخ من قبل المرأة ، ومن جملها هبة

---

(١) سورة النساء الآية ٢٤ .

جملها جميعاً للمرأة لا تتنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة ، فإنها تسقط لكونها عدة غير لازمة فإن كان القاضى أراد ذلك فهذا وجهه وإلا فلا .

٥٥٨٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ فإن أصدقها غنما فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها ، ورجع بنصف الأمهات ، إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيراً بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ، أو يأخذ نصفها ناقصة ﴾

قد ذكرنا أن المهر يدخل فى ملك المرأة بمجرد العقد ، فإذا زاد فالزيادة لها ، وإن نقص فعليها ، وإذا كانت غنما فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه ، لأنه نماء ملكها ، ويرجع فى نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة ، لأنه نصف ما فرض لها ، وقد قال الله تعالى : « وإنْ طلقتموهُنَّ من قبلِ أنْ تمسوهُنَّ وقد فرضتُمْ لهنَّ فريضةً فنصف ما فرضتُمْ » [(١)] ، وإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً ، لأنه راض بدون حقه ، وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ، لأن ضمان النقص عليها . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبوحنيفة : لا يرجع فى نصف الأصل ، وإنما يرجع فى نصف القيمة ، لأنه لا يجوز فسخ العقد فى الأصل دون النماء ، لأنه موجب العقد فلم يجز رجوعه فى الأصل بدونه .

ولنا : أن هذا نماء منفصل عن الصداق ، فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض . وما ذكروه فغير صحيح ، لأن الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من موجبات العقد ، إنما هو من موجبات الملك ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه ، فيكون النقص من ضمانه ، والزيادة لها ، فتنفرد بالأولاد ، وإن نقصت الأمهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة ، وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها ، وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة : إذا ولدت فى يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع فى نصف الأولاد أيضاً ، لأن الولد دخل فى التسليم المستحق بالعقد ، لأن حق التسليم تعلق بالأم ، فسرى إلى الولد كحق الاستيلاد ، وما دخل فى التسليم المستحق يتنصف بالطلاق كالذى دخل فى العقد .

ولنا : قول الله تعالى : « فنصف ما فرضتم [(٢)] » وما فرض ههنا إلا الأمهات ، فلا يتنصف سواها

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) سورة البقرة آية ٢٣٧ .

ولأن الولد حدث فى ملكها. فأشبه ما حدث فى يدها، ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد، فإن حق الاستيلاد يسرى، وحق التسليم لا سراية له. فإن تلف فى يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب، وإلا لم يضمنه، لأنه تبع لأمه .

٥٥٨١ (فصــــل)

والحكم فى الصداق إذا كان جارية كالحكم فى الغنم . فإذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع فى نصف الأصل لأنه يفضى إلى التفريق بين الأم وولدها فى بعض الزمان ، وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها فى جميع الزمان[2] لا يجوز فى بعضه ، فيرجع أيضا فى نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير .

٥٥٨٢ (فصــــل)

وإن كان الصداق بهيمة حائلا فحملت، فالحمل فيها زيادة متصلة، إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها، وليس ذلك معدوداً نقصاً، ولذلك لا يرد به المبيع ، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لأجل ولدها، ونقصت من وجه، لأن الحمل فى النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ، ولهذا يرد بها المبيع ، فحينئذ لا يلزمها بذلها لأجل الزيادة ، ولا يلزمه قبولها لأجل النقص ، وله نصف قيمتها ، وإن اتفقا على تنصيفها جاز . وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عينين : الجارية وولدها ، وزاد الولد فى ملكها ، فإن طلقها فرضيت ببذل النصف من الأم والولد جميعاً أجبر على قبولها ، لأنها زيادة غير متميزة . وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع فى نصف الولد لزيادته ، ولا فى نصف الأم لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ، ويرجع بنصف قيمة الأم ، وفى نصف الولد وجهان .

أحدهما : لا يستحق نصف قيمته ، لأنه حالة العقد لا قيمة له ، وحالة الانفصال قد زاد فى ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته . ويفارق ولد المغرور ، فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة فلهذا قوم فيها بخلاف مسألتنا .

والثانى : له نصف قيمته، لأنه أصدقها عينين، فلا يرجع فى إحداهما دون الأخرى ، ويقوم حالة الانفصال لأنها أول حالة إمكان تقويمه ، وفى المسألة وجه آخر : وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث .

٥٥٨٣ (فصــــل)

إذا كان الصداق مكيلا أو موزونا فنقص فى يد الزوج قبل تسليمه إليها، أو كان غير المكيل والموزون

---

(٢) فى المخطوط ٢٠ : فى جميع الأزمان .

فمنعها أن تتسلمه فالنقص عليه، لأنه من ضمانه وتتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصاً مع أرش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها ، لأنه إن زاد فلها وإن نقص فعليه، فهو بمنزلة الغاصب . ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الأسعار ، لأنها ليست من ضمان الغاصب ، فههنا أولى .

٥٥٨٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا أصدقها أرضاً فبنتها داراً أو ثوباً فصبغته، ثم طلقها قبل الدخول، رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها ، إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ ، فيكون له النصف ، أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره ﴾

إنما كان له نصف القيمة لأنه قد صار فى الأرض والثوب زيادة للمرأة وهى البناء والصبغ ، فإن دفعت إليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله . لأنه حقه وزيادة،وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف،فقال الخرقى : له ذلك ، قال القاضى : هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك[1] لأنها تجبر[2] على قبوله،لأن بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها، والصحيح أنها تجبر،لأن الأرض حصلت له وفيها بناء لغيره ، فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الأرض بعد بناء المشترى فيها فبذل الشفيع قيمته، لزم المشترى قبولها ، وكذلك إذا رجع المعير فى أرضه وفيها بنـــاء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها .

٥٥٨٥ (فصـــل)

إذا أصدقها نخلا حائلا فأثمرت فى يده فالثمرة لها،لأنها نماء ملكها، فإن جذّها بعد تناهيها وجعلها فى ظروف وألقى عليها صقراً من صقرها ، وهو سيلان الرطب بغير طبخ ، وهـذا يفعله أهل الحجاز حفظاً لرطوبتها . لم يخل من ثلاثة أحوال .

أحدها : ألا تنقص قيمة الثمرة والصقر ، بل كانا بحالهما أو زادا فإنه يردهما عليها ولا شىء عليه .

الثــانى : أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين . أحدهما : أن يكون نقصهما متناهياً فإنه يدفعهما إليها وأرش نقصهما ، لأنه تعدى بما فعله من ذلك . الضرب الثانى : ألا يتناهى بل يتزايد . ففيـــه وجهان . أحدها : أنها تأخذ قيمتها لأنها كالمستهلكة . والثانى : هى مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه .

الحــال الثــالث : ألا تنقص قيمتها لكن إن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتهـا فللزوج إخراجهـا وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملكه ، وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرناه .

(١) فى المخطوطة ٢٠ على ذلك .

(٢) فى النسخ (لأنها تجبر) والصواب (لاتجبر) كما يفهم من سياق الكلام ،وكما فى الشرح الكبير جـ٨ص٥٤(ف)

وإن قال الزوج : أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضى : يلزمها قبولها ، لأن ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها . ويحتمل ألا يلزمها قبولها لأن الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالمنفصلة عنها .

٥٥٨٦ ﴿ مسألة ﴾

فإن كانت بحالها إلا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه ينزع الصفر ويرد الثمرة . والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كالتى قبلها . فإن قال : أنا أسلمها مع الصفر والظروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما . وفى الموضع الذى حكمنا أن له رده إذا قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الأصل فلها ذلك فى أحد الوجهين . والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة فى البيع . وقد ذكرناها فى موضعها .

٥٥٨٧ (فصل)

إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالماً بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد، لأنه وطء فى غير ملكه، وعليه المهر لسيدتها ،أكرهها أو طاوعته ، لأن المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع ، والولد رقيق[1] للمرأة . وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة،وعليهالمهر والولد حر لاحق نسبه به . وعليه قيمته يوم ولادته ،ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك ، لأنه لا ملك له فيها ، وتخير المرأة بين أخذها فى حال حملها وبين أخذ قيمتها ، لأنه نقصها بإحبالها ، وهل لها الأرش مع ذلك ؟ يحتمل أن لها الأرش لأنها نقصت بعدوانه . أشبه ما لو نقصها الغاصب بذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعى فىالأرش ههنا قولان . وقال بعضهم :ينبغى أن يكونلها المطالبة بالأرش قولا واحد، لأن النقص حصل بفعله الذى تعدى به، فهو كالغاصب ، وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح .

٥٥٨٨ (فصل)

إذا أصدق ذمى ذمية خمراً فتخللت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل ألا يرجع عليها بشىء ، لأنها قد زادت فى يدها بالتخلل والزيادة لها ، وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل[2] فلا قيمة لها ، وإنما يرجع إذا زادت فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها . وإن تخللت فى يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها ، لأن الزيادة لها ، ويحتمل : أن يكون الخل له ، وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا إلينا قبل القبض ، أو أسلما ، أو أحدهما .

---

(١) فى نسخة : رهن . على هامش المطبوعة . وكذلك فى المخطوطة ١٨

(٢) فى المخطوطة ١٨ : قبل أن تتخلل .

٥٥٨٩ (فصـــل)

إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح . ذكره أبو بكر، لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما لم يجب ، وكلاهما صحيح ، ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً ، واختلف أصحاب الشافعي فنهم من قال كقولنا ، ومنهم من قال: لا يصح إلا ضمان نفقة المعسر ، لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول ، والمعسر معلوم ما عليه . ومنهم من قال : لا يصح أصلا ، لأنه ضمان ما لم يجب .

ولنا : أن الحَبَل لا يمنع صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا .

٥٥٩٠ (فصـــل)

ويجب المهر للمنكوحة نكاحاً صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد ، والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه ، ويجب للمكرهة على الزنا . وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا مهر لها إن كانت ثيباً ، واختاره أبو بكر ، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة ، وذكر القاضي أن أحمد قد قال في رواية أبي طالب في حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا وهي بكر : فعليه المهر وأرش البكارة ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فلها المهر بما استحل من فرجها »[1] وهذا حجة على أبي حنيفة فإن المكره مستحل لفرجها فإن الاستحلال الفعل في غير موضع الحل ، كقوله عليه السلام: « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه »[2] وهو حجة على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ، ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة ، وفي العقد الفاسد كرها فوجب بدله كإتلاف المال وأكل طعام الغير .

ولنا على أنه لا يجب الأرش : أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء . يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء ، وبدل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد ، وكونه تمحض عدوانا ، ولأن الأرش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ، ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها ، فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة ، فلا يجب عوضها مرة ثانية . [و] يحققه أنه إذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى ، فتصير كأنها معدومة ، فلا يجب لها إلا مهر ثيب ، ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر ، فلا تجوز الزيادة عليه . والله أعلم .

---

(١) أخرجه الخمسة إلا النسائي عن عائشة في اشتراط الولي (ف) .
(٢) أخرجه الترمذي عن صهيب (ف)

٥٥٩١ (فصـــل)

ولافرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه . وهو اختيار أبى بكر . ومذهب النخعى ومكحول،وأبى حنيفة، والشافعى ، وعن أحمد رواية أخرىأن ذوات محارمه من النساء لا مهر لهن ، وهو قول الشعبى لأن تحريمهن تحريم أصل فلا يستحق به مهر كاللواط، وفارق من حرمت تحريم المصاهرة . فإن تحريمها طارىء ، وكذلك ينبغى أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارىء أيضاً ، وعن أحمد رواية أخرى : أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالأم والبنت والأخت .ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لأن تحريمها أخف .

ولنا : أن ما ضمن للأجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الأمة ولأنه أتلف منفعة بضعها بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية ، ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كالمال ، وبهذا فارق اللواط ، فإنهليس بمضمون على أحد .

٥٥٩٢ (فصـــل)

ولا يجب المهر بالوطء فى الدبر ولااللواط، لأن الشرع لم يرد ببدله،ولا هو إتلاف لشىء ، فأشبه القبلة والوطء دون الفرج ،ولا يجب للمطاوعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب لها شىء كما لو أذنت له فى قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدها ، ولا يسقط ببذلها لأن الحق لغيرها ، فأشبه مالو بذلت قطع يدها .

٥٥٩٣ (فصـــل)

ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لاتبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك: لا يلزمه إلا مهر واحد . .

ولنا : أن المفروض يتنصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف ما فرضتم) ووطؤه بعد ذلك عرى عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كغيرها أو كما لو وطئها غيره .

٥٥٩٤ (فصـــل)

ومن نكاحها باطل بالإجماع كالزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال ، وتحريم الوطءوهى مطاوعة عليه فلا مهر لها ، لأنه زنا يوجب الحد وهىمطاوعة عليه ، وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها فى العدة فالمهر لها، لأنه وطء شبهة .

وقد روى أبو داود بإسناده «أن رجلا يقال له نصر بن أكثم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر ،

فجعل النبي صلى الله عليه وسلم لها الصداق » وفي لفظ قال : « الصداق بما استحللت من فرجها ، فإذا ولدت فاجلدوها » وروى سعيد فى سننه عن عمران بن كثير « أن عبيد الله بن الحر[1] تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء ، فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة ، فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى على رضى الله عنه ، فقصوا عليهم قصتهم فردعليه المرأة، وكانت حاملا من عكرمة. فوضعت على يد عدل. فقالت المرأة لعلى أنا أحق بمالى أو عبيدالله ؟ قال : بل أنت أحق بمالك . قالت : فاشهدوا أن ما كان لى على عكرمة من صداق فهو له ، فلما وضعت ما فى بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه» .

٥٥٩٥ (فصـــل)

والصداق إذا كان فى الذمة فهو دين إذا مات من هو عليه وعليه دين سواه قسم ماله بينهم بالحصص ، قال أحمد فى مريض تزوج فى مرضه وعليه دين ومات : ماترك بين الغرماء والمرأة بالحصص . وذلك لأن نكاح المريض صحيح والصداق دين فتساوى سائر الديون .

٥٥٩٦ (فصـــل)

وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة مثل إسلامها أو ردتها أو إرضاعها من ينفسخ النكاح بإرضاعه أو ارتضاعها وهى صغيرة أو فسخت لإعساره أو عيبه،أو لعتقها تحت عبد،أو فسخه بعيبها، فإنه يسقط به مهرها ولا يجب لها متعة[2] لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البدل كله ، كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه . وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته .أو جاءت من أجنبى كالرضاع أو وطء ينفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه،أو المتعة لغير من سمى لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاءالفسخ من قبل. أجنبى وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه ، لأنها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت حتف أنفها ،سواء قتلهازوجها أو أجنبى، أو قتلت نفسها أو قتل الأمة سيدها ، وإن طلق الحاكم على الزوج فى الإيلاء فهو كطلاقه، لأنه قام مقامه فى إيفاء الحق عليه عند امتناعه . وفى فرقة اللعان روايتان .

إحداها : هى كطلاقه لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه . والثانية : يسقط به مهرها، لأن الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته . وفى فرقة شرائها لزوجها أيضاً روايتان .

---

(١) فى النسخ المطبوعة (عبدالله) والصواب (عبيد الله) كما تفيده بقية القصة .وكذا فى الشرح الكبير ص١٠٠ (ف)
(٢) فى المخطوطة ١٨ : ولا تجب لها المتعة .

إحداها : يتنصف بها مهرها، لأن البيع الموجب للفسخ تم بالسيد القائم مقام الزوج و بالمرأة، فأشبه الخلع . والثانية :يسقط المهر،لأن الفسخ وجد عقيب قبولها ، فأشبه فسخها لعنته ، وفيما إذا اشترى الحر امرأته وجهان مبنيان على الروايتين فى شرائها لزوجها ، وإذا جعل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها فى الطلاق فطلقت نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها، لأن المرأة وإن باشرت الطلاق فهى نائبة عنه ووكيلة له، وفعل الوكيل كفعل الموكل ،فكأنه صدر عن مباشرته ، وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لأن السبب منه وجد ، وإنما هى حققت شرطه ، والحكم ينسب إلى صاحب السبب . والله أعلم .

كتاب الوليمة

الوليمة اسم للطعام فى العرس خاصة ، لا يقع هـذا الاسم على غيره ، كذلك حكاه ابن عبـد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة ، وقال بعض الفقهاء من أصحابنـا وغيرهم : إن الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث ، إلا أن استعمالها فى طعام العرس أكثر . وقول أهل اللغة أقوى ، لأنهم أهل اللسان ، وهم أعرف بموضوعات اللغة ، وأعلم بلسان العرب ، والعَذيرة إسم لدعوة الختان ، وتسمى الإعذَار ، والخُرْس (١) ، والخرسة عند الولادة ، والوَكيرة دعوة البناء . يقال وكّر وخَرّس مشدد ، والنَّقيعة عنـد قدوم الغائب ، يقال : نقع مخفف ، والعَقيقة الذبح لأجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشـتهى ربيعـة　　　الخُرْسُ والإعذارُ والنَّقيعة

والحِذَاق : الطعام عند حذاق الصبى ، والمَأْدُبة إسم لـكل دعوة لسبب كانت ، أو لغير سـبب . والآدِب صاحب المأْدُبة . قال الشـاعر :

نحن فى المشتاة ندعو الجَفَلَى　　　لا يُرى الآداب منـا ينتقر (٢)

والجفلى فى الدعوةُ أن يعم الناس بدعوته ، والنقرَى ، هو : أن يخص قوماً دون قوم .

٥٥٩٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويستحب لمن تزوج أن يولم ولو بشاة ﴾

لا خلاف بين أهل العلم فى أن الوليمة سنة فى العرس مشروعة (٣) ، لمـا روى أن النبى صلى الله عليـه وسلم «أمر بها وفعلها» فقال لعبـد الرحمن بن عوف حين قال : تزوجت : «أَوْلِمْ ولو بشَاة» . وقال أنس : « ما أولم رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة من نسائه ما أولم على زينب ، جعل يبعثنى فأدعو له الناس، فأطعمهم خبزاً ولحماً حتى شبعوا » . وقال أنس : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطفى صفيَّة لنفسه ،

(١) الخرس بضم الخاء وسكون الراء ، طعام الولاده، والخرسة بزياده الهاء طعام النفساء كما فى القاموس ج ٢ ص ٢١٩ (ف) . (٢) قاله طرفة بن العبد ، والشطر الأخير فى كتب الأدب ولسان العرب ج ١١ص ١١٤ هكذا (لا ترى الآدب فينا ينتقر) . والمشتاة : زمن الشتاء والبرد . وفيه يشتد الجدب (ف) .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : فى أن الوليمة فى العرس سنة مشروعة .

(٤) قال الحافظ فى الفتح ج ٩ ص ١٩٤ « وقال أهل اللغة : الحيس: يؤخذ التمر فينزع نواه ويخلط بالإقط أو الدقيق أو السويق . أ هـ .ولو جعل فيه السمن لم يخرج عن كونه حيساً » أ هـ (ف) .

فخرج بها حتى بلغ ثنيه الصهباء ، فبنى بها ، ثم صنع حيساً فى نطع صغير ، ثم قال : ائذن لمن حولك . فكانت وليمة رسول الله صلى الله عليه وسلم على صفية » . متفق عليهن ، ويستحب أو يولم بشاة إن أمكنه (ذلك)[1] ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن : « أولم ولو بشاة[2] » . وقال أنس « ما أولم النبى صلى الله عليه وسلم على شىء من نسائه ما أولم على زينب ، أو لم بشاة[3] » لفظ البخارى . فإن أولم بغير هذا جاز ، فقد أولم النبى صلى الله عليه وسلم على صفية بحيس[4] ، وأولم على بعض نسائه بمُدَّين من شعير[5] ، رواه البخارى .

٥٥٩٨ (فصــــل)

وليست واجبة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعى : هى واجبة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بها عبد الرحمن بن عوف . ولأن الإجابة إليها واجبة ، فكانت واجبة .

ولنا : أنها طعام لسرور حادث ، فأشبه سائر الأطعمة . والخبر محول على الاستحباب ، بدليل ما ذكرناه ، وكونه أمر بشاة ، ولا خلاف فى أنها لا تجب ، وما ذكروه من المعنى لا أصل له ، ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب . وإجابة المسلِّم واجبة .

٥٥٩٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وعلى من دعى أن يجيب ﴾

قال ابن عبد البر : لا خلاف فى وجوب الإجابة إلى الوليمة لمن دعى إليها إذا لم يكن فيها لهو . وبه يقول مالك [والثورى] والشافعى ، والعنبرى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه . ومن أصحاب الشافعى من قال : هى من فروض الكفايات[6] ، لأن الإجابة إكرام وموالاة ، فهى كرد السلام .

ولنا : ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا دعى أحدكم إلى الوليمة فليأتها » وفى لفظ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها[7] » وقال أبو هريرة : « شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ، ويترك الفقراء ، ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله[8] » . رواهن البخارى ، وهذا عام ، ومعنى قوله : « شر الطعام طعام الوليمة » والله أعلم أى :

(١) ساقطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨

(٢) ، (٣) ، (٤) ، (٥) الأحاديث الأربعة بهذه الألفاظ فى البخارى ج ٧ ص ٣١ الثلاثة عن أنس ، والرابع عن صفية بنت شيبة (ف) . (٦) انظر [حلية العلماء للقفال . مخطوط رقم ٢٤٨٩٣ ب . دار الكتب المصرية] .

(٧) فى الصحيح ٧/٤٤ منيرية إذا دعيتم لها . (٨) الصحيح ٧-٤٣ ، منيرية . وفيه : ومن ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله . ولفظ المغنى فى سنن ابن ماجه ١-٦١٦ حلبى .

طعام الوليمة التي يدعى إليها الأغنياء [١] ويترك الفقـراء ، ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام ، فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب إليها ، ولا أمر بالإجابة إليها ، ولا فعلهـا ، ولأن الإجابة تجب بالدعوة ، فـكل من دعي فقد وجبت عليه الإجابة .

٥٦٠٠ (فصـــل)

وإنما تجب الإجابة على من عُيِّن بالدعوة ، بأن يدعو رجلا بعينه ، أو جماعة معينين . فإن دعا الجَفَلَى ، بأن يقول : يا أيها الناس ، أجيبوا إلى الوليمة ، أو يقول الرسول : أمرت أن أدعو كل من لقيت ، أو من شئت ، لم تجب الإجابة ، ولم تستحب ، لأنه لم يعين بالدعوة ، فلم تتعين عليه الإجابة ، ولأنه غير منصوص عليه ، ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته ، وتجوز الإجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء .

٥٦٠١ (فصـــل)

وإذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز . فقد روى الخلال بإسناده عن أبيّ « أنه أعْرَسَ ودعى الأنصار ثمانية أيام » ، وإذا دعي في اليوم الأول وجبت الإجابة ، وفي اليوم الثاني تستحب الإجابة ، وفي اليوم الثالث لا تستحب . قال أحمد : الأول يجب ، والثاني إن أحب ، والثالث فلا ، وهـكذا مذهب الشافعي .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسـلم أنه قال « الوليمة أول يوم حق ، والثاني معروف ، والثالث رياءعو سمعة » رواه أبو داود [٢] وابن ماجه وغيرهما. وقاله سعيد بن المسيب أيضاً . ودُعِي سعيـد إلى وليمة مرتين فأجاب ، فدعى الثالثة فحصب الرسول ، رواه أبو داود والخلال .

٥٦٠٢ (فصـــل)

والدعاء إلى الوليمة إذن في الدخول والأكل ، بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا دعى أحدكم فجاء مع الرسول فذلك إذن له » ، رواه أبو داود [٣]. وقال عبد الله بن مسعود: « إذا دعيت فقد أذن لك » رواه الإمام أحمد بإسناده .

٥٦٠٣ (فصـــل)

فإن دعاه ذميٌّ فقال أصحابنا : لا تجب إجابته ، لأن الإجابة للمسلم للإكرام والموالاة ، وتأكيد المودة

---

(١) في المخطوطة ٣٩ : يدعى لها الأغنياء .

(٢) رواه أبو داود عن رجل من ثقيف جـ ٢ ص٣٠٧ وكذلك رواه أحمد ، ورواه الترمذي عن ابن مسعود جـ ٥ ص٤ ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة جـ ١ ص ٥٩١ وفي إسناده عبد الملك بن حسين قال الحافظ : ضعيف (ف).

(٣) لفظ أبي داود جـ ٢ ص ٦٢٩ « إذا دعي أحدكم إلى طعام فجاء مع الرسول فإن ذلك له إذن » (ف) .

والإخاء ، فلا تجب على المسلم للذمى ، ولأنه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة ، ولكن تجوز إجابتهم ، لما روى أنس : « أن يهودياً دعا النبى صلى الله عليه وسلم إلى خبز شعير وإهالة سنخة[1] فأجابه » ذكره الإمام أحمد فى الزهد .

٥٦٠٤ (فصــــل)

فإن دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما[2] وسبق أحدهما أجاب السابق ، لأن إجابته وجبت حين دعاه ، فلم يزل الوجوب بدعاء الثانى ، ولم تجب إجابة الثانى ، لأنها غير ممكنة مع إجابة الأول ، فإن استويا أجاب أقربهما منه باباً ، لما روى أبو داود بإسناده[3] عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما باباً ، فإن أقربهما باباً أقربهما جواراً ، فإن سبق أحدهما فأجب الذى سبق » وروى البخارى بإسناده عن عائشة قالت : « قلت يا رسول الله إن لى جارين ، فإلى أيهما أهدى ؟ قال: أقربهما منك باباً » ، ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعانى ، فإن استويا أجاب أقربهما رحماً ، لما فيه من صلة الرحم ، فإن استويا أجاب أدينهما ، فإن استويا أقرع بينهما ، لأن القرعة تميز المستحق عند استواء الحقوق .

٥٦٠٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يحب أن يطعم دعا وانصرف ﴾

وجملة ذلك : أن الواجب الإجابة إلى الدعوة ، لأنها الذى أمر به ، وتُوُعِّد على تركه ، أما الأكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً ، نص عليه أحمد ، لكن إن كان المدعو صائماً صوماً واجباً أجاب ولم يفطر ، لأن الفطر غير جائز ، فإن الصوم واجب والأكل غير واجب . وقد روى أبو هريرة أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليدعُ ، وإن كان مفطراً فليطعم» . رواه[4] أبوداود وفى رواية « فليصلّ » يعنى يدعو ، ودعى ابن عمر إلى وليمة فحضر ومد يده وقال :

---

(١) كل شىء من الأدهان مما يؤتدم به إهالة . وقيل : ما أذيب من الألية والشحم . وقيل : الدسم الجامد . والسنخة : المتغيرة الريح . (النهاية ١ / ٨٤ حلبى) .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : ولا يمكن الجمع بينهما .

(٣) إسناده فى أبى داود ج ٢ ص ٣١٠ وفيه أبو خالد الدالانى وهو يزيد بن عبد الرحمن اختلف فيه كما فى معالم السنن ج ٥ ص ٢٩٥ قال الحافظ فى تلخيص الحبير ج ٣ ص ١٩٦ « إسناده ضعيف » ثم قال « وله شاهد فى البخارى من حديث عائشة » وساق حديثها وهو الذى ذكره المغنى عقبه (ف) .
الدالانى . قال عنه ابن حبان : لايجوز الاحتجاج به . وقال شريك : كان مرجئا [نيل الأوطار ٦/٩٨و٩٩

(٤) هذا الحديث رواه أبو داود عن ابن عمر بتقديم (فإن كان مفطراً فليطعم) على (وإن كان صائماً فليدع) انظر ج ٢ ص ٣٠٦ أما رواية أبى هريره فقد أخرجها مسلم ج ٢ ض ١٠٥٤ بلفظ « فإن كان صائماً فليصل ... » (ف) .

« بسم الله ، ثم قبض يده وقال : كلوا فإنى صائم » . وإن كان صوماً تطوعاً استحب له الأ كل ، لأن له الخروج من الصوم ، فإذا كان فى الأ كل إجابة أخيه المسلم . وإدخال السرور على قلبه كان أولى . وقد روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية ، فقال إنى صائم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : دعاكم أخوكم وتكلف لكم ، كل ثم صم يوماً مكانه إن شئت[1] » وإن أحب إتمام الصيام جاز ، لما روينا من الخبر المتقدم ولكن يدعو لهم ، ويبارك[2] ، ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره ، فتزول عنه التهمة فى ترك الأ كل ، وقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان بن عفان ، رضى الله عنه : أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم ، فقال : إنى صائم ، ولكننى أحببت أن أجيب الداعى فأدعوا بالبركة » . وعن عبد الله[3] قال « إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل : إنى صائم » . وإن كان مفطراً فالأولى له الأ كل ، لأنه أبلغ فى إكرام الداعى ، وجبر قلبه ، ولا يجب عليه ذلك . وقال أصحاب الشافعى : فيه وجه آخر : أنه يلزمه الأ كل ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « وإن كان مفطراً فليطعم » ، ولأن المقصود منه الأ كل فكان واجبا .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن شاء أ كل وإن شاء ترك[4] » حديث صحيح ، ولأنه لو وجب الأ كل لوجب على المتطوع بالصوم ، فلما لم يلزمه (الأ كل[5]) لم يلزمه إذا كان مفطراً ، وقولهم : المقصود الأ كل ، قلنا ، بل المقصود الإجابة ، ولذلك وجبت على الصائم الذى لا يأ كل .

٥٦٠٦ (فصــــل)

إذا دعى إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه وأمكنه[6] الإنكار وإزالة المنكر لزمه الحضور والإنكار ، لأنه يؤدى فرضين : إجابة (أخيه)[7] المسلم ، وإزالة المنكر . وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر . وإن لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله ، فإن لم يقدر انصرف ، ونحو هذا قال الشافعى . وقال مالك

---

(١) أخرجه الدارقطنى عن جابر ج ١ ص ٢٣٧ طبع الهند بلفظ « تكلف لك أخوك وصنع ثم تقول : إنى صائم ، كل وصم يوما مكانه » وليس فيه « إن شئت » لكن قال الحافظ فى التلخيص ج ٣ ص ١٩٨ « فيه عمرو ابن خليف وضاع » ورواه الدارقطنى والبيهقى بسند ضعيف آخر مرسل ، لكن فى منتخب كنز العمال ج ٣ ص ٤٢٣ زيادة (إن شئت) معزوة للبيهقى عن أبى سعيد (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : ويترك .

(٣) أجمع علماء الرجال على أنه ابن مسعود إذا أطلق .

(٤) أخرجه مسلم وأبو داود وأحمد عن جابر (ف)

(٥) ساقطة من المخطوطة ٤٩ (٦) فى المخطوطة ٣٩ فأمكنه الإنكار (٧) ساقطة من المخطوطة : ٣٩ ، ١٨

أما اللهو الخفيف ، كالدف والكبر[١] فلا يرجع ، قاله ابن القاسم ، وقال أصبغ : أرى أن يرجع . وقال أبو حنيفة : إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل . وقال محمد بن الحسن : إن كان ممن يقتدى به فأحب إلى أن يخرج ، وقال الليث : إذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها .

والأصل في هذا ماروى سُفَيْنة[٢] : أن رجلا أضافه على ، فصنع له طعاما ، فقالت فاطمة : لو دعونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معنا ؟ فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب ، فرأى قراما[٣] في ناحية البيت فرجع ، فقالت فاطمة لعلى : الحقه فقل له : ما أرجعك يارسول الله ؟ فقال : «إنه ليس لى أن أدخل بيتا مزوقا» حديث حسن . وروى أبو حفص بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :«من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها[٤] الخمر» وعن نافع قال : «كنت أسير مع عبد الله بن عمر ، فسمع زمارة راع ، فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول : يانافع ، أتسمع ؟ حتى قلت : لا . فأخرج أصبعيه من أذنيه : ثم رجع إلى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع» رواه أبو داود والخلال ، ولأنه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة إلى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته .

ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر ، حيث يباح له المقام ، فإن تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر[٥] .

٥٦٠٧ (فصـــــــل)

فإن رأى نقوشاً وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك . لأن تلك نقوش ، فهي كالعلم في الثوب[٦] ، وإن كانت فيه صور حيوان في موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتي في البسط والوسائد جاز أيضاً ، وإن كانت على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رءوسها فعل وجلس ، وإن لم يمكن ذلك انصرف ولم يجلس ، وعلى هذا أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر : هذا أعدل المذاهب . وحكاه عن سعد بن أبي وقاص[٧] وسالم ، وعروة ، وابن سيرين ، وعطاء ، وعكرمة بن خالد ، وعكرمة مولى ابن عباس ، وسعيد بن جبير ،

(١) في النسخ المطبوعة (الكبر) بالياء والصواب بالباء ، الكبر بفتح الباء والكاف : الطبل ذو الرأسين وقيل الطبل الذى له وجه واحد كما في لسان العرب ج ٥ ص ١٣٠ (ب)

(٢) أخرجه أحمد ج ٥ ص ٢٢٠ باختلاف يسير في اللفظ (ف)

(٣) هو ثوب فيه رقم ونقوش . أو الستر الرقيق . وقيل : ثوب من صوف ملون يفرش في الهودج أو يغطى به

(٤) أخرجه أحمد والنسائي والترمذي والحاكم عن جابر كما في نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٣ (ف)

(٥) أنظر قصة الإمام أبي حنيفة وجاره السكير في مناقبه (تنوير بصائر المقلدين) للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلي

(٦) في المخطوطة ٣٩ : كالعلم في ثوب . (٧) في المخطوطة ٢٩ : سعيد بن أبي وقاص . وهو خطأ .

وهو مذهب الشافعي . وكان أبو هريرة يكره التصاوير وما نصب منها وما بسط ، وكذلك مالك ، إلا أنه كان يكرهها تنزها ، ولا يراها محرمة ، ولعلهم يذهبون إلى عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: « إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة » ، متفق عليه [١] . وروى عن ابن مسعود « أنه دعى إلى طعام ، فلما قيل له أن في البيت صورة ، أبى أن يذهب حتى كسرت [٢] » .

ولنا : ما روت عائشة قالت : « قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت لى سهوة [٣] بنمط فيه تصاوير ، فلما رآه قال : أتسترين الجدر بستر فيه تصاوير ؟ فهتكه [٥] ، قالت : فجعلت منه منتبذتين [٤] ، كأنى أنظر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم متكئاً على إحداهما [٥] » رواه ابن عبد البر . ولأنها إذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معززة ولا معظمة فلا تشبه الأصنام التى تعبد وتتخذ آلهة . فلا تكره [٦] وما رويناه أخص مما رووه . وقد روى عن أبى طلحة أنه قيل له : « ألم يقل النبى صلى الله عليه وسلم : لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة (ولا كلب) [٧] قال : ألم تسمعه [٨] قال : إلا رقما فى ثوب ؟»

---

(١) وفى ابن ماجه أيضا ٢ /٢٠٣ : حلبى

(٢) أخرجه البخارى واختلفت الروايات عنه هل رواه عن ابن مسعود أو أبى مسعود عقبة بن عمرو. ولكن رجح الحافظ فى الفتح جـ ٩ صـ ٢٠٤ أن يكون أبا مسعود، لرواية البيهقى. لكنه قال: ويحتمل أن يكون ذلك وقع لعبد الله ابن مسعود أيضاً لكن لم أقف عليه ، أ هـ (ف)

(٣) السهوة . قال فى النهاية : بيت صغير منحدر فى الأرض قليلا شبيه بالمخدع والخزانة . وقيل:هو كالصفة تكون بين يدى البيت .وقيل شبيه بالرف أو الطاق يوضع فيه الشىء .

(٤) المنتبذتين . وفى ابن ماجه :منبوذتين . هما : المخدتان .

(٥) الحديث فى سنن ابن ماجه مع اختلاف فى اللفظ . وفى البخارى ٣٠٨/٧ . مع اختلاف فى اللفظ أيضا ٢ ـ ١٣٠٤ حلبى .

(٦) فى المطبوعة : فلا تكرم . ورجحنا ما فى المخطوطات : ٣٩ ، ١٨ ، ٢٠ .

(٧) ساقطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨

(٨) ظاهر كلام المغنى يوهم أن قائل (ألم تسمعه) هو أبو طلحة وليس كذلك ، وخلاصة الواقعة كما يؤخذ من صحيح البخارى جـ ٧ صـ ٢١٦ ومسلم جـ ٣ صـ ١٦٦٦ أن بسر بن سعيد ومعه عبيد الله الخولانى حدثهما زيد ابن خالد أن أبا طلحة حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تدخل الملائكة بيتا فيه صورة ـ ثم مرض زيد فعاده بسر وعبيد الله فوجدا فى بيته سترا فيه تصاوير قال بسر ـ واللفظ للبخارى ـ فقلت لعبيد الله ربيب ميمونة زوج النبى صلى الله عليه وسلم : ألم يخبرنا زيد عن الصور يوم الاول ؟ فقال عبيد الله: ألم تسمعه حين قال : إلا رقما فى ثوب ؟ (ف)

متفق عليه . وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا ، والمكروه منه ما كان معلقاً ، بدليل حديث عائشة .

٥٦٠٨ (فصـــــل)

فإن قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة ، قال ابن عباس : « الصورة :الرأس ، فإذا قطع الرأس فليس بصورة » وحكى ذلك عن عكرمة . وقد روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتانى جبريل فقال : أتيتك البارحة فلم يمنعنى أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل . وكان فى البيت ستر فيه تماثيل،وكان فى البيت كلب،فمُرْ برأس التمثال الذى على الباب[1] فيقطع فيصير كهيئة الشجر[2] ومرْ بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ، ومر بالكلب فليخرج . ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم »[3] وإن قطع منه مالا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه ، أو جُعل له رأس منفصل عن بدنه ، لم يدخل تحت النهى ، لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه ، فهو كقطع الرأس ، وإن كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل ، فهو صورة تحت النهى ، وكذلك إذا كان فى ابتداء التصويرة[4] صورة بدن بلا رأس ، أو رأس بلا بدن ، أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان ، لم يدخل فى النهى . لأن ذلك ليس بصورة حيوان .

٥٦٠٩ (فصـــل)

وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها ، لما روى ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذين يصنعون هذه الصور[5] يعذبون يوم القيامة ، يقال لهم : أحيوا ما خلقتم » وعن مسروق قال : « دخلنا[6] مع عبدالله بيتاً فيه تماثيل فقال لتمثال منها : تمثال من هذا ؟ قالوا : تمثال مريم . قال عبدالله : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن أشد الله عذاباً يوم القيامة المصورون » . متفق عليهما والأمر بعمله محرم كعمله .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : الذى على باب البيت . (٢) فى المخطوطة ٣٩ كهيئة الشجرة !

(٣) الحديث أخرجه أبو داود ج ٢ ص٣٩٣ والترمذى ج ١ ص٢٥٠ وقال هذا حديث حسن صحيح وأخرجه أحمد ويختلف عنها لفظ الكتاب اختلافا يسيرا (ف)

(٤) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : فى ابتداء التصوير . (٥) فى المطبوعة : هذه الصورة .

(٦) ظاهر كلام المغنى أن عبدالله بن مسعود كان فى البيت مع مسروق وليس كذلك فليراجع صحيح البخارى ج ٧ ص ٢١٥ وصحيح مسلم ج ٣ ص ١٦٧٠ ونصها « . . . عن مسلم بن صبيح قال : كنت مع مسروق فى بيت فيه تماثيل مريم . فقال مسروق : هذا تماثيل كسرى . فقلت : لا . هذا تماثيل مريم . فقال مسروق : أما إنى سمعت عبد الله بن مسعود يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون » (ف)

٥٦١٠ (فصــل)

فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم ، وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعى بإسقاط حرمته ، لإيجاده المنكر فى داره ، ولا يجب على من رآه فى منزل الداعى الخروج فى ظاهر كلام أحمد . فإنه قال فى رواية الفضل : إذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل ؟ قال :هو أسهل من أن يكون على الجدار . قيل : فإن لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج ؟ فقال : لا تضيّق علينا ، ولـكن إذا رأى هذا وبخهم ونهاهم ، يعنى لا يخرج . وهذا مذهب مالك . فإنه كان يـكرهها تنزهاً ولا يراها محرمـة . وقال أكثر أصحاب الشافعى : إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول ، لأن الملائـكة لا تدخله ، ولأنه لو لم يكن محرماً لـما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله .

ولنا : ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل الـكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل يستقسمان بالأزلام فقال : « قاتلهم الله ، لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط » رواه أبو داود . وما ذكرنا من خبر عبدالله أنه دخل بيتاً فيه تماثيل[1] ، وفى شروط عمر رضى الله عنه على أهل الذمة «أن يوسعوا أبواب كنائسهم وبيعهم ليدخلها المسلمون للمبيت بها ، والمـارة بدوابهم » وروى ابن عائذ فى فتوح الشام : « أن النصارى صنعوا لعمر رضى الله عنه حين قدم الشام طعاماً فدعوه فقال : أين هو ؟ قالوا : فى الـكنيسة ، فأبى أن يذهب وقال لعلى : امض بالناس فليتغدوا ـ فذهب على رضى الله عنه بالناس ، فدخل الـكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل على ينظر إلى الصور وقال : ما على أمـير المؤمنين لو دخل فأكل ؟ » وهـذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصورة ، ولأن دخول الـكنائس والبيع غير محرم ، فـكذلك المنازل التى فيها الصور ، وكون الملائـكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله علينا ، كما لو كان فيه كلب ، ولا يحرم علينا صحبة رفقة فيها جرس ، مع أن الملائـكة لا تصحبهم ، وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجراً له عن فعله . والله أعلم .

٥٦١١ (فصــــــل)

فأما ستر الحيطان بستور غير مصورة ، فإن كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به ، لأنه يستعمله فى حاجته فأشبه الستر على الباب وما يلبسه على بدنه ، وإن كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر فى الرجوع عن الدعوة وترك الإجابة بدليل ماروى سالم بن عبد الله بن عمر قال : « أعرست فى عهد أبى فآذن أبى الناس ، فـكان أبو أيوب فيمن آذن[2] وقدستروا بيتى بخباء[3] أخضر ، فأقبل أبو أيوب مسرعاً فاطلع فرأى البيت

(١) الداخل مسلم بن صبيح مع مسروق ، وقد روى مسروق حديث ابن مسعود كما نبهنا قريباً (ف)
(٢) فى المخطوطة ٣٩ : فيمن آذناه (٣) فى المخطوطة ٣٩ : بجنادى أخضر . ولعله بجاد .

مستتراً بخباء أخضر فقال : ياعبد الله ، أتسترون الجدر ؟ فقال أبى — واستحيا — : غلبتنا النساء يا أبا أيوب ، فقال : من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ، ثم قال : لا أطعم لكم طعاماً ولا أدخل لكم بيتاً ثم خرج » . رواه الأثرم .

وروى عن عبدالله بن يزيد الخطمى : « أنه دعى إلى طعام فرأى [على باب] البيت منجداً[(١)] فقعد خارجاً وبكى ، قيل له : مايبكيك ؟ قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد رقع[(٢)] بردة له بقطعة أدم فقال : تطالعت عليكم الدنيا — ثلاثاً ثم قال — أنتم اليوم خير أم إذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ويغدو أحدكم فى حلة ويروح فى أخرى ، وتسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ قال عبدالله : أفلا أبكى وقد بقيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ » .

وقد روى الخلال بإسناده عن ابن عباس ، وعلى بن الحسين عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى أن تستر الجدر » ، وروت عائشة « أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمرنا فيما رزقنا أن تستر الجدر » .

إذا ثبت هذا فإن ستر الحيطان مكروه غير محرم ، وهذا مذهب الشافعى ، إذ لم يثبت فى تحريمه دليل ، وقد فعله ابن عمر و فُعِل فى زمن الصحابة رضى الله عنهم ، وإنما كره لما فيه من السرف كالزيادة فى الملبوس والمأكول[(٣)] ، وقد قيل : هو محرم للنهى عنه . والأول أولى ، فإن النهى لم يثبت ، ولو ثبت لحمل على الكراهة لما ذكرناه .

٥٦١٢ (فصـــــل)

وسئل أحمد عن الستور فيها القرآن ؟ فقال : لاينبغى أن يكون شيئاً معلقاً فيه القرآن يستهان به ويمسح به ، قيل له : فيقلع ؟ فكره أن يقلع القرآن ، وقال : إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس (به)[(٤)] ، وكره أن يشترى الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ منجدا. وعلى هامش ٣٩ : من البجاد . وهو الكساء .

(٢) نحو هذا الترمذى بسنده إلى على قال : بينما نحن جلوس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا طلع علينا مصعب بن عمير رضى الله عنه ماعليه إلا بردة مرقعة بفرو فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم بكى للذى كان فيه من النعمة ثم قال : كيف بكم إذا غدا أحدكم فى حلة وراح فى أخرى ووضعت بين يديه صحفة ورفعت أخرى وسترتم بيوتكم كما تستر الكعبة. قالوا: يارسول الله نحن يومئذ خير منا اليوم . نكفى المؤنة ونتفرغ للعبادة فقال : بل أنتم اليوم خير منكم يومئذ : وحديث عبد الله الخطمى أخرجه الحاكم والبيهقى (ف) .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : والسوق فى المأكول ولعلها : والسرف . وفى ١٨ : وفى المأكول .

(٤) ساقطة من جميع المخطوطات التى بين أيدينا .

٥٦١٣ (فصـــــل)

قيل لأبى عبد الله : الرجل يكترى البيت فيه تصاوير ترى أن يحكها ؟ قال : نعم . قال المروذى : قلت لأبى عبد الله : دخلت حماماً فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس ؟ قال : نعم . إنما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر ، فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم ، ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة ، كالرأس ونحوه ، لأن ذلك يكفى ، قال أحمد: ولا بأس [باللعب] باللعب مالم تكن صورة لما روى عن «عائشة قالت: دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ألعب باللعب فقال: ماهذا ياعائشة ؟ ، فقلت: هذه خيل سليمان[1] فجعل يضحك » رواه مسلم بنحوه .

٥٦١٤ (فصـــــل)

والدف ليس بمنكر لما ذكرنا من الأحاديث فيه ، وأمر النبى صلى الله عليه وسلم به فى النكاح ، وروت عائشة : « أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان فى أيام منى تدفان[2] وتضربان ، والنبى صلى الله عليه وسلم متغش بثوبه ، فانتهرهما أبو بكر ، فكشف النبى صلى الله عليه وسلم عن وجهه ، فقال : دعهما يا أبا بكر فإنها أيام عيد » متفق عليه .

٥٦١٥ (فصـــــل)

واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم ، فإذا رآه المدعو فى منزل الداعى فهو منكر يخرج من أجله ، وكذلك ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة ونحوها ، قال الأثرم : سئل أحمد إذا رأى حلقه مرآة فضة ، ورأس مكحلة ، يخرج من ذلك ؟ فقال: هذا تأويل تأولته ، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك . وقال : مالا يستعمل فهو أسهل ، مثل الضبة فى السكين والقدح ، وذلك لأن رؤية المنكر كسماعه ، فكما لا يجلس فى موضع يسمع فيه صوت الزمر ، لا يجلس فى موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر .

٥٦١٦ (فصـــــل)

وإن علم أن عند أهل الوليمة منكراً لا يراه ولا يسمعه لكونه بمعزل عن موضع الطعام ، أو يخفونه وقت حضوره ، فله أن يحضر ويأكل . نص عليه أحمد ، وله الامتناع من الحضور فى ظاهر كلامه ، فإنه سئل عن الرجل يدعى إلى الختان أو العرس وعنده المخنثون ، فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك ؟ قال : أرجو ألا يأثم إن لم يجب ، وإن أجاب فأرجو أن لا يكون آثماً . فأسقط الوجوب لإسقاط الداعى حرمة نفسه باتخاذ المنكر ، ولم يمنع الإجابة لكون المجيب لا يرى منكراً ولا يسمعه . وقال أحمد : إنما تجب الإجابة إذا كان المكسب طيباً ، ولم ير منكراً . فعلى قوله هذا : لا تجب ،

---

(٢) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : هذا خيول سليمان . (٣) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : تدففان .

إجابة مَنْ طعامه مِنْ مكسب خبيث ، لأن اتخاذه منكر ، والأكل منه منكر ، فهو أولى بالامتناع [1] وإن حضر لم يسغ له الأكل منه .

٥٦١٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون، ولا على من دعى إليها أن يجيب ، وإنما وردت السنة فى إجابة من دعى إلى وليمة تزويج ﴾

يعنى بالمتقدمين : أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الذين يقتدى بهم . وذلك لما روى « أن عثمان بن أبى العاص دعى إلى ختان ، فأبى أن يجيب ، فقيل له ، فقال : إنا كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا ندعى إليه » . رواه الإمام أحمد بإسناده . إذا ثبت هـذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة : أنها مستحبة ، لما فيها من إطعام الطعام ، والإجابة إليها مستحبة غير واجبة . وهذا قول مالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة ، وأصحابه . وقال العنبرى : تجب إجابة كل دعوة ، لعموم الأمر به . فإن ابن عمر روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا دعا أحدُكم أخاهُ فليجبْهُ ، عُرْسًا كانَ أوْ غيرَ عُرس » . أخرجه أبو داود .

ولنا : أن الصحيح من السنة إنما ورد فى إجابة الداعى إلى الوليمة ، وهى : الطعام فى العرس خاصة ، كذلك قال الخليل ، وثعلب ، وغيرهما من أهل اللغـة . وقد صرح بذلك فى بعض روايات ابن عمـر ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : «إذا دعى أحدكم إلى الوليمة عرس فليجب» رواه ابن ماجه . وقال عثمان بن أبى العاص : « كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا ندعى إليه » ، ولأن التزويج يستحب إعلانه ، وكثرة الجمع فيه ، والتصويت ، والضرب بالدف ، بخلاف غيره .

فأما الأمر بالإجابة إلى غيره فمحمول على الاستحباب ، بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سـبب دون غيرها . وإجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ، ولأن فيه جبر قلب الداعى ، وتطييب قلبـه ، وقد دعى أحمد إلى ختان فأجاب وأكل . فأما الدعوة فى حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها ، لعدم ورود الشرع بها ، ولـكن هى بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث . فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه ، وإطعام إخوانه ، وبذل طعامه ، فله أجر ذلك إن شاء الله تعالى .

---

(١) هـذا من حيث الورع ، لا من حيث الحلال والحرام ، فقد امتنع الإمام أحمد عن عطايا السلطان ، وهى ليست محرمة . وامتنع المحاسبى عن أخذ ميراثه من أبيه مع عـدم حرمته ولـكن على سبيل الورع . انظر تفاصيل هذا الموضوع فى باب (مذاهب السلف فى المطاعم والملابس) من كتاب [المكاسب للحارث بن أسد المحاسبى] .

٥٦١٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والنثار مكروه ، لأنه شبه النهبة . وقد يأخذه مَنْ غيرُه أحبُّ إلى صاحبه النثار منه ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى النثار والتقاطه . فروى أن ذلك مكروه فى العرس وغيره ، وروى ذلك عن أبى مسعود البدرى ، وعكرمة ، وابن سيرين ، وعطاء ، وعبدالله بن يزيد[1] الخطمى ، وطلحة ، وزبيد اليامى. وبه قال مالك ، والشافعى . وروى عن أحمد رواية ثانية : ليس بمكروه ، اختارها أبو بكر . وهو قول الحسن ، وقتادة ، والنخعى ، وأبى حنيفة ، وأبى عبيد ، وابن المنذر . لما روى عبدالله بن قرط قال : «قُرِّب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسُ بدنات أو ستٌ ، فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال كلمة لم أسمعها ، فسألت من قرب منه فقال : قال : من شاء اقتطع » رواه أبو داود[2] . وهذا جار مجرى النثار ، وقد روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم دعى إلى وليمة رجل من الأنصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه . قال الراوى : ونظرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يزاحم الناس أو نحو[3] ذلك . قلت : يا رسول الله أوَ مَانهيتنا عن النهبة ؟ قال : نهيتكم عن نهبة[4] العساكر » (ولأنه نوع إباحة . فأشبه إباحة الطعام للضيفان[5]) .

ولنا : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «لا تحلُّ النُّهبى والمُثْلة »رواه البخارى وفى لفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن النُّهبَى والمثلة[6] » ولأن فيه نهباً وتزاحما وقتالا وربما أخذه من يكره صاحب النثار ، لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ، ويحرمه من يحب صاحبه ، لمروءته وصيانة نفسه وعرضه والغالب هذا . فإن أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شىء من الطعام أو غيره ، ولأن فى هذا دناءة ، والله يحب معالى الأمور ويكره سفسافها ، فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنه لا نهبة فى ذلك ، لكثرة اللحم وقلة الآخذين ، أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها .

---

(١) فى الطبعة الثالثة (عبد الله بن زيد الخطمى) والصواب عبد الله بن (يزيد) بن زيد الخطمى كما فى الخلاصة ص ٢١٩ (ف) (٢) لفظ المغنى قريب من نص أبى داود ج ١ ص٤٠٩ (ف)

(٣) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ ويخفوا ذلك . ولعله تحريف .

(٤) قال الحافظ فى التلخيص : رواه البيهقى عن معاذ بن جبل وفى إسناده ضعف وانقطاع (ف)

(٥) ما بين الحاصرتين ساقط من ٣٩ ، ١٨

(٦) أخرجه أحمد والبخارى عن عبدالله بن زيد. وأضاف ابن الجوزى حديث الترمذى عن أنس : «من انتهب فليس منا » قال : صحيح . انظر (التحقيق لابن الجوزى مخطوط رقم ٢٣٩٤٨ ب دار الكتب المصرية)

وفى الجملة : فالخلاف إنما هو فى كراهية ذلك . وأما إباحته فلا خلاف فيها ، ولا فى الالتقاط ، لأنه نوع إباحة لماله . فأشبه سائر الإباحات .

٥٦١٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ فإن قسم[١] على الحاضرين فلا بأس بأخذه ﴾

كذا روى عن أبى عبدالله رحمه الله : أن بعض أولاده حذق[٢] فقسم على الصبيان الجوز . اما إذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل الاوز والسكر وغيره فلا خلاف [فى] أن ذلك حسن غير مكروه . وقد روى عن أبى هريرة قال : « قسم النبى صلى الله عليه وسلم يوماً بين أصحابه تمراً فأعطى كل إنسان سبع تمرات ، فأعطانى سبع تمرات إحداهن حشفة ، لم تكن تمرة أعجب إلى منها ، شدت إلى ماضغى[٣] » . رواه البخارى . وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم فى أخذه على وجه لا يقع تناهب ، فلا يكره أيضاً .

قال المروذى : سألت أبا عبدالله عن الجوز ينثر ؟ فكرهه ، وقال : يعطون ، يقسم عليهم[٤]. وقال محمد بن على بن بحر : سمعت حُسْنَ أم ولد أحمد بن حنبل تقول : لما حذق ابنى حَسَن قال لى مولاى : حُسن ، لا تنثروا عليه ، فاشترى تمراً وجوزاً فأرسله إلى المعلم . قالت : وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال : أحسنت أحسنت ، وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز ، لكل واحد خمسة خمسة .

٥٦٢٠ (فصـــــل)

ومن حصل فى حجره شىء من النثار فهو له غير مكروه ، لأنه مباح حصل فى حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت فى حجره ، وليس لأحد أن يأخذه من حجره[٥] لما ذكرناه .

٥٦٢١ (فصـــــل)

ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعاً ، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس . وقد كان السلف يتماهدون[٦] فى الغزو والحج . ويفارق النثار ، فإنه يؤخذ بنهب ، وتسالب وتجاذب ، بخلاف هذا .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : وإن قسم .

(٢) حذق : أى أنه ختم القرآن ومهر فيه (ف).

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : شدت فى ماضغى .

(٤) فى المخطوطة : يقسم بينهم .

(٥) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : أن يأخذ من حجره .

(٦) فى المخطوطة ٣٩ : يتناهدون فى الغزو .

(فصل في آداب الطعام)

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء . قال المروذى : رأيت أبا عبدالله يغسل يديه قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غذاؤه ، وإذا رفع » رواه ابن ماجه[1] .

وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن بن على أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «الوضوء قبل الطعام ينفى الفقر ، وبعده ينفى اللمم » يعنى به غسيل اليدين[2] ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « من نام وفى يده ريح غمر[3] وأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه » رواه أبو داود . ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج من الغائط ، فأتى بطعام ، فقال رجل :يا رسول الله ألا آتيك بوضوء؟ قال : لاأريد الصلاة »[4] رواه ابن ماجه . وعن جابر قال : أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من شعب الجبل ، وقد قضى حاجته ، وبين أيدينا تمر على ترس أو جحفة ، فدعوناه فأكل معنا ، وما مس ماء » . رواه أبو داود . وروى عنه : أنه كان يحتز من كتف شاة فى يده فدعى إلى الصلاة فألقاها من يده ، ثم قام فصلى ولم يتوضأ » . رواه البخارى . ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين ، لهذا الحديث . وقال مهنا : سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تقطعوا اللحم بالسكين فإنه من صنع الأعاجم . وانهشوه نهشاً . فإنه أهنأ وأمرأ » قال : ليس بصحيح[5] واحتج بهذا الحديث الذى ذكرناه .

٥٦٢٢ (فصـــل)

وتستحب التسمية عند الأكل ، وأن يأكل بيمينه مما يليه . لما روى عمر بن أبى سلمة[6] قال : « كنت يتيما فى حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكانت يدى تطيش فى الصحفة ، فقال لى النبي صلى الله عليه وسلم : « يا غلام ، سم الله ، وكل بيمينك ، وكل مما يليك » ، متفق عليه[7] . وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه ، فإن الشيطان يأكل بشماله ، ويشرب بشماله » رواه مسلم[8] .وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم[9]قال :« إذا أكل

(١) السنن ٢ /١٠٨٥حلبى.وفى إسناده كثيروجبارة وهماضعيفان. (٢) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : غسل اليدين

(٣) أى ريح اللحم. (٤) السنن ٢ /١٠٨٥ حلبى وفى الزوائد : فى إسناده مقال

(٥) هو من رواية أبى معشر . قال أبو داود : ليس بالقوى . وقال البيهقى : ورد ما يعارضه . انظر [تنزيه الشريعة ٢ /٢٤٨] (٦) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : عمرو بن أبى سلمة . وهو خطأ .

(٧) ورواه ابن ماجه كذلك . (٨) مابين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ٣٩

(٩) وفى ابن ماجه : ويأخذ بشماله ويعطى بشماله .

أحدكم فليذكر اسم الله ، فإن نسى أن يذكر اسم الله فى أوله فليقل : « بسم الله أوله وآخره » . « وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً ورجل يأكل ، فلم يسم حتى يبق من طعامه إلا لقمة ، فلما رفعها إلى فيه قال « بسم الله أوله وآخره » ، فضحك النبي صلى الله عليه وسلم وقال: « مازال الشيطان يأكل معه فلماذكر الله قاء ما فى بطنه » . رواهن أبو داود . وعن عكراش بن ذؤيب قال : « أتى النبى صلى الله عليه وسلم بجفنة كثيرة الثريد والودك ، فأقبلنا نأكل فخبطت يدى فى نواحيها ، فقال : يا عكراش ، كل من موضع واحد ، فإنه طعام واحد ، ثم أتينا بطبق فيه ألوان [من] الرطب ، فجالت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الطبق وقال : « يا عكراش ، كل من حيث شئت ، فإنه غير لون واحد » رواه ابن ماجه . ولا يأكل من ذروة الثريد ، لما روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلى الصفحة ولكن ليأكل من أسفلها ، فإن البركة تنزل من أعلاها » ، وفى الحديث : « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها » ، رواهما ابن ماجه .

٥٦٢٣ (فصـــل)

ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ، ولا يمسح يده حتى يلعقها ؛ قال مثنى : سألت أبا عبد الله عن الأكل بالأصابع كلها ؟ فذهب إلى ثلاث أصابع ، فذكرت له الحديث الذى يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم: « أنه كان يأكل بكفه كلها » ، فلم يصححه ، ولم ير إلا ثلاث أصابع ، وقد روى كعب بن مالك قال : « كان رسول الله يأكل بثلاث أصابع ، ولا يمسح يده حتى يلعقها » . رواه الخلال بإسناده ويكره الأكل متكئاً لما روى أبو جحيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، « لا آكل متكئاً[(١)] » رواه البخارى[(٢)] : ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها ، كما روينا ، ولما روى عن ابن عباس ، عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يمسح يده حتى يلعقها أو يُلعِقها » . رواه أبو داود . وعن نُبيشة قالت[(٣)] : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أكل فى قصعة فلحسها استغفرت له القصعة »[(٤)] ، رواه الترمذى . وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها » . رواه ابن ماجه .

---

(١) المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : « لا آكل وأنا نائم » (٢) وابن ماجه ١٠٨٦/٢

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : وعن شيبة قال :

(٤) من حديث أنس من طريق سمعان بن مهدى . ذكره ابن عراق فى الموضوعات . انظر (تنزيه الشريعة ٢٦٧/٢) وسمعان بن مهدى عن أنس لا يكاد يعرف الصقت به نسخة مكذوبة . قال ابن حجر : وهى أكثر من ثلاثمائة حديث أكثر متونها موضوعة (المصدر السابق ٦٥/١) .

٥٦٢٤ (فصـــل)

ويحمد الله إذا فرغ ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة ، فيحمده عليها » . رواه مسلم وعن أبي سعيد قال : « كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاماً قال: «الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » ، رواه أبو داود ، وعن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول إذا رفع طعامه : « الحمد لله كثيراً مباركاً فيه غيرَ مَكْفِيّ[1] ولا مُوَدَّع ، ولا مُسْتَغْنًى عنه ربَّنا » وعن معاذ بن أنس الجهنى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « من أكل طعاماً فقال : الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول منى ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » . رواهن ابن ماجه . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل طعاماً هو وأبو بكر وعمر ثم قال : « من قال فى أوله : بسم الله وبركة الله ، وفى آخره : الحمد لله الذى أطعم وأروى ، وأنعم وأفضل ، فقد أدى شكره » .

ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال : « صنع أبو الهيثم للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه طعاماً فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فلما فرغ قال : أثيبوا صاحبكم[2] قالوا : يا رسول الله وما إثابته ؟ قال : إن الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له ، فذلك إثابته » وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة قال : فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : «أفطر عندك الصائمون ، وأكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة » رواهما أبو داود .

٥٦٢٥ (فصـــل)

ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جعفر قال : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل القثاء بالرطب ، ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة « ماعاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً قط إذا اشتهى شيئاً أكله ، وإن لم يشتهه تركه» . متفق عليهما . وإذا حضر فصادف قوماً يأكلون فدعوه لم يكره له الأكل، لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معهم . ولا يجوز أن يتحين وقت

---

(١) مكفى : بفتح الميم وسكون الكاف وكسر الفاء وتشديد الياء اسم مفعول لأن الله هو الكافى لغيره وليس بمكفى من غيره ، لأنه مستغن عما سواه ،ومودع بالدال المشددة المفتوحة أى حال كون الحمد غير متروك، أو حال كون الله غير متروك الطلب منه ويجوز كسر الدال أى حال كون القائل غير تارك الحمد أو الطلب من الله وربنا منصوب على المدح ، ويجوز رفعه خبر المحذوف ، وجره على البدلية والحديث رواه البخارى (ف)

(٢) لفظ أبي داود ج ٢ ص ٣٣٠ (أثيبوا أخاكم) (ف) .

أكلهم فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى : « يا أيُّها الَّذينَ آمنُوا لاَ تَدْخُلُوا بيُوتَ النَّبِيِّ إلاَّ أنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ إلىَ طَعَامٍ غَيرَ نَاظِرِينَ إناه»[1]. أى غير منتظرين بلوغ نضجه ، وعن أنس قال : « ما أكل رسول الله صلى الله عليه وسلم على خوان ولا فى سُكُرُّجة[2] ، قال[3] فعلام كنتم تأكلون ؟ قال: على السُّفَر». وقال ابن عباس : لم «يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ فى طعام ولا شراب ولا يتنفس فى الإناء» . وفى المتفق عليه من حديث أبى قتادة « ولا يتنفس أحدكم فى الإناء » ، وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا وُضِعَت المائدةُ فلا يقوم رجل حتى تُرْفع المائدة ، ولا يَرْفَعُ يده وإن شبع حتى يَفْرُغَ القوم ، ولْيُعْذِرْ فإن الرجل يُخْجِلُ جليسه فيقبض يده ، وعسى أن يكون له فى الطعام حاجة » رواهن كلهن ابن ماجه .

٥٦٢٦ (فصـــل)

قال محمد بن يحيى : قلت لأبى عبد الله : الإناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ . قال : لا بأس ، وقيل لأبى عبد الله : ماتقول فى غسل اليد بالنخالة ؟ فقال : لا بأس به ، نحن نفعله ، واستدل الخطابى على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من حيضة . والملح طعام ففى معناه ماأشبهه والله أعلم .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥٣

(٢) سكرجه كلة فارسية يجوز فيها ضم السين والراء مع سكون الكاف ، ويجوز ضم السين والكاف وتشديد الراء مع ضمها : وهى إناء صغير يوضع فيه قليل من الأدم ومثل الكوامخ والمخللات التى تستعمل لتشهى الطعام (ف)

(٣) كلام المغنى غير دقيق ونقل النص من البخارى ج ٧ ص ٩١ (. . . قال على هو الإسكاف عن قتادة عن أنس رضى الله عنه قال : ما علمت النبى صلى الله عليه وسلم أكل على سكرجة قط ولا خبز له مرقق قط ولا أكل على خوان. قيل لقتادة: فعلام كانوا يأكلون ؟ قال . على السفر » ومنه يعلم القول له والقائل (ف)

كتاب عشرة النساء والخلع

قال تعالى: « وعاشروهنّ بالمعروف[١] » وقال تعالى: « ولهنّ مثلُ الذي عليهنّ بالمعروف[٢] » وقال أبو زيد: يتقون الله فيهن، كما عليهن أن يتقين الله فيهم، وقال ابن عباس: إنى لأحب أن أتزين للمرأة، كما أحب أن تتزين لى، لأن الله تعالى يقول: « ولهنّ مثلُ الذى عليهنّ بالمعروف » . وقال الضحاك فى تفسيرها: إذا أطعن الله، وأطعن أزواجهن. فعليه أن يحسن صحبتها، ويكف عنها أذاه، وينفق عليها من سعته. وقال بعض أهل العلم: التماثل ههنا فى تأدية كل واحد منهما ماعليه من الحق لصاحبه بالمعروف، ولا يمطله به، ولا يظهر الكراهة، بل ببشر وطلاقة، ولا يتبعه أذى ولا منة، لقول الله تعالى: «وعاشروهنّ بالمعروف» وهذا من المعروف.

ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه، والرفق به، واحتمال أذاه، لقول الله تعالى: « وَبالْوالِدَيْنِ إحْسَاناً وَبِذِى الْقُرْبَى » إلى قوله: « والصَّاحِبِ بِالْجَنْبِ »[٣] قيل: هو كل واحد من الزوجين. وقال النبى صلى الله عليه وسلم: « استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله » . رواه مسلم. وقال النبى صلى الله عليه وسلم: « إن المرأة خلقت من ضِلَع أعوج، لن تستقيم على طريقة، فإن ذهبت تقيمها كسرتها، وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عِوَج » متفق عليه. وقال: « خياركم خياركم لنسائهم » رواه ابن ماجه.

وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه، لقول الله تعالى: « وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ »[٤] وقال النبى صلى الله عليه وسلم: « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن، لما جعل الله لهم عليهن من الحق » . رواه أبوداود. وقال: « إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع» . متفق عليه. وقال لامرأة: «أذات زوج أنت؟ » قالت: نعم قال: « فإنه جنّتك ونارك[٥] » وقال: « لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن فى بيته إلا بإذنه، وما أنفقت من نفقة من غير إذنه فإنه يرد إليه شطره » . رواه البخارى.

٥٦٢٧ (فصل)

إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ، فطلب تسليمها إليه وجب ذلك، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسلمها،

(١) سورة النساء آية ١٩ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٣) سورة النساء آية ٣٦. (٤) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٥) أخرجه أحمد ج ٤ ص ٣٤١ عن حصين بن محصن الأنصارى (ف)

ووجبت نفقتها ، وإن طلبها فسألت الإنظار أُنظِرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيهـا ، كاليومين والثلاثة ، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم [1] : « لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشَّعِثَة ، وتستحِدّ المغِيبة » . فمنع من الطروق ، وأمر بإمهالها لتصلح أمرها ، مع تقـدم صحبته لها ، فههنا أولى ، ثم إن كانت حرة وجب تسليمها ليلا ونهاراً ، وله السفر بها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه ، إلا أن يكون سفراً مخوفاً فلا يلزمها ذلك . وإن كانت أمة لم يلزم تسليمها إلا بالليل، لأنها مملوكة عُقِد على إحدى [2] منفعتها ، فلم يلزم تسليمها في غير وقتها ، كما لو أجَّرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل . ويجوز للمولى بيعها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهي ذات زوج ، ولا ينفسخ (النكاح) [3] بذلك بدليل أن بَيْع بريرة لم يبطل نكاحها .

٥٦٢٨ (فصـــــــل)

وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس ، مسلمة كانت أو ذمية ، حرة كانت أو مملوكة ، لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له ، فملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه . وإن احتاجت إلى شراء الماء فثمنه عليه ، لأنه لحقه ، وله إجبار المسلمة البالغة على الغسل من الجنابة ، لأن الصـلاة واجبة عليها ، ولا تتمكن منها إلا بالغسل .

فأما الذمية ففيها روايتان . إحداهما : له إجبارها عليه ، لأن كمال الاستمتاع يقف [عليـه] ، فإن النفس تعاف من لا تغتسل من جنابة . والثانية : ليس له إجبارها عليه ، وهو قول مالك ، والثوري ، لأن الوطء لا يقف عليه ، فإنه مباح بدونه ، وللشافعي قولان كالروايتـين . وفي إزالة الوسخ والدرن وتقليم الأظفار وجهان ، بناء على الروايتين في غسل الجنابة . وتستوي في هذه المسلمة والذمية ، لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها . وله إجبارها على إزالة شـعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة ، ذكره القاضي . وكذلك الأظفار ، وإن طالا قليلا بحيث تعافه النفس ففيه وجهان . وهل له منعها من أكل ما له رائحة كريهة كالبصل والثوم والـكراث ؟ على وجهين .

أحدهما : له منعها من ذلك ، لأنه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع .

---

(١) في صحيح البخاري ج ٧ ص ٥٠ عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :إذا أطال أحدكم الغيبة فلا يطرق أهله ليلا » وفيه أيضا « إذا دخلت ليلا فلا تدخل على أهلك حتى تستحد المغيبة وتمتشط الشعثة » والمغيبة بضم الميم وكسر الغين التي غاب عنها زوجها ، ومقصود الحديث أن تتزين وتهيء نفسها وشعرها لتقع منه موقعاً حسناً (ف).

(٢) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ على أحد منفعتيها (٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩

والثانى : ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر . وإن كانت ذمية ، لأنه يمنع الاستمتاع بها ، فإنه يزيل عقلها ويجعلها ، كالزّق المنفوخ[1] ، ولا يأمن أن تجنى عليه ، وإن أرادت شرب مالا يسكرها فله منع المسلمة ، لأنهما يعتقدان تحريمه ، وإن كانت ذمية لم يكن له منعها منه ، نص عليه أحمد ، لأنها تعتقد إباحته فى دينها ، وله إجبارها على غسل فمها منه ، ومن سائر النجاسات ، ليتمكن من الاستمتاع بفيها ، ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة ، وهو كالثوم . وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد إباحة يسير النبيذ ، هل له منعها منه ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعى على نحو من هذا الفصل كله .

٥٦٢٩ (فصـــــل)

وللزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد ، سواء أرادت زيارة والديها ، أو عيادتهما ، أو حضور جنازة أحدهما . قال أحمد فى امرأة لها زوج . وأم مريضة : طاعة زوجها أوجب عليها من أمها ، إلا أن يأذن لها ، وقد روى ابن بطة فى أحكام النساء عن أنس ، أن رجلا سافر ومنع زوجته من الخروج ، فرض أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عيادة أبيها ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: « اتقى الله ولا تخالفى زوجك » . فمات أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حضور جنازته ، فقال لها : « اتقى الله ولا تخالفى زوجك » فأوحى الله إلى النبى صلى الله عليه وسلم : « إنى قد غفرت لها بطاعة زوجها » . ولأن طاعة الزوج واجبة ، والعيادة غير واجبة ، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب .

ولا يجوز لها الخروج[2] إلا بإذنه ، ولكن لا ينبغى للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما ، لأن فى ذلك قطيعة لهما ، وحملا لزوجته على مخالفته . وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف ، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف . وإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الكنيسة ، لأن ذلك ليس بطاعة ، ولا نفع ، وإن كانت مسلمة فقال القاضى : له منعها من الخروج إلى المساجد ، وهو مذهب الشافعى ، وظاهر الحديث يمنعه من منعها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم[3] : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » . وروى أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل ، وكانت[4] تخرج إلى المساجد ، وكان غيوراً ، فيقول لها : لو صليت فى بيتك ؟ فتقول : لا أزال أخرج أو تمنعنى ، فكره منعها لهذا الخبر . وقال أحمد فى الرجل تكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشترى لها زناراً ؟ قال : لا ، بل تخرج هى تشترى لنفسها ، فقيل له : جاريته تعمل الزنانير ؟ قال : لا .

٥٦٣٠ (فصـــــل)

وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه . نص عليه أحمد . وقال

---

(١) أى القربة المنفوخة .
(٢) فى المخطوطة ٣٩ فلا يجوز لها الخروج .
(٣) أخرجه مسلم وأحمد عن ابن عمر(ف)
(٤) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ . فكانت تخرج .

أبو بكر ، بن أبي شيبة ، وأبو إسحاق : الجوزجانى : عليهما ذلك ، واحتج بقصة على وفاطمة : فإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت ، وعلى علىّ ما كان خارجا من البيت من عمل ، رواه الجوزجانى من طرق . قال الجوزجانى : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها . ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر ، أو من جبل أحمر إلى جبل أسود ، كان عليها أن تفعل » رواه بإسناده . قال : فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه ، وكيف بمؤنة معاشه ؟ وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته فقال : « ياعائشة اسقينا . ياعائشة ، أطعمينا ، يا عائشة هلمى الشفرة واشحذيها بحجر[1] » وقد روى أن فاطمة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو إليه ما تلقى من الرحى ، وسألته خادما يكفيها ذلك .

ولنا : أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع . فلا يلزمه غيره كسقى دوابه ، وحصاد زرعه . فأما قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين على وفاطمة فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية ، وتجرى العادة ، لا على سبيل الإيجاب ، كما روى عن أسماء بنت أبي بكر ، أنها كانت تقوم بفرس الزبير ، وتلتقط له النوى ، وتحمله على رأسها ، ولم يكن ذلك واجباً عليها ، ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ، ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة . ولكن الأولى لهما فعل ما جرت العادة بقيامها به ، لأنه العادة ، ولا تصلح الحال إلا به ، ولا تنتظم المعيشة بدونه .

٥٦٣١ (فصــــل)

ولا يحل وطء الزوجة فى الدبر فى قول أكثر أهل العلم ، منهم : على ، وعبد الله ، وأبو الدرداء ، وابن عباس ، وعبد الله بن عمرو ، وأبو هريرة . وبه قال سعيد بن المسيب ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشافعى ، وأصحاب الرأى وابن المنذر ، ورويت إباحته عن ابن عمر ، وزيد بن أسلم ، ونافع ، ومالك . وروى عن مالك أنه قال : ما أدركت أحداً أقتدى به فى دينى يشك فى أنه حلال[2] ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . وأحديها.

(٢) لا ندرى كيف نسب هذا القول للإمام مالك رضى الله عنه . وأشنع منه نسبته إلى الصحابة رضوان الله عليهم . ولم نعثر على هذا الرأى إلا فى بعض مكتوبات المتأخرين . فقد نقله ابن الجوزى فى كتابه المخطوط [التحقيق فى أحاديث الخلاف]. وقال ابن جزى رحمه الله عند كلامه عن هذا الموضوع . « إنه حرام . ولقد افترى من نسبه إلى مالك ». انظر (القوانين الفقهية ص ١٤٣ مخطوط رقم ٨ ش فقه مالك بدار الكتب المصرية). ولو كان مرويا عن ابن عمر لتبعه الإمام أحمد ، كما تبعه فى تحقق توبة الزانية بمراودتها على الزنا . وقال القفال الشاشى فى حلية العلماء: إن من روى عن مالك ذلك القول هم أهل الغرب قالوا. إنه ذكره فى كتاب السيرة قال : وحكاه فى الحاوى عن أبى مليكة [١/٦٢٤] ولم نعثر عليه فى الكتب المتقدمة للمالكية (ف) .

وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك . واحتج من أجله بقول الله تعالى : « نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ »[١]: وقوله سبحانه :« وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ »[٢]

ولنا . ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله لا يستحيي من الحق ، لا تأتوا النساء من أعجازهن »[٣] وعن أبي هريرة ، وابن عباس ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأة فى دبرها » رواهما ابن ماجه . وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « محاش النساء حرام عليكم » وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى حائضاً أو امرأة فى دبرها ، أو كاهناً فصدقه بما يقول ، فقد كفر بما أنزل على محمد » . رواهن كلهن الأثرم . فأما الآية فروى جابر قال: « كان اليهود يقولون : إذا جامع الرجل امرأته فى فرجها من ورائها جاء الولد أحول ، فأنزل الله « نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ» من بين يديها ، ومن خلفها ، غير أنه لا يأتيها إلا فى المأتى» متفق عليه ، وفى رواية « ائتها مقبلة ومدبرة ، إذا كان ذلك فى الفرج » والآية الأخرى المراد بها ذلك .

٥٦٣٢ (فصـــل)

فإن وطىء زوجته فى دبرها فلا حد عليه ، لأن له فى ذلك شبهة ، ويعزر[٤] لفعله المحرم ، وعليها الغسل[٥] ، لأنه إيلاج فرج فى فرج ، وحكمه حكم الوطء فى القبل فى إفساد العبادات ، وتقرير المهر ، ووجوب العدة . وإن كان الوطء لأجنبية وجب حدُّ اللوطى[٦] ، ولا مهر عليه ، لأنه لم يفوت منفعة لها عوض فى الشرع . ولا يحصل بوطء زوجته فى الدبر إحصان ، إنما يحصل بالوطء الكامل ، وليس هذا بوطء كامل ولا إحلال للزوج الأول ، لأن المرأة لا تذوق به عسيلة الرجل ، ولا تحصل به الفيئة ، ولا الخروج من العنة[٧] ، لأن الوطء فيهما لحق المرأة ، وحقها الوطء فى القبل ، ولا يزول به الاكتفاء بصماتها فى الإذن بالنكاح ، لأن بكارة الأصل باقية .

٥٦٣٣ (فصـــل)

ولا بأس بالتلذذ بها بين الأليتين من غير إيلاج ، لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر ، فهو مخصوص بذلك ، ولأنه حرم لأجل الأذى ، وذلك مخصوص بالدبر[٨] فاختص التحريم به .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٣ (٢) سورة المؤمنون آية ٥ ، ٦ (٣) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ فى أعجازهن
(٤) فى المطبوعة . ويعذر . وما فى المخطوطات أولى (٥) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ وعليهما الغسل
(٦) فى المخطوطة ٣٩ . حد الوطء (٧) خلافاً للشيعة الإمامية . انظر المختصر النافع
(٨) على هامش المخطوطة ٣٩ . لعله مخصوص بالقبل . وهو خطأ

٥٦٣٤ (فصـــل)

والعزل مكروه ، ومعناه : أن ينزع إذا قرب الإنزال ، فينزل خارجا من الفرج ، رويت كراهته عن عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود . وروى ذلك عن أبى بكر الصديق أيضاً ، لأن فيه تقليل النسـل ، وقطع اللذة عن الموطوءة ، وقد حث النبى صلى الله عليه وسلم على تعاطى أسباب الولد ، فقال : « تناكحوا تناسلوا تـكثروا[1] » . وقال : « سوداء ولود خير من حسناء عقيم[2] » . إلا أن يكون لحاجة ، مثل أن يكون فى دار الحرب فتدعو حاجتـه إلى الوطء ، فيطأ ويعزل . ذكر الخرقى هذه الصورة ، أو تـكون زوجته أمة ، فيخشى الرق على ولده ، أو تـكون له أمة فيحتاج إلى وطئها ، وإلى بيعها ، وقد روى عن على رضى الله عنه . أنه كان يعزل عن إمائه. فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم . ورويت الرخصة فيه عن على ، وسعد ابن أبى وقاص ، وأبى أيوب ، وزيد بن ثابت ، وجابر ، وابن عباس ، والحسن بن على ، وخباب بن الأرت ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، وعطاء ، والنخعى ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وروى أبو سعيد قال : ذُكِرَ ـ يعنى العزلَ ـ عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فلم يفعل أحدكم ؟ — ولم يقل فلا يفعل — فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خلقها » . وعنه أن رجلا قال : يارسول الله ، إن لى جارية ، وأنا أعزل عنها ، وأنا أكره أن تحمـــل ، وأنا أريد ما يريد الرجال ، وإن اليهود تُحَدِّث أن العزل الموءودةُ الصغرى . قال : « كذبت يهود ، لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه » . رواه أبو داود .

٥٦٣٥ (فصـــل)

ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها ، نص عليه أحمد وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعى . وذلك لأنه لا حق لهـا فى الوطء ولا فى الولد ، ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ، ولا الفيئة ، فلأن لا تملك المنع من العزل أولى .

ولا يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها . قال القاضى : ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة فى العزل ، ويحتمل أن يكون مستحباً ، لأن حقها فى الوطء . دون الإنزال ، بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة ، وللشافعية فى ذلك وجهان . والأول أولى ، لما روى عن عمر رضى الله عنه . قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها » رواه الإمام أحمد فى المسند ، وابن ماجه . ولأن لها فى الولد حقاً ، وعليها فى العزل ضرراً ، فلم يجز إلا بإذنها .

(١) أخرجه الديلمى فى مسند الفردوس عن ابن عمر بلفظ تناكحوا تـكثروا (ف) .
(٢) أخرجه الطبرانى عن معاوية بن حيدة (ف) .

فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها ، وهو قول الشافعى ، استدلالا بمفهوم هـذا الحديث . وقال ابن عباس : تُسْتَأْذَن الحرة ، ولا تستأذن الأمة ، ولأن عليه ضرراً فى استرقاق ولده ، بخلاف الحرة . ويحتمل ألا يجوز إلا بإذنها ، لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء فى الفيئة ، والفسخ عند تعذره بالعنة ، وترك العزل من تمامه ، فلم يجز بغير إذنها كالحرة .

٥٦٣٦ (فصـــــل)

فإن عزل عن زوجته أو أمته ثم أتت بولد لحقه نسبه ، لما روى أبو داود عن جابر قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : إن لى جارية وأنا أطوف عليها ، وأنا أكره أن تحمل ، فقال : « اعزل عنها إن شئت . فإنه سيأتيها ما قدر لها » وقال أبو سعيد : كنت أعزل عن جارية لى ، فولدت أحب الناس إلى ، ولأن لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء ، فـلم يعتبر فيه الإنزال كسائر الأحكام . وقد قيل : إن الوطء فى الفرج يحصل به الإنزال ، ولا يحس به .

٥٦٣٧ (فصل فى آداب الجماع)

تستحب التسمية قبله لقول الله تعالى : « وَقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ »[1] قال عطاء : هى التسمية عند الجماع . وروى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو أن أحدكم حين يأتى أهله قال : بسم الله ، اللهم جنبنا الشيطان ، وجنب الشيطان ما رزقتنا ، فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبداً » متفق عليـه ، ويكره التجرد عند المجامعة ، لما روى عتبة[2] بن عبيد[3] قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ، ولا يتجرد تجرد العيرين » رواه ابن ماجه . وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه ، وإذا أتى أهله غطى رأسه » ولا يجامع بحيث يراهما ، أحد أو يسمع حسهما ، ولا يقبلها ويباشرها عند الناس ، وقال أحمد : ما يعجبنى إلا أن يكتم هـذا كله . وقال الحسن فى الذى يجامع المرأة والأخرى تسمع ، قال : كانوا يكرهون الوجس ، وهو الصوت الخفى ، ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله ، لما روى الحسن قال : جلس رسول الله صلى الله عليه وسـلم بين الرجال والنساء ، فأقبل على الرجال فقال : « لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله ، إذا خلا » ثم أقبل على النساء فقال : « لعل إحدا كن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها » . قال : فقالت امرأة : إنهم ليفعلون ، وإنا لنفعل ، فقال : « لا تفعلوا ، فإنما مثل ذلـكم كمثل شيطان لقى شيطانة ، فجامعها والناس ينظرون »[4] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٣ . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : عبد بن عبد .

(٣) فى المطبوعات (عتبة بن عبيد) والصواب (عتبة بن عبد) كما فى ابن ماجه ج ١ ص ٥٩٣ وترجمته فى الخلاصة ص ٢٥٨ (ف) (٤) أخرجه الطبرانى عن أسماء بنت يزيد كما فى مجمع الزوائد ج ٤ ص ٢٩٤ (ف) .

وروى أبو داود عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله بمعناه ، ولا يستقبل القبلة حال الجماع ، لأن عمرو بن حزم ، وعطاء ، كرها ذلك ، ويكره الإكثار من الكلام حال الجماع ، لما روى قَبِيصة بن ذؤيب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء ، فإن منه يكون الخرس والفأفأة[1] » . ولأنه يكره الكلام حالة البول ، وحال الجماع فى معناه ، وأولى بذلك منه ، ويستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع ، لتنهض شهوتها ، فتنال من لذة الجماع مثل ما ناله .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال :«لا تواقعها إلا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك ، لكيلا تسبقها بالفراغ — قلت : وذلك إلىّ ؟ قال : نعم ، إنك تقبلها وتغمزها وتلمسها[2] فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل ماجاءك واقعتها » فإن فرغ قبلها كره له النزع حتى تفرغ ، لما روى أنس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «إذا جامع الرجل أهله فليصدقها، ثم إذا قضى حاجته فلا يعجلها ، حتى تقضى[3] حاجتها » . ولأن فى ذلك ضرراً عليها ، ومنعاً لها من قضاء شهوتها . ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه ، فيتمسح بها ، فإن عائشة قالت: ينبغى للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة ، فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ، ثم تمسح عنها ، فيصليان فى ثوبهما ، ذلك مالم تصبه جنابة ، ولا بأس أن يجمع بين نسائه وإمائه بغسل واحد ، لما روى عن أنس[4] قال : سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه غسلا واحداً ، فى ليلة واحدة . فإن حدث الجنابة لا يمنع الوطء ، بدليل إتمام الجماع . قال أحمد : إذا أراد أن يعود فأعجب إلىّ الوضوء ، فإن لم يفعل فأرجو ألا يكون به بأس ، ولأن الوضوء يزيده نشاطاً ونظافة ، فاستحب . وإن اغتسل بين كل وطئين فهو أفضل ، فإنّ أبا رافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلا ، فقلت : يا رسول الله ، لو جعلته غسلا واحداً ؟ قال : « هذا أزكى وأطيب وأطهر » رواه أحمد فى المسند . وروى أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص العكبرى . وروى ابن بطة بإسناده عن أبى سعيد ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة» .

٦٥٣٨ (فصل)

وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه فى مسكن واحد بغير رضاهما ، صغيراً كان أو كبيراً ، لأن عليهما ضرراً ، لما بينهما من العداوة والغيرة ، واجتماعهما يثير المخاصمة والمقاتلة ، وتسمع كل واحد منهما حسه إذا

---

(١) أخرجه ابن عساكر (ف) . (٢) فى المطبوعة : وتلمزها .

(٣) أخرجه أبو يعلى وعبد الرازق فى الجامع(ف).

(٤) فى مسلم جـ١ ص ٢٤٩ عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه بغسل واحد (ف)

أتى إلى الأخرى ، أو ترى ذلك ، فإن رضيتا بذلك جاز ، لأن الحق لهما ، فلهما المسامحة بتركه ، وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما فى لحاف واحد . وإن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز ، لأن فيه دناءة وسخفا ، وسقوط مروءة ، فلم يبح برضاهما . وإن أسكنهما فى دار واحدة كل واحدة فى بيت جاز ، إذا كان ذلك مسكن مثلها .

٥٦٣٩ (فصـــل)

روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أتعجبون من غيرة سعد ؟ لأنا أغير منه والله أغير منى»(١) وعن على رضى الله عنه قال : « بلغنى أن نساءكم ليزاحمن العلوج فى الأسواق ، أما تغارون ؟ إنه لاخير فيمن لا يغار ». وقال محمد بن على بن الحسين: كان إبراهيم عليه السلام غيوراً ، وما من امرىء لا يغار إلا منكوس القلب .

٥٦٤٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال أبو القاسم ﴿ وعلى الرجل أن يساوى بين زوجاته فى القسم ﴾

لا نعلم بين أهـــل العلم فى وجوب التسوية بين الزوجات فى القسم خلافا ، وقد قال الله تعالى : « وعاشِرُوهُنَّ بالمعرُوف »(٢) ، وليس مع الميل معروف ، وقال الله تعالى : « فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ »(٣) وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » وعن عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول: «اللهم هذا قَسْمى فيما أملك ، فلا تلُمْنى فيما لا أملك(٤)» . رواها أبو دواد(٥) .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدىء بواحـــدة منهن إلا بقرعة ؛ لأن البداءة بها تفضيل لها ، والتسوية واجبة ، ولأنهن متساويات فى الحق ، ولا يمكن الجمع بينهن ، فوجب المصير إلى القرعة كما لو أراد السفر بإحداهن ، فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ، ويصير فى الليلة الثانية إلى

---

(١) أخرجه البخارى عن المغيرة جـ٧ ص ٢١٥ (ف) (٢) سورة النساء آية ١٩ (٣) سورة النساء آية ١٢٩

(٤) الحديثان رواهما أبو داود جـ١ ص ٤٩٢ والنسائى جـ٧ ص ٦٣ ، ٦٤ والترمذى جـ ٥ ص ٨٠ وابن ماجه جـ ١ ٤٩٢١ والحاكم فى المستدرك جـ ٢ ص ١٨٦ ، ١٨٧ وما لا يملكه الرسول هو ميل القلب ورجح الترمذى إرسال حديث عائشة من رواية حماد بن زيد على وصله من رواية حماد بن سلمة (ف) .

(٥) حديث « من كان له امرأتان » عن أبى هريرة مرفوعا . ورجاله ثقات وصححه ابن حبان والحاكم إلا أن البخارى صوب أنه من رواية حماد عن أيوب عن أبى قلابة مرسلا .والحديث الثانى رواه أحمد والأربعة وإسحاق والبزار وابن حبان والحاكم من حديث حماد بن سلمة عن أيوب عن أبى قلابة انظر [الدراية ٢ /٦٦]. نشر عبدالله هاشم بالمدينة المنورة .

الثانية بغير قرعة ، لأن حقها متعين . وإن كن ثلاثا أقرع فى الليلة الثانية للبداية بإحدى الباقيتين ، وإن كن أربعا أقرع فى الليلة الثالثة ، ويصير فى الليلة الرابعة إلى الرابعة بغير قرعة . ولو أقرع فى الليلة الأولى فجعل سهما للأولى ، وسهما للثانية ، وسهماً للثالثة ، وسهما للرابعة ، ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز ، وكان لكل واحدة ماخرج لها .

٥٦٤١ (فصـــل)

ويقسم المريض والمجبوب والعنين (والخنثى)[1] والخصى ، وبذلك قال الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لأن القسم للأنس ، وذلك حاصل ممن لا يطأ ، وقد روت عائشة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان فى مرضه جعل يدور فى نسائه ويقول : أين أنا غداً ؟ « أين أنا غداً ؟)[2] » . رواه البخارى ، فإن شق عليه ذلك استأذنهن فى الكون عند إحداهن ، كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم ، قالت عائشة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى النساء فاجتمعن ، قال : « إنى لا أستطيع أن أدور بينكن ، فإن رأيتن أن تأذنَّ لى فأكون عند عائشة فعلتن ، فأذنَّ له » . رواه أبو داود . فإن لم يأذنَّ له أقام عند إحداهنّ بالقرعة ، أو اعتزلهن جميعا إن أحب ، فإن كان الزوج مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولى عليهن ، وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه ، لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة[3] . وإن لم يعدل الولى فى القسم بينهن ، ثم أفاق المجنون ، فعليه أن يقضى للمظلومة ، لأنه حق ثبت فى ذمته ، فلزمه إيفاؤه حال الإفاقة كالمال .

٥٦٤٢ (فصـــل)

ويقسم المريضة ، والرتقاء ، والحائض ، والنفساء ، والمحْرِمة ، والصغيرة الممكن وطؤها ، وكلهن سواء فى القسم ، وبذلك قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وكذلك التى ظاهَرَ منها ، لأن القصد الإيواء والسكن والأنس ، وهو حاصل لهن . وأما المجنونة فإن كانت لا يُخاف منها فهى كالصحيحة ، وإن خاف منها فلا قسم لها ، لأنه لا يأمنها على نفسه ، ولا يحصل لها أنس ولا بها .

٥٦٤٣ (فصـــل)

ويجب قسم الابتداء . ومعناه : أنه إذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ، ما لم يكن عذر . وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع . وبه قال الثورى ، وأبو ثور .

---

(١) ساقطة من ١٨ ، ٢٠ ، ٣٩

(٢) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطات التى بين أيدينا .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : فلا فائدة .

وقال القاضي في المجرد : لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مُضرًّا ، فإن تركه غير[1] مُضرّ لم يلزمه قسم ولا وطء ، لأن أحمد قال : إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنينا ، أى لا يؤجل .
وقال الشافعي : لا يجب قسم الابتداء بحال ، لأن القسم لحقه فلم يجب عليه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمرو بن العاص : « يا عبدالله ، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ » . قلت : بلى يا رسول الله . قال : « فلا تفعل ، صم ، وأفطر ، وقم ، ونم ، فإن لجسدك عليك حقا ، وإن لعينك عليك حقا ، وإن لزوجك عليك حقاً » . متفق عليه . فأخبر أن المرأة عليه حقا ، وقد اشتهرت قصة كعب بن سور ، رواها عمر بن[2] شعبة[3] في كتاب قضاة البصرة[4] من وجوه إحداهن عن الشعبي ، أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب ، فجاء امرأة فقالت : ياأمير المؤمنين ، ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي ، والله إنه ليبيت ليله قائماً ، ويظل نهاره صائماً ، فاستغفر لها ، وأثنى عليها ، واستحيت المرأة ، وقامت راجعة . فقال كعب : يا أمير المؤمنين ، هلا أعْدَيْتَ المرأة على زوجها . فجاء فقال لكعب : اقض بينهما ، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم . قال : فإني أرى كأنهما امرأة عليها ثلاث نسوة ، هي رابعتهن ، فأقضى له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ، ولها يوم وليلة . فقال عمر : والله ما رأيك الأول بأعجب إلى من الآخر ، اذهب فأنت قاض على أهل البصرة . وفي رواية فقال عمر : نِعْم القاضي أنت . وهذه قضية انتشرت فلم تُنْكَر فكانت إجماعاً ، ولأنه لو لم يكن حقا لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة ، وامتناعه بالإيلاء . ولأنه لو لم يكن حقا للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به ، كالزيادة في النفقة على قدر الواجب .

إذا ثبت هذا فقال أصحابنا : حق المرأة ليلة من كل أربع ، وللأمة ليلة من كل سبع ، لأن أكثر مايمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ، ولها السابعة . والذى يقوى عندى أن لها ليلة من ثمان ، لتكون على النصف مما للحرة ، فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان ، ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف، ولم يكن للحرة ليلتان والأمة ليلة ، ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعاً ، فماذا يصنع في الليلة الثامنة ؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند

---

(١) في النسخ المطبوعة مصرا ، غير مصر ، والصواب مضرا ، غير مضر بالضاد المعجمة كما في الشرح الكبير ونصه «قال القاضي في المجرد . لايجب قسم الابتداء إلا إن كان يترك الوطء مضرا ، فإن كان تركه غيرمضر الخ »(ف)

(٢) الصواب (عمر بن شبة) كما في نسختي المغني مع الشرح الكبير ج٨ص١٣٦ ، ١٤٠ ولو ترجمته في وفيات الأعيان ج ٣ ص ١١٤ . (٣) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩: عمرو بن شبة

(٤) لم نقف عليه في التراث المخطوط بمصر . والكتاب اسمه « أخبار قضاة البصرة لأبي عبيدة معمر بن المثنى البصري (كشف الظنون ٢٩٣١)

حرة فقد زادها على ما يجب لها . وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة ، ولا سبيل إليه ، وعلى ما اخترنا تكون هذه الليلة الثامنة له ، إن أحب انفرد فيها ، وإن أحب بات عند الأولى مستأنفاً للقسم .

وإن كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان ، وله الانفراد في خمس ، وإن كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس ، وله ثلاث . وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست ، وله اثنتان . وإن كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع . وعلى قولهم لها ليلة وله ست .

٥٦٤٤ (فصـــل)

والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر ، وبه قال مالك . وعلى قول القاضي : لا يجب إلا أن يتركه للإضرار . وقال الشافعي : لا يجب عليه ، لأنه حق له ، فلا يجب عليه كسائر حقوقه .

ولنا : ما تقدم في الفصل الذي قبله ، وفي بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته قال : إن لها عليك حقا يا بعل ، تصيبها في أربع لمن عدل ، فأعطها ذاك ودع عنك العلل . فاستحسن عمر قضاءه ورضيه ، ولأنه حق واجب بالاتفاق وإذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة يحقق هذا أنه لو لم يكن واجباً لم يصر باليمين على تركه واجبا كسائر مالا يجب ، ولأن النكاح شُرِع لمصلحة الزوجين ، ودفع الضرر عنهما ، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة ، كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل ، فيجب تعليله بذلك ، ويكون النكاح حقا لهما جميعاً ، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالأمة .

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر ، نص عليه أحمد . ووجهه : أن الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولِي ، فكذلك في حق غيره ، لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه ، فيدل على أنه واجب بدونها ، فإن أصر على ترك الوطء وطالبت المرأة ، فقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها ، يقول : غداً أدخل بها ، غداً أدخل بها ، إلى شهر ، هل يجبر على الدخول ؟ فقال : أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها ، وإلا فرق بينهما ، فجعله أحمد كالمُولِي

وقال أبو بكر بن جعفر : لم يرو مسألة ابن منصور غيره ، وفيها نظر ، وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأنه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر ، ولا خلاف في اعتباره .

٥٦٤٥ (فصـــــل)

وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره ، ولذلك لا يصح

نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر ، فإنه قيل له : كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال : ستة أشهر ، يُكْتَبُ إليه ، فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما . وإنما صار إلى تقديره بهذا لحديث عمر ، رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم ، قال : بينا عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة فى بيتها وهى تقول :

تطاول هـــذا الليلُ واسودّ جانبه   وطال على أن لا خليـــل ألاعبه
ووالله لولا خشية الله وحـــده   لحرِّكَ من هـــذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر ، فقيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب فى سبيل الله ، فأرسل إليها امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فأقفله [1] ، ثم دخل على حفصة فقال : يا بنية ، كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله ، مثلك يسأل مثلى عن هذا ؟ فقال : لولا أنى أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، قالت : خمسة أشهر ، ستة أشهر ، فوقت للناس فى مغازيهم ستة أشهر، يسيرون شهراً ويقيمون أربعة ويسيرون شهرا راجعين . وسئل أحمد، كم للرجل أن يغيب عن أهله؟ قال: يروى ستةَ أشهر، وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لابد له، فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر، فقال بعض أصحابنا: يراسله الحاكم، فإن أبى أن يقدم فسخ نكاحه، ومن قال: لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى ، وفى جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم ، لأنه مختلف فيه .

٥٦٤٦ (فصـــــل)

وسئل أحمد : يؤجر الرجل أن يأتى أهله وليس له شهوة ؟ فقال . إى والله ، يحتسب الولد ، وإن لم يرد الولد يقول : هذه امرأة شابة ، لِمَ لا يؤجر ؟ وهذا صحيح ، فإن أبا ذَرّ روى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، « مُبَاضَعَتُكَ أهلك صدقة . قلت : يارسول الله ، أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال : أرأيت لو وضعه فى غير حقه كان عليه وزر [2] ؟ قال : قلت : بلى ، قال : أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير [3] » . ولأنه وسيـــلة إلى الولد ، وإعفاف نفسه وامرأته ، وغض بصره ، وسكون نفسه ، أو إلى بعض ذلك .

٥٦٤٧ (فصـــــل)

وليس عليه التسوية بين نسائه فى النفقة والكسوة إذا قام بالواجب لكل واحدة منهن . قال أحمد فى الرجل له امرأتان : له أن يفضل إحداهما على الأخرى فى النفقة ، والشهوات ، والسكنى إذا كانت الأخرى

(١) أى أعاده قافلا إلى المدينة .   (٢) فى المخطوطة ٣٩ : ما كان عليه وزر ؟
(٣) أخرجه مسلم عن أبى ذر بمعناه (ف) .

فى كفاية . ويشترى لهذه أرفع من ثوب هذه ، وتكون تلك فى كفاية ، وهذا لأن التسوية فى هذا كله تشق ، فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بحرج ، فسقط وجوبه كالتسوية فى الوطء .

٥٦٤٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وعماد القسم الليل ﴾

لا خلاف فى هذا ، وذلك لأن الليل للسكن والإيواء[1] ، يأوى فيه الإنسان إلى منزله ، ويسكن إلى أهله ، وينام فى فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للمعاش ، والخروج والتكسب والاشتغال . قال الله تعالى : «وجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا »[2] وقال تعالى : «وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا * وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا »[3] وقال : « وَمِنْ رَحْمَتِه جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ »[4] فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ، ويكون فى النهار فى معاشه ، وقضاء حقوق الناس ، وما شاء مما يباح له ، إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحرّاس ، ومن أشبههم ، فإنه يقسم بين نسائه بالنهار ، ويكون الليل فى حقه كالنهار فى حق غيره .

٥٦٤٩ (فصل)

والنهار يدخل فى القسم تبعاً لليل بدليل ما روى أن سودة وهبت يومها لعائشة . متفق عليه . وقالت عائشة : « قُبِض رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيتى ، وفى يومى » . وإنما قبض النبى صلى الله عليه وسلم نهارا ، ويتبع اليوم الليلة الماضية ، ولأن النهار تابع لليل ، ولهذا يكون أول الشهر الليل ، ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذى قبله ، ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه ، فيبدأ بالليل وإن أحب أن يجعل النهار مضافا إلى الليل الذي يتعقبه جاز ، لأن ذلك لا يتفاوت .

٥٦٥٠ (فصل)

فإن خرج من عند بعض نسائه فى زمانها ، فإن كان ذلك فى النهار أو أول الليل ، أو آخره الذى جرت العادة بالانتشار فيه ، والخروج إلى الصلاة جاز ، فإن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ، ولصلاة الفجر قبل طلوعه . وأما النهار فهو للمعاش والانتشار ، وإن خرج فى غير ذلك ولم يلبث أن عاد ، لم يقض لها ، لأنه لافائدة فى قضاء ذلك ، وإن أقام قضاه لها ، سواء كانت إقامته لعذر[5] من شغل أو حبس ، أو لغير عذر لأن حقها قد فات بغيبته عنها ، وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ماغاب عن هذه[6]

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : والأوى (٢) سورة الأنعام آية ٩٦ (٣) سورة النبأ آية ١٠ ، ١١
(٤) سورة القصص آية ٧٣ (٥) فى المخطوطة ٣٩ : لتعذر . ولعله تحريف .

(٦) هكذا فى جميع الأصول المخطوطة التى بين أيدينا . ولعل المراد : إن أراد أن يغيب عن الأخرى كما غاب عن هذه ، حتى لا يقضى لها ، ويكون بذلك قد سوى بينهما فعل .

جاز ، لأن التسوية تحصل بذلك، ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها فى حق كل واحدة منهما ، فبعضها أولى ، ويستحب أن يقضى لها فى مثـــل ذلك الوقت ، لأنه أبلغ فى المماثلة ، والقضاء تعتبر المماثلة فيه كقضاء العبادات والحقوق .

وإن قضاه فى غيره من الليل مثل : أن فاتها فى أول الليل[1] ، فقضاه فى آخره ، أو من آخره فقضاه فى أوله ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز . لأنه قد قضى قدر مافاته من الليل ، والآخر لا يجوز لعـدم المماثلة إذا ثبت هذا ، فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى ، لئـلا يفوت حق الأخرى ، فتحتاج إلى قضاء ، ولـكن إما أن ينفرد بنفسه فى ليلة فيقضى منها ، وإما أن يقسم ليلة بينهن ، ويفضل هذه بقدر مافات من حقها ، وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل مافات من ليلة هذه ، وإما أن يقسم المتروك بينهما ،مثل أن يترك من ليلة إحداهما ساعتين ، فيقضى لها من ليلة الأخرى ساعة واحـدة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة .

٥٦٥١ (فصـــــل)

وأما الدخول على ضرتها فى زمنها ، فإن كان ليلا لم يجز إلا لضرورة ، مثل أن يكون منزولا[2] بها فيريد أن يحضرها ، أو توصى إليه ، أو ما لابد منه ، فإن فعـل ذلك ولم يلبث أن خرج لم يقض ، وإن أقام وبرئت المرأة المريضة ، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها، وإن دخل لحاجة غير ضرورية[3] أثم ، والحـكم فى القضاء كما لو دخل لضرورة ، لأنه لا فائدة فى قضاء اليسير ، وإن دخل عليها فجامعها فى زمن يسير ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قضاؤه ، لأن الوطء لا يستحق فى القسم ، والزمن اليسير لا يقضى .

والثانى : يلزمه أن يقضيه ، وهو أن يدخل على المظلومة فى ليلة المجامعة ، فيجامعها ليعدل بينهما ، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن ، فأشبه الـكثير ، وأما الدخول فى النهار إلى المرأة فى يوم غيرها ، فيجوز للحاجة من دفع النفقة ، أو عيادة ،وسؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته ، أو زيارتها لبعد عهده بها ، ونحو ذلك لما روت عائشة قالت « كان[4] رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل على فى يوم غيرى ، فينال منى كل شىء إلا الجماع » ، وإذا دخل إليها لم يجامعها ، ولم يطل عندها ، لأن السكن يحصل بذلك ، وهى لا تستحقه ، وفى الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان .

(١) فى المخطوطة ٣٩ : أن أفاتها أول الليل . (٢) منزولا بها : مريضة (ف)

(٣) فى المطبوعة ، وإن خرج ، والسياق تقتضى ماأثبتنا

(٤) لفظ فى أبى داود حـ١ ص٤٣٢« كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض فى القسم من مـكثه عندنا وما كان يوم إلا وهو يقف علينا جميعا فيه يقرب من كل امرأة من من غير مسيس حتى يبلغ إلى التى هو يومها فيبيت عندها » (ف)

أحدهما : يجوز لحديث عائشة . والثانى : لا يجوز ، لأنه يحصل لها به السكن فأشبه الجماع . فإن أطال المقام عندها ، قضاه ، وإن جامعها فى الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا ، ومذهب الشافعى على نحو ما ذكرنا ، إلا أنهم قالوا : لا يقضى إذا جامع فى النهار .

ولنا . أنه زمن يقضيه إذا طال المقام ، فيقضيه إذا جامع فيه كالليل .

٥٦٥٢ (فصـــــل)

والأولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن[1] يأتيها فيه ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم هكذا ، ولأنه أصون لهن وأستر ، حتى لا يخرجن من بيوتهن ، وإن اتخذ لنفسه منزلا يستدعى إليه [فيه] كل واحدة منهن فى ليلتها ويومها كان له ذلك ، لأن للرجل نقل زوجته حيث شاء ، ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها ، وإن اختار أن يقصد بعضهن فى منازلهن ويستدعى البعض كان له ذلك ؛ لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء ، وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه ، بأن يستدعى كل واحدة فى ليلتها ، فعليهن طاعته ، إن كان ذلك سكنى مثلهن ، وإن لم يكن لم تلزمهن إجابته ، لأن عليهن فى ذلك ضرراً ، وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ، ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما فى غير الحبس .

٥٦٥٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولو وطىء زوجته ولم يطأ الأخرى فليس بعاص ﴾

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى أنه لا تجب التسوية بين النساء فى الجماع وهو مذهب مالك والشافعى ، وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ، ولا سبيل إلى التسوية بينهن فى ذلك ، فإن قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الأخرى . قال الله تعالى [2] « وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ » قال عبيدة السلمانى: فى الحب والجماع . وإن أمكنت التسوية بينهما فى الجماع ، كان أحسن وأولى ، فإنه أبلغ فى العدل ، وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يقسم بينهن فيعدل ، ثم يقول : « اللهم هـذا قسمى فيما أملك ، فلا تلمنى فيما لا أملك » وروى أنه كان يسوى بينهن حتى فى القبل ، ولا تجب التسوية بينهن فى الاستمتاع بما دون الفرج ، من القبل واللمس ونحوهما ، لأنه إذا لم تجب التسوية فى الجماع ، ففى دواعيه أولى .

٥٦٥٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويقسم لزوجته الأمة ليلة ، وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية ﴾

---

(١) فى المخطوطة ٢١ ٣١٨ سكن .

(٢) سورة النساء آية ١٢٨

وبهذا قال على بن أبى طالب ، وسعيد بن المسيب ، ومسروق ، والشافعى ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثورى ، والأوزاعى ، وأهل الرأى ، وقال مالك فى إحدى الروايتين عنه : يسوى بين الحرة والأمة فى القسم[1] لأنهما سواء فى حقوق النكاح ، من النفقة والسكنى ، وقسم الابتداء كذلك ههنا .

ولنا : ما روى عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : « إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين[2] » رواه الدارقطنى ، واحتج به أحمد ، ولأن الحرة يجب تسليمها ليلا ونهاراً ، فكان حظها أكثر فى الإيواء ، ويخالف النفقة والسكنى فإنه مقدر بالحاجة ، وحاجتها إلى ذلك كحاجة الحرة ، وأما قسم الابتداء ، فإنما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ، ولا يختلفان فى ذلك ، وفى مسألتنا يقسم لها ليتساوى حظهما .

٥٦٥٥ (فصـــل)

والمسلمة والكتابية سواء فى القسم ، فلو كان له امرأتان ، أمة مسلمة وحرة ، كتابية ، قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين . وإن كانتا جميعاً حرتين فليلة وليلة . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء ، كذلك قال سعيد بن المسيب ، والحسن والشعبى ، والنخعى . والزهرى ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية ، فاستوت فيه المسلمة والكتابية ، كالنفقة والسكنى[3] ، ويفارق الأمة[4] ، لأن الأمة لا يتم تسليمها . ولا يحصل لها الإيواء التام بخلاف الكتابية .

٥٦٥٦ (فصـــل)

فإن أعتقت الأمة[5] فى أثناء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلة أخرى ، لتساوى الحرة ، وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويا ، ولم يقض لها مامضى ، لأن الحرية حصلت بعد استيفاء حقها ، وإن عتقت وقد قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك ، لأنهما تساويا فيسوى بينهما .

---

(١) وبذلك قال داود أيضاً . انظر (التحقيق فى مسائل الخلاف) لابن الجوزى ج ٢ ص ٢٧١ مخطوطة رقم ٢٣٩٤٨ ب دار الكتب المصرية .

(٢) ورواه ابن الجوزى عن على رضى الله عنه « إذا تزوج الحرة على الأمة ، للأمة الثلث وللحرة الثلثان » . وروى من حجج المذهب عن سعيد بن المسيب (تنكح الحرة على الأمة ، ولا تنكح الأمة على الحرة ويقسم بينهما الثلث للأمة والثلثان للحرة » انظر التحقيق ٢/٢٧١/ ٢٧٢ .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ . كالنفقة وكالسكن (٤) فى المخطوطة ٣٩ : ويخالف الأمة.

(٥) فى المخطوطه ٣٩ . فإن عتقت الأمة

٥٦٥٧ (فصـــــل)

والحق فى القسم للأمة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ، ولبعض ضرائرها ، كالحرة ، وليس لسيدها الاعتراض عليها، ولا أن يهبه دونها لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها ، فملكت إسقاطه ، وذكر القاضى أن قياس قول أحمد : أنه يستأذن سيد الأمة فى العزل عنها، ألا تجوز هبتها لحقها[1] من القسم إلا بإذنه ولا يصح هذا ، لأن الوطء ، لا يتناوله القسم ، فلم يكن للولى فيه حق ، ولأن المطالبة بالفيئة ، للأمة دون سيدها ، وفسخ النـكاح بالجب والعنة لها دون سيدها ، فلا وجه لإثبات الحق له ههنا .

٥٦٥٨ (فصـــــل)

ولا قسم على الرجـل فى ملك يمينه ، فمن كان له نساء وإماء فله الدخول على الإماء كيف شاء ، والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء ، وإن شاء أقل ، وإن شاء أكثر وإن شاء ساوى بين الإماء ، وإن شاء فضل ، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض ، بدليل قول الله تعالى : « فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ »[2]. وقد كان للنبى صلى الله عليه وسلم مارية القبطية ، وريحانة ، فلم يكن يقسم لهما ، ولأن الأمة لاحق لها فى الاستمتاع ، ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد مجبوبا أو عنينا ، ولا تضرب لها مدة الإيلاء[3] ، لـكن إن احتاجت إلى النـكاح فعليه إعفافها ، إما بوطئها أو تزويجها أو بيعها .

٥٦٥٩ (فصـــــل)

ويقسم بين نسائه ليلة ليلة ، فإن أحب الزيادة على ذلك ، لم يجز إلا برضاهن ، وقال القاضى : له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن ، والأولى مع هذا ليلة وليلة لأنه أقرب لعهدهن به ، وتجوز الثلاث ، لأنها فى حد القلة ، فهى كالليلة ، وهذا مذهب الشافعى .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم إنما قسم ليلة وليلة ، ولأن التسوية واجبة ، وإنما جُوِّزَت البداءة[4] بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند واحدة ليلة تعينت الليلة الثانية حقاً للأخرى فـلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها ولأنه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ، ولأنه إذا كان له أربع نسوة ، فجعل لـكل واحدة ثلاثا ، حصل تأخير الأخيرة فى تسع ليال ، وذلك كثير ، فلم يجز كما لو كان له امرأتان ، فأراد أن يجعل لـكل واحدة تسعا ، ولأن للتأخير آفات ، فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضا المستحق ،

---

(١) هكذا فى الأصول والمغنى : لأنه لا يجوز هبتها لحقها .

(٢) سورة النساء آية ٣

(٣) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ ، مدة للإيلاء

(٤) فى المخطوطة ٣٩ : جوزنا البداية

كتأخير الدّين الحال ، والتحديد بالثلاث . تحكم لا يسمع من غير دليل ، وكونه فى حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق .

٥٦٦٠ (فصـــل)

فإن قسم لإحداها ثم طلق الأخرى قبل قسمها أثم ، لأنه فوّت حقها الواجب لها ، فإن عادت إليه برجعة أو نكاح قضى لها ، لأنه قدر على إيفاء حقها ، فلزمه كالمعسر إذا أيسر بالدين ، فإن قسم لإحداها ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه ، ومنعته من الاستمتاع بها ، أو قالت : لا تدخل على ، أولا تبت عندى أو ادعت الطلاق ، سقط حقها من القسم . فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهماولم يقض للناشز لأنها أسقطت حق نفسها،وإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة ، لزمه أن يقيم عندالرابعة عشراً ، لتساويهن ، فإن نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها ، وأقام عند الاثنتين ثلاثين ليلة ، ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للمظلومة ، فإنه يقسم لها ثلاثا ، وللناشز ليلة خمسة أدوار ، فيكمل المظلومة خمس عشرة ليلة ، ويحصل للناشز خمس ، ثم يستأنف القسم بين الجميع فإن كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضى للمظلومة فإنه يخص الجديدة بسبع إن كانت بكراً ، وثلاث إن كانت ثيبا لحق العقد ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوارعلى ماقدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثاً وواحدة للجديدة

٥٦٦١ (فصــــــل)

فإن كان امرأتان فى بلدين فعليه العدل بينهما لأنه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما عنـــه بذلك فإما أن يمضى إلى الغائبة فى أيامها وإما أن يقدمها إليه ويجمع بينهما فى بلد واحد فإن امتنعت من القدوم مع الإمكان سقط حقها لنشوزها ، وإن أحب القسم بينهما فى بلديهما ولم يمكن أن يقسم ليلة وليلة ، فيجعل المدة بحسب ما يمكن ، كشهر وشهر ، أو أكثر أو أقل ، على حسب ما يمكنه ، وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما .

٥٦٦٢ (فصـــــل)

ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهن جميعاً ، ولا يجوزإلا برضى الزوج لأنه حقه فى الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه[1] فإذا رضيت هى والزوج جاز لأن الحق فى ذلك لهما لايخرج عنهما فإن أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لأن حق الزوج فى الاستمتاع بها ثابت فى كل وقت إنما منعته المزاحمة بحق صاحبتها. فإذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه فى الاستمتاع بها ، وإن كرهت كما

(١) فى المخطوطة ٣٩ : إلا برضاها .

لو كانت منفردة . وقد ثبت « أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة » متفق عليه ، ويجوز ذلك فى جميع الزمان وفى بعضه فإن سودة وهبت يومها فى جميع زمانها ، وروى ابن ماجه عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية بنت حيي فى شىء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضى عنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومى؟ [١] فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته [٢] ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبى صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إليك [٣] ياعائشة إنه ليس يومك » قالت : ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء. فأخبرته بالأمر فرضى عنها » فإذا ثبت هذا فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة ، وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لأنه لا ضرر على الباقيات فى ذلك إن شاء جعله للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن ، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض وإن وهبتها لواحدة (منهن) [٤] كفعل سودة جاز ، ثم إن كانت تلك الليلة تلى ليلة الموهوبة والى بينهما ، وإن كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضاء الباقيات ، ويجعلها لها فى الوقت الذى كان للواهبة لأن الموهوبة قامت مقام الواهبة فى ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة ، ولأن فى ذلك تأخير حق غيرها وتغييراً لليلتها بغير رضاها فلم يجز . وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها . وفيه وجه آخر أنه يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة فى التفريق . والأول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها . ومتى رجعت الواهبة فى ليلتها فلها ذلك فى المستقبل لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى لأنه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت فى بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل إليها. فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئاً لأن التفريط منها .

٥٦٦٣ (فصـــل)

فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح لأن حقها فى كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فإذا أخذت عليه مالا لزمها رده عليه وعليه أن يقضى لها لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها ، وإن كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز ، فإن عائشة أرضت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره .

---

(١) فى سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٠٨ زيادة « قالت : نعم » (ف)

(٢) فى ابن ماجه « فرشته بالماء » (ف) .

(٣) فى ابن ماجه « إليك عنى » أى تنحى عنى وابعدى (ف) .

(٤) ساقطة من المخطوطة : ٣٩

٥٦٦٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا سافرت زوجته بإذنه فلا نفقة لها ولا قسم وإن كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك ﴾

وجملة الأمر أنها إذا سافرت في حاجتها بإذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم . هكذا ذكر الخرقي والقاضي ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجهان ، وللشافعي فيه قولان . أحدهما : لا يسقط حقها لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه .

ولنا : أن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط القسم وجهاً واحداً لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون في النفقة الوجهان . وفي هذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه، فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى، وهذا لا خلاف فيه نعلمه . فأما إن أشخصها وهو أن يبعثها لحاجته[1] أو يأمرها بالنقلة من بلدها ، لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم ، لأنها لم تفوت عليه التمكين ، ولا فات من جهتها ، وإنما حصل بتفويته ، فلم يسقط حقها ، كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه ، فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها . وإن سافرت معه فهي على حقها منهما جميعاً .

٥٦٦٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا أراد سفراً فلا يخرج معه منهن إلا بقرعة فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن ﴾

وجملته أن الزوج إذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن[2] لم يحتج إلى قرعة لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها إلا بقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن مالك أن ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة روت « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه » متفق عليه . ولأن في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا إليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في القسم .

وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواه البخاري ، ومتى سافر بأكثر من واحدة

---

(١) في المخطوطة ٣٩ : يبعثها لحاجة . (٢) في المخطوطة ٣٩ : أو تركه كلهن .

سوى بينهن كما يسوى بينهن فى الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه ، وهذا معنى قول الخرقى فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم وحكى عن داود أنه يقضى لقول الله تعالى : « فلاَ تَميلُوا كلَّ المَيْل » .[1]

ولنا : أن عائشة لم تذكر قضاء فى حديثها ، ولأن هذه التى سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل فى الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن إن سافر بإحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقى بعد سفره . وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة ومالك : لا يقضى . لأن قسم الحضر ليس بمثل لقسم السفر فيتعذر القضاء .

ولنا أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزم القضاء كما لو كان حاضراً .

إذا ثبت هذا : فينبغى ألا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضى منها ما أقام معها[2] بمبيت ونحوه فأما زمان السير[3] فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة فى مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل .

٥٦٦٦ (فصل)

إذا خرجت القرعة لإحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لأن القرعة لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم وإن أراد السفر بغيرها لم يجز ، لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى غيرها . وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضى الزوج ، لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو وهبت ليلتها فى الحضر ، ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا فى هبة الليلة فى الحضر ، وإن وهبته للزوج أو للجميع جاز ، وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضى الزوج ، وإن أبى فله إكراهها على السفر معه لما ذكرنا ، وإن رضى بذلك استأنف القرعة بين البواقى ، وإن رضى الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز ، لأن الحق لهن ، إلا ألا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار إلى القرعة ولا فرق فى جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى . وذكر القاضى احتمالا ثانيا أنه يقضى للبواقى فى السفر القصير . لأنه فى حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعى .

ولنا : أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ، ولو كان فى حكم الإقامة لم تجز المسافرة بإحداهن

(١) سورة النساء آيه ١٢٩ . (٢) فى المطبوعة : وإنما يقضى منهاما أقام منها .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : فأما زمان السفر .

دون الأخرى ، كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون الأخرى ، ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر ، نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضى إلى مصر ، فله استصحابها معه ، لأنه سفر واحد قد أقرع له ، وإن أقام فى بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها لأنه فى حكم السفر تجرى عليه أحكامه . وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لأنه خرج عن حكم السفر وإن أزمع على المقام قضى ما أقامه وإن قل، لأنه خرج عن حكم السفر ، ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلدته أو بلدة أخرى فله المسافرة لأنه فى حكم السفر الواحد وقد أقرع له .

٥٦٦٧ (فصـــل)

وإذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن فى سفره فعل ولم يكن له إفراد إحداهن به . لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن . فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر . فإن لم يمكنه صحبة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعاً مع غيره ممن هو محرم[1] لهن جاز ، ولا يقضى لأحد ولا يحتاج إلى قرعة ، لأنه سوى بينهن ، وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة ، فإذا وصل إلى البلد الذى انتقل إليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه فى البلد خاصه لأنه صار مقيماً وانقطع حكم السفر عنه .

٥٦٦٨ (فصـــل)

إذا كانت امرأته فتزوج أخرى، وأراد السفر بهما جميعاً.قسم للجديدة سبعاً إن كانت بكراً ، وثلاثاً إن كانت ثيباً ، ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة . وإن أراد السفر بإحداهما أقرع بينهما ، فإن خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه ، ودخـــل حق العقد فى قسم السفر ، لأنه نوع قسم . وإن وقعت القرعة للأخرى سافر بها . فإن حضر[2] قضى للجديدة حق العقد ، لأنه سافر بعـــد وجوبه عليه . وإن تزوج اثنتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتى تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد فى قسم السفر ، فإذا قدم قضى للثانية حق العقد فى أحد الوجهين ، لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بأخرى معه . والثانى : لا يقضيه ، لئلا يكون تفضيلا لها على التى سافر بها ، لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل فى الحضر فيكون ميلا فيتعذر قضاؤه ، فإن قدم من سفره قبل مضى مدة ينقضى فيها حق عقد الأولى أتمه فى الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان .

ويحتمل فى المسألة الأولى وجهاً ثالثاً ، وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكل واحدة منهما ، ولا يحتسب

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : مع من هو محرم . (٢) فى المخطوط ٣٩ : فإذا حضر .

على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد ، وهـذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط .

٥٦٦٩ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعاً ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار ولا يحتسب عليها أيضاً بما أقام عندها ﴾

متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعاً إن كانت بكراً ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن تشاء هى أن يقيم عندها سبعاً فإنه يقيمها عندها ويقضى الجميع للباقيات . روى ذلك عن أنس ، وبه قال الشعبى ، والنخعى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وابن المنذر . وروى عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وخلاس بن عمرو ، ونافع مولى ابن عمر : للبكر ثلاث ، وللثيب ليلتان . ونحوه قال الأوزاعى ،وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأى[١] : لا فضل للجديدة فى القسم ، فإن أقام عندها شيئاً قضاه للباقيات ، لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعاً .

ولنا : ما روى أبو قلابة عن أنس قال : « من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً ، [وقسم] وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم » ، قال أبو قلابة : لو شئت لقلت إن أنساً رفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم متفق عليه[٢] ، وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال « ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت لك ، وإن سبعت لك سبعت لنسائى » رواه مسلم ، وفى لفظ « وإن شئت ثلثت ثم درت ».وفى لفظ «وإن شئت زدتك[٣] ثم حاسبتك به للبكر سبع وللثيب ثلاث » وفى لفظ رواه الدارقطنى « إن شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة لك ، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائى » وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه ، قال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة فى هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة[٤] .

٥٦٧٠ (فصــــــل)

والأمة والحرة فى هذا سواء ، ولأصحاب الشافعى فى هذا ثلاثة أوجه أحدها : كقولنا . والثانى : الأمة على النصف من الحرة كسائر القسم . والثالث : للبكر من الإماء أربع وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة .

---

(١) وبه قال داود أيضاً . انظر (التحقيق لابن الجوزى ٢/٢٧٢ مخطوطة) (٢) أخرجه الستة عن أنس .
(٣) فى المخطوطة ٣٩ : وإن شئت زادت (٤) فى المطبوعة : بالسنة

ولنا : عموم قوله عليه السلام « للبكر سبع وللثيب ثلاث» ولأنه يراد للأنس وإزالة الاحتشام والأمة والحرة سواء فى الحاجة إليه فاستويا فيه كالنفقة .

٥٦٧١ (فصـــــل)

يكره أن يزف إليه امرأتان فى ليلة واحدة ، أو فى مدة حق عقد إحداهما، لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما ، وتستضر التى لا يوفيها حقها وتستوحش ، فإن فعل فأدخلت إحداهما قبل الأخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم . وإن زفت الثانية فى أثناء مدة حق العقد أتمه للأولى،ثم قضى حق الثانية . وإن أدخلتا عليه جميعاً فى مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما، ثم وفى الأخرى بعدها .

٥٦٧٢ (فصـــل)

وإذا كانت عنده امرأتان فبات عند إحداهما ليلة ، ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لأن حقها آكد، لأنه ثبت بالعقد ، وحق الثانية ثبت بفعله. فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم يبيت عند الجديدة ثم يبتدىء القسم . وذكر القاضى[1]: أنه إذا وفى الثانية ليلتها بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدىء القسم . لأن الليلة التى يوفيها للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى ، فيثبت للجديدة فى مقابلة ذلك نصف ليلة بإزاء ما حصل لكل واحدة من ضرتيها ، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه فى نصف ليلة وفيه حرج ، فإنه ربما لا يجد مكاناً ينفرد فيه ، أو لا يقدر على الخروج إليه فى نصف الليلة أو المجىء منه ، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها[2] بدون هذا الحرج فيكون أولى إن شاء الله .

٥٦٧٣ (فصـــــل)

وحكم السبعة والثلاثة[3] التى يقيمها عند المزفوفة حكم سائر فى أن عماده الليل ، وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء حقوق الناس ، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلا لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج لصلاة الجماعة . فإن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه . فإن أطال قضاه ، وإن كان يسيراً فلا قضاء عليه .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : وقال القاضى

(٢) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ وفاء لحقها

(٣) فى المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : وحكم السبعة والليلة

٥٦٧٤ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإذا ظهر منها ما يخاف منه نشوزها وعظها ، فإن أظهرت نشوزاً هجرها فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يـكون مبرحا ﴾

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع ، فـكأنها ارتفعت وتعالت عما أوجب الله عليها من طاعته ، فمتى ظهرت منها أمارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها ، ولا تصير إليه إلا بتـكره ودمدمة . فإنه يعظها فيخوفها الله[1] سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة ، وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والـكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها لقول الله تعالى «واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن »[2] (واهجروهن فى المضاجع واضربوهن)[3] فإن أظهرت النشوز، وهى أن تعصيه وتمتنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها فى المضجع لقول الله تعالى «واهجروهن فى المضاجع » قال ابن عباس : لا تضاجعها فى فراشك . فأما الهجران فى الـكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وظاهر كلام الخرقى أنه ليس له ضربها فى النشوز فى أول مرة . وقد روى عن أحمد : إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح . فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى « واضربوهن » ولأنها صرحت بالمنع فـكان له ضربها كما لو أصرت ولأن عقوبات المعاصى لا تختلف بالتـكرار وعدمه كالحدود ، ووجه قول الخرقى المقصود زجرها عن المعصية فى المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل كمن هجم عليه فى منزله فأراد إخراجه. وأما قوله (واللاتى تخافون نشوزهن) « الآية ففيها إضمار تقديره : واللاتى تخافون نشوزهن[4] » فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن فى المضاجع فإن أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض)[5]، والذى يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف فى أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره ، وللشافعى قولان كهذين فإن لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى (واضربوهن) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إن لـكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تـكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح » رواه مسلم معنى غير مبرح أى ليس بالشديد . قال الخلال سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضربا غير مبرح قال غير شديد ، وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخوفة لأن المقصود

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ويخوفها الله . (٢) سورة النساء آية ٣٤
(٤) سورة النساء ٣٤ (٥) ما بين الحاصرين ساقط من المخطوطة ٣٩ .

التأديب لا الإتلاف ، وقد روى أبو داود عن حكيم بن معاوية القشيرى عن أبيه قال : قلت يارسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال « أن يطعمها[١] إذا طعمت ، ويكسوها إذا اكتست ولا يقبح ولا يهجر إلا فى البيت » وروى عبد الله بن زمعة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها فى آخر اليوم ولا يزيد فى ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجلد أحد[٢] فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله » متفق عليه .

٥٦٧٥ (فصـــل)

وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه قال على [ترك] فرائض الله ، وقال فى الرجل له امرأة لا تصلى يضربها ضرباً رقيقاً غير مبرح ، وقال على رضى الله فى تفسير قوله تعالى « قوا أنفسكم وأهليكم ناراً » قال علموهم أدبوهم ، وروى أبو محمد الخلال بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله عبداً علق فى بيته سوطا يؤدب أهله » فإن لم تصل فقد قال أحمد : أخشى أن لا يحل لرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من جنابة ولا تتعلم القرآن قال أحمد فى الرجل يضرب امرأته لا ينبغى لأحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربتها ، والأصل فى هذا ماروى لأشعث عن عمر أنه قال « ياأشعث احفظ عنى شيئاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسألن رجلا فيم ضرب امرأته[٣] » رواه أبو داود ، ولأنه قد يضربها لأجل الفراش ، فان أخبر بذلك استحيا ، وإن أخبر بغيره كذب .

٥٦٧٦ (فصـــل)

وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها إما لمرض بها أو كبر أو دمامة[٤] فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك لقول الله تعالى « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً » روى البخارى عن عائشة (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا)[٥] قالت هى المرأة تكون عند الرجل لايستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له أمسكنى ولا تطلقنى ثم تزوج غيرى فأنت فى حل من النفقة على والقسمة لى

وعن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت: يارسول الله يومى لعائشة فقبل ذلك رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم منها ، قالت فى ذلك أنزل الله جل

---

(١) فى سنن أبى داود ج ١ ص٩٤٤ « أن نطعمها إذا طعمت ونكسوها إذا اكتست .. ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا فى البيت »(ف) (٢) فى المخطوطة ٣٩ : لايجلد أحدكم (٤) فى المخطوطة ٣٩: ١٨ أوزمانه .
(٣) ذكره بالمعنى ونصه فى صحيح البخارى ج ٦ ص ٦٢ (ف)
(٥) فى المخطوطة ٣٩ : يصالحا : وهى قراءة ورش وقالون عن نافع .

ثناؤه وفى أشباهها أراه قال (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً) رواه أبو داود ، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فإن رجعت فلها ذلك ، قال أحمد فى الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها إن رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فإن شاءت رجعت .

٥٦٧٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة وخشى عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكماً من أهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إذا رأيا[1] ويفرقا فما فعلا من ذلك لزمهما ﴾

وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فإن بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضى حكمه ، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدى عليها . وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد أو ادعى (كل واحد منهما)[2] أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف ، فإن لم يتهيأ ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها فنظرا بينهما، وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما » .

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى الحكمين ففى إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لها إلا بإذنهما ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولى الشافعى ، وحكى ذلك عن الحسن ، وأبى حنيفة ، لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما والثانية : أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما . وروى نحو ذلك عن على ، وابن عباس ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن ، والشعبى ، والنخعى ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وابن المنذر لقول الله تعالى[3] « فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا » فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال (إن يريدا إصلاحا) فخاطب الحكمين بذلك .

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلمانى أن رجلا وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فئام[4] من الناس ، فقال على رضى الله عنه : ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فبعثوا حكمين، ثم قال على للحكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق . إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما

---

(١) فى المخطوطة ٣٩، ١٨ إن رأيا
(٢) ما بين الحاصرين ساقط من المخطوطة ٣٩ ، ١٨
(٣) سورة النساء : آية ٣٥
(٤) فئام : جماعة من الناس .

فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله عَلَيّ وَلِي فقال الرجل : أما الفرقة ، فقال علي: كذبت حتى ترضى بما رضيت به . وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك ، ويروى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما ، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان ، فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس ، وحكما من أهلها معاوية ، فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما ، وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا :

ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق ، كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ، ويطلق الحاكم على المولي اذا امتنع .

إذا ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين ، بالغين ، عدلين ، مسلمين ، لأن هذه من شروط العدالة ، سواء قلنا . هما حاكمان أو وكيلان ، لأن الوكيل إذا كان متعلقاً بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس. ويكونان ذكرين لأنه مفتقر إلى الرأى والنظر. قال القاضي: ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة . والأولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية، لأن توكيل العبد جائز وإن كانا حكمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال . فإن كانا من غير أهلها جاز لأن القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً: فإن قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله[1] فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها[2] في الخلع والصلح على ما يراه فإن امتنعا من التوكيل لم يجبر وإن قلنا إنهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه .

٥٦٦٧ (فصل)

فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث حكمين جاز للحكمين إمضاء رأيهما إن قلنا إنهما وكيلان لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة وإن قلنا إنهما حاكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم، لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه ، والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وإن كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته. وإن جن أحدهما بطل حكم وكيله لأن الوكالة تبطل

(١) في ٣٩ : أو وكيله . (٢) في ٣٩ . أو وكيلها .

بجنون الموكل وإن كان حاكما لم يجز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون .

٥٦٦٨ (فصـــل)

فإن شرط الحكمان شرطاً أو شرطه الزوجان لم يلزم . مثل أن يشترط ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لأنه إذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى. وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا فى الخلع ـ وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم تبرأ الزوجة لأنهما وكيلان فيما يتعلق بالإصلاح لا فى إسقاط الحقوق .

كتاب الخلع(1)

٥٦٦٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدى نفسها منه ﴾

وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدى حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدى به نفسها منه لقول الله تعالى: « فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ يُقِيما حُدودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِما فِيما افْتَدَتْ بِهِ(2) » . وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل(3) عند بابه في الغلس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ماشأنك » ؟ قالت : لا أنا ولا ثابت لزوجها . فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر » وقالت حبيبة : يا رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطانى عندى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس : « خذ منها » فأخذ منها ، وجلست فى أهلها . وهذا حديث صحيح ثابت الإسناد رواه الأئمة مالك وأحمد ، وغيرهما. وفى رواية البخارى قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله ، ما أنقم على ثابت فى دين

---

(1) العنوان ساقط من المخطوطات التى بين أيدينا .

(2) سورة البقرة آية ٢٢٩

(3) حديث المختلعة (زوجة ثابت) رواه ابن عباس وأخرجه البخارى ج٧ ص٦٠ . ٦١ والنسائى ج ٦ ص١٦٩ وابن ماجه ج١ ص٦٣٣ ، وروته عمرة بنت عبد الرحمن عن حبيبه بنت سهل ، وعن عائشة كما فى أبى داود ج ١ ص ٦ ٥١ وروته الربيع بنت معوذ كما فى النسائى ص١٨٦ وابن ماجه ص ٦٣٤ ورواه عبد الله بن عمرو بن العاص كما فى ابن ماجه ، ورواه سهل بن أبى حثمة كما فى مسند أحمد ج ٤ ص٣ ورواه أنس كما فى البزار ، انظر مجمع الزوائد ج٥ ص٥ ورواه ابو الزبير مرسلا كما فى الدارقطنى ص٣٩٧ وقد اختلف فى اسمها على أقوال (ا) جميلة أخت عبد الله بن أبى كما فى البخارى ورواية لدى ابن ماجه والنسائى (ب) حبيبة بنت سهل عند أبى داود وأحمد ومالك ورواية أخرى لدى النسائى وابن ماجه (ج) مريم المغالية كما فى رواية لدى النسائى وابن ماجه (د) زينب بنت عبد الله بن أبى بن سلول كما فى الدارقطنى ويرى الحافظ تعدد القصة وسبب اختلاعها قيل دمامته ففى رواية ابن ماجه « وكان رجلا دميا فقالت يارسول الله والله لولا مخافة الله إذا دخل على لبصقت فى وجهه » وعند عبد الرزاق « قالت : يارسول الله بى من الجمال ما ترى وثابت رجل دميم » وفى رواية معتمر بن سليمان . . (إنى رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل فى عدة فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها) فتح البارى ج٩ ص٣٢٩ وقيل : سببه أنه ضربها فكسر بعضها كما فى رواية أبى داود أو كسر يدها كما فى رواية النسائى (ف) .

ولا خُلَق ، إلا أنى أخاف الكفر . فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم : « أتردين عليه حديقته ؟ » فقالت : نعم : فردتها عليه ، وأمره ففارقها . وفى رواية فقال له : « إقبل الحديقة وطلقها تطليقة » . وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام .

قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزنى فإنه لم يُجِزْه ، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه « وإنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ »(١) الآية وروى عن ابن سيرين وأبى قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى : « ولا تعضلوهنّ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهُن إلا أن يأتِينَ بفاحشةٍ مبينة »(٢) .

ولنا : الآية التى تلوناها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلى وغيرهم من الصحابة ولم نعرف لهم فى عصرهم مخالفا فيكون إجماعا ، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شىء من ذلك .

إذا ثبت هذا فإن هذا يسمى خلعاً لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى : « هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ »(٣) ويسمى افتداء لأنها تفتدى نفسها بمال تبذله قال الله تعالى : « فلاَ جُنَاحَ عليهمَا فيماَ افْتَدَتْ به »(٤)

٥٦٧٠ (فصــــل)

ولا يفتقر الخلع إلى حاكم(١) . نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان ، وروى البخارى ذلك عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وبه قال شريح والزهرى . ومالك والشافعى وإسحاق وأهل الرأى وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان .

ولنا : قول عمر وعثمان ولأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ، ولأنه قطع عقد بالتراضى أشبه الإقالة .

٥٦٧١ (فصــــل)

ولا بأس بالخلع فى الحيض والطهر الذى أصابها فيه . لأن المنع من الطلاق فى الحيض من أجل الضرر الذى يلحقها بطول العدة ، والخلع لإزالة الضرر الذى يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه ، وذلك أعظم من ضرر طول العدة ، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ، ولذلك لم يسأل النبى صلى الله عليه وسلم

(١) سورة النساء آية ٢٠ . (٢) سورة النساء آية ١٩ .
(٣) سورة البقرة آية ١٨٧ (٤) سورة البقرة آية ٢٢٩
(٥) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ . إلى الحاكم

المختلعة عن حالها ، ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ، ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .

٥٦٧٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها ﴾

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق ، وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عثمان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وعكرمة ، ومجاهد ، وقبيصة بن ذؤيب ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ويروى عن ابن عباس ، وابن عمر : أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزاً ، وقال عطاء ، وطاوس ، والزهري ، وعمرو بن شعيب : لا يأخذ أكثر مما أعطاها ، وروى ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر قال : فإن فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها ، ولكن ليدع لها شيئاً . واحتجوا بما روى أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ، ولكن أكره الكفر في الإسلام ، لا أطيقه بغضاً ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم « أتردين عليه حديقته ؟ » قالت : نعم ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد . رواه ابن ماجه . ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الإقالة .

ولنا قول الله تعالى : « فلا جُناحَ عليهما فيما افْتَدتْ به » ولأنه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ : اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي ، فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه . ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعا ولم يصح عن علي خلافه — فإذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها — وبذلك قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشعبي ، والحكم ، وحماد ، وإسحاق ، وأبو عبيد . فإن فعل جاز مع الكراهة ، ولم يكرهه أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق .

ولنا : حديث جميلة . وروى عن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها . رواه أبو حفص بإسناده[1] وهو صريح في الحكم ، فنجمع بين الآية والخبر فنقول : الآية دالة على الجواز ، والنهي عن الزيادة للكراهة ، والله أعلم .

---

(١) رواه الدارقطني عن أبي بكر الشافعي عن بسر بن موسى عن الحميدي عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها » انظر (التحقيق لابن الجوزي) ٢/ ٢٧٤ص

٥٦٧٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعته لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع ﴾

فى بعض النسخ بغيرما ذكرنا بالباء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك فى المسألة التى قبل هذه ، والظاهر أنه أراد إذا خالعته لغير بغض وخشية من ألا تقيم حدود الله ، لأنه لو أراد الأول لقال : كره له[1] ، فلما قال : كره لها ، دل على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة ، والأخلاق ملتئمة ، فإنه يكره لها ذلك ، فإن فعلت صح الخلع فى قول أكثر أهل العلم ، منهم : أبو حنيفة ، والثورى ، ومالك ، والأوزاعى والشافعى . ويحتمل كلام أحمد تحريمه ، فإنه قال : الخلع مثل حديث سهلة ، تكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا [هو] الخلع ، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلا فى هذه الحال[2] ، وهذا قول ابن المنذر ، وداود . وقال ابن المنذر ، وروى معنى ذلك عن ابن عباس ، وكثير من أهل العلم. وذلك لأن الله تعالى قال : « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألاّ يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فدل بمفهومه على أن الجناح لاحقٌ بهما إذا افتدت من غير خوف ، ثم غلظ بالوعيد فقال : « تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هم الظَّالِمُونَ[3] » . وروى ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود . وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المختلعات والمنتزعات هن المنافقات[4] » . رواه أبو حفص ، ورواه أحمد فى المسند ، وذكره محتجا به ، وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة ، ولأنه إضرار بها وبزوجها ، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة ، فحرم لقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

واحتج من أجازه بقول الله سبحانه : « فإن طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً[5] » .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٢٠ يكره لها . (٢) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ إلا فى هذه الحالة .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٤) أخرجه الترمذى، عن ثوبان وقال:هذا حديث غريب وليس إسناده بالقوى ج ٥ ص ١٦٣ ،(ف)وأخرجه النسائى عن أبى هريرة وقال : قال الحسن لم أسمعه من غير أبى هريرة ، وقال أبو عبد الرحمن : الحسن لم يسمع من أبى هريرة شيئا ، ج ٦ص ١٦٨ بشرحه ، وأخرجه الطبرانى عن عقبة بن عامر كما فى مجمع الزوائد ج ٦ ص ٥ وفيه قيس بن الربيع وثقة الثورى وشعبة وفيه ضعف وبقية رجاله رجال الصحيح .

(٥) سورة النساء آية ٤ .

قال ابن المنذر : لا يلزم من الجواز فى غير عقد الجواز فى المعاوضة ، بدليل الربا حرمه الله فى العقد ، وأباحه فى الهبة . والحجة مع من حرمه ، وخصوص الآية فى التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز ، مع ما عضدها من الأخبار والله أعلم .

٥٦٧٤ (فصــــل)

فأما إن عَضَل زوجته وضارَّها بالضرب والتضييق عليها ، أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدى نفسها منه[1] ففعلت ، فالخلع باطل ، والعوض مردود ، روى ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ، ومجاهد ، والشعبى ، والنخعى ، والقاسم بن محمد ، وعروة ، وعمرو بن شعيب ، وحميد بن عبد الرحمن ، والزهرى . وبه قال مالك ، والثورى ، وقتادة ، والشافعى ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : العقد صحيح ، والعوض لازم ، وهو آثم عاص .

ولنا قول لله تعالى « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله[2] » وقال الله تعالى: « لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ[3] » ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن فى البيع والأجر فى الإجارة ، وإذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق ، وقع الطلاق بغير عوض ، فإن كان أقل من ثلاث فله رجعتها[4] ، لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض ، فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة ، وإن قلنا هو فسخ ، ولم ينو به الطلاق لم يقع [به] شىء ، لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين ، وعلى الرواية الأخرى إنما رضى بالفسخ ههنا بالعوض ، فإذا لم يحصل له العوض لا يحصل المعوض . وقال مالك : إن أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده إليها ، ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض .

٥٦٧٥ (فصــــل)

فأما إن ضربها على نشوزها ومنعها حقها لم يحرم خلعها لذلك ، لأن ذلك لا يمنعهما ألا يخافا ألا يقيما حدود الله ، وفى بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فدعى النبى صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال : « خذ بعض مالها وفارقها ففعل » . رواه أبو داود ، وهكذا لو ضربها ظلماً لسوء خلقه أو غيره ، لا يريد بذلك أن تفتدى نفسها ، لم يحرم عليه مخالعتها ، لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ولكن عليه إثم الظلم .

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ : لتفتدى منه نفسها .
(٢) سورة البقرة ٢٢٩ . (٣) النساء آية ١٩ . (٤) فى المخطوطة ٣٩ . فله مراجعتها .
(٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠ .

٥٦٧٦ (فصـــــل)

فإن أتت بفاحشة فعضلها لتفتدى نفسها منــه ، ففعلت ، صح الخلع ، لقول الله تعالى (ولاتعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهى إباحة ، ولأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره ، وتفسد فراشه ، فلاتقيم حدود الله فى حقه ، فتدخل فى قول الله تعالى : « فإن خفتم أن لايقيما حدود الله فلاجناح عليهما فيما افتدت به وهذا أحد قولى الشافعى ، والقول الآخر: لايصح ، لأنه عوض أكرهت عليه ، أشبه مالو لم تزن ، والنص أولى .

٥٦٧٧ (فـــــصل)

إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض ، فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق ، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر[1] ، وإن كانت قبضته كله ردت نصفه ، وإن كانت مفوضة فلها المتعة ، وهـذا قول عطاء ، والزهرى، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : ذلك براءة لـكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر وأما الديون التى ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان . ولاتسقط النفقة فى المستقبل لأنها ماوجبت بعد .

ولنا أن المهر حق لايسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلايسقط بلفظ الخلع والمبارأة كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا ، ولأن نصف المهر الذى يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمباراة كنفقة العدة ، والنصف لها لايبرأ منه بقولها بارأتك لأن ذلك يقتضى براءتها من حقوقه لابراءته من حقوقها .

٥٦٧٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ والخلع فسخ فى إحدى الروايتين ، والأخرى أنه تطليقة بائنة ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى الخلع ، فى إحدى الروايتين : أنه فسخ ، وهذا اختيار أبى بكر ، وقول ابن عباس ، وطاوس ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبى ثور . وأحد قولى الشافعى .

والرواية الثانية : أنه طلقة بائنة ، روى ذلك عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، وقبيصة ، وشريح ، ومجاهد ، وأبى سـلمة بن عبد الرحمن ، والنخعى ، والشعبى ، والزهرى ، ومكحول ، وابن أبى نجيح ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وقد روى عن عثمان ، وعلى ، وابن مسعود ، لـكن ضعّف أحمد الحديث عنهم وقال : ليس فى الباب شىء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى : « الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ[2] » ثم قال (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ثم قال : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ »[3] فذكر تطليقتين ، والخلع ، وتطليقة بعدها، فلو

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ . نصف مهرها . (٢) البقرة . ٢٢٩ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً ، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فكانت فسخاً كسائر الفسوخ .

ووجه الثانية : أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً ، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها ، فكان طلاقاً كغير الخلع .

وفائدة الروايتين : أنا إذا قلنا هو طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة ، فينقص بها عدد طلاقه ، وإن خالعها ثلاثاً طلقت ثلاثاً فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، وإن قلنا : هو فسخ لم تحرم عليه ، وإن خالعها مائة مرة ، وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينوه ، فأما إن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق ، أو لفظ الخلع والمفاداة ، ونحوهما ، ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً ، لأنه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقاً ، كما لو كان بغير عوض ، فإن لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان والله أعلم .

٥٦٧٩ (فصـــــل)

وألفاظ الخلع تنقسم إلى : صريح ، وكناية . فالصريح ثلاثة ألفاظ : خالعتك ، لأنه ثبت له العرف . والمفاداة ، لأنه ورد به القرآن . بقوله سبحانه « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وفسخت نكاحك ، لأنه حقيقة فيه . فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل: بارأتك ، وأبرأتك ، وأبنتك ، فهو كناية ، لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق ، وهذا قول الشافعي ، إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين ، فإذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفه إليه فأغنى عن النية فيه ، وإن لم يكن دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية ، سواء قلنا هو فسخ أو طلاق ، ولا يقع بالكناية إلا بنية ممن تلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه والله أعلم .

٥٦٨٠ (فصـــــل)

ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال[1] وقبوله من غير لفظ الزوج قال القاضي : هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أومأ إليه أحمد ، وذهب أبو حفص العكبري ، وابن شهاب ، إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض ، وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبرا ، واعترض عليه أبو الحسن بن هرمز ، واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب : المختلعة على وجهين : مستبرئة ، ومفتدية ، فالمفتدية هي التي تقول

(١) في المخطوطة ١٨ . ببذل المال .

لا أنا ولا أنت ، ولا أبر لك قسما ، وأنا أفتدى نفسى منك ، فإذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح ، لأن إسحاق بن منصور روى[1] قال : قلت لأحمد كيف الخلع ؟ قال : إذا أخذ المال فهى فرقة ، وقال إبراهيم النخعى : أخذ المال تطليقة بائنة ، ونحو ذلك عن الحسن ، وعن على رضى الله عنه مَنْ قَبِلَ مالاً على فِراقٍ فهى تطليقه بائنة لا رجعة له فيها . واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم لجميلة «أتردين عليه حديقته؟» قالت : نعم، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : « خذ ما أعطيتها ولا تزدد ، ولم يستدع منه لفظا » ولأن دلالة الحال تغنى عن اللفظ بدليل مالو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الأجرة وإن لم يشترطا عوضاً .

ولنا أن هذا أحد نوعى الخلع فلم يصح بدون اللفظ[2] كما لو سألته أن يطلقها بعوض ، ولأنه تصرف فى البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ، ولأن أخذ المال قبض لعوض فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين فى البيع ، ولأن الخلع إن كان طلاقا فلا يقع بدون صريحه أو كنايته وإن كان فسخاً فهو أحد طرفى عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد . وأما حديث جميلة فقد رواه البخارى « إقبل الحديقة ، وطلقها تطليقة » . وهذا صريح فى اعتبار اللفظ ، وفى رواية فأمره ففارقها ومن لم يذكر الفرقة فإنما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فإن القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ويدل على ذلك أنه قال ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وقال « خذ ما أعطيتها » فجعل التفريق قبل العوض ، ونسب التفريق إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، ومعلوم أن النبى صلى الله عليه وسلم لا يباشر التفريق ، فدل على أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به ، ولعل الراوى استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ ، لأنه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة حال ولابد منه اتفاقا .

٥٦٨١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به ﴾

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال. وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد والحسن والشعبى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور ؛ وحكى عن أبى حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل. وهو أن يقول : كل امرأة لى طالق ، وروى نحو ذلك عن سعيد بن

---

(١) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ١٨٦ (لأن إسحق بن منصور روى عن أحمد قال).

(٢) فى المخطوطة ١٨ بدون لفظه .

المسيب ، وشريح ، وطاوس ، والنخعى ، والزهرى ، والحكم ، وحماد ، والثورى ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المختلعة يلحقها الطلاق مادامت فى العدة » .

ولنا : أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لهما مخالفاً فى عصرهما ، ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ، ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية[1] فلم يلحقها الصريح المعين كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول : فلانة طالق وحديثهم لا نعرف له أصلا ولا ذكره أصحاب السنن .

٥٦٨٢ (فصل)

ولا يثبت فى الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق فى قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والنخعى ، والثورى ، والأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وحكى عن الزهرى وسعيد ابن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة . وقال أبو ثور : إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة . لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق .

ولنا : قوله سبحانه وتعالى (فيما افتدت به)[1] وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهى تحت حكمه ، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر . وفارق الولاء ، فإن العتق لا ينفك منه ، والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وإذا أكمل العدد .

٥٦٨٣ (فصل)

فإن شرط فى الخلع أن له الرجعة ، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع ، وهو قول أبى حنيفة ، وإحدى الروايتين عن مالك ، لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسدا[2] .فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح، ولأنه لفظ يقتضى البينونة ، فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث ، ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة ، وهو منصوص الشافعى ، لأن شرط العوض والرجعة متنافيان ، فإذا شرطاهما سقطا ، وبقى مجرد الطلاق ، فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ، ولأنه شرط فى العقد ما ينافى مقتضاه فأبطله ، كما لو شرط ألا يتصرف فى المبيع ، وإذا حكمنا بالصحة فقال القاضى : يسقط المسمى فى العوض ، لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضم إليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب النقصان الذى نقصه من أجله إليه فيصير مجهولا

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : ولا طلاق الكناية . (١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) فى ٣٩ ، ١٨ : بعوض فاسد . وفى ٢٠ بفساد عوضه .

فيسقط ويجب المسمى فى العقد ويحتمل أن يجب المسمى لأنهما تراضيا به عوضاً فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة .

٥٦٨٤ (فصـــــل)

فإن شرط الخيار لها أو له يوماً أو أكثر وقبلت المرأة صح الخلع ، وبطل الخيار ، وبه قال أبو حنيفة فيما إذا كان الخيار للرجل ، وقال : إذا جعل الخيار للمرأة ثبت (لها) [١] الخيار ولم يقع الطلاق .

ولنا : أن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقع كما لو أطلق ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه .

٥٦٨٥ (فصـــــل)

نقل مهنا فى رجل قالت له امرأته اجعل أمرى بيدى وأعطيك عبدى هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئاً: هو له. إنما قالت:اجعل أمرى بيدى وأعطيك.فقيل له : متى شاءت تختار ؟ قال:نعم ما لم يطأها أو ينقض.فجعل له الرجوع ما لم تطلق وإذا رجع فينبغى أن ترجع عليه بالعوض لأنه استرجع ماجعل لهافتسترجع منه ما أعطته ، ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك إبطال هذه الصفة لأن هذا يجوز الرجوع فيه لولم يكن معلقاً فمع التعليق أولى كالوكالة .قال أحمد:ولو جعلت له امرأته ألف درهم على أن يخيرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئاً. ووجهه أن الألف فى مقابلة تمليكه إياها الخيار وقد فعل فاستحق الألف وليست الألف فى مقابلة الفرقة .

٥٦٨٦ (فصـــــل)

إذا قالت امرأته طلقنى بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائناً ولا تؤثر الردة لأنهـا وجدت بعد البينونة ، وإن طلقها بعد ردتها وقبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لأنه صادفها بائناً فإن كان بعد الدخول وقلنا إن الردة ينفسخ بها النكاح فى الحال فكذلك وإن قلنـا يقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فإن أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبيناً أنها لم تكن زوجته حين طلقهـا فلم يقع . ولا شيء له عليها . وإن رجعت إلى الإسلام بان أن الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض .

٥٦٨٧ ﴿ مســـألة

قال ﴿ وإذا قالت له : اخلعنى على ما فى يدى من الدراهم ففعل فلم يكن فى يدها شيء لزمه ثلاثة دراهم ﴾

(١) ساقطة فى المخطوطة ٢٠

وجملة ذلك : أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له . وهذا قول أصحاب الرأى.وقال أبو بكر: لا يصح الخلع ولا شىء له لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبى ثور وقال الشافعى يصح الخلع وله مهر مثلها لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا : أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شىء ، والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لأنها لم تبذله ولا فوتت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو رضاعها [1] لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شىء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبى لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ، ولو طاوعت لم يكن للزوج شىء وإنما يتقوم البضع على الزوج فى النكاح خاصة،وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله فأما إيجاب شىء لم ترض به فلا وجه له ، فعلى هذا إن خالعها على ما فى يدها من الدراهم صح فإن كان فى يدها دراهم فهى له ، وإن لم يكن فى يدها شىء فله عليها ثلاثة نص عليه أحمد، لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة. ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى [2] له بدراهم ، وإن كان فى يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدراهم وهو فى يدها ، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن فى يدها شىء فكذلك إذا كان فى يدها .

٥٦٨٨ (فصل)

والخلع على مجهول ينقسم أقساماً :

أحدها : أن يخالعها على عدد مجهول من شىء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتى يخالعها على ما فى يدها من الدراهم فهى هذه التى ذكر الخرقى حكمها .

الثانى : أن يكون ذلك من شىء مختلف لا يعظم اختلافه مثل أن يخالعها على عبد مطلق أو عبيد أو يقول إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق فإنها تطلق بأى عبد أعطته إياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره . وكذلك إن خالعته عليه فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد ، وإن خالعته على عبيد فله ثلاثة ، هذا ظاهر كلام أحمد ، وقياس قوله و قول الخرقى فى المسألة التى قبلها ، وقد قال أحمد فيما إذا قال : إذا أعطيتنى عبداً

(١) فى المخطوطة ١٨ : بردة أو رضاع .

(٢) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : كما لو أوصى .

فأنت طالق فإذا أعطته عبداً فهى طالق . والظاهر من كلامه ما قلناه[١] ، وقال القاضى : له عليها عبد وسط .وتأول كلام أحمد على أنها أعطته عبداً وسطاً والظاهر خلافه .

ولنا : أنها خالعته على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما فى يدها من الدراهم ، ولأنه إذا قال إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال : إن رأيت عبداً فأنت طالق ولا يلزمها أكثر منه لأنها لم تلتزم له شيئاً فلا يلزمها شىء كما لو طلقها بغير خلع .

الثالث : أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة[٢] فيه مثل أن يخالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول : إن أعطيتنى ذلك فأنت طالق فالواجب فى الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها[٣] إذا أعطته إياه فيما إذا علق طلاقها على عطيته إياه ولا يلزمها غير ذلك فى قياس ما قبلها ، وقال القاضى وأصحابه من الفقهاء: ترد عليه ما أخذت من صداقها . لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت[٤] وهو المهر .

ولنا : ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والأشبه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به ، ومن هذا القسم لو خالعها على ما فى بيتها من المتاع فإن كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيراً معلوماً أو مجهولا وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع ، وفى قول القاضى عليها المسمى فى الصداق وهو قول أصحاب الرأى والوجه للقولين ما تقدم .

الرابع : أن يخالعها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرها من الحيوان أو قال على ما فى بطونها أو [ما فى][٥] ضروعها فيصح الخلع ، وروى عن أبى حنيفة يصح الخلع على ما فى بطنها ولا يصح على حملها .

ولنا : أن حملها هو ما فى بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال على ما فى بطنها . إذا ثبت هذا فإنه إن خرج الولد سليما أو كان فى ضروعها شىء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شىء فقال القاضى: لا شىء له وهو قول مالك وأصحاب الرأى ، وقال ابن عقيل: لها مهر المثل ، وقال أبو الخطاب :له المسمى. وإن خالعها على ما يثمر نخلها أو تحمل أمتها صح ، قال أحمد إذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فجائز فإن لم يحمل نخلها ترضيه

(١) فى المخطوطة ٣٩ : ما قلنا .
(٢) فى المخطوطة ٣٩ : تعظم جهالته .
(٣) الظاهر (به) .
(٤) فى المخطوطة ١٨ : قيمة ما فوتته .
(٥) الزيادة من المخطوطة ٣٩ .

بشيء ، قيل له : فإن حمل نخلها ؟ قال : هذا أجود من ذاك ،قيل :له يستقيم هذا ؟ قال: نعم جائز. فيحتمل قول أحمد ترضيه بشيء أي له أقل ما يقع عليه اسم الثمرة أو الحمل فتعطيه عن ذلك شيئاً أي شيء كان مثل ما ألزمناه في مسألة المتاع ، وقال القاضي: لا شيء له وتأول قول أحمد ترضيه بشيء على الاستحباب، لأنه لو كان واجباً لتقدر بتقدير يرجع إليه ، وفرق بين هاتين المسألتين ومسألة الدراهم والمتاع حيث يرجع فيهما بأقل ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئاً وههنا لا يرجع بشيء إذا لم يجد حملا ولا ثمرة أن[1] ثم أوهمته أن معها دراهم وفي بيتها متاع لأنها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان علمها به فكان له ما دل عليه لفظها كما لو خالعته على عبد فوجده حراً وفي هاتين المسألتين دخل معها في العقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاهما بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر ، وقال أبو حنيفة لا يصح العوض ههنا لأنه معدوم .

ولنا : أن ما جاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب : أن له في هذه الأقسام الثلاثة المسمى في الصداق. وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم .

٥٦٨٩ (فصل)

إذا خالعته على رضاع ولده سنتين صح وكذلك إن جعلا وقتاً معلوماً قل أو كثر ، وبهذا قال الشافعي لأن هذا مما تصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففي الخلع أولى فإن خالعته على رضاع ولده مطلقاً ولم يذكرا مدته صح أيضاً وينصرف إلى ما بقي من الحولين نص عليه أحمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ، ولا يقول : ترضعه سنتين ؟ قال : نعم ، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح حتى يذكرا مدة الرضاع ، كما لا تصح الإجارة ، حتى يذكر المدة .

ولنا : أن الله تعالى قيده بالحولين ، فقال تعالى: « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ[2] » وقال سبحانه « وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ[3] » . وقال : « وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً[4] » ولم يبين مدة الحمل ههنا والفصال ، فحمل على ما فسرته الآية الأخرى ، وجعل الفصال عامين ، والحمل ستة أشهر ، وقال النبي

---

(١) في المطبوعة (ولا ثمرة ثم) وفي الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٠٢ (ولا ثمرة أن ثم) وهو الصواب . ولعله تحريف . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٣) سورة لقمان آية ١٤ .

(٤) سورة الأحقاف آية ١٥ .

صلى الله عليه وسلم « لارضاع[1] بعد فصال » يعنى : بعـد العامين ، فيحمل المطلق من كلام الآدمى على ذلك أيضاً ، ولايحتاج إلى وصف الرضاع ، لأن جنسه كاف ، كما لو ذكر جنس الخياطة فى الإجارة ، فإن ماتت المرضعة أو جف لبنها فعليها أجر المثل لما بقى من المدة ، وإن مات الصبى فـكذلك ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لاينفسخ ، ويأتيها بصبى ترضعه فى مكانه لأن الصبى مستوفى به ، لامعقوداً عليه فأشبه مالو استأجر دابة ليركبها فمات .

ولنـا : أنه عقد على فعل فى عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولأن مايستوفيه من اللبن إنما يتقدر بحاجة الصبى وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضبط فلم يجز أن يقـوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله فى حياته ، ولأنه لا يجوز إبداله فى حياته فـلم يجز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة ، وإن وجد أحد هذه الأمور قبل مضى شىء من المدة فعليها أجر رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه لايرجع بشىء ، وعن الشافعى كقولنا وعنه يرجع بالمهر .

ولنـا : أنه عوض معين تلف قبـل قبضه فوجبت قيمته أو مثلهـا كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه .

٥٦٩٠ (فصـــل)

وإن خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وإن لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والأدم ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله ، وقال الشافعى : لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الأدم وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم ، ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقاً وقد ذكرناه فى الإجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « رحم الله أخى[2] موسى آجر نفسه بطعام بطنه ، وعفة فرجه » ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة ، وهى غير مقدرة ، كذا ههنا ، وللوالد أن يأخذ منها مايستحقه ، من مؤنة الصبى وما يحتاج إليه ، لأنه بدل ثبت له فى ذمتها ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، فإن أحب أنفقه بعينه ، وإن أحب أخذه لنفسه ، وأنفق عليه غيره ، وإن أذن لها فى إنفاقه على الصبى جاز . فإن مات الصبى بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ مابقى من المؤنة ، وهل يستحقه دفعة ، أو يوماً بيوم ؟ فيه وجهان .

---

(١) رواه عن على الطبرانى فى الصغير وعبد الرزاق فى مصنفه ورواه عن جابر أبو داود الطيـالسى فى مسند جابر ص ٢٤٣

(٢) أخرج ابن ماجه والبزار والطبرانى عن عقبة بن المنذر السلمى فى حديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم « إن موسى أجر نفسه ثمانى سنين أو عشرا على عفة فرجه وطعام بطنه »

أحدهما : يستحقه دفعة واحدة . ذكره القاضي في الجامع ، واحتج بقول أحمد : إذا خالعها على رضاع ولده فمات في أثناء الحولين . قال : يرجع عليها ببقية ذلك ، ولم يعتبر الأجل ، ولأنه إنما فرق لحاجة الولد إليه متفرقاً ، فإذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة .

والثاني لا يستحقه إلا يوماً بيوم . ذكره القاضي في المجرد ، وهو الصحيح ، لأنه ثبت منجما ، فلا يستحقه معجلا ، كما لو أسلم إليه في خبز يأخذه منه كل يوم أرطالا معلومة ، فمات المستحق له ، ولأن الحق لا يحل بموت المستوفي ، كما لو مات وكيل صاحب الحق ، وإن وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين ، وإن ماتت المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين ، بناء على أن الدين ، هل يحل بموت من هو عليه أم لا ؟

٥٦٩١ (فصـــل)

والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع ، إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه ، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع ، وصح تصرفه فيه . قال أحمد في امرأة قالت لزوجها : اجعل أمري بيدي ولك هذا العبد ، ففعل ، ثم خيرت فاختارت نفسها بعد ما مات العبد : جائز ، وليس عليها شيء . قال : ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها له ، فلم يصحح عتقها له ، لأن ملكها زال عنه بجعلها له عوضاً في الخلع ، ولم يضمنها إياه إذا تلف ، لأنه عوض معين غير مكيل ولا موزون ، فدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد .

ويخرج فيه وجه : أنه لا يدخل في ضمانه ، ولا يصح تصرفه فيه ، حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق . وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ، ولا يدخل في ضمانه حتى يقبضه ، فإن تلف قبل قبضه فالواجب مثله ، لأنه من ذوات الأمثال . وقد ذكر القاضي في الصداق : أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وإن كان مكيلا أو موزونا ، لأنه لا ينفسخ سببه بتلفه ، فههنا مثله .

٥٦٩٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإن خالعها على غير عوض كان خلعا ، ولا شيء له ﴾
اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة .

فروى عنه ابنه عبدالله ، قال : قلت لأبي . رجل علقت به امرأته تقول : اخلعني . قال : قد خلعتك . قال : يتزوج بها ، ويجدد نكاحا جديداً ، وتكون عنده على اثنتين[1] ، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض ، وهو قول مالك ، لأنه قطع للنكاح ، فصح من غير عوض كالطلاق ، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن

(١) أي على طلقتين اثنتين لا تحل بعدها حتى تنكح زوجا غيره .

توجد من المرأة رغبة عن زوجها ، وحاجة إلى فراقه ، فتسأله فراقها ، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ، فصح كما لو كان بعوض قال أبو بكر : لا خلاف عن أبى عبدالله أن الخلع ما كان من قبل النساء ، فإذا كان من قبل الرجال فلا نزاع فى أنه طلاق تملك به الرجعة ، ولا يكون فسخا :

والرواية الثانية ، لا يكون خلع إلا بعوض ، روى عنه مهنا إذا قال لها : اخلعى نفسك ، فقالت : خالعت نفسى لم يكن خلعا إلا على شىء ، إلا أن يكون نوى الطلاق ، فيكون مانوى ، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض ، فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً ، لأنه يصلح كناية عن الطلاق ، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئاً . وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى . لأن الخلع إن كان فسخا فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا بعيبها ، وكذلك لو قال : فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق ، لم يقع شىء بخلاف ما إذا دخله العوض ، فإنه يصير معاوضة ، فلا يجتمع له العوض والمعوض ، وإن قلنا : الخلع طلاق ، فليس بصريح فيه اتفاقا وإنما هو كناية ، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنيـــــة ، أو بذل العوض فيقوم مقام النية ، وما وجد واحد منهما . ثم إن وقع الطلاق . فإذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث .

٥٦٩٣ (فصـــــل)

إذا قالت : بعنى عبدك هذا ، وطلقنى بألف ، ففعل ، صح وكان بيعاً وخلعاً بعوض واحـد ، لأنهما عقدان يصح إفراد كل واحد منهما بعوض ، فصح جمعهما ، كبيع ثوبين . وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف أنه يصح ، وهو نظير لهذا . وذكر أصحابنا فيه وجها آخر : أنه لا يصح ، لأن أحكام العقدين تختلف ، والأول أصح لما ذكرنا ، وللشافعى فيه قولان أيضاً ، فعلى قولنا يتقسط الألف على الصـــداق المسمى ، وقيمة العبد ، فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى ، وعوض العبد ما يخص قيمته ، حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك ، وإن وجدته حراً أو مغصوباً رجعت به ، لأنه عوضه ، فإن كان مكان العبد شقصٌ مشفُوع ففيه الشفعة ، ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الألف ، لأنها عوضه .

٥٦٩٤ (فصـــــل)

وإن خالعها على نصف دار صح ، ولا شفعة فيه ، لأنه عوض عما لا قيمة له ، ويتخرج أن فيه شفعة لأن له عوضاً ، وهل يأخذه الشفيع بقيمته ، أو بمثل المهر ، على وجهين . فأما إن خالعها ودفع إليها ألفا بنصف دارها صح ، ولا شفعة أيضاً . وقال أبو يوسف ومحمـد : تجب الشفعة فيما قابل الألف ، لأنه عوض مال .

ولنا : أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع فى حق غير الزوج ، والبضع لا يتقوم فى حق غيره ، ولأن الزوج

ملك الشقص صفقة واحدة من شقص واحد ، فلا يجوز للشفيع أخذ بعضه ، كما لو اشتراه بثمن واحد .

٥٦٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعها على ثوب فخرج معيباً ، فهو مخير بين أن يأخذ أرش العيب ، أو قيمة الثوب ويرده ﴾

وجملة ذلك : أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب ، أو أخذ الأرش ، لأنه عوض فى معاوضة ، فيستحق فيه ذلك ، كالبيع والصداق . ولا يخلو إما أن يكون على معين ، مثل أن تقول : اخلعنى على هذا الثوب . فيقول : خلعتك ، ثم يجد به عيباً لم يكن علم به [1] ، فهو مخير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرشه ، وإن قال : إن أعطيتنى هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته إياه طلقت وملكه . قال أصحابنا : والحكم فيه كما لو خالعها عليه ، وهذا مذهب الشافعى ، إلا أنه لا يجعل له المطالبة بالأرش مع إمكان رده ، وهذا أصل ذكرناه فى البيع ، وله أيضاً قول : أنه إذا رده رجع بمهر المثل ، وهذا الأصل ذكر فى الصداق [2] ، وإن خالعها على ثوب موصوف فى الذمة ، واستقصى صفات السلم صح ، وعليها أن تعطيه إياه سليما ، لأن إطلاق ذلك يقتضى السلامة كما فى البيع والصداق ، فإن دفعته إليه معيباً أو ناقصاً عن الصفات المذكورة ، فله الخيار بين إمساكه ، أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة ، لأنه إنما وجب فى الذمة سليما تام الصفات ، فيرجع بما وجب له ، لأنها ما أعطته الذى وجب له عليها . وإن قال : إن أعطيتنى ثوباً صفته كذا وكذا ، فأعطته ثوباً على تلك الصفات طلقت وملكه . وإن أعطته ناقصاً صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه ، لأنه ما وجد الشرط . فإن كان على الصفة لكن به عيب ، وقع الطلاق لوجود شرطه . قال القاضى : ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته ، وهذا قول الشافعى ، إلا أن له قولا : أنه يرجع بمهر المثل على ما ذكرنا ، وعلى ما قلنا نحن فيما تقدم : أنه إذا قال : إذا أعطيتنى ثوباً أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيباً ، طلقت وليس له شىء سواه ، وقد نص أحمد على من قال : إن أعطيتنى هذا الألف فأنت طالق ، فأعطته إياه ، فوجده معيباً ، فليس له البدل ، وقال أيضاً : إذا قال : إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق ، فإذا أعطته عبداً فهى طالق ويملكه ، وهذا يدل على أن كل موضع قال : إن أعطيتنى كذا ، فأعطته إياه ، فليس له غيره ، وذلك لأن الإنسان لا يلزمه فى ذمته شىء إلا بإلزام أو التزام ، ولم يرد الشرع بإلزامها هذا ، ولا هى التزمته له ، وإنما علق طلاقها على شرط ، وهو عطيتها له ذلك ، فلا يلزمها شىء سواه ، ولأنها لم تدخل معه فى معاوضة ، وإنما حققت شرط الطلاق ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : لم يكن له به علم .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : ذكرناه فى الصداق .

فأشبه ما لو قال : إن دخلت فأنت طالق ، فدخلت أو ما لو قال : إن أعطيت أباك عبداً فأنت طالق ، فأعطته إياه .

٥٦٩٦ (فصـــل)

إذا قال : إن أعطيتنى ألف درهم ، فأنت طالق . فأعطته ألفاً أو أكثر طلقت لوجود الصفة ، وإن أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها ، وإن أعطته ألفا وازنة[1] تنقص فى العدد طلقت[2] ، وإن أعطته ألفا عدداً تنقص فى الوزن لم تطلق ، لأن إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوازن من دراهم الإسلام ، وهى ما كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ، ويحتمل أن الدراهم متى كانت تنفق برءوسها من غير وزن طلقت ، لأنها يقع عليها اسم الدراهم ، ويحصل منها مقصودها . ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص فى العدد لذلك ، وإن أعطته ألفا رديئة ، كنحاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق ، لأن إطلاق الألف يتناول ألفاً من الفضة ، وليس فى هذه ألف من الفضة ، وإن زادت على الألف بحيث يكون فيها ألف فضة طلقت ، لأنها قد أعطته ألفا فضة ، وإن أعطته سبيكة تبلغ ألفا لم تطلق ، لأنها لا تسمى دراهم ، فلم توجد الصفة ، بخلاف المغشوشة ، فإنها تسمى دراهم ، وإن أعطته ألفا رديء الجنس لخشونة أو سواد ، أو كانت وحشة السكة طلقت ، لأن الصفة وجدت . قال القاضى : وله ردها ، وأخذ بدلها ، وهذا قد ذكرناه فى المسألة التى قبلها .

٥٦٩٧ (فصـــل)

وإن قال : إن أعطيتنى ثوباً مروياً فأنت طالق ، فأعطته هروياً لم تطلق ، لأن الصفة التى علق الطلاق عليها لم توجد ، وإن أعطته مروياً طلقت ، وإن خالعها على مروى فأعطته هروياً فالخلع واقع ، ويطالبها بما خالعها عليه . وإن خالعها على ثوب بعينه على أنه مروى ، فبان هروياً فالخلع صحيح ، لأن جنسهما واحد ، وإنما ذلك اختلاف صفة ، فجرى مجرى العيب فى العوض ، وهو مخير بين إمساكه ولا شىء له غيره ، وبين رده وأخذ قيمته لو كان مروياً ، لأن مخالفة الصفة بمنزلة العيب فى جواز الرد .

وقال أبو الخطاب : وعندى لا يستحق شيئاً سواه ، لأن الخلع على عينه وقد أخذه . وإن خالعها على ثوب على أنه قطن فبان كتاناً ، لزم رده ، ولم يكن له إمساكه ، لأنه جنس آخر ، واختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان ، بخلاف ما لو خالعها على مروى فخرج هروياً ، فإن الجنس واحد .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ألفا موزونة .

(٢) وازنة : ثقيلة وفى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٠٦ (وإن أعطته ألفا وازنة لا تنقص فى العدد طلقت) بزيادة (لا) قبل تنقص ، وهو الصواب لأن المغنى قال بعد ذلك (ولا تطلق إن أعطته وازنة تنقص فى العدد) (ف) .

٥٦٩٨ (فصــــل)

وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق ، سواء قبضه منها أو لم يقبضه ، لأن العطية وجدت . فإنه يقال : أعطته فلم يأخذ ، ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها ، والذى من جهتها فى العطية البذل على وجه يمكنه قبضه ، فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها ، أوقالت : يضمنه لك زيد ، أو اجعله قصاصاً مما لى عليك ، أو أعطته به رهناً ، أو أحالته به ، لم يقع الطلاق ، لأن العطية ما وجدت ، ولا يقع الطلاق بدون شرطه . وكذلك كل موضع تعذر العطية فيــه[1] لا يقع الطلاق ، سواء كان التعذر من جهته ، أو من جهتها ، أو من جهة غيرهما ، لانتفاء الشرط . ولو قالت طلقنى بألف فطلقها ، استحق الألف وبانت ، وإن لم يقبض ، نص عليه أحمد . قال أحمد : ولو قالت : لا أعطيك شيئاً ، يأخذها بالألف[2] ، يعنى ويقع الطلاق ، لأن هذا ليس بتعليق على شرط ، بخلاف الأول.

٥٦٩٩ (فصــــل)

وتعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لاسبيل إلى دفعه ، فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض ، بدليل صحة تعليقه على الشروط ، ويقع الطلاق بوجود الشرط ، سواء كانت العطية على الفور أو [على][3] التراخى ، وقال الشافعى : إن قال متى أعطيتنى أو متى ما أعطيتنى ، أو أى حين ، أو أى زمان أعطيتنى ألفاً فأنت طالق ، فذلك على التراخى ، وإن قال : إن أعطيتنى ، أو إذا أعطيتنى ألفاً فأنت طالق ، فذلك على الفور[4] ، فإن أعطته جواباً لكلامه وقع الطلاق ، وإن تأخر العطاء لم يقع الطلاق ، لأن قبول المعاوضات على الفور ، فإذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات ، بخلاف متى وأى ، فإن فيهما تصريحاً بالتراخى ، ونصاً فيه ، وإن صارا معاوضة ، فإن تعليقه بالصفة جائز أما إن وإذا فإنهما يحتملان الفور والتراخى ، فإذا تعلق بهما العوضُ حُمِلا على الفور .

ولنا : أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخى كسائر التعليق أو نقول : علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخى فكان على التراخى ، كما لو خلا عن العوض والدليل على أن مقتضاه التراخى أنه يقتضيه إذا خلا عن العوض ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه ، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ، ويكون على التراخى فيما إذا علقها بمتى ، أو بأى ، فكذلك فى مسألتنا . ولا يصح قياس

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : تتعذر العطية فيه

(٢) فى المخطوطة ١٨ : أخذها بالألف .

(٣) الزيادة من المخطوطة ١٨ .

(٤) فى المخطوطة ١٨ : فعلى الفور .

مانحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ، ثم يبطل قياسهم[1] بقول السيد لعبده: إن أعطيتني ألفاً فأنت حر ، فإنه كمسألتنا ، وهو على التراخي ، على أنا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق.

٥٧٠٠ (فصــــل)

إذا قال لامرأته : أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء ، فإذا شاءت وقع الطلاق بائناً ، ويستحق الألف ، سواء سألته الطلاق فقالت : طلقني بألف فأجابها . أو قال ذلك لها ابتداء ، لأنه علق طلاقها على شرط ، فلم يوجد قبل وجوده ، وتعتبر مشيئتها بالقول[2]، فإنها وإن كان محلها القلب فلا يعرف مافي القلب إلا بالنطق ، فيعلق الحكم به ، ويكون ذلك على التراخي ، فمتى شاءت طلقت . نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك ، إلا في أنه على الفور عنده . ولو أنه قال لامرأته : أمرك بيدك إن ضمنت لي ألفا ، فقياس قول أحمد : أنه على التراخي . لأنه نص على أن أمرك بيدك على التراخي . ونص على أنه إذا قال لها : أنت طالق إن شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها ، ومذهب الشافعي أنه على الفور لما تقدم .

ولنا : أنه لو قال لعبده : إن ضمنت لي ألفاً فأنت حر كان على التراخي ، ولو قال له : أنت حر على ألف إن شئت ، كان على التراخي ، والطلاق نظير العتق ، فعلى هذا متى ضمنت له ألفاً كان أمرها بيدها ، وله الرجوع فيما جعل إليها ، لأن أمرك بيدك توكيل منه لها ، فله الرجوع فيه ، كما يرجع في الوكالة ، وكذلك لو قال لزوجته طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً فمتى ضمنت له ألفاً وطلقت نفسها وقع مالم يرجع ، وإن ضمنت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق .

٥٧٠١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا خالعها على عبد فخرج حراً ، أو استحق ، فله عليها قيمته ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالا ، فبان غير مال ، مثل أن يخالعها على عبد بعينه فيبين حراً ، أو مغصوبا ، أو على خل فيبين[3] خمراً ، فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم ، لأن الخلع معاوضة بالبضع ، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ، ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً . وبهذا قال أبو ثور ، وصاحبا أبي حنيفة[4] . وإن خالعها على هذا الدّن من الخل ، فبان خمراً ، رجع عليها بمثله خلا ، لأن الخل من ذوات الأمثال ، وقد دخل على أن هذا المعين خل ، فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه ، وقد قيل : يرجع بقيمة مثله خلا ، لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال . والصحيح الأول ،

(١) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ويبطل قياسهم . (٢) في المخطوطة ١٨ : وتعتبر المشيئة بالقول

(٣) في المخطوطة ٣٩ : فتبين . في الفقرة كلها (٤) في المخطوطة ١٨ : وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن .

لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلاً ، كما نوجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً ، فإن الحر لا قيمة له . وقال أبو حنيفة فى المسألة كلها : يرجع بالمسمى ، وقال الشافعى : يرجع بمهر المثل ، لأنه عقد على البضع بعوض فاسد ، فأشبه النكاح بخمر . واحتج أبو حنيفة : بأن خروج البضع لا قيمة له ، فإذا غرته رجع عليها بما أخـذت .

ولنا : أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها ، وبقاء سبب الاستحقاق ، فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلها ، كالمغصوب والمستعار . وإذا خالعها على عبد فخرج مغصوباً[1] أو أم ولد . فإن أبا حنيفة يسلمه ، ويوافقنا فيه .

٥٧٠٢ (فصــل)

وإن خالعها على محرم يعلمان تحريمه كالحر ، والخمر ، والخنزير ، والميتة ، فهو كالخلع بغير عوض ، سواء لا يستحق شيئاً . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال الشافعى : له عليها مهر المثل ، لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض محرماً وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا ، فإذا رضى بغير عوض لم يكن له شىء ، كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شىء ففعلته . وفارق[2] النكاح ، فإن دخول البضع فى ملك الزوج متقوم ، ولا يلزم إذا خالعها على عبد فبان حراً ، لأنه لم يرض بغير عوض متقوم[3] فيرجع بحكم الغرور ، وههنا رضى بما لا قيمة له ، إذا تقرر هذا فإن كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعى ، لأنه خلا عن عوض ، وإن كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع ، ونوى به الطلاق فكذلك ، لأن الكنايات مع النية كالصريح . وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل ، وهو : أنه هل يصح الخلع بغير عوض ؟ وفيه روايتان . فإن قلنا : يصح ، صح ههنا ، وإن قلنا : لا يصح لم يصح ، ولم يقع شيئاً . وإن قال : إن أعطيتنى خمراً أو ميتة فأنت طالق ، فأعطته ذلك طلقت ، ولا شىء عليها . وعند الشافعى : عليها مهر المثل ، كقوله فى التى قبلها .

٥٧٠٣ (فصــل)

فإن قال: إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق ، فأعطته مدبراً أو معتقاً نصفه وقع الطلاق بهما ، لأنهما كالقن فى التمليك . وإن أعطته حراً ، أو مغصوبا ، أو مرهوناً ، لم تطلّق . لأن العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه ، وما لا يصح تمليكه لا تكون مُعْطية له ، وإن قال: إن أعطيتنى هذا العبد فأنت طالق، فأعطته إياه فإذا هو حر ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : فبان مغصوبا .
(٢) فى المخطوطة ٣٩ : ويفارق النكاح .
(٣) فى المخطوطة ١٨ : بغيرعوض مقوم .

أو مغصوب ، لم تطلق أيضاً ، لما ذكره أبو بكر ، وأومأ إليه أحمد . وذكر القاضى وجهاً آخر : أنه يقع الطلاق . قال : وأومأ إليه أحمد فى موضع آخر ، لأنه إذا عيّنه فقد قطع اجتهادها فيه . فإذا أعطته إياه وُجدت الصفة ، فوقع الطلاق ، بخلاف غير المعين . ولأصحاب الشافعى أيضاً وجهان كذلك ، وعلى قولهم : يقع الطلاق ، هل يرجع بقيمته ، أو بمهر المثل ؟ على وجهين .

ولنا : أن العطية إنما معناها المتبادر إلى الفهم منها عند إطلاقها : التمكن من تملكه ، بدليل غير المعين ، ولأن العطية ههنا التمليك ، بدليل حصول الملك بها فيما إذا كان العبد مملوكا لها ، وانتفاء الطلاق فيما إذا كان غير معين .

٥٧٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قالت له : طلقنى ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة لم يكن له شىء ولزمها تطليقه ﴾

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه ، وأما الألف فلا يستحق منه شيئاً ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : له ثلث الألف . لأنها استدعت منه فعلا بعوض ، فإذا فعل بعضه استحق بقسطه من العوض ، كما لو قال : من رد عبيدى فله ألف ، فرد ثلثهم ، استحق ثلث الألف . وكذلك فى بناء الحائط وخياطة الثوب .

ولنا : أنها بذلت العوض[1] فى مقابلة شىء لم يجبها إليه ، فلم يستحق شيئاً . كما لو قال فى المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فله ألف . فسبق إلى بعضها ، أو قالت بعنى عبديك بألف ، فقال : بعتك أحدهما بخمسمائة . وكما لو قالت:طلقنى ثلاثاً على ألف ، فطلقها واحدة ، فإن أبا حنيفة وافقنا فى هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئاً .

فإن قيل:الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط ، وعَلَى للشرط،فكأنها شرطت فى استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثاً ، قلنا : لا نسلم أن على للشرط ، فإنها ليست مذكورة فى حروفه ، وإنما معناها ومعنى الباء واحد . وقد سوى بينهما فيما إذا قالت : طلقنى وضرتى بألف ، أو على ألف . ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة[2] أو اثنتين .

٥٧٠٥ (فصـــــل)

فإن قالت طلقنى ثلاثاً ولك ألف فهى كالتى قبلها ، إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شىء له ، وإن طلقها ثلاثا استحق الألف ، ومذهب الشافعى ، وأبى يوسف ، ومحمد [بن الحسن] فيها كمذهبهم فى

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : بذلت عوضاً . (٢) فى المخطوطة ١٨ : بأن المطلقة واحدة .

التى قبلها . وقال أبو حنيفة : لا يستحق شيئاً ، وإن طلقها ثلاثاً ، لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض[١]

ولنا : أنها استدعت منه الطلاق بالعوض ، فأشبه مالو قال : رد عبدى ولك ألف فرده، وقوله لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم ، فإن معنى الكلام : ولك ألف عوضا عن طلاق ، فإن قرينة الحال دالة عليه ، وإن قالت : طلقنى وضرتى بألف أو على ألف علينا ، فطلقها وحدها ، طلقت وعليها قسطها من الألف[٢] لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين ، وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان ، فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر ، وإن كان العوض منها وحدها فلا شىء له فى قياس المذهب ، لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض ، ولذلك لو اشترى منه عبدين بثمن واحد كان عقداً واحداً[٣] بخلاف ما إذا كان العقد من أحد الطرفين اثنين فإنه يكون عقدين .

٥٧٠٦ (فصـــل)

وإن قالت : طلقنى ثلاثاً بألف ، ولم يبق من طلاقها إلا واحدة ،فطلقها واحدة أو ثلاثاً بانت بثلاث قال أصحابنا : ويستحق الألف ، علمت أو لم تعلم ، وهو منصوص الشافعى ،وقال المزنى : لا يستحق إلا ثلث الألف : لأنه إنما طلقها ثلث ما طلبت منه ، فلا يستحق إلا ثلث الألف ، كما لو كان طلاقها ثلاثاً ، وقال ابن سريج : إن علمت أنه لم يبق من طلاقها إلا طلقة [واحدة] استحق الألف وإن لم تعلم كقول المزنى ، لأنها إن كانت عالمة كان معنى كلامها : كمل لى الثلاث ، وقد فعل ذلك ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث ، وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة ، وتحريم العقد ، فوجب بها العوض ، كما لو طلقها ثلاثاً .

٥٧٠٧ (فصـــل)

فإن لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت : طلقنى بألف واحدة أبين بها ، واثنتين فى نكاح آخر ، فقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض ، فإن تزوج بها بعد ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لأنها بذلت العوض فى مقابلة ثلاث ، فإذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض[٤] كما لو كانت ذات طلقات ثلاث ، فقالت : طلقنى ثلاثاً ، فلم يطلقها إلا واحدة ، ومقتضى هذا أنه إذا لم ينكحها نكاحاً آخر أنها ترجع عليه بالعوض ، وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما ، وإن نكحها نكاحاً آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشىء ، وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله ، وقال القاضى : الصحيح فى المذهب ان هذا لا يصح فى الطلقتين الآخرتين ، لأنه سلف فى طلاق ، ولا يصح فى الطلاق

(١) فى المخطوطة ١٨ : لم يعلق طلاقها بالعوض .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : وعليها الشقص من الألف .

(٣) المخطوطة ٣٩ : كان العقد واحداً

(٤) فى المخطوطة ١٨ : لم يستحق شيئا .

ولأنه معاوضة على الطلاق قبل النكاح ، والطلاق قبل النكاح لا يصح[1] فالمعاوضة عليه أولى ، فإذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة ، فإن قلنا تفرق فله ثلث الألف ، وإن قلنا : لا تفرق فسد العوض فى الجميع ويرجع بالمسمى فى عقد النكاح .

٥٧٠٨ (فصـــل)

وإن قالت : طلقنى واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف ، وقال محمد بن الحسن : قياس قول أبى حنيفة : ألا يستحق شيئاً . لأن الثلاث مخالفة للواحدة ، لأن تحريمها لا يرتفع إلا بزوج وإصابة ، وقد لا تريد ذلك ، ولا تبذل العوض فيه ، فلم يكن ذلك إيقاعا لما استدعته ، بل هو إيقاع مبتدأ[2] ، فلم يستحق به عوضا .

ولنا : أنه أوقع ما استدعته وزيادة ، لأن الثلاث واحدة واثنتان ، وكذلك لو قال : طلق نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع ، فيستحق العوض بالواحدة ، وما حصل من الزيادة التى لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئاً ، فإن قال لها أنت طالق بألف ، وطالق وطالق ، وقعت الأولى بائنة ، ولم تقع الثانية ولا الثالثة ، لأنهما جاءا بعد بينونتها[3] ، وهذا مذهب الشافعى ، وإن قال لها : أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث ، وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له : أيتهن أوقعت بالألف ؟ فإن قال : الأولى بانت بها ، ولم يقع ما بعدها ، وإن قال الثانية بانت بها ، ووقعت بها طلقتان ، ولم تقع الثالثة ، وإن قال : الثالثة وقع الكل ، وإن قال : نويت أن الألف فى مقابلة الكل بانت بالأولى وحدها ، ولم يقع بها ما بعدها ، لأن الأولى حصل فى مقابلتها عوض ، وهو قسطها من الألف ، فبانت بها ، وله ثلث الألف ، لأنه رضى بأن يوقعها بذلك ، مثل أن تقول : طلقنى بألف ، فيقول : أنت طالق بخمسمائة ، هكذا ذكره القاضى ، وهومذهب الشافعى ، ويحتمل أن يستحق الألف[4] ، لأنه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته ، كما لو قالت : رد عبدى بألف ، فرده [وهو] ينوى خمسمائة ، وإن لم ينو شيئاً استحق الألف بالأولى ، ولم يقع بها ما بعدها ، ويحتمل أن تقع الثلاث، لأن الواو للجمع[5] ، ولا تقتضى ترتيباً ، فهو كقوله : أنت طالق ، ثلاثا بألف ، وكذلك لو قال لغير مدخول بها ، أو قال : أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ . غير صحيح .
(٢) فى المخطوطة ١٨ . إيقاع ابتداء .
(٣) فى المخطوطة ١٨ : جاءت بعد البينونة .
(٤) فى المخطوطة ٣٩ : أنه يستحق الألف .
(٥) فى المخطوطة ١٨ : لمطلق الجمع .

٥٧٠٩ (فصـــل)

وإذا قالت : طلقني بألف ، أو على أن لك ألفاً ، أو إن طلقتني فلك على ألف ، فقال : أنت طالق استحق الألف وإن لم يذكره ، لأن قوله جواب لما استدعته منه ، والسؤال معاد في الجواب ، فأشبه ما لو قالت : بعني عبدك بألف ، فقال : بعتكه . وإن قالت : اخلعني بألف ، فقال : أنت طالق ، فإن قلنا الخلع طلقة بائنة وقع ، واستحق العوض ، لأنه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ، وإن قلنا : هو فسخ ، احتمل أن يستحق العوض أيضاً لأن الطلاق يتضمن ما طلبته وهو بينونتها وفيه زيادة نقصان العدد ، فأشبه ما لو قالت : طلقني واحدة بألف ، فطلقها ثلاثا احتمل ألا يستحق شيئاً ، لأنها استدعت منه فسخا[1] فلم يجبها إليه، وأوقع طلاقاً ماطَلَبته ، ولا بذلت فيه عوضا ، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيا، لأنه أوقعه مبتدئا به غير مبذول فيه عوض ، فأشبه ما لو طلقها ابتداء ، ويحتمل ألا يقع ، لأنه أوقعه بعوض، فإذا لم يحصل العوض لم يقع ، لأنه كالشرط فيه ، فأشبه ما لو قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، وإن قالت : طلقني بألف ، فقال : خلعتك ، فإن قلنا هو طلاق استحق الألف ، لأنه طلقها ، وإن نوى به الطلاق فكذلك ، لأنه كناية فيه ، وإن لم ينو الطلاق وقلنا : ليس بطلاق لم يستحق عوضا لأنه ما أجابها إلى مابذلت العوض فيه ، ولا يتضمنه ، لأنها سألته طلاقا ينقص به عدد طلاقه فلم يجبها إليه ، وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع ، لأنه إنما خالعها معتقداً لحصول العوض ، فإذا لم يحصل لم يصح ، ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض ، وفيه من الخلاف ما فيه .

٥٧١٠ (فصـــل)

ولو قالت له : طلقني عشراً بألف ، فطلقها واحدة أو اثنتين ، فلا شيء له ، لأنه لم يجبها إلى ماسألت، فلم يستحق عليها [ما بذلت] [2] . وإن طلقها ثلاثا استحق الألف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة ، فطلقها واحدة استحق الألف ، لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود .

٥٧١١ (فصـــل)

ولو لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت : طلقني ثلاثا بألف ، فقال : أنت طالق طلقتين ، الأولى بألف، والثانية بغير شيء ، وقعت الأولى ، واستحق الألف ، ولم تقع الثانية . وإن قال : الأولى بغير شيء وقعت وحدها ، ولم يستحق شيئا ، لأنه لم يجعل لها عوضا ، وكملت الثلاث . وإن قال : إحداهما بألف ، لزمها الألف . لأنها طلبت منه طلقة بألف ، فأجابها إليها ، وزادها أخرى .

---

(١) فى المخطوطة ١٨: استدعت منه الفسخ . (٢) الزيادة من المخطوطة ١٨ : وفيها : مما بذلت .

٥٧١٢ (فصـــــل)

وإن قالت : طلقنى بألف إلى شهر ، أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر ، فقال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، صح ذلك ، واستحق العوض ، ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا ، لأنه بعوض . وإن طلقها قبل مجيء الشهر طلقت ولا شيء له ، ذكره أبو بكر . وقال : روى ذلك عن أحمد عليّ بن سعيد ، وذلك لأنه إذ طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض ، وقال الشافعى : إذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها إلى شهر ، فطلقها بألف بانت ، وعليها مهر المثل . لأن هذا سلف فى طلاق ، فلم يصح ، لأن الطلاق لا يثبت فى الذمة ، ولأنه عقد تعلق بعين ، فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه .

ولنا : أنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها ، فإذا طلقها استحقه ، كما لو لم يقل إلى شهر ، ولأنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها ، فلم يستحق أكثر منه كالأصل ، وإن قالت : لك ألف على أن تطلقنى أى وقت شئت من الآن إلى شهر ، صح فى قياس المسألة التى قبلها ، وقال القاضى : لا يصح ، لأن زمن الطلاق مجهول ، فإذا طلقها فله مهر المثل ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه طلقها على عوض لم يصح لفساده .

ولنا : ما تقدم فى التى قبلها ، ولا تضر الجهالة فى وقت الطلاق ، لأنه مما يصح تعليقه على الشرط ، فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجملة ، ولأنه لو قال : متى أعطيتنى ألفا فأنت طالق صح ، وزمنه مجهول أكثر من الجهالة ههنا ، فإن الجهالة ههنا فى شهر واحد وثم فى العمر كله ، وقول القاضى : له مهر المثل مخالف لقياس المذهب ، فإنه ذكر فى المواضع التى يفسد فيها العوض أن له المسمى ، فكذلك يجب أن يكون ههنا إن حكمنا بفساده ، والله أعلم .

٥٧١٣ (فصـــل)

إذا قال لها : أنت طالق وعليك ألف وقعت طلقة رجعية ، ولا شيء عليها . لأنه لم يجعل له العوض فى مقابلتها ، ولا شرطا فيها ، وإنما عطف ذلك على طلاقها ، فأشبه مالو قال : أنت طالق وعليك الحج ، فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن له عوضا ، لأنه لم يقابله شيء ، وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة ، وإن قالت المرأة : ضمنت لك ألفا لم يصح ، لأن الضمان إنما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو مآله إلى الوجوب ، وليس ههنا شيء من ذلك .

وذكر القاضى أنه يصح ، لأن ضمان مالم يجب يصح ، ولم أعرف لذلك وجها إلا أن يكون أراد أنها إذا قالت له قبل طلاقها : ضمنت لك ألفا على أن تطلقنى ، فقال : أنت طالق وعليك ألف ، فإنه يستحق الألف . وكذلك إذ قالت : طلقنى ، طلقة بألف ، فقال : أنت طالق وعليك ألف ، وقع الطلاق وعليها ألف ، لأن قوله : أنت طالق يكفى فى صحة الخلع واستحقاق العوض ، وما وصل به تأكيد ، فإن اختلفا

فقال : أنت استدعيت منى الطلاق بالألف فأنكرته ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدمه ، فإذا حلفت برئت من العوض وبانت ، لأن قوله مقبول فى بينونتها ، لأنها حقه ، غيرمقبول فى العوض ، لأنه عليها ، وهذا مذهب الشافعى ، وأبى حنيفة . وإن قال . ما استدعيت منى الطلاق ، وإنما أنا ابتدأت فلى عليك الرجعة ، وادعت أن ذلك كان جوابا لاستدعائها ، فالقول قول الزوج ، لأن الأصل معه ، ولا يلزمها الألف ، لأنه لا يدعيه . وإن قال أنت طالق على الألف ، فالمنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعيا ، كقوله أنت طالق وعليك ألف ، فإنه قال فى رواية مهنا فى الرجل يقول لامرأته : أنت طالق على ألف درهم فلم تقل هى شيئا . فهى طالق يملك الرجعة ثانيا ، وقال القاضى فى المجرد : ذلك الشرط ، تقديره إن ضمنت لى ألفا فأنت طالق ، فإن ضمنت له ألفاً وقع الطلاق بائناً ، وإلا لم يقع ، وكذلك الحكم إذا قال : أنت طالق على أن لى عليك[1] ألفا فقياس قول أحمد الطلاق يقع رجعيا ، ولا شىء له . وعلى قول القاضى : إن قبلت ذلك لزمها الألف ، وكان خُلعا ، وإلا لم يقع الطلاق ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وهو (أيضاً)[2] ظاهر كلام الخرقى ، لأنه استعمل على بمعنى الشرط فى مواضع من كتابه منها قوله : وإذا أنكحها على ألا يتزوج عليها فلها فراقه إن تزوج عليها . وذلك على أن تستعمل بمعنى الشرط ، بدليل قول الله تعالى فى قصة شعيب : « إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ »[3] وقال : « فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ؟ »[4] وقال موسى : « هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِى مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْداً[5] ؟ » ولو قال[6] فى النكاح : زوجتك ابنتى على صداق كذا صح ، وإذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه ، وجرى مجرى قوله : أنت طالق إن أعطيتنى ألفاً ، أو ضمنت لى ألفاً ، ووجه الأول أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط[7] وجعل عليها عوضاً لم تبذله ، فوقع رجعياً من غير عوض ، كما لو قال : أنت طالق ، وعليك ألف ، ولأن « على » ليست للشرط ، ولا المعاوضة ، ولذلك لا يصح أن يقول : بعتك ثوبى على دينار .

٥٧١٤ (فصـــــل)

وإذا قال : أنت طالق ثلاثا بألف ، فقالت : قبلت واحدة منها بألف ، وقع الثلاث ، واستحق الألف ، لأن إيقاع الطلاق إليه ، وإنما علقه بعوض يجرى مجرى الشرط من جهتها ، وقد وُجد الشرط فيقع الطلاق : وإن

---

(١) فى النسخ المطبوعة (على أن عليك) والصواب (على أن لى عليك ألفا) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢١٩ (ف)

(٢) ساقطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨ . (٣) سورة القصص : آية ٢٧ (٤) سورة الكهف آية ٩٤

(٥) سورة الكهف آية ٦٦ (٦) فى المخطوطة ٣٩ : وإذا قال .

(٧) فى المخطوطة ٣٩ ، من غير أن يعلقه بشرط .

قالت : قبلت بألفين وقع ولم يلزمها (الألف)[١] الزائد ، لأن القول لما أوجبه دون مالم يوجبه . وإن قالت قبلت بخمسمائة لم يقع ، لأن الشرط لم يوجد ، وإن قالت : قبلت واحدة من الثلاث بثلث الألف لم يقع ، لأنه لم يرض بانقطاع رجعته عنها إلا بألف ، وإن قال : أنت طالق طلقتين إحداهما بألف ، وقعت بها واحدة ، لأنها بغير عوض ، ووقعت الأخرى على قبولها ، لأنها بعوض .

٥٧١٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا خالعته الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعاً ، ويتبعها إذا عتقت بمثله إن كان له مثل ، وإلا فقيمته ﴾

فى هذه المسألة ثلاثة فصول :

٥٧١٦ (أحـدها)

أن الخلع مع الأمة صحيح[٢] ، سواء كان بإذن سيدها أو بغير إذنه ، لأن الخلع يصح مع الأجنبى : فمع الزوجة أولى ، ويكون طلاقها على عوض بائنا ، والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء[٣] .

٥٧١٧ (الفصل الثانى)

أن الخلع إذا كان بغير إذن سيدها على شيء فى ذمتها فإنه يتبعها إذا عتقت ، لأنه رضى بذمتها ، ولو كان على عين فالذى ذكر الخرقى أنه يثبت فى ذمتها مثله ، أو قيمته إن لم يكن مثليا ، لأنها لا تملك العين ، وما فى يدها من شيء فهو لسيدها ، فيلزمها بدله كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً . وقياس المذهب ، أنه لا شيء له ، لأنه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين ، فيكون راضيا بغير عوض ، فلا يكون له شيء ، كما لو قال : خالعتك على هذا المغصوب ، أو هـذا الحر ، وكذلك ذكر القاضى فى المجرد ، قال : هو كالخلع على المغصوب ، لأنها لا تملكها ، وهـذا قول مالك . وقال الشافعى : يرجع عليها بمهر المثل ، كقوله فى الخلع على الحر والمغصوب ، ويمكن حمل كلام الخرقى على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها فى هذا الخلع بهذه العين ، ولم تكن صادقة ، أو جهل أنها لا تملك العين ، أو يكون اختاره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ، ويكون الرجوع عليها فى حال عتقها ، لأنه الوقت الذى تملك فيه ، فهى كالمعسر يرجع عليه فى حال يساره ، ويرجع بقيمته أو مثله ، لأنه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق ، فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب .

---

(١) ساقطة من المخطوطة ٣٩ و ١٨ (٢) فى المخطوطه ١٨ أن خلع الأمة صحيح

(٣) فى المخطوطه ١٨ وخلعها كخلع الحرة سواء

٥٧١٨ (الفصل الثالث)

إذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض بذمته ، هذا قياس المذهب ، كما لو أذن لعبـده فى الاستدانة ، ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة ، وإن خالعت على معين بإذن السيد فى ملـكه ، وإن أذن فى قـدر[1] من المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة فى ذمتها ، وإن أطلق الإذن اقتضى الخلع بالمسمى لها ، فإن خالعت به أو بما دونه لزم السيد ، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها ، كما لو عين لها قدراً فخالعت بأكثر منه وإن كانت مأذونا لها فى التجارة سلمت العوض مما فى يدها .

٥٧١٩ (فصـــل)

والحكم فى المكاتبة كالحكم فى الأمة (القن)[2] سواء . لأنها لا تملك التصرف فيما فى يدها بتبرع وما لاحظ فيه ، وبذل المال فى الخلع لافائدة فيه من حيث تحصيل المال ، بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها ، وإذا كان الخلع بغير إذن السيد فالعوض فى ذمتها ، يتبعها به بعد العتق ، وإن كان بإذن السيد سلمه مما فى يدها ، وإن لم يكن فى يدها شىء فهو على سيدها .

٥٧٢٠ (فصـــل)

ويصح خلع المحجور عليها لفلس[3] ، وبذلها للعوض صحيح ، لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ، ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت ، وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها فى حال حَجْرها[4] ، كما لو استدانت منه أو باعها شيئاً فى ذمتها .

٥٧٢١ (فصـــل)

فأما المحجور عليها لسفه أو صغر ، أو جنون فلا يصح بذل العوض منها فى الخلع ، لأنه تصرف فى المال، وليس هى[5] من أهله ، وسواء أذن فيه الولى أو لم يأذن . لأنه ليس له الإذن فى التبرعات ، وهذا كالتبرع وفارق الأمة ، فإنها أهل التصرف ، ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات بإذنه ، ويفارق المفلسة لأنها من أهل التصرف . فإن خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقا فهو طلاق رجعى ، ولا يستحق عوضاً ، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ، ويحتمل ألا يقع الخلع ههنا ، لأنه إنما رضى به بعوض ، ولم يحصل له ، ولا أمكن الرجوع ببذله ، قال أصحابنا : ليس لولى هؤلاء المخالعة بشىء من مالهن، لأنه إنما يملك التصرف بمالها فيه الحظ ، وهذا لاحظ فيه ، بل فيه إسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها ،

---

(١) فى النسخ المطبوعة (فى قدر المال) والصواب (فى قدر من المال) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ١٨٣

(٢) ساقطه من المخطوطة ٣٩، ١٨

(٣) فى المخطوطه ١٨ ، لإفلاس

(٤) فى المخطوطه ٣٩ ، فى حال الحجر

(٥) فى المخطوطه ٣٩ ، وليست هى

ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى الحظ فيه ، ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها ، وتخاف منه على نفسها وعقلها ، ولذلك لم يعد بذل المال فى الخلع تبذيراً ولا سفها ، فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحفظ نفسها ومالها ، كما يجوز بذله فى مداولتها وفكها من الأسر ، وهذا مذهب مالك ، والأب وغيره من أوليائها فى هذا سواء . وإن خالعها بشىء من ماله جاز ، لأنه يجوز من الأجنبى ، فمن الولى أولى .

٥٧٢٢ (فصـــل)

إذا قال الأب : طلق ابنتى وأنت برىء من صداقها ، فطلقها ، وقع الطلاق رجعياً ، ولم يبرأ من شىء ، ولم يرجع على الأب ، ولم يضمن له ، لأنه أبرأه مما ليس له الإبراء منه ، فأشبه الأجنبى . قال القاضى : وقد قال أحمد : إنه يرجع على الأب ، قال : وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلا بأن إبراء الأب لا يصح ، فكان له الرجوع عليه ، لأنه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة .

وإن علم أن إبراء الأب لا يصح لم يرجع بشىء ، ويقع الطلاق رجعياً . لأنه خلا عن العوض ، وفى الموضع الذى يرجع عليه يقع الطلاق بائناً ، لأنه بعوض . فإن قال الزوج : هى طالق إن أبرأتنى من صداقها ، فقال : قد أبرأتك ، لم يقع الطلاق ، لأنه لا يبرأ . وروى عن أحمد : أن الطلاق واقع ، فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالإبراء دون حقيقة البراءة . وإن قال الزوج : هى طالق إن[1] أبرأتنى من صداقها لم يقع ، لأنه علقه على شرط ولم يوجد ، وإن قال الأب : طلقها على ألف من مالها ، وعلى الدَّرك[2] فطلقها ، طلقت بائناً ، لأنه بعوض ، وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ، ولا يملك الألف ، لأنه ليس له بذلها .

٥٧٢٣ (فصـــل)

وإن قال لامرأتيه : أنتما طالقتان بألف إن شئتما ، فقالتا : قد شئنا ، وقع الطلاق بهما بائناً ، ولزمهما العوض بينهما على قدر مهريهما . وإن شاءت إحداهما دون الأخرى لم يطلق واحدة منهما ، لأنه جعل ماشئتما صفة فى طلاق كل واحدة منها ، ويخالف هذا ما لو قال أنتما طالقتان بألف فقبلت إحداهما دون الأخرى لزمه الطلاق بعوضه ، لأنه لم يجعل فى طلاقها شرطاً ، وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعاً ، فيتعلق الحكم بقولها : قد شئنا ، لفظا ، لأن ما فى القلب لا سبيل إلى معرفته ، فلو قال الزوج : ما شئتما وإنما قلتما ذلك بألسنتكما ، أو قالتا : ما شئنا بقلوبنا لم يقبل .

---

(١) فى النسخ المطبوعه (إن برئت) والصواب (أبرأتنى) كما فى الشرح الكبير ج ٧ ص ٢٢١

(٢) الدرك : التبعه والضمان

فإذا ثبت هذا : فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما فى الصحيح من المذهب ، وهو قول ابن حامد ، ومذهب أهل الرأى ، وأحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها[1] وعلى قول أبى بكر من أصحابنا يكون ذلك عليهما نصفين : وأصل هذا فى النكاح : إذا تزوج اثنتين بصداق واحد ، وقد ذكرناه فى موضعه ، فإن كانت إحداهما رشيدة والأخرى محجوراً عليها لسفه فقالتا : قد شئنا ، وقع الطلاق عليهما ، ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ، ووقع طلاقها بائناً ، ولا شىء على المحجور عليها ، ويكون طلاقها رجعياً ، لأن لها مشيئة ، ولكن الحجر منع[2] صحة تصرفها ونفوذه ، ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه فى النكاح ، وفيما تأكله ، وكذلك إن كانت غير بالغة[3] إلا أنها مميزة ، فإن لها مشيئة صحيحة[4] ، ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا ، وإن كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ، ولم يقع الطلاق ، وفى كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق فإن الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض فى أحد الوجهين، وفى الآخر نصفه. وإن قالت له امرأتاه : طلقنا بألف بيننا نصفين فطلقهما فعلى كل واحدة منها نصفه وجهاً واحداً ، وإن طلق إحداهما وحدها فعليها نصف الألف . وإن قالتا :طلقنا بألف فطلقهما ، فالألف عليهما على قدر صداقيهما فى أصح الوجهين ، وإن طلق إحداهما فعليها حصتها منه ، وإن كانت إحداهما غير رشيدة فطلقهما فعلى الرشيدة حصتها من الألف ، ويقع طلاقها بائناً ، وتطلق الأخرى طلاقاً رجعياً ، ولا شىء عليها .

٥٧٢٤ (فصـــــــل)

ويصح الخلع مع الأجنبى بغير إذن المرأة ، مثل أن يقول الأجنبى للزوج ، طلق امرأتك بألف علىّ وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو ثور : لا يصح لأنه سفه ، فإنه يبذل عوضاً فى مقابلة ما لا منفعة له فيه ، فإن الملك لا يحصل له فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف علىّ .

ولنا : أنه بذل مال فى مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال : أعتق عبدك وعلىّ ثمنه ، ولأنه لو قال : ألقِ متاعك فى البحر وعلىّ ثمنه صح ، ولزمه ذلك ، مع أنه لا يُسْقِط حقاً عن أحد ، فههنا أولى ، ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض ، فجاز لغيرها كالدَّيْن . وفارق البيع ، فإنه تمليك ، فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك ، وإن قال : طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له ، صح ويرجع عليه بمهرها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : مهر المثل .
(٢) فى النسخ المطبوعة (مع صحة) والصواب (منع صحة) كما فى الشرح الكبير ٨ ص ٢١٧ ف .
(٣) فى المخطوطة ١٨ : إن كانت صغيرة (٤) فى المخطوطه ٣٩ : فإن مشيئتها صحيحة .

٥٧٢٥ (فصـــل)

وإن قالت له امرأته : طلقنى وضرتى بألف ، فطلقهما ، وقع الطلاق بهما بائناً ، واستحق الألف على باذلته . لأن الخلع مع الأجنبي جائز . وإن طلق إحداهما فقال القاضى : تطلق طلاقا بائناً ، ولزم الباذلة بحصتها من الألف ، وهذا مذهب الشافعى ، إلا أن بعضهم قال : يلزمها مهر مثل المطلقة ، وقياس قول أصحابنا — فيما إذا قالت : طلقنى ثلاثا بألف ، فطلقها واحدة لم يلزمها شىء ، ووقعت بها التطليقة — لا يلزم الباذلة ههنا شىء ، لأنه لم يجبها إلى ما سألت ، فلم يجب عليها ما بذلت ، ولأنه قد يكون غرضها فى بينونتهما جميعاً منه ، فإذا طلق إحداهما لم يحصل غرضها ، فلا يلزمها عوضها .

٥٧٢٦ (فصـــل)

وإن قالت : طلقنى بألف على أن تطلق ضرتى ، أو على ألا تطلق ضرتى ، فالخلع صحيح ، والشرط والبذل لازم،وقال الشافعى : الشرط والعوض باطلان ، ويرجع إلى مهر المثل ، لأن الشرط سلف فى الطلاق ، والعوض بعضه فى مقابلة الشرط الباطل ، فيكون الباقى مجهولا . وقال أبو حنيفة : الشرط باطل ، والعوض صحيح ، لأن العقد يستقل بذلك العوض .

ولنا : أنها بذلت عوضاً فى طلاقها وطلاق ضرتها فصح ، كما لو قالت : طلقنى وضرتى بألف .

فإن لم يف لها بشرطها فعليها الأقل من المسمى أو الألف الذى شرطته ، ويحتمل ألا يستحق شيئاً من العوض ، لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد ، فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض .

٥٧٢٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وما خالع العبد به زوجته من شىء جاز ، وهو لسيده ﴾

جملة ذلك : أن كل زوج صح طلاقه صح خلعه ، لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شىء ، فلأن يملكه محصلا للعوض أولى ، والعبد يملك الطلاق فملك الخلع .

وكذلك المكاتب والسفيه ، وفى الصبى المميز وجهان بناء على صحة طلاقه . ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه[1] ، لأنه ليس من أهل التصرف ، فلا حكم لكلامه ، ومتى خالع العبد كان العوض لسيده . لأنه من اكتسابه واكتسابه لسيده ، وسائر من ذكرنا العوض لهم ، ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولى المحجور عليه ، لأن العوض فى خلع العبد ملك لسيده ، فلم يجز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه وولى المحجور عليه هو : الذى يقبض حقوقه وأمواله ، وهذا من حقوقه . وأما المكاتب فيدفع العوض إليه ، لأنه هو الذى يتصرف لنفسه .

(١) فى المخطوطة ١٨ لا يصح منه الخلع .

وقال القاضي : يصح قبض العبد والمحجور عليه للعوض ، لأن من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس ، واحتج بقول أحمد : ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده ، وإن استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء ، والمحجور عليه في معنى العبد ، والأولى ألا يجوز ، لأن العوض في الخلع لسيد العبد ، فلا يجوز دفعه إلى غير من هو له بغير إذن مالكه ، والعوض في خلع المحجور عليه ملك له ، إلا أنه لا يجوز تسليمه إليه ، لأن الحجر أفاد منعه من التصرف . وكلام أحمد يحمل على ما إذا أتلفه العبد قبل تسليمه إليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع إليه ، فإنه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته ، وهي ملك للسيد ، فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به على ماله ، وإن أسلمت العوض إلى المحجور عليه لم تبرأ ، فإن أخذه الولي منه برئت . وإن أتلفه أو أتلِفَ كان لوليه الرجوع عليها به .

٥٧٢٨ (فصـــل)

وقد توقف أحمد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه إياها ، وسأله أبو الصقر عن ذلك فقال : قد اختلف فيه ، وكأنه رآه . قال أبو بكر : لم يبلغني في هذه المسألة إلا ما رواه أبو الصقر ، فيخرج على قولين .

أحدهما : يملك ذلك ، وهو قول عطاء ، وقتادة ، لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه ، رواه الإمام أحمد . وعن عبد الله بن عمرو : أن المعتوه إذا عبث بأهله طلّق عليه وليه[1] ، قال عمرو بن شعيب : وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو . ولأنه يصح أن يزوجه ، فصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهماً ، كالحاكم يفسخ للإعسار ، ويزوج الصغير .

والقول الآخر : لا يملك ذلك ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه ، وعن عمر أنه قال : إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ، ولأنه إسقاط لحقه ، فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص ، ولأن طريقه الشهوة[2] ، فلم يدخل في الولاية . والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير ، لأنه في معناه .

٥٧٢٩ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع ، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة ﴾

وجملة الأمر : أن المخالعة في المرض صحيحة[3] ، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة ، أو هما

(١) في المخطوطة ١٨ : طلق عليه الولي . (٢) في المخطوطة ٣٩ : ولأنه طريق الشهوة .

(٣) في المخطوطة ١٨ أن الخلع في المرض صحيح .

جميعا ، لأنه معاوضة ، فصح فى المرض كالبيع ، ولا نعلم فى هذا خلافا . ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ، ولا رجوع ، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة ، وهذا قول الثورى ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : له العوض كله ، فإن حَابَتْهُ فمن الثلث ، لأنه ليس بوارث لها ، فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي ، وعن مالك كالمذهبين ، وعنه يعتبر بخلع مثلها . وقال الشافعى : إن خالعت بمهر مثلها جاز ، وإن زاد فالزيادة من الثلث .

ولنا على أنه لا يعتبر مهر المثل : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمناه ، واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة فى أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له . وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه ، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع ، وله جميع ما خالعها به ، لأنا تبينا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع فى غير مرض الموت كالخلع فى الصحة .

٥٧٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعها فى مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثه ألا يعطوها أكثر من ميراثها ﴾ .

أما خلعه لزوجته فلا إشكال فى صحته ، سواء كان بمهر مثلها ، أو أكثر أو أقل ، ولا يعتبر من الثلث ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح ، فلأن يصح بعوض أولى ، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء . فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ، ولم تنتقل إلى ورثته . فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح ، لأنه لا تهمة فى أنه أبانها ليعطيها ذلك ، فإنه لو لم يُبِنْها لأخذته بميراثها ، وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك ، لأنه اتهم فى أنه قصد إيصال ذلك إليها ، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهى فى حباله ، فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه ، كما لو أوصى لوارث .

٥٧٣١ (فصل)

وإذا خالع امرأته على نفقة عدتها فحكى عن أحمد وأبى حنيفة : أنه يجوز ذلك ، وهذا إنما يخرج على أصل أحمد إذا كانت حاملا ، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه ، فلا تصح عوضا . وقال الشافعى : لا تصح النفقة عوضا ، فإن خالعها به وجب مهر المثل ، لأن النفقة لم تجب ، فلا يصح الخلع كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها .

ولنا : أنها إحدى النفقتين ، فصحت المخالعة عليها ، كنفقة الصبى فيما إذا خالعته على كفالة ولده

وقتاً معلوما ، وقولهم : إنها لم تجب ممنوع ، فإنه قد قيل : إن النفقة تجب بالعقد ، ثم إنها إن لم تجب فقد وُجد سبب وجوبها كنفقة الصبى ، بخلاف عوض ما يتلفه .

٥٧٣٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضه ثم أسلما أو أحدهما لا يرجع عليها بشىء ﴾

وجملة ذلك أن الخلع من الكفار جائز ، سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب ، لأن كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم ، فإن خالعها بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين ، وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضه ثم أسلما وترافعا إلينا أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ، ولم يعرض له ولم يرده ، ولا يبقى له عليها شىء ، كما لو أصدقها خمراً ثم أسلما ، أو تبايعا خمراً ، أو تقابضا ثم أسلما ، وإن كان إسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ، ولم يأمر بإقباضه ، لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضاً لمسلم[1] ، أو من مسلم ، فلا يأمر الحاكم بإقباضه .

قال القاضى فى الجامع : ولا شىء له ، لأنه رضى منها بما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر ، وقال فى المجرد : يجب مهر المثل ، وهو مذهب الشافعى ، لأن العوض فاسد ، فيرجع إلى قيمة المتلف ، وهو مهر المثل ، وكلام الخرقى يدل بعمومه على أنه يجب له شىء ، لأن تخصيصه حالة القبض بنفى الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض .

والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والخنزير مالا ، فإذا رضى به عوضا فقد رضى بالخلع بغير مال ، فلم يكن له شىء . والمشرك يعتقده مالا ، فلم يرض بالخلع بغير عوض ، فيكون العوض واجباً ، كما لو خالعها على حر يظنه عبداً ، أو خمراً يظنه خلا . وإذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضى أنه مهر المثل ، كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما ، وعلى ما عللنا به يقتضى وجوب قيمة ما سمى لها[2] على تقدير كونه مالا ، فإنه رضى بمالية ذلك[3] ، فيكون له قدره من المال . كما لو خالعها على خمر يظنه خلا ، وإن حصل القبض فى بعضه دون بعض . سقط ما قبض ، وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة ، والأصل فيه قول الله تعالى : « وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِين »[4] .

٥٧٣٣ (فصـــــل)

ويصح التوكيل فى الخلع من كل واحد من الزوجين ، ومن أحدهما منفرداً ، وكل من صح أن يتصرف بالخلع بنفسه جاز توكيله ووكالته ، حراً كان أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، مسلماً أو كافراً ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : أن يكون عوضا للمسلم

(٢) فى المخطوطه ١٨ قيمه المسمى لها .

(٣) فى المخطوطه:١٨ رضى بماليته .

(٤) سورة البقرة آية ٢٧٨ .

محجوراً عليه أو رشيداً ، لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع ، فصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه كالحر الرشيد ، وهذا مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه خلافا .

ويكون توكيل المرأة فى ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق ، وتقدير العوض ، وتسليمه . وتوكيل الرجل فى ثلاثة أشياء : شرط العوض، وقبضه ، وإيقاع الطلاق أو الخلع . ويجوز التوكيل مع تقدير العوض، ومن غير تقدير ، لأنه عقد معاوضة ، فصح كذلك كالبيع والنكاح ، والمستحب التقدير ، لأنه أسلم من من الغرر ، وأسهل على الوكيل ، لاستغنائه عن الاجتهاد ، فإن وكل الزوج لم يَخلُ من حالين .

أحدهما : أن يقدر له العوض [فإن] خالع [1] به أو بما زاد صح ، ولزم المسمى ، لأنه فعل ما أمر به وإن خالع بأقل منه ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح الخلع ، وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعى ، لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله فى خلع امرأة فخالع أخرى ، ولأنه لم يأذن له فى الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبى . والثانى . يصح ، ويرجع على الوكيل بالنقص ، وهذا قول أبى بكر ، لأن المخالفة فى قدر العوض [2] لا تبطل الخلع كحالة الإطلاق ، والأول أولى ، وأما إن خالف فى الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فخالع على عبد أو بالعكس ، أو يأمره بالخلع حالا فخالع بعوض نسيئة ، فالقياس : أنه لا يصح ، لأنه مخالف لموكله فى جنس العوض ، فلم يصح تصرفه كالوكيل فى البيع ، ولأن ماخالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لأنه لم يوجد السبب بالنسبة إليه ، وفارق المخالفة فى القدر ، لأنه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل وقال القاضى : القياس أن يلزم الوكيل القدر الذى أذن فيه ، ويكون له ما خالع قياساً على المخالفة فى القدر ، وهذا يبطل بالوكيل فى البيع ، ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح . كما لو لم يوكله فى شىء ، ولأنه يفضى إلى أن يملك عوضاً ما ملكته إياه المرأة ، ولا قصد هو تملكه ، وتتخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه ، وأما المخالفة فى القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيها أيضا لما قدمناه .

والحال الثانى : إذا أطلق الوكالة فإنه يقتضى الخلع بمهرها المسمى حالاً من جنس نقد البلد ، فإن خالع بذلك فما زاد صح لأنه زاده خيراً وإن خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما اذا قدر له العوض فخالع بدونه . وذكر القاضى احتمالين آخرين .

أحدهما : أن يسقط المسمى ، ويجب مهر المثل . لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه [3] .

والثانى : أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا رجعة له ، وبين ردِّه وله الرجعة ، وإن خالع

---

(١) فى المطبوعة فخالع به ، وقد اخترنا مافى المخطوطة ٣٩ . لأنه أوضح ،ويقتضيه السياق .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : فى مقدار العوض

(٣) فى المخطوطة ٣٩. بما لا إذن له فيه .

بغير نقد البلد فحكمه حكم ما لو عين عوضا فخالع بغير جنسه ، وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ، ولم يقع الطلاق[1] لأنه غير مأذون له فيه ، إنما أذن له فى الخلع ، وهو إبانة المرأة بعوض ، وما أتى به ، وإنما أتى بطلاق غير مأذون له فيه . ذكره القاضى فى المجرد وهو مذهب الشافعى ، وسواء عين له العوض أو أطلق ، وذكر فى الجامع : أن الخلع يصح ، ويرجع على الوكيل بالمسمى ، ولاشىء على المرأة ، هذا إذا قلنا الخلع بلا عوض يصح ، وإن قلنا : لا يصح ، لم يصح إلا أن يكون بلفظ الطلاق ، فيقع طلقة رجعية ، واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح ، فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح ، فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق ، فلا يصح أن يوقعه على غير ما أذن له فيه ، ووكيل الزوجة لا يوقع ، وإنما يقبل ، ولأن وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ، ووكيل الزوجة يخلصها منه ، فلا يلزم من الصحة فى موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة فى موضع يفوته عليه ،ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذى قدرته له صح ولزمها ، ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذى قدره له لم يلزمه .

وأما وكيل الزوجة فله حالان .

أحدهما : أن تقدر له العوض ، فمتى خالع به فما دونه صح[2] ولزمها ذلك ، لأنه زادها خيراً ، وإن خالع بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة ، لأنها لم تأذن فيها ، ولزم الوكيل ، لأنه التزمه للزوج ، فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال . وقال القاضى فى المجرد عليها مهر مثلها ، ولا شىء على وكيلها لأنه لايقبل العقد لنفسه إنما يقبله لغيره ، ولعل هذا مذهب الشافعى ، والأولى أنه لايلزمها أكثر مما بذلته. لأنها ما التزمت أكثر منه ، ولا وجد منها تغرير للزوج ، ولا ينبغى أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل ، لأنه رضى بذلك عوضاً وهو عوض صحيح معلوم ، فلم يكن له أكثر منه ، كما لو بذلته المرأة .

الثانى : أن يُطْلِقَ الوكالة ، فيقتضى خلعها بمهرها من جنس نقد البلد ، فإن خالعها بذلك فما دون صح ولزمها ، وإن خالعها بأكثر منه فهو كما لو خالعها بأكثر مما قدرت له على مامضى من القول فيه .

٥٧٣٤ (فصــــــل)

إذا اختلفا فى الخلع فادعاه الزوج ، وأنكرته المرأة ، بانت بإقراره ، ولم يستحق (عليها[3]) عوضا ، لأنها منكرة وعليها اليمين ، وإن ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ، ولا يستحق عليها عوضا ،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ لا يصح الخلع ولا يقع الطلاق . (٢) فى المطبوعة ، فما دون ، وما اخترناه من المخطوطه١٨أوضح (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨ ، ٢٠

لأنه لا يدعيه ، فإن اتفقا على الخلع ، واختلفا فى قدر العوض أو جنسه ، أو تأجيله ، أو صفته ، فالقول قول المرأة ، حكاه أبو بكر نصاً عن أحمد ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . وذكر القاضى رواية أخرى عن أحمد : أن القول قول الزوج ، لأن البضع يخرج من ملكه ، فكان القول قوله فى عوضه .كالسيد مع مكاتبته . وقال الشافعى : يتحالفان ، لأنه اختلاف فى عوض العقد فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا فى الثمن .

ولنا : أنه أحد نوعى الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا فى قدره ، ولأن المرأة منكرة للزيادة فى القدر أو الصفة ، فكان القول قولها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « اليمين على المدعى عليه[1] » وأما التحالف فى البيع فيُحتاج إليه لفسخ العقد ، والخلع فى نفسه فسخ فلا يفسخ ، وإن قال : خالعتك بألف فقالت : إنما خالعك غيرى بألف فى ذمته بانت ، والقول قولها فى نفى العوض عنها ، لأنها منكرة له ، وإن قالت : نعم ، ولكن ضمنها لك أبى أو غيره[2] لزمها الألف ، لإقرارها به ، والضمان لا يبرىء ذمتها . وكذلك إن قالت : خالعتك على ألف يزنه لك أبى ، لأنها اعترفت بالألف ، وادعت على أبيها دعوى ، فقبل قولها على نفسها ، دون غيرها ، وإن قال : سألتنى طلقة بألف ، فقالت : بل سألتك ثلاثا بألف فطلقتنى واحدة بانت بإقراره والقول قولها فى سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الألف ، بناء على أصلهم فيما إذا قالت : طلقنى ثلاثا بألف ، فطلقها واحدة ، أنه يلزمها ثلث الألف ، وإن خالعها على ألف فادعى أنها دنانير ، وقالت : بل هى دراهم ، فالقول قولها ، لما ذكرنا فى أول الفصل . ولو قال أحدهما : كانت دراهم قراضة ، وقال الآخر : مطلقة ، فالقول قولها إلا على الرواية التى حكاها القاضى ، فإن القول قول الزوج فى هاتين المسألتين . وإن اتفقا على الإطلاق لزم الألف من غالب نقد البلد . وإن اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقت إرادتهما عليه . وإن اختلفا فى الإرادة كان حكمها حكم المطلقة ، يرجع إلى غالب نقد البلد . وقال القاضى : إذا اختلفا فى الإرادة وجب المهر المسمى فى العقد ، لأن اختلافهما يجعل البدل مجهولا ، فيجب المسمى فى النكاح ، والأول أصح ، لأنهما لو أطلقا لصحت التسمية[3] ، ووجب الألف من غالب نقد البلد ، ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض ، فكذلك إذا اختلفا ، ولأنه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل ، كعبد مطلق ، وبعير ، وفرس والجهالة ههنا أقل ، فالصحة أولى .

---

(١) سبق تخريجه فى ص ١٨٥ (٢) فى المخطوطة ٣٩ : أو غير أبى .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ صحت التسمية .

٥٧٣٥ (فصـــــل)

إذا علق طلاق امرأته بصفة ، ثم أبانها بخلع أو طلاق ، ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة طلقت ، ومثاله ، إذا قال : إن كلمت أباك فأنت طالق ، ثم أبانها بخلع ، ثم تزوجها ، فكلمت أباها ، فإنها تطلق . نص عليه أحمد . فأما إن وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ، ثم وجدت مرة أخرى ، فظاهر المذهب أنها تطلق . وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق . نص عليه فى العتق ، فى رجل قال لعبده : أنت حر إن دخلت الدار ، فباعه ثم رجع ، يعنى فاشتراه ، فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق ، وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه ، فإن دخل عتق . فإذا نص فى العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون فى الطلاق مثله ، بل أولى ، لأن العتق يتشوف الشرع إليه[1] ، ولذلك قال الخرقى : وإذا قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ، لم تطلق إن تزوجها ، ولو قال : إن ملكت فلانا فهو حر ، فملكه صار حراً ، وهذا اختيار أبى الحسن التميمى . وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة فى حال البينونة . هذا مذهب مالك ، وأبى حنيفة ، وأحد أقوال الشافعى . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار ، فطلقها ثلاثا ، ثم نكحت غيره ، ثم نكحها الحالف ، ثم دخلت الدار ، أنه لا يقع عليها الطلاق . وهذا على مذهب مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لأن إطلاق الملك يقتضى ذلك ، فإن أبانها دون الثلاث فوُجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه فى قولهم . وإن لم توجد الصفة فى البينونة ثم نكحها لم تنحل فى قول مالك ، وأصحاب الرأى ، وأحد أقوال الشافعى . وله قول آخر : لا تعود الصفة بحال ، وهو اختيار المزنى ، وأبى إسحاق . لأن الإيقاع وجد قبل النكاح ، فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها ، فإنه لا خلاف فى أنه لو قال لأجنبية : أنت طالق إذا دخلت الدار ، ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق ، وهذا فى معناه . فأما إذا وجدت الصفة فى حال البينونة انحلت اليمين ، لأن الشرط وجد فى وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، فسقطت اليمين ، وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد .

ولنا : أن عقد الصفة ووقوعها وجدا فى النكاح ، فيقع كما لو لم يتخلله بينونة ، أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك ، وأبى حنيفة . ولم تفعل الصفة ، وقولهم : إن هذا طلاق قبل نكاح ، قلنا : يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث . وقولهم . تنحل الصفة بفعلها ، قلنا إنما تنحل بفعلها على وجه يحنث به ، وذلك لأن اليمين حل وعقد ، ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك ، فكذلك حلها ، والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها ، فلا تنحل اليمين ، وأما العتق ففيه روايتان .

(١) فى المخطوطة ٣٩ . يتشوق إليه الشرع .

إحداهما : أن العتق كالنكاح فى أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه ، فيكون كمسألتنا .

والثانية : تنحل ، لأن الملك الثانى لا يبنى على الأول فى شىء من أحكامه . وفارق النكاح ، فإنه يبنى على الأول فى بعض أحكامه وهو عدد الطلاق ، فجاز أن يبنى عليه فى عود الصفة ، ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق ، والحيل خداع لا تحل ما حرم الله ، فإن ابن ماجه ، وابن بطة رويا بإسنادهما عن أبى موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما بال أقوام يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك ، قد راجعتك قد طلقتك » . وفى لفظ رواه ابن بطة « خلعتك وراجعتك ، طلقتك راجعتك » . وروى بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » .

٥٧٣٦ (فصل)

فإن كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثانى ، مثل أن قال : إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثا، ثم أبانها فأكلته ، ثم نكحها لم يحنث ، لأن حنثه بوجود الصفة فى النكاح الثانى ، وما وجدت ، ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة ، لأن الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم .

كتاب الطلاق*

الطلاق : حل قيد النكاح ، وهو مشروع ، والأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : « الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ »[1] وقال تعالى « يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ »[2]

وأما السنة فما روى ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهى حائض ، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مُرْهُ فليراجعها ، ثم ليتركها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء» . متفق عليه فى آى وأخبار سوى هذين كثير .

وأجمع الناس على جواز الطلاق ، والعبرة دالة على جوازه ، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين ،فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة ، وضرراً ، مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكنى ، وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة ، من غير فائدة ، فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح ، لتزول المفسدة الحاصلة منه .

٥٧٣٧ (فصــــل)

والطلاق على خمسه أضرب [واجب] وهو طلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيئة ، وطلاق الحكمين فى الشقاق إذا رأيا ذلك

ومكروه ، وهو الطلاق من غير حاجة إليه . وقال القاضى فيه روايتان .

إحــــداهما : أنه محرم ، لأنه ضرر بنفسه وزوجته ، وإعدام المصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه ، فكان حراما كاتلاف المال ، ولقول النبى صلى الله عليه وسلم[3] « لاضرر ولا ضرار » .

والثانية : أنه مباح ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم » أبغض الحلال إلى الله الطلاق[4] » وفى لفظ :

(*) قال أبو البقاء فى النكت على المفصل : التطليق مصدر أطلقت المرأة تطليقا ،ثم وضعوا الطلاق وهواسم المصدر موضع المصدر حتىأوقعوا التطليق به . فلو قال : أنتالطلاق ، وأنت ذاتطلاق ، أو على الطلاق جرى مجرى التطليق فأما اسم الفاعل منه فهو قولهم أنت طالق . والفعل المأخوذ منه طلقت مثل ضربت .ولكن لم يؤنثه فيقول : طالقة مع جوازه لأن المعنى على النسب أىأنت ذاتطلاق كما قالوا :لابن وتامر أىذو لبنوتمر وإنما دعاإلىهذا التقرير أنك لا تقول: لبن وتمر فهو لابن وتامر . ومن الناس من قال : هو مختص بالنساء فلا يحتاج إلى الفرق.هامش : ١٨ .

(١) سورة البقرة آية٢٢٩ (٢) سورة الطلاق الآية١ .

(٣) لا ضرر ولا ضرار . أخرجه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس (ف)

(٤) أخرجه أبو داود وابن ماجه والحاكم عن ابن عمر(ف)

« ماأحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق » . رواه أبو داود . وإنما يكون مبغوضاً من غير حاجة إليه ، وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حلالا ، ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروهاً .

والثالث : مباح ، وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة ، ولسوء عشرتها ، والتضرر بها من غير حصول الغرض بها .

والرابع : مندوب إليه ، وهو عند تفريط المرأة فى حقوق الله الواجبة عليها ، مثل الصلاة ونحوها ، ولا يمكنه إجبارها عليها ، أو تكون له امرأة غير عفيفة . قال أحمد : لا ينبغى له إمساكها ، وذلك لأن فيه نقصاً لدينه ، ولا يأمن إفسادها فراشه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه ، ولا بأس بعضلها فى هذه الحال ، والتضييق عليها لتفتدى منه : قال الله تعالى « ولا تَعْضُلُوهُنّ لِتَذْهَبوا بِبَعْض مَا آتَيْتُمُوهُنّ إلاّ أنْ يَأْتِين بِفَاحِشة مُبَيّنه »[1] ويحتمل أن الطلاق فى هذين الموضعين واجب ، ومن المندوب إليه الطلاق فى حال الشقاق وفى الحال التى تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

وأما المحظور فالطلاق فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه . أجمع العلماء فى جميع الأمصار وكل الأعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة ، لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله . قال الله تعالى : « فَطلقوهنّ لعدتهن[2] » وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء[3] » . وفى لفظ رواه الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهى حائض ، ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين[4] عند القُرْأين ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « يا ابن عمر ، ما هكذا أمرك الله ، إنك أخطأت السنة ، والسنة : أن تستقبل الطهر ، فتطلق لكل قرء » . ولأنه إذا طلق فى الحيض طوّل العدة عليها ، فإن الحيضة التى طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذى بعدها عند من يجعل الأقراء الحيض . وإذا طلق فى طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم ، وتكون مرتابة لا تدرى أتعتد بالحمل أو الأقراء ؟

٥٧٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وطلاق السنة : أن يطلقها طاهراً من غير جماع واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ﴾

---

(١) سورة النساء آية ١٩ (٢) سورة الطلاق آية ١ (٣) أخرجه البخارى عن ابن عمر (ف)

(٤) لفظ الدارقطنى ص ٤٣٨ طبع الهند (أخريين) (ف)

معنى طلاق السنة : الطلاق الذى وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم فى الآية والخبرين المذكورين ، وهو الطلاق فى طهر لم يصبها فيه ، ثم يتركها حتى تنقضى عدتها . ولا خلاف فى أنه إذا طلقها فى طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضى عدتها أنه مصيب للسنة ، مطلق للعدة التى أمر الله بها . قاله ابن عبد البر ، وابن المنذر .

وقال ابن مسعود : طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع ، وقال فى قوله تعالى: «فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ» قال : طاهراً من غير جماع ، ونحوه عن ابن عباس ، وفى حديث ابن عمر الذى رويناه : « ليتركها[1] حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » . فأما قوله : ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ، فمعناه أنه لا يتبعها طلاقا آخر ، قبل قضاء عدتها .

ولو طلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث فى طهر واحد ، قال أحمد : طلاق السنة واحدة ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض ، وكذلك قال مالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبو عبيد . وقال أبو حنيفة والثورى : السنة أن يطلقها ثلاثا فى كل قرء طلقة ، وهو قول سائر الكوفيين . واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبى صلى الله عليه وسلم : « راجعها ، ثم امسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر » . قالوا وإنما أمره بإمساكها فى هذا الطهر لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل ، فإذا مضى ومضت الحيضة التى بعـــده أمره بطلاقها . وقوله فى حديثه الآخر : «والسنة أن يستقبل الطهر ، فيطلق لكل قرء » .

وروى النسائى بإسناده عن عبد الله قال : « طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهى طاهر فى غير جماع ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، ثم تعتد بعد ذلك بحيضة » .

ولنا : ماروى عن على رضى الله عنه أنه قال : « لا يطلق أحد للسنة فيندم » رواه الأثرم ، وهذا إنما يحصل فى حق من لم يطلق ثلاثا . وقال ابن سيرين : إن عليا كرم الله وجهه قال : « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً ، يطلقها تطليقة ، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا ، فمتى شاء راجعها » رواه النجاد بإسناده .

وروى ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال : « طلاق السنة أن يطلقها وهى طاهر ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها أو يراجعها إن شاء » فأما حديث ابن عمر الأول فلا حجة لهم فيه ، لأنه ليس فيه جمع الثلاث . وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يـكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها

(١) أخرجه البخارى عن ابن عمر بهذا اللفظ غير أنه قال « ليمسكها» بدل (ليتركها) (ف) .

كان للسنة على كل حال ، حتى قد قال أبو حنيفة : لو أمسكها بيده لشهوة ، ثم والى بين الثلاث ، كان مصيبا للسنة ، لأنه يكون مرتجعا لها ، والمعنى فيه : أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى ، فصارت كأنها لم توجد ، ولا غنى به عن الطلقة الأخرى ، إذا احتاج إلى فراق امرأته ، بخلاف ما إذا لم يرتجعها ، فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إبانتها ، فافترقا ، ولأن ماذكروه إرداف طلاق من غير ارتجاع ، فلم يكن للسنة ، كجمع الثلاث فى طهر واحد ، وتحريم المرأة لا يزول إلا بزوج وإصابة من غير حاجة ، فلم يكن للسنة كجمع الثلاث .

٥٧٣٩ (فصـــل)

فإن طلق للبدعة ، وهو أن يطلقها حائضا ، أو فى طهر أصابها فيه أثم ووقع طلاقه فى قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : لم يخالف فى ذلك إلا أهل البدع والضلال . وحكاه أبو نصر عن ابن علية ، وهشام بن الحكم ، والشيعة . قالوا : لا يقع طلاقه ، لأن الله تعالى أمر به فى قُبُل[1] العدة[2] ، فإذا طلق فى غيره لم يقع ، كالوكيل إذا أوقعه فى زمن أمره موكله بإيقاعه فى غيره .

ولنا : حديث ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهى حائض ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يراجعها . وفى رواية الدار قطنى قال : فقلت يارسول الله ، أفرأيت لو أنى طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها ؟ قال : « لا ، كانت تبين منك ، وتكون معصية » . وقال نافع : وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه ، وراجعها كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر : أفتعتد عليه ، أو تحتسب عليه ؟ قال نعم ، أرأيت إن عجز واستحق ؟ وكلها أحاديث صحاح ، ولأنه طلاق من مكلف فى محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ، ولأنه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة ، بل هو إزالة عصمة ، وقطع ملك ، فإيقاعه فى زمن البدعه أولى تغليظا عليه ، وعقوبة له ، أما غير الزوج فلا يملك الطلاق ، والزوج يملكه بملكه محله .

٥٧٤٠ (فصـــل)

ويستحب أن يراجعها لأمر النبى صلى الله عليه وسلم بمراجعتها[3] ، وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذى حرم الطلاق ، ولا يجب ذلك فى ظاهر المذهب ، وهو قول الثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وابن أبى ليلى ، وأصحاب الرأى . وحكى ابن أبى موسى ، عن أحمد ، رواية أخرى :

(١) قبل العدة : بضم القاف والباء أى فى أول الطهر حيث يمكنها الدخول فى العدة والشروع فيها (ف)

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : مستقبلا للعدة .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : بالمراجعة .

أن الرجعة تجب ، واختارها ، وهو قول مالك ، وداود ، لظاهر الأمر فى الوجوب ، لأن الرجعة تجرى مجرى استبقاء النكاح ، واستبقاؤه ههنا واجب ، بدليل تحريم الطلاق ، ولأن الرجعة إمساك للزوجة ، بدليل قوله تعالى : « فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »(١) ، فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق . وقال مالك ، وداود : يجبر على رجعتها : قال أصحاب مالك : يجبر على رجعتها ما دامت فى العدة ، إلا أشهب ، قال : ما لم تطهر ثم تحيض ، ثم تطهر ، لأنه لا يجب عليه إمساكها فى تلك الحال ، فلا يجب عليه رجعتها فيه .

ولنا : أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة ، فلم تجب عليه الرجعة فيه ، كالطلاق فى طهر مسها فيه ، فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب ، حكاه ابن عبدالبر عن جميع العلماء . وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة . وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا .

٥٧٤١ (فصـــل)

فإن راجعها وجب إمساكها حتى تطهر ، واستحب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ، ثم تطهر على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث عمر الذى رويناه : قال ابن عبد البر : ذلك من وجوه عند أهل العلم .

منها : أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها إلا بالوطء ، لأنه المبغى من النكاح ، ولا يحصل الوطء إلا فى الطهر ، فإذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر ، واعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته .

ومنها : أن الطلاق كره فى الحيض لتطويل العدة ، فلو طلقها عقب الرجعة من غير وطء كانت فى معنى المطلقة قبل الدخول ، وكانت تبنى على عدتها ، فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع حكم الطلاق بالوطء ، واعتبر الطهر الذى هو موضع الوطء ، فإذا وطىء حرم طلاقها ، حتى تحيض ثم تطهر . وقد جاء فى حديث عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مره أن يراجعها ، فإذا طهرت مسها ، حتى إذا طهرت أخرى ، فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها » رواه ابن عبد البر .

ومنها : أنه عوقب على إيقاعه فى الوقت المحرم ، بمنعه منه فى الوقت الذى يباح له . وذكر غير هذا .

فإن طلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة . وقال أصحاب مالك : لا يطلقها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، على ما جاء فى الحديث .

ولنا : قوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن(٢) » وهذا مطلق للعدة ، فيدخل فى الأمر ، وقد روى يونس بن جبير ، وسعيد بن جبير ، وابن سيرين ، وزيد بن أسلم ، وأبو الزبير ، عن ابن عمر ، أن رسول

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣١ (٢) سورة الطلاق آية ١

الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها حتى تطهر ، ثم إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، ولم يذكروا تلك الزيادة . وهو حديث صحيح متفق عليه ، ولأنه طُهرٌ لم يمسها فيه ، فأشبه الثانى ، وحديثهم محمول على الاستحباب .

٥٧٤٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو طلقها ثلاثاً فى طهر لم يصبها فيه كان أيضاً للسنة ، وكان تاركا للاختيار ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى جمع الثلاث .

فروى عنه أنه غير محرم ، اختاره الخرقى ، وهومذهب الشافعى ، وأبى ثور ، وداود . وروى ذلك عن الحسن بن على ، وعبد الرحمن بن عوف ، والشعبى ، لأن عويمر العجلانى لما لاَعَنَ امرأته قال : كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . متفق عليه . ولم ينقل إنكار النبى صلى الله عليه وسلم . وعن عائشة أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إن رفاعة طلقنى فبَتّ طلاق » . متفق عليه ، وفى حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات ، ولأنه طلاق جاز تفريقه ، فجاز جمعه كطلاق النساء .

والرواية الثانية : أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم ، اختارها أبو بكر ، وأبو حفص. روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، قال على رضى الله عنه : «لايطلق أحد للسنة فيندم » ، وفى رواية قال : « يطلقها واحدة ، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض ، فمتى شاء راجعها » . وعن عمر رضى الله عنه أنه كان إذا أتى برجل طلق ثلاثاً أوجعه ضرباً ، وعن مالك بن الحارث قال : جاء رجل إلى ابن عباس ، فقال : إن عمى طلق امرأته ثلاثاً ، فقال إن عمك عصى الله ، وأطاع الشيطان ، فلم يجعل الله له مخرجاً ، ووجه ذلك قول الله تعالى : يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ» إلى قوله: « لاَتَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا»[1] ثم قال بعد ذلك:«وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا » . « وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا » ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث ، ولايجعل الله له مخرجاً ، ولامن أمره يسراً .

وروى النسائى بإسناده عن محمود بن لبيد ، قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فغضب ثم قال : « أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم ؟ » . حتى قام رجل فقال : يارسول الله ، ألا أقتله ، وفى حديث ابن عمر ، قال : قلت : يارسول الله ، أرأيت لو طلقتها ثلاثا ؟ قال: « إذاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك » . وروى الدارقطنى بإسناده عن على قال. سمع النبى

---

(١) سورة النساء آية ١ ، ٢ ، ٤ .

صلى الله عليه وسلم رجلا طلق ألبتة فغضب وقال : « تتخذون آيات الله هزواً ، أو دينَ الله هزواً أو لعباً ؟ من طلق البتة ألزمناه ثلاثا ، لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره » . ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج ، من غير حاجة ، فحرم كالظهار ، بل هـذا أولى ، لأن الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير ، وهذا لاسبيل الزوج إلى رفعه بحال ، ولأنه ضرر وإضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة ، فيدخل فى عموم النهى ، وربما كان وسيلة إلى عوده إليها حراماً ، أو بحيلة لاتزيل التحريم ، ووقوع النـدم وخسارة الدنيا والآخرة ، فـكان أولى بالتحريم من الطلاق فى الحيض الذى ضرره بقاؤها فى العدة أياماً يسيرة ، أو الطلاق فى طهر مسها فيه ، الذى ضرره احتمال الندم بظهور الحمل ، فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة ، فالتحريم ثُمَّ تنبيه على التحريم ههنا ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة[1] رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا فى عصرهم خلاف قولهم ، فيكون ذلك إجماعاً .

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم ، لأن الفرقة لم تقع بالطلاق ، فإنها وقعت بمجرد لعانهما وعند الشافعى بمجرد لعان الزوج ، فلاحجة فيه ، ثم إن اللعان يوجب تحريماً مؤبداً ، فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره، ولأن جمع الثلاث ربما حرملما يعقبه من الندم ، ويحصل به من الضرر ، ويفوت عليه من حل نكاحها ، ولايحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان ، لحصوله باللعان . وسائر الأحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث ، بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم ، فيكون مقراً عليه ، ولاحضر المطلق عند النبى صلى الله عليه وسلم حين أخبر بذلك لينكر عليه ، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه : أنه أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها ، وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات . متفق عليه ، فلم يكن[2] فى شىء من ذلك جمع الثلاث ، ولا خلاف بين الجميع فى أن الاختيار والأولى : أن يطلق واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ، إلا ماحكينا من قول من قال : إنه يطلقها فى كل قرء طلقة . والأول أولى ، فإن فى ذلك امتثالا لأمر الله سبحانه ، وموافقة لقول السلف ، وأمناً من الندم ، فإنه متى ندم راجعها ، فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها ، قال محمد بن سيرين : إن علياً كرم الله وجهه قال : « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق مايتبع رجل نفسه امرأة أبداً ، يطلقها تطليقة ، ثم يدعها مابينها و بين أن تحيض ثلاثاً ، فمتى شاء راجعها » . رواه النجاد بإسناده . وعن عبد الله قال : من أراد أن يطلق الطلاق الذى هو الطلاق فليمهل ، حتى إذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة فى غير جماع ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ، ولايطلقها ثلاثاً وهى حامل ، فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ، ويندمه الله ، فلايستطيع إليها سبيلا .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : من سميناهم من الصحابة .

(٢) فى نسخة. فلم يكره.

٥٧٤٣ (فصـــــــل)

وإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث ، وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غـيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده ، روى ذلك عن ابن عباس ، وأبى هريرة وابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، وابن مسعود ، وأنس ، وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم .

وكان عطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، وأبو الشـعثاء ، وعمرو بن دينار . يقولون : من طلق البكر ثلاثا فهى واحدة . وروى طاوس ، عن ابن عباس ، قال : « كان الطلاق على عهـد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبى بكر ، وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث واحدة » رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير ، وعمرو بن دينار ، ومجاهد ، ومالك بن الحارث ، عن ابن عباس ، خلاف رواية طاوس ، أخرجـه أيضاً أبو داود . وأفتى ابن عباس بخلاف مارواه عنه طاوس : وقد ذكرنا حديث ابن عمر : أرأيت لو طلقتها ثلاثا. وروى الدارقطنى[1] بإسناده عن عبادة بن الصامت قال « طلق بعض آبائى امرأته ألفاً ، فانطلق بنوه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا يارسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفاً فهل له مخرج؟ فقال « إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجاً ، بانت منه بثلاث على غير السنة ، وتسعمائة وسبعة وتسعون ثم فى عنقه»،ولأن النـكاح ملك يصح إزالته متفرقا ، فصح مجتمعاً كسائر الأملاك ، أما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه[2] وأفتى أيضاً بخلافه ، قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس ، بأى شىء تدفعه؟ فقال : أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ، ثم ذكر عن عـدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث ، وقيل : معنى حديث ابن عباس : أن الناس كانوا يطلقون واحــدة على عهد رسول الله[3] صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ، وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وأبى بكر ، ولايسوغ لابن عباس أن يروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويفتى بخلافه ،

٥٧٤٤ (فصـــــل)

وإن طلق اثنتين فى طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة ، لأنه لم يحرمها على نفسه ، ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ، ولـكنه ترك الاختيار ، لأنه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة تحصل بها ، فـكان مكروهاً كتضييع المال .

٥٧٤٥ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لها: أنت طالق للسنة وكانت حاملا ، أو طاهراً لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق ، وإن

(١) انظر سنن الدارقطنى ص٤٣٩ (٢) فى المخطوطة ١٨ ، بخلاف ذلك
(٣) فى المخطوطة٣٩ ، على عهد النبى صلى الله عليه وسلم

كانت حائضاً لزمها الطلاق إذا طهرت، وإن كانت طاهرة مجامعة فيه ، فإذا ظهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة[1] فمعناه فى وقت السنة . فإن كانت طاهراً غير مجامَعَة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه ، وكذلك إن كانت حاملا . قال ابن عبد البر : لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقها للسنة . وقال أحمد : أذهب إلى حديث سالم ، عن أبيه . ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا وأخرجه مسلم وغيره ، فأمره بالطلاق فى الطهر أو فى الحمل ، فطلاق السنة ما وافق الأمر ، ولأن مطلق الحامل التى استبان حملها قد دخل على بصيرة ، فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم ، وليست مرتابة لعدم اشتباه الأمر عليهما ، فإذا قال : لها أنت طالق للسنة فى هاتين الحالتين طلقت ، لأنه وصَفَ الطَّلْقة بصفتها ، فوقعت فى الحال ، وإن قال ذلك لحائض لم تقع فى الحال ، لأن طلاقها طلاق بدعة ، لكن إذا طهرت طلقت ، لأن الصفة وجدت حينئذ ، فصار كأنه قال: أنت طالق فى النهار ، فإن كانت فى النهار طلقت، وإن كانت فى الليل طلقت إذا جاء النهار . وإن كانت فى طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر ، لأن الطهر الذى جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة ، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ ، لأن الصفة وجدت[2] وهذا (كله)[3] مذهب الشافعى، وأبى حنيفة. ولا أعلم فيه مخالفاً . فإن أولج فى آخر الحيض ، واتصل بأول الطهر ، أو أولج مع أول الطهر ، لم يقع الطلاق فى ذلك الطهر ، لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت فى أوله . وهذا كله مذهب الشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

٥٧٤٦ (فصل)

إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ، ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل . كذلك قال أحمد، وهو ظاهر كلام الخرقى ، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة : إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك ، وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل ، أو تتيمم عند عدم الماء ، وتصلى ، أو يخرج عنها وقت صلاة ، لأنه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها .

ولنا : أنها طاهر ، فوقع بها طلاق السنة كالتى طهرت لأكثر الحيض ، والدليل على أنها طاهر : أنها تؤمر بالغسل ، ويلزمها ذلك ، ويصح منها ، وتؤمر بالصلاة ، وتصح صلاتها ، ولأن فى حديث ابن عمر : « فإذا طهرت طلقها إن شاء » وما قاله غير صحيح ، فإننا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ، ولا صح منها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : طلاق السنة (٢) فى المخطوطة ١٨ لأن الصفة موجودة (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨

٥٧٤٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو قال لها: أنت طالق للبدعة ، وهى فى طهر لم يصبها فيه لم تطلق حتى يصيبها ، أو تحيض ﴾

هذه المسألة عكس تلك ، فإنه وصف الطلقة بأنها للبدعة . فإن قال ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه . وقع الطلاق فى الحال ، لأنه وصف الطلقة بصفتها ، وإن كانت فى طهر لم يصبها فيه لم يقع فى الحال ، فإذا حاضت طلقت بأول جزء من الحيض ، وإن أصابها طلقت بالتقاء الختانين ، فإن نزع من غير توقف فلا شىء عليها ، وإن أولج بعد النزع فقد وطىء مطلقته ، ويأتى بيان حكم ذلك . وإن أصابها واستدام ذلك فسنذكرها أيضاً إن شاء الله تعالى فيما بعد .

٥٧٤٨ (فصــل)

فإن قال لطاهر : أنت طالق للبدعة فى الحال ، فقد قيل : إن الصفة تلغو ، ويقع الطلاق . لأنه وصفها بما لا تتصف به ، فلغت الصفة[1] دون الطلاق . ويحتمل أن تطلق فى الحال ثلاثاً ، لأن ذلك طلاق بدعة ، فانصرف الوصف بالبدعة إليه لتعذر صفة البدعــة من الجهة الأخرى . وإن قال لحائض : أنت طالق للسنة فى الحال لغَت الصفة ، ووقع الطلاق ، لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة ، وثلاثاً للبدعة ، طلقت ثلاثاً فى الحال ، بناء على ما سنذكره .

٥٧٤٩ (فصــــل)

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة فالمنصوص عن أحمد أنها تطلق ثلاثاً إن كانت طاهراً غير مجامعة فيه[2] وإن كانت حائضاً طلقت ثلاثاً إذا طهرت وهذا مذهب الشافعى ، قال القاضى ، وأبو الخطاب : هذا على الرواية التى قال فيها : إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الأخرى فإذا طهرت طلقت واحدة ، وتطلق الثانية والثالثة فى نكاحين آخرين ، أو بعد رجعتين . وقد أنـكر أحمد هذا فقال فى رواية مهنا ، إذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا للسنة : قد اختلفوا فيه ، فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة ، فلو راجعها تقع تطليقة أخرى ، وتكون عنده على أخرى وما يعجبنى قولهم هذا ، فيحتمل أن أحمد أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة ، ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لاتتصف به ، فألغى الصفـة وأوقع الطلاق ، كما لو قال لحائض أنت طالق فى الحال للسنة . وقد قال فى رواية أبى الحارث مايدل على هذا ، قال: يقع عليها الثلاث ولامعنى :لقوله للسنة .

وقال أبو حنيفة : يقع فى كل قرء طلقة ، وإن كانت من ذوات الأشهر وقع فى كل شهر طلقة ، وبنـاه على أصله فى أن السنة تفريق الثلاث على الأطهار ، وقد بينا أن ذلك فى حكم جمع الثلاث ، فإن قال : أردت

---

(١) فى المخطوطة ١٨: فتلغو الصفة

(٢) فى االمخطوطة ٣٩: ولم تجامع فيه

بقولى للسنة إيقاع واحدة فى الحال ، واثنتين فى نكاحين آخرين ، قبل منه ، وإن قال : أردت أن يقع فى كل قرء طلقة قبل أيضاً لأنه مذهب طائفة من أهل العلم ، وقد ورد به الأثر ، فلا يبعد أن يريده ، وقال أصحابنا : يدين . وهل يقبل فى الحكم ؟ على وجهين .

أحدهما : لايقبل ، لأن ذلك ليس بسنة [1] والثانى : يقبل لما قدمنا ، فإن كانت فى زمن البدعة ، فقال : سبق لسانى إلى قول السنة ، ولم أرده ، وإنما أردت الإيقاع فى الحال وقع فى الحال لأنه مالك لإيقاعها فإذا اعترف بما يوقعها قبل منه .

٥٧٥٠ (فصل)

إذا قال : أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة ، وبعضهن للبدعة طلقت فى الحال طلقتين ، وتأخرت الثالثة إلى الأخرى ، لأنه سوى بين الحالين ، فاقتضى الظاهر أن يكونا سواء ، فيقع فى الحال طلقة ونصف ، ثم بكمل النصف ليكون الطلاق لايتبعض ، فيقع طلقتان . ويحتمل أن تقع طلقة ، وتتأخر اثنتان إلى الحال الأخرى ، لأن البعض يقع على مادون الكل ، ويتناول القليل من ذلك والكثير ، فيقع أقل مايقع عليه الاسم ، لأنه اليقين ، ومازاد لايقع بالشك ، فيتأخر إلى الحال الأخرى .

فإن قيل : فلم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث ؟ قلنا : متى أمكنت القسمة من غير تكسير [2] وجبت القسمة على الصحة . وإن قال : نصفهن للسنة ، ونصفهن للبدعة ، وقع فى الحال طلقتان ، وتأخرت الثالثة . وإن قال : طلقتان للسنة ، وواحدة للبدعة ، أو : طلقتان للبدعة ، وواحدة للسنة ، فهو على ما قال : وإن أطلق ثم قال : نويت ذلك ، فإن فسر نيته بما يوقع فى الحال طلقتين قُبِلَ لأنه مقتضى الإطلاق ، ولأنه غير متهم فيه . وإن فسرها بما يوقع طلقة واحدة ، ويؤخر اثنتين ، دين فيما بينه وبين الله تعالى : وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان.

أظهرهما : أنه يقبل ، لأن البعض حقيقة فى القليل والكثير ، فما فسر كلامه به لايخالف الحقيقة ، فيجب أن يقبل .

والثانى : لايقبل ، لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق ، ومذهب الشافعى على نحو هذا ، فإن قال : أنت طالق ثلاثاً ، بعضها للسنة ، ولم يذكر شيئاً آخر ، احتمل أن تكون كالتى قبلها ، لأنه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة ، فأشبه مالو صرح به ، ويحتمل أنه لايقع فى الحال إلا واحدة ، لأنه لم يسوِّ بين الحالين ، والبعض لايقتضى النصف ، فتقع الواحدة لأنها اليقين ، والزائد لايقع بالشك ، وكذلك لوقال : بعضها للسنة ، وباقيها للبدعة ، أو سائرها للبدعة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ليس بطلاق سنة . (٢) فى اللخطوطة ٣٩: من غير كسر .

٥٧٥١ (فصـــل)

إذا قال : أنت طالق إذا قدم زيد ، فقدم وهى حائض ، طلقت للبدعة ، ولم يأثم ، لأنه لم يقصده . وإن قال : أنت طالق إذا قدم زيد للسنة ، فقدم فى زمان السنة طلقت ، وإن قدم فى زمان البدعة لم يقع ، حتى إذا صارت إلى زمان السنة وقع ، ويصير كأنه قال : حين قدم زيد أنت طالق للسنة ، لأنه أوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة ، فلا يقع إلا عليها . وإن قال لها : أنت طالق للسنة إذا قدم زيد قبل أن يدخل بها ، طلقت عند قدومه ، حائضاً كانت أو طاهراً ، لأنها لا سنة لطلاقها ولا بدعة ، وإن قدم بعد دخوله بها وهى فى طهر لم يصبها فيه ، طلقت ، وإن قدم فى زمن البدعة لم تطلق حتى يجىء زمن السنة ، لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة : وإن قال لامرأته : أنت طالق إذا جاء رأس الشهر للسنة ، فكان رأس الشهر فى زمان السنة وقع ، وإلا وقع إذا جاء زمان السنة .

٥٧٥٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو قال لها وهى حائض ولم يدخل بها : أنت طالق للسنة طلقت من وقتها ، لأنه لا سنة فيه ولا بدعة ﴾

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء [على] أن طلاق السنة إنما هو للمدخول بها ، أما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا فى عـــدد الطلاق ، على اختلاف بينهم فيه ، وذلك لأن الطلاق فى حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقراء إنما كان له سنة وبدعة ، لأن العدة تطول عليها بالطلاق فى الحيض ، وترتاب بالطلاق فى الطهر الذى لم جامعها فيه ، وينتفى عنها الأمران بالطلاق فى الطهر الذى لم يجامعها فيه . أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفى[1] تطويلها أو الارتياب فيها ، وكذلك ذوات الأشهر كالصغيرة التى لم تحض ، والآيسات [من] المحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة ، لأن العدة لا تطول بطلاقها فى حال ، ولا تحمل فترتاب ، وكذلك الحامل التى استبان حملها ، فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة ، من جهة الوقت ، فى قول أصحابنا وهو مذهب الشافعى ، وكثير من أهل العلم . فإذا قال لإحدى هؤلاء : أنت طالق للسنة أو للبدعة . وقعت الطلقة فى الحال ، ولغت الصفة ، لأن طلاقها لا يتصف بذلك ، فصار كأنه قال : أنت طالق ولم يزد ، وكذلك إن قال : أنت طالق للسنة والبدعة . أو قال : أنت طالق لا للسنة ، ولا للبدعة ، طلقت فى الحال ، لأنه وصف الطلقة بصفتها ، ويحتمل كلام الخرقى : أن يكون للحامل طلاق سنة ، لأنه طلاق أمر به بقوله عليه السلام : « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » ، وهو أيضاً ظاهر كلام

(١) هـكذا فى النسخ وفى طبعة المنار ص ٢٤٩ وفى الشرح الكبير «فلا عدة عليها تبقى بتطويلها أوالارتياب فيها » وهو غير واضح والمراد (فانتفى تطويلها أو الارتياب فيها) (ف)

أحمد فإنه قال:أذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعنى هذا الحديث ، ولأنها فى حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة ، فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة [1] ويتفرع من هذا أنه لو قال لها : أنت طالق للبدعة لم تطلق فى الحال فإذا وضعت الحمل طلقت ، لأن النفاس زمان بدعة كالحيض .

٥٧٥٣ (فصـــــل)

وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها : أنت طالق للبدعة ، ثم قال: أردت إذا حاضت الصغيرة ، أو أصيبت غير المدخول بها، أو قال لهما : أنتما طالقتان للسنة . وقال : أردت طلاقهما فى زمن يصير طلاقهما فيه للسنة ، دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضى .

أحدهما : لا يقبل ، وهو مذهب الشافعى . لأنه خلاف الظاهر فأشبه مالو قال أنت طالق ثم قال : أردت إذا دخلت الدار .

والثانى : يقبل وهو الأشبه بمذهب أحمد . لأنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق . وقال أردت بالثانية إفهامها .

٥٧٥٤ (فصـــل)

وإذا قال لها فى طهر جامعها فيه : أنت طالق للسنة فيئست من المحيض لم تطلق . لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة فى زمن يصلح له ، فإذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة ، فلم توجد الصفة ، فلا يقع . وكذلك إن استبان حملها لم يقع أيضا ، إلا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة ، فإنه ينبغى أن يقع لوجود الصفة ، كما لو حاضت ثم طهرت .

٥٧٥٥ (فصـــل)

إذا قال أنت طالق فى كل قرء طلقة ، وهى من ذوات القرء وقع فى كل قرء طلقة . فإن كانت فى القرء وقعت بها واحدة فى الحال ، ووقع بها طلقتان فى قرأين آخرين فى أولها ، سواء قلنا : القرء الحيض ، أو : الأطهار . وسواء كانت مدخولا بها ، أو غير مدخول بها . إلا أن غير المدخول بها تَبِينُ بالطلقة الأولى ، فإن تزوجها وقع بها القرء الثانى طلقة أخرى ، وكذلك الحكم فى الثالثة . وإن كانت صغيرة وقلنا : القرء الحيض ، لم تطلق حتى تحيض ، فتطلق فى كل حيضة طلقة . وإن قلنا : القرء الأطهار ، احتمل أن تطلق فى الحال واحدة ، ثم لا تطلق حتى تحيض ، ثم تطهر فتطلق الثانية ، ثم الثالثة فى الطهر الآخر ، ثم تطهر ، لأن

(١) فى المخطوطة ١٨ : من غير جماع

الطهر قبل الحيض كله قرء واحـد . ويحتمل ألا تطلق حتى تطهر بعد الحيض ، لأن القرء هو الطهر بين الحيضتين ، وكذلك لو حاضت الصغيرة فى عدتهـــا لم تحتسب بالطهر الذى قبل الحيض من عدتها فى أحد الوجهين . والحـكم فى الحامل كالحـكم فى الصغيرة[1] ، لأن زمن الحمل كله قرء واحد فى أحد الوجهين إذا قلنا : الأقراء : الأطهار .

والوجه الآخر : ليس بقرء على كل حال ، وإن كانت آيسة فقال القاضى : تطلق واحدة على كل حال . لأنه علق طلاقها بصـفة تستحيل فيها ، فلغت ووقع بهـا الطلاق ، كما لو قال لها : أنت طالق للبدعة . وإذا طلقت الحامل فى حال حملها بانت بوضعه . لأن عدتها تنقضى به ، فلم يلحقها طلاق آخر ، فإن استأنف نـكاحها ، أو راجعها قبـل وضع حملها ، ثم طهرت من النفاس ، طلقت أخرى ، ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثـالثة .

٥٧٥٦ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق للسنة إن كان الطلاق يقع عليك للسنة ، وهى فى زمن السنة طلقت بوجود الصفة ، وإن لم تـكن فى زمن السنة انحلت الصفة ، ولم يقع بحال ، لأن الشرط ما وجـد . وكذلك إن قال : أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليـك للبدعة . إن كانت فى زمن البدعة وقع ، وإلا لم يقـع بحال . فإن كانت ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضى فيها احتمالين .

أحدهما : لا يقع فى المسألتين ، لأن الصفة ما وجدت، فأشبه مالو قال : أنت طالق إن كنت هاشمية[2] . ولم تـكن هاشمية .

والثانى : تطلق،لأنه شرط لوقوع الطلقةشرطا مستحيلا فلغى ، ووقع الطلاق كما لو قال . أنت طالق للسـنة ، والأول أشبه ، وللشافعية وجهان كهذين .

٥٧٥٧ (فصـــــل)

فإن قال : طالق أحسن الطلاق ، أو أجمله ، أو أعدله ، أو أكمله ، أو أتمه ، أو أفضله ، أو قال : طلقة حسنة ، أو جميلة ، أو عدلة ، أو سـنية ، كان ذلك كله عبارة عن طلاق السـنة ، وبه قال الشافعى . وقال محمد بن الحسن : إذا قال : أعدل الطلاق أو أحسنه ، ونحوه كقولنا . وإن قال : طلقة سنية ، أو عدلة ، وقع الطلاق فى الحال ، لأن الطـلاق لا يتصف بالوقت ، والسنة والبدعة وقت ، فإذا وصفها بما لا تتصف به سقطت الصـفة ، كما لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق طلقة رجعية . أو قال لها : أنت طالق للسنة أو البدعة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : وحكم الحامل كحـكم الصغيرة . (٢) فى المخطوطة ١٨ إن كنت من بنى هاشم .

ولنا : أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ، ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه فى ذلك الوقت موافقا للسنة ، مطابقا للشرع ، فهو كقوله أحسن الطلاق . وفارق قوله طلقة رجعية ، لأن الرجعة لا تكون إلا فى مدة ، ولا عدة لها ، فلا يحصل ذلك بقوله : فإن قال : نويت بقولى أعدل الطلاق وقوعه فى حال الحيض ، لأنه أشبه بأخلاقها القبيحة ، ولم أرد الوقت ، وكانت فى الحيض ، وقع الطلاق ، لأنه إقرار على نفسه بما فيه تغليظ . وإن كانت فى حال السنة دِيِّنَ فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل فى الحكم ؟ على وجهين كما تقدم .

٥٧٥٨ (فصـــــل)

فإن عكس ، فقال : أنت طالق أقبح الطلاق ، وأسمجه ، أو أفحشه ، وأنتنه ، أو أرداه ، حمل على (طلاق)[1] البدعة ، فإن كانت فى وقت البدعة ، وإلا وقف على مجيء زمان البدعة ، وحكى عن أبى بكر : أنه يقع ثلاثا ، إن قلنا : إن جمع الثلاث بدعة . وينبغى أن تقع الثلاث فى وقت البدعة ، ليكون جامعاً لبدعتى الطلاق ، فيكون أقبح الطلاق . وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول : إنما أردت أن طلاقك أقبح الطلاق ، لأنك لا تستحقينه لحسن عشرتك ، وجميل طريقتك ، وقع فى الحال ، وإن قال : أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق من نفسه إلى زمن السنة لم يقبل ، لأن لفظه لا يحتمله ، وإن قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع فى الحال ، لأنه وصفها بصفتين متضادتين فلغيا ، وبقى مجرد الطلاق . فإن قال : أردت أنها حسنة لكونها فى زمان السنة ، وقبيحة لإضرارها بك : أو قال : أردت أنها حسنة لتخايصى من شرِّك ، وسوء خُلُقك ، وقبيحة لكونها فى زمان البدعة وكان ذلك يؤخِّر وقوع الطلاق عنه دِينَ ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على وجهين .

٥٧٥٩ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق طلاق الحرج ، فقال القاضى : معناه طلاق البدعة . لأن الحرج الضيق ، والإثم ، فكأنه قال. طلاق الإثم ، وطلاق البدعة طلاق إثم . وحكى ابن المنذر عن على رضى الله عنه : أنه يقع ثلاثا[2] ، لأن الحرج الضيق ، والذى يضيق عليه ، ويمنعه الرجوع إليها ، ويمنعها الرجوع إليه هو الثلاث ، وهو مع ذلك (طلاق)[3] بدعة ، وفيه إثم ، فيجتمع عليه الأمران: الضيق ، والإثم ، وإن قال: طلاق الحرج والسنة ، كان كقوله طلاق البدعة والسنة .

---

(١) ساقطة من المخطوطات التى بين أيدينا . (٢) فى المخطوطة ٣٩ أنه ثلاث .
(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩ . (٤) فى المخطوطة ١٨ : عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٥٧٦٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع)

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما فى معناه لايقع طلاقه . كذلك قال عثمان ، وعلى ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعى ، والشعبى ، وأبوقلابة ، وقتادة ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق فى حال نومه لاطلاق له ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « رفع[1] القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم[2] أنه قال : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» . رواه النجاد . وقال الترمذى: لانعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان ، وهو ذاهب[3] الحديث . وروى بإسناده عن على مثل ذلك . ولأنه قول يزيل الملك ، فاعتبر له العقل كالبيع ، وسواء زال عقله لجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو شرب دواء ، أو إكراه على شرب خمر ، أو شرب مايزيل عقله شربه ولا يعلم أنه مزيل للعقل ، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ، ولا نعلم فيه خلافاً . فأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالماً به ، متلاعباً ، فحكمه حكم السكران فى طلاقه . وبهذا قال أصحاب الشافعى . وقال أصحاب أبى حنيفة : لايقع طلاقه ، لأنه لا يلتذ بشربها .

ولنا : أنه زال عقله بمعصية ، فأشبه السكران .

٥٧٦١ (فصـــل)

قال أحمد فى المغمى عليه إذا طلق ، فلما أفاق علم أنه كان مغمى عليه ، وهو ذاكر لذلك ، فقال : إذا كان ذاكراً لذلك فليس هو مغمى عليه ، يجوز طلاقه . وقال فى رواية أبى طالب فى المجنون يطلق ، فقيل له بعد ما أفاق : إنك طلقت امرأتك . فقال : أنا أذكر أنى طلقت ولم يكن عقلى معى . فقال : إذا كان يذكر أنه طلق ، فقد طلقت . فلم يجعله مجنوناً ، إذا كان يذكر الطلاق ويعلم به . وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية ، وبطلان حواسه . فأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسماً ، فإنه يسقط حكم تصرفه ، مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية ، فلا يضره ذكره للطلاق ، إن شاء الله تعالى

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن على وعمر بلفظ « رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم ـ ورواه البخارى تعليقاً عن على ج ٧ ص ٥٩(ف) .

(٢) فى المخطوطة ١٨ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٣) انظر الترمذى بشرح ابن العربى ج٥ ص ١٦٧ (ف).

٥٧٦٢ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وعن أبي عبد الله رحمه الله فى السكران روايان : رواية يقع الطلاق ، ورواية لا يقع ، ورواية بتوقف عن الجواب ، ويقول : قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴾

أما التوقف عن الجواب فليس بقول فى المسألة ، إنما هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الأدلة فيها ، وإشكال دليلها ، ويبقى فى المسألة روايتان .

إحداها : يقع طلاقه ، اختارها أبو بكر الخلال ، والقاضى ، وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبى ، والنخعى ، وميمون بن مهران ، والحكم ، ومالك ، والثورى والأوزاعى ، والشافعى فى أحد قوليه [1] وابن شبرمة ، وأبى حنيفة ، وصاحبيه ، وسليمان بن حرب ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه » ومثل هذا عن على ومعاوية ، وابن عباس قال ابن عباس : طلاق السكران جائز ، إن ركب معصية من معاصى الله نفعه ذلك ؟ ولأن الصحابة جعلوه كالصاحى فى الحد بالقذف ، بدليل ماروى أبو وبرة الكلبى . قال : أرسلنى خالد إلى عمر ، فأتيته فى المسجد ومعه عثمان ، وعلى ، وعبد الرحمن ، وطلحة ، والزبير ، فقلت : إن خالداً يقول : إن النـاس انهمكوا فى الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر : هؤلاء عندك فسلهم ، فقال على : نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون ، فقال عمر : أبلغ صاحبك ماقال ، فجعلوه كالصاحى ، ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره ، صادف ملـكه ، فوجب أن يقع كطلاق الصاحى ، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ، ويقطع بالسرقة ، وبهذا فارق المجنون .

والرواية الثانية : لا يقع طلاقه ، اختـارها أبو بكر عبد العزيز [2] وهو قول عثمان رضى الله عنــه ، ومذهب عمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وطاوس ، وربيعة ، ويحيى ، الأنصارى ، والليث ، والعنـــبرى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، والمزنى [3] قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان . ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شىء فيه . وهو أصح ، يعنى من حديث على وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى على ولأنه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولأنه مفقود الإرادة أشبه المـكره ، ولأن العقل شرط للتكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهى ، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط

(١) قال القفال : ومن أصحابنا من قال : يقع طلاق السكران قولاً واحداً ولعل ما رواه المزنى حكاه الشافعى عن غيره (حلية العلماء ١/٤٦٦) خط

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : ابن عبد العزيز وهو خطأ . (٣) وداود الظاهرى (حلية العلماء ١ /٤٦٦) خط

بمعصية أو غيرها [(٤)] بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلى قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولوضرب رأسه فجنّ سقط [عنه] التكليف . وحديث أبى هريرة لايثبت . وأما قتله وسرقته فهو كمسألتنا .

٥٧٦٣ (فصـــــل)

والحكم فى عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم فى طلاقه ، لأن المعنى فى الجميع واحد ، وقد روى عن أحمد فى بيعه وشرائه الروايات الثلاث ، وسأله ابن منصور : إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع ، فقال : أجبن[(١)] عنه ، لايصح من أمر السكران شىء ، وقال أبو عبد الله ابن حامد : حكم السكران حكم الصاحى ، فيما له وفيما عليه ، فأما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شىء ، وقد أومأ إليه أحمد ، والأولى أن ماله أيضاً لا يصح منه ، لأن تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذة له . وليس المؤاخذة تصحيح تصرف له .

٥٧٦٤ (فصـــــل)

وحد السكر الذى يقع الخلاف فى صاحبه هو الذى يجعله يخلط فى كلامه ، ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ، ونحو ذلك ، لأن الله تعالى قال : « يَاأَيُّها الَّذِينَ آمنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ » فجعل علامة زوال السكر علمه مايقول ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن ، أو ألقوا رداءه فى الأردية ، فإن قرأ أم القرآن ، أو عرف رداءه ، وإلا فأقم عليه الحد . ولا يعتبر ألا يعرف السماء من الأرض ، ولا الذكر من الأنثى ، لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى .

٥٧٦٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا عقل الصبى الطلاق فطلق لزمه ﴾

وأما الصبى الذى لايعقل فلا خلاف فى أنه لاطلاق له ، وأما الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع ، اختارها أبو بكر ، والخرقى ، وابن حامد . وروى

---

(١) علة وقوع طلاق السكران كما ذكرها القفال ثلاثة . أحدها وهو قول ابن سريج : أن سكره لا يعلم إلا من جهته ، وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه فعلى هذا يقع فى الظاهر . والثانى . تغليظ عليه لمعصيته فلهذا يصح منه ما فيه تغليظ كالطلاق والعتق . ولايصح منه مافيه تخفيف كالنكاح والرجعة . والثالث . لما كان سكره بمعصية سقط حكمه ، فجعل كالصاحى . وهو الصحيح . ولذلك صحح الشافعى رجعته (حلية العلماء ٦٤٦/١ و ٦٤٧) خط

(٢) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٤٠ (أخبر عنه) بدل (اجبن عنه) وهو الصواب (ف)

نحو ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، والشعبي ، وإسحاق . وروى أبو طالب عن أحمد : لا يجوز طلاقه ، حتى يحتلم ، وهو قول النخعي ، والزهري ، ومالك ، وحماد ، والثوري ، وأبي عبيد . وذكر أبو عبيد : أنه قول أهل العراق ، وأهل الحجاز ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم[1] » ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ، ووجه الأولى قوله عليه السلام « الطلاق لمن أخذ بالساق[2] » وقوله « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله[3] » وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : اكتموا الصبيان النكاح ، فيفهم منه أن فائدته ألا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل ، صادف محل الطلاق ، فوقع كطلاق البالغ .

٥٧٦٦ (فصـــــل)

وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل ، وهو اختيار القاضي ، وروى عن أحمد أبو الحارث[4] : إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر ، وهو اختيار أبي بكر ، لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية ، فكذلك هذا ، وعن سعيد بن المسيب ، إذا أحصى الصلاة ، وصام رمضان ، جاز طلاقه . وقال عطاء : إذا بلغ أن يصيب النساء[5] ، وعن الحسن : إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان ، وقال إسحاق : إذا جاوز اثنتي عشرة .

٥٧٦٧ (فصـــل)

ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه ، وتوكله لغيره ، وقد أومأ إليه أحمد ، فقال في رجل قال لصبي : طلق امرأتي ، فقال : قد طلقتك ثلاثا لا يجوز عليها ، حتى يعقل الطلاق ، فقيل له : فإن كانت له زوجة صبية ، فقالت : صير أمري إلي ، فقال لها : أمرك بيدك، فقالت : قد اخترت نفسي، فقال أحمد : ليس بشيء ، حتى يكون مثلها ، يعقل الطلاق . وقال أبو بكر : لا يصح أن يوكل حتى يبلغ ، وحكاه عن أحمد .

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ ، وما روى عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه إن شاء الله تعالى .

---

(١) سبق تخريجه ص٣٧٨ (٢) أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ (إنما الطلاق . .) ف .
(٣) سبق تخريجه (٤) في المخطوطة ٣٩ . وروى أبو الحارث عن أحمد .
(٥) في المخطوطة ٣٩ . إذا صلح أن يصيب النساء .

٥٧٦٨ (فصـــل)

فأما السفيه فيقع طلاقه فى قول أكثر أهل العلم ، منهم القاسم بن محمد ، ومالك ، والشافعى ، وأبو حنيفة، وأصحابه . ومنع منه عطاء . والأولى صحته ، لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد ، والحجر عليه فى ماله لا يمنع تصرفه فى غير ماهو محجور عليه ، فيه كالمفلس .

٥٧٦٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن أكره على الطلاق لم يلزمه ﴾

لاتختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لايقع[١] ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عمر[٢] ، وابن الزبير ، وجابر بن سمرة ، وبه قال عبد الله بن عبيد ، بن عمير ، وعكرمة ، والحسن ، وجابر بن زيد ، وشريح ، وعطاء ، وطاوس ، وعمر بن عبدالعزيز ، وابن عون ، وأيوب السختيانى ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبوثور ، وأبو عبيد. وأجازه أبو قلابة والشعبى ، والنخعى ، والزهرى، والثورى ، وأبو حنيفة ، وصاحباه ، لأنه طلاق من مكلف فى محل يملكه ، فينفذ كطلاق غير المكره[٣] .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما ستكرهوا عليه » رواه ابن ماجه[٤]، وعن عائشة رضى الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «لاطلاق فى إغلاق » رواه أبو داود[٥] والأثرم قال أبو عبيد ، والقتيبى : معناه فى اكراه . وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا : يريد الإكراه ، لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه[٦] ، ويدخل فى هذا المعنى المبرسم ، والمجنون ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا مخالف لهم فى عصرهم فيكون إجماعا ، ولأنه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : غير واقع .

(٢) بل روى عبد الرزاق عن ابن عمر أنه أجا زطلا ق المكره . انظر (الدراية ٢/٧٠) .

(٣) وبه قال قتادة أيضا . (المصدر السابق) (٤) رواه ابن الجوزى هكذا : إن الله عفى لكم عن ثلاث : عن الخطأ والنسيان وما استكرهتم عليه (انظر التحقيق : مخطوط رقم ٢٣٩٤٨ ب)

(٥) ورواه أحمد وابن ماجه والحاكم وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه : ولفظ الحديث : « لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق » .

(٦) نقل ابن القيم رواية عن أبى داود « فى غلاق » بكسر الغين ـ ثم قال : والغلاق أظنه الغضب . وقال حنبل : سمعت أبا عبد الله يعنى أحمد بن حنبل يقول : هو الغضب . ذكره الخلال أبو بكر عبد العزيز ولفظ أحمد : يعنى الغضب . انظر (إغاثة اللهفان ص ٥)

٥٧٧٠ (فصـــــل)

وإن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد التربُّص إذا لم يفىء ، وإكراهه الرجلين اللذين زوجها وليان ، ولا يعلم السابق منهما على الطلاق وقع الطلاق ، لأنه قول حمل عليه بحق ، فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ، ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه ، فلو لم يقع لم يحصل المقصود

٥٧٧١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشىء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرهاً ﴾

أما إذا نيل بشىء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط فى الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا إشكال ، لما روى أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك[1] فأعطاهم فانتهى إليه النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبكى فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول : «أخذك المشركون ، فغطوك فى الماء ، وأمروك أن تشرك بالله ، ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» . رواه أبو حفص بإسناده ، وقال عمر رضى الله عنه : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أوجعته [من الجوع] أو ضربته ، أو أوثقته ، وهذا يقتضى وجود فعل يكون به إكراها ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان .

إحداها : ليس بإكراه ، لأن الذى ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد فى حديث عمار وفيه : «أنهم أخذوك فغطوك فى الماء » ، فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله .

والرواية الثانية : أن الوعيد بمفرده إكراه . قال فى رواية ابن منصور : حد الإكراه إذا خاف القتل ، أو ضرباً شديداً ، وهذا قول أكثر الفقهاء[2] ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعى[3] ، لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد ، فإن الماضى من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى من وقوعه ، وإنما أبيح له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد ، وهو فى الموضعين واحد ، ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل أفضى إلى قتله ، وإلقائه بيده إلى التهلكة ، ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً ، لأنه إذا طلق فى هذه الحال وقع طلاقه ، فيصل المكره إلى مراده ، ويقع الضرر

(١) أى : أرغموه على الشرك . (٢) فى المخطوطة ١٨ : قول أكثر أهل العلم .

(٣) اختلف الشافعية فى الضرب المبرح والحبس الطويل . فقال أبو إسحاق . ليس إكراهاً . والمذهب أنه إكراه . وقال أبو على فى الإفصاح : كله إكراه حتى لو توعده بالاستخفاف وهو رجل وجيه (حلية العلماء ١/٦٤٧) خط .

بالمكره ، وثبوت الإكراه فى حق من نيل بشىء من العذاب لا ينفى ثبوته فى حق غيره ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه فى الذى تدلى يشتار[1] عسلا ، فوقفت امرأته على الحبل ، وقالت : طلقنى ثلاثاً وإلا قطعته . فذكّرها الله والإسلام ، فقالت : لتفعلن أو لأفعلن، فطلقها ثلاثاً ، فرده إليها. رواه سعيد بإسناده ، وهذا كان وعيداً .

٥٧٧٢ (فصـــــــل)

ومن شرط الإكراه ثلاثة[2] أمور :

أحدها : أن يكون من قادر بسلطان أو تغلّب ، كاللص ونحوه ، وحكى عن الشعبى إن أكرهه اللص لم يقع طلاقه ، وإن أكرهه السلطان وقع . قال ابن عيينة . لأن اللص يقتـله ، وعموم ما ذكرناه فى دليل الإكراه يتناول الجميع ، والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصاً ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لعمار : « إن عادوا فَعُد » ولأنه إكراه ، فمنع وقوع الطلاق ، كإكراه اللصوص .

والثانى : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه .

والثالث : أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً ، كالقتل والضرب الشديد ، والقيد والحبس الطويلين. فأما الشتم والسب ، فليس بإكراه رواية واحدة ، وكذلك أخذ المال اليسير ، فأما الضرر اليسير فإن كان فى حق من لا يبالى به فليس بإكراه ، وإن كان من ذوى المروءات على وجه يكون إخراقاً[3] بصاحبه ، وغضا له وشهرة فى حقه ، فهو كالضرب الكثير فى حق غيره . وإن تُوُعِّدَ بتعذيب ولده[4] فقد قيل : ليس بإكراه ، لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون إكراهاً ، لأن ذلك عنده أعظم من أخذ ماله ، والوعيد بذلك إكراه ، فكذلك هذا .

٥٧٧٣ (فصـــل)

وإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع ، لأنه غير مكره عليه ، وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثاً وقع أيضاً لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وإن خلصت نيتـه فى الطلاق دون دفع الإكراه وقع لأنه قصده واختاره ، ويحتمل ألا يقع ، لأن اللفظ مرفوع عنه ، فلا يبقى إلا مجرد النية ، فلا يقع بها طلاق . وإن طلق ونوى بقلبه غير امرأته ، أو تأول

---

(١) يشتار . يجنى .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : وشروط الإكراه ثلاثة .

(٣) إخراقاً . طعنا يبهت صاحبه ويدهشه (ف).

(٤) فى المخطوطة ١٨ : بتعذيب ابنه .

فى يمينه ، فله تأويله ، ويقبل قوله فى نيته ، لأن الإكراه دليل له على تأويله . وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع ، لأنه معذور ، وذكر أصحاب الشافعى وجهاً : أنه يقع ، لأنه لا مُكرِهُ له على نيته .

ولنا : أنه مكره عليه ، فلم يقع لعموم ما ذكرنا من الأدلة ، ولأنه قد لا يحضره التأويل فى تلك الحال، فتفوت الرخصة .

باب تصريح الطلاق وغيره

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ ، فلو نواه بقلبه[1] من غير لفظ لم يقع فى قول عامة أهل العلم . منهم عطاء ، وجابر بن زيد ، وسعيد بن جبير ، ويحيى بن أبى كثير ، والشافعى ، وإسحاق ، وروى أيضاً عن القاسم ، وسالم ، والحسن ، والشعبى ، وقال الزهرى إذا عزم على ذلك طلقت ، وقال ابن سيرين فيمن طلق فى نفسه أليس قد علمه الله ؟ .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها ،مالم تتكلم به أوتعمل» رواه النسائى والترمذى، وقال : هذا حديث صحيح : ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة، وإن نواه بقلبه وأشار بأصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه . إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ ، فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح ، وكناية فالصريح يقع به الطلاق ، من غير نية ، والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه[2] أو يأتى بما يقوم مقام نيته .

٥٧٧٤ مسألة

قال ﴿ وإذا قال : قد طلقتك ، أو قد فارقتك ، أو قد سرحتك ، لزمها الطلاق ﴾

هذا يقتضى أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح . وما تصرف منهن . وهذا مذهب الشافعى ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده ، وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك ، إلا أن مالكا يوقع الطلاق به بغير نية ، لأن الكنايات الظاهرة لا تفتقر عنده إلى النية وحجةهذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان فىغير الطلاق كثيراً ، فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته ، ووجه الأول : أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين ، فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى : « فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ »[3] وقال : « فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »[4] : وقال سبحانه : « وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ »[5]، وقال

(١) فى المخطوطة ١٨ . فلو نواه بالقلب. (٢) فى المخطوطة ٣٩ : حتى ينوى.

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٤) سورة البقرة آية ٢٣١ (٥) سورة النساء آية ١٣٠

سبحانه « فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً »(١) . وقول ابن حامد أصح ، فإن الصريح فى الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره ، إلا احتمالا بعيداً ، ولفظة الفراق والسراح إن وردا فى القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى ، وفى العرف كثيراً قال الله تعالى : « واعْتَصِموا بِحَبْلِ الله جَمِيعاً ولاَ تَفَرَّقوا »(٢) : وقال : «وما تَفَرَّقَ الَّذِينَ أوتوا الكتاب »(٣) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله « أَوْفَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »(٤) لم يرد به الطلاق . وإنما هو ترك ارتجاعها ، وكذلك قوله : « أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ(٥) » ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق ، فإنه مختص بذلك ، سابق إلى الافهام من غير قرينة ، ولا دلالة ، بخلاف الفراق والسراح . فعلى كلا القولين إذا قال: طلقتك ، أو أنت طالق ، أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية ، وإن قال : فارقتك ، أو أنت مفارقة ، أو سرحتك ، أو أنت مسرحة ، فمن يراه صريحاً أوقع به الطلاق من غير نيه ، ومن لم يره صريحاً لم يوقعه به إلا أن ينويه ، فإن قال . أردت بقولى فارقتك ، أى بجسمى ، أو بقلبى ، أو بمذهبى ، أو سرحتك من يدى،أو شغلى ، أو من حبسى ، أو سرحت شعرك ، قبل قوله : وإن قال : أردت بقولى أنت طالق ، أى من وثاق ، أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لسانى فقلت طلقتك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى : فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه .

قال أبو بكر : لاخلاف عن أبى عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقينى ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف ، فجرى على لسانه غير ما فى قلبه ، فقال . أرجو أن يكون الأمر فيه واسعاً ، وهل تقبل دعواه فى الحكم ؟ ينظر ، فإن كان فى حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل فى الحكم ، لأن لفظه ظاهر فى الطلاق ، وقرينة حاله تدل عليه ، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين ، فلا تقبل وإن لم تكن فى هذه الحال ، فظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور وأبى الحارث أنه يقبل قوله ، وهو قول جابر بن زيد ، والشعبى ، والحكم حكاه عنهم أبو حفص لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لوقال أنت طالق ،أنت طالق . وقال أردت بالثانية إفهامها ، وقال القاضى : فيه روايتان .

هذه التى ذكرنا . قال : وهى ظاهر كلام أحمد .

والثانية لا يقبل ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر فى العرف ، فلم يقبل فى الحكم ، كما لو أقر بعشرة ، ثم قال ، زيوفا ، أو صغارا ، أو إلى شهر ، فأما إن صرح بذلك فى اللفظ فقال : طلقتك

(١) سورة الأحزاب آية ٢٨ (٢) سورة آل عمران آية ١٠٣
(٣) سورة البينة آية ٤ (٤) سورة الطلاق آية ٢ (٥) سورة البقرة آية ٢٣١

من وثاق ، أو فارقتك بجسمي ، أو سرحتك من يدي ، فلا شك في أن الطلاق لا يقع ، لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، وذكر أبو بكر في قوله : أنت مطلقة ، أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا أو من زوج كان قبله ، لم يكن عليه شيء . وإن لم ينو شيئا فعلى قولين .

أحدهما : يقع ، والثاني : لا يقع ، وهذا من قوله يقتضي أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين . قال القاضي : والمنصوص عن أحمد أنه صريح ،وهو الصحيح ، لأن هذه متصرفة من لفظ الطلاق، فكانت صريحة فيه ، كقوله أنت طالق .

٥٧٧٥ (فصـــــل)

فأما لفظة الإطلاق فليست صريحة في الطلاق ، لأنها لم يثبت لها عرف الشرع ، ولا الاستعمال ،فأشبهت سائر كناياته ، وذكر القاضي فيها احتمالا : أنها صريحة ، لأنه لافرق بين فعلت . وأفعلت ، نحو عظمته وأعظمته ، وكرمته وأكرمته ، وليس هذا الذي ذكره بمطرد ، فإنهم يقولون حييته من التحية ، وأحييته من الحياة ، وأصدقت المرأة صداقا ، وصدقت حديثها تصديقا ، ويفرقون بين أقبل وقبّل ، وأدبر ودُبّر ، وأبصر وبصّر ، ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف ، فيقولون : حَمْل لما في البطن ، وبالكسر لما على الظهر . والوَقْر بالفتح : الثقل ، في الأذن ، وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرق بين حل قيد النكاح ، وبين غيره بالتضعيف في أحدهما والهمزة في الآخر ولو كان معنى اللفظين واحداً لقيل طلقت الأسيرين ، والفرس . والطائر ، فهو طالق ، وطلقت الدابة فهي طالق ، ومطلقة ، ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي .

٥٧٧٦ (فصـــــل)

فإن قال : أنت الطلاق ، فقال القاضي : لا تختلف الرواية عن أحمد في أن الطلاق يقع به نواه أو لم ينوه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، ولأصحاب الشافعي فيه وجهان .

أحدهما : أنه غير صريح لأنه مصدر ، والأعيان لا توصف بالمصادر[1] إلا مجازاً .

والثاني : أن الطلاق لفظ صريح ، فلم يفتقر إلى نية كالمتصرف منه ،وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر :

نوهت باسمي في العالمين وأفـ نيت عمري عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلا ق وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقولهم : إنه مجاز ، قلنا : نعم ، إلا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ، ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل، فتعين فيه .

(١) انظر التعليق على كلمة « الطلاق» أول الباب .

٥٧٧٧ (فصـــل)

وصريح الطلاق بالعجمية « بهشتم » فإذا أتى بها العجمى وقع الطلاق منه بغير نية ، وقال النخعى وأبو حنيفة : هو كناية ، لا يطلّق به إلا بنية ، لأن معناه : خلّيتُكِ ، وهذه اللفظة كناية .

ولنا : أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق ، يستعملونها فيه ، فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ،ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن فى العجمية صريح للطلاق ، وهذا بعيد ، ولا يضر كونها بمعنى خليتك ، فإن معنى طلقتك:خليتك، أيضاً ، إلا أنه لما كان موضوعا له يستعمل فيه كان صريحا، كذا هذه. ولاخلاف فى أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا ، كذلك قال الشعبى،والنخعى ، والحسن ، ومالك ، والثورى ، وأبو حنيفة ، وزفر ، والشافعى .

٥٧٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لها فى الغضب : أنت حرة ، أو لطمها فقال : هذا طلاقك ، فقط وقع الطلاق ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥٧٧٩ ﴿ أحدهما ﴾

فى أن هذا اللفظ كناية فى الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية ، ولا دلالة حال ، ولا نعلم خلافا فى أنت حرة أنه كناية ، فأما إذا لطمها وقال : هذا طلاقك ، فإن كثيراً من الفقهاء قالوا . ليس هذا كناية ، ولا يقع به طلاق ، وإن نوى، لأن هذا لا يؤدى معنى الطلاق ، ولا هو سبب له ، ولا حكم ، فلم يصح التعبير به عنه كقوله : « غفر الله لك » : وقال ابن حامد : يقع به الطلاق من غير نية ، لأن تقديره أوقعت عليك طلاقا ، هذا الضرب من أجله ، فعلى قوله يكون هذا صريحا ، وقول الخرقى محتمل لهذا أيضا . ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان فى حال الغضب ، فيكون الغضب قائما مقام النية ، كما قام مقامها فى قوله : أنت حرة . ويحتمل أن يكون لَطْمُهُ [1] لها قرينة تقوم مقام النية ، لأنه يصدر عن الغضب ، فجرى مجراه ، والصحيح أنه كناية فى الطلاق ، لأنه محتمل بالتقدير الذى ذكره ابن حامد ، ويحتمل أن يريد أنه سبب لطلاقك ، لكون الطلاق معلقا عليه ، فصح أن يعبر به عنه ، وليس بصريح ، لأنه احتاج إلى تقدير ، ولو كان صريحا لم يحتج إلى ذلك ، ولأنه غير موضوع له ، ولا مستعمل فيه شرعا ، ولا عرفا ، فأشبه سائر الكنايات .

وعلى قياسه ما لو أطعمها أو سقاها أو كساها وقال : هذا طلاقك ، أو لو فعلت المرأة فعلا من قيام أو قعود أو فعل هو فعلا ، وقال : هذا طلاقك ، فهو مثل لطمها ، إلا فى أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية ، فيكون هو أيضاً قائماً مقامها فى وجه ، وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها.

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : اللطم لها .

٥٧٨٠ (الفصل الثانى)

أنه إذا أتى بالـكناية فى حال الغضب فذكر الخرقى فى هذا الموضع . أنه يقع الطلاق ، وذكر القاضى ، وأبو بكر ، وأبو الخطاب ، فى ذلك روايتين .

إحداها : يقع الطلاق ، قال فى رواية الميمونى ، إذا قال لزوجته : أنت حرة لوجه الله فى الغضب[1] ، فأخشى أن يكون طلاقا .

والرواية الأخرى : ليس بطلاق ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى . إلا أن أبا حنيفة يقول فى اعتدى ، واختارى ، وأمرك بيدك . كقولنا فى الوقوع ، واحتجا بأن هذا ليس بصريح فى الطلاق ، ولم ينوه به ، فلم يقع به الطلاق كحال الرضاء ، ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضاء والغضب . ويحتمل أن ما كان من الـكنايات لا يستعمل فى غـير الفرقة إلا نادراً ، نحو قوله : أنت حرة لوجه الله ، واعتدى واستبرئى ، وحبلك على غاربك ، وأنت بائن ، وأشباه ذلك : أنه يقع فى حال الغضب . وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك ، نحو اذهبى ، واخرجى ، وروحى ، وتقنَّعى ، لا يقع الطلاق به إلا بنية ، ومذهب أبى حنيفة قريب من هذا ، وكلام أحمد والخرقى فى الوقوع إنما ورد فى قوله : أنت حرة ، وهو مما لا يستعمله الإنسان فى حق زوجته غالباً إلا كناية عن الطلاق ، ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية ، لأن ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق فى حال الرضاء ، فـكذلك فى حال الغضب ، إذ لا حجر عليه فى استعماله والتكلم به ، بخلاف مالم تجر العادة بذكره ، فإنه لمّا قل استعماله فى غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق ، فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق ، أو فى حال الغضب قوى الظن ، فصار ظنا غالباً .

ووجه الرواية الأخرى : أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال ، فإن من قال لرجل يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه ، كان مدحاً له ، وإن قاله فى حال شتمه وتنقصه كان قذفا وذما . ولو قال : إنه لا يغدر بذمة ، ولا يظـلم حبة خردل ، وما أحد أوفى ذمة منه . فى حال المدح ، كان مدحا بليغا ، كما قال حسان :

فما حملتْ من ناقة فوقَ رَحْلِها ... أبرَّ وأوفى ذمةً مِنْ محمـــد

ولو قاله فى حال الذم كان هجاء قبيحاً ، كقول النجاشى :

قبيلته[2] لا يغدرون بذمة ... ولا يظلمون النـاس حبة خردل

وقال آخر : كأن ربِّىَ لم يخلق لخشيته ... سواهمُ من جميع الناس إنساناً

---

(١) فى النسخ المطبوعة (فى الرضاء لا فى الغضب) وفى الشرح الـكبير جـ ٨ ص ٢٩٢ (فى الغضب) وهو الصواب ويقتضيه سياق الـكلام (ف) .

(٢) فى النسخ المطبوعة (قبيلة) والصواب (قبيلته) .

وهذا فى هذا الموضع هجاء قبيح وذم ، حتى حكى عن حسان أنه قال : ما أراه إلاقد سلح[1] عليهم ، ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المــدح وأبلغه ، وفى الأفعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف ، والحال يدل على المزح واللعب ، لم يجز قتله . ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل ، والغضب ههنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه .

٥٧٨١ (فصـــل)

وإن أتى بالكناية فى حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى بها فى حال الغضب على مافيه من الخلاف والتفصيل ، والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه ، إلا أن المنصوص عن أحمد ههنا : أنه لايصدق فى عدم النية . قال فى رواية أبى الحارث : إذا قال : لم أنوه صدق فى ذلك إذا لم تكن سألته الطلاق ، فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جوابا للسؤال ، وكونه فى حال الغضب ، وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال فلو قال : لى عندك دينار ، قال : نعم ، أو صدقت ، كان إقراراً به ، ولم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار . ولو قال : زوجتك ابنتى ، وبعتك ثوبى هذا ، فقال : قبلت ، صح وكفى ، ولم يحتج إلى زيادة عليه . ولو أراد بالكناية حال الغضب ، أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق ، لأنه لو أراده بالصريح لم يقع ، فبالكناية أولى . وإذا ادعى ذلك دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ فظاهر كلام أحمد فى رواية أبى الحارث : أنه يصدق إن كان جوابا لسؤال الطلاق ، ونقل عنه فى موضع آخر : أنه إذا قال أنت خليّة ، أو برية ، أو بائن ، ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق ، فمفهومه أنه لايصدق مع وجودها وحكى هذا عن أبى حنيفة إلا فى الأربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد بإسناده أن رجلا خطب إلى قوم فقالوا : لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال : قد طلقت ثلاثا ، فزوجوه ثم أمسك امرأته ، فقالوا : ألم تقل : إنك طلقت ثلاثا ؟ قال : ألم تعلموا أنى تزوجت فلانة ، ثم طلقتها ، ثم تزوجت فلانة وطلقتها ، ثم تزوجت فلانة وطلقتها ، فسئل عثمان عن ذلك فقال : له نيته ، ولأنه أمر يعتبر بنيته فيه ، فقبل قوله فيما يحتمله ، كما لو كرر لفظا ، وقال : أردت التوكيد .

٥٧٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو عبد الله : ﴿ وإذا قال لها : أنت خلية ، أو أنت برية ، أو أنت بائن ، أو حبلك على غاربك ، أوالحقى بأهلك ، فهو عندى ثلاث ، ولكن أكره أن أفتى به ، سواء دخل بها أولم يدخل ﴾

أكثر الروايات عن أبى عبد الله كراهة الفتيا فى هذه الكنايات ، مع ميله إلى أنها ثلاث ، وحكى ابن أبى موسى فى الإرشاد عنه روايتين .

(١) سلح : تغوط .

إحداها : أنها ثلاث .

والثانية : يرجع إلى ما نواه ، اختارها أبو الخطاب . وهو مذهب الشافعيّ قال يرجع إلى ما نوى ، فإن لم ينو شيئا وقعت واحدة ، ونحوه قول النخعي . إلا أنه قال : يقع طلقة بائنة ، لأن لفظه يقتضي البينونه ، ولا يقتضي عدداً . وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا ، فإنه قال : يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ، ولو وقع ثلاثا لم يبح له رجعتها ، ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة مهرها .

واحتج الشافعي بما روى أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة ألبتة ، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقال : والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الله ما أردت إلا واحدة ؟ » فقال ركانة : الله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية في زمن عمر ، والثالثة في زمن عثمان . قال علي بن محمد الطنافسي : ما أشرف هذا الحديث ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون : « الحقي بأهلك[1] » . ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا ، وقد نهى عن ذلك . ولأن الكنايات مع النية كالصريح ، فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة ، كقوله : أنت طالق .

وقال الثوري وأصحاب الرأي : إن نوى ثلاثا فثلاث ، وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ، ولا يقع اثنتين ، لأن الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان . صغرى ، وكبرى . فالصغرى بالواحدة ، والكبرى بالثلاث . ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لا تقتضيه .

وقال ربيعة ومالك : يقع بها الثلاث وإن لم ينو ، إلا في خلع أو قبل الدخول ، فإنها تطلق واحدة ، لأنها تقتضي البينونة ، والبينونة تحصل في الخلع ، وقبل الدخول بواحدة ، فلم يزد عليها ، لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها ، وفي غيرهما يقع الثلاث ضرورة أن البينونة لا تحصل إلا بها ، ووجه أنها ثلاث : أنه قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فروي عن علي ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت : أنها ثلاث . قال أحمد في الخلية والبرية والبتة : قول علي وابن عمر قول صحيح ، ثلاثا .

وقال عليّ ، والحسن ، والزّهري ، في البائن : إنها ثلاث . وروى النجّاد بإسناده عن نافع ، أن رجلا جاء إلى عاصم وابن الزبير ، فقال : إن ظئري[2] هذا طلق امرأته ألبتة ، قبل أن يدخل بها ، فهل تجدان له رخصة ؟ فقالا : لا ، ولكنا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة ، فسلهم ثم ارجع إلينا ، فأخبرناه . فسألهم ، فقال أبو هريرة : لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره . وقال ابن عباس : هي ثلاث ، وذكر عن عائشة متابعتهما[3] .

---

(١) « الحقي بأهلك » أخرجه البخاري عن عائشة (ف). (٢) ظئري : أي صهري .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : متابعتها . والمراد متابعتها لهما .

وروى النجاد بإسناده أن عمر رضى الله عنه جعل ألبتة واحدة ، ثم جعلها بعدُ ثلاثَ تطليقات ، وهذه أقوال علماء الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعا . ولأنه طلّق امرأته بلفظ يقتضى البينونة ، فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة ، كما لو طلق ثلاثا ، أو نوى الثلاث . واقتضاؤه للبينونة ظاهرٌ فى قوله : أنتِ بائن ، وكذا فى قوله : ألبتة ، لأن البَتّ : القطع، فكأنه قطع النكاح كله ، ولذلك يعبَّر به عن الطلاق الثلاث ، كما قالت امرأة رفاعة : إن رفاعة طلقنى فبَتّ طلاقى . وبتله هو من القطع أيضاً ، ولذلك قيل فى مريم : البتول ، لا نقطاعها عن النكاح . ونهى النبى صلى الله وسلم عن التبتُّل ، وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية . وكذلك الخَلِيّة والبَرِيّة ، يقتضيان الخلوّ من النكاح ، والبراءة منه . وإذا كان للفظ معنى فاعتبرهُ الشرعُ إنما يعتبر [1] فيما يقتضيه ويؤدى معناه ، ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث ، فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ، ولا يمكن إيقاع واحدة بائن ، لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق ، فكذلك بكنايته ، ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها ، لأن الصحابة لم يفرقوا ، لأن كل لفظة أوجبت الثلاث فى المدخول بها أوجبتها فى غيرها ، كقوله : أنت طالق ثلاثا .

فأما حديث ركانة ، فإن أحمد ضعَّف إسنادَه ، فلذلك تَرَكَهُ ، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون : « الحقى بأهلك » . فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضى الثلاث ، وليست من اللفظات التى قال الصحابة فيها بالثلاث ، ولا هى مثلها ، فيقتصر الحكم عليها ، وقولهم : إن الكناية بالنية كالصريح ، قلنا : نعم ، إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث ، تحصل بها البينونة ، وإلى ما دونها مما لا تحصل به البينونة ، فكذلك الكناية تنقسم كذلك فمنها ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة ، وهو هذه الظاهرة ، ومنها ما يقوم مقام الواحدة ، وهو ما عداها والله أعلم .

٥٧٨٣ (فصــــــل)

وذكر القاضى : أن ظاهر كلام أحمد والخرقى أن الطلاق يقع بهذه الكنايات [2] من غير نية ، كقول مالك ، لأنه اشتهر استعماله فيه فلم تحتج إلى نية كالصريح ، ومفهوم كلام الخرقى : أنه لا يقع إلا بنية ، لقوله : وإذا أتى بصريح الطلاق وقع ، نواه أو لم ينوه . فمفهومه أن غير الصريح لا يقع إلا بنية ، ولأن هذا كناية ، فلم يثبت حكمه بغير نية ، كسائر الكنايات .

٥٧٨٤ (فصــــــل)

والكناية ثلاثة أقسام .

---

(١) فى المطبوعة : إنما يعبر .

(٢) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٩١ « بالكنايات الظاهرة من غير نية» (ف) .

[القسم الأول] ظاهر ، وهى ستة[١] ألفاظ خَلِيَّة ، وبَرِيَّة وبائن، وَبَتَّة، وَبَتْلَة وأمرك بيدك. والحكم فيها ما بيناه فى هذا الفصل . وإن قال : أنت طالق بائن ، أو ألبته ، فكذلك ، إلا أنه لا يحتاج إلى نية ، لأنه وصف بها الطلاق الصريح . وإن قال : أنت طالق لا رجعة لى عليك ، وهى مدخول بها ، فهى ثلاث . قال أحمد : إذا قال لامرأته : أنت طالق لارجعة فيها ، ولا مثنوية ، هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا ، هكذا هو عندى . وهذا قول أبى حنيفة : وإن قال : ولا رجعة لى فيها بالواو فكذلك . وقال أصحاب أبى حنيفة تكون رجعية لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها .

ولنا : أن الصفة تصح مع العطف ، كما لو قال : بعتك بعشرة وهى مغربية ، صح وكان صفة للثمن ، قال الله تعالى : « إِلاَّ اسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ »[٢] : وإن قال : أنت طالقٌ واحدةً بائنا ، أو واحدة بَّتة ففيها ثلاث روايات إحداهن : أنها واحدة رجعية ، ويلغو ما بعدها . قال أحمد : لا أعرف شيئاً متقدما ، إن نوى واحدة تكون بائناً ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به ، فلغت الصفة ، كما لو قال : أنت طالق طلقة لا تقع عليك : والثانية : هى ثلاث ، قاله أبو بكر . وقال : هو قول أحمد ، لأنه أتى بما يقتضى الثلاث ، فوقع ولغا قوله واحدة . كما لو قال : أنت طالق واحدة ثلاثا . والثالثة : رواها حنبل عن أحمد : إذا طلق امرأته واحدة ألبته ، فإن أمرها بيدها ، يزيدها فى مهرها إن أراد رجعتها ، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحـــدة بائناً ، لأنه جعل أمرها بيدها ، ولو كانت رجعية لما كان أمرها بيدها ، ولااحتاجت إلى زيادة فى مهرها، ولو وقع ثلاث لماحلت له رجعتها. وقال أبو الخطاب: هذه الرواية تخرج فى جميع الكنايات الظاهرة ، فيكون ذلك مثل قول ابراهيم النخعى . ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة ، فوقع على ما أوقعه ، ولم يزد على واحدة ، لأن لفظه لم يَقْتَضِ عدداً ، فلم يقع أكثرَ من من واحدة ، كالو قال : أنتِ طالق . وحمل القاضى رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة.

القسم الثانى : مختلف فيها ، وهى ضربان . منصوص عليها ، وهى عشرة[٣] : إلحقى بأهلك ، وحَبلك على غاربك ، ولا سبيل لى عليك ، وأنت عَلَيَّ حَرَج ، وأنت علىّ حرام ، واذهبى فتزوجى مَن شئت ،

---

(١) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٨٥ «وهى سبعة» وترك (أمرك بيدك) واد (وأنت حرة وأنت الحرج) ف .

(٢) سورة الأنبياء آية ٢ .

(٣) المذكور هنا تسعة ، وذكر فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٨٨ عشرة ألفاظ أسقط مما هنا (وأنت حرة) وزاد (لاسلطان لى عليك ، وحللت للأزواج) لكن المغنى ذكرهما فى الضرب الثانى وهو (المقيس على المنصوص عليها) . ف

وغطّى شعرك ، وأنت حرة ، وقد أعتقتُك ، فهذه عن أحمد فيها روايتان . إحداهما : أنها ثلاث . والثانية ترجع إلى ما نواه وإن لم ينو شيئاً فواحدة كسائر الكنايات .

والضرب الثانى : مقيسٌ على هذه ، وهى استبرئى رَحِمَكِ وحللت للأزواج ، وتَقَنَّعى ، ولا سُلطان لى عليك ، فهذه فى معنى المنصوص عليها ، فيكون حكمها حكمها ، والصحيح فى قوله : إلحقى بأهلك أنها واحدة ، ولا تكون ثلاثا إلا بنية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لإبنةِ الجون « الحقى بأهلك » ، متفق عليه . ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا ، وقد نهى أمته عن ذلك » قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : إن النبى صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون[2] « الحقى بأهلك » ، ولم يكن طلاقا غير هذا ، ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا ، فيكون غير طلاق السُّنة : فقال لا أدرى ، وكذلك قوله : اعتَدى ، واستبرئى رحمك لا يختص الثلاث فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث » وقد روى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسَوْدة ابنة زَمْعَة[3] : اعتدى ، فجعلها تطليقة ، وروى هُشَيْم : أنبأنا الأعمش ، عن المنهال بن عمرو ، أن نُعَيْم بن دجاجة الأسدى ، طلق امرأته تطليقتين ، ثم قال : هى على حرج ، وكتب ، فى ذلك إلى عمر بن الخطاب ، فقال : أما إنها ليست بأهونهن .

وأما سائر اللفظات فإن قلنا : هى ظاهرة فلأن معناها معنى الظاهرة ، فإن قوله : لاسبيل لى عليك ، ولا سلطان لى عليك ، إنما يكون فى المبتوتة . أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان ، وقوله : أنتِ حرة ، وأعتقتك ، يقتضى ذهاب الرِّق عنها ، وخلوصها منه ، والرق ههنا النكاح . وقوله : أنت حرام يقتضى بينونتها منه ، لأن الرجعية غير محرمة ، وكذلك حَلَلتِ للازواج ، لأنك بِنْتِ منى ، وكذلك سائرها . وإن قلنا : هى واحدة فلأنها محتملة فإن قوله : حللت للازواج . أى بعد انقضاء عدتك ، إذ لا يمكن حِلُّها ، قبل ذلك ، والواحدة تُحلها وكذلك انكحى من شئت ، وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد قضاء عدتها .

القسم الثالث : الخفية ، نحو اخرجى ، واذهبى ، وذوقى ، وتجرّعى ، وأنت مُخَلاةٌ واختارى ، ووهبتك لأهلك ، وسائر ما يدل على الفُرقة ، ويؤدى معنى الطلاق ، سوى ما تقدم ذكره ، فهذه ثلاث إن نوى ثلاثا ، واثنتان إن نواهما ، أو واحدة إن نواها أو أطلق . قال أحمد ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر ، وما عنى به الطلاق فهو على ما عَنَى ، مثل : حبلُكِ على غاربك ، إذ نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً فهو على ما نوى مثل لا سبيل لى عليك ، وإذا نصّ فى هاتين على أنه يُرجع إلى نيته ، فكذلك

---

(١) أخرجه البخارى كما سبق. (٢) فى المخطوطة ١٨ وقد روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لسودة . (٣) أخرجه ابن سعد فى الطبقات الكبرى ج ٨ ص ٥٣ عن النعمان بن ثابت التيمى .

(٤) فى المخطوطة ، ١٨ ، فهو كناية خفية .

سائر الكنايات ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يقع اثنتان ، وإن نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك ، وإن قال : أنت واحدة فهي كناية خفية ، ولكنها لا تقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً ، لأنها لا تحتمل غير الواحدة وإن قال : أغناك الله فهي كناية خفية[1] لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق قول الله تعالى « وإنْ يَتَفرّقا يُغنِ الله كلا مِنْ سَعَتِه»[1] .

٥٧٨٥ (فصــــل)

والطلاق الواقع بالكنايات رجعي ، مالم يقع الثلاث ، في ظاهر المذهب ، وهو قول الشافعي . وقال أبو حنيفة : كلها[2] بوائن ، إلا اعتدى ، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة ، لأنها تقتضي البينونة ، كقوله : أنت طالق ثلاثاً .

ولنا : أنه طلاق صادَفَ مدخولا بها من غير عِوَض ولا استيفاء عَدَد ، فوجب أن يكون رجعياً كصريح الطلاق ، وما سلَّموه من الكنايات . وقولهم : إنها تقتضي البينونة ، قلنا : فينبغي أن تبين بثلاث ، لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض .

٥٧٨٦ (فصــــل)

فأما مالا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق ، كقوله : اقعُدى ، وقومى ، وكلى ، واشربى ، واقربى ، وأَطعِمِينى ، واسقينى ، وبارك الله عليك ، (وغفر الله[3] لك) ، وما أحسنك ، وأشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى ، لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق ، فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية ، وقد ذكرنا أنه لا يقع بها ، وبهذا قال أبو حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي في قوله : كلى ، واشربى . فقال بعضهم : كقولنا وقال بعضهم : هو كناية ، لأنه يحتمل كلى ألم الطلاق ، واشربى كأس الفراق ، فوقع به كقولنا ذُوقِى وتَجَرَّعِى .

ولنا : أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لاضرر فيه ، كنحو كقوله تعالى : « كُلُوا واشْرَبُوا هَنِيئاً بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونْ[4] » وقال : « فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً[5] » . فلم يكن كناية ، كقوله : أطعمينى ، وفارق ذوقى وتجرعى ، فإنه يستعمل في المكاره ، كقول[5] الله تعالى : «ذُقْ إنَّكَ أَنْتَ العَزِيزُ الكَرِيمْ[6]»

---

(١) سورة النساء آية ١٣٠

(٢) مذهب أبي حنيفة أن هذه الألفاظ الثلاثة (اعتدى ، واستبرئي رحمك وأنت واحدة) يقع بها طلقة واحدة رجعية ، وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق ، يقع بها واحدة بائنة وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا وإن نوى اثنتين كانت واحدة ، انظر الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٣٩٨ ـ الحلبي . ف

(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩ (٤) سورة المرسلات آية ٤ (٥) سورة النساء آية ٤

(٦) سورة الدخان آية ٤

و « ذُوقُوا عَذَابَ الْحَرِيقِ(١) » و «ذُوقُوا مَسَّ سَقَرَ(٢) » وكذلك التجرُّع ، قال الله تعالى : « يَتَجَرَّعُهُ وَلَا يَكَادُ يُسِيغُهُ(٣) » . فلم يصح أن يلحق بهما ماليس مثلهما .

٥٧٨٧ (فصــــــل)

فإن قال : أنا منك طالق ، أو جعل أمر امرأته بيدها ، فقالت : أنتَ طالق ، لم تطلق زوجته ، نص عليه فى رواية الأثرم ، وهو قول ابن عباس ، والثورى ، وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وروى ذلك عن عثمان بن عفان ، رضى الله عنه . وقال مالك ، والشافعى : تطلق إذا نوى به الطلاق . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عمر وابن مسعود ، وعطاء ، والنخعى ، والقاسم ، وإسحاق ، لأن الطلاق إزالة النِّكاح ، وهو مشتَرَك بينهما ، فإذا صح فى أحدهما صح فى الآخر . ولاخلاف فى أنه لايقع به الطلاق مع غير نيّة .

ولنا : أنه محلٌّ لايقع الطلاق بإضافته إليه من غير نية ، فلم يقع وإن نوى ، كالأجنبىّ ، ولأنه قال : أنا طالق ، ولم يقل: منك ، لم يقع . ولو كان محلا للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ، ولأن الرجل مالكٌ فى النكاح، والمرأة مملوكة ، فلم يقع إزالة الملك بإضافة الإزالة إلى الملك كالعتق . ويدل على هذا أن الرجل لايوصف بأنه مطلَّق بخلاف المرأة ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال : ملّكتُ امرأتى أمرَها فطلقتنى ثلاثاً ، فقال ابن عباس خطّأ الله(٤) نواها ، إن الطلاق لك وليس لها عليك . رواه أبو عبيد والأثرم واحتج به أحمد .

٥٧٨٨ (فصــــل)

وإن قال : أنا منك بائن أو برىء ، فقد توقف أحمد فيه ، قال أبو عبد الله بن حامد : يتخرج على وجهين .

أحدهما : لايقع لأن الرجل محل لايقع الطلاق بإضافة صريحه إليه ، فلم يقع بإضافة كنايته إليه كالأجنبى.

والثانى : يقع ، لأن لفظ البينونة والبراءة يوصف بهما كل واحد من الزوجين ، يقال : بان منها وبانت منه ، وبَرِىءَ منها ، وبرئَتْ منه ، وكذلك لفظ الفرقة يضاف إليهما ، قال الله تعالى : « وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاً مِنْ سَعَتِهِ(٥) » . وقال تعالى : « يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ(٦) » ويقال: فارقته المرأة وفارقها، ولا يقال طلّقته ، ولاسَرَّحَتْه ، ولا تطلّقها ولاتسرحها :

---

(١) سورة الحج آيه ٣٢ (٢) سورة القمر آيه ٤٨ (٣) سورة إبراهيم آية ١٧

(٤) فى لسان العرب ج ١ ص ٦٦ ذكر حديث ابن عباس بلفظ (خطأ الله نوأها ، خطى الله نوأها) بتشديد الطاء بعدها همزة أو ألف ، و (نوء) بالهمز ، وقال : « أخطأ نوؤه إذا طلب حاجته فلم ينجح ولم يصب شيئا » إنتهى . ف

(٥) سورة النساء آيه ١٣ (٦) سورة البقرة آيه ١٠٢

وإن قال أنا بائن ، ولم يقل : منك ، فذكر القاضى فيما إذا قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت بائن[1] ، ولم تقل : منى ، أنه لايقع وجهاً واحداً ، وإن قالت: أنا بائن ونوت وقع ، وإن قالت أنتَ منى بائن ، فعلى الوجهين ، فيخرج ههنا مثل ذلك .

٥٧٨٩ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه ﴾

قد ذكرنا أن صريحَ الطلاقِ لايحتاج إلى نيـة ، بل يقع من غير قَصْد ولاخلاف فى ذلك ، ولأنّ مايعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع ، وسواء قصد المزح أو الجـــدّ لقول النبى صلى الله عليه وسـلم : « ثَلاَثٌ جِدّهُنّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنّ جدّ : النّكاحُ والطّلاقُ وَالرّجْعةُ » . رواه أبو داود والترمذى . وقال : حديث حسن ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جِدّ الطلاق وهزله سواء ، روى هذا عن عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، ونحوه عن عطاء ، وعبيدة . وبه قال الشافعى ، قال: أبوعبيد:[2] وهو قول سفيان ، وأهل العراق ، فأما لفظ الفراق والسّراح ، فينبنى على الخلاف فيه فمن جعله صريحاً أوقع به الطلاق ، من غير نية ، ومن لم يجعله صريحـاً لم يُوقع به الطلاق حتى ينوبه ، ويكون بمنزلة الـكنايات الخفيّة .

٥٧٩٠ (فصـــل)

فإن قال الأعجمى لامرأته : أنت طالق ، ولايفهم معناه ، لم تطلق لأنه ليس بمختار للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالمـكره ، فإن نوى موجبه عند أهل العربية لم يقع أيضاً ، لأنه لايصحّ منه اختيار مالا يعلمـه[3] ولذلك لونطق بكلمة الـكفر مَنْ لا يعلم معناها[4] لم يـكفر ، ويحتمل أن تَطْلُق إذا نوى موجبهـا ، لأنه لَفَظَ بالطلاق ناويا موجبه ، فأشبه العربى ، وكذلك الحـكم إذا قال العربى : « بهشتم » وهو لايعلم معناها

٥٧٩١ (فصـــل)

فإن قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق ، أو قال : لحماته ابنتك طالق ، ولها بنت سوى امرأته ، أوكان اسم زوجته زينب ، فقال : زينب طالق ، طلقت زوجته لأنه لايملك طلاقَ غيرها فإن قال أردتُ الأجنبية لم يصدّق ، نص عليه أحمد فى رجل تزوج امرأة فقال ، لحماته : ابنتك طالق . وقال : أردت ابنتك الأخرى التى ليست بزوجتى[5] فقال : يحنث ، ولايقبل منه . وقال فى رواية أبى داود فى رجل له امرأتان أسماها فاطمة ، فماتت إحداهما ، فقال: فاطمة طالق، ينوى الميتة، فقال: الميتة تطلق؟ قال أبو داود: كأنه لايصدقه فى الحـكم .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ إنك بائن (٢) فى المخطوطه ٣٩ : أبوعبيدة . وهو خطأ (٣) فى المخطوطة ٣٩ : مالم يعلمه (٤) فى المخطوطة ١٨ : من لايعرف ويعلم معناها (٥) فى المخطوطه ١٨و٣٩ ليست زوجتى

وقال القاضى فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال: إحداكما طالق ، وقال : أردت الأجنبية فهل يقبل؟ على روايتين ، وقال الشافعى : يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال : زينب طالق ، وقال : أردت أجنبية اسمها زينب ، لأن زينب لايتناول الأجنبية بصريحه بل من جهة الدليل ، وقد عارضه دليل آخر ، وهو أنه لايطلق غير زوجته أظهر ، فصار اللفظ فى زوجته أظهرَ ، فلم يُقبل خلافه [١] فأما إذا قال : إحداهما فإنه يتناول الأجنبية بصريحه ، وقال أصحاب الرأى ، وأبو ثور : يقبل فى الجمع لأنه فسّر كلامه بما يحتمله .

ولنـا : أنه لايحتمل غير امرأته على وجهٍ صحيح ، فلم يُقبل تفسيرُه بها ، كما لوفسر كلامه بمالايحتمله وكما لو قال : زينب طالق عند الشافعى . وماذكروه من الفرق لايصح فإنّ إحْداكما ليس بصريح فى واحدة منهما ، إنما يتناول واحدة لا بِعَيْنها ، وزينب يتناول واحدة لابعينها ، ثم تعينت الزوجة لكونها محلّ الطلاق ، وخطابُ غيرها به عبث ، كما إذا قال : إحداكما طالق ، لو تناولها بصريحة ، لكنه صَرَفه عنها دليل. فصار ظاهراً فى غيرها . ولماقال النبى صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين : «أحدكما كاذب» لم ينصرف إلا إلى الكاذب منهماواحدة ، ولما قال حسان ـ يعنى النبى صلى الله عليه وسلم وأبا سفيان ـ * فشركما لخيركما الفداء * لم ينصرف شرهما إلا إلى أبى سفيان وحده ، وخيرهما النبى صلى الله عليه وسلم وحده ، وهذا فى الحكم . أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه ، فمتى علم من نفسه أنه أراد الأجنبية لم تطلق زوجته ، لأن اللفظ محتمل له وإن كان غير مقيد . ولو كانتْ ثمّ قرينة دالة على إرادته الأجنبية ، مثل أن يدفع بيمينه ظلماً ، أو يتخلص بها من مكروه ، قُبِلَ قوله فى الحكم ، لوجود الدليل الصارف إليها ، ، وإن لم ينو زوجته ولا الأجنبية طلقت زوجته ، لأنها محل الطلاق واللفظ يحتملها ، ويصلح لها ، ولم يصرفه عنها ، فوقع به كما لو نواها .

٥٧٩٢ (فصـــل)

فإن كانت له امرأتان : حفصة ، وعمرة فقال : يا حفصة ، فأجابته عمرة ، فقال : أنت طالق فإن لم تكن له نية ، أو نوى المجيبة وحدها ، طلقت وحدها ، لأنها المطلقة دون غيرها . وإن قال : ما خاطبت بقولى : أنت طالق ، إلا حفصة ، وكانت حاضرة ، طلقت وحدها ، وإن قال : علمت أن المجيبة عمرة ، فخاطبتها بالطلاق ، وأردت طلاق حفصة ، طلقتا معاً فى قولهم جميعاً وإن قال : ظننت المجيبة حفصة فطلقتها ، طلقت حفصة رواية واحدة وفى عمرة روايتان :

إحداهما : تطلق أيضاً ، وهو قول النخعَى ، وقتادة ، والأوزاعى ، وأصحاب الرأى . واختاره ابن حامد ، لأنه خاطبها بالطلاق وهى محل له ، فطلقت كما لو قصدها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فلم يقبل طلاقه

والثانية : لا تطلق ، وهو قول الحسن ، والزهرى ، وأبى عبيد . قال أحمد فى رواية مهنا فى رجل له امرأتان فقال : فلانة ، أنت طالق . فالتفت[1] ، فإذا هى غير التى حلف عليها ، قال : قال إبراهيم : يطلقان ، والحسن يقول : تطلق التى نوى : قيل له : ما تقول أنت ؟ قال : تطلق التى نوى . ووجهه : أنه لم يقصدها بالطلاق ، فلم تطلق ، كما لو أراد أن يقول : أنت طاهر ، فسبق لسانه ، فقال : أنت طالق . وقال أبو بكر : لا يختلف كلام أحمد أنها لا تطلق . وقال الشافعى : تطلق المجيبة وحدها ، لأنها مخاطبة بالطلاق ، فطلقت كما لو لم ينو غيرها ، ولا تطلق المنوية ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ، ولم تعترف بطلاقها ، وهذا يبطل . بما لو علم أن المجيبة عمره ، فإن المنوية تطلق بإرادتها[2] الطلاق ، ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به ، لأن الاعتراف بما لا يوجب ، ولأن الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق ؛ فطلقت كما لو علم الحال .

٥٧٩٣ (فصـــل)

وإن أشار إلى عمرة ، فقال : ياحفصة[3] ، أنت طالق ، وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه إلى نداء حفصة ، طلقت عمرة وحدها ، لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها ، وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده ، فأشبه مالو أراد أن يقول : أنت طاهر ، فسبق لسانه إلى أنت طالق . وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار إليها عمرة طلقتا معا ، عمرة بالإشارة إليها[4] ، وإضافة الطلاق إليها . وحفصة بنيته وبلفظه بها . وإن ظن أن المشار إليها حفصة طلقت حفصة ، وفى عمرة روايتان كالتى قبلها .

٥٧٩٤ (فصـــل)

وإن لقى أجنبية ظنها زوجته ، فقال : فلانة ، أنت طالق ، فإذا هى أجنبية ، طلقت زوجته . نص عليه أحمد . وقال الشافعى : لا تطلق ، لأنه خاطب بالطلاق غيرها ،(فلم يقع)[5] كما لو علم أنها أجنبية فقال : أنت طالق .

ولنا : أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت ، كما لو قال : علمت أنها أجنبية ، وأردت طلاق زوجتى وإن قال لها : أنت طالق ، ولم يذكر اسم زوجته ، احتمل ذلك أيضاً ، لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق ، واحتمل ألا تطلق ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ، ولا ذكر اسمها معه ، وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ فالتفتت

(٢) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٩ (تطلق بإرادتها بالطلاق) وهو أوضح (ف)

(٣) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : وقال ياحفصة .

(٤) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ : بإشارته إليها .

(٥) ساقطة من ١٨ .

٥٧٩٥ (فصـــل)

وإن لقى امرأته فظنها أجنبية فقال : أنت طالق ، أو تنحى يامطلقة ، أو لقى أمته فظنها أجنبية فقال : أنت حرة ، أو تنحى ياحرة ، فقال أبو بكر فيمن لقى امرأته فقال تنحى يامطلقة أو ياحرة ، وهو لا يعرفها ، فإذا هى زوجتــه أو أمته : لا يقع بهما طلاق ولا حرية ، لأنه لم يردهما بذلك[1] ، فلم يقع بهما شىء ، كسبق اللسان إلى ما لم يرده . ويحتمل ألا تعتق الأمة ، لأن العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله : ياحرة ، وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله : يامطلقه[2] .

٥٧٩٦ (فصـــل)

فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال ، وقال مالك : الـكنايات الظاهرة كقوله : أنت بائن ، وبتة ، وبتْلة ، وحرام ، يقع بها الطلاق من غير نية ، قال القاضى فى الشرح : وهذا ظاهر كلام أحمد والخرقى ، لأنها مستعملة فى الطلاق فى العرف ، فصارت كالصريح .

ولنا : أن هذه كناية لم تعرف بإرادة الطلاق بها ، ولا اختصت به فلم يقع الطلاق (بها[3]) بمجرد اللفظ كسائر الـكنايات . وإذا ثبت اعتبار النية فانها دمتبر مقارنة اللفظ ، فإن وجدت فى ابتدائه وعَرِيت عنه فى سائره وقع الطلاق . وقال بعض أصحاب الشافعى : لايقع ، فلو قال : أنت (بائن[4]) ينوى الطلاق ، وعريت نيته حين قال : أنت بائن[5] لا يقع ، لأن القدر الذى صاحبته النية لا يقع به شىء .

ولنا : أن ما تعتبر له النية يُـكْتَفَىَ فيه بوجودها فى أوله ، كالصلاة وسائر العبادات . فأما إن تلفظ بالـكناية غيرَ ناوٍ ، ثم نوى بها بعدذلك ، لم يقع بها الطلاق . وكما لو نوى الطهارة بالغُسل بعدفراغه منه .

٥٧٩٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : لا وأراد به الـكذب ، لم يلزمه شىء ولو قال . قد طلقتها ، وأراد به الـكذب ، لزمه الطلاق ﴾

إنما لم يلزمه إذا أراد الـكذب ، لأن قوله : مالى امرأة ، كناية تفتقر إلى نية الطلاق . وإذا نوى الـكذب فما نوى الطلاق ، فلم يقع ، وهكذا لو نوى أنه ليس لى امرأة تخدمنى ، أو ترضينى ، أو أنى كمن

---

(١) فى المطبوعة : لم يرد بهما ذلك . وقد رجحنا ما فى ٣٩ ، ١٨ ، ٢٠ لوضوحه .

(٢) أى لعدم التعود على مخاطبتها بهذا الخطاب (٣) ساقطة من ٣٩ (٤) ساقطة من ٣٩ و ١٨ و ٢٠

(٥) هذا الـكلام فى حاجة إلى تحرير ، مثله ما فى الشرح الـكبير ج ٨ ص٢٩٢ والذى أفهمه أن الأصل (فلو قال : (أنت) ينوى الطلاق وقال (بائن) بدون نية لايقع طلاق لأن النية صاحبت المبتدأ (أنت) وهو قدر لا يقع به شىء (ف) .

لا امرأة له ، أو لم ينو شيئاً ، لم تطلق لعدم النية المشترطة فى الكناية . وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت ، لأنها كناية صحبتها النية ، وبهذا قال الزهرى ، ومالك ، وحماد بن أبى سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وقال أبو يوسف ومحمد : لا تطلق ، فإن هذا ليس بكناية ، وإنما هو خبر هو كاذب فيه ، وليس بإيقاع .

ولنا : أنه محتمل للطلاق ، لأنه إذا طلقها فليست له بامرأة ، فأشبه قوله : أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة ، وهذا يبطل قولهم . فأما إن قال : طلقتها ، وأراد الكذب طلقت ، لأن لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية . وإن قال : خليتها ، أو أبنتها ، افتقر إلى النية[1] ، لأنه كناية لا يقع به الطلاق . من غير نية .

٥٧٩٨ (فصـــل)

فإن قيل له : أطلّقت امرأتك ؟ فقال[2] : نعم ، أو قيل له : امرأتك طالق ؟ فقال : نعم ، طلقت امرأته وإن لم ينو ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعى ، واختيار المُزَنى ، لأن نعم صريح فى الجواب ، والجواب الصريح للفظ الصريح صريح . ألا ترى أنه لو قيل له أَلِفُلَانٍ عليك ألف ؟ فقال : نعم ، وجب عليه . وإن قيل له : طلَّقْتَ امرأتك فقال : قد كان بعضُ ذلك . وقال : أردتُ الإيقاع ، وَقع . وإن قال : أردت أنى علّقتُ طلاقها بشرط ، قُبل ، لأنه محتمل لما قاله . وإن قال : أردت الإخبار عن شيء ماض ، أو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : قد طلقتها ، ثم قال : إنما أردت أنى طلقتها فى نكاح آخر ، دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى فأما فى الحكم فإن لم يكن ذلك وُجِدَ منه لم يُقْبل ، لأنه لا يَحْتَمِل ما قاله ، وإن كان وُجِدَ فعلى وجهين .

٥٧٩٩ (فصـــل)

فإن قال : حلفت بالطلاق ، أو قال : علىّ يمين بالطلاق ، ولم يكن حلف ، لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ، ولزمه ما أقر به فى الحكم . ذكره القاضى ، وأبو الخطاب . وقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم ، فى الرجل يقول : حلفت بالطلاق ، ولم يكن حلف : هى كذبة ، ليس عليه يمين . وذلك لأن قوله : حلفت ، ليس بحَلِف . وإنما هو خَبَرعن الحلف ، فإذا كان كاذباً فيه لم يَصِرْ حالفاً ، كما لو قال : حلفت بالله ، وكان كاذباً . واختار أبو بكرة أنه يلزمه ما أقرّ به . وحكى فى « زاد المسافر » عن الميمونى ، عن أحمد ، أنه قال : من قال حلفتُ بالطلاق ولم يكن حَلَف ، يلزمه الطلاق ، ويُرْجَع إلى نيته فى الطلاق الثلاث ، أو الواحد[3] . وقال القاضى : معنى قول أحمد : يلزمه الطلاق ، أى فى الحكم . ويحتمل أنه أراد : يلزمه الطلاق إذا نوى به الطلاق ، فَجَعله كنايةً عنه ، ولذلك قال : ويُرْجَع إلى نيته[4] . أما الذى قصد الكذب

---

(١) فى ٣٩ : إلى نية . (٢) فى ١٨ و ٣٩ : قال نعم .

(٣) فى ٣٩ و ١٨ أو الواحدة (٤) فى المطبوعة . يرجع إلى نيته بدون الواو . ورجحنا ما فى المخطوطات .

فلا نية له فى الطلاق ، فلا يقع به شىء ، لأنه ليس بصريح فى الطلاق ، ولا نوى (به)[1] فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات . وذكر القاضى فى كتاب الأيمان ، فيمن قال : حلفت بالطلاق ، ولم يكن حلف ، هل يقع[2] به الطلاق ؟ على روايتين .

٥٨٠٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا وهب زوجته لأهلها ، فإن قبلوها فواحدة يملك الرجعة إن كانت مدخولا بها ، وإن لم يقبلوها فلا شىء ﴾

هذا المنصوص على أحمد فى هذه المسألة . وبه قال ابن مسعود ، وعطاء ، ومسروق ، والزُّهرى ، ومَكحول ، ومالك ، وإسحاق . وروى عن علىّ رضى الله عنه ، والنخَعى : إن قبلوها فواحدة بائنة ، وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية ، وعن زيد بن ثابت ، والحسن : إن قبلوها فثلاث ، وإن لم يقبلوها فواحدة رجْعِية . وروى عن أحمد مثل ذلك . وقال ربيعة ، ويحيى بن سعيد ، وأبو الزِّناد ، ومالك : هى ثلاث على كل حال ، قبلوها أو ردوها . وقال أبو حنيفة فيها كقوله فى الكناية الظاهرة ، قبلوها أو ردوها . وكذلك قال الشافعى . واختلفا ههنا بناء على اختلافهما .

ولنا : على أنها لا تطلق إذا لم يقبلوها : أنه تمليك للبُضع ، فافتقَرَ [فيه] إلى القبول ، كقوله : اختارى ، وأمرك بيدك ، وكالنكاح . وعلى أنها لا تكون ثلاثاً : أنه لفظ محتمل ، فلا يُحْمَلُ على الثلاث عند الإطلاق ، كقوله : اختارى . وعلى أنها رجعية : أنها طلقة لمن عليها عِدّة بغير عوض قبل استيفاء العَدَد ، فكانت رجعية كقوله : أنت طالق ، وقوله : إنها واحدة محمول على ما إذا أطْلَقَ النيَّة ، أو نوى واحدة . فأما إن نوى ثلاثاً ، أو اثنتين ، فهو على ما نوى . لأنها كناية غير ظاهرة ، فيرجع إلى نيته فى عددها كسائر الكنايات . ولا بد من أن ينوى بذلك الطلاق ، أو تكون ثَمَّ دلالةَ حال ، لأنها كناية ، والكنايات لابد فيها من النِّية كذلك قال القاضى[3] . وينبغى أن تُعْتَبَرَ النية من الذى يقبل أيضاً ، كما يعتبر اختيار الزوجة إذا قال: اختارى ، أو أمرك بيدك . إذا ثبت هذا فإن صيغة القبول أن يقول أهلها : قبلناها . نص عليه أحمد ، والحكم ، فى هبتها لنفسها ، أو لأجنبى ، كالحكم فى هبتها لأهلها .

٥٨٠١ (فصل)

فإن باع امرأته لغيره لم يقَعْ به طلاق وإن نوى . وبهذا قال الثَّورى ، وإسحاق ، وقال مالك : تطلق واحدة ، وهى أملكُ بنفسها ، لأنه أتى بما يقتضى خروجَها عن ملكه ، أشبه مالو وهبها .

---

(١) ساقطة من ١٨ و ٣٩ (٢) فى المطبوعة و٢٠ : فهل يقع وما فى ١٨ ، ٣٩ أوضح .
(٣) فى المطبوعة : وقال القاضى .

ولنا : أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق ، لأنه نقلُ ملكٍ بعوض ، والطلاق مجردُ إسقاط لا يقتضى العوض ، فلم يقع به طلاق ، كقوله : اطعمينى واسقينى .

٥٨٠٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لها : أمرك بيدك ، فهو بيدها وإن تطاول ، ما لم يفسخ ، أو يطأها ﴾

وجملة ذلك أن الزوج مخيَّر بين أن يطلِّق بنفسه ، وبين أن يوكِّل فيه ، وبين أن يفوِّضه إلى المرأة ، ويجعله إلى اختيارها ، بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم خيَّر نساءه ، فاخترنه . ومتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها أبداً ، لا يتقيد ذلك بالمجلس . روى ذلك عن علىّ رضى الله عنه . وبه قال الحكم ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى : هو مقصور على المجلس ، ولا طلاق لها بعد مفارقته لأنه تَخْيِيرٌ لها ، فكان مقصوراً على المجلس ، كقوله : اختارى .

ولنا : قول علىّ رضى الله عنه فى رجل جعل أمْرَ امرأته بيدها ، قال : هو لها ، حتى تَنْكِل ، ولا نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، فيكون إجماعاً ، ولأنه نوع توكيل فى الطلاق ، فكان على التراخى ، كما لو جعله لأجنبىّ ، وفارَقَ قوله : اختارى ، فإنه تخيير ، فإن رجع الزوج فيما جعل إليها ، أو قال : فسخت ما جعلت إليك ، بطل . وبذلك قال عطاء ، ومجاهد ، والشعبى ، والنخعى ، والأوزاعى ، وإسحاق . وقال الزهرى ، والثورى ، ومالك ، وأصحاب الرأى : ليس له الرجوع ، لأنه ملَّكها ذلك ، فلم يملك الرجوع كما لو طلقت .

ولنا : أنه توكيل ، فكان له الرجوع فيه كالتوكيل فى البيع ، وكما لو خاطب بذلك أجنبياً ، وقولهم : تمليك لا يصح ، فإن الطلاق لا يصح تمليكه ، ولا ينتقل عن الزوج ، وإنما يَنوبُ فيه غيره عنه ، فإذا استناب غيرَه فيه كان توكيلا لا غير ، ثم وإن سُلِّم أنه تمليك ، فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع . وإن وطئها الزوج كان رجوعاً ، لأنه نوع توكيل ، والتصرف فيما وكّل فيه يُبْطِل الوكالة : وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل ، كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

٥٨٠٣ (فصل)

ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به إيقاع طلاقها فى الحال ، أو تطلِّق نفسها ، ومتى رَدَّت الأمر الذى جُعِل إليها بطل ، ولم يقع شىء فى قول أكثر أهل العلم ، منهم : ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، ومسروق ، وعطاء ، ومجاهد ، والزهرى ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وقال قتادة : إن رَدَّت فواحدة رجعية .

ولنا . أنه توكيل رده الوكيل ، أو تمليك لم يقبله المملَّك ، فلم يقع به شىء كسائر التوكيل والتمليك .

فأما إن نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت فى الحال ، ولم يحتجْ إلى قبولها ، كما لو قال : حبلُك على غاربك .

٥٨٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن قالت : اخترت نفسى ، فواحدة تملك الرجعة ﴾

وجملة الأمر : المملَّكةَ والمخيَّرة إذا قالت : اخترت نفسى ، فهى واحدة رجعية . وروى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وروى عن علىّ : أنها واحدة بائنة ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، لأن تمليكه إياها أمرَها يقتضى زوال سلطانه عنها ، وإذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ، ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة ، وعن زيد بن ثابت : أنها ثلاث . وبه قال الحسن ، ومالك ، والليث ، إلا أن مالكا قال : إذا لم تكن مدخولا بها قُبِل منه إذا أراد واحدة أو اثنتين ، وحجّتهم : أن ذلك يقتضى زوال سلطانه عنها ، ولا يكون ذلك إلا بثلاث . وفى قول مالك أن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة ، فاكتفى بها .

ولنا : أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ، ولا نَوَتْ ذلك ، فلم تطلق ثلاثاً ، كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية .

٥٨٠٥ (فصل)

وهذا إذا لم تنو أكثر من واحدة ، فإن نوت أكثر من واحدة وقع ما نوت ، لأنها تملك الثلاث بالتصريح ، فتملكها بالكناية كالزوج . وهكذا إن أتت بشىء من الكنايات ، فحكمها فيها حكم الزوج ، إن كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أتت بها ، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها : لا يدخل علىّ ونحوها وقع ما نَوَتْ .

قال أحمد : إذا قال لها : أمرُك بيدك ، فقالت : لا يدخل على إلا بإذن ، تُنوَّى[١] فى ذلك : إن قالت : واحدة فواحدة ، وإن قالت : أردت أن أغيظه قُبِل منها ، يعنى لا يقع شىء . وكذلك لو جعل أمرها فى يد أجنبى ، فأتى بهذه الكنايات ، لا يقع شىء حتى ينوى الوكيل الطلاق ، ثم إن طلَّق بلفظ صريح ثلاثا ، أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثا ، وإن كان بكناية خفية وقع ما نواه .

٥٨٠٦ (فصل)

وقوله : أمرك بيدك ، وقوله : اختارى نفسك ، كناية فى حق الزوج ، يفتقر إلى نية أو دلالة حال ، كما فى سائر الكنايات . فإن عَدِما لم يقع به طلاق ، لأنه ليس بصريح ، وإنما هو كناية ،

(١) فى ١٨ : تنوا فى ذلك ... وفى ٣٩ : ينوا فى ذلك .

فيفتقر إلى ما تفتقر إليه سائر الكنايات . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وقال مالك : لا يفتقر إلى نية ، لأنه من الكنايات الظاهرة ، وقد سبق الكلام معه فيها ، وهو أيضاً كناية فى المرأة إن قبلته بلفظ الكناية . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يفتقر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج . لأن الزوج علّق الطلاق بفعل من جهتها ، فلم يفتقر إلى نيتها ، كما لو قال : إن تكلمت فأنت طالق ، فتكلمت ، وقال : لا يقع إلا واحدة بائن ، وإن نوت ثلاثاً ، لأن ذلك تخيير ، والتخيير لا يدخل عَدَد ، كخيار المُعْتَقَة .

ولنا : أنها مُوقِعةٌ للطلاق بلفظ الكناية ، فافتقر إلى نيتها كالزوج ، وعلى أنه يقع الثلاث إذا نوت أن اللفظ يحتمل الثلاث ، لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلاث ، فإذا نوياه وقع ، كقوله : أنت بائن .

٥٨٠٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقال : لم أجعل إليها إلا واحدة ، لم يلتفت إلى قوله ، والقضاء ما قضت ﴾

وممن قال القضاء ما قضت : عثمان ، وابن عباس. وروى ذلك عن على ، وفضالة بن عبيد ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وعن عمر ، وابن مسعود : أنها تطليقة واحدة ، وبه قال [عطاء] مجاهد ، والقاسم ، وربيعة ، وملك ، والأوزعى ، والشافعى . وقال الشافعى : إن نوى ثلاثاً فلها أن تطلق ثلاثاً ، وإن نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثا ، والقول قوله فى نيته .

قال القاضى : ونقل عبدالله [(١)] عن أحمد مايدل على أنه إذا نوى واحدة فهى واحدة ، لأنه نوع تخيير فيرجع إلى نيته فيه ، كقوله : اختارى .

ولنا : أنه لفظ يقتضى العموم فى جميع أمرها ، لأنه اسم جنس مضاف ، فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال : طلقى نفسك ما شئت ، ولا يقبل قوله : أردت واحدة ، لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ، ولا يدين فى هذا ، لأنه من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضى ثلاثاً .

٥٨٠٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك الحكم إذا جعله فى يد غيرها ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح ، وحكمه حكم مالوجعله بيدها فى أنه بيده فى المجلس وبعده ، ووافق الشافعى على هذا فى حق غيرها ، لأنه توكيل ، وسواء قال له : أمر امرأتى بيدك ، أو قال : جعلت

(١) هو عبد الله بن أحمد بن حنبل .

لك الخيار فى طلاق امرأتى ، أو قال : طلق امرأتى ، وقال أصحاب أبى حنيفة : ذلك مقصور على المجلس ، لأنه نوع تخيير ، أشبه مالو قال اختارى .

ولنا : أنه توكيل مطلق ، فـكان على التراخى كالتوكيل فى البيع ، وإذا ثبت هـذا ، فإن له أن يطلقها مالم يفسخ أو يطأها ، وله أن يطلق واحدة وثلاثاً كالمرأة ، وليس له أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله ، وهو العاقل . فأما الطفل والمجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم[(١)] فإن فعل فطلق واحد منهم[(٢)] لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأى : يصح .

ولنا : أنهما ليسا من أهل التصرف ، فلم يصح تصرفهم[(٣)] ، كما لو وكلهم[(٤)] فى العتق ، (وإن جعله فى يد كافر أو عبد صح ، لأنهما ممن[(٥)] يصح طلاقه لنفسه ، فصح توكيلهما فيه[(٦)]) ، وإن جعله فى يد امرأة صح : لأنه يصح توكيلها فى العتق ، فصح فى الطلاق كالرجل . وإن جعله فى يد صبى يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته ، وقد مضى ذلك . وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه ، فقال : إذا قال لصبى طلِّق امرأتى ثلاثاً ، فطلقها ثلاثا ، لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ، أرأيت لو كان لهـذا الصبى امرأة فطلقها ، أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه ، وهكذا لو جعـل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد فى امرأة صغيرة قال . لها أمرك بيدك ، فقالت : اخترت نفسى : ليس بشىء حتى يكون مثلها يعقل ، وهذا لأنه تصرف بحكم التوكيل ، وليست من أهل التصرف ، وظاهر كلام أحمد : أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها ، وإن لم تبلغ ، كما قررناه فى الصبى إذا طلق ، وفى الصبى رواية أخرى : لا يقع طلاقه حتى يبلغ ، فـكذلك يخرج فى هذه ، لأنها مثله فى المعنى ، والله أعلم .

٥٨٠٩ (فصـــــل)

فإن جعله فى يد اثنين ، أو وكل اثنين فى طلاق زوجته صح ، وليس لأحدهما أن يطلق على الانفراد إلا أن يجعل إليه ذلك ، لأنه إنما رضى بتصرفهما جميعاً ، وبهذا قال الحسن ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وإن طلق أحدهما واحدة ، والآخر ثلاثا ، وقعت واحدة ، وبهذا قال إسحاق ، وقال الثورى : لا يقع شىء .

ولنا : أنهما طلقا جميعاً واحدة مأذوناً فيها ، فصح كما لو جعل إليهما واحدة .

---

(١) فى ٣٩ : بأيديهما . (٢) فى ٣٩ . منهما . (٣) فى ٣٩ تصرفهما . (٤) فى ٣٩ . وكلهما .
(٥) فى المطبوعة . لأنه والسياق يقتضى ما أثبتناه من ١٨
(٦) ما بين الحاصرتين ساقط من ٣٩ . واستدركه فى ١٨ على الهامش .

٥٨١٠ (فصـــــل)

ويصح تعليق أمرك بيدك ، واختارى نفسك بالشروط ، وكذلك إن جعل ذلك إلى أجنبى صح مطلقاً ومقيداً ومعلقاً ، نحو أن يقول : اختارى نفسك ، وأمرك بيدك شهراً ، أو إذا قدم فلان ، فأمرك بيدك، أو اختارى نفسك يوما،أو يقول ذلك لأجنبى، قال أحمد:إن قال: إذا كان سنة أو أجل مسمى فأمرك بيدك ، فإذا دخل ذلك فأمرها بيدها ، وليس لها قبل ذلك أمر ، وقال أيضاً : إذا تزوج امرأة وقال لأبيها : إن جاءك خبرى إلى ثلاث سنين ، وإلا فأمر ابنتك إليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره ، فطلقها الأب ، فإن كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيماجعل إليه. ووجه هذا أنه فوض أمر الطلاق إلى من يملكه ، فصح تعليقه على شرط كالتوكيل الصريح فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ماجعله إليه ، فى الوقت الذى عينه له لاقبله ولا بعده،وللزوج الرجوع فى هذا ، لأنه عقد جائز . قال أحمد : ولا تقبل دعواه للرجوع إلا ببينة لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه ، فإن طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة التزوّج ، لأنه يحتمل أن الزوج رجع فى الوكالة ، وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة ، وحمله القاضى على الاستحباب والاحتياط ، فإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق، ومنع منه أحمد أيضاً لهذه العلة ، وحمله القاضى أيضاً على الاستحباب لأن الأصل بقاء النكاح ، فحمل الأمر فيه على اليقين . وقول أحمد : رجوعه أن يشهد على أنه رجع فيماجعل إليه ، معناه : أنه لا يقبل قوله : إنه قد رجع إليه إلا ببينة ، ولو صدقته المرأة فى أنه قد رجع قُبل ، وإن لم تكن له بينة .

٥٨١١ ﴿ مســـألة ﴾

قال﴿ ولو خيرها فاختارت فُرقتهَ من وقتها ، وإلا فلا خيار لها ﴾

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور إن اختارت فى وقتها ، وإلا فلا خيار لها بعده . روى ذلك عن عمر، وعثمان ، وابن مسعود ، وجابر رضى الله عنهم. وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، ومجاهد، والشعبى، والنخعى ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الزهرى ، وقتادة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ومالك فى إحدى الروايتين : هو على التراخى ، ولها الاختيار فى المجلس وبعده ، ما لم يَفْسَخْ أو يَطَأْ . واحتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيّرها[1] « إنِّى ذَاكِرٌ لَكِ أمْراً فَلاَ عَلَيْكِ ألاَّ تعجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِى أبَوَيْك » ، وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها إليها ، فأشبه أمرك بيدك .

---

(٢) رواه الجماعة إلا أبا داود عن عائشة (ف) .

ولنا : أنه قول من سمينا من الصحابة . روى النجاد بإسناده عن سعيد بن المسيب ، أنه قال : قضى عمر وعثمان فى الرجل يخيِّر امرأته : أن لها الخيارَ ما لم يتفرَّقا . وعن عبد الله بن عمر قال : مادامت فى مجلسها، ونحوه عن ابن مسعود ، وجابر . ولم نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة ، فكان إجماعا . ولأنه خيار تمليك ، فكان على الفور كخيار القبول . فأما الخبر ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم جعل لها الخيار على التراخى ، وخلافنا فى المطْلَق . وأما أمرك بيدك فهو توكيل ، والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيِّده بقَيْد ، بخلاف مسألتنا .

٥٨١٢ (فصـــــل)

وقوله : فى وقتها ، أى : عقيب كلامه ، ما لم يخرجا من الكلام الذى كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق، فإن تفرقا عن ذلك الكلام إلى كلام غيره بطل خيارها . قال أحمد : إذا قال لامرأته : اختارى ، فلها الخيار ما داموا فى ذلك الكلام . فإن طال المجلس وأخذوا فى كلام غير ذلك ، ولم تَخْتَرْ فلا خيار لها وهذا مذهب أبى حنيفة ، ونحوه مذهب الشافعى، على اختلاف عنه . فقيل عنه : إنه يتقيد بالمجلس، وقيل: هو على الفور . وقال أحمد أيضاً : الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه ويجاوبها ، إنما هو جواب كلام ، إن أجابته من ساعته ، وإلا فلا شىء . ووجهه : أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الإمكان ، فلم يصح كما لو قامت من مجلسها ، فإن قام أحدهما عن المجلس قَبْل اختيارها بَطَل خيارها . وقال أبو حنيفة : يَبْطُلُ بقيامها دون قيامه ، بناء على أصله فى أن الزوج لا يملك الرجوع . وعندنا أنه يملك الرجوع ، فبطل بقيامه ، كما يبطل بقيامها . وإن كان أحدهما قائماً أو مَشَى بطل الخيار ، وإن قعد لم يبطل . والفرق بين القيام والقعود أن القيام يبطل الفكر والارتياء فى الخيار ، فيكون إعراضاً ، والقعود بخلافه . ولو كانت قاعدة فاتكأت ، أو متكئة فقعدت ، لم يبطل ، لأن ذلك لا يبطل الفكرة . وإن تشاغل أحدهما بالصلاة بطل الخيار ، وإن كانت فى صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها ، وإن أضافت إليها ركعتين أخريين بطل خيارها ، وإن أكلت شيئا يسيراً ، أو قالت : بسم الله ، أو سبحت شيئاً يسيراً لم يبطل ، لأن ذلك ليس بإعراض ، وإن قالت : أدع لى شهودا أُشهدهم على ذلك لم يبطل خيارها ، وإن كانت راكبة فسارت بطل خيارها ، وهذا كله قول أصحاب الرأى .

٥٨١٣ (فصـــــل)

فإن جعل لها الخيار متى شاءت ، أو فى مدة ، فلها ذلك فى تلك المدة وإذا قال : اختارى إذا شئت ، أو متى شئت ، أو متى ماشئت ، فلها ذلك ، لأن هذه تفيد جعل الخيار لها فى عموم الأوقات ، وإن قال : اختارى اليوم وغداً ، وبعد غد ، فلها ذلك فإن ردت الخيار فى الأول بطل كله ، وكذلك إن قال :لاتمجلى

حتى تستأمرى أبويك ونحوه ، فلها الخيار على التراخى . فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك لعائشة ، فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير . وإن قال : اختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غدا ، فردته فى اليوم الأول لم يبطل فى الثانى . وقال أبو حنيفة : لا يبطل فى المسألة الأولى أيضاً ، لأنهما خياران فى زمنين ، فلم يبطل أحدهما برد الآخر ، قياسا على المسألة الثانية .

ولنا : أنه خيار واحد فى مدة واحدة ، فإذا بطل أوله بطل مابعده ، كما لو كان الخيارُ فى يوم واحد ، وكخيار الشّرط، وخيار المعتَقَة ، ولا نسلِّم أنهما خياران ، وإنما هو خيار واحد فى يومين ، وفارق ما إذا قال : اختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غداً ، فإنهما خياران ، لأن كل واحد ثبتَ بسبب مُفْرد . ولو خيَّرها شهراً فاختارت نفسها ، ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار . وعند أبى حنيفة : لها الخيار .

ولنا : أنها استوفت ما جعل لها فى هذا العقد فلم يكن لها فى عقد ثان ، كما لو اشترط الخيار فى سِلْعَة مدة ، ثم فسخ ، ثم اشتراها بعقد آخر فى تلك المدة . ولو لم تَخْتَرْ نفسها ، أو اختارت زوجها ، وطلقها الزوج ، ثم تزوجها بطل خيارها ، لأن الخيار المشروط فى عقد لا يثبت فى عقد سواه ، كما فى البيع ، والحكم فى قوله أمرك بيدك فى هذا كله كالحكم فى التخيير ، لأنه نوع تَخْيير . ولو قال لها : اختارى ، أو أمرك بيدك اليوم ، وبعد الغد ، فردت فى اليوم الأول ، لم يبطل بعد فى غد ، لأنهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه ، فلم يبطُل أحدُهما ببطلان الآخر ، بخلاف ما إذا كان الزمان متَّصلا ، واللفظ واحداً ، فإنه خيار واحد ، فبطل كلُّه بِبُطلان بعضه ، وإن قال : لك الخيار يوماً ، أو أمرك بيدك يوما ، فابتداؤه من حين نطق به ، إلى مثله من الغد . لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك . وإن قال : شهرا ، فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوماً إلى مثل تلك الساعة ، وإن قال : الشهر . أو اليوم ، أو السنة ، فهو على ما بقى من اليوم والشهر والسنة .

٥٨١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس لها أن تختار أكثر من واحدة ، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك ﴾

وجملة الأمر : أن لفظة التخيير لا تقتضى بمُطْلَقِها أكثر من تطليقة رجعية . قال أحمد : هذا قول ابن عمر ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعمر وعائشة رضى الله عنهم . وروى ذلك عن جابر ، وعبد الله بن عمرو ، وقال أبو حنيفة : هى واحدة بائن . وهو قول ابن شُبْرُمة ، لأن اختيارها نفسها يقتضى زوال سلطانه عنها ، ولا يكون إلا بالبينونة . وقال مالك : هى ثلاث فى المدخول بها لأن المدخول بها لا تَبِينُ بأقل من ثلاث إلا أن تكون بعوض .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإن من سمينا منهم قالوا : إن اختارت نفسها فهى واحدة ،

وهو أحق بها . رواه النجاد عنهم بأسانيده . ولأن قوله : اختارى تفويض مطلق ، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، وذلك طلقة واحدة . ولا يجوز أن تكون بائناً ، لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول ، فأشبه مالو طلقها واحدة ، ويخالف قوله : أمرك بيدك ، فإنه للعموم ، فإنه اسم جنس ، فيتناول جميع أمرها ، لكن إن جعل إليها أكثر من ذلك فلها ما جعل إليها ، سواء جعله بلفظه ، مثل أن يقول : اختارى ما شئت ، أو اختارى الطلقات الثلاث إن شئت ، فلها أن تختار ذلك ، فإن قال : اختارى من الثلاث ما شئت ، فلها أن تختار واحدة أو اثنتين ، وليس لها اختيار الثلاث بكمالها ، لأن « مِنْ » للتَّبْعِيض ، فقد جَعَل لها اختيار بعض الثلاث ، فلا يكون لها اختيار الجميع ، أو جَعَلَه نِيَّتُه ، وهو: أن ينوى بقوله : اختارى ، عدداً . فإنه يرجع إلى ما نواه ، لأن قوله : اختارى . كناية خفية ، فيرجِعُ فى قدر ما يقع بها إلى نيته ، كسائر الكنايات الخفية ، فإن نوى ثلاثاً ، أو اثنتين ، أو واحدة ، فهو على ما نوى . وإن أطلَقَ النية فهى واحدة : وإن نوى ثلاثا فطلقت أقل منها وقع ما طلقته ، لأنه يعتبر قولها جميعاً ، فيقع ما اجتمعا عليه ، كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة ، والآخر ثلاثا .

٥٨١٥ (فصــــل)

وإن خيرها فاختارت زوجها ، أو رَدّتِ الخيار ، أو الأمْر ، لم يقع شىء . نص عليه أحمد فى رواية الجماعة . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وزيد ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن شُبْرُمة ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والشافعى ، وابن المنذر . وعن الحسن : تكون واحدة رجعية ، وروى ذلك عن علىّ ، ورواه إسحاق بن منصور عن أحمد ، قال : فإن اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة ، وإن اختارت نفسها فثَلَاثٌ . قال أبو بكر : انفرد بهذا إسحاق بن منصور ، والعمل على ما رواه الجماعة . ووجه هذه الرواية أن التخيير كناية نوى بها الطلاق ، فوقع بها بمجردها ، كسائر كناياته ، وكقوله : أنكحى من شئت .

ولنا : قول عائشة : قد خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكان طلاقا : وقالت : لما أُمِرَ النبىُّ صلى الله عليه وسلم بتخْيِيرِ أزواجه بَدَأَ بى، فقال : « إنِّى لَمُخْبِرُكِ خَبَراً ، فَلاَ عَلَيْكِ ألاّ تَسْتَأْمِرِى أَبَوَيْكِ ـ ثم قال ـ إنَّ اللهَ تعالى قَالَ : « يَا أَيُّها النَّبِىُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا ـ حتى بلغ ـ إنَّ اللهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً » فقالت : فى أىِّ هذا استأْمِرُ أبوىَّ ؟ فإنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة . قالت : ثم فعل أزواج النبىُّ صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت » . متفق عليهما . قال مسروق . ما أبالى ، خَيَّرْتُ امرأتى واحدة أومائة أو ألفاً بعد أن تختارنى ، ولأنها مخيَّرة اختارت النكاح ؟ فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد . فأما إن قالت : اخترت نفسى ،

فيفْـتَقِرُ إلى نيَّتها ، لأنه لفظ كناية منها ، فإن نوى أحدُهما دون الآخر لم يقـع ، لأن الزوج إذا لم يَنْوِ فما فوَّض إليها الطلاق ، فلا يصـح أن يوقعه . وإنْ نوى ولم تَنْوِ هى فقد فوض إليها الطلاق ، فما أوقعته ، فلم يقع شىء كما لو وكّـل وكيلا فى الطلاق فلم يطلِّقْ وإن نويا جميعاً وقـع ما نَوَيَاهُ من العَدَد إن اتفقا فيـه . وإن نوى أحدُهما أقلَّ من الآخر وقـع الأقلّ ، لأن ما زاد انفرَدَ به أحدهما ، فـلم يقع .

٥٨١٦ (فصـل)

وإن قال : أمرك بيدك ، أو اختارى . فقالت : قبلتُ ، لم يقـع شىء ، لأن أمرك بيدك ، توكيل ، فقولها فى جوابه : قبلت . ينصرف إلى قبول الوَكالة ، فـلم يقع شىء ، كما لو قال لأجنبى : أمر امرأتى بيدك . فقال : قبلت . وقوله : اختارى فى معناه ، وكذلك إن قالت : أخذت أمرى . نص عليهما أحمد فى رواية إبراهيم بن هانىء ، إذا قال لامرأته : أمرك بيدك ، فقالت : قبلت : ليس بشىء حتى تبين . وقال : إذا قالت : أخذت أمرى ، ليس بشىء . قال : وإذا قال لامرأته : اختارى فقالت : قبلت نفسى ، أو قالت : اخترت نفسى ، كان أبْيَن . قال القاضى : ولو قالت : اخترت ، ولم تقل : نفسى ، لم تطلق وإن نوت . ولو قال الزوج : اختارى ، ولم يقل : نفسك ، ولم ينوه لم تطلق ما لم تذكر نفسها ، ما لم يكن فى كلام الزوج أو جوابها ما يصرف الـكلام إليه ، لأن ذلك فى حكم التفسير . فإذا عَرِىَ عن ذلك لم يصحّ . وإن قالت : اخترت زوجى ، أو اخترت البقاء على النـكاح ، أو رددت الخيار ، أورددت عليك سفهتك ، بطل الخيار . وإن قالت : اخترت أهـلى ، أو أبوى ، ونوت ، وقع الطلاق ، لأن هذا يصلح كناية من الزوج فيما إذا قال : الحق بأهلك ، فـكذلك منها ، وإن قالت : اخترت الأزواج فـكذلك ، لأنهم لا يَحِلُّون إلا بمفارقة هـذا الزوج ، ولذلك كان كناية منـه فى قوله : انـكحى من شئت .

٥٨١٧ (فصـل)

فإن كرر لفظ الخيار ، فقال : اختارى ، اختارى ، اختارى . فقال أحمد : إن كان إنما يردد عليها ليفهما وليس نِيَّتُه ثلاثا فهى واحدة . وإن كان أراد بذلك ثلاثاً فهى ثلاث ، فَرَدَّ الأمرَ إلى نيّته فى ذلك . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إذا قبلت وقـع ثلاثاً ، لأنه كرَّرَ ما يقع به الطلاق ، فتـكرر كما لو كرر الطلاق .

ولنـا أنه يحتمل التأكيد ، فإذا قصده قُبِلَ منه ، كما لو قال : أنت طالق الطلاق . وإن أطلَق فقـد روى عن أحمد ما يدل على أنها واحدة يملك الرجعة ، وهذا اختيار القاضى ، ومذهب عطاء ، وأبى ثور ،

لأن تكرير التخيير لا يزيد به الخيار ، كشرط الخيار فى البيع ، وروى عن أحمد إذا قال لامرأته : اختارى ، فقالت : اخترت نفسى ، هى واحدة . إلا أن يقول : اختارى ، اختارى ، اختارى . وهذا يدل على أنها تَطْلُق ثلاثًا ، ونحوه قال الشعبى ، والنخعى ، وأصحاب الرأى ، ومالك ، لأن اللفظة الواحدة تقتضى طَلْقَة ، فإذا تكررت اقتضت ثلاثًا كلفظة الطلاق .

٥٨١٨ (فصـــل)

فإن قال لزوجته : طلقى نفسك ، ونوى عدداً ، فهو على ما نوى . وإن أطْلقَ من غير نيّة لم يملك[1] إلا واحدة ، لأن الأمر المُطْلَق يتناول أقلّ ما يقع عليه الاسم ، وكذلك الحكم لو وكّل أجنبيا ، فقال طلق زوجتى ، فالحكم على ما ذكرناه . قال أحمد : إذا قال لامرأته : طلقى نفسك ، ونوى ثلاثًا ، فطلقت نفسها ثلاثًا ، فهى ثلاث . وإن كان نوى واحدة فهى واحدة ، وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثًا ، فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله ، وإن لم ينْوِ تناوَلَ اليقين ، وهو الواحدة فإن طلقت نفسها ، أو طلّقها الوكيل فى المجلس ، أو بعده ، وقع الطلاق ، لأنه توكيل . وقال القاضى : إذا قال لها : طلقى نفسك ، تقيد بالمجلس ، لأنه تفويض للطلاق إليها ، فتقيد بالمجلس ، كقوله : اختارى .

ولنا : أنه توكيل فى الطلاق ، فكان على التراخى ، كتوكيل الأجنبى . وكقوله : أمرك بيدك . وفارق اختارى ، فإنه تخيير ، وما ذكروه ينتقض بقوله : أمرك بيدك ، ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية ، مع النية وقال بعض أصحاب الشافعى : ليس لها أن توقعه بالكناية ، لأنه فوّضه إليها بلفظ الصريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فوّض إليها .

ولنا : أنه فوض إليها الطلاق ، وقد أوقعته فوقع ، كما لو أوقعته بلفظ الصريح . وما ذكره غير صحيح ، فإن التوكيل فى شىء لا يقتضى أن يكون إيقاعُه بلفظ الأمر . من جهته ، كما لو قال لوكيله : بع دارى ، جاز له بيعها بلفظ التمليك ، وإن قال لها : طلقى ثلاثًا ، فطلقت واحدة ، وقع . نص عليه ، وقال مالك : لا يقع شىء ، لأنها لم تمتثل أمره .

ولنا : أنها ملكت إيقاع ثلاث فلكت إيقاع واحدة كالموكل ، ولأنه لو قال : وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة ، فقال : قبلت واحداً منهم صح ، كذا ههنا . وإن قال : طلقى واحدة فطلقت ثلاثًا ، وقعت واحدة نص عليه أيضاً ، وبه قال مالك ، والشافعى وقال أبو حنيفة : لا يقع شىء ، لأنها لم تأتِ بما يصلُح قبولا ، فلم يصحّ كما لو قال : بعتك نصف هذا العبد ، فقال : قبلت البيع فى جميعه .

---

(١) الظاهر (لم تملك) بالتاء لا بالياء .

ولنا : أنها أوقعت طلاقا مأذونا فيه ، وغيره، فوقع المأذون فيه دون غيره ، كما لو قال : طلقى نفسك ، فطلقت نفسها وضَرَائرَها ، فإن قال : طلقى نفسك ، فقالت : أنا طالق إن قدم زيد ، لم يصح . لأن إذْنَه انصرف إلى المُنْجَزِ فلم يتناول المعلّق على شرط ، وحكم توكيل الأجنبى فى الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله .

٥٨١٩ (فصـــل)

نقل عنه أبو الحارث : إذا قال : طلقى نفسك طلاق السنة ، قالت : قد طلقت نفسى ثلاثا ، هى واحدة ، وهو أحقّ برجعتها ، إنما كان كذلك لأن التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ ، وهو طلقة واحدة ، سيما وطلاق السُّنَّة فى الصحيح طلقة واحدة فى طهر لم يصبها فيه .

٥٨٢٠ (فصـــل)

ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض ، وحكمه حكم ما لا عِوَض له فى أن له الرجوع فيما جعل لها، وأنه يبطل بالوطء . قال أحمد : إذا قالت امرأته : اجعل أمرى بيدى ، وأعْطِيك عبدى هذا ، قَبَضَ العبد ، وجَعَلَ أمرها بيدها ، فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه ، وذلك لأنه توكيل ، والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه ، وكذلك التمليك بعوض لا يلزم ، ما لم يتصل به القبول كالبيع .

٥٨٢١ (فصـــل)

إذا اختلفا فقال الزوج : لم أنوِ الطلاق بلفظ الاختيار ، وأمرك بيدك . وقالت : بل نويت ، كان القول قوله ، لأنه أعلم بِنيَّتِهِ ، ولا سبيل إلى معرفته إلا من جهته ، ما لم يكن جوابَ سؤال ، أو معها دلالةُ حال ، وإن قال : لم تنوِى الطلاق باختيار نفسك ، وقالت : بل نويت ، فالقول قولها لما ذكرنا . وإن قالت : قد اخترت نفسى ، وأنكر وجود الاختيار منها ، فالقول قوله ، لأنه منكر له ، وهو مما يمكنه عِلْمُه وتُمْكِنُها إقامة البينة عليه ، فأشبه مالو علق طلاقها على دخول الدار ، فادعَتْه فأنكره .

٥٨٢٢ (فصـــل)

إذا قال لزوجته : أنت على حرام . وأطْلَق ، فهو ظِهار . وقال الشافعى : لا شىء عليه . وله قول آخر : عليه كفارة يمين ، وليس بيمين . وقال أبو حنيفة : هو يمين ، وقد روى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ابن الخطاب، وابن مسعود رضى الله عنهم . وقال سعيد : حدثنا خالد بن عبدالله ، عن جويبر ، عن الضحاك : أن أبا بكر ، وعمر ، وابن مسعود ، قالوا ، فى الحـــرام يمين ، وبه قال ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ، وعن أحمد ما يدل على ذلك ، لأن الله تعالى قال : « لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ الله

لكَ » ثم قال : « قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ(١) » وقال ابن عباس « لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فى رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ(٢) » ، ولأنه تحريم للحلال ، أشبه تحريم الأمة .

ولنا : أنه تحريم للزوجة بغير طلاق ، فوجبت به كفارة الظِّهار ، كما لو قال : أنت علىّ حرام كظهر أمى . فأما إن نوى غيرَ الظهار فالمنصوص عن أحمد فى رواية جماعة . أنه ظهار ، نوى الطلاق أو لم ينوه . وذكره الخِرَقى فى موضع غير هذا ، وممن قال : إنه ظهار : عثمان بن عفان ، وابن عباس ، وأبو قِلابة ، وسعيد بن جُبير ، وميمون بن مِهران ، والبتى . روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس فى الحرام : أنه تحرير رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا، ولأنه صريح فى تحريمها، فكان ظهاراً . وإن نوى غيره كقوله : أنت علىّ كظهر أمىّ وعن أحمد : أنه إذا نوى الطلاق كان طلاقا . قال : إذا قال: ما أحل الله على حرام ، يعنى به الطلاق ، أخاف أن يكون ثلاثا ، ولا أفتى به . وهذا مثل قوله فى الكنايات الظاهرة ، فكأنه جعله من كنايات الطلاق يقع به الطلاق إذا نواه ونقل عنه البغوى فى رجل قال لامرأته : أمرك بيدك ، فقالت : أنا عليك حرام ، فقد حرمت عليه ، فجعله منها كناية فى الطلاق ، فكذلك من الرجل . واختاره ابن عقيل . وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعى . وروى ذلك عن ابن مسعود . وممن روى عنه أنه طلاقٌ ثلاثٌ علىّ ، وزيد بن ثابت ، وأبو هريرة ، والحسن البصرى ، وابن أبى ليلى . وهو مذهب مالك فى المدخول بها ، لأن الطلاق نوع تحريم ، فصح أن يُكْنَى به عنه ، كقوله : أنت بائن . فأما إن لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقا بحال ، لأنه ليس بصريح فى الطلاق ، فإذا لم ينو معه لم يقَعْ به طلاق كسائر الكنايات . وإن قلنا . إنه كناية فى الطلاق ، ونوى به ، فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعى . وكلّ على أصله . ويمكن حَمْله على الكنايات الخفية . إذا قلنا . إن الرجعة محرّمة ، لأن أقل ما تحرُم به الزوجة طلقة رجعية ، فحمل على اليقين . وقد روى عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه قال : إذا قال : أنت على حرام ، أعنى به طلاقا ، فهى واحدة . وروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، والزهرى . وقد روى عن مسروق ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن ، والشعبى : ليس بشىء ، لأنه قول هو كاذب فيه ، وهذا يَبْطُلُ بالظهار ، فإنه منكَرٌ من القول وزور ، وقد وجبت الكفارة ، ولأن هذا إيقاع للطلاق ، فأشبه قوله : أنت بائن ، أو أنت طالق . وروى عن أحمد أنه إذا نوى اليمين كان يمينا . فإنه قال فى رواية مهنا : إنه إذا قال : أنت على حرام ، ونوى يمينا ، ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمين ، وإنما الإيلاء أن يحلف بالله ألا يقْرَب امرأته .

---

(١) سورة التحريم آية ١ ، ٢ (٢) سورة الأحزاب آيه ٢١

فظاهر هذا أنه إذا نوى اليمين كانت يمينا . وهذا مذهب ابن مسعود ، وقول أبي حنيفة ، والشافعى ، وممن روى عنه عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق ، وعمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وسعيد ابن المسيب ، والحسن وعطاء ، وطاوس ، وسليمان بن يسار ، وقتادة ، والأوزاعى . وفى المتفق عليه عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس يقول . إذا حرّم الرجل عليه امرأته فهى يمين ، يكفرها . وقال : « لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ[1] » ولأن الله تعالى قال: « يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكَ ؟ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ وَاللهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ * قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ[2] » . فجعل الحرام يمينا . ومعنى قوله . نوى يمينا . والله أعلم ، أنه نوى بقوله . أنت على حرام . ترك وطئها واجتنابها ، وأقام ذلك مقام قوله . والله لا وَطِئْتُكِ .

٥٨٢٣ (فصـــل)

وإن قال : أنت على حرام ، أعنى به الطلاق ، فهو طلاق . رواه الجماعة عن أحمد . وروى عنه أبو عبد الله النيسابورى . أنه قال : إذا قال: أنت علىّ حرام ، أريد به الطلاق — كنت أقول إنها طالق — يكفِّر كفارةَ الظِّهار ، وهذا كأنه رجوع عن قوله : إنه طلاق . ووجهه . أنه صريح فى الظهار ، فلم يصِرْ طلاقاً بقوله : أريد به الطلاق ، كما لو قال أنت على كظهر أمى ، أعنى به الطلاق . قال القاضى : ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق ، وهى الرواية المشهورة التى رواها عنه الجماعه ، لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً ، كما لو ضربها وقال : هذا طلاقك ، وليس هذا صريحاً فى الظهار ، إنما هو صريح فى التحريم ، والتحريم يتَنَوَّع إلى تحريم بالظهار ، وإلى تحريم بالطلاق ، فإذا بيّن بلفظه إرادةَ تحريم الطلاق ، وجب صرفهُ إليه . وفارق قوله أنتِ علىّ كظهر أمّى ، فإنه صريح فى الظهار ، وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة ، فلم يمكن جعلُ ذلك طلاقاً ، بخلاف مسألتنا . ثم إن قال : أعنى به الطلاق ، أو نوى به ثلاثاً ، فهى ثلاثٌ نص عليه أحمد ، لأنه أتى بالألف واللام ، التى للاستغراق ، تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله . وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه مايحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال : أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى ينويها ، سواء كانت فيه الألف واللام أو لم تكن ، لأن الألف واللام تكون لغير الاستغراق فى أكثر أسماء الأجناس . وإن قال : أعنى به طلاقاً فهو واحدة ، لأنه ذكره منكّراً ، فيكون طلاقاً واحداً ، نص عليه أحمد . وقال فى رواية حنبل[3] : إذا قال أعنى طلاقاً ، فهى واحدة أو اثنتان إذا لم تكن فيه ألف ولام .

---

(١) سورة الأحزاب ٢١ (٢) سورة التحريم آية ١ ، ٢
(٣) هو عم الإمام أحمد بن حنبل .

٥٨٢٤ (فصـــــل)

فإن قال : أنت علىّ كظهر أمى ، ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً ، لأنه صريح فى الظهار ، فلم يصلح كناية فى الطلاق ، كما لا يكون الطلاق كناية فى الظهار ، ولأن الظهار تشبيه بمن هى محرَّمة على التأبيد ، والطلاق يُفيد تحريماً غير مؤبّد ، فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر ، ولو صرح به فقال : أعنى به الطلاق ، لم يصر طلاقا ، لأنه لا يصلح الكناية به عنه .

٥٨٢٥ (فصـــــل)

وإن قال : أنت على كالميتة والدم ، ونوى به الطلاق كان طلاقا ، لأنه يصلح أن يكون كناية فيه ، فإذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ، ويقع به من عَدَد الطلاق ما نواه ، فإن لم ينْوِ شيئاً وقعت واحدة ، لأنه من الكنايات الخفيَّة . وهذا حكمها . وإن نوى به الظهار وهو : أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها ، احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا فى قوله : أنت علىّ حرام ، واحتمل ألا يكون ظهاراً ، كما لو قال : أنت علىّ كظهر البهيمة ، أو كظهر أمى . وإن نوى اليمين وهو : أن يريد بذلك ترك وطئها ، لا تحريمها ، ولا طلاقها ، فهو يمين . وإن لم ينو شيئاً لم يكن طلاقاً ، لأنه ليس بصريح فى الطلاق ، ولا نواه به . وهل يكون ظهاراً أو يميناً ؟ على وجهين .

أحدهما : يكون ظهاراً ، لأن معناه ، أنت حرام علىّ كالميتة والدم ، فإن تشبيهها بهما يقتضى التشبيه بهما فى الأمر الذى اشتهرا به ، وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ »[1] :

والثانى : يكون يميناً ، لأن الأصل براءة الذمة ، فإذا أتى بلفظ مُحتمَل ثبت به أقل الحكمين ، لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا نثبته بالشك ، ولا نزول عن الأصل إلا بيقين ، وعند الشافعى : هو كقول : أنت على حرام سواء .

٥٨٢٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلقها بلسانه واستثنى شيئا بقلبه ، وقع الطلاق ، ولم ينفعه الاستثناء ﴾

وجملة ذلك : أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :

أحدها : مالا يصح نطقا ولا نية ، وذلك نوعان (أحدهما)[2] : ما يرفع حكم اللفظ كله ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، أو أنت طالق طلقة لا تلزمك ، أو لا تقع عليك ، فهذا لا يصحّ بلفظه ولا بنيته ، لأنه يرفع حكمَ اللفظ كله ، فيصيرُ الجميع لغواً ، فلا يصح هذا فى اللغة بالاتفاق . وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ، ووقع الطلاق .

---

(١) سورة المائدة آية ٣ (٢) هكذا ، ولم يذكر النوع الثانى . ولم نجده فى الأصول التى بين أيدينا .

الضرب الثانى : ما يُقْبَل لفظا ، ولا يقبل نيّة ، لافى الحكم ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى . وهو استثناء الأقل ، فهـذا يصح لفظا ، لأنه من لسان العرب ، ولا يصح بالنية . مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً ويستثنى بقلبه[1] إلا واحدة . أو أكثر فهذا لا يصح ، لأن العدد نص فيما تناوله ، لا يحتمل غيره ، فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ . فإن اللفظ أقوى من النية . ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ فى غير ما يصلح له ، فوقع مقتضى اللفظ ، وَلَغَتْ نيته .

وحكى عن بعض الشافعية : أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى[2] ، كما لو قال : نسائى طوالق ، واستثنى بقلبه إلا فلانة . والفرق بينهما . أن نسائى اسم عام ، يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له ، وقد استُعْمِل العمومُ بإزاء الخصوص كثيراً ، فإذا أراد به البعض صح . وقوله : ثلاثا اسم عدد للثلاث ، لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ، ولا يحتمل سواها بوجه ، فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ مالا يحتَمِله ، وإنما تعمل النية فى صرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته ، فأما مالا يحتمل فلا ، فإنا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملا بمجرد النية ، ومجرد النية لا تعمل فى نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال : نسائى الأربع طوالق ، أو قال لهن : أربعتكن طوالق ، واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ، ولا يدين فيه ، لأنه عنى باللفظ مالا يحتمل .

الضرب الثالث : ما يصح نطقاً ، وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وذلك مثـل تخصيص اللفظ العام ، أو استعمال اللفظ فى مجازه ، مثل قوله نسائى طوالق يريد بعضهن ، أو ينوى بقوله : طالق ، أى من وثاق ، فهذا يقبل إذا كان لفظاً وجهاً واحداً ، لأنه وصل كلامه بما بين مراده ، وإن كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله فى الخصوص ،وهذا سائغ فى اللغة ، شائع فى الكلام فلا يمنع من استعماله ، والتـكلم به ، ويكون اللفظ بِنيتهِ منصرفاً إلى ما أراده دون مالم يرده ، وهل يقبل ذلك فى الحـكم ؟ يخرج عن روايتين .

إحداهما . يقبل، لأنه فسر كلامه بمـا يحتمله ، فصح كما لو قال : أنت طالق أنت طالق : وأراد بالثانية إفهامها .

والثانية : لا يقبل ، لأنه خلاف الظاهر ، وهو مذهب الشافعى ، ومن شرط هـذا : أن تـكون النية مقارنة للفظ ، وهو أن يقول : نسائى طوالق ، يقصد بهـذا اللفظ بعضهن ، فأما إن كانت النية متأخرة عن االلفظ فقال : نسائى طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن ، لم تنفعه النية ، ووقع الطلاق بجميعهن ،

(١) فى المخطوطة ٢٠ : بضميره . (٢) فى المخطوطة ١٨ : سبحانه .

وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن ، أى : من وثاق ، لزمه الطلاق ، لأنه مقتضى اللفظ ، والنية الأخيرة نية مجردة لا لفظ معها ، فلا تعمل .

ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال ، مثل أن يقول : أنت طالق ، ثم يصله بشرط أو صفة ، مثل قوله : إن دخلت الدار ، أو بعد شهر أو قال : إن دخلت الدار بعد شهر ، فهذا يصح إذا كان نطقاً[1] بغير خلاف ، وإن نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ على روايتين .

قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم ، فيمن حلف لا تدخل الدار وقال : نويت شهراً ، يقبل منه أو قال . إذا دخلت دار فلان فأنت طالق، ونوى تلك الساعة ، وذلك اليوم ، قبلت نيته .

والرواية الأخرى : لاتقبل ، فإنه قال:إذا قال لامرأته : أنت طالق، ونوى فى نفسه[2] إلى سنة ،تطلق ليس ينظر[3] إلى نيته ، وقال : إذا قال : أنت طالق وقال : نويت إن دخلت الدار : لا يصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يُحْمل قوله فى القبول على أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وقوله فى عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف . والفرق بين هذه الصورة والتى قبلها : أن إرادة الخاص بالعام شائع كثير ، وإرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ ، فهو قريب من الاستثناء ، ويمكن أن يقال: هذا كله من جملة التخصيص .

٥٨٢٧ (فصـــــل)

وإذا قالت له امرأة من نسائه : طلقنى . فقال : نسائى طوالق ، ولا نية[4] له ، طلقن كلهن بغير خلاف، لأن لفظه عام ، وإن قالت له: طلق نساءك ، فقال : نسائى طوالق ، فكذلك ، وحكى عن مالك : أن السائلة لا تطلق فى هذه الصورة ، لأن الخطاب العام يُقْصَر على سببه الخاص ، وسببه سؤال طلاق من سواها .

ولنا : أن اللفظ عام فيها ، ولم يرد به غير مقتضاه ، فوجب العمل بعمومه كالصورة الأولى ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ، لأن دليل الحكم هو اللفظ ، فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه فى خصوصه وعمومه ، ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه ، واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فإن أخرج السائلة بنيته دِينَ فيما بينه وبين الله تعالى فى الصورتين . وقبل فى الحكم فى الصورة الثانية ، لأن خصوص السبب دليل على نيته ، ولم يُقْبَل فى الصورة الأولى : قاله ابن حامد[5] ، لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها ، فلا يصدق فى صرفه عنها ، لأنه يخالف الظاهر من وجهين ، ولأنها سبب

---

(١) فى ٢٠ منطوقا (٢) فى ٢٠ : فى ضميره (٣) فى ٣٩ : ولا ينظر

(١) فى ٣٩ : وليس له نية (٢) فى ٢٠ : كذا قال ابن حامد

الطلاق ، وسبب الحكم لا يجوز إخراجه من العموم بالتخصيص ، وقال القاضى : يحتمل ألا تطلق ، لأن لفظه عام ، والعام يحتمل التخصيص .

٥٨٢٨ (فصــل)

فإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار . ثم قال : إنما أردت الطلاق فى الحال ، لكن سبق لسانى إلى الشرط ، طلقت فى الحال ، لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه ، كما لو قال : قد طلقتها فإن قال بعد ذلك : كذبت ، وإنما أردت طلاقها عند الشرط ، دين فى ذلك ولم يقبل فى الحكم ، لأنه رجوع عما أقر به .

٥٨٢٩ (فصــــل)

وقول الخرق : واستثنى شيئاً بقلبه ، يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ، ولم يقع ما استثناه وهو قول جماعة أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إلا واحدة أنها تطلق طلقتين ، منهم : الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وحكى عن أبى بكر : أن الاستثناء لا يؤثر فى عدد الطلقات ، ويجوز فى المطلقات ، فلو قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وقع الثلاث . ولو قال نسائى طوالق إلا فلانة ، لم تطلق ، لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه ، والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء فى المطلقات ، وليس الاستثناء رفعاً لما وقع ، إذ لو كان كذلك لما صح فى المطلقات ولا الإعتاق ، ولا فى الإقرار ، ولا الأخبار ، وإنما هو مبيِّن أن المستثنى غير مراد بالكلام ، فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل . فقوله : « فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَاماً »[1] ، عبارة عن تسعمائة وخمسين ، وقوله : « إِنَّنِي بَرَاءٌ مِّمَّا تَعْبُدُونَ * إِلاَّ الَّذِي فَطَرَنِي »[2] . تبرؤ من غير الله . فكذلك قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، عبارة عن اثنتين لا غير ، وحرف الاستثناء المستولى عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف . فالأسماء : غير ، وسوى . والأفعال : ليس ، ولا يكون ، وعدا . والحروف : حاشا ، وخلا . فأى كلمة استثنى بها صح الاستثناء .

٥٨٣٠ (فصــــل)

ولا يصح استثناء الأكثر ، نص عليه أحمد . فلو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، وقع ثلاث . والأكثرون على أن ذلك جائز ، وقد ذكرناه فى الإقرار . وذكرنا أن أهل العربية إنما أجازوه فى القليل

(١) سورة العنكبوت آية ١٤ (٢) سورة الزخرف آية ٢٦ ، ٢٧

من الكثير ، وحكينا ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع اثنتان . وإن قال : إلا اثنتين وقع ثلاث . وإن قال : طلقتين إلا طلقة ففيه وجهان (أحدهما) : يقع طلقة . (والثانى) : طلقتان ، بناء على استثناء النصف هل يصح أولا ؟ على وجهين .

وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً وقع ثلاث ، بغير خلاف ؛ لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه ، فلا يصح أن يرفع جميعه . وإن قال : أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً وقع ثلاث ، لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى الأكثر ، وإن عاد إلى الثلاث التى يملكها فقد رَفَعَ جميعَها ، وكلاهما لا يصح . وإن قال خمساً إلا طلقة ففيه وجهان .

أحدهما : يقع ثلاث ، لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى ، فكأنه قال : أنت طالق أربعا . والثانى : يقع اثنتان، ذكره القاضى ، لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من الطلقات وهى الثلاث ، وما زاد عليها يلغو ، وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ، ويقع طلقتان .

وإن قال : أنت طالق أربعا إلا اثنتين ، فعلى الوجه الأول يصح الاستثناء ، ويقع اثنتان . وعلى قول القاضى ينبغى ألا يصح الاستثناء ، ويقع ثلاث ، لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث ، فيكون استثناء الأكثر .

٥٨٣١ (فصل)

فإن قال : أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة ، ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها ، فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا ، وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى إلغائه[1] وإلغاء المستثنى منه بطل[2] كاستثناء الجميع ، ولأن إلغاءه وحده أولى من إلغائه مع إلغاء غيره ، ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة فى أحد الوجهين، فيكون استثناء للجميع.

والوجه الثانى : يصح الاستثناء ، ويقع طلقتان ، لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة ، فيصير مستثنياً لواحدة من ثلاث ، ولذلك لو قال : له على مائة وعشرون درهما إلا خمسين صح ، والأول أصح ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعى .

وإن قال : أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة ، فعلى الوجه الثانى يصح الاستثناء ، وعلى الوجه الأول (يخرج)[3] فى صحته وجهان ، بناء على استثناء النصف . وإن قال : أنت طالق ، وطالق وطالق إلا

(١) فى النسخ المطبوعة (الغاية) والصواب إلغائه كما فى الشرح الكبير ص ٣٥١ (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : فهو باطل . (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨

طلقة . أو قال : طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة ، فالحكم فى ذلك كالحكم فى المسألة الأولى سواء . وإن كان العطف بغير واو كقوله : أنت طالق فطالق فطالق ، أو طالق ثم طالق ثم طالق إلا طلقة ، لم يصح الاستثناء لأن هذا حرف يقتضى الترتيب ، وكون الطلقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء إليها وحدها فلا يصح . وإن قال : أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين لم يصح الاستثناء ، لأنه إن عاد إلى الجملة التى تليه فهو رفع لجميعها ، وإن عاد إلى الثلاث التى يملكها فهو رفع لأكثرها ، وكلاهما لا يصح . ويحتمل أن يصح ، بناء على أن العطف بالواو يجمل الجملتين جملة واحدة ، وأن استثناء النصف يصح ، فكأنه قال : أربعاً إلا اثنتين وإن قال : أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة ، احتمل أن يصح ، لأنه استثنى واحدة من ثلاث : واحتمل ألا يصح ، لأنه إن عاد إلى الرابعة فقد بقى بعدها ثلاث ، وإن عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع .

٥٨٣٢ (فصــل)

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة وطلقة وطلقة ، ففيه وجهان .

أحدها : يلغو الاستثناء ، ويقع ثلاث ، لأن العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه ، فيصير مستثنياً الثلاث من ثلاث . وهذا وجه لأصحاب الشافعى ، وقول أبى حنيفة .

والثانى : يصح الاستثناء فى طلقة ، لأن استثناء الأول جائز ، وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة ، فيلغوا وحده . وقال أبو يوسف ومحمد : يصح استثناء اثنتين ، ويلغو فى الثالثة ، بناء على أصلهم فى أن استثناء الأكثر جائز . وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى .

وإن قال : أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة . ففيه وجهان : وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصف ، احتمل وجهين أيضاً .

أحدها : يلغو الإستثناء ، لأن النصف يكمل ، فيكون مستثنيا للأكثر فيلغو .

والثانى : يصح فى طلقة ، فتقع طلقتان لما ذكرنا فى التى قبلها . فإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وإلا واحدة ، فإن كان عاطفا الاستثناء على الاستثناء ، فيصح الأول ، ويلغو الثانى ، لأننا لو صححناه لكان مستثنيا للأكثر ، فيقع به طلقتان . ويجىء على قول من أجاز استثناء الأكثر أن يصح فيهما ، فتقع طلقة واحدة . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة الا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة ، فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثانى ، ويصح الأول ، فيقع به طلقتان . ويحتمل أن يقع به الثلاث ، لأن الاستثناء الثانى معناه : إثبات طلقة فى حقها ، لكون الاستثناء من النفى اثباتاً ، فيقبل ذلك

فى إيقاع طلاقه ، وإن لم يُقبَل فى نَفْيه كما لو قال : أنت طالق طلقتين ونصفا وقع به ثلاث . ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا نصف طلقة وقع به ثلاث ، فكمل النصف فى الإثبات ، ولم يكمل فى النفى .

٥٨٣٣ (فصـــل)

ويصح الاستثناء من الاستثناء، ولا يصح منه فى الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها، وهى قوله : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة ، فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف ، فيقع به طلقتان . فإن قيل : فكيف أجزتم استثناء الاثنتين من الثلاث وهى أكثرها ؟ قلنا : لأنه لم يسكت عليهما ، بل وصلهما ، بأن استثنى منها طلقة ، فصار عبارة عن واحدة . وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين لم يصح ، لأن استثناء الاثنتين من الثلاث لا يصح، لأنهما أكثرها، واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح، لأنهما جميعها. وإن قال : ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة لم يصح، ووقع ثلاث، لأنه اذا استثنى واحدة من ثلاث بقى اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الأولى ، فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر: أنه يصح لأن الاستثناء الأول يلغو، لكونه استثناء الجميع ، فيرجع إلى قوله : إلا واحدة إلى الثلاث المثبتة، فيقع منها طلقتان، والأول أولى ، لأن الاستثناء من الإثبات نفى ، ومن النفى إثبات ، فإذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتاً لها ، فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة ، لأنه يكون إثباتا من إثبات . ولا يصح الاستثناء فى جميع ذلك إلا متصلا بالكلام ، وقد ذُكِرَ فى الإقرار والله أعلم .

٥٨٣٤ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لها : أنت طالق فى شهر كذا ، لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذى يلى الشهر المشترط ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال : أنت طالق فى شهر عَيَّنَه كشهر رمضان وقع الطلاق فى أول جزء من الليلة الأولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذى قبله ، وهو من شهر شعبان . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو ثور : يقع الطلاق فى آخر رمضان ، لأن ذلك يُحتَمَل وقوعه فى أوله وآخره ، فلا يَقع إلا بعد زوال الاحتمال .

ولنا : أنه جعل الشهر ظرفاً للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظرفاً له طلقت ، كما لو قال : إذا دخلتِ الدار فأنت طالق ، فإذا دخلت أول جزء منها[1] طلقت . فأما إن قال : إن لم أقضكَ حقَّكَ فى شهر رمضان فامرأتى طالق ، لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه، لأنه إذا قضاه فى آخر ، لم توجد الصفة ، وفى الموضعين لا يُمنَعُ من وَطْءِ زوجته قبل الحنث . وقال مالك : يُمْنَعُ ، وكذلك

(١) أى أول جزء من الدار .

كل يمين على فعل بفعله ، يُمْنعَ من الوطء قبل فِعْله ، لأن الظاهر أنه على حِنْث ، لأن الحِنْث بتَرْك الفعل ، وليس بفاعله .

ولنا : أن طلاقه لم يقع ، فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين ، كما لو حلف لا فَعَلْتَ كذا ، ولو صحّ ماذكره لوجب إيقاع الطلاق .

٥٨٣٥ (فصـــل)

ومتى جَعَلَ زمنا ظرفاً للطلاق وقع الطلاق فى أول جزء منه ، مثل أن يقول : أنت طالق اليوم أو غداً ، أو فى سنة كذا ، أو شهر المحرم ، لما ذكرنا . فإن قال : فى آخره ، أو أوسطه ، أو يوم كذا منه ، أو فى النهار دون الليل ، قُبِلَ منه فيما بينه وبين الله تعالى . وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال : أنت طالق فى أول رمضان ، أو غرة رمضان ، أو فى رأس شهر رمضان ، أو دخول شهر رمضان ، أو استقبال رمضان ، أو مجىء شهر رمضان ، طلقت بأول جزء منه ، ولم يقبل قوله : أردت أوسطه ، أو آخره ، لا ظاهراً ولا باطناً ، لأنه لا يَحْتمِلُهُ لَفظُهُ . وإن قال بانقضاء رمضان ، أو انسلاخه ، أو نفاده ، أو مُضِيِّه ، طلقت فى آخر جزء منه . وإن قال : أنت طالق فى أول نهار شهر رمضان أو فى أول يوم منه ، طلقت بطلوع الفجر أول يوم منه ، لأن ذلك أول النهار واليوم . ولهذا لو نذر اعتكاف يوم ، أو صيام يوم ، لزمه من طلوع الفجر . وإن قال : أنت طالق إذا كان رمضان أو إلى رمضان ، أو إلى هلال رمضان ، أو فى هلال رمضان ، طلقت ساعة يستهل إلا أن يكون نوى من الساعة إلى الهلال ، فتطلق فى الحال . وإن قال : أنت طالق فى مجىء ثلاثة أيام ، طلقت فى أول اليوم الثالث .

٥٨٣٦ (فصـــل)

وإذا أوقع الطلاق فى زمن ، أو علّقه بصفة ، تعلق بها ، ولم يقع حتى تأتى الصفة والزمن ، وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والنخعى ، وأبى هاشم : والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى . وقال سعيد بن المسيب والحسن ، والزهرى ، وقتادة ، ويحيى الأنصارى ، وربيعة ، ومالك : إذا علّق الطلاق بصفة تأتى لا محالة ، كقوله : أنت طالق إذا طلعت الشمس ، أو دخل رمضان ، طلقت فى الحال ، لأن النِّكاح لا يكون مؤقتا بزمان ، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً .

ولنا : أن ابن عباس كان يقول فى الرجل[1] يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، قال : يطأ فيما بينه وبين رأس السنة ، ولأنه إزالة مِلْك يصح تعليقه بالصفات ، فمتى علقه بصفة لم يقع قبلها كالعتق ،

(١) فى ٢٠ . قال فى الرجل . . .

فإنهم سلَّموه . وقد احتج أحمد بقول أبى ذر : « إنَّ لِى إبلاً يَرْعَاهَا عَبْدٌ لِى وَهُوَ عَتِيقٌ إلىَ الْحَوْل » ، ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد ، فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق إذا قدم الحاجّ ، وليس هـذا توقيتاً للنكاح ، وإنما هو توقيت للطلاق . وهـذا لا يمنع ، كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقا بشرط ، والطلاق يجوز فيه التعليق .

٥٨٣٧ (فصـــل)

ولو قال : أنت طالق إلى شهر كذا ، أو سنة كذا ، فهو كما لو قال فى شهر كذا ، أو سنة كذا . ولا يقع الطلاق إلا فى أول (ذلك)[١] الوقت . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يقع فى الحال، لأن قوله: أنت طالق إيقاع فى الحال ، وقوله إلى شهر كذا تأفيت[٢] له وغاية ، وهو لا يقْبَل التأقيت ، فبطل التأقيت، ووقع الطلاق .

ولنـا : قول ابن عباس ، وقول أبى ذر ، ولأن هذا يَحْتَمِل أن يكون توقيتاً لإيقاعه كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة ، أى بعد سنة . وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك ، وقد ترجّح ما ذكرناه من وجهين .

أحدهما : أنه جعل للطلاق غاية ، ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله .

والثانى : أن ما ذكرناه عَمَلٌ باليقين ، وما ذكروه أَخْذٌ بالشك . فإن قال : أردت أنها طالق فى الحال إلى سنة كذا ، وقع فى الحال ، لأنه يُقِرُّ على نفسه بما هو أغلظ ، ولفظه يَحْتَمِلُه . وإن قال : أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت فى الحال ، لأن « من » لابتداء الغاية ، فيقتضى أن طلاقها من اليوم . فإن قال : أردت أن عقد الصِّفَة من اليوم ، ووقوعه بعد سنة ، لم يقع إلا بعدها . وإن قال : أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظتُ به إلى سنة ، طلقت من ساعتها ثلاثاً . إذا كانت مدخولا بها . قال أحمد : إذا قال لها : أنت طالق من اليوم إلى سنة ، يريد التوكيد وكثرة الطلاق ، فتلك طالق من ساعتها .

٥٨٣٨ (فصـــل)

إذا قال : أنت طالق فى آخر أول الشهر ، طلقت فى آخر أول يوم منه ، لأنه أوله ، وإن قال : فى أول آخره ، طلقت فى أول آخر يوم منه ، لأنه آخره . وقال أبو بكر فى الأولى ، تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه ، وفى الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه ، لأن الشهر نصفان ، أول وآخر فآخر أوله يلى أول آخره ، وهذا قول أبى عباس بن سريج[٣] ، وقال أكثرهم كقولنا ، وهو أصح ، فإن

(١) ساقطة من ٢٠ (٢) فى ١٨ : توقيت (٣) فى بعض النسخ وفى الشرح الكبير (أبى العباس بن شريح) بالشين والحاء والصواب بالسين والجيم وهو أحمد بن عمر بن سريج البغدادى لقب بالباز الأشهب ولد ببغداد سنة ٢٤٩ هـ ومات فيها سنة ٣٠٦ كذا فى طبقات الشافعية ج ٢ ص ٨٧ (ف) .

ماعدا اليوم الأول لايسمى أول الشهر ، ويصح نفيه عنه ، وكذلك لايسمى أوسط الشهر آخره ، ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه ، فوجب ألا يصرف كلام الحالف إليه ، ولا يحمل كلامه عليه .

٥٨٣٨ (فصـــــل)

وإذا قال : إذا مضت سنة فأنت طالق ، أو أنت طالق إلى سنة ، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثني عشر شهراً بالأهلة ، لقوله تعالى « يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج »[١] فإن حلف فى أول الشهر ، فإذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه ، وإن حلف فى أثناء شهر عددت مابقى منه ، ثم حسبت بعدُ بالأهلة ، فإذا مضت أحد عشر شهراً نظرت مابقى من الشهر الأول ، فكمّلتهُ ثلاثين يوما ، لأن الشهر اسم لما بين هلالين . فإذا تفرقا كان ثلاثين يوما وفيه وجه آخر : أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد ، نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين ، فاعترض الأيام ، قال :يصوم ستين يوما ، وإن ابتدأ من شهر ، فصام شهرين فكانا ثمانية وخمسين يوما أجزأه ، وذلك أنه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذى يليه ، فكان ابتداء الثانى من نصفه أيضاً ، فوجب أن يكمله بالعدد ، وهذا المعنى موجود فى السنة .

ووجه الأول : أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالأهلة ، فوجب الاعتبار بها ، كما لو كانت يمينه فى أول شهر ، ولا يلزم أن يتم الأول من الثانى ، بل يتمه من آخر الشهور ، وإن قال : أردت بقولى : سنة ، إذا انسلخ ذو الحجة قُبل ، لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .وإن قال : إذا مضت السنة فأنت طالق ، طلقت بانسلاخ ذى الحجة . لأنه لما عرّفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التى آخرها ذوالحجة : فإن قال : أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قُبل ، لأن السنة اسم لها حقيقة .

٥٨٣٩ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق فى كل سنة طلقة ، فهذه صفة صحيحة ، لأنه يملك إيقاعه فى كل سنة ، فإذا جعل ذلك صفة جاز ، ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه ،لأن كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عَقِيبه ، كقوله: والله لا كلمتك سنة ، فيقع فى الحال طلقة ، لأنه جعل السنة ظرفا للطلاق ، فتقع فى أول جزء منها ، وتقع الثانية فى أول الثانية ، والثالثة فى أول الثالثة إن دخلتا عليها وهى فى نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجعها فى عدة الطلقة الأولى ، وعدة الثانية ، أو جدّد نكاحها بعد أن بانت ، فإن انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهى بائن ، لم تطلق ، لكونها غير زوجة[٢] . فإن تزوجها فى أثنائها اقتضى قول

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٩ (٢) فى المخطوطة ٢٠ : ليست زوجة .

أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها ، لأنه جزء من السنة الثانية التى جَعَلها ظرفاً للطلاق ، ومحلاً له ، وكان سبيله أن تقع فى أولها ، فَمَنَعَ منه كونُها غيرَ محل الطلاق ، لعدم نكاحه حينئذ ، فإذا عادت الزوجية وقع فى أولها . وقال القاضى : تطلق بدخول السنة الثالثة ، وعلى قول التميمى ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها فى حال البينونة ، فلا تعود بحال . وإن لم يتزوّجها حتى دخلت السنة الثالثة ، ثم نكحها ، طلقت عقيب تزويجها ، ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة ، وعلى قول القاضى : لا تطلق إلا بدخول الرابعة ، ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التميمى : قد انحلت الصفة .

واختُلِفَ فى مبدأ السنة الثانية ، فظاهر ما ذكره القاضى : أن أولها بعد انقضاء اثنى عشر شهراً من حين يمينه ، لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه ، وكذلك قال أصحاب الشافعى ، وقال أبو الخطاب : ابتداء السنة الثانية أول المحرم ، لأنها السنة المعروفة ، فإذا علّق على ما يتكرّر على تكرُّر السنين ، انصرف إلى السنين المعروفة ، كقول الله تعالى: «أَوَلاَ يَرَوْنَ أَنَّهُمْ يُفْتَنُونَ فِي كُلِّ عَامٍ»[1] . وإن قال : أردت بالسنة اثنى عشر شهراً قُبِل ، لأنها سنة حقيقية ، وإن قال : نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم دُيِّن. قال القاضى : ولا يقبل منه فى الحكم ، لأنه خلاف الظاهر . والأولى : أن يخرج على روايتين ، لأنه محتمل مخالف للظاهر .

٥٨٤٠ (فصـــل)

إذا قال : أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان ، طلقت برؤية الناس له فى أول الشهر . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تطلق إلا أنْ يراه ، لأنه علق الطلاق برؤية نفسه ، فأشبه مالو علقه على رؤية زيد .

ولنا : أن الرؤية للهلال فى عُرْف الشرع العلم به فى أول الشهر ، بدليل قوله عليه السلام « إِذَا رَأَيْتُمْ الهِلاَلَ فَصُومُوا ، وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطِرُوا »[2] ، والمراد به رؤية البعض ، وحصول العلم ، فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع . كما لو قال : إذا صليت فأنت طالق ، فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية ، لا إلى الدُّعاء . وفارق رؤية زيد ، فإنه لم يثبت له عرف شرعى يخالف الحقيقة ، وكذلك لو لم يره أحد ، لكن ثَبَتَ الشهر بتمام العدد طلقت ، لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد . وإن قال : أردت إذا رأيتُه بعينى ، قُبِلَ ، لأنها رؤية حقيقة . وتتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب . فإن رأى قَبْـل ذلك لم تطلق ، لأن هلال الشهر ما كان فى أوله ، ولأننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر . ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب ، لأنه يسمى رؤية والحكم متعلق به فى الشرع ، فإن قال : أردت إذا رأيته أنا بعينى ، فلم يره حتى

(١) سورة التوبة آية ٢٦ (٢) أخرجه البخارى ومسلم والنسائى وابن ماجه وابن حبان عن ابن عمر(ف) .

أَقْمَرَ لم تطلق، لأنه ليس بهلال. واختُلِف فيما يصير به قمراً، فقيل: بعد ثالثه، وقيل: إذا استدار، وقيل: إذا بَهَرَ ضوؤه.

٥٨٤١ (فصــــل)

قال أحمد: إذا قال لها: أنت طالق ليلة القدر، يعتزلها اذا دخل العشر، وقبل العشر، أهل المدينة يرونها في السبع عشرة، الا أن المثبَتَ عن النبي صلى الله عليه وسلم في العشر الأواخر، انما أَمَرَهُ باجتنابها في العشر لأن النبي صلى الله عليه وسلم. أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الأواخر. فَيُحْتَمَل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن هذا منه على سبيل الاحتياط، ولا يتحقق حِنْثُهُ الى آخر ليلة من الشهر، لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة.

٥٨٤٢ (فصــــل)

واذا علق طلاقها على شرط مستقبل، ثم قال عجّلتُ لكِ تلك الطلقة لم تتعجل، لأنها معلقة بزمن مستقبل، فلم يكن له الى تغييرها سبيل. وان أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طلقة، فإذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي في حِبَاله وقع بها الطلاق المعلق.

٥٨٤٣ (فصــــل)

اذا قال: أنت طالق غداً إذا قدم زيد، لم تطلق حتى يقدم لأن «إذا» اسم زمن مستقبل، فمعناه: أنت طالق غداً وقت قدوم زيد، وان لم يَقْدُم زيد في غد لم تطلق وإن قدم بعده، لأنه قيّد طلاقها بقدوم مُقَيَّد بصفة، فلا تطلق حتى توجد. وإن ماتت غُدْوَةً وَقَدِمَ زيد بعد موتها لم تطلق، لأن الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل للطلاق، فلم تطلق. كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم، وان قال: أنت طالق يوم يَقْدُم زيد، فقدِم ليلا، لم تطلق، لأنه لم يوجد الشرط، إلا أن يريد باليوم الوقت، فتطلق وقت قدومه لأن الوقت يسمى يوماً قال الله تعالى: «وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَه»[1] وإن ماتت المرأة غدوةً، وقدم زيد ظهراً ففيه وجهان:

أحدهما: نتبين أن طلاقها وقع من أول اليوم، لأنه لو قال: أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا إذا قال: أنت طالق يوم يقدم زيد، ينبغي أن تطلق بطلوع فجره.

والثاني: لا يقع الطلاق، لأن شرطه قدومُ زيد، ولم يوجد الا بعد موت المرأة، فلم يقع، بخلاف يوم الجمعة. فإنّ شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة، وقد وُجد، وههنا شرطان، فلا يؤخذ بأحدهما.

(١) سورة الأنفال آية ١٦.

والأول أولى . وليس هذا شرطا ، إنما هو بيان للوقت الذى يقع فيه الطلاق معرفاً بفعل يقع فيه فيقع فى أوله ، كقوله : أنت طالق اليوم الذى نصلى فيه الجمعة ، ولو قال : أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فكذلك ، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد ، أو مات الزوجان قبل قدوم زيد ، كان الحكم كما لو ماتت المرأة . ولو قال : أنت طالق فى شهر رمضان إن قدم زيد ، فقدم فيه ، خرج فيه وجهان .

أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد ، لأن قدومه شروط ، فلا يتقدمه المشروط ، بدليل ما لو قال : أنت طالق إن قدم زيد ، فإنها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق ، وكما لو قال : إذا قدم زيد .

والثانى : أنه إن قدم زيد تبَيَّنَّا وقوعَ الطلاق من أول الشهر ، قياساً على المسألة التى قبل هذه .

٥٨٤٤ (فصـــــل)

إذا قال : أنت طالق اليوم ، وطالق غداً ، طلقت واحدة ، لأن من طلقت اليوم فهى طالق غداً . وإن قال : أردت أن تطلق اليوم ، وتطلق غداً ، طلقت طلقتين فى اليومين . وإن قال : أردت أنها تطلق فى أحد اليومين ، طلقت اليوم ، ولم تطلق غداً لأنه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع فى أوله ، وإن قال : أردت نصف طلقة اليوم ، ونصف طلقة غداً ، طلقت اليوم واحدة ، وأخرى غداً . لأن النصف يَكْمُل ، فيصير طلقة تامة . وإن قال : أردت نصف طلقة اليوم ، وباقيها غداً ، احتمل ذلك أيضاً . واحتمل ألا تطلق إلا واحدة ، لأنه إذا قال : نصفها ، كملت اليوم كلها ، فلم يبق لها بقية تقع غداً ، ولم يقع شىء غيرها ، لأنه ما أوقعه . وذكر القاضى هذا الاحتمال أيضاً فى المسألة الأولى أيضاً ، وهو مذهب الشافعى . ذكر أصحابه فيها الوجهين .

٥٨٤٥ (فصـــــل)

إذا قال : أنت طالق اليوم إذا جاء غدٌ ، فاختار القاضى أن الطلاق يقع فى الحال ، لأنه علقه بشرط محال ، فلغا الشرط ، ووقع الطلاق ، كما لو قال لمن لا سُنَّة لطلاقها ولا بدعة : أنت طالق للسُّنَّة . وقال فى المجرد : لا يقع ، لأن شرطه لم يتحقق ، لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد فى اليوم ، ولا يأتى غد إلا بعد فوات اليوم ، وذهاب محل الطلاق ، وهو قول أصحاب الشافعى .

٥٨٤٦ (فصـــــل)

إذا قال : أنت طالق أمس ولا نية له ، فظاهر كلام أحمد : أن الطلاق لا يقع ، فرُوِىَ عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس ، وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشىء وهذا قول أبى بكر . وقال القاضى فى بعض كتبه : يقع الطلاق ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه وصف الطلقة بما لا تتَّصِفُ به ، فَلَغَتِ الصفة ، ووقع

الطلاق ، كما لو قال لمن لا سُنَّة لها ولا بدعة : أنت طالق للسُّنَّة ، أو قال : أنت طالق طلقة لا تلزمك .
ووجه الأول : أن الطلاق رَفْعُ الاستباحة ، ولا يمكن رفعها فى الزمن الماضى ، فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين ، فقدم اليوم ، فإن أصحابنا لم يختلفوا فى أن الطلاق لا يقع ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعى . وهذا طلاق فى زمن ماض ، ولأنه علق الطلاق بمستحيل ، فلغا كما لو قال : أنت طالق إن قَلَبْتِ الحَجَرَ ذهباً ، وإن قال : أنت طالق قبل أن أتزوَّجك فالحكم فيه كما لو قال : أنت طالق أمس. قال القاضى : ورأيت بخط أبى بكر فى جزء مُفْرَد أنه إذا قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ، ولو قال أنت طالق أمس لم يقع ، لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقَبْل تَزْوِيجِها مُتَصَوَّرُ الوجود ، فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً . وهذا الوقت قبله ، فوقع فى الحال كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد[1] .
وإن قصد بقوله : أنت طالق أمس ، أو قبل أن أتزوجك ، إيقاع الطلاق فى الحال مُسْتَنِداً إلى ذلك الزمان ، وقع فى الحال ، وإن أراد الإخبار أنه كان قد طلّقها هُو أو زَوْجٌ قَبْلَهُ فى ذلك الزمان الذى ذكره ، وكان قد وُجِدَ ذلك ، قُبِل منه ، وإن لم يكن وُجد وقع طلاقه ، ذكره أبو الخطاب . وقال القاضى : يُقْبَلُ على ظاهر كلام أحمد ، لأنه فَسَّره بما يَحْتَمِله ، ولم يشْتَرِط الوجود . وإن أراد أنى كنت طلَّقْتُكِ أمس ، فكذبته ، لزمته الطَّلْقة ، وعليها العِدَّة من يومها ، لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها ، وإن مات ولم يبين مراده فعلى وجهين ، بناء على اختلاف القولين فى المطلق إن قلنا : لا يقع به شيء ، لم يلزمه ههنا شيء . وإن قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا .

٥٨٤٧ (فصـــــل)

وإن قال لزوجته : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه ، تبينا أن طلاقه وقع قبل الشهر ، لأنه إيقاع للطلاق بعد عقده ، وبهذا قال الشافعى ، وزفر . وقال أبو حنيفة وصاحباه[1] : يقع الطلاق عند قدوم زيد لأنه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق ، فلا يسبق الطلاق شرطه .

ولنا : أنه أوقع الطلاق فى زمن على صفة ، فإذا حصلت الصفة وقع فيه ، كما لو قال : أنت طالق قبل رمضان بشهر ، أو قبل موتك بشهر ، فإن أبا حنيفة خاصة يسلّم ذلك ولا يسلّم أنه جعل الشهر شرطاً ، وليس فيه حرف شرط . وإن قدم قبل مضى شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا . وهو قول أكثر أصحاب الشافعى ، لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكناً ، فوجب اعتبارها . وإن قدم زيد مع مُضِيٍّ الشهر لم تطلُق لأنه لابد من جزء يقع الطلاق فيه . فإن خالعها بعد تعليق طلاقها بيوم ، ثم قدم زيد

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : عمرو (٣) هما القاضى أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم ، ومحمد بن الحسن الشيبانى .

بعد الخلع بشهر وساعة ، تبيَّنَّا أن الخلع وقع صحيحاً ، ولم يقع الطلاق ، لأنه صادفها بائناً . وإن قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة ، وقع الطلاق ، وبطل الخلع ، ولها الرجوع بالعوض ، إلا أن يكون الطلاق رجعياً ، لأن الرجعية يصح خُلْعُها . وإن كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ، ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عَقْد الصفة ، لم يرث أحدهما الآخر ، لأنا تبيَّنَّا أن الطلاق قد وقع قبل موت الميِّت منهما ، فلم يَرِثْهُ صاحبه ، إلا أن يكون الطلاق رجعياً ، فإنه لايقطع التوَارُث مادامت فى المدة . فإن قدم بعد الموت بشهر وساعة ، تبيَّنَّا أن الفرْقَةَ وقعت بالموت ، ولم يقع طلاق . فإن قال : أنت طالق قبل موتى بشهر ، فمات أحدهما قبل مضى شهر ، لم يقع طلاق ، لأن الطلاق لم يقع فى الماضى . وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبيناً وقوع الطلاق فى تلك الساعة ، ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعياً ، ويموت فى عدتها . وإن قال : أنت طالق قبل موتى ، ولم يزد شيئاً ، طلقت فى الحال ، لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محلٌ للطلاق ، فوقع فى أوله . وإن قال : قبل موتك ، أو موت زيد ، فكذلك . وإن قال : أنت طالق قبل قدوم زيد ، أو قبل دخولك الدار ، فقال القاضى : تطلق فى الحال ، سواء قدم زيد أو لم يقدم ، بدليل قول الله تعالى : «يا أَيُّهَا الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ آمِنُوا بِمَا نَزَّلْنَا مُصَدِّقًا لِمَا مَعَكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَطْمِسَ وُجُوهًا فَنَرُدَّهَا عَلَى أَدْبَارِهَا[1]» ، ولم يوجد الطمس فى المأمورين . ولو قال لغلامه : اسقنى قبل أن أضربك ، فسقاه فى الحال عُدَّ مُمْتَثِلاً وإن لم يضربه . ولو قال : أنت طالق قبيل موتى ، أو قبيل قدوم زيد ، لم يقع فى الحال ، وإنما يقع ذلك فى الجزء الذى يلى الموت ، لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير الذى يبقى . وإن قال : أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر ، فقال القاضى : تتعلق الصفة بأولهما موتاً ، لأن اعتباره بالثانى يُفْضى إلى وقوعه بعد موت الأول : واعتباره بالأول لايفضى إلى ذلك ، فكان أولى .

٥٨٤٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا قال لها : إذا طلقتك فأنت طالق ، فإذا طلقها لزمه اثنتان . إذا كانت مدخولا بها ، وإن كانت غير مدخول بها لزمته واحدة ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال لِمَدْخُولٍ[2] بها : إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم قال : أنت طالق ، وقعت واحدة بالمباشرة ، وأخرى بالصفة ، لأنه جعل تطليقها شرطاً لوقوع طلاقها ، فإذا وُجِدَ الشرط وقع الطلاق . وإن كانت غير مدخول بها[3] بانت بالأولى ، ولم تقع الثانية ، لأنها لاعِدَّة عليها ، ولا تُمْكِنُ رجعتها ، فلايقع طلاقها إلا بائناً ، فلايقع الطلاق ببائن .

---

(١) سورة النساء آية ٤٧ .
(٢) فى ٣٧ و ٢٠ : للمدخول بها .
(٣) فى ٣٩ : وإن لم تكن مدخولا بها .

٥٨٤٩ (فصـــل)

فإن قال : عَنَيْتُ بقولي هذا : أنك تـكونين طالقاً بمـا أوقعته عليك ، ولم أُرِدْ إيقاع طلاق سوى ماباشرتك به ، دِين . وهل يقبل في الحـكم ؟ يخرج على وجهين .

أحدهما : لايُقْبل ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر أن هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق ، ولأن إخباره إياها بوقوع طلاقه بها لافائدة فيه .

والوجه الثاني : يُقْبَل قوله ، لأنه يَحْتَمِلُ ماقاله ، فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق . وقال : أردت بالثاني التأكيد ، أو إفهامها .

٥٨٥٠ (فصـــل)

فإن قال : إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم علّق طلاقها بشرط ، مثل قوله : إن خرجت فأنت طالق ، فخرجت طلقت بخروجها ، ثم طلقت بالصفة أخرى ، لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة . ولو قال أولا: إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن طلقتك فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بالخروج ، ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها ، لأنه لم يطلقها بعد ذلك ، ولم يُحْدِثْ عليها طلاقاً ، لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطليقها ، فلم توجد الصفة ، فلم يقع . وإن قال : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن وقع عليك طلاق فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بالخروج ، ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها ، إن كانت مدخولا بهـا .

٥٨٥١ (فصـــل)

وإن قال لها : كلما طلقتك فأنت طالق ، فهذا حرف يقتضي التـكرار . فإذا قال لهـا بعد ذلك : أنت طالق ، وقع بها طلقتان . إحداهما بالمباشرة ، والأخرى بالصفة ، ولاتقع ثالثة ، لأن الثانية لم تقع بإيقـاعه . بعد عقد الصفة ، لأن قوله : كلما طلقتُكِ يقتضي : كلما أوقعت عليك الطلاق ، وهذا يقتضي تجديد إيقـاع طلاق بعد هذا القول . وإنما وقعت الثانية بهذا القول ، وإن قال لها بعد عقـد الصفة : إن خرجتِ فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بالخروج طلقة وبالصِّفة أخرى ، لأنه قد طلقها ، ولم تقع الثالثة . وإن قال لها : كلما أوقعتُ عليكِ طلاقاً فأنت طالق ، فهو بمنزلة قوله : كلما طلقتك فأنت طالق . وذكر القـاضي في هذه : أنه إذا وقع عليها طلاقُه بصفةٍ عقدَهَا بعد قوله : إذا أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق لم تطلق ، لأن ذلك ليس بإيقاع منه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وفيه نظر ، فإنه قد أوقع الطلاق عليها بشرط ، فإذا وُجِد الشرط فهو المُوقِع للطلاق عليها ، فلا فرق بين هذا وبين قوله : إذا طلقتك فأنت طالق .

وإن قال : كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ، ثم وقعتُ عليها طلقةٌ بالمباشرة أو بصفة عقـدها قبل

ذلك أو بعده طلقت ثلاثاً . فلو قال لها : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم خرجت ، وقعت عليها طلقة بالخروج ، وقعت الثانية بوقوع الأولى ، ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية ، لأن « كُلَّمَا » تقتضي التكرار ، وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق ، فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها : إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم قال : إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم قال : أنت طالق ، طلقت ثلاثاً . واحدة بالمباشرة ، واثنتين بالصفتين ، لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه ، وهو وقوع طلاقه، ولأنه إذا قال : أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة ، فتطلق الثانية بكونه طلقها ، وذلك طلاق منه واقع عليها ، فتطلق به الثالثة . وهذا كله في المدخول بها، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة في جميع هذا وهذا كله مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم فيه مخالفاً .

٥٨٥٢ (فصـــل)

فإن قال : كلما طلقتك طلاقاً أملكُ فيه رَجعتَك فأنت طالق ، ثم قال . أنت طالق ، طلقت اثنتين . إحداها : بالمباشرة ، والأخرى : بالصفة ، إلا أن تكون الطلقة بعوض أو في غير مدخول بها ، فلا تقع بها ثانية ، لأنها تَبِينُ بالطلقة التي باشرها بها ، فلا يملك رجعتها ، فإن طلّقها اثنتين طلقت الثالثة . وقال أبو بكر : قيل تطلق ، وقيل : لا تطلق واختياري : أنها تطلق . وقال أصحاب الشافعي : لا تطلق الثالثة لأنا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ، ولم يوجد شرط طلاقها ، فيفضي ذلك إلى الدور [1] فيقطعه بمنع وقوعه .

ولنا : أنه طلاق لم يكمل به العَدَدُ بغير عوض في مدخول بها ، فيقع بها التي بعدها كالأولى ، فامتناع الرجعة ههنا لعَجْزه عنها ، لا لعدم الملك ، كما لو طلقها واحدة وأغمى عليه عقيبها ، فإن الثانية تقع ، وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها . وإن كان الطلاق بعوض أو في غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التي باشرها بها ، لأنه لا يملك رجعتها . وإن قال : كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رَجْعَتَكِ فأنت طالق ، ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة ، طلقت ثلاثاً ، وعندهم لا تطلق ، لما ذكرناه في التي قبلها . ولو قال لامرأته: إذا طلّقْتُك طلاقاً أملك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثاً ، ثم طلقها طلقت ثلاثاً ، وقال المُزَني : لا تطلق، وهو قياس قول أصحاب الشافعي لما تقدم .

٥٨٥٣ (فصـــل)

وإن قال لزوجته : إذا طلقتك أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً فلا نص فيها . وقال القاضي : تطلق ثلاثاً ، واحدة بالمباشرة ، واثنتان من المعلّق، وهو قياس قول الشافعي ، وقول بعض

---

(١) الدور : هو توقف الشيء على ما يتوقف عليه ويسمى الدور المصرح ، كما يتوقف أ على ب وبالعكس . ومنه المضمر كما يتوقف أ على ب و ب على ج و ج على أ . (تعريفات الجرجاني ٧٣)

أصحابه ، وقال ابن عقيل : تطلق واحدة بالمباشرة ، ويلغو المعلق ، لأنه طلاق فى زمن ماض ، فلا يُتَصَوَّرُ وقوع الطلاق فيه ، وهو قياس نص أحمد ، وأبى بكر ، فى أن الطلاق لا يقع فى زمن ماض وبه قال أبو العباس بن القاصّ ، [1] من أصحاب الشافعى ، وقال أبو العباس بن سريج ، وبعض الشافعية: لاتطلق أبداً ، لأن وقوع الواحدة يقتضى وقوع ثلاث قبلها ، وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدى إلى نفيها فلا تثبت ، ولأن إيقاعها يفضى إلى الدور ، لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث ، فيمتنع وقوعها ، وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله .

ولنا : أنه طلاق من مُكلَّف مختار فى محلّ النكاح صحيح ، فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ، ولأن عمومات النصوص تقتضى عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَه »[2] . وقوله سبحانه: «وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بأنفسهن ثَلَاثَة قُرُوء[3]» وكذلك سائر النصوص ، ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به ، وما ذكروه يمنعه بالكلية ، ويبطل شرعيته ، فتفوت مصلحته ، فلا يجوز ذلك بمجرد الرأى والتحكم . وماذكروه غير مُسَلَّم ، فإنا إن قلنا : لا يقع الطلاق المعلق فله وجه ، لأنه أوقعه فى زمن ماض ، ولا يمكن وقوعه فى الماضى ، فلم يقع كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم ، فقدم فى اليوم ، ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطاً لوقوع الثلاث ، ولا يوجد المشروط قبل شرطه ، فعلى هذا لايمتنع وقوع الطلقة المباشرة ، ولا يُفضِى إلى دَوْر ولا غيره ، وإن قلنابوقوع الثلاث فوجهه : أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به ، فلغت الصفة ووقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق طلقة لاتنقص عدد طلاقك ، أولاتلزمك ، أو قال للآيسة : أنت طالق للسنة ، أو قال : للبدعة ، وبيان استحالته : أن تعليقه بالشرط يقتضى وقوعه بعده ، لأن الشرط يتقدم مشروطه ، ولذلك لو أطلق لوقع بعده ، وتعقيبه بالفاء فى قوله : فأنت طالق يقتضى كونه عقيبه ، وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال ، فلا يصح الوصف به ، فلغت الصفة ، ووقع الطلاق ، كما لو قال : إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثاً لا تلزمك ، ثم يبطل ماذكروه بقوله : إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمِّها أو ابنتها بشبهة ، فإنه يرد عليه ما ذكروه ، ولا خلاف فى انفساخ النكاح . قال القاضى : ما ذكروه ذريعة إلى ألاّ يقع عليها الطلاق جملة . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً قبيل وقوع طلاق بك واحدة ، أوقال : أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقتك غداً واحدة ، فالكلام عليها من وجه آخر ، وهو وارد على المسألتين جميعاً . وذلك أن الطلقة الموقَعَة يقتضى وقوعُها

(١) فى المخطوطة ١٨ : ابن القاضى وهو تحريف (٢) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

وقوعَ مالا يتصور وقوعها معه ، فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها ، لأن ما تعلق بها تابع ، ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع ، فيبطل التابع وحده ، كما لو قال فى مرضه : إذاأعتقت سالماً فغانم حر ، ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما فإن سالمـا يعتق وحده ، ولا يُقرَع بينهما ، لأن ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط ، وذلك غير جائز . ولا فرق بين أن يقول : فغانم حر قبله أو معه أو بعده ، أو تطلق كذاهنـا .

٥٨٥٤ (فصـــل)

اختلفت أصحابنا فى الحلف بالطلاق ، فقال القاضى فى الجامع وأبو الخطاب : هو تعليقه على شرط ، أى شرط كان[1] ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تمليك وإذا حضت فأنت طالق ، فإنه طلاق بدعة ، وإذا طهرت فأنت طالق ، فإنه طلاق سنـة . وهذا قول أبى حنيفة ، لأن ذلك يسمى حَلِفا عرفا ، فيتعلق الحكم به كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ولأن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب ، فأشبه قوله : والله وبالله وتالله ، وقال القاضى فى المجرد : هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل ، أو المنع منه ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق وإن لم تدخلى فأنت طالق ، أو على تصديق خبره ، مثـــل قوله : أنت طالق ، لقد قدم زيد ، أو لم يقدم . فأما التعليق على غير ذلك كقوله : أنت طالق إن طلعت الشمس ، أوقدم الحاج ، أوإن لم يقدم السلطان ، فهو شرط محْض ، ليس بحلف ، لأن حقيقة الحلف القسم ، وإنما سمى تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوُّزا ، لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور ، وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر ، نحو قوله : والله لأفعلن ، أولا أفعل أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . ومالم يوجد فيه هـذا المعنى لا يصح تسميته حلفا ، وهذا مذهب الشافعى . فإذاقال لزوجته : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق ، لم تطلق فى الحال على القول الثانى ، لأنه ليس بحلف . وتطلق على الأول لأنه حالف . وإن قال : كلما كلمت أباك فأنت طالق ، طلقت على القولين جميعا ، لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه ، فكان حلفاً ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق . وإن قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم أعاد ذلك طلقت واحـدة ، كلما أعاده مرة طلقت ، حتى تكمل الثلاث ، لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة أخرى . وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال أبوثور : ليس ذلك بحلف ، ولا يقع الطلاق بتكراره ، لأنه تكرار للكلام ، فيكون تأكيداً لا حلفا .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه ، فكان حلفاً ، كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق . وقوله : إنه تكرار للكلام حجة عليه ، فإن تكرار الشىء عبارة عن وجوده مرة أخرى ،

(١) فى المخطوطة ١٨ على أى شرط كان .

فإذا كان فى الأول حلفاً فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى . وأما التأكيد فإنما يُحْمَل عليه الكلام المكرر إذا قصده : وههنا إن قصد إفهامها لم يقع بالثانى شىء ، كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق . يعنى بالثانية إفهامها . فأما إن كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ، ولم يقع أكثر منها . فإذا قال لها ذلك ثلاثاً بانت بالمرة الثانية ، ولم تطلق وبالثالثة فإن جدد نكاحها ثم أعاد ذلك لها ، أو قال لها : إن تكلمت فأنت طالق ، أو نحو ذلك ، لم تطلق بذلك ، لأن شرط طلاقها إنما كان بعد بينونتها .

٥٨٥٥ (فصـــــل)

وإن قال لامرأتيه : كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ، ثم أعاد ذلك ثلاثاً طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً ، لما ذكرنا . فإن كانت إحداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية ، فإذا أعاده مرة ثالثة لم تطلق واحدة منهما ، لأن غير المدخول بها بائن ، فلم تكن إعادة هذا القول حلفاً بطلاقها ، وهى غير زوجته ، فلم يوجد الشرط . فإن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً ، فإن جدد النكاح البائن ثم قال لها : إن تكلمت فأنت طالق ، فقد قيل : يطلقان حينئذ ، لأنه صار بهذا حالفاً بطلاقها ، وقد حلف بطلاق المدخول بها بإعادة قوله فى المرة الثالثة ، فطلقتا حينئذ . ويَقْوَى عندى : أنه لا يقع الطلاق بهذه التى جدد نكاحها ، لأنها حين إعادته المرة الثالثة بائن ، فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها ، كما لو قال لأجنبية : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم تزوجها وحلف بطلاقها ، ولكن تطلق المدخول بها حينئذ ، لأنه قد حلف بطلاقها فى المرة الثالثة ، وحلف بطلاق هذه حينئذ ، فكمل شرط طلاقها ، فطلقت وحدها .

٥٨٥٦ (فصـــــل)

فإن كانت له امرأتان : حفصة وعمرة ، فقال : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، ثم أعاده ، لم تطلق واحدة منهما ، لأن هذا حلف بطلاق عَمْرَة ، وحدها ، فلم يوجد الحلف بطلاقهما . وإن قال بعد ذلك : إن حلفت بطلاقكما لحفصة طالق ، طلقت عمرة ، لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما . ولم تطلق حفصة ، لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه . فإن قال بعد هـذا : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، لم تطلق واحدة منهما ، لأنه لم يحلف بطلاقهما ، إنما حلف بطلاق عمرة وحدها ، فإن قال بعد هذا : إن حلفت بطلاقكما لحفصة طالق ، طلقت حفصة ، وعلى هذا القياس .

٥٨٥٧ (فصـــــل)

وإن قال لإحداهما : إن حلفت بطلاقك فَضرتُك طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ، طلقت الثانية ، لأن إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى ، وذلك شرط وقوع طلاق الثانية . ثم إن أعاد للأولى طلقت ، ثم كلما أعاده على هـذا الوجه لامرأة طلقت ، حتى يكمل للثانيـة ثلاث ، ثم إذا أعاده للأولى لم تطلق ، لأن

الثانية قد بانت منه ، فلم يكن ذلك حلفاً بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ، ثم أعاده لها لم تطلق به واحدة منهما ، لأن ذلك ليس بحلف بطلاقها ، إنما هو حلف بطلاق ضرتهـا ، ولم يعلق على ذلك طلاقاً . وإن قال للأولى : إن حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ، طلقت الأولى ، لأن قوله للثانية حلف بطلاقها ، وشرط لوقوع الطلاق بالأولى . ثم إن أعاده للأولى طلقت الثانية ، ثم كلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الأخرى . فإن كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ، ولم تطلق صاحبتها بإعادة ذلك لها ، لأنه ليس بحلف بطلاقهما ، لـكونها بائناً ، فهى كسائر الأجنبيات . وإن قال[1] لإحداهما : إذا حلفت بطلاق ضرتك فهى طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما[2] ، ثم إن أعاد ذلك لإحداهما طلقت الأخرى ، ثم إن أعاده للأخرى طلقت صاحبتها ، ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى ، إلا أن تـكون إحداهما غير مدخول بها ، أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث ، فإنها إذا بانت صارت كالأجنبية . ولو قال[3] ذلك لإمرأة ابتداء ، ثم أعاده لها ، طلقت ضرتها بكل إعادة مرة ، حتى تـكمل الثلاث . وإن قال لامرأة : إذا حلفت بطلاق ضرتك فهى طالق ، ثم قال للأخرى : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ، طلقت فى الحال . ثم إن قال للأولى مثل ما قال لها ، أو قال للثانية مثل ما قال لها ، طلقت الثانية ، وكذلك الثالثة . ولا يقع بالأولى بهذا طلاق ، لأن الحلف فى الموضعين إنما هو بطلاق الثانية .

ولو قال[4] للأولى : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للثانيـة إن حلفت بطلاق ضرتك فهى طالق طلقت الأولى ، ثم متى أعاد[5] أحد هذين الشرطين مرة أخرى ، طلقت الأولى مرة ثانية ، وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ، ولو قال لإحداهما : إذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ، ثم قال للأخرى : إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ، لم تطلق واحدة منهما ، لأنه فى الموضعين علّق طلاق الثانيـة على الحلف بطلاق الأولى ، ولم يحلف بطلاقها . ولو أعاد ذلك لهما لم يقع طلاق بواحدة منهما[6] ، وسواء تقدم القول للثانية على القول للأولى ، أو تأخر عنه .

٥٨٥٨ (فصـــــــل)

وإن كان له ثلاث نسوة ، فقال : إن حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ، ثم قال : إن حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال : إن حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق ، طلقت عمرة . وإن جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ، ثم متى أعاده[7]

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : ولو قال (٢) فى المخطوطة ١٨ : إحداهما (٣) فى المخطوطة ٣٩ : وإن قال

(٤) فى المخطوطة ١٨ و ٢٠ : وإن قال (٥) فى المخطوطة ٣٩ ثم إذا أعاد . .

(٦) على هامش ٢٠ : لم تطلق إحداهما . من نسخة ثانية (٧) فى المخطوطة ٣٩ ثم إذا أعاده

بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذى ذكرناه وإن قال: إن حلفت بطلاق زينب فنسائى طوالق، ثم قال: إن حلفت بطلاق عمرة فنسائى طوالق، ثم قال: إن حلفت بطلاق حفصة فنسائى طوالق، طلقت كل واحدة منهن طلقتين، لأنه لما قال: إن حلفت بطلاق عمرة فنسائى طوالق، فقد حلف بطلاق زينب، بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها، فطلقت كل واحدة منهن طلقة. ولما قال[1]: إن حلفت بطلاق حفصة فنسائى طوالق، فقد حلف بطلاق عمرة وزينب، فطلقت كل واحدة منهن طلقة بحلفه بطلاق عمرة، ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شيء، لأنه قد حَنِثَ به مرة، فلا يحنث ثانية. ولو كان مكان قوله «إن» «كلما»، طلقت كل واحدة منهن ثلاثا، لأن كلما تقتضى التكرار.

ولو قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية، طلقن ثلاثا ثلاثا، لأنه بإعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن، وحلفه بطلاق كل واحدة شرط لطلاقهن جميعا، وإن قال: إن حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق، ثم أعاد ذلك، طلقت كل واحدة منهن طلقة، لأن «إن» لاتقتضى التكرار، وإن قال بعد ذلك لإحداهن: إن قمت فأنت طالق، طلقت كل واحدة منهن طلقة. أخرى، ولو قال: كلما حلفت بطلاقكن فأنتن طوالق، ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة. وإن قال بعد ذلك لإحداهن إن قمت فأنت طالق، لم تطلق واحدة منهن، وإن قال ذلك للاثنتين الباقيتين، طلق الجميع طلقه طلقة.

٥٨٥٩ (فصــــل)

وإن قال لزوجته: إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق ثم قال: إن حلفت بطلاقك فعبدى حر، طلقت. ثم إن قال لعبده: إن حلفت بعتقك فامرأتى طالق، عتق العبد. وإن قال له: إن حلفت بطلاق امرأتى فأنت حر، ثم قال لها: إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق، عتق العبد. ولو قال لعبده: إن حلفت بعتقك فأنت حر، ثم أعاد ذلك عتق العبد.

٥٨٦٠ (فصــــل)

وقد استعمل الطلاق والعتاق[2] استعمال القسم جوابا له فإذا قال: أنت طالق لأقومن، وقام، لم تطلق زوجته. فإن لم يقم فى الوقت الذى عينه حنث. هذا قول أكثر أهل العلم. منهم سعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، والزهرى، وسعيد بن جبير، والشعبى، والثورى، وأصحاب الرأى. وقال شريح: يقع طلاقه وإن قام، لأنه طلق طلاقا غير معلق بشرط، فوقع كما لو لم يقم.

ولنا: أنه حلِفٌ بَرَّ فيه فلم يحنث، كما لو حلف بالله تعالى. وإن قال: أنت طالق إنَّ أخاك لعاقل،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩: وحينما قال (٢) فى المخطوطة ١٨: العتق.

وكان أخوها عاقلا لم يحنث ، وإن لم يكن عاقلا حنث ، كما لو قال : والله إن أخاك لعاقل . وإن شك في عقله لم يقع الطلاق ، لأن الأصل بقاء النكاح ، فلا يزول بالشك ، وإن قال : أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف ، فأكله حنث ، وإلا فلا . وإن قال : أنت طالق ما أكلته ، وكان صادقاً لم يحنث . وإن كان كاذباً حنث . كما لو قال : والله ما أكلته . وإن قال : أنت طالق لولا أبوك لطلقتك ، وكان صادقاً لم تطلق وإن كان كاذباً طلقت . ولو قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال أنت طالق لأُكْرِمَنَّك طلقت في الحال . ولو قال : إن حلفت بعتق عبدى فأنت طالق ، ثم قال : عبدى حر لأقومَنَّ ، طلقت المرأة . وإن قال : إن حلفت بطلاق امرأتى فعبدى حر ، ثم قال : أنت طالق لَصُمْتُ أمس ، عتق العبد .

٥٨٦١ (فصل)

وإن قال : إن طلقت حفصة فعمرة طالق ، ثم قال : إن طلقت عمرة لحفصة طالق ، ثم طلق حفصة ، طلقتا معاً : حفصة بالمباشرة ، وعمرة بالصفة ، ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وإن بدأ بطلاق عمرة ، طلقت طلقتين ، وطلقت حفصة طلقة . لأنه إذا طلّق حفصة طلقت عمرة بالصفة ، لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ، ولم يَعُدْ على حفصة طلاق آخر ، لأنه ما أحدث في عمرة طلاقاً ، إنما طلقت بالصفة السابقة على تعليقه طلاقها ، وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة ، لكون طلاقها معلقاً على طلاق عمرة ، ووقوع الطلاق بها تطليق منه لها ، لأنه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة ، بعد قوله : إن طلقت حفصة فعمرة طالق . ومتى وُجد التعليق والوقوع معا فهو تطليق . فإن وجدا معا بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها ، وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها ، فوجب القول بوقوعه . ولو قال لعمرة : كلما طلقت حفصة فأنت طالق ، ثم قال لحفصة : كلما طلقت عمرة فأنت طالق . ثم قال لعمرة : أنت طالق ، طلقت طلقتين ، وطلقت حفصة طلقة واحدة . وإن طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما ، إلا طلقة[1] لأن هذه المسألة كالتى قبلها سواء ، فإنه بدأ بتعليق طلاق عمرة على تطليق حفصة ثم ثنّى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة . ولو قال لعمرة : إن طلقتك لحفصة طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقتك فعمرة طالق ، ثم طلق حفصة ، طلقت طلقتين ، وطلقت عمرة طلقة . وإن طلق عمرة طلقت كل (واحدة[2]) منهما طلقة ، لأنها عكس التى قبلها . ذكر هاتين المسألتين القاضى فى المجرد . ولو قال لإحدى زوجتيه : كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ، ثم طلق الأولى طلقت طلقتين ، وطلقت الثانية طلقة. وإن طلق الثانية طلقت طلقتين ، وطلقت الأولى طلقة . وإن قال كلما طلقتك فضرتك طالق ، ثم قال للأخرى مثل

(١) فى ٣٩ : لم تطلق كل منهما إلا طلقة . (٢) ساقطة من ١٨ .

ذلك ، ثم طلق الأولى طلقت كل واحدة منهما طلقة طلقة . وإن طلق الثانية طلقت طلقتين ، وطلقت الأولى طلقة وتعليل ذلك على ماذكرنا فى المسألة الأولى .

٥٨٦٢ (فصـــــل)

وإن كان له ثلاث نسوة ، فقال : إن طلقت زينب فعمرة طالق ، وإن طلقت عمرة فحفصة طالق ، وإن طلقت حفصة فزينب طالق ، ثم طلق زينب طلقت عمرة ، ولم تطلق حفصة ، لأنه ماأحدث فى عمرة طلاقا بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها ، وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعا للطلاق ، وليس بتطليق . وإن طلق عمرة طلقت حفصة ، ولم تطلق زينب لذلك . وإن طلق حفصة طلقت زينب ، ثم طلقت عمرة ، فيقع الطلاق بالثلاث ، لأنه أحدث فى زينب طلاقا بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها ، فإنه علق طلاقها بعد ذلك على تطليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق ، وقد وجد التعليق وشرطه معا بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها ، فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقاً ، فطلقت به عمرة ، بخلاف غيرها . وإن قال لزينب . إن طلقت عمرة فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إن طلقت حفصة فأنت طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقت زينب فأنت طالق ، ثم طلق زينب طلقت الثلاث ، زينب بالمباشرة ، وحفصة بالصفة . ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها ، وتطليقها شرط طلاق عمرة ، فتطلق به أيضاً . والدليل على أنه تطليق لحفصة : أنه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة : بتطليقها ، وتحقق شرطه ، والتعليق مع شرطه تطليق ، وقد وجدا معاً بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة ، وإن طلق عمرة طلقت هى وزينب ، ولم تطلق حفصة وإن طلق حفصة طلقت هى وعمرة ، ولم تطلق زينب ، لما ذكرنا فى المسألة التى قبلها .

وإن قال لزينب إن طلقتك فضرتاك طالقتان ، ثم قال لعمرة مثل ذلك ، ثم قال لحفصة مثل ذلك ، ثم طلق زينب ، طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة ، لأنه لم يحدث فى غير زينب طلاقاً ، إنما طلقتا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقهما ، وان طلق عمرة طلقت زينب طلقة ، وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين ، لأن عمرة طلقت واحدة بالمباشرة ، وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة ، وطلاق زينب تطليق لها ، لأنه وقع بها بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقهما بتطليقها ، فعاد على عمرة وحفصة بذلك طلقتان ، ولم يعد على زينب بطلاقها طلاق لمـا تقدم . وإن طلق حفصة طلقت ثلاثا ، لأنها طلقت واحدة[1] بالمباشرة ، فطلقت بها ضرتاها . ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق ، لأنه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلقه ، فكمل لها ثلاث ، وطلقت عمرة طلقتين : واحدة بتطليق حفصة ، وأخرى بوقوع الطلاق على زينب ، لأنه تطليق لزينب لما ذكرناه .

---

(١) فى ٢٠ : طلقت طلقة .

وطلقت زينب واحدة ، لأن طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق فى حقها . وإن قال لكل واحدة منهن : كلما طلقت إحدى ضرتيك فأنت طالق ، ثم طلق الأولى ، طلقت ثلاثا ، وطلقت الثانية طلقتين ، والثالثة طلقة (واحدة[1]) لأن تطلقيه للأولى شرط لطلاق ضرتيها ، ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة إليهما ، لكونه واقعاً بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما ، فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة ، فكمل لها الثلاث ، وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ، ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شىء ، لأنه ليس بتطليق فى حقها . وإن طلق الثانية طلقت أيضاً طلقتين ، وطلقت الأولى ثلاثا ، والثالثة طلقة . وإن طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين ، وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة .

٥٨٦٣ (فصـــــل)

ولو قال لامرأته : إن طلقتك فعبدى حر ، ثم قال لعبده : إن قمت فامرأتى طالق ، فقام ، طلقت المرأة ، وعتق العبد . ولو قال لعبده : إن قمت فامرأتى طالق ، ثم قال لامرأته : إن طلقتك فعبدى حر ، فقام العبد ، طلقت المرأة ، ولم يعتق العبد ، لأن وقوع الطلاق بالصفة إنما يكون تطليقاً مع وجود الصفة ، ففى الصورة الأولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله : إن طلقتك فعبدى حر ، وفى الصورة الأخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فكانت الصفة سابقة ، فلذلك لم يعتق العبد . ولو قال لعبده : إن أعتقتك فامرأتى طالق ، ثم قال لامرأته : إن حلفت بطلاقك فعبدى حر ، ثم قال لعبده : إن لم أضربك فامرأتى طالق ، عتق العبد ، وطلقت المرأة .

٥٨٦٤ (فصـــــل)

ومتى علق الطلاق على صفات فاجتمعن[2] فى شىء واحد وقع بكل صفة ما علق عليها ، كما لو وجدت مفترقة ، وكذلك العتاق[3] . فلو قال لامرأته : إن كلمت رجلا فأنت طالق ، وإن كلمت طويلا فأنت طالق ، وإن كلمت أسود فأنت طالق ، فكلمت رجلا أسود طويلا طلقت ثلاثا . وإن قال : إن ولدت بنتاً فأنت طالق ، وإن ولدت سوداء فأنت طالق وإن ولدت ولداً فأنت طلق ، فولدت بنتاً سوداء طلقت ثلاثا . وإن قال : إن أكلت رمانة فأنت طلق ، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت اثنتين . وإن قال : كلما أكلت رمانة فأنت طالق ، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت ثلاثا ، لأن كلما تقتضى التكرار ، وفى الرمانة نصفان ، فتطلق بأكلهما طلقتين ، وبأكل الرمانة طلقة ، فإن نوى بقوله : نصف رمانة ، نصفا مفرداً عن الرمانة المشروطة ، أو كانت مع الكلام

---

(١) ساقطة من ٢٠ ، ٣٩ (٢) فى ١٨ : فاجتمعت . (٣) فى ٢٠ : وكذلك العتق

قرينة تقتضي ذلك ، لم يحنث حتى تأكل ما نوى تعليق الطلاق به[1] لأن مبنى الأيمان على النية .

٥٨٥٦ (فصــــل)

فإن قال : إن دخل الدار رجل فعبد من عبيدى حر ، وإن دخلها طويل فعبدان حران ، وإن دخلها أسود فثلاثة أعبُد أحرار ، وإن دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار ، فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة ، وإن كان له أربع نسوة فقال : إن طلقت امرأة منكن فعبد من عبيدى حر ، وإن طلقت اثنتين فعبدان حران ، وإن طلقت ثلاثة فثلاثة أحرار ، وإن طلقت أربعاً فأربعة أحرار ، ثم طلق الأربع مجتمعات أو متفرقات ، عتق من عبيده عشرة ، بالواحدة واحد ، وبالاثنتين اثنان ، وبالثلاث ثلاثة ، وبالأربع أربعة لاجتماع هذه الصفات الأربع فيهن ، ولو علق ذلك بلفظة كلما فقد قيل : يعتق عشرة أيضاً ، والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً ، لأن فيهن أربعة صفات ، وهن أربع ، فيعتق أربعة ، وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة ، وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة . وإن شئت قلت : يعتق بالواحدة واحد ، وبالثانية ثلاثة ، لأن فيها صفتين هى واحدة ، وهى مع الأولى اثنتان ، ويعتق بالثالثة أربعة ، لأنها واحدة . وهى مع الأولى والثانية ثلا ث ، ويعتق بالرابعة سبعة ، لأن فيها ثلاث صفات هى واحدة ، وهى مع الثالثة اثنتان ، وهى مع الثلاث التى قبلها أربع . وهذا أولى من الأول لأن قائله لا تعتبر صفة طلاق الواحدة فى غير الأولى ، ولا صفة التثنية فى الثالثة والرابعة ولفظ كلما يقتضى التكرار ، فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات ، وقيل يعتق سبعة عشر ، لأن صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات ، فإنها توجد بضم الثانية إلى الثالثة ، وقيل : يعتق عشرون ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن صفة الثلاث وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة إلى الرابعة

وكلا القولين غير سديد ، لأنهم عَدوا الثانية مع الأولى فى صفة التثنية مرة ، ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى ، وعدوا الثانية والثالثة فى صفة التثليث مرتين ، مرة مع الأولى ، ومرة مع الرابعة ، وما عُدَّ فى صفة مرة لا يجوز عَدُّه فى تلك الصفة مرة أخرى ، ولذلك لو قال : كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة لم تطلق إلا اثنتين ، لأن الرمانة نصفان ولا يقال : إنها تطلق ثالثة بأن يضم الربع الثانى إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثاً ، وكذلك فى مسألتنا ، لم تضم الأولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين ، وعلى سياق هذا القول ينبغى أن يعتق اثنان وثلاثون . واحد بطلاق واحدة ، وثلاثة بطلاق الثانية ، وثمانية بطلاق الثالثة ، لأنها واحدة وهى مع ماقبلها ثلاثة ، وهى مع ضمها إلى الأولى اثنتان ، ومع ضمها إلى الثانية اثنتان ففيها صفة مرات ، ويعتق بطلاق الرابعة عشرون ، لأن فيها ثمانى صفات ، هى واحدة ، وهى مع ماقبلها أربع ، وفيها صفة التثليث ثلاث مرات ، هى مع الأولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ، ومع الأولى

---

(١) فى ١٨ : عليه

والثالثة ثلاث ، فيعتق بذلك تسعة ، وفيها صفة التثنية ثلاث مرات ، هى مع الأولى اثنتان وهى مع الثانية اثنتان ، وهى مع الثالثة اثنتان ، فيعتق بذلك ستة ، ويصير الجميع اثنين وثلاثين ، وما نعلم بهـذا قائلا ، وهذا مع الإطلاق .

فأما إن نوى بلفظه غير ما يقتضيه الإطلاق ، مثل أن ينوى بقوله : اثنتين ، غير الواحدة ، فيمينه على ما نواه ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولو قال: كلما أعتقت عبداً من عبيدى ،فامرأة من نسائى طالق وكلما أعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم أعتق اثنين طلق الأربع على القول الصحيح وعلى القول الأول يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال : كلما أعتقت عبداً من عبيدى فجارية من جوارى حرة ، وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار ، كلما أعتقت أربعة فأربع أحراراً ثم أعتق أربعة ، عتق من جواريه بعدد ماطلق من النساء على ما ذكرنا ، وإن أعتق خمساً فعلى القول الأول يعتق من جواريه ههنا خمس عشرة وعلى القول الثانى يعتق إحدى وعشرون ، لأن عتق الخامس عُتق به ست لـكونه واحداً ، وهو مع قبله خمسة ،ولم يمكن عده فى سائر الصفات ، لأن ما قبله قد عد فى ذلك مرة فلا يعد ثانية .

٥٨٦٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، ولم ينو وقتاً ، ولم يطلقها حتى مات ، أو ماتت ، وقع الطلاق بها فى آخر أوقات الإمكان ﴾

وجملة ذلك[1] : أن حرف « إن » موضوع للشرط ، [وهو] لا يقتضى زمناً ، ولا يدل عليه إلا من حيث أن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان ، وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ، ولا يقتضى تعجيلا ، فما عُلِّق عليه كان على التراخى ، سواء فى ذلك الإثبات والنفى . فعلى هـذا إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها كان ذلك على التراخى ، ولم يحنث بتأخيره ، لأن كل وقت يمـكن أن يفعل ما حلف عليه ، فلم يَفُت الوقت . فإذا مات أحدهما علمنا حِنْثَه حينئذ[2] ، لأنه لا يمـكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما ، فتبين أنه وقع إذْ لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعىّ ولا نعلم فيه بين أهل العـلم خلافا . ولو قال : إن لم أطلق عمرة فحفصة طالق ، فأى الثلاثة مات أولا وقع الطلاق قبل موته ، لأن تطليقه لحفصة على وجه تنحل به يمينه إنما يكون فى حياتهم جميعاً ، وكذلك لو قال : إن لم أعتق عبدى أو إن لم أضربه فامرأتى طالق ، وقع بها الطلاق فى آخر جزء من حياة أولهم موتاً . فأما إن عـيَّن وقتاً بلفظه أو بنيته تعين ، وتعلقت يمينه به .

قال أحمـد رحمه الله : إذا قال : إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً ، فهو على ما أراد من ذلك ،

---

(١) فى ٣٩ : وجملة الأمر . (٢) فى ١٨ : حينذاك .

وذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته ، فصار كالمصرّح به فى لفظه ، فإن مبنى الأيمان على النية ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما لامرىء[1] ما نوى » .

٥٨٦٧ (فصــــل)

ولا يُمْنَع من وطء زوجته قبل فِعْل ما حلف عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وقال سعيد ابن المسيب ، والحسن ، والشعبى ، ويحيى الأنصارى ، وربيعة ، ومالك ، وأبو عبيد : لا يطأ حتى يفعل ، لأن الأصل عدم الفعل ، ووقوع الطلاق . وروى الأثرم ، عن أحمد مثل ذلك ، وقال الأنصارى ، وربيعة ، ومالك : يضرب له أجل المُولِى ، كما لو حلف أن لا يطأها .

ولنا : أنه نكاح صحيح ، لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم ، فحل له الوطء فيه ، كما لو قال : إن طلقتك فأنت طالق . وقولهم : الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق . قلنا : هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق ، فلم يقتض حكمه ، ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يَضُرّ ، كما لو طلقها ناجزاً ، وعلى أن الطلاق ههنا إنما يقع فى زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله : إن وطئتك فأنت طالق .

٥٨٦٨ (فصــــل)

إذا كان المعلّق طلاقاً بائناً فماتت لم يرثها . لأن طلاقه أبانها منه ، فلم يرثها ، كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته . نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ، ومات ولم يتزوج عليها ، ورثته وإن ماتت لم يرثها ، وذلك لأنها تطلق فى آخر حياته ، فأشبه طلاقه لها فى تلك الحال . ونحو هذا قال عطاء ، ويحيى الأنصارى . ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ، وهذا قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشعبى ، وأبى عبيد . لأنه إنما طلقها فى صحته ، وإنما تحقق شرط وقوعه فى المرض لم ترثه ، كما لو علقه على فعلها ففعلته فى مرضه .

وقال أبو حنيفة : إن حلف : إن لم تأت البصرة فأنت طالق ، فلم تفعل فإنهما لا يتوارثان . وإن قال: إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته . وإن ماتت لم يرثها لأنه فى الأولى علق الطلاق على فعلها . فإذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها ، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه ، فأشبه ما لو نجزه فى الحال .

ووجه الأول أنه طلاق فى مرض موته[2] ، فمنعه ميراثه ، ولم يمنعها ، كما لو طلقها ابتداء ، ولأن الزوج أخّر الطلاق اختياراً منه ، حتى وقع ما علق عليه فى مرضه ، فصار كالمباشرة له ، فأما ما ذكر[3] عن

---

(١) أخرجه البخارى عن عمر بلفظ (وإنما لكل امرىء ما نوى) (ف) ومسلم ، ومحمد بن الحسن فى موطئه .
(٢) فى ٢٠ : فى مرض الموت . (٣) فى ٣٩ . فأما ما ذكروه .

أبى حنيفة فحسن . إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه ، لأن تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه ، وان كان مما فيه مشقة فلا ينبغى أن يُسْقِط ميراثها بتركه ، كما لو حلف عليها بترك مالا بُدَّ لها من فعله ففعلته :

٥٨٦٩ (فصـــــل)

إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلفظه ولا بنيته فهو على التراخى أيضاً ، فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله ، فلا يتقيد بدون تقييده ، ولذلك لما قال الله تعالى فى الساعة : «قُلْ بَلَى وَرَبِّى لَتَأْتِيَنَّكُمْ»(١) وقال : «قُلْ بَلَى وَرَبِّى لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ بِمَا عَمِلْتُمْ»(٢) ولما قال : «لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللهُ آمِنِينَ»(٣) كان ذلك على التراخى . فإن الآية أنزلت فى نوبة الحديبية ، فى سنة ست ، وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ، ولذلك روى عن عمر أنه قال : «قلت للنبى صلى الله عليه وسلم أَوَلَيْسَ كُنْتَ تُحَدِّثُنَا أَنَّا سَنَأْتِى الْبَيْتَ وَنَطُوفُ بِهِ ؟ قال : بَلَى ، فَأَخْبَرْتُكَ أَنَّكَ آتِيهِ الْعَامَ ؟ قلتُ : لا : قالَ : فإنَّكَ آتِيهِ ومُطَوِّفٌ بِهِ»(٤) وهذا مما لا خلاف فيه نعلمه .

٥٨٧٠ (فصـــــل)

إذا قال لامرأته : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ، ولم يطلقها طلقت ، إذا بقى من اليوم مالا يتسع لتطليقها فيه على مقتضى هـذه المسألة . وهذا اختيار أبى الخطاب ، وقول أصحاب الشافعى . وحكى القاضى فيها وجهين ، هـذا ، ووجهاً آخر : أن الطلاق لا يقع . وحكى ذلك عن أبى بكر ، وابن سريج ، لأن محل الطلاق اليوم ، ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه ، فلا يبقى من محل طلاقها مايقع الطلاق فيه .

ولنا : أن خروج اليوم يفوت به طلاقها ، فوجب وقوعه قبله فى آخر وقت الإمكان ، كموت أحدهما فى اليوم . وذلك لأن معنى يمينه . إن فاتنى طلاقك اليوم فأنت طالق فيه ، فإذا بقى من اليوم مالا يتسع لتطليقها فقد فاته طلاقها فيه ، فوقع حينئذ كما يقع طلاقه فى مسألتنا فى آخر حياة أولهما موتا . وما ذكروه باطل بما لو مات أحدهما فى اليوم ، فإن محل طلاقها يفوت بموته ، ومع ذلك فإن الطلاق يقع قبل موته ، كذا ههنا ، ولو قال لها : أنت طالق اليوم ان لم أتزوج عليك اليوم ، أو إن لم أشتر لك اليوم ثوباً ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها اذا بقى من اليوم مالا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه ، وإن قال لها : أنت طالق إن لم أطلقك اليوم ، طلقت بغير خلاف ، وفى محل وقوعه وجهان.

---

(١) سورة سبأ آية ٣ (٢) سورة التغابن آية ٧ (٣) سورة الفتح آية ٢٧

(٤) أخرجه البخارى وأبو داود عن المسور بن مخرمة ومروان (ف).

(أحدهما) فى آخر اليوم (والثانى) بعد خروجه . وإن قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك فهو كقوله : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ، لأنه جعل عدم طلاقها شرطاً لطلاقها اليوم ، والشرط يتقدم المشروط

٥٨٧١ (فصـــل)

وإن قال لعبده : وإن لم أبعك اليوم فامرأتى طالق اليوم ، ولم يبعه حتى خرج[1] اليوم ففيه الوجهان ، وان أعتق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة فى اليوم طلقت زوجته حينئذ ، لأنه قد فات بيعه . وإن دبَّره أو كاتبه لم تطلق امرأته . لأن بيعه جائز ، ومن منع بيعهما[2] قال : يقع الطلاق بذلك ، كما لو مات ، وإن وهَبَ العبد لإنسان لم يقع الطلاق ، لأنه يمكن عوده إليه فيبيعه فلم يفت بيعه . ولو قال : إن لم أبع عبدى فامرأتى طالق ، ولم يقيده باليوم فكاتَبَ العبد لم يقع الطلاق ، لأنه يمكن عجزه ، فلم يعلم فوات البيع ، فإن عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ ، لأنه فات بيعه .

٥٨٧٢ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإن قال : كلما لم أطلقك ، فأنت طالق ، وقع بها الثلاث فى الحال ، إذا كان مدخولا بها ﴾

إنما كان كذلك لأن « كلما » تقتضى التكرار ، قال الله تعالى : [3]« كُلَّمَا جَاءَ أُمَّةً رَسُولُهَا كَذَّبُوهُ » وقال [4]« كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَعَنَتْ أُخْتَهَا » . فيقتضى تكرار الطلاق تكرار الصفة ، والصفه عدم تطليقه لها ، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة ، فيقع طلقة ، وتتبعها الثانية ، والثالثة إن كانت مدخولا بها ، وإن لم تكن مدخولا بها بانت بالأولى ، ولم يلزمها ما بعدها ، لأن البائن لا يلحقها طلاق ، فأما إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، أو متى لم أطلقك أو أى وقت لم أطلقك فأنت طالق . فإنها تطلق واحدة ، ولا يتكرر إلا على قول أبى بكر فى « متى » فإنه يراها للتكرار ، فيتكرر الطلاق بها مثل « كلما » إلا أن « متى » و « أى » وقت يقتضيان الطلاق على الفور ، متى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت فى الحال : وأما « إذا » ففيها وجهان .

أحدها : هى على الفور ، لأنها اسم وقت ، فهى كمتى .

والثانى أنها على التراخى ، لأنها كثر استعمالها فى الشرط ، فهى كإن. فعلى هذا إذا قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق ، ولم ينو وقتاً ، لم تطلق إلا فى آخر جزء من حياة أحدهما . وإن قال : متى لم أحلف بطلاقك

---

(١) فى المخطوطه ١٨ انقضى. (٢) أى بيع المدبر والمكاتب
(٣) سورة المؤمنون آية ٤٤ (٤) سورة الأعراف آية ٣٨

فأنت طالق . أو : أى وقت لم أحلف بطلاق[١] فأنت طالق ، وكرره ثلاثا متواليات[٢] ، طلقت مرة واحدة ، لأنه لم يحنث فى المرة الأولى ولا [فى] الثانية ، لـكونه حلف عقيبهما ، وحنث فى الثالثة : وإن سكت بين كل يمينين سكوتاً يمـكنه الحلف فيه طلقت ثلاثا . وإن قال ذلك بلفظة إذا ، وقلنا : هى على الفور ، فهى كمتى ، وإلا لم تطلق إلا واحدة فى آخر حياة أحدهما .

٥٨٧٣ (فصـــل)

والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة : إن ، وإذا ، ومتى ، ومن ، وأى ، وكلما . فمتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخى ، مثل قوله : إن خرجت ، وإذا خرجت ، ومتى خرجت ، وأى حين ، وأى زمان ، وأى وقت خرجت ، وكلما خرجت ، ومن خرجَتْ منكن ، وأيتكن خرجت فهى طالق . فمتى وُجِد الخروج طلقت . وإن مات أحدهما سقطت اليمين .

فأما إن علق الطلاق بالنفى بواحد من هذه الحروف ، كانت « إن » على التراخى ، ومتى ، وأى ، ومن ، وكلما ، على الفور ، لأن قوله : متى دخلت فأنت طالق ، يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق ، وذلك شائع فى الزمان كله ، فأى زمن دخلت وجدت الصفة . وإذا قال : متى لم تدخلى فأنت طالق ، فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وُجِدَت الصفة ، فإنها اسم لوقت الفعل ، فيقدر به . ولهذا يصح السؤال به ، فيقال : متى دخلت ؟ أى : أى وقت دخلت . وأما « إن » فلا تقتضى وقتاً ، فقوله : إن لم تدخلى ، لا يقتضى وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا فى وقت ، فهى مطلقة فى الزمان كله . وأما إذا ففيها وجهان أحدهما : هى على التراخى ، وهو قول أبى حنيفة ، ونصره القاضى ، لأنها تستعمل شرطاً بمعنى إن . قال الشاعر :

استغْنِ ما أغنـاك رُّبك بالغنى وإذا تصبك خَصَاصَةٌ[٣] فتجمّل

فجزم بها[٤] كما يجزم بإن ، ولأنها تستعمل بمعنى متى ، وإن ، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النـكاح ، فلا يزول بالاحتمال .

والوجه الآخر : أنها على الفور ، وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ، وهو المنصوص عن الشافعى ، لأنها اسم لزمن مستقبل ، فتـكون كمتى . وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها ، فإن « متى » يجازى بها ، ألا ترى إلى قول الشاعر :

(١) فى طبعة السيد رشيد رضا (بطلاقـكما) والظاهر (بطلاقك) (ف)
(٢) فى ١٨ : متوالية
(٣) قائل هذا البيت عبد القيس بن خفاف البرجمى : والخصاصة : الفقر وسوء الحالة (ف) .
(٤) فى ١٨ و ٣٩ فجزم بإذا .

متى تأته تَعْشُو[1] إلى ضَوْءِ ناره   تجدْ خيرَ نارٍ عندها خيرُ مُوقِدِ

و « من » يجازى بها أيضا ، وكذلك « أى » وسائر الحروف[2] ، وليس فى هذه الحروف مايقتضى التكرار إلا « كلما » ، وذكر أبو بكر فى « متى » أنها تقتضى التكرار أيضاً ، لأنها تستعمل للتكرار ، بدليل قوله :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

أى : فى كل وقت ، ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ، ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه ، والصحيح : أنها لا تقتضيه ، لأنها اسم زمن بمعنى أىّ وقت ، وبمعنى « إذا » فلا تقتضى مالا يقتضيانه ، وكونها تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها لا يمنع استعمالها فى غيره ، مثل إذا ، وأى ، وقتٍ ، فإنهما يستعملان فى الأمرين . قال الله تعالى : « وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِى آيَاتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ[3] » « وَإِذَا جَاءكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ[4] » « وَإِذَا لَمْ تَأْتِهِمْ بِآيَةٍ قَالُوا لَوْلَا اجْتَبَيْتَهَا »[5] . وقال الشاعر :

قومٌ إذا الشَّرُّ أبدى ناجذيْه لهم   طاروا إليه زُرَافَاتٍ وَوُحْدَانا[6]

وكذلك أى وقت ، وأى زما ، فإنهما يستعملان للتكرار ، وسائر الحروف يجازى بها ، إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تُحْمَل على التكرار إلا بدليل ، كذلك متى .

٥٨٧٤ (فصـــــل)

وهذه الحروف إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف فى الجزاء ، كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن تأخر جزاؤها احتاجت فى الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق . وإنما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب ، فتربط بين الجزاء وشرطه ، وتدل على تعقيبه به . فإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، لم تطلق حتى تدخل . وبه قال بعض الشافعية . وقال محمد بن الحسن : تطلق فى الحال ، لأنه لم يعلِّقْهُ بدخول الدار ، لأنه إنما

---

(١) البيت للحطيئة فى ديوانه ، يقال : عشايعشوا إذ استضاء ببصر ضعيف فى ظلمة ، وقال الأعلم : متى تأته عاشيا أى فى الظلام وهو العشاء (ف)   (٢) فى ١٨ . وباقى الحروف

(٣) سورة الأنعام آية ٦٨   (٤) سورة الانعام آية ٥٤   (٥) سورة الأعراف آية ٢٠٣

(٦) قائله قريط بن أنيف أحدبنى العنبر ، وإبداء الشر ناجذيه مثل لشدته وصعوبته ، والزرافات . الجماعات بصفهم بإسراع كل واحد منهم إلى المكاره دون تخاذل واللفظ الوارد فى الحماسة ج ١ ص ٤ (طاروا إليه) وهو كذلك فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٣٨٢ (ف).

يعلق بالفاء ، وهذه لا فاء فيها ، فيكون كلاماً مستأنفاً غير معلق بشرط ، فيثبت حكمه في الحال .

ولنا : أنه أتى بحرف الشرط ، فيدل ذلك[1] على أنه أراد التعليق به ، وإنما حذف الفاء وهي مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ، ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف ، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ، فكأنه أراد : أنت طالق إن دخلت الدار ، فقدم الشرط ، ومراده التأخير . ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة ، وتصحيحه على الفساد وجب ، وفيما ذكرنا تصحيحُه ، وفيما ذكروه إلغاؤه . وإن قال : أردت الإيقاع في الحال وقع ، لأنه يُقِرّ على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال : أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال ، لأن معناه : أنت طالق في كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخول الدار ، كقول النبي صلى الله عليه وسلم[2] : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى وإن سرق » . وقال[3] : « صلهم وإن قطعوك ، وأعطهم وإن حرموك » . وإن قال : أردت الشرط دين . وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين[4] . فإذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وإن دخلت الأخرى . فمتى دخلت الأولى طلقت ، سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل ، ولا تطلق بدخول الأخرى .

وقال ابن الصباغ : تطلق بدخول كل واحدة منهما ، وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ما قلناه ، وإن قال : أردت جعل الثاني شرطاً لطلاقها أيضاً ، طلقت بكل واحد منهما لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ . وإن قال : أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية[5] فهو على ما أراده ، وإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الأخرى . طلقت بدخول إحداهما ، لأنه عطف شرطاً على شرط . فإن قال : أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قُبِل منه ، لأنه محتمل ، وطلقت بدخول الأولى وحدها . وإن قال : إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق ، فقد قيل : لا تطلق إلا بدخولهما ، لأنه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ، ويحتمل أن تطلق بأحدهما أيهما كان ، لأنه ذكر شرطين بحرفين ،

---

(١) في المخطوطة ٢٠ : فدل ذلك .

(٢) أخرج الشيخان عن أبي ذر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أتاني جبريل فبشرني أنه من مات من أمتك لا يشرك بالله شيئاً دخل الجنة قلت : وإن زنى وإن سرق قال : وإن زنى وإن سرق . . (ف)

(٣) بمعناه من حديث أخرجه أحمد عن عبد الله بن عمرو ، وعن أبي ذر قال : أوصاني خليلي صلى الله عليه وسلم ألا تأخذني في الله لومة لائم وأوصاني بصلة الرحم وإن أدبرت . . أخرجه الطبراني (ف) .

(٤) في المخطوطة ١٨ : على وجهين .

(٥) يعني أنه حذف جواب الشرط . أي : وإن دخلت الأخرى فهي طالق أيضاً .

فيقتضى كل واحد منهما جزاء ، فترك ذكر جزاء الأول ، وكان الجزاء الآخر دالا عليه ، كما لو قال : ضربت وضربنى زيد . قال الفرزدق :

ولكن [1] نِصفاً لو سببتُ وسبنى ... بنو عبد شمس من قريش وهاشم

والتقدير سبنى هؤلاء وسببتهم . وقال الله تعالى : « عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ »[2] . أى : عن اليمين قعيد ، وعن الشمال قعيد . وإن قال : إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت ، لأن الواو ليست للجزاء ، وقد تكون للابتداء . فإن قال: أردت بها الجزاء ، أو قال : أردت أن أجعل دخولها فى حال كونها طالقاً شرطاً لشىء ، ثم أمسكت ، دُيِّن ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين . وإن جعل لهذا جزاء فقال : إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدى حر ، صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهى طالق ، لأن الواو ههنا للحال ، كقول الله تعالى : « لاَ تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ »[3] وقوله : « فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ »[4] . ولو قال : أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً ، فدخلت وهى طالق ، طلقت أخرى . وإن دخلتها غير طالق لم تطلق ، لأن هذا حال ، فجرى مجرى قوله : أنت طالق إن دخلت الدار راكبة . وإن قال : أنت طالق لو قمت ، كان ذلك شرطاً ، بمنزلة قوله : إن قمت . وهذا يحكى عن أبى يوسف ، ولأنها لو لم تكن للشرط كانت لغواً ، والأصل اعتبار كلام المكلف . وقيل : يقع الطلاق فى الحال . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله : « وَإِنَّهُ لَقَسَمٌ لَوْ تَعْلَمُونَ عَظِيمٌ »[5] . « وَرَأَوُا الْعَذَابَ لَوْ أَنَّهُمْ كَانُوا يَهْتَدُونَ »[6] . وإن قال : أردت أن أجعل لها جواباً، دُيِّن، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

٥٨٧٥ (فصــــل)

فإن قال : إن أكلت ولبست فأنت طالق ، لم تطلق إلا بوجودهما [جميعاً][7] ، سواء تقدم الأكل أو تأخر ، لأن الواو للعطف ، ولا تقتضى ترتيباً . وإن قال : إن أكلت أو لبست فأنت طالق ، طلقت بوجود أحدهما ، لأن [أو] لأحد الشيئين . وكذلك إن قال : إن أكلت أو إن لبست . أولا أكلت ولا لبست . وإن قال : أنت طالق لا أكلت ولبست ، لم تطلق إلا بفعلهما ، إلا على الرواية التى تقول : يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، فإنه يحنث بأحدهما ههنا . وإن قال : أنت طالق إن أكلت فلبست، أو إن أكلت ثم لبست ، لم تطلق حتى تأكل ثم تلبس ، لأن الفاء وثم للترتيب . وإن قال : أنت طالق إن أكلت

(١) النصف : الإنصاف ، وفى اللسان ج ٩ ص ٣٣٢ (من مناف وهاشم) (ف) .
(٢) سورة ق آية ١٧ (٣) سورة المائدة آية ٩٥ (٤) سورة آل عمران آية ١٤٣
(٥) سورة الواقعة آية ٧٦ (٦) سورة القصص آية ٦٤ (٧) ساقطة من المخطوطة ٢٠

إذا لبست ، أو إن أكلت متى لبست ، أو إن أكلت إن لبست ، لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل ، لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالأكل بعد اللبس ، ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط ، فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم ، لأنه جعل الثانى فى اللفظ شرطاً للذى قبله ، والشرط يتقدم المشروط ، قال الله تعالى : « وَلاَ يَنفَعُكُمْ نُصْحِى إِنْ أَرَدتُّ أَنْ أَنصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ[1] » . فلو قال لامرأته : إن أعطيتك ، إن وعدتك ، إن سألتنى فأنت طالق ، لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها ، لأنه شَرَط فى العطية الوعد ، وفى الوعد السؤال ، فكأنه قال : إن سألتنى فوعدتك ، فأعطيتك ، فأنت طالق . وبهذا قال أبوحنيفة ، والشافعى . وقال القاضى[2] : إذا كان الشرط بإذا كقولنا ، وفيما إذا كان بإن مثل قوله : إن شربت ، إن أكلت ، أنها تطلق بوجودهما كيفما وجدا ، لأن أهل العرف لايعرفون مايقوله أهل العربية فى هذا ، فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف ، بخلاف ما إذا كان الشرط بإذا . والصحيح الأول ، وليس لأهل العرف فى هذا عرف ، فإن هذا الكلام غير متداول بينهم ، ولاينطقون به إلا نادراً ، فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن[3] كسائر مسائل هذا الفصل .

٥٨٧٦ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق أن قمت ، بفتح الهمزة ، فقال أبوبكر . تطلق فى الحال ، لأن أن المفتوحة ليست للشرط ، وإنما هى للتعليل ، فمعناه : أنت طالق لأنك قمت ، أو لقيامك ، كقول الله تعالى : « يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا[4] » . « وَتَخِرُّ الْجِبَالُ هَدّاً أَنْ دَعَوْا لِلرَّحْمٰنِ وَلَداً[5] » . « وَيُخْرِجُونَ[6] الرَّسُولَ وَإِيَّاكُمْ أَنْ تُؤْمِنُوا بِاللهِ رَبِّكُمْ[7] » . وقال القاضى : قياس قول أحمد : أنه إن كان نحوياً وقع طلاقه ، وإن لم يكن نحوياً فهى للشرط ، لأن العامى لايريد بذلك إلا الشرط ، ولايعرف أن مقتضاها التعليل ، فلا يريده ، فلايثبت له حكم مالا يعرفه ولايريده ، كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لايعرفه . وحكى عن ابن حامد أنه قال فى النحوى أيضاً : لايقع طلاقه بذلك ، إلا أن ينويه ، لأن الطلاق يُحْمل على العرف فى حقهما جميعاً .

واختلف أصحاب الشافعى على ثلاثة أوجه أحدها : يقع طلاقه فى الحال . والثانى : يكون شرطاً فى حق العامى ، وتعليلا فى حق النحوى . والثالث : يقع الطلاق إلاأن يكون من أهل الإعراب ، فيقول : أردت

---

(١) سورة هود آية ٣٤ . (٢) فى ١٨ و ٢٠ : وقول القاضى . (٣) فى نسخة عند أهل اللسان .
(٤) سورة الحجرات آية ١٧ (٥) سورة مريم آية ٩٠ ، ٩١
(٦) فى النسخ المطبوعة (وتخرجون) والصواب (ويخرجون) وهى فى الآية الأولى من سورة الممتحنة(ف) .
(٧) فى ٢٠ على الفور .

الشرط فيقبل ، لأنه لايجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصده .

وإن قال : أنت طالق إذا دخلت الدار ، طلقت فى الحال ، لأن إذ للماضى ، ويحتمل ألا يقع ، لأن الطلاق لا يقع[1] فى زمن ماض ، فأشبه قوله : أنت طالق أمس .

٥٨٧٧ (فصـــل)

وإذا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعاً فى قول عامة أهل العلم . وخرج القاضى وجهاً فى وقوعه بوجود أحدهما ، بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف ألايفعل شيئاً ففعل بعضه . وهذا بعيد جداً ، يخالف الأصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم . فإنه لاخلاف بينهم فى المسائل التى ذكرناها فى الشرطين جميعاً ، وإذا اتفق العلماء على أنه لايقع طلاقه لإخلاله بالترتيب فى الشرطين المرتبين فى مثل قوله : إن أكلت ثم لبست ، فلإخلاله بالشرط كله أولى . ثم يلزم على هذا مالو قال : إن أعطيتنى درهمين فأنت طالق ، وإذا مضى شهران فأنت طالق ، فإنه لاخلاف فى أنها لاتطلق قبل وجودهما جميعاً ، وكان قوله يقتضى أن يقع الطلاق بإعطائه بعض درهم ، ومضى بعض يوم . وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما .

وقد نص أحمد على أنه إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا قال : إذا صمت يوماً فأنت طالق ، أنها لاتطلق حتى تحيض حيضة كاملة ، وإذا غابت الشمس من اليوم الذى تصوم فيه طلقت . وأما اليمين فإنه متى كان فى لفظه أو نيته ما يقتضى جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه . وفى مسألتنا ما يقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معاً ، لتصريحه بهما وجعلهما شرطاً للطلاق ، والحكم لا يثبت بدون شرطه ، على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه ، لنهى الشارع عن شىء يقتضى المنع من كل جزء منه ، كما يقتضى المنع من جملته . وما علق على شرط جعل جزءاً وحكما له ، والجزاء لايوجد بدون شرطه . والحكم لايتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفاً وشرعاً .

٥٨٧٨ (فصول فى تعليق الطلاق)

إذا قال لامرأته : إن حضت فأنت طالق ، فقالت : قد حضت ، فصدقها ، طلقت ، وإن كذبها ففيه روايتان .

إحداهما : يقبل قولها ، لأنها مينة على نفسها ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وهوظاهر المذهب ، لأن الله تعالى قال : « وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِى أَرْحَامِهِنَّ »[2] قيل : هو الحيض والحمل ، ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانه ، وصار هذا كما قال الله تعالى : « وَلَا تَكْتُمُوا

(١) فى ٢٠ لايوقع بالبناء للمجهول . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

الشَّهَادَةَ »[1] لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ، ولأنه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها ، فوجب الرجوع إلى قولها فيه ، كقضاء عدتها[2] .

والرواية الثانية : لا يقبل قولها ، ويختبرها النساء بإدخال قطنة فى الفرج فى الزمان الذى ادعت الحيض فيه ، فإن ظهر الدم فهى حائض ، وإلا فلا . قال أحمد فى رواية مهنا فى رجل قال لامرأته : إذا حضت فأنت طالق . وعبدى حر . قالت : قد حضت . ينظر إليها النساء ، فتعطى قطنة وتخرجها ، فإن خرج الدم فهى حائض ، تطلق ويعتق العبد . وقال أبو بكر : وبهذا أقول ، وهذا لأن الحيض يمكن (التوصل إلى)[3] معرفته من غيرها ، فلم يقبل فيه مجرد قولها ، كدخول الدار . والأول المذهب، ولعل أحمد إنما اعتبر البينة فى هذه الرواية من أجل عتق العبد ، فإن قولها إنما يقبل فى حق نفسها دون غيرها . وهل يعتبر يمينها إذا قلنا : القول قولها ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها . ولا يقبل قولها إلا فى حق نفسها دون غيرها ، من طلاق أخرى ، أو عتق عبد . نص عليه أحمد فى رجل قال لامرأته ، إذا حضت فأنت طالق وهذه معك لامرأته الأخرى . قالت : قد حضت من ساعتها ، أو بعد ساعة ، تطلق هى ، ولا تطلق هذه حتى تعلم ، لأنها مؤتمنة على نفسها ، ولا يحمل طلاق هذه بيدها . وهذا مذهب الشافعى وغيره ، لأنها مؤتمنة فى حق نفسها دون غيرها ، فصارت كالمودع يقبل قوله فى الرد على المودع دون غيره . ولو قال : قد حضت ، فأنكرته ، طلقت بإقراره . وإن قال : إن حضت فأنت وضرتك طالقتان ، فقالت : قد حضت ، فصدقها طلقتا بإقراره . وإن كذبها طلقت وحدها . وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم يقبل ، لأن معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به ، وإنما ائتمنت على نفسها فى حيضها . وإن قال : قد حضت فأنكرت ، طلقتا بإقراره . ولو قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان ، فقالتا : قد حضنا فصدقهما طلقتا : وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما ، لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين ، حيضها وحيض ضرتها ، ولا يقبل قول ضرتها عليها ، فلم يوجد الشرطان . وإن صدق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة وحدها ، لأن قولها مقبول فى حقها ، وقد صدق الزوج ضرتها ، فوجد الشرطان فى طلاقها ، ولم تطلق المصدقة ، لأن قول ضرتها غير مقبول فى حقها ، وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها .

٥٨٧٩ (فصل)

فإن قال لأربع : إن حضتن فأنتن طوالق ، فقلن : قد حضنا ، فصدقهن طلقن ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، لأن شرط طلاقهن حيض الأربع ، ولم يوجد . وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق ، واحدة

---

(١) سورة البقره آية ٢٨٣ .
(٢) فى المخطوطة : ١٨ و ٢٠ : كانقضاء عدتها .
(٣) ساقطة من ٢٠ .

منهن ، لأنه لم يوجد الشرط . وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها ، لأن قولها مقبول فى حيضها ، وقد صدق الزوج صواحبها ، فوجد حيض الأربع فى حقها ، فطلقت ، ولا يطلق المصدقات ، لأن قول المكذبة غير مقبول فى حقهن .

٥٨٨٠ (فصـــل)

وإن قال لهن : كلما حاضت إحداكن ، أو أيتكن حاضت فضراتها طوالق ، فقلن : قد حضنا ، فصدقهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ثلاثا ، وإن كذبهن لم تطلق واحـدة منهن ، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ، ولم تطلق هى ، لأنه لم يثبت حيض ضرة لها ، وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة طلقة ، لأن لـكل واحدة منهما ضرة مصدقة ، وطلقت كل واحدة من المـكذبتين طلقتين طلقتين ، وإن صدق ثلاثاً طلقت المـكذبة ثلاثا ، وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين طلقتين .

٥٨٨١ (فصـــل)

إذا قال لطاهر : إذا حضت فأنت طالق ، فرأت الدم فى وقت يمكن أن يكون حيضاً ، حكمنا بوقوع الطلاق ، كما يحكم بكونه حيضاً فى المنع من الصلاة وغيرها ، مما يمنع من الحيض ، وإن بان أنه ليس بحيض لانقطاعه لدون أقل الحيض ، بان أن الطلاق لم يقع ، وبهذا قال الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالـكا ، فإن ابن القاسم روى عنه : أنه يحنث حين تـكلم به ، وقد سبق الـكلام معه فى هذا ، وإن قال لحائض : إذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض . ولو قال لطاهر : إذا تطهرت فأنت طالق ، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وهذا يحكى عن أبى يوسف .

وقال بعض أصحاب الشافعى : الذى يقتضيه مذهب الشافعى أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها فى المسألتين ، لأنه قد وجد منها الحيض الطهر ، فوقع الطلاق لوجود صفته .

ولنا : أن «إذا» اسم زمن مستقبل، يقتضى فعلا مستقبلا ، وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد ، ولا يفهم من إطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك ، فتعلقت الصفة به ، ولو قال لطاهر : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، نص عليه أحمد لأنه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك . ولو قال لحائض : إذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر ، وتطلق فى الموضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل . نص عليه أحمد فى رواية إبراهيم الحربى ، وذكر أبو بكر فى التنبيه فيها قولا : أنها لا تطلق حتى تغتسل ، بناء على العدة لا تقضى بانقطاع الدم حتى تغتسل .

ولنا : أن الله تعـالى قال « وَلاَ تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرن[1] » أى ينقطع دمهن « فإذَا تَطَهَّرْنَ » أى اغتسلن ، ولأنه قد ثبت لها أحكام الطاهرات فى وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام ، وإنما بقى بعض الأحكام موقوفا على وجود الغسل ، ولأنها ليست حائضاً فيلزم أن تـكون طاهراً ، لأنهما ضدان على التعيين ، فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر .

٥٨٨٢ (فصـــل)

فإن قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت واحدة ، فإذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها منها . وإن قال : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق ، لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة ، لأن « ثم » للترتيب ، فتقتضى حيضتين بعد الطلقة الأولى ، لـكونهما مرتبتين عليها .

٥٨٨٣ (فصـــل)

فإن قال : إذا حضت نصف حيضة فأنت ، طالق ، طلقت إذا ذهب نصف الحيضة ، وينبغى أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها ، لأن الأحكام تعلقت بالعادة ، فيتعلق بها وقوع الطلاق ، ويحتمل أنه لا يحـكم بوقوع الطلاق حتى يمضى سبعة أيام ونصف ، لأننا لا نتيقن مضى نصف الحيضة إلا بذلك ، إلا أن تطهر لأقل من ذلك . ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق فى نصف الحيضة . وقيل . يلغو قوله نصف حيضة ، ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض ، والأول أصح ، فإن الحيض له مدة أقلها يوم وليلة ، وله نصف حقيقة ، والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده ، وتعلق الحـكم به كالحمل .

٥٨٨٤ (فصـــل)

وإن قال لامرأتيه : إذا حضتما حيضة واحدة فأنتما طالقتان ، لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ، ويكون التقدير : إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحده فأنتما طالقتان ، كقول الله تعالى (فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)[2] أى : اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ، ويحتمل أن يتعلق بحيض إحداهما حيضة ، لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما وجبت إضافته إلى إحداهما ، كقوله تعالى : « يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللُّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ »[3] وإنما يخرج من[4] من أحدهما ، وقال القاضى : يلغو قوله : حيضة

(١) سورة البقرة آية ٢٢٢ (٢) سورة النور آية ٤ (٣) سورة الرحمن آية ٢٢

(٤) على هذا جرى المفسرون القدامى فقد قالوا : إن اللؤلؤ لا يوجد إلا فى الملح ، ولـكن ظهر فى عصرنا ما يثبت إعجاز القرآن فقد وجدت اللآلىء فى المياه العذبة فى انجلترا واسكتلندا وويلز وتشيكوسلوفاكيا واليابان . . . الخ بالإضافة إلى مصايد اللؤلؤ البحرية المشهورة. يراجع المنتخب فى تفسير القرآن ج ٥ ص ٦٥٨ (ف)

واحدة لأن حيضة واحدة من امرأتين محال ، فيبقى كأنه قال : إن حضتما فأنتما طالقتان . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والوجه الآخر: لا تنعقد هذه الصفة ، لأنها مستحيلة، فتصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات . والوجه الأول أولى ، لأن فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محمل سائغ، وتبعيداً لوقوع الطلاق ، واليقين بقاء النكاح، فلا يزول حتى يوجد ما يقع به الطلاق يقينا . وغير هذا الوجه لا يحصل به اليقين ، فإن أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه. وإذا ادعى ذلك قبل منه ، وإذا قال: أردت أن تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق الطلاق بمستحيل ، فيحتمل أن يلغو قوله : حيضة ، ويحتمل ألا يقع الطلاق ، لأن هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ما علق عليها . ويحتمل أن يقع فى الحال ، ويلغو الشرط ، بناء على ماذكرناه فى تعليق الطلاق على المستحيل.

٥٨٨٥ (فصــــل)

وإذا كان له أربع نسوة فقال : أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق، وقيده بوقت ، فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثاً ثلاثا ، لأن لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات ، وإن وطىء ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة ، لأنها ليست لها ضرة غير موطوءة وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة ، وإن وطىء اثنتين طلقتا طلقتين ، وطلقت المتروكتان طلقة طلقة ، وان وطىء واحدة طلقت ثلاثا وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين طلقتين ، وإن لم يقيده بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ، وإذا ماتت أخرى فكذلك ، وإن مات هو طلقن كلهن فى آخر جزء من حياته .

٥٨٨٦ (فصــــل)

فإن قال : إن لم تكونى حاملا فأنت طالق ، ولم تكن حاملا طلقت ، وإن أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لأقل من أربع سنين ، ولم يكن يطأها لم تطلق ، لأنا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد . وإن مضت أربع سنين ولم تلد تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين . وإن كان يطؤها وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين نظرت ، فإن ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه ، قبل وطئه أو قريبا منه بحيث لا يحتمل أن يكون من الوطء الثانى لم تطلق . وإن حاضت أو وجد ما يدل على براءتها من الحمل طلقت، وإن لم يظهر ذلك واحتمل أن يكون من الثانى ففيه وجهان . أحدهما: تطلق ، لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء . والثانى : لا تطلق ، لأن اليقين بقاء النكاح ، فلا يزول بشك واحتمال ، [1] ولا يجوز للزوج وطؤها قبل الاستبراء ، لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق ، وإلا استبرأها ههنا بحيضة ، فإن وجدت الحيضة ، على عادتها تبينا وقوع طلاقها ، وإن لم تأت فى عادتها ،

(١) فى المخطوطة ٢٠ : بالشك والاحتمال .

كان ذلك دليلا على حملها وحل وطئها ، وإن قال : إن كنت حاملا فأنت طالق ، فهى عكس المسألة التى قبلها . ففى الموضع الذى يقع الطلاق ثَمَّ لا يقع ههنا ، وفى الموضع الذى لا يقع ثم يقع ههنا ، إلا أنها إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ، ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق ، لأن تعين النكاح باق ، والظاهر حدوث الولد من الوطء ، لأن الأصل عدمه قبله ، ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها . نص عليه أحمد . قال القاضى : يحرم الوطء ، سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة ، لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه ، وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : لا يحرم الوطء ، لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل ، وإذا استبرأها حل وطؤها على الروايتين ، ويكون الاستبراء بحيضة . قال أحمد فى رواية أبى طالب : إذا قال لامرأته : متى حملت فأنت طالق ، لا يقربها حتى تحيض ، فإذا طهرت وطئها ، فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة ، فإن لم يوجد أو خفى عليهن انتظر عليها تسعة أشهر ، غالب مدة الحمل ، وذكر القاضى فيها رواية أخرى : أنها تستبرأ بثلاثة أقراء ، ولأنه استبراء الحرة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . والصحيح ماذكرناه ، لأن المقصود معرفة براءة رحمها ، وقد حصل بحيضة ، لهذا قال عليه السلام [(١)] « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » . يعنى تعلم براءتها بحيضة ، ولأن مايعلم به البراءة فى حق الأمة والحرة واحد ، لأنه أمر حقيقى لا يختلف بالحرية والرق . وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز أن [(٢)] يُعَدَّى بالقياس ، وهل يعتد [(٣)] بالاستبراء قبل عقد اليمين ، أو بالحيضة التى حلف فيها ؟ على وجهين .

أصحهما : الاعتداد به ، لأنه يحصل به مايحصل بالاستبراء بعد اليمين .

والثانى : لا يعتد به ، لأن الاستبراء لا يتقدم على سببه ، ولأنه لا يعتد به فى استبراء الأمة . قال أحمد : إذا قال لامرأته : إذا حبلت فأنت طالق ، يطؤها فى كل طهر مرة ، يعنى إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها ، لأن الحيض علم على براءتها من الحمل ، ووطؤها سبب له ، فإذا وطئها اعتزلها ، لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه فطلقت به .

٥٨٨٧ (فصـــــــل)

إذا قال : إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدت

---

(١) أخرجه أبوداود والحاكم من حديث أبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى سبايا أوطاس ولا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حامل حتى تحيض حيضة (ف)

(٢) فى النسخ المطبوعة (أن تعدا) والصواب (أن يعدى) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٠٣ (ف)

(٣) فى النسخ المطبوعة (وهل تعتدا) وهو خطأ والصواب (وهل يعتد) كما فى الشرح الكبير الصفحة السابقة (ف)

غلاماً ، كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه ، وإن ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين ، واعتدت بالقروء ، وإن ولدت غلاماً وجارية وكان الغلام أولها ولادة تبينا أنها طلقت واحدة [1] وبانت بوضع الجارية ، ولم تطلق بها . وإن كانت الجارية أولها ولادة طلقت ثلاثاً ، واحدة بحمل الغلام ، واثنتين بولادة الجارية ، وانقضت عدتها بوضع الغلام ، وإن قال لها : إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة . وإن كنت حاملا بجارية ، فأنت طالق اثنتين [2] ، فولدت غلاماً وجارية ، طلقت ثلاثاً .

وإن قال : إن كان حملك غلاماً ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان حملك جارية ، فأنت طالق اثنتين ، فولدت غلاماً وجارية لم تطلق ، لأن حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية [3] ، ذكره القاضي في المجرد ، وأبو الخطاب ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال القاضي في الجامع : في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوباً من غزلها ، فلبس ثوباً فيه من غزلها .

٥٨٨٨ (فصـــل)

فإن قال : كلما ولدت ولداً فأنت طالق ، فولدت ثلاثاً دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، لأن صفة الثلاث وجدت وهي زوجة ، وإن ولدتهم في دفعات من حمل واحد ، طلقت بالأولين وبانت بالثالث [4] ولم تطلق ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكى عن ابن حامد : أنها تطلق ، لأن زمان البينونة زمن الوقوع ، ولا تنافي بينهما .

ولنا : أن العدة انقضت بوضع الحمل ، فصادفها الطلاق بائناً لم يقع ، كما لو قال: إذا مت فأنت طالق، وقد نص أحمد فيمن قال : أنت طالق مع موتي ، أنها لا تطلق ، فهذا أولى . وإن قال : إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدتهما دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، وإن ولدتهما في دفعتين وقع بالأول ماعلق عليه ، وبانت بالثاني ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد ، فإن أشكل الأول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين ، ولا تلزمه الثانية والورع أن يلتزمها ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وقال القاضي : قياس المذهب أن يقرع بينهما .

وإن قال : إن كان أول ما تلدين ذكراً ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء ، لأنه لا أول فيهما فلم توجد الصفة ، وإن ولدتهما في دفعتين وقع بالأول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء .

(١) في المخطوطه ٢٠ : طلقة (٢) في المخطوطة ٢٠ طلقتين (٣) في المخطوطة ١٨و٢٠ ولاهو بجارية
(٤) في المخطوطة ١٨ بالثالث

٥٨٨٩ (فصـــــل)

فإن كان له أربع نسوة فقال : كلما ولدت واحدة منكن فضر ائرها طوالق ، فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا . وإن ولدن فى دفعات وقع بضرائر الأولى طلقة طلقة ، فإذا ولدت الثانية بانت بوضعه ولم تطلق ، وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان[1] .

أحدها : لا يقع بهن طلاق ، لأنها لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائرها ، والزوج إنما علق على ولادتها طلاق ضرائرها .

والوجه الثانى : يقع بكل واحدة طلقة ، لأنهن ضرائرها فى حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللاتين لم يلدن طلقتان ، وتبين هذه وتقع بالوالدة الأولى طلقة ، فإذا ولدت الثانية بانت ، وفى وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان ، فإذا قلنا : يقع بهن طلقت الرابعة ثلاثا والأولى طلقتين وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الأولى ما لم تنقض عدتها ، وإذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقضى عدتها بذلك .

وإن قال : كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق ، أو فباقيكن طوالق ، فكلما ولدت واحدة وقع بباقيهن طلقة طلقة ، وتبين الوالدة بوضع ولدها إلا الأولى . والفرق بين هذه وبين التى قبلها ، أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا ، وفى الأولى لا يقع لأنهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك ، وإن قال : كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق ، فكذلك إلا أنه يقع على الأولى طلقة بولادتها ، فإن كانت الثانية حاملا باثنين فوضعت الأول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة فى المسائل كلها ، ووقع بها طلقة فى المسألة الثالثة ، وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنين ، فكذلك فتطلق الرابعة ثلاثا ، وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين طلقتين فى المسألتين الأوليين ، وثلاثا ثلاثا فى المسألة الثالثة فكلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت به عدتها . قال القاضى : إذا كانت له زوجتان فقال : كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان ، فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتا جميعاً ، ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق ، وطلقت الأولى ثانية ، فإن كانت كل واحدة منهما حاملا باثنين طلقتا بوضع الثانية طلقة طلقة أيضاً ثم إذا ولدت الأولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا ، فإذا ولدت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به ، وطلقت الثانية ثلاثا .

٥٨٩٠ (فصـــــل)

وإذا قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانية طلقت واحدة ، لأن إعادته تكليم لها ،

(١) فى ٢٠ و ٣٩ : فيه وجهان .

وشرط لطلاقها ، فإن أعاده ثالثة طلقت ثانية ، إلا أن يكون غير مدخول بها ، فتبين بالأولى ، ولا يلحقها طلاق ثان . وإن أعاده رابعة طلقت الثالثة . وإن قال : إن كلمتك فأنت طالق فاعلمي ذلك أو فتحققي ذلك حنث ، لأنه كلما بعد عقد اليمين إلا أن ينوى كلاما مبتدأ ، وإن زجرها فقال تنحى أو اسكتي أو اذهبي حنث لأنه كلام ، وإن سمعها تذكر فقال : الكاذب عليه لعنة الله ، حنث نص عليه أحمد لأنه كلمها ، وإن كلمها وهى نائمة أو مغلوبة على عقلها بإغماء أو جنون لا تسمع ، أو بعيدة لا تسمع كلامه ، أو صماء بحيث لا تفهم كلامه ولا تسمع ، أو حلف لا يكلم فلانا فكلمه ميتا لم يحنث ، وقال أبو بكر : يحنث فى جميع ذلك ، لقول أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم[1] كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟

ولنا : أن التكلم فعل يتعدى إلى المتكلم ، وقد قيل إنه مأخوذ من الكلم وهو الجرح ، لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح ، ولا يكون ذلك إلا بإسماعه ، فأما تكليم النبى صلى الله عليه وسلم الموتى فمن معجزاته فإنه قال[2] : « ما أنتم بأسمع لما أقول منهم » . ولم يثبت هذا لغيره ، وقول أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم : كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟ حجة لنا ، فإنهم قالوا ذلك استبعاداً ، أو سؤالا عما خفى عنهم سببه وحكمته ، حتى كشف لهم النبى صلى الله عليه وسلم حكمة ذلك بأمر مختص به ، فيبقى الأمر فى حق من سواه على النفى . وإن حلف لا كلمت فلانا فكلمته وهو سكران حنث ، لأن السكران يكلم ويحنث ، وربما كان تكليمه فى حال سكره أضر من تكليمه فى صحوه ، وإن كلمته سكرانة[3] حنث ، لأن حكمها حكم الصاحى ، وإن كلمه وهو صبى أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث ، وإن جنت هى ثم كلمته لم يحنث ، لأن القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم .

٥٨٩١ (فصـــل)

فإن حلف لا يكلم إنسانا فكلمه بحيث يسمع ، فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث ، لأنه كلمه ، وإنما لم يسمع لغفلته ، أو شغل قلبه . وإن كلمه ولم يعرفه فإن كانت يمينه بالطلاق حنث . قال أحمد فى رجل حلف بالطلاق ألا يكلم حماته ، فرآها بالليل ، فقال : من هذا ؟ حنث ، قد كلمها ، وإن كانت يمينه بالله أو يميناً مكفرة ، فالصحيح أنه لا يحنث ، لأنه لم يقصد تكليمه ، فأشبه الناسى ، ولأنه ظن المحلوف عليه غيره

---

(١) ، (٢) أخرج البخارى عن أبى طلحة أن نبى الله أمر يوم بدر بأربعة وعشرين رجلا من صناديد: قريش فقذفوا فى طوى من أطواء بدر .. فجعل يناديهم بأسمائهم وأسماء آبائهم .. هل وجدتم ما وعد ربكم حقا قال:فقال عمر : يا رسول الله ما تكلم من أجساد لا أرواح لها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفس محمد بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم . قال قتادة : أحياهم الله حتى أسمعهم قوله .. » ف

(٣) فى ١٨ و ٢٠ : سكرى

فأشبه لغو اليمين . وإن سلم عليه حنث ، لأنه كلمه بالسلام . وإن سلم على جماعة هو فيهم وأرادجميعهم بالسلام حنث ، لأنه كلمهم كلهم . وإن قصد بالسلام من عداه لم يحنث ، لأنه إنما كلم غيره وهو يسمع . وإن لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان :

إحداهما : يحنث . لأنه كلمهم جميعهم ، وهو فيهم .

والثانية : لا يحنث ، لأنه لم يقصده ، ويمكن حمل قوله فى الحنث على اليمين بالطلاق والعتاق ، لأنه لا يعذر فيها بالنسيان والجهل فى الصحيح من المذهب ، وعدم الحنث على اليمين المكفرة . فإن كان الحالف إماماً ، والمحلوف عليه مأموماً لم يحنث بتسليم الصلاة ، لأنه للخروج منها ، إلا أن ينوى بتسليمه المأمومين ، فيكون حكمه حكم مالو سلم عليهم فى غير الصلاة ، ويحتمل ألا يحنث بحال ، لأن هذا لا يعد تكليما ، ولا يريده الحالف . وإن حلف لا يكلم[1] فلاناً فكلم إنساناً وفلان يسمع يقصد بذلك إسماعه كما قال :

* إياك أعنى واسمعى ياجارة *

حنث ، نص عليه أحمد . قال : إذا حلف لا يكلم فلاناً فكلم إنساناً وفلان يسمع يريد بكلامه إياه المحلوف عليه حنث ، لأنه قد أراد تكليمه .

وروى عن أبى بكرة ما يدل على أنه لا يحنث ، فإنه كان حلف ألا يكلم أخاه زياداً ، فعزم زياد على الحج، فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه فى حجره ، فقال : إن أباك يريد الحج ، والدخول على زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا السبب ، وقد علم أنه غير صحيح ، ثم خرج ولم ير أنه كلمه . والأول الصحيح ، لأنه أسمعه كلامه ، يريده به ، فأشبه مالو خاطبه به ، ولأن به[2] مقصود تكليمه قد حصل بإسماعه كلامه .

٥٨٩٢ (فصـــل)

فإن كتب إليه ، أو أرسل إليه رسولا حنث ، إلا أن يكون قصد ألا يشافهه ، نص عليه أحمد . وذكره الخرقى فى موضع آخر ، وذلك لقول الله تعالى « وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولاً »[3] ولأن القصد بالترك لكلامه هجرانه ولا يحصل مع مواصلته بالرسل والكتب ، ويحتمل ألا يحنث إلا أن ينوى ترك ذلك لأن هذا ليس بتكليم حقيقة . ولو حلف ليكلمنه لم يبر بذلك إلا أن ينويه ، فكذلك لا يحنث به . ولو حلف لا يكامه فأرسل إنساناً يسأل أهل العلم عن مسألة أو حديث ، فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك . وإن حلف لا يكلم امرأته

(١) فى المخطوطة ٢٠ : ألا يكلم .

(٢) لفظ (به) ساقط من الشرح الكبير والمعنى مستقيم بدونه (ف) . (٣) سورةالشورى : الآية ٥١ .

لجامعها لم يحنث ، إلا أن تكون نيته هجرانها . قال أحمد فى رجل قال لامرأته : إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق ، أله أن يجامعها ولا يكلمها ؟ فقال : أى شىء كان[1] بدوُّ هذا أيسوؤها أو يغيظها ؟ فإن لم يكن له نيه فله أن يجامعها ولا يكلمها . وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه فى نفسه ولم يحرك شفتيه به[2] حنث ، لأن هذا قراءة الكتب فى عرف الناس ، فتنصرف يمينه إليه ، إلا أن ينوى حقيقة القراءة . قال أحمد إذا حلف . لا قرأت لفلان كتاباً ، ففتحه حتى استقصى آخره إلا أنه لم يحرك شفتيه ، فإن أراد ألا يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه .

٥٨٩٣ (فصـــل)

فإن قال لامرأته إن بدأتك بالكلام فأنت طالق ، فقالت: إن بدأتك بالكلام فعبدى حر ، انحلت يمينه ، لأنه لما خاطبته بيمينها فاتته البداية بكلامها ، وبقيت يمينها معلقة فإن بدأت بكلامها انحلت يمينها أيضاً ، وإن بدأته هى عتق عبدها ، هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه إن بدأها بالكلام فى وقت آخر حنث ، لأن ذلك يسمى بداية ، فتناولته يمينه ، إلا أن ينوى ترك البداية فى هذا الوقت ، أو هذا المجلس ، فيتقيد به .

٥٨٩٤ (فصـــل)

فإن قال لامرأتيه : إن كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان ، فكلمت كل واحدة رجلا ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث ، لأن تكليمهما وجد منهما ، فحنث كما لو قال إن حضتما فأنتما طالقتان ، فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال : إن ركبتما دابتيكما فأنتما طالقتان ، فركبت كل واحدة دابتها .

والوجه الثانى : لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لأنه علق طلاقهما بكلامهما لهما ، فلا تطلق واحدة بكلام الأخرى وحدها ، وهذا أظهر الوجهين . لأصحاب الشافعى ، وهكذا لو قال : إن دخلتما هاتين الدارين فالحكم فيها كالأولى ، وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحد به ، فأما ما جرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد ، كنحو ركبا دابتيهما ، ولبسا ثوبيهما ، وتقلدا سيفيهما ، واعتقلا رمحيهما ودخلا بزوجيهما ، وأشباه هذا ، فإنه يحنث إذا وجد منهما منفردين ، ومالم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين ، ولو قال : إن أكلتما هذين الرغيفين ، فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً يحنث ، لأنه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين ، بخلاف الرجلين والدارين .

---

(١) لفظ الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٢٩ (قال أحمد فى رجل قال لامرأته إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق : أن له أن يجامعها ولا يكلمها ، فقال أى شىء كان به ؟ وهذا يسوؤها أو يغيظها فإن لم تكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها) (ف)

(٢) فى المخطوطة :١٨ و ٢٠ ولم يحرك شفته .

٥٨٩٥ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد ، لم تطلق حتى تـكلم زيداً فى حال يكون فيها محمد مع خالد ، وذكر القاضى : أنه يحنث بكلام زيد فقط ، لأن قوله : محمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع ، والصحيح ماقلناه لأنه متى أمكن جعل الـكلام متصلا كان أولى من قطعه ، والرفع لاينفى كونه حالا فإن الجملة من المبتدأ والخبر تـكون حالا ، كقولة تعالى « اقْتَرَبَ لِلنَّاسِ حِسَابُهُمْ وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُعْرِضُونَ »(١) وقال : « إلاَّ اسْتَمَعُوه وَهُمْ يَلْعَبُون »(٢) « وأخَافُ أنْ يَأكُلَه الذِّئبُ وأنتم عَنْهُ غَافِلُون »(٣) وهذا كثير ، فلا يجوز قطعه عن الـكلام الذى هو فى سياقه مع إمكان وصله به ، ولو قال : إن كلمت زيداً ومحمد مع خالد فأنت طالق ، لم تطلق حتى تـكلم زيداً فى حال كون محمد مع خالد . فـكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد ، ولو قال أنت طالق إن كلمت زيداً وأنا غائب ، لم تطلـــق ، حتى تـكلمه فى حال غيبته ، وكذلك لو قال : أنت طالق إن كلمت زيداً وأنت راكبة ، أو هو راكب أو محمـد راكب لم تطلق حتى تكلمه فى تلك الحال . ولو قال : أنت طالق إن كلمت زيداً ومحمـد أخوه مريض ، لم تطلق حتى تـكلمه وأخوه محمد مريض

٥٨٩٦ (فصـــل)

فإن قال : إن كلمتنى إلى أن يقدم زيد ، أو حتى يقدم زيد ، فأنت طالق ، فـكلمته قبل قدومه حنث ، لأنه مد المنع إلى غاية هى قدوم زيد ، فـلا يحنث بعدها ، فإن قال : أردت إن استدمت كلامى من الآن إلى أن يقدم زيد دين ، وهل تقبل فى الحـكم ؟ يحتمل وجهين (٤)

٥٨٩٧ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو كلما شئت ، أو كيف شئت ، أو حيث شئت ، أو أنى شئت ، لم تطلق حتى تشـاء ، وتنطق بالمشيئة بلسانها فتقول : قد شئت ، لأن ما فى القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان ، فتعلق الحـكم بمـا يتعلق به دون ما فى القلب . فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع طلاق . ولو قالت : قد شئت بلسانها وهى كارهة لوقع الطلاق اعتباراً بالنطق. وكذلك إن علق الطلاق بمشيئة غيرها ، ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق ، سواء كان على الفور أو التراخى ، نص عليه أحمد فى تعليق الطلاق بمشيئة فلان ، وفيما إذا قال : أنت طالق حيث شئت ، أو أنى شئت ، ونحو هذا قال الزهرى ، وقتادة . وقال أبو حنيفة دون صاحبيه : إذا قال : أنت

---

(١) سورة الأنبياء آية ١ (٢) سورة الأنبياء آية٢ (٣) سورة يوسف آية ١٣

(٤) فى المخطوطة ٤٠ و٣٩: على وجهين .

طالق كيف شئت ، تطلق فى الحال طلقة رجعية ، لأن هذا ليس بشرط [(١)] ، وإنما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها .

ولنا أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها ، فأشبه مالو قال : حيث شئت . وقال الشافعى فى جميع الحروف : إن شاءت فى الحال ، وإلا فلا تطلق ، لأن هذا تمليك للطلاق ، فكان على الفور ، كقوله اختارى ، وقال أصحاب الرأى فى إن كقوله ، وفى سائر الحروف كقولنا ، لأن هذه الحروف صريحة فى التراخى ، فحملت على مقتضاها ، بخلاف إن ، فإنها لا تقتضى زمانا ، وإنما هى لمجرد الشرط ، فتقيد بالفور بقضية التمليك ، وقال الحسن ، وعطاء : إذا قال أنت طالق إن شئت إنما ذلك لها ماداما فى مجلسهما .

ولنا : أنه تعليق للطلاق على شرط ، فكان على التراخى كسائر التعليق . ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة ، فكان على التراخى كالعتق ، وفارق اختارى ، فإنه ليس بشرط ، إنما هو تخيير ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ، وإن مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق ، لأن شرط الطلاق لم يوجد . وحكى عن أبى بكر : أنه يقع ، وليس بصحيح ، لأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه ، كما لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن شاء ، وهو مجنون ، لم يقع طلاقه ، لأنه لا حكم لكلامه ، وإن شاء وهو سكران فالصحيح أنه لا يقع ، لأنه زائل العقل فهو كالمجنون .

وقال أصحابنا : يخرج على الروايتين فى طلاقه . والفرق بينهما : أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه ، كيلا تكون المعصية سبباً للتخفيف عنه ، وههنا إنما يقع الطلاق بغيره ، فلا يصح منه فى حال زوال عقله . وإن شاء وهو طفل لم يقع ، لأنه كالمجنون ، وإن كان يعقل الطلاق وقع ، لأن له مشيئة ، ولذلك صح اختياره ، لأحد أبويه . وإن كان أخرس فشاء بالإشارة وقع الطلاق ، لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق ، ولذلك وقع طلاقه بها . وإن كان ناطقاً حال التعلق نخرس ففيه وجهان .

أحدهما : يقع الطلاق بها ، لأن طلاقه فى نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة .

والثانى : لا يقع بها ، لأنه حال التعلق كأنه لا يقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره ، كما لو قال : فى التعليق إن نطق فلان بمشيئته فهى طالق .

٥٨٩٨ (فصـــــل)

فإن قيد المشيئة بوقت فقال : أنت طالق إن شئت اليوم ، تقيد به ، فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق ، وإن علقه على مشيئة اثنين [(٢)] لم يقع حتى توجد مشيئتهما . وخرج القاضى وجهاً أنه يقع بمشيئة

(١) فى المخطوطة ١٨ : ليس شرطاً .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ على المشيئة باثنين وهو تحريف.

أحدهما ، كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وقد بينا فساد هذا ، فإن قال : أنت طالق إن شئت وشاء أبوك ، فقالت : قد شئت إن شاء أبي . فقال أبوها : قد شئت ، لم تطلق ، لأنها لم تشأ ، فإن المشيئة أمر خفي لا يصح تعليقها على شرط . وكذلك لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : قد شئت إن شئت . فقال : قد شئت أو قالت : قد شئت إن طلعت الشمس ، لم يقع . نص عليه أحمد ، على معنى هذا ، وهو قول سائر أهل العلم ، منهم الشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت طالق إن شئت . فقالت : قد شئت إن شاء فلان . أنها قد ردت الأمر ، ولا يلزمها الطلاق . وإن شاء فلان . وذلك لأنه لم توجد منها مشيئة ، وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط ، وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة ، وإن علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور ، والآخر على التراخي وقع الطلاق ، لأن المشيئة قد وجدت منهما جميعا .

٥٨٩٩ (فصـــــــل)

فإن قال : أنت طالق إلا أن تشائي ، أو يشاء زيد ، فقالت : قد شئت ، لم تطلق وإن أخرا ذلك طلقت ، وإن جُن من علق الطلاق بمشيئته طلقت في الحال ، لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد . وكذلك إن مات فإن خرس فشاء بالإشارة خرج فيه وجهان ، بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقه على مشيئته .

٥٩٠٠ (فصـــــــل)

فإن قال : أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثا ، فلم تشأ ، أو شاءت أقل من ثلاث ، طلقت واحدة . وإن قالت : قد شئت ثلاثا ، فقال أبو بكر : تطلق ثلاثا ، وقال أصحاب الشافعي ، وأبي حنيفة : لا تطلق إذا شاءت ثلاثا ، لأن الاستثناء من الإثبات نفي فتقديره أنت طالق واحدة إلا أن تشائي ثلاثا فلا تطلقي ، ولأنه لو لم يقل ثلاثاً لما طلقت بمشيئتها ثلاثاً ، فكذلك إذا قال : ثلاثاً ، لأنه إنما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الرافعة لطلاق الواحدة ، فيصير كما لو قال : أنت طالق إلا أن تكرري بمشيئتك ثلاثاً . وقال القاضي : فيها وجهان .

أحدهما : لا تطلق ، لما ذكرنا .

والثاني : تطلق ثلاثاً ، لأن السابق إلى الفهم من هذا الكلام إيقاع الثلاث إذا شاءتها ، كما لو قال له : على درهم إلا أن يقيم البينة بثالثة[1] ، وخذ درهماً إلا أن تريد أكثر منه ، ومنه قول النبي صلى الله

(١) الصواب « له على درهم إلا أن يقيم البينة بثلاثة » كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٣٧ (ف) .

عليه وسلم[1] : « البَيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار » . أى : إن بيع الخيار ثبت الخيار فيه بعد تفرقهما .

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا أن تشائى واحدة ، فقالت : قد شئت واحدة . طلقت واحدة على قول أبى بكر ، وعلى قولهم : لا تطلق شيئاً .

٥٩٠١ (فصــل)

فإن قال : أنت طالق لمشيئة فلان ، أو لرضاه ، أو له ، طلقت فى الحال ، لأن معناه : أنت طالق لكونه قد شاء ذلك ، أو رضيه ، أو ليرضى به ، كقوله : هو حر لوجه الله ، أو لرضى الله . فإن قال : أردت به الشرط دُيِّن . قال القاضى : يقبل فى الحكم ، لأنه محتمل . فإن ذلك يستعمل للشرط ، كقوله : أنت طالق للسُّنة ، وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعى .

٥٩٠٢ (فصــل)

فإن قال : أنت طالق إن أحببت ، أو إن أردت ، أو إن كرهت ، احتمل أن لا يتعلق الطلاق بقولها بلسانها : قد أحببت ، أو أردت ، أو كرهت ، لأن هذه المعانى فى القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها ، فتعلق الحكم بها كالمشيئة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما فى القلب من ذلك ، لكون اللسان دليلا عليه ، فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم يتلفظ[2] . ولو قالت : أنا أحب ذلك ، ثم قالت : كنت كاذبة ، لم تطلق .

وإن قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق ، فقالت : أنا أحب ذلك ، فقد سئل أحمد عنها فلم يجب فيها بشىء وفيها احتمالان .

أحدهما : لا تطلق ، وهو قول أبى ثور ، لأن المحبة فى القلب ، ولا توجد من أحد محبة ذلك ، وخبرها بمحبتها له كذب معلوم ، فلم يصلح[3] دليلا على ما فى قلبها .

والاحتمال الثانى : أنها تطلق ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأن ما فى القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها ، فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به ، كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة . ولا فرق بين قوله : إن كنت تحبين ذلك وبين قوله : إن كنت تحبينه بقلبك ، لأن المحبة لا تكون إلا بالقلب .

---

(١) أخرج الشيخان عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ وإن لم ينطق به.

(٣) فى المخطوطة ٢٠ و٣٩ : فلم يصح .

٥٩٠٣ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق إن شاء الله تعالى طلقت . وكذلك إن قال عبدي حر إن شاء الله تعالى عتق . نص عليه أحمد في رواية جماعة . وقال : ليس هما من الأيمان . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومكحول ، وقتادة ، والزهري ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي ، وأبو عبيد . وعن أحمد ما يدل على أن الطلاق لا يقع ، وكذلك العتاق . وهو قول طاوس ، والحكم ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، لأنه علق على مشيئة لم يعلم وجودها ، فلم يقع كما لو علقه على مشيئة زيد . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من حلف على يمين ، فقال إن شاء الله لم يحنث » . رواه الترمذي ، وقال حديث حسن .

ولنا ما روى أبو حمزة قال : سمعت ابن عباس يقول: « إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله . فهي طالق » . رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبي بردة نحوه .

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء ، إلا في العتاق والطلاق . ذكره أبو الخطاب . وهذا نقل للإجماع . وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف ، فهو إجماع ، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق ، فلم يصح . كقوله : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، ولأنه استثناء حكمه في محل ، فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح . ولأنه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله ، كما لو قال : أبرأتك إن شاء الله ، أو تعليق على ما لا سبيل إلى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات . والحديث لا حجة لهم[1] فيه ، فإن الطلاق والعتاق إنشاء ، وليس بيمين حقيقة ، وإن سمي بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله ، ثم إن الطلاق إنما سمي يميناً إذا كان معلقاً على شرط يمكن تركه وفعله ، ومجرد قوله : أنت طالق ليس بيمين حقيقة ، ولا مجازاً ، فلم يمكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم : علقه على مشيئة لا تعلم ، قلنا : قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمي سببه. قال قتادة : قد شاء الله حين أذن أن يطلق . ولو سلمنا أنها لم تعلم ، لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه ، فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال .

٥٩٠٤ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله . فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : يقع الطلاق بدخول الدار ، ولا ينفعه الاستثناء ، لأن الطلاق والعتاق ليسا من الأيمان ، ولما ذكرناه في الفصل الأول .

والثانية : لا تطلق ، وهو قول أبي عبيد ، لأنه إذا علق الطلاق بشرط صار يميناً وحلفاً فصح الاستثناء

(١) على هامش ٢٠ ولا حجة لهم في الحديث . من نسخة أخرى .

فيه لعموم قوله عليه السلام[1] « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث » وفارق ما إذا لم يعلقه ، فإنه ليس بيمين ، فلا يدخل فى العموم .

٥٩٠٥ (فصــل)

فإن قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت ، ووافق أصحاب الشافعى على هـذا فى الصحيح من المذهب ، لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم نعلم ، وإن قال : أنت طالق إن لم يشأ الله ، أو لم يشأ الله وقع أيضاً فى الحال ، لأن وقوع طلاقها إذا لم يشأ الله محال ، فلغت هذه الصفة ، ووقع الطلاق . ويحتمل ألا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال ، مثل قوله : أنت طالق إن جمعت بين الضدين ، أو شربت الماء الذى فى الـكوز ولا ماء فيه ، وإن قال : أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله . لم تطلق دخلت أو لم تدخل ، لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه ، وان لم تدخل علمنا أن الله لم يشأه ، لأنه لو شاءه لوجد ، فإن ماشاء الله كان . وكذلك إن قال : أنت طالق لا تدخلى الدار إن شاء الله ، لما ذكرنا ، وإن أراد بالاستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فى المنجز . وإن لم تعـلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول . ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق .

٥٩٠٦ (فصــل)

فإن علق الطلاق على مستحيل فقال : أنت طالق إن قتلت الميت أو شربت الماء الذى فى الـكوز ولا ماء فيه ، أو جمعت بين الضدين ، أو كان الواحد أكثر من اثنين ، أو على مايستحيل عادة ، كقوله : إن طرت أو صعدت إلى السماء ، أو قلبت الحجر ذهباً ، أو شربت هذا النهر كله ، أو حملت الجبل ، أو شاء الميت ، ففيه وجهان .

أحـدهما : يقع الطلاق فى الحال ، لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ، ويمنع وقوعه فى الحال . وفى الثانى ، فـلم يصح كاستثناء الـكل ، كما لو قالت : أنت طالق طلقة لا تقـع عليك ، أو لا تنقص عدد طلاقك .

والثـانى : لا يقـع ، لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ، ولأن ما يقصد تبعيده يعلق على المحال كقوله[2] :

إذا شـــاب الغراب أتيت أهـلى وصار القـار[3] كاللبن الحليب

---

(١) أخرجه الترمذى وابن ماجه عن ابن عمر (ف) .

(٢) البيت فى حياة الحيوان للدميرى ج ٢ ص ١٤٣ مع حكاية لطيفة فلتراجـع (ف) .

(٣) القار : الزفت .

أى : لا آتيهم أبداً . وقيل : إن علقه على ما يستحيل عقلا وقع فى الحال ، لأنه لا وجود له ، فلم تعلق به الصفة ، وبقى مجرد الطلاق فوقع . وإن علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع ، لأنه له وجود ، وقد وجد جنس ذلك معجزات الأنبياء عليهم السلام ، وكرامات الأولياء ، فجاز تعليق الطلاق به ، ولم يقع قبل وجوده .

فأما إن علق طلاقها على نفى فعل المستحيل ، فقال : أنت طالق إن لم تقتلى الميت ، أو تصعدى السماء ، طلقت فى الحال ، لأنه علقه على عدم ذلك[1] ، وعدمه معلوم فى الحال . وفى الثانى : فوقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق إن لم أبع عبدى ، فمات العبد . وكذلك لو قال أنت طالق لأشربن الماء الذى فى الكوز ، ولا ماء فيه ، أو لأقتلن الميت ، وقع الطلاق فى الحال لما ذكرناه . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لا يقع طلاقه ، كما لو حلف ليصعدن السماء ، أو ليطيرن ، فإنه لا يحنث ، والصحيح أنه يحنث ، فإن الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث . قال الله تعالى : « وَأَقْسَمُوا بِاللهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لاَ يَبْعَثُ اللهُ مَنْ يَمُوتُ — إلى قوله — وَلِيَعْلَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّهُمْ كَانُوا كَاذِبِينَ[2] » ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعاً حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى .

٥٩٠٧ (فصـــــــل)

وإذا حلف لا شربت من هذا النهر فاغترف منه وشرب حنث وإن حلف لا شربت من هذا الإناء فصب منه فى إناء آخر وشرب وكان الإناء كبيراً لا يمكن الشرب به حنث أيضاً ، وإن كان الشرب به ممكناً لم يحنث ، لأن الإناء الصغير آلة للشرب ، فتنصرف يمينه إلى الشرب به ، بخلاف النهر والإناء الكبير ، فإنه لا تنصرف يمينه إلا إلى الشرب من مائه .

ولو حلف لا يشرب من بَرَدَى[3] ، فشرب من نهر يأخذ منه لم يحنث ، وإن حلف لا يشرب من ماء بردى فشرب من نهر يأخذ منه حنث . ذكر نحو ذلك القاضى ، لأن بردى اسم لمكان خاص ، فإذا تجاوزه إلى مكان سواه فشرب منه فما شرب من بردى . وإذا كانت يمينه على مائه ، فماؤه ماؤه حيث كان ، وأين نقل ، ولذلك لو حلف لا يأكل من تمر البصرة ، فأكله فى غيرها حنث . وإن اغترف من بردى باناء ونقله إلى مكان آخر ، فشربه حنث فى المسألتين جميعاً ، لأن اغترف الماء من بردى . ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات لم يحنث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات[4] . وإن حلف لا يشرب من ماء فرات حنث بالشرب من كل ماء عذب لأنه إذا عرّفه بلام التعريف انصرف ، إلى النهر المعروف ، وإذا نكّره

(١) فى المخطوطة ٢٠ : على عدم الفعل . (٢) سورة النحل آيه ٣٨ ، ٣٩ .
(٣) بردى بفتحات نهر دمشق الأعظم (ف) . (٤) فى المخطوطة ٢٠ وهامش ١٨ : بنهر الفرات

صار للعموم ، فيتناول كل مايسمى فراتا ، وكل عذب فرات ، قال الله تعالى : «وَأَسْقَيْنَاكُمْ مَاءً فُرَاتًا[1]» وقال « وَمَا يَسْتَوِي الْبَحْرَانِ هَذَا عَذْبٌ فُرَاتٌ [سائغ شرابه] وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ »[2] ، ومتى نوى بيمينه المحتمل الآخر انصرف إليه ، ويقبل منه ذلك ، لأنه قرب لا تبعد إرادته .

٥٩٠٨ (فصـــــل)

ولو حلف لا يشتمه ولا يكلمه في المسجد ، ففعل ذلك في المسجد والمحلوف عليه في غيره حنث . وإن فعله في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد لم يحنث . ولو حلف لا يضربه ولا يشجه ولا يقتله في المسجد ، ففعله والحالف في المسجد والمحلوف عليه في غيره لم يحنث . وان كان الحالف في غير المسجد والمحلوف عليه في المسجد حنث ، لأن الشتم والكلام قول يستقل به القائل ، فلا يعتبر فيه حضور المشتوم ، فيوجد من الشاتم في المسجد وان لم يكن المشتوم فيه ، والكلام قول فهو كالشتم ، وسائر الأفعال المذكورة فعل متعدّ محله المضروب والمقتول والمشجوج ، فإذا كان محله في غير المسجد كان الفعل في غيره ، فيعتبر محل المفعول به ولو حلف ليقتلنه يوم الجمعة ، فجرحه يوم الخميس ، ومات يوم الجمعة ، فقال القاضي : لا يحنث . وإن جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت ، فقال : يحنث ، لأنه لا يكون مقتولا حتى يموت ، فاعتبر يوم موته لا يوم ضربه . ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس في المسألتين ، فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته ، لأن القتل فعل القاتل ولهذا يصح الأمر به والنهي عنه . قال الله تعالى : « فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ[3] » « وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ »[4] . والأمر والنهي إنما يتوجه إلى فعل ممكن فعله وتركه ، وذلك فعل الآدمي من الجرح ونحوه . أما الزهوق ففعل الله ، لا يؤمر به ولا ينهى عنه ، ولا سبيل للآدمي إلا إلى تعاطي سببه د وهو شرط في القتل ، فإذا وجد تبينا أن الفعل المفضي إليه كان قتلا ، ولذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح ، وقبل الزهوق . ولو حلف لأقتلنه فمات من جرح كان جُرِحَه لم يبرّ ، ولو حلف لا يقتله لم يحنث بذلك أيضاً . ويحتمل ألا يبرّ حتى يوجد السبب والزهوق معا في يوم الجمعة ، لأن القتل لا يتم إلا بسببه وشرطه ، فأما بنسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد .

٥٩٠٩ (فصـــــل)

إذا قال : من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق ، فبشرته إحداهن وهي صادقة طلقت ، وإن كانت كاذبة لم

---

(١) سورة المرسلات آية ٢٧

(٢) سقط من النسخ المطبوعة [سائغ شرابه] وهي في سورة فاطر آية ١٢ (ف) .

(٣) في النسخ المطبوعة (اقتلوا) والصواب (فاقتلوا) بالفاء كما في سورة التوبة آية ٥ (ف)

(٤) سورة الانعام آية ١٥١

تطلق، لأن التبشير خبر صدق يحصل به مايغير البَشَرة من سرور أو غم . وإن أخبرته به أخرى لم تطلق ، لأن السرور إنما يحصل بالخبر الأول ، فإن كانت الأولى كاذبه والثانية صادقه طلقت الثانية ، لأن السرور إنما يحصل بخبرها ، فكان هو لبشاره . وإن بشره بذلك اثنتان أو ثلاث ، أو الأربع في دفعة واحدة طلقن كلهن ، لأن «من» تقع على الواحد فما زاد ، قال الله تعالى « فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ . وَمَنْ يعمل مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يرَهُ[1] » . وقال «وَمَنْ يَقْنُتْ مِنكُنَّ لله وَرَسُولِهِ وَتَعْمَلْ صَالِحاً نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ[2]» ولو قال : من أخبرتني بقدوم أخي فهي طالق ، فقال القاضي : هي كالبشارة ، لا تطلق إلا المخبرة الأولى الصادقة دون غيرها ، لأن مراده خبر يحصل له به العلم بقدومه ، ولا يحصل ذلك بكذب ، ولا بغير الأول .

ويحتمل أن تطلق كل مخبرة صادقة كانت أو كاذبة أولا كان أو غيره لأن الخبر يكون صدقا كذباً ، أولا ومكرراً ، وهو اختيار أبي الخطاب والأول قول القاضي ومذهب الشافعي على نحو هذا التفصيل .

٥٩١٠ (فصـــــــل)

وإن قال : أول من تقوم منكن فهي طالق ، أو قال لعبيده :أول من قام منكم فهو حر ، فقام الكل دفعه واحدة لم يقع طلاق ولا عتق ، لأنه لا أول فيهم . وإن قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين .
أحدهما يقع : الطلاق والعتق ، لأن الأول مالم يسبقه شيء ، وهذا كذلك .

والثاني : لا يقع طلاق ولا عتق ، لأن الأول ما كان بعده شيء ، ولم يوجد . فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يتبين من قيام أحد منهم بعده ، فتنحل يمينه وإن قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة ، وقام بعدهم آخر ، وقع الطلاق والعتق بالجماعة الذين قاموا في الأول ، لأن الأول يقع على الكثير والقليل ، قال الله تعالى : « وَلاَ تَكُونُوا أَوَّلَ كَافِرٍ بِهِ[3] » .

وحكى عن القاضي فيمن قال . أول من يدخل من عبيدي فهو حر ، فدخل اثنان دفعة واحدة ، ثم دخل بعدهما ثالث[4] لم يعتق واحد منهم ، وهذا بعيد ، فإنهم قد دخل بعضهم بعد بعض ، ولا أول فيهم ، وهذا لا يستقيم إلا أن يكون قال : أول من يدخل منكم وحده ، ولم يدخل بعد الثالث أحد ، فإنه لو دخل بعد الثالث أحد عتق الثالث ، لكونه أول من دخل ، وحده ، وإذا لم يقل : وحده ، فإن لفظة الأول تتناول الجماعة كما ذكرنا . وقال النبي صلى الله عليه وسلم[5] « أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين » .

---

(١) سورة الزلزلة آية ٧و٨ (٢) سورة الأحزاب آية ٣١
(٣) سورة البقرة آية ٤١ (٤) في المخطوطة ٢٠ : ٣٩ آخر.
(٥) بمعناه حديث رواه الترمذي عن عطية بن أبي سعيد قال: قال رسول الله صلى الله عليه: فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم بخمسمائة سنة « ج ٩ ص ٩١٩ بشرح ابن العربي .

ولو قال : آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق ، فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى يتبين من دخول غيرها بموته ، أو موتهن ، أو غير ذلك ، فيتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق .

٥٩١١ (فصــــل)

وإذا حلف يميناً على فعل بلفظ عام ، وأراد به شيئاً خاصاً ، مثل أن حلف أن لا يغتسل الليلة ، وأراد الجنابة أو لا قربت لى فراشاً ، وأراد ترك جماعها أو قال : إن تزوجت فعبدى حر ، وأراد امرأة معينة ، أو قال : إن دخل إلى رجل أو قال : أحد فامرأتى طالق ، وأراد رجلا بعينه أو حلف لا يأكل خبزاً يريد خبز البر ، أو لا يدخل داراً يريد دار فلان ، أو قال إن خرجت فأنت طالق ، يريد الخروج إلى الحمام ، أو قال: إن مشيت وأراد استطلاق البطن:فإن ذلك يسمى مشياً ، قال النبي صلى الله عليه وسلم . لامرأته[1] « ثم تستمشين » ويقال شربت مشياً ومشوا ، إذا شرب دواء يمشيه ، فإن يمينه فى ذلك على ما نواه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل فى الحكم يخرج على روايتين .

قال أحمد فى الظهار فيمن قال لامرأته : إن قربت لى فراشاً[2] فأنت على كظهر أمى ، فجاءت فقامت على فراشه ، فقال : أردت الجماع لا يلزمه شيء وقال الشافعي ومحمد ابن الحسن : لا يقبل قوله فى الحكم فى هذا كله ، لأنه خلاف الظاهر .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل ، كما لو قال : أنت طالق أنت طالق ، وقال أردت بالثانية التوكيد

٥٩١٢ ﴿ مســــألة ﴾

وإن حلف يميناً عامة لسبب خاص وله نية حمل عليها ، ويقبل قوله فى الحكم ، لأن السبب دليل على صدقه ، وإن لم ينو شيئاً . فقد روى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب ، وذكره الخرقى فقال : فإن لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين وما هيجها ، فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب ، وهذا قول أصحاب أبى حنيفه .

وروى عن أحمد مايدل على أن يمينه تحمل على العموم ، فإنه قال فيمن قال : لله على أن لا أصيد فى هذا النهر لظلم رآه ، فتغيرحاله ، فقال النذر يوفى به ، وذلك لأن اللفظ دليل الحكم : فيجب الاعتبار به فى الخصوص والعموم ، كما فى لفظ الشارع .

---

(١) عن أسماء بنت عميس قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . بماذا كنت تستمشين ؟ قالت بالشبرم .. أخرجه ابن ماجه والترمذى ومعنى بم تستمشين ؟ بم تسهلين بطنك ؟(ف)

(٢) فى المخطوطة : ٢٠ فراشى .

ووجه الأول : أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ، ويقوم مقام النية عند عدمها ، لدلالته عليها ، فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية ، وفارق لفظ الشارع ، فإنه يريد بيان الأحكام ، فلا يختص بمحل السبب ، لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم فى غير محل السبب . فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال إن خرجت فأنت طالق ، فرجعت ثم خرجت بعد ذلك ، أو دعاه إنسان إلى غدائه فقال : امرأتى طالق إن تغديت ، ثم رجع فتغدى فى منزله لم يحنث على الأول ، ويحنث على الثانى ، وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه ، أو حلف بذلك على امرأته ، أو مملوكه ، فعزل العامل ، وطلق المرأة ، أو حلف على وكيل فعزله خرج فى ذلك كله وجهان .

٥٩١٣ (فصل)

وإن قال : إن دخل دارى أحد فامرأتى طالق ، فدخلها هو ، أو قال لإنسان : إن دخل دارك أحد فعبدى حر ، فدخلها صاحبها ، فقال القاضى : لا يحنث ، لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره ، ويمنع من سواه ، فيخرج هو من العموم بالقرينة ، ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضاً ويحتمل أن يحنث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضاً عن السبب كما فى التى قبلها .

٥٩١٤ (فصل)

وإذا قال لامرأته : إن وطئتك فأنت طالق ، انصرفت يمينه إلى جماعها ، وقال محمد بن الحسن : يمينه على الوطء بالقدم ، لأنه الحقيقة ، وحكى عنه أنه إن قال : أردت به الجماع ، لم يقبل فى الحكم .

ولنا : أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان فى العرف عبارة عن الجماع . ولهذا يفهم منه الجماع فى لفظ الشارع ، فى مثل قول النبى صلى الله عليه وسلم[1] «لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة». فيجب حمله عند الإطلاق عليه كسائر الأسماء العرفية ، من الظعينة ، والراوية ، وأشباههما . ولا يحنث حتى تغيب الحشفة فى الفرج . وإن حلف ليجامعها أو لا يجامعها أو لا يجامعها انصرف إلى الوطء فى الفرج ولم يحنث بالجماع دون الفرج وإن أنزل ، لأن مبنى الأيمان على العرف ، والعرف ماقلناه .

وإن حلف لا افتضضتك ، فافتضها بإصبع لم يحنث ، لأن المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر . وإن حلف على امرأة لا يملكها ألا ينكحها فيمينه على العقد ، لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه ، وإن كان مالكا لها بنكاح أو ملك يمين . فهو على وطئها ، لأن قرينة الحال صارفة عن العقد عليها ، لكونها معقوداً عليها .

---

(١) سبق تخريجه قريباً (ف)

٥٩١٥ (فصـــــل)

وإن قال : إن أمرتك فخالفتني فأنت طالق ثم نهاها فخالفته . فقال أبو بكر لايحنث وهو قول الشافعي لأنها خالفت نهيه لا أمره ، وقال أبو الخطاب : يحنث إذا قصد ألا تخالفه ، أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الأمر والنهي ، لأنه إذا كان كذلك فإنما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال ، لأن الأمر بالشيء نهي عن ضده ، والنهي عنه أمر بضده ، فقد خالفت أمره . وإن قال لها : إن نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق ، فقالت له : لا تعطها من مالي شيئاً ، لم يحنث ، لأن إعطاءها من مالها لا يجوز ، ولا يجوز النفع به ، فيكون هذا النفع محرماً ، فلا يتناوله يمينه . ويحتمل أن يحنث ، لأنه نفع ، ولفظه عام ، فيدخل المحرم فيه .

٥٩١٦ (فصـــــل)

فإن قال لامرأته : إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت ، سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل . وإن خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره ، فقياس المذهب : أنه يحنث . لأن ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام ، فكيفما صارت إليه حنث ، كما لو خالفت لفظه ، ويحتمل ألا يحنث . وهو قول الشافعي ، لأنها لم تفعل ما حلف عليه ، ويتناوله لفظه ، وإن خرجت إلى الحمام وغيره وجمعتهما في القصد ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث ، لأنها خرجت إلى غير الحمام ، وانضم إليه غيره ، فحنث بما حلف عليه ، كما لو حلف لا يكلم زيداً وعمراً .

الثاني : لا يحنث ، لأنها ماخرجت إلى غير الحمام ، بل الخروج مشترك ، ونقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، أنه سئل : إذا حلف بالطلاق ألا يخرج من بغداد إلا لنزهة ، فخرج إلى النزهة ثم مر إلى مكة . فقال : النزهة لا تكون الى مكة ، فظاهر هذا أنه أحنثه ، ووجهه ما تقدم . وقال في رجل حلف بالطلاق ألا يأتي أرمينية إلا بإذن امرأته ، فقالت امرأته : اذهب حيث شئت : فقال : لا ، حتى تقول إلى أرمينية . والصحيح أنه متى أذنت له اذناً عاماً لم يحنث . قال القاضي : وهذا من كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة : ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذنا منها ، وله الخروج وإن كان بلفظ عام .

٥٩١٧ (فصـــــل)

فإن حلف ليرحلن من هذه الدار ، أو ليخرجن من هذه المدينة ، ففعل ثم عاد إليها ، لم يحنث ، إلا أن تكون نيته أوسبب يمينه يقتضي عدم الرجوع إليها ، لأن الحالف على الخروج والرحيل ، وقد فعلهما. وقد نقل عنه إسماعيل بن سعيد : إذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد ، فخرج ثم رجع ، قد مضت

يمينه[1] ، لا شيء عليه . ونقل عنه مثنى بن جامع فيمن قال لامرأته : أنت طالق إن لم نرحل من هـذه الدار إن لم يدركه الموت ، ولم ينو شيئاً : هى إلى أن يموت ، فإن رحل لم يرجع . ومعنى هذا أنه إن أدركه الموت قبل إمكان الرحيل لم يحنث ، وإن أمكنه الرحيل فلم يفعل لم يحنث حتى يموت أحدهما . فيقع بهما الطلاق فى آخر أوقات الإمكان ، وأما قوله : إن رحل لم يرجع ، فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضى هجران الدار على الدوام . ونقل مهنا فى رجل قال لامرأته : إن وهبت كذا فأنت طالق ، فإذا هى قد وهبت . قال : أخاف أن يكون قد حنث . قال القاضى : هذا محمول على أنه قال : إن كنت وهبته ، وإلا فلا يحنث حتى تبتدى هِبَته ، لأن اليمين تقتضى فعلا مستقبلا يحنث به ، وما فعلت ما حلف عليه بعد يمينه .

ونقل عنه أيضاً فى رجل قال لامرأته : إن رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق ، فهو على نيته ، إن أراد ألا تدخلها حنث ، وإن كان نوى إذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل ، وهو كما قال ، فإن مبنى اليمين على النيات ، سيما والرؤية تطلق على العلم ، كقول الله تعالى : « أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِعَادٍ »[2] ونحوه ، ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرده لم يحنث حتى يراها تدخل الدار ، لأنه الذى تناوله لفظه . ونقل عنه المروذى[3] فى رجل أقرض رجلا دراهم ، فخاف ألا يقبلها ، وكان الرجل ميتاً : تعطى الورثة يعنى إذا مات الحالف يوفى الورثة ، ولا يبرأ بيمينه ، لأنها ليست إبراء ، فلا يسقط الحق بها .

٥٩١٨ (فصـل)

ولو قال : امرأتى طالق إن كنت أملك إلا مائة ، وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث ، فإن نوى أنى لا أملك أكثر من مائة لم يحنث بملك ما دونها ، وإن قال : إن كنت أملك أكثر من مائة فامرأتى طالق ، وكان يملك أقل من المائة لم يحنث ، لأنه صادق .

٥٩١٩ (فصـــل)

فإن قال لامرأته : يا طالق ، أنت طالق إن دخلت الدار ، طلقت واحـدة بقوله يا طالق ، وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن دخلت الدار . فإن كانت له نية رجع إليها ، وإلا وقعت واحدة بالنـداء . وبقيت الثلاث معلقة على دخول الدار . وكذا لو قال : أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار . وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف . وقال محمد بن الحسن : يرجع الشرط إليهما فى المسألتين ، فلا يقع بها فى الحال شيء . والأولى أن يرجع الشرط إلى الخبر الذى يصح فيه التصديق

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : فقد بر فى يمينه .

(٢) سورة الفجر آية ٦

والتكذيب ، وجرت العادة بتعليقه بالشرط ، بخلاف النداء والقذف الذى لا يوجد ذلك فيه .

٥٩٢٠ (فصــــل)

فإن قال لامرأته : أنت طالق مريضة بالنصب ، أو الرفع ، ونوى به وصفها بالمرض فى الحال ، طلقت فى الحال . وإن نوى به أنت طالق فى حال مرضك ، لم تطلق حتى تمرض . لأن هذا حال ، والحال مفعول فيه كالظرف . ويكون الرفع لحناً ، لأن الحال منصوب . وإن أطلق ونصب انصرف إلى الحال ، لأن مريضة اسم نكرة جاء بعد تمام الكلام وصفاً لمعرفة فيكون حالا . وإن رُفِع فالأولى وقوع الطلاق فى الحال ويكون ذلك وصفاً لطالق الذى هو خبر المبتدأ ، وإن أسكن احتمل وجهين :

أحدهما : وقوع الطلاق فى الحال ، لأن قوله : أنت طالق ، يقتضى وقوع الطلاق فى الحال ، فقد تيقنا وجود المقتضى ، وشككنا فيما يمنع حكمه فلا نزول عن اليقين بالشك .

والثانى : لا يقع إلا فى حال مرضها ، لأن ذكره للمرض فى سياق الطلاق يدل على تعليقه به ، وتأثيره فيه ، ولا يؤثر فيه إلا اذا كان حالا .

٥٩٢١ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ وإذاقال : أنت طالق إذا قدم فلان ، فقُدِم به ميتا أو مُكْرَهاً لم تطلق ﴾

أما إذا قدم ميتاً أو مكرهاً محمولا فلا تطلق ، لأنه لم يقدم ، إنما قُدِمَ به ، وهذا قول الشافعى . ونقل عن أبى بكر : أنه يحنث ، لأن الفعل ينسب إليه ، ولذلك يقال : دخل الطعام البلد إذا حمل إليه ، ولوقال : أنت طالق إذا دخل الطعام البلد ، طلقت إذا حُمِل إليه .

ولنا : أن الفعل ليس منه ، والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً[1] ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته إذا أمكن . وأما الطعام فلا يمكن وجوده الفعل منه حقيقة ، فتعين حمل الدخول فيه على مجازة ، وأما إن قدم بنفسه لإكراه فعلى قول الخرق لا يحنث ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال أبو بكر : يحنث ، وحكاه عن أحمد ، لأن الفعل منه حقيقة ، وينسب إليه قال الله تعالى : « وَسِيقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَى جَهَنَّمَ زُمَراً حَتَّى إِذَا جَاءُوهَا[2] ».ويصح أمر المكره بالفعل . قال الله تعالى : « أُدْخُلُوا أَبْوَابَ جَهَنَّمَ »[3] . ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره .

ووجه الأول : أنه بالإكراه زال اختياره ، فإذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرهاً ، وهذا فيما إذا أطلق . وإن كانت له نية حمل عليها كلامه ، وتقيد بها .

(١) هامش ١٨ : على المجاز : من نسخة أخرى . (٢) سورة الزمر آية ٧١ .
(٣) سورة الزمر : آية ٧٢ .

٥٩٢٢ (فصـــــل)

وإن قدم مختاراً حنث الحالف ، سواء علم القادم باليمين أوجهلها . قال أبو بكر الخلال : يقـع الطلاق قولا واحداً . وقال أبو عبـد الله بن حامد : إن كان القادم ممن لا يمتنـع من القـدوم بيمينه كالسلطان ، والحاج ، والرجل الأجنبي ، حنث الحالف ، ولا يعتبر علمه ولا جهله . وان كان ممن يمتنع باليمين من القدوم، كقرابة لهما أو لأحدهما ، فجهل اليمين أو نسيها ، فالحـكم فيه كما لو حلف على فعـــل نفسه ففعله ناسياً أو جاهلا . وفى ذلك روايتان ، كذلك ههنا . وذلك لأنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقا للطلاق على صفة ، ولم يكن يميناً ، فأشبه مالو علقه على طلوع الشمس . وإن كان ممن يمتنع كان يمينا ، فيعذر فيها بالنسيان والجهل . وينبغى أن تعتبر على هذا القول نية الحالف ، وقرائن أحواله الدالة على قصـده . فإن كان قصده بيمينه منع القـادم من القـدوم كان يميناً ، وإن كان قصـده جعْله صـفة فى طلاقها مطلقة لم يكن يميناً ، ويستوى فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وإفاقته ، مثـل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرمها ، ولا يطلقها وحدها ، وتعتبر قرائن الأحوال . فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ، ولا يمتنع بها ، أو على فعل صغير أو مجنون ، أو من لا يمتنع بها ، لم تـكن يمينا ، وإن علـق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنـع لأجلها عن فعل ما علق الطلاق عليه كان يمينا . ومتى أشـكلت الحـال فينبغى أن يقع الطلاق ، لأن لفظه يقتضى وقوع الطلاق عنـــد وجود هذه الصفة على العموم ، وإنما ينصرف عن ذلك بدليل ، فمتى شـكنا فى الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم .

٥٩٢٣ (فصــــــل)

فإذا قال : إن تركت هـذا الصبى يخرج فأنت طالق ، فانفلت [منها] الصبى بغير اختيارها فخرج ، فإذا كان نوى ألا يخرج فقد حنث ، وإن نوى أن لاتدعه لم يحنث . نص أحمد على معنى هذا . وذلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقـد فعل الخروج عن اختيار منها ، فـكانت كالمـكره إذ لم يمـكنها حفظه ومنعه . وإن نوى فعله فقد وجد وحنث ، وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها ، لأنه الذى تناوله لفظه ، فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها فى حفظه أو اختيارها .

٥٩٢٤ (فصـــل)

فإن حلف لاتأخذ حقك منى ، فأ كره على دفعه إليه ، وأخـذه منه قهراً حنث ، لأن المحلوف عليه فعل الأخذ ، وقد أخذه مختاراً ، وإن أ كره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أ كره على القدوم . وإن وضعه الحالف فى حجره أو بين يديه ، أو إلى جنبه ، فلم يأخذه لم يحنث ، لأن الأخذ ماوجد . وإن أخذه الحا كم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه ، فقال القاضى : لا يحنث ،

وهو مذهب الشافعى ، لأنه ماأخذه منه . وإن قال : لاتأخذ حقك علىّ حنث ، لأنه قد أخذ حقه الذى عليه ، والمنصوص عن أحمد أنه يحنث فى الصورتين ، قاله أبوبكر وهو الذى يقتضيه مذهبه ، لأن الأيمان عنده على الأسباب لاعلى الأسماء ، ولأنه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان آخذا لحقه منه عرفا ، ويسمى آخذاً . قال الله تعالى : « وَأَخَذْنَا مِنْهُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا »(١) وقال : « وَلَقَدْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَبَعَثْنَا مِنْهُمُ اثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا »(٢) .

وإن كانت اليمين من صاحب الحق ، فحلف لا أخذت حقى منك ، فالتفريع فيها كالتى قبلها . فإن تركها الغريم فى أثناء متاع فى خرج ، ثم دفع الخرج إلى الحالف ، فأخذه ولم يعلم أنها فيه ، لم يحنث ، لأن هذا ليس بممدود أخذا ، ولا يبرأ به الغريم منها ، فإن كانت اليمين : لا أعطيتك حقك ، فأخذه الحاكم منه كرها فدفعه إلى الغريم لم يحنث . وإن أكرهه على دفعه إليه فدفعه خرج على الوجهين فى المكره . وإن أعطاه باختياره حنث . وإن وضعه فى حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث ، لأنه أعطاه . وإن دفعه إلى الحاكم اختياراً ليدفعه إلى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره ، فدفعه إلى الغريم حنث . وقال القاضى لا يحنث ، وقياس المذهب : أنه يحنث ، لأنه أوصله إليه مختاراً ، فأشبه ما لو دفعه إلى وكيله ، فأعطاه إياه ، ولأن الأيمان على الأسباب لا على الأسماء ، على ما ذكرناه فيا مضى .

٥٩٢٥ (فصـــل)

فإن قال : إن رأيت أباك فأنت طالق ، فرأته ميتاً ، أو نائماً ، أو مغمى عليه ، أو رأته من خلف زجاج ، أو جسم شفاف ، طلقت ، لأنها رأته . وإن رأت خياله فى ماء أو مرآة أوصورته على حائط أوغيره لم تطلق ، لأنها لم تره ، وإن أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين .

٥٩٢٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لمدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، لزمه تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى ، فتلزمه واحدة . وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ، ولم يلزمها ما بعدها ، لأنه ابتداء كلام ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق مرتين ، ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية ، وقعت بها طلقتان بلا خلاف ، وإن نوى بها إفهامها : أن الأولى قد وقعت بها ، أو التأكيد ، لم تطلق إلا واحدة ، وإن لم تكن له نية وقع طلقتان ، وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، وهو الصحيح من قولى

---

(١) سورة المائدة : آية ١٢ . (٢) سورة النساء : آية ١٥٤ .

الشافعى . وقال فى الآخر : تطلق واحدة ، لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام ، ويحتمل الإيقاع فلا توقع طلقة بالشك .

ولنا : أن هذا اللفظ للإيقاع ، ويقتضى الوقوع بدليل مالو لم يتقدمه مثله ، وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإفهام ، فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه ، كما يجب العمل بالعموم فى العام إذا لم يوجد المخصص ، وبالإطلاق فى المطلق إذا لم يوجد للمقيد .

فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا طلقة واحدة ، سواء نوى الإيقاع أو غيره ، وسواء قال ذلك منفصلا أو متصلا ، وهذا قول أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ، وعكرمة ، والنخعى ، وحماد بن أبى سليمان ، والحكم ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبى عبيد ، وابن المنذر[1] وذكره الحكم ، عن على ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود . وقال مالك والأوزاعى ، والليث ، يقع بها تطليقتان . وإن قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا إذا كان متصلا ، لأنه طلق ثلاثا بكلام متصل ، أشبه قوله : أنت طالق ثلاثا .

ولنا : أنه طلاق مفرق فى غير المدخول بها ، فلم تقع الأولى كما لوفرق كلامه ، ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة ، لأنه لاعدة عليها ، فتصادفها الطلقة الثانية بائنا ، فلم يمكن وقوع الطلاق بها ، لأنها غير زوجة ، وإنما تطلق الزوجة ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا نعلم لهم مخالفا فى عصرهم . فيكون إجماعا .

٥٩٢٧ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق ثم مضى زمن طويل، ثم أعاد ذلك للمدخول بها طلقت ثانية ، ولم يقبل قوله : نويت التوكيد لأن التوكيد تابع للكلام ، فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل .

٥٩٢٨ (فصـــل)

وكل طلاق يترتب فى الوقوع ، ويأتى بعضه بعد بعض ، لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة واحدة لما ذكرناه ، ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله : أنت طالق فطالق ، أو : أنت طالق ثم طالق ثم طالق . أو : أنت طالق ثم طالق وطالق . أو : فطالق ، وأشباه ذلك لأن هذه حروف تقتضى الترتيب ، فتقع بها الأولى فَتَبِينُها ، فتأتى الثانية فتصادفها بائنا غير زوجة ، فلا تقع بها . وأما المدخول بها فتأتى الثانية فتصادف محل النكاح فتقع ، وكذلك الثالثة ، وكذلك لو قال : أنت طالق بل طالق وطالق ، وذكره أبو الخطاب .

ولو قال : أنت طالق طلقة قبل طلقة ، أو بعد طلقة ، أو بعدها طلقة ، أو طلقة فطلقة ، أو طلقة ثم طلقة ، وقع بغير المدخول بها طلقتان ، لماذكرنا من أن هذا يقتضى طلقة بعد طلقة .

---

(١) حدث تقديم وتأخير فى الأسماء فى ١٨ .

٥٩٢٩ (فصـــل)

وإن قال : أنت طالق طلقـــة قبلها طلقة ، فكذلك . وذكره القاضي . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم : لايقع بغير المدخول بها شيء ، بناء على قولهم في المسألة السريجية ، وقال أبو بكر : يقع طلقتان ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة ، فوقعت معها ، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه ، لكونه زمنا ماضيا ، وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة إليه ، وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها ، لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه ، وهو زمن قريب ، فلا يؤخر إلى البعيد ، مع إمكان القريب .

ولنا أن هذا طلاق بعضه قبل بعض ، فلم يقع بغير المدخول بها جميعه ، كما لو قال : طلقة بعد طلقة . ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما ، كما لوقال : طلقة بعد طلقة ، أو قال : أنت طالق طلقة غداً وطلقة اليوم ، ولو قال : جاء زيد بعد عمرو ، أو جاء زيد وقبله عمرو ، أو أعط زيداً بعد عمرو ، كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده ، وليس هذا طلاقا في زمن ماض ، وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه الذي رتبه ، ولو قدر أن إحداهما مُوقَعة في زمن ماض لا متنع وقوعها وحدها ، ووقعت الأخرى وحدها ، وهذا تعليل القاضي ، لكونه لا يقع إلا واحدة ، والأول من التعليل أصح إن شاء الله تعالى .

٥٩٣٠ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان ، وإن قال معها اثنتان وقع بها ثلاث في قياس المذهب ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف : يقع طلقة لأن الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء .

ولنا : أنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معاً ، فوقعن كلهن ، كما لوقال : أنت طالق ثلاثا . ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة ، فإن الطلاق لايقع بمجرد التلفظ به ، إذ لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ، ولاصح وصفه بالثلاث ، ولا بغيرها ، وكذلك الحكم لو قال : إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة ، ثم قال : أنت طالق ، فإنها تطلق طلقتين ، لما ذكرنا .

٥٩٣١ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق طلقة بعدها طلقة ، ثم قال : أردت أني أوقع بعدها طلقة دين . وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين . وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ، وقال أردت أني طلقتها قبل هذا في

نكاح آخر ، أو أن زوجا قبلى طلقها ، دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ على ثلاثة أوجه. أحدها : يقبل. والآخر لا يقبل والثالث يقبل إن كان وجد ، وإن لم يكن وجد لم يقبل ، والصحيح أنه إذا لم يكن وجد لا يقبل ، لأنه لا يحتمل ماقاله .

٥٩٣٢ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق طالق طالق ، وقال : أردت التوكيد قُبل منه ، لأن الكلام يكرر للتوكيد ، كقوله عليه السلام : « فنكاحها باطل باطل باطل » . وإن قصد الإيقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثا . وإن لم ينو شيئا لم يقع إلا واحدة ، لأنه لم يأت بينهما بحرف يقتضى المغايرة ، فلا يكنّ متغايرات ، وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق ، وقال : أردت بالثانية التأكيد لم يقبل ، لأنه غاير بينها وبين الأولى بحرف يقتضى العطف والمغايرة ، وهذا يمنع التأكيد ، وأما الثانية فهى كالثانية فى لفظها ، فإن قال : أردت بها التوكيد دين . وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

إحداهما : يقبل ، وهى مذهب الشافعى ، لأنه كرر لفظ الطلاق مثل الأول ، فقبل تفسيره بالتأكيد ، كما لو قال : أنت طالق أنت طالق .

والثانية : لا يقبل ، لأن حرف العطف للمغايرة ، فلا يقبل ما يخالف ذلك كما لا يقبل فى الثانية .

ولو قال : أنت طالق فطالق فطالق ، أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق ، فالحكم فيها كالتى عطفها بالواو . وإن غاير بين الحروف فقال : أنت طالق وطالق ، ثم طالق ، أو طالق ثم طالق وطالق . أو طالق وطالق فطالق . ونحو ذلك لم يقبل فى شيء منها إرادة التوكيد ، لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها ، مخالفة لها فى لفظها ، والتوكيد إنما يكون بتكرير الأول بصورته .

٥٩٣٣ (فصـــل)

ولو قال : أنت مطلقة ، أنت مسرحة ، أنت مفارقة . وقال : أردت التوكيد بالثانية والثالثة قُبِلَ ، لأنه لم يغاير بينهما بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الألفاظ ، بل أعاد اللفظة بمعناها ، ومثل هـــذا يعاد توكيداً ، وإن قال : أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة ، وقال : أردت التوكيد احتمل أن يقبـــل منه ، لأن اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض توكيداً ، كقوله :

* فألفى قولها كذباً ومينا *

ويحتمل ألا يقبل لأن الواو تقتضى المغايرة فأشبه ما لو كان بلفظ واحد .

٥٩٤٣ ﴿ مســـألة ﴾

وإذا قال ﴿ لغير مدخول بها ، أنت طالق وطالق وطالق ، لزمه الثلاث ، لأنه نسق ، وهو مثل قوله : أنت طالق ثلاثا ﴾

وبهذا قال مالك ، والأوزاعى ، والليث ، وربيعة ، وابن أبى ليلى ، وحكى عن الشافعى فى القديم مايدل عليه . وقال الثورى : وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور لا يقع إلا واحدة لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شىء آخر كما لو فرقها .

ولنا : أن الواو تقتضى الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعاللثلاث جميعاً فيقعن عليها ، كقوله : أنت طالق ثلاثاً ، أو طالقة معها طلقتان ، ويفارق ما إذا فرقها ، فإنها لا تقع جميعاً ، وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضى الترتيب ، فإن الأولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه ، وههنا لا تقع الأولى حين نطقه بها ، حتى يتم كلامه ، بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطاً أو صفة لحق به ، ولم يقع الأول مطلقاً . ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شىء من ذلك . وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذى اقتضاه لفظه . ولفظه يقتضى وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات ، وهو معنى قول الخرقى : لأنه نسق ، أى غير مفترق .

فإن قيل : إنما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء ، لأنه مغير له والعطف لا يغير ، فلا يقف عليه ، ونتبين أنه وقع أول مالفظ به ، ولذلك لو قال لها : أنت طالق أنت طالق ، لم يقع إلا واحدة . قلنا : ما لم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير ، إما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط ، وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء ، وإما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد ، وأشباه هذا ، فيجب أن يكون واقعاً ، ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال ، لأنه لو قال لها : أنت طالق ثلاثاً فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثاً ، لم يمكن أن يقع بها شىء آخر .

وأما إذا قال : أنت طالق أنت طالق ، فهاتان جملتان لا تتعلق إحداهما بالأخرى ، ولو تعقب إحداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الأخرى ، ولا وجه لوقوف إحداهما على الأخرى ، والمعطوف مع المعطوف عليه شىء واحد لو تعقبه شرط لعاد الى الجميع ، ولأن المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فإنها جملة مفيدة لا تعلق لها بالأخرى فلايصح قياسها عليها .

٥٩٣٥ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق طلقتين ونصفاً فهى عندنا كالتى قبلها ، يقع الثلاث ، وقال مخالفونا يقع طلقتان . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وكرر ذلك ثلاثاً ، فدخلت طلقت ثلاثاً فى قول الجميع ، لأن الصفة وجدت ، فاقتضى [ذلك] وقوع الثلاث دفعة واحدة . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق ، فدخلت الدار طلقت ثلاثاً . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وأصحاب الشافعى فى أحد

الوجهين . وقال أبو حنيفة : يقع واحدة ، لأن الطلاق المعلق إذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه فى تلك الحال على صفته ، ولو أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة .

ولنا : أنه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات[1] فوقع الثلاث كالتى قبلها ، وإن قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان ، فدخلت ، طلقت ثلاثاً ، وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعى ولم يحك عنهم فيه خلافا .

٥٩٣٦ (فصـــــل)

وإن قال لغير مدخول بها : أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار ، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق ، أو إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ، ولم يقع غيرها . وبهذا قال الشافعى ، وذهب القاضى إلى أنها تطلق فى الحال واحدة تبين بها وهو قول أبى حنيفة فى الصورة الأولى ، لأن ثم تقطع الأولى عما بعدها ، لأنها للمهلة ، فتكون الأولى موقعة والثانية معلقة بالشرط ، وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث ، لأن دخول الدار شرط الثلاث فوقعت كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق .

ولنا : أن « ثم » للعطف ، وفيها ترتيب ، فتعلقت التطليقات كلها بالدخول ، لأن العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه ، ويجب الترتيب فيها ، كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفى هذا انفصال عما ذكروه ، ولأن الأولى تلى الشرط فلم يجز وقوعها بدونه ، كما لو لم يعطف عليها ، ولأنه جعل الأولى جزاء للشرط وعقبه إياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء ، فلم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره ، ولأنه لو قال : إن دخل زيد دارى فأعطه درهماً لم يجز أن يعطيه قبل دخوله ، فكذا ههنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد فى اللغة ، ولا أصل فى الشرع .

٥٩٣٧ (فصـــل)

وإن قال لمدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شىء حتى تدخل الدار . فتقع بها الثلاث . وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وذهب القاضى إلى وقوع طلقتين فى الحال ، وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد ، فإنه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ، ويعلق به ما يبعد عنه دون ما يليه ، ويجعل جزاء مالم توجد فيه الفاء التى يجازى بها دون ما وجدت فيه « تحكما لا يعرف عليه دليل ، ولا نعلم له نظيراً ، وإن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا فى قولهم جميعا .

(١) فى المخطوطة ٢٠ غير مرتبة .

٥٩٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلق ثلاثاً وهو ينوي واحدة فهي ثلاث ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً فهي ثلاث ، وإن نوى واحدة ، لا نعلم فيه خلافا ، لأن اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح ، لأنها أضعف من اللفظ ، ولذلك لا تعمل بمجردها ، والصريح قوي يعمل بمجرده من غير نية ، فلا يعارض القوي بالضعيف ، كما لا يعارض النص بالقياس ، ولأن النية إنما تعمل في صرف اللفظ إلى بعض محتملاته ، والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فإذا نوى واحدة فقد نوى مالا يحتمله ، فلا يصح كما لو قال له ، علي ثلاثة دراهم ، وقال أردت واحداً

٥٩٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن طلق واحدة وهو ينوي ثلاثا فهي واحدة ﴾

أما إذا قال أنت طالق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة ، لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها ، فإذا نوى ثلاثاً فقد نوى مالا يحتمله لفظه ، فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ، ومجرد النية لا يقع بها[1] طلاق . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : يقع ثلاث[2] لأنه يحتمل واحدة معها اثنتان : وهذا فاسد فإن قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ، ولا يحتمله ، فنيته فيه نية مجردة ، فلا تعمل ، كما لو نوى الطلاق من غير لفظ ، وأما إذا قال أنت طالق ونوى ثلاثاً فهذا فيه روايتان .

إحداهما : لا يقع إلا واحدة ، وهو قول الحسن ، وعمرو[3] بن دينار ، والثوري والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، لأن هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة ، فلم تقع به الثلاث كما لو قال : أنت طالق واحدة ، بيانه أن قوله أنت طالق إخبار عن صفة هي عليها ، فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر .

والرواية الثانية : إذا نوى ثلاثاً وقع الثلاث ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وابن المنذر ، لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثاً ، فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنايات ، ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثاً ، ولأن قوله طالق اسم فاعل ، واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل ، والمصدر يقع على القليل والكثير وفارق قوله : أنت حائض وطاهر ، لأن الحيض والطهر لا يمكن تمدده في حقها ، والطلاق يمكن تمدده .

٥٩٤٠ (فصل)

فإن قال : أنت طالق طلاقا ونوى ثلاثا وقع ، لأنه صرح بالمصدر ، والمصدر يقع على القليل والكثير ،

---

(١) في المخطوطة ٢٠ و٣٩ : به (٢) في المخطوطة ٢٠ ثلاثا (٣) في المخطوطة ٢٠ عمر . خطأ .

فقد نوى بلفظه ما يحتمله ، وإن نوى واحدة فهى واحدة ، وإن أطلق فهى واحدة لأنه اليقين ، وإن قال : أنت طالق الطلاق وقع ما نواه ، وإن لم ينو شيئا فحكى فيها القاضى روايتين .

إحداها : يقع الثلاث ، نص عليها أحمد فى رواية مهنا ، لأن الألف واللام للاستغراق ، فيقتضى استغراق الكل ، وهو ثلاث .

والثانية : أنها واحدة ، لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يريد الطلاق الذى أوقعته ، ولأن اللام فى أسماء الأجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً ، كقوله : ومن أكره على الطلاق — وإذا عقل الصبى الطلاق — واغتسلت بالماء — وتيممت بالتراب — وقرأت العلم والحديث والفقه — هذا مما يراد به ذلك الجنس ، ولا يفهم منه الاستغراق ، فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة إليه . وهكذا لو قال لامرأته : أنت الطلاق ، فإن أحمد قال : إن أراد ثلاثا فهى ثلاث ، وإن نوى واحدة فهى واحدة ، وإن لم ينو شيئا فكلام أحمد يقتضى أن تكون ثلاثا ، لأنه قال : أنت الطلاق فهذا قد بين أى شىء ، بقى هى ثلاث . وهذا اختيار أبى بكر ، ويخرج فيها أنها واحدة بناء على المسألة قبلها . ووجه القولين ما تقدم ومما يبين أنه يراد بها الواحد قول الشاعر :

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثا تماما

فجعل المكرر ثلاثا ، ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسعا .

٥٩٤١ (فصــــل)

ولو قال : الطلاق يلزمنى ، أو الطلاق لى لازم ، فهو صريح ، فإنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق ، وقالوا إذا عقل الصبى الطلاق فطلق لزمه . ولعلهم أرادوا لزمه حكمه ، فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ، ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية ، وانغمرت الحقيقة فيه ، ويقع به ما نواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث . وإن أطلق ففيه روايتان وجههما ما تقدم . وإن قال : على الطلاق فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمنى ، لأن من لزمه شىء فهو عليه كالدين . وقد اشتهر استعمال هذا فى إيقاع الطلاق ، ويخرج فيه فى حالة الإطلاق الروايتان ، هل هو ثلاث أو واحدة ؟ والأشبه فى هذا جميعه أن يكون واحدة ، لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاث ، ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا ، ولا يعتقد أنه طلق إلا واحدة ، فمقتضى اللفظ فى ظنهم واحدة ، فلا يريدون إلا ما يعتقدونه مقتضى[1] للفظهم ، فيصير كأنهم نووا الواحدة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ : مقتضيا

٥٩٤٢ (فصـــــل)

وإن قال : أنت طالق للسنة طلقت واحدة فى وقت السنة . وذهب أبو حنيفة إلى أنها تطلق ثلاثا فى ثلاثة قروء ، بناء منه على أن هذا هو السنة ، وقد بينا أن طلاق السنة طلقة واحدة فى طهر لم يصبها فيه . وإن قال : أنت طالق طلاق السنة وقعت بها واحدة فى طهر لم يصبها فيه أيضاً ، إلا أن ينوى الثلاث[1] فتكون ثلاثا ، لأنه ذكر المصدر ، والمصدر يقع على الكثير والقليل ، بخلاف التى قبلها .

٥٩٤٣ (فصـــــل)

وإن قال العجمى « بهشتم ابسيار » طلقت امرأته ثلاثا ، نص عليه أحمد لأن معناه : أنت طالق كثيراً وإن قال « بهشتم فحسبت » بالفارسية طلقت واحدة ، إلا أن ينوى ثلاثا فتكون ثلاثا نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، وقال القاضى : يتخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق ، لأن هذا صريح ، وذاك صريح ، فهما سواء .

والصحيح أنه يقع ما نواه ، لأن معناها خليتك ، وخليتك يقع بها ما نواه ، وكذا ههنا . وإنما صارت صريحة لشهرة استعمالها فى الطلاق ، وتعينها له ، وذلك لا ينفى معناها ، ولا يمنع العمل به إذا أراده ، وإن قال : فارقتك ، أو سرحتك ، ونوى واحدة أو أطلق ، فهى واحدة . وإن نوى ثلاثا فهى ثلاث ، لأنه فعل يمكن أن يعبر به عن القليل والكثير ، وكذلك لو قال طلقتك .

٥٩٤٤ (فصـــــل)

ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا فى موضعين .

أحدهما : من لا يقدر على الكلام ، كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته ، وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولانعلم عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه لاطريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة ، فقامت إشارته مقام الكلام من غير نية . كالنكاح فأما القادر فلا يصح طلاقه بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها ، فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث إلى الطلاق طلقت ثلاثاً ، لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره .

ولو قال الناطق : أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع إلا واحدة ، لأن إشارته لاتكفى ، وإن قال: أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً ، لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع فى العدد ،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : ثلاثا .

وذلك يصلح بياناً كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : « الشهر [١] هكذا وهكذا وهكذا » . وأشار بيده مرة ثلاثين ، ومرة تسعاً وعشرين . وإن قال : أردت الإشارة بالإصبعين المقبوضتين قُبل منـه ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

الموضع الثاني [٢] : إذا كتب الطلاق . فإن نواه طلقت زوجته ، وبهذا قال الشعبي ، والنخعي ، والزهري ، والحكم ، وأبو حنيفة ، ومالك ، وهو المنصوص عن الشافعي . وذكر بعض أصحابه أن له قولاً آخر : أنه لا يقع به طلاق وإن نواه ، لأنه فعل من قادر على التطليق ، فلم يقع به الطلاق كالإشارة

ولنا : أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ، فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ، ونواه ، وقع كاللفظ ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب ، بدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ رسالته ، فحصل ذلك في حق البعض بالقول ، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف [٣] ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق . فأما إن كتب ذلك من غير نية ، فقال أبو الخطاب : قد خرجها القاضي الشريف في الإرشاد على روايتين .

إحداهما : يقع ، وهو قول الشعبي ، والنخعي ، والزهري ، والحكم ، لما ذكرنا .

والثانية : لا يقع إلا بنية ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، ومنصوص الشافعي ، لأن الكتابة محتملة ، فإنه يقصد بها تجربة القلم ، وتجويد الخط ، وغم الأهل ، فلم يقع من غير نية ككنايات [٤] الطلاق فإن نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه ، لم يقع ، لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع ، فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقبل أيضاً في الحكم في أصح الوجهين ، لأنه يقبل ذلك في اللفظ الصريح في أحد الوجهين ، فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى .

وإن قال : نويت غم أهلي ، فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضاً ، يعني أنه يؤاخذ به ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم [٥] : « إن الله عفا لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به » . فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق ، لأن غم أهله يحصل بالطلاق ، فيجتمع غم أهله ، ووقوع طلاقه ، كما لو قال : أنت طالق ، يريد به غمها . ويحتمل

---

(١) أخرج مسلم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه ذكر رمضان فضرب بيديه فقال : الشهر هكذا وهكذا وهكذا ثم عقد إبهامه في الثالثة ، صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأفطروا ثلاثين » (ف) .

(٢) من موضعي وقوع الطلاق بغير لفظ . (٣) في ٣٩ : الملوك في الأطراف .

(٤) هامش ١٨ : مثل كنايات الطلاق . من نسخة ثانية .

(٥) أخرجه الشيخان عن أبي هريرة بلفظ (تجاوز) بدل (عفا) (ف) .

ألا يقع ، لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته ، فلا يكون ناوياً للطلاق . والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به ، أو الكلام ، وهذا لم ينو طلاقاً فلا يؤاخذ به .

٥٩٤٥ (فصـــل)

وإن كتبه بشيء لا يبين[1] مثل أن كتبه بأصبعه على وسادة أو في الهواء ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع ، وقال أبو حفص العكبرى : يقع ، ورواه الأثرم عن الشعبي ، لأنه كتب حروف الطلاق فأشبه مالو كتبه بشيء يبين ، والأول أولى ، لأن الكتابة التي لاتبين كالهمس بالفم بما لا يتبين وثم لا يقع فههنا أولى .

٥٩٤٦ (فصـــل)

إذا كتب لزوجته : أنت طالق ، ثم استمد فكتب إذا أتاك كتابي ، أو علقه بشرط أو استثناء ، وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط ، لم يقع طلاقه في الحال ، لأنه لم ينو الطلاق في الحال ، بل نواه في وقت آخر ، وإن كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال ، وإن لم ينو شيئاً . وقلنا : إن المطلق يقع به الطلاق ، نظرنا ، فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة . لم يقع طلاق قبل وجود الشرط ، لأنه لو قال : أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ، ثم أتى بشرط تعلق به ، فالكتابة أولى ، وإن استمد لغير حاجة ولاعادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً . وإن قال : إننى كتبته مريداً للشرط ، فقياس قول أصحابنا أنها لاتطلق قبل الشرط ، إلا أنه يدين ، وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين ، بناء على قولهم فيمن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت تعليقه على شرط .

وإن كتب إلى امرأته : أما بعد ، فأنت طالق ، طلقت في الحال ، سواء وصل إليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه ، وإن كتب إليها : إذا وصلك كتابي فأنت طالق ، فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله إليها . وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق ، لأن الشرط وصوله . وإن ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق ، لأنه ليس بكتاب . وكذلك إن انطمس مافيه لعرق أو غيره ، لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة ، وإن ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لايخرجه عن كونه كتاباً ، ووصل باقيه طلقت ، لأن الباقي كتاب . وإن تخرق بعض مافيه الكتابه سوى مافيه ذكر الطلاق فوصل طلقت ، لأن الاسم باق ، فينصرف الاسم إليه ، وإن تخرق مافيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق ، لأن المقصود ذاهب ، فإن قال لها : إذا أتاك طلاقى فأنت طالق ، ثم كتب إليها : إذا أتاك كتابي فأنت طالق ، فأتاها الكتاب طلقت طلقتين ، لوجود الصفتين في مجيء الكتاب ، فإن قال : أردت إن أتاك كتابي فأنت طالق بذلك

(١) في ١٨ : لايتبين .

الطلاق الذى علقته ، دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

٥٩٤٧ (فصـــل)

ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه ، قال أحمد فى رواية حرب ، فى امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق : لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدل . قيل له : فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا ، إلا شاهدان . فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده ، حتى يشهد معه غيره ، لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ، ككتاب القاضى . وظاهر كلام أحمد : أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها ، وإن لم يشهدا به عند الحاكم لأن أثره فى حقها فى العدة وجواز التزويج بعد انقضائها . وهذا معنى يختص به ، لا يثبت به حق على الغير ، فاكتفى فيه بسماعها للشهادة ، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل ، لأن الخط يشبه به ويزور ، ولهذا لم يقبله الحاكم ، ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفتها له من غير شهادة .

وذكر القاضى أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ، ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة . وهذا مذهب الشافعى . والصحيح أن هذا ليس بشرط ، فإن كتاب القاضى لا يشترط فيه ذلك ، فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة وإنما يستنيب فيهما ، وقد يستنيب فيها من يعرفها ، بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال : هذا كتابى كان لهما أن يشهدا به .

باب الطـــــلاق بالحساب

٥٩٤٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا قال لها : نصفك طالق ، أو يدك أو عضو من أعضائك طالق ، أو قال لها : أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة ، وقعت بها واحدة ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥٩٤٩ ﴿ أحـــدهما ﴾

إنه إذا طلق جزءاً منها . والثانى : إذا طلق جزءاً من طلقة .

فأما الأول فإنه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها ، ســواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها[1] ، أو جزءاً من ألف جزء منها ، أو جزءاً معيناً كيدها ، أو رأسها ، أو إصبعها ، وهذا قول الحسن ، ومذهب الشافعى ، وأبى ثور ، وابن القاسم صاحب مالك ، ومذهب أصحاب الرأى ، إلا أنه إن أضافه إلى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس ، والوجه ، والرقبة ، والظهر ، والفرج ،

(١) فى المخطوطة : ١٨ كالنصف والسدس .

طلقت . وإن أضافه الى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق ، لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه ، أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق إليه كالسن والظفر .

ولنا : أنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعد النكاح ، فأشبه الجزء الشائع ، والأعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتبعض فى الحل والحرمة ، وجد فيها ما يقتضى التحريم والإباحة ، فغلب فيها حكم التحريم ، كما لو اشترك مسلم ومجوسى فى قتل صيد وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه ليس بثابت ، والشعر والظفر ليس بثابت ، فإنهما يزولان . ويخرج غيرها ، ولا ينقض مسهما الطهارة .

٥٩٥٠ (الفصل الثانى)

إذا طلقها نصف تطليقة أو جزءاً منها ، وإن قل فإنه يقع بها طلقة كاملة فى قول عامة أهل العلم إلا داود ، قال : لا تطلق بذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق ، منهم الشعبى ، والحارث العكلى ، والزهرى ، وقتادة ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبو عبيد . قال أبو عبيد : وهو قول مالك ، وأهل الحجاز ، والثورى ، وأهل العراق ، وذلك لأن ذكر بعض مالا يتبعض ذكر لجميعه كما لو قال نصفك طالق .

٥٩٥١ (فصل)

فإن قال : أنت طالق نصفىْ طلقة وقعت طلقة لأن نصفى الشىء كله . وإن قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف ، فكمل النصف ، فصارا طلقتين . وهذا وجه لأصحاب الشافعى . ولهم وجه آخر : أنها لا تطلق إلا واحدة ، لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة ، فيسقط ما ليس منها ، وتقع طلقة ، ولا يصح لأن إسقاط الطلاق الموقع من الأهل فى المحل ، لا سبيل إليه ، وإنما الإضافة إلى الطلقة الواحدة غير صحيح ، فلغت الإضافة .

وإن قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ، لأن نصف الطلقتين طلقة ، وذكر أصحاب الشافعى وجهاً آخر : أنه يقع طلقتان ، لأن اللفظ يقتضى النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل ، وما ذكرناه أولى ، لأن التنصيف يتحقق به ، وفيه عمل باليقين ، وإلغاء الشك ، وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى . وإن قال : أنت طالق نصفى طلقتين وقعت طلقتان ، لأن نصفى الشىء جميعه ، فهو كما لو قال : أنت طالق طلقتين . وإن قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لأن نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين .

٥٩٥٢ (فصل)

وإن قال : أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة ، وقعت طلقة لأنها أجزاء الطلقة ، ولو قال : أنت

طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة ، فقال أصحابنا يقع ثلاث ، لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة ، فظاهره أنها طلقات متغايرة ، ولأنها لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف ، فقال : ثلث الطلقة ، وسدس الطلقة . فإن أهل العربية قالوا : إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكراً فالثاني غير الأول ، وإن أعيد معرفا بالألف واللام فالثاني هو الأول . كقوله تعالى : « إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً » [1] فالعسر الثاني هو الأول لإعادته معرفا ، واليسر الثاني غير الأول لإعادته منكراً . ولهذا قيل : [2] « لن يغلب عسر يسرين » . وقيل : لو أراد بالثانيه الأولى لذكرها بالضمير لأنه الأولى .

وإن قال : أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة ، طلقت طلقة . لأنه لم يعطف بواو العطف ، فيدل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة ، ولأنه يكون الثاني ههنا بدلا من الأول ، والثالث من الثاني ، البدل هو المبدل أو بعضه ، فلم يقتض المغايرة . وعلى هذا التعليل لو قال : أنت طالق طلقة نصف طلقة ، أو طلقة طلقة ، لم تطلق إلا طلقة ، فإن قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة لأن هذه أجزاء الطلقة إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فتطلق ثلاثاً .

ولو قال أنت طالق نصفاً وثلثاً وربعاً طلقت طلقتين ، لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس ، ثم يكمل. وإن أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً . وإن قال : أنت طلقة ، أو أنت نصف طلقة ، أو أنت نصف طلقة، ثلث طلقة، سدس طلقة . أو أنت نصف طالق، وقع بها طلقة، بناء على قولنا في أنت الطلاق أنه صريح في الطلاق ، وههنا مثله .

٥٩٥٣ (فصـــل)

فإن قال لأربع نسوه له : أوقعت بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة . كذلك قال الحسن ، والشافعي ، وابن القاسم ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم تكملت . وإن قال : بينكن طلقة فكذلك ، نص عليه أحمد ، لأن معناه أوقعت بينكن طلقة ، وإن قال أوقعت بينكن طلقتين ، وقع بكل واحدة طلقة ، ذكره أبو الخطاب ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . وقال أبو بكر والقاضي : تطلق كل واحدة طلقتين ، ويروى عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه روى عنه في رجل قال : أوقعت بينكن ثلاث تطليقات : ما أرى إلا قد بنّ منه ، لأننا إذا قسمنا كل طلقة بينهن حصل لكل واحدة جزءان من طلقتين ، ثم تكمل . والأول أولى ، لأنه لو قال : أنت طالق نصف

(١) سورة الإنشراح آية ٥و٦

(٢) أخرجه الحاكم عن الحسن مرسلا (ف) .

طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق فى واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة ، وإنما يقسم بالأجزاء مع الاختلاف كالدُّور ونحوها من المختلفات .

أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فإنما تقسم برءوسها ، ويكمل نصيب كل واحد من واحد كأربعة لهم درهمان صحيحان ، فإنه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد ، والطلقات لا اختلاف فيها ، ولأن فيما ذكرناه أخذاً باليقين فكان أولى[1] من إيقاع طلقة زائدة بالشك ، فإن أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ما قال[2] أبو بكر ، وإن قال : أوقعت بينكن ثلاث طلقات ، أو أربع طلقات ، فعلى قولنا تطلق كل واحدة طلقة ، وعلى قولها يطلقن ثلاثاً ثلاثاً . وإن قال : أوقعت بينكن خمس طلقات وقع بكل واحدة طلقتان . كذلك قال الحسن ، وقتادة ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لأن نصيب كل واحدة طلقة وربع ، ثم تكمل . وكذلك إن قال : ستاً أو سبعاً أو ثمانياً . وإن قال : أوقعت بينكن تسعاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً .

٥٩٥٤ (فصـــل)

فإن قال : أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة ، وقع بكل واحدة منهن ثلاث ، لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ، ويستوى فى ذلك المدخول بها وغيرها فى قياس المذهب ، لأن الواو لا تقتضى ترتيباً . وإن قال : أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك ، لأن هذا يقتضى وقوع ثلاث على ما قدمنا[3] . وإن قال : أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثاً ، إلا التى لم يدخل بها فإنها لا تطلق إلا واحدة ، لأنها بانت بالأولى ، ثم يلحقها ما بعدها .

٥٩٥٥ (فصـــل)

فإن قال لنسائه : أنتن طوالق ثلاثاً ، أو طلقتكن ثلاثاً ، طلقن ثلاثاً ثلاثاً . نص عليه أحمد . لأن قوله : طلقتكن يقتضى تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ، ثم وصف ماعمهن به من الطلاق بأنه ثلاث ، فصار لكل واحدة ثلاث ، بخلاف قوله : أوقعت بينكن ثلاثاً ، فإنه يقتضى قسمة الثلاث عليهن ، لكل واحدة منهن جزء منها ، وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة .

٥٩٥٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن قال لها : شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق ﴾

---

(١) فى المخطوطه ٢٠ ، ٣٩ : فكان هو الأولى ، (٢) فى المخطوطة ١٨ ، ٢٠ : ما قاله .

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : على ما قلنا .

لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما ، فليس هما كالأعضاء الثابتة ، وبهذا قال أصحاب الرأى . وقال مالك، والشافعى : تطلق بذلك ، ونحوه عن الحسن ، لأنه جزء يستباح بنكاحها ، فتطلق به كالإصبع .

ولنا : أنه جزء ينفصل عنها فى حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالحمل والرِّيق ، فإنه لا خلاف فيهما ، وفارق الإصبع ، فإنها لا تنفصل فى حال السلامة ، ولأن الشعر لا روح فيه ، ولا ينجس بموت الحيوان ، ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن ولأن الحمل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه لأن مآله إلى الانفصال وهذه كذلك ، والسن فى معناهما لأنها تزول من الصغير ويخلف غيرها وتنقلع من الكبير .

٥٩٥٧ (فصـــل)

وإن إضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأن هذه ليست من جسمها وإنما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها والحمل مودع فيها . قال الله تعالى : « وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَمُسْتَقَرٌّ وَمُسْتَوْدَعٌ » . قيل : مستودع فى بطن الأم . وإن أضافه إلى الزوج . فقال أبوبكر : لا يختلف قول أحمد فى الطلاق والعتق والظهار والحرام أن هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر ، والسن ، والظفر ، والروح ، جرد القول عنه مهنا ابن يحيى ، والفضل بن زياد القطان . فبذلك أقول : ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به .

٥٩٥٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق ﴾

وجملة ذلك : أن من شك فى طلاقه لم يلزمه حكمه ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأى ، لأن النكاح ثابت بيقين ، فلا يزول بشك . والأصل فى هذا حديث عبدالله بن زيد ، عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشىء فى الصلاة ، فقال : لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » . متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك ، ولأنه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر فى الحدث أو المحدث فى الطهارة ، والورع التزام الطلاق . فإن كان المشكوك فيه طلاقاً رجعياً راجع امرأته إن كانت مدخولا بها وجدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها ، أو قد انقضت عدتها ، وإن شك فى طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها ، لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق ، فلا تحل لغيره . وحكى عن شريك : أنه إذا شك فى طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة فى الحكم ، وليس بشىء ، لأن التلفظ بالرجعية ممكن مع الشك

---

(١) سورة الأنعام آية ٩٨

فى الطلاق . ولا يفتقر إلى ما تفتقر إليه العبادات من النية ، ولأنه لو شك فى طلقتين فطلق واحدة لصار شاكاً فى تحريمها عليه ، فلا تفيده الرجعة .

٥٩٥٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً اعتزلها ، وعليه نفقتها ما دامت فى العدة . فإن راجعها فى العدة لزمته النفقة ، ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق[1] لأنه متيقن للتحريم ، شاك فى التحليل ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا طلق وشك فى عدد الطلاق ، فإنه يبنى على اليقين . نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور ، فى رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدرى واحدة أم ثلاثاً ؟ قال : أما الواحدة فقد وجبت عليه ، وهى عنده حتى يستيقن . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، لأن ما زاد على القدر الذى تيقنه طلاق مشكوك فيه ، فلم يلزمه كما لو شك فى أصل الطلاق ، وإذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة ، وإذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية ، قال الخرقى : ويحرم وطؤها ، ونحوه قول مالك . إلا أنه حكى عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه . وقولهما تيقن فى التحريم لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك فى رفعه بالرجعة ، فلا يرتفع بالشك ، كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك فى موضعها ، فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ، ولا يزول إلا بغسل جميعه . وفارق لزوم النفقة ، فإنها لا تزول بالطلقة الواحدة فهى باقية ، لأنها كانت باقية ، ولم يتيقن زوالها ، وظاهر قول غير الخرقى من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور ، لأن التحريم المتعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقيناً . فإن التحريم أنواع : تحريم تزيله الرجعة ، وتحريم يزيله نكاح جديد ، وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ، ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى ، كمن تيقن فى الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ، ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ، ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة ، فنظير مسألتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك فى نجاسة سائره ، فإن حكم النجاسة فيه يزول بغسل الكم وحدها كذا هنا ، ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع يقينه ، فإن الرجعية مباحة لزوجها فى ظاهر المذهب فما هو إذاً متيقن للتحريم بل شاك فيه متيقن الإباحة .

٥٩٦٠ (فصل)

إذا رأى رجلان طائراً فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب ، وحلف الآخر بالطلاق أنه حمام ، فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما ، لأن يقين النكاح ثابت ، ووقوع الطلاق مشكوك فيه فإن ادعت

(١) فى المخطوطة ٢٠ كم طلق

امرأة أحدهما حنثه فيها ، فالقول قوله ، لأن الأصل معه ، واليقين فى جانبه . ولو كان الحالف واحداً فقال : إن كان غراباً فنساؤه طوالق . وإن كان حماماً فعبيده أحرار . أو قال : إن كان غراباً فزينب طالق ، وإن كان حماماً فهند طالق . ولم يعلم ما هو لم يحكم بحنثه فى شىء لأنه متيقن للنكاح شاك فى الحنث فلا يزول عن يقين النكاح والملك بالشك .

فأما إن قال أحد الرجلين إن كان غراباً فامرأته طالق ثلاثا ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فامرأته طالق ثلاثا . فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ، ولا يحكم به فى حق واحد منهما بعينه بل تبقى فى حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى ، لأن كل واحد منهما يقين نكاحه باق ، ووقوع طلاقه مشكوك فيه . فأما الوطء فذكر القاضى أنه يحرم عليهما ، لأن أحدهما حانث[1] بيقين ، وامرأته محرمة عليه وقد أشكل ، فحرم عليهما جميعا ، كما لو حنث فى إحدى امرأتيه لا بعينها ، وقال أصحاب الرأى ، والشافعى : لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته ، لأنه محكوم ببقاء نكاحه ، ولم يحكم بوقوع الطلاق عليه . وفارق الحانث فى إحدى امرأتيه ، لأنه معلوم زوال نكاحه عن إحدى زوجتيه. قلنا: إنما تحقق حنثه فى واحدة غير معينة ، وبالنظر إلى كل واحدة مفردة ، فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه . لكن لما تحققنا أن إحداهما حرام ولم يمكن تمييزها حرمتا عليه جميعا ، وكذلك ههنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته ، وحرمت عليه ، وتعذر التمييز ، فيحرم الوطء عليهما ، ويصير كما لو تنجس أحد الإناءين لا بعينه ، فإنه يحرم استعمال كل واحد منهما ، سواء كانا لرجلين ، أو لرجل واحد . وقال مكحول : يحمل الطلاق عليهما جميعاً ، ومال إليه أبو عبيد ، فإن ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال ، وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ونحو هذا قال عطاء ، والشعبى ، والزهرى ، والحارث العكلى ، والثورى ، والشافعى ، لأن كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه ، وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث طلقت زوجتاهما بإقرارهما على أنفسهما ، وإن أقر أحدهما حنث وحده ، وإن ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله ، وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين .

٥٩٦١ (فصل)

فإن قال أحدهما : إن كان هذا غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فعبدى حر ، فطار ولم يعلما حاله لم نحكم بعتق واحد من العبدين فإن اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذى اشتراه ، لأن إنكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه ، وإقرار بعتق الذى اشتراه ، وإذا اشترى من أقر بحريته عتق عليه . وإن لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان فى يده وأحدهما

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ و ١٨ حنث.

حر ولم يعلم بعينه . ويرجع في تعيينه إلى القرعة ، وهـذا قول أبي الخطاب ، وذهب القاضي إلى أنه يعتق الذي اشتراه في الموضعين ، لأن تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه ، وهذا مذهب الشافعي .

ولنا : أنه لم يعترف لفظاً ، ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف . فإن الشرع يسوّغ له إمساك عبده مع الجهل استناداً إلى الأصل ، فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما ؟

وإنما اكتفينا في إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه ، فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما كانا له فحلف بعتق أحدهما وحده ، فيقرع بينهما حينئذ ، ولو كان الحالف واحداً فقال : إن كان غراباً فعبدي حر ، وإن لم يكن غراباً فأمتي حرة ، ولم يعلم حاله فإنه يقرع بينهما ، فيعتق أحدهما . فإن ادعى أحدهما أنه الذي عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه .

٥٩٦٢ (فصــــل)

وإن قال : إن كان غراباً فهذه طالق ، وإن لم يكن غراباً فهذه الأخرى طالق ، فطار ولم يعلم حاله ، فقد طلقت إحداهما ، فيحرم عليه قربانهما ، ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما ، لأنهما محبوستان عليه لحقه . وذهب أصحابنا إلى أنه يقرع بينهما ، فتخرج بالقرعة المطلقة منهما ، كقولنا في العبيد ، والصحيح أن القرعة لا مدخل لها ههنا ، لما سنذكره فيما إذا طلق واحدة وأنسيها ، وهو قول أكثر أهل العلم . فعلى هذا يبقى التحريم فيهما الى أن يعلم المطلقة منهما ، ويؤخذ بنفقتهما . فإن قال : هذه التي حنثت فيها ، حرمت عليه ، ويقبل قوله في حل الأخرى ، فإن ادعت التي لم يعترف بطلاقها أنها المطلقة فالقول قوله لأنه منكر وهل يحلف؟ يخرج على روايتين .

٥٩٦٣ (فصــــل)

فإن قال : إن كان غراباً فنساؤه طوالق ، وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف في الملكين حتى يتبين ، وعليه نفقة الجميع فإن قال كان غراباً طلق نساؤه ، ورق عبيده : فإن ادعى أنه لم يكن غراباً ليعتقوا فالقول قوله ، وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال : لم يكن غراباً عتق عبيده ولم تطلق النساء .

فإن ادعين أنه كان غرابا ليطلقن فالقول قوله ، وفي تحليفه وجهان ، وكل موضع قلنا يستحلف فنكل عن اليمين قضي عليه بنكوله ، وإن قال : لا أعلم ماالطائر ؟ فقياس المذهب أن يقرع بينهما فإن وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد ، وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء . وهذا قول أبي ثور ، وقال أصحاب الشافعي : إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا ، وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد ، لأن القرعة لها مدخل في العتق ، لكون النبي صلى الله عليه وسلم «أقرع بين العبيد الستة»

ولا مدخل لها فى الطلاق لأنه لم ينقل مثل ذلك فيه ، ولا يمكن قياسه على العتق ، لأن الطلاق حل قيد النكاح ، والقرعة لا تدخل فى النكاح ، والعتق حل الملك ، والقرعه تدخل فى تمييز الأملاك . قالوا : ولا يقرع بينهم إلا بعد موته ، ويمكن أن يقال على هذا : إن مالا يصلح للتعيين فى حق الموروث لا يصلح فى حق الوارث كما لو كانت اليمين فى زوجتين ، ولأن الإماء محرمات على الموروث تحريما لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن .

٥٩٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لزوجاته ، إحدا كن طالق ، ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن ، فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن ﴾

وجملته : أنه إذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها[1] فإنها تخرج بالقرعة ، نص عليه فى رواية جماعة . وبه قال الحسن ، وأبو ثور . وقال قتادة ، ومالك : يطلقن جميعاً ، وقال حماد بن أبى سليمان ، والثورى ، وأبو حنيفة ، والشافعى : له أن يختار أيتهن شاء ، فيوقع عليها الطلاق ، لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه ، فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه ، لأنه استيفاء ما ملكه .

ولنا : أن ماذكرناه مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما ، ولا مخالف لهما فى الصحابة ، ولأنه إزالة ملك بنى على التغليب والسراية ، فتدخله القرعة كالعتق. وقد ثبت الأصل بكون النبى صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ، ولأن الحق لواحد غير معين ، فوجب تعيينه بالقرعة ، كالحرية فى العبيد إذا أعتقهم فى مرضه ، ولم يخرج جميعهم من الثلث ، وكالسفر بإحدى نسائه ، والبداية بإحداهن فى القسم ، وكالشريكين إذا اقتسما ، ولأنه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسيّة . وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعاً : فإنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع ، كما لو عينها . وقولهم إنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا : ملكه للتعيين بالإيقاع لا يلزمه أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها . وأنسيها ، وأما إن نوى واحدة بعينها طلقت وحدها ، لأنه عينها بنيته فأشبه مالو عينها بلفظه ، وإن قال : إنما أردت فلانة قبل منه ، لأنه يحتمل ما قاله ، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن ، فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها فى الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق .

٥٩٦٥ (فصل)

وإذا قال لنسائه : إحدا كن طالق غداً ، فجاء غد طلقت واحدة منهن ، وأخرجت بالقرعة . فإن مات

(١) فى المخطوطة ٢٠ غير معينة

قبل الغد ورثنه كلهن . وإن ماتت إحداهن ورثها ، لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق . فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء ، فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء ، وصارت كالمعينة بقوله : أنت طالق غداً وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق فى الأحياء ، فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت الأخرى ، كما لو قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق . وهو قول أبى حنيفة .

والفرق بينهما ظاهر ، فإن الأجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله ، فلا ينصرف قوله إليها ، وهذه قد كانت محلا للطلاق وإرادتها بالطلاق ممكنة .

وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى ، وحدوث الموت بها لا يقتضى فى حق الأخرى طلاقا ، فتبقى على ما كانت عليه ، والقول فى تعليق العتق كالقول فى تعليق الطلاق . وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر ، فإن وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه . وعلى قول القاضى ينبغى أن يتعين العتق فى الباقين . وكذلك ينبغى أن يكون مذهب أبى حنيفة ، والشافعى . لأن له تعيين العتق عندهم بقوله ، فبيع أحدهم صرف للعتق عنه ، فيتعين فى الباقين . وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين . فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن معسراً لم يعتق إلا نصفه .

٥٩٦٦ (فصــــل)

وإذا قال : امرأتى طالق ، وأمتى حرة ، وله نساء وإماء ، ونوى بذلك معينة ، انصرف إليها . وإن نوى واحدة مُبْهمة فهى مبهمة فيهن . وإن لم ينو شيئا فقال أبو الخطاب : يطلق نساؤه كلهن ، ويعتق إماؤه ، لأن الواحد المضاف يراد به الكل ، كقوله تعالى : « وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللهِ لاَ تُحْصُوهَا[1] » و « أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ[2] » ولأن ذلك يروى عن ابن عباس . وقال الجماعة : يقع على واحدة مبهمة ، وحكمه حكم ما لو قال : إحداكن طالق وإحداكن حرة، لأن لفظ الواحد لا يستعمل فى الجمع إلا مجازاً، والكلام لحقيقته مالم يصرفه عنها دليل ، ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

٥٩٦٧ ﴿ مســـألة ﴾

وقال ﴿ وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة ﴾

أكثر أصحابنا على أنه اذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها[3] أنها تخرج بالقرعة ، فيثبت حكم الطلاق فيها ، ويحل له الباقيات ، وقد روى اسماعيل بن سعيد ، عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا

(١) سورة ابراهيم آية ٣٤ (٢) سورة البقرة آية ١٨٧ (٣) فى ١٨ و ٢٠ونسيها .

لمعرفة الحل ، تستعمل لمعرفة الميراث ، فإنه قال : سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأته من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق ؟ قال : أكره أن أقول فى الطلاق بالقرعة . قلت : أرأيت إن مات هذا ؟ قال : أقول بالقرعة ، وذلك لأنه تصير القرعة على المال ، وجماعة من روى عنه القرعة فى المطلقة المنسية إنما هو فى التوريث . فأما فى الحل فلا ينبغى أن يثبت بالقرعة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، فالكلام إذن فى المسألة فى شيئين .

أحدهما : فى استعمال القرعة فى المنسية للتوريث .

والثانى : فى استعمالها فيها للحل ، أما الأول فوجهه : ما روى عبد الله بن حميد قال : « سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة ، قدم البصرة فطلق إحداهن ، ونكح ثم مات لا يدرى الشهود أيتهن طلق ؟ فقال : قال على رضى الله عنه : أقرع بين الأربع ، وأنذر[1] منهن واحدة ، وأقسم بينهن الميراث» ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كالشركاء فى القسمة ، والعبيد فى الحرية .

وأما القرعة فى الحل فى المنسية فلا يصح استعمالها ، لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية ، فلم تحل له إحداها بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ، ولأن القرعة لا تزيل التحريم من المطلقة ، ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه ، ولاحتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ، ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر ، فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها . وقد قال الخرقى فيمن طلق امرأته فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً ؟ ومن حلف بالطلاق ألا يأكل تمرة فوقعت فى تمر فأكل منه واحدة : لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التى وقعت عليها اليمين . فحرمها مع أن الأصل بقاء النكاح ، ولم يعارضه يقين التحريم ، فههنا أولى .

وهكذا الحكم فى كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها ، مثل أن يرى امرأة فى روزنة ، أو مُوَلِّيةً ، فيقول : أنت طالق ، ولا يعلم عينها من نسائه ، وكذلك إذا وقع الطلاق على إحدى نسائه فى مسألة الطائر وشبهها ، فإنه يحرم جميع نسائه عليه حتى تتبين المطلقة . ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه ، وإن أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئاً ، ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزوج ، لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة ، ولا يحل للزوج غيرها ، لاحتمال أن تكون المطلقة ، وقال أصحابنا : إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها ، فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها . وحل

---

(١) هكذا (وأنذر) بالذال المعجمة فى النسخ المطبوعة وأرجح أنها (وأندر) بالدال المهملة أى (وأسقط) لأنه سيسقط واحدة من خمسة (أربع من خراسان وواحدة من البصرة) (ف) .

للزوج مَنْ سواها ، كما لو كان الطلاق فى واحدة غير معينة . واحتجوا بما ذكرنا من حديث على ، ولأنها مطلقة لم تعلم بعينها ، فأشبه ما لو قال : إحداكن طالق ، ولأنه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية ، أشبه العتق . والصحيح إن شاء الله أن القرعة لا تدخل ههنا لما قدمنا . وفارق ما قاسوا عليه فإن الحق لم يثبت لواحد بعينه ، فجعل الشرع القرعة معينة ، فإنها تصلح للتعيين . وفى مسألتنا الطلاق واقع فى معينة لا محالة ، والقرعة لا ترفعه عنها ، ولا توقعه على غيرها ، ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها ، واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها ، بل هو أظهر فى غيرها ، فإنهن إذا كن أربعاً فاحتمال وقوعه فى واحدة منهن بعينها أندَر من احتمال وقوعه فى واحدة من ثلاث .

ولذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية ، أو ميتة بمذكاة ، أو زوجته بأجنبية ، أو حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت فى تمر ، وأشباه ذلك مما يطول ذكره ، لا تدخله قرعة ، فكذا ههنا ، وأما حديث على فهو فى الميراث لا فى الحل . وما نعلم بالقول بها فى الحل من الصحابة قائلا .

٥٩٦٨ (فصــــل)

فعلى قول أصحابنا إذا ذكر أن المطلقة غير التى وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت محرمة عليه ، ويكون وقوع الطلاق من حين طلّق ، لا من حين ذكر ، وقوله فى هـذا مقبول لأنه يقر[1] على نفسه ، وترد إليه التى خرجت عليها القرعة ، لأننا تبينا أنها غـير مطلقة ، والقرعة ليست بطلاق ، لا صريح ولا كناية ، فإن لم تكن تزوجت ردت إليه وقبل قوله فى هذا لأنه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت ، أو يكون بحكم حاكم ، لأنها إذا تزوجت تعلق بها حق الزوج الثانى ، فلا يقبل قوله فى فسخ نكاحه . والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين .

قال أحمد فى رواية الميمونى : إذا كان له أربع نسوة فطلق واحـدة منهن ولم يدر أيتهن طلق ، يقرع بينهن ، فإن أقرع بينهن فوقعت القرعة على واحدة ثم ذكر التى طلق ، فقال : هذه ترجع إليه ، والتى ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها ، فإن تزوجت فهذا شىء قد مر . فإن كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع إليه لأن الحاكم فى ذلك أكبر منه[2] . وقال أبو بكر وابن حامد: متى أقرع ثم قال بعد ذلك إن المطلقة

(١) فى ٢٠ : إقرار على نفسه .

(٢) أخرج مسلم ج ٣ ص ١٣٨٨ عن عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً » (ف) .

غيرها وقع الطلاق بهما جميعاً ولا ترجع إليه واحدة منهما لأن[1] التى عينها بالطلاق تحرم بقوله وترثه إن مات ولا يرثها . ويجىء على قياس قولها أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها .

٥٩٦٩ (فصــــل)

فإن قال : هذه المطلقة قبل منه ، وإن قال : هذه المطلقة ، بل هذه ، طلقتا ، لأنه أقر بطلاق الأولى ، فقبل إقراره ، ثم قبل إقراره بطلاق الثانيـة ، ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى ، وكذلك لو كن ثلاثاً فقال : هذه ، بل هـذه ، [بل هذه][2] طلقن كلهن . وإن قال : هذه ، أو هذه ، بل هذه طلقت الثالثة[3] وإحدى الأوليين . وإن قال : طلقت هذه ، بل هذه أو هذه ، طلقت الأولى ، وإحدى الأخريين ، وإن قال : أنت طالق ، وهذه ، أو هذه ، فقال القاضى : هى كذلك ، وذكر أنه قول الـكسائى .

وقال محمد بن الحسن : تطلق الثانية ، ويبقى الشك فى الأولى والثـالثة ، وجه الأول : أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ، ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك ، فيكون الشك فيهما ، ولو قال : طلقت هذه أو هذه وهذه ، طلقت الثانية ، وكان الشك فى الأوليين . ويحتمل فى هاتين المسـألتين أن يكون الشك فى الجميع ، لأنه فى الأولى أتى بحرف الشك بعدها ، فيعود إليهما . وفى المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال طلقت هذه وهذه ، أو هذه ، طولب بالبيان ، فإن قال : هى الثالثة طلقت وحـدها ، وإن قال:لم أطلقها طلقت الأولتان ، وإن لم يبين أقرع بين الأوليتين والثالثة ، قال القاضى فى المجرد وهذا أصح ، وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان ، فإن قال هى الأولى طلقت وحدها ، وإن قال ليست الأولى طلقت الأخريان كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبـل التعيين ، ،إن وطىء لم يكن تعييناً ، وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطـلاق فى الأخرى وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق فى الأخرى ، لأنهـا ماتت قبل ثبوت طلاقها .

ولنا : أن موت إحداهما أو وَطأها لا ينفى احتمال كونها مطلقة،فلم يكن تعييناً لغيرها كمرضها.وإن قال: طلقت هذه وهذه،فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدرى أهما الأولتان أم الآخرتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين، فإن قال : هما الأولتان تعين الطلاق فيهما . وإن قال لم أطلق الأولتين تعين الآخرتان ، وإن قال إنما أشك فى طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقى الشك فى الثلاث ومتى فسر كلامه بشىء محتمل قبل منه .

---

(١) فى النسخ المطبوعة (لا أن) والصواب لأن كما فى الشرح الـكبير ج ٨ ص ٤٦٢ (ف) .
(٢) سقط من النسخ المطبوعة (بل هذه) والصواب زيادتها وهى فى الشرح الـكبير (ف) .
(٣) فى النسخ المطبوعة (الثانية) والصواب (الثالثة) كما فى الشرح الـكبير (ف) .

٥٩٧٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهن ﴾

نص أحمد على هذا . وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهن كلهن، لأنهن تساوين في احتمال استحقاقه ، ولا يخرج الحق عنهن . وقال الشافعي : يوقف الميراث . المختص بهن حتى يصطلحن عليه ، لأنه لا يعلم المستحق منهن . ووجه قول الخرقي قول علي رضي الله عنه ، ولأنهن قد تساوين ولا سبيل إلى التعيين ، فوجب المصير إلى القرعة ، كمن أعتق عبيداً في مرضه لا مال[1] له سواهم ، وقد ثبت الحكم فيهم بالنص ولأن توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقيناً والوقف لا إلى غاية حرمان لمن يستحق يقيناً والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع .

٥٩٧١ (فصل)

فإن مات بعضهن أو جميعهن أقرعنا بين الجميع ، فمن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها . وإن مات بعضهن قبله وبعضهن بعده وخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها ، وإن خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه . فإن قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقتها أو قال : في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها ، لأنه يقر على نفسه ، ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه ، لأن علم ذلك إنما يعرف من جهته ولأن الأصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها ، والأصل عدمه ، وهل يستحلف على ذلك ؟ فيه روايتان .

فإن قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ، ولم يرث الأخرى لإقراره بطلاقها فإن مات فقال ورثته لإحداهن : هذه المطلقة ، فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها [بطلاقها] حرمناها ميراثه وإن أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه أن القول قولها ، لأنها تدعي بقاء نكاحها[2] وهم يدعون زواله والأصل معها فلا يقبل قولهم عليها إلا ببينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما لأن ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وإنما يتوفر على ضرائرها ، وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله وإن مات لم ترثه لإقرارها بأنها لا يستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لأننا لم نقبل قولها فيما عليها ، وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق يبينها ، فأما إن كان رجعياً ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه[3] .

(١) في المخطوطة ١٨ : ولا مال (٢) في المخطوطة ١٨و٣٩ : النكاح .

(٣) على هامش ٢٠ : توارثا . من نسخة أخرى .

٥٩٧٢ (فصـــــل)

وإذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة . نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات . نص عليه أحمد أيضاً ، وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني[1] وأبو حنيفة إلى أن الباقين بين الأربع ، وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعي يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن . ووجه الأقوال ماتقدم . وقال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن[2] ثلاثاً وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدرى أيتهن طلق ثلاثاً وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن فالتي أبانها تخرج ولا ميراث لها . هذا فيما إذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فإنه لا يحرم الميراث إلا المطلقة ثلاثاً فالباقيتان رجعيتان يرثنه في العدة ويرثهن ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذى مات فيه لورثة الجميع في العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان

٥٩٧٣ (فصـــــل)

إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أو بعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة وخرج ابن حامد وجها في أنه لا يصح نكاح الخامسة لأن المطلقة في حكم نسائه بالنسبة إلى وجوب الإنفاق[3] عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح لأننا علمنا أن منهن واحدة بائناً منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته ؟ وإنما الإنفاق[4] عليهما لأجل حبسها ومنعها من التزويج بغيره لأجل اشتباهها ، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو قرعة فعدتها من حين طلاقها لا من حين عينها . وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين . وهذا فاسد . فإن الطلاق وقع حين إيقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وإنما التعيين تبيين لما كان واقعاً ، وإن مات الزوج قبل البيان فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني. قال أبو عبيد : وهو قول أهل الحجاز والعراق ، لأن كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح، والأصل

(١) في بعض النسخ المطبوعة (وعطاء والخراساني) والصواب (وعطاء الخراساني) بدون عطف ، قال عبد الرحمن بن يزيد كان يحيي الليل وثقة ابن معين وأبو حاتم قال ابنه عثمان : مات سنة خمس وثلاثين ومائة عن خمس وثمانين سنة قاله أبو نعيم (ف).

(٢) في المخطوطه ٣٩ : إحداهن في الفقرة كلها

(٣) في المخطوطة ١٨ : النفقه

(٤) في المخطوطة ١٨ : في النفقة

بقاؤه فتلزمها عدته ، والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق. لكن عدة الطلاق من حين طلق ، وعدة الوفاة من حين موته لأن كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ، ويحتمل أنها المطلقة ، فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقيناً إلا بأطولها . وهذا فى الطلاق البائن فأما الرجعى فعليها عدة الوفاة بكل حال ، لأن الرجعية زوجة .

٥٩٧٤ (فصل)

إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه إلا عدلان . ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل : أتجوز شهادة رجل وامرأتين فى الطلاق ؟ قال : لا والله . إنما كان كذلك لأن الطلاق ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال ، فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص ، فإن لم تكن بينة فهل يستحلف ؟ فيه روايتان . نقل أبو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه »[1] وقوله « اليمين على من أنكر »[2] ولأنه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر . ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف فى الطلاق والنكاح ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته ، وإن اختلفا فى عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه، فإذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمتنع منه إذا أرادها وتفتدى منه إن قدرت. قال أحمد لا يسعها أن تقيم معه، وقال أيضاً تفتدى منه بما تقدر عليه فإن أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقربه وتهرب إن قدرت ، وإن شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال جابر بن زيد وحماد بن أبى سليمان وابن سيرين : تفر منه ما استطاعت وتفتدى منه بكل ما يمكن ، وقال الثورى ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وأبو عبيد : تفر منه ، وقال مالك لا تتزين له ولا تبدى له شيئاً من شعرها ولا عريتها ، ولا يصيبها إلا وهى مكرهة ، وروى عن الحسن ، والزهرى ، والنخعى ، يستحلف ثم يكون الإثم عليه ، والصحيح ما قاله الأولون ، لأن هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه ، فوجب عليها الامتناع والفرار منه ، كسائر الأجنبيات . وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدى زور فحكم له الحاكم بالزوجية ، ولو تزوجها تزويجاً باطلا وسلمت إليه بذلك فالحكم فى هذا كله كالحكم فى المطلقة ثلاثاً .

٥٩٧٥ (فصل)

ولو طلقها ثلاثاً ثم جحد طلاقها . لم ترثه ، نص عليه أحمد وبه قال قتادة وأبو حنيفة وأبو يوسف

(١) أخرجه أحمد ومسلم عن ابن عباس (ف) . (٢) أخرجه البيهقى عن ابن عمر (ف) .

والشافعى وابن المنذر ، وقال الحسن ترثه لأنها فى حكم الزوجات ظاهراً .

ولنا : أنها تعلم أجنبية فلم ترثه كسائر الأجنبيات ، وقال أحمد فى رواية أبى طالب : تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك ، يجىء فيدعيها فترد عليه وتعاقب .وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه ، لا تأخذ ماليس لها ، تفر منه ، ولا تخرج من البلد . ولكن تختفى فى بلدها . قيل له : فإن بعض الناس قال : تقتله هى بمنزلة من يدفع عن نفسه ، فلم يعجبه ذلك ، فمنعها من التزويج[1] قبل ثبوت طلاقها ، لأنها فى ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق ، فإذا تزوجت غيره وجب عليها فى ظاهر الشرع العقوبة والرد إلى الأول ، ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الأمر ، وذاك بباطنه ، ولم يأذن لها فى الخروج من البلد ، لأن ذلك يقوى التهمة فى نشوزها ولا[2] فى قتله قصداً ، لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً ، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا إثم عليها ، ولا ضمان فى الباطن ، فأما فى الظاهر فإنها تؤخذ بحكم القتل مالم يثبت صدقها .

٥٩٧٦ (فصـــــل)

قال أحمد : إذا طلقها ثلاثا فشهد عليه أربعة أنه وطئها ، أقيم عليه الحد[3] إنما أوجبه لأنها صارت بالطلاق أجنبية ، فهى كسائر الأجنبيات ، بل هى أشد تحريما ، لأنها محرمة وطئا ونكاحا ، فإن جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه ، وبهذا قال الشعبى ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والثورى ، والأوزاعى ، وربيعة ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأن جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه ، وذلك شبهة فى درء الحد عنه ، ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا بإقراره بذلك ، فإن قال : وطئتها عالما بأننى كنت طلقتها ثلاثا كان إقراراً منه بالزنا ، فيعتبر فيه ما يعتبر فى الإقرار بالزنا .

٥٩٧٧ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ، ثم طلقها ، أومات عنها ، وقضت العدة ثم تزوجها الأول ، فهى عنده على ما بقى من الثلاث ﴾

وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال .

أحدها أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها ، الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم قاله ابن المنذر.

---

(١) الصواب (التزوج) ، وهو فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٥ (ف)
(٢) فى النسخ (ولأن فى قتله) والصواب (ولا فى قتله) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٥ (ف)
(٣) على هامش ٣٩ : حد . من نسخة أخرى

والثانى : أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع إليه على ما بقى من طلاقها بغير خلاف نعلمه .

والثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول فمن أحمد فيها روايتان .

إحداهما : ترجع إليه على ما بقى من طلاقها وهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر ، وعلى ، وأبى ، ومعاذ ، وعمران بن حصين ، وأبى هريرة . وروى ذلك عن زيد ، وعبد الله بن عمرو ابن العاص . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعبيدة ، والحسن ، ومالك ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، ومحمد بن الحسن ، وابن المنذر .

والرواية الثانية: عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث، وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس، وعطاء ، والنخعى ، وشريح ، وأبى حنيفة ، وأبى يوسف ، لأن وطء الزوج الثانى مثبت للحل ، فيثبت حلاً يتسع لثلاث تطليقات ، كما بعد الثلاث ، لأن الوطء الثانى يهدم الطلقات الثلاث . فأولى أن يهدم ما دونها .

ولنا : أن وطء الثانى لا يحتاج إليه فى الإحلال للزوج الأول ، فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ، ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث ، فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثانى ، وقولهم : إن وطء الثانى يثبت الحل لا يصح لوجهين .

أحدهما : منع كونه مثبتاً للحل أصلا ، وإنما هو فى الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى : « فَلا تَحِلُّ له من بعدُ حتىَّ تنـكِحَ زَوْجا غَيْره[1] » وحتى للغاية ، وإنما سمى النبى صلى الله عليه وسلم الزوج الذى قصد الحيلة محللا تجوزاً ، بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حِلاًّ لا يستحق لعنا .

والثانى : أن الحل إنما يثبت فى محل فيه تحريم ، وهى المطلقة ثلاثا ، وههنا هى حلال له ، فلا يثبت فيها حل . وقولهم : إنه يهدم الطلاق . قلنا : بل هو غاية لتحريمه ، وما دون الثلاث لا تحريم فيها ، فلا يكون غاية له .

٥٩٧٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين ، لم تحل له زوجته حتى تنـكح زوجا غيره ، حرة كانت الزوجة أو مملوكة لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ﴾

وجملة ذلك : أن الطلاق معتبر بالرجال ، فإن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث ، حرة كانت الزوجة أو أمة وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان ، حرة كانت زوجته أو أمة ، فإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠

غيره . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وزيد ، وابن‌عباس . وبه قال سعيدبن المسيب ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال ابن عمر : أيهما رق نقص الطلاق برقه ، فطلاق العبد اثنتان ، وإن كان تحته حرة ، وطلاق الأمة اثنتان وإن كان زوجها حراً . وروى عن على ، وابن مسعود : أن الطلاق معتبر بالنساء ، فطلاق الأمة اثنتان حراً كان الزوج أو عبدا ، وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبدا ، وبه‌قال‌الحسن،وابن‌سيرين،وعكرمة،وعبيدة ،ومسروق ، والزهرى، والحكم ،وحماد، والثورى،وأبو حنيفة لما روت عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله‌عليه وسلم أنه قال : «طلاق‌الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان» رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن المرأة محل للطلاق ، فيعتبر بها كالعدة .

ولنا : أن الله تعالى‌خاطب الرجال بالطلاق ، فكان حكمه‌معتبراً بهم ، ولأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية ، فكان اختلافه به كعدد المنكوحات. وحديث عائشة قال أبو داود راويه مظاهر بن أسلم ، وهو منكر الحديث ، وقد أخرجه الدارقطنى فى سننه عن‌عائشة . قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « طلاق العبد اثنتان ، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، وقرء الأمة حيضتان ، وتتزوج الحرة على الأمة ، ولا تتزوج الأمة على الحرة » . وهذا نص ، ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعا ، فملك طلقات ثلاثا ، كما لو كان تحته حرة ، ولا خلاف فى أن الحر الذى زوجته حرة طلاقه ثلاث ، وأن العبد الذى تحته أمة طلاقه اثنتان ، وإنما الخلاف فيما اذا كان أحد الزوجين حراً والآخر رقيقا .

٥٩٧٩ (فصـــــل)

قال أحمد المكاتب عبد مابقى عليه درهم ، وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد . وهذا صحيح ، فإنه جاء فى الحديث « المكاتب[1] عبد مابقى عليه درهم » ولأنه يصح عتقه ولاينكح إلا اثنتين ، ولايتزوج ولايتسرى إلابإذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد .

وقد روى الأثرم فى سننه عن سليمان بن يسار : « أن نفيعا مكاتب أم‌سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين ، فسأل عثمان وزيد بن ثابت ، عن ذلك » فقالا : حرمت[2] عليك ؟ والمدبر كالعبد القن فى‌نكاحه وطلاقه وكذلك‌المعلق عتقه بصفة ، لأنه‌عبد ، فتثبت فيه أحكام‌العبيد .

٥٩٨٠ (فصـــــل)

قال أحمد فى رواية محمد بن الحكم : العبد إذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً يتزوج ثلاثا ، ويطلق ثلاث

(١) أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (ف) .
(٢) ورواه أيضاً مالك فى الموطأ والشافعى بلفظ (أن نفيعاً وكان عبدا لأم سلمة الخ) .(ف)

تطليقات ، وكذلك كلما تجزأ بالحساب ، إنما جعل له نكاح ثلاث لأن عدد المنكوحات يتبعض ، فوجب أن يتبعض فى حقه كالحد ، فلذلك كان له أن ينكح نصف ماينكح الحر ونصف ماينكح العبد ، وذلك ثلاث .

وأما الطلاق فلايمكن قسمته فى حقه ، لأن مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق ، وليس له ثلاثة أرباع ، فكمل فى حقه ، ولأن الأصل إثبات الطلقات الثلاث فى حق كل مطلق ، وإنما خولف فيمن كمل الرق فى حقه ففيمن عداه يبقى على الأصل .

٥٩٨١ (فصـــل)

إذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريماً لاينحل إلابزوج وإصابة ، ولم يوجد ذلك فلايزول التحريم ، وهذا ظاهر المذهب . وقد روى عن أحمد : أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة . وذكر حديث ابن عباس[1] عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المملوكين : « إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فله أن يتزوجها » . وقال لا أرى شيئاً يدفعه ، وغير واحد يقول به أبوسلمة ، وجابر ، وسعيد بن المسيب . ورواه الإمام أحمد فى المسند ، وأكثر الروايات عن أحمد الأول ، وقال : حديث عثمان وزيد فى تحريمها عليه جيد ، وحديث ابن عباس يرويه عمر بن معتب[2] ولا أعرفـــه .

وقد قال ابن المبارك : من أبوحسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة ، منكراً لهذا الحديث[3] . قال أحمد أما أبوحسن فهو عندى معروف ، ولكن لاأعرف عمر بن معتب ، قال أبوبكر : إن صح الحديث فالعمل عليه ، وإن لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد ، وبه أقول .

---

(١) هذا الحديث أخرجه أحمد بن حنبل فى المسند طبع دار المعارف ج٣ ص ٣٢٤ ، ج ٥ص ٣٦ ، ٣٧ وفيه قال عبد الله بن أحمد قال أبى : قيل لمعمر يا أبا عروة من أبوحسن هذا ؟ لقد تحمل صخرة عظيمة .

(٢) وفى الحديث (عمر بن معتب) وقد صحف فى الأصول (عمر بن مغيث) ورواه أيضاً أبوداود ج ١ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ « قال أبوداود : سمعت أحمد بن حنبل قال ؟ قال عبد الرزاق : قال ابن المبارك لمعمر : من أبو الحسن هذا ؟ لقد تحمل صخرة عظيمة ! . قال أبوداود : أبوالحسن معروف وليس العمل على هذا الحديث اهـ وعمر بن معتب ترجمه ابن أبى حاتم فى الجرح والتعديل ٣/١/١٣٢ — ١٣٣ وروى بإسناده عن أحمد بن حنبل قال : « أما أبو الحسن فعندى معروف ولكن لا أعرف عمر بن معتب » اهـ وذكره النسائى فى الضعفاء ص ٢٤ وقال ليس بالقوى » وفى التقريب ج ٢ ص ٦٣ « عمر بن معتب ضعيف » وفى الميزان ج ٣ ص ٢٢٤ « قال ابن المدينى منكر الحديث » (ف) .

(٣) فى ١٨ : يريد إنكار هذا الحديث .

قال أحمد : ولو طلق عبد زوجته الأمة تطليقتين ، ثم عتق واشتراها لم تحل له ، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات ، أو طلقتان إن كان طلقها واحدة ، لأنه فى حال الطلاق حر . فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة فى العدتين وجودها ، ولو تزوجها وهو حر كافر فسبى واسترق ثم أسلما جميعاً لم يملك إلا طلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ، ولو طلق فى كفره واحدة وراجعها ثم سبى واسترق لم يملك إلا طلقة واحدة ، ولو طلقها فى كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزويج بها جاز وله طلقة واحدة لأن الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلايعتبر حكمهما بما يطرأ بعدهما ، كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدهما .

٥٩٨٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث ﴾

نص أحمد على هذا فى رواية مهنا ، وقال أبوعبد الله بن حامد : تقع طلقتان ، لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين ، وذلك طلقة ونصف ، ثم تـكمل فتصير طلقتين . وقيل : بل لأن النصف الثالث من طلقتين محال ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

ولنا أن نصف الطلقتين طلقة ، وقد أوقعه ثلاثا ، فيقع ثلاث كما لو قال : أنت طالق ثلاث طلقات ، وقولهم : معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ ، فإنه على ماذكروه يكون ثلاثة أنصاف طلقة . وينبغى أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة ، وقولهم : إنه محال . قلنا : وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال ، فيجب أن يقع .

٥٩٨٣ (فصـــل)

فإن قال : أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث ، وإن لم ينو شيئاً أو نوى واحدة فهى واحدة ، قال أحمد فيمن قال لامرأته : أنت طالق ملء البيت ، فإن أراد الغلظة عليها يعنى يريد أن تبين منه فهى ثلاث . فاعتبر نيته ، فدل على أنه إذا لم ينو يقع واحدة . وذلك لأن الوصف لايقتضى عدداً ، وهـذا لانعلم فيه خلافاً إلا أن الواحدة إذا وقعت كانت رجعية ، وبهذا قال الشافعى وقال أبوحنيفة وأصحابه : تـكون بائناً ، لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضى الزيادة عليها ، وذلك هو البينونة .

ولنـا : أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولاعوض ، فكان رجعياً كقوله : أنت طالق . وماذكروه لايصح ، لأن الطلاق حكم ، فإذا ثبت ثبت فى الدنيا كلهـا فلا يقتضى ذلك زيادة ، وإن قال : أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه ، أو أطول الطلاق أو أعرضه ، أو أقصره ، أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ، ولا نية له وقعت طلقة رجعية ، وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة فى جميعها يقع بائناً ، وقال صاحباه : إن قال مثل الجبل كانت رجعية ، وإن قال : مثل عظم الجبل كانت بائناً ، ووجه القولين ماتقدم ، ولأنه لايملك إيقاع البينونة ، فإنها حكم وليس ذلك إليه ، وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، فيملك مباشرة سببها فتثبت ، وإن أراد إثباتها بدون ذلك لم يثبت .

ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه ، أو عليها ، وأغلظ لتعجلها ، أو لحب أحدهما صاحبه ، ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زائد بالشك ، وإن قال : أنت طالق أقصى الطلاق ، أو أكبره فكذلك فى قياس المذهب ، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا، لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ، ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين ، وإن قال : أتم الطلاق ، أو أكمله ، فواحدة إلا أنها تكون سنية ، لأنها أكمل الطلاق وأتمه .

٥٩٨٤ (فصل)

وإن قال:أنت طالق أكثر الطلاق،أو كله ، أو جميعه، أو منتهاه، أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثا ، لأن هذا يقتضى عدداً ، ولأن الطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة ، وأكثره ثلاث . وإن قال : كعدد التراب أو الماء وقع ثلاث ، وقال أبو حنيفه : يقع واحدة بائناً ، لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لاعدد له .

ولنا : أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته ، والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه ، فأشبه الحصى ، وإن قال : ياماثة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وإن قال أنت طالق كمائة أو ألف فهى ثلاث . قال أحمد فيمن قال : أنت طالق كألف تطليقة فهى ثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن ، وبعض أصحاب الشافعى . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن لم تكن له نية وقعت واحدة ، لأنه لم يصرح بالعدد ، وإنما شبهها بالألف وليس الموقع المشبه [1] به .

ولنا : أن قوله كألف تشبيه بالعدد خاصة لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله : أنت طالق كعدد ألف ، وفى هذا انفصال عما قال . وإن قال : أردت أنها طالقة كألف فى صعوبتها دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .

٥٩٨٥ (فصل)

وإن قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث ، وقع طلقتان . وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن مابعد الغاية

(١) فى النسخ (للشبه) والصواب (المشبه) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٣٢٧ (ف) .

لايدخل فيها كقوله تعالى « ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ » [1] وإنما يدخل إذا كانت بمعنى مع ، وذلك خلاف موضوعها ، وقال زفر : يقع طلقة ، لأن ابتداء الغاية ليس منها كقوله : بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يقع الثلاث ، لأنه نطق بها فلم يجز إلغاؤها .

ولنا : أن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال خرجت من البصرة ، فإنه يدل على أنه كان فيها ، وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ، ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم نجز الطلاق بالشك . وإن قال : أنت طالق مابين واحدة وثلاث وقعت واحدة ، لأنها التى بينهما .

٥٩٨٦ (فصل)

فإن قال : أنت طالق طلقة فى اثنتين ، أو واحدة فى اثنتين ، ونوى به ثلاثا فهى ثلاث ، لأنه يعبر بفى عن مع كقوله : « فَادْخُلِي فِي عِبَادِي » [2] فتقدير الكلام أنت طالق طلقة مع طلقتين ، فإذا أقر بذلك على نفسه قبل منه ، وإن قال أردت واحدة قبل أيضاً حاسباً كان أو غير حاسب . وقال القاضى إذا كان عارفا بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لايبعد أن يريد بكلامه مايريده العامى [3] ، وإن لم تكن له نية وكان عارفا بالحساب وقع طلقتان ، وقال القاضى : إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو بلفظ الواحدة ومازاد عليها لم يحصل فيه لفظ الإيقاع ، وإنما يقع الزائد بالقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، وقال أبوحنيفة لايقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما مالا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب ، وإنما حصل منه الإيقاع فى واحدة فوقعت دون غيرها .

ولنا : أن هذا اللفظ موضوع فى اصطلاحهم لاثنتين فإذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين . وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعى فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج معه إلى نية ، فأما ما قاله أبو حنيفة فإنما ذلك فى وضع الحساب فى الأصل ثم صار مستعملا فى كل ماله عدد فصار حقيقة فيه ، فأما الجاهل بمقتضى ذلك فى الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو لفظة واحدة وإنما صار مصروفا إلى الاثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربى ينطق بالطلاق بالعجمية [4] وهو لا يعرف معناها ، ولم يفرق أصحابنا فى ذلك بين أن يكون المتكلم بذلك

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٧ (٢) سورة الفجر آية ٢٩ (٣) فى المخطوطة ١٨ : مايريد القاضى .
(٤) فى المخطوطة ٣٩ بالأعجمية .

ممن لهم عرف فى هذا اللفظ أولا . والظاهر أنه إن كان المتكلم بذلك ممن عُرْفهم أن « فى » ههنا بمعنى « مع » وقع به ثلاث لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر إلى الفهم من كلامه ، فإن نوى موجبه عنـد أهل الحساب فقال القاضى لا يلزمه مقتضاه كالعربى ينطق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعى لأنه إذا لم يكن يعرف موجبه فلم يقصد[1] إيقاعه ولا يصح منه قصد ما لا يعرفه .

٥٩٨٧ (فصـــل)

فإن قال أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعى يقع ثلاثا فى أحد الوجهين لأن قوله أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث .

ولنا : أن ما لفظ به قبل الإضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله على درهم ، بل درهمان . وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه ، قلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره ، فلا يقع الزائد بالشك . قال أحمد : فإن قال : أنت طالق ، لا ، بل أنت طالق ، هى واحدة وهذا اختيار أبى بكر ، واختار القاضى : أنه يقع طلقتان ، لأنه أراد رفع الأولى ، وإيقاع الثانية ، فلم ترتفع الأولى ووقعت الثانية .

ووجه الأول : أنه لو قال له : على درهم بل درهم واحد ، كذا ههنا ، فعلى هذا القول إن نوى بقوله بل أنت طالق طلقة أخرى وقع اثنتان ، لأنه قصد إيقاع طلقتين بلفظين ، فوقع كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق وذكر القاضى احتمالاً آخر : أنه لا يقع إلا طلقة ، لأن اللفظ موضوع لواحدة ، فلا يصح أن ينوى به اثنتين قال أحمد : ولو كان له امرأتان ، فقال لإحداهما : أنت طالق ، ثم قال للأخرى : لا ، بل أنت طالق ، طلقتا جميعاً . ووجهه : أنه أوقع طلاق الأولى ، ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الأخرى ، فوقع بها ، ولم يرتفع عن الأولى ، وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة ، لأن الطلقة يجوز أن تكون هى الثانية ، كرر الإخبار بها ، ولا يجوز فى المرأتين أن يكون طلاق إحداهما هو طلاق الأخرى . ونظيره فى الإقرار ما لو قال له على درهم بل درهم لزمه درهم ، ولو قال له : على درهم بل دينار لزماه جميعاً .

ولو قال : أنت طالق واحدة ، بل هذه ثلاثا ، طلقت الأولى واحدة ، والثانية ثلاثا ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة ، بل ثلاثا ، طلقت واحدة ، لأنها بانت بالأولى ، فلم يقع بها ما بعدها ، وإن قال : أنت طالق واحدة ، بل ثلاثا إن دخلت الدار ، ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعلق ، وإن نوى تعليق الثلاث فحسب وقعت الواحدة فى الحال ، وإن أطلق ففيه وجهان .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ لم يقصد .

أحدهما : يتعلق الجميع بالشرط ، لأنه بعدهما فيعود إليهما .

والثانى : تقع الواحدة فى الحال ، وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار ، لأنه إنما ذكر الشرط عقيبها فتختص به .

وإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، بل هذه ، فدخلت الأولى طلقتا ، وإن دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما ، فإن قال : أردت أن الثانية تطلق إن دخلت الدار قبل منه ، لأنه محتمل لما قاله ، وإن قال : أردت أنك تطلقين إذا دخلت الثانية الدار قبل منه ، لأنه محتمل لما قاله ، وكان طلاق الأولى وحدها معلقاً على دخول كل واحدة منهما .

٥٩٨٨ (فصـــــل)

إذا قال: أنت طالق طلقة لا تقع عليك، أو طالق لا أو طالق طلقة لا ينقص بها عدد طلاقك، أو طالق لا شيء، أو ليس بشيء ، طلقت واحدة ، لأن ذلك رفع لجميع ما أوقعه ، فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن قال ذلك خبراً فهو كذب ، لأن الواحدة إذا أوقعها وقعت ، وهذا مذهب الشافعى . ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن قال : أنت طالق أولا ؟ لم يقع لأن هذا استفهام ، فإذا اتصل به خرج من أن يكون لفظاً لإيقاع . ويخالف ما قبل ذلك فإنه إيقاع ، ويحتمل أن يقع ، لأن لفظه لفظ الإيقاع ، لا لفظ الاستفهام ، لكون الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها ، فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتى قبلها ، وان قال : أنت طالق واحدة أولا ، فكذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وهو قياس قول الشافعى ، وقال محمد يقع واحدة ، لأن قوله أولاً يرجع الى ما يليه من اللفظ ، وهو واحدة دون لفظ الإيقاع ، وليس بصحيح لأن الواحدة صفة للطلقة الواقعة ، فما اتصل بها يرجع إليها ، فصار كقوله : أنت طالق ، أو لا شيء .

٥٩٨٩ (فصـــــل)

فإن قال : أنت طالق بعد موتى . أو موتك ، أو مع موتى أو موتك ، لم تطلق ، نص عليه أحمد ، وبه قال الشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفاً[1] لأنها تبين بموت أحدهما ، فلا يصادف الطلاق نكاحاً يزيله ، وإن تزوج أمة أبيه ثم قال : اذا مات أبى فأنت طالق ، فمات أبوه لم يقع الطلاق ، اختاره القاضى ، لأنه بالموت يملكها ، فينفسخ نكاحها بالملك ، وهو زمن الطلاق ، فلم يقع كما لو قال : أنت طالق مع موتى ، واختار أبو الخطاب أنه يقع ، لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك ، فيوجد الطلاق فى زمن الملك السابق على الفسخ، فيثبت حكمه ، وإن قال إن اشتريتك فأنت طالق ، ثم اشتراها خرج على الوجهين، وإن قال الأب إذا مت فأنت حرة ، وقال الابن : إذا مات أبى فأنت طالق ، وكانت تخرج من

(١) فى المخطوطة ١٨ . خلافا

الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق معاً، وإن لم تخرج من الثلث .فإن بعضها ينتقل إلى الورثة ، فيملك الابن جزءاً منها ينفسخ به النكاح ، فيكون كملك جميعها ، فى فسخ النكاح ، ومنع وقوع الطلاق . فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبنى على الإجازة هل هى تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فإن قلنا هى عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها ، فلم يقطع الطلاق وإن قلنا هى تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق .

وهكذا إن أجاز الزوج وحده عتق أبيه . فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح أن ذلك لايمنع نقل التركة إلى الورثة ، فهو كما لولم يكن عليه دين فى فسخ النكاح ، وإن كان الدين لايستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت ،وإن لم يخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها فى فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة وإن أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل إسقاطه .

٥٩٩٠ (فصـــل)

فى مسائل تنبنى على نية الحالف وتأويله . إذا قال : إن لم تخبرينى بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق ، أو أكل تمرا فقال إن لم تخبرينى بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فإنها تعد له عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك مابين مائة إلى ألف ، فتعد ذلك كله ولا يحنث ، إذا كانت نيته ذلك ، وإن نوى الإخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك ، وإن أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضاً لأن ظاهر حال الحلف إرادته فتنصرف يمينه إليه كالأسماء العرفية التى تنصرف اليمين إلى مسماها عرفاً دون مسماها حقيقة ولو أكل تمراً فقال : إن لم تميزى نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق ، فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتى قبلها ، وإن وقفت فى ماء جار فحلف عليها إن خرجت منه أو قمت فيه فأنت طالق ، فقال القاضى : قياس المذهب أنه يحنث ، إلا أن ينوى عين الماء الذى هى فيه ، لأن اطلاق يمينه يقتضى خروجها من النهر أو إقامتها فيه :

وقال أبو الخطاب : لا يحنث ، لأن الماء المحلوف عليه جرى عنها ، وصارت فى غيره ، فلم يحنث ، سواء أقامت أو خرجت ، لأنها إنما تقف فى غيره ، أو تخرج منه ، وكذلك قال القاضى فى المجرد ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الأيمان عندهم تنبنى على اللفظ لا على القصد ، وكذلك قالوا لا يحنث فى هذه الأيمان السابقة كلها، ولو قال إن كانت امرأتى فى السوق فعبدى حر ، وإن كان عبدى فى السوق فامرأتى طالق ، فكانا جميعاً فى السوق ، فقيل : يعتق العبد ، ولا تطلق المرأة ، لأنه لما حنث فى اليمين الأولى عتق العبد ، فلم يبق له فى السوق عبد ، ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته ، كمن

قال : إن كلت عبدى سعداً فأنت طالق ، ثم أعتقه وكلمته طلقت ، فـكذلك ههنا ، لأن يمينه تعلقت بعبد معين وإن لم يرد عبداً بعينه لم تطلق المرأة ، لأنه لم يبق له عبد فى السوق .

ولو كان فى فيها تمرة فقال : أنت طالق إن أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها ، فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث ، إلا على قول من قال : إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع لم يحنث بحال ولو كانت عنده وديعة لإنسان فأحلفه ظالم أنه ليس لفلان عندك وديعة فإنه يحلف ما لفلان عندى وديعة ، وينوى بما (الذى)[1] ، ويبر فى يمينه ، وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئاً فحلف عليها بالطلاق لتصدقنى أسرقت منى أم لا ؟ وخافت أن تصدقه فإنها تقول سرقت منك ما سرقت منك ، وتعنى الذى سرقت منك ، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلاناً أولا ؟ فإنه يعنى برأيت أى ضربتُ رئته وذكرته أى قطعت ذكره . وما طلبت منه حاجة أى الشجرة التى حبسها الحاج ، ولا أخذت منه فَرُّوجاً يعنى القَباء ، ولا حصيراً وهو الحبس ، وأشباه هذا فتى لم يكن ظالماً فحلف وعنى به هذا تعلقت يمينه بما عناه .

ولو كانت له امرأة على درجة فحلف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ، ولا تقف عليها فإنها تنتقل عنها إلى سلم آخر ، وتنزل إن شاءت أو تصعد ، أو تقف عليه ، لأن نزولها إنما حصل من غيرها ، وإن كان فى يمينه ولا انتقلت عنها ، فإنها تحمل مكرهة ، ولو كان فى سلم وله امرأتان إحداهما فى الغرفة والأخرى فى البيت السفلانى ، فحلف لاصعدت الى هذه ولا نزلت إلى الأخرى ، فإن السفلى تصعد وتنزل العليا ، ثم ينزل إن شاء أو يصعد .

٥٩٩١ (فصـــــــــل)

قال عبد الله بن أحمد : سألت أبى عن رجل قال لامرأته : أنت طالق إن لم أجامعـك اليوم ، وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم ؟ قال : يصلى العصر ، ثم يجامعها ، فإذا غابت الشمس اغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة ، وقال فى رجل قال لامرأته : أنت طالق إن لم أطأك فى رمضان ، فسافر مسيرة أربعة أيام أوثلاثة ثم وطئها ؟ قال : لايعجبنى ، لأنها حيلة ، ولا تعجبنى الحيلة فى هذا ، ولا فى غيره . قال القاضى إنما كره أحمد هذا لأن السفر الذى يبيح الفطر أن يكون سفراً مقصوداً مباحاً ، وهذا لايقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ، ويباح له الفطر فيه ، لأنه سفر بعيد مباح لقصد صحيح ، وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة، وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ، ليقصر فيها الصلاة ، ويفطر ، مع أنه لاقصد له سوى الترخص فههنا أولى .

---

(١) أى : انها إسم موصول بمعنى الذى .

كتاب الرجعـــه

وهى ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله سبحانه : « وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ — إلى قوله — وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا[1] » والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير ، وقال تعالى : «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »[2] أى بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن ، أى انقضاء عدتهن ، وأما السنة فما روى ابن عمر قال : « طلقت امرأتى وهى حائض ، فسأل عمر النبى صلى الله عليه وسلم فقال : مرة فليراجعها » متفق عليه . وروى أبو داود عن عمر قال : « إن النبى صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها » وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث ، أو العبد إذا طلق دون الاثنتين ، أن لهما الرجعة فى العدة ذكره ابن المنذر .

٥٩٩٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ والزوجة إذا لم يدخل بهـا تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد ﴾

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها . وذلك لأن الرجعة إنما تكون فى العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سـبحانه : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا »[3] فبين الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها ، وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها ، لا رجعة عليها ، ولا نفقة لها ، وإن رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب ، يتزوجها برضاها بنكاح جديد ، وترجع إليه بطلقتين ، وإن طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت إليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره فى قول أكثر أهل العلم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

ولا خلاف بينهم فى أن المطلقة ثلاثاً بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لقولة الله سبحانه : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »[4] وروت عائشة « أن رفاعة القرظى طلق امرأته فبت طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٨ . (٢) سورة البقرة آية ٢٣١

(٣) سورة الأحزاب آية ٤٩ . (٤) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

فقالت : إنها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وإنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة . وأخذت بهدبة من جلبابها ، قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا ، وقال : لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك » متفق عليه ، وفى إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة فيه . وجمهور أهل العلم على أنها لا تحل للأول حتى يطأها الزوج الثانى وطئاً يوجد فيه . التقاء الختانين ، إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال : إذا تزوجها تزوجاً صحيحاً لا يريد به إحلالا فلا بأس أن يتزوجها الأول . قال ابن المنذر لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه : «حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَه[1] » ومع تصريح النبى صلى الله عليه وسلم ببيان المراد من كتاب الله تعالى ، وأنها لا تحل للأول حتى يذوق الثانى عسيلتها وتذوق عسيلته ، لا يعرج على شيء سواه ، ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره ، مع ما عليه جلة أهل العلم ، منهم : على بن أبى طالب ، وابن عمر ، وابن عباس ، وجابر ، وعائشة ، رضى الله عنهم . وممن بعدهم مسروق ، والزهرى ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، والأوزاعى ، وأهل الشام ، والشافعى ، وأبو عبيدة ، وغيرهم .

٥٩٩٣ (فصل)

ويشترط لحلها للأول ثلاثة شروط :

أحدها : أن تنكح زوجاً غيره ، فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها ، لقول الله تعالى : «حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَه »[2] وهذا ليس بزوج ، ولو وطئت بشبهة لم تبح لما ذكرنا ، ولو كانت أمة فاستبرأها مطلقها لم يحل وطؤها فى قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعى تحل له ، لأن الطلاق يختص الزوجية ، فأثر فى التحريم بها ، وقول الله تعالى : « فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَه »[3] صريح فى تحريمها[4] ، فلا يعول على ما خالفه ، ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً مباحاً ، فسقط هذا .

الشرط الثانى : أن يكون النكاح صحيحاً ، فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه . وبهذا قال الحسن ، والشعبى ، وحماد ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى الجديد ، وقال فى القديم : يحلها ذلك ، وهو قول الحكم ، وخرجه أبو الخطاب وجهاً فى المذهب ، لأنه زوج فيدخل فى عموم النص ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لعن المحال والمحلل له ، فسماه محللا مع فساد نكاحه .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠
(٢) سورة البقرة آية ٢٣٠
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٠
(٤) فى المخطوطة ١٨ : التحريم .

ولنا : قول الله تعالى : « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَه » (١) وإطلاق النكاح يقتضى [النكاح] الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً لم يحنث ، ولو حلف ليتزوجن لم يبرّ بالتزوج الفاسد، ولأن أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظهار والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك ، وأما تسميته محللا فلقصده التحليل فيما لا يحل ، ولو أحل حقيقة ما لُعن ولا لعن المحلل له ، وإنما هذا كقول النبى صلى الله عليه وسلم :(٢) : « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى : « يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عامًا(٣) » . ولأنه وطء فى غير نكاح صحيح ، أشبه وطء الشبهة .

الشرط الثالث : أن يطأها فى الفرج ، فلو وطئها دونه أو فى الدبر لم يحلها ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق الحل على ذوق العسيلة منهما ، ولا يحصل إلا بالوطء فى الفرج ، وأدناه تغييب الحشفة فى الفرج ، لأن أحكام الوطء تتعلق به . ولو أولج الحشفة من غير انتشار لم تحل له ، لأن الحكم يتعلق بذواق العسيلة ، ولا تحصل من غير انتشار ، وإن كان الذكر مقطوعاً فإن بقى منه قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا . فإن كان خصياً أو مسلولا أو موجوءاً حلت بوطئه ، لأنه يطأ كالفحل ، ولم يفقد إلا الإنزال ، وهو غير معتبر فى الإحلال ، وهذا قول الشافعى .

قال أبو بكر : وقد روى عن أحمد فى الخصىّ أنه لا يحلها ، فإن أبا طالب سأله فى المرأة تتزوج الخصي (٤) تستحل به ؟ [زوجها] قال : لا ، خصي يذوق العسيلة ؟ قال أبو بكر : والعمل على ماروراه مهنا : أنها تحل، زوجه الأول : أن الخصي لا يحصل منه الإنزال ، فلا ينال لذة الوطء ، فلا يذوق العسيلة ، ويحتمل أن أحمد قال : ذلك ، لأن الخصي فى الغالب لا يحصل منه الوطء ، أو ليس بمظنة الإنزال ، فلا يحصل بوطئه ، كالوطء من غير انتشار .

٥٩٩٤ (فصل)

واشترط أصحابنا : أن يكون الوطء حلالا ، فإن وطئها فى حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما ، أو أحدهما صائم فرضا لم تحل . وهذا قول مالك ، لأنه وطء حرام لحق الله تعالى ، فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة ، وظاهر النص حلها ، وهو قوله تعالى : «حَتَّى تَنْكِحَ زَوجاً غَيْرَه»(٥). وهذه قد نكحت زوجاً غيره ، وأيضاً قوله عليه السلام : « حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » وهذا قد وجد ، ولأنه وطء فى نكاح صحيح فى محل الوطء ، على سبيل التمام ، فأحلها كالوطء الحلال ، وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة ، أو وطئها مريضة [بحيث] يضرها الوطء ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى . وهو مذهب أبى حنيفة ، و الشافعى .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠ . (٢) أخرجه الترمذى عن صهيب . (٣) سورة التوبة آية ٣٧ .
(٤) فى المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : خصيا . (٥) سورة البقرة آية ٢٣٠

وأما وطء المرتدة فلا يحلها ، سواء وطئها في حال ردتهما أو ردتها ، أو وطيء المرتد المسلمة[1] ، لأنه إن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام تبين أن الوطء في غير نكاح ، وإن عاد إلى الإسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام ، لأن سبب البينونة حاصل فيه ، وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر ، لم يحلها لذلك .

٥٩٩٥ (فصـــل)

فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها ، وبذلك قال عطاء ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم لهم مخالفا ، ولأنه دخل في عموم النص ، ووطؤه كوطء الحر ، وإن تزوجها مراهق فوطئها أحلها في قولهم ، إلا مالكا ، وأبا عبيد ، فإنهما قالا : لا يحلها ، ويروى ذلك عن الحسن ، لأنه وطء من غير بالغ ، فأشبه وطء الصغير .

ولنا : ظاهر النص ، وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح ، فأشبه البالغ . ويخالف الصغير ، فإنه لا يمكن الوطء منه ، ولا تذاق عسيلته ، قال القاضي : ويشترط أن يكون له اثنا عشر سنة ، لأن من دون ذلك لا يمكنه المجامعة ، ولا معنى لهذا ، فإن الخلاف في المجامع ، ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود ، فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها ، وتقديره بمجرد الرأي والتحكم . وإن كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لمطلقها المسلم . نص عليه أحمد ، وقال : هو زوج ، وبه تجب الملاعنة والقسم ، وبه قال الحسن ، والزهري ، والثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال ربيعة ، ومالك : لا يحلها .

ولنا : ظاهر الآية ، ولأنه وطء من زوج في نكاح صحيح تام ، أشبه وطء المسلم ، وإن كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبد الله بن حامد : لا يحلها ، لأنه لا يذوق العسيلة .

ولنا : ظاهر الآية ، ولأنه وطء مباح في نكاح صحيح ، أشبه العاقل ، وقوله : لا يذوق العسيلة لا يصح ، فإن الجنون إنما هو تغطية العقل . وليس العقل شرطاً في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم . لكن إن كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ، ولا بوطء مجنونة في هذه الحال ، لأنه لا يذوق العسيلة ، ولا تحصل له لذة ، ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذه حاله . فلا يكون ههنا اختلاف ، ولو وطيء مغمى عليها[2] أو نائمة لا تحس بوطئه فينبغي لا تحل بهذا لما ذكرناه وحكاه ابن المنذر ، ويحتمل حصول الحل في ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم .

---

(١) في المخطوطة ١٨ : مسلمة .
(٢) في المخطوطة ٣٩ : المغمى عليها .

٥٩٩٦ (فصـــل)

ولو وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية ، أو ظنها جاريته فوطئها فإذا هى امرأته أحلها ، لأنه صادف نكاحاً صحيحاً . ولو وطئها فأفضاها ، أو وطئها وهى مريضة تتضرر بوطئه أحلها ، لأن التحريم ههنا لحقها ، وإن استدخلت[1] ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل ، لأنه لا يذوق عسيلتها ، ويحتمل أن تحل ، لعموم الآية والله أعلم .

٥٩٩٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت فى العدة ﴾

أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضى بينونتها فله عليها الرجعة ما كانت فى عدتها ، وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرنا فى أول الباب . وإن طلق الحر امرأته الأمة فهو كطلاق الحرة ، إلا أن فيه خلافاً ذكرناه فيما مضى ، وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال ، فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثاً كالحرة .

٥٩٩٨ (فصـــل)

ولا يعتبر فى الرجعة رضى المرأة لقول الله تعالى : « وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا »[2] فجعل الحق لهم وقال سبحانه : « فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »[3] فخاطب الأزواج بالأمر ، ولم يجعل لهن اختياراً ، ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها فى ذلك ، كالتى فى صلب نكاحه ، وأجمع أهل العلم على هذا .

٥٩٩٩ (فصـــل)

والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه ، ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع ، وإن خالعها صح خلعه ، وقال الشافعى فى أحد قوليه . لا يصح ، لأنه يراد للتحريم وهى محرمة .

ولنا : أنها زوجة صح طلاقها ، فصح خلعها ، كما قبل الطلاق ، وليس مقصود الخلع التحريم ، بل الخلاص من مضرة الزوج ، ونكاحه الذى هو سببها ، والنكاح باق ، ولا نأمن رجعته ، وعلى أننا نمنع كونها محرمة .

٦٠٠٠ (فصـــل)

وظاهر كلام الخرقى أن الرجعية محرمة لقوله : « وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً ؟ فهو متيقن للتحريم

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ أدخلت (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٣) سورة البقرة آية ٢٣١

شاك فى التحليل . وقد روى عن أحمد ما يدل على هذا . وهو مذهب الشافعى ، وحكى ذلك عن عطاء ، ومالك ، وقال القاضى : ظاهر المذهب أنها مباحة . قال أحمد فى رواية أبى طالب : لا تحتجب عنـه . وفى رواية أبى الحارث : تتشرف له ما كانت فى العدة . فظاهر هذا أنها مباحة له ، له أن يسافر بها ، ويخلو بها ، ويطؤها . وهذا مذهب أبى حنيفة لأنها فى حكم الزوجات ، فأبيحت له كما قيل فى الطلاق .

ووجه الأولى أنها طلقة واقعة ، فأثبتت التحريم كالتى بعوض ، ولا خلاف فى أنه لا حد عليه بالوطء . ولا ينبغى أن يلزمه مهر ، سواء راجع أو لم يراجع ، لأنه وطىء زوجته التى يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ، ويفارق مالو وطىء الزوج بعد إسلام أحدهما فى العدة حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر فى العدة لأنه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما ، وهى فرقة فسخ تبين به من نكاحه ، فأشبهت التى أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه . وفى مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العـدة فافترقا ، وقال أبو الخطاب : إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها ، وهو المنصوص عن الشافعى ، لأنه وطء حرمه الطلاق ، فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر ، فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته ، وقياس الزوجة على الأجنبية فى الوطء وأحكامه بعيد .

٦٠٠١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث ﴾

أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة إذا وجدت شروطها ، فإن طلقها ثانية فلا رجعة له ، سواء كانت امرأته حرة أو أمة ، لأن طلاق العبد اثنتان . وفى هذا خلاف ذكرناه فيما مضى .

٦٠٠٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها مالم تضع الثانى ﴾

هذا قول عامة العلماء ، إلا أنه حكى عن عكرمة أن العدة تنقضى بوضع الأول ، وما عليه سائر أهل العلم أصح ، فإن العدة لا تنقضى إلا بوضع الحمل كله ، لقول الله تعـالى : « وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »[1] واسم الحمل متناول لـكل مافى البطن[2] فتبقى العدة مـستمرة إلى حين وضع باقى الحمل، فتبقى الرجعة ببقائها ، ولو انقضت العدة بوضع الحمل لحل لها التزويج وهى حامل من زوج آخر ، ولا قائل به . وأظن أن قتادة ناظر عكرمة فى هذا فقال عكرمة تنقضى عدتها بوضع أحد الولدين ، فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج ؟ قال . لا . قال : خصم العبد . ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح . لأنها لم تضع جميع حملها ، فصارت كمن ولدت أحد الولدين .

(١) سورة الطلاق آية ٤ (٢) فى المخطوطة ٢٠ يتناول كل مافى البطن .

٦٠٠٣ (فصـــــل)

إذا انقطع حيض المرأة فى المرة الثالثة ولما تغتسل . فهل تنقضى عدتها بطهرها ؟ فيه روايتان ذكرهما ابن حامد .

إحداهما : لا تنقضى عدتها حتى تغتسل ، ولزوجها رجعتها فى ذلك ، وهذا ظاهر كلام الخرقى فإنه قال فى العدة : فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج ، وهذا قول كثير من أصحابنا . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وسعيد بن المسيب ، والثورى ، وأبى عبيد . وروى نحوه عن أبى بكر الصديق ، وأبى موسى ، وعبادة ، وأبى الدرداء . وروى عن شريك : له الرجعة وإن فرطت فى الغسل عشرين سنة . ووجه هذا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم ، فيكون إجماعا ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل ، وكذلك هذا .

والرواية الثانية : أن العدة تنقضى بمجرد الطهر قبل الغسل . وهو قول طاوس ، وسعيد بن جبير ، والأوزاعى ، واختاره أبو الخطاب ، لقوله تعالى « والمطلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ[1] » والقرء : الحيض . وقد زالت ، فيزول التربص ، وفيما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « وقرء الأمة حيضتان[2] » . وقال : « دعى الصلاة أيام أقرائك[3] » . يعنى : أيام حيضك . ولأن انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج ، وحلها لغيره ، فلم يتعلق بفعل اختيارى من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ، ولأنها لو تركت الغسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل ، إما أن يقال بقول شريك : أنها تبقى معتدة ، ولو بقيت عشرين سنة . وذلك خلاف قول الله : « ثلاثة قروء » فإنها تصير عدتها أكثر من مائتى قرء ، أو يقال : تنقضى العدة قبل الغسل ، فيكون رجوعا من قولهم ، ويحمل قول الصحابى فى قولهم حتى تغتسل ، أى يلزمها الغسل .

٦٠٠٤ (فصـــــل)

إذا تزوجت الرجعية فى عدتها وحملت من الزوج الثانى انقطعت عدتها من الأول بوطء الثانى . وهل يملك الزوج رجعتها فى عدة الحمل ؟ يحتمل وجهين .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) أخرج الدارقطنى عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « طلاق العبد اثنتان وقرء الأمة حيضتان » وهو ضعيف (ف) .

(٣) أخرجه أبو داود والنسائى من حديث فاطمة بنت أبى حبيش (ف)

أولاهما : أنه له رجعتها ، لأنها لم تنقض عدتها ، فحكم نكاحه باق يلحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لعارض ، فهو كما لو وطئت فى صلب نكاحه ، فإنها تحرم عليه ، وتبقى سائر أحكام الزوجية ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته ، فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها فى أثناء عدتها .

والوجه الثانى : ليس له رجعتها ، لأنها ليست فى عدته ، فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثانى . وبنت على ما مضى من عدة الأول ، وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ، ولو كانت فى نفاسها ، لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول ، وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً . فإن له رجعتها فى حيضتها ، وإن كانت لا تعتد بها ، وإن حملت حملا يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذى لا يملك رجعتها فى حملها من الثانى إذا راجعها فى هذا الحمل . ثم بان أنه من الثانى لم يصح ، وإن بان من الأول احتمل أن يصح ، لأنه راجعها فى عدتها منه .

واحتمل ألا يصح ، لأنه راجعها مع الشك فى إباحة الرجعة . والأول أصح ، فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك فى صحتها ، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسى صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات ، فإن كل صلاة يشك فى أنها هل هى المنسية أو غيرها . ولو شك فى الحدث فتطهر ينوى رفع الحدث صحت طهارته . وارتفع حدثه فهنا أولى ، فإن راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثانى . صحت رجعته ، وإن بان من الأول لم تصح الرجعة ، لأن العدة انقضت بوضعه .

٦٠٠٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين : اشهدا أنى قد راجعت امرأتى ، بلا ولى يحضره ، ولا صداق يزيده ، وقد روى عن أبى عبدالله رحمه الله رواية أخرى : أنه تجوز الرجعة بلا شهادة ﴾

وجملته : أن الرجعة لا تفتقر إلى ولى ولا صداق ، ولا [إلى] رضى المرأة ولاعلمها ، بإجماع أهل العلم ، لما ذكرنا من أن الرجعية فى أحكام الزوجات ، والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها ، ولهذا سمى الله سبحانه وتعالى الرجعة إمساكا ، وتركها فراقا وسراحاً ، فقال : « فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ[1] » وفى آية أخرى : « فإمساكٌ بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحسان»[2] وإنما تشعث النكاح بالطلقة ، وانعقد بها سبب زواله ، فالرجعة تزيل شعثه ، وتقطع مضيه إلى البينونة ، فلم يحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح ، فأما الشهادة ففيها روايتان :

إحداهما : تجب ، وهذا أحد قولى الشافعى ، لأن الله تعالى قال : «فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم »[3] وظاهر الأمر الوجوب ، ولأنه استباحة بضع مقصود ، فوجبت الشهادة فيه كالنكاح ، وعكسه البيع .

(١) سورة الطلاق آية ٢ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٣) سورة الطلاق : ٢

والرواية الثانية : لا تجب الشهادة ، وهى اختيار أبى بكر ، وقول مالك ، وأبى حنيفة . لأنها لا تفتقر إلى قبول ، فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن ما لا يشترط فيه الولى لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع ، وعند ذلك يحمل الأمر على الاستحباب ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن السنة الإشهاد . فإن قلنا هى شرط فإنه يعتبر وجودها حال الرجعة فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح ، لأن المعتبر وجودها فى الرجعة دون الإقرار بها ، إلا أن يقصد بذلك الإقرار الارتجاع فيصح .

٦٠٠٦ (فصـــل)

وظاهر كلام الخرقى : أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول بقوله : « المراجعة أن يقول » وهـذا مذهب الشافعى ، لأنها استباحة بضع مقصود ، أمر بالإشهاد فيه ، فلم تحصل من القادر بغير قول كالنكاح ، ولأن غير القول فعل من قادر على القول ، فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق ، وهـذا إحدى الروايتين عن أحمد .

والرواية الثانية : تحصل الرجعة بالوطء ، سواء نوى به الرجعة[1] أو لم ينو ، اختارها ابن حامد والقاضى وهو قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، والثورى ، والأوزاعى ، وابن أبى ليلى ، وأصحاب الرأى . قال بعضهم : ويشهد ، وقال مالك ، وإسحاق : تكون رجعة إذا أراد به الرجعة ، لأن هذه مدة تفضى إلى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الإيلاء ، ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ، ومعه خيار ، فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الأمة المبيعة فى مدة الخيار ، وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به ، كما ينقطع به التوكيل فى طلاقها ، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به ، لأنه فعل محرم ، فلا يكون سبباً للحل كوطء الحالل .

٦٠٠٧ (فصـــل)

فأما إن قبلها أو لمسها لشهوة أو كشف فرجها ونظر إليه ، فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجعة ، وقال ابن حامد : فيه وجهان .

أحدهما : هو رجعة ، وهـذا قول الثورى ، وأصحاب الرأى ، لأنه استمتاع يستباح بالزوجية[2] ، فحصلت الرجعة به كالوطء .

والثانى : أنه ليس برجعة ، لأنه أمر لا يتعلق به إيجاب عدة ولا مهر ، فلا تحصل به الرجعة كالنظر .

---

(١) فى ٣٩ : رجعة .

(٢) فى النسخ (بالزوجة) والصواب بالزوجية كما فى الشرح الكبير ص ٤٧٦ (ف) .

فأما الخلوة بها فليس[1] برجعة ، لأنه ليس باستمتاع ، وهذا اختيار أبي الخطاب ، وحكى عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به ، لأنه معنى يحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع. والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها ، لأنها لا تبطل اختيار المشترى للأمة ، فلم تكن رجعة كاللمس لغير شهوة ، فأما اللمس لغير[2] شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة لأنه يجوز فى غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها .

٦٠٠٨ (فصـــــل)

فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظه راجعتك، وارتجعتك، ورددتك، وأمسكتك، لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والإمساك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه : (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَلِكَ)[3] وقال : (فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)[4] يعنى الرجعة . والرجعة وردت بها السنة بقول النبى صلى الله عليه وسلم[5] « مره فليراجعها » وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فإنهم يسمونها رجعة والمرأة رجعية ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا فى صريح الطلاق ، والاحتياط أن يقول : راجعت امرأتى إلى نكاحى أو زوجتى أو راجعتها لما وقع عليها من طلاق ، فإن قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لأن الرجعة ليست بنكاح ، وهل تحصل به الرجعة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تحصل به الرجعة لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية كالنكاح . والثانى : تحصل به الرجعة أومأ إليه أحمد واختاره ابن حامد لأنه تباح به الأجنبية فالرجعية أولى . وعلى هذا يحتاج أن ينوى به الرجعة لأن ما كان كناية تعتبر له النية ككنايات الطلاق .

٦٠٠٩ (فصـــــل)

فإن قال راجعتك للمحبة أو قال للإهانة أو قال أردت أننى راجعتك لمحبتى إياك أو إهانة لك صحت الرجعة لأنه أتى بالرجعة وبين سببها وإن قال أردت أننى كنت أهنتك ، أو أحبك ، وقد رددتك بفراق إلى ذلك ، فليس برجعة . وإن أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة . ذكره القاضى ، لأنه أتى بصريح الرجعة ، وضم إليه ما يحتمل أن يكون بياناً لسببها ، ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك ، وهذا مذهب الشافعى .

---

(١) فى ٢٠ : فليست . (٢) فى ٢٠ : بغير .
(٣) سورة البقرة : ٢٢٨ . (٤) سورة الطلاق : ٢
(٥) رواه الجماعة إلا البخارى من حديث ابن عمر (ف) .

٦٠١٠ (فصـــــل)

ولا يصح تعليق الرجعة على شرط ، لأنه استباحة فرج مقصود ، فأشبه النكاح ، ولو قال : راجعتك إن شئت لم يصح كذلك ، ولو قال : كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح كذلك ، ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعه ، فأشبه الطلاق قبل النكاح ، وإن قال : إن قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح ، لأنه تعليق على شرط .

٦٠١١ (فصـــــل)

فإن راجعها فى الردة من أحدهما فذكر أبو الخطاب أنه لا يصح ، وهو صحيح مـذهب الشافعى ، لأنه استباحة بضع مقصود ، فـلم يصح مع الردة كالنـكاح ولأن الرجعة تقرير النـكاح ، والردة تنافى ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضى : إن قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح لرجعة ، لأنها قد بانت بها ، وإن قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعـة موقوفة ، إن أسلم المرتد منهما فى العدة صحت الرجعـة ، لأننا تبينا أنه ارتجعها فى نـكاحه ، ولأنه نوع إمساك فلم تمنع منه الردة ، كما لو لم يطلق ، وإن لم يسلم فى العـدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة ، وهذا قول المزنى ، واختيار أبى حامد ، وهـذا ينبغى أن يكون فيما إذا راجعها بعـد إسلام أحدهما .

٦٠١٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : قد ارتجعتك فقالت : قد انقضت عدتى قبـل رجعتك فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكنا ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها فى مدة يمكن انقضاؤه فيها قبل قولها ، لقول الله تعالى « ولاَ يَحِلُ لَهُنَّ أنْ يَـكْتُمْنَ ما خَلَقَ الله فى أرْحَامِهِنّ » (١) قيل فى التفسير هو الحيض والحمل ، فلولا أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانه ، ولأنه أمر تختص بمعرفته ، فـكان القول قولها فيه ، كالنية من الإنسان فيما تعتبر فيه النية ، أو أمر لا يعرف إلا من جهتها ، فقبل قولها فيـه ، كما يجب على التابعى قبول خبر الصحابى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما ما تنقضى به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام .

٦٠١٣ القسم الأول

أن تدعى انقضاء عـدتها بالقروء ، وأقل ذلك ينبنى على الخـلاف فى أقل الطهر بين الحيضتين ، وعلى الخلاف فى القروء ، هل هى الحيض أو الأطهار ؟ فإن قلنـا : هى الحيض ، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما ، فأقل ما تنقضى به العدة تسعة وعشرون يوما ولحظة ، وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ، ثم تحيض بعده يوما وليلة ، ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ، ثم تحيض يوما وليـلة ، ثم

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض ، وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلابد منها لمعرفة انقطاع حيضها ، ولو صادفتها رجعه لم تصح .

ومن اعتبر الغسل فى قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض .

وإن قلنا القرء الحيض والطهر خمسة عشر يوماً ، فأقل ما تنقضى به العدة ثلاثة وثلاثون يوما ولحظة تزيد أربعة أيام فى الطهرين . وإن قلنا القروء الأطهار ، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً ، فإن عدتها تنقضى بثمانية وعشرين يوماً ولحظتين ، وهو أن يطلقها فى آخر لحظة من طهرها ، فتحتسب بها قرءاً ، ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما،وبينهما حيضتين يومين ، فإذا طعنت فى الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها

وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوماً زدنا على هذا أربعة أيام فى الطهرين ، فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين : وهذا قول الشافعى ، فإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوما ولحظة على الوجه الأول ، وتسعة عشر يوما ولحظة على الوجه الثانى ، وبأربعة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الثالث ، وستة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الرابع ، فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء فى أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لأنه لا يحتمل صدقها .

وإن ادعت انقضاء عدتها فى أقل من شهر لم يقبل قولها إلا ببينة . لأن شريحاً قال : إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض فى شهر ، وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث ، وتغتسل عند كل قرء وتصلى ، فقد انقضت عدتها ، وإلا فهى كاذبة ، وقال له على بن أبى طالب : قالون ، ومعناه بالرومية أصبت ، أو أحسنت ، فأخذ أحمد بقول على فى الشهر ، فإن ادعت ذلك فى أكثر من شهر صدقها على حديث . (1)« إن المرأة ائتمنت على فرجها » ، ولأن حيضها فى الشهر ثلاث حيض يندر(2) جداً ، فرجح ببينة ، ولا يندر فيما زاد على الشهر كندرته فيه ، فقبل قولها من غير بينة ، وقال الشافعى : لا يقبل قولها فى أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين ، ولا يقبل فى أقل من ذلك بحال ، لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك .

وقال النعمان(3) : لا تصدق فى أقل من ستين يوماً ، وقال صاحباه : لا تصدق فى أقل من تسعة وثلاثين يوماً ، لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام ، فثلاث حيض تسعة أيام ، وطهران ثلاثون يوماً ،

---

(1) فى تفسير القرطبى ج ٣ ص ١١٨ « قال سليمان بن يسار : لم نؤمر أن نفتح النساء فننظر إلى فروجهن ولكن وكل ذلك إليهن إذا كن مؤتمنات » اهـ ولم أعثر عليه مرفوعا (ف) .

(2) فى ٣٩ : نادر . (3) فى ٢٠ : أبو حنيفة .

والخلاف فى هذا ينبنى على الخلاف فى أقل الحيض وأقل الطهر ، وفى القروء ما هى وقد سبق .

ومما يدل عليه فى الجملة قبول على وشريح بينتها على انقضاء عدتها فى شهر ، ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ، ولا سمعت فيه دعوى ، ولا يتصور إلا بما قلناه ، فأما إن ادعت انقضاء العدة فى أقل من ذلك لم تسمع دعواها ، ولا يصغى إلى بينتها ، لأننا نعلم كذبها ، فإن بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا ، فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها ، لأنها تدعى محالا ، وإن ادعت أنها انقضت عدتها فى هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها ، لأنه أمكن صدقها ، ولا فرق فى ذلك بين الفاسقة والمرضية ، والمسلمة والكافرة ، لأن ما يقبل فيه قول الإنسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله ، كإخباره عن بينة فيما تعتبر فيه بينة .

٦٠١٤ (القسم الثانى)

أن تدعى انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعى وضع الحمل التام ، أو أنها أسقطته قبل كماله ، فإن ادعت وضعه لتمام فلا يقبل قولها فى أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد ، لأنه لا يكمل فى أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته لم يقبل قولها فى أقل من ثمانين يوماً من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح ، لأن أقل سقط تنقضى به العدة ما أتى عليه ثمانون يوماً ، لأنه يكون نطفة أربعين يوماً ، ثم يكون علقة أربعين يوماً ، ثم يصير مضغة بعد الثمانين . ولا تنقضى به العدة قبل أن يصير مضغة بحال وهذا ظاهر قول الشافعى .

٦٠١٥ (القسم الثالث)

أن تدعى انقضاء عدتها بالشهور ، فلا يقبل قولها فيه ، لأن الخلاف فى ذلك ينبنى على الاختلاف فى وقت الطلاق ، والقول قول الزوج فيه ، فيكون القول قوله فيما ينبنى عليه إلا أن يدعى الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها ، مثل أن يقول [لها] : طلقتك فى شوال ، فتقول هى : بل فى ذى الحجة ، فالقول قولها ، لأنه يدعى ما يسقط النفقة ، والأصل وجوبها ، فلا يقبل إلا ببينة . ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها ، لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ .

ولو انعكست الدعوى فقال : طلقتك فى ذى الحجة فلى رجعتك ، فقالت بل طلقتنى فى شوال فلا رجعة لك ، فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء نكاحه ، ولأن القول قوله فى إثبات الطلاق ونفيه ، فكذلك فى وقته .

إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقى : عليها اليمين ، وهو قول الشافعى ، وأبى يوسف ، ومحمد وقد أومأ إليه أحمد ، فى رواية أبى طالب .

وقال القاضى : قياس المذهب ألا[1] يجب عليها يمين وقد أومأ إليه أحمد ، فقال : لا يمين فى نكاح ولا طلاق وهو قول أبى حنيفة ، لأن الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحلف فيها كالحدود . والأول أولى ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «اليمين على المدعى عليه»[2] ولأنه حق آدمى يمكن صدق مدعيه ، فيجب اليمين فيه كالأموال فإن نكلت عن اليمين فقال القاضى : لا يقضى بالنكول ، لأنه مما لا يصح بذله ، ويحتمل أن يستحلف الزوج ، وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعى ، وذلك لأنه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج ، وقوى جانبه ، واليمين تشرع فى حق من قوى جانبه ، ولذلك شرعت فى حق المدعى عليه ، لقوة جانبه باليد فى العين ، والأصل براءة الذمة فى الدين ، وهذا مذهب الشافعى .

٦٠١٦ (فصــــل)

وإذا ادعى الزوج فى عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لأنه لما ملك الرجعة ملك الإقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى وغيرهم ، وإن قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعتك فى عدتك ، فأنكرته فالقول قولها بإجماعهم ، لأنه ادعاها فى زمن لا يملكها ، والأصل عدمها وحصول البينونة ، فإن كان اختلافهما فى زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتى فقال قد كنت راجعتك فأنكرته ، لم يقبل قوله ، لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول لإمكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها ، فلم تقبل .

فإن سبقها بالدعوى فقال : قد كنت راجعتك أمس ، فقالت قد انقضت عدتى قبل دعواك ، فالقول قوله ، لأن دعواه للرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها فى زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك فى إبطاله . ولو سبق فقال : قد راجعتك فقالت: قد انقضت عدتى قبل رجعتك فأنكرها ، فقال القاضى القول قوله ، لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعى ، وظاهر كلام الخرقى أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته ، وهو وجه ثان لأصحاب الشافعى ، لأن الظاهر البينونة ، والأصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ، ولأن من قبل قوله سابقاً قبل قوله مسبوقا ، كسائر من يقبل قوله .

ولهم وجه ثالث : أن القول قول الزوج بكل حال ، لأن المرأة تدعى ما يرفع النكاح ، وهو ينكره ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى المُولِي والعِنِّينُ إصابة امرأته فأنكرته . وهذا لا يصح ، فإنه قد انعقد سبب البينونة ، وهو مفض إليها مالم يوجد مايرفعه ، ويزيل حكمه ، والأصل عدمه ، فكان القول قول من ينكره ، بخلاف ما قاسوا عليه . وإن وقع القول منهما جميعاً فلا رجعة ، لأن خبرها بانقضاء عدتها يكون

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ أنه لا يجب (٢) سبق تخريجه قريباً

بعدها ، فيكون قوله بعد العدة ، فلا يقبل ، قال أبو الخطاب ويحتمل أن يقرع بينهما ، فيكون القول قول من تقع له القرعة ، والصحيح الأول .

٦٠١٧ (فصـــل)

وإن اختلفا فى الإصابة ، فقال : قد أصبتك فلى رجعتك ، فأنكرته أو قالت : قد أصابنى ، فلى المهر كاملا ، فالقول قول المنكر منهما ، لأن الأصل ، معه فلا يزول إلا بيقين ، وليس له رجعتها فى الموضعين ، لأنه أنكر الإصابة ، فهو يقر على نفسه ببينونتها وأنه لا رجعة له عليها ، وإن أنكرتها هى فالقول قولها ، ولا تستحق إلا نصف المهر فى الوضعين ، لأنها إن أنكرتها فهى مقرة أنها لا تستحق إلا نصف المهر ، وإن أنكرها فالقول قوله . هذا إن كان غير مقبوض . فإن كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى إصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشىء ، لأنه يقر لها به ولا يدعيه ، وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه . وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى .

فإن قيل : فلم قبلتم قول المولِي والعنين فى الإصابة ، ولم تقبلوه ههنا ؟ قلنا . لأن المولى والعنين يدعيان ما يُبْقِى النكاح على الصحة ، ويمنع فسخه ، والأصل صحة العقد وسلامته فكان قولهما موافقاً للأصل فقبل ، وفى مسألتنا قد وقع مايرفع النكاح ويزيله وهو ماوالى[1] بينونة ، وقد اختلفا فيما يرفع حكم للطلاق ويثبت له الرجعة ، والأصل عدم ذلك ، فكان قوله مخالفاً للأصل ، فلم يقبل ، ولأن المولى والعنين يدعيان الإصابة فى موضع تحققت فيه الخلوة والتمكن من الوطء ، لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحقتا الفسخ بعد الوطء ، فكان الاختلاف فيما يختص به ، وفى مسألتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين ، لأنه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا ، فكان الاختلاف فى أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة . وهل يشرع اليمين فى حق من القول قوله ههنا ؟ على وجهين .

٦٠١٨ (فصـــل)

والخلوة كالإصابة فى إثبات الرجعة للزوج على المرأة التى خلا بها فى ظاهر قول الخرقى ، لقوله : حكمها حكم الدخول فى جميع أمورها . وهذا قول الشافعى فى القديم ، وقال أبو بكر لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها ، وبه قال النعمان وصاحباه ، والشافعى فى الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التى خلا بها .

ولنا . قوله تعالى[2] (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قُروء ولا يحلُّ لهن أن يكْتُمْنَ ما خَلَق الله فى أرحَامِهِنَّ — إلى قوله — وبُعُولتهنَّ أحقُّ بِردِّهِنَّ فى ذَلِك) ولأنها معتدة من طلاق لا عوض فيه ،

(١) فى الشرح الكبير ج٨ ص ٤٩٠ بلفظ (وهو مار إلى بينونته) (ف)
(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨

ولم تستوف عدده ، فثبتت عليها الرجعة كالمصابة ولأنها معتدة يلحقها طلاقة ، فلك رجعتها كالتى أصابها . وفارق التى لم يخل بها ، فإنها بائن منه لا عدة لها ، ولا يلحقها طلاقه ، وإنما تكون الرجعة للمعتدة التى يلحقها طلاقه .

٦٠١٩ (فصــــل)

وإن ادعى زوج الأمة بعد عدتها أنه كان راجعها فى عدتها ، فكذبته وصدقه مولاها فالقول قولها ، نص عليه أحمد ، وبذلك قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال أبو يوسف ، ومحمد القول قول الزوج ، وهو أحق بها لأن إقرار مولاها مقبول[1] فى نكاحها ، فقبل قوله فى رجعتها ، كالحرة إذا أقرت .

ولنا : أن قولها فى انقضاء عدتها مقبول ، فقبل فى إنكارها للرجعة كالحرة، ولأنه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح ، فيكون المنازع هى دون سيدها كما لو اختلفا فى الإصابة ، وإنما قبل قول السيد فى النكاح لأنه يملك إنشاءه ، فملك الإقرار به ، بخلاف الرجعة ، وإن صدقته هى وكذبه مولاها لم يقبل إقرارها ،لأن حق السيد يتعلق بها وحلت له بانقضاء عدتها ، فلم يقبل قولها فى إبطال حقه ، كما لو تزوجت ثم أقرت أن مطلقها كان راجعها ، ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها ، كالتى تزوجت ، فإنه يقبل إنكارها لا يقبل تصديقها .

إذا ثبت هذا : فإن مولاها إذا علم صدق الزوج فى رجعتها لم يحل له وطؤها ولا تزويجها ، وإن علمت هى صدق الزوج فى رجعتها فهى حرام على سيدها ، ولا يحل لها تمكينه من وطئها إلا مكرهة كما قبل طلاقها .

٦٠٢٠ (فصــــل)

ولو قالت : انقضت عدتى ثم قالت : ما انقضت بعد فله رجعتها ، لأنها أقرت بكذبها فيما يثبت به حق عليها ، فقبل إقرارها ، ولو قال . أخبرتنى بانقضاء عدتها ثم راجعتها ، ثم أقرت بكذبها فى انقضاء عدتها ، وأنكرت ماذكر عنها وأقرت بأن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة ، لأنه لم يقر بانقضاء عدتها ، وإنما أخبر بخبرها عن ذلك ، وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه .

٦٠٢١ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على مامضى من العدة ﴾

---

(١) فى المخطوطة . ٢ يقبل .

وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعى ، وله قول ثان : أنها تستأنف العدة ، لأنها طلقة واقعة فى حق مدخول بها ، فاقتضت عدة كاملة كالأولى .

ولنا : أنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة ولا خلوة ، فلم يجب بهما أكثر من عدة كما لو والى بينهما ، أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها ، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب فى أحدهما ، أو لعتقها تحت عبد ، أو غيره ، أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين ، أو غير ذلك ، لأن الفسخ فى معنى الطلاق.

٦٠٢٢ (فصـــل)

وإن طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيه روايتان.

إحداهما : تبنى على مامضى من العدة[1]. نقلها الميمونى ، وهى اختيار أبى بكر ، وقول عطاء ، وأحد قولى الشافعى ، لأنهما طلاقان لم يتخللهما دخول بها ، فكانت العدة من الأول منهما كما لو لم يرتجعها ، ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول ، فلم يجب بالطلاق منها عدة ، كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول .

والثانية : تستأنف العدة ، نقلها ابن منصور ، وهى أصح ، وهذا قول طاوس ، وأبى قلابة ، وعمرو ابن دينار ، وجابر ، وسعيد بن عبد العزيز ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأبى عبيد وأصحاب الرأى ، وابن المنذر وقال الثورى : أجمع الفقهاء عن . هذا .

وحكى أبو الخطاب عن مالك : إن قصد الإضرار بها بنت ، وإلا استأنفت ، لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح ، بقوله تعالى : « وبعُولَتهنّ أحقُّ بردهنّ فى ذلكَ إنْ أرادوا إصْلاحًا[2] » والذى قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح

ولنا : أنه طلاق فى نكاح مدخول بها فيه ، فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق . وهذا لأن الطلقة الأولى شعثت النكاح ، والرجعة لمت شعثه ، وقطعت عمل الطلاق ، فصار الطلاق الثانى فى نكاح غير مشعث ، مدخول بها فيه ، فأوجب عدة كالأول و كما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها ، فإنها تستأنف عدة ، كذا ههنا .

ويفارق الطلاق قبل الرجعة ، فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة ، فإن رجعها ثم دخل بها ثم طلقها فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم ، لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء إذا وطىء .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ من عدتها

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

٦٠٢٣ (فصـــــل)

وإن خالع زوجته ، أو فسخ النـكاح ثم نـكحها فى عدتها[1] ، ثم طلقها ، فإن كان دخـل بها فعليها العدة بلا خلاف ، لأنه طلاق فى نـكاح مدخول بها فيه ، لم يتقدمه طلاق سواه . وإن لم يكن دخل بها بنت على العدة الأولى فى الصحيح من المذهب ، وعنه أنها تستأنف العدة ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن النكاح أقوى من الرجعة ، ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فههنا أولى .

ولنـا : أنه طلاق من نـكاح لم يصبها فيه ، فلم تجب به عدة ، كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها . وفارق الرجعة ، لأنها ردت المرأة إلى النـكاح الأول ، فـكان الطلاق الثانى فى نـكاح اتصل به الدخول ، وهذا النـكاح جديد بعد البينونة من الأولى ، ولم يوجد فيه دخول ، فأشبه التزويج بعد قضاء العدة ، وأما بناؤها على العدة الأولى فلأنها إنما قطع حكمها النـكاح ، وقد زال فيعود إليها .

ولو أسلمت زوجته ثم أسلم فى عدتها ، أو أسلم هو ثم أسلمت هى فى عدتها ، وطلقها قبل وطئه أو بعده ، أو ارتدت ثم أسلمت ، ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف ، لأنه طلاق فى نـكاح وطىء فيه ، أشبه الطلاق فى النـكاح الأول .

٦٠٢٤ (فصـــــل)

ومتى وطىء الرجعية وقلنـا : إن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء ، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق ، لأنهما عدتان من رجل واحد ، فتداخلتا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ، وله ارتجاعها فى بقية العدة الأولى ، لأنها عدة من الطلاق ، فإذا مضت البقية لم يـكن له ارتجاعها فى بقية عدة الوطء ، لأنها عدة من وطء شبهة ، فإن حبلت[2] من الوطء صارت فى عدة الوطء ، وتدخل فيها البقية الأولى ، ولأنهمـا عدتان لواحد ، فأشبـه مالو كانا بالأقراء ، وتنقضى العدتان جميعاً بوضع الحمل ، لأنه لا يتبعض ، وله مراجعتها قبل وضعه ، لأنها فى عدة من الطلاق . ويحتمل أن لا يتداخلا ، لأنهما من جنسين ، فعلى هذا تصير ممتدة من الوطء خاصة ، وهل له رجعتها فى مدة الحمل ؟ على وجهين مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان ، فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق ، وله ارتجاعها فى هذه البقية ، لأنها من عدة الطلاق ، ولو طلقها حاملا ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعاً ، ويحتمل أن تستأنف عدة الوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ، ولا رجعة له بعد وضع الحمل فى هذه الصورة بكل حال . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على ما ذكرنا سواء .

---

(١) فى المخطوطة : ٣٩ فى العدة .

(٢) فى المخطوطة ، ٢ : حملت.

٦٠٢٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ، ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين ، والأخرى هي زوجة الثاني ﴾

وجملة ذلك : أن زوج الرجعية إذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة ، لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها ، فإذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها ثم تزوجت ، ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها ، وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته ، وأن نكاح الثاني فاسد ، لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول ، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها ، هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه .

وعن أبي عبدالله رحمه الله رواية ثانية : إن دخل بها فهي امرأته ، ويبطل نكاح الأول . روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وهو قول مالك ، وروى معناه عن سعيد بن المسيب ، وعبد الرحمن ابن القاسم ، ونافع ، لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر ، ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها .

ولنا : أن الرجعة قد صحت ، وتزوجت وهي زوجة الأول ، فلم يصح نكاحها ، كما لو لم يطلقها . فإذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما ، وردت إلى الأول ، ولا شيء على الثاني . وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل ، ، لأن هذا وطء شبهة ، وتعتد ، ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه ، وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف في المذهب . وهو إحدى الروايتين عن مالك وأما إن تزوجها مع علمهما بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلاف ، والوطء محرم على من علم منهما ، وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره ، لأنه وطيء امرأة غيره مع علمه .

فأما إن لم يكن لمدعي الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ، ولكن إن أنكراه جميعاً فالنكاح صحيح في حقهما ، وإن اعترفا له بالرجعة ثبتت ، والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه ، فتبين منه ، وعليه مهرها[1] إن كان بعد الدخول ، أو نصفه إن كان قبله لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاط حقها عنه، ولا تسلم المرأة إلى المدعي،لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها ، وإنما يلزمه في حقه ، ويكون القول قولها . وهل هو مع يمينها أولا ؟ على وجهين، والصحيح أنها لا تستحلف، لأنها لو أقرت لم يقبل اقرارها فإذا أنكرت لم تجب اليمين بإنكارها ، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج

---

(١) في المخطوطة ٢٠ وعليه المهر.

لم يقبل اعترافها على الزوج فى فسخ النكاح ، لأن قولها إنما يقبل على نفسها فى حقها ، وهل يستحلف ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : لا يستحلف ، اختاره القاضى ، لأنه دعوى فى النكاح ، فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة[1] فأنكرته .

والثانى : يستحلف ، قال القاضى : وهو قول الخرقى ، لعموم قوله عليه السلام « ولكن[2] اليمين على المدعى عليه » ، ولأنه دعوى فى حق آدمى ، فيستحلف فيه كالمال ، فإن حلف فيمينه على نفى العلم ، لأنه على نفى فعل الغير ، فإن زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت الى الأول من غير عقد ، لأن المنع من ردها إنما كان لحق الثانى فإذا زال زال المانع ، وحكم بأنها زوجة الأول ، كالو شهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ، ولا يلزمها للأول مهر بحال ، وذكر القاضى أن عليها له مهراً ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق ، فأشبه شهود الطلاق إذا رجعوا .

ولنا : أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها ، كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها ، فإن مات الأول وهى فى نكاح الثانى فينبغى أن ترثه لإقراره بزوجيتها ، أو إقرارها بذلك . وإن ماتت لم يرثها لأنها لا تصدق فى إبطال ميراث الزوج الثانى ، كما لم تصدق فى إبطال نكاحه ، ويرثها الزوج الثانى لذلك ، وإن مات الزوج الثانى لم ترثه ، لأنها تنكر صحة نكاحه ، فتنكر ميراثه .

٦٠٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلقها ثلاثاً وانقضت عدتها منه ، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها ، أو مات عنها ، وانقضت عدتها منه ، وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح ، وإن لم تكن عنده فى هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها ﴾

وجملة ذلك : أن المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء ، فأخبرته بذلك ، وغلب على ظنه صدقها ، إما لمعرفته بأمانتها ، أو بخبر غيرها[3] ممن يعرف حالها ، فله أن يتزوجها فى قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها ، وعلى ما أخبرت به عنها ، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها ، فيجب الرجوع إلى قولها ، كما لو أخبرت بانقضاء عدتها ، فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها ، وقال الشافعى : له نكاحها لما ذكرنا أولا . والورع ألا ينكحها .

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ز وجيته لامرأة. (٢) سبق تخريجه (٣) فى المخطوطة ٢٠ : أو بإخبار غيرها .

ولنا : أن الأصل التحريم ، ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه ، فوجب البقاء عليه ، كما لو أخبره فاسق عنها .

٦٠٢٧ (فصـــل)

وإذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر ، فالقول قولها فى حلها للأول، والقول قول الزوج فى المهر، ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها . فإن قال الزوج الأول : أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها ، لأنه يقر على نفسه بتحريمها . فإن عاد فأكذب نفسه ، وقال : قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الحل والحرمة من حقوق الله تعالى ، فإذا علم حلها له لم تحرم بكذبه ، وهذا مذهب الشافعى ، ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه . ولو قال : أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا ، لأن المعتبر فى حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم .

٦٠٢٨ (فصـــل)

وإذا طلقها طلاقاً رجعياً وغاب وقضت عدتها ، وأرادت التزوج فقال وكيله : توقفى كيلا يكون راجعك ، لم يجب عليها التوقف ، لأن الأصل عدم الرجعة ، وحل النكاح ، فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ، ولأنه أمر لو وجب عليها التوقف فى هـــذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله ، لأن احتمال الرجعة موجود ، سواء قال أو لم يقل ، فيفضى إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً .

٦٠٢٩ (فصـــل)

فإذا قالت قد تزوجت من أصابنى ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد ، لأن الخبر المبيح للعقد قد زال ، فزالت الإباحة ، وإن كان بعد ما عقـــد عليها لم يقبل ، لأن ذلك إبطال للعقد الذى لزمها بقولها ، فـلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ، ثم رجعت عن الإقرار .

كتاب الايلاء

الإيلاء : فى اللغة : الحلف يقال ، آلى يُولِى إيلاء وأَلِيَّةً وجمع الأَلِيَّةِ أَلاَيَا ، قال الشاعر :

قليـــل الألايا حافظ ليمينه إذ صـدرت منه الألية برت[1]

ويقال : تألىّ يتألى ، وفى الخبر « من يتألى على الله يكذبه » . فأما الإيلاء فى الشرع فهو : الحلف على ترك وطء المرأة ، والأصل فيه قول الله تعالى : « لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ » وكان أبىّ بن كعب ، وابن عباس ، يقرآن « يُقْسِمون » .

٦٠٣٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ والمُولِى الذى يحلف بالله عز وجل : لا يطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر ﴾

وجملته : أن شروط الإيلاء أربعة :

أحدها : أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن الحالف بذلك إيلاء ، فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل : أن حلف بطلاق أو عتاق ، أو صدقة المال ، أو الحج ، أو الظهار ، ففيه روايتان .

إحداهما : لا يكون مولياً ، وهو قول الشافعى القديم .

والرواية الثانية : هو مول . وروى عن ابن عباس أنه قال : كل يمين منعت جماعها فهى إيلاء ، وبذلك قال الشعبى ، والنخعى ، ومالك وأهل الحجاز ، والثورى ، وأبو حنيفة ، وأهل العراق ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وغيرهم لأنها يمين منعت جماعه فكانت إيلاء كالحلف بالله ، ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف ، بدليل أنه لو قال : متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إن وطئتك فأنت طالق طلقت فى الحال . وقال أبو بكر : كل يمين من حرام أوغيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها مولياً ، وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء ، لأنه يتعلق به حق آدمى ، وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى ، والرواية الأولى هى المشهورة لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم ، ولهذا قرأ أبى وابن عباس « يقسمون » مكان « يؤلون » وروى عن ابن عباس فى تفسير يؤلون . قال : يحلفون بالله ، هكذا ذكره الإمام أحمد ، والتعليق بشرط ليس بقسم ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ، ولا يجاب

(١) البيت فى لسان العرب ج ١٤ ص ٤٠ وشطره الثانى بلفظ « وإن سبقت منه الألية برت » ف .
(٢) سورة البقـرة : آية ٢٢٦ .

بجوابه ولا يذكره أهل العربية فى باب القسم ، فلا يكون إيلاء ، وإنما يسمى حلفاً تجوزاً ، لمشاركته القسم فى المعنى المشهور فى القسم ، وهو الحث على الفعل ، أو المنع منه ، أو توكيد الخبر ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته . ويدل على هذا قول الله تعالى « فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم »[1] وإنما يدخل الغفران فى اليمين بالله ، وأيضاً قول النبى صلى الله عليه وسلم « من[2] حلف بغير الله فقد أشرك » وقوله : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم » متفق عليه ، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم ، وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل ، ولا خلاف فى أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء ، لأنه لا يوجب كفارة ، ولا شيئاً يمنع من الوطء ، فلا يكون إيلاء كالخبر بغير القسم .

وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون مولياً ، إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه ، حق كقوله إن وطئتك فعبدى حر ، أو فأنت طالق ، أو فأنت على كظهر أمى ، أو فأنت على حرام ،أو فلله على صوم سنة أو الحج ، أو صدقة .فهذا يكون إيلاء ،لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه ، وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن مولياً ، لأنه لا يلزمه بالوطء حق ، ولا يصير قاذفا بالوطء ،لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها ، كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وإن قال:إن وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن مولياً ، لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق ، فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه، فلا يلزم بالنذر كما لو قال إن وطئتك فلله على صوم أمس ، وإن قال : إن وطئتك فلله على أن أصلى عشرين ركعة كان مولياً .

وقال أبو حنيفة ، لا يكون مولياً ، لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ، ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها مولياً ، كما لو قال إن وطئتك فلله على أن أمشى فى السوق .

ولنا . أن الصلاة تجب بالنذر ، فكان الحالف بها مولياً كالصوم والحج وما ذكروه ، لا يصح ، فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة . وأما المشى فى السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون مولياً ، لأنه يلزمه بالحنث فى هذا النذر أحد شيئين : إما الكفارة وإما المشى. فقد صار الحنث موجباً لحق عليه[3] فعلى هذا يكون مولياً بنذر فعل المباحات والمعاصى أيضاً ، فإن نذر المعصية موجب للكفارة فى ظاهر المذهب ، وإن سلمنا فالفرق بينهما : أن المشى لا يجب بالنذر بخلاف مسألتنا ، وإذا استثنى فى يمينه لم يكن مولياً فى قول الجميع ، لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث ، فلم يكن الحنث موجباً لحق عليه . وهذا إذا كانت اليمين

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ (٢) أخرجه أحمد والترمذى والحاكم عن ابن عمر (ف) .

(٣) فى المخطوطة ٢٠ : عليه حقا .

بالله تعالى ، أو كانت يميناً مكفرة ، فأما الطلاق والعتاق فمن جمل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ، ويكون مولياً بهما ، سواء استثنى أو لم يستثن .

٦٠٣١ (فصـــــل)

الشرط الثانى : أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر ، وهذا قول ابن عباس ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبى ثور ، وأبى عبيد ، وقال عطاء ، والثورى ، وأصحاب الرأى : إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مولياً ، وحكى ذلك القاضى ، وأبو الحسين ، رواية عن أحمد ، لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر ، فكان مولياً كما لو حلف على مازاد ، وقال النخعى ، وقتادة ، وحماد ، وابن أبى ليلى ، واسحاق : من حلف على ترك الوطء فى قليل من الأوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعالى «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ» [١]: وهذا مول ، فإن الإيلاء الحلف وهذا حالف .

ولنا : أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر ، فلم يكن مولياً كما لو حلف على ترك قبلتها ، والآية حجة لنا ، لأنه جعل له تربص أربعة أشهر ، فإذا حلف على أربعة أشهر أو مادونها فلا معنى للتربص ، لأن مدة الإيلاء تنقضى قبل ذلك ، ومع انقضائه ، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضى كونه فى مدة تناولها الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر ، فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء ، وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم فى الفيئة أنها تكون فى مدة الأربعة أشهر . وظاهر الآية خلافه ، فإن الله تعالى قال «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا» [٢] فعقب الفيء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه .

إذا ثبت هذا فحكى عن ابن عباس أن المولى من يحلف على ترك الوطء أبداً ، أو مطلقاً لأنه إذا حلف على مادون ذلك ، أمكنه التخلص بغير حنث ، فلم يكن مولياً كما لو حلف لاوطئها فى مدينة بعينها

ولنا : أنه لا يمكن التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث ، فأشبه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة، فإنه يمكن التخلص بغير الحنث ،ولأن الأربعة الأشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان موليا كالأبد.ودليل الوصف ماروى «أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة فى المدينة فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل وازور[٣] جانبه وليس إلى جنبى خليل الاعبه

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦

(٣) هذه القصة ذكرها الجاحظ فى المحاسن والأضداد ص ١٤٦ والدر المنثور ج ١ ص ١٧٥ وذكرها ابن قيم الجوزية فى روضة المحبين بسندها .

فو الله لولا الله لاشيء غيره لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافة ربي والحياء يكفني وأكرم بعلى أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء : كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر ، وفي الرابع ينفذ الصبر . فكتب إلى أمراء الأجناد : أن لا تحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر » .

٦٠٣٢ (فصـــــل)

وإذا علق الإيلاء بشرط[1] مستحيل كقوله : والله لا وطئتك حتى تصعدي السماء ، أو تقلبي الحجر ذهبا ، أو يشيب الغراب ، فهو مول ، لأن معنى ذلك ترك وطئها ، فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيلات . قال الله تعالى في الكفار « وَلاَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ[2] » ومعناه : لا يدخلون الجنة أبدا ، وقال بعضهم :

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال والله لا وطئتك حتى تحبلي فهو مول لأن حبلها بغير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء ، وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمول إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل في أربعة أشهر أو آيسة فأما إن كانت من ذوات الأقراء فلا يكون موليا لأنه يمكن حملها ، قال القاضي وإذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن موليا لأن حملها ممكن .

ولنا : أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السماء . ودليل استحالته قول مريم « أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ بَغِيًّا ؟[3] » وقولهم : « يَا أُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكِ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا »[4] ولولا استحالته لما نسبوها إلى البغاء لوجود الولد . وأيضا قول عمر رضي الله عنه « الرجم حق على من زنا وقد أحصن إذا قامت به البينة ، أو كان الحبل أو الاعتراف » ولأن العادة أن الحبل[5] لا يوجد من غير وطء فإن قالوا يمكن حبلها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا أما الأول فلا يصح فإنه لو صرح به فقال لا وطئتك حتى تحبلي من غيري أو مادمت في نكاحي أو حتى تزني كان موليا ، ولو صح ماذكروه لم يكن موليا ، وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة وإن وجد كان من خوارق العادات بدليل ماذكرناه وقد قال أهل الطب إن المني إذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الأدلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على وفق ما قالوه وإذا

---

(١) في المخطوطة ٢٩ : على شرط (٢) سورة الاعراف آية ٤٠ (٣) سورة مريم آية ٢٠
(٤) سورة مريم آية ٢٨ (٥) في المخطوطة ٢٠ : الحمل .

كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد إيلاء فتعليقه على حبلها بغير وطء أولى ، وإن قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لا أطؤك لتحبلي قبل منه ولم يكن موليا لأنه ليس بحالف على ترك الوطء وإنما هو حالف على قصد ترك الحبل به فإن «حتى» تستعمل بمعنى السببية .

٦٠٣٣ (فصـــل)

وإن علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب .

أحدها : ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر ، وكذلك إن قال حتى تأتي الهند أو نحوه فهذا مول لأن يمينه على أكثر من أربعة أشهر .

الثاني : ما الغالب أنه لا يوجد في أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة ، أو يقول حتى أموت أو تموتي أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فيكون موليا : لأن الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر . فأشبه مالو قال : والله لاوطئتك في نكاحي هذا ، وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بعينه .

الثالث : أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود[1] في أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالا متساويا كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء . لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك .

الرابع : أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل[2] وجفاف ثوب ومجيء المطر في أوانه وقدوم الحاج في زمانه ، فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه ، ولأنه لم يقصد الإضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر . فأشبه ما لو قال والله لا وطئتك شهرا .

الخامس : أن يعلقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها . وذلك ينقسم أقساما ثلاثة . أحدها : أن يعلقه على فعل مباح لامشقة فيه كقوله : والله لاأطؤك حتى تدخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك . فهذا ليس بإيلاء لأنه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه . فأشبه الذي قبله . والثاني : أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطؤك حتى تشربي الخمر أو تزني أو تقتلي ولدك أو تتركي صلاة الفرض أو حتى أقتل زيداً أو نحوه . فهذا إيلاء لأنه علقه بممتنع شرعا . فأشبه الممتنع حسا . الثالث : أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة مثل أن يقول والله لا أطؤك حتى تسقطي صداقك عني أو دينك أو حتى تكفلي ولدي أو تهبيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك ، فهذا إيلاء لأن

(١) في المخطوطة ٢ : وجوده

(٢) في المخطوطة ٢٢ البقل والثوب .

أخذه لمالها أو مال غيرها من غير رضا صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر ، وإن قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا أو أفعل فى حقك جميلا لم يكن إيلاء لأن فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرى قوله حتى أصوم يوما .

٦٠٣٤ (فصــــل)

وإن قال والله لا وطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ولأنه محسن فى كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها ، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث ، كقوله والله لا وطئتك مكرهة أو محزونة[1] ونحو ذلك فإنه لا يكون موليا ، وإن قال والله لا وطئتك مريضة لم يكن مولياً لذلك إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول فى أربعة أشهر فينبغى أن يكون مولياً لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فإن قال ذلك لها وهى صحيحة فمرضت مرضاً يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر مولياً ، وإن لم يرج برؤه فيها صار مولياً ، وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول فى أربعة أشهر موليا . لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله ، وإن قال والله لا وطئتك حائضاً ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن مولياً لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعا فقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وإن قال والله لا وطئتك طاهراً أو لا وطئتك وطئاً مباحا صار موليا لأنه حالف على ترك الوطء الذى يطالب به فى الفيئة فكان مولياً كما لو قال والله لا وطئتك فى قبلك ، وإن قال والله لا وطئتك ليلا أو والله لا وطئتك نهاراً لم يكن مولياً لأن الوطء يمكن بدون الحنث ، وإن قال والله لا وطئتك فى هذه البلدة أو فى هـذا البيت أو نحو ذلك من الأمكنة المعينة لم يكن مولياً ، وهذا قول الثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، والنعمان وصاحبيه ، وقال ابن أبى ليلى وإسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها .

ولنـــا : أنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن مولياً كما لو استثنى فى يمينه .

٦٠٣٥ (فصــــل)

وإن حلف على ترك وطئها عاماً ثم كفر عن يمينه انحل الإيلاء . قال الأثرم : قيل لأبى عبدالله : المولى يكفر عن يمينه قبل مضى الأربعة الأشهر ؟ قال : يذهب عنه الإيلاء ولا يوقف بعد الأربعة الأشهر وذهب الإيلاء حين ذهبت اليمين ، وذلك لأنه لم يبق ممنوعاً من الوطء بيمينه . فأشبه من حلف واستثنى فإن كان تكفيره قبل مضى الأربعة الأشهر انحل الإيلاء حين التكفير ، وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر . وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقوف صار كالحالف على أكثر منها إذا مضت مدة يمينه قبل وقفه .

(١) فى المخطوطة ٢٠ : أى حزينة .

٦٠٣٦ (فصــــل)

فإن قال : والله لا وطئتك[1] إن شاء فلان ، لم يصر مولياً حتى يشاء . فإذا شاء صار مولياً . وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . لأنه يصير ممتنعاً من الوطء حتى يشاء فلا يكون مولياً حتى يشاء، وإن قال : والله لا وطئتك إن شئت فكذلك . وقال أصحاب الشافعى إن شاءت على الفور جوابا لكلامه صار مولياً ، وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه ، لأن ذلك تخيير لها ، فكان على الفور ، كقوله : اختارى فى الطلاق .

ولنا : أنه علق اليمين على المشيئة بحرف « إن » فكان على التراخى ، كمشيئة غيرها . فإن قيل : فهلا قلتم لا يكون مولياً ، فإنه علق ذلك بإرادتها ، فأشبه ما لو . قال : لا وطئتك إلا برضاك ؟ قلنا : الفرق بينهما أنها إذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها ، بحيث لا يمكنه بعد ذلك الوطء بغير حنث .

وإذا قال : والله لا وطئتك إلا برضاك ، فما حلف إلا على ترك وطئها فى بعض الأحوال وهو حال سخطها ، فيمكنه الوطء فى الحال الأخرى بغير حنث . وإذا طالبته بالفيئة فهو برضاها . ولو قال : والله لا وطئتك حتى تشائى ، فهو كقوله إلا برضاك ، ولا يكون مولياً بذلك . وإن قال : والله لا وطئتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن مولياً ، لأنه علقه بفعل منه يمكن وجوده فى الأربعة أشهر ، إمكاناً غير بعيد ، وليس بمحرم ، ولا فيه مضرة ، فأشبه مالو قال : والله لا وطئتك إلا أن تدخلى الدار ، وإن قال : والله لا وطئتك إلا أن تشائى لم يكن مولياً ، وكان بمنزلة قوله إلا برضاك ، أو حتى تشائى . وقال أبو الخطاب : إن شاءت فى المجلس لم يصر مولياً ، وقال أصحاب الشافعى : إن شاءت على الفور عقيب كلامه لم يصر مولياً ، وإلا صار مولياً ، لأن المشيئة عندهم على الفور ، وقد فاتت بتراخيها . وقال القاضى: تنعقد يمينه ، فإن شاءت انحلت وإلا فهى منعقدة .

ولنا : أنه منع نفسه بيمينه من وطئها إلا عند إرادتها ، فأشبه مالو قال إلا برضاك ، أو حتى تشائى ، ولأنه علقه على وجود المشيئة أشبه مالو علقه على مشيئة غيرها ، فأما قول القاضى فإن أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وإن أرادأن وجود المشيئة على التراخى تنحل به اليمين لم يكن ذلك إيلاء ، لأن تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده فى مدة الأربعة الأشهر إمكاناً غير بعيد ليس بإيلاء والله أعلم .

٦٠٣٧ (فصــــل)

فإن قال : والله لا وطئتك ، فهو إيلاء . لأنه قول يقتضى التأبيد . وإن قال : والله لا وطئتك مدة ،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ لا أطؤك .

أو ليطولن تركي لجماعك ، ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء ، لأن اللفظ يحتمله [1] ، فانصرف إليه بنيّته ، وإن نوى مدة قصيرة لم يكن إيلاء لذلك ، وإن لم ينو شيئاً لم يكن إيلاء ، لأنه يقع على القليل والكثير ، فلا يتعين للكثير . فإن قال : والله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك شهرين ، أو لا وطئتك شهرين . فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ، ففيه وجهان .

أحدهما : ليس بمُولٍ ، لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الإيلاء ، فلم يكن مولياً ، كما لو لم ينو إلا مدتهما ولأنه يمكنه الوطء بالنسبة إلى كل يمين عقب مدتها من غير حنث فيها ، فأشبه ما لو اقتصر عليها .

والثاني : يصير مولياً ، لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية ، فكان مولياً كما لو منعها بيمين واحدة ، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمينه ، فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة ، ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين ، فلا يكون مولياً وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعهما على أربعة ، كثلاثة أشهر ، أو ثلاثة وشهرين ، لما ذكرنا من التعليلين ، والله أعلم .

٦٠٣٨ (فصـــل)

فإن قال : إن وطئتك فوالله لاوطئتك لم يكن مولياً في الحال ، لأنه لا يلزمه بالوطء حق لكن إن وطئها صار مولياً لأنها تبقى يميناً تمنع الوطء على التأبيد ، وهذا الصحيح عن الشافعي ، وحكى عنه قول قديم : أنه يكون مولياً من الأول ، لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير مولياً ، فيلحقه بالوطء ضرر ، وكذلك على هذا القول إن قال إن وطئتك فوالله لا دخلت الدار لم يكن[2] مولياً من الأول ، فإن وطئها انحل الإيلاء ، لأنه لم يبق ممتنعاً من وطئها بيمين ولا غيرها ، وإنما بقي ممتنعاً باليمين من دخول الدار .

ولنـــا : أن يمينه معلقة بشرط ، ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون مولياً ، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث ، فلم يكن مولياً كما لو لم يقل شيئاً . وكونه يصير مولياً لايلزمه به بالحنث . ولو قال : والله لا وطئتك في السنة إلا مرة لم يصر مولياً في الحال ، لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعاً من الوطء بحكم يمينه فإذا وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار مولياً ، وهـذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي ، وظاهر مذهب الشافعي في [قوله][3] القديم يكون مولياً في الابتداء لما ذكرنا في التي قبلها وقد أجبنا عنه ، وإن قال والله لا وطئتك سنة إلا يوماً فكذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة : لأن اليوم منكّر ، فلم

(١) في المخطوطة ١٨ : محتمل له . (٢) في نسخة يكون مولياً . (٣) ساقطة من ٣٩

يختص يوماً دون يوم ولذلك لو قال : صمت رمضان إلا يوماً لم يختص اليوم الآخر ، ولو قال لا أكلمك فى السنة إلا يوماً لم يختص يوماً منها .

وفيه وجه آخر : أنه يصير مولياً فى الحال وهو قول زفر لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ، بخلاف قوله لا وطئتك فى السنة إلا مرة فإن المرة لا تختص وقتاً بعينه ، ومن نصر الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث إن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخللهما يوم لا أجل فيه ولا خيار لأنه لو جازت له المطالبة فى أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ولو لزم العقد فى أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه فإن جواز الوطء فى يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقى من المدة فصار ذلك كقوله لا وطئتك فى السنة إلا مرة والله أعلم .

٦٠٣٩ (فصل)

فإن قال : والله لا وطئتك عاماً ، ثم قال : والله لا وطئتك عاماً فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين إلا أن ينوى عاماً آخر سواه ، وإن قال والله لا وطئتك عاماً ثم قال والله لا وطئتك نصف عام أو قال والله لا وطئتك نصف عام ثم قال والله لا وطئتك عاماً ، دخلت المدة القصيرة فى الطويلة ، لأنها بعضها ، ولم يجعل إحداهما بعد الأخرى، فأشبه مالو أقر بدرهم ، ثم أقر بنصف درهم . أو أقر بنصف درهم، ثم أقر بدرهم، فيكون إيلاء واحداً لهما وقت واحد ، وكفارة واحدة . وإن نوى بإحدى المدتين غير الأخرى فى هذه أو فى التى قبلها ، أو قال : والله لا وطئتك عاماً ثم والله لا وطئتك عاماً آخر أو نصف عام آخر ، أو قال لها والله لا وطئتك عاماً ، فإذا مضى فوالله لا وطئتك عاماً ، فهما إيلاآن فى زمانين ، لا يدخل حكم أحدهما فى الآخر ، أحدهما منجز ، والآخر متأخر ، فإذا مضى حكم أحدهما بقى حكم الآخر ، لأنه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه ، فيكون له حكم ينفرد به .

فإن قال فى المحرم : والله لا وطئتك هذا العام ، ثم قال : والله لا وطئتك عاماً من رجب إلى تمام اثنى عشر شهراً ، أو قال فى المحرم : والله لا وطئتك عاماً ، ثم قال فى رجب : والله لا وطئتك عاماً ، فهما إيلاآن فى مدتين ، بعض إحداهما داخل فى الأخرى . فإن فاء فى رجب أو فيما بعده من بقية العام الأول حنث فى اليمينين ، وتجزئه كفارة واحدة ، وينقطع حكم الإيلاءين . وإن فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث فى إحدى اليمينين دون الأخرى . وإن فاء فى الموضعين حنث فى اليمينين ، وعليه كفارتان .

٦٠٤٠ (فصـــل)

فإن قال لأربع نسوة : والله لا أقربكن ، انبنى ذلك على أصل وهو : الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولا . فإن قلنا : يحنث ، فهو مول منهن كلهن فى الحال ، لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث ، فصار مانعاً لنفســه من وطء كل واحدة منهن فى الحال ، فإن وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينــه ، وزال الإيلاء من البواقى . وإن طلق بعضهن أو مات لم ينحل الإيلاء فى البواقى .

وإن قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن فى الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث ، فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فـلم يكن موليا منها . فإن وطىء ثلاثاً صار مولياً من الرابعة ، لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث[1] فى يمينه وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لأنه لا يحنث بوطئهن وإنما يحنث بوطء الأربع فإن راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حـكم يمينه ، وذكر القاضى أنا إذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطىء واحدة حنث ولم ينحل الإيلاء فى البواقى لأن الإيلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها .

ولنـا : أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الأيمان ، ولأنه إذا وطىء واحدة حنث ولزمته الـكفارة ، فلا يلزمه بوطء الباقيات شىء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه ، فانحل الإيلاء كما لو كفرها[2] ، واختلف أصحاب الشافعى فقال بعضهم : لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من الرابعة وحكى المزنى عن الشافعى أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحـدة منهن فإذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الإيلاء ويوقف لمن بقى حتى يفىء أو يطلق ولا يحنث حتى يطأ الأربع وقال أصحاب الرأى يكون موليا منهن كلهن فإن تركهن أربعة أشهر بِنّ منه جميعا بالإيلاء ، وإن وطىء بعضهن سقط الإيلاء فى حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعا .

ولنـا : أن من لا يحنث بوطئها لا يكون موليا منها كالتى يحلف عليها .

٦٠٤١ (فصـــل)

فإن قال والله لا وطئت واحدة منـكن ونوى واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها وإن نوى واحدة مبهمة منهن لم يصر مولياً منهن فى الحال فإذا وطىء ثلاثا كان مولياً من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالطلاق إذا أوقعه فى مبهمة من نسائه ، وإن أطلق صار موليا منهن كلهن فى الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهن ماتت كان موليا من البواقى ، وإن وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء فى الباقيات لأنها يمين واحدة

(١) فى المخطوطة ٣٩ : أن يحنث . (٢) فى المخطوطة ١٨ : كفر عنها .

فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثَمَّ فبقى حكم يمينه فيمن بقى منهن وهذا مذهب الشافعى ، وذكر القاضى أنه إذا أطلق كان الإيلاء فى واحدة غير معينة وهو اختيار بعض أصحاب الشافعى لأن لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضى العموم .

ولنا : أن النكرة فى سياق النفى تعم كقوله « ما اتخذ[1] صَاحِبَةً » وقوله « وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُواً أَحَدٌ »[2] وقوله : « وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللهُ لَهُ نُوراً فَمَا لَهُ مِنْ نُور »[3] ولو قال إنسان والله لا شربت ماء من إداوة حنث بالشرب من أى إداوة كانت ، فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه فى العموم ، وإن قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لأن اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد . وهذا مذهب الشافعى إلا أنه إذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله . وأصل هذا مذكور فى الطلاق .

٦٠٤٢ (فصــــل)

فإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن صار موليا منهن كلهن فى الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظة كل أزالت احتمال الخصوص ومتى حنث فى البعض انحل الإيلاء فى الجميع كالتى قبلها ، وقال القاضى وبعض أصحاب الشافعى لا تنحل فى الباقيات .

ولنا : أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التى حنث فيها . وفى هذه المواضع التى قلنا بكونه موليا منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن ، وإن طالبن فى أوقات مختلفة ففيه روايتان .

إحداهما : يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضى وهو ظاهر كلام أحمد .

والثانية : يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعى ، فإذا وقف للأولى وطلقها ووقف للثانية فإن طلقها وقف للثالثة فإن طلقها وقف للرابعة ، وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للأخرى لأن يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن ، وإن وطىء إحداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء فى الباقيات على ما قلناه ، وعلى قول القاضى ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التى وقف لها .

---

(١) فى النسخ « ولم يتخذ صاحبة » وليس بوارد فى القرآن ، والوارد فيه سورة الجن الآية ٣ « ما اتخذ صاحبة ولا ولدا » وفى سورة الفرقان الآية ٢ « ولم يتخذ ولدا » (ف) .

(٢) سورة الإخلاص الآية ٤ (٣) سورة النور آية ٤٠

٦٠٤٣ (فصـــل)

فإن قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق : فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهن جميعاً لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فإن فاء إلى واحدة طلق ضرائرها فإن كان الطلاق بائنا انحل الإيلاء لأنه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه ، وإن كان رجعياً فراجعهن بقي حكم الإيلاء في حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرائرها ، وكذلك إن راجع بعضهن لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة ، ولو كان الطلاق بائنا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح ، وسواء تزوجهن في المدة أو بعدها أو بعد زوج آخر وإصابة لما سنذكره فيما بعد ، وإن قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فإذا وطئها طلق ضرائرها وإن وطيء غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون موليا من المعينة دون غيرها لأنها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها .

٦٠٤٤ (فصـــل)

الشرط الثالث أن يحلف على ترك الوطء في الفرج ، ولو قال والله لا وطئتك في الدبر لم يكن موليا لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وإنما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه وإن قال والله لاوطئتك دون الفرج لم يكن موليا لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولاضرر على المرأة في تركه ، وإن قال والله لاجامعتك إلا جماع سوء سئل عما أراد فإن قال أردت الجماع في الدبر فهو مول لأنه حلف على ترك الوطء في الفرج وكذلك إن قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وإن قال أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهـــو مول لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وإن لم تكن له نية فليس بمول لأنه محتمل فلايتعين ما يكون به موليا ، وإن قال والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن موليا بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المكروهة .

٦٠٤٥ (فصـــل)

الشرط الرابع أن يكون المحلوف عليها امرأة لقول الله تعالى : «لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ[1]» ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه فلا يكون موليا منها كالأجنبية فإن حلف على ترك وطء

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

أمته لم يكن موليا لما ذكرنا وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن مولياً لذلك ، وبه قال الشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير موليا إذا بقى من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الإيلاء فكان مولياً كما لو حلف فى الزوجية ، وحكى عن أصحاب الرأى أنه إن مرت به امرأة فحلف أن لا يقربها ثم تزوجها لم يكن موليا ، وإن قال : إن تزوجت فلانة فو الله لا قربتها صار موليا ، لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية فأشبه مالو حلف بعد تزويجها .

ولنا : قول الله تعالى « لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِسَائِهِمْ » وهذه ليست من نسائه ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق ، والقسم ، ولأن المدة تضرب له لقصده الإضرار بها بيمينه ، وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للإضرار فأشبه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد : يصح الظهار قبل النكاح لأنه يمين فعلى هذا التعليل يصح الإيلاء قبل النكاح . والمنصوص أنه لا يصح لما ذكرناه .

٦٠٤٥ (فصل)

فإن آلى من الرجعية صح إيلاؤه : وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذكر ابن حامد أن فيه رواية أخرى أنه لا يصح إيلاؤه لأن الطلاق يقطع مدة الإيلاء إذا طرأ فلأن يمنع صحته ابتداء أولى .

ولنا : أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح إيلاؤه منها كغير المطلقة ، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وإن كانت فى العدة ، ذكره ابن حامد وهو قول أبى حنيفة ويجىء على قول الخرقى لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها[1] لأن ظاهر كلامه أن الرجعية محرمة . وهذا مذهب الشافعى لأنها معتدة منه فأشبهت البائن ، ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشىء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة فى العدة.

ووجه الأول : أن من صح إيلاؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه كما لو لم تكن مطلقة ولأنها مباحة فاحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها ، وفارق البائن ، فإنها ليست زوجة ولا يصح الإيلاء منها بحال ، فهى كسائر الأجنبيات .

٦٠٤٦ (فصل)

ويصح الإيلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه[2] (الذين يُؤْلُونَ من نِسَائِهِم تربُّصُ أربَعَة أشهر)[2] ولأن كل واحدة منهن زوجة فصح الإيلاء منها كالحرة المسلمة ، ويصح

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : مراجعتها (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦

الإيلاء قبل الدخول وبعده : وبهذا قال النخعى ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى . وقال عطاء والزهرى والثورى : إنما يصح الإيلاء بعد الدخول .

ولنا : عموم الآية والمعنى لأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول ، ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة إلا أنه لا يطالب بالفيئة فى الصغر والجنون لأنهما ليسا من أهل المطالبة ، فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الإيلاء منهما لأن الوطء متعذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف لا يصعد السماء ، ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لأن المنع بسبب من جهتها فهى كالمريضة ، فعلى هذا ينبغى أن يفىء المعذور لأن الفيئة بالوطء فى حقها متعذرة فلا تمكن المطالبة به فأشبه المجبوب .

٦٠٤٨ (فصـــــل)

ويصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبى والمجنون فلا يصح إيلاؤهما لأن القلم مرفوع عنهما ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق ، فلم ينعقد منهما كالنذر ، وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح إيلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه الإمتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل ، فلم تنعقد كما لو حلف ألا يقلب الحجارة[1] ذهباً ولأن الإيلاء اليمين هى المانعة من الوطء ، وهذا لا يمنعه يمينه فإنه متعذر منه ، ولا تضر المرأة يمينه .

قال أبو الخطاب : ويحتمل أن يصح الإيلاء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس وللشافعى فى ذلك قولان ، والأول أولى ، لما ذكرنا ، فأما الخصي الذى سلت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح إيلاؤه وكذلك المجبوب الذى بقى فى ذكره ما يمكن الجماع به .

٦٠٤٩ (فصـــــل)

ويصح إيلاء الذمى ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وأبو ثور وإن أسلم لم ينقطع حكم إيلائه ، وقال مالك : إن أسلم سقط حكم يمينه ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : إن حلف بالله لم يكن مولياً لأنه لا يحنث إذا جامع ، لكونه غير مكلف ، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول : لأنه يصح عتقه وطلاقه .

ولنا : قول الله تعالى :[2] (للذينَ يُؤلُونَ مِنْ نِسائِهِم تَرَبصُ أربعةِ أشهُرٍ) ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان مولياً كالمسلم ولأن من صح طلاقه صح إيلاؤه كالمسلم ، ومن صحت يمينه عند الحاكم صح إيلاؤه كالمسلم .

(١) فى المخطوطة ٣٩ : الحجر (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦

٦٠٥٠ (فصـــل)

ولا يشترط فى الإيلاء الغضب ، ولا قصد الإضرار . روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال الثورى ، والشافعى ، وأهل العراق ، وابن المنذر . وروى عن على رضى الله عنه ليس فى إصلاح إيلاء ، وعن ابن عباس قال : إنما الإيلاء فى الغضب ونحو ذلك عن الحسن ، والنخعى ، وقتـادة ، وقال مالك ، والأوزاعى ، وأبو عبيد : من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الإصلاح لولده .

ولنا عموم الآية ولانه مانع نفسه من جماعها بيمينه فـكان موليا كحال الغضب يحققه : أن حكم الإيلاء يثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الإضرار أو لم يقصد كاستيفاء ديونها وإتلاف مالها ولأن الطلاق والظهار وسائر الأيمان سواء فى الغضب والرضا فـكذلك الإيلاء ولأن حكم اليمين فى الـكفارة وغيرها سواء فى الضب والرضا فـكذلك الإيلاء ، وأما إذا حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولده فإن أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مول ، وإن أراد فعل الفطام لم يكن موليـا لانه ممكن قبل الأربعة أشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن موليا كما لو حلف لا يطؤها حتى تدخل الدار .

٦٠٥١ (فصـــل)

فى الألفاظ التى يكون بها موليا وهى ثلاثة أقسام :

٦٠٥٢ (أحـــدها)

ما هو صريح فى الحـكم والباطن جميعا . وهو ثلاثة ألفاظ قوله : والله لا آتيك ، ولا أدخل ، ولا أغيب ، أو أولج ذكرى فى فرجك ، ولا افتضضتك [1] للبكر خاصة فهـذه صريحة ولا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الإيلاء .

٦٠٥٣ (القسم الثانى)

صريح فى الحـكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهى عشرة ألفاظ : لا وطئتك ، ولا جامعتك ، ولا أصبتك ، ولا باشرتك ، ولا مسستك ، ولا قربتك ، ولا أتيتك ، ولا باضعتك ، ولا باعلتك ، ولا اغتسلت منك فهذه صريحة فى الحـكم لأنها تستعمل فى العرف فى الوطء ، وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه : « وَلاَ تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ »[2] وقال : « وَلاَ تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ »[3] وقال تعالى : « مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ »[4] .

(١) فى المخطوطة ١٨ : أفتضك (٢) سورة البقرة آية ٢٢٢

(٣) سورة البقرة آية ١٨٧ (٤) سورة البقرة آية ٢٣٧

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الألفاظ فى الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الأجسام ، وبالإصابة الإصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعى عدا الوطء والجماع من هذه الألفاظ فقال فى موضع ليس بصريح فى الحكم لأنه حقيقة فى غير الجماع ، وقال فى : لا باضعتك ليس بصريح ، لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فاطمة بضعة منى »[1] .

ولنا : أنه مستعمل فى الوطء عرفاً وقد ورد فى القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة فى غير الجماع يبطل بلفظة[2] الوطء والجماع وكذلك قوله فارقتك وسرحتك فى ألفاظ الطلاق فإنهم قالوا هى صريحة فى الطلاق مع كونها حقيقة فى غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ فى غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحاً من سائر الألفاظ ، لأنها تستعمل فى غيره وبهذا قال أبو حنيفة .

٦٠٥٤ (القسم الثالث)

مالا يكون إيلاء إلا بالنية وهو ماعدا هذه الألفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لا يجمع رأسى ورأسك شىء ، لاساقف رأسى رأسك ، لأسوءنك ، لأغيظنك ، لتطولن غيبتى عنك ، لامس جلدى جلدك ، لاقربت فراشك ، لا آويت معك ، لانمت عندك ، فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة فى الجماع كظهور التى قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه إلا أن هذه الألفاظ منقسمة إلى ما يفتقر فيه إلى نية الجماع والمدة معاً وهى قوله لأسوءنك ولأغيظنك ولتطولن غيبتى عنك فلا يكون موليا حتى ينوى ترك الجماع فى مدة تزيد على أربعة أشهر لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفى سائر هذه الألفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط ، وإن قال والله ليطولن تركى لجماعك أو لوطئك أو لإصابتك فهذا صريح فى ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء لأنه صريح فيه ، وإن قال والله لا جامعتك إلا جماعاً ضعيفاً لم يكن مولياً إلا أن ينوى جماعاً لا يبلغ التقاء الختانين ، وإن قال والله لا أدخلت جميع ذكرى فى فرجك لم يكن مولياً لأن الوطء الذى يحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر ، وإن قال والله لا أولجت حشفتى فى فرجك كان موليا لأن الفيئة لا تحصل بدون ذلك .

٦٠٥٥ (فصـــــل)

وإن قال لإحدى زوجتيه والله لاوطئتك ثم قال للأخرى أشركتك[3] معها لم يصر موليا من الثانية

---

(١) أخرجه البخارى وأحمد والحاكم عن المسور (ف) (٢) فى المخطوطة ١٨ : بلفظ

(٣) فى المخطوطة ٣٩ أنت معها

لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة، والتشريك بينهما كناية، فلم تصح به اليمين وقال القاضى يكون موليا منهما وإن قال إن وطئتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقاً على وطئها أيضاً لأن الطلاق يصح بالكناية فإن قلنا إن ذلك إيلاء فى الأولى صار إيلاء فى الثانيه لأنها صارت فى معناها وإلا فليس بإيلاء فى واحدة منهما ، وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا ، وقال أصحاب الرأى هو مول .

ولنا : أنه ليس بصريح فى القسم فلا يكون موليا به كما لو يشبهها بها .

٦٠٥٦ (فصـــل)

ويصح الإيلاء بكل لغة من العجمية[1] وغيرها ممن يحسن العربية وممن لا يحسنها لأن اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة ، والمولى هو الحالف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فإن آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدرى معناها لم يكن موليا ، وإن نوى موجبها عند أهلها ، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لأنه لا يصح منه قصد الإيلاء بلفظ لا يدرى معناه فإن اختلف الزوجان فى معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لأن الأصل عدم معرفته بها . فاما أن آلى العربى بالعربية ثم قال جرى على لسانى من غير قصد أو قال ذلك العجمى فى إيلائه بالعجمية لم يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر .

٦٠٥٧ (فصـــل)

ومدة الإيلاء فى حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء ، ولا فرق بين الحرة والأمة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة فى ظاهر المذهب وهو قول الشافعى وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى أن مدة إيلاء العبيد شهران وهو اختيار أبى بكر ، وقول عطاء والزهرى ومالك وإسحاق لأنهم على النصف فى الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك فى مدة الإيلاء وقال الحسن والشعبى إيلاؤه من الأمة شهران ومن الحرة أربعة [وقال الشعبى[2] إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرة] وهذا قول أبى حنيفة لأن ذلك تتعلق به البينونة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كمدة العدة .

ولنا : عموم الآية ولأنها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كمدة العنة ، ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها ، ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة لأن العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد ، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرة أكثر . وكان ينبغى أن تتقدم مطالبتها مطالبة

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : الأعجمية (٢) كلام الشعبى مكرر هنا وهذه الفقرة ليست فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٥٣٣

الأمة والحق على الحر فى الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة فى مطالبة العبد عليه .

٦٠٥٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة ، والفيئة الجماع ﴾ .

وجملة ذلك : أن المولى يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ، ولا يطالب فيهن ، فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحاكم وقفه ، وأمره بالفيئة ، فإن أبى أمره بالطلاق ، ولا تطلق زوجته بنفس مضى المدة ، قال أحمد فى الإيلاء : يوقف عن الأكابر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، [روى] عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان وعلى ، وجعل يثبت حديث على وبه قال ابن عمر وعائشة ، وروى ذلك عن أبى الدرداء وقال سليمان بن يسار : كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يوقفون فى الإيلاء ، وقال سهيل ابن أبى صالح : سألت اثنى عشر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فكلهم يقول : ليس عليه شيء حتى يمضى أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعى والأوزاعى وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى : إذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة بائنة ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وزيد وابن عمر وروى عن أبى بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهرى تطليقة رجعية ، ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ : « فإنْ فَاءوا — فيهن — فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ »[1] ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك فى المدة كمدة العنة .

ولنا : قول الله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم »[2] وظاهر ذلك أن الفيئة بعد أربعة أشهر لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية التعقيب ثم قال : « وإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ »[3] ولو وقع بمضى المدة لم يحتج إلى عزم عليه وقوله (سميع عليم) يقتضى أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاما ، ولأنها مدة ضربت له تأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ، ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فإن الطلاق لا يقع إلا بمضيها[4] ولأن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٧ .

(٤) فى نسخة : لا يقع بمضيها ـــ هامش المطبوعة . وكذا فى : ٢٠ وهو الصواب .

فى مدتها ، وهذه ضربت تأخيراً له وتأجيلا ، ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضى الأجل كالدين .

٦٠٥٩ (فصــــل)

وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لأنها ثبتت بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى ضرب كمدة العنة . ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فإن وطئها فيها فقد عجلها حقها قبل محله وخرج من الإيلاء كمن عليه دين دفعه قبل الأجل ، وهكذا إن وطىء بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الإيلاء وسواء وطئها وهى عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لأنه فعل ماحلف عليه فإن وطئها وهو مجنون لم يحنث ، ذكره ابن حامد وهو قول الشافعى .

وقال أبو بكر يحنث وعليه الكفارة لأنه فعل ما حلف عليه . والأول أصح لأنه غير مكلف والقلم عنه مرفوع ، ويخرج بوطئه عن الإيلاء لأنه قد وفاها حقها وحصل منه فى حقها ما يحصل من العاقل وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه ، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وذكر القاضى مايدل على أنه يبقى مولياً فإنه قال إذا وطىء بعد إفاقته تجب عليه الكفارة لأن وطأه الأول ماحنث به ، وإذا بقيت يمينه بقى الإيلاء كما لو لم يطأ وهذا قول المزنى .

وينبغى أن تستأنف له مدة الإيلاء من حين وطىء[1] ، لأنه لا ينبغى أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لانتفائها وهى موجودة ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه . وقيل تضرب له المدة إذا عقل لأنه حينئذ يمتنع من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالأول قال قد وفاها حقها فلم يبق الإيلاء كما لو حنث ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها .

٦٠٦٠ (فصــــل)

وإن وطىء العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين ، فإن قلنا يحنث انحل إيلاؤه وذهبت يمينه . وإن قلنا : لا يحنث فهل ينحل إيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون ، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الأخرى فوطئها لأنه جاهل بها والجاهل كالناسى فى الحنث وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته .

وإن استدخلت[2] ذكره وهو نائم لم يحنث ، لأنه لم يفعل ما حلف عليه ، ولأن القلم مرفوع عنه ، وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يخرج لأن المرأة وصلت إلى حقها فأشبه ما لو وطىء .

---

(١) فى ١٨ : الوطء . (٢) فى ٣٩ : أدخلت .

والثانى : لا يخرج من حكم الإيلاء ، لأنه ما وفاها حقها ، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين ، فكان موليا كما لو لم يفعل به ذلك ، والحكم فيما إذا وطىء وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به .

٦٠٦١ (فصـــل)

وإن وطئها وطئا محرما مثل أن وطئها حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرما أو صائما أو مظاهرا حنث وخرج من الإيلاء وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء لأنه وطء لا يؤمر به فى الفيئة فلم يخرج به من الإيلاء كالوطء فى الدبر ، ولا يصح هذا لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتنعا من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضـــة .

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ماوفاها حقها ، فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى . وقد ذكر القاضى فى المحرم والمظاهر أنهما إذا وطئا فقد وفياها حقها . وفارق الوطء فى الدبر فإنه لا يحنث وليس بمحل للوطء بخلاف مسألتنا .

٦٠٦٢ (فصـــل)

وإذا آلى ، منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه ، أو حبسه ، أو إحرامه ، أو صيامه ، حسبت عليه المدة من حين إيلائه ، لأن المانع من جهته وقد وجد التمكين الذى عليها ، ولذلك لو أمكنته من نفسها وكان ممتنعا لعذر وجبت له النفقة . وإن طرأ شىء من هذه الأعذار بعد الإيلاء ، أوجن ، لم تنقطع المدة المعنى الذى ذكرناه . وإن كان المانع من جهتها نظرنا ، فإن كان حيضا لم يمنع ضرب المدة ، لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة ، لأن الحيض فى الغالب لا يخلو منه شهر ، فيؤدى ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء . وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفى النفاس وجهان .

أحدهما : هو كالحيض لأن أحكامه أحكام الحيض .

والثانى : هو كسائر الأعذار التى من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبه سائر الأعذار ، وأما سائر الأعذار التى من جهتها كصغرها ومرضها ، وحبسها وإحرامها ، وصيامها واعتكافها المفروضين ، ونشوزها وغيبتها ، فمتى وجد منها شىء حال الايلاء لم تضرب له المدة[1] حتى يزول لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها ، وإن وجد شىء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبن على مامضى لأن قوله سبحانه : « تَرَبُّصُ أربعَةِ أشْهرٍ »[2] يقتضى متوالية فإذا قطعها وجب استئنافها كمدة شهرين فى صوم الكفارة ،

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : مـدة . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

وإن حنثت وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت فى يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها ، فإن قيل فهذه الأسباب منها مالاصنع لها فيه فلا ينبغى أن تقطع المدة كالحيض ، قلنا : إذا كان المنع لمعنى فيها فلافرق: بين كونه بفعلها أو بغير فعلها ، كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو غير عذر ، وإن آلى فى الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام ، وإن طرأت الردة فى أثناء المدة انقطعت ، لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء : فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما ، وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها . والله أعلم .

٦٠٦٣ (فصــل)

وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فإن طالبته فطلب الإمهال فإن لم يكن له عذر لم يمهل لأنه حق توجه عليه لاعذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ، ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر ، فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر . وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع فى (حكم[1]) العادة ، فإنه لا يلزمه الوطء فى مجلسه وليس ذلك بإمهال ، فإن قال : أمهلونى حتى آكل فإنى جائع ، أو ينهضم الطعام فإنى كظيظ[2] أو أصلى الفرض ، أو أفطر من صومى ، أمهل بقدر ذلك ، فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع فى مثلها فى العادة وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته لأن العادة فعل ذلك فى بيته ، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهى لا تستحق الوطء فى هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شىء ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة .

٦٠٦٤ (فصــل)

فإن عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا : يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده . وقال القاضى هذا قياس المذهب لأنها رضيت بإسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها منه كامرأة العنين إذا رضيت بعنته ، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت . وهذا مذهب الشافعى لأنها تثبت لرفع الضرر بترك مايتجدد مع الأحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنة فإنه فسخ لعيبه فمتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشترى عن

---

(١) ساقطة من ٣٩ . (٢) أى : ممتلىء البطن من الطعام . فعيل بمعنى مفعول .

عيب المبيع ، وإن سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لأن حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة .

٦٠٦٥ (فصـــــل)

والأمة كالحرة في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف ، لأن الحق لها حيث كان الاستمتاع يحصل لها ، فإن تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب لأنه لا حق له ، فإن قيل : حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها إلا بإذنه ، قلنا : لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها لم يكن مولياً ، ولو أن المولى وطىء بحيث يوجد التقاء الختانين[1] حصلت الفيئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل ، وإنما استؤذن السيد في العزل لأنه يضر بالأمة فربما نقص قيمتها .

٦٠٦٦ (فصـــــل)

فإن كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لها المطالبة لأن قولها غير معتبر وليس لوليهما المطالبة لها لأن هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه ، أما إن كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمدة لأن المنع من جهتهما ، وإن كان وطؤهما ممكناً فإن أفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تممت المدة ثم لها المطالبة ، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فلهما المطالبة يومئذ لأن الحق لها ثابت وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة . وقال الشافعي لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء فإن لم يمكن فاء بلسانه وإلا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لأن هذا إيلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتي يمكنه جماعها .

ولنا : أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها ، فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه ، وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لأنه إيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ، ومتى قصد الإضرار بها بترك الوطء أثم ويستحب أن يقال له اتق الله فإما أن تفيء وإما أن تطلق فإن الله تعالى قال (عَاشِروهن بالمعروف[2]) وقال تعالى: (فإمساكٌ بِمَعْرَوفٍ أو تسْرِيحٌ بإحْسان[3]) وليس الإضرار من المعاشرة بالمعروف .

٦٠٦٧ ﴿مســـألة﴾

قال ﴿ والفيئة الجماع ﴾

ليس في هذا اختلاف بحمد الله . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء الجماع

(١) في المخطوطة ١٨ : ٣٩ بحيث يلتقي الختانان (٢) سورة النساء آية ٣٩ (٣)سورة البقرة آية ٢٢٩

كذلك قال ابن عباس ، وروى ذلك عن على وابن مسعود . وبه قال مسروق ، وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، وسعيد بن جبير ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبوعبيد ، وأصحاب الرأى . إذا لم يكن عذر وأصل الفيء الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيئا ، لأنه رجع من المغرب إلى المشرق فسمى الجماع من المولى فيئة ، لأنه رجع إلى فعل ماتركه ، وأدنى الوطء الذى تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة فى الفرج ، فى أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطىء دون الفرج أو فى الدبر لم يكن فيئة ، لأنه ليس بمحلوف على تركه ، ولايزول الضرر بفعله .

٦٠٦٨ (فصــــل)

وإذا فاء لزمته الكفارة فى قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن زيد وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين والنخعى والثورى وقتادة ومالك وأهل المدينـــة وأبوعبيد وأصحاب الرأى وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعى ، وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن ، وقال النخعى كانوا يقولون ذلك، لأن الله تعالى قال : « فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ[1] » قال قتادة هذا خالف الناس يعنى قول الحسن .

ولنا قول الله تعالى: « وَلَـكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ ـ الآية إلى قوله — ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ[2] » وقال سبحانه : « قَدْ فَرَضَ اللهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ[3] » . وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » . متفق عليه . ولأنه حالف حانث فى يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها والمغفرة لاتنافى الكفارة فإن الله تعالى قد غفر لرسوله صلى الله عليه وسلم ماتقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول « إنى والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليه .

٦٠٦٩ (فصــــل)

وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لأنه معلق بصفة وقد وجدت ، وإن كان على نذر عتق[4] أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لأنه نذر لجاج وغضب ، فهذا حكمه ، وإن علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة

---

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٦ (٢) سورة المائدة آية ٨٩ (٣) سورة التحريم آية ٢

(٤) فى النسخ المطبوعة (على نذر أو عتق) والصواب حذف (أو) كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٥٤٦ (ف) .

وأمر بالطلاق لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وأكثرهم قالوا تجوز الفيئة لأن النزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء ، وقد ذكر القاضى أن كلام أحمد يقتضى روايتين كهذين الوجهين .

واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه ثلاثة .

أحدها : أن آخر الوطء حصل فى أجنبية كما ذكرنا فإن النزع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج ، فيكون فى حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر[1] ، والتحريم ههنا أولى لأن الفطر بالوطء . ويمكن منع كون النزع وطئاً ، والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرماً ، ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم ، فإن قيل : فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم . قلنا : فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل .

الوجه الثانى : أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم تحقيق سببه .

الثالث : أن يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فإن وطىء فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع ، لأنها أجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمم الإيلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطئاً بعضه فى زوجته ، وفى المهر وجهان . أحدهما : يلزمه ، لأنه حصل منه وطء محرم فى محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أولج بعد النزع . والثانى : لا يجب ، لأنه تابع الإيلاج فى محل مملوك فكان تابعاً له فى سقوط المهر ، وإن نزع ثم أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما ، وعليه المهر لها ، ويلحقه النسب وإن كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لأنه إيلاج فى أجنبية بغير شبهة[2] فأشبه ما لو طلقها ثلاثاً ثم وطئها ولا مهر لها لأنها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لأنه من زنا لا شبهة فيه .

وذكر القاضى وجهاً أنه لا حد عليهما لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعى ، والصحيح الأول ، لأن الكلام فى العالمين وليس هو فى مظنة الخفاء ، فإن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا نظرت فإن كان هو العالم فعليه الحد ولها

---

(١) فى ١٨ : مفطر . (٢) فى ٣٩ : بلا شبهة .

المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود ، وإن كانت فى العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لأن وطأه وطء شبهة .

٦٠٧٠ (فصـــل)

وإن قال إن وطئتك فأنت على كظهر أمى فقال أحمد : لا يقربها حتى يكفر وهذا نص فى تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء فى المسألة التى قبلها بطريق التنبيه لأن المطلقة ثلاثا أعظم تحريما من المظاهر منها وإذا وطىء ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الإيلاء ويحتمل أن أحمد إنما أراد وإذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً إذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لأنه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه ، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه ، وقد روى اسحاق قال قلت لأحمد فيمن قال لزوجته أنت على كظهر أمى إن قربتك إلى سنة ؟ قال إن جاءت تطالب فليس له أن يعضلها بعد مضى الأربعة الأشهر يقال له إما أن تفىء وإما أن تطلق فإن وطئها فقد وجب عليه كفارة وإن أبى وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه ، فينبغى أن تحمل الرواية الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذى صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم .

٦٠٧١ (مســألة)

قال ﴿ أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شىء لا يمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتها فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفىء بلسانه فيقول متى قدرت جامعتها ونحو هذا . وممن قال يفىء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعى والحسن والزهرى والثورى والأوزاعى وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأى ، وقال سعيد ابن جبير لا يكون الفىء إلا الجماع فى حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائباً ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت وطئت .

ولنا : أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الإضرار وقد ترك قصد الإضرار(١) بما أتى به من الاعتذار . والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبه

(١) فى ١٨ : الضرر فى الفقرة كلها .

يقوم مقام طلبها فى الحضور فى إثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه .

وحكى أبو الخطاب عن القاضى أن فيئة المعذور أن يقول فئت إليك وهو قول الثورى وأبى عبيد وأصحاب الرأى . والذى ذكر القاضى فى المجرد مثل ما ذكر الخرقى وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الإضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه ولا يحصل بقولة فئت إليك شىء من هذا . فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول لو قدرت لجامعتها لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه .

٦٠٧٢ (فصــــل)

والإحرام كالمرض فى ظاهر قول الخرقى : وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار . وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعى لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكما واجباً عليه فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لأنه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق ، ووجه القول الأول أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتفىء وإما أن تطلق فإن قال أمهلونى حتى أطلب رقبة أو أطعم فإن علم أنه قادر على التكفير فى الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لأن الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة ، وإن لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ولا يزاد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير ، ويتخرج أن يفىء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصل كقولنا فى المحرم ، فإن وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه منه . لأن هذا الوطء محرم عليهما .

وقال القاضى : يلزمها التمكين وإن امتنعت سقط حقها لأن حقها فى الوطء وقد بذله لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها .

ولنا : أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء فى الحيض والنفاس . وهذا ينقض دليلهم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلا واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء فى الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه .

٦٠٧٣ (فصــــل)

وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أداؤه طولب بالفيئة لأنه قادر عليها بأداء ما عليه فإن لم

يفعل أمر بالطلاق ، وإن كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلماً أمر بفيئة المعذور ، وإن انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو حملها إليه فإن لم يفعل أخذ بالطلاق وإن كان الطريق مخوفا أوله عذر يمنعه فاء فيئة المعذور .

٦٠٧٤ (فصـــــل)

فإن كان مغلوباً على عقـله بجنون أو إغماء لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ ، وإن كان محبوباً وقلنا : يصح إيلاؤه فاء فيئة المعذور فيقول لو قدرت جامعتها .

٦٠٧٥ (فصـــــل)

وإذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره وإن لم يكن وطئها وإن لم تـكن حاله معروفة ، فقال القاضى : تسمع دعواه ويقبل قوله لأن العنة[1] من العيوب التى لا يقف عليها غيره ، وهذا ظاهر نص الشافعى ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أى يفيء فيئة أهل الأعذار .

وفيه وجه آخر : أنه لا يقبل قوله لأنه متهم فى دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه ، وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنـكر ذلك لم يكن لهـا المطالبة بضرب مـدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله فى عدم الإصابة .

٦٠٧٦ (فصـــــل)

قال ﴿ فمتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق ﴾

وجملة الأمر : أن المولى إذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها ، فلم يفعل أمر بالطلاق . وهذا قول كل من يقول يوقف المولى لأن الله تعالى قال (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) فإذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان ، وإن كان معـــذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به فإن فعل وإلا أمر بالطلاق وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو بكر : إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء ، وهو قول الحسن ، وعكرمة ، والأوزاعى لأنه فاء مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزمه فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء ، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء . لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها .

(١) فى المطبوعة : التعنين . وقد اخترنا ما فى ١٨ و ٢٠ لوضوحه .

ولنا : أنه أخر حقها لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه . وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وإنما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنكاره كالغريم المعسر .

٦٠٧٧ (فصـــل)

وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به . فقال : متى قدرت وفيته .

٦٠٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه ﴾

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق ، فإن طلق وقع طلاقه الذى أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة . لأنه يحصل الوفاء بحقها بها فإنه يفضى إلى البينونة والتخلص من ضرره ، وإن امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه . وبهذا قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى : ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان . فعلى هذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفىء أو يطلق وللشافعى قولان كالروايتين .

ولنا : أن مادخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين . وفارق الاختيار فإنه ماتعين مستحقه . وهذا أصح فى المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفى لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها .

٦٠٧٩ (فصـــل)

والطلاق الواجب على المولى رجعى سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه . وبهذا قال الشافعى . قال الأثرم قلت لأبى عبدالله فى المولى فإن طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائناً ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً .

وقال القاضى : المنصوص عن أحمد فى فرقة الحاكم أنها تكون بائناً . فإن فى رواية الأثرم وقد سئل إذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال إذا طلق فهى واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة ، وقال أبو ثور : طلاق المولى بأن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع

الضرر فكان بائناً كفرقة العنة، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر ، وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة بائناً .

ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق فى غير الإيلاء . ويفارق فرقة العنة[1] لأنها فسخ لعيب وهذه طلقة ، ولأنه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فإنه إذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة فى رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الإضرار بها فافترقا والله أعلم .

٦٠٨٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن طلق عليه ثلاثاً فهى ثلاث ﴾

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع عن الفيئة والطلاق معاً وقام الحاكم مقامه فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولى ، وإليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وإن شاء ثلاثاً وإن شاء فسخ . قال القاضى : هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعى ليس له إلا واحدة لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين فى حق الممتنع .

ولنا : أن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله فى ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فإن حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة فى تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده . قال أبو عبيد إذا قال فرقت بينكما فإنما هو فسخ ، وإذا قال طلقت واحدة فهى واحدة وإذا قال ثلاثاً فهى ثلاث .

٦٠٨١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن طلق واحدة وراجع وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر كان الحكم كما حكمنا فى الأول ﴾

وجملة الأمر : أنه إذا طلق المولى أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث فله رجعتها وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة . فإنه قال : وأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة فى العدة ولا بعدها ، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم بائناً ليس فيه رجعة ، وقال أبو بكر فى كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لعاناً كانت أو غيره .

إحداهما : تحرم على التأبيد واختارها .

والثانية : له المراجعة فيها بعقد جديد وهذا الصحيح وليس فى كلام أحمد ما يقتضى تحريمها عليه ،

---

(١) فى المخطوطة ٣٩ : العنين.

وقوله : ليس فيه رجعة فى العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نـكاح جديدلأنه قدصرح فى سائر الروايات به ، ولأنه لم يوجد سبب يقتضى تحريمها عليه وتفريق الحاكم لا يقتضى سوى التفريق بينهما فى هذا النـكاح ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة لم تحرم عليه .

وأما فرقة اللعان فإنها تحصل بدون تفريق الحاكم ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضى للتفريق والتحريم اللعان بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النـكاح وإن تراضوا به بخـلاف مسألتنا ، وأما على قول الخرقى فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث فهو رجعى سواء أكان من المولى أو الحاكم وهذا مذهب الشافعى لأن الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولى كالوكيل ،فإن لم يراجع حتى انقضت عـدتها بانت ولم يلحقها طلاق ثان. وهذا مذهب الشافعى ،وروى عن على « إذا سبق حد الإيلاء حد الطلاق فهما تطليقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الإيلاء فهى واحدة ويقتضيه[1] مذهب الزهرى : وهذا مبنى على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الإيلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك . فأما إن فسخ الحاكم النـكاح فليس المولى الرجوع عليها إلا بنـكاح جديد سواء أكان فى العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه . لأنه ليس بطلاق . فأشبه فسخ النـكاح لعيبه أو عنته ، وإن طلق المولى أو الحاكم ثلاثا لم تحـل له إلا بعد زوج ثان وإصابة ونـكاح جديد .

إذا ثبت هذا فإنه إذا طلق دون الثلاث فراجعها فى عدتها فإن مدة الإيلاء تنقطع بالطلاق ولا يحتسب عليه بما قبل الرجعة من المدة لأنها صارت ممنوعة منه بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائناً فإن راجع استؤنفت المدة من حين رجعته فإن كان الباقى منها أقل من أربعة أشهر سقط الإيلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليفىء أو يطلق ثم يكون الحـكم ههنا كالحـكم فى وقفه الأول فإن طلق أو طلق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طولب بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه ، وهـذا مذهب الشافعى ويقتضى مذهب أبى عبد الله بن حامد أنه إذا طلق استؤنفت المدة الأخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانياً فإن فاء وإلا أمر بالطلاق : ونحو هـذا مذهب مالك . وأبى عبيد ، وإن انقضت العدة قبل مدة الإيلاء بانت وانقطع الإيلاء فإن راجع فى العدة قبل مـدة الإيلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين طلق ، وعن ابن مسعود ، وعطاء ، والحسن ، والنخعى ، وقتادة ، والأوزاعى ، أن الطلاق يهدم الإيلاء . وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحتسب بمدته قبل الرجعة فيـكون قول الخرقى مثله ، ويحتمل أنه يزيل حكمه بالـكلية لأنه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الإيلاء كما لو

(١) فى المخطوطة ٣٩ وهو .

وطئها ، والجواب عن هذا أن حكم اليمين باق فى المنع من الوطء فيبقى الإيلاء كالو لم يطلق ، بخلاف الفيئة فإنها ترفع اليمين لحصول الحنث فيها .

٦٠٨٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولو وقفنا بعد الأربعة أشهر فقال : ، قد أصبتها فإن كانت ثيباً كان القول قوله مع يمينه ﴾

وهذا قول الشافعى لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعى ما يلزمه به رفعه وهو يدعى ما يوافق الأصل ويبقيه ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى الوطء فى العنة ، ولأن هذا أمر خفى ، ولا يعلم إلا من جهته ، فقبل قوله فيه كقول المرأة فى حيضها وتلزمه اليمين ، لأن ما تدعيه المرأة محتمل ، فوجب نفيه باليمين ونص أحمد فى رواية الأثرم على أنه لا يلزمه يمين ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول ، وهذا اختيار أبى بكر ، فأما إن كانت بكراً واختلف فى الإصابة أريت النساء الثقات فإن شهدن بثيوبتها فالقول قوله ، وإن شهدن ببكارتها فالقول قولها لأنه لو وطئها زالت بكارتها ، وظاهر قول الخرقى أنه لا يمين ههنا ، لقوله فى باب العنين : فإن شهدن بما قالت أجل سنة ، ولم يذكر يمينه ، وهذا قول أبى بكر لأن البينة تشهد لها ، فلا تجب اليمين معها .

٥٩٨٣ (فصـل)

ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ، ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها ، فنقبل قوله فى الإصابة فى الإيلاء ، ولا نقبـله فى إثبات الرجعة له . وقد سبق تعليل ذلك فى كتاب الرجعة .

٦٠٨٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقى من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت ﴾ .

وجملة الأمر : أن المولى إذا أبان زوجته انقطعت مدة الإيلاء بغير خلاف علمنا سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من حين الطلاق الرجعى لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شىء من أحكام نكاحها ، فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزوجها واستؤنفت المدة حينئذ ، فإن كان الباقى من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الإيلاء ، لأن مدة التربص أربعة أشهر ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، ثم وقف لها فإما أن يفىء أو يطلق ، وإن لم يطلق طلق الحاكم عليه . وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة ، إن كان الطلاق أقل من ثلاث ، ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الإيلاء ، وإن استوفى عدد الطلاق لم يعد الإيلاء لأن حكم النكاح الأول زال بالكلية ، ولهذا ترجع إليه على طلاق

ثلاث ، فصار إيلاؤه فى النكاح الأول كايلائه من أجنبية ، وقاله أصحاب الشافعى : يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل : قولان كالمذهبين ، وقول ثالث : لايعود حكم الإيلاء بحال ، وهو قول ابن المنذر ، لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه فبطل حكم الإيلاء منها كالمطلقة ثلاثاً .

ولنا : أنه ممتنع من وطء إمرأته بيمين فى حال نكاحها فثبت له حكم الإيلاء ، كما لو لم يطلق ، وفارق الإيلاء من الأجنبية فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها بخلاف مسألتنا .

٦٠٨٥ (فصـــل)

ولو آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها ، عاد الإيلاء . ولو كان المولى عبداً فاشترته امرأته ثم أعتقته وتزوجته عاد الإيلاء ، ولو بانت الزوجة بردة أو إسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجاً جديداً عاد الإيلاء وتستأنف المدة فى جميع ذلك ، وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله لأن اليمين كانت منه فى حال الزوجية فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول عاد حكم الإيلاء ، لأن الصفة المعقودة فى حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فإن دخلت الدار فى حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الإيلاء فى حقه لأن الصفة وجدت فى حال كونها أجنبية ولا ينعقد الإيلاء بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهى امرأته .

٦٠٨٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو آلى منها واختلفا فى مضى الأربعة أشهر كان القول قوله فى أنها لم تمض مع يمينه ﴾

إنما كان كذلك لأن الاختلاف فى مضى المدة ينبنى على الخلاف فى وقت يمينه فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولا ؟ وزال الخلاف ، أما إذا اختلفا فى وقت اليمين فقال : حلفت فى غرة[1] رمضان وقالت بل حلفت فى غرة شعبان ، فالقول قوله لأنه صدر من جهته وهو أعلم به فكان القول فيه كما لو اختلفا فى أصل الإيلاء ولأن الأصل عدم الحلف فى غرة شعبان فكان قوله فى نفيه موافقاً للأصل ، قال الخرقى ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعى . وذهب أبو بكر إلى أنه لايمين عليه ، قال القاضى وهو أصح لأنه اختلاف فى أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الخرقى : قول النبى صلى الله عليه وسلم[2] « اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمى يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : فى أول . (٢) أخرجه الشيخان عن ابن عباس بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى الناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى عليه » (ف) .

٦٠٨٧ (فصـــل)

فإن ترك الوطء بغير يمين لم يكن موليا لأن الإيلاء الحلف ولـكن إن ترك ذلك لعـذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وإن تركه مضراً بها فهل تضرب له مدة ؟ على روايتين . إحداهما : تضرب له مدة أربعة أشهر فإن وطئها وإلا دعى بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل فى الإيلاء سواء لأنه أضر بها بترك الوطء فى مدة الإيلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولأن ما وجب أداؤه إذا حلف على تركه وجب أداؤه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات ، يحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجباً إذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ، ولأن وجوبه فى الإيلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالإيلاء وعدمه فلا يختلف الوجوب ، فإن قيل : فلا يبقى للإيلاء أثر فلم أفردتم له بابا ؟ قلنا : بل له أثر فإنه يدل على قصد الإضرار فيتعلق الحكم به وإن لم يظهر منه قصد الإضرار اكتفى بدلالته وإذا لم توجد اليمين احتجنا إلى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الإيلاء لدلالته على المقتضى لا لعينه . والثانية : لا تضرب له مدة وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى لأنه ليس بمول فلم تضرب له مدة كما لو لم يقصد الإضرار ، ولأن تعليق الحـكم بالإيلاء يدل على انتفائه عند عدمه إذ لو ثبت هـذا الحـكم بدونه لم يكن له أثر والله أعلم .

انتهى الجزء السابع بحمد الله . ويتلوه الثامن بعون الله وأوله « باب الظهار »

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الظهار

الظهار : مشتق من الظهر ، وإنما خصّوا الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء ، لأن كلّ مركوب يُسَمَّى ظهراً لحصول الركوب على ظهره فى الأغلب ، فشبّهوا الزوجة بذلك ، وهو محرّم . لقول الله تعالى (وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا)(١) ومعناه أن الزوجة ليست كالأمّ فى التحريم ، قال الله تعالى (مَاهُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ)(٢) وقال تعالى (وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ اللَّائِي تُظَاهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ)(٣) والأصل فى الظهار الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَاهُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ)(٤) والآية التى بعدها(٥) . وأما السنّة فروى أبو داود بإسناده ، عن خُوَيْلَة بنت مالك ابن ثعلبة . قالت « تَظَاهَرَ(٦) مِنِّى أوسُ بْنُ الصَّامِتِ فَجِئْتُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو ورسول الله صلى الله عليه وسلم يُجَادِلُنِي فيه ويقولُ : اتَّقِي اللهَ فإِنَّهُ ابْنُ عَمِّكَ . فما بَرِحْتُ حتى نزلَ القرآن (قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِى زَوْجِهَا(٧)) فقال : يعتق رقبةً . فقلتُ . لايجدُ ، قالَ : فيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، فقلتُ : يَارَسُولَ اللهِ ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ ، مَابِهِ مِنْ صِيَامٍ ، قالَ : فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً . قلتُ : ماعِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ ، قال : فَإِنِّي سَأُعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ ، فقلتُ يارسولَ اللهِ فإِنِّى أُعِينُهُ بعرقٍ آخَرَ . قال : قد أَحْسَنْتِ ، اذْهَبِي فاطْعِمِي عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِيناً وارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمِّكِ » قال الأصمعىّ - العَرَقُ - بفتح العين والراء ، هو ما سُفَّ(٨) من خوصٍ ، كالزّنبيل الكبير ، وروى أيضاً بإسناده عن سليمان بن يَسار ، عن سَلَمة بن صَخْرٍ البياضىّ قال : « كُنْتُ أُصِيبُ مِنَ النِّسَاءِ مَالاَ يُصِيبُ غَيْرِى ، فلمَّا دَخَلَ شَهْرُ رَمَضَانَ خِفْتُ أَنْ أُصِيبَ مِنِ امْرَأَتِي شَيْئاً يَتَتَابَعُ حَتَّى أُصْبِحَ فَظَاهَرْتُ مِنْهَا حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، فَبَيْنَا هِيَ تَخْدُمُنِي ذَاتَ لَيْلَةٍ إِذْ تَكَشَّفَ لِي مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَمْ أَلْبَثْ أَنْ نَزَوْتُ عَلَيْهَا ، فلمَّا أَصْبَحْتُ خَرَجْتُ إِلى قَوْمِي فَأَخْبَرْتُهُمُ الْخَبَرَ ، وَقُلْتُ : امْشُوا معِى إِلى رسولِ اللهِ صلى الله عليه وسلم ، قالوا : لاَ وَاللهِ ، فانْطَلَقْتُ إِلى النبيِّ صلى اللهُ عليه وسلم فأخبرتُهُ الخبرَ

(١ ، ٢ ، ٤) بعض الآية ٢ من سورة المجادلة (٣) بعض الآية ٤ من سورة الأحزاب

(٥) الآية ٣ من سورة المجادلة . (٦) تظاهر : يعنى ظاهر ، يقال ظاهر وتظهر بتشديد الهاء وتظاهر إذا أتى بصيغة الظهار وهى قوله (أنت على كظهر أمى) (٧) الآية الأولى من سورة المجادلة

(٨) ماسف : أى مانسج من الخوص فيعمل منه قفة أو نحوها ويقال : سف الخوص وأسفه بمعنى نسجه

فقال : أَنْتَ بِذَاكَ يَاسَلَمة ؟ فقلتُ : أَنَا بِذَاكَ يَارَسُولَ اللهِ ، وأناصابرٌ لِحُـكْمِ اللهِ فاحْـكُمْ فِيَّ مَاأَرَاكَ اللهُ : قال : حَرِّرْ رَقَبَةً ، قلتُ : وَالَّذِى بَعَثَكَ بِالْحَقِّ مَا أَمْلِكُ رَقَبَةً غَيْرَهَا وَضَرَبْتُ صَفْحَةَ رَقَبَتِى ، قال : صُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَـيْنِ : قلتُ : وهَلْ أَصَبْتُ الَّذِى أَصَبْتُ إِلَّا مِنَ الصِّيَامِ ؟ قال : فَأَطْعِمْ وَسْقًا[1] مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتِّينَ مِسْـكِيناً . قلت : والذى بعثك بالحقّ قد بِتْنا وَحْشَيْنِ[1] مَالَنا طَعَامٌ . قال : فانْطَلِقْ إِلَى صَاحِبِ صَدَقَةِ بَنِى زُرَيْقٍ فَلْيَدْفَعْهَا إِلَيْكَ ، قال : فاطْعِمْ سِتِّينَ مِسْـكِيناً وَسْقاً مِنْ تَمْرٍ ، وَكُلْ أَنْتَ وَعِيالُكَ بَقِيَّتَهَا . فرجعتُ إلى قومى فقلت : وَجَدْتُ عِنْدَكُمُ الضِّيقَ وَسُوءَ الرَّأْيِ وَوَجَدْتُ عِنْدَ رسول الله صلى الله عليه وسلم السَّعَةَ وَحُسْنَ الرَّأْيِ ، وَقَدْ أَمَرَ لِي بِصَدَقَتِـكُمْ » .

٦١٦٠ فصـــــل

وكل زوج صحّ طلاقه صحّ ظهاره ، وهو البالغ العاقل ، سواء كان مُسلماً أو كافراً ، حرًّا أوعبداً. قال أبو بكر : وظهار السكران مبنىّ على طلاقه . قال القاضى : وكذلك ظهار الصبىّ مبنىّ على طلاقه ، والصحيح أن ظهار الصبىّ غيرُ صحيح ، لأنها يمين موجبة للـكفارة ، فـلم تنعقد منه ، كاليمين بالله تعالى ، ولأن الـكَفَّارة وَجَبَتْ لما فيه من قول المنكَر ، والزور ، وذلك مرفوع عن الصبىّ ، لـكون القـلم مرفوعاً عنه . وقد قيل : لا يصح ظهار العبد ، لأن الله تعالى قال (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) والعبد لا يملك الرقابَ.

ولنا : عموم الآية ، ولأنه يصحّ طلاقه ، فصحّ ظهاره ، كالحرّ . فأما إيجاب الرقبة فإنما هو على من يجدها ، ولا يبقى الظهار فى حقّ من لا يجدها ، كالمعسر ، فرضُه الصيام ، ويصحّ ظهار الذمىّ . وبه قال الشافعىّ ، وقال مالك ، وأبو حنيفه : لايصحُّ منه ، لان الـكفّارة لا تصحّ منه ، وهى الرافعة للتحريم ، فلا يصحّ منه التحريم . ودليل أن الـكفّارة لا تصحّ منه أنها عبادة تفتقر إلى النية ، فلا تصحّ منه ، كسائر العبادات .

ولنا : أن من صحّ طلاقه صحّ ظهاره ، كالمسلم . فأمّا ماذكروه فيبطُل بـكفّارة الصيد ، إذا قتله فى الحرم ، وكذلك الحدُّ يقام عليه . ولا نسلّم أن التـكفير لا يصحّ منه ، فإنه يصحّ منه العتق والإطعام وإنما لا يصحّ منه الصوم ، فلا تمتنع صحّة الظهار بامتناع بعض أنواع الـكفارة كما فى حقّ العبد ، والنية إنما تُعتبر لتعيين الفعل للـكفّارة ، فلا يمتنع ذلك فى حقّ الـكافر ، كالنية فى كنايات الطلاق ، ومن يخنق فى الأحيان يصحّ ظهاره فى إفاقته ، كما يصحّ طلاقه فيه .

---

(١) الوسق : ستون صاعاً أو حمل بعير .

(٢) وحشين : تثنية وحش بفتح الواو وسكون الحاء وهو الجائع الذى لايجد طعاماً ، ويقال أوحش الرجل إذا جاع .

٦١٦١ فصـــل

ومن لا يصحّ طلاقه لا يصحّ ظهاره ، كالطفل ، والزائل العقـل بجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو غيره ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، وبه قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا يصحّ ظهار المـكْرَهِ ، وبه قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال أبو يوسف : يصحّ ظهاره والخلاف فى ذلك مبنىّ على الخلاف فى صحّة طلاقه وقد مضى ذلك .

٦١٦٢ فصـــل

ويصح الظهار من كلّ زوجـة ، كبيرةً كانت ، أو صغيرةً ، مسلمةً كانت ، أو ذمّيةً ، ممـكنا وطؤها ، أو غيرَ ممكن ، وبه قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو ثور : لا يصحّ الظهار من التى لا يمـكن وطؤها ، لأنه لا يمـكن وطؤها والظهار لتحريم وطئها .

ولنا : عموم الآية ، ولأنها زوجة يصحّ طلاقها ، فصحّ الظهار منها ، كغيرها .

٦١٦٣ مسألة

قال ﴿ وإذا قال لزوجته : أنت علىّ كظهر أمّى ، أو كظهر امرأة أجنبيّة ، أو أنت علىّ حرام ، أو حَرَّمَ عُضواً من أعضائها ، فلا يطؤها حتّى يأتىَ بالـكفّارة ﴾ .

فى هذه المسألة فصول خمسة .

٦١٦٤ أحـــدها

أنه متى شبّه امرأته بمن تحرُم عليـه على التأبيد ، فقال : أنت علىّ كظهر أمّى ، أو أختى ، أو غيرها ، فهو مظاهر ، وهذا على ثلاثة أضرُب .

﴿ أحدها ﴾ أن يقول : أنتِ علىّ كظهر أمّى ، فهذا ظهار إجماعاً ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن صريح الظِّهار أن يقول : أنت علىّ كظهر أمّى ، وفى حديث خُوَيلة امرأة أوسِ بن الصامت أنه قال لها « أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّى ، فذكر ذَلِكَ لِرَسُولِ اللهِ صَلّى اللهُ عليهِ وسلم ، فأمَرَهُ بِالْـكَفّارَةِ » .

﴿ الضرب الثانى ﴾ أن يُشبّهها بظهر من تحرُم عليـه من ذوى رحمه ، كجدّته ، وعمّته ، وخالته ، وأخته . فهـذا ظهار فى قول أكثر أهل العـلم ، منهم الحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والشعبىّ ، والنخَعِىّ ، والزهرىّ ، والثـورىّ ، والأوزاعىّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عُبَيـد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وهو جديد قولَى الشافعىّ . وقال فى القديم : لا يـكون الظهار إلا بأمّ ، أو جدّة ، لأنّهـا أمّ أيضاً ، لأن اللفظ الذى ورد به القرآن مختصّ بالأمّ ، فإذا عـدل عنه لم يتعلّق به ما أوجبـه الله تعالى فيه .

ولنا : أنّهن محرّمات بالقرابة ، فأشْبَهْنَ الأمّ . فأمّا الآية ، فقد قال فيها (وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْـكراً

مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً) وهذا موجود فى مسألتنا ، فجرى مجراه ، وتعليق الحكم بالأمّ لا يمنع ثبوت الحكم فى غيرها ، إذا كانت مثلها .

﴿ الضرب الثالث ﴾ أن يشبّهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب ، كالأمّهات المُرضِعات والأخوات من الرضاعة ، وحلائل الآباء ، والأبناء ، وأمّهات النِّساء ، والربائب ، اللاّتى دخل بأمّهنّ ، فهو ظهار أيضاً ، والخلاف فيها كالتى قبلها . ووجه المذهبين ماتقدّم ، ويزيد فى الأمّهات المرضعات دخولها فى عموم الأمّهات ، فتكون داخلةً فى النصّ ، وسائرهنّ فى معناها ، فثبت فيهنّ حكمها .

٦١٦٥ الفصل الثانى

إذا شبّهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقّتاً ، كأخت امرأته ، وعمّتها ، أو الأجنبيّة ، فعن أحمد فيه روايتان .

﴿ إحداهما ﴾ أنه ظهار ، وهو اختيار الخِرَقىّ ، وقولُ أصحاب مالك .

﴿ والثانية ﴾ ليس بظهار ، وهو مذهب الشافعىّ ، لأنها غيرُ محرّمة على التأبيد ، فلا يكون التشبيه بها ظِهاراً ، كالحائض ، والمحرّمة من نسائه ، ووجه الأولى أنه شبّهها بمحرّمةٍ ، فأشبه ما لو شبّهها بالأمّ ولأن مجرّد قوله : أنت علىّ حرام ، ظهار ، إذا نوى به الظِّهار ، والتشبيه بالمحرّمة تحريمٌ ، فكان ظهاراً ، فأما الحائض فيُباح الاستمتاع بها فى غير الفرج ، والمحرّمة يحلّ له النظر إليها ، ولمسُها من غير شَهْوة ، وليس فى وطء واحدةٍ منهما حدّ ، بخلاف مسألتنا ، واختار أبو بكر : أنّ الظِّهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء ، قال : فبهذا أقول .

٦١٦٦ فصــــل

وإن شبّهها بظهر أبيه ، أو بظهر غيره من الرجال ، أو قال : أنت علىّ كظهر البَهيمة ، أو أنتِ علىّ كالميْتة ، والدم ، ففى ذلك كلِّه روايتان .

﴿ إحداهما ﴾ أنه ظِهار ، قال الميمونىّ : قلت لأحمد : إن ظاهر من ظهر الرجل ؟ قال : فظهرُ الرجُل حَرامٌ يكون ظهاراً ، وبهذا قال ابنُ القاسم ، صاحبُ مالك ، فيما إذا قال : أنتِ علىّ كظهر أبى ، ورُوى ذلك عن جابر بن زيد .

﴿والرواية الثانية﴾ : ليس بظهار ، وهو قول أكثر العلماء ، لأنه تشبيهٌ بما ليس بمحلّ للاستمتاع . أشبه مالو قال : أنت علىّ كمال زيد ، وهل فيه كفَّارة ؟ على روايتين :

﴿ إحداهما ﴾ فيه كفَّارة ، لأنه نوع تحريم ، فأشبه ما لو حرّم ماله .

﴿ والثانية ﴾ ليس فيه شىء ، نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبَّه امرأته بظَهْر الرجل : لا يكون

ظهاراً ، ولم أره يلزمه فيـه شيء ، وذلك لأنه تشبيهٌ لامرأته بما ليس بمحلٍّ للاستمتاع ، أشبه التشبيه بمالِ غيره ، وقال أبو الخطاب فى قوله : أنتِ علىّ كالميْتة ، والدم : إن نوى به الطلاق كان طلاقاً ، وإن نوى الظِّهار كان ظِهاراً ، وإن نوى اليمين كان يميناً ، وإن لم يَنْوِ شيئاً ، ففيه روايتان :

(إحداها) هو ظِهار .

(والأخرى) هو يمين ، ولم يتحقّق عندى معنى إرادته الظهار ، واليمين ، والله أعلم .

٦١٦٧ فصـــــل

فإن قال : أنتِ عنـدى ، أو منِّى ، أو معى كظهر أمّى ، كان ظهاراً ، بمنزلة علىّ ، لأن هـذه الألفاظ فى معناه ، وإن قال : جُمْلتُكِ ، أو بَدَنُكِ ، أو جِسْمُكِ ، أو ذَاتُكِ ، أو كُلُّكِ علىّ كظهر أمّى كان ظهاراً ، لأنه أشار إليهـا ، فهو كقوله : أنت ، وإن قال : أنتِ كظهر أمّى كان ظهاراً ، لأنه أتى بمـا يقتضى تحريمها عليـه ، فانصرف الحكم إليه ، كما لو قال : أنتِ طالق ، وقال بعضُ الشافعيّـة : ليس ليس بظهار ، لأنه فيـه مايدلّ على أن ذلك فى حقّـه ، وليس بصحيح ، فإنّها إذا كانت كظهر أمّه فظهرُ أمّه محرّم عليه .

٦١٦٨ فصـــــل

وإن قال : أنتِ علىّ كأمّى ، أو مثلُ أمّى ، ونوى به الظِّهار فهو ظِهار ، فى قول عامّـة العلماء ، منهم أبو حنيفة ، وصاحباه ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وإن نوى به الكرامة ، والتوقير ، أو أنّها مثلُها فى الكِبَر ، أو الصفة ، فليس بظهار ، والقولُ قولُه فى نيَّته ، وإن أطلق فقال أبو بـكر : هو صريح فى الظِّهار ، وهو قول مالك ، ومحمد بن الحسن ، وقال ابن أبى موسى : فيـه روايتان : أظهرهما أنّه ليس بظهار ، حتى يَنْوِيه ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى ، لأن هـذا اللفظ يُستعمل فى الكرامة ، أكثر مما يستعمل فى التحريم ، فلم ينصرف إليه بغير نية ، ككنايات الطلاق .

ووجه الأول : أنه شبه امرأته بجُملةِ أمّه ، فـكان مُشَبِّهًا لها بظهرها ، فيثبُت الظِّهار ، كما لو شبّهها به منفرداً ، والذى يصحّ عندى فى قياس المذهب : أنّه إن وُجِدت قرينة تدل على الظهار ، مثل أن يُخرجه مَخرج الحَلِف ، فيقول : إن فعلتِ كذا فأنتِ علىّ مثلُ أمّى ، أو قال ذلك حال الخصومة ، والغضب فهو ظِهار ، لأنه إذا خرج مخرَج الحَلِف فالحَلِفُ يُراد للامتناع من شىء ، أو الحَثُّ عليه ، وإنما يحصُل ذلك بتحريمها عليـه ، ولأن كونها مثلُ أمّه فى صفتها ، أو كرامتها ، لا يتعلّق على شرط فيدل على أنّه إنما أراد الظهار ، ووقوع ذلك فى حال الخصومة ، والغضب ، دليلٌ على أنه أراد به مايتعلّق بأذاها ، ويوجب اجتنابها ، وهو الظِّهار ، وإن عُدِم هذا فليس بظهار ، لأنه محتمِلٌ لغير الظِّهار احتمالاً كثيراً ،

فلا يتعيّن الظهار فيه بغير دليل . ونحو هـذا قول أبى ثور ، وهكذا لو قال : أنتِ علىّ كأمى ، أو مثلَ أمّى ، أو قال : أنتِ أمّى ، أو امرأتى أمّى ، مع الدليل الصارف له إلى الظّهار كان ظهاراً ، إما بنيّة ، أو ما يقوم مقامها ، وإن قال : أمّى امرأتى ، أومثلُ امرأتى ، لم يـكن ظهـاراً ، لأنه تشبيهٌ لأمّه ، ووصفٌ لها ، وليس بوصف لامرأته .

٦١٦٩ الفصل الثالث

أنه إذا قال : أنتِ علىّ حرام . فإن نوى به الظّهار فهو ظِهار فى قول عامّتهم . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعىّ ، وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه فى باب الطلاق ، وإن أطلق ففيه روايتان :

(إحداهما) هو ظهار ، ذكره الخِرَقىّ فى موضع آخر ، ونصّ عليه أحمد فى رواية جماعة من أصحابه ، وذكره إبراهيمُ الحربىّ عن عثمان ، وابن عبّاس ، وأبى قِلابَة ، وسعيد بن جُبَير ، وميمون بن مِهْرَانَ والبتىّ : أنهم قالوا : الحرامُ ظِهار ، ورُوى عن أحمد مايدلّ على أن التحريم يمين ، ورُوى عن ابن عبّاس أنه قال : إن التحريم يمين فى كتاب الله عزّ وجلّ ، قال الله عزّ وجَلّ : (يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَاأَحَلَّ اللَّهُ لَكَ)[1] ثم قال : (قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ)[2] وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينو به الظّهار ليس بظهار . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ ، ووجه ذلك الآيةُ المذكورة ، وأنّ التحريم يتنوّع : منه ماهو بِظهار ، وبطلاق ، وبحَيْضٍ ، وإحرامٍ وصِيامٍ ، فلا يكون التحريم صريحاً فى واحد منها ، ولا ينصرف إليه بغير نيّة ، كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق .

ووجه الأول أنه تحريم أوقعه فى امرأته ، فـكان بإطلاقه ظِهاراً ، كتشبيهها بظهر أمّه ، وقولهم : إن التحريم يتنوّع . قلنا : إلاّ أنّ تلك الأنواع مُنتفية ، ولا يحصلُ بقوله منها إلا الطلاق ، وهذا أولى منه ، لأنّ الطلاق تَبين به المرأة ، وهـذا يُحرّمها مع بقاء الزوجيّة ، فـكان أدنى التحريمين ، فـكان أولى .

فأما إن قال ذلك لمحرّمةٍ عليه بحَيْضٍ ، أو نحوه ، وقصد الظّهار فهو ظِهارٌ ، وإن قصد أنها محرّمة عليه بذلك السبب فلا شىء فيـه . فإن أطلق فليس بظهار ، لأنه يحتمل الخبَر عن حالها ، ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظّهار ، فلا يتعيّن أحدهما بغير تعيين .

٦١٧٠ فصـــــل

فإن قال : الحلُّ علىّ حرام ، أو ما أحلّ الله علىّ حرام ، أو ماأنقلبُ إليه حرام ، وله امرأة ، فهو مظاهِر ، نصّ عليه أحمـد فى الصُّوَر الثلاث . وذلك لأن لفظه يقتضى العموم ، فيتناول المرأة بعمومه . وإن صرّح بتحريم المرأة ، أو نواها ، فهو آكدُ ، قال أحمد فيمن قال : ماأحَلَّ الله علىّ حرام من أهلٍ ،

(١) الآية الأولى من سورة التحريم (٢) بعض الآية ٢ من سورة التحريم .

ومالٍ : عليـه كفَّارة الظِّهار ، هو يمين . وتُجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هـذا ، واختار ابن عقيل : أنه يلزمه كفَّارتان للظِّهار ، ولتحريم المـال ، لأن التحريم تناولهما ، وكلّ واحد منهما لو انفرد أوجب كفَّارة ، فـكذلك إذا اجتمعا .

ولنا : أنها يمين واحدة ، فلا توجب كفَّارتين ، كما لو ظاهر من امرأتين ، أو حرَّم من ماله شيئين وما ذكره ينتقض بهذا ، وفي قول أحمد : هو يمين ، إشارة إلى التعليل بما ذكرناه ، لأن اليمين الواحدةَ لاتوجب أكثر من كفَّارة ، وإن نوى بقوله : ماأحلَّ اللهُ عليّ حرام ، وغيره من لفظات العموم المال لم يلزمه إلا كفَّارة يمين ، لأن اللفظ العامّ يجوز استعماله في الخاصّ . وعلى الرواية الأخرى التي تقول : إن الحرام بإطلاقه ليس بظهار لا يكون هاهنا مظاهراً ، إلا أن ينوىَ الظهار .

٦١٧١ فصـــــل

وإن قال : أنتِ عليّ كظهر أمّي حرامٌ ، فهو صريح في الظِّهار ، لا ينصرف إلى غيره ، سواء نوى الطلاق ، أو لم ينوه . وليس فيـه اختلاف بحمد الله لأنه صرّح بالظهار ، وبينه بقوله : حرام ، وإن قال أنتِ عليّ حرام ، كظهر أمّي ، أو كأمّي ، فـكذلك . وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحـد قولَيِ الشافعيّ . والقول الثاني : إذا نوى الطلاق فهو طلاق ، وهو قول أبي يوسف ، ومحمد ، إلا أنَّ أبا يوسف قال : لا أقبلُ قولَه في نفي الظِّهار . ووجه قولهم أنَّ قوله : أنتِ عليّ حرام إذا نوى به الطلاق ، فهو طلاق ، وزيادة قوله : كظهر أمّي بعد ذلك لا ينفي الطلاق ، كما لو قال : أنتِ طالق كظهْرِ أمّي .

ولنـا : أنه أتى بصريح الظِّهار فلم يـكن طلاقاً كالتي قبلها ، وقولهم إن التحريم مع نيّـة الطلاق طلاق لانسلّمه ، وإن سلّمناه لـكنَّه فسّر لفظه هاهنا بصريح الظِّهار . بقوله ، فـكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنيّة .

٦١٧٢ فصـــــل

وإن قال : أنتِ طالق كظهر أمّي ، طلقت ، وسقط كظَهْر أمي ، لأنه أتى بصريح الطلاق ، أولاً ، وجعل قوله كظهر أمي صفةً له ، فإن نوى بقوله كظهر أمي تأكيد الطلاق لم يكن ظِهاراً ، كما لو أطلق ، وإن نوى به الظِّهار وكان الطلاق بائناً فهو كالظِّهار من الأجنبيّة ، لأنّه أتى به بعد بينونتها بالطلاق ، وإن كان رجعيًّا كان ظهاراً صحيحاً ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعيّ ، لأنه أتى بلفظ الظِّهار فيمن هي زوجة . وإن نوى بقوله : أنت طالق الظِّهارَ لم يـكن ظهاراً ، لأنه نوى الظِّهار بصريح الطلاق ، وإن قال : أنتِ عليّ كظهر أمي طالق ، وقع الظهار ، والطلاق معاً سواء كان الطلاق بائناً ، أو رجعيًّا لأن الظهار سبق الطلاق .

٦١٧٣ فصـــــل

فإن قال : أنتِ عليّ حرام ونوى الطلاق ، والظِّهار معاً كان ظهاراً ، ولم يكن طلاقاً ، لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً ، وطلاقاً ، والظهار أولى بهذا اللفظ ، فينصرف إليه . وقال بعض أصحاب الشافعيّ : يقال له : اختر أيَّهما شئتَ ، وقال بعضهم : إن قال : أردتُ الطلاق والظِّهار كان طلاقاً ، لأنه بدأ به ، وإن قال : أردتُ الظِّهار والطلاق كان ظهاراً ، لأنه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ، ويلزمه مابدأ به .

ولنا : أنه أتى بلفظة الحرام ينوى بها الظهار ، فكانت ظهاراً ، كما لو انفرد الظِّهار بنيته ، ولا يكون طلاقاً لأنه زاحمت نيّته نيَّة الظهار ، وتعذّر الجميع ، والظهار أولى بهذه اللفظة ، لأن معناهما واحد ، وهو التحريم ، فيجب أن يغلّب ماهو الأولى ، أما الطلاق فإن معناه الإطلاق ، وهو حَلّ قيدِ النكاح ، وإنّما التحريم حكم له فى بعض أحواله ، وقد ينفكّ عنه . فإن الرجعيَّة مُطلّقة مباحة ، وأما التخيير فلا يصحّ ، لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها ، لكونه أهلاً ، والمحلّ قابلاً ، ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدّتها من حين أوقع الطلاق ، وليس إليه رفع حكم ثبت فى المحلّ باختياره ، وإبداله بإرادته ، والقول الآخرُ مبنىّ على أن له الاختيار ، وهو فاسد على ماذكرنا ، ثم إنَّ الاعتبار بجميع لفظه ، لا بما بدأ به . ولذلك لو قال : طلّقت هذه أو هذه لم يلزم طلاق الأولى .

٦١٧٤ الفصل الرابع

أنه إذا شبّه عُضواً من امرأته بظهر أمّه ، أو عضواً من أعضائها فهو مظاهر ، فلو قال : فرجُك ، أو ظهرك ، أو رأسك ، أو جِلدك عليّ كظهر أُمى ، أو بدنها ، أو رأسِها ، أو يدِها فهو مظاهر ، وبهذا قال مالك ، وهو نصّ الشافعىّ ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه ليس بمظاهِر حتّى يشبّه جُملةَ امرأته ، لأنه لو حلف بالله لا يمسّ عضواً منها لم يَسْرِ إلى غيره ، فكذلك المظاهرة ، ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ، ، ولا هو فى معنى المنصوص ، لأن تشبيه جُملتها تشبيه لمحلّ الاستمتاع بما يتأكّد تحريمه ، وفيه تحريمٌ لجلتها ، فيكون آكدَ ، وقال أبو حنيفة : إن شبّهها بما يُحرم النظر إليه من الأمّ كالفرج ، والفَخِذ ، ونحوها فهو مظاهر ، وإن لم يحرُم النظر إليه ، كالرأس ، والوجه ، لم يكن مظاهراً ، لأنه شبّهها بعضوٍ لا يحرُم النظر إليه ، فلم يكن مُظاهراً ، كما لو شبّهها بعضو زوجةٍ له أخرى .

ولنا : أنه شبَّهها بعضوٍ من أمّه ، فكان مظاهراً ، كما لو شبَّهها بظهرها ، وفارق الزوجة ، فإنّه لو شبَّهها بظهرها لم يكن مُظاهراً ، والنظر إن لم يحرُم فإن التلذّذ يحرم ، وهو المستفاد بعقد النكاح .

٦١٧٥ فصـــل

وإن قال : كشعر أمي ، أو سِنِّها ، أو ظِفْرها ، أو شبّه شيئاً من ذلك من امرأته بأمّه ، أو بعضو من أعضائها الثلاثة ، لم يكن مُظاهراً ، لأنها ليست من أعضاء الأمّ الثابتة ، ولا يقع الطلاق بإضافته إليها ، فكذلك الظهار ، وكذلك لو قال : كزوج أمي ، فإن الزوج لا يوصف بالتحريم ، ولا هو محلّ للاستمتاع ، وكذلك الرّيق ، والعَرَق ، والدمع ، وإن قال : وجهي من وجهك حرامٌ فليس بِظهار . نصّ عليه أحمد ، وقال : هذا شيء يقوله الناسُ ، ليس بشيء ، وذلك لأن هذا يُستعمل كثيراً في غير الظِّهار ، ولا يؤدّي معنَى الظهار ، فلم يكن ظِهاراً ، كما لو قال : لا أكلِّمُك .

٦١٧٦ فصـــل

فإن قال : أنا مظاهر ، أو عليّ الظهار ، أو عليّ الحرام ، أو الحرام لي لازم ، ولا نيّة له لم يلزمه شيء ، لأنه ليس بصريح في الظِّهار ، ولا نوى به الظهار ، وإن نوى به الظهار ، أو اقترنت به قرينة تدلّ على إرادته الظهار ، مثل أن يعلّقه على شرط فيقول : عليّ الحرام إن كلّمتك احتمل أن يكون ظهاراً ، لأنه أحد نوعي تحريم الزوجة ، فصحّ بالكناية مع النيّة ، كالطلاق ، ويحتمل أن لا يثبُت به الظِّهار ، لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه ، وهذا ليس بصريح فيه ، ولأنه يمين موجِبَةٌ للكفّارة ، فلم يثبُت حكمه بغير الصريح ، كاليمين بالله تعالى .

٦١٧٧ فصـــل

يكره أن يُسمِّي الرجل امرأته بمن تحرم عليه ، كأمّه ، أو أخته ، أو بنته ، لما روى أبو داود بإسناده عن أبي تميمة الهُجَيْمِيّ «أنّ رَجُلاً قَالَ لامْرَأَتِهِ : يَاأُخَيَّة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أُخْتُكَ هِيَ ؟ فكره ذلك ، وَنَهَى عَنْهُ » ولأنه لفظ يُشبه لفظ الظِّهار ، ولا تحرُم بهذا ، ولا يثبُت حكم الظهار فإن النبيّ صلى الله عليه وسلم لم يقل له : حَرُمَتْ عَلَيْكَ ، ولأنّ هذا اللفظ ليس بصريح في الظِّهار ، ولا نواه به ، فلا يثبُت التحريم . وفي الحديث عن النبيّ ﷺ : « أَنّ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَرْسَلَ إِلَيْهِ جَبَّارٌ فَسَأَلَهُ عَنْهَا – يَعْنِي عَنْ سَارَةَ – فقال : إِنَّهَا أُخْتِي » ولم يُعدّ ذلك ظهاراً .

٦١٧٨ الفصل الخامس

أن المظاهر يحرُم عليه وطء امرأته قبل أن يكفّر . وليس في ذلك اختلاف ، إذا كانت الكفّارة عِتقاً ، أو صَوْماً ، لقول الله تعالى : (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا)[1] ، وقوله سبحانه : (فَمَنْ

(١) بعض الآية ٣ من سورة المجادلة .

لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا)[1] ، وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالإطعام مثلُ ذلك ، وأنه يحرُم وطؤها قبل التكفير ، منهم عطاء ، والزهرىّ ، والشافعىّ ، وأصحاب الرأى . وذهب أبو ثور إلى إباحة الجماع قبل التكفير بالإطعام ، وعن أحمد مايقتضى ذلك ، لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله ، كما فى العتق والصِّيام .

ولنا : ماروى عكرمة عن ابن عباس : «أنَّ رَجُلاً أَتَى النبىّ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسلم ، فقال : يارَسُولَ اللهِ إنى تظاهرت من امراتى ، فوقعتُ عليها قبل أن أكفر ؟ فقال : مَاحَمَلَكَ عَلَى ذَلِكَ يَرْحَمُكَ اللهُ ؟ قال رَأَيْتُ خَلْخَالَهَا فِي ضَوْءِ الْقَمَرِ . قال : فَلاَ تَقْرَبْهَا حَتَّى تَفْعَلَ مَاأَمَرَكَ اللهُ » رواه أبو داود والترمذىّ وقال : حديث حسن ، ولأنه مظاهر لم يكفر ، فحرُم عليه جماعها ، كمالو كانت كفَّارته العتق ، أو الصّيام ، وترك النصّ عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذى فى معناها .

٦١٧٩ فصــــل

فأما التلذّذ بما دون الجماع ، من القُبْـلَةِ ، واللمس ، والمباشرة فيما دون الفرج ، ففيه روايتان :

(إحداهما) يحرم . وهو اختيار أبى بكر . وهو قول الزهرىّ ، ومالك ، والأوزاعىّ ، وأبى عُبَيد وأصحاب الرأى ، ورُوى ذلك عن النخَعِىّ ، وهو أحدقولى الشافعىّ ، لأن ماحرّم الوطء من القول حرّم دواعيه ، كالطلاق ، والإحرام .

(والثانية) لاتحرم . قال أحمد : أرجو أن لايكون به بأس ، وهو قول الثورىّ ، وإسحاق ، وأبى حنيفة . وحُكى عن مالك ، وهو القول الثانى للشافعىّ ، لأنه وطء يتعلّق بتحريمه مال ، فلم يتجاوزه التحريم ، كوطء الحائض .

٦١٨٠ فصــــل

ولا يصحّ الظِّهار من أَمَته ، ولا أمّ ولده . رُوى ذلك عن ابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، وسعيد ابن المسيّب ، ومُجاهد ، والشعبىّ ، وربيعة ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ ، وأبى حنيفة ، وأصحابه . ورُوى عن الحسن ، وعكرمة ، والنخعىّ ، وعمرو بن دينار ، وسُليمان بن يَسار ، والزهرىّ ، وقتادة ، والحكم ، والثورىّ ، ومالك : فى الظِّهار من الأمة كفَّارة تامّة ، لأنّها مُباحة له ، فصحّ الظِّهار منها ، كالزوجة ، وعن الحسن ، والأوزاعىّ . إن كان يطؤها فهو ظهار ، وإلا فلا ، لأنه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله .

(٢) بعض الآية ٤ من سورة المجادلة .

وقال عطاء : عليه نصف كفّارة حرّة ، لأن الأمة على النصف من الحرّة فى كثير من أحكامها ، وهـذا من أحكامها ، فتـكون على النصف .

ولنا : قول الله تعـالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) نخصّهنّ به ، ولأنه لَفْظ يتعلّق به تحريم الزوجة ، فلا تحرُم به الأمة ، كالطلاق ، ولأن الظِّهار كان طلاقاً فى الجاهليَّة ، فنقل حكمه وبقى محلّه . قال أحمد : قال أبو قِلاَبة ، وقتادة : إن الظّهار كان طلاقاً فى الجاهلية . ورُوى عن أحمد : أن على المظاهر من أمته كفّارة ظهار ، وقال أبو بكر : لايتوجّه هذا على مذهبه ، لأنه لو كانت عليه كفّارة ظهار كان ظهاراً ، ولـكن عليه كفّارة يمين ، لأنه تحريمٌ لمباح من ماله ، فـكانت فيه كفّارة يمين ، كتحريم سائر ماله . قال نافع : « حَرَّمَ رسول الله صلى اللهُ عليه وسلم جَارِيَتَهُ فَأَمَرَهُ اللهُ أَنْ يُـكَفِّرَ يَمِينَهُ » ويحتمل أن لايلزمه شيء ، بناء على قوله فى المرأة : إذا قالت لزوجهـا أنت علىّ كظهر أبى لايلزمُها شىء ، وإن قال لأمته : أنتِ علىّ حرام ، فعليه كفّارة يمين ، لقول الله تعـالى : (يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَاأَحَلَّ اللهُ لَكَ ؟ »[1] إلى قوله تعـالى ـ « قَدْ فَرَضَ اللهُ لَـكُمْ تَحِـلَّةَ أَيْمَانِـكُمْ »[2] نزلت فى تحريم النبى ﷺ لجاريته فى قول بعضهم . ويخرّج على الرواية الأخرى أن تلزمه كفّارة ظهار ، لأن التحريم ظِهار . والأول هو الصحيح ، إن شاء الله تعالى .

٦١٨٠ فصـــل

ويصحّ الظهار مؤقّتاً ، مثل أن يقول : أنتِ علىّ كظهر أمىّ شهراً ، أو حتى ينسلخ شهر رمضان فإذا مضى الوقت زال الظِّهار ، وحلّت المرأة بلا كفّارة ، ولا يـكون عائداً بالوطء فى المدّة ، وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، وقتادة ، والثورىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأحد قولى الشافعىّ . وقوله الآخر : لا يكون ظِهاراً ، وبه قال ابن أبى ليلى ، والليث ، لأن الشرع ورد بلفظ الظِّهار مُطلقاً ، وهذا لم يُطلق . فأشبه ما لو شبّهها بمن تحرم عليـه فى وقت ، دون وقت ، وقال طاوس : إذا ظاهر فى وقت فعليـه الـكفّارة ، وإن برّ ، وقال مالك : يسقُط التأقيتُ ، ويكون ظهاراً مطلقاً ، لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة ، فإذا وقّته لم يتوقّت كالطلاق .

ولنا : حديث سَلَمَةَ بن صَخْرٍ وقولُه « تَظَاهَرْتُ مِنْ امْرأَتِي حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، وَأَخْبَرَ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَم أَنَّه أصابها فى الشهر ، فأمره بالـكَفَّارَةِ » ولم يعتبر عليه تقييده ، ولأنه منع نفسه منها بيمين لها كفّارة ، فصحّ مؤقّتاً ، كالإيلاء ، وفارق الطلاق، فإنه يُزيل الملك ، وهو يُوقِـع تحريماً

---

(١) الآية الأولى من سورة التحريم . (٢) بعض الآية ٢ من سورة التحريم

يرفعُه التـكفير ، فجاز تأقيته ، ولا يصح قولُ من أوجب الـكفّارة ، وإن برّ لأن الله تعالى إنما أوجب الـكفّارة على الذين يعودون لما قالوا ، ومن برّ ، وترك العَوْدَ في الوقت الذي ظاهر فلم يَعُد لمـا قال ، فلا تجب عليه كفّارة . وفارق التشبيه بمن لا تحرُم عليه ، على التأبيد ، لأن تحريمها غير كامل ، وهـذه حرّمها في هذه المدة تحريماً مُشبَّهاً بتحريم ظهر أمّه ، على أننا نمنع الحـكم فيها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً إلا بالوطء في المدّة ، وهذا هو المنصوص عن الشافعيّ ، وقال بعض أصحابه : إن لم يُطلّقها عقيب الظهار فهو عائد ، عليه الـكفّارة ، وقال أبو عُبَيد : إذا أجمع على غِشيانها في الوقت لزمته الـكفّارة ، وإلا فلا ، لأن العَوْد العزمُ على الوطء .

ولنا : حديث سَلَمة بن صَخْرٍ ، وأنه لم يوجب عليه الـكفّارة إلا بالوطء ، ولأنّها يمين لم يَحْنَث فيها فلا يلزمه كفّارتها ، كاليمين بالله تعالى ، ولأن المظاهِر في وقت عازمٌ على إمساك زوجته في ذلك الوقت ، فمن أوجب عليـه الـكفّارة بذلك كان قولُه كقول طاوس ، فلا معنى لقوله : يصحّ الظهار مؤقّتاً ، لعدم تأثير الوقت .

٦١٨١ فصــــل

ويصحّ تعليق الظهار بالشروط ، نحو أن يقول : إن دخلتِ الدار فأنت عليّ كظهر أمّي ، وإن شاء زيد فأنتِ عليّ كظهر أمّي ، فمتى شاء زيد ، أو دخلت الدار صار مُظاهِراً ، وإلا فلا ، وبهذا قال الشافعيّ ، وأصحاب الرأى ، لأنه يمين ، فجاز تعليقه على شرط ، كالإيلاء . ولأن أصل الظهار أنّه كان طلاقاً ، والطلاق يصحّ تعليقُه بالشرط ، فـكذلك الظِّهار : ولأنه قول تحرُم به الزوجة ، فصحّ تعليقه على شرط كالطلاق ، ولو قال لامرأته : إن تظاهرتُ من امرأتى الأخرى فأنتِ عليّ كظهر أمّي ثم تظاهر من الأخرى صار مُظاهِراً منهما جميعاً . وإن قال : إن تظاهرت من فلانة الأجنبيّة فأنت على كظهر أمى ، ثم قال للأجنبيه : أنتِ عليّ كظهر أمّي صار مظاهراً من امرأته ، عند من يرى الظهار من الأجنبيّة ، ومن لا فلا ، وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

٦١٨٢ فصــــل

فإن قال : أنتِ عليّ كظهر أمّي إن شاء الله ، لم ينعقد ظهاره . نصّ عليه أحمد فقال : إذا قال لامرأته عليه كظهر أمّه إن شاء الله فليس عليه شيء ، هي يمين ؛ وإذا قال : ماأحلّ الله عليّ حرام إن شاء الله ، وله أهلٌ هي يمين ، ليس عليه شيء ، وبهـذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافَهم ، وذلك لأنها يمين مكفَّرة فصحّ الاستثناء فيها ، كاليمين بالله تعالى ، أو كتحريم ماله ، وقد قال النبيّ صلى الله عليه وسلم « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَقَالَ : إنْ شَاءَ اللهُ فَلاَ حِنْثَ عَلَيْهِ » رواه

الترمذيّ ، وقال : حـديث حسن غريب ، وفى لفظ « مَنْ حَلَفَ فَاسْتَثْنَى ، فَإِنْ شَاء فَعَلَ وَإِنْ شَاء رَجَعَ غَيْرَ حِنْثٍ » رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والنسائيّ ، وإن قال : أنتِ عليّ حرام ، ووالله لا أكلمك إن شاء الله ، عاد الاستثناء إليهما فى أحد الوجهين ، لأن الاستثناء إذا تعقب جُمَلاً عاد إلى جميعها ، إلا أن ينوىَ الاستثناء فى بعضها ، فيعود إليه وحـده ، وإن قال : أنت عليّ حرام ، إذا شـاء الله ، أو إلاّ ماشاء الله ، أو إلى أن يشاء الله ، أو ماشاء الله . فـكلّه استثناء ، يرفع حكم الظِّهار . وإن قال : إن شاء الله فأنتِ حرامٌ فهو استثناء يرفع حكم الظِّهار . لأن الشرط إذا تقدّم يُجاب بالفاء ، وإن قال : إن شاء الله أنت حرام ، فهو استثناء ، لأن الفاء مقدّرة ، وإن قال : إن شاء الله فأنتِ حرام صحّ أيضاً ، والفاء زائدة ، وإن قال : أنتِ حرام إن شاء الله ، وشاء زيد ، فشاء زيد ، لم يصر مُظاهِراً ، لأنه علّقه على مشيئتين ، فلا يحصُل بإحداهما .

٦١٨٤ مسألة

قال ﴿ فإن مات ، أو ماتت ، أو طلّقها لم تلزمه الـكفّارة . فإن عاد فتزوّجها لم يطأها حتى يـكفّر ، لأن الحنث بالعَوْد ، وهو الوطء ، لأن الله عزّ وجلّ أوجب الـكفّارة على المظاهِر قبل الحِنْث ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى ثلاثة فصول :

٦١٨٥ أحدها

أن الـكفّارة لاتجب بمجرّد الظِّهار . فلو مات أحدهما ، أو فارقها قبل العود ، فلا كفّارة عليه . وهذا قول عطـاء ، والنخَعِيّ ، والأوزاعيّ ، والحسن ، والثوريّ ، ومالك ، وأبو عُبَيد ، وأصحـاب الرأى ، وقال طاوس ، ومجاهد ، والشعبيّ ، والزهريّ ، وقتادة : عليه الـكفّارة بمجـرّد الظِّهار ، لأنه سبب للـكفّارة ، وقد وجد ، ولأن الـكفّارة وجبت لقول المنـكَرْ ، والزور ، وهـذا يحصُل بمجرّد الظِّهار ، وقال الشافعيّ : متى أمسكها بعد ظِهاره زمناً يمـكنه طلاقُها فيه فلم يطلّقها فعليه الـكفّارة ، لأن ذلك هو العَوْدُ عنده .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ فأوجب الـكفّارة بأمرين : ظهار ، وعود ، فلا تثبت بأحدهما ، ولأن الـكفّارة فى الظهار كفّارة يمين ، فلا يحنَث بغير الحِنث ، كسائر الإيمان ، والحِنْثُ فيها هو العَوْدُ ، وذلك فعلُ ماحلف على تركه ، وهو الجماع ، وترك طلاقها ليس بحنث فيها ، ولا فعل لما حلف على تركه ، فلا تجب به الـكفّارة ، ولأنه لو كان الإمساك عوداً لوجبت الـكفّارة على المظاهِر المؤقّت وإن برّ ، وقد نصّ الشافعيّ على أنها لاتجب عليـه .

إذا ثبت . هذا : فإنه لا كفَّارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها ، وكذلك إن فارقها ، سواء كان ذلك متراخياً عن يمينه ، أو عَقِيبه ، وأيُّهما مات ورثه صاحبهُ فى قول الجمهور ، وقال قَتادة : إن ماتت لم يرثها حتى يُكفِّر . ولنا : أن مَنْ روثها إذا كفَّر ورثها وإن لم يكفِّر ، كالمولَى منها .

٦١٨٦ الفصل الثانى

أنه إذا طلّق من ظاهَرَ منها ، ثم تزوّجها لم يحلّ له وطؤها ، حتّى يكفّر ، سواء كان الطلاق ثلاثاً ، أو أقلّ منه ، وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر ، أو قبله ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول عطاء ، والحسن ، والزهرىّ ، والنخَعِىّ ، ومالك ، وأبى عُبَيد ، وقال قتادة : إذا بانت سقط الظِّهار ، فإذا عاد فنكحها فلا كفّارة عليه ، وللشافعىّ قولان كالمذهبين . وقول ثالث : إن كانت البينونةُ بالثلاث لم يَعُدِ الظهارُ ، وإلا عاد ، وبناه على الأقاويل فى عَوْدِ صفة الطلاق فى النكّاح الثانى .

ولنا عموم قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) وهذا قد ظاهرَ من امرأته ، فلا يحلّ أن يتماسَّا حتى يكفِّر ، ولأنه ظاهر من امرأته فلا يحلّ له مسُّها قبل التكفير ، كالتى لم يطلّقها ، ولأن الظِّهار يمين مكفَّرة ، فلم يبطلُ حكمُها بالطلاق ، كالإيلاء .

٦١٨٧ الفصل الثالث

أنّ العود هو الوطء فمتى وطىء لزمته الكفّارة ، ولا تجب قبل ذلك ، إلا أنها شرط لِحلّ الوطء ، فيؤمرُ بها من أراده ليستحلّه بها ، كما يؤمرُ بعقد النكاح مَنْ أراد حِلّ المرأة . وحُكى نحوُ ذلك عن الحسن ، والزهرىّ ، وهو قول أبى حنيفة ، إلا أنه لا يوجبُ الكفّاره على من وطىء ، وهى عنده فى حق من وطىء كمن لم يطأ .

وقال القاضى وأصحابه : العَوْدُ العزمُ على الوطء ، إلا أنهم لم يوجبوا الكفّارة على العازم على الوطء ، إذا مات أحدهما ، أو طلّق قبل الوطء . إلا أبا الخطاب فإنه قال : إذا مات بعد العزم أو طلق فعليه الكفّارة ، وهذا قول مالك ، وأبى عُبَيد ، وقد أنكر أحمد هذا ، فقال : مالك يقول : إذا أجمع لزمته الكفّارة ، فكيف يكون هذا ؟ لو طلقها بعد مايُجمِع كان عليه كفّارة ؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس : إذا تكلّم بالظهار لزمه مثلُ الطلاق . ولم يُعجب أحمدَ قولُ طاوس .

وقال أحمد فى قوله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا) قال : العود الغِشْيانُ ، إذا أراد أن يَغْشَى كفَّر ، واحتجّ من ذهب إلى هذا بقوله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) فأوجب

الكفّارة بعد العود قبل التماس ، وما حرُم قبل الكفّارة لا يجوز كونه متقدّماً عليها ، ولأنه قصد بالظهار تحريمها ، فالعزم على وطئها عود فيما قصَد ، ولأن الظِّهار تحريمٌ ، فإذا أراد استباحتها فقد رجع فى ذلك التحريم ، فكان عائداً . وقال الشافعىّ : العود إمساكها بعد ظِهاره زمناً يمكنه طلاقُها فيه ، لأن ظهاره منها يقتضى إبانتها ، فإمساكها عود فيما قال : وقال داود : العودُ تكرار الظِّهار مرةً ثانيةً ، لأن العَوْدَ فى الشىء إعادته .

ولنا : أن العود فعل ضدّ قوله ، ومنه « الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ » هو الراجع فى الموهوب ، والعائد فى عِدَتِهِ التارك للوفاء بما وعَدَ ، والعائدُ فيما نُهِيَ عنه فاعلُ المنهىّ عنه ، قال الله تعالى (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ[1]) فالمظاهر محرّم للوطء على نفسه ، ومانع لها منه . فالعود فعله ، وقولهم : إن العود يتقدّم التكفير ، والوطء يتأخّر عنه . قلنا : المراد بقوله (ثُمَّ يَعُودُونَ) أى يريدون العَوْدَ ، كقول الله تعالى (إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ[2]) أى أردتم ذلك وقوله تعالى (فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ[3]) فإن قيل : فهذا تأويل ، ثم هو رجوع إلى إيجاب الكفّارة بالعزم المجرّد ؟ قلنا : دليل التأويل ما ذكرنا .

وأما الأمر بالكفّارة عند العزم فإنّما أمر بها شرطاً للحلّ ، كالأمر بالطّهارة لمن أراد صلاة النافلة ، والأمر بالنيّة لمن أراد الصيام ، أما الإمساك فليس بعود ، لأنه ليس بعود فى الظِّهار المؤقّت ، فكذلك فى المطلَق ، ولأن العود فعل ضدّ ماقاله ، والإمساك ليس بضدّ له ، وقولُهم : إن الظهار يقتضى إبانتها لا يصحّ ، وإنما يقتضى تحريمها ، واجتنابها ، ولذلك صحّ توقيته ، ولأنه قال (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا) وثُمَّ للتراخى ، والإمساك غير متراخٍ ، وأما قول داود . فلا يصحّ ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أوْساً وسَلَمَةَ ابنَ صَخْرٍ بالكفّارة من غير إعادة اللفظ ، ولأن العود إنّما هو فى مَقُولِهِ دون قوله ، كالعود فى الهِبَة ، والعِدَةِ ، والعَوْدِ لما نُهِيَ عنه ، ويدلّ على إبطال هذه الأقوال كلّها أن الظهار يمين مكفّرة ، فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها ، وهو فعل ماحلف على تركه ، كسائر الأيمان ، وتجب الكفارة بذلك كسائر الأيمان ، ولأنها يمين تقتضى ترك الوطء ، فلا تجب كفّارتها إلا به كالإيلاء .

٦٦٨٨ مسألة

قال : ﴿ وإذا قال لامرأة أجنبية : أنت علىّ كظهر أمى لم يطأها إن تزوّجها حتّى يأتىَ بالكفّارة ﴾.

---

(١) بعض الآية ٨ من سورة المجادلة . (٢) بعض الآية ٦ من سورة المائدة .
(٣) بعض الآية ٩٨ من سورة النحل .

وجملته : أن الظهار من الأجنبية يصحّ ، سواء قال ذلك لامرأة بعينها ، أو قال : كلُّ النسـاء عليّ كظهر أميّ ، وسواء أوقعه مطلقاً ، أو علقّه على التزويج ، فقال : كلّ امرأة أتزوّجها فهى عليّ كظهر أمّى ، ومتى تزوّج التى ظاهر منها لم يطأها حتى يـكفّر . يروى نحو هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وعُروة ، وعطاء ، والحسن ، ومالك ، وإسحاق ، ويحتمل أن لايثبت حكم الظهار قبل التزويج . وهو قول الثورىّ ، وأبى حنيفة ، والشافعىّ ، ويروى ذلك عن ابن عباس ، لقول الله تعالى (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) والأجنبيّة ليست من نسائه ، ولأن الظهـار يمين ، ورد الشرع بحـكمها مقيّداً بنسائه ، فلم يثبُت حكمها فى الأجنبية ، كالإيلاء ، فإن الله تعالى قال : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) كما قال (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[1]) ولأنها ليست بزوجة ، فـلم يصحّ الظهار منها كأمته ، ولأنه حرّم محرّمة ، فلم يلزمه شىء ، كما لو قال : أنت حرام ، ولأنه نوع تحريم ، فلم يتقدّم النـكاح ، كالطلاق .

ولنا : مارَوى الإمام أحمد بإسناده ، عن عمر بن الخطاب أنه قال فى رجل قال : إن تزوّجت فلانة فهى عليّ كظهر أميّ فتزوجها ، قال : « عليه كفّارة الظهار » ولأنها يمين مكفّرة ، فصحّ انعقادها قبل النـكاح ، كاليمين بالله تعالى ، أما الآية فإن التخصيص خرّج مخرّج الغالب ، فإن الغالب أنّ الإنسان إنما يُظاهر من نسائه ، فلا يوجب تخصيص الحـكم بهنّ ، كما أن تخصيص الربيبة التى فى حِجْره بالذّكر لم يوجب اختصاصَها بالتحريم ، وأما الإيلاء ، فإنّما اختصّ حكمه بنسائه ، لـكونه يَقْصِد الإضرار بهنّ دون غيرهنّ ، والـكفّارة وجبت ههنا لقول المنـكر ، والزور ، ولايختصّ ذلك بنسائه ، ويفـارق الظِّهارُ الطلاقَ من وجهين :

أحدهما : أن الطلاق حَلٌ قَيْد النـكاح ، ولا يمـكن حلّه قبل عَقْده ، والظِّهار تحريم للوطء ، فيجوز تقديمه على العقد لحيض .

الثانى : أن الطلاق يرفع العقد ، فلم يجُز أن يسبقه ، وهذا لايرفعه ، وإنما تتعلّق الإباحة على شرط ، فجاز تقدّمه . وأما الظِّهار من الأمة فقد انعقد يميناً . وجبت به الـكفّارة ، ولم تجب كفّارة الظِّهـار ، لأنّها ليست امرأةً له حال التـكفير ، بخلاف مسألتنا .

٦١٨٩ فصـــل

وإذا قال : كلّ امرأةٍ أتزوّجها فهى عليّ كظهر أميّ ، ثم تزوج نساء وأراد العَوْد فعليه كفّارة ،

---

(١) بعض الآية ٢٢٦ من سورة البقرة

واحدة ، سواء تزوجهنّ فى عقد ، أو فى عقود مُتفرّقة ، نصّ عليه أحمد ، وهو قول عُروة ، وإسحاق ، لأنَّها يمين واحدة ، فكفارتها واحدة ، كما لو ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، وعنه : أن لكل عقد كفارة ، فلو تزوّج اثنتين فى عقد ، وأراد العود فعليه كفارة واحدة ، ثم إذا تزوج أخرى ، وأراد العود فعليه كفّارة أخرى ، ورُوى ذلك عن إسحاق ، لأن المرأة الثالثة وُجد العقدُ عليها الذى يثبُت به الظهار ، وأراد العود إليها بعد التكفير عن الأولَتَيْن ، فكانت عليه لها كفّارة ، كما لو ظاهر منها ابتداء .

ولو قال لأجنبيّة : أنت علىّ كظهر أمىّ ، وقال : أردتُ أنّها مثلُها فى التحريم فى الحال دُيِّنَ فى ذلك ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يحتملُ وجهين .

أحدهما : لا يُقبل لأنه صريح للظِّهار ، فلا يقبل صرفه إلى غيره .

والثانى : يقبل ، لأنّها حرام عليه ، كما أن أمّه حرام عليه .

٦١٩٠ مسألة

قال : ﴿ ولو قال : أنت علىّ حرام ، وأراد فى تلك الحال لم يكن عليه شىء ، وإن تزوّجها ، لأنه صادق ، وإن أراد فى كلّ حال لم يطأها إن تزوجها ، حتى يأتى بكفارة الظهار ﴾ .

أما إذا أراد بقوله لها : أنت علىّ حرام الإخبارَ عن حُرمتها فى الحال ، فلا شىء عليه ، لأنه صادق ، لكونه وصفها بصفتها ، ولم يقل مُنكَراً ، ولا زوراً ، وكذلك لو أطلق هذا القول ، ولم يكن له نيّة ، فلا شىء عليه لذلك ، وإن أراد تحريمها فى كل حال فهو ظهار ، لأن لفظة الحرام إذا أريد بها الظِّهار ظهار فى الزوجة ، فكذلك فى الأجنبيّة ، فصار كقوله أنت على كظهر أمىّ .

٦١٩١ مسألة

قال ﴿ ولو ظاهر من زوجته وهى أمة ، فلم يكفِّر حتى ملكها انفسخ النكاح ، ولم يطأها حتى يكفِّر ﴾ .

وجملته أن الظهار يصحّ من كلّ زوجة ، أمةً كانت ، أو حرّة ، فإذا ظاهر من زوجته الأمة ، ثم ملكها انفسخ النكاح ، واختلف أصحابنا فى بقاء حكم الظهار : فذكر الخِرَقىّ ههنا أنه باقٍ ولا يحلّ له الوطء حتى يكفّر ، وبه يقول مالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ونصّ عليه الشافعىّ ، وقال القاضى : المذهب ماذكر الخِرَقىّ ، وهو قول أبى عبد الله بن حامد ، لقول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) وهذا قد ظاهر من امرأته ، فلم يَحلّ له مسُّها حتى يكفّر ، ولأن الظهار قد صحّ فيها ، وحكمه لا يسقُط بالطلاق المُزيل للملك ، والحلّ ،

فبملك اليمين أولى ، ولأنها يمين انعقدت موجِبَةً لـكفارة ، فوجبت دون غيرها ، كسـائر الأيمـان ، وقال أبو بكر عبد العزيز : يسقُط الظهار بملـكه لها ، وإن وطئها حَنِث ، وعليه كفارة يمين كما لو تظاهر منها وهى أمتهُ لأنها خرجت عن الزوجات ، وصار وطؤه لهـا بملك اليمين فلم يـكن موجِباً لـكفّـارة الظهار ، كما لو تظاهر منها . وهى أمته ، ويقتضى قول أبى بـكر هذا أن تُباح قبل التـكفير ، لأنه أسقط الظهار ، وجعله يميناً ، كتحريم أمته ، فإن أعتقهـا عن كفارته صحّ على القولين ، فإن تزوجهـا بعد ذلك حلّت له بغير كفّـارة ، لأنه كفّر عن ظهاره بإعتاقها ، ولا يمتنع إجزاؤها عن الـكفارة التى وجبت بسببها ، كما لو قال : إن ملـكت أمة فلله على عتق رقبة ، فملك أمةً فأعتقها ، وإن أعتقها عن غير الـكفّـارة ، ثم تزوّجها عاد حكم الظهار ، ولم تحلّ له حتى يـكفر .

٦١٩٢ مسألة

قال : ﴿ ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة لم يكن عليه أكثر من كفارة ﴾ .

وجملته : أنه إذا ظاهر من نسائه الأربع بلفظ واحد ، فقـال : أنتنّ علىّ كظهر أمى فليس عليه أكثر من كفّارة ، بغـير خلاف فى المذهب . وهو قول علىّ ، وعمر ، وعُروةَ ، وطاوس ، وعطاء ، وربيعة ، ومالك ، والأوزاعىّ ، وإسحاق ، وأبى ثور ، والشافعىّ فى القديم ، وقال الحسن ، والنخَعِىّ والزهرىّ ، ويحيى الأنصارىّ ، والحـكم ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، والشافعىّ فى الجديد : عليه لكل امرأة كفّارة ، لأنه وُجِد الظِّهار والعَوْدُ فى حقّ كلّ امرأةٍ منهنّ ، فوجب عليه عن كلّ واحدة كفّارة ، كما لو أفردها به .

ولنـا : عموم قول عمر ، وعلىّ رضى الله عنهما ، رواه عنهما الأثرم ، ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفاً ، فـكان إجماعاً ، ولأن الظِّهار كلمة تجب بمخالفتها الـكفّارة ، فإذا وُجدت فى جماعة أوجبت كفّارةً واحدةً كاليمين بالله تعالى ، وفارق ما إذا ظاهر منهـا بكلمات ، فإنّ كلّ كلمةٍ يقتضى كفّارة ترفعُها ، وتـكفِّر إثمها ، وهاهنا الـكلمة واحدة ، فالـكفّارة الواحدة ترفع حكمها ، وتمحو إثمها ، فلا يبقى لها حكم .

٦١٩٣ فصـــل

ومفهوم كلام الخِرَقِىّ أنه إذا ظاهر منهنّ بكلمات ، فقال : لـكلٍّ واحدة : أنتِ علىّ كظهرِ أمِّى فإنّ لـكلٍّ يمين كفّارة . وهذا قولُ عروة ، وعطاء ، قال أبو عبد الله بن حامد : المذهبُ رواية واحدة فى هذا ، قال القاضى : المذهب عندى ماذكر الشيخ أبو عبد الله ، قال أبو بكر : فيه رواية أخرى : أنه يُجزئه كفّارة واحدة ، واختار ذلك ، وقال : هذا الذى قلناه اتباعاً لعمر بن الخطاب ، والحسن ، وعطاء وإبراهيم ، وربيعة ، وقَبِيصة ، وإسحاق . لأن كفّارة الظِّهار حقٌّ لله تعالى ، فلم تتكرّر بتـكرر سببها ، كالحدّ وعليه يخرّج الطلاق .

ولنا أنها أيمان متكررة على أعيانٍ متفرقة ، فكان لكلٍّ واحدة كفّارة ، كما لو كفَّر ، ثم ظاهر ، ولأنها أيمان لا يحنث فى إحداها بالحنث فى الأخرى ، فلا تكفّرها كفّارة واحدة كالأصل ، ولأن الظِّهار معنًى يوجب الكفّارة ، فتتعدد الكفارة بتعدده فى المحالّ المختلفة ، كالقتل ، ويفارق الحدّ ، فإنه عقوبة تُدْرأ بالشبُهات ، فأمّا إن ظاهر من زوجته مراراً ، ولم يكفّر فكفّارة واحدة ، لأن الحنثَ واحد فوجبت كفارة واحدة ، كما لو كانت اليمين واحدة .

٦١٩٤ فصل

إذا ظاهر من امرأة ، ثم قال لأخرى : أشركتُك معها ، أو أنتِ شريكتها ، أو كهى ، ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها ، بغير خلاف علمناه ، وبه يقول مالك ، والشافعىّ ، وإن أطلق صار مظاهراً أيضاً ، إذا كان عقيب مُظاهرته من الأولى ، ذكره أبو بكر ، وبه قال مالك ، قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يكون مظاهراً ، وبه قال الشافعىّ ، لأنه ليس بصريح فى الظهار ، ولا نوى به الظهار ، فلم يكن ظِهاراً ، كما لو قال ذلك قبل أن يُظاهر من الأولى ، ولأنه يحتمل أنّها شريكتها فى دينها ، أوفى الخصومة أو فى النِّكاح ، أو سوء الخُلق ، فلم تخصّص بالظهار إلا بالنيّة ، كسائر الكنايات .

ولنا : أن الشركة : والتشبيه لابدّ أن يكون فى شىء ، فوجب تعليقه بالمذكور معه ، كجواب السؤال فيما إذا قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : قد طلقتها ، وكالعطف مع المعطوف عليه ، والصفة مع الموصوف ، وقولهم إنه كناية لم ينو بها الظهار ، قلنا : قد وجد دليل النية ، فيكتفى بها ، وقولهم : إنّه يحتمل . قلنا : ماذكرنا من القرينة يُزيل الاحتمال وإن بقى احتمال ما كان مرجوحاً فلا يلتفت إليه ، كالاحتمال فى اللفظ الصريح .

٦١٩٥ مسألة

قال : ﴿ والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، سالمة من العيوب المضرّة بالعمل ﴾ .

فى هذه المسألة ثلاث مسائل :

٦١٩٦ المسألة الأولى

أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق عتق رقبة ، لايُجزئه غير ذلك ، بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ، والأصل فى ذلك قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) إلى قوله : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) . وقول النبىّ صلى الله عليه وسلم لأوس بن الصامت ، حين ظاهر من امرأته « يُعْتِقُ رَقَبَةً . قُلْتُ : لايَجِدُ ، قالَ : فَيَصُومُ » . وقوله لسلمة بن صخر مثلَ ذلك . فمن وجد رقبةً يَسْتَغْنِي عنها ، أو وجد

ثمنها فاضلاً عن حاجته ، ووجدها به ، لم يُجزئه إلا الإعتاق ، لأن وجود المبدل إذا مَنَعَ الانتقال إلى البدل كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال ، كالماء ، وثمنه ، يمنع الانتقال إلى التيمّم .

٦١٩٧ المسألة الثانية

أنه لايجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة فى كفارة الظِّهار ، وسائر الـكفَّارات . هذا ظاهر المذهب . وهو قول الحسن ، ومالك ، والشافعىّ ، وإسحاق ، وأبى عُبَيد ، وعن أحمـد رواية ثانية : أنه يُجزىء فيما عدا كفارة القتل من الظِّهار ، وغيره ، عتقُ رقبة ذمّيّة . وهو قول عطاء ، والنخَعِىّ ، والثورىّ ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، لأن الله تعـالى أطلق الرّقبة فى هذه الـكفَّارة ، فوجب أن يُجزىء ماتناوله الإطلاق .

ولنـا : ماروى معاوية بن الحـكَم قال : « كَانَتْ لِى جَارِيَةٌ فأَتَيْتُ النَّبِىَّ صلى الله عليه وسلم فقلتُ علىَّ رقبة ، أَفَأُعْتِقُهَا ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أَيْنَ اللهُ ؟ فقالت : فى السّماء ، فقال : من أنا ؟ فقالت : أنتَ رسـولُ الله ، فقال صلى الله عليـه وسلم : « أَعْتِقْهَا فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ » أخرجـه مسلم والنَّسائىّ ، فعلّل جواز إعتاقها عن الرقبة التى عليه بأنهـا مؤمنة . فدلّ على أنه لايُجزىء عن الرقبة التى عليه إلا مُؤمنة ، ولأنه تـكفير بعتق ، فلم يُجز إلا مؤمنة ، كـكفَّارة القتل ، والُمطْلَق يُحمل على المقيّد من جهة القياس ، إذا وجد المعنى فيه ، ولابُدّ من تقييده ، فإنّا أجمعنا على أنه لايُجزىء إلا رقبة سليمة من العيوب المضرّة بالعمل ضرراً بيِّناً ، فالتقييد بالسلامة من الـكفر أولى .

٦١٩٨ المسألة الثالثة

أنه لايجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرّة بالعمل ضرراً بَيِّناً ، لأن المقصود تمليك العبد منافعَه ، وتمكنه من التصرّف لنفسه ، ولا يحصُل هذا مع مايضرّ بالعمل ضرراً بَيِّناً ، فلا يُجزىء الأعمى ، لأنه لايمـكنه العمل فى أكثر الصنائع ، ولا الُمقْعَدُ ، ولا المقطوع اليدين ، أو الرجلين ، لأن اليدين آلةُ البَطْش ، فلا يمـكنه العمل مع فقدها ، والرِّجلان آلة المشى ، فلا يتهيّأ له كثير من العمل مع تلفهما ، والشلل كالقطع فى هذا ، ولا يجزىء المجنون جنوناً مُطبقاً لأنه وُجِد فيه المعنَيان : ذهابُ منفعة الجنس ، وحصول الضرر بالعمل . وبهذا كلّه قال مالك ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وحُـكى عن داود : أنه جوّز كلّ رقبة يقع عليها الاسم ، أخذاً بإطلاق اللفظ .

ولنـا أن هذا نوع كفَّارة فلم يُجزىء مايقع عليه الاسم ، كالإطعام ، فإنه لايُجزىء أن يُطعم مُسَوِّساً ولا عَفِناً ، وإن كان يُسَمَّى طعاماً ، والآية مقيَّدة بما ذكرناه .

٦١٩٩ فصـــل

ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل ، ولا أشلّها ، ولا مقطوع إبهام اليد ، أو سبّابتها ، أو الوُسْطَى ، لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ، ولا يُجزىء مقطوع الخنصر ، والبِنْصر من يد واحدة ، لأن نفع اليدين يزول أكثره بذلك ، وإن قُطعت كلّ واحدةٍ من يدٍ جاز ، لأن نفع الكفّين باقٍ ، وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها ، فإنّ نفعها يذهب بذلك ، لكونها أنملتين ، وإن كان من غير الإبهام لم يمنع ، لأن منفعتها لاتذهب ، فإنّها تصير كالأصابع القِصَار ، حتّى لو كانت أصابعه كلّها غيرُ الإبهام قد قُطعت من كلّ واحدةٍ منها أنملة لم يمنع ، وإن قطع من الإصبع أنملتان فهو كقطعها ، لأنه يَذْهَبُ بمنفعتها ، وهذا جميعه مذهبُ الشافعيّ ، وقال أبو حنيفة : يُجزىء مقطوع إحدى اليدين ، أو إحدى الرجلين ، ولو قُطعت يدهُ ورجلُه جميعاً من خِلَافٍ أجزأت ، لأن منفعة الجنس باقية ، فأجزأت في الكفّارة كالأعور . فأمّا إن قُطعتا من وفاق أيّ من جانب واحد ، لم يجزىء ، لأن منفعة المشيء تذهبُ .

ولنا : أن هذا يؤثّر في العمل ، ويضرّ ضرراً بيّناً ، فوجب أن يمنع إجزاءها ، كالو قطعتا من وفاق ويخالف العَوَر : فإنه لا يضرّ ضرراً بيّناً ، والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس ، فإنه لو ذهب شمُّه ، أو قُطعت أذناه معاً أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس . ولا يُجزىء الأعرج إذا كان عَرَجاً كثيراً ، فاحشاً ، لأنه يضرّ بالعمل ، فهو كقطع الرِّجل ، وإن كان عرجاً كثيراً لا يمنع الأخرى لأنه قليل الضرر .

٦٢٠٠ فصـــل

ويجزىء الأعور في قولهم جميعاً ، وقال أبو بكر : فيه قول آخر : لايجزىء ، لأنه نقص يمنع التضحية والإجزاء في الهدي . فأشبه العمى ، والصحيح ماذكرناه . فإنّ المقصود تكميل الأحكام ، وتمليك العبد المنافع ، والعور لايمنع ذلك ، ولأنه لايضرّ بالعمل . فأشبه قطع إحدى الأذنين . ويفارق العمى ، فإنه يضرّ بالعمل ضرراً بيّناً ، ويمنع كثيراً من الصنائع ، ويذهب بمنفعة الجنس ، ويُفارق قطع إحدى اليدين والرجلين ، فإنه لا يعمل بإحداهما مايعمل بهما ، والأعور يُدرك بإحدى العينين مايدرك بهما . وأما الأضحية والهدي فإنّه لايمنع منهما مجرّد العَوَر ، وإنما يمنع انخساف العين وذهاب العضو المستطاب ، ولأن الأضحية يمنع فيها قطع الأذن ، والقَرْن ، والعتقُ لايمنع فيه إلا مايضرّ بالعمل ، ويُجزىء المقطوع الأذنين . وبذلك قال أبو حنيفة ، والشافعيّ . وقال مالك ، وزفر : لايُجزىء ، لأنهما عضوان فيهما الديةُ أشبها اليدين .

ولنا : أن قطعهما لايضرّ بالعمل الضرر البيّن ، فلم يمنع ، كنقص السمع ، بخلاف قطع اليدين . ويُجزىء مقطوع الأنف لذلك ، ويُجزىء الأصمّ إذا فَهِم بالإشارة . ويُجزىء الأخرسُ إذا فُهِمَتْ إشارته وفَهِم بالإشارة . وهذا مذهبُ الشافعيّ ، وأبي ثور . وقال أصحاب الرأي : لايجزىء ، لأن منفعة الجنس

ذاهبةٌ . فأشبه زائل العقل ، وهذا المنصوص عليه عن أحمد ، لأن الخرس نقص كثير ، يمنع كثيراً من الأحكام ، مثل القضاء ، والشهادة ، وأكثر الناس لايفهم إشارته ، فيتضرّر فى ترك استعماله . وإن اجتمع الخرس ، والصمم . فقال القاضى : لايُجزىء ، وهو قول بعض الشافعيّة . لاجتماع النقصين فيه ، وذهاب منفعتى الجنس ، ووجه الإجزاء أن الإشارة تقوم مقام الكلام فى الإفهام ، ويثبت فى حقّه أكثر الأحكام ، فيُجزىء فى العِتق ، كالذى ذهب شمُّه ، فأما الذى ذهب شمّه فيُجزىء ، لأنه لايضرّ بالعمل ، ولا بغيره .

فأمّا المريض : فإن كان مرجُوّ البُرء ، كالحمَّى ، وماأشبهها أجزأ فى الكفّارة ، وإن كان غير مرجوّ الزوال كالسلّ ، ونحوه ، لم يجزىء ، لأن زواله يندر ، ولا يتمكّن من العمل مع بقائه ، وأما نِضْوُ الخَلْقِ[1] : فإن كان يتمكّن معه من العمل أجزأ ، وإلاَّ فلا ، ويُجزىء الأحمق ، وهو الذى يُخطىء على بَصِيرةٍ ، ويصنع الأشياء لغير فائدة ، ويرى الخطأ صواباً ، ومن يُخْنَقُ فى الأحيان . والخَصِىُّ والمجبوب والرتقاء ، والكبيرُ الذى يقدِرُ على العمل ، لأن مالايضرّ بالعمل لايمنع تمليك العبد منافعه ، وتكميل أحكامه ، فيحصُل الإجزاء به ، كالسالم من العيوب .

٦٢٠١ فصــــل

ويُجزىء عتق الجانى ، والمرهون ، وعتق المفلس عبده ، إذا قلنا بصحّة عتقهم ، وعتق المدبّر ، والخَصِىّ ، وولد الزنا ، لكمال العتق فيهم .

٦٢٠٢ فصــــل

ولا يُجزىء عتق المغصوب لأنه لايقدر على تمكينه من منافعه ، ولا غائب غيبةً منقطعةً لايعلم خبره لأنه لايُعلم حياته ، فلا يُعلم صحّة عتقه ، وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه ، لأنه عتق صحيح ، ولا يجزىء عتق الحمل ، لأنّه لم تثبت له أحكام الدنيا ، ولذلك لم تجب فطرته ، ولا يتيقّن أيضاً وجودُه وحياته ، ولاعتق أمّ الولد ، لأن عتقها مستحقّ بسببٍ غير الكفّارة ، والملكُ فيها غير كاملٍ ، ولهذا لايجوز بيعها ، وقال طاوس ، والبتىّ : يجزىء عتقها ، لأنه عتق صحيح ، ولا يُجزىء عتق مكاتَب أدَّى من كتابته شيئاً ، وسنذكر هذا فى الكفّارات ، إن شاء الله تعالى .

٦٢٠٣ مسألة

قال : ﴿ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد رقبةً أنّ فرضه صيامُ شهرين متتابعين ، وذلك لقول الله

(١) نضو الخلق : المهزول الذى أعضاؤه نحيفه هزيلة أو المهزول خلقة .

تعالى : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) وحديث أوس بن الصامت وسلمة ابن صخر ، وأجمعوا على أن من وَجَد رقبةً فاضلةً عن حاجته فليس له الانتقال إلى الصيام ، وإن كانت له رقبةٌ يحتاج إلى خِدمتها لزَمَنٍ ، أو كِبَرٍ ، أوعِظَم خَلْقٍ ، ونحوه ممايُعجزه عن خِدْمةِ نَفْسِه ، أو يكون ممن لايخدم نفسه فى العادة ، ولا يجد رقبةً فاضلةً عن خدمته فليس عليه الإعتاق ، وبهذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفه ، ومالك ، والأوزاعىّ : متى وجد رقبـةً لزمه إعتاقها ، ولم يجُز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجاً إليها ، أو لم يكن ، لأن الله تعالى شرط فى الانتقال إلى الصيام أن لايجد رقبةً بقوله : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ) وهذا واجد ، وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يلزمه ، لأنّ وُجدان ثمنها كوُجدانها .

ولنـا : أن مااستغرقته حاجةُ الإنسان فهو كالمعـدوم فى جواز الانتقال إلى البدل ، كمن وجـد ماءً يحتاج إليه للعطش ، يجوز له الانتقـال إلى التيمّم . وإن كان له خادم ، وهو ممّن يخدُم نفسـه عادةً لزمه إعتاقها ، لأنه فاضلٌ عن حاجته ، بخلاف من لم تجرِ عادتُه بخدمة نفسه ، فإنّ عليـه مشقّةً فى إعتـاق خادمه ، وتضييعاً لـكثير من حوائجه ، وإن كان له خادم يخـدُم امرأته ، وهى ممّن عليـه إخدامُهـا ، أو كان له رقيق يتقوّت بخراجهم ، أو دارٌ يسكنها ، أو عقارٌ يحتاج إلى غَلَّته لمؤنته ، أو عَرْض للتجّارة لايستغنى عن ربحه فى مؤنته ، لم يلزمـه العتق ، وإن استغنى عن شىء من ذلك ممـا يمكنه أن يشترى به رقبةً لزمه ، لأنه واجد للرقبة ، وإن كانت له رقبة تخدُمه يمكنه بيعهـا وشراء رقبتين بثمنهـا ، يستغنى بخدمة إحـداهما ، ويُعتق الأخرى لزمه ، لأنه لاضرر فى ذلك وهـكذا لو كانت له ثيابٌ فاخرة تزيدُ على ملابس مثله ، يمـكنه بيعُها ، وشراء مايـكفيه فى لباسه ، ورقبةً لزمه ذلك ، وإن كانت له دار يمـكنه بيعُها ، وشراء مايـكفيه لسُـكنى مثله ، ورقبةٍ أو ضَيْعَةٌ يَفضُل منها عن كفايته مايمـكنه شراء رقبةٍ لزمه ، ويراعى فى ذلك الـكفاية التى يحرُم معهـا أخذُ الزكاة ، فإذا فضـل عن ذلك شىء وجبت فيه الـكفّارة ، ومذهب الشافعىّ فى هذا الفصل جميعه على نحوٍ ممّا قلنا ، وإن كانت له سَرِيّة لم يلزمه إعتاقُها ، لأنه يحتاج إليها ، وإن أمـكنه بيعُها وشراء سَرِيَّة أخرى ، ورقبةٍ يُعتقها لم يلزمه ذلك ، لأن الغرض قد يتعلّق بعينها ، فلا يقوم غيرُها مقامها ، سيّما إذا كان بدون ثمنها .

٦٢٠٤ فصـــل

فإن كان موسراً حين وجوب الـكفّارة إلا أن ماله غائب ، فإن كان مرجُوّا الحضور قريباً لم يَجُز الانتقـال إلى الصيام ، لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة ، وإن كان بعيداً لم يَجُز الانتقال إلى الصيـام فى غير كفّارة الظهار ، لأنه لاضرر فى الانتظار ، وهل يجوز ذلك فى كفّارة الظِّهـار ؟ فيه وجهـان :

(أحدها) لايجوز ، لوجود الأصل فى ماله . فأشبه سائر الـكفّارات .

(والثانى) يجوز ، لأنه يحرُم عليه المَسِيس ، فجاز له الانتقال لموضع الحاجة ، فإن قيـل : فلو عدم الماء ، وثمنَه جاز له الانتقال إلى التيمّم ، وإن كان قادراً عليهما فى بلده . قلنا : الطّهارة تجب لأجل الصلاة، وليس له تأخيرها عن وقتها ، فدعت الحاجة إلى الانتقال ، بخلاف مسألتنا : ولأننا لو منعناه من التيمّم لوجود القدرة فى بلده بطلت رُخصة التيمُّم ، فإن كلّ أحدٍ يقدر على ذلك .

٦٢٠٥ فصـــل

وإن وجد ثمن الرقبة ، ولم يجد رقبةً يشتريها ، فله الانتقال إلى الصيام ، كما لو وجد ثمن الماء ، ولم يجد مايشتريه ، وإن وجد رقبةً تباع بزيادة على ثمن المثل تُجْحِفُ بماله لم يلزمه شراؤها ، لأن فيه ضرراً، وإن كانت لاتُجْحِف بماله احتمل وجهين :

(أحدهـا) يلزمه ، لأنه قادر على الرقبـة بثمن يقـدر عليه لايُجْحِف به ، فأشبه مالو بيعتْ بثمن مثلهـا .

(والثانى) لايلزمه ، لأنه لم يجد رقبةً بثمن مثلها ، أشبه العادم ، وأصل الوجهين العادمُ المـاء إذا وجده بزيادة على ثمن مثله ، فإن وجد رقبةً بثمن مثلها ، إلا أنَّها رقبة رفيعة ، يمـكن أن يشترىَ بثمنها رقاباً من غير جنسها ، لزمه شراؤها ، لأنها بثمن مثلها ولا يُعَدّ شراؤها بذلك الثمن ضرراً ، وإنما الضرر فى إعتاقها ، وذلك لايمنع الوجوب ، كما لو كان مالـكاً لها .

٦٢٠٦ مسألة

قال ﴿ فإن أفطر فيها من عذر بنَى ، وإن أفطر من غير عذر ابتدأ ﴾ أجمع أهـل العلم على وجوب التتابُع فى الصيام فى كفّارة الظهار . وأجمعوا على أن من صام بعض الشهر ، ثم قطعه لغير عذر ، وأفطر، أنّ عليه استئناف الشهرين ، وإنما كان كذلك لورود لفظ الـكتاب والسنَّة به . ومعنى التتابع : الموالاةُ بين صيام أيامهما ، فلا يُفطر فيها ، ولا يصوم عن غير الـكفَّارة ، ولا يفتقر التتابُع إلى نيَّةٍ ، ويـكفى فعله ، لأنه شرط ، وشرائط العبادات لاتحتاج إلى نيّة ، وإنما تجب النيّة لأفعالها ، وهذا أحـد الوجوه . لأصحاب الشافعىّ ، والوجه الآخر : أنَّها واجبة لـكلّ ليلةٍ ، لأن ضمّ العبادة إلى العبادة إذا كان شرطاً وجبت النيّة فيه ، كالجمع بين الصلاتين ، والثالث تـكفى نيّة التتابُع فى الليلة الأولى .

ولنا : أنه تتابع واجب فى العبادة ، فلم يفتقر إلى نيّة ، كالمتابعة بين الرّكعات ، ويُفارق الجمع بين الصلاتين ، فإن ذلك رُخْصَةٌ فافتقر إلى نيّة الترخُّص ، وماذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات ، وأجمع

أهلُ العلم على أن الصائمة متتابعاً إذا حاضتْ قبلَ إتمامه تقضى إذا طهُرت ، وتبنى ، وذلك لأن الحيض لا يمـكنُ التحرّز منه فى الشهرين ، إلا بتأخيره إلى الإياس ، وفيه تغرير بالصوم ، لأنها ربّما ماتت قبله ، والنفاسُ كالحيض فى أنه لا يَقْطَعُ التتابع فى أحـــد الوجهين ، لأنه بمنزلته فى أحكامه ، ولأن الفطر لا يحصُل فيهما بفعلهما ، وإنما ذلك الزمان كزمان الليل فى حقّهما .

(والوجه الثانى) أن النفاس يقطع التتـابع ، لأنه فطر أمـكن التحرُّز منه ، لا يتـكرّر كلّ عام ، فقطع التتابع ، كالفطر لغير عذر ، ولا يصحّ قياسه على الحيض ، لأنه أندر منه ، ويمـكن التحرّز عنه .

وإن أفطر لمرض مخوف لم ينقطع التتابُع أيضاً ، رُوى ذلك عن ابن عبـاس ، وبه قال ابن المسيّب ، والحسن ، وعطاء ، والشعبىّ ، وطاوس ، ومجاهد ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، والشافعىّ فى القديم ، وقال فى الجديد : ينقطع التتابع . وهذا قول سعيد بن جُبَير ، والنخَعِىّ ، والحـكم ، والثورىّ ، وأصحاب الرأى ، لأنه أفطر بفعله ، فلزمه الاستئناف ، كما لو أفطر لسفر .

ولنا : أنه أفطر لسبب لا صُنع له فيه ، فلم يقطع التتابع ، كإفطار المرأة للحيض ، وماذكروه من الأصل ممنوع . وإن كان المرض غير مخوف ، لـكنّه يُبيح الفطر ، فقال أبو الخطاب : فيه وجهان :

(أحدهما) لا يقطع التتابع ، لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف .

(والثـانى) يقطع التتابع ، لأنه أفطر اختياراً ، فانقطع التتـابع ، كما لو أفطر لغير عذر ، فأما الحامل ، والمرضع ، فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما ، فهما كالمريض ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهمـا ففيهما وجهـان .

(أحدهما) لا ينقطع التتابُع . اختاره أبو الخطاب ، لأنه فطر أُبيحَ لهما بسببٍ لا يتعلّق باختيارهما ، فلم ينقطع التتابع ، كما لو أفطرتا خوفاً على أنفسهما .

(الثانى) ينقطع ، لأن الخوف على غيرهما ، ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء ، وإن أفطر لجنون ، أو إغماء ، لم ينقطع التتابُـع ، لأنه عذر لا صُنع له فيه ، فهو كالحيض .

٦٢٠٧ فصـــــل

وإن أفطر لسفر مُبيح للفطر ، فـكلام أحمد يحتملُ الأمرين وأظهرهما أنه لا يقطع التتابع ، فإنه قال فى رواية الأثرم : كان السفر غيرَ المرض . وما ينبغى أن يـكون أوكدَ من رَمضان ، وظاهر هذا أنه لا يقطع التتابع ، وهذا قول الحسن ، ويحتمل أن ينقطع به التتابع ، وهوقول مالك ، وأصحاب الرأى ، واختلف أصحاب الشافعىّ ، فمنهم من قال : فيه قولان ، كالمرض ، ومنهم من يقول : ينقطع التتابع وجهاً واحداً ، لأن السفر يحصُل باختياره ، فقطع التتابع ، كما لو أفطر لغير عذرٍ .

ووجه الأول : أنه فطر لعذر مبيح فقط ، فلم ينقطع به التتابع ، كإفطار المرأة بالحيض ، وفارق الفطر لغير عذر ، فإنه لايُباح ، وإن أكل يظنُّ أن الفجر لم يطلع ، وقد كان طلع ، أو أفطر يظنُّ أن الشمس قد غابت ، ولم تغب أفطر . ويتخرّج فى انقطاع التتابع وجهان :

(أحدهما) لا ينقطع ، لأنه فطر لعذر .

(والثانى) يقطع التتابع ، لأنه بفعل أخطأ فيه فأشبه ما لو ظنّ أنه قد أتمّ الشهرين ، فبان خلافه ، وإن أفطر ناسياً لوجوب التتابع ، أو جاهلاً به ، أو ظنًّا منه أنّه قد أتمّ الشهرين انقطع التتابع ، لأنه أفطر لجهله فقطع التتابُع ، كما لو ظنّ أن الواجب شهرٌ واحد ، وإن أكره على الأكل ، أو الشرب ، بأن أوجِرَ[1] الطعام ، أو الشراب لم يُفطر . وإن أكل خوفاً ، فقال القاضى : لايفطر ، ولم يذكر غير ذلك . وفيه وجه آخر : أنه يُفطر ، فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لايقطعه ؛ لأنه عذر مبيح للفطر ، فأشبه المرض .

(والثانى) يقطع التتابع ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأنه أفطر بفعله لعذر نادر .

٦٢٠٨ فصـــل

وإن أفطر فى أثناء الشهرين لغير عذر ، أو قطع التتابع بصوم نذر ، أوقضاء ، أو تطوّع ، أو كفارة أخرى لزمه استئناف الشهرين ، لأنه أخلّ بالتتابع المشروط ، ويقع صومه عمَّا نواه ، لأن هذا الزمان ليس بمستحقّ متعيِّن للكفارة ولهذا يجوز صومها فى غيره ، بخلاف شهر رمضان ، فإنه متعيّن ، لا يصلح لغيره وإذا كان عليه صوم نذر غير مُعيَّن أخّره إلى فراغه من الكفارة ، وإن كان متعيِّناً فى وقت بعينه أخّر الكفارة عنه ، أو قدّمها عليه ، إن أمكن ، وإن كان أياماً من كلّ شهر ، كيوم الخميس ، أو أيّام البيضِ قدّم الكفارة عليه ، وقضاه بعدها ، لأنه لو وفَّى بنذره لانقطع التتابُع ، ولزمه الاستئناف ، فيُفضى إلى أن لايتمكّن من التكفير ، والنذر يُمكن قضاؤه ، فيكون هذا عُذراً فى تأخيره كالمرض .

٦٢٠٩ مسألة

قال : ﴿ وإن أصابها فى ليالى الصوم أفسد مامضى من صيامه ، وابتدأ الشهرين ﴾ .

وبهذا قال مالك ، والثورىّ ، وأبو عُبَيد ، وأصحاب الرأى ، لأن الله تعالى قال : (فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) فأمر بهما خاليَيْنِ عن وطء ، ولم يأت بهما على ماأمر ، فلم يُجزئه ، كما لو وطىء نهاراً ، ولأنه تحريم للوطء لايختصّ النهار ، فاستوى فيه الليل ، والنهار كالاعتكاف ، وروى الأثرم عن أحمد : أن التتابُع لاينقطع بهذا ، ويبنى . وهو مذهب الشافعىّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ،

---

(١) أوجر الطعام : وضع الطعام أو الشراب فى فمه كرها عنه .

لأنه وطء لايُبطل الصوم فلا يوجب الاستئناف ، كوطء غيرها ، ولأن التتابع فى الصيام عبارة عن إتباع صوم يوم للذى قبله ، من غير فارق ، وهـذا متحقّق ، وإن وطىء ليلاً ، وارتـكاب النهى فى الوطء قبل إتمامه إذا لم يُخلّ بالتتابع المشترط لايمنع صحّته ، وإجزاءه كما لو وطىء قبل الشهرين ، أو وطىء ليلة أول الشهرين ، وأصبح صائماً ، والإتيان بالصيام قبل التماسِّ فى حقّ هـذا لاسبيل إليه ، سواء بَنى ، أو استأنف .

وإن وطئها أو وطىء غيرها فى نهار الشهرين عامداً أفطر ، وانقطع التتابعُ إجماعاً ، إذا كان غير معذور ، وإن وطئها ، أو وطىء غيرها نهاراً ناسياً أفطر ، وانقطع التتابع فى إحدى الروايتين ، لأن الوطء لايُعذر فيه بالنسيان ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه لايُفطر ، ولا ينقطع التتابع . وهو قول الشافعىّ وأبى ثور ، وابن المنـذر ، لأنه فعل المفطر ناسياً . أشبه مالو أكل ناسياً ، وإن أبيـح له الفطر لعذر ، فوطىء غيرها نهاراً لم ينقطع التتابع ، لأن الوطء لاأثر له فى قطع التتابع . وإن وطئها كان كوطئها ليلاً هل ينقطع التتابع ؟ على وجهين ، وإن وطىء غيرها ليلاً لم ينقطع التتابع ، لأن ذلك ليس بمحرّم عليه ، ولا هو مُخلّ بإتباع الصوم الصومَ فلم ينقطع التتابع ، كالأكل ليلاً ، وليس فى هذا اختلاف نعلمه ، وإن لمس المُظاهَرَ منها ، أو باشرها ، دون الفرج ، على وجه يُفطر به قطع التتابُع ، لإخلاله بموالاة الصيام وإلاّ فلا ينقطع ، والله أعلم .

٦٢١٠ مسألة

قال : ﴿ فإن لم يستطع فإطعام ستّين مسكيناً ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ، ولم يستطع الصيام أنّ فرضه إطعام ستّين مسكيناً ، على ماأمر الله تعالى فى كتابه ، وجاء فى سنّة نبيّه صلى الله عليه وسلم ، سواء عجز عن الصيام لـكبر ، أو مرض يُخاف بالصوم تباطؤه ، أو الزيادة فيه ، أو الشَّبَقُ ، فلا يصبر فيه عن الجماع ، فإن أوس بن الصامت لمّا أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصيام قالت امرأته : « يَارَسُولَ اللهِ إِنَّه شَيْخٌ كَبِيرٌ مَابِهِ مِنْ صِيَامٍ ، قالَ : فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً » . ولمّا أمَرَ سَلَمَةَ بن صَخْرٍ بالصِّيام قال : «وَهَلْ أَصَبْتُ الذى أَصَبْتُ إلامِنَ الصِّيام » ؟ قال : « فَأَطْعِمْ » فنقله إلى الإطعام لمّا أخبر أنَّ به من الشَّبَقِ والشَّهْوَةِ مايمنعه من الصيام ، وقسنا على هذين مايشبههما فى معناها ، ويجوز أن ينتقل إلى الإطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وإن كان مرجُوّ الزوال لدخوله فى قوله سبحانه وتعالى : (فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِـعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً) ولأنه لايعـلم أن له نهايةً ، فأشبه الشَّبَق . ولا يجوز أن ينتقل لأجل السفر ، لأن السفر لايُعجزه عن الصِّيام ، وله نهاية ينتهى إليها ، وهو من أفعاله الاختياريّة ، والواجب فى الإطعام إطعامُ ستِّين مسكيناً لايُجزئه أقلّ من ذلك ، وبهذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لو أطعم مسكيناً واحداً فى ستِّين يوماً

أجزاء ، وحكاه القاضى أبو الحسين روايةً عن أحمد ، لأن هذا المسكين لم يستوف قوتَ يومه من هذه الكفّارة ، فجاز أن يُعطَى منها كاليوم الأول .

ولنا : قول الله تعالى : (فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً) وهذا لم يُطعم إلاَّ واحداً ، فلم يمتثل الأمر ولأنه لم يُطعم ستين مسكيناً ، فلم يجزئه ، كالو دفعها إليه فى يوم واحد . ولأنه لو جاز الدفع إليه فى أيام لجاز فى يوم واحدٍ ، كالزكاة ، وصدقةِ الفطر ، يُحقّق هذا أن الله أمر بعدد المساكين ، لابعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين . والمعنى فى اليوم الأول : أنه لم يستوف حقّه من هذه الكفّارة ، وفى اليوم الثانى قد استوفى حقّه منها ، وأخذ منها قوتَ يومٍ ، فلم يجُز أن يُدفع إليه فى اليوم الثانى ، كالو أوصى إنسان بشىء لستّين مسكيناً .

٦٢١١ مسألة

قال : ﴿ لكلّ مسكين مدّ من بُرّ ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعير ﴾ .

وجملة الأمر : أن قدر الطعام فى الكفّارات كلّها مُدّ من بُرّ ، لكلّ مسكين ، أو نصف صاع من تمر ، أو شعير ، وممّن قال مدّ بُرّ : زيد بن ثابت ، وابن عباس ، وابن عمر حكاه عنهم الإمام أحمد . ورواه عنهم الأثرم ، وعن عطاء ، وسليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار : أدركتُ الناسَ إذا أعطوا فى كفّارة اليمين مدًّا من حنطة بالمدِّ الأصغر مُدِّ النبىّ ﷺ ، وقال أبو هريرة : يُطعم مدًّا من أىّ الأنواع كان : وبهذا قال عطاء ، والأوزاعىّ ، والشافعىّ لما رَوى أبو داود بإسناده ، عن عطاء ، عن أوس بن أخى عُبادة بن الصامت : « أنَّ النبىَّ صلى الله عليه وسلم أَعْطَاهُ ـ يعنى المظاهر ـ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ إطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِيناً » . وروى الأثرم بإسناده ، عن أبى هريرة فى حديث المجامع فى رمضان : « أنَّ النبى ﷺ أُتىَ بِعَرَقٍ فيه خَمْسَةَ عَشَرَ صاعاً ، فقال : خُذْهُ وتَصَدَّقْ بِهِ » وإذا ثبت فى المجامع بالخبر ثبت فى المظاهر بالقياس عليه ، ولأنه إطعام واجب ، فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة وفدية الأذى ، وقال مالك : لكل مسكين مُدّان من جميع الأنواع ، وممّن قال مدّان من قمحٍ : مُجاهد ، وعِكْرِمَةُ والشعبىّ ، والنخَعِىّ ، لأنَّها كفارة تشتمل على صيام ، وإطعام ، فكان لكلّ مسكين نصفُ صاع كفدية الأذى ، وقال الثورىّ : وأصحاب الرأى من القمح مدّان ، ومن التمر والشعير صاع لكلّ مسكين ، لقول النبىّ ﷺ فى حديث سَلَمَةَ بن صَخْر : « فَأَطْعِمْ وَسقاً مِنْ تَمْرٍ » رواه الإمام أحمد فى المسند ، وأبو داود ، وغيرهما ، وروى الخلاّل بإسناده ، عن يوسف بن عبد الله بن سَلاَمٍ ، عن خُوَيْلَةَ ، فقال لِىَ رسول الله ﷺ : « فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِيناً ، وَسقاً مِنْ تَمْرٍ » . وفى رواية أبى داود : « وَالْعَرَقُ سِتُّونَ صَاعاً » . وروى ابن ماجه بإسناده ، عن ابن عباس قال : « كفَّرَ رَسولُ اللهِ ﷺ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ وَأَمَرَ النَّاسَ : فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فنصِفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . وروى

وروى الأثرم بإسناده عن عمر رضى الله عنه قال : « أَطْعِمْ عَنِّى صَاعاً مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . ولأنه إطعام المساكين ، فكان صاعاً من التمر ، والشعير ، أو نصف صاع من بُرّ كصدقة الفطر .

ولنا : ماروى الإمام أحمد : حدثنا إسماعيلُ ، حدّثنا أيّوبُ عن أبى يزيد المدنىّ ، قال : « جاءت امرأةٌ من بنى بَيَاضَةَ بنِصْفِ وَسْقِ شَعِير ، فقال النبىُّ ﷺ للمظاهر : أَطْعِمْ هَـذَا ، فإنّ مدّى شعيرٍ مكان مُدِّ بُرٍّ » وهذا نصّ ، ويدلّ على أنه مدبُرّ : أنه قول زيد ، وابن عبّاس وابن عمر ، وأبى هريرة ولم نعرف لهم فى الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً ، وعلى أنه نصف صاع من التمر ، والشعير ماروى عطاء ابن يَسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لِخَولَةَ امْرَأَةِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ : « اذْهَـبِى إِلَى فلان الأَنْصَارِىّ فإنّ عنده شطر وَسْقٍ من تمر ، أخبرنى أنّه يُريد أن يتصدّق به ، فلتأخذيه ، فليتصدّق به على ستّين مِسْـكيناً » . وفى حديث أوس بن الصامت : أنّ النبىّ ﷺ قال : « إِنِّى سَأُعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ . قلت : يارسول الله ، فإنّى سَأُعِينُهُ بِعَرَقٍ آخر . قال : لَقَدْ أَحْسَنْتِ ، اذْهَـبِى فَأَطْعِمِى بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْـكِيناً ، وارْجِعِى إِلَى ابْنِ عَمِّكَ » وروى أبو داود بإسناده ، عن أبى سَلَمَةَ بن عَبْدِ الرَّحمن أنه قال : « الْعَرَقُ زِنْبِيلٌ يَأْخُذُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعاً » فعَرَقان يكونان ثلاثين صاعاً ، لكلّ مسكين نصفُ صاعٍ ، ولأنها كفّارة تشتمل على صيام ، وإطعام ، فكان لكلِّ مِسْـكين نصفُ صَاعٍ مِنَ التمر ، والشّعير كفِدْية الأذى . فأمّا رواية أبى داود : « أنّ الْعَرَق ستُّونَ صَاعاً » فقد ضعّفها ، وقال : غيرُها أصحُّ منها . وفى الحديث مايدلّ على الضعف . لأنّ ذلك فى سياق قوله : « إِنِّى سأُعِينُه بِعَرَقٍ ، فقالت امرأتُه : إِنِّى سأُعِينُهُ بِعَرَقٍ آخر ، قال : فَأَطْعِمِى بِهَا عَنْهُ ستِّينَ مِسْـكِيناً » . فلو كان العرق ستّين صاعاً ، لكانت الكفّارة مائةً وعشرين صاعاً ، ولا قائل به .

وأما حديث المجامع الذى أعطاه خمسة عشر صاعاً ، فقال : « تَصَدَّق بِهِ » فيحتمل أنه اقتصر عليه إذ لم يجد سواه ، ولذلك لمّا أخبره بحاجته إليه أمره بأكله . وفى الحديث المتفق عليه : « قَرِيبٌ مِنْ عِشْرِينَ صَاعاً » . وليس ذلك مذهباً لأحمد ، فيدلّ على أنه اقتصر على البعض الذى لم يجد سواه . وحديث أوس بن أخى عُبَادَةَ مرسلٌ ، يرويه عنه عطاء ، ولم يدركه ، على أنه حُجّة لنا ، لأن النبى ﷺ أعطاه عَرَقاً ، وأعانَتْهُ امرأته بآخر ، فصارا جميعاً ثلاثين صاعاً ، وسائر الأخبار نجمع بينها وبين أخبارنا بحملها على الجواز ، وأخبارنا على الإجزاء . وقد عَضَدَ هذا أن ابن عباس راوى بعضها ، ومذهبه أنّ المدّ من البُرِّ يجزىء ، وكذلك أبو هريرة ، وسائر ماذكرنا من الأخبار مع الإجماع الذى نقله سُليمان بن يَسار ، والله أعلم .

٦٢١٢ فصـــل

وبقى الـكلام فى الإطعـام فى أمور ثلاث : كيفيته ، وجنس الطعام ، ومستحقه . فأمّا كيفيته : فظاهر المذهب أن الواجب تمليك كلّ إنسان من المساكين القدر الواجب له عن الـكفّارة ، ولو غـدّى المساكين ، أو عشّاهم لم يجزئه ، سواء فعل ذلك بالقدر الواجب ، أو أقلّ ، أو أكثر ، ولو غـدّى كلّ واحدٍ بمدّ لم يجزئه إلاّ أن يُملِّـكه إيّاه . وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم ، وهو قول النخعىّ ، وأبى حَنِيفة ، وأطعم أنس فى فدية الصيام . قال أحمد أطْعَمَ شَيْئاً كَـثِيراً وصَنعَ الجِفَانَ . وذكر حديث حمّاد بن سلَمة ، عن ثابت ، عن أنس ، وذلك لقول الله تعالى : (فَإِطْعَامُ ستِّينَ مِسْـكِيناً) وهـذا قد أطعمهم . فينبغى أن يجزئه ، ولأنه أطعم المساكين ، فأجزأه كما لو ملّـكهم .

ولنا : أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم ، ففى قول زيد ، وابن عبّاس ، وابن عمر ، وأبى هريرة مدّ لـكلّ فقير . وقال النبىّ ﷺ لـكعب فى فدية الأذى «أَطْعِمْ ثَلَاثَةَ آصُعٍ مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتَّةِ مَساكِينَ» ولأنه مال وجب للفقراء شرعاً ، فوجب تمليـكهم إيّاه ، كالزكاة . فإن قلنا : يجزىء اشترط أن يُغَدِّيهم بستّين مدًّا فصاعداً ، ليكون قد أطعمهم قدر الواجب . وإن قلنا : لايجزئه أن يغدّيهم فقدّم إليهم ستّين مُدًّا ، وقال : هذا بينكم بالسويّة ، فقبلوه أجزأ ، لأنه ملّـكهم التصرّف فيه ، والانتفاع قبـل القسمة . وهذا ظاهر مذهب الشافعىّ .

وقال أبو عبد الله بن حامد : يجزئه ، وإن لم يقل بالسـويّة ، لأنّ قوله : خذوها عن كفّارتى يقتضى التسوية . لأن ذلك حكمها . وقال القاضى : إن علم أنه وصل إلى كلّ واحد قدرُ حقّه أجزأ ، وإن لم يعلم لم يجزئه . لأنّ الأصلَ شغلَ ذمّته ، مالم يعلم وصول الحقّ إلى مستَحِقّهِ . ووجه الأول أنه دفع الحقّ إلى مستَحِقّهِ مُشاعاً فقبلوه ، فبرىء منه ، كديون غُرمائه .

٦٢١٣ فصـــل

ولا يجب التتابع فى الإطعام نصّ عليه أحمد فى رواية الأثرم . وقيل له : تكون عليه كفّارة يمين ، فيطعم اليوم واحداً ، وآخرَ بعد أيام وآخر بعد حـتى يستـكمل عَشَرَةً ؟ فلم ير بذلك بأساً . وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ، ولو وطىء فى أثناء الإطعام لم تلزمه إعادة مامضى منه . وبه قال أبو حنيفة والشافعىّ ، وقال مالك : يستأنف لأنه وطىء فى أثناء كفّارة الظّهار فوجب الاستئناف كالصيام .

ولنا : أنه وطىء فى أثناء مالا يشترط التتابع فيه ، فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهرَ منها ، أو كالوطء فى كفّارة اليمين ، وبهذا فارق الصيام .

٦٢١٤ مسألة

قال ﴿ ولو أعطى مِسْكيناً مدَّيْنِ من كفَّارتَيْن فى يوم واحدٍ أجزأ فى إحدى الروايتين ﴾ .

وهذا مذهب الشافعىّ ، لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب ، فأجزأ كما لو دفع إليه المدين فى يومين . والأخرى : لا يجزئه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه استوفى قوت يوم من كفّارةٍ ، فلم يجزئه الدفع إليه ثانياً فى يومه ، كما لو دفعهما إليه من كفّارة واحدة . فعلى هذه الرواية يجزئه عن إحدى الكفّارتين ، وهل له الرجوع فى الأخرى ؟ ينظرُ ، فإذا كان أعلمه أنّها عن كفّارةٍ فله الرجوع ، وإلا فلا ، ويتخرّج أن لا يرجع بشىء على ماذكرناه فى الزكاة . والرواية الأولى أقيسُ ، وأصحّ ، فإنّ اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الأيّام ، ولو دفع إليه ذلك فى يومين أجزأ ، ولأنّه لو كان الدافع اثنين أجزأ عنهما ، فكذلك إذا كان الدافع واحداً ، ولو دفع ستّين مُدّاً إلى ثلاثين فقيراً من كفّارةٍ واحدةٍ أجزأه من ذلك ثلاثون ، ويُطعِم ثلاثين آخرين ، وإن دفع الستّين من كفّارتين أجزأه ذلك ، على إحدى الروايتين ، ويُجزىء فى الأخرى عن الثلاثين .

(الأمر الثانى) أن المجزىء فى الإطعام مايُجزىء فى الفِطرة ، وهو البرُّ ، والشعير ، والتمر ، والزبيب ، سواء كانت قوتَه ، أو لم تكن ، وما عداها فقال القاضى : لايُجزىء إخراجُه ، سواء كان قوت بلده ، أو لم يكن ، لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأصناف ، على ماجاء فى الأحاديث التى رويناها ، ولأنه الجنس المخرج فى الفِطرة . فلم يُجزىء غيرُه ، كما لو لم يكن قوت بلده ، وقال أبوالخطّاب : عندى أنه يُجزئه الإخرج من جميع الحبوب التى هى قوت بلده ، كالذرة ، والدُّخْنِ ، والأرز ، لأن الله تعالى قال (مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ) وهذا مما يُطعمه أهلَه ، فوجب أن يُجزئه بظاهر النصّ . وهذا مذهب الشافعىّ فإن أخرج غير قوت بلده أجود منه ، فقد زاد خيراً ، وإن كان أنقص لم يُجزئه وهذا أجود .

٦٢١٥ فصـــل

والأفضل عند أبى عبد الله إخراج الحبّ ، لأنه يخرُج به من الخلاف ، وهى حالةُ ، كما له ، لأنهُ يُدَّخر فيها ، ويتهيّأ لمنافعه كلّها ، بخلاف غيره ، فإن أخرج دقيقاً جاز ، لكن يزيد على قدر المدّ قدراً يبلغ المدّ حبّاً ، أو يُخرجه بالوزن ، لأن للحبّ رَيعاً فيكون فى مكيال الحبّ أكثرَ مما فى مكيال الدقيق .

قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : فيُعطى البرّ ، والدقيقَ ؟ فقال : أما الذى جاء فالبرّ ، ولكن إن

أعطاهم الدقيق بالوزن جاز ، وقال الشافعيّ ، لا يُجزىء ، لأنه ليس بحال الـكمال ، لأجل مايفُوت به من وجوه الانتفاع ، فلم يُجز كالهريسة .

ولنا : قول الله تعالى (فَـكَفَّارَتُه إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ[1]) والدقيق من أوسط مايطعمه أهله ، ولأن الدقيق أجزاء الحنطة ، وقد كفـاهم مؤنته ، وطَحْنه ، وهيّأه ، وقرّبه من الأكل ، وفارق الهريسة ، فإنَّها تَتْلَفُ على قرب ، ولا يمـكن الانتفـاع بها في غير الأكل في تلك الحال ، بخلاف مسألتنا ، وعن أحمد في إخراج الخبز روايتان .

(إحداها) يُجزىء ، اختارها الخِرَقيّ ، ونصّ عليه أحمد في رواية الأثرم ، فإنّه قال : قلت لأبي عبد الله : رجل أخذ ثلاثة عشر رطلاً ، وثلثاً دقيقاً ، وهو كفّارة اليمين ، فخبزه للمساكين ، وقسمّ الخبز على عشرة مساكين ، أيُجزئه ذلك ؟ قال : ذلك أعجبُ إليّ ، وهو الذى جاء فيـه الحديث أن يُطعمهم مُدَّبُرٍ ، وهذا إن فعل فأرجو أن يُجزئه ، قلت : إنما قال الله (فَإِطْعَـامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ) فهذا قد أطعم عشرةَ مساكين ، وأوفاهم المدّ ، قال : أرجو أن يُجزئه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعيّ ، ونقل الأثرم في موضع آخرَ : أن أحمد سأله رجل عن الـكفّارة ، قال : أطعمهم خُـبزاً ، وتمراً ، قال : ليس فيه تمر ، قال : فخبزٌ . قال : لا ، ولـكن بُرّاً ، أو دقيقاً بالوزن ، رطلٌ وثلث ، لـكلّ مسكين ، فظاهر هذا أنه لايُجزئه ، وهو مذهبُ الشافعيّ ، لأنه خرج عن حالة الـكمال والادّخار فأشبه الهريسة ، والأول أحسنُ ، لأن الله تعالى قال (فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ) وهذا من أوسط مايُطعم أهله ، وليس الادّخار مقصوداً في الـكفّارة ، فإنّها مقدّرة بما يقوُت المسكين في يومه ، فيدلّ ذلك على أن المقصود كفايته في يومه ، وهذا قد هيّأه للأكل المعتاد للاقتيات ، وكفاهم مؤنته ، فأشبه مالو نَقّى الحِنطةَ وغَسَلَها .

وأما الهريسة ، والـكبولاء[2] ، ونحوها ، فلا يُجزىء لأنّهما خرجا عن الاقتيات المعتاد إلى حيّز الإدام ، وأما السويق فالصحيحُ أنّه لايُجزىء لذلك ، ويحتمل أن يُجزىء لأنه يُقتات في بعض البلدان ، ولا يُجزئه من الخبز ، والسويق أقلُّ من شىء يعمل من مدّ ، فإن أخـذ مدّ حنطة ، أو رطلاً وثلثاً من الدقيق ، وصنعه خبزاً أجزأه ، وقال الخِرَقيّ يجزئه رطلان .

قال القاضى : المدّ يجىء منه رطلان ، وذلك لأن الغالب أن رطلين من الخبز لاتـكون إلا من مدّ وذلك بالرطل الدمشقيّ خمسُ أواقٍ ، وأقلُّ من خمس أوقية ، وهذا في البُرّ ، فأما إن كان المخرج من الشعير فلا يُجزئه إلا ضِعْف ذلك على ماقررناه .

---

(١) بعض الآية ٨٩ من سورة المائدة . (٢) الكبولاء : العصيدة .

٦٢١٦ فصـــــل

ولا تُجزىء القيمة فى الـكفّارة ، نقلها الميمونىّ ، والأثرم ، وهو مذهب الشافعىّ ، وخرّج بعض أصحابنا من كلام أحمد روايةً أخرى : أنّه يُجزئه ، وهو ماروى الأثرم ، أن رجلاً سأل أحمـد ، قال : أَعْطَيْتُ فِي كَفَّارَةٍ خَمْسَةَ دَوَانِيقَ ؟ فقال : لَوِ اسْتَشَرْتَـنِي قَبْلَ أَنْ تُعْطِيَ لَمْ أُشِرْ عَلَيْكَ وَلَـكِنْ أَعْطِ عَلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْأَثْمَانِ عَلَى مَاقُلْتُ لَكَ ، وسكت عن الذى أعطى ، وهذا ليس برواية ، وإنما سكت عن الذى أعطى ، لأنه مختلف فيه ، فلم ير التضييق عليه فيه .

﴿ الأمر الثالث ﴾ أن مستَحِقّى الـكفّارة هم المساكين الذين يُعْطَوْنَ من الزكاة ، لقول الله تعالى : (فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْـكِيناً) والفقراء يدخلون فيهم . لأن فيهم المسكنة ، وزيادة ، ولا خلاف فى هـذا ، فأمّا الأغنياء فلا حقّ لهم فى الـكفّارة ، سواء كانوا من أصناف الزكاة ، كالغزاة ، والمؤلّفة ، أو لم يكونوا لأن الله تعالى خصّ بها المساكين . واختلف أصحابنا فى المُـكاتَب ، فقال القاضى فى المجرّد ، وأبو الخطاب فى الهِدَاية : لايجوز دفعُها إليه . وهو مذهبُ الشـافعىّ ، وقال الشريف أبو جعفر : وأبو الخطّاب فى مسائلهما : يجوز الدفع إليـه ، وهو مذهبُ أبى حنيفة ، وأبى ثور ، لأنه يأخذُ من الزكاة ، لحاجته ، فأشبه المسكين .

ووجه الأول : أن الله تعـالى خصّ بها المساكين ، والمـكاتَبون صنف آخر ، فلم يجز الدفع إليهم ، كالغُزَاة ، والمؤلّفة . ولأن الـكفّارة قُدِّرت بقُوت يوم ، لـكلّ مسكين ، وصرفت إلى من يحتاج إليها للاقتيات ، والمـكاتَبُ لايأخذ لذلك ، فلا يكون فى معنى المسكين ويفارق الزكاة . فإن الأغنياء يأخذون منها ، وهم الغزاة ، والعاملون ، عليها ، والمؤلّفة ، والغارمون ، ولأنه غَـنِىّ بكسبه ، أو بسيّده ، فأشبه العامل ، ولا خلاف بينهم فى أنه لايجوز دفعها إلى عبدٍ ، لأن نفقته واجبـةٌ على سيّده ، وليس هو من أصناف الزكاة ، ولا إلى أمّ ولد ، لأنها أمةٌ نفقتهـا على سيّدها ، وكسبُها له ، ولا إلى من تلزمه نفقته . وقد ذكرنا ذلك فى الزكاة ، وفى دفعها إلى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة إليه .

ولا يجوز دفعها إلى كافر . وبهذا قال الشافعىّ ، وخرّج أبو الخطّاب وجهاً فى إعطائهم ، بنـاءً على الرواية فى إعتاقهم وهو قول أبى ثور ، وأصحاب الرأى . لأن الله تعالى قال: (فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ) وأطلق ، فيدخلون فى الإطلاق .

ولنـا : أنه كافر ، فلم يجُز الدفع إليـه ، كمساكين أهل الحرب ، وقد سلّمه أصحـابُ الرأى ، والآية مخصوصة بأهل الحرب ، فنقيس عليهم سائر الـكفار ، ويجوز صرفهـا إلى الصغير ، والـكبير ، إن كان ممن يأكل الطعام ، وإذا أراد صرفه إلى الصغير ، فإنّه يدفعه إلى وليّه يقبض له ، فإن الصغير لايصحّ منه

القبضُ . فأمّا من لا يأ كلُ الطعام ، فظاهر كلام الخِرقي أنه لايجوز الدفع إليه ، لأنه لا يأ كله ، فيكون بمنزلة دفع القيمة . وقال أبو الخطّاب : يُجزىء ، لأنه مسكين يدفع إليه من الزكاة ، فأشبه الكبير . وإذا قلنا : يجوز الدفع إلى المكاتب جاز للسيّد الدفع من كفّارته إلى مكاتبه ، لأنه يجوز أن يدفع إليه من زكاته .

٦٢١٧ فصـــل

ويجوز دفع الكفّارة إلى مَنْ ظاهرُه الفقر ، فإن بان غنياً فهل تُجزئه ؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة ، وإن بان كافراً ، أو عبداً لم يُجزئه وجهاً واحداً .

٦٢١٨ مسألة

قال : ﴿ ومن ابتدأ صوم الظهار من أول شعبان أفطر يوم الفطر وبنى ، وكذلك إن ابتدأ من أول ذى الحجّة ، أفطر يوم النحر ، وأيام التشريق ، وبنى على ما مضى من صيامه ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا تخلّل صوم الظِّهار زمانٌ لا يصحّ صومُه عن الكفّارة ، مثلُ أن يبتدىء الصوم من أول شعبان ، فيتخلّله رمضان ، ويوم الفطر ، أو يبتدىء من ذى الحجّة ، فيتخلّله يوم النحر ، وأيام التشريق ، فإن التتابع لا ينقطع بهذا ، ويبنى على مامضى من صيامه . وقال الشافعيّ : ينقطع التتابع ، ويلزمه الاستئناف ، لأنه أفطر فى أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرُّز منه ، فأشبه إذا أفطر بغير ذلك ، أو صام عن نذر ، أو كفّارة أخرى .

ولنا : أنه زمن منعه الشرع عن صومه فى الكفارة ، فلم يقطع التتابع ، كالحيض ، والنفاس . فإن قال : والحيض ، والنفاس ، غيرُ ممكن التحرّز منه . قلنا : قد يُمكن التحرّز من النفاس بأن لاتبتدىء الصوم فى حال الحمل ، ومن الحيض إذا كان طُهرها يزيد على الشهرين ، بأن تبتدىء الصوم عَقِيب طُهْرها من الحيضة ، ومع هذا فإنه لاينقطع التتابع ، ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ، ويجوز أن يدخل معه المسبوق فى أثناء الصلاة ، مع علمه بلزوم مفارقته قبل إتمامها ، ويتخرّج فى أيام التشريق رواية أخرى أنّه يصومها عن الكفّارة ، ولا يفطر إلا يوم النحر وحده ، فعلى هذا إن أفطرها استأنف ، لأنّهـا أيام أمكنه صيامها فى الكفّارة ، ففطرها يقطع التتابع كغيرها .

إذا ثبت هذا فإنّه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان أجزأه صوم شعبان عن شهر ، ناقصاً كان أو تامًّا ، وأما شوّال فلا يجوز أن يبدأ به من أوله . لأن أوله يوم الفطر ، وصومه حرام ، فيشرع فى صومه من اليوم الثانى ، ويتمّم شهراً بالعدد ثلاثين يوماً ، وإن بدأ من أول ذى الحجّة إلى آخر المحرّم قضى أربعة أيام ، وأجزأه ، لأنه بدأ بالشهرين من أولها ، ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصحّ صوم يوم

الفطر ، وصحّ صوم بقية الشهر ، وصوم ذى القعدة ، ويحتسب له بذى القعدة ناقصاً ، كان أو تامًّا ، لأنه بدأه من أوله ، وأما شوّال فإن كان تامًّا صام يوماً من ذى الحجّة مكان يوم الفطر ، وأجزأه . وإن كان ناقصاً صام من ذى الحجّة يومين ، لأنه لم يبدأه من أوله ، وإن بدأ بالصيام من أول أيّام التشريق . وقلنا : يصحّ صومُها عن الفرض ، فإنّه يحتسب له بالمحرّم ، ويكمل صوم ذى الحجّة بتمام ثلاثين يوماً من صفر . وإن قلنا : لا يصحّ صومُها عن الفرض صام مكانها من صفر .

٦٢١٩ فصـــل

ويجوز أن يبتدىء صوم الشهرين من أول شهر ، ومن أثنائه لا نعلم فى هذا خلافاً ، لأن الشهر اسمٌ لما بين الهلالين ، ولثلاثين يوماً ، فأيّهما صام فقد أدّى الواجب ، فإن بدأ من أول شهر ، فصام شهرين بالأهلّة أجزأه ذلك تامّين كانا ، أو ناقصين إجماعاً . وبهذا قال الثورىّ ، وأهل العراق ، ومالك فى أهل الحجاز ، والشافعىّ ، وأبو ثور ، وأبو عُبَيد ، وغيرهم ، لأن الله تعالى قال : (فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) وهذان شهران متتابعان ، وإن بدأ من أثناء شهر ، فصام ستّين يوماً أجزأه بغير خلاف أيضاً قال ابن المنذر : أجمع على هذا من نحفظُ عنه من أهل العلم . فأمّا إن صام شهراً بالهلال ، وشهراً بالعدد ، فصام خمسة عشر يوماً من المحرّم ، وصفر جميعه ، وخمسة عشر يوماً من ربيع ، فإنّه يجزئه سواء كان صفر تامًّا أو ناقصاً ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلّة ، لكن تركناه فى الشهر الذى بدأ من وسطه لتعذُّره ، ففى الشهر الذى أمكن اعتباره يجب أن يُعتبر ، وهذا مذهبُ الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، ويتوجّه أن يقال : لا يُجزئه إلا شهران بالعدد ، لأنّا لما ضممنا إلى الخمسة عشر من المحرّم خمسة عشر من صفر ، فصار ذلك شهراً صار ابتداء صوم الشهر الثانى من أثناء شهر أيضاً ، وهذا قول الزهرىّ .

٦٢٢٠ فصـــل

فإن نوى صوم شهر رمضان عن الكفّارة لم يُجزئه عن رمضان ، ولا عن الكفّارة ، وانقطع التتابع حاضراً كان أو مُسافراً ، لأنه تخلّل صوم الكفّارة فطرٌ غيرُ مشروع ، وقال مجاهد ، وطاوس : يُجزئه عنهما . وقال أبو حنيفة : إن كان حاضراً أجزأه عن رمضان دون الكفّارة ، لأن تعيين النيّة غيرُ مشترطٍ لرمضان . وإن كان فى سفر أجزأه عن الكفّارة دون رمضان ، وقال صاحباه : يُجزىء عن رمضان دون الكفّارة سفراً ، وحضراً .

ولنا : أن رمضان متعيّن لصومه مُحَرَّمٌ صومه عن غيره ، فلم يُجزئه عن غيره ، كيومى العيدين ، ولا يُجزىء عن رمضان ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَاتِ وَإِنَّمَا لِامْرِىءٍ مَا نَوَى » وهذا ما نوى رمضان ، فلا يجزئه ، ولا فرق بين الحضر ، والسفر ، لأن الزمان مُتعيِّن ،

وإنما جاز فطره فى السفر رُخصَةً ، فإذا تكلّف وصام رجع إلى الأصل ، فإن سافر فى رمضان المتخلّل لصوم الكفّارة ، وأفطر ، لم ينقطع التتابع ، لأنه زمن لايستحقّ صومه عن الكفّارة ، فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل .

٦٢٢١ مسألة

قال : ﴿ وإذا كان المظاهر عبداً لم يكفّر إلا بالصيام ، وإذا صام فلا يجزئه إلا شهران متتابعان ﴾ .

قد ذكرنا أن ظهار العبد صحيح ، وكفّارته بالصيام ، لأن الله تعالى قال : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) والعبد لايستطيع الإعتاق ، فهو كالحرّ المعسر ، وأسوأ منه حالاً ، وظاهر كلام الخِرَقىّ أنه لا يُجزئه غير الصيام ، سواء أذن له سيّده فى التكفير بالعتق ، أو لم يأذن ، وحُكى هذا عن الحسن ، وأبى حنيفة ، والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى ، إن أذن له سيِّده فى التكفير بالمال جاز ، وهو مذهبُ الأوزاعىّ ، وأبى ثور ، لأنه بإذن سيِّده يصير قادراً على التكفير بالمال ، فجاز له ذلك كالحرّ وعلى هذه الرواية يجوز له التكفير بالإطعام عند العجز عن الصيام ، وهل له العتق ؟ على روايتين :

(إحداهما) لا يجوز ، وحُكى هذا عن مالك ، وقال : أرجو أن يُجزئه الإطعام ، وأنكر ذلك ابن القاسم صاحبه ، وقال : لا يُجزئه إلا الصِّيام ، وذلك لأن العتق يقتضى الولاء ، والولاية ، والإرث ، وليس ذلك للعبد .

(والرواية الثانية) له العتق ، وهو قول الأوزاعىّ ، واختارها أبو بكر ، لأنّ مَنْ صحّ تكفيره بالإطعام صحّ بالعتق ، ولا يمتنع صحّة العتق مع انتفاء الإرث ، كما لو أعتق من يخالفه فى دينه ، ولأن المقصود بالعتق إسقاط الملكيّة عن العبد ، وتمليكه نفع نفسه ، وخلوصه من ضرر الرقّ ، وما يحصُل من توابع ذلك ليس هو المقصود ، فلا يمنع من صحّته مايحصُل منه المقصود ، لامتناع بعض توابعه .

﴿ ووجه الأولى ﴾ أن العبد مال ، لايملك المال ، فيقع تكفيره بالمال بمالِ غيره . فلم يجزئه ، كما لو أعتق عبد غيره عن كفّارته ، وعلى كلتا الروايتين لايلزمه التكفير بالمال ، وإن أذن له سيِّده فيه ، لأن فرضه الصِّيام ، فلم يلزمه غيره ، كما لو أذن موسر لِحُرّ معسر فى التكفير من ماله ، وإن كان عاجزاً عن الصِّيَام ، فأذن له سيِّده فى التكفير بما شاء من العتق ، والإطعام ، فإن له التكفير بالإطعام ، لأن من لايلزمه الإعتاق مع قدرته على الصيام ، لايلزمه مع عجزه عنه ، كالحرّ المعسر ، ولأن عليه ضرراً فى التزام المنّة الكبيرة ، فى قبول الرقَبة ، ولا يلزم مثل ذلك فى الطعام ، لقلّة المنّة فيه ، وهذا فيما إذا أذن له سيّده فى التكفير قبل العَوْد ، فإن عاد وجبت الكفّارة فى ذمّته ، ثم أذن له سيّده فى التكفير انبنى مع ذلك على أصلٍ آخر ، وهو أن التكفير هل هو مُعتبر بحالة الوجوب ، أو بأغلظ الأحوال ؟ وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى ، وعلى كلّ حال فإذا صام لايُجزئه إلا شهران متتابعان ، لدخوله فى عموم قوله تعالى :

(فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) ولأنه صوم فى كفَّارة ، فاستوى فيه الحرّ ، والعبد كـكفَّارة اليمين ، وبهذا قال الحسن ، والشعبىّ ، والنخَعِىّ ، والزهرىّ ، والشافعىّ ، وإسحاق ، ولا نعلم لهم مخالفاً ، إلا ماروى عن عطاء : أنّه لو صام شهراً أجزأه ، وقاله النخَعِىّ ، ثم رجع عنه إلى قول الجماعة .

٦٢٢٢ فصـــــل

والاعتبار فى الـكفَّارة بحالة الوجوب فى أظهر الروايتين ، وهو ظاهر كلام الخِرَقِىّ ، لأنه قال : إذا حَنِثَ وهو عبد ، فلم يـكفِّر حتّى عتَق فعليه الصوم ، لايجزئه غيره ، وكذلك قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يُسْأل عن عبدٍ حلف على يمين ، فَحَنِثَ فيها ، وهو عبد ، فلم يـكفِّر حتّى عتق أيـكفِّرُ كفَّارَةَ حُرّ ، أو كفَّارة عبد ؟ قال : يـكفِّر كفَّارة عبدٍ ، لأنه إنما يكفِّر ماوجب عليه يوم حَنِثَ ، لايوم حَلَف ، قلت له : حلف وهو عبد ، وحَنِثَ وهو حُرّ ؟ قال : يوم حَنِثَ ، واحتجّ فقال : افـتَرَى وهو عبد أى ثُمّ أعتق . فإنّما يُجلَدُ جَلْدَ العبد ، وهو أحدُ أقوال الشافعىّ ، فعلى هـذه الرواية يُعتبر يَسارُه وإعْسَارُه حال وجوبها عليه ، فإن كان موسراً حالَ الوجوب استقرّ وجوب الرقبة عليه ، فلم يسقط بإعساره بعد ذلك ، وإن كان معسراً ، ففرضه الصوم ، فإذا أيسر بعـد ذلك لم يلزمـه الانتقال إلى الرقبة .

﴿ والرواية الثانية ﴾ الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التـكفير ، فمتى وجد رقبةً فيما بين الوجوب إلى حين التـكفير ، لم يُجزئه إلا الإعتاق ، وهذا قولٌ ثانٍ للشافعىّ ، لأنه حقٌّ يجب فى الذمّة بوجود مالٍ ، فاعتُبر فيه أغلظُ الحالين ، كالحجّ ، وله قول ثالث : أن الاعتبار بحالة الأداء . وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، لأنّه حقٌّ له بدل من غير جنسه ، فـكان الاعتبار فيه بحـالة الأداء ، كالوضوء .

ولنا : أن الـكفّارة تجب على وجه الطُّهرة ، فـكان الاعتبار فيها بحالة الوجوب ، كالحدّ ، أو نقول : من وجب عليه الصيّام فى الـكفَّارة لم يلزمه غيره ، كالعبد إذا أعتق ، ويفارق الوضوء ، فإنّه لو تيمّم ، ثم وجد الماء بطل تيممّه وههنا لو صام ، ثم قدَر على الرقبة لم يبطل صومه ، وليس الاعتبار فى الوضوء بحالة الأداء ، فإن أداءه فعله ، وليس الاعتبار به ، وإنما الاعتبار بأداء الصلاة ، وهى غير الوضوء ، وأما الحجّ فهو عبادة العمر ، وجميعُه وقتٌ لها ، فمتى قدر عليه فى جزء من وقته وجب ، بخلاف مسألتنا ، ثم يبطُل ماذكروه بالعبد إذا أعتق ، فإنّه لايلزمه الانتقال إلى العتق ، مع ماذكروه ، فإن قيل : العبد لم يـكن ممن تجب عليه الرقبة ، ولا تُجزئه ، فلمّا لم تُجزئه الزيادة لم تلزمه بتغيّر الحال ، بخلاف مسألتنا . قلنا : هذا لاأثر له .

إذا ثبت هذا فإنّه إذا أيسر ، فأحبّ أن ينتقل إلى الإعتاق ، جاز له فى ظاهر كلام الخِرَقىّ ، فإنَّه قال : ومن دخل فى الصوم ، ثم قـدر على الهدى ، لم يـكن عليه الخروج ، إلا أن يشـاء ، وهـذا يدلّ على أنه إذا شاء فله الانتقـال إليه ، ويُجزئه إلا أن يـكون الحانث عبداً ، فليس له إلا الصوم ، وإن عتق وهو قول الشافعىّ ، على القول الذى توافقنا فيه ، وذلك لأن العتق هو الأصل ، فوجب أن يُجزئه كسائر الأصول ، فأمّا إن استمرّ به العجز حتى شرع فى الصيام لم يلزمه الانتقال إلى العتق ، بغير خلاف فى المذهب ، وهو مذهبُ الشعبىّ ، وقتادة ، ومالك ، والأوزاعىّ ، والليث ، والشافعىّ ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وهو أحد قولى الحسن ، وذهب ابن سيرين ، وعطاء والنخَعِىّ ، والحـكم ، وحمَّاد ، والثورىّ ، وأبو عُبَيد ، وأصحاب الرأى إلى أنه يلزمه العتق ، لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل ، فلزمه العودُ إليه ، كالمتيمِّم يجد الماء قبل الصلاة ، أو فى أثنائها .

ولنا : أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام ، فلم يسقط عنه كما لو استمرّ العجز ، إلى بعد الفراغ ، ولا يشبه الوضوء ، فإنه لو وجد الماء بعد التيمّم بطل ، وههنا بخلافه ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع فى صوم البدل ، فلم يلزمه الانتقال إليه ، كالمتمتّع يجد الهدى بعد الشروع فى صيام السبعة .

٦٢٢٣ فصـــل

إذا قلنا : الاعتبار بحالة الوجوب ، فوقته فى الظِّهار زمن العَوْد ، لا وقت المظاهرة ، لأن الـكفارة لاتجب حتى يعود ، ووقتُه فى اليمين زمن الحِنْثِ ، لاوقت اليمين ، وفى القتل زمن الزُّهوق ، لازمن الجرح ، وتقديم الـكفّارة قبل الوجوب تعجيلٌ لهـا قبل وجوبها لوجود سببها ، كتعجيل الزكاة قبل الحَول ، وبعد وجود النصاب .

٦٢٢٤ فصـــل

فإذا كان المظاهر ذمّيّاً ، فتـكفيره بالعتق ، أو الإطعام ، لأنه يصحّ منه فى غير الـكفّارة فصحّ منه فيها ، ولا يجوز بالصيام . لأنه عبادة محضة ، والـكافر ليس من أهلها ، ولأنه لايصحّ منه فى غير الـكفّارة فلا يصحّ منه فيها ، ولا يُجزئه فى العتق إلا عتق رقبة مؤمنة ، فإن كانت فى ملـكه ، أو ورثها أجزأت عنه ، وإن لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة ، لأن الـكافر لا يصحّ منه شراء المسلم . ويتعيَّن تـكفيره بالإطعام ، إلا أن يقول لمسلم : أعْتِقْ عبدك عن كفّارتى ، وعلىّ ثمنه ، فيصحّ فى إحدى الروايتين ، وإن أسلم الذمىّ قبل التـكفير بالإطعام ، فحـكمه حكم العبد ، يعتق قبل التـكفير بالصيام ، على مامضى ، لأنه فى معناه ، وإن ظاهر وهو مسلم ثم ارتدّ فصام فى ردّته عن كفّارته لم يصحّ ، وإن كفّر بعتق ، أو إطعام ، فقد أطلق أحمـدُ القول : أنه لا يُجزئه ، وقال القاضى : المذهبُ أنّ ذلك موقوف ،

فإن أسلم تبيّنا أنه أجزأه ، وإن مات ، أو قتل تبيّنا أنه لم يصحّ منه كسائر تصرفاته .

٦٢٢٥ مسألة

قال : ﴿ ومن وطىء قبل أن يأتي بالكفّارة كان عاصياً ، وعليه الكفّارة المذكورة ﴾ .

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير ، لقول الله تعالى في العتق والصّيام : (مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا) فإن وطىء عصى ربّه ، لمخالفة أمره ، وتستقرّ الكفّارة في ذمّته ، فلا تسقط بعد ذلك بموت ، ولا طلاق ، ولا غيره ، وتحريم زوجته عليه باقٍ بحاله ، حتى يكفّر ، هذا قول أكثر أهل العلم . رُوي ذلك عن سعيد بن المسيّب ، وعطاء ، وطاوس ، وجابر بن زيد ومُورِّق العِجْلِيّ ، وأبي مِجْلَز ، والنَّخَعِيّ ، وعبد الله بن أُذَيْنة ، ومالك ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبي ثور . ورَوى الخلاّل عن الصلت بن دينار ، قال : سألتُ عَشَرَةً من الفقهاء عن المظاهر يُجامع قبل أن يكفّر ؟ قالوا : ليس عليه إلا كفارة ، واحدة : الحسن وابن سيرين ، وبكر المزنيّ ، ومُوَرِّق العِجْلِيّ ، وعطاء ، وطاوس ، ومُجاهد ، وعكرمة ، وقتادة ، وقال وكيع : وأظنُّ العاشر نافعاً . وحُكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفّارتين . ورُوي ذلك عن قبيصة ، وسعيد بن جُبَير ، والزهريّ ، وقتادة ، لأن الوطء يوجب كفارة ، والظهار موجبٌ للأخرى وقال أبو حنيفة : لاتثبت الكفّارة في ذمّته ، وإنما هي شرط الإباحة بعد الوطء ، كما كانت قبله ، وحكي عن بعض الناس أن الكفّارة ، تسقط ، لأنّه فات وقتها ، لكونها وجبت قبل المَسِيس .

ولنا : حديث سَلَمَةَ بن صَخْرٍ حين ظاهر ، ثم وطىء قبل التكفير ، فأمره النبيّ صلى الله عليه وسلم بكفّارة واحدة ، ولأنه وجد الظهار ، والعود ، فيدخل في عموم قوله : (ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ) . فأمّا قولهم : فات وقتها ؛ فيبطل بما ، ذكرناه وبالصلاة ، وسائرُ العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها .

٦٢٢٦ مسألة

قال : ﴿ وإذا قالت المرأة لزوجها أنت عليّ كظهر أبي لم تكن مظاهرة ولزمتها كفارة الظهار لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا قالت لزوجها : أنتَ عليّ كظهر أبي ، أو قالت : إن تزوّجتُ فلاناً فهو عليّ كظهر أبي ، فليس ذلك بظهار ، قال القاضي : لاتكون مظاهرةً ، روايةً واحدةً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، والشافعيّ ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الزهريّ ، والأوزاعيّ : هو ظهار ، ورُوي ذلك عن الحسن ، والنخَعِيّ ، إلا أن النخعيّ قال : إذا قالت ذلك بعد

ماتزوّج فليس بشىء ، ولعلّهم يحتجّون بأنّها أحد الزوجين ، ظاهر من الآخر ، فكان مظاهراً كالرجل .

ولنا : قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ) فخصَّهم بذلك ، ولأنه قول يوجب تحريماً فى الزوجة ، يملك لزوج رفعه ، فاختصّ به الرجل ، كالطلاق ، ولأن الحلّ فى المرأة حقٌّ للرجل ، فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه . إذا ثبت هذا فاختُلِف عن أحمد فى الكفّارة ، فنقل عنه جماعة : عليها كفّارة الظّهار ، لما روى الأثرم بإسناده عن إبراهيم ، أنّ عائشة بنت طلحة قالت : إن تزوّجتُ مصعب ابنَ الزبير فهو علىّ كظهر أبى ، فسألت أهل المدينة ، فرأوا أن عليها الكفّارة . وروى علىّ بن مُسْهِر عن الشيبانىّ ، قال : « كُنْتُ جَالِسًا فى المَسْجِدِ أَنَا وَعَبْدُ اللهِ بْنُ مُغَفَّلٍ المُزَنِيُّ فَجَاء رَجُلٌ حَتَّى جَلَسَ إِلَيْنَا فَسَأَلْتُهُ مَنْ أَنْتَ ؟ فقال : أَنَا مَوْلًى لِعَائِشَةَ بِنْتِ طَلْحَةَ الَّتِي أَعْتَقَتْنِي عَنْ ظِهَارِهَا خَطَبَهَا مُصْعَبُ ابْنُ الزُّبَيْرِ ، فقالت : هُوَ عَلَيَّ كظهر أبى ، إن تزوّجته ، ثم رغِبَتْ فيه فاستفتَتْ أصحابَ رسولِ اللهِ صلى اللهُ عَلَيْهِ وسلَّم وَهُمْ يَوْمَئِذٍ كَثِيرٌ فأَمَرُوها أَنْ تُعْتِقَ رقبة وتتزوّجه فأَعْتَقَتْنِي وَتَزَوَّجَتْهُ » وروى سعيدٌ هذين الخبرين مختصرين ، ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور ، فلزمه كفّارة الظّهار كالآخر ، ولأن الواجب كفارة يمين ، فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى .

﴿ والرواية الثانية ﴾ ليس عليها كفّارة وهو قول مالك والشافعىّ وإسحاق ، وأبى ثور ، لأنه قول منكر وزور ، وليس بظهار ، فلم يوجب كفارةً كالسبّ والقَذْفِ ، ولأنه قولٌ ليس بظهار ، فلم يوجب كفّارةُ الظهار ، كسائر الأقوال ، أو تحريم ممّا لايصحّ منه الظّهار ، فأشبه الظهار من أَمَته .

﴿ والرواية الثالثة ﴾ عليها كفّارة اليمين ، قال أحمد : قد ذهب عطاء مذهباً حسناً ، جعله بمنزلة من حرّم على نفسه شيئاً ، مثل الطعام ، وما أشبهه ، وهذا أَقْيَسُ على مذهب أحمد ، وأشبه بأصوله ، لأنه ليس بظهار ، ومجرّد القول من المنكَرِ والزور لا يوجبُ كفّارة الظّهار ، بدليل سائر الكذب ، والظّهار قبلَ العَوْد ، والظهار من أمته وأمّ ولده ، ولأنه تحريم لا يُثبِت التحريم فى الحلّ ، فلم يوجب كفّارة الظهار ، كتحريم سائر الحلال ، ولأنه ظهار من غير امرأته ، فأشبه الظّهار من أمته ، ومارُوى عن عائشة بنتِ طَلْحَة فى عِتْق الرقبة فيجوز أن يكون إعتاقها تكفيراً ليمينها ، فإن عتق الرقبة أحدُ خِصال كفّارة اليمين ، ويتعيَّن حملُه على هذا لكون الموجود منها ليس بظهار ، وكلام أحمد فى رواية الاثرم لايقتضى وجوب كفارة الظهار إنما قال : الأحوطُ أن تكفّر ، وكذا حكاه ابن المنذر ، ولاشكّ فى أنّ الأحوط التكفير بأغلظ الكفارات ، ليخرُج من الخلاف ، ولكن ليس ذلك بواجب عليه ، لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولاهو فى معنى المنصوص ، وإنّما هو تحريم للحلال من غير ظهار ، فأشبه مالو حرّم أمته ، أو طعامه ، وهذا قول عطاء والله أعلم .

٦٢٢٧ فصـــــل

وإذا قلنا بوجوب الـكفَّارة عليها فلا يجب عليها ، حتى يطأها ، وهى مطاوعة ، فإن طلَّقها أو مات أحدهما قبل وطئها ، أو أكرهها على الوطء فلا كفارة عليها ، لأنها يمين ، فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها ، كسائر الأيمان ، ولا يجب تقديمها قبل المَسِيس . كـكفارات سائر الأيمان ، ويجوز تقديمها لذلك ، وعليها تمـكينُ زوجها من وطئها قبل التـكفير لأنه حقّ له عليها ، فلا يسقط بيمينها ، ولأنه ليس بظهار وإنما هو تحريم للحلال ، فلا يثبُت تحريماً ، كما لو حرّم طعامه ، وحُـكى أن ظاهر كلام أبى بـكر أنَّهـا لاتمـكنه قبل التـكفير إلحاقاً بالرجل . وليس ذلك بجيِّد ، لأن الرجل الظهارُ منه صحيح ، ولا يصحّ ظهار المرأة ، ولأن الحِلّ حقُّ الرجل فملك رفعه ، والحلّ حقٌّ عليها فلا تملك إزالته ، والله أعلم .

٦٢٢٨ مسألة

قال : ﴿ وإذا ظاهر من زوجته مراراً فلم يكفّر فـكفارة واحدة ﴾ .

هذا ظاهر المذهب ، سواء كان فى مجلس ، أو مجالس ، ينوى بذلك التأكيد أو الاستئناف ، أو أطلق ، نقله عن أحمد جماعة . واختاره أبو بكر ، وابن حامد ، والقاضى ، ورُوى ذلك عن علىّ رضى الله عنه ، وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والشعبىّ ، والزهرىّ ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وهو قول الشافعىّ القديم ، ونقل عن أحمد فيمن حلف أيماناً كثيرة ، فإن أراد تأكيد اليمين فـكفّارة واحدة ، فمفهومه أنه إن نوى الاستئناف فـكفّارتان ، وبه قال الثورىّ ، والشافعىّ فى الجديد ، وقال أصحاب الرأى : إن كان فى مجلس واحد فـكفَّارة واحدة ، وإن كان فى مجالس فـكفَّارات وروى ذلك عن علىّ ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، لأنه قولٌ يوجب تحريم الزوجة ، فإذا نوى الاستئناف تعلّق بكلّ مرّةٍ حكم حالها ، كالطلاق .

ولنا : أنه قول لم يؤثّر تحريماً فى الزوجة ، فلم تجب به كفّارة الظِّهار ، كاليمين بالله تعالى : ولا يخفى أنه لم يؤثّر تحريماً ، فإنها قد حُرِّمت بالقول الأول ، ولم يزد تحريمُها ، ولأنه لفظ يتعلّق به كفارة ، فإذا كرّره كفاه واحدة ، كاليمين بالله تعالى ، وأما الطلاق : فما زاد على ثلاثٍ لايثبُت له حكم بالإجماع ، وبهذا ينتقض ماذكروه .

وأما الثالثة : فإنها تُثبت تحريماً زائداً ، وهو التحريم قبل زوج وإصابة بخلاف الظهار الثانى ، فإنه لايثبُت به تحريم ، فنظيره مازاد على الطلقة الثالثة ، لايثبُت له حكم ، فـكذلك الظهار الثانى .

فأما إن كفّر عن الأول ، ثم ظاهر لزمته للثانى كفّارة ، بلاخلاف ، لأن الظهار الثانىَ مثل الأول ، فإنه حرّم الزوجة المحلّلة ، فأوجب الـكفَّارة كالأول ، بخلاف ماقبل التـكفير .

٦٢٢٩ فصـــل

والنية شرط فى صحّة الـكفّارة ، لقول النبىّ ﷺ : « إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » ولأن العتق يقع متبرَّعاً به ، وعن كفّارةٍ أخرى ، أو نذر ، فلم ينصرف إلى هذه الـكفّارة إلا بنيّة ، وصفتُها أن ينوىَ العتق ، أو الصيام ، أو الإطعام عن الـكفّارة . فإن زاد الواجبةَ كان تأكيداً ، وإلاّ أجزأت نيّته الـكفّارة ، وإن نوى وجوبها ، ولم ينو الـكفّارة لم يُجزئه ، لأنّ الوجوب يتنوّع عن كفّارةٍ ونَذْرٍ ، فوجب تمييزه ، وموضع النيّة مع التفكير ، أو قبله بيسير ، وهذا الذى نصّ عليه الشافعىّ . وقال به بعض أصحابه . وقال بعضهم : لايجزىء حتّى يستصحب النيّة . وإن كانت الـكفّارة صياماً اشترط نية الصيام عن الـكفّارة فى كلّ ليلةٍ ، لقوله عليه السلام : « لاَصِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّتِ الصِّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ » . وإن اجتمعت عليه كفّارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها ، وبهذا قال الشافعىّ ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

فعلى هذا : لو كان مظاهراً من أربع نساء ، فأعتق عبداً عن ظهاره أجزأه عن إحداهنّ ، وحلّت له واحدة ، غيرُ مُعَينةٍ ، لأنه واجبٌ من جنس واحد ، فأجزأته نية مُطلقة ، كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان ، وقياس المذهب أن يُقْرِعَ بينهنّ ، فتخرج بالقرعة المحلّلة منهنّ ، وهذا قول أبى ثور ، وقال الشافعىّ : له أن يصرفها إلى أيتهنّ شاء ، فتحلّ ، وهذا يُفضى إلى أنه يتخيّر بين كون هذه المرأة محلّلة له ، أو محرّمة عليه . وإن كان الظهار من ثلاث نسوة ، فأعتق عبداً عن إحداهنّ ، ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى ، ثم مرض ، فأطعم ستّين مسكيناً عن أخرى ، أجزأه ، وحلّ له الجميع من غير قُرعة ، ولا تعيين . وبهذا قال الشافعىّ ، وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : يُقْرِعُ بينهنّ ، فمن تقع لها القُرعة ، فالعتقُ لها ، ثم يُقرِع بين الباقيتين ، فمن تقع لها القرعة فالصيام لها ، والإطعام عن الثالثة ، لأنّ كلّ واحدةٍ من هذه الخصال لو انفردت احتاجت إلى قرعة ، فكذلك إذا اجتمعت .

ولنا : أن التكفير قد حصل عن الثلاث ، وزالت حرمة الظِّهار . فلم يحتج إلى قرعة ، كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهنّ دفعةً واحدة . فأمّا إن كانت الـكفّارة من أجناس ، كظهار ، وقتل ، وجماع فى رمضان ، ويمين . فقال أبو الخطاب : لايفتقر إلى تعيين السبب . وهذا مذهبُ الشافعىّ ، لأنها عبادة واجبة ، فلم تفتقر صحّة أدائها إلى تعيين سببها ، كما لو كانت من جنس واحد .

وقال القاضى : يحتمل أن يشترط تعيين سببها ، ولا تجزىء نية مُطلقة ، وحكاه أصحاب الشافعىّ ، عن أحمد ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنهما عبادتان من جنسين ، فوجب تعيين النية لهما ، كما لو وجب عليه صوم من قضاء ، ونذر .

فعلى هذا : لو كانت عليه كفّارة واحدةٌ لايعلم سببها فـكفّر كفّارة واحـدة أجزأه على الوجه الأول قاله أبو بكر ، وعلى الوجه الثانى ينبغى أن يلزمه التكفير بعدد أسباب الـكفارات ، كلّ واحدة عن سبب كمن نسى صلاةً من يوم ، لا يعلم عينها ، فإنه يلزمه خمسُ صلوات ، ولو علم أنّ عليه صوم يوم ، لا يعلم أمِنْ قضاء هو أو نذر ؟ لزمه صوم يومين ، فإن كان عليه صوم ثلاثة أيام ،لا يدرى أهى من كفارة يمين أو قضاء أو نذر ؟ لزمه صوم تسعة أيام ، كلّ ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث .

٦٢٣٠ فصــــل

وإذا كانت على رجل كفارتان ، فأعتق عنهما عبدين ، لم يخل من أربعة أحوال :

(أحدها) أن يقول : أعتقتُ هذا عن هذه الـكفّارة ، وهذا عن هذه ، فيجزئه إجماعاً .

(الثانى) أن يقول: أعتقت هذا عن إحدى الـكفّارتين ، وهذا عن الأخرى من غير تعيين فيُنْظَرُ : فإن كانا من جنس واحد ، كـكفّارتى ظهار ، أو كفارتى قتل أجزأه . وإن كانتا من جنسين ، كـكفّارة ظهار ، وكفارة قتل خرّج على الوجهين فى اشتراط تعيين السبب . إن قلنا : يُشترط لم يجزئه واحد منهما وإن قلنا : لا يشترط أجزأه عنهما .

(الثالث) أن يقول : أعتقتهما عن الـكفارتين ، فإن كانتا من جنس واحد أجزأ عنهما ، ويقع كلّ واحد عن كفّارة . ولأن عُرف الشرع والاستعمال إعتاق الرقبة عن الـكفارة . فإذا أطلق ذلك وجب حمله عليه ، وإن كانتا من جنسين خرّج على الوجهين .

(الرابع) أن يعتق كلّ واحد عنهما جميعاً ، فيكون معتِقاً عن كلٍّ واحدة من الـكفّارتين نصف العبدين ، فينبنى ذلك على أصل آخر ، وهو إذا أعتق نصف رقبتين عن كفّارة ، هل يجزئه أولا ؟ فعلى قول الخِرَقىّ يجزئه ، لأن الأشقاص بمنزلة الأشخـاصِ فيما لا يمنع منه العيبُ اليسير ، بدليل الزكاة ، فإن من ملك نصف ثمانين شاةً كان بمنزلة من ملك أربعين ، ولا تلزم الأضحية ، فإنه يمنع منه العيبُ اليسير .

وقال أبو بكر ، وابن حامد : لا يجزئه ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، لأن ما أمر بصرفه إلى شخص فى الـكفّارة لم يجُز تفريقه على اثنين كالمدّ فى الإطعام ، ولأصحاب الشافعىّ كهذين الوجهين ، ولهم وجه ثالث : وهو أنه إن كان باقيهما حرّاً أجزأ ، وإلا فلا ، لأنه متى كان باقيهمـا حرّاً حصـل تكميل الأحكام ، والتصرّف ، وخرّجه القاضى وجهاً لنـا أيضاً ، إلا أن للمعترِض عليه أن يقول : إن تكميل الأحكام ماحصل بعتق هذا ، وإنما حصل بانضمامه إلى عتق النصف الآخر ، فلم يُجزئه ، فإذا قلنا : لا يجزىء عتق النصفين لم يجزىء فى هذه المسألة عن شىء من الـكفّارتين ، وإن قلنا : يجزىء ، وكانت

الـكفّارتان من جنس أجزأ العتق عنهما ، وإن كانتا من جنسين فقد قيل : يخرّج على الوجهين ، والصحيح أنه يُجزىء وجهاً واحداً ، لأن عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما .

٦٢٣١ فصـــل

ولا يجوز تقديم كفّارة الظهار قبله ، لأن الحـكم لا يجوز تقديمه على سببه ، فلو قال لعبـده : أنت حرٌّ الساعةَ عن ظهاري إن ظاهرتُ عتق ، ولم يُجزئه عن ظهاره إن ظاهر ، لأنه قـدّم الـكفّارة على سببها المختصّ ، فلم يَجُزْ ، كما لو قدّم كفارة اليمين عليها ، أو كفّارة القتل على الجُرْح ، ولو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمّي لم يَجُز التـكفير قبل دخول الدار ، لأنه تقـديم للـكفّـارة قبل الظهار ، فإن أعتق عبداً عن ظهاره ، ثم دخلت الدارَ عتق العبد ، وصار مُظـاهراً ، ولم يُجزئه ، لأن الظهار معلَّق على شرط ، فلا يوجـد قبل وجود شرطه ، وإن قال لعبده : إن ظـاهرت فأنت حرّ عن ظهاري ، ثم قال لامرأته : أنتِ عليّ كظهر أمّي عتق العبد لوجود الشرط ، وهل يجزئه عن الظهار ؟ فيه وجهان :

﴿ أحدهما ﴾ يُجزئه ، لأنه عتق بعد الظهار ، وقد نوى اعتاقه عن الـكفّارة .

﴿ والثـانى ﴾ لايُجزئه ، لأن عتقه مستحقّ بسبب آخر ، وهو الشرط ، ولأن النيّة لم توجـد عند العتق ، والنية عند التعليق لاتجزىء ، لأنه تقديم لها على سببها ، وإن قال لعبده : إن ظاهرتُ فأنت حرٌّ عن ظِهارِى ، فالحـكم فيه كذلك ، لأنه تعليق لعتقه على المظاهرة .

كتاب اللعان

قال رحمه الله تعالى :

وهو مشتق من اللعن ، لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه فى الخامسة ، إن كان كاذباً ، وقال القاضى : سُمّى بذلك ، لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً ، فتحصل اللعنة عليه ، وهى الطرد ، والإبعاد . والأصل فيه قول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ[1]) الآيات ، وروى سهل ابن سعد الساعدى « أَنَّ عُوَيْمِراً العَجْلاَنِيَّ أَتَى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يَارَسُولَ الله ، أَرَأَيْتَ رَجُلاً وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلاً فَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قَدْ أَنْزَلَ اللهُ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ ، فَاذْهَبْ فَائْتِ بِهَا . قالَ سَهْلٌ : فَتَلاَعَنَا وأنا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسول الله صلى الله عليه وسلم ، فَلَمَّا فَرَغَا قَالَ عُوَيْمِرٌ : كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَارَسُولَ اللهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا ، فَطَلَّقَهَا ثَلاَثاً بِحَضْرَةِ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم » متفق عليه ، وروى أبو داود بإسناده ، عن ابن عباس رضى الله عنهما ، قال : « جاءَ هِلاَلُ بْنُ أُمَيَّةَ وَهُوَ أَحَدُ الثَّلاَثَةِ الَّذِينَ تَابَ اللهُ عَلَيْهِمْ فَجَاءَ مِنْ أَرْضِهِ عِشَاءً فَوَجَدَ عِنْدَ أَهْلِهِ رَجُلاً فَرَأَى بِعَيْنَيْهِ وَسَمِعَ بِأُذُنَيْهِ فَلَمْ يَهِجْهُ حَتَّى أَصْبَحَ ثُمَّ غَدَا عَلَى رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يَارَسُولَ اللهِ إِنِّي جِئْتُ أَهْلِي ، فَوَجَدْتُ عِنْدَهُمْ رَجُلاً ، فَرَأَيْتُ بِعَيْنِي وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي ، فَكَرِهَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم مَاجَاءَ بِهِ ، واشتدَّ عَلَيْهِ فنزلت (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ) الآيتين ، كِلَيْهِما ، فسُرِّيَ عن رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم فقال : أَبْشِرْ يَاهِلاَلُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَكَ فَرَجاً وَمَخْرَجاً . قال هلال : قد كنتُ أرجو ذلك من رَبِّى تبارك ، وتعالى .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرْسِلُوا إِلَيْهَا . فَأَرْسَلُوا إِلَيْهَا . فَتَلاَهَا عَلَيْهِمَا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ، وذكّرهما ، وأخبرهما : أَنَّ عَذَابَ الآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا . فقال هلال : والله لَقَدْ صَدَقْتُ عَلَيْهَا . فقالت : كَذَبَ . فقال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم : لاَعِنُوا بَيْنَهُمَا . فقيل لهلال : اشهد ، فشهد أربع شهادات بالله إنّه لمن الصادقين ، فلمّا كانت الخامسة ، قيل : ياهلال ، اتّق

---

(١) بعض الآية ٦ من سورة النور .

الله ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمُوجِبَةُ الَّتِي توجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَاب . فقال : وَاللهِ لايُعَذِّبُنِي اللهُ عليها كما لم يَجْلِدْنِي عَلَيْهَا ، فَشَهِدَ الخامسة : أَنَّ لَعْنَةَ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْـكَاذِبِينَ ، ثم قيل لها : اشهدى ، فشهدت أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بالله إنَّه لمن الـكاذبين ، فلمَّا كانتِ الخامسة قيل لهـا : اتّقِى الله ، فإنّ عذاب الدنيا أهونُ من عذاب الآخرة ، وإنَّ هذه الموجبَةُ الَّتِي توجبُ عليكِ العذاب ، فَتَلَـكَّأَتْ ساعةً ، ثم قالت : واللهِ لاأَفْضَحُ قَوْمِي ، فَشَهِدَتْ الخامِسَةَ : أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ، ففرّقَ رسولُ الله صلى الله عليـه وسلم بينهما ، وقضى أَنْ لاَ بَيْتَ لَهَا عَلَيْهِ ولاقُوتَ ، من أجل أنّهما يتفرّقان من غير طلاق ، ولا متوفَّى عنها ، وقال : إن جاءت به أُصَيْهِبَ[1] أو بضيح ، أُثَيْبِـج[2] أَحْمَش[3] السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِهلاَلٍ ، وإن جاءت بِهِ أَوْرَق[4] جَعْداً جُمَالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ فَهُوَ لِلَّذِى رُمِيَتْ بِهِ ، فَجَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ جَعْداً جُمَالِيًّا[5] خَدَلَّجِ السَّاقَيْنِ سَابِغ[6] الْأَلْيَتَيْنِ ، فقالَ رسول الله صلى الله عليـه وسلم : لَوْلاَ الْإِيمَانُ لَـكَانَ لِي وَلَهَـا شَأْنٌ » قال عكرمة : فـكان بعد ذلك أميراً على مصر ، وما يُدْعَى لأب ، ولأنَّ الزوج يُبتلى بقَذْفِ امرأته ، لِيَنْفِيَ العارَ ، والنَّسَبَ الفاسد ، وتتعذّر عليه البيّنة ، فجعل اللِّعَان بيّنة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبيّ صلى الله عليه وسلم : « أَبْشِرْ يَاهِلاَلُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَكَ فَرَجاً وَمَخْرَجاً » .

٦٢٣٢ مسألة

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فقال لهـا : زَنَيْتِ أو يازانية ، أو رأيتك تزنين ، ولم يأت بالبيّنة لزمه الحدّ : إن لم يلتعِنْ ، مُسلماً كان ، أو كافراً ، حرًّا كان ، أو عبداً ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول :

٦٢٣٣ أحـــدها

فى صفـة الزوجين اللّذين يصحّ اللِّعان بينهمـا . وقـد اختلفت الرواية فيهمـا ، فرُوى أنه

(١) أصيهب : تصغير أصيهب ، وهو الذى فى شعره حمرة يعلوها سواد .

(٢) أثيبج : تصغير أثبج ، وهو الذى بين كتفيه وكاهله نتوء وارتفاع .

(٣) أحمش الساقين . دقيقهما رقيقهما

(٤) أورق : الأورق الذى فى لونه بياض إلى سواد ، وقال ابن الأثير : الأورق الأسمر ، والجعد هو ملبد الشعر متجعده .

(٥) جماليا : موثق الأعضاء قويها كالجمل ، وخدلج : بفتح الخاء والدال واللام مشددة مع فتحها عظيمهما غليظهما .

(٦) سابغ الأليتين تامهما عظيمهما وليس بنحيفهما .

يصحّ من كلّ زوجين مكلّفين ، سواء كانا مسلمين ، أو كافرين ، أو عدلين ، أو فاسقين ، أو محدودين في قذف ، أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد بن المسيّب ، وسليمان بن يسار ، والحسن ، وربيعة ، ومالك، وإسحاق . قال أحمد في رواية ابن منصور : جميع الأزواج يلتعنون : الحرّ من الحرّة ، والأمة إذا كانت زوجةً ، وكذلك العبد من الحُرّة والأمة ، إذا كانت زوجةً ، وكذلك المسلم من اليهوديّة ، والنصرانيّة ، وعن أحمد رواية أخرى : لايصحّ اللعان إلا من زوجين مسلمين ، عدلين ، حرّين ، غير محدودين في قذف ، ورُوِى هذا عن الزهريّ ، والثوريّ ، والأوزاعيّ ، وحمّاد ، وأصحاب الرأى ، وعن مكحول : ليس بين المسلم والذميّة لعان ، وعن عطاء ، والنخعيّ في المحدود في القذف : يُضْرَبُ الحدَّ ، ولا يُلاعِن ، ورُوِى فيه حديث لايثبُت . كذلك قال الشافعيّ ، والساجي . لأن اللعان شهادة ، بدليل قوله سبحانه : (وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ) فاستثنى أنفسهم من الشهداء ، وقال تعالى : (فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ) فلا يُقبل ممّن ليس من أهل الشهادة ، وإن كانت المرأة ممّن لايُحَدّ بقذفها ، لم يجب اللعان ، لأنه يُراد لإسقاط الحدّ ، بدليل قوله تعالى : (وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ) ولا حدّ ههنا ، فينتفى اللعان لانتفائه .

وذكر القاضى في المجرّد : أن من لايجب الحدّ بقذفها وهى الأمة ، والذميّة والمحدودة في الزنا ، لزوجها لعانها ، لنفى الولد خاصّةً ، وليس له لعانها لإسقاط القذف ، والتعزير ، لأن الحدّ لايجب ، واللعان إنّما يُشرع لإسقاط حدّ أو نفى ولد ، فإذا لم يكن واحد منهما لم يُشرع اللعان .

ولنا : عموم قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) الآية ، ولأنّ اللعان يمين ، فلا يفتقر إلى ماشرطوه ، كسائر الأيمان ، ودليل أنه يمين قول النبيّ ﷺ : « لَوْلاَ الأَيْمَانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » وأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ، ويستوى فيه الذكر والأنثى .

وأما تسميته شهادةً فلقوله في يمينه « أَشْهَدُ بِاللهِ » ، فسمّى ذلك شهادة ، وإن كان يميناً كما قال الله تعالى : (إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ) ولأن الزوج يحتاج إلى نفى الولد ، فيُشرع له طريق إلى نفيه ، كما لو كانت امرأته ممن يحدّ بقذفها . وهذه الرواية هى المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة . وما يخالفها شاذّ في النقل .

وأما قول الخِرَقىّ : إذا قذف زوجته البالغة الحرّة المسلمة . فيحتمل أنه شرط هذا لوجوب الحد عليه، لا لنفى اللّعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة ، لتكون ممن يجب عليه الحدّ بقذفها ، فينفيه باللعان ، ولا يُشترط في الزوج شىء من ذلك ، لأن الحدّ يجب عليه بقذف المُحْصنة ، وإن كان ذميًّا ، أو فاسقاً . فأمّا قوله : مُسلماً كان أو كافراً . ففيه نظر ، لأنه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة ، والكافر لايكون زوجاً لمسلمة ، فيحتاج إلى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين :

(أحدهما) أنه أراد أن الزوج يلاعن زوجته ، وإن كان كافراً ، فردّ ذلك إلى اللعان لا إلى الحدّ .

(الثانى) أنه أراد ما إذا أسلمت زوجتهُ فقذفها فى عدتها ، ثم أسلم الزوج ، فإنه يُلاعن .

٦٢٣٤ فصـــــل

ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها ، أو غير مدخول بهـا ، فى أنه يُلاعنها . قال ابن المنـذر : أجمع على هذا كلّ من نحفظ عنه من علمـاء الأمصار ، منهم عطاء ، والحسن ، والشعبيّ ، والنخَعِىّ ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، ومالك ، وأهل المدينة والثورىّ ، وأهل العراق ، والشافعىّ بظاهر قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) . فإن كانت غير مدخول بها ، فلها نصف الصداق ، لأنها فرقة منه، كذلك قال الحسن ، وسعيد بن جبير ، وقتادة ، ومالك ، وفيه رواية أخرى : لاصداق لها ، لأن الفرقة حصلت بلعانهما جميعاً . فأشبه الفرقة لعيب فى أحدهما .

٦٢٣٥ فصـــــل

فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلالعان بينهما ، لأنه قولٌ تحصل به الفرقة ، ولا يصحّ من غير مكلّف ، كالطلاق أو يمينٌ ، فلا تصحّ من غـير المـكلّف ، كسائر الإيمان ، ولا يخلو غير المـكلّف من أن يكون الزوج ، أو الزوجة ، أو هما . فإن كان الزوج فله حالان .

(أحدهما) أن يكون طفلاً .

(والثانى) أن يكون بالغاً ، زائل العقل . فإن كان طفلاً لم يصحّ منه القذف ، ولا يلزمه به حدّ ، لأن القلم مرفوع عنه ، وقوله غـير مُعتبر . وإن أتت امرأته بولد نظرنا : فإن كان لدون عشر سنين لم يلحقهُ الولد ، ويكون منفيًّا عنه ، لأن العلم يُحيط به بأنه ليس منـه ، فإن الله عزّ وجلّ لم يُجْرِ العادة بأن يولد له لدون ذلك ، فينتفى عنه ، كالو أتت به المرأة لدون ستّة أشهر منذ تزوّجها .

وإن كان ابن عشر فصاعداً ، فقال أبو بكر : لا يلحق به ، إلا بعد البلوغ أيضاً ، لأن الولد لا يُخلق إلا من ماء الرجـل والمرأة ، ولو أنزل لبلغ . وقال ابن حامد : يلحق به . قال القاضى : وهو ظاهر كلام أحمد وهذا مذهب الشافعىّ ، لأن الولد يلحق بالإمكان ، وإن خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولد لستّة أشهر من حين العقد لحق بالزوج ، وإن كان خلاف الظاهر ، وكذلك يُلحق به إذا أتت به لأربع سنين مع نُدرته . وليس له نفيه فى الحال ، حتى يتحقّق بلوغه بأحد أسباب البلوغ ، فله نفى الولد ، واستلحاقه . فإن قيل : فإذا ألحقتم به الولد فقد حكمتم ببلوغه ، فهلاّ سمعتم نفيه ، ولعانه ؟ قلنا : إلحاق الولد يكفى فيه الإمكان ، والبلوغ لا يثبت إلا بسبب ظاهر ، ولأن الحاق الولد به حقّ عليه ، واللعان حقّ له ، فلم يثبت

مع الشكّ . فإن قيل : فإن لم يكن بالغاً انتفى عنه الولد ، وإن كان بالغاً انتفى عنه اللعان . قلنـا : إلا أنه لايجوز أن يبتدىء اليمين مع الشكّ فى صحتها ، فسقطت للشكّ فيها .

﴿ الثانى ﴾ إذا كان زائل العقل ، لجنون فلا حكم لقذفه ، لأن القـلم عنه مرفوع أيضاً ، وإن أتت امرأته بولد ، فنسبه لاحقٌ به لإمكانه ، ولاسبيل إلى نفيه مع زوال عقله ، فإذا عقل فله نفى الولد حينئذ واستلحاقه ، وإن ادّعى أنه ذاهب العقل حين قذفه ، وأنـكرت ذلك ، ولأحدهما بيّنة بما قال ثبت قوله ، وإن لم يكن لواحد منهما بينة ، ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله ، فالقول قولها مع يمينها . لأن الأصل والظـاهر الصحّة والسلامة ، وإن عُرفت حالة إفاقة جنون ولم تعرف له ، حالة إفاقة فالقول قوله مع يمينه . وإن عرفت له حالة جنون وحالة إفاقة ، ففيه وجهان .

﴿ أحدهما ﴾ القول قولهـا ، قال القاضى : هذا قياس قول أصحابنا فى الملفوف إذا ضربه ، فقدَّه ثم ادّعى أنه كان ميّتاً، وقال الولىّ كان حياً .

﴿ الوجه الثانى ﴾ أن القول قوله ، لأن الأصل براءة ذمّته من الحدّ فلا يجب بالشك ، ولأن الحـدّ يسقُط بالشبهة . ولا يُشبه هذا الملفوف لأن الملفوف قد عُلم أنه كان حيّاً ، ولم يُعلم منه ضدّ ذلك ، فنظيره فى مسألتنا أنه يُعرف له حالة إفاقة ، ولا يُعلم منه ضدُّها ، وفى مسألتنا قد تقدَّم له حالة جنون ، فيجوز أن تـكون قد استمرّت إلى حين قذفه ، وأما إن كانت الزوجة غير مكلّفة فقذفها الزوج نظرنا : فإن كانت طفلةً لا يُجامع مثلها ، فلا حدَّ على قاذفها ، لأنه قولٌ يتيقّن كذبه فيه ، وبراءة عِرْضها منه ، فلم يجب به حدّ ، كما لو قال : أهلُ الدُّنيا زُناة ، ولـكنه يعزَّر للسبّ لاللقذف ، فلا يحتاج فى التعزير إلى مطالبةلأنه مشروع لتأديبه ، وللإمام فعله إذا رأى ذلك ، فإن كانت يجامع مثلها ، كابنة تسع سنين فعليه الحـدُّ ، وليس لوليِّها ، ولا لها المطالبة به حتى تبلغ ، فإذا بلغت فطالبت فلها الحدّ ، وله إسقاطه باللّعان ، وليس له لعانها قبل البلوغ، لأن اللعان يُراد لإسقاط الحدِّ ، أو نفى الولد ، ولاحدَّ عليه قبل بلوغها ، ولا ولدفينفيه ، فإن أتت بولد حكم ببلوغها ، لأن الحمل أحد أسباب البلوغ، ولأنه لا يكون إلا من نطفتها ، فمن ضرورته إنزالها، وهو من أسباب بلوغها ، وإن قذف امرأته المجنونة بزناً أضافه إلى حال إفاقتها أو قذفها وهى عاقلة ثم جَنَتْ لم يـكن لها المطالبة ، ولا لوليِّها قبل إفاقتها لأن هذا طريقه التشفِّى ، فلا ينوب عنه الولىّ فيه ، كالقصاص فإذا أفاقت فلها المطالبة بالحدِّ ، وللزوج إسقاطه باللعان ، فإن أراد لعانها فى حال جنونها ، ولا ولد ينفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة إليه ، لأنه لم يتوجّه عليه حدّ فيُسقطه ، ولا نسبٌ فينفيه ، وإن كان هناك ولد يُريد نفيه فالذى يقتضيه المذهبُ أنه لا يُلاعن ، ويلحقه الولد ، لأن الولد إنما ينتفى باللعان من الزوجين ، وهذه لا يصحّ منها لعان . وقد نصّ أحمد فى الخَرْساء : أنَّ زوجها لا يلاعن ، فهذه أولى ،

وقال الخرقيّ فى العاقلة : لا يعرض له حتى تطالبه زوجته ، وهذا قول أصحاب الرأى ، لأنها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه ، كالزوج ، ولأن لعان الزوج وحده لا ينتفى به الولد ، فلا فائدة فى مشروعيّته وقال القاضى : له أن يلاعن لنفى الولد ، لأنه محتاج إلى نفيه ، فشُرِع له طريق إلى نفيه ، وقال الشافعيّ : له أن يلاعن ، وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد ، لدخوله فى عموم قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) ولأنه زوج مكلَّف ، قاذف لامرأته التى يولد لمثلها ، فكان له أن يلاعنها ، كما لو كانت عاقلة .

٦٢٣٦ فصـــل

فأما الأخرس والخرساء ، فإن كانا غير معلومى الإشارة ، والكتابة ، فهما كالمجنونين ، فيما ذكرناه لأنه لا يتصوّر منهما لعان ، ولا يعلم من الزوج قذف ، ولا من المرأة مطالبة ، وإن كانا معلومَى الإشارة ، والكتابة ، فقد قال أحمد : إذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن ، لأنه لا تُعلَم مطالبتها ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وأبى عُبَيد وأصحاب الرأى ، وكذلك ينبغى أن يكون فى الأخرس ، وذلك لأن اللعان لفظ يفتقر إلى الشهادة ، فلم يصح من الأخرس ، كالشهادة الحقيقيَّة ، ولأن الحدّ يُدرأ بالشبُهات ، والشهادة لنسبة صريحة ، كالنطق ، فلا يخلو من احتمال وتردّد ، فلا يجب الحدّ بها ، كما لا يجب على أجنبيّ بشهادته وقال القاضى ، وأبو الخطّاب : هو كالناطق فى قذفه ، ولعانه ، وهو مذهب الشافعيّ ، لأنه لا يصح طلاقه فصحّ قذفه ، ولعانه ، كالناطق ، ويفارق الشهادة ، لأنه يمكن حصولها من غيره ، فلم تدع الحاجة إلى الأخرس ، وفى اللعان لا يحصُل إلا منه . فدعت الحاجة إلى قبوله منه كالطلاق ، والأول أحسن . لأن موجَب القذف وجوبُ الحدّ ، وهو يُدرأ بالشهادة ، ومقصود اللعان الأصليّ نفى النسب ، وهو يثبت بالإمكان ، مع ظهور انتفائه ، فلا ينبغى أن يُشرع ماينفيه ، ولا مايوجب الحدّ مع الشبهة العظيمة ، ولذلك لم تقبل شهادته ، وقولهم : إن الشهادة تحصُل من غيره . قلنا : قد لا تحصل إلا منه ، لاختصاصه برؤية المشهود له أو إسماعه إياه .

٦٢٣٧ فصـــل

فإن قذف الأخرس ، أو لاعن ، ثم تكلّم ، فأنكر القذف ، واللّعان لم يُقبل إنكاره للقذف . لأنه قد تعلّق به حقّ لغيره ، بحكم الظاهر ، فلا يُقبل إنكاره له ، ويقبل إنكاره للعان فيما عليه ، فيطالب بالحدّ ، ويلحقه النسب ، ولا تعود الزوجيَّة فإن قال : أنا ألاعن للحدّ ، ونفى النسب كان له ذلك ، لأنّه إنما لزمه بإقراره أنه لم يلاعن ، فإذ أراد أن يلاعن كان له ذلك .

٦٢٣٨ فصل

فإن قذفها وهو ناطق ، ثم خرس ، وأُيِسَ من نُطقه ، فحكمه حكم الأصليّ ، وإن رُجِيَ عودُ نُطقه ، وزوالُ خَرَسِه انتُظِر به ذلك ، ويُرجع في معرفة ذلك إلى قول عَدْلين من أطباء المسلمين ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعيّ ، وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالين بالإشارة ، لأن أُمامةَ بنتَ أبي العاصِ أُصْمِتَتْ فقيل لها : لفُلانٍ كذا ، ولفُلانٍ كذا ؟ فأشارت أنْ نَعَمْ ، فرأوا أنَّها وَصِيَّةٌ ، وهذا لاحُجَّة فيه ، لأنه لم يذكر مَنِ الراوي لذلك ، ولم يُعلم أنه قولُ مَنْ قولُه حُجَّة ، ولا عُلِم هل كان ذلك الخرَسِ يُرْجَى زوالُه ، أولا ؟ وقال أبو الخطاب ، فيمن اعتُقِل لسانه ، وأُيِسَ من نُطقه هل يصحّ لعانه بالإشارة ؟ على وجهين .

٦٢٣٩ فصل

وكلّ موضع لالعان فيه فالنسبُ لاحق فيه ، ويجب بالقذف موجَبُه من الحدّ ، والتعزير ، إلا أن يكون القاذف صبياً ، أو مجنوناً ، فلاضرْبَ فيه ، ولا لِعانَ ، كذلك قال الثوريّ ، ومالك، والشافعيّ وأبو عُبَيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ، وقال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافَهم .

٦١٤٠ الفصل الثانى

أنه لالعان بين غير الزوجين ، فإذا قذف أجنبيّة مُحْصَنَةً حُدّ ، ولم يلاعن ، وإن لم تكن مُحْصَنَةً عُزِّرَ ، ولا لعان أيضاً ، ولا خلاف في هذا ، وذلك لأنّ الله تعالى قال (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً) ثم خَصّ الزوجات من عموم هذه الآية بقوله (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) ففيما عداهنّ يبقى على قضيّة العموم ، وإن ملك أمةً ، ثم قذفها فلا لعان ، سواء كانت فراشاً له ، أو لم تكن ، ولا حدّ عليه بقذفها ، ويُعزّر فإن أتت بولد نظرنا : فإن لم يعترف بوطئها لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ، وإن اعترف بوطئها صارت فراشاً له ، وإذا أتت بولد لمدّة الحمل من يوم الوطء لحقه . وبهذا قال مالك ، والشافعيّ ، وقال الثوريّ وأبو حنيفة : لا تصير فراشاً له ، حتى يُقِرّ بولدها ، فإذا أقرّ به صارت فراشاً له ، ولحقه أولادها بعد ذلك ، لأنها لو صارت فراشاً بالوطء لصارت فراشاً بإباحته ، كالزوجة .

ولنا : أن سعداً نازع عبد بن زَمْعَةَ في ابن وليدة زَمْعَةَ ، فقال : هو أخي ، وابنُ وليدة أبي ، وُلِد على فراشه ، فقال النبيّ صلّى الله عليه وسلم « هُوَ لَكَ يَاعَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » متفق عليه .

وروى ابن عمر عن عمر رضى الله عنه قال: مَا بَالُ رِجَالٍ يَطؤُونَ وَلَائِدَهُمْ ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ؟ لَا تَأْتِينِي وَلِيـدَةٌ يَعترفُ سَيِّدُها أَنَّهُ أَلَمَّ بِهَا إِلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا ، فَاعْزِلُوا بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوِ اتْرُكُوا . ولأنّ الوطء يتعلّق به تحريم المصاهرة ، فإذا كان مشروعاً صارت به المرأة فراشاً ، كالنكاح ، ولأن المرأة إنما سمّيت فراشاً تجوّزاً ، إما لمضاجعته لها على الفراش ، وإمّا لـكونها تحته فى حال المجامعة ، وكلا الأمرين يحصُل فى الجماع ، وقياسهم الوطء على الملك لا يصحّ . لأن الملك لايتعلّق به تحريم المصاهرة ، ولا يحصُل منه الولد بدون الوطء ، ويفارق النكاح ، فإنه لا يراد للوطء ، ويتعلّق به تحريم المصاهرة ، ولا ينعقد فى محلّ يحرُم الوطء فيه ، كالمجوسيّة ، والوثنيّة ، وذواتى محارمه .

إذا ثبت هذا : فإن أراد نفى ولد أمته التى يلحقه ولدها ، فطريقه أن يدّعى أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة ، فينتفى بذلك ، وإن ادّعى أنه كان يعزل عنها لم ينتفِ عنه بذلك ، لما روَى جابر قال : جاء رجلٌ من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليـه وسلم فقال : إن لى جاريةً ، وأنا أطوفُ عليهـا ، وأنا أكره أن تحمِل ، فقال « اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فإنه سَيَأْتِيهَا مَاقُدِّرَ لَهَا » قال : فلبث الرجل ، ثم أتاه ، فقال : إن الجاريةَ قد حملت ، قال : « قَدْ أَخْبَرْتُكَ أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَاقُدِّرَ لَهَا » رواه أبو داود ، ورُوى عن أبى سعيد أنه قال : كنتُ أعزِلُ عن جارِيَتِى ، فولَدَتْ أحبَّ الْخَلْقِ إلىّ ، يعنى ابنه ، ولحديث عمر الذى ذكرناه ، ولأنه حكم تعلّق بالوطء ، فلم يُعتبر معه الإنزال ، كسائر الأحكام . وقد قيل : إنه ينزل من الماء مالا يحسّ به ؛ وإن أقرّ بالوطء دون الفرج ، أو فى الدبر ، لم تصر بذلك فراشاً ، لأنه ليس بمنصوص عليـه ؛ ولا فى معنى المنصوص ؛ ولأنه ينتفى عنه الولد بدعوى الاستبراء ، إذا أتت به بعـد الاستبراء بمدّة الحمل ، فههنا أولى ، وروى عن أحمد أنها تصير فراشاً ، لأنه قد يجامع ؛ فيسبقُ الماء إلى الفرج . ولأصحاب الشافعىّ وجهان كهذين .

وإذا ادّعى الاستبراء قُبِلَ قولُه بغير يمين ، فى أحد الوجهين ، لأن من قُبِل قوله فى الاستبراء ، قُبِل بغير يمين ، كالمرأة تدّعى انقضاء عدّتها ، وفى الآخر يُستحلف ، وهو مذهب الشافعىّ ، لعموم قوله عليه السلام « وَلَـكِنِ اليَمِينُ عَلَى المدَّعَى عَلَيْهِ » ولأن الاستبراء غير مختصّ به ، فلم يُقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق ، بخلاف العدّة ، ومتى لم يدّعِ الاستبراء لحقه ولدها ، ولم ينتفِ عنه ، وقال الشافعىّ فى أحد قوليه : له نفيه باللعان ، لأنه لم يرض به ، فأشبه ولد المرأة .

ولنا : قوله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) نخصّ بذلك الأزواج ، ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة ، فلم يملك نفيه باللعان ، كما لو وطىء أجنبيّة بشُبهة ، فألحقت القَافَةُ ولدها به ، ولأن له طريقاً إلى نفى الولد بغير اللعان ، فلم يحتج إلى نفيه باللعان ، فلا يُشرع ؛ ولأنه إذا وطىء أمته ، ولم يستبرئها ،

فأتت بولد احتمل أن يكون منه ، فلم يجزله نفيه ؛ لـكون النسب يلحق بالإمكان ، فـكيف مع ظهور وجود سببه ؟ ولو ادّعى الاستبراء فأتت بولدين ، فأقرّ بأحدهما ؛ ونفى الآخر لحقاه معاً ، لأنه لا يمـكن جعل أحدهما منه ، والآخر من غـيره وهما حمل واحـد ، ولا يجوز نفى الولد المقرّ به عنه مع إقراره به ، فوجب إلحاقهما به معاً ، وكذلك إن أتت أمتـه التى لم يعترف بوطئها بتوأمين ، فاعترف بأحـدهما ، ونفى الآخر .

٦٢٤١ فصـــل

وإذا نـكح امرأة نـكاحاً فاسداً ، ثم قذفها ، وبينهما ولد يُريد نفيه فله أن يُلاعن لنفيه ، ولا حدّ عليـه ، وإن لم يـكن بينهما ولد حُدّ ، ولا لعان بينهما ، وبهـذا قال الشافعىّ ، وقال أبو حنيفـة : يلحقه الولد ، وليس له نفيـه ، ولا اللعان ، لأنهـا أجنبيّـة ، فأشبهت سائر الأجنبيّات ، أو إذا لم يكن بينهما ولد .

ولنا : أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النـكاح ، فـكان له نفيه ، كما لو كان النـكاح صحيحاً ، ويفارق إذا لم يكن ولد ، فإنه لاحاجةَ إلى القذف ، لـكونها أجنبيّـة ، ويُفارق سائر الأجنبيّات ، لأنه لا يلحقه ولدهنّ ، فلا حاجة به إلى قذفهنّ ،ويُفارق الزوجة ، فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد ، لـكونها خانته ، وغاظته ، وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منهـا ولد ، فالحاجة موجودة فيهما ، وإذا لاعن سقط الحـدّ ، لأنه لعان مشروع لنفى الحدّ فأسقط الحدّ ، كاللعان فى النـكاح الصحيح ، وهل يثبت التحريم المؤبّد ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يثبتُ ، لأنه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة .

(والثانى) لا يثبتُ ، لأن الفرقة لم تحصُل به ، فإنّه لا نـكاح بينهما يحصُل قطعه به ، بخلاف لعان الزوجة ، فإن الفرقة حصلت به ، ولو لاعنها من غير ولد لم يسقُط الحدّ ، ولم يثبت التحريم المؤبّد ، لأنه لعان فاسد ، فلم تثبت أحكامه ، وسواء اعتقد أن النـكاح صحيح ، أو لم يعتقد ذلك ، لأن النـكاح فى نفسه ليس بنـكاح صحيح ، فأشبه ما لو لاعن أجنبيّة يظنّها زوجته .

٦٢٤٢ فصـــل

فلو أبان زوجته ، ثم قذفها بزناً أضافه إلى حال الزوجيّة ، فهى كالمسألة قبلهـا ، إن كان بينهما ولد يُريد نفيـه ، فله أن ينفيـه باللعان ، وإلا حدّ ، ولم يلاعن ، وبهـذا قال مالك ، والشافعىّ ، وقال أبو حنيفة : يحدّ ، ويلحقه الولد ، ولا يُلاعن ، وهو قول عطاء ، ووجه المذهبين ماتقدّم فى التى قبلها .

وقال عثمان البتّى : له أن يُلاعن ، وإن لم يكن بينهما ولد . وروى عن ابن عبّاس والحسن : أنه يُلاعنها ، لأنه قذف مُضاف إلى حال الزوجية ، أشبه مالو كانت زوجَته .

ولنا : أنه إذا كان بينهما ولد كان فيه حاجةٌ إلى القذف ، فشُرِع ، كما لو قذفها وهى زوجتُه ، وإذا لم يكن له ولد فلاحاجة به إليه ، وقد قذفها وهى أجنبيّة فأشبه ما لو لم يُضفه إلى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لنفى ولدها انتفى وسقط عنه الحدّ ، وفى ثبوت التحريم المؤبّد وجهان ، وهل له أن يُلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان :

﴿ أحدهما ﴾ له ذلك ، لأن من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانُها قبله كالزوجة .

﴿ والثانى ﴾ ليس له ذلك ، وهو ظاهر قول الخِرَقىّ . لأن الولد عنده لاينتفى فى حال الحمل ، ولأن اللعان إنما يثبُت ههنا لأجل الولد ، فلم يجُز أن يلاعن إلا بعد تحققّه بوضعه بخلاف الزوجة ، فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد ، وهكذا الحكم فى نفى الحمل فى النكاح الفاسد .

٦٢٤٣ فصــــل

إذا اشترى زوجته ، الأمة ثم أقرّ بوطئها ، ثم أتت بولد لستّة أشهر كان لاحقاً به ، ولم ينتف عنه إلا بدعوى الاستبراء . لأنه ملحق به بالوطء فى الملك دون النكاح ، لكون الملك حاضراً ، فصار كالزوج الثانى يلحق به الولد ، وإن أمكن أن يكون من الأول ، وإن لم يكن أقرّ بوطئها ، أو أقرّ به فأتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطىء كان ملحقاً بالنكاح ، إن أمكن ذلك ، وله نفيه باللعان ، وهل يُثبِت هذا اللعانُ التحريمَ المؤبّد ؟ على وجهين .

٦٢٤٤ فصــــل

إذا قذف مطلَّقته الرجعيّة فله لعانها ، سواء كان بينهما ولد ، أو لم يكن . قال أبو طالب : سألتُ أبا عبد الله عن الرجل يُطلِّق تطليقةً أو تطليقتين ثم يقذفها ، قال : قال ابن عباس : لا يُلاعن ويُجْلَد ، وقال ابن عمر : يُلاعن مادامت فى العِدّة . وقال : وقول ابن عمر أجْوَدُ لأنها زوجتُه ، وهو يرِثُها وترِثُه فهو يُلاعن ، وبهذا قال جابر بن زيد ، والنخَعىّ والزهرىّ وقَتادة والشافعىّ وإسحاق وأبو عُبَيدة وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ورُوى ذلك عن ابن عمر ، لأن الرجعيّة زوجة ، فكان له لعانها ، كما لو لم يطلّقها .

٦٢٤٥ فصــــل

وإن قذف زوجته ، ثم أبانها فله لعانها . نصّ عليه أحمد ، سواء كان له ولد أو لم يكن . ورُوى ذلك

عن ابن عباس ، وبه قال الحسن ، والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعيّ وأبو عُبَيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال الحارث العُكْليّ وجابر بن زيد وقتادة والحكم : يُجلد . وقال حمّاد بن أبى سُليمان ، وأصحاب الرأى : لاحدّ ولا لعان ، لأن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، وليس هذان بزوجين ، ولا يحدّ لأنه لم يقذف أجنبيّةً .

ولنا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) وهذا قد رمى زوجته ، فيدخل فى عموم الآية ، وإذا لم يلاعن وجب الحدّ بعموم قوله : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً)(1) ولأنه قاذف لزوجته ، فوجب أن يكون له أن يلاعن ، كما لو كانا على النكاح إلى حالة اللعان .

٦٢٤٦ فصــــل

وإن قالت : قذفنى قبل أن يتزوّجنى ، وقال : بل بعده ، أو قالت : قذفنى بعد ما بِنتُ منه ، وقال : بل قبله ، فالقول قوله ، لأن القول قوله فى أصل القذف ، فكذلك فى وقته . وإن قالت أجنبية : قذفنى ، فقال : كنتِ زوجتى حينئذٍ فأنكرت الزوجيّة ، فالقولُ قولُها ، لأن الأصل عدمها .

٦٢٤٧ فصــــل

ولو قذف أجنبيّة ، ثم تزوّجها فعليه الحدّ ، ولا يُلاعن ، لأنه وجب فى حال كونها أجنبيّة ، فلم يملك اللعان من أجله ، كما لو لم يتزوّجها ، وإن قذفها بعد تزوّجها بزناً أضافه إلى ماقبل النكاح حُدَّ ، ولم يلاعن ، سواء كان ثَمّ ولد ، أو لم يكن ، وهو قول مالك ، وأبى ثور . ورُوى ذلك عن سعيد بن المسيّب ، والشعبيّ . وقال الحسن وزُرَارَةُ بن أبى أوفى ، وأصحاب الرأى : له أن يلاعن ، لأنه قذف امرأته ، فيدخل فى عموم قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) ولأنه قذف امرأته ، فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه إلى ماقبل النكاح. وحكى الشريف أبو جعفر ، عن أحمد روايةً أخرى كذلك ، وقال الشافعيّ : إن لم يكن ثَمّ ولد لم يُلاعن وإن كان بينهما ولد ففيه وجهان .

ولنا : أنه قذفها قذفاً مضافاً إلى حال البينونة ، أشبه مالو قذفها وهى بائن ، وفارق قذف الزوجة ، لأنه محتاج إليه ، لأنها غاظته ، وخانته ، وإن كان بينهما ولد فهو محتاج إلى نفيه ، وههنا إذا تزوّجها وهو يعلم زناها فهو المفرّط فى نكاح حامل من الزنا ، فلا يُشرع له طريقٌ إلى نفيه .

---

(1) بعض الآية ٤ من سورة النور .

٦٢٤٨ فصــــل

ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً يازانية ، فنقل مهنا قال : سألت أحمد عن رجل قال لامرأته : أنت طالق يا زانية ثلاثاً ، فقال : يُلاعن . قلت : إنهم يقولون : يُحـدّ ، ولا يلزمها إلا واحدة . قال : بئس ما يقولون ، فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم ببينونتها ، فأشبه قذف الرجعيّة .

وأما فى المسأله الأولى : فإن كان بينهما ولد فإنه يُلاعن لنفيه ، وإلا حدّ ، ولم يُلاعن ، لأنه يتعيَّن إضافة القذف إلى حال الزوجية ، لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها ، فصار كأنه قال بعد إبانتها : زَنَيْتِ إذْ كُنْتِ زوجتى ، على ما قررناه .

٦٢٤٩ الفصل الثالث

أن كلّ قذف للزوجة يجب به اللعان ، سواء قال لهـا : زنيتِ ، أو رأيتك تزنينَ ، سواء كان القاذف أعمى ، أو بصيراً . نصّ عليه أحمد ، وبهذا قال الثورىّ ، والشافعىّ ، وأبو عبَيد ، وأبو ثور ، وهو قول عطاء . وقال يحيى الأنصارىّ ، وأبو الزناد ، ومالك : لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين : إما رؤية ، وإما إنكار للحمل ، لأن آية اللعان نزلت فى هلال بن أُميَّة ، وكان قال : رأيتُ بِعَيْنِي وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي ، فلا يثبُت اللعان إلا فى مثله .

ولنـا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ) الآية . وهـذا رامٍ لزوجته ، فيدخل فى عموم الآية ، ولأن اللعان معنًى يَتَخَلَّصُ به من موجب القذف ، فيُشرع فى حقّ كلّ رامٍ لزوجته ، كالبينة ، والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ، ثم لم يعملوا به فى قوله ، وسمعتُ بأذنى ، وسواء قذفها بزناً فى القُبُل ، أو فى الدُّبر ، وبهـذا قال الشافعىّ . وقال أبو حنيفة : لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء فى الدبر ، وبناه على أصله فى أن ذلك لا يجب به الحدّ .

ولنـا : أنه رامٍ لزوجته بوطء فى فرجها ، فأشبه مالو قذفها بالوطء فى قُبلها ، وأما إن قذفها بالوطء دون الفرج ، أو بشيء من الفواحش غير الزنا ، فلا حدّ عليه ، ولا لعان ، لأنه قذفها بما لا يجب به الحدّ فلم يثبت به الحدّ ، واللعان ، كما لو قذفها بضرب الناس وأذاهم .

٦٢٥٠ الفصل الرابـع

أنه إذا قذف زوجته المُحْصَنَة وجب عليه الحدُّ ، وحُـكم بفسقه ، وردّ شهادته ، إلا أن يأتى ببيِّنة ، أو يلاعن : فإن لم يأت بأربعة شهداء ، أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كلُّه ، وبهذا قال مالك ، والشافعى. وقال أبو حنيفة : يجب اللعـان دون الحدّ ، فإن أبى حُبس حتى يُلاعن ، لأن الله تعالى قال : (وَالَّذِينَ

يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ) الآيات . فلم يوجب بقذف الأزواج إلا اللعان .

ولنا قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) وهذا عامّ فى الزوج وغيره ، وإنما خصّ الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة فى نفى الحدّ ، والفسق ، وردّ الشهادة عنه ، وأيضاً قول النبىّ صلّى الله عليه وسلم « الْبَيِّنَةُ وَإِلَّا حَدٌّ فِى ظَهْرِكَ » وقوله لمن لاعن : عذابُ الدّنيا أهونُ من عذاب الآخرة ، ولأنّه قاذف يلزمه الحدّ لو أكذبَ نفسه ، فلزمه إذ لم يأت بالبيّنة المشروعة ، كالأجنبىّ ، فأمّا إن قذف غيرها ، كالكتابيّة ، والأمَة ، والمجنونة ، والطّفلة ، فإنه يجب عليه التعزير بذلك ، لأنه أدخل عليهنّ المعرّة بالقذف ، ولا يحدّ لهنّ حداً كاملاً ، لنقصانهنّ بذلك ، ولا يتعلّق به فسق ، ولا ردّ شهادة ، لأنه لا يوجب الحدّ ، قال القاضى : وليس له إسقاط هذا التعزير باللعان ، لأن اللعان إما لنفى النسب ، أو الدرء الحدّ ، وليس ههنا واحد منهما ، وقال الشافعىّ : له إسقاطه باللعان ، لأنه إذا ملك إسقاط الحدّ الكامل باللعان فإسقاط مادونه أولى ، وللقاضى أن يقول : لايلزم من مشروعيته لدفع الحدّ الذى يعظُم ضرره مشروعيّته لدفع مايقلّ ضرره ، كما لو قذف طِفْلَةً لا يتصوّر وطؤها ، فإنه يعزَّر تعزيرَ السبِّ ، والأذى ، وليس له إسقاطه باللعان ، كذا ههنا . وأما إن كان لأحد هؤلاء ولد يُريد نفيه ، فقال القاضى : له أن يلاعن لنفيه ، وهذا قول الشافعىّ ، وهو ظاهر كلام أحمد فى الأمَة ، والكتابية ، سواء كان لهما ولد ، أو لم يكن . وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

٦٢٥١ مسألة

قال ﴿ ولا يُعرض له حتّى تطالبه زوجته ﴾

يعنى لا يُتعرّض له بإقامة الحدّ عليه ، ولا طلب اللعان منه ، حتّى تطالبه زوجتُه . بذلك ، فإنّ ذلك حقٌّ لها ، فلا يُقام من غير طلبها ، كسائر حقوقها . وليس لوليّها المطالبة عنها إن كانت مجنونةً ، أو محجوراً عليها ، ولا لولىّ الصغيرة ، وسيّد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلهما . لأن هذا حقٌّ ثبَت للتشفى فلا يقوم الغير فيه مقام المستحِقّ ، كالقصاص ، فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا : فإن لم يكن هناك نسب يُريد نفيه لم يكن له أن يُلاعن ، وكذلك كلّ موضع سقط فيه الحدُّ ، مثل أن أقام البيّنة بزناها ، أو أبرأته من قذفها ، أو حُدَّ لها ، ثمّ أراد لعانها ، ولا نسب هناك يُنفَى ، فإنه لا يُشرع اللعان وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا بعض أصحاب الشافعىّ ، قالوا : له الملاعنة لإزالة الفراش ، والصحيح عندهم مثلُ قول الجماعة ، لأن إزالة الفراش تُمكنه بالطلاق ، والتحريم المؤبّد ليس

بمقصود يُشرع اللعان من أجله، وإنما حصل ذلك ضمناً. فأمَّا إن كان هناك ولد يُريد نفيه، فقال القاضى: له أن يلاعن لنفيه، وهـذا مذهبُ الشافعىّ، لأن هلال بن أميّة لمّا قذف امرأته، وأتى النبىّ صلى الله عليه وسلم فأخبره أرسل إليها، فلاعن بينهما، ولم تكن طالبته، ولأنه محتاج إلى نفيه، فشُرِع له طريقٌ إليه، كما لو طالبته، ولأن نفى النسب الباطل حقٌّ له، فلا يَسقُط برضاها به، كما لو طالبت باللعان، ورضيت بالولد. ويحتمل أن لا يُشرع اللعان ههنا، كما لو قذفها، فصدَّقته، وهـو قول أصحاب الرأى، لأنه أحد موجَبَى القذف فلا يُشرع مع عدم المطالبة كالحدّ.

٦٢٥١ فصـــل

وإذا قذفها ثم مات قبل لعانهما، أو قبل إتمام لعانه سقط اللعان، ولحقه الولد، وورثتـه فى قول الجميع. لأن اللعان لم يوجـد فلم يثبت حكمه. وإن مات بعـد أن أكمل لعانه، وقبل لعانها فـكذلك، وقال الشافعى: تَبِينُ بلعانه، ويسقط التوارث، وينتفى الولد، ويلزمها الحدُّ إلا أن تَلْتعِن.

ولنا: أنه مات قبل إكمال اللعان أشبه مالو مات قبل إكمال التعانه، وذلك لأن الشرع إنما رتّب هذه الأحكام على اللعان التامّ، والحـكم لا يثبت قبل كمال سببه. وإن ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية، ويرثها فى قول عامَّة أهل العـلم. ورُوى عن ابن عباس: إن التعن لم يرث، ونحو ذلك عن الشعبىّ، وعكرمة، لأن اللعان يوجب فُرقةً تبينُ بها فيمنع التوارث كما لو التعن فى حياتها.

ولنـا: أنها ماتت على الزوجيَّة، فورثها، كما لو لم يلتعن، ولأن اللعان سبب الفرقة، فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق، وفارق اللعان فى الحياة، فإنه يَقطع الزوجيَّة، على أننا قد ذكرنا أنه لو لاعنها ولم تلتعن هى لم تنقطع الزوجيَّة أيضاً، فههنا أولى. فإن قيل: أليس قد قلتم: لو التعن من الولد الميّت ونفاه لم يرثه فـكذلك الزوجة؟ قلنـا: لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد، ولم يثبت حكم اللعان، على ماذكرنا، ثمّ الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد تبيَّنا أنه لم يكن منه أصلاً فى حال من الأحوال، والزوجة قد كانت امرأتَه فيما قبل اللعان، وإنما يُزِيل نـكاحَها اللعانُ، كما يزيله الطلاق. وإذا ماتت قبله فقد ماتت قبل وجود مايُزيله، فيـكون موجوداً حال الموت، فيوجب التوارث، وينقطع بالموت، فلا يمـكن انقطاعه مرّةً أخرى، وإن أراد الزوج اللعان، ولم تـكن طالبت بالحدّ فى حياتها لم يـكن له أن يلتعن، سواء كان ثمّ ولد يُريد نفيه، أو لم يكن. وقال الشافعىّ: إن كان ثمّ ولد يُريد نفيه فله أن يلتعن، وهذا ينبنى على أصل، وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين، فإن لعان الرجل وحده لايَثبُت به حكم، وعندهم بخلاف ذلك، فأما إن كانت طالبت بالحدِّ فى حياتها، فإنَّ أولياءها يقومون فى الطلب به مَقامها، فإن طولب به فله إسقاطه باللعان. ذكره القاضى، وإلا فلا، لأنه لاحاجة إليـه مع عدم الطلب، فإنه لاحدّ عليه. وقال أصحاب الشافعىّ: إن كان للمرأة وارث غيرُ الزوج فله اللعان، ليُسْقِط الحدّ عن نفسه، وإلا فلا، لعدم الحاجة إليه.

٦٢٥٢ فصـــل

وإذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحدّ سقط: ولم يكن لورثته الطلب به ، وقال أصحاب الشافعيّ : يورثُ وإن لم يـكن طالب به ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ » ولأنه حقّ ثبت له فى الحياة يورَثُ إذا طالب به ، فيورث وإن لم يطالب به ، كحقّ القصاص .

ولنا : أنه حدٌّ تعتبر فيه المطالبة ، فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب ؟ كحدّ القطع فى السرقة . والحديث يدلّ على أن الحقّ المتروك يورث ، وهـذا ليس بمتروك . وأما حقّ القصاص فإنه حق يجوز الاعتياض عنه ، وينتقل إلى المال ، بخلاف مانحن فيه . فأما إن طالب به ، ثم مات ، فإنه ترثه العَصَبات من النسب ، دون غيرهم ، لأنه حق يثبت لدفع العار ، فاختصّ به العَصَبَاتُ ، كولاية النـكاح . وهذا أحدُ الوجوه لأصحاب الشافعيّ . ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه ، وإن طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه وإن عَفَا بعضُهم لم يسقُط ، وكان للباقين استيفاؤه ، ولو بقى واحد كان له استيفاء جميعه ، لأنه حقّ يُراد للردْعِ ، والزجْر ، فـلم يتبعّض ، كسائر الحدود ولا يسقط بإسقاط البعض ، لأنه يُراد لدفع العار عن المقذوف ، وكلّ واحد من العَصَبَات يقوم مقامه فى استيفائه ، فيثبُت له جميعه ، كولاية النـكاح ، ويفارق حقّ القصاص ، لأن ذلك يَفوُت إلى بدل ، ولو أسقطناه ههنا لسقط حقّ غير العافى إلى غير بدل ، فعلى هذا : لو قذف امرأته ، فماتت بعد المطالبة ولها أحد من عَصَباتها غيرُه فله استيفاؤه ، وإن كان زوجها عَصَبتها وليس لها أحدٌ سواه سقط ، وإن كان لها من عصبتها غيره فله الطلب به ، ولا يسقُط بما ذكرنا من أنَّه يكمّل لـكلّ واحد ، بخلاف القصاص .

٦٢٥٣ فصـــل

وإذا قذف امرأته وله بيّنة تشهد بزناها ، فهو مخيَّر بين لعانها ، وبين إقامة البيِّنة لأنهما بيِّنتان ، فـكانت له الخيرة فى إقامة أيّتهما شاء ، كمن له بدَيْنٍ شاهدان ، وشاهد وامرأتان ، ولأن كلّ واحدة منهما يحصُل بها مالا يحصُل بالأخرى ، فإنه يحصل باللعان نفى النسب الباطل ، ولا يحصُل ذلك بالبيِّنة ، ويحصُل بالبيِّنة ثبوت زناها ، وإقامة الحدّ عليها ، ولا يحصُل باللعان ، فإن لاعنها ، ونفى ولدها ، ثم أراد إقامة البينة ، فله ذلك فإذا أقامها ثبت موجَب اللعان ، وموجَبُ البينة ، وإن أقام البينة أولا ثبت الزنا ، وموجَبهُ ، ولم ينتف عنه الولد ، فإنَّه لايلزم من الزنا كونُ الولد منه ، وإن أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يُريد نفيه لم يـكن له ذلك ، لأن الحد قد انتفى عنه بإقامة البيِّنة ، فلا حاجة إليه ، وإن كان بينهما ولد يُريد نفيه فعلى قول القاضى له أن يلاعن ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

٦٢٥٤ فصـــل

وإن قذفها فطالبته بالحدّ ، فأقام شاهدين على إقرارها بالزنا سقط عنه الحد ، لأنه ثبت تصديقُها إيّاه

ولم يجب عليها الحد ، لأن الحد ، لايجب إلا بالإقرار أربعَ مرّات ، ويسقُط بالرجوع عن الإقرار ، وهل يثبت الإقرار بالزنا بشاهدين ؟ قال أبو بكر : فيه قولان :

(أحدهما) يثبت بشاهدين ، كسائر الأقارير ، واختاره .

(الثانى) لايثبت لأنه لايثبت به المقرّ به ، فلا يثبت به الإقرار به ، كرجل وامرأتين ، وإن لم تكن له بيِّنة حاضرة فقال : لى بيِّنة غائبة أُقيمها على الزنا ، أُمْهِل اليومين ، والثلاثة ، لأن ذلك قريب . فإن أتى بالبيِّنة وإلا حُدَّ ، إلا أن يُلاعن إذا كان زوجاً ، فإن قال : قذفتها وهى صغيرة ، فقالت : قذفنى وأنا كبيرة ، وأقام كلّ واحد منهما بيِّنة بما قال فهما قَذْفانِ ، وكذلك إن اختلف فى الكفر ، والرقّ ، أو الوقت ، لأنه لاتنافِيَ بَينهما ، إلا أن يكونا مؤرّخَيْن تأريخاً واحداً ، فيَسْقُطَانِ فى أحد الوجهين : وفى الآخر يُقرَعُ بينهما ، فمن خرجت قرعته قدِّمت بيِّنته .

٦٢٥٥ فصـــل

فإن شهد شاهدان أنه قذف فلانة ، وقذفنا لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لهما ، وشهادة العدوّ لاتُقبل على عدُوّه ، فإن أبرآه وزالت العداوة . ثم شهدا عليه بذلك القذف لم يُقبل . لأنها ردَّت للتهمة فلم تقبل بعد . كالفاسق إذا شهد ، فردَّت شهادته لفسقه ، ثم تاب ، وأعادها . ولو أنهما ادَّعيا عليه أنه قذفهما ، ثم أبرآه . وزالت العداوة ، ثم شهدا عليه بقذف زوجته قُبلت شهادتهما ، لأنهما لم يردَّا فى هذه الشهادة ، ولو شهدا أنه قذف امرأته ، ثم ادَّعيا بعد ذلك أنه قذفهما ، فإن أضافا دعواهما إلى ماقبل شهادتهما بطلت شهادتهما ، لاعترافهما أنه كان عدوًّا لهما حين شهدا عليه ، وإن لم يضيفاها إلى ذلك الوقت ، وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يُحكم بها ، لأنه لايُحكم عليه بشهادة عدوّين ، وإن كان بعد الحكم لم يبطُل ، لأن الحكم تمّ قبل وجود المانع ، كظهور الفسق ، وإن شهدا أنه قذف امرأته ، وأمَّنا لم تقبل شهادتهما لأنها ردَّت فى البعض للتهمة ، فوجب أن تردَّ للكلّ ، وإن شهد على أبيهما أنَّه قذف ضَرَّةَ أُمِّهما قبلت شهادتهما ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ فى الجديد ، وقال فى القديم : لاتُقبل . لأنهما يجرّان إلى أمِّهما نفعاً ، وهو أنه يُلاعنها فتَبِينُ ، ويتوَفَّر على أمِّهما ، وليس بشىء ، لأن لعانه لها ينبنى على معرفته بزناها ، لاعلى الشهادة عليه بما لايعترف به . وإن شهدا بطلاق الضَّرَّة ففيه وجهان :

﴿ أحدهما ﴾ لاتقبل ، لأنهما لا يجران إلى أمهما نفعاً ، وهو توفيره على أمِّهما .

﴿ والثانى ﴾ تقبل ، لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً .

٦٢٥٦ فصـــل

ولو شهد شاهد أنه أقرّ بالعربيَّة أنه قذفها ، وشهد آخر : أنَّه أقرّ بذلك بالعجمية تمّت الشهادة ، لأن

الاختلاف فى العربيّة والعجميّة عائد إلى الاقرار ، دون القذف ، ويجوز أن يـكون القذف واحـداً ، والاقرار به فى مرّتين ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقرّ يوم الخميس بقذفها ، وشهد آخر أنه أقرّ بذلك يوم الجمعة تمت الشهادة ، لمـا ذكرناه ، وإن شهد أحـدهما أنه قذفهـا بالعربيّة ، وشهد الآخر أنه قذفها بالعجميّة ، أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه أقرّ أنه قذفهـا بالعربية ، أو بالعجمية ، أو شهد أحـدهما أنه أقرّ أنه قذفها بالعربيـة ، أو يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقرّ أنه قذفها بالعجمية ، أو يوم الجمعة ، أو يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه قذفهـا يوم الجمعة ففيه وجهان .

(أحدهما) تـكمل الشهادة ، وهو قول أبى بـكر ، ومذهب أبى حنيفـة ، لأن الوقت ليس ذكره شرطاً فى الشهادة بالقذف ، وكذلك اللسان فلم يؤثّر الاختلاف ، كما لو شهد أحـدهما أنّه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية ، وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية .

(والآخر) لا تـكمل الشهادة ، وهو مذهبُ الشافعىّ ، لأنهما قَذْفانِ لم تتمّ الشهادة على واحد منهما فلم تثبت ، كما لو شهد أحـدهما أنه تزوّجها يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه تزوّجهـا يوم الجمعة ، وفارق الاقرارَ بالقذف ، فإنّه يجوز أن يكون المقرّ به واحداً أقرّ به فى وقتين بلسانين .

٦٢٥٧ مسألة

قال ﴿ فمتى تلاعنا وفرّق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً ﴾

فى هذه المسألة مسألتان .

٦٢٥٨ إحداها

أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصُل إلا بلعانهما جميعاً ، وهل يُعتبر تفريق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان :

(إحداهما) أنه معتبر ، فلا تحصـل الفرقة ، حتى يفرق الحاكم بينهما ، وهو ظاهر كلام الخِرَقىّ ، وقول أصحاب الرأى ، لقول ابن عبّاس فى حديثه ، ففرّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وهذا يقتضى أن الفُرقة لم تحصُل قبله ، وفى حديث عُوَيمر قال : كذبتُ عليها يارسول الله إن أمسكتُها ، فطلّقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهـذا يقتضى إمكان إمساكها ، وأنه وقع طلاقُه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ، ولا أمـكنه إمساكها ، ولأن سبب هـذه الفرقة يقف على الحاكم ، فالفُرقة المتعلّقة به لم تقع إلا بحكم الحاكم ، كفُرقة العُنّةِ .

﴿ والرواية الثانية ﴾ تحصُل الفرقة بمجرّد لعانهما ، وهى اختيار أبى بكر ، وقول مالك ، وأبى عُبَيد عنه ، وأبى ثور ، وداود ، وزُفَر ، وابن المنذر ، ورُوى ذلك عن ابن عباس ، لما رُوى عن عمر رضى الله

عنه أنه قال « الْمُتَلَاعِنَانِ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا وَلَا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً » رواه سعيد ، ولأنه معنًى يقتضى التحريم المؤبّد ، فلم يقف على حكم الحاكم ، كالرضاع ، ولأن الفرقة لو لم تحصُل إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه ، كالتفريق للعيب،والإعسار ، ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرّق بينهما أن يبقى النكاحُ مستمراً ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم « لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا » يدلّ على هذا ، وتفريقه بينهما بمعنى إعلامه لهما بحصول الفرقة ، وعلى كلتا الروايتين لا تحصُل الفرقة قبل تمام اللعان منهما .

وقال الشافعىّ رحمه الله تعالى : تحصُل الفرقة بلعان الزوج وحده ، وإن لم تلتعن المرأة ، لأنها فرقة حاصلة بالقول ، فتحصُل بقول الزوج وحده ، كالطلاق ، ولا نعلم أحداً وافق الشافعىّ على هذا القول ، وحُكى عن البتّى : أنه لا يتعلَّق باللعان فرقة ، لما رُوى « أَنَّ الْعَجْلَانِيَّ لَمَّا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثاً ، فَأَنْفَذَهُ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وَلَوْ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ لَمَا نَفَذَ طَلَاقُهُ ، وكلا القولين لا يصحّ ، لأن النبىّ صلى الله عليه وسلم فرّق بين الْمُتَلَاعِنَيْنِ » رواه عبد الله بن عمر ، وسهل بن سعد ، وأخرجهما مسلم ، وقال سهل : فكانت سنّةً لمن كان بعدهما أن يفرّق بين المتلاعنين ، وقال عمر « الْمُتَلَاعِنَانِ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَداً » .

وأما القول الآخر : فلا يصحّ ، لأن الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ، ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما ، وإنما فرق النبىّ صلى الله عليه وسلم بينهما بعد تمام اللعان منهما ، فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكّم يُخالف مدلول السنّة ، وفعل النبىّ صلى الله عليه وسلم ، ولأن لفظ اللعان لا يقتضى فُرقةً ، فإنه إما أيمانٌ على زناها ، أو شهادةٌ بذلك ، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصُل التفريق ، وإنما ورد الشرع به بعد لعانهما ، فلا يجوز تعليقه على بعضه ، كما لم يجُز تعليقه على بعض لعان الزوج ، ولأنه فسخ ثبت بأَيْمان مختلفَيْنِ ، فلم يثبت بيمين أحدهما ، كالفسخ لتحالف الْمُتبايعَيْن عند الاختلاف ، ويبطل ماذكروه بالفسخ بالعيب ، أو العتق ، وقول الزوج : اختارى ، وأمرُك بيدك ، أو وهَبْتُك لأَهْلِك ، أو لنفسك ، وأشباه ذلك كثير .

إذا ثبت هذا : فإن قلنا:إن الفرقة تحصُل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما ، وإن قلنا : لاتحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجُز له أن يفرّق بينهما إلا بعد كمال لعانهما .

فإن فرّق قبل ذلك كان تفريقه باطلاً ، وجوده كعدمه ، وبهذا قال مالك ، وقال الشافعىّ : لا تقع الفرقة حتى يُكمّل الزوج لعانه ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن : إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كلّ واحد منهما ثلاثَ مرّات أخطأ السنّة ، والفرقة جائزة ، وإن فرّق بينهما بأقلَّ من ثلاثٍ فالفرقة باطلة ، لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر ؛ فيتعلَّق الحكم به .

ولنا : أنه تفريق قبل تمام اللعان ، فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث ، أو قبل لعان المرأة ، ولأنها أيمان مشروعة لا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالإجماع ، فإذا حكم لم يصح حكمه ، كأيمان المختلفين في البيع ، وكما قبل الثلاث ، ولأن الشرع إنما ورد بالتفرق بعد كمال السبب ، فلم يجز قبله كسائر الأسباب . وما ذكروه تحكم لا دليل عليه ولا أصل له ، ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة ، أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها ، وبالمسابقة إذا قال : من سبق إلى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة ، وبسائر الأسباب . فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرّق بين المتلاعنين ، ولم يستأذنهما . وروى مالك عن نافع عن ابن عمر : أن رجلاً لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، فألحق الولد[1] بالمرأة . وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال: شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرّق[2] بين المتلاعنين . أخرجهما سعيد . ومتى قلنا : إن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم ، فلم يفرق بينهما ، فالنكاح باق بحاله ، لأن ما يبطل النكاح لم يوجد ، فأشبه ما لو لم يلاعن .

٦٢٥٩ فصــــل

وفرقة اللعان فسخ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هي طلاق ، لأنها فرقة من جهة الزوج ، تختص النكاح ، فكانت طلاقاً كالفرقة بقوله : أنت طالق .

ولنا : أنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً ، فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ، ولا نوى به الطلاق ، فلم يكن طلاقاً كسائر ما ينفسخ به النكاح ، ولأنه لو كان طلاقاً لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة .

٦٢٦٠ فصــــل

وذكر بعض أهل العلم : أن الفرقة إنما حصلت باللعان ، لأن لعنة الله وغضبه قد وقع بأحدهما لتلاعنهما ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال[3] عند الخامسة : « إنها الموجبة » أي : إنها توجب لعنة الله وغضبه ، ولا نعلم من هو منهما يقيناً ، ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون ، فيعلو امرأة غير

إلى هنا انتهى تحقيق الأستاذ طه الزيني ، وبدأ تحقيق الأستاذ محمود فايد ، والأستاذ عبد القادر عطا .

(١) رواه الجماعة عن ابن عمر . (ف)

(٢) في رواية اتفق عليها البخاري ومسلم من رواية سهل بن سعد ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ذاكم التفريق بين كل متلاعنين » . (ف)

(٣) عن ابن عباس رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أن يضع يده عند الخامسة على فيه وقال : إنها الموجبة » رواه أبو داود والنسائي ورجاله ثقات . (ف)

ملعونة ، وهذا لايجوز ، كما لايجوز أن يعلو المسلمة كافر . ويمكن أن يقال على هذا : لو كان هذا الاحتمال مانعاً من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها ، فإن هـذا الاحتمال متحقق فيه . ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة ، والغضب بأحدهما غير معين ، فيفضى إلى علو ملعون لغير ملعونة ، أو إلى إمساكه للملعونة مغضوب عليها . ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه ، فإن الرجل إن كان صادقاً فقد أشاع فاحشتها ، وفضحها على رءوس الأشهاد ، وأقامها مقام خزى ، وحقق عليها اللعنة والغضب ، وقطع نسب ولدها . وإن كان كاذباً فقد أضاف إلى ذلك بَهْتَهَا ، وقذفها بهذه الفرية العظيمة . والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبته على رءوس الأشهاد ، وأوجبت عليه لعنة الله . وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه ، وخانته فى نفسها ، وألزمته العار والفضيحة ، وأحوجته إلى هذا المقام المخزى ، فحصل لكل واحـد منهما نفرة من صاحبه لما حصل إليه من إساءته ، لايكاد يلتئم معها حال ، فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما ، وإزالة الصحبة المتمحضة مفسدة ، ولأنه إن كان كاذباً عليها فلاينبغى أن يسلط على إمساكها ، مع ما صنع من التقبيح إليهـا . وإن كان صادقاً فلاينبغى أن يمسكها مع علمه بحالها ، ولهذا قال العجلانى : كذبت[1] عليها إن أمسكتها .

٦٢٦١ المسألة الثانية

أنها تحرم عليه باللعان تحريماً مؤبداً ، فلا تحل له ، وإن أكذب نفسه فى ظاهر المذهب . ولاخلاف بين أهل العلم فى أنه إذا لم يكذِّب نفسه لا تحل له إلا أن يكون قولاً شاذاً . وأما إذا أكذب نفسـه فالذى رواه الجماعة عن أحـمد أنها لا تحل له أيضاً ، وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، وابن مسعود ، رضى الله عنهم : أن المتلاعنين لايجتمعان أبداً . وبه قال الحسن ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والنخعى ، والزهرى ، والحكم ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشـافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأبو يوسف .

وعن أحمد رواية أخرى : إن أكذب نفسه حلت له ، وعاد فراشه بحـاله ، وهى رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه . قال أبو بكر : لانعلم أحداً رواها غيره . وينبغى أن تحمل هـذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم . فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلاوجه لبقاء النـكاح بحاله ، وقد ذكرنا أن مذهب البتى : أن اللعان لايتعلق به فرقة . وعن سعيد بن المسيب : إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب . وبه قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، لأن فرقة اللعان عندهما طلاق . وقال سعيد بن جبير : إن أكذب نفسه ردت إليه مادامت فى العدة .

ولنا : ماروى سهل بن سعد قال : «مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ، ثم لايجتمعان أبداً»

---

(١) رواه الشيخان عن سهل بن سعد فى رواية له . (ف)

رواه[1] الجوزجانى فى كتابه بإسناده . وروى مثل هذا عن الزهرى ، ومالك . ولأنه تحريم لايرتفع قبل الحد والتكذيب ، فلم يرتفع بهما ، كتحريم الرضاع .

٦٢٦٢ فصل

فإن كانت أمة فاشتراها مُلاعنها لم تحل له ، لأن تحريمها تحريم مؤبد ، فحرمت به على مشتريها كالرضاع ، ولأن المطلق ثلاثاً إذا اشترى مطلقته لا تحل له قبل زوج وإصابة ، فههنا أولى ، لأن هذا التحريم مؤبد ، وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ، ولأن تحريم الطلاق يختص النكاح ، وهذا لايختص به ، وهذا مذهب الشافعى .

٦٢٦٣ مسألة

قال : ﴿ فإن أكذب نفسه فلها عليه الحد ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد ، سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده . وهذا قول الشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم لهم مخالفاً ، وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة فى حق الزوج ، فإذا أكذب نفسه بان أن لعانها كذب ، وزيادة فى هتكها ، وتكرار لقذفها ، فلا أقل من أن يجب الحد الذى كان واجباً بالقذف المجرد فإن عاد عن إكذاب نفسه وقال : لى بينة أقيمها بزناها ، أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان ، لم يسمع منه ، لأن البينة واللعان لتحقيق ماقاله ، وقد أقر بكذب نفسه ، فلايسمع منه خلافه . وهذا فيما إذا كانت المقذوفة محصنة ، فإن كانت غير محصنة فعليه التعزير .

٦٢٦٤ فصل

ويلحقه نسب الولد ، سواء كان الولد حيًّا أو ميتاً غنياً كان أو فقيراً ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور وقال الثورى : إذا استلحق الولد الميت نظرنا ، فإن كان ذا مال لم يلحقه ، لأنه إنما يدعى مالا ، وإن لم يكن ذا مال لحقه ، وقال أصحاب الرأى : إن كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق ، وتبعه نسب ابنه ، وإن لم يكن ترك ولداً لم يصلح استلحاقه ، ولم يثبت نسبه ، ولا يرث منه المدعى شيئاً ، لأن نسبه منقطع بالموت ، فلم يصح استلحاقه ، فإذا كان له ولد كان مستلحقاً لولده ، وتبعه نسب الميت .

ولنا ، أن هذا ولد نفاه باللعان ، فكان له استلحاقه ، كما لو كان حيًّا ، أو كان له ولد ، ولأنّ ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب ابنه ، فجعل الأصل تابعاً للفرع ، وذلك

(١) ورواه الدارقطنى عنه . (ف)

باطل ، فأما قول الثورى : إنه إنما يدعى مالا ، قلنا : إنما يدعى النسب والميراث ، والمـال تبع له فإن قيل : فهو متهم فى أن غرضه حصول الميراث قلنا : إن النسب لاتمنع التهمه لحوقه ، بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن لزمه ، وسقط ميراث أخيه ، ولو كان الابن حياً وهو غـنى ، والأب فقير ، فاستلحقه فهو متهم فى إيجاب نفقته على ابنه ، ويقبل قوله ، فـكذلك هاهنا ، ثم كان ينبغى أن يثبت النسب هاهنا لأنه حق للولد ، ولا تهمة فيـه ، ولا يثبت المـيراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الأصل . قال القاضى : ويتعلق باللعان أربعة أحكام : حقان عليه : وجوب الحد ، ولحوق النسب ، وحقان له : الفرقة ، والتحريم المؤبد ، فإذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه ، فلزمه الحد والنسب ، فلم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ، ولا التحريم المؤبد .

٦٢٦٥ فصـــــل

فإن لم يكذب نفسه ، ولـكن لم يكن له بينة ، ولا لاعن ، أقيم عليه الحد . فإن أقيم عليه بعضه فبذل اللعان وقال : أنا ألاعن ، قبـل منه ، لأن اللعان يسقط جميع الحـد ، فيسقط بعضه كالبينة ، فإن ادعت زوجتـه أنه قذفها بالزنا فأنـكر ، فأقامت عليه بينة أنه قذفها بالزنا ، فقـال : صدقت البينة ، وليس ذلك قذفا ، لأن القذف الرمى بالزنا كذباً ، وأنا صادق فيما رميتها به ، لم يكن ذلك إكذاباً لنفسه ، لأنه مصر على رميها بالزنا ، وله إسقاط الحد باللعان ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كمذهبنا .

فإن قال : مازنت ولا رميتها بالزنا ، فقامت البينة عليه بقذفها ، لزمه الحد ، ولم تسمع بينته ولا لعانه نص عليه أحمد ، لأن قوله : مازنت ، تـكذيب للبينة واللعان ، فلا تثبت له حجة قد أكذبها ، وجرى هذا مجرى قوله فى الوديعة : إذا ادّعيت عليه فقال . ماأودعتنى ، فقامت عليه البينة بالوديعة ، فادعى الرد أو التلف لم يقبل ، ولو أجاب بأنه ماله عنـدى شىء ، ولا يستحق على شيئاً ، فقامت عليه البينة فادعى الرد أو التلف ، قبل منه .

٦٢٦٦ مســـــألة

قال : ﴿ وإن قذفها وانتفى من ولدها ، وتم اللعان بينهما بتفريق الحـاكم ، نفى عنه إذا ذكره فى اللعان ﴾ .

وجملة ذلك : أن الزوج إذا ولدت امرأته ولداً يمـكن كونه منه فهو ولده فى الحـكم ، لقول النبى صلى الله عليـه وسلم[1] : « الولد للفراش » ، ولا ينتفى عنه إلا أن ينفيه باللعان التـام الذى اجتمعت شروطه ، وهى أربعة :

---

(١) رواه الشيخان عن أبى هريرة . (ف)

أحدها : أن يوجد اللعان منهما جميعاً ، وهذا قول عامة أهل العلم وقال الشافعى : ينتفى بلعان الزوج وحده ، لأنّ نفى الولد إنما كان بيمينه والتعانه لا بيمين المرأة على تـكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة فى نفى النسب وهى تثبته ، وتـكذب قول من ينفيه ، وإنما لعانها لدرء الحد عنهـا ، كما قال الله تعالى : (وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْـكَاذِبِينَ)[1] .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم إنمـا نفى الولد عنه بعـد تلاعنهما ، فلا يجوز النفى ببعضه كبعض لعان الزوج .

والثانى : أن تـكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً .

الشرط الثالث : أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة ، فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر . وقال مالك ، وأصحاب الرأى : إن فعل أخطأ السنة ، والفرقة جائزة ، وينتفى الولد عنـه ، لأنّ الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو ، وهى لاتقتضى ترتيبهما ، ولأنّ اللعان قد وجد منهما جميعاً ، فأشبه مالو رتبت ، وعند الشافعى : لايتم اللعان إلا بالترتيب ، إلا أنه يكفى عنده لعان الرجل وحده لنفى الولد ، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب ، وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة .

ولنا : أنه أتى باللعان على غير ماورد به القرآن والسنة فلم يصح ، كما لو اقتصر على لفظة واحـدة ، ولأنّ لعان الرجل بينته لإثبات زناها ونفى ولدها ، ولعان المرأة للإنكار ، فقدمت بينة الإثبات كتقديم الشهود على الأيمان ، ولأنّ لعان المرأة لدرء العذاب عنها ، ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل ، فإذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته ، فلم يصح كما لو قدمته على القذف .

الشرط الرابع : أن يذكر نفى الولد فى اللعان ، فإذا لم يذكر لم ينتف إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقى ، واختيار القاضى ، ومذهب الشافعى . وقال أبو بكر : لايحتاج إلى ذكر الولد ونفيه ، وينتفى بزوال الفراش ، ولأنّ حديث سهل بن سعد الذى وصف فيه اللعان لم يذكر فيـه الولد ، وقال فيه : ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وقضى ألا يدعى ولدها لأب ، ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود . وفى حديث رواه مسلم عن عبد الله أن رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ، وألحق الولد بأمه .

ولنا : أن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ، ولأن غاية مافى اللعان أن يثبت زناها ، وذلك لايوجب نفى الولد ، كما لو أقر به أو قامت به بينة فأما حديث سهل بن سعد فقد روى فيه : وكانت حاملا فأنـكر حملها ، من رواية البخارى . وروى ابن عمر : أن رجـلا لاعن امرأته فى زمن

(١) سورة النور آية ٨

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وألحق الولد بالمرأة . والزيادة من الثقة مقبولة . فعلى هـذا لابد من ذكر الولد فى كل لفظة ، ومع اللعن فى الخامسة ، لأنها من لفظات اللعان .

وذكر الخرقى شرطاً خامساً وهو : تفريق الحاكم بينهما ، وهـذا على الرواية التى تشـترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة . فأما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفى الولد ، كما لايشترط لدرء الحد عنه ، ولا لفسخ النـكاح . وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو : أن يـكون قد قذفها ، وهذا شرط اللعان ، فإنه لايـكون إلا بعد القذف ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

٦٢٦٧ فصـــل

وإن ولدت امرأته توأمين ، وهو أن يـكون بينهما دون ستة أشهر ، فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به ، لأن الحمل الواحد لايجوز أن يـكون بعضه منه وبعضه من غيره . فإذا ثبت نسب أحـدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة ، فجعلنا مانفاه تابعاً لمـا استلحقه ، ولم نجعل ماأقر به تابعاً لما نفاه ، لأن النسب يحتاط لإثباته لالنفيه ، ولهذا لو أتت امرأته بولد يمـكن كونه منه ، ويمـكن أن يـكون من غيره ، ألحقناه به احتياطاً ، ولم نقطعه عنه احتياطـاً لنفيه . فإن كان قد قذف أمها فطالبته بالحـد فله إسقاطه باللعان ، وحكى عن القاضى : أنه يحد ، ولا يملك إسقاطه باللعان ، وهو مذهب الشافعى . لأنه باستلحاقه اعترف بـكذبه فى قذفه ، فلم يسمع إنـكاره بعد ذلك .

ووجه الأول : أنه لايلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها ، كما لايلزم من وجود الزنا منها كون الولد منه ، ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد عنه ، فلا تنافى بين لعانه وبين استلحاقه للولد ، وإن استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه ، لأنه لو نفاه للحقه ، فإذا سكت عنه كان أولى . ولأن امرأته متى أتت بولد لحقه مالم ينفه عنه باللعان . وإن نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه جميعاً . فإن قيل : ألا نفيتم المسكوت عنه لأنه قد نفى أخاه ، وهما حمل واحد ؟ قلنا : لحوق النسب مبنى على التغليب ، وهو يثبت بمجرد الإمكان ، وإن كان لم يثبت الوطء ، ولا ينتفى الإمكان للنفى فافترقا . فإن أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ، ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر ، لم ينتف الثانى باللعان الأول ، لأن اللعان تناول الأول وحده ، ويحتاج فى نفى الثانى إلى لعان ثان . ويحتمل أنه ينتفى بنفيه من غير حاجة إلى لعان ثان ، لأنهما حمل واحد ، وقد لاعن لنفيه مرة ، فلا يحتاج إلى لعان ثان . ذكره القاضى ، فإن أقر بالثانى لحقه هو والأول لما ذكرناه . وإن سكت عن نفيه لحقاه أيضاً ، فأما إن نفى الولد باللعان ، ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر ، فهذا من حمل آخر ، فإنه لايجوز أن يـكون بين ولدين من حمل واحد

مدة الحمل[1] ، ولو امـكن لم تـكن هذه مدة حمل كامل ، فإن نفى هـذا الولد باللعان انتفى ، ولا ينتفى بغير اللعان ، لأنه حمل منفرد . وإن استلحقه أو ترك نفيه لحقـه وإن كانت قد بانت باللعـان[2] ، لأنه يمـكن أن يـكون قد وطئها بعد وضع الأول ، وإن لاعنها قبل وضع الأول فأتت بولد ، ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثانى ، لأنها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الأول ، وكان حملها الثانى بعد انقضاء عدتها فى غير نـكاح ، فلم يحتج[3] إلى نفيه .

٦٢٦٨ فصـــل

وإن مات أحـد التوأمين أو ماتا معاً ، فـله أن يلاعن لنفى نسبهما وبهـذا قال الشـافعى ، وقال أبو حنيفة : يلزمه نسب الحى ، ولا يلاعن إلا لنفى الحد ، لأن الميت لا يصح نفيه باللعان ، فإن نسبه قد انقطع بموته ، فلا حاجة إلى نفيه باللعان ، كما لو ماتت امرأته فإنه لا يلاعنهـا بعد موتها لقطع النـكاح ، لـكونه قد انقطع ، وإذا لم ينتف الميت لم ينتف الحى ، لأنهما حمل واحد .

ولنا : أن الميت ينسب إليه ، فيقال : ابن فلان ، ويلزمه تجهيزه وتـكفينه ، فـكان له نفى نسبه ، وإسقاط مؤنته كالحى ، وكما لو كان الميت ولد .

٦٢٦٩ مســـألة

قال : ﴿ وإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد ﴾ .

وجملة ذلك : أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد إذا كان حياً بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن كان ميتاً لحقه نسبه أيضاً فى قول أكثر أهل العلم : سواء كان له ولد أو لم يـكن ، وسواء خلف مالا أو لم يخلف ، وذلك لأن النسب حق للولد ، فإذا أقر به لزمه ، وسواء تقدم إنـكاره له أو لم يـكن ، ولأن سبب نفيه عنه نفيه له ، فإذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفى وبطل ، فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النـكاح الموجب للحوق نسبه به .

٦٢٧٠ فصـــل

والقذف على ثلاثة أضرب .

واجب : وهو أن يرى امرأته تزنى فى طهر لم يطأها فيه ، فإنه يلزمه اعتزالها حتى تنقضى عدتها ، فإذا أتت بولد لستة أشهر من حين الزنا وأمـكنه نفيه عنه لزمه قذفها ، ونفى ولدها ، لأن ذلك يجرى

---

(١) فى ١٩ : مدة لحمل . (٢) فى ٢٩ : بلعان .
(٣) فى ٣٩ : فلا حاجة .

مجرى اليقين فى أن الولد من الزانى ، فإذا لم ينفه لحقه الولد وورثه ، وورث أقاربه ، وورثوا منه ، ونظر إلى بناته وأخواته ، وليس ذلك بجائز ، فيجب نفيه لإزالة ذلك ولو أقرت بالزنا ووقع فى قلبه صدقهـا فهو كما لو رآها .

الثـانى : أن يراها تزنى ، أو يثبت عنده زناهـا ، وليس ثَمّ ولد يلحقه نسبه ، أو ثم ولد لـكن لا يعلم أنه من الزنا ، أو يخبره بزناها ثقة يصدقه ، أو يشيع فى النـاس أن فلاناً يفجر بفـلانة ، ويشاهده عندها ، أو داخلا إليها ، أو خارجاً من عندها ، أو يغلب على ظنه فجورها ، فهذا له قذفها ، لأنه روى عن[1] عبد الله أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فتـكلم جلدتموه ، أو قتل[2] قتلتموه ، أوسكت سـكت على غيظ ، فذكر أنه يتـكلم أو يسـكت ولم ينـكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم ينـكر على هِلالٍ والعَجْلاَنِّى قذفهما[3] حين رأيا ، وإن سكت جاز وهو أحسن ، لأنه يمـكنه فراقها بطلاقها ، ويـكون فيه سترها وستر نفسه، وليس ثم ولد يحتاج إلى نفيه .

الحال الثالث : محرم ، وهو ماعدا ذلك من قذف أزواجه والأجانب ، فإنه من الـكبائر . قال الله تعالى : « إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ المحْصَنَاتِ الغَافِلاَتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيم[4] » . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أيمـا امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ، ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه ، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين » . رواه أبو داود .

قوله : « وهو ينظر إليه » يعنى يراه منه ، فـكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ، ولا يجوز قذفهـا بخبر من لا يوثق بخبره ، لأنه غير مأمون على الـكذب عليها ، ولا برؤيته رجلا خارجاً من عندها من غير أن يستفيض زناها ، لأنه يجوز أن يكون دخل سارقاً أو هارباً ، أو لحاجة ، أو لغرض فاسد ، فلم يمـكنه ، ولا لاستفاضة ذلك فى الناس من غير قرينة تدل على صدقهم ، لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك منها ، وفيه وجه آخر : أنه يجوز ، لأن الاستفاضة

---

(١) أخرجه مسلم عن ابن مسعود ج ٢ ص ١٣٣ باختلاف يسير فى اللفظ . (ف)

(٢) فى ١٨ : أو قتله .

(٣) هو هلال بن أمية قذف امرأته عند النبى بشريك بن سحماء وسحماء اسم أمه لسوادها وأبوه عبدة بن الجد وحديثه فى البخارى وغيره عن ابن عباس ، والعجلانى اسمه عويمر بن نصر وحديثه رواه الشيخان عن سهل بن سعد . (ف)

(٤) سورة النور آية ٢٣ .

أقوى من خبر الثقة ، ولا بمخالفة الولد لون والديه أو شبههما ، ولا لشبهه بغير والديه ، لما روى أبو هريرة قال : جاء رجل من بنى فزارة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى جاءت بولد أسود . يعرِّض بنفيه ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : «هل لك من إبل ؟» قال : نعم ، قال : «فما ألوانها ؟» قال : حمر . قال : «هل فيها من أورق ؟» . قال : إن فيها لوُرْقاً[1] . قال : «فأنى أتاها ذلك ؟» . قال : عسى أن يكون نزعه عرق . قال : «فهذا عسى أن يكون نزعه عرق» . قال : ولم يرخص له الانتفاء منه . متفق عليه .

ولأن الناس كلهم من آدم وحواء وألوانهم وخلقهم مختلفة ، فلولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقة واحدة ، ولأن دلالة الشبه ضعيفة ، ودلالة ولادته على الفراش قوية ، فلا يجوز ترك القوى لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع[2] سعد بن أبى وقاص ، وعبدُ بن زَمْعَةَ ، ورأى النبى صلى الله عليه وسلم فيه شبهاً بيناً بعُتبة ، ألحق الولد بالفراش ، وترك الشبه . وهذا اختيار أبى عبد الله بن حامد ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

وذكر القاضى وأبو الخطاب أن ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث اللعان[3] : «إن جاءت به أَوْرَقَ جَعْداً[4] جُمَّالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الأَلْيَتَيْنِ فهو للذى رميت به» ، فأتت به على النعت المكروه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : «لو الأيمان لكان لى ولها شأن» . فجعل الشبه دليلا على نفيه عنه ، والصحيح الأول . وهذا الحديث إنما يدل على نفيه عنه مع ما تقدم من لعانه ونفيه إياه عن نفسه . فجعل الشبه مرجحاً لقوله ودليلا على تصديقه ، وما تقدم من الأحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفى . ولأن هذا كان فى

---

(١) فى النسخ (أورقا) وهو خطأ والصواب (لورقا) كما فى صحيح مسلم ج ٢ ص ١١٣٧ وورق : جمع أورق مثل حمر وأحمر والأورق مافى لونه سواد وليس بحالك بأن يميل إلى الغبرة وفى القاموس مافى لونه بياض إلى سواد : والعرق فى الحديث معناه الأصل ، ومعنى (جذبه عرق) : جذبه لون أصل من أصوله البعيدة إلى لونه . (ف)

(٢) أخرجه الشيخان عن عائشة . ونصه : «اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة فى غلام فقال سعد : يارسول الله هذا ابن أخى عتبة بن أبى وقاص ، عهد إلى أنه ابنه ، انظر إلى شبهه ، وقال عبد ابن زمعة : هذا أخى يارسول الله ، ولد على فراش أبى من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال : هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبى منه ياسودة فلم ير سودة قط» . (ف)

(٣) أخرجه أبو داود عن ابن عباس . (ف)

(٤) جعدا : شعره ليس بسبط أى غير مسترسل جماليا : بضم الجيم وتشديد الميم : العظيم الخلق كأنه جمل خدلج الساقين : ممتلئهما . سابغ الأليتين : عظيمهما . (ف)

موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه ، فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضى لحوق نسب الولد بصاحبه . وإن كان يعزل عن امرأته فأتت بولد لم يبح له نفيه ، لما ذكرنا من حديث جابر وأبى سعيد .

وعن أبى سعيد[1] أنه قال : يارسول الله إنا نصيب من النساء ونحب الأثمان افنعزل عنهن ؟ قال : « إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها » . ولأنه قد يسبق من الماء مالا يحس به فتعلق . وأما إن كان لايطؤها إلا دون الفرج أو فى الدبر فأتت بولد فذكر أصحابنا أنه ليس له نفيه ، لأنه لايأمن أن يسبق الماء إلى الفرج فيعلق به ، وهـذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وهو بعيـد ، لأنه من أحكام الوطء فى الفرج ، فلا يتعلق بمـا دونه كسائر الأحكام . ودلالة عدم الوطء فى الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه . فأما إن وجد أحد هذه الوجوه التى ذكرنا مع الزنا ويحتمل كونه منه أو من الزانى ، مثل أن زنت فى طهر أصابها فيه ، أو زنت فلم يعتزلها[2] ، ولـكنه كان يعزل عنها ، أو كان لايطؤها إلا دون الفرج ، أو كان الولد شبيهاً بالزانى دونه ، لزمه نفيه ، لأن هذا مع الزنا يوجب نسبته إلى الزانى بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم حكم بولد امرأة هلال لشريك بن سحماء ، بشبهه له ، مع لعان هلال لها ، وقذفه إياها . وأما إذا أتت زوجته بولد فشك فيه من غير معرفته لزناها فلا يحل له قذفها ولا لعانها لما تقدم من حديث الفزارى ، وكذلك إن عرف زناها ولم يعلم أن الولد من الزانى ولا وجد دليل عليه فليس له نفيه لأن الولد للفراش وللعاهر الحجر .

٦٢٧١ فصـــــل

فإن أكرهت زوجته على الزنا فى طهر لم يصبها فيـه فأتت بولد يمـكن أن يكون من الواطىء فهو منه وليس للزوج قذفها بالزنا لأن هذا ليس بزنا منها .

وقياس المذهب أنه ليس له نفيه ، ويلحقه النسب ، لأنّ نفى الولد لا يكون إلا باللعان ، ومن شرط اللعان القذف ، ولأنّ اللعان لايتم إلا بلعان المرأة ، ولا يصح اللعان من المرأة هاهنا ، لأنهـا لاتـكذب الزوج فى إكراهها على ذلك ، وهذا قول أصحاب الرأى .

وذكر بعض أصحابنا فى ذلك روايتين :

---

(١) فى صحيح البخارى ج ٣ ص ١٠٩ عن ابن محيريز أن أبا سعيد الخدرى رضى الله عنه أخبره أنه بينما هو جالس عند النبى صلى الله عليه وسلم قال : يارسول الله إنا نصيب سبياً فنحب الأثمان فـكيف ترى فى العزل فقال : أو إنكم تفعلون ذلك ، لاعليكم ألا تفعلوا ذلكم فإنها ليست نسمة كتب الله أن تخرج إلا هى خارجة» . قوله : «نحب الأثمان» معناه نحب بيعها فلو ولدت صارت أم ولد يمتنع بيعها وأخذ ثمنها . (ف)

(٢) أى : لم يهجر فراشها .

إحداهما : له نفيه باللعان ، لأنّه محتاج إلى نفيه ، فـكان له نفيه كالو زنت مطاوعة ، وهـذا مذهب الشافعي وهذا إنما يصح عند الشافعي لأنّه يرى نفي الولد بلعان الزوج وحده . وأما[1] من لا يرى ذلك فلا يصح عنده النفي باللعان هاهنا ، والله تعالى أعلم .

٦٢٧٢ مســـألة

قال : ﴿ وإن نفى الحمل فى التعانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن ﴾ .

اختلف أصحابنا فيما إذا لاعن امرأته وهى حامل ، ونفى حملهـا فى لعانه ، فقال الخرقى وجماعة لاينتفى الحمل بنفيه قبل الوضع ، ولا ينتفى حتى يلاعنهـا بعـد الوضع ، وينتفى الولد فيه ، وهذا قول أبى حنيفة ، وجماعة من أهل الـكوفة ، لأنّ الحمل غير مستيقن ، يجوز أن يكون ريحاً أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ، ولا يجوز تعليق اللعان بشرط ، وقال مالك والشافعى وجماعة من أهل الحجاز يصح نفى الحمل وينتفى عنه ، محتجين بحديث هلال ، وأنه نفى حملها ، فنفاه عنه النبى صلى الله عليه وسلم : وألحقه بالأول ولا خفاء بأنه[2] كان حملا ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : « انظروها فإن جاءت به » كذا وكذا قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ، ولأن الحمـل مظنون بأمارات تدل عليه ، ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل ، من النفقة ، والفطر فى الصيام ، وترك إقامة الحـد عليها ، وتأخير القصاص عنها ، وغير ذلك مما يطول ذكره ، ويصح استلحاق الحمل ، فـكان كالولد بعد وضعه . وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الأحاديث ، وما خالف الحديث لايعبأ به كائناً ما كان وقال أبو بكر : ينتفى الولد بزوال الفراش ، ولا يحتاج إلى ذكره فى اللعان احتجاجاً بظاهر الأحاديث ، حيث لم ينقل فيها نفى الحمـل ، ولا التعرض لنفيه ، وقد ذكر ذلك ، فأمّا من قال : إن الولد لاينتفى إلا بنفيه بعد الوضع ، فإنّه يحتاج فى نفيه إلى إعادة اللعان بعد الوضع ، وقال أبو حنيفة ومن وافقه ، إن لاعنها حاملا ، ثم أتت بالولد لزمه ، ولم يتمكن من نفيه ، لأن اللعان لا يكون إلا بين الزوجين ، وهذه قد بانت بلعانها فى حال حملها وهذا فيه إلزامه ولداً ليس منه ، وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا ، والله تعالى قد جعل له إلى ذلك طريقاً فلا يجوز سده ، وإنما تعتبر الزوجية فى الحال التى أضاف الزنا إليها فيـه ، لأنّ الولد الذى تأتى به يلحقه إذا لم ينفه فيحتاج إلى نفيه ، وهذه كانت زوجة[3] فى تلك الحـال ، فلك نفى ولدها ، والله أعلم .

---

(١) هذه هى الرواية الثانية . (٢) فى ١٨ : ٣٩ فى أنه .
(٣) فى ٣٩ : كانت زوجته .

٦٢٧٣ فصـــل

وإن استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه ، وهو المنصوص عن أحمد ومن أجاز نفيه قال : يصح[1] استلحاقه ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه محكوم بوجوده ، بدليل وجوب النفقة ، ووقف الميراث ، فصح الإقرار به كالمولود ، وإذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك ، كالو استلحقه بعد الوضع ومن قال : لا يصح استلحاقه قال : لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ، ولا يلزمه ذلك بالإجماع ، ولأن للشبه أثراً في الإلحاق ، بدليل حديث الملاعنة ، وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به ، فعلى هذا لو استلحقه ، ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك ، فأما إن سكت عنـه فلم ينفيه ، ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد [ممن] عَلِمْنَا قَوْله ، لأن تركه يحتمل أن يكون ، لأنه لا يتحقق وجوده إلا أن يلاعنها فإن أبا حنيفة ألزمه الولد على ماأسلفناه[2] .

٦٢٧٤ فصـــل

وإذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ، ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، وبهذا قال الشافعي : قال أبو بكر : لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ماجرت به العادة ، إن كان ليلا فحتى يصبح وينتشر النـاس ، وإن كان جائعاً أو ظمآن فحـتى يأكل أو يشرب ، أو ينام إن كان ناعساً ، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ، ويركب ويصلي إن حضرت الصلاة ، ويحرز ماله إن كان غـير محرز وأشباه ذلك من أشغاله ، فإن أخره بعد هـذا كله لم يكن له نفيه ، وقال أبو حنيفة : له تأخـير نفيه يوماً ويومين استحساناً ، لأن النفي عقيب الولادة يشق ، فقدر باليومين لقلته . وقال أبو يوسف ومحمـد : يتقدر بمدة النفاس ، لأنها جارية مجرى الولادة في الحـكم ، وحكي عن عطاء ، ومجاهد : أن له نفيـه مالم يعترف به ، فـكان له نفيه كحالة الولاده .

ولنا : أنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فـكان على الفور كخيار الشفعة ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » عام ، خرج منه مااتفقنا عليه ، مع السنة الثابتة ، فما عداه يبقى على عموم الحديث[3] ، وماذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب ، والأخذ بالشفعة ، وتقديره بمدة النفاس تحكم لادليل عليه وماقاله عطاء يبطل أيضاً بما ذكرناه ، ولا يلزم القصاص لأنه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ، ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره .

إذا ثبت هذا : فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم ، أو بإمكان النفي ، على وجهين ، بنـاء على

---

(١) في النسخ المطبوعة (لا يصح) والصواب (يصح) كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٤ . (ف)

(٢) في ١٨ : على ماأسلفنا .

(٣) في ١٨ : على العموم وسقطت كلمة (الحديث) .

المطالبة بالشفعة . فإن أخر نفيه عن ذلك ، ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة ، وأمـكن صـدقه بأن يكون فى موضع يخفى عليه ذلك ، مثل أن يكون فى محلة أخرى ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عـدم العلم ، وإن لم يمكن مثل أن يكون معها فى الدار لم يقبل ، لأن ذلك لا يكاد يخفى عليـه ، وإن قال : علمت ولادته ولم أعلم أن لى نفيه ، أو علمت ذلك ، ولم أعلم أنه على الفور ، وكان ممن يخفى عليـه ذلك كعامة الناس قبل منه ، لأن هذا مما يخفى عليهم ، فأشبه مالو كان حديث عهد بإسلام ، وإن كان فقيها لم يقبل ذلك . ويحتمل أن يقبل منه ، لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الأحكام . وقال أصحابنا لا يقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشىء ببادية ، وحديث العهد بالإسلام . وهـل يقبل من سائر العامة ؟ على وجهين . وإن كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمة غريم يخاف فوته أو غيبته ، نظرت ، فإن كانت مدة ذلك قصيرة فأخره إلى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه ، لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلا ، فأخره إلى الصبح ، وإن كانت تتطاول فأمـكنه التنفيذ إلى الحاكم ليبعث إليه من يستوفى عليه اللعان والنفى ، فلم يفعل سقط فيه ، فإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته ، فإن لم يفعل بطل خياره ، لأنه إذا لم يقـدر على نفيه كان الإشهاد قائماً مقامه ، كما يقيم المريض الفيئة بقوله بدلا عن الفيئة بالجماع . فإن قال : لم أصدق المخبر عنه نظرت ، فإن كان مستفيضاً منتشراً لم يقبل قوله . وإن لم يكن مستفيضاً ، وكان المخبر مشهور العدالة لم يقبل ، وإلا قبل . وإن قال : لم أعلم أن علىّ ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى . وإن علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره . وإن أقام من غير حاجة بطل ، لأنه أخره لغير عذر . وإن كانت له حاجة تمنعه من السير ، فهو على ماذكرنا من قبل . وإن أخر نفيه لغير عذر ، وقال : أخرت نفيه رجاء أن يموت فأستر عليه وعلىّ بطل خياره ، لأنه أخر نفيه مع الإمكان لغير عذر .

٦٢٧٥ فصـــل

فإن هُنِّئَ به فأمّن على الدعاء لزمه فى قولهم جميعاً ، وإن قال : أحسن الله جزاءك ، أو بارك الله عليك ، أو رزقك الله مثله ، لزمه الولد . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يلزمه ، لأنه جازاه[1] على قصده ، وإذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك إقراراً ولا متضمناً له .

ولنا : أن ذلك جواب الراضى فى العادة ، فـكان إقراراً كالتأمين على الدعاء . . وإن سكت كان إقراراً . ذكره أبو بكر ، لأن السكوت صلح دلالة على الرضى فى حق البـكر وفى مواضع أخرى ، فههنا أولى . وفى كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك فى قول جماعة أهل العلم . منهم : الشعبى ، والنخعى ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعى ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن : له

(١) فى ١٨ : جزاء .

أن يلاعن لنفيه مادامت أمُّه عنده ، يصير لها الولد ، ولو أقر به ، والذى عليه الجمهور أولى ، فإنه أقر به فلم يملك جحده ، كما لو بانت منه أمه . ولأنه أقر بحق عليه فلم يقبل منه جحده كسائر الحقوق .

٦٢٧٦ مســـــألة

قال ﴿ ولو جاءت امرأته بولد فقال : لم تزن ولكن ليس هذا الولد منى ، فهو ولده فى الحكم ، ولا حد عليه لها ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ولدت فقال زوجها : ليس هذا الولد منى ، أو قال ليس هذا ولدى ، فلا حد عليه ، لأن هذا ليس يقذف بظاهره ، لاحتمال أنه يريد أنه من زوج آخر . أو من وطء بشبهة ، أو غير ذلك ، ولكنه يسأل ، فإن قال : زنت فولدت هذا من الزنا ، فهذا قذف يثبت به اللعان ، وإن قال : أردت لا يشبهنى[1] خلقاً ولا خُلقاً ، فقالت : بل أردت قذفى . فالقول قوله ، لأنه أعلم بمراده ، لاسيما إذا صرح بقوله : لم تزن . وإن قال : وُطِئَتْ بشبهة ، والولد من الواطىء ، فلا حد عليه أيضاً ، لأنه لم يقذفها ، ولا قذف واطئها ، وإن قال : أُكرِهَتْ على الزنا فلا حد أيضاً ، لأنه لم يقذفها ولا لعان فى هذه المواضع ، لأنه لم يقذفها ، ومن شرط اللعان : القذف ، ويلحقه نسب الولد . وبهذا قال أبوحنيفة . وذكر القاضى أن له فى هذه الصورة الآخرة رواية أخرى ، أن له اللعان ، لأنه ، محتاج إلى نفى الولد ، بخلاف ما إذا قال وطئت بشبهة ، فإنه يمكن نفى النسب بعرض الولد على القافة فيستغنى بذلك عن اللعان ، فلا يشرع كما لا يشرع لعان أمته ، لما أمكن نفى نسب ولدها بدعوى الاستبراء ، وهذا مذهب الشافعى .

ولنا : أن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف فى قوله تعالى : « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلاَّ أَنْفُسُهُمْ[2] » الآية . ولما لاعن النبى صلى الله عليه وسلم ، بين هلال وامرأته كان بعد قذفه إياها ، وكذلك لما لاعن بين عويمر العجلانى وامرأته كان بعد قذفه إياها ، ولا يثبت الحكم إلا فى مثله ، ولأن نفى اللعان إنما ينتفى به الولد بتمامه منهما ، ولا يتحقق اللعان من المرأة ههنا ، فأما إن قال : وطئك فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها ، وله لعانها ، ونفى نسب ولدها ، وقال القاضى ليس له نفيه باللعان . وكذلك قال أصحاب الشافعى ، لأنه يمكنه نفى نسبه بعرضه على القافة فأشبه مالو قال واشتبه عليك أيضاً .

ولنا : أنه رام لزوجته ، فيدخل فى عموم قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم[3] » ولأنه رام لزوجته بالزنا ، فملك لعانها ونفى ولدها ، كما لو قال : زنى بك فلان . وماذكروه لا يصح فإنه قد لا يوجد

(١) فى ١٨ : أنه لا يشبهنى . (٢) سورة النور آية ٦ .
(٣) سورة النور آية ٦

قافة ، وقد لايعترف الرجل بما نسب إليه ، يغيب ، أو يموت ، فلاينتفى الولد : وإن قال : ماولدته ، وإنما التقطته أو استعرته ، فقالت : بل هو ولدى منك ، لم يقبل قول المرأة إلا ببينة . وهذا قول الشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها ، والأصل عدمها ، فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين . قال القاضى : وكذلك لاتقبل دعواها للولادة فيما إذا علق طلاقها بها ولا دعوى الأمة لها ، لتصير بها أم ولد ويقبل قولها فيها لتقضى عدتها بها ، فعلى هذا لايلحقه الولد إلا أن تقيم بينة ، وهى : امرأة مرضية تشهد بولادتها له ، فإذا ثبتت ولادتها له لحقه نسبه ، لأنه ولد على فراشه والولد للفراش .

وذكر القاضى فى موضع آخر : أن القول قول المرأة لقول الله تعالى : « وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ[1] » وتحريم كتمانه دليل على قبول قولها فيه ولأنه خارج من المرأة تنقضى به عدتها ، فقبل قولها فيه كالحيض ، ولأنه حكم يتعلق بالولادة ، فقبل قولها فيه كالحيض . فعلى هذا النسب لاحق به ، فهل له نفيه باللعان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له نفيه ، لأن إنكاره لولادتها إياه إقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل إنكاره لذلك ، لأنه تكذيب لنفسه .

والثانى : له نفيه ، لأنه رامٍ لزوجته وناف لولدها ، فكان له نفيه باللعان كغيره .

٦٢٧٧ فصـــل

ومن ولدت امرأته ولداً لا يمكن كونه منه فى النكاح لم يلحقه نسبه ، ولم يحتج إلى نفيه ، لأنه يعلم أنه ليس منه ، فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتى به لدون ستة أشهر من حين تزوجها ، فلا يلحق به فى قول كل من علمنا قوله من أهل العلم ، لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها ، وإن كان الزوج طفلا له أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه ، لأنه لايولد[2] ولد لمثله ولا يمكنه الوطء . وإن كان له عشر فحملت امرأته لحقه ولدها ، لقول النبى صلى النبى صلى الله عليه وسلم[3] : « واضربوهم على الصلاة لعشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع » . وقال القاضى : يلحق به إذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل ، لأن الجارية يولد لها لتسع ، فكذلك الغلام ، وقال أبو بكر : لايلحقه حتى يبلغ ، لأن الولد إنما يكون من الماء ، ولا ينزل حتى يبلغ .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) فى المطبوعة يوجد ولد لمثله . خطأ . وفى ٢٩ : لايولد ولد لمثله

(٣) أخرج أحمد وأبو داود والحاكم عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم فى المضاجع » (ف)

ولنا : أنه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ . وقد روى أن عمرو بن العاص وابنه عبد الله لم يكن بينهما إلا اثنى عشر عاماً وأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالتفريق بينهم ، دليل على إمكان الوطء الذى هو سبب الولادة ، وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح ، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة ، والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع ، وقد تحيض لتسع ، وما عهد بلوغ غلام لتسع ، ولو تزوج رجل امرأة فى مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد أو تزوج مشرقى بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه ، وبذلك قال مالك ، والشافعى، وقال : أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنكم قلتم إذا مضى زمان الإمكان لحق الولد وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء .

ولنا : أنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد ، فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سنة ، أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر . وفارق ماقاسوا عليه ، لأن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً ، لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على إمكانه فى النكاح ، ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار ، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه ، فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه وإن ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين لم يلحق نسبه به فى قول عامة أهل العلم ، لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج ، وإن قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك . لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد ، وقال أصحابنا : يلحقه النسب ، لأنه يتصور منه الإيلاج وينزل ماء رقيقاً .

ولنا : أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ، ولا وجد ذلك ، فأشبه ما لو قطع ذكره معهما ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد ، كما لو أولج إصبعه . وأما قطع ذكره وحده فإنه يلحقه الولد لأنه يمكن أن يساحق فينزل ماء يخلق منه الولد . ولأصحاب الشافعى اختلاف فى ذلك على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا . قال ابن اللبان : لا يلحقه الولد فى هاتين الصورتين فى قول الجمهور .

وقال بعضهم : يلحقه بالفراش ، وهو غلط ، لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه ، وههنا لا يمكن لفقد المنى من المسلول ، وتعذر إيصال المنى إلى قعر الرحم من المجبوب . ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة منى الرجل فتحمل ، لأن الولد مخلوق من منى الرجل والمرأة جميعاً ، ولذلك يأخذ الشبه منهما ، وإذا استدخلت المنى بغير جماع لم تحدث لها لذة تمنى بها ، فلا يختلط منهما ، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا [على] أنها استدخلت منيه وأن الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه ، وما قال ذلك أحد .

٦٢٧٨ فصـــــل

وإن طلق امرأته وهى حامل فوضعت ولداً ، ثم ولدت آخر قبل مضى ستة أشهر فهو[1] من الزوج لأننا نعلم أنهما حمل واحـد ، فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه . وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج ، وانتفى عنه من غير لعان ، لأنه لا يمـكن أن يكون الولدان حملاً واحداً ، وبينهما مدة الحمل ، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية ، وانقضاء العدة ، وكونها أجنبية ، فهى كسائر الأجنبيات . وإن طلقها فاعتدت بالأقراء ثم ولدت ولداً قبل مضى ستة أشهر من آخر أقرائها لحقه ، لأننا تيقنا أنهـا لم تحمله بعد انقضاء عدتها ، ونعلم أنها كانت حاملاً به فى زمن رؤية الدم ، فيلزم ألا يـكون الدم حيضاً ، فلم تنقض عدتها به . وإن أتت به لأكثر من ذلك لم يلحق بالزوج . وهذا قول أبى العباس بن سريج . وقال غيره من أصحاب الشافعى : يلحق به ، لأنه يمكن أن يكون منه ، والولد يلحق بالإمكان .

ولنا : أنها أتت به بعد الحـكم بانقضاء عدتها فى وقت يمكن ألا يكون منه ، فلم يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجية أو العـدة ، وأما بعدها فلا يكتفى بالإمكان للحاقه ، وإنما يكتفى بالإمكان لنفيه ، وذلك لأن الفراش سبب ، ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها ، فإذا انتفى السبب وآثاره فينتفى الحـكم لانتفائه ، ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان . والله أعلم .

فأما إن وضعته قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحق بالزوج ، ولم ينتف عنه إلا باللعان . وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق وكان بائناً انتفى عنه بغير لعان ، لأننا علمنا أنهـا علقت به بعـد زوال الفراش . وإن كان رجعياً فوضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة فـكذلك ، لأنها علقت به بعد البينونة ، وإن وضعته لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق ، ولأقل منها منذ انقضت العدة ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يلحقه ، لأنها لم تعلق به قبل طلاقها ، فأشبهت البائن .

والثانية : يلحقه ، لأنها فى حـكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق والظهار والإيلاء ، والحل فى رواية ، فأشبه ما قبل الطلاق .

٦٢٧٩ فصـــــل

فإن غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونـكحت نـكاحاً صحيحاً فى الظاهر ، ودخل بها الثانى وأولدها أولاداً ، ثم قدم الأول ، فسـخ نـكاح الثانى ، وردت إلى الأول ، وتعتد من الثانى ،

(١) فى المطبوعة : أنهم ، والسياق يقتضى ما أثبتناه من ٣٩ ، ١٨ .

ولها عليه صداق مثلها ، والأولاد له ، لأنهم ولدوا على فراشه . روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وهو قول الثورى ، وأهل العراق ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى يوسف ، وغيرهم من أهل العلم ، إلا أبا حنيفة قال : الولد للأول ، لأنه صاحب الفراش ، لأن نكاحه صحيح ثابت ، ونكاح الثانى غير ثابت ، فأشبه الأجنبى .

ولنا أن الثانى انفرد بوطئها فى نكاح يلحق النسب فى مثله[1] ، فكان الولد له دون غيره ، كولد الأمة من زوجها ، يلحقه دون سيدها ، وفارق الأجنبى ، فإنه ليس له نكاح .

٦٢٨٠ فصل

وإن وطىء رجل امرأة لا زوج لها بشبهة ، فأتت بولد لحقه نسبه . وهذا قول الشافعى وأبى حنيفة . وقال القاضى : وجدت بخط أبى بكر : أنه لا يلحق به ، لأن النسب لا يلحق إلا فى نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ، ولم يوجد شىء من ذلك ، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه بالوطء[2] كالزنا . والصحيح فى المذهب الأول .

قال أحمد : كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد ، ولأنه وطء اعتقد الواطىء حله ، فلحق به النسب كالوطء فى النكاح الفاسد . وفارق وطء الزنا ، فإنه لا يعتقد الحل فيه . ولو تزوج رجلان أختين فغلطا بهما[3] عند الدخول ، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى ، فوطئها وحملت منه ، لحق الولد بالواطىء ، لأنه وطء يعتقد حله ، فلحق به النسب كالوطء فى نكاح فاسد .

وقال أبو بكر : لا يكون الولد للواطىء ، وإنما يكون للزوج . وهذا الذى يقتضيه مذهب أبى حنيفة لأن الولد للفراش .

ولنا : أن الواطىء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب ، فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج ، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حياً . والخبر مخصوص بهذا ، فنقيس عليه ما كان فى معناه . وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة فى طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطىء ، وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول أبى بكر وأبى حنيفة : يلحق الولد للفراش . وإن أنكر الواطىء الوطء فالقول قوله بغير يمين ، ويلحق نسب الولد بالزوج ، لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ، ولا تقبل دعوى الزوج فى قطع نسب الولد . وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج[4] بكل حال ، لأننا نعلم أنه ليس من الواطىء . وإن اشتركا فى وطئها

---

(١) فى ١٨ : بمثله
(٢) فى ١٨ و ٣٩ : بالوطء فيه
(٣) فى المطبوعة : فغلط بهما
(٤) فى ٣٩ : بالزوج

فى طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج ، لأن الولد للفراش ، وقد أمكن كونه منه . وإن ادعى الزوج أنه من الواطىء فقال بعض أصحابنا : يعرض على القافة معهما ، فيلحق بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالواطىء لحقه ، ولم يملك نفيه عن نفسه ، وانتفى عن الزوج بغير لعان . وإن ألحقته بالزوج لحق ، ولم يملك نفيه باللعان فى أصح الروايتين . والأخرى : له ذلك . وإن ألحقته بهما لحق بهما ، ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه . وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين . وإن لم توجد قافة ، أو أنكر الواطىء الوطء ، أو اشتبه على القافة ، لحق الزوج ، لأن المقتضى للحاق النسب به متحقق ، ولم يوجد مايعارضه ، فوجب إثبات حكمه . ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال ، لأن دلالة قول القافة ضعيفة ، ودلالة الفراش قوية ، فلايجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة .

٦٢٨١ فصـــل

وإن أتت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا ، فإن كانت تزوجت بعد انقضاءالعدة لم يلحق بالأول بحال ، وإن كان بعد أربع سنين منذ بانت من الأول لم يلحق به أيضاً وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى لم يلحق به . وينتفى عنهما . وإن كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى ، ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ، ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة ، وألحق بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالأول انتفى عن الزوج بغير لعان وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ، ولحق الزوج وهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين :

٦٢٨٢ مســـألة

قال : ﴿ واللعان الذى يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم : أشهد بالله لقد زنت ، ويشير إليها ، وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها ، حتى يكمل ذلك أربع مرات ، ثم يوقف عند الخامسة ويقال له : اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فإن أبى إلا أن يتم فليقل : ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، وتقول هى : أشهد بالله لقد كذب أربع مرات ، ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما خوف الرجل ، فإن رأت إلا أن تتم فلتقل : وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا ﴾ .

فى هذه المسألة مسألتان :

٦٢٨٣ إحـــداها

أن اللعان لايصح إلا بمحضر من الحاكم ، أو من يقوم مقامه . وهذا مذهب الشافعى ، لأن النبى

صلى الله عليه وسلم أمر[1] هلال بن أمية أن يستدعى زوجته إليه ، ولا عن بينهما ، ولأنه إما يمين ، وإما شهادة ، فأيهما كان فمن شرطه الحاكم . وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم[2] يلاعن بينهما لم يصح ذلك ، لأن اللعان مبنى على التغليظ والتأكيد ، فلم يجز بغير الحاكم كالحـد . وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين فى ظاهر كلام الخرقى . وقال أصحاب الشافعى : للسيد أن يلاعن بين عبـده وأمته ، لأنّ له إقامة الحد عليهما .

ولنا : أنه لعان بين زوجين ، فلم يجز لغير الحاكم أو نائبه ، كاللعان بين الحرين . ولا نسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة . ثم لايشبه اللعان الحد ، لأن الحد زجر وتأديب واللعـان إما شهادة ، وإما يمين فافترقا ، ولأن اللعان دارىء للحد[3] وموجب له ، فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا ، والحكم به أو بنفيه . وإن كانت المرأة خَفِرَة[4] لاتبرز لحوائجها ، بعث معه عدولا ايلا عنوا بينهما ، وإن بعث نائبه وحده جاز ، لأن الجمع غير واجب .

٦٢٨٤ فصـــــل

ويستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين ، لأن ابن عباس وابن عمر ، وسهل بن سعد ، حضروه مع حداثة أسنانهم . فدل ذلك على أنه حضره[5] جمع كثير ، لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال . ولأنّ اللعان بنى على التغليظ مبالغة فى الردع به والزجر ، وفعـله فى الجماعة أبلغ فى ذلك . ويستحب ألا ينقصوا عن أربعة ، لأن بينة الزنا الذى شرع اللعان من أجل الرمى به أربعة ، وليس شىء من هذا واجباً . ويستحب أن يتلاعنا قياماً ، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم . فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهى قائمة . لمـا روى عن النبى صلى اللهُ عليه وسلم أنه قال لهلال بن أمية : « قم فاشهد أربع شهادات » ، ولأنه إذا قام شاهده الناس ، فـكان أبلغ فى شهرته ، فاستحب كثرة الجمـع ، وليس ذلك واجباً . وبهذا كله قال أبو حنيفة ، والشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

---

(١) أخرج ابن مردويه من طريق سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتى زنت وسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم كأنه منكس فى الأرض ثم رفع رأسه فقال : قد أنزل الله فيك وفى صاحبتك فائت بها فجاءت فقال : قم فاشهد أربع شهادات إلخ انتهى من الدر المنثور ج ٥ ص ٢٣ . وورد فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٥٢٣ عن ابن عباس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلوا إليها فجاءت . . . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاعنوا بينهما . وفى رواية لأبى داود قبلهـا ص ٥٢٢ ، فقام هلال بن أمية فشهد ... ثم قامت فشهدت (ف)

(٢) فى ٣٩ : بغير حاكم (٣) فى ١٨ : يدرأ الحد ويوجبه .

(٤) من الخفر ، وهو : شدة الحياء .

(٥) فى ٣٩ : على حضور جمع .

٦٢٨٥ فصـــل

قال القاضي : ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان ، وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ، ولم يقيده بزمن ولا مكان ، فلا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بإحضار امرأته ، ولم يخصه بزمن ، ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل . وقال أبو الخطاب : يستحب أن يتلاعنا في الأزمان والأماكن التي تعظم وهـذا مذهب الشافعي ، إلا أن عنده في التغليظ بالمـكان قولين .

أحدهما : أن التغليظ به مستحب كالزمان .

والثاني : أنه واجب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن عند المنبر ، فـكان فعله بياناً للعـان ، ومعنى التغليظ بالمـكان : أنهما إذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام ، فإنه أشرف البقاع ، وإن كانا في المدينة فعند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي بيت المقدس عند الصخرة ، وفي سائر البلدان في جوامعها ، وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى : (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ)[1] وأجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة صلاة العصر . قال أبو الخطاب في موضع : أو بين الأذانين ، لأن الدعاء[2] بينهما لا يرد ، والصحيح الأول ، ولو استحب ذلك لفعله النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو فعـله لنقل ولم يسع تركه وإهماله . وأما قولهم : إن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما عند المنبر ، فليس هذا في شيء من الأحاديث المشهورة .

وإن ثبت هذا : فيحتمل أنه كان بحكم الاتفاق ، لأن مجلسه كان عنـده ، فلاعن بينهما في مجلسه . فإن كان اللعان بين كافرين فالحـكم فيه كالحـكم في اللعان بين المسلمين . ويحتمل أن يغلظ في المـكان لقوله في الأيمان : وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقّون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها ، فعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم اللاتي يعظمونها النصراني في الـكنيسة ، واليهودي في البيعة ، والمجوسي في بيت النار وإن لم يـكن لهم مواضع يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه ، لتعذر التغليظ بالمـكان ، وإن كانت المسلمة حائضاً وقلنا إن اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله ، لأن ذلك أقرب المواضع إليه .

٦٢٨٦ المسألة الثانية في ألفاظ اللعان وصفته

أما ألفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما . وصفته أن الإمام يبـدأ بالزوج فيقيمه ، ويقول له :

---

(١) سورة المـائدة آية ١٠٦ .

(٢) عن أنس رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يرد الدعاء بين الأذان والإقامة » (ف)

قل أربع مرات : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا ، ويشير إليها إن كانت حاضرة ، ولا يحتاج مـع الحضور والإشارة إلى نسبها وتسميتها ، كالا يحتاج إلى ذلك فى سائر العقود . وإن كانت غائبة أسماها ونسبها ، فقال امرأتى فلانة بنت فلان ، ويرفع فى نسبها حتى ينفى المشاركة بينها وبين غيرها . فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له : اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيـا أهون من عذاب الآخرة ، وكل شيء أهون من لعنة الله ، ويأمر رجلا فيضع يده على فيه ، حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ، ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه ، فإن رآه يمضى فى ذلك قال له قل : وأن لعنة الله علىّ إن كنت من الـكاذبين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا .

ثم يأمر المرأة بالقيام ، ويقول لها قولى : أشهد بالله إن زوجى هذا لمن الـكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، وتشير إليه ، وإن كان غائباً أسمته ونسبته ، فإذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا فى حق الزوج ، ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها ، فإن رآها تمضى على ذلك قال لهـا قولى : وإن غضب الله علىّ إن كان زوجى هذا من الصادقين فيما رمانى به من الزنا .

قال إسحاق بن منصور : قلت لأحمد : كيف يلاعن ؟ قال : على مافى كتاب الله ، يقول أربع مرات أشهد بالله إنى فيما رميتها به لمن الصادقين ، ثم يوقف عنـد الخامسة فيقول : لعنة الله عليـه إن كان من الـكاذبين .

والمرأة مثل ذلك توقف عند الخامسة ، فيقال لها إتقى الله[1] ، فإنها الموجبة توجب عليك العذاب ، فإن حلفت قالت : غضب الله عليها إن كان من الصادقين . وعدد هذه الألفاظ الخمسة شرط فى اللعـان . فإن أخل بواحدة منها لم يصح على ماذكرناه فيما مضى . وإن أبدل لفظاً منها فظاهر كلام الخرقى أنه يجوز أن يبدل قوله إنى لمن الصادقين بقوله ، لقد زنت ، لأن معناهما واحد ، ويجوز لها إبدال إنه لمن الكاذبين بقولها : لقد كذب ، لأنه ذكر صفة اللعان كذلك ، واتباع لفظ النص أولى وأحسن . وإن أبدل لفظة « أشهد » بلفظ من ألفاظ اليمين فقال : أحلف أو أقسم أو أولِى لم يعتد به .

وقال أبو الخطاب : فيه وجـه آخر : أنه يعتـد به ، لأنه أتى بالمعنى ، فأشبه مالو أبدل « إنى لمن الصادقين » بقوله : لقد زنت . وللشافعى وجهـان فى هذا . والصحيح : أنه لايصح ، لأن ما اعتـبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات فى الحقوق . ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ ، واعتبار لفظ الشهادات أبلغ فى التغليظ ، فلم يجز تركه ، ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد .

والثانى[2] : يعتد به ، لأنه أتى بالمعنى أشبه ماقبله ، وللشافعى وجهـان كهذين . وإن أبدل لفظـة

---

(١) فى المطبوعة : اتق الله ، وليست هذه ياء علة فتحذف بل هى فاعل .

(٢) من وجوه الرأى فى القسم بالله دون كلمته تقوم مقام أشهد .

اللعنة بالإبعاد لم يجز ، لأن لفظ اللعنة أبلغ فى الزجر ، وأشد فى أنفس الناس ، ولأنه عدل عن المنصوص. وقيل : يجوز ، لأن معناهما واحد . وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجـز ، لأن الغضب أغلظ ، ولهذا خصت المرأة به لأن المعرة بزناها أقبح ، وإثمها بفعل الزنا أعظم من إثمه بالقذف . وإن أبدلتهـا بالسخط خرج على وجهين فيما إذا أبدل الرجل لفظة اللعنة بالإبعاد . وإن أبدل الرجل لفظة اللعنة بالغضب احتمل أن يجوز ، لأنه أبلغ واحتمل ألا يجوز ، لمخالفته المنصوص .

قال الوزير يحيى بن هبيرة رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط أن يزاد ، بعد قوله : من الصادقين [قوله] : فيما رميتها به من الزنا . واشترط فى نفيها عن نفسها [قولها] : فيما رمانى به من الزنا ، ولا أراه يحتاج إليه ، لأن الله سبحانه أنزل ذلك وبينه ، ولم يذكر هذا الاشتراط .

وأما موعظة الإمام لها بعد الرابعة وقبل الخامسة فهى مستحبة فى قول أكثر أهل العلم ، لمـا روى ابن عباس قال : « لمـا كانت الخامسة قيل : ياهلال ، اتق الله فإنها الموجبة ، التى توجب عليك العذاب . فقال : والله لا يعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها ، فشهد الخامسة . فلما كانت الخامسة قيل : لها اتقى[1] الله ، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . وإن هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب ، فتلـكأت ساعة ، ثم قالت : والله لا أفضح قومى ، فشهدت الخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » وروى أبو إسحاق الجوزجانى بإسناده حديث المتلاعنين قال : « فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، ثم أمر به فأمسك على فيه ، فوعظه وقال : ويحك كل شىء أهون عليك من لعنة الله ، ثم أرسل فقال : لعنة الله عليه إن كان من الـكاذبين ، ثم دعاها فقرأ عليها ، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الـكاذبين ، ثم أمر بها فأمسك على فيها ، وقال : ويحك كل شىء أهون عليك من عذاب الله . وذكر الحديث » .

٦٢٨٧ فصـــــل

ويشترط فى صحة اللعان شروط ستة أحـدها : أن يـكون بمحضر الإمام أو نائبه . والثانى : أن يأتى كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه ، فإن بادر به قبل أن يلقيه الإمام عليه لم يصح ، كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم . الثالث : استـكمال لفظات اللعان الخمـسة ، فإن نقص منها لفظـة لم يصح . الرابع : أن يأتى بصورته إلا ماذكرنا من الاختلاف فى إبدال لفظه بمثلها فى المعنى . الخـامس : الترتيب ، فإن قدم لفظة اللعنة على شىء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به ، السادس: الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضراً ، وتسميته ونسبته إن كان غائباً ، ولا يشترط

---

(١) فى المطبوعة : اتق خطأ : ومافى المخطوطات أولى .

حضورهما معا ، بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه مثل أن لاعن الرجل فى المسجد والمرأة على بابه ـ لعدم إمكان دخولها ـ جاز .

٦٢٨٨ فصـــــل

وإن كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز أن يلتعنا[1] بغيرها لأن اللعان ورد فى القرآن بلفظ العربية . وإن كانا لايحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما ، لموضع الحاجة . فإن كان الحاكم يحسن لسانهما أجزأ ذلك . ويستحب أن يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما . وإن كان الحاكم لايحسن لسانهما فلا بد من ترجمان . قال القاضى : ولا يجزىء فى الترجمة أقل من اثنين عدلين ، وهو قول الشافعى وظاهر قول الخرقى ، لأنه قال : لايقبل فى الترجمة عن أعجمى حاكم إليه إذا لم يعرف لسانه أقل من عدلين يعرفان لسانه . وذكر أبو الخطاب رواية أخرى : أنه يجزىء قول عدل واحد . وهو قول أبى حنيفة ، وسنذكر ذلك فى موضع آخر إن شاء الله تعالى .

٦٢٨٩ مســــألة

قال : ﴿ وإن كان بينهما فى اللعان ولد ذكر الولد . فإذا قال : أشهد بالله لقد زنت ، يقول : وما هذا الولد ولدى . وتقول هى أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده ﴾ .

وجملة ذلك : أنه متى كان اللعان لنفى ولد فلا بد من ذكره فى لعانهما . وقال الشافعى لاتحتاج المرأة إلى ذكره لأنها لاتنفيه وإنما احتاج الزوج إلى ذكره لنفيه . وقال أبو بكر : لايحتاج واحد منهما إلى ذكره وينتفى بزوال الفراش .

ولنا : أن من سقط حقه باللعان اشترط ذكره فيه كالمرأة . والمرأة أحد الزوجين ، فكان ذكر الولد شرطاً فى لعانها كالزوج ، ولأنهما متحالفان على شىء ، فاشترط ذكره فى تحالفهما كالمختلفين فى اليمين ، وظاهر كلام الخرقى : أنه يكتفى بقول الزوج : وماهذا الولد ولدى ، ومن المرأة بقولها : وهذا الولد ولده . وقال القاضى : يشترط أن يقول : هذا الولد من زنا ، وليس هو منى . وهو مذهب الشافعى ، لأنه قد يريد بقوله ليس هو منى يعنى خُلقاً وخلقاً ولم نقتصر[2] على قوله : من زنا . لأنه قد يعتقد أن الوطء فى نكاح فاسد زنا ، فأكدنا بذكرهما جميعاً .

ولنا : أنا نَفَى الولد فى اللعان ، فاكتفى به كما لو ذكر اللفظين . وماذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل ، ولا ينتفى الاحتمال بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى ، فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد

---

(١) فى ١٨ : يتلاعنا (٢) فى ١٨ : ولا تقتصر

واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعاً ، وقد يريد أنه لايشبهني خلقاً وخلقاً ، أو أنه من وطء فاسد . فإن لم يذكر الولد فى اللعان لم ينتف عنه ، وإن أراد نفيـه أعاد اللعان ، ويذكر نفى الولد فيـه .

٦٢٩٠ فصـــل

وإذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما . وإذا لاعنها سقط الحد عنه لهما ، سواء ذكر الرجل فى لعانه أو لم يذكره . وإن لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة ، وأيهما طالب حُدَّ له ، ومن لم يطالب فلا يُحَدّ له ، كما لو قذف رجلا بالزنا بامرأة معينة . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، إلا فى أنه لايسقط حده بلعانها . وقال بعض أصحابنا : القذف للزوجة وحدها ، ولا يتعلق بغيرها حق فى المطالبة ، ولا الحد، لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن سحماء ، فلم يحده النبى صلى الله عليه وسلم ولا عزره له[1] .

وقال بعض أصحاب الشافعى : يجب الحد ، وهل يجب حـد واحد أو حدان ؟ على وجهين . وقال بعضهم : لايجب إلا حد واحد قولا واحداً . ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن وذكر الأجنبى فى لعانه أنه يسقط عنه حـكمه . وإن لم يذكره فعلى وجهين .

ولنـا : أن اللعان بينه فى أحد الطرفين ، فـكان بينة فى الطرف الآخر كالشهادة . ولأن به حاجة إلى قذف الزانى لمـا أفسد عليه من فراشه ، وربما يحتاج إلى ذكره ليستدل بشبه الولد المقذوف على صدق قاذفه ، كما استدل النبى صلى الله عليه وسلم على صدق هلال بشبه الولد لشريك بن سحماء ، فوجب أن يسقط حكم قذفه ماأسقط حكم قذفها قياساً له عليها .

٦٢٩١ فصـــل

ولو قذف امرأته وأجنبية أو أجنبياً بـكلمتين ، فعليه حدان لهما ، فيخرج من حد الأجنبية بالبينة خاصة ، ومن حد الزوجة بالبينة أو اللعان . وإن قذفهما بـكلمة فـكذلك ، إلا أنه إذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً أو حدين على روايتين . إحداهما : يحد حداً واحداً ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى فى القديم وزاد أبو حنيفة : سواء كان بـكلمة أو بـكلمات لأنهما حدان[2] من جنس ، فوجب أن تتداخل كحدود الزنا . والثانية : إن طالبوا مجتمعين فحد واحد ، وإن طالبوا متفرقين فلـكل واحد حد ، لأنهم إذا اجتمعوا فى الطلب أمـكن إيفاؤهم بالحد الواحد وإذا تفرقوا لم يمـكن جعل الحد الواحد إيفاء لمن لم يطالب ، لأنه لايجوز إقامة الحد له قبل المطالبة منه . وقال الشافعى فى الجديد : يقام[3] لـكل واحد حد بكل حال ، لأنه حقوق لآدميين ، فلم تتداخل كالديون .

---

(١) أى لشريك . (٢) فى المطبوعة : حدود ، ومافى ٣٩ أوضح وأنسب للسياق

(٣) فى المطبوعة : فى الحد . والتصويب من ١٨ ، ٣٩ .

ولنـا : أنه إذا قذفهما بكلمة واحده يجزىء حد واحد ، لأنه يظهر كذبه فى قذفه ، و براءة عرضهما من رميه بحد واحد ، فأجزأ كما كان القذف لواحد . وإذا قذفهما بكلمتين وجب حدان ، لأنهما قذفان لشخصين ، فوجب لـكل واحد حد ، كما لو قذف الثانى بعـد حد الأول . وهكذا الحـكم فيما إذا قذف أجنبيتين أو أجنبيات ، فالتفصيل فيه على ما ذكرناه . وإن قدف أربع نسائه فالحـكم فى الحد كذلك ، وإن أراد اللعان فعليه أن يلاعن لـكل واحدة لعاناً مفرداً ، ويبدأ بلعان التى تبدأ بالمطالبة ، فإن طالبن جميعاً وتشاححن بدأ بإحداهن بالقرعة ، وإن لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن ، ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح . ويحتمل أن يجزئه لعان واحد ، فيقول أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتى هؤلاء الأربع من الزنا . وتقول كل واحدة أشهد بالله إنه لمن الـكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، لأنه يحصل المقصود بذلك . والأول أصح ، لأن اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة ، كالأيمان فى الديون .

٦٢٩٢ فصــــل

ولو قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف أمها بـكلمتين ، والحـكم فى الحد لهما على مامضى من التفصيل فيه ، فإن اجتمعا فى المطالبة فبى أيتهما يتقدم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : الأم ، لأن حقها آكد ، لـكونه لا يسقط إلا بالبينة . ولأن لها فضيلة الأمومة .

والثانى : تقديم البنت ، لأنه بدأ بقذفها ، ومتى حد لإحداهما ثم وجب عليه الحد للأخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الأولى . فإن قيل : إن الحد ههنا حق لآدمى فلم لا يوالى بينهما كالقصاص ، فإنه لو قطع يدى رجلين قطعنا يديه لهما ، ولم نؤخره ؟ قلنا : لأن حد القذف لا يتـكرر بتـكرر سببه قبل إقامة حده ، فالموالاة بين حدين فيـه تخرجه عن موضوعه . والقصاص يجوز أن تقطع الأطراف كلهـا فى قصاص واحد ، فإذا جاز لواحد فلاثنين أولى .

٦٢٩٣ فصــــل

وإن قذف محصناً مرات فحد واحد ، رواية واحدة . سواء قذفه بزنا آخر ، أو كرر القذف بالأول، لأنهما حدان ترادف سببهما ، فتداخلا كالزنا مراراً ، وإن قذفه فحد له ، ثم قذفه مرة أخرى بذلك الزنا ، فلا حد عليه ، لأنه قد تحقق كذبه فيه بالحد ، فلاحاجة إلى إظهار كذبه فيه ثانياً . ولما جلد عمر أبا بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة أعاد قذفه فهم عمر بإعادة الحد عليه ، فقال له على : إن جلدته فارجم[1]

(١) قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله قول على : إن جلدته فارجم صاحبه قال : كأنه جعل شهادته شهادة رجلين قال أبو عبد الله : وكنت أنا أفسره على هذا حتى رأيته فى الحديث فأعجبنى ثم قال : يقول : إذا جلدته ثانية فـكأنك جعلته شاهداً آخر (ف)

صاحبه ، فتركه . ولكنه يعزر تعزير السب والشتم . وذكر القاضى أن فيه رواية أخرى : أن عليه الحد ثانياً . لأنه قذف ثان بعد إقامة الحد عليه ، فأشبه ما لو قذفه بزنا ثان . وأما إن قذفه بزنا آخر فعليه حد آخر ، لأنه قذف لمحصن لم يحد فيه ، فوجب أن يتعقبه[1] الحد كالأول ، ولأن سبب الحد وجد بعد إقامته فأعيد عليه : كالزنا والسرقة . وعن أحمد رواية أخرى : لاحد عليه فى الثانى ، لأنه حد لصاحبه مرة ، فلا يعاد عليه الحد كما لو قذفه بالزنا الأول . وعلى هذه الرواية يعزر تعزير السب والشتم . وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارب القذف الثانى من الحد ، فأما إذا تباعد زمانهما وجب الحد بكل حال ، لأنه لا يجوز أن يكون حده مرة من أجله ، فوجب إطلاق عرضه له . ومذهب الشافعى فى هذا كمذهبنا ، إلا أنهم حكوا عن الشافعى فيما إذا أعاد القذف بزنا ثان قبل إقامة الحد قولين .

أحدهما : يجب حد واحد .

والثانى : يجب حدان . فأما إن قذف أجنبية ثم تزوجها ، ثم قذفها فعليه الحد للقذف الأول ، ولا شىء عليه للثانى فى قول أبى بكر . وحكى نحو ذلك عن الزهرى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . لأنه لو قذف أجنبية قذفين لم يجب عليه أكثر من حد واحد ، واختار القاضى : أنه إن قذفها بالزنا الأول لم يكن عليه أكثر من حد واحد ، وليس له إسقاطه إلا بالبينة ، وإن قذفها بزنا آخر فهو على الروايتين فيما إذا قذف الأجنبية ثم حد لها ثم قذفها بزنا آخر . فإن قلنا : يجب حدان ، فطالبت المرأة بموجب القذف الأول ، فأقام به بينة سقط عنه حده ، ولم يجب فى الثانى حد ، لأنها غير محصنة وإن لم يقم بينة حد لها ، ومتى طالبته بموجب الثانى فأقام به بينة أو لاعنها سقط ، وإلا وجب عليه أيضاً ، لأن هذا القذف موجبه غير موجب الأول . فإن الأول موجبه على الخصوص ، والثانى موجبه اللعان والحد ، وإن بدأت بالمطالبة بموجب الثانى فأقام بينة به ، أو لاعن ، سقط حده ، ولها المطالبة بموجب الأول ، فإن أقام به بينة ، وإلا حُدَّ .

قال القاضى : إن أقام بالثانى[2] بينة سقط موجب الأول ، وهو مذهب الشافعى ، لأنها صارت غير محصنة ، ولا يثبت لها حد المحصنات .

ولنا : أن سقوط إحصانها فى الثانى لا يوجب سقوطه فيما قبل ذلك ، كما لو استوفى حده قبل إقامة البينة . ولعل هذا ينبنى على ما إذا قذف رجلا ، فلم يقم الحد على القاذف حتى زنى المقذوف ، وإن لم يقم بينة عليهما ولم يلتعن للثانى لم يجب إلا حد واحد نص عليه أحمد ، ولأنهما حدان من جنسين ترادفا ، فلم يقم أحدهما ، فتداخلا كما لو قذفها وهى أجنبية قذفين . ولو قذف زوجته فحد لها ، ثم أعاد قذفها بذلك

---

(١) فى ١٨ : يعقبه (٢) فى ١٨ : على الثانى

الزنا،لم يحد لها لماذكرنا فى إعادة قذف الأجنبي . ولـكن يعزر للأذى[1] والسب ، وليس له إسقاط التعزير باللعان ، لأنه تعزير سب لا تعزير قذف ، إلا على الرواية التى تلزم الأجنبي حدين بإعادة القذف ، فإنه يلزمه ههنا حد ، وله إسقاطه باللعان . وإن ولد له ولد بعد حده فذكر أنه من ذلك الزنا ، فله اللعان لإسقاطه على كلتا الروايتين ، لأنه محتاج إلى نفيه ، وإن قذفها فى الزوجية بزناءين فليس عليه إلا حد واحد ، ويكفيه لعان واحد ، لأنه يمين ، فإذا كان الحقان لواحد كفته يمين واحدة ، لـكنه يحتاج أن يقول أشهد بالله إنى لمن لصادقين فيما رميتها به من الزناءين .

وفارق ما إذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد ؛ لأن اليمين وجبت لـكل واحدة منهما ، فلا تتداخل كسائر الأيمان وإن أقام البينة بالأول سقط عنه موجب الثانى ، لأنه زال إحصانها ، ولا لعان إلا أن يكون فيه نسب يريد نفيه ، وإن أقامها بالثانى لم يسقط الحد الأول ، وله إسقاطه باللعان إلا على قول القاضى ، فإنه يسقط بإقامة البينة على الثانى ، وإن قذفها فى الزوجية ولاعنها ، ثم قذفها بالزنا الأول فلا حد عليه ، لأنه حققه بلعانه ، ويحتمل أن يحد كما لو قذفها به أجنبي ، وهوقول القاضى ، ولو قذفها به أجنبي أو بزنا غيره فعليه الحد فى قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عباس ، والزهرى ، والشعبى ، والنخعى وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد . وذكر أبو عبيد ، عن أصحاب الرأى ، أنهم قالوا : إن لم ينف بلعانها ولداً حد قاذفها ، وإن نفاه فلا حد على قاذفها ، لأنه منتف عن زوجها بالشرع .

ولنا : ماروى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من رماها أو ولدها فعليه الحد » رواه أبو داود ، وهذا نص ، فإنه نص على من رماها مع أن ولدها منفى عن الملاعن شرعاً ، ولأنه لم يثبت زناها ، ولازال إحصانها ، فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى : « وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُم ثمانين جلدة »[2] . وكما لو لم ينف ولدها . فأما إن أقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا أو بغيره فلا حد عليه لأنه قد زال إحصانها ، ولأن هذا القذف لم يدخل المعرة عليها ، وإنما دخلت المعرة بقيام البينة ، ولـكنه يعزر تعزير السب والأذى ، وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه ، وبه قال الشافعى . وأصحاب الرأى . ولـكنه يعزر تعزير السب والأذى ، ولا يملك الزوج إسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمنا . وإن قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد ، لأنها بانت منه باللعان ، وصارت أجنبية ، إلا أن يضيف الزنا إلى حال الزوجية ، فعند ذلك إن كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه ، وإلا لزمه الحد ولا لعان بينهما .

---

(١) فى ١٨ بالأذى (٢) سورة النور آية ٤ .

٦٢٩٤ مســـألة

قال : ﴿ فإن التعن هو ، ولم تلتعن هى ، فلا حد عليها ، والزوجية بحالها ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها . وبه قال الحسن ، والأوزاعى ، وأصحاب الرأى . وروى ذلك عن الحارث العكلى ، وعطاء الخراسانى ، وذهب مكحول ، والشعبى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأبو إسحاق ، والجوزجانى ، وابن المنذر : إلى أن عليها الحد ، لقول الله تعالى : « وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ »(١) . والعذاب الذى يدرؤه لعانها هو الحد المذكور فى قوله سبحانه : « وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ »(٢) . ولأنه بلعانه حقق زناها ، فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة .

ولنا : أنه لم يتحقق زناها ، فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن . ودليل ذلك : أن تحقق زناها لايخلو ، إما أن يكون بلعان الزوج ، أو بنكولها ، أو بهما ، لايجوز أن يكون بلعان الزوج وحده ، لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ، ولا وجب الحد على قاذفها ، ولأنه إما يمين ، وإما شهادة ، وكلاهما لايثبت بنكولها . لأن الحد لايثبت بالنكول ، فإنه يدرأ بالشبهات ، فلا يثبت بها . وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خفرها ، أو لعقلة على لسانها ، أو غير ذلك فلا يجوز إثبات الحد الذى اعتبر فى بينته من العدد ضعف مااعتبر فى سائر الحدود واعتبر فى حقهم أن يصفوا صورة الفعل ، وأن يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة فى نفى الشبهات عنه ، وتوسلا إلى إسقاطه ، ولا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذى هو فى نفسه شبهة لايقضى به فى شىء من الحدود ولا العقوبات ، ولاماعدا الأموال . مع أن الشافعى لايرى القضاء بالنكول فى شىء ، فكيف يقضى به فى أعظم الأمور وأبعدها ثبوتاً ، وأسرعها سقوطاً ، ولأنها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لايجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى . ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لأن مالا يقضى فيه باليمين المفردة لايقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق . ولأن مافى كل واحد منهما من الشبهة لاينتفى بضم أحدهما إلى الآخر فإن احتمال نكولها لفرط حيائها ، وعجزها عن النطق باللعان فى مجمع الناس لايزول بلعان الزوج . والعذاب يجوز أن يكون الحبس أو غيره ، فلا يتعين فى الحد . وإن احتمل أن يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال ، وقد يرجح ماذكرناه بقول عمر رضى الله عنه : إن الحد على من زنا وقد أحصن إذا كانت بينة ، أو كان الحمل ، أو الاعتراف فذكر موجبات الحد ، ولم يذكر اللعان .

واختلفت الرواية : فيما يصنع بها فروى أنها تحبس حتى تلتعن أو تقر أربعاً . قال أحمد : فإن أبت

---

(١) سورة النور آية ٨ . (٢) سورة النور آية ٢ .

المرأة أن تلتعن بعد التعان الرجل أَجْبَرْتُهَا عليه وهِبْتُ أن أحكم عليها بالرجم لأنها لو أقرت بلسانها لم أرجمها إذا رجعت فـكيف إذا أبت اللعان ؟ ولا يسقط النسب إلا بالتعانهما جميعاً لأن الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش . قال القاضى : هذه الرواية أصح وهذا قول من وافقنا فى أنه لاحد عليها وذلك لقول الله تعالى : « وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتَ بِاللهِ »[1] فيدل على أنها إذا لم تشهد لايندرىء عنها العذاب .

والرواية الثانية : يخلى سبيلها وهو قول أبى بـكر لأنه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تـكمل البينة . فأما الزوجية فلا تزول والولد لاينتفى مالم يتم اللعان بينهما فى قول عامة أهل العـلم إلا الشافعى فإنه قضى بالفرقة ونفى الولد بمجرد لعان الرجل وقد ذكرنا ذلك .

٦٢٩٥ مســـألة

قال : ﴿ وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات ﴾ .

وجملته : أن الرجل إذا قذف امرأته فصدقته وأقرت بالزنا مرة أو مرتين أو ثلاثا لم يجب عليها الحد لأنه لايثبت إلا بإقرار أربع مرات على مايذكر فى الحدود ثم إن كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لأن اللعان كالبينة إنما يقام مع الإنـكار وإن كان بعد لعانه لم تلاعن هى لأنها لاتحلف مع الإقرار وحكمها حكم مالو امتنعت من غير غير إقرار وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى إن صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له أن يلاعن إلا أن يـكون ثم نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفى النسب بمجرد لعانه فإن كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على أن النسب ينتفى بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فإن الحد بإقرار مرة وهذه الأصول قد مضى أكثرها ولو أقرت أربعاً وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يـكن ثم نسب ينفى وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه ، وإن أراد لعانها لنفى نسب فظاهر قول الخرقى إنه ليس له ذلك فى جميع هذه الصور وهو قول أصحاب الرأى .

وقال الشافعى : له لعانها لنفى النسب فيها كلها ، لأنها لو كانت عفيفة صالحة فـكذبته ملك نفى ولدها ، فإذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفى ولدها أولى . ووجه الأول : أن نفى الولد إنما يـكون بلعانهما معاً ، وقد تعذر اللعان منهما ، ولأنها لا تستحلف على نفى ماتقر به ، فتعذر نفى الولد لتعذر سببه ، كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان .

٦٢٩٦ فصـــل

ولو قال لامرأته : يازانية ، فقالت : بك زنيت ، فلا حد عليها ولا عليه . وقال أصحاب الشافعى :

---

(١) سورة النور آية ٨ .

عليه حد القذف ، لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفي الزنا عن نفسها ، كما يستعمل أهل العرف فيما إذا قال قائل سرقت قال : معك سرقت ، أي : أنا لم أسرق ، لكونك أنت لم تسرق .

ولنا : أنها صدقته في قذفه إياها ، فأشبه مالو قالت[1] : صدقت. ولا حد عليها لأن حد الزنا لا يثبت إلا بالإقرار أربع مرات ، وليس عليها حد القذف ، لأنها لم تقذفه ، وإنما أقرت على نفسها بزناها به ويمكن ذلك من غير كونه زانياً ، بأن يطئها زوجته وهي عالمة أنه أجنبي ، ولأنه يحتمل أن تريد نفي ذلك عنهما كما ذكروه ، أو أنه لم يطأني سواك ، فإن لم يكن زنا فأنت شريكي فيه ، ولا يجب الحد مع الاحتمال ، ولا يلزم من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها وجوبه عليها مع الاحتمال ، فإن الحد يدرأ بالشبهات ولا يجب بها . ولو قال : يازانية فقالت : أنت أزنى مني ، فقال أبو بكر فيها كالتي قبلها ، لاحد على الزوج بتصديقها له ، ولا على المرأة لما ذكرنا في التي قبلها .

وقال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ليس قولها قذفاً : قال الشافعي إلا أن تريد القذف ، لأنه يحتمل أن تريد أنه أصابني وهو زوجي ، فإن كان ذلك فهو أبلغ مني فيه . وقال القاضي : عليها حد لقذفها ، ولا حد عليه لتصديقها إياه ، وقد أتت بصريح قذفه بالزنا ، فوجب عليها الحد كما لو قالت : أنت زان . والاحتمال مع التصريح بالقذف لايمنع الحد ، كما قالت : أنت زان . فأما إن قال : يازانية ، فقالت : بل أنت زان ، فكل واحد منهما قاذف لصاحبه ، عليه حد القذف ، لأن المرأة لا تملك إسقاط حدها إلا بالبينة ، والزوج يملك إسقاطه ببينة أو لعان .

---

(١) في المطبوعة : قال . والسياق يقتضي ما في ١٨ ، ٣٩ .

كتاب العدد

الأصل فى وجوب العدة الـكتاب ، والسنة ، والإجماع . أما الـكتاب فقول الله تعالى : (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)(١) وقوله سبحانه : (وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)(٢) . وقوله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)(٣) وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا »(٤) . وقال لفاطمة بنت قيس : « اعتـدى فى بيت ابن أم مكتوم »(٥) فى آى وأحاديث كثيرة،وأجمعت الأمة على وجوب العدة فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى أنواع منها ، وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لاعـدة عليها ، لقول الله تعـالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا)(٦) ، ولأن العدة تجب ابراءة الرحم ، وقد تيقناها هاهنا ، وهكذا كل فرقة فى الحياة ، كالفسخ لرضاع ، أو عيب ، أو عتق ، أو لعان ، أو اختلاف دين .

٦٢٩٧ فصـــــل

وتجب العدة على الذمية من الذمى والمسلم ، وقال أبو حنيفة : إن لم تـكن من دينهم لم تلزمها ، لأنهم لايخاطبون بفروع الدين .

ولنا : عموم الآيات ، ولأنها بائن بعد الدخول ، أشبه المسلمة ، وعدتها كعدة المسلمة فى قول علماء الأمصار ، منهم مالك ، والثورى ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، ومن تبعهم ، إلا ماروى عن مالك ، أنه قال : تعتد من الوفاة بحيضة .

ولنا : عموم قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا)(٧) ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) سورة الطلاق آية ٤ .
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٤ (٤) أخرجه الشيخان عن أم سلمة .
(٥) أخرجه مسلم عن فاطمة بنت قيس (ف)
(٦) سورة الأحزاب آية ٤٩ (٧) سورة البقرة آية ٢٣٤

٦٢٩٨ فصــــل

والمعتدات ثلاثة أقسام :

معتدة : بالحمل ، وهى كل امرأة حامل من زوج ، إذا فارقت زوجها بطـلاق أو فسخ ، أو موته عنها ، حرة كانت أو أمة ، مسلمة أو كافرة ، فعدتها بوضع الحمل ، ولو بعد ساعـة ، لقول الله تعـالى : « وأُولَاتُ الأَحمَالِ أجَلُهن أنْ يضَعْنَ حَمْلَهُنَّ » [١] .

والثانى : معتدة بالقروء ، وهى كل معتدة من فرقة فى الحياة ، أو وطء فى غير نـكاح ، إذا كانت ذات قرء ، فعدتها القرء ، لقول الله تعالى : « والمُطلَّقاتُ يترَبَّصْنَ بأنفسهن ثلاثةَ قُرُوء » [٢] .

والثالث : معتدة بالشهور ، وهى كل من تعتد بالقرء إذا لم تـكن ذات قرء لصغر ، أو يأس ، لقول الله تعالى : « واللائِي يئِسْنَ من المَحِيض منْ نِسَائِـكُمْ إن ارْتَبْتُمْ فعِـدَّتُهُنَّ ثلاثةُ أشْهُرٍ واللاَّئى لم يَحِضْنَ » [٣] وذات القرء إذا ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل ، وعدة الآيسـة وكل من توفى عنها زوجها ، ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده ، حرة أو أمة ، فعدتها بالشهور ، لقول الله تعالى : «والَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ منـكُمْ وَيَذَرُونَ أزْواجاً يتَرَبَّصْنَ بأَنْفُسهن أرْبعةَ أشْهُرٍ وعَشْراً » [٤] .

٦٢٩٩ فصــــل

وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق . سواء كانت بخلع ، أو لعـان ، أو رضـاع ، أو فسخ بعيب ، أو إعسار ، أو إعتاق ، أو اختلاف دين ، أو غيره ، فى قول أكثر أهل العلم . وروى عن ابن عباس : أن عدة الملاعنة تسعة أشهر ، وأبى ذلك سائر أهل العلم . وقالوا : عدتها عـدة الطـلاق ، لأنها مفارقة فى الحياة ، فأشبهت المطلقة . وأكثر أهل العلم يقولون عدة المختلعة عـدة المطلقة . منهم سعيد بن المسيب ، وسالم بن عبد الله ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وقتادة ، وخـلاس بن عمرو ، وأبو عياض ، ومالك ، والليث ، والأوزاعى ، والشافعى ، وروى عن عثمان بن عفان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبان بن عثمان ، وإسحـاق ، وابن المنذر : أن عدة المختلعة حيضة ، ورواه ابن القاسم ، عن أحمد ، لما روى ابن عباس : « أن امرأة ثابت ابن قيس اختلعت منه ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة » . رواه النسائى . وعن الربيع بنت معوذ مثل ذلك ، وأن عثمان قضى به ، رواه النسائى وابن ماجه .

---

(١) سورة الطلاق آية ٤ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٣) سورة الطلاق آية ٤ (٤) سورة البقرة آية ٢٣٤ .

والظهار ، لأن الحكم علق ههنا على الخلوة التى هى مظنة الإصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلا بها فأتت

ولنا قول الله تعالى : « والمُطَلَّقَاتُ يتَرَبَّصْنَ بأنفُسِهنَّ ثلاثةَ قرُوء »[1] ، ولأنها فرقة بعـد الدخول فى الحياة ، فـكانت ثلاثه قروء كغير الخلع ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : «قرء الأمة حيضتان»[2] عام ، وحديثهم يرويه عـكرمة مرسلا . قال أبو بـكر : هو ضعيف مرسل . وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر ، وعلى ، فإنهما قالا : عدتهـا ثلاث حيض . وقولهما أولى . وأما ابن عمر . فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال : عدة المختلعة عدة مطلقة[3] وهو أصح عنه .

٦٣٠٠ فصـــــل

والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة فى نـكاح فاسد وبهذا قال الشافعى ، لأن وطء الشبهة وفى النـكاح الفاسد فى شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء فى النـكاح الصحيح ، فـكان مثله فيما تحصل به البراءة . وإن وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها ، كيلا يفضى إلى اختلاط المياه ، واشتباه الأنساب ، وله الاستمتاع منها بما دون الفرج فى أحـد الوجهين ، لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض .

٦٣٠١ فصـــــل

والمزنى بها كالموطوءة بشبهة فى العدة ، وبهذا قال الحسن ، والنخعى ، وعن أحمد رواية أخرى : أنها تستبرأ بحيضة ، ذكرها ابن أبى موسى ، وهذا قول مالك ، وروى عن أبى بـكر ، وعمر رضى الله عنهما : لاعدة عليها . وهو قول الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، لأن العدة لحفظ النسب ، ولا يلحقه نسب ، وقد روى عن على رضى الله عنه مايدل على ذلك .

ولنا : أنه وطء يقتضى شغل الرحم ، فوجبت العدة منه كوطء الشبهة . وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وقولهم إنما تجب لحفظ النسب لايصح فإنها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنفى ولدها ، والآيسة والصغيرة ، ولمـا وجب استبراء الأمة التى لايلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لـكان استبراء الأمة على البـائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة إليها داعية ، فإن المزنى بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا ، فلا يحصل حفظ النسب .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) سيأتى قريباً تخريجه فى المغنى . (ف)

(٣) فى ١٨،٢٩ : المطلقة .

٦٣٠٢ مسألة

قال رحمه الله تعالى ﴿ وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التى طلقها فيها ﴾ .

فى هذه المسألة ثلاثة فصول .

٦٣٠٣ أحدها

أن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وإن لم يمسها . ولا خلاف بين أهل العلم فى وجوبها على المطلقة بعد المسيس،فأما إن خلا بها ولم يصبها ، ثم طلقها ، فإن مذهب أحمد : وجوب العدة عليها ، وروى ذلك عن الخلفاء الراشدين ، وزيد ، وابن عمر وبه قال عروة ، وعلى بن الحسين ، وعطاء ، والزهرى ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى قديم قوليه ، وقال الشافعى فى الجديد: لاعدة عليها ، لقوله تعالى : « يا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُو إِذا نَكَحْتُمُ المؤمناتِ ثمَّ طلقتموهنَّ من قبل أنْ تَمسوهُنَّ فما لكُمْ عليهنَّ منْ عدةٍ تَعْتَدُّونَها[1] » . وهذا نص ، ولأنها مطلقة لم تمس ، فأشبهت من لم يخل بها .

ولنا إجماع الصحابة روى الإمام أحمد ، والأثرم ، بإسنادهما عن زرارة بن أوفى ، قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى ستراً ، أو أغلق باباً ، فقد وجب المهر ، ووجبت العدة . ورواه الأثرم أيضاً ، عن الأحنف ، عن عمر ، وعلى . وعن سعيد بن المسيب ، عن عمر ، وزيد بن ثابت ، وهذه قضايا اشتهرت ، فلم تنكر ، فصارت إجماعاً . وضعف أحمد ماروى فى خلاف ذلك ، وقد ذكرناه فى كتاب الصداق ، ولأنه عقد على المنافع ، فالتمكين فيه يجرى مجرى الاستيفاء فى الأحكام المتعلقة ، كعقد الإجارة . والآية مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يصح القياس على من لم يخل بها ، لأنه لم يوجد منها التمكين[2] .

٦٣٠٤ فصل

وظاهر كلام الخرقى أنه لافرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء ، أو مع عدمه ، سواء كان المانع حقيقياً ، كالجب ، والعنة ، والفتق ، والرتق . أو شرعياً كالصوم ، والإحرام ، والحيض ، والنفاس ، والظهار ، لأن الحكم علق ههنا على الخلوة التى هى مظنة الإصابة دون حقيقتها ، ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه ، وإن لم يطأ . وقد روى عن أحمد : أن الصداق لايكمل مع وجود المانع ،

(١) سورة الاحزاب آية ٤٩ .
(٢) فى ٢٩ : تمكين .

فكذلك يخرج فى العدة . وروى عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كال الصداق مع الخلوة ، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وشبهه منع كال الصداق ، ولم تجب العدة ، لأن الخلوة إنما أقيمت مقام المسيس ، لأنها مظنة له ، ومع المانع لاتتحقق المظنة . وأما إن خلا بها وهى صغيرة لايمكن وطؤها، أو كان أعمى فلم يعلم بها ، فلا عدة عليها ، ولا يكمل صداقها ، لأن المظنة لاتتحقق مع ظهور استحالة المسيس .

٦٣٠٥ الفصل الثانى

أن عدة المطلقة إذا كانت حرة وهى من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف بين أهل العلم ، وذلك لقول الله تعالى : (والمطلقاتُ يتربَّصْنَ بأنفسِهِنَّ ثلاثة قُرُوء)[١] والقرء فى كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعاً ، فهو من الأسماء المشتركة ، قال أحمد بن يحيى ثعلب : القروء : الأوقات الواحد قرء ، وقد يكون حيضاً ، وقد يكون طهراً لأن كل واحد منهما يأتى لوقت . قال الشاعر[٢] :

كَرِهْتُ العَقْرَ عَقْرَ بَنِى شَلِيلٍ إذا هَبَّتْ لِقَارِئِهَا الرِّيَاحُ

يعنى لوقتها . وقال الخليل بن أحمد : يقال : أقرأت المرأة ، إذا دنا حيضها ، وأقرأت إذا دنا طهرها ، وفى الحديث عن النبىّ صلى اللهُ عليه وسلم : « دعى الصلاة أيام أقرائك »[٣] ، فهذا الحيض ، وقال الشاعر[٤] :

مورِّثةٌ عِزًّا وفى الحى رفعـةً لما ضاع فيها من قُروء نسائكا

فهذا الطهر ، واختلف أهل العلم فى المراد بقوله سبحانه : (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)[٥] ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

(٢) هو مالك بن الحرث الهذلى كما فى اللسان ج ١ ص ١٣٢ وفيه وفى ديوان الهذليين قسم ٣ ص٨٣ (بنى شليل) ، قارىء : وقت أى لوقت هبوبها وشدة بردها والعقر : مكان وكرهه لأنه قوتل فيه ، و (شليل) : جد جرير بن عبد الله البجلى . (ف)

(٣) أخرجه أبو داود عن فاطمة بنت حبيش بلفظ « إذا أتى قرؤك فلا تصلى » . (ف)

(٤) قائله الأعشى وهو فى ديوانه ص ٩١ ونصه :

« وفى كل عام أنت جاشم غزوة تشـد لأقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفى الحمد رفعـة . . . . »

وفى لسان العرب ج ١ ص ١٣٠ « مورثة مالا وفى الحى رفعة » .

ومعنى البيتين : لك فى كل عام غزوة ترث منها المال والمجد الذى يعوقك عن إتيان نسائك . وإتيان النساء فى الطهر لا فى الحيض . (ف)

(٥) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

واختلفت الرواية فى ذلك عن أحمد فروى أنها الحيض . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والثورى ، والأوزاعى ، والعنبرى ، وإسحاق ، وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى . وروى ذلك عن أبى بكر الصديق ، وعثمان بن عفان ، رضى الله عنهما ، وأبى موسى ، وعبادة بن الصامت وأبى الدرداء قال القاضى : الصحيح عن أحمد أن الأقراء : الحيض ، وإليه ذهب أصحابنا ، ورجع عن قوله بالأطهار ، فقال فى رواية النيسابورى : كنت أقول إنه الأطهار ، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض . وقال فى رواية الأثرم : كنت أقول الأطهار ، ثم وقفت لقول الأكابر .

والرواية الثانية عن أحمد أن القروء الأطهار ، وهو قول زيد ، وابن عمر ، وعائشة ، وسليمان بن يسار ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، وعمر بن عبدالعزيز ، والزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وأبى ثور ، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : ماأدركت أحداً من فقهائنا إلا ، وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر : رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار . قال فى رواية الأثرم رأيت الأحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف . والأحاديث عمن قال إنه [الطهر] أحق بها حتى تدخل فى الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح وقوية . واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى : (فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)[1] أى فى عدتهن ، كقوله تعالى : (وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ)[2] أى فى يوم القيامة ، وإنما أمر بالطلاق فى الطهر لا فى الحيض ، ويدل عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر : « مره فليراجعها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » متفق عليه . وفى رواية ابن عمر : « فطلقوهن فى قُبُل عدتهن » ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح ، فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق ، وكعدة الآيسة[3] والصغيرة .

ولنا قول الله تعالى : (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لَمْ يَحِضْنَ)[4] فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر ، فدل ذلك على أن الأصل الحيض كما قال تعالى : (فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً)[5] الآية . ولأن المعهود فى لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : « تدع الصلاة أيام أقرائها » . رواه أبو داود . وقال لفاطمة بنت أبى حبيش : « انظرى فإذا أتى قرؤك فلا تصلى ، وإذا مر قرؤك فتطهرى ، ثم صلى مابين القرء إلى القرء » . رواه النسائى ، ولم يعهد فى لسانه بمعنى الطهر فى موضع ، فوجب أن يحمل كلامه على المعهود فى لسانه . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم : أنه قال : « طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان » .

---

(١) سورة الطلاق آية ١ (٢) سورة الأنبياء آية ٤٧ .
(٣) فى ١٨ اليائسة وهما بمعنى واحد (٤) سورة الطلاق آية ٤ .
(٥) سورة المائدة آية ٦

رواه أبو داود وغيره ، فإن قالوا : هذا يرويه مظاهر بن مسلم ، وهو منـكر الحـديث . قلنا : قد رواه عبد الله بن عيسى ، عن عطية العوفى ، عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجه فى سننه ، وأبو بكر الخلال فى جامعه ، وهو نص فى عدة الأمة ، فـكذلك عـدة الحرة ، ولأن ظاهر قوله تعالى : (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)[1] وجوب التربص ثلاثة كاملة ، ومن جعل القروء الأطهار لم يوجب ثلاثة ، لأنه يـكتفى بطهرين وبعض الثالث ، فيخالف ظاهر النص . ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ، ولأن العدة استبراء ، فـكانت بالحيض كاستبراء الأمة ، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذى يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به ، فإن قيل: لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة ، وإنما هو بالطهر الذى قبـل الحيضة كذلك ، قال ابن عبد البر ، وقال: قولهم إن استبراء الأمة حيضة بإجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت فى الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه فى مناظرته إياه ، قلنا: هذا يرده قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأن الاستبراء تعرف براءة الرحم ، وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذى قبلها ، ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم ، فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه[2] وتارة تحصل بما ينافيه ، وهو الحيض الذى لا يتصور وجوده معه ، فأما قوله تعالى : (فطلقوهن لعدتهن)[3] فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق فى العدة ضرورة أن الطلاق سبق العدة ، لـكونه سببها ، والسبب يتقدم على الحـكم ، فلا يوجد قبله والطلاق فى الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الأقراء الحيض .

٦٣٠٦ الفصل الثالث

أن الحيضة التى طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف بين أهل العـلم ، لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء ، فتتناول ثلاثة كاملة ، والتى طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها ، ولأن الطلاق إنما حرم فى الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها ، فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً كان أقصر لعدتها وأنفع لها ، فلم يكن محرماً[4] ، ومن قال القروء الأطهار احتسب لها بالطهر الذى طلقها فيه قرءاً ، فلو طلقها وقد بقى من قرئها لحظة حسبها قرءاً . وهـذا قول كل من قال القروء الأطهار ، إلا الزهرى وحده ، قال: تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذى طلقها فيه . وحكى عن أبى عبيد : أنه إن كان جامعها

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) فى ١٨ ، ٣٩ : بالوضع .
(٣) سوره الطلاق آية ١ .
(٤) فى النسخ (محروماً) والصواب (محرماً) كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ١٠٠ (ف)

فى الطهر لم يحتسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض .

ولنا : أن الطلاق حرم فى زمن الحيض دفعاً لضرر تطويل العدة عليها ، فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءاً كان الطلاق فى الطهر أضرّ بها ، وأطول عليها . وما ذكر عن أبى عبيد لايصح ، لأن تحريم الطلاق فى الحيض لـكونها لا تحتسب ببقيته ، فلايجوز أن تجعل العلة فى عدم الاحتساب تحريم الطلاق ، فتصير العلة معلولا ، وإنما تحريم الطلاق فى الطهر الذى أصابها فيه ، لـكونها مرتابة ، ولـكونه لايأمن الندم بظهور حملها ، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فإن الطلاق يقع فى أول الحيضـة ويكون محرماً ولا تحتسب بتلك الحيضـة من عدتها وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض بعـدها ، أو ثلاثة أطهار على الرواية الأخرى . ولو قال لها : أنت طالق فى آخر طهرك أو فى آخر جزء من طهرك أو انقضت حروف الإيقاع ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع فإنها لا تحتسب بالطهر الذى وقع فيه الطلاق ، لأن العدة لا تـكون إلا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ، ولايجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قاربه ومن جعل القرء الحيض اعتدّ لها بالحيضة التى تلى الطلاق ، لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق ، فوجب أن تعتدّ بها قرءاً . وإن اختلفا فقال الزوج : وقع الطلاق فى أول الحيض ، وقالت : بل فى آخر الطهر ، أو قال : انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، وقالت : بل وقد بقى منه بقية ، فالقول قولها ، لأن قولها مقبول فى الحيض وفى انقضاء العدة .

٦٣٠٧ مســـألة

قال : ﴿ فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج ﴾ .

حكى أبو عبد الله بن حامد فى هذه المسألة روايتين :

إحداهما : أنها فى العدة مالم تغتسل ، فيباح لزوجها ارتجاعها ، ولايحل لغيره نـكاحها . قال أحمـد : عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، يقولون : قبل أن تغتسل من الحيضـة الثالثة . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، والثورى ، وإسحاق . وروى ذلك عن أبى بكر الصديق ، وعثمان بن عفان ، وأبى موسى ، وعبادة ، وأبى الدرداء ، رضى الله عنهم . قال شريك : له الرجعة وإن فرطت فى الغسـل عشرين سنة . قال أبو بكر : وروى عن أبى عبد الله : أنها فى عدتها ، ولزوجها رجعتها ، حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها ، وهذا قول الثورى ، وبه قال أبو حنيفة : إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض . فإن انقطع لأكثره انقطعت العدة بانقطاعه . ووجه اعتبار الغسل قول الأكثرين من الصحابة ولا مخالف لهم فى عصرهم فيكون[1] إجماعاً ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض .

---

(١) فى ٣٩ : فكان .

والرواية الثانية : أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها . اختاره أبو الخطاب ، وهو قول سعيد بن جبير ، والأوزاعي ، والشافعي في القديم ، لأن الله تعالى قال : (يتربَّصْن بأنفسهن ثلاثة قروء) ، وقد كانت القروء بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ولأنه لم يبق في حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة ، فكذلك فيما نحن فيه ، قال القاضي : إذا شرطنا الغسل أفاد عدمه إباحة الرجعة وتحريمها على الأزواج ، فأما سائر الأحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها .

٦٣٠٨ فصــــل

وإن قلنا القروء الأطهار فطلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة ، وإن طلقها حائضاً انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة . وهذا قول زيد بن ثابت ، وابن عمر ، وعائشة ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، ومالك ، وأبي ثور ، وهو ظاهر مذهب الشافعي، وحكى عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي زمن الدم ، يوم وليلة ، لجواز أن يكون الدم دم فساد ، فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال . وحكى القاضي هذا احتمالاً في مذهبنا أيضاً .

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلايعول عليه ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم عنهم بإسناده ، ولفظ حديث زيد بن ثابت « إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها » وقولهم إن الدم يكون دم فساد قلنا قد حكم بكونه حيضاً في ترك الصلاة ، وتحريمها على الزوج ، وسائر أحكام الحيض ، فكذلك في انقضاء العدة ، ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال ، فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم ، كما لو قال لها : إن حضت فأنت طالق ، واختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال : اليوم والليلة من العدة ، لأنه دم تكمل به العدة ، فكان منها كالذي في أثناء الأطهار ، ومنهم من قال : ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها ولأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين .

٦٣٠٩ مســــألة

قال ﴿ وإن كانت أمة فإذا اغتسلت من الحيضة الثانية ﴾

أكثر أهل العلم يقولون عدة الأمة بالقرء قرءان. منهم : عمر ، وعلي ، وابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعبد الله بن عتبه ، والقاسم ، وسالم ، وزيد بن أسلم ، والزهري ، وقتادة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وعن ابن سيرين : عدتها عدة الحرة ، إلا أن تكون

قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء[1] » .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « قرء الأمة حيضتان » وقد ذكرناه . وقول عمر وعلى وابن عمر ولم نعرف لهم مخالفاً فى الصحابة فكان إجماعاً وهذا يخص عموم الآية ولأنه معنى ذو عدد بنى على التفاضل فلا تساوى فيه الأمة الحرة كالحد وكان القياس يقتضى أن تكون حيضة ونصفاً كما كان حدها على النصف من حد الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفاً لفعلت فإذا تقرر هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية فى إحدى الروايتين وفى الأخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية وعلى الرواية التى تقول إن القروء الأطهار فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية .

٦٣١٠ مســـألة

قال : (وإن كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر) .

أجمع أهل العلم على هذا، لأن الله تعالى ذكره فى كتابه بقوله سبحانه[2] : (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن) فإن كان الطلاق فى أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة لقول الله تعالى[3] (يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج) وقال سبحانه[4] (إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً فى كتاب الله يوم خلق السموات والأرض منها أربعة حرم) ولم يختلف الناس فى أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهلة وإن وقع الطلاق فى أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالأهلة ، ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوماً وهذا مذهب مالك ، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : تحتسب بقية الأول ، وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول ، تاماً كان أو ناقصاً ، لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالأهلة فإذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه . وخرج أصحابنا وجهاً ثانياً أن جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعى لأنه إذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثانى من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث .

ولنا : أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك إذا غم الشهر كمل ثلاثين والأصل الهلال فإذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا وإذا تعذر رجعوا إلى العدد وفى هذا انفصال عما ذكر لأبى حنيفه وأما التخريج الذى ذكرناه فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثانى ويجوز أن يكون تمامه من الرابع .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٢) سورة الطلاق آية ٤
(٣) سورة البقرة آية ١٨٩ (٤) سورة التوبة آية ٣٦

٦٣١١ فصـــل

وتجب العدة من الساعة التى فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهـار اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله فى قول أكثر أهل العلم وقال أبو عبد الله بن حامد لاتحتسب بالساعات وإنما تحتسب بأول الليل والنهار فإذا طلقها نهاراً احتسبت من أول الليل الذى يليه ، وإن طلقها ليلا احتسبت بأول النهار الذى يليه . وهذا قول مالك ، لأن حساب الساعات يشق ، فسقط اعتباره .

ولنا : قول الله تعالى : « فعدتهن ثلاثة أشهر[1] » ولا تجوز الزيادة عليها بغير[2] دليل وحساب الساعات ممكن إما يقينا وإما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ماأوجبه الله تعالى .

٦٣١٢ مســـألة

قال : ﴿ والأمة شهران ﴾

اختلفت الروايات عن أبى عبدالله فى عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضى الله عنه : عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء والزهرى وإسحاق وأحد قولى الشافعى لأن الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرءان فبدلها شهران . ولأنها معتدة بالشهور عن غير الوفاة فكان عـددها كعدد القرء ولو كانت ذات قرء كالحرة .

والرواية الثانية : أن عدتها شهر ونصف نقلها الميمونى والأثرم واختارها أبو بكر وهذا قول على رضى الله عنه وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن المسيب ، وسالم ، والشعبى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وهو قول ثان للشافعى ، لأن عدة الأمة نصف عدة الحرة ، وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف ، وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعـذر تبعيض الحيضة ، فإذا صرنا إلى الشهور أمـكن التنصيف ، فوجب المصير إليه كما فى عدة الوفاة ، ويصير هـذا كالمحرم إذا وجب عليه فى جزاء الصيد نصف مـدّ أجزأه إخراجه ، فإن أراد الصيام مكانه صام يوماً كاملا . ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة ولأنها معتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحرة كالمتوفى عنها زوجها .

والرواية الثالثة : أن عدتها ثلاثة أشهر ، وروى ذلك عن الحسن ، ومجاهد ، وعمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، ويحيى الأنصارى ، وربيعة ، ومالك ، وهو القول الثالث للشافعى لعموم قوله تعالى : (فعدتهن ثلاثة أشهر)[3] ، ولأنه استبراء للأمة الآيسة بالشهور ، فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الأمة إذا ملكها

---

(١) سورة الطلاق آية ٤ . (٢) فى ١٨ : من غير . (٣) سورة الطلاق آيه ٤

أو مات سيدها ، ولأن اعتبار الشهور ههنا للعلم ببراءة الرحم ، ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر فى الحرة والأمة جميعاً ، لأن الحمل يكون نطفة أربعين يوماً ، وعلقة أربعين يوماً ، ثم يصير مضغة ، ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة ، فيظهر الحمل . وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ، ولذلك كان استبراء الأمة فى حق سيدها ثلاثة أشهر ، ومن رد هذه الرواية قال : هى مخالفة لإجماع الصحابة ، لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ، ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز إحداث قول ثالث ، لأنه يفضى إلى تخطئتهم ، وخروج الحق عن قول جميعهم ، ولا يجوز ذلك . ولأنها معتدة لغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى عنها زوجها .

٦٣١٣ فصـــــل

واختلف عن أحمد فى السن الذى تصير به المرأة من الآيسات ، فعنه أوله خمسون سنة ، لأن عائشة قالت : لن ترى المرأة فى بطنها ولداً بعد خمسين سنة . وعنه إن كانت من نساء العجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب فستون ، لأنهن أقوى طبيعة ، وقد ذكر الزبير بن بكار فى كتاب النسب أن هنداً بنت أبى عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن بن على بن أبى طالب ولها ستون سنة . وقال : يقال إنه لن تلد[1] بعد خمسين سنة إلا عربية ، ولا تلد لستين إلا قرشية وللشافعى قولان :

أحدهما : يعتبر السن الذى يتيقن أنه إذا إنه إذا بلغته لم تحض ، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة .

والثانى : يعتبر السن الذى تيأس فيه نساء عشيرتها لأن الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن والصحيح إن شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لأن وجود الحيض فى حق هذه نادر بدليل قول عائشة ، وقلة وجوده ، فإذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس عن وجوده ، فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر ، وإن انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها ، لا تدرى مارفعه ، على ماسنذكره إن شاء الله . وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التى كانت تراه فيها فهو حيض فى الصحيح لأن دليل الحيض الوجود فى زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه ، وإن كان نادراً ، وإن رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض لأنه لم يوجد ذلك ، قال الخرقى ، فإذا رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالأشهر كالتى لا ترى دماً .

---

(١) فى ٣٩ : لا تلد .

٦٣١٤ فصـــــل

وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين ، لأن المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع ، وقد روى عن الشافعى أنه قال رأيت جدة لها إحدى وعشرون سنة ، فهذه إذا أسقطت من عمرها مدة الحملين فى الغالب عاماً ونصفاً وقسمت الباقى بينها وبين ابنتها كانت كل واحـدة منهما قد حملت لدون عشر سنين ، فإن رأت دماً قبل ذلك فليس بحيض لأنه لم يوجد مثلها متكرراً والمعتبر من ذلك ماتكرر ثلاث مرات فى حال الصحة ، ولم يوجد ذلك فلا يعتد به .

٦٣١٥ فصـــــل

فإن بلغت سناً تحيض فيه النساء فى الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعـدتها ثلاثة أشهر فى ظاهر قول الخرقى ، وهو قول أبى بكر ، وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه ، وذلك ماروى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة قال القاضى هذه الرواية أصح لأنه متى أتى عليها زمان الحيض ، فلم تحض صارت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها ، فيجب أن تعتد بسنة كالتى ارتفع حيضها بعد وجوده .

ولنا : قول الله تعالى : (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن)[1] وهذه من اللائى لم يحضن ، ولأن الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ، ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء[2] فى الغالب مثل أن تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض ، وفارق من ارتفع حيضها ، ولا تدرى مارفعه ، فإنها من ذوات القروء ، وهذه لم تـكن منهن .

٦٣١٦ مســــألة

قال : ﴿ وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة ، وهى أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بَنَتْ على عـدة حرة ، وإن طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ، فأعتقت اعتدت عدة أمة ﴾ .

هذا قول الحسن ، والشعبى ، والضحاك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وهذا أحد أقوال الشافعى ، والقول الثانى : تـكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية ، وهو قول مالك ، وأبى ثور ، لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كالو كانت بائناً ، أو كالو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية ، فـكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد . وقال عطاء والزهرى وقتادة تبنى على عدة حرة بكل حال ، وهو القول الثالث للشافعى لأن سبب العـدة الـكاملة إذا وجد فى أثناء العدة انتقلت إليها ، وإن كانت بائناً كالو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم .

---

(١) سورة الطلاق آية ٤ (٢) فى ١٨ : فى مثله النساء .

ولنا : أنها إذا عتقت وهى رجعية فقد وجدت الحرية ، وهى زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كالو أعتقت قبل الطلاق ، وإن أعتقت وهى بائن فلم توجد الحرية فى الزوجية ، فلم تجب عليها عدة الحرائر كالو أعتقت بعد مضى القرءين . ولأن عدة الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر والبائن لاتنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كالو انقضت عدتهـا ، وماذكرناه لمالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية ، فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة والفرق بين مانحن فيـه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجـد الماء وليس كذلك هاهنا . فإن عدة الأمة ليست ببدل ، ولذلك تبنى الأمة على مامضى من عدتهـا اتفاقاً ، وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترق . وتخـالف الاستبراء ، فإن الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تـكمل ، ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التى لم تعتق ولأن الاستبراء لايختلف بالرق والحرية بخلاف مسألتنا .

٦٣١٧ فصـــــل

إذا عتقت الأمة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها بانت من زوجها وهى حرة

وقد روى الحسن أن النبى صلى الله عليه وسلم ، أمر بريرة أن تعتد عدة الحرة وإن طلقها العبد طلاقاً رجعياً فأعتقها سـيدها بنت على عدة الحرة سواء فسخت أو أقامت على النكاح لأنها عتقت فى عدة رجعية وإن لم تفسخ فراجعها فى عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فإن اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أم تبنى على مامضى من عدتها ؟ . على وجهين : فإن قلنا : تـستأنف . فإنهـا تستأنف عدة حرة وإن قلنا : تبنى بنت على عدة حرة .

٦٣١٨ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا طلقها وهى ممن حاضت فارتفع حيضها ، لاتدرى مارفعه ؟ اعتدت سنة ﴾ .

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته وهى من ذوات الأقراء فلم تر الحيض فى عادتهـا ولم تدر مارفعه ؟ فإنها تعتد سـنة . تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لأن هذه المـدة هى غالب مدة الحمـل فإذا لم يبن الحمل فيها عـلم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعـد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر . هذا قول عمر رضى الله عنه . قال الشافعى : هذا قضـاء عمر بين المهاجرين والأنصـار لاينـكره منهم منكر علمناه . وبه قال مالك والشافعى فى أحد قوليه ، وروى ذلك عن الحسن ، وقال الشافعى فى قول آخر تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، لأن هذه المدة هى التى يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطا .

وقال فى الجديد : تـكون فى عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس تعتد حينئذ بثلاثة أشهر ،

وهذا قول جابر بن زيد ، وعطاء ، وطاوس ، والشعبي ، والنخعى ، والزهرى ، وأبى الزناد ، والثورى وأبى عبيد ، وأهل العراق . لأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض .

ولنا : الإجماع الذى حكاه الشافعى . ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا تحصل به براءة رحمها . فاكتفى به ولهذا اكتفى فى حق ذات القرء بثلاثة قروء وفى حق الآيسة بثلاثة أشهر . ولو روعى اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ، ولأن عليها فى تطويل العدة ضرراً فإنها تمنع من الازواج وتحبس دائماً ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه . وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر ، فإن قيل : فإذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبر ثم ثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا : الاعتداد بالقروء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم بدليل مالو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمتها العدة .

٦٣١٩ فصـــــل

فإن عاد الحيض إليها فى السنة ، ولو فى آخرها لزمها الانتقال إلى القروء ، لأنها الأصل فبطل بها حكم البدل ، وإن عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لأنّ عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها ، فلم تبطل كالو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت وإن حاضت بعد السنة ، وقبل نكاحها ففيه وجهان .

أحدهما : لاتعود لأن العدة انقضت بالشهور ، فلم تعد كالصغيرة .

والثانى : تعود لأنها من ذوات القروء ، وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كالو حاضت فى السنة .

٦٣٢٠ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل ، وشهران للعدة ﴾ .

هذه المسألة مبنية على أصلين .

أحدهما : أن الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها ، لاتدرى مارفعه ؟

الثانى : أن عدة الأمة الآيسة شهران ، فتتربص تسعة أشهر ، لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والأمة ، لكونه أمراً حقيقياً ، فإذا يئست من الحمل اعتدت مدة الآيسة شهرين ، وعلى الرواية التى جعل عدتها شهراً ونصفاً تكون عدتها عشرة أشهر ونصفاً ، ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة[1] .

---

(١) فى ١٨ : كعدة الحر

٦٣٢١ مسألة

قال : { وإن عرفت ما رفع الحيض كانت في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به ، إلا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عداد الآيسات } .

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع ، فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن اليأس ، وقد ذكرناه فعند ذلك تعتد عدة الآيسات . وقد روى الشافعي في مسنده بإسناده عن حبان بن منقذ[1] أنه طلق امرأته طلقة واحدة وكانت لها منه بُنَيَّة ترضعها . فتباعد حيضها ، ومرض حبان ، فقيل له : إنك إن مت ورثتك ، فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت ، فسأله عن ذلك . فقال عثمان لعلي وزيد : ما تريان ؟ فقالا : نرى أنها إن ماتت ورثها ، وإن مات ورثته ، لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من الحيض ، ولا من الأبكار اللائي لم يبلغن المحيض . فرجع حبان إلى أهله ، فانتزع البنت منها ، فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة ، فَوَرَّثَهَا عثمان رضي الله عنه ، وروى الأثرم بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان : أنه كانت عند جده امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية ، وهي مرضع ، فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الأنصارية : لم أحض فاختصموا إلى عثمان رضي الله عنه ، فقضى لها بالميراث ، فلامت الهاشمية عثمان فقال : هذا عمل ابن عمك ، هو أشار علينا بهذا ـ يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

٦٣٢٢ مسألة

قال : { وإن حاضت حيضة أو حيضتين . ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه ؟ لم تنقض عدتها إلا بعد سنة بعد انقطاع الحيض } .

وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه ، أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ، فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه تجلس تسعة أشهر . فإذا لم يستبن بها حمل تعتد بثلاثة أشهر ، فذلك سنة ، ولا نعرف له مخالفاً . قال ابن المنذر : قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار ، ولم ينكره منكر . وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها . قال : أذهب إلى حديث عمر إذا رفعت حيضتها . فلم تدر مم ارتفعت ، فإنها تنتظر سنة ، قيل له : فحاضت دون السنة فقال : ترجع إلى الحيضة . قيل له : فإن ارتفعت حيضتها أيضاً لا تدري مم ارتفعت ؟ قال : تقعد سنة أخرى . وهذا قول كل من وافقنا في المسألة الأولى . وذلك لأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة ، فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة ، كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ، ووجب عليها سنة كاملة ، لأن العدة

---

(٢) حبان بن منقذ الأنصاري له صحبة روى عنه ابنه واسع بن حبان وهو بفتح الحاء .

لاتبنى على عدة أخرى ، ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ، ثم يئست ، انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهراً أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء .

٦٣٢٣ فصـــل

فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد مابين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض وإن طالت لأن هذه لم يرتفع حيضها ، ولم تتأخر عن عادتها ، فهى من ذوات القروء باقية على عادتها ، فأشبهت من لم يتباعد حيضها . ولا نعلم فى هذا مخالفاً .

٦٣٢٤ فصـــل

فى عدة المستحاضة لاتخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز ، أو لا تكون كذلك ، فإن كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة ، إذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها ، قال أحمد : المستحاضة تعتد أيام أقرائها التى كانت تعرف [1] وإن علمت أن لها فى كل شهر حيضة ، ولم تعلم موضعها ، فعدتها ثلاثة أشهر . وإن شكّت فى شىء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت . وإن كانت مبتدأة لاتمييز لها أو ناسية لاتعرف لها وقتاً ولا تمييزاً ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : أن عدتها ثلاثة أشهر ، وهو قول عكرمة ، وقتادة ، وأبى عبيد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر [2] حمنة بنت جحش أن تجلس فى كل شهر ستة أيام أو سبعة ، فجعل لها حيضة فى كل شهر ، تترك فيها الصلاة والصيام ، ويثبت فيها سائر أحكام الحيض ، فيجب أن تنقضى به العدة ، لأن ذلك من أحكام الحيض .

والرواية الثانية : تعتد سنة ، بمنزلة من رفعت حيضتها لاتدرى مارفعها . قال أحمد : إذا كانت قد اختلطت ولم تعلم إقبال الدم وإدباره اعتدت سنة ، لحديث عمر . لأن به يتبين الحمل . وهو قول مالك ، وإسحاق . لأنها لم تتيقن لها حيضاً ، مع أنها من ذوات القروء ، فكانت عدتها سنة كالتى ارتفع حيضها . وعلى الرواية الأولى ينبغى أن يقال : إننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر ، فمضى لها شهران بالهلال ، وسبعة أيام من أول الثالث ، فقد انقضت عدتها . وإن قلنا : القروء الأطهار فطلقها فى آخر شهر ، ثم مر لها شهران ، وهَلّ [3] الثالث انقضت عدتها . وهذا مذهب الشافعى .

---

(١) فى ٣٩ : تعرفها .

(٢) حديث حمنة بنت جحش أخرجه الشافعى وأحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجة والدارقطنى والحاكم . (ف) (٣) فى ١٨ : وأهل

٦٣٢٥ مسألة

قال : ﴿ ولو طلقها وهى من اللاتى لم يحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض إن كانت حرة وبحيضتين إن كانت أمة ﴾ .

وجملته : أن الصغيرة التى لم تحض ، أو البالغ التى لم تحض ، إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة ، لزمها استئناف العدة فى قول عامة علماء الأمصار ، منهم سعيد بن المسيب ، والحسن ومجاهد ، وقتادة ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، والثورى ، ومالك والشافعى وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، وأهل المدينة ، وأهل البصرة . وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض ، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء . ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا : القروء الحيض ، وإن قلنا الأطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تعتد به ، لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض ، فأشبه الطهر بين الحيضتين .

والثانى : لا تعتد به ، وهو ظاهر كلام الشافعى ، لأن القرء هو الطهر بين حيضتين ، وهذا لم يتقدمه حيض ، فلم يكن قرءاً ، فأما إن انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة ، لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة ، كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل . ولا يمكن منع هذا الأصل ، لأنه لو صح منعه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال .

٦٣٢٦ فصل

ولو حاضت حيضة أو حيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت العدة بثلاثة أشهر ، لأن العدة لا تلفق من جنسين ، وقد تعذر إتمامها بالحيض ، فوجب تكميلها بالأشهر . وإن ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم مامضى ، وتبين أن مارأته من الدم لم يكن حيضاً ، لأن الحامل لا تحيض ، ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لأقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبيناً أن الدم ليس بحيض ، لأنها كانت حاملا مع رؤية الدم ، والحامل لا تحيض . ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن أن يكون حادثاً بعد قضاء[1] العدة بأن تأتى به لستة أشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج ، وحكمنا بصحة الاعتداد ، وكان هذا الولد الولد حادثاً ، وإن أتت به لدون ذلك تبينا أن الدم ليس بحيض ، لأنه لا يجوز وجوده فى مدة الحمل .

---

(١) فى ٢٩ : انقضاء .

٦٣٢٧ فصـــــل

وإذا ارتابت ، المعتدة ومعناه : أن ترى أمارات الحمل من حركة أو نفخة ونحوها ، وشكّت هل هو حمل أم لا ؟ فلا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن تحدث به الريبة قبل انقضاء عدتها ، فإنها تبقى فى حكم الاعتداد حتى تزول الريبة ، فإن بان حملا انقضت عدتها بوضعه ، فإن زالت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل ، لأنها تزوجت وهى فى حكم المعتدات فى الظاهر . ويحتمل أنه إذا تبين عدم الحمل أنه يصح النكاح ، لأنا تبينا أنها تزوجت بعد انقضاء عدتها .

الثانى : أن تظهر الريبة بعد قضاء[1] عدتها والتزوج ، فالنكاح صحيح ، لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهراً ، والحمل مع الريبة مشكوك فيه ، ولايزول به ماحكم بصحته ، لكن لايحل لزوجها وطؤها ، لأننا شككنا فى صحة النكاح ، ولأنه لايحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره ، ثم ننظر ، فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى ووطئها فنكاحه باطل ، لأنه نكحها وهى حامل ، وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به ، ونكاحه صحيح .

الحال الثالث : ظهرت الريبة بعد قضاء العدة ، وقبل النكاح . ففيه وجهان .

أحدهما : لايحل لها أن تتزوج ، وإن تزوجت فالنكاح باطل ، لأنها تتزوج مع الشك فى انقضاء العدة فلم يصح ، كما لو وجدت الريبة فى العدة ، ولأننا لوصححنا النكاح لوقع موقوفاً ، ولا يجوز كون النكاح موقوفاً ، ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته فى الشرك لم يجز أن يتزوج أختها لأن، نكاحها يكون موقوفاً على إسلام الأولى .

والثانى : يحل لها النكاح ويصح ، لأننا حكمنا بإنقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى ، فلا يجوز زوال ماحكم به بالشك الطارىء ، ولهذا لاينقض الحاكم ماحكم به بتغير اجتهاده، ورجوع الشهود .

٦٣٢٨ فصـــــل

وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة ، وعليها العدة دون غيرها ، وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة ، وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها[2] فنى قول أصحابنا الحكم فيها

---

(١) فى ١٨ : انقضاء .

(٢) فى النسخ (وأنسبها) وهو تحريف والصواب (وأنسيها) .

كذلك والصحيح أنه يحرم عليه الجميع ، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين من عدة الطلاق والوفاة ، لأن النكاح كان ثابتاً بيقين ، وكل واحد منهن يجوز أن تكون هى المطلقة ، وأن تكون زوجة ، فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائناً ، ليسقط الفرض بيقين ، كمن نسى صلاة من يوم لايعلم عينها ، لزمه أن يصلى خمس صلوات ، لكن ابتداء القرء من حين طلق ، وابتداء عدة الوفاة من حين الموت ، وهذا مذهب الشافعى ، وإن طلق الجميع ثلاثاً بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثاً ، وإن طلق ثلاثاً وأنسيهن فهو كما لو طلق واحدة .

٤٣٢٩ مســـألة

قال ﴿ ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة ، ولتمام شهرين وخمسة أيام إن كانت أمة ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها - أربعة أشهر وعشر ، مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ ، وذلك لقوله تعالى : « وَالَّذِينَ يُتَوَفَّونَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً »[1] . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » متفق عليه .

فإن قيل : ألا حملتم الآية على المدخول بها ؟ كما قلتم فى قوله تعالى : « والمطلقاتُ يتربصنَ بأنفسهنَّ ثلاثةَ قُروء »[2] . قلنا : إنما خصصنا هذه بقوله تعالى : « يا أَيُّهَا الذينَ آمنوا إذَا نَكَحْتُمُ المُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ من قبلِ أن تَمَسُّوهُنَّ فما لَكم عَلَيْهِنَّ من عِدَّة تَعْتَدُّونَهَا »[3] . ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقة فى التخصيص لوجهين :

أحدهما : أن النكاح عقد عُمرٍ ، فإذا مات انتهى ، والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه ، كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل ، وأحكام الإجارة بانقضائها ، والعدة من أحكامه .

الثانى : أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان ، وهذا ممتنع فى حق الميت ، فلا يؤمن أن تأتى بولد فيلحق الميت نسبه ، ومالَهُ مَنْ ينفيه ، فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت فى غير منزلها حفظاً لها .

إذا ثبت هذا فإنه لايعتبر وجود الحيض فى عدة الوفاة فى قوله عامة أهل العلم . وحكى عن مالك أنها إذا كانت مدخولاً بها وجب أربعة أشهر وعشر فيها حيضة ، واتباع الكتاب والسنة أولى ، ولأنه لو

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٤ (٢) سورة البقرة ٢٢٨ (٣) سورة الأحزاب آية ٤٩

اعتبر الحيض فى حقهـا لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة ، وهـذا الخلاف يختص بذات القرء ، فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيها ، وأما الأمة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام فى قول عامة أهل العلم . منهم : سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وسليمان بن يسار ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال : ماأرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة ، إلا أن تـكون قد مضت فى ذلك سنَّة ، فإن السنة أحق أن تتبع ، وأخذ بظاهر النص وعمومه . ولنا اتفاق الصحابة رضى الله عنهم على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة ، فـكذلك عدة الوفاة .

٦٣٣٠ فصـــــل

والعشر المعتبرة فى العدة هى عشر ليال بأيامها ، فتجب عشرة أيام مع الليالى . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وقال الأوزاعى : يجب عشر ليال وتسعة أيام ، لأن العشر تستعمل فى الليالى دون الأيام . وإنما دخلت الأيام اللاتى فى أثناء الليالى تبعاً . قلنا : العرب تغلب اسم التأنيث فى العدد خاصة على المذكر ، فتطلق لفظ الليالى وتريد الليالى بأيامها . كما قال الله تعالى لزكريا : « آيَتُكَ أَلاَّ تُـكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاَثَ لَيَالٍ سَوِيًّا »[1] يريد أيامها ، بدليل أنه قال فى موضـع آخر : « آيتكَ أَلاَّ تُـكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزاً »[2] يريد بلياليها . ولو نذر اعتـكاف العشر الأخيرة من رمضان لزمه الليالى والأيام ، ويقول القائل : سرنا عشراً يريد الليالى بأيامها ، فلم يجز نقلها عن العدة إلى الإباحة بالشك .

٦٣٣١ فصـــــل

وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا بلا خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العـلم على ذلك ، وذلك لأنّ الرجعية زوجة يلحقها طلاقه ، وينالها ميراثه ، فاعتدت للوفاة كغير المطلقة . وإن مات مطلق البائن فى عدتها بَنَتْ على عدة الطلاق ، إلا أن يطلقها فى مرض موته ، فإنها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة ، أو ثلاثة قروء نص على هذا أحمد ، وبه قال الثورى ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وقال مالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر : تبنى على عدة الطلاق ، لأنه مات وليست زوجة له ، لأنها بائن من النكاح ، فلا تـكون منكوحة .

ولنا : أنها وارثة له ، فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعية ، تلزمها عـدة الطلاق لما ذكروه فى دليلهم . وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض ، أو بالشهور ، أو بوضع الحمـل ، أو كان طلاقه قبل

(١) سورة مريم آية ١٠ (٢) سورة آل عمران آية ٤١

الدخول ، فليس عليها عدة لموته . وقال القاضى : عليهن عدة الوفاة إذا قلنا يرثنه ، لأنهن يرثنه بالزوجية فتجب عليهن عدة الوفاة ، كما لو مات بعد الدخول ، وقبل قضاء العدة . ورواه أبو طالب عن أحمد فى التى انقضت عدتها ، وذكر ابن أبى موسى فيها روايتين ، والصحيح أنها لاعدة عليها لأن الله تعالى قال : (إذا نكحتمُ المؤمناتِ ثمّ طلقتموهُنَّ منْ قبلِ أنْ تمسُّوهُنَّ فما لكم عليهنَّ منْ عدّةٍ تعتدُّونها)[١] ، وقال : (والمطلقَاتُ يتربَّصْنَ بأنفسهنَّ ثلاثة قُرُوء)[٢] وقال : (واللائى يَئِسْنَ من المحيضِ من نسائكم إن ارتبتمْ فعدتُهُنَّ ثلاثةُ أشهر واللائى لم يحضْن)[٣] فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ، ولأنها أجنبية تحل للأزواج ، ويحل المطلق نكاح أختها وأربع سواها ، فلم تجب عليها عدة لموته ، كالو تزوجت وتخالف التى مات فى عدتها ، فإنها لاتحل لغيره فى هذه الحال ، ولم تنقض عدتها ، ولا نسلم أنها ترثه فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثمانى زوجات ، فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ، ولا ترثه أيضاً ، وإن كانت المطلقة البائن لاترث كالأمة أو الحرة يطلقها العبد ، أو الذمية يطلقها المسلم ، والمختلعة أو فاعلة[٤] مايفسخ نكاحها ، لم تلزمها عدة .سواء مات زوجها فى عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا ، فهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها ، وهـذه ليست وارثة ، فأشبهت المطلقة فى الصحة ، وأما المطلقة فى الصحة إذا كانت بائناً فمات زوجها ، فإنها تبنى على عدة الطلاق ، ولا تعتد للوفاة وهذا قول مالك ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وقال الثورى ، وأبو حنيفة : عليها أطول الأجلين ، كالو طلقها فى مرض موته .

ولنا قوله سبحانه « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء »[٥] ولأنها أجنبية منه فى نكاحه وميراثه ، والحل له ، ووقوع طلاقه وظهاره ، وتحل له أختها ، وأربع سواها ، فلم تعتد لوفاته ، كما لو انقضت عدتها ، وذكر القاضى فى المطلقة فى المرض أنها إذا كانت حاملا تعتد أطول[٦] الأجلين ، وليس هذا بشىء لأن وضع الحمل تنقضى به كل عدة ، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على ما نذكره فى المسألة التى تلى هذا إن شاء الله تعالى .

٦٣٣٢ مســـألة

قال ﴿ولو طلقها أو مات عنها وهى حامل منه لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل ، أمة كانت أو حرة﴾ .
أجمع أهل العلم فى جميع الأعصار على أن المطلقة الحامل تنقضى عدتها بوضع حملها . وكذلك كل

(١) سورة الأحزاب آية ٤٩ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨
(٣) سورة الطلاق آية ٤ (٤) فى ١٨ : أو التى فعلت .
(٥) سورة البقرة آية ٢٢٨ . (٦) فى ٢٩ : بأطول .

مفارقة فى الحياة وأجمعوا أيضاً على أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا أجلها وضع حملها ، إلا ابن عباس ، وروى عن على من وجه منقطع : أنها تعتد بأقصى الأجلين . وقاله أبو السنابل[1] بن بعكك فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم ، فرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم قوله . وقد روى عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث[2] سبيعة وكره الحسن ، والشعبى ، أن تنكح فى دمها . ويحكى عن حماد ، وإسحاق أن عدتها لا تنقضى حتى تطهر . وأبى سائر أهل العلم هذا القول ، وقالوا : لو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ، ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى[3] « وأولاتُ الأحمالِ أجَلُهُنّ أن يضعن حملهن » . وروى عن أبى بن كعب ، قال : قلت للنبى صلى الله عليه وسلم : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » المطلقة ثلاثاً ، أو المتوفى عنها ؟ قال : « هى المطلقة ثلاثاً ، والمتوفى عنها » وقال ابن مسعود : من شاء[4] باهلته أولاعنته أن الآية التى فى سورة النساء القُصْرَى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » نزلت بعد التى فى سورة البقرة[5] « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً » يعنى : أن هذه الآية هى الأخيرة ، فتقدم على ما خالفها من عموم الآيات المتقدمة ، ويخص بها عمومها .

وروى عبد الله بن الأرقم « أن سُبَيْعَةَ الأسْلَمية أخبرته أنها كانت تحت سَعْدِ ابن خَوْلةَ ، وتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل ، فلم تنشب[6] أن وضعت حملها بعد وفاته ، فلما تَعَلَّتْ[7] من نفاسها تجملت للخُطّاب ، فدخل عليها أبو السنابلِ بن بَعْكَك[8] ، فقال : مالى أراك متجملة ، لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر ، قال سبيعة : فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك ، فأفتانى بأنى قد حللت حين وضعت حملى ، فأمرنى بالتزويج إن بدالى » . متفق عليه ، قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح ، قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة ، إلا ما روى عن ابن عباس . وروى عن على من وجه

---

(١) و (٢) سيخرجه المؤلف ذاكراً له بتمامه فى نهاية هذه المسألة (ف)

(٣) سورة الطلاق آية ٤ . (٤) المباهلة : الملاعنة أى من خالفنى فليجتمع معى حتى نلعن المخالف للحق وهذا كناية عن قطعه وجزمه بما يقول والقصرى تأنيث الأقصر ضد الطولى تأنيث الأطول وسورة النساء القصرى : هى سورة الطلاق ، والطولى . سورة البقرة وأثر ابن مسعود أخرجه النسائى وابن ماجه (ف) . (٥) آية ٢٣٤ .

(٦) لم تنشب : لم تلبث . وحقيقته لم يتعلق بشىء غيره ولا اشتغل بسواه والمراد لم يتأخر وضعها الحمل عن موت الزوج (ف) . (٧) تعلت : بتشديد اللام من تعلى إذا ارتفع أو برأ والمراد لما ارتفعت وطهرت أو خرجت من نفاسها وسلمت (ف) .

(٨) اسمه عمرو وقيل حبة بالباء أو بالنون (ف) .

منقطع . ولأنها معتدة حامل فتنقضى عدتها بوضعه كالمطلقة يحققه أن العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ، ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه ، فوجب أن تنقضى العدة ، ولأنه لاخلاف فى بقاء العدة ببقاء الحمل ، فوجب أن تنقضى به ، كما فى حق المطلقة[1] .

٦٣٣٣ فصـــل

وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وإن ظهر بعضه فهى فى عدتها حتى ينفصل باقيه ، لأنها لا تـكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله . وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر ، لأن الحمل هو الجميع ، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة ، فإنهما قالا : تنقضى عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر .

وذكر[2] ابن أبى شيبة عن قتادة عن عـكرمة أنه قال : إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها ، قيل له : فتتزوج ؟ قال : لا . قال قتادة : خصم العبد ، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الـكتاب وقول أهل العلم . والمعنى : فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فإذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة ، وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول لأبيح لها النـكاح كما لو وضعت الآخر . فإن وضعت ولداً وشـكت . فى وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنها لم يبق معها حمل لأن الأصل بقاؤها فلا يزول بالشك .

٦٣٣٤ مســـألة

قال : ﴿ والحمل الذى تنقضى به العدة مايتبين فيه شيء من خلق الإنسان حرة كانت أو أمة ﴾ .

وجملة ذلك أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل من خمسه أحوال أحدها : أن تضع مابان فيه خلق الآدمى من الرأس واليد والرجل ، فهذا تنقضى به العدة بلا خـلاف بينهم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط إذا علم أنه ولد . وممن نحفظ عنه ذلك الحسن ، وابن سيرين ، وشريح ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وأحمد ، وإسحاق .

قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : إذا نـكس فى الخلق الرابع ؟ يعنى تنقضى به العدة ؟ فقال : إذا نـكس فى الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ، ولـكن إذا تبين خلقه هذا أدل ، وذلك لأنه إذا بان

---

(١) فى ١٨ : كالمطلقة .

(٢) فى ١٨ : وروى .

فيه شيء من خلق الآدمي علم أنه حمــل ، فيدخل في عموم قوله تعالى : « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن »[1] .

والحال الثاني : ألقت نطفة أو دما لاندري هل هو يخلق منه الآدمي أولا ، فهذا لايتعلق به شيء من الأحكام ، لأنه لم يثبت أنه ولد ، لابالمشاهدة ولا بالبينة .

الحال الثالث : ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة ، فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي ، فهذا في حكم الحال الأول ، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد .

الحال الرابع : إذا ألقت مضغة لاصورة فيها ، فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي ، فاختلف عن أحمد . فنقل أبو طالب أن عدتها لاتنقضي به ولا تصير به أم ولد ، لأنه لم يبن فيه خلق آدمي ، فأشبه الدم . وقد ذكر هذا قولا للشافعي ، وهو اختيار أبي بكر .

ونقل الأثرم عن أحمد : أن عدتها لاتنقضي به ، ولـكن تصير أم ولد ، لأنهمشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بإنقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ، ولم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك في رقها فيثبت كونها أم ولد احتياطاً ، ولاتنقضي العدة احتياطاً . ونقل حنبل أنها تصير أم ولد ، ولم يذكر العدة فقــال بعض أصحابنــا على هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشــافعي ، لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمي أشبه مالو تصور ، والصحيح أن هذا ليس برواية في العدة لأنه لم يذكرهــا ولم يتعرض لهــا .

الحال الخامس : أن تضع مضغة لاصورة فيها ، ولم تشهد القوابل بأنهــا مبتدأ خلق آدمي ، فهذا لاتنقضي به عدة ، ولا تصــير به أم ولد ، لأنه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولا مشاهــدة ، فأشبه العلقة ، فلا تنقضي العدة بوضع ماقبل المضغة بحال ، سواء كان نطفة أو علقة ، وسواء قيل إنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل . نص عليه أحمد . فقال : أما إذا كان علقة فليس بشيء ، إنما هي دم لاتنقضي به عدة ولا يعتق به أمة ، ولا نعلم مخالفاً في هذا إلا الحسن ، فإنه قال : إذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة ، والأول أصح ، وعليه الجمهور ، وأقل ماتنقضي به العدة من الحمل أن تضعه بعد ثمانين يوماً منذ أمــكنه وطؤها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال[2] : « إن خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيـكون نطفــة أربعين يوماً ، ثم يـكون علقة مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك » ولا تنقضي العدة بمــا دون المضغة ، فوجب أن تـكون بعد الثمانين ، فأما مابعد الأربعة أشهر فليس فيه إشكال ، لأنه منـكس في الخلق الرابع .

---

(١) سورة الطلاق آية ٤

(٢) أخرجه الشيخان عن ابن مسعود (ف)

٦٣٣٥ فصـــــل

وأقل مدة الحمل ستة أشهر ، لما روى الأثرم بإسناده عن أبي الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر ، فهم عمر برجمها ، فقال له علي : ليس لك ذلك ، قال الله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين)[1] وقال تعالى : (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً)[2] فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً ، لا رجم عليها . فخلى عمر سبيلها ، وولدت مرة أخرى لذلك الحد[3] ، ورواه الأثرم أيضاً عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك قال عاصم الأحول : فقلت لعكرمة : إنا بلغنا أن علياً قال هـذا فقال عكرمة : لا ، ما قال هذا إلا ابن عباس ، وذكر ابن قتيبة في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي وغيرهم .

٦٣٣٦ مســـــألة

قال : ﴿ ولو طلقها أو مات عنها ، فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به ﴾ .

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمـل أربع سنين ، وبه قال الشافعي ، وهو المشهور عن مالك وروى عن أحمد أن أقصى مدته سنتان ، وروى ذلك عن عائشة ، وهو مذهب الثوري ، وأبي حنيفة ، لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل : ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف هاهنا ولا اتفاق ، إنما هو على ما ذكرنا ، وقد وجـد ذلك ، فإن الضحاك بن مزاحم ، وهرم ابن حيان ، حملت أم كل واحـد منهما به سنتين . وقال الليث : أقصاه ثلاث سنين ، حملت مولاة لعمر ابن عبد الله ثلاث سنين ، وقال عباد بن العوام : خمس سنين ، وعن الزهري قال : قد تحمل المرأة ست سنين ، وسبع سنين ، وقال أبو عبيد : ليس لأقصاه وقت يوقف عليه .

ولنا : أن ما لا نص [فيه] يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنين ، فروى الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس حديث جميـلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل . قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد ، وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين ، وقال أحمد : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين وبقي محمـد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين ، وهـكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي حكى ذلك أبو الخطـاب ، وإذا تقرر

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ (٢) سورة الأحقاف آية ١٥ .
(٣) أي لستة أشهر (ف)

وجوده وجب أن يحكم به ، ولا يزاد عليه لأنه ماوجد ، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ، ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وغيرهما . إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ، ولا بوضع الحمل . فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به .

٦٣٣٧ فصــــل

وإن أتت بالولد لأربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية لم يلحقه ولدها ، لأننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه . وكونها قد صارت منه أجنبية ، فأشبهت سائر الأجنبيات ومفهوم كلام الخرقى أن عدتها لاتنقضى به لأنه لاينتفى عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها منه بوضعه كالو أتت به لأقل من ستة أشهر منذ نكحها . قال أبو الخطاب : هل تنقضى به العدة ؟ على وجهين .

وذكر القاضى أن عدتها تنقضى به ، وهو مذهب الشافعى لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضى به العدة ، وإن لم يلحق به كالولد المنفى باللعان ، وبهذا فارق الذى أتت به لأقل من ستة أشهر فإنه ينتفى عنه يقيناً ، ثم ناقضوا قولهم ، فقالوا : لو تزوجت فى عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثانى ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الأول فالولد منتف عنهما ، ولا تنقضى عدتها بوضعه عن واحد منهما ، وهذا أصح ، فإن احتمال كونه منه لم يكف فى إثبات نسب الولد منه مع أنه يثبت بمجرد الإمكان فلأ لا يكفى فى انقضاء العدة أولى وأحرى، وما ذكروه منتقض بما سلموه ، وما ذكروه من الفرق بين هذا ، وبين الذى أتت به لأقل من ستة أشهر غير صحيح ، فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو بنكاح غير هذا النكاح الذى أتت بالولد فيه فاستويا .

وأما المنفى باللعان فإنا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ونفينا حكمه فى كونه منه بالنسبة إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه فثبتت .

٦٣٣٨ فصــــل

وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من بعد انقضائها لم يلحق نسبه بالزوج ، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وقال مالك والشافعى : يلحق به مالم تتزوج أو يبلغ أربع سنين وكلام الخرقى يحتمل ذلك . فإنه أطلق قوله إذا أتت بولد بعد طلاقه أوموته بأربع سنين لحقه الولد وذلك لأنه ولد يمكن كونه منه ، وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه فوجب أن يلحق به كالو أتت به بعد عقد النكاح .

ولنا : أنها أتت بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحمل فلم يلحق به كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك ، وإن انقضت عدتها بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سنين لحقه نسبه لأنها إن كانت تدعى الإياس تبينا كذبها فإن من تحمل ليست بآيسة وإن كانت من اللائى لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لأنه لم يوجد فى حقها ماينافى كونها حاملا .

٦٣٣٩ فصـــــل

وإذا مات الصغير الذى لا يولد لمثله عن زوجته فأتت بولد لم يلحقه نسبه ، ولم تنقض العدة بوضعه ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به .

وقد روى عن أحمد فى الصبى مثل قول أبى حنيفه وذكره ابن أبى موسى قال أبو الخطاب وفيه بعد وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ودخل بهـا وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النـكاح فإنها لا تعتد بوضعه عندنا ، وعنده تعتد به واحتج بقوله تعالى : (وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)[1] .

ولنا : أن هذا حمل منفى عنه يقيناً فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة فى المطلقات ثم هى مخصوصة بالقياس الذى ذكرناه .

إذا ثبت هذا فإن عدتها تنقضى بوضع الحمل من الوطء الذى علقت به منه ، سواء كان هذا الولد ملحقاً بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد ، أو وطء شبهة ، أو كان من زنا لا يلحق بأحد ، لأن العدة تجب من كل وطء ، فإذا وضعته اعتدت من الصبى بأربعة أشهر وعشر ، لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان . وإن كانت الفرقة فى الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها ، وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها ، فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء . وكذلك إذا طلق الخصى أو المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضى به عدة الوطء ، ثم تستأنف عدة الطلاق ، أو عدة الوفاة على ما بيناه ، وذكر القاضى أن ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به ، لأنه قد يتصور منه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل ، فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضى به العدة . والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لأنه لم تجر به عادة ، فلا يلحق به ولدها كالصبى الذى لم يبلغ عشر سنين ولو تزوج امرأة فى مجلس الحاكم ثم طلقها فى المجلس أو تزوج المشرق بالمغربية ثم أتت بولد لا يمكن

---

(١) سورة الطلاق آية ٤ .

أن يكون بعد اجتماعهما بعدة الحمل فإنه لا يلحقه نسبه ولا تنقضى العدة بوضعه .

٢٣٤٠ مســــألة

قال : ﴿ ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثانى ﴾ .

وجملة الأمر أن المعتدة لا يجوز لهـا أن تنكح فى عدتها إجماعاً ، أى عدة كانت لقول الله تعالى : « وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتابُ أَجَلَهُ »(١) . ولأن العدة إنمـا اعتبرت لمعرفة براءة الرحم ، لئلا يفضى إلى اختلاط المياه ، وامتزاج الأنساب وإن تزوجت فالنكاح باطل ، لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول ، فـكان نكاحاً باطلا كما لو تزوجت وهى فى نـكاحه ، ويجب أن يفرق بينه وبينها ، فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها ، ولا تنقطع بالعقد الثانى ، لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ، ولا يستحق عليه بالعقد شىء ، وتسقط سكناها(٢) ونفقتها عن الزوج الأول ، لأنها ناشز ، وإن وطئها انقطعت العدة ، سواء علم التحريم أو جهله . وقال أبو حنيفة : لا تنقطع ، لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها ، كما لو وطئت بشبهة وهى زوجة ، فإنها تعتد وإن كانت فراشاً للزوج . وقال القاضى إن وطئها عالماً بأنها معتدة وأنها تحرم فهو زان ، فلا تنقطع العدة بوطئه ، لأنها لا تصـير به فراشاً ، ولا يلحق به نسب . وإن كان جاهلا أنها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لأنها تصير به فراشاً ، والعدة تراد للاستبراء ، وكونها فراشاً ينافى ذلك ، فوجب أن يقطعها . فأما طريانه عليها فلا يجوز .

ولنا : أن هذا وطء بشبهة نـكاح ، فتنقطع به العدة كما لو جهل . وقولهم : إنها لا تصير به فراشاً ، قلنا : لـكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول ، فهما شيئان .

إذا ثبت هذا فعليه فراقها ، فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما . فإن فارقها أو فرق بينهما وجب عليها أن تـكمل عدة الأول ، لأن حقه أسبق ، وعدته وجبت عن وطء فى نـكاح صحيح ، فإذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثانى ، ولا تتداخل العدتان ، لأنهما من رجلين وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو حنيفة تتداخلان ، فتأتى بثلاثة قروء بعـد مفارقة الثانى ، تـكون عن بقية عدة الأول ، وعدة الثانى ، لأن القصد معرفة براءة الرحم ، وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً .

ولنا : ماروى مالك عن ابن شهاب ، عن سعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار : « أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى ، فطلقها ونـكحها غيره وفى عدتها فضربها عمر بن الخطاب ، وضرب زوجها ضربات

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٥ .

(٢) فى المطبوعة : وتسقط شىء . خطأ .

بخفقة ، وفرق بينهما ، ثم قال : أيما امرأة نـكحت فى عدتها ، فإن كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، وكان خاطباً من الخطاب ، وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ولا ينكحها أبداً .

وروى بإسناده عن على أنه قضى فى التى تتزوج فى عدتها : أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها ، وتكمل ماأفسدت من عدة الأول ، وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما فى الصحابة مخالف ، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين ، فلم يتداخلا كالدينين واليمينين ، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء ، فلم يجز أن تكون المرأة فى حبس رجلين كحبس الزوجة .

٦٣٤١ مســـألة

قال : ﴿ وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين ﴾ .

يعنى : الزوج الثانى أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين . فأما الزوج الأول فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطىء فيه ، لأنه نكاح باطل وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين . وإن كانت رجعية فله رجعتها فى عدتها منه . وعن أحمـد رواية أخرى : أنها تحرم على الزوج الثانى على التأبيـد ، وهو قول مالك ، وقديم قولى الشافعى ، لقول عمر : « لا ينكحها أبداً » ، ولأنه استعجل الحق قبل وقته ، فحرمه فى وقته كالوارث إذا قتل موروثه[1] ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان . وقال الشافعى فى الجديد : له نكاحها بعد انقضاء عـدة الأول ، ولا يمنع من نكاحها فى عدتها منه ، ولأنه وطء يلحق به النسب ، فلا يمنع من نكاحها فى عدتها منه كالوطء فى النكاح ، ولأن العدة إنما شرعت حفظاً للنسب وصيانة للماء ، والنسب لاحق به هاهنا . فأشبه مالو خالعها ثم نـكحها فى عدتها . وهذا حسن موافق للنظر .

ولنا على إباحتها بعد العدتين : أنه لايخلو ، إما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء فى النكاح الفاسد ، أو بهما ، وجميع ذلك لايقتضى التحريم ، بدليل مالو نـكحها بلا ولى ووطئها ، ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد ، فهذا أولى ، ولأن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى : (وَأُحِلَّ لَـكُمْ مَاوَرَاءَ ذَلِـكُمْ)[2] وقوله : (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ)[3] فلا يجوز تخصيصها بغير دليل . وماروى عن عمر فى تحريمها فقد خالفه على فيه ، وروى عن عمر أنه رجع عن قوله فى التحريم إلى قول على . فإن علياً قال : « إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب » فقال عمر : « ردوا الجهالات إلى السنة » ورجع إلى قول على ،

(١) فى ١٨ : مورثه

(٢) سورة النساء آية ٢٤

(٣) سورة المائدة آية ٥ .

وقياسهم يبطل بما إذا زنى بها ، فإنه قد استعجل وطأها ، ولا تحرم عليه على التأبيد . ووجه تحريمها عليه قبل انقضاء عدة الثانى عليه قول الله تعالى : (ولا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أجله)(١) ولأنه وطء يفسد به النسب ، فلم يجز النكاح فى العدة منه كوطء الأجنبي .

٦٣٤٢ فصــــل

وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة ، أو فى نكاح فاسد ، فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطىء وغيره ، والأولى حل نكاحها لمن هى معتدة منه ، إن كان يلحقه نسب ولدها ، لأن العدة لحفظ مائه ، وصيانة نسبه ، ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ، ولا يحفظ نسبه عنه . ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها . ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها ، لأن نكاحها يفضى إلى اشتباه النسب ، فالواطىء كغيره فى أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما .

٦٣٤٣ مســـألة

قال ﴿ وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما أرى القافة ، وألحق بمن ألحقوه منهما ، وانقضت عدتها منه ، واعتدت للآخر ﴾ .

وجملته : أنها إذا كانت حاملا انقضت عدتها منه بوضع حملها ، لقوله سبحانه : « وأولاتُ الأحمالِ أجَلهنَّ أنْ يضعنَ حَمْلَهُنَّ »(٢) ثم ننظر ، فإن كان يمكن أن يكون من الأول دون الثانى ، وهو أن تأتى به لدون ستة أشهر من وطء الثانى ، ولأربع سنين فما دونها من فراق الأول ، فإنه يلحق بالأول ، وتنقضى عدتها به منه بوضعه ، ثم تعتد بثلاثة قروء من الثانى ، وإن أمكن كونه من الثانى دون الأول وهو أن تأتى به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وطء الثانى ، ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول ، فهو ملحق بالثانى دون الأول ، فتنقضى به عدتها من الثانى ، ثم تتم عدة الأول ، وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الأول ، لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان : والعدة من غيره . وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتى به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثانى ، ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الأول ، أُرِيَ القافة فإن ألحقته بالأول لحق به ، كما لو أمكن أن يكون منه دون الثانى ، وإن ألحقته بالثانى لحق به ، وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثانى دون الأول .

فإن أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة ، لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ، لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثانى ، وإن كان من الثانى فعليها أن تكمل عدة الأول ، ليسقط

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٥ (٢) سورة الطلاق آية ٤

الفرض بيقين . فأما الولد فقال أبو بكر : يضيع نسبه ، لأنه لادليل على نسبقه إلى واحد منهما ، فأشبه مالو كان مجنوناً لم ينتسب إلى واحد منهما . وقال أبو عبد الله بن حامد : يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما . ومقتضى المذهب : أن تنقضى عدتها به منهما جميعاً ، لأن نسبه ثبت منهما ، كما تنقضى عدتها به من الواحد الذى يثبت نسبه منهما .

وإن نفته القافة عنهما فحكمه حكم مالو أشكل أمره ، وتعتد بعد وضعه بثلاث قروء ، ولا ينتفى عنهما بقول القافة ، لأن عمل القافة فى ترجيح أحد صاحبى الفراش ، لافى النفى عن الفراش كله . ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم ينتف عنه بقولها . فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثانى ، ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول ، لم يلحق بواحد منهما ، ولا تنقضى به عدتها منه ، لأننا نعلم أنه من وطء آخر ، فتنقضى به عدتها من ذلك الوطء ، ثم تتم عدة الأول ، وتستأنف عدة الثانى ، لأنه [قد][1] وجد مايقتضى عدة ثالثة ، وهو الوطء الذى حملت منه ، فتجب عليها عدتان وإتمام العدة الأولى .

٦٣٤٤ فصــــل

وإذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ، ووطئها ، فهما زانيان ، عليهما حد الزنا ، ولا مهر لها ، ولا يلحقه النسب ، وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ، ثبت النسب ، وانتفى الحد ، ووجب المهر ، وإن علم هو دونها فعليه الحد والمهر ، ولا نسب له ، وإن علمت هى دونه فعليها الحد ، ولا مهر لها ، والنسب لاحق به ، وإنما كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه ، فأشبه نكاح ذوات محارمه .

٦٣٤٥ الفصل الثانى

وإذا خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه ، فله أن يتزوجها فى عدتها فى قول جمهور الفقهاء . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، والحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وشذ بعض المتأخرين فقال : لايحل له نكاحها ولا خطبتها ، لأنها معتدة .

ولنا : أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ، ولا يصان ماؤه عن مائه ، إذا كانا من نكاح صحيح . فإذا تزوجها انقطعت العدة ، لأن المرأة تصير فراشاً له بعقده ، ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة . فإن وطئها ثم طلقها لزمتها عدة مستأنفة ، ولا شىء عليها من الأولى ، لأنها قد انقطعت وارتفعت . وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة ، أو تبنى على مامضى ؟ قال القاضى : فيه روايتان . إحداها :

(١) ساقطة من ٣٩

تستأنف ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه طلاق لايخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة كالأول . والثانية : لايلزمها استئناف عدة ، وهو قول الشافعى ، ومحمد بن الحسن ، لأنه طلاق فى نكاح قبل المسيس ، فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه : « ثُمَّ طلقتمُوهنَّ منْ قبلِ أنْ تمسُّوهنَّ فما لَكُمْ عليهِنَّ منْ عدَّةٍ تعتدُّونَها »(١) .

وذكر القاضى فى كتاب الروايتين : أنه لايلزمها استئناف العدة رواية واحدة . لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى ، لأن إسقاطها يفضى إلى اختلاط المياه ، لأنه يتزوج امرأة ويطؤها ، ويخلعها ، ثم يتزوجها ، ويطلقها فى الحال ، ويتزوجها الثانى فى يوم واحد . فإن خلعها حاملا ، ثم تزوجها حاملا ، ثم طلقها وهى حامل ، انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، ولا تنقضى عدتها قبل وضعها بغير خلاف نعلمه . وإن وضعت حملها قبل النكاح الثانى فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثانى بغير خلاف أيضاً ، لأنه نكحها بعد انقضاء عدة الأول ، وإن وضعته بعد النكاح الثانى وقبل طلاقه ، فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثانى بثلاثة قروء ، ومن قال لايلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة ، لأن العدة الأولى انقضت بوضع الحمل ، إذ لايجوز أن تمتد الحامل بغير وضعه . وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثانى بعد مضى قرء أو شهر ، ثم مضى قرءان أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثانى ، فقد انقطعت العدة بالنكاح الثانى ، فإن قلنا : تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء ، أو ثلاثة أشهر . وإن قلنا : تبنى أتمت العدة الأولى بقرأين أو شهرين .

٦٣٤٦ فصــــل

وإن طلقها طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها فى عدتها ، ووطئها ، ثم طلقها انقطعت العدة الأولى برجعته لأنه زال حكم الطلاق ، وتستأنف عدة من الطلاق الثانى ، لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس . وإن طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة ، أو تبنى على العدة الأولى ؟ فيه روايتان :

أولاهما : أنها تستأنف ، لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول ، وردتها إلى النكاح الأول ، فصار الطلاق الثانى طلاقاً من نكاح اتصل به المسيس .

والثانية تبنى ، لأن الرجعة لاتزيد على النكاح الجديد . ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة ، فكذلك الرجعة ، فإن فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق ، لأن موجبه فى العدة موجب الطلاق ، ولافرق بينهما . واحتمل أن تستأنف العدة،

(١) سورة الأحزاب آية ٤٩ .

لأنهما جنسان ، بخلاف الطلاق . وإن لم يرتجعها بلفظه لكن وطئها فى عدتها فهل تحصل بذلك رجعة أولا ؟ فيه روايتان .

إحداهما : تحصل به الرجعة ، فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ، ثم وطئها سواء .

والثانية : لا تحصل الرجعة به ، ويلزمها استئناف عدة ، لأنه وطء فى نكاح تشعث ، فهو كوطء الشبهة . وتدخل بقية عدة الطلاق فيها ، لأنهما من رجل واحد . وإن حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الأولى ؟ على وجهين .

أحدهما : تدخل ، لأنهما من رجل واحد .

والثانى : لا تدخل ، لأنهما من جنسين . فعلى هذا إذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق . وإن وطئها وهى حامل ففى تداخل العدتين وجهان . فإن قلنا : يتداخلان فانقضاؤهما معاً بوضع الحمل . وإن قلنا : لا يتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل ، وتستأنف عدة الوطء بالقروء .

٦٣٤٧ فصل

فإن طلقها طلاقاً رجعياً فنكحت فى عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبنى على عدة الأول ، ثم تستأنف عدة الثانى ، ولزوجها الأول رجعتها فى بقية عدتها منه ، لأن الرجعة إمساك للزوجة ، وطريان الوطء من أجنبى على النكاح لا يمنع الزوج إمساك زوجته ، كما لو كانت فى صلب النكاح . وقيل : ليس له رجعتها ، لأنها محرمة عليه ، فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة . والصحيح الأول ، فإن التحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام . ويفارق الردة ، لأنها جارية إلى بينونة بعد الرجعة ، بخلاف العدة . وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها فى عدة الثانى ، لأنها ليست منه ، وإذا ارتجعها فى عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالأشهر انقطعت عدته بالرجعة ، وابتدأت عدة من الثانى ، ولا يحل له وطؤها حتى تنقضى عدة الثانى ، كما لو وطئت بشبهة فى صلب نكاحه .

وإن كانت معتدة بالحمل لم يمكن شروعها فى عدة الثانى قبل وضع الحمل ، لأنها بالقروء[1] ، فإذا وضعت حملها شرعت فى عدة الثانى ، وإن كان الحمل ملحقاً بالثانى فإنها تعتد به عن الثانى[2] ، وتقدم عدة الثانى على الأول ، فإذا أكملت شرعت فى إتمام عدة الأول ، وله حينئذ أن يرتجعها ، لأنها فى عدته . وإن أحب أن يرتجعها فى حال حملها ففيه وجهان . أحدهما : ليس له ذلك لأنها ليست فى عدته ، وهى محرمة عليه . فأشبهت الأجنبية أو المرتدة . والثانى : له رجعتها ، لأن عدتها منه لم تنقض ، وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة .

(١) على هامش ١٨ : لأن عدة الثانى بالقروء . من نسخة ثانية . . ويكاد يكون شرحاً لما هنا .

(٢) فى ٣٩ : من الثانى .

٦٣٤٨ فصـــــل

إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فإن أحمد قال : يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة . وهذا يروى عن على بن أبى طالب ، والحسن ابنه ، ونحوه عن عمر بن الخطاب ، وعن الحسن بن على ، والصعب بن جثامة . وبه قال عطاء ، وعمر بن عبدالعزيز ، والنخعى ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عبيدة قال عمر بن عبد العزيز : لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا ، وإنما قالوا ذلك لأنها إن كانت حاملا حين موته ورثه حملها ، وإن حدث الحمل بعد الموت لم يرثه ، فإن كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتج إلى استبرائها ، لأن الحمل لا ميراث له ، وإن كانت حاملا قد تبين حملها لم يحتج إلى استبرائها ، لأن الحمل معلوم . وإن كانت آيسة لم يحتج إلى استبرائها لليأس من حملها . وإن كانت ممن يمكن حملها ولم يبن بها حمل ، ولم يعتزلها زوجها ، فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث . وإن أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث ، لأننا لا نتيقن وجوده حال موته هذا يروى عن سفيان ، وهو قياس قول الشافعى .

٦٣٤٩ فصل فى أحكام المفقود

إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين :

أحدهما : أن تكون غيبة غير منقطعة ، يعرف خبره ، ويأتى كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج فى قول أهل العلم أجمعين ، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله ، فلها أن تطلب فسخ النكاح ، فيفسخ نكاحه . وأجمعوا على أن زوجة الأسير لاتنكح حتى تعلم يقين وفاته . وهذا قول النخعى ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، ومكحول ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وإن أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته . وبه قال الأوزاعى ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق . وقال الحسن : إباقه طلاقه .

ولنا : أنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ، ومن تعذر الإنفاق من ماله على زوجته فحكمها فى الفسخ حكم ما ذكرنا ، إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده ، أو فى كسبه ، فيعتبر تعذر الإنفاق من محل الوجوب .

الحال الثانى : أن يُفقد وينقطع خبره ، ولا يعلم له موضع ، فهذا ينقسم قسمين .

أحدهما : أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر التجارة فى غير مهلكة ، وإباق العبد ، وطلب العلم ، والسياحة ، فلا تزول الزوجية أيضاً ما لم يثبت موته . وروى ذلك عن على ، وإليه ذهب ابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، وأبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد : وروى ذلك عن أبى قلابة ، والنخعى ، وأبى عبيد .

وقال مالك ، والشافعى فى القديم : تتربص أربع سنين ، وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وتحل للأزواج ، لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة ، وتعذر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى . واحتجوا بحديث عمر فى المفقود ، مع موافقة الصحابة له ، وتركهم إنكاره

ونقل أحمد بن أصرم ، عن أحمد : إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله . وهـذا يقتضى أن زوجته تعتد عدة الوفاة ، ثم تتزوج . قال أصحابنا : إنما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته،لأن الظاهر أنه لايعيش أكثر من هذا العمر ، فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته ، كما لو كان فقـده بغيبة ظاهرها الهلاك .

والمذهب : الأول ، لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة ، فلم يحكم بموته كما قبل الأربع سنين ، أو كما قبل التسعين ، ولأن هذا التقدير بغير توقيف ، والتقدير لاينبغى أن يصار إليه إلا بالتوقيف ، لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضى إلى اختلاف المدة فى حق المرأة باختلاف عُمْر الزوج ، ولا نظير لهذا وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك ، فلا يقاس عليه غيره .

القسم الثانى : أن تـكون غيبته ظاهرها الهلاك . كالذى يفقد من بين أهله ليلا أو نهاراً ، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع ، أو يمضى إلى مكان قريب ليقضى حاجته ويرجع ، فلا يظهر له خبر ، أو يفقد بين الصفين ، أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته ، أو يفقد فى مهلكة كبرية الحجاز ونحوها ، فمذهب أحمد الظاهر عنه : أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل(١) للأزواج .

قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : تذهب إلى حديث عمر ؟ قال : هو أحسنها ، يروى عن عمر من ثمانية وجوه ، ثم قال : زعموا أن عمر رجع عن هذا . هؤلاء الـكذابين ، قلت : فروى من وجه ضعيف : أن عمر قال بخلاف هـذا ؟ قال : لا ، إلا أن يكون إنسان يكذب . وقلت له مرة : إن إنساناً قال لى : إن أبا عبد الله قد ترك قوله فى المفقود بعـدك ، فضحك ثم قال : من ترك هـذا القول أى شىء يقول ؟ وهذا قول عمر ، وعثمان ، وعلى ، وابن عباس ، وابن الزبير . قال أحمد : خمسة من أصحاب النبى صلى الله عليـه وسلم . وبه قال عطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والزهرى ، وقتادة ، والليث ، وعلى بن المدينى ، وعبد العزيز بن أبى سلمة . وبه يقول مالك والشافعى فى القديم ، إلا أن مالـكا قال : ليس فى انتظار من يفقد فى القتال وقت . وقال سعيـد بن المسيب فى امرأة المفقود بين الصفين : تتربص سنة ، لأن غلبة هلاكه هاهنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه .

وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول إذا تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً

(٢) فى ٣٩ : ثم تحل .

تزوجت ، وقد ارتبت فيها ، وهِبْت الجواب فيها ، لما اختلف الناس فيها ، فكأنى أحب السلامة . وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله ، وتتربص أبداً ، ويحتمل التورع ، ويكون المذهب ماقاله أولا .

قال القاضى : أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة . وعندى : أن المسألة على روايتين . وقال أبو بكر : الذى أقول به إن صح الاختلاف فى المسألة ألا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال . وإن ثبت الإجماع فالحكم فيه على مانص عليه ، وظاهر المذهب على ماحكيناه أولا . نقله عن أحمد الجماعة . وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع ، على ماحكيناه من رواية الأثرم .

وقال أبو قلابة ، والنخعى ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأصحاب الرأى والشافعى فى الجديد : لاتتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته ، أو فراقه ، لما روى[1] المغيرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتى زوجها » . وروى الحكم ، وحماد ، عن على : لاتتزوج امرأة المفقود حتى يأتى موته أو طلاقه ، لأنه شك فى زوال الزوجية ، فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة .

ولنا : ماروى الأثرم والجوزجانى بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : « فقد رجل فى عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له ، فقال : انطلقى فتربصى أربع سنين . ففعلت ثم أتته ، فقال : انطلقى فاعتدى أربعة أشهر وعشراً . ففعلت ، ثم أتته فقال : أين ولىُّ هذا الرجل ؟ فقال : طلقها[2] ، ففعل ، فقال لها عمر : انطلقى فتزوجى من شئت . فتزوجت ثم جاء زوجها الأول ، فقال عمر : أين كنت ؟ قال يا أمير المؤمنين استهوتنى الشياطين ، فوالله ماأدرى فى أى أرض الله كنت . كنت عند قوم يستعبدوننى حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون ، فكنت فيما غنموه ، فقالوا لى : أنت رجل من الإنس ، هؤلاء من الجن ، فمالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبرى ، فقالوا : بأى أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هى أرضنا ، فأصبحت وأنا أنظر إلى الحَرَّة . فخيره عمر إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق . فاختار الصداق وقال : قد حبلت ، لاحاجة لى فيها » . قال أحمد : يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ، ولم يعرف فى الصحابة له مخالف .

وروى الجوزجانى وغيره بإسنادهم عن على فى امرأة المفقود : تعتد أربع سنين ، ثم يطلقها ولى زوجها ، تعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً ، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته ، وقضى به عثمان أيضاً ، وقضى به ابن الزبير فى مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت فى الصحابة فلم تنكر ، فكانت إجماعاً .

---

(١) سيدى المؤلف رأيه فيه فى نهاية هذا الفصل (ف)

(٢) ف ٣٩ : فقال لوليه طلقها .

فأما الحديث الذى رووه عن النبى صلى الله عليه وسلم فلم يثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن . وما رووه عن على فيرويه الحكم وحماد مرسلا ، والمسند عنه مثل قولنا ، ثم يحمل مارووه على المفقود الذى ظاهر غيبته السلامة ، جمعاً بينه وبين مارويناه ، وقولهم : إنه شك فى زوال الزوجية ممنوع ، فإن الشك ماتساوى فيه الأمران ، والظاهر فى مسألتنا هلاكه .

٦٣٥٠ فصــــل

وهل يعتبر أن يطلقها ولى زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يعتبر ذلك ، لأنه فى حديث عمر الذى رويناه ، وقد قال أحمد : هو أحسنها . وذكر فى حديث على : أنه يطلقها ولى زوجها .

والثانية : لايعتبر ذلك ، كذلك قال ابن عمر ، وابن عباس ، وهو القياس ، فإن ولى الرجل لا ولاية له فى طلاق امرأته ، ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة ، فلا تجب عليها مع ذلك عدة الطلاق ، كما لو تيقنت وفاته ، ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج ، وأوجب عليها عدة الوفاة ، فأشبه مالو شهد به شاهدان .

٦٣٥١ فصــــل

وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة ، أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين :

إحداهما : يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم ، لأنهـا مدة مختلف فيها ، فافتقرت إلى ضرب الحاكم ، كمدة العنة .

والثانى : من حين انقطع خبره ، وبعد أثره ، لأن هـذا ظاهر فى موته ، فـكان ابتداء المدة منه ، كما لو شهد به شاهدان . وللشافعى وجهان كالروايتين .

٦٣٥٢ فصــــل

فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج فهى امرأته . وقال بعض أصحاب الشافعى : إذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نـكاح الأول ، وَالذى ذكرنا أولى ، لأننا إنما أبحنا لها التزويج لأن الظاهر موته ، فإذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر ، وكان النـكاح بحاله ، كما لو شهدت البينة بموته ، ثم بان حياً ، ولأنه أحد الملـكين فأشبه ملك المال . فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا ، فإن كان قبل دخول الثانى بهـا فهى زوجة الأول ، ترد إليه وَلا شيء ، قال أحمد : أما قبل الدخول فهى امرأته ، وإنمـا التخيير بعد الدخول . وهذا قول الحسن ، وعطـاء ، وخلاس بن عمرو ، والنخعى ، وقتادة ، ومالك ، وإسحاق .

وقال القاضي : فيه رواية أخرى : أنه يخير . وأخذه من عموم قول أحمد : إذا تزوجت امرأته لجاء خير بين الصداق وبين امرأته .

والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خاصه فى رواية الأثرم ، وأنه لاتخيير إلا بعد الدخول فتكون زوجة الأول رواية واحدة ، لأن النكاح إنما صح فى الظاهر دون الباطن ، فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا ، لأنه صادف امرأة ذات زوج ، فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته ، وليس عليه صداق ، لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ، ويعود الزوج بالعقد الأول ، كما لو لم تتزوج . وإن قدم بعد دخول الثانى بها خير الأول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول ، وبين أخذ صداقها وتكون زوجة للثانى . وهذا قول مالك ، لإجماع الصحابة عليه ، فروى معمر ، عن الزهرى ، عن سعيد بن المسيب : أن عمر وعثمان قالا : « إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين الصداق الذى ساق هو » رواه الجوزجانى ، والأثرم . وقضى به ابن الزبير فى مولاة لهم : وقال على ، ذلك فى الحديث الذى رويناه ، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم فكان إجماعاً . فعلى هذا إن أمسكها الأول فهى زوجته بالعقد الأول ، والمنصوص عن أحمد . أنه لايحتاج الثانى إلى طلاق ، لأن نكاحه كان باطلا فى الباطن ، وقال القاضى : قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق ، لأن هذا نكاح مختلف فى صحته ، فكان مأموراً بالطلاق ليقطع حكم العقد الثانى ، كسائر الأنكحة الفاسدة . و يجب على الأول اعتزالها . حتى تقضى عدتها من الثانى .

وإن لم يخترها الأول فإنها تكون مع الثانى ، ولم يذكروا لها عقداً جديداً . والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقداً ، لأننا تبينا بطلان عقده بمجىء الأول ، ويحمل قول الصحابة على هذا ، لقيام الدليل عليه . فإن زوجة الإنسان لاتصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها وقال أبو الخطاب : القياس أننا إن حكمنا بالفرقة ظاهراً و باطناً فهى امرأة الثانى ، ولاخيار للأول ، لأنها بانت منه بفرقة الحاكم ، فأشبه مالو فسخ نكاحها لعسرته ، وإن لم نحكم بفرقته باطناً فهى امرأة الأول ولا خيار له .

٦٣٥٣ فصــــل

ومتى اختار الأول تركها فإنه يرجع على الثانى بصداقها ، لقضاء الصحابة بذلك ، ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ، ودخوله بها . واختلف عن أحمد فيما يرجع به ، فروى عنه أنه يرجع بالصداق الذى أصدقها هو ، وهو اختيار أبى بكر ، وقول الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، وعلى بن المدينى ، لقضاء على وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذى ساق هو ، ولأنه أتلف عليه المعوض فرجع بالعوض كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة . فعلى هذا إن كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشىء ، وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع . ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق ، وترجع المرأة بما بقى عليه من صداقها . وعن

أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذى أصدقها الثانى ، لأن إتلاف البضع من جهته ، والرجوع عليه بقيمته ، والبضع لايتقوم إلا على زوج ، أو من جرى مجراه ، فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثانى دون الأول .
وهل يرجع الزوج الثانى على الزوجة بما أخذ منه ؟ فيه روايتان . ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد .

إحداهما : يرجع به ، لأنها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها ، فرجع بها كالمغرور .

والثانية : لايرجع بها ، وهو أظهر ، لأن الصحـابة لم يقضوا بالرجوع ، فإن سعيد بن المسيب روى أن عمر وعثمان « قضيا فى المرأة التى لاتدرى ماهلك زوجها : أن تتربص أربع سنين ، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها . أربعة أشهر وعشراً ، ثم تزوج إن بدا لها . فإن جاء زوجها خير إما امرأته وإما الصداق ، فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر ، وثبتت عنده ، وإن اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضى عدتها . وإن قدم زوجها وقد توفى زوجها الآخر ورثت ، واعتدت عدة المتوفى عنها ، وترجع إلى الأول » رواه الجوزجانى . ولأن المرأة لا تغرير منها ، فلم يرجع عليها بشىء كغيرها ، فإن قلنا : يرجع عليها ، فإن كان قد دفع إليها الصداق رجع به ، وإن كان لم يدفعه إليها دفعه إلى الأول ، ولم يرجع عليها بشىء . وإن كان قد دفع بعضه رجع بمـا دفع . وإن قلنا : لا يرجع عليهـا وكان قد دفع إليها الصداق لم يرجع به ، وإن لم يكن دفعه إليها لزمه دفعه ، ويدفع إلى الأول صداقاً آخر .

٦٣٥٤ فصـــــل

وإن اختارت امرأة المفقود المقام والصـبر حتى يتبين أمره فلها النفقة مادام حياً ، وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره ، لأنها محكوم لها بالزوجية ، فتجب لهـا النفقة كما لو علمت حياته . فإذا تبين[1] أنه مات أو فارقها فلها النفقة ، إلى يوم موته أو بينونتها منه ، ويرجع عليها بالباق ، لأنا تبينا أنها أنفقت مال غيره ، أو أنفقت من ماله وهى غير زوجة له ، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لهـا مدة فلها النفقة فى مدة التربص ، ومدة العدة ، لأن مدة التربص لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها ، فهى محبوسة عليه بحكم الزوجية ، فأشبه ماقبل المدة . وأما مدة العـدة فلأنها غير متيقنة ، بخلاف عدة الوفاة ، فإن موته متيقن ، ومابعد المدة إن تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها ، لأنها أسقطتها بخروجه عن حكم نـكاحه ، وإن لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية ، لأنها لم تخرج بعد من نـكاحه ، وإن قدم الزوج بعد ذلك وردت إليه عادت نفقتها من حين الرد .

وقد روى الأثرم والجوزجانى عن ابن عمر ، وابن عباس ، قالا : تنتظر امرأة المفقود أربع سنين» .

(١) فى ١٨ : فإذا تبينت .

قال ابن عمر : « ينفق عليها من مال زوجها » . وقال ابن عباس : « إذاً يجحف ذلك بالورثة ، ولـكنها تستدين ، فإن جاء زوجها أخذت من ماله ، وإن مات أخذت من نصيبها من الميراث » وقالا : ينفق عليها بعد فى المدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشراً . وإن قلنا : ليس لها أن تتزوج لم تسقط نفقتها مالم تتزوج . فإن تزوجت سقطت نفقتها ، لأنها بالتزويج تخرج عن يده ، وتصير ناشزاً ، وإن فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت فى المدة ، فإذا انقضت فلم تعد إلى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضاً ، لأنها باقية على النشوز ، وإن عادت إلى مسكنه احتمل أن تعود النفقة ، لأن النشوز المسقط لنفقتها قد زال ، ويحتمل ألا تعود ، لأنها ما سلمت نفسها إليه ، وإن عاد فتسلمها عادت نفقتها . ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته وإن لم ترث شيئاً فهو عليها ، لأنها أنفقت من مال الوارث مالا تستحقه .

فأما نفقتها على الزوج الثـانى فإن قلنا ، لهـا أن تتزوج فنكاحها صحيح ، حكمه فى النفقة حكم غيره من الأنـكحة الصحيحة . وإن قلنا : ليس لها أن تتزوج فلا نفقة لها ، فإن أنفق عليها لم يرجع بشىء ، لأنه تطوع به ، إلا أن يجبره على ذلك حاكم ، فيحتمل أن يرجع بها ، لأنه ألزمه أداء ما لم يكن واجباً عليه ويحتمل ألا يرجع به ، لأن ماحكم به الحاكم لايجوز نقضه مالم يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً ، فإن فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها إلا أن تـكون حاملا فينبغى وجوب النفقة على الروايتين فى النفقة هل هى للحمل ، أو لها من أجله ؟ فإن قلنا : هى للحمل ، فلها النفقة ، لأن نسب الحمل لاحق به ، فيجب عليه الإنفاق على ولده . وإن قلنا : لها من أجله فلا نفقة لهـا ، لأنه فى غير نكاح صحيح ، فأشبه حمل الموطوءة بشبهة . وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثانى لحقه نسبه لأنها صارت فراشاً له ، وقد علمنا أن الولد ليس من الأول ، لأنها تربصت بعـد فقده أكثر من مدة الحمل ، وتنقضى عدتهـا من الثانى بوضعه لأن الولد منه ، وعليها أن ترضعه اللبن لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به . فإن ردت إلى الأول فله منعها من إرضاعه ، كما له أن يمنعها من رضاع أجنبى ، لأن ذلك يشغلها عن حقوقه ، إلا أن يضطر إليها ، ويخشى عليه من التلف ، فليس له منعها من إرضاعه ، لأن هذا حال ضرورة ، فإن أرضعته فى بيت الزوج الأول لم تسقط نفقتها ، لأنها فى قبضته ويده ، وإن أرضعته فى غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها ، لأنها ناشز . وإن كان بإذنه خرج على الروايتين فيما إذا سافرت لحاجتها بإذنه .

٦٣٥٥ (فصل فى ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها)

متى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزوجها بالثانى ورثته وورثها ، وكذلك إن تزوجت الثانى فلم يدخل بها ، لأننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت إليه بغير تخيير .

وقد ذكرنا أن القاضي ذكر : أن فيها رواية أخرى : أنه يخير فيها ، فعلى هذه الرواية حكمه حكم ما لو دخل بها الثاني . فأما إن دخل الثاني بها نظرنا ، فإن قدم الأول فاختارها وردت إليه ورثها وورثته ، ولم ترث الثاني . ولم يرثها ، لأنه لازوجية بينهما . وإن مات أحدهما قبل اختيارها إمافي الغيبة أو بعد قدومه ، فإن قلنا : لها أن تتزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ، ولم ترث الأول ولم يرثها ، لأن من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر ، وإن ماتت قبل اختيار الأول خير[1] ، فإن اختارها ورثها وإن لم يخترها ورثها الثاني ، وهذا ظاهر قول أصحابنا . وأما على ماأختاره فإنها لاترث الثاني ، ولا يرثها بحال ، إلا أن يجدد لها عقداً ، أو لا يعلم أن الأول كان حياً . ومتى علم أن الأول كان حياً ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها .

وعلى قول أبي الخطاب : إن حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثاني وورثها ولم ترث الأول ، ولم يرثها ، فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة ، وإن مات الثاني في موضع لاترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد . فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته ، وهو اختيار أبي بكر .

وقال ابن حامد : لا عدة عليها لوفاته ، ولكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء ، فإن ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما ، وبدأت بعدة الأول ، فإذا أكملتها اعتدت للآخر . وإن مات الأول أولا فكذلك وإن مات الثاني أولا بدأت بعدته ، فإذا مات الأول انقطعت عدة الثاني ، ثم ابتدأت عدة الأول ، فإذا أكملتها أتمت عدة الثاني ، وإن علم موت أحدهما وجهل وقت موت الآخر ، أو جهل موتهما ، فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت ، وتبدأ بعدة الأول ، لأنه أسبق وأولى ، وإن كانت حاملا فبوضع الحمل تنقضي عدة الثاني ، لأن الولد منه ، ثم تبتدىء بعده بعدة الوفاة أو أربعة أشهر وعشراً .

٦٣٥٦ فصل

وإذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه مثل أن تتزوج قبل مضي المدة التي يباح لها التزويج بعدها : أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة ، أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل . وقال القاضي : إن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه ، أو فارقها وانقضت عدتها ، ففي صحة نكاحها وجهان .

أحدهما : هو صحيح ، لأنها ليست في نكاح ولا عدة ، فصح تزويجها كما لو علمت ذلك .

والثاني : لايصح ، لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه . وأصل هذا : من باع عيناً في يده يعتقدها

---

(١) في ٢٩ : خيرناه .

لموروثه ، فبان موروثه ميتاً ، والعين مملوكة له بالإرث ، هل يصح البيع ، فيه وجهان . كذا ههنا . ومذهب الشافعى مثل هذا .

ولنا : أنها تزوجت فى مدة منعها الشرع من النكاح فيها ، فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة فى عدتها ، أو المرتابة قبل زوال ريبتها .

٦٣٥٧ فصــــل

ويقسم مال المفقود فى الوقت الذى تؤمر زوجته بعدة الوفاة فيه ، وبهذا قال قتادة . وقال الشافعى ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته ، لأن الأصل البقاء ، فلا يزول عنه بالشك ، وإنما صرنا إلى إباحة التزويج لامرأته لإجماع الصحابة ، ولأن بالمرأة حاجة إلى النكاح ، وضرراً فى الانتظار ، فاختص ذلك بها .

ولنا : أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله ، كمن قامت البينة بموته ، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان فى معناه . وتأخير القسمة ضرر بالورثة ، وتعطيل لمنافع المال ، وربما تلف أو قلت قيمته ، فهو فى معنى الضرر بتأخير التزويج .

٦٣٥٨ فصــــل

وإن تصرف الزوج المفقود فى زوجته بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو قذف صح تصرفه ، لأن نكاحه باق ، ولهذا خير فى أخذها ، وإنما حكمنا بإباحة تزويجها لأن الظاهر موته ، فلا يبطل فى الباطن كما لو شهدت بموته بينة كاذبة .

٦٣٥٩ فصــــل

وإذا فقدت الأمة زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام . وهذا اختيار أبى بكر . وقال القاضى : تتربص نصف تربص الحرة . ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الأوزاعى والليث لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زواجها فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كالعدة .

ولنا : أن الأربع سنين مضروبة لكونها مدة الحمل ، ومدة الحمل فى الحرة والأمة سواء ، فاستويا فى التربص لها كالقسمة الأشهر فى حق من ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه ؟ وكالحمل نفسه ، وبهذا ينتقض قياسهم . فأما العبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها تربُّص الحرة تحت الحر ، وإن كانت أمة فهى كالأمة تحت الحر ، لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال ، وكذلك مدة التربص . وحكى عن الزهرى ، ومالك : أنه يضرب له نصف أجل الحر ، والأولى ما قلناه ، لأنه تربص مشروع فى حق المرأة لفرقة زوجها ، فأشبه العدة .

٦٣٦٠ فصـــــل

فإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته ، فاعتدت زوجته الوفاة أبيح لهـا أن تتزوج فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها ، وله الصداق ، وكذلك إن تظاهرت الأخبار بموته ، وقد روى الأثرم بإسناده عن أبي المليح عن سهية : « أن زوجها صيفي بن فشيل نعي لها من قيذانيل ، فتزوجت بعده ، ثم إن زوجها الأول قدم ، فأتينا عثمان وهو محصور ، فأشرف علينـا فقال : كيف أقضي بينكم وأنا على هذا الحال ؟ فقلنا : قد رضينا بقولك ، فقضى أن يخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فرجعنا . فلما قتل عثمان أتينا عليًا فخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة ، فاختار الصداق ، فأخذ مني ألفين ، ومن زوجي الآخر ألفين » .

فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة ، فما حصـل من غرامة فعليهما ، لأنهما سبب في إيجابها . وإن شهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجد من ماله أخذه ، وماتلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين ، لأنهما سبب الاستيلاء عليه ، وللمالك تضمين المتلف ، لأنه أتلف ماله بغير إذنه .

٦٣٦١ فصـــــل

وإذا نـكح رجل امرأة نكاحاً متفقاً على بطلانه ، مثل أن ينكح ذات محرمه ، أو معتدة يعلم حالها وتحريمها ، فلا حكم لعقده ، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لاتوجب عدة ، وكذلك الموت عنها لايوجب عدة الوفاة ، وإن وطئها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها ، سواء فارقها أو مات عنها ، كالو زنى بها من غير عقد ، وإن نـكحها نكاحاً مختلفاً فيـه فهو فاسد ، فإن مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليهـا عدة الوفاة ، وهذا اختيار أبي بكر .

وقال أبو عبد الله بن حامد : ليس عليهـا عدة الوفاة ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه نـكاح لايثبت الحل ، فأشبه الباطل . فعلى هذا إن كان قبل الدخول فلا عدة عليها ، وإن كان بعده اعتدت بثلاثة قروء ووجه الأول أنه نـكاح يلحق به النسب . وإن فارقها في الحياة بعـد الإصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ، ولا اختلاف فيه . وإن كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلا خلاف ، لأن المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لاعدة عليها بلا خلاف ، ففي الفاسد أولى . وإن كان بعد الخلوة قبل الإصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة ، لأنه جرى مجرى النكاح الصحيح في لحوق النسب ، فكذلك في العدة . وقال الشافعي : لاعدة عليها لوجهين :

أحدهما : أنها خلوة في غير نـكاح صحيح ، أشبهت التي نـكاحها باطل .

والثاني : أن الخلوة عنـده في النـكاح الصحيح لاتوجب العدة ، ففي الفاسد أولى . وهـذا مقتضى قول ابن حامد .

٦٣٦٢ فصل فى عدة المعتق بعضها

ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة ، لأن عدة الحامل لاتختلف بالرق والحرية ، وعدة الأمة بالقروء قرءان ، فأدنى مايكون فيها من الحرية يوجب قرءا ثالثا ، لأنه لايتبعض ، وإن كانت معتدة بالشهور . إما للوفاة وإما للإياس أو الصغر ، فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة ، فإذا كان نصفها حراً فاعتدت للوفاة فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال ، لأن الليل يحسب مع النهار ، فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك ، وإن كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا إن عدة الأمة شهر ونصف كانت عدة المعتق نصفها شهرين وربعاً . وإن قلنا عدة الأمة شهران أو ثلاثة أشهر فعـدة المعتق بعضها كعدة الحرة سواء ، وأم الولد والمدبرة والمكاتبة عدتهن كعدة الأمة سواء لأنهن إماء .

٦٣٦٣ مســـــألة

قال : ﴿ وأم الولد إذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ﴾ .

هذا المشهور عن أحمد ، وهو قول ابن عمر ، وروى : ذلك عن عثمان ، وعائشة ، والحسن ، والشعبي والقاسم بن محمـد ، وأبى قلابة ، ومكحول ، ومالك ، والشافعى ، وأبى عبيد ، وأبى ثور . وروى عن أحمد : أنها تعتد عدة الوفاة ، أربعـة أشهر وعشرا ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وأبى عياض ، وابن سيرين ، وسعيد بن جبير ، ومجـاهد ، وخلاس بن عمرو ، وعمر بن عبـد العزيز ، والزهرى ، ويزيد بن عبد الملك ، والأوزاعى ، وإسحاق . لما روى عن عمرو بن العاص أنه قال : « لاتفسدوا علينا سنـة نبينا صلى الله عليـه وسلم ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعـة أشهر وعشر » . رواه أبو داود ، ولأنها حرة تعتد للوفاة ، فكانت عدتها أربعة أشهر وعشرا ، كالزوجة الحرة . وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة تعتد شهرين وخمسة أيام . ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فى الجامع ، ولا أظنها صحيحة عن أحمـد . وروى ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وقتادة ، ولأنها حين الموت أمة فكانت عدتها عدة الأمة كالو مات رجل عن زوجته الأمة فعتقت بعد موته ويروى عن على ، وابن مسعود ، وعطاء ، والنخعى ، والثورى وأصحـاب الرأى : أن عدتها ثلاث حيض ، لأنهـا حرة تستبرأ ، فكان استبراؤها بثلاث حيض كالحرة المطلقة .

ولنـا : أنه استبراء لزوال الملك عن الرقبة ، فكان حيضة فى حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات[١] والمملوكات ، ولأنه استبراء لغير الزوجات والموطوآت بشبهة فأشبه ماذكرناه . قال القاسم بن محمد : « سبحان الله ، يقول الله تعالى فى كتابه (والذينَ يتوفونَ منـكمْ ويذرونَ أزواجاً)[٢] . ماهن

---

(١) فى ٢٩ : كاستبراء سائر المعتقات والمخلوقات (٢) سورة البقرة آية ٢٤٣ .

بأزواج » . فأما حديث عمرو بن العاص فضعيف . قال المنذر : ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو ابن العاص .

وقال محمد بن موسى سألت أبا عبدالله عن حديث عمرو بن العاص ؟ فقال : لا يصح ، وقال الميمونى : رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ، ثم قال : أين سنة النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا ؟ وقال أربعة أشهر وعشر إنما هى عدة الحرة من النكاح ، وإنما هذه أمة خرجت من الرق إلى الحرية . ويلزم من قال بهذا أن يورثها . وليس لقول من قال : تعتد بثلاث حيض وجه ، وإنما تعتد بذلك المطلقة ، وليست هذه مطلقة ، ولا فى معنى المطلقة . وأما قياسهم إياها على الزوجات فلا يصح ، فإن هذه ليست زوجة ولا فى حكم الزوجة ، ولا مطلقة ولا فى حكم المطلقة .

٦٣٦٤ فصـــل

ولا يكفى فى الاستبراء طهر واحد ، ولا بعض حيضة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب مالك : متى طعنت فى الحيضة فقد تم استبراؤها ، وزعم أنه مذهب مالك ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : يكفى طهر واحد إذا كان كاملا ، وهو أن يموت فى حيضها ، فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت ، وتم استبراؤها ، وهكذا الخلاف فى الاستبراء كله ، وبنوا هذا على أن القروء الأطهار ، وهذا يرد قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » .

وقال رويفع بن ثابت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم خيبر : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضة » رواه الأثرم . وهذا صريح ، فلا يعول على ماخالفه ، ولأن الواجب الاستبراء[1] ، والذى يدل على البراءة هو الحيض ، فإن الحامل لا تحيض . فأما الطهر فلا دلالة عليه[2] على البراءة فلا يجوز أن يعول فى الاستبراء على مالا دلالة عليه[3] دون مايدل عليه . وبناؤهم قولهم[4] هذا على قولهم : إن القروء الأطهار بناء للخلاف على الخلاف ، وليس ذلك بحجة ، ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه . فجعلوا الطهر الذى طلقها فيه قرءاً ، ولم يجعلوا الطهر الذى مات فيه سيد أم الولد قرءاً ، وخالفوا الحديث والمعنى .

فإن قالوا : إن بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة ، قلنا . فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءاً عند أحد ، فإذا تقرر هذا فإن مات عنها وهى طاهر فإذا طهرت من الحيضة

---

(١) فى المطبوعة : استبراء ، وما فى ١٨ أوضح .

(٢) فى ٢٩ : فلا دلالة فيه . (٣) فى ٢٩ : على مالا دلالة عنه .

(٤) فى ١٨ : وبناء قولهم .

المستقبلة حلت ، وإن كانت حائضاً لم تعتد ببقية تلك الحيضة الثانية حلت ، لأن استبراء هـذه بحيضة ، فلابد من حيضة كاملة .

٦٣٦٥ مســـألة

قال ﴿ وإن كانت آيساً فبثلاثة أشهر ﴾ .

وهذا المشهور عن أحمد أيضاً . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، والنخعى ، وأبى قلابة ، وأحد قولى الشافعى ، وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا : لاتستبرأ الحبلى فى أقل من ثلاثة أشهر ، فأعجبه قولهم ، وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بشهر ، وهو قول ثان للشافعى ، لأن الشهر قائم مقام القرء فى حق الحرة ، والأمة المطلقة ، فـكذلك فى الاستبراء .

وذكر القاضى رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة الأمة المطلقة ، ولم أر لذلك وجهاً ، ولو كان استبراؤها بشهرين لـكان استبراء ذات القرء بقرأين ، ولم نعلم به قائلا ، وقال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والضحاك ، والحـكم ، فى الأمة التى لاتحيض : تستبرأ بشهر ونصف ، ورواه حنبل عن أحمد ، فإنه قال : قال عطاء : إن كانت لاتحيض فخمس وأربعون ليلة ، قال عمى : كذلك أذهب ، لأن عدة الأمة المطلقة الآيسة كذلك ، والمشهور عن أحمد الأول .

قال أحمد بن القاسم : قلت لأبى عبد الله : كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة ، وإنما جعل الله فى القرآن مكان كل حيضة شهراً ؟ فقال : إنما قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل ، فإنه لا يتبين فى أقل من ذلك ، فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل ، فأخبروه أن الحمل لايتبين فى أقل من ثلاثة أشهر ، فأعجبه ذلك . ثم قال : ألا تسمع قول ابن مسعود : « إن النطفة تـكون نطفة أربعين يوماً ، ثم علقة أربعين يوماً ، ثم مضغة بعد ذلك » .

قال أبو عبد الله : فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة ، وهى لحم ، فتبين[1] حينئذ ، وقال لى : هذا معروف عند النساء . فأما شهر فلا معنى فيه ، ولا نعلم به قائلا .

ووجه استبرائه بشهر : أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة ، ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات ، فـكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر ، مكان ثلاثة قروء ، وعـده الأمة شهرين مكان قرأين ، وللأمة المستبرأة ، التى ارتفع حيضها عشرة أشهر ، تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة ، فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر ، كما فى حق من ارتفع حيضها ، فإن قيل : فقد وجدتُمْ مادل على البراءة ، وهو تربص تسعة أشهر . قلنا : وههنا مايدل على البراءة ، وهو الإياس فاستويا .

---

(١) فى ١٨ فيتبين .

٦٣٦٦ فصـــل

قال ﴿ وإن ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل ، وشهر مكان الحيضة ﴾ .

وفى هذه المسألة أيضاً روايتان :

إحداهما : أنها تستبرأ بعشرة أشهر .

والثانية : بسنة ، تسعة أشهر للحمل ، لأنها غالب مدته ، وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التى تستبرأ بها الآيسات . وقد ذكرنا الروايتين فى الآيسة ، وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر ، وههنا جعل مكان الحيضة شهراً لأن اعتبار تكرارها فى الآيسة لتعلم براءتها من الحمل ، وقد علم براءتها منه ههنا بمضى غالب مدته ، فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس .

٦٣٦٧ فصـــل

وإن علمت مارفع الحيض لم تزل فى الاستبراء حتى يعود الحيض ، فتستبرىء نفسها بحيضة ، إلا أن تصير آيسة فتستبرىء نفسها استبراء الآيسات ، وإن ارتابت بنفسها فهى كالحرة المستريبة ، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب ، والله تعالى أعلم .

٦٣٦٨ مســـألة

قال : ﴿ وإن كانت حاملا فحتى تضع ﴾ .

وهذه بحمد الله لاخلاف فيها ، فإن الله تعالى قال : « وأولاتُ الأحمالِ أجلُهُنَّ أن يضَعْنَ حملَهُنَّ »[1] وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لاتوطأ حامل حتى تضع » ، ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملا بوضع حملها ، وذلك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل ، وهذا يحصل بوضعه ، ومتى كانت حاملا باثنين أو أكثر فلا ينقضى استبراؤها حتى تضع آخر حملها ، على ماذكرنا فى المعتدة .

٦٣٦٩ فصـــل

وإذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ، ولم يلزمها استبراء لأنها محرمة على المولى ، وليست له فراشاً ، وإنما هى فراش للزوج ، فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشاً ، ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها فإنه لايحل له تزويجها قبل استبرائها ، فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضاً ، وإن طلقها بعد

---

(١) سورة الطلاق آية ٤ .

التسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فعليها عدة حرة كاملة ، لأنها قد صارت حرة فى حال[1] وجوب العدة عليها ، وإن مات سيدها وهى فى عدة الزوج عتقت ، ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه . ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات ، وتبنى على عدة أمة ، إن كان طلاقها بائناً ، أو كانت متوفى عنها ، وإن كانت رجعية بنت على عدة حرة على مامضى .

وإن بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق ، أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول ، فقضت عدته ثم مات سيدها فعليها الاستبراء ، لأنها عادت إلى فراشه ، وقال أبو بكر : لا يلزمها استبراء إلا أن يردها السيد إلى نفسه ، لأن فراشه قد زال بتزويجها ، ولم يتجدد لها مايردها إليه ، فأشبهت الأمة غير الموطوءة .

٦٣٧٠ فصـــل

فإن مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولا ، فعلى قول أبى بكر ليس عليها استبراء ، لأن فراش سيدها قد زال عنها ، ولم تعد إليه ، وعليها أن تعتد لوفاة زوجها عدة الحرائر ، ولأنه يحتمل أن سيدها مات أولا ، ثم مات زوجها وهى حرة ، فلزمها عدة الحرة لتخرج من العدة بيقين ، وعلى القول الآخر إن كان بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون فليس عليها استبراء ، لأن السيد إن كان مات أولا فقد مات وهى زوجته ، وإن كان مات آخراً فقد مات وهى معتدة ، وليس عليها استبراء فى هاتين الحالتين ، وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة الحرة لما ذكرناه ، وإن كان بين موتهما أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الأجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة لأنه يحتمل أن يكون السيد مات أولا ، فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة ، ويحتمل أنه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها إلى فراشه ، فلزمها الاستبراء بحيضة ، فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين .

قال ابن عبد البر : وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة الأمة من سيدها بحيضة ، ومن زوجها شهران وخمس ليال ، فإن جهل مابين موتهما فالحكم فيه كما لو علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال احتياطاً لإسقاط الفرض بيقين ، كما أخذنا بالاحتياط فى الإيجاب بين عدة حرة وحيضة فيما إذا علمنا أن بينهما شهرين وخمس ليال ، وقول أصحاب الشافعى فى هذا القول مثل قولنا . وكذلك قول أبى حنيفة وأصحابه إلا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم فى استبراء أم الولد .

وقال ابن المنذر : حكمها حكم الإماء ، وعليها شهران وخمسة أيام ، ولا أنقلها إلى حكم الحرائر إلا بإحاطة

(١) فى ١٨ : حين وجوب العدة .

أن الزوج مات بعد المولى ، وقيل : إن هذا قول أبى بكر عبد العزيز أيضاً ، والذى ذكرناه أحوط . فأما الميراث فإنها لاترث من زوجها شيئاً لأن الأصل الرق ، والحرية مشكوك فيها ، فلم ترث مع الشك . والفرق بين الإرث والعدة : أن إيجاب العدة عليها استظهار لاضرر فيه على غيرها ، وإيجاب الإرث إسقاط لحق غيرها ، ولأن الأصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين ، والأصل عدم الميراث لها فلا ترث إلا بيقين . فإن قيل : أفليس المفقود إذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك فى إرثه ؟ قلنا : الفرق بينهما : أن الأصل ههنا الرق والشك فى زواله وحدوث الحال التى يرث فيها ، والمفقود الأصل حياته والشك فى موته وخروجه عن كونه وارثا ، فافترقا .

٦٣٧١ مسألة

قال : ﴿ وإن أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ، وكذلك إن أراد أن يزوجها وهى فى ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها ﴾ .

لايختلف المذهب فى أن الاستبراء ههنا بحيضة فى ذات القروء ، وهو قول الشافعى ، وهو قول الزهرى ، والثورى ، فيمن أراد تزويج أمة كان يصيبها . وقال أصحاب الرأى : ليس عليها استبراء ، لأن له بيعها ، فكان له تزويجها كالتى لا يصيبها وقال عطاء ، وقتادة : عدتها حيضتان كعدة الأمة المطلقة .

ولنا : أنها فراش لسيدها ، فلم يجز أن تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء ، كما لو مات عنها ، ولأن هذه موطوءة وطئاً له حرمة ، فلم يجز أن تتزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة . وهذا لأنه إذا وطئها سيدها اليوم ، ثم زوّجها فوطئها الزوج فى آخر اليوم ، أفضى إلى اختلاط المياه ، وامتزاج الأنساب ، وهذا لايحل . ويخالف البيع ، فإنها لاتصير به فراشاً ، ولا يحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها ، فلايفضى إلى اختلاط المياه . ولهذا يصح فى المعتدة والمزوجة بخلاف التزويج .

٦٣٧٢ فصل

فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما ذكرنا فى أم الولد على ماشرحنا . ومفهوم كلام الخرقى أنها إذا كانت أمة لايطؤها سيدها : لم يلزمها استبراء ، لأنها ليست فراشاً لسيدها ، فلم يلزمها الاستبراء كالمزوجة والمعتدة ، ولأن تركها للاستبراء لا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج المياه امتزاج الأنساب ، بخلاف الموطوءة .

٦٣٧٣ فصل

وإن مات عن أمة كان يصيبها فاستبراؤها بما ذكرنا فى أم الولد لأنها فراش لسيدها ، فأشبهت

أم الولد إلا أنها إذا كانت من ذوات القروء فاستبراؤها بحيضة واحدة ، رواية واحدة ، لأنها لا تصير حرة .

٦٣٧٤ فصـــــل

وإن أعتق أم ولده أو أمته التى كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها فله أن يتزوجها فى الحال من غير استبراء ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم(١) « أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها » .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم(٢) : « ثلاثة يوفون أجرهم مرتين : رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها ، وعلمها فأحسن تعليمها ، ثم أعتقها وتزوجها » . ولم يذكر الاستبراء ، ولأن الاستبراء لصيانة مائه ، وحفظه عن الاختلاط بماء غيره ، ولا يصان ماؤه عن مائه ، ولهذا كان له أن يتزوج مختلعته فى عدتها .

وقد روى عن أحمد فى الأمة التى لا يطؤها إذا أعتقها : لا يتزوجها بغير استبراء ، لأنه لو باعها لم تحل للمشترى بغير استبراء . والصحيح أنه يحل له ذلك ، لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين ، فكذلك بالنكاح ، كالتى كان يصيبها ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها ، ولم ينقل أنه كان أصابها . والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره ، لدخولها فى العموم . ولأنها تحل لمن تزوجها سواه ، فله أولى . ولأنه لو استبرأها ثم أعتقها وتزوجها فى الحال كان جائزاً حسناً ، فكذلك هذه ، فإنه تارك لوطئها ، ولأن وجوب الاستبراء فى حق غيره إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ، ولا يوجد ذلك ههنا ، وكلام أحمد محمول على من اشتراها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها .

٦٣٧٥ فصـــــل

وإن اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها . وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى له ذلك . ويحكى أن الرشيد اشترى جارية فتاقت نفســه إلى جماعها قبل استبرائها ، فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها . قال أبو عبد الله : وبلغنى أن المهدى اشترى جارية فأعجبته فقيل له : أعتقها وتزوجها . قال أبو عبد الله : سبحان الله ما أعظم هذا : أبطلوا الكتاب والسنة ، جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل ، فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا تعتد من أجل الحمل ، وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل ، ففرج يوطأ يشتريه ثم

---

(١) أخرجه البخارى عن أنس (ف) .

(٢) عن أبى موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين . رجل من أهل الكتاب آمن بنبيه وأدرك النبى ﷺ فآمن به واتبعه وصدقه فله أجران . وعبد مملوك أدى حق الله وحق سيده فله أجران . ورجل كانت له أمة فغذاها فأحسن غذاءها ثم أدبها فأحسن تأديبها وعلمها فأحسن تعليمها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران » أخرجه الشيخان وأحمد والترمذى والنسائى وابن ماجه (ف) .

يعتقها على المـكان فيتزوجها فيطؤها ، يطؤها رجل اليوم ، ويطؤها الآخر غداً ، فإن كانت حاملا كيف يصنع ؟ هذا نقض الـكتاب والسنة . قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ الحامل حتى تضع ، ولا غير الحامل حتى تحيض » . وهذا لايدرى أهى حامل أم لا ؟ ما أسمج هذا ؟ قيل له : إن قوماً يقولون هذا . فقال : قبح الله هذا ، وقبح من يقوله . وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأحاديث كفاية ، مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل .

إذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها إذا لم يعتقها لأنها ممن يجب استبراؤها ، فلم يجز أن يتزوج كالمعتدة وسواء فى ذلك المشتراة من رجل يطؤها أو من رجل قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لا يمـكنه الوطء كالصبى والمرأة والمجبوب . وقال الشافعى : إذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها إذا أعتقها لأنها ليست فراشاً وقد كان لسيدها تزويجها قبل بيعها لجاز ذلك بعد بيعها . ولأنها لو عتقت على البائع بإعتاقه أو غيره لجاز لـكل أحـد نـكاحها فـكذلك إذا أعتقها المشترى .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولأنها أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها ، فحرم عليه تزويجها ، والتزوج بها ، كما لو كان بائعها يطؤها . فأما إن أعتقها فى هـذه الصورة فله تزويجها لغيره ، لأنها حرة لم تـكن فراشاً ، فأبيح لها النـكاح كما لو أعتقها البائع ، وفارق الموطوءة ، فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها إذا عتقت ، فحرم عليها النـكاح كالمعتدة . وفارق ما إذا أراد سيدها نـكاحها فإنه لم يكن له وطؤها بملك اليمين ، فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ، ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء ، فمنع منه بخلاف تزويجها لغيره .

٦٣٧٦ فصـــــل

وإذا كانت أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء ، لأنها خرجت عن كونها فراشاً باستبرائه لها ، وإن باعها فأعتقها المشترى قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك ، وإن باعها قبل استبرائها فأعتقها المشترى قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها ، وإن مضى بعض الاستبراء فى ملك المشترى لزمه إتمامه بعـد عتقها ، ولا ينقطع بانتقال الملك فيها ، لأنهـا لم تصر فراشاً للمشترى ، ولم يلزمها استبراء بإعتاقه .

٦٣٧٧ فصـــــل

وإذا كانت الأمة بين شريكين فوطئاها لزمها استبراءان . وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : يلزمها استبراء واحد ، لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة ، وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد .

ولنا : أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ، ولأنهما استبراءان من رجلين ، فأشبها العدتين . وماذكروه يبطل بالعدتين من رجلين .

٢٣٧٨ مســـألة

قال : ﴿ ومن ملك أمة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة إن كانت ممن تحيض ، أو بوضع الحمل إن كانت حاملا ، أو بمضى ثلاثة أشهر إن كانت من الآيسات ، أو من اللائى لم يحضن ﴾ .

وجملته : أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها ، بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ممن تحمل أو ممن لا تحمل . وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العلم منهم مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال ابن عمر : لا يجب استبراء البكر ، وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل ، وهذا معلوم فى البكر ، فلا حاجة إلى الاستبراء . وقال الليث : إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك وقال عثمان البتى : يجب الاستبراء على البائع دون المشترى ، لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج ، كذلك ههنا .

ولنا : ماروى أبو سعيد : أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير حامل حتى تحيض » رواه أحمد فى المسند . وعن رويفع بن ثابت قال : « إنى لا أقول إلا ماسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم [سمعته]يقول : لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبى حتى يستبرئها بحيضة » . رواه أبو داود ، وفى لفظ قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر يقول : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقى ماؤه زرع غيره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبى حتى يستبرئها بحيضة » رواه الأثرم ، ولأنه ملك جارية محرمة فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التى تحمل ، ولأنه سبب موجب للاستبراء ، فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتى تحمل ، والتى لا تحمل ، كالعدة قال أبو عبد الله قد بلغنى أن العذراء تحمل ، فقال له بعض أهل المجلس : نعم ، قد كان فى جيراننا ، وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعى .

وماذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبى ، أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره ، وماذكره البتى لا يصح ، لأن الملك قد يكون بالسبى والإرث والوصية ، فلو لم يستبرئها المشترى أفضى إلى اختلاط المياه ، واشتباه الأنساب ، والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع ، فلا يجوز إلا فيمن تحل له ، فوجب أن يتقدمه الاستبراء ، ولهذا لا يصح تزويج معتدة ، ولا مرتدة ، ولا مجوسية ،

ولا وثنية ، ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة ، والبيع يراد لغير ذلك ، فصح قبل الاستبراء ، ولهذا صح في هذه المحرمات ، ووجب الاستبراء على المشترى لما ذكرناه .

فأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقي تحريم قبلتهـا ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها ، وهو ظاهر كلام أحمد ، وفي أكثر الروايات عنه قال : تستبرأ وإن كانت في المهد وروى عنه أنه قال إن كانت صغـيرة بأى شيء تستبرأ إذا كانت رضيعة ؟ وقال في رواية أخرى تستبرأ بحيضة إذا كانت ممن تحيض ، وإلا [ف] بثلاثة أشهر إن كانت ممن توطأ وتحبل ، فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ، ولا تحرم مباشرتها .

وهذا اختيار ابن أبي موسى ، وقول مالك ، وهو الصحيح ، لأن سبب الإباحة متحقق ، وليس على تحريمها دليل ، فإنه لا نص فيه ، ولا معنى نص ، لأن تحريم مباشرة الـكبيرة إنما كان لـكونه داعياً إلى الوطء المحرم ، أو خشية أن تـكون أم ولد لغيره ، ولا يتوهم هـذا في هذه ، فوجب العمل بمقتضى الإباحة . فأما من يمكن وطؤها فلا تحل قبلتها ، ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء ، إلا المسبية على إحدى الروايتين . وقال الحسن : لايحرم من المشتراة إلا فرجها . وله أن يستمتع منها بما شاء مالم يمس ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نهى عن الوطء ، ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك ، فاختص بالفرج كالحيض .

ولنا : أنه استبراء يحرم الوطء ، فحرم الاستمتاع كالعدة ، ولأنه لايأمن من كونها حاملا من بائعها فتـكون أم ولد ، والبيع باطلا : فيـكون مستمتعاً بأم ولد غيره . وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض .

فأما المسبية فظاهر كلام الخرقي تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة ، وهو الظاهر عن أحمد ، لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالعدة ، ولأنه داعية إلى الوطء المحرم ، لأجل اختلاط المياه واشتباه الأنساب . فأشبهت المبيعة . وروى عن أحمـد أنه لايحرم ، لمـا روى عن ابن عمر أنه قال : « وقع في سهمى يوم جَلُولَاءَ جارية كأن عنقها إبريق فضة ، فما ملـكت نفسى أن قمت إليها فقبلتها ، والنـاس ينظرون » . ولأنه لا نص في المسبية ، ولا يصح قياسها على المبيعة ، لأنها تحتمل أن تـكون أم ولد للبائع فيـكون مستمتعاً بأم ولد غيره ، ومباشراً لمملوكة غـيره ، والمسبية مملوكة له على كل حال ، وإنما حرم وطؤها لئلا يسقى ماؤه زرع غيره . وقول الخرقي بعد تمام ملـكه لها يعني أن الاستبراء لا يـكون إلا بعد ملك المشترى لجميعها ، ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها ، وإن ملـكها ببيع فيـه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته فإن ، قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع ، وإن قلنا لا ينتقل فابتداؤه من حين انقطع الخيار ، وإن كان المبيع معيباً فابتداء الخيار من حين البيع

لأن العيب لايمنع نقل الملك بغير خلاف ، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض ، أو من حين القبض ؟ فيه وجهان :

أحدهما : من حين البيع ، لأن الملك ينتقل به .

والثانى : من حين القبض ، لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع ، ولا يحصل ذلك مع كونها فى يده ، وإن اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت إلى السيد حلت له بغير استبراء ، لأن ملـكه ثابت على مافى يد عبده فقد حصل استبراؤها فى ملـكه ، وإن اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده فعليه استبراؤها لأن ملـكه تجدد عليهـا إذ ليس للسيد ملك على مافى يد مكاتبه ، إلا أن تـكون الجارية من ذوات محارم المـكاتب ، فقال أصحابنا : تباح للسيد بغير استبراء . لأنه يصير حكمها حكم المـكاتب إن رق رقت ، وإن عتق عتقت ، والمـكاتب عبد مابقى عليه درهم ، والاستبراء الواجب ههنا فى حق الحامل بوضعه بلا خلاف ، وفى ذات القروء بحيضة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال سعيد بن المسيب ، وعطاء : بحيضتين ، وهو مخالف للحديث الذى رويناه وللمعنى ، فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل ، وهو حاصل بحيضة ، وفى الآيسة والتى لم تحض والتى ارتفع حيضها بما ذكرناه فى أم الولد على مامضى من الخلاف فيه .

٦٣٧٩ فصـــل

ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم مابقى من استبرائها لما مضى ، وإن استبرأها ثم أسلمت حلت له بغير استبرائها ، وقال الشافعى : لا تحل له حتى تجـدد استبراءها بعد إسلامها ، لأن ملـكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملـكه على رقبتها .

ولنا : قوله عليه السلام : « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » وهذا ورد فى سبايا أوطاس وكن مشركات ولم يأمر فى حقهن بأكثر من حيضة ، ولأنه لم يتجدد ملـكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة ، ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضى إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ، ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها ولم يوجـد ، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعـد قبضها أو افتراقهما ، لزمه استبراؤها ، لأنه تجديد ملك ، سواء كان المشـترى لها امرأة أو غيرها ، فإن كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشترى بالجارية ففيها روايتان :

إحداهما : عليه الاستبراء ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه تجديد ملك .

والثانية : ليس عليه استبراء ، وهو قول أبى حنيفة إذا تقايلا قبل القبض ، لأنه لا فائدة فى الاستبراء مع تعين البراءة .

٦٣٨٠ فصـــل

وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها ، ولـكن إن طلقت بعد الدخول أو مات عنها فعليها العدة ، ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت المـكاتبة حلت لسيدها بغير استبراء . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : يجب عليه الاستبراء فى هذا كله لأنه زال ملـكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة .

ولنا : أنه لم يتجدد ملـكه عليها ، فأشبهت المحرمة إذا حلت ، والمرهونة إذا فـكت ، فإنه لاخلاف فى حلهما بغير استبراء ، ولأن الاستبراء شرع لمعنًى مظنته تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى .

٦٣٨١ فصـــل

وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء ، نص عليه أحـمد ، وقال : هذه حيلة وضعها أهل الرأى ، لابد من استبراء .

ووجه ذلك أن هذه تجدد الملك فيها ، ولم يحصل استبراؤها فى ملـكه ، فلم تحل بغير استبراء ، كما لو لم تـكن مزوجة ، ولأن إسقاط الاستبراء ههنا ذريعة إلى إسقاطه فى حق من أراد إسقاطه بأن يزوجها عند بيعها ، ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام .

فأما إن كان الزوج دخل بهـا ثم طلقها فعليها العدة ، ولا يلزم المشترى استبراؤها ، لأن ذلك قد حصل بالعدة ، ولأنهـا لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ، ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشاً له فأجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج .

وإن اشتراها وهى معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء ، لأنهـا لم تـكن فراشاً لسيدها . وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت فى هـذه الحال لم يجب عليهـا استبراء . وقال أبو الخطاب فى المزوجة هل يدخل الاستبراء فى العدة ؟ على وجهين .

وقال القاضى المعتدة يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ، ولا يتداخلان ، لأنهما من رجلين ، ومفهوم كلام أحـمد ماذكرناه أولا ، لأنه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأى ، ولا يوجد ذلك ههنا . ولا يصح قولهم إن الاستبراء من رجلين فإن السيد ههنا ليس له استبراء .

٦٣٨٢ فصـــل

وإن كانت الأمة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل أجزأه استبراء واحد ، لأنه يحصل به معرفة البراءة فإن قيل : فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين . قلنـا : وجوب الاستبراء فى حق المعتقة معلل بالوطء ،

ولذلك لو أعتقها وهى ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء ، وقد وجد الوطء من اثنين ، فلزمها حكم وطئهما ، وفى مسألتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ، ولهـذا يجب على المشترى الاستبراء ، سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن ، والملك واحد ، فوجب أن يتجدد الاستبراء .

٦٣٨٣ فصـــل

وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة لم يلزمه استبراؤها لأنها فراش له ، فلم يلزمه استبراؤها من مائه ، لـكن يستحب ذلك ، ليعلم هل الولد من النـكاح فيـكون عليه ولاء له ، لأنه عتق بملـكه له ، ولا تصير به الأمة أم ولد ، أو هو حادث فى ملك يمينه ، فلا يكون عليه ولاء ، وتصير به الأمة أم ولد ، ومتى تبين حملها فله وطؤها ، لأنه قد علم الحمل وزال الاشتباه .

٦٣٨٤ فصـــل

وإن وطىء الجارية التى يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحاله ، لأنه حق عليه ، فلا يسقط بعدوانه . فإن لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبنى على مامضى من الاستبراء ، وإن علقت منه فتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ، ولا يحل له الاستمتاع منها[1] فى حال حملها ، لأنه لم يستبرئها وإن وطئها وهى حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير البائع ، فتى وضعت حملها انقضى استبراؤها[2] . قال أحمد : ولا يلحق بالمشترى ، ولا يتبعه ، ولـكن يعتقه ، لأنه قد شرك فيه ، لأن الماء يزيد فى الولد[3] .

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة مُجِحٍّ[4] على باب فُسْطَاط فقال : « لعله يريد أن يلم بها » فقالوا نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره كيف يُوَرِّثُه وهو لا يحل له ، أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له[5] » ؟ ومعناه أنه إن استلحقه وشركه فى ميراثه لم يحل له ، لأنه ليس بولده وإن اتخذه مملوكا لم يحل له لأنه قد شرك فيه ، لـكون الوطء يزيد فى الولد ، وعن ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وطء الحبالى حتى يضعن مافى بطونهن » رواه النسائى والترمذى .

---

(١) فى ٣٩ : بها .   (٢) فى ١٨ : حصل استبراؤها .

(٣) ثبت أن الجنين يتـكون من تآلف نصف الخلية الذكرية ، ونصف خلية الأنثى ، وأن غذاءه من دم الأم ، فلا دخل للماء فيه . أما حديث : « فلا يسقى ماؤه زرع غيره » . فعلى المجاز .

(٤) هى المرأة الحبلى التى قد قاربت الولادة .

(٥) فى رواية أبى داود الطيالسى « وكيف يسترقه وهو لايحل له » .

٦٣٨٥ فصــــل

ومن أراد بيع أمته فإن كان لا يطؤها لم يلزمه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشترى وأقطع للنزاع . قال أحمد وإن كانت لامرأة فإنى أحب ألا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها ، وإن كان يطؤها وكانت آيسه فليس عليه استبراؤها لأن انتفاء الحمل معلوم ، وإن كانت ممن تحمل وجب عليه استبراؤها وبه قال النخعى والثورى . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجب عليه استبرؤها وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى . لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها . ولأن الاستبراء على المشترى ، فلا يجب على البائع ، فإن الاستبراء فى حق الحرة آكد ، ولا يجب قبل النكاح ، وبعده كذلك لا يجب فى الأمة قبل البيع وبعده .

ولنا : أن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ، فروى عبد الله بن عبيد بن عمير قال : باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها[1] قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذى اشتراها فخاصموه إلى عمر فقال له عمر كنت تقع عليها ؟ قال نعم ، قال فبعتها قبل أن تستبرئها ؟ قال نعم ، قال ما كنت لذلك بخليق قال فدعا القافة فنظروا إليه فألحقوه به ولأنه يجب على المشترى الاستبراء لحفظ مائة فكذلك البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك فى صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال ، فإن خالف وباع فالبيع صحيح فى الظاهر ، لأن الأصل عدم الحمل ، ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع فى الأمة التى باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به ، ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج إلى ذلك ، وذكر أصحابنا الروايتين فى كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها ، والأولى أن ذلك لا يجب فى الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والأصل عدمه فلا نثبت به حكماً بمجرده .

٦٣٨٦ فصــــل

وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة . أحدها : أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله ، وأتت بولد لدون ستة أشهر ، أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشترى ، فإن الولد يكون للبائع ، والجارية أم ولد له والبيع باطل .

الحال الثانى : أن يكون أحدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشترى ، فالولد للمشترى ، والجارية أم ولد له .

الحال الثالث : أن تأتى به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ، ولأقل من ستة أشهر

---

(١) فى ٣٩ : كان يطؤها .

منذ وطئها المشترى ، فلا يلحق نسبه بواحد منهما ، ويـكون ملـكا المشترى ، ولايملك فسخ البيع ، لأن الحمل تجدد فى ملـكه ظاهراً ، فإن ادعاه كل واحد منهما فهو المشـترى ، لأنه ولد فى ملـكه ، مع احتمال كونه منه ، وإن ادعاه البائع وحده فصدقه المشترى لحقه ، وكان البيع باطلا ، وإن كذبه فالقول قول المشترى فى ملك الولد ، لأن الملك انتقل إليه ظاهراً ، فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه ، كما لو أقر بعد البيع أن الجـارية مغصوبة أو معتقـة . وهل يثبت نسب الولد من البائع ؟ فيـه وجهـان .

أحدهما : يثبت ، لأنه نفـع للولد من غير ضرر على المشـترى ، فيقبـل قوله فيه كما لو أقر لولده بمـال .

والثانى : لايقبل ، لأن فيه ضرراً على المشترى فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه منه ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما أنه أخو صاحبه لم يقبل إلا ببينة .

الحال الرابع : أن تأتى به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشترى قبل استبرائها ، فنسبه لاحق(1) بالمشترى فإن ادعاه البائع فأقر له المشترى لحقه وبطل البيع . وإن كذبه فالقول قول المشترى ، وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة ، فألحق بمن ألحقته به ، لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأنه يحتمل كونه من كل واحد منهما ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما ، وينبغى أن يبطـل البيع ، وتـكون أم ولد للبائع ، لأننا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها .

الحال الخامس : إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ، ولم يـكن أقر بوطئها ، فالبيع صحيح فى الظاهر ، والولد مملوك المشترى ، فإن ادعاه البائع فالحـكم فيه كما ذكرنا فى الحال الثالث سواء .

٦٣٨٧ مســـألة

قال : { وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب ، والزينة ، والبيتوتة فى غير منزلها ، والـكحل بالإثمد ، والنقاب } .

هذا يسمى الإحداد(2) ولانعلم بين أهل العـلم خلافاً فى وجوبه على المتوفى عنهـا زوجها إلا عن الحسن ، فإنه قال : لايجب الإحداد ، وهو قول شذ به عن أهل العلم ، وخالف به السنة ، فلا يعرج عليه، ويستوى فى وجوبه الحرة ، والأمة ، والمسلمة ، والذمية ، والـكبيرة ، والصغيرة وقال أصحاب الرأى : لا إحداد على ذمية ، ولا صغيرة ، لأنهما غير مـكلفتين .

(1) فى ١٨ : يلحق .   (2) فى ٣٩ : الحداد .

ولنـا : عموم الأحاديث التى سنذكرها ولأن غير المـكافة تساوى المـكافة فى اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وإنمـا يفترقان فى الإثم فـكذلك الإحداد ولأن حقوق الذمية فى النـكاح كحقوق المسلمة فـكذلك فيما عليهـا .

٦٣٨٨ فصـــل

ولا إحداد على غير الزوجات كأم الولد إذا مات سيدها قال ابن المنذر لا أعلمهم يختلفون فى ذلك وكذلك الأمة التى يطؤها سيدها إذا مات عنها ولا الموطوءة بشبهة والمزنى بها لقول النبى صلى الله عليه وسلم[1] « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخرة أن تُحِدَّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه لأنها فى حكم الزوجات لها أن تتزين لزوجهـا وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل فى صلب النكاح ولا إحداد على المنـكوحة نـكاحاً فاسداً لأنها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له ويحل لها فتحزن على فقده .

٦٣٨٩ فصـــل

وتجتنب الحادة ما يدعو إلى جماعها ويرغب فى النظر إليها ، ويحسنها ، وذلك أربعة أشياء .

٦٣٩٠ أحـــدها

الطيب ، ولا خلاف فى تحريمه عند من أوجب الإحداد لقول النبى صلى الله عليه وسـلم : « لا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بُنْبذَةٍ من قُسْطٍ[2] أو اظفَارٍ » . متفق عليه . وروت زينب بنت أم سلمة قالت دخلت على أم حَبِيبَةَ زوجِ النبى صلى الله عليه وسلم حين توفى أبوها أبو سفيان، فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره[3] فدهنت منه[4] جاريةً ثم مست بعارضها[5] ثم قالت والله مالى

---

(١) سبق تخريجه أول كتاب العدد .

(٢) النبذة : بضم النون وسكون الباء وهى القطعة والشىء اليسـير ، والقسط بضم القاف وسكون السين ويقال : الـكسط ، والـكست : نوع من البخور وكذلك الأظفار نوع منها وليسا من مقصود الطيب خص فيه للمغتسلة من الحيض لإزالة الرائحة الكريهه تتبع به أثر الدم لا للتطيب .

ورواية (قسط أو أظفار) أصوب من رواية (قسط أظفار) بالإضافه وقد خطأها عياض (ف)

(٣) برفع (خلوق) وبرفع (غيره) أى دعت بصفرة وهى خلوق أوغيره والخلوق : طيب مخلوط(ف)

(٤) دهنت منه جارية : طلتها من ذلك الطيب تقليلا لمـا فى يديها (ف)

(٥) المروى (بعارضيها) وهما جانبا الوجه فوق الذقن إلى ما دون الأذن وإنمـا فعلت هذا لدفع صورة الإحداد (ف)

بالطيب من حاجة ، غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » متفق عليه ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة . ولا يجوز لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه ، لأنه استعمال للطيب ، فأما الإدهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به ، لأنه ليس بطيب .

٦٣٩١ الثـــانى

اجتناب الزينة وذلك واجب فى قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك ، وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام :

٦٣٩٢ أحـــدها

الزينة فى نفسها فيحرم عليها أن تختضب ، وأن تحمر وجهها بالكلكون[1] وأن تبيضه باسفيذاج[2] العرايس ، وأن تجعل عليه صبراً[3] يصفره ، وأن تنقش وجهها ويديها ، وأن تحفف[4] وجهها ، وما أشبهه مما يحسنها ، وأن تكتحل بالإثمد من غير ضرورة ، وذلك لما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المُعَصْفَرَ[5] من الثياب ولا المُمَشَّق[6] ولا الحلى ولا تختضب ولا تكتحل » رواه النسائى وأبو داود وروت أم عطية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فإنه تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها ، بنبذة من قسط أو اظفاره » متفق عليه .

وعن أم سلمة قالت جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : « يارسول الله إن ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفتكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا . مرتين

---

(١) الكلكون : غمرة من لك ، وأسفيداج ، و (لك) صمغ نبات هندى كما فى تذكرة داود ج ١ ص ٢٥١ ، ٢٦٠ (ف)

(٢) فى النسخ (اسفيذاج) بالذال المعجمة ، والصواب (اسفيداج) بالدال المهملة كما فى تذكرة داود ج ١ ص ٤١ ومفاتيح العلوم للخوارزمى ص ١٤٩ معرب من الفارسية : وهو بياض الرصاص ف

(٣) صبر : بفتح فكسر أو سكون وقد تكسر الصاد عصارة شجر مر (ف)

(٤) تحفيف الوجه : نزع الشعر منه (ف)

(٥) المعصفر من الثياب : المصبوغ بالعصفر بضم العين والفاء وهو صبغ أصفر اللون (ف)

(٦) الممشق : المصبوغ بالمشق بكسر الميم وهو طين أحمر (ف)

أو ثلاثا » متفق عليه ، وروت أم سلمة قالت : « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبراً فقال : ماذا يا أم سلمة ؟ قلت : إنما هو صبر ليس فيه طيب . قال : إنه يشب الوجه[١] لا تجعليه إلا ، بالليل وتنزعينه[٢] بالنهار ، ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء ، فإنه خضاب . قال : قلت فبأى شىء أمتشط ، قال : بالسدر تغلفين[٣] به رأسك » ، ولأن الكحل من أبلغ الزينة ، تدعو إليها وتحرك الشهوة ، فهى كالطيب وأبلغ منه .

وحكى عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تكتحل ، وهو مخالف للخبر والمعنى فإنه يزينها ويحسنها ، وإن اضطرت الحادة إلى الكحل بالأثمد للتداوى فلها أن تكتحل ليلا ، وتمسحه نهاراً ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء ، والنخعى ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، لما روت أم حكيم بنت أسيد[٤] عن أمها أن زوجها توفى وكانت تشتكى عينيها فتكتحل بالجلاء ، فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء[٥] فقالت : لاتكتحلى إلا لما لابد منه ، يشتد[٦] عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار رواه أبو داود والنسائى .

وإنما منع من الكحل بالأثمد لأنه الذى تحصل به الزينة ، فأما الكحل بالتوتيا[٧] والعنزروت[٨] ونحوها فلا بأس به لأنه لازينة فيه ، بل يقبح العين ويزيدها مرَهاً[٩] ، ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لأنه إنما منع منه فى الوجه لأنه يصفره فيشبه الخضاب ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم أنه يشب الوجه ، ولا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار ونتف الإبط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب .

٦٣٩٣ القسم الثانى

زينة الثياب . فتحرم عليها الثياب المصبغة[١٠] للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافى ، والأخضر الصافى ، والأصفر ، فلا يجوز لبسه لقول النبى ﷺ : « لا تلبس

(١) يشب الوجه : يوقده حسناً (ف)

(٢) زيادة (تنزعينه بالنهار) فى أبى داود وليست فى النسائى (ف)

(٣) الغلاف فى الأصل الغشاوة وتغليف الرأس أن يجعل عليه من السدر ونحوه مايشبه الغلاف (ف)

(٤) فى النسخ (أسد) والصواب (أسيد) كما فى النسائى ج١ ص٢٠٤ وأبى داود ج ١ ص ٥٢٨ (ف)

(٥) الجلاء بكسر الجيم وفتحها . والمد : الإثمد لجلوه البصر (ف)

(٦) زيادة (يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتمسحينه بالنهار) فى أبى داود وليست فى النسائى (ف)

(٧) التوتيا : حجر يكتحل به (ف) (٨) العنزروت هو الأنزروت . كحل فارس (ف)

(٩) يقال مرهت عينه : فسدت وابيضت بواطن أجفانه (ف)

(١٠) فى ١٨ و ٣٩ : المصبوغة .

ثوباً مصبوغا » وقوله : « لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق » فأما مالا يقصد بصبغه حسنه كالكحلى والأسود والأخضر المشبع فلا تمنع منه ، لأنه ليس بزينة وماصبغ غزله ثم نسج ، فيه احتمالان .

أحدهما : يحرم لبسه لأنه أرفع وأحسن ولأنه مصبوغ للحسن ، فأشبه ما صبغ بعد نسجه .

والثانى : لا يحرم ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث أم سلمة « إلا ثوب عصب » وهو ماصبغ غزله قبل نسجه ، ذكره القاضى ، ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسناً من الثياب غير مصبوغ ، والأول أصح وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب ، قال صاحب الروض الأنف والورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان إلا به ، فأرخص النبى صلى الله عليه وسلم للحادة فى لبس ما صبغ بالعصب لأنه فى معنى ماصبغ لغير التحسين . وأما ماصبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة ، وإن كان رقيقاً ، سواء كان من قطن ، أو كتان ، أو إبريسم ، لأن حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها .

٦٣٩٤ القسم الثالث

الحلى . فيحرم عليها لبس الحلى كله حتى الخاتم ، فى قول عامة أهل العلم لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولا الحلى » ، وقال عطاء : يباح حلى الفضة دون الذهب ، وليس بصحيح ، لأن النهى عام ، ولأن الحلى يزيد حسنها ويدعو إلى مباشرتها قالت امرأة :

وما الحَلْىُ إلا زينةٌ لنقيصة تُتَمِّمُ مِنْ حُسْنٍ إذا الحسن قَصَّرا

٦٣٩٥ فصــــل

والثالث : مما تجتنبه الحادة النقاب وما فى معناه ، مثل البرقع ونحوه ، لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة ، والمحرمة تمنع من ذلك ، وإذا احتاجت إلى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة .

٦٣٩٦ فصــــل

والرابع : المبيت فى غير منزلها ، وممن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد فى منزلها : عمر ، وعثمان ، رضى الله عنها . وروى ذلك عن ابن عمر ، وابن مسعود ، وأم سلمة . وبه يقول مالك ، والثورى ، والأوزاعى ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وإسحاق . وقال ابن عبد البر : وبه يقول جماعة فقهاء الأمصار بالحجاز ، والشام ، والعراق ، ومصر . وقال جابر بن زيد : والحسن ، وعطاء : تعتد حيث شاءت . وروى ذلك عن على ، وابن عباس ، وجابر ، وعائشة ، رضى الله عنهم . قال ابن عباس : نسخت هذه الآية . عدتها عند أهله وسكنت فى وصيتها وإن شاءت خرجت لقول الله تعالى : (فإنْ

خَرَجْنَ فلاجُنَاحَ عَلَيْـكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فى أنْفُسِهِنَّ)[1] . قال عطـاء : ثم جاء الميراث فنسخ السـكنى تعتد حيث شاءت . رواهما أبو داود .

ولنا : ماروته فُرَيْعَةَ بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى « أنهـا جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن زوجها خرج فى طلب أعبدله فقتلوه بطَرَف القَدُوم[2] فسألت رسول الله صلى الله عاية وسلم أن أرجـع إلى أهـلى فإن زوجى لم يتركنى فى مسكن يملـكه ولا نفقة ، قالت فقال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : نعم . قالت : فخرجت حتى إذا كنت فى الحجرة أو فى المسجـد دعانى أو أمر بى ، فدعيت له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف قلت ؟ فرددت عليه القصة ، فقال : امكثى فى بيتك حتى يبلغ الـكتاب أجـله . فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً ، فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلىّ فسألنى عن ذلك ، فأخـبرته ، فاتبعه وقضى به » رواه مالك[3] فى موطئه ، والأثرم ، وهو حديث صحيح قضى به عثمان فى جماعة من الصحابة فلم ينكروه .

إذا ثبت هذا فإنه يجب الاعتداد فى المنزل الذى مات زوجها وهى ساكنة به ، سـواء كان مملوكاً لزوجها أو بإجارة أو عارية ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفريعة : « امكثى فى بيتك » ، ولم تـكن فى بيت يملـكه زوجها ، وفى بعض ألفاظه : « اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه نعى زوجك » وفى لفظ « اعتدى حيث أتاك الخبر » فإن أتاها الخبر فى غير مسكنها رجعت إلى مسكنها فاعتدت فيه . وقال سعيد ابن المسيب والنخعى : لا تبرح من مكانها الذى أتاها فيه نعى زوجها ، اتباعاً للفظ الخبر الذى رويناه .

ولنا : قوله عليه السـلام : « امـكثى فى بيتك » ، واللفظ الآخر قضية فى عين ، والمراد به هـذا ، فإن قضايا الأعيان لا عموم لها ، ثم لا يمكن حمله على العموم ، فإنه لايلزمها الاعتداد فى السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهى فيها .

٦٣٩٧ فصـــــل

فإن خافت هدماً أو غرقاً أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لـكونه عارية رجع فيهـا ، أو بإجارة انقضت مدتها ، أو منعها السكنى تعدياً ، أو امتنع من إجارته ، أو طلب به أكثر من أجرة المثل ، أو لم تجد ما تـكترى به ، أو لم تجد إلا من مالها ، فلها أن تنتقل ، لأنها حال عـذر ، ولا يلزمها بذلك أجر المسكن ، وإنما الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن[4] . وإذا تعذرت السكنى سقطت ولها أن تسكن حيث شاءت . ذكره القاضى . وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى أقرب مايمـكنها النقلة

---

(١) سورة البقرة آية ٢٤٠ (٢) القدوم بفتح القاف ودال مهملة مضمومة تشدد وتخفف ـ موضع على ستة أميال من المدينة (ف) (٣) وأخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجه (ف)

(٤) فى ٣٩ : لاتحصيل أجر المسكن .

إليه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه أقرب إلى موضع الوجود ، فأشبه من وجبت عليه، الزكاة فى موضع لايجد فيه أهل السهمان ، فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يجدهم فيه .

ولنا : أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلايجب ، كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط ، والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف فى المسجد . ولأن ماذكروه إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص ، فإن معنى الاعتداد فى بيتها لايوجد فى السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان ، فإن القصد نفع الأقرب ، وفى نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب ، فوجب لذلك .

٦٣٩٨ فصـــــل

قال أصحابنا : ولاسكنى المتوفى‌عنها إذا كانت حائلا رواية واحدة . وإن كانت حاملا فعلى روايتين وللشافعى فى سكنى المتوفى‌عنها قولان : وجه الوجوب قوله تعالى : (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ)[1] فنسخ بعض المدة وبقى باقيها على الوجوب ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر فريعة بالسكنى فى بيتها من غير استئذان الورثة . ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف فى شىء من مال زوجها بغير إذنهم .

ولنا : أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة والمسكن من التركة ، فوجب ألا يستحق منه أكثر من ذلك ولأنها بائن من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثاً . وأما إذا كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلأنها حامل من زوجها فوجب لها السكنى قياساً على المطلقة . فأما الآية التى احتجوا بها فإنها منسوخة . وأما أمر النبى صلى الله عليه وسلم فريعة بالسكنى فقضية فى عين يحتمل أنه عليه السلام علم أن الوارث يأذن فى ذلك أو يكون الأمر يدل على وجوب السكنى عليها ويتقيد ذلك بالإمكان وإذن الوارث من جملة مايحصل الإمكان به .

فإذا قلنا لها السكنى فهى أحق بسكنى المسكن الذى كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع فى دينه بيعاً يمنعها السكنى فيه حتى تقضى العدة . وبهذا قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور العلماء وإن تعذر المسكن فعلى الوارث أن يكترى لها مسكناً من مال الميت فإن لم يفعل أجبره الحاكم ، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر كما ذكرنا وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى لأنها تجب للعدة والعدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز اتفاقهما على إبطالها بخلاف سكنى النكاح فإنها حق لهما ولأن السكنى ههنا من الإحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الإحداد ، وليس لهم أن يخرجوها إلا أن تأتى بفاحشة مبينة لقول الله تعالى : «لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ »[1] وهى أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم

---

(١) سورة الطلاق آية ١

بالسب ونحوه . روى ذلك عن ابن عباس وهو قول الأكثرين . وقال ابن مسعود والحسن : هى الزنا لقول الله تعالى : « واللاَّتِي يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ »(١) وإخراجهن هو الإخراج لإقامة حد الزنا ثم ترد إلى مكانها .

ولنا : أن الآية تقتضى الإخراج عن السكنى وهذا لا يتحقق فيما قالاه ، وأما الفاحشة فهى اسم للزنا وغيره من الأقوال الفاحشة . يقال أفحش فلان فى مقاله ، وَلهذا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قالت له عائشة « يارسول الله قلت لفلان بئس أخو العشيرة فلما دخل ألنت له القول فقال : ياعائشة إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش »(٢) .

إذا ثبت هذا فإن الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم ، فإن كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غيره فى الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها ، وقال بعض أصحابنا ينتقلون هم عنها لأن سكناها واجب فى المكان وليس بواجب عليهم ، والنص يدل على أنها تخرج ، فلا يعرج على ماخالفه ولأن الفاحشة منها فكان الإخراج لها ، وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوا هم دونها فإنها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولأن الذنب لهم فيخصون بالإخراج . وإن كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه لزمها الاعتداد به .

وإن أبى أن يسكنها إلا بأجرة وجب بذلها من مال الميت ، إلا أن يتبرع إنسان ببذلها ، فيلزمها الاعتداد به ، فإن حولها صاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن ، لأنه حق لها يقدم على الميراث ، فإن اختارت النقلة عن هذا المسكن الذى ينقلونها إليه فلها ذلك ، لأن سكناها به حق لها وليس بواجب عليها ، فإن المسكن الذى كان يجب عليها السكنى به هو الذى كانت تسكنه حين موت زوجها ، وقد سقطت عنها السكنى به ، وسواء كان المسكن الذى كانت به لأبويها أو لأحدهما أو لغيرهم ، وإن كانت تسكن فى دارها فاختارت الإقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز ، ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبتها ، وإن طلبت أن تسكنها غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك ، لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم إسكانها .

٦٣٩٩ فصل

فأما إذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة بإسكانها فى مسكن زوجها أو السلطان أو أجنبى لزمها الاعتداد به وإن منعت السكنى به أو طلبوا منها الأجرة فلها أن تنتقل عنه إلى غيره كما ذكرنا فيما إذا

(١) سورة النساء آية ١٥ (٢) أخرجه البخارى وغيره .

أخرجها المؤجر عند انقضاء الإجارة وسواء قدرت على الأجرة أو عجزت عنها لأنه إنما تلزمها السكنى لا تحصيل المسكن ، وإن كانت فى مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكناً آخر لم تلزمها السكنى وكذلك إن أخرجت من المسكن الذى هى به[1] أو خرجت لأى عارض كان لم تلزمها السكنى فى موضع معين سواه سواء بذله الورثة أو غيرهم لأنها إنما يلزمها الاعتداد فى بيتها الذى كانت فيه لا فى غيره وكذلك إذا قلنا لها السكنى فتعذر سكناها فى مسكنها وبذل لها سواه وإن طلبت مسكناً سواه لزم الورثة تحصيله بأجرة أو بغيرها إن خلف الميت تركة تفى بذلك ويقدم ذلك على الميراث لأنه حق على الميت فأشبه الدين فإن كان على الميت دين يستغرق ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لأن حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً تسكنه وكذلك الحكم فى المطلقة إذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فإنها تضرب بأجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء إذا كانت حاملا .

فإن قيل : فهلا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق ؟ قلنا : لأن حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالا لإنسان أو جنى عليه ، وإن مات وهى فى مسكنه لم يجز إخراجها منه لأن حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدماً كحق المرتهن ، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم يجز ، لأنها إنما تستحق السكنى إذ كانت حاملا ، ومدة الحمل مجهولة ، فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة ، وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضربها فى السكنى لم يكن لهم ذلك ، وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لأنه لاضرر عليها فيه .

٦٤٠٠ فصــــل

وإذ قلنا إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فإنها تضرب بمدة عادتها فى وضع الحمل إن كانت حاملا ، وإن كانت مطلقة من ذوات القروء وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عادتها فى القروء ، فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء ، وهو تسعة أشهر للحمل ، وثلاثة أشهر لكل قرء شهر ، أو بما بقى من ذلك إن كان قد مضى من مدة حملها شيء لأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر بما يحصل لها مكاناً تسكنه ، وإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت وإن كانت المدة أقل مما ضربت به مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت ثلاثة قروء فى شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه ، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها فى عام أو رأت ثلاثة قروء فى نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها

(١) فى ٣٩ : التى هى فيه .

فى صورة النقص ويحتمل ألا ترجع به ويكون فى ذمة زوجها لأننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تكن لها الزيادة عليه .

٦٤٠١ فصـــل

والمعتدة الخروج فى حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها لما روى جابر قال « طلقت خالتى ثلاثاً فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : اخرجى فجذى نخلك لعلك أن تتصدقى منه أو تفعلى خيراً » رواه النسائى وأبو داود . وروى مجاهد قال[1] « استشهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقلن يارسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا ، فإذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تحدثن عند إحداكن حتى إذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة إلى بيتها » وليس لها المبيت فى غير بيتها ولا الخروج ليلا إلا لضرورة لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء مايحتاج إليه وإن وجب عليها حق لايمكن استيفاؤه إلا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث إليها الحاكم من يستوفى الحق منها فى منزلها ، وإن كانت برزة[2] جاز إحضارها لاستيفائه فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

٦٤٠٢ فصـــل

والأمة كالحرة فى الإحداد والاعتداد فى المنزل إلا أن سكناها فى العدة كسكناها فى حياة زوجها للسيد إمساكها نهاراً وإرسالها ليلا فإن أرسلها ليلا ونهاراً اعتدت زمانها كله فى المنزل وعلى الورثة سكناها فيهما كالحرة سواء .

٦٤٠٣ فصـــل

والبدوية كالحضرية فى الاعتداد فى منزلها الذى مات زوجها وهى ساكنة فيه فإن انتقلت الحلة انتقلت معهم لأنها لايمكنها المقام وحدها ، وإن انتقل غير أهلها لزمها المقام معهم وإن انتقل أهلها انتقلت معهم إلا أن يبقى من الحلة من لاتخاف على نفسها معهم فتكون مخيرة بين الإقامة والرحيل وإن هرب أهلها فخافت هربت معهم وإن أمنت أقامت لقضاء العدة فى منزلها .

---

(١) أخرجه الشافعى وعبد الرزاق عن مجاهد مرسلا . ف

(٢) برزة : كهلة لاتحتجب احتجاب الشواب . ف

٦٤٠٤ فصـــــل

فإن مات صاحب السفينة وامرأته فى السفينة ولها مسكن فى البر فحكمها حكم المسافرة فى البر على ماسنذكره وإن لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد به فإن كانت ضيقة وليس معها محرمها أو لا يمكنها الإقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها إلى موضع سواها .

٦٤٠٥ مســـــألة

قال : ﴿ والمطلقة ثلاثاً تتوقى الطيب والزينة والكحل بالإثمد ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد فى وجوب الإحداد على المطلقة البائن فعنه يجب عليها وهو قول سعيد ابن المسيب وأبى عبيد وأبى ثور وأصحاب الرأى . والثانية : لا يجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الإحداد إنما يجب فى عدة الوفاة ، ولأنها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولأن الإحداد فى عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته ، فأما الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكليفها الحزن عليه ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فإن زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفى ولدها إذا كان من غيره .

ووجه (الرواية)[1] الأولى : أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لأن العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه ، ويخرج على هذا الرجعية فإنها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة ، فأما الحديث فإنما مدلوله تحريم الإحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به . ولهذا جاز الإحداد ههنا بالإجماع ، فإذا قلنا يلزمها الإحداد لزمها شيئان توقى الطيب والزينة فى نفسها على ماقدمنا فيها ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد فى غير منزلها ولذلك أمر النبى صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم على ماسنذكره إن شاء الله تعالى .

٦٤٠٦ فصـــــل

وإذا كانت المبتوته حاملا وجب لها السكنى رواية واحدة . ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فيه . وإن لم تكن حاملا ففيها روايتان :

(١) سقطت من ٣٩ .

إحداها : لايجب لها ذلك وهو قول ابن عباس وجابر ، وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو ابن ميمون وعـكرمة وإسحاق وأبو ثور وداود .

والثانية : يجب لها ذلك وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى : « لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بيوتِهِنَّ ولا يخرجْنَ إلا أنْ يأتينَ بِفَاحِشَةٍ »(١) وقال تعـالى « أَسْـكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَـكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ولا تُضَارُّوهُنَّ لِتضَيِّقوا عليهِنَّ وإن كُنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فأنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »(٢) . فأوجب لهن السكنى مطلقاً ، ثم خص الحامل بالإنفاق عليها .

ولنا : ماروت فاطمة بنت قيس : « أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شيء . فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : ليس لك عليه نفقة ولاسكنى ، فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك — ثم قال — إن تلك امرأة يغشاها أصحابي ، اعتدى في بيت ابن أم مـكتوم » . متفق عليه ، فإن قيل : فقد أنـكر عليها عمر وقال : « ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لاندرى أصدقت أم أم كذبت ؟ » وقال عروة : « لقد عابت عائشة ذلك أشدَّ العيبِ وقال(٣) : إنها كانت في مكان وَحْشٍ(٤) نخيف على ناحيتها » وقال سعيد بن المسيب : « امرأة فتنت الناس ، إنها كانت(٥) لِسَنَةً ، فوُضِعَتْ على يدى ابن أم مكتوم الأعمى » .

قلنا : أما مخالفة الـكتاب فإن فاطمة لما أنكروا عليها قالت : بيني وبينـكم كتاب الله : قال الله تعالى « لاَتَدْرِى لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أمْرًا »(٦) فأي أمر يحدث بعد الثلاث ؟ » . فـكيف

---

(١) سورة الطلاق آية ١ . (٢) سورة الطلاق آية ٦ .

(٣) في ١٨ : وقالت . (٤) في ٣٩ : موحش . وحش . . . بفتح الواو وسكون الحاء أي خلاء لاساكن به وقد روى كلام عائشة أبو داود وابن ماجة والبخاري تعليقاً . ف

(٥) كانت لسنة : أي طويلة اللسان ، وقد بين ابن المسيب ذلك في رواية أخرى أصرح ، تلك امرأة استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها عليه الصلاة والسلام أن تنتقل ، وهذه الرواية ورواية المغنى كلاهما في سنن أبي داود .

ويستفاد من كلام عائشة وكلام سعيد بن المسيب أنه اختلف في سبب انتقالها ، فعائشة ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لها في الانتقال لأنها كانت في مكان وحش ، وسعيد يرى أنها أمرت بالانتقال لطول لسانها . ف

(٦) سورة الطلاق آية ١ .

فـكيف تقولون لا نفقة لها ، إذا لم تـكن حاملا فعلام تحبسونها ؟ فـكيف تحبس امرأة بغير نفقة ؟ وأما قولهم : إن عمر قال : لا ندع كتاب ربنا فقد أنـكر أحمد هذا القول عن عمر ، قال : ولـكنه قال : لا نجيز في ديننا قول امرأة ، وهذا مجمع على خلافه ، وقد أخذنا بقول فُرَيْعَةَ وهي امرأة ، وبرواية عائشة ، وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم . في كثير من الأحكام ، وصار أهل العلم إلى خبر فاطمة هذا في كثير من الأحكام ، مثل سقوط نفقة المبتوتة إذا لم تـكن حاملا ، ونظر المرأة إلى الرجال ، وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تـكن سكنت إلى الأول .

وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء ، فإنها تخالفهم في ذلك . وهي أعلم بحالها ، ولم يتفق المتأولون على شيء . وقد رد على من رد عليها فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب لما قال : تلك امرأة فتنت الناس : لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله صلى الله عليه وسلم مافتنت الناس ، وإن لنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة ، مع أنها أحرم الناس عليه ، ليس له عليها رجعة ، ولا بينهما ميراث ، وقول عائشة : « إنها كانت في مكان وحش » لا يصح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم علل بغير ذلك ، فقال : « يابنة آل قيس ، إنما السكنى والنفقة ما كان لزوجك عليك الرجعة » . هكذا رواه الحميدي ، والأثرم . ولأنه لو صح ماقالته عائشة أو غيرها من التأويل ماحتاج عمر في رده (إلى)[1] أن يعتذر بأنه قول امرأة ، ثم فاطمة صاحبة القصة ، وهي أعرف بنفسها وبحالها ، وقد أنـكرت على من أنـكر عليها ، وردت على من رد خبرها أو تأوله بخلاف ظاهره ، فيجب تقديم قولها لمعرفتها بنفسها ، وموافقتها ظاهر الخبر ، كما في سائر ماهذا سبيله .

٦٤٠٧ فصـــل

قال أصحابنا : ولا يتعين الموضع الذي تسكنه في الطلاق ، سواء قلنا : لهـا السكنى ، أو لم نقل ، بل يتخير الزوج بين إقرارها في الموضع الذي طلقها فيه ، وبين نقلها إلى مسكن مثلها ، والمستحب إقرارها لقوله تعـالى : « لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ »[2] . ولأن فيه خروجاً من الخلاف ، فإن الذين ذكرنا عنهم أن لها السكنى يرون وجوب الاعتداد عليها في منزلها فإن كانت في بيت يملك الزوج سكناه ويصلح لمثلها اعتدت فيه ، فإن ضاق عنهما انتقل عنها ، وتركه لها ، لأنه يستحب سكناها في الموضع الذي طلقها فيه . وإن اتسع الموضع لها وفي الدار موضع لها منفرد ، كالحجرة ، أو علو الدار أو سفلها ، وبينهما باب مغلق ، سكنت فيه ، وسكن الزوج في الباقي ، لأنهما

---

(١) في النسخ المطبوعة (إلا) والصواب (إلى) كما أثبتناه وهو في الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٤١ ف

(٢) سورة الطلاق آية ١ .

كالحجرتين المتجاورتين . وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تتستر فيه ، بحيث لايراها ، ومعها محرم تتحفظ به جاز ، لأن مع المحرم يؤمن الفساد ، ويكره فى الجملة ، لأنه لايؤمن النظر ، وإن لم يكن معها محرم لم يجز . لقول النبي صلى الله عليه وسلم(1) : « لايخلونّ رجل بامرأة ليست له بمحرم ، فإن ثالثهما الشيطان » . وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم ، فإن كان الحاكم معدوماً رجعت على الزوج ، وإن كان الحاكم موجوداً فهل ترجع ؟ على روايتين وإن كان الزوج حاضراً ولم يمنعها من المسكن فاكترت لنفسها موضعاً أو سكنت فى موضع تملكه لم ترجع بالأجرة ، لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد . وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرته أوغيبته ، أو امتنع من ذلك مع قدرته ، سكنت حيث شاءت ، وكذلك المتوفى عنها زوجها ، إذا لم يسكنها ورثته ، لأنه إنما تلزمها السكنى فى منزله لتحصين مائه ، فإذا لم تفعل لم يلزمها ذلك .

٦٤٠٨ مســـــألة

قال ﴿ وإذا خرجت إلى الحج فتوفى عنها زوجها وهى بالقرب رجعت لتقضى العدة ، فإن كانت قد تباعدت مضت فى سفرها ، فإن رجعت وقد بقى من عدتها شيء أتت به فى منزلها ﴾ .

وجملته : أن المعتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج إلى الحج ، ولا إلى غيره ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، رضى الله عنهما . وبه قال سعيد بن المسيب ، والقاسم ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، والثورى . وإن خرجت فمات زوجها فى الطريق رجعت إن كانت قريبة ، لأنها فى حكم الإقامة . وإن تباعدت مضت فى سفرها . وقال مالك : تردّ مالم تحرم . والصحيح : أن البعيدة لاترد ، لأنه يضرّ بها ، وعليها مشقة ، ولا بد لها من سفر وإن رجعت . قال القاضى : ينبغى أن يُحَدَّ القريب بما لاتقصر فيه الصلاة ، والبعيد ماتقصر فيه ، لأن مالا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر . وهذا قول أبى حنيفة ، إلا أنه لا يرى القصر إلا فى مسيرة ثلاثة أيام ، فقال : متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع إليه ، وإن كان فوق ذلك لزمها المضى إلى مقصدها ، والاعتداد فيه ، إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام . وإن كان بينه وبينها ثلاثة أيام ، وفى موضعها الذى هى به موضع يمكنها الإقامة فيه ، لزمها الإقامة . وإن لم يمكنها الإقامة مضت إلى مقصدها .

وقال الشافعى : إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام ، لأنها صارت فى موضع أذن لها زوجها فيه ، وهو السفر ، فأشبه مالو كانت قد بعدت .

ولنا على وجوب الرجوع إذا كانت قريبة : ماروى سعيد ثنا جرير ، عن منصور ، عن سعيد بن

(1) أخرجه أحمد عن عامر بن ربيعة ، وبمعناه حديث أخرجه الشيخان عن ابن عباس . ف

المسيب ، قال : « توفى أزواجٌ نساؤهن حاجَّات أو معتمرات ، فردهن عمر من ذى الْحُلَيفة[١] ، حتى يعتددن فى بيوتهن » . ولأنه أمكنها الاعتداد فى منزلها قبل أن يبعد سفرها ، فلزمها كما لو لم تفارق البنيان .

وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع : إن (كان)[٢] عليها مشقة وتحتاج إلى سفر فى رجوعها فأشبهت من بلغت مقصدها . وإن اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك إذا كانت تصل إلى منزلها قبل انقضاء عدتها ، ومتى كان عليها فى الرجوع خوف أو ضرر فلها المضى فى سفرها كما لو بعدت ، ومتى رجعت وقد بقى عليها شىء من عدتها لزمها أن تأتى به فى منزل زوجها بلا خلاف نعلمه بينهم فى ذلك ، لأنه أمكنها الاعتداد فيه ، فلزمها كما لو لم تسافر منه .

٦٤٠٩ فصـــــل

ولو كانت عليها حجة الإسلام فمات زوجها لزمتها العدة فى منزلها ، وإن فاتها الحج ، لأن العدة فى المنزل تفوت ، ولا بدل لها ، والحج يمكن الإتيان به فى غير هذا العام .

وإن مات زوجها بعد إحرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فيه نظرت ، فإن كان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد فى منزلها ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز إسقاط أحدهما ، وإن خشيت فوات الحج لزمها المضى فيه . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يلزمها المقام وإن فاتها الحج ، لأنها معتدة ، فلم يجز لها أن تنشىء سفراً ، كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها .

ولنا : أنهما عبادتان استويا فى الوجوب وضيق الوقت ، فوجب تقديم الأسبق منهما ، كما لو كانت العدة أسبق . ولأن الحج آكد ، لأنه أحد أركان الإسلام ، والمشقة بتفويته تعظم ، فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بَعُد سفرها إليه ، وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضى إليه ، لما فى بقائها فى الإحرام من المشقة ، واحتمل أن يلزمها الاعتداد فى منزلها ، لأن العدة أسبق ، ولأنها فرطت وغلطت فى نفسها . فإذا قضت العدة وأمكنها السفر إلى الحج لزمها ذلك فإن أدركته وإلا تحللت بعمل عمرة ، وحكمها فى القضاء حكم من فاته الحج ، وإن لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر ، كالتى يمنعها زوجها من السفر ، وحكم الإحرام بالعمرة كذلك ، إذا خيف فوات الرفقة ، أو لم يخف .

---

(١) ميقات إحرام المدنيين .

(٢) ساقطة من ١٨ . ويبدو أن همزة إن مفتوحة مع حذفها . وهو أوضح مع ملاحظة أن الهمز والنقط قليل جداً فى هذه المخطوطة لقدم خطها .

٦٤١٠ فصـــل

وإذا أذن لها زوجها للسفر لغير النقلة فخرجت ، ثم مات زوجها ، فالحكم فى ذلك كالحكم فى سفر الحج على ماذكرنا من التفصيل ، وإذا مضت إلى مقصدها فلها الإقامة حتى تقضى ماخرجت إليه ، وتنقضى حاجتها من تجارة أو غيرها ، وإن كان خروجها لنزهة أو زيارة أو لم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم إقامة المسافر ثلاثاً ، وإن قدر لها مدة فلها إقامتها ، لأن سفرها بحكم إذنه ، فكان لها إقامة ماأذن لها فيه فإذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ، ولم يمكنها الرجوع لخوف أو غيره ، أتمت العدة فى مكانها ، وإن أمكنها الرجوع لكن لايمكنها الوصول إلى منزلها حتى تنقضى عدتها لزمتها الإقامة فى مكانها ، لأن الاعتداد وهى مقيمة أولى من الإتيان بها فى السفر ، وإن كانت تصل وقد بقى من عدتها شىء لزمها العود[1] لتأتى بالعدة فى مكانها .

٦٤١١ فصـــل

وإن أذن الزوج لها فى الانتقال إلى دار أخرى أو بلد آخر فمات قبل انتقالها لزمها الاعتداد فى الدار التى هى بها ، لأنها بيتها ، وسواء مات قبل نقل متاعها أو بعده ، لأنها مسكنها مالم تنتقل عنه : وإن مات بعد انتقالها إلى الثانية اعتدت فيها ، لأنها مسكنها ، وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله ، وإن مات وهى بينهما فهى مخيرة ، لأنها لامسكن لها منهما ، فإن الأولى قد خرجت عنها منتقلة ، فخرجت عن كونها مسكناً لها . والثانية : لم تسكن بها ، فهما سواء .

وقيل : يلزمها الاعتداد فى الثانية ، لأنها المسكن الذى أذن لها زوجها فى السكنى به ، وهذا يمكن فى الدارين ، فأما إذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال إلى البلد الثانى بحال ، لأنها إنما كانت تنتقل لغرض زوجها فى صحبتها إياه ، وإقامتها معه ، فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق ، والتغرب عن وطنها وأهلها . والمقام مع غير محرمها ، والمخاطرة بنفسها ، مع فوات الغرض ، وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها ، فصارت الحياة مشروطة فى النقلة ، فأما إن انتقلت إلى الثانية ثم عادت إلى الأولى لنقل متاعها . فمات زوجها وهى بها ، فعليها الرجوع إلى الثانية ، لأنها صارت مسكنها بانتقالها إليها ، وإنما عادت إلى الأولى لحاجة ، والاعتبار بمسكنها دون موضعها ، وإن مات وهى فى الثانية فقالت : أذن لى زوجى فى السكنى بهذا المكان ، وأنكر ذلك الورثة ، أو قالت : إنما أذن لى زوجى فى المجىء إليه ، لا فى الإقامة به ، وأنكر ذلك الورثة ، فالقول قولها ، لأنها أعرف بذلك منهم ، وكل موضع قلنا : يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرمها مسافراً معها ، والأمن على نفسها ، لقول رسول الله

[1] فى ٣٩ : العودة .

صلى الله عليه وسلم : « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم من أهلها »[1] . أو كما قال .

٦٤١٢ مســـألة

قال ﴿ وإذا طلقها زوجها أو مات عنها وهو ناء عنهـا ، فعدتها من يوم مات أو طلق ، إذا صح ذلك عندها ، وإن لم تجتنب ماتجتنبه المعتدة ﴾ .

هذا المشهور فى المذهب ، وأنه متى مات زوجها ، أو طلقها ، فعدتها من يوم موته وطلاقه . قال أبو بكر : لاخلاف عن أبى عبد الله أعلمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق ، إلا مارواه إسحاق ابن إبراهيم . وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وابن مسعود ، ومسروق ، وعطاء . وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وعكرمة ، وطاوس ، وسليمان بن يسار ، وأبى قلابة ، وأبى العالية ، والنخعى ، ونافع ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى عبيد ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : إن قامت بذلك بينة فـكما ذكرنا ، وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر .

وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز . ويروى عن على ، والحسن ، وقتادة ، وعطاء الخراسانى ، وخلاس بن عمرو : أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لأن العدة اجتناب أشياء ، وما اجتنبتهـا .

ولنـا أنها لو كانت حاملا فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها ، فـكذلك سائر أنواع العدد ، ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق ، فوجب أن تعتد به ، كما لو كان حاضراً ، ولأن القصد غير معتبر فى العدة ، بدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضى عدتهما من غير قصد ، ولم يعدم ههنا إلا القصد ، وسواء فى هذا اجتنبت ماتجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه ، فإن الإحداد الواجب ليس بشرط فى العدة ، فلو تركته قصداً أوعن غير قصد لانقضت عدتها ، فإن الله تعالى قال : « يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ »[2] . وقال : « فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ » . وقال : « وأُولَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ »[3] . وفى اشتراط الإحداد مخالفة هذه النصوص ، فوجب ألا يشترط .

---

(١) أخرجه الشيخان وأحمد وأبو داود والترمذى عن أبى هريرة . (ف)

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ (٣) سورة آية الطلاق ٤ .

كتاب الرضاع

الأصل فى التحريم : بالرضـاع الـكتاب ، والسنة : والإجماع . أما الـكتاب فقول الله تعـالى : (وَأُمَّهَاتُـكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَـكُمْ وَأَخَوَاتُـكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ)[1] ذكرهما الله سبحانه فى جملة المحرمات .

وأما السنة فما روت عائشة أن النبي صلى الله عليـه وسلم قال : « إن الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة » متفق عليه ، وفى لفظ : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » . رواه النسائى . وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بنت حمزة : « لاتحل لى ، يحرم من الرضـاع مايحرم من النسب ، وهى ابنة أخى من الرضاعة » . متفق عليه فى أخبار كثيرة نذكر أكثرها إن شاء الله تعالى فى تضاعيف الباب . وأجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع .

إذا ثبت هذا فإن تحريم الأم والأخت ثبت بنص الـكتاب ، وتحريم البنت ثبت بالتنبيه ، فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى ، وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة ، وتثبت المحرمية ، لأنهـا فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح . فأما بقية أحكام النسب من النفقة ، والعتق ، ورد الشهادة ، وغير ذلك فلا يتعلق به ، لأن النسب أقوى منه ، فلا يقاس عليه فى جميع أحكامه ، وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه .

٦٤١٣ مســـــألة

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ والرضاع الذى لايشك فى تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً ﴾ .

فى هذه المسألة مسألتان :

٦٤١٤ أحــــدها

أن الذى يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً هذا الصحيح فى المذهب . وروى هذا عن عائشة وابن مسعود ، وابن الزبير ، وعطاء ، وطاوس . وهو قول الشافعى . وعن أحمد رواية ثانية : أن قليل الرضاع وكثيره يحرم . وروى ذلك عن على ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومكحول ، والزهرى ، وقتادة ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، والليث ، وأصحاب الرأى . وزعم الليث : أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم فى المهد مايفطر به الصائم . واحتجوا بقول الله تعالى : (وأمهاتـكُمُ اللاَّتى أرضَعْنَـكم وأخواتـكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ)[2] ، وقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب » .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ٢٣

وعن عقبـة بن الحارث : « أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب ، فجاءت أمة سوداء . فقالت : قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما ؟ » متفق عليه ، ولأن ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد ، فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ، ولا يلزم اللعان لأنه قول .

والرواية الثالثة : لايثبت التحريم إلا بثـلاث رضعات . وبه قال أبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود ، وابن المنذر ، لقول لنبى صلى الله عليـه وسلم : « لاتحرم المصّة ، ولا المصتان » ، وعن أم الفضل بنت الحارث قالت : قال نبى الله صلى الله عليه وسلم : « لاتحرم الإملاجة[1] ولا الإملاجتان » ، رواهما مسلم ولأن مايعتبر فيه العدد والتـكرار يعتبر فيه الثلاث ، وروى عن حفصة : « لايحرمُ دون عشر رضعات » وروى ذلك عن عائشة ، لأن عروة روى فى حديث سهلة بنت سهيل ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بلغنا : « أرضعيه[2] عشر رضعات فيحرم بلبنها » .

وجه الأولى ماروى عن عائشة أنها قالت : أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، فنسخ من ذلك خمس ، وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرمن ، فتوفى رسول اللهصلى الله عليه وسلم والأمر على ذلك . رواه مسلم . وروى مالك ، عن الزهرى ، عن عروة ، عن عائشـة ، عن سهلة بنت سهيل ، أرضعى سالماً خمس رضعات ، فيحرم بلبنها والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ماروينا يخص[3] مفهوم ماروه ، فنجمع بين الأخبار ، ونحملها على الصريح الذى رويناه .

٦٤١٥ فصـــــل

وإذا وقع الشك فى وجود الرضاع أو فى عدد الرضاع المحرم ، هـل كملا أولا ؟ لم يثبت التحريم ، لأن الأصل عدمه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، كما لو شك فى وجود الطلاق وعدده .

---

(١) الإملاجة : الإرضاعة الواحدة مثل المصة ، وفى القاموس ملج الصبى أن كنصر وسمع : تناول ثديها بأدنى فه ، وامتلج اللبن : امتصه ، وأملجه : أرضعه ، والمليج : الرضيع (ف)

(٢) المشهور « أرضعيه خمس رضعات » وقد أخرجه أحمد عن عروة عن عائشة كما فى مسند أحمد ج ٦ ص ٢٠١ وموطأ مالك ج ٢ ص ٤٤ نعم . ورد فى موطأ مالك ج ٢ ص ٤٣ .. عن نافع أن سالم بن ابن عبد الله بن عمر أخبره أن عائشة أم المؤمنين أرسلت به ، وهو يرضـع إلى أختها أم كلثوم بنت أبى بكر الصديق فقالت : أرضعيه عشر رضعات حتى يدخل على ..

والأمر بالعشر منها زيادة فى التحوط لأن المشهود عنها أن العشر نسخن بخمس . (ف)

(٣) فى ١٢ : يخصص .

٦٤١٦ المسألة الثانية

أن تـكون الرضعات متفرقات ، وبهذا قال الشافعى . والمرجـع فى معرفة الرضعة إلى العرف ، لأنّ الشرع ورد بها مطلقاً ، ولم يحدها بزمن ولا مقـدار ، فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف ، فإذا ارتضع الصبى وقطع قطعاً بيناً باختياره ، كان ذلك رضعـة أخرى ، فأما إن قطع لضيق نفس ، أو للانتقال من ثدى إلى ثدى ، أو لشىء يلهيه ، أو قطعت عليه المرضعة ، نظرنا . فإن لم يعد قريباً فهى رضعة ، وإن عاد فى الحال ففيه وجهان .

أحدهما : أن الأولى رضعة ، فإذا عاد فهى رضعة أخرى ، وهذا اختيار أبى بكر . وظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل ، فإنه قال : أما ترى الصبى يرتضع من الثدى ، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدى ليتنفس أو أو يستريح ، فإذا فعل ذلك فهى رضعة ، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فـكانت رضعة ، وإن عاد كالو قطع باختياره .

والوجه الآخر : أن جميع ذلك رضعة ، وهو مذهب الشافعى ، إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ، ففيه وجهان . لأنه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة فاستدام الأكل زمناً ، أو قطع لشرب المـاء ، أو انتقال من لون إلى لون ، أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام لم يعدّ إلا أكلة واحدة ، فـكذا هاهنا ، والأول أصح ، لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة ، فـكذا هذا .

٦٤١٧ مســـــألة

قال : ﴿ والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور ﴾ .

معنى السعوط : أن يصب اللبن فى أنفه من إناء أو غيره ، والوجور : أن يصب فى حلقـه صباً من غير الثدى . واختلفت الرواية فى التحريم بهما ، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وبه قال مالك فى الوجور .

والثانية : لايثبت بهما التحريم ، وهو اختيار أبى بكر ، ومذهب داود ، وقول عطاء الخراسانى فى السعوط ، لأن هذا ليس برضاع ، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، لأنه حصل من غير ارتضاع ، فأشبه مالو دخل من جرح فى بدنه .

ولنا : ماروى ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم : « لارضاع إلا ماأنشر العظم ، وأنبت اللحم » ، رواه أبو داود . ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع ، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم مايحصل من الارتضاع . فيجب أن يساويه فى التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم فـكان سبيلا للتحريم كالرضاع بالفم .

٦٤١٨ فصـــــل

وإنما يحرم من ذلك مثل الذى يحرم بالرضاع ، وهو خمس فى الرواية المشهورة ، فإنه فرع على الرضاع فيأخـذ حكمه ، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور ، أو استَعَطَ أو أوجِر وكمل الخمس برضاع ، ثبت التحريم ، لأنا جعلناه كالرضاع فى أصل التحريم ، فكذلك فى إكمال العـدد ، ولو حلبت فى إناء دفعة واحدة ، ثم سقته غلاماً فى خمسة أوقات ، فهو خمس رضعات ، فإنه لو أكل من طعام خمس أكلات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات . وإن حلبت فى إناء حلبات فى خمسة أوقات ، ثم سقته دفعـة واحدة ، كان رضعة واحدة ، كالو جعل الطعام فى إناء واحد فى خمسة أوقات ، ثم أكله دافعة واحدة كان أكلة واحدة وحكى عن الشافعى قول فى الصورتين عكس ماقلنا ، اعتباراً بخروجه منها ، لأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه .

ولنا : أن الاعتبار بشرب الصبى له ، لأنه المحرم ، ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم ، فكان الاعتبار به ، وماوجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة ، وإن سقته فى أوقات ، فقد وجـد فى خمس أوقات فكان خمس رضعات . فأما إن سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة ، فظاهر قول الخرقى أنه رضعة واحـدة ، لاعتباره خمس رضعات متفرقات ، ولأن المرجع فى الرضعة إلى العرف ، وهم لايعدون هـذا رضعات ، فأشبه مالو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة ، فإنه لايعـد أكلات . ويحتمل أن يخرج على ماإذا قطعت عليه المرضعة الرضـاع على ماقدمنا .

٦٤١٩ فصـــــل

وإن عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبى ثبت به التحريم . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لايحرم به ، لزوال الاسم ، وكذلك على الرواية التى تقول لايثبت التحريم بالوجور ، لايثبت ههنـا بطريق الأولى .

ولنـا : أنه واصل من الحلق يحصل به إنبات اللحم ، وإنشاز العظم ، فحصل به التحريم ، كما لو شربه .

٦٤٢٠ فصـــــل

فأما الحقنة فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد أنها لاتحرم ، وهو مذهب أبى حنيفة ، ومالك . وقال ابن حامد ، وابن أبى موسى : تحرم ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر، فتعلق به التحريم كالرضاع .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ، ولا يحصل به التغذى ، فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر فى إحليله ، ولأنه ليس برضاع ، ولا فى معناه ، فلم يجز إثبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم ، فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ، ولا إنشاز العظم ، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق ، أشبه ما لو وصل من جرح .

٦٤٢١ مسألة

قال : ﴿ واللبن المشوب كالمحض ﴾ .

المشوب : المختلط بغيره ، والمحض : الخالص الذى لا يخالطه سواه ، وسوى الخرقى بينهما ، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه لا يحرم ، لأنه وجور ، وحكى عن ابن حامد أنه قال : إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا ، وهو قول أبى ثور ، والمزنى ، لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الإسم المعنى المراد به ، ونحو هذا قول أصحاب الرأى وزادوا فقالوا : إن كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام ، أو حتى تغير ، فليس برضاع .

ووجه الأول أن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ، ويحصل منه إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما إن صب فى ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم ، لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذى ، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم . وحكى عن القاضى : أن التحريم يثبت به ، وهو قول الشافعى ، لأن أجزاء اللبن حصلت فى بطنه ، فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً .

ولنا : أن هذا ليس برضاع ولا فى معناه ، فوجب ألا يثبت حكمه فيه .

٦٤٢٢ فصل

وإن حلب من نسوة وسُقِيه[1] الصبى فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ، لأنه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعاً محرماً ، فكذلك إذا شيب بلبن آخر .

٦٤٢٣ مسألة

قال : ﴿ ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية ، لأن اللبن لا يموت ﴾ .

المنصوص عن أحمد فى رواية إبراهيم الحربى أنه ينشر الحرمة ، وهو اختيار أبى بكر ، وهو قول أبى ثور ، والأوزاعى ، وابن القاسم ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال الخلال : لا ينشر الحرمة ،

---

(١) فى ٢٩ : وسقاه .

وتوقف عنه أحمد فى رواية مهنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل .

ولنا : أنه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم ، من امرأة ، فأثبت التحريم ، كما لو كانت حية ، ولأنه لافارق بين شربه فى حياتها وموتها ، إلا الحياة والموت أو النجاسة ، وهـذا لاأثر له ، فإن اللبن لايموت ، والنجاسة لاتمنع ، كما لو حلب فى وعاء نجس ، ولأنه لو حلب منها فى حياتها فشرب به بعد موتها لنشر الحرمة ، وبقاؤه فى ثديها لايمنع ثبوت الحرمة ، لأن ثديها لايزيد على الإناء فى عدم الحياة ، وهى لاتزيد على عظم الميتة فى ثبوت النجاسة .

٦٤٢٤ فصـــل

ولو حلبت المرأة لبنها فى إناء ، ثم ماتت ، فشرب به صبى نشر الحرمة فى قول كل من جعل الوجور محرماً ، وبه قال أبو ثور ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم ، وذلك لأنه لبن امرأة فى حياتها ، فأشبه مالو شرب به وهى فى الحياة .

٦٤٢٥ مســـألة

قال : ﴿ وإذا حملت ممن يلحق نسب ولدها به ، فثاب لها لبن ، فأرضعت به طفلا خمس رضعات متفرقات ، فى حولين ، حرمت عليه ، وبناتهـا من أبى هذا الحمل ، ومن غيره ، وبنـات أبى هـذا الحمل منها ، ومن غيرها ، وإن أرضعت صبية فقد صارت إبنة لها ولزوجها ، لأن اللبن من الحمل الذى هو منه ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة إذا حملت من رجل ، وثاب لها لبن ، فأرضعت به طفلا رضاعاً محرماً ، صار الطفل الرضيع ابناً للمرضعة بغير خلاف . وصار أيضاً إبناً لمن ينسب الحمل إليه فصار فى التحريم وإباحة الخلوة ابناً لها وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما . وإن نزلت درجتهم ، وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره ، وجميع أولاد الرجل الذى انتسب الحمل إليه من المرضعة ومن غيرها إخوة المرتضع وأخواته ، وأولاد أولادهما أولاد إخوته . وأخواته ، وإن نزلت درجتهم .

وأم المرضعة جدته ، وأبوها جده ، وأخوتها أخواله ، وأخواتها خالاته ، وأبو الرجل جده ، وأمه جدته وإخوته أعمامه ، وإخواته عماته ، وجميع أقاربهما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى المرتضع كما ينتسبون إلى ولدهما من النسب ، لأن اللبن الذى ثاب المرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة ، فنشر التحريم إليهما ، ونشر الحرمة إلى الرجل . وإلى أقاربه ، وهو الذى يسمى لبن الفحل . وفى التحريم به اختلاف ذكرناه فى باب مايحرم نـكاحه . والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ماروت عائشة : « أن أفلح

أخا أبي القعيس استأذن على بعد ما أنزل الحجاب ، فقلت : والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ، ولـكن أرضعتني امرأة أبي القعيس ، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولـكن أرضعتني امرأته ، قال : ائذني له ، فإنه عمك تربت يمينك » قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول : « حرموا من الرضاع مايحرم من النسب » . متفق عليه .

وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين ، فأرضعت إحداها جارية ، والأخرى غلاماً ، هل يتزوج الغلام بالجارية ؟ فقال : لا ، اللقاح واحد » . قال مالك : اختلف قديماً في الرضاعة من قبل الأب ، ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم ، منهم محمد بن المنكدر ، وابن أبي حبيبة ، فاستفتوا في ذلك ، فاختلف عليهم ، ففارقوا زوجاتهم . فأما المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده . وإن نزلوا ، ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ، ولا إلى أعلى منه ، كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته ، فلا يحرم على المرضعة نـكاح أبي الطفل المرتضع ، ولا أخيه ولا عمه ولا خاله ، ولا يحرم على زوجها نـكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ، ولا عمته ولا خالته . ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته . قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وإنما الرضاع بين الجارية وأخته .

إذا ثبت هذا فإن من شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى نحو ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وأبي هريرة ، وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، سوى عائشة ، وإليه ذهب الشعبي ، وابن شبرمة ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، ورواية عن مالك . وروى عنه إن زاد شهراً جاز ، وروى شهران .

وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع في ثلاثين شهراً ، لقوله سبحانه : «وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا»(١) ، ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء ، لأنه يكون سنتين ، فعلم أنه أراد الحمل في الفصال . وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين ، وكانت عائشة ترى رضاعة الـكبيرة تحرم . ويروى هذا عن عطاء ، والليث ، وداود ، لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت : « يا رسول الله ، إنا كنا نرى سالماً ولداً ، فـكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ، ويراني فضلى ، وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت ، فـكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه . فأرضعته خمس رضعات ، فـكان بمنزلة ولدها ، فبذلك كانت عائشة تأخذ ، تأمر بنات أخواتها وبنات إخوتها [أن] يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها . وإن كان كبيراً خمس رضعات . وأبت ذلك أم سلمة ، وسائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ،

---

(١) سورة الأحقاف آية ١٥ .

أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع فى المهد ، وقلن لعائشة : والله ما ندرى لعلها رخصة من النبى صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس ؟ » . رواه النسائى ، وأبو داود وغيرهما .

ولنا : قول الله تعالى :(والوَالداتُ يُرْضِعْنَ أولادهُنَّ حولَيْنِ كاملَيْن لمنْ أرادَ أنْ يُتِمَ الرَّضاعة)[1] فجعل تمام الرضاعة حولين ، فيدل على أنه لاحكم لها بعدها ، وعن عائشة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظرن من إخوانكن ، فإنما الرضاعة من المجاعة » . متفق عليه ، وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء ، وكان قبل الفطام » . أخرجه الترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح ، وعند هذا يتعين حمل خبر أبى حذيفة على أنه خاص له دون الناس ، كما قال سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم . وقول أبى حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب ، وقول الصحابة . فقد روينا عن على وابن عباس : أن المراد بالحمل حمل البطن ، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى : « وفِصَاله فى عامَيْن »[2] فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية .

إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك : لو ارتضع بعد الفطام فى الحولين لم تحرم عليه لقوله عليه السلام « وكان قبل الفطام » .

ولنا قول الله تعالى : (والوالداتُ يُرْضِعْنَ أولادهُنَّ حولَيْن كاملَيْن) وروى عنه عليه السلام : « لارضاع إلا ما كان فى الحولين » . والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال أبو الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم ، وقال القاضى لو شرع فى الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم . ولا يصح هذا ، لأن ما وجد من الرضعة فى الحولين كاف فى التحريم ، بدليل ما لو انفصل مما بعده ، فلا ينبغى أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به ، واشترط الخرقى فى نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذى ثاب اللبن بوطئه : أن يكون ابن حمل ينتسب إلى الواطىء ، إما لكون الوطء فى نكاح أو ملك يمين ، أو شبهة .

فأما لبن الزانى ، أو النافى الولد باللعان ، فلا ينتشر الحرمة بينهما فى مفهوم كلام الخرقى . وهو قول أبى عبد الله بن حامد ، ومذهب الشافعى ، وقال أبو بكر عبد العزيز : تنتشر الحرمة بينهما ، لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى فى ذلك مباحه ومحظوره كالوطء ، يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ، ثم

(١) سورة البقرة آية ٢٢٣ . (٢) سورة لقمان آية ١٤ .

إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء ، كذلك الابن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فنشرها إلى الواطىء ، كصورة الإجماع .

ووجه القول الأول : أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة ، فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ماهو فرع لها ، ويفارق تحريم ابنته من الزنا ، لأنها من نطفته حقيقة ، بخلاف مسألتنا . ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثَمَّ لايقف على ثبوت النسب ، ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب ، وتحريم الرضاع مبنى على النسب ، ولهذا قال عليه السلام : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » . فأما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ، ومنسوب إليها عند الجميع ، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع ، كما فى الرضاع باللبن المباح . وإن كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضاً ، لأنها ربيبته ، فإنها بنت امرأته من الرضاع ، وتحرم على الزانى عند من يرى تحريم المصاهرة ، وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك .

٦٤٢٦ فصل

وإذا وطىء رجلان امرأة ، فأتت بولد ، فأرضعت بلبنه طفلا ، صار ابناً لمن ثبت نسب المولود منه ، سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها ، وإن ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابناً لهما ، فالمرتضع فى كل موضع تبع المناسب ، فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله ، وإن انتفى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله ، لأنه بلبنه ارتضع ، وحرمته فرع على حرمته ، وإن لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم ونحو ذلك حرم عليهما تغليباً للحظر ، لأنه يحتمل أن يكون منهما ، ويحتمل أن يكون أحدهما ، فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر ، وقد اختلطت أخته بغيرها ، فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ، ثم اختلطت بأجنبيات .

وإن انتفى عنهما جميعاً بأن تأتى به لدون ستة أشهر من وطئهما أو لأكثر من أربع سنين أو لدون ستة أشهر من وطء أحدهما أو لأكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضاً . فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة ، ويحرم أولادها عليهما أيضاً لأنها ابنة موطوءتهما فهى ربيبة لهما .

٦٤٢٧ فصل

ولا تنتشر الحرمة بغير لبن لآدمية بحال ، فلو ارتضع اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين فى قول عامة أهل العلم منهم الشافعى ، وابن القاسم ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ولو ارتضعا من رجل[1] لم

(١) افتراض عجيب لاندرى كيف يكون .

يصيرا أخوين ، ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما . فى قول عامتهم . وقال الكرابيسى : يتعلق به التحريم ، لأنه لبن آدمى ، أشبه لبن الآدمية وحكى عن بعض السلف : أنهما إذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس بصحيح ، لأن هذا يتعلق به تحريم الأمومة ، فلا يثبت به تحريم الأخوة ، لأن الأخوة فرع على الأمومة ، وكذلك لايتعلق به تحريم الأبوة لذلك ، ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود ، فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام .

فإن ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم ، لأنه لم يثبت كونه امرأة ، فلا يثبت التحريم مع الشك . وقال ابن حامد : يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى ، فعلى قوله يثبت التحريم إلا أن يتبين كونه رجلا لأنه لايأمن كونه محرماً .

٦٤٢٨ فصـــل

وإن ثاب لامرأة لبن من غير وطء ، فأرضعت به طفلا نشر الحرمة فى أظهر الروايتين ، وهو قول ابن حامد ، ومذهب مالك ، والثورى ، والشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ، لقول الله تعالى : «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ»(١) ، ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء ، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال ، فإن كان هذا نادراً(٢) فجنسه معتاد .

والرواية الثانية : لاتنشر الحرمة ، لأنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال فأشبه لبن الرجال ، والأول أصح .

٦٤٢٩ فصـــل

إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد ، له منهن لبن ، فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة ، لم يصرن أمهات له ، وصار المولى أباً له ، وهذا قول ابن حامد ، لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات .

وفيه وجه آخر : لاتثبت الأبوة ، لأنه رضاع لم يثبت الأمومة ، فلم يثبت الأبوة كالارتضاع بلبن الرجل . والأول أصح ، فإن الأبوة إنما تثبت لكونه رضع من لبنه ، لالكون المرضعة أماً له ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . وإذا قلنا بثبوت الأبوة حرمت عليه المرتضعات ، لأنه ربيبهن ، وهن موطوءات أبيه ، وإن كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلا كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له ، وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالاً له وخالات ؟ على وجهين :

أحدهما : يصير جداً ، وأخوهن خالاً ، لأنه قد كمل المرتضع خمس رضعات من لبن بناته ، أو أخواته ، فأشبه مالو كان من واحدة .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ . (٢) أى : در لبن المرأة دون حمل .

والآخر : لا يثبت ذلك ، لأن كونه جداً ، فرع كون ابنته ، أما ، وكونه خالا فرع كون أخته أماً ، ولا يثبت ذلك ، فلا يثبت الفرع . وهذا الوجه يترجح فى هذه المسألة ، لأن الفرعية متحققة ، بخلاف التى قبلها .

فإن قلنا : يصير أخوهن خالاً لم تثبت الخئولة فى حق واحدة منهن ، لأنه لم يرتضع من ابن أخواتها خمس رضعات ، ولكن يحتمل التحريم ، لأنه قد اجتمع من اللبن المحرم خمس رضعات . ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين .

٦٤٣٠ فصــــل

إذا كان لامرأة لبن من زوج ، فأرضعت طفلا ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر ، فصار لها منه لبن ، فأرضعت منه الصبى رضعتين صارت أماً له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات ، ولم يصر واحد من الزوجين أباً له ، لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ، ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما .

٦٤٣١ مســــألة

قال : ﴿ ولو طلق زوجته ثلاثاً ، وهى ترضع من لبن ولده ، فتزوجت بصبى مرضع فأرضعته فحرمت عليه ، ثم تزوجت بآخر : ودخل بها ووطئها ، ثم طلقها أو مات عنها ، لم يجز أن يتزوجها الأول ، لأنها صارت من حلائل الأبناء ، لما أرضعت الصبى الذى تزوجت به ﴾ .

هذه المسأله من فروع المسألة التى قبلها ، وهو : أن المرتضع يصير ابناً للرجل الذى ثاب اللبن بوطئه ، فهذه المرأة لما تزوجت صبياً ثم أرضعته بلبن مطلقها صار ابناً لمطلقها ، فحرمت عليه لأنها أمه وبانت منه ، وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها فحرمت على الأول على التأبيد لكونها صارت من حلائل أبنائه . ولو تزوجت امرأة صبياً فوجدت به عيباً ففسخت نكاحه ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبى خمس رضعات حرمت على زوجها لأنها صارت من حلائل أبنائه . ولو زوج الرجل أم ولده أو أمته بصبى مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه ، وحرمت على سيدها على التأبيد ، لأنها صارت من حلائل أبنائه ، فإن كان الصبى حراً لم يتصور هذا الفرع ، ولم[1] يصح[2]

---

(١) عبارة الشرح الكبير ج ٩ ص ٢١٨ أوضح ونصها « فإن كان الصبى حراً لم يتصور هذا الفرع عندنا لأنه لا يصح نكاحه إلخ » (ف)

(٢) فى المطبوعة : ولم يصح .

نـكاحه ، لأن من شرط جواز نـكاح الحر الأمة خوف العنت ، ولا يوجد ذلك فى الطفل ، فإن زوج بها كان النكاح فاسداً وإن أرضعته لم تحرم على سيدها لأنه ليس بزوج فى الحقيقة .

٦٤٣٢ فصـــــل

وإذا طلق الرجل زوجته ولها منه لبن ، فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال .

أحدها : أن يبقى لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ، ولم تلد من الثانى ، فهو للأول ، سواء حملت من الثانى أو لم تحمل ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأن اللبن كان للأول ، ولم يتجدد مايجعله من الثانى ، فبقى للأول .

الثانى : ألا تحمل من الثانى ، فهو للأول ، سواء زاد أو لم يزد ، أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع .

والثالث : أن تلد من الثانى ، فاللبن له خاصة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، سواء زاد أو لم يزد ، انقطع أو اتصل ، لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثانى ، فإن حاجة المولود إلى اللبن تمنع كونه لغيره .

الحال الرابع : أن يـكون لبن الأول باقياً ، وزاد بالحمل من الثانى ، فاللبن منهما جميعاً فى قول أصحابنا. وقال أبو حنيفة : هو للأول مالم تلد من الثانى .

وقال الشافعى : إن لم ينته الحمـل إلى حال ينزل منه اللبن فهو للأول ، فإن بلغ إلى حال يـنزل به اللبن فزاد به ففيه قولان . أحدهما : هو للأول ، والثانى : هو لهما .

ولنا : أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه ، وبقاء لبن الأول يقتضى كون أصله منه فيجب أن يضاف إليهما كما لو كان الولد منهما .

الحال الخامس : انقطع من الأول ، ثم ثاب بالحمـل من الثانى ، فقال أبو بـكر : هو منهما . وهو أحد أقوال الشافعى ، إذا انتهى الحمل إلا حال ينزل به اللبن ، وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن لبن الأول ثاب بسبب الحمل الثانى فـكان مضافاً إليهما ، كما لو لم ينقطع . واختـار أبو الخطاب أنه من الثانى ، وهو القول الثانى للشافعى ، لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه ، وحدث بالحمل من الثانى ، فـكان له كما لو يـكن لها لبن من الأول . وقال أبو حنيفة : هو للأول مالم تلد من الثانى ، وهو القول الثالث للشافعى ، لأن الحمل لا يقتضى اللبن ، وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته إليه والـكلام عليه قد سبق .

٦٤٣٣ مســـألة

قال : ﴿ ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالـكبيرة حتى أرضعت الصغيرة فى الحولين حرمت

عليه الكبيرة ، وثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعاً ، ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة ﴾ .

نص أحمد على هذا كله ، وفى هذه المسألة فصول أربعة :

٦٤٣٤ الفصل الأول

أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها ، فسد نكاح الكبيرة فى الحال ، وحرمت على التأبيد . وبهذا قال الثورى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الأوزاعى : نكاح الكبيرة ثابت ، وتنزع منه الصغيرة ، وليس بصحيح ، فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، فتحرم أبداً ، لقول الله سبحانه : « وأمهات نسائكم » ولم يشترط دخوله بها ، فأما الصغيرة ففيها روايتان

إحداهما : نكاحها ثابت ، لأنها ربيبة ، ولم يدخل بأمها ، فلا تحرم لقول الله سبحانه : « فإنْ لَمْ تكُونُوا دخلْتُمْ بهنّ فلا جُنَاح عليْكُمْ »[١] .

والرواية الثانية : ينفسخ نكاحها ، وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة ، لأنهما صارتا أماً وبنتاً ، واجتمعتا فى نكاحه ، والجمع بينهما محرم ، فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين ، وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً .

ولنا : أنه أمكن إزالة الجمع بإنفساخ نكاح الكبيرة ، وهى أولى به ، لأن نكاحها محرم على التأبيد ، فلم يبطل نكاحهما به ، كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية ، ولأن الجمع طرأ على نكاح الأم والبنت ، فاختص الفسخ بنكاح الأم ، كما لو أسلم وتحته امرأة وبنتها ، وفارق الأختين ، لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق مالو ابتدأ العقد عليهما ، لأن الدوام أقوى من الابتداء .

٦٤٣٥ الفصل الثانى

أنه إن كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعاً على الأبد[٢] ، وانفسخ نكاحهما ، لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، والصغيرة ربيبة قد دخل بأمها ، فتحرم تحريماً مؤبداً ، وإن كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتاً محرمة عليه لوجهين ، لكونها بنته وربيبته التى دخل بأمها .

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ .

(٢) فى ١٨ : على التأبيد .

٦٤٣٦ الفصل الثالث

أن عليه نصف مهر الصغيرة ، لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها ، والفسخ إذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها ، لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها ، فسقط صداقها كما لو ارتدت . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإن كان دخل بالكبيرة لم يسقط مهرها ، لأنه استقر بدخوله بها استقراراً لا يسقطه شيء ، ولذلك لا يسقط بردتها ولا بغيرها .

٦٤٣٧ الفصل الرابع

أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة ، وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن بعض أصحابه : أنه يرجع بجميع صداقها ، لأنها أتلفت البضع ، فوجب ضمانه ، وقال أصحاب الرأي : إن كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق ، وإلا فلا يرجع بشيء ، وقال مالك : لا يرجع بشيء .

ولنا : على أنه يرجع عليها بالنصف : أنها قررته عليه ، وألزمته إياه ، وأتلفت عليه ما في مقابلته ، فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع .

ولنا على أبي حنيفة : أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ، ولأنها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق ، فلزمها ضمانه كما لو قصدت الإفساد .

ولنا على أن الزوج إنما يرجع بالنصف : أن الزوج لم يغرم إلا النصف ، فلم يجب له أكثر مما غرم ، ولأنه بالفسخ يرجع إليه بدل النصف الآخر . فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له . وإنما ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته .

٦٤٣٨ فصــــل

والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل لأنه إنما يرجع بما غرم والذى غرم نصف ما فرض لها فرجع به ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يرجع بنصف مهر المثـل لأنه ضمان متلف . فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الأعيان .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل ما لو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه ، فإنها لا تغرم له شيئاً . وإنما الرجوع ههنا بما غرم ، فلا يرجع بغيره ، ولأنه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ، ولم يختص بنصفه ، لأن التلف لم يختص بالنصف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذا ههنا .

٦٤٣٩ فصل

وكل امرأة تحرم ابنتها إذا أرضعت زوجته الصغير أفسدت نكاحه وحرمتها عليه ، ولزمها نصف الصداق ، فإن أرضعتها أمه صارت أخته ، وإن أرضعتها جدته صارت عمته أو خالته ، وإن أرضعتها أخته صارت بنت أخته ، وكل امرأة تحرم بنت زوجها إذا أرضعتها بابن زوجها حرمتها عليه وعليها نصف مهرها . كامرأة ابنه ، وامرأة أبيه ، وامرأة أخيه ، وامرأة جده ، لأنها إن أرضعتها امرأة أبيه بلبنه صارت أخته ، وإن أرضعتها امرأة ابنه صارت بنت ابنه ، وإن أرضعتها امرأة أخيه صارت بنت أخيه ، وإن أرضعتها امرأة جده بلبنه صارت عمته أو خالته ، وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه ، لأنها صارت ربيبة زوجها ، وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه .

ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح ، لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجته ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمة ، وإن أرضعتهما جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر ، وإن تزوج بنت عمته فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح ، لأنها إن أرضعت الزوج صار خالاً لها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته ، وإن تزوج ابنة خاله فأرضعت جدتها الزوج صار عم زوجته ، وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته ، وإن أرضعتها صارت خالة زوجها .

٦٤٤٠ فصل

وإن تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتاً له ، وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبة ، فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد ، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم لأنها ربيبة لم يدخل بأمها ، وإن تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت المرضعة على التأبيد لأنها من أمهات نسائه ، وإن تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة ، وانفسخ نكاحها ، وإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها ، وله نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد ، وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ، ثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها حرمت الصغيرة ، وانفسخ نكاحها ، ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها ، وإن طلقهما جميعاً فالحكم في التحريم على مامضى .

ولو تزوج رجل كبيرة ، وآخر صغيرة ، ثم طلقاها ، ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة ، حرمت عليهما الكبيرة ، وانفسخ نكاحها ، وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه ، وانفسخ نكاحها ، وإلا فلا .

٦٤٤١ فصـــــل

وإن أرضعت بنت الـكبيرة الصغيرة فالحـكم فى التحريم والفسخ حكم مالو أرضعتها الـكبيرة ، لأنها صارت جدتها ، والرجوع بالصداق على المرضعة التى أفسدت النـكاح ، وإن أرضعتها أم الـكبيرة انفسخ نـكاحهما معاً ، لأنهما صارتا أختين ، فإن كان لم يدخل بالـكبيرة فله أن ينـكح من شاء منهما ، ويرجع على المرضعة بنصف صداقهما ، وإن كان قد دخل بالـكبيرة فله نـكاحها ، لأن الصغيرة لاعدة عليها ، وليس له نـكاح الصغيرة حتى تنقضى عدة الـكبيرة ، لأنها قد صارت أختها ، فلا ينكحها فى عدتها ، وكذلك الحـكم إن أرضعتها جدة الـكبيرة ، لأنها تصير عمة الـكبيرة ، أو خالتها ، والجمع بينهما محرم ، وكذلك الحـكم إن أرضعتها أختها ، أو زوجة أخيها بلبنه ، لأنها صارت بنت أخت الـكبيرة ، أو بنت أخيه ، وكذلك إن أرضعتها بنت أخيها أو بنت أختها ، ولا يحرم فى شىء من هـذا واحدة منهن على التأبيد ، لأنه تحريم جمع إلا إذا أرضعتها بنت الـكبيرة وقد دخل بأمها .

٦٤٤٢ فصـــــل

ومن أفسد نـكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول غرم نصف صداقها ، وإن كان بعد الدخول فنص أحمد على أنه يرجع عليه بالمهر كله ، وهو مذهب الشافعى ، لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر فى غير المدخول بها .

والصحيح إن شاء الله تعالى : أنه لايرجع على المرضعة بعد الدخول بشىء ، لأنها لم تقرر على الزوج شيئاً ، ولم تلزمه إياه ، فلم يرجع عليها بشىء ، كما لو أفسدت نكاح نفسها ، ولأنه لوملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط إذا كانت المرأة هى المفسدة للنـكاح كالنصف قبل الدخول ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ماذكرناه فيما مضى ، ولذلك لايجب مهر المثل ، وإنما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول ، لأنها قررته عليه ، ولذلك يسقط إذا كانت هى المفسدة لنـكاحها ، ولم يوجد ذلك ههنا . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل إما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذى فوتته ، أو بالمهر الذى أداه ولايجوز أن يكون ببدل البضع ، لأنه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة إذا فات بفعلها أو بقتلها ، ولـكان الواجب لهـا مهر مثلها . ولا يجوز أن يجب له بدل ماأداه إليها لذلك ، ولأنها ماأوجبته ولا لها أثر فى إيجابه ولا أدائه وتقريره .

ولا نعلم بينهم خلافاً فى أنها إذا أفسدت نـكاح نفسها بعد الدخول أنه لايسقط مهرها ولا يرجع عليها بشىء إن كان أداه إليها ، ولا فى أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها ، وأنه يرجع عليها بمـا أعطاها ، فلو دبت صغيرة إلى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهى نائمة ، وهما زوجتا رجل

انفسخ نـكاح الـكبيرة ، وحرمت على التأبيد ، فإن كان دخل بالـكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نـكاحها ، ولا مهر للصغيرة لأنها فسخت نـكاح نفسها وعليه مهر الـكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ، ولا يرجع به على مااخترناه ، وإن لم يـكن دخل بالـكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة لأنها فسخت نـكاحها ، وإن ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهى نائمة ثم انتبهت الـكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلهما ، فيتقسط الواجب عليهما ، وعليه مهر الـكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الـكبيرة ، وإن لم يـكن دخل بالـكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة ، وهل ينفسخ نـكاح الصغيرة ؟ على روايتين .

٦٤٤٣ فصـــــل

وإن أفسد النـكاح جماعة تقسط المهر عليهم ، فلو جاء خمس فَسَقَيْنَ زوجة صغيرة من لبن أم الزوج خمس مرات انفسخ نـكاحها ، ولزمهن نصف مهرها بينهن ، فإن سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثاً فعلى الأولى الخمس : وعلى الثانية خُمْس وعُشر ، وإن سقتها واحدةشربتين وسقاها ثلاثٌ ثلاثَ شربات فعلى الأولى الخمس ، وعلى كل واحدة من الثلاث عُشر ، وإن كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن فى إناء وسقينه الصغيرة ، حرم الـكبار وانفسخ نكاحهن ، فإن لم يـكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على إحدى الروايتين ، وعليه لـكل واحدة منهن ثلث صداقها ، ترجع به على ضرتيها ، لأن فساد نـكاحها حصل بفعلها وفعلهما ، فسقط ماقابل فعلها ، وهوسدس الصداق ، وبقى عليه الثلث ، فرجع به على ضرتيها ، فإن كان صداقهن متساوياً سقط ولم يجب شىء ، لأنه يتقاص مالها على الزوج ، بما يرجع به عليها ، إذ لافائدة فى أن يجب لها عليه مايرجع به عليها ، وإن كان مختلفاً وهو من جنس واحد تقاصا منه بقدر أقلهما ، ووجبت الفضلة به لصاحبها ، وإن كان من أجناس ثبت التراجع على ماذكرنا .

وإن كان قد دخل بإحدى الـكبار حرمت الصغيرة أيضاً ، وانفسخ نـكاحها ، ووجب لها نصف صداقها ، ترجع به عليهن أثلاثاً . وللتى دخل بهـا المهر كاملا ، وفى الرجوع به ماأسلفناه من الخلاف ، وإن حلبن فى إناء فسقته إحداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها إن كان قبل الدخول بهن ، لأنها أفسدت نـكاحهن ويسقط مهرها إن لم يـكن دخل بها ، وإن كان دخل بها فلها مهرها ، ولا ترجع به على أحد وإن كانت كل واحدة من الـكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فإن كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه ، وإن كان دخل بهن : فعليه لـكل واحدة مهرها لايرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الأولى لأنها التى حرمتها عليه وفسخت نـكاحها ، ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتاً

لزوجها فى الصحيح وينفسخ نـكاحها ، ويرجع بنصف صداقها عليهن ، على المرضعتين الأوليين منه أربعة أخماسه ، وعلى الثالثة خمسه لأن رضعتها الأولى حصل بها التحريم لـكمال الخمس بها والثانية لاأثر لها فى التحريم فلم يجب عليها بها شىء ولا ينفسخ نـكاح الأكابر لأنهن لم يصرن أمهات لها ، ولو كان لامرأته الـكبيرة خمس بنات لهن لبن فأرضعن امرأته الصغيرة رضاعاً تصير به إحداهن أما لها لحرمت أمها وانفسخ نـكاحها وهل ينفسخ نـكاح الصغيرة ؟ على روايتين ، وإن أرضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة فالصحيح أن الـكبيرة لاتحرم بهذا لأن كونها جدة يبنى على كون ابنتها أما وما صارت واحدة من بناتها أما ويحتمل أن تحرم لأنه قد كمل لهـا من بناتها خمس رضعات ، وكذلك الحـكم لو أرضعتها بنتها رضعة ، وبنت ابنها رضعة ، وبنات بناتها ثلاث رضعات ، ولو كمل لها من زوجته بابنه ومن أمه وأخته وابنته وابنة ابنه خمس رضعات فعلى الوجهين أصحهما : لايثبت تحريمها وفى الآخر يثبت فعلى هذا الوجه ينفسخ نـكاحها ويرجع عليهن بما غرم من صداقها على قدر رضاعهن .

فإن قيل : فلم لايرجع عليهن على عدد رءوسهن ، لـكون الرضاع مفسداً فيستوى قليله وكثيره ، كما لو طرح النجاسة جماعة فى مائع فى حالة واحدة ؟ قلنا : لأن التحريم يتعلق بعدد الرضعات ، فـكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف النجاسة فإن التنجيس لايتعلق بقـدر فيستوى قليـله وكثيره ليـكون القليل والـكثير سواء فى الإفساد فنظير ذلك أن يشرب فى الرضعة من إحـداهما أكثر ممـا يشرب من الأخرى .

٦٤٤٤ فصـــــل

إذا كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نـكاحها ، كان مالزمه من صداق الصغيرة له فى رقبة الأمة ، لأن ذلك من جنايتها ، وإن أرضعتها أم ولده أفسدت نـكاحهـا وحرمتها عليه ، لأنها ربيبة دخل بأمهـا ، وتحرم أم الولد عليه أبداً ، لأنهـا من أمهات نسائه ولا غرامة عليها ، لأنها أفسدت على سيدها . فإن كان قد كاتبها رجع عليها لأن المـكاتبة يلزمها أرش جنايتها وإن أرضعت أم ولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نـكاحها ، وحرمتها عليه لأنها صارت أخته ، وإن أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لأنها صارت بنت ابنه ، ويرجع الأب على ابنه بأقل الأمرين ممـا غرمه لزوجته أو قيمتها ، لأن ذلك من جناية أم ولده ، وإن أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها ، لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده .

٦٤٤٥ مســـــألة

قال : ﴿ ولو تزوج بـكبيرة وصغيرتين ، فأرضعت الـكبيرة الصغيرتين ، حرمت عليه الـكبيرة ،

وانفسخ نـكاح الصغيرتين ، ولا مهر عليه للـكبيرة ، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين ، وله أن ينـكح من شاء منهما ﴾ .

وأما تحريم الـكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء ، وأما انفساخ نـكاح الصغيرتين فلأنهمـا صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية ، فينفسخ نـكاحهما كما لو أرضعتا معاً ، ولا مهر للـكبيرة لأن الفساد جاء من قبلها ، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين لأنها أفسدت نـكاحهما ، وله أن ينـكح من شاء منهما ، لأن انفساخ نـكاحهما للجمع ، ولا يوجب تحريماً مؤبداً . وهـذا على الرواية التي قلنا إنها إذا أرضعت الصغيرة اختص الفسخ بالـكبيرة ، فأما على الرواية التي تقول : ينفسخ نـكاحهما معاً فإنه يثبت نـكاح الأخيرة من الصغيرتين ، لأن الـكبيرة لما أرضعت الأولى انفسخ نـكاحهما ، ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معهما في النـكاح ، فلم ينفسخ نـكاحها . فأما إن كان دخل بالـكبيرة حرمت ، وحرمت الصغيرتان على التأبيد ، لأنهما ربيبتان قد دخل بأمهما .

٦٤٤٦ فصـــــل

فإن أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نـكاحهما ، وهذا قول أبي حنيفة ، والمزني ، وأحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : ينفسخ نـكاح الآخرة وحدها ، لأن سبب البطلان حصل بها ، وهو الجمع فأشبه مالو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى .

ولنا : أنه جامع بين بين الأختين في النـكاح فانفسخ نـكاحهما كما لو أرضعتهما معاً .

وفارق مالو عقد على واحدة بعد الأخرى ، فإن عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعاً بينهما ، وههنا حصل الجمع برضاع الثانية . ولا يمـكن القول بأنه لم يصح ، لحصلتا معاً في نـكاحه وهما أختان لامحالة .

٦٤٤٧ فصـــــل

وإن أرضعتهما بنت الـكبيرة فالحـكم في الفسخ كما لو أرضعته الـكبيرة نفسها ، لأن الـكبيرة تصير جدة لهما ، ولـكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنـكاحهن .

٦٤٤٨ مســـــألة

قال ﴿ وإن كن الأصاغر[1] ثلاثا فأرضعتهن منفردات ، حرمت الـكبيرة ، وانفسخ نـكاح المرضَعَتَيْن، أولا ، وثبت نـكاح آخر هن رضاعاً ، فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعـد ذلك معاً حرمت

(١) في ١٨ ، ٢٩ : كان الأصاغر ، وفي ٢١ : كان الصغيرات ، في الفقرة كلها .

الـكبيرة ، وانفسخ نـكاح الأصاغر ، وتزوج من شاء من الأصاغر وإن كان دخل بالـكبيرة حرم الـكل عليه على الأبد ﴾ .

إنما حرمت الـكبيرة لأنها صارت من أمهات النساء ، وانفسخ نـكاح المرضعتين أولا لأنهما صارتا أختين فى نكاحه ، وثبت نـكاح الأخيرة لأن رضاعها بعد انفساخ نـكاح الصغيرتين اللتين قبلها ، فلم يصادف إخوتها جمعاً فى النـكاح .

وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معاً ، بأن تلقم كل واحدة منهما ثدياً ، فيمتصان معاً أو تحلب من لبنهـا فى إناء فتسقيهما ، انفسخ نـكاح الجميع ، لأنهن صرن أخوات فى نـكاحه ، وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر ، لأن تحريمهن تحريم جمع ، لا تحريم تأبيد . فإنهن ربائب لم يدخل بأمهن . وإن دخل بالـكبيرة حرم الـكل على الأبد[1] ، لأنهن ربائب مدخول بأمهن . هذا على الرواية الأولى ، وعلى الأخرى : لمـا أرضعت الأولى انفسخ نـكاحها ونـكاح الـكبيرة لأنها صارت أمها ، واجتمعتا فى نـكاحه ، ثم ارتضعت الثانية ، فلم ينفسخ نـكاحها ، لأنها منفردة بالرضاع فى النـكاح فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نـكاحهما .

٦٤٤٩ فصـــــل

فإن أرضعتهن بنت الـكبيرة فهو كما لو أرضعتهن أمها ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الأصاغر ، حرمت الـكبيرة بإرضاع أولاهن ، ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها ، لأنها أفسدت نـكاحها ، ولا ينفسخ نـكاح الأصاغر ، لأنهن لم يصرن أخوات ، وإنمـا هن بنات خالات . وعلى الرواية الأخرى ينفسخ نـكاح المرضعة الأولى لاجتماعها مع جدتها فى النـكاح ، ويثبت نكاح الأخيرتين ، ويرجع بما لزمه من مهر التى فسد نـكاحها على التى أرضعتها . وإن كان دخل بالـكبيرة حرم الـكل عليه على الأبد ، ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التى أرضعتها . وإن قلنا : إنه يرجع بمهر الـكبيرة رجع به على المرضعة الأولى ، لأنها التى أفسدت نـكاحها .

٦٤٥٠ مســـــألة

قال ﴿ وإذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النـكاح إذا كانت مرضية ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : إن كانت مرضية استحلفت . فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها ، وذهب فى ذلك إلى قول ابن عباس رضى الله عنهما ﴾ .

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة فى الرضاع إذا كانت مرضية ، وبهذا قال طاوس ،

(١) فى ١٨ : على التأبيد .

والزهرى ، والأوزاعى ، وابن أبى ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز . وعن أحمد رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين ، وهو قول الحكم ، لأن الرجال أكمل من النساء ، ولا يقبل إلا شهادة رجلين ، فالنساء أولى . وعن أحمد رواية ثالثة : أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتستحلف مع شهادتها ، وهو قول ابن عباس ، وإسحاق ، لأن ابن عباس قال فى امرأة زعمت أنها أرضعت رجلا وأهله فقال : «إن كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته ، وقال إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها » ، يعنى يصيبها فيهما برص ، عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ، ولا يهتدى إليه رأى ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً . وقال عطاء ، وقتادة ، والشافعى : لا يقبل من النساء أقل من أربع ، لأن كل امرأتين كرجل . وقال أصحاب الرأى : لا يقبل فيه إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان . وروى ذلك عن عمر ، لقول الله تعالى : « وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ »[1] .

ولنا : ماروى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب ، فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ، فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » . متفق عليه وفى لفظ رواه النسائى قال : « فأتيته من قبل وجهه ، فقلت : إنها كاذبة . قال : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ؟ خل سبيلها » . وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة .

وقال الزهرى : فُرِّقَ بين أهل أبيات فى زمن عثمان رضى الله عنه بشهادة امرأة فى الرضاع . وقال وقال الأوزاعى : فَرَّقَ عثمانُ بين أربعة وبين نسائهم بشهادة امرأة فى الرضاع . وقال الشعبى : كانت القضاة تفرق بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة فى الرضاع . ولأن هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المنفردات كالولادة وعلى الشافعى بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فقبل فيه شهادة المرأة المنفردة كالخبر .

٦٤٥١ فصل

ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حيث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد أرضعتكما فقبل النبى صلى الله عليه وسلم شهادتها ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها . فإن قيل : فإنها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرماً ، قلنا ليس هذا من الأمور المقصودة التى ترد بها الشهادة ، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلاناً طلق زوجته وأعتق أمته قبل شهادتهما وإن كان يحل لهما نكاحهما بذلك .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

٦٤٥٢ فصـــــل

ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا مفسرة،فلو قالت أشهد أن هذا ابن هذه الرضاع يقبل لأن الرضاع المحرم يختلف الناس فيه ، منهم من يحرم بالقليل ومنهم من يحرم بعد الحولين ، فلزم الشاهد تبيين كيفيته ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فيحتاج الشاهد أن يشهد أن هذا ارتضع من ثدى هذه خمس رضعات متفرقات خلص اللبن فيهن إلى جوفه فى الحولين . فإن قيل : خلوص اللبن إلى جوفه لاطريق له إلى مشاهدته ، فكيف تجوز الشهادة ؟ قلنا : علم أن هذه المرأة ذات لبن ورأى الصبى قد التقم ثديها ، وحرك فمه فى الامتصاص ، وحلقه فى الاجتراع ، حصل ظن يقرب إلى اليقين أن اللبن قد وصل إلى جوفه ، ومايتعذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفى فيه بالظاهر ، كالشهادة بالملك ، وثبوت الدين فى الذمة ، والشهادة على النسب بالاستفاضة .

ولو قال الشاهد : أدخل رأسه تحت ثيابها والتقم ثديها ، لا يقبل ، لأنه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدى ، وقد يأخذ الثدى ولا يمص ، فلابد من ذكر مايدل عليه . وإن قال : أشهد أن هذه أرضعت هذا فالظاهر أنه يكتفى فى ثبوت أصل الرضاع ، لأن المرأة التى قالت : قد أرضعتكما ، اكتفى بقولها .

٦٤٥٣ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول : هى أختى من الرضاعة انفسخ النكاح ، فإن صدقته المرأة فلا مهر لها ، وإن كذبته فلها نصف المهر ﴾ .

وجملته أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إذا قال : وهمت ، أو أخطأت ، قبل قوله ، لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ، ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا .

ولنا : أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه ، كما لو أقر بالطلاق ثم رجع ، أو أقر أن أمته أخته من النسب ، وماقاسوا عليه غير مسلم ، وهذا الكلام فى الحكم ، فأما فيما بينه وبين ربه فينبنى ذلك على علمه بصدقه ، فإن علم أن الأمر كما قال فهى محرمة عليه ، ولا نكاح بينهما ، وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله ، وقوله كذب لايحرمها عليه ، لأن المحرم حقيقة الرضاع لا القول ، وإن شك فى ذلك ، لم نزل عن اليقين بالشك . وقيل فى حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان ، والصحيح ماقلناه ، لأن قوله ذلك إذا كان كذباً لم يثبت التحريم كما لو قال وهى أكبر منه هى ابنتى من الرضاعة .

إذا ثبت هذا فإنه إن كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء لهـا ، لأنهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله لا يستحق فيه مهر . فأشبه مالو ثبت ذلك ببينة . وإن أكذبته فالقول قولها ، لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها ، فلزمه إقراره فيما هو حق له ، وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه ، ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر .

٦٤٥٤ فصـــل

فإن قال : هي عمتي ، أو خالتي ، أو ابنة أخي ، أو أختي ، أو أمي من الرضاع ، وأمكن صدقه ، فالحكم فيه كما لو قال . هي أختي ، لأنه لم يمكن صدقه مثل أن يقول لأصغر منه أو لمثله : هي أمي ، أو لأكبر منه أو لمثله : هذه ابنتي ، لم تحرم عليه . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : تحرم عليه لأنه إقرار[1] بما يحرمها عليه فوجب أن يقبل كما لو أمكن .

ولنا : أنه أقر بما تحقق كذبه فيه ، فأشبه مالو قال : أرضعتني وإياها حواء ، أو كما لو قال : هذه حواء . وما ذكروه منتقض بهذه الصور ويفارق ما إذا أمكن ، فإنه لا يتحقق كذبه ، والحكم في الإقرار بقرابته من النسب تحرمها عليه كالحكم في الإقرار بالرضاع لأنه في معناه .

٦٤٥٥ فصـــل

إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته ، فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما ، لأن شهادة الوالدة لولدها والوالد لولده غير مقبولة ، وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت ، وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده ، والولد على والده ، وفي ذلك روايتان . وإن ادعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل ، وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلى روايتين .

٦٤٥٦ مســـألة

قال ﴿ وإن كانت المرأة هي التي قالت : هو أخي من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبينة على ماوصفت فهي زوجته في الحكم ﴾ .

وجملته : أن المرأة إذا أقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها في فسخ النكاح لأنه حق عليها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لهـا ، لأنها تقر بأنها لا تستحقه ، فإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها ، لأنه يقر بأنه حق لها ، وإن كان بعد الدخول ، فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له في الوطء ، فلا مهر لها أيضاً ، لإقرارها بأنها زانية مطاوعة . وإن أنكرت

---

(١) في ١٨ : لأنه أقر .

شيئاً من ذلك فاما المهر ، لأنه وطء بشبهة ، وهى زوجته فى ظاهر الحكم ، لأن قولها عليه غير مقبول ، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها ، وعليها أن تفر منه وتفتدى نفسها بما أمكنها ، لأن وطأه لها زنا ، فعليها التخلص منه مهما أمكنها ، كما قلنا فى التى علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وجحدها ذلك .

وينبغى أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل ، لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها فى وجوب زائد عليه ، وإن كان الأقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه ، لاعترافها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد ، فلا تستحق أكثر منه . وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ، ولا يقبل رجوعها عن إقرارها فى ظاهر الحكم ، لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها ، فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها ، وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره ، وأمكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك فى ظاهر الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى على علمه بحقيقة الحال على ماذكرناه .

٦٤٥٧ فصــــل

وإن ادعى أحد الزوجين على الآخر أنه أقر أنه أخو صاحبه من الرضاع فأنكر لم يقبل فى ذلك شهادة النساء المنفردات ، لأنها شهادة على الإقرار والإقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه إلى شهادة النساء المنفردات ، فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه .

٦٤٥٨ فصــــل

كره أبو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات ، وقال عمر بن الخطاب ، وعمر بن عبد العزيز ، رضى الله عنهما : اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ، ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولأن لبن الفاجرة ربما أفضى إلى شبه المرضعة فى الفجور ، ويجعلها أما لولده ، فيتعير بها ، ويتضرر طبعاً وتعيراً ، والارتضاع من المشركة يجعلها أماً لها حرمة الأم مع شركها ، وربما مال إليها فى محبة دينها ، ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد فى الحمق ، فإنه يقال إن الرضاع يغير الطباع . والله تعالى أعلم .

كتاب النفقات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : (لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا)[١] ومعنى قدر عليه : أى ضيق عليه ، ومنه قوله سبحانه : (يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ)[٢] أى يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء ، وقال الله تعالى : (قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ ، وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ)[٣] .

وأما السنة فما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال : « اتقوا الله فى النساء ، فإنهن عَوَان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وأبو داود ، ورواه الترمذى بإسناده عن عمرو بن الأحوص قال : « ألا إن لكم على نسائكم حقاً ، ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يُوطِئن فُرُشَكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن » . وقال هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : « يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى من النفقة مايكفينى وولدى . فقال : خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه . وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفايتها وأن نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم ، وأن ذلك بالمعروف ، وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه .

وأما الإجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن . ذكره ابن المنذر وغيره ، وفيه ضرب من العبرة ، وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلابد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده .

٦٤٥٩ مســــألة

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى : ﴿ وعلى الزوج نفقة زوجته مالا غناء بها عنه وكسوتها ﴾ .

وجملة الأمر : أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن . قال أصحابنا : ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً ، فإن كانا

---

(١) سورة الطلاق آية ٧ . (٢) سورة الشورى آية ١٢

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠

موسرين فلها عليه نفقة الموسرين ، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين ، وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين . وإن كانا أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر . وقال أبو حنيفة ومالك : يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها ، لقول الله تعالى : (وَعَلَى المولُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ)(١) والمعروف : الكفاية ، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة ، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » فاعتبر كفايتها دون حالها زوجها ، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها ، فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه ، كنفقة المماليك ، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدّر ، فكان معتبراً بها كمهرها وكسوتها . وقال الشافعي : الاعتبار بحال الزوج وحده ، لقول الله تعالى : (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ مَا آتَاهَا)(٢) ولنا : أن فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فيكون أولى .

٦٤٦٠ فصـــل

والنفقة مقدرة بالكفاية ، وتختلف باختلاف من تجب له النفقة فى مقدارها . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال القاضى : هى مقدرة بمقدار لايختلف فى القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز فى كل يوم فى حق الموسر والمعسر ، اعتباراً بالكفارات . وإنما يختلفان فى صفته وجودته لأن الموسر والمعسر سواء فى قدر المأكول ، وفيما تقوم به البنية ، وإنما يختلفان فى جودته ، فكذلك النفقة الواجبة . وقال الشافعى : نفقة المقتر مُدٌّ بمُدِّ النبى صلى الله عليه وسلم ، لأن أقل مايدفع فى الكفارة إلى الواحدة مد ، والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال سبحانه : (مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ)(٣) وعلى الموسر مدان ، لأن أكثر ماأوجب الله سبحانه للواحد مدان فى كفارة الأذى . وعلى المتوسط مد ونصف ، نصف نفقة الموسر ، ونصف نفقة الفقير .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، فأمرها بأخذ مايكفيها من غير تقدير ، ورد الاجتهاد فى ذلك إليها . ومن المعلوم أن قدر كفايتها لاينحصر فى المدين بحيث لايزيد عنهما ، ولا ينقص ، ولأنّ الله تعالى قال : (وَعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ)(٤) وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وإيجاب

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣
(٢) سورة الطلاق آية ٧
(٣) سورة المائدة آية ٨٩
(٤) سورة البقرة آية ١٣٣

أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف ، وإيجاب قدر الكفاية وإن كان أقل من مد أو من رطلى خبز إنفاق بالمعروف ، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة . واعتبار النفقة بالكفارة فى القدر لايصح ، لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ، ولا هى مقدرة لكفارة ، وإنما اعتبرها الشرع بها[1] فى الجنس دون القدر ، ولهذا لايجب فيها الأدم .

٦٤٦١ فصل

ولا يجب فيها الحب . وقال الشافعى : الواجب فيها الحب اعتباراً بالإطعام فى الكفارة ، حتى لو دفع إليها دقيقا أو سويقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله ، كما لايلزم ذلك المسكين فى الكفارة . قال بعضهم يجىء على قول أصحابنا . أنه لايجوز وإن تراضيا ، لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلا .

ولنا : قول ابن عباس فى قوله تعالى : « من أوسط ماتطعمون أهليكم »[2] . قال الخبز والزيت ، وعن ابن عمر : الخبز والسمن ، والخبز والزيت ، والخبز والتمر . ومن أفضل ماتطعمونهن الخبز واللحم . ففسر إطعام الأهل بالخبز مع غيره من الأدم ، ولأن الشرع ورد بالإنفاق مطلقاً من غير تقييد ولاتقدير ، فوجب أن يرد إلى العرف كما فى القبض والإحراز . وأهل العرف إنما يتعارفون فيما بينهم فى الإنفاق على أهليهم الخبز والأدم دون الحب ، والنبى صلى الله عليه وسلم وصحابته إنما كانوا ينفقون ذلك دون ماذكروه ، فكان ذلك هو الواجب . ولأنها نفقة قدرها الشرع بالكفاية ، فكان الواجب الخبز كنفقة العبد ، ولأن الحب تحتاج فيه إلى طحنه وخبزه ، فمتى احتاجت إلى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته .

وفارق الإطعام فى الكفارة ، لأنها لاتتقدر بالكفاية ، ولا يجب فيها الأدم . فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز دراهم أو حباً أو دقيقاً أو غير ذلك لم يلزمه بذله ، ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لأنها معارضة ، فلا يجبر واحد منهما على قبوله[3] كالبيع . وإن تراضيا على ذلك جاز . لأنه طعام وجب فى الذمة لآدمى معين ، فجازت المعاوضة عنه كالطعام فى القرض .

ويفارق الطعام فى الكفارة ، لأنه حق الله تعالى ، وليس هو لآدمى معين فيرضى بالعوض عنه . وإن أعطاها مكان الخبز حباً أو دقيقاً جاز إذا تراضيا عليه ، لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة ، فإن الشارع لم يعتبر الواجب بأكثر من الكفاية ، فبأى شىء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب ، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد .

---

(١) أى بالكفارة . (٢) سورة المائدة آية ٨٩ .
(٣) فى ١٨ : على قبولها فالضمير عائد على المعاونة .

٦٤٦٢ فصـــــل

ويرجع فى تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيـا على شىء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم ، فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذى يأكله أمثالها ، وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد ، وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ماجرت به العادة فى حق أمثاله ، وكذلك الأدم للموسرة تحت الموسر ، قدر حاجتها من أرفع الأدم من اللحم والأرز واللبن ومايطبخ به اللحم ، والدهن على اختلاف أنواعه فى بلدانه ، السمن فى موضع ، والزيت فى آخر ، والشيرج فى آخر ، وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه كالباقلا والخل والبقل والكامخ وماجرت به عادة أمثالهم ، ومايحتاج إليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والأدم كل على حسب عادته .

وقال الشافعى : الواجب من جنس قوت البلدة لايختلف باليسار والإعسار سوى المقـدار والأدم هو الدهن خاصة ، لأنه أصلح للأبدان وأجود فى المؤنة ، لأنه لايحتاج إلى طبخ وكلفة ، ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد ، كالزيت بالشام ، والشيرج بالعراق ، والسمن بخراسان ، ويعتبر قدر الأدم بالقوت. فإذا قيل إن الرطل تكفيه الأوقية من الدهن فرض ذلك ، وفى كل جمعة رطل لحم . فإن كان فى موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئاً ، وذكر القاضى فى الأدم مثل هذا . وهذا مخالف لقول الله تعالى : «لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله »[1] ولقول النبى صلى الله عليه وسلم : «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ، ولا رزقها بالمعروف . وقد فرق الله عز وجل بين الموسر والمعسر فى الإنفاق ، وفى هذا جمع بين مافرق الله تعالى ، وتقدير الأدم بما ذكروه تحكم لادليل عليه ، وخلاف العادة والعرف بين الناس فى إنفاقهم ، فلا يعرج على مثل هذا ، وقد قال ابن عمر : من أفضل ماتطعمون أهليكم الخبز واللحم . والصحيح ماذكرناه من رد النفقة المطلقة فى الشرع إلى العرف فيما بين الناس فى نفقاتهم ، فى حق الموسر والمعسر والمتوسط ، كما رددناهم فى الكسوة إلى ذلك . ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج . فاختلف جنسها بالإيسار والإعسار كالكسوة .

٦٤٦٣ فصـــــل

وحكم المكاتب والعبد حكم المعسر لأنهما ليس بأحسن حالا منه . ومن نصفه حر إن كان موسراً فحكمه حكم المتوسط لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر .

---

(١) سوره الطلاق آية ٧ .

٦٤٦٤ فصل

ويجب للمرأة ماتحتاج إليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها لأن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها . فأما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه لأنه يراد للزينة ، وإن طلبه منها فهو عليه ، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهوكة[1] كدواء العرق لزمه ، لأنه يراد للتطيب ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ، لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه مايدعوه إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ولا أجرة الطبيب ، لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه ، كما لايلزم المستأجر بناء مايقع من الدار ، وحفظ أصولها ، وكذلك أجرة الحجام والفاصد .

٦٤٦٥ فصل

وتجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم ، لما ذكرنا من النصوص ، ولأنها لابد منها على الدوام ، فلزمته كالنفقة ، وهى معتبرة بكفايتها ، وليست مقدرة بالشرع كما قلنا فى النفقة ، ووافق أصحاب الشافعى على هذا ، ويرجع فى ذلك إلى اجتهاد الحاكم ، ففرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما . وماجرت عادة أمثالها به من الكسوة ، فيجتهد الحاكم فى ذلك عند نزول الأمر ، كنحو اجتهاده فى المتعة للمطلقة ، وكما قلنا فى النفقة .

فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والخز والإبريسم ، وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان ، وللمتوسطة تحت المتوسط : المتوسط من ذلك فأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ، ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه ، مما لاغنى عنه ، دون ماللتجمل والزينة ، والأصل فى قول الله عز وجل : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[2] ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » . والكسوة بالمعروف هى : الكسوة التى جرت عادة أمثالها بلبسها ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم لهند « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » .

٦٤٦٦ فصل

وعليه لها ماتحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته . فإن كانت ممن

---

(١) السهوكة : ريح كريهة تجدها من عرق أو نحو ذلك (ف)

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٣

عادته النوم فى الأكسية والبساط[1] فعليه لها لنومها ماجرت عادتهم به ، ولجلوسها بالنهار البساط والزلى[2] والحصير الرفيع أو الخشن ، الموسر على حسب إيساره[3] ، والمعسر على قدر إعساره على حسب العوائد .

٦٤٦٧ فصــــل

ويجب لها مسكن بدليل قوله سبحانه وتعالى : « أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ »[4] فإذا وجبت السكنى للمطلقة فللتى فى صلب النكاح أولى . قال الله تعالى : « وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »[5] ومن المعروف أن يسكنها فى مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون ، وفى التصرف والاستمتاع ، وحفظ المتاع : ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما لقول الله تعالى : « مِنْ وُجْدِكُمْ »[6] ولأنه واجب لها لمصلحتها فى الدوام ، يجرى النفقة والكسوة .

٦٤٦٨ فصــــل

فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوى الأقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى : « و عاشروهن بالمعروف »[7] : ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادماً ، ولأنه مما تحتاج إليه فى الدوام فأشبه النفقة ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لأن المستحق خدمتها فى نفسها ، ويحصل ذلك بواحد ، وهذا قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى إلا أن مالكا قال : إن كان لا يصلح المرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ، ونحوه قال أبو ثور : إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين .

ولنا : أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها ، والزيادة تراد لحفظ ملكها ، أو للتجمل وليس عليه ذلك .

إذا ثبت هذا : فلا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر إليها ، إما امرأة ، وإما ذو رحم محرم ، لأن الخادم يلزم[8] المخدوم فى غالب أحواله ، فلا يسلم من النظر ، وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب ؟ فيه وجهان . الصحيح منهما جوازه ، لأن استخدامهم مباح ، وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح إباحة النظر لهم .

---

(١) فى ١٨ : وعلى البسط .

(٢) الزلى : جاء فى الروض المربع جـ ٢ ص ١٧٢ ، قال : وزلى : أى بساط ، وعليه فهو عطف مرادف ، بما اشتهر على الألسن وهو لفظ غير عربى .

(٣) فى ٣٩ : على حسب يساره .

(٤) سورة الطلاق آية ٦ (٥) سورة النساء آية ١٩ .

(٦) سور الطلاق آية ٦ (٧) سورة النساء آية ١٩ .

(٨) فى ١٨ ، ٣٩ يلازم المخدوم .

والثانى : لا يجوز ، لأن فى إباحة نظرهم اختلافاً ، وتعافهم النفس ، ولا يتنظفون من النجاسة ، ولا يلزم الزوج أن يملّكها خادماً ، لأن المقصود الخدمة ، فإذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه إذا أسكنها داراً بأجرة جاز ، ولا يلزمه تمليكها مسكناً ، فإن ملكها الخادم فقد زاد خيراً ، وإن أخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز ، سواء كان له أو استأجره حراً كان أو عبداً ، وإن كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز ، وإن طلبت منه أجرة خادمها فوافقها جاز ، وإن قال : لا أعطيك أجر هذا ، ولكن أنا آتيك بخادم سواه ، فله ذلك إذا أتاها بمن يصلح ، وإن قالت أنا أخدم نفسى وآخذ أجر الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك ، لأن الأجر عليه ، فتعيين الخادم إليه ، ولأن فى إخدامها توفيرها على حقوقه ، وترفيهها ، ورفع قدرها ، وذلك يفوت بخدمتها لنفسها ، وإن قال الزوج : أنا أخدمك بنفسى لم يلزمها ، لأنها تحتشمه ، وفيه غضاضة عليها ، لأن زوجها خادماً ، وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به ، لأن الكفاية تحصل به .

٦٤٦٩ فصـــل

وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته[1] من الكسوة والنفقة مثل ما لامرأة المعسر ، إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر ، لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف ، ولا يراد ذلك من الخادم ، لكن إذا احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك .

٦٤٧٠ مســـألة

قال : ﴿ فإن منعها ما يجب لها أو بعضه ، وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف ، كما قال النبى صلى الله عليه وسلم لهند حين قالت . إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى ؟ فقال : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ﴾ .

وجملته : أن الزوج إذا لم يدفع إلى امرأته ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة : أو دفع إليها أقل من كفايتها ، فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير إذنه ، بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » . وهذا إذن لها فى الأخذ من ماله بغير إذنه ورد لها إلى اجتهادها فى قدر كفايتها وكفاية ولدها ، وهو متناول لأخذ تمام الكفاية ولا يتممها لها ، فرخص النبى صلى الله عليه وسلم لها فى أخذ تمام الكفاية بغير علمه ، لأنه موضع حاجة فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها . فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها ، فرخص لها فى أخذ قدر نفقتها دفعاً لحاجتها ، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً ، فتشق المرافعة إلى الحاكم والمطالبة

(١) فى ١٨ : ومؤنتها .

بها فى كل الأوقات ، فلذلك رخص لها فى أخذها بغير إذن من هى عليه .

وذكر القاضى بينها وبين الدين فرقاً آخر : وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ، ما لم يكن فرضها لها ، فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها والإضرار بها بخلاف الدين ، فإنه عند أحمد بترك المطالبة ، فلا يؤدى ترك الأخذ إلى الإسقاط .

٦٤٧١ فصـــــل

ويجب عليه دفع نفقتها إليها فى صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس ، لأنه أول وقت الحاجة ، فإن اتفقا على تأخيرها جاز ، لأن الحق لها ، فإذا رضيت بتأخيره جاز كالدين ، وإن اتفقا على تعجيل نفقة عام أو شهر أو أقل من ذلك أو أكثر أو تأخيره جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، فجاز من تعجيله وتأخيره مااتفقا عليه كالدين ، وليس بين أهل العلم خلاف فى هذا خلاف ماعلمناه .

فإن سلم إليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها ، لأنه دفع إليها ماوجب عليه دفعه إليها ، وإن أبانها بعد وجوب الدفع إليها لم تسقط نفقتها فيه ، ولها مطالبته بها ، لأنها قد وجبت ، فلم تسقط بالطلاق كالدين ، وإن عجل لها نفقة شهر أو عام ثم طلقها أو ماتت قبل انقضائه ، أو بانت بفسخ أو إسلام أحدهما أو ردته ، فله أن يسترجع نفقة سائر الشهر ، وبه قال الشافعى ، ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف لا يسترجعها ، لأنها صلة ، فإذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع .

ولنا : أنه سلم إليها النفقة سلفاً عما يجب فى الثانى ، فإذا وجد مايمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها إياها فنشزت ، أو عجل الزكاة إلى الساعى فتلف ماله قبل الحول . وقولهم إنها صلة : قلنا : بل بل هى عوض عن التمكين وقد فات التمكين ، وذكر القاضى أن زوج الوثنية والمجوسية إذا دفع إليها نفقة سنتين ثم بانت بإسلامه ، فإن لم يكن أعلمها أنها نفقة عجلها لها لم يرجع عليها ، لأن الظاهر أنه تطوع بها ، وإن أعلمها بذلك انبنى على معجل الزكاة إذا علم الفقير أنها زكاة معجلة ، ثم تلف المال . وفى الرجوع بها وجهان كذلك ههنا .

وكذلك ينبغى أن يكون فى سائر الصور مثل هذا ، لأنه تبرع بدفع مالا يلزمه من غير إعلام الآخذ بتعجيله ، فلم يرجع به كمعجل الزكاة ، ولو سلم إليها نفقة اليوم فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها لأنه برىء من الواجب بدفعه ، فأشبه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعى لها ، أو الدين بعد أخذ صاحبه له .

٦٤٧٢ فصـــــل

و إذا دفع إليها نفقة فلها أن تتصرف فيها بما أحبت من الصدقة والهبة والمعاوضة ما لم يعد ذلك

عليها بضرر فى بدنها ، وضعف فى جسمها ، لأنه حق لهـا ، فلها التصرف فيه بما شاءت كالمهر ، وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها ، لأن فيه تفويت حقه منها ، ونقصاً فى استمتاعه بها .

٦٤٧٣ فصـــل

وعليه دفع الـكسوة إليها فى كل عام مرة لأنها العادة ويكون الدفع إليها فى أوله ، لأنه أول وقت الوجوب فإن بليت الـكسوه فى الوقت الذى يبلى فيه مثلها لزمه أن يدفع إليها كسوة أخرى ، لأن ذلك وقت الحاجة إليها ، وإن بليت قبل ذلك لـكثرة دخولها وخروجها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها ، لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الـكسوة فى العرف . وإن مضى الذى تبلى فى مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبل ، فهل يلزمه بدلها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه بدلها ، لأنها غير محتاجة إلى الـكسوة .

والثانى : يلزمه ، لأن الاعتبار بمضى الزمان دون حقيقة الحاجة ، بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها .

ولو أهدى إليها كسوة لم تسقط كسوتها ، وإن أهدى إليها طعام[1] فأكلته وبقى قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه ، وإن كساها ثم طلقها قبل أن تبلى فهل له أن يسترجعها ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لأنه دفعها للزمان المستقبل ، فإذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع إليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها .

والثانى : ليس له الاسترجاع ، لأنه دفع إليها الـكسوة بعد وجوبها عليه ، فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع إليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها ، بخلاف النفقة المستقبلة .

٦٤٧٤ فصـــل

وإذا دفع إليها كسوتها فأرادت بيعها أو التصدق بها ، وكان ذلك يضر بها . أو يخل بتجملها بها ، أو بسترتها ، لم تملك ذلك ، كما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضربها ، وإن لم يـكن فى ذلك ضرر احتمل الجواز ، لأنها تملـكها فأشبهت النفقة ، واحتمل المنع ، لأن له استرجاعها لو طلقها فى أحد الوجهين بخلاف النفقة .

٦٤٧٥ فصـــل

والذمية كالمسلمة فى النفقة والمسكن والـكسوة فى قول عامة أهل العلم ، وبه يقول مالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لعموم النصوص والمعنى .

---

(١) فى ٣٩ : طعاماً .

٦٤٧٦ مســـــألة

قال ﴿ فإذا منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما ﴾ .

وجملته : أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ماينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه . وروى نحو ذلك عن عمر ، وعلى ، وأبى هريرة ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، وربيعة ، وحماد ، ومالك ، ويحيى القطان ، وعبد الرحمن بن مهدى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وذهب عطاء ، والزهرى ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، وصاحباه : إلى أنها لاتملك فراقه بذلك ، ولكن يرفع يده عنها لتكتسب ، لأنه حق لها عليه ، فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين . وقال العنبرى : يحبس إلى أن ينفق .

ولنا قول الله تعالى : « فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ »(١) . وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف ، فيتعين التسريح . وروى سعيد ، عن سفيان ، عن ابن أبى الزناد ، قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لايجد ماينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال : نعم . قال : سنة ؟ قال : سنة ، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم ، فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة مامضى ، ولأنه إذاثبت الفسخ بالعجز عن الوطء ـ والضرر فيه أقل لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه ـ فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التى لا يقوم البدن إلا بها أولى .

إذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار . وهذا أحد قولى الشافعى . وقال حماد بن أبى سليمان : يؤجل سنة ، قياساً على العنين . وقال عمر بن عبد العزيز : اضربوا له شهراً أوشهرين ، وقال مالك : الشهر(٢) ونحوه ، وقال الشافعى فى القول الآخر : يؤجل ثلاثاً ، لأنه قريب .

ولنا ظاهر حديث عمر ، ولأنه معنى يثبت الفسخ ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه ، فوجب أن يثبت الفسخ فى الحال كالعيب ، ولأن سبب الفسخ الإعسار وقد وجد ، فلا يلزم التأخير .

٦٤٧٧ فصـــــل

وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ ، لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه ، وإن وجد فى أول النهار مايغديها ، وفى آخره مايعشيها لم يكن لها الفسخ ، لأنها تصل إلى كفايتها ، وما يقوم به بدنها ، وإن كان صانعاً يعمل فى الأسبوع بما يبيعه فى يوم بقدر كفايتها

(١) سورة البقرة آية ٢٢٩ . (٢) فى ٣٩ : شهراً أو نحوه .

فى الأسبوع كله لم يثبت الفسخ ، لأن هـذا يحصل الـكفاية فى جميع زمانه وإن تعذر عليه الـكسب فى بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ ، لأنه يمـكن الاقتراض إلى زوال العارض وحصول الاكتساب وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ ، لأن ذلك يزول عن قريب ، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس[1] ، وإن مرض مرضاً يرجى زواله فى أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه ، وإن كان ذلك يطول فلها الفسخ ، لأن الضرر الغالب يلحقها ، ولا يمـكنها الصبر ، وكذلك إن كان لا يجد من النفقة إلا يوماً دون يوم فلها الفسخ ، لأنها لا يمـكنها الصبر على هذا ، ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت ، وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ، لأن البدن لا يقوم بما دونها . وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها ، لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمـكن الصبر عنها ويقوم البدن بما دونها وإن أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرنا وكذلك إن أعسر بالأدم ، وإن أعسر بالـكسوة فلها الفسخ ، لأن الـكسوة لابد منها ولا يمـكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها ، وإن أعسر بأجرة مسكن ففيه وجهان :

أحدهما : لها الخيار لأنه مما لابد منه فهو كالنفقة والـكسوة .

والثانى : لا خيار لها لأن البنية تقوم بدونه وهذا الوجه هو الذى ذكر القاضى ، وإن أعسر بالنفقة الماضية لم يـكن لها الفسخ لأنها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون .

الحال الثانى : أن يمتنع من الإنفاق مع يساره فإن قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر هنداً بالأخذ ولم يجعل لها الفسخ وإن لم تقدر رافعته إلى الحاكم فيأمره بالإنفاق ويجبره عليه . فإن أبى حبسه فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باعها فى ذلك ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة النفقة فى ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضاً إلا بتسليم لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند « خذى ما يـكفيك » ولم يفرق ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره . وإن تعذرت النفقة فى حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه فى المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه وإن لم يـكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الأخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه فى ذلك إذا لم تجد ماتنفق سواه وينفق على المرأة يوماً بيوم ، وبهذا قال الشافعى ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأى يفرض لها فى كل شهر .

---

(١) فى ١٨ : أكثر الناس .

ولنا : أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها نفقة زيادة عن شهر .

٦٤٧٨ فصـــــل

وإن غيب ماله وصبر على الحبس ، ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه ، أو لم يقدر على أخـذ النفقة من مال الغائب ، فلها الخيار فى الفسخ فىظاهر قول الخرقى ، واختيار[1] أبى الخطاب . واختار القاضى : أنها لاتملك الفسخ ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن الفسخ فى المعسر لعيب الإعسار ، ولم يوجد هاهنا ولأن الموسر فى مظنة إمكان الأخذ من ماله ، وإذا امتنع فى يوم فربما لايمتنع فى الغد ، بخلاف المعسر .

ولنا أن عمر رضى الله عنـه كتب فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، وهـذا إجبار على الطلاق عنـد الامتناع من الإنفاق ، ولأن الإنفاق عليها من ماله يتعذر ، فـكان لها الخيـار كحال الإعسار ، بل هذا أولى بالفسخ ، فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور ، فعلىغيره أولى ، ولأن فى الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ ، فوجبت إزالته ، ولأنه نوع تعذر يجوِّز الفسخ ، فلم يفترق الحال بين الموسر والمعسر ، كما إذا أدى ثمن المبيع ، فإنه لافرق فى جواز الفسخ بين أن يكون المشترى معسراً ، وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ، وعيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق ، بدليـل أنه لو اقترض ماينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ماينفقه لم تملك الفسخ وقولهم : إنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا . قلنـا : وكذلك المعسر ، يحتمل أن يغنيه الله ، وأن يقترض ، أو يعطى ماينفقه فاستويا .

٦٤٧٩ فصـــــل

ومن وجبت عليه نفقة امرأته ، وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها ، فإن كانت موسرة فله ذلك لأن من عليه حق فله أن يقضيه من أى أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك لأن قضاء الدين إنما يجب فى الفاضل من قوته ، وهذا لايفضل عنها . ولأنّ الله تعالى أمر بإنظار المعسر بقوله سبحانه : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)[2] ، فيجب إنظارها بما عليهـا .

٦٤٨٠ فصـــــل

وكل موضع ثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيـه ، فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ، ولا يجوز له التفريق إلا أن تطلب المرأة ذلك ، لأنه لحقها ، فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة ، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لارجعة له فيه . وبهذا قال الشافعى ، وابن المنذر . وقال

---

(١) فى ١٨ : وهو اختيار أبى الخطاب .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

مالك : هو تطليقة ، وهو أحق بها إن أيسر فى عدتها ، لأنه تفريق لامتناعه من الواجب عليه لها ، فأشبه تفريقه بين المُولِى وامرأته إذا امتنع من الفيئة والطلاق .

ولنا : أنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليه ، أشبهت فرقة العُنة ، فأما إن أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت فى العدة ، فإن راجعها وهو معسر ، أو امتنع من الإنفاق عليها ، ولم يمكن الأخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ ، فللحاكم الفسخ ، لأنّ المقتضى له باق أشبه ماقبل الطلاق .

٦٤٨١ فصــــل

وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك إنفاقه ، ثم بدا لها الفسخ ، أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته ، وترك إنفاقه ، أو شرط عليها أن لاينفق عليها ، ثم عن لها الفسخ فلها ذلك ، وبهذا قال الشافعى . وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد : ليس لها الفسخ ، ويبطل خيارها فى الموضعين ، وهو قول مالك ، ، لأنها رضيت بعيبه ودخلت فى العقد عالمة به ، فلم تملك الفسخ كالو تزوجت عنيناً عالمة بعنته أو قالت بعد العقد : قد رضيت به عنيناً .

ولنا : أن وجوب النفقة يتجدد فى كل يوم ، فيتجدد لها الفسخ ، ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع ، ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ، ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط ، وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به ، وإن أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ ، لأن وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقة ، ولو تزوجته عالمة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغى أن لاتملك الفسخ بإعساره به ، لأنها رضيت بذلك فى وقت لو أسقطته فيه سقط .

٦٤٨٢ فصــــل

إذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ، لأنه لم يسلم إليها عوضه ، فلم يلزمها تسليمه كالو أعسر المشترى بثمن المبيع لم يجب تسليمه إليه ، وعليه تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ماتنفقه على نفسها لأن فى حبسها بغير نفقة إضراراً بها ، ولو كانت موسرة لم يكن له حبسها ، لأنه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤنة وأغناها عما لابد لها منه ، ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب عليها ، فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها .

٦٤٨٣ فصــــل

ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك ، وكان ديناً فى ذمته ، سواء تركه لعذر أو

غير عـذر فى أظهر الروايتين : وهذا قول الحسن ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنـذر . والرواية الأخرى : تسقط نفقتها مالم يكن الحاكم قد فرضها لها ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، لأنها نفقة تجب يوماً فيوماً ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم ، كنفقة الأقارب ، ولأن نفقة الماضى قد استغنى عنها بمضى وقتها ، فتسقط كنفقة الأقارب .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا . فإن طلقوا بعثوا بنفقة مامضى . ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار فلم يسقط بمضى الزمان كأجره العقار والديون ، قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ماوجب بهذه الحجج إلا بمثلها ، ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة .

وفارق نفقة الأقارب ، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، وجبت لتزجية الحال ، فإذا مضى زمنها[1] استغنى عنها فأشبه مالو استغنى عنها بيساره ، وهذه بخلاف ذلك ، إذا ثبت هذا فإنه إن ترك الإنفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها ، وإن تركها لإعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر لأن الزائد سقط بإعساره .

٦٤٨٤ فصـــل

ويصح ضمان النفقة ماوجب منها ، ومايجب فى المستقبل إذا قلنا إنها تثبت فى الذمة . وقال الشافعى : يصح ضمان ماوجب ، وفى ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين ؟ ومبنى الخلاف على ضمان مالم يجب إذا كان ماله إلى الوجوب ، فعندنا يصح ، وعندهم لايصح ، وقد ذكرنا ذلك فى باب الضمان .

٦٤٨٥ فصـــل

وإن أعسر بنفقة الخادم أو الأدم أو المسكن ثبت ذلك فى ذمته . وبهذا قال الشافعى ، وقال القاضى : لايثبت ، لأنه من الزوائد ، فلم يثبت فى ذمته كالزائد عن الواجب عليه .

ولنا : أنها نفقة تجب على سبيل العوض ، فتثبت فى الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً . وفارق الزائد عن نفقة المعسر ، فإنه يسقط بالإعسار .

٦٤٨٤ فصـــل

وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ، ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها حسب عليها ماأنفقته من ميراثها ، سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم . وبهذا قال أبو العالية ، ومحمد بن سيرين ،

---

(١) فى ١٨ : وقتها .

والشافعى ، وابن المنذر ، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، لأنها أنفقت مالا تستحق . وإن فضل لهـا شىء فهو لها ، وإن فضل عليها شىء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه ، وإن لم يـكن لها شىء من ذلك كان الفضل ديناً عليها ، والله أعلم .

٦٤٨٧ فصـــــل

وإن أعسر الزوج بالصداق ففيه ثلاثة أوجه ، أصحها : ليس لها الفسخ ، وهو اختيار ابن حامد .

والثانى : لها الفسخ ، وهو اختيار أبى بكر ، لأنه أعسر بالعوض ، فـكان لها الرجوع فى العوض ، كما لو أعسر بثمن مبيعها .

والثالث : إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشترى والمبيع بحاله ، وإن كان بعدالدخول لم تملك الفسخ ، لأن المعقود عليه قد استوفى ، فأشبه مالو أفلس المشترى بعد تلف المبيع أو بعضه .

ولنا : أنه دين فلم يفسخ النـكاح للإعسار به كالنفقة الماضية ، ولأن تأخيره ليس فيه ضرر مجحف ، فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية ، ولأنه لا نص فيه ، ولا يصح قياسه على الثمن المبيع[1] لأن الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله ، والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود فى النـكاح ، ولذلك لا يفسد النـكاح بفساده ، ولا بترك ذكره ، والعادة تأخيره ، ولأن أكثر من يشترى بثمن حالّ يكون موسراً به ، وليس الأكثر أن من تزوج بمهر يكون موسراً به ، ولا يصح قياسه على النفقة ، لأن الضرورة لا تندفع إلا بها ، بخلاف الصداق ، فأشبه شىء به النفقة الماضية وللشافعى نحو هذه الوجوه .

وإذا قلنا : لها الفسخ للإعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خيار لها وجهاً واحداً ، لأنها رضيت به كذلك ، وكذلك إن علمت عسرته بعد العقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ ، لأنها رضيت بإسقاط حقها بعد وجوبه ، فسقط كما لو رضيت بعينه .

٦٤٨٨ فصـــــل

ونفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها ، لأن كل واحد منهما ينتفع بها ، ولـكل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما إسقاطها ، لأن فى سقوطها بإسقاط أحدهما ضرراً بالآخر ، وإن أعسر الزوج بهـا فلها الفسخ لأنه عجز عن نفقتها فملـكت الفسخ كالحرة ، وإن لم تفسخ فقال القاضى : لسيدها الفسخ ، لأن عليه ضرراً فى عدمها ، لمـا يتعلق بفواتها من فوات ملـكه وتلفه . فإن أنفق عليها سيدها محتسباً بالرجوع فله الرجوع بهـا على الزوج ، رضيت بذلك أو كرهت ، لأن

(١) فى ١٨ : على ثمن المبيع . وفى ٢٩ : على الثمن فى المبيع .

الدين خالص حقه لاحق لها فيه ، وإنما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها إليها وقوام بدنها بها ، بخلاف الماضية ، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي : ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لأنها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها ، كالفسخ للعيوب . فإن كانت معتوهة أنفق المولى وتـكون النفقة ديناً فى ذمة الزوج ، وإن كانت عاقلة قال لها السيد : إن أردت النفقة فافسخى النـكاح ، وإلا فلا نفقة لك عندى .

٦٤٨٩ فصـــــل

وإن اختلف الزوجان فى الإنفاق عليها أو تقبيضها[1] نفقتها ، فالقول قول المرأة ، لأنها منـكرة ، والأصل معها وإن اختلفا فى التمـكين الموجب للنفقة أو وقته فقالت كان ذلك من شهر ، فقال : بل من يوم ، فالقول قوله ، لأنه منـكر والأصل معه وإن اختلفا فى يساره فادعته المرأة أو الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين ، أو قالت : كنت موسراً وأنـكر ذلك ، فإن عرف له مال فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله ، وبهذا كله قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وإن اختلفا فى فرض الحاكم للنفقة أو فى وقتها فقال : فرضها منذ شهر فقالت : بل منذ عام فالقول قوله ، وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : إن كان مقيماً معها فالقول قوله ، وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم .

ولنـا : أن قوله يوافق الأصل فقدم كما لو كان مقيماً معها ، وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين ، لأنها دعوى[2] فى المال فأشبهت دعوى الدين ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ولـكن اليمين على المدعى عليه » ، وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة ، أو بعث به إليها فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة ، وقال : بل وفاء للواجب على ، فالقول قوله ، لأنه أعلم بنيته ، أشبه مالو قضى دينه ، واختلف هو وغريمه فى نيته . وإن طلق امرأته وكانت حاملاً فوضعت فقال : طلقتك حاملا ، فانقضت عدتك بوضع الحمل ، وانقطعت نفقتك ورجعتك ، وقالت : بل بعد الوضع فلى النفقة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ، لأن الأصل بقاء النفقة وعدم المسقط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج لإقراره بعدمها ، وإن رجع فصدقها[3] فله الرجعة ، لأنها مقرة له بها وإن قال طلقتك بعد الوضع فلى الرجعة ولك النفقة وقالت بل وأنا حامل فالقول قوله لأن الأصل بقاء الرجعة ولا نفقة لها ولا عدة عليها لأنها حق الله تعالى فالقول قولها فيها ، وإن عاد فصدقها سقطت رجعته ، ووجب لها النفقة ، هذا فى ظاهر الحـكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبنى على مايعلمه من حقيقة الأمر دون ماقاله .

---

(١) فى ١٨ : إقباضها . فى ٢٩ : قبض .

(٢) فى المطبوعة : دعاو . ولعله : دعاوى . ورجحنا فى ١٨ .

(٣) فى ١٨ . وصدقها .

٦٤٩٠ فصل

وإن طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ، ثم تُرَى القوابل بعد ذلك ، لأن الحمل يبين بعد ثلاثة أشهر ، إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره ، فتنقطع نفقتها كما تنقطع إذا قال القوابل : ليست حاملا ، ويرجع عليها بما أنفق لأنها أخذت منه مالا تستحقه فرجع عليها كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يرجع عليها ، لأنه أنفق عليها بحكم آثار النكاح ، فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد إذا تبين فساده وإن علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولا واحداً لأنها أخذت النفقة مع علمها ببراءتها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه . وإن ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة ، ويرجع في مدة العدة إليها ، لأنها أعلم بها ، فالقول قولها فيها مع يمينها . فإن قالت : قد ارتفع حيضى ولم أدر مارفعه فعدتها سنة إن كانت حرة ، وإن قالت : قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة إلى ذلك ، ويرجع عليها بالزائد ، وإن قالت : لا أدرى متى آخرها رجعنا إلى عادتها فحسبنا لها بها . وإن قالت : عادتى تختلف ، فتطول وتقصر ، انقضت العدة بالأقصر ، لأنه اليقين ، وإن قالت عادتى تختلف ولا أعلم ، رددناها إلى غالب عادات النساء في كل شهر قرء ، لأنا رددنا المتحيرة ، إلى ذلك في أحكامها ، فكذلك هذه .

وإن بان أنها حامل من غيره مثل أن تلده بعد أربع سنين ، فلا نفقة عليه لمدة حملها ، لأنه من غيره وإن كانت رجعية فلها النفقة في مدة عدتها ، فإن كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة إلى انقضائها ، وإن حملت في أثناء عدتها فلها النفقة إلى الوطء الذى حملت ، ثم لانفقة لها حتى تضع حملها ، ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها . وإن وطئها زوجها في العدة الرجعية حصلت الرجعة . وإن قلنا : لاتحصل فالنسب لاحق به ، وعليه النفقة لمدة حملها . وإن وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطىء البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ، ولا نفقة عليه من أجله ، وإن جهل بينونتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه نسبه ، وفي وجوب النفقة عليه روايتان ،

٦٤٩١ مسألة

قال : ﴿ ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده ، الذكور والإناث إذا كانوا فقراء ، وكان له ماينفق عليهم ﴾ .

والأصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله

تعالى : « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ[1] » أوجب أجر رضاع الولد على أبيه . وقال سبحانة : « وعَلَى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوف[2] » وقال سبحانه : « وقَضَى رَبُّكَ أَنْ لاَ تَعْبُدُوا إلاَّ إيَّاهُ وَبِالْوالِدَيْنِ إِحْسَانَا[3] » ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما . ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » ، متفق عليه وروت عائشة أن النبي صلى الله علية وسلم قال : « إن أطيب ماأكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » . رواه أبو داود . وأما الإجماع فحكى ابن المنذر قال . أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين المقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة فى مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لامال لهم . ولأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله .

إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وحكى عن مالك : أنه لانفقة عليها ولا لها لأنها ليست عصبة لولدها .

ولنا : قوله سبحانه : « وبالوالدين إحساناً » وقال النبي صلى الله عليه وسلم لرجل سأله من أبر ؟ قال: « أمك ، ثم أمك ، ثم أمك ، ثم أباك ، ثم الأقرب فالأقرب » . رواه أبو داود . ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الأب . فإن أعسر الأب وجبت النفقة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أيسر . وقال أبو يوسف ومحمد ترجع عليه .

ولنا : أن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب .

٦٤٩٢ فصــــل

ويجب الإنفاق على الأجداد والجدات وإن علوا وولد الولد وإن سفلوا وبذلك قال الشافعى والثورى وأصحاب الرأى . وقال مالك لاتجب النفقة عليهم ولا لهم لأن الجد ليس باب حقيقى .

ولنا : قول سبحانه : « وعلى الوَارِثِ مِثْلُ ذَلكِ[4] » ولأنه يدخل فى مطلق اسم الولد والوالد بدليل أن الله تعالى قال : « يُوصِيكُمُ اللهُ فى أَوْلاَدِكُمْ للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ[5] » فيدخل فيهم ولد البنين وقال : « ولأبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ[6] » وقال :

---

(١) سورة الطلاق آية ٦ .
(٢) سوره البقرة آية ٢٣٣
(٣) سورة الاسراء آية ٢٣ .
(٤) سورة البقره ٢٣٣ .
(٥) سورة النساء آية ١١
(٦) سوره النساء آيه ١١

« مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ[1] » ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريبين .

٦٤٩٣ فصل

ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط .

أحدها : أن يكونوا فقراء لامال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم ، لأنها تجب على سبيل المواساة ، والموسر مستغن عن المواساة .

الثانى أن يكون لمن تجب عليه النفقة ماينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه ، إما من ماله ، وإما من كسبه . فأما من لايفضل عنه شيء فليس عليه شيء لما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن فضل فعلى عياله ، فإن كان فضل فعلى قرابته[2] » وفى لفظ : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » . حديث صحيح .

وروى أبو هريرة : « أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله عندى دينار قال : تصدق به على نفسك ، قال عندى آخر ، قال : تصدق به على ولدك ، قال عندى آخر . قال : تصدق به على زوجك . قال : عندى آخر . قال : تصدق به على خادمك . قال : عندى آخر . قال : أنت أبصر » رواه أبو داود[3] ، ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة .

الثالث : أن يكون المنفق وارثاً ، لقول الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك[4] » ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضى كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس ، فينبغى أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فإن لم يكن وارثاً لعدم القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون أحدهما رقيقاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف ، لأنه لا ولاية بينهما ولا إرث فأشبه الأجنبيين ، ولأن العبد لامال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغنى بها عن نفقة غيره .

---

(١) سورة الحج آية ٧٨

(٢) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود النسائى عن جابر وفى آخر مسلم زيادة ج ٢ ص ٦٩٣ « فإن فضل عن ذى قرابتك شيء فهكذا وهكذا ، يقول : فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك » . ف

(٣) وأخرجه المحاسبى فى المكاسب عن يزيد بن هارون . وفيه (شأنك به) بدلا من (أنت أبصر) .

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٢ .

والثـانى : أن يـكون دينهما مختلفاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه ، وذكر القاضى فى عمودى النسب روايتين .

إحـداهما : تجب النفقة مع اختـلاف الدين ، وهو مذهب الشافعى ، لأنها نفقة تجب مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوكة ، ولأنه يعتق على قريبه فيجب . عليه الإنفاق عليه ، كما لو اتفق دينهما .

ولنـا : أنها مواساة على سبيل البر[1] والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين ، كنفقة غير عمودى النسب ، ولأنهما غير متوارثين فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقته بالقرابة كما لو كان أحدهما رقيقـاً ، وتفارق نفقة الزوجات ، لأنها عوض يجب مع الإعسار ، فلم ينافها اختلاف الدين كالصداق والأجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو فى أحدهما ، وكذلك نفقة المماليك والعتق عليه يبطل بسائر ذوى الرحم المحرم فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه ، ولأن هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وعقله عنه وإرثه منه .

الثالث : أن يكون القريب محجوباً عن الميراث بمن هو أقرب منه ، فينظر فإن كان الأقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شىء على المحجوب به ، لأن الأقرب أولى بالميراث منه ، فيـكون أولى بالإنفاق . وإن كان الأقرب معسراً وكان من ينفق عليه من عمودى النسب وجبت نفقته على الموسر وذكر القاضى فى أب معسر ، وجَدٍّ موسر ، أن النفقة على الجد ، وقال فى أم معسرة وجدة موسرة : النفقة على الجدة . وقد قال أحمد : لا يدفع الزكاة إلى ولد ابنته ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إن ابنى هذا سيد »[2] فسماه ابنه وهو ابن ابنته ، وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم . وهذا مذهب الشافعى .

وإن كان من غير عمودى النسب لم تجب النفقة عليه إذا كان محجوباً ، قال القاضى ، وأبو الخطاب فى ابن فقير وأخ موسر : لا نفقة عليهما ، لأن الإبن لا نفقة عليه لعسرته ، والأخ لا نفقة عليه لعدم إرثه ، ولأن قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له ، فإذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوى الرحم ويتخرج فى كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسراً وجهان .

أحدهما : لا نفقة عليه ، لأنه ليس بوارث أشبه الأجنبى . والثانى : عليه النفقة ، لوجود القرابة المقتضية

---

(١) فى ١٨ : للبر .

(٢) قال ﷺ « ان إبنى هذا - يعنى الحسن بن على - سيد وسيصلح الله به بين فئتين عظيمتين من المسلمين ، أخرجه البخارى ومسلم عن أبى بكره ف

الإرث والإنفاق ، والمانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه .

٦٤٩٤ فصـــــل

فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب ، فإن كانوا من غير عمودى النسب فلا نفقة عليهم . نص عليه أحمد فقال : الخالة والعمة لانفقةعليهما ، قال القاضى : لا نفقة لهم رواية واحدة ، وذلك لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث ، فهم كسائر المسلمين ، فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث ، وذلك الذى يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم وقال أبو الخطاب : يخرج فيهم رواية أخرى : أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوى الفروض لأنهم وارثون فى تلك الحال ، قال ابن أبى موسى : هذا يتوجه على معنى قوله ، والأول هو المنصوص عنه .

فأما عمود النسب فذكر القاضى ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم سواء كانوا من ذوى الأرحام كأبى الأم ، وابن البنت ، أم من غيرهم ، وسواء كانوا محجوبين أو وراثين . وهذا مذهب الشافعى . وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية . وبعضية ، وتقتضى رد الشهادة ، وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل ، فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الأب الأدنى .

٦٤٩٥ فصـــــل

ولا يشترط فى وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ، ولا نقص الأحكام فى ظاهر المذهب ، وظاهر كلام الخرقى ، فإنه أوجب نفقتهم مطلقاً إذا كانوا فقراءوله ماينفق عليهم ، وقال القاضى :لايشترط فى الوالدين وهل يشترط ذلك فى الولد ؟ فكلام أحمد يقتضى روايتين . إحداهما : تلزمه نفقته لأنه فقير . والثانية : إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته وهذا القول يرجع إلى أن الذى لايقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الأحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن ، وإنما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه ، وقال الشافعى يشترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة ، وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحيحاً انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج ، ونحوه قال مالك ، إلا أنه قال : ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ثم لا نفقة لهن . وإن طلقن ، ولوطلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لهند : «خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » ، لم يستثن منهم بالغاً ولا صحيحاً ، ولأنه والد أو ولد فقير ، فاستحق النفقة على والده أو ولده الغنى كما لو كان زمناً أو مكفوفاً ، فأما الوالد فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً إذا لم يكن ذا كسب وللشافعى فى ذلك قولان . ولنا أنه والد محتاج فأشبه الزَّمِن .

٦٤٩٦ فصـــــل

ومن كان له أب من أهل الإنفاق لم تجب نفقته على سواه . لأن الله تعالى قال : (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »[1] وقال « وعلى المولودِ له رزقهن وكسوتهن »[2] وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ، فجعل النفقة على أبيهم دونها . ولا خلاف فى هذا نعلمه ، إلا أن لأصحاب الشافعى فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين . أحدهما : أن النفقة على الأب وحده : والثانى : عليهما جميعاً ، لتساويهما فى القرب .

ولنا أن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه .

٦٤٩٧ فصـــــل

ويلزم الرجل إعفاف ابنه إذا احتاج إلى النكاح ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، ولهم فى إعفاف الأب الصحيح وجه آخر : أنه لا يجب ، وقال أبو حنيفة : لا يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لأن ذلك من أعظم الملاذ فلم تجب للأب كالحلواء ولأنه أحد الأبوين فلم يجب ذلك له كالأم .

ولنا : أن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلواء لأنه لا يستضر بفقدها وإنما يشبه الطعام والأدم ، وأما الأم فإنما إعفافها بتزويجها إذا طلبت ذلك وخطبها كفؤها ، ونحن نقول بوجوب ذلك عليه وهم يوافقوننا فى ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يجب إعفاف من لزمت نفقته من الآباء والأجداد ، فإن اجتمع جدان ولم يمكن إلا إعفاف أحدهما قدم الأقرب ، إلا أن يكون أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم ، فيقدم الذى من جهة الأب ، وإن بعد ، لأنه عصبة ، والشرع قد اعتبر جهته فى التوريث والتعصيب ، فكذلك فى الإنفاق والاستحقاق .

٦٤٩٨ فصـــــل

وإذا وجب عليه إعفاف أبيه فهو مخير إن شاء زوجه حرة . وإن شاء ملكه أمة ، أو دفع إليه ما يتزوج به حرة أو يشترى به أمة ، وليس للأب التخيير عليه إلا أن الأب إذا عين امرأة وعين الإبن أخرى وصداقهما واحد ، قدم تعيين الأب ، لأن النكاح له ، والمؤنة واحدة ، فقدم قوله ، كما لو عينت البنت كفؤاً وعين الأب كفؤاً يقدم تعيينها ، وإن اختلفا فى الصداق لم يلزم الإبن الأكثر ، لأنه إنما يلزم أقل ما تحصل به الكفاية ، ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قبيحة أو كبيرة لا استمتاع فيها ،

---

(١) سورة الطلاق آية ٦ . سورة البقرة آية ٢٣٣ .

وليس له أن يزوجه أمة ، لأن فيه ضرراً عليه . وهو إرقاق ولده ، والنقص فى استمتاعه ، وإن رضى الأب بذلك لم يجز ، لأن الضرر يلحق بغيره وهو الولد ، ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة ، وإذا زوجه زوجة أو ملكه أمة فعليه نفقته ونفقتها ، ومتى أيسر الأب لم يكن للولد استرجاع ما دفعه إليه ، ولا عوض ما زوجه به ، لأنه دفعه إليه فى حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة ، وإن زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانياً لأنه فوت ذلك على نفسه ، وإن ماتتا فعليه إعفافه ثانياً لأنه لاصنع له فى ذلك .

٦٤٩٩ فصل

قال أصحابنا : وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجاً إلى إعفافه وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، وقال : بعضهم لا يجب ذلك عليه .

ولنا : أنه من عمودى نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه كأبيه . قال القاضى : وكذلك يجىء فى كل من لزمته نفقته من أخ وعم أو غيرهم ، لأن أحمد قد نص فى العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا بيع عليه ، وكل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته لأنه لايتمكن من الإعفاف إلا بذلك ، وقد روى عن أحمد أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الإبن وهذا محمول على أن الإبن كان يجد نفقتها .

٦٥٠٠ مسألة

قال ﴿ وكذلك الصبى إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه ﴾ .

ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه[1] إذا اجتمعت الشروط التى تقدم ذكرنا لها وبه قال الحسن ، ومجاهد ، والنخعى ، وقتادة ، والحسن بن صالح ، وابن أبى ليلى ، وأبو ثور . وحكى ابن المنذر ، عن أحمد ، فى الصبى المرضع لا أب له ولا جد نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء ، وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن أحمد : النفقة على العصبات ، وبه قال الأوزاعى ، وإسحاق وذلك لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى على بنى عم منفوس بنفقته . احتج به أحمد ، وقال ابن المنذر : روى عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبى الرجال دون النساء ، ولأنها مواساه ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل . وقال أصحاب الرأى : تجب النفقة على كل ذى رحم محرم ، ولا تجب على غيرهم ، لقول الله تعالى : « وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ »[2] . وقال مالك ، والشافعى وابن المنذر لا نفقة إلا على المولودين والوالدين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل سأله عندى دينار ؟ قال : « أنفقه على نفسك ، قال : عندى آخر ؟ قال : أنفقه على أهلك .

---

(١) فى ١٨ : لمورثه . (٢) سورة الأنفال آية ٧٥

قال : عندى آخر ؟ قال : أنفقه على خادمك قال : عندى آخر ؟ قال : أنت أعلم به » . ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولأن الشرع إنمـا ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لايلحق بهم فى الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم .

ولنا قول الله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ـ ثم قال ـ وعلى الوارث مثل ذلك »(1) . فأوجب على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ماأوجب على الوالد .

وروى أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم : « من أبر ؟ قال : أمك ، وأباك ، وأختك ، وأخاك » . وفى لفظ : « ومولاك الذى هو أدناك حقاً واجباً ورحماً موصولا » رواه أبو داود . وهذا نص لأن النبى صلى الله عليه وسلم ألزمه الصلة والبر . والنفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً . وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه ، فإن اللفظ عام فى كل ذى رحم ، فيـكون حجة عليه فيمن عدا ذا الرحم المحرم ، وقد اختصت بالوارث فى الإرث ، فـكذلك فى الإنفاق . وأما خبر أصحاب الشافعى فقضية فى عين يحتمل أنه لم يـكن له غير من أمر بالإنفاق عليه ، ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد .

وقولهم : لايصح القياس . قلنا : إنمـا أثبتناه بالنص ثم أنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفاوت فبطل ماقالوه . إذاثبت هذا ، فإنه يختص بالوارث بفرض أوتعصيب(2) لعموم الآية ولا يتناول ذوى الأرحام على مامضى بيانه ، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه ، والمرأة مع ابنة بنتها ، وابن بنتها ، فالنفقة على الوارث دون الموروث . نص عليه أحمد فى رواية ابن زياد فقال : يلزم الرجل نفقة عمته ولا يلزمه نفقة بنت أخته .

وذكر أصحابنا رواية أخرى : لاتجب النفقة على الوارث ههنا ، لقول أحمد : العمة والخالة لا نفقة لها ، إلا أن القاضى قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الأم ، فإنه لايرثها لـكونه ابن أخيها من أمها ، وقد ذكر الخرقى أن على الرجل نفقة معتقه لأنه وارثه . ومعلوم أن المعتق لايرث معتقه ولا تلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيـه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ولا يلزمهن نفقته وهـذا هو الصحيح إن شاء الله لقول الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك »(3) وكل واحد من هؤلاء وارث .

٦٥٠١ مســـألة

قال : ﴿ فإن كان للصبى أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة ﴾ .

---

(1) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(2) فى ١٨ : بالفرض أو التعصيب .
(3) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

وجملته : أنه إذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه ، فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه ، فإذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ، لأنهما يرثانه كذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : النفقة كلها على الجد ، لأنه ينفرد بالتعصيب ، فأشبه الأب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد : أن النفقة على العصبات خاصة

ولنا : قول الله تعالى : « على الوارث مثل ذلك[1] » والأم وارثة فكان عليها بالنص ، ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الأم كالوراثة .

٦٥٠٢ فصـــل

وإن اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثاً كالميراث ، وقال أبو حنيفة النفقة عليهما سواء لأنهما سواء في القرب ، وإن كان أم وابن فعلى الأم السدس والباقي على الابن ، وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة بينهما نصفين ، وقال أبو حنيفة النفقة على البنت لأنها أقرب ، وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث ، النفقة على الابن لأنه العصبة ، وإن كانت له أم وبنت فالنفقة بينهما[2] أرباعاً لأنهما يرثانه كذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : النفقة على البنت لأنها تكون عصبة مع أخيها ، وإن كانت له بنت أو بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : النفقة على ابن البنت لأنه ذكر .

ولنا : قول الله تعالى : « وعلى الوارث مثل ذلك[3] » فرتب النفقة على الإرث ، فيجب أن تترتب في المقدار عليه وإيجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى فإنه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة .

٦٥٠٣ مســـألة

قال : ﴿ فإن كانت جدة وأخا ، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ وعلى المعنى حساب النفقات ﴾ .

يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدة ههنا سدس الميراث ، فعليها سدس

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٢) ربعها على الأم وباقيها على البنت لأنهما يرثانه كذلك فرضا ورداً . (ف)
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣ .

النفقة ، وكما أن الباقي للأخ فـكذلك الباقي من النفقة عليه ، وعند من لا يرى النفقة على غير عمودى النسب يجعل النفقة كلها على الجدة ، وهذا أصل قد سبق الـكلام فيه ، فإن اجتمع بنت وأخت ، أو بنت وأخ ، أو بنت وعصبة ، أو أخت وعصبـة ، أو أخت وأم ، أو بنت وبنت ابن ، أو أخت لأبوين وأخت لأب ، أو ثلاث أخوات متفرقات ، فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك ، سواء كان في المسألة رد أو عول ، أو لم يـكن . وعلى هذا تحسب ماأتاك من المسائل ، وإن اجتمع أم أم وأم أب ، فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث .

٦٥٠٤ فصـــــل

فإن اجتمع أبو أم فالنفقة على أم الأم ، لأنها الوارثة ، وإن اجتمع أبو أب فعلى أم الأب السدس ، والباقي على الجد . وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء . وإن اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثاً ، وقال الشافعي : النفقة على الجد في هذه المسائل كلها ، إلا المسألة الأولى ، فالنفقة عليهما بالسوية ، وقد مضى الـكلام على أصل هذا فيما تقدم .

٦٥٠٥ فصـــــل

فإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ، فإن انـكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه في الإنفاق ، وإن بان أنه أنفق أقل رجع عليه ، فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة وإن بان بنتاً رجعت على أخيها بفضل نفقتها لأن من له الفضل أدى مالا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه ، فإن تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى مايعتقده ديناً فبان بخلافه .

٦٥٠٦ فصـــــل

فإن كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فقد ذكرنا أنه إن كان المحجوب من عمودى النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه ، وإن كان من غيرهما فلا نفقة عليه ، فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والأب معسر كان الأب كالمعدوم ، فيـكون على الأم ثلث النفقة ، والباقي على الجد ، وإن كان معهم زوجة فـكذلك . وإن قلنا : لا نفقة على المحجوب فليس على الأم ههنا إلا ربع النفقة ولا شيء على الجد ، وإن كان أبوان وأخوان وجـد ، والأب معسر ، فلا شيء على الأخوين ، لأنهما محجوبان ، وليسا من عمودى النسب ، ويـكون على الأم الثلث ، والباقي على الجد ، كما لو لم يـكن أحد غيرهما . ويحتمل ألا يجب على الأم إلا السدس ، لأنه لو كان الأب معدوماً لم ترث إلا السدس .

وإن قلنا : إن كل محجوب لا نفقة عليه ، فليس على الأم إلا السدس ، ولا شيء على غيرها . وإن لم يـكن فى المسألة جد فالنفقة كلها على الأم على القول الأول . وعلى الثانى ليس عليها إلا السدس ، وإن قلنا : إن على المحجوب بالمعسر النفقة وإن كان من غير عمودى النسب فعلى الأم السدس ، والباقى على الجد ، والأخوين أثلاثاً كما يرثون إذا كان الأب معدوماً . وإن كان بعض من عليه النفقة غائباً وله مال حاضر ، أنفق الحاكم منه حصته . وإن لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض، فإذا قدم فعليه وفاؤه .

٦٥٠٧ فصـــــل

ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص وله امرأة ، فالنفقة لها دون الأقارب ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم ، فى حديث جابر[1] : إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فإن كان له فضل فعلى عياله ، فإن كان له فضل فعلى قرابته » : ولأن نفقة القريب مواساة ، ونفقه المرأة تجب على سبيل المعاوضة ، فقدمت على مجرد المواساة ، ولذلك وجبت مع يسارهما وإعسارهما ، ونفقة القريب بخلاف ذلك ، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته ، فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه ، ثم من بعدها نفقة الرقيق ، لأنها تجب مع اليسار والإعسار ، فقدمت على مجرد المواساة ، ثم ، من بعد ذلك الأقرب فالأقرب .

فإن اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الأب على الجد والابن على ابنه ، وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : يستوى الأب والجد والابن وابنه لتساويهم فى الولادة والتعصيب .

ولنا : أن الأب والابن أقرب وأحق بميراثه ، فكانا أحق كالأب مع الأخ ، وإن اجتمع ابن وجد ، أو أب وابن ابن ، احتمل وجهين .

أحدهما : تقديم الابن والأب ، لأنهما أقرب ، فإنهما يليانه بغير واسطة ، ولا يسقط إرثهما بحال . والجد وابن الإبن بخلافهما .

ويحتمل التسوية بينهما ، لأنهما سواء فى الإرث والتعصيب والولادة . وإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما فى القرب والإرث والولادة والتعصيب ، ويحتمل فيهما مايحتمل فى الأب والإبن على ماسنذكره .

٦٥٠٨ فصـــــل

وإن اجتمع أب وابن ، فقال القاضى : إن كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدم ، لأن نفقته وجبت بالنص،

(١) سبق تخريجه قريباً .

مع أنه عاجز عن الـكسب ، والأب قد يقدر عليه وإن كان الابن كبيراً والأب زَمِن[١] ، فهو أحق ، لأن حرمته آكد ، وحاجته أشد ، ويحتمل تقديم الابن ، لأن نفقته وجبت بالنص ، وإن كانا صحيحين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه .

أحدها : التسوية بينهما . لتساويهما فى القرب ، وتقارب مرتبتهما . والثانى : تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص . والثالث : تقديم الأب لتأكد حرمته . وإن اجتمع أبوان . ففيهما الوجوه الثلاثة .

أحدها : التسويه لما ذكرنا . والثانى : تقديم الأم لأنها أحق بالبر ، ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية ، وزيادة الشفقة ، وهى أضعف وأعجز . والثالث : تقديم الأب لفضيلته ، وانفراده بالولاية على ولده ، واستحقاق الأخذ من ماله ، وإضافة النبى صلى الله عليه وسلم الولد وماله إليه بقوله : « أنت[٢] ومالك لأبيك » والأول أولى .

وإن اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما ، لاستوائهما فى استحقاق ميراثه ، والصحيح أن الجد أحق لأن له مزيه الولادة والأبوة ، ولأن ابن ابنه يرثه ميراث ابن ، ويرث الأخ ميراث أخ وميراث الابن آكد ، فالنفقة الواجبة به تـكون آكد . وإن كان مـكان الأخ ابن أخ أو عم فالجد أولى بـكل حال .

٦٥٠٩ فصـــــل

والواجب فى نفقة القريب قدر الـكفاية من الخبز والأدم والـكسوة بقدر العادة على ماذكرناه فى الزوجة ، لأنها وجبت للحاجة ، فتقدرت بما تندفع به الحاجة . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لهند : « خذى مايـكفيك وولدك بالمعروف » . فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالـكفاية ، فإن احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كما قلنا فى الزوجة ، لأن ذلك من تمام كفايته .

٦٥١٠ مســـــألة

قال ﴿ وعلى المعتق نفقه معتقة إذا كان فقيراً لأنه وارثه ﴾ .

هـذا مبنى على الأصل الذى تقـدم ، وأن النفقة تجب على الوارث ، والمعتق وارث عتيقه ، فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً ، ولولاه يسار ينفق عليه منه . وقال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى : لاتجب عليه نفقته بناء على أصولهم التى ذكرناها .

---

(١) أى : مريض بمرض مزمن . (٢) أخرجه ابن ماجه عن جابر . (ف)

ولنـا : قول الله تعالى : « وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ »[1] . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك فأدناك ، ومولاك الذى يلى ذاك ، حقاً واجباً ورحماً موصولا »[2] ، ولأنه يرثه بالتعصيب ، فـكانت عليه نفقته كالأب ويشترط فى وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة فى غيره .

٦٥١١ فصـــل

فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما بَيَّنَّ[3] فى باب الولاء . ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء ، لأنه عصبتهم ووارثهم ، وعليه نفقة أولا معتقه إذا كان أبوهم عبداً كذلك ، فإن أعتق أبوهم فانجر الولاء إلى معتقه صار ولاؤه لمعتق أبيهم ، ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط ، وليس على المعتق نفقة معتقه إذا كان فقيراً ، لأنه لا يرثه ، فإن كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحربى عبداً ثم يسبى العبد سيده فيعتقه ، فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لأنه يرثه .

٦٥١٢ مســـألة

قال ﴿ وإذا زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكاً نفقتها ﴾ .

وجملته أن زوج الأمة لا يخلو ، إما أن يكون حراً أو عبداً ، أو بعضه حر وبعضه عبد ، فإن كان حراً فنفقتها عليه للنص ، واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين ، والأمة داخلة فى عمومهن ، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها ، فوجب على زوجها نفقتها كالحرة ، وإن كان زوجها مملوكاً فالنفقة واجبة لزوجته لذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته ، هذا قول الشعبى ، والحكم ، والشافعى . وبه قال أصحاب الرأى إذا بوأها بيتاً . وحكى عن مالك أنه قال : ليس عليه نفقتها ، لأن النفقة مواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله .

ولنـا : أنها عوض واجب فى النـكاح ، فوجبت على العبد كالمهر ، والدليل على أنها عوض : أنها تجب فى مقابلة التمـكين ، ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمـكين . وفارق نفقة الأقارب . إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده ، لأن السيد أذن له فى النـكاح المفضى إلى إيجابها ، وقال ابن أبى موسى فيه رواية أخرى : أنها تجب فى كسب العبد ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأنه لم يمـكن إيجابها

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٢) أخرجه أبو داود عن بكر بن الحارث الأنمارى
(٣) فى ١٨ : على ما بيناه .

فى ذمته ولا رقبته ، ولا ذمة سيده ، ولا إسقاطها ، فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه . وقال القاضى : تتعلق برقبته ، لأن الوطء فى النكاح بمنزلة الجناية . وأرش جناية العبد يتعلق برقبته ، يباع فيها ، أو يفديه سيده ، وهذا قول أصحاب الرأى .

ولنا : أنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذى استدانه وكيله . وقولهم : إنه فى مقابلة الوطء غير صحيح ، فإنه يجب من غير وطء ، ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير ، وإنما يجب بالتمكين ، وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها . وقول من قال إنه تعذر إيجابه فى ذمة السيد غير صحيح ، فإنه لامانع من إيجابه ، وقد ذكرنا وجود مقتضيه ، فلا معنى لدعوى التعذر .

٦٥١٣ مســــألة

قال ﴿ وإن كانت أمة تأوى بالليل عند الزوج ، وبالنهار عند المولى ، أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده ﴾ .

هذه المسألة قد تقدمت ، وذكرنا أن النفقة فى مقابلة التمكين ، وقد وجد منها فى الليل ، فتجب على الزوج النفقة فيه ، والباقى منها على السيد ، بحكم أنها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره فى هذا الزمن ، فيكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : لا نفقة لها على الزوج ، لأنها لم تمكن من نفسها فى جميع الزمان ، فلم يجب لها شىء من النفقة كالحرة إذا بذلت نفسها فى أحد الزمانين دون الآخر .

ولنا : أنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح ، فاستحقت[1] النفقة كالحرة إذا مكنت من نفسها فى غير أوقات الصلوات المفروضات ، والصوم الواجب ، والحج المفروض ، وفارق الحرة إذا امتنعت فى أحد الزمانين ، فإنها لم تبذل الواجب ، فتكون ناشزاً ، وهذه ليست ناشزاً ولا عاصية .

٦٥١٤ مســــألة

قال ﴿ فإن كان لها ولد لم تلزمه نفقة ولده ، حراً كان أو عبداً ، ونفقتهم على سيدهم ﴾ .

يعنى الأمة ليس على زوجها نفقة ولده منها . وإن كان حراً ، لأن ولد الأمة عبد لسيدها ، فإن الولد يتبع أمه فى الرق والحرية ، فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم ، فإن العبد أخص بسيده من أبيه ، ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ، ولا ميراث ولا إنفاق ، وكل ذلك للسيد ، وقد رويت عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى ، أن ولد العربى يكون حراً ، وعلى أبيه فداؤه . فعلى هذا تكون نفقتهم عليه ،

---

(١) فى المطبوعة : استحقت ، وما فى ١٨ أوضح .

ولو أعتق الولد سيده ، أو علق عتقه بولادته ، أو تزوج الأمة على أنها حرة ، فولده[1] منها أحرار ، وعلى أبيهم نفقتهم فى هذه المواضع كلها إذا كان حراً ، وتحققت فيه شرائط الإنفاق .

٦٥١٥ فصل

وإذا طلق الأمة طلاقاً رجعياً فلها النفقة فى العدة ، لأنها زوجة ، وإن أبانها وهى حائل فلا نفقة لها ، لأنها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة ، فالأمة أولى وإن كانت حاملا فلها النفقة ، لقوله تعالى (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ)[2] نص على هذا أحمد . وبه قال إسحاق ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله فى نفقة الحامل روايتان ، هل هى للحمل أو للحامل بسببه ؟

إحداهما : هى للحمل ، فعلى هذا لا تجب للملوكة الحامل البائن نفقة ، لأن الحمل مملوك لسيدها ، فنفقته[3] عليه ، وللشافعى فى هذا قولان كالروايتين .

٦٥١٦ فصل

وإن طلق العبد زوجته الحامل طلاقاً بائناً انبنى (على)[4] وجوب النفقة على الروايتين فى النفقة ، هل هى للحمل أو للحامل ؟ فإن قلنا : هى للحمل فلا نفقة على العبد ، وبه قال مالك . وروى ذلك عن الشعبى ، لأنه لا تجب عليه نفقة ولده . وإن قلنا : هى للحامل بسببه وجبت لها النفقة ، وهذا قول الأوزاعى ، لأن الله تعالى قال : « وإنْ كنَّ أولاتِ حملٍ فأنفقُوا عليهنَّ حتىَّ يضعنَ حَمْلَهُنَّ »[5] ولأنها حامل فوجبت ، لها النفقة كما لو كان زوجها حراً .

٦٥١٧ فصل

والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية ، وباقيها على سيده ، أو فى ضريبته ، أو فى رقبته ، على ما ذكرنا فى العبد ، والقدر الذى يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ، إن كان موسراً فنفقة الموسرين ، وإن كان معسراً فنفقة المعسرين ، والباقى تجب فيه نفقة المعسرين ، لأن النفقة مما يتبعض ، وما يتبعض بعضناه فى حق المعتق بعضه ، كالميراث والديات ، ومالا يتبعض فهو فيه كالعبد ، لأن الحرية إما شرط فيه ، أو سبب له ، فلم يكمل . وهذا اختيار المزنى وقال الشافعى : حكمه حكم القن فى الجميع ، إلحاقاً لأحد الحكمين بالآخر .

---

(١) فى ٢٩ : فأولاده . (٢) سورة الطلاق آية ٦ .

(٣) ليس فى النسخ المطبوعة ولا المخطوطة ذكر الرواية الثانية ، وقد ذكرها الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٥٩ ، وعلى الرواية الأخرى تجب ، وقد سقطت هنا ف ـ ع

(٤) ساقطة من ١٨ ، ٣٩ ولعله الصواب . (٥) سورة الطلاق آية ٦ .

ولنـا : أنه يملك بنصفه الحر ملـكا تاماً ، ولهذا يورث عنه ، ويكفر بالإطعام ، ويجب فيه نصف دية الحر ، فوجب أن تتبعض نفقته ، لأنها من جملة الأحكام القابلة للتبعيض . فأما نفقة أقاربه فيلزمه منها بقدر ميراثه ، لأن النفقة تنبنى على الميراث ، وعند المزنى تلزمه كلها ، لأنهـا لا تتبعض ، وعند الشافعى لا يلزمه شىء ، لأن حكمه حكم العبيد ، وقد سبق الـكلام فى هذا .

٦٥١٨ مســـألة

قال : ﴿ وليس على العبد نفقة ولده ، حرة كانت الزوجة أو أمة ﴾ .

أما إذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار ، لأن الولد يتبع الأم فى الرق والحرية ، وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار ، لأن نفقتهم تجب على سبيل المواساة ، وليس هو من أهلهـا . وأما إذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها ، لأنهم يتبعونها فتـكون نفقتهم على سيدهم .

٦٥١٩ فصـــل

وحكم المـكاتب فى نفقة الزوجات والأولاد والأقارب حكم العبد القن ، لأنه عبد ما بقى عليه درهم ، إلا أنه إذا كانت له زوجة أنفق عليها من كسبه ، لأن نفقة الزوجة واجبة بحـكم المعارضة مع اليسار والإعسار ، ولذلك وجبت على العبد ، فعلى المـكاتب أولى . ولأن نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس ، إذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتها ، ولا يمـكن إيجابها على سيده ، لأن نفقة المـكاتب لا تجب على سيده ، فنفقة امرأته أولى . فأما نفقة أولاده وأقاربه الأحرار فلا تجب عليه ، لأنها تجب على سبيل المواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تجب عليه الزكاة فى ماله ، ولا الفطرة فى بدنه . فإن كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها ، لأنهم يتبعونها فى الحرية . وإن كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الأم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه ، والمـكاتب كأنه معدوم بالنسبة إلى النفقة .

٦٥٢٠ مســـألة

قال : ﴿ وعلى المـكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المـكاتب ﴾ .

وجملته أن المـكاتب إذا كان له ولد لم يخل إما أن يـكون من زوجته ، أو من أمته ، فإن كان من زوجته وكانت مكاتبة فولدها يتبعونها فى الـكتابة ، ويـكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا ، وإن عتقت بالأداء عتقوا ، فتـكون نفقتهم . عليها مما فى يديها لأنهم فى حكم نفسها ونفقتها مما فى يديها ، فـكذلك على ولدها . وأما زوجها المـكاتب فليس عليه نفقتهم ، لأنهم عبيد لسيد المـكاتبة ، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم ، وإن أراد المـكاتب التبرع بالإنفاق على ولده وكان من

أمة أو مـكاتبة لغير سيده ، أو حرة ، لم يـكن له ذلك ، لأن فيه تغريراً بمال سيده . وإن كان من أمة لسيده جاز ، لأنه مملوك لسيده ، فهو ينفق عليه من المال الذى تعلق به حق سيده . وإن كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز ، لأنه فى الحال بمنزلة أمه ، وأمه مملوكة لسيدها . ويحتمل ألا يجوز ، لأن فيه تغريراً إذ لا يحتمل أن يعجز هو وتؤدى المـكاتبة فيعتق ولدها ، فيحصل الإنفاق عليها من مال سيده ، ويصير حراً .

٦٥٢١ مســـألة

قال : ﴿ وعلى المـكاتب نفقة ولده من أمته ﴾ .

أما ولد المـكاتب من أمته فنفقتهم عليه ، لأن ولده من أمته تابع له ، يرق برقه ، ويعتق بعتقه ، فجرى مجرى نفسه فى النفقة ، فـكما أن المـكاتب ينفق على نفسه ، فـكذلك على ولده الذى هذا حاله ، ولأن هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيـه ، فإن أمه أَمَة للمـكاتب ، وليس له من الأحرار أقارب ، فيتعين على المـكاتب الإنفاق عليه كأمه ، ولأنه لا ضرر على السيد فى إنفاق المـكاتب على ولده من أمته ، لأنه إن أدى وعتق فقد وفى مال الـكتـابة ، وليس للسيد أكثر منه[1] ، وإن عجز ورق عاد إليه المـكاتب وولده الذى أنفق عليه ، فـكأنه إنما أنفق على عبده ، وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه .

٦٥٢٢ فصـــل

وليس المـكاتب أن يتسرى بأمته إلا بإذن سيده ، لأن ملـكه غير تام ، وعلى السيد ضرر فى تسريه بها ، لما فيه من التغرير بها . وإن أذن له سيده فى ذلك جاز ، لأن المنع لحقه ، فجاز بإذنه كما لو أذن لعبده القن . وإن وطىء بغير إذنه فلا حد عليه ، لأنه وطىء مملوكته ، فإن أولدها فى الموضعين صارت أم ولد له ، ليس له بيعها ولا بيع ولده ، فإن عتق عتق ولدها ، وصارت الأمة أم ولده ، تعتق بموته وإن رق رقت هى وولدها ، وصارت أمة لسيده ، والمـكاتب وولده عبدان له ، ويلزم المـكاتب الإنفاق على عبيده وإمائه وأمهات أولاده ، لأنهم ملك له ، فلزمه الإنفاق عليهم كبهائمه :

---

(١) فى المطبوعة : منها . ورجحنا مافى : ١٨ لأنه أصح .

باب الحال التى تجب فيها النفقة على الزوج

٦٥٢٣ مســــألة

قال رحمه الله : ﴿ وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة ﴾ .

وجملة ذلك : أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين :

أحدهما : أن تكون كبيرة يمكن وطؤها ، فإن كانت صغيرة لاتحتمل الوطء فلا نفقة لها . وبهذا قال الحسن ، وبكر بن عبد الله المزنى ، والنخعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وهو المنصوص عن الشافعى . وقال فى موضع : لو قيل لها النفقة كان مذهباً . وهذا قول الثورى ، لأن تعذر الوطء لم يكن بفعلها ، فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض .

ولنا : أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها ، وبهذا يبطل ماذكروه ، ويفارق المريضة ، فإن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما نقص بالمرض ، ولأن من لاتمكن الزوج من نفسها لايلزم الزوج نفقتها ، فهذه أولى لأن تلك يمكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرها ، وهذه لايمكن ذلك فيها بحال .

الشرط الثانى : أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها ، فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها ، أو تساكتا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها وإن أقاما [على ذلك] زمناً ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة ، ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفق إلا بعد دخوله ، ولم يلزم نفقتها لما مضى ، ولأن النفقة تجب فى مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح ، فإذا وجد استحقت ، وإذا فقد لم تستحق شيئاً . ولو بذلت تسليما غير تام بأن تقول : أسلم إليك نفسى فى منزلى دون غيره ، أو فى الموضع الفلانى دون غيره ، لم تستحق شيئاً ، إلا أن تكون قد اشترطت ذلك فى العقد ، لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة ، كما لو قال البائع : أسلم إليك السلعة على أو تتركها فى موضعها ، أو فى مكان بعينه . وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها فى ذلك استحقت النفقة ، لأنها سلمت التسليم الواجب عليها ، ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلا دون النهار استحقت النفقة ، وفارق الحرة ، فإنها لو بذلت تسليم نفسها فى بعض الزمان لم تستحق شيئاً ، لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد ، وكذلك إن أمكنته من الاستمتاع ، ومنعته استمتاعاً[1] ، لم تستحق شيئاً لذلك .

---

(١) أى مكنته من بعض الاستمتاع دون بعضه .

٦٥٢٤ فصــــل

وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه ، بل تجب عليه في زمن غيبته ، لأنها استحقت النفقة بالتمكين ، ولم يوجد منها مايسقطها ، وإن غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه ، لأنه لم يوجد الموجب لها ، فإن بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته ، لأنها بذلته في حال لا يمكنه التسليم[1] فيه ، لكن إن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ، ويعلمه ذلك ، فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ ، وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول إليها ، ويسلمها فيه ، لأن الزوج امتنع من تسلمها مع إمكان ذلك وبذلها إياه له ، فلزمته نفقتها ، كما لو كان حاضراً .

وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أو مجنونة فسلمت نفسها إليه ، فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة ، وإن لم يتسلمها لمنعها نفسها أو منع أوليائها فلا نفقة لها عليه ، وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم . فإن وليها يقوم مقامها ، وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها ، لأنه لاحكم لكلامها .

٥٦٢٥ مســـألة

قال ﴿ وإذا كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صبي أجبر وليه على نفقتها من مال الصغير ، فإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما ﴾ .

يعني إذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها ، فمكنت[2] من نفسها ، أو بذلت تسليمها ، ولم تمنع نفسها ، ولا منعها أولياؤها ، فعلى زوجها الصبي نفقتها . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، والشافعي ، في أحد قوليه ، وقال في الآخر : لانفقة لها ، وهو قول مالك ، لأن الزوج لايتمكن من الاستمتاع بها ، فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة أو صغيرة .

ولنا : أنها سلمت نفسها تسليما صحيحاً ، فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيراً ، ولأن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما تعذر من جهة الزوج ، كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته .

وفارق ما إذا غابت أو كانت صغيرة ، فإنها لم تسلم نفسها تسليمًا صحيحاً ولم تبذل ذلك ، فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي ، لأن النفقة على الصبي ، وإنما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جناياته ، وقيم متلفاته وزكواته . وإن لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم

---

(١) الأصح « لايمكنه التسلم » لأن التسليم من جهة الزوجة والتسلم من الزوج .
(٢) في ١٨ : فأمكنت .

بينهما ، كما ذكرنا فى حق الـكبير ، فإن كان له مال وامتنع الولى من الإنفاق أجبره الحاكم بالحبس ، فإن لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبى وأنفق عليها ، فإن لم يمـكنه وصبر الولى على الحبس ، وتعذر الإنفاق فرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك على ما ذكرناه فى حق الـكبير . وذكر القاضى فى الـكبير : أنه لا يفرق بينهما ، فـكذلك ههنا مثله ، لأنهما سواء فى وجوب الإنفاق عليهما فـكذلك فى أحكامه .

٦٥٢٦ فصـــل

وإن بذلت الرتقاء أو الحائض أو النفساء أو النضوة الخلق[1] التى لا يمـكن وطؤها ، أو المريضة [تسليم][2] نفسها لزمته نفقتها . وإن حدث بها شىء من ذلك لم تسقط نفقتها ، لأن الاستمتاع ممكن ، ولا تفريط من جهتها وإن منع من الوطء . ويفارق الصغيرة ، فإن لها حالا يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعاً تاماً ، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء . ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب ، فإن قيل : فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لهـا النفقة ، فـكذلك هؤلاء . قلنا : لأن تلك منعت مما يجب عليها ، وهؤلاء لا يجب عليهن التمـكين مما فيه ضرر ، فإن ادعت أن عليها ضرراً فى وطئه لضيق فرجها ، أو قروح به ، أو نحو ذلك ، وأنـكره ، أريت امرأة ثقة ، وعمل بقولها . وإن ادعت عبالة ذكره[3] وعظمه ، جاز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما ، لأنه موضع حاجة ، ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة .

٦٥٢٧ مســـألة

قال ﴿ وإن طالب الزوج بالدخول وقالت : لا أسلم نفسى حتى أقبض صداقى ، كان ذلك لها ، ولزمته النفقة إلى أن يدفع إليها صداقها ﴾ .

وجملته : أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها ، لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضى إلى أن يستوفى منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها ، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشترى ، ثم أعسر بالثمن ، فإنه يمكنه الرجوع فيه ، فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولا ، وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه .

إذا ثبت هذا ، فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها ، لأنها امتنعت لحق ، فإن

---

(١) أى : الهزيلة .

(٢) ساقطة من : ١٨ . وهى المفعول به لبذلت . ومع حذفها يكون المفعول به (نفسها) .

(٣) أى : غلظه .

قيل : فلو امتنعت لصغر أو مرض لم يلزمه نفقتها قلنا : الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغر ، وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج ، وهو منعه لما وجب لها عليه ، فأشبه مالو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج ، فإنه لاتسقط نفقتها عنه ، ولو تعذر لصغرها لاتلزمه نفقتها .

٦٥٢٨ فصـــل

إذا سافرت زوجته بغير إذنه سقطت نفقتها عنه ، لأنها ناشز ، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه ، وإن سافرت بإذنه فى حاجته فهى على نفقتها ، لأنها سافرت فى شغله ومراده : وإن كان حاجة[1] نفسها سقطت نفقتها ، لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها ، وقضاء حاجتها ، فأشبه مالو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها ، إلا أن يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها[2] فلا تسقط نفقتها ، لأنها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة ، ويحتمل ألا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها لأنها مسافرة بإذنه ، أشبه مالو سافرت فى حاجته ، وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع أو زيارة . ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها ، لأنها فى معنى المسافرة ، وإن أحرمت به بإذنه فقال القاضى : لها النفقة .

والصحيح : أنها كالمسافرة ، لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين ، فهى كالمسافرة لحاجة نفسها على ماذكرناه . وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة فى الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة ، لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع فى وقته ، فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان . وإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول مافى المحرمة بحج التطوع ، لأنها فوتت عليه التمكين بشىء مستغنى عنه .

٦٥٢٩ فصـــل

فإن اعتكفت فالقياس أنه كسفرها إن كان بغير إذنه ، فهى ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع وإن كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقى . وقال القاضى : لها النفقة ، وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها ، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع ، لايملك منعها منه ، فلم تسقط نفقتها كالصلاة ، ولأنه يكون صائماً معها ، فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه ، وإن كان تطوعاً لم تسقط نفقتها ، لأنها لم تخرج عن قبضته ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها ، فإنه يمكنه تفطيرها ووطؤها ، فإن أراد ذلك منها فمنعته نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب . وإن كان صوماً منذوراً معلقاً بوقت معين فقال القاضى : لها النفقة ، لأن أحمد نص على أنه ليس له منعها ويحتمل أنه إن كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها لأنه كان واجباً عليها بحق سابق على

---

(١) فى ٣٩ : لحاجة نفسها . (٢) فى ٣٩ : الاستمتاع بها .

نـكاحه ، أو واجب أذن فى سببه . وإن كان النذر فى نـكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها ، لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها ، بالنذر الذى لم يوجبه الشرع عليها ، ولا ندبها إليه .

وإن كان النذر مطلقاً ، أو كان صوم كفارة ، فصامت بإذنه فلها النفقة ، لأنها أدت الواجب بإذنه ، فأشبه ما لو صامت المعين فى وقته . وإن صامت بغير إذنه فقال القاضى : لا نفقة لها ، لأنها يمكنها تأخيره . فإنه على التراخى ، وحق الزوج على الفور . وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فـكذلك ، وإن كان وقته ،ضيقاً مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها ، لأنه واجب مضيق بأصل الشرع ، أشبه أداء رمضان .

٦٥٣٠ فصـــل

قال ﴿وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة ، إلا أن تـكون حاملا﴾ .

وجملة الأمر : أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً فإما أن يكون ثلاثاً ، أو بخلع ، أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم ، لقول الله تعالى : « أسكنوهُنّ من حيثُ سكنتُمْ من وُجْدِكُمْ ولا تضارُّوهُنّ لتضيِّقُوا عليهن ، وإن كُنّ أولاتِ حَمْلٍ فأنفقُوا عليهن حتَّى يضعْنَ حمْلَهُن » وفى بعض أخبار فاطمة بنت قيس : «لا نفقة لك إلا أن تـكونى حاملا » . ولأن الحمل ولده ، فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يمـكنه النفقة عليه إلا بالإنفاق عليها ، فوجب كما وجبت أجرة الرضاع ، وإن كانت حائلا فلا نفقة لها . وفى السكنى روايتان .

إحداهما : لها ذلك ، وهو قول عمر ، وابنه ، وابن مسعود ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة ، ومالك ، والشافعى ، للآية .

والرواية الثانية : لا سكنى لها ولا نفقة ، وهى ظاهر المذهب ، وقول على ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق . وأبى ثور ، وداود ، وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السكنى والنفقة . وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والثورى ، والحسن ابن صالح ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والبتى ، والعنبرى . لأن ذلك يروى عن عمر ، وابن مسعود . ولأنها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية ، وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر أنه قال : « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة » ، وأنـكرته عائشة ، وسعيد بن المسيب ، وتأولوه .

ولنا : ما روت فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها ألبتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شىء ، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى . فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك » . متفق عليه . وفى لفظ فقال رسول الله ﷺ : « انظرى يا ابنة قيس ، إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة

فلا نفقة ولا سكنى » . رواه الإمام أحمد ، والأثرم ، والحميدى ، وغيرهم .

قال ابن عبد البر من طريق الحجة : وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحجُّ ، لأنه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأى شىء يعارض هذا إلا مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم ، الذى هو المبين عن الله مراده ؟ ولا شىء يدفع ذلك . ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم »[1] .

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه على ، وابن عباس ، ومن وافقهما والحجة معهم ، ولو لم يخالفه أحد منهم ، لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وعلى غيره ، ولم يصح عن عمر أنه قال : « لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة » فإن أحمد أنكره ، وقال أما هذا فلا ، ولكن قال : « لا نقبل فى ديننا قول امرأة » . وهذا أمر يرده الإجماع على قبول قول المرأة فى الرواية ، فأى حجة فى شىء يخالفه الإجماع وترده السنة ، ويخالفه فيه علماء الصحابة ؟ قال إسماعيل بن إسحاق : نحن نعلم أن عمر لا يقول : لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود فى كتاب الله . والذى فى الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا بقوله سبحانه : (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)[2] وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل فى الأمر بالإنفاق .

وقد روى أبو داود وغيره من الأئمة بإسنادهم عن ابن عباس قال : « ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما — يعنى المتلاعنين — وقضى ألا بيت لها عليه ولا قوت » ولأن هذه محرمة عليه تحريماً لا تزيله الرجعة ، فلم يكن لها سكنى ، ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية . وفارقت الرجعية فى ذلك ، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والإجماع ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه .

٦٥٣١ فصــــل

فأما الملاعنة فلا سكنى لها ، ولا نفقة إن كانت غير حامل للخبر ، وكذلك إن كانت حاملا فنفى حملها ، لو قلنا : أنه ينتفى بزوال الفراش ، وإن قلنا : لا ينتفى بنفيه ، أو لم ينفه ، وقلنا : إنه يلحقه نسبه ، فلها السكنى والنفقة ، لأن ذلك للحمل أو لها بسببه ، وهو موجود ، فأشبهت المطلقة البائن . فإن نفى الحمل فأنفقت أمه وسكنت من غير الزوج ، وأرضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ، ولزمته النفقة وأجر المسكن والرضاع ، لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له ، فإذا ثبت له أب لزمه ذلك ، ورجع به عليه .

فإن قيل : النفقة لأجل الحمل نفقة[3] الأقارب وهى تسقط بمضى الزمان ، فيكف ترجع عليه بما

---

(١) سورة الطلاق آية ٦ .

(٢) سورة الطلاق آية ٦

(٣) فى ١٨ : كنفقة الأقارب .

يسقط عنه ؟ قلنا : بل النفقة للحامل من أجل الحمل ، فلا تسقط كنفقتها فى الحياة ، وإن سلمنا أنها للحمل إلا أنها مصروفة إليها ، ويتعلق بها حقها ، فلا تسقط بمضى الزمان كنفقتها .

٦٥٣٢ فصــــل

فأما المعتدة من الوفاة فإن كانت حائلا فلا سكنى لها ، ولا نفقة لأن النكاح قد زال بالموت . وإن كانت حاملا ففيها روايتان :

إحداهما : لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة فى الحياة .

والثانية : لاسكنى لهـا ولا نفقة ، لأن المال قد صار للورثة ، ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله ، ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقه الحمل من نصيبه ، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة ، قال القاضى : وهذه الرواية أصح .

٦٥٣٣ فصــــل

وهل تجب نفقة الحمل للحامل من أجل الحمل ، أو للحمل ، فيه روايتان :

إحداهما : تجب للحمل . اختارها أبو بكر ، لأنها تجب بوجوده ، وتسقط عند انفصاله ، فدل على أنها له .

والثانية : تجب لهـا من أجله ، لأنها تجب مع اليسار والإعسار ، فكانت له كنفقة الزوجات ، ولأنها تسقط بمضى الزمان ، فأشبهت نفقتها فى حياته . وللشافعى قولان كالروايتين .

وينبنى على هذا الاختلاف فروع ، منها أنه إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا : النفقة للحمل فنفقتها على سيدها ، لأنها ملكه ، وإن قلنا : لها فعلى الزوج لأن نفقتها عليه ، وإن كان الزوج عبداً ، وقلنا : هى للحمل ، فليس عليه نفقته ، لأنه لا تلزمه نفقة ولده ، وإن قلنا : لها فالنفقة عليه ، لما ذكرناه ، وإن كانت حاملا من نكاح فاسد ، أو وطء شبهة وقلنا : النفقة للحمل ، فعلى الزوج والواطىء ، لأنه ولده ، فلزمته نفقته كما بعد الوضع ، وإن قلنا : للحامل فلا نفقة عليها ، لأنها ليست زوجة يجب الإنفاق عليها . وإن نشزت امرأة إنسان وهى حامل ، وقلنا : النفقة للحمل لم تسقط نفقتها ، لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه ، وإن قلنا : لها فلا نفقة لها ، لأنها ناشز .

٦٥٣٤ فصــــل

ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوماً فيوماً كما يلزمه دفع نفقة الرجعية ، وقال الشافعى فى أحد قوليه لايلزمه دفعها إليها حتى تضع لأن الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث . وهذا خلاف قول الله

تعالى : « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » ولأنها محكوم لهـا بالنفقة فوجب دفعها إليها كالرجعية ، وماذكروه غير صحيح . فإن الحمل يثبت بالأمارات وتثبت أحكامه فى منع النكاح والحد والقصاص : وفسخ البيع فى الجارية المبيعة ، والمنع من الأخذ فى الزكاة ، ووجوب الدفع فى الديه ، فهو كالمتحقق .

ولا يشبه هذا الميراث فإن الميراث لايثبت إلا بمجرد الحمل ، فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعـد الوضع . ولايوجد ذلك قبله ولأننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه ، بخلاف مسألتنا ، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ، ولا تختلف باختلافه ، فإذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع إليها ، إن كان حملا فقد استوفت حقها ، وإن بان أنها ليست حاملا رجع عليها ، سواء دفع إليها بحكم الحاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط وعنه لايرجع والصحيح أنه يرجع ، لأنه دفعه على أنه واجب ، فإذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين . وإن أنـكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن ، ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخـبرة والعدالة ، لأنها شهادة على مالا يطلع عليه الرجال ، أشبه الرضاع ، وقد ثبت الأصل بالخبر .

٦٥٣٥ فصـــل

ولا تجب النفقة على الزوج فى النـكاح الفاسد . لأنه ليس بينهما نـكاح صحيح ، فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها ، وإن كان بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلا لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى ، وإن كانت حاملا فعلى ماذكرنا من قبل ، فإن قلنا : لها النفقة إذا كانت حاملا فلها ذلك قبل التفريق . لأنه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ، ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها ، أو بعدها لم يرجع عليها ، لأنه إن كان عالماً بعـدم الوجوب فهو متطوع به ، وإن لم يـكن عالماً فهو مفرط ، فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية ، وكل معتدة من الوطء فى غير نـكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطىء نسب ولدها فهى كالموطوءة فى النـكاح الفاسد . وإن كان لا يلحقه نسب ولدها كالزانى فليس عليه نفقتها حاملا كانت أو حائلا ، لأنه لا نـكاح بينهما ، ولا بينهما ولد ينسب إليه .

٦٥٣٦ مســـألة

قال : ﴿ وإذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفطمه ﴾

وإذا خالعته ولم تبرئه من حملها فلهـا النفقة كما لو طلقها ثلاثاً وهى حامل ، لأن الحمل ولده ، فعليه نفقته وإن أبرأته من الحمل عوضاً فى الخلع صح ، سواء كان العوض كله أو بعضه ، وقد ذكرناه فى الخلع

ويبرأ حين تفطمه ، إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك ، أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته ، لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التى تستحق المرأة العوض عليه فيها ، وهى مدة الحمل والرضاع ، لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إلى العرف ، وإن اختلفا فى مدة الرضاع انصرف إلى حولين لقوله سبحانه(1) : « وفِصَالُهُ فى عامَيْنِ » وقال تعالى(2) : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) ثم قال(3) : « فإن أَرَادَ فصالاً عنْ تراضٍ منْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا » فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل العامين إلا بتراض منهما وتشاور ، وإن قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه ، وهو أحسن ، لأنه أقطع للنزاع ، وأبعد من اللبس والاشتباه ، ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه . قال القاضى : إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهى للولد دونها لأنها فى حكم المالكة لها لأنها هى القابضة لها المستحقة المتصرفة فيها فإنها فى مدة الحمل هى الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هى أجر رضاعها وهى الآخذة لها المتصرفة فيها أيضاً فصارت كذلك من أملاكها ، فصح جعلها عوضاً ، فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ، ونحو ذلك ، فلا يعارض به فى الخلع ، لأنه ليس هو لها ولا هو فى حكم ما هو لها .

٦٥٣٧ مسألة

قال : ﴿ والناشز لا نفقة لها . فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها ﴾

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها ، مما أوجبه له النكاح ، وأصله من الارتفاع ، مأخوذ من النَّشْزِ ، وهو المكان المرتفع ، فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها ، فسميت ناشزاً ، فمتى امتنعت من فراشه ، أو خرجت من منزله بغير إذنه ، أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها ، أو من السفر معه ، فلا نفقة لها ولا سكنى فى قول عامة أهل العلم . منهم الشعبى ، وحماد ، ومالك ، والأوزاعى والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبو ثور . وقال الحكم : لها النفقة . وقال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف هؤلاء إلا الحكم ، ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها .

ولنا : أن النفقة إنما تجب فى مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه وإذا منعها النفقة كان لها منعه من التمكين ، فإذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة ، كما قبل الدخول ، وتخالف المهر فإنه يجب بمجرد العقد ، ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة ، فأما إذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده . لأنها واجبة له ، فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير ، وعليه أن يعطيها إياها

---

(١) سورة لقمان آية ١٤ (٢) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٣) سورة البقرة آية ٢٣٣

إذا كانت هى الحاضنة له أو المرضعة له ، وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه إليها ، لأنه أجر ملـكته عليه بالإرضاع لا فى مقابلة الاستمتاع ، ولا يزول بزواله .

٦٥٣٨ فصـــــل

وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها ، لزوال المسقط لها ، ووجود التمـكين المقتضى لها ، وإن كان غائباً لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره ، أو حضور وكيله ، أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الإمكان . ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها ، فإن عادت إلى الإسلام عادت نفقتها بمجرد عودها ، لأن المرتدة إنمـا سقطت نفقتها بخروجها عن الإسلام ، فإذا عادت إليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة . وفى النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده ، أو منعها له من التمـكين المستحق عليها ، ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمـكينه منها ، ولا يحصل ذلك فى غيبته ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها فى حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد البـذل ، كذا ههنا والله أعلم .

باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضانته واجبة لأنه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من[1] المهالك ، ويتعلق بها حق لقرابته ، لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقاً له فيتعلق بهـا الحق كـكفالة اللقيط . ولا تثبت الحضانة لطفل . ولا معتوه ، لأنه لا يقدر عليهـا ، وهو محتاج إلى من يكفله ، فـكيف يكفل غيره ؟ ولا الفاسق ، لأنه غير موثوق به فى أداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للولد فى حضانته ، لأنه ينشأ على طريقته ، ولا الرقيق ، وبهذا قال عطاء والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال مالك فى حر له ولد حر من أمة : الأم أحق به ، إلا أن تباع فتنتقل فيـكون الأب أحق به لأنها أم مشفقة فأشبهت الحرة .

ولنـا : أنها لا تملك منافعها التى تحصل الـكفالة بها ، لـكونها مملوكة لسيدها فلم يـكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت ، ولا تثبت لـكافر على مسلم . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وسوار ، والعنبرى . وقال ابن القاسم ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : تثبت له ، لمـا روى عن عبد[2] الحميد بن جعفر ، عن أبيه ، عن جده رافع بن سنان : « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسـلم ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) فى ١٨ عن المهالك .

(٢) عبد الحميد هو ابن جعفر بن عبد الله بن رافع بن سنان الأنصارى . (ف)

فقالت : ابنتى وهى فَطِيمٌ أو شِبْهُهُ ، وقال رافع : ابنتى . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أقعد ناحيةً . وقال لها : أقعدى ناحيةً . وقال : ادعواها فمالت الصبية إلى أمها . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها . فمالت إلى أبيها فأخذها » رواه أبو داود[1] .

ولنا : أنها ولاية فلا تثبت لـكافر على مسلم ، كولاية النـكاح والمال ، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالـكافر أولى ، فإن ضرره أكثر فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الـكفر ، وتزيينه له ، وتربيته عليه ، وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد ، فلا تشرع على وجه يـكون فيـه هلاكه وهلاك دينه . فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ، ولا يثبته أهل النقل ، وفى إسناده[2] مقال . قال ابن المنذر : ويحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنها تختار أباها بدعوته فـكان ذلك خاصاً فى حقه .

فأما من بعضه حر فإن لم يـكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له ، لأنه لا يقدر عليها لـكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة فى أيامه ، لأنه قال : كل مايتجزأ فعليه النصف من كل شىء . وهذا اختيار أبى بـكر وقال الشافعى : لاحضانة له لأنه كالقن عنده . وهذا أصل قد تقدم .

٦٥٣٩ مســـألة

قال : ﴿ والأم أحق بـكفالة الطفل والمعتوه إذا طلقت ﴾ .

وجملته : أن الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل أو معتوه فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ذكراً كان أو أنثى وهذا قول يحيى الأنصارى ، والزهرى ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وأبى ثور ، وإسحاق ، وأصحـاب الرأى ، ولانعلم أحداً خالفهم . والأصل فيه ماروى عبد الله بن عمرو بن العاص : « أن امرأة قالت يارسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به مالم تنـكحى » رواه أبو داود[3] . ويروى : « أن أبا بـكر الصديق[4] حكم على عمر بن الخطاب بعاصم

---

(١) وأخرجه أيضاً النسائى ج ٦ ص ١٨٥ والحاكم والدارقطنى من طريق عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع . (ف)

(٢) قال ابن المنذر ، لايثبته أهل النقـل وفى إسناده مقـال وذلك لأنه من رواية عبد الحميـد بن جعفر ضعفه الثورى ويحى بن معين واختلف فى هذا الصبى فقيل : إنه أنثى ، وقيل : ذكر . (ف) .

(٣) وأخرجه أيضاً عبد الرزاق والدارقطنى وإسحق وصححه الحاكم . (ف)

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة من طريق سعيد بن المسيب بنحو ماذكر فى الـكتاب وروى مختصراً فى الموطأ ج ٢ ص ١٣٥ (ف) .

لأمه أم عاصم ، وقال : ريحها وشمها ولطفها خير له منك » ، رواه سعيد فى سننه . ولأنها أقرب إليه ، وأشفق عليه ، ولا يشاركها فى القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه .

٦٥٤٠ فصـــل

فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقدان الشروط التى ذكرنا فيها أو بعضها فهى كالمعدومة ، وتنتقل إلى من يليها فى الاستحقاق . ولو كان الأبوان من غير أهل الحضانة انتقلت إلى من يليهما ، لأنهما كالمعدومين .

٦٥٤١ فصـــل

ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل ، أو المعتوه ، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه ، وإليه الخيرة فى الإقامة عند من شاء من أبويه ، فإن كان رجلا فله الإنفراد بنفسه ، لاستغنائه عنهما . ويستحب ألا ينفرد عنهما ، ولا يقطع بره عنهما . وإن كان جارية لم يكن لها الإنفراد ولأبيها منعها منه ، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ، ويلحق العار بها وبأهلها ، وإن لم يكن لها أب فلوليها وأهلها منعها من ذلك .

٦٥٤٢ مســـألة

قال : ﴿ وإذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما ﴾ .

وجملته : أن الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه ، فمن اختاره منهما فهو أولى به . قضى بذلك عمر، وعلى، وشريح ، وهو مذهب الشافعى . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يخير، لكن قال أبو حنيفة ، إذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب أحق به ، ومالك ، يقول : الأم أحق به ، حتى يثغر[1] . وأما التخيير فلا يصح ، لأن الغلام لاقول له ، ولا يعرف حظه ،

---

(١) فى مطبوعة الشيخ حامد الفقى (حتى يعرب) وفى مطبوعة المنار مع الشرح الكبير (حتى يتغر) بالتاء المثناة ، والأصح (حتى يثغر) بالثاء المثلثة كما فى المدونة ج ٢ ص ٢٥٦ ومقدمات ابن رشد معها ص ٢٦٢ ونصها : واختلف فى حد الحضانة فقيل إلى البلوغ وقيل إلى الإثغار وهى رواية ابن وهب عن مالك ، انتهى . يقال : أثغر الغلام واثغر بتشديد الثاء واتغر بتشديد التاء أى نبت ثغره أو سقط فهو من الاضداد والثغر الأسنان كلها أو مقدمها ويمكن تشديد التاء فى مطبوعة المنار ليصح الكلام ويحمل على نبات الأسنان . (ف)

وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ، ويمكنه من شهواته ، فيؤدى إلى فساده ، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع .

ولنا : ماروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم : « خير غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد بإسناده ، والشافعى ، وفى لفظ عن أبى هريرة قال : جاءت امرأة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله إن زوجى يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبى عنبة[٢] ، وقد نفعنى ؟ فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك ، وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت . فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به » . رواه أبو داود ولأنه إجماع الصحابة ، فروى عن عمر أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، وروى عن عمارة الجرمى أنه قال : « خيرنى على بين عمى وأمى وكنت ابن سبع أو ثمان » وروى نحو ذلك عن أبى هريرة .

وهذه قصص فى مظنة الشهرة ولم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن التقديم فى الحضانة يلحق به الولد ، فيتقدم من هو أشفق ، لأن حظ الولد عنده أكثر ، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذ لم يمكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ، ويميز بين الإكرام وضده ، فمال إلى أحد الأبوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه ، فقدم بذلك ، وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قُدِّمَتْ فى حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته ، لأنها أعرف بذلك وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره .

٦٥٤٣ فصـــل

ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه ، فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه ، هكذا أبداً ، كلما اختار أحدهما صار إليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه ، فاتبع مايشتهيه كما يتبع مايشتهيه فى المأكول والمشروب . وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت ، وعند الآخر فى وقت ، وقد يشتهى التسوية بينهما وألا ينقطع عنهما ، وإن خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة ، لأنه لامزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته ، فقدم أحدهما بالقرعة ، فإذا قدم بها ثم اختار الآخر رد إليه ، لأننا قدمنا اختياره الثانى على الأول ، فعلى القرعة التى هى بدل أولى .

٦٥٤٤ فصـــل

فإن كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة ، وحضر غيره من العصبات ، كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ، فيخير الغلام بين أمه وعصبته ، لأن علياً رضى الله عنه خير عمارة الجرمى بين أمه وعمه ،

---

(٢) بئر أبى عنبة بكسر العين المهملة وفتح النون بئر على بريد من المدينة .

ولأنه عصبة ، فأشبه الأب وكذلك إن كانت أمه معدومة ، أو من غير أهل الحضانة ، فسلم إلى الجدة ، خير الغلام بينها وبين أبيه ، أو من يقوم مقامه من العصبات ، فإن كان الأبوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه فى التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذى ذكرناه فى الأبوين ، فإن كان الأبوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضى : لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته فى بيت المال ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين .

٦٥٤٥ فصـــــل

وإنما يخير الغلام بشرطين :

أحدهما : أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الآخر .

الثانى : أن لا يكون الغلام معتوهاً فإن كان معتوهاً كان عند الأم ولم يخير لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ، ولو خير الصبى فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره لأنه إنما خير حين استقل بنفسه فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما فى حال طفوليته .

٦٥٤٦ مســـــألة

قال ﴿ وإذا بلغت الجارية سبع سنين فالأب أحق بها ﴾ .

وقال الشافعى : تخير كالغلام لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ ، وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها حتى تزوج أو تحيض ، وقال مالك : الأم أحق بها ، حتى تزوج أو يدخل بها الزوج ، لأنها لا حكم لاختيارها ، ولا يمكن انفرادها فكانت الأم أحق بها كما قبل السبع .

ولنا : أن الغرض بالحضانة[1] الحظ ، والحظ للجارية بعد السبع فى السكون عند أبيها ، لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أولى بذلك ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبى صلى الله عليه وسلم عائشة وهى ابنة سبع ، وإنما تخطب الجارية من أبيها ، لأنه وليها والمالك لتزويجها ، وهو أعلم بالكفاءة ، وأقدر على البحث ، فينبغى أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها ، لأن الشرع لم يرد به فيها ، ولا يصح قياسها على الغلام ، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ، ولا على سن البلوغ ، لأن قولها حينئذ معتبر فى إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها ، بخلاف مسألتنا ، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها لما ذكرنا فى دليلنا .

---

(١) فى ١٨ و ٢٩ : من الحضانة .

٦٥٤٧ فصـــل

إذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تـكون عنـده ليلا ونهاراً ، لأن تأديبها وتخريجها فى جوف البيت ، من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ، ولا يطيل ولا ينبسط ، لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما فى منزل الآخر ، وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها فى بيتها ، وإن كان الغلام عند الأم بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلا ، ويأخذه الأب نهاراً ، ليسلمه فى مكتب أو فى صناعة ، لأن القصد حظ الغلام ، وحظه فيما ذكرناه ، وإن كان عند الأب كان عنده ليلا ونهاراً ، ولا يمنع من زيارة أمه ، لأن منعه من ذلك إغراء بالعقوق ، وقطيعة الرحم ، وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه فى بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به كالصغير ، وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً أو أنثى ، لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى ولده ، فمشى ولده إليه أولى ، فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة ، فسترها أولى ، والأم تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر . وستر الجارية أولى ، لأن الأم قد تخرجت وعقلت ، بخلاف الجارية .

٦٥٤٨ فصـــل

وإذا أراد أحد الأبوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم ، فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن فى المسافرة بالولد إضراراً به ، وإن كان منتقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً ، أو البلد الذى ينتقل إليه مخوفاً ، فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن فى السفر به خطراً به ، ولو اختار الولد السفر فى هذه الحال لم يُجَبْ إليه ، لأن فيه تغريراً به . وإن كان البلد الذى ينتقل إليه آمناً ، وطريقه آمن ، فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، إلا أن يكون بين البلدين قريب ، بحيث يراهم الأب كل يوم ويرونه ، فتكون الأم على حضانتها .

وقال القاضى : إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو فى حكم الإقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن ذلك فى حكم الإقامة فى غير هـذا الحـكم ، فـكذلك فى هـذا . ولأن مراعاة الأب له ممكنة ، والمنصوص عن أحمد ماذكرناه ، وهو أولى ، لأن البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر ، وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ، ومالك ، والشافعى . وقال أصحاب الرأى : إن انتقل الأب فالأم أحق به ، وإن انتقلت الأم إلى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق ، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق .

وحكى عن أبى حنيفة : إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق ، وإن انتقلت إلى بلد آخر فهى أحق ، لأن فى البلد يمكن تعليمه وتخريجه .

ولنا : أنه اختلف مسكن الأبوين ، فكان الأب أحق ، كما لو انتقلت من بلد إلى قرية ، أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح ، وما ذكروه لا يصح ، لأن الأب فى العادة هو الذى يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه ، فإذا لم يكن فى بلده ضاع ، فأشبه مالو كان فى قرية ، وإن انتقلا جميعاً إلى بلد واحد فالأم باقية على [أصل][1] حضانتها وكذلك إن أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها ، وغير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها ، وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما ، أو كونهما من غير أهل الحضانة .

٦٥٤٩ مسألة

قال : ﴿ فإن لم تكن أم أو تزوجت الأم فأم الأب أحق من الخالة ﴾ .

فى هذه المسألة فصلان :

٦٥٥٠ أحدهما

أن الأم إذا تزوجت سقطت حضانتها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، قضى به شريح ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج .

ونقل مهنا عن أحمد ، إذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذ منها ، قيل له : فالجارية مثل الصبى ؟ قال : لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها ، وأزالها عن الغلام . ووجه ذلك ماروى « أن علياً ، وجعفراً ، وزيد بن حارثة ، تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة ، فقال على : ابنة عمى ، وأنا أخذتها ، وقال زيد : بنت أخى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر : بنت عمى ، وعندى خالتها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الخالة أم ، وسلمها إلى جعفر » ، رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهى مزوجة .

والرواية الأولى هى الصحيحة . قال ابن أبى موسى : وعليها العمل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرأة : « أنت أحق به مالم تنكحى » ، ولأنها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة ، فكان الأب أحظ[2] له . ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة فإنما

---

(١) الزيادة فى ١٨ : (٢) فى ٢٩ : أحفظ له .

قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لا يساويه فى الاستحقاق إلا على ، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة ، فـكان أولى وعلى هذا متى كانت المرأة مزوجة[1] لرجل من أهل الحضانة كالجدة تـكون متزوجة للجد ، لم تسقط حضانتها ، لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ، ولو تنازع العمان فى الحضانة وأحدهما مزوج[2] للأم أو الخالة فهو أحق ، لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هى من أهل الحضانة قدم بها لذلك ، وظاهر قول الخرقى : أن التزويج بأجنبى يسقط الحضانة بمجرد العقد ، وإن عرى عن الدخول وهو قول الشافعى ويحتمل ألا تسقط إلا بالدخول ، وهو قول مالك ، لأن به تشتغل عن الحضانة .

ووجه الأول قول النبى صلى الله عليه وسلم : « أنت أحق به ما لم تنـكحى » وقد وجد النـكاح قبل الدخول ولأن بالعقد يملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها .

٦٥٥١ الفصل الثانى

أن الأم إذا عدمت أو تزوجت ، أو لم تـكن من أهل الحضانة ، واجتمعت أم أب وخالة ، فأم الأب أحق ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد . وحكى ذلك عن مالك ، وأبى ثور . وروى عن أحمد : أن الأخت والخالة أحق من الأب . فعلى هذا يحتمل أن تـكون الخالة أحق من أب الأم ، وهو قول الشافعى القديم[3] لأنها تدلى بأم ، وأم الأب تدلى به ، فقدم من يدلى بالأم ، كتقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قضى ببنت حمزة لخالتها ، وقال : « الخالة أم »

ولنا : أن أم الأب جدة وارثه ، فقدمت على الخالة كأم الأم ، ولأن لهـا ولادة ووراثة ، فأشبهت أم الأم . فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً فى الجملة ، وليس النزاع فيه . إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع ، وقولهم : تدلى بأم ، قلنا : لـكن لا ولادة لها ، فيقدم عليها من له ولادة ، كتقديم أم الأم على الخالة ، فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهى أولى ممن هو غير عمودى النسب بكل حال ، وإن علت درجتها ، لفضيلة الولادة والوراثة ، فأما أم أبى الأم فلا حضانه لها ، لأنها تدلى بأبى الأم ولا حضانة له ، ولا من أدلى به .

٦٥٥٢ فصـــــل

فإن اجتمعت أم أم وأم أب ، فأم الأم أحق ، وإن علت درجتها ، لأن لها ولادة ، وهى تدلى بالأم التى تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليه كتقديم الأم على الأب ، وعن أحمد : أن أم الأب أحق ، وهو قياس

---

(١) فى المطبوعة : متزوجة وما فى ١٨ أوضح .

(٢) فى المطبوعة متزوج . وما فى ١٨ أوضح (٣) فى ٣٩ فى القديم .

قول الخرقى ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه ، وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلى بعصبة مع مساواتهم للأخرى فى الولادة ، فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، وإنما قدمت الأم على الأب لأنها التى تلى الحضانة بنفسها ، فكذلك أمه ، فإنها أنثى تلى بنفسها فقدمت لما ذكرناه .

٦٥٥٣ مسألة

قال : ﴿ والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم وأحق من الخالة ﴾ .

وجملته : أنه إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات ، وإن علوا انتقلت إلى الأخوات ، وقدمن على سائر القرابات ، كالخالات والعمات وغيرهن ، لأنهن شاركن فى النسب ، وقدمن فى الميراث ، ولأن العمات والخالات إنما يدلين بأخوة الآباء والأمهات ، ولا ميراث لمن مع ذى فرض ، ولا عصبة ، فالمدلى إلى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق ، فكان أولى .

وأولى الأخوات من كان لأبوين ، لقوة قرابتها ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ، نص عليه أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب . وهو قول المزنى ، وابن سريج ، لأنها أدلت بالأم ، فقدمت على المدلية بالأب ، كأم الأم مع أم الأب . وقال ابن سريج : تقدم الخالة على الأخت من الأب لذلك . ولأبى حنيفة فيه روايتان .

ولنا : أن الأخت من الأب أقوى فى الميراث ، فقدمت كالأخت من الأبوين ، ولا تخفى قوتها ، فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد ، وماذكروه من الإدلاء لايلزم ، لأن الأخت تدلى بنفسها ، لكونهما خلقاً من ماء واحد ، ولها تعصيب ، فكانت أولى ، والله أعلم .

٦٥٥٤ مسألة

قال : ﴿ وخالة الأب أحق من خالة الأم ﴾ .

وجملته أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات انتقلت الحضانة إلى الخالات ويقدمن على العمات نص عليه أحمد ويحتمل كلام الخرقى تقديم العمات ، لأنه قدم خالة الأب وهى أخت أمه ، على خالة الأم وهى أخت أمها ، فيدل ذلك على تقديم قرابة الأم ، ولأنهن يدلين بعصبة ، فقدمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم .

وقال القاضى : مراد الخرقى بقوله خالة الأب ، أى : الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، لأن الخالات أخوات الأم ، فيجرين فى الاستحقاق والتقديم فيما

بينهن مجرى الأخوات المفترقات . وكذلك الحـكم فى العمات المفترقات ، فإن قلنا بتقـديم الخالات ، فإذا انقرضن فالعمات بعدهن . وإن قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن . فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقى . وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، وهل يقدم خالات الأب على عماته ؟ على وجهين بناء على ماذكرنا فى الخالات والعمات ، فأما عمـات الأم فلا حضانة لهن ، لأنهن يدلين بأبى الأم ، وهو رجل من ذوى الأرحام لاحضانة له ، ولا لمن أدلى به .

٦٥٥٥ فصـــــل

والرجال من العصبات مدخل فى الحضانه ، وأولاهم الأب ، ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الآخ من الأبوين ، ثم الأخ من الأب ، ثم بنوهم ، وإن سفلوا على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ، ثم بنوهم كذلك ، ثم عمومة الأب ، ثم بنوهم ، وهـذا قول الشافعى ، وقال بعض أصحابه : لاحضانه لغـير الآباء والأجداد ، لأنهم لامعرفة لهم بالحضانة ، ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم يكن لهم حضانة كالأجانب .

ولنا : أن علياً وجعفراً اختصما فى حضانة ابنة حمزة ، فلم ينـكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم إدعاء الحضانة ، ولأن لهم ولاية وتعصيباً بالقرابه ، فتثبت لهم الحضانة كالأب والجد ، وفارق الأجانب ، فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأن الأجانب تساووا فى عدم القرابة ، فليس واحد منهم أولى بالتقـديم من الآخر ، والعصبات لهم قرابة يمتازون بها ، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجـداد ، ويقومون مقام الأب فى التخيير للصبى بينه وبين الأم أو غـيرها ممن له الحضانة من النساء ، ويكونون أحق بالجـارية إذا بلغت سبعاً ، إلا ابن العم . فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعاً ، لأنه ليس بمحرم لها .

٦٥٥٦ فصـــــل

فأما الرجال من ذوى الأرحام كالخال ، والأخ من الأم ، وأبى الأم ، وابن الأخت ، فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم ، لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة ، ولا له قوة قرابة كالعصبات، ولا حضانة إلا لمن يدلى بهم كأم أبى الأم ، وابنة الخال ، وابنة الأخ من الأم ، لأنهن يدلين بمن لاحضانة له ، فإذا لم تثبت للمدلى فللمدلين به أولى . فإن لم يـكن هناك غيرهم احتمل وجهين .

أحدهما : هم أولى لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم ، كذلك الحضانة تـكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم .

والثانى : لاحق لهم فى الحضانة وينتقل الأمر إلى الحاكم ، والأول أولى .

٦٥٥٧ فصل

فى بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء .

أولى الكل بها الأم ، ثم أمهاتها وإن علون ، يقدم منهن الأقرب فالأقرب ، لأنهن نساء ولادتهن متحققة ، فهى فى معنى الأم . وعن أحمد : أن أم الأب وأمهاتها مقدمات على أم الأم ، فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم ، لأنهن يدلين به فيكون الأب بعد الأم ، ثم أمهاته ، والأولى هى المشهورة عند أصحابنا ، وأن المقدم الأم ثم أمهاتها ، ثم الأب ، ثم أمهاته ، ثم الجد ، ثم أمهاته ، ثم جد الأب ، ثم أمهاته وإن كن غير وارثات ، لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة ، بخلاف أم أبى الأم .

وحكى عن أحمد روايه أخرى : أن الأخت من الأم ، والخالة ، أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات ، والأولى هى المشهورة فى المذهب . فإذا انقرض الآباء والأمهات وانتقلت الحضانة إلى الأخوات ، تقدم الأخت من الأبوين ، ثم الأخت من الأب ، ثم الأخت من الأم ، وتقدم الأخت على الأخ ، لانها امرأة من أهل الحضانة ، فقدمت على من فى درجتها من الرجال كالأم ، تقدم على الأب ، وأم الأب على أبى الأب ، وكل جدة فى درجة جد تقدم عليه ، لأنها تلى الحضانة بنفسها ، والرجل لايليها بنفسه .

وفيه وجه آخر : أنه يقدم عليها ، لأنه عصبة بنفسه ، والأولى أولى . وفى تقديم الأخت من الأبوين، أو من الأب على الجد وجهان . وإذا لم تكن أخت فالأخ للأبوين أولى ، ثم الأخ للأب ، ثم أبناؤهما ، ولا حضانة للأخ للأم ، لما ذكرنا ، فإذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح ، وترتيبهن فيها كترتيب الأخوات . ولا حضانة للأخوال ، فإذا عدمن صارت للعمات ، ويقدمن على الأعمام كتقديم الأخوات على الإخوة ، ثم للعم للأبوين ، ثم للعم للأب ، ولا حضانة للعم من الأم . ثم أبناؤهما ، ثم إلى خالات الأب على قول الخرقى ، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، ثم إلى عمات الأب ، ولاحضانة لعمات الأم ، لأنهن يدلين بأب الأم ، ولا حضانة له . وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة فى درجة قدم المستحق منهم بالقرعة .

٦٥٥٨ فصل

فإن تركت الأم الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان .

أحدهما : تنتقل إلى الأب ، لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق ، فإذا أسقطت حقها سقط فروعها .

والثانى : تنتقل إلى أمها وهو أصح ، لأن الأب أبعد ، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه ،

كما لا تنتقل إلى الأخت ، وكونهن فروعاً لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها ، كما لو سقط حقها، لكونها من غير أهل الحضانة ، أو لتزوجها ، وهكذا الحكم فى الأب إذا أسقط حقه ، هل يسقط حق أمهاته ؟ على وجهين . وإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب ، فأسقطت الأخت من الأبوين حقها ، لم يسقط حق الأخت من الأب ، لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعاً عليها .

٦٥٥٩ مســـألة

قال : ﴿ وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ، ثم طلقت ، رجعت على حقها من كفالته ﴾ .

وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، إلا أن أبا حنيفة والمزنى قالا : إن كان الطلاق رجعياً لم يعد حقها ، لأن الزوجية قائمة ، فأشبه مالو كانت فى صلب النكاح ،

ولنا : أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن ، وقولهم : إنها زوجة ، قلنا : إلا أنه قد عزلها عن فراشه ، ولم يبق لها عليه قسم ، ولا لها به شغل ، وعقد سبب زوال نكاحها ، فأشبهت البائن فى عدتها ويخرج عندنا مثل قولهما ، لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة ، مع عدم القسم والشغل بالزوج .

٦٥٦٠ فصـــل

وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع كرق أو كفر أو فسوق أو جنون أو صغر إذا زال المانع مثل أن عتق الرقيق وأسلم الكافر ، وعدل الفاسق ، وعقل المجنون ، وبلغ الصغير ، عاد حقهم من الحضانة ، لأن سببها قائم ، وإنما امتنعت لمانع فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة إذا طلقت .

٦٥٦١ مســـألة

قال : ﴿ وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ، ويخشى عليه التلف ﴾ .

وجملة ذلك : أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ، ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها ، لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج الاستمتاع فى كل الزمان من كل الجهات ، سوى أوقات الصلوات ، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع فى بعض الأوقات ، فكان له المنع كالخروج من منزله فإن اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها ، أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها ، وجب التمكين من إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها ، فقدم على حق الزوج ، كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته .

٦٥٦٢ فصـــل

فإن أرادت إرضاع ولدها منه فكلام الخرقي يحتمل وجهين :

أحدهما : أن له منعها من رضاعه ، لعموم لفظه ، وهو قول الشافعي ، لأنه يخل باستمتاعه منهافأشبه مالو كان الولد من غيره .

والثاني : ليس له منعها ، فإنه قال : وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ، وذلك لقول الله تعالى[1] : « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ » وهذا خبر يراد به أمر ، وهو عام في كل والدة ، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات ، لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره ، وقولنا في الوجه الأول : إنه يخل باستمتاعه . قلنا : ولكن لإيفاء حق عليه ، وليس ذلك ممتنعاً . كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب ، سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه ، وحق الأم في الجمع بينهما[2] وبين وبين ولدها ، وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى ، وهو ظاهر كلام القاضي أبي يعلى .

٦٥٦٣ فصـــل

وإن أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ، ولم يملك الزوج فسخ الإجارة ، ولا[3] منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة ، لأن منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه ، فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة ، أو داراً مشغولة . فإن نام الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع . وليس لولي الصبي منعه . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : ليس له وطؤها إلا برضاء الولي ، لأن ذلك ينقص اللبن .

ولنا : أن وطء الزوج مستحق بالعقد ، فلا يسقط بأمر مشكوك فيه ، كما لو أذن الولي فيه ، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي ، فجاز مع عدمه ، لأنه ليس للولي الإذن فيما يضر الصبي ويسقط حقوقه .

٦٥٦٤ فصـــل

وإن أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ، ولزم العقد ، لأن الحق لهما ، ولا يخرج عنهما . وإن أجرتها بغير إذن الزوج لم يصح ، لما يتضمن من تفويت حق زوجها ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر : يصح لأنه تناول محلا غير محل النكاح ، لكن للزوج فسخه ، لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) ف ١٨ : بينه

(٣) في النسخ (وله منعها) والصواب (ولا منعها) كما في الشرح الكبير ج ٩ ص ٢٩٨ ف

٦٥٦٥ مســـألة

قال : ﴿ وعلى الأب أن يسترضع لولده ، إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها ، فتكون أحق به من غيرها ، سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٦٥٦٦ أولهمـــا

أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على رضاعه ، دنيئة كانت أو شريفة ، سواء كانت فى حبال الزوج أو مطلقة ، ولا نعلم فى عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافاً ، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا ، وبه يقول الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال ابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح : له إجبارها على رضاعه ، وهو قول أبى ثور . ورواية عن مالك ، لقول الله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة[1] » والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه ، وإن كانت ممن ترضع فى العادة أجبرت عليه .

ولنا : قوله تعالى : « وإنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى[2] » ، وإذا اختلفا فقد تعاسرا ، ولأن الإجبار على الرضاع لايخلو ، إما أن يكون لحق الولد ، أو لحق الزوج . أولهما ، لايجوز أن يكون لحق الزوج ، فإنه لايملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ، ولا على خدمته فيما يختص به . ولايجوز أن يكون لحق الولد ، فإن ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده ، فلزم الأب على الخصوص كالنفقة ، أو كما بعد الفرقة ، ولا يجوز أن يكون لهما ، لأن مالا مناسبة فيه لايثبت الحكم بإنضمام بعضه إلى بعض ، ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة ، والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر .

٦٥٦٧ الفصل الثانى

أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها فهى أحق به ، سواء كانت فى حال الزوجية أو بعدها . وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد ، وقال أصحاب الشافعى : إن كانت فى حبال الزوج فلزوجها منعها من إرضاعه ، لأنه يفوت حق الإستمتاع بها فى بعض الأحيان . وإن استأجرها على رضاعه[3] لم يجز ،

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) سورة الطلاق آية ٦ .
(٣) فى ١٨ : إرضاعه .

لأن المنافع حق له ، فلا يجوز أن يستأجر منها ماهو أو بعضه حق له ، وإن أرضعت الولد فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين . وإن كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك ، وإن وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها فى ظاهر المذهب ، لأنه لايلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجر لم يلزم الأب بذله لها ولا يسقط حقها من الحضانة ، وتأتى المرضعة ترضعه عندها ، لأنه أمكن الجمع بين الحقين ، فلم يجز الإخلال بأحدهما .

ولنا : على الأول : ماتقدم ، وعلى جواز الاستئجار : أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه ، فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة . وقولهم : إن المنافع مملوكة له غير صحيح ، فإنه لو ملك منفعة الحضانة لملك إجبارها عليها ، ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ، ولكانت الأجرة له ، وإنما امتنعت إجارة نفسها لأجنبى بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع فى بعض الأوقات ولهذا جازت بإذنه . وإذا استأجرها فقد أذن لها فى إجارة نفسها ، فصح كما يصح من الأجنبى وأما الدليل على وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى : « والوالداتُ يُرْضِعْنَ أولادَهُنَّ حولَيْنِ كامِلَيْنِ لمنْ أرادَ أنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وعلى المَوْلودِ لهُ رِزْقهنَّ وكسوتهُنَّ بالمعْرُوف[1]) وقوله سبحانه : « فإنْ أرضَعْنَ لكُمْ فآتوهُنَّ أجُورهُن[2] » ولأن الأم أحنى وأشفق ، ولبنها أمرأ من لبن غيرها ، فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ، ولأن فى رضاع غيرها تفويتاً لحق الأم من الحضانة ، وإضراراً بالولد ، ولايجوز تفويت حق الحضانة الواجب ، والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب ، وقول أبى حنيفة يفضى إلى تفويت حق الولد من لبن أمه ، وتفويت الأم فى إرضاعه لبنها ، فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه . فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها ، أو متبرعة ، جاز انتزاعه منها ، لأنها أسقطت حقها باشتطاطها ، وطلبها ماليس لها فدخلت فى عموم قوله : « فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى » ، وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة فالأم أحق ، لأنهما تساوتا فى الأجر ، فكانت الأم أحق ، كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها .

٦٥٦٨ فصــــل

وإن طلبت ذاتُ الزوج الأجنبى إرضاعَ ولدها بأجرة مثلها بإذن زوجها ثبت حقها ، وكانت أحق

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ . (٢) سورة الطلاق آية ٦ .

به من غيرها ، لأن الأم إنما منعت من الإرضاع لحق الزوج ، فإذا أذن فيه زال المانع ، فصارت كغير ذات الزوج ، وإن منعها الزوج سقط حقها ، لتعذر وصولها إلى ذلك .

٦٥٦٩ فصـــــل

وإن أرضعت المرأة ولدها وهى فى حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه ، لقول الله تعالى : « وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بالمعروف »[1] . ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها ، فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم .

باب نفقة المماليك

٦٥٧٠ مســـــألة

قال رحمه الله ﴿ وعلى مُلاَّك المملوكين أن ينفقوا عليهم ، ويكسوهم بالمعروف ﴾ .

وجملة ذلك : أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع : أما السنة : فما روى أبو ذر عن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إخوانكم خَوَلُكم[2] جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم مايَغْلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم » متفق عليه .

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل مالا يطيق » . رواه الشافعى فى مسنده . وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ، ولأنه لابد له من نفقة ، ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به ، فوجبت نفقته عليه كبهيمته .

والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد ، سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه ، وأدم مثله بالمعروف ، لقوله عليه السلام : « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف » . والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه ، لقوله : « فليطعمه مما يأكل » ، فجمعنا بين الخبرين ، وحملنا خبر أبى هريرة على الإجزاء ، وحديث خبر أبى ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب ، وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه ، أو يجعله برسم خدمته ، لأن الكل ماله . فإن جعل نفقته فى كسبه فكانت وفق الكسب صرفها إليها ، وإن فضل من الكسب شىء فهو لسيده ، وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٣ .
(٢) خولكم : خدمكم وعبيدكم .

وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة ، لأمثال العبد فى ذلك البلد الذى هو به ، والأولى أن يلبسه من لباسه ، لقوله عليه السلام : «وليلبسه مما يلبس» ، ويستحب أن يساوى بين عبيده الذكور فى الكسوة والإطعام ، وبين إمائه إن كن للخدمة أو الاستمتاع ، وإن كان فيهن من هو للخدمة وفيهن من هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يريدها للاستمتاع فى الكسوة ، لأن ذلك حكم العرف ، ولأن غرضه تجميل من يريدها للاستمتاع ، بخلاف الخادمة .

٦٥٧١ فصـــل

إذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل ، فإن لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمة أو لقمتين ، لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه ، فإن أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين » ، رواه البخارى ومعنى ترويغ اللقمة : غمسها فى المرق والدسم ، وترويتها بذلك ، ويدفعها إليه ، ولأنه يشتهيه لحضوره فيه ، وتوليه إياه ، وقد قال الله تعالى : « وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ »(١) الآية ، ولأن نفس الحاضر تتوق مالا تتوق [إليه] نفس الغائب .

٦٥٧٢ فصـــل

ولا يكلفه من العمل مالا يطيق ، وهو مايشق عليه ، ويقرب من العجز عنه لحديث أبى ذر ، ولأن ذلك يضر به ويؤذيه ، وهو ممنوع من الإضرار به .

٦٥٧٣ فصـــل

ولا يجبر المملوك على المخارجة ، ومعناه أن يضرب عليه خراجاً معلوماً يؤديه ، وما فضل للعبد . لأن ذلك عقد بينهما ، فلا يجبر عليه كالكتابة . وإن طلب العبد ذلك وأباه [السيد](٢) لم يجبر عليه أيضاً ، فإن اتفقا على ذلك جاز ، لما روى أن أبا طيبة(٣) حجم النبى صلى الله عليه وسلم فأعطاه أجره ، وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه . وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجاً . فروى أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم . وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فسأله

---

(١) سورة النساء آية ٨ .

(٢) فى النسخ (وأباه) والصواب (أباه السيد) كما فى مخطوطة ٢٩ ... وكما فى الشرح الكبير ج ١ ص ٢٠٣ . (ف)

(٣) فى النسخ (أبا ظبية) بالظاء المعجمة والصواب بالطاء المهملة وإسمه نافع ـ والحديث أخرجه مسلم عن أنس . (ف)

أن يسأل المغيرة بن شعبة [أن] يخفف عنه من خراجه ، ثم ينتظر(١) فإن كان ذا كسب يجعل(٢) عليه بقدر ما يفضل من كسبه على نفقته وخراجه شيء جاز ، فإن لهما به نفعاً ، فإن العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده في نفقته ويتسع به ، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز ، وكذلك إن كلف من لا كسب له الخارجة لم يجز . لما روى عن عثمان رضى الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الصغير الكسب ، فإنكم متى (كلفتموه)(٣) الكسب سرق ، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب ، فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها . ولأنه متى كلف غير ذي الكسب خراجاً كلفه مايغلبه . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تكلفوهم مايغلبهم » ، وربما حمله ذلك على أن يأتي به من غير وجهه ، فلم يكن للسيد أخذه .

٦٥٧٤ فصـــل

وإذا مرض المملوك أو زمن أو عمى انقطع كسبه فعلى سيده القيام به ، والإنفاق عليه ، لأن نفقته تجب بالملك ، ولهذا تجب مع الصغر ، والملك باق مع العمى والزمانة ، فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة في أول الباب .

٦٥٧٥ مســـألة

قال : (وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك) .

وجملة ذلك أنه يجب على السيد إعفاف مملوكه إذا طلب ذلك ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجبر عليه ، لأن فيه ضرراً عليه ، وليس مما تقوم به البينة ، فلم يجبر عليه كإطعام الحلواء .

ولنا : قوله تعالى(٤) : « وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ » والأمر يقتضي الوجوب ، ولا يجب إلا عند الطلب . وروى عن عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها ، أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ، ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الإثم بفعلهما ، ولأنه مكلف محجور عليه دعى [سيده] إلى تزويجه

---

(١) في ١٨ : ثم ينظر . . ومثله في الشرح الكبير ص ٣٠٣ ج ٩ .

(٢) في الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٠٣ (لجعل عليه) . (ف)

(٣) في النسخ (تكلفوه) بحذف نون الرفع والصواب (كلفتموه) كما في الشرح الكبير ص ٣٠٣ (ف)

(٤) سور الطلاق آية ٢٢ .

فلزمته إجابته كالمحجور عليه للسفه ، ولأن النـكاح مما تدعو إليه الحاجة غالباً ، ويتضرر بفواته ، فأجبر عليه كالنفقة ، بخلاف الحلواء .

إذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها[1] ، وله أن يزوجه عند طلبه ، لأن هذا مما يختلف الناس فيه وفى الحاجة إليه ، ولا تعلم حاجته إلا بطلبه ، ولا يجوز تزويجه إلا باختياره ، فإن إجبار العبد الـكبير على النـكاح غير جائز ، فأما الأمة فالسـيد مخير بين تزويجها إذا طلبت ذلك ، وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره ، لأن المقصود قضاء الحاجة ، وإزالة ضرر الشهوة ، وذلك يحصل بأحدهما ، فلم يتعين أحدهما .

٦٥٧٦ فصـــــل

وإذا كان للعبد زوجة فعلى سـيده تمـكينه من الاستمتاع بهـا ليلا ، لأن إذنه فى النـكاح إذن فى الاستمتاع المعتاد ، والعادة جارية بذلك ليلا ، وعليه نفقة زوجته على ماقدمنا .

٦٥٧٧ مســــألة

قال : ﴿ فإن امتنع أجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك ﴾ .

وجملته : أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج ، فطلب العبد البيع ، أجبر سيده عليه ، سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه ، أو مع قدرته عليه ، لأن بقاء ملـكه عليه مع الإخلال بسد خلاته إضرار به ، وإزالة الضرر واجبة ، فوجبت إزالته ، ولذلك أبحنا المرأة فسخ النـكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها .

وقد روى فى بعض الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : «عبدك يقول أطعمنى وإلا فبعنى، وامرأتك تقول أطعمنى أو طلقنى[2] » ، وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه ، وقد نص عليه أحمد . قال أبو داود : قيل لأبى عبد الله رحمه الله : استباعت المملوكة[3] وهو يـكسوها مما يلبس ، ويطعمها مما يأكل . قال : لاتباع وإن أكثرت من ذلك ، إلا أن تحتاج إلى زوج ، فتقول : زوجنى . وقال عطاء ، وإسحاق ، فى العبد يحسن إليه سيده وهو يستبيع :

---

(١) فى ١٨ يتسرى بها .

(١) نص الحديث فى البخارى عن أبى هريرة قال قال صلى الله عليه وسلم « أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول ، تقول المرأة : إما أن تطعمنى وإما أن تطلقنى ويقول العبد : أطعمنى واستعملنى ويقول الابن أطعمنى ، إلى من تدعنى ... » ف

(٣) على هامش ١٨ : بزيادة (نفسها) . من نسخة أخرى . أى : طلبت من سيدها بيعها .

لا يبيعه ، لأن الملك للسيد ، والحق له ، فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد ، كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ، ولا على بيع بهيمته مع الإنفاق عليها .

٦٥٧٨ مســـألة

قال ﴿ وليس عليه نفقة مكاتبه إلا أن يعجز ﴾ .

لاخلاف فى أن المكاتب لاتلزم سيده نفقته ، لأن الكتابة عقد أوجب ملك المكاتب إكساب نفسه ومنافعه ، ومنع السيد من التصرف فيهما ، فلا يملك استخدامه ، ولا إجارته ، ولا إعارته ، ولا أخذ كسبه ، ولا أرش الجناية عليه ، ولا يلزمه أداء أرش جنايته ، فسقطت نفقته عنه ، كما لو باعه أو أعتقه . فإذا عجز عاد رقيقاً قناً ، وعاد إليه ملك نفعه وإكسابه ، فعادت عليه نفقته ، كما لو اشتراه بعد بيعه .

٦٥٧٩ مســـألة

قال ﴿ وليس له أن يسترضع الأمة لغيرها ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ريّه ﴾ .

أما إذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لايفضل عنه ، فليس له ذلك ، لأن فيه إضراراً بولدها لنقصه من كفايته ، وصرف اللبن المخلوق لولدها إلى غيره ، مع حاجته إليه ، فلم يجز كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته ومؤنته ، فإن كان فيها فضل عن رى ولدها جاز ، لأنه ملكه ، وقد استغنى عنه الولد ، فكان له استيفاؤه كالفاضل من كسبها عن مؤنتها ، وكما لو مات ولدها وبقى لبنها .

٦٥٨٠ مســـألة

قال ﴿ وإذا رهن المملوك أنفق عليه سيده ﴾ .

وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « الرهن[1] من راهنه له غنمه ، وعليه غرمه » ، ونفقته من غرمه ، ولأنه ملك الراهن ، ونماؤه له ، فكانت عليه نفقته كغير الرهن ، وقد ذكرت هذه المسألة فى باب الرهن .

٦٥٨١ مســـألة

قال ﴿ وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ﴾ .

---

(١) عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه » . أخرجه الدارقطنى والحاكم ورجاله ثقات إلا أن المحفوظ عند أبى داود وغيره إرساله (ف)

إنما كان كذلك لأن نفقة العبد على سيده ، وقد قام الذي جاء به مقام سيده في الواجب عليه ، فرجع به عليه كما لو أذن له . وقال الشافعي : لا يرجع بشيء ، لأنه متبرع بإنفاق لم يجب عليه .

ولنا أنه أدى عنه ماوجب عليه عند تعذر أدائه منه ، فرجع به عليه ، كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأته مايجب عليه من النفقـة . ويتخرج ألا يرجع بشيء ، بنـاء على الرواية الأخرى فيمن أنفق على الرهن الذي عنده ، أو الوديعة ، أو الجمال إذا هرب الجمال فتركها مع المستأجر .

٦٥٨٢ فصــــل

وله تأديب عبده وأمته إذا أذنبا بالتوبيخ والضرب الخفيف ، كما يؤدب ولده وامرأته في النشوز ، وليس له ضربه على غير ذنب ، ولا ضربه ضرباً مبرحاً وإن أذنب ، ولا لطمه في وجهه ، وقد روى عن عن ابن مقرن المزني ، قال : لقد رأيتني سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحـد ، فلطمها أحدنا ، فأمرنا النبي صلى الله عليه وسلم بإعتاقها فأعتقناها[1] . وروى عن أبي مسعود قال[2] : كنت أضرب غلاماً لي ، فإذا رجل من خلفي يقول : « إعلم أبا مسعود ، إعلم أبا مسعود » ، فالتفت فإذا النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « إعلم أبا مسعود ، أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام » .

٦٥٨٣ فصــــل

ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها ، والإنفاق عليها ماتحتاج إليه من علفها ، أو إقامة من يرعاها ، لمـا روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعاً ، فلاهي أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الأرض » . متفق عليه . فإن امتنع من الإنفاق عليها أجبر على ذلك ، فإن أبى أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مما يذبح . وقال أبو حنيفة : لا يجبره السـلطان ، بل يأمره به كما يأمره بالمعروف ، وينهاه عن المنـكر ، لأن البهيمة لا يثبت لهـا حق من جهة الحـكم ، ألا ترى أنه لا تصح منها الخصومة ، ولا ينصب عليها خصم ، فصارت كالزرع والشجر .

ولنا : أنها نفقة حيوان واجبة عليه ، فـكان للسلطان إجباره عليهـا كنفقة العبيد ، ويفارق نفقة الشجر والزرع ، فإنها لا تجب ، فإن عجز عن الإنفاق وامتنع من البيع بيعت عليه ، كما يباع العبد

---

(١) أخرجه أبو داود عن سويد بن مقرن . (ف)

(٢) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي عن أبي مسعود البدري . (ف)

إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته ، وكما يفسخ نـكاحه إذا أعسر بنفقـة امرأته ، وإن عطبت البهيمة فلم ينتفع بها . فإن كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والإنفاق عليها ، وإن كانت مما لا يؤكل أجبر على الإنفاق عليها كالعبد الزَّمِن على ماذكرناه فيما مضى ، ولا يجوز أن يحمل البهيمة مالا تطيق ، لأنها في معنى العبد ، وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم تـكليف العبد مالا يطيق ، ولأن فيه تعذيباً للحيوان الذى له حرمة فى نفسه ، وإضراراً به وذلك غير جائز ، ولا يحلب من لبنها إلا مايفضل عن كفاية ولدها، لأن كفايته واجبة على مالـكه ، ولبن أمه مخلوق له ، فأشبه ولد الأمة .

كتاب الجراح

يعنى كتاب الجنايات . وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به ، والجناية : كل فعل عدوان على نفس ، أو مال ، لكنها فى العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدى على الأبدان . وسموا الجنايات على الأموال غصباً ، ونهباً ، وسرقة ، وخيانة ، وإتلافاً .

٦٥٨٤ فصل

وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق ، والأصل فيه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى : « وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إلاَّ بالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً[1] » . وقال تعالى : « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إلاَّ خَطَأً »[2] وقال : « وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ[3] » الآية . وأما السنة : فروى عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا إله إلا الله ، وأنى رسول الله ، إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه ، المفارق للجماعة » . متفق عليه ، وروى عثمان وعائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله فى آى وأخبار سوى هذه كثيرة .

ولا خلاف بين الأمة فى تحريمه ، فإن فعله إنسان متعمداً فسق ، وأمره إلى الله ، إن شاء عذبه ، وإن شاء غفر له ، وتوبته مقبولة فى قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن عباس : إن توبته لا تقبل[4] ، للآية التى ذكرناها ، وهى من آخر ما نزل قال ابن عباس : ولم ينسخها شىء ، ولأن لفظ الآية لفظ الآية لفظ الخبر ، والأخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير ، لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقاً .

ولنا : قول الله تعالى : « إِنَّ اللهَ لاَ يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ[5] » . فجعله داخلا فى المشيئة . وقال تعالى : « إِنَّ اللهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعاً[6] » وفى الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن[7] رجلا قتل مائة رجل ظلماً ، ثم سأل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله ، فقال : ومن يحول بينك وبين التوبة ، ولكن أخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة ، فاعبد الله فيها ،

---

(١) سورة الإسراء آية ٣٣ (٢) سورة النساء آية ٩٢
(٣) سورة النساء آية ٩٣ (٤) فى ١٨ : لا تقبل توبته .
(٥) سورة النساء آية ١١٦ (٦) سورة الزمر آية ٥٣
(٧) أخرجه البخارى عن أبى سعيد المنذرى وقد رواه المؤلف بمعناه . (ف) .

فخرج تائباً ، فأدركه الموت فى الطريق ، فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب ، فبعث الله إليهم ملكا ، فقال : قيسوا مابين القريتين ، فإلى أيهما كان أقرب فاجعلوه من أهلها ، فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر ، فجعلوه من أهلها » ولأن التوبة تصح من الكفر ، فمن القتل أولى ، والآية محمولة على من لم يتب ، أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه ، وله العفو إذا شاء . وقوله : لايدخلها النسخ ، قلنا : لكن يدخلها التخصيص والتأويل .

٦٥٨٥ مسـألة

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ والقتل على ثلاثة أوجه : عمد ، وشبه العمد ، وخطأ ﴾ .

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسما إلى هذه الأقسام الثلاثة . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وبه قال الشعبى ، والنخعى ، وقتادة ، وحماد ، وأهل العراق ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأنكر مالك شبه العمد ، وقال : ليس فى كتاب الله إلا العمد ، والخطأ . فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا ، وجعله من قسم العمد . وحكى عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل ، منها أربعون فى بطونها أولادها » . رواه أبو داود وفى لفظ : « قتيل خطأ العمد » وهذا نص يقدم على ماذكره ، وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام . فزاد قسما رابعاً وهو ماأجرى مجرى الخطأ . نحو أن ينقلب نائم على شخص فيقتله ، أو يقع عليه من علو ، والقتل بالسبب ، كحفر البئر ، ونصل السكين ، وقتل غير المكلف أجرى[1] الخطأ ، وإن كان عمداً ، وهذه الصورة التى ذكرها عند الأكثرين من قسم الخطأ ، فإن صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده ، وليس هو من أهل القصد الصحيح ، فسموه خطأ ، فأعطوه حكمه ، وقد صرح الخرقى بذلك ، فقال فى الصبى والمجنون : عمدهما خطأ .

٦٥٨٦ مسـألة

قال : ﴿ فالعمد ماضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط ، أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله ، أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة ، أو فعل به فعلا الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف ﴾ .

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

٦٥٨٧ أحـدهما

أن يضربه بمحدد ، وهو مايقطع ، ويدخل فى البدن ، كالسيف والسكين والسنان ومافى معناه مما يحدد فيجرح ، من الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والذهب ، والفضة ، والزجاج ، والحجر ، والقصب

---

(١) الأولى (أجرى مجرى الخطأ) (ف)

والخشب . فهذا كله إذا جرح به جرحاً كبيراً فمات فهو قتل عمد لاخلاف فيه بين العلماء فيما علمناه . فأما إن جرحه جرحاً صغيراً كشرطة الحجام ، أو غرزة بإبرة أو شوكة نظرت . فإن كان فى مقتل كالعين والفؤاد ، والخاصرة ، والصدغ ، وأصل الأذن ، فمات فهو عمد أيضاً ، لأن الإصابة بذلك فى المقتل كالجرح بالسكين فى غير المقتل . وإن كان فى غير مقتل نظرت . فإن كان قد بالغ فى إدخالها فى البدن فهو كالجرح الكبير ، لأن هذا يشتد ألمه ، ويفضى إلى القتل كالكبير . وإن كان الغور يسيراً ، أو جرحه بالكبير جرحاً لطيفاً ، كشرطة الحجام فما دونها ، فقال أصحابنا : إن بقى من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود ، لأن الظاهر أنه مات منه ، وإن مات فى الحال ففيه وجهان :

أحدهما : لاقصاص فيه ، قاله ابن حامد : لأن الظاهر أنه لم يمت منه ، ولأنه لايقتل غالباً ، فأشبه العصا والسوط والتعليل الأول أجود لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان ذلك شبهة فى درء القصاص ولو كانت العلة كونه لايحصل به القتل غالباً لم يفترق الحال بين موته فى الحال وموته متراخياً عنه كسائر مالا يجب به القصاص .

والثانى : فيه القصاص لأن المحدد لايعتبر فيه غلبة الظن فى حصول القتل به بدليل مالو قطع شحمة أذنه ، أو قطع أنملته ، ولأنه لما لم يكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محدداً ، ولا يعتبر ظهور الحكم فى آحاد صور المظنة بل يكفى احتمال الحكمة ، ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقى ضمنا مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الإفضاء وإبطائه . ولأنّ فى البدن مقاتل خفية ، وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير ، وهذا ظاهر كلام الخرقى فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير وهو مذهب أبى حنيفة وللشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا .

٦٥٨٨ النوع الثانى

القتل بغير المحدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً وبه قال النخعى ، والزهرى ، وابن سيرين ، وحماد ، وعمرو بن دينار ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، والشافعى وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال الحسن : لاقود فى ذلك ، وروى ذلك عن الشعبى ، وقال ابن المسيب ، وعطاء وطاوس : العمد ما كان بالسلاح . وقال أبو حنيفة : لاقود فى ذلك إلا أن يكون قتله بالنار ، وعنه فى مثقل الحديد روايتان ، واحتج بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل » فسماه عمد الخطأ ، وأوجب فيه الدية دون القصاص ، ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه ، فيجب ضبطه بمظنته ، ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالباً ، لحصول العمد بدونه فى الجرح الصغير ، فوجب ضبطه بالجرح .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا)(١) وهذا مقتول ظلماً . وقال الله تعالى : (كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى)(٢) .

وروى أنس : « أن يهودياً قتل جارية على أوضاح(٣) لها بحجر ، فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين » متفق عليه . وروى أبو هريرة قال قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، إما يودى ، وإما أن يقاد » متفق عليه ، ولأنه يقتل غالباً ، فأشبه المحدد . وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير ، لأنه ذكر العصا والسوط ، وقرن به الحجر ، فدل على أنه أراد مايشبههما ، وقولهم : لايمكن ضبطه ممنوع ، فإننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به ، فإذا شككنا لم نوجبه مع الشك ، وصغير الجرح قد سبق القول فيه ، ولأنه لايصح ضبطه بالجرح ، بدليل مالو قتله بالنار ، أو بمثقل الحديد . إذا ثبت هذا فإن هذا النوع يتنوع أنواعاً :

٦٥٨٩ أحـــــدها

أن يضربه بمثقل كبير يقتل مثله غالباً ، سواء كان من حديد كاللات والسندان والمطرقة ، أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة ، وحدّ الخرقى الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط ، يعنى العمد التى يتخذها الأعراب لبيوتها وفيها دقة ، فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالباً فلم يردها الخرقى ، وإنما حد الموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما سئل عن المرأة التى ضربت جاريتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنينها ، قضى النبى صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغُرَّة ، وقضى بالدية على عاقلتها والعاقلة لاتحمل العمد ، فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد ، وإن كان أعظم منه فهو عمد ، لأنه يقتل غالباً ، ومن هذا النوع أن يلقى عليه حائطاً أو صخرة أو خشبة عظيمة ، أو ماأشبه ، مما يهلكه غالباً ، فيهلكه ، ففيه القود ، لأنه يقتل غالباً .

٦٥٩٠ النوع الثانى

أن يضربه بمثقل صغير ، كالعصى ، والسوط ، والحجر الصغير ، أو يلكزه بيده فى مقتل ، أو فى حال ضعف من المضروب ، لمرض أو صغر ، أو فى زمن مفرط الحر ، أو البرد ، بحيث تقتله الضربة ، أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالباً ، ففيه القود ، لأنه قتله بما يقتل مثله غالباً ، فأشبه الضرب بمثقّل كبير . وإن لم يكن كذلك فى جميع ماذكرناه فهو عمد الخطأ ، وفيه الدية ، إلا أن يصغر جداً ، كالضربة بالقلم والأصبع فى غير مقتل ، ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به ، فلا قود فيه ولا دية ، لأنه لم يمت به ،

---

(١) سورة الإسراء آية ٣٣ (٢) سورة البقرة آية ١٨٧ .

(٣) أوضاح : جمع وضح وهو نوع من الحلى يعمل من الفضة سميت بها لبياضها (ف)

وكذلك إن مسه بالكبير ، ولم يضربه به ، لأن الدية إنما تجب بالقتل ، وليس هذا بقتل .

٦٥٩١ النوع الثالث

أن يمنع خروج نفسه ، وهو ضربان :

أحدهما : أن يجعل فى عنقه خراطة ثم يعلقه فى خشبة أو شىء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت فهذا عمد ، سواء مات فى الحال أو بقى زمناً ، لأن هذا أوحى أنواع الخنق ، وهو الذى جرت العادة بفعله من الولاة فى اللصوص وأشباههم من المفسدين .

والضرب الثانى : أن يخنقه وهو على الأرض بيديه ، أو منديل ، أو حبل ، أو يغمه بوسادة أو شىء يضعه على فيه وأنفه ، أو يضع يديه عليهما فيموت . فهذا إن فعل به ذلك مدة يموت فى مثلها غالباً فمات فهو عمد فيه القصاص ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، والشافعى . وإن فعله فى مدة لا يموت فى مثلها غالباً فمات فهو عمد الخطأ ، إلا أن يكون ذلك يسيراً فى العادة بحيث لا يتوهم الموت منه ، فلا يوجب ضماناً ، لأنه بمنزلة لمسه ، وإن خنقه وتركه مثلا حتى مات ففيه القود ، لأنه مات من سراية جنايته ، فهو كالميت من سراية الجرح ، وإن تنفس وصح ثم مات فلا قود ، لأن الظاهر أنه لم يمت منه ، فأشبه مالو اندمل الجرح ثم مات .

٦٥٩٢ النوع الرابع

أن يلقيه فى مهلكة ، وذلك على أربعة أضرب :

أحدها : أن يلقيه من شاهق ، كرأس جبل ، أو حائط عال : يهلك به غالباً ، فيموت فهو عمد .

الثانى : أن يلقيه فى نار ، أو ماء يغرقه ، ولا يمكنه التخلص منه ، إما لكثرة الماء ، أو النار ، وإما لعجزه عن التخلص ، لمرض أو صغر ، أو كونه مربوطاً ، أو منعه الخروج ، أو كونه فى حفيرة لا يقدر على الصعود منها ، ونحو هذا . أو ألقاه فى بئر ذات نفس فمات به ، عالماً بذلك ، فهذا كله عمد ، لأنه يقتل غالباً ، وإن ألقاه فى ماء يسير يقدر على الخروج منه ، فلبث فيه اختياراً حتى مات فلا قود فيه ولا دية ، لأن هذا الفعل لم يقتله ، وإنما حصل موته بلبثه فيه ، وهو فعل نفسه ، فلم يضمنه غيره ، وإن تركه فى نار يمكنه التخلص منها لقلتها ، أو كونه فى طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة ، فلم يخرج حتى مات فلا قود ، لأن هذا لا يقتل غالباً ، وهل يضمنه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يضمنه ، لأنه مهلك لنفسه بإقامته ، فلم يضمنه كما لو ألقاه فى ماء يسير ، لكن يضمن ماأصابت النار منه .

والثانى : يضمنه ، لأنه جانٍ بالإلقاء المفضى إلى الهلاك ، وترك التخلص لا يسقط الضمان : كما لو فصده

فترك شد فصاده ، مع إمكانه ، أو جرحه فترك مداواة جرحه ، وفارق الماء ، لأنه لايهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد ، وأما النار فيسيرها يهلك ، وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله : أنا قادر على التخلص ، أو نحو هذا ، لأن النار لها حرارة شديدة ، فربما أزعجته حرارتها عن معرفة مايتخلص به ، أو أذهبت عقله بألمها وروعتها ، وإن ألقاه فى لجة لايمكنه التخلص منها فالتقمه حوت ففيه وجهان :

أحدهما : عليه القود ، لأنه ألقاه فى مهلكة فهلك ، فأشبه مالو غرق فيها .

والثانى : لاقود عليه ، لأنه لم يهلك بها ، أشبه مالو قتله آدمى آخر ، وإن ألقاه فى ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه ، لأن الذى فعله لايقتل غالباً وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله .

الضرب الثالث : أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر فى مكان ضيق ، كزبية[1] ونحوها ، فيقتله ، فهذا عمد فيه القصاص ، إذا فعل السبع به فعلا يقتل مثله ، وإن فعل به فعلا لو فعله الآدمى لم يكن عمداً لم يجب القصاص به ، لأن السبع صار آلة للآدمى ، فكان فعله كفعله ، وإن ألقاه مكتوفاً بين يدى الأسد أو النمر فى فضاء فأكله فعليه القود ، وكذلك إن جمع بينه وبين حية فى مكان ضيق فنهشته فقتلته ، فعليه القود ، وقال القاضى : لاضمان عليه فى الصورتين ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن الأسد والحية يهربان من الآدمى ، ولأن هذا سبب غير ملجىء .

ولنا : أن هذا يقتل غالباً ، فكان عمداً محضاً ، كسائر الصور ، وقولهم : إنهما يهربان غير صحيح ، فإن الأسد يأخذ الآدمى المطلق ، فكيف يهرب من مكتوف ألقى إليه ليأكله ؟ والحية إنما تهرب فى مكان واسع ، أما إذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ماهو العادة .

وقد ذكر القاضى فيمن ألقى مكتوفاً فى أرض مسبعة ، أو ذات حيات فقتلته ، أن فى وجوب القصاص روايتين ، وهذا تناقض شديد ، فإنه نفى الضمان بالكلية فى صورة كان القتل فيها أغلب ، وأوجب القصاص فى صورة كان فيها أندر ، والصحيح أنه لاقصاص ههنا ، ويجب الضمان ، لأنه فعل به فعلا متعمداً تلف به لايقتل مثله غالباً ، وإن أنهشه حية أو سبعاً فقتله فعليه القود . إذا كان ذلك مما يقتل غالباً ، فإن كان مما لايقتل غالباً كثعبان الحجاز ، أو سبع صغير ، ففيه وجهان :

أحدهما : فيه القود ، لأن الجرح لايعتبر فيه غلبة حصول القتل به ، وهذا جرح ، ولأن الحية من جنس مايقتل غالباً .

---

(١) الزبية : الرابية لايعلوها الماء وفى المثل : (قد بلغ السيل الزبى) وهى أيضاً حفرة تحفر للأسد وكانوا يحفرونها فى مكان مرتفع .

والثانى : هو شبيه العمد ، لأنه لايقتل غالباً ، أشبه الضرب بالعصا والحجر . وإن كتفه وألقاه فى أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمـات ، فهو شبه العمد . وقال أصحـاب الشافعى : هو خطأ محض .

ولنا : أنه فعل به فعلا لايقتل مثله غالباً عمداً ، فأفضى إلى هلاكه ، أشبه مالو ضربه بعصاً فمات ، وكذلك إن ألقاه مشدوداً فى موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه ، فأما إن كان فى موضع يعلم وصول زيادة الماء إليه فى ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض ، وإن كانت غير معلومة ، إما لـكونها تحتمل الوجود وعدمه ، أو لاتعهد أصلا ، فهو شبه عمد .

الضرب الرابع : أن يحبسه فى مكان ، ويمنعه الطعام والشراب مدة لايبقى فيها حتى يموت ، فعليه القود ، لأن هذا يقتل غالباً ، وهـذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال ، فإذا كان عطشان فى شدة الحرّ مات فى الزمن القليل ، وإن كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت إلا فى زمن طويل ، فتعتبر هذا فيه . وإن كان فى مدة يموت فى مثلها غالباً ففيه القود [وإن كان لايموت[1] فى مثلها غالباً ففيه القود] وإن كان لايموت فى مثلها غالباً فهو عمد الخطأ ، وإن شككنا فيها لم يجب القود ، لأننا شككنا فى السبب ، ولا يثبت الحكم مع الشك فى سببه ، سيما القصاص الذى يسقط بالشبهات .

٦٥٩٣ النوع الخامس

أن يسقيه سماً ، أو يطعمه شيئاً قاتلا فيموت به ، فهو عمد[2] موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالباً ، وإن خلطه بطعام وقدمه إليه فأكله أو أهداه إليه ، أو خلطه بطعام رجل ، ولم [يعلم] ذلك ، فأكله فعليه القود ، لأنه يقتل غالباً . وقال الشافعى فى أحد قوليه : لاقود عليه ، لأنه أكله مختاراً ، فأشبه مالو قدم إليه سكيناً فطعن بهـا نفسه . ولأن أنس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة مسمومة ، فأكل منها النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يقتلها النبى صلى الله عليه وسلم . قال : وهل يجب القود ؟ فيه قولان :

ولنا : خبر اليهودية ، فإن أبا سلمة قال فيه : فمات بشر بن البراء ، فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فقتلت . أخرجه أبو داود ، ولأن هذا يقتل غالباً ، ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً ، فأوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه ، فأما حديث أنس فلم يذكر فيه أن أحداً مات منه ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به ، ويجوز أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء ، فلما مات أرسل إليها النبى صلى الله عليه وسلم فسألها ، فاعترفت ، فقتلها ، فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ،

---

(١) ما بين الحاصرين لا وجود له فى الشرح الكبير ج ٩ ص٣٢٧ وموجود فى نسخ المغنى وحذفه هو الصواب . ف (٢) فى ٣٩ : وهو عمد .

ويتعين حمله عليه جمعاً بين الخبرين ، ويجوز أن يترك قتلها لكونها ماقصدت بشر بن البراء ، إنما قصدت قتل النبي صلى الله عليه وسلم ، فاختل العمد بالنسبة إلى بشر ، وفارق تقديم السكين ، لأنها لاتقدم إلى إنسان ليقتل بها نفسه ، إنما تقدم إليه لينتفع بها ، وهو عالم بمضرتها ونفعها ، فأشبه مالو قدم إليه السم وهو عالم به .

فأما إن خلط السم بطعام نفسه ، وتركه فى منزله ، فدخل إنسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية ، لأنه لم يقتله ، وإنما الداخل قتل نفسه ، فأشبه مالو حفر فى داره بئراً فدخل رجل فوقع فيها ، وسواء قصد بذلك قتل الآكل ، مثل أن يعلم ظالماً يريد هجوم داره فترك السم فى الطعام ليقتله ، فهو كما لو حفر بئراً فى داره ليقع فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ، ولو دخل بإذنه فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمنه لذلك ، وإن خلطه بطعام رجل أو قدم إليه طعاماً مسموماً وأخبره بسمه ، فأكله لم يضمنه ، لأنه أكله عالماً بحاله ، فأشبه مالو قدم إليه سكيناً فوجأ بها نفسه ، وإن سقى إنساناً سماً أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكان مما لا يقتل مثله غالباً فهو شبه عمد ، فإن اختلف فيه هل يقتل مثله غالباً أو لا ، وثم بينة تشهد ، عمل بها ، وإن قالت البينة : هو يقتل النِّضْوَ الضعيف دون القوى ، أو غير هذا عمل على حسب ذلك ، وإن لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقى ، لأن الأصل عدم وجوب القصاص ، فلا يثبت بالشك ، ولأنه أعلم بصفة ماسقى . وإن ثبت أنه قاتل . فقال : لم أعلم أنه قاتل . ففيه وجهان :

أحدهما : عليه القود ، لأن السم من جنس مايقتل به غالباً فأشبه مالو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت منه .

والثانى : لاقود عليه ، لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل ، وهذه شبهة يسقط بها القود .

٦٥٩٤ النوع السادس

أن يقتله بسحر يقتل غالباً ، فيلزمه القود ، لأنه قتله بما يقتل غالباً ، فأشبه مالو قتله بسكين ، وإن كان مما لا يقتل غالباً ، أو كان مما يقتل ولا يقتل ، ففيه الدية دون القصاص لأنه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا .

٦٥٩٥ النوع السابع

أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالباً . وذلك أربعة أضرب :

أحدها : أن يُكْرِهَ رجلا على قتل آخر . فيقتله ، فيجب القصاص على المُكْرِهِ والمُكْرَهِ جميعاً . وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يجب القصاص على المُكْرِهِ دون المباشر ، لقوله عليه الصلاة

والسلام : « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن المـكرَه آلة المـكرِه ، بدليل وجوب القصاص على المـكرِه ، ونقل فعله إليه ، فلم يجب على المُـكرَه . كما رمى به عليه فقتله ، وقال زفر : يجب على المباشر دون المـكرِه ، لأن المباشرة تقطع حكم السبب ، كالحافر مع الدافع ، والآمر مع القاتل . وقال الشافعى : يجب على المـكره ، وفى المـكر، قولان ، وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما ، لأن المـكره لم يباشر القتل ، فهو كحافر البئر ، والمـكره مُلْجَأ فأشبه المرمى به على إنسان .

ولنا : على وجوبه على المـكره : أنه تسبب إلى قتله بما يفضى إليه غالباً ، فأشبه ما لو ألسعه حية ، وألقاه على أسد فى زُبية .

ولنا : على وجوبه على المـكره : أنه قتله عمداً ظلماً لاستبقاء نفسه ، فأشبه ما لو قتله فى المخمصة ليأكله . وقولهم : إن المـكره ملجأ غير صحيح ، فإنه متمـكن من الامتناع ، ولذلك أثم بقتله وحرم عليه ، وإنما قتله عند الإكراه ظناً منه أن فى قتله نجاة نفسه ، وخلاصه من شر المكره . فأشبه القاتل فى المخمصة ليأكله .

وإن صار الأمر إلى الدية وجبت عليهما ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومحمد : لا دية على المـكره بناء منهما على أنه آلة ، وقد بينا فساده . وإنما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعاً ، فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل ، وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد فى الإحرام ، والمباشر والردء[1] كالمباشر فى المحاربة : فعلى هذا إن أحب الولى قتل أحدهما ، وأخذ نصف الدية من الآخر ، أو العفو عنه فله ذلك .

الضرب الثانى : إذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله ، فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً ، وكذبهما فى شهادتهما ، فعليهما القصاص . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا قصاص عليهما ، لأنه تسبب غير ملجىء ، فلا يوجب القصاص كحفر البئر .

ولنا : ما روى القاسم بن عبد الرحمن : أن رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ، ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال على : لو أعلم أنـكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، وغرمهما دية يده ، ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالباً ، فوجب[2] عليهما القصاص كالمـكره .

الضرب الثالث : الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل عالماً بذلك . متعمداً ، فقتله واعترف بذلك

---

(١) الردء : العون (ف) .

(٢) فى المطبوعة على . وما فى ١٨ أوضح . (٢) فى ١٨ : يقتل به غالباً .

وجب القصاص ، والـكلام فيه كالـكلام فى الشاهدين ، ولو أن الولى الذى باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود ، وتعمد قتله ، فعليه القصاص ، لا أعـلم فيه خلافاً . فإن أمر الشاهدان والحاكم والولى جميعاً بذلك ، فعلى الولى القصاص ، لأنه باشر القتل عمداً وعدواناً ، وينبغى ألا يجب على غيره شىء ، لأنهم متسببون ، والمباشرة تبطل حكم السبب كالدافع مع الحافر ، ويفارق هذا ما إذا لم يقر ، لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل فى حقه ظلماً ، فـكان وجوده كعدمه ، ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم ، لأن الجميع متسببون .

وإن صار الأمر إلى الدية فهى عليهم أثلاثاً ، ويحتمل أن يتعلق الحـكم بالحاكم وحـده ، لأن تسببه أخص من تسببهم ، فإن حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله . فأشبه المباشر مع المتسبب ، ولو كان الولى المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنمـا وكل فيه نظرت فى الوكيل فإن أقر بالعلم وتعمد القتل ظلماً فهو القاتل وحده ، لأنه مباشر للقتل عمداً ظلماً من غير إكراه فتعلق الحـكم به ، كما لو أمر بالقتل فى غير هذه الصورة ، وإن لم يعترف بذلك : فالحـكم متعلق بالولى ، كما لو باشره . والله أعلم .

٦٥٩٦ مســـألة

قال ﴿ ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء . وكان المقتول حراً مسلماً ﴾ .

أجمع العلماء على أن القود لا يجب إلا بالعمد ، ولا نعلم بينهم فى وجوبه بالقتل العمد إذا اجتمعت شروطه خلافاً ، وقد دلت عليه الآيات والأخبار بعمومها فقال الله تعالى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلا يُسْرِفْ فِى الْقَتْلِ ﴾(١) وقال تعالى : « كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِى الْقَتْلَى »(٢) وقال تعالى : « وَلَكُمْ فِى الْقِصَاصِ حَيَاةٌ »(٣) يريد والله أعـلم : أن وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقة على نفسه من القتل ، فتبقى الحياة فيمن أريد قتله . وقيل : إن القاتل تنعقد العداوة بينه وبين قبيلة المقتول ، فيريد قتلهم خوفاً منهم ، ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاء ، ففى الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين ، وقال الله تعالى «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ»(٤) الآية ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يقتل ، وإما أن يدى » متفق عليه .

وروى أبو شريح الخزاعى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث ، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه : أن يقتل ، أو يعفو ، أو يأخذ الدية » .

---

(١) سورة الإسراء آية ٣٣ . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .
(٣) سورة البقرة آية ١٧٩ . (٤) سوة المائدة آية ٤٥ .

رواه أبو داود . وفى لفظ : « فمن قتل له بعد مقالتى قتيل فأهله بين خيرتين : أن يأخذوا الدية ، أو يقتلوا » .
وقال عليه السلام : « العمد قود ، إلا أن يعفو ولى المقتول » . وفى لفظ : « من قتل عامداً فهو قود » .
رواه أبو داود ، وفى لفظ رواه ابن ماجة : « من قتل عامداً فهو قود . ومن حال بينه وبين فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف ولا عدل » .

وقول الخرقى : إذا اجتمع عليه الأولياء ، يعنى إذا كان المقتول أولياء يستحقون القصاص . فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه ، ولو عفا واحد منهم سقط كله ، وإن كان بعضهم غائباً أو غير مكلف لم يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ، ويختار القصاص ، أو يوكل ، ويبلغ الصبى ، ويفيق المجنون ويختاراه . وقوله : إذا كان المقتول حرا مسلماً يعنى مكافئاً للقاتل ، فإذا كان القاتل حراً مسلماً ، اشترط كون المقتول حراً مسلماً لتحقق المكافأة بينهما ، فإن الكافر[1] لا يكافىء المسلم والعبد لا يكافىء الحر .

٦٥٩٧ فصل

وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله ، وإن كان مجدع الأطراف ، معدوم الحواس ، والقاتل صحيح سوىّ الخلق ، أو كان بالعكس ، وكذلك إن تفاوتا فى العلم والشرف ، والغنى والفقر ، والصحة والمرض ، والقوة والضعف ، والكبر والصغر ، والسلطان ، والسوقة ، ونحو هذا من الصفات ، لم يمنع القصاص بالاتفاق ، وقد دلت عليه العمومات التى تلوناها ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم ، : « المؤمنون تتكافأ[2] دماؤهم »[3] ولأن اعتبار التساوى فى الصفات والفضائل ، يفضى إلى إسقاط القصاص بالكلية ، وفوات حكمة الردع والزجر ، فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض .

٦٥٩٨ فصل

ولا يشترط فى وجوب القصاص كون القتل فى دار الإسلام ، بل متى قتل فى دار الحرب مسلماً عامداً عالماً بإسلامه فعليه القود ، سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يجب القصاص بالقتل فى غير دار الإسلام ، فإن لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية ، عمداً قتله أو خطأ . وإن كان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل

---

(١) فى المطبوعة : فإن كان الكافر . خطأ والصواب فى ١٨ و ٣٩ أ .
(٢) فى المطبوعة : تكافأ . (٣) ورد بلفظ (المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمرو (ف)

أحدهما صاحبه ، ضمنه بالدية ، ولم يجب القود ، وحكى عن أحمد رواية كقوله . ولو قتل [رجلا][1] أسيراً مسلماً فى دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية عمداً قتله أو خطأ .

ولنا : ما ذكرنا من الآيات والأخبار ، ولأنه قتل من يكافئه عمداً ظلماً ، فوجب عليه القود كما لو قتله فى دار الإسلام ، ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وإن لم يكن فيها إمام كدار الإسلام .

٦٥٩٩ فصــــل

وقتل الغيلة وغيره سواء فى القصاص والعفو ، وذلك للولى دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وابن المنذر . وقال مالك : الأمر عندنا : أن يقتل به ، وليس لولى الدم أن يعفو عنه ، وذلك إلى السلطان ؟ والغيلة عنده : أن يخدع الإنسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل ، أو يؤخذ ماله ، ولعله يحتج بقول عمر فى الذى قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لَأَقْدَتُهُم به ، وبقياسه على المحارب .

ولنا : عموم قوله تعالى : (فقد جعلنا لوليه سلطاناً)[2] وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « فأهله بين خيرتين » ولأنه قتيل فى غير المحاربة ، فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى ، وقول عمر لأقدتهم به ، أى : أمكنت الولى من استيفاء القود منهم .

٦٦٠٠ فصــــل

وإذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته ، أو أنه قتله دفعاً عن نفسه ، أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله ، لم يقبل قوله إلا ببينة ، ولزمه القصاص . روى نحو ذلك عن على رضى الله عنه . وبه قال الشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ولا أعلم فيه مخالفاً ، وسواء وجد فى دار القاتل ، أو فى غيرها ، أو وجد معه سلاح ، أو لم يوجد ، لما روى عن على رضى الله عنه أنه سئل عمّن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال : « إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته » ولأن الأصل عدم مايدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى . وإن اعترف الولى بذلك فلا قصاص عليه ولا دية ، لما روى عن عمر رضى الله عنه : « أنه كان يوماً يتغذى إذ جاءه رجل يعدو وفى يده سيف ملطخ بالدم ، ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر ، فجاء الآخرون فقالوا : يا أمير المؤمنين ، إن هذا قتل صاحبنا ، فقال له عمر : مايقولون ؟ فقال : ياأمير المؤمنين إنى ضربت فخذى امرأتى . فإن كان بينهما أحد فقد قتلته . فقال عمر : مايقول ؟ قالوا : ياأمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع فى وسط الرجل وفخذى[3] المرأة ، فأخذ عمر سيفه

(١) ساقطة من : ١٨ . (٢) سورة الإسراء آية ٣٣ .
(٣) فى المطبوعة فى وسط ، وفخذى خطأ .

فهزه ثم دفعه إليه . وقال : إن عادوا فعد » . رواه سعيد فى سننه . وروى عن الزبير : أنه كان يوماً قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له ، فأتاه رجلان فقالا : أعطنا شيئاً ، فألقى إليهما طعاماً كان معه فقالا : خل عن الجارية ؛ فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة . ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كالو أقر بقتله قصاصاً . أو فى حد يوجب قتله . وإن ثبت ذلك ببينة فكذلك .

٦٦٠١ مسألة

قال : ﴿ وشبه العمد ماضربه بخشبة صغيرة ، أو حجر صغير . أو لكزه أو فعل به فعلا الأغلب من ذلك الفعل أنه لايقتل مثله ، فلا قود فى هذا ، والدية على العاقلة ﴾ .

شبه العمد أحد أقسام القتل ، وهو : أن يقصد ضربه بما لايقتل غالباً ، إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له ، فيسرف فيه ، كالضرب بالسوط ، والعصا ، والحجر الصغير ، والوكز ، واليد ، وسائر مالا يقتل غالباً إذا قتل ، فهو شبه عمد ، لأنه قصد الضرب دون القتل ، ويسمى عمد الخطأ ، وخطأ العمد ، لاجتماع العمد والخطأ فيه ، فإنه عمد الفعل وأخطأ فى القتل ، فهذا لاقود فيه ، والدية على العاقلة فى قول أكثر أهل العلم ، وجعله مالك عمداً موجباً للقصاص ، ولأنه ليس فى كتاب الله إلا العمد والخطأ ، فمن زاد قسما ثالثاً زاد على النص ، ولأنه قتله بفعل عمده ، فكان عمداً ، كما لو غرزه بإبرة فقتله وقال أبو بكر من أصحابنا : تجب الدية فى مال القاتل ، وهو قول ابن شبرمة ، لأنه موجب فعل عمد ، فكان فى مال القاتل ، كسائر الجنايات .

ولنا : ماروى أبو هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى النبى صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها عبد أو وليدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها » . متفق عليه ، فأوجب ديتها على العاقلة ، والعاقلة لاتحمل عمداً ، وأيضاً قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ألا إن فى قتيل خطأ العمد قتيل السوط ، والعصا ، والحجر ، مائة من الإبل »[1] . وفى لفظ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عقل شبه العمد مغلظ ، مثل عقل العمد ، ولا يقتل صاحبه » . رواه أبو داود وهذا نص ، وقوله : هذا قسم ثالث قلنا : نعم ، هذا ثبت بالسنة ، والقسمان الأولان ثبتا بالكتاب ، ولأنه قتل لايوجب القود ، فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ .

٦٦٠٢ مسألة

قال : ﴿ والخطأ على ضربين . أحدهما : أن يرمى الصيد ، أو يفعل مايجوز له فعله ، فيئول إلى إتلاف حر ، مسلماً كان أو كافراً ، فتكون الدية على عاقلته ، وعليه عتق رقبة مؤمنة ﴾ .

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجة وابن حبان عن عبد الله بن عمرو . (ف)

وجملته أن الخطأ أن يفعل فعلا لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله ، مثل أن يرمي صيداً أو هدفاً، فيصيب إنساناً فيقتله قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره ، لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز ، وقتادة والنخعي ، والزهري ، وابن شبرمة ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . فهذا الضرب من الخطأ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة في مال القاتل بغير خلاف نعلمه .

والأصل في وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى : « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا[1] » وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً له عهد ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ[2] » ولا قصاص في شيء من هذا ، لأن الله تعالى أوجب به الدية ، ولم يذكر قصاصاً . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ أولى .

٦٦٠٣ فصـــل

وإن قصد فعلا محرماً فقتل آدمياً ، مثل أن يقصد قتل بهيمة أو آدمياً معصوماً ، فيصيب غيره فيقتله ، فهو خطأ أيضاً ، لأنه لم يقصد قتله ، وهذا مذهب الشافعي وكذلك قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره ، ويتخرج على قول أبي بكر : أن هذا عمد ، لقوله فيمن رمى نصرانياً فلم يقع به السهم حتى أسلم : إنه عمد ، يجب به القصاص ، لكونه قصد فعلا محرماً قتل به إنساناً .

٦٦٠٤ مســـألة

قال : ﴿ والضرب الثاني : أن يقتل في بلاد الروم مَنْ عنده أنه كافر ، ويكون قد أسلم وكتم إسلامه ، إلى أن يقدر على التخلص إلى أرض الإسلام ، فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة ، بلا دية ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ »[3] .

هذا الضرب الثاني من الخطأ ، وهو : أن يقتل في أرض الحرب من يظنه كافراً ويكون مسلماً ، ولا خلاف في أن هذا خطأ لا يوجب قصاصاً ، لأنه لم يقصد قتل مسلم ، فأشبه ما لو ظنه صيداً فبان آدمياً ، إلا أن هذا لا تجب به دية أيضاً ولا يجب إلا الكفارة ، وروي هذا عن ابن عباس ، وبه قال عطاء ،

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ (٢) سورة النساء آية ٩٢
(٣) سورة النساء آية ٩٢

ومجاهد ، وعكرمة ، وقتادة ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة . وعن أحمد رواية أخرى : تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك ، والشافعي ، لقول الله تعالى : « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ[1] مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ »[2] وقال عليه السلام : « ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا مائة من الإبل » ولأنه قتل مسلماً خطأ فوجبت ديته كما لو كان في دار الإسلام .

ولنا : قول الله تعالى : « وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة »[3] ولم يذكر دية ، وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة ، وذكره لهذا قسما مفرداً يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ، ويخص بها عموم الخبر الذي رووه .

٦٦٠٥ مسألة

قال : ﴿ ولا يقتل مسلم بكافر ﴾ .

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصاً بقتل كافر ، أي كافر كان ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وعلي ، وزيد بن ثابت ، ومعاوية رضي الله عنهم . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، والزهري ، وابن شبرمة ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال النخعي ، والشعبي ، وأصحاب الرأي : يقتل المسلم بالذمي خاصة . قال أحمد : الشعبي ، والنخعي قالا : دية المجوسي واليهودي والنصراني مثل دية المسلم ، وإن قتله يقتل به ، هذا عجب ، يصير المجوسي مثل المسلم ؟ سبحان الله ! ماهذا القول ؟ واستبشعه ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يقتل مسلم بكافر »[4] ، وهو يقول : يقتل بكافر فأي شيء أشد من هذا ؟ واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها في أول الباب ، وبما روى ابن البيلماني أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلماً بذمي ، وقال : « أنا أحق من وفى بذمته »[5] ولأنه معصوم عصمة مؤبدة ، فيقتل به قاتله كالمسلم .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، ولا يقتل

---

(١) سقطت من المطبوعة (٢) سورة النساء آية ٢٣

(٣) سورة النساء آية ٣٢

(٤) أخرجه البخاري بهذا اللفظ في تاريخه عن عائشة ، وأخرجه في صحيحه عن علي بلفظ (لا يقتل مؤمن بكافر) . (ف) (٥) أخرجه الدارقطني عن ابن عمر . (ف)

مؤمن بكافر » ، رواه الإمام أحمد وأبو داود ، وفى لفظ : « لا يقتل مسلم بكافر » ، رواه البخارى ، وأبو داود . وعن على رضى الله عنه قال من السنة : « ألا يقتل مسلم بكافر » . رواه الإمام أحمد ، ولأنه منقوص بالكفر ، فلا يقتل به المسلم كالمستأمن ، والعمومات مخصوصات بحديثنا ، وحديثهم ليس له إسناد ، قاله أحمد . وقال الدارقطنى : يرويه ابن البيلمانى ، وهو ضعيف إذا أسند ، فكيف إذا أرسل ؟ والمعنى فى المسلم أنه مكافىء المسلم . بخلاف الذمى ، فأما المستأمن ، فوافق أبو حنيفة الجماعة فى أن المسلم لايقاد به ، وهو المشهور عن أبى يوسف ، وعنه : يقتل به لما سبق فى الذمى .

ولنا : أنه ليس بمحقون الدم على التأبيد ، فأشبه الحربى مع ماذكرنا من الدليل فى التى قبلها .

٦٦٠٦ فصل

فإن قتل كافر كافراً ، ثم أسلم القاتل ، أو جرحه ، ثم أسلم الجارح ، ومات المجروح . فقال أصحابنا : يقتص منه ، وهو قول الشافعى ، لأن القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ، ولأنه حق وجب عليه قبل إسلامه ، فلم يسقط بإسلامه كالدين ، ويحتمل أن لايقتل به ، وهو قول الأوزاعى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يقتل مسلم بكافر » ولأنه مؤمن فلا يقتل بكافر كما لو كان مؤمناً حال قتله ، ولأن إسلامه لو قارن السبب منع عمله ، فإذا طرأ سقط حكمه .

٦٦٠٧ فصل

وإن جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ، ثم مات مسلماً بسراية الجرح لم يقتل به قاتله ، لأن التكافؤ معدوم حال الجناية ، وعليه دية مسلم ، لأن اعتبار الأرش بحالة استقرار الجناية ، بدليل مالو قطع يدى رجل ورجليه ، فسرى إلى نفسه ففيه دية واحدة ، ولو اعتبر حال الجرح وجب ديتان ، ولو قطع حرٌ يدَ عبد ، ثم عتق ومات ، لم يجب قصاص . لعدم التكافؤ حال الجناية وعلى الجانى دية حر اعتباراً بحال الاستقرار ، وهذا قول ابن حامد وهو مذهب الشافعى وللسيد أقل الأمرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقى لورثته ، لأن نصف قيمته إن كانت أقل فهى التى وجدت فى ملكه ، فلا يكون له أكثر منها ، لأن الزائد حصل بحريته ، ولا حق له فيما حصل بها ، وإن كان الأقل الدية لم يستحق أكثر منها ، لأن نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وإعتاقه . وذكر القاضى : أن أحمد نص فى رواية حنبل فيمن فقأ عينى عبد ، ثم أعتق ومات ، أن على الجانى قيمته للسيد ، وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية ، وهذا اختيار أبى بكر والقاضى وأبى الخطاب .

قال أبو الخطاب : من قطع يد ذمى ثم أسلم ومات ضمنه بدية ذمى ، ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات ، فعلى الجانى قيمته للسيد ، لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية ، دون حال السراية ، فكذلك الدية ، والأول أصح إن شاء الله . لأن سراية الجرح مضمونة ، فإذا أتلفت حراً مسلماً وجب ضمانه بدية كاملة كما لو قتله بجرح ثان . وقول أحمد فيمن فقأ عينى عبد : عليه قيمته للسيد . لاخلاف فيه وإنما الخلاف فى وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ، ولم يذكره أحمد ولأن الواجب مقدر بما تفضى إليه السراية دون ماتتلفه الجناية بدليل أن من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم يلزم الجانى أكثر من دية ، ولو قطع أصبعاً فسرى إلى نفسه لوجبت الدية كاملة . فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم تجب ديته كاملة . فأما إن جرح مرتداً أو حربياً ، فسرى الجرح إلى نفسه فلا قصاص فيه ولا دية ، سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم ، لأن الجرح غير مضمون ، فلم يضمن سرايته بخلاف التى قبلها .

٦٦٠٨ فصل

ولو قطع يد مسلم فارتد ، ثم مات بسراية الجرح لم يجب فى النفس قصاص ولا دية ولا كفارة لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون ، وكذلك لو قطع يد ذمى فصار حربياً ، ثم مات من جراحه . وأما اليد فالصحيح أنه لاقصاص فيها ، وذكر القاضى وجهاً فى وجوب القصاص فيها . لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه مالو قطع طرفه ، ثم قتله ، أو جاء آخر فقتله وللشافعى فى وجوب القصاص قولان .

ولنا : أنه قطع هو قتل لم يجب به القتل ، فلم يجب القطع كما لو قطع من غير مفصل وفارق ماقاسوا عليه ، فإن القطع لم يصر قتلا . وهل تجب دية الطرف ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لاضمان فيه ، لأنه تبين أنه قتل لغير معصوم .

والثانى تجب لأن سقوط حكم سراية الجرح لايسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر . فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع ، أو بأقل الأمرين من ديته أو دية النفس ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تجب دية المقطوع ، فلو قطع يديه ورجليه ، ثم ارتد ومات ، ففيه ديتان ، لأن الردة قطعت حكم السراية . فأشبه انقطاع حكمها باندمالها . أو بقتل آخر له .

والثانى : يجب أقل الأمرين ، لأنه لولم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس ، فمع الردة أولى . ولأنه قطع صار قتلا ، فلم يجب أكثر من دية كما لو لم يرتد ، وفارق أصل الوجه الأول ، فإنه لم يصر قتلا ،

ولأن الاندمال والقتل منع وجود السراية ، والردة منعت ضمانها ، ولم تمنع جعلها قتلا ، وللشافعي من التفصيل نحو مما قلنا .

٦٦٠٩ فصــــل

وإن قطع مسلم يد نصراني فتمجس ، وقلنا : لا يقرّ ، فهو كما لو جنى على مسلم فارتد . وإن قلنا : يقر عليه ، وجبت دية مجوسي ، وإن قطع يد مجوسي فتنصر . ثم مات وقلنا : يقر ، وجبت دية نصراني ، ويجيء على قول أبي بكر والقاضي : أن تجب دية نصراني في الأولى ، ودية مجوسي في الثانية . كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ، ضمنه بقيمة عبد ذمي ، اعتباراً بحال الجناية .

٦٦١٠ فصــــل

وإن قطع يد مسلم فارتد ، ثم أسلم ومات ، وجب القصاص على قاتله ، نص عليه أحمد رحمه الله في رواية محمد بن الحكم . وقال القاضي : يتوجه عندي أنه إن كان زمن الردة تسري في مثله الجناية لم يجب القصاص في النفس ، وهل يجب في الطرف الذي قطع في إسلامه ؟ على وجهين . وهذا مذهب الشافعي ، لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها ، فإذا لم يوجد جميعها في الإسلام لم يجب القصاص ، كما لو جرحه جرحين ، أحدهما في الإسلام ، والآخر في الردة ، فمات منهما .

ولنا : أنه مسلم حال الجناية والموت ، فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد ، واحتمال السراية حال الردة لا يمنع ، لأنها غير معلومة ، فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع ، كما لو لم يرتد ، فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر ، أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت ، وأما الدية فتجب كاملة ، ويحتمل وجوب نصفها لأنه مات من جرح مضمون ، وسراية غير مضمونة ، فوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منهما ، فأما إن كان زمن الردة لا تسري في مثل الجناية ففيه الدية أو القصاص . وقال الشافعي في أحد قوليه : لا قصاص فيه ، لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص .

ولنا : أنهما مكافئان حال الجناية والسراية والموت ، فأشبه مالو لم يرتد ، وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال ، لأنه فوت نفساً معصومة .

٦٦١١ فصــــل

وإن جرحه وهو مسلم فارتد ، ثم جرحه جرحاً آخر ، ثم أسلم ومات منهما ، فلا قصاص فيه ، لأنه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ، ويجب فيه نصف الدية لذلك وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما ، مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد ، فقطع رجله ، أو كان بالعكس ، لأن الجرح في الحالين كجرح رجلين . وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال إسلامه ؟ يحتمل وجهين ، بناء على

من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في ردته . ولو قطع طرفه في ردته أولا فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيه كالتي قبلها .

٦٦١٢ فصل

ويقتل الذمي بالمسلم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الأنصار على أوضاح لها ، ولأنه إذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى ، ويقتل الذمي بالذمي ، سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت ، فلو قتل النصراني مجوسياً أو يهودياً قتل به ، نص عليه أحمد في النصراني يقتل بالمجوسي إذا قتله[1] ، قيل : فكيف يقتل به وديتهما مختلفة ؟ فقال : أذهب إلى أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجلا بامرأة ، يعني أنه قتله بها مع اختلاف ديتهما ، ولأنهما تكافآ في العصمة بالذمة ، ونقيصة الكفر ، فجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما ، وهذا مذهب الشافعي .

٦٦١٣ فصل

ولا يقتل ذمي بحربي ، لانعلم فيه خلافاً ، لأنه مباح الدم على الإطلاق ، أشبه الخنزير ، ولا دية فيه لذلك ولا كفارة ، ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك ، سواء قتله مسلم أو ذمي ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعض أصحاب الشافعي : يجب القصاص على الذمي بقتله ، والدية إذا عفا عنه ، لأنه لا ولاية له في قتله وقال بعضهم : يجب القصاص دون الدية ، لأنه لاقيمة له .

ولنا : أنه مباح الدم أشبه الحربي ، ولأن من لا يضمنه المسلم لايضمنه الذمي كالحربي .

٦٦١٤ فصل

وليس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وحكى بعضهم وجهاً أن على قاتله القود ، لأن قتله إلى الإمام فيجب القود على من قتله سواه ، كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه .

ولنا : أنه مباح الدم ، وقتله متحتم ، فلم يضمن كالحربي ، ويبطل ماقاله بالمرتد ، وفارق القاتل ، فإن قتله غير محتم ، وهو مستحق على طريق المعاوضة ، فاختص بمستحقه ، وههنا يجب قتله لله تعالى ، فأشبه المرتد ، وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتم قتله .

٦٦١٥ فصل

ويقتل المرتد بالمسلم والذمي ، ويقدم القصاص على القتل بالردة ، لأنه حق آدمي ، وإن عفا عنه ولي

(١) في ٢٩ : يقتل المجوسي : يقتل به .

القصاص فله دية المقتول ، فإن أسلم المرتد فهى فى ذمته ، وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بماله ، وإن قطع طرفاً من أحدهما فعليه القصاص فيه أيضاً ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يقتل المرتد بالذمى ، ولا يقطع طرفه بطرفه ، لأن أحكام الإسلام فى حقه باقية ، بدليل وجوب العبادات عليه ، ومطالبته بالإسلام .

ولنا : أنه كافر فيقتل بالذمى كالأصلى ، وقولهم إن أحكام الإسلام باقية غير صحيح ، فإنه زالت عصمته وحرمته ، وحلّ نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها ، وأما مطالبته بالإسلام فهو حجة عليهم ، فإنه يدل على تغليظ كفره ، وأنه لا يقر على ردته لسوء حاله ، فإذا قتل بالذمى مثله فمن هو دونه أولى .

٦٦١٦ فصـــل

وإن جرح مسلم ذمياً ثم ارتد ومات المجروح لم يقتل به ، لأن التكافؤ مشترط حال وجود الجناية ولم يوجد ، وإن قتل من يعرفه ذمياً أو عبداً وكان قد أسلم وعتق وجب القصاص ، لأنه قتل من يكافئه عمداً عدواناً ، فلزمه القصاص كما لو علم حاله ، وفارق من علمه حربياً ، لأنه لم يعمد إلى قتل معصوم .

٦٦١٧ مســـألة

قال : ﴿ ولا حر بعبد ﴾ .

وروى هذا عن أبى بكر ، وعمر ، وعلى ، وزيد ، وابن الزبير ، رضى الله عنهم وبه قال الحسن ، وعطاء ، وعمر بن عبدالعزيز ، وعكرمة ، وعمرو بن دينار . ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ويروى عن سعيد بن المسيب ، والنخعى ، وقتادة ، والثورى ، وأصحاب الرأى : أنه يقتل به ، لعموم الآيات والأخبار ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم »[1] ، ولأنه آدمى معصوم ، فأشبه الحر .

ولنا : ماروى الإمام أحمد بإسناده عن على رضى الله عنه أنه قال : من السنة أن لا يقتل حر بعبد ، وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقتل حر بعبد » رواه الدارقطنى ، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوى فى السلامة ، فلا يقتل به كالأب مع ابنه ، ولأن العبد منقوص بالرق ، فلم يقتل به الحر ، كالمكاتب إذا ملك مايؤدى ، والعمومات مخصوصات بهذا ، فنقيس عليه .

٦٦١٨ فصـــل

ولا يقتل السيد بعبده فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن النخعى وداود : أنه يقتل به ، لما روى

---

(١) سبق تخريجه .

قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل عبده قتلناه ، ومن جدعه[1] جدعناه » . رواه سعيد والإمام أحمد والترمذي ، وقال : حديث حسن غريب ، مع العمومات والمعنى في التي قبلها .

ولنا : ما ذكرناه في التي قبلها ، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : لو لم أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يقاد المملوك من مولاه ، والولد من والده ، لأقدته منك » . رواه النسائي . وعن علي رضي الله عنه : « أن رجلا قتل عبده ، فجلده النبي صلى الله عليه وسلم مائة جلدة ، ونفاه عاماً ، ومحا اسمه من المسلمين » رواه سعيد والخلال ، وقال أحمد : ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة . ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، عن أبي بكر ، وعمر ، أنهما قالا : من قتل عبده جلد مائة ، وحرم سهمه مع المسلمين : فأما حديث سمرة فلم يثبت ، قال أحمد : الحسن لم يسمع من سمرة ، إنما هي صحيفة ، وقال عنه أحمد : إنما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ، ليس هذا منها . ولأن الحسن أفتى بخلافه ، فإنه يقول : لا يقتل الحر بالعبد ، وقال : إذا قتل السيد عبده يضرب ، ومخالفته له تدل على ضعفه

٦٦١٩ فصــــل

ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ، ويقتل العبد بالحر ، ويقتل بسيده ، لأنه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى ، مع عموم النصوص الواردة في ذلك ، ومتى وجب القصاص على العبد فعفا ولي الجناية إلى المال فله ذلك ، ويتعلق أرشها برقبته ، لأنه موجب جنايته ، فتعلق برقبته كالقصاص ثم إن شاء سيده أن يسلمه إلى ولي الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك ، لأنه سلم إليه ما تعلق حقه به ، وإن قال ولي الجناية بعه وادفع إلى ثمنه لم يلزمه ذلك . لأنه لم يتعلق بذمته شيء ، وإنما تعلق بالرقبة التي سلمها ، فبرىء منها ، وفيه وجه آخر : أنه يلزمه ذلك ، كما يلزمه بيع الرهن ، وإن امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية جميعاً ؟ على روايتين ذكرناهما في غير هذا الموضع ، وإن عفا عن القصاص ليملك رقبة العبد ففيه روايتان .

إحداهما : يملكه بذلك ، لأنه يملك إتلافاً ، فكان ملكا له كسائر أمواله .

والثانية : لا يملكه لأنه محل تعلق به القصاص ، فلا يملكه بالعفو كالحر ، فعلى هذه الرواية يتعلق أرش الجناية برقبته كما لو عفا على مال ، لأن العوض الذي عفا لأجله لم يصح له ، فكان له عوضه كالعقود الفاسدة .

---

(١) الجدع : قطع الأنف (ف)

٦٦٢٠ فصـــل

ويجرى القصاص بين العبيد فى النفس فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والنخعى ، والشعبى ، والزهرى ، وقتادة ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة . وروى عن أحمد رواية أخرى : أن من شرط القصاص تساوى قيمتهم ، وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص ، وينبغى أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر ، فإن كانت أقل فلا ، وهذا قول عطاء ، وقال ابن عباس : ليس بين العبيد قصاص فى نفس ولا جرح ، لأنهم أموال .

ولنا : أن الله تعالى قال : [1] « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » . وهذا نص من الكتاب ، فلا يجوز خلافه ، لأن تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل ، فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والأنوثية .

٦٦٢١ فصـــل

ويجرى القصاص بينهم فيما دون النفس وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجرى القصاص بينهم فيما دون النفس . وهو قول الشعبى ، والنخعى ، والثورى ، وأبى حنيفة ، لأن الأطراف مال ، فلا يجرى القصاص فيها كالبهائم ، ولأن التساوى فى الأطراف معتبر فى جريان القصاص بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بالناقصة ، وأطراف العبيد لا تتساوى .

ولنا : قول الله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين »[2] الآية ولأنه أحد نوعى القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص فى النفس .

٦٦٢٢ فصـــل

وإذا وجب القصاص في طرف العبد وجب للعبد ، وله استيفاؤه والعفو عنه .

٦٦٢٣ فصـــل

ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل قتل به ، وكذلك لو جرح عبد عبداً ثم عتق الجارح ومات المجروح قتل به ، لأن القصاص وجب فلم يسقط بالعتق بعده ، ولأن التكافؤ موجود حال وجود الجناية ، وهى السبب ، فاكتفى به ، ولو جرح حر ذمى عبداً ثم لحق بدار الحرب ، فأسر واسترق لم يقتل بالعبد ، لأنه حين وجوب القصاص حر .

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ . (٢) سورة المائدة آية ٤٥

٦٦٢٤ فصــــل

وإذا قتل عبد عبداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فإن عفا إلى مال تعلق المال برقبة القاتل لأنه وجب بجنايته ، وسيده مخير بين فدائه وتسليمه ، فإن اختار فداءه فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتول ، لأنه إن كان الأقل قيمته لم يلزمه أكثر منها ، لأنها بدل عنه . وإن كان الأقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها ، لأنها بدل عنه ، وعنه رواية أخرى : أن سيده إن اختار فداءه لزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ ، لأنه إذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزايد أكثر من قيمته .

فإن قتل عشرة أعبد عبداً لرجل عمداً فعليهم القصاص فإن اختار السيد قتلهم فله قتلهم ، وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها ، يباع منه بقدرها ويفديه[1] سيده فإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له لأن له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم ، وإن قتل عبد عبدين لرجل واحد ، فله قتله أو العفو عنه . فإن قتله سقط حقه ، وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته ، فإن كانا لرجلين فكذلك ، إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما ، لأن حقه أسبق ، فإن عفا عنه الأول قتل بالثاني ، وإن قتلهما دفعة واحدة أقرع بين السيدين ، فأيهما خرجت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر ، وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتيل الأول عن القصاص إلى مال تعلق برقبة العبد . وللثاني أن يقتص ، لأن تعلق المال بالرقبة لا يسقط حق القصاص جنى ، كما لو العبد المرهون ، وإن قتله الآخر سقط حق الأول من القيمة ، لأنه لم يبق محل يتعلق به وإن عفا الثاني تعلقت قيمة القتيل الثاني برقبته أيضاً ، ويباع فيهما ، ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ، ولم نقدم الأول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص ، لأن القصاص لا يتبعض بينهما ، والقيمة يمكن تبعضها .

فإن قيل : فحق الأول أسبق . قلنا : لا يراعى السبق ، كما لو أتلف أموالا لجماعة واحداً بعد واحد . فأما إن قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو ، فإن عفا أحدهما سقط القصاص ، وينتقل حقهما إلى القيمة ، لأن القصاص لا يتبعض . وإن قتل عبدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما ، أيهما كان ، ويسقط حقه من الآخر ، وله أن يعفو عنه إلى مال ، وتتعلق قيمتهما جميعاً برقبته .

٦٦٢٥ مســــألة

ويقتل العبد القن بالمكاتب ، والمكاتب به ، ويقتل كل واحد منهما بالمدبر ، وأم الولد ، ويقتل المدبر وأم الولد بكل واحد منهما ؛ لأن الكل عبيد ، فيدخلون في عموم قوله تعالى : «والعَبْدُ بِالعَبْدِ»[2]

---

(١) في ١٨ : أو يفديه . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .

فقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد ، وسواء ملك ما يؤدى أو لم يملك ، إلا إذا قلنا : إنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً ، فإنه لا يقتل بالعبد ، لأنه حر فلا يقتل بالعبد ، وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة لم يقتل به أيضاً ، لأنه يصير حراً ، ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة جاز قتله به . وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتباً له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به ، لأنه حين الجرح كان المستحق المولى ، وحين الموت الوارث ، ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين .

ولنا : قوله تعالى : « النَّفْسَ بالنَّفْسِ »(1) وقوله تعالى : « والْعَبْدُ بِالْعَبْدِ »(2) ، ولأنه لو كان قِنًّا لوجب بقتله القصاص ، فإذا كان مكاتباً كان أولى ، كما لو لم يخلف وارثاً . وما ذكروه شيء بنوه على أصولهم ، ولا نسلمه(3) .

٦٦٢٦ مســـألة

قال : ﴿ وإذا قتل الكافر العبد عمداً فعليه قيمته ، ويقتل لنقضه للعهد ﴾ .

يعنى الكافر الحر لايقتل بالعبد المسلم ، لأن الحر لايقتل بالعبد ، لفقدان التكافؤ بينهما ، ولأنه لايحد بقذفه ، فلا يقتل بقتله ، كالأب مع ابنه ، وعليه قيمته ، ويقتل لنقضه العهد ، فإن قتل المسلم ينتقض به العهد ، بدليل ماروى أن ذمياً كان يسوق حماراً بامرأة مسلمة ، فنخسه بها فرماها ، ثم أراد إكراهها على الزنا ، فرفع إلى عمر رضى الله عنه ، فقال : ما على هذا صالحناهم ، فقتله وصلبه . وروى في شروط عمر أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط : من ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده ، ولأنه فعل ينافى الأمان ، وفيه ضرر على المسلمين ، فكان نقضاً للعهد كالاجتماع على قتال المسلمين، والامتناع من أداء الجزية . وفيه رواية أخرى: أنه لاينتقض عهده بذلك ، فعلى هذا عليه قيمته ، ويؤدب بما يراه ولى الأمر .

٦٦٢٧ فصـــل

وإن قتل عبد مسلم حراً كافراً لم يقتل به ، لأنا لا نقتل المسلم بالكافر ، وإن قتل من نصفه حر عبداً لم يقتل به ، لأنا لا نقتل نصف الحر بعبد . وإن قتله حر لم يقتل به ، لأن النصف الرقيق لايقتل به الحر . وإن قتل مَنْ نصفه حر من نصفه حر قتل به ، لأن القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل ، وهما مستويان .

---

(1) من سورة المائدة آية ٤٥ . (2) سورة البقرة آية ١٧٨ .
(3) فى ١٨ ، لا نسلمها .

٦٦٢٨ فصل

ويجرى القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم ، لعموم الآيات والأخبار ، ولأن المؤمنين تتكافؤ دماؤهم ، ولا نعلم فى هذا خلافاً . وثبت عن أبى بكر رضى الله عنه ، أنه قال لرجل شكا إليه عاملا أنه قطع يده ظلماً : لئن كنت صادقاً لأقيد بك منه ، وثبت أن عمر رضى الله عنه كان يقيد من نفسه ، وروى أبو داود قال خطب عمر ، فقال : إنى لم أبعث عمالى ليضربوا أبشاركم ، ولا ليأخذوا أموالكم ، فمن فعل به ذلك فليرفعه إلىّ أقُصَّه منه . فقال عمرو بن العاص : لو أن رجلا أدب بعض رعيته تُقِصُّه منه ؟ قال : أى والذى نفسى بيده أُقِصُّه منه ، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أَقَصَّ من نفسه ، ولأن المؤمنين تتكافؤ دماؤهم ، وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجرى القصاص بينهما كسائر الرعية .

٦٦٢٩ فصل

وإذا قتل القاتل غير ولى الدم فعلى قاتله القصاص ، ولورثة الأول الدية فى تركة الجانى الأول ، وبهذا قال الشافعى . وقال الحسن ، ومالك : يقتل قاتله ، ويبطل دم الأول ، لأنه فات محله ، فأشبه مالو قتل العبد الجانى . وروى عن قتادة ، وأبى هاشم : لاقود على الثانى ، لأنه قَتَلَ مُبَاحَ الدّم ، فلم يجب بقتله قصاص كالزانى المحصن .

ولنا : على وجوب القصاص على قاتله : أنه محل لم يتحتم قتله ، ولم يبح لغير ولى الدم قتله ، فوجب القصاص بقتله ، كما لو كان عليه دين .

ولنا : على وجوب الدية فى تركة الجانى الأول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشركاء ، أو حدث مانع . وفارق العبد الجانى ، فإنه ليس له مال ينتقل إليه . فإن عفا أولياء الثانى على الدية أخذوها . ودفعوها إلى ورثة الأول . فإن كانت عليه ديون ضم ماقبضوا من الدية إلى سائر تركته ، ثم ضرب أولياء المقتول الأول مع سائر أهل الديون فى تركته وديته . وإن أحال ورثة المقتول الثانى ورثة المقتول الأول بالدية على القاتل الثانى صحت الحوالة ، ويتخرج أن تجب دية القتيل الأول على قاتله ابتداء ، لأنه أتلف محل حق ورثته ، فكان غرامته[1] عليه كما لو قتل العبد الجانى وإن مات القاتل عمداً وجبت الدية فى تركته . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يسقط حق ولى الجناية ، وتوجيه المذهبين على ماتقدم .

---

(١) فى ١٨ : فكان غرمة . وفى ٣٩ : فكانت غرامته .

٦٦٣٠ مســـــألة

قال : ﴿ والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد ﴾ .

لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون ، وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه ، مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما ، والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ، ولأنهم ليس لهم قصد صحيح ، فهم كالقاتل خطأ .

٦٦٣١ فصـــــل

فإن اختلف الجاني وولي الجناية ، فقال الجاني : كنتُ صبياً حال الجنايةَ ، وقال ولي الجناية : كنت بالغاً فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق ، لأن الأصل الصغر ، وبراءة ذمته من القصاص . وإن قال : قتلته وأنا مجنون ، وأنكر الولي جنونه ، فإن عرف له حال جنون فالقول قوله أيضاً لذلك ، فإن لم يعرف له حال جنون . فالقول قول الولي لأن الأصل السلامة ، وكذلك إن عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل ، وإن ثبت لأحدهما بينة بما ادعاه حكم له ، وإن أقاما بينتين تعارضتا ، فإن شهدت البينة أنه كان زائل العقل ، فقال الولي(1) : كنت سكران ، وقال القاتل : كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه ، لأنه أعرف بنفسه ، ولأن الأصل براءة ذمته ، واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه .

٦٦٣٢ فصـــــل

فإن قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه القصاص ، سواء ثبت ذلك عليه ببينة أو إقرار ، لأن رجوعه غير مقبول ، ويقتص منه في حال جنونه ، ولو ثبت عليه الحد بإقراره ثم جن لم يقم عليه حد حال جنونه ، لأن رجوعه يقبل ، فيحتمل أنه لو كان صحيحاً رجع .

٦٦٣٣ فصـــــل

ويجب القصاص على السكران إذا قتل حال سكره ، ذكره القاضي . وذكر أبو الخطاب : أن وجوب القصاص عليه مبني على وقوع طلاقه ، وفيه روايتان ، فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان . أحدهما : لا يجب عليه لأنه زائل العقل أشبه المجنون ، ولأنه غير مكلف أشبه الصبي والمجنون .

ولنا : أن الصحابة رضي الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه ، فأوجبوا عليه حد القاذف ، فلولا أن

---

(1) في المطبوعة : المولي ، خطأ .

قذفه موجب للحد لما وجب الحد بعظنته ، وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمى[1] أولى ، ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى إلى أن من أراد أن يعصى الله تعالى شرب ما يكره ثم يقتل ويزنى ويسرق ، ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ، ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ، ولا وجه لهذا ، وفارق هذا الطلاق ، ولأنه قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل فأما إن شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم ، فإن زال عقله بالكلية بحيث صار مجنوناً ، وإن كان يزول قريباً ويزول من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه .

٦٦٣٤ مســـألة

قال : ﴿ ولا يقتل والد بولده وإن سفل ﴾ .

وجملته أن الأب لا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وإن نزلت درجته ، وسواء فى ذلك ولد البنين أو ولد البنات ، وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده : عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وبه قال ربيعة ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وقال ابن نافع ، وابن عبد الحكم ، وابن المنذر : يقتل به ، لظاهر آى الكتاب ، والأخبار الموجبة للقصاص ، ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص ، فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين وقال ابن المنذر : قد رووا فى هذا أخباراً ، وقال مالك : إن قتله حذفاً بالسيف ونحوه لم يقتل به ، وإن ذبحه أو قتله قتلا لا يشك فى أنه عَمَد إلى قتله دون تأديبه أقيد به .

ولنا : ماروى عمر بن الخطاب ، وابن عباس : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائى حديث عمر ورواهما ابن ماجه ، وذكرهما ابن عبد البر ، وقال : هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق ، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه ، حتى يكون الإسناد فى مثله مع شهرته تكلفاً ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الإضافة تمليكه إياه ، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الإضافة شبهة فى درء القصاص ، لأنه يدرأ بالشبهات ، ولأنه سبب إيجاده ، فلا ينبغى أن يتسلط بسببه على إعدامه ، وما ذكرناه يخص العمومات ، ويفارق الأب سائر الناس ، فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص ، والأب بخلافه .

٦٦٣٥ فصـــل

والجد وإن علا كالأب فى هذا ، وسواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم فى قول أكثر مسقطى القصاص عن الأب . وقال الحسن بن حى : يقتل به .

---

(١) فى ٣٩ : حقاً لآدمى .

وانا : أنه والد فيدخل فى عموم النص ، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة ، فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا ملكه ، والجد من قبل الأب كالجد من قبل الأم ، لأن ابن البنت يسمى ابناً ، قال النبى صلى الله عليه وسلم فى الحسن : « إن ابنى[1] هذا سيد » .

٦٦٣٦ مســـــألة

قال : ﴿ والأم فى ذلك كالأب ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب ، وعليه العمل عند مسقطى القصاص عن الأب ، وروى عن أحمد رحمه الله مايدل على أنه لايسقط عن الأم ، فإن مهنا نقل عنه فى أم ولد قتلت سيدها عمـداً : تقتل ، قال : من يقتلها ؟ قال : ولدها . وهذا يدل على إيجـاب القصاص على الأم بقتل ولدها . وخرجهـا أبو بكر على روايتين :

إحداها : أن الأم تقتل بولدها ، لأنه لا ولاية لها عليـه ، فتقتل به كالأخ ، والصحيح الأول لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لايقتل والد بولده » ، ولأنها أحد الوالدين ، فأشبهت الأب ، ولأنهـا أولى بالبر ، فـكانت أولى بنفى القصاص عنها ، والولاية غير معتبرة ، بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل الـكبير الذى لا ولاية عليه ، وعن الجد ولا ولاية له ، وعن الأب المخالف فى الدين ، أو الرقيق والجدة . وإن علت فى ذلك كالأم ، وسواء فى ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم ، لما ذكرنا فى الجد .

٦٦٣٧ فصـــــل

وسواء كان الوالد مساويا للولد فى الدين والحرية ، أو مخالفاً له فى ذلك ، لأن انتفاء القصاص لشرف الأبوة ، وهو موجود فى كل حال ، فلو قتل الـكافر ولده المسلم ، أو قتل المسلم أباه الـكافر ، أو قتل العبد ولده الحر ، أو قتـل الحر والده العبد ، لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتـل ولده ، وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده .

٦٦٣٨ فصـــــل

وإذا ادعى نفران نسب صغير مجهول النسب ؛ ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما . وإن ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتـل أبوه . وقتل الآخر ؛ لأنه شريك الأب فى قتـل ابنه . وإن رجعا جميعاً عن الدعوى لم يقبل رجوعهما ؛ لأنّ النسب حق للولد . فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به كالو أقر له بحق سواء أو كما لو ادعاه واحـد فألحق

---

(١) أخرجه البخارى عن أبى بكرة (ف)

به ثم جحده . وإن رجع أحدهما صح رجوعه ، وثبت نسبه من الآخر ، لأن رجوعه لم يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذى لم يرجع ، ويجب على الراجع ؛ لأنه شارك الأب . وإن عفا عنـه فعليه نصف الدية ، ولو اشترك رجلان فى وطء امرأة فى طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما لم يجب القصاص وإن نفيا نسبه لم ينتف بقولهما ، وإن نفاه أحـدهما لم ينتف بقوله ، لأنه لحقه بالفراش ، فلا ينتفى إلا باللعان ، وفارق التى قبلها من وجهين :

أحدهما : إذا رجع عن دعواه لحق الآخر ، وهاهنا لا يلحق بذلك .

والثانى : أن ثبوت نسبه ثم بالاعتراف ، فيسقط بالجحـد ، وهاهنا يثبت بالاشتراك فى الوطء ، فلا ينتفى بالجحد ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا سواء .

٦٦٣٩ فصـــــل

ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ، ولهما ولد ، لم يجب القصاص ، لأنه لو وجب لوجب لولده ، ولا يجب للولد قصاص على والده ؛ لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى ، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى ، أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه فى الميراث ، أو لم يـكن ، لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ، ولا يمكن وجوبه ، وإذا لم يثبت بعضه سقط كله ، لأنه لا يتبعض ، وصار كما لو عفا بعض مستحقى القصاص عن نصيبه منه ، فإن لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص فى قول أكثر أهل العلم . منهم عمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، والثورى ، والشافعى ، وأصحـاب الرأى . وقال الزهرى : لا يقتل الزوج بامرأته ، لأنه ملـكها بعقد النكاح ، فأشبه الأمة .

ولنا : عمومات النص ، ولأنهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقـذف صاحبه ، فيقتل به كالأجنبيين . وقوله : إنه ملـكها غير صحيح ، فإنها حرة ، وإنما ملك منفعة الاستمتاع ، فأشبه المستأجرة . ولهذا تجب ديتها عليه ، ويرثها ورثتها ، ولا يرث منها إلا قدر ميراثه ، ولو قتلها غيره كانت ديتهـا أو القصاص لورثتها ، بخلاف الأمة .

٦٦٤٠ فصـــــل

ولو قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئاً من ميراثه لم يجب القصاص ، لما ذكرنا ، ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءاً منه ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط القصاص لأن ما منع مقارناً أسقط طارئاً ، وتجب الدية ، ولو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص ، سواء صـار إليه ابتداء ، أو انتقل إليه من أبيـه ، أو من غيره لمـا ذكرنا .

٦٦٤١ فصـــل

وإذا قتل أحد أبوى المكاتب المكاتب ، أو عبداً له ، لم يجب القصاص ، لأن الوالد لا يقتل بولده ، ولا يثبت للولد على والده قصاص ، وإن اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص ، لأن السيد لا يقتل بعبده .

٦٦٤٢ فصـــل

ابنان قتل أحدهما أباه والآخر أمه فإن كانت الزوجية بينهما موجودة حال قتل الأول فالقصاص على قاتل الثانى دون الأول ، لأن القتيل الثانى ورث جزءاً من دم الأول ، فلما قتل ورثه قاتل الأول ، فصار له جزء من دم نفسه ، فسقط القصاص عنه ، ووجب له القصاص على أخيه فإن قتله ورثه إن لم يكن له وارث سواه[1] لأنه قتله بحق . وإن عفا عنه إلى الدية وجبت ، وتقاصا بما بينهما ، وما فضل لأحدهما فهو له على أخيه . وإن لم تكن الزوجية بين الأبوين قائمة فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه ، لأنه ورث الذى قتله أخوه وحده ، دون قاتله ، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه ، وسقط القصاص عنه ، لأنه يرث أخاه ، لكونه قتلا بحق ، فلا يمنع الميراث ، إلا أن يكون المقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل ، فيكون له قتل عمه ، ويرثه إن لم يكن له وارث سواه . وإن تشاحا فى المبتدىء منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول ، لأنه أسبق ، واحتمل أن يقرع بينهما . وهذا قول القاضى ، ومذهب الشافعى ، لأنهما تساويا فى الاستحقاق ، فيصيران[2] إلى القرعة ، وأيهما قتل صاحبه أولا إما بمبادرة أو قرعة ورثه فى قياس المذهب . إن لم يكن له وارث سواه ، وسقط عنه القصاص . وإن كان محجوباً عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر ، وإن عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافى ورثه أيضاً ، وسقط عنه ماوجب عليه من الدية وإن تعافيا جميعاً على الدية تقاصا بما استويا فيه ، ورجب القاتل الأم الفضل على قاتل الأب ، لأن عقل الأم نصف عقل الأب . ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما ، لتساويهما فى استحقاقه ، لسقوط الدينين إذا تساوتا ، ولأنه لاسبيل إلى استيفائهما ، واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف ، فلا يجوز فتعين السقوط ، وإن كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه . فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه ، ثم لابنه أن يقتل عمه ويرثه ابنه ، ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذى قتله عمه ، دون الذى قتله أبوه ، وإن كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص ، وورث مال أبيه الذى قتله أخوه ، ونصف مال أخيه ،

---

(١) فى المطبوعة : سواء ، بالهمزة ، خطأ .

(٢) فى نسخ المغنى (فيصيرا) والصواب (فيصيران) وفى الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٧٨ (فصرنا) ف

ونصف مال أبيه الذى قتله هو ، وورثت البنت التى قتل أبوها نصف مال أبيها ، ونصف مال جدها الذى قتله عمها ، ولها على عمها نصف دية قتيله .

٦٦٤٣ فصـــــل

أربعة إخوة ، قتل الأول الثانى ، والثالث الرابع ، فالقصـاص على الثالث ، لأنه لما قتل الرابع لم يرثه ، وورثه الأول . وقد كان للرابع نصف قصاص الأول ، فرجع نصف قصاصه إليه ، فسقط ووجب للثالث نصف الدية ، وكان للأول قتل الثالث ، لأنه لم يرث من دم نفسه شيئاً . فإن قتله ورثه فى ظاهر المذهب ، ويرث مايرثه عن أخيه الثانى . وإن عفا عنه إلى الدية وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها ، وإن كان لهما ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذى فى التى قبلها .

٦٦٤٤ مســـــألة

قال : ﴿ ويقتل الولد بكل واحد منهما ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم . مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وحكى أصحابنا عن أحمد رواية ثانية : أن الإبن لايقتل بأبيه ، لأنه ممن لاتقبل شهادته له بحق النسب ، فلا يقتل به كالأب مع ابنه . والمذهب أنه يقتل به ، للآيات والأخبار ، وموافقة القياس ، ولأن الأب أعظم حرمة وحقاً من الأجنبى ، فإذا قتل بالأجنبى فبالأب أولى ، ولأنه يحد بقذفه ، فيقتل به كالأجنبى ، ولا يصح قياس الإبن على الأب ، لأن حرمة الوالد على الولد آكد ، والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك ، بخلاف الوالد مع الولد .

وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم . أحدهما : أنه قال : « لا يقاد الأب من ابنه ، ولا الإبن من أبيه » . والثانى : أنه : « كان يقيد الأب من ابنه ، ولا يقيد الإبن من أبيه » . رواه الترمذى . وهذان الحديثان ، أما الحديث الأول لا نعرفه[1] ولم نجده فى كتب السنن المشهورة ، ولا أظن له أصلا ، وإن كان له أصل فهما متعارضان متدافعان ، يجب إطراحهما ، والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة ، والإجماع الذى لا تجوز مخالفته .

٦٦٤٥ مســـــألة

قال : ﴿ ويقتل الجماعة بالواحدة ﴾ .

وجملته : أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص . إذا كان كل واحد منهم لوانفرد

(١) فى ١٨ : فلا نعرفه .

بفعله وجب عليه القصاص . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، والمغيرة بن شعبة ، وابن عباس . وبه قال سعيد ابن المسيب ، والحسن ، وأبو سلمة ، وعطاء ، وقتادة وهو مذهب مالك ، والثورى والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وحكى عن أحمد رواية أخرى : لا يقتلون به ، وتجب عليهم الدية . وهذا قول ابن الزبير ، والزهرى ، وابن سيرين ، وحبيب بن أبى ثابت ، وعبد الملك ، وربيعة ، وداود ، وابن المنذر . وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس . وروى عن معاذ بن جبل ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، والزهرى : أنه يقتل منهم واحد ، ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية ، لأن كل واحد منهم مكافىء له ، فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد ، كما لاتجب ديات لمقتول واحد ، ولأن الله تعالى قال : « الحرُّ بالحرِّ »[1] وقال : «وكتبْنا عليهِمْ فيها أنَّ النفْسَ بالنفْسِ»[2] ، مقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ، ولأن التفاوت فى الأوصاف يمنع ، بدليل أن الحر لايؤخذ بالعبد ، والتفاوت فى العدد أولى . قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم روى سعيد بن المسيب : « أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً » . وعن على رضى الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا . وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ، ولم يعرف لهم فى عصرهم مخالف ، فكان إجماعاً ، ولأنها عقوبة تجب للواحد على الواحد ، فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ، ويفارق الدية فإنها تتبعض والقصاص لايتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به ، فيؤدى إلى إسقاط حكمة الردع والزجر .

٦٦٤٦ فصــــل

ولا يعتبر فى وجوب القصاص على المشتركين التساوى فى سببه ، فلو جرحه رجل جرحاً ، والآخر مائة ، أو جرحه أحدهما موضحة ، والآخر آمة ، أو أحدهما جائفة ، والآخر غير جائفة فمات ، كانا سواء فى القصاص والدية ، لأن اعتبار التساوى يفضى إلى سقوط القصاص عن المشتركين ، إذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه ، ولو احتمل التساوى لم يثبت الحكم ، لأن الشرط يعتبر العلم بوجوده . ولا يكتفى باحتمال الوجود ، بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه فى انتفاء الحكم ، ولأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة ، كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ، ومن غير الجائفة دون الجائفة ، ولأن الجراح إذا صارت نفساً سقط اعتبارها ، فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ، ألا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة ، كما لو قطع طرفه فمات ؟

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ . (٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

٦٦٤٧ فصل

إذا اشترك ثلاثة فى قتل رجل فقطع أحدهم يده ، والآخر رجله ، وأوضحه الثالث فمات فللولى قتل جميعهم ، والعفو عنهم إلى الدية ، فيأخذ من كل واحد ثلثها ، وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين ، وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثى الدية ، ويقتل الثالث . فإن برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذى برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية ، وله أن يعفو عن الذى برىء جرحه ، ويأخذ منه دية جرحه ، فإن ادعى الموضح أن جرحه برىء قبل موته وكذبه شريكاه نظرت فى الولى ، فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة إليه ، فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية ، وله أن يقتص منه موضحة ، أو يأخذ منه أرشها ، ولم يقبل قوله فى حق شريكه ، لأن الأصل عدم البرء فيهما ، لكن إن اختار الولى القصاص فلا فائدة لهما فى إنكار ذلك ، لأن له أن يقتلهما ، سواء برئت أو لم تبرأ ، وإن اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها ، وإن كذبه الولى حلف وله الاقتصاص منه ، أو مطالبته بثلث الدية ، ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من ثلثها ، فإن شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة ، لإقرارهما بوجوبها ، وللولى أخذها منهما إن صدقهما ، وإن لم يصدقهما وعفا إلى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها ؛ لأنه لا يدعى أكثر من ذلك ، فتقبل شهادتهما له إن كانا قد تابا وعدلا ؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بذلك نفعاً ، فيسقط القصاص عنه ، ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة .

٦٦٤٨ فصل

إذا قطع رجل يده من الكوع ، ثم قطعها آخر من المرفق ، ثم مات نظرت ، فإن كانت جراحة الأول برئت قبل قطع الثانى ، فالثانى هو القاتل وحده وعليه القود أو الدية كاملة إن عفا عن قتله وله قطع يد الأول أو نصف الدية . وإن لم تبرأ فهما قاتلان ، وعليهما القصاص فى النفس . وإن عفا إلى الدية وجبت عليهما . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة القاتل هو الثانى وحده ولا قصاص على الأول فى النفس لأن قطع الثانى قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه مالو اندمل جرحه . وقال مالك : إن قطعه الثانى عقيب قطع الأول قتلا جميعاً ، وإن عاش بعد قطع الأول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثانى فالثانى هو القاتل وحده ، وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللأولياء أن يقسموا على أيهما شاءوا ويقتلوه .

ولنا : أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص فإذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص ، كالو كان فى يدين ؛ ولأن القطع الثانى لا يمنع جنايته بعده ، فلا يسقط حكم ماقبله ،

كما لو كان في يدين ، ولا نسلم زوال جنايته ، ولا قطع سرايته ؛ فإن الألم الحاصل بالقطع الأول لم يزل ، وإنما انضم إليه الألم الثاني ، فضعفت النفس عن احتمالها[1] ، فزهقت بهما ، فكان القتل بهما . ويخالف الاندمال ، فإنه لا يبقى معه الألم الذي حصل في الأعضاء الشريفة فاختلفا . فإن ادعى الأول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ، ولزمه القصاص في اليد ، أو نصف الدية . وإن كذبه شريكه ، واختار الولي القصاص ، فلا فائدة له في تكذيبه ، لأن قتله واجب . وإن عفا عنه إلى الدية فالقول قوله مع يمينه ، ولا يلزمه أكثر من نصف الدية ، وإن كذب الولي الأول حلف ، وكان له قتله ، لأن الأصل عدم ما ادعاه ، ولو ادعى الثاني اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم في الأول إذا ادعى ذلك .

٦٦٤٩ مسألة

قال : ﴿ وإذا قطعوا يداً قطعت نظيرتها من كل واحد منهم ﴾ .

وجملته : أن الجماعة إذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم . وبه قال مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الحسن ، والزهري ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر : لا تقطع يدان بيد واحدة ، ويتعين ذلك وجهاً في مذهب أحمد . لأنه روى عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، وهذا تنبيه على أن الأطراف لا تأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بناقصتها ، ولا أصلية بزائدة ، ولا زائدة بأصلية ، ولا يميناً بيسار ، ولا يساراً بيمين ، ولا تساوي بين الطرف والأطراف ، فوجب امتناع القصاص بينهما ، ولا يعتبر التساوي في النفس ، فإنما نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها ، ولأنه يعتبر في القصاص في الأطراف التساوي في نفس القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب لم يجب القصاص بخلاف النفس . ولأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه ، كيلا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل ، والاشتراك المختلف فيه لا يقع إلا في غاية الندرة ، فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولأن إيجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد ، وإيجابه[2] عن المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ، ولا عن شيء من الاشتراك إلا على صورة نادرة الوقوع ، بعيدة الوجود يحتاج في وجودها إلى تكلف ، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعاً لشيء ممتنع بنفسه لصعوبته ، وإطلاقاً في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله ، وهذا لا فائدة فيه ، بخلاف الاشتراك في النفس ، يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد في النفس والطرف على خلاف الأصل ، لكونه يأخذ

---

(١) في المطبوعة : احتمالها . وما في ١٨ أوضح .

(٢) في نسخ المغني (وإيجابه عن المشتركين) وفي الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٦٨ (وإيجابه على المشتركين) وهو أوضح . (ف)

فى الاستيفاء زيادة على مافوت عليه ، ويخل بالتماثل المنصوص على النهى عما عداه ، وإنما خولف هذا الأصل فى الأنفس زجراً عن الاشتراك الذى يقع القتل به غالباً ، ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ولأن النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على مادونها بذلك .

ولنا : ماروى أن شاهدين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ، ثم جاءا بآخر فقالا : هذا هو السارق وأخطأنا فى الأول ، فردشهادتهما على الثانى ، وغرمهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة ، ولأنه أحد نوعى القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالأنفس .

وأما اعتبار التساوى فمثله فى الأنفس ، فإننا نعتبر التساوى فيها ، فلا نأخذ مسلماً بكافر ، ولا حراً بعبد ، وأما أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها ، وإنما يفوت تبعاً ، ولذلك كانت ديتهما واحدة ، بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة ، فإن ديتهما مختلفة ، وأما اعتبار التساوى فى الفعل فإنما اعتبر فى اليد ، لأنه يمكن مباشرتها بالقطع ، فإذا قطع كل واحد منهما من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه ، فلا يجب على إنسان قطع محل لم يقطع مثله ، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وإنما أفعالهم فى البدن فيفضى ألمه إليها فتزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر ، فكانا كالقاطعين فى محل واحد ، ولذلك لا يستوفى من الطرف إلا فى المفصل الذى قطع الجانى منه ، ولا يجوز تجاوزه ، وفى النفس لو قتله بجرح فى بطنه أو جنبه أو غير ذلك ، كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذى وقعت الجناية فيه . إذا ثبت هذا فإنما يجب القصاص على المشتركين فى الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر ، إما بأن يشهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ، ثم يرجعون عن الشهادة ، أو يكرهوا إنساناً على قطع طرف ، فيجب قطع المُكرِهين كلهم والمكرَه أو يلقوا صخرة على طرف إنسان فيقطعه ، أو يقطعوا يداً ، أو يقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ، ويتحاملوا عليها جميعاً ، أو يمدوها ، فتبين [اليد](1) فإن قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره ، أو ضرب كل واحد ضربة ، أو وضعوا منشاراً على مفصله ثم مده كل واحد إليه مرة مرة ، حتى بانت اليد ، فلا قصاص فيه لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ، ولم يشارك فى قطع جميعها ، وإن كان قتل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه ، وهذا مذهب الشافعى .

٦٦٥٠ مسألة

قال : ﴿ وإذا قتل الأب وغيره عمداً قتل من سوى الأب ﴾ .

(١) الزيادة من : ١٨ .

وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأبو ثور : وعن أحمد رواية أخرى : لاقصاص على واحد منهما ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب ، فلم يوجب كقتل العامد والخاطىء والصبى والبالغ ، والمجنون والعاقل .

ولنا : أنه شارك فى القتل العمد العدوان فيمن يقتل به ، لو انفرد بقتله ، فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبى ، ولا نسلم أن فعل الأب غير موجب ، فإنه يقتضى الإيجاب ، لكونه تمحض عمداً عدواناً ، والجناية به أعظم إثما ، وأكثر جرماً ، ولذلك خصه الله تعالى بالنهى عنه ، فقال : « وَلاَ تَقْتُلُوا أَوْلاَدَكُمْ ـ ثم قال : إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئاً كَبِيراً »[1] . ولما سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن أعظم الذنب[2] قال : « أن تجعل لله نداً وهو خلقك ، ثم تقتل ولدك خشية أن يطعم معك » فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ، ولأنه قطع الرحم التى أمر الله تعالى بصلتها ، ووضع الإساءة موضع الإحسان ، فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه ، وإنما امتنع الوجوب فى حق الأب لمعنى مختص بالمحل ، لالقصور فى السبب الموجب ، فلا يمتنع عمله فى المحل الذى لامانع فيه .

وأما شريك الخاطىء فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب ، فإن فعل الخاطىء غير موجب للقصاص ، ولا صالح له ، والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً لوقوع الخطأ فى الفعل الذى حصل به زهوق النفس ، بخلاف مسألتنا .

٦٦٥١ فصــــل

وكل شريكين امتنع القصاص فى حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور فى السبب فهو فى وجوب القصاص على شريكه ، كالأب وشريكه مثل أن يشترك مسلم وذمى فى قتل عبد عمداً عدواناً ، فإن القصاص لايجب على المسلم والحر ، ويجب على الذمى والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب ، لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه ، وعن الحر لحريته ، وانتفاء مكافأة المقتول له . وهذا المعنى لايتعدى إلى فعله ، ولا إلى شريكه ، فلم يسقط القصاص عنه .

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال : سألت أبى رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبداً عمداً ؟ قال : أما الحر فلا يقتل بالعبد ، وعلى الحر نصف قيمة العبد فى ماله ، والعبد إن شاء سيده أسلمه ، وإلا فداه بنصف بنصف قيمة العبد . وظاهر هذا . أنه لاقصاص على العبد ، فيخرج مثل ذلك فى كل قتل شارك فيه من لايجب عليه القصاص .

---

(١) سورة الإسراء آية ٣١ .

(٢) أخرجه الشيخان عن ابن مسعود .

٦٦٥٢ مسألة

قال { وإذا اشترك فى القتل صبى ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم ، وعلى العاقل ثلث الدية فى ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبى والمجنون ثلث الدية ، وعتق رقبتين فى أموالهما ، لأن عمدهما خطأ } .

أما إذا شاركوا فى القتل من لاقصاص عليه لمعنى فى فعله كالصبى والمجنون فالصحيح فى المذهب ، أنه لاقصاص عليه ، وبهذا قال الحسن ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وهو أحد قولى الشافعى ، وعن أحمد رواية أخرى : أن القود يجب على البالغ العاقل ، حكاها [ابن] المنذر عن أحمد ، وحكى ذلك عن مالك ، وهو القول الثانى للشافعى . وروى ذلك عن قتادة ، والزهرى ، وحماد ، لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله ، فمتى كان فعله عمداً عدواناً وجب القصاص عليه ، ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال ، ولأنه شارك فى القتل عمداً عدواناً ، فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبى ، وذلك لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره ، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً . فمتى تمحض عمداً عدواناً وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص . وبنى الشافعى قوله على أن فعل الصبى والمجنون إذا تعمداه عمد ، لأنهما يقصدان القتل ، وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما ، وهو عدم التكليف ، فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالأبوة .

ولنا : أنه شارك من لامأثم عليه فى فعله ، فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء ، ولأن الصبى والمجنون لاقصد لهما صحيح ، ولهذا لايصح إقرارهما : فكان حكم فعلهما حكم الخطأ ، وهذا معنى قول الخرقى : عمدهما خطأ . أى : فى حكم الخطأ . فى انتفاء القصاص عنه ، ومدار[1] ديته وحمل عاقلتهما إياها ، ووجوب الكفارة .

إذا ثبت هذا فإن الدية تجب عليهم أثلاثاً ، على كل واحد منهم ثلثها ، لأن الدية بدل المحل ، ولذلك اختلفت باختلافه ، والمحل المتلف واحد ، فكانت ديته واحدة ، ولأنها تتقدر بقدره ، أما القصاص فإنما كمل فى كل واحد ، لأنه جزاء الفعل ، وأفعالهم متعددة ، فتعدد فى حقهم ، وكمل فى حق كل واحد ، كما لو قذف جماعة واحداً ، إلا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم فى ماله حالا ، لأن فعله عمد ، والعاقلة لاتحمل العمد ، وما يلزم الصبي والمجنون فعلى عاقلتهما ، لأن عمدهما خطأ والعاقلة تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية ، وتكون مؤجلة عاماً ، فإن الواجب متى كان ثلث الدية كان أجله عاماً ، ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله ، لأن فعلهما خطأ ، والقاتل الخاطىء والمشارك فى القتل خطأ يلزمه كفارة ، لأنها لاتجب بدلا عن المحل ، ولهذا لم تختلف ، وإنما وجبت تكفيراً للفعل ، ومحواً لأثره ، فوجب تكميلها كالقصاص .

---

(١) فى ١٨ : ومقدار .

٦٦٣٥ مســـــألة

قال : ﴿ ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي ، والشعبي ، والزهري ، وعمر بن عبدالعزيز ، ومالك ، وأهل المدينة ، والشافعي ، وإسحق ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية . أخرجه سعيد . وروى مثل هذا عن أحمد وحكى ذلك عن الحسن ، وعطاء . وحكى عنهما مثل قول الجماعة ، ولعل من ذهب إلى القول الثانى يحتج بقول على رضى الله عنه . ولأن عقلها نصف عقله ، فإذا قتل بها بقى له بقية فاستوفيت ممن قتله .

ولنا : قوله تعالى : « أن النفسَ بالنفسِ »(١) وقوله : « الحر بالحر »(٢) مع عموم سائر النصوص ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار ، وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان ، وأن الرجل يقتل بالمرأة » ، وهو كتاب مشهور عند أهل العلم ، متلقى بالقبول عندهم ، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه ، فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ، ولا يجب مع القصاص شىء ، لأنه قصاص واجب ، فلم يجب معه شىء على المقتص كسائر القصاص ، واختلاف الأبدال لاعبرة به فى القصاص ، بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد ، والنصرانى يؤخذ بالمجوسى ، مع اختلاف دينهما ، ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

٦٦٥٤ فصـــــل

ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ، ويقتل بهما ، لأنه لايخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى .

٦٦٥٥ مســـــألة

قال : ﴿ من كان بينهما فى النفس قصاص ، فهو بينهما فى الجراح ﴾ .

وجملته : أن كل شخصين جرى بينهما القصاص فى النفس جرى القصاص بينهما فى الأطراف ، فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم ، والعبد ، والذمى بالذمى ، والذكر بالأنثى ، والأنثى بالذكر ، ويقطع الناقص

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .

بالـكامل ، كالعبد بالحر ، والـكافر بالمسلم ، ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه فلا يقطع مسلم بـكافر ولا حر بعبد ولا والد بولد وبهذا قال مالك ، والثورى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لا قصاص فى الطرف بين مختلفى البدل ، فلا يقطع الـكامل بالناقص ، ولا الناقص بالـكامل ، ولا الرجل بالمرأة ، ولا المرأة بالرجل ، ولا الحر بالعبد ، ولا العبد بالحر ، ويقطع المسلم بالـكافر ، والـكافر بالمسلم ، لأن التـكافؤ معتبر فى الأطراف ، بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ، ولا الـكاملة بالناقصة ، فـكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ، ولا يؤخذ طرفها بطرفه ، كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى .

ولنا : أن من جرى بينهما القصاص فى النفس جرى فى الطرف كالحرين ، وما ذكروه يبطل بالقصاص فى النفس ، فإن التـكافؤ معتبر ، بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ، ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالـكامله ، لأن المماثلة قد وجدت وزيادة ، فوجب أخذها بها إذا رضى المستحق ، كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع ، وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس ، لاختلاف محليهما ، ولهذا استوى بدلهما ، فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعاً ، ولا العلة فيهما ذلك .

٦٦٥٦ مســــألة

قال : ﴿ وإذا قتلاه وأحدهما مخطىء والآخر متعمد ، فلا قود على واحد منهما ، وعلى العامد نصف الدية فى ماله ، وعلى عاقلة المخطىء نصفها وعليه فى ماله عتق رقبة مؤمنة ﴾ .

أما المخطىء فلا قصاص عليه للـكتاب والسنة والإجماع . أما الـكتاب فقول الله تعالى : « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ »(1) وقال تعالى : « وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ »(2) وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم : « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان » وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصاً ، وبه قال النخعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وروى عن أحمد أن عليه القصاص ، وحكى ذلك عن مالك لأنه شارك فى القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك العامد ، ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه .

ولنا : أنه قتل لم يتمحض عمداً ، فلم يوجب القصاص كشبه العمد ، وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ . ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب ، فإذا كانا عامدين فـكل واحد متسبب إلى

---

(1) سورة النساء آية ٩٢ (2) سورة الأحزاب آية ٥

فعل موجب للقصاص ، فقام فعل شريكه مقام فعله ، لتسببه إليه ، وههنا إذا أقمنا المخطىء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ ، وهذا غير موجب .

٦٦٥٧ فصـــل

وهل يجب القصاص على شريك نفسه ، وشريك السبع ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد ، وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه إنسان عمداً . إما قبل ذلك أو بعده ، فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمداً ثم يجرحه غيره عمداً ، فيموت منهما ، فهل يجب على المشارك له قصاص ؟ فيه وجهان ، واختلف عن الشافعى فيه ، وقال أصحاب الرأى : لاقصاص عليه ، لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه ، فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب ، فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطىء ، وفعله مضمون ، فلأ لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى .

والوجه الثانى : عليه القصاص ، وهو قول أبى بكر ، وروى عن أحمد . أنه قال : إذا جرحه رجل ، ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص ، لأنه قتل عمد . متمحض ، فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب ، فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحه فأصاب نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحى ، فلا قصاص على شريكه فى أصح الوجهين . وفيه وجه آخر : أن عليه القصاص ، بناء على الروايتين فى شريك الخاطىء .

٦٦٥٨ فصـــل

فإن جرحه إنسان فتداوى بسم فمات نظرت ، فإن كان سم سامة يقتل فى الحال ، فقد قتل نفسه ، وقطع سراية الجرح ، وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح ، وننظر فى الجرح ، فإن كان موجباً للقصاص فلوليه استيفاؤه ، وإن لم يكن موجباً له فلوليه الأرش . وإن كان السم لا يقتل فى الغالب وقد يقتل بفعل الرجل فى نفسه عمد خطأ ، والحكم فى شريكه كالحكم فى شريك الخاطىء ، وإذا لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية ، وإن كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضاً ، لأنه لم يقصد القتل ، إنما قصد التداوى ، فيكون كالذى قتله ، واحتمل أن يكون فى حكم العمد ، فيكون فى شريكه الوجهان المذكوران فى الفصل الذى قبله . وإن جرح رجل فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له ، وكان ذلك مما يجوز أن يقتل ، فحكمه حكم ما لو شرب سما يجوز أن يقتل على ما مضى فيه . وإن خاطه غيره بغير إذنه كرها فهما قاتلان عليهما القود ، وإن خاطه وليه أو الإمام وهو ممن لا ولاية عليه فهما كالأجنبى . وإن كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما ، لأن فعلهما جائز لهما ، إذ لهما

مداواته ، فيكون ذلك خطأ ، وهل على الجارح القود ؟ فيه وجهان بناء على شريك الخاطيء .

٦٦٥٩ مســــألة

قال : ﴿ ودية العبد قيمته ، وإن بلغت ديات ﴾ .

أجمع أهل العلم [على][1] أن فى العبد الذى لاتبلغ قيمته دية الحر قيمته ، وإن بلغت قيمته دية الحر أو زادت عليها ، فذهب أحمد رحمه الله إلى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت ، وإن بلغت ديات ، عمداً كان القتل أو خطأ ، سواء ضمن باليد أو بالجناية . وهذا قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، وإياس بن معاوية ، والزهرى ، ومكحول ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى يوسف . وقال النخعى ، والشعبى ، والثورى ، وأبو حنيفة ، ومحمد : لا تبلغ به دية الحر ، وقال أبو حنيفة : ينتقص عن دية الحر ديناراً أو عشرة دراهم ، القدر الذى يقطع به السارق . وهذا إذا ضمن بالجناية ، وإن ضمن باليد بأن يغصب عبداً فيموت فى يده فإن قيمتـه تجب وإن زادت على دية الحر ، واحتجوا بأنه ضمان آدمى فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لأن الله تعالى لما أوجب فى الحر دية لا تزيد وهو أشرف لخلوصه من نقيصة الرق كان تنبيهاً على أن دية العبد المنقوص لا يزاد عليها ، فنجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيـه ، ما لم يزد على الدية ، فإذا زاد علمنا خطأ ذلك ، فنرده إلى دية الحر كأرش ما دون الموضحة يجب فيه ما تخرجه الحكومة ، ما لم يزد على أرش الموضحة فنرده إليها .

ولنا : أنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس ، أو مضمون بقميته فكانت جميع القيمة كما لو ضمنه باليد ، ويخالف الحر ، فإنه ليس بمضمون بالقيمة ، وإنما ضمن بما قدره الشرع ، فلم يتجاوزه ، ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ، ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته ، وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها ، فاختلفا . وقد حكى أبو الخطاب عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنه لا يبلغ بالعبد دية الحر . والمذهب الأول .

باب القود

القود : القصاص ، ولعله إنما سمي بذلك لأن المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه ، أو بيده إلى القتل ، فسمى القتل قوداً لذلك .

---

(١) الزيادة من هامش ٣٩ : من نسخة أخرى .

٦٦٦٠ مســـألة

قال: ﴿ ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانها منه ، ثم ضرب عنقه آخر ، فالقاتل هو الأول . ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثانى هو القاتل ، لأن الأول لا يعيش مثله ، والثانى قد يعيش مثله﴾ .

وجملته : أنه إذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا ، فإن كانت الأولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته ، أى : مافى بطنه ، وأبانتها منه ، أو ذبحه ثم ضَرَبَ عُنُقَهُ . الثـانى[1] فالأول هو القاتل لأنه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة وعلى الثانى التعزير كما لو جنى على ميت ، وإن عفا الولى إلى الدية فهى على الأول وحده وإن كان جرح الأول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر ، فالثانى هو القاتل ، لأنه لم يخرج الأول من حـكم الحياة ، فيـكون الثانى هو المفوت لها ، فعليه القصاص فى النفس والدية كاملة[2] إن : عفا عنه . ثم ننظر فى جرح الأول ، فإن كان موجباً للقصاص كقطع الطرف فالولى مخـير بين قطع طرفه والعفو من ديته مطلقاً ، وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش ، وإنما جعلنا عليه القصاص لأن فعل الثانى قطع سراية جراحه ، فصار كالمندمل الذى لا يسرى . وهذا مذهب الشافعى ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، ولو كان جرح الأول يفضى إلى الموت لامحالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحيـاة المستقرة مثل خرق المعى ، أو أم الدماغ ، فضرب الثانى عنقه ، فالقاتل هو الثانى ، لأنه فوت حياة مستقرة ، وقيل هو فى حكم الحياة ، بدليل أن عمر رضى الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً ، فخرج[3] بصلد ، فعلم الطبيب أنه ميت ، فقال : اعهد إلى الناس ، فعهد إليهم ، وأوصى ، وجعل الخلافة إلى أهل الشورى ، فقبل الصحابة عهده ، وأجمعوا على قبول وصاياه وعهده . فلما كان حكم الحياة باقياً كان الثانى مفوتاً لها ، فـكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى برء عليه .

٦٦٦١ فصـــل

إذا ألقى رجلا من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله ، لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حال يئسوا فيها من حياته ، فأشبه مالو رماه إنسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به ، أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه . وبهذا قال الشافعى إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه ، وإن رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان .

---

(١) فى ٣٩ : أو ضرب الثانى عنقه . (٢) فى ٣٩ : أو الدية كاملة .

(٣) المصلد : اللبن يحلب فى إناء قد أصابه الدسم فلا تـكون له رغوة كما فى القاموس ج (ص١٩ ٢ = وقد روى أن اللبن خرج من الطعنة بصديد أبيض كما فى سيرة عمر لابن الجوزى ص ١٨٥ ، ١٨٩ . (ف)

أحدهما : كقولنا . والثـانى : الضمان عليهما بالقصاص ، والدية عند سقوطه ، لأن كل واحد منهما سبب الاتلاف .

ولنا : أن الرمى سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر ، والجارح مع الذابح ، وكالصور التى ذكرنا . وما ذكروه باطل بهذه الأصول المذكورة .

٦٦٦٢ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا قطع يديه وجليه ، ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتـل ، ولم تقطع يده ولا رجلاه فى إحدى الروايتين . عن أبى عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل . فإن عفا عنه الولى فعليه دية واحدة ﴾ .

وجمـلة ذلك : أن الرجل إذا جرح ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح ، فالـكلام فى المسـألة فى حالين :

أحدهما : أن يختار الولى القصاص ، فاختلفت الرواية عن أحمد فى كيفية الاستيفاء .

فروى عنه لا يستوفى إلا بالسيف فى العنق ، وبه قال عطاء ، والثورى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاقود إلا بالسيف » ، رواه ابن ماجه ، ولأن القصاص أحد بدلى النفس ، فدخل الطرف فى حكم الجملة كالدية ، فإنه لو صار الأمر إلى الدية لم تجب إلا دية النفس ولأن القصد من القصاص فى النفس تعطيل الـكل ، وإتلاف الجملة ، وقد أمـكن هذا بضرب العنق ، فلا يجوز تعذيبه بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كالّ ، فإنه لا يقتل بمثله .

والرواية الثانية : عن أحمد قال : إنه لاهل أن يفعل به كما فعل ، يعنى أن للمستوفى أن يقطع أطرافه ثم يقتله . وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة ، وأبو ثور ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَاعُوقِبْتُمْ بِهِ »[١] وقوله سبحانه : « فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَااعْتَدَى عَلَيْكُمْ »[٢] ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « رض رأس يهودى لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين »[٣] ، ولأن الله تعالى قال : « والعينَ بالعينِ »[٤] وهذا قد قلع عينه ، فيجب أن تقلع عينه للآية . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه »[٥] ، ولأن القصاص موضوع على المماثـلة ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفى منه

---

(١) سورة النحل آية ١٢٦ (٢) سورة البقرة آية ١٩٤ .
(٣) أخرجه الستة عن أنس . (ف) (٤) سورة المائدة آية ٤٥
(٥) أخرجه البيهقى عن البراء . (ف)

مثل مافعل ، كما لو ضرب العنق آخر غيره . فأما حديث « لا قود إلا بالسيف » فقال أحمد : ليس إسناده بجيد .

الحال الثاني : أن يصير الأمر إلى الدية ، إما بعفو الولي ، أو كون الفعل خطأ ، أو شبه عمد ، أو غير ذلك ، فالواجب دية واحدة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم : تجب دية الأطراف المقطوعة ، ودية النفس ، لأنه لما قطع سراية الجراح بقتله صار كالمستقر فأشبه مالو قتله غيره ، ولهذا لم يسقط القصاص فيه .

ولنا : أنه قاتل قبل استقرار الجرح ، فدخل أرش الجراحة ، في أرش النفس ، كما لو سرت إلى نفسه ، والقصاص في الأطراف على إحدى الروايتين لايجب ، وإن وجب فإن القصاص لايشبه الدية ، لأن سراية الجرح لاتسقط القصاص فيه ، وتسقط ديته .

٦٦٦٣ فصل

ومتى قلنا له أن يستوفي بمثل مافعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك ، وهو أفضل ، وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك ، لأنه تارك بعض حقه ، وإن قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك ، لأن جميع مافعل بوليه لايجب به إلا دية واحدة ، فلايجوز أن يستوفي بعضه ، ويستوفي بعضه ، ويستحق كمال الدية ، فإن فعل فله مابقي من الدية ، فإن لم يبق منها شيء فلا شيء له ، وإن قلنا : ليس له أن يستوفي إلا بضرب العنق فاستوفى منه بمثل مافعل فقد أساء ، ولا شيء عليه سوى المأثم ، لأن فعل الجاني في الأطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها ، فكذلك فعل المستوفي ، إن قطع الجاني طرفاً واحداً ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا تمامها ، وإن قطع ماتجب به الدية ثم عفا لم يكن له شيء ، وإن قطع مايجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه مازاد على الدية ، لأنه لايستحق أكثر من دية ، وقد فعل مايوجب أكثر منها ، فكانت الزيادة عليه ، واحتمل ألا لايلزمه شيء ، لأنه لو قتله لم يلزمه شيء ، فإذا ترك قتله وعفا عنه فأولى ألا يلزمه شيء ، ولأنه فعل بعض مافعل بوليه ، فلم يلزمه شيء كما لو قلنا إن له أن يستوفي مثل مافعل به .

٦٦٦٤ فصل

فإن قطع يديه ورجليه ، أوجرحه جرحاً يوجب القصاص إذا انفرد ، فسرى إلى النفس فله القصاص في النفس ، وهل له أن يستوفي القطع قبل القتل ؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسألة :

إحداهما : ليس له قطع الطرف ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأن ذلك يفضى إلى الزيادة على ماجناه الأول ، والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع .

والثانية : يجب القصاص فى الطرف ، فإن مات به وإلا ضربت عنقه ، وهذا مذهب الشافعى ، لما ذكرناه فى أول المسألة ، وذكر أبو الخطاب : أنه لايقتص منه فى الطرف رواية واحدة ، وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين فى المسألة ، لإفضاء هذا إلى الزيادة ، بخلاف المسألة . والصحيح تخريجه على الروايتين وليس هـذا بزيادة ، لأن فوات النفس بسراية فعله ، وسراية فعله كفعله ، فأشبه مالو قطعه ثم قتله ، ولأن زيادة الفعل فى الصـورة محتمل فى الاستيفاء ، كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله فى الاستيفاء إلا بضربتين .

٦٦٦٥ فصـــــل

وإن جرحه جرحاً لاقصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به ، مثل أن أجافه ، أو أمّه ، أو قطع يده من نصف ساقه ، فمات منه ، أوقطع يداً ناقصة الأصابع ، أو شلاء ، أو زائدة ، ويد القاطع أصلية صحيحة فالصحيح فى المذهب : أنه ليس له فعل مثل مافعل وليس له أن يقتص إلا فى العنق بالسيف ، ذكره أبو بكر ، والقاضى ، وقال غيرهما : فيه رواية أخرى ، له أن يقتص بمثل مافعله ، لأنه صار قتلا ، فكان له القصاص بمثل فعله ، كما لو رض رأسه بحجر فقتله به .

والصحيح الأول ، لأن هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص ، فلم يجز القصاص فيه مع القتل ، كما لو قطع يمينه ، ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يستوفى من يساره ، وفارق ما إذا رض رأسه فمات ، لأن ذلك الفعل قتل مفرد ، وههنا قتل وقطع ، والقطع لا يوجب قصاصاً ، فبقى مجرد القتل ، فإذا جمع المستوفى بينهما فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراماً وسواء فى هذا ماإذا قطع ثم قتل عقيبه و بين ماإذا قطع فسرى إلى النفس .

٦٦٦٦ فصـــــل

فأما إن قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له ، أو قلع العين ولا عين له ، فمات المجنى عليه ، فإنه يقتل بالسيف فى العنق ، ولا قصاص فى طرفه ولا أعلم فيـه خلافاً ، لأن القصاص إنما يكون من مثل العضو المتلف ، وهو ههنا معدوم ، ولأن القصاص فعل مثل ما فعل الجانى ، ولا سبيل إليه ، ولأنه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفياً رجلا ممن لم يقطع له مثلها ، أو أذناً بدلا عن عين . وهذا غير جائز وهذا يدل على فساد الوجه الثانى فى الفصل الذى قبله .

٦٦٦٧ فصل

وإن قتله بغير السيف ، مثل أن قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق ، فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان :

إحداهما : له ذلك ، وهو قول مالك ، والشافعى .

والثانية : لا يستوفى إلا بالسيف فى العنق ، وبه قال أبو حنيفة ، فيما إذا قتله بمثقل [من] الحديد على إحدى الروايتين عنده ، أو جرحه فمات ووجه الروايتين ما تقدم فى أول المسألة ، ولأن هذا لا تؤمن معه الزيادة على مافعله الجانى ، فلا يجب القصاص بمثل آلته ، كما لو قطع الطرف بآلة كالّة أو مسمومة ، أو بالسيف ، فإنه لا يستوفى بمثله ، ولأن هذا لا يقتل به المرتد، فلا يستوفى به القصاص ، كما لو قتله بتجريع الخمر ، أو بالسحر ، ولا تفريع على هذه الرواية . فأما الرواية الأخرى فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف ، وهذا أحد قولى الشافعى : والقول الثانى : أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به ، لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله .

ولنا : أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه ، كما لو جرحه جرحاً أو قطع منه طرفاً فاستوفى منه الولى مثله ، فلم يمت به ، فإنه لا يكرر عليه الجرح بغير خلاف ، ويعدل إلى ضرب عنقه ، فكذا ههنا .

٦٦٦٨ فصل

وإن قتله بما لا يحل لعينه مثل أن لاط به فقتله ، أو جرعه خمراً ، أو سحره ، لم يقتل بمثله اتفاقاً ، ويعدل إلى القتل بالسيف ، وحكى أصحاب الشافعى فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجهاً آخر : أنه يدخل فى دبره خشبة يقتله بها ، ويجرعه الماء حتى يموت .

ولنا : أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كالو قتله بالسحر ، وإن حرقه فقال بعض أصحابنا : لا يحرق ، لأن التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يعذب بالنار إلا رب النار »[1] ، ولأنه داخل فى عموم الخبر ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وقال القاضى : الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق :

إحداهما : يحرق ، وهو مذهب الشافعى ، لما روى البراء بن عازب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه »[2] . وحملوا الحديث الأول على غير القصاص فى المحرق . [والثانية : لا يحرق][3] .

---

(١) أخرجه أبو داود عن حمزة الأسلمى ج ٢ ص ٥٠ (ف)

(٢) أخرجه البيهقى فى المعرفة عن البراء (ف)

(٣) الزيادة من : ١٨ . وسقطت من المطبوعة .

٦٦٦٩ فصــــل

إذا زاد مستوفى القصاص فى النفس على حقه مثل أن يقتل وليـه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها ، نظرنا . فإن عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ماأتلف بديتـه . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال مالك ، والشافعى ، وابن المنذر ، وأبو يوسف ، ومحمد : لاضمان عليه ، ولـكن قد أساء ويعزّر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لأنه قطع طرفاً من جملة استحق إتلافها ، فلم يضمنه كالو قطع أصبعاً من يد يستحق قطعها .

ولنا : أنه قطع طرفاً له قيمة حال القطع بغير حق ، فوجب عليه ضمانه ، كالو عفا عنه ثم قطعه ، أو كالو قطعه أجنبى . فأما إن قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضاً لأنه يضمنه إذا عفا عنـه ، فـكذلك إذا لم يعف عنه . لأن العفو إحسان ، فلا يكون موجباً للضمان واحتمل ألا يضمنه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه لو قطع متعدياً ، ثم قتل لم يضمن الطرف ، فلأن لا يضمنه[1] إذا كان القتل مستحقاً أولى .

فأمّا القصاص فلا يجب فى الطرف[2] بحال . ولا نعلم فى هـذا خلافاً . لأنّ القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات ، والشبهة هاهنا متحققة ، لأنه متحقق لإتلاف هـذا الطرف ضمناً ، لاستحقاقه إتلاف الجـملة ، ولا يلزم من سقوط القصاص ألا تجب الدية بدليل امتناعه ، لعدم المـكافآت .

فأمّا إن كان الجانى قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى . وإن قطع طرفاً غير الذى قطعه الجانى كأن قطع الجانى[3] يده فقطع المستوفى رجله احتمل أن يكون بمنزلة مالو قطع يده ، لأن ديتهما واحدة . واحتمل أن تلزمه دية الرجل ، لأنّ الجانى لم يقطعها ، فأشبه مالو لم يقطع يده .

٦٦٧٠ فصــــل

فأما إن كانت الزيادة فى الاستيفاء من[4] الطرف مثل أن استحق قطع أصبع فقطع اثنتين ، فحـكمه حكم القاطع ابتداء ، إن كان عمداً[5] من مفصل أو شجة يجب فى مثلها القصاص فعليه القصاص فى الزيادة وإن كان خطأ أو جرحاً لايوجب القصاص ، مثـل من يستحق موضحة فاستوفاها هاشمة ، فعليـه أرش

---

(١) فى نسخ المغنى (فلأن يضمنه) ، وفى الشرح الـكبير ج ٩ ص ٤٠٦ (فلأن لايضمنه) ، وهو الصواب (ف)

(٢) فى نسخ المغنى (فى العرف) وفى الشرح الـكبير الصفحة السابقة (فى الطرف) وهو الصواب .

(٣) فى المطبوعة : ٣٩ كأن الجانى قطع يده . ومافى ١٨ أوضح .

(٤) فى نسخ المغنى (لأنه الطرف) وفى الشرح الـكبير ج ٩ ص ٤٠٦ (من الطرف) وهو الصواب .

(٥) فى نسخ المغنى (إن كان عقداً) ، وفى الشرح الـكبير ح ٩ ص ٤٠٧ (إن كان عمداً) ، وهو الصواب (ف)

الزيادة ، إلا أن يكون ذلك بسبب من الجـانى ، كاضطرابه حال[1] الاستيفاء فلا شىء على المقتص لأنه حصل بفعل الجانى ، فإن اختلفا هل فَعَلَهُ خطأً أو عمداً ؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه ، وهو أعلم بقصده . وإن قال المقتص : حصل هذا باضطرابك ، أو فعـل من جهتك ، فالقول قول المقتص منه ، لأنه منـكر ، فإن سرى الاستيفاء الذى حصلت فيه الزيادة إلى نفس المقتص منه فمات أو إلى بعض أعضائه ، مثل أن قطع إصبعه فسرى إلى جميع يده ، أو اقتص منه بآلة كالّةٍ أو مسمومة ، أو فى حال حَرٍّ مفرط ، أو برد شديد ، فسرى . فقـال القاضى : على المقتص نصف الدية ، لأنه تلف بفعلين ، جائز ومحرم ، ومضمون وغـير مضمون ، فانقسم الواجب عليهما نصفين ، كالو جرحه جرحاً فى حال ردته ، وجرحاً بعد إسلامه ، فمات منهما ، وهذا كله مذهب الشافعى ويحتمـل : أن يلزمه ضمان السراية كلهـا فيما إذا اقتص بآلة مسمومة ، أو كالة ، لأنّ الفعل كله محرم ، بخلاف قطـع الأصبعين ، فإنّ أحدهما مباح .

٦٦٧١ فصـــــل

قال القاضى : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان ، وحكاه عن أبى بكر ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيـه ، فلا يؤمن الحيف مـع قصد التشفى . فإن استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ، ويعزر لافتياته بفعل مامنع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان ، إذا كان القصاص فى النفس ، لأنّ « رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم ، برجل يقوده بِنِسْعَةٍ[2] ، فقال : إن هذا قتل أخى ، فاعترف بقتله . فقال النبى صلى الله عليـه وسلم : إذهب فاقتله » . رواه مسلم بمعناه ولأن اشتراط حضور السلطان لايثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ، ولم يثبت ذلك : ويستحب أن يحضر شاهدين ، لئـلا يجحد المجنى عليـه الاستيفاء ، وإذا أراد الولى الاستيفاء فعلى السلطان أن يتفقـد الآلة التى يستوفى بها ، فإن كانت كالّة منعه الاستيفاء بها ، لئـلا يعذب المقتول .

وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله كتب الإحسان على كل شىء . فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته »[3]

---

(١) فى المطبوعة : خال خطأ .

(٢) النسعة : حبل من جلود مضفورة جعلهـا كالزمام له والحديث فى صحيح مسلم ج ٣ص ١٣٠٨ ، ١٣٠٨ وقد ذكر قصة عجيبة وفيه قال الرسول « دونك صاحبك » فلما ولى قال الرسول صلى الله عليه وسلم « إن قتله فهو مثله » أى لامنة لأحدهما على الآخر فعلم الرجل فعفا عنه (ف)

(٣) أخرجه مسلم (ف)

وإن كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها ، لأنها تفسد البدن ، وربما منعت غسله ، وإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر ، وإن كان السيف صارماً غير مسموم نظر في الولى ، فإن كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه ، لقوله تعالى : (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً)[1] وقال عليه السلام : « من قتل[2] له قتيل فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » . ولأنه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق .

وإن لم يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل ، لأنه عاجز عن استيفاء حقه . فإن ادعى الولى المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه ، وإن أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر . وإن قال : أخطأت وكانت الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه ، لأنّ هذا مما يجوز الخطأ في مثله ، وإن كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه . ثم إن أراد العود ففيه وجهان :

أحدهما : لا يمكن منه ، لأنه تبين منه أنه لا يحسن الاستيفاء ، ويحتمل العود إلى مثل فعله .

والثانى : يمكن منه ، قاله القاضى ، لأنّ الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانياً ، وإن كان الولى لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه ، لأنه حقه فكان له التوكيل في استيفائه كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال .

قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص ، لأن هذا من المصالح العامة فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجانى ، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذى عليه ، فكانت عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل ، ويحتمل أن تكون على المقتص ، لأنه وكيله ، فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع . والذى على الجانى التمكين دون الفعل ، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولى إذا استوفى بنفسه . وإن قال الجانى : أنا أقتص لك من نفسى ، لم يلزم تمكينه ، ولم يجز ذلك له لأن الله قال : « وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ »[1] ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ، ولأن القصاص حق عليه لغيره ، فلم يجز أن يكون هو المستوفى له كالبائع لا يستوفى من نفسه .

---

(١) عن أبى هريرة قال : « لما فتحت مكة قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى أو يقاد » أخرجه أبو داود ، وأخرج عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يقتل مؤمن بكافر من قتل مؤمناً متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوه وإن شاءوا أخذوا الدية » وأخرجه البخارى عن أبى هريرة ج ٩ ص٦ ومسلم ج ٢ ص ٩٨٩(ف)

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

٦٦٧٢ فصـــل

وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء وتشاحُّوا فى المتولى منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم ، أو واحد من غيرهم ، ولم يجز أن يتولاه جميعهم ، لما فيه من تعذيب الجانى ، وتعدد أفعالهم ، فإن لم يتفقوا على واحد وتشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم ، لأن الحقوق إذا تساوت وعُدم الترجيح صرنا إلى القرعة ، كما لو تشاحوا فى تزويج موليتهم ، فمن خرجت له القرعة أمر الباقون بتوكيله ، ولا يجوز له الاستيفاء بغير إذنهم ، لأن الحق لهم فلا يجوز استيفاؤه بغير إذنهم وإن لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا .

٦٦٧٣ مســـألة

قال : ﴿ وإن كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المعفو عنه ثلاث ديات ، إلا أن يريدوا القود فيقيدوا ويأخذوا من ماله ديتين ﴾ .

أما إذا قطع يديه ورجليه فبرئت جراحه ثم قتله فقد استقر حكم القطع ، ولولى القتيل الخيار ، إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات ، دية لنفسه ، ودية ليديه ، ودية لرجليه . وإن شاء قتله قصاصاً بالقتل ، وأخذ ديتين لأطرافه ، وإن أحب قطع أطرافه الأربعة وأخذ دية لنفسه ، وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه ، وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتين لنفسه ويديه ، وإن أحب قطع طرفاً واحداً وأخذ دية الباقى وإن أحب قطع ثلاثة أطراف وأخذ دية الباقى وكذلك سائر فروعها ، لأن حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال ، فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده ، كما لو قتله أجنبى ولا نعلم فى هذا مخالفاً[1] .

٦٦٧٤ فصـــل

فإن اختلف الجانى والولى فى اندمال الجرح قبل القتل ، وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله فى مثلها ، فالقول قول الجانى بغير يمين . وإن اختلفا فى مضى المدة فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الأصل عدم مضيها . وإن كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولى مع يمينه ، لأنه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما ، والجانى يدعى سقوط ديتهما بالقتل ، والأصل عدم ذلك . فإن كانت للجانى بينة ببقاء المجنى عليه ضمناً حتى قتله حكم له ببينة ، وإن كان للولى بينة ببرئه حكم له أيضاً . وإن تعارضتا قدمت بينة الولى ، لأنها مثبتة للبرء . ويحتمل أن يكون القول قول الجانى إذا لم يكن لهما بينة ، لأن الأصل بقاء الجراحة ، وعدم اندمالها .

---

(١) فى ١٨ و ٣٩ : خلافاً .

وإن قطع أطرافه فمات واختلفا : هل برأ قبل الموت أو مات بسراية الجرح ، أو قال الولى : إنه مات بسبب آخر ، كأن لدغ أو ذبح نفسه ، أو ذبحه غيره ، فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر كالحكم فيما إذا قتله سواء ، وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان :

أحدهما : تقديم قول الجانى ، لأن الظاهر بقاء الجناية والأصل عدم سبب آخر ، فيكون الظاهر معه .

والثانى : القول قول ولى الجناية ، لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد مايزيلهما فإن كانت دعواهما بالعكس فقال الولى : مات من سراية قطعك ، فعليك القصاص فى النفس ، فقال الجانى : بل اندملت جراحه[1] قبل موته ، أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولى مع يمينه ، لأن الجرح سبب الموت فقد تحقق ، والأصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح فيما يجب به القصاص فى الطرف كقطع اليد من مفصل ، ولا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل وهذا كله مذهب الشافعى .

٦٦٧٥ مسألة

قال : { ولو رمى وهو مسلم كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود ، وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه } .

هذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعى ، وقال أبو بكر : يجب القود ، لأنه قتل مكافئاً له ظلماً عمداً ، فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلماً حال الرمى ، يحققه أن الاعتبار بحال الجناية ، بدليل مالو رمى مسلماً حياً فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شىء ، ولو رمى عبداً كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم ، وقال أبو حنيفة : يلزمه فى العبد دية عبد لمولاه ، لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم ، فكان الاعتبار بها كحالة الجرح . فأما الكافر فمذهبه أن ديته دية المسلم ، وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد .

ولنا على درء القصاص : أنه لم يتعمد إلى نفس مكافئة له حال الرمى ، فلم يجب عليه قصاص ، كما لو رمى حربياً أو مرتداً فأسلم وعلى أبى حنيفة : أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الأحرار ، كما لو قصد صيداً ، وما قاله يبطل بما إذا رمى حياً فأصابه ميتاً ، أو صحيحاً فأصابه معيباً .

ولنا : على أن ديته تجب لورثته دون سيده : أنه إذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار إن مات مسلماً حراً ، فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رميه ، ولأن الميراث إنما

(١) فى ٣٩ : اندملت جراحته .

يستحق بالموت فتعتبر حاله حينئذ لاحين سبب الموت ، بدليل مالو مرض وهو عبد كافر ، ثم أسلم ومات بتلك العلة ، والواجب بدل المحل ، فيعتبر بالمحل الذى فات بهـا فيجب بقدره ، وقد فات بها نفس حر مسلم ، والقصاص جزاء الفعل ، فيعتبر الفعل فيـــه والإصابة معاً ، لأنهما طرفاه ، فلذلك لم يجب القصاص بقتله .

٦٦٧٦ فصـــــل

ولم يفرق الخرقى بين كون الكافر ذمياً أو غيره ، إلا أنه يتعين التفريق فيه ، فمتى رمى إلى حربى[1] فى دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرمية به ، فلا دية له ، وفيه الكفارة ، لأنه رمى مندوب إليه مأمور به ، فأشبه مالو قتله فى دار الحرب يظنه حربياً ، وكان قد أسلم وكتم إسلامه ، وفيه رواية أخرى : أن فيه الدية على عاقلة القاتل ، لأنه نوع خطأ فكذلك ههنا ، ولو رمى مرتداً فى دار الإسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه ، لأنه مفرط بإرسال سهمه عليه ، لأن قتل المرتد إلى الإمام لا إلى آحاد الناس ، وقتله بالسيف لا بالسهم .

٦٦٧٧ فصـــــل

ولو رمى حربياً فتترس بمسلم فأصابه فقتله ، نظرنا ، فإن كان تترس به بعد الرمى ففيه الكفارة ، وفى الدية على عاقلة الرامى روايتان كالتى قبلها ، وإن تترس به قبل الرمى لم يجز رميه إلا أن يخاف على المسلمين فيرمى الكافر ، ولا يقصد المسلم ، فإذا قتله ففى ديته أيضاً روايتان . وإن رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه ديته ، لأنه لم يجز له رميه .

٦٦٧٨ فصـــــل

ولو قطع يد عبد ثم أعتق ومات ، أو يد ذمى ثم أسلم ومات ، ففيه وجهان :

أحدهما : الواجب دية حر مسلم لورثته ، ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو أرش جنايته ، اعتباراً بحال استقرار الجناية .

وقال القاضى[2] وأبو بكر : تجب قيمة العبد بالغة مابلغت مصروفة إلى السيد اعتباراً بحال الجناية لأنها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ، ومقتضى قولهما ضمان الذمى الذى أسلم بدية ذمى ، ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة ، وهو غير صحيح ، لأن الدية لاتخلو من أن تكون مستحقة

---

(١) فى ٢٩ : فمن رمى حربياً .

(٢) هذه هى الرواية الثانية .

المجنى عليه ، أو لورثته ، فإن كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه ، كالذى كسبه بعد جرحه ، وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار .

٦٦٧٩ فصــــل

وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ، ثم أعتقه السيد ، وجبت قيمته بكمالها للسيد . وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك ، لأنه إنما استقر بالإندمال ماوجب بالجناية ، والجنايه كانت فى ملك سيده . وإن مات من سراية الجرح فكذلك فى قول أبى بكر والقاضى ، وهو قول المزنى ، لأن الجناية يراعى فيها حال وجودها . وذكر القاضى ، أن أحمد نص عليه فى رواية حنبل ، فيمن فقأ عينى عبد ثم أعتق ومات ، ففيه قيمته لا الدية . ومقتضى قول الخرقى أن الواجب فيه دية حر ، وهو مذهب الشافعى ، لأن اعتبار الجناية بحالة الاستقرار ، وقد ذكرناه وتصرف إلى السيد لأنه استحق أقل الأمرين من ديته أو أرش الجرح ، والدية ههنا أقل الأمرين ، وماذكروه ينتقض بما إذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح . فإن الواجب دية النفس لادية الجرح .

٦٦٨٠ فصــــل

وإن قطع يد عبد فأعتق ، ثم عاد فقطع رجليه واندمل القطعان ، فلا قصاص فى اليد ، لأنها قطعت فى حال رقه ، ويجب فيها نصف قيمته ، أو مانقصه القطع لسيده ، ويجب القصاص فى الرجل التى قطعها حال حريته ، أو نصف الدية إن عفا عن القصاص لورثته ، وإن اندمل قطع اليد ، وسرى قطع الرجل إلى نفسه ففى اليد نصف القيمة لسيده ، وعلى القاطع القصاص فى النفس ، أو الدية كاملة لورثته ، وإن اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففى الرجل القصاص بقطعها ، أو نصف الدية لورثته ، ولا قصاص فى اليد ، ولا فى سرايتها ، وعلى الجانى دية حر ، لسيده منها أقل الأمرين من أرش القطع ، أو دية الحر على قول ابن حامد ، وعلى قول أبى بكر والقاضى : تجب قيمة العبدلسيده اعتباراً بحال جنايته ، وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص فى النفس ولا اليد ، لأنه مات من جرحين ، موجب وغير موجب ، فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين عمداً وخطأ ، ولكن يجب القصاص فى الرجل ، لأنه قطعها من حر ، فإن اقتص منه وجب نصف الدية . لأنه مات من جنايته وقد استوفى منه مايقابل نصف الدية ، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو نصف الدية ، فإن زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائدللورثة ، وإن عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضاً نصف الدية .

وإن كان قاطع الرجل غير قاطع اليد ، واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده ، وعلى قاطع الرجل القصاص فيها ، أو نصف الدية وإن سرى الجرحان إلى نفسه فلا قصاص على الأول ، لأنه

قطع يد عبد ، وعليه نصف دية حر ، لأن المجنى عليه حر فى حال قرار الجناية ، وعلى الثانى القصاص فى النفس إذا كان عمد القطع[1] لأنه شارك فى القتل عمداً عدواناً فهو كشريك الأب ويتخرج أن لاقصاص عليه فى النفس لأن الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الأب ، وإن عفا عنه إلى الدية فعليه نصف دية حر ، وإن قلنا بوجوب القصاص فى النفس خرج فى وجوبه فى الطرف روايتان ، وإن قلنا : يجب فى النفس وجب فى الرجل .

٦٦٨١ فصـــل

وإن قلع عين عبد ثم أعتق ، ثم قطع آخر يده ، ثم قطع آخر رجله ، فلا قود على الأول ، سواء اندمل جرحه أو سرى . وأما الآخران فعليهما القود فى الطرفين إن وقف قطعهما ، أو ديتهما إن عفا عنهما . وإن سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص فى النفس ، لأن جنايتهما صارت نفساً ، وفى ذلك وفى القصاص فى الطرف اختلاف ، وقد ذكرناه . وإن عفا عنهما فعليهم الدية أثلاثاً ، وفيما يستحقه السيد وجهان :

أحدهما : أقل الأمرين من نصف القيمة أو ثلث الدية ، هذا قياس قول أبى بكر ، لأنه بالقطع استحق نصف القيمة ، فإذا صارت نفساً وجب فيها ثلث الدية ، فكان له أقل الأمرين .

والثانى : له أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية ، لأن الجناية إذا صارت نفسا كان الاعتبار بما آلت إليه ، ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضاً لم يكن على الأول إلا ثلث القيمة ، فلا يزيد حقه بالعتق ، كما لو قلع رجل عينه ثم باعه سيده ، ثم قطع آخر يده ، وآخر رجله ، ثم مات ، فإنه يكون للأول ثلث القيمة ؟ وإن كان أرش الجناية نصف القيمة فإذا قلنا بالوجه الأول ، فلو كان الأول قطع إصبعيه ، أو هشمه ، والجانيان فى الحرية قطعا يده ، فالدية عليهم أثلاثاً ، للسيد منها أقل الأمرين من أرش الأصبع وهو عشر القيمة ، أو ثلث الدية ، ولو كان الجانى فى حال الرق قطع يديه والجانيان فى الحرية قطعاً رجليه ، وجبت الدية أثلاثاً وكان للسيد منها أقل الأمرين من جميع قيمته أو ثلث الدية وعلى الوجه الآخر يكون له فى الفرعين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية .

٦٦٨٢ فصـــل

فإن كان الجانيان فى حال الرق ، والواحد فى حال الحرية ، فمات فعليهم الدية ، وللسيد من ذلك

---

(١) فى ١٨ : إذا كان متعمداً القطع .

فى أحد الوجهين أقل الأمرين من أرش الجنايتين ، أو ثلثى الدية ، وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثى القيمة ، أو ثلثى الدية .

٦٦٨٣ فصـــل

وإن كان الجناة أربعة ، واحد فى الرق ، وثلاثة فى الحرية ، ومات ، كان للسيد فى أحد الوجهين الأقل من أرش الجناية أو ربع الدية ، وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية . وإن كان الثلاثة فى الرق والواحد فى الحرية ، كان للسيد أقل الأمرين من أرش الجنـايات وثلاثة أرباع الدية فى أحـد الوجهين ، وفى الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية . ولو كانوا عشرة ، واحد فى الرق ، وتسعة فى الحرية ، فالدية عليهم ، وللسيد فيها بحساب ماذكرنا على اختلاف الوجهين .

٦٦٨٤ فصـــل

فإن قطع يده ثم أعتق ، فقطع آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال ، فعليه القصاص للورثة ، ونصف مقيمة للسيد ، وعلى الآخر القصاص للورثة فى الرجل ، أو نصف الدية ، فإن كان قبل الاندمال فعلى الجانى الأول القصاص فى النفس دون اليد . لأنه قطعها فى رقه ، فإن اختار الورثة القصاص فى النفس سقط حق السيد ، لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس ، وأرش الطرف قبـل الاندمال ، فإن الطرف داخل فى النفس فى الأرش .

وإن اختاروا العفو فعليه الدية دون أرش الطرف ، لأن أرش الطرف يدخل فى النفس ، وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو أرش الطرف ، والباقى للورثة ، وأما الثانى فعليه نصف القصاص فى الرجل ، لأن القتل قطع سرايتها ، فصار كما لو اندملت ، فإن عفا عنه فعليه القصاص فى النفس ، وهـل يقطع طرفه ؟ على روايتين . فإن عفا الورثة فعليه دية واحدة ، وأما الأول فعليـه نصف القيمة للسيد ، ولا قصاص عليه .

وإن كان القاتل ثالثاً فقد استقر القطعان ، ويكون على الأول نصف القيمة لسيده ، وعلى الثـانى القصاص فى الرجل ، أو نصف الدية لورثته ، وعلى الثالث القصاص فى النفس ، أو الدية .

٦٦٨٥ فصـــل

وإذا قطع رجل يد عبده . ثم أعتقه ، ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان ، لأنه إنما قطع يد عبده ، وإنما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح ، وإن مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه ، لأن الجناية كانت على مملوكه : وفى وجوب الضمان وجهان .

أحدهما : لا يجب شىء ، لأنه مات بسراية جرح غير مضمون أشبه ما لو مات بسراية القطع فى الحد

وسراية القود ، ولأنا تبينا أن القطع كان قتلا ، فيـكون قاتلا لعبده فلا يلزمه ضمانه ، كما لو لم يعتقه .

والثانى : يضمنه بما زاد على أرش القطع من الدية ، لأنه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن ، كما لو كان القاطع أجنبياً ، لـكن يسقط أرش القطع ، لأنه فى ملـكه ، ويجب الزائد لورثته ، فإن لم يكن له وارث سواه وجب لبيت المال ، ولا يرث السيد شيئاً ، لأن القاتل لا يرث .

٦٦٨٦ مســـــألة

قال ﴿ وإذا قتل رجل اثنين ، واحداً بعد واحد ، فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد لهما . وإن أراد ولى الأول القود ، والثانى الدية ، أقيد للأول ، وأعطى أولياء الثانى الدية من ماله . وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية ، والثانى القود ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما قتل بهما ، وإن أراد أحـدهما القود والآخر الدية قتل لمن أراد القود ، وأعطى أولياء الثانى الدية من ماله ، سواء كان المختار للقود الثـانى أو الأول ، وسواء قتلهما دفعة واحدة أو دفعتين فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية فى ماله أيهمـا كان . وقال أبو حنيفة ومالك : يقتل بالجماعة ليس لهم إلا ذلك ، فإن طلب بعضهم الدية فليس له ، وإن بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقين ، لأن الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به ، فـكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد .

وقال الشافعى : لا يقتل إلا بواحد ، سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا ، لأنه إذا كان لـكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم فى المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق .

ولنا على أبى حنيفة : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فمن قتل له قتيـل فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل » فظاهر هـذا : أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية ، فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم ، وإن اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخـبر ، ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو أحدهما ، فلم يتداخلا فى العمد كالجنايات على الأطراف ، وقد سلموها :

ولنا على الشافعى : أنه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معاً رضى المستحقان به عنهما فيـكتفى به ، كما لو قتل عبد عبدين خطأ ، فرضى بأخذه عنهما ، ولأنهما رضيا بدون حقهما فجاز ، كما لو رضى صاحب الصحيحة بالشلاء ، أو ولى الحر بالعبد ، وولى المسلم بالـكافر ، وفارق ما إذا كان القتل خطأ ، فإن الجناية تجب فى الذمة ، والذمة تتسع لحقوق كثيرة ، وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح ، فإن الجماعة قتلوا بالواحد ، لئلا يؤدى الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظاً للقصاص ، ومبالغة فى الزجر ، وفى مسألتنا

ينعكس هذا ، فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ، وإن قتل الثانى والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله ، وفعل ما يشتهى فعله ، فيصير هـذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية .

٦٦٨٧ فصـــل

وإن طلب كل ولى قتله بوليه مستقلا من غير مشاركة قدم الأول ، لأن حقه أسبق ، ولأن المحل صار مستحقاً له بالقتل الأول ، فإن عفا ولى الأول فلولى الثانى قتله ، وإن طالب ولى الثانى قبل طلب الأول ، بعث الحاكم إلى ولى الأول فأعلمه ، وإن بادر الثانى فقتله أساء ، وسقط حق الأول إلى الدية وإن كان ولى الأول غائباً ، أو صغيرا أو مجنونا انتظر ، وإن عفا أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك ، وإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا فى المستوفى أقرع بينهم ، فقدم من تقع له القرعة لتساوى حقوقهم ، وإن بادر غيره فقتله استوفى حقه ، ويسقط حق الباقين إلى الدية ، وإن قتلهم متفرقاً وأشكل الأول ، أو ادعى كل ولى أنه الأول ، ولا بينة لهم ، فأقر القاتل لأحدهم قدم بإقراره ، وإن لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم .

٦٦٨٨ فصـــل

وإن قطع يمنى رجلين فالحكم فيه كالحكم فى الأنفس على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف ، إلا أن أصحاب الرأى قالوا : يقاد لهما جميعاً ، ويغرم لهما دية اليد فى ماله نصفين ، وهذا لا يصح ، لأنه يفضى إلى إيجاب القود فى بعض العضو ، والدية فى بعضه ، والجمع بين البدل والمبدل فى محل واحد ، ولم يرد الشرع به ، ولا نظير له يقاس عليه .

٦٦٨٩ فصـــل

وإن قطع يد رجل ثم قتل آخر ، ثم سرى القطع إلى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما ، فإذا تشاحا فى المستوفى للقتل قتل بالذى قتله ، لأن وجوب القتل عليه أسبق ، فإن القتل بالذى قطعه إنما وجب عند السراية ، وهى متأخرة عن قتل الآخر ، وأما القطع فإن قلنا : إنه يستوفى منه مثل ما فعل ، فإنه يقطع له أولا ، ثم يقتل الذى قتله ، ويجب للأول نصف الدية ، وإن قلنا : لا يستوفى القطع ، وجبت له الدية كاملة ، ولم يقطع طرفه ، ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال ، لأن القطع إنما يدخل فى القتل عند استيفاء القتل ، فإذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف ، لوجوب مقتضيه ، وعدم المانع من استيفائه ، كما لو لم يسر ولو كان قطع اليد لم يسر إلى النفس ، فإنه تقطع يده أولا ، ثم يقتل ، وسواء

تقدم القطع أو تأخر ؟ وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : يقتل ولا يقطع ، لأنه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة فى القطع ، فأشبه ما لو كانا لواحد .

ولنـا : أنهما جنايتان على رجلين فلم يتداخلا كقطع يدى رجلين ، وما ذكره من القياس غير صحيح ، لأنه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ونحن نوافقه على هذا فى رواية ، فقد حصل الإجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل فى الأصل فكيف نقيس عليه ؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه ، فنقول : قطع وقتل فيستوفى منه مثل مافعل ، كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به ، ويثبت الحكم فى محل النزاع بطريق التنبيه ، فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد ، فحق الإثنين أولى ، ويبطل بهذا ماقاله من المعنى .

٦٦٩٠ فصـــل

وإن قطع إصبعاً من يمين رجل ، ويميناً لآخر . وكان قطع الإصبع أسبق ، قطعت إصبعه قصاصاً ، وخير الآخر بين العفو إلى الدية وبين القصاص ، وأخذ دية الأصبع ، ذكره القاضى ، وهو اختيار ابن حامد ، ومذهب الشافعى ، لأنه وجد بعض حقه ، فكان له استيفاء الموجود ، وأخذ بدل المفقود ، كمن أتلف مثلياً لرجل فوجد بعض المثل .

وقال أبو بكر : يخير بين القصاص ولا شىء له معه ، وبين الدية هذا قياس قوله ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه لايجمع فى عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس ، وإن كان قطع اليد سابقاً على قطع الأصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الأصبع أرشها ، ويفارق هذا ما إذا قتل رجلا ، ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره ، لأن قطع اليد لايمنع التكافؤ فى النفس ، بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها ، وأن ديتهما واحدة ، ونقص الأصبع يمنع التكافؤ فى اليـد ، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة ، واختلاف ديتهما وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها إن اختار قطعها .

٦٦٩١ مســـألة

قال : ﴿ وإن جرحه جرحاً يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتص منه ﴾ .

وجملة ذلك : أن القصاص يجرى فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن ، للنص والإجماع ، أما النص فقول الله تعالى : « وَالْجُرُوحَ قِصَاص »(١) . وروى أنس بن مالك : « أن الرُّبيع بنت النضر ابن أنس كسرت ثنية جارية ، فعرضوا عليهم الأرش فأبوا إلا القصاص ، فجاء أخوها أنس بن

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

النضر فقـال : يارسول الله تـكسر ثنية الربيع ؟ والذى بعثك بالحق لاتـكسر ثنيتها . فقـال النبى صلى الله عليه وسلم : يا أنس كتاب الله القصاص . قال : فعفا القوم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » . متفق عليه وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمـكن ، ولأن مادون النفس كالنفس فى الحاجة إلى حفظه بالقصاص ، فـكان كالنفس فى وجوبه .

٦٦٩٣ فصـــل

ويشترط لوجوب القصاص فى الجروح ثلاثه أشياء :

أحدهـا : أن يـكون عمداً محضاً ، فأما الخطأ فلاقصاص فيه إجماعاً ، ولأن الخطأ لايوجب القصاص فى النفس ، وهى الأصل ، ففيما دونها أولى ، ولا يجب بعمد الخطأ ، وهو أن يقصد ضربه بما لايفضى إلى ذلك غالباً ، مثل أن يضربه بحصاة لايوضح مثلها فتوضحه ، فلا يجب به القصاص ، لأنه شبه العمد ، ولا يجب القصـاص إلا بالعمـد المحض . وقال أبو بكر : يجب به القصاص ، ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية .

الثـانى : التـكافؤ بين الجارح والمجروح ، وهو أن يـكون الجانى يقـاد من المجنى عليه لو قتله ، كالحر المسلم مع الحر المسلم ، فأما من لايقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس له كالمسـلم مع الـكافر والحر مع العبد ، والأب مع ابنه ، لأنه لاتؤخذ نفسه بنفسه ، فلا يؤخذ طرفه بطرفه ، ولا يجرح بجرحه ، كالمسلم مع المستأمن .

الثالث : إمكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة لأن الله تعـالى قال : « وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ »[1] وقال : « فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ »[2] ولأن دم الجانى معصوم إلا فى قدر جنايته ، فما زاد عليها يبقى على العصمة ، فيحرم استيفاؤه بعد الجناية ، كتحريمه قبلها ، ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص ، لأنها من لوازمه فلا يمـكن المنع منها إلا بالمنع منه ، وهذا لاخلاف فيه نعلمه .

وممن منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . ومنعه فى العظام عمر بن عبد العزيز ، وعطـاء ، والنخعى ، والزهرى ، والحـكم ، وابن شبرمة ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى .

إذا ثبت هذا فإن الجرح الذى يمـكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهى إلى عظم كالموضحة

---

(١) سورة النحل آية ١٢٦ (٢) سورة البقرة آية ١٩٤

فى الرأس والوجه ، ولا نعلم فى جواز القصاص فى الموضحة خلافاً ، وهى كل جرح ينتهى إلى العظم فى الرأس والوجه ، وذلك لأن الله تعالى نص على القصاص فى الجروح ، فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية ، وفى معنى الموضحة . كل جرح ينتهى إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه ، كالساعد ، والعضد ، والساق، والفخذ ، فى قول أكثر أهل العلم . وهو منصوص الشافعى . وقال بعض أصحابه : لاقصاص فيها ، لأنه لايقدر فيها وليس بصحيح لقول الله تعالى : « والْجُرُوحَ قِصَاصٌ »[1] ولأنه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولا زيادة لانتهائها إلى عظم فهى كالموضحة والتقدير فى الموضحة ليس هو المقتضى للقصاص ولا عدمه مانعاً وإنما كان التقدير فى الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر مافوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه وكذلك الجائفة أرشها مقدر لاقصاص فيه .

٦٦٩٣ فصـــل

ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها لأن القتل إنما استوفى بالسيف لأنه آلته وليس ثمة شىء يخشى التعدى إليه فيجب أن يستوفى مادون النفس بآلته ويتوقى مايخشى منه الزيادة إلى محل لايجوز استيفاؤه ولأننا منعنا القصاص بالكلية فيما تخشى الزيادة فى استيفائه فلأن نمنع الآلة التى يخشى منها ذلك أولى فإن كان الجرح موضحة أو ماأشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفى ذلك إلا من له علم بذلك كالجرائحى ومن أشبهه فإن لم يمكن للولى علم بذلك أمر بالاستنابة ، وإن كان له علم فقال القاضى ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لأنه أحد نوعى القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الإمام أو من يستنيبه ولى الجناية وهذا مذهب الشافعى لأنه لايؤمن مع العداوة وقصد التشفى الحيف فى الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدعى الجانى الزيادة وينكرها المستوفى .

٦٦٩٤ فصـــل

وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فإن كان على موضعها شعر حلقه ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم منه طولها بخشبة أو خيط ، ويضعها على رأس الشاج ، ويعلم طرفيه بخط ، بسواد أو غيره ، ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة ، فيضعها فى أول الشجة ويجرها[2] إلى آخرها ويأخذ مثل الشجة طولا وعرضاً ، ولا يراعى العمق لأن حده العظم ، ولو روعى العمق لتعذر الاستيفاء ، لأن

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ (٢) فى ٣٩ : ويجررها .

الناس يختلفون فى قلة اللحم وكثرته ، وهذا كما يستوفى فى الطرف مثله ، وإن اختلفا فى الصغر والكبر والدقة والغلظ ، ويراعى الطول والعرض ، لأنه ممكن ، فإن كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة ، وإن كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت إن استوعب[1] رأس الشاج كله ، وهى بعض رأس المشجوج لأنه استوفاها بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجانى ، لأن الجميع رأسه .

وإن كان قدر الشجة يزيد على رأس الجانى فإنه يستوفى الشجة من جميع رأس الشاج ، ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته ، لأنه يقتص فى عضو آخر غير العضو الذى جنى عليه ، وكذلك لا ينزل إلى قفاه لما ذكرناه . ولا يستوفى بقية الشجة فى موضع آخر من رأسه ، لأنه يكون مستوفياً لموضحتين ، وواضعاً للحديدة فى غير الموضع الذى وضعها فيه الجانى . واختلف أصحابنا فماذا يصنع ؟ فذكر القاضى أن ظاهر كلام أبى بكر أنه لا أرش له فيما بقى كيلا يجتمع قصاص ودية فى جرح واحد ، وهذا مذهب أبى حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء فى جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو إلى دية موضحة وقال أبو عبد الله بن حامد وبعض أصحابنا له أرش ما بقى وهو مذهب الشافعى ، لأنه تعذر القصاص فيما جنى عليه ، فكان له أرشه كما لو تعذر فى الجميع .

فعلى هذا تقدر شجة الجانى من الشجة فى رأس المجنى عليه ، ويستوفى أرش الباقى ، فإن كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة وإن زادت أو نقصت من هذا فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لئلا يفضى إلى إيجاب القصاص ودية موضحة فى موضحة واحدة فإن أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فللمجنى عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحته من أى الطرفين شاء لأنه جنى عليه فى ذلك الموضع كله وإذا استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص فى ذلك القدر ، فإذا اندملت موضحته استوفى منه القصاص فى موضع الاندمال ، لأنه موضع الجناية وإن ادعى الخطأ فالقول قوله ، لأنه محتمل ، وهو أعلم بقصده ، وعليه أرش موضحة ، فإن قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدواناً لم يجب فيها إلا دية موضحة ؟ قلنا : لأن المستوفى لم يكن جناية ، إنما الجناية الزائد ، والزائد لو انفرد لكان موضحة ، فكذلك إذا كان معه ما ليس بجناية بخلاف ما إذا كانت كلها عدواناً فإن الجميع جناية واحدة .

٦٦٩٥ فصـــل

وإذا أوضحه فى جميع رأسه ورأس الجانى أكبر فأحب أن يستوفى القصاص بعضه من مقدم الرأس

---

(١) فى ١٨ : وإن استوعب .

وبعضه من مؤخره . احتمل أن يمنع منه ، لأنه يأخذ موضحتين بواحده وديتهما مختلفة . واحتمل الجواز ، لأنه لايجاوز موقع الجناية ولا قدرها إلا أن يقول أهل الخبرة إن فى ذلك زيادة ضرر أوشين ، فلا يفعل ولأصحاب الشافعى [قولان] كهذين فإن كان رأس المجنى عليه أ كبر فأوضحه الجانى فى مقدمه ومؤخره موضحتين ، قدرهما جميع رأس الجانى ، فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة فى جميع رأسه ، أو يوضحه موضحتين يقتصر فى كل واحدة منهما على قدر . موضحته ، ولا أرش لذلك وجهاً واحداً ، لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه . وإن عفا إلى الأرش فله أرش موضحتين . وإن شاء اقتص من أحدهما وأخذ دية الأخرى .

٦٦٩٦ فصـــــل

وإذا كانت الجناية فى غير الرأس والوجه فكانت فى ساعد فزادت على ساعد الجانى لم ينزل إلى الكف ولم يصعد إلى العضد وإن كانت فى الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ لأنه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس .

٦٦٩٧ فصـــــل

وإذا شج[1] فى مقدم رأسه أو مؤخره عرضاً شجة لايتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فأراد أن يستوفى من وسط الرأس فيما بين الأذنين لكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان . أحدهما : لايجوز . لأنه غير الموضع الذى شجه فلم يجز له الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل شجته ، واحتمل أن يجوز ، لأن الرأس عضو واحد ، فإذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره ، كما لو شجه فى مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج ، جاز إتمام استيفائها فى مؤخر رأس الجانى . وهذا منصوص الشافعى . وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح فى موضع من الساق والقدم والذراع والعضد . وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهاً واحداً .

٦٦٩٨ مســـــألة

قال : ﴿ وكذلك إذا قطع منه طرفاً من مفصل ، قطع منه مثل ذلك المفصل ، إذا كان الجانى يقاد من المجنى عليه لو قتله ﴾ .

أجمع أهل العلم على جريان القصاص فى الأطراف ، وقد ثبت ذلك بقوله تعالى : « وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ

---

(١) فى ا ا : وإذا شجه .

وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاص »[1] وبخبر الرُّبيع بنت النضر بن أنس ، ويشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة :

أحدها : أن يكون عمداً على ماأسلفناه .

والثانى : أن يكون المجنى عليه مكافئاً للجانى ، بحيث يقاد به لو قتله .

والثالث : أن يكون الطرف مساوياً[2] للطرف ، ولا يؤخذ صحيح بأشل ، ولا كاملة الأصابع بناقصة ، ولا أصلية بزائدة . ولا يشترط التساوى فى الدقة والغلظ ؟ والصغر والكبر والصحة والمرض ، لأن اعتبار ذلك يفضى إلى سقوط القصاص بالكلية .

والرابع : الاشتراك فى الإسم الخاص ، فلا تؤخذ يمين بيسار ، ولا يسار بيمين ، ولا أصبع بمخالفة لها ، ولا جفن أو شفة إلا بمثلها .

والخامس : إمكان الاستيفاء من غير حيف ، وهو أن يكون القطع من مفصل ، فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه . وقد روى نمر[3] بن جابر عن أبيه أن رجلا ضرب على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبى صلى الله عليه وسلم فأمر له بالدية ، فقال : إنى أريد القصاص فقال : « خذ الدية ، بارك الله لك فيها » . ولم يقض له بالقصاص . رواه ابن ماجه .

٦٦٩٩ فصل

وفى قطع اليد ثمان مسائل :

أحدها : قطع الأصابع من مفاصلها ، فالقصاص واجب ، لأن لها مفاصل ، ويمكن القصاص من غير حيف ، وإن اختار الدية فله نصفها ، لأن فى كل أصبع عشر الدية .

الثانية : قطعها من نصف الكف ، فليس له القصاص من موضع القطع ، لأنه ليس بمفصل ، فلا يؤمن الحيف فيه . وإن أراد قطع الأصابع ففيه وجهان : أحدهما : ليس له ذلك ، وهذا اختيار أبى بكر ، لأنه يقتص من غير موضع الجناية ، فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضى . أو وجود مانع ، وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف . والثانى : له قطع الأصابع ، ذكره أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه ، فأشبه مالو شجه هاشمة فاستوفى موضحة .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٢) فى المطبوعة : متساوياً . وما فى ١٨ أوضح .

(٣) فى نسخ المغنى (نمر بن جابر) والصواب (نمران بن جارية) كما فى سنن ابن ماجة ج٢ ص١٤٠ .

ويفارق ما إذا قطع من الـكوع ، لأنه أمكنه استيفاء حقه ، فلم يجز له العدول إلى غيره . وهل له حكومة فى نصف الـكف ؟ فيه وجهان : أحدهما : ليس له ذلك ، لأنه يجمع بين القصاص والأرش فى عضو واحد ، فلم يجز كما لو قطع من الـكوع . والثانى : له أرش نصف الـكف ، لأنه حق له تعذر استيفاؤه ، فوجب أرشه كسائر ماهـذا حاله . وإن اختار الدية فله نصفها ، لأن قطع اليد من الـكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية ، فما دونه أولى .

الثالثة : قطع من الـكوع فله قطع يده من الـكوع لأنه مفصل ، وليس له قطع الأصابع ، لأنه غير محل الجناية ، فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها .

الرابعة : قطع من نصف الذراع ، فليس له أن يقطع من ذلك الموضع ، لأنه ليس بمفصل . وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة فى المقطوع من الذراع ، وهل له أن يقطع من الـكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا . فيمن قطع من نصف الـكف ومن جوز له القطع من الـكوع فعنده فى وجوب الحـكومة لما قطع من الذراع وجهان ، ويخرج أيضاً فى جواز قطع الأصابع وجهان ، فإن قطع منها لم يكن له حكومة فى الـكف ، لأنه أمكنه أخذه قصاصاً ، فلم يـكن له طلب أرشه ، كما لو كانت الجناية من الـكوع .

الخامسة : قطع من المرفق ، فله القصاص منه ، لأنه مفصل ، وليس له القطع من الـكوع ، لأنه أمكنه استيفاء حقه بكماله ، والاقتصاص من محل الجناية عليه ، فلم يجز له العدول إلى غيره ، وإن عفا إلى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد .

السادسة : قطعها من العضد ، فلا قصاص فيها فى أحد الوجهين ، وله دية اليد وحكومة للساعد ، وبعض العضد والثانى له القصاص من المرفق ، وهل له حكومة فى الزائد ؟ على وجهين ، وهل له القطع من الـكوع ؟ يحتمل وجهين .

السابعة : قطع من المنـكب ، فالواجب القصاص ، لأنه مفصل ، وإن اختار الدية فله دية اليد ، وحكومة لما زاد .

الثامنة : خلع عظم المنـكب ، ويقال له مُشط الـكف ، فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة فإن قالوا يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفى وإلا صار الأمر إلى الدية ، وفى جواز الاستيفاء من المرفق أو مادونه مثل ماذكرنا فى نظائره ، ومثل هذه المسائل فى الرجل ، والساق كالذراع ، والفخذ كالعضد ، والورك كعظم الـكتف ، والقدم كالـكف .

٦٧٠٠ مسألة

قال ﴿ وليس فى المأمومة ولا فى الجائفة قصاص ﴾ .

المأمومة شجاج الرأس . وهى التى تصل إلى جلدة الدماغ ، وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ ، لأنها تجمعه ، فالشجة الواصلة إليها تسمى : مأمومة ، وآمة ، لوصولها إلى أم الدماغ ، والجائفة فى البدن ، وهى التى تصل إلى الجوف ، وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ماروى عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا ماسمعنا أحداً قص منها قبل ابن الزبير ، وممن لم ير فى ذلك قصاصاً مالك والشافعى وأصحاب الرأى وروى عن على رضى الله عنه لاقصاص فى المأمومة وقاله مكحول والزهرى والشعبى ، وقال عطاء والنخعى لاقصاص فى الجائفة .

وروى ابن ماجه فى سننه عن العباس بن عبد المطلب ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاَقَوَدَ فى المَأْمُومَةِ . ولا فى الجَائِفَةِ ، ولا المُنَقِّلَةِ »[1] ، ولأنهما جرحان لاتؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام .

٦٧٠١ فصل

وليس فى شىء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة وسواء فى ذلك مادون الموضحة كالحارصة والبازلة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق وما فوقها ، وهى الهاشمة والمنقلة والآمة وبهذا قال الشافعى . فأما مافوق الموضحة فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص ، إلا ماروى عن ابن الزبير : أنه أقاد من المنقلة ، وليس بثابت عنه ، وممن قال به عطاء ، وقتادة ، وابن شبرمة ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : لاأعلم أحداً خالف ذلك : ولأنهما جراحتان لاتؤمن الزيادة فيهما ، أشبها المأمومة والجائفة : وأما مادون الموضحة . فقد روى عن مالك ، وأصحاب الرأى : أن القصاص يجب فى الدامية ، والباضعة ، والسمحاق .

ولنا : أنها جراحة لاتنتهى إلى عظم ، فلم يجب فيها قصاص كالمأمومة ، ولأنه لايؤمن فيها الزيادة ، فأشبه كسر العظام . وبيان ذلك : أنه إن اقتص من غير تقدير أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه ، وإن اعتبر مقدار العمق أفضى إلى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ، ومن الباضعة سمحاقاً ، لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً ، بحيث يكون عمق باضعته كموضحة الشاج ، أو سمحاقه ، ولأننا لم نعتبر فى الموضحة قدر عمقها فكذلك فى غيرها وبهذا قال الحسن وأبو عبيد .

(١) أخرجه ابن ماجة ج ٢ ص ١٤١ (والمنقلة) التى تنقل العظم وإنما انتفى القصاص لعسر ضبطه .

٦٧٠٢ فصـــــل

وإن كانت الشجة فوق الموضحة فأَحَبَّ أن يقتص موضحة جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا وهو مذهب الشافعي ، لأنه يقتص على بعض حقه ، ويقتص من محل جنايته فإنه إنما يضع السكين في موضع وضعها الجاني لأن سكين الجاني وصلت إلى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد ، فإنه لم يضع سكينه في الكوع ، وهل له أرش مازاد على الموضحة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر ، لأنه جرح واحد ، فلا يجمع فيه بين قصاص ودية ، كما لو قطع الشلاء بالصحيحة ، وكما في الأنفس إذا قتل المسلم بالكافر ، والعبد بالحر .

والثاني : له أرش مازاد على الموضحة ، اختاره ابن حامد ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه تعذر القصاص فيه ، فانتقل إلى البدل ، كما لو قطع أصبعيه ، ولم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة ، وفارق الشلاء بالصحيحة ، لأن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسألتنا .

٦٧٠٣ مســـــألة

قال : ﴿ وتقطع الأذن بالأذن ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن وذلك لقول الله تعالى : « وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ »[1] ولأنها تنتهي إلى حد فاصل ، فأشبهت اليد ، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة ، وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع ، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما لتساويهما ، فإن ذهاب السمع نقص في الرأس ، لأنه محله ، وليس بنقص فيهما . وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة ، لأن الثقب ليس بعيب ، وإنما يفعل في العادة للقرط والتزين به ، فإن كان الثقب في غير محله ، أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ، ولم تؤخذ الصحيحة بها ، لأن الثقب إذا انخزم صار نقصاً فيها ، والثقب في غير محله عيب ، ويخير الجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص[2] وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ويتركه من أذن الجاني ، وفي وجوب الحكومة له في قدر الثقب وجهان . وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني ، وتقدير ذلك بالأجزاء ، فيؤخذ النصف بالنصف والثلث بالثلث ، وعلى حساب ذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يجزئ القصاص في البعض ، لأنه لا ينتهي إلى حد .

ولنا : أنه يمكن تقدير المقطوع ، وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص في بعضها كالذكر وبهذا ينتقض ماذكره .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ (٢) في ٣٩ : دون قدر النقص .

٦٧٠٤ فصـــــل

وتؤخذ الأذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ الصحيحة بها ؟ فيه وجهان . أحدهما : لاتؤخذ بها لأنها ناقصة معيبة ، فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الأعضاء . والثـانى : تؤخذ بهـا لأن المقصود منهـا جمع الصوت ، وحفظ محل السمع والجمال ، وهذا يحصل بهـا كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء .

٦٧٠٥ فصـــــل

وإن قطع أذنه فأبانها ، فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت ، فقال القاضى : يجب القصاص ، وهو قول الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، لأنه وجب بالإبانة[1] وقد وجدت الإبانة ، وقال أبو بكر لاقصاص فيها وهو قول مالك لأنها لم تبن[2] على الدوام فلم يستحق إبانة أذن الجانى دواماً ، وإن سقطت بعد ذلك قريباً أو بعيداً فله القصاص ، ويرد ماأخذ ، وعلى قول أبى بـكر إذا لم تسقط له دية الأذن . وهو قول أصحاب الرأى ، وكذلك قول الأولين إذا اختار الدية ، وقال مالك ، لاعقل لها إذا عادت مكانها ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ، ولا قصاص فيه وإن قطع أذن إنسان فاستوفى منه ، فألصق الجانى أذنه فالتصقت ، وطلب المجنى عليه إبانتها لم يـكن له ذلك ، لأن الإبانة قد حصلت ، والقصاص قد استوفى ، فـلم يبق له قِبَله حق ، فأما إن كان المجنى عليه لم يقطع جميع الأذن إنـما قطع بعضها فالتصق كان للمجنى عليه قطع جميعها ، لأنه استحق إبانة جميعها ، ولم يـكن أبانه[3] ، والحـكم فى السن كالحـكم فى الأذن .

٦٧٠٦ فصـــــل

ومن ألصق أذنه بعد إبانتها أو سِنَّهُ فهل تلزمه إبانتها ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الآدمى ، هل هو نجس أو طاهر ؟ إن قلنـا : هو نجس لزمته إزالتهـا مالم يخف الضرر بإزالتها ، كما لو جبر عظمه بعظم نجس ، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها ، وهذا اختيار أبى بـكر ، وقول عطاء بن أبى رباح ، وعطاء الخراسانى ، وهو الصحيح ، لأنه جزء آدمى طاهر فى حيـاته وموته ، فـكان طاهراً كحالة اتصاله ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه إبانتها ، لأنها طاهرة على الروايتين جميعاً ، لأنها لم تصر ميتة لعدم إبانتها ، ولاقصاص فيها . قاله القاضي ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه لا يمـكن المماثلة فى المقطوع منها .

---

(١) فى المطبوعة : بالانه . تحريف . (٢) فى المطبوعة : لم تبين . خطأ .
(٣) في المطبوعة : ولم يـكن إبانه خطأ .

٦٧٠٧ مســـألة

وقال : ﴿ والأنف بالأنف ﴾ .

وأجمعوا على جريان القصاص فى الأنف أيضاً للآية والمعنى ، ويؤخذ الكبير بالصغير ، والأقنى بالأفطس ، وأنف الأشم بأنف الأخشم ، الذى لايشم ، لأن ذلك لعلة فى الدماغ والأنف صحيح ، كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم ، وإن كان بأنفه جذام أخذ به الأنف الصحيح مالم يسقط منه شىء ، لأن ذلك مرض ، فإن سقط منه شىء لم يقطع به الصحيح ، إلا أن يكون من أحد جانبيه ، فيأخذ من الصحيح مثل ما بقى منه ، أو يأخذ أرش ذلك . والذى يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن ، وهو مالان منه دون قصبة الأنف ، لأن ذلك حد ينتهى إليه ، فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع ، وإن قطع الأنف كله مع القصبة فعليه القصاص فى المارن وحكومة للقصبة ، هذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعى ، وفيه وجه آخر : أنه لايجب مع القصاص حكومة ، كيلا يجتمع فى عضو واحد قصاص ودية ، وقياس قول أبى بكر أنه لايجب القصاص ههنا ، لأنه يضع الحديدة فى غير الموضع الذى وضعها الجانى فيه ، فلم يملك ذلك ، كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف .

وذكر القاضى ههنا كقول أبى بكر ، وفى نظائره مثل قول ابن حامد ، ولا يصح التفريق مع التساوى وإن قطع بعض الأنف ، قدر بالأجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا فى الأذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضى إلى قطع جميع أنف الجانى لصغره ببعض أنف المجنى عليه لكبره ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن ، والأيسر بالأيسر ، ولا يؤخذ أيمن بأيسر ، ولا أيسر بأيمن ، ويؤخذ الحاجز بالحاجز ، لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى حد .

٦٧٠٨ مســـألة

قال : ﴿ والذكر بالذكر ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن القصاص يجرى فى الذكر لقوله تعالى : « وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ »(١) ولأن له حداً ينتهى إليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ، ويستوى فى ذلك ذكر الصغير والكبير ، والشيخ والشاب ، والذكر الكبير والصغير ، والصحيح والمريض ، لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعانى ، كذلك الذكر . ويؤخذ كل واحد من المختون والأغلف بصاحبه ، لأن القلفة زيادة تستحق إزالتها ، فهى كالمعدومة .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

وأما ذكر الخصي والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما ، وهو قول مالك لأنه لا منفعة فيهما ، لأن العنين لا يطأ ولا ينزل ، والخصي لا يولد له ولا ينزل ، ولا يكاد يقدر على الوطء ، فهما كالأشل ، ولأن كل واحد منهما ناقص ، فلا يؤخذ به الكامل ، كاليد الناقصة بالكاملة . وقال أبو الخطاب : يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين ، وهو مذهب الشافعي ، لأنهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان ، فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين ، وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصية ، والعنة لعلة في الظهر ، فلم يمنع ذلك من القصاص بهما ، كأذن الأصم وأنف الأخشم . وقال القاضي : لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصي ، لتحقق نقصه والإياس من برئه ، وفي أخذه بذكر العنين وجهان :

أحدهما : يؤخذ به غيره ، لأنه غير مأيوس[1] من زوال عنته ، ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصي ، والصحيح الأول ، فإذا ترددت الحال بين كونه مساوياً للآخر وعدمه لم يجب القصاص ، لأن الأصل عدمه ، فلا يجب بالشك ، سيما وقد حكمنا بإنتفاء التساوي ، لقيام الدليل على عنته ، وثبوت عيبه ، ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما ، كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي .

٦٧٠٩ فصـــــل

ويؤخذ بعضه ببعضه ، ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة ، فيؤخذ النصف بالنصف ، والربع بالربع ، وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ما ذكرناه في الأنف والأذن .

٦٧١٠ مســــألة

قال : ﴿ والأنثيان بالأنثيين ﴾ .

ويجري القصاص في الأنثيين لما ذكرنا من النص والمعنى ، لا نعلم فيه خلافاً فإن قطع إحداهما ، وقال أهل الخبرة : إنه ممكن[2] أخذها مع سلامة الأخرى جاز ، فإن قالوا : لا يؤمن تلف الأخرى لم تؤخذ ، خشية الحيف ، ويكون فيها نصف الدية ، وإن أمن تلف الأخرى أخذت اليمنى باليمنى ، واليسرى باليسرى ، لما ذكرناه في غيرهما .

٦٧١١ فصـــــل

وفي القصاص في شفري المرأة وجهان :

---

(١) في ١٨ : ميئوس .　　(٢) في ١٩ : يمكن قطعها .

أحدهما : لاقصاص فيهما لأنه لحم لامفصل له ينتهى إليه ، فلم يجب فيه قصاص كلحم الفخذين ، هذا قول القاضى .

والثانى : فيهما القصاص ، لأن انتهاءهما معروف ، فأشبها الشفتين ، وجفنى العين وهذا قول أبى الخطاب : ولأصحاب الشافعى وجهان[١] كهذين .

٦٧١٢ فصــــل

وإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه فاختار القصاص لم يكن له قصاص فى الحال ويقف الأمر حتى يتبين حاله لأننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلى . وإن اختار الدية وكان يرجى انكشاف حاله أعطيناه اليقين ، فيكون له حكومة فى المقطوع ، وإن كان قد قطع جميعها فله دية امرأة فى الشفرين وحكومة فى الذكر والأنثيين ، وإن يئس من انكشاف حاله أعطى نصف دية الذكر ، والأنثيين ، ونصف دية الشفرين ، وحكومة فى نصف ذلك كله .

٦٧١٣ فصــــل

يجب القصاص فى الأليتين الناتئتين بين الفخذين والظهر بجانبى الدبر ، هذا ظاهر مذهب الشافعى . وقال المزنى : لاقصاص فيهما ، لأنهما لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ .

ولنا قوله تعالى : « وَالْجُرُوحُ قِصَاص »[٢] ولأن لهما حداً ينتهيان إليه ، فجرى القصاص فيهما كالذكر والأنثيين .

٦٧١٤ مســــألة

قال : ﴿ وتقلع العين بالعين ﴾ .

أجمع أهل العلم على القصاص فى العين وممن بلغنا قوله فى ذلك مسروق والحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وروى عن على رضى الله عنه والأصل فيه قول الله تعالى : « وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ »[٣] ولأنها تنتهى إلى مفصل ، فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير المريضة وعين الصغير بعين الكبير والأعمش ولا تؤخذ صحيحة بقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه .

---

(١) فى ٣٩ : قولان .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٣) سورة المائدة آية ٤٥ .

٦٧١٥ فصـــــل

فإن قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه ، لأنه لا يمكن المماثلة فيه ، وإن لطمه فذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة ، لأن المماثلة فيها غير ممكنة ، ولهذا لو انفردت من إذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ، ويجب القصاص في البصر ، فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه ، كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابياً قدم بحلوبة له إلى المدينة ، فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضي الله عنه ، فنازعه ، فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى ، فرفعهما إلى على رضي الله عنه ، فدعا على بمرآة فأحماها ، ثم وضع القطن على عينه الأخرى ، ثم أخذ المرآة بكلبتين ، فأدناها من عينه حتى سال إنسان عينه . وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجنى على الحدقة جاز ، وإن لم يمكن إلا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المماثلة .

وذكر القاضي أنه يقتص منه باللطمة ، فيلطمه المجنى عليه مثل لطمته ، فإن ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهبه بما ذكرنا ، وهذا مذهب الشافعي ، وهذا لا يصح فإن اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها[1] إذا سرت إلى العين كالشجة إن كانت دون الموضحة ، ولأن اللطمة إذا لم تكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الأمن من إفساد العضو في العين فمع خوف ذلك أولى ، ولأنه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة كالموضحة . وقال القاضي : لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالباً فإن كانت لا تذهب به غالباً فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه ، وهو قول الشافعي ، لأنه فعل لا يفضى إلى الفوات غالباً فلم يجب به القصاص كشبه العمد في النفس . وقال أبو بكر : يجب القصاص بكل حال ، لعموم قوله : « وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ »[2] ولأن اللطمة إذا أسالت إنسان العين كانت بمنزلة الجرح ، ولا يعتبر في الجرح الإفضاء إلى التلف غالباً .

٦٧١٦ فصـــــل

فلو لطم عينه فذهب بصرها وابيضت وشخصت . فإن أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل ذلك : وإن لم يمكن إلا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذي لم يمكن القصاص فيه ، كما لو جرح هاشمة ، فإنه يقتص موضحة ، ويأخذ أرش باقي جرحه ، وعلى قول أبي بكر : لا يستحق مع القصاص أرش . وقال القاضي : إذا اقتص منه يعني لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشخص ، فإن أمكن

---

(١) ٣٩ : لا يقتص بها في الفقرة السابقة كلها .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله ، وإن تعذر ذلك فلا شيء عليه ، كما لو اندملت موضحة المجنى عليه وحشة قبيحة ، وموضحة الجانى حسنة جميلة : لم يجب شيء ، كذلك ههنا . وهذا بناء على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة ، وقد بينا فساد هذا .

٦٧١٧ فصـــل

وإن شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف نعلمه لأنها لاقصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين ، فكذلك إذا ذهب ، ويعالج ضوء العين بمثل ماذكرنا فى اللطمة وإن كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة ، وهل له أرش الزيادة عليها ؟ فيه وجهان . وإن ذهب ضوء العين وإلا استعمل فيه مايزيله من غير أن يجنى على الحدقة ، وإن شجه موضحة فله أن يقتص منها ، وحكم القصاص فى البصر على ماذكرنا من قبل . واختلف أصحاب الشافعى فى القصاص فى البصر فى هذه المواضع كلها ، فقال بعضهم : لاقصاص فيه ، لأنه لايجب بالسراية كما لو قطع أصبعه فسرى القطع إلى التى تليها فأذهبها عندهم ، وقال بعضهم : يجب القصاص ههنا قولاً واحداً ، لأن ضوء العين لاتمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر كما ذكرنا فيما قبل هذا .

٦٧١٨ فصـــل

إذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود ، وعليه دية كاملة ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان رضى الله عنهما ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء . وقال الحسن والنخعى : إن شاء اقتص وأعطاه نصف دية . وقال مالك : إن شاء اقتص ، وإن شاء أخذ دية كاملة .

وقال مسروق ، والشعبى ، وابن سيرين ، وابن مغفل ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : له القصاص ، ولا شيء عليه ، وإن عفا فله نصف الدية ، لقول الله تعالى : «العين بالعين»(١) وجعل النبي صلى الله عليه وسلم فى العينين الدية ، ولأنها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص ممن له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان .

ولنا : قول عمر وعثمان رضى الله عنهما ، ولم نعرف لهما مخالفاً فى عصرهما ولأنه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين . وأما إذا قطع يد الأقطع فلنا فيه منع ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لاتقوم مقام اليدين فى النفع الحاصل بهما ، بخلاف عين الأعور ، فإن النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت فى الأعور مثله . ولهذا صح عتقه فى الكفارة دون الأقطع . فأما وجوب الدية كاملة عليه وهو قول مالك فلأنه لما دفع عنه القصاص

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

مع إمكانه لفضيلته ضوعفت الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذمياً عمداً . ولو قلع الأعور إحدى عينى الصحيح خطأ لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضى لتضعيف الدية .

٦٧١٩ فصـــــل

ولو قلع الأعور عين مثله ففيه القصاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين فى كونها يميناً أو يساراً . وإن عفا إلى الدية فله جميعها وكذلك إن قلعها خطأ أو عفا بعض مستحق القصاص لأنه ذهب بجميع بصره فأشبه مالو قلع عينى صحيح .

٦٧٢٠ فصـــــل

وإن قلع الأعور عينى صحيح فقال القاضى : هو مخير إن شاء اقتص ولا شىء له سوى ذلك لأنه قد أخذ جميع بصره فإن اختار الدية فله دية واحدة لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « وفى العينين الدية »[1] لأنه لم يتعذر القصاص فلم تتضاعف الدية كما لو قطع الأشل يد صحيح أو كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص . وقال القاضى : يقتضى الفقه أن يلزمه ديتان :

إحداهما : للعين التى تقابل عينه .

والدية الثانية : لأجل العين الفائتة لأنها عين أعور والصحيح ماقلنا وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح فى المعنى .

٦٧٢١ فصـــــل

وإن قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ، ويأخذ نصف الدية . نص عليه أحمد ، لأنه ذهب بجميع بصره ، وأذهب الضوء الذى بدله دية كاملة ، وقد تعذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة ، ولا أخذ يمين بيسرى فوجب الرجوع ببدل نصف الضوء ويحتمل أنه ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كالو قطع الأشل يداً صحيحة ولأن الزيادة هاهنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى : (والعين بالعين)[2] .

٦٧٢٢ فصـــــل

وإن قطع الأقطع يد من له يدان فله القصاص . وإن قطعت رجل الأقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية لأن يد الأقطع لاتقوم مقام يديه فى الانتفاع والبطش ، ولا يجزىء فى العتق عن الكفارة

---

(١) أخرجه النسائى ج ٢ ص ٥٨ عن عمرو بن حزم (ف)

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

بخلاف عين الأعور ، فإنها تقوم مقام عينيه جميعاً . وقال القاضي : إن كانت المقطوعة أولا قطعت ظلماً أو قصاصاً ففي الباقية نصف الدية رواية واحدة وإن كانت الأولى قطعت في سبيل الله ففي الثانية روايتان :

إحداها : نصف الدية . والثانية دية كاملة لأنه عطل منافعه من العضوين جملة . وأما إن قطع الأقطع يد من ليس بأقطع فإن قلنا إن في يد الأقطع دية كامله فلا قصاص . وإن قلنا لاتكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ماذكرناه أولا والتعليل بتفويت منفعة العضوين ينتقض بما إذ قطعت الأولى قصاصاً ، والقياس على عين الأعور غـير صحيح[1] لما بينهما من الفرق فأما إن قطعت أذن من قطعت إحدى أذنيه فليس له إلا نصف الدية رواية واحدة . وإن قطع هو أذن ذي أذنين وجب عليه القصاص بغير خلاف علمناه لا في المذهب ، ولا في غيره لأن نفع كل أذن لا يتعلق بالأخرى .

٦٧٢٣ فصـــــل

ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى : (والْجُرُوحَ قِصَاصٌ)[1] ولأنه يمكن القصاص فيـه لانتهائه إلى مفصل وهذا مذهب الشافعي ، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرير وجفن الضرير بكل واحـد منهما لأنهما تساويا في السلامة من النقص . عدم البصر نقص في غيره لأنه يمنع أخذ أحدهما بالآخر كالأذن إذا عدم السمع منها .

٦٧٢٤ مســـــألة

قال : ﴿ والسن بالسن ﴾[2] .

أجمع أهل العلم على القصاص في السن للآية وحديث الربيع ولأن القصاص فيها ممكن لأنها محدودة في نفسها : فوجب فيهـا القصاص كالعين ، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة ، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة لأنه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصاص أرش الباقي ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى .

٦٧٢٥ فصـــــل

ولا يقتص إلا من سن من أثغر أي سقطت رواضعه ثم نبتت ، يقال لمن سقطت رواضعه ثغر فهو مثغور ، فإذا نبتت قيل أثغر واثغر لغتان ، وإن قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال . وهذا قول مالك والشافعي ، وأصحاب الرأي لأنهـا تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر ، ثم إن عاد بدل

---

(١) في ٢٩ : لا يصح .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

السن فى محلها مثلها على صفتها فلا شىء على الجانى ، كما لو قلع شعرة ثم نبتت ، وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليه حكومة ، لأنها لو لم تعد ضمن السن . فإذا عادت ناقصة ضمن مانقص منها بالحساب ففى ثلثها ثلث ديتها ، وفى ربعها ربعها وعلى هذا .

وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة لأنه نقص حصل بفعله ، وإن مضى زمن عودها ، ولم تعد سئل أهل العلم بالطب ، فإن قالوا قد يئس من عودها ، فالمجنى عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن ، فإن مات المجنى عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص لأن الاستحقاق له غير متحقق ، فيكون ذلك شبهة فى درئه وتجب الدية ، لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه .

ويحتمل أنه إذا مات قبل مجىء وقت عودها أن لا يجب شىء ، لأن العادة عودها ، فأشبه مالو حلق شعره فمات قبل نباته ، فأما إن قلع سن من قد أثغر وجب القصاص له فى الحال ، لأن الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : يسأل أهـل الخبرة ، فإن قالوا لاتعود فله القصاص فى الحـال ، وإن قالوا يرجى عودها إلى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتى ذلك الوقت ، وهـذا قول بعض أصحاب الشافعى ، لأنها تحتمل العود ، فأشبهت سن من لم يثغر .

وإذا ثبت هذا : فإنها إن لم تعد بعد فلا كلام ، وإن عادت لم يجب قصاص ولا دية . وهـذا قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : لايسقط الأرش ، لأنّ هذه السن لاتستخلف عادة فإذا عادت كانت هبة مجددة ، ولذلك لاينتظر عودها فى الضمان .

ولنا : أنها سن عادت فسقط الأرش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لايمنع ثبوت حكمها إذا وجدت فعلى هـذا إن كان أخذ الأرش رده وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هـذه قصاصاً ، لأنه لم يقصد العدوان وإن عادت سن الجانى دون سن المجنى عليه ففيه وجهان :

أحدهما : لايقلع لئلا يأخذ سنين بسن واحدة ، وإنما قال الله تعالى : (وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ)[1] .

والثانى : تقلع وإن عادت مرات لأنه قلع سنه وأعدمها فكان له إعدام سنه ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

٦٧٣٦ فصـــــل

وإن قلع سناً فاقتص منه ثم عادت سن المجنى عليه فقلعها الجانى ثانية فلا شىء عليه ، لأن سن المجنى عليه لما عادت وجب للجانى عليه دية سنه ، فلما قلعها وجب على الجانى ديتها للمجنى عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

٦٧٢٧ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كسر بعضها بُرِدَ من سِنِّ الجانى مِثْله ﴾ .

وجملته : أن القصاص جار فى بعض السن ، لأن الرُّبَيِّعَ كسرت سن جارية فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالقصاص ، ولأن ماجرى القصاص فى جملته جرى فى بعضه إذا أمكن كالأذن ، فيقدر ذلك بالأجزاء فيؤخذ النصف بالنصف ، والثلث بالثلث ، وكل جزء بمثله ، ولا يؤخذ ذلك بالمساحة كيلا يفضى إلى أخذ جميع سن الجانى ببعض سن المجنى عليه ، ويكون القصاص بالمِبْرَدِ ليؤمن أخذ الزيادة فإنا لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن تنصدع أو تنقلع أو تنكسر من غير موضع القصاص ، ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها ، لأن توهم الزيادة يمنع القصاص فى الأعضاء كالو قطعت يده من غير مفصل ، فإن قيل فقد أجزتم القصاص فى الأطراف مع توهم سرايتها إلى النفس ، فلم منعتم منه لتوهم السراية إلى بعض العضو ؟ قلنا : وهم السراية إلى النفس لاسبيل إلى التحرز منه ، فلو اعتبرناه فى المنع لسقط القصاص فى الأطراف بالكلية فسقط اعتباره .

أما السراية إلى بعض العضو فتارة نقول إنما منع القصاص فيها احتمال الزيادة فى الفعل لافى السراية مثل من يستوفى بعض الذراع ، فإنه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به ، وكذلك من كسر سناً ، ولم يصدعها فكسر المستوفى سنه وصدعها ، أو قلعها ، أو كسر أكثر مما كسر ، فقد زاد على المثل ، والقصاص يعتمد المماثلة ، وتارة نقول إن السراية فى بعض العضو إنما منع إذا كانت ظاهرة ، ومثل هذا يمنع فى النفس ، ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالّة أو مسمومة ، وفى وقت إفراط الحرارة أو البرودة تحرزاً من السراية .

٦٧٢٨ فصـــــل

ومن قلع سناً زائدة ، وهى التى تنبت فضلة فى غير سمت الأسنان خارجة عنها إما إلى داخل الفم ، وإما إلى الشفة ، وكانت للجانى مثلها فى موضعها فللمجنى عليه القصاص أو أخذ حكومة فى سنه ، وإن لم يكن له مثلها فى محلها[1] فليس للمجنى عليه إلا الحكومة ، وان كانت احدى الزائدتين أكبر من الأخرى ففيه وجهان :

أحدهما : لاتؤخذ الكبرى بالصغرى لأن الحكومة فيها أكبر فلا يقلع بها ماهو أقل قيمة منها .

والثانى : تؤخذ بها ، لأنهما سنان متساويان فى الموضع ، فتؤخذ كل واحدة منهما بالأخرى

(١) فى ١٨ : فى مكانها .

كالأصليتين ، ولأنَّ قول الله تعالى : (وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ)(١) عام فيدخل فيه محل النزاع . وان قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص ، واختلاف القيمة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر والأنثى في النفس والأطراف ، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمتها ، فإن السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيوب زيادة في النقص لا في القيمة ، ولأنّ كبر السن الأصلية يزيد قيمتها فالزائدة كذلك .

٦٧٢٩ فصــــل

ويؤخذ اللسان باللسان ، لقوله تعالى : « والجُرُوحَ قِصَاصٌ »(١) ولأن له حداً ينتهي إليه فاقتص منه كالعين ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس ، لأنه أفضل منه ، ويؤخذ الأخرس بالناطق ، لأنه بعض حقه ، ويؤخذ بعض اللسان ببعض ، لأنه أمكن القصاص في جميعه ، فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ، ويؤخذ منه بالحساب .

٦٧٣٠ فصــــل

وتؤخذ الشفة بالشفة وهي ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلا لقول الله تعالى : « والجُرُوحَ قِصَاصٌ »(٢) ولأن له حداً ينتهي إليه يمكن القصاص منه ، فوجب كاليدين .

٦٧٣١ مســــألة

قال : (ولا تؤخذ يمين بيسار ، ولا يسار بيمين) .

هذا قول أكثر أهل العلم . منهم مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وحكي عن ابن سيرين ، وشريك : أن إحداهما تؤخذ بالأخرى ، لأنهما يستويان في الخلقة والمنفعة .

ولنا : أن كل واحدة منهما تختص باسم ، فلا تؤخذ إحداهما بالأخرى كاليد مع الرجل . فعلى هذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والأذنين والمنخرين والثديين والأليتين والأنثيين لا تؤخذ إحداهما بالأخرى .

٦٧٣٢ فصــــل

وما انقسم إلى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، ولا الأسفل بالأعلى .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

لما ذكرنا ، ولا تؤخذ أصبع بأصبع إلا أن يتفقا فى الإسم والموضع ، ولا تؤخذ أنملة بأنملة إلا أن يتفقا فى ذلك ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى . والوسطى والسفلى لاتؤخذان بغيرها ، ولاتؤخذ السن بالسن إلا أن يتفق موضعهما واسمهما ، ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ، ولا زائدة بأصليه ، ولا زائدة بزائدة فى غير محلها لما ذكرناه .

٦٧٣٣ فصــــل

وما لايجوز أخذه قصاصاً لايجوز بتراضيهما [واتفاقهما][1] عليه . لأن الدماء لاتستباح بالاستباحة والبذل ، ولذلك لو بذلها له ابتداء لايحل أخذها ، ولا يحل لأحد قتل نفسه ، ولا قطع طرفه ، فلا يحل لغيره ببذله ، فلو تراضيا على قطع إحدى اليدين بدلا عن الأخرى فقطعها المقتص سقط القود ، لأن القود سقط فى الأولى بإسقاط صاحبها ، وفى الثانية بإذن صاحبها فى قطعها ، ودياتها متساوية ، وهذا قول أبى بكر ، ولذلك قال : لو قطع المقتص اليد الأخرى عدواناً اسقط القصاص ، لأنهما تساويا فى الألم والدية والإسم ، فتقاصا وتساقطا ، ولأن إيجاب القصاص يفضى إلى قطع يدى كل واحد منهما ، وإذهاب منفعة الجنس وإلحاق الضرر العظيم بهما جميعاً ، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه ، وكل واحد من القطعين مضمون بسرايته ، لأنه عدوان .

وقال ابن حامد : إن كان أخذها عدواناً فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه ، وإن أخذها بتراضيهما فلا قصاص فى الثانية إلا برضا صاحبها ببذلها وإذنه فى قطعها ، وفى وجوبه فى الأولى وجهان :

أحدهما : يسقط لما ذكرنا .

والثانى : لايسقط ، لأنه رضى بتركه بعوض لم يثبت ، فكان له الرجوع إلى حقه كما لو باعه سلعة وأقبضه[2] إياه ، فعلى هذا له القصاص إلا أنه لايقتص إلا بعد اندمال الأخرى ، وللجانى دية ، فإذا وجب للمجنى عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا ، وإن كانت إحداهما أكبر من الأخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه .

٦٧٣٤ فصــــل

وإذا قال المقتص للجانى : أخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول أبى بكر يجزىء ذلك ، سواء قطعها عالماً بها أو غير عالم ، وعلى قول ابن حامد إن أخرجها عمداً عالماً بأنها يساره وأنها لاتجزىء فلا ضمان على قاطعها ولا قود ، لأنه بذلها بإخراجه لها ، لاعلى سبيل العوض ، وقد يقوم الفعل

---

(١) ساقطة من ١٨ .

(٢) فى المطبوعة : وقبضه إياه وما فى ١٨ أوضح .

فى ذلك مقام النطق ، بدليل أنه لافرق بين قوله : خذ هـذا [فهو لك][1] ، وبين استدعاء ذلك منـه فيعطيه إياه ، ويفارق هذا مالو قطع يد إنسان وهو ساكت لأنه لم يوجد منه البذل وينظر فى المقتص ، فإن فعل ذلك عالماً بالحال عزر[2] لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى ، وهل يسقط القصاص فى اليمين ؟ على وجهين .

أحدهما : يسقط لأن قاطع اليسار تعدى بقطعها ، ولأنه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الأخرى ، كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لايملك قطع يمينه .

والوجه الثانى : أنه لايسقط ، وهو مذهب الشافعى ، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الحد مبنى على الإسقاط بخلاف القصاص . والثانى : أن اليسار لاتقطع فى السرقة وإن عدمت يمينه ، لأنه يفوت منفعة الجنس فى الحد ، بخلاف القصاص . والثالث : أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع فى السرقة ، فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فإنه لايسقط وينتقل إلى البدل لـكن لاتقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدى إلى ذهاب نفسه .

فإن قيل : أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر ؟ قلنا : الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً ، فلهذا جمعنا بينهما وفى مسألتنا أحدهما غير مستحق ، فلم نجمع بينهما، فإذا اندملت اليسار قطعنا اليمين ، فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدراً ، ويجب فى تركته ، دية اليمين ، لتعذر الاستيفاء فيها بموته ، وإن قال المقتص منه ، لم أعلم أنها اليسار ، أوظننت أنها تجزىء عن اليمين ، نظرت فى المستوفى ، فإن علم أنها يساره وأنهـا لاتـكون قصاصاً ضمنها بديتها ويعزر وقال بعض الشافعية عليه القصاص لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها .

ولنا : أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذلها وإن كان جاهلا فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها على وجه البدل فـكانت مضمونة عليه ولأنهـا مضمونة لو كان القاطع عالماً بهـا وما وجب ضمانه فى العمد وجب فى الخطأ كاتلاف المال ، والقصاص باق له فى اليمين ولا تقطع حتى تندمل اليسار فإذا اندملت فله قطع اليمين فإن عفا وجب بدلهـا ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الـكاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتقاصـان به ، ويبقى نصف

---

(١) فى المطبوعة : خذ هذا فكله وأثبتنا مافى ١٨ لأنه أوضح وفى ٢٩ : سقطت هذه وتلك .

(٢) فى نسخ المغنى (عذر) والصواب (عزر) بالزاى لابالذال كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٤٤٦ .

الدية لورثة الجانى ، وإن اختلفا فى بذلها فقال الجانى : إنما بذلتها بدلا عن اليمين ، وقال المجنى عليه : بذلتها فى غير عوض ، أو قال : أخرجتها دهشة . فقال : بل عالمًا . فالقول قول الجانى ، لأنه أعلم بنيته ، ولأن الظاهر أن الإنسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعاً مع أن عليه قطعاً مستحقاً ، وهذا مذهب الشافعى ، وإن كان باذل اليسار مجنوناً مثل أن يجن بعد وجوب القصاص عليه ، فعلى قاطعها ضمانها بالقصاص إن كان عالماً ، وبالدية إن كان مخطئاً لأن بذل المجنون ليس بشبهة . وإن كان من له القصاص مجنوناً ومن عليه القصاص عاقلا فأخرج إليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً ، لأنه لا يصح منه الاستيفاء ، ولا يجوز البذل له ، ولا ضمان عليه ، لأنه أتلفها ببذل صاحبها ، لكن إن كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها ، فيكون للمجنون ديتها ، وإن وثب المجنون عليه فقطع يده التى لاقصاص فيها فعلى عاقلته ديتها ، وله القصاص فى الأخرى ، وإن قطع الأخرى فهو مستوف حقه فى أحد الوجهين ، لأن حقه متعين فيها ، فإذا أخذها قهراً سقط حقه ، كما لو أتلف وديعته . والثانى : لا يسقط حقه وله عقل يده ، وعقل يد الجانى على عاقلته ، لأن المجنون لا يصح منه الاستيفاء .

ويفارق الوديعة إذا أتلفها ، لأنها تلفت بغير تفريط ، وليس لها بدل إذا تلفت بذلك ، واليد بخلافه ، فإنها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها ، وكذلك الصغير ، وكذلك الحكم فيهما . إذا قتلا قاتل أبيهما عمداً ، وإن اقتصا من الجانى مالا تحمله عاقلته كما دون الثلث كقطع أصبع ونحوها سقط حقهما ، لأن ذلك يقتضى الدية فى ذمتهما ولهما فى ذمة الجانى مثل ذلك فيتقاصان ، وإن كانت ديتهما مختلفة كالمسلم والذمى والرجل والمرأة فإن قلنا يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق ، كما لو أتلفا وديعتهما ، وإن قلنا لا يكونان مستوفيين يقاص من الديتين بقدر الأدنى منهما ووجب الفضل للصبى والمجنون وإن كانت الجناية عليهما أو على وليهما خطأ تحمله العاقلة فاستوفيا القصاص لم يسقط حقهما وجهاً واحداً ، وكانت دية من استوفيا منه على عاقلتهما مؤجلة ودية الجناية عليهما أو على وليهما على عاقلة الجانى مؤجلة .

٦٧٣٥ فصـــل

وسراية القود غير مضمونة . ومعناه أنه إذا قطع طرفاً يجب القود فيه ، فاستوفى منه المجنى عليه ثم مات الجانى بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفى شىء ، وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، ومالك ، والشافعى ، وإسحق ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وابن المنذر . وروى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ، وعلى رضى الله عنهم . وقال عطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار ، والحارث العكلى ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وأبو حنيفة : عليه الضمان . قال أبو حنيفة : عليه كمال الدية فى ماله . وقال غيره : هى على

عاقلته ، لأنه فوت نفسه ، ولا يستحق إلا طرفه ، فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه ، ولأنها سراية قطع مضمون ، فـكانت مضمونة كسراية الجناية . والدليل على أنه مضمون : أنه مضمون بالقطع الأول ، لأنه فى مقابلته .

ولنا : أن عمر وعلياً رضى الله عنهما قالا : « من مات من حد أو قصاص لادية له ، الحقّ قتله » رواه سعيد بمعناه . ولأنه قطع مستحق مقدر ، فلا تضمن سرايته كقطع السارق . وفارق ماقاسوا عليه ، فإنه ليس مافعله مستحقاً .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته إلى النفس ، بأن يموت منها أو إلى مادونها ، مثل أن يقطع أصبعا فتسرى إلى كفه .

٦٧٣٦ فصـــــل

وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف ، لأنها أثر الجناية ، والجناية مضمونة ، فـكذلك أثرها . ثم إن سرت إلى النفس وما لايمـكن مباشرته بالإتلاف مثل أن يهشمه فى رأسه فيذهب ضـوء عينيه ، وجب القصاص فيه ، ولا خلاف فى ذلك فى النفس . وفى ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم . وإن سرت إلى مايمـكن مباشرته بالإتلاف مثل أن قطع أصبعا فتآكلت أخرى وسقطت من مفصل ففيه القصاص أيضاً فى قول إمامنا ، وأبى حنيفه ، ومحمد بن الحسن ، وقال أكثر الفقهاء : لاقصاص فى الثانية ، وتجب ديتهـا ، لأن ماأمـكن مباشرته بالجناية لايجب القود فيه بالسراية ، كما لو رمى سهما فمرق منه إلى آخر .

ولنـا أن ماوجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس وضوء العين ، ولأنه أحد نوعى القصاص ، فأشبه ماذكرنا وفارق ماذكروه ، فإن ذلك فعل وليس بسراية ، ولأنه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ، ولو قصد قطع إبهامه فقطع سبابته وجب القصاص ، ولو ضرب إبهامه فمرق إلى سبابته وجب القصاص فيهما ، فافترقا . ولأن الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فيها كما لورمى إحداها فمرق إلى الأخرى .

فأما إن قطع أصبعاً فشلت إلى جانبها أخرى وجب القصاص فى المقطوعة حسب ، والأرش فى الشلاء . وبهذا قال مالك ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : لاقصاص فيهما ، ويجب أرشهما جميعاً ، لأن حكم السراية لاينفرد عن الجناية ، بدليل مالو سرت إلى النفس ، فإذا لم يجب القصاص فى إحداها لم يجب فى الأخرى :

ولنا : أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر ، فأوجبتـه إذا سرت كالتى تسرى إلى سقوط أخرى ، وكالو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها ، وبهـذا يبطل ماذكره ، وفارق الأصل ، لأن السراية مقتضية للقصاص ، كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمهما ، وهاهنا بخلافه ، ولأن ماذكره غير صحيح ، فإن القطع إذا سرى إلى النفس سقط القصاص فى القطـع ، ووجب فى النفس ، فخـالف حكم الجناية حكم السراية ، فسقط ماقاله .

إذا ثبت هذا فإن الأرش يجب فى ماله ، ولا تحمله العاقلة ، لأنه جناية عمد ، وإنمـا لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة فى القطع والشلل ، فإذا قطع أصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية ، وإن اقتص من الأصبع فله فى الأصابع الباقيـة أربعون من الإبل ، ويتبعها ماحاذاها من الـكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ، ويبقى خمس الـكف فيه وجهان :

أحدهما : يتبعها فى الأرش ، ولا شيء فيه .

والثانى : فيه الحـكومة لأن مايقابل الأربع تبعها فى الأرش لاستوائهما فى الحـكم وحكم التى اقتص منها مخالف لحـكم الأرش فلم يتبعها .

٦٧٣٧ - فصـــل

ولا يجوز القصاص فى الطرف إلا بعـد اندمال الجرح فى قول أكثر أهل العلم منهم : النخعى ، والثورى ، وأبو حنيفـة ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو ثور . وروى ذلك عن عطاء ، والحسن ، قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ .

ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه إذا سرى إلى النفس يفعل كما فعـل ، وهذا قول الشافعى .

قال : ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته . لما روى جابر : « أن رجلا طعن رجلا بقَرْنٍ فى ركبته ، فقال : يارسول الله أقدنى ، قال : حتى تبرأ ، فأبى وعجل ، فاستقاد له رسول الله صلى الله عليه وسلم فعيبت[1] رجل المستقيد ، وبرأت رجل المستقاد منه . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ليس لك شيء عجلت » رواه سعيد مرسلا . ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية ، فوجب أن يملكه فى الحال كالو برأ .

ولنا : ماروى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح » ورواه الدارقطنى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأن الجرح

---

(١) أخرجه أيضاً الدارقطنى عن جابر ص ٣٢٦ بلفظ (فعنتت رجله) ورواه الشافعى كما فى بدائع المنن ج ٢ ص ٢٥٣ عن محمد بن طلحة (ف)

لايدرى أقتل هو أم ليس بقتل ؟ فينبغى أن ينتظر ليعلم ماحكمه ؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطنى ، وفى سياقه فقال : يارسول الله ، عرجت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد نهيتك فعصيتنى فأبعدك الله ، وبطل عرجك » . ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه ، وهذه زيادة يجب قبولها ، وهى متأخرة عن الاقتصاص ، فتكون ناسخة له ، وفى نفس الحديث مايدل على أن استقادته قبل البرء معصية لقوله : « قد نهيتك فعصيتنى »[1] . وماذكروه ممنوع ، وهو مبنى على الخلاف .

٦٧٣٨ فصـــــل

فإن اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجناية ، وقال أبو حنيفة ، والشافعى : بل هى مضمونة ، لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كالو لم يقتص .

ولنا : الخبر المذكور ، ولأنه استعجل مالم يكن له استعجاله ، فبطل حقه كقاتل موروثه .

وبهذا فارق من لم يقتص ، فعلى هذا لو سرى القطعان جميعاً فمات الجانى والمستوفى فهما هدر . وقال أبو حنيفة : يجب ضمان كل واحد منهما لأن سراية كل واحد منهما مضمونة ، ثم يتقاصان فيسقطان . وقال الشافعى : إن مات المجنى عليه أولا ، ثم مات الجانى كان قصاصاً ، لأنه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجنى عليه . وإن مات الجانى فكذلك فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يكون موت الجانى هدراً ولولى المجنى عليه نصف الدية ، فأما إن سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر ، لاضمان فيه ، وعند أبى حنيفة يجب ضمان سرايته ، وعند الشافعى إن سرت الجناية فهى مضمونة وإن سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ماتقدم من الخلاف .

٦٧٣٩ فصـــــل

وإن اندمل جرح الجناية فاقتص منه ، ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة ، وسراية الاستيفاء غير مضمونة ، لأنه اقتص بعد جواز الاقتصاص ، فعلى هذا لو قطع يد رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجنى عليه فمات فلوليه قتل الجانى لأنه مات من جنايته ، وإن عفا إلى الدية فلا شىء له لأنه استوفى بالقطع ماقيمته دية ، وهو يداه . وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضاً شىء ، لأن القصاص قد سقط بموته ، والدية لايمكن إيجابها لما ذكرناه ، وإن كان المقطوع بالجناية يداً فوليه بالخيار بين القصاص فى النفس وبين العفو إلى نصف الدية ، ومتى سقط القصاص بموت الجانى أو غيره وجب نصف الدية فى تركة الجانى أو ماله إن كان حياً .

---

(١) هذه الزيادة فى رواية الدارقطنى عن عبدالله بن عمرو ص٣٢٥ وقد أخرجها أحمد ج ١١ص٢٢٥ وإسناده صحيح (ف)

٦٧٤٠ فصـــل

ولو قطع كتابى يد مسلم فبرأ أو اقتص ثم انتقض جرح المسلم فمات فلوليه قتل الكتابى ، والعفو[(١)] إلى أرش الجرح ، وفى قدره وجهان :

أحدهما : نصف الدية لأنه قد استوفى بدل يده بالقصاص ، ويدلها نصف ديته ، فبقى له نصفها كالو كان القاطع مسلماً .

والثانى : له ثلاثة أرباعها ، لأن يد اليهودى تعدل نصف ديته ، وذلك ربع دية المسلم ، فقد استوفى ربع ديته وبقى له ثلاثة أرباعها ، وإن كان قطع يدى المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه إلى مال انبنى على الوجهين إن قلنا تعتبر قيمة اليهودى فله هاهنا نصف الدية . وإن قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شيء له هاهنا لأنه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته ، ولو كان القطع فى يديه ورجليه فعفا إلى الدية لم يكن له شيء وجهاً واحداً ، لأن دية ذلك دية مسلم ، ولو كان الجانى امرأة على رجل فالحكم على ماذكرنا سواء ، لأن ديتها نصف دية الرجل .

٦٧٤١ فصـــل

إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فلوليه قتل القاطعين ، وليس له أن يقطع طرفيهما فى أحد الوجهين ، وفى الآخر له قطع يد القاطع من الكوع ، فإن قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية ، وأما الآخر ، فإن كانت يده مقطوعة من الكوع ، فقطعها من المرفق ثم عفا فله دية الأقدار المحكومة فى الذراع ، ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لأنه يأخذ صحيحة بمقطوعة ، وإن قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليه العفو على الدية لأنه قد استوفى ماقيمته دية وإن اختار قتلهما فله ذلك .

٦٧٤٢ فصـــل

ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها ، سواء كانت حاملا وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الاستيفاء ، وسواء كان القصاص فى النفس أو فى الطرف . أما فى النفس فلقول الله تعالى : (فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ)[(٢)] وقتل الحامل قتل لغير القاتل ، فيكون إسرافاً .

وروى ابن ماجه[(٣)] بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال : حدثنا معاذ بن جبل ، وأبو عبيدة بن

---

(١) فى ٣٩ : أو العفو .

(٢) سورة الإسراء آية ٣٣ .

(٣) رواه ابن ماجه ج ٢ ص ١٥٤ (ف)

الجراح ، وعبادة بن الصامت ، وشداد بن أوس ، قالوا : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع مافى بطنها وحتى تكفل ولدها » . وهذا نص ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للغامدية المقرة بالزنا : « ارجعى حتى تضعى مافى بطنك ، ثم قال لها : ارجعى حتى ترضعيه »[1] ولأن هذا إجماع من أهل العلم لانعلم بينهم فيه اختلافا .

وأما القصاص فى الطرف ، فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجانى أو إلى زيادة فى حقه فلأن تمنع منه خشية السراية إلى غير الجانى وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى . ولأن فى القصاص منها قتلا لغير الجانى ، وهو حرام .

وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ ، لأن الولد لايعيش إلا به فى الغالب ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجىء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبرين . ولأنه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى ، إن أن يكون القصاص فيما دون النفس ، ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستيفاء منها ، فيستوفى . وإن وجد له مرضعة راتبة جاز قتلها لأنه يستغنى بلبنها وإن كانت مترددة أو جماعة يتناوبنه ، أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها جاز قتلها ويستحب للولى تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة .

٦٧٤٣ فصل

وإذا ادعت الحمل ففيه وجهان :

أحدهما : تحبس حتى يتبين حملها ، لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ، ولا يعلمها غيرها ، فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ماادعته . ولأنه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض .

والثانى : ذكره القاضى : أنها ترى أهل الخبرة ، فإن شهدن بحملها أخرت ، وإن شهدن ببراءتها لم تؤخر ، لأن الحق حال عليها ، فلا يؤخر بمجرد دعواها .

٦٧٤٤ فصل

وإن اقتص من حامل فقد أخطأ وأخطأ السلطان الذى مكنه من الإستيفاء ، وعليهما الإثم إن كانا عالمين ، أو كان منهما تفريط ، وإن علم أحدهما أو فرط فالإثم عليه ، ثم ننظر فإن لم تلق الولد فلا ضمان فيه ، لأنا لم نتحقق وجوده وحياته . وإن انفصل ميتاً أو حياً لوقت لايعيش فى مثله ففيه غرة ، وإن انفصل حياً لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية ، وعلى من يجب ضمانه ؟ ننظر ، فإن كان الإمام والولى عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالأمرين أو بأحدهما أو كان الولى عالماً بذلك

(١) أخرجه مسلم عن بريدة (ف)

دون الممكّن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده ، لأنه مباشر ، والحاكم الممكن له صاحب سبب ، ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب ، كالحافر مع الدافع ، وإن علم الحاكم دون الولى فالضمان على الحاكم وحده ، لأن المباشر معذور ، فكان الضمان على المتسبب كالسيد إذا أمر عبده بالقتل ، والعبد أعجمى لا يعرف تحريم القتل ، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء .

وقال القاضى إن كان أحدهما عالماً وحده فالضمان عليه وحده ، وإن كانا عالمين فالضمان على الحاكم ، لأنه الذى يعرف الأحكام والولى إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده . وإن كانا جاهلين ففيه وجهان :

أحدهما : الضمان على الإمام كما لو كانا عالمين .

والثانى : على الولى وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو الخطاب : الضمان على الحاكم ، ولم يفرق . وقال المزنى الضمان على الحاكم ، ولم يفرق . وقال المزنى الضمان على الولى فى كل حال لأنه المباشر والسبب غير ملجىء فكان الضمان عليه كالحافر مع الدافع وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل . وقد ذكرنا ما يقتضى التفريق والله أعلم .

٦٧٤٥ مســـألة

قال : ﴿ وإذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلا قود ﴾ .

لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح بأشل إلا ما حكى عن داود أنه أوجب ذلك ، لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالأذنين .

ولنا : أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال ، فلا يؤخذ بها ما فيه نفع كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة ، وما ذكر له قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم نوجب القصاص فى العينين مع قول الله تعالى : « العين بالعين »[1] لأجل تفاوتهما فى الصحة والعمى فلأن لا يجب ذلك فيما لا نص فيه أولى .

٦٧٤٦ فصـــل

وإن قطع أذناً شلاء أو أنفاً أشل فهل يؤخذ به الصحيح ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يؤخذ به كسائر الأعضاء .

والثانى : يؤخذ به لأن نفعه لا يذهب بشلله فإن نفع الأذن جمع الصوت ورد الهوامّ وستر موضع

---

(١) سورة المائدة آية ٤٥ .

السمع ونفع الأنف جمع الريح ورد الهواء أو الهوام فقد ساوى الصحيح فى الجمال والنفع فوجب أخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيح بالصحيح بخلاف اليد والرجل وللشافعى قولان كالوجهين .

٦٧٤٧ فصل

ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بناقصة الأصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لأنها فوق حقه ، وهل له أن يقطع من أصابع الجانى بعدد أصابعه ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف . وإن قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لأنه أخذ كامل بناقص وفى الاقتصاص من الأصابع الصحاح وجهان فإن قلنا له أن يقتص فله الحكومة فى الشلاء وأرش ماتحتها من الكف وهل يدخل ماتحت الأصابع الصحاح فى قصاصها أو تجب فيه حكومة ؟ على وجهين .

٦٧٤٨ فصل

وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائد وجب القصاص فيها ذكره أبو عبد الله بن حامد لأن الزائدة عيب ونقص فى المعنى يرد بها المبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلمة فيها والخراج واختار القاضى أنها لاتقطع بها وهو مذهب الشافعى لأنها زيادة ، فعلى هذا : إن كان للمجنى عليه أيضاً أصبع زائدة فى محل الزائدة من الجانى وجب القصاص لاستوائهما وإن كانت فى غير محلها أو لم يكن للمجنى عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجانى ، وهل يملك قطع الأصابع ؟ ننظر فإن كانت الزائدة ملصقة بأحد الأصابع فليس له قطع تلك الإصبع لأن فى قطعها إضراراً بالزائدة وهل له قطع الأصابع الأربع ؟ على وجهين ، وإن لم تكن ملصقة بواحدة منهن . فهل له قطع الخمس ؟ على وجهين وإن كانت الزائدة نابتة فى أصبع فى أنملتها العليا لم يجز قطعها ، وإن كانت نابتة فى السفلى أو الوسطى فله قطع مافوقها من الأنامل فى أحد الوجهين ويأخذ أرش الأنملة التى تعذر قطعها فى أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف .

٦٧٤٩ فصل

وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن الكاملة لاتؤخذ بالناقصة ،

وإن كانت المقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو مستحشفة[1] أخذنا بها السليمة لأن ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم .

٦٧٥٠ مســـألة

قال : ﴿ وإن كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها وإن شاء عفا وأخذ دية يده ﴾ .

أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافاً لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي . وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة فإن قالوا إنه إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن فأفسده سقط القصاص لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف وإن أمن هذا فله القصاص لأنه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والرجل من المرأة والحر من العبد وليس له مع القصاص أرش لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة وإنما نقصت في الصفة فلم يكن له أرش كالصور التي ذكرناها . وقال أبو الخطاب : عندي له أرش مع القصاص على قياس قوله في عين الأعور والأول أصح فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الأصول مخالف للقياس .

٦٧٥١ فصـــل

وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن في الاستيفاء الزيادة ، وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين لأن الشلاء عليلة والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما .

ولنا : أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالأخرى كالصحيحة بالصحيحة .

٦٧٥٢ فصـــل

وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه لأنهما تساوتا في الذات والصفة ، فأما إن اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن الأخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص ، لأن فيه أخذ أصبع بغيرها وإن كانت يد أحدهما ناقصة أصبعاً والأخرى ناقصة تلك الأصبع وأخرى جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعاً . وهل له أرش أصبعه الزائدة ؟ فيه وجهان . ولا يجوز أخذ الأخرى بها لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة .

---

(١) مستحشفة : يبست فتقبضت . (ف)

٦٧٥٣ فصـــــل

ويجوز أخذ الناقصة بالـكاملة لأنها دون حقه وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك وهو قول الشافعي . واختيار ابن حامد .

والثاني : ليس له مع القصاص أرش . وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بـكر لئلا يفضي إلى الجمع بين القصاص ودية في عضو واحد . وقال القاضي قياس قوله : سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع وليس كذلك لأنه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة في موضع وضعها الجاني فملك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاج أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحة ، ويفارق القاطع من نصف الذراع لأنه لا يمكنه القصاص من موضع الجناية . هـكذا حكاه الشريف عن أبي بـكر .

٦٧٥٤ فصـــــل

وإن كانت يد القاطع والمجني عليه كاملتين . في يد المجني عليه أصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لاعبرة بالزائدة لأنها بمنزلة الخرّاج والسِّلْعَة(1) وعلى قول غيره له قطع يد الجاني . وهل له حكومة في الزائدة ؟ على وجهين ، وإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلاقصاص في الصورة الأولى لأن الأصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لأن الزائدة لاعبرة بها ، وقال غيره إن لم تـكن الزائدة في محل الأصلية فلا قصاص أيضاً لأن الأصبعين مختلفان ، وإن كانت في محل الأصلية فقال القاضي يجري القصاص ، وهو مذهب الشافعي ، ولا شيء له لنقص الزائدة ، وهذا فيه نظر ، فإنها متى كانت في محل الأصلية كانت أصلية ، لأن الزائدة هي التي زادت عن عدد الأصابع ، أو كانت في غير محل الأصابع ، وهذا له خمس أصابع في محلها ، فـكانت كلها أصلية ، فإن قالوا معنى كونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الأصابع . قلنا : ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين ، وأما ميلها عن الأصابع فإنها إن لم تـكن نابتة في محل الأصابع المعدومة فسد قولهم إنها في محلها وإن كانت نابتة في موضعها وإنما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لا يخرجها عن كونها أصلية .

٦٧٥٥ فصـــــل

وإذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص ، وإن بادرها

(1) السلعة : زيادة كالغدة قد تـكون كالحمصة أو البطيخة . (ف)

صاحبها فقطعها من الـكوع لئلا تسرى إلى سائرجسده ثم اندمل جرحه فعلى الجانى القصاص فى الأصبع ، والحـكومة فيما تآ كل من الـكف ، ولا شيءعليه فيما قطعه المجنى عليه ، لأنه تلف بفعله ، وإن لم يندمل ومات من ذلك فالجانى شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لا يجب بحال لأن فعل المجنى إنما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ ، وشريك الخاطىء لاقصاص عليه ، ويكون عليه نصف الدية ، وإن قطع المجنى عليه موضع الأكلة نظرت . فإن قطع لحماً ميتاً ثم سرت الجناية فالقصاص على الجانى لأنه سراية جرحه خاصة ، وإن كان فى لحم حى فمات فالحـكم فيه كما لو قطعها خوفاً من سرايتها .

٦٧٥٦ فصـــــل

وإذا قطع أنملة لها طرفان إحداها زائدة والأخرى أصلية فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضاً أخذت بها ، وإن لم تـكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة فى الزائدة . وإن كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها فى قول ابن حامد ، وعلى قول غيره لاقصاص فيها ، وله دية أنملته ، وإن ذهب الطرف الزائدفله الاستيفاء ، وإن قال : أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك ، لأن القصاص حقه ، فلا يجبر على تعجيل استيفائه .

٦٧٥٧ فصـــــل

ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث فللأول القصاص من العليا ثم للثانى أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى ، سواء جاءوا دفعة واحـدة أو واحداً بعد واحد ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا قصاص إلافى العليا ، لأنه لم يجب فى غيرها حال الجناية ، لتعذر استيفائه ، فلم يجب بعدذلك كما لو كان غير مكافىء حال الجناية ، ثم صار مكافئاً بعده .

ولنـا : أن تعذر القصاص لإيصال محله بغيره لايمنعه إذا زال الاتصال ، كما لو جنت الحامل ، ويفارق عدم التـكافؤ ، لأنه تعذر لمعنى فيه ، وههنا تعذر لاتصال غيره به ، فأما إن جاء صاحب الوسـطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يعطه ، لأن فى استيفائه إتلاف أنملة لا يستحقها . وقيل لها : إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول ، فإن اقتص فلـكما القصاص وإن عفا فلا قصاص لـكما وإما أن ترضيا بالعقل فإذا جاء صاحب العليا فاقتص فللثانى الاقتصاص ، وحـكم الثالث مع الثانى كحـكم الثانى مع الأول ، وإن عفا فلهما العقل ، فإن قالا : نحن نصبر وننظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقتل لم يمنعا[1] من ذلك ، وإن قطع صاحب الوسطى والعليـا فعليه دية العليا ، تدفع إلى صاحب العليا ، وإن قطع الأصبع كلها فعليه القصاص فى الأنملة الثالثة ، وعليـه أرش

---

(١) لم يمنعا من ذلك لأن القصاص حقهما فلا يجبران على تعجيل استيفائه (ف)

العليا للأول ، وأرش السفلى على الجانى لصاحبها ، وإن عفا الجانى عن قصاصها وجب أرشها ، يدفعه إليه ليدفعه إلى المجنى عليه .

٦٧٨٥ فصـــل

وإن قطع أنملة رجل العليا ، ثم قطع أنملتى آخر العليا والوسطى من تلك الأصبع فللأول قطع العليا لأن حقه أسبق ثم يقطع الثانى الوسطى ويأخذ أرش العليا منه فإن بادر الثانى فقطع الأنملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الأرش على الجانى ، وإن كان قطع الأنملتين أولا قدمنا صاحبهما فى القصاص للأول وله الأرش على الجانى ، وإن بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه ، وتقطع الوسطى للأول ، ويأخذ الأرش للعليا ، ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع مثلها فاستوفى الجانى من الوسطى ، فإن عفا إلى الدية تقاصا وتساقطا ، لأن ديتهما واحدة ، وإن اختار الجانى القصاص فله ذلك ، ويدفع أرش العليا ، ويجىء على قول أبى بكر : ألا يجب القصاص ، لأن ديتهما واحدة ، واسم الأنملة يشملها ، فتساقطا كقوله فى إحدى اليدين بدلا عن الأخرى .

٦٧٥٩ مســـألة

قال ﴿ وإذا قُتِلَ وله وليان بالغ وطفل ، أو غائب ، لم يقتل حتى يقدم الغائب ، ويبلغ الطفل ﴾ .

وجملته أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين ، فإن كان بعضهم غائباً انتظر قدومه ، ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه ، وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون وبهذا قال ابن شبرمة ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وأبو يوسف ، وإسحاق .

ويروى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله ، وعن أحمد ، رواية أخرى : للكبار العقلاء استيفاؤه . وبه قال حماد ، ومالك ، والأوزاعى ، والليث ، وأبو حنيفة ، لأن الحسن بن على رضى الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصاً ، وفى الورثة صغار ، فلم ينكر ذلك ، ولأن ولاية القصاص هى استحقاق استيفائه ، وليس للصغير هذه الولاية .

ولنا : أنه قصاص غير متحتم ، ثبت لجماعة معينين ، فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالا ، كما لو كان بين حاضر وغائب ، أو أحد بدلى النفس ، فلم ينفرد به بعضهم كالدية .

والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور . أحدها : أنه لو كان منفرداً لاستحقه ، ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً ، كولاية النكاح . والثانى : أنه لو بلغ لاستحق ، ولو لم يكن مستحقاً

عند الموت لم يكن مستحقاً بعده، كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه . والثالث : أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق، ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالأجنبي . والرابع : أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالم يستحقه . فأما ابن ملجم فقد قيل : إنه قتله بكفره، لأنه قتل علياً مستحلا لدمه، معتقداً كفره، متقرباً بذلك إلى الله تعالى . وقيل : قتله لسعيه فى الأرض بالفساد، وإظهار السلاح، فيكون كقاطع الطريق إذا قتل . وقتله متحتم، وهو إلى الإمام . والحسن هو الإمام، ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة، ولا خلاف بيننا فى وجوب انتظارهم، وإن قدر أنه قتله قصاصاً فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض .

٦٧٦٠ فصـــل

وإن كان الوارث واحداً صغيراً كصبى قتلت أمه وليست زوجة لأبيه فالقصاص له، وليس لأبيه ولا غيره استيفاؤه، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة، ومالك : له استيفاؤه، وكذلك الحكم فى الوصى والحاكم فى الطرف دون النفس، وذكر أبو الخطاب فى موضع فى الأب روايتين، وفى موضع وجهين أحدهما : كقولنا، لأن القصاص بدلى النفس، فكان للأب استيفاؤه كالدية .

ولنا : أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له، كالوصى ولأن القصد التشفى ودرك الغيظ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الولى، ويخالف الدية، فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له، فافترقا . ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت، والقصاص لا يتعين، فإنه يجوز العفو إلى الدية، والصلح على مال أكثر منها وأقل، والدية بخلاف ذلك .

٦٧٦١ فصـــل

وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبى ويعقل المجنون، ويقدم الغائب، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم فى قصاص حتى بلغ ابن القتيل فى عصر الصحابة، ولم ينكر ذلك، وبذل الحسن، والحسين، وسعيد ابن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها .

فإن قيل : فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين . قلنا : لأن فى تخليته تضييعاً للحق، فإنه لا يؤمن هربه . والفرق بينه وبين المعسر من وجوه : أحدها : أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار، فلا يحبس بما لا يجب، والقصاص ههنا واجب، وإنما تعذر المستوفى . الثانى : أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين، فلا يفيد بل يضر من الجانبين، وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس . الثالث : أنه قد استحق قتله، وفيه تفويت نفسه ونفعه، فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه .

فإن قيل : فلم يحبس من أجل الغائب ، وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفاً رشيداً ، ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوباً لم يملك انتزاعه ؟ قلنا : لأن في القصاص حقاً للميت ، وللحاكم عليه ولاية ، ولهذا تنفذ وصاياه من الدية ، وتقضى ديونه منها ، فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد إنسان شيئاً غصباً والوارث غائب ، فإنه يأخذه ، ولو كان القصاص في لحى طرفه[1] لم يتعرض لمن هو عليه فإن أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز ، لأن الكفالة لاتصح في القصاص ، فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به ، ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل ، فلم تصح الكفالة به به كالحد ، ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه ، فإنه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق .

٦٧٦٢ فصل

فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن الباقين لم يجب عليه قصاص ، وبهذا قال أبوحنيفة وهو أحد قولى الشافعى ، والقول الأخير : عليه القصاص ، لأنه ممنوع من قتله ، وبعضه غير مستحق له ، وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس ، بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد .

ولنا : أنه مشارك فى استحقاق القتل ، فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها ، ولأنه محل يملك بعضه ، فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالأصل . ويفارق [ما] إذا قتل الجماعة واحداً ، فإنا لانوجب القصاص بقتل بعض النفس ، وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجميعها ، وإن سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس ، فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ، ولا يتحقق ههنا .

إذا ثبت هذا فإن للولى الذى لم يقتل قسطه[2] من الدية لأن حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه مالو مات القاتل أو عفا بعض الأولياء ، وهل يجب ذلك على قاتل الجانى أو فى تركة الجانى ؟ فيه وجهان وللشافعى قولان :

أحدهما : يرجع على قاتل الجانى لأنه أتلف محل حقه ، فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه ، كما لو كانت له وديعة فأتلفها .

والثانى : يرجع فى تركة الجانى كما لو أتلفه أجنبى ، أو عفا شريكه عن القصاص . وقولنا أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مستأجره ، أو غريمه أو امرأته ، أو كان المتلف أجنبياً ، ويفارق الوديعة ،

---

(١) فى نسخ المغنى (فى لحى طرفه) والصواب (لحى فى طرفه) كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٥ (ف) .

(٢) فى ٣٩ : حقه .

فإنها مملوكة لها ، فوجب عوض ملكه . أما الجانى فليس بمملوك المجنى عليه ، وإنما له عليه حق ، فأشبه مالو قتل غريمه . فعلى هذا يرجع ورثة الجانى على قاتله بدية موروثهم ، إلا قدر حقه منها . فعلى هذا لو كان الجانى أقل دية من قاتله ، مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان ، فقتلها أحدهما بغير إذن الآخر ، فللآخر نصف دية أبيه فى تركة المرأة التى قتلته ، ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها ، وهو ربع دية الرجل .

وعلى الوجه الأول يرجع الابن الذى لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة ، لأنه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة ، ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشىء ، لأن أخاه الذى قتلها أتلف جميع الحق . وهذا يدل على ضعف هذا الوجه .

ومن فوائده أيضاً صحة إبراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته ، فإن قلنا : يرجع على ورثة الجانى صح إبراؤهم ، وملكوا الرجوع على قاتل موروثهم بقسط أخيه العافى ، وإن قلنا : يرجع على تركة الجانى وله تركة فله الأخذ منها ، سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم . وإن قلنا : يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجانى ، سواء كان شريكه موسراً أو معسراً .

٦٧٦٣ مسألة

قال : ﴿ ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن إلى القصاص سبيل وإن كان العافى زوجاً أو زوجة ﴾ .

أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص ، و[على] أنه أفضل ، والأصل فيه الكتاب والسنة . أما الكتاب فقول الله تعالى فى سياق قوله : « كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى . . . فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ »(1) وقال تعالى : « وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ — إلى قوله — وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ »(2) قيل فى تفسيره : فهو كفارة للجانى ، بعفو صاحب الحق عنه . وقيل : فهو كفارة للعافى بصدقته . وأما السنة فإن أنس بن مالك قال : « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شىء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو » رواه أبو داود(3) . وفى حديثه فى قصة الرُّبَيِّع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم .

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ .

(٢) سورة المائدة آية ٤٥ .

(٣) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٧٨ .

إذا ثبت : هذا فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب ، والرجال والنساء ، والصغار والكبار ، فمن عفا منهم صح عفوه ، وسقط القصاص ، ولم يبق[1] لأحد إليه سبيل . هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : عطاء ، والنخعى ، والحكم ، وحماد ، والثورى ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وروى معنى ذلك عن عمر ، وطاوس ، والشعبى . وقال الحسن وقتادة ، والزهرى ، وابن شبرمه ، والليث ، والأوزاعى : ليس للنساء عفو . والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة ، وهو وجه لأصحاب الشافعى ، لأنه ثبت لدفع العار ، فاختص به العصبات كولاية النكاح . ولهم وجه ثالث ، أنه لذوى الأنساب دون الزوجين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ، بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل » . وأهله ذوو رحمه[2] .

وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء . وقيل : هو رواية عن عن مالك ، لأن حق غير العافى لا يرضى بإسقاطه ، وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « فأهله بين خيرتين » ، وهذا عام فى جميع أهله ، والمرأة من أهله ، بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من يعذرنى من رجل يبلغنى أذاه فى أهلى ، وما علمت على أهلى إلا خيراً . ولقد ذكروا رجلا ماعلمت عليه إلا خيراً ، وما كان يدخل على أهلى إلا معى[3] » يريد عائشة . وقال له أسامة : يارسول الله أهلك ، ولا نعلم إلا خيراً[4] . وروى زيد بن وهب : « أن عمر أتى برجل قتل قتيلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة المقتول[5] وهى أخت القاتل : قد عفوت عن حقى ، فقال عمر : الله أكبر ، عتق القتيل » . رواه[6] أبو داود ، وفى رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فاستعدى إخوتها عمر ، فقال بعض إخوتها : قد تصدقت ، فقضى لسائرهم بالدية .

وروى قتادة أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلا ، فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم ، فقال عمر لابن مسعود : ماتقول ؟ قال إنه أحرز من القتل ، فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علماً . والدليل

---

(١) فى ١٨ : لم يعد .

(٢) فى نسخ المغنى (وأهلة ذوو رحمة) والصواب (ذوو رحمه) بالهاء لا بالتاء كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٩ . (ف)

(٣ ، ٤) أخرجه الخمسة إلا أبا داود عن عائشة . (ف)

(٥) فى تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٩ « قالت أخت القتيل وكانت زوجة القاتل » (ف)

(٦) لم أجده فى أبى داود ونسبه الحافظ فى تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٠ إلى عبد الرازق والبيهقى (ف)

على أن القصاص لجميع الورثة ماذكرناه فى مسألة القصاص بين الصغير والـكبير ، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة ، فإذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه ، وزوال الزوجية لايمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية ، وسائر حقوقه الموروثة .

ومتى ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم سقط بإسقاط من كان من أهل الإسقاط منهم ، لأن حقه منه له(1) فينفذ تصرفه فيه ، فإذا سقط سقط جميعه ، لأنه مما لايتبعض كالطلاق والعتاق ، ولأن القصاص حق مشترك بينهم لايتبعض ، مبناه على الدرء والإسقاط ، فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقى كالعتق . والمرأة أحد المستحقين ، فسقط بإسقاطها كالرجل . ومتى عفا أحدهم ، فللباقين حقهم من الدية ، سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، ولا أعلم لهما مخالفاً ممن قال بسقوط القصاص ، وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه ، فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه ، أو مات ، ولما ذكرنا من خبر عمر رضى الله عنه .

٦٧٦٤ فصـــل

فإن قتله الشريك الذى لم يعف عالماً بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص ، سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وهو الظاهر من مذهب الشافعى . وقيل له قول آخر : لايجب القصاص ، لأن له فيه شبهة لوقوع الخلاف .

ولنا : أنه قتل معصوماً مكافئاً له عمداً يعلم أنه لاحق له فيه ، فوجب عليه القصاص كما لوحكم بالعفو حاكم ، والاختلاف لايسقط القصاص ، فإنه لو قتل مسلماً بـكافر قتلناه به مع الاختلاف فى قتله ، وأما إن قتله ، قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى فى أحد قوليه : عليه القصاص ، لأنه قتل عمد عدوان لمن لاحق له فى قتله .

ولنا : أنه قتله معتقداً ثبوت حقه فيه ، مع أن الأصل بقاؤه ، فلم يلزمه قصاص كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل ، قبل علمه بعفوه ، ولا فرق بين أن يـكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به ، لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده ، وقال الشافعى : متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص ، علم بالعفو أو لم يعلم ، وقد بينا الفرق بينهما ، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لـكونه معذوراً وإما للعفو عن القصاص ، فإنه يسقط عنه منها ماقابل حقه على القاتل قصاصاً ، ويجب عليه الباقى فإن كان الولى عفا إلى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شىء عليهم ، وإن كان عفا إلى الدية فالواجب لورثة القاتل

(1) فى ١٨ : لأنه حقه ، ومنه وله .

وعليهم . نصيب العافى من الدية ، وقيل فيه : إن حق العافى من الدية على القاتل لا يصح ، لأن الحق لم يبق متعلقاً بعينه ، وإنما الدية واجبة فى ذمته ، فلم تنتقل إلى القاتل كما لو قتل غريمه .

٦٧٦٥ فصـــــل

فإن كان القاتل هو العافى فعليه القصاص ، سواء عفا مطلقاً أو إلى مال وبهذا قال عكرمة ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وابن المنذر . وروى عن الحسن : تؤخذ منه الدية ولا يقتل . وقال عمر بن عبد العزيز : الحكم فيه إلى السلطان .

ولنا : قوله تعالى : « فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ »(1) قال ابن عباس ، وعطاء ، والحسن ، وقتادة ، فى تفسيرها : أى بعد أخذه الدية . وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا أعفى من قتل بعد أخذه الدية » . ولأنه قتل معصوماً مكافئاً فوجب عليه القصاص كما لو يكن قتل .

٦٧٦٦ فصـــــل

وإذا عفا عن القاتل مطلقاً صح ولم تلزمه عقوبة ، وبهذا قال الشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأبو ثور . وقال مالك . والليث ، والأوزاعى : يضرب ويحبس سنة .

ولنا : أنه إنما كان عليه حق واحد ، وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شىء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ .

٦٧٦٧ فصـــــل

وإذا وكل من يستوفى القصاص صح توكيله ، نص عليه أحمد رحمه الله ، فإن وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا ، فإن كان عفوه بعد القتل لم يصح لأن حقه قد استوفى وإن كان قتله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلماً فعليه القود كما لو قتله ابتداء . وإن قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر : لا ضمان على الوكيل لأنه لا تفريط منه فإن العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه ، فلم يلزمه ضمان ، كما لو عفا بعد مارماه . وهل يلزم الموكل الضمان ؟ فيه قولان .

وأحدهما : لا ضمان عليه ، لأن عفوه غير صحيح لما ذكرنا من حصوله فى حال لا يمكنه استدراك الفعل ، فوقع القتل مستحقاً له ، فلم يلزمه ضمان ، ولأن العفو إحسان ، فلا يقتضى وجوب الضمان .

---

(1) سورة البقرة آية ١٧٨ .

والثاني . عليه الضمان ، لأن قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لاذنب المباشر فيه ، فكان الضمان على الآمر كما لو أمر عبده الأعجمي بقتل معصوم .

وقال غير أبي بكر في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين في الوكيل ، هل ينعزل بعزل الموكل أولا ؟ وللشافعي قولان كالوجهين . فإن قلنا لا يصح العفو فلا ضمان على أحد ، لأنه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه . وإن قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه ، لأن الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه ، فأشبه مالو قتل في دار الحرب من يعتقده حربياً ، وتجب الدية على الوكيل ، لأنه لو علم لوجب عليه القصاص ، فإذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتداً قد أسلم قبل علمه بإسلامه ، ويرجع بها على الموكل ، لأنه غره بتسليطه على القتل بتفريطه في ترك إعلامه بالعفو ، فيرجع عليه كالغار في النكاح بحرية أمة أو تزوج معيبة . ويحتمل ألا يرجع عليه ، لأن العفو إحسان منه ، فلا يقتضي الرجوع عليه . فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل ، وهذا اختيار أبي الخطاب ، لأن هذا جرى مجرى الخطأ فأشبه مالو قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده حربياً .

وقال القاضي : هو في مال الوكيل ، لأنه عن عمد محض ، وهذا لا يصح ، لأنه لو كان عمداً محضاً لأوجب القصاص ، ولأنه يشترط في العمد المحض أن يكون عالماً بحال المحل ، وكونه معصوماً ، ولم يوجد هذا ، وإن قال هو عمد الخطأ فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الخرقي ، ودل عليه خبر المرأة التي قتلت جاريتها[1] وجنينها بمسطح ، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بالدية على عاقلتها .

واختلف أصحاب الشافعي على هذين الوجهين ، فعلى قول القاضي إن كان الموكل عفا إلى الدية فله الدية في تركة الجاني ، ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بديته ، وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء ، فإن قيل : فقد قلتم فيما إذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ، ولأخيه مطالبته به في وجه . قلنا ثَمّ أتلف حقه فرجع ببدله عليه ، وههنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا ، وإن قلنا : إن الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن تسقط الديتان ، لأنه لافائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ، ثم يردها الموكل إلى الوكيل ، فيكون تكليفاً لكل واحد منهم بغير فائدة ، ويحتمل أن يجب ذلك ، لأن الدية الواجبة في ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه ، وإنما تتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ماله عليه ، ولأنه قد تكون الديتان مختلفتين ، بأن يكون أحد المقتولين رجلا والآخر امرأة ، فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني ديته من الوكيل ، ويدفعون إلى الموكل دية وليه ، ثم يرد الموكل إلى الوكيل قدر ماغرمه .

---

(١) رواه الخمسة إلا الترمذي عن حمل بن مالك . (ف)

وإن أحال ورثة الجانى الموكل على الوكيل بدية وليهم صح ، فإن كان الجانى أقل دية مثل أن تكون امرأة قتلت رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها ، لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعاً ، ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه ، وإن كان الجانى رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجانى إحالة الموكل بدية المرأة ، لأن الموكل لايستحق عليهم أكثر من ديتها ، ويطالبون الوكيل بنصف دية الجانى ثم يرجع به على الموكل .

٦٧٦٨ فصـــــل

وإذا جنى على الإنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وحكى عن مالك : أن القصاص واجب ، لأن الجناية صارت نفساً ولم يعف عنها .

ولنا : أنه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون ماعفا عنه ، فسقط فى النفس كما لو عفا بعض الأولياء ، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه لم يجب فى سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها نظرنا ، فإن كان عفا على مال فله الدية كاملة ، وإن عفا على غير مال وجبت الدية إلا أرش الجراح الذى عفا عنه . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة ، لأن الجناية صارت نفساً ، وحقه فى النفس لافيما عفا عنه ، وإنما سقط القصاص للشبهة ، وإن قال : عفوت عن الجناية لم يجب شىء ، لأن الجناية لاتختص بالقطع ، وقال القاضى فيما إذا عفا عن القطع : ظاهر كلام أحمد أنه لايجب شىء ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، لأنه قطع غير مضمون فكذلك سرايته .

ولنا : أنها سراية جناية أوجبت الضمان ، فكانت مضمونة كما لو لم يعف ، وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها ، فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره ، والمعفو نصف الدية ، لأن الجناية أوجبت نصف الدية ، فإذا عفا سقط ماوجب دون مالم يجب فإذا صارت نفساً وجب بالسراية نصف الدية ، ولم يسقط أرش الجرح فيما إذا لم يعف ، وإنما تكملت الدية بالسراية .

٦٧٦٩ فصـــــل

فإن كان الجرح لاقصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص ، لأن القصاص لم يجب فى الجرح فلم يصح العفو عنه ، وإنما وجب القصاص بعد عفوه ، وله العفو عن القصاص ، وله كمال الدية ، ولو عفا عن دية الجرح صح ، وله بعد السراية دية النفس إلا أرش الجرح ، ولا يمتنع وجوب القصاص فى النفس مع أنه لايجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يده فاندملت

واقتص منها ثم انتقضت وسرت إلى النفس فله القصاص فى النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية ، وإن قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى ، فعلى قول أبى بكر لا يسقط القصاص فى النفس ، لأن القصاص لم يجب فهو كالجائفة ، ومن جوز له القصاص من الكوع أسقط القصاص فى النفس ، كما لو كان القطع من الكوع ، وقال المزنى : لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله ، فلو قطع يداً فعفا عن ديتها وقصاصها ، ثم اندملت لم تسقط ديتها ، وسقط قصاصها لأن القصاص قد وجب فيها ، فصح العفو عنه بخلاف الدية وليس بصحيح ، لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هى السبب ، ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش الطرف لبائعه لا لمشتريه ، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب ، وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا تملك المطالبة به ، ويصح العفو عنه كذا ههنا .

٦٧٧٠ فصـــل

فإن قطع يده فعفا عنه ، ثم عاد الجانى فقتله فلوليه القصاص وهذا ظاهر مذهب الشافعى . قال بعضهم: لا قصاص . لأن العفو حصل عن بعضه ، فلا يقتل به ، كما لو سرى القطع إلى نفسه .

ولنا : أن القتل انفرد عن القطع ، فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره ، وإن اختار الدية فقال القاضى : إن كان العفو عن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن القتل إذا تعقب[1] الجناية قبل الاندمال كان كالسراية ، ولذلك لو لم يعرف لم يجب أكثر من دية ، والقطع يدخل فى القتل فى الديه دون القصاص ، ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل ، ولو صار الأمر إلى الدية لم يجب إلا دية واحدة . وقال أبو الخطاب : له العفو إلى دية كاملة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن القطع منفرد عن القطع ، فلم يدخل حكم أحدهما فى الآخر ، كما لو اندمل ، ولأن القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو . وفارق السراية فإنها لم توجب قتلا ، ولأن السراية عفى عن سببها والقتل لم يعف عن شىء منه ، ولا عن سببه ، وسواء فيما ذكرنا كان العافى عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها .

٦٧٧١ فصـــل

وإن قطع أصبعاً فعفا المجنى عليه عن القصاص ، ثم سرت الجناية إلى الكف ، ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا فى النفس ، ولأن القصاص سقط فى الأصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ

---

(١) فى ٣٩ : إذا أعقب .

بها [اليد][1] الكاملة ، ثم إن كان العفو إلى الدية وجبت الدية كلها ، وإن كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ماذكرنا فيما إذا قطع يداً فعفا المجنى عليه ، ثم سرى إلى نفسه ، فعلى هذا تجب هنا دية الكف لادية الأصبع . ذكره أبو الخطاب ، وهو مذهب الشافعى . وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد أن لايجب شيء ، وهو قول أبى يوسف ومحمد . لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . وقد قال القاضى : إن القياس فيما إذا قطع اليد ، ثم سرى إلى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ههنا .

٦٧٧٢ فصل

فإن قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ، ولم يكن له فى سرايتها قصاص ولا دية فى ظاهر كلام أحمد ، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية . وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه : مالك ، وطاوس ، والحسن ، وقتادة ، والأوزاعى . وقال أصحاب الشافعى : إذا قال : عفوت عن الجناية ، وما يحدث منها ففيه قولان :

أحدهما : أنه وصية فيبنى على الوصية للقاتل ، وفيه قولان . أحدهما : لايصح . فتجب دية النفس إلا دية الجرح . والثانى : يصح . فإن خرجت من الثلث سقط ، وإلا سقط منها ماخرج من الثلث ، ووجب الباقى .

والقول الثانى : ليس بوصية ، لأنه إسقاط فى الحياة فلا يصح ، ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح .

ولنا : أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج ، لأن موجب العمد القود فى إحدى الروايتين ، أو أحد شيئين فى الرواية الأخرى ، فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال ، ولذلك صح العفو من المفلس إلى غير مال ، وأماجناية الخطأ فإذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث ، سواءعفا بلفظ العفو أوالوصية أو الإبراء أو غيرها ، فإن خرجت من الثلث صح عفوه فى الجميع ، وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها مااحتمله الثلث ، وبهذا قال مالك ، والثورى ، أصحاب الرأى ونحوه قال عمر بن عبد العزيز ، والأوزاعى ، وإسحق ، لأن الوصية ههنا بمال .

٦٧٧٣ فصل

فإن اختلف الجانى والولى أو المجنى عليه ، فقال الجانى : عفوت مطلقاً ، وقال المجنى عليه : بل عفوت

---

(١) الزيادة من : ٣٩ .

إلى مال ، أو قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها . [أو] قال : بل عفوت عنها دون ما يحدث منها ، فالقول قول المجنى عليه أو وليه إن كان الخلاف معه ، لأن الأصل عدم العفو عن الجميع ، وقد ثبت العفو عن البعض بإقراره فيكون القول فى عدم سقوطه قوله .

٦٧٧٤ مسألة

قال : ﴿ وإذا اشترك الجماعة فى القتل فأحب الأولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك ، وإن أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ، ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك ﴾ .

أما قتلهم للجميع فقد ذكرناه فيما مضى ، وأما إن أحبوا قتل البعض فلهم ذلك ، لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد ، ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لأنهما شخصان ، فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا ، وأما إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة ، فإن لهم هذا من غير رضا الجانى ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والشافعى وعطاء ومجاهد وإسحق وأبو ثور وابن المنذر . وقال النخعى ومالك وأبو حنيفة : ليس للأولياء إلا القتل ، إلا أن يصطلحا على الدية برضا الجانى . وعن مالك رواية أخرى كقولنا ، واحتجوا بقوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاص)[1] والمكتوب لا يتخير فيه ، ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معينا كسائر أبدال المتلفات .

ولنا : قول الله تعالى (فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ)[2] قال ابن عباس[3] : كان فى بنى إسرائيل القصاص ، ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية (كُتِبَ عليكم القصاصُ فى القتلَى) الآية ـ (فمن عُفِيَ لهُ منْ أخيهِ شَيْء) فالعفو أن تقبل فى العمد الدية[4] (فاتباع بالمعروف) يتبع الطالب بالمعروف ويؤدى إليه المطلوب بإحسان (ذَلِكَ تخفيف مِنْ ربكم ورحمة)[5] مما كتب على من قبلكم رواه البخارى .

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٨ . (٢) سورة البقرة آية ١٧٨ .

(٣) لفظ البخارى ج ٦ ص ٢٩ « عن مجاهد قال : سمعت ابن عباس رضى الله عنهما يقول : كان فى بنى إسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية فقال الله تعالى لهذه الأمة : كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شىء فالعفو أن يقبل الدية فى العمد فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ، يتبع بالمعروف ويؤدى بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من كان قبلكم فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم قتل بعد قبول الدية » (ف)

(٤) سورة البقرة آية ١٧٨ (٥) سورة البقرة آية ١٧٨ .

وروى أبو هريرة قال : قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما يقاد »[1] متفق عليه .

وروى أبو شريح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل ، وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين : إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » رواه أبو داود وغيره . ولأن القتل المضمون إذا سقط فيه القصاص من غير إبراء ثبت المال ، كما لو عفا بعض الورثة ، ويخالف سائر المتلفات لأن بدلها يجب من جنسها ، وههنا يجب فى الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس ، فإذا رضى فى العمد ببدل الخطأ كان له ذلك ، لأنه أسقط بعض حقه ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ما ذكروه بما إذا كان رأس الشاج أصغر ، أو يد القاطع أنقص فإنهم سلموا فيهما .

٦٧٧٥ فصــــل

واختلفت الرواية فى موجب العمد فروى عن أحمد رحمه الله أن موجبه القصاص عيناً لقوله عليه السلام « من[2] قتل عمداً فهو قود » ولما ذكروه فى دليلهم ، وروى أن موجبه أحد شيئين القصاص أو الدية لما ذكرناه قبل هذا ولأن الدية أحد بدلى النفس فكانت بدلا عنهما لا عن بدلها كالقصاص . وأما الخبر فالمراد به وجوب القود ، ونحن نقول به ، ويخالف القتل سائر المتلفات ، لأن بدلها لا يختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه . وللشافعى قولان كالروايتين ، فإذا قلنا : موجبه القصاص عيناً فله العفو إلى الدية والعفو مطلقاً فإذا عفا مطلقاً لم يجب شىء ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وقال بعضهم : تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشىء ، لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه . وإن عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شىء . فأما إن عفا عن الدية لم يصح عفوه ، لأنها لم تجب ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن القصاص مطلقاً أو إلى الدية وجبت الدية ، لأن الواجب غير معين ، فإذا ترك أحدهما وجب الآخر ، وإن اختار الدية سقط القصاص ، وإن اختار القصاص تعين ، وهل له بعد ذلك العفو على الدية ؟ قال القاضى : له ذلك ، لأن القصاص أعلى ، فكان له الانتقال إلى الأدنى ، ويكون بدلا عن القصاص ، وليست التى وجبت بالقتل كما قلنا فى الرواية الأولى أن الواجب القصاص عيناً ، وله العفو إلى الدية ، ويحتمل أنه ليس له ذلك ، لأنه أسقطها باختياره القود فلم يعد إليها .

---

(١) أخرجه البخارى ج ٩ ص ٦ ومسلم ج ٢ ص ٩٨٩ (ف)
(٢) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٩٠ (ف)

٦٧٧٦ فصل

وإذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجنى عليه بأرش الجناية سقط القصاص ، لأن عدوله إلى الشراء اختيار المال ، ولا يصح الشراء لأنهما إن لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات فى فساد البيع . ولذلك لو باعه شيئاً بحمل جذع غير معروف الصفة لم يصح ، وإن قدر الأرش بذهب أو فضة وباعه به صح[1] .

٦٧٧٧ فصل

إذا وجب القصاص لصغير لم يجز لوليه العفو إلى غير مال ، لأنه لا يملك إسقاط حقه ، وإن أحب العفو إلى مال وللصبى كفاية من غيره لم يجز ، لأن فيه تفويت حقه من غير حاجة ، فإن كان فقيراً محتاجاً ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لحاجته إلى المال لحفظه ، قال القاضى : هذا أصح . والثانى : لا يجوز لأنه لا يملك إسقاط قصاصه . وأما حاجته فإن نفقته فى بيت المال والصحيح الأول ، فإن وجوب النفقة فى بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل ، فأما إن كان مستحق القصاص مجنوناً فقيراً فلوليه العفو على المال ، لأنه ليست حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله .

٦٧٧٨ فصل

ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص ، لأنه ليس بمال ، وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه ، وإن أحب العفو عنه إلى مال فله ذلك ، لأن فيه حظاً للغرماء ، وإن أراد العفو على مال ، انبنى على الروايتين ، إن قلنا : الواجب القصاص فله ذلك ، لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين لم يملك ، لأن المال يجب بقوله عفوت عن القصاص ، فقوله على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك . وهكذا الحكم فى السفيه ووارث المفلس ، وإن عفا المريض على غير مال فذكر القاضى فى موضع : أنه يصح ، سواء خرج من الثلث أو لم يخرج . وذكر أن أحمد نص على هذا ، وقال فى موضع : يعتبر خروجه من ثلثه ، ولعله ينبنى على الروايتين فى موجب العمد على ما مضى .

٦٧٧٩ فصل

وإذا قتل من لا وارث له فالأمر إلى السلطان ، فإن أحب القصاص فله ذلك ، وإن أحب العفو على

(١) فى ٣٩ : يصح .

مال فله ذلك ، وإن أحب العفو إلى غير مال لم يملكه لأن ذلك للمسلمين ، ولاحظ لهم فى هذا ، وهذا قول أصحاب الرأى ، إلا أنهم لايرون العفو على مال إلا برضا الجانى .

٦٧٨٠ فصـــــل

وإذا اشترك الجماعة فى القتل فعفا عنهم إلى الدية فعليهم دية واحـدة ، وإن عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية ، لأن الدية بدل المحل ، وهو واحد ، فتـكون ديته واحدة ، سواء أتلفه واحد أو جماعة . وقال ابن أبى موسى فيه رواية أخرى : أن على كل واحد دية كاملة ، لأن له قتل كل واحد منهم فـكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة ، كما لو قطع الأعور عين صحيح ، فإنه تجب عليه دية عينه ، وهو دية كاملة . والصحيح الأول ، لأن الواجب بدل المتلف ، فلا يختلف المتلف ، ولذلك لو قتل عبد قيمته ألفان حراً لم يملك العفو على أكثر من الدية . وأما القصاص فإنه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده .

٦٧٨١ مســـــألة

قال : ﴿ وإن قتل من للأولياء أن يقيدوا به فبذل القاتل أكثر من الدية على ألا يقاد فللأولياء قبول ذلك ﴾ .

وجملته : أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها ، لاأعلم فيه خلافاً ، لمـا روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم : « من قتل عمداً دُفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا أخذوا الدية ثلاثين حِقّة[1] ، وثلاثين جَذَعة[2] ، أو أربعين خلفة[3] ، وما صولحوا عليه فهو لهم ، وذلك لتشديد القتل » . رواه الترمذى . وقال : حديث حسن غريب . وروينا « أن هدبة بن خشرم قتل قتيلا ، فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه ، فأبى ذلك وقتـله » . ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بمـا اتفقوا عليه ، كالصداق . وعوض الخلع ، ولأنه صلح عمـا لايجرى فيـه الربا ، فأشبه الصلح عن العروض .

---

(١) الحقة : مالهـا ثلاث سنين ودخلت فى الرابعة سميت بذلك لأنها استحقت أن تركب ويحمل عليها ويطرقها الفحل . (ف)

(٢) الجذعة : مالها أربع سنين سميت بذلك لإسقاط سنها وقال الجوهرى : هو اسم له فى زمن ليس بسن تنبت ولا تسقط . (ف)

(٣) الخلفة : الحامل إلى نصف أجلها ثم هى عشار . (ف)

٦٧٨٢ مســـألة

قال : ﴿ وإذا أمسك رجلا وقتله آخر ، قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت ﴾

يقال : أمسك ، ومَسَك ، ومَسَّك ، وقد جمع الخرقى بين اللغتين فقال : إذا أمسك وحبس الماسك، وهو اسم الفاعل من مسك مخففاً . ولا خلاف فى أن القاتل يقتل . لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق. وأما الممسك فإن لم يَعْلَم أن القاتلَ يقتلُه فلا شىء عليه ، لأنه متسبب ، والقاتل مباشر ، فسقط حكم المتسبب به ، وإن أمسكه له ليقتله مثل أن ضبطه له حتى ذبحه له ، فاختلفت الرواية فيه عن أحمد . فروى عنه : أنه يحبس حتى يموت . وهذا قول عطاء ، وربيعة . وروى ذلك عن على ، وروى عن أحمد ؛ أنه يقتل أيضاً ، وهو قول مالك . قال سليمان بن أبى موسى : الاجماع فينا أن يقتل ، لأنه لو لم يمسكه ماقدر على قتله ، وبإمساكه تمكن من قتله ، فالقتل حاصل بفعلهما ، فيكونان شريكين فيه ، فيجب عليهما القصاص ، كما لو جرحاه . وقال أبو حنيفة والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر : يعاقب ويأثم ، ولا يقتل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله »[1] . والممسك غير قاتل ، ولأن الإمساك سبب غير ملجىء ، فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر ، كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله .

ولنا : ماروى الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل ، ويحبس الذى أمسك » ولأنه حبسه إلى الموت فيحبس الآخر إلى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت .

٦٧٨٣ فصـــل

وإن اتبع رجلا ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثانى فقتله نظرت فإن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثانى فعليه القصاص فى القطع وحكمه فى القصاص فى النفس حكم الممسك لأنه حبسه على القتل وإن لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذى أمسكه غير عالم . وفيه وجه آخر ليس عليه إلا القطع بكل حال والأول أصح لأنه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بإمساكه .

فإن قيل : لم اعتبرتم قصد الإمساك ههنا ، وأنتم لاتعتبرون إرادة القتل فى الخارج ؟

---

(١) هو من حديث أخرجه أحمد وابن حبان عن عبد الله بن عمرو ونصه « إن أعتى الناس عند الله ثلاثة رجل قتل فى الحرم ورجل قتل غير قاتله ، ورجل قتل بذحل الجاهلية » والذحل بوزن الثأر لفظاً ومعنى . (ف)

قلنا : إذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره ، فنعتبر قصد الجرح الذى هو السبب دون قصد الأثر . وفى مسألتنا إنما كان موته بأمر غير السراية ، والفعل ممكن له عليه ، فاعتبر قصده لذلك الفعل ، كما لو أمسكه .

٦٧٨٤ فصـــل

قال : ﴿ ومن أمر عبده أن يقتل رجلا وكان العبد أعجمياً لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد ، وإن كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد ﴾ .

وإنما ذكر الخرقى كونه أعجمياً — وهو الذى لا يفصح — ليتحقق منه الجهل . وإنما يكون الجهل فى حق من نشأ فى غير بلاد الإسلام ، فأما من أقام فى بلاد الإسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ، ولا يعذر فى فعله ، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ، ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير . وإن كان غير عالم بخطره فالقصاص على سيده ، ويؤدب العبد. قال أحمد : يضرب ويؤدب . ونقل عنه أبو طالب قال : يقتل المولى ، ويحبس العبد حتى يموت ، لأن العبد سوط المولى وسيفه . وكذا قال على ، وأبو هريرة . وقال على رضى الله عنه : يستودع السجن . وممن قال بهذه الجملة الشافعى . وممن قال إن السيد يقتل على ، وأبو هريرة . وقال قتادة : يقتلان جميعاً . وقال سليمان بن موسى : لا يقتل الآمر ، ولكن [يؤخذ على] يديه ويعاقب ويحبس ، لأنه لم يباشر القتل ولا ألجأ إليه فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل .

ولنا : أن العبد إذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتقد إباحته ، وذلك شبهة تمنع القصاص ، كما لو اعتقده صيداً فرماه فبان إنساناً . ولأن حكمة القصاص الردع والزجر ، ولا يحصل ذلك فى معتقد الإباحة . وإذا لم يجب عليه وجب على السيد ، لأنه آلة[1] له لا يمكن إيجاب القصاص عليه ، فوجب على المتسبب به ، كما لو أنهشه حية أو كلباً ، أو ألقاه فى زبية أسد فأكله . ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فإن القصاص على العبد ، لإمكان إيجابه عليه ، وهو مباشر له ، فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر ، ويكون على السيد الأدب لتعديه بالتسبب إلى القتل .

٦٧٨٥ فصـــل

ولو أمر صبياً لا يميز أو مجنوناً أو أعجمياً لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم فى العبد ، يقتل الآمر دون المباشر ، ولو أمره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الآمر ، لأن الحد لا يجب إلا على المباشر ،

---

(١) فى ٣٩ : آلة لغيره .

والقصاص يجب بالتسبب ، ولذلك وجب بالتسبب ، ولذلك وجب على المكره والشهود فى القصاص .

٦٧٨٦ فصـــل

ولو أمر السلطان رجلا فقتل آخر فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الآمر ، لأنه غير معذور فى فعله ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق »[1] . وعنه عليه السلام أنه قال : « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه »[2] . فلزمه القصاص كما لو أمره غير السلطان فإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور ، لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام فيما ليس بمعصية ، والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق . وإن أمره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالقود على المأمور بكل حال ، علم أو لم يعلم ، لأنه لايلزمه طاعته ، وليس له القتل بحال ، بخلاف السلطان ، فإن إليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ، ويستوفى القصاص للناس ، وهذا ليس إليه شيء من ذلك . وإن أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما ، وإن وجبت الدية كانت عليهما ، فإن كان الإمام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله فقال القاضى : الضمان عليه دون الإمام ، لأن الإمام أمره بما أدى اجتهاده إليه ، والمأمور لا يعتقد جوازه ، فلم يكن له أن يقبل أمره فإذا قتله لزمه الضمان ، لأنه قتل من لا يحل له قتله ، وينبغى أن يفرق بين العامى والمجتهد ، فإن كان مجتهداً فالحكم فيه على ماذكره القاضى ، وإن كان مقلداً فلا ضمان عليه ، لأن له تقليد الإمام فيما رآه ، وإن كان الإمام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر ، كما لو أمر السيد الذى لا يعتقد تحريم القتل به والله أعلم .

---

(١) أخرجه أحمد والحاكم عن عمران والحكم بن عمرو الغفارى . (ف)

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم عن أبى سعيد . (ف)

كتاب الديات

الأصل فى وجوب الدية الكتاب والسنه والإجماع :

أما الكتاب فقول الله تعالى : « وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا »(1) الآية .

وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن ، فيه الفرائض والسنن والديات ، وقال فيه : « وإن فى النفس مائة من الإبل » . رواه النسائى فى سننه ، ومالك فى موطئه . قال ابن عبد البر : وهو كتاب مشهور عند أهل السير ، ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد ، لأنه أشبه المتواتر فى مجيئه فى أحاديث كثيرة تأتى فى مواضعها من الباب إن شاء الله ، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية فى الجملة .

٦٧٨٧ مسألة

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ ودية الحر المسلم مائة من الإبل ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن الإبل أصل فى الدية ، وأن دية الحر المسلم مائة من الإبل ، وقد دلت عليه الأحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم ، وحديث عبد الله ابن عمر فى دية خطأ العمد ، وحديث ابن مسعود فى دية الخطأ ، وسنذكرها إن شاء الله . وظاهر كلام الخرقى أن الأصل فى الدية الإبل لاغير ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد رحمه الله ، ذكر ذلك أبو الخطاب ، وهو قول طاوس ، والشافعى ، وابن المنذر ، وقال القاضى : لايختلف المذهب أن أصول الدية الإبل ، والذهب ، والورق ، والبقر ، والغنم . فهذه خمسة لايختلف المذهب فيها . وهذا قول عمر ، وعطاء ، وطاوس ، وفقهاء المدينة السبعة ، وبه قال الثورى ، وابن أبى ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، لأن عمرو بن حزم روى فى كتابه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن : « وأن فى النفس المؤمنة مائة من الإبل ، وعلى أهل الورق ألف دينار »(2) . رواه النسائى .

---

(1) سورة النساء آية ٩٢ .

(2) قوله : « وعلى أهل الورق ألف دينار » هكذا فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٤٨١ والفقى ج ٧ ص ٧٥٩ والورق بكسر الراء الفضة ، والصواب كما فى النسائى ج ٨ ص ٥٨ « وعلى أهل الذهب ألف دينار » (ف)

وروى ابن عباس : « أن رجلا من بنى عدى قتل فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفاً » . رواه أبو داود ، وابن ماجه . وروى الشعبى أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : « ألا إن الإبل قد غلت ، فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاه ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة » رواه أبو داود .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيـل السوط والعصا مائة من الإبل »[1] . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين دية العمد والخطأ ، فغلظ بعضها وخفف بعضها ، ولا يتحقق هذا فى غير الإبل ، ولأنه بدل متلف حقاً لآدمى فكان متعيناً كعوض الأموال . وحديث ابن عباس يحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب الورق بدلا عن الإبل ، والخلاف فى كونها أصلا . وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الأصل الإبل ، فإن إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الإبل ، ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن إيجابها تقويماً للإبل ، ولا كان لغلاء الإبل أثر فى ذلك ، ولا لذكره[2] معنى .

وقد روى : أنه كان يقوم الإبل قبـل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ، ولذلك قيل : إن دية الذمى أربعة آلاف درهم ، وديته نصف الدية ، فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم .

٦٧٨٨ فصـــل

فإذا قلنا : هى خمسة أصول ، فإن قَدْرها من الذهب ألف مثقال ، ومن الورق اثنا عشر ألف درهم ، ومن البقر والحلل مائتان ، ومن الشاه ألفان ، ولم يختلف القائلون بهذه الأصول فى قدرها من الذهب ولا من سائرها إلا الورق ، فإن الثورى وأبا حنيفة وصاحبيه قالوا : قدرها عشرة آلاف من الورق ، وحكى ذلك عن ابن شبرمة ، لما روى الشعبى أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف ، ولأن الدينار معدول فى الشرع بعشرة دراهم ، بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالا ، ونصاب الفضة مائتان ، وبما ذكرناه قال الحسن ، وعروة ، ومالك ، والشافعى ، فى قول . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائى عن عبد الله بن عمرو . (ف)

(٢) فى ٣٩ : ولا كان لذكره معنى .

عباس ، لما ذكرنا من حديث ابن عباس ، وحديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده عن عمر[1] ولأن الدينار معدول باثنى عشر درهماً ، بدليل أن عمر فرض الجزية على الغنى أربعة دنانير ، أو ثمانية . وأربعين درهماً ، وعلى المتوسط دينارين ، أوأربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير ديناراً ، أواثنى عشر[2] درهماً . وهذا أولى مما ذكروه فى نصاب الزكاة ، ولأنه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولا بنصاب الآخر ، كما أن السائمة من بهيمة الأنعام ليس نصاب شىء منها معدولا بنصاب غيره قال ابن عبد البر ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبى صلى الله عليه وسلم حديث مسند ، ولا مرسل ، وحديث الشعبى عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه .

٦٧٨٩ فصل

وعلى هذا أى شىء أحضره من عليه الدية من القاتل أو العاقلة من هذه الأصول لزم الولى أخذه ، ولم يكن له المطالبة بغيره ، سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن ، لأنها أصول فى قضاء الواجب يجزىء واحد منها ، فكانت الخيرة إلى من وجبت عليه كخصال الكفارة ، وكشاتى[3] الجبران فى الزكاة مع الدراهم ، وإن قلنا : الأصل الإبل خاصة ، فعليه تسليمها إليه سليمة من العيوب ، وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه ، لأن الحق متعين فيها ، فاستحقت كالمثل فى المثليات المتلفة ، وإن أعوزت الإبل ولم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل فله العدول إلى ألف دينار ، أو اثنى عشر ألف درهم ، وهذا قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد : تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، لحديث عمرو بن شعيب [عن أبيه عن جده] عن عمر فى تقويم الإبل ، ولأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته كذوات الأمثال ، ولأن الإبل إذا أجزأت إذا قلت قيمتها ، ينبغى أن تجزىء وإن كثرت قيمتها ، كالدنانير إذا غلت أو رخصت . وهكذا ينبغى أن نقول إذا غلت الإبل كلها ، فأما إن كانت الإبل موجودة بثمن مثلها إلا أن

---

(١) فى ١٨ : عن جده عبد الله بن عمرو وهو خطأ . للسياق الماضى واللاحق .

(٢) فى طبعه رشيد ج ٩ ص ٤٨٣ والقنى ج ٧ ص ٧٦٠ « أو اثنا عشر درهماً » والصواب أو (اثنى عشر) لأنه معطوف على منصوب (ف)

(٣) الجبران : شاتان أو عشرون درهماً لحديث أنس عن أبى بكر فى فرائض الصدقة التى فرضها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه « فمن بلغت عنده صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فإنها تقبل منه ويجعل معها شاتين إن استيسر له أو عشرين درهماً ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده إلا جذعة فإنها تقبل منه ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين » أخرجه أحمد والنسائى وأبو داود ، والجبران يأخذه المصدق (آخذ الصدقة) إن وجددون سن الصدقة فإن لم يجد إلا أعلى دفعه المصدق (ف)

هذا لم يجدها لـكونها فى غير بلده ونحو ذلك ، فإن عمر قوم[1] الدية من الدراهم اثنى عشر ألفاً[2] وألف[3] دينار .

٦٧٩٠ فصـــــل

وظاهر كلام الخرقى أنه لا تعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحمد : أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة ، وعشرون درهماً ، فإن لم يقدر على ذلك أدى اثنى عشر ألف درهم ، وألف دينار . لأن عمر قوم الإبل على أهل الذهب ألف مثقال ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، فدل على أن ذلك قيمتها ، ولأن هذه أبدال محل واحد ، فيجب أن تتساوى فى القيمة كالمثل والقيمة فى بدل القرض ، والمتلف فى المثليات .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : «فى النفس المؤمنة[4] مائة من الإبل» وهذا مطلق فتقييده يخالف إطلاقه فلم يجز إلا بدليل ، ولأنها كانت تؤخذ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيمتها ثمانية آلاف ، وقول عمر فى حديثه إن الإبل قد غلت فقومها على أهل الورق اثنى عشر ألفاً ، دليل على أنها فى حال رخصها أقل قيمة من ذلك ، وقد كانت تؤخذ فى عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فإيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين دية الخطأ والعمد ، فغلظ دية العمد ، وخفف دية الخطأ .

وأجمع عليه أهل العلم ، واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما . وجمع بين ما فرقه الشارع ، وإزالة للتخفيف والتغليظ جميعاً ، بل هو تغليظ لدية الخطأ ، لأن اعتبار ابن[5] مخاض بقيمة ثنية[6] أوجذعة

---

(١) فى ١٨ : فإن قيمة . . اثنا .

(٢) فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٤٨٤ والفق ج ٧ ص ٧٦١ (وألف دينار) بالواو والصواب (أو ألف دينار) بـ(أو) (ف)

(٣) فى ١٨ و٣٩ : أو ألف دينار جاز .

(٤) أخرجه ابن حبان فى صحيحه فى كتاب عمرو بن حزم (ف)

(٥) (ابنة مخاض) كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٥١٥ وبنت المخاض ما تم لها سنة سميت بذلك لان أمها قد حملت والمخاض الحامل وهو معريف لها بغالب أ والها لأنه شرط (ف)

(٦) فى النهاية لابن الأثير ج ١ ص١٣٦ (والثنية من الغنم ما دخل فى السنة الثالثة ومن البقر كذلك ومن الابل فى السادسة والذكر ثنى وعلى مذهب أحمد بن حنبل ما دخل من المعز فى الثانية ومن البقر فى الثالثة) (ف)

يشق جداً ، فيـكون تغليظاً للدية فى الخطأ ، وتخفيفاً لدية العمد ، وهذا خلاف ما قصده الشارع ، وورد به ، ولأن العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات ، فلو كانت تؤدى على عهد النبى صلى الله عليه وسلم بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يجز الإخلال به ، لأن ما ورد به الشرع مطلقاً إنما يحمل على العرف والعادة ، فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيساً فى الشريعة ، وإيهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة ، والنبى صلى الله عليه وسلم بعث للبيان قال الله تعالى (لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ)[1] فكيف يحمل قوله على الإلباس والإلغاز ؟ هذا مما لا يحل ، ثم لو حمل الأمر على ذلك لكان الأسنان عبثاً غير مفيد فإن فائدة ذلك إنما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم ، فأقيم مقامه . ولأن الإبل أصل فى الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق ، ولأنها أصل فى الوجوب ، فلا تعتبر قيمتها كالإبل فى السلم ، وشاة الجبران ، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا ؛ فإن الإبل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر ، وقيمتها أقل من اثنى عشر ألفاً ، وقد قيل إن قيمتها كانت ثمانية آلاف ، ولذلك قال عمر : دية الكتابى أربعة آلاف ، وقولهم إنها أبدال محل واحد ، فلنا أن نمنع ونقول : البدل إنما هو الإبل ، وغيرها معتبر بها ، وإن سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويهما ، وينتقض أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم ، وأما بدل القرض والمتلف فإنما هو المثل خاصة ، والقيمة بدل عنه ، ولذلك لاتجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسألتنا .

فإن قيل : هذا حجة عليكم لقولكم إن الإبل هى الأصل ، وغيرها بدل عنها ، فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة . قلنا : إذا ثبت لنا هذا ينبغى أن يقوم غيرها بها ، ولا تقوم هى بغيرها ، لأن البدل يتبع الأصل ، ولا يتبع الأصل البدل ، على أنا نقول إنما صير[2] إلى التقدير بهذا لأن عمر رضى الله عنه قومها فى وقته بذلك ، فوجب المصير إليه ، كيلا يؤدى إلى التنازع والاختلاف فى قيمة الإبل الواجبة ، كما قدر ابن المصراة[3] بصاع من التمر نفياً للتنازع فى قيمته ، فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيفضى إلى عكس حكمة الشرع ، ووقوع التنازع فى قيمة الإبل مع وجوبها بعينها ، على أن المعتبر فى بدلى القرض مساواة[4] المحل المقرض ، فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له ، والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ، ولهذ لاتعتبر صفاته ، وهكذا قول أصحابنا فى تقويم البقر والشاء والحلل ، ويجب أن يكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثنى عشر ألفاً ، فتكون قيمة كل بقرة أوحلة ستين درهما ، وقيمة كل شاة ستة دراهم ، لتتساوى الأبدال كلها ، وكل حلة بردتان ، فيكون أربعمائة برد .

---

(١) سورة النحل آية ٤٤ . (٢) فى ١٨ : إنما صرنا .

(٣) هى التى يحبس لبنها فى ضرعها . لتغلو قيمتها :

(٤) فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٥١٦ (مساواة المقرض) . (ف)

٦٧٩١ فصل

ولا يقبل في الإبل معيب ولا أعجف ، ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بلده . وقال القاضي وأصحاب الشافعي : الواجب عليه من جنس إبله ، سواء كان القاتل أو العاقلة ، لأن وجوبها على سبيل المواساة ، فيجب كونها من جنس مالهم كالزكاة ، فإذا كان عند بعض العاقلة عراب ، وعند بعضهم بخاتي ، أخذ من كل واحد من جنس ماعنده ، وإن كان عند واحد صنفان ففيه وجهان :

أحدهما : يؤخذ من كل صنف بقسطه . والثاني : يؤخذ من الأكثر . فإن استويا دفع من أيهما شاء .

فإن دفع من غير إبله خيراً من إبله أو مثلها جاز ، كما لو أخرج في الزكاة خيراً من الواجب ، وإن كان أدون لم يقبل ، إلا أن يرضى المستحق . وإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل البلد ، فإن لم يكن في البلد إبل وجب من غالب إبل أقرب البلاد إليه ، فإن كانت إبله عجافاً أو مراضاً كلف تحصيل صحاح من جنس ماعنده ، لأنه بدل متلف ، فلا نؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف ، ونحو هذا قال أصحابنا في البقر والغنم .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » أطلق الإبل ، فمن قيدها احتاج إلى دليل ، ولأنها بدل المتلف ، فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات ، ولأنها حق ليس سببه المال ، فلم يعتبر كونه من جنس ماله كالمسلم فيه والقرض . ولأن المقصود بالدية جبر المفوّت ، والجبر لايختص بجنس مال من وجب عليه .

وفارق الزكاة ، فإنها وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الأغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليهم ، فاقتضى كونه من جنس أموالهم ، وهذا بدل متلف ، فلا وجه لتخصيصه بماله . وقولهم . إنها مواساة غير صحيح ، وإنما وجبت جبراً للفائت ، كبدل المال المتلف . وإنما العاقلة تواسي القاتل فيما وجب بجنايته ، ولهذا لايجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوي إبل ، والواجب بجنايته إبل مطلقة ، فتواسيه في تحملها ، ولأنها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض ، والصغيرة من الصغار كالزكاة .

٦٧٩٢ مسألة

قال : (وإن كان القتل عمداً فهي في مال القاتل حالّة أرباعاً : خمس وعشرون بنات مخاض ، وخمس وعشرون بنات لبون ، وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) .

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب فى مال القاتل ، لا تحملها العاقلة ، وهذا[1] قضية الأصل ، وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف ، وأرش الجناية على الجانى . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يجنى[2] جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده :[3] « ابنك هـذا ؟ » قال : نعم . قال : « أما إنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه » ولأن موجب الجناية أثر فعل الجانى ، فيجب أن يختص بضررها ، كما يختص بنفعها ، فإنه لو كسب كان كسبه له دون غيره ، وقد ثبت حـكم ذلك فى سائر الجنايات والأكساب ، وإنما خولف هذا الأصل فى قتل المعذور فيه لـكثرة الواجب ، وعجز الجانى فى الغالب عن تحمله ، مع وجوب الـكفارة عليه ، وقيام عذره تخفيفاً عنه ، ورفقاً به ، والعامد لاعذر له ، فلا يستحق التخفيف ، ولا يوجد فيـه المعنى المقتضى المواساة فى الخطأ ، إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة ، وبهذا قال مالك ، والشافعى وقال أبو حنيفة : تجب فى ثلاث سنين ، لأنها دية آدمى ، فـكانت مؤجلة كدية شبه العمد .

ولنا : أن ماوجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وأرش أطراف العبد . ولا يشبه شبه العمد ، لأن القاتل معذور ، لـكونه لم يقصد القتل ، وإنما أفضى إليه من غير اختيار منه ، فأشبه الخطأ ، ولهذا تحمله العاقلة ، ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية ، وحملوا أداء مال مواساة[4] ، فالأرفق بحالهم التخفيف عنهم . وهذا موجود فى الخطأ وشبه العمد على السواء .

وأما العمد فإنما يحمله الجانى فى غير حال العذر ، فوجب أن يكون ملحقاً ببدل سائر المتلفات .

ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه ، أو قتل أجنبياً ، وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم ، أو غير ذلك . واختلفت الرواية فى مقدارها . فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع كما ذكر الخرقى . وهو قول الزهرى ، وربيعة ، ومالك ، وسليمان بن يسار ، وأبى حنيفة . وروى ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه ، وروى جماعة عن أحمد أنهـا ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة فى بطونها أولادها . وبهذا قال عطاء ، ومحمد بن الحسن ، والشافعى . وروى ذلك عن عمر ، وزيد ، وأبى موسى ، والمغيرة ، لمـا روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاءوا قتلوه ، وإن شاءوا أخذوا الدية ، وهى ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ، وما صولحوا عليه فهو لهم » . وذلك لتشديد القتل . رواه الترمذى ، وقال : هو

---

(١) فى ١٨ : وهذه .

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجه من حديث عمرو بن الأحوص (ف)

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى والحاكم من رواية أبى رمثة (ف)

(٤) فى ١٨ : أداء المال .

حديث حسن غريب ، وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل ، منها أربعون خلفة فى بطونها أولادها » رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهم ، وعن عمرو بن شعيب : « أن رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله ، فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة ، وثلاثين جذعة ، وأربعين خلفـة » رواه مالك فى موطئه . ووجه الأول ماروى الزهرى عن السائب بن يزيد قال : كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أرباعاً : خمساً وعشرين جذعة ، وخمساً وعشرين حقة ، وخمساً وعشرين بنت لبون ، وخمساً وعشرين بنت مخاض ، ولأنه قول ابن مسعود ، ولأنه حق يتعلق بجنس الحيوان ، فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية .

٦٧٩٣ فصـــــل

والخلفة : الحامل ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : «فى بطونها أولادها» تأكيد ، وقلما تحمل إلا ثنية ، وهى التى لها خمس سنين ، ودخلت فى السادسة . وأى ناقة حملت فهى خلفة تجزىء فى الدية ، وقد قيل : لاتجزىء إلا ثنية ، لأن فى بعض ألفاظ الحديث : « أربعون خَلِفَةً مابين ثنية[1] عامها إلى بازل[2] » ، ولأن سائر أنواع الإبل مقدرة السن ، فـكذلك الخلفة ، والذى ذكره القاضى هو الأولى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق الخلفة ، والخلفة هى الحامل ، فيقتضى أن تجزىء كل حامل ، ولو أحضرها خلفة فأسقطت [حملها] قبل قبضها فعليه بدلهـا ، فإن أسقطت[3] بعد قبضها أجزأت ، لأنه برىء منها بدفعها .

٦٧٩٤ فصـــــل

فإن اختلفا فى حملها رجع إلى أهل الخبرة ، كما يرجع فى حمل المرأة إلى القوابل ، وإن تسلمها الولى ثم قال : لم تـكن حوامل وقد ضمرت أجوافها ، وقال الجانى : بل قد ولدت عندك ، نظرت ، فإن قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجانى ، لأن الظاهر إصابتهم ، وإن قبضها بغير قولهم فالقول قول الولى ، لأن الأصل عدم الحمل .

(١ ، ٢) الحديث أخرجه أبو داود والنسائى عن عقبة بن أوس عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وفى النسائى ج ٨ ص ٤١ « فيهـا أربعون ثنية إلى بازل عامها كلهن خلفة » وفى شرحه قال : « ثنية مادخلت فى السادسة » (إلى بازل عامها) متعلق بثنية وذلك فى ابتداء السنة التاسعة وليس بعده اسم بل يقال بازل عام وبازل عامين (خلفة) بفتح فـكسر هى الناقة الحاملة إلى نصف أجلها ثم هى عشار .

(٣) فى المخطوطات : فإن أسقطته .

٦٧٩٥ مسألة

قال ﴿ وإن كان القتل شبه عمد فكما وصفت فى أسنانها ، إلا أنها على العاقلة فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها ﴾ .

وجملته أن القول فى أسنان دية شبه العمد كالقول فى دية العمد سواء فى اختلاف الروايتين فيها ، واختلاف العلماء فيها ، وقد سبق الكلام فى ذلك إلا أنها تخالف العمد فى أمرين :

أحدهما : أنها على العاقلة فى ظاهر المذهب ، وبه قال الشعبى ، والنخعى ، والحكم ، والشافعى ، والثورى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال ابن سيرين ، والزهرى ، والحارث العكلى ، وابن شبرمة ، وقتادة ، وأبو ثور : هى على القاتل فى ماله ، واختاره أبو بكر عبد العزيز ، لأنها موجب فعل قصده ، فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ، ولأنها دية مغلظة ، فأشبهت دية العمد ، وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك ، لأن شبه العمد عنده من باب العمد .

ولنا : ماروى أبو هريرة قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها » متفق عليه . ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصاً ، فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ .

ويخالف العمد المحض ، لأنه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل ، وإرادته القتل ، وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ، ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل ، فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان ، وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا أعلم فى أنها تجب مؤجلة خلافاً من أهل العلم ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عباس رضى الله عنهم . وبه قال الشعبى ، والنخعى ، وقتادة ، وأبو هاشم ، وعبد الله بن عمر ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقد حكى عن قوم من الخوارج أنهم قالوا : الدية حالة ، لأنها بدل متلف ، ولم ينقل إلينا ذلك عمن يعد خلافه خلافاً ، وتخالف الدية سائر المتلفات ، لأنها تجب على غير الجانى على سبيل المواساة له ، فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم . وقد روى عن عمر وعلى أنهما قضيا بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين ، ولا مخالف لهما فى عصرهما فكان إجماعاً .

٦٧٩٦ فصل

ويجب فى آخر كل حول ثلثها ، ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : ابتداؤها من حين حكم الحاكم ، لأنها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة .

ولنا : أنه مال مؤجل ، فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ، ولا نسلم الخلاف فيها ، فإن الخوارج لا يعتد بخلافهم .

إذا ثبت هذا فإن كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت ، سواء كان قتلا موجباً أو عن سراية جرح ، وإن كان الواجب دية جرح نظرت ، فإن كان عن جرح اندمل من غير سراية ، مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة ، فابتداء المدة من حين القطع ، لأن تلك حالة الوجوب ، ولهذا لو قطع يده وهو ذمى فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودى . وأما إن كان الجرح سارياً مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ، ثم اندمل ، فابتداء المدة من حين الاندمال ، لأنها إذا سرت فما استقر الأرش إلا عند الاندمال . هكذا ذكر القاضى ، وأصحاب الشافعى . وقال أبو الخطاب : تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما ، لأن الأرش لا يستقر إلا بالاندمال فيهما .

٦٧٩٧ فصـــل

وإذا كان الواجب دية فإنها تقسم فى ثلاث سنين ، فى كل سنة ثلثها ، سواء كانت دية النفس ، أو دية الطرف ، كدية جدع الأنف ، أو الأذنين ، أو قطع الذكر ، أو الأنثيين . وإن كان دون الدية نظرنا . فإن كان ثلث الدية كدية المأمومة أو الجائفة وجب فى آخر السنة الأولى ، ولم يجب منه شىء حالاً ، وإن كان نصف الدية أو ثلثيها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث فى آخر السنة الأولى ، والباقى فى آخر السنة الثانية . وإن كان أكثر من الثلثين كدية ثمان أصابع وجب الثلثان فى السنتين ، والباقى فى آخر الثالثة . وإن كان أكثر من دية مثل أن ذهب سمع إنسان ففى كل سنة ثلث ، لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص فى السنة عن الثلث ، فكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث . وإن كان الواجب بالجناية على اثنين[1] وجب لكل واحد ثلث فى كل سنة لأن كل واحد له دية ، فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه . وإن كان الواجب دون ثلث الدية كدية الأصبع لم تحمله العاقلة ، لأنها لا تحمل مادون الثلث ، ويجب حالاً ، لأنه بدل متلف لا تحمله ، فكان حالا كالجناية على المال .

٦٧٩٨ فصـــل

وفى الدية الناقصة كدية المرأة والكتابى وجهان :

أحدهما : تقسم فى ثلاث سنين ، لأنها بدل النفس ، فأشبهت الدية الكاملة . والثانى : يجب منها فى العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة ، وباقيها فى العام الثانى ، لأن هذه تنقص عن الدية ، فلم تقسم

---

(١) فى ١٨ : لاثنين .

فى ثلاث سنين كأرش الطرف . وهذا مذهب أبى حنيفة ، وللشافعى كالوجهين .

وإن كانت الدية لاتبلغ ثلث الدية الـكاملة كدية المجوسى ، وهو ثمانمائة[1] درهم ، ودية الجنين ، وهى خمس من الإبل ، لم تحمله العاقلة ، لأنها لاتحمل مادون الثلث ، فأشبه دية السن والموضحة ، إلا أن يقتل الجنين مع أمه ، فتحمله العاقلة ، لأنها جناية واحدة ، وتـكون دية الأم على الوجهين . فإن قلنا[2] هى فى عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الأم فى العام الأول ، لأنها دية أخرى ، ويحتمل أن تجب مع باقى دية الأم فى العام الثانى . وإن قلنا دية الأم فى ثلاث سنين ، فهل تجب دية الجنين فى ثلاثة أعوام أولا ؟ على وجهين . فإذا قلنا بوجوبها فى ثلاث سنين ، وجبت فى السنين التى وجبت فيها دية الأم ، لأنهما ديتان لمستحقين فيجب فى كل سنة ثلث ديتهما وثلث ديته ، ويحتمل أن تجب فى ثلاث سنين أخرى ، لأن تلفها موجب جناية واحدة .

٦٧٩٩ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الإبل ، تؤخذ فى ثلاث سنين ، أخماساً . عشرون بنات مخـاض ، وعشرون بنو مخاض ، وعشرون . بنات لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ﴾ .

لايختلف المذهب فى أن دية الخطأ أخمـاساً كما ذكر الخرقى . وهذا قول ابن مسعود ، والنخعى ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال عمر بن عبد العزيز ، وسليمان بن يسـار ، والزهرى ، والليث ، وربيعة ، ومالك ، والشافعى : هى أخماس ، إلا أنهم جعلوا مكان بنى مخاض بنى لبون . وهـكذا رواه سعيد فى سننه عن النخعى ، عن ابن مسعود . وقال الخطابى : روى أن النبى صلى الله عليه وسلم وَدَى[3] الذى قتل بخيبر بمائة من إبل الصدقة ، وليس فى أسنان الصدقة ابن مخاض وروى عن على ، والحسن، والشعبى ، والحارث العـكلى ، وإسحاق : أنها أرباع كدية العمد سواء . وعن زيد : أنها ثلاثون حقة ، وثلاثون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت مخاض . وقال طاوس : ثلاثون حقة ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون بنت مخاض ، وعشرون بنى لبون ذكور ، لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون بنت

---

(١) فى ٣٩ : وهى ثمانمائة درهم .
(٢) فى المطبوعة : بأن قلنا . خطأ .
(٣) أخرجه البخارى عن سهل بن أبى حثمة ج ٩ ص ١١ . (ف)

مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشر[1] بنى لبون ذكور » . رواه أبو داود وابن ماجه . وقال أبو ثور : الديات كلها أخماس كدية الخطأ ، لأنها بدل متلف ، فلا تختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات . وحكى عنه : أن دية العمد مغلظة ، ودية شبه العمد والخطأ أخماس ، لأن شبه العمد تحمله العاقلة ، فكان أخماساً كدية الخطأ .

ولنا : ماروى عبد الله بن مسعود ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فى دية الخطأ عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنى مخاض » . رواه أبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه ، ولأن ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض فى الزكاة إذا لم يجدها ، فلا يجمع بين البدل والمبدل فى واجب ، ولأن موجبهما واحد ، فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض ، ولأن ماقلناه الأول ، فالزيادة عليه لاتثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل ، فأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه ، لأنهم لم يدّعوا على أهل خيبر قتله إلا عمداً ، فتكون ديته دية العمد ، وهى من أسنان الصدقة ، والخلاف فى دية الخطأ . وقول أبى ثور يخالف الآثار المروية التى ذكرناها فلا يعول عليه .

٦٨٠٠ فصـــل

ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن دية الخطأ على العاقلة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وقد ثبتت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة ، وأجمع أهل العلم على القول به ، وقد جعل النبى صلى الله عليه وسلم دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد رويناه من الأحاديث . وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ ، والمعنى فى ذلك : أن جنايات الخطأ تكثر ، ودية الآدمى كثيرة ، فإيجابها على الجانى فى ماله يجحف به ، فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل ، والإعانة له تخفيفاً عنه ، إذا كان معذوراً فى فعله ، وينفرد هو بالكفارة .

٦٨٨١ فصـــل

ولا خلاف بينهم فى أنها مؤجلة فى ثلاث سنين ، فإن عمر وعلياً رضى الله عنهما جعلا دية الخطأ على العاقلة فى ثلاث سنين ، ولا نعرف لهما فى الصحابة مخالفاً ، فاتّبعهم على ذلك أهل العلم ، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة . وكل دية تحملها العاقلة تجب مؤجلة لما ذكرنا ، ومالا تحمله

---

(١) فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٤٩٦ والفقى ج ٧ ص ٧٧٠ (وعسر) والصواب (وعشرة) كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٤٩١ وسنن ابن ماجة ج ٢ ص ١٣٨ . (ف)

العاقلة يجب حالاً لأنه بدل متلف، فلزم المتلف حالا كقيم المتلفات، وفارق الذى تحمله العاقلة، فإنه يجب مواساة(1) فألزم التأجيل تخفيفاً على متحمله، وعدل به عن الأصل فى التأجيل، كما عدل به عن الأصل فى إلزامه غير الجانى .

٦٨٨٢ فصــــل

ولا يلزم القاتل شىء من الدية(2). وبهذا قال مالك، والشافعى. وقال أبو حنيفة: هو كواحد من العاقلة، لأنها وجبت عليهم إعانة له، فلا يزيدون عليه فيها ولنا: ماروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه. وهذا يقتضى أنه قضى بجميعها عليهم، ولأنه قاتل لم تلزمه الدية، فلم يلزمه بعضها، كما لو أمره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق، فبان مظلوماً، ولأن الكفارة تلزم القاتل فى ماله، وذلك يعدل قسطه من الدية، وأكثر منه، فلا حاجة إلى إيجاب شىء من الدية عليه .

٦٨٨٣ فصــــل

والكفارة فى مال القاتل لايدخلها تحمل وقال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين : تكون فى بيت المال، لأنها تكثر، فإيجابها فى ماله يجحف به .

ولنا: أنها كفارة، فلا تجب على غير من وجد منه سببها، كسائر الكفارات، وكما لو كانت صوماً، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجانى، ولا يكفر عنه بفعل غيره. ويفارق الدية، فإنها إنما شرعت لجبر المحل، وذلك يحصل بها كيفما كان ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتل، وماذكروه لا أصل له، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه .

أحدها : أن الدية لم تجب فى بيت المال، لأنها إنما وجبت على العاقلة، ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الأصل .

الثانى : أن الدية كثيرة، فإيجابها على القاتل يجحف به، والكفارة بخلافها .

الثالث : أن الدية وجبت مواساة للقاتل، وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة، فإيجابها على غيره يقطع المواساة، ويوجب على غير الجانى أكثر مما وجب عليه، وهذا لا يجوز .

---

(1) فى ١٨ : على سبيل المواساة .
(2) أى حينما تحملها العاقلة .

٦٨٠٤ فصـــــل

وذكر أصحابنا : أن الدية تغلظ بثلاثة أشياء . إذا قتل فى الحرم ، والشهور الحرم ، وإذا قتل محرماً ، وقد نص أحمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرماً فى الحرم ، وفى الشهر الحرام . فأما إن قتل ذا رحم محرم فقال أبو بكر : تغلظ ديته ، وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ ، وقال أصحاب الشافعى : تغلظ بالحرم والأشهر الحرم ، وذى الرحم المحرم . وفى التغليظ بالإحرام وجهان . وممن روى عنه التغليظ : عثمان ، وابن عباس ، والسعيدان[1] . وعطاء وطاوس ، والشعبى ، ومجاهد ، وسليمان ابن يسار ، وجابر ابن زيد ، وقتادة ، والأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق . واختلف القائلون بالتغليظ فى صفته . فقال أصحابنا : تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية ، فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان . قال أحمد فى رواية ابن منصور فيمن قتل محرماً فى الحرم وفى الشهر الحرام : فعليه أربعة وعشرون ألفاً . وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ .

وقال أصحاب الشافعى : صفة التغليظ إيجاب دية العمد فى الخطأ لا غير ، ولا يتصور التغليظ فى غير الخطأ ، ولا يجمع بين تغليظين . وهذا قول مالك . إلا أنه[2] يغلظ فى العمد . فإذا قتل ذا رحم محرم عمداً فعليه ثلاثون حقه ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة . وتغليظها فى الذهب والورق أن ينظر قيمة أسنان الإبل غير مغلظة ، وقيمتها مغلظة ، ثم يحكم بزيادة ما بينهما ، كأن [كانت] قيمتها مخففة ستمائة وفى العمد ثمانمائة ، وذلك ثلث الدية المخففة . وعند مالك : تغلظ على الأب والأم والجد دون غيرهم ، واحتجا على صفة التغليظ بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجى دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقه ، وثلاثين جذعه ، وأربعين خلفة . ولم يزد عليه فى العدد شيئاً وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن ما أوجب التغليظ أوجبه فى الأسنان دون القدر كالضمان ، ولا يجمع بين تغليظين ، لأن ما أوجب التغليظ بالضمان إذا اجتمع سببان تداخلا ، كالحرم والإحرام فى قتل الصيد ، وعلى أنه لا يغلظ بالإحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه .

واحتج أصحابنا بما روى ابن أبى نجيح أن امرأة وطئت فى الطواف [فماتت] فقضى عثمان رضى الله عنه فيها بستة آلاف ، وألفين تغليظاً للحرم . وعن ابن عمر ، أنه قال : من قتل فى الحرم ، أو ذا رحم أو فى الشهر الحرام ، فعليه دية وثلث . وعن ابن عباس : أن رجلا قتل رجلا فى الشهر الحرام ، وفى البلد الحرام ، فقال : ديته اثنا عشر ألفاً ، وللشهر الحرام أربعة آلاف ، وللبلد الحرام أربعة آلاف . وهذا مما

---

(١) هما : سعيد ابن جبير ، وسعيد بن المسيب .

(٢) فى ٣٩ : إلا أنه قال : يغلظ فى العمد .

يظهر وينتشر ، ولم ينكر ، فيثبت إجماعاً . وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ، ولأنه قول التابعين القائلين بالتغليظ ، واحتجوا على التغليظ فى العمد : بأنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه فى العمد مع عدم العذر أولى . وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ فى بدل الطرف بهذه الأسباب ، لأن ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كالعمد ، وظاهر كلام الخرقى أن الدية لا تغلظ بشىء من ذلك . وهو قول الحسن ، والشعبى ، والنخعى ، وأبى حنيفة ، والجوزجانى ، وابن المنذر . وروى ذلك عن الفقهاء السبعة ، وعمر بن عبد العزيز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى النفس المؤمنة مائة من الإبل ، لم يزد على ذلك ، وعلى أهل الذهب ألف[1] مثقال » . وفى حديث أبى شريح أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :[2] « وأنتم يا خزاعة ، قد قتلتم : هذا القتيل من هذيل ، وأنا والله عاقله ، من قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين ، إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا الدية » . وهذا القتل كان بمكة فى حرم الله تعالى، فلم يزد النبى صلى الله عليه وسلم على الدية ، ولم يفرق بين الحرم وغيره . وقول الله عز وجل : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)[3] يقتضى أن الدية واحدة فى كل مكان وفى كل حال ، ولأن عمر رضى الله عنه أخذ من قتادة المدلجى دية ابنه ولم يزد على مائة .

وروى الجوزجانى بإسناده عن أبى الزناد ، أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء ، فكان مما أحيى من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم ، أن ناساً كانوا يقولون : إن الدية تغلظ فى الشهر الحرام أربعة آلاف ، فتكون ستة عشر ألف درهم ، فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء[4] ، وأثبتها اثنى عشر ألف درهم فى الشهر الحرام ، والبلد الحرام وغيرهما . قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روى عن الصحابة فى هذا ، ولو صح فقول عمر يخالفه ، وقوله أولى من قول من خالفه ، وهو أصح فى الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس .

٦٨٠٥ فصل

ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم ، وقال أصحاب الشافعى : تغلظ الدية بالقتل فى المدينة على قوله القديم ، لأنها مكان يحرم صيده فأشبهت الحرم . وليس بصحيح ، لأنها ليست محلا للمناسك ، فأشبهت سائر

---

(١) أخرجه النسائى وفيه « وعلى أهل الذهب ألف دينار » (ف)

(٢) أخرجه أبو داود عن أبى شريح الكعبى (ف)

(٣) سورة النساء آية ٩٢ .

(٤) تقليد جليل سابق لعصره ، يعتبر من بركات الإسلام وسابقات حكامه الأوائل وهو استعراض القوانين بين الحين والحين . رحم الله ابن عبد العزيز .

البلدان ، ولا يصح قياسها على الحرم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال :[1] « أى بلد هـذا ؟ أليست البلدة الحرام ؟ قال فإن دماءكم وأموالـكم بينـكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا » . وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إن أعتى الناس على الله رجل قتل فى الحرم ، ورجل قتل غير قاتله ، ورجل قتل بذَحْل[2] الجاهلية » وتحريم الصيد ليس هو العلة فى التغليظ ، وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم ، فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ، ولا يحرم الرعى فيه ، ولا الاحتشاش منه ، ولا مايحتاج إليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه .

٦٨٠٦ مســـــألة

قال ﴿ والعاقلة لاتحمل العبد ، ولا العمد ، ولا الصلح ، ولا الاعتراف . ولا مادون الثلث ﴾ .

فى هذه المسألة خمس مسائل :

٦٨٠٧ المسألة الأولى

أن العاقلة لاتحمل العبد ، يعنى إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته فى مال القاتل ، ولا شىء على عاقلته خطأ كان أو عمـداً ، وهذا قول ابن عبـاس ، والشعبى ، والثورى ، ومكحول ، والنخعى ، والبتى ، ومالك ، والليث ، وابن أبى ليلى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وقال عطاء ، والزهرى ، والحـكم ، وحماد ، وأبو حنيفة : تحمله العاقلة لأنه آدمى يجب بقتـله القصاص والـكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعن الشافعى كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة فى دية أطرافه .

ولنـا : ماروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاتحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً » . وروى عن ابن عباس[3] موقوفاً عليـه ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، فيـكون إجماعاً ، ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته ، فلم تحمله العاقلة كسائر القيم . ولأنه حيوان لاتحمل العاقلة قيمة أطرافه ، فلم تحمل الواجب فى نفسه كالفرس ، وبهذا فارق الحر .

٦٨٠٨ المسألة الثانية

أنهـا لاتحمل العمد ، سواء كان مما يجب القصاص فيه ، أو لايجب ، ولا خلاف فى أنها لاتحمل دية مايجب فيـه القصاص ، وأكثر أهل العلم على أنها لاتحمل العمد بكل حال . وحكى عن مالك : أنها تحمل الجنايات التى لاقصاص فيها ، كالمأمومة والجائفة ، وهذا قول قتادة ، لأنها جناية لاقصاص فيها ، أشبهت جناية الخطأ .

---

(١) أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى عن جابر (ف)

(٢) ذحل كثأر لفظاً ومعنى (ف)

(٣) أخرجه البيهقى عنه .

ولنا : حديث ابن عباس ، ولأنها جناية عمد ، فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص ، وجناية الأب على ابنه ، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت فى الخطأ ، لكون الجانى معذوراً تخفيفاً عنه ، ومواساة له ، والعامد غير معذور ، فلا يستحق التخفيف ، ولا المعاونة ، فلم يوجد فيه المقتضى ، وبهذا فارق العمد الخطأ ، ثم يبطل ماذكروه بقتل الأب ابنه ، فإنه لاقصاص فيه ، ولا تحمله العاقلة .

٦٨٠٩ فصل

وإن اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان :

أحدهما : تحمله العاقلة ، لأنه ليس بعمد محض ، أشبه عمد الخطأ . والثانى : لا تحمله ، لأنه قتله بآلة يقتل مثلها غالباً ، فأشبه من لا قصاص له .

ولو وكل فى استيفاء القصاص ثم عفا عنه ، فقتله الوكيل من غير علم بعفوه ، فقال القاضى : لا تحمله العاقلة ، لأنه عمد قتله ، وقال أبو الخطاب : تحمله العاقلة ، لأنه لم يقصد الجناية ، ومثل هذا يعد خطأ ، بدليل ما لو قتل فى دار الحرب مسلماً يظنه حربياً ، فإنه عمد قتله ، وهو أحد نوعى الخطأ ، وهذا أصح ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

٦٨١٠ فصل

وعمد الصبى والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : لا تحمله ، لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه ، فأشبه القتل من البالغ .

ولنا : أنه لا يتحقق منهما كمال القصد ، فتحمله العاقلة كشبه العمد ، ولأنه قتل لايوجب القصاص لأجل العذر ، فأشبه الخطأ . وشبه العمد وبهذا فارق ما ذكروه ، ويبطل ما ذكروه بشبه العمد .

٦٨١١ المسألة الثالثة

أنها لا تحمل الصلح . ومعناه أن يدعى عليه القتل فينكره ، ويصالح المدعى على مال ، فلا تحمله العاقلة ، لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره ، فلم تحمله العاقلة كالذى ثبت باعترافه ، وقال القاضى : معناه : أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية ، والتفسير الأول أولى ، لأن هذا عمد ، فيستغنى عنه بذكر العمد . وممن قال : لا تحمل العاقلة الصلح : ابن عباس ، والزهرى ، والشعبى ، والثورى ، والليث ، والشافعى . وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ، ولأنه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بمال غيره ، ويوجب عليه حقاً بقوله .

٦٨١٢ المسألة الرابعة

أنها لا تحمل الاعتراف ، وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد ، فتجب الدية عليه ، ولا تحمله العاقلة ، ولا نعلم فيه خلافاً وبه قال ابن عباس ، والشعبي ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ، وسليمان بن موسى ، والثوري ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ، ولأنه لووجب عليهم لوجب بإقرار غيرهم ، ولا يقبل إقرار شخص على غيره . ولأنه يتهم في أن يواطيء من يقول بذلك ، ليأخذ الدية من عاقلته ، فيقاسمه إياها .

إذا ثبت هذا : فإنه يلزمه مااعترف به ، وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول أكثرهم .

وقال أبو ثور ، وابن عبد الحكم : لايلزمه شيء ، ولا يصح إقراره ، لأنه مقر على غيره ، لا على نفسه ، ولأنه لم يثبت موجب إقراره ، فكان باطلا ، كما لو أقر على غيره بالقتل .

ولنا قوله تعالى : « ومن قتلَ مؤمناً خَطَأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ وديةٌ مسلَّمةٌ إلى أهْلِهِ »[1] ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال ، فصح إقراره كما لو أقر بإتلاف مال ، أو بما لاتحمل ديته العاقلة ، ولأنه محل مضمون ، فيضمن إذا اعترف به كسائر المحال وإنما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها ، فإذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد .

٦٨١٣ المسألة الخامسة

أنها لاتحمل مادون الثلث . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومالك ، وإسحق ، وعبد العزيز[2] ، وعمر بن أبي سلمة . وبه قال الزهري . وقال : لاتحمل الثلث أيضاً ، وقال الثوري ، وأبو حنيفة: تحمل السن والموضحة وما فوقها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الغُرَّة التي في الجنين على العاقلة ، وقيمتها نصف عشر الدية ، ولا تحمل مادون ذلك ، لأنه ليس فيه أرش مقدر ، والصحيح عن الشافعي: أنها تحمل الكثير والقليل ، لأن من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد .

ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ، ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني ، لأنه موجب جنايته ، وبدل متلفه ، فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات ، وإنما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني ، لكونه كثيراً يجحف به . قال

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ . (٢) ١٨ و ٢٩ : وأبو بكر عبد العزيز .

النبي صلى الله عليه وسلم : «الثلث كثير[1]» . ففيما دونه يبقى على قضية الأصل ، ومقتضى الدليل ، وهذا حجة على الزهرى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل الثلث كثيراً . فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع أمه من الضربة ، لكون ديتهما جميعاً موجب جناية تزيد على الثلث ، وإن سلمنا وجوبها[2] على العاقلة فلأنها دية آدمى كاملة .

٦٨١٤ فصــــل

وتحمل العاقلة دية الطرف إذا بلغ الثلث . وهو قول من سمينا فى المسألة التى قبل هذا .[3] وحكى عن الشافعى : أنه قال فى القديم : لا تحمل مادون الدية ، لأن ذلك يجرى مجرى ضمان الأموال ، بدليل أنه لا تجب فيه كفارة .

ولنا قول عمر رضى الله عنه ، ولأن الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث ، فحملتها العاقلة كدية النفس . لأنه كثير يجب ضماناً لحر أشبه ما ذكرنا . وما ذكره يبطل بما إذا جنى على الأطراف بما يوجب الدية ، أو زيادة عليها .

٦٨١٥ فصــــل

وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها ، وتحمل من جراحها ما بلغ أرشه ثلث دية الرجل ، كدية أنفها . وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة . وكذلك الحكم فى دية الكتابى . ولا تحمل دية المجوسى ، لأنها دون الثلث ، ولا دية الجنين إن مات منفرداً أو مات قبل موت أمه ، نص عليه أحمد ، لأنه دون الثلث ، وإن مات مع أمه حملتها العاقلة ، نص عليه ، لأن وجوب ديتهما حصل فى حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث ، فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة .

٦٨١٦ فصــــل

وإن كان الجانى ذمياً فعقله على عصبته من أهل دينه المعاهدين فى إحدى الروايتين . وهو قول الشافعى . وفى الأخرى : لا يتعاقلون ، لأن المعاقلة تثبت فى حق المسلم على خلاف الأصل تخفيفاً عنه ، ومعونة له ، فلا يلحق به الكافر ، لأن المسلم أعظم حرمة ، وأحق بالمواساة والمعونة من الذمى ، ولهذا

(١) قاله الرسول صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبى وقاص لما مرض وأراد أن يتصدق بأكثر من ثلث ماله والحديث خرجه الجماعة . (ف)

(٢) فى ١٨ : بوجوبها .

(٣) وهم : سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومالك ، وإسحاق ، وعبد العزيز ، وعمر بن أبى سلمة .

وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ، ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم ، فتبقى فى حق الذمى على الأصل .

ووجه الرواية الأولى : أنهم عصبة يرثونه ، فيعقلون عنه . كعصبة المسلم من المسلمين ، ولا يعقل عنه عصبته المسلمون ، لأنهم لا يرثونه ، ولا الحربيون لأن الموالاة والنصرة منقطعة بينهم . ويحتمل : أن يعقلوا عنه إذا قلنا إنهم يرثونه ، لأنهم أهل دين واحد يرث بعضهم بعضاً . ولا يعقل يهودى عن نصرانى ، ولا نصرانى عن يهودى ، لأنهم لا موالاة بينهم ، وهم أهل ملتين مختلفتين ، ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين فى توارثهما .

٦٨١٧ فصـــل

وإن تنصر يهودى أو تهود نصرانى ، وقلنا : إنه يقر عليه ، عقل عنه عصبته من أهل الدين الذى انتقل إليه ، وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم ؟ على وجهين وإن قلنا : لا يقر لم يعقل عنه أحد ، لأنه كالمرتد ، والمرتد لا يعقل عنه أحد ، لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ، ولا ذمى فيعقل عنه أهل الذمة ، وتكون جنايته فى ماله ، وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته ، يكون موجبها فى ماله كسائر الجنايات التى لا تحملها العاقلة .

٦٨١٨ فصـــل

ولو رمى ذمى صيداً ثم أسلم ، ثم أصاب السهم آدمياً فقتله لم يعقله المسلمون ، لأنه لم يكن مسلماً حال رميه ، ولا المعاهدون ، لأنه قتله وهو مسلم ، فيكون فى مال الجانى . وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ، ثم قتل السهم إنساناً لم يعقله أحد ، ولو جرح ذمى ذمياً ثم أسلم الجارح ومات المجروح ، وكان أرش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة ، ومازاد على أرش الجرح لا يحمله أحد ، ويكون فى مال الجانى ، كما ذكرنا . وإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجانى ، وكذلك الحكم إذا جرح مسلماً ثم ارتد . ويحتمل أن تحمل الديةَ كلَّها العاقلةُ فى المسألتين ، لأن الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته ، ولهذا وجب القصاص فى المسألة الأولى إذا كان عمداً ، ويحتمل ألا تحمل العاقلة شيئاً ، لأن الأرش إنما يستقر باندمال الجرح أو سرايته .

٦٨١٩ فصـــل

إذا تزوج عبد معتقة فأولدها أولاداً فولاؤهم لمولى أمهم ، وإن جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه ، لأنه عصبته ووارثه ، فإن أعتق أبوه ثم سرت الجناية ، أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى أعتق أبوه لم

يحمل عقله أحد ، لأن موالى الأم قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله ، وموالى الأب لم يـكن لهم عليه ولاء حال جنايته ، فتـكون الدية عليه فى ماله إلا أن يـكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً ، فيخرج فيه مثل ما قلنا فى المسألة التى قبلها .

٦٨٢٠ فصـــــل

وإن جنى الرجل على نفسه خطأ أو على أطرافه ففيه روايتان .

قال القاضى : أظهرهما : أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه ، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث . وهذا قول الأوزاعى ، وإسحاق . لما روى أن رجلا ساق حماراً فضربه بعصاً كانت معه ، فطارت منها شظية ففقأت عينه ، فجعل عمر ديته على عاقلته ، وقال : « هى يد من أيدى المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد » ولم نعرف له مخالفاً فى عصره ، ولأنها جناية خطأ ، فـكان عقلها على عاقلته ، كما لو قتل غيره . فعلى هذه الرواية إن كانت العاقلة الورثة لم يجب شىء ، لأنه لا يجب للإنسان شىء على نفسه ، وإن كان بعضهم وارثاً سقط عنه ما يقابل نصيبه ، وعليه ما زاد على نصيبه ، وله ما بقى إن كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه .

والرواية الثانية : جنايته هدر ، وهذا قول أكثر أهل العـلم . منهم ربيعة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى وهى أصح ، لأن عامر بن الأكوع بارز مرحباً يوم خيبر ، فرجع سيفه على نفسه فمات ، ولم يبلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فيه بدية ولا غيرها . ولو وجبت لبينه النبى صلى الله عليه وسلم . ولأنه جنى على نفسه فلم يضمنه غيره كالعمد ، ولأن وجوب الدية على العاقلة إنما كان مواساة للجانى وتخفيفاً عنه ، وليس على الجانى ههنا شىء يحتاج إلى الإعانة والمواساة فيه ، فلا وجه لإيجابه .

ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره ، فإنه لو لم تحمله العاقلة لأجحف به وجوب الدية لـكثرتها .

فأما إن كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل تجرى مجرى الخطأ ؟ على وجهين . أحدهما : هى كالخطأ ، لأنها تساويه فيما إذا كانت على غيره .

والثانى : لا تحمله العاقلة ، لأنه لا عذر له فأشبه العمد المحض .

٦٨٢١ فصـــــل

وأما خطأ الإمام والحاكم فى غير الحـكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف إذا كان مما تحمله العاقلة ، وما حصل باجتهاده ففيه روايتان .

إحداهما : على عاقلته أيضاً ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء

فأجهضت جنينها ، فقال عمر لعلي : عزمت عليك لا تبرح حتى[1] تقسمها على قومك ، ولأنه جان فكان خطؤه على عاقلته كغيره .

والثانية : هو في بيت المال ، وهو مذهب الأوزاعي ، والثوري ، وأبي حنيفة ، وإسحاق ، لأن الخطأ يكثر في أحكامه واجتهاده . فإيجاب عقله على عاقلته يجحف بهم ، ولأنه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله ، فكان أرش جنايته في مال الله سبحانه ، وللشافعي قولان كالروايتين .

٦٨٢٢ مسألة

قال : ﴿ وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه ، فإن كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته ﴾ .

هذا في الجناية التي تؤدي بالمال ، إما لكونها لا توجب إلا المال[2] ، وإما لكونها موجبة للقصاص فعفي[3] عنها إلى المال ، فإن جناية العبد تتعلق برقبته إذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته ، أو ذمته ، أو ذمة سيده . أو لا يجب شيء ، ولا يمكن إلغاؤها ، لأنها جناية آدمي ، فيجب اعتبارها كجناية الحر . ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره ، وعدم تكليفه ، فجناية العبد أولى . ولا يمكن تعلقها بذمته ، لأنه يفضي إلى إلغائها ، أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية . ولا بذمة السيد ، لأنه لم يجن ، فتعين تعلقها برقبة العبد ، ولأن الضمان موجب جنايته ، فتتعلق برقبته كالقصاص ، ثم لا يخلو . أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته فما دون ، أو أكثر . فإن كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه . وبهذا قال الثوري ، ومحمد بن الحسن ، وإسحاق . وروي ذلك عن الشعبي ، وعطاء ، ومجاهد ، وعروة ، والحسن ، والزهري ، وحماد ، لأنه إن دفع أرش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه ، فلم يملك المطالبة بأكثر منه . وإن سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به ، ولأن حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها ، وإن طالب المجني عليه بتسليمه إليه وأبى ذلك سيده ، لم يجبر عليه ، لما ذكرنا ، وإن دفع السيد عبده فأبى الجاني قبوله ، وقال : بعه وادفع إلي ثمنه ، فهل يلزم السيد ذلك ؟ على روايتين . وأما إن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان :

إحداهما : أن سيده يخير بين أن يفديه بقيمته ، أو أرش جنايته ، وبين أن يسلمه ، لأنه إذا أدى

---

(١) أخرجه البيهقي من حديث سلام عن الحسن البصري وفيه « أرى أن ديته عليك لأنك أنت أفزعتها فألقيت ولدها من سببك فأمر علياً أن يقسم عقله على قريش ، تلخيص الحبير ج ٤ ص ٣٧ (ف)

(٢) في ٣٩ : لا يجب فيها إلا المال .

(٣) في المطبوعة : فعفا . ورجحنا ، في ١٨ . وفي ٣٩ : فعفا الولي .

قيمته ، فقد أدى قدر الواجب عليه ، فإن حق المجنى عليه لا يزيد على العبد ، فلم يلزمه أكثر من ذلك ، كما لو كانت الجناية بقدر قيمته .

والرواية الثانية : يلزمه تسليمه ، إلا أن يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت . وهذا قول مالك ، لأنه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته ، فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجنى عليه . وللشافعى قولان كالروايتين . . . ووجه الرواية الأولى : أن الشرع قد جعل له فداءه ، فتكان له فداؤه ، وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات .

٦٨٢٣ فصـــل

فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا ولى الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك ، لأنه إذا لم يملكه بالجناية ، فلأَن لا يملكه بالعفو أولى ولأنه أحد من عليه القصاص ، فلا يملكه بالعفو كالحر ، ولأنه إذا عفا عن القصاص انتقل حقه إلى المال ، فصار كالجانى جناية موجبة للمال . وفيه رواية أخرى أنه يملكه ، لأنه مملوك استحق إتلافه ، فاستحق إبقاءه على ملكه كعبده الجانى عليه .

٦٨٢٤ فصـــل

قال أبو طالب : سمعت أبا عبد الله يقول : إذا أمر غلامه فجنى ، فعليه ما جنى ، وإن كان أكثر من ثمنه [مثل] أن قطع يد حر فعليه دية يد الحر ، وإن كان ثمنه أقل . وإن أمره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعليه قيمة جنايته ، وإن كانت أكثر من ثمنه ، ولأنه بأمره ، وكان على وأبو هريرة يقولان : إذا أمر عبده أن يقتل فإنما هو سوطه ، ويقتل المولى ، ويحبس العبد . وقال أحمد : حدثنا بَهْز ، حدثنا حماد بن سلمة ، حدثنا قتادة ، عن خلاس ، أن علياً قال : إذا أمر الرجل عبده فقتل إنما هو كسوطه أو كسيفه . يقتل المولى ، والعبد يستودع السجن . ولأنه فوت شيئاً بأمره ، فكان على السيد ضمانه ، كما لو استدان بأمره .

٦٨٢٥ فصـــل

فإن جنى جنايات بعضها بعد بعض ؛ فالجانى بين أولياء الجنايات بالحصص . وبهذا قال الحسن ، وحماد ، وربيعة ، وأصحاب الرأى ، والشافعى . وروى عن شريح : أنه قال : يقضى به لآخرهم . وبه قال الشعبى ، وقتادة ، لأنها جناية وردت على محل مستحق ، فقدم صاحبها على المستحق قبله ، كالجناية على المملوك الذى لم يجن . وقال شريح فى عبد شج رجلا ثم آخر ، فقال شريح : يدفع إلى الأول ، إلا أن يفديه مولاه ، ثم يدفع إلى الثانى ، ثم يدفع إلى الثالث ، إلا أن يفديه الأوسط .

ولنـا : أنهم تساووا فى سبب تعلق الحق به ، فتساووا فى الاستحقاق ، كما لو جنى عليهم دفعة واحدة ، بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى ، لأن حقه أسبق . ولا يصح القياس على الملك ، فإن حق المجنى عليه أقوى ، بدليل أنهما لو وجدا دفعة واحـدة قدم حق المجنى عليه ، ولأن حق المجنى عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضاً ، وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض ، فافترقا .

٦٨٢٦ فصـــل

وإن أعتق السيد عبده الجانى عتق ، وضمن ما تعلق به من الأرش ، لأنه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به ، فلزمه غرامته كما لو قتله . وينبنى قدر الضمان على الروايتين فيما إذا اختار إمساكه بعد الجناية ، لأنه امتنع من تسليمه بإعتاقه ، فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه . ونقل ابن منصور عن أحمد : أنه إن أعتقه عالمـاً بجنايته فعليه الدية ، يعنى دية المقتول ، وإن لم يكن عالمـاً بجنايته فعليه قيمة العبد ، وذلك لأنه إذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه ، بخلاف ما إذا لم يعلم ، فإنه لم يختر الفداء لعدم علمه به ، فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته .

٦٨٢٧ فصـــل

فإن باعه أو وهبه صح بيعه ، لمـا ذكرنا فى البيع ، ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته ، فإن كان المشترى عالمـاً بحاله فلا خيار له ، لأنه دخل على بصيرة ، وينتقل الخيار فى فدائه وتسليمه إليه ، كالسيد الأول . وإن لم يعلم فله الخيار بين إمساكه ورده كسائر المبيعات .

٦٨٢٨ مســـألة

قال ﴿ والعاقلة : العمومة ، وأولادهم . وإن سفلوا ، فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله . والرواية الأخرى : الأب ، والابن ، والإخوة ، وكل العصبة من العاقلة ﴾ .

العاقلة : من يحمل العقل . والعقل : الدية . تسمى عقلا ، لأنها تعقل لسان ولى المقتول ، وقيل : إنما سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل ، والعقل : المنع . ولهذا سمى بعض العلوم عقلا ، لأنه يمنع من الإقدام على المضار . ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة العصبات ، وأن غيرهم من الإخوة من الأم وسائر ذوى الأرحام والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا هم من العاقلة . واختلف فى الآباء والبنين ! هل هم من العاقلة أولا ؟ وعن أحمد فى ذلك روايتان .

إحداهما : كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه وأخوته وعمومته وأبناؤهم . وهـذا

اختيار أبي بكر ، والشريف أبي جعفر . وهو مذهب مالك ، وأبي حنيفة ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن[1] عقل المرأة بين عصبتها ، من كانوا لا يرثون منها شيئاً ، إلا مافضل عن ورثتها ، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها » . رواه أبو داود . ولأنهم عصبة ، فأشبهوا الإخوة ، يحققه : أن العقل موضوع على التناصر ، وهم من أهله ، ولأن العصبة في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب ، وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه ، فكانوا أولى بتحمل عقله .

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة ، وهو قول الشافعي ، لما روى أبو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » . متفق عليه . وفي رواية « ثم ماتت القاتلة ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ميراثها لبنيها ، والعقل على العصبة » . رواه أبو داود والنسائي . وفي رواية عن جابر ابن عبد الله قال : « فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها ، وبرأ زوجها وولدها . قال : فقالت عاقلة المقتولة : ميراثها لنا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ميراثها لزوجها وولدها » . رواه أبو داود .

إذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد ، لأنه في معناه ، ولأن مال ولده ووالده كماله ، ولهذا لم تقبل شهادتهما له ولا شهادته لهما ، ووجب على كل واحد منهما الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجاً والآخر موسراً ، وعتق عليه إذا ملكه ، فلا تجب في ماله دية ، كما لم يجب في مال القاتل . وظاهر كلام الخرقي أن في الإخوة روايتين كالولد والوالد . وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ، ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافاً .

٦٨٢٩ فصل

فإن كان الولد ابن ابن عم ، أو كان الوالد والد[2] مولى ، أو عصبة مولى ، فإنه يعقل في ظاهر كلام أحمد . قاله القاضي . وقال أصحاب الشافعي : لا يعقل لأنه والد أو ولد ، فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك .

ولنا : أنه ابن عم أو مولى ، فيعقل كما لو لم يكن ولداً ، وذلك لأن هذه القرابة أو الولاء سبب

---

(١) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٩٦ (ف)

(٢) في نسخة أو كان الولد أو الوالد . هامش المطبوعة . ومثله في ١٨

يستقل بالحـكم منفرداً ، فإذا وجد مع مالا يثبت به الحـكم أثبته ، كما لو وجـد مع الرحم المجرد ؛ ولأنه يثبت حكمه مع القرابة الأخرى ، بدليل أنه يلى نـكاحها ، مع أن الابن لايلى النـكاح عندهم .

٦٨٣٠ فصـــل

وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب ، والمولى وعصبته ، ومولى المولى وعصبته ، وغيرهم . وبهذا قال عمر بن عبد العزيز ، والنخعى ، وحماد ، ومالك ، والشافعى . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يـكن وارث أقرب منهم ، فيدخلون فى العقل كالقريب ، ولا يعتبر أن يـكونوا وارثين فى الحال ، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقـلوا ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ، قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لايرثون منها إلا مافضل عن ورثتها ، ولأن الموالى من العصبات ، فأشبهوا المناسبين .

٦٨٣١ فصـــل

ولا يدخل فى العقل من ليس بعصبة ، ولا يعقل المولى من أسفل . وبه قال أبو حنيفة ، وأصحاب مالك . وقال الشافعى فى أحـد قوليه : يعقل ، لأنهما شخصـان يعقل أحدهما صـاحبه ، فيعقـل الآخر عنه كالأخوين .

ولنا : أنه ليس بعصبة له ، ولا وارث ، فلم يعقل عنه كالأجنبى . وما ذكروه يبطل بالذكر مع الأنثى ، والـكبير مع الصغير ، والعاقل مع المجنون .

٦٨٣٢ فصـــل

ولا يعقل مولى الموالاة . وهو : الذى يوالى رجلا يجعل له ولاءه ونصرته . ولا الحليف . وهو : الرجل يحالف الآخر على أن يتناصرا . على دفع الظـلم ، ويتضافرا على من قصـدهما ، أو قصد أحدهما . ولا العديد . وهو الذى : لاعشيرة له ، ينضم إلى عشيرة ، فيعد نفسه معهم . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يعقل مولى الموالاة ويرث ، وقال مالك : إذا كان الرجل فى غير عشيرته فعقله على القوم الذى هو معهم . ولنا : أنه معنى يتعلق بالعصبة ، فلا يستحق بذلك كولاية النـكاح .

٦٨٣٣ فصـــل

ولا مدخل لأهل الديوان فى المعاقلة . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يتحملون جميع الدية ،

فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون ، لأن عمر رضى الله عنه جعـل الدية على أهل الديوان فى الأعطيـة فى ثلاث سنين .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم ، قضى[1] بالدية على العاقلة[2] ولأنه معنى لا يستحق به الميراث ، فلم يحمل العقل كالجواز . واتفاق المذاهب وقضاء النبى صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء عمر . على أنه إن صح ماذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل .

٦٨٣٤ فصـــــل

ويشترك فى العقل الحاضر والغائب . وبهـذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك : يختص به الحـاضر ، لأن التحمـل بالنصرة وإنمـا هى بين الحـاضرين ، ولأن فى قسمته على الجميـع مشقه وعن الشافعى كالمذهبين .

ولنا : الخبر ، وأنهم استووا فى التعصيب والإرث فاستووا فى تحمل العقل كالحاضرين ، ولأنه معنى يتعلق بالتصيب ، فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية .

٦٨٣٥ فصـــــل

ويبدأ فى قسمته بين العاقلة بالأقرب فالأقرب . يقسم على الإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم ، ثم أعمام الأب ، ثم أعمام الجد ، ثم بنيهم . كذلك أبداً ، حتى إذا انقرض المناسبون فعـلى المولى المعتق ، ثم على عصباته ، ثم على مولى المولى ، ثم على عصباته ، الأقرب فالأقرب كالميراث سواء . وإن قلنا : للآباء والأبناء من العاقلة بدىء بهم لأنهم أقرب ، ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم إلى من بعدهم ، لأنه حق يستحق بالتعصيب فيقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النـكاح .

وهل يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب ؟ على وجهين . أحدهما : يقدم لأنه يقدم فى الميراث فقدم فى العقل كتقديم الأخ على ابنه . والثانى : يستويان ، لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأم فى التعصيب .

والأول أولى إن شاء الله تعالى . لأن قرابة الأم تؤثر فى الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع

---

(١) مختصر من حديث لأبى هريرة فى قصة أمرأتين من هـذيل اقتتلتا فقتلت أحـداهما الأخرى بحجر واسقطت جنينهـا فقضى رسول الله صلى الله عليـه وسـلم بالدية على عاقلة القـاتلة وقد أخرجـه الشيخـان . (ف)

(٢) فى نسخة على عصبة القاتلة . هامش المطبوعة والمخطوطة ٣٩

القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم ، وذلك لأن القرابتين تنقسم إلى ماتنفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم إن كان أخا من أم فإنه يرث بـكل واحدة من القرابتين مـيراثاً مفرداً يرث السدس بالأخوة ويرث بالتعصيب ببنوة العم ، وحجب إحدى القرابتين لايؤثر فى حجب الأخرى . فهذا لا يؤثر فى قوة ولا ترجيح ولذلك لايقدم ابن العم الذى هو أخ من أم على غيره ، ومالا ينفرد كل واحد منهما بحـكم كابن العم من أبوين مع ابن عم من أب لاتنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الأخرى فتؤثر فى الترجيح وقوة التعصيب ولذلك أثرت فى التقديم فى الميراث فـكذلك فى غيره وبما ذكرناه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة .

ولنا : أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث والخبر لاحجة فيه لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب . فنحمله على ذلك .

٦٨٣٦ فصـــــل

ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل ، أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم فى العقل ، ومن لايعرف ذلك منه لا يحمل وإن كان من قبيلته . فلو كان القاتل قرشياً لم يلزم كلهم التحمل ، فإن قريشاً وإن كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت ، وصار كل قوم ينتسبون إلى أب يتميزن به ، فيعقل عنهم من يشاركهم فى نسبهم إلى الأب الأدنى . ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم . فهم راجعون إلى أب واحد ؟ لـكن إن كان من فخذ واحد فالدية فى بيت المـال ، لأن المسلمين يرثونه إذا لم يـكن له وارث ، بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال ، فـكذلك يعقلونه على هذا الوجه وإن وجد له من يحمل بعض العقل فالباقى فى بيت المال كذلك .

٦٨٣٧ فصـــــل

ولا خلاف بين أهل العلم فى أن العاقلة لاتـكلف من المال مايجحف بها ، ويشق عليها ، لأنه لازم لها من غير جنايتها ، على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه ، فلا يخفف عن الجانى بما يثقل على غيره ، ويجحف به كالزكاة ، ولأنه لو كان الإجحاف مشروعاً كان الجانى أحق به ، لأنه موجب جنايته ، وجزاء فعله ، فإذا لم يشرع فى حقه ففى حق غيره أولى .

واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم . فقال أحمد : يحملون على قدر مايطيقون ، فعلى هذا لا يتقدر شرعاً ، وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم ، فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذى . وهذا

مذهب مالك ، لأن التقدير لايثبت إلا بتوقيف ، ولا يثبت بالرأى والتحكم ، ولا نص فى هذه المسألة ، فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يفرض على الموسر نصف مثقال ، لأنه أقل مال يتقدر فى الزكاة ، فـكان معتبراً بها . ويجب على المتوسط ربع مثقال ، لأن مادون ذلك تافه لـكون اليد لاتقطع فيه ، وقد قالت عائشة رضى الله عنها : لاتقطع اليد فى الشىء التافه . وما دون ربع دينار لاقطع فيه . وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب الشـافعى ، وقال أبو حنيفة : أكثر مايحمل على الواحد أربعة دراهم ، وليس لأقله حد ، لأن ذلك مال يجب على سبيل المواسـاة للقرابة ، فلم يتقدر أقله كالنفقة . قال ويسوى بين الغنى والمتوسط لذلك ، والصحيح الأول ، لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار إليه بتوقيف ، ولا توقيف فيه ، وأنه يختلف بالغنى والتوسط كالزكاة والنفقـة ، ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه ، قال بعضهم ، يتـكرر الواجب فى الأعوام الثلاثة ، فيـكون الواجب فيها على الغنى ديناراً ونصفاً ، وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينـار ، لأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة ، فيتـكرر بتـكرر الحول كالزكاة . وقال بعضهم : لايتـكرر ، لأن فى إيجاب زيادة على النصف إيجاباً لزيادة على أقل الزكاة ، فيـكون مضراً .

ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول ، لأنه حال الوجوب ، فاعتبر الحال عنده كالزكاة . وإن اجتمع من عدد العاقلة فى درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم . فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب مايراه وإن قل . وعلى الوجه الآخر : يحمـل على المتوسط نصف ماعلى الغنى ، ويعم بذلك جميعهم ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب ، لئلا ينقص عن القدر الواجب ، ويصير إلى الشىء التافه ولأنه يشق ، فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه .

ولنا : أنهم استووا فى القرابة فـكانوا سواء كما لو قلوا ، وكالميراث . وأما التعلق بمشقة الجمع فغير صحيح ، لأن مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع . ثم هذا تعلق بالحـكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هى معارضة بخفة الواجب على كل واحد وسهولة الواجب عليهم ثم لايخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فإن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقه ، وربما لم يحصـل له معرفة الأولى منهم بذلك ، فيتعذر الإيجاب ، وإن خصه بالتحكم أفضى إلى أنه يخير بين أن يوجب على إنسان شيئاً بشهوته من غير دليل ، وبين أن لايوجب عليه ، ولا نظير له ، وربما ارتشى من بعضهم ، وربما امتنع من فرض عليه شىء من أدائه لـكونه يرى مثله لايؤدى شيئاً ، مع التساوى من كل الوجوه .

٦٨٣٨ فصـــــل

ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء . لا نعلم في هذا خلافاً ، لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة ، فأشبه الزكاة . وإن وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يسقط بالموت ، لأنه خرج عن أهلية الوجوب ، فأشبه مالو مات قبـل الحول .

ولنا : أنه حق تدخله النيابة لا يملك إسقاطه في حياته ، فأشبه الديون . وفارق ماقبل الحول ، لأنه لم يجب ، ولم يستمر الشرط إلى حين الوجوب ، فأما إن كان فقيراً حال القتل فاستغنى عند الحول ، فقال القاضي : يجب عليه ، لأنه وجد وقت الوجوب ، وهو من أهله . ويخرج على هذا من كان صبياً فبلغ ، أو مجنوناً فأفاق . عند الحول وجب عليه كذلك . ويحتمل أن لا يجب ، لأنه لم يـكن من أهل الوجوب حالة السبب ، فلم يثبت الحـكم فيـه حالة الشرط كالـكافر إذا ملك مالا ثم أسـلم عنـد الحول لم تلزمه الزكاة فيه .

٦٨٣٩ مســــألة

قال : ﴿ وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية ﴾ .

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة . وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وحكى بعض أصحابنا عن مالك ، وأبي حنيفة : أن للفقير مدخلا في التحمل ، وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد ، لأنه من أهل النصرة ، فـكان من العاقلة كالغني والصحيح الأول لأن تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة ، ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفاً عن القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه وفي إيجـابها على الفقـير تثقيل عليه وتـكليف له مالا يقدر عليه[1] ، ولأننا أجمعنا على أنه لا يـكلف أحد من العاقلة مايثقل عليه ويجحف به ، وتحميل الفقير شيئاً منها يثقل عليه ويجحف بماله ، وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه ، أولا يـكون له شيء أصلا . وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها ، لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة .

---

(١) في ٢٩ : بما لا يقدر عليه .

٦٨٤٠ فصل

ويعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة ، والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم ، لأنهما من أهل النصرة والمواساة . وفي الزَّمِن والشيخ الفاني وجهان .

أحدهما : لا يعقلان ، لأنهما ليسا من أهل النصرة ، ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ، ولا يعقلان إذا كانا من أهل الحرب ، وكذلك يخرج في الأعمى لأنه مثلهما في هذا المعنى .

والثاني : يعقلون ، لأنهم من أهل المواساة ، ولهذا تجب عليهم الزكاة ، وهذا ينتقض بالصبي والمجنون. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا .

٦٨٤١ مسألة

قال : ﴿ ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال ، فإن لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

٦٨٤٢ أحدهما

أن من لا عاقلة له هل يؤدى من بيت المال أولا ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يؤدى عنه ، وهو مذهب الزهري ، والشافعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ودى الأنصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال وروى أن رجلا قتل في زحام في زمن عمر ، فلم يعرف قاتله ، فقال علي لعمر : ياأمير المؤمنين ، لا يطلُّ دم امرىء مسلم ، فأدى ديته من بيت المال ، ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له . فيعقلون عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه .

والثانية : لا يجب ذلك ، لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ، ولا عقل عليهم فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم ، ولأن العقل على العصبات ، وليس بيت المال عصبة ، ولا هو كعصبة هذا . فأما قتيل الأنصار فغير لازم ، لأن ذلك قتيل اليهود ، وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال ، وإنما النبي صلى الله عليه وسلم تفضل عليهم . وقولهم : إنهم يرثونه قلنا . ليس صرفه إلى بيت المال ميراثاً ، بل هو فيء ، ولهذا يؤخذ مال من لاوارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ، ولا يرثه المسلمون ، ثم لا يجب العقل على الوارث إذا لم يكن عصبة ، ويجب على العصبة ، وإن لم يكن وارثاً فعلى الرواية الأولى إذا لم يكن له عاقلة أديت الدية عنه كلها من بيت المال ، وإن كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال .

وهل تؤدى من بيت المال فى دفعة واحدة أو فى ثلاث سنين ؟ على وجهين :

أحدهما : فى ثلاث سنين ، على حسب مايؤخذ من العاقلة .

والثانى : يؤدى دفعة واحدة ، وهذا أصح ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أدى دية الأنصارى دفعة واحدة ، وكذلك عمر ، ولأن الدية بدل متلف لاتؤديه العاقلة ، فيجب كله فى الحال ، كسائر بدل المتلفات وإنما أجل على العاقلة تخفيفاً عنهم ، ولا حاجة إلى ذلك فى بيت المال ولهذا يؤدى الجميع .

٦٨٤٣ الفصل الثانى

إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شىء . وهذا أحد قولى الشافعى ، لأن الدية لزمت العاقلة ابتداء ، بدليل أنه لايطالب بها غيرهم ، ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها ، ولا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل ، فإن الدية لاتجب على أحد ، كذا هاهنا ، فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقى ، فلا يجب على أحد ، ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه ، وهذا القول الثانى للشافعى ، لعموم قوله : (وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)[1] ولأن قضية الدليل وجوبها على الجانى جبراً للمحل الذى فوته ، وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه فى جبر المحل ، فإذا لم يؤخذ ذلك بقى واجباً عليه بمقتضى الدليل ، ولأن الأمر دائر بين أن يطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف ، لايجوز الأول ، لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة ، فتعين الثانى ، ولأن إهدار الدم المضمون لانظير له ، وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر ، فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية فى ماله ، والذمى الذى لاعاقلة له تلزمه الدية .

ومن رمى سهماً ثم أسلم ، أو كان مسلماً فارتد ، أو كان عليه الولاء لموالى أمه فانجر إلى موالى أبيه ، ثم أصاب بسهم إنساناً فقتله ، كانت الدية فى ماله ، لتعذر حمل عاقلته عقله ، كذلك هاهنا ، فنحرر منه قياساً فنقول : قتيل معصوم فى دار الإسلام تعذر حمل عاقلته عقله ، فوجب على قاتله كهذه الصورة . وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار فى أغلب الأحوال ، فإنه لايكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال ، فتضيع الدماء ، ويفوت حكم إيجاب الدية . وقولهم : إن الدية تجب على القاتل ابتداء ممنوع ، وإنما تجب على القاتل ، ثم تتحملها العاقلة عنه . وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم إما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ماذكروه منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل أن تعذر حمل جميعها أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها والله أعلم .

٦٨٤٤ مســـألة

قال : ﴿ ودية الحر الكتابى نصف دية الحر المسلم ونساؤهم على النصف من دياتهم ﴾ .

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

هذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب عمر بن عبد العزيز ، وعروة ، ومالك ، وعمرو بن شعيب . وعن أحمد : أنها ثلث دية المسلم ، إلا أنه رجع عنها ، فإن صالحاً روى عنه أنه قال : كنت أقول دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف ، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم لحديث عمرو بن شعيب ، وحديث عثمان الذى يرويه الزهرى عن سالم عن أبيه ، وهذا صريح فى الرجوع عنه . وروى عن عمر ، وعثمان : أن ديته أربعة آلاف درهم ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن، وعكرمة ، وعمرو بن دينار ، والشافعى وإسحاق ، وأبو ثور ، لما روى عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية اليهودى[1] والنصرانى أربعة آلاف ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم ، وقال علقمة ، ومجاهد ، والشعبى ، والنخعى ، والثورى ، وأبو حنيفة : ديته كدية المسلم . وروى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، ومعاوية رضى الله عنهم . وقال ابن عبد البر : هو قول سعيد بن المسيب ، والزهرى ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية اليهودى والنصرانى مثل دية المسلم » ولأن الله تعالى ذكر فى كتابه دية المسلم فقال : (وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)[2] وقال فى الذمى مثل ذلك ، ولم يفرق ، فدل على أن ديتهما واحدة ، ولأنه ذكر حر معصوم فتكمل ديته كالمسلم .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية المعاهد[3] نصف دية المسلم » ، وفى لفظ : « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن عقل الكتابى نصف عقل المسلم » رواه الإمام أحمد ، وفى لفظ : « دية المعاهد نصف دية الحر » . قال الخطابى : ليس فى دية أهل الكتاب شىء أثبت من هذا ، ولا بأس بإسناده ، وقد قال به أحمد ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، ولأنه نقص مؤثر فى الدية فأثر فى تنصيفها كالأنوثة .

وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن ، والظاهر أنه ليس بصحيح ، وأما حديث عمر فإنما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ، ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار ، وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا بيان وشرح مزيل للاشكال ، ففيه جمع للأحاديث فيكون دليلا لنا ، ولو لم يكن كذلك لكان قول النبى صلى الله عليه وسلم مقدماً على قول عمر وغيره بغير إشكال ، فقد كان عمر إذا بلغه عن النبى صلى الله عليه وسلم سنة ترك قوله وعمل بها ، فكيف يسوغ لأحد أن يحتج بقوله فى ترك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فأما ما احتج به الآخرون فإن الصحيح

---

(١) فى سنن الدارقطنى ص ٣٤٩ (عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض على كل مسلم قتل رجلا من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم) (ف)

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

(٣) أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن ابن عمر (ف)

من حديث عمرو بن شعيب ماوريناه أخرجه الأئمة فى كتبهم دون مارووه ، وأما مارووه من أقوال الصحابة فقد روى عنهم خلافه فنحمل قولهم فى إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ قال أحمد إنما غلظ عثمان الدية عليه لأنه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه ، وكذلك حديث معاوية ، ومثل هـذا ماروى عن عمر رضى الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزنى فقال لحاطب : إنى أراك تجيعهم لأغرمنك غرماً يشق عليك ، فأغرمه مثلى قيمتها ، فأما ديات نسائهم فعلى النصف من دياتهم ، لانعلم فى هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم أن دية المرأة نصف دية الرجل ، ولأنه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم .

٦٨٤٥ فصـــــل

وجراحاتهم من دياتهم كجرح المسلمين من دياتهم ، وتغلظ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين بها . كتغليظ ديات المسلمين . قال حرب : قلت لأبى عبد الله : فإن قتل ذمياً فى الحرم . قال : يزاد أيضاً على قدره كما يزاد على المسلم . وقال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : جنى على مجوسى فى عينه وفى يده ، قال : يكون بحساب ديته ، كما أن المسلم يؤخذ بالحساب ، فكذلك هذا قيل قطع يده ، قال : بالنصف من ديته .

٦٨٤٦ مســـــألة

قال : ﴿ فإن قتلوه عمداً أضعف الدية على قاتله المسلم لإزالة القود ﴾ .

هكذا حكم عثمان بن عفان رضى الله عنه ، هذا يروى عن عثمان ، رواه أحمد عن عبد الرزاق ، عن معمر ، عن الزهرى ، عن سالم ، عن أبيه : أن رجلا قتل رجلا من أهل الذمة ، فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار ، فصار إليه أحمد اتباعاً له ، وله نظائر فى مذهبه ، فإنه أوجب على الأعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه وأوجب على سارق التمر[1] مثلى قيمته حين درأ عنه القطع وهذا حكم النبى صلى الله عليه وسلم فى سارق التمر ، فيثبت مثله هاهنا . ولو كان القاتل ذمياً أو قتل ذمى مسلماً لم تضعف الدية عليه ، لأن القصاص عليه واجب فى الموضعين ، وجمهور أهل العلم على أن دية الذمى لاتضاعف بالعمد ، لعموم الأثر فيها ، ولأنها دية واجبة فلم تضاعف كدية المسلم ، أو كما لو كان القاتل ذمياً ولا فرق فى الدية بين الذمى وبين المستأمن ، لأن كل واحد منهما كتابى معصوم الدم ، وأما المرتد والحربى فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما .

---

(١) روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التمر المعلق فقال : من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شىء عليه ومن خرج بشىء فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع ، رواه النسائى وأبو داود .

٦٨٤٧ مســــألة

قال : ﴿ ودية المجوسي ثمانمائة درهم ، ونساؤهم على النصف ﴾ .

وهذا قول أكثر أهل العلم . قال أحمد : ماأقل مااختلف في دية المجوسي ؟ وممن قال ذلك عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، رضي الله عنهم ، وسعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ، وعكرمة ، والحسن ومالك ، والشافعي ، وإسحاق . وروى عن عمر بن عبد العزيز أنه قال : ديته نصف دية المسلم كدية الكتابي ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » . وقال النخعي ، والشعبي ، وأصحاب الرأي ديته كدية المسلم ، لأنه آدمي حر معصوم فأشبه المسلم .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً ، فكان إجماعاً وقوله : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب »[1] يعني في أخذ جزيتهم ، وحقن دمائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لاتحل لنا ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتابي ، لنقصان ديته وأحكامه عنهما ، فينبغي أن تنقص ديته كنقص [دية] المرأة عن دية الرجل ، وسواء كان المجوسي ذمياً أو مستأمناً ، لأنه محقون الدم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجماع ، وجراح كل واحد معتبرة من ديته . وإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على القاتل المسلم لإزالة القود نص عليه أحمد قياساً على الكتابي .

٦٨٤٨ فصــــل

فأما عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له كالترك ، ومن عبد مااستحسن فلا دية لهم ، وإنما تحقن دماؤهم بالأمان ، فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسي ، لأنها أقل الديات ، فلا تنقص عنها ، ولأنه كافر ذو عهد لاتحل مناكحته فأشبه المجوسي .

٦٨٤٩ فصــــل

ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى ، فإن قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أماناً فلا ضمان فيه ، لأنه لاعهد له ولا إيمان فأشبه امرأة الحربي وابنه الصغير ، وإنماحرم قتله ليبلغه الدعوة ، وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو الخطاب : يضمن بما يضمن به أهل دينه ، وهو مذهب الشافعي لأنه محقون الدم أشبه من له أمان ، والأول أولى . فإن هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم ، ولأنه

(١) سنوا بهم سنة أهل الكتاب .. قال الحافظ في الدراية ج ٢ ص ٢٠٥ لم أجده بهذا اللفظ لكن أخرج عن الرزاق وابن أبي شيبة من روايه الحسن بن محمد بن الحنفية أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم (ف)

كافر لاعهد له فلم يضمن كالصبيان والمجانين . فأما إذا كان له عهد فله دية أهل دينه ، فإن لم يعرف دينه ففيه دية المجوسي لأنه اليقين ومازاد مشكوك فيه .

٦٨٥٠ مسـألة

قال : ﴿ ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم ﴾ .

قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل وحكى غيرهما عن ابن علية والأصم أنهما قالا : ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » وهذا قول شاذ يخالف إجماع الصحابة وسنة النبي صلى الله عليه وسلم ، فإن في كتاب عمرو بن حزم : دية المرأة على النصف من دية الرجل ، وهي أخص مما ذكروه ، وهما في كتاب واحد ، فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له ، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم على ما قدمنا في موضعه .

٦٨٥١ مسـألة

قال ﴿ وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية ، فإن جاوز الثلث فعلى النصف ﴾ .

وروى هذا عن عمر ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعمر ابن عبد العزيز ، وعروة بن الزبير ، والزهري ، وقتادة ، والأعرج ، وربيعة ، ومالك . قال ابن عبد البر : وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة وحكي عن الشافعي في القديم . وقال الحسن : يستويان إلى النصف ، وروى عن علي رضي الله عنه أنها على النصف فيما قل وكثر ، وروى ذلك عن ابن سيرين ، وبه قال الثوري ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وأبو ثور ، والشافعي ، في ظاهر مذهبه . واختاره ابن المنذر ، لأنهما شخصان تختلف ديتهما ، فاختلف أرش أطرافهما ، كالمسلم والكافر ، ولأنها جناية . لها أرش مقدر فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد . وروى عن ابن مسعود أنه قال : تعاقل المرأة الرجل إلى نصف عشر الدية ، فإذا زاد على ذلك فهي على النصف ، لأنها تساويه في الموضحة .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي ، وهو نص يقدم على ما سواه . وقال ربيعة : قلت لسعيد بن المسيب : كم في أصبع المرأة ؟ قال : عشر . قلت : ففي أصبعين ؟ قال : عشرون . قلت : ففي ثلاث أصابع ؟ قال : ثلاثون . قلت : ففي أربع ؟ قال : عشرون . قال قلت : لما عظمت

مصيبتها قل عقلها ؟ قال : هكذا السنة يا ابن أخي . وهكذا مقتضى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم » . رواه سعيد بن منصور ، ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن على ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ولأن ما دون الثلث يستوى فيه الذكر والأنثى بدليل الجنين فإنه يستوى فيه الذكر والأنثى فأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه ؟ على روايتين .

إحداهما : يستويان فيه ، لأنه لم يعتبر حد القلة ، ولهذا صحت الوصية به وروى أنهما يختلفان فيه ، وهو الصحيح لقوله عليه السلام « حتى يبلغ الثلث » وحتى للغاية ، فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى (حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ)[1] ولأن الثلث فى حد الكثرة لقوله عليه السلام « الثلث والثلث كثير » .

٦٨٥٢ فصــــل

فأما دية نساء سائر أهل الأديان فقال أصحابنا : تساوى دياتهن ديات رجالهم إلى الثلث لعموم قوله عليه السلام[2] « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » ولأن الواجب دية امرأة فاوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ، ويحتمل أن تساوى المرأة الرجل إلى قدر ثلث دية الرجل المسلم لأنه القدر الكثير الذى يثبت فيه التنصيف فى الأصل وهو دية المسلم .

٦٨٥٣ مســــألة

قال : ﴿ ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغ ذلك ﴾ .

قد تقدم شرح هذه المسألة فيما مضى ، ولا فرق فى هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد . قال الخطابى : أجمع عوام الفقهاء[3] على أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم فى جنايته والجناية عليه ، إلا إبراهيم النخعى ، فإنه قال فى المكاتب : يؤدى بقدر ما أدى من كتابته دية الحر ، وما بقى دية العبد . وروى فى ذلك شىء عن على رضى الله عنه ، وقد روى أبو داود فى سننه ، والإمام أحمد فى مسنده قال : حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبى عبد الله قال : حدثنى يحيى بن أبى كثير ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى المكاتب يقتل أنه يودى ما أدى من كتابته دية الحر وما بقى دية العبد . قال الخطابى : وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخاً أو معارضاً بما هو أولى منه .

---

(١) سورة التوبة آية ٢٩ . (٢) أخرجه النسائى عن ابن عمرو جـ ٨ ص ٤٥ (ف)
(٣) فى ١٨ و ٣٩ : عامة الفقهاء .

٦٨٥٤ مسألة

قال ﴿ ودية الجنين إذا سقط من الضربة ميتاً وكان من حرة مسلمة غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل موروثة عنه كأنه سقط حياً ﴾ .

يقال : غُرَّةٌ عَبْدٌ ، بالصفة وغُرَّةُ عَبْدٍ بالإضافة ، والصفة أحسن ، لأن الغرة اسم للعبد نفسه . قال مهلهل :

كُلُّ قَتِيلٍ فِي كُلَيْبٍ غُرَّةٌ حتى ينالَ القَتْلَ إلا مُرَّةٌ[1]

فى هذه المسألة فصول خمسة :

٦٨٥٥ أحدها

أن فى جنين الحرة المسلمة غرة ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب ، وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقد روى عن عمر رضى الله عنه : « أنه استشار الناس فى إملاص[2] المرأة فقال المغيرة بن شعبة : شهدت النبى صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمة . قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة » وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن دية جنينها عبد أو أمة . وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » متفق عليه ، والغرة عبد أو أمة ، سميا بذلك لأنهما من أنفس الأموال ، والأصل فى الغرة الخيار .

فإن قيل : فقد روى فى هذا الخبر « أو فرس[3] أو بغل » قلنا : هذا لا يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه قاله أهل النقل ، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه « عبد أو أمة » .

فأما قول الخرقى : من حرة مسلمة . فإنما أراد أن جنين الحرة المسلمة لا يكون إلا حراً مسلماً ، فمتى كان الجنين حراً مسلماً ففيه الغرة ، وإن كانت أمه كافرة أو أمة مثل أن يتزوج المسلم كتابية ، فإن جنينها

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ٩ ص ٥٣٥ (إلى مرة) وفى طبعة الفقى (إلا مرة) — وفى الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٣٠ (آل مرة) وهو الصواب كما فى لسان العرب ج ٥ ص ١٨ والمعنى : كلهم ليسوا بكفء لكليب إنما هم بمنزلة العبيد والإماء إن قتلتهم حتى أقتل آل مرة فإنهم الأكفاء حينئذ (ف)

(٢) املاص المرأة : أن تضرب المرأة فى بطنها فتلقى جنينها وقد وقع هذا فى البخارى فى كتاب الاعتصام باب ما جاء فى اجتهاد القضاه ج ٩ ص ١٢٦ والحديث فيه عن المغيرة بن شعبة (ف)

(٣) أخرجه الدارقطنى ج ٣ ص ١١٥ (ف)

منه محـكوم بإسلامه ، وفيه الغرة ، ولا يرث منها شيئاً لأنه مسلم ، ولد السيد من أمته وولد المغرور من أمة حر ، وكذلك لو وطئت الأمة بشبهة فولدها حر ، وفيه الغرة ، فأما إن كان الجنين محكوماً برقة لم تجب فيه الغرة ، وسيأتى بيان حكمه ، وأما جنين الـكتابية والمجوسية إذا كان محكوماً بكفره ففيه عشر دية أمه . وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى .

قال ابن المنذر : ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأن جنين الحرة المسلمة مضمون بعشرة دية أمه فـكذلك جنين الـكافرة ، إلا أن أصحاب الرأى يرون أن دية الـكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف ، فإن كان أبوا الجنين كافرين مختلفاً دينهما كولد الـكتابى من المجوسية والمجوسى من الـكتابية ، اعتبرناه بأكثرهما دية ، فلموجب فيه عشر دية كتابية على كل حال ، لأن ولد المسلمة من الـكافرة معتبر بأكثرهما دية ، كذا ههنا ، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الجنين ذكراً أو أنثى ، لأن للسنة لم تفرق بينهما ، وبه يقول الشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وعامة أهل العلم ولو ضرب بطن كتابية حاملا من كتابى فأسلم أحـد أبويه ثم أسقطته ففيـه الغرة فى قول ابن حامد والقاضى ، وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعى ، لأن الضمان معتبر بحال استقرار الجناية ، والجنين محكوم بإسلامه عند استقرارها ، وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب : فيه عشر دية كتابية ، لأن الجناية عليه فى حال الغرة ، وإن ضرب بطن أمة فأعتقت ثم ألقت الجنين فعلى قول ابن حامد والقاضى فيه غرة ، وفى قول أبى بكر وأبى الخطاب فيه عشر قيمة أمه . لأن الجناية عليه فى حال كونه عبداً ، ويمـكن منع كونه عبداً ، ويمـكن منع كونه صار حراً ، لأن الظاهر تلفة بالجناية ، وبعد تلفه لا يمـكن تحريره ، وعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده[1] ، وعلى قول ابن حامد للسيد أقل الأمرين من الغرة أو عشر قيمة أمه ، لأن الغرة إن كانت أكثر لم يستحق الزيادة ، لأنهـا زادت بالحرية الحاصلة بزوال ملـكه ، وإن كانت أقل لم يكن له أكثر منها ، لأن النقص حصل بإعتاقه ، فلا يضمن له كما لو قطع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كان له أقل الأمرين من دية حر أو نصف قيمته ، وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين ، فأما إن ضرب بطن الأمة فأعتق السيد جنينها وحده نظرت ، فإن أسقطته لوقت يعيش مثله ففيه دية حر ، نص عليه أحمد ، وإن كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة . لأنه حر على قول ابن حامد . وعلى قول أبى بكر عليه عشر قيمة أمه . وإن أسقطته ميتاً ففيه عشر قيمة أمه ، لأننا لا نعلم كونه حياً حال إعتاقه ، ويحتمل أن تجب عليه الغرة ، لأن الأصل بقاء حياته فأشبه مالو أعتق أمه .

٦٨٥٦ الفصل الثانى

أن الغرة إنما تجب إذا سقط من الضربة . ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب ، أو ببقائها متألمة[2]

---

(١) فى ١٨ : عشر قيمة أمه . بعد : السيده . (٢) فى ٢٩ : أو ببقاء الألم .

إلى أن يسقط ، ولو قتل حاملا لم يسقط جنينها ، أو ضرب من فى جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين ، وبهذا قال مالك ، وقتادة ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وحكى عن الزهرى : أن عليه الغرة ، لأن الظاهر أنه قتل الجنين ، فلزمته الغرة كما لو أسقطت .

ولنـا : أنه لايثبت حكم الولد إلا بخروجه ، ولذلك لاتصح له وصية ولا ميراث ، ولأن الحركة يجوز أن تـكون لريح فى البطن سكنت ، ولا يجب الضمان بالشك ، فأما إذا ألقته ميتاً فقد تحقق [موته] والظاهر تلفه من الضربة ، فيجب ضمانه ، سواء ألقته فى حياتها أو بعد موتهـا ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : إن ألقته بعد موتها لم يضمنه ، لأنه يجرى مجرى أعضائها ، وبموتها سقط حكم أعضائها .

ولنا : أنه جنين تلف بجنايته ، وعلم ذلك بخروجه ، فوجب ضمانه كما لو سقط فى حياتها ، ولأنه لو سقط حياً ضمنه ، فـكذلك إذا سقط ميتاً ، كما لو أسقطته فى حياتها ، وما ذكروه ليس بصحيح ، لأنه لو كان كذلك لـكان إذا سقط ميتاً ثم ماتت لم يضمنه كأعضائها . ولأنه آدمى موروث فلا يدخل فى ضمان أمه ، كما لو خرج حياً . فأما إن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة ، وبه قال الشافعىّ ، وقال مالك وابن المنذر : لاتجب الغرة حتى تلقيه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما أوجب الغرة فى الجنين الذى ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئاً أشبه مالو لم يظهر منه شىء .

ولنـا : أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه . ويفارق مالو لم يظهر منه شىء ، لأنه لم يتيقن قتله ولا وجوده ، وكذلك إن ألقت يداً أو رجلا أو رأساً أو جزءاً من أجزاء الآدمى وجبت الغرة لأنا تيقنا أنه من جنين ، وإن ألقت رأسين أو أربع أيد ، لم يجب أكثر من غرة ، لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك ، لأن الأصل براءة الذمة وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر ، فإن أسقطت ماليس فيه صورة آدمى فلا شىء فيه ، لأنا لانعلم أنه جنين . وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة ، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمى لو بقى تصور ففيه وجهان :

أحدهما : لاشىء فيه ، لأنه لم يتصور ، فلم يجب فيـه كالعلقة . ولأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك .

والثانى : فيه غرة ، لأنه مبتدأ خلق آدمى ، أشبه مالو تصور وهذا يبطل بالنطفة والعلقة .

٦٨٥٧ الفصل الثالث

أن الغرة عبد أو أمة ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال عروة ، وطاوس ، ومجاهد ، عبد أو أمة

أو فرس ، لأن الغرة اسم لذلك . وقد جاء فى حديث أبى هريرة قال : « قضى[1] رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل » وجعل ابن سـيرين مكان الفرس مائة شاة ، ونحوه قال الشعبى ، لأنه روى فى حديث عن النبى صلى الله عليـه وسلم أنه جعل فى ولدها مائة شاة . رواه أبو داود . وروى عن عبد الملك بن مروان أنه قضى فى الجنين إذا أملص بعشرين ديناراً فإذا كان مضغة فأربعين ، فإذا كان عظماً فستين . فإذا كان العظم قد كسى لحماً فثمانين ، فإن تم خلقه وكسى شعره فمائة دينار . قال قتادة : إذا كان علقة فثلث غرة ، وإذا كان مضغة فثلثى غرة .

ولنـا : قضاء رسول الله صلى الله عليـه وسلم فى إملاص المرأة بعبد أو أمة ، وسنة رسـول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ماخالفها . وذكر الفرس والبغل فى الحديث ، وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة ، فالظاهر أنه وهم فيه ، وهو متروك فى البغل بغير خلاف ، وكذلك فى الفرس ، وهذا الحديث الذى ذكرناه أصح ماروى فيه ، وهو متفق عليه . وقد قال به أكثر أهل العـلم ، فلا يلتفت إلى ماخالفه ، وقول عبد الملك بن مروان تحـكم بتقدير لم يرد به الشرع ، وكذلك [قول] قتادة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولهما .

إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة ، فإن أراد دفع بدلها ورضى المدفوع إليه جاز . لأنه حق آدمى ، فجاز ماتراضيا عليه ، وأيهما امتنع من قبول البدل فله ذلك ، لأن الحق فيهـا ، فلا يقبل بدلها إلا برضاها ، وتجب الغرة سالمة من العيوب وإن قل العيب ، لأنه حيوان وجب بالشرع ، فلم يقبل فيـه المعيب كالشاة فى الزكاة ، لأن الغرة الخيار ، والمعيب ليس من الخيار ، ولا يقبل فيها هرمة ولا ضعيفة ، ولا خنثى ولا خصى وإن كثرت قيمته ، لأن ذلك عيب . ولا يتقدر سنها فى ظاهر كلام الخرقى ، وهو قول أبى حنيفة وقال القاضى ، وأبو الخطاب ، وأصحاب الشافعى : لايقبل فيها من له دون سبع سنين ، لأنه يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه ، وليس من الخيار . وذكر بعض أصحاب الشافعى : أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة ، لأنه لايدخل على النساء ، ولا ابنة عشرين لأنها تتغير وهذا تحـكم لم يرد الشرع به . فيجب أن لايقبل ، وما ذكروه من الحاجة إلى الـكفالة باطل بمن له فوق السبع ، ولأن بلوغه قيمة الـكبير مع صغره يدل على أنه خيار ، ولم يشهد لمـا ذكروه نص ، ولا له نظير يقاس عليه ، والشاب البالغ أكمل من الصبى عقلا وبنية ، وأقدر على التصرف ، وأنفع فى الخدمة وقضاء الحاجة ، وكونه لايدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات فلا حاجة إلى دخوله عليهن ، وإن أريد به سيدته فليس بصحيح . فإن الله تعـالى قال : (لِيَسْتَأْذِنكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنكُمْ * إلى قوله *

---

(١) سبق تخريجه .

لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلاَ عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ) ، ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله ، وفوات شيء إلى ماهو أنفع منه لايعد فواتاً ، كمن اشترى بدرهم مايساوى عشرة لايعد فواتاً ولا خسراناً ، ولا يعتبر لون الغرة ، وذكر عن أبي عمرو ابن العلا ، أن الغرة لاتكون إلا بيضاء ، ولا يقبل عبد أسود ، ولا جارية سوداء .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعبد أو أمة ، وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم ، ولأنه حيوان يجب دية ، فلم يعتبر لونه كالإبل في الدية .

٦٨٥٨ الفصل الرابع

أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية ، وهى خمس من الإبل ، وروى ذلك عن عمر ، وزيد ، رضى الله عنهما ، وبه قال النخعى ، والشعبى وربيعة ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، ولأن ذلك أقل ماقدره الشرع في الجنايات ، وهو أرش الموضحة ، ودية السن ، فرددناه إليه .

فإن قيل . فقد وجب فى الأنملة ثلاثة أبعرة وثلث ، وذلك دون ماذكرتموه ، قلنا : الذى نص عليه صاحب الشريعة غرة قيمتها أرش الموضحة ، وهو خمس من الإبل ، وإذا كان أبو الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة فى المسلم : وفى جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهماً ، وإذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم ، لأنه موضع حاجة . وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها بأن تكون قيمتها خمساً من الإبل ، وخمسين ديناراً ، أو ستمائة درهم فلا كلام ، وإن اختلفت قيمة الإبل فنصف عشر الدية من غيرها ، مثل أن كانت قيمة الإبل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقى : أنها تقوم بالإبل ، لأنها الأصل ، وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق ، فجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم ، فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به ، وعلى أهل الورق به ، فإن كان من أهل الذهب والورق جميعاً قومها من هى عليه بماء شاء منهما ، لأن الخيرة إلى الجانى فى دفع ماشاء من الأصول ، ويحتمل أن تقوم بأدناها على كل حال لذلك ، وإذا لم يجد الغرة انتقل إلى خمس من الإبل على قول الخرقى ، وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين ديناراً ، أو ستمائة درهم .

٦٨٥٩ الفصل الخامس

أن الغرة موروثة عن الجنين ، كأنه سقط حياً ، لأنها دية له ، وبدل عنه ، فيرثها ورثته ، كما لو قتل بعد الولادة . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الليث : لاتورث ، بل تكون بدلَه لأمّه ، لأنه كعضو من أعضائها ، فأشبه يدها .

ولنا : أنها دية آدمى حر ، فوجب أن تـكون موروثة عنه ، كما لو ولدته حياً ثم مات . وقوله : إنه عضو من أعضائها لا يصح ، لأنه لو كان عضواً لدخل بدله فى دية أمه كيدها ، ولما منع من القصاص من أمه ، وإقامة الحد عليها من أجله ، ولما وجبت الـكفارة بقتله ، ولما صح عتقه دونها ، ولا عتقها دونه ، ولا تصور حياته بعد موتها ، ولأن كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحى ، فعلى هذا إذا أسقطت جنيناً ميتاً ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ، ثم يرثها ورثته . وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه . وإن خرج حياً ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من ديته ، ثم يرثها ورثتها . وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه ، وإن خرج حياً ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ، ثم خرج حياً ثم مات ورثها ، ثم يرثه ورثته . وإن اختلف وراثهما فى أولهما موتاً فحكمهما حكم الغرقى على ما ذكر فى موضعه ويجىء على قول الخرقى فى المسألة التى ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ، ويختصوا بميراثه ، وإن ألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم ألقت آخر حيـاً ففى الميت غرة ، وفى الحى الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ، ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته إن مات . وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثانى فإن دية الأول ترث منها الأم والجنين الثانى ، ثم يصير ميراثه لورثته وإن ماتت الأم بعدهما ورثتهما جميعاً .

٦٨٦٠ فصـــــل

وإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففى كل واحد غرة ، وبهذا قال الزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . قال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه ضمان آدمى ، فتعدده كالديات . وإن ألقتهم أحياء فى وقت يعيشون فى مثله ثم ماتوا ففى كل واحدة دية كاملة . وإن كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً ففى الحى دية ، وفى الميت غرة .

٦٨٦١ فصـــــل

وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه ، نص عليه أحمد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد ، لما روى المغيرة بن شعبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة على عصبة القاتلة . وإن كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة . وقال الشافعى : تحمله العاقلة على كل حال ، بناء على قوله إن العاقلة تحمل القليل والـكثير ، والجناية على الجنين ليست بعمد ، لأنه لا يتحقق وجوده ليـكون مقصوداً بالضرب .

ولنا : أن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث على ما ذكرناه ، وهذا دون الثلث ، وإذا مات وحده أومن

جناية عمد فدية أمه على قاتلها ، فكذلك ديته ، لأن الجناية لايحمل بعض ديتها الجانى وبعضها غيره ، فيكون الجميع على القاتل ، كما لو قطع عمداً فسرت الجناية إلى النفس .

٦٨٦٢ مســـألة

قال : ﴿ وإن كان الجنين مملوكاً ففيه عشر قيمة أمه ، سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا كان جنين الأمة مملوكاً فسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر قيمة أمه ، هذا قول الحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وبنحوه قال النخعى ، والزهرى . وقال زيد بن أسلم : يجب فيه نصف عشر غرة ، وهو خمسة دنانير ، وقال الثورى ، وأبوحنيفه وأصحابه : يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكراً ، وعشر قيمته إن كان أنثى ، لأن الغرة واجبة فى جنين الحرة نصف عشر دية الرجل ، وعشر دية الأنثى ، وهذا متلف ، فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه ولأنه جنين مضمون تلف بالضربة ، فكان فيه نصف عشر الواجب فيه إذا كان ذكراً كبيراً ، وعشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة ، وقال محمد بن الحسن : مذهب أهل المدينة يفضى إلى أن[1] يجب فى الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حياً .

ولنا : أنه جنين مات بالجناية فى بطن أمه ، فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة ، ودليلهم نقلبه عليهم فنقول : جنين مضمون تلف بالجناية ، فكان الواجب فيه عشر مايجب فى أمه كجنين الحرة . وماذكره من مخالفة الأصل معارض بأن مذهبهم يفضى إلى تفضيل الأنثى على الذكر ، وهو خلاف الأصول ، ولأنه لو اعتبر بنفسهلوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة ، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا ، لأننا اعتبرناه إذا كان ميتاً بأمه ، وإذا كان حيا بنفسه ، فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحى ، مع اختلاف الجهتين ، كما جاز أن يزيد البعض على الكل فى أن من قطع أطراف إنسان[2] الأربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها ، وهم فضلوا الأنثى على الذكر مع اتحاد الجهة ، وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ، ونصف عشرها أخرى ، وهذا لانظير له .

إذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها ، وهذا منصوص الشافعى ، وقال بعض أصحابه : تقوم حين أسقطت ، لأن الاعتبار فى ضمان الجناية بالاستقرار . ويتخرج لنا وجه كذلك .

ولنا : أنه لم يتخلل بين الجناية وحالالاستقرار مايوجب تغيير بدل النفس ، فكان الاعتبار بحال الجناية ، كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات ، فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية ،

---

(١) فى ٣٩ : إلى أنه . (٢) فى ١٨ : الإنسان .

ولأن قيمتها تتغير بالجناية وتنقص ، فلم تقوم فى حال نقصها الحاصل بالجناية ، كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها ، أو قطع يدها فرضت بذلك ثم اندملت جراحتها .

٦٨٦٣ فصل

وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة ، وأم الولد إذا حملت من غير مولاها ، حكم ولد الأمة ، لأنه مملوك ، ولا تحمل العاقلة شيئاً من ذلك لأن العاقلة لا تحمل عبداً بحال . فأما جنين المعتق بعضها فهو كهى ، فيه من الحرية مثل مافيها ، فإذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته ، وفى النصف الباقى نصف عشر قيمة أمه لسيده .

٦٨٦٤ فصل

وإن وطىء أمة بشبهة ، أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها ، فضرب بها ضارب . فألقت جنيناً فهو حر ، وفيه غرة موروثه عنه لورثته ، وعلى الواطىء عشر قيمتها لسيدها ، لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه ، فلما انعتق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر ، فألزمناه ذلك للسيد ، سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل .

٦٨٦٥ فصل

إذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمى فى طهر واحد وجب فيه اليقين ، وهو مافى جنين الذمى ، فإن ألحق بعد ذلك بالذمى فقد وفى ماعليه ، وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة ، وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت وادعت أو ادعى ورثته أنه من مسلم حملت به من وطء شبهة أو زنا ، فاعترف الجانى ، فعليه غرة كاملة وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترف أيضاً فالغرة عليها ، وإن أنكرت حلفت وعليها مافى جنين الذميين ، والباقى على الجانى فالغرة عليها مع دية أمه ، وإن أنكر الجانى والعاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم : أننا لا نعلم أن هذا الجنين من مسلم ، ولا تلزمهم اليمين على البت ، لأنها يمين على النفى فى فعل الغير ، فإذا حلفوا وجبت دية ذمى ، لأن الأصل أن ولدها تابع لها ، ولأن الأصل براءة الذمة . وإن كان مما لا تحمله العاقلة فالقول قول الجانى وحده مع يمينه ، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجانى أن الجنين من ذمى بوطء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين ، لأن الجنين محكوم بإسلامه ، فإن الولد للفراش .

٦٨٦٦ فصل

وإذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة ، لأنه أتلف

آدمياً ، ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ، ويسقط ضمان نصيبه لأنه ملكه ، وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم أسقطت عتق نصيبه منها . ومن ولدها ، وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم ، وعليه نصف غرة من أجل النصف الذى صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ، ترث أمه منه بقدر مافيها من الحرية ، والباقى لباقى ورثته .

هذا قول القاضى وقياس قول أبى بكر وأبى الخطاب ، لايجب[1] على الضارب ضمان ما أعتقه ، لأنه حين الجناية لم يكن مضموناً عليه ، والاعتبار فى الضمان بحال الجناية ، وهى الضرب ، ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، وهذا أصح إن شاء الله ، لأن الإتلاف حصل بفعل غير مضمون ، فأشبه مالو جرح حربياً فأسلم ثم مات بالسراية ، ولأن موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب ، فلا يتجدد ضمانه بعد موته ، والأصل براءة ذمته . وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليها وإلى جنينها ، وفى الضمان الوجهان . فعلى قول القاضى فى الجنين غرة موروثة عنه ، وعلى قياس قول أبى بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ، ولا يضمن أمه ، لأنه قد ضمنها بإعتاقها فلا يضمنها بتلفها . وإن كان المعتق الشريك الذى لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك فى نصيبه ، لأن العتق لم يسر إليه ، وعليه فى نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه ، يكون لسيده اعتباراً بحال الجناية . وكذلك الحكم فى ضمان الأم إذا ماتت من الضربة ، وإن كان المعتق موسراً سرى العتق إليهما وصارا حرين ، وعلى المعتق ضمان نصف الأم ، ولا يضمن نصف الجنين ، لأنه يدخل فى ضمان الأم كما يدخل فى بيعها ، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضى ، وعلى قياس قول أبى بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه ، وليس عليه ضمان نصيبه ، لأنه ملكه حال الجناية عليه ، وأما ضمان الأم ففى أحد الوجهين فيها دية حرة ، لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها ، وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم فيمن[2] قطع يد عبد ثم أعتق ومات .

٦٨٦٧ فصـــل

ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنيناً ميتاً لم يضمنه فى قياس قوو أبى بكر ، لأن جنايته لم تكن مضمونة فى ابتدائها ، فلم يضمن سرايتها كما لو جرح مرتداً فأسلم ثم مات ، ولأن موت

---

(١) فى ٢٨ : ألا يجب .

(٢) فى المطبوعة : من قطع . ومافى ١٨ أوضح .

الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة فى مملوكه ، ولم يتجدد بعد العتق مايوجب الضمان : وعلى قول ابن حامد عليه غرة لايرث منها شيئاً ، لأن اعتبار الجناية بحال استقرارها . ولو كانت الأمة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معا فوضعت جنيناً ميتاً ، فعلى قول أبى بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه ، لأن كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له ، فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذى لشريكه بنصف عشر قيمة أمه ، اعتباراً بحال الجناية ، وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما الغرة ، للأم منها الثلث ، وباقيها للورثة ، ولا يرث القاتل منها شيئاً .

٦٨٦٨ فصل

إذا ضرب ابن المعتقة الذى أبوه عبد بطنَ امرأة ، ثم أعتق أبوه ، ثم أسقطت جنيناً وماتت ، احتمل أن تكون ديتهما فى مال الجانى على ماتقدم ذكره ، واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته فى قياس قول أبى بكر ، اعتباراً بحال الجناية ، وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الأب وأقاربه ، اعتباراً بحال الإسقاط ؛ وإن ضرب ذمى بطن امرأته الذمية ثم أسلم ، ثم أسقطت ، لم تحمله عاقلته ، وإن ماتت معه فكذلك ، لأن عاقلته المسلمين لايعقلون عنه ، لأنه كان حين الجناية ذمياً ، وأهل الذمة لا يعقلون عنه ، لأنه حين الإسقاط مسلم ، ويحتمل أن يكون عقله فى قياس قول أبى بكر على عاقلته من أهل الذمة اعتباراً بحال الجناية ، ويكون فى الجنين مايجب فى الجنين الكافر ، لأنه حين الجناية محكوم بكفره ، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة ، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتباراً بحال الاستقرار .

٦٨٦٩ مسألة

قال : ﴿ وإن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حراً ، أو قيمته إن كان مملوكاً ، إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله ، وهو أن يكون لستة أشهر فصاعدا ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن فى الجنين يسقط حياً من الضرب دية كاملة . منهم : زيد بن ثابت ، وعروة ، والزهرى ، والشعبى ، وقتادة ، وابن شبرمة ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته ، فى وقت يعيش لمثله ، فأشبه قتله بعد وضعه . وفى هذه المسألة ثلاثة فصول :

٦٨٧٠ أحدها

أنه إنما يضمن بالدية إذا وضعته حياً ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم ، سواء ثبتت باستهلاله ،

أو ارتضاعه ، أو تنفسه ، أو عطاسه ، أو غيره من الأمارات التى تعلم بها حياته . هذا ظاهر قول الخرقى . وهو مذهب الشافعى وروى عن أحمد : أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهذا قول الزهرى ، وقتادة ، ومالك ، وإسحاق ، وروى معنى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وابن عباس ، والحسن بن على ، وجابر رضى الله عنهم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا استهل[1] المولود ورث وورث » مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل . والاستهلال : الصياح . قاله ابن عباس ، والقاسم ، والنخعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال :[2] « ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخاً إلا مريم وابنها » فلا يجوز غير ما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم . والأصل فى تسمية الصياح استهلالا أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضاً ، فسمى صياح المولود استهلالا ، لأنه فى ظهوره بعد خفائه كالهلال ، وصياحه كصياح من يتراءاه .

ولنا : أنه علمت حياته ، فأشبه المستهل ، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم فى سائر الصور ، لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه ، وعطاسه صوت منه ، كصياحه وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر ، وهو خروجه من مضيق ، فإن اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك ، فلم تثبت بذلك حياته .

٦٨٧١ الفصل الثانى

أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ، ويحصل ذلك بسقوطه فى الحال ، وموته متألماً إلى أن يموت ، أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه ، فيعلم بذلك موته بالجناية ، كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه . أو بقى ضمناً حتى مات . وإن ألقته حياً فجاء آخر فقتله وكان فيه حياة مستقرة فعلى الثانى القصاص إذا كان عمداً ، أو الدية كاملة ، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول ، وعليه الدية كاملة ، وعلى الثانى الأدب . وإن وقع الجنين حياً ثم بقى زمناً سالماً لا ألم به لم يضمنه الضارب ، لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته .

٦٨٧٢ الفصل الثالث

أن الدية الكاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً . فإن كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط متألماً ، وبهذا قال المزنى ، وقال الشافعى : فيه دية كاملة ، لأننا علمنا حياته ، وقد تلفت من جنايته .

---

(١) أخرجه أبو داود عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم بلفظ (إذا استهل المولود ورث ، بالبناء للمجهول وروى النسائى عن جابر بلفظ « الصبى إذا استهل ورث وصلى عليه » (ف)

(٢) أخرجه أحمد ومسلم عن أبى هريرة (ف)

والثاني : أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها ، فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتاً ، وكالمذبوح . وقولهم : إننا علمنا حياته . قلنا : وإذا سقط ميتاً وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضاً .

٦٨٧٣ فصل

وإذا ادعت امرأة على إنسان أنه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الضرب . وإن أقر بالضرب أو قامت به بينة وأنكر أن تكون أسقطت فالقول قوله أيضاً مع يمينه ، لأنه لا يعلم أنها أسقطت ، ولا تلزمه اليمين على البت ، لأنها يمين على فعل الغير ، والأصل عدمه ، وإن ثبت الإسقاط والضرب ببينة أو إقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربة نظرنا ، فإن كانت أسقطت[1] عقيب ضربه فالقول قولها ، لأن الظاهر أنه منه ، لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سبباً له ، وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها لحصل الاسقاط به فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن أسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فإن كانت متألمة إلى حين الإسقاط فالقول قولها ، وإن لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه ، كما لو ضرب إنساناً فلم يبق متألماً ولا ضمناً ومات بعد أيام . وإن اختلفا في وجود التألم فالقول قوله ، لأن الأصل عدمه ، وإن كانت متألمة في بعض المدة فادعى أنها برئت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها ، لأن الأصل بقاؤه.

وإن ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حياً وأنكرها فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن تقوم لها بينة باستهلاله ، لأن الأصل عدم ذلك ، وإن ثبت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله وأنكرها فالقول قولها مع يمينها ، لأن ذلك لا يعرف إلا من جهتها ، ولا يمكن إقامة البينة عليه ، فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ، ووجود حيضها وطهرها . وإن أقامت بينة باستهلاله وأقام الجاني بينة بعدم استهلاله قدمت بينتها ، لأنها مثبتة ، فتقدم على النافية ، لأن المثبتة معها زيادة علم .

وإن ادعت أنه مات عقيب إسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها ، لأن الأصل عدم حياته . وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجاني ، لأن معها زيادة علم ، وإن ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقي متألماً حتى مات وأنكر ذلك فالقول قوله ، لأن الأصل عدم التألم ، وإن أقاما بينتين قدمت بينتها ، لأن معها زيادة علم ، ويقبل في استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألماً وبقاء أمه متألمة قول امرأة واحدة ، لأنه مما لا يطلع عليه الرجال ، فإن الغالب أنه لا يشهد الولادة إلا النساء ، والاستهلال يتصل بها ، وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ، ويعرفن علله وأمراضه ، وقوته

(١) في ١٨ أسقطته .

وضعفه دون الرجال . وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة لم تحمله العاقلة ، وكانت الدية في مال الجاني ، لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً ، وإن كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقلة غرة ، وباقي الدية في مال القاتل .

٦٨٧٤ فصـــل

وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك ، واختلفوا في المستهل ، فقال الجاني : هو الأنثى ، وقال وارث الجنين : هو الذكر ، فالقول قول الجاني مع يمينه ، لأن الأصل عدم الاستهلال من الذكر ، وبراءة ذمته من الزائد على دية الأنثى ، فإن كان لأحدهما بينة قدم بها . وإن كان لكل واحد منهما بينة وجبت دية الذكر ، لأن البينة قد قامت باستهلاله ، والبينة المعارضة لها نافية له ، والإثبات مقدم على النفي .

فإن قيل . فينبغي أن تجب دية الذكر والأنثى ، قلنا : لا تجب دية الأنثى ، لأن المستحق لها لم يدعها ، وهو مكذب للبينة الشاهدة بها ، وإن ادعى الاستهلال منهما ثبت ذلك بالبينتين ، وإن لم تكن بينة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإذا حلفوا كانت عليهم دية الأنثى وغرة إن كانت تحمل الغرة ، وعلى الضارب تمام دية الذكر ، وهو نصف الدية ، لا تحمله[1] العاقلة لأنه ثبت باعترافه وإن اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لأنها متيقنة ، وتمام دية الذكر مشكوك فيه ، والأصل براءة الذمة منه ، فلم يجب بالشك ، وتجب الغرة في الذي لم يستهل .

٦٨٧٥ فصـــل

إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنيناً فإن كان إلقاؤهما متقارباً أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين ، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه ما لو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه ثم إن كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لا يعيش لمثله ففيه غرة وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وإن بقي حياً فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزله من قطع يد رجل فاندملت . وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يسأل القوابل ، فإن قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة ، وإن قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية .

ولنا : أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حياً قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على مادل عليه حديث الصادق المصدوق ، في أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر ، وأقل مايبقى بعد

---

(١) في ١٨ : تحمله .

ذلك شهران ، لأنه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستـة أشهر ، والـكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها ، فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه ، وأما إن ألقت اليد وزال الألم ثم ألقت الجنين ضمن اليد وحدها ، بمنزلة من قطع يداً ، فاندملت ثم مات صاحبها ، ثم ننظر فإن ألقته ميتاً أو لوقت لا يعيش مثله ففي اليد نصف غرة ، لأن في جميعـه غرة ، ففي يده نصف ديته ، وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ثم مات أو عاش ، وكان بين إلقاء اليد وبين إلقائه مدة يحتمل أن تـكون الحياة لم تخلق فيها أرى القوابل هاهنا ، فإن قلن : إنها يد من لم تخلق فيه الحيـاة وجب نصف غرة ، وإن قلن : إنها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستة أشهر ففيه نصف الدية ، وإن قيل : إنها يد من خلقت فيه الحيـاة ، ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة ، لأنها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة ، فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح . وإن أشكل الأمر عليهن وجب نصف الغرة ، لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيـه ، فلا يجب بالشك .

٦٨٧٦ مســـألة

قال : { وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة ، سواء كان الجنين حياً أو ميتاً } .

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعطاء ، والزهري ، والحـكم ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق . قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضارب بطن المرأة تلقي[1] جنيناً الرقبة مع الغرة . وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة : لا تجب الـكفارة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب الـكفارة حين أوجب الغرة .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَة)[2] ، وقال : (وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ) ، وهـذا الجنين إن كان من مؤمنين أو أحد أبويه [مؤمنين][3] فهو محكوم بإيمانه تبعاً [له][4] يرثه ورثتـه المؤمنون ، ولا يرث الـكافر منه شيئاً ، وإن كان من أهـل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق ، ولأنه نفس مضمون بالدية فوجبت فيه الرقبة كالـكبير ، وترك ذكر الـكفارة لا يمنع وجوبها ، كقوله عليه السلام : « في النفس[5] المؤمنة مائة من الإبل » ، وذكر الدية في مواضع ، ولم يذكر الـكفارة ، ولأن النبي صلى

---

(١) في ٢٩ : إذا ألقت .
(٢) سورة النساء آية ٩٢ .
(٣) الزيادة من ١٨
(٤) الزيادة من ١٨ .
(٥) سبق تخريجه (ف)

الله عليه وسلم قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ، ولم يذكر كفارة ، وهى واجبة ، كذا هاهنا ، وإنما كان كذلك لأن الآية أغنت من ذكر الكفارة فى موضع آخر ، فاكتفى بها ، وإن ألقت المضروبة أجنة ففى كل جنين كفارة ، كما أن فى كل جنين غرة أو دية ، وإن اشترك جماعة فى ضرب امرأة ، فألقت جنيناً فديته أو الغرة عليهم بالحصص ، وعلى كل واحد منهم كفارة ، كما إذا قتل جماعة رجلا واحداً ، وإن ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص ، وعلى كل واحد فى كل جنين كفارة ، فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات ، على كل واحد ثلاثة .

٦٨٧٧ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنيناً فعليها غرة ، لا ترث منها شيئاً ، وتعتق رقبة ﴾ .

ليس فى هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه ، إلا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ماقدمنا ، وذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها ، فلزمها ضمانه بالغرة ، كما لو جنى عليه غيرها ، ولا ترث من الغرة شيئاً ، لأن القاتل لا يرث المقتول ، وتكون الغرة لسائر ورثته ، وعليها عتق رقبة كما قدمنا ، ولو كان الجانى المسقط للجنين أباه أو غيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئاً ، ويعتق رقبة وهذا قول الزهرى والشافعى وغيرهما .

٦٨٧٨ فصـــــل

وإن جنى على بهيمة فألقت جنينها ففيه مانقصها فى قول عامة أهل العلم . وحكى عن أبى بكر : أن فيه عشر قيمة أمه ، لأنه جناية على حيوان يملك بيعه أسقطت جنينه ، أشبه جنين الأمة ، وهذا لا يصح ، لأن الجناية على الأمة تقدر من قيمتها ، فى يدها نصف قيمتها ، وفى موضحتها نصف عشر قيمتها يقدر[1] جنينها من قيمتها كبعض أعضائها ، والبهيمة إنما يجب فى الجناية عليها قدر نقصها ، فكذلك فى جنينها ، ولأن الأمة آدمية ألحقت بالأحرار فى تقدير أعضائها من ديتها ، والبهيمة بخلاف ذلك .

٦٨٧٩ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلا ، فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية ، وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة فى ماله ﴾ .

أما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، لأن كل واحد منهم مشارك فى إتلاف آدمى معصوم ، والكفارة لا تتبعض ، فكملت فى حق كل واحد منهم ، ثم لا يخلو من حالين :

---

(١) فى ١٨ و٢٩ : ويقدر جنينها .

(أحدهما : أن يقتل واحداً منهم)[1] .

والثانى[2] : أن يقتل واحداً من غيرهم ، فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا ، والدية على عواقلهم أثلاثاً ، لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد ، سواء قصدوا رمى واحد بعينه ، أو رمى جماعة ، أو لم يقصدوا ذلك ، إلا أنهم إن لم يقصدوا قتل آدمى معصوم ، فهو خطأ ديته دية الخطأ ، وإن قصدوا رمى جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد ، لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضى إلى إتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة ، إلا أنها فى ثلاث سنين وعلى قول أبى بكر لا تحمل العاقلة دية شبه العمد ، فلا تحمله هاهنا .

والثانى : [3]أن يصيب رجلا منهم ، فعلى كل واحد كفارة أيضاً ، ولا تسقط عمن أصابه الحجر ، لأنه شارك فى قتل نفس مؤمنة ، والكفارة إنما تجب لحق الله تعالى ، فوجبت عليه بالمشاركة فى نفسه ، كوجوبها بالمشاركة فى قتل غيره . وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول ، لأن كل واحد منهم مشارك فى قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب ، وهذا ينبنى على إحدى الروايتين فى أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ ، يحمل عقلها عاقلته .

الوجه الثانى : ماقابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد ، لأنه شارك فى إتلاف حقه ، فلم يضمن ماقابل فعله ، كما لو شارك فى قتل بهيمته أو عبده ، وهذا الذى ذكره القاضى فى المجرد ، ولم يذكر غيره ، وهو مذهب الشافعى .

الثالث : أن يلغى فعل المقتول فى نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسألة المتصادمين ، والذى ذكره القاضى أحسن وأصح فى النظر ، وقد روى نحوه عن على رضى الله عنه فى مسألة القارصة والقامصة والواقصة . قال الشعبى : وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن[4] فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت[5] فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت ، فرفع ذلك إلى على رضى الله عنه فقضى بالدية أثلاثاً على عواقلهن وألغى الثلث الذى قابل فعل الواقصة ، لأنها أعانت على قتل نفسها ، وهذه شبيهة بمسألتنا ، ولأن المقتول مشارك فى القتل ، فلم تكمل الدية على شريكيه ، كما لو قتلوا واحداً من غيرهم ، وإن رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلهما أثلاثاً ، وعلى كل واحد كفارتان ، وعلى الوجه الثانى تجب

---

(١) مابين الحاصرين سقط من ١٨ . (٢) فى ١٨ : الاولى .

(٣) هذا هو الحال الثانى الذى ذكره المؤلف وسقط من ١٨ .

(٤) كلمة (فارن) محذوفة من شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٠٣ والكلام يتم بدونها (ف)

(٥) أى اضطربت بشدة فألقت ماعليها .

على عاقلة الحى منهم لكل ميت ثلث ديته ، وعلى عاقلة واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ، ويلغى فعله في نفسه ، وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحى لكل واحد من الميتين نصف الدية ، ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه .

٦٨٨٠ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة فى أموالهم ﴾ .

هذا هو الصحيح فى المذهب ، سواء كان المقتول منهم ، أو من غيرهم ، إلا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول فى نفسه هدراً ، لأنه لا يجب عليه لنفسه شىء ، ويكون باقى الدية فى أموال شركائه حالا ، لأن التأجيل فى الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة ، وهذا لا تحمله العاقلة ، لأنها لا تحمل مادون الثلث ، والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث ، وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى : أن العاقلة تحملها ، لأن الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث ، والصحيح هو الأول ، لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه ، وحمل العاقلة إنمـا شرع للتخفيف عن الجـانى فيما يشق ويثقل ، وما دون الثلث يسير على ماأسلفناه ، والذى يلزم كل واحد أقل من الثلث ، وأما قوله : إنه فعل واحد ، قلنا : بل هى أفعـال ، لأن فعل كل واحد غير فعل الآخر ، وإنما موجب الجميع واحد ، فأشبه مالو جرحه كل واحـد جرحاً ، فاتت النفس بجميعها .

إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه فى الـكفة وأمسك الخشبة اعتباراً بالمباشر ، كمن وضع سهماً فى قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامى دون الواضع .

٦٨٨١ فصــــل

إذا سقط رجل فى بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه ، لأنه قتله فضمنه كالو رمى عليه حجراً ، ثم ينظر . فإن كان عمد رمى نفسه عليه ، وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص ، وإن كان ممالا يقتـل غالباً فهو شبه عمد ، وإن وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففة ، وإن مات الثانى بوقوعه على الأول فدمه هدر ، لأنه مات بفعله ، وقد روى على بن رباح[1] اللخمى : أن رجلا كان يقود أعمى فوقع فى بئر ، نخر[2] البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله ، فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد فى الموسم :

يا أيها النـــــاس لقيتُ مُنْكَراً هل يعقل الأعمى الصحيح المُبْصِرَا ؟

* خَرَّا مَعاً كِلاَهُمَا تَكَسَّرَا *

(١) أخرجه الدارقطنى ص ٢٣ طبع الهند ، ج ٣ ص ٩٨ طبعة القاهرة (ف)

(٢) فى المطبوعة : خر البصير ، وما فى ١٨ أوضح .

وهذا قول ابن الزبير ، وشريح ، والنخعي ، والشافعي ، وإسحاق . ولو قال قائل[1] : ليس على الأعمى ضمان البصير ، لأنه الذي قاده إلى المكان الذي وقعا فيه ، وكان سبب وقوعه عليه ، ولذلك لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف ، وكان عليه ضمان الأعمى ، ولو لم يكن سبباً لم يلزمه ضمان بقصده لكان له وجه ، إلا أن يكون مجمعاً عليه فلا تجوز مخالفة الإجماع ، ويحتمل أنه إنما لم يجب الضمان على القائد لوجهين :

أحدهما : أنه مأذون فيه من جهة الأعمى ، فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئراً في داره بإذنه فتلف بها .

الثاني : أنه فعل مندوب إليه مأمور به ، فأشبه ما لو حفر بئراً في سابلة ينتفع بها المسلمون ، فإنه لا يضمن ما تلف بها .

٦٨٨٢ فصــــل

فإن سقط رجل في بئر فتعلق بآخر فوقعا معاً فدم الأول هدر ، لأنه مات من فعله وعلى عاقلته دية الثاني إن مات ، لأنه قتله بجذبته فإن تعلق الثاني بثالث فماتوا جميعاً فلا شيء على الثالث ، وعلى عاقلة الثاني ديته في أحد الوجهين ، لأنه جذبه وباشره بالجذب ، والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع . والثاني ديته على عاقلة الأول والثاني نصفين ، لأن الأول جذب الثاني الجاذب للثالث ، فصار مشاركا للثاني في إتلافه .

ودية الثاني على عاقلة الأول في أحد الوجهين ، لأنه هلك بجذبته . وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول ، وجذبة نفسه للثالث ، فسقط فعل نفسه كالمصطدمين ، وتجب ديته بكمالها على الأول ، ذكره القاضي .

والوجه الثاني : يجب على الأول نصف ديته ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه ، وهذا مذهب الشافعي ، ويتخرج وجه ثالث وهو : وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته ، كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم ، وأما الأول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة ، لأنه مات من جذبته وجذبة الثاني للثالث ، فتجب ديته كلها على عاقلة الثاني ، ويلغى فعل نفسه على الوجه الأول ، وعلى الثاني يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ، ويجب نصفها على الثاني ، وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته . وإن جذب الثالث رابعاً فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شيء على الرابع ، لأنه لم يفعل شيئاً في نفسه ولا غيره ، وفي ديته وجهان :

---

(١) لم يذكر ما يفيد الرد على قول القائد .

أحدها : أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه .

والثانى : على عاقلة الأول والثانى والثالث ، لأنه مات من جذب الثلاثة ، فكانت ديته على عواقلهم ، وأما الأول فقد مات بجذبته وجذبة الثانى . وجذبة الثالث ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يلغى فعل نفسه ، وتجب ديته على عاقلة الثانى والثالث نصفين . الثانى : يجب على عاقلتهما ثلثاها ، ويسقط ما قابل فعل نفسه . الثالث : يجب ثلثها على عاقلته لورثته ، وأما الجاذب الثانى فقد مات بالأفعال الثلاثة ، وفيه هذه الأوجه المذكورة فى الأول سواء . وأما الثالث ففيه مثل هذه الأوجه الثلاثة ووجهان آخران .

أحدهما : أن ديته بكمالها على الثانى ، لأنه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله .

والثانى : أن على عاقلته نصفها ، ويسقط النصف الثانى فى مقابلة فعله فى نفسه .

٦٨٨٣ فصـــل

وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فإن كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقاً يموت الواقع فيه بنفس الوقوع ، أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله ، أو أسد يأكلهم ، فليس على بعضهم ضمان بعض ، لعدم تأثير فعل بعضهم فى هلاك بعض ، وإن شككنا فى ذلك لم يضمن بعضهم بعضاً ، لأن الأصل براءة الذمة ، فلا نشغلها بالشك ، وإن كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر ، لأن غيره لم يفعل فيه شيئاً ، وإنما هلك بفعله ، وعليه دية الثالث ، لأنه قتله بوقوعه عليه ، ودية الثانى عليه . وعلى الثالث نصفين ، ودية الأول على الثلاثة أثلاثاً .

٦٨٨٤ فصـــل

وإن هلكوا بأمر فى البئر ، مثل أسد كان فيه ، وكان الأول جذب الثانى والثانى جذب الثالث ، والثالث جذب الرابع ، فقتلهم الأسد فلا شىء على الرابع ، وديته على عاقلة الثالث فى أحد الوجهين ، وفى الثانى على عواقل الثلاثة أثلاثا . ودم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثانى ، وأما دية الثالث فعلى الثانى فى أحد الوجهين وفى الآخر على الأول والثانى نصفين ، وهذه المسألة تسمى مسألة الزبية وقد روى حنش الصنعانى أن قوماً من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانياً فجذب الثانى ثالثاً ثم جذب الثالث رابعاً فقتلهم الأسد فرفع ذلك إلى على رضى الله عنه فقال للأول ربع الدية لأنه هلك فوقه واحد وللرابع كال الدية وقال فإنى أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك إلى النبى صلى الله   « هو كما قال » رواه سعيد بن منصور قال حدثنا

أبو عوانة وأبو الأحوص عن سماك بن حرب عن حنش بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب : فذهب أحمد إلى ذلك توقيفاً على خلاف القياس والقياس ما ذكرناه .

٦٨٨٥ فصـــل

ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا حفر بئراً فى طريق لغير مصلحة المسلمين أو فى ملك غيره بغير إذنه أو وضع فى ذلك حجراً أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو دابة ضمنه لأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه ، روى عن شريح أنه ضمن رجلا حفر بئراً فوقع فيها رجل فمات ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه وبه قال النخعى والشعبى وحماد والثورى والشافعى وإسحاق ، وإن وضع رجل حجراً وحفر آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فوقع فى البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين لأن واضع الحجر كالدافع له ، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده ، وبهذا قال الشافعى . ولو وضع رجل حجراً ثم حفر عنده آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا . واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين لأن فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه إنسان وأماله آخر فسال مافيه كان الضمان على الآخر منهما ، وإن وضع إنسان حجراً أو حديدة فى ملكه ، أو حفر فيه بئراً فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به ، فلا ضمان على المالك ، لأنه لم يتعد ، وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه ، وإن وضع حجراً فى ملكه ونصب أجنبى فيه سكيناً أو حفر بئراً بغير إذنه ، فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو فى البئر ، فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما ، إذ لم[1] يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه ، وإن اشترك جماعة فى عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم ، وإن وضع اثنان حجراً وواحد حجراً فعثر بهما إنسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثاً فى قياس المذهب . وهو قول أبى يوسف ، لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثاً ، فوجب الضمان عليهم وإن اختلفت أفعالهم ، كما لو جرحه واحد جرحين ، وجرحه اثنان جرحين ، فمات بهما . وقال زفر على الاثنين النصف ، وعلى واضع الحجر وحده النصف ، لأن فعله مساو لفعلهما . وإن حفر إنسان بئراً ونصب آخر فيها سكيناً فوقع إنسان فى البئر على السكين فمات فقال ابن حامد : الضمان على الحافر ، لأنه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التى قبلها . ونص أحمد رحمه الله على : أن الضمان عليهما ، قال أبو بكر : لأنهما فى معنى الممسك ، والقاتل الحافر كالممسك ، وناصب السكين كالقاتل ، فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين فى المسائل السابقة .

---

(١) فى المطبوعة : إذا لم يتعلق . وما فى ١٨ أوصح .

٦٨٨٦ فصـــــل

وإن حفر بئراً فى ملك نفسه أو فى ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعد بحفرها ، وإن حفرها فى موات لم يضمن ، لأنه غير متعد بحفرها ، وكذلك إن وضع حجراً أو نصب شركاً أو شبكة أو منجلا ليصيد بها ، وإن فعل شيئاً من ذلك فى طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به ، لأنه متعد ، وسواء أذن له الإمام فيه أو لم يأذن ، فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين ، ولو فعل ذلك الإمام لضمن ماتلف به لتعديه ، وإن كان الطريق واسعاً فحفر فى مكان منها مايضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك ، وإن حفر فى موضع لاضرر فيه نظرنا فإن حفرها لنفسه ضمن ماتلف بها ، سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه ، وقال أصحاب الشافعى : إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن ، لأن للإمام أن يأذن فى الانتفاع بما لاضرر فيه ، بدليل أنه يجوز أن يأذن فى القعود فيه ويُقْطعه لمن يبيع فيه .

ولنا : أنه تلف بحفر حفرة فى حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم ، فضمن كما لو لم يأذن له الإمام ، ولا نسلم أن للإمام أن يأذن فى هذا ، وإنما يأذن فى القعود ، لأن ذلك لايدوم ، وتمكن إزالته فى الحال ، فأشبه القعود فى المسجد ، ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام ، بخلاف الحفر ، وإن حفر البئر لنفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق ، أو لتشرب منه المارة ونحوها ، فلا ضمان عليه ، لأنه محسن بفعله ، غير متعد بحفره ، فأشبه باسط الحصير فى المسجد ، وذكر بعض أصحابنا أنه لايضمن إذا كان بإذن الإمام ، وإن كان بغير إذنه ففيه روايتان :

إحداهما : لايضمن ، فإن أحمد قال فى رواية إسحاق بن إبراهيم : إذا أحدث بئراً لماء المطر ففيه نفع المسلمين[1] ، أرجو أن لايضمن .

والثانية : يضمن ، أومأ إليه أحمد ، لأنه ، إفتات على الإمام ، ولم يذكر القاضى سوى هذه الرواية ، والصحيح هو الأول ، لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ، ويشق استئذان الإمام فيه ، وتعم البلوى به ، ففى وجوب استئذان الإمام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة ، لأنه لايكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه ، وكلفة الحفر معاً ، فتضيع هذه المصلحة ، فوجب إسقاط استئذانه كما فى سائر المصالح العامة ، من بسط حصير فى مسجد ، أو تعليق قنديل فيه ، أو وضع سراج ، أو رم شعث فيه ، وأشباه ذلك .

وحكم البناء فى الطريق حكم الحفر فيها على ماذكرنا من التفصيل والخلاف ، وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لكونه فى طريق ضيق ، أو فى واسع يضر بالمارة ، أو بنى لنفسه ، فقد تعدى ويضمن ماتلف

---

(١) فى ٢٩ : لنفع المسلمين . . .

به وإن بنى فى طريق واسع فى موضع لايضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه فى زاوية ونحوها فلا ضمان عليه ، وسواء فى ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن ، ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فى البناء لنفع المسلمين دون الحفر ، لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها ، وإزالة الطين والماء منها ، بخلاف البناء ، فجرى حفرها مجرى تنقيتها ، وحفر هدفة منها ، وقلع حجر يضر بالمارة ، ووضع الحصا فى حفرة منها ليملأها وتسهلها بإزالة الطين ونحوه منها ، وتسقيف ساقية فيها ، ووضع حجر فى طين فيها ، ليطأ الناس عليه ، أو يعبروا عليه ، فهذا كله مبـاح لايضمن ماتلف به . لاأعلم فيه خلافاً ، وكذلك ينبغى أن يـكون فى بناء القناطر ، ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام ، لأن مصلحته لايعم وجودها ، بخلاف غيره ، وإن سقف مسجداً أو فرش بارية فيه ، أو نصب عليه بابا أوجعل فيه رفا لينفع أهله ، أو علق فيه قنديلا ، أو بنى فيه حائطاً ، فتلف به شىء فلا ضمان عليه ، وقال أصحاب الشافعى : إن فعل شيئاً من ذلك بغير إذن الإمام ضمن فى أحد الوجهين ، وقال أبو حنيفة : يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران .

ولنا : أنه فعل أحسن به ، ولم يتعد فيه ، فلم يضمن ماتلف به كما لو أذن فيه الإمام والجيران ، ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف ، لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقاً .

٦٨٨٧ فصــــل

وإن حفر العبد بئراً فى ملك إنسان بغير إذنه أو فى طريق يتضرر به ثم أعتقه سيده ، ثم تلف بها شىء ضمنه العبد . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : الضمان على سيده ، لأن الجناية هى الحفر فى حال رقه ، وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ، فلا يزول ذلك بعتقه ، كما لو جرح فى حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه .

ولنـا : أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه ، فـكان الضمان عليه كما لو اشـترى سيفاً فى حال رقه ثم قتل به بعد عتقه . وفارق ماقاسوا عليه ، لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه ، وههنـا حصل بعد عتقه ، وكذلك القول فى نصب حجر أو غيره من الأسباب التى يجب بهـا الضمان .

٦٨٨٨ فصــــل

وإذا حفر إنسان بئراً فى ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ماتلف به جميعه . وهذا قياس

مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يضمن ماقابل نصيب شريكه ، فلو كان له شريكان لضمن ثلثى التالف ، لأنه تعدى فى نصيب شريكيه ، وقال أبو يوسف : عليه نصف الضمان ، لأنه تلف بجهتين ، فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحاً ، وجرحه آخر جرحين .

ولنا : أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها ، كما لو كان فى ملك غيره ، والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر ، فكان موجباً لجميع الضمان ، ويبطل ماذكره أبو يوسف بما لو حفره فى طريق مشترك ، فإن له فيها حقاً ، ومع ذلك يضمن الجميع ، والحكم فيما إذا أذن له بعض الشركاء فى الحفر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر فى ملك مشترك بينه وبين غيره ، لكونه لايباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع .

٦٨٨٩ فصـــل

وإذا حفر بئراً فى ملك إنسان أو وضع فيه مايتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان مايتلف به ففيه وجهان :

أحدهما : يبرأ ، لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ماتلف به ، فإذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان ، كما لو اقترن الإذن بالحفر .

والآخر : لاينتفى عنه الضمان ، لأنه سبب موجب الضمان ، فلا يزول حكمه بالإبراء كسائر الأسباب . ولأن حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره ، والإبراء لايزيل ذلك ، لأن مامضى لايمكن تغييره عن الصفة التى وقع عليها ، ولأن وجوب الضمان ليس بحق المالك الإبراء منه ، كما لو أبرأه غير المالك ، ولأنه إبراء مما لم يجب فلم يصح كالإبراء من الشفعة قبل البيع .

٦٨٩٠ فصـــل

وإن استأجر أجيراً لحفر فى ملك غيره بغير إذنه وعلم الأجير ذلك فالضمان عليه وحده ، لأنه متعد بالحفر ، وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها ، فتعلق الضمان به ، كما لو أمره غيره بالقتل فقتل ، وإن لم يعلم فالضمان على المستأجر ، لأنه غره ، فتعلق الضمان به كالإثم وكذلك الحكم فى البناء ونحوه ، ولو استأجر أجيراً ليحفر له فى ملكه بئراً أو ليبنى له فيها بناء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء ، والزهرى ، وقتادة ، وأصحاب الرأى . ويشبه مذهب الشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « البئر جبار »[1] ولأنه لم يتلفه وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فعلا أفضى إلى تلفه ، فأشبه مالو فعله

---

(١) أخرجه الشيخان عن أبى هريرة . (ف)

تبرعاً من عند نفسه ، إلا أن يكون الأجير عبداً استأجره بغير إذن سيده ، أو صبياً بغير إذن وليه فيضمنه ، لأنه متعد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره .

٦٨٩١ فصـــل

فإن حفر إنسان فى ملكه بئراً فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر ، لأنه لاعدوان منه ، وإن دخل بإذنه والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضاً ، لأن الواقع هو الذى أهلك نفسه ، فأشبه مالو قدم إليه سيف فقتل به نفسه . وإن كان الداخل أعمى أو كانت فى ظلمة لايبصرها الداخل أو غطى رأسها[1] فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه . وبهذا قال شريح ، والشعبى ، والنخعى ، وحماد ، ومالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال فى الآخر : لايضمنه ، لأنه هلك بفعل نفسه .

ولنا : أنه تلف بسببه فضمنه ، كما لو قدم له طعاماً مسموماً فأكله ، وبهذا ينتقض ماذكروه . وإن اختلفا فقال صاحب الدار : مأذنت لك فى الدخول ، وادعى ولى الهالك أنه أذن له ، فالقول قول المالك ، لأنه منكر ، وإن قال : كانت مكشوفة ، وقال الآخر : كانت مغطاة ، فالقول قول ولى الواقع ، لأن الظاهر معه ، فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ، ويحتمل أن القول قول المالك ، لأن الأصل براءة ذمته ، فلا تشتغل[2] بالشك ، ولأن الأصل عدم تغطيتها .

٦٨٩٢ فصـــل

وإذا بنى فى ملكه حائطاً مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شىء وسقط على شىء فأتلفه ضمنه ، لأنه متعد بذلك ، فإنه ليس له الانتفاع بالبناء فى هواء ملك غيره ، أو هواء مشترك ، ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه ، فأشبه مالو نصب فيه منجلا يصيد به ، وهذا مذهب الشافعى ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وإن بناه فى ملكه مستوياً أو مائلا إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به ، لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه ، وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه ، لأنه بمنزلة بنائه مائلا فى ملكه . وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا ، فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه ، لأنه لم يتعد ببنائه ، ولا فرط فى ترك نقضه لعجزه عنه ، فأشبه مالو سقط من غير ميل . فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين :

(١) فى . أو غطاها . . (٢) فى ١٨ : فلاتشغلها .

أحدهما : أن يطالب بنقضه . والثانى : أن لايطالب به ، فإن لم يطالب به لم يضمن فى المنصوص عن أحمد ، وهو ظاهر كلام الشافعى ، ونحوه قال الحسن ، والنخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، لأنه بناه فى ملـكه ، والميل حادث بغير فعله ، فأشبه مالو وقع قبل ميله .

وذكر بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر : أن عليه الضمان ، وهو قول ابن أبى ليلى ، وأبى ثور ، وإسحاق لأنه متعد بتركه مائلا ، فضمن ماتلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء ، ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ماتلف ، ولو لم يـكن ذلك موجباً للضمان لم يضمن بالمطالبة ، كما لو لم يـكن مائلا ، أو كان مائلا إلى ملـكه . وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها . وقال أصحابنا : يضمن ، وقد أومأ إليه أحمـد ، وهو مذهب مالك ، ونحوه قال الحسن ، والنخعى ، والثورى . وقال أبو حنيفة : الاستحسان أن يضمن ، لأن حق الجواز للمسلمين ، وميل الحائط يمنعهم ذلك ، فلهم المطـالبة بإزالته ، بإزالته ، فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع[1] عِدْلاً على حائط نفسه فوقع فى ملك غيره ، فطولب برفعه فلم يفعل ، حتى عثر به إنسان .

وفيه وجه آخر : لاضمان عليه . قال أبو حنيفة : وهو القياس ، لأنه بناه فى ملـكه ولم يسقط بفعله فأشبه مالو لم يطالبه بنقضه ، أو سقط قبل ميله ، أو لم يمـكنه نقضه ، أو سقط قبل ميـله ، أو لم يمـكنه نقضه ، ولأنه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا إلى غير ملـكه ، فإن قلنا : عليه الضمان إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمى توجب الضمان إذا كان ميله إلى الطريق ، لأن لـكل واحد منهم حق المرور ، فـكانت له المطالبة ، كما لو مال الحائط إلى ملك جماعة كان لـكل واحد منهم المطالبة . وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه الضمان ، لأن الحق لجميع المسلمين ، فلا يملك واحد منهم إسقاطه ، وإن كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها أو مستودعها فلا ضمان عليهم ، لأنهم لايملـكون النقض ، وليس الحائط ملـكا لهم ، وإن طولب المالك فى هذه الحال فلم يمـكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه ، لعدم تفريطه ، وإن أمـكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن إذا أمـكنه فـكاك الرهن فلم يفعل ضمن ، لأنه أمكنه النقض ، وإن كان المالك محجوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان ، لأنه ليس أهلا للمطالبة ، وإن طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك ، لأن سبب الضمان ماله ، فـكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل ، وإن كان الملك مشتركا بين جماعة فطولب أحدهم بنقضه احتمل وجهين . احدهما : لايلزمه شىء لأنه لايمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه .

---

(١) العدل بكسر العين وسكون الدال : الجوالق (الغرارة) . (ف)

والثانى[1] : يلزمه بحصته ، لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض ، فصار بذلك مفرطاً ، وأما إن كان ميل الحائط إلى ملك آدمى معين إما واحد وإما جماعة فالحكم على ماذكرنا ، إلا أن المطالبة للمالك أو ساكن الملك الذى مال إليه دون غيره ، وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته ، كما لو طالب واحد بنقض المائل إلى الطريق ، إلا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو أبرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التى مال إليها جاز ، لأن الحق له وهو يملك إسقاطه ، وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم ، لأن الملك لهم ، ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ، ولا يبرأ بإبرائه وتأجيله . إلا أن يرضى بذلك جميعهم ، لأن الحق لجميعهم .

٦٨٩٣ فصـــل

وإذا تقدم إلى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه ، لأنه ليس بمالك له ، ولا على المشترى لأنه لم يطلب بنقضه ، وكذلك إن وهبه وأقبضه . وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد ، وإذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على عاقلته . فإن أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل إلا أن يثبت ذلك ببينة ، لأن الأصل عدم الوجوب عليهم ، فلا يجب بالشك وإن اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم ، لأن العاقلة لاتحمل اعترافاً ، وكذلك إن أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ماذكرنا ، وإن كان الحائط فى يد صاحبهم وهو ساكن فى الدار لم يثبت بذلك الوجوب ، لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر . والظاهر لاتثبت به الحقوق ، وإنما ترجح به الدعوى .

٦٨٩٤ فصـــل

وإن لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه ، وكان حكمه فى هذا حكم الصحيح ، لأنه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح . وإن خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل ، لأنه يخاف منه التلف فأشبه المائل .

٦٨٩٥ فصـــل

وإذا أخرج إلى الطريق النافذ جناحاً أو ساباطاً فسقط أو شىء منه على شىء فأتلفه فعلى المخرج ضمانه . وقال أصحاب الشافعى : إن وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب ضمان ما أتلف

---

[1] (١) هذا هو الحال الثانى من حالى من أمكنه نقض البناء فلم ينقضه .

وإن كانت مركبة على حائطه وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره ، فانقسم الضمان عليهما .

ولنا : أنه تلف بما أخرجه إلى حق الطريق فضمنه ، كما لو بنى حائطه مائلا إلى الطريق فأتلف ، أو أقام خشبة فى ملكه مائلة إلى الطريق ، أو كما لو سقطت الخشبة التى ليست موضوعة على الحائط ، ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذى ذكرنا ، ولأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق ، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ، ولو كان مباحاً لم يضمن به كسائر المباحات ، ولأن هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ماأتلف فيجب أن يضمن ماأتلف جميعها كسائر المواضع التى يجب الضمان فيها ولأننا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله ببعض الخشبة ويجب نصفه بجميعها ، وإن كان إخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما أتلفه ، وإن فعل ذلك بإذنهم فلا ضمان عليه لأنه مباح له غير متعد فيه .

٦٨٩٦ فصـــــل

وإن أخرج ميزابا إلى الطريق فسقط على إنسان أو شىء فأتلفه ضمنه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وحكى عن مالك أنه لا يضمن ماأتلفه لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ماتلف به كما لو أخرجه إلى ملكه وقال الشافعى : إن سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه ، وملك غيره ، وإن انقصف الميزاب فسقط منه ماخرج عن الحائط ضمن جميع ماتلف به لأنه كله فى غير ملكه .

ولنا : ماسبق فى الجناح ولا نسلم أن إخراجه مباح ، فإنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئاً يضر به ، فأشبه مالو أخرجه إلى ملك آدمى معين بغير إذنه ، فأما إن أخرج إلى ملك آدمى معين شيئاً من جناح أو ساباط أو ميزاب أو غيره ، فهو متعد ويضمن ماتلف به لاأعلم فيه خلافاً .

٦٨٩٧ فصـــــل

وإذا بالت دابته فى طريق فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان إذا كان راكباً لها أو قائداً أو سائقاً لها لأنه تلف حصل من جهة دابته التى يده عليها ، فأشبه مالو جنت بيدها أو فمها وقياس المذهب أنه لا يضمن ماتلف بذلك لأنه لايد له على ذلك ، ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ماتلف به كما لو أتلفت برجلها ، وكما لو لم يكن له يد عليها ، ويفارق هذا ماأتلفت بيدها ، وفمها لأنه يمكنه حفظهما .

٦٨٩٨ فصـــــل

وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على إنسان فقتله أو شىء أتلفه لم يضمن

لأن ذلك من غير فعله ووضعه له كان فى ملـكه ، ويحتمـل أن يضمن إذا وضعها متطرفة لأنه نسب إلى إلقائها وتعدى بوضعها ، فأشبه من بنى حائطه مائلا .

٦٨٩٩ فصـــــل

وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه إليه ليحتاط فى حفظه فإذا غرق نسب إلى التفريط فى حفظه . وقال القاضى قياس المذهب أن لا يضمنه لأنه فعل ماجرت العادة به لمصلحته ، فلم يضمن ماتلف به كما إذا ضرب المعلم الصبى ضرباً معتاداً فتلف به . فأما الـكبير إذا غرق فليس على السابح شىء إذا لم يفرط لأن الـكبير فى يد نفسه لاينسب التفريط فى هلاكه إلى غيره .

٦٩٠٠ فصـــــل

وإذا طلب إنساناً بسيف مشهور فهرب منه فتلف فى هربه ضمنه سواء وقع من شاهق أو انخسف به سقف أو خر فى بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق فى ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صبياً أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلا أو مجنوناً ، وقال الشافعى لا يضمن البالغ العاقل البصير إلا أن يخسف به سقف فإن فيه وفى الصغير والمجنون والأعمى قولان لأنه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه .

ولنا : أنه هلك بسبب عـدوانه فضمنه كما لو حفر له بئراً أو نصب سكيناً أو سم طعامه ووضعه فى منزله ، وماذكره يبطل بهذه الأصول ، ولأنه تسبب إلى إهلاكه ، فأشبه مالو انخسف من تحتـه سقف أو كان صغيراً أو مجنوناً ، وإن طلبه بشىء يخيفه به كالليث ونحوه فحكمه حكم مالو طلبه بسيف مشهور لأنه فى معناه .

٦٩٠١ فصـــــل

ولو شهر سيفاً فى وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته ، وإن صاح بصبى أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله ، أو تغفل عاقلا فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العاقلة فإن فعل ذلك عمداً فهو شبه عمد ، وإلا فهو خطأ ووافق الشافعى فى الصبى ، وله فى البالغ قولان . ولنا أنه سبب إتلافه فضمنه كالصبى .

٦٩٠٢ فصـــــل

وإن قدم إنساناً إلى هدف يرميه الناس ، فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذى قدمه ؛ لأن الرامى كالحافر والذى قدمه كالدافع فـكان الضمان على عاقلته ، وإن عمد الرامى رميه فالضمان عليـه

لأنه مباشر وذاك متسبب فأشبه الممسك والقاتل ، وإن لم يقدمه أحد فالضمان عن الرامي ، وتحمله عاقلته إن كان خطأ لأنه قتله .

٦٩٠٣ فصل

وإن شهد رجلان على رجل بجرح أو قتل أو سرقة توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه ، أو قطع بالسرقة أو حد فأفضى إلى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمهما ضمان ماتلف بشهادتهما كالشريكين في الفعل ، ويكون الضمان في مالهما لاتحمله عاقلتهما ، لأنها لاتحمل اعترافاً ، وهذا يثبت باعترافهما .

وقد روى عن علي رضي الله عنه أن شاهدين[1] شهداً عنده على رجل بالسرقة فقطعه ثم أتيا بآخر ، فقالا : ياأمير المؤمنين ليس ذاك السارق إنما هذا هو السارق ، فأغرمهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، ولم يقبل قولهما في الثاني . وإن أكره رجل رجلا على قتل إنسان فقتله ، فصار الأمر إلى الدية فهي عليهما لأنهما كالشريكين ، ولهذا وجب القصاص عليهما ، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت فماتت من الولادة ضمنها ، لأنها ماتت بسبب فعله ، وتحملها العاقلة ، إلا أن لايثبت ذلك إلا[2] باعترافه فتكون الدية عليه لأن العاقلة لاتحمل اعترافاً .

٦٩٠٤ فصل

إذا بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها فأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه ، لما روى أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها ، فقالت : ياويلها ، مالها ولعمر ، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق ، فألقت ولداً ، فصاح الصبي صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال : ماتقول ياأبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديته عليك ، لأنك أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك ولو فزعت المرأة فماتت لوجبت ديتها أيضاً ، ووافق الشافعي في ضمان الجنين ، وقال : لاتضمن المرأة ، لأن ذلك ليس بسبب إلى هلاكها في العادة .

ولنا ، أنها نفس هلكت بإرساله إليها فضمنها كجنينها ، أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت ، وقوله : إنه ليس بسبب عادة ، قلنا : ليس كذلك ، فإنه سبب للإسقاط ، والإسقاط سبب

---

(١) أخرجه البخاري تعليقاً ج ٩ ص ١٠ في كتاب الديات باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب .

(٢) (لايثبت ذلك إلا باعترافه) مفادها حصر طريق الثبوت في الاعتراف ومؤدى العبارة (إلا إذا ثبت ذلك باعترافه) لأن الاستثناء من النفي إثبات (ف)

للهـلاك عادة ، ثم لا يتعين فى الضمان كونه سبباً معتاداً ، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سبباً للهلاك فى العادة ، ومتى أفضت إليه وجب الضمان ، وإن استعدى إنسان على امرأة ، فألقت جنينها أو ماتت فزعاً فعلى عاقلة المستعدى الضمان إن كان ظالما لها ، وإن كانت هى الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغى أن لا يضمنها لأنها سبب إحضارها بظلمها ، فلا يضمنها غيرها ، ولأنه استوفى حقه ، فلم يضمن ما تلف به كالقصاص ويضمن جنينها لأنه تلف بفعله فأشبه مالو اقتص منها .

٦٩٠٥ فصـل

ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه فى برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به ، لأنه سبب هلاكه ، وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه فى تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك ، ولأنه إذا اضطر إليه صار أحق به ممن هو فى يده ، وله أخذه قهراً ، فإذا منعه إياه تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه ، فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه . فهلك بذلك .

وظاهر كلام أحمد أن الدية فى ماله ، لأنه تعمد هذا الفعل الذى يقتل مثله غالباً ، وقال القاضى : تكون على عاقلته ، لأن هذا لا يوجب القصاص ، فيكون شبه العمد ، وإن لم يطلبه منه لم يضمنه ، لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه ، وكذلك كل من رأى إنساناً فى مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه ، وقد أساء ، وقال أبو الخطاب : قياس المسألة الأولى وجوب ضمانه ، لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه ، فضمنه كما لو منعه الطعام والشراب . ولنا : أنه لم يهلكه ولم يكن سبباً فى هلاكه . فلم يضمنه ، كما لو لم يعلم بحاله ، وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح ، لأنه فى المسألة منعه منعاً كان سبباً فى هلاكه فضمنه بفعله الذى تعدى به ، وههنا لم يفعل شيئاً يكون سبباً .

٦٩٠٦ فصـل

ومن ضرب إنساناً حتى أحدث فإن عثمان رضى الله عنه قضى فيه بثلث الدية ، وقال أحمد : لا أعرف شيئاً يدفعه ، وبه قال إسحاق . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : لا شىء فيه ، لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال ، وليس ههنا شىء من ذلك ، وهذا هو القياس وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث لقضية عثمان ، لأنها فى مظنة الشهرة ، ولم ينقل خلافها ، فيكون إجماعاً ولأن قضاء الصحابى بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف ، وسواء كان الحدث ريحاً أو غائطاً أو بولا ، وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث .

٦٩٠٧ فصل

إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبداً أو ضرب ملفوفاً فقدَّه أو ألقى عليه حائطاً أو ادعى أنه كان ميتاً وأنكر وليه ذلك ، فالقول قول الولى مع يمينه ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : القول قول الجانى ، لأن الأصل براءة ذمته ، وما ادعاه محتمل فلا نزول عن اليقين بالشك .

ولنا : أن الأصل حياة المجنى عليه وحريته ، فيجب الحكم ببقائه ، كما لو قتل من كان مسلماً وادعى أنه ارتد قبل قتله ، وبهذا يبطل ماذكره ، وهكذا لو قتل فى دار الإسلام إنساناً وادعى أنه كان كافراً وأنكر وليه فالقول قول الولى ، لأن الدار دار الإسلام ، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها ، وإن قطع عضواً وادعى شلله ، أو قلع عينا وادعى عماها ، وأنكر الولى فالقول قول المجنى عليه لأن الأصل السلامة وكذلك لو قطع ساعداً وادعى أنه لم يكن عليه كف أو قطع ساقاً وادعى أنه لم يكن لها قدم، وقال القاضى : إن اتفقا على أنه كان بصيراً فالقول قول المجنى عليه ، وإلا فالقول قول الجانى وهذا مذهب الشافعى ، وكذلك على قياسه إذا اختلفا فى شلل العضو لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة عليه ، فإنه لايخفى على أهله وجيرانه ومعامليه(١) ، وصفة تحمل الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى مايتوقاه البصير ، ويتجنب البئر وأشباهه فى طريقه ويعدل فى المعطفات خلف من يطلبه .

ولنا : أن الأصل السلامة ، فكان القول قول من يدعيه كما لو اختلفا فى إسلام المقتول وحياته وقولهم لاتتعذر إقامة البينة عليه قلنا وكذلك لاتتعذر إقامة البينة على مايدعيه الجانى فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل ، ثم يبطل بسائر المواضع التى سلموها ، فإن قالوا ههنا ماثبت أن الأصل وجود البصر قلنا الظاهر يقوم مقام الأصل ولهذا رجحنا قول من يدعى حريته وإسلامه .

٦٩٠٨ فصل

وإن زاد فى القصاص من الجراح ، وقال : إنما حصلت الزيادة باضطرابه ، وأنكر المجنى عليه ، ففيه وجهان . أحدهما : القول قول المقتص منه ، لأن الأصل عدم الاضطراب ، ووجوب الضمان . والثانى : القول قول المقتص ، لأن الأصل براءة ذمته ، وما يدعيه محتمل ، والأول أصح فإن الجرح سبب وجوب الضمان ، ومايدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه الأصل عدمه ، فالقول قول من ينفيه ، كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعاً عن نفسه ، أو قتله وادعى أنه وجده مع أهله ، أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت(٢) عليه .

---

(١) فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٥٨٢ والمغنى ج ٧ ص ٨٣٦ (ومعاملته) والصواب (ومعامليه) كما فى الشرح الكبير ج ٩ ص ٥٠٣ . (ف)

(٢) أى هاجته لتلحق به أذى .

باب ديات الجراح

الجراح تتنوع نوعين . أحدهما : الشجاج وهى ما كان فى رأس أو وجه . النوع الثانى : ما كان فى سائر البدن ، وينقسم قسمين . أحدهما : قطع عضو . والثانى : قطع لحم . والمضمون فى الآدمى ضربان. أحدهما : ماذكرنا . والثانى : تفويت منفعة ، كتفويت السمع والبصر والعقل .

٦٩٠٩ مسألة

قال رحمه الله : ﴿ ومن أتلف مافى الإنسان منه شىء واحد ففيه الدية ، وما فيه شيئان ففى كل واحد منهما نصف الدية ﴾ .

وجملة ذلك أن كل عضو لم يخلق الله تعالى فى الإنسان منه إلا واحداً كاللسان والأنف والذكر والصلب ففيه دية كاملة لأن إتلافه إذهاب منفعة الجنس وإذهابها كاتلاف النفس ، ومافيه منه شيئان كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والمنخرين والشفتين والخصيتين والثديين والأليتين ففيهما الدية كاملة ، لأن فى إتلافهما إذهاب منفعة الجنس ، وفى إحداهما نصف [الدية] لأن فى إتلافه إذهاب نصف منفعة الجنس ، وهذه الجملة مذهب الشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، وقد روى عن الزهرى عن أبى بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم ، عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب له فى كتابه : « وفى الأنف إذا أوعب جدعه ، الدية وفى اللسان الدية ، وفى الشفتين الدية ، وفى البيضتين الدية ، وفى الذكر الدية ، وفى الصلب الدية ، وفى العينين الدية ، وفى الرجل الواحدة نصف الدية » . رواه النسائى وغيره . ورواه ابن عبد البر ، وقال : كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء ، وما فيه متفق عليه عند العلماء ، إلا قليلا .

٦٩١٠ فصل

وما فى الإنسان منه أربعة أشياء ففيها الدية ، وفى كل واحد منها ربع الدية ، وهو أجفان العينين ، وأهدابها . وما فيه منه عشرة ففيها الدية ، وفى كل واحد منها عشرها ، وهى أصابع اليدين وأصابع الرجلين . وما فيه منه ثلاثة أشياء ففيها الدية ، وفى الواحد ثلثها ، وهو المنخران والحاجز بينهما . وعنه فى المنخرين الدية وفى الحاجز حكومة ، لأن المنخرين شيئان من جنس ، فكان فيهما الدية كالشفتين ، وليس فى البدن شىء من جنس يزيد على الدية إلا الأسنان ، فإن فى كل سن خمساً من الإبل ، فتزيد

على الدية ، وقد روى أنه ليس فيها إلا الدية قياساً على سائر مافى البدن . والصحيح الأول ، لأن الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ورد بإيجاب خمس فى كل سن ، فيجب العمل به وإن خالف القياس .

٦٩١١ مسألة

قال : ﴿ وفى العينين الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن فى العينين إذا أصيبتا خطأ الدية ، وفى العين الواحدة نصفها ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «وفى العينين الدية» ، ولأنه ليس فى الجسد منهما إلا شيئان ، ففيهما الدية ، وفى إحداهما نصفها كسائر الأعضاء التى كذلك ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفى العين الواحدة خمسون من الإبل » رواه مالك فى موطئه ، ولأن العينين من أعظم الجوارح نفعاً وجمالا ، فكانت فيهما الدية وفى إحداهما نصفها كاليدين .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يكونا صغيرتين أو كبيرتين ، ومليحتين أو قبيحتين ، أو صحيحتين أو مريضتين ، أو حولاوين أو رمصتين . فإن كان فيهما بياض لاينقص البصر لم تنقص الدية ، وإن نقص البصر نقص من الدية بقدره ، وفى ذهاب البصر الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلهما ، وفى ذهاب بصر أحدهما نصف الدية ، كما لو أشل يداً واحدة وليس فى إذهاب نفعهما أكثر من دية كاليدين .

٦٩١٢ فصل

وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه ديته ، لأنه ذهب بسبب جنايته ، وإن لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداواة فعليه ديته ، لأنه ذهب بسبب فعله ، وإن اختلفوا فى ذهاب البصر رجع إلى اثنين عدلين مسلمين من أهل الخبرة ، لأن لهما طريقاً إلى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التى هى محل البصر ومعرفتهما بحالها بخلاف السمع . وإن لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بأن يوقف فى عين الشمس ، ويقرب الشىء من عينه فى أوقات غفلته ، فإن طرف عينه وخاف من الذى يخوف به فهو كاذب ، وإلا حكم له ، وإذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة : لايرجى عوده وجبت الدية ، وإن قالوا : يرجى عوده إلى مدة عينوها انتظر إليها ، ولم يعط الدية حتى تنقضى المدة ، فإن عاد البصر سقطت عن الجانى ، وإن لم يعد استقرت الدية ، وإن مات المجنى عليه قبل العود استقرت الدية ، سواء مات فى المدة أو بعدها ، فإن ادعى الجانى عود بصره قبل موته وأنكر وارثه فالقول قول الوارث ، لأن الأصل معه ، وإن جاء أجنبى فقلع عينه فى [تلك] المدة استقرت على الأول الدية أو القصاص ، لأنه أذهب البصر فلم يعد ، وعلى الثانى حكومة ، لأنه أذهب عيناً لاضوء لها يرجى عودها ، وإن قال الأول : عاد

ضوؤها ، وأنكر الثانى ، فالقول قول المنكر ، لأن الأصل معه فإن صدق الجنى عليه الأول سقط حقه عنه ، ولم يقبل قوله على الثانى . وإن قال أهل الخبرة : يرجى عودة لكن لانعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص ، لأن انتظار ذلك إلى غير غاية يفضى إلى إسقاط موجب الجناية ، والظاهر فى البصر عدم العود ، والأصل يؤيده ، فإن عاد قبل استيفاء الواجب سقط ، وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ماأخذ منه، لأنا تبينا أنه لم يكن واجباً .

٦٩١٣ فصــــل

وإن جنى عليه فنقص ضوء عينيه ففى ذلك حكومة ، وإن ادعى نقص ضوئهما فالقول قوله مع يمينه، لأنه لايعرف ذلك إلا من جهته ، وإن ذكر أن إحداهما نقصت عُصِبَت المريضة وأطلقت الصحيحة ، ونصب له شخص ، فيباعد عنه ، فكلما قال رأيته فوصف لونه علم صدقه ، حتى تنتهى فإذا انتهت علم موضعها ، ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهى رؤيته ، ثم يدار الشخص إلى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ، ثم يعلمه عند المسافتين ويذرعان ويقابل بينهما ، فإذا كانتا سواء فقد صدق ، وينظركم بين مسافة رؤية العليلة والصحيحة ، ويحكم له من الدية بقدر مابينهما ، وإن اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه قصر مسافة رؤية المريضة ليكثر الواجب له ، فيردد حتى تستوى المسافة بين الجانبين ، والأصل فى هذا ماروى عن على رضى الله عنه . قال ابن المنذر : أحسن ماقيل فى ذلك ماقاله[1] على رضى الله عنه ، أمر بعينه فعصبت ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ، ثم أمر بخط عند ذلك ، ثم أمر بعينه الأخرى فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو يبصر حتى انتهى بصره ، ثم خط عند ذلك ، ثم حول إلى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجده سواء ، فأعطاه بقدر مانقص من بصره من مال الآخر .

وقال القاضى : وإذا زعم أهل الطب أن بصره يقل إذا بعدت المسافة ويكثر إذا قربت[2] وأمكن هذا فى المذارعة[3] عمل عليه ، وبيانه أنهم إذا قالوا : إن الرجل إذا كان يبصر إلى مائة ذراع ، ثم أراد أن يبصر إلى مائتى ذراع احتاج للمائة الثانية إلى ضعفى مايحتاج إليه للمائة الأولى من البصر فعلى هذا إذا أبصر بالصحيحة إلى مائتين وأبصر بالعليلة إلى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه ، فيجب له ثلثا ديتها ، وهذا لايكاد ينضبط فى الغالب ، وكل مالا ينضبط ففيه حكومة . وإن جنى على عينيه فندرتا[4]

---

(١) فى ١٨ : مافعله . (٢) أى عنده طول نظر بالمصطلح الحديث .

(٣) أى بالقياس بالذراع .

(٤) فندرتا : يقال : ندر الشىء سقط من جوف شىء فظهر . (ف)

أو إذا[1] حولتا أو أعمشتا ففى ذلك حكومة كالو ضرب يده فاعوجت . والجنـاية على الصبى والمعتوه كالجناية على البالغ والعاقل ، وإنما يفترقان فى أن البالغ خصم لنفسه ، والخصم للصبى والمجنون وليهما ، فإذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ، ولم يحلف الولى عنهما ، فإن بلغ الصبى وأفاق المجنون حلفا حينئذ . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كمذهبنا .

٦٩١٤ فصـــل

وفى عين الأعور دية كاملة . وبذلك قال الزهرى ، ومالك ، والليث ، وقتادة ، وإسحق . وقال مسروق ، وعبد الله بن مغفل ، والنخعى ، والثورى ، وأبو حنيفة والشافعى : فيها نصف الدية لقوله عليه السلام « وفى العين خمسون من الإبل »[2] . وقول النبى صلى الله عليه وسلم « وفى العينين الدية » يقتضى ألا يجب فيهما أكثر من ذلك ، سواء قلعهما واحد أو اثنان فى وقت واحد أو فى وقتين ، وقالع الثـانية قالع عين أعور ، فـلو وجبت عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ، ولأن ماضمن بنصف الدية مع بقـاء نظيره ضمن به مع ذهابه كالأذن ، ويحتمل هذا كلام الخرقى لقوله وفى العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق.

ولنا : أن عمر وعثمان وعلياً وابن عمر قضوا فى عين الأعور بالدية ، ولم نعلم لهم فى الصحابة مخالفـاً فيـكون إجماعاً ، ولأن قلع عين الأعور يتضمن إذهاب البصر كله ، فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين ، ودليل ذلك أنه يحصل بها مايحصل بالعينين ، فإنه يرى الأشياء البعيـدة ، ويدرك الأشيـاء البعيدة ، ويدرك الأشياء اللطيفة ، ويعمل أعمال البصراء . ويجوز أن يـكون قاضياً وشاهداً ويجزىء فى الـكفارة وفى الأضحية إذا لم تـكن العوراء مخسوفة ، فوجب فى بصره دية كاملة ، كذا فى العينين . فإن قيل : فلو صح هذا لم يجب فى ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية ، لأنه لم ينقص . قلنا : لايلزم من وجوب شىء من دية العينين نفس دية الثانى ، بدليل مالو جنى عليهما فأحولتا أو عمشتا أو نقص ضوؤهما فإنه يجب أرش النقص ولا تنقص ديتهما بذلك ، ولأن النقص الحاصل لم يؤثر فى تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط فى تفويت النفع فلم يؤثر فى تنقيص الدية كالذى ذكرنا .

٦٩١٥ فصـــل

وإن قلع الأعور عين صحيح نظرنا فإن قلع العين التى لاتماثل عينه الصحيحة أو قلع المماثلة للصحيحة خطأ . فليس عليه إلا نصف الدية : لاأعـلم فيه مخـالفاً ، لأنه الأصل ، وإن قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص عليه ، وعليه دية كاملة ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ، ومالك ، فى إحدى روايتيه.

---

(١) (إذا) محذوفة من الشرح الـكبير كما فى ٩ ص ٦٠٧ والـكلام يستغنى عنها . (ف)

(٢) أخرجه البزار عن عمر — والحديث الذى يليه خرجه المؤلف من قبل . (ف)

وقال فى الأخرى : عليه نصف الدية ، ولا قصاص . وقال المخالفون فى المسألة الأولى : له القصاص . . لقوله تعالى : (والعين بالعين) وإن اختار الدية فله نصفها للخبر ولأنه لو قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف الدية فلم يجب عليه إلا نصفها كالعين الأخرى .

ولنا : أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا[1] ، ولا نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة فكان إجماعاً .

٦٩١٦ فصـــل

وإن قلع الأعور عينى صحيح العينين فليس عليه إلا دية ، عمداً كان أو خطأ . وذكر القاضى : أن قياس المذهب وجوب ديتين . إحداهما فى العين التى استحق بها قلع عين الأعور . والأخرى فى الأخرى لأنها عين أعور .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فى العينين الدية » ولأنه قلع عينين فلم يلزمه أكثر من الدية كما لو كان القاطع صحيحاً ، ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس ، فلم يزد على الدية ، كما لو قطع أذنه . وما ذكره القاضى لا يصح ، لأن وجوب الدية فى إحدى عينيه لا يجعل الأخرى عين أعور ، على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس ، صرنا إليها لإجماع الصحابة عليها ، ففيما عدا موضع الإجماع يجب العمل بهما ، والبقاء عليهما ، فإن كان قلعهما عمداً فاختار القصاص فليس له إلا قلع عينه ، لأنه أذهب بصره كله ، فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره ، وهذا مبنى على ماتقدم من قضاء الصحابة ، ولأن عين الأعور تقوم مقام العينين ، وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين ، ونصف الدية للعين الأخرى ، وهو مقتضى الدليل والله أعلم .

٦٩١٧ فصـــل

وإن قطع يد أقطع اليد أو رجل أقطع الرجل ، فله نصف الدية أو القصاص من مثلها ، لأنه عضو أمكن القصاص من مثله ، فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة . وعن أحمد رواية أخرى : أن الأولى إن كانت قطعت ظلماً وأخذ ديتها أو قطعت قصاصاً ففيها نصف ديتها ، وإن قطعت فى سبيل الله ففى الباقية دية كاملة ، لأنه عطل منافعه من العضوين جملة فأشبه قلع عين الأعور ، والصحيح الأول ، لأن هذا أحسن العضوين اللذين تحصـــل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين ، فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء ، وكما لو كانت الأولى أخذت قصاصاً ، أو فى غير سبيل الله . ولا يصح القياس على عين الأعور لوجوه ثلاثة :

---

[1] من الذى قضى بمذهب الآخر ؟؟ ! ! !

أحدها : أن عين الأعور حصل بهـا مايحصل بالعينين ، ولم يختلفا فى الحقيقة والأحكام إلا تفاوتاً يسيراً ، بخلاف أقطع اليد والرجل .

والثانى : أن عين الأعور لم يختلف الحـكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى ، وههنا اختلفا .

الثالث : أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار إليـه بمجرد الرأى ، ولا توقيف فيه فيصار إليه ، ولا نظير له فيقاس عليه ، والمصير إليه تحكم بغير دليل ، فيجب اطراحه .

وإن قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطعت منخره لم يجب فيـه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لأن منفعة كل أذن لاتتعلق بالأخرى بخلاف العينين .

٦٩١٨ مســـــألة

قال ﴿ وفى الأشفار الأربعة الدية وفى كل واحد منهما ربع الدية ﴾ .

يعنى أجفان العينين ، وهى أربعة ، ففى جميعها الدية لأن فيها منفعة الجنس ، وفى كل واحد منهما ربع الدية ، لأن كل ذى عدد تجب فى جميعه الدية تجب فى الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والأصابع وبهذا قال الحسن ، والشعبى ، وقتادة ، وأبو هاشم ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وعن مالك فى جفن العين وحجاجها الاجتهاد ، لأنه لم يعلم تقديره عن النبى صلى الله عليه وسلم والتقدير لايثبت قياساً .

ولنا : أنها أعضاء فيها جمال ظاهر ، ونفع كامل ، فإنها تـكنّ العين وتحفظها ، وتقيها الحر والبرد ، وتـكون كالغلق عليها يطبقه إذا شاء ويفتحه إذا شاء ، ولولاها لقبح منظره ، فوجبت فيها كاليدين ، ولا نسلم أن التقدير لايثبت قياساً ، فإذا ثبت هذا فإن فى أحدها ربع الدية . وحكى عن الشعبى أنه يجب فى الأعلى ثلثا دية العين ، وفى الأسفل ثلثها ، لأنه أكثر نفعاً .

ولنـا : أن كل ذى عدد تجب الدية فى جميعه تجب بالحصة فى الواحد منه كاليدين والأصابع ، وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى والأصابع ، وإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان ، لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً ، فوجبت بإتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين ، وتجب الدية فى فى أشفار عين الأعمى . لأن ذهاب بصره عيب فى غير الأجفان ، فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لايمنع وجوب الدية فى الأنف .

٦٩١٩ فصـــــل

وتجب فى أهداب العينين بمفردها الدية . وهو الشعر الذى على الأجفان وفى كل واحد منها ربعها وبهذا قال . أبو حنيفة وقال الشافعى فيه حكومة .

ولنـا : أن فيها جمالا ونفعاً فإنها تقى العينين وترد عنهما ، وتحسن العين وتجملها ، فوجبت فيها الدية كالأجفان بأهدابها لم يجب أكثر من دية ، لأن الشعر يزول تبعاً لزوال الأجفان ، فلم تفرد بضمان كالأصابع إذا قطع اليد وهى عليها .

٦٩٢٠ مســـألة

قال : ﴿ وفى الأذنين الدية ﴾ .

روى ذلك عن عمر ، وعلى . وبه قال عطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وقتادة ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، ومالك فى إحدى الروايتين عنه ، وقال فى الأخرى فيهما حكومة لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير ، ولا يثبت التقدير بالقياس .

ولنا : أن فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى الأذنين الدية » ولأن عمر وعلياً قضيا فيهما بالدية ، فإن قيل فقد روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قضى فى الأذن بخمسة عشر بعيراً ، قلنا : لم يثبت ذلك ، قاله ابن المنذر ، ولأن ما كان فى البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين ، وفى إحداهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما ، ولأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب فى أحدهما نصفها كاليدين ، وإن قطع بعض إحداهما وجب بقدر ماقطع من ديتها ففى نصفها نصف ديتها وفى ربعها ربعها ، وعلى هذا الحساب ، سواء قطع من أعلى الأذن أو أسفلها أو اختلف فى الجمال أو لم يختلف كما أن الأسنان والأصابع تختلف فى الجمال والمنفعة ودياتها سواء .

وقد روى عن أحمد رحمه الله : فى شحمة الأذن ثلث الدية والمذهب الأول وتجب الدية فى أذن الأصم لأن الصمم نقص فى غير الأذن فلم يؤثر فى ديتها كالعمى لا يؤثر فى دية الأجفان وهذا قول الشافعى ولا أعلم فيه مخالفاً .

٦٩٢١ فصـــل

فإن جنى على أذنه فاستحشفت واستحشافها كشلل سائر الأعضاء ففيها حكومة ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : فى ذلك ديتها لأن ما وجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل .

ولنـا : أن نفعها باق بعد استحشافها وكذلك جمالها فإن نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام فى صماخه ، وهذا باق بعد شللها ، فإن قطعها قاطع بعد استحشافها ففيها ديتها ، لأنه قطع أذناً فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة . وكما لو قلع عيناً عمشاء أو حولاء .

٦٩٢٢ مســـألة

قال : ﴿ وفى السمع إذا ذهب من الأذنين الدية ﴾ .

لاخلاف فى هذا . قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن فى السمع الدية . روى ذلك عن عمر . وبه قال مجاهد وقتادة ، والثورى ، والأوزاعى ، وأهل الشام ، وأهل العراق ، ومالك ، والشافعى وابن المنـذر . ولا أعلم من غيرهم خلافاً لهم . وقد روى عن معاذ أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وفى السمع دية » وروى أبو المهلب عن أبى قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسـه فذهب سمعه وعقلة ولسانه ونـكاحه فقضى عمر بأربع ديات ، والرجل حى ، ولأنها حاسة تختص بنفع فـكان فيها الدية كالبصر ، وإن ذهب السمع من إحدى الأذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى العينين ، وإن قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان لأن السمع فى غيرها . فأشبه مالو أوقع أجفان عينيه فذهب بصره ، بخلاف العين إذا قلعت فذهب بصره . فإن البصر فى العين فأشـــبه البطش الذاهب بقطع اليد .

٦٩٢٣ فصـــل

وإن اختلفا فى ذهاب سمعه فإنه يتغفل ويصاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والأصوات المزعجة . فإن ظهر منه انزعاج أو التفات أو مايدل على السمع فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن ظهور الأمارات يدل على أنه سميـع ، فغلبت جنبة المدعى ، وحلف لجواز أن يكون ماظهر منه اتفاقاً ، وإن لم يوجد منه شىء من ذلك فالقول قوله مع يمينـه ، لأن الظاهر أنه غير سميـع . وحلف لجواز أن يكون احترز وتصبر ، وإن ادعى ذلك فى إحداها سدت الأخرى وتغفل على ماذكرنا ، فإن ادعى نقصان السمع فيهما فلا طريق لنا إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة ، وإن ادعى نقصه فى أحدها سددنا العليلة وأطلقنا الصحيحة ، وأقمنا من يحدثه وهو يتباعد إلى حيث يقول إنى لاأسمع ، فإذا قال إنى لاأسمع غير عليه الصوت والـكلام ، فإن بان أنه يسمع ، وإلا فقد كذب ، فإذا انتهى إلى آخر سماعه قدر المسافة وسد الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول : إنى لاأسمع ، فإذا قال ذلك غير عليه الـكلام . فإن تغيرت صفته لم يقبل قوله ، وإن لم تتغير صفته حلف ، وقبل قوله ، ومسحت المسافتان . ونظرت مانقصت العليلة فوجب بقدره فإن قال إنى أسمع العالى . ولا أسمع الخفى فهذا لا يمـكن تقديره فتجب فيه حكومة .

٦٩٢٤ فصـــل

فإن قال أهل الخبرة : إنه يرجى عود سمعه إلى مدة انتظر إليها ، وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر ،

ومتى عاد السمع فإن كان قبل أخذ الدية سقطت . وإن كان بعده ردت على ما قلنا فى البصر .

٦٩٢٥ مســـألة

قال ﴿ وفى قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية وفى شعر اللحية الدية إذا لم ينبت وفى الحاجبين إذا لم تنبت ﴾ .

هذه الشعور الثلاثة فى كل واحد منها دية . وذكر أصحابنا معها شعراً رابعاً . وهو أهداب العينين وقد ذكرناه قبل هذا ففى كل واحد منهما دية . وهـذا قول أبى حنيفـة . والثورى . وممن أوجب فى الحاجبين الديه سعيد بن المسيب ، وشريح ، والحسن ، وقتادة ، وروى عن على ، وزيد بن ثابت ، أنهما قالا فى الشعر : فيه الدية ، وقال مالك ، والشافعى : فيه حكومة ، واختاره ابن المنذر ، لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة .

ولنا : أنه أذهب الجمال على الـكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأصم وأنف الأخشم وماذكروه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق . عن العين ، ويفرقه ، وهدب العين يرد عنها ويصونهـا . فجرى مجرى أجفانها ، وينتقض ماذكروه بالأصل الذى قسنا عليه ، ويفارق اليد الشلاء ، فإنه ليس جمالها كاملا .

٦٩٢٦ فصـــل

وفى أحد الحاجبين نصف الدية ، لأن كل شيئين فيهما الدية . ففى أحدهما نصفها كاليدين . وفى بعض ذلك أو ذهاب شىء من الشعور المذكورة من الدية بقسطه من ديته ، يقدر بالمساحة كالأذنين . ومارن الأنف . ولا فرق فى هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفية ، أو جميلة أو قبيحة ، أو كونها من صغير أو كبير ، لأن سائر مافيه الدية من الأعضاء لايفترق الحال فيه بذلك ، وإن أبقى من لحيته مالا جمال فيه أو من غيرها من الشعور ففيه وجهان .

أحدهما : يؤخذ بالقسط . لأنه محل يجب فى بعضه بحصته فأشبه الأذن ومارن الأنف .

والثانى : تجب الدية كاملة ، لأنه أذهب المقصود كلـه فأشبه مالو أذهب ضوء العينين ، ولأن جنايته ربما أحوجت إلى إذهاب البـاقى لزيادته فى القبح على ذهاب الـكل ، فتـكون جنايته سبباً لذهاب الـكل ، فأوجبت ديته . كما لو ذهب بسراية الفعـل أو كما لو احتاج فى دواء شجـة الرأس إلى ماذهب بضوء عينه .

٦٩٢٧ فصـــل

ولا تجب الدية فى شىء من هـذه الشعور إلا بذهـابه على وجـه لايرجى عوده مثـل أن

يقلب[1] على رأسه ماء حاراً فتلف منبت الشعر ، فينقلع[2] بالـكلية بحيث لايعود ، وإن رجى عوده إلى مدة انتظر إليها . وإن عاد الشعر قبل أخذ الدية لم تجب ، فإن عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم فى ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لايرجى .

٦٩٢٨ فصـــل

ولا قصاص فى شىء من هذه الشعور . لأن إتلافها إنما يـكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار . فلا تمـكن المساواة . فلا يجب القصاص فيه .

٦٩٢٩ مســـألة

قال : ﴿ وفى المشام الدية ﴾ .

يعنى الشم فى إتلافه الدية . لأنه حاسة تختص بمنفعة فـكان فيها الدية كسـائر الحواس . ولا نعـلم فى هذا خلافاً . قال القاضى : فى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفى المشام الدية » . فإن ادعى ذهاب شمه اعتفلناه بالروائح الطيبة والمنتنة ، فإن هش للطيب وتنـكر للمنتن فالقول قول الجانى مع يمينه ، وإن لم يبن منه ذلك فالقول قول المجنى عليه كقولهم فى اختلافهم فى السمع . وإن ادعى المجنى عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه ، لأنه لايتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة فى انقضاء عدتها بالأقراء ، ويجب له من الدية ماتخرجه الحـكومة ، وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخـذ الدية سقطت ، وإن كان بعد أخـذها ردها ، لأنا تبينا أنه لم يـكن ذهب ، وإن رجى عود شمه إلى مدة انتظر إليها ، وإن ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من إحدى عينيه .

٦٩٣٠ فصـــل

وفى الأنف الدية إذا كان قطع مارنه بغير خلاف بينهم ، حكاه ابن عبد البر ، وابن المنذر عمن يحفظ عنه من أهل العلم . وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وفى الأنف إذا أوعب جدعاً الدية » وفى رواية مالك فى الموطأ « إذا أوعى جدعاً » يعنى إذا استوعب ولأنه عضو فيه جمال ومنفعة ليس فى البدن منه إلا شىء واحد ، فـكانت فيه الدية كاللسان ، وإنما الدية فى مارنه ، وهو مالان منه ، هـكذا قال الخليل وغيره ، لأنه يروى عن طاوس أنه قال كان فى

(١) فى ١٨ : قلب . (٢) فى ١٨ : فانقلع .

كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فى الأنف إذا أوعب مارنه جدعاً الدية » ، ولأن الذى يقطع فيه ذلك ، فانصرف الخبر إليه ، فإن قطع بعضه ففيه بقدره من الدية ، يمسح ويعرف قدر ذلك منه ، كما قلنا فى الأذنين ، وقد روى هذا عن عمر بن عبد العزيز ، والشافعى .

وإن قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية ، وفى المنخرين ثلثاها ، وفى الحاجز بينهما الثلث . قال أحمد: فى الوترة[1] الثلث ، وفى الخرمة فى كل واحد منهما الثلث ، وبهـذا قال إسحاق . وهو أحـد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر مافيه عدد من جنس ، من اليدين ، والأصابع ، والأجفان الأربعة . وحكى أبو الخطاب وجهاً آخر : أن فى المنخرين الدية . وفى الحاجز بينهما حكومة ، لقول أحمد : فى كل زوجين من الإنسان الدية وهذا الوجه الثانى لأصحاب الشافعى ، لأن المنخرين ليس فى البدن لهما ثالث ، فأشبها اليدين ، ولأنه يقطع المنخرين أذهب الجمال كله والمنفعة ، فأشبه قطع اليدين فعلى هذا الوجه فى قطع أحد المنخرين نصف الدية ، وإن قطع معه الحاجز ففيه حكومة ، وإن قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة ، وعلى الأول فى قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية ، وفى قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية ، وفى قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية ، يقدر بالمساحة . فإن شق الحاجز بين المنخرين ففيه حكومة ، فإن بقى منفرجاً فالحكومة فيه أكثر .

٦٩٣١ فصـــل

وإن قطع المارن مع القصبة ففيه الدية فى قياس المذهب . وهذا مذهب الشافعى ، لأن المارن وحده موجب للدية ، فوجبت الحكومة فى الزائدة ، كما لو قطع القصبة وحدها مع لسانه .

ولنا : قوله عليه السلام : « فى الأنف إذا أوعب جدعاً الدية » ولأنه عضو واحد فلم يجب به أكثر من دية كالذكر إذا قطع من أصله ، وماذكروه يبطل بهذا ، ويفارق ماإذا قطع لسانه وقصبته ، لأنهما عضوان ، فلا تدخـل دية أحـدهما فى الآخر ، وأما العضو الواحـد فلا يبعد أن يجب فى جميعـه مايجب فى بعضه ، كالذكر تجب فى حشفته الدية التى تجب فى جميعه ، وأصابع اليد يجب فيها مايجب فى اليد من الكوع ، وكذلك أصابع الرجل وفى الثدى كله مافى حلمته فأما إن قطع الأنف وما تحته من اللحم ففى اللحم حكومة ، لأنه ليس من الأنف ، فأشبه مالو قطع الذكر واللحم الذى تحته .

---

(١) هى حجاب بين المنخرين .

٦٩٣٢ فصـــل

فإن ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته . كما قلنا فى الأذن ، وقول الشافعى ههنا كقوله فى الأذن على مامضى شرحه وتبيانه ، وإن ضربه فعوجه أو غير لونه ففيه حكومة فى قولهم جميعاً ، وفى قطعه بعد ذلك دية كاملة ، وإن قطعه إلا جلدة بقى معلقاً بها فلم يلتحم واحتيج إلى قطعه ففيه دية ، لأنه قطع جميعه ، بعضه بالمباشرة ، وباقيه بالتسبب ، فأشبه مالو سرى قطع بعضه إلى قطع جميعه ، وإن رده فالتحم ففيه حكومة ، لأنه لم يبن ، وإن أبانه فرده فالتحم فقال أبو بكر : ليس فيه إلا حكومة كالتى قبلها ، وقال القاضى : فيه دية ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه أبان أنفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم ولأن ماأبين قد نجُس ، فلزمه أن يبينه بعد التحامه ، ومن قال بقول أبى بكر منع نجاسته ووجوب إبانته ، لأن أجزاء الآدمى كجملته ، بدليل سائر الحيوانات ، وجملته طاهرة وكذلك أجزاؤه .

٦٩٣٣ فصـــل

وإن قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان ، لأن الشم فى الأنف ، فلا تدخل دية أحدهما فى الآخر كالسمع مع الأذن ، والبصر مع أجفان العينين ، والنطق مع الشفتين ، وإن قطع أنف الأخشم وجبت ديته ، لأن ذلك عيب فى غير الأنف ، فأشبه ماذكرنا .

٦٩٣٤ مســـألة

قال : ﴿ وفى الشفتين الدية ﴾ .

لاخلاف بين أهل العلم أن فى الشفتين الدية ، وفى كتاب عمرو بن حزم الذى كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وفى الشفتين الدية » ، ولأنهما عضوان ليس فى البدن مثلهما ، جمال ظاهر ، ومنفعة كاملة ، فإنهما طبق على الفم تقيانه مايؤذيه وتستران الأسنان ، وتردان الريق ، وينفخ بهما ، ويتم بهما الكلام ، فإن فيهما بعض مخارج الحروف ، فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ، وظاهر المذهب أن فى كل واحدة منهما نصف الدية . وروى هذا عن أبى بكر ، وعلى رضى عنهما ، وإليه ذهب أكثر الفقهاء وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أن فى العليا ثلث الدية ، وفى السفلى الثلثين . لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت . وبه قال سعيد بن المسيب ، والزهرى ، ولأن المنفعة بها أعظم ، لأنها التى تدور وتتحرك ، وتحفظ الريق والطعام ، والعليا ساكنة لاحركة فيها .

ولنا : قول أبى بكر وعلى رضى الله عنهما ، ولأن كل شيئين وجبت فيهما الدية وجب فى أحدهما نصفها كسائر الأعضاء ، ولأن كل ذى عدد وجبت فيه الدية سوى بين جميعه فيها ، كالأصابع والأسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ماذكرنا من الأصل .

٦٩٣٥ فصل

فإن ضربهما فأشلهما وجبت ديتهما ، لأنه أتلف منفعتهما ، فوجبت ديتهما كالو أشل يديه . وإن تقلصت[1] فلم تنطبقا على الأسنان أو استرختا فصارتا لاتنفصلان عن الأسنان ففيهما الدية ، لأنه عطل منفعتهما وجمالهما ، وإن تقلصتا بعض التقليص وجبت الحكومة ، لأن منافعهما لم تبطل بالكلية .

٦٩٣٦ فصل

حد الشفة السفلى من أسفل ماتجافى عن الأسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن ، وحد العليا من فوق ماتجافى عن الأسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز . وحدهما طولا طول الفم إلى حاشية الشدقين وليست حاشية الشدقين منهما .

٦٩٣٧ مسألة

قال : ﴿ وفى اللسان المتكلم به الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على وجوب الدية فى لسان الناطق ، وروى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ، وعلى ، وابن مسعود رضى الله عنهم ، وبه قال أهل المدينة ، وأهل الكوفة ، وأصحاب الرأى ، وأصحاب الحديث ، وغيرهم . وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : « وفى اللسان الدية » ، ولأن فيه جمالا ومنفعة ، فأشبه الأنف ، فأما الجمال : فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الجمال فقال : « فى اللسان » ، ويقال : جمال الرجل فى لسانه ، والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ، ويقال : ما الإنسان لولا اللسان إلا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة . وأما النفع فإن به تبلغ الأغراض ، وتستخلص الحقوق ، وتدفع الآفات ، وتقضى به الحاجات ، وتتم العبادات فى القراءة والذكر والشكر والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، والتعليم ، والدلالة على الحق المبين ، والصراط المستقيم ، وبه يذوق الطعام ، ويستعين فى مضغه وتقليبه ، وتنقية الفم وتنظيفه ، فهو أعظم الأعضاء نفعاً ، وأتمها جمالا ، فإيجاب الدية فى غيره تنبيه على إيجابها فيه ، وإنما تجب الدية فى لسان الناطق ، فإن كان أخرس لم تجب فيه دية كاملة بغير خلاف ، لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة .

٦٩٣٨ فصل

وفى الكلام الدية فإذا جنى عليه فخرس وجبت ديته ، لأن كل ماتعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفعته كاليد ، فأما إن جنى عليه فأذهب ذوقه . فقال أبو الخطاب : فيه الدية ، لأن الذوق حاسة فأشبه

---

(١) الأنسب (تقاصتا) بالصاد ضد تمددتا أى انكمشتا ويقال هذا فى المسألة التالية (ف)

الشم ، وقياس المذهب أنه لادية فيه ، فإنه لايختلف فى أن لسان الأخرس لاتجب فيه الدية ، وقد نص أحمد رحمه الله على أن فيه ثلث الدية ، ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى ، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال : قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ، ومنهم من قال : لانص له فيه،ومنهم من قال : قد نص على أن فى لسان الأخرس حكومة ، وإن ذهب الذوق بذهابه والصحيح إن شاء الله أنه لادية فيه ، لأن فى إجماعهم على أن لسان الأخرس لاتكمل الدية فيه إجماعاً على أنها لاتكمل فى ذهاب الذوق بمفرده ، لأن كل عضو لاتكمل الدية فيه بمنفعته لاتكمل بمنفعته دونه ، كسائر الأعضاء ، ولا تفريع على هذا القول ، فأما على الأول ، فإذا ذهب ذوقه كله ففيه دية كاملة ، وإن نقص نقصاً غير مقدر بأن يحس المذاق كله إلا أنه لايدركه على الكمال ففيه حكومة ، كالو نقص بصره نقصاً لا يتقدر ، وإن كان نقصاً يتقدر بألا يدرك بأحد المذاق الخمس وهى : الحلاوة ، والمرارة ، والحموضة والملوحة ، والعذوبة ، ويدرك بالباق ففيه خمس الدية ، وفى اثنتين خمساها ، وفى ثلاث ثلاثة أخماسها ، وإن لم يدرك بواحدة ونقص الباقى فعليه خمس الدية ، وحكومة لنقص الباقى ، وإن قطع لسان أخرس فذهب ذوقه ففيه الدية ، لإتلافه الذوق ، وإن جنى على لسان ناطق ، فأذهب كلامه وذوقه ففيه دية ، واحدة ، لأنهما يذهبان تبعاً لذهابه ، فوجبت ديته دون ديتهما كالو قتل إنساناً لم تجب إلا دية واحدة ، ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففى كل منفعة دية .

٦٩٣٩ فصل

وإن ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدر ماذهب ، يعتبر ذلك بحروف المعجم ، وهى ثمانية وعشرون حرفاً سوى «لا» فإن مخرجها مخرج اللام والألف ، فمهما نقص من الحروف وجب من الدية بقدره ، لأن الكلام يتم بجميعها ، فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ، ففى الحرف الواحد ربع سبع الدية ، وفى الحرفين نصف سبعها ، وفى الأربعة سبعها ، ولا فرق بين ماخف من الحروف على اللسان وما ثقل ، لأن كل ماوجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالأصابع ، ويحتمل أن تقسم الدية على الحروف التى للسان فيها عمل ، دون الشفة ، وهى أربعة الباء ، والميم ، والفاء والواو ، دون حروف الحلق الستة : الهمزة ، والهاء ، والحاء ، والخاء ، والعين ، والغين ، فهذه عشرة بقى ثمانية عشر حرفاً للسان تنقسم ديته عليها ، لأن الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه ، فإذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب فى بعضها بقسطه منها ، ففى الواحد نصف تسع الدية ، وفى الاثنين تسعها ، وفى الثلاثة سدسها ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

وإن جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره ، وكذلك إن ذهب بعض حروف الحلق بجنايته ، وينبغى أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين وجهاً واحداً ، وإن ذهب حرف فعجز عن

كله لم يجب غير أرش الحرف ، لأن الضمان إنما يجب لما تلف ، وإن ذهب حرف فأبدل مكانه حرفاً آخر كأنه يقول درهم فصار يقول دلهم ، أو دعهم ، أوديهم ، فعليه ضمان الحرف الذاهب ، لأن ماتبدل لا يقوم مقام الذاهب في القراءة ولا غيرها ، فإن جنى عليه فذهب البدل وجبت ديته أيضاً ، لأنه أصل ، وإن لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة أو تمتمة أو فأفأة فعليه حكومة لما حصل من النقص والشين ، ولم تجب الدية ، لأن المنفعة باقية ، وإن جنى عليه جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة ، كما لو جنى على عينه جان فعمشت ، ثم جنى عليها آخر فذهب ببصرها ، وإن أذهب الأول بعض الحروف وأذهب الثاني بقية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه ، كما لو ذهب الأول ببصر إحدى العينين ، وذهب الآخر ببصر الأخرى ، وإن كان ألثغ من غير جناية عليه فذهب إنسان بكلامه كله فإن كان مأيوساً[1] من زوال لثغته ففيه بقسط ماذهب من الحروف ، وإن كان غير مأيوس من زوالها كالصبي ففيه الدية كاملة لأن الظاهر زوالها ، وكذلك الكبير إذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم .

٦٩٤٠ فصـــل

إذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فإن استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما ، كما لو قلع إحدى عينيه فذهب بصرها ، وإن ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه ، أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه ، وجب بقدر الأكثر ، وهو نصف الدية في الحالين ، لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفرداً ، فإذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف ، ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية ، ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية ، وإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب نصف الدية فإن قطع آخر بقية اللسان فذهبت بقية الكلام ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : عليه نصف الدية ، هذا قول القاضي ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن السالم نصف اللسان ، وباقيه أشل ، بدليل ذهاب نصف الكلام .

والثاني : عليه نصف الدية ، وحكومة للربع الأشل ، لأنه لو كان جميعه أشل لكانت فيه حكومة أو ثلث الدية ، فإذا كان بعضه أشل ففي ذلك البعض حكومة أيضاً .

الثالث : عليه ثلاثة أرباع الدية ، وهذا الوجه الثاني لأصحاب الشافعي ، لأنه قطع ثلاثة أرباع لسانه ، فذهب ربع كلامه ، فوجبت عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولا ولا يصح القول بأن بعضه أشل ،

---

(١) في ١٨ : ميئوساً .

لأن العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفاً ، واليـد إذا كان بطشها ناقصاً ، وإن قطـع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته ، فإن قطع الآخر بقيتـه فعليه ثلاثة أرباع الدية ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والآخر عليه نصف الدية ، لأنه لم يقطع إلا نصف لسانه .

ولنـا : أنه ذهب ثلاثة أرباع الـكلام ، فلزمه ثلاثة أرباع ديته ، كما لو ذهب ثلاثة أرباع الـكلام بقطع نصف اللسان الأول ، ولأنه لو أذهب ثلاثة أرباع الـكلام بقطع نصف اللسان الأول ، ولأنه لو أذهب ثلاثة أرباع الـكلام مع بقاء اللسان لزمه ثلاثة أرباع الدية ، فلأن تجب بقطع نصف اللسان فى الأول أولى ، ولو لم يقطع الثانى نصف اللسان ، لـكن جنى عليه جناية أذهبت بقية كلامه مع بقاء لسانه لـكان عليه ثلاثة أرباع ديته ، لأنه ذهب بثلاثة أرباع مافيه الدية ، فـكان عليه ثلاثة أرباع الدية ، كما لو جنى على صحيح فذهب بثلاثة أرباع كلامه مع بقاء لسانه .

٦٩٤١ فصـــل

وإذا قطع بعض لسانه عمداً فاقتص المجنى عليه من مثل ماجنى عليه به فذهب من كلام الجانى مثل ماذهب من كلام المجنى عليه وأكثر ، فقد استوفى حقه ، ولا شىء فى الزائد ، لأنه من سراية القود ، وسراية القود غير مضمونة ، ، وإن ذهب أقل فللمقتص دية مابقى ، لأنه لم يستوف بدله .

٦٩٤٢ فصـــل

وإذا قطع لسان صغير لم يتـكلم لطفوليته وجبت ديته ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لاتجب ، لأنه لسان لا كلام فيه ، فلم تجب فيه دية كلسان الأخرس .

ولنـا : أن ظاهره السلامة ، وإنما لم يتـكلم لأنه لايحسن الـكلام ، فوجبت به الدية كالـكبير ، ويخالف الأخرس ، فإنه علم أنه أشل ، ألا ترى أن أعضاءه لايبطش بها ، وتجب فيـه الدية ؟ وإن بلغ حداً يتـكلم فقطع لسانه لم تجب فيـه الدية ، لأن الظاهر أنه لايقدر على الـكلام ، ويجب فيه مايجب فى لسان الأخرس ، وإن كبر فنطق ببعض الحروف وجب فيه بقدر ماذهب من الحروف ، لأننا تبينا أنه كان ناطقاً ، وإن كان قد بلغ إلى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع فلا دية فيه ، لأن الظاهر أنه لو كان صحيحاً لتحرك ، وإن لم يبلغ إلى حد يتحرك ففيه الدية ، لأن الظاهر سلامته ، وإن قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيـه مثل ماذكرنا فيما إذا اختلفا فى شلل العضو المقطوع على ماذكرناه فيما مضى .

٦٩٤٣ فصـــــل

وإن جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية ، لأننا تبينا أنه لم يذهب ، ولو ذهب لم يعد ، وإن كان قد أخذ الدية ردها ، وإن قطع لسانه فعاد لم تجب الدية أيضاً ، وإن كان قد أخذها ردها ، قاله أبو بكر ، وظاهر مذهب الشافعي : أنه لا يرد الدية ، لأن العادة لم تجر بعوده ، واختصاص هذا بعوده يدل على أنه هبة مجددة .

ولنـا : أنه عاد ماوجبت فيه الدية ، فوجب رد الدية كالأسنان وسائر مايعود ، وإن قطع إنسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية ، لأن الـكلام الذى كان باللسان قد ذهب ولم يعد إلى اللسان وإنما عاد فى محل آخر بخلاف التى قبلها ، وإن قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الـكلام لم يرد الدية ، لأنه قد ذهب ماتجب الدية فيه بانفراده وإن عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضاً لذلك .

٦٩٤٤ فصـــــل

وإذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية ، لأن ذهاب الـكلام بمفرده يوجب لدية ، وإن ذهب بعض الـكلام نظرت فإن كان الطرفان متساويين وكان ماقطعه بقدر ماذهب من الـكلام وجب ، وإن كان أحدهما أكبر وجب الأكثر على مامضى ، وإن لم يذهب من الـكلام شيء وجب بقدر ماذهب من اللسان من الدية ، وإن كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة ، وفيه حكومة ، وإن قطع جميـع اللسان وجبت الدية من غير زيادة ، سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين ، وقال القاضي : إن كانا متساويين ففيهما الدية : وإن كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان وجبت الديه ، وحكومة فى الخلقة الزائدة .

ولنـا : أن هـذه الزيادة عيب ونقص يرد بهـا المبيع وينقص من ثمنه ، فلم يجب فيهـا شيء ، كالسلعة فى اليد ، وربما عاد القولان إلى شيء واحد ، لأن الحـكومة لايخرج بهـا شيء إذا كانت الزيادة عيبـاً .

٦٩٤٥ مســـــألة

قال : ﴿ وفى كل سن خمس من الإبـل ، إذا قلعت ممن قد أثغر ، والأضراس والأنيـاب كالأسنـان ﴾ .

لانعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن دية الأسنان خمس خمس فى كل سن ، وقد روى ذلك عن عمر بن

الخطاب ، وابن عباس ، ومعاوية ، وسعيد بن المسيب ، وعروة ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وفى كتاب عمرو بن حزم عن النبى صلى الله عليه وسلم : « فى السن خمس من الإبل » رواه النسائى وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى الأسنان خمس خمس » ، رواه أبو داود ، فأما الأضراس والأنياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان ، منهم عروة ، وطاوس ، وقتادة ، والزهرى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وروى ذلك عن ابن عباس ، ومعاوية . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الأضراس ببعير بعير . وعن سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجعلت فى الأضراس بعيرين بعيرين . فتلك الدية سواء ، وروى ذلك مالك فى موطئه ، وعن عطاء نحوه ، وحكى عن أحمد رواية : أن فى جميع الأسنان والأضراس الدية ، فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد ، للإجماع على أن فى كل سن خمساً من الإبل ، وورد الحديث به ، فيكون فى الأسنان ستون بعيراً ، لأن فيه اثنى عشر سناً ، أربع ثنايا ، وأربع رباعيات ، وأربعة أنياب ، فيها خمس خمس ، وفيه عشرون ضرساً فى كل جانب عشرة ، خمسة من فوق وخمسة من أسفل ، فيكون فيها أربعون بعيراً ، فى كل ضرس بعيران ، فتكمل الدية . وحجة من قال هذا : أنه ذو عدد يجب فيه الدية ، فلم تزد ديته على دية الإنسان كالأصابع والأجفان وسائر مافى البدن ، ولأنها تشتمل على منفعة جنس ، فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ، ولأن الأضراس تختص بالمنفعة دون الجمال ، والأسنان فيها منفعة وجمال ، فاختلفا فى الأرش .

ولنا : ماروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الأصابع سواء ، والأسنان سواء ، الثنية والضرس سواء ، هذه وهذه سواء » وهذا نص ، وقوله فى الأحاديث المتقدمة : « فى الأسنان خمس خمس » ولم يفصل فيدخل فى عمومها الأضراس ، لأنها أسنان ، ولأن كل دية وجبت فى جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع ، كالأصابع والأجفان والشفتين وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال : لا أعتبرها بالأصابع ، فأما ماذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه ، فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذى ذكروه ، ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد ، فكان ماذكرناه مع موافقة الأخبار وقول أكثر أهل العلم أولى .

وأما على قول عمر : إن فى كل ضرس بعيراً فيخالف القياسين جميعاً والأخبار ، فإنه لايوجب الدية الكاملة ، وإنما يوجب ثمانين بعيراً ، ويخالف بين الأعضاء المتجانسة ، وإنما يجب هذا الضمان فى سن من قد ثغر[1] وهو الذى أبدل أسنانه وبلغ حداً إذا قلعت سنه لم يعد بدلها ، يقال : ثغر وأثغر واتغر إذا

---

(١) فى ١٨ و ٣٩ : أثغر .

كان كذلك ، فأما سن الصبي الذى لم يثغر فلا يجب بقلعها فى الحال شيء ، هذا قول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن العادة عود سنه ، فلم يجب فيها فى الحال شيء ، كنتف شعره ، لـكن ينتظر عودها ، فإن مضت مدة ييأس من عودها [فيها] وجبت ديتهـا ، قال أحمد : يتوقف سنة ، لأنه الغالب فى نباتها .

وقال القاضى : إذا سقطت أخواتها ولم تعد هى أخذت الدية ، وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها ، كما لو نتف شعره فعاد مثله ، لـكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حـكومة ، لأن الظاهر أن ذلك بسبب الجناية عليها ، فإن أمـكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها من ديتها بقدر مانقص ، وكذلك إن كانت فيها ثلمة أمـكن تقديرها ففيها بقدر ماذهب منها ، كما لو كسر من سنه ذلك القدر ، وإن نبتت أكبر من أخواتها ففيها حكومة ، لأن ذلك عيب . وقيل : فيها وجه آخر ، لاشيء فيها لأن هذا زيادة ، والصحيح الأول ، لأن ذلك شَيْن حصل بسبب الجناية ، فأشبه نقصها . وإن نبتت مائلة عن صف الأسنان بحيث لاينتفع فيها ديتها ، لأن ذلك كذهابها ، وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ، ونقص نفعها ، وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حـكومة ، لنقص جمالها ، وإن نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضى .

إحداهما : فيها ديتها . والثانية : فيها حـكومة ، كما لو سودها من غير قلعها .

وإن مات الصبي قبل اليأس من عود سنه ففيه وجهان :

أحدهما : لاشيء له لأن الظاهر أنه لو عاش لعادت فلم يجب فيها شيء كما لو نتف شعره .

والثانى فيهـا الديه لأنه قلع سناً وأيس من عودها ، فوجبت ديتها كما لو مضى زمن تعود فى مثله فلم تعد .

وإن قلع سن من قد ثغر[1] وجبت ديتها فى الحال ، لأن الظاهر أنها لاتعود ، فإن عادت لم تجب الدية وإن كان قد أخذها ردها . وبهذا قال أصحاب الرأى ، وقال مالك : لايرد شيئاً لأن العـادة أنهـا لاتعود ، فمتى عادت كانت هبة من الله تعالى مجددة ، فلا يسقط بذلك ماوجب له بقلع سنه ، وعن الشافعى كالمذهبين .

والثانى : أنه عاد له فى مكانها مثل التى قلعت ، فلم يجب له شيء كالذى لم يثغر ، وإن عادت ناقصة أو مشوهة فحـكمها حكم سن الصغير إذا عادت على ماذكرنا ، ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة ييأس

(١) فى ١٨ و ٣٩ : أثغر .

من عودها وحكم بوجوب الدية فعـادت بعد ذلك سقطت الدية ، وردت إن كانت أخذت ، كسن الـكبير إذا عادت .

٦٩٤٦ فصـــــل

وتجب دية السن فيما ظهر منها من اللثة ، لأن ذلك هو المسمى سناً ، وما فى اللثة منها يسمى سِنْخاً[1] ، فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففى السن ديتها ، وفى السنخ حكومة ، كما لو قطـع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وإن قلعها الآخر بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها ، كما لو قطع اليد من كوعها وإن فعل ذلك فى مرتين فـكسر السن ثم عاد فقلع السنخ فعليه ديتها وحكومة ، لأن ديتها وجبت بالأول ثم وجب عليه بالثانى حكومة ، كما لو فعله غيره ، وكذلك لو قطع الأصابع ثم قطـع الـكف ، وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره ، وإن كان ذهب النصف وجب نصف الأرش ، وإن كان الذاهب الثلث وجب الثلث ، وإن جاء آخر فـكسر بقيتها فعليه بقية الأرش ، فإن قلع الثانى بقيتها بسنخها نظرنا فإن كان الأول كسرها عرضاً فليس على الثانى للسنخ شيء ، لأنه تابع لما قلعه من ظاهر السن ، فصار كما لو قطع الأول من كل إصبع من أصابعه أنملة ، ثم قطع الثانى يده من الـكوع ، وإن كان الأول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثانى فقطع الباقى بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقى ، وحكومة لنصف السنخ الذى بقى لما كسره الأول ، كما لو قطع الأول إصبعين من يد ثم جاء الثانى فقطع الـكف كله ، فإن اختلف الثانى والمجنى عليه فيما قلعه الأول فالقول قول المجنى عليـه ، لأن الأصل سلامة السن ، وإن انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية فى قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة ، وإن اختلفا فى قدر الظاهر اعتبر ذلك بأخواتها ، فإن لم يكن لها شيء يعتبر به ، ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة فالقول قول الجانى لأن الأصل براءة ذمته .

٦٩٤٧ فصـــــل

وإن قلع سناً مضطربة لـكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام والريق وجبت ديتها ، وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقى بعضها ، لأن جمالها وبعض منافعها باق ، فـكمل ديتها كاليد المريضة ويد الـكبير ، وإن ذهبت منافعها كلها فهى كاليد الشلاء على ماسنذكره إن شاء الله تعالى ، وإن قلع سناً فيهـا داء أو آكِلَة[2] فإن لم يذهب شيء من أجزائها وجب فيها دية السن الصحيحة ، لأنهـا كاليد المريضة ، وإن سقط من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ، ووجب الباقى ، وإن كان إحدى ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها .

---

(١) السنخ : بكسر السين وسكون النون منبت السن . (ف)

(٢) الآكلة : داء فى العضو يأتكل منه . (ف)

٦٩٤٨ فصـــل

فإن جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الأسنان وقيل : إنها تعود إلى مدة[1] إلى ما كانت عليه نظرت إليها ، فإن ذهبت وسقطت وجبت ديتها ، وإن عادت كما كانت فلا شيء فيها ، كما لو جـنى على يده فمرضت ثم برأت ، وإن بقي فيها اضطراب ففيها حكومة ، وإن قلعها قالع فعليه ديتها كاملة ، كما ذكرنا في الفصل الذي قبله ، وعلى الأول حكومة لجنايته ، وإن مضت المدة ولم تعد إلى ما كانت عليـه ففيها حكومة ، وإن قلعها قالع فعليـه ديتها كما ذكرنا ، وإن قالوا : يرجى عودها من غـير تقدير مدة وجبت الحـكومة فيها ، لئلا يفضي إلى إهدار الجناية ، فإن عادت سقطت الحـكومة لما ذكرنا في غيرها .

٦٩٤٩ فصـــل

فإن قلع قالع سنه فردها صاحبها فنبتت في موضعها لم تجب ديتها ، نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد ، وهذا قول أبي بكر ، وعلى قول القاضي تجب ديتها ، وهو مذهب الشافعي ، وقد ذكرنا توجيههما فيما إذا قطع أنفه فرده فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب فيها حكومة لنقصها إن نقصت ، أو ضعفها إن ضعفت ، وإن قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لأنها سن ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع وعلى قول القاضي ينبني حكمها على وجوب قلعها فإن قلنا : يجب قلعها فلا شيء على قالعها لأنه قد أحسن بقلعه ما يجب قلعه ، وإن قلنا لا يجب قلعها احتمل أن يؤخذ بديتها لما ذكرنا واحتمل أن لا يؤخذ بديتها لأنه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولـكن فيها حكومة ، فأما إن جعـل مكانها سناً أخرى أو سن حيوان أو عظماً فنبتت وجب ديتها وجهاً واحـداً ، لأن سنه ذهبت بالـكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها شيئاً ، وإن قلعت هـذه الثانية لم تجب ديتها ، لأنها ليست سناً له ، ولا هي من بدنه ، ولـكن يجب فيها حـكومة ، لأنها جناية أزالت جماله ومنفعته ، فأشبه ما لو خاط جرحه بخيط فالتحم ، فقلع إنسان الخيط فانفتح الجرح ، وزال التحامه ، ويحتمل ألا يجب شيء ، لأنه أزال ما ليس من بدنه ، أشبه ما لو قلع الأنف[2] الذهب الذي جعله المجدوع مكان أنفه .

٦٩٥٠ فصـــل

وإن جنى على سنه فسودها فحـكي عن أحمد رحمه الله في ذلك روايتان :

إحداهما : تجب ديتها كامـلة ، وهو ظاهر كلام الخرقي ، ويروى هـذا عن زيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سـيرين ، وشريح ، والزهري ، وعبـد الملك بن مروان ، والنخعي ،

---

(١) في ١٨ و٢٩ : في مدة .

(٢) في ١٨ : أنفاً من ذهب جعله ...

ومالك ، والليث ، وعبد العزيز بن أبى سلمة ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وهو أحد قولى الشافعى .

والرواية الثانية : عن أحمد أنه إن أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتهـا ، وإن لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضى ، والقول الثانى للشافعى ، وهو المختار عنـد أصحابه ، لأنه لم يذهب بمنفعتها فلم تـكمل ديتها كالو اصفرت .

ولنا : أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخـالف فى الصحابة[1] ، فـكان إجماعاً ، ولأنه أذهب الجمال على الكمال ، فـكملت ديتها كالو قطـع أذن الأصم ، وأنف الأخشم ، فأما إن اصفرت أو احمرت لم تـكمل ديتها ، لأنه لم يذهب الجمال على الـكمال ، وفيها حكومة ، وإن اخضرت احتمل أن يـكون كتسويدها ، لأنه يذهب بجمالها واحتمل أن لا يجب فيها إلا حكومة ، لأن ذهاب جمالها بتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كالو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلمت بعـد تسـويدها ، ففيها ثلث ديتها ، أو حكومة على ماسنذكره فيما بعد وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة يجب فى قلمها ديتها كالو صفرها .

٦٩٥١ فصـــــل

وإن جنى على سنه فذهبت حدتها وكَلَّتْ ففى ذلك حكومة وعلى قالعها بعد ذلك دية كاملة ، لأنها سن صحيحة كاملة فـكملت ديتها كالمضطربة ، وإن ذهب منها جزء ففى الذاهب بقدره ، وإن قلعهـا قالع نقص من ديتها بقدر ماذهب كالو كسر منها جزء .

٦٩٥٢ فصـــــل

وفى اللحيين الدية ، وهما العظمان اللذان فيهما الأسنان السفلى ، لأن فيهما نفعاً وجمالا ، وليس فى البدن مثلهما ، فـكانت فيهما الدية كسائر مافى البدن منه شيئان ، وفى أحدهما نصفها كالواحـد مما فى البدن منه شيئان ، وإن قلعهما بما عليهما من الأسنان وجبت عليه ديتهما ، ودية الأسنان ، ولم تدخل دية الأسنان فى ديتهما ، كما تدخل دية الأصابع فى دية الوجه لوجوه ثلاثة :

أحدها : أن الأسنان مغرورة فى اللحيين غير متصلة بهما ، بخلاف الأصابع .

والثانى : أن كل واحد من اللحيين والأسنان ينفرد باسمه ، ولا يدخل أحدهما فى اسم الآخر ، بخلاف الأصابع والـكف ، فإن اسم اليد يشملهما .

والثالث : أن اللحيين توجدان قبل وجود الأسنان فى الخلقة وتبقيان بعد ذهابها فى حق الـكبير ،

---

(١) فى ١٨ : من الصحابة .

ومن تقلعت أسنانه عادة(١) بخلاف الأصابع والكف .

٦٩٥٣ مسألة

قال : ﴿ وفي اليدين الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في إحداهما ، وروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية » . وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفي اليد خمسون من الإبل » ، ولأن فيهما جمالا ظاهراً ، ومنفعة كاملة ، وليس في البدن من جنسهما غيرهما ، فكان فيهما الدية كالعينين واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لأن اسم اليد عند الإطلاق ينصرف إليها بدليل أن الله تعالى لما قال : (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا)(٢) كان الواجب قطعهما من الكوع ، وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين فإن قطع يده من فوق الكوع مثل أن يقطعها من المرفق أو نصف الساعد ، فليس عليه إلا دية اليد ، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وهذا قول عطاء ، وقتادة ، والنخعي ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وظاهر مذهبه عند أصحابه : أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد ، لأن اسم اليد لها إلى الكوع ، ولأن المنفعة المقصودة في اليد من البطش والأخذ والدفع بالكف ، وما زاد تابع للكف ، والدية تجب في قطعها من الكوع بغير خلاف ، فتجب في الزائد حكومة كما لو قطعه بعد قطع الكف قال أبو الخطاب ، وهذا قول القاضي .

ولنا : أن اليد اسم للجميع إلى المنكب ، بدليل قوله تعالى : (وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ)(٣) . ولما نزلت آية التيمم مسحت الصحابة إلى المناكب . وقال ثعلب : اليد إلى المنكب . وفي عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يداً ، فإذا قطعها من فوق الكوع فما قطع إلا يداً فلا يلزمه أكثر من ديتها ، فأما قطعها في السرقة فلأن المقصود يحصل به ، وقطع بعض الشيء يسمى قطعاً له ، كما يقال قطع ثوبه إذا قطع جانباً منه وقولهم : إن الدية تقع في قطعها من الكوع ، قلنا : وكذلك تجب بقطع الأصابع منفردة ، ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب في قطع الأصابع ، والذكر يجب في قطعه من أصله مثل ما يجب بقطع حشفته ، فأما إذا قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانياً حكومة لأنه وجبت

---

(١) (عادة) هكذا في طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٢٩ وفي طبعة الفقي ج ٨ ص ٢٧ لكنه صوبها بقوله (عادت) وليس كما فهم وعبارة الشرح الكبير ج ٩ ص ٦٢٤ « فإنهما يوجدان قبل وجود الأسنان ، ويبقيان بعد قلعهما » والصواب (بعد قلعها) .

(٢) سورة المائدة آية ٣٨ .

(٣) سورة المائدة آية ٦ .

عليه دية اليد بالقطع الأول فوجبت بالثانى حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الـكف ، أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته ، أو كما لو فعل ذلك اثنان .

٦٩٥٤ فصــــل

فإن جنى عليها فأشلها وجبت عليه ديتها لأنه فوت منفعتها ، فلزمته ديتها ، كما لو أعمى عينه مع بقائها أو أخرس لســانه ، وإن جنى على يده فعوّجها أو نقص قوتها أو شانها فعليه حـكومة لنقصها ، وإن كسرها ثم انجبرت مستقيمة وجبت حكومة لشينها إن شانها ذلك ، وإن عادت معوجة فالحكومة أكثر لأن شينها أكثر ، وإن قال الجانى أنا أكسرها ثم أجبرها مستقيمة لم يمكن من ذلك لأنها جناية ثانية ، فإن كسرها تعـدياً ثم جبرها فاستقامت لم يسقط ماوجب من الحـكومة فى اعوجاجها ، لأن ذلك استقر حين انجبرت عوجاء ، وهذه جناية ثانية ، والجبر الثانى لها دون الأولى ، ولا يشبه هذا ما إذا ذهب ضوء عينه ثم عاد ، لأننا تبينا أن الضوء لم يذهب وإنما حال دونه حائل ، وههنا بخلافه ، وتجب الحـكومة فى الـكسر الثانى لأنها جناية ثانية ، ويحتمل ألا تجب لأنه أزال ضرر العوج منها ، فـكان نفعاً ، فأشبه ما لو جنى عليه بقطع سَلْعَة[1] أزالها عنه .

٦٩٥٥ فصــــل

فإن كان له كفان فى ذراع أو يدان على عضد وإحداها باطشة دون الأخرى أو إحداها أكثر بطشاً أو فى سمت الذراع والأخرى منحرفة عنه ، أو إحداها تامة والأخرى ناقصـة ، فالأولى هى الأصليـة ، والأخرى زائدة ، ففى الأصلية ديتهـا ، والقصاص بقطعها عمداً ، والأخرى زائدة فيها حـكومة ، سواء قطعها مفردة أو قطعها مع الأصلية ، وعلى قول ابن حامد : لا شىء فيهـا ، لأنها عيب ، فهى كالسلعة فى اليد ، وإن استويا من كل الوجوه ، فإن كانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد ، أو حكومة ، ولا تجب دية اليد كاملة ، لأنهما لا نفع له فيهمـا ، فهمـا كاليد الشلاء ، وإن كانتا باطشتين ففيهما جميعاً دية اليد ، وهل تجب حكومة مع ذلك ؟ على وجهين بناء على الزائدة هل فيهـا حكومة أم لا ؟ وإن قطع إحـداها فلا قود ، لاحتمال أن تـكون هى الزائدة ، فلا تقطع الأصلية بها وفيها نصف ما فيهما إذا قطعتا لتساويهما وإن قطع أصبعاً من أحديهما[2] وجب أرش نصف أصبع ، وفى الحـكومة وجهان ، وإن قطع ذو اليد التى لهـا طرفان يداً مفردة وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد ، لأن هـذا نقص لايمنع القصاص كالسلعة فى اليد ، وعلى قول غيره لايجب ، لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ، ولا تقطع إحداها ، لأنا لانعرف

---

(١) السلعة : خراج فى البدن أو زيادة فيه كالغدة بين الجلد واللحم . (ف)

(٢) فى طبعة رشيـد ج ٩ ص ٦٢٢ ، والفقى ج ٨ ص ٢٩ : (إحديهما) والصـواب (إحداها) كما فى الشرح الـكبير ج ٩ ص ٥٧٢ (ف)

الأصلية فنأخذها ، ولا نأخذ زائدة بأصلية ، فأما إن كان له قدمان فى رجل واحدة فالحكم على ما ذكرناه فى اليدين ، فإن كانت إحـدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساوياً للرجـل الأخرى فهو الأصلى ، وإن كان زائداً عنها والآخر مساو للرجل الأخرى فهو الأصلى ، وإن كان له فى كل رجل قدمان يمكنه المشى على الطويلتين مشياً مستقيما فهما الأصليان ، وإن لم يمكنه فقطعا وأمكنه المشى على القصيرتين فهما الأصليان والآخران زائدان ، وإن أشـل الطويلتين ففيهما الدية ، لأن الظاهر أنهما الأصليان ، فإن قطعهما قاطع فأمكنه المشى على القصيرتين تبين أنهما الأصليان ، وإن لم يمكنه فالطويلان هما الأصليان .

٦٩٥٦ مســـألة

قال : ﴿ وفى الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة ﴾ .

أما ثديا المرأة ففيهما ديتها ، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، وفى الواحد منهما نصف الدية . قال ابن المنـذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العـلم على أن فى ثدى المرأة نصف الدية ، وفى الثديين الدية ، وممن حفظنا ذلك عنه الحسن ، والشعبى ، والزهرى ، ومكحول ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى وأصحاب الرأى ، ولأن فيهما جمالا ومنفعة ، فأشبها اليدين والرجلين ، وفى أحدهما نصف الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب فى أحدهما نصفها كاليدين ، وفى قطع حلمتى الثديين ديتهما ، نص عليه أحمد رحمـه الله ، وروى نحو هـذا الشعبى والنخعى والشافعى ، وقال مالك والثورى : إن ذهب اللبن وجبت ديتهمـا ، وإلا وجبت حـكومة بقـدر شينه ، ونحوه قال قتادة إذا ذهب الرضـاع بقطعهما ففيهمـا الدية .

ولنا : أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه ، فوجبت ديتهما كالأصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبى ويرتضع فهما كالأصابع فى الـكف ، وإن قطع الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله ، وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيهما ثلث الدية مع ديتهما وإن حصل جائفتان وجبت دية وثلثان ، وإن ضربهما فأشلهما ففيهما الدية كما لو أشل يديه ، وإن جنى عليهما فأذهب لبنهما من غـير أن يشلهما ، فقال أصحابنا : فيهما حكومة ، وهـذا قول أصحاب الشافعى ، ويحتمل أن تجب ديتهما ، لأنه ذهب بنفعهما فأشبه ما لو أشلهما . وهـذا ظاهر قول مالك والثورى وقتادة ، وإن جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة ، فإن قالوا : إن الجناية سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعـد وجوده ، وإن قالوا ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه أرشه ، لأن الأصل براءة ذمته ، فلا يجب فيها شيء بالشك ، وإن جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذى نقصهما .

٦٩٥٧ فصـــــل

فأما ثديا الرجل وهما الثُّنْدُوَتان ففيهما الدية ، وبهذا قال إسحاق . وحكى ذلك قولا للشافعى ، وقال النخعى ، ومالك ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر : فيهما حكومة ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأنه ذهب بالجمال من غير منفعة ، فلم تجب الدية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلا ، وقال الزهرى فى حلمة الرجل خمس من الإبل ، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية .

ولنا : أن ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر الأعضاء ، ولأنهما عضوان فى البدن يحصل بهما الجمال ليس فى البدن غيرهما من جنسهما ، فوجبت فيهما الدية كاليدين ، ولأنه أذهب الجمال فوجبت الدية كالشعور الأربعة عند أبى حنيفة ، وكأذنى الأصم وأنف الأخشم عند الجميع ، ويفارق العين القائمة ، لأنه ليس فيها جمال كامل ولأنها عضو قد ذهب منه ماتجب فيه الدية فلم تكمل كاليدين إذا شلتا بخلاف مسألتنا .

٦٩٥٨ مســـــألة

قال : ﴿ وفى الأليتين الدية ﴾ .

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون : فى الأليتين الدية . وفى كل واحدة منهما نصفها ، منهم عمرو بن شعيب ، والنخعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة ، فإنه يجلس عليهما كالوسادتين ، فوجب فيهما الدية ، وفى إحداهما نصفها كاليدين ، والأليتان هما ماعلا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين ، وفيهما الدية إذا أخذتا إلى العظم تحتهما ، وفى ذهاب بعضهما بقدره لأن ماوجبت الدية فيه وجب فى بعضه بقدره فإن جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره .

٦٩٥٩ فصـــــل

وفى الصلب الدية إذا كسر فلم ينجبر ، لما روى فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : «وفى الصلب الدية» ، وعن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن فى الصلب الدية ، وهذا ينصرف إلى سنة النبى صلى الله عليه وسلم . وممن قال بذلك زيد بن ثابت ، وعطاء ، والحسن ، والزهرى ، ومالك ، وقال القاضى ، وأصحاب الشافعى : ليس فى كسر الصلب دية ، إلا أن يذهب مشيه أو جماعه ، فتجب الدية لتلك المنفعة ، لأنه عضو لم تذهب منفعته ، فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء .

ولنا : الخبر ، ولأنه عضو ليس فى البدن مثله فيه جمال ومنفعة ، فوجبت الدية فيه بمفرده كالأنف ، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية فى قول الجميع ، ولا يجب أكثر من دية لأنها منفعة تلزم كسر

الصلب غالباً فأشبه مالو قطع رجليه ، وإن لم يذهب مشيه لـكن ذهب جماعه ففيه الدية أيضاً . روى ذلك على رضى الله عنه ، لأنه نفع مقصود فأشبه ذهاب مشيه ، وإن ذهب جماعُه ومشيه وجبت ديتان فى ظاهر كلام أحمد رحمه الله فى رواية ابنه عبد الله ، لأنهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة ، فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر ، وعن أحمد : فيهما دية واحدة ، لأنهما نفع عضو واحد ، فلم يجب فيها أكثر من دية واحدة ، كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ، وإن جبر صـلبه فعادت إحدى المنفعتين دون الأخرى لم يجب إلا دية ، إلا أن تنقص الأخرى فتجب حكومة لنقصها ، أو تنقص من جهة أخرى فيـكون فيه حكومة لذلك ، وإن ادعى ذهاب جِمَاعِه وقال رجلان من أهل الخبرة : إن مثل هذه الجناية يذهب بالجماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه ، لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحمد وجوب ديتين ، لـكسر الصلب واحدة ، لـكسر وللذكر أخرى ، وفى قول القاضى ، ومذهب الشافعى ، يجب فى الذكر دية ، وحكومة لـكسر الصلب وإن أشل رجليه ففيهما دية أيضاً ، وإن أذهب ماؤه دون جماعه احتمل وجوب الدية ، وهذا يروى عن مجاهد . قال بعض أصحاب الشافعى : هو الذى يقتضيه مذهب الشافعى ، لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رَضَّهما[1] ، ويحتمل أن لا تجب الدية كاملة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها .

٦٩٦٠ مســـألة

قال : ﴿ وفى الذكر الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن فى الذكر الدية ، وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : «وفى الذكر الدية» ولأنه عضو واحد فيه الجمال والمنفعة ، فـكملت فيه الدية كالأنف واللسان ، وفى شلله ديته لأنه ذهب بنفعه ، أشبه مالو أشل لسانه ، وتجب الدية فى ذكر الصغير والـكبير والشيخ والشاب ، سواء سواء قدر على الجماع أو لم يقدر . فأما ذكر العنين فأكثر أهل العـلم على وجوب الدية ، لعموم الحديث ولأنه غـير مأيوس من جماعة ، وهو عضو سليم فى نفسه فـكملت ديته كذكر الشيخ . وذكر القاضى فيه عن أحمد روايتين :

إحداها : تجب فيه الدية لذلك . والثانية : لا تـكمل ديتـه وهو مذهب قتـادة لأن منفعته الإنزال والإحبال والجماع ، وقد عدم ذلك منه فى حال الكمال ، فلم تكمل ديته كالأشل ، وبهذا فارق ذكر الصبى والشيخ .

---

(١) رضهما : دقهما وجرشهما .

واختلفت الرواية فى ذكر الخصى ، فعنه فيه دية كاملة ، وهو قول سعيد بن عبد العزيز ، والشافعى، وابن المنذر ، للخبر ، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه . والثانية . لاتجب فيه ، وهو قول مالك ، والثورى وأصحاب الرأى ، وقتادة ، وإسحاق ، لما ذكر فى العنين ، ولأن المقصود منه تحصيل النسل ، ولا يوجد ذلك منه فلم يكمل ديته كالأشل ، والجماع يذهب فى الغالب ، بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائها ، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى ، أن الجماع فى ذكر العنين أبعد منه فى ذكر الخصى ، واليأس من الإنزال متحقق فى ذكر الخصى دون ذكر العنين ، فعلى قولنا لاتكمل الدية فى ذكر الخصى إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة ، أو قطع الذكر ثم قطع الذكر لم يلزمه إلا دية واحدة فى الأنثيين ، وفى الذكر حكومة لأنه ذكر خصى . قال القاضى ، ونص أحمد على هذا ، وإن قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الدية ، وذكره أصحابنا . والأولى : أن تجب الدية كاملة ، لأنه ذهب بمنفعة الجماع به فكملت ديته ، كما لو أشله أو كسر صلبه ، فذهب جماعه . وإن قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية ، وإن خرج البول من موضع القطع وجب الأكثر من حصة القطعة من الدية ، أو الحكومة ، وإن ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب فيه حكومة لذلك .

٦٩٦١ مســـألة

قال : ﴿ وفى الانثيين الدية ﴾ .

لانعلم فى هذا خلافاً ، وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن جزم : « فى البيضتين الدية » ولأن فيهما الجمال والمنفعة ، فإن النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية . وروى الزهرى عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة أن فى الصلب الدية ، وفى الأنثيين الدية ، وفى إحداهما نصف الدية ، فى قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن سعيد بن المسيب أن فى اليسرى ثلثى الدية ، وفى اليمنى ثلثها ، لأن نفع اليسرى أكثر ، لأن النسل يكون بها .

ولنا أن ما وجبت الدية فى شيئين منه وجب فى أحدهما نصفها كاليدين وسائر الأعضاء ، ولأنهما ذوا عدد تجب فيه الدية ، فاستوت ديتهما كالأصابع ، وماذكروه ينتقض بالأصابع والأجفان [فإنها] تستوى دياتها مع اختلاف نفعها ، ثم يحتاج إلى إثبات ذلك الذى ذكره ، وأن رض أنثييه أو أشلهما كملت ديتهما ، كما لو أشل يديه أو ذكره ، فإن قطع أنثييه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية ، لأن ذلك نفعهما ، فلم تزدد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين ، والبطش مع ذهاب الرجلين ، وإن قطع إحداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لأن ذهابه غير متحقق .

٦٩٦٢ مســـألة

قال : ﴿ وفى الرجلين الدية ﴾ .

أجمع أهل العلم على أن فى الرجلين الدية ، وفى إحداهما نصفها ، روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وبه قال قتادة ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثورى ، وأهل العراق ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى وقد ذكرنا الحديث والمعنى فيما تقدم ، وفى تفصيلها مثل ماذكرنا من التفصيل فى اليدين سواء ، ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين فى اليدين .

٦٩٦٣ فصـــل

وفى قدم الأعرج ويد الأعسم[1] الدية ، لأن العرج لمعنى فى غير القدم والعسم الاعوجاج فى الرسغ وليس ذلك عيباً فى قدم ولا كف فلم يمنع ذلك كمال الدية فيهما ، وذكر أبو بكر أن فى كل واحدة منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لأن هذين لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء .

٦٩٦٤ مســـألة

قال : ﴿ وفى كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الإبل وفى كل أنملة منها ثلث عقلها إلا الإبهام فإنها مفصلان ففى كل مفصل منها خمس من الإبل ﴾ .

هذا قول عامة أهل العلم منهم عمر ، وعلى ، وابن عباس . وبه قال مسروق ، وعروة ، ومكحول ، والشعبى ، وعبد الله بن معقل ، والثورى ، والأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وأصحاب الحديث ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا رواية عن عمر أنه قضى فى الإبهام بثلث غرة ، وفى التى تليها باثنتى عشرة ، وفى الوسطى بعشر ، وفى التى تليها بتسع ، وفى الخنصر بست . وروى عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبى صلى الله عليه وسلم لآل حزم : « وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل » أخذ به وترك قوله الأول . وعن مجاهد فى الإبهام خمس عشرة ، وفى التى تليها ثلاث عشرة ، وفى التى تليها عشر ، وفى التى تليها ثمان ، وفى التى تليها سبع .

ولنا : ماروى ابن عباس قال : قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل ، لكل أصبع » أخرجه الترمذى ، وقال : حديث صحيح ، روا أبو داود عن أبى موسى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هذه وهذه

---

(١) فى ١٨ : الأعسر . الأعسم : من اعوجت يده بسبب يبس مفصل الرسغ (ف)

سواء » ، يعنى الإبهام والخنصر ، أخرجه[1] البخارى ، وأبو داود . وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو ابن حزم : « وفى كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل » ، ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية ، فـكان سواء فى الدية كالأسنان . والأجفان ، وسائر الأعضاء ، ودية كل أصبع مقسومة على أناملها ، وفى كل أصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام ، فإنها أنملتان ، ففى كل أنملة من غير الإبهام ثلث عقل الإبهام ، ثلاثة أبعرة وثلث ، وفى كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل ، نصف ديتها . وحكى عن مالك أنه قال : الإبهام أيضاً ثلاث أنامل . إحداها : باطنة ، وليس هذا بصحيح فإن الاعتبار بالظاهر فإن قوله عليه السلام « فى كل أصبع عشر من الإبل » يقتضى وجوب العشر فى الظاهر لأنها هى الأصبع التى يقع عليها الاسم دون ما بطن منها كما أن السن التى يتعلق بها وجوب ديتها هى الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها والحـكم فى أصابع اليدين والرجلين سواء لعموم الخبر فيهما وحصول الاتفاق عليهما .

٦٩٦٥ فصـــل

وفى الأصبع الزائدة حكومة . وبذلك قال الثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الأصبع ، وذكر القاضى أنه قياس المذهب على رواية إيجاب الثلث فى اليد الشلاء ، والأول أصح ، لأن التقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف أو بمماثلته لما فيه توقيف ، وليس ذلك ههنا ، لأن اليد الشلاء يحصل بها الجمال ، والأصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها ، وحسنها وقبحها ، فـكيف يصح قياسها على اليد ؟ .

٦٩٦٦ مســـألة

قال : ﴿ وفى البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية ، وفى المثانة إذا لم يستمسك البول الدية ﴾ .

وبهـذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ، ولم أعلم فيه مخالفاً ، إلا أن ابن أبى موسى ذكر فى المثانة رواية أخرى ، فيها ثلث الدية ، والصحيح الأول ، لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ، ليس [فى] البدن مثله ، فوجب فى تفويت منفعته دية كاملة كسائر الأعضاء المذكورة ، فإن نفع المثانة حبس البول ، وحبس البطن الغائط[2] منفعة مثلها ، والنفع بهما كثير ، والضرر بفواتهما عظيم ، فـكان فى كل واحدة منهما الدية كالسمع والبصر . وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجانى ديتان ، كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة .

---

(١) أنظر صحيح البخارى ج ٩ ص ١٠ وسنن أبى داود ج ٢ ص ٤٩٤ (ف)

(٢) فى ١٨ : للغائط .

٦٩٦٧ مسألة

قال : (وفى ذهاب العقل الدية) .

لا نعلم فى هذا خلافاً ، وقد روى عن عمر وزيد رضى الله عنهما ، وإليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : « وفى العقل الدية » ولأنه أكبر المعانى قدراً ، وأعظم الحواس نفعاً ، فإن به يتميز من البهيمة ، ويعرف به حقائق المعلومات ، ويهتدى إلى مصالحه ، ويتقى مايضره ، ويدخل به فى التكليف ، وهو شرط فى ثبوت الولايات ، وصحة التصرفات ، وأداء العبادات ، فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس ، فإن نقص عقله نقصاً معلوماً مثل أن صار يجن يوماً ويفيق يوماً فعليه من الدية بقدر ذلك ، لأن ماوجب فيه الدية وجب بعضها فى بعضه بقدره كالأصابع وإن لم يعلم مثل أن صار مدهوشاً أو يفزع مما لا يفزع منه ، ويستوحش إذ خلا ، فهذا لا يمكن تقديره فتجب فيه حكومة .

٦٩٦٨ فصل

فإن أذهب عقله بجناية لا توجب أرشاً كاللطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لاغير . وإن أذهبه بجناية توجب أرشاً كالجراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح ، وبهذا قال مالك والشافعى فى الجديد ، وقال أبو حنيفة والشافعى . فى تقديم يدخل الأقل منهما فى الأكثر ، فإن كانت الدية أكثر من أرش الجرح وجبت وحدها ، وإن كان أرش الجرح أكثر كأن قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ، ودخلت دية العقل فيه ، لأن ذهاب العقل تختل معه منافع الأعضاء ، فدخل أرشها فيه كالموت .

ولنا : أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس ، فلم يتداخل الأرشان كالو أوضحه فذهب بصره أو سمعه ، ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه ، فذهب سمعه أو شمه لم يدخل أرشهما فى دية الأنف والأذن ، مع قربهما منهما ، فههنا أولى ، وما ذكروه لا يصح ، لأنه لو دخل أرش الجرح فى دية العقل لم يجب أرشه إذا زاد على دية العقل ، كما أن دية الأعضاء كلها مع القتل لا يجب بها أكثر من دية النفس ولا يصح قولهم : إن منافع الأعضاء تبطل بذهاب العقل ، فإن المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كالا تضمن منافع الميت وأعضاؤه ، وإذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية جاز ضمانها مع الجناية عليه كالو جنى عليه ، فأذهب سمعه وبصره بجراحة فى غير محلها .

٦٩٦٩ فصـــــل

فإن جنى عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع أرش الجرح . قال أبو قلابة « رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وبصره وسمعه ولسانه ، فقضى فيه عمر بأربع ديات وهو حى » . ولأنه أذهب منافع فى كل واحدة منها دية فوجب عليه دياتها كالو أذهبها بجنايات ، فإن مات من الجناية لم يجب إلا دية واحدة لأن ديات المنافع كلها تدخل فى دية النفس كديات الأعضاء .

٦٩٧٠ مســــــألة

قال : ﴿ وفى الصعر الدية ، والصعر أن يضربه فيصير وجهه فى جانب ﴾ .

أصل الصعر : داء يأخذ البعير فى عنقه ، فيلتوى عنقه ، وقول الله تعالى : (وَلَا تُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنَّاسِ)[1] أى لاتعرض عنهم بوجهك تكبراً ، كإمالة وجه البعير الذى به الصعر ، فمن جنى على إنسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه فى جانب فعليه دية كاملة روى ذلك عن زيد بن ثابت ، وقال الشافعى ليس فيه إلا حكومة ، لأنه إذهاب جمال من غير منفعة .

ولنا : ماروى مكحول عن زيد بن ثابت ، أنه قال : وفى الصعر الدية ، ولم يعرف له فى الصحابة مخالف ، فكان إجماعاً ، ولأنه أذهب الجمال والمنفعة ، فوجبت فيه دية كاملة كسائر المنافع ، وقولهم لم يذهب بمنفعته غير صحيح ، فإنه لايقدر على النظر أمامه واتقاء مايحذره إذا مشى ، وإذا نابه أمر أو دهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لىّ عنقه ليعرف مايريد نظره ، ويتعرف ماينفعه ويضره .

٦٩٧١ فصـــــل

فإن جنى عليه فصار الالتفات عليه شاقاً أو ابتلاع الماء أو غيره ففيه حكومة ، لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها ، ولا يمكن تقديرها ، وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه ، فهذا لايكاد يبقى ، فإن بقى مع ذلك ففيه الدية ، لأنه تفويت منفعة ليس لها مثل فى البدن .

٦٩٧٢ مســــــألة

قال : ﴿ وفى اليد الشلاء ثلث ديتها ، وكذلك العين القائمة والسن السوداء ﴾ .

اليد الشلاء التى ذهب منها منفعة البطش ، والعين القائمة التى ذهب بصرها وصورتها باقية ، كصورة الصحيحة ، واختلفت الرواية عن أحمد فيهما وفى السن السوداء فعنه فى كل واحدة ثلث ديتها ، وروى هذا عن ابن الخطاب ، ومجاهد ، وبه قال إسحاق ، وعن زيد بن ثابت فى العين القائمة مائة دينار . والرواية الثالثة عن أحمد فى كل واحدة حكومة ، وهذا قول مسروق ، والزهرى ، ومالك ، والشافعى

---

(١) سورة لقمان آية ٨٣ .

وأبى ثور ، والنعمان[1] ، وابن المنذر ، لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ، ولا مقدر فيها فتجب الحكومة فيها كاليد الزائدة .

ولنا : ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية ، وفى اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها ، وفى السن السوداء إذا قلعت ثلث ديتها » . رواه النسائى وأخرجه أبو داود فى العين وحدها مختصراً ، وقول عمر رضى الله عنه رواه قتادة عن خلاس عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس : « أن عمر بن الخطاب قضى فى العين القائمة إذا خسفت ، واليد الشلاء إذا قطعت ، والسن السوداء إذا كسرت ثلث دية ، كل واحدة منهن » ، ولأنها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة ، وقولهم لا يمكن إيجاب مقدر ممنوع فإنا قد ذكرنا التقدير وبيناه .

٦٩٧٣ فصــــل

قال القاضى قول أحمد رحمه الله فى السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها ، بحيث لا يمكنه أن يعض بها الأشياء ، أو كانت تفتت[2] ، فأما إن كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها إلا لونها ففيها كال ديتها ، سواء قلت منفعتها بأن عجز عن عض الأشياء الصلبة بها أو لم يعجز لأنها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الأعضاء ، وليس على من سودها إلا حكومة ، وهذا مذهب الشافعى ، والصحيح من مذهب أحمد مايوافق ظاهر كلامه لظاهر الأخبار ، وقضاء عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ، وقول أكثر أهل العلم ، ولأنه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كما لو سود وجهه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن إذا كانت بيضاء فانقلعت ونبت مكانها سوداء لمرض فيها فإن القاضى وأصحاب الشافعى سلموا أنها لا تكمل ديتها .

٦٩٧٤ فصــــل

فإن نبتت أسنان صبى سوداء ، ثم ثغر ، ثم عادت سوداء ، فديتها تامة ، لأن هذا جنس خلق على هذه الصورة ، فأشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعاً ، وإن نبتت أولا بيضاء ، ثم ثغر ، ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة ، فإن قالوا : ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها أيضا كال ديتها ، وإن قالوا : ذلك لمرض فيها فعلى قالعها ثلث ديتها ، أو حكومة ، وقد سلم القاضى وأصحاب الشافعى الحكم فى هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه ، ويحتمل أن يكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء

---

(١) فى ٣٩ : وأبى حنيفة .

(٢) فى ١٨ : تتفتت وفى ٣٩ : تفتتت .

الخلقــة هــكذا لأن المرض قد يــكون فى فيه من ابتداء خلقته فيثبت حــكمه فى بعض ديتهــا كما لو كان طارئاً .

٦٩٧٥ فصـــــل

وفى لسان الأخرس روايتان أيضاً كالروايتين فى اليد الشلاء ، وكذلك كل عضو ذهبت منفعته ، وبقيت صورته ، كالرجـل الشـلاء والأصبع والذكر إذا كان أشلا[1] ، وذكر الخصى والعنين إذا قلنـا : لاتـكمل ديتهما ، وأشباه هذا ، فـكله يخرج على الروايتين . إحداهما : فيه ثلث ديتــه والأخرى : حــكومة .

٦٩٧٦ فصـــــل

فأما اليد أو الرجل أو الأصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حــكومة ، وقال القـاضى : هذا فى معنى اليد الشلاء فتـكون على قياسها ، يخرج على الروايتين ، والذى ذكرناه أصح ، لأنه لاتقدير فى هذا ، ولا هو فى معنى المقدر ، ولا يصح قياس هذا على العضو الذى ذهبت منفعته وبقى جماله ، لأن هذه الزوائد لاجمال فيها ، إنما هى شين فى الخلقة ، وعيب يرد به المبيع ، وتنقص به القيمة ، فـكيف يصح قياسه على مايحصل به الجمال ؟ ثم لو حصل به جمال ما لـكنه يخالف جمـال العضو الذى يحصل به تمام الخلقة ويختلف فى نفسه اختلافاً كثيراً فوجبت فيه الحـكومة ويحتمـل أن لايجب فيه شىء لمـا ذكرنا .

٦٩٧٧ فصـــــل

واختلفت الرواية فى قطع الذكر بعد حشفته وقطع الـكف بعد أصابعه ، فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته ، وكذلك شحمة الأذن ، وعن أحمد فى ذلك كله حكومة ، والصحيح فى هذا أن فيه حكومة لعدم التقدير فيه ، وامتناع قياسه على مافيه تقدير ، لأن الأشل بقيت صورته ، وهذا لم تبق صورته ، إنما بقى بعض مافيه الدية ، أو أصل مافيه الدية ، فأما قطع الذراع بعد قطع الـكف والساق بعد قطع القدم فينبغى أن تجب الحـكومة فيه وجهاً واحداً لأن إيجاب ثلث دية اليد فيه يفضى إلى أن يـكون الواجب فيه مع بقاء الـكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيهما والله أعلم .

---

(١) هـكذا فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٣٨ وطبعة الفقى ج ٨ ص ٤١ وفى الشرح الـكبير ج ٩ ص ٥٨٨ ، وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء ، والإصبع والذكر إذا شلا ، ومن ذلك يتبين أن الصواب « والإصبع والذكر إذا شلا » ، أو «وإذا كانا أشلين» بتثنية أشل ونصبه ، ولايجوز (أشلا) لانه ممنوع من الصرف . (ف)

٦٩٧٨ مســـألة

قال : ﴿ وفى إسكتى المرأة الدية ﴾[1].

الإسكتان : هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم ، وأهل اللغة يقولون : الشفران : حاشيتا الإسكتين ، كما أن أشفار العين أهدابهـا فيهما دية المرأة إذا قطعتا ، وبهذا قال الشافعى ، وقاله الثورى إذا لم يقدر على جماعها ، وقضى به محمد ابن سفيان إذا بلغ العظم ، لأن فيهما جمالا ومنفعة ، وليس فى البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر مافيه منه شيئان ، وفى إحداهما نصف الدية . كما ذكرنا فى غيرها ، وإن جنى عليهما فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فأشلهما ، ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين ، قصيرتين أو طويلتين ، من بكر أو ثيب أو صغيرة أو كبيرة ، مخفوضة أو غير مخفوضة ، لأنهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيهما جميع ماذكرنا كسائر أعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها ، لأن الرتق عيب فى غيرهما فلم ينقص ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الأذنين والخفض هو الختان فى حق المرأة .

٦٩٧٩ فصـــل

وفى ركب المرأة حكومة ، وهو عانة المرأة وكذلك فى عانة الرجل لأنه لاقدر فيه ، ولا هو نظير لما قدر فيه ، فإن أخذ منه شىء مع فرج المرأة أو ذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية كما لو أخذ مع الأنف والشفتين شىء من اللحم الذى حولهما .

٦٩٨٠ مســـألة

قال : ﴿ وفى موضحة الحر خمس من الإبل سواء كان من رجل أوامرأة و الموضحة فى الرأس والوجه سواء وهو التى تبرز العظم ﴾[2] .

هذه من شجاج الرأس أو الوجه ، وليس فى الشجاج مافيه قصاص سواها ، ولا يجب المقدر فى أقل منها ، وهى التى تصل إلى العظم ، سميت موضحة لأنها أبدت وضح العظم وهو بياضه . وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر ، قاله ابن المنذر ، وكتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم : « وفى الموضحة خمس من الإبل » . رواه أبو داود والنسائى والترمذى ، وقال : حديث حسن ، وقول الخرقى :

---

(١) بكسر الهمزة وفتحها . (ف)

(٢) فى طبعة رشيد ج ٩ ص ٦٤٠ والفقى ج ٨ ص ٤٢ « وهو التى تبرز العظم » وينبغى أن يقول « وهى التى تبرز العظم » بضمير المؤنث . (ف)

فى موضحة الحر يحترز به من موضحة العبد ، وقوله : سواء كان من رجل أو امرأة يعنى أنهما لايختلفان فى أرش الموضحة ، لأنها دون ثلث الدية ، وهما يستويان فيما دون الثلث ، ويختلفان فيما زاد ، وعند الشافعى : أن موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل بناء على أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل فى الـكثير والقليل وسنذكر ذلك فى موضعه إن شاء الله تعالى . وعموم الحديث الذى رويناه ههنا حجة عليه وفيه كفاية ، وأ كثر أهل العلم على أن الموضحة فى الرأس والوجه سواء ، روى ذلك عن أبى بـكر ، وعمر ، رضى الله عنهما ، وبه قال شريح ، ومـكحول ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وربيعة ، وعبيد الله بن الحسن ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وإسحاق . وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : تضعف موضحة الوجه على موضحة الرأس ، فيجب فى موضحة الوجه عشر من الإبل . لأن شينها أ كثر ، وذكره القاضى رواية عن أحمد ، وموضحة الرأس يسترهـا الشعر والعمامة ، وقال مالك : إذا كانت فى الأنف أو فى اللحى الأسفل ففيها حـكومة ، لأنها تبعد عن الدماغ ، فأشبهت موضحة سائر البدن .

ولنا عموم الأحاديث وقول أبى بـكر وعمر رضى الله عنهما الموضحة فى الرأس والوجه سواء ، ولأنها موضحة ، فـكان أرشها خمساً من الإبل كغيرها مما سلموه ، ولا عبرة بـكثرة الشين ، بدليل التسوية بين الصغيرة والـكبيرة ، وما ذكروه لمالك لا يصح ، فإن الموضحة فى الصدر أ كثر ضرراً ، وأقرب إلى القلب ، ولا مقدر فيها ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال : موضحة الوجه أحرى أن يزاد فى ديتها ، وليس معنى هذا أنه يجب فيها أ كثر ، والله أعلم ، إنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية ، فإنه إذا وجب فى موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل ، فلأن يجب ذلك فى الوجه الظاهر الذى هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على مايخالف الخبر والأثر وقول أ كثر أهل العلم ، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح .

٦٩٨١ فصـــل

ويجب أرش الموضحة فى الصغيرة والـكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يشمل الجميع ، وحد الموضحة ماأفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة ذكره ابن القاسم والقاضى فإن شجه فى رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أ كثر من أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أ كثر من أرش موضحة فلأن لايلزمه فى الإيضاح فى البعض أ كثر من ذلك أولى ، وهـكذا لو شجه بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أ كثر من أرش هاشمة وإن كانت منقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه أرش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا .

٦٩٨٢ فصل

وليس فى موضحة غير الرأس والوجه مقدر فى قول أكثر أهل العلم منهم إمامنا ومالك والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر ، قال ابن عبد البر : ولا يكون فى البدن موضحة يعنى ليس فيها مقدر . قال وعلى ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد قال فى الموضحة تكون فى الجسد أيضاً ، وقال الأوزاعى فى جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس وحكى نحو ذلك عن عطاء الخراسانى قال فى الموضحة فى سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً .

ولنا : أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة فى الوجه والرأس ، وقول الخليفتين الراشدين الموضحة فى الوجه والرأس سواء يدل أن باقى الجسد بخلافه ، ولأن الشين فيما فى الرأس والوجه أكثر وأخطر مما فى سائر البدن فلا يلحق به ثم إيجاب ذلك فى سائر البدن يفضى إلى أن يجب فى موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس وأما قول الأوزاعى وعطاء الخراسانى فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيجب اطراحه .

٦٩٨٣ فصل

وإن أوضحه فى رأسه وجر السكين إلى قفاه فعليه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا لأن القفا ليس بموقع الموضحة وإن أوضحه فى رأسه ومدها إلى وجهه فعلى وجهين :

أحدهما : أنها موضحة واحدة لأن الوجه والرأس سواء فى الموضحة فصار كالعضو الواحد .

والثانى : هما موضحتان لأنه أوضحه فى عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه فى رأسه ونزل إلى القفا .

٦٩٨٤ فصل

وإن أوضحه فى رأسه موضحتين بينهما حاجز فعليه أرش موضحتين لأنهما موضحتان فإن أزال الحاجز الذى بينهما وجب أرش موضحة واحدة لأنه صار الجميع بفعله موضحة فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما ، وإن اندملتا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضح ، لأنه استقر عليه أرش الأوليين بالاندمال ، ثم لزمته دية الثالثة ، وإن تآكل مابينهما قبل اندمالها فزال لم يلزمه أكثر من أرش واحدة ، لأن سراية فعله كفعله ، وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الأخرى فعليه أرش موضحتين ، وإن أزال الحاجز أجنبى فعلى الأول أرش موضحتين ، وعلى الثانى أرش موضحة ، لأن فعل أحدهما لا ينبنى على فعل الآخر ، فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته ، وإن أزاله المجنى عليه وجب على الأول أرش موضحتين ، لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره ، فإن اختلفا

فقال الجانى : أنا شققت مابينهما ، وقال المجنى عليه : بل أنا ، أو أزالها آخر سواك فالقول قول المجنى عليه ، لأن سبب أرش موضحتين قد وجد ، والجانى يدعى زواله ، والمجنى عليه ينكره ، والقول قول قول المنكر ، والأصل معه ، وإن أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذى بينهما فى الباطن وترك الجلد الذى فوقهما ففيها وجهان :

أحدهما : يلزمه أرش موضحتين لانفصالها فى الظاهر .

والثانى : أرش موضحة لاتصالها فى الباطن ، وإن جرحه جراحاً واحدة وأوضحه فى طرفيها وباقيها دون الموضحة ففيه أرش موضحتين لأن مابينهما ليس بموضحة .

٦٩٨٥ مســـألة

قال : ﴿ وفى الهاشمة عشر من الإبل ، وهى التى توضح العظم وتهشمه ﴾ .

الهاشمة : هى التى تتجاوز الموضحة ، فتهشم العظم ، سميت هاشمة لهشمها العظم ، ولم يبلغنا عن النبى صلى الله عليه وسلم فيها تقدير ، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدر بعشر من الإبل ، روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت ، وبه قال قتادة ، والشافعى ، والعنبرى ، ونحوه قال الثورى ، وأصحاب الرأى ، إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم ، وذلك على قولهم ألف درهم وكان الحسن لايوقت فيها شيئاً ، وحكى عن مالك أنه قال لاأعرف الهاشمة[1] لكن فى الإيضاح خمس وفى الهشم حكومة قال ابن المنذر النظر يدل على قول الحسن إذ لاسنة فيها ولا إجماع ، ولأنه لم ينقل فيها عن النبى صلى الله عليه وسلم تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة .

ولنا : قول زيد ، ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف ، ولأنه لم نعرف له مخالفاً فى عصره فكان إجماعاً ولأنها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة :

٦٩٨٦ فصــــل

والهاشمة فى الرأس والوجه خاصة ، على ماذكرنا فى الموضحة ، وإن هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الإبل على ماذكرنا فى الموضحة من التفصيل ، وتستوى الهاشمة الصغيرة والكبيرة ، وإن شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب أرش الهاشمة لأنه لو كان جميعها هاشمة أجزأ أرشها ولو انفرد القدر المهشوم وجب أرشها فلا ينقص ذلك بما إذا زاد من الأرش فى غيرها ، وإن ضرب رأسه فهشم العظم ولم يوضحه لم تجب دية الهاشمة بغير خلاف لأن الأرش المقدر وجب فى هاشمة يكون معها موضحة وفى الواجب وجهان :

---

(١) فى ١٨ : فى الموضحة .

أحدهما : خمس من الإبل لأنه لو أوضـح وكسر لوجبت عشر : خمس فى الإيضـاح ، وخمس فى الـكسر فإذا وجد الـكسر دون الإيضاح وجب خمس .

والثانى : تجب حكومة لأنه كسر عظم لاجرح معه فأشبه كسر قصبة الأنف .

٦٩٨٧ فصـــــل

فإن أوضحه موضحتين هشم العظم فى كل واحدة منهما واتصل الهشم فى الباطن فهما هاشمتان ، لأن الهشم إنما يكون تبعاً للإيضاح ، فإذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعاً لغيرها فافترقا .

٦٩٨٨ مســـــألة

قال ﴿ وفى المنقلة خمس عشرة من الإبل وهى التى توضح وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها ﴾ .

المنقلة : زائدة على الهاشمة ، وهى التى تـكسر العظام وتزيلها عن مواضعها ، فيحتاج إلى نقل العظم ليلتئم ، وفيها خمس عشرة من الإبل بإجماع من أهل العلم ، حكاه ابن المنذر ، وفى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم . « وفى المنقلة خمس عشرة من الإبل » وفى تفصيلها مافى تفصيل الموضحة والهاشمة على مامضى .

٦٩٨٩ مســـــألة

قال ﴿ وفى المأمومة ثلث الدية وهى التى تصل إلى جلدة الدماغ وفى الآمّة مثل مافى المأمومة ﴾ .

المأمومة والآمة شىء واحد ، قال ابن عبـد البر أهل العراق يقولون لها : الآمة ، وأهل الحجاز : المأمومة ، وهى الجراحة الواصلة إلى أم الدماغ ، سميت أم الدماغ ، لأنها تحوطه وتجمعه ، فإذا وصلت الجراحة إليها سميت آمة ومأمومة . يقال : أم الرجل آمة ومأمومة ، وأرشها ثلث الدية فى قول عامة أهل العلم ، إلا مكحولا فإنه قال : إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية ، وإن كانت خطأ ففيها ثلثها .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم : « وفى المأمومة ثلث الدية » . وعن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، وروى نحوه عن على ولأنها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ فى المقدار كسائر الشجاج .

٦٩٩٠ فصـــــل

وإن خرق جلدة الدماغ فهى الدامغة ، وفيها مافى المأمومة ، قال القاضى : لم يذكر أصحابنا الدامغة

لمساواتها للمأمومة فى أرشها ، وقيل : فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ، ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لـكونها لايسلم صاحبها فى الغالب .

٦٩٩١ فصـــــل

فإن أوضحه رجل ثم هشمه الثانى ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الأول أرش موضحته ، وعلى الثانى خمس ، تمام أرش الهاشمة ، وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقلة ، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام أرش المأمومة .

٦٩٩٢ مســـــألة

قال : ﴿ وفى الجائفة ثلث الدية ، وهى التى تصل إلى الجوف ﴾ .

وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة ، وأهل الـكوفة ، وأهل الحديث وأصحاب الرأى إلا مكحولاً قال فيها : فى العمد ثلثا الدية .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم فى كتاب عمرو بن حزم « وفى الجائفة ثلث الدية » وعن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ، ولأنها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالموضحة ولا نعلم فى جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدراً غير الجائفة ، والجائفة ماوصل إلى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره . وذكر ابن عبد البر أن مالـكا وأبا حنيفة والشافعى والبتى وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لاتـكون إلا فى الجوف . قال ابن القاسم : الجائفة ماأفضى إلى الجوف ولو بمغرز إبرة ، فأما إن خرق شدقه فوصل إلى باطن الفم فليس بجائفة ، لأن داخل الفم حكمه حكم الظاهر ، لاحكم الباطن . وإن طعنه فى وجنته فـكسر العظم ووصل إلى فيه فليس بجائفة لما ذكرنا .

وقال الشافعى فى أحد قوليه : هو جائفة ، لأنه قد وصل إلى جوف ، وهـذا ينتقض بما إذا خرق شدقه ، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة ، لـكسر العظم ، وفيما زاد حكومة ، وإن جرحه فى أنفه فأنفذه فهو كما لو جرحه فى وجنته فأنفذه إلى فيه فى الحـكم والخلاف ، وإن جرحه فى ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول إليه بخلاف غيره .

٦٩٩٣ فصـــــل

وإن أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية ، وإن خرق الجانى مابينهما أو ذهب بالسراية صار جائفة واحدة فيها ثلث الدية لاغير ، وإن خرق مابينهما أجنبى أوالمجنى عليه فعلى الأول ثلثا الدية ، وعلى

الأجنبي الثاني ثلثها ، ويسقط ماقابل فعل المجنى عليه ، وإن احتاج إلى خرق مابينهما المداواة فخرقها المجنى عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولى المجنى عليه لذلك ، أو الطبيب بأمره ، فلا شيء فى خرق الحاجز وعلى الأول ثلثا الدية ، وإن أجافه رجل فوسعها آخر فعلى كل واحد منهما أرش جائفة ، لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة ، فلايسقط حكمه بانضمامه إلى فعل غيره ، لأن فعل الإنسان لاينبنى على فعل غيره ، وإن وَسّعها الطبيب بإذنه أو إذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه ، وإن وَسّعها جان آخر فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر فعليه حكومة ، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة ، وإن أدخل السكين فى الجائفة ثم أخرجها عزر ، ولا أرش عليه ، وإن كان قد خاطها فجاء آخر فقطع الخيوط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد من التعزير الأول الذى قبله وغرمه ثمن الخيوط وأجرة الخياط ، ولم يلزمه أرش جائفة ، لأنه لم يجفه ، وإن فعل ذلك بعد التحامها فعليه أرش الجائفة وثمن الخيوط ، لأنه بالالتحام عاد إلى الصحة ، فصار كالذى لم يجرح ، وإن التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا ، وإن فتق غير ما التحم عليه فليس عليه أرش الجائفة[1] وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شيء ، وإن فتق بعض ما التحم فى الظاهر دون الباطن ، أو الباطن دون الظاهر ، فعليه حكومة ، كما لو وسع جرحه كذلك .

٦٩٩٤ فصــــل

وإن جرح فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجافه فيه أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة فى الجراح ، لأن الجراح فى غير موضع الجائفة ، فانفردت بالضمان كما لوأوضحه فى رأسه وجر السكين حتى بلغ القفا فإنه يلزمه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا .

٦٩٩٥ فصــــل

فإن أدخل حديدة أو خشبة أو يده فى دبر إنسان فخرق حاجزاً فى الباطن فعليه حكومة ، ولا يلزمه أرش جائفة ، لأن الجائفة ماخرقت من الظاهر[2] إلى الجوف ، وهذه بخلافه ، وكذلك لو أدخل السكين فى جائفة إنسان فخرق شيئاً فى الباطن فليس ذلك بجائفة لما ذكرنا .

٦٩٩٦ مســـألة

قال : ﴿ فإن جرحه فى جوفه فخرج من الجانب الآخر فهما جائفتان ﴾

هـذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : عطاء ومجاهد وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى . قال

---

(١) فى ١٨ : جائفة (٢) فى ١٨ : من ظاهر

ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون فى ذلك . وحكى عن بعض أصحاب الشافعى أنه قال : هى جائفة واحدة وحكى أيضاً عن أبى حنيفة ، لأن الجائفة هى التى تنفذ من ظاهر البدن إلى الجوف ، وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن إلى الظهر .

ولنا : ماروى سعيد بن المسيب : « أن رجلا رمى رجلا بسهم فأنفذه ، فقضى أبو بكر رضى الله عنه بثلثى الدية ولامخالف له فيكون إجماعاً » أخرجه سعيد بن منصور فى سننه . وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـده « أن عمر قضى فى الجائفة إذا نفذت الجوف بأرش جائفتين ، لأنه أنفذه من موضعين فـكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين » وما ذكروه غير صحيح ، فإن الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لا بكيفية إيصاله ، إذ لا أثر لصـورة الفعل مع التساوى فى المعنى ، ولأن ما ذكروه من الـكيفية ليس بمذكور فى خبر ، وإنما العادة والغالب وقوع الجائفة هـكذا ، فلا يعتبر ، كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد ، ولو حصلت بغيره لـكانت جائفة ، ثم ينتقض ما ذكروه بما لوأدخل يده فى جائفة إنسان فخرق بطنه من موضع آخر ، فإنه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعلمه ، وكـذلك يخرج فيمن أوضح إنساناً فى رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر ، فهى موضحتان ، فإن هشمة هاشمة لهـا مخرجان فهى هاشمتان ، وكذلك ما أشبهه .

٦٩٩٧ فصـــــل

فإن أدخل أصبعه فى فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لأن ذلك ليس بجوف .

٦٩٩٨ مســــألة

قال : ﴿ ومن وطىء زوجته وهى صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية ﴾

معنى الفتق : خرق مابين مسلك البول والمنى ، وقيل : بل معناه خرق مابين القبل والدبر ، إلا أن هذا بعيد ، لأنه يبعد أن يذهب بالوطء مابينهما من الحاجز ، فإنه حاجز غليظ قوى ، والـكلام فى هذه المسألة فى فصلين . أحدهما : فى أصل وجوب الضمان . والثانى : فى قدره .

أما الأول : فإن الضمان إنمـا يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التى لا تحمـل الوطء دون الـكبيرة المحتمـلة له ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : يجب الضمان فى الجميـع لأنه جناية فيجب الضمان به كما لو كان فى أجنبية .

ولنا : أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ، ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرايته ، كما لوأذنت فى مداواتها بمـا يفضى إلى ذلك ، وكقطع السـارق أو استيفاء القصاص وعكسـه الصغيرة والمـكرهة على الزنا .

إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى فى النكاح ، مع أرش الجناية ، ويكون أرش الجناية فى ماله إن كان عمداً محضاً ، وهو أن يعلم أنها لا تطيقه وأن وطأه يفضيها ، فأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضى إليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته ، إلا على قول من قال : إن العاقلة لا تحمل عمد الخطأ فإنه يكون فى ماله .

الفصل الثانى : فى قدر الواجب ، وهو ثلث الدية ، وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة ، وقال الشافعى : تجب الدية كاملة ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، لأنه أتلف منفعة الوطء ، فلزمته الدية كما لو قطع أسكتيها .

ولنا : ماروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قضى فى الإفضاء بثلث الدية ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، ولأن هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر ، فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ، ولا نسلم أنها تمنع الوطء ، وأما قطع الأسكتين فإنما أوجب الدية لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال ، فأشبه قطع الشفتين .

٦٩٩٩ فصل

وإن استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : تجب دية وحكومة ، لأنه فوت منفعتين ، فلزمه أرشهما كما لو فوت كلامه وذوقه .

ولنا : أنه أتلف عضواً واحداً لم يفت غير منافعه ، فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة ، كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه ، وما قاله لا يصح ، لأنه لو أوجب دية المنفعتين لأوجب ديتين ، لأن استطلاق البول موجب للدية ، والإفضاء عنده موجب الدية منفرداً ، ولم يقل أحد به ، وإنما أوجب الحكومة ولم يوجب مقتضيها ، فإننا لا نعلم أحداً أوجب فى الإفضاء حكومة .

٧٠٠٠ فصل

وإن اندمل الحاجز وانسد وزال الإفضاء ، لم يجب ثلث الدية ، ووجبت حكومة ، لجبر ما حصل من النقص .

٧٠٠١ فصل

وإن أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ، ومهر مثلها ، لأنه حصل بوطء غير مستحق ، ولا مأذون فيه ، فلزمه ضمان ماتلف به كسائر الجنايات ، وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ فيه روايتان :

إحداهما : لا يلزمه ، لأن أرش البكارة داخل فى مهر المثل ، فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب ،

فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة ، فلم يضمنه مرتين كما فى حق الزوجة .

والثانية : يضمنه لأنه محل أتلفه بعدوانه ، فلزمه أرشه ، كالو أتلفـه بأصبعه ، فأما المطاوعة على الزنا إذا كانت[1] كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه فى فتقها ، وقال الشافعى : يضمن ، لأن المأذون فيه الوطء دون الفتق ، فأشبه مالو قطع يدها .

ولنا : أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه ، فلم يضمنه كأرش بكارتها ، ومهر مثلها ، وكما لو أذنت فى قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها . وفارق ماإذا أذنت فى وطئها فقطع يدها ، لأن ذلك ليس من المأذون فيه ، ولا من ضرورته .

٧٠٠٢ فصـــــل

وإن وطىء امرأة بشبهة فأفضاها فعليه أرش إفضائها مع مهر مثلها ، لأن الفعل إنما أذن فيه اعتقاداً أن المستوفى له هو المستحق ، فإذا كان غيره ثبت فى حقه وجوب الضمان لما أتلف ، كالو أذن فى أخـذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه ، فبان أنه غيره ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يجب لهـا أكثر الأمرين من مهر مثلها أو أرش إفضائها ، لأن الأرش لإتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عيناً .

ولنا : أن هذه جناية تنفك عن الوطء فلم يدخل بدله فيها ، كالو كسر صدرها ، وماذكروه غير صحيح فإن المهر يجب لاستيفاء[2] منفعة البضع ، والأرش يجب لإتلاف[3] الحاجز ، فلا تدخل المنفعة فيه .

٧٠٠٣ فصـــــل

وإن استطلق بول المكرهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع إفضائها فعليه ديتهما والمهر ، وقال أبو حنيفة فى الموطوءة بشبهة : لايجمع بينهما ، ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه فى ذلك .

٧٠٠٤ مســـــألة

قال : ﴿ وفى الضلع بعير ، وفى الترقوة بعيران ﴾ .

ظاهر هذا أن فى كل ترقوة بعيرين فيكون فى الترقوتين أربعة أبعرة ، وهـذا قول زيد بن ثابت ، والترقوة هى العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف ، ولكل واحد ترقوتان ، ففيهما أربعة أبعرة فى ظاهر قول الخرقى ، وقال القاضى : المراد بقول الخرقى الترقوتان معاً ، وإنما اكتفى بلفظ الواحد

---

(١) فى ١٨ : فإذا كانت (٢) فى ٢٩ : باستيفاء .
(٣) فى ٢٩ : بإتلاف .

لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق ، فيـكون في كل ترقوة بعير ، وهـذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ومجاهد ، وعبد الملك بن مروان ، وسعيد بن جبـير ، وقتادة ، وإسحاق ، وهو قول للشافعي ، والمشهور من قوليه عند أصحابه : أن في كل واحـد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق ، وأبي حنيفة ، ومالك ، وابن المنذر ، لأنه عظم باطن لا يختص بجمال ولا منفعة ، فلم يجب فيـه أرش مقدر كسائر أعضاء البدن ، ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف أو قيـاس صحيح ، وليس في هـذا توقيف ، ولا قيـاس . وروى عن الشعبي أن في الترقوة أربعين دينـاراً . وقال عمرو بن شعيب : في الترقوتين الدية ، وفي إحـداهما نصفها ، لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة . وليس في البدن غـيرهما من جنسهما ، فـكملت فيهما الدية كاليدين .

ولنا : قول عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت ، وماذكروه ينتقض بالهاشمة ، فإنها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ، ولا يصح قولهم : إنها لاتختص بجمال ومنفعة ، فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها ولا مشارك لها فيه ، وأما قول عمرو بن شعيب ، فخالف للإجمـاع ، فإننا لا نعلم أحداً قبله ، ولا بعده وافقه فيه .

٧٠٠٥ مســـألة

قال : ﴿ وفي الزند أربعة أبعرة لأنه عظمان ﴾ .

قال القاضي : يعني به الزندين ، فيهما أربعة أبعرة ، لأن فيهما أربعة عظام ، ففي كل عظم بعير . وهذا يروى عن عمر بن الخطاب ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : فيه حكومة لما تقدم .

ولنا : ماروى سعيد ثنا هشيم ثنا يحيى بن سعيـد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر فـكتب له عمر . إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعـة من الإبل . ورواه أيضاً من طريق آخر مثل ذلك ، وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة فـكان إجماعاً .

٧٠٠٦ فصـــل

ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر كلام الخرقي . وهو قول أكثر أهل العـلم . وقال القاضي : في عظم الساق بعيران ، وفي الساقين أربعة أبعرة ، وفي عظم الفخذ بعيران ، وفي الفخذين أربعة . فهـذه تسعة عظام فيها مقدر : الضلع والترقوتان ، والزندان ، والساقان ، والفخذان ، وما عداها لا مقدر فيه . وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضي : في كل واحـد من الذراع والعضد بعيران ، وزاد أبو الخطاب عظم القدم ، لما روى سليمان بن يسار أن عمر قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر ، ولم يكن به دحور ـ يعني عوجاً ـ بعير ، وإن كان فيهـا دحور

فبحساب ذلك . وهـذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا إليه ، فلا يصلح دليلا عليـه ، والصحيح إن شاء الله : أنه لاتقدير فى غير الخمسة : الضلع ، والترقوتين ، والزندين ، لأن التقدير إنما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحـكومة فى هذه العظام الباطنة كلها ، وإنما خالفناه فى هـذه العظام لقضاء عمر رضى الله عنه ، ففيما عداها يبقى على مقتضى الدليل ، وماعدا هذه العظام كعظم الظهر وغيره ففيه الحـكومة ولانعلم فيه مخالفاً ، وإن خالف فيها مخالف فهو قول شاذ لايستند إلى دليل يعتمد عليه ، ولا يصار إليه .

٧٠٠٧ مســـألة

قال : ﴿ والشجاج التى لا توقيت فيها ، أولها الحارصة وهى التى تحرص الجلد ﴾

يعنى تشقه قليلا ، وقال بعضهم : هى الحارصة ، ثم الباضعة ، وهى التى تشق اللحم بعد الجلد ، ثم البازلة وهى : التى يسيل منها الدم ، ثم المتلاحمة ، وهى : التى أخذت فى اللحم ، ثم السِّمْحاق ، وهى : التى بينها وبين العظم قشرة رقيقة ، ثم الموضحة . هـكذا وقع فى النسخ التى وصلت إلينا : الحارصـة ، ثم الباضعة ، ثم البازلة . ولعله من غلط الـكاتب ، والصواب : الحارصة ، ثم البازلة ، ثم الباضعة . هـكذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم . ولأن الباضعة التى تشق اللحم بعد الجلد ، فلايمكن وجودها قبل البازلة التى يسيل منها الدم ، وتسمى الدامعة ، لقـلة سيلان دمها ، تشبيهاً له بخروج الدمع من العين والتى تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير فى الغالب ، فـكيف يصح جعلها سابقة على ما لايسيل منها إلا دم يســير كدمع العين ؟ ويدل على صحة ماذكرناه أن زيد بن ثابت جعل فى البازلة بعيراً ، وفى الباضعة بعيرين . وقول الخرقى : « والشجاج » يعنى : جراح الرأس والوجه ، فإنه يسمى شجاجاً خاصة ، دون جراح سائر البدن ، والشجاج المسماة عشر : خمس منها أرشها مقدر ، وقد ذكرناها . وخمس لا توقيت فيها .

قال الأصمعى : أولها الحارصـة ، وهى التى تشق الجـلد قليلا ـ يعنى تقشر شيئاً يسيراً من الجـلد ، لايظهر منه دم ، ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلا ، ثم البازلة ، وهى : التى يبزل منها الدم ، أى يسيل ، وتسمى الدامية أيضاً ، والدامعة ، ثم الباضعة ، وهى التى تشق اللحم بعد الجلد ، ثم المتلاحمة ، وهى التى أخذت فى اللحم ـ يعنى دخلت فيه دخولاً كثيراً يزيد على الباضعة ، ولم تبلغ السمحاق . ثم السمحاق وهى التى تصل إلى قشرة رقيقة فوق العظم ، تسمى تلك القشرة سمحاقاً . وسميت الجراح الواصـلة إليها بها ، ويسميها أهل المدينة : الملطا[1] ، والملطاة ، وهى : التى تأخذ اللحم كله ، حتى تخلص منه ، ثم الموضحة وهى : التى تقشر تلك الجلدة وتبدى وضح العظم ، أى بياضـه ، وهى أول الشجاج الموقتة ، وما قبلها

(١) هـكذا فى النسخ ، والصواب (المطلى) بميم مكسورة بعدها لام ساكنة فطاء مفتوحـة فألف مقصورة تـكتب ياء كما فى لسان العرب ج ٧ ص ٤٠٨ (ف)

من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها فى الصحيح من مذهب أحمد . وهو قول أكثر الفقهاء . يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى .

وروى عن أحمد رواية أخرى : أن فى الدامية بعيراً ، وفى الباضعة بعيرين ، وفى المتلاحمة ثلاثة ، وفى السمحاق أربعة أبعرة ، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت ، وروى عن على فى السمحاق مثل ذلك . رواه سعيد عنهما ، وعن عمر وعثمان فيها نصف أرش الموضحة . والصحيح الأول ، لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت فى الشرع ، فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن ، وروى من مكحول قال : قضى النبى صلى الله عليه وسلم فى الموضحة بخمس من الإبل ، ولم يقض فيما دونها ، ولأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ، ولا له قياس يصح فوجب الرجوع إلى الحكومة كالحارصة ، وذكر القاضى : أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحة منها ، فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة ، وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش . وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك . فنوجب ماتخرجه الحكومة ، فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها . أو جبنا ثلثى أرش الموضحة . وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجبنا النصف ، فنوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة ، أو قدرها من الموضحة ، لأنه اجتمع سببان موجبان الشين[1] وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه ، والدليل على إيجاب المقدار أن هذا احم فيه مقدر فكان فى بعضه بمقداره من ديته كالمارن الحشفة والشفة والجفن . وهذا مذهب الشافعى . وهذا لا نعلمه مذهباً لأحمد : ولا يقتضيه مذهبه ، ولا يصح ، لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ، ولا يصح قياس هذا على ماذكروه فإنه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيراً .

٧٠٠٨ مسألة

قال : ﴿ وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقتت ديته ففيه حكومة ﴾ .

أما الذى فيه توقيت فهو الذى نص النبى صلى الله عليه وسلم على أرشه وبين قدر ديته كقوله : « فى الأنف الدية وفى اللسان الدية » . وقد ذكرناه ، وأما نظيره فهو ما كان فى معناه ومقيساً عليه كالأليتين والثديين والحاجبين . وقد ذكرنا ذلك أيضاً فما لم يكن من الموقت . ولا مما يمكن قياسه عليه كالشجاج التى دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام المذكورة . فليس فيه إلا الحكومة .

---

(١) فى ٢٩ : يوجبان الشين .

٧٠٠٩ مســـــألة

قال : ﴿ والحـكومةأن يقوم المجنى عليه كأنه عبد لاجناية به ، ثم يقوم وهى به قد برأت ، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية ، كأن تـكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة ، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيـكون فيه عشر ديته ﴾ .

هذا الذى ذكره الخرقى رحمه الله فى تفسير الحـكومة قول أهل العلم كلهم ، لانعلم بينهم فيه خلافاً . وبه قال الشافعى ، والعنبرى ، وأصحاب الرأى ، وغيرهم ، وقال ابن المنذر . كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرىأن معنى قولهم حكومة : أن يقال إذا أصيب الإنسان بجرحلاعقل له معلوم : كم قيمة هذاالمجروح لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح؟ فإذا قيل : مائة دينار ، قيل : وكم قيمته . وقد أصابه هذا الجرحوانتهى برؤه ؟ [فإن قيل] قيل : خمسة وتسعون . فالذى يجب على الجـانى نصف عشر الدية . وإن قالوا : تسعون فعشر الدية . وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال . وإنما كان كذلك ، لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها . كما أن المبيع لما كان مضموناً على البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدراً من الثمن . فيقال : كم قيمته لاعيب فيه ؟ فقالوا : عشرة فيقال : كم قيمته وفيه العيب ؟ فإذا قيل : تسعة ، علم أنه نقص عشر قيمته ، فيجب أن ترد من الثمن عشر ، أى قدر كان ، ونقدره عبداً ليمـكن تقويمه ونجعل العبد أصلا للحر فيما لا توقيت فيه ، والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت .

٧٠١٠ مســـــألة

قال : ﴿ وعلى هذا مازاد من الحـكومة أو نقص إلا أن تـكون الجناية فى رأس أو وجه فيـكون أسهل مما وقت فيه ، فلا يجاوز به أرش الموقت ﴾ .

يعنى لو نقصته الجناية أكثر من عشر قيمته لوجب أكثر من عشر ديتـه ولو نقصته أقل من العشر مثل أن نقصته نصف عشر قيمته لوجب نصف عشر ديته ، إلا إذا شجه دون الموضحة ، فبلغ أرش الجراح بالحـكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد ، فلو جرحه فى وجهه سمحاقاً . فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحـكومة وجوب عشر من الإبل ، ودية الموضحة خمس ، فههنا يعـلم غلط المقوم ، لأن الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع أنها سمحـاق ، وزيادة عليها ، فلأن لايجب فى بعضها زيادة على خمس أولى . وهذا قول أكثر أهل العلم . وبه يقول الشافعى ، وأصحاب الرأى . وحكى عن مالك : أنه يجب ماتخرجه الحـكومة كائناً ما كان لأنها جراحة لامقدر فيهـا . فوجب فيها مانقص كما لو كانت فى سائر البدن .

ولنـا : أنها بعض الموضحة ، لأنه لو أوضحه لقطع ماقطعته هذهالجراحة ، ولايجوز أن يجب فى بعض

الشيء أكثر مما يجب فيه ، ولأن الضرر في الموضحة أكثر ، والشين أعظم ، والمحل واحد ، فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيها على ألا يزيد مادونها عليها ، وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالأعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزاد جرح عظم على ديته .

مثاله جرح أنملة ، فبلغ أرشها بالحكومه خمساً من الإبل ، فإنه يرد إلى دية الأنملة . وإن جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفة ، ومالم يكن كذلك وجب ماأخرجته الحكومة لأن المحل مختلف ، فإن قيل : فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ، ووجب في منافع الانسان أكثر من الواجب فيه ؟ قلنا : إنما وجبت دية النفس عوضاً عن الروح وليست الأطراف بعضها بخلاف مسألتنا هذه ذكره القاضي ، ويحتمل كلام الخرقي أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه ، لقوله : إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فلا يجاوز به أرش الموقت .

٧٠١١ فصل

وإذا أخرجت الحكومه في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر أرش الموضحة أو زيادة عليه فظاهر كلام الخرقي أنه يجب أرش الموضحة ، وقال القاضي : يجب أن تنقص عنها شيئاً ، على حسب مايؤدي إليه الاجتهاد . وهذا مذهب الشافعي ، لئلا يجب في بعضها مايجب في جميعها ، ووجه قول الخرقي : أن مقتضى الدليل وجوب ماأخرجته الحكومة ، وإنما سقط الزائد على أرش الموضحة لمخالفته النص ، أو تنبيه النص ، ففيما لم يزد يجب البقاء على الأصل ، ولأن ماثبت بالتنبيه يجوز أن يساوى المنصوص عليه في الحكم ، ولا يلزم أن يزيد عليه ، كما أنه لما نص على وجوب فدية الأذى في حق المعذور ، ولم تلزم زيادتها في حق من لاعذر له ، ولا يمتنع أن يجب في البعض مايجب في الكل ، بدليل وجوب دية الأصابع ، مثل دية اليد كلها ، وفي حشفه الذكر مثل مافي جميعه . فإن قيل : هذا وجب بالتقدير الشرعي لابالتقويم . قلنا : إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه ، والاجتهاد المؤدي إليه .

وفي الجملة فالحكومة دليل ترك العمل بها في الزائد لمعنى مفقود في المساوي ، فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض . ثم وإن صح ماذكروه فينبغي أن ينقص أدنى ماتحصل به المساواة المحذورة ويجب الباقي عملا بالدليل الموجب له والله أعلم .

٧٠١٢ فصل

ولا يكون التقويم إلا بعد برء الجرح ، لأن أرش الجرح المقدر إنما يستقر بعد برئه ، فإن لم تنقصه الجناية شيئاً بعد البرء مثل أن قطع أصبعاً أو يداً زائدة أو قلع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك ، بل زاده حسناً

فلا شيء على الجاني ، لأن الحكومة لأجل جبر النقص ، ولا نقص ههنا ، فأشبه ما لو لطم وجهه فلم يؤثر وإن زادته الجناية حسناً فالجاني محسن بجنايته ، فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا ، وبط خراجاً ، ويحتمل أن يضمن ، قال القاضي : نص أحمد على هذا لأن هذا جزء مضمون فلم يَعْرَ عن ضمان ، كما لو أتلف مقدار الأرش ، فازداد به جمالا أو لم ينقصه شيئاً ، فعلى هذا يقوم في أقرب الأحوال إلى البرء ، لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم في أقرب الأحوال إليه ، كولد المغرور لما تعذر تقويمه في البطن ، قوم عند الوضع ، لأنه أقرب الأحوال التي أمكن تقويمه إلى كونه في البطن ، وإن لم ينقص في تلك الحال قوم والدم جار ، لأنه لابد من نقص للخوف عليه . ذكره القاضي ولأصحاب الشافعي وجهان كما ذكرنا .

وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال ينقصه ذهاب لحيته ، وإن أتلف سناً زائدة قوم وليس له سن ولا خلفها أصلية ، ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة ، فإن كانت المرأة إذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيراً وإن قدرناها ابن أربعين نقصها كثيراً قدرناها ابن عشرين ، لأنه أقرب الأحوال إلى حال المجني عليه ، فأشبه تقويم الجرح الذي لا ينقص بعد الاندمال فإنا نقومه في أقرب أحوال النقص إلى حال الاندمال ، والأول أصح إن شاء الله فإن هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبه الضرب ، وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم إنما هو تضمين الخوف عليه ، وقد زال ، فأشبه مالو لطمه فاصفر لونه حال اللطمة ، أو احمر ، ثم زال ذلك ، وتقدير المرأة رجلا لا يصح ، لأن اللحية زين للرجل ، وعيب فيها ، وتقدير مايعيب بما يزين لا يصح ، وكذلك تقدير السن في حالة يراد زوالها بحالة تكره . لا يجوز ، فإن الشيء يقدر بنظيره ، ويقاس على مثله لا على ضده ، ومن قال بهذا الوجه فإنما يوجب أدنى ما يمكن إيجابه ، وهو أقل نقص يمكن تقديره .

٧٠١٣ فصل

وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه ، لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة ، ولم يكن له حال ينقص فيها ، فلم يضمنه كما لو شتمه ، وإن سود وجهه أو خضره ضمنه بديته ، لأنه فوت الجمال على الكمال ، فضمنه بديته كما لو قطع أذني الأصم وأنف الأخشم . وقال الشافعي : ليس فيه إلا حكومة ، لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر . وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الأذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى وإن زال السواد رد ما أخذه لزوال سبب الضمان وإن زال بعضه وجبت فيه حكومة ، ورد الباقي ، وإن صفّر وجهه أو حمّره ففيه حكومة ، لأن الجمال لم يذهب على الكمال ، وهذا يشبه مالو سود سنه أو غير لونه على ماذكرنا من التفصيل فيها .

٧٠١٤ مسألة

قال : ﴿ وإن كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر ففيه مانقصه بعد التئام الجرح ﴾

وإن كان فيما جنى عليه شيء موقت في الحر فهو موقت في العبـد ، ففي يده نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته ، نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر ، وهكذا الأمة ﴾ .

وجملته : أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لأن الواجب إنما وجب جبراً لما فات بالجناية[1] ، ولا ينجبر إلا بإيجاب مانقص من القيمة ، فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ، ولا يجب زيادة على ذلك ، لأن حق المجني عليه قد انجبر ، فلا يجب له زيادة على مافوته الجاني عليه ، هـذا هو الأصل ، ولا نعلم فيـه خلافاً فيما ليس فيه مقدر شرعي ، فإن كان الفائت بالجناية مؤقتاً في الحر كيده وموضحته ، ففيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : أن فيـه أيضاً مانقصه بالغاً مابلغ ، وذكر أبو الخطاب أن هـذا اختيار الخلال ، وروى الميموني عن أحمد أنه قال : إنما يأخذ قيمة مانقص منه على قول ابن عباس ، وروى هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته ، لأن ضمانه ضمان الأموال ، فيجب فيه مانقص كالبهائم ، ولأن ماضمن بالقيمة بالغاً مابلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الأموال ، ولأن مقتضى الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه في ضمان بقيته بالدية المؤقتة ، ففي العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل ، وظاهر المذهب أن ما كان موقتاً في الحر فهو موقت في العبد ، ففي يده أو عينه أو أذنه أو شفته نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عشر قيمته ، وما أوجب الدية في الحر كالأنف واللسان واليدين والرجلين والعينين والأذنين أوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه ، روى هذا عن علي رضي الله عنه ، وروى نحوه عن سعيد بن المسيب ، وبه قال ابن سيرين ، وعمر بن عبد العزيز ، والشافعي ، والثوري ، وبه قال أبو حنيفة . قال أحمد : هذا قول سعيد بن المسيب .

وقال آخرون : ماأصيب به العبد فهو على مانقص من قيمته ، والظاهر أن هذا لو كان قول علي لما احتج أحمد فيه إلا به ، دون غيره ، إلا أن أبا حنيفة والثوري قالا : ماأوجب الدية من الحر يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملـكا للجاني ، وبين ألا يضمنه شيئاً ، لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد ، وروى عن إياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمـداً أو فقأ عينه هو له ، وعليه ثمنه .

ووجه هذه الرواية : قول علي رضي الله عنه ، ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً ، ولأنه آدمي يضمن بالقصاص والـكفارة فـكان في أطرافه مقدر كالحر ، ولأن أطرافه فيها مقدر من الحر ، فـكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك ، وما وجب في شجاجه مقدر وجب في أطرافه مقدر كالحر ، وعلى أبي حنيفة قول علي ، ولأن

---

(١) في ١٨ لما فوتت الجناية .

هذه الأعضاء فيها مقـدر فوجب ذلك فيهما مع بقاء ملك السيد فى العبد كاليد الواحـدة وسائر الأعضاء ، ولأن من ضمنت يده بمقدر ضمنت يداه بمثليه من غير أن يملـكه كالحر . وقولهم : إنه اجتمع البدل والمبدل لواحد ليس بصحيح ، لأن القيمة ههنا بدل العضو وحده ، ولو كان بدلا عن الجملة لـكان بدل اليد الواحدة بدلا عن نصفه ، وبدل تسع أصابع بدلا عن تسعة أعشاره ، والأمر بخلافه ، والأمة مثل العبد فى ذلك إلا أنها تشبه بالحرة وإذا بلغت ثلث قيمتها احتمل أن جنايتها ترد إلى النصف ، فيـكون فى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار قيمتها ، وفى أربعـة أصابع خمسها ، كما أن المرأة تساوى الرجل فى الجراح إلى ثلث ديتها ، فإذا بلغت الثلث ردت إلى النصف ، والأمة امرأة ، فيـكون أرشها من قيمتها كأرش الحرة . ويحتمل ألا يرد إلى النصف ، لأن ذلك فى الحرة على خلاف الأصل ، لـكون الأصل زيادة الأرش بزيادة الجناية وأنه كلما زاد نقصها وضررها زاد فى ضمانها ؟ فإذا خولف هذا فى الحرة بقينا فى الأمة على وفق الأصل .

٧٠١٥ فصـــــل

وإذا جنى على العبـد فى رأس أو وجـه دون الموضحة فنقصته أكثر من أرشها وجب ما نقصته ، ويحتمل أن يرد إلى نصف عشر قيمته كالحر إذا زاد أرش شجته التى دون الموضحة على نصف عشر ديته ، والأول أولى ، لأن هذه جراحة لا موقت فيها ، فـكان الواجب فيها ما نقص ، كما لو كانت فى غير رأسه ، ولأن الأصل وجوب ما نقص خولف فى المقدر ففى هذا يبقى على الأصل .

٧٠١٦ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كان المقتول خنثى مشكلا ففيه نصف دية ذكر ، ونصف دية أنثى ﴾ .

وهذا قول أصحاب الرأى . وقال الشافعى الواجب دية أنثى ، لأنها اليقين فلا يجب الزائد بالشك ، ولنا أنه يحتمل الذكورية والأنوثية احتمالا واحداً وقد يئسنا من انـكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين .

٧٠١٧ فصـــــل

فأما جراحه فما لم يبلغ ثلث الدية ففيه دية جرح الذكر ، لاستواء الذكر والأنثى فى ذلك ، وإن زاد على الثلث مثل أن قطع يده ففيه ثلاثة أرباع دية يد الذكر ، سبعة وثلاثون بعيراً ونصف ، ويقاد به الذكر والأنثى ، لأنهما لا يختلفان فى القود ، ويقاد هو بكل واحد منهما .

٧٠١٨ مســـــألة

قال : ﴿ وإن كان المجنى عليه نصفه حر ونصفه عبد فلا قود ، وعلى الجانى إن كان عمداً نصف دية حر ونصف قيمته ، وهكذا فى جراحه وإن كان خطأ فعليه نصف قيمته ، وعلى عاقلته نصف الدية ﴾ .

يعنى لاقود على قاتله إذا كان نصفه حراً ، لأنه ناقص بالرق ، فلم يقتل به الحر كالو كان كله رقيقاً ، وإن كان قاتله عبداً قتل به ، لأنه أ كمل من الجانى ، وإن كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وإن كانت الحرية فى القاتل أ كثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما ، وفى ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ، ونصف قيمته إذا كان عمداً ، لأن العاقلة لاتحمل العمد ، وإن كان خطأ ففى ماله نصف قيمته ، لأن العاقلة لاتحمل العبد وعلى عاقلته نصف الدية ، لأنها دية حر فى الخطأ ، والعاقلة تحمل ذلك . وهكذا الحكم فى جراحه إذا كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية ، مثل أن يقطع أنفه أو يديه ، وإن قطع إحدى يديه فعقل جميعها على الجانى فى ماله ، لأن عليه نصف دية اليد ، وهو ربع ديته ، لأجل حرية نصفه ، وذلك دون ثلث الدية ، وعليه ربع قيمته .

٧٠١٩ فصل

ودية الأعضاء كدية النفس ، فإن كان الواجب من الذهب أو الورق لم يختلف بعمد ولا خطأ ، وإن كان من الإبل وجب فى العمد أرباعاً على إحدى الروايتين ، وفى الأخرى يجب خمس وعشر منها حقاق وخمس وعشر جذاع ، وخمساها خلفات ، وفى الخطأ يجب أخماساً ، فإن لم يمكن مثل أن يوضحه عمداً ، فإنه يجب أربعة أرباعاً والخامس من أحد الأجناس الأربعة قيمته ربع قيمة الأربع ، وإن قلنا بالرواية الأخرى وجب خلفتان وحقة وجذعة وبعير قيمته نصف قيمة حقة ، ونصف قيمة جذعة .

وإن كان خطأ وجب الخمس من الأجناس الخمسة ، من كل جنس بعير ، وإن كان الواجب دية أنملة وقلنا يجب من ثلاثة أجناس وجب بعير وثلث من الخلفات وحقة وجذعة . وإن قلنا أرباعاً وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيمة الأربعة وثلثها ، وإن كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس وعند أصحابنا قيمة كل بعير مائة وعشرون درهماً أو عشرة دنانير ، ولا فائدة فى تعيين أسنانها ، فإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهم مثل أن كانت العشرة دنانير تساوى مائة درهم فقياس قولهم إنه إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجنى عليه قبوله لأنه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فيلزمه قبول مايساويها ، والله أعلم .

باب القسامة

القسامة مصدر أقسم قسما وقسامة . ومعناه : حلف حلفاً . والمراد بالقسامة ههنا : الأيمان المكررة فى دعوى القتل . قال القاضى : هى الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة . قال : وأهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون ، سموا باسم المصدر ، كما يقال رجل زور وعدل ورضى . وأى الأمرين كان فهو من القسم الذى هو الحلف .

والأصل فى القسامة ماروى يحيى بن سعيد الأنصارى عن بشير بن يسار عن سهل بن أبى حَثْمَةَ

ورافع بن خَديج « أن مُحَيِّصَة بن مسعود ، وعبد الله بن سهل انطلقا إلى خيـبر ، فتفرقا في النخيل فقتل عبد الله بن سهل ، فاتهموا اليهود ، فجاء أخوه عبدالرحمن ، وابنا عمه حُوَيِّصَة ومُحَيِّصة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فتكلم عبد الرحمن في أمر أخيه وهو أصغرهم ، فقال النبي صلى الله عليـه وسلم : « كَبِّرْ[١] الـكُبْرَ[٢] أو قال : ليبـدأ الأكبر ـ فتـكلما في أمر صاحبهما ، فقال النبي صلى الله عليـه وسلم : يقسم خمسون منكم على رجل منهم ، فيدفـع إليكم[٣] برُمَّتِه . فقالوا : أمر لم نشهده ، كيف نحلف ؟ قال : فتُبْرِئُكُم يهودُ بأيْمَانِ خمسين منهم . قالوا : يارسول الله قوم كفار ضـلال . قال فوداه[٤] رسول الله صلى الله عليـه وسلم من قبله . قال سهل ، فدخلت[٥] مِرْبَداً لهم فركَضتْـنِي ناقةٌ من تلك الإبل » . متفق عليه .

٧٠٢٠ مســـألة

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ إذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لاعداوة بينهم ، ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها ﴾ .

الـكلام في هذه المسألة في فصلين :

٧٠٢١ الأول

في أنه إذا وجد قتيل في موضع فادعى أولياؤه قتله على رجل أو جماعة ، ولم تـكن بينهم عداوة ، ولا لوث فهي كسائر الدعاوى ، إن كانت لهم بينة حكم لهم بها ، وإلا فالقول قول المنـكر . وبهـذا قال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة ، وأصحابه : إذا ادعى أولياؤه قتله على أهل المحلة أو على معين فللولي أن يختار من الموضع خمسين رجلا يحلفون خمسين يميناً ، والله ماقتلناه ، ولا علمنا قاتله . فإن

---

(١) في ٢٩ : كبر ، كبر .

(٢) وردت روايات بألفاظ مختلفة في صحيح مسلم في ج ٣ ص ١٢٩١ « فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : كبر (الـكبر في السن) ، والـكبر منصوب بإضمار يريد ونحوها ، وفي ص ١٢٩٤ رواية بلفظ « كبر الـكبر أو قال يبدأ الا كبر ، وفي ص ١٢٩٤ رواية بلفظ (كبر كبر) بصيغة الأمر فيهما ، والثاني توكيد للأول . (ف)

(٣) أي يسلم إليكم بحبله الذي شد به لئلا يهرب ، قال في المصباح ص ٣٦٨ « الرمة بالضم القطعـة من الحبل . وأخذت الشيء برمته أي جميعه وأصله أن رجلا باع بعيراً وفي عنقه حبل فقيل ادفعه برمته ثم صار كالمثل في كل مالا ينقص ولا يؤخذ منه شيء (ف)

(٤) وداه : دفع ديته (ف)

(٥) المربد : الموضع الذي يجتمع فيه الابل وتحبس ، والربد : الحبس ومعنى ركضتني رفستني ، ومقصود (سهل) بهذا أنه ضبط الحديث وحفظه جيداً (ف)

نقصوا عن الخمسين كررت الأيمان عليهم حتى تتم ، فإذا حلفوا وجبت الدية على باقى الخطة ، فإن لم يكن وجبت على سكان الموضع . فإن لم يحلفوا حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا ، لما روى أن رجلا وجد قتيلا بين حيين فحلفهم عمر رضى الله عنه خمسين يميناً ، وقضى بالدية على أقربهما ، يعنى أقرب الحيين فقالوا : والله ماوقت أيماننا أموالنا ولا أموالنا أيماننا ، فقال عمر[1] : حقنتم بأموالكم دماءكم .

ولنا حديث عبد الله بن سهل ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم[2] وقول النبى صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . ولأنّ الأصل فى المدعى عليه براءة ذمته ، ولم يظهر كذبه فكان القول قوله ، كسائر الدعاوى ، ولأنه مدعى عليه ، فلم تلزمه اليمين والغرم كسائر الدعاوى . وقول النبى صلى الله عليه وسلم أولى من قول عمر ، وأحق بالاتباع ، ثم قصة عمر يحتمل أنهم اعترفوا بالقتل خطأ ، وأنكروا العمد ، فأحلفوا على العمد ، ثم إنهم لا يعملون بخبر النبى صلى الله عليه وسلم المخالف للأصول ، وقد صاروا هاهنا إلى ظاهر قول عمر المخالف للأصول ، وهو إيجاب الأيمان على غير المدعى عليه ، وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم والجمع بين تحليفهم وتغريمهم وحبسهم على الأيمان ، قال ابن المنذر : سن النبى صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، وسن القسامة فى القتيل الذى وجد بخيبر ، وقول أصحاب الرأى خارج عن هذه السنن .

٧٠٢٢ فصل

ولا تسمع الدعوى على غير معين ، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم لم تسمع الدعوى وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : تسمع ويستحلف خمسون منهم ، لأن الأنصار ادعوا القتل على يهود خيبر ، ولم يعينوا القاتل ، فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم دعواهم .

ولنا : أنها دعوى فى حق ، فلم تسمع على غير معين ، كسائر الدعاوى ، فأما الخبر فإن دعوى الأنصار التى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لم تكن الدعوى التى بين الخصمين المختلف فيها ، فإن تلك من شرطها حضور المدعى عليه عندهم ، أو تعذر حضوره عندنا ، وقد بين النبى صلى الله عليه وسلم أن الدعوى

---

(١) أخرجه البيهقى فى المعرفة عن الشافعى بسنده إلى الشعبى عن عمر (ف)

(٢) ذكره المؤلف بلفظ وبعد ذلك قريباً بلفظ آخر ولفظ مسلم كما فى ج ٣ ص ١٣٣٦ عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ، لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه (ف)

لاتصح إلا على واحد بقوله : « تقسمون على رجـل منهم فيدفع إليكم برمته » ، وفى هذا بيان أن الدعوى لاتصح على غير معين .

٧٠٢٣ فصـــــل

فأما إن ادعى القتل من غير وجود قتل ، ولا عداوة فحكمها حكم سائر الدعاوى فى اشتراط تعيين المدعى عليه ، وأن القول قوله لانعلم فيه خلافاً .

٧٠٢٤ الفصل الثانى

أنه إذا ادعى القتل ، ولم تكن عدواة ، ولا لوث ففيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : لايحلف المدعى عليه ، ولا يحكم عليه بشىء ، ويخلى سبيله هذا الذى ذكره الخرقى هاهنا ، وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمداً ، لأنها دعوى فيما لايجوز بذله ، فلم يستحلف فيها كالحدود ، ولأنه لايقضى فى هذه الدعوى بالنكول ، فلم يستحلف فيها كالحدود .

والثانية ، يستحلف ، وهو الصحيح ، وهو قول الشافعى ، لعموم قوله عليه السلام : « اليمين على المدعى عليه » ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » ظاهر فى إيجاب اليمين هاهنا لوجهين :

أحدهما : عموم اللفظ فيه .

والثانى : أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكره فى صدر الخبر ، بقوله : « لادعى قوم دماء رجال وأموالهم - ثم عقبه بقوله - ولكن اليمين على المدعى عليه » فيعود إلى المدعى عليه المذكور فى الحديث ولا يجوز إخراجه منه إلا بدليل أقوى منه ، ولأنها دعوى فى حق آدمى فيستحلف فيها كدعوى المال ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها فتجب اليمين فيها كالأصل المذكور .

إذا ثبت هذا فالمشروع يمين واحدة . وعن أحمد : أنه يشرع خمسون يميناً ، لأنها دعوى فى القتل ، فكان المشروع فيها خمسون[1] يميناً ، كما لو كان بينهم لوث ، وللشافعى قولان فى هذا كالروايتين .

ولنا : أن قوله عليه السلام : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . ظاهر فى أنها يمين واحدة من وجهين .

---

(١) فى طبعة رشيد (خمسون) فى ج ١٠ ص ٦ ومثله كما فى طبعة الفقى ج ٨ ص ٦٧ والصواب (خمسين) بالنصب خبر (كان) وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٧ (فيشرع فيها خمسون يميناً) بدون (كان) وبيناء الفعل للمجهول . (ف)

أحدها : أنه وحد اليمين فينصرف إلى واحدة . والثانى : أنه لم يفرق فى اليمين المشروعة ، فيدل على التسوية بين المشروعة فى الدم والمال ، ولأنها يمين يعضدها الظاهر والأصل ، فلم تغلظ كسائر الأيمان ، ولأنها يمين مشروعة فى جنبة المدعى عليه ابتداء ، فلم تغلظ بالتكرير كسائر الأيمان ، وبهذا فارق ما ذكروه .

فإن نكل المدعى عليه عن اليمين لم يجب القصاص بغير خلاف فى المذهب ، وقال أصحاب الشافعى : إن نكل المدعى عليه ردت اليمين على المدعى ، فحلف خمسين يميناً واستحق القصاص إن كانت الدعوى عمداً ، والدية[1] إن كانت موجبة للقتل ، لأن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة أو الإقرار والقصاص يجب بكل واحد منهما .

ولنا : أن القتل لم يثبت ببينة ولا إقرار ، ولم يعضده لوث ، فلم يجب القصاص كما لو لم ينكل . ولا يصح إلحاق الأيمان مع النكول ببينة ولا إقرار ، لأنها أضعف منها ، بدليل أنه لا يشرع إلا عند عدمهما ، فيكون بدلا عنهما ، والبدل أضعف من المبدل ، ولا يلزم من ثبوت الحكم بالأقوى ثبوته بالأضعف ، ولا يلزم من وجوب الدية وجوب القصاص ، لأنه لا يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولا بالشاهد واليمين ، ويحتاط له ، ويدرأ بالشبهات ، والدية بخلافه .

فأما الدية فتثبت بالنكول عند من يثبت المال به أو ترد اليمين على المدعى فيحلف يميناً واحدة ، ويستحقها كما لو كانت الدعوى فى مال والله أعلم .

٧٠٢٥ مسألة

قال : ﴿ فإن كان بينهم عداوة ولوث فادعى أولياؤه على واحد حلف الأولياء على قاتله خمسين يميناً ، واستحقوا دمه ، إذا كانت الدعوى عمداً ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٧٠٢٦ الأول

فى اللوث المشترط فى القسامة . واختلفت الرواية عن أحمد فيه ، فروى عنه أن اللوث هو : العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعى عليه ، كنحو ما بين الأنصار ويهود خيبر ، وما بين القبائل والأحياء . وأهل القرى الذين بينهم الدماء والحروب ، وما بين أهل العدل وما بين الشرطة واللصوص ، وكل من بينه

---

(١) (والدية) بالواو فى طبعة رشيد ج ١٠ ص ٧ المغنى ج ٨ ص ٦٧ وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٨ (أو الدية إن كانت الدعوى عمداً موجباً للقتل). (ف)

وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله ، نقل مهنا عن أحمد فيمن وجد قتيلا في المسجد الحرام ينظر من بينه وبينه في حياته شيء ، يعني ضغناً ، يؤخذون به ، ولم يذكر القاضي في اللوث غير العداوة ، إلا أنه قال في الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيل ، فاللوث على الطائفة[1] واللوث على طائفة القتيل .

إذا ثبت هذا فإنه لايشترط مع العداوة ألا يكون في الموضع الذى به القتيل غير العدو ، نص عليه أحمد في رواية مهنا التي ذكرناها ، وكلام الخرقي يدل عليه أيضاً ، واشترط القاضي أن لايوجد القتيل في موضع عدو لايختلط بهم غيرهم ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن الأنصاري قتل في خيبر ، ولم يكن فيها إلا اليهود ، وجميعهم أعداء ، ولأنه متى اختلط بهم غيرهم احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير . ثم ناقض القاضي قوله ، فقال في قوم ازدحموا في مضيق فافترقوا عن قتيل : إن كان في القوم من بينه وبينهم عداوة وأمكن أن يكون هو قتله لكونه بقربه فهو لوث ، فجعل العداوة لوثاً ، مع وجود غير العدو .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار هل كان بخيبر غير اليهود أم لا ، مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها ، لأنها كانت أملاكا للمسلمين يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها ، وعمارتها ، والاطلاع عليها ، والامتيار[2] منها ، ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها ، وقول الأنصار : ليس لنا بخيبر عدو إلا يهود يدل على أنه قد كان بها غيرهم ، ممن ليس بعدو ، ولأن اشتراكهم في العداوة لايمنع من وجود اللوث في حق واحد وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره في احتمال قتله ، فلأن يمنع ذلك وجود من يبعد منه القتل أولى . وماذكروه من الاحتمال لاينفي اللوث ، فإن اللوث لايشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه ، ولا ينافيه الاحتمال ، ولو تيقن القتل من المدعى عليه لما احتيج إلى الأيمان ، ولو اشترط نفي الاحتمال لما صحت الدعوى على واحد من جماعة ، لأنه يحتمل أن القاتل غيره ، ولا على الجماعة كلهم ، لأنه يحتمل أن لا يشترك الجميع في قتله .

والرواية الثانية : عن أحمد أن اللوث مايغلب على الظن صدق المدعي ، وذلك من وجوه :

أحدها : العداوة المذكورة .

---

(١) هكذا في النسخ لكن لفظ الشرح الكبير ج ١٠ ص ٩ « ولم يذكر القاضي في اللوث غير العداوة إلا أنه قد قال في الفريقين يقتتلان فينكشفون عن قتيل فاللوث على الطائفة التي القتيل من غيرها سواء كان القتال بالتحام أو مراماة بالسهام، وإن لم تبلغ السهام فاللوث على طائفة القتيل إذا ثبت هذا. الخ» ومنه يتبين مافي نسخ المغني من سقط . (ف)

(٢) الامتيار : طلب الميرة ، وهي مايحتاج إليه الإنسان من طعام وغيره .

والثانى : أن تتفرق جماعة عن قتيل ، فيكون ذلك لوثاً فى حق كل واحد منهم ، فإن ادعى الولى على واحد فأنكر كونه مع الجماعة فالقول قوله مع يمينه ، ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الأصل عدم ذلك إلا أن يثبت ببينة .

الثالث : أن يزدحم الناس فى مضيق ، فيوجد فيهم قتيل ، فظاهر كلام أحمد . أن هذا ليس بلوث فإنه قال فيمن مات بالزحام يوم الجمعة : فديته فى بيت المال ، وهذا قول إسحاق ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، فإن سعيد روى فى سننه عن إبراهيم قال : قتل رجل فى زحام الناس بعرفة ، فجاء أهله إلى عمر ، فقال : بينتكم على من قتله ، فقال على : يا أمير المؤمنين لايطل دم امرىء مسلم ، إن علمت قاتله وإلا فأعطه ديته من بيت المال ، قال أحمد فيمن وجد مقتولا فى المسجد الحرام : ينظر من كان بينه وبينه شىء فى حياته يعنى عداوة يؤخذون ، فلم يجعل الحضور لوثاً . وإنما جعل اللوث العداوة ، وقال الحسن والزهرى فيمن مات فى الزحام : ديته على من حضر ، لأن قتله حصل منهم . وقال مالك : دمه هدر ، لأنه لا يعلم له قاتل ، ولا وجد لوث فيحكم بالقسامة .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إليه فى رجل وجد قتيلا لم يعرف قاتله ، فكتب إليهم : إن من القضايا قضايا لايحكم فيها إلا فى الدار الآخرة ، وهذا منها .

الرابع : أن يوجد قتيل لايوجد بقربه إلا رجل معه سيف أو سكين ملطخ بالدم ، ولا يوجد غيره ممن يغلب على الظن أنه قتله ، مثل أن يرى رجلا هارباً يحتمل أنه القاتل ، أو سبعاً يحتمل ذلك فيه .

الخامس : أن يقتتل فئتان فيفترقون عن قتيل من إحداهما ، فاللوث على الأخرى ، ذكره القاضى . فإن كانوا بحيث لاتصل سهام بعضهم بعضاً فاللوث على طائفة القتيل . هذا قول الشافعى .

وروى عن أحمد : أن عقل القتيل على الذين نازعوهم فيما إذ اقتتلت الفئتان إلا أن يدعوا على واحد بعينه ، وهذا قول مالك ، وقال ابن أبى ليلى ، على الفريقين جميعاً ، لأنه يحتمل أنه مات من فعل أصحابه فاستوى الجميع فيه ، وعن أحمد فى قوم اقتتلوا فقتل بعضهم وجرح بعضهم . فدية المقتولين على المجروحين تسقط منها دية الجراح ، وإن كان فيهم من لاجرح فيه فهل عليه من الديات شىء ؟ على وجهين ذكرهما ابن حامد .

السادس : أن يشهد بالقتل عبيد ونساء ، فهذا فيه عن أحمد روايتان :

إحداهما : أنه لوث ، لأنه يغلب على الظن صدق المدعى فى دعواه فأشبه العداوة .

والثانية : ليس بلوث ، لأنهما شهادة مردودة فلم تكن لوثاً كما لو شهد به كفار ، وإن شهد به فساق أو صبيان فهل يكون لوثاً ؟ على وجهين :

أحدهما : ليس بلوث ، لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم ، فلا يثبت اللوث بها كشهادة الأطفال والمجانين .

والثانى : يثبت بها اللوث ، لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى ، فأشبه شهادة النساء والعبيد وقول الصبيان معتبر فى الإذن فى دخول الدار ، وقبول الهدية ، ونحوها . وهذا مذهب الشافعى . ويعتبر أن يجىء الصبيان متفرقين لئلا يتطرق إليهم التواطؤ على الكذب .

فهذه الوجوه قد ذكر عن أحمد أنها لوث ، لأنها يغلب على الظن صدق المدعى ، أشبهت العداوة .

وروى أن هذا ليس بلوث ، وهو ظاهر كلامه فى الذى قتل فى الزحام لأن اللوث إنما يثبت بالعداوة بقضية الأنصارى القتيل بخيبر ، ولا يجوز القياس ، لأن الحكم ثبت بالمظنة ، ولا يجوز القياس فى المظان ، لأن الحكم إنما يتعدى بتعدى سببه ، والقياس فى المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف وتتخبط ولا تنضبط وتختلف باختلاف القرائن والأحوال والأشخاص ، فلا يمكن ربط الحكم بها ، ولا تعديته بتعديها ، ولأنه يعتبر فى التعدية والقياس التساوى بين الأصل والفرع فى المقتضى ، ولا سبيل إلى يقين[1] التساوى بين الظنين مع كثرة الاحتمالات ، وترددها ، فعلى هذه الرواية : حكم هذه الصور حكم غيرها مما لا لوث فيه .

٧٠٢٧ فصل

وإن شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين ، لم تثبت هذه الشهادة ، ولم يكن لوثاً عند أحد علمائنا ، قوله وإن شهد أن هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين ، أو شهد أحدهما أن هذا قتله ، وشهد الآخر أنه أقر بقتله ، أو شهد أحدهما أن هذا قتله بسيف ، وشهد الآخر أنه قتله بسكين ، لم تثبت الشهادة ، ولم يكن لوثاً . هذا قول القاضى ، واختياره . والمنصوص عن أحمد فيما إذا شهد أحدهما بقتله والآخر بالإقرار بقتله أنه يثبت القتل . واختار أبو بكر ثبوت القتل ههنا . وفيما إذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف ، وشهد الآخر أنه قتله بسكين ، لأنهما اتفقا على القتل ، واختلفا فى صفته ، وقال الشافعى : هو لوث فى هذه الصورة ، فى أحد القولين ، وفى الصورتين اللتين قبلها هو لوث ، لأنها شهادة يغلب على الظن صدق المدعى ، أشبهت شهادة النساء والعبيد . ولنا أنها شهادة مردودة للاختلاف فيها ، فلم يكن لوثاً كالصورة الأولى .

٧٠٢٨ فصل

وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وعن أحمد : أنه شرط

---

(١) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٣ « ولا سبيل إلى تغير التساوى بين الظنين » ولعل الأصل « ولا سبيل إلى يقين للتساوى بين الظنين » .

وهذا قول حماد وأبي حنيفة والثوري ، لأنه إذا لم يكن به أثر احتمل أنه مات حتف أنفه .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل الأنصار : هل كان بقتيلهم أثر أو لا ؟ ولأن القتل يحصل بما لا أثر له ، كغم الوجه ، والخنق ، وعصر الخصيتين ، وضربة الفؤاد ، فأشبه من به أثر ، ومن به أثر قد يموت حتف أنفه ، لسقطته ، أو صرعته ، أو بقتل نفسه ، فعلى قول من اعتبر الأثر إن خرجُ الدم من أذنه فهو لوث ، لأنه لا يكون إلا بالخنق له ، أو أمر أصيب به ، وإن خرج من أنفه فهل يكون لوثاً ؟ على وجهين .

٧٠٢٩ الفصل الثاني

أن القسامة لا تثبت ما لم يتفق الأولياء على الدعوى ، فإن كذب بعضهم بعضاً ، فقال أحدهم : قتله هذا ، وقال الآخر : لم يقتله هذا ، أو قال : بل قتله هذا الآخر ، لم تثبت القسامة ، نص عليه أحمد ، وسواء كان المكذب عدلاً أو فاسقاً . وذكر عن الشافعي : أن القسامة لا تبطل بتكذيب الفاسق ، لأن قوله غير مقبول .

ولنا : أنه مقر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه أخوه ، فقبل كما لو ادعى ديناً لهما ، وإنما يقبل قوله على غيره ، فأما على نفسه فهو كالعدل ، لأنه لا يتهم في حقها ، فأما إن لم يكذبه ، ولم يوافقه في الدعوى مثل أن قال أحدهما قتله هذا ، وقال الآخر : لا نعلم قاتله ، فظاهر كلام الخرقي أن القسامة لا تثبت ، لاشتراطه ادعاء الأولياء على واحد ، وهذا قول مالك ، وكذلك إن كان أحد الوليين غائباً فادعى الحاضر دون الغائب ، أو ادعيا جميعاً على واحد ، ونكل أحدهما عن الأيمان ، لم يثبت القتل في قياس قول الخرقي ومقتضى قول أبي بكر والقاضي ثبوت القسامة ، وكذلك مذهب الشافعي ، لأن أحدهما لم يكذب الآخر فلم تبطل القسامة ، كما لو كان أحد الوارثين امرأة أو صغيراً ، فعلى قولهم يحلف المدعي خمسين يميناً ، ويستحق نصف الدية ، لأن الأيمان هاهنا بمنزلة البينة ، ولا يثبت شيء من الحق إلا بعد كمال البينة ، فأشبه مالو ادعى أحدهما ديناً لأبيهما ، فإنه لا يستحق نصيبه من الدين إلا أن يقيم بينة كاملة وذكر أبو الخطاب فيما إذا كان أحدهما غائباً : أن الأول فيه وجهان :

أحدهما : أنه يحلف خمساً وعشرين يميناً ، وهذا قول ابن حامد ، لأن الأيمان مقسومة عليه وعلى أخيه ، بدليل مالو كانا حاضرين متفقين في الدعوى ، ولا يحلف الإنسان عن غيره ، فلا يلزمه أكثر من حصته ، فإذا حضر الغائب أقسم خمساً وعشرين يميناً وجهاً واحداً ، لأنه يبني على أيمان أخيه ، وذكر أبو بكر والقاضي في نظير هذه المسألة أن الأول يحلف خمسين يميناً .

وهل يحلف الثاني خمسين أو خمساً وعشرين ؟ على وجهين أحدهما يقول : يحلف خمسين لأنَّ أخاه لم يستحق إلاّ بخمسين فكذلك هو .

ولنا : أنهما لم يتفقا فى الدعوى ، فلم تثبت القسامة كما لو كذبه ، ولأن الحق فى محل الوفاق إنما يثبت بأيمانهما التى أقيمت مقام البينة ، ولا يجوز أن يقوم أحدهما مقام الآخر فى الأيمان ، كما فى سائر الدعاوى ، فعلى هذا إن قدم الغائب فوافق أخاه ، أو عاد من لم يعلم ، فقال : قد عرفته هو الذى عينه أخى، أقسما حينئذ ، وإن قال أحدهما : قتله هذا ، وقال الآخر : قتله هذا وفلان ، فعلى قول الخرقى لا تثبت القسامة ، لأنها لا تكون إلا على واحد ، وعلى قول غيره يحلفان على من اتفقا عليه ، ويستحقان نصف الدية ، ولا يجب القود ، لأنه إنما يجب فى الدعوى على واحد ، ويحلفان جميعاً على هذا الذى اتفقا عليه على حسب دعواهما ، ويستحقان نصف الدية ، ولا يجب أكثر من نصف الدية ، لأن أحدهما يكذب ، الآخر فى النصف الآخر ، فبقى اللوث فى حقه فى نصف الدم الذى اتفقا عليه ، ولم يثبت فى النصف الذى كذبه أخوه ، ولا يحلف الآخر على الآخر ، لأن أخاه كذبه فى دعواه عليه ، وإن قال أحدهما قتل أبى زيد وآخر لا أعرفه ، وقال الآخر : قتله عمرو وآخر لا أعرفه ، لم تثبت القسامة فى ظاهر قول الخرقى لأنها لا تكون إلا على واحد ، ولأنهما ما اتفقا فى الدعوى على واحد ، ولا يمكن أن يحلفا على من لم يتفقا فى الدعوى عليه ، والحق إنما ثبت فى محل الوفاق بأيمان الجميع ، فكيف يثبت فى الفرع بأيمان البعض ؟

وقال أبو بكر والقاضى : تثبت القسامة ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه ليس ههنا تكذيب فإنه يجوز أن يكون الذى جهله كل واحد منهما هو الذى عرفه أخوه فيحلف كل واحد منهما على الذى عينه خمسين يميناً ، ويستحق ربع الدية ، فإن عاد كل واحد منهما فقال : قد عرفت الذى جهله وهو الذى عينه أخى حلف أيضاً على الذى حلف عليه أخوه ، وأخذ منه ربع الدية ، ويحلف خمسا وعشرين يميناً ، لأنه يبنى على أيمان أخيه ، فلم يلزمه أكثر من خمس وعشرين كما لو عرفه ابتداء . وفيه وجه آخر : أنه يحلف خمسين يميناً ، لأن أخاه حلف خمسين يميناً ، وللشافعى فى هذا قولان كالوجهين .

ويجىء فى المسألة وجه آخر وهو : أن الأول لا يحلف أكثر من خمسة وعشرين يمينا ، لأنه إنما يحلف على ما يستحقه والذى يستحقه النصف ، فيكون عليه نصف الأيمان ، كما لو حلف أخوه معه ، وإن قال كل واحد منهما : الذى كنت جهلته غير الذى عينه أخى ، بطلت القسامة التى أقسماها ، لأن التكذيب يقدح فى اللوث ، فيرد كل واحد منهما ما أخذ من الدية ، وإن كذب أحدهما أخاه ولم يكذبه الآخر بطلت قسامة المكذب دون الذى لم يكذب .

٧٠٣٠ فصـــل

وإن قال الولى بعد القسامة غلطت ، ما هذا الذى قتله ، أو : ظلمته بدعواى القتل عليه ، أو قال :

كان هذا المدعى عليه فى بلد آخر يوم قتل وليى ، وكان بينهما بُعْد لايمكن أن يقتله إذا كان فيه بطلت القسامة ، ولزمه رد ماأخذه ، لأنه مقر على نفسه ، فقبل إقراره ، وإن قال : ما أخذته حرام ، سئل عن ذلك ، فإن قال : أردت أننى كذبت فى دعواى عليه ، بطلت قسامته أيضاً . وإن قال : أردت أن الأيمان تكون فى جنبة المدعى عليه كمذهب أبى حنيفة لم تبطل القسامة ، لأنها ثبتت باجتهاد الحاكم ، فيقدم على اعتقاده ، وإن قال : هذا مغصوب ، وأقر بمن غصب منه ، لزمه رده عليه ، ولا يقبل قوله على من أخذه منه ، لأن الإنسان لا يقبل إقراره على غيره . وإن لم يقربه لأحد لم ترفع يده عنه ، لأنه لم يتعين مستحقه . وإن اختلفا فى مراده بقوله فالقول قوله ، لأنه أعرف بقصده.

٧٠٣١ فصــــل

وإن أقام المدعى عليه بينة أنه كان يوم القتل فى بلد بعيد من بلد المقتول ، لايمكن مجيئه منه إليه فى يوم واحد ، بطلت الدعوى . وإن قالت البينة : نشهد أن فلاناً لم يقتله ، لم تسمع هذه الشهادة ، لأنه نفى مجرد ، فإن قالا : ماقتله فلان بل قتله فلان سمعت ، لأنها شهدت بإثبات تضمن النفى فسمعت كما لو قالت ماقتله فلان ، لأنه كان يوم القتل فى بلد بعيد .

٧٠٣٢ فصــــل

فإن جاء رجل فقال : ما قتله هـذا المدعى عليه ، بل أنا قتلته ، فكذبه الولى لم تبطل دعواه ، وله القسامة ، ولا يلزمه رد الدية إن كان أخذها ، لأنه قول واحد ، ولا يلزم المقر شىء ، لأنه أقر لمن يكذبه وإن صدقه الولى أو طالبه بموجب القتل لزمه رد ماأخذه ، وبطلت دعواه على الأول ، لأن ذلك جرى مجرى الإقرار ببطلان الدعوى ، وهل له مطالبة المقر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له مطالبته ، لأنه أقر له بحق ، فملك مطالبته به كسائر الحقوق .

والثانى : ليس له مطالبته ، لأن دعواه على الأول انفرادَه بالقتل إبراء لغيره ، فلا يملك مطالبة من أبرأه والمنصوص عن أحمد رحمه الله : أنه يسقط القود عنهما ، وله مطالبة الثانى بالدية ، فإنه قال فى رجل شهد عليه شاهدان بالقتل فأخذ ليقتاد منه فجاء رجل فقال : ماقتله هذا ، أنا قتلته : فالقود يسقط عنهما ، والدية على الثانى .

ووجه ذلك ماروى أن رجلا ذبح رجلا فى خربة وتركه وهرب ، وكان قصاب قد ذبح شاة وأراد ذبح أخرى فهربت منه إلى الخربة ، فتبعها حتى وقف على القتيل والسكين بيده ملطخة بالدم ، فأخذ على تلك الحال ، وجىء به إلى عمر رضى الله عنه ، فأمر بقتله فقال القاتل فى نفسه : ياويله ، قتلت نفساً ويقتل بسببى آخر ، فقام فقال : أنا قتلته ، ولم يقتله هذا ، فقال عمر : إن كان قد قتل نفساً فقد أحيا نفساً ، ودرأ

عنه القصاص ، ولأن الدعوى على الأول شبهة فى درء القصاص عن الثانى ، وتجب الدية عليه لإقراره بالقتل الموجب لها ، وهذا القول أصح وأعدل ، مع شهادة الأثر بصحته .

٧٠٣٣ الفصل الثالث

أن الأولياء إذا ادعوا القتل على من بينه وبين القتيل لوث شرعت اليمين فى حق المدعين أولا ، فيحلفون خمسين يميناً على المدعى عليه إنه قتله ، وثبت حقهم قِبَله ، فإن لم يحلفوا استحلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء ، وبهذا قال يحيى بن سعيد ، وربيعة ، وأبو الزناد ، ومالك ، والشافعى . وقال الحسن : يستحلف المدعى عليهم أولا خمسين يميناً ، ويبرءون ، وإن أبوا أن يحلفوا استحلف خمسون من المدعين أن حقنّا قبلكم ، ثم يعطون الدية ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه » . رواه مسلم ، وفى لفظ : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » . رواه الشافعى فى مسنده . وروى أبو داود بإسناده عن[1] سليمان بن يسار ، عن رجال من الأنصار : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم : « يحلف منكم خمسون رجــلا » ، فأبوا ، فقال للأنصار : « اسْتَحِقُّوا » قالوا : نحلف على الغَيْبِ يارسول الله ؟ فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم[2] على اليهود ، لأنه وجد بين أظهرهم ، ولأنها يمين فى دعوى ، فوجبت فى جانب المدعى عليه ابتداء كسائر الدعاوى وقال الشعبى ، والنخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى : يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة التى وجد فيها القتيل بالله ماقتلناه ، ولا علمنا [له] قاتلا ، ويغرمون الدية ، لقضاء عمر بذلك ، ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً وتكلموا فى حديث سهل بما روى أبو داود عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمى عن عبد الرحمن[3] ونجيد بن قبطى أحد بنى حارثة ، قال محمد بن إبراهيم : وأيم الله ما كان سهل بأعلم منه ، ولكنه كان أسن منه . قال : والله ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : احلفوا على مالا علم لكم به ، ولكنه كتب إلى يهود حين كلمته الأنصار : «إنه وجد بين أبياتكم قتيل فَدُوه »

---

(١) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٤٨٧ « عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار » (ف)

(٢) فى سنن أبى داود ، « فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود » (ف)

(٣) لفظ أبى داود كما فى سننه ج ٢ ص ٤٨٧ « ... عن محمد بن إبراهيم بن الحارث عن عبد الرحمن ابن بجيد قال : إن سهلا والله أوهم الحديث ، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى يهود : أنه قد وجد بين أظهركم قتيل فدوه ، فكتبوا يحلفون بالله خمسين يميناً : ماقتلناه ولا علمنا قتيلا . قال : فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده مائة ناقة » ومنه يعلم أن (عبد الرحمن ونجيد) كما فى المغنى طبعة رشيد ج ١٠ ص ١٩ والفقى ج ٨ ص ٧٦ - خطأ والصواب (عبد الرحمن بن بجيد) كذلك يعلم زيادة (ابن قيظى) أو (ابن قبطى) كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٩ ولا أصل لها فى أبى داود وهى خطأ والصواب (بجيد بن وهب) كما فى ذخائر المواريث ج ٢ ص ٢٢٢ وتقريب التهذيب ج ١ ص ٤٧٣ (ف)

فـكتبوا يحلفون بالله ماقتلوه ، ولا يعلمون له قاتلا ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده .

ولنا : حديث سهل ، وهو صحيح متفق عليه ، ورواه مالك فى موطئه ، وعمل به ، وما عارضه من الحديث لايصح لوجوه :

أحدها : أنه نفى ، فلا يرد به قول المثبت .

والثانى : أن سهلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليـه وسلم شاهد القصة وعرفها ، حتى أنه قال : ركضتنى ناقة من تلك الإبل ، والآخر يقول برأيه وظنه من غير أن يرويه عن أحد ولا حضر القصة .

والثالث : أن حديثنا مخرج فى الصحيحين متفق عليه ، وحديثهم بخلافه .

الرابع : أنهم لايعملون بحديثهم ولا حديثنا ، فـكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه ؟ وحديث سليمان بن يسار عن رجال من الأنصار ، ولم يذكر لهم صحبة ، فهو أدنى لهم من حديث محمد بن إبراهيم ، وقد خالف الحديثين جميعاً ، فـكيف يجوز أن يعتمد عليه ؟ وحديث « اليمين على المدعى عليه » لم ترد به هـذه القصة ، لأنه يدل على أن النـاس لايعطون بدعواهم ، وهنا قد أعطوا بدعواهم ، على أن حديثنا أخص منه ، فيجب تقديمه ، ثم هو حجة عليهم ، لـكون المدعين أعطوا بمجرد دعواهم من غـير بينة ، ولا يمين منهم ، وقد رواه ابن عبد البر بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على المدعى واليمين على من أنـكر إلا فى القسامة » . وهذه الزيادة يتعين العمل بها ، لأن الزيادة من الثقة مقبولة ، ولأنها أيمان مكررة ، فيبدأ فيها بأيمان المدعين كاللعان .

إذا ثبت هذا فإن أيمان القسامة خمسون مرددة على ماجاءت به الأحاديث الصحيحة ، وأجمع عليـه أهل العلم ، لانعلم أحداً خالف فيه .

٧٠٣٤ الفصل الرابع

أن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمداً إلا أن يمنع منـه مانع ، روى ذلك عن ابن الزبير ، وعن عمر بن عبد العزيز وبه قال مالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وعن معاوية ، وابن عباس ، والحسن ، وإسحاق : لاتجب بها الدية ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم لليهود : « إما أن تدوا صاحبكم ، وإما أن تؤذنوا بحرب من الله »[1] ، ولأن أيمان المدعين إنما هى بغلبة الظن ، وحكم الظاهر ، فلا يجوز إشاطة الدم بها ، لقيام الشبهة المتمكنة منها ، ولأنها حجة لايثبت بها النكاح ، ولا يجب بها القصاص كالشاهد واليمين ، وللشافعى قولان كالمذهبين .

(١) أخرجه أبو داود عن سهل بن أبى حثمة ج ٢ ص ٤٨٥ وفيه فـكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك (ف)

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيـدفع إليكم برمته » . وفى رواية مسلم : « فيسلم إليكم » . وفى لفظ : « وتستحقون[1] دم صاحبكم » فأراد دم القاتل ، لأن دم القتيل ثابت لهم قبل اليمين ـ والرمة : الحبل الذى يربط به من عليه القود ـ ولأنها حجة يثبت بها العمد ، فيجب بها القود كالبينة . وقد روى الأثرم بإسناده عن عامر الأحول أن النبي صلى الله عليـه وسلم أقاد بالقسامة الطائفة ، وهذا نص ، ولأن الشارع جعل القول قول المدعى مع يمينه احتياطاً للدم ، فإن لم يجب القود سقط هذا المعنى .

٧٠٣٥ مســـــألة

قال : ﴿ فإن لم يحلف المدعون حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرىء ﴾ .

هذا ظاهر المذهب . وبه قال يحيى بن سعيد الأنصارى ، وربيعة ، وأبو الزناد ، ومالك ، والليث ، والشافعى ، وأبو ثور ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد : أنهم يحلفون ويغرمون الدية ، لقضية عمر ، وخبر سليمان بن يسار ، وهو قول أصحاب الرأى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليـه وسلم : « فتبرئـكم[2] يهود بأيمان خمسين منهم » أى : يتبرءون منكم ، وفى لفظ قال : « فيحلفون خمسين يميناً ويبرءون من دمه » ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليـه وسلم لم يغرم اليهود ، وأنه أداها من عنده ، ولأنها أيمان مشروعة فى حق المدعى عليه ، فيبرأ بها كسائر الأيمان ، ولأن ذلك إعطاء بمجرد الدعوى ، فلم يجز للخبر ، ولمخالفة مقتضى الدليـل ، فإن قول الإنسان لا يقبل على غيره بمجرده كدعوى المال ، وسائر الحقوق ، ولأن فى ذلك جمعاً بين اليمين والغرم فلم يشرع كسائر الحقوق .

٧٠٣٦ مســـــألة

قال : ﴿ فإن لم يحلف المدعون ، ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال ﴾ .

يعنى : أدّى ديته ، لقضية عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر ، فأبى الأنصار أن يحلفوا ، وقالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ فوداه النبي صلى الله عليه وسلم من عنده كراهية أن يطل دمه ، فإن تعذر فداؤه من بيت المال لم يجب على المدعى عليهم شىء ، لأن الذى يوجبه عليهم اليمين ، وقد امتنع مستحقوها من استيفائها ، فلم يجب لهم غيرها كدعوى المال .

---

(١) أخرجها أيضاً مسلم ج ٣ ص ١٢٩٥ (ف)

(٢) أخرجه مسلم ج ٣ ص ١٢٩٢ عن سهل بن أبى حثمة ورافع بن خديج (ف)

٧٠٣٧ فصل

وإن امتنع المدعى عليهم من اليمين لم يحبسوا حتى يحلفوا ، وعن أحمد رواية أخرى : أنهم يحبسون حتى يحلفوا ، وهو قول أبي حنيفة .

ولنا : أنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه ، فلم يحبس عليها كسائر الأيمان . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يجب القصاص بالنكول ، لأنه حجة ضعيفة ، فلا يشاط بها الدم كالشاهد واليمين . قال القاضي : ويديه الإمام من بيت المال نص عليه أحمد . وروى عنه حرب بن إسماعيل أن الدية تجب عليهم ، وهذا هو الصحيح وهو اختيار أبي بكر ، لأنه حكم ثبت بالنكول ، فيثبت في حقهم هاهنا كسائر الدعاوى ، ولأن وجوبها في بيت المال يفضي إلى إهدار الدم وإسقاط حق المدعين ، مع إمكان جبره ، فلم يجز كسائر الدعاوى ، ولأنها يمين توجهت في دعوى أمكن إيجاب المال بها ، فلم تخل من وجوب شيء على المدعى عليه ، كما في سائر الدعاوى ، وهاهنا لو لم يجب على المدعى عليه مال بنكوله ، ولم يجبر على اليمين خلا من وجوب شيء عليه بالكلية .

وقال أصحاب الشافعي : إذا نكل المدعى عليهم ردت الأيمان على المدعين إن قلنا : موجبها المال ، فإن حلفوا استحقوا ، وإن نكلوا فلا شيء لهم ، وإن قلنا : موجبها القصاص فهل ترد على المدعين ؟ فيه قولان ، وهذا القول لا يصلح : لأن اليمين إنما شرعت في حق المدعى عليه إذا نكل عنها المدعي ، فلا ترد عليه كما لا ترد على المدعى عليه إذا نكل المدعي عنها بعد ردها عليه في سائر الدعاوى ، ولأنها يمين مردودة على أحد المتداعيين[1] فلا ترد على من ردها كدعوى المال .

٧٠٣٨ مسألة

قال : ﴿ وإذا شهدت البينة العادلة أن المجروح قال : دمي عند فلان ، فليس ذلك بموجب للقسامة ، ما لم يكن لوث ﴾ .

هذا قول أكثر أهل العلم . منهم الثوري ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، وقال مالك والليث : هو لوث ، لأن قتيل بني إسرائيل قال : قتلني فلان ، فكان حجة ، وروى هذا القول عن عبد الملك بن مروان .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » . ولأنه يدعي حقاً لنفسه ، فلم يقبل قوله كما لو لم يمت ، ولأنه خصم فلم تكن دعواه لوثاً كالولي ، فأما قتيل

---

(١) في ٣٩ : المدعين .

بنى إسرائيل فلا حجـة فيه ، فإنه لاقسامة فيه ، ولأن ذلك كان من آيات الله ، ومعجزات نبيه موسى عليه السلام ، حيث أحياه الله تعـالى بعد موته ، وأنطقه بقدرته بما اختلفوا فيـه ، ولم يـكن الله لينطقه بالـكذب بخلاف الحق ، ولا سبيل إلى مثل هذا اليوم ، ثم ذاك فى تنزيه المتهمين ، فلا يجوز تعديتها إلى تهمة البريئين .

٧٠٣٩ مســـألة

قال : ﴿ والنساء والصبيان لا يقسمون ﴾ .

يعنى إذا كان المستحق نساء وصبياناً لم يقسموا ، أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم [فى] أنهم لايقسمون ، سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم ، لأن الأيمـان حجة للحـالف ، والصبى لايثبت بقوله حجة ، ولو أقر على نفسه لم يقبل ، فلألا يقبل قوله فى حق غيره أولى ، وأما النسـاء فإذا كن من أهل القتيل لم يستحلفن ، وبهذا قال ربيعة ، والثورى ، والليث ، والأوزاعى . وقال مالك : لهن مدخل فى قسامة الخطأ دون العمد . قال ابن القاسم : ولا يقسم فى العمد إلا اثنـان فصاعداً ، كما أنه لا يقتـل إلا بشاهدين . وقال الشافعى : يقسم كل وارث بالغ ، لأنهـا يمين فى دعوى ، فتشرع فى حق النسـاء كسائر الأيمـان .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون رجـلا منـكم وتستحقون دم صاحبـكم » ، ولأنها حجة يثبت بها قتل العمد ، فلا تسمع من النسـاء كالشهادة ، ولأن الجنـاية المدعاة التى تجب القسـامة عليها هى القتل ، ولا مدخل للنساء فى إثباته ، وإنما يثبت المال ضمناً ، فجرى ذلك مجرى رجل ادعى زوجية امرأة بعد موتها ليرثهـا ، فإن ذلك لايثبت بشاهد ويمين ، ولا بشهادة رجـل وامرأتين ، وإن كان مقصودها المال ، فأما إن كانت المرأة مدعى عليها القتل ، فإن قلنـا : إنه يقسم من العصبة رجال لم تقسم المرأة أيضاً ، لأن ذلك مختص بالرجال . وإن قلنا : يقسم المدعى عليه فينبغى أن تستحلف ، لأنها لاتثبت بقولها حقاً ولا قتلا ، وإنما هى لتبرئتها منه ، فتشرع فى حقها اليمين ، كما لو لم يـكن لوث .

فعلى هذا إذا كان فى الأولياء نساء ورجال أقسم الرجال وسقط حكم النساء ، وإن كان فيهم صبيان ورجال بالغون أو كان فيهم حاضرون وغائبون ، فقد ذكرنا من قبل أن القسامة لاتثبت حتى يحضر الغائب ، فـكذا لاتثبت حتى يبلغ الصبى ، لأن الحق لا يثبت إلا ببينته الـكاملة ، والبينة أيمان الأولياء كلهم والأيمان لا تدخلها النيابة ، ولأن الحق إن كان قصاصـاً فلا يمـكن تبعيضه ، فلا فائدة فى قسـامة الحاضر البالغ ، وإن كان غيره فلا تثبت إلا بواسطة ثبوت القتل ، وهو لا يتبعض أيضاً . وقال القاضى : إن كان القتل عمداً لم يقسم الـكبير حتى يبلغ الصغير ، ولا الحاضر حتى يقدم الغائب ، لأن حلف الـكبير

الحاضر لايفيد شيئاً فى الحال ، وإن كان موجباً المال كالخطأ وعمد الخطأ ، فللحاضر المكلف أن يحلف ويستحق قسطه من الدية ، وهذا قول أبى بكر ، وابن حامد ، ومذهب الشافعى .

واختلفوا فى كم يقسم الحاضر ؟ فقال ابن حامد : يقسم بقسطه من الأيمان فإن كان الأولياء اثنين أقسم الحاضر خمساً وعشرين يميناً ، وإن كانوا ثلاثة أقسم سبع عشرة يميناً ، وإن كانوا أربعة أقسم ثلاثة عشر يميناً ، وكلما قدر غائب أقسم بقدر ماعليه واستوفى حقه ، لأنه لو كان الجميع حاضرين لم يلزمه أكثر من قسطه ، وكذلك إذا غاب بعضهم كما فى سائر الحقوق ، ولأنه لايستحق أكثر من قسطه من الدية ، فلا يلزمه أكثر من قسطه من الأيمان . وقال أبو بكر : يحلف الأول خمسين يميناً ، وهذا قول الشافعى ولأن الحكم لايثبت إلا بالبينة الكاملة ، والبينة هى الأيمان كلها ، ولذلك لو ادعى أحدهما ديناً لأبيهما لم يستحق نصيبه منه إلا بالبينة المثبتة لجميعه ، ولأن الخمسين فى القسامة كاليمين الواحدة فى سائر الحقوق .

ولو ادعى ما لا له فيه شركة له به شاهد لحلف يميناً كاملة ، كذلك هذا . فإذا قدم الثانى أقسم خمساً وعشرين يميناً وجهاً واحداً عند أبى بكر ، لأنه يبنى على أيمان أخيه المتقدمة . وقال الشافعى : فيه قول آخر ، أنه يقسم خمسين يميناً أيضاً ، لأن أخاه إنما استحق بخمسين ، فكذلك هو ، فإذا قدم ثالث وبلغ فعلى قول أبى بكر يقسم سبع عشرة يميناً ، لأنه يبنى على أيمان أخويه ، وعلى قول الشافعى فيه قولان . أحدهما : أنه يقسم سبع عشرة يميناً . والثانى : خمسين يميناً وإن قدم رابع كان على هذا المثال والله أعلم .

٧٠٤٠ فصـــل

والخنثى المشكل يحتمل أن يقسم ، لأن سبب القسامة وجد فى حقه وهو كونه مستحقاً للدم ، ولم يتحقق المانع من يمينه ، ويحتمل ألا قسامة عليه ، لأنه لا يعقل من العقل ، ولا يثبت القتل بشهادته أشبه المرأة .

٧٠٤١ مســـألة

قال : ﴿ وإذا خلف المقتول ثلاثة بنين جبر الكسر عليهم ، فحلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً ﴾ .

واختلفت الرواية عن أحمد فيمن تجب عليه أيمان القسامة .

فروى أنه يحلف من العصبة الوارث منهم وغير الوارث خمسون رجلا ، كل واحد منهم يميناً واحدة ،

وهذا قول لمالك . فعلى هذا يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه ، فإن لم يبلغوا خمسين تمموا من سائر العصبة، يؤخذ الأقرب منهم فالأقرب من قبيلته التي ينتسب إليها ، ويعرف كيفية نسبه من المقتول . فأما من عرف أنه من القبيلة ولم يعرف وجه النسب لم يقسم[1] ، مثل أن يكون الرجل قرشياً ، والمقتول قرشي ، ولا يعرف كيفية نسبه منه ، فلا يقسم ، لأننا نعلم أن الناس كلهم من آدم ونوح ، وكلهم يرجعون إلى أب واحد ، ولو قتل من لا يعرف نسبه لم يقسم عنه سائر الناس ، فإن لم يوجد من نسبه خمسون رددت الأيمان عليهم ، وقسمت بينهم ، فإن انكسرت عليهم جبر كسرها عليهم ، حتى تبلغ خمسين ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم للأنصار : «يحلف خمسون رجلا منكم وتستحقون دم صاحبكم» ، وقد علم النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلا وارثاً فإنه لا يرثه إلا أخوه أو من هو فى درجته ، أو أقرب منه نسباً ، ولأنه خاطب بهذا بنى عمه ، وهم غير وارثين .

والرواية الثانية : لا يقسم إلا الوارث ، وتعرض الأيمان على ورثة المقتول دون غيرهم ، على حسب مواريثهم ، هذا ظاهر قول الخرقى ، واختيار ابن حامد ، وقول الشافعى ، لأنها يمين فى دعوى حق ، فلا تشرع فى حق غير المتداعيين ، كسائر الأيمان ، فعلى هذه الرواية تقسم بين الورثة من الرجال من ذوى الفروض والعصبات على قدر إرثهم ، فإن انقسمت من غير كسر مثل أن يخلف المقتول ابنين أو أخاً وزوجاً حلف كل واحد منهم خمساً وعشرين يميناً ، وإن كانوا ثلاثة بنين وجداً أو أخوين جبر الكسر عليهم فحلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً ، لأن تكميل الخمسين واجب ، ولا يمكن تبعيض اليمين ولا حمل بعضهم لها عن بعض ، فوجب تكميل اليمين المنكسرة فى حق كل واحد منهم . وإن خلف أخاً من أب وأخاً من أم فعلى الأخ من الأم سدس الأيمان ، ثم يجبر الكسر فيكون عليه تسع أيمان ، وعلى الأخ من الأب اثنتان وأربعون . وهذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : يحلف كل واحد من المدعين خمسين يميناً ، سواء تساووا فى الميراث أو اختلفوا فيه ، لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد حلفه كل واحد من الجماعة كاليمين الواحدة فى سائر الدعاوى ، وعن مالك أنه قال : ينظر إلى من عليه أكثر اليمين ، فيجبر عليه ويسقط عن الآخر .

ولنا : على أن الخمسين تقسم بينهم قول النبي صلى الله عليه وسلم للأنصار : « تحلفون خمسين[2] يميناً وتستحقون دم صاحبكم » . وأكثر ما روى عنه فى الأيمان خمسون ، ولو حلف كل واحد خمسين لكانت مائة ومائتين ، وهذا خلاف النص ، ولأنها حجة المدعين ، فلم ترد على ما يشرع فى حق الواحد كالبينة .

---

(١) فى ١٨ : فلا يقسم .

(٢) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ ج ٢ ص ٤٨٥ (ف)

ويفارق اليمين على المدعى عليه ، فإنها ليست حجة للمدعى ، ولأنها لم يمكن قسمتها ، فـكملت فى حق واحد كاليمين المنـكسرة فى القسامة ، فإنها تجبر وتـكمل فى حق كل واحـد ، لـكونها لاتتبعض ، ومالا يتبعض يكمل كالطلاق والعتاق ، وما ذكره مالك لا يصح ، لأنه إسقاط لليمين عن عليه بعضها ، فلم يجز كالو تساوى الـكسران ، بأن يكون على كل واحد من الاثنين نصفها أو على كل واحد من الثلاثة ثلثها ، وبالقياس على من عليه أكثرها ، ولأن اليمين فى سائر الدعاوى تكمل فى حق كل واحد ، ويستوى من له فى المدعى كثير وقليل ، كذا هاهنا ، ولأنه يفضى إلى أن يتحمل اليمين غير من وجبت عليه عن وجبت عليه ، فلم يجز ذلك كاليمين الـكاملة وكالجزء الأكثر .

٧٠٤٢ فصـــــل

فإن كان فيهم من لاقسامة عليـه بحال ، وهو النساء سقط حكمه ، فإذا كان ابن وبنت حلف الابن الخمسين كلها ، وإن كان أخ وأخت لأم وأخ وأخت لأب قسمت الأيمان بين الأخوين على أحد عشر ، على الأخ من الأم ثلاثة وعلى الآخر ثمانية ، ثم يجبر الـكسر عليهما فيحلف الأخ من الأب سبعاً وثلاثين يميناً ، والأخ من الأم أربع عشرة يميناً .

٧٠٤٣ فصـــــل

فإن مات مستحق انتقل إلى وارثه ما عليه من الأيمان ، وكانت الأيمان بينهم على حسب مواريثهم ، ويجبر الـكسر فيها عليهم ، كما ينجبر فى حق ورثة القتيل ، وإن مات بعضهم قسم نصيبه من الأيمان بين ورثته ، فلو كان للقتيل ثلاثة بنين كان على كل واحد سبع عشرة يميناً ، فإن مات بعضهم قبل أن يقسم وخلف ثلاثة بنين قسمت أيمانه بينهم ، فكان على كل واحد منهم ستة أيمان وإن خلف ابنين حلف كل واحد تسعة أيمان وإنما قلنا هذا لأن الوارث يقوم مقام الموروث فى إثبات حججه كما يقوم مقامه فى استحقاق ماله وهذا من حججه ولذلك يملك إقامة البينة والحلف فى الإنـكار ومع الشاهد الواحد فى دعوى المال ، وإن كان موته بعد شروعه فى الأيمان لحلف بعضها فإن ورثته يستأنفون الأيمان ولا يبنون على أيمانه لأن الخمسين جرت مجرى اليمين الواحدة ولأنه لايجوز أن يستحق أحد بيمين غيره ولا يبطل هذا بما إذا حلف جميع الأيمان ثم مات لأنه يستحق المال إرثا عنه لا بيمينه ولأنه إذا حلف الوارثان كل واحـد خمساً وعشرين يمينا فإن الدية تستحق بيمينهما لأنهما يشتركان فى الأيمان ويستحق كل واحد بقدر أيمانه ، ولا يستحق بيمين غيره وإن كان اجتماع العدد شرطاً فى استحقاقها .

٧٠٤٤ فصـــــل

ولو حلف بعض الأيمان ثم جن ثم أفاق فإنه يتمم ولا يلزمه الاستئناف لأن أيمانه وقعت موقعها

ويفارق الموت لأن الموت يتعذر معه إتمام الأيمان منه وغيره لايبنى على يمينه وههنا يمكنه أن يتمها إذا أفاق ولا تبطل بالتفريق بدليل أن الحاكم إذا حلفه بعض الأيمان ثم تشاغل عنه لم تبطل ويتمها ومالا يبطله التفريق لايبطله تخلل الجنون له كالسعى بين الصفا والمروة ، وإن حلف بعض الأيمان ثم عزل الحاكم وولى غيره أتمها عند الثانى ولم يلزمه استئنافها لأن الأيمان وقعت موقعها وكذلك لو حلف بعضها ثم سأل الحاكم إنظاره فأنظره بنى على مامضى ولم يلزمه الاستئناف لما ذكرنا .

٧٠٤٥ فصـــــل

إذا ردت الأيمان على المدعى عليهم وكان عمداً لم تجز على أكثر من واحد فيحلف خمسين يميناً ، وإن كانت عن غير عمد كالخطأ وشبه العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لاقسامة فى هـذا ، لأن القسامة من شرطها اللوث ، والعداوة إنما أثرها فى تعمد القتل ، لافى خطئه ، فإن احتمال الخطأ فى العمد وغيره سواء ، وقال غيره من أصحابنا : فيه قسامة ، وهو قول الشافعى ، لأن اللوث لايختص العداوة عندهم ، فعلى هذا تجوز الدعوى على جماعة . فإذا ادعى على جماعة لزم كل واحد منهم خمسون يميناً .

وقال بعض أصحابنا : تقسم الأيمان بينهم بالحصص كقسمها بين المدعين ، إلا أنها ههنا تقسم بالسوية ، لأن المدعى عليهم متساوون فيها ، فهم كبنى الميت . وللشافعى قولان كالوجهين والحجة لهذا القول : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « تبرئكم[1] يهود بخمسين يميناً » ، وفى لفظ قال : « فيحلفون لكم خمسين يميناً ويبرأون من دمه » . ولأنهم أحد المتداعيين فى القسامة ، فتسقط الأيمان على عددهم كالمدعين . وقال مالك : يحلف من المدعى عليهم خمسون رجلا خمسين يميناً ، فإن لم يبلغوا خمسين رجـلا رددت على من حلف منهم ، حتى تـكمل خمسين يميناً . فإن لم يوجد أحد يحلف إلا الذى ادعى عليه حلف وحده خمسين يميناً ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « فتبرئكم يهود بخمسين يميناً » .

ولنا : أن هذه أيمان يبرىء بها كل واحد نفسه من القتل ، فكان على كل واحد خمسون ، كما لو ادعى على كل واحد وحده قتيل ، ولأنه لايبرىء المدعى عليه حال الاشتراك إلاما يبرئه حال الانفراد ، ولأن كل واحد منهم يحلف على غير ماحلف عليه صاحبه بخلاف المدعين ، فإن أيمانهم على شىء واحد ، فلا يلزم من تلفيقها تلفيق مايختلف مدلوله أو مقصوده .

٧٠٤٦ مســـألة

قال : ﴿ وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً ، حراً أو عبداً ، إذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه إذا ثبت عليه القتل ، لأن القسامة توجب القود ، إلا أن يحب الأولياء أخذ الدية ﴾ .

---

(١) أخرجها مسلم ج ٣ ص ١٢٩٢ (ف)

أما إذا كان المقتول مسلماً حراً فليس فيه اختلاف ، سواء كان المدعى عليه مسلماً أو كافراً ، فإن الأصل فى القسامة قصة عبد الله بن سهل حين قتل بخيبر ، فاتهم اليهود بقتله ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بالقسامة .

وأما إن كان المقتول كافراً أو عبداً وكان قاتله ممن يجب عليه القصـاص بقتله ، وهو المماثل له فى حاله ، ففيه القسامة ، وهذا قول الشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الزهرى ، والثورى ، ومالك ، والأوزاعى لاقسامة فى العبد ، فإنه مال ، فلم تجب القسامة فيه كقتل البهيمة .

ولنـا : أنه قتل موجب للقصاص ، فأوجب القسامة كقتل الحر . وفارق البهيمة ، فإنها لاقصاص فيها ، ويقسم على العبد سيده ، لأنه المستحق لدمه ، وأم الولد والمـدبر والمـكاتب والمعلق عتقه بصفة كالقن ، لأن الرق ثابت فيهم ، وإن كان القاتل ممن لاقصاص عليه كالمسلم يقتل كافراً ، والحر يقتل عبداً ، فلا قسامة فيه فى ظاهر قول الخرقى ، وهو قول مالك ، لأن القسامة إنما تـكون فيما يوجب القود ، وقال القاضى : فيهما القسامة ، وهو قول الشافعى ، وأصحاب الرأى لأنه قتل آدمى يوجب الـكفارة ، فشرعت القسامة فيه ، كقتل الحر المسلم ، ولأن ما كان حجة فى قتل الحر المسلم كان حجة فى قتـل العبد الـكافر كالبينة .

ولنا : أنه قتل لايوجب القصاص ، فأشبه قتل البهيمة ، ولا يلزم من شرعها فيما يوجب القصاص شرعها مع عدمه ، بدليل أن العبد إذا اتهم بقتل سيده شرعت القسامة إذا كان القتل موجباً للقصاص . ذكره القاضى ، لأنه لا يجوز قتله قبل ذلك ، ولو لم يـكن موجباً للقصاص لم تشرع القسامة .

٧٠٤٧ فصـــل

وإن قتل عبد المـكاتب فللمـكاتب أن يقسم على الجانى ، لأنه مالك للعبد يملك التصرف فيه وفى بدله ، وليس لسيده انتزاعه منه ، وله شراؤه منه ، ولو اشترى المأذون له فى التجارة عبداً فقتل فالقسامة لسيده دونه ، لأن مايبتاعه المأذون يملـكه سيده دونه ، ولهذا يملك انتزاعه منه ، وإن عجز المـكاتب قبل أن يقسم فلسيده أن يقسم ، لأنه صار المستحق لبدل المقتول بمنزلة ورثة الحر إذا مات قبل أن يقسم ، ولو ملك السيد عبده ، أو أم ولده عبداً ، فقتل ، فالقسامة للسيد . سواء قلنا : يملك العبد بالتمليك أو لا يملك ، لأنه إن لم يملك فالملك لسيده ، وإن ملك فهو ملك غير ثابت ، ولهذا يملك سيده انتزاعه منه ، ولا يجوز له التصرف بغير إذن سيده ، بخلاف المـكاتب ، وإن أوصى لأم ولده ببدل العبد صحت الوصية ، وإن كان لم يجب بعد ، كما تصح الوصية بثمرة لم تخلق ، والقسامة للورثة ، لأنهم القائمون مقـام

الموصى فى إثبات حقوقه ، فإذا حلفوا ثبت لها البدل بالوصية ، وإن لم يحلفوا لم يـكن لها أن تحلف ، كما إذا امتنع الورثة من اليمين مع الشاهد لم يـكن للغرماء أن يحلفوا معه .

٧٠٤٨ فصـــــل

والمحجور عليه لسفه أو فلس كغير المحجور عليه فى دعوى القتل والدعوى عليه ، إلا أنه إذا أقر بمال أو لزمته الدية بالنـكول عن اليمين لم يلزمه فى حال حجره ، لأن إقراره بالمـال فى الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شىء من ماله فى الحال على ماعرف فى موضعه .

٧٠٤٩ فصـــــل

ولو جرح مسلم فارتد ومات على الردة فلا قسامة فيه ، لأن نفسه غير مضمونة ، وإنما يضمن الجرح ، ولا قسامة فيما دون النفس ، ولأن ماله يصير فيئاً ، والفىء ليس له مستحق معين فتثبت القسامة له . وإن مات مسلماً فارتد وارثه قبل القسامة فقال أبو بـكر : ليس له أن يقسم ، وإن أقسم لم يصح ، لأن ملـكه يزول عن ماله وحقوقه ، فلا يبقى مستحقاً للقسامة . وهذا قول المزنى ، ولأن المرتد قد أقدم على الشرك الذى لاذنب أعظم منه ، فلا يستحق بيمينه دم مسلم ، ولا يثبت بها قتل . وقال القاضى : الأولى أن تعرض عليه القسامة ، فإن أقسم وجبت الدية ، وهذا قول الشافعى ، لأن استحقاق المال بالقسامة حق عليه ، فلا يبطل بردته كاكتساب المال بوجوه الاكتساب ، وكفره لا يمنع يمينه ، فإن الـكافر تصح يمينه ، وتعرض عليه فى الدعاوى ، فإن حلف ثبت القصاص أو الدية ، فإن عاد إلى الإسلام كان له ، وإن مات كان فيئاً ، والصحيح إن شاء الله ما قال أبو بـكر ، لأن مال المرتد إما أن يـكون ملـكه قد زال عنه وإما موقوف ، وحقوق المال حكمها حكمه ، فإن قلنا بزوال ملـكه فلا حق له ، وإن قلنا هو موقوف فهو قبل انـكشاف حاله مشكوك فيه ، فلا يثبت الحـكم بشىء مشكوك فيه ، فـكيف وقتل المسلم أمر كبير لا يثبت مع الشبهات ، ولا يستوفى مع الشك ؟ وأما إن ارتد قبل موت موروثه لم يـكن[1] وارثاً ، ولا حق له ، وتـكون القسامة لغيره من الوراث[2] ، وإن لم يـكن للميت وارث سواه فلا قسامة فيه لما ذكرنا وإن عاد إلى الإسلام قبل قسامة غيره فقياس المذهب أنه يدخل فى القسامة ، لأنه متى رجع قبل قسم الميراث قسم له ، وقال القاضى : لا تعود القسامة إليه ، لأنها استحقت على غيره ، وإن ارتد رجل فقتل عبده أو قتل ثم ارتد فهل له أن يقسم ؟ على وجهين بناء على الاختلاف المتقدم فإن عاد إلى الإسلام عادت القسامة ، لأنه يستحق بدل العبد .

---

(١) فى ١٨ : فلم يـكن .
(٢) فى ٣٩ : من الورثة .

٧٠٥٠ فصل

ولا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجوارح ، ولا أعلم بين أهل العلم فى هذا خلافاً ، وممن قال لاقسامة فى ذلك : مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، وذلك لأن القسامة تثبت فى النفس لحرمتها ، فاختصت بها دون الأطراف كالكفارة ، ولأنها تثبت حيث كان المجنى عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه ، وتعيين قاتله ، ومن قطع طرفه يمكنه ذلك ، وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى فى سائر الحقوق ، والبينة على المدعى واليمين على من أنكر يميناً واحدة ، ولأنها دعوى لاقسامه فيها ، فلا تغلظ بالعدد كالدعوى فى المال .

٧٠٥١ مسألة

قال : ﴿ وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد ﴾ .

لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد ، وبهذا قال الزهرى ، ومالك ، وبعض أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم : يستحق بها قتل الجماعة ، لأنها بينة موجبة للقود ، فاستوى فيها الواحد والجماعة كالبينة ، وهذا نحو قول أبى ثور .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته » فخص بها الواحد ، ولأنها بينة ضعيفة خولف بها الأصل فى قتل الواحد ، فيقتصر عليه ، ويبقى على الأصل فيما عداه . وبيان مخالفة الأصل بها أنها تثبت باللوث ، واللوث شبهة مغلبة على الظن صدق المدعى ، والقود يسقط بالشبهات ، فكيف يثبت بها ؟ ولأن الأيمان فى سائر الدعاوى تثبت ابتداء فى جانب المدعى عليه ، وهذا بخلافه . وبيان ضعفها أنها تثبت بقول المدعى ويمينه مع التهمة فى حقه والشك فى صدقه ، وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه فى إثبات حق لغيره ، فلأن يمنع من قبول قوله وحده فى إثبات حقه لنفسه أولى وأحرى .

وفارق البينة ، فإنها قويت بالعدد وعدالة الشهود وانتفاء التهمة فى حقهم من الجهتين فى كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقاً ولا نفعاً ، ولا يدفعون عنها ضراً ، ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه ، ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التى تنتفى بالشبهات .

إذا ثبت هذا فلا قسامة فيما لاقود فيه فى قول الخرقى ، فيطّرد قوله فى أن القسامة لاتشرع إلا فى حق واحد ، وعند غيره أن القسامة تجرى فيما لاقود فيه ، فيجوز أن يقسموا فى هذا على جماعة وهذا قول مالك ، والشافعى ، فعلى هذا إن ادعى على اثنين على أحدهما لوث حلف على من عليه اللوث خمسين يميناً ،

واستحق نصف الدية عليه ، وحلف الآخر يميناً واحدة وبرىء ، وإن نـكل عن اليمين فعليه نصف الدية
وإن ادعى على ثلاثة عليهم لوث ولم يحضر إلا واحد منهم . حلف على الحاضر منهم خمسين يميناً ،
واستحق ثلث الدية ، فإذا حضر الثانى ففيه وجهان :

أحدهما : يحلف عليه خمسين يميناً أيضاً ، ويستحق ثلث الدية ، لأن الحق لا يثبت على أحد الرجلين
إلا بما يثبت على الآخر كالبينة ، فإنه يحتاج إلى إقامة البينة الـكاملة على الثانى كإقامتها على الأول .

والثانى : يحلف عليه خمساً وعشرين يميناً ، لأنهما لو حضرا معاً لحلفا عليه خمسين يميناً ، حصة هذا
منها خمس وعشرون ، وهذا الوجه ضعيف ، فإن اليمين لا تقسم عليهم إذا حضروا ، ولو حلف كل واحد
منفرداً حصته من الأيمان لم يصح ولم يثبت له حق وإنما الأيمان عليهم جميعاً ، وتتناولهم تناولاً واحداً ،
ولأنها لو قسمت عليهم بالحصص لوجب أن لا يقسم على الأول أكثر من سبع عشرة يميناً ، وكذلك
على الثانى ، لأن هـذا القدر هو حصة من الأيمان ، فعلى كلا التقديرين لا وجه لحلفه خمساً وعشرين
يميناً ، وإن قيل : إنما حلف بقدر حصته ، وحصة الثالث ، فينبغى أن يحلف أربعاً وثلاثين ، وإذا قدم
الثالث ففيه الوجهان :

أصحهما : يحلف عليه خمسين يميناً ، ويستحق ثلث الدية .

والآخر : يحلف سبع عشرة يميناً ، وإن حضروا جميعاً حلف عليهم خمسين يميناً ، واستحق الدية
عليهم أثلاثاً ، وهذا التفريع يدل على اشتراط حضور المدعى عليه وقت الأيمان ، وذلك لأنها أقيمت مقام
البينة ، فاشترط حضور من أقيمت عليه كالبينة ، وكذلك إن ردت الأيمان على المدعى عليهم اشترط
حضور المدعين وقت حلف المدعى عليهم لأن الأيمان له عليهم فيعتبر رضاه بها وحضوره ، إلا أن يوكل
وكيلا فيقوم حضوره مقام موكله .

٧٠٥٢ فصــــل

وإن قال المدعى : قتله هذا ورجل وآخر لا أعرفه ، وكان على المعين لوث أقسم عليه خمسين يميناً ،
واستحق نصف الدية ، فإن تعين له الآخر حلف عليه واستحق نصف الدية ، وإن قال : قتله هـذا ونفر
لا أعلم عددهم ، لم تجب القسامة ، لأنه لا يعلم كم حصته من الدية .

٧٠٥٣ فصــــل

ولا تسمع الدعوى إلا محررة ، بأن يقول : أدعى أن هذا قتل وليى فلان ابن فلان عمداً أو خطأً أو
شبه العمد ، ويصف القتل ، فإن كان عمداً قال : قصد إليه بسيف ، أو بما يقتل مثله غالباً ، فإن كانت

الدعوى على واحد فأقر ثبت القتل ، وإن أنـكر وثم بينة حكم بها ، وإلا صار الأمر إلى الأيمان ، وإن كانت الدعوى على أكثر من واحد لم يخل من أربعة أحوال :

أحدها : أن يقول : قتله هذا وهـذا تعمد قتله ، ويصف العمد بصفته فيقال له : عين واحداً فإن القسامة الموجبة للقود لاتـكون على أكثر من واحد .

الحال الثانى : أن يقول : تعمد هذا وهذا كان خاطئاً ، فهو يدعى قتلا غير موجب للقود ، فيقسم عليهما ، ويأخذ نصف الدية من مال العامد ، ونصفها من عاقلة المخطىء .

الحال الثالث : أن يقول : عمد هـذا ولا أدرى أكان قتل الثانى عمداً أو خطأ ؟ فقيل : لاتسوغ القسامة ههنا ، لأنه يحتمل أن يكون الآخر مخطئاً ، فيـكون موجبها الدية عليهما ، ويحتمل أن يكون عامداً فلا تسوغ القسامة عليهما ، ويجب تعيين واحد والقسامة عليه ، فيـكون موجبها القود ، فلم تجز القسامة مع هذا ، فإن عاد فقال : علمت أن الآخر كان عامداً فله أن يعين واحداً ويقسم عليه ، وإن قال : كان مخطئاً ثبتت القسامةحينئذ ، ويسأل ، فإن أنـكر ثبتت القسامة ، وإن أقر ثبت عليه القتل ، ويكون عليه نصف الدية فى ماله ، لأنه ثبت بإقراره لابالقسامة وقال القاضى : يكون على عاقلته ، والأول أصح لأن العاقلة لاتحمل اعترافاً .

الحال الرابع : أن يقول : قتلاه خطأ أو شبه عمد ، أو أحدهما خاطىء والآخر شبه العمد ، فله أن يقسم عليهما ، فإن ادعى أنه قتل وليه عمداً فسئل عن تفسير العمد ففسره بعمد الخطأ قبل تفسيره ، وأقسم على مافسره به ، لأنه أخطأ فى وصف القتل بالعمدية ، ونقل المزنى عن الشافعى : لايحلف عليه ، لأنه بدعوى العمد برأ العاقلة ، فلا تسمع دعواه بعد ذلك بما يوجب عليهم المال .

ولنا : أن دعواه قد تحررت ، وإنما غلط فى تسمية شبه العمد عمداً ، وهذا مما يشتبه فلا يؤاخذ به ، ولو أحلفه الحاكم قبل تحرير الدعوى وتبين نوع القتل لم يعتد باليمين ، لأن الدعوى لاتسمع غير محررة ، فـكأنه حلفه قبل الدعوى ، ولأنه إنما يحلفه ليوجب له مايستحقه ، فإذا لم يعلم مايستحقه بدعواه لم يحصل المقصود باليمين فلم يصح .

٧٠٥٤ فصـــــل

قال القاضى : يجوز للأولياء أن يقسموا على القاتل إذا غلب على ظنهم أنه قتله ، وإن كانوا غائبين عن مكان القتل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للأنصار : « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » ، وكانوا بالمدينة ، والقتل بخيبر ، ولأن الإنسان يحلف على غالب ظنه ، كما أن من اشترى من إنسان شيئاً فجاء آخر يدعيه جاز أن يحلف أنه لايستحقه ، لأن الظاهر أنه ملك الذى باعه ، وكذلك إذا وجد شيئاً

بخطه أو خط أبيه ودفتره جاز له أن يحلف ، وكذلك إذا باع شيئاً لم يعلم فيـه عيباً فادعى عليه المشترى أنه معيب ، وأراد رده ، كان له أن يحلف أنه باعه بريئاً من العيب ، ولا ينبغى أن يحلف المدعى إلا بعد الاستثبات ، وغلبة ظن يقارب اليقين ، وينبغى للحاكم أن يقول لهم : اتقوا الله واستثبتوا ، ويعظهم ويحذرهم ، ويقرأ عليهم : (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً)[1] ، ويعرفهم ما فى اليمين الـكاذبة ، وظلم البرىء ، وقتل النفس بغير الحق ، ويعرفهم أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وهذا كله مذهب الشافعى .

٧٠٥٥ فصـــــل

ويستحب أن يستظهر فى ألفاظ اليمين فى القسامة تأكيداً فيقول : والله الذى لا إله إلا هو ، عالم خائنة الأعين وما تخفى الصدور ، فإن اقتصر على لفظة والله كفى ويقول والله أو بالله أو تالله بالجر ، كما تقتضيه العربية ، فإن قاله مضموماً أو منصوباً فقد لحن ، قال القاضى : ويجزئه تعمده أو لم يتعمده ، لأنه لحن ، لا يحيل المعنى ، وهو قول الشافعى . وما زاد على هذا تأكيد ، ويقول لقد قتل فلان ابن فلان الفلانى — ويشير إليه — فلاناً ابنى أو أخى منفرداً بقتله ما شركه غيره . وإن كانا اثنين قال : منفردين ماشركهما غيرهما . ثم يقول : عمداً أو خطأ . وبأى اسم من أسماء الله أو صفة من صفات ذاته حلف أجزأ إذا كان إطلاقه ينصرف إلى الله تعالى . ويقول المدعى عليه فى اليمين : والله ماقتلته ، ولا شاركت فى قتله ، ولا أحدثت شيئاً مات منه ، ولا كان[2] سبباً فى موته ولا معيناً على موته .

٧٠٥٦ مســـألة

قال : ﴿ ومن قتل نفساً محرمة أو شارك فيها ، أو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ، وكان الفعل خطأ ، فعلى القاتل عتق رقبة مؤمنة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وعن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن على قاتل العمد تحرير رقبة مؤمنة ﴾ .

الأصل فى كفارة القتل قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)[3] الآية ، وأجمع أهل العـلم على أن على القاتل خطأ كفارة ، سواء كان المقتول ذكراً أو أنثى ، وتجب فى قتل الصغير والـكبير ، سواء باشره بالقتل أو تسبب إلى قتله بسبب يضمن به النفس ، كحفر البئر ونصب

---

(١) سورة آل عمران آية ٧٧ .

(٢) فى ٣٩ : ولا كنت .

(٣) سورة النساء آية ٩٢ .

السكين ، وشهادة الزور ، وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجب بالتسبب ، لأنه ليس بقتل ، ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة للقتل ، فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة .

ولنا : أنه كالمباشرة في الضمان ، فكان كالمباشرة في الكفارة . ولأنه سبب لإتلاف الآدمي يتعلق به ضمانه ، فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكباً فأوطأ دابته إنساناً . وقياسهم ينتقض بالأب إذا أكره إنساناً على قتل ابنه . فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة ، وفارق العاقلة فإنها تتحمل عن غيرها . ولم يصدر منها قتل ولا تسبب إليه .

وقولهم : ليس بقتل ممنوع قال القاضي : ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا أخطأنا أو تعمدنا . وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ، ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد ، لأنه إن قصد به القتل فهو جار مجرى الخطأ في أنه لا يجب به القصاص .

٧٠٥٧ فصل

وتجب الكفارة بقتل العبد . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي . وقال مالك : لا تجب به ، لأنه مضمون بالقيمة ، أشبه البهيمة . ولنا عموم قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مؤمناً خَطأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمِنَة) لأنه يجب القصاص بقتله ، فتجب الكفارة به[1] كالحر ولأنه مؤمن فأشبه الحر ويفارق البهائم بذلك .

٧٠٥٨ فصل

وتجب بقتل الكافر المضمون سواء كان ذمياً أو مستأمناً ، وبهذا قال أكثر أهل العلم . وقال الحسن ، ومالك : لا كفارة فيه لقوله تعالى : (ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة) فمفهومه ألا كفارة في غير المؤمن .

ولنا : قوله تعالى : (وَإِنْ كانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)[2] والذمي له ميثاق ، وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب ، ولأنه آدمي مقتول ظلماً ، فوجبت الكفارة بقتله كالمسلم .

٧٠٥٩ فصل

وإذا قتل الصبي والمجنون وجبت الكفارة في أموالهما . وكذلك الكافر . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهم ، لأنها عبادة محضة تجب بالشرع ، فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر كالصلاة والصيام .

---

(١) في ١٨ : فيه .

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

ولنا : أنه حق مالى يتعلق بالقتل ، فتعلقت بهم كالدية ، وتفارق الصوم والصلاة لأنهما عبادتان بدنيتان ، وهذه مالية ، أشبهت نفقات الأقارب . وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبى والمجنون ، لأنها تتعلق بالقول ، ولا قول لهما ، وهذه تتعلق بالفعل ، وفعلهما متحقق قد أوجب الضمان عليهما ، ويتعلق بالفعل مالا يتعلق بالقول بدليل أن العتق يتعلق بأحبالهما دون إعتاقهما بقولهما ، وأما الكافر فتجب عليه وتكون عقوبة عليه كالحدود .

٧٠٦٠ فصـــل

ومن قتل فى دار الحرب مسلماً يعتقده كافراً أو رمى إلى صف الكفار فأصاب فيهم مسلماً فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى : (فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)(١) .

٧٠٦١ فصـــل

ومفهوم كلام الخرقى : أن كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربى والباغى والزانى المحصن ، والقتل قصاصاً أو حداً ، لأنه قتل مأمور به . والكفارة لا تجب لمحو المأمور به . وأما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحة ، لأنه كفعل المجنون والبهيمة ، لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة محترمة . فلذلك وجبت الكفارة فيها . وقال قوم الخطأ محرم ، ولا إثم فيه . وقيل : ليس بمحرم ، لأن المحرم ما أثم فاعله وهذا لا إثم فيه . وقوله تعالى : (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يقتلَ مؤمناً إلاَّ خَطَأً)(٢) هذا استثناء منقطع ، و « إلا » فى موضع « لكن » التقدير لكن قد يقتله خطأ ، وقيل « إلا » بمعنى «ولا» أى ولا خطأ وهذا يبعد لأن الخطأ لا يتوجه إليه النهى لعدم إمكان التحريم منه . وكونه لا يدخل تحت الوسع ، ولأنها لو كانت بمعنى «ولا» كانت عاطفة للخطأ على ماقبله ، وليس قبله مايصلح عطفه عليه .

وأما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه . لأنه ليس لهم إيمان ولا أمان ، وإنما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم ، لكونهم يصيرون بالسبى رقيقاً ينتفع بهم ، وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ، ولذلك لم يضمنوا بشىء ، فأشبهوا من قتله مباح .

٧٠٦٢ فصـــل

ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة فى ماله ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تجب ، لأن ضمان نفسه لا يجب ، فلم تجب الكفارة كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم .

---

(١) سورة النساء آية ٩٢ .

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

ولنا : عموم قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)(١) ولأنه آدمى مؤمن مقتول خطأ ، فوجبت الكفارة على قاتله ، كالو قتله غيره ، والأول أقرب إلى الصواب إن شاء الله ، فإن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ ، ولم يأمر النبى صلى الله عليه وسلم فيه بكفارة ، وقوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً)(٢) إنما أريد بها إذا قتل غيره بدليل قوله : (وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)(٣) ، وقاتل نفسه لا تجب فيه دية ، بدليل قتل عامر بن الأكوع .

٧٠٦٣ فصـــل

ومن شارك فى قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ، ويلزم كل واحد من شركائه كفارة . وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعكرمة ، والنخعى ، والحارث العكلى ، والثورى ، ومالك ، والشافعى وأصحاب الرأى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أن على الجميع كفارة واحدة ، وهو قول أبى ثور . وحكى عن الأوزاعى ، وحكاه أبو على الطبرى ، عن الشافعى ، وأنكره سائر أصحابه ، واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى : (ومن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)(٤) ، و « من » يتناول الواحد والجماعة ، ولم يوجب إلا كفارة واحدة ودية ، والدية لا تتعدد فكذلك الكفارة ولأنها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين مع اتحاد المقتول ككفارة الصيد الحرمى .

ولنا : أنها لا تتبعض وهى من موجب قتل الآدمى فكملت فى حق كل واحد من المشتركين كالقصاص . وتخالف كفارة الصيد ، فإنها تجب بدلا ، ولهذا تجب فى أبعاضه وكذلك الدية .

٧٠٦٤ فصـــل

إذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً فعليه الكفارة . وبه قال الحسن ، وعطاء ، والزهرى ، والنخعى ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة لا تجب . وقد مضت هذه المسألة فى دية الجنين .

٧٠٦٥ فصـــل

والمشهور فى المذهب : أنه لا كفارة فى قتل العمد ، وبه قال الثورى ، ومالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رواية أخرى : تجب فيه الكفارة ، وحكى ذلك عن الزهرى . وهو قول الشافعى ، لما روى واثلة بن الأسقع قال : « أتينا النبى صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا . قد

---

(١) سورة النساء آية ٩٢
(٢) سورة النساء آية ٩٢ .
(٣) سورة النساء آية ٩٢
(٤) سورة النساء آية ٩٢ .

أوجب[1] بالقتل . فقال : أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضواً منه من النار » ولأنها إذا وجبت فى قتل الخطأ فنى العمد أولى . لأنه أعظم إثماً وأكبر جرماً ، وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم.

ولنا : مفهوم قوله تعالى : (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة)[2] ثم ذكر قتل العمد ، ولم يوجب فيه كفارة ، وجعل جزاءه جهنم ، فمفهومه أنه لا كفارة فيه وروى « أن سويد بن الصامت قتل رجلا فأوجب النبي صلى الله عليه وسلم عليه القود ، ولم يوجب كفارة ، وعمرو بن أمية الضمرى قتل رجلين فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم فوداهما النبى صلى الله عليه وسلم[3] ، ولم يوجب كفارة » ، ولأنه فعل يوجب القتل ، فلا يوجب كفارة كزنا المحصن ، وحديث واثلة . يحتمل أنه كان خطأ ، وسماه موجباً أى فوت النفس بالقتل ، ويحتمل أنه كان شبه عمد ، ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعاً ، ولذلك أمر غير القاتل بالإعتاق ، وما ذكروه من المعنى لا يصح لأنها وجبت فى الخطأ فتمحو إثمه ، لكونه لا يخلو من تفريط ، فلا يلزم من ذلك إيجابها فى موضع عظم الإثم فيه ، بحيث لا يرتفع بها .

إذا ثبت هذا . فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه ، كقتل الوالد ولده ، والسيد عبده ، والحر العبد ، والمسلم الكافر ، لأن هذا من أنواع العمد .

٧٠٦٦ فصل

وتجب الكفارة فى شبه العمد . ولم أعلم لأصحابنا فيه قولا ، لكن مقتضى الدليل ماذكرناه ، ولأنه أجرى مجرى الخطأ فى نفى القصاص ، وحمل العاقلة ديته ، وتأجيلها فى ثلاث سنين ، فجرى مجراه فى وجوب الكفارة . ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة تحمل من الدية ، لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء أصلا ، ولم يرد الشرع بهذا .

---

(١) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٩٦ (قد أوجب - يعنى النار - بالقتل) ولفظ الحديث (أعتقوا عنه يعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار) والحديث أخرجه أيضاً أحمد والنسائى وابن حبان والحاكم .

(٢) سورة النساء آية ٩٢ .

(٣) عمرو بن أمية الضمرى أسلم حين انصرف المشركون من أحد وأول مشهد شهده (بئر معونة) فأسرته بنو عامر يومئذ فقال له عامر بن الطفيل إنه كان على أمى نسمة فاذهب فأنت حر عنها وجز ناصيته فخرج عمرو فلقيه فى الطريق رجلان من بنى عامر كان معهما عقد وجوار من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يكن علم بذلك عمرو فسألهما فقال : ممن أنتما ؟ فقالا : من بنى عامر ، فأمهلهما حتى ناما فقتلهما أخذا بثأر شهداء (بئر معونة) فلما علم النبى صلى الله عليه وسلم قال : قتلت رجلين لهما منى عهد لأدينهما انظر سيرة ابن هشام (بئر معونة) ج ٢ ص ١٨٦ ونصب الراية ج ٤ ص ٣٢٧ (ف)

٧٠٦٧ فصـــــل

وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص الكتاب ، سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو كافراً ، فإن لم يجدها فى ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها فاضلا عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ، وهذا ثابت بالنص أيضاً ، فإن لم يستطع ففيه روايتان :

إحداهما يثبت الصيام فى ذمته ، ولا يجب شىء آخر . لأن الله تعالى لم يذكره ولو وجب لذكره . والثانى : يجب إطعام ستين مسكيناً ، لأنها كفارة فيها عتق ، وصيام شهرين متتابعين ، فكان فيها إطعام ستين مسكيناً عند عدمها ككفارة الظهار والفطر فى رمضان . وإن لم يكن مذكوراً فى نص القرآن فقد ذكر ذلك فى نظيره ، فيقاس عليه . فعلى هذه الرواية : إن عجز عن الإطعام ثبت فى ذمته حتى يقدر عليه وللشافعى قولان فى هذا كالروايتين والله أعلم .

٧٠٦٨ مســـــألة

قال : ﴿ وما أوجب القصاص فلا يقبل فيه إلا عدلان ﴾ .

وجملته : أن ما أوجب القصاص فى نفس كالقتل العمد العدوان من المكافىء ، أو فى طرف كقطعه من مفصل عمداً ممن يكافئه ، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين عدلين ، ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين، ولا شاهد ويمين الطالب ، لا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافاً وذلك لأن القصاص إراقة دم عقوبة على جناية فيحتاط له باشتراط الشاهدين العدلين كالحدود ، وسواء كان القصاص يجب على مسلم أو كافر ، أو حر أو عبد ، لأن العقوبة يحتاط لدرئها ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه لا يقبل فى الشهادة على القتل إلا شهادة أربعة . وهذا مذهب الحسن ، لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من المحصن .

ولنا : أنه أحد نوعى القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فإنه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلا ، بدليل وجوب الأربعة فى زنا البكر ، ولا قتل فيه ، ولأنه انفرد بوجوب الحد على الرامى به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز أن يلحق به ماليس مثله .

٧٠٦٩ مســـــألة

قال : ﴿ وما أوجب من الجنايات المال دون القود قبل فيه رجل وامرأتان أو رجل عدل مع يمين الطالب ﴾ .

وجملته : أن ما كان موجبه المال كقتل الخطأ وشبه العمد والعمد فى حق من لا يكافئه والجائفة

والمأمومة وما دون الموضحة وشريك الخاطىء وأشباه هذا ، فإنه يقبل فيه شهادة رجل وأمرأتين ، وشهادة عدل ويمين الطالب ، وهذا مذهب الشافعي وقال أبو بكر : لا يثبت أيضاً إلا بشهادة عدلين ، ولا تسمع فيه شهادة النساء ولا شاهد ويمين ، لأنها شهادة على قتل أو جناية على آدمى فلم تسمع من النساء كالقسم الأول ، يبين صحة هذا أنه لما لم يكن للنساء مدخل فى القسامة فى العمد ولم يكن لهن مدخل فى القسامة على الخطأ وشبه العمد الموجب للمال فيدل هذا على أنهن لا مدخل لهن فى الشهادة على دم بحال .

ولنا : أنها شهادة على مايقصد به المال على الخصوص فوجب أن تقبل كالشهادة على البيع والإجارة، وفارق قتل العمد فإنه موجب للعقوبة التى يحتاط بإسقاطها فاحتيط فى الشهادة على أسبابها ، وفى مسألتنا المقصود تقبل شهادتهن فيه فقبلت شهادتهن على سببه .

٧٠٧٠ فصـــل

ولو ادعى جناية عمد وقال : عفوت عن القصاص فيها لم يقبل فيه شاهد وامرأتان لأنه إنما يعفو عن شىء ثبت له ولا يثبت ذلك القتل بتلك الشهادة ، وإن ثبت القتل إما بشاهدين أو باقرار المدعى عليه صح العفو ، لأن الحق ثبت له بوجود القتل ، وإنما خفى ثبوته عمن لم يعلم ذلك فإذا علم ذلك علم أنه كان ثابتاً من حين وجد القتل فيكون العفو مصادفاً لحقه الثابت ، فينفذ كما لو أعتق عبداً ينازعه[1] فيه منازع ثم ثبت أنه كان ملكه حين العتق .

٧٠٧١ فصـــل

ولا يثبت القتل بالشهادة إلا مع زوال الشبهة فى لفظ الشاهدين نحو أن يقولا : نشهد أنه ضربه فقتله أو فمات منه فإن قالا ضربه بالسيف فمات أو فوجدناه ميتاً أو فمات عقيبه أو قالا ضربه بالسيف فأسال دمه ، أو فأنهر دمه فمات مكانه ، لم يثبت القتل ، لجواز أن يكون مات عقيب الضرب بسبب آخر ، وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل بالقتل ، فقال : أشهد أنه أتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح : فمات منه ؟ فأعاد الرجل قوله الأول ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك ، وإن كانت الشهادة بالجرح فقالا : ضربه فأوضحه ، أو فاتضح منه ، أو فوجدناه موضحاً من الضربة ، قبلت شهادتهما ، وإن قالا : ضربه فاتضح رأسه ، أو وجدناه موضحاً أو فأسال دمه ، ووجدنا فى رأسه موضحة ، لم يثبت الإيضاح ، لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ، ولا بد من تعيين الموضحة فى إيجاب القصاص ، لأنه إن كان فى رأسه موضحتان فيحتاجان إلى بيان ماشهدا به منهما ، وإن كانت واحدة فيحتمل أن يكون

---

(١) فى ١٨ : نازع .

قد أوسمها غير المشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان هذه وإن قالا أوضحه فى موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما ، وإن قالا لانعلم قدرها أو موضعها لم يحـكم بالقصاص لأنه يتعذر مع الجهالة وتجب الدية لأنها . لاتختلف باختلافها ، وإن قالا ضرب رأسه فأسال دمه كانت بازلة ، وإن قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وإن قالا نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يـكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما وثبت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوعة لم يثبت القصاص لأنهما لم يعينا اليد التى يجب القصاص منها وتجب دية اليدين لأنهـا لاتختلف باختلاف اليدين .

٧٠٧٢ فصـــل

إذا شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً وشهد الآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لأن البينة قد تمت عليه ولم تثبت صفته لعدم تمامها عليه ويسأل المشهود عليه عن صفته فإن أنـكر أصل القتل لم يقبل إنـكاره لقيام البينة به وإن أقر بقتل العمد ثبت باقراره وإن أقر بقتل الخطأ وأنـكر الولى فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان وإن صدقه الولى على الخطأ ثبت عليه ، وإن أقر بقتل العمد وكذبه الولى وقال بل كان خطأ لم يجب القود لأن الولى لايدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحمل العاقلة شيئاً من ديته فى هذه المواضع كلها وتـكون فى ماله لأنها لم تثبت ببينة وفى بعضها القاتل مقر بأنها فى ماله دون مال عاقلته .

وإن قال أحد الشاهدين : أشهد أنه أقر بقتله عمداً ، وقال الآخر : أشهد أنه أقر بقتله خطأ ، ثبت القتل أيضاً ، لأنه لاتنافى بين شهادتيهما ، لأنه يجوز أن يقر عند أحدهما بقتل العمد ، ويقر عند الآخر بقتل الخطأ ، فثبت إقراره بالقتل دون صفته ، ويطالب ببيان صفته على ماذكرنا فى التى قبلها ، وإن شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل أيضاً ، دون صفته ويطالب ببيان صفته على ماذكرنا لأن الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمداً ، ويـكون الحـكم كما لو شهد على إقراره بذلك . وإن شهد أحدهما أنه قتله غدوة ، وقال الآخر عشية ، وقال أحدهما قتله بسيف ، وقال الآخر بعصا ، لم تتم الشهادة ، ذكره القاضى ، لأن كل واحد منهما يخالف صاحبه ويـكذبه ، وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو بـكر : يثبت القتل بذلك ، لأنهما اتفقا على القتـل ، واختلفا فى صفته ، فأشبه التى قبلها .

والأول أصح ، لأن كل واحد من الشاهدين يـكذب صاحبه ، فإن القتل غدوة غير القتل عشية ، ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل [عشية] ولا أن يقتل بسيف ثم يقتل بعصا ، بخلاف العمد والخطأ

لأن الفعل واحد ، والخلاف فى نيته وقصده ، وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر ، وإن شهد أحدهما أنه قتله ، وشهد الآخر أنه أقر بقتله ، ثبت القتل ، نص عليه أحمد ، واختاره أبو بكر ، واختار القاضى أنه لايثبت ، وهو مذهب الشافعى ، لأن أحدهما شهد بغير ماشهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد .

ولنا : أن الذى أقر به هو القتل الذى شهد به الشاهد فلا تنافى بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالقتل عمداً والآخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه أقر بألف له .

٧٠٧٣ فصـــــل

إذا قتل رجل عمداً قتلا يوجب القصاص سواء كان الشاهد عدلا أو فاسقاً لأن شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول فى ذلك فإن أحد الوليين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله ويشبه هذا مالو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما أن شريكه أعتق نصيبه وهو موسر عتق نصيبه وإن أنكره الآخر فإن كان الشاهد بالعفو شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لأن الشاهد اعترف أن نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المشهود عليه فإن كان الشاهد ممن لاتقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه فإذا حلف ثبتت حصته من الدية وإن كان الشاهد مقبول القول حلف الجانى معه وسقط عنه الحق المشهود عليه ويحلف الجانى أنه عفا عن الدية ولا يحتاج إلى ذكر العفو عن القصاص لأنه قد أسقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج إلى ذكره فى اليمين ولأنه إنما يحلف على مايدعى عليـــه ولا يدعى عليه غير الدية .

٧٠٧٤ فصـــــل

وإذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين نظرت فإن كانت الجرح مندملة فشهادتهما مقبولة لأنهما لايجران إلى أنفسهما نفعاً وإن كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما لجواز أن تصير نفساً فتجب الدية لهما بشهادتهما فإن شهدا فى تلك الحال وردت شهادتهما ثم اندملت فأعادا شهادتهما فهل تقبل ؟ على وجهين :

أحدهما : لاتقبل لأن الشهادة ردت للتهمة فلا تقبل وإن زالت التهمة كالفاسق إذا أعاد شهادته المردودة بعد عدالته .

والثانى تقبل لأن سبب التهمة قد تحقق زواله وللشافعى وجهان كهذين . وإن شهد وارثا المريض بمال ففى قبول شهادتهما له وجهان :

أحدهما : تقبل لأنهما يثبتان المال للمريض وإن مات انتقل إليهما عنه فأشبهت الشهادة للصحيح بخلاف الجناية فإنها إذا صارت نفساً وجبت الدية لهما بها .

والوجه الثاني : لاتقبل لأنه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما زاد على الثلث وإن شهد للمجروح بالجرح من لا يرثه لكونه محجوباً كالأخوين يشهدان لأخيهما وله ابن سمعت شهادتهما فإن مات ابنه نظرت فإن كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينتقض حكمه لأن مايطرأ بعد الحكم بالشهادة لايؤثر فيها كالفسق وإن كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لأنهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كما لو فسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما وإن شهد على رجل بالجراح الموجبة للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وإن كان فقيراً لأنه قد يكون ذا مال وقت العقل فيكون دافعاً عن نفسه وإن كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة العمد أو العبد سمعت شهادة العاقلة بجرح الشهود لأنهما لايدفعان عن أنفسهما ضرراً فإن موجب هذه الجراحة القصاص أو المال في ذمة الجاني وكذلك إن كان الشاهدان يشهدان على إقراره بالجرح لأن العاقلة لاتحمل الاعتراف وإن كانت شهادتهما بجراح عقله دون ثلث الدية خطأ نظرنا فإن كانت شهادة العاقلة بجرح الشهود قبل الاندمال لم تقبل لأنها ربما صارت نفساً فتحملها العاقلة وإن كانت بعده قبلت لأنها لاتحمل مادون الثلث وإن كان الشاهدان بالجرح ليسا من العاقلة في الحال وإنما يصيران من العاقلة التي تتحمل أن لو مات من هو أقرب منهما قبلت شهادتهما ذكره القاضي لأنهما ليسا من العاقلة وإنما يصيران منها بموت القريب والظاهر حياته .

وفارق الفقير إذا شهد لأن الغنى ليست عليه أمارة فإن المال غاد ورائح ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ماذكرنا ويحتمل أن يسوى بين المسألتين لأن كل واحد منهما ليس من العاقلة في الحال وإنما يصير منها بحدوث أمر لم يتفق الآن سببه فهما سواء واحتمال غنى الفقير كاحتمال موت الحي بل الموت أقرب فإنه لابد منه وكل حي ميت وكل نفس ذائقة الموت وليس كل فقير يستغني فما ثبت في إحدى الصورتين يثبت في الأخرى فيثبت فيهما جميعاً وجهان بأن ينقل حكم كل واحدة من الصورتين إلى الأخرى .

٧٠٧٥ فصـــل

إذا شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلا ثم شهد المشهود عليهما على الأولين أنهما اللذان قتلاه فصدق الولي الأولين ، وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لأن الولي يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً . وإن صدق الآخرين وحدهما بطلت شهادة الجميع لأن الأولين بطلت شهادتهما

لتـكذيبه لهما ورجوعه عما شهدا له به والآخران لاتقبل شهادتهما لأنهما عدوان للأولين ولأنهما يدفعان عن أنفسهما ضرراً ، وإن صدق الجميـع بطلت شهادتهم أيضاً لأنه بتصديق الأولين مـكذب للآخرين وتصديقه للآخرين تـكذيب للأولين وهما متهمان لما ذكرناه ، فإن قيل كيف تتصور هذه المسألة والشهادة إنما تـكون بعد الدعوى ؟ فـكيف يتصور فرض تصديقهم وتـكذيبهم ؟ قلنا قد يتصور أن يشهدوا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولى من قتله . ولهذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها »[1] وهذا معنى ذلك .

---

(١) أخرجه ابن ماجة عن زيد بن خالد .

كتاب قتال أهل البغى

والأصل فى هذا الباب قول الله سبحانه : (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللهِ ـ إلى قوله : إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ)[1] ففيها خمس فوائد :

أحدها : أنهم لم يخرجوا بالبغى عن الإيمان ، فإنه سماهم مؤمنين .

الثانية : أنه أوجب قتالهم .

الثالثة : أنه أسقط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله .

الرابعة : أنه أسقط عنهم التبعة فيما أتلفوه فى قتالهم .

الخامسة : أن الآية أفادت جواز قتال كل من منع حقاً عليه .

وروى عبد الله بن عمرو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من أعطى إماماً صفقة يده ، وثمرة فؤاده ، فليطعه ما استطاع ، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر » . رواه مسلم ، وروى عرفجة[2] قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ستكون هنات وهنات ـ ورفع صوته ـ ألا ومن خرج على أمتى وهم جميع فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » ، فكل من ثبتت إمامته وجبت طاعته وحرم الخروج عليه وقتاله ، لقول الله تعالى : (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنْكُمْ)[3] . وروى عبادة[4] بن الصامت قال : بايعنا رسولَ الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة فى المنشط والمكره ، وأن لا ننازع الأمر أهله ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من خرج من الطاعة وفارق الجماعة فمات فميتته جاهلية »[5] ، رواه ابن عبد البر ، من حديث أبى هريرة وأبى ذر وابن عباس كلها بمعنى واحد وأجمعت الصحابة رضى الله عنهم على قتال البغاة ، فإن أبا بكر رضى الله عنه قاتل مانعى الزكاة وعلى قاتل أهل الجمل وصفين وأهل النهروان ، والخارجون عن قبضة الإمام أصناف أربعة :

---

(١) سورة الحجرات آية ٩ ، ١٠ .

(٢) أخرجه أبو داود والنسائى والحاكم عن عرفجة . (ف)

(٣) سورة النساء آية ٥٩

(٤) أخرجه البخارى ومسلم ومالك والنسائى عن عبادة . (ف)

(٥) أخرجه مسلم وأحمد والنسائى عن أبى هريرة . (ف)

أحدها : قوم امتنعوا من طاعته ، وخرجوا عن قبضته بغير تأويل ، فهؤلاء قطاع طريق ساعون فى الأرض بالفساد يأتى حكمهم فى باب مفرد .

الثانى : قوم لهم تأويل ، إلا أنهم نفر يسير لامنعة لهم ، كالواحد والاثنين والعشرة ونحوهم ، فهؤلاء قطاع طريق فى قول أكثر أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأن ابن ملجم لما جرح عليا قال للحسن : إن برئت رأيت رأيى ، وإن مت فلا تمثلوا به ، فلم يثبت لفعله حكم البغاة ، ولأننا لو أثبتنا للعدد اليسير حكم البغاة فى سقوط ضمان ماأتلفوه أفضى إلى إتلاف أموال الناس . وقال أبو بكر : لافرق بين الكثير والقليل ، وحكمهم حكم البغاة إذا خرجوا عن قبضة الإمام .

الثالث : الخوارج الذين يكفّرون بالذنب ، ويكفرون عثمان وعليا وطلحة والزبير وكثيراً من الصحابة ويستحلون دماء المسلمين وأموالهم ، إلا من خرج معهم ، فظاهر قول الفقهاء من أصحابنا المتأخرين أنهم بغاة ، حكمهم حكمهم ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء وكثير من أهل الحديث ، ومالك يرى استتابتهم ، فإن تابوا ، وإلا قتلوا على إفسادهم ، لا على كفرهم .

وذهبت طائفة من أهل الحديث إلى أنهم كفار مرتدون ، حكمهم حكم المرتدين ، وتباح دماؤهم وأموالهم ، فإن تحيزوا فى مكان وكانت لهم منعة وشوكة صاروا أهل حرب كسائر الكفار ، وإن كانوا فى قبضة الإمام استتابهم كاستتابة المرتدين ، فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم ، وكانت أموالهم فيئاً لا يرثهم ورثتهم المسلمون ، لما روى أبو سعيد قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « يخرج قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم ، وصيامكم مع صيامهم ، وأعمالكم مع أعمالهم ، يقرءون القرآن لايجاوز حناجرهم ، يَمْرُقون[1] من الدين كما يَمْرُق السهم من الرَّمِيَّة[2] ، ينظر فى النَّصْلِ[3] فلا يرى شيئاً ، وينظر فى الْقِدْحِ[4] فلايرى شيئاً ، وينظر فى الرِّيشِ فلايرى شيئاً ، ويتمارى فى الْفُوقِ[5] » رواه مالك

---

(١) يمرقون : يخرجون . (ف)

(٢) بفتح الراء وكسر الميم وتشديد الياء أى الصيد المرمى ، شبه مروقهم من الدين وعدم انتفاعهم به بمروق السهم الذى يصيب الصيد فيدخل فيه ويخرج منه دون أن يعلق به شىء من جسد الصيد لسرعة خروجه من شدة قوة الرامى . (ف)

(٣) النصل : حديدة السهم . (ف)

(٤) القدح : بكسر القاف وسكون الدال وهو عود السهم (خشبه) قبل أن يراش (يلصق به الريش) ويركب بنصله . (ف)

(٥) الفوق : بضم الفاء : تجويف فى أسفل قدح السهم يثبت فيه الوتر قبل الرمى ، ومعنى (يتمارى) : يشك والمقصود من ذلك أن الرامى ينقب ويمعن البحث عن أثر لسهمه فيجد أنه نفذ من الرمية دون أن يتعلق به شىء ولم يظهر فيه أثر وكذلك هؤلاء لايحصل لهم من قراءة القرآن فائدة والعياذ بالله (ف)

فى موطئه والبخارى فى صحيحه ، وهو حديث صحيح ثابت الإسناد ، وفى لفظ قال : « يخرج قوم فى آخر الزمان أحداث الأسنان[1] ، سفهاء الأحلام ، يقولون من خير قول البرية ، يقرءون القرآن لايجاوز تَرَاقِيَهُم[2] ، يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ، فأينما لقيتهم فاقتلهم ، فإن فى قتلهم أجراً لمن قتلهم يوم القيامة » رواه البخارى ، وروى معناه من وجوه :

يقول : فكما خرج هذا السهم نقياً خالياً من الدم والفرث لم يتعلق منها بشىء كذلك خروج هؤلاء من الدين - يعنى الخوارج . وعن أبى أمامة أنه «رأى رُءوساً منصوبة على دَرَجِ مسجدِ دمشق فقال[3] : كلابُ النارِ ، شَرُّ قَتْلَى تحت أديمِ السماء ، خيرُ قَتْلَى مَنْ قَتَلُوه ، ثم قرأ : (يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وَتَسْوَدُّ وُجُوهٌ)[4] إلى آخر الآية ، فقيل[5] له : أنت سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : لو لم أسمعه إلا مرة أو مرتين أو ثلاثاً أو أربعاً ، حتى عَدَّ سبعاً ، ماحدثتكموه » قال الترمذى : هذا حديث حسن ، ورواه ابن ماجه من سهل عن ابن عيينة عن أبى غالب أنه سمع أبا أمامة يقول : «شر قتلى قتلوا تحت أديم السماء ، وخير قتلى[6] من قتلوا ، كلاب أهل النار ، كلاب أهل النار ، كلاب أهل النار ، قد كانوا هؤلاء مسلمين فصاروا كفاراً . قلت : يا أبا أمامة هذا شىء تقوله ؟ قال : بل سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وعن علىّ رضى الله عنه فى قوله تعالى : (قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالأَخْسَرِينَ أَعْمَالاً)[7] قال : « هم أهل النهروان » . وعن أبى سعيد فى حديث آخر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «هم[8] شر الخلق والخليقة لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد » . وقال : « لايجاوز إيمانهم حناجرهم » .

وأكثر الفقهاء على أنهم بغاة ولايرون تكفيرهم ، قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وجعلهم كالمرتدين . وقال ابن عبد البر فى الحديث الذى رويناه قوله : «يتمارى فى الفوق» يدل على أنه لم يكفرهم لأنهم علقوا من الإسلام بشىء بحيث يشك فى خروجهم منه . وروى عن علىّ

---

(١) صغار الأسنان ضعفاء العقول . (ف)

(٢) التراقى جمع ترقوة . وهى العظم الذى فى أعلى الصدر بين ثغرة النحر والعاتق . (ف)

(٣) القائل أبو أمامة . (ف) (٤) سورة آل عمران آية ١٠٦

(٥) القائل أبو غالب الراوى عن أبى أمامه وحديثه فى سنن الترمذى ج ١١ ص ١٢٧ (ف)

(٦) لفظ ابن ماجة ج ١ ص ٧٥ (خير قتيل) وليس فيه تكرار (كلاب أهل النار) وفيه (بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم) . (ف)

(٧) سورة الكهف آية ١٠٣

(٨) فى مسلم ج ٢ ص ٧٥٠ عن أبى ذر (هم شر الخلق والخليقة فى ص ٧٤٢ عن أبى سعيد (لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد) . (ف)

« أنه لما قاتل أهل النهر قال لأصحابه : لا تبدءوهم بالقتال ، وبعث إليهم : أقيدونا بعبد الله بن خباب ، قالوا : كلنا قتله » ، فحينئذ استحل قتالهم ، لإقرارهم على أنفسهم بما يوجب قتلهم . وذكر ابن عبد البر عن عليّ رضى الله عنه « أنه سئل عن أهل النهر ، أكفارهم ؟ قال : من الكفر فروا ، قيل : فمنافقون ؟ قال : إن المنافقين لا يذكرون الله إلا قليلا ، قيل: فما هم ؟ قال : هم قوم أصابتهم فتنة ، فعموا فيها وصموا ، وبغوا علينا وقاتلونا ، فقاتلناهم » . ولما جرحه ابن ملجم قال للحسن : أحسنوا إساره ، فإن عشت فأنا ولى دمى ، وإن مت فضربة كضربتى . وهذا رأى عمر بن عبد العزيز فيهم ، وكثير من العلماء . والصحيح إن شاء الله أن الخوارج يجوز قتلهم ابتداء والإجازة[1] على جريحهم لأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقتلهم ووعده بالثواب من قتلهم ، فإن علياً كرم الله وجهه قال : لولا أن ينظروا لحدثتكم بما وعد الله الذين يقتلونهم على لسان محمد صلى الله عليه وسلم ، ولأن بدعتهم وسوء فعلهم يقتضى حل دمائهم ، بدليل ما أخبر به النبى صلى الله عليه وسلم من عظم ذنبهم ، وأنهم شر الخلق والخليقة ، وأنهم يمرقون من الدين ، وأنهم كلاب النار . وحثه على قتلهم ، وإخباره بأنه لو أدركهم لقتلهم قتل عاد ، فلا يجوز إلحاقهم بمن أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالكف عنهم ، وتورع كثير من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتالهم ، ولا بدعة فيهم .

الصنف الرابع : قوم من أهل الحق يخرجون عن قبضة الإمام ، ويرومون خلعه لتأويل سائغ ، وفيهم منعة يحتاج فى كفهم إلى جمع الجيش ، فهؤلاء البغاة الذين نذكر فى هذا الباب حكمهم ، وواجب على الناس معونة إمامهم فى قتال البغاة لما ذكرنا فى أول الباب ، ولأنهم لو تركوا معونته لقهره أهل البغى ، وظهر الفساد فى الأرض .

٧٠٧٦ مسـألة

قال أبو القاسم رحمه الله : ﴿ وإذا اتفق المسلمون على إمام فمن خرج عليه من المسلمين يطلب موضعه حوربوا ، ودفعوا بأسهل ما يندفعون به ﴾ .

وجملة الأمر : أن من اتفق المسلمون على إمامته وبيعته ثبتت إمامته ووجبت معونته ، لما ذكرنا من الحديث والإجماع ، وفى معناه من ثبتت إمامته بعهد النبى صلى الله عليه وسلم أو بعهد إمام قبله إليه ، فإن أبا بكر ثبتت إمامته بإجماع الصحابة على بيعته ، وعمر ثبتت إمامته بعهد أبى بكر إليه ، وأجمع الصحابة على قبوله ، ولو خرج رجل على الإمام فقهره وغلب الناس بسيفه حتى أقروا له وأذعنوا بطاعته وتابعوه صار إماماً يحرم قتاله ، والخروج عليه فإن عبد الملك بن مروان خرج على ابن الزبير فقتله واستولى

(١) فى ١٨ : الإجهاز .

على البلاد وأهلها ، حتى بايعوه طوعاً وكرهاً ، فصار إماماً يحرم الخروج عليه ، وذلك لما فى الخروج عليه من شق عصا المسلمين ، وإراقة دمائهم ، وذهاب أموالهم ، ويدخل الخارج عليه فى عموم قوله عليه السلام « من خرج على أمتى وهم جميع ، فاضربوا عنقه بالسيف كائناً من كان » فمن خرج على من ثبتت إمامته بأحد هذه الوجوه باغياً وجب قتاله ، ولا يجوز قتالهم حتى يبعث إليهم من يسألهم ويكشف لهم الصواب ، إلا أن يخاف كَلَبَهُم[1] ، فلا يمكن ذلك فى حقهم ، فأما إن أمكن تعريفهم عرفهم ذلك ، وأزال مايذكرونه من المظالم وأزال حججهم ، فإن لجوا قاتلهم حينئذ لأن الله تعالى بدأ بالأمر بالإصلاح قبل القتال فقال سبحانه : (وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللهِ)[2] .

وروى أن علياً رضى الله عنه راسل أهل البصرة قبل وقعة الجمل ، ثم أمر أصحابه أن لا يبدأوهم بالقتال ثم قال : إن هذا يوم من فَلَجَ[3] فيه فَلَجَ يوم القيامة ، ثم سمعهم يقولون : الله أكبر ، يالثارات عثمان ، فقال : اللهم أكب قتلة عثمان لوجوههم ، وروى عبد الله بن شداد بن الهادى أن علياً لما اعتزلته الحرورية[4] ، بعث إليهم عبد الله بن عباس فواضعوه كتاب الله ثلاثة أيام فرجع منهم أربعة آلاف .

فإن أبوا الرجوع وعظهم وخوفهم القتال ، وإنما كان كذلك ، لأن المقصود كفهم ودفع شرهم لاقتلهم ، فإذا أمكن بمجرد القول كان أولى من القتال لما فيه من الضرر بالفريقين فإن سألوا الإنظار[5] نظر فى حالهم وبحث عن أمرهم ، فإن بان له أن قصدهم الرجوع إلى الطاعة ومعرفة الحق أمهلهم ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، فإن كان قصدهم الاجتماع على قتاله وانتظار مدد يقوون به أو خديعة الإمام أو ليأخذوه على غرة ويفترق عسكره لم ينظرهم وعاجلهم لأنه لايأمن أن يصير هذا طريقاً إلى قهر أهل العدل ولايجوز هذا وإن أعطوه عليه مالا لأنه لايجوز أن يأخذ المال على إقرارهم على مالا يجوز إقرارهم عليه ، وإن بذل له رهائن على إنظارهم لم يجز أخذها لذلك ، ولأن الرهائن لايجوز قتلهم لغدر أهلهم فلا يفيد شيئاً ، وإن كان فى أيديهم أسرى من أهل العدل وأعطوا بذلك رهائن منهم قبلهم الإمام واستظهر للمسلمين ، فإن أطلقوا أسرى المسلمين الذين عندهم أطلقت رهائنهم وإن قتلوا من عندهم لم يجز قتل رهائنهم لأنهم لايقتلون بقتل غيرهم فإذا انقضت الحرب خلى الرهائن كما تخلى الأسارى

---

(١) الكلب : بفتح الكاف واللام : الشر والأذى (ف)

(٢) سورة الحجرات آية ٩ .

(٣) فلج : فاز وظفر بمطلوبه (ف)

(٤) الحرورية : هم الخوارج وسموا بهذا لنزولهم بحروراء اسم قرية تمد وتقصر (ف)

(٥) هامش ١٨ : الإمهال من نسخه أخرى .

منهم ، وإن خاف الإمام على الفئة العادلة الضعف عنهم أخر قتالهم إلى أن تمكنه القوة عليهم لأنه لا يؤمن الاصطلام والاستئصال فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العدل ثم يقاتلهم وإن سألوه أن ينظرهم أبداً ويدعهم وماهم عليه ويكفوا عن المسلمين نظرت ، فإن لم يعلم قوته عليهم وخاف قهرهم له إن قاتلهم تركهم ، وإن قوى عليهم لم يجز إقرارهم على ذلك ، لأنه لا يجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الإمام ولا تؤمن قوة شوكتهم بحيث يفضى إلى قهر الإمام العادل ومن معه .

ثم إن أمكن دفعهم بدون القتل لم يجز قتلهم ، لأن المقصود دفعهم لأهلهم ، ولأن المقصود إذا حصل بدون القتل لم يجز القتل من غير حاجة ، وإن حضر معهم من لا يقاتل لم يجز قتله ، وقال أصحاب الشافعى : فيه وجه آخر ، يجوز ، لأن علياً رضى الله عنه نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السَّجَّاد ، وقال : إياكم وصاحب البُرْنُس[1] ، فقتله رجل[2] وأنشأ يقول :

وأشعثَ قَوَّامٍ بآياتِ رَبِّهِ	قليل الأذَى فيما ترى العينُ مُسْلِمِ
هَتَكْتُ له بالرُّمْحِ جَيْبَ قميصِهِ	فخَرَّ صَرِيعاً لليدَيْنِ وللفَمِ
على غير شيء غير أنْ ليس تابعاً	عَلِيًّا وَمَنْ لم يَتْبَعِ الحقَّ يَظْلِمِ
يناشدنى حاميم، والرُّمْحُ شاجِرٌ	فهلا تلا حاميم قبل التقدمِ ؟

وكان السجاد حامل راية أبيه ، ولم يكن يقاتل ، فلم ينكر علىّ قتله ، ولأنه صار ردءا لهم .

ولنا : قول الله تعالى : (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُتَعَمِّداً فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ)[3] ، والأخبار الواردة فى قتل المسلم والإجماع على تحريمه وإنما خص من ذلك ماحصل ضرورة دفع الباغى والصائل ففيما عداه يبقى على العموم والإجماع فيه ولهذا حرم قتل مدبرهم وأسيرهم والإجهاز على جريحهم مع أنهم إنما تركوا القتال عجزاً عنه ومتى ماقدروا عليه عادوا إليه فمن لا يقاتل تورعاً عنه مع قدرته عليه ولا يخاف منه القتال بعد ذلك أولى ، ولأنه مسلم لم يحتج إلى دفعه ولا صدر منه أحد الثلاثة فلم يحل دمه لقوله عليه السلام « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث » فأما حديث على فى نهيه عن قتل السجاد فهو حجة عليه فإن نهى على أولى من فعل من خالفه ولا يمتثل قول الله تعالى ، ولا قول رسوله ، ولا قول إمامه ، وقولهم : لم ينكر قتله ، قلنا : لم ينقل إلينا أن علياً علم حقيقة الحال فى قتله ، ولا حضر قتله فينكره ، وقد جاء أن علياً رضى الله عنه حين طاف فى القتل رآه فقال : السجاد ورب الكعبة ، هذا الذى[4] قتله

(١) البرنس : كل ثوب رأسه منه ملتزق به .

(٢) فى لسان العرب ج ١٢ ص ١٥١ « قتله الاشتر أو شريح » .

(٣) سورة النساء آية ٩٣

(٤) يقصد على كرم الله وجهه أن السجاد اندفع مع أبيه لحمل رايته برا به وإن كان لم يقاتل فأصابه ما أصابه . (ف)

بره بأبيه ، وهذا يدل على أنه لم يشعر بقتله ، ورأى كعب بن سور فقال : يزعمون أنما خرج إلينا الرعاع وهذا الحبر بين أظهرهم ، ويجوز أن يكون تركه الإنكار عليهم اجتزاء بالنهي المتقدم ، ولأن القصد من قتالهم كفهم ، وهذا كاف لنفسه فلم يجز قتله كالمنهزم .

٧٠٧٧ فصـــل

وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان فهم كالرجل البالغ الحر، يقاتلون مقبلين ، ويتركون مدبرين ، لأن قتالهم الدفع ، ولو أراد أحد هؤلاء قتل إنسان جاز دفعه وقتاله ، وإن أتى على نفسه ، ولذلك قلنا فى أهل الحرب إذا كان معهم النساء والصبيان يقاتلون قوتلوا وقتلوا .

٧٠٧٨ فصـــل

ولا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه كالنار والمنجنيق والتغريق من غير ضرورة ، لأنه لا يجوز قتل من لا يقاتل ، وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل ، فإن دعت إلى ذلك ضرورة ، مثل أن يحتاط بهم البغاة ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم إتلافه جاز ذلك ، وهذا قول الشافعى . وقال أبو حنيفة : إذا تحصن الخوارج فاحتاج الإمام إلى رميهم بالمنجنيق فعل ذلك بهم ، ما كان لهم عسكر، ومالم ينهزموا ، وإن رماهم البغاة بالمنجنيق والنار جاز رميهم بمثله .

٧٠٧٩ فصـــل

قال أبو بكر : وإذا اقتتلت طائفتان من أهل البغى فقدر الإمام على قهرهما ، لم يعن واحدة منهما ، لأنهما جميعاً على الخطأ ، وإن عجز عن ذلك وخاف اجتماعهما على حربه ضم إليه أقربهما إلى الحق ، فإن استويا اجتهد برأيه فى ضم إحداهما ، ولا يقصد بذلك معونة إحداهما ، بل الاستعانة على الأخرى ، فإذا هزمها لم يقاتل من معه حتى يدعوهم إلى الطاعة ، لأنهم قد حصلوا فى أمانه ، وهذا مذهب الشافعى ، ولا يستعين على قتالهم بالكفار بحال ، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين ، وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : لا بأس أن يستعين عليهم بأهل الذمة والمستأمنين ، وصنف آخر منهم ، إذا كان أهل العدل هم الظاهرين[1] على من يستعينون به .

ولنا : أن القصد كفهم وردهم إلى الطاعة دون قتلهم وإن دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم ، فإن كان يقدر على كفهم استعان بهم ، وإن لم يقدر لم يجز .

---

(١) فى ٢٩ : إذا كان أهل العدل ظاهرين .

٧٠٨٠ فصــــل

وإذا أظهر قوم رأى الخوارج مثل تكفير من ارتكب كبيرة وترك الجماعة واستحلال دماء المسلمين وأموالهم ، إلا أنهم لم يخرجوا عن قبضة الإمام ولم يسفكوا الدم الحرام ، فحكى القاضى عن أبى بكر أنه لايحل بذلك قتلهم ولا قتالهم ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وجمهور أهل الفقه ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، فعلى هذا حكمهم فى ضمان النفس والمال حكم المسلمين .

وإن سبوا الإمام أو غيره من أهل العدل عزروا ، لأنهم ارتكبوا محرماً لا حد فيه ، وإن عرضوا بالسب فهل يعزرون ؟ على وجهين ، وقال مالك فى الإباضية : وسائر أهل البدع يستتابون ، فإن تابوا وإلا ضربت أعناقهم ، قال إسماعيل بن إسحاق رأى مالك قتل الخوارج وأهل القدر من أجل الفساد الداخل فى الدين كقطاع الطريق ، فإن تابوا وإلا قتلوا على إفسادهم لا على كفرهم ، وأما من رأى تكفيرهم فمقتضى قوله إنهم يستتابون ، فإن تابوا وإلا قتلوا لكفرهم كما يقتل المرتد ، وحجتهم قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فأينما[1] لقيتموهم فاقتلوهم » ، وقوله عليه السلام : « لئن أدركتهم لأقتلنهم قتل عاد » ، وقوله صلى الله عليه وسلم فى الذى أنكر عليهم وقال إنها[2] لقسمة ما أريد بها وجه الله لأبى بكر « اذهب فاقتله » ، ثم قال لعمر مثل ذلك ، فأمر بقتله قبل قتاله ، وهو الذى قال : يخرج من ضئضىء هذا قوم - يعنى الخوارج ، وقول عمر لصبيغ : لو وجدتك محلوقاً لضربت الذى فيه عيناك بالسيف - يعنى لقتلتك ، وإنما يقتل لكونه من الخوارج ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «سيماهم التسبيد»[3] يعنى حلق رءوسهم .

---

(١) أخرجه مسلم عن على بلفظ (فإذا لقيتموهم) ج ٢ ص ١٤٧ والحديث الذى بعده سبق تخريجه (ف)

(٢) ورد فى مسند أحمد ج ٣ ص ١٥ ، عن أبى سعيد الخدرى أن أبا بكر جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إنى مررت بوادى كذا وكذا فإذا رجل متخشع حسن الهيئة يصلى فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : إذهب إليه فاقتله قال : فذهب إليه أبو بكر فلما رآه على تلك الحال كره أن يقتله فرجع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعمر : إذهب فاقتله فذهب عمر فرآه على تلك الحال التى رآه أبو بكر قال فكره أن يقتله قال فرجع فقال : يارسول الله إنى رأيته يصلى متخشعاً فكرهت أن أقتله قال : ياعلى إذهب فاقتله قال : فذهب على فلم يره فرجع على فقال يارسول الله إنه لم يره قال : فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إن هذا وأصحابه يقرأون القرآن لايجاوز تراقيهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية ثم لايعودون فيه حتى يعود السهم فى فوقه فاقتلوهم هم شر البرية ، ومنه يعلم ما فى كلام المغنى من خلط . أما الرجل الذى قال : إنها لقسمة ما أريد بها وجه الله فقصته فى الصحيحين وقد أبى النبى صلى الله عليه وسلم أن يقتله من أشار بقتله . (ف)

(٣) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٥٤٤ (سيماهم التحليق والتسبيد) والتسبيد : استئصال الشعر (ف)

واحتج الأولون بفعل عليّ رضى الله عنه ، فإنه روى عنه أنه كان يخطب يوماً فقال رجل بباب المسجد : لا حـكم إلا لله ، فقال عليّ[1] : كلمة حق أريد بها باطل ، ثم قال : لـكم علينا ثلاث : لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله تعالى ، ولا نمنعكم الفيء مادامت أيديكم معنا ، ولا نبدأكم بقتال .

وروى أبو يحيى قال : صـلّى عليّ رضى الله عنه صـلاة فناداه رجل من الخوارج : (لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين)[2] ، فأجابه عليّ رضى الله عنه : (فاصـبر إن وعـد الله حق ولا يستخفنك الذين لا يوقنون)[3] .

وكتب عدى بن أرطاة إلى عمر بن عبد العزيز أن الخوارج يسبونك ، فـكتب إليـه : إن سبونى فسبوهم أو أعفوا عنهم ، وإن شـهروا السلاح فاشـهروا عليهم ، وإن ضربوا فاضربوا ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يتعرض للمنافقين الذين معه فى المدينة ، فلأن لا يتعرض لغيرهم أولى .

وقد روى فى خبر الخارجى الذى أنـكر عليه أن خالداً قال[4] : يارسول الله ألا أضرب عنقه ؟ قال : « لعله يصلى » قال : رب مصل لاخير فيه ، قال : « إنى لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس » .

٧٠٨١ مســـألة

قال : ﴿ فإن آل مادفعوا به إلى نفوسهم فلاشيء على الدافع ، وإن قتل الدافع فهو شهيد ﴾

وجملته أنه إذا لم يمكن دفع أهل البغى إلا بقتلهم جاز قتلهم ولاشيء على من قتلهم من إثم ولاضمان ولا كفارة ، لأنه فعل ما أمر به وقتل من أحل الله قتله وأمر بمقاتلته ، وكذلك ما أتلفه أهل العـدل على أهل البغى حال الحرب من المال لا ضمان فيـه ، لأنهم إذا لم يضمنوا الأنفس فالأموال أولى ، فإن قتل العادل كان شهيداً لأنه قتل فى قتال أمر الله تعالى به بقوله : (فقاتـلوا التى تَبْغى)[5] ، وهل يغسل ويصلى عليه ؟ فيه روايتان :

إحداهما : لا يغسل ولا يصلى عليه لأنه شهيد معركة أمر بالقتال فيها فأشبه شهيد معركة الـكفار .

والثانية : يغسل ويصلى عليه ، وهو قول الأوزاعى وابن المنذر ، ولأن النبى صلى الله عليه وسـلم أمر بالصلاة على من قال لا إله إلا الله واستثنى قتيل الـكفار فى المعركة ، ففيما عداه يبقى على الأصـل ، ولأن شهيد معركة الـكفار أجره أعظم وفضـله أكثر ، وقد جاء أنه يشفع فى سبعين من أهل بيتـه ، وهذا لا يلحق به فى فضله ، فلا يثبت فيه مثل حكمه ، فإن الشيء إنما يقاس على مثله .

---

(١) هذه الفقرة أخرجها مسلم ج ٢ ص ٧٤٩ (ف)
(٢) سورة الزمر آية ٦٥ (٣) سورة الروم آية ٦٠ .
(٤) أخرجه مسلم ج ٢ ص ٧٤٢ (ف) (٥) سورة الحجرات آية ٩

٧٠٨٢ فصــــل

وليس على أهل البغي أيضاً ضمـان ماأتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال ، وبه قال أبو حنيفـة ، والشافعي في أحد قوليه ، وفي الآخر : يضمنون ذلك لقول أبي بكر لأهل الردة : تدون قتلانا ، ولا ندى قتلاكم ، ولأنها نفوس وأموال معصومة أتلفت بغير حق ، ولا ضرورة دفع مبـاح ، فوجب ضمانه كالذى تلفت في غير حال الحرب .

ولنا : ماروى الزهرى أنه قال كانت الفتنة العظمى بين الناس وفيهم البدريون فأجمعوا على أن لايقام حد على رجل ارتـكب فرجا حراماً بتأويل القرآن ، ولا يغرم مالا أتلفه بتأويل القرآن ، ولأنها طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ ، فلم تضمن ماأتلفت على الأخرى ، كأهل العدل ، ولأن تضمينهم يفضى إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ، فلا يشرع كتضمين أهل الحرب ، فأما قول أبي بـكر رضى الله عنه فقد رجع عنه ولم يمضه ، فإن عمر قال له : أما أن يدوا قتلانا فلا ، فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله تعالى على ماأمر الله ، فوافقه أبو بـكر ، ورجع إلى قوله ، فصار أيضاً إجماعاً حجة لنا ، ولم ينقـل أنه غرم أحـداً شيئاً من ذلك ، وقد قتل طليحة عكاشة بن محصن ، وثابت بن أقرم ، ثم أسلم فلم يغرم شيئاً ، ثم لو وجب التغريم في حق المرتدين لم يلزم مثله ههنا ، فإن أولئك كفار لاتأويل لهم ، وهؤلاء طائفة من المسلمين لهم تأويل سائغ ، فـكيف يصح إلحاقهم بهم .

فأما ماأتلفه بعضهم على بعض في غير حال الحرب قبله أو بعده فعلى متلفه ضمانه ، وبهذا قال الشافعي ، ولذلك لمـا قتل الخوارج عبد الله بن خباب أرسل إليهم عَلِيٌّ ، أقيدونا من عبد الله بن خباب ، ولمـا قتل ابن ملجم عليا في غير المعركة أقيد به وهل يتحتم قتل الباغي إذا قتل أحـداً من أهل العدل في غير المعركة ؟ فيه وجهان :

أحـدهما : يتحتم لأنه قتـل بإشهـار السلاح والسعى في الأرض بالفساد فيحتم قتـــله كقاطع الطريق .

والثاني : لايتحتم وهو الصحيح لقول علي رضى الله عنه إن شئت أن أعفو وإن شئت استقدت فأما الخوارج فالصحيح على ماذكرنا إباحة قتلهم فلا قصاص[1] على قاتل أحـد منهم ولا ضمـان عليه في ماله .

٧٠٨٣ مســـــألة

قال : ﴿ وإذا دفعوا لم يتبع لهم مدبر ولا يجاز على جريحهم ولم يقتل لهم أسير ولم يغنم لهم مال ولم تسب له ذرية ﴾ .

---

(١) في « ا » : ولا قصاص .

وجملته أن أهل البغى إذا تركوا القتال إما بالرجوع إلى الطاعة وإما بإلقاء السلاح وإما بالهزيمة إلى فئة أو إلى غير فئة وإما بالعجز لجراح أو مرض أو أسر فإنه يحرم قتلهم وإتباع مدبرهم ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : إذا هزموا ولا فئة لهم كقولنا ، وإن كانت لهم فئة يلجأون إليها جاز قتل مدبرهم وأسيرهم والإجازة[1] على جريحهم وإن لم يكن لهم فئة لم يقتلوا لكن يضربون ضرباً وجيعاً ويحبسون حتى يقلعوا عما هم عليه ويحدثوا توبة ذكروا هذا فى الخوارج ويروى عن ابن عباس نحو هذا واختاره بعض أصحاب الشافعى لأنه متى لم يقتلهم اجتمعوا ثم عادوا إلى المحاربة .

ولنا : ماروى عن على رضى الله عنه أنه قال يوم الجمل[2] لايذفف على جريح ولا يهتك ستر ولا يفتح باب ومن أغلق باباً أو بابه فهو آمن ولا يتبع مدبر وقد روى نحو ذلك عن عمار وعن على رضى الله عنه أنه ودى قوماً من بيت مال المسلمين قتلوا مدبرين ، وعن أبى أمامة أنه قال شهدت صفين وكانوا لايجيزون على جريح ولا يقتلون مولياً ولا يسلبون قتيلا وقد ذكر القاضى فى شرحه عن عبد الله بن مسعود[3] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ياابن أم عبد ماحكم من بغى على أمتى ؟ فقلت الله ورسوله أعلم فقال : لايتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم ولا يقسم فيئهم » ولأن المقصود دفعهم وكفهم وقد حصل فلم يجز قتلهم كالصائل ولا يقتلون لما يخاف فى الثانى[4] كما لو لم تكن لهم فئة .

إذا ثبت هذا فإن قَتَل إنسان مَن مُنِعَ مِنْ قتْلِهِ ضمنه لأنه قتل معصوماً لم يؤمر بقتله وفى القصاص وجهان .

أحدهما : يجب لأنه مكافىء معصوم . والثانى : لا يجب لأن فى قتلهم اختلافاً بين الأئمة فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص لأنه مما يندرىء بالشبهات .

وأما أسيرهم فإن دخل فى الطاعة خلى سبيله ، وإن أبى ذلك وكان رجلا جلداً من أهل القتال حبس مادامت الحرب قائمة ، فإذا انقضت الحرب خلى سبيله ، وشرط عليه أن لايعود إلى القتال ، وإن لم يكن الأسير من أهل القتال كالنساء والصبيان والشيوخ الفانين خلى سبيلهم ، ولم يحبسوا فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يحبسون لأن فيه كسراً لقلوب البغاة ، وإن أسر كل واحد من الفريقين أسارى من الفريق الآخر جاز فداء أسارى أهل العدل بأسارى أهل البغى ، وإن قتل أهل البغى أسارى أهل العدل لم

---

(١) فى ٢٩ : والإجهاز .

(٢) أخرج سعيد بن منصور عن مروان بن الحكم قال : صرخ صارخ لعلى يوم الجمل « لايقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن أغلق بابه فهو آمن ومن ألقى السلاح فهو آمن » . (ف)

(٣) أخرج الحاكم والبيهقى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لابن مسعود ياابن أم عبد ماحكم من بغى من أمتى ؟ قال : الله ورسوله أعلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لايتبع مدبرهم ولا يجهز على جريحهم ولا يقتل أسيرهم . (ف)

(٤) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥٩ « لما يخاف فى ثانى الحال » .

يجز لأهل العدل قتل أساراهم لأنهم لا يقتلون بجناية غيرهم ولا يزرون وزر غيرهم وإن أبى البغاة مفاداة الأسرى الذين معهم وحبسوهم احتمل أن يجوز لأهل العدل حبس من معهم ليتوصلوا إلى تخليص أساراهم بحبس من معهم ويحتمل أن لا يجوز حبسهم ويطلقون لأن الذنب فى حبس أسارى أهل العدل لغيرهم .

٧٠٨٤ فصـــل

فأما غنيمة أموالهم وسبي ذريتهم فلا نعلم فى تحريمه بين أهل العلم خلافاً ، وقد ذكرنا حديث أبى أمامة وابن مسعود ، ولأنهم معصومون وإنما أبيح من دمائهم وأموالهم ماحصل من ضرورة دفعهم وقتالهم وما عداه يبقى على أصل التحريم ، وقد روى أن علياً رضى الله عنه يوم الجمل قال : من عرف شيئاً من ماله مع أحد فليأخذه وكان بعض أصحاب على قد أخذ قدراً وهو يطبخ فيها فجاء صاحبها ليأخذها فسأله الذى يطبخ فيها إمهاله حتى ينضج الطبيخ ، فأبى وكبه وأخذها ، وهذا من جملة مانقم الخوارج من على فإنهم قالوا : إنه قاتل ولم يسب ، ولم يغنم ، فإن حلت له دماؤهم فقد حلت له أموالهم ، وإن حرمت عليه أموالهم فقد حرمت عليه دماؤهم ، فقال لهم ابن عباس : أفتسبون أمكم ؟ يعنى عائشة أم تستحلون منها ما تستحلون من غيرها ؟ فإن قلتم ليست أمكم فقد كفرتم ، وإن قلتم : إنها أمكم واستحللتم سبيها فقد كفرتم ، يعنى بقوله إنكم إن جحدتم أنها أمكم فقد قال الله تعالى : (النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ)[1] فإن لم تكن أمهاتهم لم يكونوا من المؤمنين ، ولأن قتال البغاة إنما هو لدفعهم وردهم إلى الحق لا لكفرهم فلا يستباح منهم إلا ما حصل ضرورة الدفع كالصائل وقاطع الطريق وبقى حكم المال والذرية على أصل العصمة ، وما أخذ من كراعهم وسلاحهم لم يرد إليهم حال الحرب لئلا يقاتلونا به . وذكر القاضى أن أحمد أومأ إلى جواز الانتفاع به حال التحام الحرب ، ولا يجوز فى غير قتالهم ، وهذا قول أبى حنيفة ، لأن هذه الحال يجوز فيها إتلاف نفوسهم وحبس سلاحهم وكراعهم ، فجاز الانتفاع به كسلاح أهل الحرب . وقال الشافعى : لا يجوز ذلك إلا من ضرورة إليه لأنه مال مسلم فلم يجز الانتفاع به بغير إذنه كغيره من أموالهم .

وقال أبو الخطاب فى هذه المسألة وجهان كالمذهبين ، ومتى انقضت الحرب وجب رده إليهم كما ترد إليهم سائر أموالهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه »[2] . وروى أبو قيس أن علياً رضى الله عنه نادى من وجد ماله فليأخذه .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٦

(٢) أخرجه الدارقطنى عن أبى حرة الرقاشى عن عمه ، وأخرجه عن أنس .

٧٠٨٥ مسألة

قال : ﴿ ومن قتل منهم غسل وكفن وصلى عليه ﴾ .

يعنى من أهل البغى ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أصحاب الرأى : إن لم يكن لهم فئة صلى عليهم وإن كانت لهم فئة لم يصل عليهم ، لأنه يجوز قتلهم فى هذه الحال فلم يصل عليهم كالكفار .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « صلوا على من قال لا إله إلا الله » . رواه الخلال فى جامعه ، ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة فيغسلون ويصلى عليهم كما لو يكن لهم فئة . وما ذكروه ينتقض بالزانى المحصن والمقتص منه والقاتل فى المحاربة .

٧٠٨٦ فصل

لم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم فى هذا وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى . وظاهر كلام أحمد رحمه الله أنه لا يصلى على الخوارج فإنه قال : أهل البدع إن مرضوا فلا تعودوهم ، وإن ماتوا فلا تصلوا عليهم . وقال أحمد : الجهمية والرافضة لا يصلى عليهم قد ترك النبى صلى الله عليه وسلم الصلاة بأقل من هذا . وذكر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن تقاتل خيبر من ناحية من نواحيها فقاتل رجل من تلك الناحية فقتل[1] فلم يصل عليه النبى صلى الله عليه وسلم فقيل إنه[2] كان فى قرية أهلها نصارى ليس فيها من يصلى عليه ؟ قال « أنا لا أشهده يشهده من شاء » .

وقال مالك : لا يصلى على الإباضية ، ولا القدرية ، وسائر أصحاب الأهواء ولا تتبع جنائزهم ولا تعاد مرضاهم . والإباضية صنف من الخوارج نسبوا إلى عبد الله بن إباض صاحب مقالتهم ، والأزارقة أصحاب نافع بن الأزرق ، والنجدات أصحاب نجدة الحرورى ، والبيهسية أصحاب بيهس ، والصفرية قيل إنهم نسبوا إلى صفرة ألوانهم وأصنافهم كثيرة ، والحرورية نسبوا إلى أرض يقال لها حروراء خرجوا بها . وقال أبو بكر بن عياش : لا أصلى على الرافضى لأنه زعم أن عمر كافر ولا على الحرورى لأنه يزعم أن علياً كافر . وقال الفريابى من شتم أبا بكر فهو كافر لا يصلى عليه .

---

(١) روى نظير هذا عن زيد بن خالد الجهنى أن رجلا من المسلمين توفى بخيبر وأنه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : صلوا على صاحبكم فتغيرت وجوه القوم لذلك . فلما رأى الذى بهم قال : إن صاحبكم غل فى سبيل الله ففتشنا متاعه فوجدنا فيه خرزاً من خرز اليهود ما يساوى درهمين . رواه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه .

(٢) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣ ، فقيل له : فإن كان فى قرية أهلها نصارى ، أى فقيل لأحمد وهو سؤال له .

ووجه ترك الصلاة عليهم أنهم يكفرون أهل الإسلام ولا يرون الصلاة عليهم فلا يصلى عليهم كالكفار من أهل الذمة وغيرهم ولأنهم مرقوا من الدين فأشبهوا المرتدين .

٧٠٨٧ فصــــل

والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين وإنما هم يخطئون فى تأويلهم والإمام وأهل العدل مصيبون فى قتالهم فهم جميعاً كالمجتهدين من الفقهاء فى الأحكام من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلاً ، وهذا قول الشافعى ولا أعلم فى قبول شهادتهم خلافاً ، فأما الخوارج وأهل البدع إذا خرجوا على الإمام فلا تقبل شهادتهم لأنهم فساق ، وقال أبو حنيفة : يفسقون بالبغى وخروجهم على الإمام ولكن تقبل شهادتهم لأن فسقهم من جهة الدين فلا ترد به الشهادة وقد قبل شهادة الكفار بعضهم على بعض ، ويذكر ذلك فى كتاب الشهادة إن شاء الله تعالى .

٧٠٨٨ فصــــل

ذكر القاضى أنه لا يكره للعادل قتل ذى رحمه الباغى لأنه قتل بحق فأشبه إقامة الحد عليه وكرهت طائفة من أهل العلم القصد إلى ذلك وهو أصح إن شاء الله لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾[1] . وقال الشافعى : كف النبى صلى الله عليه وسلم أبا حذيفة وعتبة عن قتل أبيه وقال بعضهم لا يحل ذلك لأن الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف وليس هذا من المعروف فإن قتله فهل يرثه ؟ على روايتين :

إحداهما : يرثه هذا قول أبى بكر ومذهب أبى حنيفة لأنه قتل بحق فلم يمنع الميراث كالقصاص والقتل فى الحج .

والثانية : لا يرثه ، وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعى لعموم قوله عليه السلام « ليس[2] لقاتل شىء » . وأما الباغى إذا قتل العادل فلا يرثه وهذا قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة يرثه لأنه قتله بتأويل أشبه قتل العادل الباغى .

ولنا أنه قتله بغير حق فلم يرثه كالقاتل خطأ ، وفارق ما إذا قتله العادل لأنه قتله بحق ، وقال قوم إذا تعمد العادل قتل قريبه فقتله ابتداء لم يرثه وإن قصد ضربه ليصير غير ممتنع فجرحه ومات من هذا الضرب ورثه لأنه قتله بحق . وهذا قول ابن المنذر وقال هو أقرب الأقاويل .

---

(١) سورة لقمان آية ١٥ .

(٢) أخرجه ابن ماجه والموطأ وأحمد عن عمر .

٧٠٨٩ مســـألة

قال : ﴿ وما أخذوا فى حال امتناعهم من زكاة أو خراج لم يعد عليهم ﴾ .

وجملته أن أهل البغى إذا غلبوا على بلد فجبوا الخراج والزكاة والجزية وأقاموا الحدود وقع ذلك موقعه فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد وظفروا بأهل البغى لم يطالبوا بشىء مما جبوه ولم يرجع به على من أخذ منه ، روى نحو هـذا عن ابن عمر وسلمة بن الأكوع وهو قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وسواء كان من الخوارج أو من غيرهم . وقال أبو عبيد : على من أخذوا منه الزكاة الإعادة لأنه أخذها ممن لا ولاية له صحيحة فأشبه مالو أخذها آحاد الرعية .

ولنا : أن علياً لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشىء مما جَبَوْه وكان ابن عمر إذا أتاه ساعى نجدة الحرورى دفع إليه زكاته ، وكذلك سلمة بن الأكوع ، ولأن فى ترك الاحتساب بها ضرراً عظيما ومشقة كثيرة ، فإنهم قد يغلبون على البلاد السنين الكثيرة ، فلو لم يحتسب بما أخذوه أدى إلى ثنى[1] الصدقات فى تلك المدة كلها .

فإذا ثبت هذا : فإذا ذكر أرباب الصدقات أنهم قد أخذوا صدقاتهم قبل قولهم بغير يمين ، قال أحمد : لا يستحلف الناس على صدقاتهم ، وإن ادعى أهل الذمه دفع جزيتهم لم تقبل بغير بينة لأنهم غير مأمونين ، ولأن مايجب عليهم عوض وليس بمواساة فلم يقبل قولهم كأجرة الدار ويحتمل أن يقبل قولهم إذا مضى الحول لأن الظاهر أن البغاة لايدعون الجزية لهم فكان القول قولهم لأن الظاهر معهم ، ولأنه إذا مضى لذلك سنون كثيرة شق عليهم إقامة البينة على كل عام فيؤدى ذلك إلى تغريمهم الجزية مرتين ، وإن ادعى من عليه الخراج دفعه إليهم ففيه وجهان . أحدهما : يقبل . لأنه حق على مسلم فقبل قوله فيه كالزكاة . والثانى : لايقبل لأنه عوض فأشبه الجزية وإن كان من عليه الخراج ذمياً فهو كالجزية لأنه عوض على غير مسلم فهو كالجزيه ولأنه أحد الخراجين فأشبه الجزية .

٧٠٩٠ مســـألة

قال : ﴿ ولا ينقض من حكم حاكمهم إلا ماينقض من حكم غيره ﴾ .

يعنى إذا نصب أهل البغى قاضياً يصلح للقضاء فحكمه حكم أهل العدل ينفذ من أحكامه ماينفذ من أحكام أهل العدل ويرد منه مايرد فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لم يجز قضاؤه لأنه

---

(١) فى النسخ (ثنا) بالألف والأولى (ثنى) بكسر المثلثة وفتح النون مع القصر أى الأمر يعاد مرتين والمراد أنه يؤدى إلى أخذ الصدقة مرتين في السنة الواحدة .

ليس بعدل وهذا قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة لايجوز قضاؤه بحال لأن أهل البغى يفسقون ببغيهم والفسق ينافى القضاء .

ولنا : أنه اختلاف فى الفروع بتأويل سائغ فلم يمنع صحة القضاء ولم يفسق كاختلاف الفقهاء ، فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بما لا يخالف إجماعاً نفذ حكمه ، وإن خالف ذلك نقض حكمه فقاضى أهل البغى أولى ، وإن حكم بسقوط الضمان عن أهل البغى فيما أتلفوه حال الحرب جاز حكمه لأنه موضع اجتهاد وإن كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب لم ينفذ لأنه خالف الإجماع وإن حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب لم ينفذ حكمه لمخالفته للإجماع ، وإن حكم بوجوب ضمان ماأتلفوه فى غير حال الحرب نفذ حكمه ، وإن كتب قاضيهم إلى قاضى أهل العدل جاز قبول كتابه لأنه قاض ثابت القضايا نافذ الأحكام ، والأولى أن لا يقبله كسراً لقلوبهم ، وقال أصحاب الرأى لا يقبله لأن قضاءه لايجوز وقد سبق الكلام فى هذا ، فأما الخوارج إذا ولوا قاضياً لم يجز قضاؤه لأن أقل أحوالهم الفسق والفسق ينافى القضاء ويحتمل أن يصح قضاؤه وتنفذ أحكامه لأن هذا مما يتطاول وفى القضاء بفساد قضاياه وعقوده الأنكحة وغيرها ضرر كثير فجاز دفعاً للضرر كما لو أقام الحدود وأخذ الجزية والخراج والزكاة .

٧٠٩١ فصل

وإن ارتكب أهل البغى فى حال امتناعهم مايوجب الحد ثم قدر عليهم أقيمت فيهم حدود الله تعالى ولا تسقط باختلاف الدار وبهذا قال مالك والشافعى وابن المنذر وقال أبو حنيفة إذا امتنعوا بدار لم يجب الحد على أحد منهم ولا على من عندهم من تاجر أو أسير لأنهم خارجون عن دار الإمام فأشبهوا من فى دار الحرب .

ولنا : عموم الآيات والأخبار ولأن كل موضع تجب فيه العبادات فى أوقاتها تجب الحدود فيه عند وجود أسبابها كدار أهل العدل . ولأنه زان أو سارق لاشبهة فى زناه وسرقته فوجب عليه الحد كالذى فى دار العدل ، وهكذا نقول فيمن أتى حداً فى دار الحرب فإنه يجب عليه لكن لايقام إلا فى دار الإسلام على ماذكرناه فى موضعه .

٧٠٩٢ فصل

وإذا استعان أهل البغى بالكفار فلايخلو من ثلاثة أصناف :

أحدهم : أهل الحرب ، فإذا استعانوا بهم أو آمنوهم أو عقدوا لهم ذمة ، لم يصح واحد منها ، لأن الأمان من شرط صحته إلزام كفهم عن المسلمين ، وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين فلايصح ، ولأهل

العدل قتالهم كمن لم يؤمنوه سواء ، وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم ، فأما أهل البغي فلايجوز لهم قتلهم لأنهم آمنوهم فلايجوز لهم الغدر بهم .

الصنف الثاني : المستأمنون ، فمتى استعانوا بهم فأعانوهم نقضوا عهدهم وصاروا كأهل الحرب لأنهم تركوا الشرط وهو كفهم عن المسلمين ، فإن فعلوا ذلك مكرهين لم ينتقض عهدهم لأن لهم عذراً ، وإن ادعوا الإكراه لم يقبل قولهم إلا ببينة لأن الأصل عدمه .

الصنف الثالث : أهل الذمة ، فإذا أعانوهم وقاتلوا معهم ففيهم وجهان ذكرهما أبو بكر :

أحدهما : ينتقض عهدهم لأنهم قاتلوا أهل الحق فينتقض عهدهم كما لو انفردوا بقتالهم .

والثاني : لاينتقض ، لأن أهل الذمة لايعرفون المحق من المبطل ، فيكون ذلك شبهة لهم وللشافعي قولان كالوجهين . فإن قلنا ينتقض عهدهم صاروا كأهل الحرب فيما ذكرنا . وإن قلنا لاينتقض عهدهم فحكمهم حكم أهل البغي في قتل مقبلهم والكف عن أسيرهم ومدبرهم وجريحهم ، إلا أنهم يضمنون ما أتلفوا على أهل العدل حال القتال وغيره ، بخلاف أهل البغي فإنهم لايضمنون ما أتلفوا حال الحرب ، لأنهم أتلفوا بتأويل سائغ ، وهؤلاء لاتأويل لهم ، ولأنه سقط الضمان عن المسلمين كيلا يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ، وأهل الذمة لا حاجة بنا إلى ذلك فيهم ، وإن أكرههم البغاة على معونتهم لم ينتقض عهدهم ، وإن ادعوا ذلك قبل قولهم لأنهم تحت أيديهم وقدرتهم ، وإن قالوا ظننا أن من استعان بنا من المسلمين لزمتنا معونته لم ينتقض عهدهم إن فعل ذلك المستأمنون انتقض عهدهم ، والفرق بينهما أن أهل الذمة أقوى حكماً ، لأن عهدهم مؤبد ولايجوز نقضه لخوف الخيانة منهم ويلزم الإمام الدفع عنهم والمستأمنون بخلاف ذلك .

٧٠٩٣ فصل

وإذا ارتد قوم فأتلفوا مالاً للمسلمين لزمهم ضمان ما أتلفوه ، سواء تحيزوا أو صاروا في منعة أو لم يصيروا ، ذكره أبو بكر ، قال القاضي : وهو ظاهر كلام أحمد ، وقال الشافعي : حكمهم حكم أهل البغي فيما أتلفوا من الأنفس والأموال ، لأن تضمينهم يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الإسلام فأشبهوا أهل البغي .

ولنا ماروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لأهل الردة حين رجعوا : تردون علينا ما أخذتم منا ولا نرد عليكم ما أخذنا منكم ، وأن تدوا قتلانا ولا ندى قتلاكم . قالوا : نعم ياخليفة رسول الله . فقال عمر : كل ما قلت كما قلت إلا أن يدوا ما قتل منا فلا ، لأنهم قوم قتلوا في سبيل الله واستشهدوا ولأنهم أتلفوه بغير تأويل فأشبهوا أهل الذمة ، فأما القتلى فحكمهم فيهم حكم أهل البغي لما ذكرنا من خبر أبي بكر وعمر ، ولأن طليحة الأسدي قتل عكاشة بن محصن الأسدي وثابت بن أقرم فلم يغرمهما ،

وبنوا حنيفة قتلوا من قتلوا من المسلمين يوم اليمامة فلم يغرموا شيئاً ، ويحتمل أن يحمل قول أحمد وكلامه في المال على وجوب رد ما في أيديهم دون ما أتلفوه وعلى من أتلف من غير أن يكون له منعة أو أتلف في غير الحرب وما أتلفوه حال الحرب فلا ضمان عليهم فيه ، لأنه إذا سقط ذلك عن أهل البغي كيلا يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة فلأن يسقط ذلك كيلا يؤدي إلى التنفير عن الإسلام أولى ، ولأنهم إذا امتنعوا صاروا كفاراً ممتنعين بدارهم فأشبهوا أهل الحرب ، ويحمل قول أبي بكر على ما بقي في أيديهم من المال ، فيكون مذهب أحمد ومذهب الشافعي في هذا سواء ، وهذا أعدل وأصح إن شاء الله تعالى ، فأما من لا منعة له فيضمن ما أتلف من نفس ومال كالواحد من المسلمين أو أهل الذمة ، لأنه لا منعة له ولا يكثر ذلك منه ، فبقي المال والنفس بالنسبة إليه على عصمته ووجوب ضمانه . والله أعلم .

انتهى الجزء الثامن بحمد الله

ويتلوه الجزء التاسع بعون الله

وأوله « كتاب المرتد »

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المرتد

المرتد هو : الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر ، قال الله تعالى : « وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ »[1] . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « من بدل[2] دينه فاقتلوه » وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد ، وروى ذلك عن أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلى ، ومعاذ ، وأبي موسى ، وابن عباس ، وخالد ، وغيرهم ، ولم ينكر ذلك فكان إجماعاً .

٧٠٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وكان بالغاً عاقلا دعى إليه وضيق عليه ، فإن رجع وإلا قتل ﴾

فى هذه المسألة فصول خمسة :

٧٠٩٢ أحدها

أنه لا فرق بين الرجال والنساء فى وجوب القتل ، روى ذلك عن أبي بكر ، وعلى ، رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن ، والزهرى ، والنخعى ، ومكحول ، وحماد ، ومالك ، والليث ، والأوزاعى والشافعى ، وإسحاق . وروى عن على ، والحسن ، وقتادة : أنها تسترق . ولا تقتل ، ولأن أبا بكر استرق نساء بنى حنيفة وذراريهم ، وأعطى علياً منهم امرأة ، فولدت له محمد بن الحنفية ، وكان هذا بحضر من الصحابة ، فلم ينكر فكان إجماعاً . وقال أبو حنيفة : تجبر على الإسلام بالحبس والضرب ، ولا تقتل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تقتلوا امرأة »[3] . ولأنها لا تقتل بالكفر الأصلى ، فلا تقتل بالطارىء كالصبي .

ولنا : قوله عليه السلام : « من بدل دينه فاقتلوه » رواه البخارى وأبو داود . وقال النبي صلى الله

(١) سورة البقرة آية ٢١٧ . (٢) « من بدل دينه فاقتلوه » سيخرجه المؤلف بعد سطور (ف) .

(٣) من حديث أخرجه أحمد وأبو يعلى عن ابن عباس (ف) .

عليه وسلم : « لا يحل دم امرىء مسـلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » . متفق عليه . وروى الدارقطنى أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الإسلام فبلغ أمرها إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فأمر أن تستتاب ، فإن تابت وإلا قتلت ، ولأنها شخص مكلف بدل دين الحق ، بالباطل ، فيقتل كالرجل . وأما نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل المرأة فالمراد به الأصلية ، فإنه قال ذلك حين رأى امرأة مقتـولة ، وكانت كافرة أصيلة ، ولذلك نهى الذين بعثهم إلى ابن أبى الحقيق عن قتل النساء ، ولم يكن فيهم مرتد .

ويخالف الـكفر الأصلى الطارىء ، بدليل أن الرجل يقر عليه ، ولا يقتل أهل الصوامع والشـيوخ والمـكافيف ، ولا تجبر المرأة على تركه بضرب ولا حبس ، والـكفر الطارىء بخلافه ، والصبى غير مكلف بخلاف المرأة ، وأما بنو حنيفة فلم يثبت أن من استرق منهم تقدم له إسلام ، ولم يكن بنو حنيفة أسـلموا كلهم ، وإنما أسلم بعضهم ، والظاهر أن الذين أسلموا كانوا رجالا ، فمنهم من ثبت على إســلامه ، منهم : ثمامة بن أثال ، ومنهم من ارتد ، منهم : الدجال الحنفى [1] .

٧٠٩٣ (الفصل الثانى)

أن الردة لا تصح إلا من عاقل ، فأما من لاعقل له كالطفل (الذىلاعقل له)[2] والمجنون ، ومن زال عقله بإغماء ، أو نوم ، أو مرض ، أو شرب دواء . يباح شربه ، فلا تصح ردته ، ولا حكم لـكلامه ، بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المجنـون إذا ارتد فى حال جنونه أنه مسلم على ما كان عليه قبل ذلك ، ولو قتله قاتل عمداً كان عليه القود إذا طلب أولياؤه ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يسـتيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » أخرجه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن ، ولأنه غير مكلف ، فلم يؤاخذ بكلامه ، كما لم يؤاخذ به فى إقراره ولا طلاقه ولا إعتاقه ، وأما السكران والصبى العاقل فنذكـر حكمها فيما بعد إن شاء الله .

٧٠٩٤ (الفصل الثالث)

أنه لا يقتل حتى يستتاب ثلاثاً : هذا قول أكثر أهل العـلم ، منهم : عمر ، وعلى ، وعطاء ، والنخعى ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وهو أحد قولى الشافعى ، وروى عن أحمد رواية أخرى : أنه لا تجب استتابته ، لـكن تستحب . وهذا القول الثانى للشافعى ،

---

(١) هو مسيلمة الكذاب . (٢) سقط مابين الحاصرتين من ١٨ و ٣٩

وهو قول عبيد بن عمير ، وطاوس . ويروى ذلك عن الحسن ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه » ، ولم يذكر استتابته .

وروى أن معاذا قدم على أبي موسى ، فوجد عنده رجلا موثقاً ، فقال : ما هــذا ؟ قال : رجل كان يهودياً فأسلم ، ثم راجع دينه دين السوء فتهود ، قال : لا أجلس حتى يقتــل ، قضاء الله ورسوله ، قال : اجلس . قال : لا أجلس حتى يقتل قضاء الله ورسوله ، ثلاث مرات ، فأمر به فقتل ، متفق عليه ، ولم يذكر استتابته ، ولأنه يقتل لكفره ، فلم تجب استتابته كالأصلي ، ولأنه لو قتل قبل الاستتابة لم يضمن . ولو حَرُم قتله قبله ضمن . وقال عطاء : إن كان مسلماً أصلياً لم يستتب ، وإن كان أسلم ثم ارتد استتيب .

ولنا : حديث أم مروان . أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يستتاب ، وروى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن [عَبْدٍ] القاريّ عن أبيه أنه قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى ، فقال له عمر : هل كان من مغربة[1] خبر ؟ قال : نعم ، رجل كفر بعد إسلامه ، فقال . ما فعلتم به ؟ قال : قربناه فضربنا عنقه . فقال عمر : فهلا حبستموه ثلاثا فأطعمتموه كل يوم رغيفاً ، واستتبتموه ، لعله يتوب أو يراجع[2] أمر الله ؟ اللهم[3] إنى لم أحضر ولم آمر ، ولم أرض إذ بلغنى ، ولو لم تجب استتابته لما برىء من فعلهم ، ولأنه أمكن استصلاحه ، فلم يجز إتلافه قبل استصلاحه ، كالثوب النجس . وأما الأمر بقتله فالمراد به بعد الاستتابة ، بدليل ما ذكرنا ، وأما حديث معاذ فإنه قد جاء فيه وكان قد استتيب .

ويروى : «أن أبا موسى استتابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه ، وفي رواية : فدعاه عشرين ليلة أو قريباً من ذلك ، فجاء معاذ فدعاه وأبى فضرب عنقه » رواه[4] أبو داود ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم وشيوخهم .

إذا ثبت وجوب الاستتابة فمدتها ثلاثة أيام ، روى ذلك عن عمر رضى الله عنــه ، وبه قال مالك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وهو أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : إن تاب فى الحال وإلا قتل

---

(١) فى النسخ وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٨٠ (معربة) بالعين المهملة والصواب بالغين المعجمة ، و (مغربة) بضم الميم وفتح الغين وكسر الراء وفتحها مشددة مع الإضافة إلى (خبر) وهو من الغرب بمعنى البعد أى هل من حاله حال حاملة لخبر جديد من بلد بعيد ولفظ رواية الموطأ ج ٢ ص ١١٧ (هل كان فيكم من مغربة خبر) (ف) .

(٢) فى الموطأ (ويراجع) بواو العطف (ف)

(٣) زاد الموطأ (ثم قال عمر) قبل قوله (اللهم . .) (ف) .

(٤) فى طبعة رشيد (رواهن) وفى طبعة الفقى (رواه) وهو الصواب . فرواية استتابة المرتد شهرين ليست فى أبى داود ، ونسبها فتح البارى ج ١٢ ص ٢٣١ عند أحمد ورواية استتابته عشرين فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٤٤١ (ف) .

مكانه ، وهذا أصح قوليه ، وهو قول ابن المنذر ، لحديث أم مروان ، ومعاذ ، ولأنه مُصِرّ على كفره ، أشبه بعد الثلاث ، وقال الزهرى : يدعى ثلاث مرات ، فإن أبى ضربت عنقه ، وهذا يشبه قول الشافعى ، وقال النخعى يستتاب أبداً ، وهذا يفضى إلى ألا يقتل أبداً ، وهو قول مخالف للسنة والإجماع ، وعن على : أنه استتاب رجلا شهراً .

ولنا : حديث عمر ، ولأن الردة إنما تكون لشبهة ، ولا تزول فى الحال ، فوجب أن ينتظر مدة يرتئى فيها ، وأولى ذلك ثلاثة أيام ، للأثر فيها ، وأنها مدة قريبة ، وينبغى أن يضيِّق عليه فى مدة الاستتابة ، ويحبس ، لقول عمر : هلا حبستموه وأطعمتموه كل يوم رغيفاً ؟ ويكرر دعايته لعله يتعطف قلبه فيراجع دينه .

٧٠٩٥ (الفصل الرابع)

أنه إن لم يتب قتل ، لما قدمنا ذكره ، وهو قول عامة الفقهاء ويقتل بالسيف لأنه آلة القتل ، ولا يحرق بالنار . وقد روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه أمر بتحريق المرتدين ، وفعل ذلك بهم خالد ، والأول أولى ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من بدل دينه فاقتلوه ، ولا تعذبوا بعذاب الله » ، يعنى النار : أخرجه البخارى ، وأبو داود . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب الإحسان على كل شىء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة »[1].

٧٠٩٦ (الفصل الخامس)

أن مفهوم كلام الخرقى : أنه إذا تاب قبلت توبته ، ولم يقتل . أىَّ كفرٍ كان ، وسواء كان زنديقاً يستسر بالكفر ، أولم يكن ، وهذا مذهب الشافعى ، والعنبرى . ويروى ذلك عن على ، وابن مسعود . وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، واختيار أبى بكر الخلال ، وقال : إنه أولى على مذهب أبى عبد الله .

والرواية الأخرى : لا تقبل توبة الزنديق ، ومن تكررت ردته ، وهو قول مالك ، والليث ، وإسحاق . وعن أبى حنيفة روايتان كهاتين ، وأخبار أبى بكر أنه لا تقبل توبة الزنديق ، لقول الله تعالى: « إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَبَيَّنُوا »[2] والزنديق لا تظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته ، لأنه كان

---

(١) أخرجه أحمد ومسلم والأربعة عن شداد بن أوس (ف) .

(٢) هذه الآية من سورة البقرة رقم ١٦٠ وقبلها آيات عن جزاء الذين يكتمون ما نزله الله فالأولى الاستشهاد بها وقوله تعالى فى آية ٨٩ من سورة آل عمران (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) فقد نزلت بعد آية من كفروا بعد إيمانهم (ف) .

مظهراً للإسلام مسراً للكفر ، فإذا وقف على ذلك فأظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها ، وهو إظهار الإسلام وأما من تكررت ردته فقد قال الله تعالى : « إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ازْدَادُوا كُفْراً لَمْ يَكُنِ اللهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلاَ لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلاً »(١) وروى الأثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة ، أن رجلا من بنى سعد مر على مسجد بنى حنيفة ، فإذا هم يقرءون برجز مسيلمة ، فرجع إلى ابن مسعود ، فذكر ذلك له ، فبعث إليهم ، فأتى بهم ، فاستتابهم فتابوا ، فخلى سبيلهم إلا رجلا منهم يقال له « ابن النَّواحة » قال : قد أتيت بك مرة ، فزعمت أنك قد تبت ، وأراك قد عدت ، فقتله . ووجه الرواية الأولى قول الله تعالى : « قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ »(٢)

وروى أن رجلا سار رسول الله صلى الله عليه وسلم(٣) ما ساره به ، حتى جهر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإذا هو يستأذنه فى قتل رجل من المسلمين(٤) . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أليس يشهد أن لا إله إلا الله(٥) ؟ » ، قال : بلى ولا شهادة له ، قال « أليس يصلى ؟ » ، قال : بلى ولا صلاة له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أولئك الذين نهانى الله عن قتلهم »(٦) . وقد قال الله تعالى : « إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِى الدَّرْكِ الأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ تَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا »(٧)

وروى أن مخشى(٨) بن حُمَيِّر كان فى النفر الذين أنزل الله فيهم : « وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ »(٩) فأتى النبي صلى الله عليه وسلم وتاب إلى الله تعالى ، فقبل الله توبته ، وهو الطائفة التى عنى الله تعالى بقوله : « إِنْ نَعْفُ عَنْ طَائِفَةٍ مِنْكُمْ نُعَذِّبْ طَائِفَةً »(١٠) فهو الذى عفا الله عنه ، وسأل الله تعالى أن يقتل فى سبيله ، ولا يعلم بمكانه ، فقتل يوم اليمامة ، ولم يعلم موضعه ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم كف عن المنافقين بما أظهروا من الشهادة ، مع إخبار الله تعالى له بباطنهم ، بقوله

---

(١) سورة النساء ١٣٧ .

(٢) سورة الأنفال آية ٣٨ .

(٣) هذا الحديث أخرجه مالك فى موطئه ج ١ ص ١٤٢ ومنه يعلم أن هنا سقطا والأصل (فلم يدر ماساره به حتى جهر) فسقط من سائر نسخ المغنى قوله (فلم يدر) (ف) .

(٤) فى الموطا (من المنافقين) (ف) :

(٥) فى الموطأ زيادة (وأن محمداً رسول الله) (ف) .

(٦) لفظ الموطأ (عنهم) وفى الشرح قال الباجى : يعنى نهاه عن قتلهم (ف) .

(٧) سورة النساء آية ١٤٥

(٨) فى سائر النسخ وفى الشرح الكبير ١٠ ص ٩٠ (محش) والصواب (مخشى) وقصته أخرجها ابن إسحاق كما فى الإصابة ج ٣ ص ٣٩١ .(ف)

(٩) سورة التوبة آية ٦٥ .

(١٠) سورة التوبة آية ٦٦ .

تعالى : « وَيَحْلِفُونَ بِاللهِ إِنَّهُمْ لَمِنْكُمْ وَمَاهُمْ مِنْكُمْ وَلَـٰكِنَّهُمْ قَوْمٌ يَفْرَقُونَ »[1] . وغيرها من الآيات ، وحديث ابن مسعود حجة فى قبول توبتهم مع استمرارهم بكفرهم ، وأما قتله ابن النواحة فيحتمل أنه قتله لظهور كذبه فى توبته ، لأنه أظهرها ، وتبين أنه ما زال عما كان عليه من كفره ، ويحتمل أنه قتله لقول النبى صلى الله عليه وسلم له حين جاء رسولا لمسيلمة : « لولا أن [٢]الرسل لا تقتل لقتلتك » ، فقتله تحقيقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد روى أنه قتله لذلك .

وفى الجملة فالخلاف بين الأئمة فى قبول توبتهم فى الظاهر[٣] من أحكام الدنيا ، من ترك قتلهم ، وثبوت أحكام الإسلام فى حقهم . وأما قبول الله تعالى لها فى الباطن ، وغفرانه لمن تاب وأقلع ظاهراً أم باطناً[٤] فلا خلاف فيه ، فإن الله تعالى قال فى المنافقين : « إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَاعْتَصَمُوا بِاللهِ وَأَخْلَصُوا دِينَهُمْ لِلهِ فَأُولَـٰئِكَ مَعَ الْمُؤْمِنِينَ وَسَوْفَ يُؤْتِى اللهُ الْمُؤْمِنِينَ أَجْرًا عَظِيمًا[٥] » .

٧٠٩٧ (فصـــل)

وقتل المرتد إلى الإمام ، حراً كان أو عبداً . وهـذا قول عامة أهل العلم ، إلا الشافعى . فى أحد الوجهين فى العبد ، فإن لسيده قتله ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أقيموا[٦] الحدود على ما ملكت أيمانكم »[٧] ، ولأن حفصة[٨] قتلت جارية سحرتها ، ولأنه حق الله تعالى ، فملك السيد إقامته على عبده كجلد الزانى .

ولنـا : أنه قتل لحق الله تعالى ، فكان إلى الإمام كرجم الزانى ، وكقتل الحر . وأما قوله : « وأقيموا الحدود » ، فلا يتناول القتل للردة ، فإنه قتل لكفره ، لا حداً فى حقه ، وأما خبر حفصة

---

(١) سورة التوبة آية ٥٦ .

(٢) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٧٦ « عن حارثة بن مضرب أنه أتى عبد الله فقال : مابينى وبين أحد من العرب حنة وإنى مررت بمسجد لبنى حنيفة فإذا هم يؤمنون بمسيلمة فأرسل إليهم عبد الله فجيء بهم فاستتابهم غير ابن النواحة قال له : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لولا أنك رسول لضربت عنقك » فأنت اليوم لست برسول فأمر قرظة بن كعب فضرب عنقه فى السوق (ف) .

(٣) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٩٢ (إنما هو فى الظاهر) وهذه العبارة أوضح من عبارة المغنى (ف) .

(٤) فى النسخ المطبوعة (أ م) وفى المخطوطة ١٨ (أو) — وفى الشرح الكبير ص ٩٢ (وباطناً) وهو الصواب (ف) .

(٥) فى ١٨ : أو باطناً . (٦) سورة النساء آية ١٤٦ .

(٧) أخرجه البيهقى عن على (ف) .

(٨) أخرجه مالك فى موطئه ج ٢ ص ١٩٢ وفيه (فأمرت بها فقتلت) (ف) .

فإن عثمان تغيظ عليها ، وشق ذلك عليه . وأما الجلد فى الزنا فإنه تأديب ، وللسيد تأديب عبده ، بخلاف القتل ، فإن قتله غير الإمام أساء ولا ضمان عليه ، لأنه محل غير معصوم ، وسواء قتله قبل الاستتابة أو بعدها لذلك ، وعلى من فعل ذلك التعزير لإساءته وافتياته .

٧٠٩٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وكان ماله فيئاً بعد قضاء دينه ﴾

وجملته أن المرتد إذا قتل أو مات على ردته فإنه يبدأ بقضاء دينه ، وأرش جنايته ، ونفقة زوجته وقريبه ، لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها ، وأولى ما يؤخذ[1] من ماله ، وما بقى من ماله فهو فىء ، يجعل فى بيت المال . وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه لورثته من المسلمين ، وعنه أنه لقرابته من أهل الدين الذى انتقل إليه ، وقد مضت هذه المسألة مستوفاة فى الفرائض بما أغنى عن ذكرها ههنا .

٧٠٩٩ (فصـــل)

ولا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد ردته فى قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، فعلى هذا إن قتل أو مات زال ملكه بموته ، وإن راجع الإسلام فملكه باق له ، وقال أبو بكر : يزول ملكه بردته ، وإن راجع الإسلام عاد إليه تمليكاً مستأنفاً ، لأن عصمة نفسه وماله إنما تثبت بإسلامه ، فزوال إسلامه يزيل عصمتهما ، كما لو لحق بدار الحرب ، ولأن المسلمين ملكوا إراقة دمه بردته ، فوجب أن يملكوا ماله بها ، وقال أصحاب أبى حنيفة : ماله موقوف ، إن أسلم تبينا بقاء ملكه ، وإن مات أو قتل على ردته تبينا زواله من حين ردته . قال الشريف أبو جعفر : هذا ظاهر كلام أحمد ، وعن الشافعى ثلاثة أقوال كهذه الثلاثة .

ولنا : أنه سبب يبيح دمه ، فلم يزل ملكه كزنا المحصن ، والقتل لمن يكافئه عمداً ، وزوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك ، بدليل الزانى المحصن ، والقاتل فى المحاربة ، وأهل الحرب ، فإن ملكهم ثابت مع عصمتهم ، ولو لحق المرتد بدار الحرب لم يزل ملكه ، لكن يباح قتله لكل أحد ، من غير استتابة ، وأخذ ماله لمن قدر عليه ، لأنه صار حربياً حكمه حكم أهل الحرب . وكذلك لو ارتد جماعة وامتنعوا فى دارهم عن طاعة إمام المسلمين ، زالت عصمتهم فى أنفسهم وأموالهم . لأن الكفار الأصليين لاعصمة لهم فى دارهم فالمرتد أولى .

---

(١) فى النسخ (مايوجد) والصواب (مايؤخذ) كما فى الشرح الكبير ج ١ ص ٩٨ (ف) .

٧١٠٠ (فصـــل)

ويؤخذ مال المرتد فيجعل عند ثقة من المسلمين ، وإن كان له إماء جعلن عند امرأة ثقة ، لأنهن محرمات عليه ، فلا يمكَّن منهن . وذكر القاضى أنه يؤجر عقاره وعبيده وإماءه ، والأولى ألا يفعل لأن مدة انتظاره فيها ضرر ، فلا يفوت عليه منافع ملكه فيما لا يرضاه من أجلها ، فإنه ربما راجع الإسلام فيمتنع عليه التصرف فى ماله بإجارة الحاكم له ، وإن لحق بدار الحرب أو تعذر قتله مدة طويلة فعل الحاكم ما يرى الحظ فيه ، من بيع الحيوان الذى يحتاج إلى النفقة . وغيره ، وإجارة ما يرى إبقاءه ، والمكاتب يؤدى إلى الحاكم ، فإذا أدى عتق لأنه نائب عنه .

٧١٠١ (فصـــل)

وتصرفات المرتد فى ردته بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية ونحو ذلك موقوف ، إن أسلم تبينا أن تصرفه كان صحيحاً ، وإن قتل أو مات على ردته كان باطلا وهو قول أبى حنيفة ، وعلى قول أبى بكر : تصرفه باطل ، لأن ملكه قد زال بردته ، وهذا أحد أقوال الشافعى ، وقال فى الآخر : إن تصرف قبل الحجر عليه انبنى على الأقوال الثلاثة ، وإن تصرف بعد الحجر عليه لم يصح تصرفه كالسفيه .

ولنا : أن ملكه تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه . فكان تصرفه موقوفا كتبرع المريض .

٧١٠٢ (فصـــل)

وإن تزوج لم يصح تزوجه ، لأنه لا يقر على النكاح ، وما منع الإقرار على النكاح منع انعقاده ، كنكاح الكافر المسلمة . وإن زوَّج[1] لم يصح تزويجه ، لأن ولايته على موليته قد زالت بردته ، وإن زوج أمته لم يصح ، لأن النكاح لا يكون موقوفاً ، ولأن النكاح وإن كان فى الأمة فلا بد فى عقده من ولاية صحيحة ، بدليل أن المرأة لا يجوز أن تزوج أمتها ، وكذلك الفاسق والمرتد لا ولاية له ، فإنه أدنى حالا من الفاسق الكافر .

٧١٠٣ (فصـــل)

وإن وجد من المرتد سبب يقتضى الملك كالصيد ، والاحتشاش ، والاتّهاب والشراء ، وإيجار نفسه إجارة خاصة ، أو مشتركة ، ثبت الملك له ، لأنه أهل للملك ، وكذلك تثبت أملاكه . ومن قال : إن ملكه يزول لم يثبت له ملكا ، لأنه ليس بأهل للملك[2] ، ولهذا زالت أملاكه الثابتة له ، فإن راجع

---

(١) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٩٨ « وإن زوج موليته » وهى أوضح (ف) .

(٢) فى ١٨ : ليس من أهل الملك .

الإسلام احتمل ألا يثبت له شيء أيضاً ، لأن السبب لم يثبت حكمه . واحتمل أن يثبت الملك له حينئذ ، لأن السبب موجود ، وإنما امتنع ثبوت حكمه لعدم أهليته ، فإذا وجدت تحقق الشرط ، فيثبت الملك حينئذ ، كما تعود إليه أملاكه التي زالت عنه عند عدم أهليته ، فعلى هذا إن مات أو قتل ثبت الملك لمن ينتقل إليه ملكه ، لأن هذا في معناه .

٧١٠٤ (فصـــــل)

وإن لحق المرتد بدار الحرب فالحكم فيه كالحكم فيمن هو في دار الإسلام ، وإلا فإن ما كان معه من ماله يصير مباحاً لمن قدر عليه ، كما أبيح دمه ، وأما أملاكه وماله الذي في دار الإسلام فملكه ثابت فيه، ويتصرف فيه الحاكم بما يرى المصلحة فيه . وقال أبو حنيفة : يورث ماله كما لو مات ، لأنه قد صار في حكم الموتى بدليل حل دمه وماله الذي معه لكل من قدر عليه .

ولنا : أنه حي ، فلم يورث كالحربي الأصلي ، وحل دمه لا يوجب توريث ماله ، بدليل الحربي الأصلي ، وإنما حل ماله الذي معه لأنه زال العاصم له ، فأشبه مال الحربي الذي في دار الحرب ، وأما الذي في دار الإسلام فهو باق على العصمة كمال الحربي الذي مع مضاربه في دار الإسلام ، أو عند مودعه .

٧١٠٥ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ ومن ترك الصلاة دعي إليها ثلاثة أيام ، فإن صلى وإلا قتل جاحداً تركها أو غير جاحد ﴾ .

قدسبق شرح هذه المسألة في باب مفرد لها ، ولا خلاف بين أهل العلم في كفر من تركها جاحداً لوجوبها، إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك ، فإن كان ممن لا يعرف الوجوب كحديث الإسلام ، والناشيء بغير دار الإسلام ، أو بادية بعيدة عن الأمصار وأهل العلم ، لم يحكم بكفره ، وعُرِّفَ ذلك ، وتثبت له أدلة وجوبها ، فإن جحدها بعد ذلك كفر .

وأما إذا كان الجاحد لها ناشئاً في الأمصار بين أهل العلم ، فإنه يكفر بمجرد جحدها ، وكذلك الحكم في مباني الإسلام كلها ، وهي الزكاة ، والصيام ، والحج ، لأنها مباني الإسلام ، وأدلة وجوبها لا تكاد تخفى ، إذ كان الكتاب والسنة مشحونين بأدلتها ، والإجماع منعقد عليها ، فلا يجحدها إلا معاند للإسلام ، يمتنع من التزام الأحكام ، غير قابل لكتاب الله تعالى ، ولا سنة رسوله ، ولا إجماع أمته .

٧١٠٦ (فصـــــل)

ومن اعتقد حل شيء أجمع على تحريمه ، وظهر حكمه بين المسلمين ، وزالت الشبهة فيه للنصوص الواردة فيه ، كلحم الخنزير ، والزنا ، وأشباه هذا ، مما لا خلاف فيه كفر ، لما ذكرنا في تارك الصلاة . وإن استحل

قتل المعصومين ، وأخذ أموالهم بغير شبهة ، ولاتأويل فكذلك . وإن كان بتأويل كالخوارج فقد ذكرنا أن أكثر الفقهاء لم يحكموا بكفرهم ، مع استحلالهم دماء المسلمين وأموالهم ، وفعلهم لذلك متقربين به إلى الله تعالى ، وكذلك لم يحكم بكفر ابن ملجم ، مع قتله أفضل الخلق فى زمنه ، متقرباً بذلك [بزعمه[1]] ولايكفر المادح له على هذا [أو[2]] المتمنى مثل فعله ، فإن عمران بن حطان قال فيه يمدحه لقتل على :

ياضربةً من تقيٍّ ما أراد بها ... إلا ليبلغ عند الله رضوانا

إنى لأذكره يوماً فأحسبه ... أوفَى البرية عند الله ميزانا

وقد عرف من مذهب الخوارج تكفير كثير من الصحابة ، ومن بعدهم ، واستحلال دمائهم وأموالهم ، واعتقادهم التقرب بقتلهم إلى ربهم ، ومع هذا لم يحكم الفقهاء بكفرهم لتأويلهم[3] ، وكذلك يخرج فى كل محرم استحل بتأويل مثل هذا .

وقد روى أن قدامة بن مظعون شرب الخمر مستحلا لها ، فأقام عمر عليه الحد ، ولم يكفره ، وكذلك أبوجندل بن سهيل ، وجماعة معه شربوا[4] الخمر بالشام ، مستحلين لها مستدلين بقول الله تعالى : « لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا[5] » الآية ، فلم يكفروا ، وعرفوا تحريمها فتابوا ، وأقيم عليهم الحد ، فيخرج فيمن كان مثلهم مثل حكمهم ، وكذلك كل جاهل بشىء يمكن أن يجهله ، لايحكم بكفره حتى يعرف ذلك ، وتزول عنه الشبهة ، ويستحله بعد ذلك .

وقد قال أحمد : من قال : الخمر حلال فهو كافر ، يستتاب ، فإن تاب وإلا ضربت عنقه ، وهذا محمول على من لايخفى على مثله تحريمه ، لما ذكرنا ، فأما إن أكل لحم خنزير أو ميتة ، أو شرب خمراً ، لم يحكم

---

(١) الزيادة من ١٨ . (٢) الزيادة من ٣٩ . (٣) فى ٣٩ : لتأولهم .

(٤) أخرج ابن أبى شيبة وابن المنذر من طريق عطاء بن السائب عن محارب بن دثار أن ناساً من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم شربوا الخمر بالشام فقال لهم يزيد بن أبى سفيان شربتم الخمر ؟ فقالوا : نعم لقول الله ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا حتى فرغوا من الآية . فكتب فيهم إلى عمر فكتب إليه إن أتاك كتابى هذا نهاراً فلا تنتظر بهم الليل وإن أتاك ليلا فلا تنتظر بهم النهار حتى تبعث بهم إلى لايفتنوا عباد الله فبعث بهم إلى عمر فلما قدموا على عمر قال : شربتم الخمر ؟ قالوا : نعم . فتلا عليهم « إنما الخمر والميسر إلى آخر الآية » قالوا : اقرأ التى بعدها « ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا » قال : فشاور فيهم فقال لعلى : ماترى ؟ قال : أرى أنهم شرعوا فى دين الله مالم يأذن به الله فيه فإن زعموا أنه حلال فاقتلهم فقد أحلوا ما حرم الله وإن زعموا أنها حرام فاجلدهم ثمانين ثمانين فقد افتروا على الله الكذب وقد أخبرنا الله بحد مايفترى به بعضنا على بعض فجلدهم ثمانين ثمانين (ف) (٥) سورة المائدة آية ٩٣ .

بردته بمجرد ذلك ، سواء فعله فى دار الحرب ، أو دار الإسلام ، لأنه يجوز أن يكون فعله معتقداً تحريمه ، كما يفعل غير ذلك من المحرمات .

٧١٠٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وذبيحة المرتد حرام ، وإن كانت ردته إلى دين أهل الكتاب ﴾

هذا قول مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال إسحاق : إن تدين بدين أهل الكتاب حلت ذبيحته ، ويحكى ذلك عن الأوزاعى ، لأن علياً رضى الله عنه قال من تولى قوماً فهو منهم .

ولنا : أنه كافر لايقر على دينه ، فلم تحل ذبيحته ،كالوثنى ، ولأنه لاتثبت له أحكام أهل الكتاب إذا تدين بدينهم ، فإنه لايقر بالجزية ، ولا يسترق . ولايحل نكاح المرتدة ، وأما قول على : فهو منهم ، فلم يرد به أنه منهم فى جميع الأحكام ، بدليل ماذكرنا ، ولأنه لم يكن يرى حل ذبائح نصارى بنى تغلب ، ولا نكاح نسائهم ، مع توليتهم للنصارى ، ودخولهم فى دينهم ، ومع إقرارهم بما صولحوا عليه ، فلأن لا يعتقد ذلك فى المرتدين أولى .

إذا ثبت هذا فإنه إذا ذبح حيواناً لغيره بغير إذنه ضمنه بقيمته حياً ، لأنه أتلفه عليه ، وحرمه ، وإن ذبحه بإذنه لم يضمنه ، لأنه أذن فى إتلافه .

٧١٠٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ والصبى إذا كان له عشر سنين وعقل الإسلام فأسلم فهو مسلم ﴾

وجملته : أن الصبى يصح إسلامه فى الجملة ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وصاحباه ، وإسحاق ، وابن أبى شيبة ، وأبو أيوب . وقال الشافعى ، وزفر : لا يصح إسلامه حتى يبلغ ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة[1] : عن الصبى حتى يبلغ » حديث حسن . ولأنه قول تثبت به الأحكام ، فلم يصح من الصبى كالهبة ، ولأنه أحد من رفع القلم عنه ، فلم يصح إسلامه كالمجنون والنائم ، ولأنه ليس بمكلف أشبه الطفل .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « من قال : لا إله إلا الله دخل الجنة[2] » ، وقوله « أمرت أن[3] » أقاتل الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها ، وحسابهم على

(١) سبق تخريجه ، وممن رواه أبو داود بسنده عن على وعمر بلفظ (عن الصبى حتى يحتلم) (ف)

(٢) « من قال : لا إله إلا الله مخلصاً دخل الجنة » أخرجه البزار عن أبى سعيد (ف)

(٣) سبق تخريجه قريباً ص ٥ (ف)

الله » . وقال عليه السلام : « كل[1] مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه أو ينصرانه حتى يعرب عنه لسانه ، إما شاكراً وإما كفوراً » .

وهذه الأخبار يدخل فى عمومها الصبى ، ولأن الإسلام عبادة محضة ، فصحت من الصبى العاقل كالصلاة والحج ، ولأن الله تعالى دعا عباده إلى دار السلام ، وجعل طريقها الإسلام ، وجعل من لم يجب دعوته فى الجحيم والعذاب الأليم . فلا يجوز منع الصبى من إجابة دعوة الله مع إجابته إليها ، وسلوكه طريقها ، ولا إلزامه بعذاب الله والحكم عليه بالنار ، وسد طريق النجاة عليه ، مع هربه منها . ولأن ماذكرناه إجماع ، فإن علياً رضى الله عنه أسلم صبياً وقال :

سبقتكم إلى الإسلام طُراً صبيا ما بلغتُ أوانَ حُلم[2]

ولهذا قيل : أول من أسلم من الرجال أبو بكر ، ومن الصبيان على ، ومن النساء خديجة ، ومن العبيد بلال . وقال عروة : أسلم على ، والزبير ، وهما ابنا ثمان سنين ، وبايع النبى صلى الله عليه وسلم ابن الزبير لسبع أو ثمان سنين ، ولم يرد النبى صلى الله عليه وسلم على أحد إسلامه من صغير ولا كبير .

فأما قول النبى صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث » فلا حجة لهم فيه ، فإن هذا يقتضى أن لا يكتب عليه ذلك[3] والإسلام يكتب له لا عليه ، ويسعد به فى الدنيا والآخرة ، فهو كالصلاة تصح منه ، وتكتب له ، وإن لم تجب عليه . وكذلك غيرها من العبادات المحضة .

فإن قيل فإن الإسلام يوجب الزكاة عليه فى ماله ، ونفقة قريبة المسلم ، ويحرمه ميراث قريبه الكافر ، ويفسخ نكاحه ، قلنا : أما الزكاة فإنها نفع ، لأنها سبب الزيادة والنماء ، وتحصين المال والثواب ، وأما الميراث والنفقة فأمر متوهم ، وهو مجبور بميراثه من أقاربه المسلمين ، وسقوط نفقة أقاربه الكفار ، ثم إن هذا الضرر مغمور فى جنب مايحصل له من سعادة الدنيا والآخرة ، وخلاصه من شقاء الدارين ، والخلود فى الجحيم ، فينزل منزلة الضرر فى أكل القوت المتضمن قوت ما يأكله ، وكلفة تحريك فيه ، لما كان بقاؤه به لم يعد ضرراً والضر فى مسألتنا فى جنب ما يحصل من النفع أدنى من ذلك بكثير .

إذا ثبت هذا فإن الخرقى : اشترط لصحة إسلامه شرطين .

أحدها : أن يكون له عشر سنين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بضربه على الصلاة لعشر .

---

(١) أخرجه مسلم عن أبى هريرة (ف)

(٢) أخرجه أحمد عن جابر بن عبد الله (ف)

(٣) فى الدراية لابن حجر ج ٢ ص ١٣٨ روى البيت هكذا (سبقتكم إلى الإسلام طرا صغيراً ما بلغت أوان حلمى) (ف)

والثانى : أن يعقل الإسلام ، ومعناه أن يعلم أن الله تعالى ربه لاشريك له ، وأن محمداً عبده ورسوله . وهذا لا خلاف فى اشتراطه ، فإن الطفل الذى لا يعقل لا يتحقق منه اعتقاد الإسلام . وإنما كلامه لقلقة بلسانه ، لايدل على شيء . وأما اشتراطه العشر فإن أكثر المصححين لإسلامه لم يشترطوا ذلك . ولم يحدوا له حداً من السنين ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، لأن المقصود متى ماحصل لاحاجة إلى زيادة عليه . وروى عن أحمد ، إذا كان ابن سبع سنين فإسلامه إسلام . وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مروهم[1] بالصلاة لسبع » فدل على أن ذلك حد لأمرهم ، وصحة عباداتهم ، فيكون حداً لصحة إسلامهم .

وقال ابن أبى شيبة : إذا أسلم وهو ابن خمس سنين جعل إسلامه إسلاماً ، ولعله يقول إن علياً عليه السلام أسلم وهو ابن خمس سنين ، لأنه قد قيل إنه مات وهو ابن ثمان وخمسين . فعلى هذا يكون إسلامه وهو ابن خمس ، لأن مدة النبى صلى الله عليه وسلم منذ بعث إلى أن مات ثلاث وعشرون سنة ، وعاش على بعد ذلك ثلاثين سنة ، فذلك ثلاث وخمسون ، فإذا ضمت إليها خمساً كانت ثمانية وخمسين .

وقال أبو أيوب : أجيز إسلام ابن ثلاث سنين ، من أصاب الحق من صغير أو كبير أجزناه . وهذا لايكاد يعقل الإسلام ، ولايدرى مايقول ، ولايثبت لقوله حكم ، فإن وجد ذلك منه ودلت أحواله وأقواله على معرفة الإسلام ، وعقله إياه ، صح منه كغيره ، والله أعلم .

٧١٠٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن رجع وقال : لم أدر ما قلت ، لم يلتفت إلى قوله ، وأجبر على الإسلام ﴾

وجملته أن الصبى إذا أسلم وحكمنا بصحة إسلامه لمعرفتنا بعقله بأدلته[2] ، فرجع وقال: لم أدر ماقلت ، لم يقبل قوله ، ولم يبطل إسلامه الأول . وروى عن أحمد : أنه يقبل منه ، ولايجبر على الإسلام . قال أبوبكر : هذا قول محتمل . لأن الصبى فى مظنة النقص ، فيجوز أن يكون صادقاً . قال : والعمل على الأول ، لأنه قد ثبت عقله للإسلام ، ومعرفته به ، بأفعاله أفعال العقلاء ، وتصرفاته تصرفاتهم ، وتكلمه بكلامهم ، وهذا يحصل به معرفة عقله ، ولهذا اعتبرنا رشده بعد بلوغه بأفعاله وتصرفاته ، وعرفنا جنون المجنون وعقل العاقل بما يصدر عنه من أفعاله وأقواله وأحواله . فلا يزول[3] ماعرفناه بمجرد دعواه . وهكذا كل من تلفظ بالإسلام ، أو أخبر عن نفسه به ، ثم أنكر معرفته بما قال ، لم يقبل إنكاره ، وكان مرتداً ، نص عليه أحمد فى مواضع .

إذا ثبت هذا فإنه إذا ارتد صحت ردته ، وبهذا قال أبوحنيفة . وهو الظاهر من مذهب مالك ، وعند

---

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن ابن عمرو (ف)

(٢) فى المخطوطة ١٨ : بعقله لأدلته . (٣) فى المخطوطة ٣٩ : فلانزيل .

الشافعى : لا يصح إسلامه ، ولا ردته ، وقد روى عن أحمد : أنه يصح إسلامه ، ولاتصح ردته ، لقوله عليه السلام : « رفع القلم عن ثلاث . عن الصبى حتى يبلغ » ، وهـذا يقتضى ألا يكتب عليه ذنب ، ولاشىء ولو صحت ردته لـكتبت عليه .

وأما الإسلام فلايكتب عليه ، إنما يكتب له . ولأن الردة أمر يوجب القتل ، فلم يثبت حكمه فى حق الصبى كالزنا ، ولأن الإسلام إنما صح منه لأنه تمحض مصلحة ، فأشبه الوصية والتدبير ، والردة تمحضت مضرة ومفسدة ، فلم تلزم صحتها منه . فعلى هذا حكمه حكم من لم يرتد ، فإذا بلغ فإن أصر على الـكفر كان مرتداً حينئذ .

٧١١٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا يقتل حتى يبلغ ، ويجاوز بعد بلوغه ثلاثة أيام ، فإن ثبت على كفره قتل ﴾ ،

وجملته أن الصبى لايقتل ، سواء قلنا بصحة ردته أو لم نقل ، لأن الغلام لايجب عليه عقوبة ، بدليل أنه لايتعلق به حكم الزنا والسرقة فى سائر الحدود . ولا يقتل قصاصا . فإذا بلغ فثبت على ردته ثبت حـكم الردة حينئذ ، فيستتاب ثلاثاً ، فإن تاب وإلا قتل ، سواء قلنا : إنه كان مرتداً قبل بلوغه ، أو لم نقل . وسواء كان مسلماً أصلياً فارتد ، أو كان كافراً فأسلم صبياً ثم ارتد .

٧١١١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب لم يجر عليهما ولا على أحد من أولادهما ممن كانوا قبل الردة رق ﴾ .

وجملته : أن الرق لايجرى على المرتد ، سواء كان رجلا أو امرأة ، وسواء لحق بدار الحرب أو أقام بدار الإسلام ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبوحنيفة : إذا لحقت المرتدة بدار الحرب جاز استرقاقها ، لأن أبا بكر سبى بنى حنيفة ، واسترق نساءهم ، وأم محمد بن الحنفية من سبيهم .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم :« من بدل[1] دينه فاقتلوه » ، ولأنه لا يجوز إقراره على كفره فلم يجز استرقاقه كالرجل ، ولم يثبت أن الذين سباهم أبو بكر كانوا أسلموا . ولا ثبت لهم حكم الردة .

فإن قيل : فقد روى عن على : أن المرتدة تسبى قلنا : هـذا حديث ضعيف ، ضعفه أحمد . فأما أولاد المرتدين فإن كانوا ولدوا قبل الردة فإنهم محكوم بإسلامهم تبعاً لآبائهم ، ولا يتبعونهم فى الردة ، لأن الإسلام يعلو ، وقد تبعوهم فيه ، فلا يتبعونهم فى الـكفر ، فلا يجوز استرقاقهم صغاراً ، لأنهم مسلمون ، ولا كباراً لأنهم إن ثبتوا على إسلامهم بعد كفرهم فهم مسلمون وإن كفروا فهم مرتدون ، حكمهم حكم آبائهم فى

(١) أخرجه أحمد والبخارى والأربعة عن ابن عباس (ف)

الاستتابة ، وتحريم الاسترقاق . وأما من حدث بعد الردة فهو محكوم بكفره ، لأنه ولد بين أبوين كافرين ويجوز استرقاقه . لأنه ليس بمرتد ، نص عليه أحمد ، وهو ظاهر كلام الخرقى . وأبى بكر . ويحتمل ألا يجوز استرقاقهم ، لأن آباءهم لا يجوز استرقاقهم ، ولأنهم لا يقرون بالجزية ، فلا يقرون بالاسترقاق . وهذا مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن ولدوا فى دار الإسلام لم يجز استرقاقهم ، وإن ولدوا فى دار الحرب جاز استرقاقهم .

ولنا : أنهم لم يثبت لهم حكم الإسلام ، فجاز استرقاقهم كولد الحربيين ، بخلاف آبائهم . فعلى هذا إذا وقع فى الأسر بعد لحوقه بدار الحرب : فحكمه حكم سائر أهل دار الحرب ، وإن كان فى دار الإسلام لم يقر بالجزية . وكذلك لو بذل الجزية بعد لحوقه بدار الحرب لم يقر بها ، لأنه انتقل إلى الكفر بعد نزول القرآن فأما من كان حملا حين ردته فظاهر كلام الخرقى أنه كالحادث بعد كفره ، وعند الشافعى هو كالمولود ، لأنه موجود ولهذا يرث .

ولنا : أن أكثر الأحكام إنما تتعلق بعد الوضع ، فكذلك هذا الحكم .

٧١١٢ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ومن امتنع منهما أو من أولادهما الذين وصفت من الإسلام بعد البلوغ استتيب ثلاثاً ، فإن لم يتب قتل ﴾

قوله : الذين وصفت ، يعنى : الذين ولدوا قبل الردة ، فإنهم محكوم بإسلامهم ، فلا يسترقون ، ومتى قدر على الزوجين أو على أولادهما استتيب منهم من كان بالغاً عاقلا ، فإن لم يتب قتل ، ومن كان غير بالغ انتظرنا بلوغه ثم استتبناه . فإن لم يتب قتل . وينبغى أن يحبس حتى لا يهرب .

٧١١٣ (فصــــل)

ومتى ارتد أهل بلد وجرت فيه أحكامهم ، صاروا دار حرب فى اغتنام أموالهم ، وسبى ذراريهم الحادثين بعد الردة ، وعلى الإمام قتالهم ، فإن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قاتل أهل الردة بجماعة الصحابة، ولأن الله تعالى قد أمر بقتال الكفار فى مواضع من كتابه ، وهؤلاء أحقهم بالقتال ،لأن تركهم ربما أغرى أمثالهم بالتشبه بهم ، والارتداد معهم ، فيكثر الضرر بهم ، وإذا قاتلهم قتل من قدر عليه ، ويتبع مدبرهم ويجاز على جريحهم ، وتغنم أموالهم ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا تصير دار حرب ، حتى يجتمع فيها ثلاثة أشياء : أن تكون متاخمة لدار الحرب ، لا شىء بينهما من دار الإسلام الثانى : أن لا يبقى فيها مسلم ولا ذمى آمن ، الثالث : أن تجرى فيها أحكامهم

ولنا : أنها دار كفار ، فيها أحكامهم ، فكانت دار حرب ، كما لو اجتمع فيها هذه الخصال ، أو دار الكفرة الأصليين .

٧١١٤ (فصـــــل)

وإن قتل المرتد من يكافئه عمداً فعليه القصاص ، نص عليه أحمد والولى مخير بين قتله والعفو عنه ، فإن اختار القصاص قدم على قتل الردة ، سواء تقدمت الردة أو تأخرت ، لأنه حق آدمى ، وإن عفا على مال وجبت الدية فى ماله : وإن كان القتل خطأ وجبت الدية فى ماله ، لأنه لاعاقلة له ، قال القاضى : وتؤخذ منه الدية فى ثلاث سنين ، لأنها دية الخطأ ، فإن قتل أو مات أخذت من ماله فى الحال ، لأن الدين المؤجل يحل بالموت فى حق من لا وارث له ، ويحتمل أن تجب الدية عليه حالة ، لأنها إنما أجلت فى حق العاقلة تخفيفا عليهم ، لأنهم يحملون عن غيرهم على سبيل المواساة ، فأما الجانى فتجب عليه حالة ، لأنها بدل عن متلف ، فكانت حالة كسائر أبدال المتلفات .

٧١١٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ومن أسلم من الأبوين كان أولاده الأصاغر تبعاً له ﴾

وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : إذا أسلم أبواه أو أحدهما ، وأدرك ، فأبى الإسلام ، أجبر عليه ولم يقتل . وقال مالك . إن أسلم الأب تبعه أولاده ، وإن أسلمت الأم لم يتبعوها ، لأن ولد الحربيين يتبع أباه دون أمه ، بدليل المواليين إذا كان لهما ولد ، كان ولاؤه لمولى أبيه ، دون مولى أمه . ولو كان الأب عبداً والأم [1] مولاة فأعتق العبد لجر ولاء ولده إلى مواليه ، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه ، وينتسب إلى قبيلته دون قبيلة أمه ، فوجب أن يتبع أباه فى دينه ، أى دين كان . وقال الثورى : إذا بلغ خير بين دين أبيه ودين أمه ، فأيهما اختاره كان على دينه ، ولعله يحتج بحديث الغلام الذى أسلم أبوه ، وأبت أمه أن تسلم ، فخيره النبى صلى الله عليه وسلم بين أبيه وأمه .

ولنا : أن الولد يتبع أبويه فى الدين ، فإن اختلفا وجب أن يتبع المسلم منهما ، كولد المسلم من الكتابية ، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى ، ويترجح الإسلام بأشياء منها : أنه دين الله الذى رضيه لعباده ، وبعث به رسله دعاة لخلقه إليه ، ومنها : أنه تحصل به السعادة فى الدنيا والآخرة ، ويتخلص به فى الدنيا من القتل ، والاسترقاق ، وأداء الجزية ، وفى الآخرة من سخط الله وعذابه . ومنها : أن الدار دار الإسلام ، يحكم بإسلام لقيطها ، ومن لا يعرف حاله فيها ، وإذا كان محكوما بإسلامه أجبر عليه إذا امتنع منه بالقتل ، كولد المسلمين ،

(١) فى النسخ (أو الأم) والصواب (والأم) بالواو كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٠٤ (ف)

ولأنه مسلم فإذا رجع عن إسلامه وجب قتله ، لقوله عليه السلام : « من بدل دينه فاقتلوه » وبالقياس على غيره .

ولنا : على مالك : أن الأم أحد الأبوين ، فيتبعها ولدها فى الإسلام كالأب ، بل الأم أولى به ، لأنها أخص به ، لأنه مخلوق منها حقيقة ، وتختص بحمله ورضاعه ، ويتبعها فى الرق والحرية والتدبير والكتابة ، ولأن سائر الحيوانات يتبع الولد أمه دون أبيه ، وهذا يعارض ما ذكره . وأما تخيير الغلام فهو فى الحضانة لا فى الدين .

٧١١٦ ﴿ مسألة ﴾

﴿ وكذلك من مات من الأبوين على كفره قسم له الميراث ، وكان مسلما بموت من مات منهما ﴾

يعنى : إذا مات أحد أبوى الولد الكافرين صار الولد مسلما بموته ، وقسم له الميراث ، وأكثر الفقهاء على أنه لا يحكم بإسلامه بموتهما ، ولا موت أحدهما ، لأنه يثبت كفره تبعا ، ولم يوجد منه إسلام ، ولا ممن هو تابع له ، فوجب إبقاؤه على ما كان عليه ، ولأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من خلفائه أنه أجبر أحداً من أهل الذمة على الإسلام بموت أبيه ، مع أنه لم يخل زمنهم عن موت بعض أهل الذمة عن يتيم .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه » ، متفق عليه ، فجعل كفره بفعل[1] أبويه ، فإذا مات أحدهما انقطعت التبعية ، فوجب إبقاؤه على الفطرة التى ولد عليها ، ولأن المسألة مفروضة فيمن مات أبوه فى دار الإسلام ، وقضية الدار الحكم بإسلام أهلها ، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها ، وإنما ثبت الكفر للطفل الذى له أبوان ، فإذا عدما أو أحدهما وجب إبقاؤه على حكم الدار ، لانقطاع تبعيته لمن يكفر بها . وإنما قسم له الميراث لأن إسلامه إنما ثبت بموت أبيه الذى استحق به الميراث ، فهو سبب لهما ، فلم يتقدم الإسلام المانع من الميراث على استحقاقه ، ولأن الحرية المعلقة بالموت لا توجب الميراث فيما إذا قال سيد العبد له : إذا مات أبوك فأنت حر ، فمات أبوه ، فإنه يعتق ولا يرث ؛ فيجب أن يكون الإسلام المعلق بالموت لا يمنع الميراث ، وهذا فيما إذا كان فى دار الإسلام ، لأنه متى انقطعت تبعيته لأبويه أو أحدهما ثبت له حكم الدار ، فأما دار الحرب فلا تحكم بإسلام ولد الكافرين فيها بموتهما ولا موت أحدهما ، لأن الدار لا يحكم بإسلام أهلها ، وكذلك لم نحكم بإسلام لقيطها .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ من فعل أبويه .

٧١١٧ (مســـألة)

قال ﴿ ومن شهد عليه بالردة فقال : ما كفرت ، فإن شهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

٧١١٨ ﴿ أحـــدهما ﴾

أنه إذا شهد عليه بالردة من تثبت الردة بشهادته فأنكر ، لم يقبل إنكاره ، واستتيب ، فان تاب وإلا قتل ، وحكى عن بعض أصحاب أبى حنيفة : أن إنكاره يكفى فى الرجوع إلى الإسلام ، ولا يلزمه النطق بالشهادة ، لأنه لو أقر بالكفر ثم أنكره قبل منه ، ولم يكلف الشهادتين كذا ههنا .

ولنا : ماروى الأثرم بإسناده عن على رضى الله عنه : أنه أتى برجل عربى قد تنصر ، فاستتابه، فأبى أن يتوب ، فقتله . وأتى برهط يصلون وهم زنادقة ، وقد قامت عليهم بذلك الشهود العدول ، فجحدوا وقالوا : ليس لنا دين إلا الإسلام ، فقتلهم ولم يستتبهم . ثم قال : أتدرون لم استتبت النصرانى ؟ استتبته لأنه أظهر دينه ، فأما الزنادقة الذين قامت عليهم البينة فإنما قتلتهم لأنهم جحدوا ، وقد قامت عليهم البينة ، ولأنه قد ثبت كفره ، فلم يحكم بإسلامه بدون الشهادتين كالكافر الأصلى ، ولأن إنكاره تكذيب للبينة ، فلم تسمع كسائر الدعاوى ، فأما إذا أقر بالكفر ثم أنكر فيحتمل أن نقول فيه كمسألتنا ، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن الحد وجب بقوله فقبل رجوعه عنه وما ثبت بالبينة لم يثبت بقوله ، فلا يقبل رجوعه عنه كالزنا لو ثبت بقوله فرجع كف عنه ، وإن ثبت ببينة لم يقبل رجوعه .

٧١١٩ (فصـــل)

وتقبل الشهادة على الردة من عدلين فى قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول[(١)] مالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : ولا نعلم أحداً خالفهم إلا الحسن ، قال : لا يقبل فى القتل إلا أربعة ، لأنها شهادة بما يوجب القتل ، فلم يقبل فيها إلا أربعة ، قياساً على الزنا .

ولنا : أنها شهادة فى غير الزنا ، فقبلت من عدلين كالشهادة على السرقة ، ولا يصح قياسه على الزنا ، فإنه لم يعتبر فيه الأربعة لعلة القتل ، بدليل اعتبار ذلك فى زنا البكر ، ولا قتل فيه ، وإنما العلة كونه زنا ، ولم يوجد ذلك فى الردة ، ثم الفرق بينهما أن القذف بالزنا يوجب ثمانين جلدة ، بخلاف القذف بالردة .

(١) فى ٣٩ : وهو قول .

٧١٢٠ (الفصل الثانى)

أنه إذا ثبتت ردته بالبينة أو غيرها ، فشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، لم يكشف عن صحة ما شهد عليه به ، وخلى سبيله ، ولا يكلف الإقرار بما نسب إليه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوا عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها ، وحسابهم على الله عز وجل » متفق عليه ، ولأن هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلى ، فكذلك إسلام المرتد ، ولا حاجة مع ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحة ردته ، وكلام الخرقى محمول على من كفر بجحد الوحدانية ، أوجحد رسالة محمد صلى الله عليه وسلم ، أو جحدهما معاً . فأما من كفر بغير هذا فلا يحصل إسلامه إلا بالإقرار بما جحده .

ومن أقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم ، وأنكر كونه مبعوثاً إلى العالمين ، لا يثبت إسلامه حتى يشهد أن محمداً رسول الله إلى الخلق أجمعين ، أو يتبرأ مع الشهادتين من كل دين يخالف الإسلام ، وإن زعم أن محمداً رسول مبعوث بعد غير هذا لزمه الإقرار بأن هذا المبعوث هو رسول الله ، لأنه إذا اقتصر على الشهادتين احتمل أنه أراد ما اعتقده ، وإن ارتد بجحود فرض لم يسلم حتى يقر بما جحده، ويعيد الشهادتين، لأنه كذب الله ورسوله بما اعتقده ، وكذلك إن جحد نبياً ، أو آية من كتاب الله تعالى ، أو كتاباً من كتبه ، أو ملكا من ملائكته الذين ثبت أنهم ملائكة الله ، أو استباح محرماً ، فلا بد فى إسلامه من الإقرار بما جحده ، وأما الكافر بجحد الدين من أصله إذا شهد أن محمداً رسول الله ، واقتصر على ذلك ، ففيه روايتان .

إحداهما : يحكم بإسلامه ، لأنه روى أن يهوديا قال : أشهد أن محمداً رسول الله ، ثم مات ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « صلوا على صاحبكم » ، ولأنه لا يقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم إلا وهو مقر بمن أرسله ، وبتوحيده ، لأنه صدق النبى صلى الله عليه وسلم فيما جاء به ، وقد جاء بتوحيده .

الثانية : أنه إن كان مقراً بالتوحيد كاليهود[1] حكم بإسلامه ، لأن توحيد الله ثابت فى حقه ، وقد ضم إليه الإقرار برسالة محمد صلى الله عليه وسلم ، فكمل إسلامه ، وإن كان غير موحد كالنصارى والمجوس والوثنيين لم يحكم بإسلامه ، حتى يشهد أن لا إله إلا الله ، وبهذا جاءت أكثر الأخبار ، وهو الصحيح ، لأن من جحد شيئين لا يزول جحدهما إلا بإقراره بهما جميعاً ، وإن قال : أشهد أن النبى رسول الله لم

(١) باعتبار أصل الدين ، أو باعتبار فترات توحيدهم المتقطعة ، وإلا فهم لم يثبتوا على التوحيد أبدا . بل أشركوا مع الله عبادة (ملكة السماء) ، وأحيانا عبدوا (البعل) وتركوا عبادة الله ، وفى عهد موسى عبدوا العجل الذهبى ، انظر (سفر أرمياء بتمامه وسفر المراثى) للوقوف على تقلبات العقيدة عند هذا الشعب وانحلاله الخلقى والعقائدى .

نحكم بإسلامه ، لأنه يحتمل أن يريد غير نبينا ، وإن قال : أنا مؤمن ، أو : أنا مسلم ، فقال القاضى : يحكم بإسلامه بهذا ، وإن لم يلفظ بالشهادتين ، لأنهما اسمان لشيء معلوم معروف ، وهو الشهادتان ، فإذا أخبر عن نفسه بما تضمن الشهادتين كان مخبراً بهما ، وروى المقداد أنه قال: يارسول الله ، أرأيت إن لقيت رجلا من الكفار فقاتلنى ، فضرب إحدى يدى بالسيف فقطعها ، ثم لاذ منى بشجرة ، فقال : أسلمت ، أفأقتله يارسول الله بعد أن قالها ؟ قال : « لاتقتله فإن قتلته فإنه بمنزلتك قبل أن تقتله ، وإنك بمنزلته قبل أن يقول كلمته التى قالها » وعن عمران بن حصين قال أصاب المسلمون رجلا من بنى عقيل ، فأتوا به النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا محمد ، إنى مسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو كنت قلت وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح » . رواهما مسلم ، ويحتمل أن هذا فى الكافر الأصلى ، أو من جحد الوحدانية أما من كفر بجحد نبى أو كتاب أو فريضة ونحوها فلا يصير مسلماً بذلك لأنه ربما اعتقد أن الإسلام ماهو عليه ، فإن أهل البدع كلهم يعتقدون أنهم هم المسلمون ، ومنهم من هو كافر .

٧١٢١ (فصـــل)

وإذا أتى الكافر بالشهادتين ثم قال : لم أرد الإسلام ، فقد صار مرتداً ويجبر على الإسلام ، نص عليه أحمد فى رواية جماعة . ونقل عن أحمد أنه يقبل منه ، ولايجبر على الإسلام ، لأنه يحتمل الصدق ، فلا يراق دمه بالشبهة ، والأول أولى ، لأنه قد حكم بإسلامه فيقتل إذا رجع ، كما لو طالت مدته .

٧١٢٢ (فصـــل)

وإذا صلى الكافر حكم بإسلامه ، سواء كان فى دار الحرب أو دار الإسلام أو صلى جماعة أو فرادى[1] . وقال الشافعى : إن صلى فى دار الحرب حكم بإسلامه ، وإن صلى فى دار الإسلام لم يحكم بإسلامه ، لأنه يحتمل أنه صلى رياء وتقية .

ولنا : أن ما كان إسلاماً فى دار الحرب كان إسلاماً فى دار الإسلام كالشهادتين ، ولأن الصلاة ركن يختص به الإسلام ، فحكم بإسلامه به كالشهادتين ، واحتمال التقية والرياء يبطل بالشهادتين ، وسواء كان أصلياً أو مرتداً ، وأما سائر الأركان من الزكاة والصيام والحج فلا يحكم بإسلامه به ، فإن المشركين كانوا يحجون فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتى منعهم النبى صلى الله عليه وسلم فقال : «لايحج بعد العام مشرك » ، والزكاة صدقة ، وهم يتصدقون ، وقد فرض على نصارى بنى تغلب من الزكاة مثلى ما يؤخذ من المسلمين ، ولم يصيروا بذلك مسلمين ، وأما الصيام فلكل أهل دين صيام ، ولأن الصيام ليس بفعل ، إنما هو إمساك عن أفعال مخصوصة فى وقت مخصوص ، وقد يتفق هذا من الكافر كاتفاقه من المسلم ، ولاعبرة

(١) فى المخطوطة ١٨ : أو منفرداً

بنية الصيام ، لأنها أمر باطن : لا علم لنا به ، بخلاف الصلاة فإنها أفعال تتميز عن أفعال الكفار ، ويختص بها أهل الإسلام ، ولا يثبت الإسلام حتى يأتى بصلاة يتميز بها عن صلاة الكفار ، من استقبال قبلتنا ، والركوع والسجود ولا يحصل بمجرد القيام ، لأنهم يقومون فى صلاتهم ، ولا فرق بين الأصلى والمرتد فى هذا ، لأن ماحصل به الإسلام فى الأصل حصل به فى حق المرتد كالشهادتين .

فعلى هذا لومات المرتد فأقام ورثته بينة أنه صلى بعد ردته ، حكم لهم بالميراث ، إلا أن يثبت أنه ارتد بعد صلاته ، أو تكون ردته بجحد فريضة ، أو كتاب ، أو نبى ، أو ملك ، أو نحو ذلك من البدع التى ينتسب أهلها إلى الإسلام ، فإنه لا يحكم بإسلامه بصلاته ، لأنه يعتقد وجوب الصلاة ويفعلها مع كفره ، فأشبه فعله غيرها والله أعلم

٧١٢٣ (فصـــــــل)

وإذا أكره على الإسلام من لا يجوز إكراهه كالذمى والمستأمن فأسلم لم يثبت له حكم الإسلام حتى يوجد منه مايدل على إسلامه طوعاً ، مثل أن يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه عنه ، فإن مات قبل ذلك فحكمه حكم الكفار ، وإن رجع إلى (دين) [1] الكفر لم يجز قتله ، ولا إكراهه على الإسلام ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وقال محمد بن الحسن : يصير مسلماً فى الظاهر ، وإن رجع عنه قتل إذا امتنع عن الإسلام ، لعموم قوله عليه السلام : [2] « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم ، إلا بحقها » ، ولأنه أتى بقول الحق ، فلزمه حكمه كالحربى إذا أكره عليـــه .

ولنا : أنه أكره على مالا يجوز إكراهه عليه ، فلم يثبت حكمه فى حقه كالمسلم إذا أكره على الكفر. والدليل على تحريم الإكراه قوله تعالى : [3] (لا إِكْرَاه فى الدِّين) .

وأجمع أهل العلم على أن الذمى إذا أقام على ما عوهد عليه ، والمستأمن ، لا يجوز نقض عهده ، ولا إكراهه على مالم يلتزمه ، ولأنه أكره على ما لا يجوز إكراهه عليه ، فلم يثبت حكمه فى حقه ، كالإقرار والعتق ، وفارق الحربى والمرتد ، فإنه يجوز قتلهما وإكراههما على الإسلام ، بأن يقول : إن أسلمت وإلا قتلناك ، فمتى أسلم حكم بإسلامه ظاهراً ، وإن مات قبل زوال الإكراه عنه فحكمه حكم المسلمين ، لأنه أكره بحق ، فحكم بصحة ما يأتى به كما لو أكره المسلم على الصلاة فصلى .

(١) ساقطة من المخطوطة ١٨ و ٣٩ (٢) أخرجه البخارى عن أبى هريرة (ف)
(٣) سورة البقرة آية ٢٥٦

وأما فى الباطن فيما بينهم وبين ربهم ، فإن من اعتقد الإسلام بقلبه ، وأسلم فيما بينه وبين الله تعالى فهو مسلم عند الله ، موعود بما وعد به من أسلم طائعاً ، ومن لم يعتقد الإسلام بقلبه فهو باق على كفره ، لاحظ له فى الإسلام ، سواء فى هذا من يجوز إكراهه ومن لا يجوز إكراهه ، فإن الإسلام لا يحصل بدون اعتقاده من العاقل ، بدليل أن المنافقين كانوا يظهرون الإسلام ، ويقومون بفرائضه ، ولم يكونوا مسلمين .

٧١٢٤ (فصــــل)

ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة الكفر لم يصر كافراً ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وقال محمد بن الحسن : هو كافر فى الظاهر ، تبين منه امرأته ، ولا يرثه المسلمون إن مات ، ولا يغسل ، ولا يصلى عليه ، وهو مسلم فيما بينه وبين الله ، لأنه نطق بكلمة الكفر[١] ، فأشبه المختار .

ولنا : قول الله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَـٰكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْراً فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللهِ) ، وروى أن عماراً أخذه المشركون فضربوه حتى تكلم بما طلبوا منه ، ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم وهو يبكى ، فأخبره فقال له النبى صلى الله عليه وسلم[٢] : « إن عادوا فعد » ، وروى أن الكفار كانوا يعذبون المستضعفين من المؤمنين ، فما منهم أحد إلا أجابهم إلا بلال ، فإنه كان يقول : أحد ، أحد . وقال النبى صلى الله عليه وسلم[٣]: « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه » ولأنه قول أكره عليه بغير حق ، فلم يثبت حكمه كما لو أكره على الإقرار ، وفارق ما إذا أكره بحق ، فإنه خير بين أمرين ، يلزمه أحدهما ، فأيهما اختاره ثبت حكمه فى حقه . فإذا ثبت أنه لم يكفر فمتى زال عنه الإكراه أمر بإظهار إسلامه ، فإن أظهره فهو باق على إسلامه ، وإن أظهر الكفر حكم أنه كفر من حين نطق به ، لأننا تبينا بذلك أنه كان منشرح الصدر بالكفر . من حين نطق به مختاراً له .

وإن قامت عليه بينة أنه نطق بكلمة الكفر ، وكان محبوساً عند الكفار ، ومقيداً عندهم فى حالة خوف ، لم يحكم بردته ، لأن ذلك ظاهر فى الإكراه ، وإن شهدت أنه كان آمناً حال نطقه به حكم بردته ، فإن ادعى ورثته رجوعه إلى الإسلام لم يقبل إلا ببينة ، لأن الأصل بقاؤه على ما هو عليه ، وإن شهدت البينة عليه بأكل لحم الخنزير لم يحكم بردته ، لأنه قد يأكله معتقداً تحريمه ، كما يشرب الخمر من يعتقد تحريمها « وإن

(١) هذا تعليل لكفره ، لا لإسلامه عند الله . (٢) سورة النحل آية ١٠٦ .

(٣) أخرجه ابن جرير والبيهقى عن محمد بن عمار بن ياسر (ف)

(٤) أخرجه أحمد وابن ماجه عن أبى ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (ف)

قال بعض ورثته : أكله مستحلا له ، أو أقر بردته ، حرم ميراثه ، لأنه مقر بأنه لا يستحقه ، ويدفع إلى مدعى إسلامه قدر ميراثه ، لأنه لا يدعى أكثر منه، ويدفع الباقى إلى بيت المال ، لعدم من يستحقه ، فإن كان فى الورثة صغير أو مجنون دفع إليه نصيبه ونصيب المقر بردة الموروث ، لأنه لم تثبت ردته بالنسبة إليه .

٧١٢٥ (فصـــــل)

ومن أكره على كلمة الكفر فالأفضل له أن يصبر ، ولا يقولها ، وإن أتى ذلك على نفسه لما روى خباب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن كان الرجل من قبلكم ليحفر له فى الأرض ، فيجعل فيها ، فيجاء بمنشار فيوضع على شق رأسه ويشق باثنين ، ما يمنعه ذلك عن دينه ، ويمشط بأمشاط الحديد مادون عظمه من لحم ، ما يصرفه ذلك عن دينه»[١] ، وجاء فى تفسير قوله تعالى : « قُتِلَ أَصْحَابُ الأُخْدُودِ النَّارِ ذَاتِ الْوَقُودِ . إِذْ هُمْ عَلَيْهَا قُعُودٌ . وَهُمْ عَلَى مَا يَفْعَلُونَ بِالمُؤْمِنِينَ شُهُودٌ »[٢] . أن بعض ملوك الكفار أخذ قوما من المؤمنين ، فخد لهم أخدوداً فى الأرض ، وأوقد فيه ناراً ، ثم قال : من لم يرجع عن دينه فألقوه فى النار ، فجعلوا يلقونهم فيها ، حتى جاءت امرأة على كفها صبى لها ، فتقاعست من أجل الصبى ، فقال الصبى[٣] . يا أمه . اصبرى فإنك على الحق ، فذكرهم الله تعالى فى كتابه ، وروى الأثرم عن أبى عبد الله أنه سئل عن الرجل يؤسر ، فيعرض على الكفر ، ويكره عليه ، أله يرتد ؟ فكرهه كراهة شديدة ، وقال : ما يشبه هذا عندى الذين أنزلت فيهم الآية من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، أولئك كانوا يرادون[٤] على الكلمة ثم يتركوا يعملون ما شاءوا ، وهؤلاء يريدونهم على الإقامة على الكفر ، وترك دينهم ، وذلك لأن الذى يكره على كلمة يقولها ثم يخلى لا ضرر فيها ، وهذا المقيم بينهم يلتزم بإجابتهم إلى الكفر المقام عليه ، واستحلال المحرمات ، وترك الفرائض والواجبات ، وفعل المحظورات والمنكرات ، وإن كان امرأة تزوجوها واستولدوها أولادا كفار ، وكذلك الرجل وظاهر حالهم المصير إلى الكفر الحقيقى ، والانسلاخ من الدين الحنيفى .

٧١٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن ارتد وهو سكران لم يقتل حتى يفيق ، ويتم له ثلاثة أيام من وقت ردته ، فإن مات فى سكره مات كافراً ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى ردة السكران ، فروى عنه أنها تصح ، قال أبو الخطاب : وهو أظهر

(١) أخرجه البخارى عن خباب بن الأرت (ف) (٢) سورة البروج الآيات ٤ ـ ٧
(٣) أخرجه مسلم عن صهيب (٤) أى : يكرهون

الروايتين عنه ، وهو مذهب الشافعي . وعنه : لا يصح ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن ذلك يتعلق بالاعتقاد والقصد ، والسكران لا يصح عقده ولا قصده ، فأشبه المعتوه ، ولأنه زائل العقل ، فلم تصح ردته كالنائم ، ولأنه غير مكلف ، فلم تصح ردته كالمجنون . والدليل على أنه غير مكلف : أن العقل شرط فى التكليف ، وهو معدوم فى حقه ، ولهذا لم تصح استتابته .

ولنا : أن الصحابة رضى الله عنهم قالوا فى السكران : إذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فحدوه حد المفترى ، فأوجبوا عليه حد الفرية التى يأتى بها فى سكره ، وأقاموا مظنتها مقامها ، ولأنه يصح طلاقه ، فصحت ردته كالصاحى ، وقولهم : ليس بمكلف ممنوع ، فإن الصلاة واجبة عليه ، وكذلك سائر أركان الإسلام ، ويأثم بفعل المحرمات ، وهذا معنى التكليف ، ولأن السكران لا يزول عقله بالكلية ، ولهذا يتقى المحذورات ، ويفرح بما يسره ، ويساء بما يضره ، ويزول سكره عن قريب من الزمان ، فأشبه الناعس ، بخلاف النائم والمجنون ، وأما استتابته فتؤخر إلى حين صحوه ، ليكمل عقله ، ويفهم ما يقال له ، وتزال شبهته إن كان قد قال الكفر معتقداً له ، كما تؤخر استتابته إلى حين زوال شدة عطشه وجوعه ، ويؤخر الصبى إلى حين بلوغه ، وكمال عقله ، ولأن القتل جعل للزجر ، ولا يحصل الزجر فى حال سكره ، وإن قتله قاتل فى حال سكره لم يضمنه ، لأن عصمته زالت بردته ، وإن مات أو قتل لم يرثه ورثته ، ولا يقتله حتى يتم له ثلاثة أيام ابتداؤها من حين ارتد ، فإن استمر سكره أكثر من ثلاث لم يقتل[1] حتى يصحو ، ثم يستتاب عقيب صحوه ، فإن تاب وإلا قتل فى الحال ، وإن أسلم فى سكره صح إسلامه ، ثم يسأل بعد صحوه ، فإن ثبت على إسلامه فهو مسلم من حين أسلم ، لأن إسلامه صحيح ، وإن كفر فهو كافر من الآن ، لأن إسلامه صح ، وإنما يسأل استظهاراً ، وإن مات بعد إسلامه فى سكره مات مسلماً .

٧١٢٧ (فصـــل)

ويصح إسلام السكران فى سكره ، سواء كان كافراً أصلياً أو مرتداً ، لأنه إذا صحت ردته — مع أنها محض مضرة وقول باطل — فلأن يصح إسلامه الذى هو قول حق ومحض[2] مصلحة أولى ، فإن رجع عن إسلامه وقال : لم أدر ما قلت ، لم يلتفت إلى مقالته ، وأجبر على الإسلام ، فإن أسلم وإلا قتل . ويتخرج ألا يصح إسلامه بناء القول بأن ردته لا تصح فإن من لا تصح ردته لا يصح إسلامه كالطفل والمعتوه .

٧١٢٨ (فصـــل)

ولا تصح ردة المجنون ولا إسلامه ، لأنه لا قول له وإن ارتد فى صحته ثم جن لم يقتل فى حال جنونه ،

(١) فى النسخ (يقبل) والصواب (يقتل) (ف) (٢) فى المخطوطة ٢٩ : ومصلحة محضة .

لأنه يقتل بالإصرار على الردة ، والمجنون لا يوصف بالإصرار ، ولا يمكن استتابته ، ولو وجب عليه القصاص فجن قتل ، لأن القصاص لا يسقط عنه بسبب من جهته ، وههنا يسقط برجوعه ، ولأن القصاص إنما يسقط بسبب من جهة المستحق له ، فنظير مسألتنا أن يجن المستحق للقصاص ، فإنه لا يستوفى حال جنونه .

٧١٢٩ (فصـــــل)

ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم أقيم عليه حده ، وبهذا قال الشافعى سواء لحق بدار الحرب فى ردته ، أو لم يلحق بها . وقال قتادة فى مسلم أحدث حدثاً ثم لحق بالروم ، ثم قدر عليه : إن كان ارتد درىء عنه الحد ، وإن لم يكن ارتد أقيم عليه . ونحو هذا قال أبو حنيفة ، والثورى ، إلا حقوق الناس ، لأن ردته أحبطت عمله ، وأسقطت ما عليه من حقوق الله تعالى ، كمن فعل ذلك فى حال شركه ، ولأن الإسلام يجب ما قبله .

ولنا : أنه حق عليه فلم يسقط بردته كحقوق الآدميين . وفارق ما فعله فى شركه ، فإنه لم يثبت حكمه فى حقه . أما قوله: « الإسلام يجب ما قبله[1] » فالمراد به ما فعله فى كفره ، لأنه لو أراد ما قبل ردته أفضى إلى كون الردة التى هى أعظم الذنوب مكفرة للذنوب ، وأن من كثرت ذنوبه ولزمته حدود يكفر ثم يسلم ، فتكفر ذنوبه ، وتسقط حدوده .

٧١٣٠ (فصـــــل)

فأما ما فعله فى ردته فقد نقل مهنا عن أحمد قال : سألته عن رجل ارتد عن الإسلام ، فقطع الطريق ، وقتل النفس ، ثم لحق بدار الحرب ، فأخذه المسلمون فقال : تقام فيه الحدود ، ويقتص منه وسألته عن رجل ارتد فلحق بدار الحرب ، فقتل بها مسلماً ، ثم رجع تائباً ، وقد أسلم ، فأخذه وليه ، يكون عليه القصاص ؟ فقال : قد زال عنه الحكم ، لأنه إنما قتل وهو مشرك ، وكذلك إن سرق وهو مشرك ، ثم توقف بعد ذلك ، وقال : لا أقول فى هذا شيئاً .

وقال القاضى : ما أصاب فى ردته من نفس أو مال أو جرح فعليه ضمان ، سواء كان فى منعة وحماية ، أو لم يكن ، لأنه التزام حكم الإسلام بإقراره ، فلم يسقط بجحده ، كما لا يسقط ما التزمه عند الحاكم بجحده .

والصحيح أن ما أصابه المرتد بعد لحوقه بدار الحرب أو كونه فى جماعة ممتنعة لا يضمنه لما ذكرناه فى آخر الباب الذى قبل هذا ، وما فعله قبل هذا أخذ به إذا كان مما يتعلق به حق آدمى ، كالجناية على

(١) (الإسلام يجب ما قبله) حديث أخرجه ابن سعد عن الزبير وعن جبير بن مطعم (ف) .

نفس أو مال ، لأنه فى دار الإسلام ،فلزمه حكم جنايته كالذمى والمستأمن . وأما إن ارتكب حداً خالصاًلله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة فإنه إن قتل بالردة سقط ما سوى القتل من الحدود ، لأنه متى اجتمع مع القتل حدا كتفى بالقتل ، وإن رجع إلى الإسلام أحد بحد الزنا والسرقة ، لأنه من أهل دار الإسلام ، فأخذ بهما كالذمى والمستأمن . وأما حد الخمر فيحتمل ألا يجب عليه ، لأنه كافر ، فلا يقام عليه حد الخمر كسائر الكفار ، ويحتمل أن يجب ، لأنه أقر بحكم الإسلام قبل ردته ، وهذا من أحكامه ، فلم يسقط بجحده بعده والله أعلم .

٧١٣١ (فصـــل)

ومن ادعى النبوة أو صدق من ادعاها فقد ارتد ، لأن مسيلمة لما ادعى النبوة فصدقه قومه صاروا بذلك مرتدين ، كذلك طليحة الأسدى ، ومصدقوه . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تقوم[1] الساعة حتى يخرج ثلاثون كذابون كلهم يزعم أنه رسول الله »

٧١٣٢ (فصـــل)

ومن سب الله تعالى كفر سواء كان مازحاً أو جاداً ، وكذلك من استهزأ بالله تعالى ، أو بآياته ، أو برسله ، أو كتبه : قال الله تعالى[2] « وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ ؟ لا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ . » وينبغى ألا يكتفى من الهازىء ، بذلك بمجرد الإسلام ، حتى يؤدب أدبا يزجره عن ذلك ، فإنه إذا لم يكتف ممن سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتوبة فمن سب الله تعالى أولى .

٧١٣٣ (فصـــل فى السحر)

وهو عُقدٌ ورق وكلام يتكلم به ، أو يكتبه ، أو يعمل شيئاً يؤثر فى بدن المسحور ، أو قلبه، أو عقله من غير مباشرة له ، وله حقيقة ، فمنه ما يقتل ، وما يمرض ، وما يأخذ الرجل عن امرأته ، فيمنعه وطأها ، ومنه ما يفرق بين المرء وزوجه ، وما يبغض أحدهما إلى الآخر ، أو يحبب بين اثنين : وهذا قول الشافعى ، وذهب بعض أصحابه إلى أنه لا حقيقة له ، إنما هو تخييل ، لأن الله تعالى قال[3] (يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى) وقال أصحاب أبى حنيفة : إن كان شيئاً يصل إلى بدن المسحور ، كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك : فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل إلى بدنه شىء فلا يجوز ذلك ، لأنه

(١) لا تقوم الساعة حتى يبعث دجالون كذابون قريباً من ثلاثين كلهم يزعم أنه رسول الله (ف)

(٢) سورة التوبة آية ١٥ : ١٦ (٣) سورة طه آية ٦٦

لو جاز لبطلت معجزات الأنبياء عليهم السلام ، لأن ذلك يخرق العادات ، فإذا جاز من غير الأنبياء بطلت معجزاتهم وأدلتهم .

ولنا قول الله تعالى : (قُلْ أعوذُ بِرَبِّ الفلق. منْ شرِّ ماخلقْ. ومن شَرِّ غاسقٍ إذَا وَقَب . ومن شَرِّ النفّاثات في العُقَدْ[1]) يعني : السواحر اللاتي يعقدن في سحرهن ، وينفثن عليه . ولولا أن السحر له حقيقة لما أمر الله تعالى بالاستعاذة منه . وقال الله تعالى : (يعلّمون النَّاسَ السِّحرَ وَمَا أُنزِل عَلَى المَلَكَيْنِ ببابل هارُوتَ وَمارُوتَ ـ إلى قوله : (فَيتعَلَّمون منهما مايفرّقون به بين المرء وَزَوجه[2]). وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سحر، حتى أنه ليخيل إليه أنه يفعل الشيء وما يفعله ، وأنه قال لها ذات يوم : « أشعرت أن الله تعالى أفتاني فيما استفتيته ؟ أنه أتاني ملكان فجلس أحدهما عند رأسي ، والآخر عند رجلي فقال : ماوجع الرجل ؟ قال : مطبوب ، قال : من طبه ؟ قال : لبيد بن الأعصم ، في مشط ومشاطة ، في جف طلعة[3] ذكر ، في بئر ذي أروان » ذكره البخاري وغيره . جف الطلعة : وعاؤها . والمشاطة : الشعر الذي يخرج من شعر الرأس ، أو غيره إذا مشط . فقد أثبت لهم سحراً .

وقد اشتهر بين الناس وجود عقد الرجل عن امرأته حين يتزوجها ، فلا يقدر على إتيانها ، وحل عقده ، فيقدر عليها بعد عجزة عنها ، حتى صار متواتراً لا يمكن جحده . وروى من أخبار السحرة مالا يكاد يمكن التواطؤ على الكذب فيه . وأما إبطال المعجزات فلا يلزم من هذا ، لأنه لا يبلغ مايأتي به الأنبياء عليهم السلام ، وليس يلزم أن ينتهي إلى أن تسعى العصى والحبال .

إذا ثبت هذا فإن تعلم السحر وتعليمه حرام ، لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم . قال أصحابنا : ويكفر الساحر بتعلمه وفعله ، سواء اعتقد تحريمه أو إباحته ، وروى عن أحمد مايدل على أنه لا يكفر ، فإن حنبلا روى عنه قال : قال عمي في العراف والكاهن والساحر : أرى أن يستتاب من هذه الأفاعيل كلها ، فإنه عندي في معنى المرتد ، فان تاب وراجع يعني يخلي سبيله . قلت له : يقتل ؟ قال : لا ، يحبس لعله يرجع قلت له : لم لا تقتله ؟ قال : إذا كان يصلي لعله يتوب ويرجع . وهذا يدل على أنه لم يكفره ، لأنه لو كفره لقتله . وقوله : في معنى المرتد ، يعني : في الاستتابة .

وقال أصحاب أبي حنيفة : إن اعتقد أن الشياطين تفعل له مايشاء كفر ، وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر . وقال الشافعي : إن اعتقد مايوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب السبعة ، وأنها تفعل مايلتمس ، أو اعتقد حل السحر كفر ، لأن القرآن نطق بتحريمه ، وثبت بالنقل المتواتر والإجماع عليه ، وإلا فسق

(١) سورة الفلق. (٢) سورة البقرة آية ١٠٢ (٣) القصة بطولها في (سير السلف) للحافظ الأصبهاني في ترجمة الإمام علي . وكان الذي حمل المشاطة إلى لبيد غلام يهودي كان يعطف عليه النبي صلى الله عليه وسلم .

ولم يكفر ، لأن عائشة رضى الله عنها باعت مدبرة لها سحرتها بحضر من الصحابة ، ولو كفرت لصارت مرتدة يجب قتلها ، ولم يجز استرقاقها . لأنه شيء يضر بالناس ، فلم يكفر بمجرده كأذاهم .

ولنا : قول الله تعالى : (واتَّبَعُوا ما تَتْلُوا الشياطِينُ على مُلكِ سليمان وما كفرَ سليمانُ ولكن الشياطين كفرُوا) الى قوله : (وما يُعلمان من أحدٍ حتى يقولاَ إنما نحن فتنةٌ فلاتكفرْ)[1] أى : وما كفر سليمان ، أى وما كان ساحراً كفر بسحره ، وقولها : إنما نحن فتنة فلا تكفر . أى : لاتتعلمه فتكفر بذلك وقد روى هشام بن عروة عن أبيه عن[2] عائشة : أن امرأة جاءتها فجعلت تبكى بكاء شديداً ، وقالت : يا أم المؤمنين ، إن عجوزا ذهبت بى إلى هاروت وماروت ، فقلت : علمانى السحر فقالا : اتق الله ولا تكفرى فإنك على رأس أمرك ، فقلت : علمانى السحر ، فقالا اذهبى إلى ذلك التنور ، فبولى فيه ، ففعلت ، فرأيت كأن فارساً مقنعا فى الحديد خرج منى ، حتى طار فغاب فى السماء ، فرجعت إليهما ، فأخبرتهما ، فقالا : ذلك إيمانك ، فذكرت باقى القصة ، إلى أن قالت : والله ياأم المؤمنين ماصنعت شيئا غير هذا ، ولا أصنعه أبداً فهل لى من توبة ؟ قالت عائشة : ورأيتها تبكى بكاء شديداً ، فطافت فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون تسألهم هل لها من توبة ؟ فما أفتاها أحد إلا أن ابن عباس ، قال لها : إن كان أحد من أبويك حيا فبريه ، وأكثرى من عمل البر ما استطعت ، وقول عائشة قد خالفها فيه كثير من الصحابة ، وقال على رضى الله عنه : الساحر كافر ، ويحتمل أن المدبرة تابت ، فسقط عنها القتل والكفر بتوبتها ، ويحتمل أنها سحرتها بمعنى : أنها ذهبت الى ساحر سحر لها .

٧١٣٤ (فصـــــــل)

وحد الساحر القتل ، روى ذلك عن عمر ، وعثمان بن عفان ، وابن عمر ، وحفصة ، وجندب بن عبدالله وجندب بن كعب ، وقيس بن سعد ، وعمر بن عبد العزيز ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، ولم ير الشافعى عليه القتل بمجرد السحر ، وهو قول ابن المنذر ، ورواية عن أحمد ، قد ذكرها فيما تقدم ، ووجه ذلك : أن عائشة رضى الله عنها باعت مدبرة سحرتها ، ولو وجب قتلها لما حل بيعها ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل[1] دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير حق » ، ولم يصدر منه أحد الثلاثة ، فوجب ألا يحل دمه .

ولنا : ماروى جندب بن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « حد الساحر ضربه

---

(١) سورة البقرة آية ١٠٢ (٢) أخرجه ابن جرير والحاكم والبيهقى فى سننه كما فى الدر المنثور ج١ص١٠١
(٣) أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجه وأحمد عن عثمان (ف)

بالسيف [1] » قال ابن المنذر رواه اسماعيل بن مسلم ، وهو ضعيف ، وروى سعيد وأبو داود فى كتابيهما عن بجالة ، قال : كنت كاتبا لجزء بن معاوية ، عم الأحنف بن قيس ، إذ جاءنا كتاب عمر قبل موته بسنة : اقتلوا كل ساحر . فقتلنا ثلاث سواحر فى يوم ، وهذا اشتهر فلم ينكر ، فكان إجماعا ، وقتلت حفصة جارية لها سحرتها ،وقتل جندب بن كعب ساحرا كان يسحر بين يدى الوليد بن عقبة ، ولأنه كافر فيقتل للخبر الذى رووه .

٧١٣٥ ﴿ فصــل ﴾

وهل يستتاب الساحر ؟ فيه روايتان .

إحداهما : لا يستتاب ، وهو ظاهر ما نقل عن الصحابة ، فإنه لم ينقل عن أحد منهم أنه استتاب ساحراً ، وفى الحديث الذى رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن الساحرة سألت أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وهم متوافرون هل لها من توبة ؟ فما أفتاها أحد ، ولأن السحر معنى فى قلبه ، لا يزول بالتوبة ، فيشبه من لم يتب .

والرواية الثانية : يستتاب ، فإن تاب قبلت توبته ، لأنه ليس بأعظم من الشرك ، والمشرك يستتاب ، ومعرفته السحر لا تمنع قبول توبته ، فإن الله تعالى قبل توبة سحرة فرعون ، وجعلهم من أوليائه فى ساعة ، ولأن الساحر لو كان كافراً فأسلم صح إسلامه وتوبته ، فإذا صحت التوبة منهما صحت من أحدهما كالكفر ، ولأن الكفر والقتل إنما هو بعمله بالسحر ، لا بعلمه ، بدليل الساحر إذا أسلم ، والعمل به يمكن التوبة منه . وكذلك اعتقاد ما يكفر باعتقاده يمكن التوبة منه كالشرك ، وهاتان الروايتان فى ثبوت حكم التوبة فى الدنيا ، من سقوط القتل ونحوه ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى ، وسقوط عقوبة الدار الآخرة عنه فيصح ، فإن الله تعالى لم يسد باب التوبة عن أحد من خلقه ، ومن تاب إلى الله قبل توبته ، لا نعلم فى هذا خلافا .

٧١٣٦ ﴿ فصــل ﴾

والسحر الذى ذكرنا حكمه هو الذى يعد فى العرف سحراً مثل فعل لبيد بن الأعصم ، حين سحر النبى صلى الله عليه وسلم فى مشط ومشاطه ، وروينا فى مغازى الأموى : أن النجاشى دعا السواحر فنفخن فى إحليل عمارة بن الوليد ، فهام مع الوحش ، فلم يزل معها إلى إمارة عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فأمسكه إنسان فقال : خلنى ، وإلا مت ، فلم يخله فمات من ساعته . وبلغنا أن بعض الأمراء أخذ ساحرة فجاء زوجها كأنه محترق ، فقال. قولوا لها تحل عنى . فقالت . ائتونى بخيوط وباب فجلست على الباب حين أتوها به ، وجعلت

(١) (حد الساحر ضربه بالسيف) أخرجه الترمذى والحاكم عن جندب (ف)

تعقد وطار بها الباب ، فلم يقدروا عليها ، فهذا وأمثاله مثل أن يعقدالرجل المتزوج فلا يطيق وطء زوجته . هو السحر المختلف في حكم صاحبه

فأما الذى يعزم على المصروع ويزعم أنه يجمع الجن ويأمرها فتطيعه فهذا لا يدخل فى هذاالحكم ظاهراً ، وذكره القاضى وأبو الخطاب فى جملة السحرة ، وأما من يحل السحر فإن كان بشىء من القرآن أو شىء من الذكر والأقسام والكلام الذى لا بأس به فلا بأس به ، وإن كان بشىء من السحر فقد توقف أحمد عنه ، قال الأثرم : سمعت أبا عبدالله سئل عن رجل يزعم أنه يحل السحر ، فقال : قد رخص فيه بعض الناس ، قيل لأبى عبدالله : إنه يجعل فى الطنجير ماء ، ويغيب فيه ويعمل كذا ، فنفض يده كالمنكر ، وقال : ما أدرى ما هذا . قيل له : فترى أن يؤتى مثل هذا يحل السحر ؟ فقال : ما أدرى ما هذا .

وروى عن محمد بن سيرين أنه سئل عن إمرأة يعذبها السحرة، فقال رجل : أخط خطاً عليها ، وأغرز السكين عند مجمع الخط ، وأقرأ القرآن : فقال محمد : ما أعلم بقراءة القرآن بأساً على حال ، ولا أدرى ما الخط والسكين . وروى عن سعيد ابن المسيب فى الرجل يؤخذ عن امرأته ، فيلتمس من يداويه ، فقال : إنما نهى الله عما يضر ، ولم ينه عما ينفع . وقال أيضاً : إن استطعت أن تنفع أخاك فافعل . فهذا من قولهم يدل على أن المعزم ونحوه لم يدخلوا فى حكم السحرة ، ولأنهم لا يسمون به : وهو مما ينفع ولا يضر .

٧١٣٧ (فصل)

فأما الكاهن الذى له رَئِىٌّ من الجن يأتيه بالأخبار ، والعراف الذى يحدس ويتخرص ، فقد قال : أحمد فى رواية حنبل فى العراف والكاهن والساحر : أرى أن يستتاب من هذه الأفاعيل ، قيل له : يقتل ؟ قال : لا ، يحبس لعله يرجع . قال : والعرافة طرف من السحر ، والساحر أخبث ، لأن السحر شعبة من الكفر . وقال : الساحر والكاهن حكمهما القتل ، أوالحبس حتى يتوبا ، لأنهما يلبسان أمرهما ، وحديث عمر : اقتلوا كل ساحر ، وكاهن ، وليس هو من أمر الإسلام . وهذا يدل على أن كل واحد منهما فيه روايتان .

إحداهما : أنه يقتل إذا لم يتب .

والثانية : لا يقتل ، لأن حكمه أخف من حكم الساحر ، وقد اختلف فيه ، فهذا يدرأ القتل عنه أولى .

٧١٣٩ (فصل)

فأما ساحر أهل الكتاب فلا يقتل لسحره ، إلا أن يقتل به ، وهو مما يقتل به غالباً ، فيقتل قصاصاً . وقال أبو حنيفة : يقتل ، لعموم ما تقدم من الأخبار ، ولأنه جناية أوجبت قتل المسلم ، فأوجبت قتل الذمى كالقتل .

ولنا : أن لبيد بن الأعصم سحر النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقتله ، ولأن الشرك أعظم من سحره ، ولا يقتل به ، والأخبار وردت فى ساحر المسلمين ، لأنه يكفر بسحره ، وهذا كافر أصلى ، وقياسهم ينتقض باعتقاد الكفر والتكلم به ، وينتقض بالزنا من المحصن ، فإنه لا يقتل به الذمى عندهم ، ويقتل به المسلم والله أعلم .

كتاب الحـــدود

الزنا حرام ، وهو من الكبائر العظام ، بدليل قول الله تعالى : « وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً »[١] وقال تعالى : « وَالَّذِينَ لاَ يَدْعُونَ مَعَ اللهِ إِلَهاً آخَرَ وَلاَ يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِى حَرَّمَ اللهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ وَلاَ يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَاماً ، يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَاناً »[٢]

وروى عبد الله بن مسعود قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الذنب أعظم ؟ قال : « أن تجعل لله نداً وهو خلقك — قال : قلت : ثم أى ؟ قال — أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك — قال : قلت : ثم أى ؟ — قال : أن تزنى بحليلة جارك » أخرجه البخارى ومسلم ، وكان حد الزانى فى صدر الإسلام الحبس للثيب ، والأذى بالكلام من التقريع والتوبيخ للبكر ، لقوله سبحانه[٣] « واللاَّتِى يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلاً . وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا مِنْكُمْ فَآذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ تَوَّاباً رَحِيماً »[٤] .

قال بعض أصحاب أهل العلم: المراد بقوله : « من نسائكم » الثيب ، لأن قوله : من نسائكم إضافة زوجية كقوله[٤] « لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ » ، ولا فائدة فى إضافته ههنا نعلمها إلا اعتبار الثيوبة ، ولأنه قد ذكر عقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى ، فكانت الأغلظ للثيب ، والأخرى للأبكار ، كالرجم ، والجلد ، ثم نسخ هذا بما روى عبادة بن الصامت ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « خـذوا عنى ، قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » ، رواه مسلم وأبو داود .

فإن قيل : فكيف ينسخ القرآن بالسنة ؟ قلنا : قد ذهب بعض أصحابنا إلى جوازه ، لأن الكل من عند الله ، وإن اختلفت طرقه ، ومن منع ذلك قال : ليس هذا نسخاً ، إنما هو تفسير للقرآن ، وتبيين له ، لأن النسخ رفع حكم ظاهره الإطلاق ، فأما ما كان مشروطاً بشرط وزال الشرط لا يكون نسخاً وههنا شرط الله تعالى حبسهن إلى أن يجعل لهن سبيلا ، فبينت السنة السبيل ، فكان بياناً لا نسخاً ، ويمكن أن

---

(١) سورة الإسراء آية ٣٢ (٢) سورة الفرقان آية ٦٨ ، ٦٩
(٣) سورة النساء آية ١٥ ، ١٦ (٤) سورة البقرة آية ٢٢٦

يقال : إن نسخه حصل بالقرآن فإن الجلد فى كتاب الله ، والرجم كان فيه فنسخ رسمه ، وبقى حكمه :

٧١٤٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا زنى الحر المحصن ، أو الحرة المحصنة جلدا ورجما حتى يموتا فى إحدى الراويتين عن أبى عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى يرجمان ولا يجلدان ﴾

الكلام فى هـذه المسألة فى فصول ثلاثة :

٧١٤١ (أحـدها)

فى وجوب الرجم على الزانى المحصن رجلا كان أو امرأة ، وهذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ، ومن بعدهم من علماء الأمصار ، فى جميع الأعصار ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الخوارج، فإنهم قالوا : الجلد للبكر والثيب ، لقول الله تعالى : « الزَّانِيَةُ والزَّانِي فاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ[1] » . وقالوا : لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع واليقين لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها ، ولأن هذا يفضى إلى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز .

ولنا : أنه قد ثبت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله وفعله فى أخبار تشبه المتواتر ، وأجمع عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما سنذكره فى أثناء الباب فى مواضعه إن شاء الله تعالى ، وقد أنزله الله تعالى فى كتابه ، وإنما نسخ رسمه دون حكمه ، فروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : إن الله تعالى بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحق ، وأنزل عليه الكتاب ، فكان فيما أنزل عليه آية الرجم ، فقرأتها وعقلتها ووعيتها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل : ما نجد الرجم فى كتاب الله ، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى ، فالرجم حق على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء ، إذا قامت البينة ، أو كان الحبل ، أو الاعتراف ، وقد قرأ بها : « الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إذا زَنَيَا فَارْجُمُوهُما أَلْبَتَّةَ نَكَالاً مِنَ اللهِ وَاللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ » متفق عليه ، وأما آية الجلد فنقول بها ، فإن الزانى يجب جلده ، فإن كان ثيباً رجم مع الجلد ، والآية لم تتعرض لنفيه ، وإلى هذا أشار على رضى الله عنه حين جلد شراحة ثم رجمها ، وقال : جلدتها بكتاب الله تعالى ، ثم رجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم لو قلنا : إن الثيب لا يجلد ، لكان هذا تخصيصاً للآية العامة ، وهذا سائغ بغير خلاف ، فإن عمومات القرآن فى الإثبات كلها مخصصة ، وقولهم : إن هذا نسخ ليس بصحيح ، وإنما هو تخصيص ، ثم لو كان نسخاً لكان نسخاً بالآية التى ذكرها عمر رضى الله عنه ، وقد روينا أن رسل الخوارج جاءوا عمر بن عبد العزيز رحمه الله ، فكان من جملة ما عابوا عليه الرجم ، وقالوا : ليس فى كتاب الله إلا الجلد : وقالوا : الحائض أوجبتم عليها قضاء الصوم دون الصلاة،والصلاة أوكد . فقال لهم عمر : وأنتم

---

(١) سورة النور آية ٢

لا تأخذون إلا بما في كتاب الله ؟ قالوا نعم . قال : فأخبروني عن عدد الصلوات المفروضات ، وعدد أركانها وركعاتها ومواقيتها ، أين تجدونه في كتاب الله تعالى ؟ وأخبروني عما تجب الزكاة فيه ومقاديرها ونُصُبها ؟ فقالوا : أنظرنا ، فرجعوا يومهم ذلك ، فلم يجدوا شيئاً ، مما سألهم عنه في القرآن فقالوا : لم نجده في القرآن ، قال : فكيف ذهبتم إليه ؟ قالوا : لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله ، وفعله المسلمون بعده ، فقال لهم : فكذلك الرجم ، وقضاء الصوم ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ، ورجم خلفاؤه بعده ، والمسلمون ، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقضاء الصوم دون الصلاة ، وفعل ذلك نساؤه ونساء أصحابه .

إذا ثبت هذا فمعنى الرجم أن يرمى بالحجارة وغيرها حتى يقتل بذلك ، قال ابن المنذر ، أجمع أهل العلم على أن المرجوم يدام عليه الرجم حتى يموت ، ولأن إطلاق الرجم يقتضي القتل به ، كقوله تعالى : « لَتَكُونَنَّ مِنَ الْمَرْجُومِينَ » وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهوديين اللذين زنيا ، وماعزاً والغامدية ، حتى ماتوا .

٧١٤٢ (فصـــــــل)

وإذا كان الزاني رجلا أقيم قائماً ، ولم يوثق بشيء ، ولم يحفر له سواء ثبت الزنا ببينة أو إقرار ، لا نعلم فيه خلافا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز قال أبو سعيد : « لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز ، خرجنا به إلى البقيع ، فوالله ما حفرنا له ، ولا أوثقناه ، ولكنه قام لنا ، رواه أبو داود ولأن الحفر له ودفن بعضه عقوبة لم يرد بها الشرع في حقه ، فوجب أن لا تثبت ، وإن كان امرأة فظاهر كلام أحمد أنها لا يحفر لها أيضاً ، وهو الذي ذكره القاضي في الخلاف ، وذكر في المجرد : أنه إن ثبت الحد بالإقرار لم يحفر لها ، وإن ثبت بالبينة حفر لها إلى الصدر ، قال أبو الخطاب : وهذا أصح عندي ، وهو قول أصحاب الشافعي ، لما روى أبو بكر وبريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة ، رواه أبو داود ، ولأنه أستر لها ، ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب ، لكون الحد ثبت بالبينة ، فلا يسقط بفعل من جهتها ، بخلاف الثابت بالإقرار ، فإنها تترك على حال لو أرادت الهرب تمكنت منه ، لأن رجوعها عن إقرارها مقبول .

ولنا : أن أكثر الأحاديث على ترك الحفر ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر للجهنية ، ولا لماعز ، ولا لليهوديين ، والحديث الذي احتجوا به غير معمول به ، ولا يقولون به ، فإن التي نقل عنه الحفر لها ثبت حدها بإقرارها ، ولا خلاف بيننا فيها ، فلا يسوغ لهم الاحتجاج به ، مع مخالفتهم له .

إذا ثبت هذا فإن ثياب المرأة تشد عليها كيلا تنكشف . وقد روى أبو داود بإسناده عن عمران ابن حصين قال فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ولأن ذلك أستر لها .

٧١٤٣ (فصــــل)

والسنة أن يدور الناس حول المرجوم ، فإن كان الزنا ثبت ببينة فالسنة أن يبدأ الشهود بالرجم ، وإن كان ثبت بإقرار بدأ به الإمام أو الحاكم ، إن كان ثبت عنده ، ثم يرجم الناس بعده ، وروى سعيد بإسناده عن على رضى الله عنه أنه قال : الرجم رجمان ، فما كان منه بإقرار فأول من يرجم الإمام ، ثم النـاس . وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ، ثم الناس ، ولأن فعل ذلك أبعد لهم من التهمة فى الـكذب عليه ، فإن هرب منهم وكان الحد ثبت ببينة اتبعوه حتى يقتلوه ، وإن كان ثبت بإقرار تركوه ، لما روى أن ماعز بن مالك لما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحـابه . فنزع له بوظيف[1] بعير فرماه به فقتله ، ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال : « هلا تركتموه[2] يتوب فيتوب الله عليه ؟ » رواه أبو داود . ولأنه يحتمل الرجوع ، فيسقط عنه الحـد ، فإن قتله قاتل فى هربه فـلا شىء عليه، لحديث ابن أنيس حين قتل ماعزاً ، ولأنه قد ثبت زناه بإقراره ، فلا يزول ذلك باحتمال الرجوع ، وإن لم يقتل وأتى به الإمام فـكان مقيما على اعترافه رجمه ، وإن رجع عنه تركه .

٧١٤٤ (الفصل الثـانى)

أنه يجلد ثم يرجم فى إحدى الروايتين ، فعل ذلك على رضى الله عنه ، وبه قال ابن عباس ، وأبى بن كعب ، وأبو ذر ، ذكر ذلك عبد العزيز عنهما واختـاره ، وبه قال الحسن ، وإسحاق ، وداود ، وابن المنذر .

والرواية الثانية : يرجم ولا يجلد ، روى عن عمر وعثمان أنهما رجما ولم يجلدا ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : إذا اجتمع حدان لله تعالى فيهما القتل أحاط القتل بذلك ، وبهذا قال النخعى ، والزهرى ، والأوزاعى ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . واختار هذا أبو إسحاق الجوزجانى ، وأبو بكر الأثرم ، ونصراه فى سننهما ، لأن جابراً روى أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ، ولم يجلده ، ورجم الغامدية ولم يجلدها ، وقال : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » ، متفق عليـه ولم يأمره بجلدها ، وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فوجب تقديمه .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يقول فى حديث عبادة : إنه أول حد نزل ، وأن حـديث ماعز بعده رجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلده ، وعمر رجم ولم يجلد ، ونقل عنه إسماعيل بن سعيد نحو هذا ، ولأنه حد فيه قتل فلم يجتمع معه جلد كالردة ، ولأن الحدود إذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سواه ، فالحد أولى .

ووجه الرواية قوله تعالى[3] « الزانيةُ والزانى فاجلدُوا كلَّ واحدٍ منهما مائةَ جلْدة » وهذا عام ، ثم جاءت السنة بالرجم فى حق الثيب ، والتغريب فى حق البـكر ، فوجب الجمع بينهما ، وإلى هذا

(١) الوظيف : وظيف البعير : خفه وهو له كالحافلة (ف)

(٢) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٤٥٧ (هلا تركتموه لعله أن يتوب الخ (٣) سورة النور آية ٢

أشار على رضى الله عنه بقوله : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله علية وسلم وقد صرح النبي صلى الله عليه وسلم بقوله فى حديث عبادة : « والثيب[١] بالثيب ، الجلد والرجم » وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله ، والأحاديث الباقية ليست صريحة ، فإنه ذكر الرجم ولم يذكر الجلد ، فلا يعارض به الصريح ، بدليل أن التغريب يجب بذكره فى هذا الحديث ، وليس بمذكور فى الآية ، ولأنه زان فيجلد كالبكر ، ولأنه قد شرح فى حق البكر عقوبتان: الجلد والتغريب ، فيشرع فى حق المحصن أيضاً عقوبتان : الجلد والرجم ، فيكون الرجم مكان التغريب ، فعلى هذه الرواية يبدأ بالجلد . أولا ، ثم يرجم ، فإن والى بينهما جاز ، لأن إتلافه مقصود ، فلا تضر الموالاة بينهما ، وإن جلده يوما ورجمه فى آخر جاز ، فإن عليا رضى الله عنه جلد شراحة يوم الخميس ، ثم رجمها يوم الجمعة ، ثم قال : جلدتها بكتاب الله تعالى ، ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٧١٤٥ (الفصل الثالث)

أن الرجم لا يجب إلا على المحصن بإجماع أهل[٢] العلم ، وفى حديث عمر : إن الرجم حق على من زنا وقد أحصن ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل[٣] دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث » . ذكر منها : « أو زنا بعد إحصان » ، وللإحصان شروط سبعة .

أحدها : الوطء فى القبل ، ولا خلاف فى اشتراطه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الثيب[٤] بالثيب الجلد والرجم » ، والثيابة[٥] تحصل بالوطء فى القبل فوجب اعتباره ، ولا خلاف فى أن عقد النكاح الخالى عن الوطء لا يحصل به إحصان ، سواء حصلت فيه خلوة أو وطء فيما دون الفرج ، أوفى الدبر ، أو لم يحصل شىء من ذلك ، لأن هذا لا تصير به المرأة ثيبا ، ولا تخرج به عن حد الأبكار الذين حدهم جلد مائة وتغريب عام بمقتضى الخبر ، ولا بد من أن يكون وطئا حصل به تغييب الحشفة فى الفرج ، لأن ذلك حد الوطء الذى يتعلق به أحكام الوطء .

الثانى : أن يكون فى نكاح ، لأن النكاح يسمى إحصانا ، بدليل قول الله تعالى[٦] « وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ » يعنى المتزوجات ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن الزنا ووطء الشبهة لا يصير به الواطىء محصنا ، ولا نعلم خلافا فى أن التسرى لا يحصل به الإحصان لواحد منهما ، لكونه ليس بنكاح ولا تثبت فيه أحكامه .

الثالث : أن يكون النكاح صحيحا ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : عطاء ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : يحصل الإحصان بالوطء فى نكاح فاسد ، وحكى ذلك عن

(١) سبق تخريجه (ف) (٢) فى ١٨ : العلماء (٣، ٤) سبق تخريجها
(٥) الثيابة والثيوبة استعملها الفقهاء كمصدر (ف) (٦) سورة النساء آية ٢٤

الليث ، والأوزاعى ، لأن الصحيح والفاسد سواء فى أكثر الأحكام ، مثل وجوب المهر والعدة ، وتحريم الربيبة ، وأم المرأة ، ولحاق الولد ، فكذلك فى الإحصان .

ولنا : أنه وطء فى غير ملك فلم يحصل به الإحصان كوطء الشبهة ، ولا نسلم ثبوت ما ذكروه من الأحكام وإنما ثبت بالوطء فيه وهذه ثبتت فى كل وطء ، وليست مختصة بالنكاح إلا أن النكاح ههنا صار شبهة ، فصار الوطء فيه كوطء الشبهة سواء .

الرابع : الحرية ، وهى شرط فى قول أهل العلم كلهم ، إلا أبا ثور قال : العبد والأمة هما محصنان يرجمان إذا زنيا ، إلا أن يكون إجماع يخالف ، وحكى عن الأوزاعى فى العبد تحته حرة : هو محصن ، يرجم ، إذا زنا ، وإن كان تحته أمة لم يرجم وهذه أقوال تخالف النص والإجماع ، فإن الله تعالى قال : « فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ[1] » . والرجم لا يتنصف ، وإيجابه كله يخالف النص ، مع مخالفة الإجماع المنعقد قبله ، إلا أن يكونا إذا عتقا بعد الإصابة ، فهذا فيه اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى،وقد وافق الأوزاعى على أن العبد إذا وطىء الأمة ثم عتقا لم يصيرا محصنين ، وهو قول الجمهور ، وزاد فقال فى المملوكين: إذا أعتقا وهما متزوجان ثم وطئها الزوج لا يصيران محصنين . بذلك الوطء ، وهو أيضاً قول شاذ خالف أهل العلم به ،فإن الوطء وجد منهما حال كما لهما ، فحصنهما كالصبيين إذا بلغا .

الشرط الخامس والسادس : البلوغ ، والعقل ، فلو وطىء وهو صبى أو مجنون ثم بلغ أو عقل لم يكن محصنا ، هذا قول أكثر أهل العلم ، ومذهب الشافعى ، ومن أصحابه من قال : يصير محصناً ، وكذلك العبد إذا وطىء فى رقه ، ثم عتق يصير محصناً ، لأن هذا وطء يحصل به الإحلال . للمطلق ثلاثاً ، فحصل به الإحصان كالموجود حال الكمال .

ولنا : قوله عليه السلام : «والثيب بالثيب جلد مائة والرجم» ، فاعتبر الثيوبة خاصة ، ولو كانت تحصل قبل ذلك لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعقله ، وهو خلاف الإجماع . ويفارق الإحصان الإحلال ، لأن اعتبار الوطء فى حق المطلق يحتمل أن يكون عقوبة له بتحريمها عليه ، حتى يطأها غيره ، ولأن هذا مما تأباه الطباع ويشق على النفوس، فاعتبره الشارع زجراً عن الطلاق ثلاثاً، وهذا يستوى فيه العاقل والمجنون، بخلاف الإحصان فإنه اعتبر لكمال النعمة فى حقه ، فإن من كملت النعمة فى حقه كانت جنايته أفحش وأحق بزيادة العقوبة ، والنعمة فى العاقل البالغ أكمل والله أعلم .

الشرط السابع : أن يوجد الكمال فيهما جميعاً حال الوطء ، فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأصحابه . ونحوه قول عطاء ، والحسن، وابن سيرين ، والنخعى ، وقتادة ، والثورى،

---

(١) سورة النساء آية ٢٥

وإسحاق : قالوه فى الرقيق ، وقال مالك : إذا كان أحدهما كاملا صار محصناً إلا الصبى إذا وطىء الكبيرة لم يحصنها ، ونحوه عن الأوزاعى . واختلف عن الشافعى ، فقيل : له قولان أحدهما : كقولنا ، والثانى : أن الكامل يصير محصناً ، وهذا قول ابن المنذر ، لأنه حر بالغ عاقل وطىء فى نكاح صحيح ، فصار محصناً كما لو كان الآخر مثله . وقال بعضهم : إنما القولان فى الصبى دون العبد ، فإنه يصير محصناً قولا واحداً إذا كان كاملا .

ولنا : أنه وطء لم يحصن به أحد المتواطئين ، فلم يحصن الآخر كالتسرى ، ولأنه متى كان أحدهما ناقصاً لم يكمل الوطء ، فلا يحصل به الإحصان كما لو كانا غير كاملين ، وبهذا فارق ما قاسوا عليه .

٧١٤٦ (فصـــــل)

ولا يشترط الإسلام فى الإحصان . وبهذا قال الزهرى ، والشافعى . فعلى هذا يكون الذميان محصنين، فإن تزوج المسلم ذمية فوطئها صاراً محصنين وعن أحمد رواية أخرى : أن الذمية لاتحصن المسلم . وقال عطاء، والنخعى ، والشعبى ، ومجاهد ، والثورى : هو شرط فى الإحصان ، فلا يكون الكافر محصناً ، ولا تحصن الذمية مسلماً ، لأن ابن عمر روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من[1] أشرك بالله فليس بمحصن » ، ولأنه إحصان من شرطه الحرية ، فكان الإسلام شرطا فيه كإحصان القذف . وقال مالك كقولهم ، إلا أن الذمية تحصن المسلم بناء على أصله فى أنه لا يعتبر الكمال فى الزوجين ، وينبغى أن يكون ذلك قولا للشافعى .

ولنا : ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال : « جاء اليهود إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا ، وذكر الحديث . فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما » ، متفق عليه ، ولأن الجناية بالزنا استوت من المسلم والذمى ، فيجب أن يستويا فى الحد ، وحديثهم لم يصح ، ولا نعرفه فى مسند ، وقيل : هو موقوف على ابن عمر ، ثم يتعين حمله على إحصان القذف جمعاً بين الحديثين. فإن راويهما واحد ، وحديثنا صريح فى الرجم ، فيتعين حمل خبرهم على الإحصان الآخر .

فإن قالوا : إنما رجم النبى صلى الله عليه وسلم اليهوديين بحكم التوراة ، بدليل أنه راجعها فلما تبين له أن ذلك حكم الله عليهم أقامه فيهم ، وفيها أنزل الله تعالى[2] « إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الذينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا » قلنا : إنما حكم عليهم بما أنزل الله إليه ، بدليل قوله تعالى :

---

(١) أخرجه اسحق بن راهويه فى مسنده عن ابن عمر موقوفا ومرفوعا والصواب وقفه (ف) .

(٢) سورة المائدة آية ٤٤ .

« فَاحْكُمْ بَيْنَهم بِمَا أَنْزَلَ اللهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ عَمَّا جَاءكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً »[1] ولأنه لا يسوغ للنبى صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته ، ولو ساغ ذلك لساغ لغيره .

وإنما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم ، وأنهم تاركون لشريعتهم ، مخالفون لحكمهم . ثم هذا حجة لنا ، فإن حكم الله فى وجوب الرجم إن كان ثابتاً فى حقهم يحكم به عليهم ، فقد ثبت وجود الإحصان فيهم ، فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الإحصان منه ، وإن منعوا ثبوت الحكم فى حقهم فلم حكم به النبى صلى الله عليه وسلم ؟ ولا يصح القياس على إحصان القذف ، لأن من شرطه العفة ، وليست شرطاً ههنا .

٧١٤٧ (فصـــل)

ولو ارتد المحصن لم يبطل إحصانه ، فلو أسلم بعد ذلك كان محصنا . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يبطل ، لأن الإسلام عنده شرط فى الإحصان ، وقد بينا أنه ليس بشرط ، ثم هذا داخل فى عموم قوله عليه السلام . « أو زنا بعد إحصان » ولأنه زنا بعد الإحصان ، فكان حده الرجم كالذى لم يرتد . فأما إن نقض الذمى العهد ولحق بدار الحرب بعد إحصانه فسبى واسترق ثم أعتق احتمل ألا يبطل إحصانه ، لأنه زنى بعد إحصانه ، فأشبه من ارتد . واحتمل أن يبطل ، لأنه بطل بكونه رقيقا فلا يعود إلا بسبب جديد ، بخلاف من ارتد .

٧١٤٨ (فصـــل)

وإذا زنى وله زوجة له منها ولد فقال : ما وطئتها ، لم يرجم . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يرجم ، لأن الولد لا يكون إلا من وطء ، فقد حكم بالوطء ضرورة الحكم بالولد .

ولنا : أن الولد يلحق بإمكان الوطء واحتماله ، والإحصان لا يثبت إلا بحقيقة الوطء ، فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى فيه بالإمكان وجود ما تعتبر فيه الحقيقة ، وهو أحق الناس بهذا ، فإنه قال : لو تزوج امرأة فى مجلس الحاكم ثم طلقها فيه فأتت بولد لحقه ، مع العلم بأنه لم يطأها فى الزوجية ، فكيف يحكم بحقيقة الوطء مع تحقق انتفائه ، وهكذا لو كان لامرأة ولد من زوج فأنكرت أن يكون وطئها لم يثبت إحصانها لذلك .

٧١٤٩ (فصـــل)

ولو شهدت بينة الإحصان أنه دخل بزوجته ، فقال أصحابنا : يثبت الإحصان به ، لأن المفهوم من لفظ

---

(١) سورة المائدة آية ٤٨ .

الدخول كالمفهوم من لفظ المجامعة . وقال محمد بن الحسن : لا يكتفى به حتى تقول جامعها ، أو باضعها ، أو نحوه ، لأن الدخول يطلق على الخلوة بها ، ولهذا تثبت بها أحكامه،وهذا أصح القولين إن شاء الله تعالى.

فأما إذا قالت : جامعها ، أو باضعها ، فلم نعلم خلافا فى ثبوت الإحصان . وهكذا ينبغى إذا قالت : وطئها ، فإن قالت : باشرها ، أو مسها ، أو أصابها ، أو أتاها ، فينبغى ألا يثبت به الإحصان لأن هذا يستعمل فيما دون الجماع فى الفرج كثيراً ، فلا يثبت به الإحصان الذى يندرىء بالإحتمال .

٧١٥٠ (فصـــل)

وإذا جلد الزانى على أنه بكر ثم بان محصنا رجم ، لمـا روى جابر : « أن رجلا زنى بامرأة ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد الحد ، ثم أخبر أنه محصن ، فرجم » . رواه أبو داود . ولأنه إن وجب الجمع بينهما فقد أتى ببعض الواجب ، فيجب إتمامه[1] ، وإن لم يجب الجمع بينهما تبين أنه لم يأت بالحد الواجب ، فيجب أن يأتى به .

٧١٥١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويغسلان ويكفنان ويصلى عليهما ويدفنان ﴾

لا خلاف فى تغسيلهما ودفنهما ، وأكثر أهل العلم يرون الصـلاة عليهما . قال الإمام أحمد : سئل على رضى الله عنه عن شراحة ، وكان[2] رجمها ، فقال : اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم ، وصلى على عَلَى شراحة ، وقال مالك . من قتله الإمام فى حد لا نصلى عليه ، لأن جابراً قال فى حديث ماعز : فرجم حتى مات ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم خيراً ، ولم يصل عليه . متفق عليه .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين فى حديث الجهنية : فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فرجمت ، ثم أمرهم فصلوا عليها ، فقال عمر : يا رسول الله ، أنصلى عليها وقد زنت ؟ فقال : « والذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها ؟ » ورواه الترمذى . وفيه : فرجمت وصلى عليها ، وقال : حديث حسن صحيح . وقال النبى صلى الله عليه وسلم[3] : « صلوا على من قال لا إله إلا الله » ، ولأنه مسلم لو مات قبل الحد صلى عليه فيصلى عليه بعده كالسارق . وأما خبر ماعز فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحضره ، أو اشتغل عنه بأمر ، أو غير ذلك ، فلا يعارض ما رويناه .

٧١٥٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا زنى الحر البـكر جلد مائة وغرب عاما ﴾

---

(١) فى ١٨ : فيجب تمامه . (٢) أخرجه البيهقى فى سننه (ف) (٣) أخرجه الطبرانى عن ابن عمر (ف)

يعنى لم يحصن وإن كان ثيباً ، وقد ذكرنا الإحصان وشروطه ، ولا خلاف فى وجوب الجلد على الزانى إذا لم يكن محصناً ، وقد جاء ذلك فى كتاب الله تعالى بقوله سبحانه : « الزانية والزانى فاجلدوا كلَّ واحدٍ منهما مائةَ جَلْدَة[١] » . وجاءت الأحاديث عن النبى صلى الله عليه وسلم موافقة لما جاء به الكتاب ، ويجب مع الجلد تغريبه عاماً فى قول جمهور العلماء . روى ذلك عن الخلفاء الراشدين . وبه قال أبىّ ، وأبوداود ، وابن مسعود ، وابن عمر رضى الله عنهم . وإليه ذهب عطاء ، وطاوس ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال مالك ، والأوزاعى : يغرب الرجل دون المرأة ، لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ، ولأنها لاتخلو من التغريب بمحرم أو بغير محرم ، ولايجوز التغريب بغير محرم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لايحل[٢] لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذى محرم » ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور ، وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزان ، ونفى من لاذنب له ، وإن كلفت أجرته ففى ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد الشرع به ، كما لو زاد ذلك على الرجل ، والخبر الخاص فى التغريب إنما هو فى حق الرجل ، وكذلك فعل الصحابة رضى‌الله عنهم ، والعام يجوز تخصيصه ، لأنه يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه ، فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزانى أكثر من العقوبة المذكورة فيه وإيجاب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك ، وفوات حكمته ، لأن الحد وجب زجراً عن الزنا ، وفى تغريبها إغراء به ، وتمكين منه ، مع أنه قد يخصص فى حق الثيب بإسقاط الجلد فى قول الأكثرين ، فتخصيصه ههنا أولى .

وقال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن : لايجب التغريب ، لأن علياً رضى الله عنه قال : حسبهما من الفتنة أن ينفيا ، وعن ابن المسيب أن عمر غرب ربيعة بن أمية بن خاف فى الخمر إلى خيبر ، فلحق بهرقل ، فتنصر ، فقال عمر : لا أغرب مسلماً بعد هذا أبداً . ولأن الله تعالى أمر بالجلد دون التغريب ، فإيجاب التغريب زيادة على النص .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » ، وروى أبوهريرة ، وزيد بن خالد : أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال أحدهما : إن ابنى كان عسيفاً على هذا ، فزنى بامرأته ، وإننى افتديت منه بمائة شاة ووليدة . فسألت رجالا من أهل العلم . فقالوا : إنما على ابنك جلد مائة ، وتغريب عام . والرجم على امرأة هذا . فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل . على ابنك جلد مائة ، وتغريب عام . وجلد ابنه مائة وغربه عاماً . وأمر أنيساً الأسلمى أن يأتى امرأة الآخر ، فإن اعترفت رجمها ، فاعترفت فرجمها » . متفق عليه . وفى الحديث

(١) سورة النور آية ٢ . (٢) سبق تخريجه (ف) .

أنه قال : سألت رجالا من أهل العلم فقالوا : إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، وهذا يدل على أن هذا كان مشهوراً عندهم من حكم الله تعالى ، وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد قيل إن الذى قال له هذا هو أبو بكر ، وعمر ، رضى الله عنهما ، ولأن التغريب فعله الخلفاء الراشدون ، ولا نعرف لهم فى الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً ، ولأن الخبر يدل على عقوبتين فى حق الثيب ، وكذلك فى حق البكر ، وما رووه عن على لا يثبت لضعف رواته وإرساله . وقول عمر : لا أغرب بعده مسلماً . فيحتمل أنه أراد تغريبه فى الخمر الذى أصابت الفتنة ربيعة فيه ، وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس ، لأن ما كان حداً فى الرجل يكون حداً فى المرأة ، كسائر الحدود .

وقول مالك فيما يقع لى أصح الأقوال وأعدلها ، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهى عن سفر المرأة بغير محرم . والقياس على سائر الحدود لا يصح ، لأنه يستوى الرجل والمرأة فى الضرر الحاصل بها بخلاف هذا الحد . ويمكن قلب هذا القياس بأنه حد ، فلا تزاد فيه المرأة ما على الرجل كسائر الحدود .

٧١٥٣ (فصـــــل)

ويغرب البكر الزانى حولا كاملا ، فإن عاد قبل مضى الحول أعيد تغريبه حتى يكمل الحول مسافراً ، ويبنى على مامضى ، ويغرب الرجل إلى مسافة القصر ، لأن ما فى دونها فى حكم الحضر ، بدليل أنه لا يثبت فى حقه أحكام المسافرين . ولا يستبيح شيئاً من رخصهم .

فأما المرأة فإن خرج معها محرمها نفيت إلى مسافة القصر ، وإن لم يخرج معها محرمها فقد نقل عن أحمد أنها تغرب إلى مسافة القصر كالرجل ، وهذا مذهب الشافعى .

وروى عن أحمد : أنها تغرب إلى دون مسافة القصر ، لتقرب من أهلها فيحفظوها ، ويحتمل كلام أحمد ألا يشترط فى التغريب مسافة القصر ، فإنه قال فى رواية الأثرم : ينفى من عمله إلى عمل غيره . وقال أبو ثور ، وابن المنذر : لو نفى إلى قرية أخرى بينهما ميل أو أقل جاز ، وقال إسحاق : يجوز أن ينفى من مصر إلى مصر ونحوه . قال ابن أبى ليلى : لأن النفى ورد مطلقاً غير مقيد ، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، والقصر يسمى سفراً ويجوز فيه التيمم والنافلة على الراحلة ، ولا يحبس فى البلد الذى نفى إليه ، وبهذا قال الشافعى . وقال مالك يحبس .

ولنا : أنه زيادة لم يرد بها الشرع ، فلا تشرع كالزيادة على العام .

٧١٥٤ (فصـــــل)

وإذا زنى الغريب غرب إلى بلد غير وطنه . وإن زنى فى البلد الذى غرب إليه غرب منه ، إلى غير البلد الذى غرب منه لأن الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان ، ولأنه قد أنس بالبلد الذى سكنه فيبعد عنه .

٧١٥٥ (فصـــل)

ويخرج مع المرأة محرمها حتى يسكنها فى موضع ثم إن شاء رجع إذا أمن عليها . وإن شاء أقام معها حتى يكمل حولها . وإن أبى الخروج معها بذلت له الأجرة . قال أصحابنا : وتبذل من مالها . لأن هذا من مؤنة سفرها . ويحتمل أن لا يجب ذلك عليها . لأن الواجب عليها التغرب بنفسها. فلم يلزمها زيادة عليه كالرجل ، ولأن هذا من مؤنة إقامة الحد فلم يلزمها كأجرة الجلاد ، فعلى هذا تبذل الأجرة من بيت المال، وعلى قول أصحابنا : إن لم يكن لها مال بذلت من بيت المال، فإن أبى محرمها الخروج معها لم يجبر ، وإن لم يكن لها محرم غربت مع نساء ثقات .

والقول فى أجرة من يسافر معها منهن كالقول فى أجرة المحرم ، فإن أعوز فقد قال أحمد : تبقى بغير محرم ، وهو قول الشافعى ، لأنه لا سبيل إلى تأخيره . فأشبه سفر الهجرة والحج . إذا مات محرمها فى الطريق . ويحتمل أن يسقط النفى إذا لم تجد[1] محرما كما يسقط سفر الحج إذا لم يكن لها محرم . فإن تغريبها إغراء لها بالفجور ، وتعريض لها للفتنة ، وعموم الحديث مخصوص بعموم النهى عن سفرها بغير محرم .

٧١٥٦ (فصـــل)

ويجب أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين ، لقول الله تعالى : « وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ »[٢] قال أصحابنا : والطائفة واحد فما فوقه ، وهذا قول ابن عباس ، ومجاهد . والظاهر أنهم أرادوا واحداً مع الذى يقيم الحد ، لأن الذى يقيم الحد حاصل ضرورة ، فيتعين صرف الأمر إلى غيره . وقال عطاء ، وإسحاق : اثنان . فإن أراد به واحداً مع الذى يقيم الحد فهو مثل القول الأول . وإن أراد اثنين غيره فوجهه أن الطائفة اسم لما زاد على الواحد ، وأقله اثنان . وقال الزهرىّ ثلاثة ، لأن الطائفة جماعة ، وأقل الجمع ثلاثة . وقال مالك : أربعة ، لأنه العدد الذى يثبت به الزنا ، وللشافعى قولان كقول الزهرى ، ومالك . وقال ربيعة : خمسة . وقال الحسن : عشرة . وقال قتادة : نفر .

واحتج أصحابنا بقول ابن عباس ، ولأن اسم الطائفة يقع على الواحد ، بدليل قول الله تعالى : « وإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا »[٣] ثم قال : « فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ » وقيل فى قوله تعالى : « وإِنْ نَعْفُ عَنْ طَائِفَةٍ مِنْكُمْ نُعَذِّبْ طَائِفَةً »[٤] إنه مخشى[٥] بن حمير وحده .

---

(١) فى النسخ (يجد) بالياء التحتية والصواب (تجد) بالتاء الفوقية كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ١٦٩ ف

(٢) سورة النور آية ٢ (٣) سورة الحجرات آية ٩ ، ١٠

(٤) سورة التوبة آية ٦٦

(٥) فى النسخ (محش بن حمير) والصواب (مخشى) كما نبهنا قريبا ف

ولا يجب أن يحضر الإمام ولا الشهود ، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : إن ثبت الحد ببينة فعليها[1] الحضور والبداءة بالرجم . وإن ثبت باعتراف وجب على الإمام الحضور والبداءة بالرجم . لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : « الرجم رجمان . فما كان منه بإقرار فأول من يرجم الإمام . ثم الناس ، وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الناس » . رواه سعيد بإسناده . ولأنه إذا لم تحضر البينة ولا الإمام كان ذلك شبهة ، والحد يسقط بالشبهات .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر برجم ماعز والغامدية ولم يحضرهما . والحد ثبت باعترافهما ، وقال « يا أنيس اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يحضرها ، ولأنه حد فلم يلزم أن يحضره الإمام . ولا البينة كسائر الحدود ، ولا نسلم أن تخلفهم عن الحضور ولا امتناعهم من البداءة بالرجم شبهة . وأما قول على رضى الله عنه فهو على سبيل الاستحباب والفضيلة . قال أحمد : سنة الاعتراف أن يرجم الإمام ثم الناس . ولا نعلم خلافا فى استحباب ذلك ، والأصل فيه قول على رضى الله عنه . وقد روى فى حديث رواه أبو بكر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه رجم امرأة فحفر لها إلى الثَّنْدُوة[2] ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ، ثم قال : « ارموا واتقوا الوجه » أخرجه أبو داود .

٧١٥٧ (فصــل)

ولا يقام الحد على حامل حتى تضع ، سواء كان الحمل من زنا أو غيره ، لا نعلم فى هذا خلافا . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن الحامل لا ترجم حتى تضع . وقد روى بريدة « أن امرأة من بنى غامد قالت : يا رسول الله ، طهرنى . قال : وما ذاك ؟ قالت : إنها حبلى من زنا . قال : أنت ؟ قالت : نعم . فقال لها : ارجعى حتى تضعى ما فى بطنك . قال : فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت . قال : فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : قد وضعت الغامدية . فقال : إذاً لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من ترضعه . فقام رجل من الأنصار فقال : إلىّ إرضاعه يا نبى الله . قال فرجمها » ، رواه مسلم وأبو داود .

وروى أن امرأة زنت فى أيام عمر رضى الله عنه . فهم عمر برجمها وهى حامل ، فقال له معاذ : إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها ، فقال : عجز النساء أن يلدن مثلك ، ولم يرجمها . وعن على مثله . ولأن فى إقامة الحد عليها فى حال حملها إتلافاً لمعصوم ، ولا سبيل إليه ، وسواء كان الحد رجماً أو غيره

---

(١) أى على البينة ، وهم الشهود . . وفى ١٨ : فعلى الشهود .

(٢) الثندوة بوزن ترقوة : مغرز الثدى (ف)

لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية الضرب والقطع ، وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع فيفوت الولد. بفواته فإذا وضعت الولد فإن كان الحد رجماً لم ترجم حتى تسقيه اللبأ[1] ، لأن الولد لا يعيش إلا به ، ثم إن كان له من يرضعه أو تكفل أحد برضاعه رجمت ، وإلا تركت حتى تفطمه لما ذكرنا من حديث الغامدية . ولما روى أبو داود بإسناده عن بريدة : « أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : إني فجرت ، فوالله إني لحبلى . فقال لها : « إرجعي حتى تلدي » فرجعت . فلما ولدت أتته بالصبي فقال : « ارجعي فارضعيه حتى تفطميه » . فجاءت به وقد فطمته ، وفي يده شيء يأكله ، فأمر بالصبي فدفع إلى رجل من المسلمين ، فأمر بها فحفر لها وأمر بها فرجمت ، وأمر بها فصلى عليها ودفنت . وإن لم يظهر حملها لم تؤخر ، لاحتمال أن تكون حملت من الزنا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية والجهنية . ولم يسأل عن استبرائهما ، وقال لأنيس : « اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها ورجم عليٌّ شراحة ولم يستبرئها .

وإن ادعت الحمل قبل قولها كما قبل النبي صلى الله عليه وسلم قول الغامدية ، وإن كان الحد جلداً فإذا وضعت الولد وانقطع النفاس وكانت قوية يؤمن تلفها أقيم عليها الحد ، وإن كانت في نفاسها أو ضعيفة يخاف تلفها لم يقم عليها الحد حتى تطهر وتقوى ، وهذا قول الشافعي ، وأبي حنيفة . وذكر القاضي : أنه ظاهر كلام الخرقي . وقال أبو بكر : يقام عليها الحد في الحال بسوط يؤمن معه التلف ، فإن خيف عليها من السوط أقيم بالعُثْكُول ، يعني شِمْراخَ النخل وأطراف الثياب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب المريض الذي زنا فقال : خذوا له مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة »

ولنا : ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : « إن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت ، فأمرني أن أجلدها ، فإذا هي حديثة عهد بنفاس ، فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : أحسنت ؟ » رواه مسلم والنسائي وأبو داود . ولفظه قال : فأتيته فقال : « يا علي أفرغت ؟ فقلت أتيتها ودمها يسيل ، فقال : « دعها حتى ينقطع عنها الدم ، ثم أقم عليها الحد » . وفي حديث أبي بكرة أن المرأة انطلقت فولدت غلاماً فجاءت به النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها : « انطلقي فتطهري من الدم » رواه أبو داود ولأنه لو توالى عليه حدان فاستوفى أحدهما لم يستوف الثاني حتى يبرأ من الأول . ولأن في تأخيره إقامة الحد على الكمال من غير إتلاف ، فكان أولى .

---

(١) اللبأ : مثل اللبن وزنا : وهو أول اللبن فى النتاج (ف) .

٧١٥٨ (فصـــــل)

والمريض على ضربين .

أحدهما : يرجى برؤه فقال أصحابنا : يقام عليه الحد ، ولا يؤخر ، كما قال أبو بكر فى النفساء . وهذا قول إسحاق ، وأبى ثور ، لأن عمر رضى الله عنه أقام الحد على قدامه بن مظعون فى مرضه ، ولم يؤخره ، وانتشر ذلك فى الصحابة فلم ينكروه ، فكان إجماعا ، ولأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة . قال القاضى : وظاهر قول الخرقى : تأخيره ، لقوله فيمن يجب عليه الحد : وهو صحيح عاقل . وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، لحديث على رضى الله عنه : فى التى هى حديثة عهد بنفاس ، وما ذكرناه من المعنى . وأما حديث عمر فى جلد قدامة فإنه يحتمل أنه كان مرضاً خفيفاً لا يمنع من إقامة الحد على الكمال ، ولهذا لم ينقل عنه أنه خفف عنه فى السوط ، وإنما اختار له سوطاً وسطاً كالذى يضرب به الصحيح ، ثم إن فعل النبى صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل عمر ، مع أنه اختيار على وفعله ، وكذلك الحكم فى تأخيره ، لأجل الحر والبرد المفرط .

الضرب الثانى : المريض الذى لا يرجى برؤه . فهذا يقام عليه فى الحال ولا يؤخر ، بسوط يؤمن معه التلف ، كالقضيب الصغير ، وشمراخ النخل ، فإن خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة ، وبهذا قال الشافعى . وأنكر مالك هذا ، وقال : قد قال الله تعالى « فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ (١) » ، وهذا جلدة واحدة .

ولنا : ماروى أبو أمامة بن سهل بن حنيف ، عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم : «أن رجلا منهم اشتكى حتى ضنى (٢) ، فدخلت عليه امرأة فهش لها ، فوقع بها (٣) فسئل له رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عيله وسلم أن يأخذوا مائه شمراخ ، فيضربوه ضربة واحدة » . وراه أبو داود ، والنسائى . وقال ابن المنذر : فى إسناده مقال ، ولأنه لا يخلو من أن يقام الحد على ما ذكرنا ، أو لا يقام أصلا ، أو يضرب ضربا كاملا لا يجوز تركه بالكليه ، لأنه يخالف الكتاب والسنة ، ولا يجوز جلده جلداً تاما ، لأنه يفضى إلى إتلافه ، فتعين ما ذكرناه ، وقولهم : هذا جلدة واحدة . قلنا : يجوز أن يقام ذلك فى حال العذر مقام مائة . كما قال الله تعالى فى حق أيوب : ، «وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ (٤)» ، وهذا أولى من ترك حده بالكلية ، أو قتله بما لا يوجب القتل .

---

(١) سورة النور آية ٢

(٢) الحديث رواه أبو داود ج ٢ ص ٧٤٠ وذكره المؤلف بالمعنى وفى أبى داود (أضنى) أى أصابه الضنى وهو شدة المرض حتى نحل جسمه .(ف)

(٣) فى ١٨ : فوقع عليها (٤) سورة ص آية ٤٤

٧١٥٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا زنى العبد والأمة جلد كل واحد منهما خمسين جلدة ، ولم يغربا ﴾

وجملته : أن حد العبد والأمة خمسون جلدة ، بكرين كانا أو ثيبين ، فى قول أكثر الفقهاء . منهم عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، والحسن ، والنخعى ، ومالك ، والأوزاعى ، وأبو حنيفة ، والشافعى، والبتى ، والعنبرى . وقال ابن عباس ، وطاوس ، وأبو عبيد : إن كانا مزوجين فعليهما نصف الحد . ولا حد على غيرهما ، لقول الله تعالى : « فإذَا أُحْصِنَّ فإنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ العَذَابِ[1] » : فدليل خطابه : أنه لا حد على غير المحصنات. وقال داود: على الأمة نصف الحد .إذا زنت بعد ما زوجت ، وعلى العبد جلد مائة بكل حال ، وفى الأمة إذا لم تزوج روايتان .

إحداهما : لا حد عليها . والأخرى : تجلد مائة ، لأن قول الله تعالى[2] : « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ، عام خرجت منه الأمة المحصنة ، بقوله[3] : « فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » ، فيبقى العبد والأمة التى لم تحصن على مقتضى العموم ، ويحتمل دليل الخطاب فى الأمة أن لاحد عليها ، لقول ابن عباس ، وقال أبو ثور إذا لم يحصنا بالتزويج فعليهما نصف الحد ، وإن أحصنا فعليهما الرجم ، لعموم الأخبار فيه ، ولأنه حد لا يتبعض ، فوجب تكميله كالقطع فى السرقة .

ولنا . ماروى ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن أبى هريرة وزيد بن خالد قالا سئل[4] رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمة إذا زنت ، ولم تحصن فقال « إذا زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم أن زنت فبيعوها ولو بضفير[5] » ، متفق عليه ، قال ابن شهاب . وهذا نص فى جلد الأمة إذا لم تحصن ،وهوحجة على ابن عباس ، وموافقيه ، وداود ، وجعل داود عليها مائة إذا لم تحصن وخمسين إذا كانت محصنة خلاف ما شرع الله تعالى ، فإن الله تعالى ضاعف عقوبة المحصنة على غيرها ، فجعل الرجم على المحصنة ،والجلد على البكر ، وداود ضاعف عقوبة البكر على المحصنة ، واتباع شرع الله أولى .

وأما دليل الخطاب فقد روى عن ابن مسعود رحمه الله أنه قال : إحصانها إسلامها ، وأقراؤها بفتح الألف ، ثم دليل الخطاب إنما يكون دليلا إذا لم يكن للتخصيص بالذكر فائدة سوى اختصاصه بالحكم ومتى كانت له فائدة أخرى لم يكن دليلا ، مثل أن يخرج مخرج الغالب ، أو للتنبيه ، أو لمعنى من المعانى ، وقد قال الله تعالى « وَرَبَائِبكُمُ اللاتِى فى حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ » ولم يختص التحريم باللائى فى

(١) سورة النساء آية ٢٥ (٢) سورة النور آية ٢ (٣) سورة النساء آية ٢٥

(٤) فى طبعات المغنى (وسئل قالوا سئل) والصواب عن أبى هريرة وزيد بن خالد قالا سئل النبى كما فى نيل الأوطار ج٧ ص ١٢٢ (٥)الضفير : فعيل بمعنى مفعول وهو الحبل المفتول من الشعر

حجوركم ، وقال: « وَحَلائِلُ أَبْنائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ »[(١)] وحرم حلائل الأبناء من الرضاع وأبناء الأبناء ، وقال . وقال « فليسَ عليكُمْ جُنَاحٌ أنْ تَقصُرُوا مِنَ الصَّلاة إنْ خِفْتُمْ أنْ يَفْتِنَكُم الَّذِينَ كَفَرُوا »[(٢)] ، وأبيح القصر بدون الخوف .

وأما العبد فلا فرق بينه وبين الأمة ، فالتنصيص على أحدهما يثبت حكمه في حق الآخر ، كما أن قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له في عبد » ثبت حكمه في حق الأمة ثم إن المنطوق أولى منه على كل حال وأما أبو ثور فخالف نص قوله تعالى : « فإذا أُحْصِنَّ فإنْ أتينَ بفاحِشة فعليهنَّ نصفُ ما عَلَى المحصَنات مِنَ العذاب »[(٣)] وعمل به فيما لم يتناوله النص ، وخرق الإجماع في إيجاب الرجم على المحصنات ، كما خرق داود الإجماع في تكميل الجلد على العبيد ، وتضعيف حد الأبكار على المحصنات .

٧١٦٠ (فصـــل)

ولا تغريب على عبد ولا أمة ، وبهذا قال الحسن ، وحماد ، ومالك ، وإسحاق ، وقال الثوري ، وأبو ثور ، يغرب نصف عام ، لقوله تعالى : « فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب »[(٤)] وحد ابن مملوكة له ونفاها إلى فدك ، وعن الشافعي قولان كالمذهبين ، واحتج من أوجبه بعموم قوله عليه السلام : « والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام .

ولنا : الحديث المذكور في حجتنا ، ولم يذكر فيه تغريباً ، ولو كان واجباً لذكره لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقته ، وحديث علي رضي الله عنه أنه قال : « يا أيها الناس ، أقيموا على أرقائكم الحد من أحصن منهم ومن لم يحصن ، فإن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرني أن أجلدها » ، وذكر الحديث ، رواه أبو داود ولم يذكر أنه غربها ، وأما الآية فإنها حجة لنا ، لأن العذاب المذكور في القرآن مائة جلدة لا غير ، فينصرف التنصيف إليه دون غيره بدليل أنه لم ينصرف إلى تنصيف الرجم ، ولأن التغريب في حق العبد عقوبة لسيده دونه ، فلم يجب في الزنا كالتغريم بيان ذلك : أن العبد لا ضرر عليه في تغريبه ، لأنه غريب في موضعه ، ويترفه بتغريبه من الخدمة ، ويتضرر سيده بتفويت خدمته ، والخطر بخروجه من تحت يده ، والكلفة في حفظه والإنفاق عليه مع بعده عنه ، فيصير الحد مشروعاً في حق غير الزاني ، والضرر على غير الجاني ، وما فعل ابن عمر ففي حق نفسه ، وإسقاط حقه ، وله فعل ذلك من غير زنا ولا جناية ، فلا يكون حجة في حق غيره .

٧١٦١ (فصـــل)

وإذا زنى العبد ثم عتق حُد حَدَّ الرقيق ، لأنه إنما يقام عليه الحد الذي وجب عليه ، ولو زنى حر ذمي ثم لحق بدار الحرب ثم سبي واسترق ، حد حد الأحرار ، لأنه وجب عليه وهو حر ، ولو كان أحد

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة النساء آية ١٠١ (٣) سورة النساء آية ٢٥ (٤) سورة النساء آية ٢٥

الزانيين رقيقاً والآخر حراً فعلى كل واحد منهما حده ، ولو زنى بكر بثيب حد كل واحد منهما حده ، لأن كل واحد منهما إنما تلزمه عقوبة جنايته ، ولو زنى بعد العتق وقبل العلم به فعليه حد الأحرار ، لأنه زنى وهو حر ، وإن أقيم عليه حد الرقيق قبل العلم بحريته ثم علمت بعد تمم عليه حد الأحرار ، وإن عفا السيد عن عبده لم يسقط عنه الحد فى قول عامة أهل العلم إلا الحسن . قال : يصح عفوه ، وليس بصحيح ، لأنه حق الله تعالى ، فلا يسقط باسقاط سيده ، كالعبادات ، وكالحر إذا عفا عفا عنه الإمام

٧١٦٢ (فصـــل)

وللسيد إقامة الحد بالجلد على رقيقه القن . فى قول أكثر العلماء ، روى نحو ذلك عن على ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وأبى حميد ، وأبى أسيد الساعديين ، وفاطمة ابنة النبى صلى الله عليه وسلم ، وعلقمة ، والأسود ، والزهرى ، وهبيرة بن مريم ، وأبى ميسرة ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وأبى ثور ، وابن المنذر .

وقال ابن أبى ليلى : أدركت بقايا الأنصار يجلدون ولائدهم فى مجالسهم الحدود إذا زنوا . وعن الحسن بن محمد ، أن فاطمة حدت جارية لها زنت ، وعن إبراهيم أن علقمة والأسود كانا يقيمان الحدود على من زنى من خدم عشائرهم ، روى ذلك سعيد فى سننه .

وقال أصحاب الرأى : ليس له ذلك ، لأن الحدود إلى السلطان ، ولأن من لا يملك إقامة الحد على الحر لا يملكه على العبد كالصبى ، ولأن الحد لا يجب إلا ببينة أو إقرار ، ويعتبر لذلك شروط من عدالة الشهود ، ومجيئهم مجتمعين ، أو فى مجلس واحد ، وذكر حقيقة الزنا ، وغير ذلك من الشروط التى تحتاج إلى فقيه يعرفها ، ويعرف الخلاف فيها ، والصواب منها ، وكذلك الإقرار ، فينبغى أن يفوض ذلك إلى الإمام أو نائبه ، كحد الأحرار ، ولأنه حد هو حق الله تعالى ، فيفوض إلى الإمام كالقتل والقطع .

ولنا : ماروى سعيد ، حدثنا سفيان ، عن أيوب بن موسى ، عن سعيد بن أبى سعيد ، عن أبى هريرة ، عن النبى صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « إذا زنت أمة أحدكم فتيقن[1] زناها ، فليجلدها ولا يثرب بها ، فإن عادت فليجلدها ولا يثرب بها ، فإن عادت فليجلدها ولا يثرب بهما ، فإن عادت الرابعة فليجلدها وليبعها ولو بضفير » .

---

(١) فى رواية البخارى ومسلم (فتبين زناها) ، وفى مسلم ج ٣ ص ٣٢٨ (ولا يثرب عليها) — والتثريب : التعنيف لفظا ومعنى . وفى فتح البارى ج ١٢ ص ١٣٩ قال ابن بطال : يؤخذ منه أن كل من أقيم عليه الحد لا يعزر بالتعنيف واللوم وإنما يليق ذلك بمن صدر منه قبل أن يرفع إلى الإمام للتحذير والتخويف فاذا رفع وأقيم عليه الحد كفاه قال الحافظ : وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن سب الذى أقيم عليه حد الخمر وقال : لا تكونوا أعوانا للشيطان على أخيكم » اهـ (ف) .

وقال : حدثنا أبو الأحوص ، حدثنا عبد الأعلى ، عن أبي جميلة ، عن علي ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » . رواه الدارقطني . ولأن السيد يملك تأديب أمته وتزويجها ، فملك إقامة الحد عليها كالسلطان . وفارق الصبي .

إذا ثبت هذا . فإنما يملك إقامة الحد بشروط أربعة .

أحدها : أن يكون جلداً ، كحد الزنا ، والشرب ، وحد القذف : فأما القتل في الردة ، والقطع في السرقة فلا يملكهما إلا الإمام . وهذا قول أكثر أهل العلم . وفيهما وجه آخر : أن السيد يملكهما وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم : «أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم» وروى أن ابن عمر قطع عبداً سرق ، وكذلك عائشة ، وعن حفصة أنها قتلت أمة لها سحرتها ، ولأن ذلك حد أشبه الجلد . وقال القاضي : كلام أحمد يقتضي أن في قطع السارق روايتين .

ولنا : أن الأصل تفويض الحد إلى الإمام ، ولأنه حق لله تعالى ، فيفوض إلى نائبه ، كما في حق الأحرار ، ولما ذكره أصحاب أبي حنيفة ، وإنما فوض إلى السيد الجلد خاصة لأنه تأديب ، والسيد يملك تأديب عبده وضربه على الذنب ، وهذا من جنسه . وإنما افترقا في أن هذا مقدر والتأديب غير مقدر ، وهذا لا أثر له في منع السيد منه ، بخلاف القطع والقتل ، فإنهما إتلاف لجملته ، أو بعضه الصحيح ، ولا يملك السيد هذا من عبده ، ولا شيئاً من جنسه ، والخبر الوارد في حد السيد عبده إنما جاء في الزنا خاصة ، وإنما قسنا عليه ما يشبهه من الجلد ، وقوله : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » إنما جاء في سياق الجلد في الزنا ، فإن أول الحديث : عن علي قال : أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بأمة لهم فَجَرَتْ ، فأرسلني إليها ، فقال : « اجلدها الحد » ، قال : فانطلقت فوجدتها لم تَجِفَّ من دمها فرجعت إليه فقال : « أفَرَغْتَ ؟ » فقلت : وجدتها لم تجفَّ من دمها ، قال : « إذا جَفَّتْ من دمها فاجلدها الحد ، وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم[1] » .

قال : فالظاهر أنه إنما أراد ذلك الحد وشبهه ، وأما فعل حفصة فقد أنكره عثمان عليها ، وشق عليه وقوله أولى من قولها وما روى عن ابن عمر فلا نعلم ثبوته عنه .

الشرط الثاني : أن يختص السيد بالمملوك ، فإن كان مشتركا بين اثنين ، أو كانت الأمة مزوجة أو كان المملوك مكاتباً ، أو بعضه حراً ، لم يملك السيد إقامة الحد عليه وقال مالك والشافعي : يملك السيد إقامة الحد على الأمة المزوجة لعموم الخبر ، ولأنه مختص بملكها وإنما يملك الزوج بعض نفعها ، فأشبهت المستأجرة .

(١) أخرجه أحمد وأبو داود عن علي.وفي مسند أحمد ح ٢ ص ٣٤١ « فإذا هي حديثة عهد بنفاس » ومن هذه الرواية يتبين نوع الدم (ف) .

ولنا ما روى عن ابن عمر أنه قال : إذا كانت الأمة ذات زوج رفعت إلى السلطان ، وإن لم يكن لها زوج جلدها سيدها نصف ما على المحصن . ولم نعرف له مخالفا فى عصره : فكان إجماعاً ، ولأن نفعها مملوك لغيره مطلقاً ، أشبهت المشتركة ، ولأن المشترك إنما منع من إقامة الحد عليه لأنه يقيمه فى غير ملكه فإن الجزء الحر أو المملوك لغيره ليس بمملوك له ، وهو يقيم الحد عليه ، وهذا يشبهه ، لأن محل الحد هو محل استمتاع الزوج ، وهو بدنها ، فلا يملكه . والخبر مخصوص بالمشترك ، فنقيس عليه ، والمستأجرة إجارتها مؤقتة تنقضى ، ويحتمل أن نقول : لا يملك إقامته عليها فى حال إجارتها ، لأنه ربما أفضى إلى تفويت حق المستأجر ، وكذلك الأمة المرهونة يخرج فيها وجهان .

الشرط الثالث : أن يثبت الحد ببينة أو اعتراف . فإن ثبت باعتراف فللسيد إقامته إذا كان يعرف [1] الاعتراف الذى يثبت به الحد وشروطه . وإن ثبت ببينة اعتبر أن يثبت عند الحاكم ، لأن البينة تحتاج إلى البحث عن العدالة ، ومعرفة شروط سماعها ، ولفظها ، ولا يقوم بذلك إلا الحاكم . وقال القاضى يعقوب : إن كان السيد يحسن سماع البينة ، ويعرف شروط العدالة ، جاز أن يسمعها ويقيم الحد بها ، كما يقيمه بالإقرار ، وهذا ظاهر نص الشافعى ، لأنها أحد ما يثبت به الحد ، فأشبهت الإقرار ، ، ولا يقيم السيد الحد بعلمه . وهذا قول مالك ، لأنه لا يقيمه الإمام بعلمه ، فالسيد أولى . فإن ولاية الإمام للحد أقوى من ولاية السيد ، لكونها متفقاً عليها ، وثابتة بالاجماع . فإذا لم يثبت الحد فى حقه بالعلم ، فههنا أولى . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقيمه بعلمه ، لأنه قد ثبت عنده ، فملك إقامته كما لو أقر به . ويفارق الحاكم ، لأن الحاكم متهم ، ولا يملك محل إقامته ، وهذا بخلافه .

الشرط الرابع : أن يكون السيد بالغاً ، عاقلا ، عالماً بالحدود ، وكيفية إقامتها . لأن الصبى والمجنون ليسا من أهل الولايات ، والجاهل بالحد لا يمكنه إقامته على الوجه الشرعى ، فلا يفوض إليه . وفى الفاسق وجهان . أحدهما : لا يملكه ، لأن هذه ولاية ، فنافاها الفسق كولاية التزويج . والثانى : يملكه ، لأن هذه ولاية استفادها بالملك ، فلم ينافها الفسق ، كبيع العبد . وإن كان مكاتباً ففيه احتمالان :

أحدهما : لا يملكه ، لأنه ليس من أهل الولاية . والثانى : يملكه لأنه يستفاد بالملك فأشبه سائر تصرفاته ، وفى المرأة أيضاً احتمالان . أحدهما : لا تملكه ، لأنها ليست من أهل الولايات . والثانى : تملكه ، لأن فاطمة جلدت أمة لها ، وعائشة قطعت أمة لها سرقت ، وحفصة قتلت أمة لها سحرتها ، ولأنها مالكة تامة الملك من أهل التصرفات ، أشبهت الرجل ، وفيه وجه ثالث : أن الحد يفوض إلى وليها ، لأنه يزوج أمتها ومولاتها ، فملك إقامة الحد على مملوكتها .

---

(١) فى ٢٩ : يعلم فى الفقرة كلها .

٧١٦٣ (فصـل)

وإن فجر بأمة ثم قتلها فعليه الحد وقيمتها ، وبهـذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وأبو ثور . وقال أبو يوسف : إذا وجبت عليه قيمتها أسقطت الحـد عنه ، لأنه يملـكها بغرامته لها ، فيـكون ذلك شبهة فى سقوط الحد .

ولنا : أن الحد وجب عليه فلم يسقط بقتل المزنى بها ، كما لو كانت حرة فغرم ديتها . وقولهم : إنه يملـكها غير صحيح ، لأنه إنما غرمها بعد قتلها ، ولم يبق محلا للملك ، ثم لو ثبت أنه ملـكها فإنما ملـكها بعد وجوب الحد ، فلم يسقط عنه الحد ، كما لو اشتراها . ولو زنى بأمة ثم اشتراها لم يسقط عنه الحد مع ثبوت حقيقة الملك له فههنا أولى ، ولو زنى بأمة ثم غصبها فأَبَقَتْ من يده ثم غرمها لم يسقط عنه الحد ، لأنه إذا لم يسقط بالملك المتفق عليه فبالمختلف فيه أولى .

٧١٦٤ (فصـــــل)

وإذا زنى من نصفه حر ونصفه رقيق فلا رجم عليه ، لأنه لم تـكمل الحرية فيه ، وعليه نصف حد الحر ، خمسون جلدة ، ونصف حد العبد خمس وعشرون ، فيـكون عليه خمس وسبعون جلدة ، ويغرب نصف عام ، نص عليه أحمد . ويحتمل ألا يغرب ، لأن حق السيد فى جميعه . فى جميع الزمان ، ونصيبه من العبد لاتغريب عليه ، فلايلزمه ترك حقه فى بعض الزمان بما لايلزمه ، ولاتأخير حقه بالمهايأة من غير رضاه .

وإن قلنا بوجوب تغريبه فينبغى أن يكون زمن التغريب محسوباً على العبد من نصيبه الحر ، وللسيد نصف عام بدلا عنه ، وما زاد من الحرية أو نقص منها فبحساب ذلك ، فإن كان فيهما كسر مثل أن يكون ثلثه حراً فمقتضى ماذكرناه أن يلزمه ثلثا جلد الحر ، وهو ست وستون جلدة وثلثان ، فينبغى أن يسقط الـكسر ، لأن الحد متى دار بين الوجوب والإسقاط سقط ، والمدبر والمـكاتب وأم الولد بمنزلة القن فى الحد لأنه رقيق كله ، وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المـكاتب[1] عبد مابقى عليه درهم » .

٧١٦٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ والزانى من أتى الفاحشة من قبل أو دبر ﴾

لا خلاف بين أهل العلم فى أن من وطىء امرأة فى قبلها حراماً لاشبهة له فى وطئها أنه زان يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه ، والوطء فى الدبر مثله فى كونه زنا ، لأنه وطء فى فرج امرأة لاملك له فيها ، ولاشبهة ملك ، فـكان زنا كالوطء فى القبل ، ولأن الله تعالى قال: « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائـكم[2] » الآية. ثم بين النبى صلى الله عليه وسلم أنه قد جعل الله لهن سبيلا . البـكر بالبـكر جلد مائة وتغريب عام ،

(١) سبق تخريجه . (٢) سورة النساء آية ١٥

والوطء فى الدبر فاحشة بقوله تعالى فى قوم لوط : « أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ[1] » ؟ يعنى الوطء فى أدبار الرجال .
ويقال : أول مابدأ قوم لوط بوطء النساء فى أدبارهن ، ثم صاروا إلى ذلك فى الرجال .

٧١٦٦ (فصـــــــل)

وإن وطىء ميتة ففيه وجهان :

أحدهما : عليه الحد ، وهو قول الأوزاعى لأنه وطء فى فرج آدمية ، فأشبه وطء الحية ، ولأنه أعظم ذنباً ، وأكثر إثما ، لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة .

والثانى : لاحد عليه ، وهو قول الحسن . قال أبو بكر : وبهذا أقول ، لأن الوطء فى الميتة كلا وطء ، لأنه عضو مستهلك ، ولأنها لايشتهى مثلها ، وتعافها النفس ، فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها ، والحد إنما وجب زجرا .

وأما الصغيرة فإن كانت ممن يمكن وطؤها فوطؤها زنا يوجب الحد ، لأنها كالكبيرة فى ذلك ، وإن كانت ممن لا يصلح للوطء ففيها وجهان كالميتة ، قال القاضى: لاحد على من وطىء صغيرة لم تبلغ تسعاً ، لأنها لايشتهى مثلها ، فأشبه مالو أدخل إصبعه فى فرجها ، وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبى لم يبلغ عشراً لاحد عليها ، والصحيح أنه متى أمكن وطؤها وأمكنت المرأة من أمكنه الوطء فوطئها أن الحد يجب على المكلف منهما ، فلايجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر ، لأن التحديد إنما يكون بالتوقيف ، ولاتوقيف فى هذا وكون التسع وقتاً لإمكان الاستمتاع غالباً لايمنع وجوده قبله ، كما أن البلوغ يوجد فى خمسة عشر عاماً غالباً ، ولم يمنع من وجوده قبله .

٧١٦٧ (فصـــــــل)

وإن تزوج ذات مَحْرَمِهِ فالنكاح باطل بالإجماع ، فإن وطئها فعليه الحد فى قول أكثر أهل العلم ، منهم الحسن ، وجابر بن زيد ، ومالك ، والشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحاق ، وأبو أيوب ، وابن أبى خيثمة . وقال أبو حنيفة ، والثورى : لاحد عليه ، لأنه وطء تمكنت الشبهة منه ، فلم يوجب الحد كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها . وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح ، وهو عقد النكاح الذى هو سبب الإباحة ، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة بقيت صورته شبهة دارئة للحد الذى يندرىء بالشبهات .

ولنا : أنه وطء فى فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك ، والواطىء من أهل الحد عالم بالتحريم ، فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد . وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة ، والعقد ههنا باطل محرم ، وفعله جناية تقتضى العقوبة ، انضمت إلى الزنا ، فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ،

(١) سورة النمل آية ٥٤

ثم زنى بها ، ثم يبطل بالاستيلاء عليها ، فإن الاستيلاء سبب للملك فى المباحات ، وليس بشبهة .

وأما إذا اشترى أخته من الرضاع فلنا فيه منع ، وإن سلمنا فإن الملك المقتضى للإباحة صحيح ثابت ، وإنما تخلفت الإباحة لمارض بخلاف مسألتنا ، فإن المبيح غير موجود ، لأن عقد النكاح باطل ، والملك به غير ثابت ، فالمقتضى معدوم ، فافترقا ، فأشبه ما لو اشترى خمراً فشربه ، أو غلاما فوطئه .

إذا ثبت هذا فاختلف فى الحد ، فروى عن أحمد أنه يقتل على كل حال . وبهذا قال جابر بن زيد ، وإسحاق ، وأبو أيوب ، وابن أبى خيثمة وروى إسماعيل بن سعيد ، عن أحمد فى رجل تزوج امرأة أبيه ، أو بذات محرم ، فقال يقتل ، ويؤخذ ماله إلى بيت المال .

والرواية الثانية : حده حد الزانى . وبه قال الحسن ، ومالك ، والشافعى . لعموم الآية والخبر . ووجه الأولى : ما روى البراء قال : « لقيت عمى ومعه الراية ، فقلت إلى أين تريد ؟ فقال : بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده ، أن أضرب عنقه وآخذ ماله » . رواه أبو داود ، والجوزجانى ، وابن ماجه ، والترمذى وقال : حديث حسن . وسمى الجوزجانى عمه « الحارث بن عمرو » .

وروى الجوزجانى ، وابن ماجه ، بإسنادهما عن ابن عباس قال : قال سول الله صلى الله عليه وسلم : « من وقع على ذات محرم فاقتلوه » . ورفع إلى الحجاج رجل اغتصب أخته على نفسها ، فقال : احبسوه ، وسلوا من ههنا من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، فسألوا عبد الله بن أبى مطرف ، فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من تخطى المؤمنين[1] فخُطُّوا وسطه بالسيف » وهذه الأحاديث أخص مما ورد فى الزنا فتُقدَّم ، والقول فيمن زنى بذات محرمه من غير عقد كالقول فيمن وطئها بعد العقد .

٧١٦٨ (فصـــــل)

وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة ، أو نكاح المطلقة ثلاثاً إذا وطىء فيه عالماً بالتحريم فهو زنا موجب للحد المشروع فيه قبل العقد . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة وصاحباه : لا حد فيه ، لما ذكروه فى الفصل الذى قبل هذا . وقال النخعى : يجلد مائة ولا ينفى .

ولنا : ما ذكرناه فيما مضى ، وروى أبو نصر المروذى بإسناده عن عبيد بن نضيلة قال : رفع إلى عمر ابن الخطاب امرأة تزوجت فى عدتها ، فقال : هل علمتما ؟ فقال : لا ، قال : لو علمتما لرجمتكما ، فجلده أسواطا ثم فرق بينهما . وروى أبو بكر بإسناده عن خلاس ، قال : رفع إلى على عليه السلام امرأة تزوجت ولها

(١) هذه الواقعة عزاها المناوى فى فيض القدير ج ٦ ص ١٠٠ إلى معجم الطبرانى واللفظ فيه « من تخطى الحرمتين فخطوا وسطه بالسيف » والحرمتان (أ) إتيانه فرجا محرما (ب) عقده على من حرم الله . والحديث رواه أحمد والحاكم عن عبد الله بن أبى مطرف .

زوج كتمته ، فرجمها وجلد زوجها الآخر مائة جلدة ، فإن لم يعلم تحريم ذلك فلا حد عليه لعذر الجهل ، ولذلك درأ عمر عنهما الحد لجهلهما .

٧١٦٩ (فصـــــل)

ولا يجب الحد بالوطء فى نكاح مختلف فيه ، كنكاح المتعة ، والشغار ، والتحليل ، والنكاح بلا ولى . ولا شهود ، ونكاح الأخت فى عدة أختها البائن ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة البائن ، ونكاح المجوسية . وهذا قول أكثر أهل العلم ، لأن الاختلاف[1] فى إباحة الوطء فيه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبه .

٧١٧٠ (فصـــل)

ولا يجب الحد بوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره وبه قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : يجب . ولنا أنه فرج له فيه ملك فلا يحد بوطئه كالمكاتبة والمرهونة .

٧١٧١ (فصـــل)

وإن اشترى أمه أو أخته من الرضاعة ونحوهما ووطئهما فذكر القاضى عن أصحابنا أن عليه الحد ، لأنه فرج لا يستباح بحال ، فوجب الحد بالوطء كفرج الغلام . وقال بعض أصحابنا لا حد فيه وهو قول أصحاب الرأى والشافعى لأنه وطء فى فرج مملوك له يملك المعاوضة عنه وأخذ صداقه فلم يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة . فأما إن اشترى ذات محرمه من النسب ممن يعتق عليه ووطئها فعليه الحد ، لا نعلم فيه خلافا ، لأن الملك لا يثبت فيها ، فلم توجد الشبهة .

٧١٧٢ (فصـــل)

فإن زفت إليه غير زوجته وقيل : هذه زوجتك فوطئها يعتقدها زوجته فلا حد عليه لا نعلم فيه خلافا وإن لم يقل له : هذه زوجتك أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته ، أو جاريته فوطئها ، أو دعا زوجته أو جاريته فجاءته غيرها فظنها المدعوة فوطئها اشتبه عليه ذلك لعماه فلا حد عليه . وبه قال الشافعى . وحكى عن أبى حنيفة : أن عليه الحد ، لأنه وطء فى محل لا ملك له فيه .

ولنا : أنه وطء اعتقد إباحته بما يعذر مثله فيه ، فأشبه ما لو قيل له : هذه زوجتك ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وهذه من أعظمها . فأما إن دعا محرمة عليه فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد ، سواء

---

(١) فى ١٨ : الخلاف .

كانت المدعوة ممن له فيها شبهة كالجارية المشتركة ، أو لم يكن ، لأنه لا يعذر بهذا ، فأشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه ، أو عبده فبان أجنبيا .

٧١٧٣ (فصـــل)

ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا . قال عمر ، وعثمان ، وعلى : لا حد إلا على من علمه . وبهذا قال عامة أهل العلم ، فإن ادعى الزانى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام ، والناشىء ببادية ، قبل منه ، لأنه يجوز أن يكون صادقا ، وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشىء بين المسلمين ، وأهل العلم لم يقبل ، لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك ، فقد عُلِم كذبه . وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله ، لأن عمر قبل قول المدعى الجهل بتحريم النكاح فى العدة ، ولأن مثل هذا يجهل كثيراً ، ويخفى على غير أهل العلم .

٧١٧٤ (فصـــل)

فإن وطىء جارية غيره فهو زان ، سواء كان بإذنه أو غير إذنه ، لأن هذا مما لا يستباح بالبذل والإباحة ، وعليه الحد إلا فى موضعين .

أحدهما : الأب إذا وطىء جارية ولده ، فإنه لا حد عليه فى قول أكثر أهل العلم . منهم مالك ، وأهل المدينة ، والأوزاعى ، والشافعى وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور ، وابن المنذر : عليه الحد ، إلا أن يمنع منه إجماع ، لأنه وطء فى غير ملك أشبه وطء جارية أبيه .

ولنا : أنه وطء تمكنت الشبهة منه ، فلا يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة . والدليل على تمكن الشبهة قول النبى صلى الله عليه وسلم : « أنت[1] ومالك لأبيك » فأضاف مال ولده إليه ، وجعله له فإذا لم تثبت حقيقة الملك فلا أقل من جعله شبهة دارئة للحد الذى يندرىء بالشبهات ، ولأن القائلين بانتفاء الحد فى عصر مالك والأوزاعى ومن وافقهما قد اشتهر قولهم ، ولم يعرف لهم مخالف ، فكان ذلك إجماعا ، ولا حد على الجارية ، لأن الحد انتفى عن الواطىء لشبهة الملك ، فينتفى عن الموطوءة كوطء الجارية المشتركة ، ولأن الملك من قبيل المتضايفات ، إذا ثبت فى أحد المتضايفين ثبت فى الآخر ، فكذلك شبهته . ولا يصح القياس على وطء جارية الأب ، لأنه لا ملك للولد فيها ، ولا شبهة ملك ، بخلاف مسألتنا .

وذكر ابن أبى موسى قولا فى وطء جارية الأب والأم : أنه لا يحد ، لأنه لا يقطع بسرقة ماله ، أشبه الأب . والأول أصح ، وعليه عامة أهل العلم فيما علمناه .

---

(١) أخرجه ابن ماجة عن جابر ف .

الموضع الثانى : إذا وطىء جارية امرأته بإذنها ، فانه يجلد مائة ، ولا يرجم إن كان ثيباً ، ولا يغرب إن كان بكراً ، وإن لم تكن أحلتها له فهو زان حكمه حكم الزانى بجارية الأجنبى . وحكى عن النخعى أنه يعزر ولا حد عليه ، لأنه يملك امرأته فكانت له شبهة فى مملوكتها . وعن عمر ، وعلى وعطاء ، وقتادة ، والشافعى ، ومالك : أنه كوطء الأجنبية ، سواء أحلتها له أو لم تحلها ، لأنه لا شبهة له فيها ، فأشبه وطء جارية أخته ، ولأنه إباحة لوطء محرمة عليه ، فلم يكن شبهة كإباحة سائر الملاك .

وعن ابن مسعود ، والحسن : إن كان استكرهها فعليه غرم مثلها ، وتعتق . فان كانت طاوعته فعليه غرم مثلها ويملكها . لأن هذا يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد رواه ابن عبد البر ، وقال : هذا حديث صحيح .

ولنا ماروى أبو داود بإسناده عن حبيب بن سالم : أن رجلا يقال له عبدالرحمن بن حنين وقع على جارية امرأته ، فرفع إلى النعمان بن بشير ، وهو أمير على الكوفة ، فقال : لأقضين فيك بقضية رسول الله صلى الله صلى الله عليه وسلم . إن كانت أحلتها لك جلدناك مائة ، وإن لم تكن أحلتها لك رجمناك بالحجارة ، فوجدوها أحلتها له ، فجلده مائة ، وإن علقت من هذا الوطء فهل يلحقه النسب ؟ على روايتين .

إحداهما : يلحق به ، لأنه وطء لا يجب به الحد فلحق به النسب كوطء الجارية المشتركة . والأخرى : لا يلحق به ، لأنه وطء فى غير ملك ولا شبهة ملك ، أشبه الزنا المحض .

٧١٧٥ (فصـــل)

ولا حد على مكرهة فى قول عامة أهل العلم . روى ذلك عن عمر ، والزهرى ، وقتادة ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه مخالفاً ، وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] : « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[1] » .

وعن عبد الجبار بن وائل عن أبيه : « أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله صلى الله وسلم ، فدرأ عنها الحد » رواه الأثرم . قال : وأتِىَ عمر بإماء من إماء الإمارة استكرههن غلمان من غلمان الإمارة ، فضرب الغلمان ولم يضرب الإماء .

وروى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال : أتى عمر بامرأة قد زنت ، فقالت : إنى كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جثم على ، فخلى سبيلها ولم يضربها ، ولأن هذا شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، ولا فرق بين الإكراه بالإلجاء ، وهو أن يغلبها على نفسها ، وبين الإكراه بالتهديد بالقتل

---

(١) سبق تخريجه .

ونحوه ، ونص عليه أحمد فى راع جاءته إمرأة قد عطشت ، فسألته أن يسقيها ، فقال لها : أمكنينى من نفسك . قال : هذه مضطرة . وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن امرأة استسقت راعيا ، فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ، ففعلت ، فرفع ذلك إلى عمر ، فقال لعلى : ما ترى فيها ؟ قال : إنها مضطرة ، فأعطاها عمر شيئاً وتركها .

٧١٧٦ (فصــــل)

وإن أكره الرجل فزنى ، فقال أصحابنا : عليه الحد . وبه قال محمد بن الحسن ، وأبو ثور ، لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار ، والإكراه ينافيه . فإذا وجد الانتشار انتفى الإكراه ، فيلزمه الحد كما لو أكره على غير الزنا فزنى . وقال أبو حنيفة : إن أكرهه السلطان فلا حد عليه ، وإن أكرهه غيره حد استحساناً . وقال الشافعى ، وابن المنذر : لا حد عليه ، لعموم الخبر ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ، والإكراه شبهة ، فيمنع الحد كما لو كانت امرأة ، يحققه أن الإكراه إذا كان بالتخويف ، أو بمنع ما تفوت حياته بمنعه ، كان الرجل فيه كالمرأة ، فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه وقولهم إن التخويف ينافى الانتشار لا يصح لأن التخويف بترك الفعل والفعل لا يخاف منه فلا يمنع ذلك وهذا أصح الأقوال إن شاء الله تعالى .

٧١٧٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ومن تلوط قتل ، بكراً كان أو ثيباً فى إحدى الروايتين ، والأخرى حكمه حكم الزانى ﴾

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط ، وقد ذمه الله تعالى فى كتابه وعاب من فعله ، وذمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال الله تعالى : « وَلُوطاً إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ . إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُسْرِفُونَ »[1] وقال النبى صلى الله عليه وسلم[2] : « لعن الله من عمل عمل قوم لوط ، لعن الله من عمل عمل قوم لوط ، لعن الله من عمل عمل قوم لوط » . واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى حده ، فروى عنه أن حده الرجم ، بكراً كان أو ثيباً ، وهذا قول على ، وابن عباس ، وجابر بن زيد ، وعبد الله بن معمر ، والزهرى ، وأبى حبيب ، وربيعة ، ومالك ، وإسحاق ، وأحد قولى الشافعى ، وقتادة ، والأوزاعى ، وأبو يوسف ، ومحمد

---

(١) سورة الأعراف آية ٨٠ و ٨١ .

(٢) أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن أبى هريرة ، وابن حبان عن ابن عباس (ف) .

ابن الحسن ، وأبو ثور ، وهو المشهور من قولى الشافعى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أتى الرجل الرجل[1] فهما زانيان » . ولأنه إيلاج فرج آدمى فى فرج آدمى لا ملك له فيه ، ولا شبهة ملك ، فكان زنا كالإيلاج فى فرج المرأة .

إذا ثبت كونه زنا دخل فى عموم الآية والأخبار فيه ، ولأنه فاحشة فكان زنا كالفاحشة بين الرجل والمرأة ، وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه أمر بتحريق اللوطى ، وهوقول ابن الزبير ، لما روى صفوان بن سليم عن خالد بن الوليد أنه وجد فى بعض ضواحى العرب رجلا ينكح كما تنكح المرأة ، فكتب إلى أبى بكر ، فاستشار أبو بكر رضى الله عنه الصحابة فيه ، فكان على أشدهم قولا فيه ، فقال : ما فعل هذا إلا أمة من الأمم واحدة ، وقد علمتم ما فعل الله بها ، أرى أن يحرق بالنار . فكتب أبو بكر إلى خالد بذلك ، فحرقه . وقال الحكم ، وأبو حنيفة : لا حد عليه ، لأنه ليس بمحل الوطء أشبه غير الفرج .

ووجه الرواية الأولى : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » . رواه أبو داود . وفى لفظ : « فارجموا الأعلى والأسفل » . ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنهم أجمعوا على قتله ، وإنما اختلفوا فى صفته . واحتج أحمد رضى الله عنه بقول على عليه السلام ، وأنه كان يرى رجمه ، ولأن الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم ، فينبغى أن يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم ، وقول من أسقط الحد عنه يخالف النص والإجماع . وقياس الفرج على غيره لا يصح ، لما بينهما من الفرق ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكون فى مملوك له أو أجنبى ، لأن الذكر ليس بمحل لوطء الذكر ، فلا يؤثر ملكه له . ولو وطىء زوجته أو مملوكته فى دبرها كان محرماً ، ولا حد فيه ، لأن المرأة محل للوطء فى الجملة ، وقد ذهب بعض العلماء إلى حله[2] . فكان ذلك شبهة مانعة من الحد بخلاف التلوط .

٧١٧٨ (فصـــــــل)

وإن تدالكت امرأتان فهما زانيتان ملعونتان ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا أتت[3] المرأة المرأة فهما زانيتان » ولا حد عليهما ، لأنه لا يتضمن إيلاجا ، فأشبه المباشرة دون الفرج ، وعليهما التعزير ، لأنه زنا لا حد فيه ، فأشبه مباشرة الرجل المرأة من غير جماع ، ولو باشر الرجل

---

(١) أخرجه البيهقى عن أبى موسى (ف) .

(٢) يريد ابن قدامة الإمام مالك رضى الله عنه ، بل وعبدالله بن عمر وغيره من الصحابة كما جاء ذلك فى ج ٧ ص من المغنى ، انظر تفنيدنا لهذا النقل فى هامش الصفحة المذكورة من الجزء المذكور .

(٣) أخرجه البيهقى عن أبى موسى .

المرأة فاستمتع بها فيما دون الفرج فلا حد عليه ، لما روى أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارسول الله ، إني لقيت امرأة فأصبت منها كل شيء إلا الجماع ، فأنزل الله تعالى : (وأقم الصلاة) الآية . فقال الرجل ألي هذه الآية ؟ فقال : « لمن عمل بها من أمتي » رواه النسائي . ولو وجد رجل مع امرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم هل وطئها أو لا ، فلا حد عليهما ، فإن قالا : نحن زوجان ، واتفقا على ذلك فالقول قولهما ، وبه قال الحكم ، وحماد ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وإن شهد عليهما بالزنا فقالا : نحن زوجان ، فعليهما الحد ، إن لم تكن بينة بالنكاح وبه قال أبو ثور ، وابن المنذر ، لأن الشهادة بالزنا تنفي كونهما زوجين ، فلا تبطل بمجرد قولهما ، ويحتمل أن يسقط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية منه ، لأن ما ادعياه محتمل ، فيكون ذلك شبهة ، كما لو شهد عليه بالسرقة فادعى أن المسروق ملكه

٧١٧٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال (ومن أتى بهيمة أدب وأحسن أدبه ، وقتلت البهيمة)

اختلفت الرواية عن أحمد في الذي يأتي البهيمة ، فروى أنه عنه يعزر ولا حد عليه وروى ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ، والشعبي ، والنخعي ، والحكم ، ومالك ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، وإسحاق . وهو قول للشافعي .

والرواية الثانية : حكمه حكم اللائط سواء . وقال الحسن : حده حد الزاني . وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن : يقتل هو والبهيمة، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » رواه أبو داود .

ووجه الرواية الأولى أنه لم يصح فيه نص ، ولا يمكن قياسه على الوطء في فرج الآدمي ، لأنه لا حرمة لها ، وليس بمقصود يحتاج في الزجر عنه إلى الحد ، فإن النفوس تعافه ، وعامتها تنفر منه ، فبقي على الأصل في انتفاء الحد . والحديث يرويه عمرو بن أبي عمرو ، ولم يثبته أحمد . وقال الطحاوي : هو ضعيف ، ومذهب ابن عباس خلافه ، وهو الذي روى عنه . قال أبو داود : هذا يضعف الحديث عنه . قال إسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يأتي البهيمةَ فوقف عندها ولم يثبت حديث عمرو بن أبي عمرو ، في ذلك ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، فلا يجوز أن يثبت بحديث فيه هذه الشبهة والضعف .

وقول الخرقي : أدب وأحسن أدبه ، يعني : يعزر ، ويبالغ في تعزيره ، لأنه وطء في فرج محرم ، لا شبهة له فيه ، لم يوجب الحد ، فأوجب التعزير كوطء الميتة .

٧١٨٠ (فصـــل)

ويجب قتل البهيمة . وهذا قول أبي سلمة بن عبد الرحمن . وأحد قولي الشافعي . وسواء كانت مملوكة

له أو لغيره ، مأكولة أو غير مأكولة . قال أبو بكر : الاختيار قتلها ، وإن تركت فلا بأس . وقال الطحاوى : إن كانت مأكولة ذبحت ، وإلا لم تقتل . وهذا قول ثان للشافعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » ولم يفرق بين كونها مأكولة أو غير مأكولة ، ولا بين ملكه وملك غيره ، فإن قيل : الحديث ضعيف ولم يعملوا به فى قتل الفاعل الجانى ففى حق حيوان لا جناية منه أولى . قلنا : إنما يعمل به فى قتل الفاعل على إحدى الروايتين لوجهين .

أحدهما : أنه حد ، والحدود تدرأ بالشبهات ، وهذا إتلاف مال ، فلا تؤثر الشبهة فيه .

والثانى : أنه إتلاف آدمى ، وهو أعظم المخلوقات حرمة ، فلم يجز التهجم على إتلافه إلا بدليل فى غاية القوة ، ولا يلزم مثل هذا فى إتلاف مال ولا حيوان سواه .

إذا ثبت هذا فإن الحيوان إن كان للفاعل ذهب هدراً ، وإن كان لغيره فعلى الفاعل غرامته ، لأنه سبب إتلافه فيضمنه كما لو نصب له شبكة فتلف بها ، ثم إن كانت مأكولة فهل يباح أكلها ؟ على وجهين وللشافعى أيضاً فى ذلك وجهان .

أحدهما : يحل أكلها ، لقول الله تعالى (أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الأَنْعَام) [1] ولأنه حيوان من جنس يجوز أكله ، ذبحه مَنْ هو من أهل الزكاة فحل أكله كما لو لم يفعل به هذا الفعل ، ولكن يكره أكله لشبهة التحريم

والوجه الثانى : لا يحل أكلها ، لما روى عن ابن عباس أنه قيل له : ماشأن البهيمة ؟ قال : ما أراه قال ذلك ، إلا أنه كره أكلها ، وقد فعل بها ذلك الفعل ، ولأنه حيوان يجب قتله لحق الله تعالى فلم يجز أكله كسائر المقتولات ، واختلف فى علة قتلها فقيل إنما قتلت لئلا يعير فاعلها ويذكر برؤيتها .

وقد روى ابن بطة بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » قالوا : يا رسول الله مابال البهيمة ؟ قال : « لا يقال هذه وهذه » . وقيل : لئلا تلد خلقاً مشوهاً [2] وقيل : لئلا تؤكل ، وإليه أشار ابن عباس فى تعليله . ولا يجب قتلها حتى يثبت هذا العمل بها ببينة ، فأما إن أقر الفاعل فإن كانت البهيمة له ثبت بإقراره وإن كانت لغيره لم يجز قتلها بقوله ، لأنه إقرار على ملك غيره ، فلم يقبل كما لو أقر بها لغير مالكها ، وهل يثبت هذا بشاهدين عدلين ، وإقرار مرتين ،

---

(١) سورة المائدة آية ١ (٢) هذا مستحيل فلا يعقل توافق الخلايا الآدمية مع خلايا البهيمية بحال وليس بعد تعليل النبي صلي الله عليه وسلم مجال لقائل .

أو يعتبر فيه مايعتبر فى الزنا على وجهين : نذكرهما فى موضعهما إن شاء الله تعالى .

٧١٨١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ والذى يجب عليه الحد ممن ذكرت من أقر بالزنا أربع مرات ﴾

وجملته أن الحد لايجب إلا بأحد شيئين . إقرار ، أوبينة . فإن ثبت بإقرار اعتبر إقرار أربع مرات ، وبهذا قال الحكم ، وابن أبى ليلى ، وأصحاب الرأى . وقال الحسن ، وحماد ، ومالك ، والشافعى ، وأبوثور وابن المنذر : يحد بإقرار مرة لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » واعتراف مرة اعتراف وقد أوجب عليها الرجم بهورجم الجهنية وإنما اعترفت مرة وقال عمر إن الرجم حق واجب على من زنى وقد أحصن إذا قامت البينة أو كان الحبـل أو الاعتراف ولأنه حق، فيثبت باعتراف مرة كسائر الحقوق .

ولنـا ماروى أبوهريرة قال : « أتى رجل من الأسلميين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهوفى المسجد فقال : يارسول الله ، إنى زنيت فأعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه . فقال : يا رسول الله إنى زنيت فأعرض عنه . حتى ثنى ذلك أربع مرات . فلمـا شهـد على نفسه أربع شهادات ، دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : أبك جنون ؟ قال : لا ، قال : فهل أحصنت ؟ قال نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أرجموه » متفق عليه ، ولو وجب الحـد بمرة لم يعرض عنـه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأنه لايجوز ترك حد وجب لله تعالى ، وروى نعيم بن هزال حديثه ، وفيه حتى قالها أربع مرات ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنك قد قلتها أربع مرات ، ، فبمن ؟ قال : بفلانة » . رواه أبو داود . وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هى الموجبة .

وروى أبوبرزة الأسلمى أن أبا بكر الصديق قال له ، عند النبى صلى الله عليه وسلم : إن أقررت أربعاً رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا يدل من وجهين .

أحـــدهما : أن النبى صلى الله عليه وسلم أقره على هذا ، ولم ينكره ، فكان بمنزلة قوله ، لأنه لايقر على الخطأ .

الثـانى : أنه قد علم هذا من حكم النبى صلى الله عليه وسلم ، لولا ذلك ماتجاسر على قوله بين يديه . فأما أحاديثهم فإن الاعتراف لفظ المصدر يقع على القليل والـكثير ، وحديثنا يفسره ويبين أن الاعتراف الذى يثبت به كان أربعاً .

٧١٨٢ (فصـــــل)

وسواء كان فى مجلس واحد أو مجالس متفرقة ، وقال الأثرم : سمعت أبا عبدالله يسأل عن الزانى يردد

أربع مرات ؟ قال : نعم ، على حديث ماعز ، هو أحوط. قلت له : فى مجلس واحد ، أو فى مجالس شتى ؟ قال : أما الأحاديث فليست تدل إلا على مجلس واحد ، إلا ذاك الشيخ بشير بن مهاجر ، عن عبد الله بن بريدة ، عن أبيه وذاك عندى منكر الحديث ، وقال أبو حنيفة : لايثبت إلا بأربع إقرارات فى أربعة مجالس ، لأن ماعزاً أقر فى أربعة مجالس .

ولنا : أن الحديث الصحيح إنما يدل على أنه أقر أربعاً فى مجلس واحد وقد ذكرنا الحديث ولأنه إحدى حجتى الزنا فاكتفى به فى مجلس واحد كالبينة .

٧١٨٣ (فصــل)

يعتبر فى صحة الإقرار أن يذكر حقيقة الفعل لتزول الشبهة ، لأن الزنا يعبر عما ليس بموجب للحد . وقد روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لماعز : « لعلك قبلت ، أو غمزت ، أو نظرت » قال : لا. قال: « أفنكتها » ، لا يكنى ؟ قال : نعم . قال : فعند ذلك أمر برجمه . رواه البخارى . وفى رواية عن أبى هريرة قال : « أفنكتها ؟ ــ قال: نعم ــ [قال] : «حتى غاب ذاك منك فى ذاك منها؟» قال : نعم. قال: « كما يغيب المرود فى المكحلة، والرشاء فى البئر»؟. قال : نعم . قال : « فهل تدرى ما الزنا ؟ » قال : نعم ، أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من امرأته حلالا . وذكر الحديث . رواه أبو داود .

٧١٨٤ (فصــــل)

فإن أقر أنه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها ، وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لاحد عليه ، لأنا صدقناها فى إنكارها ، فصار محكوما بكذبه .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده عن سهل بن سعد الساعدى ، عن النبى صلى الله عليه وسلم : أن رجلا أتاه فأقر عنده أنه زنى بامرأة ، فسماها له ، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة ، فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت ، فجلده الحد ، وتركها ، ولأن انتفاء ثبوته فى حقها لا يبطل إقراره ، كما لو سكتت ، أو كما لو لم يسأل ، ولأن عموم الخبر يقتضى وجوب الحد عليه باعترافه ، وهو قول عمر إذا كان الحبل أو الاعتراف . وقولهم : إننا صدقناها فى إنكارها لا يصح ، فإننا لم نحكم بصدقها ، وانتفاء الحد إنما كان لعدم المقتضى . وهو الإقرار ، أو البينة ، لا لوجود التصديق ، بدليل ما لو سكتت أو لم تكمل البينة . إذا ثبت هذا فإن الحر والعبد والبكر والثيب فى الإقرار سواء ، لأنه أحد حجتى الزنا ، فاستوى فيه الكل كالبينة .

٧١٨٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وهو بالغ صحيح عاقل ﴾ .

أما البلوغ والعقل فلا خلاف فى اعتبارهما فى وجوب الحد ، وصحة الإقرار ، لأن الصبى والمجنون قد رفع القلم عنهما ، ولا حكم لكلامهما . وقد روى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم . وعن المجنون حتى يعقل » ، رواه أبو داود، والترمذى ، وقال : حديث حسن . وفى حديث ابن عباس فى قصة ماعز ، أن النبى صلى الله عليه وسلم سأل قومه : « أمجنون هو » ؟ قالوا : ليس به بأس . وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين أقر عنده : « أبك جنون ؟ » . وقد روى أبو داود بإسناده قال : أتى عمر بمجنونة قد زنت ، فاستشار فيها أناساً ، فأمر بها عمر أن ترجم فمر بها على بن أبى طالب رضى الله عنه ، فقال : ما شأن هذه ؟ قالوا : مجنونة آل فلان زنت ، فأمر بها عمر أن ترجم . فقال : ارجعوا بها . ثم أتاه فقال : يا أمير المؤمنين : أما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يعقل . قال : بلى ! قال : فما بال هذه ؟ قال : لا شىء . قال : فأرسلها قال : فأرسلها قال : فجعل عمر يكبر .

٧١٨٦ (فصــل)

قال: فإن كان يجن مرة ويفيق أخرى فأقر فى إفاقته أنه زنى وهو مفيق ، أو قامت عليه بينة أنه زنى فى إفاقته فعليه الحد ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، وبهذا قال . الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرى ، لأن الزنا الموجب للحد وجد منه فى حال تكليفه ، والقلم غير مرفوع عنه ، وإقراره وجد فى حال اعتبار كلامه ، فإن أقر فى إفاقته ولم يضفه إلى حال أو شهدت عليه البينة بالزنا ولم تضفه إلى حال إفاقته ، لم يجب الحد ، لأنه يحتمل أنه وجد فى حال جنونه ، فلم يجب الحد مع الاحتمال . وقد روى أبو داود فى حديث المجنونة التى أتى بها عمر أن علياً قال : إن هذه معتوهة بنى فلان ، امل الذى أتاها أتاها فى بلائها ، فقال ، عمر : لا أدرى . فقال على: وأنا لا أدرى .

٧١٨٧ (فصــــــــل)

والنائم مرفوع عنه القلم ، فلو زنى بنائمة ، أو استدخلت امرأة ذكر نائم ، أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه ، لأن القلم مرفوع عنه ولو أقر فى حال نومه لم يلتفت إلى إقراره ، لأن كلامه ليس بمعتبر ، ولا يدل على صحة مدلوله .

فأما السكران ونحوه فعليه حد الزنا ، والسرقة ، والشرب ، والقذف ، إن فعل ذلك فى سكره ، لأن الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا عليه حد الفرية ، لكون السكر مظنة لها ؛ ولأنه تسبب إلى هذه المحرمات بسبب لا يعذر فيه ، فأشبه من لا عذر له ، ويحتمل ألا يجب الحد ، لأنه غير عاقل فيكون ذلك شبهة فى درء ما يندرىء بالشبهات ، ولأن طلاقه لا يقع فى رواية ، فأشبه النائم ، والأول أولى ، لأن إسقاط الحد عنه

يفضى إلى أن من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر ، وفعل ما أحب ، فلا يلزمه شىء ، ولأن السكر مظنة لفعل المحارم ، وسبب إليه ، فقد تسبب إلى فعلها حال صحوه، فأما إن أقر بالزنا ، وهو سكران لم يعتبر إقراره ، لأنه لا يدرى ما يقول ؟ ولا يدل قوله على صحة خبره ، فأشبه قول النائم والمجنون ، وقد روى بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم استنكه[1] ماعزاً رواه أبو داود : وإنما فعل ذلك ليعلم هل هو سكران أولا ؟ ولو كان السكران مقبول الإقرار لما احتيج إلى تعرف براءته منه .

٧١٨٨ (فصـــل)

فأما قوله : وهو صحيح ، ففسره القاضى بالصحيح من المرض، يعنى : أن الحد لا يجب عليه فى مرضه وإن وجب فإنه إنما يقام عليه الحد بما يؤمن به تلفه ، فإن خيف ضرر عليه ضرب ضربة واحدة بضغث فيه مائة شمراخ أو عود شمير ، ويحتمل أنه أراد الصحيح الذى يتصور منه الوطء ، فلو أقر بالزنا من لا يتصور منه كالمجنون فلا حد عليه ، لأننا نتيقن أنه لا يتصور منه الزنا الموجب للحد ، ولو قامت به بينة فهى كاذبة ، وعليه الحد نص عليه أحمد ، وإن أقر الخصى أو العنين فعليه الحد ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لأنه يتصور منه ذلك ، فقبل إقراره به كالشيخ الكبير .

٧١٨٩ (فصـــل)

وأما الأخرس فإن لم تفهم إشارته فلا يتصور منه إقرار ، وإن فهمت إشارته فقال القاضى : عليه الحد وهو قول الشافعى ، وابن القاسم ، صاحب مالك ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لأن من صح إقراره بغير الزنا صح إقراره به كالناطق . وقال أصحاب أبى حنيفة: لا يحد بإقرار ولا بينة ، لأن الإشارة تحتمل مافهم منها وغيره ، فيكون ذلك شبهة فى درء الحد ، لكونه مما يندرىء بالشبهات ، ولا يجب بالبينة لاحتمال أن يكون له شبهة لا يمكنه التعبير عنها ، ولا يعرف كونها شبهة ، ويحتمل كلام الخرقى أن لا يجب الحد بإقراره لأنه غير صحيح ، ولأن الحد لا يجب مع الشبهة ، والإشارة لا تنتفى معها الشبهات ، فأما البينة فيجب عليه بها الحد ، لأن قوله معها غير معتبر .

٧١٩٠ (فصـــل)

ولا يصح الإقرار من المكره ، فلو ضرب الرجل ليقر بالزنا لم يجب عليه الحد ، ولم يثبت عليه الزنا ، ولا نعلم من أهل العلم خلافا فى أن إقرار المكره لا يجب به حد ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعته أو ضربته أو أوثقته » . رواه سعيد ، وقال ابن شهاب فى رجل اعترف بعد جلده : ليس عليه حد ، ولأن الإقرار إنما ثبت به المقرّ به لوجود الداعى إلى الصدق وانتفاء

(١) أى شم ريح فمه .

التهمة عنه ، فإن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه ، ومع الإكراه يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه ، فانتفى ظن الصدق عنه ، فلم يقبل .

٧١٩١ (فصـل)

فإن أقر أنه وطىء امرأة وادعى أنها امرأته ، وأنكرت المرأة أن يكون زوجها نظرنا ، فإن لم تقر المرأة بوطئه إياها فلا حد عليه ، لأنه لم يقر بالزنا ، ولا مهر لها ، لأنها لا تدعيه . وإن اعترفت بوطئه إياها وأقرت بأنه زنى بها مطاوعة فلا مهر عليه أيضاً ، ولا حد على واحد منهما ، إلا أن يقر أربع مرات ، لأن الحد لا يجب بدون أربع مرات . وإن ادعت أنه أكرهها عليه أو اشتبه عليها فعليه المهر . لأنه أقر بسببه فقد روى مهنا عن أحمد ، أنه سأله عن رجل وطىء امرأة وزعم أنها زوجته ، وأنكرت هي أن يكون زوجها وأقرت بالوطء ، قال : فهذه قد أقرت على نفسها بالزنا ، ولكن يدرأ عنه الحد بقوله : إنها امرأته ، ولا مهر عليه ، ويدرأ عنها الحد حتى تعترف مراراً . قال أحمد : وأهل المدينة يرون عليها الحد ، يذهبون لقول النبي صلى الله عليه وسلم: « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » . وقد تقدم الجواب عن قولهم .

٧١٩٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا ينزع عن إقراره حتى يتم عليه الحد ﴾

وجملته : أن من شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد ، فإن رجع عن إقراره أو هرب كُفّ عنه ، وبهذا قال عطاء ، ويحيى بن عمر ، والزهري ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وقال الحسن ، وسعيد بن جبير ، وابن أبي ليلى : يقام عليه الحد ولا يترك ، لأن ماعزاً هرب فقتلوه ، ولم يتركوه . وروى أنه قال : « ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن قومي هم غروني من نفسي ، وأخبروني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتلي ، فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه » . أخرجه أبو داود ، ولو قبل رجوعه للزمتهم ديته ، ولأنه حق وجب بإقراره ، فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق . وحكى عن الأوزاعي : أنه إن رجع حُدّ للفرية على نفسه ، وإن رجع عن السرقة والشرب ضرب دون الحد .

ولنا : أن ماعزاً هرب فذكر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » قال ابن عبد البر : ثبت من حديث أبي هريرة وجابر ونعيم بن هزال ونصر بن داهر وغيرهم : « أن ماعزاً لما هرب فقال لهم : ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » ففي هذا أوضح الدلائل على أنه يقبل رجوعه .

وعن بريدة قال : « كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نتحدث أن الغامدية وماعز بن مالك

لو رجما بعد اعترافهما ، أو قال : لو لم يرجما بعد اعترافهما لم يطلبهما ، وإنما رجمهما عند الرابعة » رواه أبو داود. ولأن رجوعه شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، ولأن الإقرار إحدى بينتى الحد فيسقط بالرجوع عنه كالبينة إذا رجعت قبل إقامة الحد وفارق سائر الحقوق فإنها لا تدرأ بالشبهات وإنما لم يجب ضمان ماعز على الذين قتلوه بعد هربه ، لأنه ليس بصريح فى الرجوع .

إذا ثبت هذا فإنه إذا هرب لم يتبع لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « هلا تركتموه ؟ » . وإن لم يترك وقتل لم يضمن ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يضمن ماعزا من قتله ، ولأن هربه ليس بصريح فى رجوعه ، وإن قال : ردونى إلى الحاكم وجب رده ، ولم يجز إتمام الحد ، فإن أتم فلا ضمان على من أتمه ، لما ذكرنا فى هربه ، وإن رجع عن إقراره وقال : كذبت فى إقرارى ، أو رجعت عنه ، أو لم أفعل ما أقررت به ، وجب تركه . فإن قتله قاتل بعد ذلك وجب ضمانه ، لأنه قد زال إقراره بالرجوع عنه ، فصار كمن لم يقر ، ولاقصاص على قاتله ، لأن أهل العلم اختلفوا فى صحة رجوعه ، فكان اختلافهم شبهة دارئة للقصاص ، ولأن صحة الإقرار مما يخفى فيكون ذلك عذراً مانعاً من وجوب القصاص .

٧١٩٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ أو يشهد عليه أربعة رجال من المسلمين أحرار عدول يصفون الزنا ﴾ .

ذكر الخرقى فى شهود الزنا سبعة شروط .

أحدها : أن يكونوا أربعة ، وهذا إجماع لاخلاف فيه بين أهل العلم ، لقول الله تعالى : « واللاَّتى يَأْتِينَ الفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ[1] » وقال تعالى : « والذينَ يَرْمُونَ المحصَنات ثمَّ لمْ يأتُوا بأربعَةِ شُهَدَاء فاجلدُوهمْ ثمانينَ جَلْدَةً[2] » . وقال تعالى : « لَوْلاَ جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبعَةِ شُهَدَاء فَإذْ لَمْ يَأتُوا بالشُّهَدَاء فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللهِ هُمُ الْكَاذِبُون[3] » . وقال سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : نعم » رواه مالك فى الموطأ ، وأبو داود فى سننه .

الشرط الثانى: أن يكونوا رجالا كلهم ، ولاتقبل شهادة النساء بحال ، ولا نعلم فيه خلافاً إلا شيئاً يروى عن عطاء ، وحماد ، أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان ، وهو شذوذ لايعول عليه ، لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكورين ، ويقتضى أن يكتفى فيه بأربعة ، ولاخلاف فى أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم ، وأن أقل مايجزىء خمسة ، وهذا خلاف النص . ولأن فى شهادتهن شبهة لتطرق الضلال إليهن ، قال الله تعالى « أَنْ تَضِلَّ إحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى »[4] . والحدود تدرأ بالشبهات .

(١) سورة النساء آية ١٥ (٢) سورة النور آية ٤ (٣) سورة النور آية ١٣ (٤) سورة البقرة آية ٢٨٢

الشرط الثالث : الحرية ، فلا تقبل فيه شهادة العبيد ، ولا نعلم فى هذا خلافا إلا رواية حكيت عن أحمد ، أن شهادتهم تقبل ، وهو قول أبى ثور ، لعموم النصوص فيه ، ولأنه عدل ذكر مسلم ، فتقبل شهادته كالحر .

ولنا : أنه مختلف فى شهادته فى سائر الحقوق ، فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته فى الحد ، لأنه يندرىء بالشبهات .

الشرط الرابع : العدالة ، ولا خلاف فى اشتراطها ، فإن العدالة تشترط فى سائر الشهادات ، فههنا مع مزيد الاحتياط أولى ، فلا تقبل شهادة الفاسق ، ولا مستور الحال الذى لا تعلم عدالته ، لجواز أن يكون فاسقاً .

الشرط الخامس : أن يكونوا مسلمين ، فلا تقبل شهادة أهل الذمة فيه ، سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمى ، لأن أهل الذمة كفار لا تتحقق العدالة فيهم ، ولا تقبل روايتهم ، ولا أخبارهم الدينية ، فلا تقبل شهادتهم كعبدة الأوثان .

الشرط السادس : أن يصفوا الزنا فيقولوا : رأينا ذكره فى فرجها كالمرود فى المكحلة ، والرشاء فى فى البئر . وهذا قول معاوية بن أبى سفيان ، والزهرى ، والشافعى ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، لما روى فى قصة ماعز : « أنه لما أقر عند النبى صلى الله عليه وسلم بالزنا فقال : أنكتها ؟ فقال : نعم ، فقال : حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر ؟ قال : نعم » وإذا اعتبر التصريح فى الإقرار كان اعتباره فى الشهادة أولى .

وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال : « جاءت اليهود برجل منهم وامرأة زنيا ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ائتونى بأعلم رجلين منكم ، فأتوه بابنى صوريا ، فنشدهما كيف تجدان أمر هذين فى فى التوراة ؟ قالا : نجد فى التوراة إذا شهد أربعة أنهم رأوا ذكره فى فرجها مثل الميل فى المكحلة رُجما . قال : فما يمنعكم أن ترجموهما ؟ قالا : ذهب سلطاننا ، وكرهنا القتل . فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاء أربعة ، فشهدوا أنهم رأوا ذكره فى فرجها مثل الميل فى المكحلة ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم برجمهما » ولأنهم إذا لم يصفوا الزنا احتمل أن يكون المشهود به لا يوجب الحد فاعتبر كشفه . قال بعض أهل العلم : يجوز للشهود أن ينظروا إلى ذلك منهما لإقامة الشهادة عليهما ليحصل الردع بالحد . فإن شهدوا أنهم رأوا ذكره قد غيبه فى فرجها كفى ، والتشبيه تأكيد . وأما تعيينهم المزنى بها أو الزانى إن كانت الشهادة على امرأة ، ومكان الزنا ، فذكر القاضى : أنه يشترط ، لئلا تكون المرأة ممن اختلف فى إباحتها ، ويعتبر ذكر المكان لئلا تكون شهادة أحدهم على غير الفعل

الذى شهد به الآخر . ولهذا سأل النبى صلى الله عليه وسلم ماعزاً فقال « إنك أقررت أربعاً فبمن ؟ »

وقال ابن حامد : لا يحتاج إلى ذكر هذين ، لأنه لا يعتبر ذكرهما فى الإقرار . ولم يأت ذكرهما فى الحديث الصحيح ، وليس فى حديث الشهادة فى رجم اليهوديين . ذكر المكان ، ولأن ما يشترط فيه ذكر الزمان لا يشترط فيه ذكر المكان كالنكاح ، ويبطل ما ذكره بالزمان .

الشرط السابع : مجيء الشهود كلهم فى مجلس واحد ، ذكره الخرقى فقال : وإن جاء أربعة متفرقين ، والحاكم جالس فى مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم . وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة ، وعليهم الحد . وبهذا قال مالك ، وأبوحنيفة ، وقال الشافعى ، والبتى ، وابن المنذر : لا يشترط ذلك ، لقول الله تعالى : « لَوْلاَ جَاءوا عليْهِ بِأَرْبَعَةِ شهدَاء[1] » ولم يذكر المجلس . وقال تعالى : « فاسْتَشْهِدُوا عليهنّ أربعةً منكُمْ فإنْ شهدُوا فأمْسِكوهُنَّ فى البُيُوت[2] » . ولأن كل شهادة مقبولة إن اتفقت تقبل إذا افترقت فى مجالس كسائر الشهادات .

ولنا : أن أبا بكرة ، ونافعاً وشبل بن معبد ، شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ، ولم يشهد زياد ، فحد الثلاثة . ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز أن يحدهم ، لجواز أن يكملوا برابع فى مجلس آخر . ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته . ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم ، وبهذا فارق سائر الشهادات .

وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط ، ولهذا لم نذكر العدالة ، وصفة الزنا ، ولأن قوله (ثمَّ لم يأتُوا بأربعَةِ شهدَاء فاجلدُوهُمْ)[3] لا يخلو من أن يكون مطلقاً فى الزمان كله ، أو مقيداً لا يجوز أن يكون مطلقاً ، لأنه يمنع من جواز جلدهم ، لأنه ما من زمن إلا يجوز أن يأتى فيه بأربعة شهداء ، أو بكمالهم إن كان قد شهد بعضهم . فيمتنع جلدهم المأمور به فيكون تناقضاً ، وإذا ثبت أنه مقيد فأولى ما قيد بالمجلس لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة . ولهذا ثبت فيه خيار المجلس واكتفى فيه بالقبض فيما يعتبر القبض فيه .

إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ، ولو جاءوا متفرقين واحداً بعد واحد فى مجلس واحد قبل شهادتهم ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : إن جاءوا متفرقين فهم قذفة ، لأنهم لم يجتمعوا فى مجيئهم ، فلم تقبل شهادتهم كالذين لم يشهدوا فى مجلس واحد .

ولنا : قصة المغيرة ، فإن الشهود جاءوا واحداً بعد واحد ، وسمعت شهادتهم ، وإنما حُدوا لعدم كمالها ، وفى حديثه أن أبا بكرة . قال : أرأيت إن جاء آخر يشهد أكنت ترجمه ؟ قال عمر : أى والذى نفسى

---

(١) سورة النور آية ١٣ (٢) سورة النساء آية ١٥ (٣) سورة النور آية ٤

بيده . ولأنهم اجتمعوا فى مجلس واحد أشبه ما لو جاءوا وكانوا مجتمعين ، ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه لما ذكرناه . وإذا تفرقوا فى مجالس فعليهم الحد ، لأن من شهد بالزنا ولم يكمل الشهادة يلزمه الحد لقوله تعالى (والذين يرمونَ المحصناتِ ثمَّ لم يأتُوا بأربعةِ شهدَاء فاجلدوهُمْ ثمانينَ جَلْدَةً) .(١)

٧١٩٤ (فصـــــل)

وإذا لم تكمل شهود الزنا فعليهم الحد فى قول أكثر أهل العلم منهم مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وذكر أبو الخطاب فيهم روايتين ، وحكى عن الشافعى فيهم قولان .

أحدهما : لا حد عليهم ، لأنهم شهود ، فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة أحدهم فاسق .

ولنا : قول الله تعالى (والذينَ يرمُونَ المحصنَاتِ ثمَّ لم يأتُوا بأربعَةِ شهدَاء فاجلدُوهُمْ ثمانينَ جلْدَةً)(٢) وهذا يوجب الجلد على كل رام لم يشهد بما قال أربعة ، ولأنه إجماع الصحابة . فإن عمر جلد أبا بكرة وأصحابه حين لم يكمل الرابع شهادته بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد .

وروى صالح فى مسائله بإسناده عن أبى عثمان النهدى ، قال : جاء رجل إلى عمر فشهد على المغيرة بن شعبة ، فتغير لون عمر ، ثم جاء آخر فشهد ، فتغير لون عمر ، ثم جاء آخر فشهد ، فاستكبر ذلك عمر ، ثم جاء شاب يخطر بيديه ، فقال عمر : ما عندك يا سلح العقاب ؟ وصاح به عمر صيحة ، فقال أبو عثمان : والله لقد كدت يغشى على . فقال : يا أمير المؤمنين ، رأيت أمراً قبيحاً . فقال : الحمد لله الذى لم يشمت الشيطان بأصحاب محمد صلى الله عليه وسلم ، قال فأمر بأولئك النفر فجلدوا .

وفى رواية : أن عمر لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة ، وبقى زياد فقال عمر : أرى شاباً حسناً ، وأرجو أن لا يفضح الله على لسانه رجلا من أصحاب محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا أمير المؤمنين رأيت إستاً تنبو ، ونفساً يعلو ، ورأيت رجليها فوق عنقه كأنهما أذنا حمار ، ولا أدرى ما وراء ذلك ؟ فقال عمر : الله أكبر ، وأمر بالثلاثة فضربوا ، وقول عمر : ياسلح العقاب ، معناه : أنه يشبه سلح العقاب ، الذى يحرق كل شىء أصابه . كذلك هذا يوقع العقوبة بأحد الفريقين لا محالة إن كملت شهادته حد المشهود عليه وإن لم تكمل حد أصحابه

فإن قيل فقد خالفهم أبو بكرة وأصحابه الذين شهدوا ، قلنا : لم يخالفوا فى وجوب الحـــد عليهم ، إنما خالفوهم فى صحة ما شهدوا به ، ولأنه رام بالزنا . لم يأت بأربعة شهداء ، فيجب عليه الحـــد كما لو لم يأت بأحد .

(١و٢) سورة النور آية ٤

٧١٩٥ (فصـــل)

وإن كانوا أربعة غير مرضيين أو واحد منهم . كالعبيد والفساق والعميان ففيهم ثلاث روايات .

إحداهن : عليهم الحد ، وهو قول مالك . قال القاضي : هذا الصحيح ، لأنها شهادة لم تكمل ، فوجب الحد على الشهود ، كما لو كانوا ثلاثة .

والثانية : لاحد عليهم ، وهو قول الحسن ، والشعبي ، وأبي حنيفة ، ومحمد ، لأن هؤلاء قد جاءوا بأربعة شهداء ، فدخلوا في عموم الآية ، لأن عددهم قد كمل ، ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم ، فأشبه مالو شهد أربعة مستورون . ولم تثبت عدالتهم ولافسقهم .

الثالثة : إن كانوا عمياناً أو بعضهم جلدوا ، وإن كانوا عبيدا أو فساقاً فلا حد عليهم . وهو قول الثوري ، وإسحاق ، لأن العميان معلوم كذبهم ، لأنهم شهدوا بما لم يروه يقيناً ، والآخرون يجوز صدقهم. وقد كمل عددهم فأشبهوا مستوري الحال ، وقال أصحاب الشافعي : إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والرق والفسق الظاهر ففيهم قولان ، وإن كان لمعنى خفي فلاحد عليهم لأن مايخفي يخفى على الشهود فلايكون ذلك تفريطاً منهم بخلاف مايظهر ، وإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان حد الجميع ، لأن شهادة النساء في هذا الباب كعدمها ، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي ، وهذا يقوي رواية إيجاب الحد على الأولين وينبه على إيجاب الحد فيما إذا كانوا عمياناً أو أحدهم لأن المرأتين يحتمل صدقهما وهما من أهل الشهادة في الجملة . والأعمى كاذب يقيناً وليس من أهل الشهادة على الأفعال فوجوب الحد عليهم وعلى من معهم أولى .

٧١٩٦ (فصـــــل)

وإن رجعوا عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين : وهوقول أبي حنيفة . والثانية : يحد الثلاثة دون الراجع وهذا اختيار أبي بكر وابن حامد . لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ، ولأن في درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة المشهود عليه وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفا من الحد فتفوت تلك المصلحة وتتحقق المفسدة فناسب ذلك نفي الحد عنه ، وقال الشافعي يحد الراجع دون الثلاثة لأنه مقر على نفسه بالكذب في قذفه ، وأما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم . وإنما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع ومن وجب الحد بشهادته لم يكن قاذفا فلم يحد كما لو لم يرجع .

ولنا : أنه نقص العدد بالرجوع قبل إقامة الحد ، فلزمهم الحد كما لو شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة وقولهم ، وجب الحد بشهادتهم يبطل بما إذا رجعوا كلهم ، وبالراجع وحده ، فإن الحد وجب ثم سقط ووجب

الحد عليهم بسقوطه. ولأن الحد إذا وجب على الراجع مع المصلحة فى رجوعه وإسقاط الحد عن المشهود عليه بعد وجوبه وإحيائه المشهود عليه بعد إشرافه على التلف . فعلى غيره أولى .

٧١٩٧ (فصـــــــل)

وإذا شهد اثنان أنه زنى بها فى هذا البيت واثنان أنه زنى بهـا فى بيت آخر أو شهد كل اثنين عليه بالزنا فى بلد غير البلد الذى شهد به صاحباها أو اختلفوا فى اليوم فالجميع قذفه وعليهم الحـد . وبهذا قال مالك والشافعى واختار أبو بكر أنه لا حد عليهم . وبه قال النخعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لأنهم كانوا أربعة .

ولنا : أنه لم يكمل أربعة على زنا واحد فوجب عليهم الحد كما لو انفرد بالشهادة اثنان وحدهما فأما المشهود عليه فلا حد عليه فى قولهم جميعاً . وقال أبو بكر : عليه الحد وحكاه قولا لأحمد . وهذا بعيد فإنه لم يثبت زنا واحد بشهادة أربعة فلم يجب الحد ولأن جميع ما يعتبر له البينة يعتبر كمالها فى حق واحـد فالموجب للحد أولى لأنه مما يحتاط له ويندرىء بالشبهات ، وقد قال أبو بكر : إنه لو شهـد اثنان أنه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان أنه زنى بسوداء فهم قذفة ذكره القاضى عنه وهذا ينقض قوله .

٧١٩٨ (فصـــــل)

وإن شهد اثنان أنه زنى بهـا فى زاوية بيت وشهد إثنان أنه زنى بها فى زاوية منه أخرى . وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول فى البيتين وإن كانتا متقاربتين كملت شهادتهم وحد المشهود عليه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لاحد عليه لأن شهادتهم لم تكمل ولأنهم اختلفوا فى المكان فأشبه مالو اختلفا فى البيتين وعلى قول أبى بكر تـكمل الشهادة سواء تقاربت الزاويتان أو تباعدتا .

ولنـا : أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود بأن يكون ابتداء الفعل فى إحداهما وتمامه فى الأخرى أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منها فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا بخلاف ما إذا كانتا متباعدتين فإنه لا يمكن كون المشهود به فعلا واحداً ، فإن قيل فقد يمكن أن يكون المشهود به فعلـين فلم أوجدتم الحد مع الاحتمال والحد يدرأ بالشبهات ؟ قلنـا ليس هذا بشبهة بدليل مالو اتفقوا على موضع واحد فإن هذا يحتمل فيه والحد واجب والقول فى الزمان كالقول فى هذا وأنه متى كان بينهما زمن متبـاعد لا يمكن وجود الفعل الواحد فى جميعه كطرفى النهار لم تـكمل شهادتهم ومتى تقاربا كملت شهادتهم والله أعلم

٧١٩٩ (فصـــــل)

وإن شهد اثنـــان أنه زنى بها فى قميص أبيض وشهد اثنان أنه زنى بها فى قميص أحمر أو شهد اثنان

أنه زنى بها فى ثوب كتان وشهد اثنان أنه زنى بها فى ثوب خز كملت شهادتهم وقال الشافعى : لا تكمل لتنافى الشهادتين .

ولنا: أنه لاتنافى بينهما فإنه يمكن أن يكون عليها قميصان فذكر كل اثنين واحداً وتركا ذكر الآخر ويمكن أن يكون عليه قميص أبيض وعليها قميص أحمر وإذا أمكن التصديق لم يجز التكذيب .

٧٢٠٠ (فصــــل)

وإن شهد اثنــان أنه زنى بها مكرهةوشهد اثنان أنها زنى بها مطاوعةفلاحد عليها إجماعاً فإن الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد ، وفى الرجل وجهان .

أحدهما : لا حد عليه وهو قول أبى بكر والقاضى وأكثر الأصحاب وقول أبى حنيفه وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهة ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين وذلك يمنع قبول الشهادة أو يكون شبهة فى درء الحد ولايخرج عن أن يكون قول واحد منهما مكذبا للآخر إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة فى أحدهما مكرهة فى الآخر وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد ولأن شاهدى المطاوعة قاذفان لها ولم تكمل البينة عليها فلا تقبل شهادتهما على غيرها .

والوجه الثانى : يجب الحد عليه ، اختاره أبو الخطاب وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ، ووجه ثان للشافعى ، لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه واختلافهما إنما هو فى فعلها لافى فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه وفى الشهود ثلاثة أوجه .

أحدها : لاحد عليهم وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم .

والثانى : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم .

الثالث . يجب الحد على شاهدى المطاوعة ، لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولم تكمل شهادتهم عليها ولا يجب على شاهدى الإكراه لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما انتفى عنه الحد للشبهة

٧٢٠١ (فصــــل)

وإذا تمت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عليه بالزنا لم يسقط الحد وقال أبو حنيفة يسقط لأن شرط صحة البينة الإنكار وما كمل الإقرار .

ولنا قول الله تعالى : « [1]فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا» وبين النبى صلى الله عليه وسلم السبيل بالحد فتجب إقامته ولأن البينة تمت عليه فوجب الحد كما لو لم يعترف

(١) سورة النساء آية ١٥

ولأن البينة إحدى حجتى الزنا فلم يبطل بوجود الحجة الأخرى أو بعضها كالإقرار ، يحققه أن وجود الإقرار يؤكد البينة ويوافقها ولا ينافيها فلا يقدح فيها كتزكية الشهود والثناء عليهم ، ولا نسلم اشتراط الإنكار وإنما يكتفى بالإقرار فى غير الحد إذا وجد بكماله وههنا لم يكمل فلم يجز الاكتفاء به ووجب سماع البينة والعمل بها ، وعلى هذا لو أقر مرة أو دون الأربع لم يمنع ذلك سماع البينة عليه ولو تمت البينة عليه وأقر على نفسه إقراراً تاماً ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه وقوله يقتضى خلاف ذلك .

٧٢٠٢ (فصـــل)

وإن شهد شاهدان واعترف هو مرتين لم تكمل البينة ولم يجب الحد ، لا نعلم فى هذا خلافا بين من اعتبر إقرار أربع مرات وهو قول أصحاب الرأى لأن إحدى الحجتين لم تكمل ولا تلفق إحداها بالأخرى كالإقرار ببعض مرة .

٧٢٠٣ (فصـــل)

وإن كملت البينة ثم مات الشهود أو غابوا جاز الحكم بها وإقامة الحد . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرأ الحد .

ولنا : أن كل شهادة جاز الحكم بها مع حضور الشهود جاز مع غيبتهم كسائر الشهادات واحتمال رجوعهم ليس بشبهة كما لو حكم بشهادتهم .

٧٢٠٤ (فصـــل)

وإن شهدوا بزنا قديم أو أقر به وجب الحد وبهذا قال مالك والأوزاعى والثورى وإسحق وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا أقبل بينة على زنا قديم وأحده بالإقرار به وهذا قول ابن حامد وذكره ابن أبى موسى مذهباً لأحمد لما روى عن عمر أنه قال : أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدو بحضرته فإنما هم شهود ضغن ولأن تأخيره للشهادة إلى هذا الوقت يدل على التهمة فيدرأ ذلك الحد .

ولنا : عموم الآية وأنه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق والحديث رواه الحسن مرسلا . ومراسيل الحسن ليست بالقوية والتأخير يجوز أن يكون لعذر أو غيبة والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا .

٧٢٠٥ (فصـــل)

وتجوز الشهادة بالحد من غير مدع لا نعلم فيه اختلافا ونص عليه أحمد واحتج بقضية أبى بكرة حين شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى وشهد الجارود وصاحبه على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى ، ولأن الحد حق لله تعالى فلم تفتقر الشهادة به إلى تقدم دعوى كالعبادات يبينه

أن الدعوى فى سائر الحقوق إنما تكون من المستحق وهذا لا حق فيه لأحد من الآدميين فيدعيه ، فلو وقفت الشهادة على الدعوى لامتنعت إقامتها . إذا ثبت هذا فإن من عنده شهادة على حد فالمستحب أن لا يقيمها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من ستر[١] عورة مسلم فى الدنيا ستره الله فى الدنيا والآخرة » وتجوز إقامتها لقول الله تعالى : (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم)[٢] ولأن الذين شهدوا بالحد فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم تنكر عليهم شهادتهم به .

ويستحب الإمام وغيره التعريض بالوقوف عن الشهادة بدليل قول عمر لزياد : إنى لأرى رجلا أرجو ألا يفضح الله على يديه رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأن تركها أفضل ، فلم يكن بأس بدلالته على الفضل . وقد روى أن رجلا سأل عقبة بن عامر فقال إن لى جيرانا يشربون الخمر أفأفارقهم إلى السلطان ؟ فقال عقبة بن عامر إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من ستر عورة مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة » .

٧٢٠٦ (فصـــل)

وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشهود ، وبهذا قال الشعبى ، والثورى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : عليها الحد ، لأن شهادة النساء لا مدخل لها فى الحدود فلا تسقط بشهادتهن .

ولنا : أن البكارة تثبت بشهادة النساء ، ووجودها يمنع من الزنا ظاهراً ، لأن الزنا لا يحصل بدون الإيلاج فى الفرج ولا يتصور ذلك مع بقاء البكارة لأن البكر هى التى لم توطأ فى قبلها ، وإذا انتفى الزنا لم يجب الحد كما لو قامت البينة بأن المشهود عليه بالزنا مجبوب وإنما يجب الحد على الشهود لكمال عدتهم مع احتمال صدقهم فإنه يحتمل أن يكون وطئها ثم عادت عذرتها ، فيكون ذلك شبهة فى درء الحد عنهم غير موجب له عليها ، فإن الحد لا يجب بالشبهات ، ويجب أن يكتفى بشهادة امرأة واحدة ، لأن شهادتها مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال .

فأما إن شهدت بأنها رتقاء ، أو ثبت أن الرجل المشهود عليه مجبوب ، فينبغى أن يجب الحد على الشهود ، لأنه يتيقن كذبهم فى شهادتهم بأمر لا يعلمه كثير من الناس ، فوجب عليهم الحد .

٧٢٠٧ (فصـــل)

إذا شهد أربعة على رجل أنه زنى بامرأة ، وشهد أربعة آخرون على الشهود أنهم هم الزناة بها ، لم يجب

(١) أخرجه مسلم وأبو داود عن أبى هريرة بلفظ (من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة) .
(٢) سورة النساء آية : ١٥ .

الحد على أحد منهم ، وهذا قول أبى حنيفه لأن الأولين قد جرحهم الآخرون بشهادتهم عليهم ، والآخرون تتطرق إليهم التهمة ، واختار أبو الخطاب وجوب الحد على الشهود الأولين ، لأن شهادة الآخرين صحيحة ، فيجب الحكم بها ، وهذا قول أبى يوسف ، وذكر أبو الخطاب فى صدر المسألة كلاما معناه لايحد أحد منهم حد الزنا ، وهل يحد الأولون حد القذف ؟ على وجهين بناء على القاذف إذا جاء مجىء الشاهد هل يحد ؟ على روايتين .

٧٢٠٨ (فصــــل)

وكل زنا أوجب الحد لايقبل فيه إلا أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له بقوله تعالى : (والذينَ يرمونَ المحصناتِ ثمَّ لم يأْتوا بأربعةِ شُهداءَ فاجلدوهم ثمانينَ جلدَةً[1]) ويدخل فيه اللواط ، ووطء المرأة فى دبرها ، لأنه زنا ، وعند أبى حنيفة يثبت بشاهدين ، بنساء على أصله فى أنه لا يوجب الحد ، وقد بينا وجوب الحد به ، ويخص هذا بأن الوطء فى الدبر فاحشة ، بدليل قوله تعالى : (أتأتونَ الفاحشةَ ماسبَقكُمْ بها منْ أحدٍ من العالمينَ ؟[2]) وقال الله تعالى : (واللاتى يأتينَ الفاحشةَ منْ نسائِكمْ فاستشهِدُوا عليهنَّ أربعةً منْكم[3]) فاذا وطئت فى الدبر دخلت فى عموم الآية ، ووطء البهيمة إن قلنا بوجوب الحد به لم يثبت إلا بشهود أربعة ، وإن قلنا لا يوجب إلا التعزير ففيه وجهان .

أحدهما : يثبت بشاهدين ، لأنه لا يوجب الحد فيثبت بشاهدين كسائر الحقوق .

والثانى : لايثبت إلا بأربعة وهو قول القاضى لأنه فاحشة ولأنه إيلاج فى فرج محرم فأشبه الزنا ، وعلى قياس هذا كل وطء لايوجب الحد ويوجب التعزير ، كوطء الأمة المشتركة ، وأمته المزوجة ، فإن لم يكن وطئاً كالمباشرة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين وجهاً واحداً ، لأنه ليس بوطء فأشبه سائر الحقوق .

٧٢٠٩ (فصــــل)

ولا يقيم الإمام الحد بعلمه ، روى ذلك عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه ، وبه قال مالك ، وأصحاب الرأى . وهو أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : له إقامته بعلمه ، وهو قول أبى ثور ، لأنه إذا جازت له إقامته بالبينة والاعتراف الذى لايفيد إلا الظن فيما يفيد العلم أولى .

ولنا : قول الله تعالى : (فاستشهدُوا عليهنَّ أربعةً منكمْ[4]) وقال تعالى : (فاذْ لم يَأتوا بالشهداءِ فأولئكَ عندَ اللهِ همُ الكاذبونَ[5]) . وقال عمر : أو كان الحَبَل أو الاعتراف ، ولأنه لايجوز له أن يتكلم به ، ولو رماه بما علمه منه لكان قاذفا يلزمه حد القذف ، فلم تجز إقامة الحد به ، كقول غيره ، ولأنه إذا

---

(١) سورة النور آية ٤ (٢) سورة الأعراف آية ٨٠ (٣) سورة النساء آية ١٥

(٤) سورة النساء آية ١٥ (٥) سورة النور آية ١٣

حرم النطق به فالعمل به أولى . فأما السيد إذا علم من عبده أو جاريته مايوجب الحد عليه فهل له إقامته عليه ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لايملك إقامته عليه ، لما ذكرنا فى الإمام ، ولأن الإمام إذا لم يملك إقامته بعلمه مع قوة ولايته والإتفاق على تفويض الحد إليه فغيره أولى .

والثانى : يملك ذلك ، لأن السيد يملك تأديب عبده بعلمه ، وهذا يجرى مجرى التأديب ، ولأن السيد أخص بعبده وأتم ولاية عليه ، وأشفق من الإمام على سائر الناس .

٧٢١٠ (فصـــل)

وإذ أحبلت امرأة لازوج لها ولا سيد لم يلزمها الحد بذلك . وتسأل فإن ادعت أنها أكرهت أووطئت بشبهة أو لم تعترف بالزنا لم تحد ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى . وقال مالك : عليها الحد إذا كانت مقيمة غير غريبة إلا أن تظهر أمارات الإكراه ، بأن تأتى مستغيثة أو صارخة لقول عمر رضى الله عنه والرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصناً إذا قامت بينة أو كان الحبل أو الاعتراف .

وروى أن عثمان أتى بامرأة ولدت لستة أشهر ، فأمر بها عثمان أن ترجم ، فقال على : ليس لك عليها سبيل قال تعالى : (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً [١]) وهذا يدل على أنه كان يرجمها بحملها ، وعن عمر نحو من هذا .

وروى : عن على رضى الله عنه أنه قال : يا أيها الناس [٢] : إن الزنا زناءان ، زنا سر ، وزنا علانية . فزنا السر : أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف ، فيكون الإمام أول من يرمى . وهذا قول سادة الصحابة ، ولم يظهر لهم مخالف فيكون إجماعا .

ولنا : أنه يحتمل أنه من وطء إكراه أو شبهة ، والحد يسقط بالشبهات ، وقد قيل : إن المرأة تحمل من غير وطء ، بأن يدخل ماء الرجل فى فرجها إما بفعلها أو فعل غيرها ولهذا تصور حمل البكر فقد وجد ذلك [٣] . وأما قول الصحابة فقد اختلفت الرواية عنهم ، فروى سعيد ، حدثنا خلف بن خليفة حدثنا هاشم : أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب ليس لها زوج ، وقد حملت فسألها عمر فقالت : إنى امرأة ثقيلة الرأس ، وقع على رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ ، فدرأ عنها الحد .

وروى البراء بن صبرة عن عمر : أنه أتى بامرأة حامل ، فادعت أنها أكرهت ، فقال : خل سبيلها ،

---

(١) سورة الأحقاف آية ١٥ (٢) أخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه عن على

(٣) نعم ، ولا يزال يوجد .

وكتب إلى أمراء الأجناد ألا يقتل أحد إلا بإذنه ، وروى عن على وابن عباس أنهما قالا : إذا كان فى الحد لعل وعسى فهو معطل .

وروى الدارقطنى بإسناده عن عبد الله بن مسعود ، ومعاذ بن جبل ، وعقبة بن عامر ، أنهم قالوا : إذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت ، ولا خلاف فى أن الحد يدرأ بالشبهات ، وهى متحققة ههنا .

٧٢١١ (فصـــــل)

وإذا استأجر امرأة لعمل شىء فزنى بها ، أو استأجرها ليزنى بها وفعل ذلك أو زنى بامرأة ثم تزوجها أو اشتراها ، فعليهما الحد . وبه قال أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : لاحد عليهما فى هذه المواضع ، لأن ملكه لمنفعتها شبهة دارئة للحد ، ولا يحد بوطء امرأة هو مالك لها .

ولنا : عموم الآية والأخبار ووجود المعنى المقتضى لوجوب الحد ، وقولهم إن ملكه منفعتها شبهة ليس بصحيح فإنه إذا لم يسقط عنه الحد ببذلها نفسها له ومطاوعتها إياه فلأن لا يسقط بملكه نفع محل آخر أولى ، وما وجب الحد عليه بوطء مملوكته وإنما وجب بوطء أجنبية فتغير حالها لا يسقطه كما لو ماتت .

٧٢١٢ (فصـــل)

وإذا وطىء امرأة له عليها القصاص وجب عليه الحد لأنه حق له عليها فلا يسقط الحد عنه كالدين .

٧٢١٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو رجم باقرار فرجع قبل أن يقتل كف عنه وكذلك إن رجع بعد أن جلد وقبل كال الحد خلى ﴾

قد تقدم شرح هذه المسألة وذكرنا أن المقر بالحد متى رجع عن إقراره ترك،وكذلك إن أتى بما يدل على الرجوع مثل الهرب لم يطلب ، لأن ما عزاً لما هرب قال النبى صلى الله عليه وسلم « هلا تركتموه ؟ » ولأن من قبل رجوعه قبل الشروع فى الحد قبل بعد الشروع فيه كالبينة .

٧٢١٤ (فصـــل)

ويستحب للإمام أو الحاكم الذى يثبت عنده الحد بالإقرار التعريض له بالرجوع إذا تم ، والوقوف عن إتمامه إذا لم يتم ، كما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أعرض عن ماعز حين أقر عنده ، ثم جاءه من الناحية الأخرى فأعرض عنه حتى تمم إقراره أربعاً . ثم قال : « لعلك قبلت لعلك لمست » وروى أنه قال للذى أقر بالسرقة : « ما إخالك فعلت » رواه سعيد ، عن سفيان ، عن يزيد ابن خصيفة ، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ، عن النبى صلى الله عليه وسلم وقال : حدثنا هشيم ، عن الحكم بن عتيبة ، عن يزيد ابن أبى كبشة ، عن أبى الدرداء ، أنه أتى بجارية سوداء سرقت ، فقال لها أسرقت ؟ قولى : لا . فقالت : لا . فخلى سبيلها . ولا بأس أن يعرض بعض الحاضرين له بالرجوع أو بألا يقر .

وروينا عن الأحنف : أنه كان جالساً عند معاوية ، فأتى ، بسارق ، فقال له معاوية : أسرقت ؟ فقال له بعض الشرطة : أصدق الأمير . فقال الأحنف :الصدق فى كل المواطن معجزة : فعرض له بترك الإقرار . وروى عن بعض السلف أ نه قال لا يقطع ظريف يعنى به أنه إذا قامت عليه بينة ، ادعى شبهة تدفع عنه القطع ، فلا يقطع ، ويكره لمن علم حاله أن يحثه على الإقرار ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لهزال وقد كان قال لماعز .بادر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن ينزل فيك قرآن : « ألا سترته بثوبك كان خيراً لك ؟ » . رواه سعيد ، وروى بإسناده أيضاً عن سعيد بن المسيب قال جاء ماعز بن مالك إلى عمر بن الخطاب فقال له: إنه أصاب فاحشة ، فقال له:أخبرت بهذا أحداً قبل؟قال: لا ، قال : فاستتر بستر الله وتب إلى الله ، فإن الناس يعيرون ولا يغيرون ، والله يغير ولا يعير فتب إلى الله ولا تخبر به أحداً فانطلق إلى أبى بكر فقال له مثل ما قال عمر ، فلم تقره نفسه حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك .

٧٢١٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن زنى مراراً ولم يحد فحد واحد ﴾ .

وجملته : أن ما يوجب الحد من الزنا والسرقة والقذف وشرب الخمر إذا تكرر قبل إقامة الحد أجزأ حد واحد بغير خلاف علمناه . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . منهم: عطاء ، والزهرى ، ومالك ، وأبوحنيفة ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبوثور ، وأبويوسف . وهو مذهب الشافعى . وإن أقيم عليه الحد ثم حدثت منه جناية أخرى ، ففيها حدها ، لانعلم فيه خلافاً . وحكاه ابن المنذر عمن يحفظ عنه . وقد سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمة تزنى قبل أن تحصن قال : « إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها » . ولأن تداخل الحدود إنما يكون مع اجتماعها ، وهذا الحد الثانى وجب بعد سقوط الأول باستيفائه ، وإن كانت الحدود من أجناس ، مثل الزنا ، والسرقة ، وشرب الخمر ، أقيمت كلها ، إلا أن يكون فيها قتل ، فإن كان فيها قتل اكتفى به ، لأنه لاحاجة معه إلى الزجر بغيره . وقد قال ابن مسعود : ما كانت حدود فيها قتل إلا أحاط القتل بذلك كله ، وإن لم يكن فيها قتل استوفيت كلها ، وبدىء بالأخف فالأخف ، فيبدأ بالجلد ، ثم بالقطع ، ويقدم الأخف فى الجلد على الأثقل ، فيبدأ فى الجلد بحد الشرب ، ثم بحد القذف إن قلنا إنه حق لله تعالى ، ثم بحد الزنا . وإن قلنا : إن حد القذف حق لآدمى قدمناه ، ثم بحد الشرب ، ثم بحد الزنا .

٧٢١٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تحاكم إلينا أهل الذمة حكمنا عليهم بحكم الله تعالى علينا ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا تحاكم إلينا أهل الذمة أو استعدى بعضهم على بعض فالحاكم مخير بين إحضارهم،

والحكم بينهم ، وبين تركهم ، سواء كانوا من أهل دين واحد ، أو من أهل أديان . هذا المنصوص عن أحمد . وهو قول النخعى ، وأحد قولى الشافعى ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أنه يجب الحكم بينهم ، وهذا القول الثانى للشافعى ، واختيار المزنى ، لقول الله تعالى : « وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللهُ[1] » . ولأنه يلزمه دفع من قصد واحداً منهما بغير حق ، فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين .

ولنا قول الله الله تعالى : « فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ[2] » فخيره بين الأمرين ، ولاخلاف فى أن هذه الآية نزلت فيمن وادعه رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ، ولأنهما كافران ، فلايجب الحكم بينهما كالمعاهدين .

والآية التى احتجوا بها محمولة على من اختار الحكم بينهم ، لقوله تعالى : « وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ[3] » جمعاً بين الآيتين ، فإنه لا يصار إلى النسخ مع إمكان الجمع ، فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بينهم لم يجز له الحكم إلا بحكم الإسلام ، للآيتين ، ولأنه لايجوز له الحكم إلا بالقسط كما فى حق المسلمين ، ومتى حكم بينهما ألزمهما حكمه ، ومن امتنع منهما أجبره على قبول حكمه ، وأخذه به ، لأنه إنما دخل فى العهد بشرط التزام أحكام الإسلام . قال أحمد : لايبحث عن أمرهم ، ولايسأل عن أمرهم إلا أن يأتواهم ، فإن ارتفعوا إلينا أقمنا عليهم الحد على مافعل النبى صلى الله عليه وسلم . وقال أيضاً : حكمنا يلزمهم ، وحكمنا جائز فى جميع الملل ، ولايدعوهما الحاكم ، فإن جاءوا حكمنا بحكمنا .

إذا ثبت هذا فإنه إذا رفع إلى الحاكم من أهل الذمة من فعل محرما يوجب عقوبة مما هو محرم عليهم فى دينهم كالزنا والسرقة والقذف والقتل فعليه إقامة حده عليه ، فإن كان زنا جلد إن كان بكراً ، وغرب عاماً ، وإن كان محصناً رجم ، لما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بيهوديين فجرا بعد إحصانهما فأمر بهما فرجما . وعن ابن عمر أن اليهود جاءوا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا له إن رجلا منهم وامرأة زنيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « ماتجدون فى التوراة فى شأن الرجم؟ فقالوا : نفضحهم ويجلدون ، قال عبد الله بن سلام : كذبتم إن فيها الرجم . فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ماقبلها وما بعدها . فقال عبد الله بن سلام : ارفع يدك ، فرفع يده فإذا فيها آية الرجم فقالوا : صدق يا محمد ، فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما » متفق عليه ، وروى أنس « أن يهودياً قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين » متفق عليه . وإن كان يعتقد إباحته كشرب الخمر لم يحد ، لأنه لايعتقد تحريمه ، فلم يلزمه عقوبته كالكفر ، وإن تظاهر به عزر ، لأنه أظهر منكراً فى دار الإسلام ، فعزر عليه كالمسلم .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٩ (٢) سورة المائدة آية ٤٢ (٣) سورة المائدة آية ٤٢ .

٧٢١٧ (فصـــــل)

وإن تحاكم مسلم وذمى وجب الحكم بينهما بغير خلاف ، لأنه يجب دفع ظلم كل واحد منهما عن صاحبه .

﴿ حـــد القــذف ﴾

٧٢١٨ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا قذف بالغ حراً مسلماً أو حرة مسلمة جلد الحد ثمانين ﴾

القذف هو : الرمى بالزنا ، وهو محرم باجماع الأمة ، والأصل فى تحريمه الكتاب والسنة . أما الكتاب فقول الله تعالى : « والَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصنَاتِ ثمَّ لَمْ يأتُوا بِأَرْبَعةِ شُهَداء فاجْلِدُوهمْ ثمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقبَلوا لَهمُ شَهادَةً أبداً . وَأولئِك هُم الفَاسِقونْ »[1] وقال سبحانه : « إنَّ الَّذِينَ يَرمُونَ الْمُحصنَاتِ الغَافِلاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعِنُوا فى الدُّنيا وَالآخِرَةِ ولهمْ عَذَابٌ عظِيم »[2] . أما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم : « اجتنبوا السبع الموبقات . قالوا وما هن يا رسول الله قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله ، وأكل الربا وأكل مال اليتيم ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » . متفق عليه . والمحصنات ههنا العفائف ، والمحصنات فى القرآن جاءت بأربعة معان

أحدها : هذا . والثانى : بمعنى المزوجات كقوله تعالى : « وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّساء إلا ما مَلَكَتْ أيمانُكمْ »[3] . وقوله تعالى : « مُحْصنَات غَيْر مُسَافِحَات »[4] . والثالث : بمعنى الحرائر كقوله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤمِنَاتِ »[5] وقوله سبحانه . « وَالمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَات مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَاب مِنْ قَبْلِكُمْ »[5] وقوله : « فَعَلَيهِنَّ نِصفُ ما عَلَى الْمُحْصنات مِنَ العَذَاب »[6] . والرابع : بمعنى الإسلام كقوله : (فإذَا أُحْصِنَّ)[7] قال ابن مسعود : إحصانها إسلامها .

وأجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف المحصن إذا كان مكلفاً ، وشرائط الإحصان الذى يجب الحد بقذف صاحبه خمسة : العقل ، والحرية ، والإسلام ، والعفة عن الزنا ، وأن يكون كبيراً يجامع مثله ، وبه يقول جماعة العلماء قديماً وحديثاً ، سوى ماروى عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد ، وعن ابن المسيب وابن أبى ليلى قالوا : إذا قذف ذميه ولها ولد مسلم يحد .

---

(١) سورة النور آية ٤ (٢) سورة النور آية ٢٣ (٣) سورة النساء آية ٢٤
(٤) سورة النساء آية ٢٥ (٥) سورة النساء آية ٢٥ (٦) سورة المائدة آية ٥
(٧) سورة النساء آية ٢٥

والأول أولى ، لأن من لا يحـد قاذفه إذا لم يكن له ولد كالمجنونة ، واختلفت الرواية عن أحمد فى اشتراط البلوغ .

فروى عنه أنه شرط ، وبه قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، لأنه أحد شرطى التكاليف ، فأشبه العقل ، ولأن زنا الصبى لا يوجب حداً ، فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون .

والثانية : لا يشترط ، لأنه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول الممكن صدقه فأشبه الـكبير . وهذا قول مالك ، وإسحاق . فعلى هذه الرواية لابد أن يكون كبيراً يجامع مثله ، وأدناه أن يكون للغلام عشر ، وللجارية تسع .

٧٢١٩ (فصـــل)

ويجب الحد على قاذف الخصى ، والمجبوب ، والمريض المدنف ، والرتقاء ، والقرناء ، وقال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : لاحد على قاذف مجبوب . قال ابن المنذر : وكذلك الرتقاء ، وقال الحسن : لاحد على قاذف الخصى ، لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القـاذف ، والحد إنما يجب لنفى العـار .

ولنا عموم قوله تعالى : « والذِّينَ يرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَم يأتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فاجْلِدُوهم ثمانين جَلْدَة »[1] والرتقاء داخلة فى عموم هذا ، ولأنه قاذف لمحصن فيلزمه الحد كقاذف القادر على الوطء ولأن إمكان الوطء أمر خفى لا يعلمه كثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحـد فيجب كـقذف المريض .

٧٢٢٠ (فصـــل)

ويجب الحد على القاذف فى غير دار الإسلام ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أصحاب الرأى : لاحـد عليه ، لأنه فى دار لاحد على أهلها .

ولنـا عموم قوله تعـالى : « والذين يرمون » الآية . ولأنه مسلم مكلف قذف محصناً فأشبه من فى دار الإسلام .

٧٢٢١ (فصـــل)

وقدر الحد ثمانون إذا كان القاذف حراً للآية والإجماع، رجلا كان أو امرأة ويشترط أن يـكون بالغا عاقلا غير مكره لأن هذه مشترطة لـكل حد .

---

(١) سورة النور آية ٤

٧٢٢٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ إذا طالب المقذوف ولم يكن للقاذف بينة ﴾

وجملته أن يعتبر لإقامة الحد بعد تمام القذف بشروطه شرطان .

أحدهما : مطالبة المقذوف ، لأنه حق له فلا يستوفى قبل طلبه كسائر حقوقه .

والثانى : ألا يأتى [القاذف] ببينة لقول الله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم » . فيشترط فى جلدهم عدم البينة ، وكذلك يشترط عدم الإقرار من المقذوف ، لأنه فى معنى البينة ، فإن كان القاذف زوجا اعتبر شرط ثالث ، وهو امتناعه من اللعان ، ولا نعلم خلافا فى هذا كله وتعتبر استدامة الطلب إلى إقامة الحد فلو طلب ثم عفا عن الحد سقط ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور . وقال الحسن ، وأصحاب الرأى ، لا يسقط بعفوه ، لأنه حد فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود .

ولنا : أنه حق لا يستوفى إلا بعد مطالبة الآدمى باستيفائه ، فسقط بعفوه كالقصاص ، وفارق سائر الحدود فإنه لا يعتبر فى إقامتها الطلب باستيفائها ، وحد السرقة إنما تعتبر فيه المطالبة بالمسروق لا باستيفاء الحد ، ولأنهم قالوا تصح دعواه ، ويستحلف فيه ، ويحكم الحاكم فيه بعلمه ، ولا يقبل رجوعه عنه بعد الاعتراف ، فدل على أنه حق لآدمى .

٧٢٢٣ (فصـل)

وإذا قلنا بوجوب الحد بقذف من لم يبلغ ، لم تجز إقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه ، لأن مطالبته قبل البلوغ لا توجب الحد ، لعدم اعتبار كلامه ، وليس لوليه المطالبة عنه ، لأنه حق شرع للتشفى ، فلم يقم غيره مقامه فى استيفائه كالقصاص ، فإذا بلغ وطالب أقيم عليه حينئذ ، ولو قذف غائبا لم يقم عليه الحد حتى يقدم ويطالب ، إلا أن يثبت أنه طالب فى غيبته ويحتمل أن لا تجوز إقامته فى غيبته بحال ، لأنه يحتمل أن يعفو بعد المطالبة ، فيكون ذلك شبهة فى درء الحد ، لكونه يندرىء بالشبهات ، ولو قذف عاقلا فجن بعد قذفه وقبل طلبه لم تجز إقامته حتى يفيق ويطالب ، وكذلك إن أغمى عليه ، فإن كان قد طالب به قبل جنونه وإغمائه جازت إقامته كما لو وكل فى استيفاء القصاص ثم جن أو أغمى عليه قبل استيفائه .

٧٢٢٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإن كان القاذف عبداً أو أمة جلد أربعين بأدْوَنَ من السوط الذى يجلد به الحر ﴾

أجمع أهل العلم على وجوب الحد على العبد إذا قذف الحر المحصن ، لأنه داخل فى عموم الآية ، وحده أربعون فى قول أكثر أهل العلم ، روى عن عبد الله بن عامر بن ربيعة أنه قال : أدركت أبا بكر ، وعمر

وعثمان ، ومن بعدهم من الخلفاء ، فلم أرهم يضربون المملوك إذا قذف إلا أربعين وروى خلاس[١] أن علياً قال فى عبد قذف حراً نصف الجلد ، وجلد أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عبداً قذف حراً ثمانين وبه قال قبيصة ، وعمر بن عبد العزيز ، ولعلهم ذهبوا إلى عموم الآية ، والصحيح الأول للإجماع المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا ، وهو يخص عموم الآية ، وقد عيب على أبى بكر بن عمرو بن حزم جلده العبد ثمانين ، وقال عبد الله بن عامر بن ربيعة ما رأينا أحداً قبله جلد العبد ثمانين .

وقال سعيد : حدثنا ابن عبد الرحمن بن أبى الزناد ، عن أبيه ، قال : حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبداً فى فرية[٢] ثمانين ، فأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء فقال لى عبد الله بن عامر بن ربيعة : إنى رأيت والله عمر بن الخطاب فما رأيت أحداً جلد عبداً فى فرية[٣] فوق أربعين .

إذا ثبت أنه أربعون فإنه يكون بدون السوط الذى يجلد به الحر ، لأنه لما خفف فى قدره خفف فى سوطه كما أن الحدود فى أنفسها كما قل منها كان سوطه أخف ، فالجلد فى الشرب أخف منه فى القذف ، وفى القذف أخف منه فى الزنا ، ويحتمل أن يساوى العبد الحر فى السوط ، لأنه على النصف ولا يتحقق التنصيف إلا مع المساواة فى السوط .

٢٧٢٥ (فصل)

وإذا قذف ولده وإن نزل لم يجب الحد عليه سواء كان القاذف رجلا أو امرأة ، وبهذا قال عطاء ، والحسن ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وقال عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأبو ثور ، وابن المنذر : عليه الحد ، لعموم الآية ، ولأنه حد فلا تمنع من وجوبه قرابة الولادة كالزنا .

ولنا أنه عقوبة تجب حقاً لآدمى ، فلا تجب للولد على الوالد كالقصاص ، أو نقول إنه حق لا يستوفى إلا بالمطالبة باستيفائه ، فأشبه القصاص ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص ، ولأن الأبوة معنى يسقط القصاص ، فمنعت الحد كالرق والكفر ، وهذا يخصص[٤] عموم الآية وما ذكروه

---

(١) خلاس بن عمرو الهجرى البصرى روى عن على وأبى هريرة وعائشة وطائفة وروى عنه قتادة وعوف . قال أحمد : ثقة ثقة وروايته عن على كتاب ، وكان يحيى القطان يتوقى حديثه عن على خاصة .

وقال أبو داود : ثقة لم يسمع من على ، وسمعت أحمد بن حنبل يقول : لم يسمع من أبى هريرة شيئاً ، قال الذهبى فى الميزان : ج ١ ص ٦٥٨ (لكن روايته عن أبى هريرة فى البخارى) وقال ابن معين : ثقة ، مات قبل المائة (ف)

(٢) ، (٣) فى النسخ (قرية) والصواب (فرية) كما فى الشرح الكبير ١٠ ص ٢١٢ (ف)

(٤) فى المخطوطة : يخص وما فى ١٨ أوضح .

ينتقض بالسرقة ، فإن الأب لا يقطع بسرقة مال ابنه ، والفرق بين القذف والزنا أن حد الزنا خالص لحق الله تعالى لا حق للآدمى فيه ، وحد القذف حق لآدمى فلا يثبت للابن على أبيه كالقصاص ، وعلى أنهُ لو زنا بجارية ابنه لم يجب عليه حد . إذا ثبت هذا فانه لو قذف أم ابنه وهى أجنبية منه فماتت قبل استيفائه لم يكن لابنه المطالبة بالحد ، لأن ما منع ثبوته ابتداء أسقطه طارئا كالقصاص ، وإن كان لها ابن آخر من غيره كان له استيفاؤه إذا ماتت بعد المطالبة به ، لأن الحد يملك بعض الورثة استيفاءه كله بخلاف القصاص وأما قذف سائر الأقارب فيوجب الحد على القاذف فى قولهم جميعا .

٧٢٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال له : يالوطى ، سئل عما أراد . فإن قال : أردت أنك من قوم لوط ، فلا شيء عليه . وإن قال : أردت أنك تعمل عمل قوم لوط ، فهو كمن قذف بالزنا ﴾

فى هذه المسألة فصلان :

٧٢٢٧ (أحدهما)

أن من قذف رجلا بعمل قوم لوط إما فاعلا وإما مفعولا فعليه حد القذف وبه قال الحسن ، والنخعى ، والزهرى ، ومالك ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وأبو ثور ، وقال عطاء ، وقتادة ، وأبو حنيفة لا حد عليه ، لأنه قذف بما لا يوجب الحد عنده وعندنا هو موجب للحد وقد بيناه فيما مضى ، وكذلك لو قذف امرأة أنها وطئت[1] فى دبرها ، أو قذف رجلا بوطء امرأة فى دبرها ، فعليه الحد عندنا ، وعند أبى حنيفة لا حد عليه ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف فى وجوب حد الزنا على فاعل ذلك وقد تقدم الكلام فيه .

فأما إن قذفه بإتيان بهيمة انبنى ذلك على وجوب الحد على فاعله ، فمن أوجب الحد على فاعله أوجب حد القذف على القاذف به ، ومن لا فلا ، وكل مالا يجب الحد بفعله لا يجب الحد على القاذف به ، كما لو قذف إنسانا بالمباشرة دون الفرج ، أو بالوطء بالشبهة ، أو قذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهة ، لم يجب الحد على القاذف . ولأنه رماه بما لا يوجب الحد فأشبه ما لو قذفه باللمس والنظر ، وكذلك لو قال: يا كافر ، يافاسق ، ياسارق ، يامنافق ، يافاجر ، ياخبيث ، ياأعور ، ياأقطع ، ياأعمى ، ياابن الزمن الأعمى الأعرج فلا حد فى ذلك كله لأنه قذف بما لا يوجب الحد ، فلم يوجب الحد كما لو قال : ياكاذب ، يا نمام ، ولا نعلم فى هذا خلافا بين أهل العلم ولكنه يعزر لسب الناس وأذاهم فأشبه مالو قذف من لا يوجب قذفه الحد .

٧٢٢٨ (الفصل الثانى)

أنه إذا قال : أردت أنك من قوم لوط ، فاختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه جماعة أنه يجب عليه

(١) فى المخطوطة ١٨ : بأنها وطئت

الحد بقوله يالوطى ، ولا يسمع تفسيره بما يحيل القــذف ، وهذا اختيار أبى بـكر ، ونحوه قال الزهرى ، ومالك .

والرواية الثانية : أنه لا حد عليه نقلها المروذى ، ونحو هذا قال الحسن ، والنخعى . قال الحسن : إذا قال نويت أن دينه دين لوط فلا حد عليه ، وإن قال : أردت أنك تعمل عمل قوم لوط فعليه الحد . ووجه ذلك أنه فسر كلامه بما لا يوجب الحد ، فلم يجب عليه حد كما لو فسره به متصلا بكلامه .

وروى عن أحمد رواية ثالثة : أنه إذا كان فى غضب قال إنه لأهل أن يقام عليه الحـد ، لأن قرينة الغضب تدل على إرادة القـذف ، بخلاف حال الرضا ، والصحيح فى المذهب الرواية الأولى ، لأن هذه الـكلمة لا يفهم منها إلا القذف بعمل قوم لوط ، فـكانت صريحة فيه ، كقوله ، يا زانى ، ولأن قوم لوط لم يبق منهم أحد ، فلا يحتمل أن ينسب إليهم .

٧٢٢٩ (فصــل)

وإن قال أردت أنك على دين لوط أو أنك تحب الصبيان ، أو تقبلهم ، أو تنظر إليهم ، أو أنك تتخلق بأخلاق قوم لوط فى أنديتهم ، غير إتيان الفاحشة ، أو أنك تنهى عن الفاحشة كنهى لوط عنهـا ، أو نحو ذلك خرج فى هذا كله وجهان بناء على الروايتين المنصوصتين فى المسألة لأن هذا فى معناه .

٧٢٣٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وكذلك من قال يا معفوج ﴾

المنصوص عن أحمد فيمن قال يا معفوج أن عليه الحد ، وكلام الخرقى يقتضى أنه يرجع إلى تفسيره ، فإن فسره بغير الفاحشة مثل أن قال : أردت يا مفلوج ، أو يا مصاباً دون الفرج ، ونحو هذا فلا حد عليه ، لأنه فسره بما لا حد فيه ، وإن فسره بعمل قوم لوط فعليه الحد ، كما لو صرح به ووجه القولين ما تقــدم فى التى قبلهـا .

٧٢٣١ (فصــل)

وكلام الخرقى يقتضى ألايجب الحد على القاذف إلا بلفظ صريح لايحتمل غير القذف ، وهو أن يقول: يا زانى ، أو ينطق باللفظ الحقيقى فى الجماع ، فأما ما عداه من الألفاظ فيرجع فيه إلى تفسيره ، لمـا ذكرنا فى هاتين المسألتين . فلو قال لرجل يا مخنث ، أو لامرأة يا قحبة ، وفسره بمـا ليس بقذف مثل أن يريد بالمخنث أن فيه طباع التأنيث ، والتشبه بالنساء ، وبالقحبة أنها تستعد لذلك ، فلا حد عليه وكذلك إذا قال: يا فاجرة يا خبيثة .

وحكى أبو الخطاب فى هذا رواية أخرى أنه قذف صريح ، ويجب به الحد ، والصحيح الأول . قال أحمد فى رواية حنبل : لا أرى الحـد إلا على من صرح بالقذف والشتيمة . قال ابن المنذر : الحد على من نصب الحد نصباً ، ولأنه قول غير الزنا فلم يكن صريحاً فى القذف كقوله يا فاسق ، وإن فسر شيئاً من ذلك بالزنا فلا شك فى كونه قذفا .

٧٢٣٢ (فصـــــل)

واختلفت الرواية عن أحمـد فى التعريض بالقذف مثل أن يقول لمن يخاصمه ما أنت بزان ، ما يعرفك الناس بالزنا ، يا حلال ابن الحلال ، أو يقول ما أنا بزان ، ولا أمى بزانية ، فروى عنه حنبل لا حد عليه ، وهو ظاهر كلام الخرقى ، واختيار أبى بكر . وبه قال عطاء ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ، والثورى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، لما روى أن رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم : إن امرأتى ولدت غلاماً أسود ، يعرض بنفيه ، فلم يلزمه بذلك حد ، ولا غيره . وقد فرق الله تعالى بين التعريض بالخطبة والتصريح بها ، فأباح التعريض فى العدة ، وحرم التصريح فكذلك فى القذف ، ولأن كل كلام يحتمل معنيين لم يكن قذفاً كقوله : يا فاسق .

وروى الأثرم وغيره عن أحمد أن عليه الحد ، وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه وبه قال إسحاق ، لأن عمر حين شاورهم فى الذى قال لصاحبه : ما أنا بزان ، ولا أمى بزانية ، فقالوا قد مدح أباه وأمه . فقال عمر قد عرض بصاحبه فجلده الحد ، وقال معمر : إن عمر كان يجلد الحد فى التعريض .

وروى الأثرم أن عثمان جلد رجلا قال لآخر : يا ابن شَامَّةِ[1] الوَذْرِ ، يعرض له بزنا أمه ، والوذر قدر اللحم ، يعرض له بكمر الرجال ، ولأن الكناية مع القرينة الصارفة إلى أحد محتملاتها كالصريح الذى لا يحتمل إلا ذلك المعنى ، ولذلك وقع الطلاق بالكناية ، فإن لم يكن ذلك فى حال الخصومة ولا وجدت قرينة تصرف إلى القذف فلا شك فى أنه لا يجوز قذفاً .

وذكر أبو الخطاب من صور التعريض أن يقول لزوجة آخر : قد فضحته ، وغطيت رأسه ، وجعلت له قروناً ، وعلقت عليه أولاداً من غيره ، وأفسدت فراشه ، ونكست رأسه. وذكر فى جميع ذلك روايتين ، وذكر أبو بكر عبد العزيز أن أبا عبد الله رجع عن القول بوجوب الحد فى التعريض .

---

(١) فى لسان العرب ج ٥ ص ٢٨١ (فى حديث عثمان رضى الله عنه أنه رفع إليه رجل قال لرجل يابن شامة الوذر فحده وهو من سباب العرب وذمهم وإنما أراد يابن شامة المذاكير يعنون الزنا كأنها كانت تشم كمراً مختلفة فكنى عنه والذكر قطعة من بدن صاحبه وقيل أرادوا به القلف جمع قلفة الذكر لأنها تقطع) اهـ الوزرة : من اللحم القطعة الصغيرة . (ف)

٧٢٣٣ (فصـــل)

وإن قال لرجل : يا ديوث ، يا كشحان ، فقال أحمد : يعزر . قال إبراهيم الحربي : الديوث : الذي يدخل الرجال على امرأته ، وقال ثعلب : القرطبان الذي يرضى أن يدخل الرجال على امرأته ، وقال : القرنان ، والكشحان لم أرهما في كلام العرب ، ومعناه عند العامة مثل معنى الديوث أو قريباً منه ، فعلى القاذف به التعزير على قياس قوله في الديوث ، لأنه قذفه بما لا حد فيه .

وقال خالد بن يزيد عن أبيه في الرجل يقول للرجل: ياقرنان : إذا كان له أخوات أو بنات في الإسلام ضرب الحد ، يعني أنه قاذف لهن .

وقال خالد عن أبيه : القرنان عند العامة من له بنات ، والكشحان من له أخوات ، يعني والله أعلم إذا كان يدخل الرجال عليهن ، والقواد عند العامة السمسار في الزنا ، والقذف بذلك كله يوجب التعزير لأنه قذف بما لا يوجب الحد .

٧٢٣٤ (فصـــل)

وإذا نفى رجلا عن أبيه فعليه الحد نص عليه أحمد وكذلك إذا نفاه عن قبيلته وبهذا قال إبراهيم النخعي وإسحاق وبه قال أبو حنيفة ، والثوري ، وحماد ، إذا نفاه عن أبيه ، وكانت أمه مسلمة ، وإن كانت ذمية أو رقيقة فلا حد عليه ، لأن القذف لها

ووجه الأول ما روى الأشعث بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول : « لا أوتى برجل يقول إن كنانة ليست من قريش إلا جلدته » وعن ابن مسعود أنه قال لا جلد إلا في اثنين . رجل قذف محصنة ، أو نفى رجلا عن أبيه ، وهذا لا يقوله إلا توقيفاً ، فأما إن نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه لم يقذف أحداً بالزنا ، وكذلك إن قال إن لم تفعل كذا فلست بابن فلان ، فلا حد فيه لأن القذف لا يتعلق بالشرط والقياس يقتضي أن لا يجب الحد بنفي الرجل عن قبيلته ، ولأن ذلك لا يتعين فيه الرمي بالزنا ، فأشبه ما لو قال للأعجمي إنك عربي ، ولو قال للعربي : أنت نبطي ، أو فارسي ، فلا حد فيه وعليه التعزير ، نص عليه لأنه يحتمل أنك نبطي اللسان ، أو الطبع ، وحكي عن أحمد رواية أخرى : أن عليه الحد كما لو نفاه عن أبيه . والأول أصح ، وبه قال مالك ، والشافعي ، لأنه يحتمل غير القذف احتمالاً كثيراً ، فلا يتعين صرفه إليه ، ومتى فسر شيئاً من ذلك بالقذف فهو قاذف .

٧٢٣٥ (فصـــل)

وإذا قذف رجل رجلا فقال آخر : صدقت فالمصدق قاذف أيضاً ، في أحد الوجهين ، لأن تصديقه

ينصرف إلى ما قاله . بدليل ما لو قال : لى عليك ألف فقال : صدقت كان إقراراً بها . ولو قال : أعطنى ثوبى هذا ، فقال : صدقت كان إقراراً .

وفيه وجه آخر لا يكون قاذفاً ، وهو قول زفر ، لأنه يحتمل أن يريد بتصديقه فى غير القذف ، ولو قال أخبرنى فلان أنك زنيت لم يكن قاذفاً ، سواء كذبه المخبر عنه أو صدقه وبه قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر أنه يكون قاذفاً إذا كذبه الآخر . وبه قال عطاء ، ومالك ، ونحوه عن الزهرى ، لأنه أخبر بزناه .

ولنا : أنه إنما أخبر أنه قد قذف فلم يكن قذفاً كما لو شهد على رجل أنه قد قذف رجلا .

٧٢٣٦ (فصـــــل)

وإن قال أنت أزنى من فلان ، أو أزنى الناس ، فهو قاذف له ، وهل يكون قاذفاً للثانى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يكون قاذفاً له ، اختاره القاضى لأنه أضاف الزنا إليهما ، وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر . فإن لفظة أفعل للتفضيل ، فيقتضى اشتراك المذكورين فى أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الآخر فيه ، كقوله أجود من حاتم .

والثانى : يكون قاذفاً للمخاطب خاصة ، لأن لفظة أفعل قد تستعمل للمنفرد بالفعل كقول الله تعالى : « أَفَمَنْ يَهْدِي إِلَى الْحَقِّ أَحَقُّ أَنْ يُتَّبَعَ أَمْ مَنْ لَا يَهِدِّي إِلَّا أَنْ يُهْدَى »(1) وقال تعالى : « فَأَيُّ الْفَرِيقَيْنِ أَحَقُّ بِالْأَمْنِ »(2) ؟ — وقال لوط — « بناتى هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ »(3) أى من أدبار الرجال ، ولا طهارة فيهم . وقال الشافعى وأصحاب الرأى : ليس بقذف . للأول ولا للثانى ، إلا أن يريد به القذف .

ولنا : أن موضوع اللفظ يقتضى ما ذكرناه ، فحمل عليه كما لو قال : أنت زان .

٧٢٣٧ (فصـــــل)

وإن قال زنأت مهموزاً فقال أبو بكر وأبو الخطاب : هو قذف ، لأن عامة الناس لا يفهمون من ذلك إلا القذف فكان قذفاً كما قال : زنيت ، وقال ابن حامد : إن كان عامياً فهو قذف ، لأنه لا يريد به إلا القذف ، وإن كان من أهل العربية لم يكن قذفاً لأن معناه فى العربية طلعت ، فالظاهر أنه يريد موضوعه ، ولأصحاب الشافعى فى كونه قذفاً وجهان ، وإن قال ، زنأت فى الجبل ، فالحكم فيه كما لو قال

---

(١) سورة النساء آية ٣٥ (٢) سورة الأنعام آية ٨١

(٣) سورة هود اية ٧٨

زنأت ولم يقل فى الجبل ، وقال الشافعى ،ومحمد بن الحسن : ليس بقذف . قال الشافعى : ويستحلف على ذلك .

ولنا : أنه إذا كان عامياً لا يعرف موضوعه فى اللغة تعين مراده فى القذف ولم يفهم منه سواه ، فوجب أن يكون قذفاً ، كما لو فسره بالقذف أو لحن لحناً غير هذا .

٧٢٣٨ (فصـــل)

فإن قال لرجل يازانية ، أو لامرأة : يازانى ، فهو صريح فى قذفهما ، اختاره أبو بكر ، وهو مذهب الشافعى . واختار ابن حامد : أنه ليس بقذف إلا أن يفسره به وهو قول أبى حنيفة ، لأنه يحتمل أن يريد بقوله يازانية ، أى ياعلامة فى الزنا ، كما يقال للعالم علامة ، وللكثير الرواية راوية ، ولكثير الحفظ حفظه

ولنا أن ما كان قذفاً لأحد الجنسين كان قذفاً للآخر ، كقوله زنيت بفتح التاء وكسرها لهما جميعاً ، ولأن هذا اللفظ خطاب لهما ، وإشارة إليهما بلفظ الزنا ، وذلك يغنى عن التمييز بتاء التأنيث ، وحذفها وكذلك لو قال للمرأة ياشخصاً زانياً ، أو للرجل يانسمة زانية كان قاذفاً ، وقولهم : إنه يريد بذلك أنه علامة فى الزنا لا يصح ، فإن ما كان اسماً للفعل إذا دخلته الهاء كانت للمبالغة ، كقولهم حفظة للمبالغة فى الحفظ وراوية للمبالغة فى الرواية ، وكذلك همزة ، ولمزة ، وصرعة ، ولأن كثيراً من الناس يذكر المؤنث ويؤنث المذكر ، ولا يخرج بذلك عن كون المخاطب به مراداً بما يراد باللفظ الصحيح .

٧٢٣٩ (فصـــل)

وإن قال لرجل زنيت بفلانة كان قاذفاً لهما وقد نقل عن أبى عبد الله أنه سئل عن رجل قال لرجل : ياناكح أمه ما عليه ؟ قال : إن كانت أمه حية فعليه الحد للرجل ، ولأمه حد . وقال مهنا : سألت أبا عبد الله : إذا قال الرجل لرجل : يا زانى ابن الزانى ، قال : عليه حدان ، قلت : أبلغك فى هذا شىء ؟ قال مكحول قال : فيه حدان . وإن أقر إنسان أنه زنى بامرأة فهو قاذف لها ، سواء لَزِمَهُ حد الزنا بإقراره أو لم يلزمه ، وبهذا قال ابن المنذر ، وأبو ثور . ويشبه مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه حد القذف ، لأنه يتصور منه الزنا بها ، من غير زناها ، لاحتمال أن تكون مكرهة أو موطوءة بشبهة .

ولنا : ما روى ابن عباس أن رجلا من بكر بن ليث أتى النبى صلى الله عليه وسلم فأقر أنه زنى بامرأة أربع مرات ، فجلده مائة ، وكان بكراً ، ثم سأله البينة على المرأة ، فقالت : كذب والله يا رسول الله . فجلده حد الفرية ثمانين ، والاحتمال الذى ذكره لا ينفى الحد بدليل ما لو قال : يانائك أمه ، فإنه يلزمه الحد مع احتمال أن يكون فعل ذلك بشبهة . وقد روى عن أبى هريرة : أنه جلد رجلا قال لرجل ذلك ، ويتخرج لنا مثل قول أبى حنيفة بناء على ما إذا قال لامرأته : يا زانية فقالت : بك زنيت . فإن أصحابنا قالوا : لاحد

عليها في قولها بك زنيت ، لاحتمال وجود الزنا به مع كونه واطئاً بشبهة ، ولا يجب الحد عليه لتصديقها إياه وقال الشافعي : عليه الحد دونها ، وليس هذا بإقرار صحيح .

ولنا : أنها صدقته فلم يلزمه حد كما لو قالت : صدقت ، ولو قال : يا زانية ، قالت : أنت أزنى مني فقال أبو بكر : هي كالتي قبلها في سقوط الحد عنه ويلزمها له ههنا حد القذف ، بخلاف التي قبلها ، لأنها أضافت إليه الزنا وفي التي قبلها أضافته إلى نفسها .

٧٢٤٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن قذف رجلا فلم يقم الحد حتى زنى المقذوف لم يزل الحد عن القاذف ﴾

وبهذا قال الثوري وأبو ثور ، والمزني وداود . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : لاحد عليه ، لأن الشروط تعتبر استدامتها إلى حالة إقامة الحد ، بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقم الحد ، ولأن وجود الزنا منه يقوي قول القاذف ، ويدل على تقدم هذا الفعل منه ، فأشبه الشهادة إذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها .

ولنا : أن الحد قد وجب وتم بشروطه ، فلا يسقط بزوال شرط الوجوب ، كما لو زنى بأمة ثم اشتراها ، أو سرق عيناً فنقصت قيمتها ، أو ملكها ، وكما لو جن المقذوف بعد المطالبة .

وقولهم : إن الشروط تعتبر استدامتها لا يصح ، فإن الشروط للوجوب ، فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب ، وقد وجب الحد بدليل أنه ملك المطالبة ويبطل بالأصول التي قسنا عليها ، وأما إذا جن من وجب له الحد فلا يسقط الحد ، وإنما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة به ، فأشبه مالو غاب من له الحد ، وإن ارتد من له الحد لم يملك المطالبة ، لأن حقوقه وأملاكه تزول ، أو تكون موقوفة ، وفارق الشهادة ، فإن العدالة شرط للحكم بها ، فيعتبر وجودها إلى حين الحكم بها ، بخلاف مسألتنا فإن العفة شرط للوجوب ، فلا تعتبر إلا إلى حين الوجوب .

٧٢٤١ (فصل)

ولو وجب الحد على ذمي أو مرتد فلحق بدار الحرب ، ثم عاد لم يسقط عنه ، وقال أبو حنيفة : يسقط .

ولنا : أنه حد وجب فلم يسقط بدخول دار الحرب ، كما لو كان مسلماً دخل بأمان .

٧٢٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن قذف مشركا أو عبداً أو مسلماً له دون العشر سنين أو مسلمة لها دون التسع سنين أدب ولم يحد ﴾

قد ذكرنا أن الإسلام والحرية وإدراك سن يجامع مثله فى مثله شروط الحد على قاذفه ، فإذا انتفى أحدها لم يجب الحد على قاذفه ، ولكن يجب تأديبه ردعاً له عن أعراض المعصومين ، وكفاً له عن أذاهم . وحد الصبى الذى لم يجب الحد بقذفه أن يبلغ الغلام عشراً ، والجارية تسعاً فى إحدى الروايتين . وقد سبق ذكر ذلك .

٧٢٤٣ (فصـــل)

فان اختلف القاذف والمقذوف فقال القاذف : كنت صغيراً حين قذفتك . وقال المقذوف : كنت كبيراً فذكر القاضى أن القول قول القاذف ، لأن الأصل الصغر وبراءة الذمة من الحد ، فإن أقام القاذف بينة أنه قذفه صغيراً وأقام المقذوف بينة أنه قذفه كبيراً وكانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخين مختلفين فهما قذفان يوجب أحدهما التعزير . والثانى الحد ، وإن بينتا تاريخاً واحداً ، وقالت إحداهما وهو صغير . وقالت الأخرى وهو كبير تعارضتا وسقطتا ، وكذلك لو كان تاريخ بينة المقذوف قبل تاريخ بينة القاذف .

٧٢٤٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال﴿ ومن قذف من كان مشركاوقال : أردت أنه زنى وهو مشرك . لم يلتفت إلى قوله ، وحد القاذف إذا طالب المقذوف، وكذلك من كان عبداً ﴾

إنما كان كذلك لأنه قذفه فى حال كونه مسلماً محصناً ، وذلك يقتضى وجوب الحد عليه ، لعموم الآية ، ووجود المعنى ، فإذا ادعى ما يسقط الحدعنه لم يقبل منه ، كما لو قذف كبيراً [(١)] ، ثم قال : أردت أنه زنى وهو صغير فأما إن قال له : زنيت فى شركك فلا حد عليه ، وبه قال الزهرى وأبو ثور وأصحاب الرأى وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى . وعن مالك أنه يحد ، وبه قال الثورى ، لأن القذف وجد فى حال كونه محصناً .

ولنا أنه أضاف القذف إلى حال ناقصة أشبه مالو قذفه فى حال الشرك ولأنه قذفه بما لايوجب الحد على المقذوف . فأشبه مالو قذفه بالوطء دون الفرج .

وهكذا الحكم لو قذف من كان رقيقاً فقال : زنيت فى حال رقك ، أو قال : زنيت وأنت طفل ، وإن قال : زنيت وأنت صبى ، أو صغير ، سئل عن الصغر ، فإن فسره بصغر لا يجامع فى مثله[(٢)] فهى كالتى قبلها وإن فسره بصغر يجامع فى مثله فعليه الحد فى إحدى الروايتين ، وإن قال : زنيت إذ كنت مشركا أو إذ كنت

---

(١) فى ٣٩ : الكبير .

(٢) فى ٣٩ لا يجامع مثله فيه — فى الفقرة كلها

رقيقاً فقال المقذوف ما كنت مشركا ولا رقيقاً ، نظرنا . فإن ثبت أنه كان مشركا أو رقيقاً فهى كالتى قبلها ، وإن ثبت أنه لم يكن[1] رقيقاً كذلك وجب الحد على القاذف ، وإن لم يثبت واحد منهما ففيه روايتان .

إحداهما : يجب الحد ، لأن الأصل عدم الشرك والرق ، ولأن الأصل الحرية وإسلام أهل ردا الاسلام .

والثانية : القول قول القاذف ، لأن الأصل براءة ذمة القاذف ... وإن قال : زنيت وأنت مشرك فقال المقذوف : أردت قذفى بالزنا والشرك معاً ، وقال القاذف : بل أردت قذفك بالزنا إذ كنت مشركا ، فالقول قول القاذف ، اختاره أبو الخطاب ، وهو قول بعض الشافعية ، لأن الخلاف فى بينته وهو أعلم بها . وقوله : وأنت مشرك مبتدأ وخبر ، وهو حال لقوله : زنيت كقول الله تعالى : (إلا اسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يلعَبُونَ[2]) وقال القاضى : يجب الحد ، وهو قول بعض الشافعية ، لأن قوله زنيت خطاب فى الحال ، فالظاهر أنه أراد زناه فى الحال ، وهكذا إن قال : زنيت وأنت عبد ، وإن قذف مجهولا وادعى أنه رقيق أو مشرك فقال المقذوف : بل أنا حر مسلم فالقول قوله . وقال أبو بكر : القول قول القاذف فى الرق لأن الأصل براءة ذمته من الحد وهو يدرأ بالشبهات ، وما ادعاه محتمل فيكون شبهة وعن الشافعى كالوجهين .

ولنا : أن الأصل الحرية وهو الظاهر فلم يلتفت إلى ماخالفه كما لوفسر صريح القذف بما يحيله وكما لوادعى أنه مشرك ، فإن قيل الإسلام يثبت بقوله أنا مسلم بخلاف الحرية قلنا : إنما يثبت الإسلام بقوله فى المستقبل وأما الماضى فلا يثبت بما جاء بعده فلا يثبت كونه مسلماً حال القذف بقوله فى حال النزاع فاستويا .

٧٢٤٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويحد من قذف الملاعنة ﴾

نص أحمد على هذا ، وهوقول ابن عمر وابن عباس والحسن والشعبى وطاوس ومجاهد ومالك والشافعى وجمهور الفقهاء ولا نعلم فيه خلافا وقد روى ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى الملاعنة أن لا ترمى ولا يرمى ولدها» فعليه الحد رواه أبوداود . ولأن حصانتها لم تسقط باللعان ولا يثبت الزنا به ولذلك لم يلزمها به حد ، ومن قذف ابن الملاعنة فقال . هو ولد زنا فعليه الحد للخبر والمعنى وكذلك إن قال هو من الذى رميت به فأما إن قال ليس هو ابن فلان يعنى الملاعن وأراد أنه منفى عنه شرعا فلاحد عليه لأنه صادق .

---

(١) هكذا فى النسخ ويظهر أن الأصل (وإن ثبت أنه لم يكن مشركا أو رقيقاً) ـ وعبارة الشرح الكبير ص ٢١٦ (وإن ثبت أنه لم يكن كذلك)(ف) .

(٢) سورة الأنبياء آية ٢

٧٢٤٦ (فصـل)

فأما إن ثبت زناه ببينة أو إقرار أو حد بالزنا فلاحد على قاذفه لأنه صادق ولأن إحصان المقذوف قد زال بالزنا ، ولو قال لمن زنى فى شركه أو لمن كان مجوسياً تزوج بذات محرمه بعد أن أسلم يازانى فلاحد عليه إذا فسره بذلك ، وقال مالك : عليه الحد لأنه قذف مسلماً لم يثبت زناه فى إسلامه .

ولنا أنه قذف من ثبت زناه أشبه مالو ثبت زناه فى الإسلام ولأنه صادق والذى يقتضيه كلام الخرقى وجوب الحد عليـه لقوله ومن قذف من كان مشركاً وقال أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت إلى قـوله وحد .

٧٢٤٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قذفت المرأة لم يكن لولدها المطالبة إذا كانت الأم فى الحياة ﴾

وإن قذفت أمه وهى ميتة مسلمة كانت أو كافرة حرة أو أمة حد القاذف إذا طالب الابن وكان حراً مسلماً ، أما إذا قذفت وهى فى الحياة فليس لولدها المطالبة لأن الحق لها فلا يطالب به غيرها ولا يقوم غيرها مقامهـا سواء كانت محجوراً عليها أو غير محجور عليها لأنه حق يثبت للتشفى فلايقوم فيه غير المستحق مقامه كالقصاص وتعتبر حصانتها لأن الحق لها فتعتبر حصانتها كما لو لم يكن لها ولد ، وأما إن قذفت وهى ميتة فإن لولدها المطالبة لأنه قدح فى نسبه ولأنه بقذف أمه ينسبه إلى أنه من زنا ولايستحق ذلك بطريق الإرث ولذلك تعتبر الحصانة فيه ولاتعتبر الحصانة فى أمه لأن القذف له . وقال أبوبكر : لايجب الحد بقذف ميتة بحال وهو قول أصحاب الرأى لأنه قذف لمن لاتصح منه المطالبة فأشبه قذف المجنون وقال الشافعى إن كان الميت محصناً فلوليه المطالبة وينقسم بانقسام الميراث وإن لم يكن محصناً فلاحد على قاذفه لأنه ليس بمحصن فلا يجب الحد بقذفه كما لو كان حياً ، وأكثر أهل العلم لايرون الحد على من لم[1] يقذف محصناً حياً ولاميتاً لأنه إذا لم يحد بقذف غير المحصن إذا كان حياً فلأن لايحد بقذفه بعـد موته أولى .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم فى الملاعنة « ومن رمى[1] ولدها فعليه الحد » يعنى من رماه بأنه ولد زنا وإذا وجب بقذف ابن الملاعنة بذلك فيقذف غيره . أولى ولأن أصحاب الرأى أوجبوا الحد على من نفى رجلا عن أبيه إذا كان أبواه حرين مسلمين أوكانا ميتين ، والحد إنما وجب للولد لأن الحد لايورث عندهم فأما إذا قذفت أمه بعد موتها وهو مشرك أو عبد فلا حد عليه فى ظاهر كلام الخرقى سواء كانت الأم حرة مسلمة أو لم تـكن وقال أبوثور وأصحاب الرأى إذا قال لـكافر أو لعبد لست لأبيك وأبواه حران

(١) فى النسخ (على من يقذف) والصواب (من لم يقذف) كما فى الشرح الـكبيرج ١٠ ص ٢٣٠ (ف)

مسلمان فعليه الحد وإن قال لعبد أمه حرة وأبوه عبد لست لأبيك فعليه الحد وإن كان العبد للقاذف عند أبي ثور ، وقال أصحاب الرأي يصح[1] أن يحد المولى لعبده واحتجوا بأن هذا قذف لأمه فيعتبر إحصانها دون إحصانه لأنها لو كانت حية كان القذف لهـا فـكذلك إذا كانت ميتة ولأن معنى هذا أن أمك زنت فأتت بك من الزنا فإذا كان من الزنا منسوباً إليها كانت هي المقذوفة دون ولدها .

ولنا : ماذكرناه ولأنه لو كان القذف لها لم يجب الحد لأن الـكافر لايرث المسلم والعبد لايرث الحر ولأنهم لايوجبون الحد بقذف ميتة بحال فيثبت أن القذف له فيعتبر إحصانه دون إحصانها والله أعلم .

٧٢٤٨ (فصـــل)

وإن قذفت جدته فقياس قول الخرقي أنه كقذف أمه إن كانت حية ، فالحق لها ، ويعتبر إحصانها ، وليس لغيرها المطالبة عنها . وإن كانت ميتة فله المطالبة إذا كان محصناً ، لأن ذلك قدح في نسبه ، فأما إن قذف أباه أو جده أو أحداً من أقاربه غير أمهاته بعد موته لم يجب الحد بقذفه في ظاهر كلام الخرقي ، لأنه إنما أوجب بقذف أمه حقاً له ، لنفي نسبه ، لاحقاً للميت ، ولهذا لايعتبر إحصان المقذوفة ، واعتبر إحصان الولد ، ومتى كان المقذوف من غير أمهاته لم يتضمن نفي نسبه ، فلم يجب الحد . وهذا قول أبي بكر ، وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي : إن كان الميت محصناً فلوليه المطالبة به ، وينقسم انقسام الميراث ، لأنه قذف محصناً ، فيجب الحد على قاذفه كالحي .

ولنا : أنه قذف من لايتصور منه المطالبة ، فلم يجب الحد بقذفه كالمجنون ، أو نقول : قذف من لايجب الحد له ، فلم يجب كقذف غير المحصن . وفارق قذف الحي ، فإن الحد يجب له .

٧٢٤٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن قذف أم النبي صلى الله عليه وسلم قتل ، مسلماً كان أو كافراً ﴾

يعني أن حده القتل ، ولا تقبل توبته ، نص عليه أحمد ، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى : أن توبته تقبل ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، مسلماً كان أو كافراً ، لأن هـذا منه ردة والمرتد يستتاب ، وتصح توبته .

ولنا : أن هذا حد قذف ، فلايسقط بالتوبة كقذف غير أم النبي صلى الله عليه وسـلم ، ولأنه لو قبلت توبته وسقط حده لـكان أخف حكماً من قذف آحاد الناس ، لأن قذف غيره لايسقط بالتوبة ، ولابد من إقامته .

واختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا كان القاذف كافراً فأسلم ، فروى أنه لايسقط بإسلامه ، لأنه حد

(١) في نسخة : يستقبح .

قذف فلم يسقط بالإسلام كقذف غيره . وروى أنه يسقط ، لأنه لو سب الله تعالى فى كفره ثم أسلم سقط عنه القتل ، فسب نبيه أولى ، ولأن الإسلام يَجُبُّ ماقبله ، والخلاف فى سقوط القتل عنه ، فأما توبته فيما بينه وبين الله تعالى فمقبولة ، فإن الله تعالى يقبل التوبة من الذنوب كلها ، والحكم فى قذف النبى صلى الله عليه وسلم كالحكم فى قذف أمه ، لأن قذف أمه إنما أوجب القتل لكونه قذفاً للنبى صلى الله عليه وسلم وقدحاً فى نسبه.

٧٢٥٠ (فصـــل)

وقذف النبى صلى الله عليه وسلم وقذف أمه ردة عن الإسلام وخروج عن الملة ، وكذلك سبه بغير القذف ، إلا أن سبه بغير القذف ، يسقط بالإسلام ، لأن سب الله تعالى يسقط بالإسلام ، فسب النبى صلى الله عليه وسلم أولى ، وقد جاء فى الأثر[1] « إن الله تعالى يقول : يقول : شتمنى ابن آدم وما ينبغى له أن يشتمنى أما شتمه إياى فقوله : إنى اتخذت ولداً وأنا الأحد الصمد ، لم ألد ولم أولد » ولا خلاف فى أن إسلام النصرانى القائل لهذا القول يمحو ذنبه .

٧٢٥١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد إذا طالبو أو واحد منهم ﴾

وبهذا قال طاوس ، والشعبى ، والزهرى ، والنخعى وقتادة ، وحماد ، ومالك ، والثورى ، وأبو حنيفة ، وصاحباه ، وابن أبى ليلى ، وإسحاق . وقال الحسن ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لكل واحد حد كامل . وعن أحمد مثل ذلك ، وللشافعى قولان كالروايتين ، ووجه هذا أنه قذف كل واحد منهم ، فلزمه له حد كامل كما لو قذفهم بكلمات .

ولنا : قول الله تعالى : (وَالَّذِينَ يرمونَ المحصناتِ ثمَّ لَمْ يأتُو بأربعةِ شهداء فاجلدوهمْ ثمانين جلدَةً[2]) ولم يفرق بين قذف واحد أو جماعة ، ولأن الذين شهدوا على المغيرة قذفوا امرأة فلم يحدهم عمر إلا حداً ، واحداً ، ولأنه قذف واحد فلم يجب إلا حد واحد كما لو قذف واحداً ، ولأن الحد إنما وجب بإدخال المعرة على المقذوف بقذفه وبحد واحد يظهر كذب هذا القاذف وتزول المعرة فوجب أن يكتفى به بخلاف ما إذا قذف كل واحد قذفا مفرداً فإن كذبه فى قذف لا يلزم منه كذبه فى آخر ولا تزول المعرة عن أحد المقذوفين بحده للآخر ، فإذ ثبت هذا فإنهم إن طلبوه جملة حد لهم ، وإن طلبه واحد أقيم الحد ، لأن الحق ثابت لهم على سبيل البدل ، فأيهم طالب به استوفى وسقط ، فلم يكن لغيره الطلب به كحق المرأة على أوليائها تزويجها إذا قام به واحد سقط عن الباقين ، وإن أسقطه أحدهم فلغيره المطالبة به واستيفاؤه ، لأن المعرة عنه لم تزل بعفو صاحبه ، وليس للعافى الطلب به لأنه قد أسقط حقه منه .

(١) حديث قدسى أخرجه البخارى وأحمد والنسائى عن أبى هريرة . (ف) — عرض ابن الجوزى رواياته وأسانيده فى الحدائق ج ١ ورقة ٤ — مخطوط . (٢) سورة النور آية ٤

وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنهم إن طلبوه دفعة واحدة فحد ، واحد ، وكذلك إن طلبوه واحداً بعد واحد ، إلا أنه إن لم يقم حتى طالبه الكل فحد واحد ، و إن طلبه واحداً فأقيم له ، ثم طالبه آخر أقيم له ، وكذلك جميعهم وهذا قول عروة ، لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاؤه بجميعهم ، وإذا طالبه واحد منفرداً كان استيفاؤه له وحده فلم يسقط حق الباقين بغير استيفائهم ولا إسقاطهم .

٧٢٥٢ (فصـــــل)

وإن قذف الجماعة بكلمات فلكل واحد حد وبهذا قال عطاء ، والشعبي ، وقتادة وابن أبي ليلى ، وأبو حنيفه ، الشافعي . وقال حماد ، ومالك : لا يجب إلا حد واحد ، لأنها جناية توجب حداً فإذا تكررت كفى حد واحد ، كما لو سرق من جماعة ، أو زنى بنساء ، أو شرب أنواعاً من المسكر .

ولنا : أنها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون والقصاص ، وفارق ما قاسوا عليه فإنه حق لله تعالى

٧٢٥٣ (فصـــل)

وإذا قال الرجل يا ابن الزانيين فهو قاذف لهما بكلمة واحدة ، فإن كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب إلا حد واحد وجهاً واحداً . وإن قال يا زاني ابن الزاني فهو قذف لهما بكلمتين ، فإن كان أبوه حياً فلكل واحد منهما حد وإن كان ميتاً فالظاهر في المذهب أنه لا يجب الحد بقذفه ، وإن قال يازاني ابن الزانية وكانت أمه في الحياة فلكل واحد حد ، وإن كانت ميتة فالقذف جميعاً له وإن قال زنيت بفلانة فهو قذف لها بكلمة واحدة ، وكذلك إذا قال يانا كح أمه ويخرج فيه الروايات الثلاث والله أعلم .

٧٢٥٤ (فصـــــل)

وإن قذف رجلا مرات فلم يحد فحد واحد رواية واحدة سواء قذفه بزنا واحد أو بزنيات ، وإن قذفه فحد ثم أعاد قذفه نظرت ، فإن قذفه بذلك الزنا الذي حد من أجله لم يعد عليه الحد في قول عامة أهل العلم ، وحكى عن ابن القاسم أنه أوجب حداً ثانياً ، وهذا يخالف إجماع الصحابة فإن أبا بكرة [1] لما حد بقذف المغيرة أعاد قذفه فلم يروا عليه حداً ثانياً فروى الأثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة [2] قال شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة نفر أنه زان فبلغ ذلك عمر فكبر عليه وقال : شاط ثلاثة أرباع المغيرة بن شعبة وجاء زياد فقال ماعندك ؟ فلم يثبت فأمر بهم فجلدوا وقال : شهود زور فقال أبو بكرة أليس ترضى إن أتاك رجل عدل يشهد ترجمه ؟ قال نعم والذي نفسي بيده فقال أبو بكرة وأنا أشهد أنه زان فأراد أن يعيد عليه الجلد فقال علي

(١) في النسخ (أبا بكر) والصواب (أبا بكرة) كما في الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٣٤ وتاريخ أبي الفداء ج ١ ص ١٧٤ والطبري ج ٤ ص ٢٠٧

(٢) ظبيان بن عمارة روى عن علي وروى عنه سويد بن نجيح أبو قطبة

يا أمير المؤمنين إنك أعدت عليه الجلد أوجبت عليه الرجم وفى حديث آخر فلا يعاد فى فرية جلد مرتين .

قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله قول على إن جلدته فارجم صاحبك ، قال : كأنه جعل شهادته شهادة رجلين قال أبو عبد الله : وكنت أنا أفسره على هذا ، حتى رأيته فى الحديث فأعجبنى . ثم قال : يقول إذا جلدته ثانية فكأنك جعلته شاهداً آخر . فأما إن حد له ثم قذفه بزنا ثان نظرت ، فإن قذفه بعد طول الفصل فحد ثان لأنه لا يسقط حرمة المقذوف بالنسبة إلى القاذف أبداً بحيث يمكن من قذفه بكل حال وإن قذفه عقيب حده ففيه روايتان .

إحداهما : يحد أيضاً لأنه قذف لم يظهر كذبه فيه بحد فيلزم فيهحد كما لو طال الفصل ولأن سائر أسباب الحد إذا تكررت بعد أن حد للأول ثبت للثانى حكمه كالزنا والسرقة وغيرهما من الأسباب . والثانية : لا يحد لأنه قد حد له مرة فلم يحد له بالقذف عقبه كما لو قذفها بالزنا الأول .

٧٢٥٥ (فصـــــــل)

وإذا قال من رمانى فهو ابن الزانية ، فرماه رجل ، فلا حد عليه فى قول أحد من أهل العلم ، وكذلك إن اختلف رجلان فى شيء فقال أحدهما الكاذب هو ابن الزانية ، فلا حد عليه نص عليه أحمد ، لأنه لم يعين أحداً بالقذف وكذلك ما أشبه هذا ولو قذف جماعة لا يتصور صدقه فى قذفهم مثل أن يقذف أهل بلدة كبيرة بالزنا كلهم لم يكن عليه حد . لأنه لم يلحق العار بأحد غير نفسه للعلم بكذبه .

٧٢٥٦ (فصـــل)

وإن ادعى على رجل أنه قذفه فأنكر لم يستحلف ، وبه قال الشعبى ، وحماد ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رحمه الله : أنه يستحلف حكاها ابن المنذر وهو قول الزهرى ومالك والشافعى وإسحاق وأبى ثور وابن المنذر لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمى فيستحلف فيه كالدين ، ووجه الأولى أنه حد فلا يستحلف فيه كالزنا والسرقة فإن نكل عن اليمين لم يقم عليه الحد لأن الحد يدرأ بالشبهات ، فلا يقضى فيه بالنكول كسائر الحدود.

٧٢٥٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن قتل أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم لم يبايع ولم يشار [1] حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد ﴾

وجملته : أن من جنى جناية توجب قتلا خارج الحرم ثم لجأ إليه لم يستوف منه فيه وهذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهرى ومجاهد وإسحاق والشعبى وأبى حنيفة وأصحابه وأما غير القتل من الحدود كلها والقصاص فيما دون النفس فمن أحمد فيه روايتان .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : لم يستوف حتى . . .

إحداها : لا يستوفى من الملتجىء إلى الحرم فيه . والثانية : يستوفى وهو مذهب أبى حنيفة لأن المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم النهى عن القتل بقوله عليه السلام « فلا يسفك فيها دم » وحرمة النفس أعظم فلا يقاس غيرها عليها . ولأن الحد بالجلد جرى مجرى التأديب فلم يمنع منه كتأديب السيد عبده والأولى ظاهر كلام الخرقى وهى ظاهر المذهب قال أبو بكر : هذه مسألة وجدتها مفردة لحنبل عن عمه أن الحدود كلها تقام فى الحرم . إلا القتل والعمل على أن كل جان دخل الحرم لم يقم عليه حد جنايته منه ، و إن هتك حرمة الحرم بالجناية فيه هتكت حرمته بإقامة الحد عليه فيه ، وقال مالك والشافعى وابن المنذر يستوفى منه فيه لعموم الأمر بجلد الزانى وقطع السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص بمكان دون مكان ، وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال(١) « الحرم لا يعيذ عاصياً ولا فاراً بجزية ولا دم » وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم بقتل ابن حنظل وهو متلق بأستار الكعبة حديث حسن صحيح ولأنه حيوان أبيح دمه لعصيانه فأشبه الكلب العقور .

ولنا قول الله تعالى : « وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِناً(٢) » يعنى الحرم بدليل قوله « فيه آياتٌ بَيِّنَاتٌ مقامُ إبراهيم(٣) » والخبر أريد به الأمر لأنه لو أريد به الخبر لأفضى إلى وقوع الخبر خلاف المخبر وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله حرم مكة ولم يحرمها الناس فلا يحل لامرىء مسلم يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك فيها دما ولا يعضد بها شجرة فان أحد ترخص لقتال رسول الله صلى لله عليه وسلم فقولوا إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم وإنما أذن لى ساعة من نهار وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس فليبلغ الشاهد الغائب » ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض وإنما حلت لى ساعة من نهار . ثم عادت إلى حرمتها فلا يسفك فيها دم » متفق عليهما فالحجة فيه من وجهين .

---

(١) ليس هذا بحديث بل هو من كلام عمرو بن سعيد قال ابن حجر فى الفتح ج ٤ ص ٣٦ « وقد وهم من عد كلام عمرو بن سعيد هذا حديثا » وفى نيل الأوطار ج ٧ ص ٤٢ قال : « وهذا من عمرو المذكور معارضة لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم برأيه وهو مصادم للنص » وأصل الحديث فى البخارى ومسلم ونصه « عن أبى شريح أنه قال لعمرو بن سعيد وهو يبعث البعوث إلى مكة ائذن لى أيها الأمير أحدثك قولا قام به رسول الله صلى الله عليه وسلم الغد من يوم الفتح سمعته أذناى ووعاه قلبى وأبصرته عيناى حين تكلم به حمد الله وأثنى عليه ثم قال : إن مكة حرمها الله ولم يحرمها الناس فلا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسفك بها دما ولا يعضد بها شجرة فإن أحد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقولوا إن الله قد أذن لرسوله ولم يأذن لكم وإنما أذن لى فيها ساعة من نهار ثم عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالأمس وليبلغ الشاهد الغائب فقيل لأبى شريح ما قال لك عمرو ؟ قال قال : أنا أعلم بذلك منك يا أبا شريح ، إن الحرم لا يعيذ عاصيا ولا فارا بدمه ولا فارا بخربة » خربة : بفتح الخاء وسكون الراء من الخرابة وهى السرقة : وبضم الخاء : الفساد ، والخزيه بكسر الخاء من الخزى ، وأغرب الكرمانى فقال : الجزية بالجيم (ف)

(٢ ، ٣) سورة آل عمران . آية ٩٧

أحدهما : أنه حرم سفك الدم بها على الإطلاق وتخصيص مكة بهذا يدل على أنه أراد العموم . فإنه لوأراد سفك الدم الحرام لم يختص به مكة فلا يكون التخصيص مفيداً . والثانى : قوله « إنما حلت لى ساعة من نهار ثم عادت حرمتها » ومعلوم أنه إنما أحل له سفك دم حلال فى غير الحرم فحرمها الحرم ثم أحلت له ساعة ثم عادت الحرمة . ثم أكد هذا بمنعه قياس غيره عليه والاقتداء به فيه بقوله « فإن أحد ترخص لقتال رسول صلى الله عليه وسلم فقولوا إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم » . وهذا يدفع ما احتجوا به من قتل ابن حنظل ، فإنه من رخصة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، (التى)[1] منع الناس أن يقتدوا به فيها ، وبين أنها له على الخصوص وما رووه من الحديث فهو من كلام عمرو بن سعيد الأشدق ، يرد به قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حين روى له أبو شريح هذا الحديث ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن يتبع .

وأما جلد الزانى وقطع السارق والأمر بالقصاص فإنما هو مطلق فى الأمكنة ، فإنه يتناول مكاناً غير معين ضرورة أنه لابد من مكان فيمكن إقامته فى مكان غير الحرم ، ثم لو كان عموماً فإن ما رويناه خاص يخص به ، مع أنه قد خص مما ذكروه الحامل والمريض المرجو برؤه . فتأخر الحد عنه وتأخر قتل الحامل ، فجاز أن يخص أيضاً بما ذكرناه .

والقياس على الكلب العقور غير صحيح ، فإن ذلك طبعه الأذى ، فلم يحرمه ليدفع أذاه عن أهله فأما الأذى فالأصل فيه الحرمة وحرمته عظيمة . وإنما أبيح لعارض فأشبه الصائل من الحيوانات المباحة من المأكولات فإن الحرم يعصمها .

إذا ثبت هذا فإنه لا يبايع ، ولا يشارى ، ولا يطعم ، ولا يؤوى . ويقال له : اتق الله واخرج إلى الحل ليستوفى منك الحق الذى قبلك . فإذا خرج استوفى حق الله منه وهو قول جميع من ذكرناه ، وإنما كان كذلك لأنه لو أطعم وأوى لتمكن من الإقامة دائماً ، فيضيع الحق الذى عليه ، وإذا منع من ذلك كان وسيلة إلى خروجه ، فيقام فيه حق الله تعالى وليس علينا إطعامه ، كما أن الصيد لا يصاد فى الحرم . وليس علينا القيام به ، قال ابن عباس رحمه الله من أصاب حداً ثم لجأ إلى الحرم . فإنه لا يجالس ولا يبايع ولا يؤوى ويأتيه من يطلبه فيقول : أى فلان ، اتق الله . فإذا خرج من الحرم أقيم عليه الحد » رواه الأثرم . فإن قتل من له عليه القصاص فى الحرم وأقام حداً بجلد أو قتل أو قطع طرف أساء ولا شىء عليه . لأنه استوفى حقه فى حال لم يكن له استيفاؤه فيه فأشبه ما لو اقتص فى شدة الحر أو برد مفرط .

---

(١) ساقطة من ١٨ ، ٣٩ .

٧٢٨٥ ﴿ مسألة ﴾

﴿ ومن قتل أو أتى حداً فى الحرم أقيم عليه فى الحرم ﴾

وجملته : أن من انتهك حرمة الحرم بجناية فيه توجب حداً أو قصاصاً . فإنه يقام عليه حدها ، لا نعلم فيه خلافا ، وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس . أنه قال من أحدث حدثاً فى الحرم أقيم عليه ما أحدث فيه من شيء . وقد أمر الله تعالى بقتال من قاتل فى الحرم فقال تعالى « وَلَا تُقَاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ حَتَّى يُقَاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ [١] » فأباح قتلهم عند قتالهم فى الحرم . ولأن أهل الحرم يحتاجون إلى الزجر عن ارتكاب المعاصى كغيرهم ، حفظاً لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم فلو لم يشرع الحد فى حق من ارتكب الحد فى الحرم لتعطلت حدود الله تعالى فى حقهم . وفاتت هذه المصالح التى لا بد منها . ولا يجوز الإخلال بها ولأن الجانى فى الحرم هاتك لحرمته . فلا ينتهض الحرم لتحريم ذمته وصيانته بمنزلة الجانى فى دار الملك لا يعصم لحرمة الملك بخلاف الملتجىء إليها بجناية صدرت منه فى غيرها .

٧٢٥٩ (فصل)

فأما حرم مدينة النبى صلى الله عليه وسلم فلا يمنع إقامة حد ، ولا قصاص . لأن النص إنما ورد فى حرم الله تعالى وحرم المدينة دونه فى الحرمة فلا يصح قياسه عليه . وكذلك سائر البقاع لا تمنع من استيفاء حق ولا إقامة حد لأن أمر الله تعالى باستيفاء الحقوق وإقامة الحد مطلق فى الأمكنة والأزمنة خرج منها الحرم لمعنى لا يكنى فى غيره . لأنه محل الإنساك وقبلة المسلمين . وفيه بيت الله المحجوج وأول بيت وضع للناس ومقام إبراهيم وآيات بينات فلا يلتحق به سواه ولا يقاس عليه ما ليس فى معناه والله أعلم .

باب القطع فى السرقة

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب : فقول الله تعالى « وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا [٢] » وأما السنة : فروت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « تقطع اليد فى ربع دينار فصاعداً » ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : إنما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » متفق عليهما فى أخبار سوى هذين نذكرها إن شاء الله تعالى فى مواضعها ، وأجمع المسلمون على وجوب قطع السارق فى الجملة .

(١) سورة البقرة آية ١٩١ (٢) سورة المائدة آية ٣٨ .

٧٣٦٠ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا سرق ربع دينار من العين[1] أو ثلاثة دراهم من الورق[2] أو قيمة ثلاثة دراهم طعاماً كان أو غيره وأخرجه من الحرز قطع ﴾

وجملته : أن القطع لا يجب إلا بشروط سبعة .

أحدها : السرقة ، ومعنى السرقة أخذ المال على وجه الخفية والاستتار . ومنه استراق السمع ، ومسارقة النظر ، إذا كان يستخفى بذلك ، فإن اختطف أو اختلس لم يكن سارقاً ، ولا قطع عليه عند أحد علمناه غير إياس بن معاوية ، قال : أقطع المختلس ، لأنه يستخفى بأخذه ، فيكون سارقاً . وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس على الخائن ولا المختلس قطع » وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس على المنتهب قطع » رواهما أبو داود . وقال : لم يسمعهما ابن جريج من أبى الزبير ، ولأن الواجب قطع السارق . وهذا غير سارق ، ولأن الاختلاس نوع من الخطف والنهب ، وإنما يستخفى فى ابتداء اختلاسه بخلاف السارق .

واختلفت الرواية : عن أحمد فى جاحد العارية ، فعنه عليه القطع ، وهو قول إسحاق ، لما روى عن عائشة أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقطع يدها ، فأتى أهلها أسامة فكلموه ، فكلم النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا أراك تكلمنى فى حد من حدود الله تعالى » ؟ ثم قام النبى صلى الله عليه وسلم خطيباً فقال : « إنما هلك من كان قبلكم بأنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد صلى الله عليه وسلم سرقت لقطعت يدها » . قالت : فقطع يدها ، قال أحمد : لا أعرف شيئاً يدفعه » متفق[3] عليه ، وعنه لا قطع عليه . وهو قول الخرق ، وأبى إسحاق بن شاقلا ، وأبى الخطاب ، وسائر الفقهاء . وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا قطع على الخائن[4] » . ولأن الواجب قطع السارق ، والجاحد غير سارق وإنما هو خائن ، فأشبه جاحد الوديعة ، والمرأة التى كانت تستعير المتاع إنما قطعت لسرقتها لا بجحدها ، ألا ترى قوله : « إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه — وقوله — والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها » وفى بعض ألفاظ رواية هذه القصة عن عائشة : « أن قريشا أهمهم شأن المخزومية التى سرقت وذكرت

(١) العين : الذهب (٢) الورق : الفضة

(٣) الأنسب تقديم (متفق عليه) على (قال أحمد) (ف)

(٤) أخرج الترمذى وأبو داود عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع »(ف)

القصة » رواه البخارى ، وفى حديث أنها سرقت قطيفة ، فروى الأثرم بإسناده عن مسعود بن الأسود قال : لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا ذلك ، وكانت امرأة من قريش ، فجئنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] فقلنا نحن نفديها بأربعين أوقية قال : « تُطَهَّرَ[2] خيرٌ لها » فلما سمعنا لِينَ قولِ رسول الله صلى الله عليه وسلم أتينا أسامة فقلنا كَلِّم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذكر الحديث[3] نحو سياق عائشة ، وهذا ظاهر فى أن القصة واحدة ، وأنها سرقت فقطعت بسرقتها ، وإنما عرفتها عائشة بجحدها للعارية ، لكونها مشهورة بذلك ، ولا يلزم أن يكون ذلك سبباً ، كما لو عرفتها بصفة من صفاتها . وفيما ذكرنا جمع بين الأحاديث وموافقة لظاهر الأحاديث والقياس ، وفقهاء الأمصار ، فيكون أولى ، فأما جاحد الوديعة وغير من الأمانات فلا نعلم أحدا يقول بوجوب القطع عليه .

الشرط الثانى : أن يكون المسروق نصابا ، ولا قطع فى القليل فى قول الفقهاء كلهم إلا الحسن ، وداود ، وابن بنت الشافعى ، والخوارج ، قالوا : يقطع فى القليل والكثير ، لعموم الآية ، ولما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لعن الله السارق ، يسرق الحبل فتقطع يده ، ويسرق البيضة فتقطع يده » متفق عليه ولأنه سارق من حرز ، فتقطع يده كسارق الكثير .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : «لا قطع إلا فى ربع دينار فصاعدا» متفق عليه . وإجماع الصحابة على ما سنذكره ، وهذا يخص عموم الآية ، والحبل يحتمل أن يساوى ذلك ، وكذلك البيضة يحتمل أن يراد بها بيضة[4] السلاح ، وهى تساوى ذلك .

واختلفت الرواية عن أحمد فى قدر النصاب الذى يجب القطع بسرقته ، فروى عنه أبو إسحاق الجوزجانى أنه ربع دينار من الذهب ، أو ثلاثة دراهم من الورق ، أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما ، وهذا قول مالك وإسحاق .

وروى عنه الأثرم : أنه إن سرق من غير الذهب والفضة ما قيمته ربع دينار أو ثلاثة دراهم قطع ، فعلى هذا يقوم غير الأثمان بأدنى الأمرين من ربع دينار أو ثلاثة دراهم .

وعنه أن الأصل الورق ، ويقوم الذهب به ، فإن نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم لم يقطع سارقه ،

(١) فى ابن ماجه ج ٢ ص ٨٥١ « فجئنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم نكلمه» (ف) .

(٢) (تطهر) بالبناء للمجهول منصوب بأن (مقدرة) وهو بتأويل المصدر مبتدأ وخبره (خير) — ومثله (تسمع بالمعيدى خير من أن تراه) (ف) .

(٣) قال فى الزوائد : فى إسناده محمد بن إسحاق وهو مدلس (ف) .

(٤) بيضة السلاح : خوذته ، وهى من آلات الحرب لوقاية الرأس (ف) .

وهذا يحكى عن الليث ، وأبى ثور . وقالت عائشة : « لا قطع إلا فى ربع دينار فصاعداً » ، وروى هذا عن عمر ، وعثمان ، وعلى ، رضى الله عنهم وبه قال الفقهاء السبعة ، وعمر بن عبد العزيز ، والأوزاعى ، والشافعى ، وابن المنذر ، لحديث عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا قطع إلا فى ربع دينار فصاعداً » . وقال عثمان البتى : تقطع اليد فى درهم فما فوقه ، وعن أبى هريرة وأبى سعيد أن اليد تقطع فى أربعة دراهم فصاعداً ، وعن عمر أن الخمس لا تقطع إلا فى الخمس ، وبه قال سليمان بن يسار ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة . وروى ذلك عن الحسن . وقال أنس : قطع أبو بكر فى مجن قيمته خمسة دراهم رواه الجوزجانى بإسناده . وقال عطاء ، وأبو حنيفة ، وأصحابه : لا تقطع اليد إلا فى دينار أو عشرة دراهم ، لما روى الحجاج[1] بن أرطاة عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا قطع إلا فى عشرة دراهم » وروى ابن عباس قال : « قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يد رجل فى مجن[2] قيمته دينار أو عشرة دراهم »[3] . وعن النخعى لا تقطع اليد إلا فى أربعين درهما » .

ولنا : ماروى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم » متفق عليه ، قال ابن عبد البر : هذا أصح حديث يروى فى هذا الباب ، لايختلف أهل العلم فى ذلك . وحديث أبى حنيفة الأول يرويه الحجاج بن أرطاة ، وهو ضعيف ، والذى يرويه عن الحجاج ضعيف أيضا . والحديث الثانى لا دلالة فيه على أنه لايقطع بما دونه ، فإن من أوجب القطع بثلاثة دراهم أوجبه بعشرة ، ويدل هذا الحديث على أن العرض يقوم بالدراهم ، لأن المجن قوم بها ، ولأن ما كان الذهب فيه أصلا كان الورق فيه أصلا كنُصب[4] الزكاة والديات ، وقيم المتلفات . وقد روى أنس أن سارقاً سرق مجنًّا ما يسرنى أنه لى بثلاثة دراهم أو مايساوى ثلاثة دراهم فقطعه أبو بكر ، وأتى عثمان برجل قد سرق أترجة ، فأمر بها عثمان فأقيمت فبلغت[5] قيمتها ربع دينار فأمر به عثمان فقطع .

---

(١) الحجاج بن أرطاة بفتح الهمزة — بن ثور بن هبيرة النخعى أبو أرطأة الكوفى قاضى البصرة أحد الفقهاء صدوق مات سنة خمس وأربعين وقد اتهم بالتدليس ، قال النسائى ليس بالقوى وقال الدارقطنى : لا يحتج به ، وهو من رجال مسلم لكنه خرج له مقروناً بآخر — كما فى ميزان الاعتدال ج ١ ص ٤٥٩ وبالنسبة للحديث المذكور — نقل الزيلعى فى نصب الراية ج ٣ ص ٣٥٩ أنه أخرجه أحمد وهو فى الدارقطنى ج ٢ ص ٣٦٩ قال فى التنقيح « والحجاج بن أرطاة مدلس ولم يسمع من عمرو هذا الحديث » (ف)

(٢) هو من آلات الحرب ، الترس تدفع به الأسنة والسيوف وغيرها .

(٣) حديث ابن عباس أخرجه أبو داود فى سننه (ف)

(٤) فى المخطوطة ٣٩ كنصاب الزكاة . (٥) فى المخطوطة ٣٩ : فقومت .

٧٢٦١ (فصـــــل)

وإذا سرق ربع دينار من المضروب الخالص ففيه القطع . وإن كان فيه غش أو تبر يحتاج إلى تصفيـة لم يجب القطع ، حتى يبلغ مافيـه من الذهب ربع دينار ، لأن السبك ينقصه ، وإن سرق ربع دينار قراضة أو تبراً خالصاً أو حلياً ففيه القطع ، نص عليه أحمد فى رواية الجوزجانى . قال : قلت له : كيف يسرق ربع دينار ؟ فقال : قطعة ذهب ، أوخاتماً أو حلياً . وهذا قول أكثرأصحاب الشافعى ، وذكر القاضى فى وجوب القطع احتمالين . أحدهما : لاقطع عليه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن الدينار اسم للمضروب[1].

ولنا : أن ذلك ربع دينار ، لأنه يقال دينار قراضة[2] ومكسر ، أو دينارخالص ، ولأنه لايمكنه سرقة ربع دينار مفرد فى الغالب إلا مكسوراً ، وقدأوجب عليه القطع بذلك ، ولأنه حق الله تعالى تعلق بالمضروب ، فتعلق بمـا ليس بمضروب ، كالزكاة ، والخلاف فيما إذا سرق من المـكسور والتبر مالا يساوى ربع دينـار صحيح ، فإن بلغ ذلك ففيه القطع .

والدينار هو : المثقال من مثاقيل الناس اليوم . وهو الذى كل سبعة منها عشرة دراهم . وهو الذى كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله ولم يتغير . وإنمـا كانت الدراهم مختلفة فجمعت وجعلت كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، فهى التى يتعلق القطع بثلاثة منها إذا كانت خالصة ، مضروبة كانت أوغيرمضروبة على ماذكرناه فى الذهب .

وعند أبى حنيفة أن النصاب إنمايتعلق بالمضروب منها ، وقد ذكر مادل عليه ، ويحتمل ماقاله فى الدراهم ، لأن إطلاقها يتناول الصحاح المضروبة بخلاف ربع الدينار . على أننا قد ذكرنا فيها احتمالا متقدما فههنا أولى ، وما قُوِّم من غيرها بهما فلا قطع فيه حتى يبلغ ثلاثة دراهم صحاحاً ، لأن إطلاقها ينصرف إلى المضروب دون المـكسر .

الشرط الثالث : أن يـكون المسروق مالا ، فإن سرق ما ليس بمال كالحر فلا قطع فيه ، صغيراً كان أو كبيراً ، وبهذا قال الشافعى ، والثورى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال الحسن ، والشعبى ، ومالك ، وإسحاق : يقطع بسرقة الحر الصغير ، لأنه غير مميز ، أشبه العبد . وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد .

ولنا : أنه ليس بمال فلا يقطع بسرقته كالـكبير النائم .

إذا ثبت هذا : فإنه إن كان عليه حلى أو ثياب تبلغ نصابا لم يقطع ، وبه قال أبو حنيفه ، وأكثر

(١) لم يذكر الاحتمال الثانى . (٢) القراضة : ما سقط بالقرض من الذهب ، والقرض القطع (ف) .

أصحاب الشافعي وذكر أبو الخطاب وجهاً آخر أنه يقطع . وبه قال أبو يوسف ، وابن المنذر ، لظاهر الكتاب ، ولأنه سرق نصابا من الحلى فوجب فيه القطع كما لو سرقه منفرداً .

ولنا : أنه تابع لما لا قطع فى سرقته ، أشبه ثياب الكبير ، ولأن يد الصبى على ما عليه ، بدليل أن ما يوجد مع اللقيط يكون له ، وهكذا لو كان الكبير نائما على متاع فسرقه ومتاعه لم يقطع ، لأن يده عليه .

٧٢٦٢ (فصــــل)

وإن سرق عبداً صغيراً فعليه القطع فى قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . منهم : الحسن ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة ، ومحمد . والصغير الذى يقطع بسرقته هو الذى لا يميز فإن كان كبيراً لم يقطع سارقه ، إلا أن يكون نائماً أو مجنونا ، أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره فى الطاعة ، فيقطع ، سارقه ، وقال أبو يوسف : لا يقطع سارق العبد وإن كان صغيراً ، لأن من لا يقطع بسرقته كبيراً لا يقطع بسرقته صغيراً كالحر .

ولنا : أنه سرق مالا مملوكا تبلغ قيمته نصابا ، فوجب القطع عليه كسائر الحيوانات . وفارق الحر فإنه ليس بمال ولا مملوك . وفارق الكبير ، لأن الكبير لا يسرق ، وإنما يخدع بشىء ، إلا أن يكون فى حال زوال عقله بنوم أو جنون فتصح سرقته ، ويقطع سارقه . فإن كان المسروق فى حال نومه أو جنونه أم ولد ففى قطع سارقها وجهان .

أحدهما : لا يقطع لأنها لا يحل بيعها ، ولا نقل الملك فيها ، فأشبهت الحرة .

والثانى : يقطع ، لأنها مملوكة تضمن بالقيمة ، فأشبهت القن ، وحكم المدبر حكم القن ، لأنه يجوز بيعه ، ويضمن بقيمته . فأما المكاتب فلا يقطع سارقه ، لأن ملك سيده ليس بتام عليه ، لكونه لا يملك منافعه ولا استخدامه ، ولا أخذ أرش الجناية عليه . ولو جنى السيد عليه لزمه له الأرش ، ولو استوفى منافعه كرها لزمه عوضها ولو حبسه لزمه أجرة مثله مدة حبسه ، أو إنظاره مقدار مدة حبسه ، ولا يجب القطع لأجل ملك المكاتب فى نفسه ، لأن الإنسان لا يملك نفسه ، فأشبه الحر . وإن سرق من مال المكاتب شيئاً فعليه القطع ، لأن ملك المكاتب ثابت فى مال نفسه ، إلا أن يكون السارق سيده ، فلا قطع عليه ، لأن له فى ماله حقاً وشبهة تدرأ الحد ، ولذلك لو وطىء جاريته لم يحد .

٧٢٦٣ (فصــل)

وإن سرق ماء فلا قطع فيه ، قاله أبو بكر ، وأبو إسحاق بن شاقلا ، لأنه مما لا يتمول عادة ، ولا

أعلم فى هذا خلافا . وإن سرق كَلأً أو ملحاً فقال أبو بكر : لا قطع فيه ، لأنه مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه فأشبه الماء .

وقال أبو إسحاق بن شاقلا : فيه القطع ، لأنه يتمول عادة ، فأشبه التبن والشعير . وأما الثلج فقال القاضى : هو كالماء ، لأنه ماء جامد ، فأشبه الجليد . والأشبه أنه كالملح ، لأنه يتمول عادة فهو كالملح المنعقد من الماء . وأما التراب فإن كان مماتقل الرغبات فيه كالذى يعد للتطيين والبناء فلا قطع فيه ، لأنه لا يتمول . وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الأرمنى الذى يعد الدواء ، أو المعد للغسل به ، أو الصبغ كالمغرة احتمل وجهين .

أحدهما : لا قطع فيه ، لأنه من جنس مالا يتمول ، أشبه الماء .

والثانى : فيه القطع ، لأنه يتمول عادة ، ويحمل إلى البلدان للتجارة فيه ، فأشبه العود الهندى ، ولا يقطع بسرقة السرجين (1) لأنه إن كان نجساً فلا قيمة له ، وإن كان طاهراً فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه ، فأشبه التراب الذى للبناء . وما عمل من التراب كاللّبن والفخار ففيه القطع ، لأن يتمول عادة.

٧٢٦٤ ﴿ فصــــل ﴾

وما عدا هذا من الأموال ففيه القطع ، سواء كان طعاما ، أو ثيابا ، أو حيوانا ، أو أحجاراً ، أو قصباً ، أو صيداً ، أو نورة ، أو جصاً ، أو زرنيخاً ، أو توابل ، أو فخاراً ، أو زجاجاً ، أو غيره . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفه : لا قطع على سارق الطعام الرطب الذى يتسارع إليه الفساد ، كالفوا كه والطبائخ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا قطع فى ثمر ولا كَثَر (2) » رواه أبو داود ولأن هذا معرض للهلاك أشبه مالم يحرز . ولا قطع فيما كان أصله مباحا فى دار الإسلام ، كالصيود والخشب، إلا فى الساج والأبنوس . والصندل ، والقنا ، والمعمول من الخشب ، فإنه يقطع به ، وما عدا هذا لا يقطع به ، لأنه يوجد كثيراً مباحا فى دار الإسلام ، فأشبه التراب . ولا قطع فى القرون وإن كانت معمولة ، لأن الصنعة لا تكون غالبة عليها ، بل القيمة لها بخلاف معمول الخشب . ولا قطع عنده فى التوابل والنورة والجص والزرنيخ والملح واللبن والفخار والزجاج . وقال الثورى : ما يفسد فى يومه كالثريد واللحم لا قطع فيه .

ولنا : عموم قوله تعالى : (والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيْدِيَهُما (3)) وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق ، فذكر الحديث ، ثم قال : « ومن سرق

(1) السرجين : الزبل (ف) . (2) الكثر : بوزن القمر . الجمار وهو شحمه الذى فى وسط النخل (ف) .
(3) سورة المائدة آية ٣٨

منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » رواه أبو داود وغيره . وروى أن عثمان رضى الله عنه « أتى برجل قد سرق أترجة ، فأمر بها عثمان فأقيمت [1] ، فبلغت قيمتها ربع دينار . فأمر به عثمان فقطع » . رواه سعيد ولأن هذا مال يتمول فى العادة ، ويرغب فيه ، فيقطع سارقه إذا اجتمعت الشروط كالجفف ، ولأن ماوجب القطع فى معموله وجب فيه قبل العمل ، كالذهب والفضة . وحديثهم أراد به الثمر المعلق ، بدليل حديثنا ، فإنه مفسر له وتشبيهه بغير الحرز لا يصح ، لأن غير الحرز مضيع ، وهذا محفوظ ، ولهذا افترق سائر الأموال بالحرز وعدمه ، وقولهم : يوجد مباحا فى دار الإسلام ينتقض بالذهب والفضة والحديد والنحاس وسائر المعادن . والتراب قد سبق القول فيه .

٧٢٦٥ (فصــــل)

فإن سرق مصحفا فقال أبو بكر ، والقاضى : لاقطع فيه ، وهو قول أبى حنيفة · لأن المقصود منه ما فيه من كلام الله ، وهو مما لايجوز أخذ العوض عنه ، واختار أبو الخطاب وجوب قطعه ، وقال : هو ظاهر كلام أحمد ، فإنه سئل عمن سرق كتابا فيه علم لينظر فيه ، فقال : كل مابلغت قيمته ثلاثة دراهم فيه القطع ، وهذا قول مالك والشافعى وأبى ثور وابن المنذر لعموم الآية فى كل سارق ولأنه متقوم تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع بسرقته كـكتب الفقه ولاخلاف بين أصحابنا فى وجوب القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية ، فإن كان المصحف محلى بحلية تبلغ نصابا خرج فيه وجهان عند من لم ير القطع بسرقة المصحف .

أحدهما : لايقطع وهذا قياس قول أبى إسحاق بن شاقلا ومذهب أبى حنيفة لأن الحلى تابعة لما لايقطع بسرقته أشبهت ثياب الحر .

والثانى : يقطع وهو قول القاضى لأنه سرق نصابا من الحلى فوجب قطعه كما لو سرقه منفرداً ، وأصل هذين الوجهين من سرق صبيا عليه حلى .

٧٢٦٦ (فصــــل)

وإن سرق عينا موقوفة وجب القطع عليه ، لأنها مملوكة للموقوف عليه ، ويحتمل ألا يقطع بناء على الوجه الذى يقول إن الموقوف لايملكه الموقوف عليه .

الشرط الرابع : أن يسرق من حرز ، ويخرجه منه . وهذا قول أكثر أهل العلم . وهذا مذهب عطاء ، والشعبى ، وأبى الأسود الدؤلى ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم عن أحد من أهل العلم خلافهم إلا قولا حكى عن عائشة ، والحسن ،

---

(١) فى ٢٩ : نقومت عليه .

والنخعى ، فيمن جمع المتاع ولم يخرج به من الحرز عليه القطع . وعن الحسن مثل قول الجماعة ، وحكى عن داود : أنه لا يعتبر الحرز ، لأن الآية لا تفصيل فيها ، وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عمن نقلت عنه .

قال ابن المنذر : وليس فيه خبر ثابت ، ولا مقال لأهل العلم ، إلا ما ذكرناه ، فهو كالإجماع ، والإجماع حجة على من خالفه . وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا من مُزَيْنة سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن الثمار ، فقال : « ما أخذ فى غير أكامه[١] فاحتمل ففيه قيمته ، ومثله معه . وما كان فى الخزائن ففيه القطع إذا بلغ ثمن المجن » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، وغيرهما ، وهذا الخبر يخصص[٢] الآية كما خصصناها فى اعتبار النصاب ، إذا ثبت اعتبار الحرز .

والحرز ماعُدَّ حرزاً فى العرف ، فإنه لما ثبت اعتباره فى الشرع من غير تنصيص على بيانه علم أنه رد ذلك إلى أهل العرف ، لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته ، فيرجع إليه كما رجعنا إليه فى معرفة القبض والفرقة فى البيع وأشباه ذلك .

إذا ثبت هذا فان من حرز الذهب والفضة والجواهر الصناديق تحت الأغلاق والأقفال الوثيقة فى العمران ، وحرز الثياب وما خف من المتاع كالصُّفر والنحاس والرصاص فى الدكاكين والبيوت المقفلة فى العمران ، أو يكون فيها حافظ فيكون حرزاً ، وإن كانت مفتوحة . وإن لم تكن مغلقة ولا فيها حافظ فليست بحرز . وإن كانت فيها خزائن مغلقة فالخزائن حرز لما فيها ، وما خرج عنها فليس بحرز . وقد روى عن أحمد فى البيت الذى ليس عليه[٣] غلق يسرق منه : أراه سارقاً ، وهذا محمول على أن أهله فيه . فأما البيوت التى فى البساتين أو الطرق أو الصحراء فإن لم يكن فيها أحد فليست حرزاً ، سواء كانت مغلقة أو مفتوحة ، لأن من ترك متاعه فى مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظا له ، وإن أغلق عليه . وإن كان فيها أهلها أو حافظ فهى حرز ، سواء كانت مغلقة أو مفتوحة . وإذا كان لابسا للثوب أو متوسداً له نائماً أو مستيقظا ، أو مفترشاً له أو متكئاً عليه فى أى موضع كان من البلد أو برية فهو محرز ، بدليل أن رداء صفوان سرق وهو متوسد له فقطع النبى صلى الله عليه وسلم سارقه ، وإن تدحرج عن الثوب زال الحرز إن كان نائماً ، وإن كان الثوب بين يديه أو غيره من المتاع كبز[٤] البزازين ، وقماش الباعة ، وخبز الخبازين ، بحيث يشاهده وينظر إليه فهو محرز ، وإن نام أو كان غائبا عن موضع مشاهدته فليس بمحرز ، وإن جعل المتاع فى الغرائر وعلّم عليها ومعها حافظ يشاهدها فهى محرزة ، وإلا فلا .

---

(١) الأكمام : جمع كم وهو غلاف الثمر والحب قبل أن يظهر وهو وعاء الطلع وغطاء النور (ف)

(٢) فى المطبوعة : يخص . وما فى ١٨ أوضح وأنسب للسياق .

(٣) غلق : بوزن قمر معناه قفل . (ف) (٤) البز : ثياب من كتان أو قطن . (ف)

٧٢٦٧ (فصــــل)

والخيمة والخركاه[1] إن نصبت وكان فيها أحد نائماً أو منقبها فهى محرزة وما فيها ، لأنها هكذا تحرز فى العادة ، وإن لم يكن فيها أحد ولا عندها حافظ فلا قطع على سارقها . وممن أوجب القطع فى السرقة من الفسطاط : الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . إلا أن أصحاب الرأى قالوا : يقطع السارق من الفسطاط دون سارق الفسطاط . ولنا أنه محرز بما جرت به العادة ، أشبه مافيه .

٧٢٦٨ (فصــــل)

وحرز البقل ، وقدور الباقلاء ونحوها بالشرائج[2] من القصب أو الخشب إذا كان فى السوق حارس ، وحرز الخشب والحطب والقصب فى الحظائر ، وتعبئة بعضه على بعض ، وتقييده بقيد بحيث يعسر أخذ شىء منه على ماجرت به العادة ، إلا أن يكون فى فندق مغلق عليه ، فيكون محرزا وإن لم يقيد :

٧٢٦٩ (فصــــل)

والإبل على ثلاثة أضرب : باركة ، وراعية ، وسائرة .

فأما الباركة فإن كان معها حافظ لها وهى معقولة فهى محرزة ، وإن لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظرا إليها أو مستيقظا بحيث يراها فهى محرزة . وإن كان نائما أو مشغولا عنها فليست محرزة ، لأن العادة أن الرعاة إذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم ، ولأن حل المعقولة ينبه النائم والمشتغل ، وإن لم يكن معها أحد فهى غير محرزة ، سواء كانت معقولة أو لم تكن .

وأما الراعية : فحرزها بنظر الراعى إليها ، فما غاب عن نظره أو نام عنه فليس بمحرز ، لأن الراعية إنما تحرز بالراعى ونظره .

وأما السائرة : فإن كان معها من يسوقها فحرزها نظره إليها ، سواء كانت مقطرة[3] أو غير مقطرة ، وما كان منها بحيث لا يراه فليس بمحرز ، وإن كان معها قائد فحرزها أن يكثر الالتفات إليها ، والمراعاة لها ، ويكون بحيث يراها إذا التفت ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ، لا يحرز القائد إلا التى زمامها بيده ، لأنه يوليها ظهره ، ولا يراها إلا نادرا فيمكن أخذها من حيث لا يشعر .

ولنا : أن العادة فى حفظ الإبل المقطرة بمراعاتها بالالتفات ، وإمساك زمام الأول ، فكان ذلك حرزا لها ، كالتى زمامها فى يده ، فان سرق من أحمال الجمال السائرة المحرزة متاعا قيمته نصاب قطع . وكذلك

(١) الخركاة : كبيت الشعر (ف) (٢) الشرائج : جمع شريجة شىء يعمل من نحو قصب يضم بعضه إلى بعض بنحو حبل (ف) (٣) أى مربوط بعضها فى أعقاب البعض حتى يصير قطارا .

إن سرق الحمل ، وإن سرق الجمل بما عليه وصاحبه نائم عليه لم يقطع ، لأنه فى يد صاحبه وإن لم يكن صاحبه نائما عليه قطع ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا قطع عليه لأن ما فى الحمل محرز به ، فإذا أخذ جميعه لم يهتك حرز المتاع ، فصار كما لو سرق أجزاء الحرز .

ولنا : أن الجمل محرز بصاحبه ، ولهذا لو لم يكن معه لم يكن محرزاً ، فقد سرقه من حرز مثله ، فأشبه مالو سرق المتاع ، ولا نسلم أن سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع ، فإنه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه وجب قطعه ، وهذا التفصيل فى الإبل التى فى الصحراء ، فأما التى فى البيوت والمكان المحصن على الوجه الذى ذكرناه فى الثياب فهى محرزة ، والحكم فى سائر المواشى كالحكم فى الإبل على ما ذكرناه من التفصيل فيها .

٧٢٧٠ (فصـــــــل)

وإذا سرق من الحمام ولا حافظ فيه فلا قطع عليه فى قول عامتهم . وإن كان ثم حافظ فقال أحمد : ليس على سارق الحمام قطع . وقال فى رواية ابن منصور : لا يقطع سارق الحمام إلا أن يكون على المتاع قاعد ، مثل ماصنع بصفوان . وهذا قول أبى حنيفه ، لأنه مأذون للناس فى دخوله ، فجرى مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له فى دخوله ، ولأن دخول الناس إليه يكثر ، فلا يتمكن الحافظ من حفظ ما فيـــه .

قال القاضى : وفيه رواية أخرى أنه يجب القطع إذا كان فيه حافظ ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لأنه متاع له حافظ ، فيجب قطع سارقة ، كما لو كان فى بيت . والأول أصح ، وهذا يفارق مافى البيت من الوجهين اللذين ذكرناهما . فأما إن كان صاحب الثياب قاعدا عليها ، أو متوسداً لها ، أو جالساً وهى بين يديه يحفظها ، قطع سارقها بكل حال ، كما قطع سارق رداء صفوان من المسجد وهو متوسد له ، وكذلك إن كان نائب صاحب الثياب . إما الحامى ، وإما غيره . حافظا لها على هذا الوجه ، قطع سارقها ، لأنها محرزة . وإن لم تكن كذلك فقال القاضى : إن نزع الداخل ثيابه على ما جرت به العادة ، ولم يستحفظها لأحد ، فلا قطع على سارقها ، ولا غرم على الحامى ، لأنه غير مودع ، فيضمن ، ولا هى محرزة فيقطع سارقها . وإن استحفظها الحامى فهو مودع يلزمه مراعاتها بالنظر والحفظ ، فإن تشاغل عنها أو ترك النظر إليها فسرقت فعليه الغرم لتفريطه ، ولا قطع على السارق ، لأنه لم يسرق من حرز ، وإن تعاهدها الحامى بالحفظ والنظر فسرقت فلا غرم عليه ، لعدم تفريطه ، وعلى السارق القطع . لأنها محرزة . وهذا مذهب الشافعى ، وظاهر مذهب أحمد : أنه لا قطع عليه فى هذه الصورة لما تقدم قال ابن المنذر : قال أحمد : أرجو ألا قطع عليه ، لأنه مأذون للناس فى دخوله ، ولو استحفظ رجل آخر

متاعه فى المسجد فسرق ، فإن كان قد فرط فى مراعاته ونظره إليه فعليه الغرم إذا كان التزم حفظه ، وأجابه إلى ما سأله ، وإن لم يجبه لـكن سكت لم يلزمه غرم ، لأنه ما قبل الاستيداع ، ولا قبض المتاع ، ولا قطع على السارق فى الموضعين ، لأنه غير محرز . وإن حفظ المتاع بنظره إليه وقربه منه فسرق فلا غرم عليه ، وعلى السارق القطع ، لأنه سرق من حرز ، ويفارق المتاع فى الحمام ، فإن الحفظ فيه غير ممـكن ، لأن الناس يضع بعضهم ثيابه عند ثياب بعض ، ويشتبه على الحمامى صاحب الثياب ، فلا يمـكنه منع أخذها ، لعدم علمه بمالـكها .

٧٢٧١ (فصـــــل)

وحرز حائط الدار كونه مبنياً فيها إذا كانت فى العمران ، أو كانت فى الصحراء . وفيها حافظ فإن ، أخذ من أجزاء الحائط أو خشبه نصابا فى هذه الحال وجب قطعه ، لأن الحائط حرز لغيره ، فيـكون حرزاً لنفسه . وإن هدم الحائط ولم يأخذه فلا قطع عليه فيه ، كما لو أتلف المتاع فى الحرز ولم يسرقه . فإن كانت الدار بحيث لا تـكون حرزاً لما فيها . كدار فى الصحراء لا حافظ فيها ، فلا قطع على من أخـذ من حائطها شيئا ، لأنها إذا لم تـكن حرزاً لما فيها فلنفسها أولى .

وأما باب الدار فإن كان منصوبا فى مكانه فهو محرز ، سواء كان مغلقاً أو مفتوحا ، لأنه هكذا يحفظ ، وعلى سارقه القطع إذا كانت الدار محرزة بما ذكرناه . وأما أبواب الخزائن فى الدار فإن كان باب الدار مغلقاً فهى محرزة ، سواء كانت مفتوحة أو مغلقة ، وإن كان مفتوحا لم تـكن محرزة ، إلا أن تـكون مغلقة ، أو يكون فى الدار حافظ والفرق بين باب الدار وباب الخزانة أن أبواب الخزائن تحرز بباب الدار ، وباب الدار لا يحرز إلا بنصبه ، ولا يحرز بغيره ، وأما حلقة الباب فإن كانت مسمورة فهى محرزة ، وإلا فلا لأنها تحرز بتسميرها .

٧٢٧٢ (فصـــل)

وإن سرق باب مسجد منصوبا ، أو باب الـكعبة المنصوب ، أو سرق من سقفه شيئا أو تأزيره[١] ففيه وجهان .

أحدهما : عليه القطع ، وهو مذهب الشافعى ، وأبى القاسم صاحب مالك ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لأنه سرق نصابا محرزاً بحرز مثله ، لا شبهة له فيه ، فلزمه القطع كباب بيت الآدمى .

والثانى : لا قطع عليه ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنه لا مالك له من المخلوقين ، فلا يقطع فيه كحصر المسجد وقناديله ، فإنه لا يقطع بسرقة ذلك وجهاً واحداً ، لـكونه مما ينتفع به ، فيـكون له فيه شبهة ، فلم

(١) التأزير : ما يجعل فى أسفل الحائط من لباد أو رفوف أو نحوها (ف) .

يقطع به كالسرقة من بيت المال ، وقال أحمد : لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجية منها . وقال القاضي : هذا محمول على ماليست بمخيطة ، لأنها إنما تحرز بخياطتها . وقال أبو حنيفة : لا قطع فيها بحال ، لما ذكرنا في الباب .

٧٢٧٣ (فصــــل)

وإذا أجر داره ثم سرق منها مال المستأجر فعليه القطع ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو حنيفة . وقال صاحباه : لا قطع عليه ، لأن المنفعة تحدث في ملك الآجر [١]، ثم تنتقل إلى المستأجر .

ولنا : أنه هتك حرزاً وسرق منه نصابا لا شبهة له ، فوجب القطع كما لو سرق من ملك المستأجر . وماقالاه لا نسلمه ، ولو استعار داراً فنقبها المعير وسرق مال المستعير منها قطع أيضاً ، وبهذا قال الشافعي في أحد الوجهين . وقال أبو حنيفة : لاقطع عليه ، لأن المنفعة ملك له ، فما هتك حرز غيره ، ولأن له الرجوع متى شاء ، وهذا يكون رجوعا .

ولنا : ما تقدم في التي قبلها ، ولا يصح ماذكره ، لأن هذا قد صار حرزاً لمال غيره ، لايجوز له الدخول إليه ، وإنما يجوز له الرجوع في العارية والمطالبة برده إليه .

٧٢٧٤ (فصــــل)

وإن غصب بيتاً فأحرز فيه ماله فسرقه منه أجنبي ، أو المغصوب منه فلا قطع عليه ، لأنه لاحكم لحرزه إذا كان متعديا به ظالما فيه .

٧٢٧٥ (فصــــل)

وإذا سرق الضيف من مال مضيفه شيئاً نظرت ، فإن سرقه من الموضع الذى أنزله فيه ، أو موضع لم يحرزه عنه لم يقطع ، لأنه لم يسرق من حرز وإن سرق من موضع محرز دونه نظرت ، فإن كان منعه قراه[٢] فسرق بقدره فلا قطع عليه أيضا ، وإن لم يمنعه قراه فعليه القطع . وقد روى عن أحمد : أنه لاقطع على الضيف ، وهو محمول على إحدى الحالتين الأوليين . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه بحال ، لأن المضيف بسطه في بيته وماله ، فأشبه ابنه .

ولنا : أنه سرق مالا محرزاً عنه لا شبهة له فيه ، فلزمه القطع كالأجنبي ، وقوله : إنه بسطه فيه لايصح ، فإنه أحرز عنه هذا المال ، ولم يبسطه فيه ، وتبسطه في غيره لا يوجب تبسطه فيه ، كما لو تصدق على مسكين بصدقة ، أو أهدى إلى صديقه هدية ، فإنه لا يسقط عنــه القطع بالسرقة من غير ما تصدق به عليه ، أو أهدى إليه .

---

(١) في المخطوطة ١٨ : المؤجر . (٢) أي طعام ضيافته .

٧٢٧٦ (فصـــــل)

وإذا أحرز المضارب مال المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المال الذى وكل فيه فسرقه أجنبى فعليه القطع ، لا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه ينوب مناب المالك فى حفظ المال وإحرازه ، ويده كيده ، وإن غصب عيناً وأحرزها ، أو سرقها وأحرزها ، فسرقها سارق فلا قطع عليه . وقال مالك : عليه القطع ، لأنه سرق نصابا من حرز مثله ، لا شبهة له فيه ، وللشافعى قولان كالمذهبين . وقال أبو حنيفة . كقولنا فى السارق ، وكقولهم فى الغاصب .

ولنا : أنه لم يسرق المال من مالـكه ، ولا ممن يقوم مقامه ، فأشبه مالو وجده ضائعاً فأخذه . وفارق السارق من المالك أو نائبه ، فإنه أزال يده وسرق من حرزه .

٧٢٧٧ (فصـــــل)

وإن سرق نصابا أو غصبه فأحرزه فجاء المالك فهتك الحرز وأخذ ماله فلاقطع عليه عند أحد ، سواء أخذه سرقة أو غيرها ، لأنه أخذ ماله ، وإن سرق غيره ففيه وجهان .

أحدهما : لا قطع فيه ، لأن له شبهة فى هتك الحرز وأخذ ماله ، فصار كالسارق من غير حرز ، ولأن له شبهة فى أخذ قدر ماله لذهاب بعض العلماء إلى جواز أخذ الإنسان قدر دينه من مال من هو عليه .

والثانى : عليه القطع ، لأنه سرق نصابا من حرزه لا شبهة له فيه ، وإنما يجوز له أخذ قدر ماله إذا عجز عن أخذ ماله ، وهذا أمـكنه أخذ ماله ، فلم يجز له أخذ غيره ، وكذلك الحـكم إذا أخذ ماله وأخـذ من غيره نصابا متميزاً عن ماله ، فإن كان مختلطاً بماله غير متميز منه فلا قطع عليه ، لأنه أخذ ماله الذى له أخذه وحصل غيره مأخوذا ضرورة أخذه فيجب ألا يقطع فيه ، ولأن له فى أخذه شبهة ، والحد يدرأ بالشبهات . فأما إن سرق منه مالا آخر من غير الحرز الذى فيه ماله ، أو كان له دين على إنسان فسرق من ماله قدر دينه من حرزه ، نظرت ، فإن كان الغاصب أو الغريم باذلا لما عليه ، غير ممتنع من أدائه ، أو قدر المـالك على أخذ ماله فتركه وسرق مال الغاصب أو الغريم ، فعليه القطع ، لأنه لا شبهة له فيه . وإن عجز عن استيفاء دينه ، أو أرش جنايته ، فسرق قدر دينه أو حقه فلا قطع عليه . وقال القاضى : عليه القطع ، بناء على أصلنا فى أنه ليس له أخذ قدر دينه .

ولنـا : أن هذا مختلف فى حله ، فلم يجب الحد به كما لو وطىء فى نـكاح مختلف فى صحته . وتحريم الأخذ لا يمنع الشبهة الناشئة عن الاختلاف ، والحـدود تدرأ بالشبهات ، فإن سرق أكثر من دينه فهو كالمغصوب منه إذا سرق أكثر من ماله على مامضى .

٧٢٧٨ (فصـــــل)

ولا بد من إخراج المتاع من الحرز لما قدمنا من الإجماع على اشتراطه ، فمتى أخرجه من الحرز وجب عليه القطع ، سواء حمله إلى منزله أو تركه خارجا من الحرز ، وسواء أخرجه بأن حمله أو رمى به إلى خارج الحرز ، أوشد فيه حبلا ، ثم خرج فمده به ، أوشده على بهيمة ثم ساقها به ، حتى أخرجها ، أو تركه فى نهر جار ، فخرج به ، ففى هذا كله يجب القطع ، لأنه هو المخرج له ، إما بنفسه وإما بآلته ، فوجب عليه القطع كما لو حمله فأخرجه ، وسواء دخل الحرز فأخرجه ، أو نقبه ثم أدخل إليه يده أو عصا لهـا شِجْنَة[١] فاجتذبه بها ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه إلا أن يكون البيت صغيراً لا يمكنه دخوله ، لأنه لم يهتك الحرز بما أمكنه ، فأشبه المختلس .

ولنا : أنه سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه ، وهو من أهل القطع ، فوجب عليه كما لو كان البيت ضيقاً . ويخالف المختلس ، فإنه لم يهتك الحرز . وإن رمى المتاع فأطارته الريح فأخرجته فعليه القطع ، لأنه متى كان ابتداء الفعل منه لم يؤثر فعل الريح ، كما لو رمى صيداً فأعانت الريح السهم حتى قتل الصيد حل . ولو رمى الجمار فأعانتها الريح حتى وقعت فى المرمى احتسب به ، وصار هذا كما لو ترك المتاع فى الماء فجرى به فأخرجه . ولو أمر صبياً لا يميز فأخرج المتاع وجب عليه القطع ، لأنه آلة له . فأما إن ترك المتاع على دابة فخرجت بنفسها من غير سوقها ، أو ترك المتاع فى ماء راكد فانفتح فخرج المتاع ، أو على حائط الدار فأطارته الريح ، ففى ذلك وجهان .

أحدهما : عليه القطع ، لأن فعله سبب خروجه ، فأشبه مالو ساق البهيمة ، أو فتح المـاء . وحلق[٢] الثوب فى الهواء .

والثانى : لا قطع عليه ، لأن المـاء لم يكن آلة للإخراج ، وإنما خرج المتاع بسبب حادث من غير فعله ، والبهيمة لها اختيار لنفسها .

٧٢٧٩ (فصـــل)

وإذا أخرج المتاع من بيت فى الدار أو الخـان إلى الصحن ، فإن كان باب البيت مغلقا ففتحه أو نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز . وإن لم يكن مغلقا فما أخرجه من الحرز . وقد قال أحمد : إذا خرج[٣] المتاع من البيت إلى الدار يقطع ، وهو محمول على الصورة الأولى .

(١) الشجنة . بسكون الجيم وضم الشين وكسرها عروق الشجر المشتبكة ،وقوله هنا (عصا لها شجنة) أى طرفها فنحن يمكن جذب الشىء به (ف)

(٢) حلق المراد أطار (ف) . (٣) هكذا فى النسخ والصواب (أخرج) كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٦١ (ف)

٧٢٨٠ (فصـــل)

قال أحمد : الطرار سراً يقطع ، وإن اختلس لم يقطع ، ومعنى الطرار الذى يسرق من جيب الرجل أو كمه أو صفنه ،[1] وسواء بط[2] ما أخذ منه المسروق ، أو قطع الصفن فأخذه ، أو أدخل يده فى الجيب فأخذ مافيه ، فإن عليه القطع ، وروى عن أحمد فى الذى يأخذ من جيب الرجل وكمه لا قطع عليه ، فيكون فى ذلك روايتان .

٧٢٨١ (فصـــل)

وإذا دخل السارق حرزاً فاحتلب لبنا من ماشية ، وأخرجه فعليه القطع ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ، لأنه من الأشياء الرطبة ، وقد مضى الكلام معه فى هذا ، وإن شربه فى الحرز أو شرب منه ما ينقص النصاب فلا قطع عليه ، لأنه لم يخرج من الحرز نصابا . وإن ذبح الشاة فى الحرز ، أو شق الثوب ، ثم أخرجهما وقيمتهما بعد الشق و الذبح نصاب ، فعليه القطع . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفه : لا قطع عليه فى الشاة ، لأن اللحم لا يقطع عنده بسرقته ، والثوب إن شق أكثره فلا قطع فيه ، لأن صاحبه مخير بين أن يضمّنه قيمة جميعه ، فيكون قد أخرجه وهو ملك له وقد تقدم الكلام معه فى هذه الأصول . وإن دخل الحرز فابتلع جوهرة وخرج فلم تخرج فلا قطع عليه ، لأنه أتلفها فى الحرز ، وإن خرجت ففيه وجهان .

أحدهما : يجب ، لأنه أخرجها فى وعائها ، فأشبه إخراجها فى كمه .

والثانى : لايجب ، لأنه ضمنها بالبلع ، فكان إتلافا لها ، ولأنه ملجأ إلى إخراجها ، لأنه لا يمكنه الخروج بدونها . وإن تطيب فى الحرز بطيب وخرج ولم يبق عليه من الطيب ما إذا جمع كان نصابا فلا قطع عليه ، لأن مالا يجتمع قد أتلفه باستعماله ، فأشبه مالو أكل الطعام . وإن كان يبلغ نصابا فعليه القطع ، لأنه أخرج نصابا ، وذكر فيه وجه آخر فيما إذا كان ماتطيب به يبلغ نصابا فعليه القطع وإن نقص مايجتمع عن النصاب ، لأنه أخرج نصابا . والأول أولى . وإن جر خشبة فألقاها بعد أن أخرج بعضها من الحرز فلا قطع عليه ، سواء خرج منها مايساوى نصابا أو لم يكن ، لأن بعضها لاينفرد عن بعض ، وكذلك لو أمسك الغاصب طرف عمامته ، والطرف الآخر فى يد مالكها ، لم يضمنها . وكذلك إذا سرق ثوباً أو عمامة فأخرج بعضهما

٧٢٨٢ (فصـــل)

وإذا نقب الحرز ثم دخل فأخرج مادون النصاب ، ثم دخل فأخرج ما يتم به النصاب نظرت ،

(١) الصفن : وعاء من جلد كمحفظة النقود (ف) . (٢) بط : شق (ف) .

فإن كان فى وقتين متباعدين ، أو ليلتين لم يجب القطع ، لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة لاتبلغ نصاباً ، وكذلك إن كانا فى ليلة واحدة ، وبينهما مدة طويلة . وإن تقاربا وجب قطعه ، لأنها سرقة واحدة ، وإذا بنى فعـــل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعـل الواحد بعضه على بعض أولى .

الشرط الخامس والسادس والسابع : كون السارق مكلفا ، وثبتت السرقة ويطالب بها المالك بالمعروف وتنتفى الشبهات ، ويذكر ذلك فى مواضعه .

٧٢٨٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ إلا أن يكون المسروق ثمراً أو كثراً فلا قطع فيه ﴾

يعنى به الثمر فى البستان قبل إدخاله الحرز ، فهذا لاقطع فيه عند أكثر الفقهاء ، كذلك الـكثر المأخوذ من النخل ، وهو جمار النخل . روى معنى هذا القول عن ابن عمر . وبه قال عطاء ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : إن كان من ثمر أو بستان محرز ففيـه القطع ، وبه قال ابن المنذر إن لم يصح خبر رافع . قال : ولا أحسبه ثابتاً . واحتجا بظاهر الآية ، وبقياسه على سائر المحرزات .

ولنا : ماروى رافع بن خديج عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لاقطع فى ثمر ولا كثر » أخرجه أبو داود ، وابن ماجه . وعن عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جـده عن[1] عبدالله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الثمر المعلق ، فقال : « من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خُبنـةً[2] فلا شىء عليه ، ومن خرج بشىء منه فعليه غرامة مثليه ، والعقوبة . ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين[3] فبلغ ثمن المجنِّ فعليه القطع » . وهذا يخص[4] عموم الآية ، ولأن البستان ليس بحرز لغير الثمر ، فلا يكون حرزاً له كما لو لم يكن محوطاً ، فأما إن كانت نخلة أو شجرة فى دار محرزة فسرق منها نصاباً ففيه القطع ، لأنه سرق من حرز والله أعلم .

٧٢٨٤ (فصـــل)

وإن سرق من الثمر المعلق فعليه غرامة مثليه . وبه قال إسحاق ، للخبر المذكور . وقال أحمد : لا أعلم

---

(١) فى طبعة رشيد ، والمغنى والشرح الـكبير ج ١٠ ص ٢٧٢ (عن جده عن عبد الله) والصواب (عن جده عبد الله) كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٤٤٩ (ف) . (٢) خبنة : بوزنه عجمة : ماتحمله فى حضنك (ف) .
(٣) الجرين . بوزن الـكريم : موضع التمر الذى يجفف فيه (ف) . (٤) فى ١٨ : يخصص .

سبباً يدفعه . وقال أكثر الفقهاء : لايجب فيه أكثر من مثله . قال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بوجوب غرامة مثليه ، واعتـذر بعض أصحاب الشافعى عن هـذا الخبر بأنه كان حين كانت العقوبة فى الأموال ثم نسخ ذلك .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم ، وهو حجة لاتجوز مخالفته إلا بمعارضة مثله أو أقوى منه ، وهذا الذى اعتذر به هذا القائل دعوى للنسخ[1] بالاحتمال من غير دليل عليه ، وهو فاسد بالإجماع ، ثم هو فاسد من وجه آخر لقوله : « ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » ، فقـد بين وجوب القطع مع إيجاب غرامة مثليه ، وهذا يبطل ماقاله . وقد احتج أحمد بأن عمر أغرم حاطب بن أبى بلتعة حين انتحر غلمانه ناقة رجل من مزينة مثلى قيمتها . وروى الأثرم الحديثين فى سننه .

قال أصحابنا : وفى الماشية تسرق من المرعى من غير أن تـكون محرزة مِثْلا قيمتها ، للحديث ، وهو ماجاء فى سياق حديث عمرو بن شعيب أن السائل قال : الشاة الحريسة[2] منهن يانبى الله[3] ؟ قال : « ثمنها ومثله معه ، والنـكال ،[4] وما كان فى المُرَاح[5] ففيه القطع إذا كان ما يأخذ من ذلك ثَمَن المِجَنِّ[6] » . هذا لفظ رواية ابن ماجه ، وما عدا هذين لا يغرم بأكثر من قيمته أو مثله إن كان مثليا ، هذا قول أصحابنا وغيرهم إلا أبا بـكر ، فإنه ذهب إلى إيجاب غرامة المسروق من غير حرز بمثليه ، قياساً على الثمر المعلق وحريسة الحبل ،[7] استدلالا بحديث حاطب .

ولنـا : أن الأصل وجوب غرامة المِثْلِّى بمثله ، والمتقوم بقيمته ، بدليل المتلف والمغصوب والمنتهب والمختلس ، وسائر ما تجب غرامته خولف فى هذين الموضعين للأثر ، ففيما عداه يبقى على الأصل .

٧٢٨٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وابتداء قطع السارق أن تقطع يده اليمنى من مفصل الـكف ، ويحسم ، فإن عاد قطعت رجله اليسرى ، من مفصل الـكعب ، وحسمت ﴾ .

---

(١) فى النسخ (للفسخ) والصواب (للنسخ) كما يقتضيه المقام وكما فى الشرح الـكبير ج ١٠ ص ٢٧٣ (ف) .

(٢) الحريسة : الشاة التى يدركها الليل قبل أن تصل إلى مراحها (ف) .

(٣) لفظ سنن ابن ماجه ج٢ ص ٨٦٦ (يارسول الله) (ف).

(٤) فى ابن ماجه (والنـكال) وهو الصواب ومعناه العقوبة (ف) .

(٥) المراح بضم الميم : الموضع الذى تروح إليه الماشية أى تأوى إليه ليلا (ف) .

(٦) ثمن المجن : أى ربع دينار (ف) .

(٧) الحبل . هكذا فى النسخ بالحاء المهملة ، والصواب (الجبل) بالجيم وحريسة الجبل : ما يحرس به والمراد الشاة المسروقة من المرعى (فـ) .

لاخلاف بين أهل العلم فى أن السارق أول ما يقطع منه يده اليمنى من مفصل الكف ، وهو الكوع ، وفى قراءة عبد الله بن مسعود (فَاقْطَعُوا أَيْمَانَهُمَا) وهذا إن كان قراءة وإلا فهو تفسير . وقد روى عن أبى بكر الصديق ، وعمر رضى الله عنهما قالا : إذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولا مخالف لهما فى الصحابة ، ولأن البطش بها أقوى ، فكانت البداية بها أردع ، ولأنها آلة السرقة ، فناسب عقوبته بإعدام آلتها ، وإذا سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى ، وبذلك قال الجماعة إلا عطاء ، حكى عنه أنه تقطع يده اليسرى ، لقوله سبحانه « فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا »[1] ولأنها آلة السرقة والبطش ، فكانت العقوبة بقطعها أولى ، وروى ذلك عن ربيعة ، وداود ، وهذا شذوذ يخالف قول جماعة فقهاء الأمصار من أهل الفقه والأثر من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وهو قول أبى بكر ، وعمر ، رضى الله عنهما ، وقد روى أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ، فى السارق : « اذا سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله[2] » ، ولأنه فى المحاربة الموجبة قطع عضوين إنما تقطع يده ورجله ، ولا تقطع يداه . فنقول : جناية أوجبت قطع عضوين فكانا رجلا ويداً كالمحاربة ، ولأن قطع يديه يفوت منفعة الجنس فلا تبقى له يد يأكل بها ولا يتوضأ ولا يستطيب ، ولا يدفع عن نفسه ، فيصير كالهالك فكان قطع الرجل الذى لا يشتمل على هذه المفسدة أولى .

وأما الآية فالمراد بها قطع يد كل واحد منهما ، بدليل أنه لا تقطع اليدان فى المرة الأولى وفى قراءة عبد الله : (فاقطعوا أيمانهما) ، وإنما ذكر بلفظ الجمع لأن المثنى إذا أضيف إلى المثنى ذكر بلفظ الجمع ، كقوله تعالى : « فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا »[3] إذا ثبت هذا فإنه تقطع رجله اليسرى ، لقول الله تعالى : « أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ »[4] ، ولأن قطع اليسرى أرفق به ، لأنه يمكنه المشى على خشبة ، ولو قطعت رجله اليمنى لم يمكنه المشى بحال ، وتقطع الرجل من مفصل الكعب فى قول أكثر أهل العلم ، وفعل ذلك عمر رضى الله عنه ، وكان على رضى الله عنه يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ، ويدع له عقباً يمشى عليها ، وهو قول أبى ثور .

ولنا : أنه أحد العضوين المقطوعين فى السرقة ، فيقطع من المفصل كاليد ، وإذا قطع حسم ، وهو أن يغلى الزيت ، فإذا قطع غمس عضوه فى الزيت ، لتنسد أفواه العروق ، لئلا ينزف الدم فيموت . وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بسارق سرق شملة[5] فقال « اقطعوه واحسموه » . وهو[6] حديث

---

(١) سورة المائدة آية ٣٨ (٢) أخرجه الدارقطنى عن طريق الواقدى وفيه مقال (ف)

(٣) سورة التحريم آية ٤ (٤) سورة المائدة آية ٣٣ (٥) الشملة كساء واسع يشتمل به (ف)

(٦) أخرجه الدارقطنى والحاكم والبيهقى وصححه ابن القطان وأخرجه أبو داود فى المراسيل من حديث محمد ابن عبد الرحمن بن ثوبان بدون ذكر أبى هريرة ورجح المرسل ابن المدينى وغير واحد (ف)

فيه مقال . قاله ابن المنذر وممن استحب ذلك الشافعى ، وأبو ثور ، وغيرهما ، من أهل العلم . ويكون الزيت من بيت المال ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به القاطع ، وذلك يقتضى أن يكون من بيت المال ، فإن لم يحسم فذكر القاضى أنه لا شىء عليه ، لأن عليه القطع لا مداواة المحدود ، ويستحب المقطوع حسم نفسه ، فإن لم يفعل لم يأثم ، لأنه ترك التداوى فى المرض ، وهذا مذهب الشافعى .

٧٢٨٦ (فصـــــل)

ويقطع السارق بأسهل ما يمكن ، فيجلس ويضبط لئلا يتحرك : فيجنى على نفسه ، وتشد يده بحبل ، وتجر حتى يبين مفصل الكف من مفصل الذراع ، ثم يوضع بينهما سكين حاد ، ويدق فوقها بقوة ليقطع فى مرة واحدة ، أو توضع السكين على المفصل وتمدى[1] مدة واحدة ، وإن عَلِمَ قَطْعٌ أَوْحَى[2] من هذا قطع به .

٧٢٨٧ (فصـــــل)

ويسن تعليق اليد فى عنقه ، لما روى فضالة بن عبيد ، أن النبى صلى الله عليه وسلم : « أتى بسارق قطعت يده ثم أمر بها فعلقت فى عنقه » ، رواه أبو داود ، وابن ماجه ، وفعل ذلك على رضى الله عنه ، ولأن فيه ردعاً وزجراً .

٧٥٨٨ (فصـــــل)

ولا تقطع فى شدة حر ولا برد ، لأن الزمان ربما أعان على قتله ، والغرض الزجر دون القتل . ولا تقطع حامل حال حملها ، ولا بعد وضعها حتى ينقضى نفاسها ، لئلا يفضى إلى تلفها وتلف ولدها ، ولا يقطع مريض فى مرضه ، لئلا يأتى على نفسه ، ولو سرق فقطعت يده ثم سرق قبل اندمال يده لم يقطع ثانياً حتى يندمل القطع الأول ، وكذلك لو قطعت رجله قصاصاً لم تقطع اليد فى السرقة حتى تبرأ الرجل .

فإن قيل : أليس لو وجب عليه قصاص فى اليد الأخرى لقطعت قبل الاندمال والمحارب تقطع يده ورجله دفعة واحدة ، وقد قلتم فى المريض الذى وجب عليه الحد لا ينتظر برؤه ، فلم خالفتم ذلك ههنا ؟ قلنا : القصاص حق آدمى يخاف فوته ، وهو مبنى على الضيق لحاجته إليه ، ولأن القصاص قد يجب فى يد ويجب فى يدين . وأ كثر فى حالة واحدة ، فلهذا جاز أن نوالى بين قصاصين ، ونخالف ، لأن كل معصية لها حد مقدر لا تجوز الزيادة عليه ، فإذا والى بين حدين صار كالزيادة على الحد فلم يجز . وأما قطاع الطريق فإن قطع اليد والرجل حد واحد ، بخلاف ما نحن فيه ، وأما تأخير الحد للمريض ففيه منع ، وإن سلمنا فإن

(١) فى النسخ (تمدى) وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٩٣ (تمد) وهو الظاهر (ف)

(٢) أوحى : أسرع (ف)

الجلد يمكن تخفيفه فيأتى به فى المرض على وجه يؤمن معه التلف ، والقطع لا يمكن تخفيفه .

٧٢٨٩ (فصـل)

وإذا سرق مرات قبل القطع أجزأ قطع واحد عن جميعها ، وتداخلت حدودها ، لأنه حد من حدود الله تعالى ، فإذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا ، وذكر القاضى فيما إذا سرق من جماعة وجاءوا متفرقين رواية أخرى : أنها لا تتداخل ، ولعله يقيس ذلك على حد القذف ، والصحيح أنها تتداخل ، لأن القطع خالص حق الله تعالى فتتداخل كحد الزنا والشرب .

وفارق حد القذف ، فإنه حق لآدمى ولهذا يتوقف على المطالبة باستيفائه ويسقط بالعفو عنه ، فأما إن سرق فقطع ثم سرق ثانياً قطع ثانيا سواء سرق من الذى سرق منه أولا أو من غيره وسواء سرق تلك العين التى قطع بها أو غيرها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسرقتها مرة ثانية ، إلا أن يكون قد قطع بسرقة غزل ثم سرقه منسوجا ، أو قطع بسرقة رطب ثم سرقه تمراً .
واحتج بأن هذا يتعلق استيفاؤه بمطالبة آدمى ، فإذا تكرر سببه فى العين الواحدة لم يتكرر كحد القذف .

ولنا : أنه يجب بفعل فى عين ، فتكرره فى عين واحدة كتكرره فى الأعيان كالزنا ، وماذكره يبطل بالغزل إذا نسج ، والرطب إذا أتمر . ولا نسلم حد القذف ، فإنه متى قذفه بغير ذلك الزنا حد ، وإن قذفه بذلك الزنا عقيب حده لم يحد ، لأن الغرض إظهار كذبه وقد ظهر ، وههنا الغرض ردعه عن السرقة ، ولم يرتدع بالأول ، فيردع بالثانى كالمودع إذا سرق عيناً أخرى .

٧٢٩٠ (فصـل)

ومن سرق ولا يمنى له قطعت رجله اليسرى ، كما يقطع فى السرقة الثانية : وإن كانت يمناه شلاء ففيها روايتان .

أحدهما : تقطع رجله اليسرى ، لأن الشلاء لا نفع فيها ولا جمال ، فأشبهت كفاً لا أصابع عليه .
قال إبراهيم الحربى عن أحمد فيمن سرق ويمناه جافة: تقطع رجله .

والرواية الثانية : أنه يسأل أهل الخبرة ، فإن قالوا : إنها إذا قطعت رقأدمها وانحسمت عروقها قطعت ، لأنه أمكن قطع يمينه ، فوجب كما لو كانت صحيحة ، وإن قالوا : لا يرقأ دمها لم تقطع ، لأنه يخاف تلفه ، وقطعت رجله . وهذا مذهب الشافعى ، وإن كانت أصابع اليمنى كلها ذاهبة ففيها وجهان .

أحدهما : لا تقطع وتقطع الرجل ، لأن الكف لا تجب فيه دية اليد ، فأشبه الذراع .

والثانى : تقطع ، لأن الراحة بعض ما يقطع فى السرقة ، فإذا كان موجوداً قطع ، كما لو ذهب الخنصر أو البنصر . وإن ذهب بعض الأصابع نظرنا . فإن ذهب الخنصر والبنصر ، أو ذهبت واحدة سواها

قطعت ، لأن معظم نفعها باق ، وإن لم يبق إلا واحدة فهي كالتي ذهب جميع أصابعها . وإن بقى اثنتان فهل تلحق بالصحيحة أو بما قطع جميع أصابعها ؟ على وجهين . والأولى قطعها ، لأن نفعها لم يذهب بالكلية .

٧٢٩١ (فصـــــل)

ومن سرق وله يمنى فقطعت فى قصاص ، أو ذهبت بأكلة ، أو تعدى عليه متعد فقطعها سقط القطع ، ولا شيء على العادى إلا الأدب . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . قال قتادة : يقتص من القاطع ، وتقطع رجل السارق ، وهذا غير صحيح ، فإن يد السارق ذهبت ، والقاطع قطع عضواً غير معصوم . وإن قطعها قاطع بعد السرقة ، و قبل ثبوت السرقة والحكم بالقطع ، ثم ثبت ذلك فكذلك . ولو شهد بالسرقة فحبسه الحاكم ليعدل الشهود فقطعه قاطع ، ثم عدلوا فكذلك . وإن لم يعدلوا وجب القصاص على القاطع ، وبهذا قال الشافعى . وقال أصحاب الرأى : لا قصاص عليه ، لأن صدقهم محتمل فيكون ذلك شبهة .

ولنا : أنه قطع طرفا ممن يكافئه عمداً بغير حق ، فلزمه القطع كما لوقطعه قبل إقامة البينة .

١٢٩٢ (فصـــل)

وإن سرق فقطع الجذاذ[1] يساره بدلا عن يمينه أجزأت ، ولا شيء على القاطع إلا الأدب . وبهذا قال قتادة ، والشعبى ، وأصحاب الرأى ، وذلك لأن قطع يمنى السارق يفضى إلى تفويت منفعة الجنس ، وقطع يديه بسرقة واحدة فلا يشرع ، وإذا انتفى قطع يمينه حصل قطع يساره مجزئاً عن القطع الواجب ، فلا يجب على فاعله قصاص ، وقال أصحابنا : فى وجوب قطع يمين السارق وجهان ، وللشافعى فيما إذا لم يعلم القاطع كونها يساراً أو ظن أن قطعها يجزىء قولان .

أحدهما : لا تقطع يمين السارق ، كيلا تقطع يداه بسرقة واحدة .

والثانى : تقطع كما لو قطعت يسراه قصاصاً . فأما القاطع فاتفق أصحابنا والشافعى على أنه إن قطعها عن غير اختيار من السارق ، أو كان السارق أخرجها دهشة ، أو ظناً منه أنها تجزىء ، وقطعها القاطع عالماً بأنها يسراه ، وأنها لاتجزىء ، فعليه القصاص . وإن لم يعلم أنها يسراه أو ظن أنها مجزئة فعلية ديتها . وإن كان السارق أخرجها مختاراً عالماً بالأمرين فلا شيء على القاطع ، لأنه أذن فى قطعها ، فأشبه غير السارق . والمختار عندنا ما ذكرناه ، والله أعلم .

٧٢٩٣ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن عاد حبس ولا يقطع غير يد ورجل ﴾

---

(١) الجذاذ : المراد به المكلف بقطع يده (ف)

يعنى إذا عاد فسرق بعد قطع يده ورجله لم يقطع منه شيء آخر وحبس . وبهذا قال على رضى الله عنه ، والحسن ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وحماد ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : أنه تقطع فى الثالثة يده اليسرى ، وفى الرابعة رجله اليمنى ، وفى الخامسة يعزر ويحبس .

وروى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما : أنهما قطعا يد أقطع اليد والرجل وهذا قول قتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وروى عن عثمان ، وعمرو بن العاص ، وعمر بن عبدالعزيز : أنه تقطع يده اليسرى فى الثالثة ، والرجل اليمنى فى الرابعة ، ويقتل فى الخامسة . لأن جابراً قال : جيء إلى النبى صلى الله عليه وسلم بسارق فقال : « اقتلوه » فقالوا : يارسول الله إنما سرق فقال : « اقطعوه » قال : فقطع ، ثم جيء به الثانية فقال : « اقتلوه » ، قالوا : يارسول الله إنما سرق ، قال : « اقطعوه » فقطع ، ثم جيء به الثالثة ، فقال : « اقتلوه » فقالوا : يارسول الله إنما سرق ، قال : « اقطعوه » ، قال : ثم أتى به الرابعة فقال : « اقتلوه » قالوا : يارسول الله إنما سرق . قال : « اقطعوه » ثم أتى به الخامسة قال : « اقتلوه » قال : فانطلقنا به فقتلناه ، ثم اجتررناه فألقيناه فى بئر ، رواه أبو داود .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى السارق : « وإن سرق [(١)] فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله ، ثم إن سرق فاقطعوا يده ، ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ، ولأن اليسار تقطع قوداً ، فجاز قطعها فى السرقة كاليمنى ، ولأنه فعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « اقتدوا [(٢)] باللذين من بعدى ، أبى بكر وعمر »

ولنا : ماروى سعيد ، حدثنا أبو معشر ، عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى ، عن أبيه ، قال : حضرت على بن أبى طالب رضى الله عنه أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق ، فقال : لأصحابه : ما ترون فى هذا ؟ قالوا : قطعه ياأمير المؤمنين ، قال : قتلته إذاً وماعليه القتل ، بأى شيء يأكل الطعام ؟ بأى شيء يتوضأ للصلاة ؟ بأى شيء يغتسل من جنابته ؟ بأى شيء يقوم على حاجته ؟ فرده إلى السجن أياما ثم أخرجه ، فاستشار أصحابه ، فقالوا : مثل قولهم الأول ، وقال لهم ، مثل ما قال أول مرة ، فجلده جلداً شديداً ثم أرسله .

وروى عنه أنه قال : إنى لأستحى من الله ألا أدع له يداً يبطش بها ، ولا رجلا يمشى عليها ، ولأن فى قطع اليدين تفويت منفعة الجنس ، فلم يشرع فى حد كالقتل ، ولأنه لو جاز قطع اليدين لقطعت اليسرى فى المرة الثانية ، لأنها آلة البطش كاليمنى ، وإنما لم تقطع المفسدة فى قطعها ، لأن ذلك بمنزلة الإهلاك ،

---

(١) سبق تخريجه قريبا (ف)

(٢) أخرجه أحمد والترمذى وابن ماجه عن حذيفة (ف)

فإنه لا يمكنه أن يتوضأ ولا يغتسل ولا يستنجي ولا يحترز من نجاسة ، ولا يزيلها عنه ، ولا يدفع عن نفسه ، ولا يأكل ولا يبطش . وهذه المفسدة حاصلة بقطعها فى المرة الثالثة ، فوجب أن يمنع قطعها كما منعه فى المرة الثانية . وأما حديث جابر ففى حق شخص استحق القتل بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به فى أول مرة وفى كل مرة . وفعل ذلك فى الخامسة . ورواه النسائى وقال : حديث منكر .

وأما الحديث الآخر وفعل أبى بكر وعمر فقد عارضه قول على . وقد روى عن عمر أنه رجع إلى قول على ، فروى سعيد حدثنا أبو الأحوص ، عن سماك ابن حرب ، عن عبد الرحمن بن عابد ، قال : أتى عمر برجل أقطع اليد والرجل قد سرق ، فأمر به عمر أن تقطع رجله ، فقال على : إنما قال الله تعالى : « إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا » الآية ، وقد قطعت يد هذا ورجله ، فلا ينبغى أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشى عليها ، إما أن تعزره وإما أن تستودعه السجن فاستودعه السجن .

٧٢٩٤ (فصــل)

وإن سرق مَنْ يده اليسرى مقطوعة أو شلاء ، أو مقطوعة الأصابع ، أو كانت يداه صحيحتين فقطعت اليسرى ، أو شلت قبل قطع يمناه ، لم تقطع يمناه على الرواية الأولى ، وتقطع على الثانية ، وإن قطع يسراه قاطع متعمداً فعليه القصاص ، لأنه قطع طرفا معصوماً ، وإن قطعه غير معتمد فعليه ديته ، ولا تقطع يمين السارق . وبه قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى . وفى قطع رجل السارق وجهان :

أصحهما لا يجب ، لأنه لم يجب بالسرقة ، وسقوط القطع عن يمينه لا يقتضى قطع رجله ، كما لو كان المقطوع يمينه .

والثانى : تقطع رجله ، لأنه تعذر قطع يمينه ، فقطعت رجله كما لو كانت اليسرى مقطوعة حال السرقة . وإن كانت يمناه صحيحة ويسراه ناقصة نقصاً يذهب بمعظم نفعها ، مثل أن يذهب منها الإبهام أو الوسطى أو السبابة . احتمل أن يكون كقطعها ، وينتقل إلى رجله ، وهذا قول أصحاب الرأى ، واحتمل أن تقطع يمناه ، لأن له يداً ينتفع بها أشبه ما لو قطعت خنصرها . وإن كانت يده صحيحتين ، ورجله اليمنى شلاء ، أو مقطوعة ، فلا أعلم فيها قولا لأصحابنا . ويحتمل وجهين .

أحدهما : تقطع يمينه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه سارق له يمنى ، فقطعت عملا بالكتاب والسنة . ولأنه سارق له يدان ، فتقطع يمناه كما لو كانت المقطوعة رجله اليسرى .

والثانى : لا يقطع منه شىء ، وهو قول أصحاب الرأى ؛ لأن قطع يمناه يذهب بمنفعة المشى من الرجلين ،

(١) سورة المائدة آية ٣٣ .

فأما إن كانت رجله اليسرى شلاء ويداه صحيحتان قطعت يده اليمنى ، لأنه لا يخشى تعدى ضرر القطع إلى غير المقطوع . وعلى قياس هذه المسألة لو سرق ويده اليسرى مقطوعة أو شلاء لم يقطع منه شيء لذلك ، وأنكر هذا ابن المنذر ، وقال : أصحاب الرأى بقولهم هذا خالفوا كتاب الله بغير حجة .

٧٢٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والحر والحرة والعبد والأمة فى ذلك سواء ﴾

أما الحر والحرة فلا خلاف فيهما ، وقد نص الله تعالى على الذكر والأنثى بقوله تعالى : « وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا »[1]، ولأنهما استويا فى سائر الحدود . فكذلك فى هذا ، وقد قطع النبى صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان ، وقطع المخزومية التى سرقت القطيفة .

فأما العبد والأمة : فإن جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على أنهما يجب قطعهما بالسرقة ، إلا ما حكى عن ابن عباس أنه قال : لا قطع عليهما ، لأنه حد لا يمكن تنصيفه ، فلم يجب فى حقهما كالرجم ، ولأنه حد فلا يساوى العبد فيه الحر كسائر الحدود .

ولنا عموم الآية ، وروى الأثرم أن رقيقاً لحاطب بن أبى بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها ، وأمر كثير بن الصلت أن تقطع أيديهم ، ثم قال عمر : والله إنى لأراك تجيعهم ، ولكن لأغرمنك غرماً يشق عليك ، ثم قال للمزنى : كم ثمن ناقتك ؟ قال : أربعمائة درهم ، قال عمر : أعطه ثمانمائة درهم .

وروى القاسم بن محمد عن أبيه : أن عبداً أقر بالسرقة عند على فقطعه ، وفى رواية قال : كان عبداً ، يعنى الذى قطعه على ، رواه الإمام أحمد بإسناده ، وهذه قصص تنشر ولم تنكر ، فتكون إجماعا ، وقولهم: لا يمكن تنصيفه . قلنا : ولا يمكن تعطيله ، فيجب تكميله ، وقياسهم نقلبه عليهم ، فنقول : حد فلا يتعطل فى حق العبد والأمة كسائر الحدود ، وفارق الرجم ، فإن حد الزانى لا يتعطل بتعطيله ، بخلاف القطع ، فإن حد السرقة يتعطل بتعطيله .

٧٢٩٦ (فصـــل)

ويقطع الآبق بسرقته وغيره ، روى ذلك عن ابن عمر ، وعمر ابن عبد العزيز . وبه قال مالك ، والشافعى . وقال مروان ، وسعيد بن العاصى ، وأبو حنيفة : لا يقطع ، لأن قطعه قضاء على سيده ، ولا يقضى على الغائب .

ولنا : عموم الكتاب والسنة ، وأنه مكلف سرق نصابا من حرز مثله ، فيقطع كغير الآبق .

---

(١) سورة المائدة آية ٣٨ .

وقولهم : إنه قضاء على سيده لا يسلم ، فإنه لا يعتبر فيه إقرار السيد ، ولا يضر إنكاره ، وإنما يعتبر ذلك من العبد ، ثم القضاء على الغائب بالبينة جائز على ما عرف فى موضعه .

٧٢٩٧ (فصـــل)

وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لاقطع عليه ، لأنه لم تثبت سرقته للمال ، فلم يجب قطعه ، كما لو أنكره المسروق منه ، ولأنه إذا لم يقبل إقراره فى فى المال ففى الحد الذى يندرىء بالشبهات أولى .

ولنا : أنه أقر بالسرقة وصدقه المسروق منه ، فقطع كالحر ، ويحتمل ألا يجب القطع ، لأن الحد يدرأ بالشبهات ، وكون المال محكوما به لسيده شبهة .

٧٢٩٨ (فصـــل)

ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمى ، ويقطع الذمى بسرقة مالهما . وبه قال الشافعى ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه مخالفا . فأما الحربى إذا دخل إلينا مستأمناً فسرق فإنه يقطع أيضاً . وقال ابن حامد : لا يقطع ، وهو قول أبى حنيفة ، ومحمد ، لأنه حد لله تعالى فلا يقام عليه كحد الزنا . وقد نص أحمد على أنه لا يقام عليه حد الزنا ، وللشافعى قولان كالمذهبين .

ولنا : أنه حد يطالب به ، فوجب عليه كحد القذف ، يحققه أن القطع يجب صيانة للأموال ، وحد القذف يجب صيانة للأعراض ، فإذا وجب فى حقه أحدهما وجب الآخر ، فأما حد الزنا فلم يجب به قتله لنقضه العهد ، ولا يجب مع القتل حد سواه .

إذا ثبت هذا فإن المسلم يقطع بسرقة ماله ، وعند أبى حنيفة لا يجب . ولنا : أنه سرق مالا معصوما من حرز مثله ، فوجب قطعه كسارق مال الذمى . ويقطع المرتد إذا سرق لأن أحكام الإسلام جارية عليه .

٧٢٩٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويقطع السارق وإن وهبت له السرقة بعد إخراجها ﴾

وجملته أن السارق إذا ملك العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك لم يخل من أن يملكها قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده أو بعد ذلك ، فإن ملكها قبله لم يجب القطع ، لأن من شرطه المطالبة بالمسروق ، وبعد ملكه له لا تصح المطالبة . وإن ملكها بعده لم يسقط القطع ، وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وإسحاق . وقال أصحاب الرأى يسقط ، لأنها صارت ملكه ، فلا يقطع فى عين هى ملكه ، كما لو ملكها قبل المطالبة بها ، ولأن المطالبة شرط ، والشروط يعتبر دوامها ، ولم يبق لهذه العين مطالب .

ولنا : ما روى الزهرى عن ابن صفوان عن أبيه أنه نام فى المسجد وتوسد رداءه ، فأخذ من تحت

رأسه ، فجاء بسارقه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطع ، فقال صفوان : يا رسول الله ، لم أرد هذا ، ردائي عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فهلا قبل أن تأتيني به ؟ » رواه ابن ماجه والجوزجاني ، وفي لفظ قال : فأتيته فقلت : أتقطعه من أجل ثلاثين درهماً ؟ أنا أبيعه وأنسئه ثمنها ، قال : « فهلا كان قبل أن تأتيني به ؟ » رواه الأثرم ، وأبو داود ، فهذا يدل على أنه لو وجد قبل رفعه إليه لدرأ القطع ، وبعده لا يسقطه . وقولهم : إن المطالبة شرط . قلنا : هي شرط الحكم لا شرط القطع ، بدليل أنه لو استرد العين لم يسقط القطع ، وقد زالت المطالبة .

٧٣٠٠ (فصـــــل)

وإن أقر المسروق منه أن المسروق كان ملكا للسارق أو قامت به بينة ، أو أن له فيه شبهة ، أو أن المالك أذن له في أخذها ، أو أنه سبلها[1] لم يقطع ، لأننا تبينا أنه لم يجب ، بخلاف ما لو وهبه إياها ، فإن ذلك لا يمنع كون الحد واجباً ، وإن أقر له بالعين سقط القطع أيضاً ، لأن إقراره يدل على تقدم ملكه لها ، فيحتمل أن تكون له حال أخذها . والمنصوص عن أحمد أن القطع لا يسقط ، لأنه ملك تجدد سببه بعد وجوب القطع ، أشبه الهبة ، ولأن ذلك حيلة على إسقاط القطع بعد وجوبه ، فلم يسقط بها كالهبة .

٧٣٠١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو أخرجها وقيمتها ثلاثة دراهم فلم يقطع حتى نقصت قيمتها قطع ﴾

وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : يسقط القطع ، لأن النصاب شرط فتعتبر استدامته .

ولنا : قول الله تعالى : (والسارقُ والسارقةُ فاقطعُوا أيديَهُمَا)[2] ، ولأنه نقص حدث في العين ، فلم يمنع القطع ، كما لو حدث باستعماله . والنصاب شرط لوجوب القطع ، فلا تعتبر استدامته كالحرز ، وما ذكره يبطل بالحرز ، فإنه لو زال الحرز أو ملكه لم يسقط عنه القطع ، وسواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده ، لأن سبب الوجوب السرقة ، فيعتبر النصاب حينئذ . فأما إن نقص النصاب قبل الإخراج لم يجب القطع لعدم الشرط قبل تمام السبب ، وسواء نقصت بفعله أو بغير فعله . وإن وجدت ناقصة ولم يدر هل كانت ناقصة حين السرقة أو حدث النقص بعدها ؟ لم يجب القطع ، لأن الوجوب لا يثبت مع الشك في شرطه ، ولأن الأصل عدمه .

﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا قطع فإن كانت السرقة باقية ردت إلى مالكها ، وإن كانت تالفة فعليه قيمتها ، سواء كان موسراً أو معسراً ﴾

(١) سبل ضيعته : جعلها في سبيل الله (ف) .

(٢) سورة المائدة آية ٣٨ .

لا يختلف أهل العلم فى وجوب رد العين المسروقة على مالكها إذا كانت باقية ، فأما إن كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها ، أو مثلها ، إن كانت مثلية ، قطع أو لم يقطع ، موسراً كان أو معسراً . وهذا قول الحسن ، والنخعى ، وحماد ، والبتى ، والليث ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى ثور ، وقال الثورى ، وأبو حنيفة : لا يجتمع الغرم والقطع ، إن غرمها قبل القطع سقط القطع ، وإن قطع قبل الغرم سقط الغرم .

وقال عطاء ، وابن سيرين ، والشعبى ، ومكحول : لا غرم على السارق إذا قطع ، ووافقهم مالك فى المعسر ، ووافقنا فى الموسر . قال أبو حنيفة : فى رجل سرق مرات ثم قطع : يغرم الكل إلا الأخيرة ، وقال أبو يوسف : لا يغرم شيئاً ، لأنه قطع بالكل ، فلا يغرم شيئاً منه كالسرقة الأخيرة ، واحتج بما روى عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا أقيم الحد[1] على السارق فلا غرم عليه » ، ولأن التضمين يقتضى التمليك ، والملك يمنع القطع ، فلا يجمع بينهما .

ولنا : أنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية ، فيجب ضمانها إذا كانت تالفة ، كما لو لم يقطع ، ولأن القطع والغرم حقان يجبان لمستحقين ، فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة فى الصيد الحرمى المملوك . وحديثهم يرويه سعد بن إبراهيم عن منصور ، وسعد بن إبراهيم مجهول ، قاله ابن المنذر . وقال ابن عبد البر : الحديث ليس بالقوى ، ويحتمل أنه أراد ليس عليه أجرة القاطع ، وما ذكروه فهو بناء على أصولهم ، ولا نسلمها لهم .

٧٣٠٢ (فصل)

وإذا فعل فى العين فعلا نقصها به كقطع الثوب ونحوه وجب رده ورد نقصه ووجب القطع وقال أبو حنيفة : إن كان نقصاً لا يقطع حق المغصوب منه إذا فعله الغاصب رد العين ولا ضمان عليه ، وإن كان يقطع حق الملك كقطع الثوب وخياطته فلا ضمان عليه ويسقط حق المسروق منه من العين ، وإن كان زيادة فى العين كصبغه أحمر أو أصفر فلا ترد العين ، ولا يحل له التصرف فيها ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : ترد العين ، وبنى هذا على أصله فى أن الغرم يسقط عنه القطع .

وأما إذا صبغه فقال : لا يرده ، لأنه لو رده لكان شريكا فيه بصبغه ، ولا يجوز أن يقطع فيما هو شريك فيه ، وهذا ليس بصحيح ، لأن صبغه كان قبل القطع ، فلو كان شريكا بالصبغ لسقط القطع ، وإن كان يصير شريكا بالرد فالشركة الطارئة بعد القطع لا تؤثر ، كما لو اشترى نصفه من مالكه بعد القطع . وقد سلم أبو حنيفة أنه لو سرق فضة فضربها دراهم قطع ، ولزمه ردها . وقال صاحباه : لا يقطع ،

---

(١) أخرجه النسائى فى سننه بشرحه جـ ٨ ص ٩٣ (ف) .

ويسقط حق صاحبها منها بضربها ، وهذا شىء بنياه على أصولهما فى أن تغيير اسمها يزيل ملك صاحبها ، وأن ملك السارق لها يسقط القطع عنه ، وهو غير مسلم لهما .

٧٣٠٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا أخرج النباش من القبر كفناً قيمته ثلاثة دراهم قطع ﴾

روى عن ابن الزبير أنه قطع نباشاً ، وبه قال الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وقتادة ، والشعبى ، والنخعى ، وحماد ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة ، والثورى: لا قطع عليه ، لأن القبر ليس بحرز ، لأن الحرز ما يوضع فيه المتاع للحفظ ، والكفن لا يوضع فى القبر لذلك ، ولأنه ليس بحرز لغيره ، فلا يكون حرزاً له ، ولأن الكفن لا مالك له ، لأنه لا يخلو إما أن يكون ملكا للميت ، أو لوارثه ، وليس ملكا واحد منهما ، لأن الميت لا يملك شيئاً ، ولم يبق أهلا للملك ، والوارث إنما ملك ما فضل عن حاجة الميت ، ولأنه لا يجب القطع إلا بمطالبة المالك أو نائبه ، ولم يوجد ذلك .

ولنا قول الله تعالى (والسارقُ والسارقةُ فاقطعوا أيديهُما[1]) وهذا سارق ، فإن عائشة رضى الله عنها قالت : « سارق[2] أمواتنا كسارق أحيائنا » وما ذكروه لايصح ، فإن الكفن يحتاج إلى تركه فى القبر دون غيره ، ويكتفى به فى حرزه ، ألا ترى أنه لايترك الميت فى غير القبر من غير أن يحفظ كفنه ويترك فى القبر وينصرف عنه . وقولهم: إنه لامالك له ممنوع ، بل هو مملوك للميت ، لأنه كان مالكا له فى حياته ، ولايزول ملكه إلاعما لاحاجة به إليه ، ووليه يقوم مقامه فى المطالبة كقيام ولى الصبى فى الطلب بماله .

إذا ثبت هذا : فلابد من إخراج الكفن من القبر ، لأنه الحرز ، فإن أخرجه من اللحد ووضعه فى القبر فلا قطع فيه ، لأنه لم يخرجه من الحرز ، فأشبه مالو نقل المتاع فى البيت من جانب إلى جانب ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم سمى القبر بيتاً .

٧٣٠٤ (فصــل)

والكفن الذى يقطع بسرقته ما كان مشروعاً ، فإن كفن الرجل فى أكثر من ثلاث لفائف أو المرأة فى أكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو تركه فى تابوت فسرقت التابوت أو ترك معه طيباً مجموعاً

---

(١) سورة المائدة آية ٣٨ .

(٢) أخرجه الدارقطنى من حديث عمرة عنها (ف) .

أو ذهباً أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخـذ شىء من ذلك لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً ولا يقطع سارقه .

٧٣٠٥ (فصـــــل)

وهل يفتقر فى قطع النباش إلى المطالبة ؟ يحتمل وجهين أحدهما : يفتقر إلى المطالبة كسائر المسروقات فعلى هذا المطالب الورثة لأنهم يقومون مقام الميت فى حقوقه وهذا من حقوقه .

والثانى : لايفتقر إلى طلب لأن الطلب فى السرقة من الأحياء شرع لئلا يكون المسروق مملوكا للسارق وقد يئس من ذلك ههنا .

٧٣٠٦ ﴿ مســــــــألة ﴾

قال : ﴿ ولا يقطع فى محرم ولا آلة لهو ﴾

يعنى لا يقطع فى سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها ، سواء سرقة من مسلم أو ذمى ، وبهذا قال الشافعى ، وأبوثور ، وأصحاب الرأى . وحكى عن عطاء أن سارق خمر الذمى يقطع وإن كان مسلماً ، لأنه مال لهم ، أشبه مالو سرق دراهمهم .

ولنا: أنها عين محرمة فلايقطع بسرقتها كالخنزير ، ولأن مالايقطع بسرقته من مال المسلم لا يقطع بسرقته من الذمى كالميتة والدم . وما ذكروه ينتقض بالخنزير ، ولا اعتبار به ، فإن الاعتبار بحكم الإسلام ، وهو يجرى عليهم دون أحكامهم ، وهكذا الخلاف معه فى الصليب إذا بلغت قيمته مع تأليفه نصاباً ، وأما آلة اللهو كالطنبور[١] والمزمار والشبابة[٢] فلاقطع فيه وإن بلغت قيمته مفصلا نصاباً ، وبهذا قال أبوحنيفة . وقال أصحاب الشافعى : إن كانت قيمته بعد زوال تأليفه نصاباً ففيه القطع ، وإلا فلا ، لأنه سرق ماقيمته نصاب لاشبهة له فيه من حرز مثله ، وهو من أهل القطع ، فوجب قطعه كما لو كان ذهباً مكسوراً .

ولنا : أنه آلة للمعصية بالإجماع ، فلم يقطع بسرقته كالخمر ، ولأن له حقاً فى أخذها لكسرها ، فكان ذلك شبهة مانعة من القطع كاستحقاقه مال ولده ، فإن كانت عليه حليه تبلغ نصاباً فلا قطع فيه أيضاً فى قياس قول أبى بكر ، لأنه متصل بما لاقطع فيه ، فأشبه الخشب والأوتار . وقال القاضى : فيـه القطع ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه سرق نصاباً من حرزه ، فأشبه المنفرد .

---

(١) الطنبور : مايسمى بالعود (ف)

(٢) الشبابة ورد فى الموسوعة التيمورية ص ٢٠٣ مانصه (شبابة : بالتشديد ـــ عند العامة هى: الأرغول أى المزمار من القصب فى الريف ويرادفها الأرغول ولعله الأرغن)(ف)

٧٣٠٧ (فصــــل)

وإن سرق صليباً من ذهب أو فضة يبلغ نصاباً متصلا فقال القاضي: لاقطع فيه ، وهو قول أبي حنيفة . وقال أبو الخطاب : يقطع سارقه ، وهو مذهب الشافعي . ووجه المذهبين ماتقدم . والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها : أن التي قبلها له كسره ، بحيث لاتبقى له قيمة تبلغ نصاباً ، وههنا لو كسر الذهب والفضة بكل وجه لم تنقص قيمته عن النصاب ، ولأن الذهب والفضة جوهرهما غالب على الصنعة المحرمة ، فكانت الصناعة فيهما مغمورة بالنسبة إلى قيمة جوهرهما ، وغيرهما بخلافهما ، فتكون الصناعة غالبة عليه ، فيكون تابعاً للصناعة المحرمة ، فأشبه الإناء . ولو سرق إناء من ذهب أو فضة قيمته نصاب إذا كان متكسراً فعليه القطع ، لأنه غير مجمع على تحريمه ، وقيمته بدون الصناعة المختلف فيها نصاب .

وإن سرق إناء معداً لحمل الخمر ووضعه فيه ففيه القطع ، لأن الإناء لاتحريم فيه ، وإنما يحرم عليه بنيته وقصده ، فأشبه مالو سرق سكيناً معدة لذبح الخنازير ، أو سيفاً يعده لقطع الطريق . وإن سرق إناء فيه خمر يبلغ نصاباً فقال أبو الخطاب : يقطع ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه سرق نصاباً من حرز مثله ، لاشبهة له فيه . وقال غيره من أصحابنا : لايقطع ، لأنه تبع لما لاقطع فيه ، فأشبه مالو سرق مشتركاً بينه وبين غيره . قال أبو إسحاق بن شاقلا : ولو سرق إداوة أو إناء فيه ماء فلاقطع فيه . كذلك ، ولو سرق منديلا فى طرفه دينار مشدود فعلم به فعليه القطع ، وإن لم يعلم به فلا قطع فيه ، لأنه لم يقصد سرقته ، فأشبه مالو تعلق بثوبه . وقال الشافعي : يقطع ، لأنه سرق نصاباً ، فأشبه مالو سرق مالم يعلم أن قيمته نصاب ، والفرق بينهما : أنه علم بالمسروق ههنا ، وقصد سرقته ، بخلاف الدينار ، فإنه لم يرده ولم يقصد أخذه ، فلايؤاخذ به بإيجاب الحد عليه .

٧٣٠٨ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولايقطع الوالد فيما أخذ من مال ولده ، لأنه أخذَ مالهُ أخْذهُ ، ولا الوالدة فيما أخذت من مال ولدها ، ولا العبد فيما سرق من مال سيده ﴾

وجملته : أن الوالد لا يقطع بالسرقة من مال والده وإن سفل ، وسواء فى ذلك الأب والأم ، والابن والبنت ، والجد والجدة من قبل الأب والأم ، وهذا قول عامة أهل العلم منهم مالك ، والثوري ، والشافعي، وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور وابن المنذر : القطع على كل سارق بظاهر الكتاب ، إلا أن يجمعوا على شيء فيستثنى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت [1] ومالك لأبيك » ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم :

(١) سبق تخريجه .

« إن [1] أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » . وفى لفظ : « فكلوا من كسب أولادكم » . ولا يجوز قطع الإنسان بأخذ ما أمر النبى صلى الله عليه وسلم بأخذه ، ولا أخذ ما جعله النبى صلى الله عليه وسلم ما له مضافاً إليه ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له وأمره بأخذه وأكله . وأما العبد إذا سرق من مال سيده فلا قطع عليه فى قولهم جميعاً ، ووافقهم أبو ثور فيه . وحكى عن داود : أنه يقطع ، لعموم الآية .

ولنا : ماروى السائب بن يزيد ، قال : شهدت عمر بن الخطاب وقد جاءه عبدالله بن عمرو بن الحضرمى بغلام له ، فقال : « إن غلامى هذا سرق فاقطع يده : فقال عمر : ما سرق ؟ قال : سرق مرآة امرأتى ثمنها ستون درهما . فقال : أرسله لا قطع عليه ، خادمكم أخذ متاعكم ، ولكنه لو سرق من غيره قطع . وفى لفظ قال : مالكم سرق بعضه بعضاً ، لا قطع عليه » . رواه سعيد ، وعن ابن مسعود أن رجلا جاءه فقال : عبد لى سرق قباء لعبد لى آخر . فقال لا قطع ، مَالُكَ سَرَقَ مَالَكَ . وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفها أحد ، فتكون إجماعا ، وهذا يخص [2] عموم الآية ، ولأن هذا إجماع من أهل العلم ، لأنه قول من سمينا من الأئمة ، ولم يخالفهم فى عصرهم أحد ، فلا يجوز خلافه بقول من بعدهم ، كما لا يجوز ترك إجماع الصحابة بقول واحد من التابعين .

٧٣٠٩ (فصـــل)

والمدبر وأم الولد والمكاتب كالقن فى هــذا . وبه قال الثورى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . ولا يقطع سيد المكاتب بسرقة ماله ، لأنه عبد ما بقى عليه درهم ، وكل من لا يقطع الإنسان بسرقة ماله ، لا يقطع عبده بسرقة ماله كآبائه وأولاده وغيرهم كل على أصله . وقال أبو ثور : يقطع بسرقة مال من عدا سيده ، ونحوه قوله مالك ، وابن المنذر .

ولنا : حديث عمر رضى الله عنه ، ولأن مالهم ينزل منزلة ماله فى قطعه ، فكذلك فى قطع عبده .

٧٣١٠ (فصـــل)

ولا يقطع الابن وإن سفل بسرقة مال والده وإن علا . وبه قال الحسن ، والشافعى ، وإسحاق ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وظاهر قول الخرقى : أنه يقطع ، لأنه لم يذكره فيمن لا قطع عليه . وهو قول

---

(١) أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجه عن عائشة وفى لفظ أخرجه أحمد وأبو داود عن عبدالله بن عمرو (فكلوا من كسب أولادكم)

(٢) فى ٣٩ يخصص

مالك ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لظاهر الكتاب ، ولأنه يحد بالزنا بجاريته ، ويقاد بقتله ، فيقطع بسرقة ماله كالأجنبى .

ووجه الأول : أن بينهما قرابة تمنع قبول شهادة أحدهما لصاحبه ، فلم يقطع بسرقة ماله كالأب ، ولأن النفقة تجب فى مال الأب لابنه حفظاً له ، فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال . وأما الزنا بجاريته فيجب به الحد ، لأنه لا شبهة له فيها بخلاف المال .

٧٣١١ (فصـــل)

فأما سائر الأقارب كالإخوة والأخوات ، ومن عداهم فيقطع بسرقة مالهم ويقطعون بسرقة ماله وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع بالسرقة من ذى رحم لأنها قرابة تمنع النكاح وتبيح النظر وتوجب النفقة أشبه قرابة الولادة .

ولنا : أنها قرابة لا تمنع الشهادة فلا تمنع القطع كقرابة غيره وفارق قرابة الولادة بهذا .

٧٣١٢ (فصـــل)

وإن سرق أحد الزوجين من مال الآخر فإن كان مما ليس محرزاً عنه فلا قطع فيه وإن سرق مما أحرزه عنه ففيه روايتان .

إحداهما : لا قطع عليه وهى اختيار أبى بكر ومذهب أبى حنيفة . لقول عمر رضى الله عنه لعبد الله ابن عمرو بن الحضرمى حين قال له (إن غلامى سرق مرآة امرأتى : أرسله) لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم [(١)] وإذا لم يقطع عبده بسرقة مالها فهو أولى ، ولأن كل واحد منهما يرث صاحبه بغير حجب ، ولا تقبل شهادته له ، ويتبسط فى مال الآخر عادة ، فأشبه الوالد والولد .

والثانية : يقطع ، وهو مذهب مالك ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، وهو ظاهر كلام الخرقى ، لعموم الآية ، ولأنه سرق مالا محرزاً عنه لا شبهة له فيه ، أشبه الأجنبى . وللشافعى كالروايتين ، وقول ثالث : أن الزوج يقطع بسرقة مال الزوجة ، لأنه لا حق له فيه ، ولا تقطع بسرقة ماله لأن لها النفقة فيه .

٧٣١٣ (فصـــل)

ولا قطع على من سرق من بيت المال إذا كان مسلماً ويروى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما ، وبه قال الشعبى ، والنخعى ، والحكم ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال حماد ، ومالك ، وابن المنذر : يقطع ، لظاهر الكتاب .

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ والشافعى عنه عن ابن شهاب عن السائب بن يزيد (ف).

ولنا : ماروى ابن ماجه بإسناده عن ابن عباس : أن عبداً من رقيق الُخمْس سرق من الخمس ، فدفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه . وقال : « مال الله سرق بعضه بعضاً » . ويروى ذلك عن عمر رضى الله عنه . وسأل ابن مسعود عمر عمن سرق من بيت المال فقال : أرسله ، فما من أحد إلا وله فى هذا المال حق . وقال سعيد : حدثنا هشيم ، أخبرنا مغيرة ، عن الشعبى ، عن على رضى الله عنه : أنه كان يقول : « ليس على من سرق من بيت المال قطع » . ولأن له فى المال حقاً ، فيكون شبهة تمنع وجوب القطع ، كما لو سرق من مال له فيه شركة .

ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق ، أو لولده أو لسيده أو لمن لا يقطع بسرقة ماله لم يقطع لذلك . وإن لم يكن من الغانمين ولا أحداً من هؤلاء الذين ذكرنا فسرق منها قبل إخراج الخمس لم يقطع ، لأن له فى الخمس حقاً . وإن أخرِج الخمس فسرق من الأربعة الأخماس قطع ، وإن سرق من الخمس لم يقطع ، وإن قسم الخمس خمسة أقسام فسرق من خمس الله تعالى ورسوله لم يقطع ، وإن سرق من غيره قطع ، إلا أن يكون من أهل ذلك الخمس .

٧٣١٤ (فصــــل)

وإن سرق من الوقف أو من غلته ، وكان من الموقوف عليهم ، مثل أن يكون مسكيناً سرق من وقف المساكين ، أو من قوم معينين عليهم وقف فلا قطع عليه ، لأنه شريك ، وإن كان من غيرهم قطع لأنه لا حق له فيه . فإن قيل : فقد قلتم : لا يقطع بالسرقة من بيت المال من غير تفريق بين غنى وفقير ، فلم فرقتم ههنا ؟ قلنا : لأن للغنى فى بيت المال حقاً ، ولهذا قال عمر رضى الله عنه : « ما من أحد إلا وله فى هذا المال حق » بخلاف وقف المساكين ، فإنه لاحق للغنى فيه .

٧٣١٥ (فصــــل)

قال أحمد : لا قطع فى المجاعة . يعنى أن المحتاج إذا سرق ماياً كله فلا قطع عليه ، لأنه كالمضطر . وروى الجوزجانى عن عمر أنه قال : « لا قطع فى عام سنة[1] » وقال : سألت أحمد عنه ، فقلت : تقول به ؟ قال : أى لعمرى ، لا أقطعه إذا حملته الحاجة والناس فى شدة ومجاعة ، وعن الأوزاعى مثل ذلك : وهذا محمول على من لا يجد ما يشتريه ، أو لا يجد ما يشترى به ، فإن له شبهة فى أخذ ما يأ كله أو ما يشترى به ما يأ كله وقد روى عن عمر رضى الله عنه أن غلمان حاطب بن أبى بلتعة انتحروا ناقة للمزنى ، فأمر عمر بقطعهم ، ثم قال لحاطب : إنى أراك تجيعهم ، فدرأ عنهم القطع لما ظنه يجيعهم ، فأما الواجد لما يأ كله ، أو الواجد لما يشترى به ، أوما يشتريه ، فعليه القطع ، وإن كان بالثمن الغالى : ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى ،

(١) سنة : قحط وجدب (ف)

ولا قطع على المرأة إذا منعها الزوج قدر كفايتها ، أو كفاية ولدها ، فأخذت من ماله ، سواء أخذت قدر ذلك أو أكثر منه ، لأنها تستحق قدر ذلك ، فالزائد يكون مشتركا بما يستحق أخذه . ولا على الضيف إذا منع قِرَاه ، فأخذ أيضاً من مال المضيف لذلك .

٧٣١٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا يقطع إلا بشهادة عدلين أو اعتراف مرتين ﴾ .

وجملة ذلك : أن القطع إنما يجب بأحد أمرين بينة ، أو إقرار لاغير .

فأما البينة : فيشترط فيها : أن يكونا رجلين ، مسلمين ، حرين ، عدلين . سواء كان السارق مسلماً أو ذمياً ، وقد ذكرنا ذلك في الشهادة في الزنا بما أغنى عن إعادته ههنا ، ويشترط أن يصفا السرقة والحرز ، وجنس النصاب وقدره ، ليزول الاختلاف فيه . فيقولا : نشهد أن هذا سرق كذا ، قيمته كذا ، من حرز ، ويصفا الحرز . وإن كان المسروق منه غائباً فحضر وكيله وطالب بالسرقة احتاج الشاهدان أن يرفعا في نسبه ، فيقولا : من حرز فلان ابن فلان ابن فلان ، بحيث يتميز من غيره . فإذا اجتمعت هذه الشروط وجب القطع في قول عامتهم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن قطع السارق يجب إذا شهد بالسرقة شاهدان حران مسلمان ووصفا مايوجب القطع ، وإذا وجب القطع بشهادتهما لم يسقط بغيبتهما ولا موتهما ، على مامضى في الشهادة بالزنا ، وإذا شهدا بسرقة مال غائب . فإن كان له وكيل حاضر فطالب به قطع السارق ، وإلا فلا .

٧٣١٧ (فصـــــل)

وإذا اختلف الشاهدان في الوقت أو المكان أو المسروق ، فشهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس ، والآخر أنه سرق يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه سرق من هذا البيت ، وشهد الآخر أنه سرق من هذا البيت ، أو قال أحدهما : سرق ثوراً ، وقال الآخر : سرق بقرة ، أو قال : سرق ثوراً وقال الآخر سرق حماراً ، لم يقطع في قولهم جميعاً ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وإن قال أحدهما : سرق ثوبا أبيض ، وقال الآخر أسود . أو قال أحدهما : سرق هرويا ، فقال الآخر: مرويا ، لم يقطع أيضا ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر . لأنهما لم يتفقا على الشهادة بشيء واحد ، فأشبه مالو اختلفا في الذكورية والأنوثية . وقال أبو الخطاب : يقطع ، وهو قول أبي حنيفة ، وأصحاب الرأي ، لأن الاختلاف لم يرجع إلى نفس الشهادة ، ويحتمل أن أحدهما غاب على ظنه أنه هروي ، والآخر أنه مروي ، أو كان الثوب فيه سواد وبياض ، قال ابن المنذر : اللون أقرب إلى الظهور من الذكورية والأنوثية ، فإذا كان اختلافهما فيما

يخفى يبطل شهادتهما ، ففيما يظهر أولى ، ويحتمل : أن أحدهما ظن المسروق ذكراً ، وظنه الآخر أنثى ، فقد أوجب هذا رد شهادتهما . فكذلك ههنا .

الثانى(1) : الاعتراف ، فيشترط فيه أن يعترف مرتين . روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال ابن أبى ليلى ، وأبو يوسف ، وزفر وابن شبرمة . وقال عطاء ، والثورى ، وأبو حنيفة ، والشافعى ، ومحمد بن الحسن : يقطع باعتراف مرة ، لأنه حق يثبت بالإقرار ، فلم يعتبر فيه التكرار كحق الآدمى .

ولنا : ما روى أبو داود بإسناده ، عن أبى أمية المخزومي ، أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف ، فقال له : « وما إخالك سرقت » . قال : بلى . فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا ، فأمر به فقطع . ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره . وروى سعيد عن هشيم ، وسفيان وأبى الأحوص وأبى معاوية ، عن الأعمش ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، عن أبيه ، قال : شهدت علياً وأتاه رجل فأقر بالسرقة فرده ، وفى لفظ فانتهره ، وفى لفظ فسكت عنه . وقال غير هؤلاء : فطرده ، ثم عاد بعد ذلك فأقر ، فقال له على : شهدت على نفسك مرتين ، فأمر به فقطع . وفى لفظ : قد أقررت على نفسك مرتين ، ومثل هذا يشتهر فلم ينكر ، ولأنه يتضمن إتلافاً فى حد فكان من شرطه التكرار كحد الزنا ولأنه أحد حجتى القطع فيعتبر فيه التكرار كالشهادة وقياسهم ينتقض بحد الزنا عند من اعتبر التكرار ، ويفارق حق الآدمى لأن حقه مبنى على الشح والتضييق ولا يقبل رجوعه عنه بخلاف مسألتنا .

٧٣١٨ (فصـــــل)

ويعتبر أن يذكر فى إقراره شروط السرقة ، من النصاب ، والحرز ، وإخراجه منه .

٧٣١٩ (فصـــــل)

والحر والعبد فى هذا سواء ، نص عليه أحمد ، وذلك لعموم النص فيهما ، ولما روى الأعمش عن القاسم عن أبيه أن علياً قطع عبداً أقر عنده بالسرقة . وفى رواية قال : كان عبداً ، يعنى الذى قطعه على ، ويعتبر أن يقر مرتين ، وروى مهنا عن أحمد . إذا أقر العبد أربع مرات أنه سرق قطع ، وظاهر هذا أنه اعتبر إقراره أربع مرات ، ليكون على النصف من الحر ، والأول أصح ، لخبر على ، ولأنه إقرار بحد ، فاستوى فى عدده الحر كسائر الحدود .

٧٣٢٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولا ينزع عن إقراره حتى يقطع ﴾

---

(١) من أحد الأمرين الذين يجب القطع بهما . وأولهما فى أول المسألة .

هذا قول أكثر الفقهاء وقال ابن أبي ليلى ، وداود : لا يقبل رجوعه ، لأنه لو أقر لآدمي بقصاص أو حق لم يقبل رجوعه عنه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم للسارق : «ما إخالك[1] سرقت» عرّض له ليرجع ، ولأنه حد لله تعالى ثبت بالاعتراف ، فقبل رجوعه عنه كحد الزنا ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ورجوعه عنه شبهة ، لاحتمال أن يكون كذب على نفسه في اعترافه ، ولأنه أحد حجتي القطع فيبطل بالرجوع عنه كالشهادة ، ولأن حجة القطع زالت قبل استيفائه فسقط كما لو رجع الشهود وفارق حق الآدمي ، فإنه مبني على الشح والضيق ، ولو رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم لم يبطل برجوعهم ، ولم يمنع استيفاءها .

إذا ثبت هذا فإنه إذا رجع قبل القطع سقط القطع ، ولم يسقط غرم المسروق ، لأنه حق آدمي ، ولو أقر مرة واحدة لزمه غرامة المسروق دون القطع ، وإن كان رجوعه وقد قطع بعض المفصل لم يتممه إن كان يرجى برؤه ، لكونه قطع قليلا وإن قطع الأكثر فالمقطوع بالخيار إن شاء تركه ، وإن شاء قطعه ليستريح من تعليق كفه ، ولا يلزم القاطع قطعه ، لأن قطعه تداو ، وليس بحد .

٧٣٢١ (فصل)

قال أحمد لا بأس بتلقين السارق ليرجع عن إقراره : وهذا قول عامة الفقهاء . روى عن عمر : أنه أتى برجل فسأله أسرقت ؟ قل : لا . فقال : لا . فتركه وروى معنى ذلك عن أبي بكر الصديق ، وأبي هريرة ، وابن مسعود ، وأبي الدرداء ، وبه قال إسحاق ، وأبو ثور . وقد روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للسارق : « ما إخالك سرقت » . وقال لماعز[2] « لعلك قبلت أولمست » . وعن علي رضي الله عنه أن رجلا أقر عنده بالسرقة فانتهره ، وروى أنه طرده ، وروى أنه رده ، ولا بأس بالشفاعة في السارق مالم يبلغ الإمام . فإنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « تعافوا[3] الحدود فيما بينكم ، فما بلغني من حد وجب » .

وقال الزبير بن العوام في الشفاعة في الحد : يفعل ذلك دون السلطان ، فإذا بلغ الإمام فلا أعفاه الله إن أعفاه . وممن رأى ذلك الزبير ، وعمار ، وابن عباس ، وسعيد بن جبير والزهري ، والأوزاعي . وقال مالك : إن لم يعرف بشر فلا بأس أن يشفع له مالم يبلغ الإمام . وأما من عرف بشر وفساد فلا أحب أن يشفع له أحد ، ولكن يترك حتى يقام الحد عليه . وأجمعوا على أنه إذا بلغ الإمام لم تجز الشفاعة فيه ،

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن أبي أمية المخزومي (ف)
(٢) أخرجه أحمدوالبخاري وأبو داود عن ابن عباس (ف)
(٣) أخرجه النسائي وأبو داود عن عبدالله ابن عمر (ف)

لأن ذلك إسقاط حق وجب لله تعالى ، وقد غضب النبى صلى الله عليه وسلم حين شفع أسامة فى المخزومية التى سرقت وقال : « أتشفع[1] فى حـد من حدود الله تعالى ؟ » وقال ابن عمر : من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله فى حكمه .

٧٣٢٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا اشترك الجماعة فى سرقة قيمتها ثلاثة دراهم قطعوا ﴾

وبهذا قال مالك ، وأبو ثور . وقال الثورى ، وأبو حنيفة ، والشـافعى ، وإسحاق : لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا ، لأن كل واحد لم يسرق نصابا ، فلم يجب عليه قطع ، كما لو انفرد بدون النصاب ، وهذا القول أحب إلى ، لأن القطع ههنا لا نص فيــه ، ولا هو فى معنى المنصوص والمجمع عليه ، فلا يجب ، والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه ، لأنه مما يدرأ بالشبهات :

واحتج أصحابنا بأن النصاب أحد شرطى القطع ، فإذا اشترك الجماعة فيـه كانوا كالواحد قياساً على هتك الحرز ، ولأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع ، فاستوى فيه الواحد والجماعة كالقصاص ، ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة فى حمله ، وبين أن يخرج كل واحد منه جزءاً ونص أحمد على هذا ، وقال مالك : إن انفرد كل واحد بجزء منه لم يقطع واحد منهم ، كما لو انفرد كل واحد من قاطعى اليد بقطع جزء منها لم يجب القصاص .

ولنا : أنهم اشتركوا فى هتك الحرز وإخراج النصاب ، فلزمهم القطع كما لو كان ثقيلا فحملوه ، وفارق القصاص ، فإنه يعتمد المماثلة ولا توجد المماثلة إلا أن توجد أفعالهم فى جميع أجزاء اليد ، وفى مسألتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة ، والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال ، وسواء دخلا الحرز معـاً ، أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب ، ثم دخل الآخر فأخرج باقيه ، لأنهما اشتركا فى هتـك الحرز وإخراج النصاب ، فلزمهما القطع كما لو حملاه معاً .

٧٣٢٣ (فصـــل)

فإن كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه كأبى المسروق منه قطع شريكه فى أحد الوجهين ، كما لو شاركه فى قطع يد ابنه والثانى : لا يقطع ، وهو أصح ، لأن سرقتهما جميعاً صارت علة لقطعهما ، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع ، لأنه أخذ ماله أخذه بخلاف قطع يد ابنه ، فإن الفعل تمحض عدواناً ، وإنما سقط القصاص لفضيلة الأب لا لمعنى فى فعله ، وههنا فعله قد تمـكنت الشبهة منه ، فوجب أن لا يجب القطع به ، كاشتراك العامد والخاطىء ، وإن أخرج كل واحد منهما نصابا وجب القطع على شريك الأب ، لأنه انفرد بما يوجب

(١) أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة (ف).

القطع ، وإن أخرج الأب نصابا وشريكه دون النصاب ففيه الوجهان . وإن اعترف اثنان بسرقة نصاب ثم رجع أحدهما فالقطع على الآخر ، لأنه اختص بالإسقاط فيختص بالسقوط ،ويحتمل أن يسقط عن شريكه، لأن السبب السرقة منهما ، وقد اختل أحد جزأيها ، وكذلك لو أقر بمشاركة آخر فى سرقة نصاب ولم يقر الآخر ، ففى القطع وجهان .

٧٣٢٤ (فصـــــل)

قال أحمد فى رجلين دخلا داراً أحدهما فى سفلها ، جمع المتاع وشده بحبل ، والآخر فى علوها مد الحبل ، فرمى به وراء الدار، فالقطع عليهما ،لأنهما اشتركا فى إخراجه ، وإن دخلا جميعاً فأخرج أحدهما المتاع وحده ، فقال أصحابنا ، القطع عليهما ، وبه قال أبو حنيفة ، وصاحباه إذا أخرج نصابين .وقال مالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر : القطع على المخرج وحده ، لأنه هو السارق . وإن أخرج أحدهما دون النصاب ، والآخر أكثر من نصاب ، فتما نصابين ، فعند أصحابنا وأبى حنيفة وصاحبيه يجب القطع عليهما ، وعند الشافعى وموافقيه لاقطع على من لم يخرج نصابا فإن أخرج أحدهما نصابا والآخر دون النصاب فعند أصحابنا عليهم القطع ، وعند الشافعى القطع على مخرج النصاب وحده ، وعند أبى حنيفة لا قطع على واحدمنهما ، لأن المخرجَ لم يبلغ نُصُبًا بعدد السارقين ، وقد ذكرنا وجه ما قلنا فيما تقدم ،وإن نقبا حرزاً ، ودخل أحدهما فقرب المتاع من النقب ، وأدخل الخارج يده فأخرجه ، فقال أصحابنا قياس قول أحمد أن القطع عليهما ، وقال الشافعى : القطع على الخارج ، لأنه مخرج المتاع . وقال أبو حنيفة لاقطع على واحد منهما .

ولنا : أنهما اشتركا فى هتك الحرز وإخراج المتاع ، فلزمها القطع كما لو حملاه معاً فأخرجاه وإن وضعه فى النقب فمد الآخر يده فأخذه فالقطع عليهما ، ونقل عن الشافعى فى هذه المسألة قولان كالمذهبين فى الصورة التى قبلهـا .

٧٣٢٥ (فصـــــل)

وإن نقب أحدهما وحده ، ودخل الآخر وحده ، فأخرج المتاع فلا قطع على واحد منهما ، لأن الأول لم يسرق ، والثانى لم يهتك الحرز ، وإنما سرق من حوز هتكه غيره ، فأشبه مالو نقب رجل وانصرف ، وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه . وإن نقب رجل وأمر غيره فأخرج المتاع فلا قطع أيضاً على واحد منهما ، وإن كان المأمور صبياً مميزاً ، لأن المميز له اختيار ، فلا يكون آلة للآمر ، كما لوأمره بقتل إنسان فقتله . وإن كان غير مميز وجب القطع على الآمر ، لأنه آلته . وإن اشترك رجلان فى النقب ودخل أحدهما فأخرج المتاع وحده ، أو أخذه وناوله للآخر خارجا من الحرز ، أو رمى به إلى خارج الحرز فأخذه الآخر ، فالقطع على الداخل وحده ، لأنه مخرج المتاع وحده ، مع المشاركة فى النقب . وبهذا قال الشافعى ،

وأبو ثور ، وابن المنذر وقال أبو حنيفة لاقطع عليهما ، لأن الداخل لم ينفصل عن الحرز ، ويده على السرقة فلم يلزمه القطع ، كما لو أتلفه داخل الحرز .

ولنا : أن المسروق خرج من الحرز ويده عليه ، فوجب عليه القطع كما لو خرج به ، ويخالف [ما] إذا أتلفه ، فإنه لم يخرجه من الحرز .

٧٣٢٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولا يقطع وإن اعترف أو قامت بينة حتى يأتى مالك المسروق يدعيه ﴾

وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وقال أبو بكر : يقطع ولا يفتقر إلى دعوى ولا مطالبة . وهذا قول مالك ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لعموم الآية ، ولأن موجب القطع ثبت ، فوجب من غير مطالبة كحد الزنا .

ولنا : أن المال يباح بالبذل والإباحة ، فيحتمل أن مالكه أباحه إياه ، أو وقفه على المسلمين ، أو على طائفة السارق منهم ، أو أذن له فى دخول حرزه ، فاعتبرت المطالبة لتزول هذه الشبهة . وعلى هذا يخرج الزنا ، فإنه لا يباح بالإباحة ، ولأن القطع أوسع فى الإسقاط ، ألا ترى أنه إذا سرق مال ابنه لم يقطع ؟ ولو زنى بجاريته حد ؟ ولأن القطع شرع لصيانة مال الآدمى ، فله به تعلق ، فلم يستوف من غير حضور مطالب به ، والزنا حق لله تعالى محض ، فلم يفتقر إلى طلب به . إذا ثبت هذا فإن وكيل المالك يقوم مقامه فى الطلب ، وقال القاضى : إذا أقر بسرقة مال غائب حبس حتى يحضر الغائب ، لأنه يحتمل أن يكون قد أباحه ، ولو أقر بحق مطلق لغائب لم يحبس ، لأنه لا حق عليه لغير الغائب ، ولم يأمر بحبسه ، فلم يحبس ، وفى مسألتنا تعلق به حق الله تعالى ، وحق الآدمى ، فحبس لما عليه من حق الله تعالى . فإن كانت العين فى يده أخذها الحاكم وحفظها للغائب ، وإن لم يكن فى يده شىء فإذا جاء الغائب كان الخصم فيها .

٧٣٢٧ (فصـــــــل)

ولو أقر بسرقة من رجل فقال المالك : لم تسرق منى ، ولكن غصبتنى ، أو كان لى قبلك وديعة فجحدتنى ، لم يقطع ، لأن إقراره لم يوافق دعوى المدعى ، وبهذا قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى . وإن أقر أنه سرق نصاباً من رجلين فصدقه أحدهما دون الآخر ، أو قال الآخر : بل غصبتنيه أو جحدتنيه ، لم يقطع. وبه قال أصحاب الرأى . وقال أبو ثور : إذا قال الآخر غصبتنيه أو جحدتنيه قطع .

ولنا : أنه لم يوافق على سرقة نصاب ، فلم يقطع كالتى قبلها ، وإن وافقاه جميعاً قطع ، وإن حضر أحدهما فطالب ولم يحضر الآخر لم يقطع ، لأن ما حصلت المطالبة به لا يوجب القطع بمفرده ، وإن أقر أنه سرق من رجل شيئاً فقال الرجل : قد فقدته من مالى ، فينبغى أن يقطع ، لمـــا روى عن عبد الرحمن بن ثعلبة

الأنصارى عن أبيه « أن عمرو بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، إنى سرقت جملا لبنى فلان فطهرنى . فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم إليهم ، فقالوا : إنا افتقدنا جملا لنا ، فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم فقطعت يده قال ثعلبة : أنا أنظر إليه حين وقعت يده وهو يقول : الحمد لله الذى طهرنى منك ، أردت أن تدخلى جسدى النار » أخرجه ابن ماجه .

٧٣٢٨ (فصـــل)

ومن ثبتت سرقته ببينة عادلة فأنكر لم يلتفت إلى إنكاره . وإن قال : أحلفوه لى إنى سرقت منه لم يحلف ، لأن السرقة قد ثبتت بالبينة ، وفى إحلافه عليها قدح فى الشهادة . وإن قال : الذى أخذته ملك لى كان لى عنده وديعة ، أو رهناً ، أو ابتعته منه ، أو وهبه لى ، أو أذن لى فى أخـذه ، أو غصبه منى ، أو من أبى ، أو بعضه لى ، فالقول قول المسروق منه مع يمينه ، لأن اليد ثبتت له ، فإن حلف سقطت دعوى السارق ، ولا قطع عليه ، لأنه يحتمل ما قال . ولهذا أحلفنا المسروق منه . وإن نـكل قضينا عليه بنكوله ، وهذه إحدى الروايتين وهو منصوص الشافعى . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقطع ، لأن سقوط القطع بدعواه يؤدى إلى ألا يجب قطع سارق ، فتفوت مصلحة الزجر .

وعنه رواية ثالثة أنه إن كان معروفا بالسرقة قطع ، لأنه يعلم كذبه ، وإلا سقط عنه القطع ، والأول أولى ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وإفضاؤه إلى سقوط القطع لا يمتنع اعتباره ، كما أن الشرع اعتبر فى شهادة الزنا شروطا لا يقع معها إقامة حد ببينة أبداً ، على أنه لا يفضى إليه لا زما فإن الغالب من السراق أنهم لا يعلمون هذا ، ولا يهتدون إليه . وإنما يختص بعلم هذا الفقهاء الذين لا يسرقون غالبا ، وإن لم يحلف المسروق منه قضى عليه ، وسقط الحد وجها واحداً .

كتاب قطاع الطريق

الأصل فى حكمهم قول الله تعالى (إنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ) وهذه الآية فى قول ابن عباس وكثير من العلماء نزلت فى قطاع الطريق من المسلمين ، وبه يقول مالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى — وحكى عن ابن عمر أنه قال : نزلت هذه الآية فى المرتدين ، وحكى ذلك عن الحسن ، وعطاء ، وعبد الكريم ، لأن سبب نزولها قصة العرنيين ، وكانوا ارتدوا عن الإسلام وقتلوا الرعاة ، فاستاقوا إبل الصدقة ، فبعث النبى صلى الله عليه وسلم من جاء بهم فقطع أيديهم وأرجلهم ، وسمل أعينهم ، وألقاهم فى الحرة حتى ماتوا قال أنس : فأنزل الله تعالى فى ذلك (إنما جزاء الذين يحاربون الله) الآية . أخرجه أبو داود ، والنسائى ، ولأن محاربة الله رسوله إنما تكون من الكفار، لا من المسلمين .

ولنا : قول الله تعالى : (إلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ[1]) ، والكفار تقبل توبتهم بعد القدرة كما تقبل قبلها ، ويسقط عنهم القتل والقطع فى كل حال ، والمحاربة قد تكون من المسلمين ، بدليل قوله تعالى : (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ[2]) .

٧٣٢٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والمحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح فى الصحراء ، فيغصبونهم المال مجاهرة ﴾

وجملته: أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التى نذكرها بعد تعتبر لهم شروط ثلاثة .

أحدها : أن يكون ذلك فى الصحراء . فإن كان ذلك منهم فى القرى والأمصار فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم ، وظاهر كلام الخرقى : أنهم غير محاربين وبه قال أبو حنيفة ، والثورى ، وإسحاق ، لأن الواجب يسمى حد قطاع الطريق ، وقطع الطريق إنما هو فى الصحراء ، ولأن من فى المصر يلحق به الغوث غالباً ، فتذهب شوكة المعتدين ، ويكونون مختلسين ، والمختلس ليس بقاطع ، ولا حد عليه . وقال كثير من أصحابنا : هو قاطع ، حيث كان ، وبه قال الأوزاعى ، والليث ، والشافعى ، وأبو يوسف ، وأبو ثور ، لتناول الآية بعمومها كل محارب ، لأن ذلك إذا وجد فى المصر كان أعظم خوفاً ، وأكثر ضرراً ، فكان ذلك أولى .

(١) سورة المائدة آية ٣٤ . (٢) سورة البقرة آية ٢٧٨ — ٢٧٩

وذكر القاضي أن هذا إن كان في المصر مثل أن كبسوا داراً فكان أهل الدار بحيث لو صاحوا أدركهم الغوث ، فليس هؤلاء بقطاع طريق ، لأنهم في موضع يلحقهم الغوث عادة ، وإن حصروا قرية أو بلداً ففتحوه وغلبوا على أهله ، أو محلة منفردة بحيث لا يدركهم الغوث عادة ، فهم محاربون ، لأنهم لا يلحقهم الغوث ، فأشبه قطاع الطريق في الصحراء .

الشرط الثاني : أن يكون معهم سلاح ، فإن لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين ، لأنهم لا يمنعون من يقصدهم ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، فإن عرضوا بالعصي والحجارة فهم محاربون ، وبه قال الشافعي ، وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ليسوا محاربين ، لأنه لا سلاح معهم .

ولنا . أن ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف ، فأشبه الحديد .

الشرط الثالث : أن يأتوا مجاهرة ، ويأخذوا المال قهراً ، فأما إن أخذوه مختفين فهم سراق وإن اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم ، وكذلك إن خرج الواحد والاثنان على آخر قافلة فاستلبوا منها شيئاً فليسوا بمحاربين ، لأنهم لا يرجعون إلى منعة وقوة . وإن خرجوا على عدد يسير فقهروهم فهم قطاع طريق .

٧٣٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فمن قتل منهم وأخذ المال قتل وإن عفا صاحب المال ، وصلب حتى يشتهر ودفع إلى أهله ، ومن قتل منهم ولم يأخذ المال قتل ولم يصلب وإن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ، في مقام واحد ، ثم حسمتا وخلى ﴾

روينا نحو هذا عن ابن عباس ، وبه قال قتادة ، و مجلز ، وحماد ، والليث ، والشافعي ، وإسحاق ، وعن أحمد ، : إنه إذا قتل وأخذ المال قتل وقطع ، لأن كل واحدة من الجنايتين توجب حداً منفرداً ، فإذا اجتمعا وجب حدهما معاً ، كما لو زنى وسرق . وذهبت طائفة إلى أن الإمام مخير فيهم بين القتل والصلب ، والقطع والنفي ، لأن أو تقتضي التخيير ، كقوله تعالى : « فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَاتُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ » . وهذا قول سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد والحسن ؛ والضحاك ، والنخعي ، وأبي الزناد ، وأبي ثور ، وداود . وروى عن ابن عباس : ما كان في القرآن (أو) فصاحبه بالخيار : وقال أصحاب الرأي : إن قَتَل قُتِل ، وإن أخذ المال قطع ، وإن قتل وأخذ المال فالإمام مخير بين قتله وصلبه ، وبين قتله وقطعه ، وبين أن يجمع له ذلك كله ، لأنه قد وجد منه مايوجب القتل والقطع ، فكان للامام فعلهما ، كما لو قتل وقطع في غير قطع طريق . وقال مالك : إذا قطع الطريق فرآه الإمام جلداً ذا رأى قتله ، وإن كان جلداً لا رأى له قطعه ، ولم يعتبر فعله .

---

(١) سورة المائدة آية ٨٩ .

ولنا : على أنه لا يقتل إذا لم يقتل قول النبى صلى الله عليه وسلم: « لا يحل دام أمرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير حق » فأما (أو) فقد قال ابن عباس مثل قولنا. فإما أن يكون توقيفاً أو لغة ، وأيهما كان فهو حجة ، يدل عليه أنه بدأ بالأغلظ فالأغلظ ، وعُرف القرآن فيما أريد به التخيير البداءة بالأخف ككفارة اليمين ، وما أريد به الترتيب بدىء فيه بالأغلظ فالأغلظ ، ككفارة الظهار والقتل ، ويدل عليه أيضاً أن العقوبات تختلف باختلاف الإجرام ، ولذلك اختلف حكم الزانى والقاذف والسارق ، وقد سووا بينهم مع اختلاف جناياتهم ، وهذا يرد على مالك ، فإنه إنما اعتبر الجلد والرأى دون الجنايات ، وهو مخالف للأصول التى ذكرناها .

وأما قول أبى حنيفة : فلايصح ، لأن القتل لو وجب لحق الله تعالى لم يخير الإمام فيه كقطع السارق ، وكما لو انفرد بأخذ المال ، ولأن الحدود لله تعالى إذ كان فيها قتل سقط مادونه ، كما لو سرق وزنى وهو محصن .

وقد روى عن ابن عباس قال : وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا برزه [1] الأسلمى ، فجاء ناس يريدون الإسلام ، فقطع عليهم أصحابه ، فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم أن من قتل وأخذ المال قتل وصلب ، ومن قتل . ولم يأخذ المال قتل ، ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف . وقيل إنه رواه [2] أبو داود . وهذا كالمسند ، وهو نص . فإذا ثبت هـذا فإن قاطع الطريق لا يخلو من أحوال خمس .

---

(١) فى المطبوعة : أبا بردة . واخترنا ما فى المخطوطات .

(٢) الحق أنه لم يروه أبوداود ، وقد ورد فيه عن أنس بن مالك أن قوماً من عكل أو قال من عرينة قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتووا المدينة فأمر لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بلقاح وأمرهم أن يشربوا من أبوالها وألبانها فانطلقوا فلما صحوا قتلوا راعى رسول الله صلى الله عليه وسلم واستاقوا النعم فبلغ النبى صلى الله عليه وسلم خبرهم من أول النهار فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم فى آثارهم فما ارتفع النهار حتى جىء بهم فأمر بهم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسمر أعينهم وألقوا فى الحرة يستسقون فلايسقون . قال أبوقلابة — وهو الراوى، عن أنس — فهؤلاء قوم سرقوا وقتلوا وكفروا بعد إيمانهم وحاربوا الله ورسوله » ج ٢ ص ٤٤٤ .

وفيه عن أنس أيضاً بهذا الحديث قال فيه فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى طلبهم قافلة فأتى بهم قال : فأنزل الله تبارك وتعالى فى ذلك إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً الآية .

قال أنس : (فلقد رأيت أحدهم يكدم الأرض بفيه عطشاً حتى ماتوا) .

وعن ابن قال : (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله . . إلى قوله (غفور رحيم) نزلت هذه الآية فى المشركين فمن تاب منهم قبل أن يقدر عليه لم يمنعه ذلك أن يقام فيه الحد الذى أصابه ج ٢ ص ٤٤٥

عكل : بضم العين وسكون الكاف قبيلة نسبت إلى امرأة اسمها عكل وقد حضنت ولد عوف بن إياس فغلبت عليهم فنسبوا إليها .

الأولى : إذا قتل وأخذ المال فإنه يقتل ويصلب فى ظاهر المذهب ،وقتله متحتم لا يدخله عفو [١] . أجمع على هذا كل أهل العلم . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . روى ذلك عن عمر ، وبه قال سليمان بن موسى ، والزهرى ، ومالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولأنه حد من حدود الله تعالى ، فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود . وهل يعتبر التكافؤ بين القاتل والمقتول ؟ فيه روايتان .

إحداها : لا يعتبر ، بل يؤخذ الحر بالعبد ، والمسلم بالذمى ، والأب بالابن ،لأن هذا القتل حد لله تعالى ، فلا تعتبر فيه المكافأة كالزنا والسرقة .

والثانية : تعتبر المكافأة ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يقتل [٢] مسلم بكافر »، والحد فيه انحتامه بدليل أنه لو تاب قبل القدرة عليه سقط الانحتام ، ولم يسقط القصاص . فعلى هذه الرواية إذا قتل المسلم ذمياً ، أو الحر عبداً ، أو أخذ ماله قطعت يده ورجله من خلاف لأخذه المال ، وغرم دية الذمى وقيمة العبد . وإن قتله ولم يأخذ مالا غرم ديته ونفى ، وذكر القاضى : أنه إنما يتحتم قتله إذا قتله ليأخذ المال ، وإن قتله لغير ذلك مثل أن يقصد قتله لعداوة بينهما فالواجب قصاص غير متحتم . وإذا قتل صلب لقول الله تعالى (أو يصلبوا) [٣] والكلام فيه فى ثلاثة أمور .

أحدها : فى وقته . ووقته بعد القتل ، وبهذا قال الشافعى . وقال الأوزاعى ، ومالك ، والليث ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف يصلب حياً ، ثم يقتل مصلوباً ، يطعن بالحربة ، لأن الصلب عقوبة ، وإنما يعاقب الحى لا الميت ، ولأنه جزاء على المحاربة فيشرع فى الحياة كسائر الأجزية . ولأن الصلب بعد قتله يمنع تكفينه ودفنه فلا يجوز .

ولنا : أن الله تعالى قدم القتل على الصلب لفظاً ، والترتيب بينهما ثابت بغير . خلاف ، فيجب تقديم

عرينه : بضم العين وفتح الراء وسكون الياء بطن من بجيلة . اجتووا المدينة : كرهوا المقام فيها لما مرضوابها .
اللقاح : جمع لقحة بكسر اللام وفتحها وسكون القاف وهى ذوات اللبن من الإبل .
سمر أعينهم : كحلهم بمسامير محماة .
الحرة : أرض ذات حجارة سود بالمدينة . يكدم الأرض يتناولها بفمه ويعض عليها بأسنانه وفى تفسير بن كثير ج ٢ ص ٥١ قال أبو عبد الله الشافعى أنبأنا إبراهيم بن أبى يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس فى قطاع الطريق إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا وإذا أقبلوا ولم ياخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا المال نفوا من الأرض) انتهى (ف)

(١) فى المخطوطة ١٨ : ولا يجوز العفو . (٢) لا يقتل مؤمن بكافر أخرجه البخارى وأبوداود عن على (ف)

(٣) سورة المائدة آية ٣٣ .

الأول في اللفظ ، كقوله تعالى « إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللهِ »[1] ولأن القتل إذا أطلق في لسان الشرع كان (قتلا)[2] بالسيف . ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب[3] الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل[4] » وأحسن القتل هو القتل بالسيف ، وفي صلبه حياً تعذيب له ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الحيوان ، وقولهم إنه جزاء على المحاربة قلنا : لو شرع لردعه لسقط بقتله ، كما يسقط سائر الحدود مع القتل ، وإنما شرع الصلب ردعاً لغيره ليشتهر أمره ، وهذا يحصل بصلبه بعد قتله ، وقولهم يمنع تكفينه ودفنه قلنا : هذا لازم لهم ، لأنهم يتركونه بعد قتله مصلوباً .

الثاني : في قدره ولا توقيت فيه ، إلا قد ما يشتهر أمره ، قال أبو بكر لم يوقت أحمد في الصلب ، فأقول يصلب بقدر ما يقع عليه الإسم ، والصحيح توقيته بما ذكر الخرقي من الشهرة ، لأن المقصود يحصل به ، وقال الشافعي : يصلب ثلاثاً ، وهو مذهب أبي حنيفة . وهذا توقيت بغير توقيف . فلا يجوز مع أنه في الظاهر يفضي إلى تغيره ونتنه ، وأذى المسلمين برائحته ونظره ، ويمنع تغسيله وتكفينه ودفنه ، فلا يجوز بغير دليل.

الثالث : في وجوبه . وهذا واجب حتم في حق من قتل وأخذ المال ، لا يسقط بعفو ولا غيره وقال أصحاب الرأي : إن شاء الإمام صلب . وإن شاء لم يصلب .

ولنا : حديث ابن عباس : أن جبريل نزل بأن من قتل وأخذ المال صلب . ولأنه شرع حداً فلم يتخير بين فعله وتركه كالقتل وسائر الحدود . إذا ثبت هذا فإنه إذا اشتهر أنزل ودفع إلى أهله ، فيغسل ويكفن ، ويصلى عليه ويدفن .

٧٣٣١ (فصـــــل)

وإن مات قبل قتله لم يصلب . لأن الصلب من تمام الحد ، وقد فات الحد بموته فيسقط ما هو من تتمته[5] وإن قتل في المحاربة بمثقل قتل كما لو قتل بمحدد لأنهما سواء في وجوب القصاص بهما ، وإن قتل بآلة لا يجب القصاص بالقتل بها كالسوط والعصا والحجر الصغير ، فظاهر كلام الخرقي : أنهم يقتلون أيضاً ، لأنهم دخلوا في العموم .

الحال الثاني : قتلوا ولم يأخذوا المال فإنهم يقتلون ولا يصلبون . وعن أحمد رواية أخرى . أنهم يصلبون ، لأنهم محاربون يجب قتلهم ، فيصلبون كالذين أخذوا المال . والأولى أصح ، لأن الخبر المروي فيهم قال فيه « ومن قتل ولم يأخذ المال قتل » ولم يذكر صلباً ولأن جنايتهم بأخذ المال مع القتل تزيد

(١) سورة البقرة آية ١٥٨ (٢) ساقطه من ٣٩
(٣) أخرجه أحمد ومسلم عن شداد بن أوس(ف) . (٤) في ١٨ : فأحسنوا القتلة .
(٥) في ١٨ : من تمامه .

على الجناية بالقتل وحده ، فيجب أن تكون عقوبتهم أغلظ ، ولو شرع الصلب ههنا لاستويا ، والحكم في تحتم القتل وكونه حداً ههنا كالحكم فيه إذا قتل وأخذ المال .

٧٣٣٢ (فصـــل)

وإذا جرح المحارب جرحاً في مثله قصاص فهل يتحتم فيه القصاص ؟ على روايتين .

إحداهما : لا يتحتم ، لأن الشرع لم يرد بشرع الحد في حقه بالجراح ، فإن الله تعالى ذكر في حدود المحاربين القتل ، والصلب ، والقطع ، والنفي ، فلم يتعلق بالمحاربة غيرها ، فلا يتحتم ، بخلاف القتل ، فإنه حد فتحتم كسائر الحدود ، فحينئذ لا يجب فيه أكثر من القصاص .

والثانية : يتحتم ،لأن الجراح تابعة للقتل ، فيثبت فيها مثل حكمه ولأنه نوع قود أشبه[1] القود في النفس، والأولى أولى ، وإن جرحه جرحاً لا قصاص فيه كالجائفة فليس فيه إلا الدية ، وإن جرح إنساناً وقتل آخر اقتص منه للجراح ، وقتل للمحاربة ، وقال أبو حنيفة تسقط الجراح ، لأن الحدود إذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سوى القتل .

ولنا:أنها جناية يجب بها القصاص في غير المحاربة ، فيجب بها في المحاربة كالقتل، ولا نسلم أن القصاص في الجراح حد ، وإنما هو قصاص متمحض ، فأشبه ما لو كان الجرح في غير المحاربة ، وإن سلمنا أنه حد فإنه مشروع مع القتل ، فلم يسقط به كالصلب وكقطع اليد والرجل .

الحال الثالث : أخذ المال ولم يقتل ، فإنه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، وهذا معنى قوله سبحانه « من خلاف[2] » وإنما قطعنا يده اليمنى للمعنى الذي قطعنا به يمنى السارق، ثم قطعنا رجله اليسرى لتحقق المخالفة ، وليكون أرفق به في إمكان مشيه ، ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل ، بل يقطعان معاً ، يبدأ بيمينه فتقطع وتحسم ، ثم برجله، لأن الله تعالى بدأ بذكر الأيدي. ولا خلاف بين أهل العلم في أنه لا يقطع منه غير يد ورجل إذا كانت يداه ورجلاه صحيحتين .

فأما إن كان معدوم اليد والرجل إما لكونه قد قطع في قطع طريق أو سرقة أو قصاص ، أو لمرض ، فمقتضى كلام الخرقي سقوط القطع عنه ، سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى ، أو بالعكس ، لأن قطع زيادة على ذلك يذهب بمنفعة الجنس ، إما منفعة البطش أو المشي أو كليهما ، وهذا مذهب أبي حنيفة . وعلى الرواية التي تستوفي أعضاء السارق الأربعة يقطع ما بقي من أعضائه . فإن كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى . وحدها ، ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت

---

(١) في المخطوطة ١٨ و٣٩ : فأشبه .

(٢) سورة المائدة آية ٣٣ .

يمنى يديه[1] ولم يقطع غير ذلك وجهاً واحداً ، وهو مذهب الشافعى.ولا نعلم فيه خلافا ، لأنه وجد فى محل الحد ما يستوفى فاكتفى باستيفائه ، كما لو كانت اليد ناقصة ، بخلاف التى قبلها ، وإن كان ما وجب قطعه أشل ، فذكر أهل الطب أن قطعه يفضى إلى تلفة لم يقطع ، وكان حكمه حكم المعدوم . وإن قالوا لا يفضى إلى تلفه ففى قطعه روايتان ذكرناهما فى قطع السارق :

الحال الرابع : إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا .

الحال الخامس : إذا تابوا قبل القدرة عليهم . ويأتى ذكر حكمهما إن شاء الله تعالى :

٧٣٣٣ ﴿ مسـألة ﴾

﴿ ولا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق فى مثله ﴾ .

وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر . وقال مالك ، وأبو ثور : للإمام أن يحكم عليه حكم المحارب ، لأنه محارب لله ولرسوله ، ساع فى الأرض بالفساد ، فيدخل فى عموم الآية . ولأنه لا يعتبر الحرز فكذلك النصاب .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا قطع إلا فى ربع دينار[2] » ، ولم يفصل ولأن هذه جناية تعلقت بها عقوبة فى حق غير المحارب ، فلا تتغلظ فى المحارب بأكثر من وجه واحد ، كالقتل يغلظ بالانحتام ، كذلك ههنا تتغلظ بقطع الرجل معها ، ولا تتغلظ بما دون النصاب . وأما الحرز فهو معتبر، فإنهم لو أخذوا مالا مضيعاً لا حافظ له لم يجب القطع ، وإن أخذوا ما يبلغ نصابا ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا قطعوا على قياس قولنا فى السرقة . وقياس قول الشافعى وأصحاب الرأى : أنه لا يجب القطع حتى تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا ، ويشترط أيضاً ألا تكون لهم شبهة فيما يأخذونه من المال على ما ذكرنا فى المسروق .

٧٣٣٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ونفيهم أن يشردوا فلا يتركوا يأوون فى بلد ﴾

وجملته : أن المحاربين إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا . ولم يأخذوا مالا فإنهم ينفون من الأرض ، لقول الله تعالى :« أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْضِ »[3] ويروى عن ابن عباس أن النفى يكون فى هذه الحالة ، وهو قول النخعى ، وقتادة ، وعطاء الخراسانى .

والنفى هو تشريدهم عن الأمصار والبلدان ، فلا يتركون يأوون بلداً ، ويروى نحو هذا عن الحسن ، والزهرى : وعن ابن عباس أنه ينفى من بلده إلى غيره ، كنفى الزانى . وبه قال طائفة من أهل العلم ، قال

(١) فى ١١ يده اليمنى (٢) أخرجه الشيخان عن عائشة (ف) (٣) سورة المائدة آية ٣٣ .

أبو الزناد : كان منفى الناس إلى باضع [١] ، من أرض الحبشة ، وذلك أقصى تهامة اليمن . وقال مالك : يحبس فى البلد الذى ينفى إليه ، كقوله فى الزانى ، وقال أبو حنيفة نفيه حبسه حتى يحدث توبة ، ونحو هذا قال الشافعى ، فإنه قال فى هذه الحال : يعزرهم الإمام . وإن رأى أن يحبسهم حبسهم، وقيل عنه .النفى طلب الإمام لهم ، ليقيم فيهم حدود الله تعالى ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وقال ابن شريح : يحبسهم فى غير بلدهم ، وهذا مثل قول مالك ، وهذا أولى ، لأن تشريدهم إخراج لهم ، إلى مكان يقطعون فيه الطريق ، ويؤذون به الناس ، فكان حبسهم أولى ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى ، معناها أن نفيهم طلب الإمام لهم ، فإذا ظفر بهم عزرهم بما يردعهم .

ولنا : ظاهر الآية ، فإن النفى الطرد والإبعاد ، والحبس إمساك ، وهما يتنافيان ، فأما نفيهم إلى غير مكان معين فلقوله سبحانه : « أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الأَرْض » [٢] ، وهذا يتناول نفيه من جميعها ، وما ذكروه يبطل بنفى الزانى ، فإنه ينفى إلى مكان يحتمل أن يوجد منه الزنا فيه ، ولم يذكر أصحابنا قدر مدة نفيهم ، فيحتمل أن تتقدر مدته بما تظهر فيه توبتهم ، وتحسن سيرتهم ، ويحتمل أن ينفوا عاما كنفى الزانى .

٧٣٣٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن تابوا من قبل أن يقدر عليهم سقطت عنهم حدود الله تعالى ، وأخذوا بحقوق الآدميين من الأنفس والجراح والأموال ، إلا أن يعفى لهم عنها ﴾

لا نعلم فى هذا خلافاً بين أهل العلم . وبه قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبو ثور ، والأصل فى هذا قول الله تعالى : « إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيم [٣] » . فعلى هذا يسقط عنهم تحتم القتل والصلب والقطع والنفى ، ويبقى عليهم القصاص فى النفس والجراح ، وغرامة المال ، والدية لما لاقصاص فيه .

فأما إن تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شىء من الحدود ، لقول الله تعالى : « إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِم [٤] » فأوجب عليهم الحد ، ثم استثنى التائبين قبل القدرة ، فمن عداهم يبقى على قضية العموم ، ولأنه إذا تاب قبل القدرة ، فالظاهر أنها توبة إخلاص ، وبعدها الظاهر أنها تقية من إقامة الحد عليه ، ولأن فى قبول توبته وإسقاط الحد عنه قبل القدرة ترغيباً فى توبته ، والرجوع عن محاربته وإفساده ، فناسب ذلك الإسقاط عنه ، وأما بعدها فلاحاجة إلى ترغيبه ، لأنه قد عجز عن الفساد والمحاربة.

(١) باضع : فى مراصد الإطلاع ج ١ ص ١٥٤ (جزيرة فى بحر اليمن وهى اليوم خراب) (ف)
(٢) سورة المائدة آية ٣٣ . (٣) سورة المائدة آية ٣٤ . (٤) سورة المائدة آية ٣٤ .

٧٣٣٦ (فصـــل)

وإن فعل المحارب مايوجب حدا لايختص المحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقه فذكر القاضى أنها تسقط بالتوبة ، لأنها حدود الله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة ، إلاحد القذف ، فإنه لايسقط ، لأنه حق آدمى ، ولأن فى إسقاطها ترغيباً فى التوبة ، ويحتمل ألاتسقط ، لأنها لاتختص المحاربة ، فكانت فى حقه كهى فى حق غيره ، وإن أتى حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الأول ، لأن التوبة إنما يسقط بها الذنب الذى تاب منه دون غيره .

٧٣٣٧ (فصـــــل)

وإن تاب من عليه حد من غير المحاربين وأصلح ففيه روايتان :

إحداهما : يسقط عنه ، لقول الله تعالى : « واللّذَانِ يأتِيانِها منكُمْ فآذُوهُما ، فإنْ تابَا وأصْلحَا فأعْرِضُوا عنْهُمَا »[1] وذكر حد السارق ، ثم قال : « فمنْ تابَ منْ بعْدِ ظُلْمِه وأصلَحَ فإنّ الله يتُوب علَيْهِ[2]) وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « التائب[3] من الذنب كمن لاذنب له » . ومن لاذنب له لاحد عليه ، وقال فى ماعز لما أخبر بهربه : « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه[4] ؟ » . ولأنه خالص حق الله تعالى ويسقط بالتوبة كحد المحارب .

والرواية الثانية : لايسقط ، وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، وأحد قول الشافعى ، لقول الله تعالى : « الزّانيةُ والزّانِى فاجْلدُوا كلّ واحدٍ منْهُما مائةَ جلْدَة[5] » ، وهذا عام فى التائبين وغيرهم ، وقال تعالى : « والسارقُ والسارقةُ فاقطعُوا أيديَهُما[6] » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً والغامدية ، وقطع الذى أقر بالسرقة ، وقد جاءوا تائبين يطلبون التطهير بإقامة الحد ، وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلهم توبة ، فقال فى حق المرأة : «لقد تابت[7] توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » . وجاء عمرو ابن سمرة[8] إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارسول الله إنى سرقت جملا لبنى فلان فطهرنى ، وقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الحد عليهم ، ولأن الحد كفارة ، فلم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين والقتل ، ولأنه مقدور عليه فلم يسقط عنه الحد بالتوبة كالمحارب بعد القدرة عليه ، فإن قلنا بسقوط الحد بالتوبة فهل يسقط بمجرد التوبة ، أو بها مع إصلاح العمل ؟ فيه وجهان .

---

(١) سورة النساء آية ١٦ . (٢) سورة المائدة آية ٣٩ . (٣) أخرجه ابن ماجه عن ابن مسعود (ف)
(٤) أخرجه أبو داود عن نعيم بن هزال (ف) (٥) سورة النور آية ٢ (٦) سورة المائدة آية ٣٨
(٧) أخرجه أبو داود عن عمران بن حصين (٨) أخرجه ابن ماجه عن ثعلبة (ف)

أحدهما : يسقط بمجردها ، وهو ظاهر قول أصحابنا ، لأنها توبة مسقطة للحد ، فأشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه .

والثانى : يعتبر إصلاح العمل ، لقول الله تعالى « فإن تَابَا وأَصْلَحَا فأعرِضُوا عنهما[١] » وقال : «فمن تابَ من بعدِ ظلمهِ وأصلح فإنّ الله يتوبُ عليه[٢] » ، فعلى هـذا القول يعتبر مضى مدة يعلم بهـا صدق توبته ، وصلاح نيته ، وليست مقدرة بمدة معلومة ، وقال بعض أصحاب الشافعى : مدة ذلك سنة ، وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز .

٧٣٣٨ (فصـــــل)

وحكم الردء[٣] من القطاع حكم المباشر ، وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال الشافعى : ليس على الردء إلا التعزير ، لأن الحد يجب بارتـكاب المعصية ، فلا يتعلق بالمعين كسائر الحدود .

ولنـا : أنه حكم يتعلق بالمحاربة ، فاستوى فيه الردء والمباشر ، كاستحقاق الغنيمة . وذلك لأن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة ، فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء ، بخلاف سائر الحدود ، فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل فى حق جميعهم ، فيجب قتل جميعهم ، وإن قتـل بعضهم وأخذ بعضهم المال جاز قتلهم وصلبهم ، كما لو فعل الأمرين كل واحد منهم .

٧٣٣٩ (فصـــــل)

وإن كان فيهم صبى أو مجنون أو ذو رحم من المقطوع عليه لم يسقط الحد عن غيره ، فى قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : يسقط الحد عن جميعهم ، ويصير القتـل للأولياء ، وإن شاءوا قتـلوا ، وإن شاءوا عفوا ، لأن حكم الجميع واحد ، فالشبهة فى فعل واحد شبهة فى حق الجميع .

ولنا : أنها شبهة اختص بها واحـد ، فلم يسقط الحد عن الباقين ، كما لو اشتركوا فى وطء امرأة . وما ذكروه لا أصل له ، فعلى هذا لاحد على الصبى والمجنون وإن باشرا القتل وأخذا المـال ، لأنهما ليسا من أهل الحدود ، وعليهما ضمان ما أخذا من المـال فى أموالهما ، ودية قتيلهما على عاقلتهما ، ولا شىء على الردء لهما ، لأنه إذا لم يثبت ذلك للمباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى ، وإن كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شىء لأنهما لم يثبت فى حقهما حكم المحاربة ، وثبوت الحـكم فى حق الردء ثبت بالمحاربة .

٧٣٤٠ (فصـــــل)

وإن كان فيهم امرأة ثبت فى حقها حكم المحاربة ، فمتى قتلت وأخذت المـال فحدها حد قطاع الطريق

(١) سورة النساء آية ١٦ (٢) سورة المائدة آية ٣٩

(٣) هو الذى يحمى ظهر المحارب من القطاع ، أو يحرس الطريق .

وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لايجب عليها الحد ، ولا على من معها ، لأنها ليست من أهل المحاربة كالرجل ، فأشبهت الصبى والمجنون .

ولنا أنها تحد فى السرقة فيلزمها حكم المحاربة كالرجل ، وتخالف الصبى والمجنون ، ولأنها مكلفة يلزمها القصاص وسائر الحدود ، فلزمها هذا الحد كالرجل .

إذا ثبت هذا فإنها إن باشرت القتل أو أخذ المال ثبت حكم المحاربة فى حق من معها ، لأنهم ردء لها ، وإن فعل ذلك غيرها ثبت حكمه فى حقها ، لأنها ردء له كالرجل سواء . وإن قطع أهل الذمة الطريق أو كان مع المحاربين المسلمين ذمى فهل ينتقض عهدهم بذلك ؟ فيه روايتان ، فإن قلنا ينتقض عهدهم حلت دماؤهم . وأموالهم بكل حال ، وإن قلنا لاينتقض عهدهم حكمنا عليهم بما نحكم على المسلمين .

٧٣٤١ (فصـــــــل)

وإذا أخذ المحاربون المال وأقيمت فيهم حدود الله تعالى ، فإن كانت الأموال موجودة ردت إلى مالكها ، وإن كانت تالفة أو معدومة[1] وجب ضمانها على آخذها . وهذا مذهب الشافعى ، ومقتضى قول أصحاب الرأى : أنها إن كانت تالفة لم يلزمهم غرامتها ، كقولهم فى المسروق إذا قطع السارق . ووجه المذهبين ماتقدم فى السرقة ، ويجب الضمان على الآخذ دون الرِّدء ، لأن وجوب الضمان ليس بحـــد فلايتعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب. ولو تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الآدميين من القصاص والضمان لاختص ذلك بالمباشر دون الردء لذلك ، ولو وجب الضمان فى السرقة لتعلق بالمباشر دون الردء ، لما ذكرنا والله أعلم .

٧٣٤٢ (فصـــــــل)

إذا اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة أقسام .

القسم الأول : أن تكون خالصة لله تعالى فهى نوعان :

أحدهما : أن يكون فيها قتل ، مثل أن يسرق ويزنى وهو محصن ، ويشرب الخمر ويقتل فى المحاربة فهذا يقتل ، ويسقط سائرها ، وهذا قول ابن مسعود ، وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والأوزاعى ، وحماد ، ومالك ، وأبى حنيفة ، وقال الشافعى : يستوفى جميعها ، لأن ماوجب مع غير القتل وجب مع القتل ، كقطع اليد قصاصاً .

ولنا : قول ابن مسعود . قال سعيد : حدثنا حسان بن على ، حدثنا مجالد ، عن عامر ، عن مسروق ، عن عبد الله ، قال : إذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك . وقال إبراهيم : يكفيه القتل .

(١) فى المخطوطة ١٨ : وإن تلفت أو عدمت .

وقال حدثنا هشيم ، أخبرنا حجاج ، عن إبراهيم . والشعبي وعطاء ، أنهم قالوا مثل ذلك ، وهذه أقوال انتشرت فى عصر الصحابة والتابعين ، ولم يظهر لها مخالف ، فكانت إجماعا . ولأنها حدود لله تعالى فيها قتل ، فسقط ما دونه كالمحارب إذا قتل وأخذ المال ، فإنه يكتفى بقتله ولا يقطع ، ولأن هذه الحدود تراد لمجرد الزجر ، ومع القتل لا حاجة إلى زجره ، ولا فائدة فيه ، فلا يشرع ويفارق القصاص ، فإن فيه غرض التشفى والانتقام ، ولا يقصد منه مجرد الزجر .

إذا ثبت هذا فإنه إذا وجد ما يوجب الرجم والقتل للمحاربة أو القتل للردة أو لترك الصلاة فينبغى أن يقتل للمحاربة ، ويسقط الرجم ، لأن فى القتل للمحاربة حق آدمى فى القصاص ، وإنما أثرت المحاربة فى تحريمه وحق الآدمى يجب تقديمه .

النوع الثانى : ألا يكون فيها قتل ، فإن جميعها يستوفى من غير خلاف نعلمه ، ويبدأ بالأخف فالأخف فإذا شرب الخمر وزنى وسرق حد للشرب أولا ، ثم حد للزنا ، ثم قطع للسرقة . وإن أخذ المال فى المحاربة قطع لذلك ، ويدخل فيه القطع للسرقة ، لأن محل القطعين واحد ، فتداخلا كالقتلين . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة يتخير بين البداءة بحد الزنا وقطع السرقة ، لأن كل واحد منهما ثبت بنص القرآن ، ثم يحد للشرب .

ولنا : أن حد الشرب أخف ، فيقدم كحد القذف ، ولا نسلم أن حد الشرب غير منصوص عليه فى السنة ومجمع على وجوبه . وهذا التقديم على سبيل الاستحباب ولو بدأ بغيره جاز ، ووقع الموقع ، ولا يوالى بين هذه الحدود ، لأنه ربما أفضى إلى تلفه ، بل متى برأ من حد أقيم الذى يليه .

القسم الثانى : الحدود الخالصة للآدمى ، وهو القصاص ، وحد القذف ، فهذه تستوفى كلها ، ويبدأ بأخفها ، فيحد للقذف ، ثم يقطع ، ثم يقتل ، لأنها حقوق الآدميين أمكن استيفاؤها ، فوجب كسائر حقوقهم . وهذا قول الأوزاعى ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : يدخل ما دون القتل فيه ، احتجاجا بقول ابن مسعود ، وقياساً على الحدود الخالصة لله تعالى .

ولنا : أن ما دون القتل حق لآدمى ، فلم يسقط به كذنوبهم ، وفارق حق الله تعالى ، فإنه مبنى على المسامحة .

القسم الثالث : أن تجتمع حدود الله وحدود الآدميين وهذه ثلاثة أنواع .

أحدها : أن لا يكون فيها قتل فهذه تستوفى كلها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى، وعن مالك أن حدى الشرب والقذف يتداخلان لاستوائهما فهما كالقتلين والقطعين .

ولنا : أنهما حدان من جنسين لا يفوت بهما المحل ، فلم يتداخلا كحد الزنا والشرب ، ولا نسلم استواءهما ،

فإن حد الشرب أربعون ، وحد القذف ثمانون ، وإن سلم استواؤهما لم يلزم تداخلهما[1] ، لأن ذلك لو اقتضى تداخلهما لوجب دخولهما فى حد الزنا ، لأن الأقل مما يتداخل يدخل فى الأكثر . وفارق القتلين والقطعين ، لأن المحل يفوت بالأول ، فيتعذر استيفاء الثانى ، وهذا بخلافه .

فعلى هذا يبدأ بحد القذف ، لأنه اجتمع فيه معنيان : خفته ، وكونه حقاً لآدمى شحيح . إلا إذا قلنا : حد الشرب أربعون ، فإنه يبدأ به لخفته ، ثم بحد القذف ، وأيهما قدم فالآخر يليه ، ثم بحد الزنا ، فإنه لا إتلاف فيه ، ثم بالقطع ، هكذا ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب : يبدأ بالقطع قصاصا ، لأنه حق آدمى متمحض ، فإذا برأ حد للقذف إذا قلنا هو حق آدمى ، ثم بحد الشرب ، فإذا برأ حد للزنا ، لأن حق الآدمى يجب تقديمه لتأكده .

النوع الثانى : أن تجتمع حدود الله تعالى وحدود الآدمى ، وفيها قتل ، فإن حدود الله تعالى تدخل فى القتل ، سواء كان من حدود الله تعالى كالرجم فى الزنا ، والقتل للمحاربة ، أو الردة ، أو لحق آدمى كالقصاص لما قدمناه : وأما حقوق الآدمى فتستوفى كلها ، ثم إن كان القتل حقاً لله تعالى استوفيت الحقوق كلها متوالية ، لأنه لا بد من فوات نفسه ، فلا فائدة فى التأخير ، وإن كان القتل حقا لآدمى انتظر باستيفائه الثانى برأه من الأول لوجهين

أحدهما : أن الموالاة بينهما يحتمل أن تفوت نفسه قبل القصاص ، فيفوت حق الآدمى .

الثانى : أن العفو جائز ، فتأخيره يحتمل أن يعفو الولى فيحيا ، بخلاف القتل حقاً لله سبحانه .

النوع الثالث : أن يتفق الحقان فى محل واحد ، ويكون تفويتا كالقتل والقطع قصاصاً واحداً ، فإن كان فيه ماهو خالص لحق الله تعالى كالرجم فى الزنا ، وما هو حق لآدمى كالقصاص ، قدم القصاص لتأكد حق الآدمى ، وإن اجتمع القتل للقتل فى المحاربة والقصاص ، بدىء بأسبقهما ، لأن القتل فى المحاربة فيه حق لآدمى أيضاً ، فيقدم أسبقهما ، فإن سبق القتل فى المحاربة استوفى ، ووجب لولى المقتول الآخر ديته فى مال الجانى . وإن سبق القصاص قتل قصاصاً ، ولم يصلب ، لأن الصلب من تمام الحد ، وقد سقط الحد بالقصاص ، فسقط الصلب كما لو مات ، ويجب لولى المقتول فى المحاربة ديته ، لأن القتل تعذر استيفاؤه وهو قصاص ، فصار الوجوب إلى الدية ، وهكذا لو مات القاتل فى المحاربة ، وجبت الدية فى تركته ، لتعذر استيفاء القتل من القاتل .

ولو كان القصاص سابقاً فعفا ولى المقتول استوفى للمحاربة ، سواء عفا مطلقاً أو إلى الدية . وهذا مذهب الشافعى ، وأما القطع فإذا اجتمع وجوب القطع فى يد أو رجل قصاصاً وحداً قدم القصاص على الحد المتمحض لله تعالى لما ذكرناه ، سواء تقدم سببه أو تأخر . وإن عفا ولى الجناية استوفى الحد ، فإذا قطع يداً وأخذ

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : التداخل .

المال فى المحاربة قطعت يده قصاصاً ، وينتظر برؤه ، فإذا برأ قطعت رجله للمحاربة ، لأنهما حدان ، وإنما قدم القصاص فى القطع دون القتل لأن القطع فى المحاربة حد متمحض،وليس بقصاص ، والقتل فيها يتضمن القصاص ، ولهذا لو فات القتل فىالمحاربة وجبت الدية ، ولو فات القطع لم يجب له بدل . وإذا ثبت أنه يقدم القصاص على القطع فى المحاربة فقطع يده قصاصاً فإن رجله تقطع ، وهل تقطع يده الأخرى ؟ نظرنا فإن كان المقطوع بالقصاص قد كان يستحق القطع بالمحاربة قبل الجناية الموجبة للقصاص فيه لم يقطع أكثر من العضو الباقى من العضوين اللذين استحق قطعهما ، لأن محل القطع ذهب بعارض حادث ، فلم يجب قطع بدله ، كما لو ذهب بعدوان أو بمرض . وعلى هذا لو ذهب العضوان جميعاً سقط القطع عنه بالكلية .

وإن كان سبب القطع قصاصاً سابقاً على محاربته ، أوكان المقطوع غير العضو الذى وجب قطعه فى المحاربة ، مثل أن وجب عليه القصاص فى يساره بعد وجوب قطع يمناه فىالمحاربة ، فهل تقطع اليد الأخرى للمحاربة ؟ على وجهين بناء على الروايتين فى قطع يسرى السارق بعد قطع يمينه . إن قلنا : تقطع ثمّ قطعت ههنا ، وإلا فلا ، وإن سرق وأخذ المال فى المحاربة قطعت يده اليمنى لأسبقهما ، فإن كانت المحاربة سابقة قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى فى مقام واحد وحسمناه ، وهل تقطع يسرى يديه للسرقة ؟ على الروايتين. فإن قلنا: تقطع انتظر برؤه من القطع للمحاربة ، لأنهما حدان ، وإن كانت السرقة سابقة قطعت يمناه للسرقة ، ولا تقطع رجله المحاربة حتى تبرأ يده . وهل تقطع يسرى يديه للمحاربه ؟ على وجهين .

٧٣٤٣ (فصــل)

وإن سرق وقتل فى المحاربة ولم يأخذ المــال قتل حتما ، ولم يصلب ولم تقطع يده ، لأنهما حــدان فيهما قتل ، فدخل مادون القتل فيه ، ولم يصلب لأن الصلب من تمام حد قاطع الطريق إذا أخذ المال مع القتل ، ولم يوجد ، وهذان حدان كل واحد منهما منفصل عن صاحبه ، فإذا اجتمعا تداخلا ، وإن قتل فى المحاربة جماعة قتل بالأول حتما ، وللباقين ديات أوليائهم ، لأن قتله استحق بقتل الأول ، وتحتم بحيث لايسقط ، فتعينت حقوق الباقين فى الدية كما لو مات .

٧٣٤٤ (فصــــــل)

إذا شهد عدلان على رجل أنه قطع عليهما الطريق وعلى فلان وأخذ متاعهم لم تقبل شهادتهما لأنهما صارا خصمين له بقطعه عليهما ، وإن قالا نشهد أن هذا قطع الطريق على فلان ، وأخذ متــاعه ، قبلت شهادتهما ، ولم يسألهما الحاكم هل قطع عليكما معه ، أم لا ؟ لأنه لايسألهما مالم يدع عليهما ، وإن عاد المشهود له فشهد عليه أنه قطع عليهما الطريق وأخذ متاعهما لم تقبل شهادته ، لأنه صار عدواً له بقطعه الطريق عليه وإن شهد شاهدان أن هؤلاء عرضوا لنــا فى الطريق وقطعوها على فلان قبلت شهادتهما لأنه لم يثبت كونهما خصمين بما ذكراه .

كتاب الأشربة

الخمر محرم بالكتاب، والسنة، والإجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ[١] » — إلى قوله — فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ ؟ » وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : « كل مسكر خمر، وكل خمر حرام ». رواه أبوداود، والإمام أحمد. وروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لعن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه »[٢]. رواه أبوداود. وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم تحريم الخمر بأخبار تبلغ بمجموعها رتبة التواتر. وأجمعت الأمة على تحريمه. وإنما حكى عن قدامة بن مظعون، وعمرو بن معد يكرب، وأبي جندل ابن سهيل، أنهم قالوا هي حلال لقول الله تعالى : « لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا »[٣] الآية فبين لهم علماء الصحابة معنى هذه الآية، وتحريم الخمر، وأقاموا عليهم الحد لشربهم إياها، فرجعوا إلى ذلك، فانعقد الإجماع — فمن استحلها الآن فقد كذّب النبي صلى الله عليه وسلم، لأنه قد علم ضرورة من جهة النقل تحريمه فيكفر بذلك، ويستتاب، فإن تاب وإلا قتل.

وروى الجوزجاني بإسناده عن ابن عباس أن قدامة بن مظعون شرب الخمر، فقال له عمر : ما حملك على ذلك؟ فقال : إن الله عزوجل يقول : « لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا »[٤] وإني من المهاجرين الأولين، من أهل بدر وأحد، فقال عمر للقوم : أجيبوا الرجل. فسكتوا عنه فقال لابن عباس : أجبه. فقال : إنما أنزلها الله تعالى عذراً للماضين، لمن شربها قبل أن تحرم، وأنزل :[٥] (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ » [الآية] على الناس، ثم سأل عمر عن الحد فيها، فقال علي بن أبي طالب : إذا شرب هذى، وإذا هذى افترى، فاجلدوه ثمانين. فجلده عمر ثمانين جلدة.

وروى الواقدي أن عمر قال له : أخطأت التأويل يا قدامة. إذا اتقيت اجتنبت ما حرم الله عليك، وروى الخلال بإسناده عن محارب بن دثار أن أناساً شربوا بالشام الخمر، فقال لهم يزيد بن أبي سفيان شربتم الخمر ؟ قالوا : نعم، بقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا)[٣] الآية فكتب فيهم إلى عمر بن الخطاب، فكتب إليه : إن أتاك كتابي هذا نهاراً فلا تنتظر بهم إلى الليل

(١) سورة المائدة آية ٩٠ (٢) على هامش ١٨ : وحاضر مجلسها. (٣) سورة المائدة آية ٩٣
(٤) سورة المائدة آية ٩٣ (٥) سورة المائدة آية ٩٠

وإن أتاك ليلا فلا تنتظر بهم نهاراً حتى تبعث بهم إلى ، لئلا يفتنوا عباد الله ، فبعث بهم إلى عمر ، فشاور فيهم الناس ، فقال لعلى : ماترى ؟ فقال أرى أنهم قد شرعوا فى دين الله مالم يأذن الله فيه ، فإن زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد أحلوا ما حرم الله وإن زعموا أنها حرام فاجلدهم ثمانين ثمانين فقد افتروا على الله ، وقد أخبرنا الله عز وجل بحد ما يفترى بعضنا على بعض ، فجدهم عمر ثمانين [ثمانين] (١) .

إذا ثبت هذا فالمجتمع على تحريمه عصير العنب إذا اشتد وقذف زبده ، وما عداه من الأشربة المسكرة فهو محرم ، وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى .

٧٣٤٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن شرب مسكراً قل أو كثر جلد ثمانين جلدة ، إذا شربها وهو مختار لشربها ، وهو يعلم أن كثيرها يسكر ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول .

٧٣٤٦ أحدها

إن كل مسكر حرام ، قليله وكثيره وهو خمر حكمه حكم عصير العنب فى تحريمه ووجوب الحد على شاربه . وروى تحريم ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عمر وأبى هريرة ، وسعد بن أبى وقاص ، وأبى بن كعب ، وأنس ، وعائشة ، رضى الله عنهم . وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والقاسم ، وقتادة ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة فى عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه ، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه ، ونبيذ الحنطة والذرة والشعير ونحو ذلك نقيعاً كان أو مطبوخا كل ذلك حلال ، إلا ما بالغ السكر . فأما عصير العنب إذا اشتد وقذف زبده أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ فهذا محرم ، قليله وكثيره ، لما روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « حرمت (٢) الخمر لعينها ، والمسكر من كل شراب » .

ولنا : ما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أسكر كثيره فقليله حرام » رواهما أبو داود والأثرم وغيرهما وعن عائشة قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « كل مسكر حرام . قال : وما أسكر منه الفرق (٣) فملء الكف منه حرام » رواه أبو داود وغيره ، وقال عمر رضى الله عنه نزل تحريم الخمر وهى

---

(١) ساقطة من المخطوطة ٣٩

(٢) أخرج ابن مردويه عن ابن عباس قال : حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب (ف)

(٣) الفرق : مكيال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلا وهو بسكون الراء وفتحها (ف)

من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير ، والخمر ما خامر العقل. متفق عليه . ولأنه مسكر أشبه عصير العنب، فأما حديثهم فقال أحمد ليس فى الرخصة فى المسكر حديث صحيح . وحديث ابن عباس رواه سعيد عن مسعر عن أبى عون عن ابن شداد عن ابن عباس قال : والمسكر من كل شراب ، وقال ابن المنذر جاء أهل الكوفة بأحاديث معلولة ذكرناها مع عللها ، وذكر الأثرم أحاديثهم التى يحتجون بها عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة فضعفها كلها ، وبين عللها ، وقد قيل إن خبر ابن عباس موقوف عليه ، مع أنه يحتمل أنه أراد بالسكر المسكر من كل شراب ، فإنه يروى هو وغيره عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « كل مسكر حرام » .

٧٣٤٧ (الفصل الثانى)

أنه يجب الحد على من شرب قليلا من المسكر أو كثيراً ولا نعلم بينهم خلافاً فى ذلك فى عصير العنب غير المطبوخ ، واختلفوا فى سائرها ، فذهب إمامنا إلى التسوية بين عصير العنب وكل مسكر ، وهو قول الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وقتادة ، والأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وقالت طائفة : لا يحد إلا أن يسكر ، منهم أبو وائل ، والنخعى ، وكثير من أهل الكوفة ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور من شربه معتقداً تحريمه حد ، ومن شربه متأولا فلا حد عليه ، لأنه مختلف فيه ، فأشبه النكاح بلا ولى .

ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من شرب الخمر فاجلدوه » رواه أبو داود وغيره وقد ثبت أن كل مسكر خمر ، فيتناول الحديث قليله وكثيره ، ولأنه شراب فيه شدة مطربة ، فوجب الحد بقليله كالخمر ، والاختلاف فيه لا يمنع وجوب الحد فيها بدليل ما لو اعتقد تحريمها ، وبهذا فارق النكاح بلا ولى ونحوه من المختلف فيه . وقد حد عمر قدامة بن مظعون وأصحابه مع اعتقادهم حل ما شربوه ، والفرق بين هذا وبين سائر المختلف فيه من وجهين .

أحدهما : أن فعل المختلف فيه ههنا داعية[1] إلى فعل ما أجمع على تحريمه وفعل سائر المختلف فيه يصرف عن جنسه من المجمع على تحريمه .

الثانى : أن السنة عن النبى صلى الله عليه وسلم قد استفاضت بتحريم هذا المختلف فيه ، فلم يبق فيه لأحد عذر فى اعتقاد إباحته ، بخلاف غيره من المجتهدات . قال أحمد بن القاسم : سمعت أبا عبد الله يقول فى تحريم المسكر عشرون وجهاً عن النبى صلى الله عليه وسلم فى بعضها « كل مسكر خمر » وبعضها كل مسكر حرام » .

٧٣٤٨ (فصـــل)

وإن ثرد[2] فى الخمر أو اصطبغ به أو طبخ به لحما فأكل من مرقته فعليه الحد لأن عين الخمر موجودة ،

(١) فى المخطوطة ٣٩ : داع (٢) أى صنع به ثريداً .

مات اللائى أسلمن ، ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات ، وله اختيار الباقيات ، وله اختيار بعض هؤلاء ، لأن الاختيار ليس بعقد ، وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن ، والاعتبار فى الاختيار بحال ثبوته ، وحال ثبوته كنّ أحياء ، وإن أسلمت واحدة منهن فقال : اخترتها ، جاز . فإذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقى ، وإن قال للمسلمة : اخترت فسخ نكاحها لم يصح ، لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع ، والاختيار للأربع ، وهذه من جملة الأربع ، إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع ، لأنه كناية ، ويكون طلاقه لها اختياراً لها .

وإن قال : اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح ، لأنه ليس بوقت للاختيار ، لأنها جارية إلى بينونة ، فلا يصح إمساكها ، وإن فسخ نكاحها لم ينفسخ ، لأنه لما لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ . وإن نوى بالفسخ الطلاق ، أو قال : أنت طالق ، فهو موقوف . فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع ، أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها ، وإلا فلا .

٥٣٨١ (فصـــــل)

وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح ، لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ، ولا يصح فى غير مُعَيَّن ، وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا ، لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ، ولا يملكه فى واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع [1] . وإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال : كلما أسلمت واحدة فهى طالق . وفى ذلك وجهان :

أحدها : يصح ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها . فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها ، وتطلق بطلاقه .

والثانى : لا يصح ، لأن الطلاق يتضمن الاختيار ، والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط .

٥٣٨٢ (فصـــــل)

وإذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ، ثم أسلمن فله الاختيار ، لأن الاختيار استدامة النكاح ، وتعيين المنكوحة ، فليس ابتداء له . وقال القاضى : ليس له الاختيار ، وهو ظاهر مذهب الشافعى .

ولنا : أنه استدامة نكاح [2] لا يشترط له رضاء المرأة ، ولا ولىّ ولا شهود ، ولا يتجدد به مهر ، فجاز له فى الإحرام كالرجعة .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : على أربع . (٢) فى المخطوطة ١٨ : أن دوام النكاح .

٥٣٨٣ (فصـــل)

وإذا أسلمن معه ثم مُتن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا ، فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات ، لأنهن لسن[1] بزوجات له. وإن مات بعضهن فله الاختيار من الأحياء ، وله الاختيار من الميتات، وكذلك لو أسلم بعضهن فمتن ، ثم أسلم البواقى فله الاختيار من الجميع . فإن اختار الميتات فله ميراثهن ، لأنهن متن وهن نساؤه . وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن ، لأنهن أجنبيات . وإن لم يسلم البواقى لزم النكاح فى الميتات ، وله ميراثهن . وإن وطىء الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن ،فاختار أربعا منهن فليس لهن إلا المسمى، لأنهن زوجات ، ولسائرهن المسمى بالعقد الأول ، ومهر للوطء الثانى ، لأنهن أجنبيات . وإن وطئهن بعد إسلامهن فالموطوءات أولا هن المختارات ، والبواقى أجنبيات ، والحكم فى المهر على ما ذكرناه .

٥٣٨٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة ﴾

هذا قول الحسن ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبى عبيد . وقال أبو حنيفة فى هذه كقوله فى عشر نسوة .

ولنا : ماروى الضحاك بن فيروز ، عن أبيه ، قال : قلت : يارسول الله ، إنى أسلمت وتحتى أختان ؟ قال : « طلق أيتهما شئت »[2] رواه أبو داود وابن ماجه ، وغيرهما ، ولأن أنكحة الكفار صحيحة ، وإنما حرم الجمع فى الإسلام ، وقد أزاله فصح ، كما لو طلق إحداهما قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى فى حبالته، وهكذا الحكم فى المرأة وعمتها أو خالتها ، لأن المعنى فى الجميع واحد .

٥٣٨٥ (فصـــل)

ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ، ثم تزوج فى شركه أختها ، ثم أسلما فى عدة الأولى ، فله أن يختار منهما ، لأنه أسلم وتحته أختان مسلمتان . وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها فى عدتها ، ولا أربعا سواها . فإن فعل لم يصح النكاح الثانى ، وإذا أسلمت الأولى فى عدتها فنكاحها لازم ، لأنها انفردت به .

٥٣٨٦ (فصـــل)

وإن تزوج أختين ودخل بهما ، ثم أسلم وأسلمتا معه ، فاختار إحداهما لم يطأها حتى تنقضى عدة أختها ، لئلا يكون واطئا لإحدى الأختين فى عدة الأخرى . وكذلك إذا أسلم وتحته أكثر من أربع قد دخل بهن ،

---

(١) فى المطبوعة : ليس . خطأ

(٢) ابن ماجة عن يونس عن ابن وهب (السنن ١/٦٢٧ حلبى سنة ١٩٥٢م)

فأسلمن معه،أو كن ثمانيافاختارأربعامنهن ، وفارقأربعا ،لم يطأ واحدةمن المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات، لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع ، فإن كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة . فإن كن ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات . فإن كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ، ولا يطأ الباقيات حتى تنقضى عدة المفارقات . فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات ، هذا قياس المذهب .

٥٣٨٧ (فصــــل)

وإذا تزوج أختين فى حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول ، فاختار إحداهما فلا مهر للأخرى، لأننا تبينا أن الفرقةوقعت بإسلامهم جميعا[1] فلا تستحق مهراً كما لوفسخ النكاح لعيب فى إحداهما،ولأنه نكاح لا يقر عليه فى الإسلام، فلا يجب به مهر إذا لم يدخل بها، كما لو تزوج المجوسى أخته ثم أسلما قبل الدخول، وهكذا الحكم فيما زاد على الأربع، إذا أسلموا جميعا قبل الدخول فاختار أربعا، ويفسخ نكاح البواقى، فلا مهر لهن لما ذكرنا والله أعلم .

٥٣٨٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإن كانتا أماً وبنتاً فأسلم وأسلمتا معـاً قبـل الدخول فسد نكاح الأم ، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهمـا ﴾

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥٣٨٩ (أحــــدهما)

إذا كان إسلامهم جميعاً قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الأم ، ويثبت نكاح البنت. وهذا أحد قولى الشافعى واختيار المزنى. وقال فى الآخر يختار أيتهما شاء لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم إليه الاختيار ، فإذا اختار الأم فكأنه لم يعقد على البنت .

ولنـا: قول الله تعالى : « وأمهاتُ نِسَائِكُمْ » . وهذه أم زوجته ، فتدخل فى عموم الآية ، ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها فى حال شركه[2] ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها إذا أسلم ، فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى . وقولهم : إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليـه غير صحيح ، فإن أنـكحة الـكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة ، وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحاً لازماً من غير اختيار ، ولهذا فوض إليه الاختيار ههنا . ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحـاً ،

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : وقعت بالإسلام . (٢) فى المخطوطة ٢٠ : فى حال كفره .

وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتهـا على التأبيد ، فلم يمكن اختيـارها ، والبنت لاتحرم قبل الدخول بأمها ، فتعين النكاح فيها ، بخلاف الأختين .

٥٣٩٠ (الفصل الثانى)

إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد . الأم لأنها أم زوجته ، والبنت لأنها ربيبته من زوجته التى دخل بهـا . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه (من أهل العلم)[1] . وهذا قول الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وقتادة ، ومالك، وأهل الحجاز ، والثورى ، وأهل العراق ، والشافعى ، ومن تبعهم . وإن دخل بالأم وحدها فـكذلك ، لأن البنت تـكون ربيبته مدخولا بأمها ، والأم حرمت بمجرد العقـد على ابنتها . وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها ، وفسد نكاح أمها ، كما لو لم يدخل بها . ولو لم تسلم معـه إلا إحداهما كان الحـكم كما لو أسلمتا معه معاً . فإن كانت المسلمة هى الأم فهى محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها ، وإن كان دخل بأمها فهى محرمة على التأبيد . ولو أسلم وله جاريتان إحداهما أم الأخرى وقد وطئهما جميعاً حرمتا عليه على التـأبيد ، وإن كان قد وطىء إحداهما حرمت الأخرى على التأبيد ، ولم تحرم الموطوءة. وإن كان لم يطأ واحدة فله وطء أيتهما شاء ، فإذا وطئهـا حرمت الأخرى على التأبيد ، والله أعلم .

٥٣٩١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو أسلم عبد وتحته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا فى العدة ، فهما زوجتـاه . ولو كنّ أكثر اختار منهن اثنتين ﴾

وجملة ذلك : أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع . فإذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه، أو فى عدتهما لزم نكاحهما ، حرتين كانتا أو أمتين ، أو حرة وأمة ، لأنه له الجمع بينهما فى ابتداء نكاحه ، فـكذلك فى اختياره، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين،أيتهن شاء على ما مضى فى الحر، فلو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين ، أو حرة وأمة ، وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيـار فى فراقه ، لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ، ولم يتجدد رقه بالإسلام [2] ولاتجددت حريتها بذلك ،فلم يكن لها خيار ، كما لو تزوجت معيباً تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضى وجهاً : أن لها الخيار ، لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام ، فكأنه عيب حادث . والأول أصح ، فإن الرّق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ، ولم يتجدد نقصه بالإسلام فهو كسائر العيوب .

---

(١) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة١٨ . (٢) فى المخطوطة ١٨ : الرق بالإسلام.

٥٣٩٢ (فصــل)

وإن أسلم[1] وتحته أربع حرائر ، فأعتق ثم أسلمن فى عدتهن ، أو أسلمن قبله ، ثم أعتق ، ثم أسلم ، لزمه نكاح الأربع ، لأنه ممن يجوز له الأربع فى وقت اجتماع إسلامهم . فإنه حر ، فأما إن أسلموا كلهم، ثم أعتق قبل أن يختار ، لم يكن له أن يختار إلا اثنتين ، لأنه كان عبداً حين ثبت له الاختيار ، وهو حال اجتماعهم على الإسلام ، فتغيُّر حاله بعد ذلك لا يغير الحكم، كمن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه ثم أيسر . ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ، ثم أسلم الباقيات لم يجز إلا اثنتين ، لأنه ثبت له الخيار بإسلام الأوليين .

٥٣٩٣ (فصــل)

وإن تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل إسلامه ، فلهن فسخ النكاح ، لأنهن عتقن تحت عبد ، وإنما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة ، لأنه قد يسلم ، فيقطع جريانهن إلى البينونة . فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بنّ باختلاف الدين من حين أسلمن[2] ، وإن أسلم فى العدة بنّ لفسخ النكاح ، وعليهن عدة الحرائر فى الموضعين ، لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر ، وفى التى قبلها عتقن فى أثناء العدة التى يمكن الزوج تلافى النكاح فيها ، وأشبهن الرجعية . فإن أخرن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ ، لأن تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة ، فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، كالرجعية إذا عتقت أخرت الفسخ ، ولو أسلم قبلهن ، ثم أعتقن ، فاخترن الفسخ صح لأنهن إماء عتَقن [وهن] تحت عبد ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، وقال بعضهم : لاخيار لهن ، لأنه لاحاجة (بهن)[3] إلى الفسخ ، لكونه يحصل بإقامتهن على الشرك ، بخلاف التى قبلها ، وليس بصحيح . فإن السبب متحقق ، وقد يبدو لهن الإسلام وهو واجب عليهن .

فإن قيل : فإذا أسلمن اخترن الفسخ . قلنا : يتضررن بطول العدة ، فإن ابتداءها من حين الفسخ ، ولذلك ملكن الفسخ فيما إذا أسلمن وعتقن قبله .

فأما إن اخترن المقام ، وقلن : قد رضينا بالزوج ، فذكر القاضى : أنه يسقط خيارهن ، لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ ، فصح فيها اختيار الإقامة ، كحالة اجتماعهم على الإسلام ، وقال أصحاب الشافعى: لايسقط خيارهن ، لأن اختيارهن للإقامة ضدٌّ للحالة التى هن عليها ، وهى جريانهن إلى البينونة[4] فلم يصح ،كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها.وهذا يبطل بما إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، ثم عتقت ، فاختارت زوجها .

(١) فى المخطوطه ١٨ : ولو أسلم .
(٢) فى المخطوطة ٢٠ : منذ أسلمن .
(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٨
(٤) فى المخطوطة ١٨ : إلى بينونة .

(فصـــــــل)

وإذا أسلم الحر وتحته إماء فأعتقت إحداهن ، ثم أسلمت ، ثم أسلم البواقى ، لم يكن له أن يختار من الإماء ، لأنه مالك لعصمة حرة حين اجتماعهما على الإسلام ، وإن أسلمت إحداهن معه ثم أعتقت ، ثم أسلم البواقى فله أن يختار من الإماء ، لأن العبرة بحال الاختيـار ، وهى حالة اجتماعهم على الإسلام . وحالة اجتماعهما على الإسلام كانت أمة

٥٣٩٤ (فصـــــــل)

ولو أسلم وتحته أربع إماء ، وهو عادم للطول ، خائف للعنت، فأسلمن معه ، فله أن يختار منهن واحدة. فإن كانت لاتعفه فله أن يختار منهن من تعفه فى إحدى الروايتين . والأخرى : لايختار إلا واحدة . وهذا مذهب الشافعى . وتوجيههما قد مضى فى ابتداء نكاح الإماء[1].

وإن عدم فيـه الشرطان انفسخ النكاح فى الـكل . ولم يكن له خيار . وبهـذا قال الشافعى . وقال أبوثور : له أن يختار منهن ، لأنه استدامة للعقـد لا ابتداء له ، بدليل أنه لايشترط له شروط العقـد . فأشبه الرجعة .

ولنـا : أن هذه امرأة لايجوز ابتداء العقد عليها حال الإسلام ، فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره ، وكذوات محارمه . وأما الرجعة فهى قطع جريان النكاح إلى البينونة ، وهذا إثبات النكاح فى امرأة . وإن كان دخل بهن ثم أسلم، ثم أسلمن فى عدتهن ، فالحـكم كذلك . وقال أبوبكر : لايجوز له ههنا اختيـار ، بل يبنّ بمجرد إسلامه ، لئلا يفضى إلى استدامة نكاح مسلم فى أمة كافرة

ولنـا : أن إسلامهن فى العدة بمنزلة إسلامهن معه ، ولهذا لوكن حرائر مجوسيات أووثنيات فأسلمن فى عدتهن كان ذلك كإسلامهن معه . وإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن ، سواء كن كتابيات أم لا ، لأنه لايجوز له استدامة النكاح فى أمة كتابية

٥٣٩٥ (فصـــــل)

ولو أسلم وهو واجد للطول ، فلم يسلمن حتى أعسر ، ثم أسلمن ، فله أن يختار منهن ، لأن شرائط النـكاح تعتبر فى وقت الاختيار ، وهو وقت اجتماعهم على الإسلام ، وهو حينئذ عادم للطول ، خائف للعنت ، فـكان له الاختيار وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أيسر ، لم يكن له الاختيار لذلك . وإن أسلمت واحدة منهن وهو موسر ، ثم أسلم البواقى بعد إعساره ، لم يكن له أن يختار منهن شيئاً ، لأن وقت

(١) انظر ص ١٦٤.

الاختيار دخل بإسلام الأولى . ألا ترى أنه لو كان معسراً كان له اختيارها ، فإذا كان موسراً بطل اختياره . وإن أسلمت الأولى وهو معسر ، فلم تسلم البواقى حتى أيسر ، لزم نكاح الأولى ، ولم يكن له الاختيار من البواقى ، لأن الأولى اجتمعت معه فى حالة يجوز له ابتداء نكاحها ، بخلاف البواقى . ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر ، فلم يختر حتى أيسر ، كان له أن يختار ، لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك ، فتغير حاله لا يسقط ما ثبت له ، كما لو تزوج أو اختار ثم أيسر لم يحرم عليه استدامة النكاح .

٥٣٩٦ (فصـــــل)

فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الإماء فله أن يختارها لو أسلمن كلهن ، فكذلك إذا أسلمت يختار من أسلمت معه، لأن له أن يختارها لو أسلمن كلهن ، فكذلك إذ أسلمت وحدها. وإن أحب انتظار البواقى جاز ، لأن له غرضاً صحيحاً ، وهو أن يكون منهن من هى أبرُّ عنده من هذه، فإن انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً، وبان البواقى منذ اختلف الدينان . وإن أسلمن فى العدة اختار منهن واحدة ، وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار ، وعِدَدُهُن من حين الاختيار . وإن أسلم بعضهن دون بعض ، بانَ اللائى لم يسلمن منذ اختلاف الدينان ، والبواقى من حين اختار . وإن اختار التى أسلمت معه حين أسلمت ، انقضت عصمة البواقى وثبت نكاحها . فإن أسلم البواقى فى العدة تبين أنهن بِنَّ منه باختياره وعدتهن من حينئذ . وإن لم يسلمن بِنَّ باختلاف الدين وعدتهن منه . وإن طلق التى أسلمت معه طلقت وكان اختياراً لها ، وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً ، لأن إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها . فأما إن اختار فسخ نكاحها لم يكن له ، لأن الباقيات لم يسلمن معه ، فما زاد العدد على ماله إمساكه فى هذه الحال ، ولا ينفسخ النكاح ، ثم ننظر : فإن لم تسلم البواقى لزمه نكاحها . وإن أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقى ، والأولى معهن . وإن اختار الأولى التى فسخ نكاحها صح اختياره لها، لأن فسخه لنكاحها لم يصح . وفيه وجه آخر ذكره القاضى : أنه لا يصح اختياره لها ، لأن فسخه لنكاحها إنما لم يصح مع إقامة البواقى على الكفر حتى تنقضى العدة، لأننا نتبين أن نكاحها كان لازماً . فإذا أسلمن لحق إسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن فى ذلك الوقت ، فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ، ولم يكن له أن يختارها . وهـــذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل إسلامها ، فإنه لا يصح، ولا يجعل إسلامهن الموجود فى الثانى كالموجود سابقاً ، كذلك ههنا .

٥٣٩٧ (فصـــل)

فإن أسلم وتحته إماء وحرة ، ففيه ثلاث مسائل :

٥٣٩٨ إحـــداها

أسلم وأسلمن معه كلهن ، فإنه يلزم نكاح الحرة ، وينفسخ نكاح الإماء ، لأنه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور : له أن يختار ، وقد مضى الكلام معه .

٥٣٩٩ الثـــانية

أسلمت الحرة معه دون الإماء ، فقد ثبت نكاحها ، وانقطعت عصمة الإماء ، فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بِنَّ باختلاف الدين ، وابتداء عدتهن من حين أسلم ، وإن أسلمن فى عِدَدِهِنَّ بِنَّ من حين إسلام الحرة ، وعِدَدُهن من حين إسلامها . فإن ماتت الحرة بعد إسلامها لم يتغير الحكم بموتها، لأن موتها بعد ثبوت نكاحها ، وانفساخ نكاح الإماء لا يؤثر فى إباحتهن .

٥٤٠٠ الثـــالثة

أسلم الإماء دون الحرة وهو معسر ، فلا يخلو إما أن تنقضى عدتها قبل إسلامها ، فتبين باختلاف الدين، وله أن يختار من الإماء ، لأنه لم يقدر على الحرة. أو يسلم فى عدتها فيثبت نكاحها ، ويبطل نكاح الإماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ، وليس له أن يختار من الإماء قبل إسلامها وانقضاء عدتها ، لأننا لا نعلم أنها لا تسلم . فإن طلق الحرة ثلاثاً قبل إسلامها ، ثم لم تسلم ، لم يقطع الطلاق، لأنا تبينا أن النكاح انفسخ باختلاف الدين ، وله الاختيار من الإماء ، وإن أسلمت فى عدتها بان أن نكاحها كان ثابتاً ، وأن الطلاق وقع فيه ، والإماء بِنَّ بثبوت نكاحها قبل الطلاق .

٥٤٠١ (فصـــــل)

وإن أسلم وتحته إماء وحرة فأسلمن ، ، ثم عتقن قبل إسلامها ، لم يكن له أن يختار منهن ، لأن نكاح الأمة لا يجوز لقادر على حرة ، وإنما يعتبر حالهن حال ثبوت الاختيار ، وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، ثم ننظر : فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن ، فلا يختار إلا واحدة ، اعتباراً لحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن، وإن أسلمت فى عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتهن . فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات فى عدة الحرة ، ثم لم تسلم ، فلا عبرة باختياره ، وله أن يختار غيرها ، لأن الاختيار لا يكون موقوفا . فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ، ثم أسلمن ، واجتمعن معه على الإسلام وهن حرائر ، فإن كان جميع الزوجات أربعاً فما دون، ثبت نكاحهن ، وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا ، وتبطل عصمة الخامسة ، لأنهن صرن حرائر فى حالة الاختيار ، وهى حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، فصار حكمهن حكم الحرائر الأصليات ، وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن . ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ، ثم أسلم ،فكذلك ويكون الحكم فى هذا كما لو أسلم وتحته خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله .

٥٤٠٢ (فصـــل)

ولو أسلم وتحته خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما ، لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما ، فلا معنى لانتظار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية . وكذلك إن لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع . وإن أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثاً مع التي اختارها أولا ، وينفسخ نكاح الباقية .

وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وإن أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن ، إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ، ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل ألا يجبر على الاختيار ، لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع ، وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الإماء لم يجبر على اختيارها ، كذا ههنا . والصحيح ههنا : أن يجبر على اختيارها . لما ذكرنا من المعنى ، وأما الأمة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها ، بخلاف مسألتنا .

٥٤٠٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته ، وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ، ولا مهر لها ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده ، أو أسلما معاً ، فالنكاح باق بحاله ، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي ، لأن للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية ، فاستدامته أولى . ولا خلاف في هذا بين القائلين بإجازة نكاح الكتابية .

فأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة ، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي ، إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم . فإذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفسخ منها . وقد مضى الكلام في هذا أيضاً بما فيه كفاية [1].

٥٤٠٤ (فصـــل)

وإذا تزوج المجوسي كتابية ثم ترافعا إلينا قبل الإسلام فُرق بينهما . قال أحمد في مجوسي تزوج كتابية : يحال بينه وبينها . قيل : من يحول بينه وبين ذلك ؟ قال : الإمام . ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وإن لم يترافعا إلينا ، لأنها أعلى ديناً منه ، فيمنع نكاحها ، كما يمنع الذمي نكاح المسلمة .

وإن تزوج الذمي وثنية أو مجوسية ثم ترافعوا إلينا ففيه وجهان .

(١) انظر المسألة ٥٣٨٥ وما بعدها .

أحدهما : يقر على نكاحها ، لأنها ليست أعلى ديناً منه ، فيقر على نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتابية .

والثانى : لا يقر على نكاحها، لأنها ممن لا يقر المسلم على نكاحها، فلا يقر الذمى على نكاحها كالمرتدة .

٥٤٠٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وما سمى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وإن كان حراما ، ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه ، حيث أوجب ذلك ﴾

وجملته : أن الكفار إذا أسلموا وتحاكموا إلينا بعد العقد والقبض لم نتعرض إلى مافعلوه ، وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره ، حلالا كان أو حراما[1] ، بدليل قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ».[2] فأمر بترك ما بقى دون ما قبض، وقال تعالى : « فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللهِ » .[3] ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان ، وكثرة تصرفاتهم فى الحرام ، ففيه تنفيرهم عن الإسلام ، فعفى عنه كا عفى عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك ، فبرئت ذمة من هو عليه منه ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا .

وإن لم يتقابضا ، فإن كان المسمى حلالا وجب ما سمياه ، لأنه مسمى صحيح فى نكاح صحيح ، فوجب كتسمية المسلم ، وإن كان حراما كالخمر والخنزير بطل ، ولم يحكم به ، لأن ماسمياه لا يجوز إيجابه فى الحكم ، ولا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ، ولا فى نكاح مسلم ، ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول ، وهذا معنى قوله : حيث أوجب ذلك . وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف . وقال أبو حنيفة : إن كان صداقها خمراً أو خنزيراً معينين فليس لها إلا ذلك ، وإن كانا غير معينين فلها فى الخمر القيمة ، وفى الخنزير مهر المثل استحساناً .

ولنا : أن الخمر لا قيمة لها فى الإسلام . فكان الواجب مهر المثل ، كما لو أصدقها خنزيراً ، ولأنه محرم فأشبه ما ذكرنا .

٥٤٠٦ (فصل)

وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قُبض ، ووجب بحصة ما بقى من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية، فقبلت خمساً منها، سقط نصف المهر، ووجب لها نصف مهر المثل.

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : سواء كان حلالا أو حراما .

(٢) سورة البقرة آيه ٢٧٨ (٣) سورة البقرة آية ٢٧٥

وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل . فى أحد الوجهين . لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه .

والثانى : يقسم على عددها . لأنه لا قيمة لها ، فاستوى صغيرها وكبيرها .

وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان . أحدهما : يقسم على عددها لما ذكرنا . والثانى : يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه ، كما يقوّم شِجَاج الحر كأنه عبد .

وإن أصدقها كلباً وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : يقسم على قدر قيمتها عندهم . والثانى : يقسم على عدد الأجناس ، فيجعل لكل جنس ثلث المهر . والثالث : يقسم على العدد كله ، فلكل واحد سدس المهر . فللكلب سدسه ، ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ، ومذهب الشافعى فيه على نحو من هذا .

٥٤٠٧ (فصــــــل)

فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو مالا يُقَرُّون عليه إذا أسلموا ، كنكاح ذوات الرحم المحرم ، فأسلما قبل الدخول ، أو ترافعوا إلينا ، فرق بينهما ، ولا مهر لها ، قال أحمد فى المجوسية تكون تحت أخيها ، أو أبيها فيطلقها ، أو يموت عنها ، فترفع إلى المسلمين بطالب مهرها : لا مهر لها ، وذلك لأنه نكاح باطل من أصله ، لا يقر عليه فى الإسلام ، وحصل فيه الفرقة قبل الدخول . فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل ؟ يخرج على الروايتين فى المسلم إذا وطىء امرأة من محارمه بشبهة .

٥٤٠٨ (فصــــل)

إذا تزوج ذمى ذمية على ألا صداق لها ، أو سكت عن ذكره ، فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول ، وإن كان بعده فلها مهر المثل ، كما فى نكاح المسلمين . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إن تزوجها على ألا مهر لها فلا شىء لها ، وإن سكت عن ذكره ففيه روايتان . إحداهما لا مهر لها . والأخرى : لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يحب لحق الله وحقها . وقد أسقطت حقها ، والذمى لا يطالب بحق الله تعالى .

ولنا : أن هذا نكاح خلا عن تسمية ، فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة . وإنما وجب المهر فى حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة ، وهذا يوجد فى حق الذمى .

٥٤٠٩ (فصــــل)

إذا ارتفعوا إلى الحاكم فى ابتداء العقد ، لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين ؛ لقول الله عز وجل : « وإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُم بِالقِسْطِ[1] » وقوله : « وَأَنِ احْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ[2] » ولأنه لا حاجة

(١) سورة المائدة الآية ٤٢ (٢) سورة المائدة الآية ٤٩

إلى عقده بخلاف ذلك . وإن أسلموا وترافعوا إلينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ، ونظرنا فى الحال. فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء أقرهما ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذوات محرمه فرق بينهما . فإن تزوج معتدة وأسلما ، أو ترافعا فى عدتها ، فرق بينهما ، لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها ، وإن كان بعد انقضائها أقرا لجواز ابتداء نكاحها ، وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرا عليه ، لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح ، فإن كان فى المدة فهما لا يعتقدان تأبيده ، والنكاح عقد مؤبد، إلا أن يكونا ممن يعتقدون[1] فساد الشرط ، وصحة النكاح مؤبداً ، فيقران عليه . وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء ، أو شاء أحدهما ، لم يقرا عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه، إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده ، وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرا لذلك ، وإن كان بعدها أقرا ، لأنهما يعتقدان لزومه ، وكل ما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه ، ومالا فلا .

فلو مهر حربى حربية فوطئها ، أو طاوعته ثم أسلما ، فإن كان ذلك فى اعتقادهم نكاحاً أقرا عليه ، لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها، فأقرا عليه كالنكاح بلا ولى ، وإن لم يعتقداه نكاحاً لم يقرا عليه .

٥٤١٠ (فصل)

وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ، من وقوع الطلاق ، والظهار ، والإيلاء ، ووجوب المهر ، والقسم ، والإباحة للزوج الأول ، والإحصان ، وغير ذلك . وممن أجاز طلاق الكفار عطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والزهرى ، وحماد ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولم يجوزه الحسن ، وقتادة ، وربيعة ، ومالك .

ولنا : أنه طلاق من بالغ عاقل فى نكاح صحيح ، فوقع كطلاق المسلم : فإن قيل:لا نسلم صحة أنكحتهم. قلنا : دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال : « وامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ[2] » وقال : « امْرَأَةُ فِرْعَوْنَ[3] » وحقيقة الإضافة تقتضى زوجية صحيحة ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ولدتُ من نكاح لا من سِفَاحٍ[4] » : وإذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين .

(١) فى النسخ المطبوعة (ممن يعتقدا) بحذف النون ، وهو خطأ . وفى الشرح الكبير (إلا أن يعتقدا) (ف) .

(٢) سورة المسد آية ٤

(٣) فى النسخ المطبوعة (وامرأة فرعون) ولا توجد فى القرآن . والمذكور (امرأة فرعون) بدون عطف وبرفع امرأة فى سورة القصص آية ٩ وبنصب امرأة فى سورة التحريم آية ١١ (ف) .

(٤) روى (خرجت من نكاح غير سفاح) أخرجه ابن سعد عن عائشة.وروى (خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدنى أبى وأمى ، لم يصبنى من سفاح الجاهلية شىء) أخرجه ابن عدى والطبرانى فى الأوسط عن على (ف) .

فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ، وأصابها ثم أسلما ، لم يقرا عليه . وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ، ثم أسلما فهي عنده على ما بقي من طلاقها . وإن نكحها كتابي وأصابها ، حلت لمطلقها ثلاثاً ، سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً ، وإن ظاهر الذمي من امرأته ثم أسلما فعليه كفارة الظهار ، لقوله تعالى: « والَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ(١) » وإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعالى : « لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ(٢) » .

٥٤١١ (فصــــل)

ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله ، إلا أنهم يقرون على الأنكحة المحرمة بشرطين .

أحدهما: أن لا يترافعوا إلينا. والثاني: أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم، لأن الله تعالى قال: « فَإِنْ جَاءُوكَ فاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً(٣) » فدل هذا على أنهم يخلون بأحكامهم إذا لم يجيئوا إلينا، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ، ولم يعترض عليهم في أحكامهم ، ولا في أنكحتهم ، مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم، وقد روى عن أحمد في المجوسي يتزوج نصرانية قال : يحال بينه وبينها . قيل : من يحول بينهما ؟ قال : الإمام . قال : أبو بكر : لأن علينا ضرراً في ذلك ، يعني بتحريم أولاد النصرانية علينا ، وهكذا يجيء على قوله في تزويج النصراني المجوسية ، ويجيء على هذا القول: أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم . فإن عمر رضي الله عنه كتب : « أَنْ فَرِّقوا بين كل محرّم من المجوس » . وقال أحمد في مجوسي ملك أمة نصرانية : يحال بينه وبينها، ويجبر على بيعها ، لأن النصارى لهم دين فإن ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها ، وقال أبو بكر عبد العزيز : لا يجوز له وطؤها أيضاً، لما ذكرناه من الضرر .

٥٤١٢ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها ، وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك ، إلا أن عليه نصف المهر ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن داود : أنه لا ينفسخ بالردة ، لأن الأصل بقاء النكاح .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلاَ تُمْسِكُوا بعصَم الكوافر » وقال تعالى : « فلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ » ، ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة ، فأوجب فسخ النكاح ،

(١) سورة المجادلة آية ٣ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٦ (٣) سورة المائدة آية ٤٢

كما لو أسلمت تحت كافر ، ثم ينظر . فإن كانت المرأة هى المرتدة فلا مهر لها ، لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر ، لأن الفسخ من جهته . فأشبه ما لو طلق ، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل .

٥٤١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها ، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها . ولو كان هو المرتد فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين .

فنى إحداهما : تتعجل الفرقة ، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك ، وروى ذلك عن الحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، والثورى ، وزفر ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع .

والثانية : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلاف الدينان[1] . وهذا مذهب الشافعى . لأنه لفظ تقع به الفرقة ، فإذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعى ، أو اختلاف دين بعد الإصابة، فلا يوجب فسخه فى الحال كإسلام الحربية تحت الحربى ، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع .

فأما النفقة فإن قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها ، لأنها بائن منه[2] . وإن قلنا : يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها ، لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها ، وتلافى نكاحها ، فلم يكن لها نفقة ، كما بعد العدة. وإن كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة، لأنه بسبيل من الاستمتاع بها ، بأن تسلم، ويمكنه تلافى نكاحها ، فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية .

٥٤١٤ (فصل)

فإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما ، إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تتعجل ، أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين ، وهذا مذهب الشافعى قال أحمد فى رواية ابن منصور : إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب ، فهو أحق بها ، ما لم تنقض العدة . وقال أبو حنيفة : لا ينفسخ النكاح استحساناً ، لأنه لم يختلف بهما الدين ، فأشبه ما لو أسلما .

---

(١) فى المخطوطة ٢٠ : اختلف ديناهما . (٢) فى المخطوطة ١٨ : لأنها بانت منه .

ولنا . أنها ردة طارئة[1] على النكاح ، فوجب أن يتعلق بها فسخه ، كما لو ارتد أحدهما ، ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كما له ، وما ذكروه يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية ، فإن نكاحهما ينفسخ ، وقد انتقلا إلى دين واحد ، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ، ويقران عليه بخلاف الردة .

٥٤١٥ (فصل)

وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع وطأها ، فإن وطئها فى عدتها وقلنا : إن الفرقة تعجلت ، فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء ، مع الذى يثبت عليه بالنكاح ، لأنه وطىء أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا : إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً فى عدتها ، وكانت الردة منهما ، فلا مهر لها عليه بهذا الوطء ، لأنا تبينا أن النكاح لم يزل وأنه ، وطئها وهى زوجته . وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها ، فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء ، لأنه وطء فى غير نكاح يشبه النكاح ، لأننا تبينا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان . وهذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها فى العدة قبل إسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم ههنا ، لما ذكرنا من التعليل فيه .

٥٤١٦ (فصل)

وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت ، فإن لم يسلم الآخر فى العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان ، وعدتها من حين أسلم المسلم منهما ، وإن أسلم الآخر منهما فى العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد ، لأن حكم اختلاف الدين بإسلام الأول زال بإسلام الثانى فى العدة . ولو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن ، لأنه لا يجوز أن يبتدىء العقد عليهن فى هذه الحال ، وكذلك لو ارتددن دونه أو معه ، لم يكن له أن يختار منهن كذلك .

٥٤١٧ (فصل)

فإذا تزوج الكافر بمن لا يقرّ على نكاحه فى الإسلام مثل أن جمع بين الأختين أو بين عشر نسوة ، أو نكح معتدة ، أو مرتدة ، ثم طلقها ثلاثاً ، ثم أسلما ، لم يكن له أن ينكحها ، لأننا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه فى النكاح ، فكذلك فى الطلاق ، ولهذا جاز له إمساك الثانية من الأختين ، والخامسة المعقود عليها آخراً .

(١) فى المخطوطة ٢٠ : أن الردة طارئة .

٥٤١٨ ﴿ مســــــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ، فلا نكاح بينهما ، وإن سموا مع ذلك صداقا أيضاً ﴾

هذا النكاح يسمى الشغار . فقيل إنما سمى شغاراً لقبحه ، تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول فى القبح ، يقال . شغر الكلب ، إذا رفع رجله ليبول ، وحكى عن الأصمعى أنه قال : الشغار : الرفع ، فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد . ولا تختلف الرواية عن أحمد فى أن نكاح الشغار فاسد ، رواه عنه جماعة قال أحمد : وروى عن عمر ، وزيد بن ثابت،أنهما فرقا فيه ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وحكى عن عطاء ، وعمرو بن دينار ، ومكحول ، والزهرى ، والثورى : أنه يصح ، وتفسد التسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد ، كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك .

ولنا : ما روى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار » متفق عليه . وروى أبو هريرة مثله ، أخرجه مسلم[١] .وروى الأثرم بإسناده عن عمران ابن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا جَلَب ولا جَنَب[٢] ولا شغار فى الإسلام » . ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفا فى الآخر فلم يصح ، كما لو قال : بعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى ، ، وقولهم : إن فساده من قبل التسمية . قلنا : بل فساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ، أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج ، فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للأخرى، فكأن ملكه إياه بشرط انتزاعه منه . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول : على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ، أو لم يقل ذلك .

وقال الشافعى ، هو أن يقول ذلك ، ولا يسمى لكل واحدة صداقا ، لما روى ابن عمر : « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوجتك بنتى ، على أن تزوجنى بنتك ، ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى » .

ولنا :ما روى ابن عمر : «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار، والشغار:أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته، وليس بينهما صداق»[٣] وهذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه، وفى حديث أبى هريرة

---

(١)حديث أبى هريرة رواه مسلم عن ابن أبى شيبة عن ابن نمير وأبى أسامة .وروى مثله من حديث ابن عمر . رضى الله عنهما . انظر [الصحيح ٢|١٠٣٤،١٠٣٥ حلبى] .

(٢) الجلب فى سباق الخيل أن يتبع الرجل فرسه فيزجره ويجلب عليه حثا له على الجرى_ وفى الصدقة بأن ينزل المصدق على أهل الزكاة فى موضع ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقتها ..والجنب فى السباق: أن يجنب فرسا إلى فرسه الذى يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وفى الصدقة : أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ثم يأمر بالأموال أن تجنب إليه . والمشروع فى الصدقة أن يأخذها من أماكنها . (ف)

(٣)رواه مسلم عن يحيى بن يحيى(الصحيح ٢/١٠٣٤ حلبى) (ف)

«والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوجنى ابنتك ، وأزوجك ابنتى، أوزوجنى أختك وأزوجك أختى»[١] رواه مسلم. وهذا يجب تقديمه لصحته ، وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ، ويفسد النكاح بأى ذلك كان ، ولأنه إذا شرط فى نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد ، كما لو لفظ به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال:زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ، ومهر كل واحدة منهما مائة،أو مهر ابنتى مائة ومهر ابنتك خمسون، أو أقل أو أكثر، فالمنصوص عن أحمد فيما وقفنا صحته ، وهو قول الشافعى . لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه سمى صداقاً فصح ، كما لو لم يشترط ذلك وقال الخرقى: لا يصح، لحديث أبى هريرة ، ولما روى أبو داود عن الأعرج « أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته ، وأنكحه عبد الرحمن ابنته ، وكانا جعلا صداقا ، فكتب معاوية إلى مروان،فأمره أن يفرق بينهما ، وقال فى كتابه : « هذا الشغار الذى نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم » ، ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح ، كما لو لم يسميا صداقا . يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد، بدليل نكاح المفوضة، فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ، ولأنه سلف فى عقد فلم يصح ، كما لو قال : بعتك ثوبى بعشرة على أن تبيعنى ثوبك بعشرين . وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك . فأما إذا قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك ، ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى ، فالنكاح فاسد ، لأنه صرح بالتشريك ، فلم يصح العقد ، كما لو لم يذكر مسمى .

٥٤١٩ (فصل)

ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان .

أحدهما : تفسد التسمية . ويجب مهر المثل ، وهذا قول الشافعى ، لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليته صاحبه ، فينقص المهر لهذا الشرط ، وهو باطل . فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولا[٢] فبطل

والوجه الذى ذكره القاضى فى الجامع : أنه يجب المسمى ، لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال : زوجتك ابنتى على ألف ،على أن لى منها مائة ، والله أعلم .

٥٤٢٠ (فصل)

وإن سمى لإحداهما مهراً دون الأخرى ، فقال أبو بكر : يفسد النكاح فيهما ، لأنه فسد فى إحداهما ، ففسد فى الأخرى . والأولى : أنه يفسد فى التى لم يسم لها صداقاً ، لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح

(١) رواه مسلم من زيادة ابن نمير (الصحيح ١٠٣٦/٢ حلبى) .
(٢) فى المخطوطة ٢٠ : جهل المسمى .

الأخرى ، ويكون فى التى سمى لها صداقاً روايتان ، لأن فيه تسمية وشرطاً ، فأشبه مالو سمى لكل واحدة مهراً ، ذكره القاضى هكذا .

٥٤٢١ (فصـــــل)

فإن قال : زوجتك جاريتى هذه ، على أن تزوجنى ابنتك ، وتكون رقبتها صداقا لابنتك ، لم يصح تزويج الجارية فى قياس المذهب ، لأنه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته . وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقالها صح،لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا.وإن زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق ، لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح ، فيفسد الصداق ، ويصح النكاح ، ويجب مهر المثل .

٥٤٢٢ ﴿ مســـــألة ﴾

قال رحمه الله تعالى : ﴿ ولا يجوز نكاح المتعة ﴾ .

معنى نكاح المتعة : أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول : زوجتك ابنتى شهراً ، أو سنة ، أو إلى انقضاء الموسم ، أو قدوم الحاج ، وشبهه . سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة ، فهذا نكاح باطل . نص عليه أحمد ، فقال : نكاح المتعة حرام .

وقال أبو بكر فيها رواية أخرى : أنها مكروهة غير حرام ، لأن ابن منصور سأل أحمد عنها ؟ فقال : يجتنبها أحب إلى ، قال : فظاهر هذا الكراهة دون التحريم . وغير أبى بكر من أصحابنا يمنع هذا ، ويقول: فى المسألة رواية واحدة فى تحريمها . وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء . وممن روى عنه تحريمها : عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن الزبير . قال ابن عبد البر : وعلى تحريم المتعة: مالك فى أهل المدينة ، وأبو حنيفة فى أهل الكوفة ، والأوزاعى فى أهل الشام ، والليث فى أهل مصر . والشافعى وسائر أصحاب الآثار . وقال زفر : يصح النكاح ، ويبطل الشرط .

وحكى عن ابن عباس : أنها جائزة ، وعليه أكثر أصحابه : عطاء ، وطاوس . وبه قال ابن جريج ، وحكى ذلك عن أبى سعيد الخدرى ، وجابر ، وإليه ذهب الشيعة ، لأنه قد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن فيها ، وروى أن عمر قال : « متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أفأنهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء ، ومتعة الحج » ، ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقتا كالإجارة .

ولنا : ما روى الربيع بن سبرة ، أنه قال : أشهدُ على أبى أنه حدَّث أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه فى حجة[1] الوداع[2] » . وفى لفظ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم متعة النساء » ، رواه أبو دواد

---

(١) رواه أبوداود جـ ١ ص٤٧٩ (ف) . (٢) وفى سنن ابن ماجة ٦٣٠/١ حلبى ١٩٥٢م أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة يوم خيبر . وانظر (مجمع الزوائد ٢٦٦/٤ قدسى) .

وفى لفظ رواه ابن ماجة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم المتعة ، فقال : ياأيها الناس إنى كنت أذنت لكم فى الاستمتاع ، ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة»(١) . وروى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله علية وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية » رواه مالك فى الموطأ وأخرجه الأئمة : النسائى (٢)وغيره .

واختلف أهل العلم فى الجمع بين هذين الخبرين . فقال قوم : فى حديث على تقديم وتأخير، وتقديره أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميقات النهى عنها ، وقد بينه الربيع بن سبرة فى حديثه أنه كان فى حجة الوداع ، حكاه الإمام أحمد عن قوم . وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعى : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ، ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة . لحمل الأمر على ظاهره ، وأن النبىّ صلّى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ، ثم أباحها فى حجة الوداع ثلاثة أيام ، ثم حرمها ، ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق ، والظهار ، واللعان ، والتوارث ، فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة . وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه ، وروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير ، قال : قلت لابن عباس : لقد كثرت القالة فى المتعة ، حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال الثَّواء بنا معا يا صاح هل لك فى فُتيا ابن عباس ؟
هل لك فى رَخْصَةِ الأطراف آنسةٍ تكون مثواك حتى مَصْدر الناس

فقام خطيباً وقال : « إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير(٣) »

فأما إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخه ، وأما حديث عمر — إن صح عنه — فالظاهر أنه ربما قصد الإخبار عن تحريم النبى صلى الله عليه وسلم لها ، ونهيه عنها ، إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبى صلى الله عليه وسلم أباحه ، وبقى على إباحته .

٥٤٢٣ (فصـــــل)

وإن تزوجها بغير شرط إلا أن فى نيته طلاقها بعد شهر ، أو إذا انقضت حاجته فى هذا البلد ، فالنكاح

(١) رواية ابن ماجة عن ابن أبى شيبة من حديث الربيع بن سبرة عن أبيه من حديث طويل . انظر (السنن ٦٣١/٢ حلبى ١٩٥٢ م) .

(٢) الموطأ ٥٤٢/٣ حلبى نشر فؤاد عبد الباقى . والنسائى ٩٠/٣ ميمنية . والبخارى فى كتاب المغازى .

(٣) فى مجمع الزوائد ٢٦٥/٤ أن ابن عباس قال : (إنا لله وإنا إليه راجعون والله ما بهذا أفتيت ، ولا هذا أردت ، ولا أحللت منها إلا ما أحل الله من الميتة ولحم الخنزير) قال الهيثمى : ورواه الطبرانى . وفيه الحجاج بن أرطاة ، وهو ثقة ، لكنه مدلس ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

صحيح . فى قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعى ، قال : هو نكاح متعة ، والصحيح أنه لا بأس به ، ولا تضر نيته ، وليس على الرجل أن ينوى حبس امرأته، وحسبه إن وافقته وإلا طلقها .

٥٤٢٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو تزوجها على أن يطلقها فى وقت بعينه لم ينعقد النكاح ﴾

يعنى : إذا تزوجها على أن يطلقها فى وقت معين لم يصح النكاح ، سواء كان معلوما أو مجهولا ، مثل أن يشترط عليها طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها . وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ، ويبطل الشرط ، وهو أظهر قول الشافعى ، قاله فى عامة كتبه ، لأن النكاح وقع مطلقاً ، وإنما شرط على نفسه شرطا ، وذلك لا يؤثر فيه ، كما لو شرط ألا يتزوج عليها ، ولا يسافر بها .

ولنا : أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح ، فأشبه نكاح المتعة . ويفارق ما قاسوا عليه ، فإنه لم يشترط قطع النكاح .

٥٤٢٥ ﴿ المسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله ﴾

وجملته : أن نكاح المحلل حرام باطل فى قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والنخعى ، وقتادة ، ومالك ، والليث ، والثورى ، وابن المبارك ، والشافعى . وسواء قال : زوجتكها إلى أن تطأها ، أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها . وحكى عن أبى حنيفة : أنه يصح النكاح ، ويبطل الشرط . وقال الشافعى فى الصورتين الأوليين : لا يصح ، وفى الثالثة على قولين .

ولنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » . رواه أبو داود وابن ماجة[1] ، والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح [2] . والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، منهم : عمر بن الخطاب ، وعثمان ، وعبد الله بن عمر . وهو قول الفقهاء من التابعين . وروى ذلك عن على ، وابن مسعود ، وابن عباس . وقال ابن مسعود : « المحلِّل والمحلَّل له ملعون على لسان محمد صلى الله عليه وسلم » .

وروى ابن ماجة ، عن عقبة بن عامر : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ألا أخبركم بالتيس المستعار

(١) سنن ابن ماجة ٦٢٢/١ حلبى ١٩٥٢ م عن الواسطى ، وعن مجالد من حديث على رضى الله عنه .

(٢) انظر صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ٤٢/٥ — ٤٤ . قال الترمذى : حديث على وجابر معلول .... ليس إسناده بالقائم ، لأن مجالد بن سعيد ضعفه بعض أهل العلم . منهم أحمد بن حنبل . أما الصحيح فهو رواية ابن مسعود . وهى فى الصحيح ٤٤/٥ .(ف)

قالوا : بلى يا رسول الله . قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له »[١] ، وروى الأثرم بإسناده عن قَبِيصة بن جابر ، قال : سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : « والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما » ، ولأنه نكاح إلى مدة ، أو فيه شرط يمنع بقاءه ، فأشبه نكاح المتعة .

٥٤٢٦ (فصـــــل)

فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ، ولم يذكره في العقد ، ونواه في العقد ، أو نوى التحليل من غير شرط ، فالنكاح باطل أيضا . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحلها لزوجها الأول ، ولم تعلم المرأة بذلك ، قال هو : محلل ، إذا أراد بذلك الإحلال ، فهو ملعون[٢] . وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم . وروى نافع ، عن عمر : « أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها ، لم يأمرني ولم يعلم . قال : لا . إلا نكاح رغبة ، إن أعجبتك أمسكها ، وإن كرهتها فارقها . قال : وإن كنا نعده على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سفاحا »[٣] وقال : لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة ، إذا علم أنه يريد أن يحلها . وهذا قول عثمان رضي الله عنه ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له : إن عمي طلق امرأته ثلاثا ، أيحلها له رجل ؟ قال: « من يخادع الله يخدعه » . وهذا قول الحسن ، والنخعي ، والشعبي ، وقتادة ، وبكر المزني ، والليث ، ومالك ، والثوري ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : العقد صحيح ، وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولهما ، لأنه خلا عن شرط يفسده ، فأشبه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال ، أو ما لو نوت المرأة ذلك ، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، بدليل ما لو اشترى عبداً فشرط أن يبيعه لم يصح ، ولو نوى ذلك لم يبطل . ولأنه روى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته . وروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين ، قال : « قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار ، وعليه إزار من بين يديه رقعة ، ومن خلفه رقعة ، فسأل عمر فلم يعطه شيئاً ، فبينما هو كذلك إذ نزغ الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته

---

(١) ابن ماجه ٦٢٣،٦٢٢/١ حلبي عن يحيى بن عثمان من حديث عقبه بن عامر . وفي إسناده مشرح بن عاهان . ذكره ابن حبان في الثقات وقال: يخطيء ويخالف . وذكره في الضعفاء وقال : يروى عن عقبة مناكير لا يتابع عليها . وقال ابن يونس كان في جيش الحجاج الذين رموا الكعبة . ووثقه ابن معين والذهبي . وقال ابن حبان . الصواب ترك ما انفرد به .

(٢) في المخطوطة ٢٠ : وهو ملعون .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك جـ٢ ص ١٩٩ وقال . هذا حديث على شرط الشيخين . ولم يخرجاه . ورواه الطبراني في الأوسط (ف) .

فطلقها ، فقال لها : هل لك أن تعطى ذا الرقعتين شيئا ويحلك لى ؟ قالت : نعم ، إن شئت . فأخبروه بذلك .
قال : نعم . وتزوجها ، ودخل بهـا . فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار ، فجاء القرشى يحوم حول الدار ويقول : ياوَيْـله غُلِب على امرأته . فأتى عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين غُلِبْت على امرأتى .
قال : من غلبك ؟ قال : ذو الرقعتين . قال : أرسلوا إليه ، فلما جاء الرسول ، قالت له المرأة : كيف موضعك من قومك ؟ قال : ليس بموضعى بأس . قالت : إن أمير المؤمنين يقول لك : طلق امرأتك . فقل : لا . والله لا أطلقها ، فإنه لا يُكْرِهك ، وألبسته حلة ، فلما رآه عمر من بعيد .
قال : الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتين ، فدخل عليه فقال : أتطلق امرأتك ؟ قال : لا . والله لا أطلقها .
قال عمر : لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط » رواه سعيد ، عن هشام ، عن يونس بن عبيد ، عن ابن سيرين نحواً من هذا . وقال : من أهل المدينة ، وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ، ولم ير به عمر بأساً .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلِّل والمحلَّل له » . وقول من سمينا من الصحابة ، ولا مخالف لهم ، فيكون إجماعا ، ولأنه قصد به التحليل ، فلم يصح ، كما لو شرطه .
وأما حديث ذى الرقعتين ، فقال أحمد : ليس له إسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناده إلى عمر ، وقال أبو عبيد : هو مرسل ، فأين هو من الذى سمعناه يخطب على المنبر : « لا أوتَى بمحلِّل ولا محلَّل له إلا رجمتهما » ؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ، ولا نواه ، وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع .

٥٤٢٧ (فصـــل)

فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصـــد نـكاح رغبة ، صح العقد ، لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه فصـــح ، كما لو لم يذكر ذلك ، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين ، وإن قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك فى العقد . وقال الحسن وإبراهيم : إذا هم أحد الثلاثة ، فسد النـكاح . قال أحمد : كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون فى ذلك . قال أحمد : الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ » ونية المرأة ليس بشىء ، إنما قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : « لعن الله المحال والمحال له » . ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج ، لأنه الذى إليه المفارقة والإمساك ، أما المرأة فلا تملك رفع العقد ، فوجود نيتها وعدمها سواء ، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئا من العقـد ولا من رفعه ، فهو أجنبى كسائر الأجانب .

فإن قيل : كيف لعنه النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قلنا : إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل، لأنها لم تحل له ، فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك .

٥٤٢٨ (فصــــــل)

فإن اشترى عبداً فزوجها إياه ، ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل : إذا طلقها ثلاثا وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجها إياه فهذا الذى نهى عنه عمر ، يؤدبان جميعا ، وهذا فاسد ليس بكفء ، وهو شبه المحلل ، وعلل أحمد فساده بشيئين : أحدهما : شبهه بالمحلل ، لأنه إنما زوجه إياها ليحلها له . الثاني : كونه ليس بكفء لها ، وتزويجه لها في حال كونه عبداً أبلغ في هذا المعنى ، لأن العبد في عدم الكفاءة أشد من المولى ، والسيد له سبيل إلى إزالة نكاحه من غير إرادته ، بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه ، والمولى بخلاف ذلك .

ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل ، لأن المعتبر في الفساد نية الزوج ، لا نية غيره ، ولم ينو ، وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة ، لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته .

٥٤٢٩ (فصــــــل)

ونكاح المحلل فاسد ، يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ، ولا يحصل به الإحصان ، ولا الإباحة للزوج الأول ، كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة . فإن قيل : فقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم محللا ، وسمى الزوج محللا له ، ولو لم يحصل الحل لم يكن محللا له . قلنا : إنما سماه محللا لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل ، كما قال صلى الله عليه وسلم : « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » . وقال الله تعالى : « يُحِلُّونَهُ عَاماً وَيُحَرِّمُونَهُ عَاماً »(١) ولو كان محللا في الحقيقة والآخر محللا له ، لم يكونا ملعونين .

٥٤٣٠ ﴿ مســــــألة ﴾

قال رحمه الله : ﴿ وإذا عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره ، أو عقد نكاحا لمحرم على محرمة ، فالنكاح فاسد ﴾

وجملته : أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ، ككونه ولياً أو وكيلا ، فإنه

(١) سورة التوبة آية ٣٧

لا يصح ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لايَنْكِحُ المُحْرِم ولا يُنْكَحُ ولا يَخْطُب[1] » رواه مسلم[2] . وإن عقد الحلال نكاحا لمحرم بأن يكون وكيلا له ، أو وليا عليه ، أو عقده على محرمة لم يصح ، لدخوله فى عموم الحديث ، لأنه إذا تزوج له وكيله فقد نكح .

وحكى القاضى فى كون المحرم وليا لغيره روايتين .

إحداهما : لا تصح ، وهى اختيار الخرقى .

والثانية : تصح ، وهى اختيار أبى بكر ، لأن النكاح حرم على المحرم لأنه فى دواعى الوطء المفسد للحج ، ولا يحصل ذلك فيه بكونه وليا لغيره ، والأول أولى ، لدخوله فى عموم الخبر ، ولأنه عقد لا يصح للمحرم ، فلا يصح منه كشراء الصيد ، ولقد مضت هذه المسألة فى الحج بأبسط من هذا الشرح .

٥٤٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال رحمه الله ﴿ وأى الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا ، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء ، أو الرجل مجنونا ، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار فى فسخ النكاح ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٥٤٣٢ الأول

أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة . روى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وابنه ، وابن عباس ، وبه قال جابر ، والشافعى ، وإسحاق . وروى عن على : « لا ترد الحرة بعيب » . وبه قال النخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وعن ابن مسعود : « لا ينفسخ النكاح بعيب » ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه . إلا أن يكون الرجل مجبوبا ، أو عِنِّينا ، فإن للمرأة الخيار . فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ، ولا يكون فسخا ، لأن وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالعمى والزمانة ، وسائر العيوب .

ولنا : أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء ، فأثبت الخيار كالجَبّ والعنة ، ولأن المرأة أحد العوضين فى النكاح ، فجاز رده بالعيب كالصداق ، أو أحد العوضين فى عقد النكاح ، فجاز رده بالعيب ، أو أحد

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ مسلم فى صحيحه عن عثمان بن عفان جـ ٢ صـ ١٠٣١ (ف) .

(٢) ورواه الهيثمى فى مجمع الزوائد ٤/٢٦٨ قدسى : من حديث عثمان بن عفان بزيادة (عليه) بعد (ولا يخطب) .

الزوجين ، فثبت له الخيار بالعيب فى الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء ، بخلاف العيوب المختلف فيها .

فإن قيل : فالجنون ، والجذام ، والبرص لا يمنع الوطء ، قلنا : بل يمنعه ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ، ويخاف منه التعدى إلى نفسه ونسله ، والمجنون يخاف منه الجناية ، فصار كالمانع الحسى .

٥٤٣٣ (الفصل الثانى فى عدد العيوب المجوزة للفسخ)

وهى فيما ذكر الخرقى ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهى : الجنون ، والجذام ، والبرص . واثنان يختصان الرجل وهما : الجبُّ ، والعُنَّة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهى : الفتَق والقرَن ، والعفَل . وقال القاضى : هى سبعة ، جعل القرن والعفل شيئاً واحداً ، وهو الرتق أيضا ، وذلك لحم ينبت فى الفرج . وحكى ذلك عن أهل الأدب ، وحكى نحوه عن أبى بكر ، وذكره أصحاب الشافعى . وقال الشافعى : القرن : عظم فى الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره : لا يكون فى الفرج عظم ، إنما هو لحم ينبت فيه . وحكى عن أبى حفص أن العفل : كالرغوة فى الفرج يمنع لذة الوطء ، فعلى هذا يكون عيباً نامياً ، وقال أبو الخطاب : الرتق أن يكون الفرج مسدوداً ، يعنى أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل : لحم ينبت فى الفرج فيسده ، فهما فى معنى الرتق ، إلا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو : انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى ، وقيل ما بين القبل والدبر .

وذكرها أصحاب الشافعى سبعة ، أسقطوا منها الفتق ، ومنهم من جعلها ستة ، جعل القرن والعفل شيئاً واحداً .

وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح ، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ، ويخشى تعديه إلى النفس والنسل ، فيمنع الاستمتاع . والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره ، والجب والرتق يتعذر معه الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة .

فإن اختلفا فى وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا ، أو مراراً ، واختلفا فى كونه برصا ، أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين ، فاختلفا فى كونه جذاما . فإن كانت للمدعى بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله ، وإلا حلف المنكر ، والقول قوله ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه[1] » وإن اختلفا فى عيوب النساء أريت

(١) أخرجه الشيخان عن ابن عباس (ف)

النساء الثقات ، ويقبل فيه قول امرأة واحدة ، فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة .

وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقا أو كان يجن فى الأحيان ، لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله ،إلا أن يكون مريضاً يغمى عليه ، ثم يزول ، فذلك مرض لا يثبت به خيار ، فإن زال المرض ودام به الإغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقى منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه فى الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها ، لأن الوطء يمكن ، وإن اختلفا فى ذلك فالقول قول المرأة ، لأنه يضعف بالقطع ، والأصل عدم الوطء . ويحتمل أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء فى العنة ، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله ، فأشبه من له ذكر قصير .

٥٤٣٤ (الفصل الثالث)

أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه ، لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ، ولا يخشى تعديه ، فلم ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج ، ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ، ولا نص فى غير هذا ولا إجماع ، ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق . وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار ، قال أبو الخطاب : ويتخرج على ذلك من به الباسور ، والناسور ، والقروح السيالة فى الفرج ، لأنها تثير نفرة، وتتعدى نجاستها ، وتسمى من لا يحبس نَجْوُها [٢] الشريم ، ومن لا يحبس بولها المشوله ، ومثلها من الرجال الأفين . وقال أبو حفص : والخصاء عيب يرد به ، وهو أحد قولى الشافعى ، لأن فيه نقصا وعاراً ، ويمنع الوطء أو يضعفه .

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار «أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصى ، فقال له عمر : أعلمتها ؟ قال: لا . قال : أعلمها ثم خيرها » .

وفى البَخَر وكون أحد الزوجين خنثى ، وجهان .

أحدهما: يثبت الخيار ، لأن فيه نفرة ونقصا وعاراً ، والبخر : نتن الفم ، وقال ابن حامد هو . نتن فى الفرج يثور عند الوطء ، وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخراً ، ويثبت الخيار ، وإلا فلا معنى له ، فإن نتن الفم يسمى بخراً ، ويمنع مقاربة صاحبه إلا على كره ، وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجها واحداً ، كالقرع ، والعمى ، والعرج ، وقطع اليدين ، والرجلين ، لأنه لا يمنع الاستمتاع ، ولا يخشى تعديه ، ولا نعلم فى هذا بين أهل العلم خلافا إلا أن الحسن قال : إذا وجد الآخر عقيما يخير ، وأحب أحمد تبيين أمره ،

---

(٢) النجو ما خرج من البطن من ريح أو غائط (ف) .

وقال : عسى امرأته تريد الولد ، وهذا فى ابتداء النكاح . فأما الفسخ فلا يثبت به ، ولو ثبت بذلك لثبت فى الآية ، ولأن ذلك لا يعلم، فإن رجالا لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ ، فلا يتحقق ذلك منهما ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله أعلم .

٥٤٣٥ (الفصل الرابع)

أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً، وبه عيب من غير جنسه، كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه ، إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغى أن يثبت لهما الخيار ، لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع ، وإنما امتنع لعيب نفسه .

وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ففيه وجهان . أحدهما : لا خيار لهما ، لأنهما متساويان ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه، فأشبها الصحيحين . والثانى: له الخيار لوجود سببه ، فأشبه ما لو غر عبدٌ بأمة .

٥٤٣٦ (فصــل)

وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان .

أحدهما: يثبت الخيار ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لأنه قال : فإن جب قبل الدخول فلها الخيار فى وقتها، لأنه عيب فى النكاح يثبت الخيار مقارنا ، فأثبته طارئاً كالإعسار وكالرق ، فإنه يثبت الخيار إذا قارن ، مثل أن تغر الأمة من عبد ، ويثبته إذا طرأت الحرية ، مثل أن أعتقت الأمة تحت العبد ، ولأنه عقد على منفعة ، فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة .

والثانى : لا يثبت الخيار ، وهو قول أبى بكر ، وابن حامد . ومذهب مالك ، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد . أشبه الحادث بالمبيع . وهذا ينتقض بالعيب الحادث فى الإجارة .

وقال أصحاب الشافعى . إن حدث بالزوج ثبت الخيار ، وإن حدث بالمرأة فكذلك فى أحد الوجهين. والآخر لا يثبته ، لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة .

ولنا : أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقاً ، فتساويا فيه لاحقا كالمتبايعين .

٥٤٣٧ (فصــــــــل)

ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب : ألا يكون عالماً بها وقت العقد ، ولا يرضى بها بعده ، فإن علم بها فى العقد أو بعده فرضى فلا خيار له . لا نعلم فيه خلافا ، لأنه رضى به ، فأشبه مشترى المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً ، كمن ظن أن البرص فى قليل من جسده فبان فى كثير منه ، فلا خيار له أيضاً . لأنه من جنس مارضى به ، وإن رضى بعيب فبان به غيره فله الخيار ، لأنه وجد به عيباً لم يرض به ، ولا بجنسه فثبت له الخيار ، كالمبيع إذا رضى بعيب فيه فوجد به غيره . وإن رضى بعيب فزاد بعد العقد ، كأن كان به

قليل من البرص فانبسط فى جلده ، فلا خيار له ، لأن رضاه به رضى بما يحدث منه .

٥٤٣٨ (فصـــل)

وخيار العيب ثابت على التراخى ، لا يسقط مالم يوجد منه مايدل على الرضى به من القول ، والاستمتاع من الزوج ، أو التمكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الخرقى ، لقوله : فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضى : أنه على الفور ، وهو مذهب الشافعى ، فمتى أخر الفسخ مع العلم والإمكان بطل خياره ، لأنه خيار الرد بالعيب ، فكان على الفور كالذى فى البيع .

ولنا : أنه خيار له لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخى ، كخيار القصاص ، وخيار العيب فى المبيع يمنعه . ثم الفرق بينهما : أن ضرره فى المبيع غير متحقق ، لأنه قد يكون المقصود ماليته ، أو خدمته ، ويحصل ذلك مع عيبه ، وههنا المقصود الاستمتاع ، ويفوت ذلك بعيبه . وأما خيار الجبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق .

٥٤٣٩ (فصـــل)

ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم ، لأنه مجتهد فيه ، فهو كفسخ العنة ، والفسخ للإعسار بالنفقة . ويخالف خيار المعتقة ، فإنه متفق عليه .

٥٤٤٠ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر ، وإن كان بعده وادعى أنه ما علم حلف ، وكان له أن يفسخ وعليه المهر ، يرجع به على من غره ﴾

الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

٥٤٤١ (أحـــدها)

أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه ، سواء كان من الزوج أو المرأة ، وهذا قول الشافعى ، لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها ، فسقط مهرها ، كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلّسته بالإخفاء ، فصار الفسخ كأنه منها ، فإن قيل : فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه ؟ قلنا : العوض من الزوج فى مقابلة منافعها ، فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ماعقدت عليه رجع العوض إلى العاقد معها ، وليس من جهتها عوض فى مقابلة منافع الزوج ، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها ، لا لتعذر مااستحقت عليه فى مقابلته عوضا فافترقا .

٥٤٤٢ (الفصل الثانى)

أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر ، لأن المهر يجب بالعقد ، ويستقر ، بالدخول ، فلا يسقط

بحادث بعده ، ولذلك لايسقط بردتها ، ولا يفسخ من جهتها ، ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضى فى المجرد فيه روايتين .

إحداهما : يجب المسمى . والأخرى : مهر المثل ، بناء على الروايتين فى العقد الفاسد . وقال الشافعى: الواجب مهر المثل ، لأن الفسخ استند إلى العقد فصار كالعقد الفاسد .

ولنا: أنها فرقة بعد الدخول فى نكاح صحيح، فيه مسمى صحيح، فوجب المسمى كغير المعيبة، وكالمعتقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح : أنه وجد بشروطه وأركانه فكان صحيحاً ، كما لو لم يفسخه ، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً، فكذلك إذ فسخه، كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد ، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الإحصان والإباحة للزوج الأول ، وسائر أحكام الصحة ، ولأنه لو كان فاسداً لما جاز إبقاؤه، وتعين فسخه، وما ذكروه غير صحيح ، فإن الفسخ يثبت حكمه فى حينه غير سابق عليه ، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيرها ، وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ، ولا يكون النماء لغير المشترى ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح .

٥٤٤٣ (الفصل الثالث)

إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة ، أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ، لأنه رضى بإسقاط حقه ، فسقط ، كما لو علم المشترى بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا فى العلم فالقول قول من ينكره، لأن الأصل عدمه .

٥٤٤٤ (الفصل الرابع)

أنه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر : فيه روايتان .

إحداهما : يرجع به .

والأخرى : لايرجع .

والصحيح أن المذهب رواية واحدة ،وأنه يرجع به ، فإن أحمد قال : كنت أذهب إلى قول على فهبته، فملت إلى قول عمر : «إذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فإن لها المهر بمسيسه إياها ، ووليها ضامن للصداق» وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول ، وبه قال الزهرى ، وقتاده ، ومالك ، والشافعى فى القديم . وروى عن على أنه قال :لايرجع ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد ، لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء، فلا يرجع به على غيره ، كما لو كان المبيع معيبا فأكله .

ولنا ماروى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب، قال عمر ابن الخطاب : « أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وليها » ، ولأنه غرّه

فى النكاح بما يثبت به الخيار ، فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، فإذا ثبت هذا ، فإن كان الولى علم غرم ، وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة ، فيرجع عليها بجميع الصداق . فإن اختلفوا فى علم الولى فشهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم ، وإلا فالقول قوله مع يمينه ، قال الزهرى ، وقتادة : إن علم الولى غرم ، وإلا استحلف بالله العظيم إنه ما علم ، ثم هو على الزوج .

وقال القاضى : إن كان أبا أو جدا أو ممن يجوز له أن يراها فالتغرير من جهته ، علم أو لم يعلم ، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم ، وإن أنكر ولم تقم بينة بإقراره فالقول قوله [1] ، ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك ، إلا أنه قال : إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به ، لئلا تصير كالموهوبة ، وللشافعى قولان كقول مالك والقاضى .

ولنا : على أن الولى إذا لم يعلم لا يغرم : أن التغرير من غيره . فلم يغرم . كما لو كان ابن عم . وعلى أنه يرجع بكل الصداق : أنه مغرور منها ، فرجع بكل الصداق ، كما لو غره الولى ، وقولهم : لا يخفى على من يراها لا يصح ، فإن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ، ولا يحل له رؤيتها ، وكذلك العيوب تحت الثياب ، فصار فى هذا كمن لا يراها ــ إلا فى الجنون فإنه لا يكاد يخفى على من يراها ، إلا أن يكون غائباً ، وأما الرجوع بالمهر فإنه لسبب آخر ، فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه ، بخلاف الموهوبة .

٥٤٤٥ (فصـــل)

إذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ، ولا يرجع به ، لأنه رضى بالتزام نصف الصداق ، فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ، ولا يرجع به على أحد ، لأن سبب الرجوع الفسخ ، ولم يوجد ، وههنا استقر الصداق بالموت ، فلا يرجع به .

٥٤٤٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفقة إنما تجب لمرأة زوجها له عليها الرجعة ﴾

إنما كان كذلك لأنها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ، ولا يستحق زوجها عليها رجعة ، فلم تجب لها سكنى ولا نفقة ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة » . رواه النسائى ، وهذا إذا كانت حائلا ، فإن كانت حاملا فلها النفقة ، لأنها بائن من نكاح صحيح فى حال حملها ، فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثاً ، والمختلعة ، وفى السكنى روايتان . وقال القاضى : لا نفقة لها إن كانت حاملا فى أحد الوجهين ، لأنها بائن من نكاح فاسد ، وكذلك

(١) فى الشرح الكبير ٥٨٣/٧ (مع يغنه) (ف) .

قال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ، وفى الآخر : لها النفقة ، لأن النفقة للحمل ، والحمل لاحق به ، وبنوه على أن النكاح فاسد ، وقد بينا صحته فيما مضى .

٥٤٤٧ (فصـــــل)

وليس لولى الصغيرة والصغير وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب[1] ، لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ ، ولا حظ لهم فى هذا العقد . فإن زوجهم مع العلم بالعيوب لم يصح النكاح ، لأنه عقدلهم عقداً لايجوز عقده ، فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة . وإن لم يعلم بالعيوب صح ، كما لو اشترى لهم معيباً لا يعلم عيبه ، ويجب عليه الفسخ إذا علم ، لأن عليه النظر لهم بما فيه الحظ ، والحظ فى الفسخ . ويحتمل ألا يصح النكاح ، لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم إياه فلم يصح ، كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم .

٥٤٤٨ (فصـــــل)

وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه ، لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد ، فالامتناع أولى . وإن أرادت أن تتزوج معيباً فله منعها فى أحد الوجهين .

قال أحمد : ما يعجبنى أن يزوجها بعنين ، وإن رضيت الساعة تكره إذادخلت عليه ،لأن من شأنهن النكاح، ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا. وذلك الضرر فى هذا دائم، والرضى غير موثوق بدوامه، ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالمة فى ابتداء العقد ، وربما أفضى [ذلك] إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها . فملك الولى منعها، كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء .

والثانى : ليس له منعها ، لأن الحق لها . وقال القاضى : له منعها من نكاح المجنون ، وليس له منعها من نكاح المجبوب والعنين ، لأن ضررهما عليها خاصة . وفى الأبرص والمجذوم وجهان .

أحدهما : لا يملك منعها ، لأن الحق لها ، والضرر عليها ، فأشبها المجبوب والعنين .

والثانى : له منعها ، لأن عليه ضرراً ، فإنه يتعير به ويخشى تعديه إلى الولد ، فأشبه التزويج بمن لايكافئها ، وهذا مذهب الشافعى . والأولى أن له منعها فى جميع الصور ، لأن عليها فيه ضرراً دائماً ، وعاراً عليها وعلى أهلها ، فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء .

فأما إذا اتفقا على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح ، لأن الحق لهما ، ولايخرج عنهما . ويكره لهما ذلك ، لما ذكره الإمام أبو عبدالله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد . ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج، لأن العار يلحق بهم وينالهم الضرر . فأشبه مالو زوجها بغير كفء . فأما إن حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ ، لأن حقه فى ابتداء العقد لافى دوامه

---

(١) فى المخطوطه ٢٠ : لمعيب بأحد هذه العيوب .

ولهذا لودعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ، ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ .

٥٠٤٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلهـا الخيار فى فسخ النكاح ﴾

أجمع أهل العلم على هذا. ذكره ابن المنذر ، وابن عبد البر ، وغيرهما . والأصل فيه خبر بريرة . قالت : عائشة « كاتبت بريرة ، فخيرها رسول الله عليه وسلم فى زوجها ، وكان عبداً ، فاختارت نفسها — قال عروة : ولو كان حراما ماخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم »[1] رواه مالك وأبو داود النسائى ، ولأن عليهـا ضرراً فى كونها حرة تحت العبد ، فكان لهـا الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر ، فبـان عبـداً ، فإن اختارت الفسخ فلهـا فراقه ، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه ، بعد ذلك ، لأنها أسقطت حقهـا . وهذا مما لاخلاف فيـه بحمد الله .

٥٠٥٠ (فصـــل)

وإن عتقت تحت حر فلا خيار لهـا . وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والحسن وعطاء ، وسليمان بن يسار ، وأبى قلابة وابن أبى ليلى ، ومالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق . وقال طاوس ، وابن سيرين ، ومجاهد ، والنخعى ، وحماد بن أبى سليمان ، والثورى ، وأصحاب الرأى : لهـا الخيـار . لما روى الأسود ، عن عائشة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم خير بريرة ، وكان زوجها حراً »[2] رواه النسائى ، ولأنها كملت بالحرية ، فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً .

ولـنا : أنها كافأت زوجها فى الـكمال فلم يثبت لهـا الخيار ، كما لو أسلمت الـكتابية تحت مسلم . فأما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القـاسم بن محمد ، وعروة : « أن زوج بريرة كان عبداً » وهما أخص بها من الأسود ، لأنهما ابن أخيها وابن أختها . وقد روى الأعمش ، عن ابراهيم ، عن الأسود ، عن عائشة : « أن زوج بريرة كان عبداً » فتعارضت روايتاه ، وقال ابن عباس : كان زوج بريرة عبداً أسود لبنى المغيرة يقال له مغيث[3] رواه البخارى وغيره . وقالت صفيه بنت أبى عبيد : « كان زوج بريرة عبداً » قال أحمد : هذا ابن عباس وعائشة قالا فى زوج بريرة : إنه عبد ، رواية علماء المدينة وعملهم ، وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شىء ، وإنما يصح أنه حر عن الأسود وحده ، وأما غيره فليس بذاك . قال : والعقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه ، والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ، ويخالف الحر العبـد لأن العبد ناقص ، ، فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر .

---

(١) النسائى ١٠٢/٢ ميمنية . وانظر الموطأ ٥٦٢/٢ حلبى نشر فؤاد عبد الباقى .

(٢) انظر (سنن النسائى ١٠٢/٢ ميمنية) رواه عن قتيبة عن جرير عن منصور عن إبرهيم عن الأسود عن عائشة .

(٣) البخارى ٨٤/٧ منيرية. عن عبد الأعلى .وعن قتيبة بن سعيد من حديث ابن عباس أيضا .

٧٤١٥ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وإذا وقعت السفينة المنحدرة على المصاعدة فغرقتا فعلى المنحدرة قيمة السفينة المصاعدة ، أو أرش ما نقصت إن أخرجت ، إلا أن يكون قيِّم المنحدرة غلبته الريح فلم يقدر على ضبطها .

وجملته : أن السفينتين إذا اصطدمتا لم تخلوا من حالين .

أحدهما : أن تكونا متساويتين كائنتين فى بحر أو ماء واقف ، أو كانت إحداهما منحدرة والأخرى مصاعدة ، فنبدأ بما إذا كانت إحداهما منحدرة والأخرى مصاعدة ، لأنها مسألة الكتاب ولا يخلوان من حالين .

أحدهما : أن يكون القيم بهـا مفرطاً ، بأن يكون قادرا على ضبطها أوردها عن الأخرى فلم يفعل ، أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى فلم يفعل ، أو لم يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرهما ، فعلى المنحدرة ضمان المصاعدة ؛ لأنها تنحط عليها من علو ، فيكون ذلك سبباً لغرقهـا ، فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر ، والمصاعدة بمنزلة الواقف . وإن غرقتا جميعاً فلا شيء على المصعد ، وعلى المنحدر قيمة المصعد ، أو أرش ما نقصت إن لم تتلف كلها ، إلا أن يكون التفريط من المصعد ، بأن يمكنه العدول بسفينته ، والمنحدر غير قادر ولا مفرط ، فيكون الضمان على المصعد ، لأنه المفرط . وإن لم يكن من واحد منهما تفريط لكن هاجت ريح ، أو كان الماء شديد الجرية ، فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه ، لأنه لا يدخل فى وسعه ضبطها ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها .

الحال الثانى : أن يكونا متساويتين ، فإن كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال ، كما قلنا فى الفارسين يصطدمان ، وإن لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما ، وللشافعى فى حال عدم التفريط قولان :

أحدهما : عليهما الضمان لأنهما فى أيديهما ، فلزمهما الضمان كما لو اصطدم الفارسان ، لغلبة الفرسين لهما .

ولنا : أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ، ولا يمكنهما ضبطهما فى الغالب ، ولا الاحتراز من ذلك ، فأشبه ما لو نزلت صاعقة أحرقت السفينة ، ويخالف الفرسين ، فإنه ممكن ضبطهما والاحتراز من طردهما ، وإن كان أحدهما مفرطاً وحده فعليه الضمان وحده ، فإن اختلفا فى تفريط القيم فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم التفريط ، وهو أمين فهو كالمودع وعند الشافعى أنهما إذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينة صاحبه ، كقوله فى اصطدام الفارسين على مامضى .

٧٤١٦ (فصـــل)

فإن كان القيمان مالكين للسفينتين بما فيهما تقاصا ، وأخذ ذو الفضل فضله ، وإن كانا أجيرين ضمنا ، ولا تقاص ههنا ، لأن من يجب له غير من يجب عليه . وإن كان فى السفينتين أحرار فهلكوا وكانا قد تعمدا المصادمة وذلك مما يقتل غالباً فعليهما القصاص . وإن كانوا عبيداً فلا ضمان على القيمين إذا كانا حرين ، وإن لم يتعمدا المصادمة أو كان ذلك مما لا يقتل غالباً وجبت دية الأحرار على عاقلة القيمين ، وقيمة العبيد فى أموالهما ، وإن كان القيمان عبدين تعلق الضمان برقبتهما ، فإن تلفا جميعاً سقط الضمان وأما مع عدم التفريط فلا ضمان على أحد . وإن كان فى السفينتين ودائع ومضاربات لم تضمن ، لأن الأمين لا يضمن ما لم يوجد منه تفريط أو عدوان ، وإن كانت السفينتان بأجرة فهما أمانة أيضاً ، لا ضمان فيهما ، وإن كان فيهما مال يحملانه بأجرة إلى بلد آخر فلا ضمان ، لأن الهلاك بأمر غير مستطاع .

٧٤١٧ (فصـــل)

وإن كانت إحدى السفينتين قائمة والأخرى سائرة فلا ضمان على الواقفة ، وعلى السائرة ضمان الواقفة إن كان مفرطا ، ولا ضمان عليه إن لم يفرط على ما قدمنا .

٧٤١٨ (فصـــل)

وإن خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد ، لأنه أتلف متاع نفسه باختياره ، لصلاحه وصلاح غيره ، وإن ألقى متاع غيره بغير أمره ضمنه وحده . وإن قال لغيره : ألق متاعك فقبل منه لم يضمنه له ، لأنه لم يلتزم ضمانه . وإن قال : ألقه وأنا ضامن له ، أو وعلى قيمته لزمه ضمانه له لأنه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه ، كما لو قال : أعتق عبدك وعلى ثمنه ، وإن قال ألقه وعلى وعلى ركبان السفينة ضمانه فألقاه ففيه وجهان .

أحدهما : يلزمه ضمانه وحده . وهذا نص الشافعى ، وهو الذى ذكره أبو بكر ، لأنه التزم ضمانه جميعه ، فلزمه ما التزمه . وقال القاضى : إن كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك ، أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه ، أو ربع متاعك ، لم يلزمه إلا ما يخصه من الضمان ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، لأنه لم يضمن إلا حصته ، وإنما أخبر عن الباقين بالضمان فسكتوا ، وسكوتهم ليس بضمان ، وإن التزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل ، وإن قال ألقه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لى فى ذلك فألقاه ثم أنكروا الإذن فهو ضامن لجميعه . وإن قال : ألق متاعى وتضمنه لى ؟ فقال : نعم ، فألقاه ضمنه له ، وإن قال : ألق متاعك وعلى ضمان نصفه ، وعلى أخى ضمان ما بقى ، فألقاه فعليه ضمان النصف وحده ، ولا شىء على الآخر لأنه لم يضمن .

٧٤١٩ (فصـــل)

وإذا خرق سفينه فغرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يغرقها غالباً ويهلك من فيها لـكونهم فى اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص إن قتل من يجب القصاص بقتله ، وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس ، وإن كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الأحرار على عاقلته ، وإن كان عمد خطأ مثل أن يأخذ السفينة ليصلح موضعاً فقلع لوحا أو يصلح مسماراً فنقب موضعاً فهذا عمد الخطأ ، وذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى ، والصحيح أن هذا خطأ محض ، لأنه قصد فعلا مباحا فأفضى إلى التلف لمالم يرده ، فأشبه ما لو رمى صيداً فأصاب آدمياً ، ولـكن إن قصد قلع اللوح فى موضع الغالب أنه لا يتلفها فهو عمد الخطأ ، وفيه ما فيه والله أعلم .

كتاب الجهاد

روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « انتدب الله لمن خرج فى سبيله لايخرجه إلا جهاد فى سبيلى ، وإيمان بى ، وتصديق برسولى ، فهو على ضامن أن أدخله الجنة ، أو أرجعه إلى مسكنه الذى خرج منه نائلا ما نال من أجر أو غنيمة » . متفق عليه . ولمسلم : « مثل المجاهد فى سبيل الله كمثل الصائم القائم » ، وعن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لغدوة فى سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها » . رواه البخارى .

٧٤٢٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ والجهاد فرض على الكفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين ﴾

معنى فرض الكفاية الذى إن لم يقم به من يكفى أثم الناس كلهم . وإن قام به من يكفى سقط عن سائر الناس . فالخطاب فى ابتدائه يتناول الجميع كفرض الأعيان ، ثم يختلفان فى أن فرض الكفاية يسقط بفعل بعض الناس له ، وفرض الأعيان لا يسقط عن أحد بفعل غيره ، والجهاد من فروض الأعيان ، لقول الله تعالى : « انفرُوا خِفافاً وثِقالاً وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وأنفُسِكُمْ فى سَبِيلِ الله »[1] . ثم قال : « إلاَّ تَنفِرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَاباً أليماً »[2] . وقوله سبحانه : « كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِتَالُ »[3] . وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من مات ولم يغز ولم يحدث نفسه بالغزو مات على شعبة من النفاق » : أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائى عن أبى هريرة .

ولنا : قول الله تعالى : « لا يَسْتَوِى القَاعِدُونَ مِنَ المُؤْمِنِينَ غيرُ أولِى الضَّرَرِ والمُجَاهِدُونَ فى سَبِيلِ الله بِأمْوَالِهِمْ وأنفُسِهِمْ فَضَّلَ اللهُ المُجَاهِدِينَ بِأمْوَالِهِمْ وأنفُسِهِمْ عَلَى القاعدينَ دَرَجَةً وكُلاًّ وَعَدَ اللهُ الحُسْنَى »[4] وهذا يدل على أن القاعدين غير آثمين مع جهاد غيرهم ، وقال الله تعالى : « وما كانَ المُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كافةً فَلَوْلاَ نَفَرَ مِنْ كلِّ فِرقةٍ مِنهُمْ طائفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا »[5] ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث السرايا ، ويقيم هو وسائر وأصحابه ، فأما الآية التى احتجوا بها فقد قال ابن عباس : نسخها قوله تعالى : « ومَا كَانَ المُؤْمِنونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً »[6] رواه الأثرم ، وأبو داود . ويحتمل أنه أراد

(١) سورة التوبة آية ٤١ . (٢) سورة التوبة آية ٣٩ . (٣) سورة البقرة آية ٢١٦ .
(٤) سورة النساء آية ٩٥ . (٥) سورة التوبة آية ١٢٢ . (٦) سورة التوبة آية ١٢٢ .

حين استنفرهم النبى صلى الله عليه وسلم إلى غزوة تبوك ، وكانت إجابتهم إلى ذلك واجبة عليهم ، ولذلك هجر النبى صلى الله عليه وسلم كعب بن مالك وأصحابه الذين خُلِّفوا ، حتى تاب الله عليهم بعد ذلك ، وكذلك يجب على من استنفره الإمام لقول النبى صلى الله عليه وسلم : «إذا استنفرتم فانفروا» متفق عليه . ومعنى الكفاية فى الجهاد أن ينهض للجهاد قوم يكفون فى قتالهم ، إما أن يكونوا جنداً لهم دواوين من أجل ذلك ، أو يكونوا قد أعدوا أنفسهم له تبرعاً ، بحيث إذا قصدهم العدو حصلت المنعة بهم ، ويكون فى الثغور من يدفع العدو عنها ، ويبعث فى كل سنة جيش يغيرون على العدو فى بلادهم .

٧٤٢١ (فصـــــل)

ويتعين الجهاد فى ثلاثة مواضع .

أحدها : إذا التقى الزحفان ، وتقابل الصفان حرم على من حضر الانصراف ، وتعين عليه المقام ، لقول الله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيراً »(١) وقوله : « وَاصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ »(٢) وقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفاً فَلَا تُوَلُّوهُمُ الْأَدْبَارَ . وَمَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفاً لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ »(٣)

الثانى : إذا نزل الكفار ببلد تعين على أهله قتالهم ودفعهم .

الثالث : إذا استنفر الإمام قوماً لزمهم النفير معه ، لقول الله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمُ انْفِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ اثَّاقَلْتُمْ إِلَى الْأَرْضِ ؟(٤) » الآية والتى بعدها ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا استنفرتم فانفروا » .

(فصـــــل)

ويشترط لوجوب الجهاد سبعة شروط : الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والحرية ، والذكورية ، والسلامة من الضرر ، ووجود النفقة .

فأما الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، فهى شروط لوجوب سائر الفروع ، ولأن الكافر غير مأمون فى الجهاد ، والمجنون لا يتأتى منه الجهاد ، والصبى ضعيف البنية ، وقد روى ابن عمر قال : « عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد ، وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزنى فى المقاتلة . متفق عليه . وأما

(١) سورة الأنفال آية ٤٥ . (٢) سورة الأنفال آية ٤٦

(٣) سورة الأنفال آية ١٥ ، ١٦ . (٤) سورة التوبة آية ٣٨ .

الحرية فتشترط لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يبايع الحر على الإسلام والجهاد ، ويبايع العبد على الإسلام دون الجهاد ، ولأن الجهاد عبادة تتعلق بقطع مسافة ، فلم تجب على العبد كالحج . وأما الذكورية فتشترط لما روت عائشة قالت : « قلت يا رسول الله هل على النساء جهاد ؟ فقال : جهاد لا قتال فيه . الحج والعمرة » ، ولأنها ليست من أهل القتال لضعفها وخورها . ولذلك لا يسهم لها ، ولا يجب على خنثى مشكل ، لأنه لا يعلم كونه ذكراً ، فلا يجب مع الشك فى شرطه . وأما السلامة من الضرر فمعناه السلامة من العمى والعرج والمرض ، وهو شرط لقول الله تعالى : « لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلاَ عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلاَ عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ[1] » ، ولأن هذه الأعذار تمنعه من الجهاد ، فأما العمى فمعروف ، وأما العرج فالمانع منه هو الفاحش الذى يمنع المشى الجيد والركوب كالزمانة ونحوها ، وأما اليسير الذى يتمكن معه من الركوب والمشى وإنما يتعذر عليه شدة العدو فلا يمنع وجوب الجهاد ، لأنه ممكن منه فشابه الأعور ، وكذلك المرض المانع هو الشديد . فأما اليسير منه الذى لا يمنع إمكان الجهاد كوجع الضرس والصداع الخفيف فلا يمنع الوجوب . لأنه لا يتعذر معه الجهاد فهو كالعور ، وأما وجود النفقة فيشترط لقول الله تعالى : « لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلاَ عَلَى الْمَرْضَى وَلاَ عَلَى الَّذِينَ لاَ يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ[2] » ، ولأن الجهاد لا يمكن إلا بآلة فيعتبر القدرة عليها . فإن كان الجهاد على مسافة لا تقصر فيها الصلاة اشترط أن يكون واجداً للزاد ونفقة عائلته فى مدة غيبته ، وسلاح يقاتل به . ولا تعتبر الراحلة ، لأنه سفر قريب ، وإن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة اعتبر مع ذلك الراحلة لقول الله تعالى : « وَلاَ عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لاَ أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوْا وَأَعْيُنُهُمْ تَفِيضُ مِنَ الدَّمْعِ حَزَناً أَلاَّ يَجِدُوا مَا يُنْفِقُونَ[3] » .

٧٤٢٢ (فصـــــل)

وأقل ما يفعل مرة فى كل عام ، لأن الجزية تجب على أهل الذمة فى كل عام ، وهى بدل عن النصرة ، فكذلك مبدلها وهو الجهاد ، فيجب فى كل عام مرة ، إلا من عذر ، مثل أن يكون بالمسلمين ضعف فى عدد أو عدة ، أو يكون ينتظر المدد يستعين به ، أو يكون الطريق إليهم فيها مانع ، أو ليس فيها علف أو ماء ، أو يعلم من عدوه حسن الرأى فى الإسلام فيطمع فى إسلامهم إن أخر قتالهم ، ونحو ذلك مما يرى المصلحة معه فى ترك القتال ، فيجوز تركه بهدنة ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قد صالح قريشاً عشر سنين ، وأخر قتالهم حتى نقضوا عهده ، وأخر قتال قبائل من العرب بغير هدنة ، وإن دعت الحاجة إلى القتال فى عام أكثر من مرة وجب ذلك ، لأنه فرض كفاية ، فوجب منه ما دعت الحاجة إليه .

(١) سورة الفتح آية ١٧ (٦) سورة التوبة آية ٩١ (٣) سورة التوبة آية ٩٢

٧٤٢٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ قال أبو عبد الله : لا أعلم شيئاً من العمل بعد الفرائض أفضل من الجهاد ﴾

روى هذه المسألة عن أحمد جماعة من أصحابه : قال الأثرم : قال أحمد : لا نعلم شيئاً من أبواب البر أفضل من السبيل ، وقال الفضل بن زياد : سمعت أبا عبد الله وذكر له أمر العدو ، فجعل يبكى ويقول : ما من أعمال البر أفضل منه ، وقال عنه غيره : ليس يعدل لقاء العدو شيء ، ومباشرة القتال بنفسه أفضل الأعمال . والذين يقاتلون العدو هم الذين يدفعون عن الإسلام وعن حريمهم ، فأى عمل أفضل منه ؟ الناس آمنون وهم خائفون ، قد بذلوا مهج أنفسهم .

وقد روى ابن مسعود قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الأعمال أفضل ؟ قال : الصلاة لمواقيتها قلت : ثم أى ؟ قال : ثم بر الوالدين . قلت : ثم أى ؟ قال : الجهاد فى سبيل الله » ، قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الأعمال أفضل ؟ أو أى الأعمال خير ؟ قال: إيمان بالله ورسوله . قيل : ثم أى شيء ؟ قال : الجهاد سنام العمل . قيل : ثم أى ؟ قال : حج مبرور » أخرجه الترمذى. وقال حديث حسن صحيح ، وروى أبو سعيد الخدرى قال . قيل : يا رسول الله أى الناس أفضل ؟ قال : « مؤمن مجاهد فى سبيل الله بنفسه وماله » متفق عليه . وعن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أخبركم بخير الناس؟ رجل ممسك بعنان فرسه فى سبيل الله » ، قال الترمذى هـذا حديث حسن ، وروى الخلال بإسناده عن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « والذى نفسى بيده ما بين السماء والأرض من عمل أفضل من جهاد فى سبيل الله ، أو حجة مبرورة لا رفث فيها ولا فسوق ولا جدال » ، ولأن الجهاد بذل المهجة والمال ، ونفعه يعم المسلمين كلهم ، صغيرهم وكبيرهم ، قويهم وضعيفهم ، ذكرهم وأنثاهم ، وغيره لا يساويه فى نفعه وخطره ، فلا يساويه فى فضله وأجره .

٧٤٢٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وغزو البحر أفضل من غز البر ﴾

وجملته : أن الغزو فى البحر مشروع ، وفضله كثير ، قال أنس بن مالك : « نام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم استيقظ وهو يضحك ، قالت أم حَرَامَ : فقلت : ما يضحكك يا رسول الله ؟ قال : ناس من أمتى عرضوا على غزاة فى سبيل الله ، يركبون ثبج[1] هذا البحر ، ملوكاً على الأسرة ، أو مثل الملوك على

(١) ثبج هذا البحر : ظهره ووسطه وقوله (عرضوا على) أى أظهر الله تعالى له صورهم وأحوالهم فى منامه (ف)

الأمرة » . متفق عليه قال ابن عبد البر : أم حرام بنت ملحان أخت أم سليم ، خالة رسول الله صلى الله عليه وسلم من الرضاعة ، أرضعته أخت لها ثالثة . ولم نر هذا عن أحد سواه ، وأظنه إنما قال هذا لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينام فى بيتها ، وينظر إلى شعرها ، ولعل هذا كان قبل نزول الحجاب . وروى أبو داود بإسناده عن أم حرام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المائد[1] فى البحر الذى يصيبه القيء له أجر شهيد ، والغريق له أجر شهيدين » ، وروى ابن ماجه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « شهيد البحر مثل شهيدى البر ، والمائد فى البحر كالمتشحِّط[2] فى دمه فى البر ، وما بين الموجتين كقاطع الدنيا فى طاعة الله ، وإن الله وكل ملك الموت بقبض الأرواح إلا شهيد البحر ، فإنه يتولى قبض أرواحهم ، ويغفر لشهيد البر الذنوب كلها إلا الدَّيْن ، ويغفر لشهيد البحر الذنوب والدين » . ولأن البحر أعظم خطراً ومشقة . فإنه بين العدو وخطر الغرق . ولا يتمكن من الفرار إلا مع أصحابه ، فكان أفضل من غيره .

٧٤٢٥ (فصل)

وقتال أهل الكتاب أفضل من قتال غيرهم . وكان ابن المبارك يأتى من مرْو لغزو الروم . فقيل له فى ذلك ؟ فقال : إن هؤلاء يقاتلون على دين ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأم خلاد : « إن ابنك له أجر شهيدين . قالت : ولم ذاك يارسول الله ؟ قال : لأنه قتله أهل الكتاب » رواه أبو داود.

٧٤٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال :﴿ ويُغزَى مع كل بر وفاجر ﴾

يعنى مع كل إمام ، قال أبو عبد الله وسئل عن الرجل يقول : أنا لا أغزو ، ويأخذه ولد العباس، إنما يوفر الفيء عليهم ؟ فقال : سبحان الله ، هؤلاء قوم سوء ، هؤلاء القَعَدة ، مثبطون جهال ، فيقال : أرأيتم لو أن الناس كلهم قعدوا كما قعدتم ، من كان يغزو ؟ أليس كان قد ذهب الإسلام ؟ ما كانت تصنع الروم؟[3] وقد روى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الجهاد واجب عليكم

(١) المائد فى البحر : الذى يصاب رأسه بدوار من ريح البحر واضطراب السفينة بالأمواج (ف)

(٢) المتشحط فى دمه : الذى يتخبط فيه ويضطرب ويتمرغ (ف)

(٣) القائلون بعدم الجهاد مع الأمير الظالم هم بعض الزهاد من أهل عبادان تركوا الدنيا جملة ، حتى لقد حرموا الطعام إلا مما طرح على الأرض وفى المزابل . وقد وصفهم الحارث المحاسبى بأنهم جهال بالفقه والأخبار . وقد ظهر فى مواجهتهم أناس لم يعتقدوا حلالا من المطاعم إلا ما كان عن طريق الغزو والمرابطة . انظر (المكاسب للمحاسبى) ملحق بكتابه (أعمال القلوب والجوارح) من تحقيقنا

مع كل أمين ، براً كان أو فاجراً » . وبإسناده عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاث من أصل الإيمان : الكف عمن قال لا إله إلا الله لا نكفره بذنب ، ولا نخرجه من الإسلام بعمل ، والجهاد ماض منذ بعثنى الله إلى أن يقاتل آخر أمتى الدجال[1] : والإيمان بالأقدار » ، ولأن ترك الجهاد مع الفاجر يفضى إلى قطع الجهاد ، وظهور الكفار على المسلمين ، واستئصالهم ، وظهور كلمة الكفر ، وفيه فساد عظيم : قال الله تعالى[2] : « وَلَوْلاَ دَفْعُ اللهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الأَرْضُ »

٧٤٢٧ (فصل)

قال أحمد : لا يعجبنى أن يخرج مع الإمام أو القائد إذا عرف بالهزيمة وتضييع المسلمين ، وإنما يغزو من له شفقة وحيطة على المسلمين ، فإن كان القائد يعرف بشرب الخمر والغلول يغزى معه ، إنما ذلك فى نفسه ويروى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « إن الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر » .

٧٤٢٨ (فصل)

ولا يستصحب الأمير معه مخذلا ، وهو الذى يثبط الناس عن الغزو ، ويزهدهم فى الخروج إليه ، والقتال والجهاد ، مثل أن يقول : الحر ، أو البرد شديد ، والمشقة شديدة ، ولا تؤمن هزيمة هذا الجيش ، وأشباه هذا ، ولا مرجفاً ، وهو الذى يقول : قد هلكت سرية المسلمين . ومالهم مدد ، ولا طاقة لهم بالكفار ، والكفار لهم قوة ومدد وصبر ، ولا يثبت لهم أحد ، ونحو هذا ، ولا من يعين على المسلمين بالتجسس للكفار ، وإطلاعهم على عورات المسلمين ، ومكاتبتهم بأخبارهم ، ودلالتهم على عوراتهم ، أو إيواء جواسيسهم ، ولا من يوقع العداوة بين المسلمين ، ويسعى بالفساد ، لقول الله تعالى[3] . وَلَكِنْ كَرِهَ اللهُ انْبِعَاثَهُمْ فَثَبَّطَهُمْ وَقِيلَ اقْعُدُوا مَعَ الْقَاعِدِينَ ، لَوْ خَرَجُوا فِيكُمْ مَا زَادُوكُمْ إِلاَّ خَبَالاً وَلاَ وَضَعُوا خِلاَلَكُمْ يَبْغُونَكُمُ الْفِتْنَةَ) ولأن هؤلاء مضرة على المسلمين ، فيلزمه منعهم ، وإن خرج معه أحد هؤلاء لم يسهم له ، ولم يرضخ[4] ، وإن أظهر عون المسلمين ، لأنه يحتمل أن يكون أظهره نفاقا ، وقد ظهر دليله فيكون مجرد ضرر ، فلا يستحق مما غنموا شيئاً ، وإن كان الأمير أحد هؤلاء لم يستحب الخروج معه ، لأنه إذا منع خروجه تابعا[5] فمتبوعا أولى ، ولأنه لا تؤمن المضرة على من صحبه

---

(١) سقط من نسخ المغنى (لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل) وهى فى سنن أبى داود ج ٢ ص ١٧ وهى فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٧١ (ف) .

(٢) سورة البقرة آية ٢٥١

(٣) سورة التوبة آية ٤٦ ، ٤٧

(٤) الرضخ : العطية القليلة (ف) .

(٥) فى المطبوعة : تبعا . وما فى ٣٩ أوضح .

٧٤٢٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ويقاتل كل قوم من يليهم من العدو ﴾

الأصل فى هذا قول الله تعالى(يَأَيُّها الَّذِينَ آمَنوا قاتِلُوا الذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الكُفّار)[1]، ولأن الأقرب أكثر ضرراً ، وفى قتاله دفع ضرره عن المقابل له ، وعمن وراءه ، والاشتغال بالبعيد عنه يمكنه من انتهاز الفرصة فى المسلمين ، لاشتغالهم عنه . قيل لأحمد : يحكون عن ابن المبارك أنه قيل له : تركت قتال العدو عندك ، وجئت إلى ههنا ؟ قال : هؤلاء أهل الكتاب ، فقال أبو عبد الله : سبحان الله ، ما أدرى ماهذا القول : ؟ يترك العدو عنده ، ويجىء إلى ههنا ، أفيكون هذا ؟ أو يستقيم هذا ؟ وقد قال الله تعالى (قاتِلوا الذينَ يلونكم منَ الكفّار » لو أن أهل خراسان كلهم عملوا على هذا لم يجاهد الترك أحد وهذا والله أعلم إنما فعله ابن المبارك لكونه متبرعا بالجهاد ، والكفاية حاصلة بغيره من أهل الديوان ، وأجناد المسلمين ، والمتبرع له ترك الجهاد بالكلية ، فكان له أن يجاهد حيث شاء ، ومع من شاء .

إذا ثبت هذا فإن كان له عذر فى البداية بالأبعد لكونه أخوف أو لمصلحة فى البداية به لقربه وإمكان الفرصة منه أو لكون الأقرب مهادناً أو يمنع من قتاله مانع فلابأس بالبداية بالأبعد لكونه موضع حاجة .

٧٤٣٠ (فصـــــل)

وأمر الجهاد موكول إلى الإمام واجتهاده ، ويلزم الرعية طاعته فيما يراه من ذلك ، وينبغى أن يبتدىء بترتيب قوم فى أطراف البلاد يكفون من بإزائهم من المشركين ، ويأمر بعمل حصونهم ، وحفر خنادقهم وجميع مصالحهم ، ويؤمر فى كل ناحية أميراً يقلده أمر الحروب ، وتدبير الجهاد ، ويكون ممن له رأى وعقل ونجدة وبصر بالحرب ، ومكابدة العدو ، ويكون فيه أمانة ورفق ونصح للمسلمين ، وإنما يبدأ بذلك لأنه لا يأمن عليها من المشركين ، ويغزو كل قوم من يليهم ، إلا أن يكون فى بعض الجهات من لا يفى به من يليه ، فينقل إليهم قوما من آخرين ، ويتقدم إلى من يؤمره ألا يحمل المسلمين على مهلكة ، ولا يأمرهم بدخول مطمورة[2] يخاف [أن] يقتلوا تحتها ، فإن فعل ذلك فقد أساء ، ويستغفر الله تعالى ، وليس عليه عقل ولا كفارة إذا أصيب واحد منهم بطاعته ، لأنه فعل ذلك باختياره ومعرفته ، فإن عدم الإمام لم يؤخر الجهاد ، لأن مصلحته تفوت بتأخيره . وإن حصلت غنيمة قسمها أهلها على موجب الشرع . قال القاضى : ويؤخر قسمة الإماء حتى يظهر إمام احتياطا للفروج . فإن بعث الأمام جيشاً وأمر

---

(١) سور التوبة آية ١٢٣ .

(٢) المطمورة : الحفيرة تحت الأرض تخبأ فيها الحبوب ونحوها (ف) .

عليهم أميراً فقتل أومات، فللجيش أن يؤمروا أحدهم كما فعل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في جيش مؤته لما قتل أمراؤهم[1]، الذين أمرهم النبي صلى الله عليه وسلم، أمروا عليهم خالد بن الوليد، فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فرضى أمرهم، وصوب رأيهم، وسمى خالد يومئذ «سيف الله».

٧٤٣١ (فصــل)

قال أحمد: قال عمر: «وفروا الأظفار في أرض العدو فإنه سلاح»، قال أحمد يحتاج إليها في أرض العدو. ألا ترى أنه إذا أراد أن يحل الحبل أو الشيء. فإذا لم يكن له أظفار لم يستطع؟ وقال عن الحكم بن عمرو: «أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا نحفى الأظفار في الجهاد، فإن القوة في الأظفار».

٧٤٣٢ (فصـــــل)

قال أحمد: يشيع الرجل إذا خرج، ولا يتلقونه. شيّع علي رسول الله النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة تبوك، ولم يتلقه.

وروى عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه شيع يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام، ويزيد راكب وأبو بكر رضي الله عنه يمشي. فقال له يزيد: «يا خليفة رسول الله، إما أن تركب، وإما أن أنزل أنا فأمشي معك، قال: لا أركب، ولا تنزل، إني أحتسب خطاى هذه في سبيل الله». وشيع أبو عبد الله أبا الحارث الصائغ، ونعلاه في يديه، وذهب إلى فعل أبي بكر، أراد أن تغبر قدماه في سبيل الله. وقال عن عوف بن مالك الخثعمي عن النبي صلى الله عليه وسلم: من اغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار»[2].

قال أحمد: ليس للخثعمي صحبة وهو قديم.

٧٤٣٣ ﴿مســألة﴾

قال ﴿وتمام الرباط أربعون يوما﴾

معنى الرباط: الإقامة بالثغر مقويا للمسلمين على الكفار. والثغر: كل مكان يخيف أهله العدو ويخيفهم.

---

(١) بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم البعث إلى مؤتة في جمادى الأولى سنة ثمان واستعمل عليهم زيد بن حارثة وقال: «إن أصيب زيد فجعفر بن أبي طالب على الناس فإن أصيب جعفر فعبد الله بن رواحة على الناس».

فلما أصيبوا أخذ الرايه ثابت بن أقرم أخو بني العجلان فقال: يا معشر المسلمين اصطلحوا على رجل منكم قالوا: أنت قال: ما أنا بفاعل. فاصطلح الناس على خالد بن الوليد (ف).

(٢) أخرجه أحمد والبخاري والترمذي والنسائي عن أبي عبس عبد الرحمن بن جبر (ف).

وأصل الرباط من رباط الخيل، لأن هؤلاء يربطون خيولهم ،و هؤلاء يربطون خيولهم ، كل يعد لصاحبه ، فسمي المقام بالثغر رباطا ، وإن لم يكن فيه خيل . وفضله عظيم ، وأجره كبير . قال أحمد : ليس يعدل الجهاد عندى والرباط شيء . والرباط دفع عن المسلمين وعن حريمهم ، وقوة لأهل الثغر ، ولأهل الغزو ، فالرباط أصل الجهاد وفرعه ، والجهاد أفضل منه ، للعناء والتعب والمشقة .

وقد روى فى فضل الرباط أخبار ، منها : ما روى سلمان ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « رباط ليلة فى سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه ، فإن مات جرى عليه عمله الذى يعمل ، وأجرى عليه رزقه ، وأمن الفتان » . رواه مسلم .

وعن فضالة بن عبيد ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كل ميت يختم على عمله إلا المرابط فى سبيل الله ، فإنه ينمو له عمله إلى يوم القيامة ، ويؤمن من فتان القبر » رواه أبو داود والترمذى وقال : حديث حسن صحيح . وعن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه قال على المنبر : « إنى كنت كتمتكم حديثا سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم كراهية تفرقكم عنى ، ثم بدا لى أن أحدثكموه ، ليختار امرؤ منكم لنفسه . سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : «رباط يوم فى سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من المنازل » رواه أبو داود والأثرم وغيرهما .

إذا ثبت هذا فإن الرباط يقل ويكثر ، فكل مدة أقامها بنية الرباط فهو رباط ، قل أو كثر . ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : « رباط يوم » و « رباط ليلة » قال أحمد : يوم رباط ، وليلة رباط ، وساعة رباط . وقال عن أبى هريرة : « ومن رابط يوما فى سبيل الله كتب له أجر الصائم القائم ، ومن زاد ، زاده الله » وروى سعيد بن منصور بإسناده عن عطاء الخراسانى عن أبى هريرة «رباط يوم فى سبيل الله أحب إلى من أن أوافق ليلة القدر فى أحد المسجدين ، مسجد الحرام ، أو مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومن رابط أربعين يوما فقد استكمل الرباط ، وتمام الرباط أربعون يوما» . روى ذلك عن أبى هريرة وابن عمر . وقد ذكرنا خبر أبى هريرة ، وروى أبو الشيخ فى كتاب الثواب بإسناده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « تمام الرباط أربعون يوما » ، وروى عن نافع عن ابن عمر : أنه قدم على عمر ابن الخطاب من الرباط ، فقال له : كم رابطت ؟ قال : ثلاثين يوما : قال : عزمت عليك إلا رجعت حتى تتمها أربعين يوما . وإن رابط أكثر فله أجره ، كما قال أبو هريرة ، ومن زاد زاده الله .

٧٤٣٤ (فصل)

وأفضل الرباط المقام بأشد الثغور خوفا ، لأنهم إليه أحوج ، ومقامه به أنفع ، قال أحمد : أفضل الرباط أشدهم كلبا ، وقيل لأبى عبد الله : فأين أحب إليك أن ينزل الرجل بأهله ؟ قال : كل مدينة معقل للمسلمين

مثل دمشق . وقال : أرض الشام أرض المحشر ، ودمشق موضع يجتمع إليه النـاس إذا غلبت الروم .
قيل لأبي عبد الله : فهذه الأحاديث التي جاءت : « إن الله تـكفل[١] لى بالشام » ونحو هـذا ؟ قال ما أكثر ماجاء فيه : وقيل له . إن هذا في الثغور ، فأنـكره وقال : أرض القدس أين هي ؟ ولا يزال أهل الغرب ظاهرين هم أهل الشام . ففسر أحمد الغرب في هذا الحديث بالشام . وهو حديث صحيح رواه[٢] مسلم وإنما فسره بذلك لأن الشام يسمى مغربا ، لأنه مغرب للعراق ، كما يسمى العراق مشرقا ؛ ولهذا قيل: ولأهل المشرق ذات عرق . وقد جاء في حديث مصرحا به « لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم بالشام » .

وفي الحديث : عن مالك بن يخامر ، عن معاذ بن جبل ، قال : وهم بالشام . رواه البخاري[٣] في صحيحه وفي خبر عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تزال طائفة بدمشق ظاهرين » أخرجه البخاري في التاريخ ،

وقد رويت في الشام أخبار كثيرة ، منها حديث عبدالله بن حوالة الأزدي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ستجدون أجناداً ، جنداً بالشام ، وجنداً بالعراق ، وجنداً باليمن . فقلت : خر لى يارسول الله ، قال : عليك بالشام ، فإنها خيرة الله من أرضه ، يجتبي إليها خيرته من عباده ، فمن أبي فليلحق باليمن ، ويشق[٤] من غدره ، فإن الله تـكفل لى بالشام وأهله رواه أبو داود[٥] بمعناه ، وكان أبو إدريس إذا روى هذا الخبر قال : ومن تـكفل الله به فلا ضيعة عليه .

---

(١) أخرج أبو داود في سننه ج ٢ ص ٤ « عن ابن حوالة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « سيصير الأمر إلى أن تكونوا جنودا مجندة جند بالشام وجند باليمن وجند بالعراق قال ابن حوالة : خر لى يا رسول الله إن أدركت ذلك فقال : عليك بالشام فإنها خيرة الله من أرضه يجتبي إليها خيرته من عباده فأما إن أبيتم فعليـكم بيمنـكم واسقوا من غدركم (جمع غدير) فإن الله توكل لى بالشام وأهله » ورواه أحمد في مسنده ج ٤ ص ١١٠ (ف) .

(٢) في صحيح مسلم ج ٣ ص ١٥٢٥ عن سعد بن أبي وقاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يزال أهل الغرب ظاهرين على الحق حتى تقوم الساعة) اهـ .

قال على بن المديني : المراد بأهل الغرب العرب والمراد بالغرب الدلو الـكبيرة لاختصاصهم بها غالبا وقال معاذهم بالشام وجاء في حديث آخر : هم ببيت المقدس (ف) .

(٣) قول معاذ (وهم بالشام) في البخاري ج ٤ ص ٢٥٤ في علامات النبوة ، ج ٩ ص ١٦٧ في كتاب التوحيد باب قول الله إنما قولنا لشيء (ف) .

(٤) لعله محرف والأصل (ويسق) بدليل لفظ أبي داود السابق (واسقوا من غدركم) (ف) .

(٥) مر لفظ أبي داود قريبا (ف) .

وروى عن الأوزاعى قال : أتيت المدينة ، فسألت : من بها من العلماء ؟ فقيل : محمد بن المنكدر ، ومحمد بن كعب القرظى ، ومحمد بن على بن عبدالله بن العباس . ومحمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب ، رضى الله عنه . فقلت:والله لأبد أن بهذا قبلهم ، فدخلت إليه ، فأخذ بيدى وقال . من أى إخواننا أنت ؟ قلت : من أهل الشام . قال : من أيهم قلت : من أهل دمشق . قال : حدثنى أبى عن جدى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « يكون للمسلمين ثلاث معاقل ، فمعقلهم فى الملحمة الكبرى التى تكون بعمق أنطاكية دمشق،ومعقلهم من الدجال بيت المقدس ،ومعقلهم من يأجوج ومأجوج طور سيناء» رواه أبو نعيم فى الحلية . وفى خبر آخر عن أبى الدرداء ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن فسطاط المسلمين يوم الملحمة بالغوطة ، إلى جانب مدينة يقال لها دمشق ، من خير مدائن الشام » ، أخرجه أبو داود ، وروى سعيد بن منصور فى سننه بإسناده ، عن أبى النضر ، أن عوف بن مالك أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله أوصنى : قال : « عليك بجبل الخمر » قال : وما جبل الخمر ؟ قال : « أرض المحشر » . وبإسناده عن عطاء الخراسانى ، بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « رحم الله أهل المقبرة » ثلاث مرات . فسئل عن ذلك فقال : « تلك مقبرة تكون بعسقلان » فكان عطاء يرابط بها كل عام أربعين يوما ، حتى مات .

وروى الدارقطنى فى كتابه المخرج على الصحيحين ، بإسناده عن ابن عمر ، أن النبى صلى الله عليه وسلم صلى على مقبرة ، فقيل له : يارسول الله أى مقبرة هى ؟ قال : « مقبرة بأرض العدو ، يقال لها عسقلان ، يفتتحها ناس من أمتى ، يبعث الله منها سبعين ألف شهيد ، فيشفع الرجل فى مثل ربيعة ومضر ، ولكل عروس ، وعروس الجنة عسقلان» . وبإسناده عن ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إنى أريد أن أغزو ؟ فقال : « عليك بالشام وأهله ، ثم الزم من الشام عسقلان ، فإنها إذا دارت الرحى فى أمتى كان أهلها فى راحة وعافية »

٧٤٣٥ (فصـــــل)

ومذهب أبى عبد الله كراهة نقل النساء والذرية إلى الثغور المخوفة ، وهو قول الحسن ، والأوزاعى . لما روى يزيد بن عبد الله قال : قال عمر : لا تنزلوا المسلمين ضفة البحر » : رواه الأثرم بإسناده ، ولأن الثغور المخوفة لا يؤمن ظفر العدو بها ، وبمن فيها ، واستيلاؤهم على الذرية والنساء . قيل لأبى عبد الله : فتخاف على المنتقل بعياله إلى الثغر الإثم ؟ قال : كيف لا أخاف الإثم وهو يعرض ذريته للمشركين ؟ وقال : كنت آمر بالتحول بالأهل والعيال إلى الشام قبل اليوم ، فأنا أنهى عنه الآن ، لأن الأمر قد اقترب . وقال : لابد لهؤلاء القوم من يوم . قيل : فذلك فى آخر الزمان قال : فهذا آخر الزمان . قيل :

فالنبي صلى الله عليه وسلم كان يقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها ، قال : هذا للواحدة ليس الذرية .

وهذا من كلام أحمد محمول على أن غير أهل الثغر لا يستحب لهم الانتقال بأهلهم إلى ثغر مخوف ، فأما أهل الثغر فلا بد لهم من السكنى بأهلهم ، لولا ذلك لخربت الثغور ، وتعطلت ، وخص الثغور المخوفة بدليل أنه اختار سكنى دمشق ونحوها مع كونها ثغراً ، لأن الغالب سلامتها وسلامة أهلها .

٧٤٣٦ (فصـــل)

ويستحب لأهل الثغر أن يجتمعوا فى المسجد الأعظم لصلواتهم كلها ، ليكون أجمع لهم ، وإذا حضر النفير صادفهم مجتمعين ، فيبلغ الخبر جميعهم ، وإن جاء خبر يحتاجون إلى سماعه ، أو أمر يراد إعلامهم به يعلمونه ، ويراهم عين الكفار ، فيعلم كثرتهم ، فيخوف بهم . قال أحمد : إن كانوا متفرقين يرى الجاسوس قلتهم : قال : وبلغنى عن الأوزاعى أنه قال فى المساجد التى بالثغر : لو أن لى عليها ولاية لسمرت أبوابها ، ولم يقل لخربتها ، حتى تكون صلاتهم فى موضع واحد ، حتى إذا جاء النفير وهم متفرقون لم يكونوا مثلهم إذا كانوا فى موضع واحد .

٧٤٣٧ (فصـــل)

وفى الحرس فى سبيل الله فضل كبير . قال ابن عباس : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « عينان لا تمسهما النار ، عين بكت من خشية الله ، وعين باتت تحرس فى سبيل الله » : رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « رحم[1] الله حارس الحرس » . وعن سهل ابن الحنظلية أنهم ساروا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين ، فأطنبوا السير ، حتى كان[2] عشية قال : « من يحرسنا الليلة ؟ » قال أنس بن أبى مرثد الغنوى : أنا يارسول الله ، قال : « فاركب » فركب فرساً له وجاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له : « استقبل هذا الشعب حتى تكون فى أعلاه ولا نُغَرَّنَّ[3] من قبلك الليلة » ، فلما أصبحنا جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مصلاه

(١) أخرجه ابن ماجه والحاكم عن عقبة بن عامر (ف) .

(٢) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٩ ومختصرة للمنذرى ج ٣ ص ٣٦٥ « كانت عشية ، فحضرت صلاة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رجل فارس فقال . يا رسول الله ، إنى انطلقت بين أيديكم حتى طلعت جبل كذا وكذا فإذا أنا بهوازن على بكرة آبائهم بظعنهم ونعمهم وشائهم اجتمعوا إلى حنين فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : تلك غنيمة المسلمين غدا إن شاء الله ثم قال : من يحرسنا الليلة الخ » (ف) .

(٣) فى طبعة الفقى ج ٨ ص ٣٥٨ (ولأنفرن) وصوابها تبعا لطبعة رشيد (ولا نغرن) والصواب كما فى سنن أبى داود (ولا نغرن) (ف) .

فركع ركعتين ثم قال : « هل أحسستم فارسكم الليلة ؟ » قالوا : لا نثوب بالصلاة ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي وهو يلتفت إلى الشعب ، حتى إذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاته وسلم قال : « أبشروا قد جاءكم فارسكم [١] » . فإذا هو قد جاء ، حتى وقف على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني انطلقت حتى كنت في أعلى هذا الشعب ، حيث أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما أصبحت اطَّلَعْتُ الشعبين كليهما ، فنظرت فلم أر أحداً ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل نزلت الليلة ؟ » ، قال : لا ، إلا مصلياً أو قاضياً حاجة : فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم . « قد أَوْجَبْتَ فلا عليك أن لا تعمل بعدها » . رواه أبو داود ، وعن عثمان رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « حرس ليلة في سبيل الله أفضل من ألف ليلة قيام ليلها ، وصيام نهارها » ، رواه ابن[٢] سنجر .

٧٤٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿وإذا كان أبواه مسلمين لم يجاهد تطوعا إلا بإذنهما﴾

روى نحو هذا عن عمر ، وعثمان ، وبه قال مالك ، والأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وسائر أهل العلم ، وقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص ، قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله ، أجاهد ؟ فقال : ألك أبوان ؟ قال : نعم . قال : ففيهما فجاهد » . وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح ، وفي رواية فقال : جئت أبايعك على الهجرة ، وتركت أبويّ يبكيان ، قال : « إرجع إليهما فأضحكهما كما أبكيتهما » . عن أبي سعيد أن رجلا هاجر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك باليمن أحد ؟ » قال : نعم ، أبواي ، قال : « أذنا لك ؟ » قال : لا ، قال : « فارجع فاستأذنهما ، فإن أذنا لك فجاهد ، وإلا فبرهما » . رواهن أبو داود . ولأن بر الوالدين فرض عين : والجهاد فرض كفاية ، وفرض العين يقدم . فأما إن كان أبواه غير مسلمين فلا إذن لهما وبذلك قال الشافعي . وقال الثوري : لا يغزو إلا بإذنهما ، لعموم الأخبار .

ولنا : أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يجاهدون ، وفيهم من له أبوان كافران من غير استئذانهما . منهم : أبو بكر الصديق ، وأبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة ، كان مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر ، وأبوه رئيس المشركين يومئذ ، قتل ببدر ، وأبو عبيدة قتل أباه في الجهاد ، فأنزل الله تعالى : (لَا تَجِدُ قَوْماً) . الآية . وعموم الأخبار مخصص بما رويناه ، فأما إن كان أبواه رقيقين فعموم كلام الخرقي

(٤) في أبي داود زيادة (فجعلنا ننظر إلى خلال الشجر في الشعب) فإذا هو قد جاء الخ (ف) .

(٥) أخرجه أيضا الطبراني والحاكم والبيهقي عن عثمان (ف) .

يقتضى وجوب استئذانهما ، لعموم الأخبار ، ولأنهما أبوان مسلمان ، فأشبها الحرين ، ويحتمل أن لا يعتبر إذنهما ، لأنه لا ولاية لهما ، وإن كانا مجنونين فلا إذن لهما ، لأنه لا يمكن استئذانهما .

٧٤٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا خوطب بالجهاد فلا إذن لهما ، وكذلك كل الفرائض ، لا طاعة لهما فى تركها ﴾ .

يعنى إذا وجب عليه الجهاد لم يعتبر إذن والديه ، لأنه صار فرض عين ، وتركه معصية ولا طاعة لأحد فى معصية الله . وكذلك كل ما وجب ، مثل : الحج ، والصلاة ، فى الجماعة ، والجمع والسفر للعلم الواجب . قال الأوزاعى : لاطاعة للوالدين فى ترك الفرائض والجمع والحج والقتال ، لأنها عبادة تعينت عليه ، فلم يعتبر إذن الأبوين فيها كالصلاة ، ولأن الله تعالى قال: «ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا »[1] ولم يشترط إذن الوالدين .

٧٤٤٠ (فصل)

وإن خرج فى جهاد تطوع بإذنهما فمنعاه منه بعد سيره وقبل وجوبه فعليه الرجوع لأنه معنى لو وجد فى الابتداء منع، فإذا وجد فى أثنائه منع ، كسائر الموانع إلا أن يخاف على نفسه فى الرجوع ، أو يحدث له عذر من مرض أو ذهاب نفقه أو نحوه ، فإن أمكنه الإقامة فى الطريق وإلا مضى مع الجيش ، فإذا حضر الصف تعين عليه بحضوره ، ولم يبق لهما إذن ، وإن كان رجوعهما عن الإذن بعد تعين الجهاد عليه لم يؤثر رجوعهما شيئاً ، وإن كانا كافرين فأسلما ومنعاه كان ذلك كمنعهما بعد إذنهما سواء وحكم الغريم يأذن فى الجهاد ثم يمنع منه حكم الوالد على ما فصلناه ، فأما إن حدث للإنسان فى نفسه عذر من مرض أو عمى أو عرج فله الانصراف ، سواء التقى الزحفان أو لم يلتقيا ، لأنه لا يمكنه القتال ، ولا فائدة فى مقامه .

٧٤٤١ (فصل)

وإن أذن له والداه فى الغزو ، وشرطا عليه ألا يقاتل ، فحضر القتال تعين عليه وسقط شرطهما ، كذلك قال الأوزاعى ، وابن المنذر، لأنه صار واجباً عليه فلم يبق لهما فى تركه طاعة . ولو خرج بغير إذنهما فحضر القتال ثم بدا له الرجوع لم يجز له ذلك .

٧٤٤٢ (فصل)

ومن عليه دين حال أو مؤجل لم يجز له الخروج إلى الغزو إلا بإذن غريمه ، إلا أن يترك وفاء ، أو يقيم به كفيلا ، أو يوثقه برهن . وبهذا قال الشافعى . ورخص مالك فى الغزو لمن لا يقدر على قضاء دينه ، لأنه لا تتوجه المطالبة به ، ولا حبسه من أجله ، فلم يمنع من الغزو ، كما لو لم يكن عليه دين .

(١) سورة آل عمران آية ٩٧

ولنا : أن الجهاد تقصد منه الشهادة التى تفوت بها النفس ، فيفوت الحق بفواتها ، وقد جاء أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله ، إن قتلت فى سبيل الله صابراً محتسباً تكفر عنى خطاياى ؟ قال : « نعم ، إلا الدين . فإن جبريل قال لى ذلك » ، رواه مسلم .

وأما إذا تعين عليه الجهاد فلا إذن لغريمه ، لأنه تعلق بعينه ، فكان مقدما على ما فى ذمته ، كسائر فروض الأعيان ، ولكن يستحب له ألا يتعرض لمظان القتل ، من المبارزة ، والوقوف فى أول المقاتلة ، لأن فيه تغريراً بتفويت الحق ، وإن ترك وفاء أو أقام كفيلا فله الغزو بغير إذن ، نص عليه أحمد فيمن ترك وفاء ، لأن عبد الله بن حرام أبا جابر بن عبد الله خرج إلى أحد ، وعليه دين كثير ، فاستشهد وقضاه عنه ابنه بعلم النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يذمه النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك ، ولم ينكر فعله ، بل مدحه وقال : « مازالت الملائكة تظله بأجنحتها حتى رفعتموه[1] » وقال لابنه جابر : « أشعرت أن الله أحيا أباك[2] وكلمه كفاحا » .[3]

٧٤٤٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويقاتل أهل الكتاب والمجوس ، ولا يدعون ، لأن الدعوة قد بلغتهم ، ويدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا ﴾

أما قوله فى أهل الكتاب والمجوس : لا يدعون قبل القتال . فهو على عمومه ، لأن الدعوة قد انتشرت وعمت ، فلم يبق منهم من لم تبلغه الدعوة إلا نادر بعيد ، وأما قوله : يدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا ، فليس بعام ، فإن من بلغته الدعوة منهم لا يدعون ، وإن وجد منهم من لم تبلغه الدعوة دعى قبل القتال ، وكذلك إن وجد من أهل الكتاب من لم تبلغه الدعوة دعوا قبل القتال .

قال أحمد : إن الدعوة قد بلغت وانتشرت ، ولكن إن جاز أن يكون قوم خلف الروم ، وخلف الترك على هذه الصفة ، لم يجز قتالهم قبل الدعوة ، وذلك لما روى بريدة قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) لفظ البخارى ج ٥ ص ١٣١ (حتى رفع) (ف) .

(٢) أخرجه الترمذى عن جابر فى التفسير ج ٢ ص ١٦٨ ولفظه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفلا أبشرك بما لقى الله به أباك ؟ قال : قلت : بلى يا رسول الله . قال : ما كلم الله أحدا قط إلا من وراء حجاب وأحيا أباك فكلمه كفاحا فقال : يا عبدى تمن على أعطك . قال : يا رب تحيينى فأقتل فيك ثانية قال الرب عز وجل إنه قد سبق منى أنهم إليها لايرجعون قال : وأنزلت هذه الآية : «ولا تحسبن الذين قتلوا فى سبيل الله أمواتا الآية » ومعنى (كلمه كفاحا) : مواجهة لا من وراء حجاب (ف) .

(٣) كفاحا : أى فى حال بين النوم واليقظة ، تسمى « الفهوانية » اصطلاحا.

إذا بعث أميراً على سرية أو جيش ، أمره بتقوى الله فى خاصته ، وبمن معه من المسلمين ، وقال : « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى ثلاث خصال ، فأيتهن أجابوك إليها فاقبل منهم وكف عنهم . ادعهم إلى الإسلام ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم . فإن هم أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم ، وكف عنهم . فإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم » رواه أبو داود ، ومسلم . وهذا يحتمل أنه كان فى بدء الأمر قبل انتشار الدعوة ، وظهور الإسلام ، فأما اليوم فقد انتشرت الدعوة ، فاستغنى بذلك عن الدعاء عند القتال . قال أحمد : كان النبى صلى الله عليه وسلم يدعو إلى الإسلام قبل أن يحارب ، حتى أظهر الله الدين ، وعلا الإسلام ، ولا أعرف اليوم أحداً يدعى ، قد بلغت الدعوة كل أحد ، فالروم قد بلغتهم الدعوة ، وعلموا ما يراد منهم ، وإنما كانت الدعوة فى أول الإسلام . وإن دعا فلا بأس . وقد روى ابن عمر رضى الله عنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أغار على بنى المصطلق وهم غَارُّون آمنون ، وإبلهم تُسْقَى على الماء ، فقتل المُقاتلة ، وسبى الذرية » . متفق[1] عليه . وعن الصَّعْب بن جَثَّامَة ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الديار[2] من ديار المشركين ، يُبَيَّتُونَ فيُصِيبُون من نسائهم وذَرَارِيِّهم ، فقال : « هم منهم » . متفق عليه . وقال سلمة بن الأكوع : « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر ، فغزونا ناساً من المشركين ، [3]فبيتناهم » . رواه أبو داود .

ويحتمل أن يحمل الأمر بالدعوة فى حديث بريدة على الاستحباب ، فإنها مستحبة فى كل حال . وقد روى : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر علياً حين أعطاه الراية يوم خيبر وبعثه إلى قتالهم أن يدعوهم ، وهم ممن بلغتهم الدعوة . رواه البخارى . ودعا خالد ابن الوليد طليحة الأسدى حين تنبأ فلم يرجع ، فأظهره الله عليه ، ودعا سلمان أهل فارس . فإذا ثبت هذا فإن كان المدعو من أهل الكتاب أو مجوساً دعاهم إلى الإسلام ، فإن أبوا دعاهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أبوا قاتلهم ، وإن كانو من غيرهم دعاهم إلى الإسلام ، فإن أبوا قاتلهم ، ومن قتل منهم قبل الدعاء لم يضمن ، لأنه لا إيمان له ولا أمان ، فلم يضمن كنساء من بلغته الدعوة وصبيانهم .

---

(١) اتفق عليه البخارى ومسلم من رواية عبد الله بن عمر ـ ومعنى غارون : غافلون (ف) .

(٢) فى نسخ المغنى (عن الديار من ديار المشركين) ـ وهو فى صحيح البخارى ج ٤ ص ٧٤ « سئل عن أهل الدار يبيتون من المشركين فيصاب من نسائهم وذراريهم » وفى مسلم ج ٣ ص ١٣٦٤ (سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن الذرارى، من المشركين يبيتون فيصيبون من نسائهم وذراريهم) (ف) .

(٣) بقيته (فبيتناهم فقتلناهم وكان شعارنا تلك الليلة أمت أمت قال سلمة : فقتلت بيدى تلك الليلة سبعة أهل أبيات من المشركين » سنن أبى داود ج ٢ ص ٤١ وأخرجه النسائى وابن ماجه (ف) .

٧٤٤٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ويقاتل أهل الـكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون، ويقاتل من سواهم من الـكفار حتى يسلموا ﴾

وجملته : أن الـكفار ثلاثة أقسام :

قسم أهل كتاب ، وهم : اليهود ، والنصارى ، ومن اتخذ التوراة والإنجيل كتاباً كالسامرة ، والفرنج، ونحوهم . فهؤلاء تقبل منهم الجزية ، ويقرون على دينهم إذا بذلوها ، لقول الله تعالى : « قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُون » .[1]

وقسم لهم شبهة كتاب ، وهم : المجوس . فحكمهم حكم أهل الـكتاب فى قبول الجزية منهم ، وإقرارهم بها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الـكتاب[2] » . ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى هذين القسمين .

وقسم لا كتاب لهم ، ولا شبهة كتاب ، وهم من عدا هذين القسمين من عبدة الأوثان ، ومن عبد ما استحسن ، وسائر الـكفار ، فلا تقبل منهم الجزية ، ولا يقبل منهم سوى الإسلام هذا ظاهر المذهب، وهو مذهب الشافعى . وروى عن أحمد : أن الجزية تقبل من جميع الـكفار ، إلا عبدة الأوثان من العرب . وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق ، فيقرون ببذل الجزية كالمجوس . وحكى عن مالك : أنها تقبل من جميع الـكفار إلا كفار قريش ، لحديث بريدة الذى فى المسألة قبل هذه ، وهو عام ، ولأنهم كفار فأشبهوا المجوس .

ولنا : عموم قوله تعالى : « فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ[3] » . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » . خص منها أهل الـكتاب بقوله تعالى : « منَ الذينَ أوتوا الـكتابَ حتّى يعطوا الجِزْيةَ عنْ يدٍ وهم صاغرُون » والمجوس بقوله : « سنوا بهم سنة أهل الـكتاب » . فمن عداهما يبقى على مقتضى العموم ، ولأن الصحابة رضى الله عنهم توقفوا فى أخذ الجزية من

---

(١) سورة التوبة آية ٢٩

(٢) قال الحافظ فى الدراية ج ٢ ص ٢٠٥ « لم أجده بهذا اللفظ ولـكن أخرج عن الرزاق وابن أبى شيبة من رواية الحسن بن محمد ابن الحنفية أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم » وهو مرسل جيد الإسناد (ف)

(٣) سورة التوبة آية ٥

المجوس ، ولم يأخذ عمر منهم الجزية حتى روى له عبد الرحمن بن عوف : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » . وثبت عندهم أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر. وهذا يدل على أنهم لم يقبلوا الجزية ممن سواهم ، فإنهم إذا توقفوا فيمن له شبهة كتاب،ففيمن لا شبهة له أولى . ثم أخذ الجزية منهم للخبر المختص بهم ، فيدل على أنهم لم يأخذوها من غيرهم ، ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » يدل على اختصاص أهل الكتاب ببذل الجزية ، إذ لو كان عاما في جميع الكفار لم يختص أهل الكتاب بإضافتها إليهم ، ولأنهم تتغلظ كفرهم لكفرهم بالله وجميع كتبه ورسله ، ولم تكن لهم شبهة ، فلم يقروا ببذل الجزية كقريش ، وعبدة الأوثان من العرب ، ولأن تغليظ الكفر له أثر في تحتم القتل ، وكونه لا يقر بالجزية ، بدليل المرتد . وأما المجوس فإن لهم شبهة كتاب ، والشبهة تقوم مقام الحقيقة فيما يبنى على الاحتياط ، فحرمت دماؤهم ولم يثبت حل نسائهم وذبائحهم ، لأن الحل لا يثبت بالشبهة ، ولأن الشبهة لما اقتضت تحريم دمائهم اقتضت تحريم ذبائحهم ونسائهم ، ليثبت التحريم في المواضع كلها ، تغليباً له على الإباحة ، ولا نسلم أنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق .

٧٤٤٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وواجب على الناس إذا جاء العدو أن ينفروا المقل منهم والمكثر ، ولا يخرجوا إلى العدو إلا بإذن الأمير ، إلا أن يفاجأهم عدو غالب يخافون كلبه ، فلا يمكنهم أن يستأذنوه ﴾

قوله : المقل منهم والمكثر ، يعني به والله أعلم : الغني والفقير . أي مقل من المال ومكثر منه . ومعناه : أن النفير يعم جميع الناس ، ممن كان من أهل القتال حين الحاجة إلى نفيرهم ، لمجيء العدو إليهم ، ولا يجوز لأحد التخلف إلا من يحتاج إلى تخلفه لحفظ المكان والأهل والمال ، ومن يمنعه الأمير من الخروج ، أو من لا قدرة له على الخروج أو القتال ، وذلك لقول الله تعالى : (انْفِرُوا خِفَافاً وَثِقَالاً)(١) وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا استنفرتم فانفروا » . وقد ذم الله تعالى الذين أرادوا الرجوع إلى منازلهم يوم الأحزاب ، فقال تعالى : (وَيَسْتَأْذِنُ فَرِيقٌ مِنْهُمُ النَّبِيَّ يَقُولُونَ إِنَّ بُيُوتَنَا عَوْرَةٌ وَمَا هِيَ بِعَوْرَةٍ إِنْ يُرِيدُونَ إِلاَّ فِرَاراً)(٢) ولأنهم إذا جاء العدو صار الجهاد عليهم فرض عين ، فوجب على الجميع ، فلم يجز لأحد التخلف عنه .

فإذا ثبت هذا فإنهم لا يخرجون إلا بإذن الأمير ، لأن أمر الحرب موكول إليه ، وهو أعلم بكثرة العدو وقلتهم ، ومكامن العدو وكيدهم ، فينبغي أن يرجع إلى رأيه ، لأنه أحوط للمسلمين ، إلا أن يتعذر استئذانه لمفاجأة عدوهم لهم ، فلا يجب استئذانه ، لأن المصلحة تتعين في قتالهم ، والخروج إليهم ، لتعين

(١) سورة التوبة آية ٤١ (٢) سورة الأحزاب آية ١٣

الفساد فى تركهم ، ولذلك لما أغار الكفار[1] على لقاح النبى صلى الله عليه وسلم فصادفهم سلمة بن الأكوع خارجا من المدينة ، تبعهم فقاتلهم من غير إذن ، فمدحه النبى صلى الله عليه وسلم وقال : « خير رجالتنا سلمة ابن الأكوع » . وأعطاه سهم فارس وراجل .

٧٤٤٦ (فصــــل)

وسئل أحمد عن الإمام إذا غضب على الرجل ، فقال : أحرج عليك ألا تصحبنى . فنادى بالنفير ، يكون إذنا له ؟ قال لا ، إنما قصد له وحده ، فلا يصحبه حتى يأذن له . قال : وإذا نودى بالصلاة والنفير فإن كان العدو بالبعد إنما جاءهم طليعة للعدو صلوا ونفروا إليهم ، وإذا استغاثوا بهم ، وقد ورد العدو أغاثوا ونصروا وصلوا على ظهور دوابهم ، ويؤمون ، والغياث عندى أفضل من صلاة الجماعة ، والطالب والمطلوب فى هذا الموضع يصلى على ظهر دابته وهو يسير أفضل إن شاء الله تعالى .

وإذا سمع النفير وقد أقيمت الصلاة يصلى ويخفف ، ويتم الركوع والسجود ، ويقرأ بسور قصار ، وقد نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو جنب ، يعنى غسيل الملائكة حنظلة[2] بن الراهب : قال : ولا يقطع الصلاة إذا كان فيها ، وإذا جاء النفير والإمام يخطب يوم الجمعة لا ترى أن ينفروا . قال ، ولا تنفر الخيل إلا على حقيقة ، ولا تنفر على الغلام إذا أبق إذا أنفروهم ، فلا يكون هلاك الناس بسبب غلام ، وإذا نادى الإمام الصلاة جامعة لأمر يحدث فيشاور فيه ، لم يتخلف عنه أحد إلا من عذر .

٧٤٤٧ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ ولا يدخل مع المسلمين من النساء إلى أرض العدو إلا الطاعنة فى السن ، لسقى الماء ، ومعالجة الجرحى ، كما فعل النبى صلى الله عليه وسلم ﴾

---

(١) أغار نفر فى خيل من غطفان على لقاح رسول الله صلى الله عليه وسلم (وهى الإبل الحوامل ذوات الألبان) فكان أول من علم بهم سلمة بن عمرو بن الأكوع فخرج يشتد فى طلبهم ويردهم بالنبل ويقول : إذا رمى خذها وأنا ابن الأكوع وبلغ الرسول صلى الله عليه وسلم الأمر فاستنفر أصحابه : وقد روى الطبرانى فى الصغير عن أبى قتادة الحارث بن ربعى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « خير فرساننا أبو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الأكوع » مجمع الزوائد ج ٩ ص٣٦٣ وكان هذا فى غزوة ذى قرد بفتح القاف والراء : ماء على نحو بريد من المدينة (ف)

(٢) أخرج السراج من طريق ابن اسحق حدثنى يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن أبيه عن جده قال : كان حنظلة بن أبى عامر الغسيل التقى هو وأبو سفيان بن حرب فلما استعلى حنظلة رآه شداد بن شعوب فعلاه بالسيف حتى قتله وقد كاد يقتل أبا سفيان فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إن صاحبكم تغسله الملائكة فاسئلوا صاحبته فقالت : خرج وهو جنب لما سمع الهيعة فقال النبى صلى الله عليه وسلم لذلك تغسله الملائكة (ف) .

وجملته : أنه يكره دخول النساء الشواب أرض العدو ، لأنهن لسن من أهل القتال ، وقلما ينتفع بهن فيه ، لاستيلاء الخور والجبن عليهن ، ولا يؤمن ظفر العدو بهن فيستحلون ما حرم الله منهن ، وقد روى حشرج[1] بن زياد عن جدته أم أبيه أنها خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة خيبر ، سادسة ست نسوة ، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث إلينا فجئنا ، فرأينا منه الغضب ، فقال : « مع من خرجتن ؟ » فقلنا : يا رسول الله ، خرجنا نغزل الشعر ، ونعين به فى سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ، ونناول السهام ، ونسقى السويق ، فقال : « قمن » حتى إذا فتح الله خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال : فقلت لها : يا جدة ، ما كان ذلك ، قالت تمراً .

قيل للأوزاعى : هل كانوا يغزون معهم بالنساء فى الصوائف ؟ قال لا ، إلا بالجوارى ، فأما المرأة الطاعنة فى السن ، وهى الكبيرة إذا كان فيها نفع مثل سقى الماء ، ومعالجة الجرحى فلا بأس به ، لما روينا من الخبر ، وكانت أم سُلَيْم ونُسَيْبَةَ بنت كعب تغزوان مع النبى صلى الله عليه وسلم ، فأما نسيبة فكانت تقاتل وقطعت يدها يوم اليمامة ، وقالت الرُّبَيِّع ؟ كنا نغزو مع النبى صلى الله عليه وسلم لسقى الماء ومعالجة الجرحى .

وقال أنس : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بأم سليم ونسوة معها من الأنصار ، يسقين الماء ، ويداوين الجرحى . قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح .

فإن قيل : فقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يخرج معه من تقع عليها القرعة من نسائه ، وخرج بعائشة مرات . قيل : تلك امرأة واحدة يأخذها لحاجته إليها ، ويجوز مثل ذلك للأمير عند حاجته ، ولا يرخص لسائر الرعية ، لئلا يفضى إلى ما ذكرنا .

٧٤٤٨ (فصـــل)

ينبغى للأمير أن يرفق بجيشه ، ويسير بهم سير أضعفهم ، لئلا يشق عليهم . وإن دعت الحاجه إلى الجد فى السير جاز له ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم جد فى السير جداً شديداً حين بلغه قول عبد الله بن أبى : (لَيُخْرِجَنَّ الْأَعَزُّ مِنْهَا الْأَذَلَّ)[2] . ليشتغل الناس عن الخوض فيه وإن عمر جد فى السير حين استصرخ على صفية امرأته . ولا يميل الأمير مع موافقيه فى المذهب والنسب ، على مخالفيه فيهما ، لئلا يكسر قلوبهم ، فيخذلونه عند حاجته إليهم . ويكثر المشاورة لذوى الرأى من أصحابه ، فإن الله تعالى قال : (وَشَاوِرْهُمْ

---

(١) أخرج قريبا من هذا ابن اسحق كما فى سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٣٤٢ (ف) .
(٢) سورة المنافقون آية ٨

في الأمر)[١] ، ويتخير المنازل لأصحابه ، وإذا وجد رجل رجلا قد أصيبت فرسه ، ومع الآخر فضل استحب له حمله ، ولم يجب . نص عليه أحمد ، فإن خاف تلفه فقال القاضي : يجب عليه بذل فضل مركوبه ، ليحيا به صاحبه ، كما يلزمه بذل فضل طعامه للمضطر إليه ، وتخليصه من عدوه .

٧٤٤٩ (فصـــــل)

وسئل أحمد عن الرجلين يشتريان الفرس بينهما ، يغزوان عليه ، يركب هذا عقبة ، وهذا عقبة : ما سمعت فيه بشيء ، وأرجو ألا يكون به بأس . قيل له : أيما أحب إليك ؟ يعتزل الرجل في الطعام أو يرافق ؟ قال : يرافق ، هذا أرفق ، يتعاونون . وإذا كنت وحدك لم يمكنك الطبخ ولا غيره فلا بأس بالنهد . قد تناهد الصالحون . كان الحسن إذا سافر ألقى معهم ، ويزيد أيضاً بعد ما يلقى ، ومعنى النهد : أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئاً من النفقة يدفعونه إلى رجل ينفق عليهم منه ويأكلون جميعاً . وكان الحسن البصري يدفع إلى وكيلهم مثل واحد منهم ، ثم يعود فيأتي سراً بمثل ذلك يدفعه إليه .

وقال أحمد : ما أرى أن يغزو ومعه مصحف ، يعني لا يدخل به أرض العدو لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو » رواه أبو داود والأثرم .

٧٤٥٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا غزا الأمير بالناس لم يجز لأحد أن يتعلف ولا يحتطب ، ولا يبارز علجا ، ولا يخرج من العسكر ، ولا يحدث حدثا إلا بإذنه ﴾

يعني : لا يخرج من العسكر لتعلف ، وهو تحصيل العلف للدواب ، ولا لاحتطاب ولا غيره ، إلا بإذن الأمير ، لقول الله تعالى : (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ آمَنُوا بِاللهِ وَرَسُولِهِ وَإِذَا كَانُوا مَعَهُ عَلَى أَمْرٍ جَامِعٍ لَمْ يَذْهَبُوا حَتَّى يَسْتَأْذِنُوه)[٢] ، ولأن الأمير أعرف بحال الناس ، وحال العدو ومكامنهم ومواضعهم ، وقربهم وبعدهم ، فإذا خرج خارج بغير إذنه لم يأمن أن يصادف كميناً للعدو فيأخذوه ، أو طليعة لهم ، أو يرحل الأمير بالمسلمين ويتركه فيهلك ، وإذا كان بإذن الأمير لم يأذن لهم إلا إلى مكان آمن ، وربما يبعث معهم من الجيش من يحرسهم ، ويطلع لهم . وأما المبارزة فتجوز بإذن الأمير في قول عامة أهل العلم ، إلا الحسن ، فإنه لم يعرفها وكرهها .

ولنا : أن حمزة ، وعليا ، وعبيدة بن الحارث ، بارزوا يوم بدر ، بإذن النبي صلى الله عليه وسلم .

---

(١) سورة آل عمران آية ١٥٩

(٢) سورة النور آية ٦٢

وبارز على عمرو بن عبد ود فى غزوة الخندق ، فقتله . وبارز مرحباً يوم حنين[١] ، وقيل : بارزه محمد بن مسلمة ، وبارزه قبل ذلك عامر بن الأكوع ، فاستشهد ، وبارز البراء بن مالك مرزبان الدارة فقتله ، وأخذ سلبه ، فبلغ ثلاثين ألفاً . وروى عنه أنه قال : قتلت تسعة وتسعين رئيساً من المشركين مبارزة ، سوى من شاركت فيه ، وبارز شبر بن علقمة أسواراً فقتله ، فبلغ سلبه اثنى عشر ألفا فنفله إياه سعد . ولم يزل أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم يبارزون فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم وبعده ، ولم ينكره منكر ، فكان ذلك إجماعاً ، وكان أبو ذر يقسم أن قوله تعالى : (هَذَانِ خَصْمَانِ اخْتَصَمُوا فِي رَبِّهِمْ)[٢] نزلت فى الذين تبارزوا يوم بدر . وهم حمزة ، وعلى ، وعبيدة ، بارزوا عتبة ، وشيبة ، والوليد بن عتبة ، وقال أبو قتادة بارزت رجلا يوم حنين فقتلته .

إذا ثبت هذا فإنه ينبغى أن يستأذن الأمير فى المبارزة إذا أمكن ، وبه قال الثورى ، وإسحاق ، ورخص فيها مالك ، والشافعى ، وابن المنذر ، لخبر أبى قتادة ، فإنه لم يعلم أنه استأذن النبى صلى الله عليه وسلم ، وكذلك أكثر من حكينا عنهم المبارزة لم يعلم منهم استئذان .

ولنا : أن الإمام أعلم بفرسانه وفرسان العدو ، ومتى برز الإنسان إلى من لا يطيقه كان معرضاً نفسه للهلاك ، فيكسر قلوب المسلمين ، فينبغى أن يفوض ذلك إلى الإمام ، ليختار للمبارزة من يرضاه لها ، فيكون أقرب إلى الظفر ، وجبر قلوب المسلمين ، وكسر قلوب المشركين .

فإن قيل : فقد أبحتم له أن ينغمس فى الكفار وهو سبب لقتله ، قلنا : إذا كان مبارزاً تعلقت به قلوب الجيش وارتقبوا ظفره ، فإن ظفر جبر قلوبهم ، وسرّهم ، وكسر قلوب الكفار ، وإن قتل كان بالعكس ، والمنغمس يطلب الشهادة لا يترقب منه ظفر ، ولا مقاومة ، فافترقا . وأما مبارزة أبى قتادة فغير لازمة ، فإنها كانت بعد التحام الحرب ، رأى رجلا يريد أن يقتل مسلماً فضربه أبو قتادة ، فالتفت إلى أبى قتادة فضمه ضمة كاد يقتله ، وليس هذا هو المبارزة المختلف فيها ، بل المختلف فيها أن يبرز رجل بين الصفين قبل التحام الحرب ، يدعو إلى المبارزة . فهذا هو الذى يعتبر له إذن الإمام ، لأن عين الطائفين تمتد إليهما ، وقلوب الفريقين تتعلق بهما ، وأيهما غلب سر أصحابه ، وكسر قلوب أعدائه ، بخلاف غيره .

إذا ثبت هذا فالمبارزة تنقسم ثلاثة أقسام ، مستحبة ، ومباحة ، ومكروهة . وأما المستحبة : فإذا خرج علج يطلب البراز استحب لمن يعلم من نفسه القوة والشجاعة مبارزته بإذن الأمير ، لأن فيه رداً عن المسلمين وإظهاراً لقوتهم ، والمباح : أن يبتدىء الرجل الشجاع بطلبها ، فيباح ، ولا يستحب ، لأنه لا حاجة إليها ،

(١) هكذا فى النسخ والصواب (خيبر) لأن مرحبا من يهود خيبر ، ولم يرد له ذكر فى حنين (ف) .
(٢) سورة الحج آية ١٩

ولا يأمن أن يغلب فيكسر قلوب المسلمين ، إلا أنه لما كان شجاعا واثقاً من نفسه أبيح له ، لأنه بحكم الظاهر غالب ، والمكروه أن يبرز الضعيف المنة الذى[1] لا يثق من نفسه ، فتكره له المبارزة ، لما فيه من كسر قلوب المسلمين بقتله ظاهراً .

٧٤٥١ (فصـــــل)

إذا خرج كافر يطلب البراز جاز رميه وقتله ، لأنه مشرك لا عهد له ولا أمان له فأبيح قتله كغيره ، إلا أن تكون العادة جارية بينهم أن من خرج يطلب المبارزة لا يعرض له ، فيجرى ذلك مجرى الشرط وإذا خرج إليه أحد يبارزه بشرط ألا يعينه عليه سواه ، وجب الوفاء بشرطه ، لأن المؤمنين عند شروطهم فإن انهزم المسلم تاركا للقتال أو مثخناً بجراحته ، جاز لكل أحد قتاله ، لأن المسلم إذا صار إلى هذه الحال فقد انقضى قتاله . وإن كان المسلم شرط عليه ألا يقاتل حتى يرجع إلى صفه ، وفى له بالشرط ، إلا أن يترك قتاله ، أو أثخنه بالجراح فيتبعه ليقتله ، أو يجيز عليه فيجوز أن يحولوا بينه وبينه ، فإن قاتلهم قاتلوه ، لأنه إذا منعهم إنقاذه فقد نقض أمانه . وإن أعان الكفار صاحبهم فعلى المسلمين أن يعينوا صاحبهم أيضاً ، ويقاتلون من أعان عليه ، ولا يقاتلونه ، لأنه ليس بصنع من جهته . فإن كان قد استنجدهم أو علم منه الرضا بفعلهم صار ناقضاً لأمانه ، وجاز لهم قتله . وذكر الأوزاعى : أنه ليس للمسلمين معاونة صاحبهم وإن أثخن بالجراح قيل له : فخاف المسلمون على صاحبهم ؟ . قال : وإن ، لأن المبارزة إنما تكون هكذا . ولكن لو حجزوا بينهما وخلوا سبيل العلج . قال : فإن أعان العدو صاحبهم فلا بأس أن يعين المسلمون صاحبهم .

ولنا : أن حمزة وعلياً أعانا عبيدة بن الحارث على قتل شيبة بن ربيعة ، حين أثخن عبيدة .

٧٤٥٢ (فصـــل)

وتجوز الخدعة فى الحرب للمبارز وغيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الحرب[2] خدعة » . وهو حديث حسن صحيح .

وروى أن عمرو بن عبد ود بارز علياً كرم الله وجهه ، فلما أقبل عليه قال على : ما برزت لأقاتل اثنين ، فالتفت عمرو ، فوثب عليه فضربه ، فقال عمرو : خدعتنى . فقال على : الحرب خدعة[3] .

---

(١) المنة بضم الميم : القوة (ف)

(٢) أخرجه البخارى ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذى عن جابر . (ف) .

(٣) ليس هذا من صنيع الإمام على وهو فارس يؤمن بقوانين الفروسية وخلائقها ، ولم يثبت له ضعف ولا خور فى حياته الحربية حتى يلجأ إلى هذا الصنيع والمبارزة فروسية لا تشملها قاعدة الخدعة .

٧٤٥٣ (فصــــل)

قال أحمد : إذا غزوا فى البحر فأراد رجل أن يقيم بالساحل يستأذن الوالى الذى هو على جميع المراكب ولا يجزئه أن يستأذن الوالى الذى فى مركبه .

٧٤٥٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن أعطى شيئاً يستعين به فى غزاته فما فضل فهو له ، فإن لم يعط لغزاة بعينها رد مافضل فى الغزو ﴾

وجملته أن من أعطى شيئاً من المال يستعين به فى الغزو لم يخل ، إما أن يعطى لغزوة بعينها ، أو فى الغزو مطلقاً . فإن أعطى لغزوة بعينها فما فضل بعد الغزو فهو له . هذا قول عطاء ، ومجاهد ، وسعيد بن المسيب وكان ابن عمر إذا أعطى شيئاً فى الغزو يقول لصاحبه : إذا بلغت وادى القرى فشأنك به ، ولأنه أعطاه على سبيل المعاونة والنفقة ، لا على سبيل الإجارة ، فكان الفاضل له ، كما لو وصى أن يحج عنه فلان حجة بألف . وإن أعطاه شيئاً لينفقه فى سبيل الله أو فى الغزو مطلقاً ، ففضل منه فضل أنفقه فى غزاة أخرى ، لأنه أعطاه الجميع لينفقه فى جهة قربة ، فلزمه إنفاق الجميع فيها كما لو وصى أن يحج عنه بألف .

٧٤٥٥ (فصــــل)

ومن أعطى شيئاً ليستعين به فى الغزو فقال أحمد : لا يترك لأهله منه شيئاً ، لأنه ليس يملكه إلا أن يصير إلى رأس مغزاة فيكون كهيئة ماله ، فيبعث إلى عياله منه ، ولا يتصرف فيه قبل الخروج ، لئلا يتخلف عن الغزو ، فلا يكون مستحقاً لما أنفقه ، إلا أن يشترى منه سلاحا أو آلة الغزو . فإن قصد إعطاءه لمن يغزو به فقال أحمد : لا يتخذ منه سفرة فيها طعام فيطعم منها أحداً ، لأنه إنما أعطيها لينفقها فى جهة مخصوصة وهى الجهاد .

٧٤٥٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا حمل الرجل على دابة فاذا رجع من الغزو فهى له ، إلا أن يقول : هى حبيس ، فلا يجوز أن تباع إلا أن تصير فى حال لا تصلح فيه للغزو ، فتباع وتجعل فى حبيس آخر ، وكذلك المسجد إذا ضاق بأهله إذا كان فى مكان لا ينتفع به جاز أن يباع ويجعل فى مكان ينتفع به ، وكذلك الأضحية إذا أبدلها بخير منها ﴾

قوله : حمل الرجل على دابة . يعنى : أعطيها ليغزو عليها . فإذا غزا عليها ملكها كما يملك النفقة المدفوعة إليه ، إلا أن تكون عارية تكون لصاحبها ، أو حبيساً فتكون حبيساً بحاله . قال عمر رضى الله عنه : حملت على فرس عتيق فى سبيل الله ، فأضاعه صاحبه الذى كان عنده ، فأردت أن أشتريه ، وظننته بائعه

برخص ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لا تشتره ، ولا تعد فى صدقتك ، وإن أعطاكه بدرهم ، فان العائد فى صدقته كالكلب يعود فى قيئه » متفق عليه . وهذا يدل على أنه ملكه ، لولا ذلك ماباعه ، ويدل على أنه ملكه بعد الغزو لأنه أقامه للبيع بالمدينة ، ولم يكن ليأخذه من عمر ثم يقيمه للبيع فى الحال ، فدل على أنه أقامه للبيع بعد غزه عليه . وذكر أحمد نحواً من هذا الكلام . وسئل : متى يطيب له الفرس ؟ قال : إذا غزا عليه . قيل له : فإن العدو جاءنا فخرج على هذا الفرس فى الطلب إلى خمس فراسخ ثم رجع . قال : لا ، حتى يكون غزا . قيل له : فحديث ابن عمر : إذا بلغت وادى القرى فشأنك به . قال : ابن عمر كان يصنع ذلك فى ماله . ورأى أنه إنما يستحقه إذا غزا عليه . وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم سعيد بن المسيب ، وسالم ، والقاسم ، ويحيى الأنصارى ، ومالك والليث ، والثورى ، ونحوه عن الأوزاعى . قال ابن المنذر : ولا أعلم أحداً يقول إن له[1] يبيعه فى مكانه وكان مالك لا يرى أن ينتفع بثمنه فى غير سبيل الله إلا أن يقول له : شأنك به ما أردت .

ولنا : حديث عمر ، وليس فيه ما اشترط مالك . فأما إذا قال : هى حبيس فلا يجوز بيعها ، وقد سبق شرح هذه المسألة فى باب الوقف ، ويأتى شرح حكم الأضحية فى بابها إن شاء الله .

٧٤٥٧ (فصــــل)

قال أحمد : لا يركب دواب السبيل فى حاجة ، ويركبها ويستعملها فى سبيل الله ، ولا يركب فى الأمصار والقرى ، ولا بأس أن يركبها ويعلفها ، وأكره سباق الرمك[2] على الفرس الحبيس ، ومنهم الفرس الحبيس لمن غزا عليه ، ولا يباع الفرس الحبيس إلا من علة ، إذا عطب يصير للطحن ، ويصير ثمنه فى مثله ، أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس ، وإذا أراد أن يشترى فرساً ليحمل عليه فقال أحمد : يستحب شراؤها من غير الثغر ، ليكون توسعة على أهل الثغر فى الجلب .

٧٤٥٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا سبى الإمام فهو مخير ، إن رأى قتلهم ، وإن رأى مَنَّ عليهم وأطلقهم بلا عوض ، وإن رأى أطلقهم على مال يأخذه منهم ، وإن رأى فادى بهم ، وإن رأى استرقهم . أى ذلك رأى فيه نكاية للعدو وحظاً للمسلمين فعل ﴾

وجملته : أن من أسر من أهل الحرب على ثلاثة أضرب .

---

(١) هكذا فى النسخ وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٤٧٤ « ولم أعلم أن أحداً قال : له أن يبيعه فى مكانه » ومنه يؤخذ أن نص المغنى تأخرت فيه (له) عن (أن) ف .

(٢) الرمك واحده رمكة مثل تمر وتمرة وهى الأنثى من البرازين ف

أحدها : النساء والصبيان ، فلا يجوز قتلهم ، ويصيرون رقيقاً للمسلمين بنفس السبى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن قتل النساء والولدان » متفق عليه . وكان عليه السلام يسترقهم إذا سباهم .

الثانى : الرجال من أهل الكتاب والمجوس الذين يقرون بالجزية . فيخير الإمام فيهم بين أربعة أشياء : القتل ، والمن بغير عوض ، والمفاداة بهم ، واسترقاقهم .

الثالث : الرجال من عبدة الأوثان وغيرهم ، ممن لا يقر بالجزية . فيتخير الإمام فيهم بين ثلاثة أشياء القتل ، أو المن ، والمفاداة . ولا يجوز استرقاقهم . وعن أحمد جواز استرقاقهم . وهو مذهب الشافعى . وبما ذكرنا فى أهل الكتاب ، قال الأوزاعى ، والشافعى ، وأبو ثور . وعن مالك كمذهبنا ، وعنه لا يجوز المن بغير عوض ، لأنه لا مصلحة فيه ، وإنما يجوز للإمام فعل ما فيه المصلحة . وحكى عن الحسن ، وعطاء ، وسعيد بن جبير ، كراهة قتل الأسرى . وقالوا : لو من عليه أو فاداه كما صنع بأسارى بدر ، ولأن الله تعالى قال : (فَشُدُّوا الْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً)[1] فخير بين هذين بعد الأسر لا غير . وقال أصحاب الرأى : إن شاء ضرب أعناقهم ، وإن شاء استرقهم لا غير . ولا يجوز من ولا فداء ، لأن الله تعالى قال : (فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ)[2] بعد قوله (فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً) وكان عمر بن عبد العزيز ، وعياض بن عقبة ، يقتلان الأسارى .

ولنا على جواز المن والفداء قول الله تعالى : (فإمَّا مناً بعدُ وإمَّا فداءً) وأن النبى صلى الله عليه وسلم من على ثمامة بن أثال ، وأبى عزة الشاعر ، وأبى العاص بن الربيع وقال فى أسارى بدر : « لو كان مطعم بن عدى حياً ثم سألنى فى هؤلاء النتنى[3] لأطلقتهم له » . وفادى أسارى بدر وكانوا ثلاثة وسبعين رجلا كل رجل منهم بأربعمائة وفادى يوم بدر رجلا برجلين ، وصاحب العضباء برجلين .

وأما القتل فلأن النبى صلى الله عليه وسلم قتل رجال بنى قريظة ، وهم بين الستمائة والسبعمائة ، وقتل يوم بدر النضر بن الحارث ، وعقبة بن أبى معيط صبراً ، وقتل أبا عزة يوم أحد ، وهذه قصص عمت واشتهرت وفعلها النبى صلى الله عليه وسلم مرات ، وهو دليل على جوازها ، ولأن كل خصلة من هذه الخصال قد تكون أصلح فى بعض الأسرى ، فإن منهم من له قوة ونكاية فى المسلمين ، وبقاؤه ضرر عليهم ، فقتله أصلح . ومنهم الضعيف الذى له مال كثير ففداؤه أصلح . ومنهم حسن الرأى فى المسلمين يرجى إسلامه بالمن عليه ، أو معونته المسلمين بتخليص أسراهم ، والدفع عنهم فالمن عليه أصلح . ومنهم من

(١) سورة محمد : آية ٤ (٢) سورة التوبة آية ٥

(٣) هكذا فى النسخ والصواب (النتنى) كما فى مغازى الواقدى ص ٨٢ (ف)

ينتفع بخدمته ، ويؤمن شره ، فاسترقاقه أصلح ، كالنساء والصبيان . والإمام أعلم بالمصلحة ، فينبغى أن يفوض ذلك إليه وقوله تعالى : (فاقتلوا المشركين)(١) عام لاينسخ به الخاص ، بل ينزل على ماعدا المخصوص ، ولهذا لم يحرموا استرقاقه ، فأما عبدة الأوثان ففى استرقاقهم روايتان .

إحداهما : لا يجوز ، وهو مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : يجوز فى العجم دون العرب ، بناء على قوله فى أخذ الجزية .

ولنا : أنه كافر لا يقر بالجزية ، فلم يقر بالاسترقاق كالمرتد . وقد ذكرنا الدليل عليه .

إذا ثبت هذا فإن هذا تخيير مصلحة واجتهاد ، لا تخيير شهوة ، فمتى رأى المصلحة فى خصلة من هذه الخصال تعينت عليه ، ولم يجز العدول عنها ، ومتى تردد فيها فالقتل أولى . قال مجاهد فى أميرين .

أحدهما : يقتل الأسرى ، هو أفضل ، وكذلك ، قال مالك . وقال إسحاق : الإثخان أحب إلى ، إلا أن يكون معروفاً يطمع به فى الكثير .

٧٤٥٩ (فصل)

وإن أسلم الأسير صار رقيقاً فى الحال ، وزال التخيير ، وصار حكمه حكم النساء ، وبه قال الشافعى ، فى أحد قوليه ، وفى الآخر : يسقط القتل ، ويتخير بين الخصال الثلاث لما روى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أسروا رجلا من بنى عقيل ، فمر به النبى صلى الله عليه وسلم ،فقال : يا محمد ، علام أخذت(٢) وأخذت سابقة الحاج فقال : « أخذت بجريرة حلفائك من ثقيف ، فقد أسرت رجلين من أصحابى » فمضى النبى صلى الله عليه وسلم فناداه : يا محمد ، يا محمد . فقال له . ما شأنك ؟ » فقال : إنى مسلم . فقال : « لو قلتها وأنت تملك أمرك لأفلحت كل الفلاح » . وفادى به النبى صلى الله عليه وسلم الرجلين . رواه مسلم . ولأنه سقط القتل بإسلامه ، فبقى باقى الخصال على ما كانت عليه .

ولنا : أنه أسير يحرم قتله ، فصار رقيقاً كالمرأة . والحديث لا ينافى رقه ، فقد يفادى بالمرأة وهى رقيق ، كما روى(٣) سلمة بن الأكوع أنه غزا مع أبى بكر ، فنفله امرأة ، فوهبها للنبى صلى الله عليه وسلم ، فبعث بها إلى أهل مكة وفى أيديهم أسارى ، ففداهم بتلك المرأة . إلا أنه لا يفادى به ولا يمن عليه إلا بإذن

(١) سورة التوبة آية ٥

(٢) الحديث فى صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٦٢ وقد رواه المؤلف بالمعنى وفيه (بم أخذتنى ؟ وبم أخذت سابقة الحاج ؟) وسابقة الحاج ناقة تسمى العضباء وكانت نجيبة بمتلكها رجل من بنى عقيل ثم انتقلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ف

(٣) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٥٨ وهو أطول مما ذكره المؤلف وهو فى مسلم ج ٣ ص ١٣٧٥ ف

الغانمين ، لأنه صار مالا لهم ، ويحتمل أن يجوز المن عليه مع كفره ، فمع إسلامه أولى ، لكون الإسلام حسنة يقتضي إكرامه والإنعام عليه ، لامنع ذلك في حقه ، ولا يجوز رده إلى الكفار ، إلا أن يكون له ما يمنعه من المشركين من عشيرة أو نحوها ، وإنما جاز فداؤه لأنه يتخلص به من الرق ، فأما إن أسلم قبل أسره حرم قتله واسترقاقه والمفاداة به سواء أسلم وهو فى حصن أو جوف أو مضيق أو غير ذلك ، لأنه لم يحصل فى أيدى الغانمين بعد .

٧٤٦٠ (فصـــــل)

فإن سأل الأسارى من أهل الكتاب تخليتهم على إعطاء الجزية لم يجز ذلك فى نسائهم وذراريهم ، لأنهم صاروا غنيمة بالسبي . وأما الرجال فيجوز ذلك فيهم ، ولا يزول التخيير الثابت فيهم . وقال أصحاب الشافعى : يحرم قتلهم كما لو أسلموا .

ولنا : أنه بدل لا تلزم الإجابة إليه ، فلم يحرم قتلهم كبدل عبدة الأوثان .

٧٤٦١ (فصـــــل)

وإذا أسر العبد صار رقيقاً للمسلمين . لأنه مال لهم استولى عليه ،فكان للغانمين كالبهيمة ، وإن رأى الإمام قتله لضرر فى بقائه جاز قتله . لأن مثل هذا لا قيمة له ، فهو كالمرتد . وأما من يحرم قتلهم غير النساء والصبيان . كالشيخ ، والزمن ، والأعمى ، والراهب ، فلايحل سبيهم ، لأن قتلهم حرام ، ولا نفع فى اقتنائهم .

٧٤٦٢ (فصـــــل)

ذكر أبو بكر . أن الكافر إذا كان مولى مسلم لم يجز استرقاقه ، لأن فى استرقاقه تفويت ولاء المسلم المعصوم . وعلى قوله لا يسترق ولده أيضاً إذا كان عليه ولاء لذلك ، وإن كان معتقه ذمياً جاز استرقاقه ، لأن سيده يجوز استرقاقه ، فاسترقاق مولاه أولى . وهـذا مذهب الشافعى ، وظاهر كلام الخرقى جواز استرقاقه ، لأنه يجوز قتله ، وهو من أهل الكتاب ، فجاز استرقاقه كغيره ، ولأن سبب جواز الاسترقاق قد تحقق فيه ، وهو الاستيلاء عليه مع كون مصلحة المسلمين فى استرقاقه ، ولأنه إن كان المسبى امرأة أو صبياً لم يجز فيه سوى الاسترقاق ، فيتعين ذلك فيه . وما ذكره يبطل بالقتل ، فإنه يفوت الولاء ، وهو جائز فيه : وكذلك من عليه ولاء لذمى يجوز استرقاقه ، وقولهم : إن سيده يجوز استرقاقه غير صحيح ، فإن الذمى لا يجوز استرقاقه ، ولا تفويت حقوقه ، وقد قال على رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا .

٧٤٦٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وسبيل من استرق منهم وما أخذ منهم على إطلاقهم سبيل تلك الغنيمة ﴾

يعنى من صار منهم رقيقاً بضرب الرق عليه أو فودى بمال فهو كسائر الغنيمة ، يخمس ، ثم يقسم أربعة أخماسه بين الغانمين . لا نعلم فى هذا خلافا ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قسم فداء أسارى بدر بين الغانمين ، ولأنه مال غنمه المسلمون فأشبه الخيل والسلاح . فإن قيل : فالأسر لم يكن للغانمين فيه حق ، فكيف تعلق حقهم ببدله . قلنا : إنما يفعل الإمام فى الاسترقاق ما يرى فيه المصلحة . لأنه لم يصر مالا ، فإذا صار مالا تعلق حق الغانمين به ، لأنهم أسروه وقهروه ، وهذا لا يمنع ، ألا ترى أن من عليه الدين إذا قتل قتلا يوجب القصاص كان لورثته الخيار ، فإذا اختاروا الدية تعلق حق الغرماء بها .

٧٤٦٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإنما يكون له استرقاقهم إذا كانوا من أهل الكتاب أو مجوساً ، فأما ماسوى هؤلاء من العدو فلا يقبل من بالغى رجالهم إلا الإسلام أو السيف أو الفداء ﴾

قد ذكرنا فيما تقدم أن غير أهل الكتاب لا يجوز استرقاق رجالهم فى إحدى الروايتين .

٧٤٦٥ (فصـل)

فأما النساء والصبيان فيصيرون رقيقاً بالسبى ، ومنع أحمد من فداء النساء بالمال ، لأن فى بقائهن تعريضاً لهن للاسلام ، لبقائهن عند المسلمين ، وجوز أن يفادى بهن أسارى المسلمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فادى المرأة التى أخذها من سلمة بن الأكوع ، ولأن فى ذلك استنقاذ مسلم متحقق إسلامه ، فاحتمل تفويت غرضية الإسلام من أجله ، ولا يلزم من ذلك احتمال فواتها لتحصيل المال . فأما الصبيان فقال أحمد : لا يفادى بهم ، وذلك لأن الصبى يصير مسلماً بإسلام سابيه ، فلا يجوز رده إلى المشركين . وكذلك المرأة إذا أسلمت لم يجز ردها إلى الكفار بفداء ولا غيره ، لقول الله تعالى [1] (فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ) ولأن فى ردها إليهم تعريضاً للرجوع عن الإسلام ، واستحلال مالا يحل منها ، وإن كان الصبى غير محكوم بإسلامه كالذى سبى مع أبويه لم يجز فداؤه بمال وهل يجوز فداؤه بمسلم ؟ يحتمل وجهين .

٧٤٦٦ (فصـل)

ولم يجوِّز أحمد بيع شىء من رقيق المسلمين لكافر ، سواء كان الرقيق مسلماً أو كافراً وهذا قول الحسن

(١) سورة الممتحنة آية ١٠ .

قال أحمد : ليس لأهل الذمة أن يشتروا مما سبي المسلمون شيئاً . قال : وكتب عمر بن الخطاب ينهى عنه أمراء الأمصار . هكذا حكى أهل الشام ، وليس له إسناد . وجوز أبو حنيفة ، والشافعى ذلك ، لأنه لا يمنع من إثبات يده عليه ، فلا يمنع من ابتدائه كالمسلم .

ولنا قول عمر ، ولم ينكر ، فيكون إجماعاً ، ولأن فيه تفويتاً للإسلام الذى يظهر وجوده ، فإنه إذا بقى رقيقاً للمسلمين الظاهر إسلامه ، فيفوت ذلك ببيعه لكافر ، بخلاف ما إذا كان رقيقاً لكافر فى ابتدائه، فإنه لم يثبت له هذه الفرضية . والدوام يخالف الابتداء لقوته .

٧٤٦٧ (فصــــل)

ومن أسر أسيراً لم يكن له قتله حتى يأتى به الإمام ، فيرى فيه رأيه ، لأنه إذا صار أسيراً فالخيرة فيه إلى الإمام ، وقد روى عن أحمد كلام يدل على إباحة قتله ، فإنه قال : لا يقتل أسير غيره إلا أن يشاء الوالى ، فمفهومه أن له قتل أسيره بغير إذن الوالى ، لأن له أن يقتله ابتداء ، فكان له قتله دواما كما لو هرب منه أو قاتله . فإن امتنع الأسير أن ينقاد معه فله إكراهه بالضرب وغيره ، فإن لم يمكنه إكراهه فله قتله ، وإن خافه أو خاف هربه فله قتله أيضاً . وإن امتنع من الانقياد معه لجرح أو مرض فله قتله أيضاً ، وتوقف أحمد عن قتله ، والصحيح أنه يقتله كما يدفف على جريحهم ، ولأن تركه حياً ضرر على المسلمين ، وتقوية للكفار ، فتعين القتل كحالة الابتداء إذا أمكنه قتله ، وكجريحهم إذا لم يأسره . فأما أسير غيره فلا يجوز له قتله إلا أن يصير إلى حال يجوز قتله لمن أسره ، وقد روى يحيى بن أبى كثير أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتعاطين أحدكم أسير صاحبه إذا أخــــذه فيقتله » . رواه سعيد ، فإن قتل أسيره أو أسير غيره قبل ذلك أساء ولم يلزمه ضمانه . وبهــذا قال الشافعى . وقال الأوزاعى : إن قتله قبل أن يأتى به الإمام لم يضمنه ، وإن قتله بعد ذلك غرم ثمنه ، لأنه أتلف من الغنيمة ماله قيمة ، فضمنه كما لو قتل امرأة .

ولنا : أن عبد الرحمن بن عوف أسر أمية بن خلف وابنه علياً يوم بدر ، فرآهما بلال فاستصرخ الأنصار عليهما حتى قتلوهما ، ولم يغرموا شيئاً ، ولأنه أتلف ماليس بمال فلم يغرمه ، كما لو أتلفه قبل أن يأتى به الإمام ، ولأنه أتلف مالا قيمة له قبل أن يأتى به الإمام فلم يغرمه ، كما لو أتلف كلباً ، فأما إن قتل امرأة أو صبياً غرمه ، لأنه صار رقيقاً بنفس السبى :

٧٤٦٨ (فصــــل)

ومن أسر فادعى أنه كان مسلماً لم يقبل قوله إلا ببينة ، لأنه يدعى أمراً الظاهر خلافه ، يتعلق به إسقاط

حق يتعلق برقبته . فإن شهد له واحد حلف معه وخلى سبيله . وقال الشافعى : لا تقبل إلا شهادة عدلين ، لأنه ليس بمال ولا يقصد منه المال .

ولنا : ماروى عبد الله بن مسعود [١] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر : « لا يبقى منهم أحد إلا أن يفدى أو يضرب عنقه » . قال عبد الله بن مسعود : « إلا سهيل بن بيضاء ، فإنى سمعته يذكر الإسلام » . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إلا سهيل بن بيضاء » فقبل شهادة عبد الله وحده .

٧٤٦٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وينفل الإمام ومن استخلفه الإمام كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فى بدأته الربع بعد الخمس ، وفى رجعته الثلث بعد الخمس ﴾

النفل : زيادة تزاد على سهم الغازى ، ومنه نفل الصلاة : وهو مازيد على الفرض . وقول الله تعالى : «وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ نَافِلَةً»[٢]. كأنه سأل الله ولداً فأعطاه ماسأل وزاده ولداً لولد ، والمراد بالبداية ههنا : ابتداء دخول الحرب ، والرجعة : رجوعه عنها : والنفل فى الغزو ينقسم ثلاثة أقسام :

٧٤٧٠ ﴿ أحــدها ﴾

هذا الذى ذكره الخرقى . وهو : أن الإمام أو نائبه إذا دخل دار الحرب غازياً بعث بين يديه سرية تغير على العدو ، ويجعل لهم الربع بعد الخمس ، فما قدمت به السرية من شىء أخرج خمسة ، ثم أعطى السرية ما جعل لهم ، وهو ربع الباقى . وذلك خمس آخر ، ثم قسم ما بقى فى الجيش والسرية معه . فإذا قفل بعث سرية تغير ، وجعل لهم الثلث بعد الخمس ، فما قدمت به السرية أخرج خمسه ، ثم أعطى السرية ثلث ما بقى ، ثم قسم سائره فى الجيش والسرية معه . وبهذا قال حبيب بن مسلمة ، والحسن ، والأوزاعى ، وجماعة . ويروى عن عمرو بن شعيب أنه قال : « لا نفل بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولعله يحتج بقوله تعالى (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ)[٣] فخصه بها ، وكان سعيد بن المسيب ، ومالك ، يقولان : لا نفل إلا من الخمس . وقال الشافعى : يخرج من خمس الخمس ، لما روى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر ، فغنموا إبلا كثيرة ، فكانت سهمانهم اثنى عشر بعيراً ، ونفلوا بعيراً بعيراً » متفق عليه . ولو أعطاهم من أربعة الأخماس التى هى لهم لم يكن نفلا ، وكان من سهامهم .

---

(١) أخرجه الطبرانى بإسناد صحيح كما فى الإصابة ج٢ ص٩١ (ف) (٢) سورة الأنبياء آية ٧٢
(٣) سورة الأنفال : آية ١ .

ولنا : ماروى حبيب بن مسلمة الفهرى قال : « شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل الربع فى البداءة ، والثلث فى الرجعة » . وفى لفظ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع بعد الخمس ، إذا قفل » . رواهما أبو داود . وعن عبادة بن الصامت : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان ينفل فى البداءة الربع ، وفى القفول الثلث » : رواه الترمذى . وقال هـذا حديث حسن غريب . وفى لفظ قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفلهم إذا خرجوا بادين الربع ، وينفلهم إذا قفـلوا الثلث » : رواه الخلال بإسناده ، وروى الأثرم بإسناده عن جرير بن عبد الله البجلى : « أنه لما قدم على عمر فى قومه قال له عمر : هل لك أن تأتى الـكوفة ، ولك الثلث بعد الخمس من كل أرض وشىء ؟ » . وذكره ابن المنذر أيضاً عن عمر ، وقال ابراهيم النخعى : ينفل السرية الثلث والربع يضريهم بذلك .

فأما قول عمرو بن شعيب فإن مكحولا قال له حين قال : لا نفل بعد رسول الله صـلى الله عليه وسلم ، وذكر له حديث حبيب بن مسلمة : شغلك أكل الزبيب بالطائف . وما ثبت للنبى صلى الله عليه وسلم ثبت للأئمة بعده ، مالم يقم على تخصيصه به دليل ، فأما حديث ابن عمر فهو حجة عليهم . فإن بعيراً على اثنى عشر يكون جزءاً من ثلاثة عشر، وخمس الخمس جزء من خمسة وعشرين ، وجزء من ثلاثة عشر أكثر فلا يتصور أخذ الشىء من أقل منه . يحققه أن الإثنى عشر إذا كانت أربعة أخماس ، والبعير منها ثلث الخمس ، فـكيف يتصور أخذ ثلث الخمس من خمس الخمس؟ فهذا محال ، فتعين أن يكون ذلك من غيره ، أو أن النفل كان للسرية دون سائر الجيش ، على أن ما رويناه صريح فى الحـكم ، فلا يعارض بشىء مستنبط يحتمل غير ماحمله عليه من استنبطه .

إذا ثبت هذا فظاهر كلام أحمد : أنهم إنما يستحقون هذا النفل بالشرط السابق ، فإن لم يكن شرطه لهم فلا ، فإنه قيل له : أليس قد نفل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى البـداءة الربع ، وفى الرجوع الثلث ؟ قال : نعم ، ذاك إذا نفل وتقدم القول فيه ، فعلى هذا إن رأى الإمام ألا ينفلهم شيئاً فله ذلك . وإن رأى أن ينفلهم دون الثلث والربع فله ذلك ، لأنه إذا جاز ألا يجعل لهم شيئاً جاز أن يجعل لهم شيئاً يسيراً ، ولا يجوز أن ينفل أكثر من الثلث ، نص عليه أحـمد . وهو قول مكحول ، والأوزاعى ، والجمهور من العلماء ، وقال الشافعى : لا حد للنفل ، بل هو موكول إلى اجتهاد الإمام ، لأن النبى صـلى الله عليه وسلم نفل مرة الثلث ، وأخرى الربع ، وفى حديث ابن عمر ؟ « نفل نصف السدس» فهذا يدل على أنه ليس للنفل حد لا يتجاوزه الإمام ، فينبغى أن يكون موكولا إلى اجتهاده .

ولنا : أن نفل النبى صلى الله عليه وسلم انتهى إلى الثلث ، فينبغى أن لا يتجاوزه ، وما ذكره الشافعى يدل على أنه ليس لأقل النفل حد . وأنه يجوز أن ينفل أقل من الثلث والربع ، ونحن نقول به ، على أن هذا

القول مع قوله أن النفل من خمس الخمس تناقض ، فإن شرط لهم الإمام زيادة على الثلث ردوا إليه ، وقال الأوزاعى: لا ينبغى أن يشرط النصف ، فإن زادهم على ذلك فليف لهم به ، ويجعل ذلك من الخمس . وإنما زيد فى الرجعة على البداء فى النفل لمشقتها ، فإن الجيش فى البداءة رده للسرية ، تابع لها ، والعدو خائف ، وربما كان غاراً ، وفى الرجعة لا رده للسرية ، لأن الجيش منصرف عنهم ، والعدو مستيقظ كلب : قال أحمد : فى البداءة إذا كان ذاهباً الربع ، وفى القفلة إذا كان فى الرجوع الثلث . لأنهم يشتاقون إلى أهليهم ، فهذا أكبر .

٧٤٧١ القسم الثانى

أن ينفل الإمام بعض الجيش لغنائه وبأسه وبلائه ، أو لمكروه تحمله دون سائر الجيش . قال أحمد فى الرجل يأمره الأمير يكون طليعة، أو عنده يدفع إليه رأساً من السبى ، أو دابة ، قال : إذا كان رجل له غناء ، ويقاتل فى سبيل الله ، فلا بأس بذلك ، ذلك أنفع لهم ، يحرض هو ، وغيره يقاتلون ويغنمون . وقال : إذا نفذ الإمام صبيحة المغار الخيل فيصيب بعضهم وبعضهم لا يأتى بشىء ، فللوالى أن يخص بعض هؤلاء الذين جاءوا بشىء دون هؤلاء ، وظاهر هذا أن له إعطاء من هذه حاله من غير شرط . وحجة هذا حديث سلمه بن الأكوع ، أنه قال : « أغار عبدالرحمن بن عيينة على إبل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاتبعتهم — فذكر الحديث — فأعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم الفارس والراجل » . رواه مسلم[1] وأبو داود . وعنه : « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أبا بكر ، قال : فبيتنا عدونا ، فقتلت ليلتئذ تسعة أهل أبيات ، وأخذت منهم امرأة ، فنفلنيها أبو بكر ، فلما قدمت المدينة استوهبها منى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فوهبتها له » رواه مسلم بمعناه .

٧٤٧٢ القسم الثالث

أن يقول الأمير : من طلع هذا الحصن ، أو هدم هذا السور أو نقب هذا النقب ، أو فعل كذا . فله كذا . أو من جاء بأسير فله كذا ، فهذا جائز فى قول أكثر أهل العلم ، منهم : الثورى . قال أحمد : إذا قال : من جاء بعشر دواب أو بقر أو غنم فله واحد . فمن جاء بخمسة أعطاه نصف ما قال لهم . ومن جاء بشىء أعطاه بقدره ، قيل له : إذا قال : من جاء بعلج فله كذا وكذا ، فجاء بعلج ، يطيب له ما يعطى ؟ قال : نعم وكره مالك هذا القسم ولم يره، وقال: قتالهم على هذا الوجه إنما هو للدنيا . وقال هو وأصحابه :

---

(١) هذا الحديث رواه أبو داود ج ٢ ص ٧٣ باب فى السرية ترد على أهل العسكر ولم يروه مسلم كما يستفاد من ذخائر المواريث حديث ٢٢٠٧ ج١ ص٢٤٥ وكما يعرف ذلك باستقراء أحاديث سلمة فيه(ف) .

لا نفل إلا بعد إحراز الغنيمة . قال مالك : ولم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا فله سلبه » إلا بعد أن برد القتال .

ولنا : ما تقدم من حديث حبيب [١] وعبادة ، وما شرطه عمر لجويبر [٢] بن عبد الله ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا فله سلبه » ، ولأن فيه مصلحة وتحريضاً على القتال ، فجاز كاستحقاق الغنيمة ، وزيادة السهم للفارس ، واستحقاق السلب . وما ذكروه يبطل بهذه المسائل . وقوله : إن النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل السلب للقاتل بعد أن برد القتال . قلنا : قوله ذلك ثابت الحكم فيما يأتي من الغزوات بعد قوله فهو بالنسبة إليها كالمشروط في أول الغزاة . قال القاضي: ولا يجوز هذا إلا إذا كان فيه مصلحة المسلمين . وإن لم يكن فيه فائدة لم يجز ، لأنه إنما يخرج على وجه المصلحة ، فاعتبرت الحاجة فيه كأجرة الحمال والحافظ .

إذا ثبت هذا فإن النفل لا يختص بنوع من المال . وذكر الخلال أنه لا نفل في الدراهم والدنانير . وهو قول الأوزاعي ، لأن القاتل لا يستحق شيئاً منها . فكذلك غيره .

ولنا : حديث حبيب بن مسلمة ، وعباد وجرير . فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لهم الثلث والربع ، وهو عام في كل ماغنموه ، ولأنه نوع مال فجاز النفل فيه كسائر الأموال . أما القاتل فإنما نفل السلب ، وليست الدراهم والدنانير من السلب ، فلم يستحق غير ما جعل له .

٧٤٧٣ (فصـــــل)

نقل أبو داود عن أحمد أنه قال له : إذا قال : من رجع إلى الساقة فله دينار والرجل يعمل في سياقة الغنم . قال : لم يزل أهل الشام يفعلون هذا ، وقد يكون في رجوعهم إلى الساقة وسياقة الغنم منفعة . قيل له : فإن أغار على قرية فنزل فيها ، والسبي والدواب [٣] والخرثيّ معهم في القرية ، ويمنع الناس من جمعه الكسل، لايخافون عليه العدو ، فيقول الإمام : من جاء بعشرة أثواب فله ثوب ، ومن جاء بعشرة رءوس فله رأس ؟ قال : أرجو ألا يكون به بأس . قيل له : فإن قال : من جاء بعدل من دقيق الروم فله دينار ، يريده لطعام السبي ، ماترى في أخذ الدينار ؟ فلم ير به بأساً . قيل : فالإمام يخرج السرية وقد نفلهم جميعاً ، فلما كان يوم المغار نادى : من جاء بعشرة رءوس فله رأس ، ومن جاء بكذا فله كذا ، فيذهب الناس فيطلبون ، فما ترى في هـذا النفل ؟ قال : لا بأس به إذا كان يحرضهم على ذلك ، ما لم يستغرق الثلث . قلت : فلا بأس بنفلين في شيء واحد ؟ قال : نعم ، ما لم يستغرق الثلث ، غير مرة سمعته يقول ذلك .

(١) هو حبيب بن مسلمة الفهري وعبادة بن الصامت وسبق الحديثان في الشرح (ف)
(٢) هكذا في النسخ (جويبر بن عبد الله) والصواب جرير بن عبد الله (ف) .
(٣) الخرثي : بضم الخاء وسكون الراء وكسر الثاء بعدها ياء مشددة : أثاث البيت ومتاعه (ف)

٧٤٧٤ (فصــل)

ويجوز للإمام ونائبه أن يبذلا جعلا لمن يدله على مافيه مصلحة للمسلمين ، مثل طريق سهل ، أو ماء فى مفازة ، أو قلعة يفتحها ، أو مال يأخذه ، أو عدو يغير عليه ، أو ثغرة يدخل منها ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، لأنه جعل فى مصلحة ، فجاز كأجرة الدليل ، وقد استأجر النبى صلى الله عليه وسلم وأبو بكر فى الهجرة من دلهم على الطريق ، ويستحق الجعل بفعل ماجعل له الجعل فيه ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، من الجيش أو من غيره ، فإن جعل له الجعل مما فى يده وجب أن يكون معلوماً ، لأنها جعالة بعوض من مال معلوم ، فوجب أن يكون معلوماً ، كالجعالة فى رد الآبق ، وإن كان الجعل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولا جهالة لا تمنع التسليم ، ولا تفضى إلى التنازع ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل للسرية الثلث والربع مما غنموه ، وهو مجهول ، لأن الغنيمة كلها مجهولة ، ولأنه مما تدعو الحاجة إليه ، والجعالة إنما تجوز بحسب الحاجة ، فإن جعل له جارية معينة إن دله على قلعة يفتحها ، مثل أن جعل له بنت رجل عينه من أهل القلعة، لم يستحق شيئاً حتى يفتح القلعة ، لأن جعالة شىء منه اقتضت اشتراط فتحها ، فإذا فتحت القلعة عنوة سلمت إليه ، إلا أن تكون قد أسلمت قبل الفتح ، فإنها عصمت نفسها بإسلامها ، فتعذر دفعها إليه . فتدفع إليه قيمتها ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم لما صالح أهل مكة عام الحديبية على أن من جاءه مسلماً رده إليهم ، فجاء نساء مسلمات منعه الله من ردهن.

ولو كان الجعل رجلا من أهل القلعة فأسلم قبل الفتح عصم أيضاً نفسه ، ولم يجز دفعه ، وكان لصاحب الجعل قيمته ، وإن كان إسلام الجارية أو الرجل بعد أسرهماسلما إليه إن كان مسلما ، وإن كان كافراً فله قيمتها ، لأن الكافر لا يبتدىء الملك على مسلم ، وإن ماتا قبل الفتح أو بعده فلا شىء له ، لأنه علق حقه بشىء معين ، وقد تلف بغير تفريط ، فسقط حقه كالوديعة ، وفارق ما إذا أسلما ،فإن تسليمهما ممكن ، لكن منع الشرع منه .

وإن كان الفتح صلحاً فاستثنى الإمام الجارية والرجل وسلمهما صح ، وإن وقع الصلح مطلقاً طلب الجعل من صاحب القلعة ، وبذلت له قيمتهما ،فإن سلما إلى الإمام سلمهما إلى صاحبهما ، وإن أبى عرض على مشترطهما قيمتهما ، فإن أخذها أعطيها ، وتم الصلح ، وإن أبى فقال القاضى : يفسخ الصلح ، لأنه حق قد تعذر إمضاء الصلح فيه ، لأن صاحب الجعل سابق ، ولا يمكن الجمع بينه وبين الصلح ، ونحو هذا مذهب الشافعى ، ولصاحب القلعة أن يحصنها مثلما كانت ، من غير زيادة . ويحتمل أن يمضى الصلح وتدفع إلى صاحب الجعل قيمته ، لأنه تعذر دفعه إليه مع بقائه ، فدفعت إليه قيمته ، كما لو أسلم الجعل قبل الفتح ، أو أسلم بعده ، وصاحب الجعل كافر ، وقولهم : إن حق صاحب الجعل سابق . قلنا : إلا أن المفسدة فى فسخ

الصلح أعظم ، لأن ضرره يعود على الجيش كله ، وربما عاد على غيره من المسلمين فى كون هذه القلعة يتعذر فتحها بعد ذلك ، ويبقى ضررها على المسلمين ، ولا يجوز تحمل هذه المضرة لدفع ضرر يسير عن واحد ، فإن ضرر صاحب الجمل إنما هو فى فوات عين الجمل ، وتفاوت مابين عين الشىء وقيمته يسير ، سيما وهو فى حق شخص واحد ، ومراعاة حق للمسلمين أجمعين بدفع الضرر الكثير عنهم أولى من دفع الضرر اليسير عن واحد منهم أو من غيرهم ، ولهذا قلنا فيمن وجد ماله قبل قسمه فهو أحق به ، فإن وجده فى قسمته لم يأخذه إلا بثمنه ، لئلا يؤدى إلى الضرر بنقص القيمة ، أو حرمان من وقع ذلك فى سهمه .

٧٤٧٥ (فصـــــل)

قال أحمد : والنفل من أربعة أخماس الغنيمة ، هـذا قول أنس بن مالك ، وفقهاء الشام ، منهم . رجاء بن حيوة ، وعبادة بن نسى ، وعدى بن عدى ، ومكحول ، والقاسم بن عبد الرحمن ، ويزيد بن أبى مالك . ويحيى بن جابر ، والأوزاعى . وبه قال اسحق ، وأبو عبيد : والناس اليوم على هـذا ، قال أحمد . وكان سعيد بن المسيب ، ومالك بن أنس ، يقولان : « لا نفل إلا من الخمس » ، فكيف خفى عليهما هذا ، مع علمهما ؟ .

وقال النخعى وطائفة : إن شاء الإمام نفلهم قبل الخمس ، وإن شاء بعده ، وقال أبو ثور : وإنما النفل قبل الخمس ، واحتج من ذهب إلى هذا بحديث ابن عمر الذى أوردناه .

ولنا : ماروى معن بن يزيد السلمى ، قال سمعت رسول الله صلى الله عليه سلم يقول : « لا نفل إلا بعد الخمس » ، رواه أبو داود ، وابن عبد البر . وهذا صريح . . وحديث حبيب بن مسلمة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس » . وحديث جرير حين قال له عمر : « ولك الثلث بعد الخمس » . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم نفل الثلث ، ولا يتصور إخراجه من الخمس ، ولأن الله تعالى قال : (وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ)[1] يقتضى أن يكون الخمس خارجاً من الغنيمة كلها ، وأما حديث ابن عمر فقد رواه شعيب ، عن نافع ، عن ابن عمر[2] قال : « بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جيش ، قبل نجد ، وابتعث سرية من الجيش ، فكان سهمان الجيش اثنى عشر بعيراً ، ونفل أهل السرية بعيراً ، فكانت سهمانهم ثلاثة عشر[3] بعيراً » ، فهذا يمكن أن يكون نفلهم من أربعة أخماس الغنيمة دون بقية الجيش ، كما ينفل السرايا ، ويتعين حمل الخبر على هذا ، لأنه لو أعطى جميع الجيش لم يكن ذلك نفلا ، وكان قد قسم لهم أكثر من أربعة الأخماس ، وهو خلاف الآية والأخبار .

---

(١) سورة الأنفال آية ٤١

(٢) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٧١ (ف)

(٣) فى رواية أخرى لأبى داود (فكان لكل رجل منا ثلاثة عشر بعيرا بنفله) (ف)

٧٤٧٦ (فصـــــل)

وكلام أحمد فى أن النفل من أربعة الأخماس عام ، لعموم الخبر فيـه ، ويحتمل أن يحمل على القسمين الأولين من النفل . فأما القسم الثالث وهو أن يقول : من جاء بشىء فله كذا ، أو : من جاء بعشرة رءوس فله رأس منها ، فيحتمل أن يستحق ذلك من الغنيمة كلها ، لأنه ينزل بمنزلة الجعل ، فأشبه السلب ، فإنه غير مخموس ويحتمل فى القسم الثانى — وهو زيادة بعض الغانمين على سهمه لغنائه — أن يكون من خمس الخمس المعد للمصالح ، لأن عطية هذا من المصالح ، والمذهب المنصوص عليه الأول ، لأن عطية سلمة بن الأكوع سهم الفارس زيادة على سهمه ، إنما كانت من أربعة الأخماس والله أعلم .

٧٤٧٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويرد من نفل على من معه فى السرية إذ بقوتهم صار إليه ﴾

هذا فى الصورة التى ذكرها الخرقى ، وهى القسم الأول من أقسام النفل ، وهو إذا بعث سرية ونفلها الثلث أو الربع ، فدفع النفل إلى بعضهم ، وخصه به ، أو جاء بعضهم بشىء فنفله ، ولم يأت بعضهم بشىء فلم ينفله ، شارك من نفل من لم ينفل : نص عليه أحمد ، لأن هؤلاء إنما أخذوا بقوة هؤلاء ، ولأنهم استحقوا النفل على وجه الإشاعة بينهم بالشرط السابق ، فلم يختص به واحد منهم كالغنيمة ، فأما فى القسمين الآخرين اللذين لم يذكرهما الخرقى مثل : أن يخص بعض الجيش بنفل لغنائه ، أو يجعله له ، كقوله : من جاء بعشرة رءوس فله رأس ، فجاء واحد بعشرة دون الجيش ، فإن من نفل يختص بنفله دون غيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما خص من قتل بسلب قتيله اختص به ، ولما خص سلمة بن بسهم الفارس والراجل اختص به ، وكذلك اختص بالمرأة التى نفلها إياه أبو بكر دون الناس ، ولأن هذا جعل تحريضاً على القتال ، وحثاً على فعل ما يحتاج المسلمون إليه ، ليحمل فاعله كافة فعله ، رغبة فيما جعل له ، فلو لم يختص به فاعله ما خاطر أحد بنفسه فى فعله ، ولا حصلت مصلحة النفل ، فوجب أن يختص الفاعل لذلك بنفله كثواب الآخرة .

٧٤٧٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن قتل منا أحداً منهم مقبلا على القتال فله سلبه غير مخموس قال ذلك الإمام أو لم يقل ﴾

فى هذه المسألة فصول ستة :

٧٤٧٩ (أحـــــدها)

أن القاتل يستحق السلب فى الجملة ، ولا نعلم فيه خلافا ، والأصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من قتل كافراً فله سلبه » ، رواه الجماعة عن النبى صلى الله عليه وسلم ، منهم أنس ، وسمرة بن جندب ،

غيرهما وروى أبو قتادة قال : « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه سلم عام خيبر[1] فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين ، فاستدرت له حتى أتيته من ورائه ، فضربته بالسيف على حبل[2] عاتقه . ضربة فأدركه الموت . ثم إن الناس رجعوا ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه » قال : فقمت فقلت : من يشهد لى ؟ فقال رسول صلى الله عليه وسلم : مالك يا أبا قتادة ؟ فاقتصصت عليه القصة ، فقال رجل من القوم : صدق يا رسول الله ، سلب ذلك القتيل عندى ، فأرضه منه . فقال أبو بكر الصديق : لاهَا الله[3] إذًا تعمد[4] إلى أسد من أسد الله تعالى، يقاتل عن الله وعن رسوله ، فيعطيك سلبه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : صدق ، فأسلمه إليه . قال فأعطانيه » . متفق عليه وعن أنس قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين : « من قتل قيلا[5] فله سلبه . فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا ، فأخذ أسلابهم » . رواه أبو داود .

٧٤٨٠ (الفصل الثانى)

أن السلب لكل قاتل يستحق السهم أو الرضخ ، كالعبد ، والمرأة ، والصبى ، والمشرك . وروى عن ابن عمر أن العبد إذا بارز بإذن مولاه فقتل لم يستحق السلب ، ويرضخ له منه . وللشافعى فيمن لا سهم له قولان . أحدهما : لا يستحق السلب ، لأن السهم آكد منه ، للإجماع عليه ، فإذا لم يستحقه فالسلب أولى . [والثانى : يستحقه] .

ولنا . عموم الخبر ، وأنه قاتل من أهل الغنيمة ، فاستحق السلب ، كذا السهم ، ولأن الأمير لو جعل جعلالمن صنع شيئاً فيه نفع للمسلمين لا ستحقه فاعله من هؤلاء ، فالذى جعله النبى صلى الله عليه وسلم أولى . وفارق السهم ، لأنه علق على المظنة ، ولهذا يستحق بالحضور ، ويستوى فيه الفاعل وغيره ، والسلب مستحق بحقيقة الفعل ، وقد وجد منه ذلك ، فاستحقه كالمجعول له جعلا على فعل إذا فعله ، فإن كان القاتل ممن لا يستحق سهما ولا رضخا ، كالمرجف ، والمخذل ، والمعين على المسلمين ، لم يستحق السلب وإن قتل .

---

(١) هكذا فى النسخ والصواب (عام حنين) كما فى صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣٧٠ والبخارى مع فتح البارى ج ٨ ص ٢٩ (ف) (٢) حبل عاتقه : مابين العنق والكتف(ف)

(٣) هكذا فى الصحيحين . قال الخطابى هو تغيير من الرواة والصواب لا والله ذا بغير همزة قبل (ذا) ، و (ها) بمعنى الواو التى يقسم بها ، والمعنى لا والله هذا ما أقسم به ، وفى الفتح صوب الرواية وجعل (إذا) حرف جواب بشرط مقدر كأن أبا بكر قال : إذا صدق فى أنه صاحب السلب إذا لا يعمد إلى السلب فيعطيك حقه اهـ فليراجع فتح البارى فقد أطال وأجاد (ف) (٤) الرواية فى البخارى ومسلم (لا يعمدإلى أسد الخ) (ف)

(٥) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٦٥ (من قتل كافرا) (ف).

وهذا مذهب الشافعى ، لأنه ليس من أهل الجهاد ، وإن بارز العبد بغير إذن مولاه لم يستحق السلب ، لأنه عاص ، وكذلك كل عاص مثل من دخل بغير إذن الأمير.

وعن أحمد فيمن دخل بغير إذن أنه يؤخذ منه الخمس ، وباقيه له جمله كالغنيمة ، ويخرج فى العبد المبارز بغير إذن سيده مثله ، ويحتمل أن يكون سلب قتيل العبد له على كل حال ، لأن ما كان له فهو لسيده ، ففى حرمانه السلب حرمان سيده ، ولا معصية منه .

٧٤٨١ (الفصل الثالث)

أن السلب للقاتل فى كل حال ، إلا أن ينهزم العدو ، وبه قال الشافعى ، وأبو ثور ، وداود ، وابن المنذر . وقال مسروق : إذا التقى الزحفان فلا سلب له ، إنما النفل قبل وبعد ، ونحوه قول نافع . كذلك قال الأوزاعى ، وسعيد بن عبد العزيز وأبو بكر بن أبى مريم : السلب للقاتل مالم تمتد الصفوف بعضها إلى بعض ، فإذا كان كذلك فلا سلب لأحد .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « من قتل قتيلا فله سلبه » ، ولأن أبا قتادة إنما قتل الذى أخذ سلبه فى حال التقاء الزحفين ، ألا تراه يقول : « فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين » ، وكذلك قول أنس : « فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا ، وأخذ أسلابهم ، وكان ذلك عند التقاء الزحفين » ، لأن هوازن لقوا المسلمين فجأة ، فألحوا الحرب قبل أن تتقدمها مبارزة ؟

وروى سعيد ، حدثنا اسماعيل بن عياش ، عن صفوان بن عمرو ، عن عبد الرحمن بن جبير بن نفير ، عن أبيه ، عن عوف بن مالك ، قال : غزونا إلى طرف الشام ، فأمر علينا خالد بن الوليد ، فانضم إلينا رجل من أمداد حمير ، فقضى لنا أنا لقينا عدونا فقاتلونا قتالا شديداً ، وفى القوم رجل من الروم على فرس له أشقر ، وسرج مذهب ، ومنطقه ملطخة ، وسيف مثل ذلك ، فجعل يحمل على القوم ويغرى بهم ، فلم يزل المددى[1] يحتال لذلك الرومى حتى مر به فاستقفاه[2] ، فضرب عرقوب[3] فرسه بالسيف ، ثم وقع ، فأتبعه ضربا بالسيف حتى قتله ، فلما فتح الله الفتح أقبل بسلب القتيل ، وقد شهد له الناس أنه قاتله ، فأعطاه خالد بعض سلبه ، وأمسك سائره . فلما قدم المدينة استعدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فدعا خالدا ،

---

(١) المددى منسوب إلى المدد (ف). (٢) استقفاه : أتاه من قبل قفاه (ف).

(٣) العرقوب : الوتر الذى خلف الكعبين بين مفصل القدم والساق من ذوات الأربع وهو من الإنسان فويق العقب(ف).

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما منعك يا خالد أن تدفع إلى هذا سلب قتيله»؟ قال: استكثرته، قال: «فادفعه إليه» وذكر الحديث[1]. ورواه أبو داود.

٧٤٨٢ (الفصل الرابع)

أنه إنما يستحق السلب بشروط أربعة:

أحدها: أن يكون المقتول من المقاتلة الذين يجوز قتلهم، فأما إن قتل امرأة أو صبيا أو شيخا فانياً أو ضعيفاً مهيناً ونحوهم ممن لا يقاتل لم يستحق سلبه، لا نعلم فيه خلافا، وإن كان أحد هؤلاء يقاتل استحق قاتله سلبه، لأنه يجوز قتله، ومن قتل أسيراً له أو لغيره لم يستحق سلبه لذلك.

الثاني: أن يكون المقتول فيه منفعة غير مثخن بالجراح، فإن كان مثخنا بالجراح فليس لقاتله شيء من سلبه، وبهذا قال مكحول، وجرير بن عثمان، والشافعي، لأن معاذ بن عمرو بن الجموح: «أثبت أبا جهل وذفف عليه ابن مسعود، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، ولم يعط ابن مسعود شيئاً» وإن قطع يدي رجل ورجليه، وقتله آخر، فالسلب للقاطع دون القاتل، لأن القاطع هو الذي كفى المسلمين شره، وإن قطع يديه أو رجليه وقتله الآخر فالسلب للقاطع في أحد الوجهين، لأنه عطله، فأشبه الذي قتله، والثاني سلبه في الغنيمة، لأنه إن كانت رجلاه سالمتين فإنه يعدو ويكثر، وإن كانت يداه سالمتين فإنه يقاتل بهما، فلم يكف القاطع شره كله، ولا يستحق القاتل سلبه، لأنه مثخن بالجراح، وإن قطع يده ورجله من خلاف فكذلك، وإن قطع إحدى يديه وإحدى رجليه ثم قتله آخر فسلبه غنيمة، ويحتمل أنه للقاتل لأنه قاتل لمن لم يكف[2] المسلمين شره، وإن عانق رجل رجلا فقتله آخر فالسلب للقاتل، وبهذا قال الشافعي. وقال الأوزاعي: هو للمعانق.

ولنا: قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من قتل قتيلا فله سلبه» ولأنه كفى المسلمين شره، فأشبه ما لو لم يعانقه الآخر، وكذلك لو كان الكافر مقبلا على رجل يقاتله فجاء آخر من ورائه فضربه فقتله فسلبه لقاتله، بدليل قصة قتيل أبي قتادة.

والثالث: أن يقتله أو يثخنه بجراح تجعله في حكم المقتول. قال أحمد: لا يكون السلب إلا للقاتل. وإن أسر رجلا لم يستحق سلبه، سواء قتله الإمام أو لم يقتله. وقال مكحول: لا يكون السلب إلا لمن

(١) الحديث أخرجه مسلم ج ٣ ص ١٣٧٣ وأبو داود ج ٢ ص ٦٥ بألفاظ متقاربة وفيه أمر النبي صلى الله عليه وسلم خالدا بأن يعطي له سلبه كاملا، فلما استثار عوف بن مالك خالدا قال الرسول الله صلى الله عليه وسلم: ياخالد. لا تعطه (ف).

(٢) لفظ الشرح الكبير ج ١٠ ص٤٥٦ «لأنه قتل من لم يكتف المسلمون شره» (ف).

أسر علجاً أو قتله . وقال القاضى : إذا أسر رجلا فقتله الإمام صبراً فسلبه لمن أسره ، لأن الأسر أصعب من القتل ، فإذا استحق سلبه بالقتل كان تنبيها على استحقاقه بالأسر قال : وإن استبقاه الإمام كان له فداؤه أو رقبته وسلبه ، لأنه كفى المسلمين شره .

ولنا : أن المسلمين أسروا أسرى يوم بدر ، فقتل النبى صلى الله عليه وسلم عقبة والنضر بن الحارث ، واستبقى سائرهم ، فلم يعط من أسرهم أسلابهم ولا فداءهم ، وكان فداؤهم غنيمة ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما جعل السلب للقاتل ، وليس الآسر بقاتل ، ولأن الإمام مخير فى الأسرى ، ولو كان لمن أسره كان أمره إليه دون الإمام .

الرابع : أن يغرر بنفسه فى قتله ، فأما إن رماه بسهم من صف المسلمين فقتله فلا سلب له . قال أحمد : السلب للقاتل إنما هو فى المبارزة ، لا يكون فى الهزيمة . وإن حمل جماعة من المسلمين على واحد فقتلوه فالسلب فى الغنيمة ، لأنهم لم يغرروا بأنفسهم فى قتله ، وإن اشترك فى قتله اثنان فظاهر كلام أحمد أن سلبه غنيمة ، فإنه قال فى رواية حرب : له السلب إذا انفرد بقتله .

وحكى أبو الخطاب عن القاضى : أنهما يشتركان فى سلبه لقوله : « من قتل قتيلا فله سلبه » ، وهذا يتناول الواحد والجماعة ، ولأنهما اشتركا فى السبب فاشتركا فى السلب .

ولنا : أن السلب إنما يستحق بالتغرير فى قتله ، ولا يحصل ذلك بقتل الاثنين ، فلم يستحق به السلب كما لو قتله جماعة . ولم يبلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم شرك بين اثنين فى سلب ، فإن اشترك اثنان فى ضربه وكان أحدهما أبلغ فى قتله من الآخر فالسلب له ، لأن أبا جهل ضربه معاذ بن عمرو بن الجموح ، ومعاذ ابن عفراء ، وأتيا النبى صلى الله عليه وسلم فأخبراه ، فقال « كلا كما قتله » وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو ابن الجموح ، وإن انهزم الكفار كلهم فأدرك إنسان منهزما منهم فقتله فلا سلب له ، لأنه لم يغرر فى قتله ، وإن كانت الحرب قائمة فانهزم أحدهم فقتله إنسان فسلبه لقاتله ، لأن الحرب فر وكر ، وقد قتل سلمة ابن الأكوع طليعة للكفار وهو منهزم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : من قتله ؟ قالوا : سلمة بن الأكوع قال : «له سلبه أجمع » وبهذا قال الشافعى : وقال أبو ثور ، وداود ، وابن المنذر : السلب لكل قاتل ، لعموم الخبر واحتجاجا بحديث سلمة هذا .

ولنا : أن ابن مسعود دفف على أبى جهل فلم يعطه النبى صلى الله عليه وسلم سلبه ، وأمر بقتل عقبة ابن أبى معيط والنضر بن الحارث صبرا ولم يعط سلبهما من قتلهما ، وقتل بنى قريظة صبراً فلم يعط من قتلهم أسلابهم ، وإنما أعطى السلب من قتل مبارزا ، أو كفى المسلمين شره ، وغرر فى قتله . والمنهزم بعد انقضاء الحرب قد كفى المسلمين شر نفسه ، ولم يغرر قاتله بنفسه فى قتله ، فلم يستحق سلبه كالأسير .

وأما الذى قتله سلمة فكان متحيزاً إلى فئة ، وكذلك من قتل حال قيام الحرب ،فإنه إن كان منهزما فهو متحيز إلى فئة ، وراجع إلى القتال ، فأشبه الكار فإن القتال فر وكر . إذا ثبت هذا : فإنه لا يشترط فى استحقاق السلب أن تكون المبارزة بإذن الأمير ، لأن كل من قضى له بالسلب فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من نقل إلينا أنه أذن له فى المبارزة ، مع أن عموم الخبر يقتضى استحقاق السلب لكل قاتل إلا من خصه الدليل .

٧٤٨٣ (الفصل الخامس)

أن السلب لا يخمس ، روى ذلك عن سعد بن أبى وقاص ، وبه قال الشافعى ، وابن المنذر ، وابن جرير وقال ابن عباس يخمس ،وبه قال الأوزاعى ، ومكحول ، لعموم قوله تعالى: (١)(واعلمُوا أنّما غنمْتم من شَىْءٍ فأن للهِ خُمُسَه) .

وقال إسحاق : إن استكثر الإمام السلب خمسه — وذلك إليه — لما روى ابن سيرين : « أن البراء ابن مالك بارز مرزبان الزارة بالبحرين ، فطعنه فدق صلبه ، وأخذ سواريه وسلبه ، فلما صلى عمر الظهر أتى أبا طلحة فى داره ، فقال : إنا كنا لا نخمس السلب ، وإن سلب البراء قد بلغ مالا ، وأنا خامسه ، فكان أول سلب خمس فى الإسلام سلب البراء » . رواه سعيد فى السنن ، وفيها : أن سلب البراء بلغ ثلاثين ألفاً .

ولنا : ماروى عوف بن مالك ، وخالد بن الوليد : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ، ولم يخمس السلب » . رواه أبو داود ، وعموم الأخبار التى ذكرناها وخبر عمر حجة لنا ، فإنه قال : إنا كنا لانخمس السلب ، وقول الراوى :كان أول سلب خمس فى الإسلام ، يعنى أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر صدرا من خلافته لم يخمسوا سلباً ، واتباع ذلك أولى . قال الجوزجانى : لا أظنه يجوز لأحد فى شىء سبق فيه من الرسول صلى الله عليه وسلم شىء إلا اتباعه ، ولا حجة فى قول أحد مع قول رسول الله عليه وسلم ، وما ذكرناه يصلح أن يخصص به عموم الآية .

وإذا ثبت هذا : فإن السلب من أصل الغنيمة . وقال مالك : يحتسب من خمس الخمس .

ولنا . أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل مطلقاً ، ولم ينقل عنه أنه احتسب به من خمس الخمس ولأنه لو احتسب به من خمس الخمس احتيج إلى معرفة قيمته وقدره ، ولم ينقل ذلك ، ولأن سببه لا يفتقر إلى اجتهاد الإمام ، فلم يكن من خمس الخمس كسهم الفارس والراجل .

٧٤٨٤ (الفصل السادس)

أن القاتل يستحق السلب ، قال ذلك الإمام أو لم يقل ، وبه قال الأوزاعى ، والليث ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ، والثورى : لا يستحقه إلا أن يشترطه الإمام له ،

(١) سورة الانفال آية ٤١

وقال مالك : لا يستحقه إلا أن يقول الإمام ذلك ، ولم ير أن يقول الإمام ذلك إلا بعد انقضاء الحرب على ماتقدم من مذهبه فى النفل ، وجعل السلب ههنا من جملة الأنفال .

وقد روى عن أحمد مثل قولهم ، وهو اختيار أبى بكر ، واحتجوا بما روى عوف بن مالك : « أن مدديا اتبعهم فقتل علجاً ، فأخذ خالد بعض سلبه وأعطاه بعضه ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال :(1) لا تعطه ياخالد » . رواه سعيد ، وأبوداود ، وأنا اختصرته . ورويا بإسنادهما عن شبر بن علقمة ، قال : « بارزت رجلا يوم القادسية فقتلته ، وأخذت سلبه ، فأتيت به سعداً ، فخطب سعد أصحابه وقال : إن هذا سلب شبر ، خير من اثنى عشر ألفاً ، وإنا قد نفلناه إياه » ولو كان حقاً له لم يحتج إلى نفله ، ولأن عمر أخذ الخمس من سلب البراء ، ولو كان حقاً له لم يجز أن يأخذ منه شيئاً ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم دفع سلب أبى قتادة إليه من غير بينة ولا يمين .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا فله سلبه » ، وهذا من قضايا رسول الله صلى الله عليه وسلم المشهورة التى عمل بها الخلفاء بعده ، وأخبارهم التى احتجوا بها تدل على ذلك ، فإن عوف بن مالك احتج على خالد حين أخذ سلب المددى ، فقال له عوف : « أما تعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ؟ قال : « بلى » وقول عمر : « إنا كنا لانخمس السلب » يدل على أن هذه قضية عامة فى كل غزوة ، وحكم مستمر لكل قاتل ، وإنما أمر النبى صلى الله عليه وسلم خالداً أن لا يرد على المددى عقوبة حين أغضبه عوف بتقريعه خالداً بين يديه . وقوله : « قد أنجزت لك ما ذكرت لك من أمر(2) رسول الله صلى الله عليه وسلم » ، وأما خبر شبر فإنما أنفذ له سعد ماقضى له به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وسماه نفلا ، لأنه فى الحقيقة نفل ، لأنه زيادة على سهمه .

وأما أبو قتادة فإن خصمه اعترف له به وصدقه ، فجرى مجرى البينة ، ولأن السلب مأخوذ من الغنيمة بغير تقدير الإمام واجتهاده ، فلم يفتقر إلى شرطه كالسهم .

إذا ثبت هذا : فإن أحمد قال : لا يعجبنى أن يأخذ السلب إلا بإذن الإمام ، وهو قول الأوزاعى ، وقال ابن المنذر ، والشافعى : له أخذه بغير إذن ، لأنه استحقه بجعل النبى صلى الله عليه وسلم له ذلك ، ولا يأمن إن أظهره عليه أن لا يعطاه ، ووجه قول أحمد أنه فعل مجتهد فيه ، فلم ينفذ أمره فيه إلا بإذن الإمام ، كأخذ سهمه ، ويحتمل أن يكون هذا من أحمد على سبيل الاستحباب ، ليخرج من الخلاف ، لا على سبيل الإيجاب ، فعلى هذا إن أخذه بغير إذن ترك الفضيلة وله ما أخذه .

---

(١) قلنا قريبا إن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر خالدا أولا أن يعطيه سلبه كاملا فلما جذب عوف برداء خالد ووبخه على انتقاصه حق المددى فى السلب قال النبى صلى الله عليه وسلم : لا تعطه والقصة بتمامها فى مسلم وأبى داود كما نبهنا (ف) .

(٢) لفظ مسلم (من رسول الله) (ف) .

٧٤٨٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ والدابة وما عليها من آلتها من السلب ، إذا قتل وهو عليها ، وكذلك ما عليه من السلاح والثياب وإن كثر ، فإن كان معه مال لم يكن من السلب ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أن الدابة ليست من السلب ﴾

وجملته : أن السلب ما كان القتيل لابساً له ، من : ثياب ، وعمامة ، وقلنسوة ، ومنطقة ، ودرع ، ومغفر ، وبيضة ، وتاج ، وأسورة ، وران[1] ، وخف ، بما فى ذلك من حلية ، ونحو ذلك . لأن المفهوم من السلب اللباس ، وكذلك السلاح ، من : السيف ، والرمح ، والسكين ، واللت[2] ، ونحوه لأنه يستعين به فى قتاله ، فهو أولى بالأخذ من اللباس ، وكذلك الدابة ، لأنه يستعين بها ، فهى كالسلاح وأبلغ منه . ولذلك استحق بها زيادة السهمان ، بخلاف السلاح ، فأما المال الذى معه فى كرانه وخريطته فليس بسلب لأنه ليس من الملبوس ، ولا مما يستعين به فى الحرب ، وكذلك رحله وأثاثه ، وما ليست يده عليه من ماله ليس من سلبه . وبهذا قال الأوزاعى ، ومكحول ، والشافعى ، إلا أن الشافعى قال : مالا يحتاج إليه فى الحرب كالتاج والسوار والطوق والهميان[3] الذى للنفقة ليس من السلب فى أحد القولين ، لأنه مما لا يستعان به فى الحرب ، فأشبه المال الذى فى خريطته .

ولنا : أن فى حديث البراء أنه بارز مرزبان الزارة فقتله ، فبلغ سواراه ومنطقته ثلاثين ألفاً ، نخمسه عمر ، ودفعه إليه .

وفى حديث عمرو بن معد يكرب : « أنه حمل على أسوار فطعنه ، فدق صلبه وصرعه ، فنزل إليه فقطع يده ، وأخذ سوارين كانتا عليه ، ويلمقا[4] من ديباج ، وسيفا ، ومنطقة ، فسلم ذلك له » ، ولأنه ملبوس له ، فأشبه ثيابه ، ولأنه داخل فى اسم السلب ، فأشبه الثياب والمنطقة ، ويدخل فى عموم قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فله سلبه » .

واختلفت الرواية عن أحمد فى الدابة ، فنقل عنه : أنها ليست من السلب ، وهو اختيار أبى بكر ، لأن السلب ما كان على بدنه ، والدابة ليست كذلك ، فلا يدخل فى الخبر ، قال : وذكر عبدالله حديث عمرو بن معدى كرب ، فأخذ سواريه ومنطقته ، ولم يذكر فرسه .

ولنا : ماروى عوف بن مالك قال : « خرجت مع زيد بن حارثة فى غزوة مؤتة ، ورافقنى مددىّ من

---

(١) الران : مايلبس فى الساق كما سبق . (ف) . (٢) اللت : الفأس العظيمة وهى فارسية (ف) .
(٣) الهميان : كيس تجعل فيه النفقة ويشد على الوسط (ف) . (٤) اليلمق . القباء (ف) .

أهل اليمن ، فلقينا جموع الروم ، وفيهم رجل على فرس أشقر ، عليه سرج مذهب ، وسلاح مذهب فجعل يغرى بالمسلمين ، وقعد له المددى خلف صخرة ، فمر به الرومى ، فعرقب فرسه ، فعلاه فقتله ، وحاز فرسه وسلاحه ، فلما فتح الله للمسلمين بعث إليه خالد بن الوليد ، فأخذ من السلب ، قال عوف : فأتيته فقلت له : يا خالد ، أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ؟ قال : بلى » . رواه الأثرم .

وفى حديث شبر بن علقمة « أنه أخذ فرسه » . كذلك قال أحمد هو فيه ، ولأن الفرس يستعان بها فى الحرب ، فأشبهت السلاح ، وما ذكروه يبطل بالرمح والقوس والآلات ، فإنها من السلب ، وليست ملبوسة .

إذا ثبت هذا فإن الدابة وما عليها من سرجها ولجامها ، وتجفيفها (١) وحلية إن كانت عليها ، وجميع آلتها من السلب ، لأنه تابع لها ، ويستعان به فى الحرب ، وإنما يكون من السلب إذا كان راكباً عليها وإن كانت فى منزله أو مع غيره أو منفلتة لم تكن من السلب ، كالسلاح الذى ليس معه ، وإن كان راكباً عليها فصرعه عنها ، أو أشعره (٢) عليها ثم قتله بعد نزوله عنها ، فهى من السلب . وهكذا قول الأوزاعى . وإن كان ممسكاً بعنانها غير راكب عليها فعن أحمد فيها روايتان .

إحداهما : من السلب ، وهو قول الشافعى ، لأنه متمكن من القتال عليها ، فأشبهت سيفه أو رمحه فى يده .

والثانية : ليست من السلب ، وهو ظاهر كلام الخرقى ، واختيار الخلال ، لأنه ليس براكب عليها ، فأشبه ما لو كانت مع غلامه ، وإن كان على فرس وفى يده جنيبة (٣) لم تكن الجنيبة من السلب ، لأنه لا يمكنه ركوبهما معاً .

٧٤٨٦ (فصـــــل)

ولا تقبل دعوى القتل إلا ببينة ، وقال الأوزاعى : يعطى السلب إذا قال : أنا قتلته ، ولا يسأل بينة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قبل قول أبى قتادة .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه » متفق عليه . وأما

---

(١) تجفيفها . قال فى القاموس ج ٣ ص ١٢٨ التجفاف بالكسر آلة للحرب يلبسه الفرس والإنسان ليقيه فى الحرب وجفف الفرس ألبسه إياه » أ هـ . أى إنها درع ـ وجمع التجفاف تجافيف ، والأصوب هنا (تجفافها) (تجافيفها) ف

(٢) أشعره : طعنه حتى سال دمه ف.

(٣) جنيبة . الدابة تقودها فى جنب دابتك ف

أبو قتادة فإن خصمه أقر له فاكتفى بإقراره . قال أحمد : ولا يقبل إلا شاهدان ، وقالت طائفة من أهل الحديث : يقبل شاهد ويمين ، لأنها دعوى فى المال ، ويحتمل أن يقبل شاهد بغير يمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قبل قول الذى شهد لأبى قتادة من غير يمين ، ووجه الأول : أن النبى صلى الله عليه وسلم اعتبر البينة ، وإطلاقها ينصرف إلى شاهدين ، ولأنها دعوى للقتل ، فاعتبر شاهدان كقتل العمد .

٧٤٨٧ (فصـــــل)

ويجوز سلب القتلى وتركهم عراة ، وهذا قول الأوزاعى ، وكرهه الثورى ، وابن المنذر . لما فيه من كشف عوراتهم .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم فى قتيل سلمة بن الأكوع : « له سلبه أجمع » . وقال : « من قتل قتيلا فله سلبه » . وهذا يتناول جميعه .

٧٤٨٨ ﴿مســـألة﴾

قال ﴿ومن أعطاهم الأمان منا من رجل أو امرأة أو عبد جاز أمانه﴾ .

وجملته : أن الأمان إذا أعطى أهل الحرب حرم قتلهم ومالهم ، والتعرض لهم ، ويصح من كل مسلم بالغ عاقل مختار، ذكراً كان أو أنثى حراً كان أو عبداً ، وبهذا قال الثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق، وابن القاسم، وأكثر أهل العلم. وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: فلا يصح أمان العبد إلا أن يكون مأذوناً له فى القتال ، لأنه لا يجب عليه الجهاد ، فلا يصح أمانه كالصبى ، ولأنه مجلوب من دار الكفر ، فلا يؤمن أن ينظر لهم فى تقديم مصلحتهم .

ولنا : ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ذمة [١] المسلمين واحدة ، يسعى بها أدناهم ، فمن أخفر [٢] مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل منه صرف [٣] ولا عدل » . رواه البخارى . وروى فضيل بن يزيد الرقاشى قال : « جهز عمر بن الخطاب جيشاً ، فكنت فيه فحصرنا موضعاً فرأينا أنا سنفتحها اليوم ، وجعلنا نقبل ونروح ، فبقى عبد منا فراطنهم وراطنوه ، فكتب لهم الأمان فى صحيفة وشدها على سهم ، ورمى بها إليهم ، فأخذوها وخرجوا ، فكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب فقال : «العبد المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم» ، رواه سعيد ، ولأنه مسلم مكلف، فصح أمانه كالحر ، وماذكروه من التهمة يبطل بما إذا أذن له فى القتال ، فإنه يصح أمانه ، وبالمرأة فإن أمانها يصح فى قولهم جميعاً ، قالت

(١) ذمة : ما يذم متعاطيه على إضاعته من عهد أو أمان ف .

(٢) أخفر : أى نقض العهد والأمان (ف) .

(٣) صرف وعدل : الصرف : التوبة . والعدل : الفدية . وقيل الصرف : النافلة ، والعدل : الفريضة (ف) .

عائشة : إن كانت المرأة لتجير على المسلمين فيجوز ، وعن أم هانىء أنها قالت : « يارسول الله إنى أجرت أحمائى ، وأغلقت عليهم ، وإن ابن أمى أراد قتلهم ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد أجرنا من أجرت يا أم هانىء ، إنما يجير على المسلمين أدناهم » . رواهما سعيد « وأجارت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص بن الربيع ، فأمضاه رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

٧٤٨٩ (فصـــل)

ويصح أمان الأسير إذا عقده غير مكره ، لدخوله فى عموم الخبر ، ولأنه مسلم مكلف مختار ، فأشبه غير الأسير ، وكذلك أمان الأجير والتاجر فى دار الحرب ، وبهذا قال الشافعى . وقال الثورى . لا يصح أمان أحد منهم .

ولنا عموم الحديث ، والقياس على غيرهم ، فأما الصبى المميز فقال ابن حامد : فيه روايتان .

إحداهما : لا يصح أمانه ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، لأنه غير مكلف ، ولا يلزمه بقوله حكم ، فلا يلزم غيره كالمجنون .

والرواية الثانية : يصح أمانه ، وهو قول مالك . وقال أبوبكر : يصح أمانه رواية واحدة . وحمل رواية المنع على غير المميز ، واحتج بعموم الحديث ، ولأنه مسلم مميز ، فصح أمانه كالبالغ ، وفارق المجنون ، فإنه لا قول له أصلا .

٧٤٩٠ (فصـــل)

ولا يصح أمان كافر وإن كان ذمياً ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » ، فجعل الذمة للمسلمين ، فلا تحصل لغيرهم ، ولأنه متهم على الإسلام وأهله ، فأشبه الحربى . ولا يصح أمان مجنون ولا طفل ، لأن كلامه غير معتبر . ولا يثبت به حكم ، ولا يصح أمان زائل العقل بنوم سكر أو إغماء ، لذلك ، ولأنه لا يعرف المصلحة من غيرها ، فأشبه المجنون ولا يصح من مكره ، لأنه قول أكره عليه بغير حق ، فلم يصح كالإقرار .

٧٤٩١ (فصـــل)

ويصح أمان الإمام لجميع الكفار وآحادهم ، لأن ولايته عامة على المسلمين ، ويصح أمان الأمير لمن أقيم بإزائه من المشركين ، فأما فى حق غيرهم فهو كآحاد المسلمين ، لأن ولايته على قتال أولئك دون غيرهم ، ويصح أمان آحاد المسلمين للواحد ، والعشرة ، والقافلة الصغيرة ، والحصن الصغير ، لأن عمر رضى الله عنه

أجاز أمان العبد لأهل الحصن الذى ذكرنا حديثه ، ولا يصح أمانه لأهل بلدة ورستاق[1] . وجمع كثير لأن ذلك يفضى إلى تعطيل الجهاد ، والافتيات على الإمام .

٧٤٩٢ (فصل)

ويصح أمان الإمام للأسير بعد الاستيلاء عليه ، لأن عمر رضى الله عنه لما قدم عليه بالهرمزان أسيراً قال : « لا بأس عليك ، ثم أراد قتله ، فقال له أنس : قد أمنته فلاسبيل لك عليه ، وشهد الزبير بذلك ، فعدوه أماناً » ، رواه سعيد ، ولأن للإمام المن عليه ، والأمان دون ذلك ، فأما آحاد الرعية فليس له ذلك . وهذا مذهب الشافعى . وذكر أبو الخطاب : أنه يصح أمانه ، لأن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أجارت زوجها أبا العاص بن الربيع بعد أسره ، فأجاز النبى صلى الله عليه وسلم أمانها ، وحكى هذا عن الأوزاعى .

ولنا : أن أمر الأسير مفوض إلى الإمام ، فلم يجز الافتيات عليه فيما يمنعه ذلك كقتله ، وحديث زينب فى أمانها إنما صح بإجازة النبى صلى الله عليه وسلم .

٧٤٩٣ (فصل)

وإذا شهد للأسير اثنان أو أكثر من المسلمين أنهم أمنوه قبل إذا كانوا بصفة الشهود . وقال الشافعى: لا تقبل شهادتهم ، لأنهم يشهدون على فعل أنفسهم .

ولنا : أنهم عدول من المسلمين غير متهمين أشهدوا[2] بأمانة ، فوجب أن يقبل كما لو شهدوا على غيرهم أنه أمنه ، وما ذكروه لا يصح فإن النبى صلى الله عليه وسلم قبل شهادة المرضعة على فعلها فى حديث عقبة ابن الحارث ، وإن شهد واحد أنى أمنته ، فقال القاضى : قياس قول أحمد أنه يقبل ، كما لو قال الحاكم بعد عزله : كنت حكمت لفلان على فلان بحق قبل قوله . وعلى قول أبى الخطاب يصح أمانه ، فقبل خبره به كالحاكم فى حال ولايته . وهذا قول الأوزاعى . ويحتمل ألا يقبل ، لأنه ليس له أن يؤمنه فى الحال ، فلم يقبل إقراره به ، كما لو أقر بحق على غيره ، وهذا قول الشافعى ، وأبى عبيدة .

٧٤٩٤ (فصل)

إذا جاء المسلم بمشرك ادعى أنه أسره ، وادعى الكافر أنه أمنه ففيها ثلاث روايات .

إحداهن : القول قول المسلم ، لأن الأصل معه ، فإن الأصل إباحة دم الحربى ، وعدم الأمان .

---

(١) الرستاق : القرى وما يحيط بها من الأراضى (ف) .

(٢) فى نسخ المغنى (أشهدوا بأمانة) والصواب (شهدوا بأمانة) كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥٥٧

والثانية : القول قول الأسير ، لأنه يحتمل صدقه وحقن دمه ، فيكون هـذا شبهة تمنع من قتله ، وهذا اختيار أبي بكر .

والثالثة : يرجع إلى قول من ظاهر الحال يدل على صدقه ، فإن كان الـكافر ذا قوة معه سلاحه ، فالظاهر صدقه ، وإن كان ضعيفاً مسلوبا سلاحه فالظاهر كذبه ، فلا يلتفت إلى قوله : وقال أصحاب الشافعي : لا يقبل قوله ، وإن صدقه المسلم ، لأنه لا يقدر على أمانه فلا يقبل إقراره به .

ولنا : أنه كافر لم يثبت أسره ، ولا نازعه فيه منازع ، فقبل قوله في الأمان كالرسول .

٧٤٩٥ (فصـــل)

ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله ، ويعرف شرائع الإسلام وجب أن يعطاه ثم يرد إلى مأمنه لا نعلم في هذا خلافا وبه قال قتادة، ومكحول، والأوزاعي، والشافعي، وكتب عمر بن عبدالعزيز بذلك إلى الناس وذلك لقول الله تعالى[1]: «وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ» قال الأوزاعي : هي إلى يوم القيامة ، ويجوز عقد الأمان للرسول والمستأمن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « كان يؤمن رسل المشركين » ، ولما جاء رسولا مسيلمة قال : « لولا أن الرسل لا تقتل[2] لقتلتكما » ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فإننا لو قتلنا رسلهم لقتلوا رسلنا ، فتفوت مصلحة المراسلة .

ويجوز عقد الأمان لكل واحد منهما مطلقاً ، ومقيداً بمدة ، سواء كانت طويلة أو قصيرة ، بخلاف الهدنة ، فإنها لا تجوز إلا مقيدة ، لأن في جوازها مطلقا تركا للجهاد ، وهذا بخلافه ، قال القاضي : ويجوز أن يقيموا مدة الهدنة بغير جزية . قال أبو بكر : وهذا ظاهر كلام أحمد ، لأنه قيل له : قال الأوزاعي : لا يترك المشرك في دار الإسلام إلا أن يسلم أو يؤدي ، فقال أحمد : إذا أمنته فهو على ما أمنته ، وظاهر هذا أنه خالف قول الأوزاعي .

وقال أبو الخطاب : عندي أنه لا يجوز أن يقيم سنة بغير جزية ، وهذا قول الأوزاعي ، والشافعي ، لقول الله تعالى (حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ)[3] ووجه الأول : أن هـذا كافر أبيح له الإقامة في دار الإسلام من غير التزام جزية ، فلم تلزمه جزية كالنساء والصبيان ، ولأن الرسول لو كان ممن لا يجوز أخذ الجزية منه يستوي في حقه السنة فما دونها ، في أن الجزية لا تؤخذ منه في المدتين ، فإذا جازت له الإقامة في أحداهما جازت له في الأخرى ، قياساً لما عليها . وقوله تعالى : (حتى يعطوا الجزية) أي يلتزمونها ولم يرد حقيقة الإعطاء ، وهذا مخصوص منها بالإتفاق ، فإنه يجوز له الإقامة من غير التزام لها ، ولأن الآية تخصصت بما دون الحول ، فنقيس على المحل المخصوص .

---

(١) سورة التوبة آية ٦ (٢) رواه أحمد وأبو داود عن نعيم بن مسعود الأشجعي (ف) (٣) سورة التوبة آية ٢٩

٧٤٩٦ (فصــــــل)

وإذا دخل حربي دار الإسلام بأمان فأودع ماله مسلماً أو ذمياً أو أقرضهما إياه ثم عاد إلى دار الحرب نظرنا فإن دخل تاجراً أو رسولا أومتنزهاً أو لحاجة يقضيها ثم يعود إلى دار الإسلام فهو على أمانه في نفسه وماله لأنه لم يخرج بذلك عن نية الإقامة بدار الإسلام ، فأشبه الذمي إذا دخل لذلك ، وإن دخل مستوطناً بطل الأمان في نفسه ، وبقي في ماله ، لأنه بدخوله دار الإسلام بأمان ثبت الأمان لماله الذي معه ، فاذا بطل في نفسه بدخوله دار الحرب بقي في ماله لاختصاص المبطل بنفسه ، فيختص البطلان به ، فإن قيل[1] فإنما يثبت الأمان لماله تبعاً فإذا بطل في المتبوع بطل في التبع . قلنا : بل يثبت له الأمان لمعنى وجد فيه ، وهو إدخاله معه ، وهذا يقتضي ثبوت الأمان له وإن لم يثبت في نفسه ، بدليل ما لو بعثه مع مضارب له أو وكيل ، فإنه يثبت الأمان[2] في نفسه ، ولم يوجد فيه ههنا ما يقتضي الأمان فيه فبقي على ما كان عليه . ولو أخذه معه إلى دار الحرب انتقض الأمان فيه ، كما ينتقض في نفسه ، لوجود المبطل منهما .

فإذا ثبت هذا فإن صاحبه إن طالبه بعث إليه ، وإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو غيرهما صح تصرفه ، وإن مات في دار الحرب انتقل إلى وارثه ، ولم يبطل الأمان فيه . وقال أبو حنيفة : يبطل فيه ، وهو قول الشافعي ، لأنه قد صار لوارثه ، ولم يعقد فيه أماناً فوجب أن يبطل فيه كسائر أمواله .

ولنا : أن الأمان حق له لازم متعلق بالمال ، فإذا انتقل إلى الوارث انتقل لحقه كسائر الحقوق ، من الرهن والضمين والشفعة ، وهذا اختيار المزني ، ولأنه مال له أمان فينتقل إلى وارثه مع بقاء الأمان فيه كالمال الذي مع مضاربه ، وإن لم يكن له وارث صار فيئاً لبيت المال ، فإن كان له وارث في دار الإسلام فقال القاضي : لا يرثه ، لاختلاف الدارين ، والأولى أنه يرثه ، لأن ملتهما واحدة ، فيرثه كالمسلمين . وإن مات المستأمن في دار الإسلام فهو كما لو مات في دار الحرب سواء ، لأن المستأمن حربي تجري عليه أحكامهم ، وإن رجع إلى دار الحرب فسبي واسترق فقال القاضي : يكون ماله موقوفاً حتى يعلم آخر أمره بموت أو غيره ، فإن مات كان فيئاً ، لأن الرقيق لا يورث ، وإن عتق كان له ، وإن لم يسترق ولكن من عليه الإمام أو فاداه ، فماله له . وإن قتله فماله لورثته ، وإن لم يسب ولكن دخل دار الإسلام بغير أمان ليأخذ ماله جاز قتله وسبيه ، لأن ثبوت الأمان لماله لا يثبت الأمان له ، كما لو كان ماله وديعة بدار الإسلام وهو مقيم بدار الحرب .

---

(١) في النسخ قتل والصواب قيل كما في الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥٦٦ (ف)

(٢) عبارة الشرح الكبير في الصفحة السابقة (فإنه يثبت له الأمان وإن لم يثبت في نفسه) (ف)

٧٤٩٧ (فصـــــل)

وإذا سرق المستأمن فى دار الإسلام أو قتل أو غصب ثم عاد إلى وطنه فى دار الحرب ، ثم خرج مستأمناً مرة ثانية ، استوفى منه مالزمه فى أمانه الأول ، وإن اشترى عبداً مسلماً فخرج به إلى دار الحرب ثم قدر عليه لم يغنم ، لأنه لم يثبت ملكه عليه ، لكون الشراء باطلا ، ويرد بائعه الثمن إلى الحربى ، لأنه حصل فى أمان . فإن كان العبد تالفاً فعلى الحربى قيمته ، ويترادان الفضل .

٧٤٩٨ (فصـــــل)

وإذا دخلت الحربية إلينا بأمان فتزوجت ذمياً فى دارنا ثم أرادت الرجوع لم تمنع إذا رضى زوجها أو فارقها . وقال أبو حنيفة : تمنع .

ولنا : أنه عقد لايلزم الرجل المقام به ، فلا يلزم المرأة كعقد الإجارة .

٧٤٩٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ومن طلب الأمان ليفتح الحصن ففعل فقال كل واحد منهم : أنا المعطى ، لم يقتل واحد منهم ﴾

وجملته : أن المسلمين إذا حصروا حصناً ، فناداهم رجل : آمنونى أفتح لكم الحصن ، جاز أن يعطوه أماناً ، فإن زياد بن لبيد لما حصر النجير : قال الأشعث بن قيس : « أعطونى الأمان لعشرة أفتح لكم الحصن » ، ففعلوا فإن أشكل الذى أعطى الأمان وادعاه كل واحد من أهل الحصن ، فإن عرف صاحب الأمان عمل على ذلك ، وإن لم يعرف لم يجز قتل واحد منهم ، لأن كل واحد منهم يحتمل صدقه ، وقد اشتبه المباح بالمحرم ، فيما لا ضرورة إليه ، فحرم الكل ، كما لو اشتبهت ميتة بمذكاة ، أو أخته بأجنبيات ، أو اشتبه زان محصن برجال معصومين . وبهذا قال الشافعى ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وفى استرقاقهم وجهان .

أحدهما : يحرم ، وذكر القاضى أن أحمد نص عليه ، وهو مذهب الشافعى ، لما ذكرنا فى القتل ، فإن استرقاق من لا يحل استرقاقه محرم .

والثانى : يقرع بينهم ، فيخرج صاحب الأمان بالقرعة ، ويسترق الباقون . قاله أبو بكر ، لأن الحق لواحد منهم غير معلوم ، فيقرع بينهم كما لو أعتق عبداً من عبيده وأشكل ، ويخالف القتل ، فإنه إراقة دم تندرىء بالشبهات ، بخلاف الرق ، ولهذا يمنع القتل فى النساء والصبيان دون الاسترقاق . وقال الأوزاعى : إذا أسلم واحد من أهل الحصن قبل فتحه أشرف علينا ، ثم أشكل فادعى كل واحد منهم أنه الذى أسلم ،

يسعى كل واحد منهم فى قيمة نفسه ، ويترك له عشر قيمته : وقياس مذهبنا : أن فيها وجهين كالتى قبلها .

٧٥٠٠ (فصـــل)

قال أحمد : إذا قال الرجل : كف عنى حتى أدلك على كذا ، فبعث معه قوما ليدلهم فامتنع عن الدلالة ، فلهم ضرب عنقه ، لأن أمانه بشرط ، ولم يوجد . وقال أحمد : إذا لقى علجاً فطلب منه الأمان فلا يؤمنه ، لأنه يخاف شره ، وإن كانوا سرية فلهم أمانه ، يعنى أن السرية لا يخافون من غدر العلج قتلهم ، بخلاف الواحد ، وإن لقيت السرية أعلاجًا فادعوا أنهم جاءوا مستأمنين فإن كان معهم سلاح لم يقبل قولهم ، لأن حملهم السلاح يدل على محاربتهم ، وإن لم يكن معهم سلاح قبل قولهم ، لأنه يدل على صدقهم .

٧٥٠١ (فصـل)

إذا دخل حربى دار الإسلام بغير أمان نظرت ، فإن كان معه متاع يبيعه فى دار الإسلام وقد جرت العادة بدخولهم إلينا تجاراً بغير أمان لم يعرض لهم ، وقال أحمد : إذا ركب القوم فى البحر فاستقبلهم فيه تجار مشركون من أرض العدو يريدون بلاد الإسلام لم يعرضوا لهم ، ولم يقاتلوهم ، وكل من دخل بلاد المسلمين من أهل الحرب بتجارة بويع ولم يسأل عن شىء ، وإن لم تكن معه تجارة فقال : جئت مستأمناً لم يقبل منه ، وكان الإمام مخيراً فيه . ونحو هذا قال الأوزاعى ، والشافعى ، وإن كان ممن ضل الطريق أو حملته الريح فى المركب إلينا فهو لمن أخذه فى إحدى الروايتين ، والأخرى يكون فيئاً .

٧٥٠٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ومن دخل إلى أرضهم من الغزاة فارساً فنفق فرسه قبل إحراز الغنيمة فله سهم راجل، ومن دخل راجلا فأحرزت الغنيمة وهو فارس فله سهم الفارس ﴾

وجملة ذلك : أن الاعتبار فى استحقاق السهم بحالة الإحراز ، فإن أحرزت الغنيمة وهو راجل فله سهم راجل ، وإن أحرزت وهو فارس فله سهم الفارس ، سواء دخل فارساً أو راجلا . قال أحمد : أنا أرى أن كل من شهد الوقعة على أى حالة كان يعطى ، إن كان فارساً ففارس ، وإن كان راجلا فراجل ، لأن عمر قال : «الغنيمة لمن شهد الوقعة». وبهذا قال الأوزاعى ، والشافعى، وإسحاق، وأبو ثور، ونحوه قال ابن عمر . وقال أبو حنيفة : الاعتبار بدخول دار الحرب ، فإن دخل فارساً فله سهم فارس وإن نفق فرسه قبل القتال ، وإن دخل راجلا فله سهم الراجل وإن استفاد فرساً فقاتل عليه .

وعنه رواية أخرى كقولنا ، قال أحمد : كان سليمان بن موسى يعرضهم إذا أدربوا[1] ،

(١) فى النسخ (أدربوا) والصواب (أدركوا) كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥١٧ (ف)

الفارس فارس ، والراجل راجل ، لأنه دخل فى الحرب بنيـة القتال ، فلا يتغير سهمه بذهاب دابتـه ، أو أو حصول دابة له ، كما لو كان بعد القتال .

ولنـا : أن الفـرس حيوان يسهم له ، فاعتبر وجوده حال القتـال ، فيسهم له مع الوجود فيه ، ولا يسهم له مع العدم كالآدمى . والأصل فى هذا : أن حالة استحقاق السهم حالة تقتضى الحرب ، بدليل قول عمر : الغنيمة لمن شهد الوقعة ، ولأنها الحال التى يحصل فيها الاستيلاء الذى هو سبب الملك ، بخلاف ما قبل ذلك ، فإن الأموال فى أيدى أصحابها ، ولا ندرى هل يظفر بهم أولا ؟ ولأنه لو مات بعض المسلمين قبـل الاستيلاء لم يستحق شيئاً ، ولو وجد مدد فى تلك الحال أو انفلت أسير فلحق بالمســلمين أو أسلم كافر فقاتلوا استحقوا السهم ، فدل على أن الاعتبار بحالة الإحراز ، فوجب اعتباره دون غيره .

٧٥٠٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويعطى ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسه ﴾

أكثر أهل العلم على أن الغنيمة تقسم للفارس منها ثلاثة أسهم : سهم له ، وسهمان لفرسـه . وللراجل سهم . قال ابن المنذر : هذا مذهب عمر بن عبـد العزيز ، والحسن ، وابن سيرين ، وحسـين بن ثابت ، وعوام علماء الإسلام فى القـديم والحديث منهم مالك ، ومن تبعه من أهل المدينة ، والثـورى ، ومن وافقه من أهل العراق ، والليث بن سعد ومن تبعه من أهل مصر ، والشافعى ، وأحـــــمد ، وإسحاق، وأبو ثور ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : للفرس سهم واحد ، لمـا روى مجمع بن حارثة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قسم خيبر على أهل الحـديبية فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهماً » . رواه أبو داود . ولأنه حيوان ذو سهم ، فلم يزد على سهم كالآدمى .

ولنـا : ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم . سهمان لفرسه ، وسهم له » . متفق عليه ، وعن أبى رهم وأخيه أنهما كانا فارسين يوم خيبر ، فأعطيا ستة أسهم . أربعة أسهم لفرسيهما ، وسهمين لهما » رواه سعيد بن منصور وعن ابن عباس رضى الله عنـه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى الفارس ثلاثة أسهم ، وأعطى الراجل سهما » .

وقال خالد الحذاء : لا يختلف فيـه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم هـكذا للفرس سهمين ، ولصاحبه سهماً ، وللراجل سهماً . وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن : « أما بعـد . فإن سهمان الخيل مما فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم سهمين للفرس ، وسهماً للراجل . ولعمرى لقـد كان حديثاً ما أشعر أن أحداً من المسلمين هم بانتقاض ذلك ، فمن هم بانتقاض ذلك فعاقبه والسلام عليك » . رواهما سعيد والأثرم .

وهذا يدل على ثبوت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا ، وأنه أجمع عليه ، فلا يعول على ماخالفه . فأما حديث مجمع ، فيحتمل أنه أراد أعطى الفارس سهمين لفرسه ، وأعطى الراجل سهماً ، يعنى صاحبه ، فيكون ثلاثة أسهم . على أن حديث ابن عمر أصح منه ، وقد وافقه حديث أبى رهم ، وأخيه ، وابن عباس . وهؤلاء أحفظ وأعلم . وابن عمر وأبو رهم وأخوه ممن شهدوا وأخذوا السهمان ، وأخبروا عن أنفسهم أنهم أعطوا ذلك ، فلا يعارض ذلك بخبر شاذ تبين غلطه ، أو حمله على ما يخالف ظاهره ، وقياس الفرس على الآدمى غير صحيح ، لأن أثرها فى الحرب أكثر ، وكلفتها أعظم ، فينبغى أن يكون سهمها أكثر .

٧٥٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ إلا أن يكون فرسه هجيناً ، فيعطى سهماً له وسهماً لفرسه ﴾

الهجين : الذى أبوه عربى وأمه برذونة . والمقرف : الذى أبوه برذونة وأمه عربية . وقالت هند بنت النعمان بن بشير :

وما هندُ إلا مُهرة عربيـــة سليلةُ أفراس تجللهـــا بغل
فإن ولدت مهراً كريماً فبالحـــرى وإن يك إقْرَافٌ ، فما أنجب الفحل

وأراد الخرقى بالهجين ههنا ما عدا العربى ، والله أعلم ، وقد حكى عن أحمد أنه قال : الهجين البرذون ، واختلفت الرواية عنه فى سهمانها . فقال الخلال : تواترت الروايات عن أبى عبد الله فى سهام البرذون أنه سهم واحد ، واختاره أبو بكر ، والخرقى ، وهو قول الحسن . قال الخلال : وروى عنه ثلاثة متيقظون[1] أنه يسهم للبرذون مثل سهم العربى ، واختاره الخلال . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعى ، والثورى ، لأن الله تعالى قال : (والْخَيْلَ وَالْبِغَالَ[2]) وهذه من الخيل ، ولأن الرواة رووا « أن النبى صلى الله عليه وسلم أسهم للفرس سهمين ، ولصاحبه سهماً » ، وهذا عام فى كل فرس ، ولأنه حيوان ذو سهم ، فاستوى فيه العربى وغيره كالآدمى .

وحكى أبو بكر عن أحمد رحمه الله رواية ثالثة : أن البراذين إن أدركت إدراك العراب أسهم لها مثل الفرس العربى ، وإلا فلا . وهذا قول ابن أبى شيبة ، وابن أبى خيثمة ، وأبى أيوب ، والجوزجانى ، لأنها من الخيل ، وقد عملت عمل العراب ، فأعطيت سهماً كالعربى .

وحكى القاضى رواية رابعة : أنه لا يسهم لها ، وهو قول مالك بن عبد الله الخثعمى ، لأنه حيوان لا يعمل عمل الخيل العراب ، فأشبه البغال ، ويحتمل أن تكون هذه الرواية فيما لا يقارب العتاق منها ،

(١) فى النسخ (متيقظون) والصواب (منقطعون) كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥١٢ (ف)
(٢) سورة النحل آية ٨

لما روى الجوزجانى بإسناده عن أبى موسى ، أنه كتب إلى عمر بن الخطاب : « إنا وجدنا بالعراق خيلا عراضاً[1] دكنا ، فما ترى يا أمير المؤمنين فى سهمانها ؟ فكتب إليه : تلك البراذين ، فما قارب العتاق منها فاجعل له سهماً واحداً ، وألغ ما سوى ذلك » .

ولنا : ما روى سعيد بإسناده عن أبى الأقمر قال : « أغارت الخيل على الشام فأدركت العراب من يومها ، وأدركت الكوادن[2] ضحى الغد ، وعلى الخيل رجل من همذان ، يقال له المنذر بن أبى حميضة ، فقال : لا أجعل الذى أدرك من يومه مثل الذى لم يدرك . ففضل الخيل[3] ، فقال عمر : هبلت الوادعى أمه ، أمضوها على ما قال » . ولم يعرف عن الصحابة خلاف هذا القول .

وروى مكحول أن النبى صلى الله عليه وسلم : « أعطى الفرس العربى سهمين ، وأعطى الهجين سهما » ، رواه سعيد أيضاً ، ولأن نفع العربى وأثره فى الحرب أفضل ، فيكون سهمه أرجح ، كتفاضل من يرضخ له . وأما قولهم: إنه من الخيل . قلنا: والخيل فى نفسها تتفاضل فتتفاضل سهمانها ، وأما قولهم : إن النبى صلى الله عليه وسلم قسم للفرس سهمين من غير تفريق . قلنا : هذه قضية فى عين لا عموم لها ، فيحتمل أنه لم يكن فيها برذون ، وهو الظاهر ، فإنها من خيل العرب ، ولا براذين فيها ، ودل على صحة هذا أنهم لما وجدوا البراذين بالعراق أشكل عليهم أمرها ، وأن عمر فرض لها سهما واحداً ، وأمضى ما قال المنذر بن أبى حميضة فى تفضيل العراب عليها ، ولو كان النبى صلى الله عليه وسلم سوى بينهما لم يخف ذلك على عمر ، ولا خالفه ، ولو خالفه لم يسكت الصحابة عن إنكاره عليه ، سيما وابنه هو راوى الخبر ، فكيف يخفى ذلك عليه ؟ ويحتمل أنه فضل العراب أيضاً ، فلم يذكره الراوى لغلبة العراب ، وقلة البراذين . ويدل على صحة هذا التأويل خبر مكحول الذى رويناه ، وقياسها على الآدمى لا يصح ، لأن العربى منهم لا أثر له فى الحرب زيادة على غيره ، بخلاف العربى من الخيل على غيره ، والله أعلم .

٧٥٠٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا يسهم لأكثر من فرسين ﴾

يعنى إذا كان مع الرجل خيل أسهم لفرسين أربعة أسهم ، ولصاحبهما سهم . ولم يزد على ذلك ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : لا يسهم لأكثر من فرس واحد ، لأنه لا يمكن أن يقاتل على أكثر منها ، فلم يسهم لما زاد عليها ، كالزائد عن الفرسين .

---

(١) فى النسخ (عراضا) والصواب (عرابا) كما فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥١٢ (ف)

(٢) الكوادن جمع كودن مثل جوهر وهو الفرس الهجين (ف) .

(٣) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥١٣ (ففضل الخيل العراب) (ف) .

ولنا : ما روى الأوزاعي : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل ، وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين ، وإن كان معه عشرة أفراس » . وعن أزهر بن عبد الله أن عمر بن الخطاب كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح : « أن يسهم للفرس سهمين ، وللفرسين أربعة أسهم ، ولصاحبها سهم ، فذلك خمسة أسهم ، وما كان فوق الفرسين فهي جنائب » . رواهما سعيد في سننه . ولأن به إلى الثاني حاجة ، فإن إدامة ركوب واحد تضعفه ، وتمنع القتال عليه ، فيسهم له كالأول ، بخلاف الثالث ، فإنه مستغنى عنه .

٧٥٠٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن غزا على بعير وهو لا يقدر على غيره ، قسم له ولبعيره سهمان ﴾

نص أحمد على هذا ، وظاهره أنه لا يسهم للبعير مع إمكان الغزو على فرس . وعن أحمد : أنه يسهم للبعير سهم ، ولم يشترط عجز صاحبه عن غيره ، وحكى نحو هذا عن الحسن ، لأن الله تعالى قال : (فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب)[1] ، ولأنه حيوان تجوز المسابقة عليه بعوض ، فيسهم له كالفرس ، يحققه أن تجويز المسابقة بعوض إنما أبيحت في ثلاثة أشياء دون غيرها ، لأنها آلات الجهاد ، فأبيح أخذ الرهن في المسابقة بها تحريضاً على رياضتها ، وتعلم الإتقان فيها ، ولا يزاد على سهم البرذون ، لأنه دونه ، ولا يسهم له إلا أن يشهد الوقعة عليه ، ويكون مما يمكن القتال عليه .

فأما هذه الإبل الثقيلة التي لا تصلح إلا للحمل فلا يستحق راكبها شيئاً ، لأنها لا تكر ولا تفر ، فراكبها أدنى حال من الراجل ، واختار أبو الخطاب أنه لا يسهم له بحال ، وهو قول أكثر الفقهاء . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن من غزا على بعير فله سهم راجل ، كذلك قال الحسن ، ومكحول ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنه أنه أسهم لغير الخيل من البهائم ، وقد كان معه يوم بدر سبعون بعيراً ، ولم تخل غزاة من غزواته من الإبل ، بل هي كانت غالب دوابهم ، فلم ينقل عنه أنه أسهم لها ، ولو أسهم لها لنقل ، وكذلك من بعد النبي صلى الله عليه وسلم من خلفائه وغيرهم ، مع كثرة غزواتهم ، لم ينقل عن أحد منهم فيما علمناه أنه أسهم لبعير ، ولو أسهم لبعير لم يخف ذلك ، ولأنه لا يتمكن صاحبه من الكر والفر ، فلم يسهم له كالبغل والحمار .

٧٥٠٧ (فصـل)

وما عدا الخيل والإبل من البغال والحمير والفيلة وغيرها لا يسهم لها بغير خلاف ، وإن عظم غناؤها ،

---

(١) سورة الحشر آية ٦

وقامت مقام الخيل ، لأن النبي صلى الله علية وسلم لم يسهم لها ، ولا أحد من خلفائه ، ولأنها مما لاتجوز المسابقة عليه بعوض ، فلم يسهم لها كالبقر .

٧٥٠٨ (فصـــل)

وينبغى للإمام أن يتعاهد الخيل عنـد دخول الحرب فلا يدخل إلا شديداً ، ولايدخلها حطما [1] ، ولا ضميفاً ، ولا ضرعاً [2] ، ولا أعجف [3] رازخا فإن شهد أحد الوقعة على واحد من هذه لم يسهم له . وبه قال مالك . وقال الشافعى : يسهم له كما يسهم للمريض .

ولنـا : أنه لاينتفع به ، فلم يسهم له كالرجل المخذل والمرجف ، ولأنه حيوان يتعين منع دخوله ، فلم يسهم له كالمرجف . وأما المريض الذى لايتمكن من القتـال فإن خرج بمرضه عن كونه من أهل الجهـاد كالزمن والأشل والمفلوج فلا سهم له ،لأنه لم يبق من أهل الجهاد . وإن لم يخرج بمرضه عن ذلك كالمحموم ومن به الصداع فإنه يسهم له ، لأنه من أهل الجهاد ، ويعين برأيه وتكثيره ودعائه .

٧٥٠٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن مات بعد إحراز الغنيمة قام وارثه مقامه فى سهمه ﴾

وجملته : أن الغازى إذا مات أو قتل نظرت . فإن كان قبل حيازة الغنيمة فلاسهم له ، لأنه مات قبل ثبوت ملك المسلمين عليها ، وسواء مات حال القتال أو قبله . وإن مات بعد ذلك فسهمه لورثتـه ، وقال أبو حنيفة : إن مات قبل إحراز الغنيمة فى دار الإسلام أو قسمهـا فى دار الحرب فلا شىء له ، لأن ملك المسلمين لايتم عليها إلا بذلك . وقال الأوزاعى : إن مات بعـد مايدرب قاصداً فى سبيل الله قبل أو بعـد أسهم له . وقال الشافعى ، وأبو ثور : إن حضر القتال أسهم له،سواء مات قبل حيازة الغنيمة أو بعدها ، وإن لم يحضر فلا سهم له . ونحوه قال مالك ، والليث .

ولنـا : أنه إذا مات قبل حيازتها فقد مات قبل ملكها وثبوت اليد عليها فلم يستحق شيئاً . وإن مات بعدها فقد مات بعد الإستيلاء عليها فى الحال لو قسمت صحت قسمتها ، وكان له سهمه منها ، فيجب أن يستحق سهمه فيها ، كما لو مات بعد إحرازها فى دار الإسلام .

إذا ثبت أنه يستحقه فيكون لورثته كسائر أملاكه وحقوقه .

---

(١) الحطم بفتح الحاء والطاء : داء فى قوائم الدابة وككتف المتكسر فى نفسه (ف)

(٢) يقال مهر ضرع مثل قمر : لايقوى على العدو (ف)

(٣) أعجف رازحا : أى هزيلا يسقط إعياء وقد خطأها الشيخ الفقى وقال (زارحا) بتقديم الزاى وهو المخطىء ف .

٧٥١٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويعطى الراجل سهما ﴾

لاخلاف فى أن للراجل سهما . وقد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه أعطى الراجل سهما » فيما تقدم من الأخبار ، ولأن الراجل يحتاج إلى أقل مما يحتاج إليه الفارس ، وغناؤه دون غنائه ، فاقتضى ذلك أن يكون سهمه دون سهمه .

٧٥١١ (فصـل)

وسواء كانت الغنيمة من فتح حصن ، أو من مدينة ، أو من جيش . وبهـذا قال الشافعى . وقال الوليد بن مسلم : سألت الأوزاعى عن إسهام الخيل من غنائم الحصون . فقال : كانت الولاة من قبل عمر ابن عبد العزيز ، الوليد ، وسليمان ، لايسهمون الخيل من الحصون ، ويجعلون الناس كلهم رجالة ، حتى ولى عمر بن عبد العزيز فأنكر ذلك ، وأمر بإسهامها من فتح الحصون والمدائن . ووجه ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر للفارس ثلاثة أسهم ، وللراجل سهم ، وهى حصون . ولأن الخيل ربما احتيج إليها ، ، بأن ينزل أهل الحصن فيقاتلوا خارجا منه ، ويلزم صاحبه مؤنة له ، فيقسم له كما لو كان فى غير حصن .

٧٥١٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويرضخ للمرأة والعبد ﴾

معناه : أنهم يعطون شيئاً من الغنيمة دون السهم ، ولا يسهم لهم سهم كامل ، ولا تقدير لما يعطونه ، بل ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن رأى التسوية بينهم سوى بينهم ، وإن رأى التفضيل فضل .

وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : سعيد بن المسيب ، ومالك ، والثورى ، والليث ، والشافعى ، وإسحاق . وروى ذلك عن ابن عباس . وقال أبو ثور : يسهم للعبد ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز والحسن ، والنخعى . لما روى عن الأسود بن يزيد : « أنه شهد فتح القادسية عبيد فضرب لهم سهامهم » ولأن حرمة العبد فى الدين كحرمة الحر . وفيه من الغناء مثل مافيه ، فوجب أن يسهم له كالحر . وحكى عن الأوزاعى : ليس للعبد سهم ولا رضخ ، إلا أن يجيئوا بغنيمة ، أو يكون لهم غناء فيرضخ لهم .

قال : ويسهم للمرأة لما روى جرير بن زياد عن جدته : « أنها حضرت فتح خيبر قالت : فأسهم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم كما أسهم للرجال » ، وأسهم أبو موسى فى غزوة تستر لنسوة معه : وقال أبو بكر بن أبى مريم : أسهمن النساء يوم اليرموك ، وروى سعيد بإسناده عن ابن شبل

« أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب لسهلة بنت عاصم يوم حنين بسهم ، فقال رجل من القوم : أعطيت سهلة مثل سهمى » .

ولنا : ماروى عن ابن عباس أنه قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء ، فيداوين الجرحى ، ويُحْذَين[1] من الغنيمة ، وأما سهم فلم يضرب لهن » ، رواه مسلم ، وروى سعيد عن يزيد ابن هارون : « أن نجدة كتب إلى ابن عباس يسأله عن المرأة والمملوك يحضران الفتح ، ألهما من المغنم شيء؟ قال : يحذيان ، وليس لهما شيء » . وفى رواية قال : « ليس لهما سهم ، وقد يرضخ لهما » ، وعن عمير مولى آبى اللحم قال : « شهدت خيبر مع سادتى ، فكلموا فىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأخبرنى أنى مملوك ، فأمر لى بشيء من خرثى[2] المتاع » رواه أبو داود ، واحتج به أحمد ، ولأنهما ليس من أهل القتال ، فلم يسهم لها كالصبي ، قالت عائشة : « يارسول الله ، هل على النساء جهاد ؟ قال : نعم ، جهاد لا قتال فيه . الحج والعمرة » .

وقال عمر بن أبى ربيعة :[3]

كتب القتل والقتال علينا وعلى المحصنات جر الذيول

ولأن المرأة ضعيفة يستولى عليها الخور . فلاتصلح للقتال ، ولهذا لم تقتل إذا كانت حربية ، فأما ماروى فى إسهام النساء فيحتمل أن الراوى سمى الرضخ سهماً ، بدليل أن فى حديث حشرج : « أنه جعل لهن نصيباً تمراً » ، ولو كان سهماً ما اختص التمر ، ولأن خيبر قسمت على أهل الحديبية نفر معدودين فى غير حديثها . ولم يذكرن منهم ويحتمل أنه أسهم لهن مثل سهام الرجال من التمر خاصة ، أو من المتاع دون الأرض ، وأما حديث سهلة فإن فى الحديث : أنها ولدت فأعطاها النبي صلى الله عليه وسلم لها ولولدها ، فبلغ رضخها سهم رجل . ولذلك عجب الرجل الذى قال : أعطيت سهلة مثل سهمى ، ولو كان هذا من فعل النبي صلى الله عليه وسلم ما عجب منه .

٧٥١٣ (فصـــل)

والمدبر والمكاتب كالقن ، لأنهم عبيد ، فإن عتق منهم قبل انقضاء الحرب أسهم لهم ، وكذلك إن قتل سيد المدبر قبل [أن] تقضى الحرب وهو يخرج من الثلث عتق وأسهم له ، وأما من بعضه حر فقال

(١) يعنى : يعطين منها شيئاً . (٢) الخرثى مثل كرسى : : أثاث البيت وقد سبق (ف) .

(٣) قاله عمر بن أبى ربيعة فى شأن عمرة بنت النعمان بن بشير وكانت تحت المختار بن أبى عبيدة الثقفى : فأخذها مصعب بعد قتله المختار وطلب إليها البراءة منه فأبت فحفر لها حفيرة وأقيمت فيها فقتلت كما فى هامش البيان والتبيين ج ٢ ص ٢٣٦ (ف) .

أبو بكر : يرضخ له بقدر مافيه من الرق ، ويسهم له بقدر مافيه من الحرية . فإذا كان نصفه حراً أعطى نصف سهم ، ورضخ له نصف الرضخ ، لأن هذا مما يمكن تبعيضه ، يقسم على قدر ما فيه من الحرية والرق والميراث ، وظاهر كلام أحمد : أنه يرضخ له ، لأنه ليس من أهل وجوب القتال ، فأشبه الرقيق .

٧٥١٤ (فصـــــل)

والخنثى المشكل يرضخ له ، لأنه لم يثبت أنه رجل يقسم له ، ولأنه ليس من أهل وجوب الجهاد ، فأشبه المرأة ، ويحتمل أن يقسم له نصف سهم ونصف الرضخ كالميراث ، فإن انكشف حاله فتبين أنه رجل أتم له سهم رجل ، سواء انكشف قبل [أن] تقضي الحرب أو بعده ، أو قبل القسمة أو بعدها ، لأننا تبينا أنه كان مستحقاً للسهم ، وأنه أعطى دون حقه ، فأشبه مالو أعطى بعض الرجال دون حقه غلطاً .

٧٥١٥ (فصـــل)

والصبي يرضخ ولا يسهم له . وبه قال الثوري ، والليث ، وأبو حنيفة ، والشافعي، وأبو ثور ، وعن القاسم ، وسالم ، في الصبي يغزو به : ليس له شيء ، وقال مالك : يسهم له إذا قاتل وأطاق ذلك ، ومثله قد بلغ القتال ، لأنه حر ذكر مقاتل ، فيسهم له كالرجل ، وقال الأوزاعي : يسهم له . وقال : أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للصبيان بخيبر ، وأسهم أئمة المسلمين لكل مولود ولد في أرض الحرب .

وروى الجوزجاني بإسناده عن الوضين بن عطاء ، قال : حدثني جدتي قالت : « كنت مع حبيب بن مسلمة ، وكان يسهم لأمهات الأولاد لما في بطونهن » .

ولنا ماروى عن سعيد بن المسيب قال : « كان الصبيان والعبيد يحذون من الغنيمة إذا حضروا الغزو في صدر هذه الأمة » .

وروى الجوزجاني بإسناده : أن تميم بن قرع المهدي كان في الجيش الذين فتحوا الإسكندرية في المرة الآخرة ، قال : فلم يقسم لي عمرو من الفيء شيئاً ، وقال: غلام لم يحتلم ، حتى كاد يكون بين قومي وبين أناس من قريش في ذلك ثائرة ، فقال بعض القوم : فيكم أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسألوهم فسألوا أبا نضرة الغفاري ، وعقبة بن عامر ، فقالا : انظروا ، فإن كان قد أشعر فاقسموا له ، فنظر إلى بعض القوم فإذا أنا قد أنبت ، فقسم لي » . قال الجوزجاني : هذا من مشاهير حديث مصر وجيده ، ولأنه ليس من أهل القتال ، فلم يسهم له كالعبد ، ولم يثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم لصبي ، بل كان لايجيزهم في القتال ، فإن ابن عمر قال : « عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال ، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني ، وماذكروه يحتمل أن الراوي سمى الرضخ سهماً ، بدليل ماذكرناه .

٧٥١٦ (فصـــل)

فإن انفرد بالغنيمة من لا يسهم له مثل عبيد دخلوا دار الحرب فغنموا ، أو صبيان ، أو عبيد وصبيان ، أخذ خمسه ، وما بقى لهم ، ويحتمل أن يقسم بينهم للفارس ثلاثة أسهم ، وللراجل سهم ، لأنهم تساووا ، فأشبهوا الرجال الأحرار . ويحتمل أن يقسم بينهم على مايراه الإمام من المفاضلة ، لأنهم لا تجب التسوية بينهم مع غيرهم ، فلا تجب مع الانفراد قياساً لإحدى الحالتين على الأخرى ، وإن كان فيهم رجل حر أعطى سهماً ، وفضل عليهم بقدر مايفضل الأحرار على العبيد والصبيان فى غير هذا الموضع ، ويقسم الباقى بين من بقى على مايراه الإمام من التفضيل ، لأن فيهم من له سهم ، بخلاف التى قبلها

٧٥١٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ويسهم للـكافر إذا غزا معنا ﴾ .

اختلفت الرواية فى الـكافر يغزو مع الإمام بإذنه . فروى عن أحمد : أنه يسهم له كالمسلم . وبهذا قال الأوزاعى ، والزهرى ، والثورى ، وإسحاق . قال الجوزجانى: هذا مذهب أهل الثغور، وأهل العلم بالصوائف والبعوث . وعن أحمد : لا يسهم له ، وهو مذهب مالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة ، لأنه من غير أهل الجهاد ، فلم يسهم له كالعبد ، ولـكن يرضخ له كالعبد .

ولنا : ماروى الزهرى : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعان بناس من اليهود فى حربه ، فأسهم لهم » ، رواه سعيد فى سننه ، وروى : « أن صفوان بن أمية خرج مع النبى صلى الله عليه وسلم يوم حنين[1] وهو على شركه ، فأسهم له ، وأعطاه من سهم المؤلفة » ، ولأن الـكفر نقص فى الدين ، فلم يمنع استحقاق السهم كالفسق . وبهذا فارق العبد ، فإن نقصه فى دنياه وأحكامه ، وإن غزا بغير إذن الإمام فلاسهم له ، لأنه غير مأمون على الدين ، فهو كالمرجف وشر منه . وإن غزا جماعة من الـكفار وحدهم فغنموا فيحتمل أن تـكون غنيمتهم لهم لاخمس فيها ، لأن هذا اكتساب مباح لم يؤخذ على وجه الجهاد ، فـكان لهم ، لاخمس فيه كالاحتشاش والاحتطاب . ويحتمل أن يؤخذ خمسه ، والباقى لهم ، لأنه غنيمة قوم من أهل دار الإسلام ، فأشبه غنيمة المسلمين .

٨٥١٨ (فصـــل)

ولا يستعان بمشرك وبهذا قال ابن المنذر ، والجوزجانى ، وجماعة من أهل العلم ، وعن أحمد ما يدل على جواز الاستعانة به ، وكلام الخرقى يدل عليه أيضاً عند الحاجة ، وهو مذهب الشافعى ، لحديث الزهرى الذى

(١) فى النسخ «خيبر» والصواب حنين (ف)

ذكرناه ، وخبر صفوان بن أمية ، ويشترط أن يكون من يستعان به حسن الرأى فى المسلمين[(١)] ، فإن كان غير مأمون عليهم لم تجز الاستعانة به ، لأننا إذا منعنا الاستعانة بمن لايؤمن من المسلمين مثل المخذل والمرجف فالكافر أولى .

ووجه الأول ماروت عائشة قالت : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى بدر ، حتى إذا كان بحرة[(٢)] الوبر ، أدركه رجل من المشركين كان يذكر منه جراءة ونجدة ، فسر المسلمون به ، فقال : يارسول الله ، جئت لأتبعك ، وأصيب معك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتؤمن بالله ورسوله؟ قال : لا ، قال : فارجع ، فلن أستعين بمشرك . قالت : ثم مضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حتى إذا كان بالبيداء أدركه ذلك الرجل ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتؤمن بالله ورسوله ؟ قال : نعم ، قال : فانطلق » متفق عليه . ورواه الجوزجانى وروى الإمام أحمد بإسناده عن عبد الرحمن بن حبيب قال : « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوة أنا ورجل من قومي ، ولم نسلم ، فقلنا : إنا لنستحيي أن يشهد قومنا مشهداً لانشهده معهم . قال : فأسلمتما ؟ قلنا : لا . قال : فإنا لانستعين بالمشركين على المشركين . قال : فأسلمنا ، وشهدنا معه » . ولأنه غير مأمون على المسلمين فأشبه المخذل والمرجف ، قال ابن المنذر : والذى ذكر أنه استعان بهم غير ثابت .

٧٥١٩ (فصــل)

ولا يبلغ بالرضخ للفارس سهم فارس ولا للراجل سهم راجل كما لا يبلغ بالتعزير الحد ويفضل الإمام بين أهل الرضخ ما يرى فيفضل العبد المقاتل وذا البأس على من ليس مثله ويفضل المرأة المقاتلة والتى تسقى الماء وتداوى الجرحى وتنفع على غيرها، فإن قيل هلا سويتم كما سويتم بينهم وبين أهل السهمان؟ قلنا السهم منصوص عليه غير موكول إلى اجتهاد الإمام فلم يختلف كالحد ودية الحر والرضخ غير مقدر بل هو مجتهد فيه مردود إلى اجتهاد الإمام فاختلف كالتعزير وقيمة العبد .

٧٥٢٠ (فصــل)

وفى الرضخ وجهان . أحدهما : من أصل الغنيمة لأنه استحق بالمعاونة فى تحصيل الغنيمة فأشبه أجرة

---

(١) ومن دلائل حسن رأى صفوان فى المسلمين أنه أعار النبى صلى الله عليه وسلم مائة درع بسلاحها فى حربه ضد هوازن .

(٢) فى النسخ « بحرة الوبر » والصواب « بحرة الوبرة » كما فى صحيح مسلم ج ٣ ص ٤٤٩ وهو موضع على نحو أربعة أميال من المدينة .

النقالين والحافظين لها . والثانى : هو من أربعة الأخماس لأنه استحق بحضور الوقعة ، فأشبه سهام الغانمين ، وللشافعى قولان كهذين .

٧٥٢١ (فصـــل)

أول ما يبدأ فى قسمة الغنائم بالأسلاب فيدفعها إلى أهلها لأن صاحبها معين ثم بمؤنه الغنيمة من أجرة النقال والحمال والحافظ والمخزن ثم بالرضخ على أحد الوجهين وفى الآخر بالخمس، ثم بالأنفال من أربعة الأخماس ثم يقسم بقية أربعة الأخماس بين الغانمين ، وإنما قدمنا قسمة أربعة الأخماس على قسمة الخمس لستة معان . أحدها : أن أهلها حاضرون وأهل الخمس غائبون . الثانى : أن رجوع الغانمين إلى أوطانهم يقف على قسمة الغنيمة وأهل الخمس فى أوطانهم فكان الاشتغال بقسم نصيبهم ليعودوا إلى أوطانهم أولى . الثالث : أن الغنيمة حصلت بتحصيل الغانمين وتعبهم فصاروا بمنزلة من استحقها بعوض وأهـل الخمس بخلافه فكان أهل الغنيمة أولى . الرابع : أنه إذا قسم الغنيمة بين الغانمين أخذ كل إنسان نصيبه فحمله واهتم به وكفى الإمام مؤنته ، والخمس إذا قسم ليس له من يكفى الإمام مؤنتهفلا تحصل الفائدة بقسمته بل كان يحمله مجتمعاً فصار يحمله متفرقا فكان تأخير قسمته أولى . الخامس : أن الخمس لا يمكن قسمه بين أهله كلهم لأنه يحتاج إلى معرفتهم وعددهم ولا يمكن ذلكمع غيبتهم . السادس : أن الغانمين ينتفعون بسهامهم ويتمكنون من التصرف فيها لحضورهم بخلاف أهل الخمس

٧٥٢٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا غزا العبد على فرس لسيده قسم للفرس فكان لسيده ويرضخ للعبد ﴾

أما الرضخ للعبد فكما تقدم وأما الفرس التى تحته فيستحق مالكها سهمها ، فإن كان معه فرسان أو أكثر أسهم لفرسين ويرضخ للعبد . نص على هذا أحمد وقال أبو حنيفة والشافعى لا يسهم للفرس لأنه تحت من لا يسهم له فلم يسهم له كما لو كان تحت مخذل .

ولنا : أنه فرس حضر الوقعة وقوتل عليه فاستحق السهم كما لو كان السيد راكبه . إذا ثبت هذا فإن سهم الفرس ورضخ العبد لسيده لأنه مالكه ومالك فرسه وسواء حضر السيد القتال أو غاب عنه . وفارق فرس المخذل لأن الفرس له فإذا لم يستحق شيئاً بحضوره فلأن لا يستحقق بحضور فرسه أولى .

٧٥٢٣ (فصـــل)

وإن غزا الصبى على الفرس أو المرأة أو الكافر إذا قلنا لا يستحق إلا الرضخ لم يسهم للفرس فى ظاهر قول أصحابنا ، لأنهم قالوا : لا يبلغ بالرضخ للفارس سهم فارس ، وظاهر هذا أنه يرضخ له ولفرسه مالا يبلغ سهم الفارس ، ولأن سهم الفرس له ، فإذا لم يستحق السهم بحضوره فبفرسه أولى ، بخلاف العبد ، فإن الفرس لغيره .

٧٥٢٤ (فصــــل)

وإذا غزا المرجف أو المخذل[1] على فرس فلا شيء له ولا للفرس ، لما ذكرنا وإن غزا العبد بغير إذن سيده لم يرضخ له ، لأنه عاص بغزوه ، فهو كالمخذل والمرجف ، وإن غزا الرجل بغير إذن والديه أو بغير إذن غريمه استحق السهم ، لأن الجهاد يتعين عليه بحضور الصف ، فلا يبقى عاصيا فيه بخلاف العبد .

٧٥٢٥ (فصــــل)

ومن استعار فرساً ليغزو عليه ففعل فسهم الفرس المستعير ، وبهذا قال الشافعي ، لأنه يتمكن من الغزو عليه بإذن صحيح شرعي ، فأشبه مالو استأجره . وعن أحمد رواية أخرى . أن سهم الفرس لمالكه ، لأنه من نمائه ، فأشبه ولده ، وبهذا قال بعض الحنفية . وقال بعضهم : لاسهم للفرس ، لأن مالكه لم يستحق سهما ، فلم يستحق للفرس شيئاً كالمخذل والمرجف .

والأول أصح ، لأنه فرس قاتل عليه من يستحق سهماً ، وهو مالك لنفعه ، فاستحق سهم الفرس كالمستأجر ، ولأن سهم الفرس مستحق بمنفعته ، وهي للمستعير بإذن المالك فيها وفارق النماء والولد ، فإنه غير مأذون له فيه ، فأما إن استعاره لغير الغزو ثم غزا عليه فهو كالفرس المغصوب على ما سنذكره .

٧٥٢٦ (فصــــل)

فإن غصب فرساً فقاتل عليه فسهم الفرس لمالكه نص عليه أحمد . وقال بعض الحنفية : لا يسهم للفرس وهو وجه لأصحاب الشافعي . وقال بعضهم : سهم الفرس للغاصب ، وعليه أجرته لمالكه ، لأنه آلة فكان الحاصل بها لمستعملها كالها ، كما لو غصب منجلا فاحتش به ، أو سيفاً فقاتل به .

ولنا : أنه فرس قاتل عليه من يستحق السهم ، فاستحق السهم كما لو كان مع صاحبه ، وإذا ثبت أن له سهما كان لمالكه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ، ولصاحبه سهما ، وما كان للفرس كان لمالكه .

وفارق ما يحتش به ، فإنه لا شيء له ، ولأن السهم مستحق بنفع الفرس ، ونفعه لمالكه ، فوجب أن يكون ما يستحق به له ، والحمد لله .

٧٥٢٧ (فصــــل)

ومن استأجر فرسا ليغزو عليه فغزا عليه فسهم الفرس له . لا نعلم فيه خلافا ، لأنه مستحق لنفعه استحقاقا لازماً ، فكان سهمه له كمالكه .

---

(١) المرجف هو الذى ينشر الإشاعات الكاذبة التى تؤثر فى قوة الجيش . والمخذل : الذى يشيع روح الضعف بين المسلمين .

٧٥٢٨ (فصـــــــل)

فإن كان المستأجر والمستعير ممن لا سهم له ، إما لـكونه لا شيء له كالمرجف والمخذل ، أو ممن يرضخ له كالصبي ، فحكمه حكم فرسه على ما ذكرنا ، وإن غصب فرساً فقاتل عليه احتمل أن يكون حكمه حكم فرسه ، لأن الفرس يتبع الفارس فى حكمه ، فيتبعه إذا كان مغصوبا قياساً على فرسه . واحتمل أن يكون سهم الفرس لمالكه ، لأن الجناية من راكبه ، والنقص فيه ، فيختص المنع به وبما هو تابع له ، وفرسه تابعة له ، لأن ما كان لها فهو له ، والفرس ههنا لغيره ، وسهمها لمالكها ، فلا ينقص سهمها بنقص سهمه ، كما لو قاتل العبد على فرس لسيده . ولو قاتل العبد بغير إذن سيده على فرس لسيده خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناهما فيما إذا غصب فرسا فقاتل عليه ، لأنه ههنا بمنزلة المغصوب .

٧٥٢٩ (فصـــــل)

ولا يجوز تفضيل بعض الغانمين على بعض فى القسمة ، إلا أن ينفل بعضهم من الغنيمة نفلا على ما ذكرنا فى الأنفال . فأما غير ذلك فلا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس ثلاثة أسهم ، وللراجل سهما ، وسوى بينهم ، ولأنهم اشتركوا فى الغنيمة على سبيل التسوية ، فتجب التسوية كسائر الشركاء

٧٥٣٠ (فصـــــــل)

وإن قال الإمام : من أخذ شيئاً فهو له جاز فى إحدى الروايتين ، وهو قول أبى حنيفة ، وأحد قولى الشافعى . قال أحمد فى السرية تخرج ، فيقول الوالى : من جاء بشيء فهو له ، ومن لم يجيء بشيء فلا شيء له : الأنفال إلى الإمام ، ما فعل من شيء جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى يوم بدر : « من أخذ شيئاً فهو له »(١) ، ولأن على هذا غزوا ورضوا به .

---

(١) لم يرد عن الرسول صلى الله عليه وسلم بهذا اللفظ يوم بدر ، وفى نصب الراية ج ٤ ص ٤٢٩ « وقع فى بعض كتب أصحابنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك يوم بدر (أعنى قوله : من قتل قتيلا فله سلبه) قال شيخنا علاء الدين وهو وهم وإنما قاله عليه السلام يوم حنين كما صرح به فى مسلم وغيره والذى قاله عليه السلام يوم بدر شيء آخر غير ذلك كما رواه أبو داود فى سننه من حديث داود عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر : من قتل قتيلا فله كذا وكذا ومن أسر أسيراً فله كذا وكذا قال فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلم يبرحوها فلما فتح الله عليهم قال المشيخة : كنا رداً لـكم لو انهزمتم لفئتم إلينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى وأبى الفتيان ، وقالوا : جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا فأنزل الله تعالى « يسألونك عن الأنفال » إلى قوله « وإن فريقاً من المؤمنين لـكارهون » . =

والرواية الثانية : لا يجوز ، وهو القول الثانى للشافعى ، لأن النبى صلى الله عليه سلم كان يقسم الغنائم والخلفاء بعده ، ولأن ذلك يفضى إلى اشتغالهم بالنهب عن القتال وظفر العدو بهم ، فلا يجوز ، ولأن الاغتنام سبب لاستحقاقهم لها على سبيل التساوى ، فلا يزول ذلك بقول الإمام كسائر الاكتساب ، وأما قضية بدر فإنها منسوخة فإنهم اختلفوا فيها فأنزل الله تعالى : (يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنفَالُ لِلَّهِ والرَّسُول)[1].

٧٥٣١ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وإذا أحرزت الغنيمة لم يكن فيها لمن جاءهم مدداً أو هرب من أسر حظ ﴾

وجملة ذلك : أن الغنيمة لمن حضر الموقعة ، فمن تجدد بعد ذلك من مدد يلحق بالمسلمين ، أو أسير ينفلت من الكفار فيلحق بجيش المسلمين ، . أو كافر يسلم ، فلا حق لهم فيها . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة فى المدد : إن لحقهم قبل القسمة أو إحرازها بدار الإسلام شاركهم ، لأن تمام ملكها بتمام الاستيلاء ، وهو الإحراز إلى دار الإسلام ، أو قسمتها ، فمن جاء قبل ذلك فقد أدركها قبل ملكها[2] ، فاستحق منها كما لو جاء فى أثناء الحرب ، وإن مات أحد من العسكر قبل ذلك فلا شىء له ، لما ذكرنا . وقد روى الشعبى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى سعد . أسهم لمن أتاك قبل أن تتفقأ[3] قتلى فارس .

ولنا : ما روى أبو هريرة : « أن أبان بن سعيد بن العاص وأصحابه قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر ، بعد أن فتحها ، فقال أبان : إقسم لنا يارسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اجلس يا أبان ، ولم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم » . رواه أبو داود . وعن طارق بن شهاب أن « أهل البصرة غزوا نهاوند ، فأمدهم أهل الكوفة ، فكتب فى ذلك إلى عمر رضى الله عنه ، فكتب عمر : إن الغنيمة لمن شهد الوقعة . رواه سعيد فى سننه . وروى نحوه عن عثمان فى غزوة أرمينية ، ولأنه مدد لحق بعد تقضى الحرب ، أشبه مالو جاء بعد القسمة ، أو بعد إحرازها بدار الإسلام ، ولأن سبب

= وقال فى الموطأ ج١ ص٣٠٣ « ولم يبلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من قتل قتيلا فله سلبه إلا يوم حنين »
قال الحافظ فى الدراية ج ٢ ص ١٢٧ « ولابن مردويه من حديث ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر : من قتل قتيلا فله سلبه » وإسناده واه والمحفوظ ما أخرجه أبوداود (وهو الذى مر) وروى الواقدى عن موسى بن سعد بن زيد بن ثابت قال : نادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر : من قتل قتيلا فله سلبه وهذا ضعيف ومنقطع (ف).

(١) سورة الأنفال آية ١ (٢) فى المخطوطة ١٨ تملكها

(٣) (تتفقأ) هكذا فى المغنى ، وفى الشرح الكبير جـ ١٠ ص ٤٨٩ ومعناها تتكسر وتنشق (ف).

ملكها الاستيلاء عليها ، وقد حصل قبل مجيء المدد ، وقولهم : إن ملكها بإحرازها إلى دار الإسلام ممنوع ، بل هو بالاستيلاء ، وقد استولى عليها الجيش قبل المدد ، وحديث الشعبي مرسل يرويه المجالد ، وقد تكلم فيه ، ثم هم لا يعملون به ولا نحن ، فقد حصل الإجماع منا على خلافه ، فكيف يحتج به ؟ .

٧٥٣٢ (فصـــل)

وحكم الأسير يهرب إلى المسلمين حكم المدد ، سواء قاتل أو لم يقاتل وقال أبو حنيفة : لا يسهم له إلا أن يقاتل ، لأنه لم يأت للقتال ، بخلاف المدد .

ولنا : أن من استحق إذا قاتل استحق وإن لم يقاتل ، كالمدد . وسائر من حضر الوقعة .

٧٥٣٣ (فصـــل)

وإن لحقهم المدد بعد تقضى الحرب وقبل حيازة الغنيمة أو جاءهم أسير ، فظاهر كلام الخرقى أنه يشاركهم ، لأنه جاء قبل إحرازها . وقال القاضي : تملك الغنيمة بانقضاء الحرب قبل حيازتها[1] ، فعلى هذا لا يسهم لهم. وإن حازوا الغنيمة ثم جاءهم قوم من الكفار يقاتلونهم ، فأدركهم المدد فقاتلوا معهم ، فقد نص أحمد على أنه لا شيء للمدد . فإنه قال : إذا غنم المسلمون غنيمة فلحقهم العدو وجاء المسلمين مدد فقاتلوا العدو معهم حتى سلموا الغنيمة فلا شيء لهم فى الغنيمة ، لأنهم إنما قاتلوا عن أصحابهم ، ولم يقاتلوا عن الغنيمة ، لأن الغنيمة قد صارت فى أيديهم وحووها . قيل له : فإن أهل المصيصة[2] غنموا ثم استنقذ منهم العدو ، فجاء أهل طرسوس[3] فقاتلوا معهم حتى استنقذوه ، فقال : أحب إلى أن يصطلحوا .

أما فى الصورة الأولى فإن الأولين قد أحرزوا الغنيمة وملكوها بحيازتهم ، فكانت لهم دون من قاتل معهم ، وأما فى الصورة الثانية فإنما حصلت الغنيمة بقتال الذين استنقذوها فى المرة الثانية ، فينبغى أن يشتركوا فيها ، لأن الإحراز الأول قد زال بأخذ الكفار لها ، ويحتمل أن الأولين قد ملكوها بالحيازة الأولى . ولم يزل ملكهم بأخذ الكفار لها منهم ، فلهذا أحب أحمد أن يصطلحوا عليها .

٧٥٣٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن بعثه الأمير لمصلحة الجيش فلم يحضر الغنيمة أسهم له ﴾

---

(١) فى ٣٩ : قبل الحيازة . (٢) المصيصة : بالفتح ثم الكسر والتشديد وياء ساكنة وصاد أخرى وقيل بتخفيف الصادين وهى مدينة على شاطىء جيحان من ثغور الشام ، بين أنطاكية وبلاد الروم (ف) .

(٣) طرسوس . بفتح الطاء والراء وسينين مهملتين : مدينة بثغور الشام بين أنطاكية وحلب وبلاد الروم بينها بين (أذنة) ستة فراسخ ، يشقها نهر البردان ، وبها قبر المأمون جاءها غازيا فأدركته المنية فمات (ف) .

هذا مثل الرسول ، والدليل ، والطليعة ، والجاسوس ، وأشباههم ، يبعثون لمصلحة الجيش ، فإنهم يشاركون الجيش ، وبهذا قال أبو بكر بن أبى مريم ، وراشد بن سعد ، وعطية بن قيس ، قالوا ، وقد تخلف عثمان يوم بدر فأجرى له رسول الله صلى الله عليه وسلم سهما من الغنيمة ، ويروى عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يعنى يوم بدر فقال : إن عثمان انطلق فى حاجة الله وحاجة رسوله . وإنى أبايع له . فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهمه ، ولم يضرب لأحد غاب غيره » رواه أبو داود ، وعن ابن عمر قال : إنما تغيب عثمان عن بدر لأنه كانت تحته[1] ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكانت مريضة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « إن لك أجر رجل ممن شهد بدراً وسهمه » رواه البخارى ، ولأنه فى مصلحتهم ، فاستحق سهما من غنيمتهم ، كالسرية مع الجيش ، والجيش مع السرية .

٧٥٣٥ (فصـــل)

وسئل أحمد عن قوم خلفهم الأمير فى بلاد العدو ، وغزا وغنم ولم يمر بهم ، فرجعوا ، هل يسهم لهم ؟ قال : نعم يسهم لهم ، لأن الأمير خلفهم : قيل له : فإن نادى الأمير ، من كان ضعيفا فليتخلف ، فتخلف قوم فصاروا إلى لؤلؤة ، وفيها المسلمون ، فأقاموا حتى فصلوا ، فقال : إذا كانوا قد التجئوا إلى مأمن لهم لم يسهم لهم ، ولو تخلفوا وأقاموا فى موضع خوف أسهم لهم : وقال فى قوم خلفهم الأمير وأغار فى جلد الخيل ، فقال : إن أقاموا فى بلد العدو حتى رجع أسهم لهم ، وإن رجعوا حتى صاروا إلى مأمنهم فلا شىء لهم ، قيل له : فإن اعتل رجل ، أو اعتلت دابته ، وقد أدرب[2] . فقال له الأمير : أقم أسهم لك ، أو انصرف إلى أهلك أسهم لك ، فكرهه وقال : هذا ينصرف إلى أهله ، فكيف يسهم له ؟

٧٥٣٦ (فصـــل)

يجوز قسم الغنائم فى دار الحرب. وبهذا قال مالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وابن المنذر ، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأى : لا تنقسم إلا فى دار الإسلام ، لأن الملك لا يتم عليها إلا بالاستيلاء التام ، ولا يحصل إلا بإحرازها فى دار الإسلام ، إن قسمت أساء قاسمها ، وجازت قسمته ، لأنها مسألة مجتهد فيها ، فإذا حكم الإمام فيها بما يوافق قول بعض المجتهدين نفذ حكمه .

ولنا : ما روى أبو إسحاق الفزارى قال : قلت للأوزاعى : هل قسم رسول الله صلى الله عليه سلم شيئاً من الغنائم بالمدينة ؟ قال : لا أعلمه ، إنما كان الناس يتبعون غنائمهم ويقسمونها فى أرض عدوهم ،

---

(١) فى ١٨ كانت معه .

(٢) ادرب : يقال : أدرب إذا صوت بالبوق ، ويقال ، أدرب القوم إذا دخلوا أرض العدو (ف).

ولم يقفل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غزاة قط أصاب فيها غنيمة إلا خمسه ، وقسمه من قبل أن يقفل . من ذلك غزوة بنى المصطلق ، وهوازن ، وخيبر ، ولأن كل دار صحت القسمة فيها جازت كدار الإسلام ، ولأن الملك ثبت فيها بالقهر والاستيلاء ، فصحت قسمتها[1] كما لو أحرزت بدار الإسلام والدليل على ثبوت الملك فيها أمور ثلاثة :

أحدها : أن سبب الملك الاستيلاء التام ، وقد وجد ، فإننا أثبتنا أيدينا عليها حقيقة وقهرناهم ونفيناهم عنها والاستيلاء يدل على حاجة المستولى ، فيثبت الملك كما فى المباحات .

الثانى : أن ملك الكفار قد زال عنها ، بدليل أنه لا ينفذ عتقهم فى العبيد الذين حصلوا فى الغنيمة ، ولا يصح تصرفهم فيها ، ولم يزل ملكهم إلى غير مالك، إذ ليست فى هذه الحال مباحة ، فعلم أن ملكهم زال إلى الغانمين .

الثالث : أنه لو أسلم عبد الحربى ولحق بجيش المسلمين صار حراً . وهذا يدل على زوال ملك الكافر ، وثبوت الملك لمن قهره . وبهذا يحصل الجواب عما ذكروه .

٧٥٣٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا سبوا لم يفرق بين الوالد وولده . ولا بين الوالدة وولدها ﴾

أجمع أهل العلم على أن التفريق بين الأم وولدها الطفل[2] غير جائز . هذا قول مالك فى أهل المدينة ، والأوزاعى فى أهل الشام ، والليث فى أهل مصر ، والشافعى ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى فيه . والأصل فيه ما روى أبو أيوب قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » . أخرجه الترمذى ، وقال : حديث حسن غريب ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تُوَلَّه[3] والدة عن ولدها » : قال أحمد لا يفرق بين الأم وولدها وإن رضيت . وذلك والله أعلم لما فيه من الإضرار بالولد ، ولأن المرأة قد ترضى بما فيه ضررها ، ثم يتغير قلبها بعد ذلك فتندم ، ولا يجوز التفريق بين الأب وولده : وهذا قول أصحاب الرأى ، ومذهب الشافعى . وقال بعض أصحابه : يجوز ، وهو قول مالك والليث ، لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه ، ولأنه لا نص فيه ، ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، لأن الأم أشفق منه .

ولنا : أنه أحد الأبوين ، فأشبه الأم . ولا نسلم أنه من أهل الحضانة ، وظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق

(١) فى المخطوطة ٣٩ القسمة . (٢) فى المخطوطة ١٨ :الصغير : وفى المخطوطة ٤٩ : الرضية .

(٣) أخرجه البيهقى عن أبى بكر ، (توله) أى يفرق بينها وبين ولدها (ف) .

بين كون الولد كبيراً بالغاً أو طفلا . وهذا إحدى الروايتين عن أحمد ، لعموم الخبر ، ولأن الوالدة تتضرر بمفارقة ولدها الكبير ، ولهذا حرم عليه الجهاد بدون إذنهما .

والرواية الثانية : يختص تحريم التفريق بالصغير . وهو قول أكثر أهل العلم . منهم سعيد بن عبد العزيز ومالك ، والأوزاعى، والليث ، وأبو ثور ، وهوقول الشافعى ، لأن سلمة بن الأكوع أتى بامرأة[1] وابنتها ، فنفله أبو بكر ابنتها ، فاستوهبها منه النبى صلى الله عليه وسلم ، فوهبها له ، ولم ينكر التفريق بينهما ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أهديت إليه مارية[2] وأختها سيرين ، فأمسك مارية ووهب سيرين لحسان بن ثابت ، ولأن الأحرار يتفرقون بعد الكبر ، فإن المرأة تزوج ابنتها ، فالعبيد أولى .

وبما ذكرناه يتخصص عموم حديث النهى ، واختلفوا فى حد الكبرالذى يجوز معه التفريق . فروى عن أحمد : يجوز التفريق بينهما إذا بلغ الولد . وهو قول سعيد بن عبد العزيز ، وأصحاب الرأى ، وقول الشافعى . وقال مالك : إذا أثغر . وقال الأوزاعى والليث : إذا استغنى عن أمه ونفع نفسه . وقال الشافعى فى أحد قوليه : إذا صار ابن سبع سنين ، أو ثمان سنين . وقال أبو ثور : إذا كان يلبس وحده ، ويتوضأ وحده . لأنه إذا كان كذلك يستغنى عن أمه ، ولذلك خير الغلام بين أمه وأبيه إذا صار كذلك ، ولأنه جاز التفريق بينهما بتخييره ، فجاز ببيعه وقسمته .

ولنا : ماروى عن عبادة بن الصامت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يفرق بين الوالدة وولدها . فقيل : إلى متى ؟ قال : حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية » ولأن مادون البلوغ مولى عليه ، فأشبه الطفل.

٧٥٣٨ (فصل)

وإن فرق بينهما بالبيع فالبيع فاسد . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يصح البيع ، لأن النهى لمعنى فى غير المعقود عليه ، فأشبه البيع فى وقت النداء .

ولنا : ماروى أبو داود فى سننه بإسناده ، عن على رضى الله عنه ، أنه فرق بين الأم وولدها ، فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، ورد البيع . والأصل ممنوع ، ولا يصح ما ذكروه ، فإنه نهى عنه لما يلحق المبيع من الضرر ، فهو لمعنى فيه

٧٥٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والجد فى ذلك كالأب ، والجدة فيه كالأم ﴾ .

---

(١) الحديث فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٥٨ فى باب الرخصة فى المدركين يفرق بينهم (ف) .

(٢) أهداها إليه المقوقس كما فى الإصابة ج ٤ ص ٤٠٤ (ف) .

وجملة ذلك : أن الجد والجدة فى تحريم التفريق بينهما وبين ولد ولدهما كالأبوين ، لأن الجد أب ، والجدة أم[1] ، ولذلك يقومان مقام الأبوين فى استحقاق الحضانة والميراث والنفقة ، فقاما مقامهما فى تحريم التفريق ويستوى فى ذلك الجد والجدة من قبل الأب ، والأم ، لأن للجميع ولادة ومحرميه ،فاستووا فى ذلك كاستوائهم فى منع شهادة بعضهم لبعض .

٧٥٤٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا يفرق بين أخوين ولا أختين ﴾

وجملته : أنه يحرم التفريق بين الأخوة فى القسمة والبيع . وبهذا قال أصحاب الرأى . وقال مالك ، والليث ، والشافعى ، وابن المنذر : يجوز ، لأنها قرابة لا تمنع قبول الشهادة ، فلم يحرم التفريق كقرابة ابن العم .

ولنا : ماروى عن على رضى الله عنه قال : « وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين ، فبعت أحدهما ، فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : مافعل غلامك ؟ » فأخبر به . فقال : ردّه ، ردّه » . رواه الترمذى ، وقال : هذا حديث حسن غريب . وروى عبدالرحمن بن فروخ عن أبيه قال : كتب إلينا عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لاتفرقوا بين الأخوين ، ولا بين الأم وولدها فى البيع ، لأنه ذو رحم محرم ، فلم يجز التفريق بينهما كالولد والوالد .

٧٥٤١ (فصـــل)

ويجوز التفريق بين سائر الأقارب فى ظاهر كلام الخرقى . وقال غيره من أصحابنا : لايجوز التفريق بين ذوى رحم محرم ، كالعمة مع ابن أخيها ، والخالة مع ابن أختها ، لما ذكرنا من القياس .

ولنا : أن الأصل حل البيع والتفريق ، ولا يصح القياس على الإخوة ، لأنهم أقرب ، ولذلك يحجبون غيرهم عن الميراث ، فيبقى فيمن عـداهم على مقتضى الأصل ، فأما من ليس بينهما رحم محرم فلا يمنع من التفريق بينهم عند أحد علمناه ، لعدم النص فيهم ، وامتناع القياس على المنصوص ، وكذلك يجوز التفريق بين الأم من الرضاع وولدها ، والأخت وأختها لذلك ، ولأن قرابة الرضاع لا توجب عتق أحـدهما على صاحبه ، ولا نفقة ولا ميراثا . فلم تمنع التفريق كالصداقة .

٧٥٤٢ (فصـــل)

وإذا كان فى المغنم من لا يجوز التفريق بينهم ، وكان قدرهم حصة واحد من الغانمين ، دفعوا إلى واحد

---

(١) على هامش ٢٩ : لأنهما كالأب والأم فى نسخة أخرى .

وإن كان فيهم فضل فرضى برد قيمة الفضل جاز ، وإن لم يكن ذلك بيعوا جملة ، وقسم ثمنهم ، أو يجعلوا في الخمس ، ويجوز التفريق بينهم في العتق والفداء ، لأن العتق لا تفرقة فيه في المكان ، والفداء تخليص فهو كالعتق .

٧٥٤٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن اشترى منهم وهم مجتمعون،فتبين ألا نسب بينهم ، رد إلى المقسم الفضل الذى فيه بالتفريق ﴾

وجملته : أن من اشترى من المغنم اثنين أو أكثر ، وحسبوا عليه بنصيبه بناء على أنهم أقارب يحرم التفريق بينهم ، فبان أنه لا نسب بينهم ، وجب عليه رد الفضل الذى فيهم على المغنم ، لأن قيمتهم تزيد بذلك . فإن اشترى اثنين بناء على أن إحداهما أم الأخرى لا يحل له الجمع بينهما في الوطء ، ولا بيع إحداهما دون الأخرى ، فكانت قيمتهما قليلة لذلك ، فإن بان أن إحداهما أجنبية من الأخرى أبيح له وطؤهما ، وبيع إحداهما ، فتكثر قيمتهما ، فيجب رد الفضل كما لو اشتراهما ، فوجد معهما حلياً أو ذهباً ، فتكثر قيمتهما ، وكما لو أخذ دراهم فبانت أكثر مما حسب عليه .

٧٥٤٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن سبي من أطفالهم منفرداً أو مع أحد أبويه فهو مسلم ، ومن سبي مع أبويه فهو على دينهما ﴾

وجملته : أنه إذا سبي من لم يبلغ من أولاد الكفار صار رقيقاً ، ولا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يسبى منفرداً عن أبويه . فهذا يصير مسلماً إجماعا ، لأن الدين إنما يثبت له تبعاً وقد انقطعت تبعيته لأبويه ، لانقطاعه عنهما ، وإخراجه عن دارهما ، ومصيره إلى دار الإسلام تبعاً لسابيه المسلم[1] فكان تابعاً له في دينه .

والثاني : أن يسبى مع أحد أبويه ، فإنه يحكم بإسلامه أيضاً ، وبهذا قال الأوزاعي ـ وقال أبو حنيفة ، والشافعي يكون تابعاً لأبيه في الكفر ، لأنه لم ينفرد عن أحد أبويه ، فلم يحكم بإسلامه ، كما لو سبي معهما وقال مالك : إن سبي مع أبيه يتبعه لأن الولد يتبع أباه في الدين ، كما يتبعه في النسب ، وإن سبي مع أمه فهو مسلم ، لأنه لا يتبعها في النسب ، فكذلك في الدين .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « كل[2] مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه »فمفهومه أنه لا يتبع أحدهما،لأن الحكم متى علق على شيئين لا يثبت بأحدهما ، ولأنه يتبع سابيه

---

(١) في المخطوطه ١٨ للسابي للسلم .

(٢) أخرجه مالك في موطئه عن أبي هريرة ـ بدون أو يمجسانه ـ في باب جامع الجنائز ـ وأخرجه بها الطبراني عن الأسود بن سريع (ف) .

منفرداً ، فيتبعه مع أحد أبويه ، قياساً على مالو أسلم أحد الأبوين ، يحققه أن كل شخص غلب حكم إسلامه منفرداً غلب مع أحد الأبوين كالمسلم من الأبوين .

الثالث : أن يسبى مع أبويه ، فإنه يكون على دينهما ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، وقال الأوزاعى : يكون مسلماً ، لأن السابى أحق به ، لكونه ملكه بالسبى ، وزالت ولاية أبويه عنه ، وانقطع ميراثهما منه وميراثه منهما ، فكان أولى به منهما .

ولنا : قوله عليه السلام : « فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه » وهما معه وملك السابى له لايمنع اتباعه لأبويه ، بدليل مالو ولد فى ملكه من عبده وأمته الكافرين .

٧٥٤٥ (فصل)

وإذا سبى المتزوج من الكفار لم يخل من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يسبى الزوجان معاً ، فلا ينفسخ نكاحهما . وبهذا قال أبو حنيفة ، والأوزاعى . وقال مالك ، والثورى ، والليث ، والشافعى ، وأبو ثور : ينفسخ نكاحهما ، لقوله تعالى : (وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إلا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ)[1] . والمحصنات : المزوجات (إلا ماملكت أيمانكم) بالسبى ، قال أبو سعيد الخدرى : نزلت هذه الآية فى سبى أوطاس . وقال ابن عباس : إلا ذوات الأزواج من المسبيات ، ولأنه استولى على محل حق الكافر ، فزال ملكه كما لو سباها وحدها .

ولنا : أن الرق معنى لايمنع ابتداء النكاح ، فلا يقطع استدامته كالعتق ، والآية نزلت فى سبايا أوطاس ، وكانوا أخذوا النساء دون أزواجهن ، وعموم الآية مخصوص بالمملوكة المزوجة فى دار الإسلام ، فيخص منه محل النزاع بالقياس عليه .

الحال الثانى : أن تسبى المرأة وحدها ، فينفسخ النكاح بلاخلاف علمناه . والآية دالة عليه ، وقد روى أبو سعيد الخدرى قال : « أصبنا سبايا يوم أوطاس ولهن أزواج فى قومهن ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه سلم فنزلت : (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) »[2] رواه الترمذى . وقال : هذا حديث حسن ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذا سبيت المرأة وحدها ، ثم سبى زوجها بعدها بيوم ، لم ينفسخ[3] النكاح .

ولنا : أن السبب المقتضى للفسخ وجد ، فانفسخ النكاح كما لو سبى بعد شهر .

الحال الثالث: سبى الرجل وحده فلا ينفسخ النكاح ، لأنه لانص فيه ، ولا القياس يقتضيه ، وقدسبى النبى صلى الله عليه وسلم سبعين من الكفار يوم بدر ، فمن على بعضهم ، وفادى بعضاً ، فلم يحكم عليهم بفسخ

---

(١) سورة النساء آية ٢٤ . (٢) سورة النساء آية ٢٤ . (٣) فى ١٨ لم يفسخ .

أنكحتهم ، ولأننا إذا لم نحكم بفسخ النكاح فيما إذا سبيا معاً مع الاستيلاء على محل حقه ، فلألا ينفسخ نكاحه مع عدم الاستيلاء أولى .

وقال أبو الخطاب : إذا سبى أحد الزوجين انفسخ النكاح ، ولم يفرق . وبه قال أبو حنيفة ، لأن الزوجين افترقت بهما الدار ، وطرأ الملك على أحدهما ، فانفسخ النكاح كما لو سبيت المرأة وحدها . وقال الشافعي : إن سبي واسترق انفسخ نكاحه ، وإن مُن عليه أو فودى لم ينفسخ .

ولنا : ما ذكرناه ، وأن السبي لم يزل ملكه عن ماله فى دار الحرب ، فلم يزله عن زوجته كما لم يزله عن أمته .

٧٥٤٦ (فصل)

ولم يفرق أصحابنا فى سبي الزوجين بين أن يسبيهما رجل واحد ، أو رجلان ، وينبغى أن يفرق بينهما ، فإنهما إذا كانا مع رجلين كان مالك المرأة منفرداً بها ، ولا زوج معه لها ، فتحل له لقوله تعالى (والمحصَنَاتُ منَ النّسَاء إلا مَا مَلكتْ أيمانُكُمْ[1]) . وذكر الأوزاعى : أن الزوجين إذا سبيا فهما على النكاح فى المقاسم ، فإن اشتراهما رجل فله أن يفرق بينهما إن شاء ، أو يقرهما على النكاح .

ولنا : أن تجدد الملك فى الزوجين لرجل لا يقتضى جواز الفسخ ، كما لو اشترى زوجين مسلمين . إذا ثبت هذا فإنه لا يحرم التفريق بين الزوجين فى القسمة والبيع ، لأن الشرع لم يرد بذلك.

٧٥٤٧ (فصل)

إذا أسلم الحربى فى دار الحرب حقن ماله[2] ودمه وأولاده الصغار من السبى ، وإن دخل دار الإسلام فأسلم وله أولاد صغار فى دار الحرب صاروا مسلمين ، ولم يجز سبيهم . وبه قال مالك ، والشافعي ، والأوزاعى وقال أبو حنيفة : ما كان فى يديه من ماله ورقيقه ومتاعه وولده الصغار ترك له ، وما كان من أمواله بدار الحرب جاز سبيهم ، لأنه لم يثبت إسلامهم بإسلامه ، لاختلاف الدارين بينهم ، ولهذا إذا سبى الطفل وأبواه فى دار الكفر لم يتبعهما ، ويتبع سابيه فى الإسلام ، وما كان من أرض أو دار فهو فىء ، وكذلك زوجته إذا كانت كافرة ، وما فى بطنها فىء .

ولنا : أن أولاده أولاد مسلم ، فوجب أن يتبعوه فى دار الإسلام كما لو كانوا معه فى الدار ، ولأن ماله مال مسلم ، فلا يجوز اغتنامه كما لو كان فى دار الإسلام . وبذلك يفارق مال الحربى وأولاده .

وما ذكره أبو حنيفة لا يلزم ، فإننا نجعله تبعا للسابى ، لأننا لا نعلم بقاء أبويه ، فأما أولاده الكبار

---

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) فى المخطوطة ٢٨ : عصم ماله .

فلا يعصمهم ، لأنهم لا يتبعونه ، ولا يعصم زوجته لذلك ، فإن سبيت صارت رقيقا ، ولم ينفسخ نكاحه برقها ، ولكن يكون حكمها فى النكاح وفسخه حكم ما لولم تسب على ما مر فى نكاح أهل الشرك . فإن كانت حاملا من زوجها لم يجز استرقاق الحمل ، وكان حراً مسلماً . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يحكم برقه مع أمه ، لأن ما سرى إليه العتق سرى إليه الرق ، كسائر أعضائها .

ولنا : أنه محكوم بحريته وإسلامه ، فلم يجز استرقاقه كالمنفصل ، ويخالف الأعضاء ، لأنها لا تنفرد بحكم عن الأصل .

٧٥٤٨ (فصــــل)

وإذا أسلم الحربى فى دار الحرب وله مال وعقار ، أو دخل إليها مسلم فابتاع عقاراً أو مالا ، فظهر المسلمون على ماله وعقاره لم يملكوه ، وكان له . وبه قال مالك ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : يغنم العقار ، وأما غيره فما كان فى يده أو يد مسلم لم يغنم . واحتج بأنها بقعة من دار الحرب ، فجاز اغتنامها كما لو كانت لحربى .

ولنا أنه مال مسلم ، فأشبه ما لو كانت فى دار الإسلام .

٧٥٤٩ (فصــــل)

إذا استأجر المسلم أرضا من حربى ثم استولى عليها المسلمون فهى غنيمة ، ومنافعها للمستأجر ، لأن المنافع ملك المسلم . فإن قيل : فلم أجزتم استرقاق الكافرة الحربية إذا كان زوجها قد أسلم ، وفى استرقاقها إبطال حق زوجها ؟ قلنا : يجوز استرقاقها ، لأنها كافرة ، ولا أمان لها ، فجاز استرقاقها كما لو لم تكن زوجة مسلم ، فلا يبطل نكاحه ، بل هو باق ، ولأن منفعة النكاح لا تجرى مجرى الأموال ، بدليل أنها لا تضمن باليد ولا يجوز أخذ العوض عنها ، بخلاف حق الإجارة .

٧٥٥٠ (فصــــل)

إذا أسلم عبد الحربى أو أمته ، وخرج إلينا فهو حر . وإن أسر سيده وأولاده وأخذ ماله وخرج إلينا فهو حر ، والمال له ، والسبى رقيقه . وإن أسلم وأقام بدار الحرب فهو على رقه . وإن أسلمت أم ولد الحربى وخرجت إلينا عتقت ، واستبرأت نفسها ، وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : وقال به كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، إلا أن أبا حنيفة قال فى أم الولد : تزوج إن شاءت من غير استبراء ، وأهل العلم على خلافه ، لأنها أم ولد عتقت ، فلم يجز أن تتزوج بغير استبراء ، كما لو كانت لذمى .

وروى سعيد بن منصور ، حدثنا يزيد بن هارون ، عن الحجاج ، عن الحكم ، عن مقسم ، عن ابن عباس ، قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتق العبيد إذا جاءوا قبل مواليهم » . وعن أبى سعيد الأعسم

قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العبد وسيده قضيتين . قضى أن العبد إذا خرج من دار الحرب قبل سيده أنه حر ، فإن خرج سيده بعد لم يرد عليه ، وقضى أن السيد إذا خرج قبل العبد ثم خرج العبد رد على سيده » . رواه سعيد أيضاً . وعن الشعبى ، عن رجل من ثقيف ، قال(١) : « سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد علينا أبا بكرة ، وكان عبداً لنا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر ثقيفا فأسلم ، فأبى أن يرده علينا ، وقال : هو طليق الله ، ثم طليق رسوله ، فلم يرده علينا » .

٧٥٥١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين وعبيدهم فأدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به ﴾

فإن أدركه مقسوما فهو أحق به بالثمن الذى ابتاعه من المغنم فى إحدى الروايتين . والرواية الأخرى : إذا قسم فلا حق له فيه بحال يعنى إذا أخذ الكفار أموال المسلمين ، ثم قهرهم المسلمون فأخذوها منهم ، فإن علم صاحبها قبل قسمها ردت إليه بغير شىء فى قول عامة أهل العلم منهم عمر رضى الله عنه ، وعطاء ، والنخعى ، وسلمان بن ربيعة ، والليث ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الزهرى : لا يرد إليه ، وهو للجيش ، ونحوه عن عمرو بن دينار ، لأن الكفار ملكوه باستيلائهم ، فصار غنيمة كسائر أموالهم .

ولنا : ما روى ابن عمر : « أن غلاما له أبق إلى العدو ، فظهر عليه المسلمون ، فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ابن عمر ، ولم يُقَسَّم . وعنه قال: ذهب فرس له فأخذها العدو ، فظهر عليه(٢) المسلمون فرُدَّ عليه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم » . رواهما أبوداود ، وعن جابر بن حيوة : « أن أبا عبيدة كتب إلى عمر بن الخطاب فيما أحرز المشركون من المسلمين ، ثم ظهر المسلمون عليهم بعد ، قال : من وجد ماله بعينه فهو أحق به مالم يقسم » . رواه سعيد والأثرم . فأما ما أدركه بعد أن قسم ففيه روايتان :

إحداهما : أن صاحبه أحق به بالثمن الذى حسب به على من أخذها ، وكذلك إن بيع ثم قسم ثمنه فهو أحق به بالثمن . وهذا قول أبىحنيفة ، والثورى والأوزاعى ، ومالك . لما روى ابنعباس رضى الله عنه(٣)

---

(١) أخرجه أبو داود (ف).

(٢) لفظ أبى داود ج٢ ص ٥٩ « فظهر عليهم » وكذلك فى سنن ابن ماجه ج٢ ص ١٩٦ « ف ».

(٣) فى سنن الدارقطنى ص ٤٧٣ طبع الهند عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلمقال : فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم أو أخذه صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق فإن وجده وقد قسم فإن شاء أخذه بالثمن : وفيه الحسن بن عمارة متروك .

وفى التعليق المغنى على سنن الدارقطنى بالصفحة المذكورة « قال الشافعى قال أبويوسف حدثنا الحسن بن عمارة =

أن رجلا وجد بعيراً له كان المشركون أصابوه ، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم : « إن أصبته قبل أن نقسمه فهو لك ، وإن أصبته بعد ما قسم أخذته بالقيمة » ، ولأنه إذا امتنع أخذه له بغير شيء كيلا يفضى إلى حرمان آخذه من الغنيمة ، أو يضيع الثمن على المشترى ، وحقهما ينجبر بالثمن ، فيرجع صاحب المال في غير ماله ، بمنزلة مشترى الشقص المشفوع ، إلا أن المحكى عن مالك وأبى حنيفة ، أنه يأخذه بالقيمة ، ويروى عن مجاهد مثله .

والرواية الثانية عن أحمد أنه : إذا قسم فلا حق له فيه بحال ، نص عليه فى رواية أبى داود ، وغيره . وهو قول عمر ، وعلى ، وسلمان بن ربيعة ، وعطاء ، والنخعى ، والليث . قال أحمد : أما قول من قال هو أحق بالقيمة فهو قول ضعيف عن مجاهد . وقال الشافعى : يأخذه صاحبه قبل القسمة وبعدها ، ويعطى مشتريه ثمنه من خمس المصالح ، لأنه لم يزل عن ملك صاحبه ، فوجب أن يستحق أخذه بغير شيء ، كما قبل القسمة . ويعطى من حسب عليه بالقيمة ، لئلا يفضى إلى حرمان آخذه حقه من الغنيمة ، وجعل من سهم المصالح لأن هذا منها وهذا قول ابن المنذر .

ولنا : ماروى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى السائب : أيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، وإن أصابه فى أيدى التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل له إليه » . وقال سلمان بن ربيعة : « إذا قسم فلا حق له فيه » رواهما سعيد فى سننه ، ولأنه إجماع . قال أحمد : إنما قال الناس فيها قولين ، إذا قسم فلا شيء له . وقال قوم إذا قسم فهو له بالثمن ، فإما أن يكون له بعد القسمة بغير ذلك فلم يقله أحد . ومتى ما انقسم أهل العصر على قولين فى حكم لم يجز إحداث قول ثالث ، لأنه يخالف الإجماع ، فلم يجز المصير إليه ، وقد روى أصحابنا عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أدرك[1] ماله قبل أن يقسم فهو له ، وإن أدركه بعد قسم فليس له فيه شيء » . والمعول على ماذكرنا من الإجماع ، وقولهم لم يزل ملك صاحبه عنه غير مسلم .

= عن الحكم بن عتيبة عن مقسم عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عبد وبعير أحرزهما العدو ثم ظفر بهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحبهما إن أصبتهما قبل القسمة فهما لك بغير شيء وإن أصبتها بعد القسمة فهما لك بالقيمة . .قال البيهقى « :هكذا وجدته عن أبى يوسف عن الحسن بن عمارة عن الحكم بن عتيبة ورواه غيره عن الحسن بن عمارة عن عبد الملك عن طاوس عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم فى بعير وجد» (ف)

(١) أخرجه الدارقطنى فى سننه ص ٤٧٢ بلفظ « من وجد ماله فى الفىء قبل أن يقسم فهو له ومن وجده بعد ما قسم فليس له شيء » قال الدارقطنى وفيه إسحق « وهو بن أبى فروة » متروك (ف) .

٧٥٥١ (فصـــل)

وإن أخذه أحد الرعية بهبة أو سرقة أو بغير شيء فصاحبه أحق به بغير شيء ، وقال أبو حنيفة لا يأخذه إلا بالقيمة لأنه صار ملكا لواحد بعينه فأشبه مالو قسم .

ولنا : ماروى « أن قوماً أغاروا على سرح النبى صلى الله عليه وسلم فأخذوا ناقته وجارية من الأنصار فأقامت عندهم أياماً ثم خرجت فى بعض الليل قالت فما وضعت يدى على ناقة إلا رغت حتى وضعتها على ناقة ذلول فامتطيتها ثم توجهت إلى المدينة ونذرت إن نجانى الله عليها أن أنحرها فلما قدمت المدينة استعرفت الناقة فإذا هى ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذها فقلت : يارسول الله إنى نذرت أنى أنحرها ، فقال : بئسما جازيتها لا نذر فى معصية » وفى رواية «لا نذر فيما لا يملك ابن آدم » رواه أحمد ومسلم ولأنه لم يحصل فى يده بعوض فكان صاحبه أحق به كما لو أدركه فى الغنيمة قبل قسمه فأما إن اشتراه رجل من العدو فليس لصاحبه أخذه إلا بثمنه لما روى سعيد حدثنا عثمان بن مطر الشيبانى حدثنا أبو حريز عن الشعبى قال « أغار أهل ماه وأهل[1] جلولاء على العرب فأصابوا سبايا من سبايا العرب ورقيقاً ومتاعاً ثم إن السائب بن الأقرع عَامِلَ عُمَرَ غزاهم ففتح ماه فكتب إلى عمر فى سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من أهل ماه فكتب إليه عمر : إن المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يخذله فأيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به ، وإن أصابه فى أيدى التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل إليه وأيما حر اشتراه التجار فإنه يرد عليهم رءوس أموالهم فإن الحر لا يباع ولا يشترى » وقال القاضى ما حصل فى يده بهبة أو سرقة أو شراء فهو كما لو وجده صاحبه بعد القسمة هل يكون صاحبه أحق به بالقيمة ؟ على روايتين والأولى ماذكرناه وإن علم الإمام بمال المسلم قبل قسمه فقسمه وجب رده وكان صاحبه أحق به بغير شيء ، لأن قسمته كانت باطلة من أصلها .

٧٥٥٢ (فصـــل)

وإن غنم المسلمون من المشركين شيئا عليه علامة المسلمين فلم يعلم صاحبه فهو غنيمة .

قال أحمد فى مراكب تجىء من مصر يقطع[2] عليها الروم فيأخذونها ثم يأخذها المسلمون منهم إن عرف صاحبها فلا يؤكل منها وهذا يدل على أنه إذا لم يعرف صاحبها جاز الأكل منها ونحو هذا قول الثورى والأوزاعى قال فى المصحف يحصل فى الغنائم يباع وقال الشافعى يوقف حتى يجىء صاحبه ، وإن

---

(١) ماه وجلولاء قريتان بالعراق (ف)

(٢) فى ٣٩ : يقع عليها الروم.

وجد شيء موسوم عليه حبس في سبيل الله رد كما كان نص عليه أحمد وبه قال الأوزاعي والشافعي، وقال الثوري يقسم ما لم يأت صاحبه .

ولنا : أن هذا قد عرف مصرفه وهو الحبس فهو بمنزلة ما لو عرف صاحبه ، قيل لأحمد فالجواميس تدرك وقد ساقها العدو للمسلمين وقد ردت يؤكل منها ؟ قال: إذا عرف لمن هي فلا يؤكل منها قيل لأحمد فما حاز العدو للمسلمين فأصابه المسلمون أعليهم أن يقفوه حتى يتبين[1] صاحبه ؟ قال إذا عرف فقيل هو لفلان وكان صاحبه بالقرب ، قيل له أصيب غلام في بلاد الروم ، قال أنا لفلان رجل ؟ قال إذا عرف الرجل لم يقسم ماله ورد على صاحبه ، قيل له أصبنا مركبا في بلاد الروم فيها النواتية[2] قالوا هذا لفلان؟وهذا لفلان ؟ قال هذا قد عرف صاحبه، لا يقسم.

٧٥٥٣ (فصـــــل)

قال القاضي : يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وقال أبو الخطاب : لا يملكونها وهو قول الشافعي قال وهو ظاهر كلام أحمد حيث قال إن أدركه صاحبه قبل القسمة فهو أحق به وإنما منعه أخذه بعد قسمه لأن قسمة الإمام له تجرى مجرى الحكم ومتى صادف الحكم أمراً مجتهداً فيه نفذ حكمه .

وحكى عن أحمد في ذلك روايتان ، واحتج من قال لا يملكونها بحديث ناقة النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه مال معصوم طرأت عليه يد عادية فلم يملك بها كالغصب ولأن من لا يملك رقبة غيره بالقهر لم يملك ماله به كالمسلم مع المسلم ، ووجه الأول : أن القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر فملك به الكافر مال المسلم كالبيع . فأما الناقة فإنما أخذها النبي صلى الله عليه وسلم لأنه أدركها غير مقسومة ولامشتراة . فعلى هذا يملكونها قبل حيازتها إلى دار الكفر وهو قول مالك ، وذكر القاضي أنهم إنما يملكونها بالحيازة إلى دارهم وهو قول أبي حنيفة ، وحكى في ذلك عن أحمد روايتان .

ووجه الأول[3] : أن الإستيلاء سبب للملك فيثبت قبل الحيازة إلى الدار كاستيلاء المسلمين على مال الكفار ولأن ما كان سبباً للملك أثبته حيث وجد كالهبة والبيع ، وفائدة الخلاف في ثبوت الملك وعدمه: أن من أثبت الملك للكفار في أموال المسلمين أباح المسلمين إذا ظهروا عليه قسمتها والتصرف فيها مالم يعلموا صاحبها وأن الكافر إذا أسلم وهي في يده فهو أحق بها ، ومن لم يثبت الملك اقتضى مذهبه عكس ذلك والله أعلم .

---

(١) في المخطوطة في ١٨ : حتى يعرف .

(٢) النواتية جمع نوتي وهو الملاح في البحر خاصة كأنه يميل السفينة من جانب إلى جانب وقيل معرب(ف).

(٣) في المخطوطة ١٨: ووجه الأولى

٧٥٥٤ (فصــــل)

ولا أعلم خلافاً في أن الكافر الحربي إذا أسلم أو دخل إلينا بأمان بعد أن استولى على مال مسلم فأتلفه أنه لا يلزمه ضمانه وإن أسلم وهو في يده فهو له بغير خلاف في المذهب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من[1] أسلم على شيء فهو له » وإن كان أخذه من المستولي عليه بهبة أو سرقة أو شراء فكذلك لأنه استولى عليه في حال كفره فأشبه ما استولى عليه بقهره المسلم وعن أحمد أن صاحبه يكون أحق به بالقيمة وإن استولى على جارية مسلم فاستولدها ثم أسلم فهي له وهي أم ولد له . نص عليه أحمد لأنها مال فأشبهت سائر الأموال وإن غنمها المسلمون وأولادها قبل إسلام سابيها فعلم صاحبها ردت إليه وكان أولادها غنيمة لأنهم أولاد كافر حدثوا بعد ملك الكافر لها .

٧٥٥٥ (فصــــل)

وإن استولوا على حر لم يملكوه سواء كان مسلماً أو ذمياً .

لا أعلم في هذا خلافا لأنه لا يضمن بالقيمة ولا تثبت عليه يد بحال وكل ما يضمن بالقيمة يملكونه بالقهر كالعروض والعبد القن والمدبر والمكاتب وأم الولد ، وقال أبو حنيفة : لا يملكون المكاتب وأم الولد لأنهما لا يجوز نقل الملك فيهما فهما كالحر .

ولنا : أنهما يضمنان بالقيمة فيملكونهما كالعبد القن ويحتمل أن يملكوا المكاتب دون أم الولد لأن أم الولد لا يجوز نقل الملك فيها ولا يثبت فيها لغير سيدها . وفائدة الخلاف : أن من قال يثبت الملك فيهما قال متى قسما أو اشتراهما إنسان لم يكن لسيدهما أخذهما إلا بالثمن ، قال الزهري في أم الولد : يأخذها سيدها بقيمة عدل وقال مالك يفديها الإمام فإن لم يفعل يأخذها سيدها بقيمة عدل ولا يدعها يستحل فرجها من لا تحل له ومن قال : لا يثبت الملك فيهما ردا إلى ما كانا عليه على كل حال كالحر وإن اشتراهما إنسان فالحكم فيهما كالحكم في الحر إذا اشتراه .

٧٥٥٦ (فصــــل)

إذا أبق عبد المسلم إلى دار الحرب فأخذوه ملكوه كالمال وهذا قول مالك وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة : لا يملكونه[2] وعن أحمد مثل ذلك لأنه إذا صار في دار الحرب زالت يد مولاه عنه وصار في يد نفسه فلم يملك كالحر .

---

(١) أخرجه ابن عدي والبيهقي عن أبي هريرة (ف) .
(٢) في المطبوعة : يملكوه . خطأ .

ولنا : أنه مال لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه فإذا أخذوه من دار الحرب ملكوه كالبهيمة .

٧٥٥٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن قطع من مواتهم حجراً أو عوداً أو صاد حوتاً أو ظبياً رده على سائر الجيش إذا استغنى عن أكله والمنفعة به ﴾

يعنى إذا أخذ شيئاً له قيمة من دار الحرب فالمسلمون شركاؤه فيه وبه قال أبو حنيفة والثورى وقال الشافعى يتفرد آخذه بملكه لأنه لو أخذه من دار الإسلام ملكه فإذا أخذه من دار الحرب ملكه كالشيء التافه ، وهذا قول مكحول والأوزاعى ونقل ذلك عن القاسم وسالم .

ولنا : أنه مال ذو قيمة مأخوذ من أرض الحرب بظهر المسلمين فكان غنيمة كالمطعومات وفارق ما أخذوه من دار الإسلام لأنه لا يحتاج إلى الجيش فى أخذه فأما إن احتاج إلى أكله والانتفاع به فله ذلك ولا يرده لأنه لو وجد طعاماً مملوكا للكفار كان له أكله إذا احتاج فما أخذ من الصيود والمباحات أولى .

٧٥٥٨ (فصل)

وإن أخذ من بيوتهم أو خارج منها مالا قيمة له فى أرضه كالمِسَنّ والأقلام والأحجار والأدوية فله أخذه وهو أحق به ، وإن صارت له قيمة بنقله أومعالجته نص أحمد على نحو هذا وبه قال مكحول والأوزاعى والشافعى وقال الثورى إذا جاء به إلى دار الإسلام دفعه فى المقسم وإن عالجه فصار له ثمن أعطى بقدر عمله فيه وبقيته فى المقسم .

ولنا : أن القيمة إنما صارت له بعمله أو بنقله فلم تكن [1] غنيمة كما لو لم تصر له قيمة .

٧٥٥٩ (فصل)

وإن ترك صاحب المقسم شيئاً من الغنيمة عجزا عن حمله فقال من أخذ شيئاً فهو له فمن حمل شيئاً فهو له نص عليه أحمد وسئل عن قوم غنموا غنائم كثيرة فيبقى خرثى المتاع مما لا يباع ولا يشترى فيدعه الوالى بمنزلة العقار والفخار وما أشبه ذلك أيأخذه الإنسان لنفسه ؟ قال نعم إذا ترك ولم يشتر ونحو هذا قول مالك ونقل عنه أبو طالب فى المتاع لا يقدرون على حمله : إذا حمله رجل يقسم وهذا قول إبراهيم قال الخلال روى أبو طالب هذه فى ثلاثة مواضع فى موضع منها وافق أصحابه وفى موضع خالفهم قال ولا شك أن أبا عبد الله قال هذا أولا ثم تبين له بعد ذلك أن للإمام أن يبيحه وأن يحرمه وأن لهم أن يأخذوه إذا تركه الإمام إذا لم يجد من يحمله لأنه إذا لم يجد من يحمله ولم يقدر على حمله بمنزلة ما لا قيمة له فصار كالذى ذكرناه فى الفصل قبل هذا .

(١) فى المخطوطة ١٨ لم تكن وهو أوضح .

٧٥٦٠ (فصــل)

وإن وجد فى أرضهم ركازاً[١] فإن كان فى موضع يقدر عليه بنفسه فهو كما لو وجده فى دار الإسلام فيه الخمس وباقيه له ، وإن قدر عليه بجماعة المسلمين فهو غنيمة ، ونحو هذا قول مالك والأوزاعى والليث وقال الشافعى إن وجده فى مواتهم فهو كما لو وجده فى دار الإسلام .

ولنا : ماروى عاصم بن كليب عن أبى الجويرية الجرمى « قال أصبت بأرض الروم جَرَّة حمراء فيها دنانير فى إمرة معاوية وعلينا[٢] معن بن يزيد السلمى فأتيته بها فقسمها بين المسلمين وأعطانى مثل ما أعطى رجلا منهم ثم قال :لولا أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا نَفَلَ إلا بعد الخُمس ، لأعطيتك ثم أخذ يعرِض علىّ من نصيبه فأبيت » أخرجه أبو داود ولأنه مال مشرك ظهر عليه بقوة جيش المسلمين فكان غنيمة كأموالهم الظاهرة .

٧٥٦١ (فصــل)

وسئل أحمد عن الدابة تخرج من بلد الروم أو تنفلت فتدخل القرية وعن القوم يضلون عن الطريق فيدخلون القرية من قرى المسلمين فيأخذونهم فقال يكونون لأهل القرية كلهم يتقاسمونهم وسئل عن قوم يكونون فى حصن أو رباط فيخرج منهم قوم إلى قتالهم فيصيبون دواباً أو سلاحاً فقال أبو عبدالله تكون بين أهل الرباط وأهل الحضرة[٣] من القرية وسئل عن مركب بعث به ملك الروم فيه رجاله فطرحته الريح إلى طرطوس فخرج إليه أهل طرطوس فقتلوا الرجال وأخذوا الأموال فقال هذا فىء المسلمين مما أفاء الله عليهم وقال الزهرى هو لمن غنمه وفيه الخمس فقال أبو الخطاب : من ضل الطريق منهم أو حملته الريح إلينا فهو لمن أخذه فى إحدى الروايتين لأنه متاع أخذه أحد المسلمين بغير قوة مسلم فكان له كالحطب والرواية الثانية يكون فيئا .

٧٥٦٢ (فصــل)

ومن وجد فى دراهم لقطة فإن كانت من متاع المسلمين فهى لقطة يعرفها سنة ثم يملكها ، وإن كانت من متاع المشركين فهى غنيمة وإن احتمل الأمرين عرفها حولا ثم جعلها فى الغنيمة نص عليه أحمد ويعرفها فى بلد المسلمين لأنها تحتمل الأمرين فغلب فيها حكم مال المسلمين فى التعريف وحكم مال أهل الحرب فى كونها غنيمة احتياطا .

---

(١) هو المال المدفون . (٢) لفظ أبى داود « وعلينا رجل من أصحاب النبى ﷺ من بنى سليم يقال له معن بن يزيد » ج ٢ ص ٧٤ ف . (٣) فى المخطوطة ١٨ : وبين أهل المحضر . وفى ٣٩ :وبين الحاضرين .

٧٥٦٣ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن تعلف فضلاً مما يحتاج إليه رده على المسلمين فإن باعه رد ثمنه فى المقسم ﴾

أجمع أهل العلم إلا من شذ منهم على أن للغزاة إذا دخلوا أرض الحرب أن يأكلوا مما وجدوا من الطعام ويعلفوا دوابهم من أعلافهم منهم سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبى والقاسم وسالم والثورى والأوزاعى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى وقال الزهرى لا يؤخذ إلا بإذن الإمام وقال سليمان بن موسى لا يترك إلا أن ينهى عنه الإمام فيتقى نهيه .

ولنا : ما روى عبدالله ابن أبى أوفى قال: «أصبنا طعاماً يوم خيبر فكان الرجل يأخذ منه مقدارا ما يكفيه ثم ينصرف رواه سعيد وأبو داود ، وروى أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر : إنا أصبنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف وكرهت أن أتقدم فى شىء من ذلك . فكتب إليه : دع الناس يعلفون ويأكلون ، فمن باع منهم شيئاً بذهب أو فضة ، ففيه خمس الله وسهام المسلمين . رواه سعيد . وقد روى عبدالله بن مغفل قال : « دُلِّى جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته وقلت : والله لا أعطى أحداً منه شيئا ، فالتفت فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يضحك فاستحييت منه » متفق عليه . ولأن الحاجة تدعو إلى هـذا ، وفى المنع منه مضرة بالجيش وبدوابهم ، فإنه يعسر عليهم نقل الطعام والعلف من دار الإسلام ولا يجدون بدار الحرب ما يشترونه ولو وجدوه لم يجدوا ثمنه ، ولا يمكن قسمة ما يأخذه الواحد منهم ، ولو قسم لم يحصل للواحد منهم شىء ينتفع به ولا يدفع به حاجته فأباح الله تعالى لهم ذلك ، فمن أخذ من الطعام شيئاً مما يقتات أو يصلح به القوت من الأدم وغيره أو العلف لدابته فهو أحق به وسواء كان له ما يستغنى به عنه ، أو لم يكن له ويكون أحق بما يأخذه من غيره فإن فضل منه ما لا حاجة به إليه رده على المسلمين لأنه إنما أبيح له ما يحتاج إليه . وإن أعطاه أحد من أهل الجيش ما يحتاج إليه جاز له أخذه وصار أحق به من غيره ، وإن باع شيئاً من الطعام أو العلف رد ثمنه فى الغنيمة لما ذكرنا من حديث عمر . وروى مثله . عن فضالة بن عبيد ، وبه قال سليمان بن موسى والثورى والشافعى وكره القاسم وسالم ومالك بيعه . قال القاضى لا يخلو إما أن يبيعه من غاز أو غيره ، فإن باعه لغيره فالبيع باطل لأنه بيع مال الغنيمة بغير ولاية ولا نيابة فيجب رد المبيع ونقض البيع فإن تعذر رده رد قيمته أو ثمنه إن كان أكثر من قيمته إلى المغنم .

وعلى هذا الوجه حمل[1] كلام الخرقى ، وإن باعه لغاز لم يحل إلا أن يبدله بطعام أو علف مما له الانتفاع به أو بغيره ، فإن باعه بمثله فليس هذا بيعاً فى الحقيقة إنما سلم إليه مباحاً وأخذ مثله مباحا ، ولكل واحد منهما

(١) فى المخطوطة ٣٩ . يحمل .

الانتفاع بما أخذه وصار أحق به لثبوت يده[١] عليه ، فعلى هـذا لو باع صاعاً بصاعين وافترقا قبل القبض جاز لأنه ليس ببيع ، وإن باعه به نسيئة أو أقرضه إياه فأخذه فهو أحق به ولا يلزمه إيفاؤه ، فإن وفاه أو رده إليه عادت اليد إليه ، وإن باعه بغير الطعام والعلف فالبيع أيضاً غير صحيح ويصير المشترى أحق به لثبوت يده عليه ولا ثمن عليه ، وإن أخذ منه وجب رده إليه .

٧٥٦٤ (فصــــل)

وإن وجد دُهُنا فهو كسائر الطعام لما ذكرنا من حديث ابن مغفل ولأنه طعام فأشبه البر والشعير ، وإن كان غير مأكول فاحتاج أن يدهن به أو يدهن دابته فظاهر كلام أحمد جوازه إذا كان من حاجة . قال أحمد فى زيت الروم : إذا كان من ضرورة أو صداع فلا بأس ، فأما التزين فلا يعجبنى ، وقال الشافعى ليس له دهن دابته من جرب ولا يوقحها[٢] إلا بالقيمة لأن ذلك لا تعم الحاجة إليه ويحتمل كلام أحمد مثل هذا لأن هذا ليس بطعام ولا علف .

ووجه الأول أن هذا مما يحتاج إليه لإصلاح نفسه ودابته أشبه الطعام والعلف وله أكل ما يتداوى به وشرب الشراب من الجلاب[٣] والسكنجبين وغيرهما عند الحاجة إليه لأنه الطعام ، وقال أصحاب الشافعى ليس له تناوله لأنه ليس من القوت ولا يصلح به القوت ولأنه لا يباح مع عدم الحاجة إليه فلا يباح مع وجودها كغير الطعام .

ولنا أنه طعام احتيج إليه أشبه الفواكه وما ذكروه يبطل بالفاكهة وإنما اعتبرنا الحاجة ههنا . لأن هذا لا يتناول فى العادة إلا عند الحاجة إليه .

٧٥٦٥ (فصــــل)

قال أحمد ولا يغسل ثوبه بالصابون لأن ذلك ليس بطعام ولا علف ويراد للتحسين والزينة فلا يكون فى معناهما ولو كان مع الغازى فهداً وكلب الصيدلم يكن له إطعامه من الغنيمة فإن أطعمها غرم قيمة ما أطعمها لأن هذا يراد للتفرج[٤] والزينة وليس مما يحتاج إليه فى الغزو بخلاف الدواب .

---

(١) هامش١٢٨ لقوة يده من نسخة أخرى .

(٢) وقح الحافر : كوى موضع الحفا ، والأشاعر منه بشحمة مذابة ، وتصليبه بالشحم المذاب (ف)

(٣) الجلاب بضم الجيم وتشديد اللام : ماء الورد معرب والسكنجبين معرب عن سركا أنكبين الفارى ومعناه خل وعسل وهو شراب مشهور وقد يراد به كل حامض وحلو (ف) .

(٤) فى المخطوطة ١٨ للفرجة .

٧٥٦٦ (فصـــــل)

ولا يجوز لبس الثياب ولا ركوب دابة من المغنم لما روى يفع بن ثابت الأنصارى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فىء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوباً من فىء المسلمين حتى إذا أخلقه رده فيه » رواه سعيد .

٧٥٦٧ (فصـــــل)

ولا يجوز الانتفاع بجلودهم واتخاذ النعل والجرب [١] منها ولا الخيوط والحبال ، وبهذا قال ابن محيريز ويحيى بن أبى كثير وإسماعيل [٢] بن عياش والشافعى ، ورخص فى اتخاذ الجرب من جلود الغنم سليمان ابن موسى ، ورخص مالك فى الإبرة والحبل يتخذ من الشعر ، والنعل والخف يتخذ من جلود البقر .

ولنا ما روى قيس بن أبى حازم : أن رجلا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبة [٣] من شعر من المغنم فقال : يارسول الله ، إنا لنعمل الشعر فهبها لى ؟ قال « نصيبى منها لك » رواه سعيد .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « أدوا [٤] الخيط والمخيط فإن الغلول نار وشنار يوم القيامة » ولأن ذلك من الغنيمة لا تدعو إلى أخذه حاجة عامة فلم يجز أخذه كالثياب .

٧٥٦٨ (فصـــــل)

فأما كتبهم فإن كانت مما ينتفع به ككتب الطب واللغة والشعر فهى غنيمة ، وإن كانت مما لا ينتفع به ككتاب التوراة والإنجيل فأمكن الانتفاع بجلودها أو ورقها بعد غسله غسل وهو غنيمة وإلا فلا ولا يجوز بيعها .

٧٥٦٩ (فصـــــل)

وإن أخذوا من الكفار جوارح للصيد [٥] كالفهود والبزاة فهى غنيمة تقسم ، وإن كانت كلاباً لم يجز

(١) جمع جراب : وهو قراب السيف (ف) .

(٢) هو إسماعيل بن عياش أبوعتبة العنسى الحمصى عالم أهل الشام ولد سنة ست ومائة أخذ عن شرحبيل بن مسلم وغيره وعنه سفيان الثورى وابن إسحق وهما من شيوخه ، قال الهيثم بن خارجة : سمعت يزيد بن هرون يقول : ما رأيت أحفظ من إسماعيل بن عياش ما أدرى ما الثورى

قال البخارى : إذا حدث عن أهل بلده فصحيح وإذا حدث عن غيرهم ففيه نظر . (ف)

(٣) الكبة : اللفيفة (ف)

(٤) أخرجه أحمد والدارمى عن عبادة بن الصامت (ف) (٥) فى ١٨ : جوارح الصيد .

بيعها وإن لم يردها أحد من الغانمين جاز إرسالها أو إعطاؤها غير الغانمين وإن رغب فيها بعض الغانمين دون بعض دفعت إليه ولم تحسب عليه لأنها لا قيمة لها ، وإن رغب فيها الجميع أو جماعة كثيرة فأمكن قسمها يكون عدداً من غير تقويم وإن تعذر ذلك أو تنازعوا فى الجيد منها فطلبه كل واحد منهم أقرع بينهم فيها ، وإن وجدوا خنازير قتلوها لأنها مؤذية[1] ولا نفع فيها . وإن وجدوا خمراً أراقوه وإن كان فى ظروفه نفع للمسلمين أخذوها . وإن لم يكن فيها نفع كسروها لئلا يعودوا إلى استعمالها .

٧٥٧٠ (فصـــــل)

وللغازى أن يعلف دوابه ويطعم رقيقه مما يجوز له الأكل منه سواء كانوا للقنية أو للتجارة ، قال أبو داود قلت لأبى عبد الله يشترى الرجل السبى فى بلاد الروم يطعمهم من طعام الروم ؟ قال نعم يطعمهم .

وروى عنه ابنه عبد الله قال سألت أبى عن الرجل يدخل بلاد الروم ومعه الجارية والدابة للتجارة إن أطعمهما يعنى الجارية وعلف الدابة ؟ قال : لا يعجبنى ذلك فإن لم تكن للتجارة فلم ير به بأساً فظاهر هذا أنه لا يجوز إطعام ما كان للتجارة لأنه ليس مما يستعين به على الغزو ، وقال الخلال رجع أحمد عن هذه الرواية وروى عنه جماعة بعد هذا أنه لا بأس به وذلك لأن الحاجة داعية إليه فأشبه ما لا يراد به التجارة .

٧٥٧١ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ ويشارك الجيش سراياه فيما غنمت ويشاركونه فيما غنم ﴾

وجملته : أن الجيش إذا فصل غازيا فخرجت منه سرية أو أكثر فأيهما غنم شاركه الآخر فى قول عامة أهل العلم منهم مالك والثورى والأوزاعى والليث وحماد والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال النخعى إن شاء الإمام خمس ما تأتى به السرية وإن شاء نفلهم إياه كلهم .

وقد روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما غزا هوازن بعث سرية من الجيش قبل أوطاس فغنمت السرية فأشرك بينها وبين الجيش » قال ابن المنذر وروينا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ويرد سراياهم[2] على قعدهم » وفى تنفيل النبى صلى الله عليه وسلم فى البداءة الربع وفى الرجعة الثلث دليل على اشتراكهم فيما سوى ذلك لأنهم لو اختصوا بما غنموه لما كان ثلثه نفلا ولأنهم جيش واحد وكل واحد منهم رده لصاحبه

(١) فى المخطوطة ٣٩ : لأنها محرمة .

(٢) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٧٣ ومختصره للمنذرى ج ٤ ص ٥٨ « يرد مشدهم على مضعفهم ومتسريهم على قاعدهم » والمتسرى هو الذى يخرج فى السرية ومعناه أن يخرج الجيش فينيخوا بقرب دار العدو ثم ينفصل منهم سرية فيغنموا فإنهم يردون ما غنموه على الذين هم ردء لهم لا ينفرون به فإما إذا كان خروج السرية من البلد فإنهم لا يردون على المقيمين فى أوطانهم شيئاً » (ف) .

فيشتركون كما لو غنم أحد جانبي الجيش ، وإن أقام الأمير ببلد الإسلام وبعث سرية أو جيشاً فما غنمت السرية فهو لها وحدها لأنه إنما يشترك المجاهدون والمقيم فى بلد الإسلام ليس بمجاهد وإن نفذ من بلد الإسلام جيشين أو سريتين فكل واحدة تنفرد بما غنمته لأن كل واحدة منهما انفردت بالغزو فانفردت بالغنيمة بخلاف ما إذا فصل الجيش فدخل بجملته بلاد الكفار فإن جميعهم اشتركوا فى الجهاد فاشتركوا فى الغنيمة .

٧٥٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن فضل معه من الطعام فأدخله البلد طرحه فى مقسم تلك الغزاة فى إحدى الروايتين ﴾

والأخرى : يباح له أكله إذا كان يسيرا . أما الكثير فيجب رده بغير خلاف نعلمه لأن ما كان مباحا له فى دار الحرب فإذا أخذه على وجه يفضل منه كثير إلى دار الإسلام فقد أخذ مالا يحتاج إليه فيلزمه رده لأن الأصل تحريمه لكونه مشتركا بين الغانمين كسائر المال وإنما أبيح منه ما دعت الحاجه إليه فما زاد يبقى على أصل التحريم ولهذا لم يبح له بيعه وأما اليسير ففيه روايتان .

إحداهما : يجب رده أيضاً وهو اختيار أبى بكر وقول أبى حنيفة وابن المنذر وأحد قولى الشافعى وأبى ثور لما ذكرنا فى الكثير ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أدوا الخيط والمخيط » ولأنه من الغنيمة ولم يقسم فلم يبح فى دار السلام كالكثير أو كما لو أخذه فى دار الإسلام .

والثانية : يباح وهو قول مكحول وخالد بن معدان وعطاء الخرسانى ومالك والأوزاعى . قال أحمد : أهل الشام يتساهلون فى هذا وقد روى القاسم بن عبدالرحمن عن بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كنا نأكل الجزور فى الغزو ولا نقسمه حتى إن كنا لنرجع إلى رحالنا وأخرجتنا مملأة » رواه سعيد وأبو داود وعن عبدالله بن يسار السلمى قال « دخلت على رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فقدم إلى تميراً [1] من تمير الروم فقلت لقد سبقت الناس بهذا قال ليس هذا من العام هذا من العام الأول » رواه الأثرم فى سننه وقال الأوزاعى أدركت الناس يقدمون بالقديد فيهديه بعضهم إلى بعض لا ينكره إمام ولا عامل ولا جماعة وهذا نقل للإجماع ، ولأنه أبيح إمساكه عن القسمة فأبيح فى دار الإسلام كمباحات دار الحرب التى لا قيمه لها فيها ويفارق الكثير [2] فإنه لا يجوز إمساكه عن القسمة ولأن اليسير تجرى المسامحة فيه ونفعه قليل بخلاف الكثير .

---

(١) لم أجد فى اللسان (تميرا) . وفيه ج ٤ ص ٩٢ (التتمير : التقدير) وص ٩٣ (والتتمير : أن يقطع اللحم صغارا ويجفف) وقد يكون الأصل (تمرا) (ف) .

(٢) فى المطبوعة : الكبير .

٧٥٧٣ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا اشترى المسلم أسيراً من أيدى العدو لزم الأسير أن يؤدى إلى المشترى ما اشتراه ﴾

لا يخلو هذا من حالين . أحدهما : أن يشتريه بإذنه فهذا يلزمه أن يؤدى إلى المشترى ما أداه فيه بغير خلاف نعلمه إذا وزن بإذنه لأنه إذا أذن فيه كان نائبه فى شراء نفسه فكان الثمن على الآمر كالوكيل .

والثانى : أن يشتريه بغير إذنه فيلزم الأسير الثمن أيضاً عند أحمد وبه قال الحسن والنخعى والزهرى ومالك والأوزاعى وقال الثورى والشافعى وابن المنذر لا يلزمه لأنه تبرع بما لا يلزمه ولم يأذن له فيه فأشبه ما لو عمر داره ، وقال الليث : إن كان الأسير موسراً كقولنا وإن كان معسراً أدى ذلك من بيت المال .

ولنا : ما روى سعيد ثنا عثمان بن مطر ثنا أبو حريز عن الشعبى قال : أغار أهل ماه وأهل جلولاء على العرب فأصابوا سبايا من سبايا العرب فكتب السائب ابن الأقرع إلى عمر فى سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من أهل ماه فكتب عمر : أيما رجل أصاب رقيقة ومتاعه بعينه فهو أحق به غيره وإن أصابه فى أيدى التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل إليه وأيما حر اشتراه التجار فإنه يرد إليهم رءوس أموالهم فإن الحر لا يباع ولا يشترى[1] » فحكم للتجار[2] برءوس أموالهم ولأن الأسير يجب عليه فداء نفسه ليتخلص من حكم الكفار ويخرج من تحت أيديهم فإذا ناب عنه غيره فى ذلك وجب عليه قضاؤه كما لو قضى الحاكم عنه حقا امتنع من أدائه .

٧٥٧٤ (فصـــل)

فإن اختلفا فى قدر ما اشتراه به فالقول قول الأسير وهو قول الشافعى إذا أذن له وقال الأوزاعى القول قول المشترى لأنهما اختلفا فى فعله وهو أعلم بفعله .

ولنـا : أن الأسير منكر للزيادة والقول قول المنكر ولأن الأصل براءة ذمته من هذه الزيادة فيترجح قوله بالأصـل .

٧٥٧٥ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا سبى المشركون من يؤدى إلينا الجزية ثم قدر عليهم ردوا إلى ما كانوا عليه ولم يسترقوا وما أخذه العدو منهم من مال أو رقيق رد إليهم إذا علم به قبل أن يقسم ويفادى بهم بعد أن يفادى بالمسلمين ﴾

(١) سبق هنا ص ٢٧٣ ، مع اختلاف يسير فى اللفظ .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : نقضى للتجار .

وجملة ذلك : أهل الحرب إذا استولوا على أهل ذمتنا[١] فسبوهم وأخذوا أموالهم ثم قدر عليهم وجب ردهم إلى ذمتهم ولم يجز استرقاقهم فى قول عامة أهل العلم منهم الشعبى ومالك والليث والأوزاعى والشافعى وإسحاق ولا نعلم لهم مخالفاً وذلك لأن ذمتهم باقية ولم يوجد منهم ما يوجب نقضها وحكم أموالهم حكم أموال المسلمين فى حرمتها . قال على رضى الله عنه : « إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا » فمتى علم صاحبها قبل قسمها وجب ردها إليه ، وإن علم بعد القسمة فعلى الروايتين . إحداهما : لاحق له فيه . والثانية : هو له بثمنه لأن أموالهم معصومة كأموال المسلمين وأما فداؤهم فظاهر كلام الخرقى أنه يجب فداؤهم سواء كانوا فى معونتنا أو لم يكونوا . وهذا قول عمر بن عبد العزيز والليث لأننا التزمنا حفظهم بمعاهدتهم وأخذ جزيتهم فلزمنا القتال من ورائهم والقيام دونهم فإذا عجزنا عن ذلك وأمكننا تخليصهم لزمنا ذلك كمن يحرم عليه إتلاف شىء فإذا أتلفه غرمه وقال القاضى : إنما يجب فداؤهم إذا استعان بهم الإمام فى قتاله فسبوا وجب عليه فداؤهم لأن أسرهم كان لمعنى من جهته وهو المنصوص عن أحمد ومتى وجب فداؤهم فإنه يبدأ بفداء المسلمين قبلهم لأن حرمة المسلم أعظم والخوف عليه أشد وهو معرض لفتنته عن دين الحق بخلاف أهل الذمة .

٧٥٧٦ (فصــــــل)

ويجب فداء أسرى المسلمين إذا أمكن وبهذا قال عمر بن عبد العزيز ومالك وإسحاق . ويروى عن ابن الزبير : أنه سأل الحسن بن على على من فكاك الأسير ؟ قال على الأرض التى يقاتل عليها ، وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أطعموا الجائع وعودوا المريض[٢] وفكوا العانى[٣] » وروى سعيد بإسناده عن حبان ابن جبلة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن على المسلمين فى فيئهم أن يفادوا أسيرهم ويؤدوا عن غارمهم » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه كتب كتاباً بين المهاجرين والأنصار : أن يعقلوا معاقلهم وأن يفكوا عانيهم بالمعروف وفادى النبى صلى الله عليه وسلم رجلين من المسلمين بالرجل الذى أخذه من بنى[٤] عقيل وفادى بالمرأة التى استوهبها[٥] من سلمة بن الأكوع رجلين » .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : أهل ذمة الإسلام .

(٢) أخرجه البخارى عن أبى موسى الأشعرى (ف) .

(٣) العانى : الأسير

(٤) أخرجه أحمد والترمذى وصححه ولم يقل فيه من بنى عقيل وراويه عمران بن حصين (ف) .

(٥) أخرجه أبو داود عن سلمة ج ٢ ص ٥٩ وفيه « فبعث بها إلى أهل مكة وفى أيديهم أسرى ففداهم بتلك المرأة » (ف) .

٧٥٧٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا حاز الأمير المغانم ووكل من يحفظها لم يجز أن يؤكل منها إلا أن تدعو الضرورة بأن لا يجدوا ما يأكلون ﴾ .

وجملة ذلك : أن المغانم إذا جمعت وفيها طعام أو علف لم يجز لأحد أخذه إلا لضرورة لأننا إنما أبحنا أخذه قبل جمعه لأنه لم يثبت فيه ملك المسلمين بعد وأشبه المباحات من الحطب والحشيش ، فإذا حيزت المغانم ثبت ملك المسلمين فيها فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر أملاكهم فلم يجز الأكل منها إلا لضرورة وهو أن لا يجدوا ما يأكلونه فحينئذ يجوز لأن حفظ نفوسهم ودوابهم أهم وسواء حيزت فى دار الحرب أو فى دار الإسلام ، وقال القاضى : ما كانت فى دار الحرب جاز الأكل منها وإن حيزت لأن دار الحرب مظنة الحاجة لعسر نقل الميرة[1] إليها بخلاف دار الإسلام وكلام الخرقى عام فى الموضعين والمعنى يقتضيه فإن ما ثبت عليه أيدى المسلمين وتحقق ملكهم له لا ينبغى أن يؤخذ إلا برضاهم كسائر أملاكهم . ولأن حيازته فى دار الحرب تثبت الملك فيه بدليل جواز قسمته وثبوت أحكام الملك فيه بخلاف ما قبل الحيازة فإن الملك لم يثبت فيه بعد .

٧٥٧٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ومن اشترى من المغنم فى بلاد الروم فغلب عليه العدو لم يكن عليه شىء من الثمن وإن كان قد أخذ منه الثمن رد إليه ﴾

وجملته : أن الأمير إذا باع من الغنم شيئاً قبل قسمه[2] لمصلحة صح بيعه فإن عاد الكفار فغلبوا على المبيع فأخذوه من المشترى فى دار الحرب نظرنا . فإن كان لتفريط من المشترى مثل أن خرج به من المعسكر ونحو ذلك فضمانه عليه لأن ذهابه حصل بتفريطه فكان من ضمانه كما لو أتلفه ، وإن حصل بغير تفريط ففيه روايتان .

إحداهما : ينفسخ البيع ويكون من ضمان أهل الغنيمة فإن كان الثمن لم يؤخذ من المشترى سقط عنه وإن كان أخذ منه رد إليه لأن القبض لم يكمل لكون المال فى دار الحرب غير محرز وكونه على خطر من العدو ، فأشبه الثمر المبيع على رءوس الشجر إذا تلف قبل الجذاذ .

والثانية : هو من ضمان المشترى وعليه ثمنه . وهذا أكثر الروايات عن أحمد واختاره الخلال وأبو بكر صاحبه وهو مذهب الشافعى ، لأنه مال مقبوض أبيح لمشتريه فكان ضمانه عليه كما لو أحرز إلى

---

(١) الميرة : ما يحتاج إليه من طعام وشراب .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : قبل قسمته .

دار الإسلام . ولأن أخذ العدو له تلف فلم يضمنه البائع كسائر أنواع التلف ، ولأن نماءه للمشترى فكان ضمانه عليه لقول النبى صلى الله عليه وسلم « الخراج[1] بالضمان » .

٧٥٧٩ (فصـــل)

وإذا قسمت الغنائم فى دار الحرب جاز لمن أخذ سهمه التصرف فيه بالبيع[2] وغيره . فإن باع بعضهم بعضاً شيئاً منها فغلب عليه العدو ففى ضمان البائع له وجهان بناء على الروايتين فى التى قبلها ،وإن اشتراه مشتر من المشترى فكذلك فإذا قلنا هو من ضمان البائع رجع البائع الثانى على البائع الأول بما رجع به عليه .

٧٥٨٠ (فصـــل)

قال أحمد : فى الرجل يشترى الجارية من المغنم معها الحلى فى عنقها والثياب : يرد ذلك فى المغنم إلا شيئاً تلبسه من قميص ومقنعة[3] وإزار . وهذا قول حكيم بن حزام ومكحول ويزيد بن أبى مالك والمتوكل وإسحاق وابن المنذر ويشبه قول الشافعى ، واحتج إسحاق بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع » وقال الشعبى : يجعله فى بيت المـال ، وكان مالك يرخص فى اليسير كالقرطين وأشباههما . ولا يرى ذلك فى الكثير ويمكن أن يفصل القول فى هذا فيقال ما كان عليها ظاهراً مرئياً يشاهده البائع والمشترى كالقرط والخاتم والقلادة فهو للمشترى . لأن الظاهر أن البائع إنما باعها بما عليها والمشترى اشتراها بذلك فيدخل فى البيع كثياب البذلة وحلية السيف ، وما خفى فلم يعلم به البائع رده لأن البيع وقع عليها بدونه فلم يدخل فى البيع كجارية أخرى .

٧٥٨١ (فصـــل)

قال أحمد : لا يجوز لأمير الجيش أن يشترى من مغنم المسلمين شيئاً لأنه يُحَابَى[4] ولأن عمر رد ما اشتراه ابنه فى غزوة جلولاء ، وقال إنه يحابى احتج به أحمد ولأنه هو البائع أو وكيله فكأنه يشترى من نفسه أو وكيل نفسه ،قال أبو داود قيل لأبى عبد الله إذا قوم أصحاب المغانم شيئاً معروفاً فقالوا . فى جلود الماعز بكذا والخرفان بكذا يحتاج إليه يأخذه بتلك القيمة ، ولا يأتى المغانم ؟ فرخص فيه ،وذلك لأنه يشق الاستئذان فيه فسومح فيه كما سومح فى دخول الحمام وركوب سفينة الملاح من غير تقدير أجر .

٧٥٨٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : « وإذا حورب العدو لم يحرقوا بالنار »

أما العدو إذا قدر عليه فلا يجوز تحريقه بالنار بغير خلاف نعلمه . وقد كان أبو بكر رضى الله عنه يأمر

(١) أخرجه أحمد والأربعة والحاكم عن عائشة (ف)

(٢) فى المخطوطة ١٨ ببيع

(٣) القنعة : ما تغطى به المرأة رأسها (ف)

(٤) فى المخطوطة ١٨ لأنه ممن يحابى وهو أوضح

بتحريق أهل الردة بالنار . وفعل ذلك خالد بن الوليد بأمره فأما اليوم فلا أعلم فيه بين الناس خلافا . وقد روى حمزة الأسلمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره على سرية فقال : فخرجت فيها فقال : إن أخذتم فلانا فأحرقوه بالنار فوليت فنادانى فرجعت فقال : إن أخذتم فلاناً فاقتلوه ولا تحرقوه . فإنه لا يعذب بالنار إلا رب النار » رواه أبو داود وسعيد وروى أحاديث سواه فى هذا المعنى .

وروى البخارى وغيره عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم نحو حديث حمزة فأما رميهم قبل أخذهم بالنار . فإن أمكن أخذهم بدونها لم يجز رميهم بها لأنهم فى معنى المقدور عليه ، وأما عند العجز عنهم بغيرها فجائز فى قول أكثر أهل العلم وبه قال الثورى والأوزاعى والشافعى .

وروى سعيد بإسناده عن صفوان بن عمرو وجرير بن عثمان أن جنادة بن أمية الأزدى وعبد الله بن قيس الفزارى وغيرهما من ولاة البحرين ومن بعدهم كانوا يرمون العدو من الروم وغيرهم بالنار يحرقونهم هؤلاء لهؤلاء وهؤلاء لهؤلاء . قال عبد الله ابن قيس لم يزل أمر المسلمين على ذلك .

٧٥٨٣ (فصـــــل)

وكذلك الحكم فى فتح البثوق عليهم ليغرقهم إن قدر عليهم بغيره لم يجز إذ يتضمن ذلك إتلاف النساء والذرية الذين يحرم إتلافهم قصداً ، وإن لم يقدر عليهم إلا به جاز كما يجوز البيات المتضمن لذلك. ويجوز نصب المنجنيق عليهم وظاهر كلام أحمد جوازه مع الحاجة وعدمها لأن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف ، وممن رأى ذلك الثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى قال ابن المنذر جاء الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نصب المنجنيق على أهل الطائف . وعن عمرو بن العاص أنه نصب المنجنيق على أهل الأسكندرية . ولأن القتال به معتاد فأشبه الرمى بالسهام .

٧٥٨٤ (فصـــــل)

ويجوز تبييت الكفار وهو كبسهم[1] ليلا وقتلهم وهم غارون[2] . قال أحمد لا بأس بالبيات وهل غزو الروم إلا البيات ؟ قال : ولا نعلم أحداً كره بيات العدو . وقرأ عليه سفيان عن الزهرى عن عبد الله عن ابن عباس عن الصعب بن جثامة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الديار من المشركين نبيتهم فنصيب من نسائهم وذراريهم فقال « هم منهم[3] » فقال إسناد جيد فإن قيل فقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والذرية قلنا هذا محمول على التعمد لقتلهم ، قال أحمد أما أن يتعمد قتلهم فلا قال : وحديث الصعب بعد نهيه عن قتل النساء لأن نهيه عن قتل النساء حين بعث إلى ابن أبى الحقيق وعلى أن الجمع بينهما ممكن يحمل النهى على التعمد والإباحة على ما عداه .

---

(١) أى : المهجوم عليهم . (٢) أى وهم غافلون . (٣) أخرجه الجماعة إلا النسائى (ف) .

٧٥٨٥ (فصـــــل)

قال الأوزاعى إذا كان فى المطمورة العدو فعلمت أنك تقدر عليهم بغير النار فأحب إلى أن يكف عن النار وإن لم يمكن ذلك وأبوا أن يخرجوا فلا أرى بأساً وإن كان معهم ذرية قد كان المسلمون يقاتلون بها ونحو ذلك قال سفيان وهشام ويدخن عليهم قال أحمد أهل الشام أعلم بهذا .

٧٥٨٦ (فصـــــل)

وإن تترسوا فى الحرب بنسائهم وصبيانهم جاز رميهم ويقصدُ المُقَاتِلةَ لأن النبى صلى الله عليه وسلم رماهم بالمنجنيق ومعهم النساء والصبيان ولأن كف المسلمين عنهم يفضى إلى تعطيل الجهاد لأنهم متى علموا ذلك تترسوا بهم عند حوقهم(١) فينقطع الجهاد وسواء كانت الحرب ملتحمة أو غير ملتحمة لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يتحين بالرمى حال التحام الحرب .

٧٥٨٧ (فصـــــل)

ولو وقفت امرأة فى صف الكفار أو على حصنهم فشتمت المسلمين أو تكشفت لهم جاز رميها قصداً لما روى سعيد حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة قال : لما حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الطائف أشرفت امرأة فكشفت عن قبلها فقال : « هادونكم فارموها» فرماها رجل من المسلمين فما أخطأ ذلك منها ويجوز النظر إلى فرجها للحاجة إلى رميها لأن ذلك من ضرورة رميها كذلك يجوز رميها إذا كانت تلتقط لهم السهام أو تسقيهم الماء أو تحرضهم على القتال لأنها فى حكم المقاتل وهكذا الحكم فى الصبى والشيخ وسائر من منع من قتله منهم .

٧٥٨٨ (فصـــــل)

وإن تترسوا بمسلم ولم تدع حاجة إلى رميهم لكون الحرب غير قائمة أو لإمكان القدرة عليهم بدونه أو للأمن من شرهم لم يجز رميهم، فإن رماهم فأصاب مسلماً فعليه ضمانه ، وإن دعت الحاجة إلى رميهم للخوف على المسلمين جاز رميهم لأنها حال ضرورة ويقصد الكفار ، وإن لم يخف على المسلمين لكن لم يقدر عليهم إلا بالرمى فقال الأوزاعى والليث لا يجوز رميهم لقول الله تعالى (وَلَوْلاَ رِجَالٌ مُؤْمِنُونَ(٢)) الآية قال الليث ترك فتح حصن يقدر على فتحه أفضل من قتل مسلم بغير حق . وقال الأوزاعى : كيف يرمون من لا يرونه ؟ إنما يرمون أطفال المسلمين ، وقال القاضى والشافعى يجوز رميهم إذا كانت الحرب قائمة لأن تركه يفضى إلى تعطيل الجهاد فعلى هذا إن قتل مسلماً فعليه الكفارة وفى الدية على عاقلته روايتان .

(١) الحوق : الإطار المحيط بالشىء ـ والمراد عند إحاطة المسلمين بهم (ف)

(٢) سورة الفتح آية ٢٥

إحداهما : يجب لأنه قتل مؤمناً خطأ فيدخل فى عموم قوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ)(١) .

والثانية : لا دية له لأنه قتل فى دار الحرب برمي مباح فيدخل فى عموم قوله تعالى : (وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)(٢) ولم يذكر دية . وقال أبو حنيفة لا دية له ولا كفارة فيه لأنه رمى أبيح مع العلم بحقيقة الحال فلم يوجب شيئاً كرمى من أبيح دمه .

ولنا : الآية المذكورة وأنه قتل معصوماً بالإيمان والقاتل من أهل الضمان فأشبه ما لو لم يتترس به .

٧٥٨٩ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ ولا يغرقوا النحل ﴾

وجملته : أن تغريق النحل وتحريقه لا يجوز فى قول عامة أهل العلم منهم الأوزاعى والليث والشافعى وقيل لمالك أتحرق بيوت نحلهم ؟ قال أما النحل فلا أدرى ما هو ؟ ومقتضى مذهب أبى حنيفة إباحته لأن فيه غيظاً لهم وإضعافا فأشبه قتل بهائمهم حال قتالهم .

ولنا : ما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال ليزيد بن أبى سفيان وهو يوصيه حين بعثه أميراً على القتال بالشام: ولا تحرقن نخلا ولا تغرقنه ، وروى عن ابن مسعود «أنه قدم عليه ابن أخيه من غزاة غزاها فقال لعلك حرقت حرثاً ؟ قال نعم قال لعلك غرقت نحلا ؟ قال نعم قال لعلك قتلت صبياً ؟ قال نعم قال ليكن غزوك كفافاً » أخرجها سعيد ونحو ذلك عن ثوبان ، وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النحلة ونهى أن يقتل شيء من الدواب صبراً ولأنه إفساد فيدخل فى عموم قوله تعالى : « وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللهُ لاَ يُحِبُّ الْفَسَادَ »(٣) ولأنه حيوان ذو روح فلم يجز قتله لغيظ المشركين كنسائهم وصبيانهم . وأما أخذ العسل وأكله فمباح لأنه من الطعام المباح .

٧٥٩٠ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا يعقر شاة ولا دابة إلا لأكل لا بد لهم منهم ﴾

أما عقر دوابهم فى غير حال الحرب لمغايظتهم والإفساد عليهم فلا يجوز سواء خفنا أخذهم لها أو لم نخف وبهذا قال الأوزاعى والليث والشافعى وأبو ثور وقال أبو حنيفة ومالك يجوز لأن فيه غيظاً لهم وإضعافاً لقوتهم فأشبه قتلها حال قتالهم .

ولنا : « أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال فى وصيته ليزيد حين بعثه أميراً يا يزيد لا تقتل صبياً ولا امرأة ولا هرماً ولا تخربن عامراً ولا تعقرن شجراً مثمراً ولا دابة عجماء ولا شاة إلا لمأكلة ولا تحرقن

(١ ، ٢) سورة النساء آية ٩٢ (٣) سورة البقرة آية ٢٠٥

نحلا ولا تغرقنه ولا تغلل ولا تجبن » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل شيء من الدواب صبراً ولأنه حيوان ذو حرمة فأشبه النساء والصبيان ، وأما حال الحرب فيجوز فيها قتل المشركين كيفما أمكن[1] بخلاف حالهم إذا قدر عليهم ولهذا جاز قتل النساء والصبيان في البيات وفي المطمورة إذا لم يتعمد قتلهم منفردين بخلاف حالة القدرة عليهم وقتل بهائمهم يتوصل به إلى قتلهم وهزيمتهم . وقد ذكرنا حديث المددى الذى عقر بالرومى فرسه ، وروى أن حنظلة بن الراهب عقر فرس أبى سفيان به يوم أحد فرمت به فخلصه ابن شعوب وليس فى هذا خلاف .

٧٥٩١ (فصــــل)

فأما عقرها للأكل فإن كانت الحاجة داعية إليه ولا بد منه فمباح بغير خلاف لأن الحاجة تبيح مال المعصوم فمال الكافر أولى ، وإن لم تكن الحاجة داعية إليه نظرنا ، فإن كان الحيوان لا يراد إلا للأكل كالدجاج والحمام وسائر الطير والصيد فحكمه حكم الطعام فى قول الجميع لأنه لا يراد لغير الأكل وتقل قيمته فأشبه الطعام ، وإن كان مما يحتاج إليه فى القتال كالخيل لم يبح ذبحه للأكل فى قولهم جميعاً ، وإن كان غير ذلك كالغنم والبقر لم يبح فى قول الخرقى وقال القاضى ظاهر كلام أحمد إباحته لأن هذا الحيوان مثل الطعام فى باب الأكل والقوت فكان مثله فى إباحته .

وإذا ذبح الحيوان أكل لحمه وليس له الانتفاع بجلده لأنه إنما أبيح له ما يأكله دون غيره ، وقال عبد الرحمن بن معاذ بن جبل : كلوا لحم الشاة وردوا إهابها إلى المغنم ، ولأن هذا حيوان مأكول فأبيح أكله كالطير .

ووجه قول الخرقى ما روى سعيد ثنا أبو الأحوص عن سماك بن حرب عن ثعلبة بن الحكم قال : « أصبنا غنما للعدو فانتهبناها[2] فنصبنا قدورنا فمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقدور وهى تغلى فأمر بها فأكفئت ثم قال لهم : إن النهبة لا تحل » ولأن هذه الحيوانات تكثر قيمتها وتشح أنفس الغانمين بها ويمكن حملها إلى دار الإسلام بخلاف الطير والطعام لكن إن أذن الأمير فيها جاز لما روى عطية بن قيس قال : « كنا إذا خرجنا فى سرية فأصبنا غنما نادى منادى الإمام ألا من أراد أن يتناول شيئاً من هذه الغنم فليتناول إنا لا نستطيع سياقتها » . رواه سعيد وكذلك إن قسمها لما روى معاذ قال : غزونا مع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر فأصبنا غنما فقسم بيننا النبي صلى الله عليه وسلم طائفة وجعل بقيتها فى المغنم » . رواه أبو داود .

---

(١) فى المطبوعة : كيف أمكن .

(٢) فى نسخ المغنى (فانتهبناها) والصواب (فانتهبنا) والحديث رواه أبو داود بالمعنى عن رجل من الأنصار (ف)

وقال سعيد حدثنا إسماعيل بن عياش عن عبدالله بن عبيد أن رجلا نحر جزوراً بأرض الروم فلما بردت قال : يا أيها الناس خذوا من لحم هذه الجزور فقد أذنا لكم فقال مكحول يا غسانى[1] لا تأتينا من لحم هذه الجزور ؟ فقال الغسانى يا أبا عبدالله : أما ترى[2] عليها من النبي ؟ قال مكحول لا نبي فى المأذون فيه .

٧٥٩٢ (فصـــل)

ولم يفرق أصحابنا بين جميع البهائم فى هذه المسألة ويقوى عندى أن ما عجز المسلمون عن سياقته وأخذه إن كان مما يستعين به الكفار فى القتال كالخيل جاز عقره وإتلافه لأنه مما يحرم إيصاله إلى الكفار بالبيع فتركه لهم بغير عوض أولى بالتحريم وإن كان مما لا يصلح للأكل فالمسلمين ذبحه والأكل منه مع الحاجة وعدمها وما عدا هذين القسمين لا يجوز إتلافه لأنه مجرد إفساد وإتلاف وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكله .

٧٥٩٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يقطع شجرهم ولا يحرق زرعهم إلا أن يكونوا يفعلون ذلك فى بلادنا فيفعل ذلك بهم لينتهوا ﴾

وجملته : أن الشجر والزرع ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : ما تدعو الحاجة إلى إتلافه كالذى يقرب من حصونهم ويمنع من قتالهم أو يستترون به من المسلمين أو يحتاج إلى قطعه لتوسعة طريق أو تمكن من قتل أو سد بثق أو إصلاح طريق أو ستارة منجنيق أو غيره أو يكونون يفعلون ذلك بنا فيفعل بهم ذلك لينتهوا فهذا يجوز بغير خلاف نعلمه .

الثانى : ما يتضرر المسلمون بقطعه لكونهم ينتفعون ببقائه لعلوفتهم أو يستظلون به أو يأكلون من ثمره أو تكون العادة لم تجر بذلك بيننا وبين عدونا فإذا فعلناه بهم فعلوه بنا فهذا يحرم لما فيه من الإضرار بالمسلمين .

الثالث : ما عدا هذين القسمين مما لا ضرر فيه بالمسلمين ولا نفع سوى غيظ الكفار والإضرار بهم ففيه روايتان :

إحداها : لا يجوز لحديث أبى بكر ووصيته وقد روى نحو ذلك مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم ولأن فيه إتلافاً محضاً فلم يجز كعقر الحيوان وبهذا قال الأوزاعى والليث وأبو ثور .

---

(١) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٩٣ (ألا) بدل (لا) (ف)

(٢) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٣٩٣ (ألا) بدل (أما) أو زيادة (ما) قبل (عليها) ولفظه (ألا ترى ما عليها من النبي) (ف)

والرواية الثانية : يجوز وبهذا قال مالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر ، قال إسحاق التحريق سنة إذا كان أنكى فى العدو لقول الله تعالى : « مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ[1] أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللهِ وَلِيُخْزِيَ الْفَاسِقِينَ[2] »

وروى ابن عمرو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرق نخل بنى النضير وقطع وهو بالبُوَيْرَة[3] فأنزل الله تعالى : « مَا قَطَعْتُم مِنْ لِينَةٍ[4] » ولها يقول حسان :

وهانَ عَلَى سَرَاةِ[5] بَنِى لُؤَىّ حَرِيقٌ بالبُوَيْرَةِ مُسْتَطِيرُ

متفق عليه » وعن الزهرى قال فحدثنى أسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد إليه فقال « أغِرْ على أبناء[6] صَبَاحاً وحَرِّق » رواه أبو داود ، قيل لأبى مسهر أبنا[7] قال نحن أعلم هى يبنا[8] فلسطين والصحيح أنها أبناء[9] كما جاءت الرواية وهى قرية من أرض الكرك فى أطراف الشام فى الناحية التى قتل فيها أبوه ، فأما يبنا فهى من أرض فلسطين ولم يكن أسامة ليصل إليها ولا يأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالإغارة عليها لبعدها والخطر بالمصير إليها لتوسطها فى البلاد وبعدها من طرف الشام فما كان النبى صلى الله عليه وسلم ليأمره بالتغرير بالمسلمين فكيف يحمل الخبر عليها مع مخالفة لفظ الرواية وفساد المعنى ؟

٧٥٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يتزوج فى أرض العدو إلا أن تغلب عليه الشهوة فيتزوج مسلمة ويعزل عنها ولا يتزوج منهم ومن اشترى منهم جارية لم يطأها فى الفرج وهو فى أرضهم ﴾

---

(١) لينة : نخلة (ف) (٢و٣) سورة الحشر آية ٥ (٤) البويرة : موضع نخل بنى النضير (ف) .

(٥) وهان : أى جاء هيناً لا يبالى به سراة بنى لؤى : أشراف القوم ورؤساؤهم . مستطير: صفة حريق أى منتشر كأنه طار فى نواحيها (ف) .

(٦) (أبناء) هكذا فى المغنى والصواب كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٦ ومختصره للمنذرى ج ٣ ص ٤١٩ (أُبنى) بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة بعدها نون وآخره ألف مقصورة وهى موضع من بلاد فلسطين بين عسقلان والرملة وتنطق اليوم (يبنى) بالياء بدل الهمزة كما قال أبو مسهر (ف)

(٧) هكذا فى المغنى والصواب (أبنى) كما مر بوزن حبلى (ف) .

(٨) هكذا فى المغنى والصواب (يبنى) يريد إسمها المنطوق به فى عهده (ف) .

(٩) هكذا فى المغنى والصواب (أبنى) كما قلنا جاء فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٧ ما نصه « حدثنا عبد الله بن عمرو الغزى ، سمعت أبا مسهر قيل له : أبنى ، قال : نحن أعلم ، هى يبنى فلسطين » أ هـ (ف) .

يعنى والله أعلم من دخل أرض العدو بأمان فأما إن كان فى جيش المسلمين فمباح له أن يتزوج وقد روى عن سعيد بن أبى هلال « أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج أبا بكر أسماء ابنة عميس وهم تحت الرايات أخرجه سعيد ولأن الكفار لا يد لهم عليه فأشبه من فى دار الإسلام .

وأما الأسير فظاهر كلام أحمد أنه لا يحل له التزوج[1] ما دام أسيراً لأنه منعه من وطء امرأته إذا أسرت معه مع صحة نكاحهما وهذا قول الزهرى فإنه قال لا يحل للأسير أن يتزوج ما كان فى أيدى العدو وكره الحسن أن يتزوج ما دام فى أرض المشركين لأن الأسير إذا ولد له كان رقيقا لهم ولا يأمن أن يطأ امرأته غيره منهم ، وسئل أحمد عن أسير اشتريت معه امرأته أيطؤها ؟ فقال كيف يطؤها فلعل غيره منهم يطؤها قال الأثرم قلت له ولعلها تعلق بولد فيكون معهم قال وهذا أيضاً ، وأما الذى يدخل إليهم بأمان كتاجر ونحوه فهو الذى أراد الخرقى إن شاء الله تعالى فلا ينبغى له التزوج لأنه لا يأمن أن تأتى امرأته بولد فيستولى عليه الكفار وربما نشأ بينهم فيصير على دينهم فإن غلبت عليه الشهوة أبيح له نكاح مسلمة لأنها حال ضرورة ويعزل عنها كيلا تأتى بولد ولا يتزوج منهم لأن امرأته إذا كانت منهم غلبته على ولدها فيتبعها على دينها وقال القاضى فى قول الخرقى : هذا نهى كراهة لا نهى تحريم لأن الله تعالى قال : (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ[2]) ولأن الأصل الحل فلا يحرم بالشك والتوهم وإنما كرهنا له التزوج[3] منهم مخافة أن يغلبوا على ولده فيسترقوه ويعلموه الكفر ففى تزويجه تعريض[4] لهذا الفساد العظيم وازدادت الكراهة إذا تزوج منهم لأن الظاهر أن امرأته تغلبه على ولدها فتكفره كما أن حكم الإسلام تغليب الإسلام فيما إذا أسلم أحد الأبوين أو تزوج المسلم ذمية وإذ اشترى منهم جارية لم يطأها فى الفرج فى أرضهم مخافة أن يغلبوه على ولدها فيسترقوه ويكفروه .

٧٥٩٥ فصل فى الهجرة

وهى الخروج من دار الكفر إلى دار الإسلام قال الله تعالى :(إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ ؟ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ ، قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا)[5] الآيات ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « أنا برىء[6] من مسلم بين مشركين

(١) فى المخطوطة ١٨ : التزويج. (٢) سورة النساء آية ٢٤ (٣) فى المخطوطة ١٨ التزويج.

(٤) فى نسخ المغنى (تعريض) وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٤٦٧ (تعريضه) وهو الصواب (ف) .

(٥) سورة النساء آية ٩٧

(٦) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٤٣ عن جرير بن عبد الله عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنا برىء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين » قالوا : يا رسول الله لم ؟ قال : لا تراءى ناراهما » (ف) .

لا تراءى نارهما » رواه أبو داود ومعناه لا يكون بموضع يرى نارهم ويرون ناره إذا أوقدت. وفى آى وأخبار سوى هذين كثير وحكم الهجرة باق لا ينقطع إلى يوم القيامة فى قول عامة أهل العلم وقال قوم قد انقطعت الهجرة لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا هجرة[1] بعد الفتح » وقال « قد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية » .

وروى أن صفوان بن أمية لما أسلم[2] قيل له لا دين لمن لم يهاجر فأتى المدينة فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « ما جاء بك أبا وهب ؟ » قال قيل إنه لا دين لمن لم يهاجر قال « ارجع أبا وهب إلى أباطح مكة أقروا على مساكنكم فقد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية » روى ذلك كله سعيد .

ولنا : ما روى معاوية قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها » رواه أبو داود وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنقطع الهجرة ما كان الجهاد » رواه سعيد وغيره مع إطلاق الآيات والأخبار الدالة عليها وتحقق المعنى المقتضى لها فى كل زمان ، وأما الأحاديث الأول فأراد بها لا هجرة بعد الفتح من بلد قد فتح وقوله لصفوان إن الهجرة قد انقطعت يعنى من مكة لأن الهجرة الخروج من بلد الكفار فإذا فتح لم يبق بلد الكفار فلا تبقى منه هجرة وهكذا كل بلد فتح لا يبقى منه هجرة وإنما الهجرة إليه إذا ثبت هذا فالناس فى الهجرة على ثلاثة أضرب .

أحدها : من تجب عليه وهو من يقدر عليها ولا يمكنه إظهار دينه ولا تمكنه إقامة واجبات دينه مع المقام بين الكفار فهذا تجب عليه الهجرة لقول الله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنتُمْ ؟ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا ؟ فَأُولَٰئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَتْ مَصِيرًا[3]) وهذا وعيد شديد يدل على الوجوب ولأن القيام بواجب دينه واجب على من قدر عليه والهجرة من ضرورة الواجب وتتمته وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

الثانى : من لا هجرة عليه وهو من يعجز عنها إما لمرض أو إكراه على الإقامة أو ضعف من النساء والولدان وشبههم فهذا لا هجرة عليه لقول الله تعالى : (إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ

---

(١) أخرجه البخارى عن مجاشع بن مسعود ، وفى سنن أبى داود ج ٢ ص ٤ « عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح فتح مكة : لا هجرة ولكن جهاد ونية » (ف) .

(٢) وكان قد أخذ أمانا من النبى صلى الله عليه وسلم أربعة أشهر وشهد معه حنينا وأعاره دروعا وسلاحا .

(٣) سورة النساء آية ٩٧

لاَ يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلاَ يَهْتَدُونَ سَبِيلاً فَأُولَئِكَ عَسَى اللهُ أَنْ يَعْفُوَ عَنْهُمْ وَكَانَ اللهُ عَفُوًّا غَفُوراً)[١] ولا توصف باستحباب لأنها غير مقدور عليها .

والثالث : من تستحب له ولا تجب عليه وهو من يقدر عليها لكنه يتمكن من إظهار دينه وإقامته فى دار الكفر فتستحب له ليتمكن من جهادهم وتكثير المسلمين ومعونتهم ويتخلص من تكثير الكفار ومخالطتهم ورؤية المنكر بينهم ولا تجب عليه لإمكان إقامة واجب دينه بدون الهجرة وقد كان العباس عم النبى صلى الله عليه وسلم مقيما بمكة مع إسلامه وروينا أن نعيم[٢] النحام حين أراد أن يهاجر جاءه قومه بنو عدى فقالوا له أقم عندنا وأنت على دينك ونحن نمنعك ممن يريد أذاك وا كفنا ما كنت تكفينا وكان يقوم بيتامى بنى عدى وأراملهم فتخلف عن الهجرة مدة ثم هاجر بعد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « قومك كانو خيراً لك من قومى لى قومى أخرجونى وأرادوا قتلى وقومك حفظوك ومنعوك » فقال يارسول الله بل قومك أخرجوك إلى طاعة الله وجهاد عدوه وقومى ثبطونى عن الهجرة وطاعة الله أو نحو هذا القول .

٧٥٩٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ من دخل إلى أرض العدو بأمان لم يخنهم فى ما لهم ولم يعاملهم بالربا ﴾

أما تحريم الربا فى دار الحرب فقد ذكرناه فى الربا مع أن قول الله تعالى (وَحَرَّمَ الرِّبَا)[٣] وسائر الآيات والأخبار الدالة على تحريم الربا عامة تتناول الربا فى كل مكان وزمان وأما خيانتهم فمحرمة لأنهم إنما أعطوه الأمان مشروطاً بتركه خيانتهم وأمنه إياهم من نفسه وإن لم يكن ذلك مذكوراً فى اللفظ فهو معلوم فى المعنى ولذلك من جاءنا منهم بأمان فخاننا كان ناقضاً لعهده .

فإذا ثبت هذا لم تحل له خيانتهم لأنه غدر ولا يصلح فى ديننا الغدر[٤] وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « المسلمون[٥] عند شروطهم » فإن خانهم أو سرق منهم أو اقترض شيئاً وجب عليه رد ما أخذ إلى

---

(١) سورة النساء آية ٩٨ ، ٩٩

(٢) هو نعيم بن عبد الله بن أسيد القرشى العدوى المعروف بالنحام لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : دخلت الجنة فسمعت نحمة من نعيم فيها والنحمة السعلة ، وقيل : النحمة : النحنحة المحدود آخرها وقصته فى الاستيعاب ج ٤ ص ١٥٠٧ والإصابة ج ٤ ص ٥٦٧ (ف)

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٥

(٤) فى المخطوطة ١٨ : ولا يصح الغدر فى ديننا .

(٥) سبق تخريجه (ف)

أربابه فإن جاء أربابه إلى دار الإسلام بأمان أو إيمان رده عليهم وإلا بعث به إليهم لأنه أخذه على وجه حرم عليه أخذه فلزمه رد ما أخذه كما لو أخذه من مال مسلم .

٧٥٩٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن كان له مع المسلمين عهد فنقضوه حوربوا وقتل رجالهم ولم تسب ذراريهم ولم يسترقوا إلا من ولد بعد نقضه ﴾

وجملة ذلك : أن أهل الذمة إذا نقضوا العهد أو أخذ رجل الأمان لنفسه وذريته ثم نقض العهد فإنه يقتل رجالهم ولا تسبي ذراريهم الموجودون قبل النقض لأن العهد شملهم جميعاً ودخلت فيهم الذرية والنقض إنما وجد من رجالهم فتختص إباحة الدماء بهم ، ومن الممكن أن ينفرد الرجل بالعهد والأمان دون ذريته وذريته دونه فجاز أن ينتقض العهد فيه دونهم ، والنقض إنما وجد من الرجال البالغين دون الذرية فيجب أن يختص حكمه بهم . قال أحمد قالت امرأة علقمة لما ارتد إن كان علقمة ارتد فأنا لم أرتد ، وقال الحسن فيمن نقض العهد : ليس على الذرية شيء فأما من ولد فيهم بعد نقض العهد جاز استرقاقه لأنه لم يثبت له أمان بحال وسواء فيما ذكرنا لحقوا بدار الحرب أو أقاموا بدار الإسلام . فأما نساؤهم فمن لحقت منهن بدار الحرب طائعة أو وافقت زوجها في نقض العهد جاز سبيها لأنها بالغة عاقلة نقضت العهد فأشبهت الرجل ومن لم تنقض العهد لم ينتقض عهدها بنقض زوجها .

٧٥٩٨ (فصـــل)

فأما أهل الهدنة إذا نقضوا العهد حلت دماؤهم وأموالهم وسبي ذراريهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال بني قريظة وسبي ذراريهم وأخذ أموالهم حين نقضوا عهده ولما هادن قريشاً فنقضت عهده حل له منهم ما كان حرم عليه منهم ، ولأن الهدنة عهد موقوف ينتهي بانقضاء مدته فيزول بنقضه وفسخه كعقد الإجارة بخلاف عقد الذمة .

٧٥٩٩ (فصـــل)

ومعنى الهدنة أن يعقد لأهل الحرب عقداً على ترك القتال مدة بعوض وبغير عوض وتسمى مهادنة وموادعة ومعاهدة وذلك جائز بدليل قول الله تعالى : (بَرَاءَةٌ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُم مِنَ الْمُشْرِكِينَ)(١) وقال سبحانه (وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا)(٢)

وروى مروان (٣) ومسور بن مخرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح سهيل بن عمرو بالحديبية على

---

(١) سورة التوبة آية ١ (٢) سورة الأنفال آية ٦١

(٣) أخرجه أبو داود (ف)

وضع القتال عشر سنين ، ولأنه قد يكون بالمسلمين ضعف فيهادنهم حتى يقوى المسلمون ، ولا يجوز ذلك إلا للنظر للمسلمين . إما أن يكون بهم ضعف عن قتالهم وإما أن يطمع فى إسلامهم بهدنتهم أو فى أدائهم الجزية والتزامهم أحكام الملة أو غير ذلك من المصالح .

إذا ثبت هذا : فإنه لا تجوز المهادنة(١) مطلقاً من غير تقدير مدة لأنه يفضى إلى ترك الجهاد بالكلية ، ولا يجوز أن يشترط نقضها لمن شاء منهما لأنه يفضى إلى ضد المقصود منها ، وإن شرط الإمام لنفسه ذلك دونهم لم يجز أيضاً كما ذكره أبو بكر لأنه ينافى مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك فى البيع والنكاح .

وقال القاضى والشافعى : يصح لأن النبى صلى الله عليه وسلم صالح أهل خيبر على أن يقرهم ما أقرهم الله تعالى ولا يصح هذا فإنه عقد لازم فلا يجوز اشتراط نقضه كسائر العقود اللازمة ولم يكن بين النبى صلى الله عليه وسلم وبين أهل خيبر هدنة فإنه فتحها عنوة وإنما ساقهم وقال لهم ذلك وهذا يدل على جواز المساقاة وليس هذا بهدنة اتفاقا وقد وافقوا الجماعة فى أنه لو شرط فى عقد الهدنة أنى أقركم ما أقركم الله لم يصح فكيف يصح منهم الاحتجاج به مع إجماعهم مع غيرهم على أنه لا يجوز اشتراطه .

٧٦٠٠ (فصـــل)

ولا يجوز عقد الهدنة إلا على مدة مقدرة معلومة لما ذكرنا وقال القاضى وظاهر كلام أحمد أنها لا تجوز أكثر من عشر سنين وهو اختيار أبى بكر ومذهب الشافعى لأن قوله تعالى « فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ(٢) » عام خص منه مدة العشر لمصالحة النبى صلى الله عليه وسلم قريشا يوم الحديبية عشراً ففيما زاد يبقى على مقتضى العموم فعلى هذا إن زاد المدة على عشر بطل فى الزيادة . وهل تبطل فى العشر على وجهين بناء على تفريق الصفقة .

وقال أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد أنه يجوز على أكثر من عشر على ما يراه الإمام من المصلحة وبهذا قال أبو حنيفة لأنه عقد يجوز فى العشر فجازت الزيادة عليها كعقد الإجارة والعام مخصوص فى العشر لمعنى موجود فيما زاد عليها وهو أن المصلحة قد تكون فى الصلح أكثر منها فى الحرب .

٧٦٠١ (فصـــل)

وتجوز مهادنتهم على غير مال لأن النبى صلى الله عليه وسلم هادنهم يوم الحديبية على غير مال ويجوز ذلك على مال يأخذه منهم فإنها إذا جازت على غير مال فعلى مال أولى ، وأما إن صالحهم على مال نبذله لهم فقد أطلق أحمد القول بالمنع منه وهو مذهب الشافعى لأن فيه صغاراً للمسلمين وهذا محمول على غير حال الضرورة فأما إن دعت إليه ضرورة وهو أن يخاف على المسلمين الهلاك أو الأسر فيجوز لأنه يجوز للأسير

(١) فى المخطوطة ٣٩ : الهدنة . (٢) سورة التوبة آية ٥ .

فداء نفسه بالمال فكذا ههنا ولأن بذله المال إن كان فيه صغار فإنه يجوز تحمله لدفع صغار أعظم منه وهو القتل والأسر وسبي الذرية الذين يفضي سبيهم إلى كفرهم . وقد روى : عبد الرزاق فى المغازى عن معمر عن الزهرى قال : أرسل النبى صلى الله عليه وسلم إلى عيينة بن حصن وهو مع أبى سفيان يعنى يوم الأحزاب أرأيت إن جعلت لك ثلث تمر الأنصار: « أترجع بمن معك من غطفان وتخذل بين الأحزاب » فأرسل إليه عيينة إن جعلت لى الشطر فعلت .

قال معمر فحدثنى ابن أبى نجيح أن سعد بن معاذ وسعد بن عبادة قالا : يا رسول الله والله لقد كان يجر سرمه فى الجاهلية فى عام السنة حول المدينة ما يطيق أن يدخلها فالآن حين جاء الله بالإسلام نعطيهم ذلك ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم « فنعم إذاً » ولولا أن ذلك جائزاً لما بذله النبى صلى الله عليه وسلم .

وروى أن الحارث بن عمرو الغطفانى بعث إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال « إن جعلت لى شطر ثمار المدينة وإلا ملأتها عليك خيلا ورجلا فقال له النبى صلى الله عليه وسلم حتى أشاور السعود يعنى سعد بن عبادة وسعد بن معاذ وسعد بن زرارة فشاورهم النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا يارسول الله إن كان هذا أمر من السماء فتسليم لأمر الله تعالى وإن كان برأيك وهواك اتبعنا رأيك وهواك ، وإن لم يكن أمر من السماء ولا برأيك وهواك فوالله ما كنا نعطيهم فى الجاهلية بسرة ولا تمرة إلا شراء أو قرى فكيف وقد أعزنا الله بالإسلام ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم لرسوله أتسمع ؟ فعرضه النبى صلى الله عليه وسلم ليعلم ضعفهم من قوتهم فلولا جوازه عند الضعف لما عرضه عليهم » .

٧٦٠٢ (فصـــــل)

ولا يجوز عقد الهدنة ولا الذمة إلا من الإمام أو نائبه لأنه عقد مع جملة الكفار وليس ذلك لغيره ولأنه يتعلق بنظر الإمام وما يراه من المصلحة على ما قدمناه ولأن تجويزه من غير الإمام يتضمن تعطيل الجهاد بالكلية أو إلى تلك الناحية وفيه افتيات على الإمام فإن هادنهم غير الإمام أو نائبه لم يصح . وإن دخل بعضهم دار الإسلام بهذا الصلح كان آمناً لأنه دخل معتقدا للأمان ويرد إلى دار الحرب ولا يقر فى دار الإسلام لأن الأمان لم يصح وإن عقد الإمام الهدنة ثم مات أو عزل لم ينتقض عهده وعلى من بعده الوفاء به لأن الإمام عقده باجتهاده فلم يجز نقضه باجتهادِ غيرِهِ كما لم يجز للحاكم نقض أحكام من قبله باجتهاده وإذا عقد الهدنة لزمه الوفاء بها لقول الله تعالى «يا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ(١)» وقوله تعالى « فَأَتِمُّوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَى مُدَّتِهِمْ(٢) » ولأنه لو لم يف بها لم يسكن إلى عقده وقد يحتاج إلى عقدها فإن نقضوا العهد جاز قتالهم لقول الله تعالى « وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُوا

(١) سورة المائدة آية ١ (٢) سورة التوبة آية ٤

فى دينكم فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون (١)» وقال تعالى « فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم »(٢) ولما نقضت قريش عهد النبى صلى الله عليه وسلم خرج إليهم فقاتلهم وفتح مكة ، وإن نقض بعضهم دون بعض فسكت باقيهم عن الناقض ولم يوجد منهم إنكار ولا مراسلة الإمام ولا تبرؤ فالكل ناقضون لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما هادن قريشاً دخلت خزاعة مع النبى صلى الله عليه وسلم وبنو بكر مع قريش فمدت بنو بكر على خزاعة وأعانهم بعض قريش وسكت الباقون فكان ذلك نقض عهدهم وسار إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقاتلهم ولأن سكوتهم يدل على رضاهم كما أن عقد الهدنة مع بعضهم يدخل فيه جميعهم لدلالة سكوتهم على رضاهم كذلك فى النقض ، وإن أنكر من لم ينقض على الناقض بقول أو فعل ظاهراً أو اعتزال أو راسل الإمام بأنى منكر لما فعله الناقض مقيم على العهد لم ينتقض فى حقه ويأمره الإمام بالتميز ليأخذ الناقض وحده فإن امتنع من التميز أو إسلام الناقض صار ناقضاً لأنه منع من أخذ الناقض فصار بمنزلته وإن لم يمكنه التميز لم ينتقض عهده لأنه كالأسير فإن أسر الإمام منهم قوماً فادعى الأسير أنه لم ينقض وأشكل ذلك عليه قبل قول الأسير لأنه لا يتوصل إلى ذلك إلا من قبله .

٧٦٠٣ (فصـــل)

وإن خاف نقض العهد منهم جاز أن ينبذ إليهم عهدهم لقول الله تعالى(وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء)(٣) يعنى أعلمهم بنقض عهدهم حتى تصير أنت وهم سواء فى العلم ولا يكفى وقوع ذلك فى قلبه حتى يكون عن أمارة تدل على ما خافه ولا يجوز أن يبدأهم بقتال ولا غارة قبل إعلامهم بنقض العهد للآية ولأنهم آمنون منه بحكم العهد فلا يجوز قتلهم ولا أخذ مالهم فإن قيل فقد قلتم إن الذمى إذا خيف منه الخيانة لم ينتقض عهده ، قلنا عقـــد الذمة آكد لأنه يجب على الإمام إجابتهم إليه وهو نوع معاوضة وعقد مؤبد بخلاف الهدنة والأمان ولهذا لو نقض بعض أهل الذمة لم ينتقض عهد الباقين بخلاف الهدنة ولأن أهل الذمة فى قبضة الإمام وتحت ولايته فلا يخشى الضرر كثيراً من نقضهم بخلاف أهل الهدنة فإنه يخاف منهم الغارة على المسلمين والضرر الكثير يأخذهم المسلمين .

٧٦٠٤ (فصـــل)

وإذا عقد الهدنة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الذمة لأنه آمنهم ممن هو فى قبضته وتحت يده كما أمن من فى قبضته منهم ومن أتلف من المسلمين أو من أهل الذمة عليهم شيئاً فعليه ضمانه (٤) ولا تلزمه حمايتهم من أهل الحرب ولا حماية بعضهم من بعض لأن الهدنة التزام الكف عنهم فقط فإن أغار عليهم قوم

(١) سورة التوبة آية ١٢
(٢) سورة التوبة آية ٧
(٣) سورة الأنفال آية ٥٨
(٤) فى المخطوطة ١٨ الضمان.

آخرون فسبوهم لم يلزمه استنقاذهم وليس للمسلمين شراؤهم لأنهم في عهدهم فلا يجوز لهم أذاهم ولا استرقاقهم وذكر الشافعي ما يدل على هذا .

ويحتمل جواز ذلك وهو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يجب أن يدفع عنهم فلا يحرم استرقاقهم بخلاف أهل الذمة فعلى هذا إن استولى المسلمون على الذين أسروهم وأخذوا أموالهم فاستنقذوا ذلك منهم لم يلزم رده إليهم على هذا القول ومقتضى القول الأول وجوب رده كما ترد أموال أهل الذمة إليهم .

٧٦٠٥ (فصـــل)

وإذا عقد الهدنة مطلقاً فجاءنا منهم إنسان مسلماً أو بأمان لم يجب رده إليهم ولم يجز ذلك سواء كان حراً أو عبداً أو رجلا أو امرأة ولا يجب رد مهر المرأة ، وقال أصحاب الشافعي إن خرج العبد إلينا قبل إسلامه ثم أسلم لم يرد إليهم فإن أسلم قبل خروجه ثم خرج إلينا لم يصر حراً لأنهم في أمان منا والهدنة تمنع من جواز القهر . وقال الشافعي في قول له : إذا جاءت امرأة له مسلمة وجب رد مهرها لقول الله تعالى (وآتُوهُم ما أنفَقُوا)[1] يعني رد مهرها إلى زوجها إذا جاء يطلبها وإن جاء غيره لم يرد إليه شيء .

ولنا : أنه من غير أهل دار الإسلام خرج إلينا فلم يجب رده ولا رد شيء بدلا عنه كالحر من الرجال وكالعبد إذا خرج ثم أسلم وقولهم إنه في أمان منا قلنا إنما أمناهم ممن هو في دار الإسلام الذين هم في قبضة الإمام فأما من هو في دارهم ومن ليس في قبضته فلا يمنع منه بدليل ما لو خرج العبد قبل إسلامه ولهذا لما قتل أبو بصير الرجل الذي جاء لرده لم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم ولم يضمنه ولما انفرد هو وأبو جندل وأصحابهما عن النبي صلى الله عليه وسلم في صلح الحديبية فقطعوا الطريق عليهم وقتلوا من قتلوا منهم وأخذوا المال لم ينكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ولم يأمرهم برد ما أخذوه ولا غرامة ما أتلفوه وهذا الذي أسلم كان في دارهم وقبضتهم وقهرهم على نفسه فصار حراً كما لو أسلم بعد خروجه ، وأما المرأة فلا يجب رد مهرها لأنها لم تأخذ منه شيئاً ولو أخذته كانت قد قهرتهم عليه في دار القهر ولو وجب عليها عوضه لوجب مهر المثل دون المسمى ، والآية قال قتادة تبيح رد المهر وقال عطاء والزهري والثوري لا يعمل بها اليوم وعلى أن الآية إنما نزلت في قضية الحديبية حين كان النبي صلى الله عليه وسلم شرط لهم رد من جاءه مسلماً فلما منع الله رد النساء أمر برد مهورهن وكلا منا فيما إذا وقع الصلح مطلقاً فليس هو في معنى ما تناوله الأمر وإن وقع الكلام فيما إذا شرط رد النساء لم يصح أيضاً لأن الشرط الذي كان النبي صلى الله عليه وسلم شرطه كان صحيحاً وقد نسخ فإذا شرط الآن كان باطلا فلا يجوز قياسه على الصحيح ولا إلحاقه به .

٧٦٠٦ (فصـــل)

والشروط في عقد الهدنة تنقسم قسمين . صحيح : مثل أن يشترط عليهم مالا أو معونة المسلمين عند

(١) سورة الممتحنة آية ١٠

حاجتهم إليهم أو يشترط لهم أن يرد من جاءه من الرجال مسلماً أو بأمان فهذا يصح وقال أصحاب الشافعي لا يصح شرط رد المسلم إلا أن يكون له عشيرة تحميه وتمنعه.

ولنا: أن النبي صلى الله عليه وسلم شرط ذلك في صلح الحديبية ووفى لهم به فرد أبا جندل وأبا بصير ولم يخص بالشرط ذا العشيرة ولأن ذا العشيرة إذا كانت عشيرته هي التي تفتنه وتؤذيه فهو كمن لا عشيرة له لكن لا يجوز هذا الشرط إلا عند شدة الحاجة إليه وتعين المصلحة فيه ومتى شرط لهم ذلك لزم الوفاء به بمعنى أنهم إذا جاءوا في طلبه لم يمنعهم أخذه ولا يجبره الإمام على المضي معهم وله أن يأمره سراً بالهرب منهم ومقاتلتهم فإن أبا بصير لما جاء النبي صلى الله عليه وسلم وجاء الكفار في طلبه قال له النبي صلى الله عليه وسلم «إنا لا يصلح في ديننا الغدر وقد علمت ما عاهدناهم عليه ولعل الله أن يجعل لك فرجاً ومخرجا» فلما رجع مع الرجلين قتل أحدهما في طريقه ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله قد أوفى الله ذمتك قد رددتني إليهم فأنجاني الله منهم فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولم يلمه بل قال «ويلُ أمه مِسْعَرُ حرب لو كان معه رجال[(١)]» فلما سمع ذلك أبو بصير لحق بساحل البحر وانحاز إليه أبو جندل بن سهيل ومن معه من المستضعفين بمكة فجعلوا لا تمر عليهم عير لقريش إلا عرضوا لها فأخذوها وقتلوا من معها فأرسلت قريش إلى النبي صلى الله عليه وسلم تناشده الله والرحم أن يضمهم إليه ولا يرد إليهم أحداً جاءه ففعل فيجوز حينئذ لمن أسلم من الكفار أن يتحيزوا ناحية ويقتلوا[(٣)] من قدروا عليه من الكفار ويأخذوا[(٢)] أموالهم ولا يدخلوا في الصلح وإن ضمهم الإمام إليه بإذن الكفار دخلوا في الصلح وحرم عليهم قتل الكفار وأموالهم.

وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه لما جاء أبو جندل إلى النبي صلى الله عليه وسلم هارباً من

---

(١) ويل أمه برفع (ويل) على أنه خبر لمحذوف أى ويل لأمه، بقطع الهمزة، ويرى الخليل أن الأصل (وى لإمه) و (وى) إسم فعل يفيد التعجب واللام مكسورة وقد تضم تبعاً لهمزة (أم) ويجوز حذف الهمزة تخفيفاً، ويرى الفراء أن أصل (ويل فلان) (وى لفلان) أى حزن له فكثر الاستعمال فألحقوا بها اللام فصارت كأنها منها وأعربوها.

(مسعر حرب) بكسر الميم وسكون السين وفتح العين بالنصب على التمييز أو الحال مثل قه دره فارساً وبالرفع على أنه خبر لمحذوف وحرب مجرور مضاف إليه وأصل (ويل) دعاء عليه واستعمل هنا للتعجب من سرعة النهوض لها وإشعالها.

(لو كان له أحد) ينصره لأسعر الحرب وهذا هو لفظ البخارى وأبى داود بدل (لو كان معه رجال (ف)

(٢)، (٣) نسخ المغنى (يقتلون) (يأخذون) بإثبات النون والصواب حذفها لأنها منصوبة وقد حذفت في الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥٨١ ويقال هذا في (ولا يدخلون) (ف)

الـكفار يرسف فى قيوده قام إليه أبوه فلطمه وجعل يرده قال عمر فقمت إلى جانب أبى جندل فقلت إنهم الـكفار وإنما دم أحدهم دم كلب وجعلت أدنى منه قائم السيف لعله أن يأخذه فيضرب به أباه قال فضن الرجل بأبيه. الثانى: شرط فاسد مثل أن يشترط رد النساء أو مهورهن أو رد سلاحهم أو إعطاءهم شيئاً من سلاحنا أو من آلات الحرب أو يشترط لهم مالا فى موضع لا يجوز بذله أو يشترط نقضها متى شاءوا أو أن لـكل طائفه منهم نقضها أو يشترط رد الصبيان أو رد الرجال مع عدم الحاجة إليه فهذه كلها شروط فاسدة لا يجوز الوفاء بها، وهل يفسد العقد بها ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة فى البيع إلا فيما إذا شرط أن لـكل واحد منهم نقضها متى شاء فينبغى أن لا تصح وجهاً واحداً لأن طائفة الـكفار يبنون على هـذا الشرط فلا يحصل الأمن منهم ولا أمنهم منا فيفوت معنى الهدنة ، وإنما لم يصح شرط رد النساء لقول الله تعالى : « إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ — إلى قوله — فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْـكُفَّارِ[1] » وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله منع الصلح فى النساء[2] » وتفارق المرأة الرجل من ثلاثة أوجه .

أحدها : أنها لا تأمن من أن تزوج كافراً يستحلها أو يكرهها من أن ينالها وإليه أشار الله تعالى بقوله : « لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ[3] » .

الثانى : أنها ربما فتنت عن دينها لأنها أضعف قلباً وأقل معرفة من الرجل .

الثالث : أن المرأة لا يمكنها فى العادة الهرب والتخلص بخلاف الرجل ، ولا يجوز رد الصبيان العقلاء إذا جاءوا مسلمين لأنهم بمنزلة المرأة فى الضعف فى العقل[4] والمعرفة والعجز عن التخلص والهرب فأما الطفل الذى لا يصح إسلامه فيجوز رده لأنه ليس بمسلم .

٧٦٠٧ (فصـــــل)

وإذا طلبت امرأة أو صبية مسلمة الخروج من عند الـكفار ، جاز لـكل مسلم إخراجها لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما خرج من مكة وقف ابنة حمزة على الطريق فلما مر بها على قالت يابن عم إلى من تدعنى فتناولها فدفعها إلى فاطمة حتى قدم بها المدينة » .

---

(١) سورة الممتحنة آية ١٠

(٢) أخرج الطبرانى وابن مردويه بسند ضعيف عن عبدالله بن أبى أحمد رضى الله عنه قال : هاجرت أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط فى الهدنة فخرج أخواها عمارة والوليد حتى قدما على رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلماه فى أم كلثوم أن يردها إليهما فنقض الله العهد بينه وبين المشركين خاصة فى النساء ومنعهن أن يرددن إلى المشركين وأنزل الله آية الامتحان (ف).

(٣) سورة الممتحنة آية ١٠ (٤) فى المخطوطة ١٨ فى ضعف العقل والمعرفة .

٧٦٠٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا استأجر الأمير قوما يغزون مع المسلمين لمنافعهم لم يسهم لهم ، وأعطوا ما استؤجروا به ﴾

نص أحمد على هذا فى رواية جماعة فقال فى رواية عبد الله وحنبل فى الإمام يستأجر قوما يدخل بهم بلاد العدو لا يسهم لهم ويوفى لهم بما استؤجروا عليه ، وقال القاضى هذا محمول على استئجار من لا يجب عليه الجهاد كالعبيد والكفار .

أما الرجال المسلمون الأحرار فلا يصح استئجارهم على الجهاد لأن الغزو يتعين بحضوره على من كان من أهله فإذا تعين عليه الفرض لم يجز أن يفعله عن غيره كمن عليه حجة الإسلام لا يجوز أن يحج عن غيره وهذا مذهب الشافعى ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد والخرقى على ظاهره فى صحة الاستئجار على الغزو لمن لم يتعين عليه لما روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «للغازى أجره وللجاعل أجره» وروى سعيد بن منصور عن جبير بن نفير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «مثل الذين يغزون من أمتى ويأخذون الجعل ويتقوون به على عدوهم مثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ أجرها» ولأنه أمر لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة فصح الاستئجار عليه كبناء المساجد أو لم يتعين عليه الجهاد فصح أن يؤجر نفسه عليه كالعبد ويفارق الحج حيث إنه ليس بفرض عين ، وأن الحاجة داعية إليه ، وفى المنع من أخذ الجعل عليه تعطيل له ومنع له مما فيه للمسلمين نفع وبهم إليه حاجة فينبغى أن يجوز بخلاف الحج . إذا ثبت هذا فإن قلنا بالأول فالإجارة فاسدة وعليه الأجرة يردها وله سهمه لأن غزوه بغير أجرة ، وإن قلنا بصحته فظاهر كلام أحمد والخرقى رحمهما الله أنه لا سهم له لأن غزوه بعوض فكأنه واقع من غيره فلا يستحق شيئاً .

وقد روى أبو داود بإسناده عن يعلى بن منية[1] قال : أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغزو وأنا شيخ كبير ليس لى خادم فالتمست أجيراً يكفينى وأجرى له سهمه فوجدت رجلا فلما دنا الرحيل قال ما أدرى ما السهمان وما يبلغ سهمى ؟ فسم لى شيئاً كان السهم ، أو لم يكن فسميت له ثلاثة دنانير فلما حضرت غنيمة[2] أردت أن أجرى له سهمه فذكرت الدنانير فجئت إلى[3] النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له أمره فقال «ما أجد له فى غزوته فى هذه الدنيا والآخرة إلا دنانيره التى سمى» ويحتمل أن يسهم له وهو اختيار الخلال قال : روى جماعة عن أحمد أن الأجير السهم إذا قاتل ، وروى عنه جماعة أن كل من شهد القتال فله السهم قال وهذا الذى اعتمد عليه من قول أبى عبد الله . ووجه ذلك ما تقدم من حديث عبد الله بن عمر وحديث

(١) فى نسخ المغنى طبعة المنار ج ٨ ص ٤٦٧ ، ورشيد ج ١٠ ص ٥٢٨ (منيه) وفى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٥٢١ (منير) والصواب كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ١٦ (منيه) ف .

(٢) فى سنن أبى داود (غنيمته) ف (٣) فى سنن أبى داود (فجئت النبى) ف .

جبير بن نفير : وقول عمر : الغنيمة لمن شهد الوقعة ولأنه حاضر الوقعة من أهل القتال فيسهم له كغير الأجير فأما الذين يعطون حقهم من الفيء فلهم سهامهم لأن ذلك حق جعله الله لهم ليغزو ، لا أنه عوض عن جهاده بل نفع جهاده له لا لغيره وكذلك من يعطون من الصدقات وهم الذين إذا نشطوا للغزو أعطوا فإنهم يعطون معونة لهم لا عوضاً ، ولذلك إذا دفع إلى الغزاة ما يتقوون به ويستعينون به كان له فيه الثواب ولم يكن عوضاً ، قال النبي صلى الله عليه وسلم [1] «من جهز غازيا كان له مثل أجره »

٧٦٠٩ (فصــل)

فأما الأجير للخدمة فى الغزو أو الذى يكرى دابة له ويخرج معها ويشهد الوقعة فعن أحمد فيه روايتان إحداهما : لا سهم له وهو قول الأوزاعى وإسحاق قالا : المستأجر على خدمة القوم لا سهم له ووجهه حديث يعلى بن منيه[2] .

والثانية : يسهم لها إذا شهدا القتال مع الناس وهو قول مالك وابن المنذر ، وبه قال الليث إذا قاتل وإن اشتغل بالخدمة فلا سهم له . واحتج ابن المنذر بحديث سلمة بن الأكوع أنه كان أجيراً لطلحة حين أدرك عبد الرحمن بن عيينة حين أغار على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاه النبى صلى الله عليه وسلم سهم الفارس والراجل ، وقال القاضى ، يسهم له إذا كان مع المجاهدين وقصده الجهاد . فأما لغير ذلك فلا وقال الثورى يسهم له إذا قاتل ويرفع عمن استأجره نفقة ما اشتغل عنه .

٧٦١٠ (فصــــل)

فأما التاجر والصانع كالخياط والخباز والبيطار والحداد والإسكاف فقال أحمد : يسهم لهم إذا حضروا ، قال أصحابنا : قاتلوا أو لم يقاتلوا ، وبه قال فى التاجر الحسن وابن سيرين والثورى والأوزاعى والشافعى ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يسهم لهم إلا أن يقاتلوا وعن الشافعى كقولنا وعنه لا يسهم له بحال .

وقال القاضى فى التاجر والأجير : إذا كانا مع المجاهدين وقصدهما الجهاد وإنما معه المتاع إن طلب منه باعه والأجير قصده الجهاد أيضاً . فهذان يسهم لها لأنهما غازيان والصناع بمنزلة التجار متى كانوا مستعدين للقتال ومعهم السلاح فمتى عرض اشتغلوا به أسهم لهم لأنهم فى الجهاد بمنزلة غيرهم وإنما يشتغلون بغيره عند فراغهم منه .

٧٦١١ (فصــل)

إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير إذن الإمام فغنموا ، فعن أحمد فيه ثلاث روايات .

---

(١) من جهز غازيا فى سبيل الله كان له مثل أجره من غير أن ينقص من أجر الغازى شيئا . أخرجه ابن ماجه

(٢) والصواب « منية » كما مر (ف) .

إحداهن : أن غنيمتهم كغنيمة غيرهم يخمسه الإمام ويقسم باقيه بينهم وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي لعموم قوله سبحانه « وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ[1] » الآية . والقياس على ما إذا دخلوا بإذن الإمام .

والثانية : هو لهم من غير أن يخمس وهو قول أبي حنيفة لأنه اكتساب مباح من غير جهاد فكان لهم أشبه الاحتطاب فإن الجهاد إنما يكون بإذن الإمام أو من طائفة لهم منعة وقوة فأما هذا فتلصص وسرقة ومجرد اكتساب .

والثالثة : أنه لاحق لهم فيه . قال أحمد في عبد أبق إلى الروم ثم رجع ومعه متاع : فالعبد لمولاه وما معه من المتاع والمال فهو للمسلمين لأنهم عصاة بفعلهم فلم يكن لهم فيه حق والأول أولى ، قال الأوزاعي « لما أقفل عمر بن عبد العزيز الجيش الذي كان مع مسلمة كسر مركب بعضهم فأخذ المشركون ناساً من القبط فكانوا خدماً لهم فخرجوا يوماً إلى عيد لهم وخانوا القبط في مركبهم وشرب الآخرون ورفع القبط القلع وفي المركب متاع الآخرين وسلاحهم فلم يضعوا قلعهم حتى أتوا بيروت فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر نفلوهم القلع وكل شيء جاءوا به إلا الخمس . رواه سعيد والأثرم . وإن كانت الطائفة ذات منعة غزوا بغير إذن الإمام ففيه روايتان . إحداهما : لا شيء لهم وهو فيء للمسلمين والثانية : يخمس والباقي لهم وهذا أصح . ووجه الروايتين ما تقدم ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة وهو أن الجميع لهم من غير خمس لكونه اكتساب مباح من غير جهاد .

٧٦١٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن غل من الغنيمة حرق رحله كله إلا المصحف ، وما فيه روح ﴾

الغال : هو الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة فلا يطلع الإمام عليه ولا يضعه مع الغنيمة فحكمه أن يحرق رحله كله ، وبهذا قال الحسن وفقهاء الشام منهم مكحول والأوزاعي والوليد بن هشام ويزيد بن يزيد بن جابر . وأتى سعيد ابن عبد الملك بغال فجمع ماله وأحرقه وعمر بن عبد العزيز حاضر ذلك فلم يعبه وقال يزيد ابن يزيد بن جابر : «السنة في الذي يغل أن يحرق رحله» رواهما سعيد في سننه وقال مالك والليث والشافعي وأصحاب الرأي لا يحرق لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحرق فإن عبد الله بن عمرو[2] روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا أصاب[3] غنيمة أمر بلالا فنادى في الناس فيجيئون بغنائمهم فيخمسه ويقسمه

---

(١) سورة الأنفال آية ٤١ .

(٢) في طبعة رشيد ج ١٠ ص ٥٣٢ والفقي ج ٨ ص ٤٧٠ (عمر) والصواب (عمرو) كما في سنن أبي داود ج ٢ ص٦٣ (ف). (٣) في نسخ المغني (صاب) والصواب (أصاب) كما في سنن أبي داود (ف).

فجاء رجل بعد ذلك بزمام[١] من شعر فقال يارسول الله هذا فيما كنا أصبناه[٢] من الغنيمة فقال «أسمعت[٣] بلالا ينادى[٤] ثلاثا » قال : نعم . قال « فما منعك أن تجىء به » فاعتذر[٥] فقال « كن أنت تجىء به يوم القيامة فلن أقبله منك[٦] » أخرجه أبو داود ولأن إحراق المتاع إضاعة له وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال .

ولنا ما روى صالح بن محمد بن زرارة[٧] قال : دخلت مع مسلمة أرض الروم فأتى برجل قد غل فسأل سالماً عنه فقال : سمعت أبى يحدث عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا وجدتم الرجل قد غَلَّ فأحرقوا متاعه واضربوه . قال فوجدنا فى متاعه مصحفاً فسأل سالماً عنه فقال بعه وتصدق بثمنه » أخرجه سعيد وأبو داود والأثرم .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر أحرقوا متاع الغال ، فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فإن الرجل لم يعترف أنه أخذ ما أخذه على سبيل الغلول ولا أخذه لنفسه وإنما توانى فى المجىء به وليس الخلاف فيه ، ولأن الرجل جاء به من عند نفسه تائباً معتذراً والتوبة تَجُبُّ ما قبلها وتمحوا الحَوْبَةَ .

وأما النهى عن إضاعة المال[٨] فإنما نهى عنه إذا لم تكن فيه مصلحة فأما إذا كان فيه مصلحة فلا بأس به ولا يعد تضييعاً كإلقاء المتاع فى البحر إذا خيف الغرق وقطع يد العبد السارق مع أن المال لا تكاد المصلحة تحصل به إلا بذهابه فأكله إتلافه وإنفاقه إذهابه ، ولا يعد شىء من ذلك تضييعاً ولا إفساداً ولا ينهى عنه .

وأما المصحف فلا يحرق لحرمته ولما تقدم من قول سالم فيه والحيوان لا يحرق لنهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يعذب بالنار إلا ربها ولحرمة الحيوان فى نفسه ولأنه لا يدخل فى اسم المتاع المأمور بإحراقه وهذا لا خلاف فيه ولا تحرق آلة الدابة أيضاً نص عليه أحمد لأنه يحتاج إليها للانتفاع بها ولأنها تابعة لما لا يحرق فأشبه جلد المصحف وكيسه ، وقال الأوزاعى يحرق سرجه وإكافه .

---

(١) أى خطام من شعر (ف) (٢) فى النسخ (أصبنا) وفى السنن (أصبناه) (ف)
(٣) فى النسخ (سمعت) وفى السنن (أسمعت) (ف) (٤) فى النسخ (نادى) وفى السنن (ينادى) (ف)
(٥) فى النسخ (فاعتذر) وفى السنن (فاعتذرا إليه) (ف) (٦) فى النسخ (منك) وفى السنن (عنك (ف) ».
(٧) فى نسخ المغنى (زرارة) والصواب (زائدة) كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٦٣ وخلاصته تذهيب الكمال ص ١٧١ ف (٨) فى المخطوطة ١٨ : تضيع المال.

ولنا : أنه ملبوس حيوان فلا يحرق كثياب الغال ، ولا تحرق ثياب الغال التى عليه لأنه لايجوز تركه عرياناً ولا ماغل لأنه من غنيمة المسلمين قيل لأحمد : فالذى أصاب فى الغلول أى شيء يصنع به ؟ قال : يرفع إلى المغنم . كذلك قال الأوزاعى ولاسلاحه لأنه يحتاج إليه للقتال ولا نفقته لأن ذلك مما لايحرق عادة وجميع ذلك أو ما أبقت النار من حديد أوغيره فهو لصاحبه لأن ملكه كان ثابتاً عليه ولم يوجد مايزيله وإنما عوقب بإحراق متاعه فما لم يحترق يبقى على ما كان ، ويحتمل أن يباع المصحف ويتصدق به لقول سالم فيه ، وإن كان معه شيء من كتب الحديث أو العلم فينبغى أن لاتحرق أيضاً لأن نفع ذلك يعود إلى الدين ، وليس المقصود الإضرار به فى دينه وإنما القصد الإضرار به فى شيء من دنياه .

٧٦١٣ (فصـــل)

وإن لم يحرق رحله حتى استحدث متاعاً آخر أو رجع إلى بلده أحرق ما كان معه حال الغلول نص عليه أحمد فى الذى يرجع إلى بلده . قال ينبغى أن يحرق ما كان معه فى أرض العدو ، وإن مات قبل إحراق رحله لم يحرق نص عليه أحمد لأنها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود ولأنه بالموت انتقل إلى ورثته فإحراقه عقوبة لغير الجانى ، وإن باع متاعه أو وهبه احتمل ألايحرق لأنه صار لغيره أشبه مالو انتقل عنه بالموت ، واحتمل أن ينقض البيع والهبة ويحرق لأنه تعلق به حق سابق على البيع والهبة فوجب تقديمه كالقصاص فى حق الجانى .

٧٦١٤ (فصـــل)

وإن كان الغال صبياً لم يحرق متاعه وبه قال الأوزاعى لأن الإحراق عقوبة وليس هو من أهلها فأشبه الحد ، وإن كان عبداً لم يحرق متاعه لأنه لسيده فلايعاقب سيده بجناية عبده ، وإن استهلك ما غله فهو فى رقبته[1] لأنه من جنايته ، وإن غلت امرأة أو ذمى أحرق متاعهما لأنهما من أهل العقوبة ، ولذلك يقطعان فى السرقة ويحدان فى الزنا وغيره ، وإن أنكر الغلول وذكر أنه ابتاع مابيده لم يحرق متاعه حتى يثبت غلوله ببينة أو إقرار لأنه عقوبة به فلايجب قبل ثبوته بذلك كالحد ولايقبل فى بينته إلاعدلان لذلك .

٧٦١٥ (فصـــل)

ولايحرم الغال سهمه وقال أبو بكر فى ذلك روايتان . إحداهما : يحرم سهمه لأنه قد جاء فى الحديث يحرم سهمه فإن صح فالحكم له وقال الأوزاعى فى الصبي يغل يحرم سهمه ولايحرق متاعه .

ولنا : أن سبب الاستحقاق موجود فيستحق كما لو لم يغل ولم يثبت حرمان سهمه فى خبر ولاقياس فيبقى بحاله ولايحرق سهمه لأنه ليس من رحله .

(١) فى المخطوطة ٣٩ : فهو متعلق برقبته.

٧٦١٦ (فصـــــل)

إذا تاب الغال قبل القسمة رد ما أخذه فى المقسم بغير خلاف لأنه حق تعين رده إلى أهله فإن تاب بعد القسمة فمقتضى المذهب أن يؤدى خمسه إلى الإمام ويتصدق بالباقى وهذا قول الحسن والزهرى ومالك والأوزاعى والثورى والليث .

وروى سعيد بن منصور عن عبد الله بن المبارك عن صفوان بن عمرو عن حوشب بن سيف قال غزا الناس الروم وعليهم عبد الرحمن بن خالد بن الوليد فغل رجل مائة دينار فلما قسمت الغنيمة وتفرق الناس ندم فأتى عبد الرحمن فقال قد غللت مائة دينار فاقبضها قال قد تفرق الناس فلن أقبضها منك حتى توافى الله بها يوم القيامة فأتى معاوية فذكر ذلك له فقال له مثل ذلك فخرج وهو يبكى فمر بعبدالله بن الشاعر السكسكى فقال ما يبكيك ؟ فأخبره فقال إنا لله وإنا إليه راجعون أمطيعى أنت يا عبد الله؟ قال نعم قال فانطلق إلى معاوية فقل له خذ منى خمسك فأعطه عشرين ديناراً وانظر إلى الثمانين الباقية فتصدق بها عن ذلك الجيش فإن الله تعالى يعلم أسماءهم ومكانهم وإن الله يقبل التوبة عن عباده فقال معاوية أحسن والله لأن أكون أنا أفتيته بهذا أحب إلى من أن يكون لى مثل كل شىء امتلكت ، وعن ابن مسعود أنه رأى أن يتصدق بالمال الذى لا يعرف صاحبه ، وقال الشافعى لا أعرف للصدقة وجهاً ، وقد جاء فى حديث الغال أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا أقبله منك حتى تجىء به يوم القيامة » .

ولنا : قول من ذكرنا من الصحابة ومن بعدهم ولم نعرف لهم مخالفاً فى عصرهم فيكون إجماعاً ولأن تركه تضييع له وتعطيل لمنفعته التى خلق لها ولا يتخفف به شىء من إثم الغال وفى الصدقة نفع لمن يصل إليه من المساكين وما يحصل من أجر الصدقة يصل إلى صاحبه فيذهب به الإثم عن الغال فيكون أولى .

٧٦١٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولا يقام الحد على مسلم فى أرض العدو ﴾

وجملته أن من أتى أحداً من الغزاة أو ما يوجب قصاصاً فى أرض الحرب لم يقم عليه حتى يقفل فيقام عليه حده وبهذا قال الأوزاعى وإسحاق وقال مالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر يقام الحد فى كل موضع لأن أمر الله تعالى بإقامته مطلق فى كل مكان وزمان إلا أن الشافعى قال إذا لم يكن أمير الجيش الإمام أو أمير إقليم فليس له إقامة الحد ويؤخر حتى يأتى الإمام لأن إقامة الحدود إليه وكذلك إن كان بالمسلمين حاجة إلى المحدود أو قوة به أو شغل عنه أخر ، وقال أبو حنيفة لا حد ولا قصاص فى دار الحرب ولا إذا رجع .

ولنا على وجوب الحد أمر الله تعالى ورسوله به وعلى تأخيره ماروى بشر[١] ابن أبي أرطاة أنه أتى برجل[٢] في الغزاة قد سرق بُخْتِيَّةً فقال :لولا أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «لا تقطع الأيدي في الغزاة لقطعتك» أخرجه أبوداود وغيره ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم .

وروى سعيد في سننه بإسناده عن الأحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر كتب إلى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجلا من المسلمين حدا وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلا لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار وعن أبي الدرداء مثل ذلك وعن علقمة قال كنا في جيش في أرض الروم ومعنا حذيفة بن اليمان وعلينا الوليد بن عقبة فشرب الخمر فأردنا أن نحده فقال حذيفة أتحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعوا فيكم وأتى سعد بأبي محجن يوم القادسية وقد شرب الخمر فأمر به إلى القيد فلما التقى الناس قال أبو محجن[٣] .

كفى حزناً أن تطرد الخيل بالقنا   وأترك مشدوداً على وثاقيا

وقال لابنه[٤] حصفة امرأة سعد أطلقيني ولك الله على إن سلمني الله أن أرجع حتى أضع رجلي في القيد فإن قتلت استرحتم مني قال فحلته حين التقى الناس وكانت بسعد جراحة فلم يخرج يومئذ إلى الناس قال وصعدوا به فوق العُذَيْبِ ينظر إلى الناس واستعمل على الخيل خالد بن عرفطة فوثب أبو محجن على فرس لسعد يقال لها البلقاء ثم أخذ رمحا ثم خرج فجعل لا يحمل على ناحية من العدو إلا هزمهم وجعل الناس

(١) في نسخ المغني (بشر بن أبي أرطارة) والصواب (بسر بن أرطاة) كما في سنن أبي داود ج ٢ ص٤٥٣ (ف)

(٢) لفظ أبي داود «كنا مع بسر بن أرطاة في البحر فأتي بسارق يقال له مصدر قد سرق بختية فقال قد سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «لا تقطع الأيدي في السفر» ولولا ذلك لقطعته. والبختية : الإبل الخرسانية(ف)

(٣) أبو محجن صحابي له ترجمة في الاستيعاب ج ٤ ص ١٧٤٦ والإصابة ج ٤ ص ١٧٣ وقصته هذه مذكورة فيهما وفي الأغاني ج ٢٠ ص ١٣٨ والكامل لابن الأثير ج ٢٢٢ ومروج الذهب ج ٢ ص ٣٢٣ والطبري ج ٤ ص ٨١ والبيت المذكور في المغني يروى غيره .

«كفى حزناً أن ترتدي الخيل بالقنا»

وآخر القصيدة :

«فلله عهد لا أخيس بعهده   لئن فرجت ألا أزور الحوانيا» (ف)

(٤) في المغني ابنة حصفة (وفي مروج الذهب وفي الإصابة ج ٤ ص ٣٣١) سلمى بنت حفصة زوج المثنى بن حارثة الشيباني الفارس المشهور في فتوح العراق تزوجها سعد بن أبي وقاص بعد موت المثنى وشهدت معه القتال في القادسية(ف)

يقولون هذا ملك لما يرونه يصنع وجعل سعد يقول الضَّبْرُ ضَبْرُ[1] البلقاء والطعن طعن أبى محجن وأبو محجن فى القيد فلما هزم العدو رجع أبو محجن حتى وضع رجليه فى القيد فأخبرت ابنة حصفة، سعداً بما كان من أمره فقال سعد لا والله لا أضرب اليوم رجلا أبلى الله المسلمين به ما أبلاهم فخلى سبيله فقال أبو محجن قد كنت أشربها إذ يقام على الحد وأطهر منها فأما إذا بهرجتنى[2] فوالله لا أشربها أبداً وهذا اتفاق لم يظهر خلافه فأما إذا رجع فإنه يقام الحد عليه لعموم الآيات والأخبار وإنما أخر لعارض كما يؤخر لمرض أو شغل فإذا زال العارض أقيم الحد لوجود مقتضيه وانتفاء معارضه . ولهذا قال عمر حتى يقطع الدرب قافلا .

٧٦١٨ (فصـــل)

وتقام الحدود فى الثغور بغير خلاف نعلمه لأنها من بلاد الإسلام والحاجة داعية إلى زجر أهلها كالحاجة إلى زجر غيرهم وقد كتب عمر إلى أبى عبيدة أن يجلد من شرب الخمر ثمانين وهو بالشام وهو من الثغور .

٧٦١٩ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا فتح حصن لم يقتل من لم يحتلم أو ينبت أو يبلغ خمس عشرة سنة ﴾

وجملة ذلك أن الإمام إذا ظفر بالكفار لم يجز أن يقتل صبياً لم يبلغ بغير خلاف وقد روى ابن عمر رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان » متفق عليه ولأن الصبى يصير رقيقا بنفس السبى ففى قتله إتلاف المال وإذا سبى منفرداً صار مسلما فإتلافه إتلاف من يمكن جعله مسلما والبلوغ يحصل بأحد أسباب ثلاثة .

أحدها : الاحتلام وهو خروج المنى من ذكر الرجل أو قبل الأنثى فى يقظة أو منام وهذا لا خلاف فيه وقد قال الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ)[3] ثم قال(وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ)[4] وقال النبى صلى الله عليه وسلم« لا يُتْمَ بعد احتلام » وقال لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » رواهما أبو داود .

الثانى : إنبات الشعر الخشن حول القبل وهو علامة على البلوغ بدليل ما روى عطية القرظى قال :

(١) الضبر : العدو والوثوب يقال ضبر الفرس : أى جمع قوائمه ووثب (ف)

(٢) فى الاستيعاب ص١٧٥١ (إذ بهرجتنى) (إذ) بدل (إذا) وهو الأصوب ، وبهرجتنى : أهدرتنى بإسقاط الحد عنى (ف) .

(٣) سورة النور آية ٥٨ . (٤) سورة النور آية ٥٩ .

« كنت من سبى قريظة فكانوا ينظرون فمن أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل فكنت فيمن لم ينبت» أخرجه الأثرم والترمذى .

وقال هذا حديث حسن صحيح وعن كثير بن السائب قال :« حدثنى أبناء قريظة أنهم عرضوا على النبى صلى الله عليه وسلم فمن كان منهم محتلما أو نبتت عانته قتل ومن لا ترك » أخرجه الأثرم وعن أسلم مولى عمر أن عمر كان يكتب إلى أمراء الأجناد أن لا يقتلوا إلا من جرت عليه المواسى ولا يأخذوا الجزية إلا ممن جرت عليه المواسى ، وحكى عن الشافعى أن هذا بلوغ فى حق الكفار لأنه لا يمكن الرجوع إلى قولهم فى الاحتلام وعدد السنين وليس بعلامة عليه فى حق المسلمين لإمكان ذلك فيهم .

ولنا : قول أبى نضرة وعقبة بن عامر حين اختلف فى بلوغ تميم بن قرع المهرى انظروا فإن كان قد أشعر فاقسموا له فنظر إليه بعض القوم فإذا هو قد أنبت فقسموا له ولم يظهر خلاف هذا فكان إجماعا ، ولأنه علم على البلوغ فى حق الكافر فكان علما عليه فى حق المسلم كالعلمين الآخرين ولأنه أمر يلازم البلوغ غالبا فكان علما عليه كالاحتلام ، وقولهم إنه يتعذر فى حق الكافر معرفة الاحتلام والسن قلنا لا تتعذر معرفة السن فى الذى الناشىء بين المسلمين ثم تعذر المعرفة لا يوجب جعل ما ليس بعلامة علامة كغير الإنبات :

الثالث : بلوغ خمس عشرة سنة لما روى ابن عمر قال : « عرضت على النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى فى القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى فى المقاتلة قال نافع فحدثت عمر بن عبد العزيز بهذا الحديث فقال هذا فصل ما بين الرجال وبين الغلمان » متفق عليه وهذه العلامات الثلاث فى حق الذكر والأنثى وتزيد الأنثى بعلامتين الحيض والحمل فمن لم يوجد فيه علامة منهن فهو صبى يحرم قتله .

٧٦٢٠ (فصــــل)

ولا تقتل امرأة ولا شيخ فان وبذلك قال مالك وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أبى بكر الصديق ومجاهد . وروى عن ابن عباس فى قوله تعالى (وَلاَ تَعْتَدُوا[1]) يقول : لا تقتلوا النساء والصبيان والشيخ الكبير .

وقال الشافعى فى أحد قوليه وابن المنذر : يجوز قتل الشيوخ لقول النبى صلى الله عليه وسلم « اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح ولأن الله تعالى قال (فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ[2]) وهذا عام يتناول بعمومه الشيوخ ، وقال ابن المنذر : لا أعرف حجة فى ترك

(١) سورة البقرة آية ١٩٠ (٢) سورة التوبة آية ٥

قتل الشيوخ يستثنى بها من عموم قوله (فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ[1]) ولأنه كافر لا نفع فى حياته فيقتل كالشاب .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تقتلوا شيخاً فانياً ، ولا طفلا ، ولا امرأة » رواه أبو داود فى سننه .

وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه وصى يزيد حين وجهه إلى الشام فقال : « لاتقتل صبياً ولا امرأة ولا هرماً » وعن عمر أنه وصى سلمة ابن قيس فقال « لا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً هِماً[2] » رواهما سعيد ، ولأنه ليس من أهل القتال فلا يقتل كالمرأة . وقد أومأ النبى صلى الله عليه وسلم إلى هذه العلة فى المرأة فقال « ما بال هذه قتلت وهى لا تقاتل » والآية مخصوصة بما روينا ولأنه قد خرج من عمومها المرأة والشيخ الهم فى معناها فنقيسه عليها . وأما حديثهم فأراد به الشيوخ الذين فيهم قوة على القتال أو معونة عليه برأى أو تدبير جمعاً بين الأحاديث ولأن أحاديثنا خاصة فى الهرم وحديثهم عام فى الشيوخ كلهم والخاص يقدم على العام وقياسهم ينتقض بالعجوز التى لا نفع فيها .

٧٦٢١ (الفصـــــل)

ولا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب والخلاف فيهم كالخلاف فى الشيخ وحجتهم ههنا حجتهم فيه .

ولنا : فى الزمن والأعمى أنهما ليسا من أهل القتال فأشبها المرأة وفى الراهب ما روى فى حديث أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال « وستمرون على أقوام فى الصوامع قد حبسوا أنفسهم فيها فدعوهم حتى يميتهم الله على ضلالهم » ولأنهم لا يقاتلون تديناً فأشبهوا من لا يقدر على القتال .

٧٦٢٢ (فصـــــل)

ولا يقتل العبيد وبه قال الشافعى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « أدركوا خالداً فروه أن لا يقتل : ذرية ، ولا عسيفاً » ، وهم العبيد لأنهم يصيرون رقيقاً للمسلمين بنفس السبى فأشبهوا النساء والصبيان .

٧٦٢٣ (فصـــــل)

ومن قاتل ممن ذكرنا جميعهم جاز قتله لأن النبى صلى الله عليه وسلم قتل يوم قريظة امرأة ألقت رَحاً على محمد بن سلمة ، ومن كان من هؤلاء الرجال المذكورين ذا رأى يعين به فى الحرب جاز قتله لأن دريد ابن الصمة قتل يوم حنين وهو شيخ لا قتال فيه وكانوا خرجوا به معهم يتيمنون به ويستعينون برأيه فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم قتله ولأن الرأى من أعظم المعونة فى الحرب وقد جاء عن معاوية أنه قال لمروان والأسود أمددتما عليا بقيس بن سعد وبرأيه ومكايدته فوالله لو أنكما أمددتماه بثمانية آلاف مقاتل ما كان بأغيظ لى من ذلك .

---

(١) سورة التوبة آية ٥   (٢) الهم : بكسر الهاء وتشديد الميم : الشيخ الفانى (ف) .

٧٦٢٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ومن قاتل من هؤلاء النساء والمشايخ والرهبان فى المعركة قتل ﴾

لا نعلم فيه خلافا ، وبهذا قال الأوزاعى والثورى والليث والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وقد جاء عن ابن عباس قال « مر النبى صلى الله عليه وسلم بامرأة مقتولة يوم الخندق فقال : من قتل هذه ؟ قال رجل أنا يا رسول الله قال : ولم ؟ قال نازعتنى قائم سيفى . قال[1] : فسكت . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم وقف على امرأة مقتولة فقال : ما بالها قتلت[2] وهى لا تقاتل » وهذا يدل على أنه إنما نهى عن قتل المرأة إذا لم تقاتل ولأن هؤلاء إنما لم يقتلوا لأنهم فى العادة لا يقاتلون .

٧٦٢٥ (فصــل)

فأما المريض فيقتل إذا كان ممن لو كان صحيحاً قاتل لأنه بمنزلة الإجهاز على الجريح إلا أن يكون مأيوساً من برئه فيكون بمنزلة الزمن لا يقتل لأنه لا يخاف منه أن يصير إلى حال يقاتل فيها .

٧٦٢٦ (فصــــل)

فأما الفلاح الذى لا يقاتل فينبغى أن لا يقتل لما روى عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه أنه قال « اتقوا الله فى الفلاحين الذين لا ينصبون لكم الحرب » وقال الأوزاعى لا يقتل الحراث إذا علم أنه ليس من المقاتلة وقال الشافعى يقتل إلا أن يؤدى الجزية لدخوله فى عموم المشركين .

ولنا : قول عمر و : إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقتلوهم حين فتحوا البلاد ولأنهم لا يقاتلون فأشبهوا الشيوخ والرهبان .

٧٦٢٧ (فصــــل)

إذا حاصر الإمام حصناً لزمته مصابرته ولا ينصرف عنه إلا بخصلة من خصال خمس .

أحدها : أن يسلموا فيحرزوا[3] بالإسلام دماءهم وأموالهم لقول النبى صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله . فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها » وإن أسلموا بعد الفتح عصموا دماءهم دون أموالهم ويرقون .

الثانية : أن يبذلوا مالا على الموادعة فيجوز قبوله منهم سواء أعطوه جملة أو جعلوه خراجا مستمراً يؤخذ منهم كل عام ، فإن كانوا ممن تقبل منهم الجزية فبذلوها لزمه قبولها منهم وحرم قتالهم لقول الله

(١) رواه الطبرانى كما فى مجمع الزوائد ج ٥ ص ٣١٦ وفى إسناده الحجاج بن أرطاة وهو مدلس (ف).
(٢) أخرجه أحمد عن رباح بن الربيع (ف) (٣) فى المخطوطة ١٨ : فيعصموا .

تعالى (حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ)[1] وإن بذلوا مالا على غير وجه الجزية فرأى المصلحة فى قبوله قبله ولا يلزمه قبوله إذا لم ير المصلحة فيه . الثالثة : أن يفتحه .

الرابعة : أن يرى المصلحة فى الانصراف عنه إما لضرر فى الإقامة وإما لليأس منه وإما لمصلحة ينتهزها تفوت بإقامته فينصرف عنه لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم حاصر أهل الطائف فلم ينل منهم شيئاً فقال : إنا قافلون إن شاء الله تعالى غداً فقال المسلمون أنرجع عنه ولم نفتحه ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اغدوا على القتال : فغدوا عليه فأصابهم الجراح فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنا قافلون غداً فأعجبهم فقفل رسول الله صلى الله عليه وسلم » متفق عليه .

الخامسة : أن ينزلوا على حكم حاكم فيجوز لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لما حاصر بنى قريظة رضُوا بأن ينزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم إلى ذلك والكلام فيه فى فصلين . أحدهما : صفة الحاكم . والثانى : صفة الحكم فيعتبر فيه سبعة شروط . أن يكون الحاكم حراً مسلماً عاقلا بالغاً ذكراً عدلا فقيهاً كما يشترط فى حاكم المسلمين. ويجوز أن يكون أعمى لأن عدم البصر لا يضر فى مسألتنا لأن المقصود رأيه. ومعرفة المصلحة فى أحد أقسام الحكم. ولا يضر عدم البصر فيه بخلاف القضاء فإنه لا يستغنى عن البصر ليعرف المدعى من المدعى عليه والشاهد من المشهود له والمشهود عليه والمقر له من المقر ويعتبر من الفقه ههنا ما يتعلق بهذا الحكم مما يجوز فيه ويعتبر له ونحو ذلك ولا يعتبر فقهه فى جميع الأحكام التى لا تعلق له بهذا ولهذا حكم سعد بن معاذ ولم يثبت أنه كان عالماً بجميع الأحكام وإذا حكموا رجلين جاز ويكون الحكم ما اتفقا عليه وإن جعلوا الحكم إلى رجل يعينه الإمام جاز لأنه لا يختار إلا من يصلح وإن نزلوا على حكم رجل منهم أو جعلوا التعيين إليهم لم يجز لأنهم ربما اختاروا من لا يصلح وإن عينوا رجلا يصلح فرضيه الإمام جاز لأن بنى قريظة رضوا بحكم سعد بن معاذ وعينوه فرضيه النبي صلى الله عليه وسلم وأجاز حكمه وقال « لقد حكمت فيهم بحكم الله » وإن مات من اتفقوا عليه فاتفقوا على غيره ممن يصلح قام مقامه ، وإن لم يتفقوا على من يقوم مقامه أو طلبوا حكماً لا يصلح رُدُّوا إلى مأمنهم وكانوا على الحصار حتى يتفقوا وكذلك إن رضوا باثنين فمات أحدهما فاتفقوا على من يقوم مقامه جاز وإلا ردوا إلى مأمنهم ، وكذلك إن رضوا بتحكيم من لم تجتمع الشرائط فيه ووافقهم الإمام عليه . ثم بان أنه لا يصلح لم يحكم ويردون إلى مأمنهم كما كانوا .

وأما صفة الحكم . فإن حكم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم نفذ حكمه ، لأن سعد بن معاذ حكم فى بنى قريظة بذلك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لقد[2] حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة » .

---

(١) سورة التوبة آية ٢٩

(٢) أخرجه البخارى ومسلم عن أبى سعيد بلفظ (قضيت بحكم الله) أما لفظ المغنى فهو من رواية ابن اسحق والأرقعة جمع رقيع وهو من أسماء السماء (ف)

وإن حكم بالمن على المقاتلة وسبي الذرية فقال القاضي ، يلزم حكمه ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الحكم إليه فيما يرى المصلحة فيه فكان له المن كالإمام في الأسير .

واختار أبو الخطاب أن حكمه لا يلزم ، لأن عليه أن يحكم بما فيه الحظ ، ولا حظ للمسلمين في المن ، وإن حكم بالمن على الذرية فينبغي ألا يجوز ،لأن الإمام لايملك المن على الذرية إذا سبوا ، فكذلك الحاكم . ويحتمل الجواز ، لأن هؤلاء لم يتعين السبي فيهم ، بخلاف من سبي ، فإنه يصير رقيقاً بنفس السبي ، وإن حكم عليهم بالفداء جاز ، لأن الإمام مخير في الأسرى بين القتل والفداء ، والاسترقاق والمن ، فكذلك الحاكم . وإن حكم عليهم بإعطاء الجزية لم يلزم حكمه ، لأن عقد الذمة عقد معاوضة ، فلا يثبت إلا بالتراضي ، ولذلك لا يملك الإمام إجبار الأسير على إعطاء الجزية .

وإن حكم بالقتل والسبي جاز للإمام المن على بعضهم . لأن ثابت بن قيس « سأل في الزُّبير ابن باطا من قريظة . وماله رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] فأجابه » : ويخالف مال الغنيمة إذا حازه المسلمون ، لأن ملكهم استقر عليه ، وإن أسلموا قبل الحكم عليهم عصموا دماءهم وأموالهم ، لأنهم أسلموا وهم أحرار ، وأموالهم لهم ، فلم يجز استرقاقهم ، بخلاف الأسير ، فإن الأسير قد ثبتت اليد عليه ، كما تثبت على الذرية ، ولذلك جاز استرقاقه .

---

(١) زاد في الشرح الكبير ح ١٠ ص ٤٢٤ « وأولاده » وقصته نقلها للفائدة من سيرة ابن هشام ج٢ ص ٢٤٢ أتى ثابت بن قيس بن الشماس الزبير بن باطا القرظي وكان قد من على ثابت في الجاهلية يوم بعاث ، أخذه فجز ناصيته ثم خلى سبيله فجاءه ثابت وهو شيخ كبير فقال : يا أبا عبد الرحمن، هل تعرفني ؟ قال : وهل يجهل مثلي مثلك قال : إني قد أردت أن أجزيك بيدك عندي قال :إن الكريم يجزي الكريم ثم أتى ثابت بن قيس رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنه قد كانت للزبير على منة وقد أحببت أن أجزيه بها فهب لي دمه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هو لك فأتاه فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد وهب لي دمك فهو لك قال : شيخ كبير لا أهل له ولا ولد فما يصنع بالحياة ؟ قال : فأتى ثابت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : بأبي أنت وأمي يا رسول الله . هب لي امرأته وولده قال : هم لك . قال : فأتاه فقال : قد وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم أهلك وولدك فهم لك قال : أهل بيت بالحجاز لامال لهم . فمابقاؤهم على ذلك ؟ فأتى ثابت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، ماله قال : هو لك فأتاه ثابت فقال : قد أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن مالك فهو لك قال . أي ثابت . مافعل الذي كأن وجهه مرآة صينية يتراءى فيها عذارى الحي ، كعب بن أسد ؟ قال : قتل قال : فما فعل سيد الحاضر والبادي حيي بن أخطب ؟ قال : قتل قال : فما فعل مقدمتنا إذا شددنا وحاميتنا إذا فررنا ، عزال بن سموءل ؟ قال : قتل ، قال : فما فعل المجلسان ؟ يعني بني كعب بن قريظة وبني عمرو بن قريظة قال : ذهبوا قتلوا ؟ قال فإني اسألك يا ثابت بيدي عندك إلا ألحقتني بالقوم فوالله مافي العيش بعد هؤلاء من خير . . . فقدمه ثابت فضرب عنقه . (ف)

وإن أسلموا بعد الحكم عليهم نظرت[1] فإن كان قد حكم عليهم بالقتل سقط ، لأن من أسلم فقد عصم دمه . ولم يجز استرقاقهم لأنهم أسلموا قبل استرقاقهم . قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز استرقاقهم ، كما لو أسلموا بعد الأسر ، ويكون المال على ما حكم فيه . وإن حكم بأن المال للمسلمين كان غنيمة لأنهم أخذوه بالقهر والحصر .

٧٦٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا خلى الأسير منا وحلف أن يبعث إليهم بشيء بعينه أو يعود إليهم فلم يقدر عليه لم يرجع إليهم ﴾

وجملته : أن الأسير إذا خلاه الكفار واستحلفوه على أن يبعث إليهم بفدائه أو يعود إليهم نظرت ، فإن أكرهوه بالعذاب لم يلزمه الوفاء لهم برجوع ولا فداء ، لأنه مكره ، فلم يلزمه ما أكره عليه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » . وإن لم يكره عليه وقدر على الفداء الذى التزمه لزمه أداؤه . وبهذا قال عطاء ، والحسن ، والزهرى ، والنخعى ، والثورى ، والأوزاعى . وقال الشافعى أيضاً : لا يلزمه ، لأنه حر لا يستحقون بدله .

ولنا : قول الله تعالى : « وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ[2] » . ولما صالح النبى صلى الله عليه وسلم أهل الحديبية على رد من جاءه مسلماً وَفَى لهم بذلك ، وقال : « إنا لا يصلح فى ديننا الغدر » ، ولأن فى الوفاء مصلحة للأسارى ، وفى الغدر مفسدة فى حقهم ، لأنهم لا يأمنون بعده ، والحاجة داعية إليه ، فلزمه الوفاء به كما يلزمه الوفاء بعقد الهدنة ، ولأنه عاهدهم على أداء مال ، فلزمه الوفاء به كثمن المبيع والمشروط فى عقد الهدنة فى موضع يجوز شرطه .

وما ذكروه باطل بما إذا شرط رد من جاءه مسلماً ، أو شرط لهم مالا فى عقد الهدنة : فأما إن عجز عن الفداء نظرنا ، فإن كان المفادى امرأة لم ترجع إليهم ، ولم يحل لها ذلك ، لقول الله تعالى : « فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ »[3] ولأن فى رجوعها تسليطاً لهم على وطئها حراماً ، وقد منع الله تعالى رسوله رد النساء إلى الكفار بعد صلحه على ردهن فى قصة الحديبية وفيها : « فجاء نسوة مؤمنات فنهاهم الله أن يردوهن » . رواه أبو داود وغيره . وإن كان رجلا ففيه روايتان :

إحداهما : لا يرجع أيضاً ، وهو قول الحسن ، والنخعى ، والثورى ، والشافعى ، لأن الرجوع إليهم معصية ، فلم يلزم بالشرط كما لو كان امرأة ، وكما لو شرط قتل مسلم أو شرب الخمر .

---

(١) فى المخطوطة ٢٩ : نظرنا . (٢) سورة النحل آية ٩١ . (٣) سورة الممتحنة آية ١٠ .

والثانية: يلزمه ، وهو قول عثمان ، والزهري ، والأوزاعي ، ومحمد بن سوقة ، لما ذكرنا في بعث الفداء ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قد عاهد قريشاً على رد من جاءه مسلماً ، ورد أبا بصير وقال : « إنا لا يصلح في ديننا الغدر » . وفارق رد المرأة ، فإن الله تعالى فرق بينهما في هـذا الحكم حين صالح النبي صلى الله عليه وسلم قريشاً على رد من جاء منهم مسلماً ، فأمضى الله ذلك في الرجال ، ونسخه في النساء ، وقد ذكرنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه . تقدمت .

٧٦٢٩ (فصـــل)

فإن أطلقوه وآمنوه صاروا في أمان منه ، لأن آمانهم له يقتضي سلامتهم منه ، فإن أمكنه المضي إلى دار الإسلام لزمه ، وإن تعذر عليه أقام ، وكان حكمه حكم من أسلم في دار الحرب ، فإن أخذ في الخروج فأدركوه وتبعوه قاتلهم . وبطل الأمان ، لأنهم طلبوا منه المقام وهو معصية ، فأما إن أطلقوه ولم يؤمنوه فله أن يأخذ منهم ماقدر عليه ، ويسرق ويهرب ، لأنه لم يؤمنهم ولم يؤمنوه ، وإن أطلقوه وشرطوا عليه المقام عندهم لزمه ماشرطوا عليه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون عند شروطهم » . وقال أصحاب الشافعي : « لا يلزمه . فأما إن أطلقوه على أنه رقيق لهم فقال أبو الخطاب : له أن يسرق ويهرب ويقتل ، لأن كونه رقيقاً حكم شرعي لا يثبت عليه بقوله ، ولو ثبت لم يقتض أماناً له منهم ، ولا له منه . وهذا مذهب الشافعي . وإن أحلفوه على هذا فإن كان مكرهاً على اليمين لم تنعقد يمينه ، وإن كان مختاراً حنث كفر عن يمينه ، ويحتمل أن تلزمه الإقامة على الرواية التي تلزمه الرجوع إليهم في المسألة الأولى ، وهو قول الليث .

٧٦٣٠ (فصـــل)

وإن اشترى الأسير شيئاً مختاراً أو اقترضه فالعقد صحيح ، ويلزمه الوفاء لهم ، لأنه عقد معاوضة ، فأشبه مالو فعله غير الأسير ، وإن كان مكرهاً لم يصح فإن أكرهوه على قبضه لم يضمنه ، ولكن عليه رده إليهم . إن كان باقياً ، لأنهم دفعوه إليه بحكم العقد ، وإن قبضه باختياره ضمنه ، لأنه قبضه عن عقد فاسد ، وإن باعه والعين قائمة لزمه ردها ، لأن العقد باطل ، وإن عدمت العين رد قيمتها .

٧٦٣١ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولا يحل لمسلم أن يهرب من كافرين ، ومباح له أن يهرب من ثلاثة ، فإن خشي الأسر قاتل حتى يقتل ﴾

وجملته : أنه إذا التقى المسلمون والكفار وجب الثبات وحرم الفرار ، بدليل قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفاً فَلَا تُوَلُّوهُمُ الْأَدْبَارَ »[1] الآية وقال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

(١) سورة الأنفال آية ١٥ .

آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللهَ كَثِيراً لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)[١] وذكر النبي صلى الله عليه وسلم الفرار يوم الزحف فعده من الكبائر .

وحكى عن الحسن والضحاك أن هذا كان يوم بدر خاصة ، ولا يجب فى غيرها ، والأمر مطلق ، وخبر النبي صلى الله عليه وسلم عام ، فلا يجوز التقييد والتخصيص إلا بدليل ، وإنما يجب الثبات بشرطين .

أحدهما : أن يكون الكفار لا يزيدون على ضعف المسلمين فإن زادوا عليه جاز الفرار ، لقول الله تعالى (الآنَ خَفَّفَ اللهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفاً فَإِنْ يَكُنْ مِنكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ)[٢] وهذا إن كان لفظه لفظ الخبر فهو أمر ، بدليل قوله : (الآنَ خَفَّفَ اللهُ عَنكُمْ)[٣] ولو كان خبراً على حقيقته لم يكن ردنا من غلبة الواحد للعشرة إلى غلبة الاثنين تخفيفاً . ولأن خبر الله تعالى صدق لا يقع بخلاف مخبره ، وقد علم أن الظفر والغلبة لا يحصل للمسلمين فى كل موطن يكون العدو فيه ضعف المسلمين ، فما دون ، فعلم أنه أمر وفرض ، ولم يأت شىء ينسخ هذه الآية لا فى كتاب ولا سنة ، فوجب الحكم بها ، قال ابن عباس : « نزلت (إِنْ يَكُنْ مِنكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ)[٤] فشق ذلك على المسلمين حين فرض الله عليهم ألا يفر واحد من عشرة . ثم جاء تخفيف فقال (الآنَ خَفَّفَ اللهُ عَنكُمْ - إلى قوله - يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ)[٥] فلما خفف الله عنهم من العدد نقص من الصبر بقدر ما خفف من العدد » . رواه أبو داود . وقال ابن عباس « من فر من اثنين فقد فر ، ومن فر من ثلاثة فما فر » .

والثانى : ألا يقصد بفراره التحيز إلى فئة ، ولا التحرف لقتال : فإن قصد أحد هذين فهو مباح له ، لأن الله تعالى قال : (إِلاَّ مُتَحَرِّفاً لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلَى فِئَةٍ)[٦] ومعنى التحرف للقتال أن ينحاز إلى موضع يكون القتال فيه أمكن ، مثل أن ينحاز من مواجهة الشمس أو الريح إلى استدبارهما ، أو من نزلة إلى علو ، أو من معطشة إلى موضع ماء ، أو يفر بين أيديهم لتنتقض[٧] صفوفهم ، أو تنفرد[٨] خيلهم من رجالتهم ، أو ليجد فيهم فرصة ، أو ليستند إلى جبل ، ونحو ذلك مما جرت به عادة أهل الحرب ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه « أنه كان يوماً فى خطبته إذ قال : ياسارية بن زنيم الجبل . ظلم الذئب من استرعاه الغنم . فأنكرها الناس . فقال على رضى الله عنه : دعوه . فلما نزل سألوه عما قال ، فلم يعترف به . وكان قد بعث سارية إلى ناحية العراق لغزوهم ، فلما قدم ذلك الجيش أخبروا أنهم لقوا عدوهم يوم جمعة فظهر عليهم ، فسمعوا صوت عمر ، فتحيزوا إلى الجبل فنجوا من عدوهم ، فانتصر عليهم » .

---

(١) سورة الأنفال آية ٤٥ (٢و٣) سورة الأنفال آية ٦٦ (٤) سورة الأنفال آية ٦٥

[٥] سورة الأنفال آية ٦٦ (٦) سورة الأنفال آية ١٦ (٧) فى المخطوطة ٣٩ : لنقض .

(٨) فى المخطوطة ٣٩ : لتتفرد .

وأما التحيز إلى فئة فهو : أن يصير إلى فئة من المسلمين ليكون معهم ، فيقوى بهم على عدوهم . وسواء بعدت المسافة أو قربت . قال القاضى : لو كانت الفئة بخراسان والفئة بالحجاز جاز التحيز إليها ، ونحوه ذكر الشافعى ، لأن ابن عمر روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إنى فئة لكم[١] » ، وكانوا بمكان بعيدامنه» . وقال عمر : «إنا فئة كل مسلم» وكان بالمدينة وجيوشه بمصر والشام والعراق وخراسان . رواهما سعيد . وقال عمر : « رحم الله أبا عبيد ، لو كان تحيز إلى لكنت له فئة » . وإذا خشى الأسر فالأولى له أن يقاتل حتى يقتل ولا يسلم نفسه للأسر ، لأنه يفوز بثواب الدرجة الرفيعة ، ويسلم من تحكم الكفار عليه بالتعذيب والاستخدام والفتنة . وإن استأسر جاز ، لما روى أبو هريرة : « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث عشرة عيناً[٢] . وأمر عليهم عاصم بن ثابت ، فنفرت إليهم هذيل بقريب من مائة رجل رام ، فلما أحس بهم عاصم وأصحابه لجأوا إلى فدفد[٣] فقالوا لهم : انزلوا فأعطونا بأيديكم ولكم العهد والميثاق أن لا نقتل منكم أحداً ، فقال عاصم : أما أنا فلا أنزل فى ذمة كافر ، فرموهم بالنَّبل ، فقتلوا عاصماً فى سبعة معه ، ونزل إليهم ثلاثة على العهد والميثاق ، منهم : خُبَيْبٌ ، وزيد بن الدَّثِنَةَ[٤] فلما استمكنوا منهم أطلقوا أوتار قِسِيِّهم فربطوهم بها » متفق عليه . فعاصم أخذ بالعزيمة ، وخبيب وزيد أخذا بالرخصة ، وكلهم محمود غير مذموم ولا ملوم .

٧٦٣٢ (فصـــل)

وإذا كان العدو أكثر من ضعف المسلمين . فغلب على ظن المسلمين الظفر . فالأولى لهم الثبات ، لما فى ذلك من المصلحة ، وإن انصرفو جاز ، لأنهم لا يأمنون العطب ، والحكم علق على مظنته ، وهو كونهم أقل من نصف عددهم ، ولذلك لزمهم الثبات إذا كانوا أكثر من النصف ، وإن غلب على ظنهم الهلاك فيه .

---

(١) أنا فئة المسلمين قاله الرسول لسرية عادت بعد أن كاد يحيط بها العدو فقالوا : نحن الكرارون فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لا بل أنتم العكارون فقبلوا يده فقال : أنا فئة للمسلمين . انظر الحديث ج٢ ص٤٣ من سنن أبى داود باب فى التولى يوم الزحف (ف)

(٢) يعنى طليعة للتعرف على حال العدو (جواسيس).

(٣) فد فد : بفاءين مفتوحتين ومهملتين الأولى ساكنة وهى الرابية المشرفة وعند أبى داود (فردد) قال ابن الأثير : هو الموضع المرتفع (ف)

(٤) الدثنة : بفتح الدال وكسر للثلثة وفتح النون كما فى إرشاد السارى شرح صحيح البخارى ج ٦ ص ٢٦٠ ومثله فى الفتح (ف)

ويحتمل أن يلزمهم الثبات إن غلب على ظنهم الظفر ، لما فيه من المصلحة ، وإن غلب على ظنهم الهلاك في الإقامة والنجاة في الانصراف فالأولى لهم الانصراف . وإن ثبتوا جاز ، لأن لهم غرضاً في الشهادة . ويجوز أن يغلبوا أيضاً ، وإن غلب على ظنهم الهلاك في الإقامة والانصراف فالأولى لهم الثبات ، لينالوا درجة الشهداء المقبلين على القتال محتسبين ، فيكونون أفضل من المولين ، ولأنه يجوز أن يغلبوا أيضاً فإن الله تعالى يقول : (كَمْ مِنْ فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ اللهِ وَاللهُ مَعَ الصَّابِرِينَ)[1] ولذلك صبر عاصم وأصحابه فقاتلوا حتى أكرمهم الله بالشهادة .

٧٦٣٣ (فصـــل)

فإن جاء العدو بلداً فلأهله التحصن منهم ، وإن كانوا أكثر من نصفهم ليلحقهم مدد أو قوة ، ولا يكون ذلك تولياً ولا فراراً ، إنما التولي بعد لقاء العدو ، وإن لقوهم خارج الحصن فلهم التحيز إلى الحصن ، لأنه بمنزلة التحرف للقتال أو التحيز إلى فئة . وإن غزوا فذهبت دوابهم فليس ذلك عذراً في الفرار ، لأن القتال ممكن للرجالة ، وإن تحيزوا إلى جبل ليقاتلوا فيه رجالة فلا بأس ، لأنه تحرف للقتال . وإن ذهب سلاحهم فتحيزوا إلى مكان يمكنهم القتال فيه بالحجارة والتستر بالشجر ونحوه أو لهم في التحيز إليه فائدة جاز .

٧٦٣٤ (فصـــل)

فإن ولى قوم قبل إحراز الغنيمة وأحرزها الباقون فلا شيء للفارين ، لأن إحرازها حصل بغيرهم ، فكان ملكها لمن أحرزها ، وإن ذكروا أنهم فروا متحيزين إلى فئة أو متحرفين للقتال فلا شيء لهم أيضاً لذلك ، وإن فروا بعد إحراز الغنيمة لم يسقط حقهم منها ، لأنهم ملكوا الغنيمة لحيازتها ، فلم يزل ملكهم عنها بفرارهم .

٧٦٣٥ (فصـــل)

وإذا ألقى الكفار ناراً في سفينة فيها مسلمون فاشتعلت فيها فما غلب على ظنهم السلامة فيه من بقائهم في مركبهم أو إلقاء نفوسهم في الماء فالأولى لهم فعله ، وإن استوى عندهم الأمران فقال أحمد : كيف شاء يصنع ، قال الأوزاعي : هما موتتان ، فاختر أيسرهما . وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : أنهم يلزمهم المقام ، لأنهم إذا رموا نفوسهم في الماء كان موتهم بفعلهم ، وإن أقاموا فموتهم بفعل غيرهم .

٧٦٣٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن آجر نفسه بعد أن غنموا على حفظ الغنيمة فمباح له ما أخذ إن كان راجلا أو على دابة يملكها ﴾

---

(١) سورة البقرة آية ٢٤٩

وجملته : أن الغنيمة إذا احتاجت إلى من يحفظها أو سوق الدواب التي هي منها أو يرعاها أو يحملها . فإن للإمام أن يستأجر من يفعل ذلك ، ويؤدي أجرتها منها ، لأن ذلك من مؤنتها ، فهو كعلف الدواب وطعام السبي ، ومن أجر نفسه على فعل شيء من ذلك فله أجرته مباحة ، لأنه أجر نفسه لفعل بالمسلمين إليه حاجة ، فحلت له أجرته ، كما لو أجر نفسه على الدلالة إلى الطريق . فأما قوله : إن كان راجلا ، أو على دابة يملكها ، فإنه يعني به : لا يركب من دواب المغنم ولا فرساً حبيساً .

قال أحمد : لا بأس أن يؤجر الرجل نفسه على دابته ، وكره أن يستأجر القوم على سياق الرمك[1] على فرس حبيس ، لأنه يستعمل الفرس الموقوفة للجهاد فيما يختص منفعة نفسه ، فإن أجر نفسه فركب الدابة الحبيس أو دابة من المغنم لم تطب له أجرة ، لأن المعين له على العمل يختص منفعة نفسه ، فلا يجوز أن يستعمل فيه دواب المغنم ، ولا دواب الحبيس . وينبغي أن يلزمه بقدر أجر الدابة ، يرد في الغنيمة إن كان من الغنيمة ، أو يصرف في نفقة دواب الحبيس إن كان الفرس حبيساً.

٧٦٣٦ (فصـــل)

فإن شرط في الإجارة ركوب دابة من الغنيمة فينبغي أن يجوز ، لأن ذلك بمنزلة أجرة تدفع إليه من المغنم ، ولو أجر نفسه بدابة من المغنم معينة صح . فإذا جعل أجره ركوبها كان أولى ، إلا أن يكون العمل مجهولا . فلا يجوز ، لأن من شرط صحة إجارتها كون عوضها معلوماً ، وإن شرط في الإجارة ركوب دابة من الحبيس لم يجز ، لأنها إنما حبست على الجهاد ،وليس هذا بجهاد إنما هو نفع لأهل الغنيمة.

٧٦٣٧ (فصـــل)

ولا يجوز الانتفاع من الغنيمة بركوب دابة منها ، ولا لبس ثوب من ثيابها . لما روى رويفع بن ثابت قال : « لا أقول لكم إلا ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم : يقول يوم خيبر : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوباً من فيء المسلمين حتى إذا أخلقه رده فيه » رواه أبو داود والأثرم . وعن رجل من بلقين قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بوادي القرى ، فقلت : ما تقول في الغنيمة ؟ فقال : « لله خمسها ، وأربعة أخماسها للجيش » . فقلت : فما أحد أولى به من أحد ؟ قال : « لا . ولا السهم تستخرجه من جنبك أنت أحق به من أخيك المسلم » . رواه الأثرم . ولأن الغنيمة مشتركة بين الغانمين وأهل الخمس فلم يجز لواحد الاختصاص بمنفعته كغيره من الأموال المشتركة . فإن دعت الحاجة إلى القتال بسلاحهم فلا بأس . قال أحمد : إذا كان أنكى فيهم أو خاف على نفسه فنعم .

(١) الرمك : واحده رمكة وهي الفرس والبرذونة تتخذ للنسل كما في القاموس ج ٣ ص ٣١٤ .

وذكر حديث سيف أبي جهل، وهو ماروى عبدالله بن مسعود قال: « انتهيت إلى أبي جهل يوم بدر، وقد ضربت رجله، فقلت: الحمد لله الذي أخزاك ياأبا جهل فأضربه[1] بسيف معي غير طائل، فوقع سيفه من يده، فأخذت سيفه فضربته به حتى برد » رواه الأثرم، وفي ركوب الفرس للجهاد روايتان.

إحداهما. يجوز كما يجوز في السلاح.

والثانية: لا يجوز، لأنها تتعرض للعطب غالباً، وقيمتها كثيرة، بخلاف السلاح.

٧٦٣٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن لقي علجاً فقال له: قف، أو ألق سلاحك فقد أمنه ﴾

قد تقدم الكلام فيمن يصح أمانه. ونذكر ههنا صفة الأمان. فالذي ورد به الشرع لفظتان: أجرتك، وأمنتك. لقول الله تعالى « وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ[2] ». وقال النبي صلى الله عليه وسلم: « قد أجرنا[3] من أجرت، وأمنا من أمنت ». وقال: « من دخل[4] دار أبي سفيان فهو آمن، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن ». وفي معنى ذلك إذا قال: لا تخف، لا تذهل، لا تخش، لا خوف عليك، لا بأس عليك.

وقد روى عن عمر أنه قال: « إذا قلتم: لا بأس، أو لا تذهل، أو مترس، فقد أمنتموهم فإن الله تعالى يعلم الألسنة ». وفي رواية أخرى: « إذا قال الرجل للرجل: لا تخف فقد أمنه، فإذا قال: لا تذهل فقد أمنه، فإن الله يعلم الألسنة »

وروى أن عمر قال للهرمزان: « تكلم ولا بأس عليك، فلما تكلم أمر عمر بقتله. فقال أنس بن مالك: ليس لك إلى ذلك سبيل، قد أمنته، فقال عمر: كلا، فقال الزبير: قد قلت له: تكلم ولا بأس عليك، فدرأ عنه عمر القتل ». رواه سعيد وغيره، وهذا كله لا نعلم فيه خلافا، فأما إن قال له: قم، أو قف، أو ألق سلاحك، فقال أصحابنا: هو أمان أيضاً، لأن الكافر يعتقد هذا أماناً، فأشبه قوله أمنتك.

وقال الأوزاعي: إن ادعى الكافر أنه أمن، أو قال: إنما وقفت لندائك، فهو آمن فإن لم يدّع ذلك فلا يقبل، ويحتمل أن هذا ليس بأمان، لأن لفظه لا يشعر به، وهو يستعمل للإرهاب والتخويف، فلم يكن أماناً، لقوله لا قتلتك لكن يرجع إلى القائل، فإن قال. نويت به الأمان فهو أمان، وإن قال:

---

(١) في المخطوطة ١٨ فضربته. (٢) سورة التوبة آية ٦

(٣) (قد أجرنا من أجرت) أخرجه الشيخان عن أم هانيء بنت أبي طالب ولفظ المغني أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٧٧ (ف) (٤) أخرجه أحمد ومسلم عن أبي هريرة (ف)

لم أرد أمانه نظرنا فى الكافر ، فإن قال : اعتقدته أمانا رد إلى مأمنه ، ولم يجز قتله ، وإن لم يعتقده أماناً فليس بأمان ، كما لو أشار إليهم بما اعتقدوه أماناً .

٧٦٣٩ (فصـــل)

فإن أشار المسلم إليهم بما يرونه أماناً ، وقال : أردت به الأمان ، فهو أمان ، وإن قال : لم أرد به الأمان فالقول قوله ، لأنه أعلم بنيته ، فإن خرج الكفار من حصنهم بناء على هذه الإشارة لم يجز قتلهم ، ولكن يردون إلى مأمنهم .

وقال عمر رضى الله عنه : « والله لو أن أحدكم أشار بأصبعه إلى السماء إلى مشرك فنزل بأمانه فقتله لقتلته به » . رواه سعيد ، وإن مات المسلم أو غاب فإنهم يردون إلى مأمنهم . وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وابن المنذر . فإن قيل : وكيف صححتم الأمان بالإشارة مع القدرة على النطق بخلاف البيع والطلاق والعتق ؟ قلنا : تغليباً لحقن الدم ، كما حقن دم من له شبهة كتاب تغليباً لحقن دمه ، ولأن الكفار فى الغالب يفهمون كلام المسلمين ، والمسلمون لا يفهمون كلامهم ، فدعت الحاجة إلى التكليم بالإشارة بخلاف غيره .

٧٦٤٠ (فصـــل)

إذا سبيت كافرة فجاء ابنها يطلبها وقال : إن عندى أسيراً مسلماً فاطلقوها حتى أحضره ، فقال الإمام : أحضره ، فأحضره ، لزم إطلاقها ، لأن المفهوم من هذا إجابته إلى ماسأل . وإن قال الإمام : لم أرد إجابته لم يجبر على ترك أسيره ، ورد إلى مأمنه ، وقال أصحاب الشافعى : يطلق الأسير ، ولا تطلق المشركة ، لأن المسلم حر ، لا يجوز أن يكون ثمناً لمملوكة ، ويقال له : إن اخترت شراءها فائت بثمنها .

ولنا : أن هذا يفهم منه الشرط ، فيجب الوفاء به ، كما لو صرح به ، ولأن الكافر فهم منه ذلك ، وبنى عليه ، فأشبه مالو فهم الأمان من الإشارة ، وقولهم : إن الحر لا يكون ثمن مملوكة ، قلنا : لكن يصح أن يفادى بها ، فقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأسيرة التى أخذها من سلمة بن الأكوع[1] رجلين من المسلمين ، وفادى رجلين[2] من المسلمين بأسير من الكفار ، ووفى لهم[3] برد من جاءه مسلما ، وقال : « إنه لا يصلح فى ديننا الغدر » ، وإن كان رد المسلم إليهم ليس بحق لهم ، ولأنه التزم إطلاقها فلزمه ذلك لقوله عليه السلام « المسلمون[4] على شروطهم » وقوله « إنه لا يصلح فى ديننا الغدر » .

---

(١) فى سنن أبى داود ج ٢ ص٥٩ «فقال لى : ياسلمة هب لى المرأة لله أبوك . فقلت يارسول الله والله ما كشفت لها ثوبا وهى لك فبعث بها إلى أهل مكة وفى أيديهم أسرى ففداهم بتلك المرأة » .

(٢) رواه أحمد والترمذى وصححه عن عمران بن حصين (ف)

(٣) ورد (أبا بصير) كما فى صحيح البخارى (ف) (٤) سبق تخريجه (ف)

٧٦٤١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده لم يقطع ﴾

يعنى إذا كان السارق بعض الغانمين أو أباه أو سيده فلا قطع عليه ، لأن له شبهة وهو حقه المتعلق بها فيكون ذلك مانعاً من قطعه ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، فأشبه مالو سرق من مال مشترك بينه وبين غيره ، وهكذا إن كان لابنه وإن علا ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وزاد أبو حنفية : إذا كان لذى رحم محرم منه فيها حق لم يقطع ، وهو مبنى على أنه لا يقطع بسرقة مالهم ، وقد سبق الكلام فى هذا . ولو كان لأحد الزوجين فيها حق فسرق منها الآخر لم يقطع عند من لا يرى أن أحدهما يقطع بسرقة مال الآخر وقد سبق ذكر هذا .

٧٦٤٢ (فصــل)

والسارق من الغنيمة غير الغالّ ، فلا يجرى مجراه فى إحراق رحله ، ولا يجرى الغال مجرى السارق فى قطع يده . وذكر بعض أصحابنا أن السارق يحرق رحله ، لأنه فى معنى الغال ، ولأنه لما درىء عنه الحد وجب أن يشرع فى حقه عقوبة أخرى ، كسارق الثمر يغرم مثلى ما سرق .

ولنا : أن هذا لا يقع عليه اسم الغال حقيقة ، ولا هو فى معناه ، لأن الغلول يـكثر لـكونه أخذ مال لا حافظ له ، ولا يطلع عليه غالباً ، فيحتاج إلى زاجر عنه ، وليس كذلك السرقة ، فإنها أخذ مال محفوظ ، فالحاجة إلى الزجر عنه أقل .

٧٦٤٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن وطىء جارية قبل أن يقسم أدب ، ولم يبلغ به حد الزانى ، وأخذ منه مهر مثلها ، فطرح فى المقسم ، إلا أن تلد منه فتكون عليه قيمتها ﴾

يعنى إذا كان الواطىء من الغانمين ، أو ممن لولده فيها حق ، فلا حدّ عليه ، لأن الملك يثبت للغانمين فى الغنيمة ، فيكون للواطىء حق فى هذه الجارية ، وإن كان قليلا فيدرأ عنه الحـد للشبهة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك ، وأبو ثور: عليه الحد لقول الله تعالى(الزّانِيَة والزّانى فَاجْلِدُوا كل واحدٍ منهُما مائة جَلْدَة[1]) وهذا زان ، ولأنه وطىء فى غير ملك عامداً عالما بالتحريم ،فلزمه الحد كما لو وطىء جارية غيره . وقال الأوزاعى : كل من سلف من علمائنا يقول:عليه أدنى الحدين ، مائة جلدة ، ومنع بعض الفقهاء ثبوت الملك فى الغنيمة ، وقال . إنما يثبت بالأخبار بدليل أن أحدهم لو قال : أسقطت حقى سقط ، ولو ثبت ملـكه لم يزل بذلك كالوارث .

(١) سورة النور آية ٢

ولنا : أن له فيها شبهة الملك ، فلم يجب عليه الحد كوطء الجارية المشتركة ، والآية مخصوصة بوطء الجارية المشتركة ، وجارية ابنه ، فنقيس عليه هذا ؟ ومنع الملك لا يصح ، لأن ملك الكفار قد زال ، ولا يزول إلا إلى مالك ، ولأنه تصح قسمته ، ويملك الغانمون طلب قسمتها ، فأشبهت مال الوارث إنما كثر الغانمون فقل نصيب الواطىء ، ولم يستقر فى شىء بعينه ، وكان للإمام تعيين نصيب كل واحد بغير اختياره فلذلك جاز أن يسقط بالإسقاط ، بخلاف الميراث ، وضعف الملك لا يخرجه عن كونه شبهه فى الحد الذى يدرأ بالشبهات ، ولهذا يسقط الحد بأدنى شىء ، وإن لم يكن حقيقة الملك فهو شبهة ، إذا ثبت هذا فإنه يعزر ولا يبلغ بالتعزير الحد على ما أسلفناه ، ويؤخذ منه مهر مثلها فيطرح فى المقسم ، وبهذا قال الشافعى .

وقال القاضى : إنه يسقط عنه من المهر قدر حصته منها ، ويجب عليه بقيته كما لو وطىء جارية مشتركة بينه وبين غيره ، وليس بصحيح ، لأننا إذا أسقطنا عنه حصته وأخذنا الباقى فطرحناه فى المغنم ثم قسمناه على الجميع وهو فيهم عاد إليه سهم من حصة غيره ، ولأن قدر حصته قد لا تمكن معرفته لقلة المهر وكثرة الغانمين ثم إذا أخذناه فإن قسمناه مفرداً على من سواه لم يمكن ، وإن خلطناه ببقية الغنيمة ثم قسمناه على الجميع أخذ سهماً مما ليس له فيه حق .

إذا ثبت هذا فإن ولدت منه فالولد حر يلحقه نسبه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة هو رقيق لا يلحقه نسبه ، لأن الغانمين إنما يملكون بالقسمة ، وقد صادف وطؤه غير ملكه .

ولنا : أنه وطء سقط فيه الحد بشبهه الملك فيلحق فيه النسب كوطء جارية ابنه وما ذكروه غير مسلم ثم يبطل بوطء جارية ابنه ، ويفارق الزنا ، فإنه يوجب الحد ، وإذا ثبت هذا فإن الأمة تصير أم ولد له فى الحال ، وقال الشافعى . لا تصير أم ولد فى الحال ، لأنها ليست ملكا له ، فإذا ملكها بعد ذلك فهل تصير أم ولد فيها قولان .

ولنا : أنه وطء يلحق به النسب لشبهة الملك ، فتصير به أم ولد كوطء جارية ابنه ويبطل ما ذكروه بجارية الابن ، ولا نسلم ما ذكروه ، فإنا قد بينا أن الملك يثبت فى الغنيمة بمجرد الاغتنام ، وعليه قيمتها تطرح فى المغنم ، لأنه فوتها عليهم ، وأخرجها من الغنيمة بفعله ، فلزمته قيمتها كما لو قتلها ، فإن كان معسراً كان فى ذمته قيمتها . وقال القاضى : إذا كان معسراً حسب قدر حصته من الغنيمة فصارت أم ولد وباقيها رقيق للغانمين ، لأن كونها أم ولد إنما يثبت بالسراية فى ملك غيره ، فلم يسر فى حق المعسكر كالإعتاق .

ولنا : أنه استيلاد جعل بعضها أم ولد ، فيجعل جميعها أم ولد كاستيلاد جارية الابن . وفارق العتق ، لأن الاستيلاد أقوى ، لكونه فعلا ، وينفذ من المجنون ، فأما قيمة الولد فقال أبو بكر : فيها روايتان .

إحداهما : تلزمه قيمته حين وضعه ، تطرح فى المغنم ، لأنه فوت رقه ، فأشبه ولد المغرور .

والثانية : لا تلزمه ، لأنه ملكها حين علقت ، ولم يثبت ملك الغانمين فى الولد بحال فأشبه ولد الأب من جارية ابنه إذا وطئها ولأنه يعتق حين علوقه ، ولا قيمة له حينئذ . وقال القاضى : إذا صار نصفها أم ولد يكون الولد كله حراً ، وعليه قيمة نصفه .

٧٦٤٤ (فصـــــل)

إذا كان فى الغنيمة من يعتق على بعض الغانمين نظرت . فإن كان رجلا لم يعتق ، لأن العباس عم النبى صلى الله عليه وسلم وعم على ، وعقيلا أخا على كانا فى أسرى بدر ، فلم يعتقا عليهما ، ولأن الرجل لا يصير رقيقاً بنفس السبى ، وإن استرق أو كان الأسير امرأة أو صبياً عتق عليه قدر نصيبه ، وسرى إلى باقيه إن كان موسراً وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ملكه منه .

وقال الشافعى : لا يعتق منه شىء ، وهذا مقتضى قول أبى حنيفة ، لأنه لا يملك بمجرد الاغتنام ، ولو ملك لم يتعين ملكه فيه ، وإن قسمه وجعله فى نصيبه واختار تملكه عتق عليه وإلا فلا ، وإن جعل له بعضه فاختار تملكه عتق عليه ، وقوم عليه الباقى .

ولنا : ما بيناه من أن الملك يثبت للغانمين لكون الاستيلاء التام وجد منهم ، وهو سبب للملك ، ولأن ملك الكفار قد زال ، ولا يزال إلا إلى المسلمين .

٧٦٤٥ (فصـــــل)

وإن أعتق بعض الغانمين عبداً من الغنيمة قبل القسمة فإن كان ممن لم يثبت فيه الرق كالرجل قبل استرقاقه لم يعتق لما ذكرناه قبل ، وإن كان رقيقاً كالمرأة والصبى عتق عليه قدر حصته ، وسرى إلى باقيه إن كان موسراً ، وعليه قيمة باقيه تطرح فى المقسم ، وإن كان معسراً عتق عليه قدر ملكه من الغنيمة ، لأنه موسر بقدر حصته من الغنيمة فإن كان بقدر حقه من الغنيمة عتق ولم يأخذ شيئاً ، وإن كان دون حقه أخذ باقى حقه ، وإن كان أكثر من حقه لم يعتق إلا قدر حقه ، فإن أعتق عبداً ثانياً وفضل من حقه عن الأول شىء عتق بقدره من الثانى ، وإن لم يفضل شىء لم يعتق من الثانى شىء .

٧٦٤٦ (فصـــــل)

ويكره نقل رءوس المشركين من بلد إلى بلد ، والمثلة بقتلاهم ، وتعذيبهم لما روى سمرة بن جندب[1]

---

(١) ومثله عن جرير بن عبد الله . انظر منحة المعبود ١ / ٢٣٧.

قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يحثنا على الصدقة ، وينهانا عن المثلة . وعن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن أعف الناس قتلة أهل الإيمان » رواهما أبو داود .

وعن شداد بن أوس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح » . رواه النسائي . وعن عبد الله بن عامر أنه قدم على أبي بكر الصديق برأس البطريق فأنكر ذلك ، فقال : يا خليفة رسول الله فإنهم يفعلون ذلك بنا، قال: فاستنان بفارس والروم ؟ لا يحمل إلى رأس ، فإنما يكفي الكتاب والخبر .

وقال الزهري : لم يحمل إلى النبي صلى الله عليه وسلم رأس قط . وحمل إلى أبي بكر رأس فأنكره ، وأول من حملت إليه الرءوس عبد الله بن الزبير ، ويكره رميها في المنجنيق ، نص عليه أحمد . وإن فعلوا ذلك لمصلحة جاز لما روينا « أن عمرو بن العاص حين حاصر الاسكندرية ظفر أهلها برجل من المسلمين فأخذوا رأسه فجاء قومه عمراً مغضبين فقال لهم عمرو : خذوا رجلا منهم فاقطعوا رأسه ، فارموا به إليهم . في المنجنيق ، ففعلوا ذلك ، فرمى أهل الاسكندرية رأس المسلم إلى قومه » .

٧٦٤٧ (فصـــــل)

يجوز قبول هدية الكفار من أهل الحرب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قبل هدية المقوقس صاحب مصر ، فإن كان ذلك في حال الغزو فقال أبو الخطاب : ما أهداه المشركون لأمير الجيش أو لبعض قواده فهو غنيمة ، لأنه لا يفعل ذلك إلا لخوفه من المسلمين . فظاهر هذا أن ما أهدى لآحاد الرعية فهو له ، وقال القاضي : هو غنيمة أيضاً ، وإن كان من دار الحرب إلى دار الإسلام فهو لمن أهدى له ، سواء كان الإمام أو غيره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « قبل الهدية » ، فكانت له دون غيره ، وهذا قول الشافعي ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : هو للمهدى له بكل حال ، لأنه خص بها أشبه إذا كان في دار الإسلام وحكي ذلك رواية عن أحمد .

ولنا : أنه أخذ ذلك بظهر الجيش أشبه ما لو أخذه قهراً ، ولأنه إذا أهدى للإمام أو الأمير فالظاهر أنه يداري عن نفسه به ، فأشبه ما أخذ منه قهراً ، وأما إن أهدى لآحاد المسلمين فلم يقصد به ذلك في الظاهر لعدم الخوف منه فيكون له كما لو أهدى إليه في دار الإسلام ، ويحتمل أن ينظر ، فإن كان بينهما مهاداة قبل ذلك فله ما أهدى إليه ، وإن تجدد ذلك بالدخول إلى دارهم فهو للمسلمين، كقولنا في الهدية إلى القاضي .

كتاب الجزية

وهى الوظيفة المأخوذة من الكافر لإقامته بدار الإسلام فى كل عام ، وهى فعلة من جزى يجزى ، إذا قضى.قال الله تعالى : « واتَّقُوا يَوْماً لاَ تَجْزِى نفسٌ عَنْ نفْسٍ شَيْئاً »[(١)] تقول العرب : جزيت دَيْني ، إذا قضيته . والأصل فيها الكتاب ، والسنة ، والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : (قَاتِلُوا الَّذِينَ لاَ يُؤْمِنونَ باللهِ وَلاَ باليَوْمِ الآخِرِ ولاَ يُحَرِّمُونَ ماحَرَّمَ اللهُ ورسُولهُ وَلا يَدِينُون دِينَ الحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أوتُوا الْكِتابَ حَتّى يُعْطُوا الجِزْيَةَ عَنْ يدٍ وَهُمْ صَاغِرُن)[(٢)] .

وأما السنة فما روى المغيرة بن شعبة « أنه قال لجند كسرى يوم نهاوند أمرنا نبينا رسول ربنا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده ، أو تؤدوا الجزية » . أخرجه البخارى . وعن بريدة أنه قال :كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أوصاه بتقوى الله تعالى فى خاصة نفسه وبمن معه من المسلمين خيراً وقال له : « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث : ادعهم إلى الإسلام ، فإن أجابوك فاقبل ، وكف عنهم ، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية ، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم »[(٣)] . فى أخبار كثيرة وأجمع المسلمون على جواز أخذ الجزية فى الجملة .

٧٦٤٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولاتقبل الجزية إلا من يهودى ، أو نصرانى ، أو مجوسى ، إذا كانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه ﴾

وجملته : أن الذين تقبل منهم الجزية صنفان : أهل كتاب ، ومن له شبهة كتاب ، فأهل الكتاب فاليهود والنصارى ، ومن دان بدينهم ، كالسامرة[(٤)] يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام

---

(١) سورة البقرة آية ٤٨ (٢) سورة التوبة آيه ٢٩

(٣) أخرجه أحمد ومسلم وابن ماجه والترمذى وصححه (ف).

(٤) السامرة : قوم يسكنون جبال بيت المقدس ويثبتون نبوة موسى وهارون ويوشع وأنكروا نبوة من بعدهم الانبياً واحداً ، ويتقشفون فى الطهارة أكثر من اليهود ، وقبلتهم جبل يقال له (غريزيم) بين بيت المقدس ونابلس (ف) .

وإنما خالفوهم فى فروع دينهم ، وفرق النصارى من اليعقوبية[١] ، والنسطورية[٢] ، والملكية[٣][٤] ، والفرنجية ، والروم ، والأرمن ، وغيرهم . ممن دان بالإنجيل ، وانتسب إلى عيسى عليه السلام ، والعمل بشريعته ، فكلهم من أهل الإنجيل ، ومن عدا هؤلاء من الكفار فليس من أهل الكتاب ، بدليل قول الله تعالى : (أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا[٥]) واختلف أهل العلم فى الصابئين فروى عن أحمد: أنهم جنس من النصارى . وقال فى موضع آخر: بلغنى أنهم يسبتون فهؤلاء إذا سبتوا[٦] فهم من اليهود .

وروى عن عمر أنه قال هم يسبتون ، وقال مجاهد هم بين اليهود والنصارى ، وقال السدى والربيع : هم من أهل الكتاب ، وتوقف الشافعى فى أمرهم . والصحيح أنه ينظر فيهم ، فإن كانوا يوافقون أحد أهل

---

(١) اليعقوبية : أصحاب يعقوب قالوا بالأقانيم الثلاثة . وقالوا إن الكلمة انقلبت لحماً ودماً فصار الإله وهو المسيح وهو الظاهر بجسده بل هو . هو وعن هؤلاء أخبرنا القرآن « لقد كفر الذين قالوا إن الله هو المسيح بن مريم » وهؤلاء يرون اختلاط روح البارى بدن المسيح كاختلاط الماء باللبن (ف) .

(٢) النسطورية : أصحاب نسطور الحكيم الذى ظهر فى زمان المأمون وتصرف فى الأناجيل برأيه قال : إن الله تعالى واحد ذو أقانيم ثلاثة : الوجود والعلم والحياة وهى ليست زائدة على الذات ولا هى هو واتحدت الكلمة بجسد عيسى لا على طريق الامتزاج كما قالت الملكانية ولا على طريق الظهورية كما قالت اليعقوبية ولكن كاشراق الشمس فى كوة على بلورة (ف)

(٣) الملكانية أصحاب ملكا الذى ظهر بأرض الروم قالوا ان الكلمة اتحدت بجسد المسيح وتدرعت بناسوته ويعنون بالكلمة أقنوم العلم ويعنون بروح القدس أقنوم الحياة ولايسمون العلم قبل تدرعه ابناً بل المسيح مع ماتدرع به ابن . انظر الملل والنحل للشهرستانى ج ٢ ص ٢٠٣ وفى شرح رسالة الحور العين ص ١٤٥ ، ١٤٦ « قالت اليعقوبية : إن الله لم يكن بجسم فتجسم ولم يكن فى مكان فصار فى مكان وهو المسيح . وقالت النسطورية: إن الله تعالى ثلاثة أقانيم وهو أقنوم واحد الأب والابن وروح القدس . . . كالشمس لها حر وضوء وذات وهى شىء واحد وأن اللاهوت وهو (الإله) اتخذ ناسوتا (وهو الإنسان) وقالت الملكانية : إن الله أقنوم واحد إلا أنه اسم لثلاثة معان الأب و لابن والجوهر والجوهر عندهم روح القدس ومعنى قولهم « أب وابن وجوهر : بدن وروح وكلام » (ف) .

(٤) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ : الملكانية (٥) سورة الأنعام آية ١٥٦ (٦) يمثلهم فى العصر الحديث جماعة « برج المراقبة » أو « شهود يهوه » وجماعة « الأدفنتست » فهم فى الظاهر مسيحيون . ولكنهم يسبتون بدعوى أنه لا يوجد دليل فى الإنجيل على إبطال السبت وقد غفلوا عن أن المسيح عليه السلام أحيا الميت (لعازر) يوم السبت فأبطله بالفعل . انظر للتعرف على سوء نوايا هذه الجماعات من منشوراتهم (الحق يحرركم — ليكن الله صادقاً)

الكتابين فى نبيهم وكتابهم فهم منهم ، وإن خالفوهم فى ذلك فليس[١] هم من أهل الكتاب[٢] .

ويروى عنهم أنهم يقولون : إن الفلك حى ناطق ، وأن الكواكب السبعة آلهة ، فإن كانوا كذلك فهم كعبدة الأوثان ، وأما أهل صحف إبراهيم وشيث وزبور داود فلا تقبل منهم الجزية ، لأنهم من غير الطائفتين ، ولأن هذه الصحف لم تكن فيها شرائع ، إنما هى مواعظ وأمثال ، كذلك وصف النبى صلى الله عليه وسلم صحف إبراهيم وزبور داود فى حديث أبى ذر .

وأما الذين لهم شبهة كتاب فهم المجوس ، فإنه يروى أنه كان لهم كتاب فرفع ، فصار لهم بذلك شبهة أوجبت حقن دمائهم ، وأخذ الجزية منهم ، ولم ينتهض فى إباحة نكاح نسائهم ولا ذبائحهم دليل ، هذا قول أكثر أهل العلم ، ونقل عن أبى ثور : أنهم من أهل الكتاب ، وتحل نساؤهم وذبائحهم ، لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : « أنا أعلم الناس بالمجوس كان لهم علم يعلمونه ، وكتاب يدرسونه ، وأن ملكهم سكر فوقع على بنته وأخته فاطلع عليه بعض أهل مملكته ، فلما صحا جاءوا يقيمون عليه الحد فامتنع منهم ، ودعى أهل مملكته ، وقال : أتعلمون ديناً خيراً من دين آدم ، وقد أنكح بنيه بناته ، فأنا على دين آدم . قال : فتابعه قوم ، وقاتلوا الذين يخالفونهم ، حتى قتلوهم ، فأصبحو وقد أسرى بكتابهم ، ورفع العلم الذى فى صدورهم ، فهم أهل كتاب . وقد أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر — وأراه قال : وعمر — منهم الجزية » . رواه الشافعى ، وسعيد ، وغيرهما ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » .

ولنا : قول الله تعالى (أَنْ تقولُوا إنماأُنزِلَ الكتابُ على طائفتين من قَبْلنا[٣]) والمجوس من غير الطائفتين وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » يدل على أنهم غيرهم ، وروى البخارى بإسناده عن بجالة[٤] أنه قال : ولم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس حتى حدثه عبد الرحمن بن عوف أن

---

(١) الأصح أن يقول « فليسوا » ففى النثر لا يجىء الضمير منفصلا إذا تأتى أن يجىء المتصل (ف) .

(٢) الواقع أنهم فى دخيلة أنفسهم يهود خلص ، ويدينون ظاهرا بالمسيحية لجذب أهلها إلى اليهودية ، ومن ثم للاعداد الفكرة الدولة العالمية لليهود . انظر مجلة برج المراقبة للكتاب المقدس والكراريس . الطبعة العربية . بروكلين بالولايات المتحدة الأمريكية . ومن هذه المجلة ومن منشوراتهم نرى منهجهم يبدأ من التعصب للمسيحية، ثم نقدها نقدا مراً باعتبارها ليست هى دين المسيح . ثم يعرجون من هذا على الناموس الموسوى وعلى أن المسيح لم يظهر بعد . وفى كتاب (الحق يحرركم) قالوا : إنه ظهر بالفعل عام ١٩١٩ م وهو بفلسطين يستقبل المؤمنين به . وهذه البذور بعينها هى ما نجده فى ترتيب طبقات المذهب الإسماعيلى الذى يدعى الإسلام . ومحافل البهائية والماسونية الملكية .

(٣) سورة الأنعام آية ١٥٦

(٤) بجالة بفتح الباء الموحدة والجيم المخففة واللام بعدها تاء تأنيث ابن عبدة بفتح العين والباء والدال وليس له =

رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر ، ولو كانوا أهل كتاب لما وقف عمر فى أخذ الجزية منهم ، مع أمر الله تعالى بأخذ الجزية من أهل الكتاب . وماذكروه هو الذى صار لهم به شبهة الكتاب . وقد قال أبو عبيد : لا أحسب ما رووه عن على فى هذا محفوظاً ، ولو كان له أصل لما حرم النبى صلى الله عليه وسلم نساءهم ، وهو كان أولى بعلم ذلك ، ويجوز أن يصح هذا مع تحريم نسائهم وذبائحهم ، لأن الكتاب المبيح لذلك هو الكتاب المنزل على إحدى الطائفتين ، وليس هؤلاء منهم ، ولأن كتابهم رفع ، فلم ينتهض للإباحة . ويثبت به حقن دمائهم .

وأما قول أبى ثور فى حل ذبائحهم ونسائهم فيخالف الإجماع ، فلا يلتفت إليه ، وقوله عليه السلام : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » فى أخذ الجزية منهم .

إذا ثبت هذا : فإن أخذ الجزية من أهل الكتاب والمجوس ثابت بالإجماع ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، فإن الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على ذلك ، وعمل به الخلفاء الراشدون ومن بعدهم إلى زمننا هذا من غير نكير ولا مخالف ، وبه يقول أهل العلم من أهل الحجاز ، والعراق ، والشام ، ومصر ، وغيرهم ، مع دلالة الكتاب على أخذ الجزية من أهل الكتاب ، ودلالة السنة على أخذ الجزية من المجوس بما روينا من قول المغيرة لأهل فارس : أمرنا نبينا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده ، أو تؤدوا الجزية . وحديث بريدة ، وعبد الرحمن بن عوف ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ، ولا فرق بين كونهم عجماً أو عرباً ، وبهذا قال مالك ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال أبو يوسف : لا تؤخذ الجزية من العرب ، لأنهم شرفوا بكونهم من رهط النبى صلى الله عليه وسلم .

ولنا : عموم الآية ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم « بعث خالد بن الوليد إلى دومة[1] الجَنْدَل ، فأخذ أُكَيْدِرَ[2] دومة فصالحه على الجزية وهو من العرب » . رواه أبو داود ، وأخذ الجزية من نصارى نجران وهم عرب وبعث معاذاً إلى اليمن فقال : إنك تأتى قوماً أهل كتاب » متفق عليه . وأمره أن يأخذ

= فى البخارى سوى هذا الحديث وقد كان كما فى البخارى كاتبا لجزء بن معاوية : وجزء بفتح الجيم وسكون الزاى بعدها همزة عند المحدثين ، وجزىء بكسر الزاى بعدها ياء تحتية ساكنة ثم همزة عند أهل النسب انظر القسطلانى ج ٥ ص ٢٣٠ وفى خلاصة الرجال ص ٥٤ سماه (حرب بن معاوية) — وقد روى بجالة عن عبد الرحمن ابن عوف وابن عباس وروى عنه قتادة وعمرو بن دينار وثقه أبو زرعة ، وروى حديثه هذا سنة سبعين كما فى البخارى وممن أخرج له مع البخارى أبو داود والترمذى والنسائى (ف) .

(١) دومة (بضم الدال وتفتح) من أعمال المدينة بينها وبينها خمس عشرة ليلة سميت بدومى بن اسماعيل كان نزلها (ف)

(٢) هو أكيدر بن عبد الملك رجل من كندة كان ملكا عليها نصرانيا(ف) .

من كل حالم ديناراً وكانوا عربا . قال ابن المنذر ولم يبلغنا أن قوماً من العجم كانوا سكانا باليمن حيث وجه معاذا . ولو كان لكان فى أمره أن يأخذ من جميعهم من كل حالم ديناراً دليل على أن العرب تؤخذ منهم الجزية وحديث بريدة فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأمر من بعثه على سرية أن يدعو عدوه إلى أداء الجزية ولم يخص بها عجمياً دون غيره وأكثر ما كان النبى صلى الله عليه وسلم يغزو العرب ، ولأن ذلك إجماع ، فإن عمر رضى الله عنه أراد الجزية من نصارى بنى تغلب ، فأبوا ذلك وسألوه أن يأخذ منهم مثلما يأخذ من المسلمين ، فأبى ذلك عليهم حتى لحقوا بالروم ، ثم صالحهم على ما يأخذه منهم عوضا عن الجزية ، فالمأخوذ منهم جزية غير أنه على غير صفة جزية غيرهم ، وما أنكر أخذ الجزية منهم أحد فكان ذلك إجماعا ، وقد ثبت بالقطع واليقين أن كثيراً من نصارى العرب ويهودهم كانوا فى عصر الصحابة فى بلاد الإسلام ، ولا يجوز إقرارهم فيها بغير جزية ، فثبت يقيناً أنهم أخذوا الجزية منهم ، وظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين من دخل فى دينهم قبل تبديل كتابهم أو بعده ، ولا بين أن يكون ابن كتابيين أو ابن وثنيين أو ابن كتابى ووثنى .

وقال أبو الخطاب : من دخل فى دينهم بعد تبديل كتابهم لم تقبل منه الجزية ، ومن ولد بين أبوين أحدهما تقبل منه الجزية ، والآخر لا تقبل منه ، فهل تقبل منه ؟ على وجهين . وهذا مذهب الشافعى .

ولنا : عموم النص فيهم ، ولأنهم من أهل دين تقبل من أهله الجزية فيقرون بها كغيرهم ، وإنما تقبل منهم الجزية إذا كانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه من بذل الجزية ، والتزام أحكام الملة ، لأن الله تعالى أمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية ، أى يلتزموا أداءها ، فما لم يوجد ذلك بقوا على إباحة دمائهم وأموالهم .

٧٦٤٩ (فصـــل)

ولا يجوز عقد الذمة المؤبدة إلا بشرطين .

أحدهما : أن يلتزموا إعطاء الجزية فى كل حول .

والثانى : التزام أحكام الإسلام ، وهو قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق ، أو ترك محرم ، لقول الله تعالى : «حَتَّى يعطُوا الجزيَةَ عن يَدٍ وهم صَاغِرون[1]» . وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث بريدة : « فادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » .

ولا تعتبر حقيقة الإعطاء ولا جريان الأحكام ، لأن إعطاء الجزية إنما يكون فى آخر الحول ، والكف عنهم فى ابتدائه عند البذل ، والمراد بقوله : (حتى يعطوا) أى يلتزموا الإعطاء ويجيبوا إلى بذله ، كقول الله تعالى «فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلاَةَ وَآتوا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ[2]» ، والمراد به التزام ذلك دون

---

(١) سورة التوبة آية ٢٩ (٢) سورية التوبة آية ٥

حقيقته . فإن الزكاة إنما يجب أداؤها عند الحلول ، لقوله عليه السلام : « لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول[1] »

٧٦٥٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن سواهم فالإسلام أو القتل ﴾

يعنى من سوى اليهود والنصارى والمجوس لا تقبل منهم الجزية ، ولا يقرون بها ، ولا يقبل منهم إلا الإسلام ، فإن لم يسلموا قتلوا ، هذا ظاهر مذهب أحمد ، وروى عنه الحسن بن ثواب : أنها تقبل من جميع الكفار ، إلا عبدة الأوثان من العرب ، لأن حديث بريدة يدل بعمومه على قبول الجزية من كل كافر ، إلا أنه خرج منه عبدة الأوثان من العرب لتغلظ كفرهم من وجهين .

أحدهما : دينهم .

والثانى : كونهم من رهط النبى صلى الله عليه وسلم .

وقال الشافعى: لاتقبل إلامن أهل الكتاب والمجوس ، لكن فى أهل الكتب غير اليهود والنصارى مثل أهل صحف إبراهيم وشيث وزابور[2] داود ، ومن تمسك بدين آدم وإدريس وجهان .

أحدهما: يقرون بالجزية ، لأنهم من أهل الكتاب ، فأشبهوا اليهود والنصارى ، وقال أبوحنيفة : تقبل من جميع الكفار إلا العرب ، لأنهم رهط النبى صلى الله عليه وسلم ، فلا يقرون على غير دينه ، وغيرهم يقر بالجزية ، لأنه يقر بالاسترقاق ، فأقروا بالجزية كالمجوس . وعن مالك : أنها تقبل من جميعهم إلا مشركى قريش ، لأنهم ارتدوا ، وعن الأوزاعى وسعيد بن عبدالعزيز : أنها تقبل من جميعهم ، وهو قول عبدالرحمن ابن يزيد بن جابر ، لحديث بريدة ، ولأنه كافر فيقر بالجزية كأهل الكتاب .

ولنا قول الله تعالى : (فاقتلوا المشركينَ حيثُ وجدتمُوهم[3]) وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أمرت[4] أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلاالله ، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها » . وهذا عام خص منه أهل الكتاب بالآية ، والمجوس بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » . فمن عداهم من الكفار يبقى على قضية العموم ، وقد بينا أن أهل الصحف من غير أهل الكتاب المراد بالآية فيما تقدم .

---

(١) أخرجه ابن ماجه عن عائشة (ف) .

(٢) فى المخطوطة ١٨ : زبور داود .

(٤) سورة التوبة آية ٥ .

(٥) سبق تخرجه (ف).

٧٦٥١ (فصـــــل)

وإذا عقد الذمة لـكفار زعموا أنهم من أهل الـكتاب ثم تبين أنهم عبدة الأوثان ، فالعقد باطل من أصله ، وإن شكـكنا فيهم لم ينتقض عهدهم بالشك ، لأن الأصل صحته ، فإن أقر بعضهم بذلك دون بعض قبل من المقر فى نفسه فانتقض عهده وبقى فى حق من لم يقر بحاله .

٧٦٥٢ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ والمأخوذ منهم الجزية على ثلاث طبقات ، فيؤخذ من دونهم اثنا عشر درهما ، ومن أوسطهم أربعة وعشرون درهما ، ومن أيسرهم ثمانية وأربعون درهما ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين أحدهما : فى تقدير الجزية والثانى : فى كمية مقدارها .

٧٦٥٣ [الفصل الأول]

فأما الأول ففيه ثلاث روايات .

أحدها: أنها مقدرة بمقدار لا يزاد عليه . ولا ينقص منه ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فرضها مقدرة بقوله لمعاذ : « خذ من كل حالم ديناراً أو عد له معافر[1] » وفرضها عمر مقدرة بمحضر من الصحابة فلم ينـكر فـكان إجماعاً .

والثانية : أنها غير مقدرة ، بل يرجع فيها إلى اجتهاد الإمام فى الزيادة والنقصان ، قال الأثرم : قيل لأبى عبد الله : فيزاد اليوم فيه وينقص ؟ يعنى الجزية . قال : نعم يزاد فيه وينقص على قدر طاقتهم ، على قدر ما يرى الإمام ، وذكر أنه زيد عليهم فيما مضى درهمان ، فجعله خمسين . قال الخلال : العمل فى قول أبى عبد الله على مارواه الجماعة بأنه لا بأس للإمام أن يزيد فى ذلك وينقص على ما رواه عنه أصحابه عنه فى عشرة مواضع ، فاستقر قوله على ذلك .

وهذا قول الثورى ، وأبى عبيد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم « أمر معاذاً أن يأخذ من كل حالم ديناراً وصالح أهل نجران على ألفى حلة ، النصف فى صفر ، والنصف فى رجب » رواهما أبو داود ، وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات ، على الغنى ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير اثنا عشر درهما ، وصالح بنى تغلب على مثل ما على المسلمين من الزكاة ، وهذا يدل على أنها

---

(١) أخرجه أبو دواود والترمذى والنسائى والمعافر بالعين المهملة حى من همدان لاينصرف لما فيه من صيغة منتهى الجموع وإليهم تنسب الثياب المعافرية قال أبو داود ج ١ ص ٣٦٣ « المعافر : ثياب تـكون باليمن » وقد نشر (المغافر) بالغين المعجمة فى طبعة رشيد ج ١٠ ص ٥٧٥ والفقى جـ ٨ ص ٥٠٢ والمروى بالعين المهملة (ف) .

إلى رأى الإمام ، لولا ذلك لـكانت على قدر واحد فى جميع هـذه المواضع ، ولم يجز أن تختلف ،قال البخارى : قال ابن عيينه ، عن أبى نجيح : قلت لمجاهد : ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير ، وأهل اليمن عليهم دينار ؟ قال : جعل ذلك من أجل اليسار ، ولأنها عوض فلم تقدر كالأجرة .

والرواية الثالثة: أن أقلها مقدر بدينار، وأكثرها غير مقدر ،وهو اختيار أبى بكر ،فتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان ، لأن عمر زاد على ما فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقص منه ، وروى أنه زاد على ثمانية وأربعين ، فجعلها خمسين .

(الفصل الثانى)

أننا إذا قلنا بالرواية الأولى وأنها مقدرة فقدرها فى حق الموسر ثمانية وأربعون درهماً ، وفى حق المتوسط أربعة وعشرون ، وفى حق الفقير إثنا عشر ، وهذا قول أبى حنيفه . وقال مالك : هى فى حق الغنى أربعون درهماً ، أو أربعة دنانير ، وفى حق الفقير عشرة دراهم ، أو دينار . وروى ذلك عن عمر ، وقال الشافعى : الواجب دينار فى حق كل واحد ، لحديث معاذ « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً» ، رواه أبو داود وغيره ، إلا أن المستحب جعلها على ثلاث طبقات كما ذكرناه، لنخرج من الخلاف . قالوا : وقضاء النبى صلى الله عليه وسلم أولى بالاتباع من غيره .

ولنـا : حديث عمر رضى الله عنه ، وهو حديث لاشـك فى صحته وشهرته بين الصحابة رضى الله عنهم وغيرهم ، ولم ينـكره منـكر ، ولا خلاف فيه ، وعمل به من بعده من الخلفاء رضى الله عنهم ، فصار إجماعاً لا يجوز الخطأ عليه ، وقد وافق الشـافعى على استحباب العمل به ، وأما حديث معاذ فلا يخلو من وجهين .

أحدهما أنه فعل ذلك لغلبة الفقر عليهم ، بدليل قول مجاهد ، لأن ذلك من أجل اليسار .

والوجه الثانى أن يكون التقدير غير واجب ، بل هو موكول إلى اجتهاد الإمام ، ولأن الجزية وجبت صغاراً أو عقوبة ، فتختلف باختلاف أحوالهم كالعقوبة فى البدن ، منهم من يقتل ، ومنهم من يسترق ، ولا يصح كونها عوضا عن سكنى الدار ، لأنها لو كانت كذلك لوجبت على النساء ، والصبيان ، والزمنى ، والمـكافيف .

٧٦٥٤ (فصـــل)

وحد اليسار فى حقهم ماعده الناس غنى فى العادة ، وليس بمقدر ، لأن التقديرات بابها التوقيف ، ولا توقيف فى هذا ، فيرجع فيه إلى العادة والعرف .

٧٦٥٤ (فصـــل)

إذا بذلوا الجزية لزم قبولها ، وحرم قتالهم ، لقول الله تعالى (قاتلوا الذينَ لا يؤمنونَ باللهِ -إلى قوله- حتّى يعطُوا الجزيَةَ عن يَدٍ وهمْ صاغِرون) [١] فجعل إعطاء الجزية غاية لقتالهم ، فمتى بذلوها لم يجز قتالهم ، وقول النبي صلى الله وسلم : « فادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » ، وإن قلنا إن الجزية غير مقدرة الأكثر ، لم يحرم قتالهم حتى يجيبوا إلى بذل مالا يجوز طلب أكثر منه ، مما يحتمله حالهم .

٧٦٥٥ (فصـــل)

وتجب الجزية فى آخر كل حول . وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : تجب بأوله ويطالب بها عقيب العقد ، وتجب الثانية فى أول الحول الثانى ، لقول الله تعالى : (حتّى يعطُوا الجزْيَة) [٢] .

ولنا : أنه مال يتكرر بتكرر الحول أو يؤخذ فى آخر كل حول فلم يجب بأوله كالزكاة والدية . وأما الآية فالمراد بها التزام إعطائها دون نفس الإعطاء ، ولهذا يحرم قتالهم بمجرد بذلها قبل أخذها .

٧٦٥٦ (فصـــل)

وتؤخذ الجزية مما يسر [٣] من أموالهم ، ولا يتعين أخذها من ذهب ولا فضة ، نص عليه أحمد وهو قول الشافعى وأبى عبيد وغيرهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذ إلى اليمن « أمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عَدْلَه معافر » [٤]، وكان النبى صلى الله وسلم يأخذ من نصارى نجران ألفى حلة ، وكان عمر يؤتى بنعم كثيرة يأخذها من الجزية .

وروى عن على رضى الله عنه أنه كان يأخذ الجزية من كل ذى صنعة من متاعه من صاحب الإبر إبراً ، ومن صاحب المسال مسالا . ومن صاحب الحبال حبالا ، ثم يدعو الناس فيعطيهم الذهب والفضة ، فيقتسمونه ثم يقول : خذوا فاقتسموا ، فيقولون : لا حاجة لنا فيه ، فيقول : أخذتم خياره ، وتركتم شراره لتحملنه .

وإذا ثبت هذا : فإنه يؤخذ بالقيمة ، لقوله عليه السلام : « أو عَدْله معافر » [٥] .

---

(١) سورة التوبة آية ٢٩ . (٢) سورة التوبة آية ٢٩ .

(٣) فى المخطوطة١٨ : مما تيسر .

(٤) و (٥) عدله : بفتح العين وسكون الدال : ما يعادله ويساويه و (معافر) بالعين المهملة قد نشرت بالغين خطأ فى طبعة رشيد ج ١٠ ص ٥٧٨ وطبعة الفقى ج٨ ص ٥٠٤ . (ف) .

٧٦٥٧ (فصـــــل)

ولا يصح عقد الذمة والمدنة إلا من الإمام أو نائبه ، وبهذا قال الشافعى . ولا نعلم فيه خلافاً ، لأن ذلك يتعلق بنظر الإمام ، وما يراه من المصلحة ، ولأن عقد الذمة عقد مؤبد ، فلم يجز أن يفتات به على الإمام فإن فعله غير الإمام أو نائبه لم يصح ، ولـكن إن عقده على ما لا يجوز أن يطلب منهم أكثر منه لزم الإمام إجابتهم إليه ، وعقدها عليه .

٧٦٥٨ (فصـــــل)

ويجوز أن يشترط عليهم فى عقد الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين ، لما روى الإمام أحمد بإسناده عن الأحنف بن قيس ، أن عمر شرط عليهم ضيافة يوم وليلة ، وأن يصلحوا القناطر ، وإن قتل رجل من المسلمين بأرضهم فعليهم ديته ، قال ابن المنذر : وروى عن عمر أنه قضى على أهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين ثلاثة أيام وعلف دوابهم وما يصلحهم .

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم[1] ضرب على نصارى أيلة ثلثمائة دينار ، وكانوا ثلثمائة نفس فى كل سنة ، وأن يضيفوا من مر بهم من المسلمين ثلاثة أيام ، ولأن فى هذا ضرباً من المصلحة ، لأنهم ربما امتنعوا عن مبايعة المسلمين إضراراً بهم ، فإذا شرطت عليهم الضيافة أمن ذلك ، وإن لم نشرط الضيافة عليهم لم تجب ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى . ومن أصحابنا من قال : تجب بغير شرط لوجوبها على المسلمين ، والأول أصح ، لأنه أداء مال فلم يجب بغير رضاهم كالجزية ، فإن شرطها عليهم فامتنعوا من قبولها لم تعقد لهم الذمة . وقال الشافعى : لا يجوز قتالهم عليها .

ولنا : أنه شرط سائغ ، امتنعوا من قبوله ، فقوتلوا عليهم كالجزية .

٧٦٥٩ (فصـــــل)

ذكر القاضى أنه إن شرط الضيافة فإنه يبين أيام الضيافة وعدد من يضاف من الرَّجّالة والفرسان ، فيقول : تضيفون فى كل سنة أو مائة يوم عشرة من المسلمين ، من خبز كذا ، وأدم كذا ، وللفرس من التبن كذا ، ومن الشعير كذا ، فإن شرط الضيافة مطلقاً صح فى الظاهر ، ولأن عمر رضى الله عنه شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين من غير عدد ولا تقدير . قال أبو بكر : إذا أطلق مدة الضيافة فالواجب يوم وليلة ، لأن ذلك الواجب على المسلمين ، ولا يكلفون الذبيحة ولا ضيافتهم بأرفع من طعامهم ، لأنه يروى عن عمر أنه شكا إليه أهل الذمة أن المسلمين يكلفونهم الذبيحة ، قال : أطعموهم مما تأكلون . وقال الأوزاعى : ولا يكلفون الذبيحة ولا الشعير [للخيل] .

(١) أخرجه البيهقى من طريق الشافعى مرسلا (ف)

وقال القاضى : إذا وقع الشرط مطلقاً لم يلزمهم الشعير ، ويحتمل أن يلزمهم ذلك للخيل ، لأن العادة جارية به ، فهو كالخبز للرجل . وللمسلمين النزول فى الكنائس والبيع ، فإن عمر رضى الله عنه صالح أهل الشام على أن يوسعوا أبواب بيعهم وكنائسهم لمن يجتاز بهم من المسلمين ليدخلوها ركباناً ، فإن لم يجدوا مكاناً فلهم النزول فى الأفنية وفضول المنازل ، وليس لهم تحويل صاحب المنزل منه ، والسابق إلى منزل أحق به ممن يأتى بعده ، فإن امتنع بعضهم من القيام بما شرط عليه أجبر عليه ، فإن امتنع الجميع أجبروا ، فإن لم يمكن إلا بالمقاتلة قوتلوا ، فإن قاتلوا فقد نقضوا العهد .

٧٦٦٠ (فصـــل)

وتقسم الضيافة بينهم على قدر جزيتهم ، فإن جعل الضيافة مكان الجزية جاز ، لما روى أن عمر رضى الله عنه كتب فى الجاهلية لراهب من أهل الشام : إننى وليت هذه الأرض وأسقطت عنك خراجك ، فلما قدم الجابية وهو أمير المؤمنين جاءه بكتابه فعرفه ، وقال : إننى جعلت لك ما ليس لى ، ولكن اختر إن شئت أداء الخراج ، وإن شئت أن تضيف المسلمين ، فاختار الضيافة ، ويشترط عليه ضيافة يبلغ قدرها أقل الجزية ، إذا قلنا الجزية مقدرة الأقل ، لئلا ينقص خراجه عن أقل الجزية ، وذكر أن من الشروط الفاسدة اشتراط الاكتفاء بضيافتهم عن جزيتهم ، لأن الله تعالى أمر بقتالهم ممدوداً إلى أعطاء الجزية ، فإذا لم يعطها كان قتالهم مباحاً . ووجه الأول : أنه اشتراط مال يبلغ قدر الجزية فجاز كما لو شرط عليهم عدم الجزية معافر .

٧٦٦١ (فصـــل)

وإذا شرط فى عقد الذمة شرطاً فاسداً مثل أن يشترط ألا جزية عليهم ، أو إظهار المنكر ، أو إسكانهم الحجاز ، أو إدخالهم الحرم ، ونحو هذا . فقال القاضى : يفسد العقد به ، لأنه شرط فعل محرم ، فأفسد العقد كما لو شرط قتال المسلمين ، ويحتمل أن يفسد الشرط وحده ، ويصح العقد بناء على الشروط الفاسدة فى البيع والمضاربة .

٧٦٦٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا جزية على صبى ولا زائل العقل ولا إمرأة ﴾

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى هذا . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والشافعى ، وأبو ثور ، وقال ابن المنذر : ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . وقد دل على صحة هذا « أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد : أن اضربوا الجزية ، ولا تضربوها على النساء والصبيان ، ولا تضربوها إلا على من جرت عليه المواسى » رواه سعيد ، وأبو عبيد ، والأثرم ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم لمعاذ : « خذ من كل حالم ديناراً » دليـــل على أنها لا تجب على غير بالغ ، ولأن الدية تؤخذ لحقن الدم وهؤلاء دماؤهم محقونة بدونها .

٧٦٦٣ (فصـــل)

وإن بذلت المرأة الجزية أخبرت أنها لا جزية عليها ، فإن قالت : فأنا أتبرع بها ، أو أنا أؤديها قبلت منها ، ولم تكن جزية . بل هبة تلزم بالقبض ، فإن شرطته على نفسها ثم رجعت كان لها ذلك ، وإن بذلت الجزية لتصير إلى دار الإسلام مكنت من ذلك بغير شيء ، ولكن يشترط عليها التزام أحكام الإسلام وتعقد لها الذمة ، ولا يؤخذ منها شيء إلا أن تتبرع به بعد معرفتها أنه لا شيء عليها ، وإن أخذ منها شيء على غير ذلك رد إليها ، لأنها بذلته معتقدة أنه عليها ، وأن دمها لا يحقن إلا به ، فأشبه من أدى مالا إلى من يعتقد أنه له ، فتبين أنه ليس له .

ولو حاصر المسلمون حصناً ليس فيه إلا نساء ، فبذلن الجزية لتعقد لهن الذمة عقدت لهن بغير شيء . وحرم استرقاقهن كالتي قبلها سواء ، فإن كان في الحصن معهن رجال فسألوا الصلح لتكون الجزية على النساء والصبيان دون الرجال لم تصح . لأنهم جعلوها على غير من هي عليه ، وبرأوا من تجب عليه ، وإن بذلوا جزية عن الرجال ويؤدوا عن النساء والصبيان من أموالهم جاز ، وكان ذلك زيادة في جزيتهم ، وإن كان من أموال النساء والصبيان لم يجز ، لأنهم يجعلون الجزية على من لا تلزمه ، فإن كان القدر الذى بذلوه من أموالهم مما يجزىء في الجزية أخذ منهم وسقط الباقى .

٧٦٦٤ (فصـــل)

ومن بلغ من أولاد أهل الذمة أو أفاق من مجانينهم فهو من أهلها بالعقد الأول ، لا يحتاج إلى استئناف عقد له . وقال القاضى في موضع : هو مخير بين التزام العقد ، وبين أن يرد إلى مأمنه . فإن اختار الذمة عقدت له ، وإلا ألحق بمأمنه وهو قول الشافعى .

ولنا : أنه لم يأت عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من خلفائه تجديد العقد لهؤلاء ، ولأن العقد يكون مع سادتهم فيدخل فيه سائرهم ولأنه عقد عهد مع الكفار فلم يحتج إلى استئنافه لذلك كالهدنة، ولأن الصغار والمجانين دخلوا في العقد فلم يحتج إلى تجديده لهم عند تغير أحوالهم كغيرهم ، ولأنه عقد دخلوا فيه فيلزمهم بعد البلوغ والإفاقة كالإسلام .

إذا ثبت هذا فإن كان البلوغ والإفاقة في أول حول قومه أخذ منه في آخره معهم ، وإن كان في أثناء الحول أخذ منه عند تمام الحول بقسطه ، ولم يترك حتى يتم حوله ، لئلا يحتاج إلى إفراده بحول ، وضبط حول كل إنسان منهم ، وربما أفضى إلى أن يصير لكل واحد حول منفردا .

٧٦٦٥ (فصـــل)

ومن كان يجن ويفيق فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون جنونه غير مضبوط ، مثل من يفيق ساعة من يوم أو أيام أو يصرع ساعة من يوم أو أيام ، فهذا يعتبر حاله بالأغلب ، لأن مدة الإفاقة غير ممكن مراعاتها لتعذر ضبطها .

و [الحال] الثانى:أن يكون مضبوطاً، مثل من يجن يوما ويفيق يومين ، أو أقل من ذلك ، أو أكثر ، إلا أنه مضبوط ففيه وجهان .

أحدهما : يعتبر الأغلب من حاله ، وهذا مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأنه يجن ويفيق فيعتبر الأغلب من حاله كالأول ، والثانى : تلفق أيام إفاقته ، لأنه لو كان مفيقاً فى الكل وجبت الجزية ، فإذا وجدت الإفاقة فى بعض الحول وجب فيما يجب به لو انفرد ، فعلى هذا الوجه فى أخذ الجزية وجهان .

أحدهما : أن أيامه تلفق ، فإذا كملت حولا أخذت منه ، لأن أخذها قبل ذلك أخذ لجزيته قبل كمال الحول فلم يجز كالصحيح .

والثانى : يؤخذ منه فى آخر كل حول بقدر ما أفاق منه ، كما لو أفاق فى بعض الحول إفاقة مستمرة ، وإن كان يجن ثلث الحول ويفيق ثلثيه أو بالعكس ففيه الوجهان كما ذكرنا ، فإن استوت إفاقته وجنونه مثل من يجن يوما ويفيق يوما أو يجن نصف الحول ويفيق نصفه عادة لفقت إفاقته لأنه تعذر اعتبار الأغلب لعدمه فتعين الاحتمال الآخر .

الحال الثالث : أن يجن نصف حول ثم يفيق إفاقة مستمرة ، أو يفيق نصفه ثم يجن جنوناً مستمراً ، فلا جزية عليه فى الثانى ، وعليه فى الأول من الجزية بقدر ما أفاق من الحول ، على ما تقدم شرحه والله أعلم.

٧٦٦٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا على فقير ﴾

يعنى الفقير العاجز عن أدائها . وهذا أحـد أقوال الشافعى . وقال فى الآخرة يجب عليه ، لقوله عليه السلام :(١) « خذ من كل حالم ديناراً » ولأن دمه غير محقون ، فلا تسقط عنه الجزية كالقادر عليه .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات ، جعل أدناها على الفقير المعتمل فيدل على أن غير المعتمل لا شىء عليه ، ولأن الله تعالى قال: (لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ وُسْعَهَا) (٢) ولأن هذا مال يجب بحلول الحول ، فلا يلزم الفقير العاجز كالزكاة والعقل،ولأن الخراج ينقسم إلى خراج أرض وخراج رؤس ، ثم ثبت أن خراج الأرض على قدر طاقتها ، وما لا طاقة له لا شىء عليه ، كذلك خراج الرءوس، وأما الحديث فيتناول الأخذ ممن يمكن الأخذ منه ، ومن لا يمكن الأخـذ منه فالأخذ منه مستحيل فكيف يؤمر به ؟ .

(١) أخرجه أبو داود عن معاذ وقد سبق (ف) (٢) سورة البقرة آية ٢٦

٧٦٦٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولا شيخ فان ، ولا زمن ، ولا أعمى ﴾

هؤلاء الثلاثة ومن فى معناهم ممن به داء لا يستطيع معه القتال ولا يرجى برؤه لا جزية عليهم ، وهو قول أصحاب الرأى : وقال الشافعى فى أحد قوليه : عليهم الجزية بناء على قتلهم ، وقد سبق قولنا فى أنهم لا يقتلون ، فلا تجب عليهم الجزية كالنساء والصبيان .

٧٦٦٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولا على سيد عبد عن عبده إذا كان السيد مسلماً ﴾

لا خلاف فى هذا نعلمه ، لأنه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا جزية [1] على العبد » ، وعن ابن عمر مثله ، ولأن مالزم العبد إنما يؤديه سيده فيؤدى إيجابه على عبد المسلم إلى إيجاب الجزية على مسلم ، فأما إن كان العبد لكافر فالمنصوص عن أحمد أنه لا جزية عليه أيضاً ، وهو قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه لا جزية على العبد ، وذلك لما ذكر من الحديث، ولأنه محقون الدم ، فأشبه النساء والصبيان ، أو لا مال له فأشبه الفقير العاجز ، ويحتمل كلام الخرقى إيجاب الجزية عليه يؤديها سيده ، وروى ذلك أيضاً عن أحمد ، وروى عن عمر بن الخطاب ، أنه قال لا تشتروا رقيق أهل الذمة ، ولا مما فى أيديهم ، لأنهم أهل خراج يبيع بعضهم بعضاً ، ولا يقرن أحدكم بالصَّغار بعد إذ أنقذه الله منه .

قال أحمد : أراد أن يوفر الجزية ، لأن المسلم إذا اشتراه سقط عنه أداء ما يؤخذ منه ، والذمى يؤدى عنه وعن مملوكه خراج جماجمهم ، وروى عن على مثل حديث عمر ، ولأنه ذكر مكلف قوى مكتسب فوجبت عليه الجزية كالحر والأول أولى .

٧٦٦٩ (فصـــــل)

ومن بعضه حر فقياس المذهب أن عليه من الجزية بقدر مافيه من الحرية ، لأنه حكم يتجزأ يختلف بالرق والحرية ، فيقسم على قدر مافيه كالإرث .

٧٦٧٠ (فصـــــل)

ولا جزية على أهل الصوامع من الرهبان ، ويحتمل وجوبها عليهم ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وروى عن عمر بن عبد العزيز : أنه فرض على رهبان الديارات الجزية على كل راهب دينارين . ووجه ذلك عموم

(١) قال الحافظ فى تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٢٣ « ليس له أصل » (ف) .

النصوص ، ولأنه كافر صحيح قادر على أداء الجزية ، فأشبه الشماس . ووجه الأول : أنهم محقونون بدون الجزية ، فلم تجب عليهم كالنساء ، وقد ذكرنا أنه يحرم قتلهم والنصوص مخصوصة بالنساء ، وهؤلاء فى معناهن ، ولأنه لا كسب له فأشبه الفقير غير المعتمل .

٧٦٧١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن وجبت عليه الجزية فأسلم قبل أن تؤخذ منه سقطت عنه الجزية ﴾

وجملته أن الذمى إذا أسلم فى أثناء الحول لم تجب عليه الجزية ، وإن أسلم بعد الحول سقطت عنه . وهذا قول مالك ، والثورى ، وأبى عبيد ، وأصحاب الرأى . وقال الشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر : إن أسلم بعد الحول لم تسقط ، لأنها دين يستحقه صاحبه ، واستحق المطالبة به فى حال الكفر ، فلم يسقط بالإسلام كالخراج وسائر الديون . وللشافعى فيما إذا أسلم فى أثناء الحول قولان . أحدهما[1] : عليه من الجزية بالقسط كما لو أفاق بعد الحول[2] .

ولنا : قول الله تعالى : « قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ »[3] وروى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليس[4] على المسلم جزية » . رواه الخلال ، وذكر أن أحمد سئل عنه . فقال : ليس يرويه غير جرير . قال أحمد : وقد روى عن عمر أنه قال : إن أخذها فى كفه ثم أسلم ردها عليه ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا ينبغى للمسلم أن يؤدى الخراج » ، يعنى الجزية . وروى أن ذميا[5] أسلم فطولب بالجزية . وقيل : إنما أسلمت تعوذاً . قال : إن فى الإسلام معاذاً . فرفع إلى عمر ، فقال عمر : إن فى الإسلام معاذاً . وكتب ألا تؤخذ منه الجزية . رواه أبو عبيد بنحو من هذا المعنى . ولأن الجزية صغار ، فلا تؤخذ منه كما لو أسلم قبل الحول ، ولأن الجزية عقوبة تجب بسبب الكفر فيسقطها الإسلام كالقتل ، وبهذا فارق سائر الديون .

٧٦٧٢ (فصــل)

وإن مات الذمى بعد الحول لم تسقط الجزية عنه فى ظاهر كلام أحمد . ذكره أحمد . وهو مذهب

---

(١) القول الآخر سقوط الجزية — ويفهم مما سبق — وأساس القولين اختلاف قول الشافعى فى أن الجزية تجب بالعقد وتستقر بانقضاء الحول أوأنها تجب بانقضائه فعلى الأول لو أسلم فى أثناء الحول عليه من الجزية بالقسط وعلى الأخير تسقط(ف).

(٢) لم يذكر القول الثانى ، ولا يوجد فى الأصول المخطوطة التى معنا .

(٣) سورة الأنفال آية ٣٨

(٤) أخرجه أيضا أبو داود عن ابن عباس ح ٢ ص ١٥٢ (ف)

(٥) أخرجه أبو عبيد وابن زنجويه فى الأموال عن مسروق كما فى منتخب كنز العمال ج ٢ ص ٢٠٩ (ف).

الشافعى ، وحكى أبو الخطاب عن القاضى:أنها تسقط بالموت . وهو قول أبى حنيفة . ورواه أبو عبيد عن عمر بن عبد العزيز ، لأنها عقوبة ، فتسقط بالموت كالحدود ، ولأنها تسقط بالإسلام فتسقط بالموت . كما قبل الحول .

ولنا : أنه دين وجب عليه فى حياته فلم يسقط بموته كدبون الآدميين والحد يسقط بفوات محله وتعذر استيفائه بخلاف الجزية ، وفارق الإسلام ، فإنه الأصل ، والجزية بدل عنه ، فإذا أتى بالأصل استغنى عن البدل . كمن وجد الماء لا يحتاج معه إلى التيمم ، بخلاف الموت ، ولأن الإسلام قربة وطاعة يصلح أن يكون معاذاً ، من الجزية ، كما ذكر عمر رضى الله عنه والموت بخلافه ،

٧٦٧٣ (فصـــل)

ولا تتداخل الجزية بل إذا اجتمعت عليه جزية سنين استوفيت منه كلها . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : تتداخل ، لأنها عقوبة ، فتتداخل كالحدود . ولنا أنها حق مال يجب فى آخر كل حول فلم تتداخل كالدية .

٧٦٧٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا أعتق لزمته الجزية ، لما يستقبل ، سواء كان المعتق له مسلماً أو كافراً ﴾

هذا الصحيح عن أحمد . رواه عنه جماعة . وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز . وبه قال سفيان ، والليث ، وابن لهيعة ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد : يقر بغير جزية . وروى نحو هذا عن الشعبى ، لأن الولاء شعبة من الرق ، وهو ثابت عليه ، ووهّن الخلال هذه الرواية ، وقال : هذا قول قديم رجع عنه أحمد ، والعمل على مارواه الجماعة ، وعن مالك كقول الجماعة . وعنه : إن كان المعتق له مسلماً فلا جزية عليه لأن عليه الولاء لمسلم فأشبه ما لو كان عليه الرق .

ولنا أنه حر مكاف موسر من أهل القتل فلم يقر فى دارنا بغير جزية كالحر الأصلى ، فإذا ثبت هذا فإن حكمه فيما يستقبل من جزيته حكم من بلغ من صبيانهم أو أفاق من مجانينهم على مضى .

٧٦٧٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا تؤخذ الجزية من نصارى بنى تغلب ، وتؤخذ الزكاة من أموالهم ومواشيهم وثمرهم ، مثلى ما يؤخذ من المسلمين ﴾

بنو تغلب بن وائل من العرب من ربيعة بن نزار ، انتقلوا فى الجاهلية إلى النصرانية ، فدعاهم عمر إلى بذل الجزية . فأبوا وأنفوا ، وقالو : نحن عرب ، خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة . فقال عمر :

لا آخذ من مشرك صدقة ، فلحق بعضهم بالروم ، فقال النعمان بن زرعة : يا أمير المؤمنين ، إن القوم لهم بأس وشدة ، وهم عرب يأنفون من الجزية ، فلا تُعِنْ عليك عدوك بهم ، وخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، فبعث عمر فى طلبهم فردهم ، وضعَّف عليهم من الإبل من كل خمس شاتين ، ومن كل ثلاثين بقرة تبيعين ، ومن كل عشرين ديناراً ديناراً ، ومن كل مائتى درهم عشرة دراهم ، وفيما سقت السماء الخمس ، وفيما سقى بنضح أو غَرْب[1] أو دولاب العشر ، فاستقر ذلك من قول عمر ، ولم يخالفه أحد من الصحابة ، فصار إجماعا . وقال به الفقهاء بعد الصحابة : منهم ابن أبى ليلى ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعى . ويروى عن عمر بن عبد العزيز : أنه أبى على نصارى بنى تغلب إلا الجزية . وقال : لا والله إلا الجزية ، وإلا فقد آذنتكم بالحرب ، والحجة لهذا عموم الآية فيهم .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : لئن تفرغت لبنى تغلب ليكون لى فيهم رأى ، لأقتلن مقاتلتهم ، ولأسبين ذراريهم ،فقد نقضوا العهد وبرئت منهم الذمة حين نَصَّروا أولادهم . وذلك أن عمر رضى الله عنه صالحهم على أن لا يُنصَّروا أولادهم ، والعمل على الأول لما ذكرنا من الإجماع . وأما الآية فإن هذا المأخوذ منهم جزية باسم الصدقة فإن الجزية يجوز أخذها من العروض .

٧٦٧٦ (فصـــــل)

قال أصحابنا تؤخذ الصدقة مضاعفة من مال من تؤخذ منه الزكاة لو كان مسلماً ، وهذا قول أبى حنيفة ، وأبى عبيد ، وذكر أنه قول أهل الحجاز ، فعلى هذا تؤخذ من مال نسائهم وصبيانهم ومجانينهم وزمناهم ومكافيفهم وشيوخهم ، إلا أن أبا حنيفة لا يوجب الزكاة فى مال صبى ولا مجنون ، وكذا الواجب على بنى تغلب لا يجب فى مال صبى ولا مجنون إلا فى الأرض خاصة ، وذهب الشافعى إلى أن هذا جزية تؤخذ باسم الصدقة ، فلا تؤخذ ممن لا جزية عليه كالنساء والصبيان والمجانين . قال : وقد روى عن عمر أنه قال : هؤلاء حمقى رضوا بالمعنى وأَبَوْا الاسم .

وقال النعمان بن زرعة : خذ منهم الجزية باسم الصدقة ، ولأنهم أهل ذمة فكان الواجب عليهم جزية لا صدقة كغيرهم من أهل الذمة ، ولأنه مال يؤخذ من أهل الكتاب لحقن دمائهم ومساكنهم ، فكان جزية كما لو أخذ باسم الجزية ، يحققه أن الزكاة طهرة ، وهؤلاء لا طهرة لهم .

فعلى هذا يكون مصرف المأخوذ منهم مصرف الفىء لا مصرف الصدقات . وهذا أقيس ، واحتج أصحابنا بأنهم سألوا عمر أن يأخذ منهم ما يأخذ بعضكم من بعض ، فأجابهم عمر إليه بعد الامتناع منه ،

---

(٦) النضح مصدر يراد به الناضح وهو البعير يستقى عليه. الغرب بفتح الغين وسكون الراء : الدلو العظيمة (ف)

والذى يأخذه بعضنا من بعض هو الزكاة من كل مال زكوى ، لأى مسلم كان من صغير وكبير ، وصحيح ومريض ، كذلك المأخوذ من بنى تغلب ، ولأن نساءهم وصبيانهم صينوا عن السبى بهذا الصلح ، ودخلوا فى حكمه ، فجاز أن يدخلوا فى الواجب به كالرجال العقلاء .

وعلى هذا من كان منهم فقيرا أو له مال غير زكوى كالدور وثياب البذلة وعبيد الخدمة لا شيء عليه ، كما لا يجب ذلك على أهل الزكاة من المسلمين ، ولا تؤخذ مما لم يبلغ نصابا ، فأما مصرف المأخوذ منهم ، فاختار القاضى أن مصرفه مصرف الفيء ، لأنه مأخوذ من مشرك ولأنه جزية مسماة بالصدقة .

وقال أبو الخطاب: مصرفه[1] إلى أهل الصدقات، لأنه مسمى باسم الصدقة مسلوك به—فيمن يؤخذ منه — مسلك الصدقة فيكون مصرفه مصرفها ، والأول أقيس وأصح لأن معنى الشيء أخص به من اسمه ولهذا لو سمى رجل أسداً أو نمراً أو أسود أو أحمر لم يصر له حكم المسمى بذلك ، ولأن هذا لو كان صدقة على الحقيقة لجاز دفعها إلى فقراء من أخذت منهم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « أعلمهم[2] أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد فى فقرائهم » .

٧٦٧٧ (فصــــل)

فإن بذل التغلبى أداء الجزية وتحط عنه[3] الصدقة لم يقبل منه لأن الصلح وقع على هذا ، فلا يغير ، ويحتمل أن يقبل منه لقول الله تعالى « حَتّى يعطوا الجزْية عن يَدٍ » وهذا قد أعطى الجزية وإن كان باذل الجزية منهم حربياً قبلت منه للآية وخبر بريدة : « ادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم ، وكف عنهم » . ولأنه لم يدخل فى صلح الأولين ، فلم يلزمه حكمه وهو كتابى باذل للجزية ، فيحقن بها دمه ، وإن أراد إمام نقض صلحهم وتجديد الجزية عليهم كفعل عمر بن عبد العزيز لم يكن له ذلك لأن عقد الذمة على التأبيد ، وقد عقده معهم عمر بن الخطاب ، فلم يكن لغيره نقضه ماداموا على العهد .

٧٦٧٨ (فصــــل)

فأما سائر أهل الكتاب من النصارى واليهودى العرب وغيرهم فالجزية منهم مقبولة ، ولا يؤخذون بما يؤخذ به نصارى بنى تغلب . نص أحمد على هذا ، ورواه عن الزهرى . قال : ونذهب إلى أن يأخذ من مواشى بنى تغلب خاصة الصدقة ، ويضعف عليهم كما فعل عمر رضى الله عنه ، وذكر القاضى وأبو الخطاب

(١) فى المخطوطة ١٨ : يصرف .　　(٢) أخرجه الجماعة عن ابن عباس (ف) .

(٣) فى طبعة رشيد حـ ١٠ ص ٥٩٣ والفق جـ ٨ ص ٥١٥ (وتحط عند الصدقة) والصواب كما فى الشرح الكبير ص ٥٩٣ (وتحط عنه الصدقة) (ف) .

أن حكم من تنصر من تَنُوخ وَبَهراء ، أو تهود من كِنَانَة وحِمْير، أو تمجس من تَميم حكم بنى تغلب سواء، وذكر ذلك عن الشافعي ، نص عليه فى تنوخ وبهرا ، لأنهم من العرب ، فأشبهوا بنى تغلب .

ولنا : عموم قوله تعالى «حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون»،[1] وأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى اليمن فقال « خذ من كل حالم ديناراً » وهم عرب ، وقبل الجزية من أهل نجران ، وهم من بنى الحارث بن كعب — قال الزهرى : أول من أعطى الجزية أهل نجران ، وكانوا نصارى — وأخذ الجزية من أُكَيْدِرِ دُومَة ، وهو عربى ، وحكم الجزية ثابت بالكتاب والسنة فى كل كتابى ، عربياً كان أو غير عربى ، إلا ماخص به بنو تغلب ، لمصالحة عمر إياهم ، ففيما عداهم يبقى الحكم على عموم الكتاب ، وشواهد السنة ولم يكن بين غير تغلب وبين أحد من الأئمة صلح كصلح بنى تغلب فيما بلغنا ، ولا يصح قياس غير بنى تغلب عليهم لوجوه .

أحدها : أن قياس سائر العرب عليهم يخالف النصوص التى ذكرناها ، ولا يصح قياس المنصوص عليه على ماتلزم منه مخالفة النص.

والثانى : أن العلة فى بنى تغلب الصلح ولم يوجد الصلح مع غيرهم ، ولا يصح القياس مع تخلف العلة .

الثالث : أن بنى تغلب كانوا ذوى قوة وشوكة ، لحقوا بالروم وخيف منهم الضرر إن لم يصالحوا ، ولم يوجد هذا فى غيرهم ، فإن وجد هذا فى غيرهم فامتنعوا من أداء الجزية ، وخيف الضرر بترك مصالحتهم فرأى الإمام مصالحتهم على أداء الجزية باسم الصدقة جاز ذلك إذا كان المأخوذ منهم بقدر مايجب عليهم من الجزية أو زيادة . قال على بن سعيد : سمعت أحمد يقول : أهل الكتاب ليس عليهم فى مواشيهم صدقة، ولا فى أموالهم إنما تؤخذ منهم الجزية إلا أن يكونوا صولحوا على أن تؤخذ منهم كما صنع عمر فى نصارى بنى تغلب حين أضعف عليهم الصدقة فى صلحه إياهم ، وذكر هذا أبو إسحاق صاحب المهذب فى كتابه ، والحجة فى هذا قصة بنى تغلب ، وقياسهم عليهم إذا كانوا فى معناهم أما قياس من لم يصالح عليهم فى جعل جزيتهم صدقة فلا يصح والله أعلم .

٧٦٧٩ (فصــــل)

وإذا اتجر نصرانى تغلبى فمر بالعاشر فقال أحمد : يؤخذ منه العشر ضعف ما يؤخذ من أهل الذمة ، وروى بإسناده عن زياد[2] بن حُدَيْر : « أن عمر بعثه مصدقا فأمر أن يأخذ من نصارى بنى تغلب العشر ، ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر » ورواه أبو عبيد .

---

(١) سورة التوبة آية ٢٩ (٢) زيادة بن حدير مصغر الأسدى الكوفى عن عمر وعلى وعنه حبيب بن أبى ثابت وجامع بن شداد وثقه أبو حاتم (ف) .

وقال : حديث داود بن كردوس والنعمان بن زرعة هو الذى عليه العمل أن يكون عليهم الضعف مما على المسلمين ، ألا تسمعه يقول : من كل عشرين درهما درهما ؟ وإنما يؤخذ من المسلمين إذا مروا بأموالهم ربع العشر من كل أربعين درهما درهم ، فذاك ضعف هذا ، وهذا ظاهر كلام الخرقى ؛ لقوله : مثلا مايؤخذ من المسلمين وهو أقيس ، فإن الواجب فى سائر أموالهم ضعف ما على المسلمين ، لاضعف ما على أهل الذمة .

٧٦٨٠ ﴿ مســألة ﴾

رقال ﴿ ولا تؤكل ذبائحهم ، ولا تنكح نساؤهم فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى : تؤكل ذبائحهم ، وتنكح نساؤهم ﴾

اختلفت الرواية عن أبى عبد الله فى أكل ذبائحهم ، ونكاح نسائهم . فمنه لا يحل ذلك ، وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه ، ومذهب الشافعى ، ولم يبح الشافعى ذبائح العرب من أهل الكتاب كلهم وكره ذبائح بنى تغلب عطاء ، وسعيد بن جبير ، ومحمد بن على ، والنخعى . وقال على رضى الله عنه : إنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر ، ولأنه يحتمل أنهم دخلوا فى دين الكفر بعد التبديل ، فلم يحل ذلك منهم .

والرواية الثانية : تحل ذبائحهم ونساؤهم . وهذا الصحيح عن أحمد : رواه عنه الجماعة . وكان آخر الروايتين عنه . قال ابراهيم بن الحارث : فكان آخر قوله على أنه لا يرى بذبائحهم بأساً ، وهذا قول ابن عباس . وروى نحوه عن عمر بن الخطاب ، رضى الله عنه . وبه قال الحسن ، والنخعى ، والشعبى ، والزهرى ، وعطاء الخراسانى ، والحكم ، وحماد ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . قال الأثرم : وما علمت أحداً كرهه من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم إلا علياً ، وذلك لدخولهم فى عموم قوله تعالى « وَطعامُ الذينَ أُوتُوا الكتابَ حلٌ لكمُ وطعامكم حِلٌ لهمْ والمحْصَنَاتُ من الذين أُوتُوا الكتابَ مِنْ قبلكمْ[1] » ولأنهم أهل كتاب يقرون على دينهم ببذل المال ، فتحل ذبائحهم ونساؤهم كبنى إسرائيل .

٧٦٨١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن يجز من أهل الذمة إلى غير بلده أخذ منه نصف العشر فى السنة ﴾

اشتهر هذا عن عمر رضى الله عنه ، وصحت الرواية عنه به ، وقال الشافعى : ليس عليه إلا الجزية ، إلا أن يدخل أرض الحجاز ، فينظر فى حاله ، فإن كان لرسالة أو نقل ميرة ، أذن له بغير شىء ، وإن كان لتجارة لا حاجة بأهل الحجاز إليها لم يأذن له ، إلا أن يشترط عليه عوضاً بحسب ما يراه . والأولى أن يشترط نصف العشر ، لأن عمر شرط نصف العشر على من دخل الحجاز من أهل الذمة .

---

(١) سورة المائدة آية ٥

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس على المسلمين عشور ، إنما العشور على اليهود والنصارى » رواه أبو داود . وروى الإمام أحمد عن سفيان عن هشام عن أنس[1] بن سيرين قال : بعثنى أنس بن مالك إلى العشور ، فقلت : تبعثنى إلى العشور من بين عمالك ؟ قال : أما ترضى أن أجعلك على ماجعلنى عليه عمر بن الخطاب رضى الله عنه ؟ أمرنى أن آخذ من المسلمين ربع العشر ، ومن أهل الذمة نصف العشر وهذا كان بالعراق .

وروى أبو عبيد فى كتاب الأموال بإسناده عن لاحق بن حميد أن عمر بعث عثمان بن حنيف إلى الكوفة ، فجعل على أهل الذمة فى أموالهم التى يختلفون فيها فى كل عشرين درهما درهما ، وقد ذكرنا حديث زياد بن حدير أن عمر أمره أن يأخذ من نصارى بنى تغلب العشر ، ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر ، وهذا كان بالعراق ، واشتهرت هذه القصص ولم تنكر ، فكانت إجماعا ، وعمل به الخلفاء بعده ، ولم يأت تخصيص الحجاز بنصف العشر فى شىء من الأحاديث علمناه لا عن عمر ولا عن غيره من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، بل ظاهر أحاديثهم أن ذلك فى غير الحجاز ، وماوجب من المال فى الحجاز وجب فى غيره كالديون والصدقات .

٧٦٨٢ (فصــــل)

ولا تؤخذ منهم فى السنة إلا مرة نص عليه أحمد فى رواية جماعة من أصحابه وقال كذا روى عن إبراهيم النخعى عن عمر حين كتب ألا يأخذ فى السنة إلا مرة : أن يأخذ من الذمى نصف العشر . وهذا قول الشافعى فى الداخلين أرض الحجاز .

وروى الإمام أحمد بإسناده قال : جاء رجل نصرانى إلى عمر فقال : إن عاملك عشرنى فى السنة مرتين قال : ومن أنت ؟ قال : أنا الشيخ النصرانى ، قال عمر : وأنا الشيخ الحنيف . ثم كتب إلى عامله أن لا تعشروا فى السنة إلا مرة ، ولأن الجزية والزكاة إنما تؤخذ فى السنة مرة واحد ، فكذلك هذا .

إذا ثبت هذا فإنه متى أخذ منهم ذلك مرة كتب لهم حجة بأدائهم لتكون وثيقة لهم وحجة على من يمرون عليه فلا يعشرهم ثانية فإن مر ثانية بأكثر من المال الذى أخذ منه أخذ من الزيادة لأنها لم تعشر .

٧٦٨٣ (فصــــل)

ولا يؤخذ منهم من غير مال التجارة ، فلو مر بالعاشر منهم منتقل ومعه أمواله أو سائمة لم يؤخذ منه شىء ، نص عليه أحمد ، وإن كانت ما شيته للتجارة أخذ منه نصف عشرها . واختلفت الرواية فى القدر

---

(١) أنس بن سيرين هو أخو محمد ، مولى أنس ، روى عن مولاه أنس وابن عباس وابن عمر روى عنه شعبة وهمام وثقه ابن معين (ف) .

الذى يؤخذ منه نصف العشر ، فروى عنه صالح من كل عشرين ديناراً دينار ، يعنى : فإذا نقصت من العشرين فليس عليه شىء ، لأن مادون النصاب لا تجب فيه زكاة على مسلم ، ولا على تغلبى ، فلا يجب فيه على ذمى شىء ، كالذى دون العشرة .

وروى صالح أيضاً أنه قال : إذا مروا بالعاشر فإن كانوا أهل الحرب أخذ منهم العشر من العشرة واحداً ، وإن كانوا من أهل الذمة أخذ منهم نصف العشر من كل عشرين ديناراً ديناراً ، فإذا نقصت فليس عليه شىء ، وإن نقص مال الحربى عن عشرة دنانير لم يؤخذ منه شىء ، ولا يؤخذ منهم إلا مرة واحدة ، المسلم والذمى فى ذلك سواء .

وروى عن أحمد : أن فى العشرة نصف مثقال ، وليس فيما دون العشرة شىء ، نص على هذا فى رواية أبى الحارث قال : قلت : إذا كان مع الذمى عشرة دنانير؟ قال : تأخذ منه نصف دينار . قلت : فإن كان معه أقل من عشرة دنانير ؟ قال : إذا نقصت لم يؤخذ منه شىء ، وذلك لأن العشرة مال يبلغ واجبه نصف دينار فوجب فيه كالعشرين فى حق المسلم أو نقول : مال معشور ، فوجب فى العشرة منه كمال الحربى .

وقال ابن حامد يؤخذ عشر الحربى ، ونصف عشر الذمى ، مما قل أو كثر ، لأن عمر قال : « خذ من كل عشرين درهماً درهماً » . ولأنه حق عليه فوجب فى قليله وكثيره كنصيب المالك فى أرضه التى عامله عليها .

ولنا : أنه عشر أو نصف عشر وجب بالشرع ، فاعتبر له نصاب كزكاة الزرع والثمر ، ولأنه حق يتقدر بالحول ، فاعتبر له النصاب كالزكاة . وأما قول عمر فالمراد به والله أعلم بيان قدر المأخوذ ، وأنه نصف العشر ، ومعناه إذا كان معه عشرة دنانير نخذ من كل عشرين درهماً درهما ، لأن فى صدر الحديث أن عمر بعث مصدقا وأمره أن يأخذ من المسلمين من كل أربعين درهماً درهما ، ومن أهل الذمة من كل عشرين درهما درهما ، ومن أهل الحرب من كل عشرة واحداً ، وإنما يؤخذ ذلك من المسلم إذا كان معه نصاب فكذلك من غيره .

٧٦٨٤ (فصل)

واختلفت الرواية عن أحمد فى العاشر يمر عليه الذمى بخمر أو خنزير ، فقال فى موضع : قال عمر : ولوهم بيعها ، لا يكون إلا على الآخذ منها .

وروى بإسناده عن سويد بن غفلة فى قول عمر . ولوهم بيع الخمر والخنزير بعشرها ، قال أحمد : إسناد جيد ، وممن رأى ذلك مسروق ، والنخعى ، وأبو حنيفة ، ووافقهم محمد بن الحسن فى الخمر خاصة ، وذكر القاضى

أن أحمد نص على أنه لا يؤخذ منهم شيء ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، قال عمر ابن عبد العزيز : الخمر لا يعشرها مسلم .

وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن عتبة بن فرقد بعث إليه بأربعين ألف درهم صدقة الخمر ، فكتب إليه عمر ، بعثت إلى بصدقة الخمر ، وأنت أحق بها من المهاجرين ، فأخبر بذلك الناس وقال : والله لا استعملتك على شيء بعدها . قال : فنزعه ، قال أبو عبيد : ومعنى قول عمر رضى الله عنه : « ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن » أن المسلمين كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنازير من جزيتهم ، وخراج أرضهم بقيمتها ، ثم يتولى المسلمون بيعها ، فأنكره عمر[1] ، ثم رخص لهم أن يأخذوا من أثمانها إذا كان أهل الذمة المتولين بيعها ، وروى بإسناده عن سويد بن غفلة أن بلالا قال لعمر : إن عمالك يأخذون الخمر والخنازير فى الخراج . فقال : لا تأخذوها منهم ، ولكن ولوهم بيعها ، وخذوا أنتم من الثمن .

٧٦٨٥ (فصـــل)

ويجوز أخذ ثمن الخمر والخنزير منهم على جزية رءوسهم وخراج أرضهم احتجاجاً بقول عمر هذا ولأنها من أموالهم التى نقرهم على اقتنائها والتصرف فيها فجاز أخذ أثمانها منهم كثيابهم .

٧٦٨٦ (فصـــل)

وإذا مر الذمى بالعاشر وعليه دين بقدر ما معه أو ينقص عن النصاب فظاهر كلام أحمد أن ذلك يمنع أخذ نصف العشر منه لأنه حق يعتبر له النصاب والحول فيمنعه الدين كالزكاة وإن ادعى أن عليه ديناً لم يقبل ذلك إلا ببينة من المسلمين لأن الأصل براءة ذمته منه ، وإن مر بجارية فادعى أنها ابنته أو أخته ففيه روايتان أحدهما : يقبل قوله : قال الخلال وهو أشبه القولين لأن الأصل عدم ملكه فيها . والثانية : لا يقبل إلا ببينة لأنها فى يده فأشبهت البهيمة .

٧٦٨٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا دخل إلينا منهم تاجر حربى بأمان أخذ منه العشر ﴾

وقال أبو حنيفة : لا يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا شيئاً فنأخذ منهم مثله لما روى عن أبى مجلز عن لاحق بن حميد قال : قالوا لعمر كيف نأخذ من أهل الحرب إذا قدموا علينا ؟ قال كيف يأخذون منكم إذا دخلتم إليهم ؟ قالوا : العشر . قال فكذلك خذوا منهم ، وعن زياد بن حدير قال كنا لا نعشر مسلماً ولا معاهداً قال من كنتم تعشرون ؟ قال كفار أهل الحرب فنأخذ منهم كما يأخذون منا ، وقال الشافعى إن دخل إلينا بتجارة لا يحتاج إليها المسلمون لم يأذن له الإمام إلا بعوض يشرطه عليه ومهما شرط جاز

(١) فى المخطوطة ١٨ : فأنكر ذلك عمر .

ويستحب أن يشترط العشر ليوافق فعله فعل عمر رضى الله عنه وإن أذن مطلقاً من غير شرط فالمذهب أنه لا يؤخذ منهم شيء لأنه أمان من غير شرط فلم يستحق به شيء كالهدنة ويحتمل أن يجب العشر . لأن عمر أخذه .

ولنا ما رويناه فى المسألة التى قبلها وأن عمر أخذ منهم العشر واشتهر ذلك فيما بين الصحابة وعمل به الخلفاء الراشدون بعده والأئمة بعده فى كل عصر من غير نكير فأى إجماع يكون أقوى من هذا ؟ ولم ينقل أنه شرط ذلك عليهم عند دخولهم ولا يثبت ذلك بالتخمين من غير نقل ولأن مطلق الأمر يحمل على المعهود فى الشرع وقد استمر أخذ العشر منهم فى زمن الخلفاء الراشدين فيجب أخذه فأما سؤال عمر عما يأخذون منا فإنما كان لأنهم سألوه عن كيفية الأخذ ومقداره ثم استمر الأخذ من غير سؤال ولو تقيد أخذنا منهم بأخذهم منا لوجب أن يسأل عنه فى كل وقت .

٧٦٨٨ (فصــــل)

ويؤخذ منهم العشر من كل مال للتجارة فى ظاهر كلام الخرقى ، وقال القاضى : إذا دخلوا فى نقل ميرة بالناس إليها حاجة أذن لهم فى الدخول بغير عشر يؤخذ منهم وهـــذا قول الشافعى لأن دخولهم نفع للمسلمين .

ولنا عموم ما رويناه وروى صالح عن عبد الرحمن بن مهدى عن مالك عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن عمر أنه كان يأخذ من النبط من القطنية العشر ومن الحنطة والزبيب نصف العشر ليكثر الحمل إلى المدينة وهذا يدل على أنه يخفف عنهم إذا رأى المصلحة فيه وله الترك أيضاً إذا رأى المصلحة .

٧٦٨٩ (فصــــل)

ويؤخذ العشر من كل حربى تاجر ونصف العشر من كل ذمى تاجر سواء كان ذكراً أو أنثى أو صغيراً أو كبيراً ، وقال القاضى : ليس على المرأة عشر ولا نصف عشر سواء كانت حربية أو ذمية لكن إن دخلت الحجاز عشرت لأنها ممنوعة من الإقامة به ولا يعرف هذا التفصيل عن أحمد ولا يقتضيه مذهبه لأنه يوجب الصدقة فى أموال نساء بنى تغلب وصبيانهم وكذلك يوجب العشر أو نصفه فى مال النساء وعموم الأحاديث المروية ليس فيها تخصيص للرجال دون النساء وليس هذا بجزية وإنما هو حق يختص بمال التجارة لتوسعه فى دار الإسلام وانتفاعه بالتجارة فيها فيستوى فيه الرجل والمرأة كالزكاة فى حق المسلمين .

٧٦٩٠ (فصــــل)

ولا يعشرون فى السنة إلا مرة ولا يؤخذ من أقل من عشرة دنانير نص عليهما أحمد وحكى عن أبى عبد الله بن حامد أن الحربى يعشر كلما دخل إلينا وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأننا لو أخذنا منه مرة

واحدة لا نأمن أن يدخلوا فإذا جاء وقت السنة الأخرى لم يدخلوا فتعذر الأخذ منهم .

ولنا أنه حق يؤخذ من التجارة فلا يؤخذ أكثر من مرة فى السنة كالزكاة ونصف العشر من الذمى وقولهم يفوت غير صحيح فإنه يؤخذ منه أول ما يدخل مرة ويكتب الآخذ له بما أخذ منه فلا يؤخذ منه شيء حتى تمضى تلك السنة فإذا جاء فى العام الثانى أخذ منه فى أول ما يدخل وإن لم يدخل فما فات من حق السنة الأولى شيء .

٧٦٩١ (فصـــل)

وليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام بغير أمان لأنه لا يؤمن أن يدخل جاسوساً أو متلصصاً فيضر بالمسلمين فإن دخل بغير أمان سئل فإن قال جئت رسولا فالقول قوله لأنه تتعذر إقامة البينة على ذلك ولم تزل الرسل تأتى من غير تقدم أمان . وإن قال جئت تاجراً نظرنا فإن كان معه متاع يبيعه قبل قوله أيضاً وحقن دمه لأن العادة جارية بدخول تجارهم إلينا وتجارنا إليهم ، وإن لم يكن معه ما يتجر به لم يقبل قوله لأن التجارة لا تحصل بغير مال وكذلك مدعى الرسالة إذا لم يكن معه رسالة يؤديها أو كان ممن لا يكون مثله رسول وإن قال أمننى مسلم فهل يقبل منه ؟ على وجهين .

أحدهما : يقبل تغليباً لحقن دمه كما يقبل من الرسول والتاجر . والثانى : لا يقبل لأن إقامة البينة عليه ممكنة فإن قال مسلم أنا أمنته قبل قوله لأنه يملك أن يؤمنه فقبل قوله فيه كالحاكم إذا قال حكمت لفلان على فلان بحق وإن كان جاسوساً خير الإمام فيه بين أربعة أشياء كالأسير وإن كان ممن ضل الطريق أو حملته الريح إلينا فى مركب فقد ذكرنا حكمه .

٧٦٩٢ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ومن نقض العهد بمخالفة شيء مما صولحوا عليه حل دمه وماله ﴾

وجملة ذلك أنه ينبغى للإمام عند عقد الهدنة أن يشترط عليهم شروطاً نحو ما شرطه عمـــر رضى الله عنه ، وقد رويت عن عمر رضى الله عنه فى ذلك أخبار منها ما رواه الخلال بإســـناده عن إسماعيل بن عياش قال حدثنا غير واحد من أهل العلم قالوا كتب أهل الجزيرة إلى عبدالرحمن ابن غنم إنا حين قدمنا من بلادنا طلبنا إليك الأمان لأنفسنا وأهل ملتنا على أنا شرطنا لك على أنفسـنا أن لا نحدث فى مدينتنا كنيسة ولا فيما حـولها ديراً ولا قلاية[1] ولا صومعـة راهب

(١) فى لسان العرب ج ١٥ ص ٢٠١ « ابن الأثير فى حديث عمر رضى الله عنه : لما صالح نصارى أهل الشام كتبوا له كتابا إنا لانحدث فى مدينتنا كنيسة ولاقلية ولانخرج سعانين ولا باعوثا ، القليـة : كالصومعة قال : كذا

ولا نجدد ما خرب من كنائسنا ، ولا ما كان منها فى خطط المسلمين ، ولا نمنع كنائسنا من المسلمين أن ينزلوها فى الليل والنهار وأن نوسع أبوابها للمارة وابن السبيل ولا نأوى فيها ولا فى منازلنا جاسوساً وألا نكتم أمر من غش المسلمين وألا نضرب نواقيسنا إلا ضرباً خفياً فى جوف[1] كنائسنا ولا نظهر عليها صليباً ولا نرفع أصواتنا فى الصلاة ولا القراءة فى كنائسنا فيما يحضره المسلمون ولا نخرج صليبنا ولا كتابنا فى سوق المسلمين وألا نخرج باعوثاً ولا شعانين ولا نرفع أصواتنا مع أمواتنا ولا نظهر النيران معهم فى أسواق المسلمين وألا نجاورهم بالخنازير ولا نبيع الخمور ولا نظهر شركاً ولا نُرَغِّب فى ديننا ولا ندعو إليه أحداً ولا نتخذ شيئاً من الرقيق الذين جرت عليهم سهام المسلمين وألا نمنع أحداً من أقربائنا إذا أراد الدخول فى الإسلام وأن نلزم زِيَّنا حيثما كنا وأن لا نتشبه بالمسلمين فى لبس قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين ولا فرق شعر ولا فى مراكبهم ولا نتكلم بكلامهم وأن لا نتكنى بكناهم وأن نجز مقادم رؤوسنا ولا نفرق نواصينا ونشد الزنانير على أوساطنا ولا ننقش خواتيمنا بالعربية ولا نركب السروج ولا نتخذ شيئاً من السلاح ولا نحمله ولا نتقلد السيوف وأن نوقر المسلمين فى مجالسهم ونرشد الطريق ونقوم لهم عن المجالس إذا أرادوا المجالس ولا نطلع عليهم فى منازلهم ولا نعلم أولادنا القرآن ولا يشارك أحد منا مسلماً فى تجارة إلا أن يكون إلى المسلم أمر التجارة وأن نضيف كل مسلم عابر سبيل ثلاثة أيام ونطعمه من أوسط ما نجد ضمناً ذلك على أنفسنا وذرارينا وأزواجنا ومساكننا وإن نحن غيرنا أو خالفنا عما شرطنا على أنفسنا وقبلنا الأمان عليه فلا ذمة لنا وقد حل لك منا ما يحل لأهل المعاندة والشقاق . فكتب بذلك عبد الرحمن بن غنم إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فكتب لهم عمر أن أمض لهم ما سألوه وألحق فيه حرفين اشترط عليهم مع ما شرطوا على أنفسهم أن لا يشتروا من سبايانا شيئاً ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده فأنفذ عبد الرحمن بن غنم ذلك وأقر من أقام من الروم فى مدائن

=ووردت وإسمها النصارى القلاية وهى تعريب كلاذه وهى من بيوت عبادتهم » اﻫ لكن هى فى نهاية ابن الأثير ج ٤ ص ٢٧٥ (كلادة) بالدال المهملة ومنه يعلم أن الصواب (قلاية) بالياء لا بالباء كما ذكرت هنا فى نسخ المغنى خطأ .

والباعوث للنصارى كالاستسقاء المسلمين وهو اسم سريانى وقيل هو بالغين المعجمة والتاء فوقها نقطتان (باغوت) .

سعانين : عيد للنصارى معروف قبل عيدهم الكبير بأسبوع وهو سريانى معرب وقيل جمع واحده سعنون (ل).

(١) فى المخطوطة ١٨ : فى أجواف كنائسنا .

الشام على هذا الشرط فهذه جملة شروط عمر رضى الله عنه ، فإذا صولحوا عليها ثم نقض بعضهم شيئاً منها فظاهر كلام الخرقى أن عهده ينتقض به وهو ظاهر ما رويناه لقولهم فى الكتاب إن نحن خالفنا فقد حل لك منا ما يحل لك من أهل المعاندة والشقاق ، وقال عمر ومن ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده ولأنه عقد بشرط فتى لم يوجد الشرط زال حكم العقد كما لو امتنع عن التزام الأحكام ، وذكر القاضى والشريف أبو جعفر أن الشروط قسمان :

أحدهما : ينتقض العهد بمخالفته وهو أحد عشر شيئاً ، الإمتناع من بذل الجزية وجرى أحكامنا عليهم إذا حكم بها حاكم والاجتماع على قتال المسلمين والزنا بمسلمة وإصابتها باسم نكاح وفتن مسلم عن دينه وقطع الطريق عليه وقتله وإيواء جاسوس المشركين والمعاونة على المسلمين بدلالة المشركين على عوراتهم أو مكاتبتهم وذكر الله تعالى أو كتابه أو دينه أو رسوله بسوء ، فالخصلتان الأوليان ينتقض العهد بهما بلا خلاف فى المذهب وهو مذهب الشافعى وفى معناهما قتالهم للمسلمين منفردين أو مع أهل الحرب لأن إطلاق الأمان يقتضى ذلك فإذا فعلوه نقضوا الأمان لأنهم إذا قاتلونا لزمنا قتالهم وذلك ضد الأمان وسائر الخصال فيها روايتان :

إحداهما : أن العهد ينتقض بها سواء شرط عليهم ذلك أو لم يشترطوا وظاهرمذهب الشافعى قريب من هذا إلا أن ما لم يشترط عليهم لا ينتقض العهد بتركه ما خلا الخصال الثلاث الأولى فإنه بتعين شرطها وينتقض العهد بتركها بكل حال وقال أبو حنيفة : لا ينتقض العهد إلا بالامتناع من الإمام على وجه لا يتعذر معه أخذ الجزية منهم .

ولنا مع ما ذكرناه ما روى « أن عمر رفع إليه رجل قد أراد استكراه امرأة مسلمة على الزنا فقال ما على هذا صالحناكم وأمر به فصلب فى بيت المقدس » ولأن فيه ضرراً على المسلمين فأشبه الامتناع من بذل الجزية وكل موضع قلنا لا ينتقض عهده فإنه إن فعل ما فيه حد أقيم عليه حده أو قصاصه وإن لم يوجب حداً عزر ويفعل به ما ينكف به أمثاله عن فعله فإن أراد أحد منهم فعل ذلك كف عنه فإن مانع بالقتال نقض عهده ومن حكمنا بنقض عهده منهم خير الإمام فيه بين أربعة أشياء القتل والاسترقاق والفداء والمن كالأسير الحربى لأنه كافر قدرنا عليه فى دارنا بغير عهد ولا عقد ولا شبهة ذلك فأشبه اللص الحربى ويختص ذلك به دون ذريته لأن النقض إنما وجد منه دونهم فاختص به كما لو أتى ما يوجب حداً أو تعزيراً .

٧٦٩٣ (فصـــــــل)

أمصار المسلمين على ثلاثة أقسام :

أحدها : ما مصره المسلمون كالبصرة والكوفة وبغداد وواسط فلا يجوز فيه إحداث كنيسة

ولا بيعة ولا مجتمع لصلاتهم ، ولا يجوز صلحهم على ذلك بدليل ما روى عن عكرمة قال : قال ابن عباس « أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم أن يبنوا فيه بيعة ولا يضربوا فيه ناقوساً ولا يشربوا فيه خمراً ولا يتخذوا فيه خنزيراً » رواه الإمام أحمد واحتج به ولأن هذا البلد ملك للمسلمين فلا يجوز أن يبنوا فيه مجامع للكفر وما وجد فى هذه البلاد من البيع والكنائس مثل كنيسة الروم فى بغداد فهذه كانت فى قرى أهل الذمة فأقرت على ما كانت عليه .

القسم الثانى : ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز إحداث شىء من ذلك فيه لأنها صارت ملكا للمسلمين وما كان فيه من ذلك ففيه وجهان :

أحدهما : يجب هدمه وتحرم تبقيته لأنها بلاد مملوكة للمسلمين فلم يجز أن تكون فيها بيعة كالبلاد التى اختطها المسلمون .

والثانى يجوز لأن فى حديث ابن عباس : « أيما مصر مصّرته العجم ففتحه الله على العرب فنزلوه فإن للعجم ما فى عهدهم » ولأن الصحابة رضى الله عنهم فتحوا كثيراً من البلاد عنوة فلم يهدموا شيئاً من الكنائس ويشهد لصحة هذا وجود الكنائس والبيع فى البلاد التى فتحت عنوة ومعلوم أنها ما أحدثت فيلزم أن تكون موجودة فأبقيت ، وقد كتب عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه إلى عماله أن لا يهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار . ولأن الإجماع قد حصل على ذلك فإنها موجودة فى بلاد المسلمين من غير نكير .

القسم الثالث : ما فتح صلحاً وهو نوعان :

أحدهما : أن يصالحهم على أن الأرض لهم . ولنا الخراج عنها فلهم إحداث مايحتاجون فيها لأن الدار لهم .

والثانى : أن يصالحهم على أن الدار للمسلمين ويؤدون الجزية إلينا فالحكم فى البيع والكنائس على ما يقع عليه الصلح معهم من إحداث ذلك وعمارته لأنه إذا جاز أن يقع الصلح معهم على أن الكل لهم جاز أن يصالحوا على أن يكون بعض البلد لهم ويكون موضع الكنائس والبيع معنا ، والأولى أن يصالحهم على ما صالحهم عليه عمر رضى الله عنه . ويشترط عليهم الشروط المذكورة فى كتاب عبد الرحمن بن غنم « أن لا يحدثوا بيعة ولا كنيسة ولا صومعة راهب ولا قلاية » وإن وقع الصلح مطلقاً من غير شرط حمل ماوقع عليه صلح عمر وأخذوا بشروطه فأما الذين صالحهم عمر وعقد معهم الذمة فهم على ما فى كتاب عبد الرحمن ابن غنم : مأخوذون بشروطه كلها وما وجد فى بلاد للمسلمين من الكنائس والبيع فهى على ما كانت عليه فى زمن فاتحيها ومن بعدهم ، وكل موضع قلنا يجوز إقرارها لم يجز هدمها ولهم رم ما تشعث منها وإصلاحها ، لأن المنع من ذلك يفضى إلى خرابها ، وذهابها فجرى مجرى هدمها . وإن وقعت كلها لم يجز

بناؤها وهو قول بعض أصحاب الشافعي وعن أحمد أنه يجوز وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه بناء لما استهدم فأشبه بناء بعضها إذا انهدم ورم شعثها ولأن استدامتها جائزة وبناؤها كاستدامتها وحمل الخلال قول أحمد : لهم أن يبنوا ما انهدم منها أي إذا انهدم بعضها . ومنعه من بناء ما انهدم على إذا ما انهدمت كلها لجمع بين الروايتين .

ولنا : أن في كتاب أهل الجزيرة لعياض[1] بن غنم « ولا نجدد ما خرب من كنائسنا » وروى كثير ابن مرة قال : سمعت عمر بن الخطاب يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبنى[2] الكنيسة في الإسلام ولا يجدد ما خرب منها » ولأن هذا بناء كنيسة في دار الإسلام فلم يجز كما لو ابتدىء بناؤها وفارق رم شعثها فإنه إبقاء واستدامة وهذا إحداث .

٧٦٩٤ (فصــــــل)

ومن استحدث من أهل الذمة بناء لم يجز له منعه حتى يكون أطول من بناء المسلمين المجاورين له . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الإسلام[3] يعلو ولا يعلى » ولأن في ذلك رتبة على المسلمين وأهل الذمة ممنوعون من ذلك ولهذا يمنعون من صدور المجالس ويلجئون إلى أضيق الطرق ولا يمنع من تعلية بنائه على من ليس بمجاور له لأن علوها إنما يكون ضرراً على المجاور لها دون غيره وفي جواز مساواة المسلمين وجهان :

أحدهما : الجواز لأنه ليس بمستطيل على المسلمين والثاني : المنع لقوله عليه السلام « الإسلام يعلو ولا يعلى » ولأنهم منعوا من مساواة المسلمين في لباسهم وشعورهم وركوبهم كذلك في بنائهم فإن كان للذمي دار عالية فملك المسلم داراً إلى جانبها أو بنى المسلم إلى جانب داراً فدونها ، أو اشترى ذمي داراً عالية لمسلم فله سكنى داره ، ولا يلزمه هدمها ، لأنه لم يعل على المسلمين شيئاً ، فإن انهدمت داره العالية ثم جدد بناءها لم يجز له تعليته على بناء المسلمين . وإن انهدم ما علا منها لم تمكن له إعادته . وإن تشعث منه شيء ولم ينهدم فله رمه وإصلاحه ، لأنه ملك استدامته ، فملك رم شعثه كالكنيسة .

٧٦٩٥ (فصــــل)

ولا يجوز لأحد منهم سكنى الحجاز . وبهذا قال مالك ، والشافعي . إلا أن مالكا قال : أرى أن يُجْلَوْا

---

(١) في الأصول (عياض بن غنم) وسبق قريبا (عبد الرحمن بن غنم) وهو الصواب ومثله في منتخب كنز العمال ج ٢ ص ٣١٠ (ف) .

(٢) أخرجه ابن عدى عن عمر مرفوعا (ف) .

(٣) أخرجه الدار قطني من حديث عائذ المزني وعلقه البخاري (ف) .

من أرض العرب كلها ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : « لا يجتمع[١] دينان في جزيرة العرب » .

وروى أبو داود بإسناده عن عمر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب ، فلا أترك فيها إلا مسلماً » . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح[٢] .

وعن ابن عباس قال : أوصى رسول الله صلى الله عليه وسلم بثلاثة أشياء . قال : « أخرجوا المشركين من جزيرة العرب ، وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم ، وسكت[٣] عن الثالث » . رواه أبو داود . وجزيرة العرب : ما بين الوادي إلى أقصى اليمن . قاله سعيد بن عبد العزيز .

وقال الأصمعي وأبو عبيد : هي من ريف العراق إلى عدن طولا ، ومن تهامة وما وراءها إلى أطراف الشام عرضاً . وقال أبو عبيدة : هي من حفر أبي موسى إلى اليمن طولا ، ومن رمل تبرين إلى منقطع السماوة عرضاً .

قال الخليل : إنما قيل لها جزيرة . لأن بحر الحبش وبحر فارس والفرات قد أحاطت بها ونسبت إلى العرب لأنها أرضها ومسكنها ومعدنها .

وقال أحمد : جزيرة العرب المدينة وما والاها . يعني أن الممنوع من سكنى الكفار المدينة وما والاها . وهو مكة واليمامة وخيبر والينبع وفدك ومخاليفها . وما والاها وهذا قول الشافعي لأنهم لم يجلو من تيماء ولا من اليمن .

وقد روى عن أبي عبيدة بن الجراح أنه قال : إن آخر ماتكلم به النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أخرجوا اليهود من الحجاز » فأما إخراج أهل نجران منه فلأن النبي صلى الله عليه وسلم صالحهم على ترك الربا فنقضوا عهده ، فكأن جزيرة العرب في تلك الأحاديث أريد بها الحجاز . وإنما سمي حجازاً لأنه حجز بين تهامة ونجد ، ولا يمنعون أيضاً من أطراف الحجاز كتيماء[٤] وفيد[٥] ونحوهما . لأن عمر لم يمنعهم من ذلك .

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن الرسول صلى الله عليه وسلم ووصله ابن اسحق في السيرة (ف)

(٢) أخرجه أبوداود ج ٢ ص ١٤٧ والترمذي ج ٢ ص ٣٠٣ (ف) .

(٣) لفظ أبي داود ج ٢ ص ١٤٧ «قال ابن عباس : وسكت عن الثالثة أو قال فأنسيتها » (ف) .

(٤) في المخطوطة ١٨ و ٣٩ : فدك .

(٥) (فيد) بوزن قيد : بليدة في نصف طريق مكة من الكوفة في وسطها حصن عليه باب حديد وعليها سور دائر كان الناس يودعون فيها فواضل أزوادهم إلى حين رجوعهم ومايثقل من أمتعتهم وكانوا يجمعون العلف طول سنتهم ليبيعوه على الحاج إذا وصلوا إليهم وهي بقرب أجأ أحد جبلي طيء كما في مراصد الإطلاع ج ٣ =

٧٦٩٦ (فصــــل)

ويجوز لهم دخول الحجاز للتجارة ، لأن النصارى كانوا يتجرون إلى المدينة فى زمن عمر رضى الله عنه . وأتاه شيخ بالمدينة فقال : أنا الشيخ النصرانى . وإن عاملك عشرنى مرتين . فقال عمر : وأنا الشيخ الحنيف . وكتب له عمر أن لا يعشروا فى السنة إلا مرة ، ولا يأذن لهم فى الإقامة أكثر من ثلاثة أيام ، على ماروى عن عمر رضى الله عنه ثم ينتقل عنه .

وقال القاضى : يقيم أربعة أيام ، حد ما يتم المسافر الصلاة . والحكم فى دخولهم إلى الحجاز فى اعتبار الإذن كالحكم فى دخول أهل الحرب دار الإسلام ، وإذا مرض بالحجاز جازت له الإقامة ، لأنه يشق الانتقال على المريض . وتجوز الإقامة لمن يمرضه ، لأنه لا يستغنى عنه . وإن كان له دين على أحد وكان حالا أجبر غريمه على وفائه ، فإن تعذر وفاؤه لمطل أو تغيب عنه فينبغى أن يمكّن من الإقامة ليستوفى دينه ، لأن التعدى من غيره ، وفى إخراجه ذهاب ماله . وإن كان الدين مؤجلا لم يمكن من الإقامة ، ويوكل من يستوفيه له ، لأن التفريط منه . وإن دعت الحاجة إلى الإقامة ليبيع بضاعته . احتمل أن يجوز ، لأن فى تكليفه تركها أو حملها معه ضياع ماله ، وذلك مما يمنع من الدخول بالبضائع إلى الحجاز ، فتفوت مصلحتهم وتلحقهم المضرة بانقطاع الجلب عنهم ، ويحتمل أن يمنع من الإقامة ، لأن له من الإقامة بدا ، فإن أراد الانتقال إلى مكان آخر من الحجاز جاز ، ويقيم فيه أيضاً ثلاثة أيام أو أربعة على الخلاف[1] فيه وكذلك إذا انتقل منه إلى مكان آخر جاز ، ولو حصلت الإقامة فى الجميع شهراً ، وإذا مات بالحجاز دفن به ، لأنه يشق نقله ، وإذا جازت للمريض فدفن الميت أولى .

٧٦٩٧ (فصــــل)

فأما الحرم فليس لهم دخوله بحال ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لهم دخوله كالحجاز كله . ولا يستوطنون به ، ولهم دخول الكعبة ، والمنع من الاستيطان لا يمنع الدخول والتصرف كالحجاز .

ولنا : قول الله تعالى : « إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا[1] » . والمراد به الحرم بدليل قوله تعالى « وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً » يريد ضرراً بتأخير الجلب عن الحرم دون المسجد ،

— ص ١٠٤٩ و (فيد) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٢٤ ونصه (ولا يمنعون من تيماء وفيد ونحوهما) . أما (فدك) بفتح الفاء والدال المهملة قرية بينها وبين المدينة يومان — فإنهم يمنعون منها قال فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٢٢ « ويمنعون من الإقامة بالحجاز كالمدينة واليمامة وخيبر وفدك وما والاها » ومثله فى شرح منتهى الإرادات ج٢ص ١٣٥ (ف) .

(١) سورة التوبة آية ٢٨ .

ويجوز تسمية الحرم المسجد الحرام ، بدليل قول الله تعالى « سُبْحَانَ الَّذِى أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلاً مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى(١) » وإنما أسرى به من بيت أم هانىء من خارج المسجد . ويخالف الحجاز ، لأن الله تعالى منع منه مع إذنه فى الحجاز ، فإن هذه الآية نزلت واليهود بخيبر والمدينة وغيرهما من الحجاز ، ولم يمنعوا من الإقامة به ، وأول من أجلاهم عمر الله عنه ، ولأن الحرم أشرف لتعلق النسك به،ويحرم صيده وشجره والملتجىء إليه ، فلا يقاس غيره عليه . فإن أراد كافر الدخول إليه منع منه ، فإن كانت معه ميرة أو تجارة خرج إليه من يشترى منه ، ولم يترك هو يدخل ، وإن كان رسولا إلى إمام بالحرم خرج إليه من يسمع رسالته ويبلغها إياه ، فإن قال : لا بد لى من لقاء الإمام ، وكانت المصلحة فى ذلك خرج إليه الإمام ، ولم يأذن له فى الدخول . فإن دخل الحرم عالماً بالمنع عزر ، وإن دخل جاهلا نهى وهدد ، فإن مرض بالحرم أو مات أخرج ولم يدفن به ، لأن حرمة الحرم أعظم ، ويفارق الحجاز من وجهين .

أحدهما : أن دخوله إلى الحرم حرام ، وإقامته به حرام ، بخلاف الحجاز .

والثانى : أن خروجه من الحرم سهل ممكن لقرب الحل منه ، وخروجه من الحجاز فى مرضه صعب ممتنع . وإن دفن نبش وأخرج ، إلا أن يصعب إخراجه لنتنه وتقطعه . وإن صالحهم على دخول الحرم بعوض فالصلح باطل ، فإن دخلوا إلى الموضع الذى صالحهم عليه لم يرد عليهم العوض ، لأنهم قد استوفوا ما صالحهم عليه . وإن وصلوا إلى بعضه أخذ من العوض بقدره ، ويحتمل أن يرد عليهم بكل حال ، لأن ما استوفوه لا قيمة له والعقد لم يوجب العوض لكونه باطلا .

٧٦٩٨ (فصـــل)

فأما مساجد الحل فليس لهم دخولها بغير إذن المسلمين ، لأن عليا رضى الله عنه بصر بمجوسى وهو على المنبر وقد دخل المسجد فنزل وضربه وأخرجه من أبواب كندة : فإن أذن لهم فى دخولها جاز فى الصحيح من المذهب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قدم عليه أهل(٢) الطائف فأنزلهم من المسجد قبل إسلامهم . وقال سعيد بن المسيب : قد كان أبو سفيان(٣) يدخل مسجد المدينة وهو على شركه ، وقدم عمير بن وهب(٤) فدخل المسجد والنبى صلى الله عليه وسلم فيه ليفتك به ، فرزقه الله الإسلام .

(١) سورة الاسراء الآية الأولى .

(٢) أخرج أبو داود عن عثمان بن أبى العاص رضى الله عنه قال « لما قدم وفد ثقيف نزلوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزلهم المسجد ليكون أرق لقلوبهم . . . »

(٣) من ذلك ماوقع قبيل فتح مكة كما فى عيون الأثر ج ٢ ص ١٦٥ (ف) وسيرة ابن هشام ج٢ص٣٩٦ (ف).

(٤) قصته فى عيون الأثر ج١ ص ٢٦٩ وسيرة ابن هشام ج ١ ص ٦٦١ (ف)

وفيه رواية أخرى : ليس لهم دخوله بحال لأن أبا موسى دخل على عمر ومعه كتاب قد كتب فيه حساب عمله فقال له عمر أدع الذى كتبه ليقرأه قال إنه لا يدخل المسجد قال ولم ؟ قال إنه نصرانى وفيه دليل على شهرة ذلك بينهم وتقرره عندهم ولأن حدث الجنابة والحيض والنفاس يمنع المقام فى المسجد فحدث الشرك أولى .

٧٦٩٩ (فصــل)

والمأخوذ فى أحكام الذمة ينقسم خمسة أقسام .

أحدها : مالا يتم العقد إلا بذكره وهو شيئان التزام الجزية وجريان أحكامنا عليهم فإن أخل بذكر واحد منهما لم يصح العقد وفى معناهما ترك قتال المسلمين فإنه وإن لم يذكر لفظه فذكر المعاهدة يقتضيه .

القسم الثانى : ما فيه ضرر على المسلمين فى أنفسهم وهو ثمانية خصال ذكرناها فيما تقدم .

القسم الثالث : ما فيه غضاضة على المسلمين وهو ذكر ربهم أو كتابهم أو دينهم أو رسولهم بسوء .

القسم الرابع : ما فيه إظهار منكر . وهو خمسة أشياء : إحداث البيع والكنائس ونحوها ، ورفع أصواتهم بكتبهم بين المسلمين ، وإظهار الخمر والخنزير ، والضرب بالنواقيس ، وتعلية البنيان على أبنية المسلمين ، والإقامة بالحجاز ودخول الحرم ، فيلزمهم الكف عنه سواء شرط عليهم أولم يشرط فى جميع ما فى هذه الأقسام الثلاثة .

القسم الخامس : التميز على المسلمين فى أربعة أشياء : لباسهم ، وشعورهم ، وركوبهم ، وكناهم ، أما لباسهم فهو أن يلبسوا ثوبا يخالف لونه لون سائر الثياب : فعادة اليهود العسلى ، وعادة النصارى الأدكن ، وهو الفاختى ، ويكون هذا فى ثوب واحد . لا فى جميعها ، ليقع الفرق ، ويضيف إلى هذا شد الزنا فوق ثوبه إن كان نصرانيا ، أو علامة أخرى إن لم يكن نصرانياً ، كخرقة يجعلها فى عمامته أو قلنسوته يخالف لونها لونها ، ويختم فى رقبته خاتم رصاص أو حديد أو جلجل ، ليفرق بينه وبين المسلمين فى الحمام ، ويلبس نساؤهم ثوباً ملوناً ، وتشد الزنانير تحت ثيابهن ، وتختم فى رقبتها .ولا يمنعون لبس فاخر الثياب ولا العمائم ولا الطيلسان ، لأن التمييز حصل بالغيار والزنا .

وأما الشعور فإنهم يحذفون مقاديم رءوسهم ، ويجزون شعورهم ، ولا يفرقون شعورهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم فرق شعره .

وأما الركوب فلا يركبون الخيل ، لأن ركوبها عز ، ولهم ركوب ما سواها ، ولا يركبون السروج ، ويركبون عَرْضاً ، رجلاه إلى جانب وظهره إلى آخر ، لما روى الخلال بإسناده أن عمر أمر بجز نواصى

أهل الذمة ، وأن يشدوا المناطق ، وأن يركبوا الأكف[1] بالعرض ، ويمنعون تقلد السيوف وحمل السلاح واتخاذه . وأما الكنى فلا يتكنوا بكنى المسلمين كأبي القاسم وأبي عبد الله وأبي محمد وأبي بكر وأبي الحسن وشبهها ، ولا يمنعون الكنى بالكلية ، فإن أحمد قال لطبيب نصراني يا أبا إسحاق . وقال: أليس النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل على سعد بن عبادة قال : « أما ترى ما يقول أبو الحباب » . وقال لأسقف نجران : « أسلم أبا الحارث » وقال عمر لنصراني : يا أبا حسان أسلم تسلم .

٧٧٠٠ (فصل)

وإذا عقد معهم الذمة كتب أسماءهم وأسماء آبائهم وعددهم وحلاهم ودينهم ، فيقول : فلان بن فلان ابن فلان الفلاني ، طويل أو قصير ، أو ربعة ، أسمر أو أبيض ، أدعج العين ، أقنى الأنف ، مقرون الحاجبين ، ونحو هذا من صفاتهم التي يتميز بها كل واحد من الآخر . ويجعل لكل عشرة عريفاً يراعي من يبلغ منهم أو يفيق من جنون ، أو يقدم من غيبة ، أو يسلم أو يموت ، أو يغيب ويجبي جزيتهم ، فيكون ذلك أحوط لحفظ جزيتهم .

٧٧٠١ (فصل)

وإذا مات الإمام أو عزل وولي غيره فإن عرف ما عقد عليه عقد الذمة من كان قبله وكان عقداً صحيحاً أقرهم عليه ، لأن الخلفاء أقروا عقد عمر ولم يجددوا عقداً سواه ، ولأن عقد الذمة مؤبد ، وإن كان فاسداً رده إلى الصحة ، وإن لم يعرف فشهد به مسلمان أو كان أمره ظاهراً عمل به ، وإن أشكل عليه سألهم ، فإن فإن ادعوا العهد بما يصلح أن يكون جزية قبل قولهم وعمل به ، وإن شاء استحلفهم استظهاراً ، فإن بان له بعد ذلك أنهم نقصوا من المشروط عليهم شيئاً رجع بما نقصوا ، وإن قالوا : كنا نؤدي كذا وكذا جزية ، وكذا وكذا هدية استحلفهم يميناً واحدة ، لأن الظاهر فيما يدفعونه أنه جزية ، واختار أبو الخطاب أنه إذا لم يعرف ما عوهدوا عليه استأنف العقد معهم ، لأن عقد الأول لم يثبت عنده فصار كالمعدوم .

٧٧٠٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن هرب من ذمتنا إلى دار الحرب ناقضاً للعهد عاد حربيا ﴾

يعني يصير حكمه حكم أهل الحرب ، سواء كان رجلا أو امرأة ، ومتى قدر عليه أبيح منه ما يباح من الحربي من القتل والاسترقاق وأخذ المال ، وإن هرب الذمي بأهله وذريته أبيح من البالغين منهم ما يباح من أهل الحرب ، ولم يبح سبي الذرية ، لأن النقض إنما وجد من البالغين دون الذرية .

---

(١) في المخطوطة ٣٩ الأكتف .

٧٧٠٣ (فصـــــل)

وإن نقضت طائفة من أهل الذمة جاز غزوهم وقتلهم ، وإن نقض بعضهم دون بعض اختص حكم النقض بالناقض دون غيره ، وإن لم ينقضوا لكن خاف النقض منهم لم يجز أن ينبذ إليهم عهدهم ، لأن عقد الذمة لحقهم بدليل أن الإمام تلزمه إجابتهم إليه ، بخلاف عقد الأمان والهدنة ، فإنه لمصلحة المسلمين ، ولأن عقد الذمة آكد ، لأنه مؤبد ، وهو معاوضة ، ولذلك إذا نقض بعض أهل الذمة العهد وسكت بعضهم لم يكن سكوتهم نقضاً ، وفى عقد الهدنة يكون نقضاً .

٧٧٠٤ (فصـــــل)

وإذا عقد الذمة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الحرب وأهل الذمة ، لأنه التزم بالعهد حفظهم[1] ، ولهذا قال على رضى الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا وقال عمر رضى الله عنه فى وصيته للخليفة بعده . وأوصيه بأهل ذمة المسلمين خيراً أن يوفى لهم بعهدهم ويحاط من وَرائهم .

٧٧٠٥ (فصـــــل)

وإذا تحاكم إلينا مسلم مع ذمى وجب الحكم بينهم ، لأن علياً حفظ الذمى من ظلم المسلم ، وحفظ المسلم منه ، وإن تحاكم بعضهم مع بعض أو استعدى بعضهم على بعض خير الحاكم بين الحكم بينهم والإعراض عنهم ، لقول الله تعالى : « فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ »[2] فإن حكم بينهم لم يحكم إلا بحكم الإسلام ، لقول الله تعالى : « وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ »[3] وقال تعالى « وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ »[4] وإذا استعدت المرأة على زوجها فى طلاق أو ظهار أو إيلاء فإن شاء أعداها ، وإن شاء تركها ، لقول الله تعالى : « فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ »[5] فإن أحضر زوجها حكم عليه بما يحكم على المسلم فى مثل ذلك ، فإن كان قد ظاهر منها منعه وطأها حتى يكفر ، وتكفيره بالإطعام وحده ، لأنه لا يملك رقبة مسلم ، ولا يملك شراءها ، ولا يصح منه الصيام .

٧٢٩٨ (فصـــــل)

ولا يجوز تمكينه من شراء مصحف ولا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا فقه ، فإن فعل فالشراء باطل ، لأن ذلك يتضمن ابتذاله ، وكره أحمد بيعهم الثياب المكتوب عليها ذكر الله تعالى . قال مهنا : سألت أحمد أبا عبدالله : هل تكره للرجل المسلم أن يعلم غلاماً مجوسيا شيئاً من القرآن ؟ قال : إن

(١) فى ١٨ : التزام حفظهم بالعهد . (٢) سورة المائدة آية ٤٢ . (٣ ، ٤ ، ٥) سورة المائده آية ٤٩ .

أسلم فنعم وإلا فأكره أن يضع القرآن فى غير موضعه . قلت : فيعلمه أن يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ؟ قال : نعم . وقال الفضل بن زياد : سألت أبا عبد الله عن الرجل يرهن المصحف عند أهل الذمة ؟ قال : لا ، « نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن[1] نسافر بالقرآن إلى أرض العدو » مخافة أن يناله العدو .

٧٧٠٦ (فصــــل)

ولايجوز تصديرهم فى المجالس ، ولا بداءتهم بالسلام لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاتبدأوا اليهود والنصارى بالسلام ، وإذا لقيتم أحدهم فى الطريق فاضطروهم إلى أضيقها » . أخرجه الترمذى . وقال : حديث حسن صحيح . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنا غادون ، غدا فلاتبدءوهم بالسلام ، وإن سلموا عليكم فقولوا وعليكم » . أخرجه الإمام أحمد بإسناده وبإسناده عن أنس أنه قال «نهينا أو أمرنا أن لانزيد أهل الكتاب على وعليكم» . قال أبوداود : قلت لأبى عبد الله تكره أن يقول الرجل للذمى : كيف أصبحت ؟ أو: كيف حالك ؟ أو: كيف أنت ؟ أو نحو هذا ؟ قال : نعم ، هذا عندى أكثر من السلام .

وقال أبو عبد الله : إذا لقيته فى الطريق فلا توسع له ، وذلك لما تقدم من حديث أبى هريرة ، وروى عن ابن عمر أنه مر على رجل فسلم عليه فقيل : إنه كافر ، فقال : رد على ما سلمت عليك ، فرد عليه ، فقال أكثر الله مالك وولدك ، ثم التفت إلى أصحابه فقال أكثر للجزية ، وقال يعقوب بن بختان: سألت أبا عبد الله فقلت : نعامل اليهود والنصارى ، فنأتيهم فى منازلهم ، وعندهم قوم مسلمون أسلم عليهم ؟ قال : نعم تنوى السلام على المسلمين [٢] وسئل عن مصافحة أهل الذمة فكرهه .

٧٧٠٧ (فصــــل)

ومايذكر بعض أهل الذمة من أن الجزية لاتلزمهم وأن معهم كتاباً من النبى صلى الله عليه وسلم بإسقاطها عنهم لايصح ، وسئل عن ذلك أبو العباس بن سريج فقال : مانقل ذلك أحد من المسلمين . وذكر أنهم طولبوا بذلك فأخرجوا كتباً ذكروا أنه بخط على رضى الله عنه كتبه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فيه شهادة سعد بن معاذ ومعاوية ، وتاريخه بعد موت سعد وقبل إسلام معاوية ، فاستدل بذلك على بطلانه ، ولأن قولهم غير مقبول ، ولم يرو ذلك من يعتمد على روايته .

٧٧٠٨ (فصــــل)

قال أبو الخطاب يمتهنون عند أخذ الجزية ، ويطال قيامهم ، وتجر أيديهم عند أخذها ، ذهب إلى قوله

---

(١) أخرجه الشيخان وأبوداود وابن ماجه عن ابن عمر (ف)

(٢) فى هذا حديث رواه ابن السنى فى عمل اليوم والليلة أنظر ص ٧٦ طبع القاهرة من تحقيقنا .

تعالى : (حتَّى يُعْطُوا الجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ[١]) وقيل : الصغار التزامهم الجزية ، وجريان أحكامنا عليهم ، ولا يقبل منهم إرسالها ، بل يحضر الذمى بنفسه بها ، ويؤديها وهو قائم ، والآخذ جالس ، ولا يشتط عليهم فى أخذها، ولا يعذبون إذا أعسروا عن أدائها ، فإن عمر رضى الله عنه « أتى بمال كثير قال أبو عبيد : وأحسبه من الجزية ، فقال : إنى لأظنكم قد أهلكتم الناس ، قالوا : لا والله ما أخذنا إلا عفواً صفواً . قال : بلاسوط ولابوط[٢] . قالوا : نعم . قال : الحمد لله الذى لم يجعل ذلك على يدى ولا فى سلطانى وقدم عليه سعيد بن عامر بن حذيم فعلاه عمر بالدرة ، فقال سعيد : سبق سيلك مطرك ، إن تعاقب نصبر ، وإن تعف نشكر ، وإن تستعتب نعتب ، فقال : ما على المسلم إلا هذا ، مالك تبطىء بالخراج ؟ قال : أمرتنا أن لا نزيد الفلاحين على أربعة دنانير فلسنا نزيدهم على ذلك ، ولكن نؤخرهم إلى غلاتهم . قال عمر : لا عزلتك ماحييت » . رواهما أبو عبيد . وقال : إنما وجه التأخير إلى الغلة الرفق بهم ، قال : ولم نسمع فى استيداء[٣] الخراج والجزية وقتاً غير هذا ، واستعمل على بن أبى طالب رجلا على عُكْبَرَا[٤] فقال له على رءوس الناس : لاتدعن لهم درهما من الخراج ، وشدد عليه القول ، ثم قال : القنى عند انتصاف النهار ، فأتاه فقال : إنى كنت أمرتك بأمر وإنى أتقدم إليك الآن فإن عصيتنى نزعتك ، لاتبيعن لهم فى خراجهم حماراً ولا بقرة ولا كسوة شتاء ولا صيف ، وارفق بهم وافعل بهم .

٧٧٠٩ (فصــل)

قال أحمد فى الرجل له المرأة النصرانية : لايأذن لها أن تخرج إلى عيد أو تذهب إلى بيعة وله أن يمنعها ذلك وكذلك فى الأمة قيل له : أله أن يمنعها شرب الخمر ؟ قال : يأمرها ، فإن لم تقبل فليس له منعها ، قيل له ، فإن طلبت منه أن يشترى لها زناراً؟ قال لا يشترى لها زناراً تخرج هى تشترى لنفسها ، وسئل عن الذمى يعامل بالربا ويبيع الخمر والخنزير ثم يسلم وذلك المال فى يده ، فقال: لا يلزمه أن يخرج منه شيئاً لأن ذلك مضى فى حال كفره ، فأشبه نكاحهم فى الكفر إذا أسلم ، وسئل عن المجوسيين يجعلان ولدهما مسلماً فيموت وهو ابن خمس سنين ،فقال : يدفن فى مقابر المسلمين، لقول النبى صلى الله عليه وسلم: فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه » يعنى أن هذين لم يمجساه فيبقى على الفطرة، وسئل أبو عبد الله عن أولاد المشركين فقال : اذهب إلى قول النبى

---

(١) سورة التوبة آية ٢٩ . (٢) بوط : افتقار وذل بعد غنى وعز (ف)

(٣) فى المخطوطة ١٨ :فى أداء .

(٤) عكبرا : بلدة بينها وبين بغداد عشر فراسخ وهى بضم العين وسكون الكاف وفتح الباء وراء بعدها ألف مقصورة (ف)

صلى لله عليه وسلم : « الله أعلم[١] بما كانوا عاملين » قال : وكان ابن عباس يقول : « فأبواه يهودانه وينصرانه — حتى سمع — الله أعلم بما كانوا عاملين » فترك قوله وسأله ابن الشافعى فقال : ياأبا عبـــد الله ذرارى المشركين[٢] أو المسلمين ؟ فقال : هذه مسائل أهل الزيغ ، وقال أبو عبد الله : سأل بشر بن السرى سفيان الثـــورى عن أطفال المشركين فصاح به وقال : ياصبى أنت تسأل عن هـــذا ؟ قال أحمد : ونحن نمر هذه الأحاديث على ماجاءت ، ولانقول شيئاً . وسئل عن أطفال المسلمين فقال : ليس فيه اختلاف أنهم فى الجنة ، وذكروا له حديث[٣] عائشة الذى قالت فيه عصفور من عصافير الجنة ، قال : وهذا حديث ؟ وذكر فيه رجلا ضعفه طلحة ، وسئل عن الرجل يسلم بشرط ألا يصلى إلا صلاتين ، فقال : يصح إسلامه ، ويؤخذ بالخمس ؟ وقال معنى حديث حكيم بن حزام — بايعت[٤] النبى صلى الله عليه وسلم على أن لاأخر إلا قائماً — أنه لايركع فى الصلاة بل يقرأ ثم يسجد من غير ركوع قال : وحديث قتادة عن نصر بن عاصم أن رجلا منهم بايع النبى صلى الله عليه وسلم أن يصلى طرفى النهار .

---

(١) أخرج الإمام مالك فى موطئه ج ١ ص ١٨٦ عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه كما تناتج الإبل من بهيمة جمعاء هل تحس فيها من جدعاء قالوا يا رسول الله أرأيت الذى يموت وهو صغير قال : الله أعلم بما كانوا عاملين . وهو فى مسلم ج ٤ ص ٢٠٤٨ (ف)

(٢) فى الشرح الكبير ج ١٠ ص ٦٣١ « والمسلمين » بالواو بدل (أو) ف

(٣) أخرجه مسلم فى صحيحه عن أبى هريرة ج ٤ ص ٢٠٥٠ وأبوداود والنسائى ف

(٤) أخرجه أحمد فى مسنده ج ٣ ص٤٠٢ ف

كتاب الصيد والذبائح

الأصل فى إباحة الصيد الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب : فقول الله تعالى : (أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَادُمْتُمْ حُرُماً[1]) وقال سبحانه (وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا[1]) وقال سبحانه:(يسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ[2])

وأما السنة فروى أبو ثعلبة الخشنى قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله ، إنا بأرض صيد أصيد بقوسى ، وأصيد بكلبى المعلم ، وأصيد بكلبى الذى ليس بمعلم ، فأخبرنى ماذا يصلح لى ؟ قال : « أما ذكرت أنكم بأرض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل » . وعن عدى ابن حاتم قال : قلت : يارسول الله إنا نرسل الكلاب المعلم فيمسك علينا ،قال :« كل»[4] قلت : وإن قتل ؟ قال : « كُلْ مالم يَشْرَكْهُ كلب غيره » قال : وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض[5] فقال :« ماخرق فكل ، وماقتل بعرضه فلا تأكل » . متفق عليهما ، وأجمع أهل العلم على إباحة الاصطياد والأكل من الصيد .

٧٧١٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا سمى وأرسل كلبه أو فهده المعلم واصطاد وقتل ولم يأكل منه جاز أكله ﴾ .

أما ما أدرك ذكاته من الصيد فلا يشترط فى إباحته سوى صحة التذكية ولذلك قال عليه السلام : « وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل » وأما ماقتل الجارح فيشترط فى إباحته شروط سبعة .

أحدها : أن يكون الصائد من أهل الذكاة ، فإن كان وثنياً أو مرتداً أو مجوسياً أو من غير المسلمين وأهل الكتاب أو مجنوناً لم يبح صيده ، لأن الاصطياد أقيم مقام الزكاة ، والجارح آلة كالسكين ، وعقره

---

(١) سورة المائدة آية ٩٦ (٢) سورة المائدة آية ٤ (٣) سورة المائدة آية ٢

(٤) زاد فى رواية « وأذكر إسم الله » (ف)

(٥) المعراض : سهم لاريش له ولا نصل ، وقيل : نصل عريض له ثقل ، وقيل : عود رقيق الطرفين غليظ الوسط وقيل : خشبة ثقيلة آخرها عصا محدد رأسها وقد لايحدد وقيل عصا فى طرفها حديدة يرمى بها الصائد فما أصاب بحده فهى ذكى يؤكل وما أصاب بغير حده فهو وقيذ (ف)

للحيوان بمنزلة إفراء الأوداج . قال النبي صلى الله عليه وسلم : « فإن أخذ الكلب ذكاته[١] » . والصائد بمنزلة المذكى ، فتشترط الأهلية فيه .

الشرط الثاني : أن يسمى عند إرسال الجارح ، فإن ترك التسمية عمداً أو سهواً لم يبح ، هذا تحقيق المذهب . وهو قول الشعبي ، وأبي ثور ، وداود ، ونقل حنبل عن أحمد إن نسى التسميه على الذبيحة والكلب أبيح ، قال الخلال : سها حنبل فى نقله ، فإن فى أول مسألته[٢] إذا نسى وقتل لم يأكل . وممن أباح متروك التسمية فى النسيان دون العمد أبوحنيفة ومالك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان » . ولأن إرسال الجارحة جرى مجرى التذكية ، فعفى عن النسيان فيه كالذكاة ، وعن أحمد : أن التسمية تشترط على إرسال الكلب فى العمد والنسيان ، ولايلزم ذلك فى إرسال السهم إليه .

حقيقة ، وليس له اختيار ، فهو بمنزلة السكين بخلاف الحيوان ، فإنه يفعل باختياره . وقال الشافعي : يباح متروك التسمية عمداً أو سهواً ، لأن البراء روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم » وعن أبي هريرة رضى الله عنه « أن النبي[٣] صلى الله عليه وسلم سئل فقيل أرأيت الرجل منا يذبح وينسى أن يسمى الله فقال : « اسم الله فى قلب كل مسلم » وعن أحمد رواية أخرى مثل هذا .

ولنا : قوله تعالى : « وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ[٤] » وقال « فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهِ[٥] » وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا أرسلت كلبك وسميت فكل » . قلت : أرسل كلبي ، فأخذ معه كلبا آخر ؟ قال : « لاتأكل ، فإنك إنما سميت على كلبك ، ولم تسم على الآخر » متفق عليه . وفى لفظ : « وإذا خالط كلابا لم يذكر اسم الله عليها فأمسكن وقتلن فلاتأكل » وفى حديث أبي ثعلبة : « وماصدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل » . وهذه نصوص صحيحة لايعرج على ماخالفها ، وقوله : « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان » يقتضى نفى الاسم لاجعل الشرط المعدوم كالموجود ، بدليل ما لو نسى شرط الصلاة ، والفرق بين الصيد والذبيحة أن الذبح وقع فى محله ، فجاز أن يتسامح فيه بخلاف الصيد . فأما أحاديث أصحاب الشافعي فلم يذكرها أصحاب السنن

(١) أخرجه البخارى ومسلم عن عدى بن حاتم (ف)
(٢) فى المخطوطة ١٨ : فإنه قال فى أول مسألته .
(٣) أخرجه الدارقطنى ج ٤ ص ٢٩٥ بلفظ (اسم الله على كل مسلم) ، (اسم الله على فم كل مسلم) (ف)
(٤) سورة الأنعام الآية : ١٢١ . (٥) سورة المائدة آية: ٤

المشهورة ، وإن صحت فهى فى الذبيحة ، ولا يصح قياس الصيد عليها ، لما ذكرنا مع مافى الصيد من النصوص الخاصة .

إذا ثبت هذا فالتسمية المعتبرة قوله « بسم الله » لأن إطلاق التسمية ينصرف إلى ذلك ، وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا ذبح قال : « بسم الله والله أكبر[1] » وكان ابن عمر يقوله ، ولا خلاف فى أن قوله بسم الله يجزئه ، وإن قال : اللهم اغفرلى لم يكف ، لأن ذلك طلب حاجة ، وإن هلل أو سبح أو كبر أو حمد الله تعالى احتمل الإجزاء ، لأنه ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم ، واحتمل المنع لأن إطلاق التسمية لايتناوله ، وإن ذكر اسم الله تعالى بغير العربية أجزأه وإن أحسن العربية ، لأن المقصود ذكر اسم الله وهو يحصل بجميع اللغات ، بخلاف التكبير فى الصلاة ، فإن المقصود لفظه ، وتعتبر التسمية عند الإرسال ، لأنه الفعل الموجود من المرسل ، فتعتبر التسمية عنده كما تعتبر عند الذبح من الذابح ، وعند إرسال السهم من الرامى . نص أحمد على هذا ، ولا تشرع الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم مع التسمية فى ذبح ولا صيد ، وبه قال الليث ، واختار أبو إسحاق بن شاقلا استحباب ذلك ، وهو قول الشافعى ، لقوله عليه السلام : من صلى علىّ مرة صلى الله عليه عشراً[2] » وجاء فى تفسير قوله تعالى : « وَرَفَعْنا لَكَ ذِكْرَكَ[3] » لا أذكر إلا ذكرت معى .

ولنا : قوله عليه السلام « موطنان لا أذكر فيهما : عند الذبيحة والعطاس » رواه أبو محمد الخلال بإسناده ، ولأنه إذا ذكر غير الله تعالى أشبه المُهِلّ لغير الله .

الشرط الثالث : أن يرسل الجارحة على الصيد ، فإن استرسلت بنفسها فقتلت لم يبح ، وبهذا قال ربيعة ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال عطاء والأوزاعى يؤكل صيده إذا أخرجه للصيد وقال إسحاق : إذا سمى عند انفلاته أبيح صيده ، وروى بإسناده عن ابن عمر أنه سئل عن الكلاب تنفلت من مرابضها فتصيد الصيد قال : اذكر اسم الله وكل ، قال إسحاق : فهذا الذى أختار إذا لم يتعمد هو إرساله من غير ذكر اسم الله عليه . قال الخلال : هذا على معنى قول أبى عبدالله .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا أرسلت كلبك وسميت فكل » ولأن إرسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح ، لهذا اعتبرت التسمية معه ، وإن استرسل بنفسه فسمى صاحبه وزجره فزاد فى عدوه أبيح صيده وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى لا يباح وعن عطاء كالمذهبين .

---

(١) ورد فى الضحايا فى صحيح مسلم عن أنس ج ٣ ص ١٥٥٧ ف .

(٢) أخرجه أحمد ومسلم عن أبى هريرة ف .

(٣) سورة الشرح آية : ٤٠ .

ولنا : أن زجره أثر فى عدوه فصار كما لو أرسله ، وذلك لأن فعل الإنسان متى انضاف إلى فعل غيره فالاعتبار بفعل الإنسان ، بدليل ما لو صال الكلب على إنسان فأغراه إنسان فالضمان على من أغراه ، وإن أرسله بغير تسمية ثم سمى وزجره فزاد فى عدوه فظاهر كلام أحمد أنه يباح ، فإنه قال : إذا أرسل ثم سمى فانزجر أو أرسل وسمى فالمعنى قريب من السواء ، وظاهر هذا الإباحه ، لأنه انزجر بتسميته وزجره ، فأشبه التى قبلها . وقال القاضى : لا يباح صيده ، لأن الحكم يتعلق بالإرسال الأول ، بخلاف ما إذا استرسل بنفسه ، فإنه لا يتعلق به حظر ولا إباحة .

الشرط الرابع : أن يكون الجارح معلماً ، ولا خلاف فى اعتبار هذا الشرط ، لأن الله تعالى قال : « وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ »(١) وما تقدم من حديث أبى ثعلبة ، ويعتبر فى تعليمه ثلاثة شروط : إذا أرسله استرسل، وإذا زجره انزجر ، وإذا أمسك لم يأ كل . ويتكرر هذا منه مرة بعد أخرى ، حتى يصير معلما فى حكم العرف ، وأقل ذلك ثلاث ، قاله القاضى . وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ، ولم يقدر أصحاب الشافعى عدد المرات ، لأن التقدير بالتوقيف ولا توقيف فى هذا ، بل قدره بما يصير به فى العرف معلما ، وحكى عن أبى حنيفة أنه إذا تكرر مرتين صار معلما ، لأن التكرار يحصل بمرتين ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب : يحصل ذلك بمرة ، ولا يعتبر التكرار ، لأنه تعلم صنعة فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الصنائع .

ولنا : أن تركه للأكل يحتمل أن يكون لشبع ، ويحتمل أنه لتعلم،فلا يتميز ذلك إلا بالتكرار ،وما اعتبر فيه التكرار اعتبر ثلاثاً كالمسح فى الاستجمار ، وعدد الإقرار والشهود فى العدة والغسلات فى الوضوء ، ويفارق الصنائع، فإنها لا يتمكن من فعلها إلا من تعلمها فإذا فعلها علم أنه قد تعلمها وعرفها وترك الأكل ممكن الوجود من المتعلم وغيره ، ويوجد من الصنفين جميعاً ، فلا يتميز به أحدهما من الآخر حتى يتكرر ، وحكى عن ربيعة ومالك أنه لا يعتبر ترك الأكل ، لما روى أبو ثعلبة الخشنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ، وإن أكل » . ذكره الإمام أحمد ورواه أبوداود .

ولنا : أن العادة فى المعلم ترك الأكل فاعتبر شرطاً كالانزجار إذا زجر ، وحديث أبى ثعلبة معارض بما روى عن عدى بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فإن أكل فلا تأكل ، فإنى أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه » . وهذا أولى بالتقديم ، لأنه متفق عليه ، ولأنه متضمن للزيادة وهو ذكر

(١) سورة المائدة آية ٤

الحكم معللا ، ثم إن حديث أبي ثعلبة محمول على جارحه ثبت تعليمها لقوله : « إذا أرسلت كلبك المعلم » ، ولايثبت التعليم حتى يترك الأكل .

إذا ثبت هذا فإن الإنزجار بالزجر إنما يعتبر بإرساله على الصيد أو رؤيته ، أما بعد ذلك فإنه لاينزجر بحال .

الشرط الخامس : ألا يأكل من الصيد ، فإن أكل منه لم يبح فى أصح الروايتين ، ويروى ذلك عن ابن عباس وأبى هريرة ، وبه قال عطاء وطاوس وعبيد ابن عمير والشعبى والنخعى وسويد بن غفلة وأبو بردة وسعيد بن جبير وعكرمة والضحاك وقتادة وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور . والرواية الثانية : يباح ، وروى ذلك عن سعد بن أبى وقاص وسلمان وأبى هريرة وابن عمر ، حكاه عنهم الإمام أحمد ، وبه قال مالك ، وللشافعى قولان كالمذهبين . واحتج من أباحه بعموم قوله تعالى (فكُلُوا مما أمسكنَ عليكُمْ)[١] وحديث أبى ثعلبة ، ولأنه صيد جارح معلم فأبيح كما لولم يأكل ، فإن الأكل يحتمل أن يكون لفرط جوع أو غيظ على الصيد .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث عدى بن حاتم . « إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل مما أمسك عليك » ، قلت : وإن قتل ؟ قال « وإن قتل إلا أن يأكل الكلب ، فإن أكل فلا تأكل ، فإنى أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه » متفق عليه ، ولأن ما كان شرطا فى الصيد الأول كان شرطاً فى سائر صيوده كالإرسال والتعليم . وأما الآية فلا تتناول هذا الصيد فإنه قال (فكلُوا مما أمسكنَ عليكُمْ)[٢] وهذا إنما أمسك على نفسه . وأما حديث أبى ثعلبة فقد قال أحمد : يختلفون عن هشيم فيه ، وعلى أن حديثنا أصح لأنه متفق عليه ، وعدى بن حاتم أضبط ، ولفظه أبين ، لأنه ذكر الحكم والعلة . قال أحمد : حديث الشعبى عن عدى من أصح ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، الشعبى يقول : كان جارى وربيطى فحدثنى ، والعمل عليه ، ويحتمل أنه أكل منه بعد أن قتله وانصرف عنه ، وإذا ثبت هذا فإنه لا يحرم ما تقدم من صيوده فى قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : يحرم ، لأنه لو كان معلماً ما أكل .

ولنا : عموم الآية والأخبار وإنما خص منه ما أكل منه ففيما عداه يجب القضاء بالعموم[٣] ، ولأن اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به ، ولهذا حكمنا بحل صيده ، فإذا وجد الأكل احتمل أن يكون لنسيان أو لفرط جوعه أو نسى التعليم فلا يترك ما ثبت يقيناً بالاحتمال .

(١،٢) سورة المائدة آية ٤ (٣) فى المخطوطة١٨ : بالأعم .

٧٧١١ (فصــل)

فإن شرب دمه ولم يأكل منه لم يحرم ، نص عليه أحمد ، وبه قال عطاء والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وكرهه الشعبي والثوري ، لأنه في معنى الأكل .

ولنا عموم الآية والأخبار ، وإنما خرج منه ما أكل منه بحديث عدي : « فإن أكل منه فلا تأكل » وهذا لم يأكل ، ولأن الدم لا يقصده الصائد منه ولا ينتفع به فلا يخرج بشربه عن أن يكون ممسكا على صائده .

٧٧١٢ (فصــل)

ولا يحرم ما صاده الكلب بعد الصيد الذي أكل منه ، ويحتمل كلام الخرقي أنه يخرج عن أن يكون معلماً فتعتبر له شروط التعليم ابتداء ، والأول أولى لما ذكرنا في صيده الذي قبل الأكل .

الشرط السادس : أن يجرح الصيد ، فإن خنقه أو قتله بصدمته لم يبح ، قال الشريف : وبه قال أكثرهم وقال الشافعي في قول له : يباح لعموم الآية والخبر .

ولنا : أنه قتله بغير جرح أشبه ما قتله بالحجر والبندق ، ولأن الله تعالى حرم الموقوذة ، وهذا كذلك ، وهذا يخص ما ذكروه ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ما أنهر الدم[1] وذكر اسم الله فكل» يدل على أنه لا يباح ما لم ينهر الدم .

الشرط السابع : أن يرسله على صيد ، فإن أرسله وهو لا يرى شيئاً ولا يحس به فأصاب صيداً لم يبح ، هذا قول أكثر أهل العلم ، لأنه لم يرسله على الصيد ، وإنما استرسل بنفسه ، وهكذا إن رمى سهماً إلى غرض فأصاب صيداً أو رمى به إلى فوق رأسه فوقع على صيد فقتله لم يبح ، لأنه لم يقصد برميه عيناً فأشبه من نصب سكيناً فانذبحت بها شاة .

٧٧١٣ (فصــل)

وكل ما يقبل التعليم وَلا يمكن الاصطياد به من سباع البهائم كالفهد أو جوارح الطير فحكمه حكم الكلب في إباحة صيده ، قال ابن عباس في قوله تعالى : « وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ »[2] هي : الكلاب المعلمة ، وكل طير تعلم الصيد ، والفهود والصقور وأشباهها . وبمعنى هذا قال طاوس ويحيى بن أبي كثير والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وأبو ثور ، وحكي عن ابن عمر ومجاهد : أنه لا يجوز الصيد إلا بالكلب ، لقول الله تعالى : «وما علمتم من الجوارح مكلبين»[3] يعني كلبتم من الكلاب.

(١) أخرجه الشيخان من حديث رافع بن خديج (ف). (٢ و ٣) سورة المائدة آية ٤ .

ولنا : ما روى عن عدى قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازى فقال : « إذا أمسك عليك فكل » ولأنه جارح يصاد به عادة ويقبل التعليم فأشبه الكلب ، فأما الآية فإن الجوارح : الكواسب [فقوله تعالى] : « ويعلم ما جَرَحْتُمْ بالنَّهار »[1] أى كسبتم ، وفلان جارحة أهله أى كاسبهم (مكلِّبين) من التكليب وهو الإغراء .

٧٧١٤ (فصل)

وهل يجب غسل أثر فم الكلب من الصيد ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يجب لأن الله تعالى ورسوله أمرا بأكله ولم يأمرا بغسله . والثانى : يجب لأنه قد ثبتت نجاسته فيجب غسل ما أصابه كبوله .

٧٧١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أرسل البازى وما أشبهه فصاد وقتل أكل وإن أكل من الصيد لأن تعليمه بأن يأكل ﴾

وجملته أنه يشترط فى الصيد بالبازى ما يشترط فى الصيد بالكلب ، إلا ترك الأكل فلا يشترط ، ويباح صيده وإن أكل منه ، وبهذا قال ابن عباس ، وإليه ذهب النخعى وحماد والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، ونص الشافعى على أنه كالكلب فى تحريم ما أكل منه من صيده ، لأن مجالداً روى عن الشعبى عن عدى بن حاتم عن النبى صلى الله عليه وسلم « فإن أكل الكلب والبازى فلا تأكل » ولأنه جارح أكل مما صاده عقيب قتله فأشبه سباع البهائم .

ولنا : إجماع الصحابة . روى الخلال بإسناده عن ابن عباس قال : إذا أكل الكلب فلا تأكل من الصيد ، وإذا أكل الصقر فكل ، لأنك تستطيع أن تضرب الكلب ولا تستطيع أن تضرب الصقر . وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة إباحة ما أكل منه الكلب ، وخالفهم ابن عباس فيه ، ووافقهم فى الصقر ، ولم ينقل عن أحد فى عصرهم خلافهم ، ولأن جوارح الطير تعلم بالأكل ويتعذر تعليمها بترك الأكل ، فلم يقدح فى تعليمها بخلاف الكلب والفهد ، وأما الخبر فلا يصح ، يرويه مجالد وهو ضعيف . قال أحمد : مجالد يصيِّر القصة واحدة ، كم من أعجوبة لمجالد ، والروايات الصحيحة تخالفه ، ولا يصح قياس الطير على السباع لما بينهما من الفرق فإذا ثبت هذا فكل جارح من الطير أمكن تعليمه والاصطياد به من البازى والصقر والشاهين والعقاب حل صيدها على ما ذكرناه .

٧٧١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يؤكل ما صيد بالكلب الأسود إذا كان بهيما لأنه شيطان ﴾

---

(١) سورة الأنعام آية ٦٠

البهيم الذى لا يخالط لونه لون سواه ، قال أحمد الذى ليس فيه بياض ، قال ثعلب وإبراهيم الحربى كل لون لم يخالطه لون آخر بهيم ، قيل لهما من كل لون ؟ قالا نعم ، وممن كره صيده الحسن والنخعى وقتادة وإسحاق ، قال أحمد ما أعرف أحداً يرخص فيه ، يعنى من السلف . وأباح صيده أبو حنيفة ومالك والشافعى ، لعموم الآية والخبر والقياس على غيره من الكلاب .

ولنا : أنه كلب يحرم اقتناؤه ويجب قتله فلم يبح صيده كغير المعلم ، ودليل تحريم اقتنائه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فاقتلوا منها كل أسود بهيم » رواه سعيد وغيره .

وروى مسلم فى صحيحه بإسناده عن عبدالله بن المغفل قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها فقال « عليكم بالأسود البهيم ذى النكتتين فإنه شيطان » فأمر بقتله وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه ، فلم يبح صيده كغير المعلم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم سماه شيطاناً ، ولا يجوز اقتناء الشيطان ، وإباحة الصيد المقتول رخصة ، فلا تستباح بمحرم كسائر الرخص ، والعموميات مخصوصة بما ذكرناه . وإن كان فيه نكتتان فوق عينيه لم يخرج بذلك عن كونه بهيما[1] لما ذكرناه من الخبر .

٧٧١٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا : أراد الصيد وفيه روح فلم يذكه حتى مات لم يؤكل ﴾

يعنى والله أعلم ما كان فيه حياة مستقرة ، فأما ما كانت حياته كحياة المذبوح فهذا يباح من غير ذبح فى قولهم جميعاً ، فإن الذكاة فى مثل هذا لا تفيد شيئاً ، وكذلك لو ذبحه مجوسى ثم أعاد ذبحه مسلم لم يحل ، فأما إن أدركه وفيه حياة مستقرة فلم يذبحه حتى مات نظرت ، فإن لم يتسع الزمان لذكاته حتى مات حل أيضاً ، قال قتادة : يأكله ما لم يتوان فى ذكاته أو يتركه عمداً . وهو قادر على أن يذكيه ، ونحوه قول مالك والشافعى ، وروى عن الحسن والنخعى ، وقال أبو حنيفة : لا يحل ، لأنه أدركه حياً حياة مستقرة ، فتعلقت إباحته بتذكيته كما لو اتسع الزمان .

ولنا : أنه لم يقدر على ذكاته بوجه ينسب فيه إلى التفريط ، ولم يتسع لها الزمان ، فكان عقره ذكاته كالذى قتله . ويفارق ما قاسوا عليه ، لأنه أمكنه ذكاته وفرط بتركها ، ولو أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها طويلا وأمكنته ذكاته فلم يذبحه حتى مات لم يبح ، سواء كان به جرح يعيش معه أولا ، وبه قال مالك والليث والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، لأن ما كان كذلك فهو فى حكم الحى ، بدليل أن عمر رضى الله عنه كانت جراحاته موحية فأوصى وأجيزت وصاياه وأقواله فى تلك الحال ،

---

(١) فى المطبوعة : نهيا . وما فى ١٨ أوضح .

ولا سقطت[1] عنه الصلاة والعبادات ، ولأنه ترك تذكيته مع القدرة عليها فأشبه غير الصيد .

٧٧١٨ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يكن معه ما يذكيه به أشلى الصائد له عليه حتى يقتله فيؤكل ﴾

يعنى أغرى الكلب به وأرسله عليه ، ومعنى أشلى فى العربية دعا ، إلا أن العامة تستعمله بمعنى أغراه ، ويحتمل أن الخرقى أراد دعاه ثم أرسله لأن إرساله على الصيد يتضمن دعاءه إليه ، واختلف قول أحمد فى هذه المسألة . فعنه مثل قول الخرقى ، وهو قول الحسن وإبراهيم وقال فى موضع : إنى لأقشعر من هذا ، يعنى أنه لا يراه . وهو قول أكثر أهل العلم ، لأنه مقدور عليه فلم يبح بقتل الجارح له كبهيمة الأنعام ، وكما لو أخذه سليما ، ووجه الأولى أنه صيد قتله الجارح له من غير إمكان ذكاته ، فأبيح كما لو أدركه ميتاً ، ولأنها حال تتعذر فيها الذكاة فى الحلق واللبة غالباً فجاز أن تكون ذكاته على حسب الإمكان كالمتردية فى بئر ، وحكى عن القاضى أنه قال فى هذا يتركه حتى يموت فيحل ، لأنه صيد تعذرت تذكيته فأبيح بموته من عقر الصائد له كالذى تعذرت تذكيته لقلة لبثه . والأول أصح لأنه حيوان لا يباح بغير التذكية إذا كان معه آلة الذكاة ، فلم يبح بغيرها . إذا لم يكن معه آلة كسائر المقدور على تذكيته ، ومسألة الخرقى محمولة على ما يخاف موته إن لم يقتله الحيوان أو يذكى ، فإن كان به حياة يمكن بقاؤه إلى أن يأتى به منزله فليس فيه اختلاف أنه لا يباح إلا بالذكاة ، لأنه مقدور على تذكيته .

٧٧١٩ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا أرسل كلبه فأضاف معه غيره لم يؤكل إلا أن يدرك فى الحياة فيذكى ﴾

معنى المسألة أن يرسل كلبه على صيد فيجد الصيد ميتاً ويجد مع كلبه كلباً لا يعرف حاله ولا يدرى هل وجدت فيه شرائط صيده أولا ، ولا يعلم أيهما قتله ؟ أو يعلم أنهما جميعاً قتلاه ، أو أن قاتله الكلب المجهول فإنه لا يباح إلا أن يدركه حياً فيذكيه . وبهذا قال عطاء والقاسم بن مخيمرة ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، ولا نعلم لهم مخالفاً ، والأصل فيه ماروى عدى بن حاتم قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : أرسل كلبى فأجد معه كلباً آخر قال : «لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر» وفى لفظ «فإن وجدت مع كلبك كلباً آخر فخشيت أن يكون أخذ معه وقد قتله فلا تأكله ، فإنك إنما ذكرت اسم الله على كلبك» وفى لفظ «فإنك لاتدرى أيهما قتل ؟» أخرجه البخارى . ولأنه شك فى الاصطياد المبيح فوجب إبقاء حكم التحريم ، فأما إن علم أن كلبه الذى قتل وحده أو أن الكلب الآخر مما يباح صيده أبيح ، بدلالة تعليل

(١) فى ٣٩ : ولم تسقط

تحريمه « فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر » وقوله : « فإنك لا تدرى أيهما قتل ؟ » ولأنه لم يشك فى المبيح فلم يحرم كما لو كان هو أرسل الكلبين وسمى ، ولو جهل حال الكلب المشارك لكلبه ثم انكشف له أنه مسمى عليه مجتمعة فيه الشرائط حل الصيد ، ولو اعتقد حله لجهله بمشاركة الآخر له أو لاعتقاده أنه كلب مسمى عليه ثم بان بخلافه حرم ، لأن حقيقة الإباحة والتحريم لا تتغير باعتقاده خلافها ولا الجهل بوجودها .

٧٧٢٠ (فصـــل)

وإن أرسل كلبه فأرسل مجوسى كلبه فقتلا صيداً لم يحل ، لأن صيد المجوسى حرام ، فإذا اجتمع الحظر والإباحة غلب الحظر كالمتولد بين ما يؤكل وما لا يؤكل ، ولأن الأصل الحظر ، والحل موقوف على شرط وهو تذكية من هو من أهل الذكاة أوصيده الذى حصلت التذكية به ولم يتحقق ذلك وكذلك إن رمياه بسهميهما فأصاباه فمات ، ولا فرق بين أن يقع سهماها فيه دفعة واحدة أو يقع أحدهما قبل الآخر ، إلا أن يكون الأول قد عقره عقراً موحياً(١) مثل أن ذبحه أو جعله فى حكم المذبوح ، ثم أصابه الثانى وهو غير مذبوح فيكون الحكم للأول ، فإن كان الأول المسلم أبيح ، وإن كان المجوسى لم يبح ، وإن كان الثانى موحياً أيضاً فقال أكثر أصحابنا : الحكم للأول أيضاً ، لأن الإباحه حصلت به فأشبه ما لو كان الثانى غير مُوح ، ويجىء على قول الخرقى أنه لا يباح ، لقوله : وإذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت فى الماء أو وطىء عليها شىء لم تؤكل ، ولأن الروح خرجت بالجرحين ، فأشبه ما لو جرحاه معاً ، وإن كان الأول ليس بموح والثانى موحيا(٢) فالحكم للثانى فى الحظر والإباحة ، وإن أرسل المسلم والمجوسى كلباً واحداً فقتل صيداً لم يبح لذلك ، وكذلك لو أرسله مسلمان وسمى أحدهما دون الآخر ، وكذلك لو أرسل المسلم كلبين أحدهما معلم والآخر غير معلم فقتلا صيداً لم يحل ، وكذلك إن أرسل كلبه المعلم فاسترسل معه معلم آخر بنفسه فقتلا الصيد لم يحل فى قول أكثر أهل العلم ، منهم ربيعة ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال الأوزاعى : يحل ههنا .

ولنا : أن إرسال الكلب على الصيد شرط لما بيناه ولم يوجد فى أحدهما .

٧٧٢١ (فصـــل)

فإن أرسل مسلم كلبه وأرسل مجوسى كلبه فرد كلب المجوسى الصيد إلى كلب المسلم فقتله حل أكله ،

---

(١) الوحا : السرعة ، الوحى على وزن فعيل : السريع العقر الموحى : السريع القتل والذى ينهيه إلى حالة المذبوح (ف). (٢) فى المطبوعة : موح . خطأ . لأنه معطوف على خبر كان فيكون منصوبا .

وهذا قول الشافعى وأبى ثور . وقال أبو حنيفة : لايحل ، لأن كلب المجوسى عاون فى اصطياده فأشبه [ما] إذا عقره .

ولنا : أن جارحة المسلم انفردت بقتله فأبيح ، كما لو رمى المجوسى سهمه فرد الصيد فأصابه سهم مسلم فقتله، أو أمسك مجوسى شاة فذبحها مسلم ، وبهذا يبطل ماقاله .

٧٧٢٢ (فصــــل)

وإذا صاد المجوسى بكلب مسلم لم يبح صيده فى قولهم جميعاً ، وإن صاد المسلم بكلب المجوسى فقتل حل صيده ، وبهذا قال سعيد بن المسيب والحكم ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وعن أحمد لا يباح، وكرهه جابر والحسن ومجاهد والنخعى والثورى . لقوله تعالى : « وما علمتُم منَ الجوارحِ مُكلِّبين »[١] وهذا لم يعلمه . وعن الحسن أنه كره الصيد بكلب اليهودى والنصرانى لهذه الآية .

ولنا : أنه آلة صاد بها المسلم فحل صيده كالقوس والسهم . قال ابن المسيب : هى بمنزلة شفرته ، والآية دلت على إباحة الصيد بما علمناه وما علمه غيرنا ، فهو فى معناه ، فيثبت الحكم بالقياس الذى ذكرناه ، يحققه أن التعليم إنما أثر فى جعله آلة ، ولا تشرط الأهلية فى ذلك كعمل القوس والسهم ، وإنما تشترط فيما أقيم مقام الذكاة وهو إرسال الآلة من الكلب والسهم وقد وجد الشرط ههنا .

٧٧٢٣ (فصــــل)

وإذا أرسل جماعة كلابا وسموا فوجدوا الصيد قتيلا لا يدرون من قتله حل أكله ، فإذا اختلفوا فى قاتله وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينهم على السواء ، لأن الجميع مشتركة فى إمساكه فأشبه ما لو كان فى أيدى الصيادين أو عبيدهم ، وإن كان البعض متعلقاً به دون باقيها فهو لمن كلبه متعلق به وعلى من حكمنا له به اليمين فى المسألتين ، لأن دعواه محتملة ، فكانت اليمين عليه كصاحب اليد ، وإن كان قتيلا والكلاب ناحية وقف الأمر حتى يصطلحوا ، ويحتمل أن يقرع بينهم ، فمن قرع صاحبه حلف وكان له ، وهذا قول أبى ثور قياساً على ما لو تداعيا[٢] دابة فى يد غيرهما . وعلى الأول إذا خيف فساده قبل اصطلاحهم عليه باعوه ثم اصطلحوا على ثمنه .

٧٧٢٤ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا سمى ورمى صيداً فأصابت غيره جاز أكله ﴾

وجملة ذلك الأمر أن الصيد بالسهام وكل محدد جائز بلا خلاف وهو داخل فى مطلق قوله تعالى :

---

(١) سورة المائدة آية ٤ . (٢) فى المخطوطة ٣٩ ادعيا .

« فاصْطَادُوا »[1] وقال النبي صلى الله عليه وسلم : (فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل) وعن أبي قتادة أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه وأخذ رمحه ثم شد على الحمار فقتله ، فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال : « إنما هي طعمة أطعمكموها الله » . متفق عليه . ويعتبر فيه من الشروط ما ذكرنا في الجارح إلا التعليم ، وتعتبر التسمية عند إرسال السهم والطعن إن كان برمح والضرب إن كان مما يضرب ، لأنه الفعل الصادر منه ، وإن تقدمت التسمية بزمن يسير جاز كما ذكرنا في النية في العبادات ، ويعتبر أن يقصد الصيد ، فلو رمى هدفا فأصاب صيداً أو قصد رمى إنسان أو حجر أو رمى عبثا غير قاصد صيداً فقتله لم يحل ، وإن قصد صيداً فأصابه وغيره حلا جميعا ، والجارح في هذا بمنزلة السهم ، نص أحمد على هذه المسائل ، وهو قول الثوري وقتادة وأبي حنيفة والشافعي إلا أن الشافعي قال : إذا أرسل الكلب على صيد فأخذ آخر في طريقه حل ، وإن عدل عن طريقه إليه فيه روايتان . وقال مالك : إذا أرسل كلبه على صيد بعينه فأخذ غيره لم يبح ، لأنه لم يقصد صيده ، إلا أن يرسله على صيود كبار فتتفرق عن صغار فإنها تباح إذا أخذها .

ولنا : عموم قوله تعالى : « فكُلُوا مما أمسكنَ عليكمُ »[2] وقوله عليه السلام : (إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل مما أمسك عليك) وقول النبي صلى الله عليه وسلم : (كل ما ردت عليك قوسك)[3] ولأنه أرسل آلة الصيد على صيد فحل ماصاده كما لو أرسلها على كبار فتفرقت عن صغار فأخذه على [قول] مالك ، أو كما لو أخذ صيداً في طريقه على [قول] الشافعي ، ولأنه لا يمكن تعليم الجارح اصطياد واحد بعينه دون واحد فسقط اعتباره ، فأما إن أرسل سهمه أو الجارح ولا يرى صيداً ولا يعلمه فصاد لم يحل صيده ، لأنه لم يقصد صيداً ، لأن القصد لا يتحقق لما لا يعلمه . وبهذا قال الشافعي في الكلب . وقال الحسن ومعاوية بن قرة : يأكله لعموم الآية والخبر ، ولأنه قصد الصيد فحل له ماصاده كما لو رآه .

ولنا : أن قصد الصيد شرط ولا يصح القصد مع عدم العلم فأشبه مالو لم يقصد الصيد .

٧٧٢٥ (فصـــل)

وإن رأى سواداً أو سمع حساً فظنه آدميا أو بهيمة أو حجراً فرماه فقتله فإذا هو صيد لم يبح . وبهذا قال مالك ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : يباح . وقال الشافعي : يباح إن كان المرسل سهما ، ولا يباح إن كان جارحا واحتج من أباحه بعموم الآية والخبر ، ولأنه قصد الاصطياد وسمى فأشبه مالو علمه صيداً .

---

(١) سورة المائدة آية ٢ . (٢) سورة المائدة آية ٤ .

(٣) أخرجه النسائي عن عبد الله بن عمرو (ف)

ولنا : أنه لم يقصد الصيد فلم يبح كما لو رمى هدفا فأصاب صيداً ، وكما فى الجارح عند الشافعى ، وإن ظنه كلبا أو خنزيرا لم يبح لذلك ، وقال محمد بن الحسن : يباح لأنه مما يباح قتله .

ولنا : ما تقدم ، فأما إن ظنه صيداً حل لأنه ظن وجود الصيد أشبه مالو رآه ، وإن شك هل هو صيد أولا ؟ أو غلب على ظنه أنه ليس بصيد لم يبح لأن صحة القصد تنبنى على العلم ولم يوجد ذلك ، وإن رمى حجراً يظنه صيداً فقتل صيداً فقال أبو الخطاب لا يباح ، لأنه لم يقصد صيداً على الحقيقة ، ويحتمل أن يباح لأن صحة القصد تنبنى على الظن ، وقد وجد فصح قصده ، فينبغى أن يحل صيده :

٧٧٣٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا رماه فغاب عن عينه فوجده ميتا وسهمه فيه ولا أثر به غيره حل أكله ﴾

هذا هو المشهور عن أحمد ، وكذلك لو أرسل كلبه على صيد فغاب عن عينه ثم وجده ميتا ومعه كلبه حل ، وهذا قول الحسن وقتادة . وعن أحمد إن غاب نهاراً فلا بأس ، وإن غاب ليلا لم يأكله . وعن مالك كالروايتين . وعن أحمد مايدل على أنه إن غاب مدة طويلة لم يبح ، وإن كانت يسيرة أبيح ، لأنه قيل له : إن غاب يوما قال : يوم كثير ، ووجه ذلك قول ابن عباس : « إذا رميت فأقعصت فكل وإن رميت فوجدت فيه سهمك من يومك أو ليلتك فكل ، وإن بات عنك ليلة فلا تأكل ، فإنك لا تدرى ماحدث فيه بعد ذلك » . وكره عطاء والثورى أكل ماغاب ، وعن أحمد مثل ذلك ، وللشافعى فيه قولان ، لأن ابن عباس قال : « كل ما أصميت وما أنميت فلا تأكل » ، قال الحكم الإصماء : الإقعاص ، يعنى : أنه يموت فى الحال . والإنماء : أن يغيب عنك ، يعنى أنه لا يموت فى الحال قال الشاعر[1] :

فهو لا تَنْمِى رميّته ماله ؟ لاَ عُدَّ مِنْ نفَرِه

وقال أبو حنيفة : يباح إن لم يكن ترك طلبه ، وإن تشاغل عنه ثم وجده لم يبح :

ولنا : ماروى عدى بن حاتم عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثر سهمك فكل ، وإن وجدته غريقاً فى الماء فلا تأكل » : متفق عليه : وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أفتنى فى

(١) هو امرؤ القيس ، والبيت فى لسان العرب ج ١٥ ص ٣٤٣ وفى ديوانه ص ١٢٥

ومعنى (لاتنمى رميته) : لا تنهض بالسهم وتغيب عنه بل يسقط مكانها لإصابته مقتلها ، لأن الإنماء : أن يرمى الصيد فيغيب عنك فيموت بعيداً منك فلا تدرى مم مات؟

وقوله (لا عد من نفره) دعاء عليه على وجه التعجب منه كما تقول للمجيد المحسن : قاتله الله ، يدعو عليه بالفقدان ، إذا عد نفره فلا يوجد فيهم (ف)

سهمى[1] : قال : مارد عليك سهمك فكل : قال : وإن تغيب عنى ؟ قال : وإن تغيب عنك مالم تجد فيه أثراً غير سهمك ، أو تجده قد صل[2] » رواه أبو داود وعن أبى ثعلبة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إذا رميت الصيد فأدركته بعد ثلاث وسهمك فيه فكله مالم ينتن[3] » ولأن جرحه بسهمه سبب إباحته وقد وجد يقينا والمعارض له مشكوك فيه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، ولأنه وجده وسهمه فيه ولم يجد به أثراً آخر ، فأشبه مالو لم يترك طلبه عند أبى حنيفة ، أو كما لو غاب نهاراً أو مدة يسيرة ، أو كما لولم يغب . إذا ثبت هذا فإنه يشترط فى حله شرطان :

أحدهما : أن يجد سهمه فيه أو أثره ، ويعلم أنه أثر سهمه ، لأنه إذا لم يكن كذلك فهو شاك فى وجود المبيح ، فلا يثبت بالشك .

والثانى : ألا يجد به أثراً غير سهمه مما يحتمل أنه قتله ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « مالم تجد فيه أثراً غير سهمك » وفى لفظ : « وإن وجدت فيه أثراً غير سهمك فلا تأكله ، فإنك لا تدرى أقتلته أنت أو غيرك ؟ » رواه الدار قطنى ، وفى لفظ « إذا وجدت فيه سهمك ولم يأكل منه سبع فكل منه » رواه النسائى وفى حديث عدى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فإن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثر سهمك فكل ، وإن وقع فى الماء فلا تأكل » رواه البخارى . وقال عليه السلام : « وإن وجدته[4] غريقا فى الماء فلا تأكل » . ولأنه إذا كان به أثر يصلح أن يكون قد قتله فقد تحقق المعارض فلم يبح ، كما لو وجد مع كلبه كلباً سواه ، فأما إن كان الأثر مما لا يقتل مثله مثل أكل حيوان ضعيف كالسِّنَّوْرِ والثعلب من حيوان قوى فهو مباح ، لأنه يعلم أن هذا لم يقتله فأشبه مالو تهشم من وقعته .

٧٧٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا رماه فوقع فى ماء أو تردى من جبل لم يؤكل ﴾

يعنى وقع فى ماء يقتله مثله ، أو تردى تردياً يقتله مثله ، ولافرق فى قول الخرقى بين كون الجراحة موحية

---

(١) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٩٩ «أفتنى فى قوسى ، قال : كل ماردت عليك قوسك ... قال : وإن تغيب عنى قال : وإن تغيب عنك مالم يصل أو تجد فيه أثرا غير سهمك » قال العلامة الشيخ أمين خطاب رحمه الله فى فتح الملك المعبود ج ٣ ص ١١٣ « يصل : بفتح الياء وكسر الصاد المهملة وشد اللام أى مالم ينتن يقال صل اللحم صلولا وأصل : أنتن وعند أحمد : يعنى يتغير وعند النسائى : أو تجده قد صل يعنى قد أنتن (ف)

(٢) صل بالصاد المهملة : جاف وتغير وبالضاد أيضاً بمعنى .

(٣) أخرجه أبو داود عن أبى ثعلبة الخشنى ج٢ ص ١٠٠(ف)

(٤) أخرجه مسلم والنسائى عن عدى (ف)

أو غير موحية ، هذا المشهور عن أحمد ، وظاهر قول ابن مسعود وعطاء وربيعة وإسحاق وأصحاب الرأى وأكثر أصحابنا المتأخرين يقولون : إن كانت الجراحة موحية مثل أن ذبحه أو أبان حشوته لم يضر وقوعه فى الماء ولا ترديه . وهو قول الشافعى ومالك والليث وقتادة وأبى ثور ، لأن هذا صار فى حكم الميت بالذبح فلا يؤثر فيه ما أصابه . ووجه الأول : قوله : « وإن وقع فى الماء فلا تأكل » ، ولأنه يحتمل أن الماء أعان على خروج روحه فصار بمنزلة مالو كانت الجراحة غير موحية ولا خلاف فى تحريمه إذا كانت الجراحة غير موحية ، ولو وقع الحيوان فى الماء على وجه لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجا من الماء ، أو يكون من طير الماء الذى لا يقتله الماء ، أو كان التردى لا يقتل مثل ذلك الحيوان ، فلا خلاف فى إباحته ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فإن وجدته غريقاً فى الماء فلا تأكله » ولأن الوقوع فى الماء والتردى إنما حرم خشية أن يكون قاتلا أو معينا على القتل وهذا منتف فيما ذكرناه .

٧٧٢٨ (فصـــل)

فإن رمى طائراً فى الهواء أو على شجرة أوجبل فوقع إلى الأرض فمات حل ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وقال مالك لا يحل إلا أن تكون الجراحة موحية أو يموت قبل سقوطه لقوله تعالى (والمُتَرَدِّيَةُ) [١] ولأنه اجتمع المبيح والحاظر فغلب الحظر [٢] كما لو غرق .

ولنا : أنه صيد سقط بالإصابة سقوطا لايمكن الاحتراز عن سقوطه عليه ، فوجب أن يحل كما لوأصاب الصيد فوقع على جنبه ، ويخالف ماذكروه ، فإن الماء يمكن التحرز منه ، وهو قاتل بخلاف الأرض .

٧٧٢٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا رمى صيداً فقتل جماعة فكله حلال ﴾

قد سبق شرح هذه المسألة فيما إذا رمى صيداً فأصاب غيره .

٧٧٣٠ (فصـــل)

قال أحمد : لا بأس بصيد الليل . فقيل له : قول النبى صلى الله عليه وسلم : «أقروا الطير على وكناتها» فقال : هذا كان أحدكم يريد الأمر فيثير الطير حتى يتفاءل ، إن كان عن يمينه قال كذا ، وإن جاء عن يساره قال كذا : فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أقروا الطير على [٣] وكناتها » . وروى له عن ابن

(١) سورة المائدة آية ٣ (٢) فى المخطوطه ١٨ : فغلب الحاظر .

(٣) روى فى أبى داود من حديث أم كرز بلفظ « أقروا الطير على مكناتها » بفتح الميم وكسر الكاف وقد تفتح وشد النون وتخفف جمع مكنة وهى فى الأصل بيض الضباب والمراد أما كنها أى أقروها فى أوكارها فلاتنفروها عن بيضها ورواه الطبرانى بلفظ المؤلف (ف)

عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تطرقوا[١] الطير فى أوكارها فإن الليل لها أمان » فقال : هذا ليس بشىء ، يرويه فرات بن السائب ، وليس بشىء . ورواه عنه حفص بن عمر ولا أعرفه . قال يزيد بن هارون : وما علمت أن أحداً كره صيد الليل : قال يحيى بن معين : ليس به بأس . وسئل هل يكره للرجل صيد الفراخ الصغار مثل الوَرَشَانُ[٢] وغيره يعنى من أوكارها ؟ فلم يكرهه .

٧٧٣١ ﴿مســـألة﴾

قال ﴿ وإذا رمى صيداً فأبان منه عضواً لم يؤكل ماأبان[٣] منه ، ويؤكل ماسواه فى إحدى الروايتين ، والأخرى يأكله وما أبان منه ﴾

وجملته : أنه إذا رمى صيداً أو ضربه فبان بعضه لم يخل من أحوال ثلاثة .

أحدها : أن يقطعه قطعتين أو يقطع رأسه ، فهذا جميعه حلال ، سواء كانت القطعتان متساويتين أو متفاوتتين . وبهذا قال الشافعى ، وروى ذلك عن عكرمة والنخعى وقتادة ، وقال أبو حنيفة : إن كانتا متساويتين أو التى مع الرأس أقل حلتا ، وإن كانت الأخرى أقل لم يحل ، وحل الرأس وما معه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أبين[٤] من حى فهو ميت »

ولنا : أنه جزء لاتبقى الحياة مع فقده ، فأبيح كما لو تساوت القطعتان .

الحال الثانى : أن يبين منه عضو وتبقى فيه حياة مستقرة ، فالبائن محرم بكل حال ، سواء بقى الحيوان حياً أو أدركه فذكاه ، أو رماه بسهم آخر فقتله ، إلا أنه إن ذكاه حل بكل حال دون ما أبان منه ، وإن ضربه فى غير مذبحة فقتله نظرت ، فإن لم يكن أثبته بالضربة الأولى حل دون ما أبان منه ، وإن كان أثبته لم يحل شىء منه ، لأن ذكاة المقدور عليه فى الحلق واللبة .

الحال الثالث : أبان منه عضواً ولم تبق فيه حياة مستقرة ، فهذه التى ذكر الخرقى فيها روايتين . أشهرهما : عن أحمد إباحتهما ، قال أحمد : إنما حديث النبى صلى الله عليه وسلم : « ماقطعت من الحى ميتة » إذا قطعت وهى حية تمشى وتذهب ، أما إذا كانت البينونة[٥] والموت جميعاً أو بعده بقليل إذا كان فى علاج

---

(١) أخرجه الطبرانى فى الكبير عن الحسين بن على وفيه عثمان بن عبد الرحمن القرشى وهو متروك كما فى مجمع الزوائد ج ٤ ص ٣٠ (ف) (٢) فى المطبوعة : أما بان

(٣) الورشان . نوع من الحمام البرى أكدر اللون فيه بياض فوق ذنبه (ف)

(٤) أخرج أبو داود وأحمد والترمذى والدارمى عن أبى واقد الليثى عن النبى صلى الله عليه وسلم « ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة » (ف)

(٥) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ : الإبانة .

الموت فلا بأس به ، ألا ترى الذى يذبح ربما مكث ساعة ، وربما مشى حتى يموت ؟ وهذا مذهب الشافعى. وروى ذلك عن على وعطاء والحسن . وقال قتادة وإبراهيم وعكرمة: إن وقعا معاً أكلهما ، وإن مشى بعد قطع العضو أكله ولم يأكل العضو .

والرواية الثانية : لايباح مابان منه ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ماأبين من حى فهو ميت » ، ولأن هذه البينونة لاتمنع بقاء الحيوان فى العادة ، فلم يبح أكل البائن كما لو لم أدركه الصياد وفيه حياة مستقرة ، والأولى المشهورة ، لأن ما كان ذكاة لبعض الحيوان كان ذكاة لجميعه كما لو قده نصفين ، والخبر يقتضى أن يكون الباقى حياً ، حتى يكون المنفصل منه ميتاً ، وكذا نقول . قال أبو الخطاب فإن بقى معلقاً بجلدة حل رواية واحدة .

٧٧٣٢ (فصـــــل)

قال أحمد حدثنا هشيم عن منصور عن الحسن أنه كان لايرى بالطريدة بأساً ، كان المسلمون يفعلون ذلك فى مغازيهم ، ومازال الناس يفعلونه فى مغازيهم ، واستحسنه أبو عبد الله . قال : والطريدة : الصيد يقع بين القوم فيقطع ذامنه بسيفه قطعة ويقطع الآخر أيضاً حتى يؤتى عليه وهوحى ، قال : وليس هو عندى إلا أن الصيد يقع بينهم لايقدرون على ذكاته فيأخذونه قطعاً .

٧٧٣٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وكذلك إذا نصب المناجل للصيد ﴾

وجملته أنه إذا نصب المناجل للصيد فعقرت صيداً أو قتلته حل ، فإن بان منه عضو فحكمه حكم البائن بضربة الصائد . روى نحو ذلك عن ابن عمر . وهو قول الحسن وقتادة . وقال الشافعى : لايباح بحال ، لأنه لم يذكه أحد وإنما قتلت المناجل بنفسها ، ولم يوجد من الصائد إلا السبب ، فجرى ذلك مجرى من نصب سكيناً فذبحت شاة ، ولأنه لو رمى سهماً وهو لايرى صيداً فقتل صيداً لم يحل فهذا أولى .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « كل ماردت[1] عليك يدك » ولأنه قتل الصيد بحديدة على الوجه المتأدى ، فأشبه ما لو رماه بها ، ولأنه قصد قتل الصيد بماله حد جرت العادة بالصيد به ، أشبه ماذكرنا ، والسبب جرى مجرى المباشرة فى الضمان فكذلك فى إباحة الصيد . وفارق ماإذا نصب سكيناً[2] فإن العادة لم تجر بالصيد بها وإذا رمى سهماً ولم ير صيداً فليس ذلك بمعتاد ، والظاهر أنه لايصيب صيداً فلم يصح قصده وهذا بخلافه .

---

(١) فى حديث أبى داود كما سبق قريبا (كل ما ردت عليك قوسك) (ف)

(٢) فى المخطوطة ١٨ : السكين .

٧٧٣٤ (فصـــل)

فأما ماقتلته الشبكة أو الحبل فهو محرم ، ولانعلم فيه خلافاً إلا عن الحسن أنه يباح ماقتله الحبل إذا سمى فدخل فيه وجرحه . وهذا قول شاذ يخالف عوام أهل العلم[1] ولأنه قتله بما ليس له حد أشبه ما لو قتله بالبندق .

٧٧٣٥ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا صاد بالمعراض أكل ماقتل بحده ، ولايأكل ماقتل بعرضه ﴾

المعراض : عودمحدد ، وربما جعل فى رأسه حديدة . قال أحمد : المعراض يشبه السهم يحذف به الصيد ، فربما أصاب الصيد بحده فخرق وقتل فيباح ، وربما أصاب بعرضه فقتل بثقله فيكون موقوذا فلايباح ، وهذا قول على وعثمان وعمار وابن عباس . وبه قال النخعى والحكم ومالك والثورى والشافعى وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور . وقال الأوزاعى وأهل الشام : يباح ماقتله بحده وعرضه . وقال ابن عمر : ماروى من الصيد بجلاهق[2] أو معراض فهو من الموقوذة . وبه قال الحسن .

ولنا ما روى عدى بن حاتم قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض فقال : « ماخرق فكل وماقتل بعرضه فهو وقيذ فلا تأكل » متفق عليه . وهذا نص ولأن ماقتله بحده بمنزلة ماطعنه برمحه أو رماه بسهمه ، ولأنه محدد خرق وقتل بحده ، وماقتل بعرضه إنما يقتله بثقله ، فهو موقوذ كالذى رماه بحجر أو ببندقة .

٧٧٣٦ (فصــل)

قال وحكم سائر آلات الصيد حكم المعراض فى أنها إذا قتلت بعرضها ولم تجرح لم يبح الصيد ، كالسهم يصيب الطائر بعرضه فيقتله ، والرمح والحربة والسيف يضرب به صفحاً فيقتل ، فكل ذلك حرام . وهكذا إن أصاب بحده فلم يجرح وقتل بثقله لم يبح ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ما خرق فكل » . ولأنه إذا لم يجرحه فإنما يقتله بثقله فأشبه ما أصاب بعرضه .

٧٧٣٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا رمى صيداً فعقره ، ورماه آخر فأثبته ورماه آخر فقتله لم يؤكل ، وكان لمن أثبته القيمة مجروحاً على قاتله ﴾

---

(١) فى المخطوطة ١٨ ، عامة أهل العلم (٢) الجلاهق : كلمة فارسية : جسم صغير كروى من طين أو رصاص يرمى به وقيل هى القوس التى يرمى بها البندق (ف) .

أما الذى عقره ولم يثبته فلا شىء له ولا عليه ، لأنه حين ضربه كان مباحاً لاملك لأحد فيه ، ولم يثبت له فيه حق ، لأنه باق على امتناعه ، وأما الذى أثبته فقد ملكه ، لأنه أزال امتناعه فصار بمنزلة إمساكه ، فإذا ضربه الثالث فقتله فعليه ضمانه ، لأنه قتل حيواناً مملوكا لغيره ، وهذا محمول على أن جرح المثبت ليس بموح ، بدليل أنه نسب القتل إلى الثالث، ويضمنه مجروحاً حين الجرح الأول والثانى ، لأنه قتله وهما فيه . فأما إباحته فينظر فيه ، فإن كان القاتل أصاب مذبحه حل ، لأنه صادف محل الذبح ، وليس عليه إلا أرش ذبحه كما لو ذبح شاة لغيره ، وإن كان أصاب غير مذبحه لم يحل ، لأنه لما أثبته صار مقدوراً عليه ، لا يحل بالذبح فى الحلق واللبة ، فإذا قتله بغير ذلك لم يحل كما لو قتل شاة ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد .

٧٧٣٨ (فصـــــل)

وإن رمى صيداً فأثبته ثم رماه آخر فأصابه لم تخل رمية الأول من قسمين . أحدهما : أن تكون موحية ، مثل أن تنحره أو تذبحه أو تقع فى خاصرته أو قلبه فينظر فى رمية الثانى ، فإن كانت غير موحية فهو حلال ، ولاضمان على الثانى إلا أن ينقصه برميه شيئاً فيضمن مانقصه ، لأنه بالرمية الأولى صار مذبوحاً ، وإن كانت رمية الثانى موحية فقال القاضى وأصحابه : يحل كالتى قبلها ، وهو مذهب الشافعى · ويجىء على قول الخرقى أن يكون حراماً كقوله فيمن ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت فى الماء أو وطىء عليها شىء لم يؤكل .

القسم الثانى : أن يكون جرح الأول غير موح فينظر فى رمية الثانى ، فإن كانت موحية فهو محرم لما ذكرنا ، إلا أن تكون ذبحته أو نحرته . وإن كانت غير موحية فلها ثلاث صور .

إحداها : أنه ذكى بعد ذلك فيحل . والثانية : لم يذك حتى مات فإنه يحرم ، لأنه مات من جرحين مبيح ومحرم ، فحرم كما لو مات من جرح مسلم ومجوسى . وعلى الثانى ضمان جميعه ، لأن جرحه هو الذى حرمه ، فكان جميع الضمان عليه .

والثالثة : قدر على ذكاته فلم يذكه حتى مات حرم لمعنيين . أحدهما : أنه ترك ذكاته مع إمكانها . والثانى أنه مات من جرحين مبيح ، ومحرم . ويلزم الثانى الضمان ، وفى قدره احتمالان ، أحدهما : يضمن جميعه كالتى قبلها . قال القاضى : هذا قول الخرقى ، لإيجابه الضمان فى مسألته على الثالث من غير تفريق ، وليست هذه مسألة الخرقى لقوله ثم رماه الثالث فقتله ، فتعين حملها على أن جرح الثانى كان موحياً لا غير . الاحتمال الثانى : أن يضمن الثانى بقسط جرحه ، لأن الأول إذا ترك الذبح مع إمكانه صار جرحه حاظراً أيضاً ، بدليل مالو انفرد وقتل الصيد ، فيكون الضمان منقسما عليهما ، وذكر القاضى فى قسمته عليهما أنه

يقسط أرش جرح الأول وعلى الثانى أرش جراحته ، ثم يقسم مابقى من القيمة بينهما نصفين ، وفرض المسألة فى صيد قيمته عشرة دراهم نقصه جرح الأول درهما ، ونقصه جرح الثانى درهما ، فعليه درهم . ويقسم الباقى وهو ثمانية بينهما نصفين ، فيكون على الثانى خمسة دراهم ، درهم بالمباشرة وأربعة بالسراية ، وتسقط حصة الأول وهى خمسة ،وإن كان أرش جرح الثانى درهمين لزماه ويلزمه نصف السبعة الباقية ثلاثة ونصف،فيلزمه خمسة ونصف ، وتسقط حصة الأول أربعة ونصف . وإن كانت جنايتهما على حيوان مملوك لغيرهماقسم الضمان عليهما كذلك،ويتوجه على هذه الطريقة أنه سوى بين الجنايتين مع أن الثانى جنى عليه وقيمته دون قيمته يوم جنى عليه الأول ، وأنه لم يدخل أرش الجناية فى بدل النفس كما يدخل فى الجناية على الآدمى ، والجواب عن هذا:أن كل واحد منهما انفرد بإتلاف ماقيمته درهم ، وتساويا فى إتلاف الباقى بالسراية ، فتساويا فى الضمان . وإنما يدخل أرش الجناية فى بدل النفس التى لا ينقص بدلها بإتلاف بعضها وهو الآدمى . أما البهائم فإنه إذا جنى عليها جناية أرشها درهم نقص ذلك من قيمتها ، فإذا سرى إلى النفس أوجبنا ما بقى من قيمة النفس ولم يدخل الأرش فيها . وذكر أصحاب الشافعى فى قسمة الضمان طرقا ستة . أصحها : عندهم أن يقال : إن الأول أتلف نصف نفس قيمتها عشرة فيلزمه خمسة . والثانى . أتلف نصف نفس قيمتها تسعة ، فيلزمه أربعة ونصف فيكون المجموع تسعة ونصفاً ، وهى أقل من قيمته ، لأنها عشرة ، فتقسم العشرة على تسعة ونصف ، فيسقط عن الأول ما يقابل أربعة ونصفاً ، ويتوجه على هذا أن كل واحد منهما يلزمه أكثر من قيمة نصف الصيد حين جنى عليه ، وإن كانت الجراحات من ثلاثة فإن كان الأول هو [الذى[1]] أثبته فعلى طريقة القاضى على كل واحد أرش جرحه ، وتقسم السراية عليهم أثلاثا وإن كان المثبت له هو الثانى فجراحة الأول هدر لا عبرة بها ، والحكم فى جراحة الآخرين كما ذكرنا . وعلى الطريقة الأخرى . الأول : أتلف ثلث نفس قيمتها عشرة فيلزمه ثلاثة وثلث . والثانى : أتلف ثلثها وقيمتها تسعة فيلزمه ثلاثة . والثالث : أتلف ثلثها وقيمتها ثمانية فيلزمه درهما وثلثان ، ومجموع ذلك تسعة ، تقسم عليها العشرة ، حصة كل واحد منهم ما يقابل ما أتلفه . وإن أتلفوا شاة مملوكة لغيرهم ضمنوها كذلك .

٧٧٣٩ (فصـــل)

فإن رمياه معاً فقتلاه كان حلالا وملكاه ، لأنهما اشتركا فى سبب الملك والحل ، تساوى الجرحان أو تفاوتا ، لأن موته كان بهما ، فإن كان أحدهما موحياً والآخر غير موح ولا يثبته مثله فهو لصاحب الجرح الموحى ، لأنه الذى أثبته وقتله ، ولا شىء على الآخر ، لأن جرحه كان قبل ثبوت ملك الآخر فيه ، وإن

---

(١) الزيادة من ٢ ، ١٨

أصابه أحدهما بعد صاحبه فوجدناه[1] ميتاً ولم نعلم هل صار بالأول ممتنعاً أولا حل ، لأن الأصل الامتناع ، ويكون بينهما ، لأن أيديهما عليه ، فإن قال كل واحد منهما : أنا أثبتُّه ثم قتلته أنت حرم ، لأنهما اتفقا على تحريمه ، ويتحالفان لأخذ الضمان . وإن اتفقا على الأول منهما فادعى الأول أنه أثبته ثم قتله وأنكر الثانى إثبات الأول له فالقول قول الثانى ، لأن الأصل عدم امتناعه ، ويحرم على الأول لإقراره بتحريمه ، والقول قول الثانى فى عدم الامتناع مع يمينه ، وإن علمت جراحة كل واحد منهما نظرنا فيها ، فإن علم أن جراحة الأول لا يبقى معها امتناع مثل أن كسر جناح الطائر أو ساق الظبى فالقول قول الأول بغير يمين ، وإن علم أنه لا يزيل الامتناع مثل خدش الجلد فالقول قول الثانى ، وإن احتمل الأمرين فالقول قول الثانى ، لأن الأصل معه ، وعليه اليمين لأن ما ادعاه الأول محتمل .

٧٧٤٠ (فصــــل)

وإن رمى صيداً فأصابه وبقى على امتناعه حتى دخل دار إنسان فأخذه فهو لمن أخذه ، لأن الأول لم يملكه لكونه ممتنعاً ، فملكه الثانى بأخذه ، ولو رمى طائراً على شجرة فى دار قوم فطرحه فى دارهم فأخذوه فهو للرامى دونهم لأنه ملكه بإزالة امتناعه .

٧٧٤١ (فصــــل)

قال أصحابنا : وإذا تعلق صيد فى شرك إنسان أو شبكته ملكه ، لأنه أثبته بآلته . فإن أخذه أحد لزمه رده عليه ، لأن آلته أثبتته فأشبه مالو أثبته بسهمه ، فإن لم تمسكه الشبكة بل انفلت منها فى الحال أو بعد حين لم يملكه ، لأنه لم يثبته ، وإن أخذ الشبكة وانفلت بها فصاده إنسان ملكه ، ويرد الشبكة على صاحبها ، لأنه لم يثبته ، وإن كان يمشى بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها ، لأنها أزالت امتناعه ، وإذا أمسكه الصائد وثبتت يده عليه ثم انفلت منه لم يزل ملكه عنه ، لأنه امتنع منه بعد ثبوت ملكه عليه كما لو شردت فرسه ، أو ندَّ بعيره ، فإن اصطاد صيداً فوجد عليه علامة مثل أن يجد فى عنقه قلادة أو فى أذنه قرطا لم يملكه ، لأن الذى اصطاده ملكه فلا يزول ملكه بالانفلات ، وكذلك إن وجد طائراً مقصوص الجناح ، فإن قيل : يحتمل أن الذى أمسكه أولا محرم لم يملكه أو أنه أرسله على سبيل التخلية وإزالة الملك عنه كإلقاء الشىء التافه . قلنا : أما الأول فنادر وهو مخالف للظاهر لأن ظاهر حال المحرم أنه لا يصيد ما حرم الله عليه ، وأما الثانى : فخلاف الأصل فإن الأصل بقاء ملكه عليه وماذكروه محتمل فلا يزول الملك بالشك ، وإن علم أن مالكه أرسله اختياراً فقال أصحابنا : لا يزول الملك عنه

(١) فى المخطوطة ١٨ ، فوجد ميتا .

بالإرسال والإعتاق كما لو أسل البعير والبقرة ، ويحتمل أن يزول الملك ، لأن الأصل الإباحة ، فالإرسال يرده إلى أصله ، ويفارق بهيمة الأنعام من وجهين .

أحدهما : أن الأصل ههنا الإباحة ، وبهيمة الأنعام بخلافه .

الثاني : أن الإرسال ههنا يفيد وهو رد الصيد إلى الخلاص من أيدى الآدميين وحبسهم ، ولهذا روى عن أبي الدرداء أنه اشترى عصفوراً من صبي فأرسله ، ويجب إرسال الصيد على المحرم إذا أحرم أو دخل الحرم وهو فى يده ، بخلاف بهيمة الأنعام ، فإن إرساله تضييع له ، وربما هلك إذا لم يكن له من يقوم به .

٧٧٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن كان فى سفينة فوثبت سمكة فسقطت فى حجره فهى له دون صاحب السفينة ﴾

وذلك لأن السمكة من الصيد المباح يملك بالسبق إليه ، وهذه حصلت فى يد الذى هى فى حجره ، وحجره له ، ويده عليه دون صاحب السفينة ، ألا ترى أنهما لو تنازعا كيساً فى حجره كان أحق به من صاحب السفينة كذا ههنا . ومفهوم كلام الخرقى أن السمكة إذا وقعت فى السفينة فهى لصاحبها ، وذكره ابن أبي موسى ، لأن السفينة ملكه ، ويده عليها ، فما حصل من المباح فيها كان أحق به كحجره .

٧٧٤٣ (فصل)

فإن كانت السمكة وثبت بسبب فعل إنسان لقصد الصيد ، كالصياد الذى يجعل فى السفينة ضوءاً بالليل ويدق بشىء كالجرس ليثب السمك فى السفينة ، فهذا للصائد دون من وقع فى حجره ، لأن الصائد أثبتها بذلك ، فصار كمن رمى طائراً فألقاه فى دار قوم ، وإن لم يقصد الصيد بهذا بل حصل اتفاقاً كانت لمن وقعت فى حجره .

٧٧٤٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يصاد السمك بشىء نجس ﴾

ومعنى ذلك أن يترك فى الماء شىء نجس كالعذرة والميتة وشبهها ليأكله السمك فيصيدوه به ، فكره أحمد ذلك ، وقال : هو حرام لا يصاد به . وإنما كره أحمد ذلك لما يتضمن من أكل السمك النجاسة ، وسواء فى هذا ما يتفرق كالدم والعذرة ، وما لا يتفرق كالجرذ[1] وقطعة من الميتة ، وكره أحمد الصيد ببنات[2] وردان وقال : إن مأواها الحشوش ، وكره الصيد بالضفادع وقال الضفدع نهى عن قتله .

٧٧٤٥ (فصل)

وكره الصيد بالخراطيم وكل شىء فيه الروح لما فيه من تعذيب الحيوان ، فإن اصطاد فالصيد مباح ،

(١) يعنى : الفأر (٢) بنت وردان ، دويبة كريهة الريح ذات ألوان تألف الأماكن القذرة

وكره الصيد بالشباش . وهو : طائر يخيط عينه أو يربط من أجل تعذيبه ، ولم ير بأساً بالصيد بالشبكة والشرك وشيء فيه دبق[١] يمنع الطير من الطيران ، وأن يطعم شيئاً إذا أكله سكر وأخذه .

٧٧٤٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا يؤكل صيد مرتد ولا ذبيحته وإن تدين بدين أهل الكتاب ﴾

يعنى ما قتله من الصيد ولم تدرك ذكاته ، وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم : الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال الأوزاعى وإسحاق : تباح ذبيحته إذا ذهب إلى النصرانية أو اليهودية ، لأن من تولى قوما فهو منهم .

ولنا : أنه كافر لا يقر على كفره ، فلم تبح ذبيحته كعبدة الأوثان ، وقد مضت هذه المسألة فى باب المرتد .

٧٧٤٧ ﴿ مســألة ﴾

قال (ومن ترك التسمية على الصيد عامداً أو ساهياً لم يؤكل ، وإن ترك التسمية على الذبيحة عامداً لم تؤكل وإن تركها ساهياً أكلت)

أما الصيد فقد مضى القول فيه ، وأما الذبيحة فالمشهور من مذهب أحمد أنها شرط مع الذكر ، وتسقط بالسهو ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال مالك والثورى وأبو حنيفة وإسحاق ، وممن أباح ما نسيت التسمية عليه عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب والحسن وعبد الرحمن بن أبى ليلى وجعفر بن محمد وربيعة ، وعن أحمد أنها مستحبة غير واجبة فى عمد ولا سهو ، وبه قال الشافعى ، لما ذكرنا فى الصيد قال أحمد : إنما قال الله (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسمُ الله عليه[٢]) يعنى الميتة وذكر ذلك عن ابن عباس .

ولنا : قول ابن عباس من نسى التسمية فلا بأس ، وروى سعيد بن منصور بإسناده عن راشد بن ربيعة قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ذبيحة المسلم حلال وإن لم يسم مالم يتعمد » ولأنه قول من سمينا ، ولم نعرف لهم فى الصحابة مخالفاً ، وقوله تعالى : (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسمُ الله عليه) محمول على ما تركت التسمية عليه عمداً بدليل قوله (وإنَّهُ لَفِسْقٌ[٣]) والأكل مما نسيت التسمية عليه ليس بفسق ، ويفارق الصيد ، لأن ذبحه فى غير محل فاعتبرت التسمية تقوية له والذبيحة بخلاف ذلك

(١) الدبق ، غراء أخضر اللون ينشر على قضبان توضع فى الأشجار فيخدع الطير بها ويجثم عليها فتلصق به ويصطاد (ف)

(٢و٣) سورة الأنعام آية ١٢١

٧٧٤٨ (فصــــل)

والتسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح أو قريبا منه ، كما تعتبر على الطهارة ، وإن سمى على شاة ثم أخذ أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجز ، سواء أرسل الأولى أو ذبحها ، لأنه لم يقصد الثانية بهذه التسمية ، وإن رأى قطيعاً من الغنم فقال بسم الله ، ثم أخذ شاة فذبحها بغير تسمية لم يحل ، وإن جهل كون ذلك لا يجزىء لم يجر مجرى النسيان ، لأن النسيان يسقط المؤاخذة ، والجاهل مؤاخذ ، ولذلك يفطر الجاهل بالأكل فى الصوم دون الناسى . وإن أضجع شاة ليذبحها وسمى ثم ألقى السكين وأخذ أخرى أو ردّ سلاما أو كلم إنسانا أو استسقى ماء ونحو ذلك وذبح حل ، لأنه سمى على تلك الشاة بعينها ، ولم يفصل بينهما إلا بفصل يسير ، فأشبه ما لم يتكلم .

٧٧٤٩ (فصــــل)

وإن سمى الصائد على صيد فأصاب غيره حل ، وإن سمى على سهم ثم ألقاه وأخذ غيره فرمى به لم يبح ماصاده به ، لأنه لما لم يمكن اعتبار التسمية على صيد بعينه اعتبرت على الآلة التى يصيد بها ، بخلاف الذبيحة ، ويحتمل أن يباح قياساً على ما لو سمى على سكين ثم ألقاها وأخذ غيرها ، وسقط اعتبار تعيين الصيد لمشقته لا يقتضى اعتبار تعيين الآلة فلا يعتبر .

٧٧٥٠ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا ندّ بعير فلم يقدر عليه فرماه بسهم أو نحوه مما يسيل به دمه فقتله أكل ﴾

وكذلك إن تردى فى بئر فلم يقدر على تذكيته فجرحه فى أى موضع قدر عليه فقتله أكل ، إلا أن تكون رأسه فى الماء فلا يؤكل ، لأن الماء يعين على قتله . هذا قول أكثر الفقهاء . روى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال مسروق والأسود والحسن وعطاء وطاوس وإسحاق والشعبى والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة والشافعى وإسحاق وأبو ثور . وقال مالك : لايجوز أكله إلا أن يذكى ، وهو قول ربيعة والليث . وقال أحمد : لعل مالكا لم يسمع حديث رافع بن خديج ، واحتج لمالك بأن الحيوان الإنسى إذا توحش لم يثبت له حكم الوحشى ، بدليل أنه لايجب على المحرم الجزاء بقتله ولا يصير الحمار الأهلى مباحا إذا توحش .

ولنا : ماروى رافع بن خديج قال : كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فند بعير وكان فى القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم ، فأهوى إليه رجل بسهم فحبسه الله ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : (إن لهذه البهائم أوابد[1] كأوابد الوحش ، فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا) . وفى لفظ : (فما ندّ عليكم فاصنعوا به هكذا)

(١) أوابد جمع آبدة وهى التى تأبدت أى توحشت ونفرت من الإنس (ف)

متفق عليه . وحرب[1] ثور فى بعض دور الأنصار فضربه رجل بالسيف وذكر اسم الله عليه ، فسئل عنه على فقال ذكاة وَحِيَّة فأمرهم بأكله ، وتردى بعير فى بئر فذكى من قِبَلِ شاكِلَتِهِ[2] فبيع بعشرين درهما فأخذ ابن عمر عشرة بدرهمين . ولأن الاعتبار فى الذكاة بحال الحيوان وقت ذبحه لا بأصله ، بدليل الوحشى إذا قدر عليه وجبت تذكيته فى الحلق واللبة . وكذلك الأهلى إذا توحش يعتبر بحاله ، وبهذا فارق ما ذكروه فإذا تردى فلم يقدر على تذكيته فهو معجوز عن تذكيته ، فأشبه الوحشى ، فأما إن كان رأس المتردى فى الماء لم يبح ، لأن الماء يعين على قتله ، فيحصل قتله بمبيح وحاظر ، فيحرم كما لو جرحه مسلم ومجوسى .

٧٧٥١ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ والمسلم والكتابى فى كل ما وصفت سواء ﴾ .

يعنى فى الاصطياد والذبح ، وأجمع أهل العلم على إباحة ذبائح أهل الكتاب لقول الله تعالى : « وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ »[3] يعنى ذبائحهم . قال البخارى: قال ابن عباس : (طعامهم ذبائحهم). وكذلك قال مجاهد وقتادة . وروى معناه عن ابن مسعود . وأكثر أهل العلم يرون إباحة صيدهم أيضاً . قال ذلك عطاء والليث والشافعى وأصحاب الرأى ، ولا نعلم أحداً حرم صيد أهل الكتاب إلا مالكا أباح ذبائحهم وحرم صيدهم ، ولا يصح ، لأن صيدهم من طعامهم فيدخل فى عموم الآية ولأن من حلت ذبيحته حل صيده كالمسلم .

٧٧٥٢ (فصــــل)

ولا فرق بين العدل والفاسق من المسلمين وأهل الكتاب ، وعن ابن عباس رضى الله عنه : لا تؤكل ذبيحة الأقلف[4] وعن أحمد مثله ، والصحيح إباحته فإنه مسلم ، فأشبه سائر المسلمين . وإذا أبيحت ذبيحة القاذف والزانى وشارب الخمر مع تحقيق فسقه ، وذبيحة النصرانى وهو كافر أقلف فالمسلم أولى .

٧٧٥٣ (فصــــل)

ولا فرق بين الحربى والذمى فى إباحة ذبيحة الكتابى منهم ، وتحريم ذبيحة من سواه . وسئل أحمد عن ذبائح نصارى أهل الحرب فقال : لا بأس بها ، لحديث[5] عبدالله بن مغفل فى الشحم ، قال إسحاق :

---

(١) حرب بكسر الراء : اشتد غيظه وهاج (ف)

(٢) شاكلته : خاصرته كما ورد تفسيرها فى حديث رواه الطبرانى فى الكبير عن رافع انظر مجمع الزوائد ج ٤ ص ٣٤ (ف) . (٣) سورة المائدة آية : ٥ . (٤) هو الذى لم يختتن .

(٥) فى المطبوعة : حديث . وما فى ١٨ أوضح .

أجاد ، وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم مجاهد والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . ولا فرق بين الكتابي العربي وغيره إلا أن في نصارى العرب اختلافا ذكرناه في باب الجزية ، وسئل مكحول عن ذبائح العرب فقال : أما بَهْراء وتنوخ وسليح فلا بأس ، وأما بنو تغلب فلا خير في ذبائحهم ، والصحيح إباحه ذبائح الجميع لعموم الآية فيهم .

٧٧٥٤ (فصــــــل)

فإن كان أحد أبوى الكتابي ممن لا تحل ذبيحته والآخر ممن تحل ذبيحته فقال أصحابنا : لا يحل صيده ولا ذبيحته . وبه قال الشافعي إذا كان الأب غير كتابي ، وإن كان الأب كتابيا ففيه قولان . أحدهما : تباح ، وهو قول مالك وأبي ثور . والثاني : لا تباح ، لأنه وجد ما يقتضي التحريم والإباحة ، فغلب ما يقتضي التحريم كما لو جرحه مسلم ومجوسي ، وبيان وجود ما يقتضي التحريم أن كونه ابن مجوسي أو وثني يقتضي تحريم ذبيحته ، وقال أبو حنيفة : تباح ذبيحته بكل حال لعموم النص ، ولأنه كتابي يقـر على دينه فتحل ذبيحته كما لو كان ابن كتابيين . وأما إن كان ابن وثنيين أو مجوسيين فمقتضى مذهب الأئمة الثلاثة تحريمه ، ومقتضى مذهب أبي حنيفة حله ، لأن الاعتبار بدين الذابح لا بدين أبيه ، بدليل أن الاعتبار في قبول الجزية بذلك ولعموم النص والقياس .

٧٧٥٥ (فصــل)

فأما ما ذبحوه لكنائسهم وأعيادهم فننظر فيه ، فإن ذبحه لهم مسلم فهو مباح ، نص عليه . وقال أحمد وسفيان الثوري في المجوسي يذبح لإلهه ويدفع الشاة إلى المسلم يذبحها فيسمي : يجوز الأكل منها . وقال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عما يقرب لآلهتهم يذبحه رجل مسلم ، قال : لا بأس به وإن ذبحها الكتابي وسمى الله وحده حلت أيضاً ، لأن شرط الحل وجد ، وإن علم أنه ذكر اسم غير الله عليها أو ترك التسمية عمداً لم تحل ، قال حنبل : سمعت أبا عبدالله قال : لا يؤكل ، يعني ما ذبح لأعيادهم وكنائسهم ، لأنه أهل لغير الله به[1] ، وقال في موضع : يدعون التسمية على عمد ، إنما يذبحون للمسيح ، فأما ما سوى ذلك فرويت عن أحمد الكراهة فيما ذبح لكنائسهم وأعيادهم مطلقاً ، وهو قول ميمون بن مهران ، لأنه ذبح لغير الله ، وروى عن أحمد إباحته ، وسئل عنه العرباض بن سارية فقال : كلوا وأطعموني ، وروى مثل ذلك عن أبي أمامة الباهلي وأبي مسلم الخولاني . وأكله أبو الدرداء وجبير بن نفير ، ورخص فيه عمرو بن الأسود ومكحول وضمرة بن حبيب ، لقول الله تعالى «وطعامُ الذينَ أوتوا الكتابَ حلٌّ لكمْ » وهذا من طعامهم[2] . قال

(١) في المخطوطة ٣٩ : أهل به لغير الله .

(٢) سورة المائدة آية : ٥ .

القاضى ماذبحه الكتابى لعيده أو نجم أو صنم أو نبى فسماه على ذبيحته حرم لقوله تعالى (وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللهِ بِهِ)(١) وإن سمى الله وحده حل لقول الله تعالى (فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ)(٢) لكنه يكره لقصده بقلبه الذبح لغير الله .

٧٧٥٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يؤكل ماقتل بالبندق أو الحجر لأنه موقوذ ﴾

يعنى الحجر الذى لاحد له ، فأما الحدد كالصوان فهو كالمعراض ، إن قتل بحده أبيح ، وإن قتل بعرضه أو ثقله فهو وقيذ لايباح . وهذا قول عامة الفقهاء ، وقال ابن عمر فى المقتولة بالبندق : تلك الموقوذة ، وكره ذلك سالم والقاسم ومجاهد وعطاء والحسن وإبراهيم ومالك والثورى والشافعى وأبو ثور . ورخص فيما قتل بها ابن المسيب . وروى أيضاً عن عمار وعبد الرحمن بن أبى ليلى .

ولنا : قول الله تعالى (وَالْمَوْقُوذَةُ)(٣) وروى سعيد بإسناده عن إبراهيم عن عدى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ولا تأكل من البندقة إلا ماذكيت » وقال فى المعراض : « إذا أصيب بعرضه فقتل فإنه وقيذ » . وقال عمر : ليتق أحدكم أن يحذف الأرنب بالعصا والحجر ، ثم قال وليذك لكم الأسل(٤) والرماح والنبل .

إذا ثبت هذا : فسواء شدخه(٥) أو لم يشدخه ، حتى لو رماه ببندقة فقطعت حلقوم طائر ومريئه أو أطارت رأسه لم يحل ، وكذلك إن فعل ذلك بحجر غير محدد .

٧٧٥٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يؤكل صيد المجوسى وذبيحته إلا ما كان من حوت فإنه لاذكاة له ﴾ .

أجمع أهل العلم على تحريم صيد المجوسى وذبيحته إلا ما لا ذكاة له ، كالسمك والجراد ، فإنهم أجمعوا على إباحته غير أن مالكا والليث وأبا ثور شذوا عن الجماعة وأفرطوا . فأما مالك والليث فقالا : لانرى أن يؤكل الجراد إذا صاده المجوسى ورخصا فى السمك ، وأبوثور أباح صيده وذبيحته ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ، ولأنهم يقرون بالجزية ، فيباح صيدهم وذبائحهم كاليهود والنصارى ، واحتج برواية عن سعيد بن المسيب ، وهذا قول يخالف الإجماع ، فلاعبرة به . قال إبراهيم الحربى : خرق أبوثور الإجماع ، قال أحمد: ههنا قوم لايرون بذبائح المجوس بأساً ، ما أعجب هذا ؟ يعرِّضُ

---

(١) سورة المائدة آية ٥ (٢) سورة الأنعام آية ١١٨ (٣) سورة المائدة آية ٣

(٤) يعنى جرحه . (٥) الأسل : فى المختار (الأسل : الشوك الطويل من شوك الشجر وتسمى الرماح أسلا) (ف)

بأبي ثور . وممن رويت عنه كراهية ذبائحهم : ابن مسعود وابن عباس وعلي وجابر وأبو بردة وسعيد بن المسيب وعكرمة والحسن بن محمد وعطاء ومجاهد وعبد الرحمن بن أبي ليلى وسعيد بن جبير ومرة الهمذانى والزهري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . قال أحمد : ولا أعلم أحداً قال بخلافه إلا أن يكون صاحب بدعة ، ولأن الله تعالى قال (وطعامُ الذينَ أوتوا الكتابَ حلٌّ لكُمْ) [1] فمفهومه تحريم طعام غيرهم من الكفار ، ولأنهم لا كتاب لهم فلم تحل ذبائحهم كأهل الأوثان .

وقد روى الإمام أحمد بإسناده عن قيس بن سكن الأسدي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنكم نزلتم بفارس من النبط فإذا اشتريتم لحماً فإن كان من يهودي أو نصراني فكلوا ، وإن كانت ذبيحة مجوسي فلا تأكلوا » ولأن كفرهم مع كونهم غير أهل كتاب يقتضي تحريم ذبائحهم ونسائهم ، بدليل سائر الكفار من غير أهل الكتاب ، وإنما أخذت منهم الجزية لأن شبهة الكتاب تقتضي التحريم لدمائهم ، فلما غلبت في التحريم لدمائهم فيجب أن يغلب عدم الكتاب في تحريم الذبائح والنساء احتياطاً للتحريم في الموضعين ، ولأنه إجماع ، فإنه قول من سمينا ، ولا مخالف لهم في عصرهم ، ولا فيمن بعدهم إلا رواية عن سعيد روى عنه خلافها. ولا خلاف في إباحة ما صادوه من الحيتان ، حكي عن الحسن البصري أنه قال : « رأيت سبعين من الصحابة يأكلون صيد المجوسي من الحيتان لا يختلج في صدورهم شيء من ذلك » . رواه سعيد بن منصور ، والجراد كالحيتان في ذلك لأنه لا ذكاة له ، ولأنه تباح ميتته فلم يحرم بصيد المجوسي كالحوت .

٧٧٥٨ (فصـــل)

وحكم سائر الكفار من عبدة الأوثان والزنادقة وغيرهم حكم المجوس في تحريم ذبائحهم وصيدهم إلا الحيتان والجراد وسائر ما تباح ميتته ، فإن ما صادوه مباح ، لأنه لا يزيد بذلك عن موته بغير سبب ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « أحلت [2] لنا ميتتان السمك والجراد » وقال في البحر : « هو الطهور [3] ماؤه الحل ميتته » .

٧٧٥٩ (الفصـــل)

قال أحمد : وطعام المجوس ليس به بأس أن يؤكل ، وإذا أهدى إليه أن يقبل ، إنما تكره ذبائحهم

(١) سورة المائدة آية ٥

(٢) أحلت لنا ميتتان ودمان فأما الميتتان فالحوت والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال . أخرجه أحمد وابن ماجه والدارقطني عن ابن عمر وأخرجه ابن مردوية في تفسيره سورة الأنعام من طريقه عن زيد بن أسلم بلفظ فأما الميتة فالسمك والجراد (ف) .

(٣) أخرجه مالك وأصحاب السنن وأحمد عن أبي هريرة (ف) .

أو شيء فيه دسم، يعنى من اللحم، ولم ير بالسمن والخبز بأساً، وسئل عما يصنع المجوس لأمواتهم ويزمزمون[1] عليهم أياما عشراً ، ثم يقتسمون ذلك فى الجيران ، قال : لا بأس بذلك ، وعن الشعبى كل مع المجوسى وإن زمزم .

وروى أحمد أن سعيد بن جبير كان يأكل من كواميخ[2] المجوس وأعجبه ذلك ، وروى هشام عن الحسن أنه كان لا يرى بأساً بطعام المجوس فى المصر ولا بشواريزهم ولا بكواميخهم .

٧٧٦٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك كل ما مات من الحيتان فى الماء وإن طفا ﴾

قوله طفا : يعنى ارتفع على وجه الماء . قال عبد الله بن رواحة :

وأن العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا

وجملة ذلك : أن السمك وغيره من ذوات الماء التى لا تعيش إلا فيه إذا ماتت فهى حلال ، سواء ماتت بسبب أو غير سبب ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم فى البحر : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » قال أحمد : هذا خير من مائة حديث ، وأما ما مات بسبب مثل أن صاده إنسان أو نبذه البحر أو جزر عنه فإن العلماء أجمعوا على إباحته ، وكذلك ما حبس فى الماء بحظيرة حتى يموت فلا خلاف أيضاً فى حله . قال أحمد : الطافى يؤكل ، وما جزر عنه الماء أجود ، والسمك الذى نبذه البحر لم يختلف الناس فيه ، وإنما اختلفوا فى الطافى ، وليس به بأس . وممن أباح الطافى من السمك أبو بكر الصديق وأبو أيوب رضى الله عنهما . وبه قال مالك والشافعى ، وممن أباح ما وجد من الحيتان عطاء ومكحول والثورى والنخعى وكره الطافى جابر وطاوس وابن سيرين وجابر بن زيد وأصحاب الرأى . لأن جابراً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه » رواه أبو داود .

ولنا : قول الله تعالى « أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ »[3] قال ابن عباس : طعامه ما مات فيه ، وأيضاً الحديث الذى قدمناه ، وقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه : الطافى حلال ، ولأنه لو مات فى البرّ أبيح ، فإذا مات فى البحر أبيح كالجراد ، فأما حديث جابر فإنما هو موقوف عليه ، كذلك قال أبو داود ، رواه الثقات فأوقفوه على جابر ، وقد أسند من وجه ضعيف ، وإن صح فنحمله على نهى الكراهة ، لأنه إذا مات رسب فى أسفله ، فإذا أنتن طفا ، فكرهه لنتنه ، لا لتحريمه .

---

(١) يتراطنون عند الأكل لا يستعملون اللسان ولا الشفة لكنه صوت يديرونه فى خياشيمهم وحلوقهم فيفهم بعضهم عن بعض (ف) .

(٢) الكامخ . إدام يؤتدم به وخصه بعضهم بالمخللات التى تستعمل لتشهى الطعام .

(٣) سورة المائدة آية ٩٦

٧٧٦١ (فصـــل)

يباح أكل الجراد بإجماع أهل العلم . وقد قال عبد الله بن أبى أوفى : غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات نأكل الجراد . رواه البخارى وأبو داود ، ولا فرق بين أن يموت بسبب أو بغير سبب فى قول عامة أهل العلم . منهم الشافعى وأصحاب الحديث وأصحاب الرأى وابن المنذر . وعن أحمد أنه إذا قتله البرد لم يؤكل . وعنه لا يؤكل إذا مات بغير سبب ، وهو قول مالك ، ويروى أيضاً عن سعيد بن المسيب .

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « أحلت لنا ميتتان ودمان ، فالميتتـان السمك والجراد » ولم يفصل ، ولأنه تباح ميتتـه ، فلم يعتبر له سبب كالسمك ، ولأنه لو افتقر إلى سبب لافتقر إلى ذبح وذابح وآلة كبهيمة الأنعام .

٧٧٦٢ (فصـــل)

ويباح أكل الجراد بما فيه ، وكذلك السمك يجوز أن يقلى من غير أن يشق بطنه ، وقال أصحـاب الشافعى فى السمك : لا يجوز لأن رجيعه نجس .

ولنا عموم النص فى إباحته ، وماذكروه غير مسلم ، وإن بلع إنسان شيئاً منـه حيـاً كره ، لأن فيـه تعذيباً له .

٧٧٦٣ (فصـــل)

وسئل أحمد عن السمك يلقى فى النار فقال : مايعجبنى ، والجراد فقـال : مايعجبنى ، والجراد أسهل ، فإن هذا له دم ، ولم يكره أكل السمك إذا ألقى فى النار ، إنما كره تعذيبه بالنـار ، وأما الجراد فسهّل فى إلقائه لأنه لا دم له ، ولأن السمك لا حاجة إلى إلقائه فى النار لإمكان تركه حتى يموت بسرعة ، والجراد لايموت فى الحال ، بل يبقى مدة طويلة ، وفى مسند الشافعى : أن كعباً كان مُحْرِماً فمرت به رَجْـل[1] من جراد فنسى وأخذ جرادتين فألقاها فى النار وشواهما ، وذكر ذلك لعمر فلم ينكر عمر تركهما فى النار ، وذكر له حديث ابن عمر : كان الجراد يقلى له فقال : إنما يؤخذ الجراد فتقطع أجنحته ، ثم يلقى فى الزيت وهو حى .

٧٧٦٤ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وذكاة المقدور عليه من الصيد والأنعام فى الحلق واللبة ﴾

قد ذكرنا حكم المعجوز عنه من الصيد والأنعام ، فأما المقدور عليه منها فلا يباح إلا بالذكاة بلا خلاف بين أهل العلم ، وتفتقر الذكاة إلى خمسة أشياء : ذابح ، وآلة ، ومحل ، وفعل ، وذكر . أما الذابح فيعتبر له شرطان : دينه . وهو كونه مسلماً أو كتابياً ، وعقله . وهو أن يكون ذا عقل يعرف الذبح ليقصد ، فإن

---

(١) أى طائفة من الجراد .

كان لايعقل كالطفل الذى لايميز والمجنون والسكران لم يحل ما ذبحه ، لأنه لا يصح منه القصد ، فأشبه ما لوضرب إنساناً بالسيف فقطع عنق شاة .

وأما الآلة : فلها شرطان

أحدهما : أن تكون محددة تقطع أو تخرق بحدها لا بثقلها .

والثانى : أن لاتكون سناً ولاظفراً ، فإذا اجتمع هذان الشرطان فى شىء حل الذبح به ، سواء كان حديداً أو حجراً أو بلطة أو خشباً ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا مالم يكن سناً أو ظفراً» متفق عليه .

وعن عدى بن حاتم قال قلت يارسول الله أرأيت إن أحدنا أصاب صيداً وليس معه سكين أيذبح[1] بالمروة[2] وشقة العصا ؟ فقال : أمْرِر[3] الدم بما شئت واذكر اسم الله» . والمروة والصوان ، وعن رجل من بنى حارثة أنه كان يرعى لقحة فأخذها الموت فلم يجد شيئاً ينحرها به فأخذ وتداً فوجأها به فى لبتها حتى أهريق دمها ، ثم جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فأمره بأكلها . رواه أبوداود . وبهذا قال الشافعى وإسحاق وأبو ثور . ونحوه قول مالك وعمرو بن دينار . وبه قال أبو حنيفة إلا فى السن والظفر ، قال : إذا كان متصلين لم يجز الذبح بهما وإن كانا منفصلين جاز .

ولنا : عموم حديث رافع ولأن مالم تجز الذكاة به متصلا لم تجز منفصلا كغير المحدد ، وأما العظم غير السن فمقتضى إطلاق قول أحمد والشافعى وأبى ثور إباحة الذبح به ، وهو قول مالك وعمر بن دينار وأصحاب الرأى . وقال ابن جريج : يذكى بعظم الحمار ولا يذكى بعظم القرد ؛ لأنك تصلى على الحمار وتسقيه فى جفنتك، وعن أحمد لايذكى بعظم ولاظفر . وقال النخعى : لايذكى بالعظم والقرن ، ووجهه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك . أما السن فعظم ، وأما الظفر فمدى[4] الحبشة » فعلله بكونه عظما ، فكل عظم فقد وجدت فيه العلة ، والأول أصح إن شاء الله تعالى ، لأن العظم دخل فى عموم اللفظ المبيح ، واستثنى السن والظفر خاصة ، فيبقى سائر العظام داخلا فيما يباح الذبح به ، والمنطوق مقدم على التعليل ، ولهذا علل الظفر بكونه من مدى الحبشة ، ولايحرم

(٢،١) أخرجه الخمسة إلا الترمذى عن عدى ولفظه (عن عدى بن حاتم قال : قلت يارسول الله إنا نصيد الصيد فلا نجد سكينا إلا الظرار وشقة العصا ؟ فقال : أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله عليه » .

والظرار جمع ظرر وهو الحجر له حد كحد السكين

والمروة . حجر صلب يعرف بالصوان ، أبيض وقيل هو الذى تقدح منه النار

وشقة العصا : مايشق منها ويكون محددا (ف)

(٣) فى المخطوطة ١٨ : أهرق (٤) رواه الجماعة عن رافع بن خديج (ف)

الذبح بالسكين وإن كانت مدية لهم ، ولأن العظام يتناولها سائر الأحاديث العامة ، ويحصل بها المقصود ، فأشبهت سائر الآلات ، وأما المحل فالحلق واللبة وهي الوهدة التي بين أصل العنق والصدر ، ولا يجوز الذبح في غير هذا المحل بالإجماع ، وقد روى في حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذكاة في الحلق واللبة »[1] . قال أحمد : الذكاة في الحلق واللبة [2] واحتج بحديث عمر وهو ما روى سعيد والأثرم بإسنادهما عن الفرافصة [3] قال[4] : كنا عند عمر فنادى أن النحر في اللبة والحلق لمن قدر ، وإنما نرى أن الذكاة اختصت بهذا المحل لأنه مجمع العروق ، فتنسفح بالذبح فيه الدماء السيالة ، ويسرع زهوق النفس ، فيكون أطيب للحم ، وأخف على الحيوان . قال أحمد . لو كان حديث أبي العشراء حديثاً يعنى ما روى أبو العشراء عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل أما تكون الذكاة إلا في الحلق واللبة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو طعنت في فخذها لأجزأ عنك [5] » قال أحمد : أبو العشراء هذا ليس بمعروف .

وأما الذكر فالتسمية ، وقد مر ذكرها . وأما الفعل فيعتبر قطع الحلقوم والمريء . وبهذا قال الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يعتبر مع هذا قطع الودجين . وبه قال مالك وأبو يوسف ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان ، وهي التي تذبح فتقطع الجلد ولا تفرى الأوداج ، ثم تترك حتى تموت » . رواه أبو داود . وقال أبو حنيفة : يعتبر قطع الحلقوم والمريء ، وأحد الودجين ولا خلاف في أن الأكمل قطع الأربعة : الحلقوم ، والمريء ، والودجين . فالحلقوم مجرى النفس ، والمريء وهو مجرى الطعام والشراب ، والودجان وهما عرقان محيطان بالحلقوم ، لأنه أسرع لخروج روح الحيوان ، فيخف عليه ، ويخرج من الخلاف فيكون أولى . والأول يجزىء لأنه قطع في محل الذبح ما لا تبقى الحياة مع قطعه فأشبه ما لو قطع الأربعة .

٧٧٦٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويستحب أن ينحر البعير ويذبح ما سواه ﴾

لا خلاف بين أهل العلم في أن المستحب نحر الإبل وذبح ما سواها قال الله تعالى : « فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ »[6] وقال الله تعالى : « إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً »[7] قال مجاهد أمرنا بالنحر وأمر بنو إسرائيل بالذبح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم بعث في قوم ماشيتهم الإبل فسن النحر ، وكانت

---

(١) أخرجه الدار قطنى عن أبي هريرة (ف) (٢) في المطبوعة : واللفة خطأ

(٣) في المخطوطة ١٨ : عن ابن فرافصة

(٤) الفرافصة : له ترجمة في الإصابة جـ ٣ ص٢٠٢ وهو ختن عثمان بن عفان (ف)

(٥) أخرجه الترمذي (ف) . (٦) سورة الكوثر آية ٢ . (٧) سورة البقرة آية ٦٧ .

بنو إسرائيل ماشيتهم البقر فأمروا بالذبح . وثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بدنة ، وضحى بكبشين أقرنين ذبحهما بيده » . متفق عليه . ومعنى النحر : أن يضربها بحربة أو نحوها فى الوهدة التى بين أصل عنقها وصدرها .

٧٧٦٦ (فصــــــل)

ويسن الذبح بسكين حاد ، لما روى أبو داود عن شداد بن أوس قال : خصلتان سمعتهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب الإحسان على كل شىء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح[1] ، وليحد أحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته » . ويكره أن يسن السكين والحيوان يبصره ، ورأى عمر رجلا قد وضع رجله على شاة وهو يحد السكين فضربه حتى أفلت الشاة ، ويكره أن يذبح شاة والأخرى تنظر إليه ، ويستحب أن يستقبل بها القبلة ، واستحب ذلك ابن عمر وابن سيرين وعطاء والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وكره ابن عمر وابن سيرين أكل ما ذبح لغير القبلة ، وقال سائرهم : ليس ذلك مكروها ، ولأن أهل الكتاب يذبحون لغير القبلة وقد أحل الله ذبائحهم .

٧٧٦٧ (فصــــــل)

قال أحمد : لا تؤكل المصبورة ولا المجثمة ، وبه قال إسحاق والمجثمة : هى الطائر أو الأرنب يجعل غرضاً ثم يرمى حتى يقتل ، والمصبورة مثله ، إلا أن المجثمة لا تكون إلا فى الطائر والأرنب وأشباهها ، والمصبورة كل حيوان ، وأصل الصبر الحبس ، والأصل فى تحريمه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صبر البهائم وقال : « لا تتخذوا شيئاً فيه الروح غرضاً » . وروى سعيد بإسناده عن أبى الدرداء قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل مجثمة » . وبإسناده عن مجاهد قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المجثمة وعن أكلها ، ونهى عن المصبورة وعن أكلها » ولأنه حيوان مقدور عليه ، فلم يبح بغير الذكاة كالبعير والبقرة .

٧٧٦٨ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ فإن ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح فجائز ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم . منهم : عطاء والزهرى وقتادة ومالك والليث والثورى وأبو حنيفة والشافعى وإسحاق وأبو ثور . وحكى عن داود : أن الإبل لا تباح إلا بالنحر ، ولا يباح غيرها إلا بالذبح،

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : الذبحة .

لأن الله تعالى قال : « إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً »[١] والأمر يقتضى الوجوب وقال تعالى : « فصلِّ لربِّكَ وَانْحَرْ »[٢] ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نحر البدن وذبح الغنم ، وإنما تؤخذ الأحكام من جهته ، وحكى عن مالك : أنه لا يجزىء فى الإبل إلا النحر ، لأن أعناقها طويلة ، فإذا ذبح تعذب[٣] بخروج روحه قال ابن المنذر : إنما كرهه ولم يحرمه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « امرر[٤] الدم بما شئت » وقالت أسماء : نحرنا فرساً[٥] على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ونحن بالمدينة ، وعن عائشة قالت : نحر[٦] رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بقرة واحدة ولأنه ذكاة فى محل الذكاة فجاز أكله كالحيوان الآخر .

٧٧٦٩ ﴿ مسـألة ﴾

﴿ وإذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت فى الماء أو وطىء عليها شىء لم تؤكل ﴾

يعنى إذا وطىء عليها شىء يقتلها مثله غالبا ، وهذا الذى ذكره الخرقى نص عليه أحمد ، وقال أكثر أصحابنا المتأخرين : لا يحرم بهذا ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأنها إذا ذبحت فقد صارت فى حكم الموت ، وكذلك لو أبين رأسها بعد الذبح لم تحرم ، نص عليه أحمد . ولو ذبح إنسان ثم ضرب آخر عنقه أو غرّقه[٧] لم يلزمه قصاص ولا دية ، ووجه قول الخرقى قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث عدى بن حاتم « وإن[٨] وقعت فى الماء فلا تأكل » وقال ابن مسعود : من رمى طائراً فوقع فى الماء فغرق فيه فلا تأكله ، ولأن الغرق سبب يقتل ، فإذا اجتمع مع الذبح فقد اجتمع ما يبيح ويحرم ، فيغلب الحظر ، ولأنه لا يؤمن أن يعين على خروج الروح ، فتكون قد خرجت بفعلين مبيح ومحرم ، فأشبه ما لو وجد الأمران فى حال واحدة ، أو رماه مسلم ومجوسى فمات .

٧٧٧٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا ذبحها من قفاها وهو مخطىء فأتت السكين على موضع ذبحها وهى فى الحياة أكلت ﴾

قال القاضى : معنى الخطأ أن تلتوى الذبيحة عليه فتأتى السكين على القفا ، لأنها مع التوائها معجوز عن ذبحها فى محل ذبحها ، فسقط اعتبار المحل كالمتردية فى بئر ، فأما مع عدم التوائها فلا تباح بذلك ، لأن الجرح فى القفا سبب للزهوق ، وهو فى غير محل الذبح ، فإذا اجتمع مع الذبح منع حله كما لو بقر بطنها ، وقد روى

---

(١) سورة البقرة آية ٦٧ (٢) سورة الكوثر آية ٢ (٣) فى المخطوطة ٣٩ : عذب .
(٤) فى المخطوطة ١٨ : أهرق. (٥) أخرجه البخارى فى الذبائح ، ومسلم ، والنسائى وابن ماجه عن أسماء (ف).
(٦) أخرجه أبو داود عن عائشة (ف) . (٧) فى المخطوطة ٣٩ : أغرقه . (٨) سبق تخريجه (ف) .

عن أحمد مايدل على هذا المعنى ، فإن الفضل بن زياد قال : سألت أبا عبد الله عمن ذبح فى القفا ، قال[١] : عامداً أو غير عامد ؟ قلت : عامداً . قال : لا تؤكل ، فإذا كان غير عامد كأن التوى عليه فلا بأس .

٧٧٧١ (فصـــل)

فإن ذبحها من قفاها اختياراً فقد ذكرنا عن أحمد أنها لا تؤكل ، وهو مفهوم كلام الخرقى ، وحكى هذا عن على وسعيد بن المسيب ومالك وإسحاق . قال إبراهيم النخعى : تسمى هذه الذبيحة القَفِينَة ، وقال القاضى : إن بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمرىء حلت ، وإلا فلا ، ويعتبر ذلك بالحركة القوية وهذا مذهب الشافعى وهذا أصح لأن الذبح إذا أتى على مافيه حياة مستقرة أحله كأكيلة السبع والمتردية والنطيحة ، ولو ضرب عنقها بالسيف فأطار رأسها حلت بذلك نص عليه أحمد فقال : لو أن رجلا ضرب رأس بطة أو شاة بالسيف يريد بذلك الذبيحة كان له أن يأكله .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : تلك ذكاة وحية ، وأفتى بأكلها عمران بن حصين ، وبه قال الشعبى وأبو حنيفة والثورى وقال أبو بكر : لأبى عبد الله فيها قولان . والصحيح أنها مباحة ، لأنه اجتمع قطع ما تبقى الحياة معه مع الذبح فأبيح كما ذكرنا مع قول من ذكرنا قوله من الصحابة من غير مخالف .

٧٧٧٢ (فصـــل)

فإن ذبحها من قفاها فلم يعلم هل كانت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمرىء أولا ؟ نظرت ، فإن كان الغالب بقاء ذلك لحدة الآلة وسرعة القتل فالأولى إباحته ، لأنه بمنزلة ماقطعت عنقه بضربه السيف ، وإن كانت الآلة كالة وأبطأ قطعه وطال تعذيبه لم يبح ، لأنه مشكوك فى وجود ما يحله ، فيحرم كما لو أرسل كلبه على الصيد فوجد معه كلباً آخر لا يعرفه .

٧٧٧٣ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وذكاتها ذكاة جنينها أشعر أو لم يشعر ﴾

يعنى إذا خرج الجنين ميتاً من بطن أمه بعد ذبحها أو وجده ميتاً فى بطنها أو كانت حركته بعد خروجه كحركة المذبوح فهو حلال . روى هذا عن عمر وعلى . وبه قال سعيد بن المسيب والنخعى والشافعى وإسحاق وابن المنذر . وقال ابن عمر : ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر[٢] ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس ومجاهد والزهرى والحسن وقتادة ومالك والليث والحسن بن صالح وأبى ثور ، لأن عبد الله بن كعب بن مالك قال : كان

---

(١) فى المخطوطة ١٨ . فقال (٢) أى بنت شعره .

أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه ، وهذا إشارة إلى جميعهم ، فكان إجماعاً . وقال أبو حنيفة : لا يحل إلا أن يخرج حياً فيذكى ، لأنه حيوان ينفرد بحياته فلا يتذكى بذكاة غيره ، كما بعد الوضع . قال ابن المنذر : كان الناس على إباحته ، لا نعلم أحداً منهم خالف ما قالوا إلى أن جاء النعمان فقال : لا يحل ، لأن ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين .

ولنا : ماروى أبو سعيد قال : قيل : يارسول الله إن أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة فيجد فى بطنها الجنين ، أنأكله أم نلقيه ؟ قال : « كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه » .

وعن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ذكاة الجنين ذكاة أمه » رواهما أبو داود ، ولأن هذا إجماع من الصحابة ومن بعدهم ، فلا يعول على ماخالفه ، ولأن الجنين متصل بها اتصال خلقة يتغذى بغذائها فتكون ذكاته ذكاتها كأعضائها ، ولأن الذكاة فى الحيوان تختلف على حسب الإمكان فيه والقدرة، بدليل الصيد الممتنع والمقدور عليه والمتردية ، والجنين لا يتوصل إلى ذبحه بأكثر من ذبح أمه فيكون ذكاة له .

٧٧٧٤ (فصل)

واستحب أبو عبد الله أن يذبحه وإن خرج ميتاً ، ليخرج الدم الذى فى جوفه ، ولأن ابن عمر كان يعجبه أن يريقوا من دمه وإن كان ميتاً .

٧٧٧٥ (فصل)

وإن خرج حياً حياة مستقرة يمكن أن يذكى فلم يذكه حتى مات فليس بذكى ، قال أحمد : إن خرج حياً فلابد من ذكاته ، لأنه نفس أخرى .

٧٧٧٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يقطع عضو مما ذكى حتى تزهق نفسه ﴾

كره ذلك أهل العلم . منهم عطاء وعمرو بن دينار ومالك والشافعى ، ولا نعلم لهم مخالفاً ، وقد قال عمر رضى الله عنه : لا تعجلوا الأنفس حتى تزهق ، فإن قطع عضو قبل زهوق النفس وبعد الذبح فالظاهر إباحته فإن أحمد سئل عن رجل ذبح دجاجة فأبان رأسها قال: يأكلها . قيل له : والذى بان منها أيضاً ؟ قال: نعم . قال البخارى : قال ابن عمر وابن عباس : إذا قطع الرأس فلا بأس به . وبه قال عطاء والحسن والنخعى والشعبى والزهرى والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وذلك لأن قطع ذلك العضو بعد حصول الذكاة فأشبه مالو قطعه بعد الموت .

٧٧٧٧ (فصـــــل)

ويكره سلخ الحيوان قبل أن يبرد لأن فيه تعذيباً للحيوان فهو كقطع العضو ويكره النفخ في اللحم الذي يريده للبيع لما فيه من الغش .

٧٧٧٨ (فصـــــل)

وإن قطع من الحيوان شيء وفيه حياة مستقرة فهو ميتة ، لما روى أبو واقد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة » ، رواه أبو داود ، ولأن إباحته إنما تكون بالذبح وليس هذا بذبح .

٧٧٧٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وذبيحة من أطلق الذبح من المسلمين وأهل الكتاب حلال ، إذا سموا أو نسوا التسمية ﴾

وجملة ذلك أن كل من أمكنه الذبح من المسلمين وأهل الكتاب إذا ذبح حل أكل ذبيحته ، رجلا كان أو امرأة ، بالغاً أو صبياً ، حراً كان أو عبداً ، لا نعلم في هذا خلافا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة المرأة والصبي .

وقد روى أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع ، فأصيبت شاة منها فأدركتها فذكتها بحجر ، فسأل النبي صلى الله عليه سلم فقال : « كلوها » متفق عليه . وفي هذا الحديث فوائد سبع أحدها : إباحة ذبيحة المرأة . والثاني : إباحة ذبيحة الأمة ، والثالثة : إباحة ذبيحة الحائض ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل . والرابعة : إباحة الذبح بالحجر . والخامسة : إباحة ذبح ما خيف عليه الموت. السادسة : حل ما يذبحه غير مالكه بغير إذنه . السابعة : إباحة ذبحه لغير مالكه عند الخوف عليه . ويشترط أن يكون عاقلا فإن كان طفلا أو مجنوناً أو سكران لا يعقل لم يصح منه الذبح ، وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي ، لا يعتبر العقل ، وله فيما إذا أرسل المجنون الكلب على صيد وجهان .

ولنا : أن الذكاة يعتبر لها القصد ، فيعتبر لها العقل كالعبادة ، فإن من لا عقل له لا يصح منه القصد ، فيصير ذبحه كما لو وقعت الحديدة بنفسها على حلق شاة فذبحتها ، وقوله إذا سموا أونسوا التسمية فالتسمية مشترطة في كل ذابح مع العمد ، سواء كان مسلماً أو كتابياً ، فإن ترك الكتابي التسمية عن عمد أو ذكر اسم غير الله لم تحل ذبيحته . روى ذلك عن علي ، وبه قال النخعي والشافعي وحماد وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال عطاء ومجاهد ومكحول : إذا ذبح النصراني باسم المسيح حل ، فإن الله تعالى أحل لنا ذبيحته وقد علم أنه سيقول ذلك .

ولنا قول الله تعالى : « ولا تأكلوا مما لم يُذكر اسمُ الله عَلَيه »(١) وقوله : « وَمَا أُهِلَّ لِغَيرِ اللهِ بِهِ »(٢) والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم ، فإن لم يعلم أسمى الذابح أم لا ؟ أو ذكر اسم غير الله أم لا ؟ فذبيحته حلال ، لأن الله تعالى أباح لنا أكل ما ذبحه المسلم والـكتابى وقد علم أننا لا نقف على كل ذابح .

وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنهم قالوا : يارسول الله إن قوما حديثوا عهد بشرك يأتوننا بلحم لا ندرى أذكروا اسم الله عليه أم لم يذكروا ؟ قال : « سموا أنتم وكلوا » أخرجه البخارى .

٧٧٨٠ (فصـــــــل)

وإذا ذبح الـكتابى ماحرم الله عليه مثل كل ذى ظفر — قال قتادة : هى الإبل والنعام والبط وما ليس بمشقوق الأصابع — أو ذبح دابة لها شحم محرم عليه فظاهر كلام أحمد والخرقى إباحته ، فإن أحمد حكى عن مالك فى اليهودى يذبح الشاة قال : لا يأكل من شحمها ، قال أحمد هذا مذهب دقيق ، وظاهر هذا أنه لم يره صحيحاً ، وهذا اختيار ابن حامد وأبى الخطاب ، وذهب أبو الحسن التميمى والقاضى إلى تحريمها ، وحكاه التميمى عن الضحاك ومجاهد وسوار ، وهو قول مالك ، لأن الله تعالى قال : « وطعامُ الذينَ أوتوا الـكتابَ حلٌّ لـكم »(٣) وليس هذا من طعامهم ، ولأنه جزء من البهيمة لم يبح لذابحها فلم يبح لغيره كالدم.

ولنا : ما روى عبد الله بن مغفل قال : « دلى جراب من شحم من قصر خيبر فدنوت لآخذه ، فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم إلى» متفق عليه ، ولأنها ذكاة أباحت اللحم والجلد ، فأباحت الشحم ، كذكاة المسلم والآية حجة لنا ، فإن معنى طعامهم ذبائحهم ، كذلك فسره العلماء ، وقياسهم ينتقض بما ذبحه الغاصب .

٧٧٨١ (فصـــل)

وإن ذبح شيئا يزعم أنه محرم عليه ولم يثبت أنه محرم عليه فهو حلال ، لعموم الآية . وقوله إنه حرام غير مقبول .

٧٧٨٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ فإن كان أخرس أومأ إلى السماء ﴾

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة الأخرس ، منهم الليث والشافعى وإسحاق وأبو ثور ، وهو قول الشعبى وقتادة والحسن بن صالح . إذا ثبت هذا فإنه يشير إلى السماء ، لأن

(١) سورة الأنعام آية ١٢١ . (٢) سورة المائدة آية ٣ . (٣) سورة المائدة آية ٥ .

إشارته تقوم مقام نطق الناطق وإشارته إلى السماء تدل على قصده تسمية الذى فى السماء ، ونحو هذا قال الشعبي ، وقد دل على هذا حديث أبى هريرة ، أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم بجارية أعجمية فقال : يارسول الله إن علىّ رقبة مؤمنة ، أفأعتق هذه ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أين الله ؟ » فأشارت إلى السماء ، فقال : « من أنا ؟ » فأشارت بأصبعها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإلى السماء أى أنت رسول الله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أعتقها فإنها مؤمنة » ، رواه الإمام أحمد والقاضى البرتى[1] فى مسنديهما ، فحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بإيمانها بإشارتها إلى السماء تريد أن الله سبحانه فيها ، فأولى أن يكتفى بذلك علما على التسمية ولو أنه أشار إشارة تدل على التسمية وعلم ذلك كان كافيا .

٧٧٨٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن كان جنبا جاز أن يسمى ويذبح ﴾

وذلك أن الجنب تجوز له التسمية ولا يمنع منها ، لأنه إنما يمنع من القرآن لا من الذكر ، ولهذا تشرع له التسمية عند اغتساله ، وليست الجنابة أعظم من الكفر ، والكافر يسمى ويذبح ، وممن رخص فى ذبح الجنب الحسن والحكم والليث والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى .قال ابن المنذر : ولا أعلم أحداً منع من ذلك ، وتباح ذبيحة الحائض لأنها فى معنى الجنب .

٧٧٨٤ (فصـــــل)

والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع وما أصابها مرض فماتت به محرمة ، إلا أن تدرك ذكاتها لقوله تعالى « إِلاَّ مَاذَكَّيْتُمْ[2] » وفى حديث جارية كعب أنها أصيبت شاة من غنمها فأدركتها فذبحتها بحجر فسأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « كلوها » . فإن كانت لم يبق من حياتها إلا مثل حركة المذبوح لم تبح بالذكاة ، لأنه لو ذبح ما ذبحه المجوسى لم يبح وإن أدركها وفيها حياة مستقرة بحيث يمكنه ذبحها حلت لعموم الآية والخبر ، وسواء كانت قد انتهت إلى حال يعلم أنها لا تعيش معه أو تعيش لعموم الآية والخبر ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسأل ولم يستفصل .

وقد قال ابن عباس فى ذئب عدا على شاة فعقرها فوقع قصبها بالأرض فأدركها فذبحها بحجر ، قال : يلقى ما أصاب الأرض ويأكل سائرها . وقال أحمد فى بهيمة عقرت بهيمة حتى تبين فيها آثار الموت إلا أن فيها الروح ، يعنى فذبحت قال : إذا مصعت[3] بذنبها وطرفت بعينها وسال الدم فأرجو إن شاء الله تعالى

(١) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ . البتى . (٢) سورة المائدة آية ٣ (٣) أى حركت ذيلها حركة ضعيفة .

أن لا يكون بأ كلها بأس ، وروى ذلك بإسناده عن عقيل بن عمير وطاوس ، وقالا : تحركت ولم يقولا سال الدم . وهذا على مذهب أبي حنيفة ، وقال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن شاة مريضة خافوا عليها الموت فذبحوها فلم يعلم منها أكثر من أنها طرفت بعينها أو حركت يدها أو رجلها أو ذنبها بضعف فنهر الدم . قال : فلا بأس به، وقال ابن أبي موسى : إذا انتهت إلى حد لا تعيش معه لم تبح بالذكاة ، ونص عليه أحمد ، فقال : إذا شق الذئب بطنها فخرج قصبها فذبحها لا تؤكل ، وقال : إن كان يعلم أنها تموت من عقر السبع فلا تؤكل وإن ذكاها . وقد يخاف على الشاة الموت من العلة والشيء يصيبها فيبادرها فيذبحها فيأكلها وليس هذا مثل هذه ، لا يدرى لعلها تعيش ، والتي قدخرجت أمعاؤها يعلم أنها لا تعيش، وهذا قول أبي يوسف ، والأول أصح ، لأن عمر رضى الله عنه انتهى به الجرح إلى حد علم أنه لا يعيش معه فوصى فقبلت وصاياه ووجبت العبادة عليه . وفيما ذكرنا من عموم الآية والخبر وكون النبي صلى الله عليه وسلم ، لم يستفصل فى حديث جارية كعب ما يرد هذا وتحمل نصوص أحمد على شاة خرجت أمعاؤها وبانت منها ، فتلك لا تحول بالذكاة ، لأنها فى حكم الميت ولا تبقى حركتها إلا كحركة المذبوح ، فأما ما خرجت أمعاؤها ولم تبن منها فهى فى حكم الحياة تباح بالذبح، ولهذا قال الخرقى فيمن شق بطن رجل فأخرج حشوته فقطعها فأبانها ثم ضرب عنقه آخر : فالقاتل هو ولو شق بطن رجل وضرب عنقه آخر فالقاتل هو الثانى ، وقال بعض أصحابنا إذا كانت تعيش معظم اليوم حلت بالذكاة ، وهذا التحديد بعيد يخالف ظواهر النصوص، ولا سبيل إلى معرفته وقوله فى حديث جارية كعب فأدركتها فذكتها بحجر ، يدل على أنها بادرتها بالذكاة حين خافت موتها فى ساعتها ، والصحيح أنها إذا كانت تعيش زمناً يكون الموت بالذبح أسرع منه حلت بالذبح ، وأنها متى كانت مما لا يتيقن موتها كالمريضة أنها متى تحركت وسال دمها حلت والله أعلم .

٧٧٨٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ والمحرم من الحيوان ما نص الله تعالى عليه فى كتابه وما كانت العرب تسميه طيباً فهو حلال وما كانت تسميه خبيثاً فهو محرم لقول الله تعالى : « وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ »[(١)] ﴾

يعنى بقوله ما سمى الله تعالى فى كتابه :قوله سبحانه : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ »[(٢)] — الآية وما عدا هذا فما استطابته العرب فهو حلال ، لقول الله تعالى : «ويحل لهم الطيبات»[(٣)] يعنى ما يستطيبونه دون الحلال بدليل قوله فى الآية الأخرى : « يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ ؟ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ »[(٤)] ولو أراد الحلال لم يكن ذلك جواباً لهم ، وما استخبثته العرب فهو محرم ،

(١) سورة الأعراف : آية ١٥٧ .
(٢) سورة المائدة : آية ٣ .
(٣) سورة الأعراف آية ١٥٧ .
(٤) سورة المائدة : آية ٤ .

لقول الله تعالى : « ويحرم عليهم الخبائث » والذين تعتبر استطابتهم واستخباثهم هم أهل الحجاز من أهل الأمصار ، لأنهم الذين نزل عليهم الكتاب وخوطبوا به وبالسنة ، فرجع فى مطلق ألفاظهما إلى عرفهم دون غيرهم ، ولم يعتبر أهل البوادى ، لأنهم للضرورة والمجاعة يأكلون ما وجدوا ، ولهذا سأل بعضهم عما يأكلون فقال ما دبّ ودرج إلا أمّ حُبَيْن[٢] . فقال . لتهن أم حبين العافية . وما وجد فى أمصار المسلمين مما لا يعرفه أهل الحجاز رد إلى أقرب مايشبهه فى الحجاز ، فإن لم يشبه شيئاً منها فهو مباح ، لدخوله فى عموم قوله تعالى (قُلْ لا أَجِدُ فِيما أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً[٣] الآية : ولقول النبى صلى الله عليه وسلم : « وما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه » .

إذا ثبت هذا فمن المستخبثات الحشرات كالديدان والجعلان ، وبنات وردان ، والخنافس ، والفأر ، والأوزاغ[٤] [٥] ، والحرباء ، والعضاء[٦] ، والجراذين ، والعقارب والحيات ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، ورخص مالك وابن أبى ليلى والأوزاعى فى هذا كله إلا الأوزاغ فإن ابن عبد البر قال : هو مجمع على تحريمه ، وقال مالك : الحية حلال إذا ذكيت ، واحتجوا بعموم الآية المبيحة .

ولنا قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث[٧]) وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « خمس[٨] فواسق يقتلن فى الحل والحرم » العقرب والفأرة والغراب والحدأة والكلب العقور » . وفى حديث « الحية » مكان الفأرة ولو كانت من الصيد المباح لم يبح قتلها ، ولأن الله تعالى قال (لاتَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ[٩]) وقال (وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَادُمْتُمْ حُرُماً[١٠] ولأنها مستخبثة فحرمت كالوزغ ، أو مأمور بقتلها فأشبهت الوزغ .

٧٧٨٦ (فصـــل)

والقنفذ حرام . قال أبو هريرة : هو حرام ، وكرهه مالك وأبو حنيفة . ورخص فيه الشافعى والليث وأبو ثور .

---

(١) سورة الأعراف آية ٥٧ . (٢) أم حبين : دويبه تشبه سام أبرص (ف)
(٣) سورة الأنعام آية ١٤٥ (٤) الأوزاغ : جمع وزغ وهو سام أبرص . (٥) فى المخطوطة ١٨ : والوزغ.
(٦) فى المغنى (العضاء) ولعل الصواب العظاء : جمع عظاءة وذكرها هو العضرفوت وتطلق العظاءه على سام أبرص والضب والورل كما فى الحيوان للجاحظ ج ١ ص ١٤٥ (ف) (٧) سورة الأعراف آية ١٥٧
(٨) أخرجه أبو داود عن أبى هريرة بلفظ خمس قتلهن حلال فى الحرم الحية والعقرب والحدأة والفأرة والكلب العقور ». وورد نحو هذا عن عائشة فى صحيح مسلم والنسائى وابن ماجه بلفظ (الحية والغراب الأبقع ، والفأرة ، والكلب العقور والحديا) ومثله فى مسند أحمد عن ابن عباس (ف).
(٩) سورة المائدة آية ٩٥ (١٠) سورة المائدة آية ٩٦

ولنا : أن أبا هريرة قال ذكر القنفذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هو خبيث من الخبائث » رواه أبوداود ، ولأنه يشبه المحرمات ويأكل الحشرات فأشبه الجرذ .

٧٧٨٧ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تحرم الحمر الأهلية ﴾ .

أكثر أهل العلم يرون تحريم الحمر الأهلية قال أحمد : خمسة عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كرهوها ، قال ابن عبد البر : لاخلاف بين علماء المسلمين اليوم فى تحريمها ، وحكى عن ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما أنهما كانا يقولان بظاهر قوله سبحانه (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلاّ أَنْ يَــكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ)[1] وتلاها ابن‌عباس ، وقال : ماخلا هذا فهو حلال ، وسئلت عائشة رضى الله عنها عن الفأرة فقالت : ما هى بحرام ، وتلت هذه الآية ، ولم ير عكرمة وأبو وائل بأكل الحمر بأساً ، وقد روى عن غالب بن الحر[2] قال : أصابتنا سنة[3] فقلت : يارسول الله أصابتنا سنة ولم يكن فى مالى ما أطعم أهلى إلا سمان حمر ، وإنك حرمت لحوم الحمر الأهلية ، فقال « أطعم أهلك من سمين حمرك ، فإنما حرمتها من أجل حوالى[4] القرية » .

ولنا : ماروى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل » . متفق عليه . قال ابن عبدالبر ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم تحريم الحمر الأهلية على وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن عمرو وجابر والبراء وعبد الله بن أبى أوفى وأنس وزاهر الأسلمى بأسانيد صحاح حسان . وحديث غالب بن الحر لايعرج على مثله مع ماعارضه ، ويحتمل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لهم فى مجاعتهم ، وبين علة تحريمها المطلق ، لكونها تأكل العذرات ، قال عبد الله بن أبى أوفى : « حرمها رسول الله صلى الله عليه وسلم البتة من أجل أنها تأكل العذرة » متفق عليه .

٧٧٨٨ (فصـــــل)

والبغال حرام عند كل من حرم الحمر الأهلية ، لأنها متولدة منها والمتولد من الشيء له حكمه فى التحريم ، وهكذا إن تولد من بين الأنسى والوحشى ولد فهو محرم تغليباً للتحريم ، والسمع المتولد من بين الذئب

(١) سورة الأنعام آية ١٤٥ (٢) فى نسخ للمغنى (الحر) والصواب (أبجر) كما فى سنن أبى داود ج٢ ص٣٢١ (ف).
(٣) أى : قحط .
(٤) فى نسخ المغنى وفى طبعة رشيد ج ١١ ص ٦٥ والفقى ج ٨ ص ٥٨٧ (حوالى القرية) والصواب كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٢١ (جوال القرية) يعنى الجلالة (ف).

والضبع محرم ، وقال قتادة ما البغل إلا شيء من الحمار . وعن جابر قال : ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البغال والحمير ، ولم ينهنا عن الخيل .

٧٧٨٩ (فصـــل)

وألبان الحمر محرمة فى قول أكثرهم ، ورخص فيها عطاء وطاوس والزهرى والأول أصح لأن حكم الألبان حكم اللحمان .

٧٧٩٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وكل ذى ناب من السباع وهى التى تضرب بأنيابها الشيء وتفرس ﴾

وأكثر أهل العلم تحريم كل ذى ناب قوى من السباع يعدو به ويكسر إلا الضبع ، منهم مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الحديث وأبو حنيفة وأصحابه . وقال الشعبى وسعيد بن جبير وبعض أصحاب مالك : هو مباح ، لعموم قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه)[١] وقوله سبحانه (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به)[٢] .

ولنا : ما روى أبو ثعلبة الخشنى قال : « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع » متفق عليه ، وقال أبو هريرة : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أكل كل ذى ناب من السباع حرام » قال ابن عبد البر : هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته . وهذا نص صريح يخص عموم الآيات ، فيدخل فى هذا الأسد والنمر والفهد والذئب والكلب والخنزير . وقد روى عن الشعبى أنه سئل عن رجل يتداوى بلحم الكلب ، فقال : لا شفاه الله . وهذا يدل على أنه رأى تحريمه .

٧٧٩١ (فصـــل)

ولا يباح أكل القرد ، وكرهه عمر وعطاء ومجاهد ومكحول والحسن ولم يجيزوا بيعه . وقال ابن عبد البر : لا أعلم بين علماء المسلمين خلافا أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه ، وروى عن الشعبى أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن لحم القرد » ولأنه سبع فيدخل فى عموم الخبر ، وهو مسخ أيضاً ، فيكون من الخبائث المحرمة .

٧٧٩٢ (فصـــل)

وابن آوى والنمس وابن عرس حرام ، سئل أحمد عن ابن آوى وابن عرس فقال : كل شيء ينهش

(١) سورة الأنعام آية ١٤٥

(٢) سورة النحل آية ١١٥

بأنيابه فهو من السباع حرام ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي : ابن عرس مباح ، لأنه ليس له ناب قوي فأشبه الضب ، ولأصحابه في ابن آوى وجهان .

ولنا أنها من السباع فتدخل في عموم النهي ولأنها مستخبثة غير مستطابة ، فإن ابن آوى يشبه الكلب ، ورائحته كريهة ، فيدخل في عموم قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) .

٧٧٩٣ (فصـــل)

واختلفت الرواية في الثعلب فأكثر الروايات عن أحمد تحريمه ، وهـذا قول أبي هريرة ومالك وأبي حنيفة ، لأنه سبع ، فيدخل في عموم النهي . ونقل عن أحمد إباحته ، اختاره الشريف أبو جعفر ، ورخص فيه عطاء وطاوس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة والشافعي ، لأنه يفدى في الإحرام والحرم ، وقال أحمد وعطاء : كل ما يودى إذا أصابه المحرم فإنه يؤكل ، واختلفت الرواية عن أحمد في سنور البر كاختلافها في الثعلب ، والقول فيه كالقول في الثعلب ، وللشافعي في سنور البر . وجهان . فأما الأهلي فمحرم في قول إمامنا ومالك وأبي حنيفة والشافعي ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن أكل الهر »[1] .

٧٧٩٤ (فصـــل)

والفيل محرم . قال أحمد : ليس هو من أطعمة المسلمين ، وقال الحسن : هو مسخ ، وكرهه أبو حنيفة والشافعي ورخص في أكله الشعبي .

ولنا : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل[2] ذي ناب من السباع » وهو من أعظمها ناباً ، ولأنه مستخبث فيدخل في عموم الآية المحرمة .

٧٧٩٥ (فصـــل)

فأما الدب فينظر فيه ، فإن كان ذا ناب يفرس به فهو محرم ، وإلا فهو مباح ، قال أحمد : إن لم يكن له ناب فلا بأس به . وقال أصحاب أبي حنيفة : هو سبع ، لأنه أشبه شيء بالسباع فلا يؤكل .

ولنا : أن الأصل الإباحة ولم يتحقق وجود المحرم[3] فيبقى على الأصل وشبهه بالسباع إنما يعتبر في

---

(١) أخرجه الترمذي وابن ماجه والحاكم عن جابر (ف).

(٢) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي عن ابن عباس (ف) .

(٣) بل تحقق ، ولعلهم لم يروا الدب ولم تصلهم عنه أوصاف دقيقة .

وجود العلة المحرمة وهو كونه ذا ناب يصيد به ويفرس فإذا لم يوجد ذلك كان داخلا فى عموم النصوص المبيحة والله أعلم .

٧٧٩٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكل ذى مخلب من الطير وهى التى تعلق بمخالبها الشىء وتصيد بها ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى . وقال مالك والليث والأوزاعى ويحيى بن سعيد : لا يحرم من الطير شىء ، قال مالك : لم أر أحداً من أهل العلم يكره سباع الطير ، واحتجوا بعموم الآيات المبيحة ، وقول أبى الدرداء وابن عباس : ما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه .

ولنا : ما روى ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » وعن خالد بن الوليد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «حرام عليكم الحمر الأهلية وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » رواهما أبو داود ، وهذا يخص عموم الآيات ويقدم على ما ذكروه ، فيدخل فى هذا كل ماله مخلب يعدو به كالعقاب والبازى والصقر والشاهين والباشق والحدأة والبومة وأشباهها .

٧٧٩٧ (فصـــل)

ويحرم منها ما يأكل الجيف كالنسور والرخم وغراب البين ، وهو أكبر الغربان ، والأبقع . قال عروة : ومن يأكل الغراب وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقاً ؟ والله ما هو من الطيبات ولعله يعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم « خمس[1] فواسق يقتلن فى الحل والحرم . الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور » فهذه الخمس محرمة ، لأن النبى صلى الله علية وسلم أباح قتلها فى الحرم ، ولا يجوز قتل صيد مأكول فى الحرم ، ولأن ما يؤكل لا يحل قتله إذا قدر عليه ، وإنما يذبح ويؤكل ، وسئل أحمد عن العقعق فقال : إن لم يكن يأكل الجيف فلا بأس به . قال بعض أصحابنا هو يأكل الجيف ، فيكون على هذا محرماً .

٧٧٩٨ (فصـــل)

ويحرم الخطاف والخشاف والخفاش ، وهو الوطواط . قال الشاعر :

مثل النهار يزيد أبصار الورى نوراً ويعمى أعين الخفاش

قال أحمد : ومن يأكل الخفاش ؟ وسئل عن الخطاف فقال :لا أدرى، وقال النخعى : كل الطير حلال

(١) سبق تخريجه قريباً (ف) .

إلا الخفاش : وإنما حرمت هذه لأنها مستخبثة لا تستطيبها العرب ، ولا تأكلها ، ويحرم الزنابير واليعاسيب والنحل وأشباهها لأنها مستخبثة غير مستطابة .

٧٧٩٩ (فصـــــل)

وما عدا ذكرنا فهو مباح لعموم النصوص الدالة على الإباحة ، من ذلك بهيمة الأنعام . وهى الإبل والبقر والغنم قال الله تعالى : (أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَامِ)[١] ومن الصيود الظباء وحمر الوحش ، وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم أبا قتادة وأصحابه بأكل الحمار الذى صاده ، وكذلك بقر الوحش كلها مباحة على اختلاف أنواعها من الإيل والثيتل والوعل والمها ، وغيرها من الصيود كلها مباحة وتفدى فى الإحرام ، ويباح النعام ، وقد قضى الصحابة رضى الله عنهم فى النعامة ببدنة ، وهـــذا كله مجمع عليه لا نعلم فيه خلافا إلا ما يروى عن طلحة بن مصرف قال : إن الحمار الوحشى إذا أنس واعتلف فهو بمنزلة الأهلى ، قال أحمد وما ظننت أنه روى فى هذا شىء ، وليس الأمر عندى كما قال ، وأهل العلم على خـــلافه ، لأن الظباء إذا تأنست لم تحرم ، والأهلى إذا توحش لم يحل ، ولا يتغير منها شىء عن أصله وما كان عليه ، قال عطاء فى حمار الوحش : إذا تناسل فى البيوت لا تزول عنه أسماء الوحش ، وسألوا أحمد عن الزرافة تؤكل ؟ قال نعم ، وهى دابة تشبه البعير إلا أن عنقها أطول من عنقه وجسمها ألطف من جسمه ، وأعلى منه ويداها أطول من رجليها .

٧٨٠٠ (فصــــل)

وتباح لحوم الخيل كلها عرابها وبراذينها نص عليه أحمـــد ، وبه قال ابن سيرين ، وروى ذلك عن ابن الزبير والحسن وعطاء والأسود بن يزيد ، وبه قال حماد بن زيد والليث وابن المبارك والشافعى وأبو ثور قال سعيد بن جبير ما أكلت شيئاً أطيب من مَعْرَفَةَ برذون[٢] ، وحرمها أبو حنيفة ، وكرهـا مالك والأوزاعى وأبو عبيد ، لقول الله تعالى[٣] وٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ والْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا) .

وعن خالد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حرام عليكم[٤] ، الحمر الأهلية وخيلها وبغالها » ولأنه ذو حافر فأشبه الحمار.

ولنا قول جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل وقالت أسماء : « نحرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرساً ، فأكلناه ونحن بالمدينة » متفق عليهما

(١) سورة المائدة آية ١ (٢) المعرفة : موضع العرف من الفرس (ف) (٣) سورة النحل آية ٨

(٤) أخرجه أحمد والدارقطنى والأربعة إلا الترمذى من حديث خالد ونهى النبى صلى الله عليه وسلم عن « لحوم الخيل والبغال والحمير».

ولأنه حيوان طاهر مستطاب ليس بذى ناب ولا مخلب فيحل كبهيمة الأنعام ، ولأنه داخل فى عموم الآيات والأخبار المبيحة . وأما الآية فإنما يتعلقون بدليل خطابها ، وهم لا يقولون به ، وحديث خالد ليس له إسناد جيد ، قاله أحمد . قال : وفيه رجلان لا يعرفان ، يرويه ثور عن رجل ليس بمعروف ، وقال لا ندع أحاديثنا لمثل هذا الحديث المنكر .

٧٨٠١ (فصـــــل)

والأرنب مباحة ، أكلها سعد بن أبى وقاص ، ورخص فيها أبو سعيد وعطاء وابن المسيب والليث ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر ، ولا نعلم أحداً قائلا بتحريمها إلا شيئاً روى عن عمر بن العاص ، وقد صح عن أنس أنه قال : « انفجنا[1] أرنباً فسعى القوم فلغبوا[2] فأخذتها فجئت بها إلى أبى طلحة فذبحها وبعث بوركها — أو قال — فخذها إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقبله » ، متفق عليه . وعن محمد ابن صفوان أو صفوان بن محمد أنه قال : « صدت أرنبين فذبحتهما بمروة[3] فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرنى بأكلهما . رواه أبو داود . ولأنها حيوان مستطاب ليس بذى ناب أشبه الظبى .

٧٨٠٢ (فصـــــل)

ويباح الوبر ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد وعمرو بن دينار والشافعى وابن المنذر وأبو يوسف ، وقال القاضى : هو محرم ، وهو قول أبى حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف .

ولنا : أنه يفدى فى الإحرام والحرم وهو مثل الأرنب يعتلف النبات والبقول ، فكان مباحاً كالأرنب ولأن الأصل الإباحة ، وعموم النصوص يقتضيها ، ولم يرد فيه تحريم فتجب إباحته .

٧٨٠٣ (فصـــــل)

وسئل أحمد عن اليربوع فرخص فيه ، وهذا قول عروة وعطاء الخراسانى والشافعى وأبى ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة هو محرم ، وروى ذلك عن أحمد أيضاً ، وعن ابن سيرين والحكم وحماد وأصحاب الرأى لأنه يشبه الفار .

ولنا أن عمر حكم فيه بجفرة[4] ، ولأن الأصل الإباحة ما [لم] يرد فيه تحريم ، وأما السنجاب[5] فقال القاضى ، هو محرم ، لأنه ينهش بنابه ، فأشبه الجرذ ، ويحتمل أنه مباح ، لأنه يشبه اليربوع[6] ، ومتى تردد بين الإباحة والتحريم غلبت الإباحة ، لأنها الأصل ، وعموم النصوص يقتضيها .

---

(١) أنفجنا : أثرنا (ف). (٢) فى نسخ المغنى (لعبوا) بالعين المهملة والصواب بالغين المعجمة أى تعبوا (ف).

(٣) هى الحجر : من الصوان. (٤) الجفرة : أنثى ولد المعز إذا بلغ اربعة أشهر (ف) . (٥) السنجاب : حيوان أكبر من الجرذ له ذنب كثيف الشعر طويل وهو أزرق رمادى (ف) .

(٦) اليربوع : حيوان من القواصم يشبه الفأر قصير اليدين طويل الرجلين له ذنب طويل (ف) .

٧٨٠٤ (فصـــل)

ويباح من الطيور مالم نذكره فى المحرمات ، من ذلك الدجاج ، قال أبو موسى : رأيت النبى صلى الله عليه وسلم يأكل الدجاج والحبارى [(١)] لما روى سفينة قال أكلت مع النبى صلى الله عليه وسلم لحم حبارى » رواه أبو داود ، ويباح الزاغ [(٢)] ، وبذلك قال الحكم وحماد ومحمد بن الحسن والشافعى فى أحد قوليه .

ويباح غراب الزرع ، وهو الأسود الكبير الذى يأكل الزرع ويطير مع الزاغ ، لأن مرعاهما الزرع والحبوب فأشبها الحجل [(٣)] . وتباح العصافير كلها . قال عبد الله بن عمرو : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ما من إنسان يقتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عنها) قيل : يا رسول الله فما حقها ؟ قال : (يذبحها فيأكلها ولا يقطع رأسها فيرمى بها) ، رواه النسائى . ويباح الحمام كله على اختلاف أنواعه من الجوازل [(٤)] والفواخت [(٥)] والرقاطى [(٦)] والقطا [(٧)] والحجل وغيرها ، وتباح الكراكى [(٨)] والأوز وطير الماء كله والغرانيق [(٩)] والطواويس وأشباه ذلك لا نعلم فيه خلافاً .

واختلف عن أحمد فى الهدهد والصرد ، فعنه أنهما حلالا ، لأنهما ليسا من ذوات المخلب ، ولا يستخبثان . وعنه تحريمهما ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الهدهد والصرد والنملة والنحلة . وكل ما كان لا يصيد بمخلبه ولا يأكل الجيف ولا يستخبث فهو حلال .

٧٨٠٥ (فصـــل)

قال أحمد : أكره لحوم الجلالة وألبانها . قال القاضى فى المجرد : هى التى تأكل القذر ، فإذا كان أكثر علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها ، وفى بيضها روايتان . وإن كان أكثر علفها الطاهر لم يحرم أكلها ولا لبنها ، وتحديد الجلالة يكون أكثر علفها النجاسة لم نسمعه عن أحمد ، ولا هو ظاهر كلامه ، لكن يمكن تحديده بما يكون كثيراً فى مأكولها ويعفى عن اليسير . وقال الليث : إنما كانوا يكرهون الجلالة التى لاطعام لها إلا الرجيع [(١٠)] وما أشبهه .

وقال ابن أبى موسى فى الجلالة روايتان . إحداهما : أنها محرمة . والثانية : أنها مكروهة غير محرمة ،

---

(١) الحبارى طائر أكبر من الدجاج الأهلى وأطول عنقا يضرب به المثل فى البلاهة . (٢) الزاغ : غراب صغير ريش ظهره وبطنه أبيض (ف) (٣) الحجل : طائر فى حجم الحمام أحمر المنقار والرجلين (ف) .

(٤) الجوازل جمع جوزل :وهو فرخ الحمام (ف). (٥) الفواخت : نوع من الحمام البرى (ف).

(٦) الرقاطى : لم توجد فى حياة الحيوان للجاحظ ولعل المراد حمام ببياض مشوبه نقط سواد (ف) .

(٧) القطاة : طائر فى حجم الحمام قصير الإبهام لها بيض منقط (ف). (٨) الكركى : طائر كبيراً أغبر اللون طويل العنق والرجلين أبتر الذنب قليل اللحم يأوى الى الماء أحيانا (ف) .

(٩) الغرنوق : طائر مائى يشبه الكركى (ف) . (١٠) الرجيع : الروث وشبهه (ف).

وهذا قول الشافعى ؛ وكره أبو حنيفة لحومها والعمل عليها حتى تحبس ، ورخص الحسن فى لحومها وألبانها ، لأن الحيوانات لاتنجس بأكل النجاسات ، بدليل أن شارب الخمر لايحكم بتنجيس أعضائه ، والكافر الذى يأكل الخنزير والمحرمات لا يكون ظاهره نجساً ولا نجس لما طهر بالإسلام ولا بالاغتسال ولو نجست الجلالة لما طهرت بالحبس .

ولنا ما روى ابن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل الجلالة وألبانها . رواه أبو داود ، وروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الإبل الجلالة أن يؤكل لحمها ولا يحمل عليها إلا الأدم ولا يركبها الناس حتى تعلف أربعين ليلة ، رواه الخلال بإسناده ، ولأن لحمها يتولد من النجاسة فيكون نجساً كرماد النجاسة ، وأما شارب الخمر فليس ذلك أكثر غذائه ، وإنما يتغذى بالطاهرات[1] وكذلك الكافر فى الغالب .

٧٨٠٦ (فصل)

وتزول الكراهة بحبسها اتفاقا ، واختلف فى قدره فروى عن أحمد أنها تحبس ثلاثاً ، سواء كانت طائراً أو بهيمة. وكان ابن عمر إذا أراد أكلها حبسها ثلاثا وهذا قول أبى ثور لأن ما طهر حيواناً طهر الآخر كالذى نجس ظاهره [والأخرى] تحبس الدجاجة ثلاثاً ، والبعير والبقرة ونحوهما يحبس أربعين ، وهذا قول عطاء فى الناقة والبقرة ، لحديث عبدالله بن عمرو ، ولأنهما أعظم جسماً ، وبقاء علفهما فيهما أكثر من بقائه فى الدجاجة والحيوان الصغير والله أعلم .

٧٨٠٧ (فصل)

ويكره ركوب الجلالة ، وهو قول عمر وابنه وأصحاب الرأى لحديث عبد الله بن عمرو وأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ركوبها . ولأنها ربما عرقت فتلوث بعرقها .

٧٨٠٨ (فصل)

وتحرم الزروع والثمار التى سقيت بالنجاسات أو سمدت بها . وقال ابن عقيل : يحتمل أن يكره ذلك ولا يحرم ، ولا يحكم بتنجيسها ، لأن النجاسة تستحيل فى باطنها فتطهر بالاستحالة كالدم يستحيل فى أعضاء الحيوان لحماً ، ويصير لبناً ، وهذا قول أكثر الفقهاء ، منهم أبوحنيفة والشافعى ، وكان سعد بن أبى وقاص يَدْمُلُ[2] أرضَهَ بالعُرّة ويقول مكتل عرة مكتل بر ، والعرة عذرة الناس .

ولنا ما روى عن ابن عباس قال كنا نكرى أراضى رسول الله صلى الله عليه ونشترط عليهم أن لا يَدْمُلُوها بعَذِرَةِ الناس ، ولأنها تتغذى بالنجاسات وتترقى فيها أجزاؤها والاستحالة لا تطهر ، فعلى هذا تطهر إذا سقيت الطاهرات كالجلالة إذا حبست وأطعمت الطاهرات .

(١) فى المطبوعة : الطاهرة . وما فى : ٣٩ أوضح (٢) يعنى: يسمد .

٧٨٠٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن اضطر إلى الميتة فلا يأكل منها إلا ما يؤمن معه الموت ﴾

أجمع العلماء على تحريم الميتة حال الاختيار وعلى إباحة الأكل منها فى الاضطرار وكذلك سائر المحرمات والأصل فى هذا قول الله تعالى [١] (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به [٢] لغير الله فمن اضطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْه) ويباح له أكل ما يسد الرمق ويأمن معه الموت بالإجماع ، ويحرم ما زاد على الشبع بالإجماع أيضاً وفى الشبع روايتان .

أظهرهما : لا يباح ، وهو قول أبى حنيفة وإحدى الروايتين عن مالك ، وأحد القولين للشافعى ، قال الحسن : يأكل قدر ما يقيمه ، لأن الآية دلت على تحريم الميتة واستثنى ما اضطر إليه فاذا اندفعت الضرورة لم يحل له الأكل كحالة الابتداء ، ولأنه بعد سد الرمق غير مضطر فلم يحل له الأكل للآية ، يحققه أنه بعد سد رمقه كهو قبل أن يضطر وثَمَّ لم يبح له الأكل كذا ههنا .

والثانية : يباح له الشبع ، اختارها أبو بكر لما روى جابر بن سمرة « أن رجلا نزل الحرة فنفقت عنده ناقة فقالت له امرأته أسلخها حتى نقدد [٣] شحمها ولحمها ونأكله ؟ فقال : حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال : هل عندك غنى يغنيك ؟ » قال : لا ، قال : فكلوها » . ولم يفرق . رواه أبو داود ولأن ما جاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح ، ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كانت الضرورة مستمرة وبين ما إذا كانت مرجوة الزوال ، فما كانت مستمرة كحالة الأعرابى الذى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم جاز الشبع لأنه إذا اقتصر على سد الرمق عادت الضرورة إليه عن قرب ، ولا يتمكن من البعد عن الميتة مخافة للضرورة المستقبلة ويفضى إلى ضعف بدنه وربما أدى ذلك إلى تلفه بخلاف التى ليست مستمرة فإنه يرجو الغنى عنها بما يحل له والله أعلم . إذا ثبت هذا فإن الضرورة المبيحة هى التى يخاف التلف بها إن ترك الأكل قال أحمد إذا كان يخشى على نفسه سواء كان من جوع أو يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشى وانقطع عن الرفقة فهلك أو يعجز عن الركوب فيهلك ولا يتقيد ذلك بزمن محصور .

٧٨١٠ (فصل)

وهل يجب الأكل من الميتة على المضطر ؟ فيه وجهان .

---

(١) سورة البقرة آية ١٧٣

(٢) فى نسخ المغنى (وما أهل لغير الله به) وهذه آية البقرة فالصواب (وما أهل به لغير الله) (ف) .

(٣) القديد : اللحم المملوح المجفف فى الشمس والحديث فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٢٢ (ف) .

أحدهما : يجب وهو قول مسروق ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي . قال الأثرم : سئل أبو عبد الله عن المضطر يجد الميتة ولم يأكل فذكر قول مسروق من اضطر فلم يأكل ولم يشرب فمات فدخل النار ، وهذا اختيار ابن حامد، وذلك لقول الله تعالى (وَلاَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ[1]) وترك الأكل مع إمكانه في هذا الحال إلقاء بيده إلى التهلكة وقال الله تعالى (وَلاَ تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً[2]) ولأنه قادر على إحياء نفسه بما أحله الله له فلزمه كما لو كان معه طعام حلال .

والثاني : لايلزمه ، لما روى عن عبد الله بن حذافة السهمي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن طاغية الروم حبسه في بيت وجعل معه خمراً ممزوجاً بماء ولحم خنزير مشوى ثلاثة أيام فلم يأكل ولم يشرب حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته فأخرجوه . فقال: قد كان الله أحله لي لأني مضطر ، ولكن لم أكن لأشمتك بدين الإسلام ، ولأن إباحة الأكل رخصة فلا تجب عليه كسائر الرخص ولأن له غرضاً في اجتناب النجاسة والأخذ بالعزيمة . وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة ، وفارق الحلال في الأصل من هذه الوجوه .

٧٨١١ (فصــــل)

وتباح المحرمات عند الاضطرار إليها في الحضر والسفر جميعاً . لأن الآية مطلقة غير مقيدة بإحدى الحالتين وقوله (فَمَنِ اضْطُرَّ[3]) لفظ عام في حق كل مضطر ولأن الاضطرار يكون في الحضر في سنة المجاعة وسبب الإباحة الحاجة إلى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات ، وهذا المعنى عام في الحالين ، وظاهر كلام أحمد : أن الميتة لاتحل لمن يقدر على دفع ضرورته بالمسألة .

وروى عن أحمد أنه قال : أكل الميتة إنما يكون في السفر يعني أنه في الحضر يمكنه السؤال وهذا من أحمد خرج مخرج الغالب فإن الغالب أن الحضر يوجد فيه الطعام الحلال ويمكن دفع الضرورة بالسؤال . ولكن الضرورة أمر معتبر بوجود حقيقته لا يكتفي فيه بالمظنة بل متى وجدت الضرورة أباحت الأكل سواء وجدت المظنة أو لم توجد ومتى انتفت لم يبح الأكل لوجود مظنتها بحال .

٧٨١٢ (فصــــل)

قال أصحابنا ليس للمضطر في سفر المعصية الأكل من الميتة كقاطع الطريق والآبق لقول الله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه[4]) قال مجاهد غير باغ على المسلمين ولاعاد عليهم . وقال سعيد بن

---

(١) سورة البقرة آية ١٩٥ (٢) سورة النساء آية ٢٩ (٣) سورة البقرة آية ١٧٣ (٤) سورة البقرة آية ١٧٣

جبير : إذا خرج يقطع الطريق فلا رخصة له ، فإن تاب وأقلع عن معصيته حل له الأكل .

٧٨١٣ (فصــــل)

وهل للمضطر التزود من الميتة ؟ على روايتين . أصحهما : له ذلك وهو قول مالك ، لأنه لاضرر فى استصحابها ولا فى إعدادها لدفع ضرورته وقضاء حاجته ، ولا يأكل منها إلا عند ضرورته .

والثانية : لايجوز ، لأنه توسع فيما لم يبح إلا للضرورة ، فإن استصحبها فلقيه مضطر آخر لم يجز له بيعها إياه ، لأنه إنما أبيح له منها مايدفع به الضرورة ولاضرورة إلى البيع ، ولأنه لايملكه ويلزمه إعطاء الآخر بغير عوض إذا لم يكن هو مضطراً فى الحال إلى مامعه ، لأن ضرورة الذى لقيه موجودة و حاملها يخاف الضرر فى ثانى الحال .

٧٨١٤ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ومن مر بثمرة فله أن يأكل منها ولا يحمل ﴾

هذا يحتمل أنه أراد فى حال الجوع والحاجة ، لأنه ذكره عقيب مسألة المضطر ، قال أحمد : إذا لم يكن عليها حائط يأكل إذا كان جائعاً وإذا لم يكن جائعاً فلا يأكل . قال: وقد فعله غير واحد من أصحاب النبي[1] صلى الله عليه وسلم ولكن إذا كان عليه حائط لم يأكل لأنه قد صار شبه الحريم ، وقال فى موضع : إنما الرخصة للمسافر إلا أنه لم يعتبر ههنا حقيقة الاضطرار ، لأن الاضطرار يبيح ما وراء الحائط . ورويت عنه الرخصة فى الأكل من غير المحوطة مطلقاً ، من غير اعتبار جوع ولا غيره .

وروى عن أبى زينب التيمى قال : سافرت مع أنس بن مالك وعبدالرحمن بن سمرة وأبى بردة . فكانوا يمرون بالثمار فيأكلون فى أفواههم ، وهو قول عمر وابن عباس وأبى بردة . قال عمر : يأكل ولا يتخذ خبنة . وروى عن أحمد أنه قال : يأكل مما تحت الشجر ، وإذا لم يكن تحت الشجر فلا يأكل ثمار الناس وهو غنى عنه ، ولا يضرب [الشجر][2] بحجر ولا يرمى لأن هذا يفسد .

وقد روى عن رافع بن عمر قال : كنت أرمى نخل الأنصار فأخذونى فذهبوا بى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « يارافع لم ترمى نخلهم ؟ » قلت : يارسول الله الجوع . قال : « لاترم وكُلْ ما وقع أشبعك الله وأرواك » أخرجه الترمذى ، وقال : هذا حديث حسن صحيح ، وقال أكثر الفقهاء : لايباح الأكل فى الضرورة لما روى العرباض[3] بن سارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ألا وإن الله لم يحل لكم أن تدخلوا بيوت أهل الكتاب إلا بإذن . ولا ضرب نسائهم . ولا أكل ثمارهم إذا أعطوكم الذى عليهم » .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : رسول الله . (٢) الزيادة من ٣٩ : (٣) فى المخطوطة ١٨ : عرباض .

أخرجه أبوداود ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام كحرمة يومكم هذا » متفق عليه .

ولنا : ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الثمر المعلق فقال : « ما أصاب منه من ذى حاجة غير متخذ خُبْنَةً فلا شيء عليه ، ومن أخرج منه شيئاً فعليه غرامة مثليه والعقوبة » قال الترمذى هذا حديث حسن .

وروى أبو سعيد الخدرى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال[(١)] « إذا أتيت على حائط بستان فناد صاحب البستان ثلاثاً فإن أجابك . وإلا فكل من غير أن تفسد » .

وروى سعيد بإسناده عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله ولأنه قول من سمينا من الصحابة من غير مخالف فيكون إجماعاً ، فإن قيل فقد أبى سعد أن يأكل ، قلنا امتناع سعد من أكله ليس بمخالف لهم لأن الإنسان قد يترك المباح غنى عنه أو تورعاً أو تقذراً كترك النبي صلى الله عليه وسلم أكل الضب فأما أحاديثهم فهى مخصوصة بما رويناه من الحديث والإجماع ، فإن كانت محوطة لم يجز الدخول إليها لقول ابن عباس إن كان عليها حائط فهو حريم ، فلا تأكل ، وإن لم يكن عليها حائط فلا بأس. ولأن إحرازه بالحائط يدل على شح صاحبه به ، وعدم المسامحة فيه ، قال بعض أصحابنا : إذا كان عليها ناطور فهو بمنزلة المحوط ، فى أنه لايدخل إليه ولا يأكل منه إلا فى الضرورة .

٧٨١٥ (فصـــل)

وعن أحمد فى الأكل من الزرع روايتان .

إحداهما : قال لا يأكل ، إنما رخص فى الثمار ليس الزرع ، وقال ما سمعنا فى الزرع أن يمس[(٢)] منه ووجهه أن الثمار خلقها الله تعالى للأكل رطبة ، والنفوس تتوق [إليها][(٣)] والزرع بخلافها .

والثانية : قال يؤكل من الفريك لأن العادة جارية بأكله رطباً أشبه الثمر ، وكذلك الحكم فى الباقلاء والحمص وشبهه مما يؤكل رطباً فأما الشعير وما لم تجر العادة بأكله فلا يجوز الأكل منه ، والأولى فى الثمار وغيرها ألا يأكل منها إلا بإذن ، لما فيه من الخلاف والأخبار الدالة على التحريم .

٧٨١٦ (فصـــل)

وعن أحمد فى حلب لبن الماشية روايتان .

---

(١) أخرجه أحمد وابن ماجه (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : أنه يمس منه . (٣) الزيادة من : ١٨

إحداهما : يجوز له أن يحلب ويشرب ولا يحمل لما روى الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذنه فإن أذن فليحلب وليشرب وإن لم يكن فيها فليصوت ثلاثا فإن أجابه أحد فليستأذنه ، وإن لم يجبه أحد فليحلب وليشرب ولا يحمل » رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن صحيح . والعمل عليه عند بعض أهل العلم . وبه يقول أحمد وإسحاق .

والرواية الثانية : لا يجوز له أن يحلب ولا يشرب ، لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه ، أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته فينقل طعامه فإنما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم ، فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه » . وفي لفظ : « فإن مافي ضروع مواشيهم مثل مافي مشاربهم » متفق عليه .

٧٨١٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن اضطر فأصاب الميتة وخبزاً لا يعرف مالكه أكل الميتة ﴾

وبهذا قال سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم ، وقال مالك : إن كانوا يصدقونه أنه مضطر أكل من الزرع والثمر وشرب اللبن ، وإن خاف أن تقطع يده أو لا يقبل منه أكل الميتة ، ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما : يأكل الطعام وهو قول عبد الله بن دينار لأنه قادر على الطعام الحلال فلم يجز له أكل الميتة كما لو بذله له صاحبه.

ولنا : أن أكل الميتة منصوص عليه ومال الآدمي مجتهد فيه ، والعدول إلى المنصوص عليه أولى ، ولأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة ، وحقوق الآدمي مبنية على الشح والتضييق ، ولأن حق الآدمي تلزمه غرامته ، وحق الله لا عوض له .

٧٨١٨ (فصـــل)

إذا وجد المضطر من يطعمه ويسقيه لم يحل له الامتناع من الأكل والشرب ولا العدول إلى أكل الميتة إلا أن يخاف أن يسمه فيه أو يكون الطعام الذي يطعمه مما يضره ويخاف أن يهلكه أو يمرضه .

٧٨١٩ (فصـــل)

وإن وجد طعاماً مع صاحبه فامتنع من بذله له أو بيعه منه ووجد ثمنه لم يجز له مكابرته عليه وأخذه منه وعدل إلى الميتة ، سواء كان قويا يخاف من مكابرته التلف أو لم يخف ، فإن بذله له بثمن مثله وقدر على الثمن لم يحل له أكل الميتة ، لأنه قادر على طعام حلال ، وإن بذله بزيادة على ثمن المثل لا يجحف بماله لزمه شراؤه أيضاً ، لما ذكرناه ، وإن كان عاجزاً عن الثمن فهو في حكم العادم ، وإن امتنع من بذله إلا

بأكثر من ثمن مثله فاشتراه المضطر بذلك لم يلزمه أكثر من ثمن مثله لأن الزيادة أحوج إلى بذلها بغير حق فلم يلزمه كالمكره .

٧٨٢٠ (فصـل)

وإن وجد المحرِم ميتة وصيداً أكل الميتة ، وبه قال الحسن ومالك وأبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي فى أحد قوليه ، يأكل الصيد ويفديه وهو قول الشعبى ، لأن الضرورة تبيحه ومع القدرة عليه لا تحل الميتة لغناه عنها .

ولنا : أن إباحة الميتة منصوص عليها ، وإباحة الصيد مجتهد فيها ، وتقديم المنصوص عليه أولى ، فإن لم يجد ميتة ذبح الصيد وأكله ، نص عليه أحمد ، لأنه مضطر إليه عيناً [1] وقد قيل إن فى الصيد تحريمات ثلاثاً . تحريم قتله ، وأكله ، وتحريم الميتة ، لأن ما ذبحه المحرم من الصيد يكون ميتة ، فقد ساوى الميتة فى هذا وفضل عليها بتحريم القتل والأكل ، ولكن يقال على هذا : إن الشارع إذا أباح له ذبحه لم يصر ميتة ، ولهذا لو لم يجد الميتة فذبحه كان ذكيا طاهراً وليس بنجس ولا ميتة ولهذا يتعين عليه ذبحه فى محل الذبح وتعتبر شروط الذكاة فيه ولا يجوز قتله ولو كان ميتة لم يتعين ذلك عليه .

٧٨٢١ (فصـل)

وإذا ذبح المحرم الصيد عند الضرورة جاز له أن يشبع منه لأنه لحم ذكى لا حق فيه لآدمى سواه فأبيح له الشبع منه كما لو ذبحه حلال من أجله .

٧٨٢٢ (فصـل)

فإن لم يجد المضطر شيئاً لم يبح له أكل بعض أعضائه . وقال بعض أصحاب الشافعى : له ذلك لأن له أن يحفظ الجملة بقطع عضو كما لو وقعت فيه الأكلة .

ولنا : أن أكله من نفسه ربما قتله فيكون قاتلا لنفسه ولا يتيقن حصول البقاء بأكله . أما قطع الأكلة فإنه يخاف الهلاك بذلك العضو فأبيح له إبعاده ودفع ضرره المتوجه منه بتركه كما أبيح قتل الصائل عليه ولم يبح له قتله ليأكله .

٧٨٢٣ (فصـل)

وإن لم يجد إلا آدمياً محقون الدم لم يبح له قتله إجماعا ولا إتلاف عضو منه مسلماً كان أو كافراً لأنه مثله فلا يجوز أن يبقى نفسه بإتلافه وهذا لا خلاف فيه ، وإن كان مباح الدم كالحربى والمرتد فذكر

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : بعينه .

القاضي أن له قتله وأكله لأن قتله مباح وهكذا قال أصحاب الشافعي لأنه لا حرمة له فهو بمنزلة السباع ، وإن وجده ميتاً أبيح أكله ، لأن أكله مباح بعد قتله فكذلك بعد موته ، وإن وجد معصوما ميتاً لم يبح أكله في قول أصحابنا ، وقال الشافعي وبعض الحنفية ، يباح وهو أولى ، لأن حرمة الحي أعظم ، وقال أبو بكر بن داود : أباح الشافعي أكل لحوم الأنبياء[1] ، واحتج أصحابنا بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « كسر [2] عظم الميت ككسر عظم الحي » ، واختار أبو الخطاب : أن له أكله ، وقال : لا حجة في الحديث ههنا لأن الأكل من اللحم لا من العظم ، والمراد بالحديث التشبيه في أصل الحرمة لا في مقدارها بدليل اختلافهما في الضمان والقصاص ووجوب صيانة الحي بما لا يجب به صيانة الميت .

٧٨٢٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يصب إلا طعاماً لم يبعه مالكه أخذه قهراً ليحيي به نفسه ، وأعطاه ثمنه ، إلا أن يكون بصاحبه مثل ضرورته ﴾

وجملته : أنه إذا اضطر فلم يجد إلا طعاما لغيره نظرنا ، فإن كان صاحبه مضطراً إليه فهو أحق به ، ولم يجز لأحد أخذه منه ، لأنه ساواه في الضرورة ، وانفرد بالملك فأشبه غير حال الضرورة ، وإن أخذه منه أحد فمات لزمه ضمانه ، لأنه قتله بغير حق ، وإن لم يكن صاحبه مضطراً إليه لزمه بذله للمضطر لأنه يتعلق به إحياء نفس آدمي معصوم ، فلزمه بذله له كما يلزمه بذل منافعه في إنجائه من الغرق والحريق ، فإن لم يفعل فللمضطر أخذه منه ، لأنه مستحق له دون مالكه فجاز له أخذه كغير ماله . فإن احتيج في ذلك إلى قتال فله المقاتلة عليه ، فإن قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه ، وإن آل أخذه إلى قتل صاحبه فهو هدر لأنه ظالم بقتاله فأشبه الصائل إلا أن يمكن أخذه بشراء أو استرضاء فليس له المقاتلة عليه لإمكان الوصول إليه دونها ، فإن لم يبعه إلا بأكثر من ثمن مثله فذكر القاضي أن له قتاله والأولى أن لا يجوز له ذلك لإمكان الوصول إليه بدونها ، وإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله لم يلزمه إلا ثمن مثله لأنه صار مستحقاً له بقيمته ويلزمه عوضه في كل موضع أخذه فإن كان معه في الحال وإلا لزمه في ذمته ، ولا يباح للمضطر من مال أخيه إلا ما يباح من الميتة . قال أبو هريرة قلنا يارسول الله ما يحل لأحدنا من مال أخيه إذ اضطر إليه ؟ قال : « يأكل ولا يحمل ويشرب ولا يحمل » .

٧٨٢٥ (فصل)

وإذا اشتدت المخمصة في سنة المجاعة وأصابت الضرورة خلقاً كثيراً وكان عند بعض الناس قدر

(١) لم نعثر عليه في حلية العلماء ولا الأم .

(٢) أخرجه ابن ماجه عن أم سلمه بلفظ (كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم) (ف) .

كفايته وكفاية عياله لم يلزمه بذله للمضطرين وليس لهم أخذه منه لأن ذلك يفضى إلى وقوع الضرورة به ولا يدفعها عنهم، وكذلك إن كانوا فى سفر ومعه قدر كفايته من غير فضلة لم يلزمه بذل ما معه للمضطرين، ولم يفرق أصحابنا بين هذه الحال وبين كونه لا يتضرر بدفع ما معه إليهم فى أن ذلك واجب عليه لكونه غير مضطر فى الحال والآخر مضطر فوجب تقديم حاجة المضطر .

ولنا : أن هذا مفض به إلى هلاك نفسه وهلاك عياله فلم يلزمه بذله كما لو أمكنه إنجاء الغريق بتغريق نفسه ولأن فى بذله إلقاء بيده إلى التهلكة وقد نهى الله عن ذلك .

٧٨٢٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا بأس بأكل الضب والضبع ﴾

أما الضب فإنه مباح فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو سعيد وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم . قال أبو سعيد : كنا معشر أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لأن يهدى إلى أحدنا ضب أحب إليه من دجاجة ، فقال عمر : ما يسرنى أن مكان كل ضب دجاجة سمينة، ولوددت أن فى كل جحر ضب ضبين . وبهذا قال مالك والليث والشافعى وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة هو حرام ، وبهذا قال الثورى لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى [1] عن أكل لحم الضب ، وروى نحوه عن على ولأنه ينهش فأشبه ابن عرس .

ولنا : ما روى ابن عباس قال : « دخلت أنا وخالد بن الوليد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت ميمونة فأتى بضب محنوذ[2] فقيل هو ضب يا رسول الله فرفع يده ، ، فقلت أحرام هو يا رسول الله؟ قال : لا ولكنه لم يكن بأرض قومى فأجدنى أعافه . قال خالد : فاجترته فأكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر » متفق عليه ، قال ابن عباس ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الضب تقذراً وأكل على مائدته ، ولو كان حراماً ما أكل على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال عمر : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحرم الضب ، ولكنه قذره [3] ولو كان عندى لأكلته ، ولأن الأصل الحل ولم يوجد المحرم فبقى على الإباحة ولم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم نهى ولا تحريم ولأن الإباحه قول من سمينا من الصحابة ولم يثبت عنهم خلافه فيكون إجماعا

٧٨٢٧ (فصـــل)

فأما الضبع فرويت الرخصة فيها عن سعد وابن عمر وأبى هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة وإسحاق وقال عروة مازالت العرب تأكل الضبع ولا ترى بأكلها بأساً .

---

(١) أخرجه ابن عساكر عن عائشة وأبو داود عن عبد الرحمن بن شبل (ف) . (٢) محنوذ : مشوى (ف).

(٣) فى المخطوطة ١٨ : استقذره .

وقال أبو حنيفة والثورى ومالك : هو حرام وروى نحو ذلك عن سعيد بن المسيب لأنها من السباع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وهى من السباع فتدخل فى عموم النهى ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الضبع فقال « ومن يأكل الضبع ؟ » (١) .

ولنا : ما روى جابر قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكل الضبع ، قلت صيد هى ؟ قال : « نعم » احتج به أحمد وفى لفظ قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع فقال : هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم » رواه أبو داود .

قال ابن عبد البر : هذا لا يعارض حديث النهى عن كل ذى ناب من السباع لأنه أقوى منه ، قلنا هذا تخصيص لا معارض ولا يعتبر فى التخصيص كون المخصص فى رتبة المخصص بدليل تخصيص عموم الكتاب بأخبار الآحاد . فأما الخبر الذى فيه « ومن يأكل الضبع ؟ » فحديث طويل يرويه عبد الكريم ابن أبى المخارق ينفرد به وهو متروك الحديث . ولأن الضبع قد قيل إنها ليس لها ناب وسمعت من يذكر أن جميع أسنانها عظم واحد كصفحة نعل الفرس . فعلى هذا لا تدخل فى عموم النهى والله أعلم .

٧٨٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يؤكل الترياق لأنه يقع فيه لحوم الحيات ﴾

الترياق دواء يتعالج به من السم ، ويجعل فيه من لحوم الحيات فلا يباح أكله ولا شربه لأن لحم الحية حرام ، وممن كرهه الحسن وابن سيرين ورخص فيه الشعبى ومالك ، لأنه يرى إباحة لحوم الحيات ويقتضيه مذهب الشافعى لإباحته التداوى ببعض المحرمات .

ولنا : أن لحم الحيات حرام بما قد ذكرناه فيما مضى . ولا يجوز التداوى بمحرم لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إن الله لم يجعل شفاء أمتى فيما حرم عليها » (٢) .

٧٨٢٩ (فصل)

ولا يجوز التداوى بمحرم ولا بشىء فيه محرم مثل ألبان الأتن ولحم شىء من المحرمات ولا شرب

---

(١) أخرجه الترمذى عن خزيمة بن جزء ج ١ ص ٣٣١ قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل الضبع فقال : أويأكل الضبع أحد ؟ . قال الترمذى : هذا حديث ليس إسناده بالقوى لانعرفه إلا من حديث إسماعيل ابن مسلم عن عبد الكريم أبى أمية وقد تكلم بعض أهل الحديث فى إسماعيل ، وفى تلخيص الحبير ج ٤ ص ١٥٢ ولاتفاقهم على ضعف عبد الكريم (ف). (٢) أخرجه الطبرانى عن أم سلمة (ف)

الخمر للتداوى به لما ذكرنا من الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر له النبيذ[1] يصنع للدواء فقال: إنه ليس بدواء ولكنه داء » .

٧٨٣٠ (فصـــل)

ويجوز أكل الأطعمة التى فيها الدود والسوس كالفواكه والقثاء والخيار والبطيخ والحبوب والخل إذا لم تقذره نفسه وطابت به لأن التحرز من ذلك يشق ويجوز أكل العسل بقشه وفيه فراخ لذلك وإن نقاه فحسن فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بتمر[2] عتيق فجعل يفتشه ويخرج السوس منه وينقيه وهذا أحسن .

٧٨٣١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا يؤكل الصيد إذا رمى بسهم مسموم إذا علم أن السم أعان على قتله ﴾

إنما كان كذلك لأن ما قتله السم محرم وما قتله السهم وحده مباح ، فإذا مات بسبب مبيح ومحرم حرم كما لو مات برمية مسلم ومجوسى أو قتل الصيد كلب معلم وغيره أو وجد مع كلبه كلباً لا يعرف حاله أو رمى صيداً بسهم فوجده غريقاً فى الماء أو تردى من جبل أو وطىء عليه شىء ، فإن علم أن السم لم يعن على قتله لكون السهم أوحى منه فهو مباح لانتفاء المحرم .

٧٨٣٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وما كان مأواه البحر وهو يعيش فى البر لم يؤكل إذا مات فى بر أو بحر ﴾

كل ما يعيش فى البر من دواب البحر لا يحل بغير ذكاة كطير الماء والسلحفاة وكلب الماء إلا مالا دم فيه كالسرطان ، فإنه يباح بغير ذكاة ، قال أحمد : السرطان لا بأس به ، قيل يذبح ؟ قال : لا ، وذلك لأن مقصود الذبح إنما هو إخراج الدم منه وتطييب اللحم بإزالته عنه فما لا دم فيه لا حاجة إلى ذبحه ، وأما سائر ما ذكرنا فلا يحل إلا أن يذبح . قال أحمد كلب الماء يذبحه ، ولا أرى بأساً بالسلحفاة إذا ذبح والرق[3] بذبحه ، وقال قوم يحل من غير ذكاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم فى البحر : « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » ولأنه من حيوان البحر فأبيح بغير ذكاة كالسمك والسرطان ، وقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه كل مافى البحر قد ذكاه الله تعالى لكم وروى الإمام أحمد بإسناده عن شريح عن رجل أدرك النبى صلى الله عليه وسلم قال « كل شىء فى البحر مذبوح » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله ذبح كل شىء[4] فى البحر لابن آدم » .

---

(١) سأله طارق بن سويد الجعفى عن الخمر فاجاب بما ذكره المؤلف والحديث اخرجه احمد ومسلم وأبو داود والترمذى عن وائل بن حجر (ف) .

(٢) أخرجه أبو داود عن أنس (ف).

(٣) نوع من دواب الماء يشبه التمساح .

(٤) أخرجه الدارقطنى عن أبى شريح (ف) .

ولنا : أنه حيوان يعيش فى البر له نفس سائلة فلم يبح بغير ذبح كالطير ولا خلاف فى الطير فيما علمناه والأخبار محمولة على ما لا يعيش إلا فى البحر كالسمك وشبهه لأنه لا يتمكن من تذكيته لأنه لا يذبح إلا بعد إخراجه من الماء وإذا خرج مات .

٧٨٣٣ (فصـــل)

فأما ما لا يعيش إلا فى الماء كالسمك وشبهه فإنه يباح بغير ذكاة لا نعلم فى هذا خلافاً لما ذكرنا من الأخبار وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «أحلت لنا ميتتان ودمان فأما الميتتان فالسمك والجراد » وقد صح أن أبا عبيدة وأصحابه وجدوا على ساحل البحر دابة يقال لها العنبر ميتة فأكلوا منها شهراً حتى سمنوا وأدهنوا فلما قدموا على النبى صلى الله عليه وسلم أخبروه فقال « هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شىء تطعمونا » متفق عليه .

٧٨٣٤ (فصـــل)

وكل صيد البحر مباح إلا الضفدع ، وهذا قول الشافعى وقال الشعبى لو أكل أهلى الضفادع لأطعمتهم، وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال فى كل ما فى البحر: قد ذكاه الله لكم. وعموم قوله تعالى : « أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُه »[1] يدل على إباحة جميع صيده وروى عطاء وعمرو بن دينار أنهما بلغهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله ذبح كل شىء فى البحر لابن آدم » فأما الضفدع فإن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتله رواه النسائى فيدل ذلك على تحريمه فأما التمساح فقد نقل عنه ما يدل على أنه لا يؤكل ، وقال الأوزاعى لا بأس به لمن اشتهاه وقال ابن حامد لا يؤكل التمساح ولا الكوسج[٢] لأنهما يأكلان الناس ، وقد روى عن إبراهيم النخعى وغيره أنه قال كانوا يكرهون سباع البحر كما يكرهون سباع البر وذلك لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع وقال أبو على النجاد ما حرم نظيره فى البر فهو حرام فى البحر ككلب الماء وخنزيره وإنسانه ، وهو قول الليث إلا فى كلب الماء فإنه يروى إباحة كلب البر والبحر . وقال أبو حنيفة : لا يباح إلا السمك . وقال مالك : كل ما فى البحر مباح لعموم قوله تعالى : « أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُه »[٣] .

٧٨٣٥ (فصـــل)

وكلب الماء مباح وركب الحسن بن على رضى الله عنه سرجاً عليه جلد من جلود كلاب الماء وهذا قول مالك والشافعى والليث ويقتضيه قول الشعبى والأوزاعى ولا يباح عند أبى حنيفة وهو قول أبى على النجاد وبعض أصحاب الشافعى .

(١ ، ٢) سورة المائدة آية ٩٦

(٣) الكوسج : سمك خرطومه كالمنشار (ف)

ولنا : عموم الآية والخبر ، قال عبدالله : سألت أبي عن كلب الماء فقال : حدثنا يحيى بن سعيد عن ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبي الزبير سمعا شريحاً(١) [هو] رجل أدرك النبي صلى الله عليه وسلم يقول: «كل شيء في البحر فهو مذبوح» قال فذكرت ذلك لعطاء فقال : أما الطير فنذبحه . وقال أبو عبد الله : كلب الماء نذبحه .

٧٨٣٦ (فصـــــل)

قيل لأبي عبد الله : يكره الجرّيّ ؟ قال لا والله كيف لنا بالجرّيّ(٢) ؟ ورخص فيه علي والحسن ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وسائر أهل العلم وقال ابن عباس : الجري لا تأكله اليهود ، ووافقهم الرافضة ومخالفتهم صواب .

٧٨٣٧ (فصـــــل)

وعن أحمد في السمكة توجد في بطن سمكة أخرى أو حوصلة طائر أو يوجد في حوصلته جراد فقال في موضع : كل شيء أكل مرة لا يؤكل . وقال في موضع : الطافي أشد من هذا ، وقد رخص فيه أبو بكر رضي الله عنه . وهذا هو الصحيح ، وهو مذهب الشافعي فيما في بطن السمكة دون ما في حوصلة الطائر ، لأنه كالرجيع ورجيع الطائر عنده نجس .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : «أحلت لنا ميتتان ودمان» ولأنه حيوان طاهر في محل طاهر لا تعتبر له ذكاة فأبيح كالطافي من السمك وهكذا يخرج في الشـــــعير يوجد في بعر الجمل أو خثي الجواميس ونحوها .

٧٨٣٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإذا وقعت النجاسة في مائع كالدهن وما أشبهه نجس واستصبح به إن أحب ولم يحل أكله ولا ثمنه ﴾

ظاهر هذا أن النجاسة إذا وقعت في مائع غير الماء نجسته وإن كثر . وهذ ظاهر المذهب ، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا ينجس إذا كثر قال حرب سألت أحمد عن كلب ولغ في سمن أو زيت قال إذا كان في آنية كبيرة مثل حب أو نحوه رجوت أن لا يكون به بأس ، يؤكل ، وإذا كان في آنية صغيرة

(١) هو شريح الحجازي له صحبة روى عنه عمر بن دينار وأبو الزبير .

(٢) الجري : بكسر الجيم والراء مشدودة مع الياء وهو ثعبان الماء النهري ليس له عظم إلا عظم الرأس والسلسلة (ف) .

فلا يعجبنى أن يؤكل ، وسئل عن كلب وقع فى خل أكثر من قلتين نخرج منه وهو حى فقال : هذا أسهل من أنه لو مات .

وعنه رواية ثالثة : ما أصله الماء كالخل التمرى يدفع النجاسة عن نفسه إذا كثر ، وما ليس أصله الماء لا يدفع عن نفسه . قال المروذى : قلت لأبى عبدالله : فإن وقعت النجاسة فى خل أو دِبْس [١] ؟ فقال : أما الخل فأصله الماء يعود إلى أن يكون ماء إذا حمل عليه . وقال ابن مسعود فى فأرة وقعت فى سمن إنما حرم من الميتة لحمها ودمها .

ولنا: ماروى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن فأرة وقعت فى سمن قال: [٢] (إن كان جامداً فخذوها وما حولها فألقوه ، وإن كان مائعاً فلا تقربوه) [٣] . ولأن غير الماء ليس بطهور فلا يدفع النجاسة عن نفسه ، وحكم الجامد قد ذكرناه فيما تقدم . واختلفت الرواية فى الاستصباح بالزيت النجس ، فأكثر الروايات إباحته ، لأن ابن عمر أمر أن يستصبح به ، ويجوز أن تطلى به سفينة . وهذا قول الشافعى ، وعن أحمد : لا يجوز الاستصباح به ، وهو قول ابن المنذر ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن شحوم الميتة تُطْلَى بها السفن وَتُدْهَن بها الجلود ويَسْتَصْبِحُ بها الناس فقال : « لا ، هو حرام » . وهذا فى معناه .

ولنا : أنه زيت أمكن الانتفاع به من غير ضرر ، فجاز كالطاهر ، وقد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم فى العجين الذى عجن [٤] بماء من أبار ثمود [٥] أنه نهاهم عن أكله ، وأمرهم أن يعلفوه النواضح [٦] ، وهذا الزيت ليس بميتة ولا هو شحومها فيتناوله الخبر .

---

(١) دبس : بكسر الدال وسكون الباء وهو ما يسيل من الرطب (ف) .

(٢) فى المخطوطه ١٨ : فقال . (٣) حديث أبى هريرة أخرجه أحمد وأبو داود(ف) .

(٤) أخرجه البخارى ومسلم عن جابر بن عبدالله (ف) .

(٥) آبار ثمود فى مدائن صالح على طريق الذاهب من المدينة المنورة إلى تبوك . عند الحجر من منطقة الأحقاف ولا زالت البيوت المنحوتة فى الجبال والآبار إلى الآن ، ولكنها بغير ماء .

(٦) فى سيرة ابن هشام ج٢ ص٥٢١ « قال ابن إسحاق : وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين مر بالحجر نزلها واستقى الناس من بئرها فلما راحوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لاتشربوا من مائها شيئا ولاتتوضئوا منه للصلاة وما كان من عجين عجنتموه فاعلفوه الإبل ولا تأكلوا منه شيئا » وكلامه فى غزوة تبوك والحديث رواه الطبرانى بنحوه فى الأوسط عن سعد بن أبى وقاص (ف) .

إذا ثبت هـذا فإنه يستصبح به على وجه لا يمسه ولا تتعدى نجاسته إليه : إما أن يجعل الزيت فى أبريق له بلبلة ويصب منه فى المصباح ولا يمسه ، وإما أن يدع على رأس الجرة التى فيها الزيت سراجا مثقوبا أو قنديلا فيه ثقب ويطينه على رأس إناء الزيت أو يشمعه ، وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرتفع الزيت فيملأ السراج وما أشبه هذا ، ولم ير أبو عبد الله أن تدهن بها الجلود ، وقال : يجعل منه الأسقية والقرب .

ونقل عن عمر أنه تدهن به الجلود ، وعجب أحـمد من هذا ، وقال : إن فى هذا لعجباً ، شىء يلبس يطيب بشىء فيه ميتة ؟ فعلى قول أحمد كل انتفاع يفضى إلى تنجيس إنسان لا يجوز ، وإن لم يفض إلى ذلك جاز ، فأما أكله فلا إشكال فى تحريمه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «لا تقربوه» ولأن النجس خبيث وقد حرم الله الخبائث ، وأما بيعه فظاهر كلام أحمد رحمه الله تحريمه ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا حرم الله شيئاً حرم ثمنه »[1] وقال أبو موسى لِتوه بالسَّوِيق وبيعوه ، ولا تبيعوه من مسلم وبينوه .

وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أنه يباع لـكافر بشرط أن يعلم بنجاسته ، لأن الـكفار يعتقدون حله ، ويستبيحون أكله .

ولنـا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لعن الله اليهـود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها ، إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » . متفق عليه . وكونهم يعتقدون حله لا يجوز لنا بيعه لهم كالخمر والخنزير .

٧٨٣٩ (فصـــل)

فأما شحوم الميتة وشحم الخنزير فلا يجـوز الانتفاع به باستصباح ولا غـيره ولا أن تطلى به السفن ولا الجلود ، لمـا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إن الله حرم الميتة والخنزير والأصنام » . قالو : يارسول الله شحوم الميتة تطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح الناس ؟ قال : « لا، هى حرام » متفق عليه .

٧٨٤٠ (فصـــل)

إذا استصبح بالزيت النجس فدخانه نجس ، لأنه جزء يستحيل منه ، والاستحالة لا تطهر ، فإن علق بشىء وكان يسيراً عفى عنه ، لأنه لا يمـكن التحرز منه ، فأشـــبه دم البراغيث ، وإن كان كثيراً لم يعف عنه .

---

(١) من حديث لابن عباس(..إن الله تعالى إذا حرم على قوم أكل شىء حرم عليهم ثمنه)أخرجه أبوداود وأحمد ، وسيأتى أيضا فى كلام المغنى (ف) .

٧٨٤١ (فصــــل)

سئل أحمد عن خباز خبز خبزاً فباع منه، ثم نظر فى الماء الذى عجن منه فإذا فيه فأرة ، فقال : لا يبيع الخبز من أحد ، وإن باعه استرده ، فإن لم يعرف صاحبه تصـدق بثمنه ، ويطعمه من الدواب مالا يؤ كل لحمه ، ولا يطعم لما يؤ كل إلا أن يكون إذا أطعمه لم يذبح حتى يكون له ثلاثة أيام على معنى الجلاّلة ، قيل له أليس قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تنتفعوا[1] من الميتة ؟ » قال : ليس هذا بمنزلة الميت ، إنما اشتبه عليه ، قيل له : فهو بمنزلة كسب الحجام ، يطعم الناضح والرقيق؟ قال : هذا أشد عندى ، لا يطعم الرقيق ، لـكن يعلفه البهائم . قيل له أين الحجة ؟ قال : حدثنا عبد الصمد عن صخر عن نافع عن ابن عمر أن قوما احتبزوا من آبار الذين مسخوا[2] فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أطعموه النواضح » .

٧٨٤٢ (فصــــل)

قال أحمد لا أرى أن يطعم كلبه المعلم الميتة ولا الطير المعلم ، لأنه يضرّيه على الميتة ، فإن أكل الـكلب فلا أرى صاحبه حرجا ، ولعل أحمد كره أن يكون الـكلب المعلم إذا صاد وقتل أكل منه لتضريته بإطعامه الميتة ، ولم يكره مالك إطعام كلبه وطيره الميتة ، لأنه غير مأكول إذا كان لا يشرب فى إنائه .

٧٨٤٣ (فصــــل)

قال أحمد : أكره أكل الطين . ولا يصح فيه حديث إلا أنه يضر بالبدن ، ويقال : إنه ردىء ، وتركه خير من أكله ، وإنما كرهه أحمد لأجل مضرته ، فإن كان منـــه ما يتداوى به كالطين الأرمنى يكره ، وإن كان مما لا مضرة فيه ولا نفع كالشىء اليسير جاز أكله ، لأن الأصل الإباحة ، والمعنى الذى لأجله كره ما يضر وهو منتف ههنا فلم يكره

٧٨٤٤ (فصــــل)

ويكره أكل البصل والثوم والـكراث والفجل ، وكل ذى رائحـة كريهة من أجل رائحته ، سواء أراد دخول المسجد أو لم يرد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إن الملائكة تتأذى مما يتأذى منه الناس » رواه ابن ماجه ، وإن أكله لم يقرب من المسجد ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من أكل من هاتين

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه عن عبدالله بن عكيم قال: كتب الينا رسول الله قبل وفاته بشهر ألا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب » ولم يذكر للمدة سوى أبى داود وأحمد (ف) .

(٢) يريد ثمود وثمود لم تمسخ ، وانما أخذتهم الصيحة ، والتحريم لا يرجع إلى شرب الممسوخين فيها ، وإنما لطول الزمن عليها وركود مائها : واحتمال سقوط الحشرات فيها .

الشجرتين فلا يقربن مصلانا » . وفي رواية : « فلا يقر بنا في مساجدنا» . رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح . وليس أكلها محرماً لما روى أبو أيوب : « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إليه بطعام فلم يأ كل منه النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : فيه الثوم ؟ فقال يارسول الله أحرام هو ؟ قال : لا ولكنني أكرهه من أجل ريحه » قال الترمذي[1] : هذا حديث حسن صحيح ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي : « كل[2] الثوم فلولا أن الملك يأتيني لأكلته » وإنما منع أكلها لئلا يؤذي الناس برائحته ، ولذلك نهى عن قربان المساجد ، فإن أتى المساجد كره له ذلك، ولم يحرم عليه لما روى المغيرة بن شعبة قال ، أكلت ثوما وأتيت مصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد سبقت بركعة ، فلما دخلت المسجد وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ريح الثوم ، فلما قضى صلاته قال : من أكل من هذه الشجرة فلا يقربنا حتى يذهب ريحها . فجئت[3] فقلت : يارسول الله لتعطني يدك ، قال فأدخلت يده في كم قميصي إلى صدري فإذا أنا معصوب الصدر ، فقال : إن لك عذراً » رواه أبو داود ، وقد روى عن أحمد أنه يأثم ، لأن ظاهر النهي التحريم ، ولأن أذى المسلمين حرام وهذا فيه أذاهم .

٧٨٤٥ (فصـــل)

ويكره أكل الغدة وأذن القلب ، لما روى عن مجاهد قال كره[4] رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة ستاً وذكر هذين ، ولأن النفس تعافهما ، وتستخبثهما ، ولا أظن أحمد كرههما إلا لذلك لا للخبر ، لأنه قال فيه : هذا حديث منكر ، ولأن في الخبر ذكر الطحال وقد قال أحمد : لا بأس به ، ولا أكره منه شيئاً .

٧٨٤٦ (فصـــل)

وقيل لأبي عبد الله : الجبن ؟ قال : يؤكل من كل ، وسئل عن الجبن الذي يصنعه المجوس : فقال : ما أدري إلا أن إصح حديث فيه حديث الأعمش عن أبي وائل عن عمرو بن شرحبيل قال : سئل عمر عن الجبن ، وقيل له يعمل فيه الأنفحة الميتة فقال : « سموا أنتم وكلوا » رواه أبو معاوية عن الأعمش وقال أليس الجبن الذي نأكله عامته يصنعه المجوس ؟

---

(١) ج ١ ص٣٣٣ ولفظه مقارب لما في الكتاب وراوي الحديث جابر عن سمره (ف)

(٢) أخرجه أبو نعيم في الحلية عن علي (ف)

(٣) لفظه أبي داود ج ٢ ص ٣٢٥ « فلما قضيت الصلاة جئت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يارسول الله والله لتعطيني يدك (ف) (٤) روى الطبراني في الأسط عن عبد الله بن محمد قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكره من الشاة سبعا المرارة والمثانة والحيا والذكر والأنثيين والغدة والدم وفيه يحي الحماني ضعيف (ف).

٧٨٤٧ (فصـــــل)

ولا يجوز أن يشترى الجوز الذى يتقامر به الصبيان ولا البيض الذى يتقامرون به يوم العيـد ، لأنهم يأخذونه بغير حق .

٧٨٤٨ (فصـــــل)

قال أحمد : والضيافة على كل المسلمين كل من نزل عليه ضيف كان عليه أن يضيفه ، قيل : إن ضاف الرجل ضيف كافر يضيفه ؟ قال:قال النبى صلى الله عليه وسلم : « ليـلة الضيف حق واجب على كل مسلم » ، وهذا الحديث بين ولما أضاف المشرك دل على أن المسـلم والمشرك يضاف ، وأنا أراه كذلك ، والضـيافة معناها معنى صدقة التطوع على المسلم والـكافر ، والليلة حق واجب ، وقال الشـافعى : ذلك مستحب وليس بواجب ، لأنه غير مضطر إلى طعامه ، فلم يجب عليه بذله كالو يضفه .

ولنـا : ماروى المقدام[1] بن أبى كريمة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليلة الضيف حق[2] واجب ، فإن أصبح بفنائه فهو دين عليـه إن شاء اقتضى وإن شاء ترك » . حديث صحيـح . وفى لفظ : « أيما رجل ضاف[3] قوماً فأصبح الضيف محروماً فإن نصره على كل[4] مسلم حتى يأخذ بحقـه[5] من زرعه وماله » . رواه أبو داود ، والواجب يوم وليلة ، والـكمال ثلاثة أيام ، لما روى أبو شريح الخزاعى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الضيافة ثلاثة أيام ، وجائزته يوم وليلة ، ولا يحل لمسلم أن يقيم عند أخيه حتى يؤثمه » . قالوا يارسول الله كيف يؤثمه ؟ قال : « يقيم عنـده وليس عنده ما يقريه » متفق عليـه . قال أحمد : جائزته يوم وليلة ، كأنه أوكد من سائر الثلاثة ، ولم يرد يوماً وليـلة سوى الثلاثة ، لأنه يصير أربعة أيام ، وقد قال : وما زاد على الثلاثة فهو صدقة ، فإن امتنع من إضافته فللضيف بقـدر ضيافته . قال أحمد : له أن يطالبهم بحقه الذى جعله النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا يأخذ شيئاً إلا بعلم أهله . وعنه رواية أخرى : أن له أن يأخذ ما يكفيه بغير إذنهم ، لما روى عقبة بن عامر[6] قال : قلنا يارسـول الله إنك تبعثنـا فننزل بقوم لا يقروننا قال : « إذا نزلتم بقوم فأمروا لـكم بما ينبغى للضيف فاقبلوا ، فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق

(١) الصواب حذف ابن لأن المقدام بن معد يكرب هو أبو كريمة (ف) .

(٢) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٠٨ (حق على كل مسلم فمن أصبح بفنائه فهو عليه دين) (ف) .

(٣) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٠٨ (أضاف) (ف) .

(٤) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٣٠٨ (فإن نصره حق على كل مسلم) (ف) .

(٥) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٣٠٨ (حتى يأخذ بقرى ليلة من زرعه وماله) ف .

(٦) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٠٨ (ف) .

الضيف الذى ينبغى لهم» متفق عليه . وقال أحمد فى تفسير قول النبى صلى الله عليه وسلم : «فله أن يعقبهم بمثل قراه» ، يعنى : أن يأخذ من أرضهم وزرعهم وضرعهم بقدر ما يكفيه بغير إذنهم . وعن أحمد رواية أخرى : أن الضيافة على أهل القرى دون أهل الأمصار . قال الأثرم : سمعت أبا عبدالله يسأل عن الضيافة أى شىء تذهب فيها؟ قال هى مؤكدة، وكأنها على أهل الطرق والقرى الذين يمر بهم الناس أوكد ، فأما مثلنا الآن فكأنه ليس مثل أولئك .

٧٨٤٩ (فصل)

قال المرذوى : سألت أبا عبد الله قلت تكره الخبز الكبار ؟ قال : نعم أكرهه ، ليس فيه بركة ، إنما البركة فى الصغار . وقال : مرهم ألا يخبزوا كباراً . قال رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء ، وقال مهنا : ذكرت ليحيى بن معين حديث قيس بن الربيع عن أبى هاشم عن زاذان عن سلمان عن النبى صلى الله عليه وسلم قال :«بركة[1] الطعام الوضوء قبله وبعده » فقال لى يحيى ما أحسن الوضوء قبله وبعده ، وذكرت الحديث لأحمد ، فقال : ماحدث بهذا إلا قيس بن الربيع وهو منكر الحديث قلت : بلغنى عن يحيى بن سعيدقال : كان سفيان يكره غسل اليد عند الطعام، لم كره سفيان ذلك ؟ قال : لأنه من زى العجم . قلت : بلغنى عن يحيى بن سعيد قال: كان سفيان يكره أن يكون تحت القصعة الرغيف ، لم كره سفيان ؟ قال : كره أن يستعمل الطعام . قلت : تكرهه أنت ؟ قال : نعم . وروى عن عقيل قال : حضرت مع ابن شهاب وليمة ففرشوا المائدة بالخبز ، فقال : لا تتخذوا الخبز بساطاً . وقال المرذوى : قلت لأبى عبد الله : إن أبا معمر قال : إن أبا أسامة قدم إليهم خبزاً فكسره ، قال : هذا لئلا تعرفوا كم تأكلون . وقيل لأبى عبد الله يكره الأكل متكئاً ؟ قال : أليس قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا آكل متكئاً » . رواه أبو داود . وعن شعيب بن عبد الله بن عمرو عن أبيه قال : « ما رئى رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل متكئاً قط » . رواه أبو داود ، وعن ابن عمر قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل الرجل وهو منبطح » . رواه أبو داود .

٧٨٥٠ (فصل)[2]

وتستحب التسمية عند الطعام وحمد الله عند آخره ، لما روى عمر ابن أبى[3] سلمة قال : أكلت مع النبى صلى الله عليه وسلم فجالت يدى فى القصعة ، فقال : « سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك »

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى والحاكم عن سلمان (ف) .
(٢) هذه الفصول تعتبر تكرارا لما جاء من مثلها فى كتاب الوليمة
(٣) فى نسخ المغنى (أبى مسلمة) والصواب (أبى سلمة) (ف) .

قال : فما زالت أكلق بعد ، رواه ابن ماجه بمعناه ، وأبو داود ، وروى الإمام أحمد بإسناده عن أبي هريرة قال : لا أعلمه إلا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « للطاعم الشاكر مثل ما للصائم الصابر » قال أحمد : معناه إذا أكل وشرب يشكر الله ويحمده على ما رزقه . وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله ، فإن نسى أن يذكر اسم الله فى أوله فليقل باسم الله أوله وآخره » . رواه أبوداود ، وعن معاذ بن أنس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أكل طعاماً فقال : الحمد لله الذى أطعمنى هذا ورزقنيه من غير حول منى ولا قوة غفرله ما تقدم من ذنبه » . وعن أبى سعيد قال : « كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاماً قال : الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » . وعن أبى أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا رفع طعامه أو مابين يديه قال الحمد لله حمداً كثيراً مباركا فيه غير مكفى[1] ولا مودع » رواهن ابن ماجه .

٧٨٥١ (فصـــل)

ويأكل بيمينه ويشرب بها لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه وإذا شرب فليشرب بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه .

ويستحب الأكل بثلاث أصابع لما روى كعب بن مالك قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها » رواه الإمام أحمد وذكر له حديث ترويه ابنة الزهرى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث أصابع ، وروى عن أحمد أنه أكل خبيصاً بكفه كلها ، وروى عن عبد الله بن بريدة أنه كان ينهى بناته أن يأكلن بثلاث أصابع وقال لاتشبهن بالرجال .

٧٨٥٢ (فصـــل)

قال مهنا سألت أحمد عن حديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تقطعوا اللحم بالسكين فإن ذلك صنيع الأعاجم » قال ليس بصحيح لا نعرف هذا وقال حديث عمرو بن أمية الضمرى خلاف هذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يحتز من لحم الشاة فقام إلى الصلاة[2] وطرح السكين وحديث مسعر عن جامع ابن شداد عن المغيرة اليشكرى عن المغيرة بن شعبة ضفت[3] برسول الله صلى الله عليه وسلم ذات ليلة فأمر

---

(١) سبق تفسير (غير مكفى ولا مودع ج ٧ ص ٢٩١) فليراجع (ف).

(٢) أخرجه البخارى كما سبق فى المغنى ج ٧ ص ٢٨٩ (ف) .

(٣) أخرجه أبو داود فى باب (ترك الوضوء مما مست النار) ج ١ ص ٤٣ مع اختلاف يسير فى اللفظ (ف) .

بجنب فشوى ثم أخذ الشفرة فجعل يحز فجاء بلال يؤذنه بالصلاة فألقى الشفرة ، قال وسألت أحمد عن حديث أبي جحيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اكفف[1] جُشَاءك يا أبا جحيفة فإن أكثركم شبعاً اليوم أكثركم جوعاً يوم القيامة » فقال هو ويحيى جميعاً ليس بصحيح .

٧٨٥٣ (فصـــــل)

وروى عن ابن عباس قال « لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الإناء » وعن أنس قال « ما أكل النبي صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة[2] . قال قتادة : فعلام كانوا يأكلون ؟ قال على السُّفَر » وعن عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يقام على الطعام حتى يرفع » وعن ابن عمر قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وضعت المائدة فلا يقم رجل حتى تُرْفعَ المائدة ولا يَرْفعُ يده وإن شبع حتى يَفْرَغَ القوم وليُعْذِر فإن الرجل يُخْجِلُ جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة » وعن نبيشة قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم « من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » وعن جابر قال: قال رسول الله عليه وسلم « لا يمسح أحدكم يده حتى يلعقها فإنه لا يدرى في أي طعامه البركة » رواهن ابن ماجه .

٧٨٥٤ (فصـــــل)

وسئل أبو عبد الله عن غسل اليد بالنخالة فقال لا بأس به نحن نفعله وسئل عن الرجل يأتى القوم وهم على طعام فجأة لم يدع إليه فلما دخل إليهم دعوه هل يأكل ؟ قال نعم ولا بأس . وسئل عن حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه ادخر لأهله قوت[2] سنة هو صحيح ؟ قال نعم ولكنهم يختلفون في لفظه .

٧٨٥٥ (فصـــــل)

عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : « أفطر[3] عندكم الصائمون ، وأكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة » . وعن جابر قال : صنع أبو الهيثم بن التيهان للنبي صلى الله عليه وسلم طعاما فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغوا قال : « أثيبوا أخاكم » قالوا يارسول الله وما إثابته ؟ قال « إن الرجل إذا دخل بيته فأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك إثابته » رواه أبو داود والله أعلم .

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط والكبير بأسانيد انظر مجمع الزوائد ج ٥ ص ٣١ (ف).

(٢) أخرجه البخاري وانظر ج٧ ص ٢٩٢ من المغني (ف) (٣) أخرجه الشيخان من حديث عمر بنحوه (ف)

(٤) في سنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٣١ عن عبد الله بن الزبير قال . أفطر رسول الله صلى الله عليه وسلم عند سعد ابن معاذ فقال : أفطر عندكم الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة » اهـ (ف)

كتاب الأضاحى

الأصل فى مشروعية الأضحية الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب : فقول الله سبحانه : « فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ »[١] قال بعض أهل التفسير : المراد به الأضحية بعد صلاة العيد . وأما السنة : فما روى أنس قال : ضحى النبى صلى الله عليه وسلم بكبشين أملحين،أقرنين ، ذبحهما بيده وسمى وكبر ، ووضع رجله على صفاحهما » . متفق عليه ، والأملح : الذى فيه بياض وسواد وبياضه أغلب ، قاله الكسائى . وقال ابن الأعرابى : هو النقى البياض ، قال الشاعر :

حتى اكْتَسَى الرأسُ قِنَاعًا أشْيَبًا   أمْلَحَ لا لذًّا وَلا محببـا[٢]

وأجمع المسلمون على مشروعية الأضحيه .

٧٨٥٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والأضحية سنة لا يستحب تركها لمن يقدر عليها ﴾

أكثر أهل العلم يرون الأضحية سنة مؤكدة غير واجبة . روى ذلك عن أبى بكر ، وعمر ، وبلال ، وأبى مسعود البدرى ، رضى الله عنهم ، وبه قال سويد بن غفلة[٣] ، وسعيد بن المسيب،وعلقمة ، والأسود، وعطاء ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال ربيعة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والليث ، وأبو حنيفة : هى واجبة ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال : « من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا[٤] » وعن مِخْنِفِ بن سُلَيم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « يا أيها الناس إن على كل أهل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة[٥] » .

(١) سورة الكوثر آية ٢ (٢) فى لسان العرب ج ٨ ص ٣٠١،٣٠
« وربما سموا الشيب قناعاً لكونه موضع القناع من الرأس ، أنشد ثعلب :
حتى اكتسى الرأس قناعاً أشهبا   أملح لا آذى ولا محببا   (ف)

(٣) فى نسخ المغنى (ابن عفلة) بالعين المهملة والصواب (ابن غفلة) بالغين المعجمة وترجمته فى الخلاصة ص ١٥٩ قدم المدينة حين نفضت الأيدى من دفنه صلى الله عليه وسلم مات سنة ثمانين عن مائة وثلاثين سنة (ف) .

(٤) حديث أبى هريرة أخرجه أحمد وابن ماجه وحديث مخنف أخرجه أحمد والبيهقى والأربعة أصحاب السنن (ف)

(٥) العتيرة : الرجبية ، كان أهل الجاهلية إذا طلب أحدهم أمراً نذر أن يذبح من غنمه شاة فى رجب وسيأتى بعد تفسيرها للمؤلف (ف) .

ولنا : ما روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع » وفى رواية « الوتر والنحر وركعتا الفجر » (١) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أراد أن يضحى فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئاً » رواه مسلم ، علقه على الإرادة ، والواجب لا يعلق على الإرادة ، ولأنها ذبيحة لم يجب تفريق لحمها ، فلم تكن واجبة كالعقيقة ، فأما حديثهم فقد ضعفه أصحاب الحديث ، ثم نحمله على تأكيد الاستحباب كما قال : « غسل (٢) الجمعة واجب على كل محتلم» .وقال : « من أكل (٣) من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا » . وقد روى عن أحمد فى اليتيم : يضحى عنه وليه إذا كان موسراً ، وهذا على سبيل التوسعة فى يوم العيد ، لا على سبيل الإيجاب .

٧٨٥٧ (فصـــــل)

والأضحية أفضل من الصدقة بقيمتها ، نص عليه أحمد ، وبهذا قال ربيعة وأبو الزناد ، وروى عن بلال أنه قال : ما أبالى أن لا أضحى إلا بديك ، ولأن أضعه فى يتيم قد ترب فوه فهو أحب إلى من أن أضحى . وبهذا قال الشعبى ، وأبو ثور ، وقالت عائشة : « لأن أتصدق بخاتمى هذا أحب إلى من أن أهدى إلى البيت ألفاً » .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم ضحى والخلفاء بعده ، ولو علموا أن الصدقة أفضل لعدلوا إليها : وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «ما عمل ابن آدم يوم النحر عملا أحب إلى الله من إراقة دم ، وإنه ليؤتى يوم القيامة بقرونها وأظلافها وأشعارها ، وإن الدم ليقع من الله بمكان قبل أن يقع على الأرض ، فطيبوا بها نفساً » . رواه ابن ماجه ، ولأن إيثار الصدقة على الأضحية يفضى إلى ترك سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأما قول عائشة فهو فى الهدى دون الأضحية ، وليس الخلاف فيه .

٧٨٥٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ومن أراد أن يضحى فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئاً ﴾

ظاهر هذا تحريم قص الشعر ، وهو قول بعض أصحابنا ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد ، وإسحاق ، وسعيد بن المسيب ، وقال القاضى وجاعة من أصحابنا : هو مكروه غير محرم ، وبه قال مالك ، والشافعى ، لقول عائشة : « كنت أفتل قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يقلدها بيده ثم يبعث بها ،

(١) تحقيق هذا الموضوع بأجلى بيان فى كتاب [خصائص النبى صلى الله عليه وسلم] لسراج الدين بن الملقن . مخطوطة رقم ٦٨٧ تاريخ دار الكتب المصرية .

(٢) أخرجه مالك وأحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه عن أبى سعيد (ف) .

(٣) « من أكل ثوماً أو بصلا فليعتزلنا وليعتزل مسجدنا » أخرجه الشيخان عن جابر (ف) .

ولا يحرم عليه شىء أحله الله له حتى ينحر الهدى» . متفق عليه وقال أبو حنيفة: لا يكره ذلك، لأنه لا يحرم عليه الوطء و اللباس ، فلا يكره له حلق الشعر و تقليم الأظفار ، كما لم يرد أن يضحى .

ولنا : ماروت أم سلمة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحى فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره شيئاً حتى يضحى » رواه مسلم ، ومقتضى النهى التحريم ، وهـذا يرد القياس ويبطله ، وحديثهم عام ، وهـذا خاص يجب تقديمه بتنزيل العام على ماعدا ما تناوله الحديث الخاص ، ولأنه يجب حمل حديثهم على غير محل النزاع لوجوه . منها : أن النبى صل الله عليه وسلم لم يكن ليفعل ما نهى عنه ، وإن كان مكروهاً ، قال الله تعالى إخباراً عن شعيب ﴿وَمَا أُرِيدُ أَنْ أُخَالِفَكُمْ إِلَى مَا أَنْهَاكُمْ عَنْهُ[١]﴾ ولأن أقل أحوال النهى أن يكون مكروهاً ، ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليفعله ، فيتعين حمل مافعله فى حديث عائشة على غيره ، ولأن عائشة تعلم ظاهراً ما يباشرها به من المباشرة ، أو مايفعله دائماً كاللباس والطيب ، فأما ما يفعله نادراً كقص الشعر وقلم الأظفار مما لايفعله فى الأيام إلا مرة فالظاهر أنها لم ترده بخبرها . وإن احتمل إرادتهـا إياه فهو احتمال بعيد ، وما كان هكذا فاحتمال تخصيصه قريب ، فيكفى فيه أدنى دليل ، وخبرنا دليل قوى ، فكان أولى بالتخصيص ، ولأن عائشة تخبر عن فعله، وأم سلمة عن قوله ، والقول يقدم على الفعل ، لاحتمال أن يكون فعله خاصاً له . إذا ثبت هذا فإنه يترك قطع الشعر وتقليم الأظفار ، فإن فعل استغفر الله تعالى ولافدية فيه إجماعاً ، سواء فعله عمداً أو نسياناً .

٧٨٥٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وتجزىء البدنة عن سبعة ، وكذلك البقرة ﴾

وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن على ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، وسالم ، والحسن ، وعمرو بن دينار ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وعن عمر أنه قال: لاتجزىء نفس واحدة عن سبعة ، ونحوه قول مالك ، قال أحمد : ماعلمت أحداً إلا يرخص فى ذلك إلا ابن[٢] عمر ، وعن سعيد بن المسيب : أن الجزور عن عشرة ، والبقرة عن سبعة . وبه قال إسحاق لما روى رافع « أن النبى صلى الله عليه وسلم قسم فعدل عشرة من الغنم ببعير » متفق عليه وعن ابن عباس قال : « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر ، فحضر الأضحى ، فاشتركنا فى الجزور عن عشرة ، والبقرة عن سبعة » . رواه ابن ماجه .

ولنا : ما روى جابر قال : « نحرنا بالحديبية مع النبى صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة ، والبقرة

---

(١) سورة هود آية ٨٨

(٢) الظاهر (إلا عمر) لأن ابن عمر حكى المؤلف عنه إجزاء البدنه عن سبعة (ف) .

عن سبعة » وقال أيضاً : « كنا نتمتع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها » . رواه مسلم وهذان أصح من حديثهم ، وأما حديث رافع فهو فى القسمة لا فى الأضحية . إذا ثبت هذا فسواء كان المشتركون من أهل بيت أو لم يكونوا مفترضين أو متطوعين ، أو كان بعضهم يريد القربة وبعضهم يريد اللحم ، لأن كل إنسان منهم إنما يجزىء عنه نصيبه ، فلا تضره نية غيره فى عشره .

٧٨٦٠ (فصـــل)

ولا بأس أن يذبح الرجل عن أهل بيته شاة واحدة أو بقرة أو بدنة . نص عليه أحمد . وبه قال مالك ، والليث ، والأوزاعى ، إسحاق . وروى ذلك عن ابن عمر وأبى هريرة . قال صالح : قلت لأبى : يضحى بالشاة عن أهل البيت ؟ قال : نعم،لا بأس . قد ذبح النبى [1] صلى الله عليه وسلم كبشين،فقرب أحدهما فقال : « بسم الله ، اللهم هذا عن محمد وأهل بيته » . وقرب الآخر فقال : « بسم الله ، اللهم هذا منك ولك عمن وحدك من أمتى » . وحكى عن أبى هريرة أنه كان يضحى بالشاة فتجىء ابنته فتقول : عنى ؟ فيقول : وعنك ، وكره ذلك الثورى وأبو حنيفة ، لأن الشاة لا تجزىء عن أكثر من واحد ، فإذا اشترك فيها اثنان لم تجز عنهما كالأجنبيين .

ولنا : ما روى مسلم بإسناده عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بكبش ليضحى به فأضجعه ثم ذبحه ثم قال : بسم الله ، اللهم تقبل من محمد وآل محمد » . وعن جابر قال : ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الذبح كبشين أملحين أقرنين ، فلما وجههما قال : « وجهت وجهى للذى فطر السموات والأرض على ملة إبراهيم حنيفاً مسلماً وأما أنا من المشركين ، إن صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين ، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين،اللهم منك ولك عن محمد وأمته ، بسم الله والله أكبر،ثم ذبح» . رواه أبو داود . وروى ابن ماجه عن أبى أيوب قال : «كان الرجل فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم يضحى بالشاة عنه وعن أهل بيته ، فيأكلون ويطعمون الناس » . حديث حسن صحيح .

٧٨٦١ (فصـــل)

وأفضل الأضاحى البدنة ، ثم البقرة ، ثم الشاة ، ثم شرك فى بقرة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : الأفضل الجذع من الضأن ، ثم البقرة،ثم البدنة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين ، ولا يفعل إلا الأفضل . ولو علم الله خيراً منه لفدى إسحاق به .

(١) أخرجه ابن أبى شيبة عن أنس ، وأخرج ابن ماجه نحوه عن عائشة وأبى هريرة (ف) .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم فى الجمعة : « من راح فى الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ، ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ، ومن راح فى الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح فى الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة » . ولأنه ذبح يتقرب به إلى الله تعالى فكانت البدنة فيه أفضل كالهدى فإنه قد سلمه ، ولأنها أكثر ثمناً ولحماً وأنفع ، فأما التضحية بالكبش فلأنه أفضل أجناس الغنم ، وكذلك حصول الفداء به أفضل، والشاة أفضل من شرك فى بدنة ، لأن إراقة الدم مقصودة فى الأضحية ، والمنفرد يتقرب بإراقته كله ، والكبش أفضل الغنم ، لأنه أضحية النبى صلى الله عليه وسلم ، وهو أطيب لحماً ، وذكر القاضى أن جذع الضأن أفضل من ثنى المعز . لذلك ، ولأنه يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « نعم الأضحية الجذع من الضأن » وهو حديث غريب ، ويحتمل أن الثنى أفضل ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا تذبحوا إلا مسنة ، فإن عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن » . رواه مسلم ، وأبو داود ، وهذا يدل على فضل الثنى على الجذع ، لكونه جعل الثنى أصلا والجذع بدلا لا ينتقل إليه إلا عند عدم الثنى .

٧٨٦٢ (فصـــل)

ويسن استسمان الأضحية واستحسانها لقول الله تعالى : « ذَٰلِكَ وَمَنْ يُعَظِّمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ »(١) قال ابن عباس : تعظيمها استسمانها واستعظامها واستحسانها . ولأن ذلك أعظم لأجرها وأكثر لنفعها . والأفضل فى الأضحية من الغنم فى لونها البياض ، لما روى عن مولاة أبى ورقة بن سعيد قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دم عفراء(٢) أزكى عند الله من دم سوداوين » . رواه أحمد بمعناه . وقال أبو هريرة : « دم بيضاء أحب إلى الله من دم سوداوين » ولأنه لون أضحية النبى صلى الله عليه وسلم ، ثم ما كان أحسن لوناً فهو أفضل .

٧٨٦٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا يجزىء إلا الجذع من الضأن ، والثنى من غيره ﴾

وبهذا قال مالك ، والليث ، والشافعى ، وأبو عبيد . وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال ابن عمر ، والزهرى: لا يجزئ الجذع ، لأنه لا يجزىء من غير الضأن فلا يجزىء منه كالحمل . وعن عطاء ، والأوزاعى: لا يجزىء الجذع من جميع الأجناس ، لما روى مجاشع بن سليم قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « إن الجذع يوفى مما يوفى منه الثنى » . رواه أبو داود والنسائى .

ولنا : على أن الجذع من الضأن يجزىء ، لحديث مجاشع وأبى هريرة وغيرهما ، وعلى أن الجذعة من

---

(١) سورة الحج : آية ٣٢ (٢) العفرة : بياض ليس بالناصع .

غيرها لا تجزىء قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تذبحوا إلا مسنة ، فإن عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن » . وقال أبو بردة بن نيار : عندى جذعة أحب إلى من شاتين ، فهل تجزىء عنى ؟ قال : « نعم ، ولا تجزىء عن أحد بعدك » متفق عليه . وحديثهم محمول على الجذع من الضأن لما ذكرنا . قال إبراهيم الحربى : إنما يجزىء الجذع من الضأن لأنه ينزو فيلقح ، فإذا كان من المعز لم يلقح حتى يكون ثنياً .

٧٨٦٤ (فصل)

ولا يجزىء فى الأضحية غير بهيمة الأنعام ، وإن كان أحد أبويه وحشياً لم يجزىء ، أيضاً ، وحكى عن الحسن بن صالح أن بقرة الوحش تجزىء عن سبعة ، والظبى عن واحد ، وقال أصحاب الرأى : ولد البقر الأنسية يجزىء ، وإن كان أبوه وحشياً ، وقال أبو ثور : يجزىء إذا كان منسوباً إلى بهيمة الأنعام .

ولنا : قول الله تعالى : « لِيَذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَى مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الأَنْعَامِ » (١) وهى الإبل والبقر والغنم . وعلى أصحاب الرأى أنه متولد من بين ما يجزىء ولا يجزىء ، فلم يجزىء كما لو كانت الأم وحشية .

٧٨٦٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والجذع من الضأن ما له ستة أشهر ودخل فى السابع ﴾

قال أبو القاسم : وسمعت أبى يقول : سألت بعض أهل البادية : كيف تعرفون الضأن إذا أجذع ؟ قال : لا تزال الصوفة قائمة على ظهره ما دام حملا ، فإذا نامت الصوفة على ظهره علم أنه قد أجذع . وثنى المعز إذا تمت له سنة ودخل فى الثانية ، والبقرة إذا صار لها سنتان ودخلت فى الثالثة ، والإبل إذا كمل خمس سنين ودخلت فى السادسة . قال الأصمعى ، وأبو زياد الكلابى ، وأبو زيد الأنصارى : إذا مضت الخامسة على البعير وَدخل فى السادسة وألقى ثنيته فهو حينئذ ثنى ، ونرى [أنه] إنما سمى ثنياً لأنه ألقى ثنيته ، وأما البقرة فهى التى لها سنتان ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا تذبحوا إلا مسنة » ، ومسنة البقر التى لها سنتان ، وقال وَكيع : الجذع من الضأن يكون ابن سبعة أو ستة أشهر .

٧٨٦٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وَيجتنب فى الضحايا العوراء البَيِّن عَوَرُهَا ، وَالعَجْفَاء التى لا تُنْقِى ، وَالعرجاء البيِّن عَرَجها ، والمريضة لا يُرْجَى بُرْؤها ، وَالعَضْبَاء . والعَضْبُ : ذهاب أكثر من نصف الأذن أو القرن ﴾

(١) سورة الحج : آية ٣٤

أما العيوب الأربعة الأول : فلا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أنها تمنع الإجزاء لما روى البراء قال : قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « أربع لا تجوز فى الأضاحى . العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها[1] ، والعجفاء التى لاتنقى » . رواه أبو داود والنسائى . ومعنى العوراء البين عورها التى قد انخسفت عينها وذهبت ، لأنها قد ذهبت عينها ، والعين عضو مستطاب ، فإن كان على عينها بياض ولم تذهب جازت التضحية بها ، لأن عورها ليس ببين ، ولا ينقص ذلك لحمها . والعجفاء المهزولة . التى لا تنقى : هى ، التى لا مخ لها فى عظامها لهزالها ، والنقى : المخ ، قال الشاعر :

لا تشكين عملا ماأنْقَيْنْ مادام مُخٌّ فى سُلامى أو عَيْنْ[2]

فهذه لا تجزىء لأنها لا لحم فيها ، إنما هى عظام مجتمعة ، وأما العرجاء البين عرجها : فهى التى بها عرج فاحش ، وذلك يمنعها من اللحاق بالغنم ، فتسبقها إلى الكلأ فيرعينه ولا تدركهن ، فينقص لحمها ، فإن كان عرجا يسيراً لا يفضى بهـا إلى ذلك أجزأت ، وأما المريضة التى لا يرجى برؤها : فهى التى بها مرض قد يئس من زواله ، لأن ذلك ينقص لحمها وقيمتها نقصاً كبيراً ، والذى فى الحديث المريضة البين مرضها وهى التى يبين أثره عليها ، لأن ذلك ينقص لحمها ويفسده ، وهو أصح ، وذكر القاضى أن المراد بالمريضة الجرباء ، لأن الجرب يفسد اللحم ، ويهزل إذا كثر ، وهـذا قول أصحاب الشافعى . وهذا تقييد للمطلق وتخصيص للعموم بلا دليل ، فالمعنى يقتضى العموم كما يقتضيه اللفظ ، فإن كان المرض يفسد اللحم وينقصه فلا معنى للتخصيص مع عموم اللفظ والمعنى .

وأما العَضْبُ : فهو ذهاب أكثر من نصف الأذن أو القرن ، وذلك يمنع الإجزاء أيضاً . وبه قال النخعى ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة ، والشافعى : تجزىء مكسورة القرن ، وروى نحو ذلك عن على ، وعمار ، وابن المسيب ، والحسن . وقال مالك : إن كان قرنها يدمى لم يجز ، وإلا جاز . وقال عطاء ، ومالك : إذا ذهبت الأذن كلها لم يجز ، وإن ذهب يسيرها جاز . واحتجوا بأن قول النبى صلى الله عليه وسلم : « أربع لا تجوز فى الأضاحى » ، يدل على أن غيره يجزىء ، ولأن فى حديث البراء عن عبيد ابن فيروز قال : قلت للبراء فإنى أكره النقص من القرن ومن الذنب . فقال : اكره لنفسك ما شئت ،

---

(١) رواية أبى داود ج ٢ ص ٨٨ والنسائى ج ٧ ص ٢١٤ وهما اللذان عنى إليهما الحديث (ظلعها) بالظاء المعجمة المفتوحة واشتهر فتح اللام عند المحدثين ولعله لمشاكلة العور والمرض ، وضبطه أهل اللغة بسكون اللام وهو العرج (ف) (٢) قاله الراجز فى وصف الخيل كما فى لسان العرب ج ١٥ ص ٣٤١ لكنه رواه بلفظ (لا يشتكين) ــ السلامى : كل عظم مجوف من صغار العظام ، يقال : إن آخر ما يبقى فيه المخ من البعير إذا عجف فى السلامى وفى العين فإذا ذهب منهما لم يكن له بقية بعد(ف).

وإياك أن تضيق على الناس ، ولأن المقصود اللحم ، ولا يؤثر ذهاب ذلك فيه .

ولنا : ما روى عن على رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بأعضب القرن والأذن[١] » . قال قتادة : فسألت سعيد بن المسيب ، فقال : نعم ، العضب : النصف فأكثر من ذلك رواه الشافعى وابن ماجه . وعن على رضى الله عنه قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف[٢] العين والأذن » . رواه أبو داود والنسائى ، وهذا منطوق يقدم على المفهوم .

٧٨٦٧ (فصـــل)

ولا تجزىء العمياء ، لأن النهى عن العوراء تنبيه على العمياء ، وإن لم يكن عماها بيناً ، لأن العمى يمنع مشيها مع الغنم ، ومشاركتها فى العلف ، ولا تجزىء ما قطع منها عضو كالألية والأطباء[٣] لأن ابن عباس قال : لا تجوز العجفاء ولا الجداء . قال أحمد : هى التى قد يبس ضرعها ، ولأن ذلك أبلغ فى الإخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين .

٧٨٦٨ (الفصـــل)

ويجزىء الخصى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم : « ضحى بكبشين موجوءين » والوجأ رض الخصيتين ، وما قطعت خصيتاه أو شلتا فهو كالموجوء ، لأنه فى معناه ، ولأن الخصاء ذهاب عضو غير مستطاب يطيب اللحم بذهابه ، ويكثر ويسمن ، قال الشعبى : مازاد فى لحمه وشحمه أكثر مما ذهب منه ، وبهذا قال الحسن وعطاء ، والشعبى ، والنخعى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه مخالفاً .

٧٨٦٩ (فصـــل)

وتجزىء الجماء وهى التى لم يخلق لها قرن ، والصمعاء وهى الصغيرة الأذن ، والبتراء وهى التى لا ذنب لها ، سواء كان خلقة أو مقطوعاً ، وممن لم ير بأساً بالبتراء : ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، وسعيد ابن جبير ، والنخعى ، والحكم . وكره الليث أن يضحى بالبتراء ما فوق القصبة .

وقال ابن حامد : لا تجوز التضحية بالجماء ، لأن ذهاب أكثر من نصف القرن يمنع ، فذهاب جميعه

(١) أخرجه النسائى ج ٧ ص ٢١٨ ولم يذكر (الأذن) وذكرها أبو داود ج ٢ ص ٨٨ ولفظه : نهى أن يضحى بعضباء الأذن والقرن وفيه « قال قتادة : قلت — يعنى لسعيد بن المسيب — ما الأعضب ؟ قال : النصف فما فوقه » اهـ يعنى ما قطع النصف من أذنه أو قرنه فما فوق (ف) .

(٢) تستشرف العين والأذن : تبحث عنهما وتتأمل فى حالهما لئلا يكون فيهما عيب ، أو المراد تحرى الأشرف بألا يكون فى عينه أو أذنه نقص (ف) .

(٣) الأطباء مفردها طبى مثل طفل أو مثل قرص : وهى حلمات الضرع للتى من ذوات خف وظلف وحافر (ف) .

أولى ، ولأن ما منع منه العور منع منه العمى ، وكذلك ما منع منه العضب يمنع منه كونه أجم أولى .

ولنا : أن هذا نقص لاينقص اللحم ، ولايخل بالمقصود ، ولم يرد به نهى ، فوجب أن يجزىء . وفارق العضب ، فإن النهى عنه وارد ، وهو عيب ، فإنه ربما أدمى وآلم الشاة ، فيكون كمرضها ، ويقبح منظرها ، بخلاف الأجم فإنه حسن فى الخلقة ، ليس بمرض ولا عيب ، إلا أن الأفضل ما كان كامل الخلقة ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن محيل[1] . وقال : « خير الأضحية[2] الكبش الأقرن » . وأمر باستشراف العين والأذن

٧٨٧٠ (فصــــل)

وتكره المشقوقة الأذن والمثقوبة ، وما قطع شىء منها ، لما روى عن على رضى الله عنه قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن ، ولا نضحى بمقابلة ولا مدابرة ، ولا خرقاء ولا شرقاء » . قال زهير قلت : لأبى إسحاق : ما المقابلة ؟ قال : تقطع طرف الأذن . قلت : فما المدابرة ؟ قال : تقطع من مؤخر الأذن قلت فما الخرقاء ؟ قال تشق الأذن . قلت: فما الشرقاء ؟ قال : تشق أذنها لسمة[3] رواه أبو داود والنسائى . قال القاضى : الخرقاء التى انقبت أذنها ، وهذا نهى تنزيه ، ويحصل الإجزاء بها ، ولا نعلم فيه خلافاً ، ولأن اشتراط السلامة من ذلك يشق ، إذ لا يكاد يوجد سالم من هذا كله .

٧٨٧١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو أوجبها سليمة فعابت عنده ذبحها وكانت أضحية ﴾

وجملته : أنه إذا أوجب أضحية صحيحة سليمة من العيوب ثم حدث بها عيب يمنع الإجزاء ذبحها وأجزأته . روى هذا عن عطاء ، والحسن ، والنخعى ، والزهرى ، والثورى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق وقال أصحاب الرأى : لا تجزئه ، لأن الأضحية عندهم واجبة ، فلا يبرأ منها إلا بإراقة دمها سليمة ، كما لو أوجبها فى ذمته ، ثم عينها فعابت .

---

(١) فى نسخ المغنى (محيل) بالميم والصواب (فحيل) بالفاء كما فى سنن أبى داود ح ٦ ص ٨٦ والنسائى ح ٧ ص ٢٢١ ونصه « عن أبى سعيد قال : ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبش أقرن فحيل يمشى فى سواد ويأكل فى سواد وينظر فى سواد ».

والفحيل : المنجب فى ضرابه ، وقيل الذى يشبه الفحولة فى عظم خلقه (ف) .

(٢) أخرجه الترمذى وابن ماجه عن أبى أمامة (ف)

(٣) لفظ أبى داود ح ٢ ص ٨٨ (قلت : فما المقابلة ؟ قال : يقطع طرف الأذن . قلت : فما المدابرة ؟ قال يقطع من مؤخر الأذن ، قلت : فما الشرقاء ؟ قال : تشق الأذن . قلت : فما الخرقاء ؟ قال تشق أذنها للسمة (ف).

ولنا : ماروى أبو سعيد قال : « ابتعنا كبشاً نضحي به ، فأصاب الذئب من أليته ، فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمرنا أن نضحي به » . رواه ابن ماجه ، ولأنه عيب حدث في الأضحية الواجبة فلم يمنع الإجزاء ، كما لو حدث بها عيب بمعالجة الذبح ، ولا نسلم أنها واجبة في الذمة ، وإنما تعلق الوجوب بعينها . قلنا : إن تعيبت بفعله فعليه بدلها ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : إذا عالج ذبحها فقامت السكين عينها أجزأت استحساناً .

ولنا : أنه عيب أحدثه بها قبل ذبحها فلم تجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح .

٧٨٧٢ (فصـــــل)

وإن نذر أضحية في ذمته ثم عينها في شاة تعينت ، فإن عابت تلك الشاة قبل ذبحها لم تجزىء ، لأن ذمته لاتبرأ إلا بذبح شاة سليمة ، كالو نذر عتق رقبة ، أو كان عليه عتق رقبة في كفارة ، فاشتراها ثم عابت عنده لم تجزئه . وإن قال : لله على عتق هذا العبد فعاب أجزأ عنه .

٧٨٧٣ (فصـــــل)

وإذا أتلف الأضحية الواجبة فعليه قيمتها ، لأنها من المتقومات ، وتعتبر القيمة يوم أتلفها ، فإن غلت الغنم فصار مثلها خيراً من قيمتها فقال أبو الخطاب ، يلزمه مثلها ، لأنه أكثر الأمرين ، ولأنه تعلق بها حق الله تعالى في ذبحها ، فوجب عليه مثلها كما لو لم تتعيب ، بخلاف الآدمي . وهـذا مذهب الشافعي وظاهر قول القاضي : أنه لايلزمه إلا القيمة يوم إتلافها ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه إتلاف أوجب القيمة ، فلم يجب أكثر من القيمة يوم الإتلاف ، كما لو أتلفها أجنبي ، وكسائر المضمونات ، فإن رخصت الغنم فزادت قيمتها على مثلها ، مثل أن كانت قيمتها عند إتلافها عشرة ، فصارت قيمة مثلها خمسة ، فعليه عشرة وجهاً واحداً . فإن شاء اشترى بها أضحية واحدة تساوى عشرة وإن شاء اشترى اثنتين وإن شاء اشترى أضحية واحدة . فإن فضل من العشرة مالا يجيء به أضحية اشترى به شركا في بدنة ، فإن لم يتسع لذلك أو لم تمكنه المشاركة ففيه وجهان .

أحدهما : يشترى لحماً ويتصدق به ، لأن الذبح وتفرقة اللحم مقصودان ، فإذا تعذر أحدهما وجب الآخر .

والثاني : يتصدق بالفضل ، لأنه إذا لم يحصل له التقرب بإراقة الدم كان اللحم وثمنه سواء ، فإن كان المتلف أجنبياً فعليه قيمتها يوم أتلفها وجهاً واحداً ، ويلزمه دفعها إلى صاحبها . فإن زاد على ثمن مثلها فحكمه حكم مالو أتلفها صاحبها ، وإن لم تبلغ القيمة ثمن أضحية فالحكم فيه على مامضى فيما زاد على ثمن الأضحية في حق المضحي ، فإن تلفت الأضحية في يده بغير تفريط أو سرقت أو ضلت فلا شيء عليه ، لأنها أمانة في يده ، فلم يضمنها إذا لم يفرط كالوديعة .

٧٨٧٤ (فصـــــل)

وإن اشترى أضحية فلم يوجبها حتى علم بها عيباً فله ردها إن شاء ، وإن شاء أخذ أرشها . ثم إن كان عيبها يمنع إجزاءها لم يكن له التضحية بها ، وإلا فله أن يضحى بها ، والأرش له . وإن أوجبها ثم علم أنها معيبة فذكر القاضى أنه مخير بين ردها وأخذ أرشها فإن أخذ أرشها فحكمه حكم الزائد عن قيمة الأضحية على ماذكرناه ، ويحتمل أن يكون الأرش له ، لأن إيجابها إنما صادفها بدون هذا الذى أخذ أرشه ، فلم يتعلق الإيجاب بالأرش ولا ببدله ، فأشبه مالو تصدق بها ثم أخذ أرشها ، وعلى قول أبى الخطاب لا يملك ردها ، لأنه قد زال ملكه عنها بإيجابها ، فأشبه مالو اشترى عبداً معيباً فأعتقه ، ثم علم عيبه ، وهذا مذهب الشافعى ، فعلى هذا يتعين أخذ الأرش ، وفى كون الأرش للمشترى ووجوبه فى التضحية وجهان ، ثم ننظر . فإن كان عيبها لا يمنع إجزاءها فقد صح إيجابها . والتضحية بها ، وإن كان عيبها يمنع إجزاءها فحكمه حكم مالو أوجبها عالماً بعيبها على ماسنذكره فى موضعه إن شاء الله تعالى .

٧٨٧٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن ولدت ذبح ولدها ﴾

وجملته أنه إذا عين أضحية فولدت فولدها تابع لها ، حكمه حكمها ، سواء كان حملا حين التعيين أوحدث بعده . وبهذا قال الشافعى . وعن أبى حنيفة : لا يذبحه ، ويدفعه إلى المساكين حياً ، وإن ذبحه دفعه إليهم مذبوحاً ، وأرش مانقصه الذبح ، لأنه من نمائها ، فلزمه دفعه إليهم على صفته كصوفها وشعرها .

ولنـا : أن استحقاق ولدها حكم يثبت للولد بطريق السراية من الأم ، فيثبت له ما يثبت لها كولد أم الولد والمدبرة . إذا ثبت هذا فإنه يذبحه كما يذبحها ، لأنه صار أضحية على وجه التبع لأمه ، ولا يجوز ذبحه قبل يوم النحر ولا تأخيره عن أيامه كأمه .

وقد روى عن على رضى الله عنه أن رجلا سأله فقال : يا أمير المؤمنين ، إنى اشتريت هـــذه البقرة لأضحى بها ، وإنها وضعت هذا العجل ؟ فقال على : « لا تحلبها إلا فضلا عن تيسير[1] ولدها ، فإذا كان يوم الأضحى فاذبحها وولدها عن سبعة » ، رواه سعيد بن منصور عن أبى الأحوص عن زهير العبسى عن المغيرة بن حذف عن على .

٧٨٧٦ (فصـــل)

ولا يشرب من لبنها إلا الفاضل عن ولدها ، فإن لم يفضل عنه شىء أو كان الحلب يضر بها أو ينقص لحمها لم يكن أخذه ، وإن لم يكن كذلك فله أخذه والانتفاع به . وبهذا قال الشـافعى ، وقال أبو حنيفة :

(١) أى إلا مازاد عن حاجة ولدها (ف).

لا يحلبها ، ويرش على الضرع الماء حتى ينقطع اللبن ، فإن احتلبها تصدق به ، لأن اللبن متولد من الأضحية الواجبة ، فلم يجز للمضحى الانتفاع به كالولد .

ولنا : قول عليّ رضى الله عنه : لا يحلبها إلا فضلا عن تيسير ولدها ، ولأنه انتفاع لا يضرها ، فأشبه الركوب . ويفارق الولد ، فإنه يمكن إيصاله إلى محله ، أما اللبن فإن حلبه وتركه فسد ، وإن لم يحلبه تعقد الضرع وأضرّ بها ، فجوز له شربه ، وإن تصدق به كان أفضل . وإن احتلب ما يضر بها أو بولدها لم يجز له ، وعليه أن يتصدق به . فإن قيل : فصوفها وشعرها ووبرها إذا جزه تصدق به ولم ينتفع به ، فلم أجزتم له الانتفاع باللبن ؟ قلنا : الفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن لبنها يتولد من غذائها وعلفها ، وهو القائم به ، فجاز صرفه إليه ، كما أن المرتهن إذا علف الرهن كان له أن يحلب ويركب ، وليس له أن يأخذ الصوف ولا الشعر .

الثانى : أن الصوف والشعر ينتفع به على الدوام ، فجرى مجرى جلدها وأجزائها ، واللبن يشرب ويؤ كل شيئاً فشيئاً ، فجرى مجرى منافعها وركوبها ، ولأن اللبن يتجدد كل يوم ، والصوف والشعر عين موجودة دائمة فى جميع الحول .

٧٨٧٧ (فصـــــل)

وأما صوفها فإن كان جزّه أنفع لها ، مثل أن يكون فى زمن الربيع تخف بجزه وتسمن جاز جزه ، ويتصدق به . وإن كان لا يضر بها لقرب مدة الذبح ، أو كان بقاؤه أنفع لها لكونه يقيها الحر والبرد لم يجز له أخذه ، كما أنه ليس له أخذ بعض أجزائها .

٧٨٧٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإيجابها أن يقول : هى أضحية ﴾

وجملة ذلك أن الذى تجب به الأضحية وتتعين به هو القول دون النية ، وهذا منصوص الشافعى . وقال مالك ، وأبو حنيفة : إذا اشترى شاة أو غيرها بنية الأضحية صارت أضحية ، لأنه مأمور بشراء أضحية ، فإذا اشتراها بالنية وقعت عنها كالوكيل .

ولنا : أنه إزالة ملك على وجه القربة فلا تؤثر فيه النية المقارنة للشراء كالعتق والوقف ، ويفارق البيع ، فإنه لا يمكنه جعله لموكله بعد إيقاعه ، وههنا بعد الشراء يمكنه جعلها أضحية . فأما إذا قال : هذه أضحية صارت واجبة كما يعتق العبد بقول سيده : هذا حر . ولو أنه قلدها أو أشعرها ينوى به جعلها أضحية لم تصر أضحية حتى ينطق به لما ذكرنا .

٧٨٧٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو أوجبها ناقصة ذبحها ولم تجزئه ﴾

يعنى إذا كانت ناقصة نقصاً يمنع الإجزاء فأوجبها وجب عليه ذبحها ، لأن إيجابها كالنـذر لذبحها ، فيلزمه الوفاء به ، ولأن إيجابها كنذر هَدْى من غير بهيمة الأنعام ، فإنه يلزمه الوفاء به ، ولا يجزئه عن الأضحية الشرعية ، ولا تـكون أضحية ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أربعة لا تجزىء فى الأضاحى » ، ولـكنه يذبحها ويثاب على مايتصدق به منها ، كما يثاب على الصدقة بما لا يصلح أن يكون هدياً ، وكما لو أعتق عن كفارته عبداً لا يجزىء فى الـكفارة ، إلا أنه ههنا لا يلزمه بدلها ، لأن الأضحية فى الأصل غير واجبة ، ولم يوجد منه ما يوجبها ، وإن كانت الأضحية واجبة عليه مثل من نذر أضحية فى ذمته أو أتلف أضحيته التى أوجبها لم تجزئه هذه عما فى ذمته ، فإن زال عيبها كأن كانت عجفاء فزال عجفهـا ، أو مريضة فبرأت ، أو عرجاء فزال عرجها ، فقال القاضى : قياس المذهب أنها تجزىء ، وقال أصحاب الشـافعى : لا تجزىء ، لأن الاعتبار بحال إيجابها ، ولأن الزيادة فيها كانت للمساكين ، كما أن نقصها بعد إيجابهـا عليهم لا يمنع من كونها أضحيـة .

ولنـا : أن هذه أضحية يجزىء مثلها ، فيجزىء كما لو لم يوجبها إلا بعد زوال عيبها .

٧٨٨٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولا تباع أضحية الميت فى دينه ، ويأكلها ورثته ﴾

يعنى إذا أوجب أضحية ثم مات لم يجز بيعها ، وإن كان على الميت دين لا وفاء له ، وبهذا قال أبو ثور ، ويشبه مذهب الشافعى . وقال الأوزاعى : إن ترك ديناً ولا وفاء له إلا منها بيعت فيـه ، وقال مالك : إن تشاجر الورثة فيها باعوها .

ولنـا : أنه تعين ذبحها فلم يصح بيعها فى دينه كما لو كان حياً . إذا ثبت هذا : فإن ورثتـه يقومون مقامه فى الأكل والصدقة والهدية ، لأنهم يقومون مقام موروثهم فيما له وعليه .

٧٨٨١ (فصـــــل)

واختلفت الرواية هل تجوز التضحية عن اليتيم من ماله ؟ فروَى أنه ليس للولى ذلك ، لأنه إخراج شىء من ماله بغير عوض ، فلم يجز كالصدقة والهدية . وهذا مذهب الشافعى ، وروى أن للولى أن يضحى عنـه إذا كان موسراً ، وهذا قول أبى حنيفة ، ومالك . قال مالك : إذا كان له ثلاثون ديناراً يضحى عنه بالشاة بنصف دينار ، لأنه إخراج مال يتعلق بيوم العيد ، فجاز إخراجه من مال اليتيم كصدقة الفطر ، فعلى هذا

يكون إخراجها من ماله على سبيل التوسعة عليه ، والتطييب لقلبه ، وإشراكه لأمثاله في مثل هذا اليوم ، كما يشترى له الثياب الرفيعة للتجمل ، والطعام الطيب ، ويوسع عليه في النفقة ، وإن لم يجب ذلك .

ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الروايتين على حالين ، فالموضع الذى منع التضحية إذا كان اليتيم طفلا لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ، ولا يكسر قلبه بتركها لا لعدم الفائدة فيها ، فيحصل من إخراج ثمنها تضييع مال لا فائدة فيه ، والموضع الذى أجازها إذا كان اليتيم يعقلها وينجبر قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة منها والضرر بتفويتها ، واستدل أبو الخطاب بقول أحمد : يضحى عنه ـ على وجوب الأضحية ، والصحيح إن شاء الله تعالى ماذكرناه ، وعلى كل حال متى ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشيء منها ويوفرها لنفسه ، لأنه لا يجوز الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا .

٧٨٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال :﴿ والاستحباب أن يأكل ثلث أضحيته ، ويهدى ثلثها ، ويتصدق بثلثها ، ولو أكل أكثر جاز ﴾

قال أحمد : نحن نذهب إلى حديث عبد الله ، يأكل هو الثلث ، ويطعم من أراد الثلث ، ويتصدق على المساكين بالثلث . قال علقمة : بعث معى عبد الله بهدية فأمرنى أن آكل ثلثاً ، وأن أرسل إلى أهل أخيه عتبة بثلث ، وأن أتصدق بثلث . وعن ابن عمر قال : الضحايا والهدايا ثلث لك ، وثلث لأهلك ، وثلث للمساكين . وهذا قول إسحق ، وأحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : يجعلها نصفين ، يأكل نصفاً ، ويتصدق بنصف ، لقول الله تعالى : (فَكُلُوا مِنهَا وَأَطعِمُوا البَائِسَ الفَقِيرَ)[1] وقال أصحاب الرأى : ما كثر من الصدقة فهو أفضل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أهدى مائة بدنة ، وأمر[2] من كل بدنة ببضعة فجعلت فى قدر ، فأكل هو وعلى من لحمها ، وحسيا من مرقها ، ونحر خمس[3] بدنات أوست بدنات ، وقال : « من شاء فليقطتع ، ولم يأكل منهن شيئا » .

ولنا : ماروى عن ابن عباس فى صفة أضحية النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ويطعم أهل بيته الثلث ،

---

(١) سورة الحج آية ٢٨

(٢) فى صحيح مسلم ج ٢ ص ٨٨٩ « فكان جماعة الهدى الذى قدم به على من اليمن والذى أتى به النبى صلى الله عليه وسلم مائة » وفى ص ٨٩٢ « فنحر ثلاثا وستين بيده ثم أعطى عليا فنحر ماغبر وأشركه فى هديه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت فى قدر فطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها » وقد أخرجه عن جابر بن عبد الله (ف).

(٣) فى سنن أبى داود ج ١ ص ٤٠٩ « وقرب لرسول الله صلى الله عليه وسلم بدنات خمس أو ست فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فلما وجبت جنوبها قال : فتكلم بكلمة خفية لم أفهمها فقلت : ماقال ؟ قال : « من شاء اقتطع » والحديث رواه عبد الله بن قرط وعنه أيضا أخرجه النسائى وأحمد وابن حبان (ف)

ويطعم فقراء جيرانه الثلث ، ويتصدق على السؤال بالثلث » . رواه الحافظ أبوموسى الأصفهانى فى الوظائف وقال : حديث حسن ، ولأنه قول ابن مسعود وابن عمر ، ولم نعرف لهما مخالفاً فى الصحابة ، فكان إجماعا ، ولأن الله تعالى قال : (١) (فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ) والقانع : السائل ، يقال : قنع قنوعاً ، إذا سأل وقنع قناعة إذا رضى قال الشاعر :

لَمَالُ الْمَرْءِ يُصْلِحُهُ فَيُغْنِى مَفَاقِرَه أَعَفُّ من الْقُنُوع (٢)

والمعتر : الذى يعتريك ، أى يتعرض لك لتطعمه فلا يسأل ، فذكر ثلاثة أصناف ، فينبغى أن يقسم بينهم أثلاثاً . وأما الآية التى احتج بها أصحاب الشافعى فإن الله تعالى لم يبين قدر المأكول منها والمتصدق به ، وقد نبه عليه فى آياتنا ، وفسره النبى صلى الله عليه وسلم بفعله ، وابن عمر بقوله ، وابن مسعود بأمره ، وأما خبر أصحاب الرأى فهو فى الهدى ، والهدى يكثر فلا يتمكن الإنسان من قسمه وأخذ ثلثه ، فتتعين الصدقة بها ، والأمر فى هذا واسع ، فلو تصدق بها كلهاأو بأكثرها جاز ، وإن أكلها كلها إلا أوقية تصدق بها جاز . وقال أصحاب الشافعى : يجوز أكلها كلها .

ولنا : أن الله تعالى قال :(٣)(فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر) وقال : (وأطعموا البائس الفقير) والأمر يقتضى الوجوب ، وقال بعض أهل العلم : يجب الأكل منها ولاتجوز الصدقة بجميعها ، للأمر بالأكل منها .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم نحر خمس بدنات ولم يأكل منهن شيئاً ، وقال : (من شاء فليقتطع » ولأنها ذبيحة يتقرب إلى الله تعالى بها ، فلم يجب الأكل منها كالعقيقة ، والأمر للاستحباب أو للإباحة كالأمر بالأكل من الثمار والزرع والنظر إليها .

٧٨٨٣ (فصـــل)

ويجوز إدخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث فى قول عامة أهل العلم ، ولم يجزه على ولا ابن عمر رضى الله عنهما ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث فأمسكوا مابدا لكم » رواه مسلم . وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال . « إنما نهيتكم (٤)

(١) سورة الحج آية ٣٦ (٢) قائله الشماخ ، والقنوع مسألة الناس ، والمفاقر جمع فقر على قياس أوجمع مفقر مصدر أفقر أوجمع منفقر(ف) (٣) سورة الحج آية ٣٦ ، ٣٨

(٤) فى نسخ للمغنى(نهيتكم للذافة التى دفت) بالذال المعجمة والصواب بالدال المهملة والحديث أخرجه الشيخان وأبوداود والنسائى ومالك : ومعنى (الدافة) بتشديد الدال جماعة من الأعراب يسيرون سيرا خفيفاً جاءوا المدينة لينالوا من لحوم الأضاحى ، والدف : سير سريع وتقارب فى الخطا (ف)

للدافة التى دفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا وادخروا » وقال أحمد فيه أسانيد صحاح ، فأما على وابن عمر فلم يبلغهما ترخيص رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد كانوا سمعوا النهى فرووا على ما سمعوا

٧٨٨٤ (فصــــل)

ويجوز أن يطعم منها كافراً . وبهذا قال الحسن ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : غيرهم أحب إلينا ، وكره مالك والليث إعطاء النصرانى جلد الأضحية .

ولنا : أنه طعام له أكله ، فجاز إطعامه للذمى كسائر طعامه ، ولأنه صدقة تطوع فجاز إطعامها الذمى والأسير كسائر صدقة التطوع . فأما الصدقة الواجبة منها فلا يجزىء دفعها إلى كافر ، لأنها صدقة واجبة ، فأشبهت الزكاة وكفارة اليمين .

٧٨٨٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا يعطى الجازر بأجرته شيئاً منها ﴾

وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ، ورخص الحسن وعبد الله بن عبيد بن عمير فى إعطائه الجلد .

ولنا : ما روى على رضى الله عنه قال : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنة ، وأن أقسم جلودها وجلالها[1] ، وألا أعطى الجازر شيئاً منها ، وقال : « نحن نعطيه من عندنا » . متفق عليه ، ولأن ما يدفعه إلى الجزار أجرة وعوض عن عمله وجزارته ، ولا تجوز المعاوضة بشىء منها، فأما إن دفع إليه لفقره أو على سبيل الهدية فلا بأس ، لأنه مستحق للأخذ ، فهو كغيره ، بل هو أولى ، لأنه باشرها وتاقت نفسه إليها .

٧٨٨٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وله أن ينتفع بجلدها ، ولا يجوز أن يبيعه ولا شيئاً منها ﴾

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع شىء من الأضحية ، لا لحمها ولا جلدها ، واجبة كانت أو تطوعا ، لأنها تعينت بالذبح . قال أحمد : لا يبيعها ولا يبيع شيئاً منها . وقال : سبحان الله ، كيف يبيعها وقد جعلها لله تبارك وتعالى ؟ وقال الميمونى : قالوا لأبى عبد الله : فجلد الأضحية يعطاه السلاخ ؟ قال : لا . وحكى قول النبى صلى الله عليه وسلم : لا يعطى الجازر فى جزارتها شيئاً منها . ثم قال إسناده جيد : وبهذا قال أبو هريرة ، وهو مذهب الشافعى . ورخص الحسن والنخعى فى الجلد أن يبيعه ويشترى به الغربال والمنخل وآلة البيت ، وروى نحو هذا عن الأوزاعى ، لأنه ينتفع به هو وغيره ، فجرى مجرى تفريق اللحم ، وقال أبو حنيفة :

---

(١) الجل بضم الجيم وفتحها : ماتلبسه الدابة ويطرح على ظهر البعير ليصان به . وجمعه جلال بكسر الجيم وأجلال (ف)

يبيع ما شاء منها ويتصدق بثمنه ، وروى عن ابن عمر : أنه يبيع الجلد ويتصدق بثمنه ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق .

ولنا : أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقسم جلودها وجلالها ، ونهيه أن يعطى الجازر شيئاً منها . ولأنه جعله لله تعالى فلم يجز بيعه كالوقف ، وما ذكروه فى شراء آلة البيت يبطل باللحم لا يجوز بيعه بآلة البيت وإن كان ينتفع به ، فأما جواز الانتفاع بجلودها وجلالها فلاخلاف فيه ، لأنه جزء منها ، فجاز للمضحى الانتفاع به كاللحم ، وكان علقمة ومسروق يدبغان جلد أضحيتهما ويصليان عليه .

وروت عائشة قالت : قلت يارسول الله ، قد كانوا ينتفعون من ضحاياهم ، يجملون منها الودك ، ويتخذون منها الأسقية ، قال : « وما ذاك ؟ » قالت : نهيت عن إمساك لحوم الأضاحى فوق ثلاث ، قال : « إنما نهيتكم للدافة التى دفت ، فكلوا وتزودوا وتصدقوا » . حديث صحيح ، رواه مالك عن عبد الله بن أبى بكر عن عمرة عن عائشة رضى الله عنها ، ولأنه انتفاع به فجاز كلحمها .

٧٨٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويجوز أن يبدل الأضحية إذا أوجبها بخير منها ﴾

هذا المنصوص عن أحمد ، وبه قال عطاء ، ومجاهد ، وعكرمة ، ومالك ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن واختار أبو الخطاب أنه لايجوز بيعها ولا إبدالها ، لأن أحمد نص فى الهدى إذا عطب أنه يجزىء عنه ، وفى الأضحية إذا هلكت أو ذبحها فسرقت لابدل عليه ، ولو كان ملكه مازال عنها لزمه بدلها فى هذه المسائل ، وهذا مذهب أبى يوسف ، والشافعى ، وأبى ثور ، لأنه قد جعله لله تعالى ، فلم يملك التصرف فيها بالبيع والإبدال كالوقف .

ولنا ما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة فى حجته ، وقدم على من اليمن فأشركه فيها » . رواه مسلم . وهذا نوع من الهبة أو البيع ولأنه عدل عن عين وجبت لحق الله تعالى إلى خير منها من جنسها ، فجاز كما لو وجبت عليه بنت لبون فأخرج حِقّة فى الزكاة ، فأما بيعها فظاهر كلام الخرقى أنه لا يجوز ، وقال القاضى : يجوز أن يبيعها ويشترى خيراً منها . وهو قول عطاء ، ومجاهد ، وأبى حنيفة ، لما ذكرنا من حديث بُدْن النبى صلى الله عليه وسلم وإشراكه فيها ، ولأن ملكه لم يزل عنها ، بدليل جواز إبدالها ، ولأنها عين يجوز إبدالها فجاز بيعها كما قبل إيجابها .

ولنا : أنه جعلها لله تعالى فلم يجز بيعها كالوقوف ، وإنما جاز إبدالها بجنسها لأنه لم يزل الحق فيها عن جنسها ، وإنما انتقل إلى خير منها ، فكأنه فى المعنى ضم زيادة إليها ، وقد جاز إبدال المصحف ولم يجز

بيعه . وأما حديث النبي صلى الله عليه وسلم فالظاهر أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يبعها ، وإنما شرك علياً فى ثوابها وأجرها . ويحتمل أن ذلك كان قبل إيجابها ، وقول الخرقى : بخير منها يدل على أنه لا يجوز بدونها ، ولا خلاف فى هذا ، لأنه تفويت جزء منها فلم يجوز بمثلها لعدم الفائدة فى هذا . وقال القاضى : فى إبدالها بمثلها احتمالان .

أحدهما : جوازه ، لأنه لا ينقص مما وجب عليه شىء .

ولنا أنه يغير ما أوجبه لغير فائدة ، فلم يجز كإبداله بما دونها .

٧٨٨٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا مضى من نهار يوم الأضحى مقدار صلاة العيد وخطبته فقد حل الذبح إلى آخر يومين من أيام التشريق نهاراً ولا يجوز ليلا ﴾

الـكلام فى وقت الذبح فى ثلاثة أشياء أوله ، وآخره ، وعموم وقته أو خصوصه .

أما أوله : فظاهر كلام الخرقى أنه إذا مضى من نهـار يوم العيد قدر تحل فيه الصـلاة وقدر الصلاة والخطبتين تامتين فى أخف ما يكون فقد حل وقت الذبح ، ولا يعتبر نفس الصلاة ، لافرق فى هذا بين أهل المصر وغيرهم ، وهذا مذهب الشافعى ، وابن المنذر . وظاهر كلام أحمد أن من شرط جواز التضحية فى حق أهل المصر صـلاة الإمام وخطبته . وروى نحو هـذا عن الحسن ، والأوزاعى ، ومالك ، وأبى حنيفة ، وإسحاق ، لما روى جندب بن عبدالله البجلى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من ذبح قبل أن يصلى فليعد مكانها أخرى » .

وعن البراء قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من صلى صلاتنا ونسك نسـكنا فقد أصاب النسك ، ومن ذبح قبل أن يصلى فليعد مكانها أخرى » . متفق عليه ، وفى لفظ قال : «إن أول نسكنا فى يومنا هذا الصلاة ، ثم الذبح ، فمن ذبح قبل الصلاة فتلك شاة لحم قدمها لأهله ، ليس من النسك فى شىء »[1].
وظاهر هذا اعتبار نفس الصلاة .

وقال عطاء : وقتها إذا طلعت الشمس ، لأنها عبادة يتعلق آخرها بالوقت ، فتعلق أولها بالوقت كالصيام وهذا وجه قول الخرقى ومن وافقه . والصحيح إن شاء الله تعالى أن وقتها فى الموضع الذى يصلى فيه بعد الصلاة ، لظاهر الخبر ، والعمل بظاهره أولى . فأما غير أهل الأمصار والقرى فأول وقتها فى حقهم قدر الصلاة والخطبة بعد الصلاة ، لأنه لاصلاة فى حقهم تعتبر ، فوجب الاعتبار بقدرها . وقال أبوحنيفة أول وقتها فى حقهم إذا طلع الفجر الثانى ، لأنه من يوم النحر ، فـكان وقتها منه كسائر اليوم .

(١) أخرجه الشيخان عن البراء (ف)

ولنـا أنها عبادة وقتها فى حق أهل المصر بعد إشراق الشمس فلا ، يتقدم وقتها فى حق غيرهم كصلاة العيد ، وما ذكروه يبطل بأهل الأمصار ، فإن لم يصل الإمام فى المصر لم يجز الذبح حتى تزول الشمس ، لأنها حينئذ تسقط ، فكأنه قد صلى ، وسواء ترك الصلاة عمداً أوغير عمد ، لعذر أوغـيره ، فأما الذبح فى اليوم الثـانى فهو أول النهار ، لأن الصلاة غير واجبة ، ولأن الوقت قد دخل فى اليـوم الأول ، وهذا من أثنائه فلا تعتبر فيه صلاة ولاغيرها . وإن صلى الإمام فى المصلى واستخلف من صلى فى المسجد فمتى صلوا فى أحد الموضعين جاز الذبح ، لوجود الصلاة التى يسقط بها الفرض عن سائر الناس ، فإن ذبح بعد الصلاة قبل الخطبة أجزأ فى ظاهر كلام أحمد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علق المنع على فعل الصلاة ، فلا يتعلق بغيره ، ولأن الخطبة غير واجبة ، وهذا قول الثورى .

الثانى : آخر الوقت . وهو آخر اليوم الثانى من أيام التشريق ، فتـكون أيام النحر ثلاثة: يوم العيد ، ويومان بعده . وهذا قول عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبى هريره ،قال أحمد : أيام النحر ثلاثة عن غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفى روايةقال : خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولم يذكر أنساً ، وهو قول مالك ، والثورى ، أبى حنيفة . وروى عن على : آخره آخر أيام التشريق » ، وهو مذهب الشافعى ، وقول عطاء ، والحسن ، لأنه روى عن جبير بن مطعم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال . « أيام منى كلها منحر »[1] ، لأنها أيام تـكبير وإفطار ، فـكانت محلا للنحر كالأولين .

وقال ابن سيرين : لاتجوز إلا فى يوم النحر خاصة ، لأنها وظيفة عيد ، فلا تجوز إلا فى يوم واحـد . كأداء الفطرة يوم الفطر . وقالسعيد بنجبير ، وجابر بن زيد كقول ابنسيرين فى أهل الأمصار ، وقولنا فى أهل منى ، وعن أبى سلمة بن عبد الرحمن ، وعطاء بن يسار : تجوز التضحية إلى هلال المحـرم . وقال أبو أمامة بن سهل بن حنيف : كان الرجل من المسلمين يشترى أضحية فيسمنها حتى يكون آخر ذى الحجة فيضحى بها . رواه الإمام أحمد بإسناده . وقال : هذا الحديث عجيب ، وقال : أيام الأضحى التى أجمع عليها ثلاثة أيام .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث» ولا يجوز الذبح فى وقت لايجوز ادخار الأضحية إليه ، ولأن اليوم الرابع لايجب الرمى فيه ، فلم تجز التضحية فيه كالذى بعده

(١) أخرج أحمد والدار قطنى عن جبير بن مطعم عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « كل أيام التشريق ذبح » وفى إسناده من تـكلم فيهم وأخرجه أيضا ابن حبان والبيهقى (ف)

ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم إلا رواية عن على ، وقد روى عنه مثل مذهبنا ، وحديثهم إنما هو « ومنى[1] كلها منحر » ، ليس فيه ذكر الأيام ، والتكبير أعم من الذبح ، وكذلك الإفطار ، بدليل أول يوم النحر ويوم عرفة يوم تكبير ولا يجوز الذبح فيه .

الثالث : فى زمن الذبح ، وهو النهار دون الليل . نص عليه أحمد فى رواية الأثرم ، وهو قول مالك . وروى عن عطاء مايدل عليه ، وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن الذبح يجوز ليلا ، وهو اختيار أصحابنا المتأخرين ، وقول الشافعى ، وإسحاق ، وأبى حنيفة ، وأصحابه ، لأن الليل زمن يصح فيه الرمى فأشبه النهار .

ووجه قول الخرقى قول الله تعالى : (لِيَذْكُرُوا اسمَ اللهِ فى أيامٍ مَعْلُومات عَلَى مارَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمةِ الأَنْعَام[2]) وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه[3] نهى عن الذبح بالليل » ، ولأنه ليل يوم يجوز الذبح فيه ، فأشبه ليلة يوم النحر ، ولأن الليل تتعذر فيه تفرقة اللحم فى الغالب ، فلا يفرق طريًا ، فيفوت بعض المقصود ، ولهذا قالوا : يكره الذبح فيه ، فعلى هذا إن ذبح ليلا لم يجزئه عن الواجب ، وإن كان تطوعاً فذبحها كانت شاة لحم ، ولم تكن أضحية ، فإن فرقها حصلت القربة بتفريقها دون ذبحها .

٧٨٨٩ (فصـــــل)

إذا فات وقت الذبح ذبح الواجب قضاء ، وصنع به مايصنع بالمذبوح فى وقته ، وهو مخير فى التطوع ، فإن فرق لحمها كانت القربة بذلك دون الذبح ، لأنها شاة لحم ، وليست أضحية ، وبهذا قال الشافعى وقال أبوحنيفة : يسلمها إلى الفقراء ولا يذبحها فإن ذبحها فرق لحمها وعليه أرش ما نقصها الذبح . لأن الذبح قد سقط بفوات وقته .

ولنا : أن الذبح أحد مقصودى الأضحية ، فلا يسقط بفوات وقته كتفرقة اللحم ، وذلك أنه لو ذبحها فى الأيام ثم خرجت قبل تفريقها فرقها بعدذلك . ويفارق الوقوف والرمى ، ولأن الأضحية لاتسقط بفواتها بخلاف ذلك .

٧٨٩٠ (فصـــل)

وإذا وجبت الأضحية بإيجابه لها فضلت أو سرقت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه ، لأنها أمانة فى يده ، فإن عادت إليه ذبحها ، سواء كان فى زمن الذبح أو فيما بعده على ماذكرناه .

---

(١) أخرجه مالك (ف) (٢) سورة الحج آية ٣٤

(٣) أخرجه الطبرانى من حديث ابن عباس وفيه سليمان بن سلمة الخبائز وهو متروك (ف)

٧٨٩١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإن ذبح قبل ذلك لم يجزئه ولزمه البدل ﴾ .

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم[1] : « من ذبح قبل أن يصلى فليعد مكانها أخرى » ، ولأنها نسيكه واجبة ذبحها قبل وقتها ، فلزمه بدلها كالهدى إذا ذبحه قبل محله ، ويجب أن يكون بدلها مثلها أوخيراً منها لأن ذبحها قبل محلها إتلاف لها ، وكلام الخرق ومن أطلق من أصحابنا محمول على الأضحية الواجبة بنذر أو تعيين فإن كانت غير واجبة بواحد من الأمرين فهى شاة لحم ولا بدل عليه إلا أن يشاء لأنه قصد التطوع فأفسده فلم يجب عليه بدله كما لو خرج بصدقة تطوع فدفعها إلى غير مستحقها ، والحديث يحمل على أحد أمرين إما الندب وإما على التخصيص بمن وجبت عليه بدليل ما ذكرنا . فأما الشاة المذبوحة فهى شاة لحم كما وصفها النبي صلى الله عليه وسلم ومعناه يصنع بها ماشاء كشاة ذبحها للحمها لالغير ذلك فإن هـذه إن كانت واجبة فقد لزمه إبدالها وذبح مايقوم مقامها لخرجت هذه عن كونها واجبة كالهدى الواجب إذا عطب دون محله وإن كان تطوعا فقد أخرجها بذبحه إياها قبل محلها عن القربة فبقيت مجرد شاة لحم .

ويحتمل أن يكون حكمها حكم الأضحية كالهدى إذا عطب لايخرج عن حكم الهدى على رواية ويكون معنى قوله « شاة لحم » أى فى فضلها وثوابها خاصة دون مايصنع بها .

٧٨٩٢ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولا يستحب أن يذبحها إلا مسلم وإن ذبحها بيده كان أفضل ﴾ .

وجملته : أنه يستحب أن لايذبح الأضحية إلا مسلم لأنها قربة فلا يليها غير أهل القربة وإن استناب ذمياً فى ذبحها جاز مع الكراهة . وهذا قول الشافعى وأبى ثور وابن المنذر . وحكى عن أحمد : لايجوز أن يذبحها إلا مسلم . وهذا قول مالك ، وممن كره ذلك على وابن عباس وجابر رضى الله عنهم ، وبه قال الحسن وابن سيرين . وقال جابر : لايذبح النسك إلا مسلم لما روى فى حديث ابن عباس الطويل عن النبى صلى الله عليه وسلم « ولا يذبح ضحاياكم إلا طاهر » ولأن الشحوم تحرم علينا مما يذبحونه على رواية فيكون ذلك بمنزلة إتلافه .

ولنا : أن من جاز له ذبح غير الأضحية جاز له ذبح الأضحية كالمسلم ، ويجوز أن يتولى الكافر ما كان قربة للمسلم كبناء المساجد والقناطر . ولا نسلم تحريم الشحوم علينا بذبحهم ، والحديث محمول على الاستحباب ، والمستحب أن يذبحها المسلم ليخرج من الخلاف . وإن ذبحها بيده كان أفضل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) أخرجه الشيخان عن البراء (ف)

ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده ، وسمى وكبر ، ووضع رجله على صفاحهما[1] ، ونحر البدنات الست بيده ، ونحر من البدن التى ساقها فى حجته ثلاثاً وستين بدنة بيده ، ولأن فعله قربة ، وفعل القربة أولى من استنابته فيها ، فإن استناب فيها جاز ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم استناب من نحر باقى بدنه بعد ثلاث وستين ، وهذا لاشك فيه .

ويستحب أن يحضر ذبحها ، لأن فى حديث ابن عباس الطويل : « وأحضروها إذا ذبحتم ، فانه يغفر لكم عند أول قطرة من دمها » . وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة : « احضرى أضحيتك يغفر لك بأول قطرة من دمها[2] .

٧٨٩٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويقول عند الذبح : بسم الله والله أكبر ، وإن نسى فلا يضره ﴾ .

ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا ذبح قال : « بسم الله والله أكبر » وفى حديث أنس : سمى وكبر ، وكذلك كان يقول ابن عمر ، وبه يقول أصحاب الرأى ، ولا نعلم فى استحباب هذا خلافا ، ولا فى أن التسمية مجزئة ، وإن نسى التسمية أجزأه على ما ذكرنا فى الذبائح ، وإن زاد فقال : اللهم هذا منك ولك ، اللهم تقبل منى أو من فلان فحسن . وبه قال أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : يكره أن يذكر اسم غير الله لقول الله تعالى : ﴿ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ[3] ﴾ .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بكبش له ليذبحه فأضجعه ثم قال : « اللهم تقبل من محمد وآل محمد وأمة محمد ثم ضحى » : رواه مسلم ، وفى حديث جابر[4] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اللهم منك ولك عن محمد وأمته ، بسم الله والله أكبر ، ثم ذبح » . وهذا نص لا يعرج على خلافه .

٧٨٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وليس عليه أن يقول عند الذبح (عمن) ، لأن النية تجزىء ﴾ لا أعلم خلافا فى أن النية تجزىء ،

---

(١) أخرجه مسلم عن أنس ج ٣ ص ١٥٥٦ ومعنى أقرنين : لكل واحد منها قرنان حسنان ، والأملح : هو الأبيض الخالص البياض أو الذى يشوبه شىء من السواد ، وقوله (وسمى وكبر) فى رواية لأنس نفسه رواها مسلم (ويقول : باسم الله والله أكبر) ، (صفاحها) جمع صفحة وصفحة العنق : جانبه ، وفعل هذا ليكون أمكن لئلا تضطرب الذبيحة » (ف)

(٢) رواه البزار عن أبى سعيد (ف)

(٣) سورة المائدة آية ٣

(٤) أخرجه أبو يعلى بسند حسن (ف)

وإن ذكر من يضحى عنه فحسن ، ولما روينا من الحديث ، قال الحسن : يقول بسم الله والله أكبر ، وهذا منك وذلك ، تقبل من فلان وكره فى أهل الرأى هذا ، وقد ذكرناه فى التى قبلها .

٧٨٩٥ (فصــــل)

وإن عين أضحية فذبحها غيره بغير إذنه أجزأت عن صاحبها . ولا ضمان على ذابحها . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال مالك : هى شاة لحم ، لصاحبها أرشها ، وعليه بدلها ، لأن الذبح عبادة ، فإذا فعلها غير صاحبها عنه بغير إذنه لم تقع الموقع كالزكاة . وقال الشافعى : تجزىء عن صاحبها ، وله على ذابحها أرش ما بين قيمتها صحيحة ومذبوحة . لأن الذبح أحد مقصودى الهدى ، فإذا فعله فاعل بغير إذن المضحى ضمنه كتفرقة اللحم .

ولنا على مالك أنه فعل لا يفتقر إلى النية ، فإذا فعله غير الصاحب أجزأ عنه كغسل ثوبه من النجاسة . وعلى الشافعى أنها أضحية أجزأت عن صاحبها ، ووقعت موقعها ، فلم يضمن ذابحها كما لو كان بإذن ، ولأنه إراقة دم تعين إراقته لحق الله تعالى ، فلم يضمن مريقه كقاتل المرتد بغير إذن الإمام ، ولأن الأرش لو وجب ، فإنما يجب ما بين كونها مستحقة الذبح فى هذه الأيام متعينة له ، وما بين كونها مذبوحة ، ولا قيمة لهذه الحياة ولا تفاوت بين القيمتين ، فتعذر وجود الأرش ووجوبه ، ولأنه لو وجب الأرش لم يخل ، إما أن يجب للمضحى أو للفقراء ، لا جائز أن يجب للفقراء ، لأنهم إنما يستحقونها مذبوحة ، ولو دفعها إليهم فى الحياة لم يجز ، ولا جائز أن يجب له ، لأنه لا يجوز أن يأخذ بدل شىء منها كعضو من أعضائها ، ولأنهم وافقونا فى أن الأرش لا يدفع إليه ، فيتعذر إيجابه لعدم مستحقه .

٧٨٩٦ (فصــــل)

وإن نذر أضحية فى ذمته ثم ذبحها فله أن يأكل منها . وقال القاضى : من أصحابنا من منع الأكل منها ، وهو ظاهر كلام أحمد ، وبناه على الهدى المنذور .

ولنا : أن النذر محمول على المعهود ، والمعهود من الأضحية الشرعية ذبحها والأكل منها ، والنذر لا يغير من صفة المنذور إلا الإيجاب ، وفارق الهدى الواجب بأصل الشرع لا يجوز الأكل منه ، فالمنذور محمول عليه بخلاف الأضحية .

٧٨٩٧ (فصــــل)

ولا يضحى عما فى البطن ، وروى ذلك عن ابن عمر ، وبه قال الشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ولا نعلم مخالفاً لهم . وليس للعبد والمدبر والمكاتب وأم الولد أن يضحوا إلا بإذن سادتهم ، لأنهم ممنوعون من التصرف بغير إذنهم ، إلا المكاتب فإنه ممنوع من التبرع ، والأضحية تبرع ، وأما من نصفه

حر إذا ملك بجزئه الحر شيئا فله أن يضحى بغير إذن سيده ، لأن له أن يتبرع بغير إذنه .

٧٨٩٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويجوز أن يشترك السبعة فيضحوا بالبدنة والبقرة ﴾

وجملته : أنه يجوز أن يشترك فى التضحية بالبدنة والبقرة سبعة ، واجباً كان أو تطوعاً ، سواء كانوا كلهم متقربين أو يريد بعضهم القربة وبعضهم اللحم . وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : لايجوز الاشتراك فى الهدى . وقال أبوحنيفة : يجوز للمتقربين ، ولا يجوز إذا كان بعضهم غير متقرب ، لأن الذبح واحد ، فلا يجوز أن تختلف نية القربة فيه .

ولنا : ماروى جابر قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نشترك فى الإبل والبقر كل سبعة منا فى بدنة » . رواه مسلم .

ولنا : على أبى حنيفة أن الجزء المجزىء لا ينقص بإرادة الشريك غير القربة ، فجاز كما لو اختلفت جهات القُرَب ، فأراد بعضهم التضحية وبعضهم الفدية .

٧٨٩٩ (فصـــل)

ويجوز للمشتركين قسمة اللحم ، ومنع منه أصحاب الشافعى فى وجه ، بناء على أن القسمة بيع ، وبيع لحم الهدى والأضحية غير جائز .

ولنا : أن أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالإشتراك مع أن سنة الهدى والأضحية الأكل منها دليل على تجويز القسمة ، إذ لا يتمكن واحد منهم من الأكل إلا بالقسمة ، وكذلك الصدقة والهدية ، ولا نسلم أن القسمة بيع ، بل هى إفراز حق على ماذكرنا فى باب القسمة .

٧٩٠٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والعقيقة سنة عن الغلام شاتان ، وعن الجارية شاة ﴾

العقيقة : الذبيحة التى تذبح عن المولود وقيل : هى الطعام الذى يصنع ويدعى إليه من أجل المولود .
قال أبو عبيد : الأصل فى العقيقة الشعر الذى على المولود ، وجمعها عقائق ، ومنها قول الشاعر :

أيا هندُ لا تَنكِحَى بُوَهةً عليه عَقيقَتُهُ أحْسَبا[1]

(١) قائل هذا البيت امرؤ القيس وهو فى ديوانه ص ١٢٨ (البوهة : البومة تضرب مثلا للرجل الذى لاخير فيه ولا عقل له ، يقول لهند أخته لا تنكحى رجلا هو فى الرجال مثل هذه فى الطير ، وعقيقته : شعره الذى ولد به يريد أنه لايتهيأ ولا يتنظف ، والأحسب : من الحسبة وهى صهبة تضرب إلى الحمرة وهى مذمومة عند العرب وإنما يأمرها أن تتزوج من الرجل المتنظف فى لباسه وهيئته المعطرة (ف) .

ثم إن العرب سمت الذبيحة عند حلق شعره عقيقة على عاداتهم فى تسمية الشىء باسم سببه أو ماجاوره ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية ، وصارت الحقيقة مغمورة فيه ، فلا يفهم من العقيقة عند الإطلاق إلا الذبيحة . وقال ابن عبد البر أنكر أحمد هذا التفسير وقال : إنما العقيقة الذبح نفسه . ووجهه أن أصل العق القطع ، ومنه عق والديه إذا قطعهما ، والذبح قطع الحلقوم والمرىء والودجين .

والعقيقة سنة فى قول عامة أهل العلم ، منهم : ابن عباس ، وابن عمر ، وعائشة ، وفقهاء التابعين ، وأئمة الأمصار ، إلا أصحاب الرأى ، قالوا : ليست سنة ، وهى من أمر الجاهلية ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن العقيقة فقال : « إن الله تعالى لا يحب العقوق » فكأنه كره الاسم ، وقال : « من ولد له مولود فأحب أن ينسك عنه فليفعل » ، رواه مالك فى موطئه ، وقال الحسن ، وداود : هى واجبة ، وروى عن بريدة أن الناس يعرضون عليها كما يعرضون على الصلوات الخمس ، لما روى سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل[1] غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ، ويسمى فيه ، ويحلق رأسه » . وعن أبى هريرة مثله ، قال أحمد : إسناده جيد . وروى حديث سمرة الأثرم وأبو داود ، وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرهم[2] عن الغلام بشاتين ، وعن الجارية بشاة ، وظاهر الأمر الوجوب .

ولنا : على استحبابها هذه الأحاديث ، وعن أم كرز الكعبية قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « عن الغلام شاتان مكافئتان[3] ، وعن الجارية شاة » . وفى لفظ : « عن الغلام شاتان مثلان وعن الجارية شاة » . رواه أبو داود ، وفى رواية قال : « العقيقة عن الغلام شاتان » . والإجماع ، قال أبو الزناد : العقيقة من أمر الناس كانوا يكرهون تركه ، وقال أحمد : العقيقة سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قد عق عن الحسن والحسين ، وفعله أصحابه ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم : «الغلام مرتهن بعقيقته » . وهو إسناد جيد ، يرويه أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وجعلها أبو حنيفة من أمر الجاهلية ، وذلك لقلة علمه ومعرفته بالأخبار . وأما بيان كونها غير واجبة فدليله ما احتج به أصحاب الرأى من الخبر ، وما رووه محمول على تأكيد الاستحباب جمعاً بين الأخبار ، ولأنها ذبيحة لسرور حادث ، فلم تكن واجبة كالوليمة والنقيعة[4] .

---

(١) أخرجه أحمد وأبو دواد والترمذى والنسائى وابن ماجه (ف)

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه (ف)

(٣) أخرج الترمذى ج ١ ص ٢٨٦ عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرهم عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجاريه شاة» وفيه أيضاً عن أم كرز أنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العقيقة فقال عن الغلام شاتان وعن الأنثى واحدة لا يضركم ذكراناً كن أم إناثاً » وللنسائى ج ٧ ص ١٦٥ رواية بلفظ المغنى (ف).

(٤) النقيعة : طعام يصنع للقادم من السفر (ف)

٧٩٠١ (فصـــــــل)

والعقيقة أفضل من الصدقة بقيمتها ، نص عليه أحمد ، وقال : إذا لم يكن عنده ما يعق فاستقرض رجوت أن يخلف الله عليه إحياء سنة[١] . قال ابن المنذر : صدق أحمد ، إحياء السنن واتباعها أفضل ، وقد ورد فيها من التأكيد فى الأخبار التى رويناها مالم يرد فى غيرها ، ولأنها ذبيحة أمر النبى صلى الله عليه وسلم بها ، فكانت أولى كالوليمة والأضحية .

٧٩٠٢ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة ﴾

هذا قول أكثر القائلين بها ، وبه قال ابن عباس ، وعائشة ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وكان ابن عمر يقول : شاة شاة عن الغلام والجارية ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أنه عق عن الحسن شاة وعن الحسين شاة » ، رواه أبو داود[٢] ، وكان الحسن وقتادة لا يريان عن الجارية عقيقة ، لأن العقيقة شكر للنعمة الحاصلة بالولد ، والجارية لا يحصل بها سرور[٣] فلا يشرع لها عقيقة .

ولنا : حديث عائشة وأم كرز ، وهذا نص وما رووه محمول على الجواز .

إذا ثبت هذا ، فالمستحب أن تكون الشاتان متماثلتين ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « شاتان مكافئتان » وفى رواية « مثلان » قال أحمد : يعنى متقاربتين أو متساويتين ، لما جاء من الحديث فيه ، ويجوز فيها الذكر والأنثى ، لما روى فى حديث أم كرز أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « عن الغلام شاتان مكافئتان ، وعن الجارية شاة ، ولا بأس أن يكون ذكوراً أو إناثاً » . رواه سعيد وأبو داود ، والذكر أفضل ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين بكبش كبش ، وضحى بكبشين أقرنين ، والعقيقة تجرى مجرى الأضحية ، والأفضل فى لونها البياض . على ماذكرنا فى الأضحية ، لأنها تشبهها ، ويستحب استسمانها واستعظامها واستحسانها كذلك ، وإن خالف ذلك أو عق بكبش واحد أجزأ لما رويناه من حديث الحسن والحسين .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : لإحياء السنة .

(٢) أخرجه أبو داود عن ابن عباس ج ٢ ص ٩٦ وروى النسائى بسنده عن ابن عباس ج ٧ ص ١٦٦ « بكبشين كبشين » واللفظ يحتمل أنه ضحى عن كل واحد بكبشين ولذلك كرر ، ويحتمل أن التكرير للتأكيد والكبشان عن الاثنين على أن كل واحد عق عنه بكبش ويرجحه رواية أبى داود (ف) .

(٣) بعيد جداً أن يعلل الحسن وقتادة هذا التعليل فى الإسلام ، وعلى قرب من عهد النبى صلى الله عليه وسلم .

٧٩٠٣ ﴿ مسألة ﴾

قال (ويذبح يوم السابع)

قال أصحابنا : السنة أن تذبح يوم السابع ، فإن فات ففى أربع عشرة ، فإن فات ففى إحدى وعشرين ، ويروى هذا عن عائشة . وبه قال إسحاق ، وعن مالك فى الرجل يريد أن يعق عن ولده فقال : ماعلمت هذا من أمر الناس ، وما يعجبنى ، ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم القائلين بمشروعيتها فى استحباب ذبحها يوم السابع ، والأصل فيه حديث سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل غلام رهينة بعقيقته ، تذبح عنه يوم سابعه ، ويسمى فيه ، ويحلق رأسه » . وأما كونه فى أربع عشرة ثم فى إحدى وعشرين فالحجة فيه قول عائشة رضى الله عنها ، وهذا تقدير الظاهرُ أنها لاتقوله إلا توقيفاً ، وإن ذبح قبل ذلك أو بعده أجزأه ، لأن المقصود يحصل ، وإن تجاوز أحداً وعشرين احتمل أن يستحب فى كل سابع ، فيجعله فى ثمانية وعشرين ، فإن لم يكن ففى خمسة وثلاثين ، وعلى هذا قياساً على ما قبله ، واحتمل أن يجوز فى كل وقت ، لأن هذا قضاء فائت ، فلم يتوقف كقضاء الأضحية وغيرها ، وإن لم يعق أصلا فبلغ الغلام وكسب فلا عقيقة عليه ، وسئل أحمد عن هذه المسألة فقال ليس ذلك على الولد ، يعنى لايعق عن نفسه ، لأن السنة فى حق غيره ، وقال عطاء ، والحسن يعق عن نفسه ، لأنها مشروعة عنه ، ولأنه مرتهن بها فينبغى أن يشرع له فكاك نفسه .

ولنا : أنها مشروعة فى حق الولد فلا يفعلها غيره كالأجنبى فى صدقة الفطر .

٧٩٠٤ (فصـــل)

ويستحب أن يحلق رأس الصبى يوم السابع ، ويسمى لحديث سمرة ، وإن تصدق بزنة شعره فضة فحسن لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة لما ولدت الحسن : « احلقى رأسه ، وتصدقى بزنة شعره فضة على المساكين والأوفاض[1] » يعنى أهل الصفة ، رواه الإمام أحمد . وروى سعيد فى سننه عن محمد بن على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين بكبش كبش ، وأنه تصدق بوزن شعورهما ورقا وأن فاطمة كانت إذا ولدت ولداً حلقت شعره وتصدقت بوزنه ورقا ، وإن سماه قبل السابع جاز لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ولد الليلة لى غلام فسميته باسم أبى إبراهيم » وسمى الغلام الذى جاءه به أنس بن مالك فحنكه وسماه عبد الله ، ويستحب أن يحسن اسمه ، لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أنكم تدعون[2] يوم القيامة بأسمائكم . وأسماء آبائكم ، فأحسنوا أسماءكم » وقال عليه السلام : « أحب

---

(١) أخرجه أحمد والطبرانى فى الكبير عن أبى رافع . والأوفاض بفاء ومعجمة . المتفرقون وأصله من وفضت الإبل إذا تفرقت والمراد بهم أهل الصفة (ف) (٢) أخرجه أحمد وأبوداود عن أبى الدرداء (ف) .

الأسماء[1] إلى عبد الله وعبد الرحمن » حديث صحيح .

وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : « أحب الأسماء إلى الله تعالى أسماء الأنبياء » . وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « تسموا[2] باسمى ، ولا تكنوا بكنيتى » ، وفى رواية « لاتجمعوا[3] بين اسمى وبين كنيتى » .

٧٩٠٥ (فصــــل)

ويكره أن يلطخ رأسه بدم ، كره ذلك أحمد ، والزهرى ، ومالك والشافعى ، وابن المنذر ، وحكى عن الحسن . وقتادة : أنه مستحب ، لما روى فى حديث سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الغلام مرتهن بعقيقته ، تذبح عنه يوم السابع[4] ويُدَمَّى » رواه همام عن قتادة عن الحسن عن سمرة . قال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً قال هذا إلا الحسن وقتادة ، وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « مع الغلام عقيقته فهريقوا عنه دما ، وأميطوا عنه الأذى » رواه أبو داود وهذا يقتضى أن لا يمس بدم لأنه أذى .

وروى يزيد بن عبد المزنى عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : يعق عن الغلام ولا يمس رأســه بدم » قال مهنا ذكرت هذا الحديث لأحمد ، فقال : ما أظرفه ورواه ابن ماجه ، ولم يقل عن : أبيه ، ولأن هذا تنجيس له ، فلا يشرع كلطخة بغيرة من النجاسات .

وقال بريدة كنا فى الجاهلية « إذا ولد لأحدنا غلام ذبح شاة ويلطخ رأسه بدمها فلما جاء الإسلام كنا نذبح شاة ونحلق ونلطخه بزعفران » رواه أبو داود فأما رواية من روى « ويدمى » فقــال أبو داود « ويسمى » أصح هكذا قال سلام بن أبى مطيع عن قتادة وإياس بن دغفل عن الحسن ووهم همام فقال ويدمى قال أحـــد قال فيه ابن أبى عروبة يسمى ، وقال همام يدمى وما أراه إلا أخطأ وقد قيل هو تصحيف من الراوى .

٧٩٠٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ويجتنب فيها من العيب ما يجتنب فى الأضحية ﴾

---

(١) هكذا فى نسخ المغنى : أحب الأسماء إلى) والحديث أخرجه مسلم وأبوداود والترمذى وابن ماجه عن ابن عمر بلفظ (أحب الأسماء إلى الله) (ف) (٢) أخرجه مسلم عن جابر (ف) .

(٣) أخرجه احمد عن عبد الرحمن بن أبى عمرة (ف) .

(٤) أخرجه أبوداود ثم قال : هذا وهم من همام كما فى ج ٢ ص ٩٥ ورجح رواية (ويسمى) (ف) .

وجملته أن حكم العقيقة حكم الأضحية فى سنها وأنه يمنع فيها من العيب ما يمنع فيها ويستحب فيها من الصفة ما يستحب فيها وكانت عائشة تقول ائتونى به أعين أقرن ، وقال عطاء الذكر أحب إلى من الأنثى والضأن أحب من المعز فلا يجزىء فيها أقل من الجذع من الضأن والثنى من المعز ولا يجوز فيها العوراء البين عورها والعرجاء البين ظلعها ، والمريضة البين مرضها . والعجفاء التى لا تنقى والعضباء التى ذهب أكثر من نصف أذنها أو قرنها وتكره فيها الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة ويستحب استشراف العين والأذن كما ذكرنا فى الأضحية سواء لأنها تشبهها فتقاس عليها .

٧٩٠٧ (مســـــألة)

قال (وسبيلها فى الأكل والهدية والصدقة سبيلها لا أنها تطبخ أجْدَالاً)

وبهذا قال الشافعى وقال ابن سيرين إصنع بلحمها كيف شئت ، وقال ابن جريج تطبخ بماء وملح وتهدى الجيران والصديق ولا يتصدق منها بشىء ، وسئل أحمد عنها فحكى قول ابن سيرين وهذا يدل على أنه ذهب إليه وسئل هل يأكلها كلها ؟ قال لم أقل يأكلها كلها ولا يتصدق منها بشىء والأشبه قياسها على الأضحية لأنها نسيكة مشروعة غير واجبة فأشبهت الأضحية ولأنها أشبهتها فى صفاتها وسنها وقدرها وشروطها فأشبهتها فى مصرفها وإن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن ، ويستحب أن تفصل أعضاؤها ولا تكسر عظامها لما روى عن عائشة أنها قالت « السنة شاتان مكافئتان عن الغلام ، وعن الجارية شاة تطبخ جدولا ولا يكسر عظم ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك يوم السابع »

قال أبو عبيد الهروى فى العقيقة تطبخ جُدُولاً لا يكسر لها عظم أى عضواً عضواً وهو الجِدْلُ بالدال غير المعجمة والأرب والشلو والعضو والوصل كله واحد وإنما فعل بها ذلك لأنها أول ذبيحة ذبحت عن المولود فاستحب فيها ذلك تفاؤلا بالسلامة كذلك قالت عائشة ، وروى أيضاً عن عطاء وابن جريج وبه قال الشافعى .

٧٩٠٨ (فصــــــل)

قال أحمد يباع الجلد والرأس والسقط ويتصدق به وقد نص فى الأضحية على خلاف هذا وهو أقيس فى مذهبه لأنها ذبيحة لله فلا يباع منها شىء كالهدى ولأنه تمكن الصدقة بذلك بعينه فلا حاجة إلى بيعه ، وقال أبو الخطاب يحتمل أن ينقل حكم إحداهما إلى الأخرى فيخرج فى المسألتين روايتان ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث أن الأضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فأشبهت الهدى والعقيقة شرعت عند سرور حادث وتجدد نعمة فأشبهت الذبيحة فى الوليمة ولأن الذبيحة ههنا لم تخرج عن ملكه فكان له أن يفعل بها ما شاء من بيع وغيره والصدقة بثمن ما بيع منها بمنزلة الصدقة به فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك .

٧٩٠٩ (فصـــــل)

قال بعض أهل العلم يستحب للوالد أن يؤذن فى أذن ابنه حين يولد لما روى عبد الله بن رافع عن أمه[1] أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن فى أذن الحسن حين ولدته فاطمة وعن عمر بن عبد العزيز أنه كان إذا ولد له مولود أخذه فى خرقة فأذن فى أذنه اليمنى وأقام فى اليسرى وسماه ورويناأن رجلا قال لرجل عند الحسن يهنئه بابن له « ليهنك الفارس ، فقال الحسن وما يدريك أنه فارس هو أو حمار ؟ فقال كيف نقول ؟ قال قل: «بورك فى الموهوب وشكرت الواهب وبلغ أشده ورزقت بره » وروى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحنك أولاد الأنصار بالتمر » وروى أنس قال « ذهبت بعبد الله بن أبى طلحة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حين ولد قال هل معك تمر ؟ فناولته تمرات فلاكهن ثم فغر فاه ثم مجه فيـه فجعل يتلمظ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « حب الأنصار التمر ، وسماه عبدالله »

٧٩١٠ (فصـــــل)

قال أصحابنا لا تسن الفرعة ولا العتيرة وهو قول علماء الأمصار سوى ابن سيرين فإنه كان يذبح العتيرة فى رجب ويروى فيها شيئاً والفرعة والفرع بفتح الراء أول ولد الناقة كانوا يذبحونه لآلهتهم فى الجاهلية فنهوا عنها ، قال ذلك أبو عمرو الشيبانى وقال أبو عبيد العتيرة هى الرجبية كان أهل الجاهلية إذا طلب أحدهم أمراً نذر أن يذبح من غنمه شاة فى رجب وهى العتائر والصحيح إن شاء الله تعالى أنهم كانوا يذبحونها فى رجب من غير نذر جعلوا ذلك سنة فيما بينهم كالأضحية فى الأضحى وكان منهم من ينذرها كما قد تنذر الأضحية ، بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم « على كل أهل بيت أضحاة وعتيرة » وهـذا الذى قاله النبى صلى الله عليه وسلم فى بدء الإسلام تقرير لما كان فى الجاهلية وهو يقتضى ثبوتها بغير نذر ثم نسخ ذلك بعد ، ولأن العتيرة لو كانت هى المنذورة لم تكن منسوخة فإن الإنسان لو نذر ذبح شاة فى أى وقت كان لزمه الوفاء بنذره والله أعلم وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت « أمرنا رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم بالفرعة من كل خمس[2] واحدة » قال ابن المنذر هذا حديث ثابت ،

---

(١) فى نسخ المغنى (عن عبد الله بن رافع عن أمه) والصواب (عن عبيد الله بن أبى رافع عن أبيه كما فى مسند أحمد ج ٦ ص ٩ وسنن الترمذى ج ١ ص ٢٨٦ وسنن أبى داود ج ٢ ص ٦٢١ ، وفيها جميعاً (الحسن) لكن فى منتقى الأخبار (الحسين) منسوباً إلى مسند أحمد و (الحسن) منسوباً إلى أبى داود والترمذى فلعله وقعت لديه نسخة من مسند أحمد كذلك ــ ومما سبق يتبين أن الصواب (عبيد الله) بالتصغير لا (عبدالله) ، و (أبى رافع) لا (رافع) ، (أبيه) لا (أمه) ف .

(١) فى نسخ المغنى (من كل خمس) والصواب (خمسين) كما فى سنن أبى دواد ج ٢ ص ٩٤ ومثله أخرجه الحاكم والبيهقى عن عائشة ف .

ولنا : ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا فرع ولا عتيرة » متفق عليه وهذا الحديث متأخر عن الأمر بها فيكون ناسخاً ودليل تأخره أمران .

أحدهما : أنه رواية أبو هريرة وهو متأخر الإسلام فإن إسلامه فى سنة فتح خيبر وهى السنة السابعة من الهجرة .

والثانى : أن الفرع والعتيرة كان فعلهما أمراً متقدماً على الإسلام فالظاهر بقاؤهم عليه إلى حين نسخه واستمرار النسخ من غير رفع له ولو قدرنا تقدم النهى على الأمر بها لكانت قد نسخت ثم نسخ ناسخها وهذا خلاف الظاهر .

إذا ثبت هذا : فإن المراد بالخبر نفى كونها سنة لا تحريم فعلها ولا كراهته فلو ذبح إنسان ذبيحة فى رجب أو ذبح ولد الناقة لحاجته إلى ذلك أو للصدقة به وإطعامه لم يكن ذلك مكروها . والله تعالى أعلم .

كتاب السبق والرمى

المسابقة جائزة بالسنة والإجماع . أما السنة : فروى ابن عمر «أن النبى صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المُضْمرة[١] من الحَفْيَاءِ إلى ثَنِيَّةِ الوَدَاعِ[٢]، وبين التى لم تُضْمَرْ من ثَنِيَّةِ الوَدَاعِ إلى مَسْجِدِ بنى زُرَيْقٍ» متفق عليه قال موسى بن عقبة : من الحفياء إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة أميال ، وقال سفيان : من الثنية إلى مسجد بنى زريق ميل أو نحوه ، وأجمع المسلمون على جواز المسابقة فى الجملة ، والمسابقة على ضربين : مسابقة بغير عوض ومسابقة بعوض ، فأما المسابقة بغير عوض فتجوز مطلقا من غير تقييد بشىء معين كالمسابقة على الأقدام والسفن والطيور والبغال والحمير والفيلة والمزاريق ، وتجوز المصارعة ورفع الحجر ليعرف الأشد وغير هذا لأن النبى صلى الله عليه وسلم « كان فى سفر مع عائشة فسابقته على رجلها فسبقته قالت : فلما حملت اللحم سابقته فسبقنى فقال : هذا بتلك » رواه أبو داود ، وسابق[٣] سلمة بن الأكوع رجلا من الأنصار بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم فى يوم ذى قرد وصارع النبى صلى الله عليه وسلم ركانة فصرعه » رواه الترمذى ، ومر بقوم يربعون حجراً يعنى يرفعونه ليعرفوا الأشد منهم فلم ينكر عليهم وسائر المسابقة يقاس على هذا .

وأما المسابقة بعوض فلا تجوز إلا بين الخيل والإبل والرمى لما سنذكره إن شاء الله تعالى واختصت هذه الثلاثة بتجويز العوض فيها لأنها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وإحكامها والتفوق فيها وفى المسابقة بها مع العوض مبالغة فى الاجتهاد فى النهاية لها والإحكام لها وقد ورد الشرع بالأمر بها والترغيب فى فعلها قال تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « ألا إن القوة الرمى ألا إن القوة الرمى »[٤] وروى سعيد فى سننه عن خالد بن زيد قال

---

(١) المضمرة : الخيل التى تعلف لتسمن وتقوى ثم يقلل علفها بقدر القوت وتدخل بيتا وتغشى بالجلال حتى تحمى فتعرق فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجرى (ف) .

(٢) ثنية الوداع قرب المدينة سميت بذلك لأن المودعين يمشون مع حاج المدينة إليها (ف) .

(٣) من حديث طويل أخرجه مسلم عن مسلمة بن الأكوع ج ٤ ص ١٤٣٩ وفيه « وكان رجل من الأنصار لا يسبق أبداً قال : فجعل يقول : ألا مسابق إلى المدينة ؟ هل من مسابق ؟ فجعل يعيد ذلك قال : فلما سمعت كلامه قلت : أما تكرم كريما ولا تهاب شريفا ؟ قال : لا إلا أن يكون رسول الله قال : قلت يا رسول الله . بأبى وأمى ذرنى فلأسابق الرجل قال : إن شئت .... قال فسبقته إلى المدينة (ف) .

(٤) أخرجه مسلم وغيره عن عقبة بن عامر (ف) .

« كنت رجلا رامياً وكان عقبة بن عامر الجهنى يمر بى فيقول يا خالد أخرج بنا نرمى فلما كان ذات يوم أبطأت عنه فقال هلم أحدثك حديثاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة : صاحبه يحتسب فى صنعه الخير ، والرامى به ، ومنبله ، ارموا واركبوا وأن ترموا أحب إلى من أن تركبوا وليس من اللهو[1] إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله ومن ترك الرمى بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها » وعن مجاهد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الملائكة لاتحضر من لهوكم إلا الرهان والنضال » قال الأزهرى النضال فى الرمى والرهان فى الخيل والسباق فيهما قال مجاهد « ورأيت ابن عمر يشتد بين المدفين إذا أصاب خصلة قال أنا بها وعن حذيفة مثله » .

٧٩١١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ والسبْق فى النصل والحافر والخف لا غير ﴾

السبْق بسكون الباء المسابقة والسبَق بفتحها الجعل المخرج فى المسابقة والمراد بالنصل ههنا السهم ذو النصل وبالحافر الفرس وبالخف البعير عبر عن كل واحد منها بجزء منه يختص به ، ومراد الخرقى أن المسابقة بعوض لا تجوز إلا فى هذه الثلاثة وبهذا قال الزهرى ومالك ، وقال أهل العراق : يجوز ذلك فى المسابقة على الأقدام والمصارعة لورود الأثر بهما فإن النبى صلى الله عليه وسلم سابق عائشة وصارع ركانة ، ولأصحاب الشافعى وجهان كالمذهبين ولهم فى المسابقة فى الطيور والسفن وجهان بناء على الوجهين فى المسابقة على الأقدام والمصارعة .

ولنا : ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا سبق إلا فى نصل أو خف أوحافر » رواه أبو داود فنفى السبق فى غير هذه الثلاثة ويحتمل أن يراد به نفى الجعل أى لا يجوز الجعل إلا فى هذه الثلاثة ، ويحتمل أن يراد به نفى المسابقة بعوض فإنه يتعين حمل الخبر على أحد الأمرين للإجماع على جواز المسابقة بغير عوض فى هذه الثلاثة ، وعلى كل تقدير فالحديث حجة لنا .

ولأن غير هذه الثلاثة لا يحتاج إليها فى الجهاد كالحاجة إليها فلم تجز المسابقة عليها بعوض كالرمى بالحجارة ورفعها . إذا ثبت هذا : فالمراد بالنصل السهام من النُّشَّاب والنَّبْل دون غيرها والحافر الخيل وحدها والخف الإبل وحدها ، وقال أصحاب الشافعى تجوز المسابقة بكل ماله نصل من المزاريق[2] وفى

---

(١) أى ليس من اللهو المحمود إلا ثلاث والحديث رواه أبو داود (ف) .

(٢) المزاريق جمع مزراق وهو الرمح القصير (ف) .

الرمح والسيف وجهان وفى الفيل والبغال والحمير وجهان لأن للمزاريق والرماح والسيوف نصلا وللفيل خف وللبغال والحمير حوافر فتدخل فى عموم الخبر .

ولنا : أن هذه الحيوانات المختلف فيها لا تصلح للكر والفر ولا يقاتل عليها ولا يسهم لها والفيل لايقاتل عليه أهل الإسلام ، والرماح والسيوف لا يرمى بها فلم تجز المسابقة عليها كالبقر والتِّرَاسَ والخبر ليس بعام فيما تجوز المسابقة به لأنه نكرة فى إثبات وإنما هو عام فى نفى ما لا تجوز المسابقة به بعوض لكونه نكرة فى سياق النفى ثم لو كان عاما لحمل على ما عهدت المسابقة عليه وورد الشرع بالحث على تعلمه وهو ما ذكرناه .

٧٩١٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا أراد أن يستبقا أخرج أحدهما ولم يخرج الآخر فإن سبق من أخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من المسبوق شيئاً وإن سبق من لم يخرج أحرز سبق صاحبه ﴾

وجملته أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو حزبين لم تخل إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما فإن كان من غيرهما نظرت فإن كان من الإمام جاز سواء كان من ماله أو بيت المال لأن فى ذلك مصلحة وحثا على تعلم الجهاد ونفعاً للمسلمين وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك : لايجوز بذل العوض من غير الإمام لأن هذا مما يحتاج إليه للجهاد فاختص به الإمام لتوليه الولايات وتأمير الأمراء .

ولنا : أنه بذل لماله فيما فيه مصلحة وقربة فجاز كما لو اشترى به خيلا وسلاحا ، فأما إن كان منهما اشترط كون الجعل من أحدهما دون الآخر فيقول إن سبقتنى فلك عشرة وإن سبقتك فلا شىء عليك فهذا جائز ، وحكى عن مالك أنه لايجوز لأنه قمار .

ولنا : أن أحدهما يختص بالسبق فجاز كما لو أخرجه الإمام ، ولايصح ما ذكره لأن القمار أن لايخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم وههنا لاخطر على أحدهما فلا يكون قماراً فإذا سبق المخرج أحرز سبقه ولاشىء له على صاحبه ، وإن سبق الآخر أخذ سبق المخرج فملكه وكان كسائر ماله لأنه عوض فى الجعالة فيملك فيها كالعوض المجهول فى رد الضالة والآبق وإن كان العوض فى الذمة فهو دين يقضى به عليه ويجبر على تسليمه إن كان موسراً وإن أفلس ضرب به مع الغرماء .

٧٩١٣ (فصـل)

وللمسابقة عقد جائز ذكره ابن حامد وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى وقال فى الآخر هو لازم

إن كان العوض منهما وجائز إذا كان من أحدهما أو من غيرهما وذكره القاضى احتمالا لأنه عقد من شرطه أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالإجارة .

ولنا : أنه عقد على مالا تتحقق القدرة على تسليمه فكان جائزاً كرد الآبق فإنه عقد على الإصابة ولا يدخل تحت قدرته وبهذا فارق الإجارة ، فعلى هذا لكل واحد من المتعاقدين الفسخ قبل الشروع فى المسابقة ، وإن أراد أحدهما الزيادة فيها أو النقصان منها لم يلتزم الآخر إجابته ، وأما بعد الشروع فى المسابقه فإن كان لم يظهر لأحدهما فضل على الآخر جاز الفسخ لكل واحد منهما ، وإن ظهر لأحدهما فضل مثل أن يسبقه بفرسه فى بعض المسابقة أو يصيب بسهامه أكثر منه فللفاضل الفسخ ، ولا يجوز للمفضول لأنه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة لأنه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك المسابقة فلا يحصل المقصود ، وقال أصحاب الشافعى إذا قلنا العقد جائز ففى جواز الفسخ من المفضول وجهان

٧٩١٤ (فصـــــل)

ويشترط أن يكون العوض معلوما لأنه مال فى عقد فكان معلوما كسائر العقود ويكون معلوما بالمشاهدة أو بالقدر والصفة على ماتقدم فى غير موضع ، ويجوز أن يكون حالا ومؤجلا كالعوض فى البيع ، ويجوز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا ، فلو قال : إن نضلتنى فلك دينار حال وقفيز حنطة بعد شهر جاز وصح النضال لأن ماجاز أن يكون حالا ومؤجلا جاز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا كالثمن ، غير أنه يحتاج إلى صفة الحنطة بما تصير به معلومة .

٧٩١٥ (فصـــــل)

فإن شرط أن يطعم السبق أصحابه فالشرط فاسد لأنه عوض على عمل فلا يستحقه غير العامل كالعوض فى رد الآبق ولا يفسد العقد . وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى : يفسد .

ولنا : أنه عقد لاتقف صحته على تسمية بدل فلم يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ، وذكر القاضى أن الشروط الفاسدة فى المسابقة قسمين .

أحدهما : مايخل بشرط صحة العقد نحو أن يعود إلى جهالة العوض أو المسافة ونحوهما فيفسد العقد لأن العقد لايصح مع فوات شرطه .

والثانى : مالا تخل بشرط العقد نحو أن يشترط أن يطعم السبق أصحابه أو غيرهم أويشرط أنه إذا نضل لا يرمى أبداً أولا يرمى شهراً أو شرطا أن لكل واحد منهما أو لأحدهما فسخ العقد متى شاء بعد الشروع فى العمل وأشباه هذا فهذه شروط باطلة فى نفسها وفى العقد المقترن بها وجهان .

أحدهما : صحته لأن العقد تم بأركانه وشروطه فإذا حذف الزائد الفاسد بقى العقد صحيحاً .

والثانى : يبطل لأنه بذل العوض لهـذا الغرض فإذا لم يحصل له غرضه لايلزمه العوض ، وكل موضع فسدت المسابقة فإن كان السابق المخرج أمسك سبقـه ، وإن كان الآخر فله أجر عمله لأنه عمل بعوض لم يسلم له فاستحق أجر المثل كالإجارة الفاسدة .

٧٩١٦ (فصـــــل)

وإذا كان المخرج غير المتسابقين فقال لها أو الجماعة أيكم سبق فله عشرة جاز لأن كلا منهم يطلب أن يكون سابقاً وأيهم سبق استحق العشرة ، وإن جاءوا جميعاً فلا شىء لواحد منهم لأنه لا سابق فيهم ، وإن قال لاثنين أيكما سبق فله عشرة وأيكما صلى فله عشرة لم يصح ، لأنه لافائدة فى طلب السبق فلا يحرص عليه لعدم فائدته فيه ، وإن قال ومن صلى فله خمسة صح لأن كل واحد يطلب السبق لفائدته فيه بزيادة الجعل ، وإن كانوا أكثر من اثنين فقال من سبق فله عشرة ومن صلى فله كذلك صح لأن كل واحد منهم يطلب أن يكون سابقاً أو مصلياً والمُصَلِّى هو الثانى لأن رأسه عند صَلاَ الآخِرَ والصَّلَوَان هما العظمان الناتئان من جانبى الذَّنَبِ وفى الأثر عن على رضى الله عنه أنه قال « سبق أبوبكر ، وصلى عمر ، وخبطتنا عشواء » وقال الشاعر :

إن تبتدر غاية يوماً لمكرمة تلق السوابق منا والمصلينا(١)

فإن قال للمُجَلِّى وهو الأول مائة والمصلى وهو الثانى تسعون ، وللتالى وهو الثالث ثمانون ، وللنازع وهو الرابع سبعون ، وللمُرْتَاح وهو الخامس ستون وللحَظِىِّ وهو السادس خمسون ، وللعَاطِف وهو السابع أربعون ، وللمُؤَمِّل وهو الثامن ثلاثون ، ولِلَّطِيم وهو التاسع عشرون ، وللسُّكَيْت وهو العاشر عشرة ، وللفِسْكِل وهو الآخر خمسة صح لأن كل واحد يطلب السبق فإذا فاته طلب ما يلى السابق والفسكل اسم للآخر ثم يستعمل هذا فى غير المسابقة بالخيل تجوزاً كما روى « أن أسماء ابنة عميس كانت تزوجت جعفر بن

---

(١) قائله بشامة بن حزن النهشلى وهو من شعراء الحماسة لأبى تمام ج ١ ص ٢٦ ويقال : ابتدرنا الغاية وإلى الغاية أى استبقنا إليها وقوله لمكرمة أى لاكتساب مكرمة والمصلى هو الثانى من أسماء خيل الحلبة التى تخرج للسباق وهى عشرة ولم يتفق على أسمائها سوى اثنين المصلى وهو الثانى ، والسكيت وهو العاشر ، وقد جاء ترتيبها فى شرح الحماسة هكذا :

السابق فالمصلى فالمسلى فالعاطف فالمرتاح فالحظى فالمؤمل وهذه السبعة لها حظوظ ثم اللواتى لا حظوظ لها وهى اللطيم فالوغد فالسكيت وفى بلوغ الأرب ج ٢ ص ١٠٣ رتبت هكذا :

السابق (المجلى) فالمصلى فالمسلى فالتالى فالمرتاح فالعاطف فالمؤمل فالحظى فاللطيم فالسكيت ، والفسكل الذى يجىء فى آخر حلبة الخيل وقد تبع فى هذا محمد بن يزيد بن مسلمة بن عبد الملك بن مروان فى منظومته (ف)

أبى طالب ، وولدت له عبد الله ، وَمحمداً ، وعونًا ، ثم تزوجها أبو بكر الصديق ، فولدت له محمد بن أبى بكر ، ثم تزوجها على ابن أبى طالب فقالت له: إن ثلاثة أنت آخرهم لأخيار . فقال لولدها فَسْكَلَتْنِي[1] أمُّكم » .
وإن جعل للمصلّى أكثر من السابق أو مثله ، أو جعل للتالى أكثر من المصلى أو مثله ، أو لم يجعل للمصلى شيئاً لم يجز ، لأن ذلك يفضى إلى ألا يقصد السبق ، بل يقصد التأخر ، فيفوت المقصود .

٧٩١٧ (فصـــــل)

إذا قال لعشرة : من سبق منكم فله عشرة صح ، فإن جاءوا معاً فلا شيء لهم ، لأنه لم يوجد الشرط الذى يستحق به الجعل فى واحد منهم . وإن سبقهم واحد فله العشرة ، لوجود الشرط فيه . وإن سبق الثانى فلها العشرة . وإن سبق تسعة وتأخر واحد فالعشرة للتسعة ، لأن الشرط وجد فيهم ، فكان الجعل بينهم ، كما لو قال : من رد عبدى الآبق فله عشرة ، فرده تسعة . ويحتمل أن يكون لكل واحد من السابقين عشرة ، لأن كل واحد منهم سابق فيستحق الجعل بكماله ، كما لو قال : من رد عبداً لى فله عشرة ، فرد كل واحد عبداً . وفارق ما لو قال : من رد عبدى فرده تسعة ، لأن كل واحد منهم لم يرده ، إنما رده حصل من الكل ، ويصير هذا كما لو قال : من قتل قتيلاً فله سلبه: فإن قتل كل واحد واحداً فلكل واحد سلب قتيله كاملا ، وإن قتل الجماعة واحداً فلجميعهم سلب واحد ، وههنا كل واحد له سبق مفرد ، فكان له الجعل كاملا . فعلى هذا لو قال : من سبق فله عشرة . ومن صلى فله خمسة ، فسبق خمسة وصلى خمسة ، فعلى الأول من الوجهين للسابقين عشرة ، لكل واحد منهم درهمان ، وللمصلين خمسة ، لكل واحد منهم درهم . وعلى الوجه الثانى لكل واحد من السابقين عشرة ، فيكون لهم خمسون ، ولكل واحد من المصلين خمسة ، فيكون لهم خمسة وعشرون . ومن قال بالوجه الأول . احتمل على قوله ألا يصح العقد على هذا الوجه ، لأنه يحتمل أن يسبق تسعة فيكون لهم عشرة ، لكل واحد درهم وتُسع ، ويصلى واحد فيكون له خمسة ، فيصير للمصلى من الجعل فوق ما للسابق ، فيفوت المقصود .

٧٩١٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإن أخرجا جميعاً لم يجز إلا أن يدخلا بينهما محللا يكافىء فرسه فرسيهما ، أو بعيره بعيريهما ، أو رميه رمييهما ، فإن سبقهما أحرز سبقيهما ، وإن كان السابق أحدهما أحرز سبقه وأخذ سبق صاحبه ، فكان كسائر ماله ، ولم يأخذ من المحلل شيئاً ﴾

---

(١) فسكلتنى أمكم : فى النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ٢٠١ (أى اخرتنى وجعلتنى كالفسكل وهو الفرس الذى يجيء فى آخر خيل السباق وكانت قد تزوجت قبله بجعفر أخيه ثم بأبى بكر الصديق بن جعفر) .

السَّبَقُ : بالفتح : الجعل الذى يسابق عليه ، ويسمى : الخَطَرَ ، والنَّدَبَ ، والقَرَعَ ، والرَّهن. ويقال: سبق ، إذا أخذ وإذا أعطى ، وهو من الأضداد ، ومتى استبق الاثنان والجعل بينهما فأخرج كل واحد منهما لم يجز ، وكان قماراً . لأن كل واحد منهما لا يخلو من أن يغنم أو يغرم ، وسواء كان ماأخرجاه متساوياً مثل أن يخرج كل واحد منهما عشرة ، أو متفاوتاً مثل أن أخرج أحدهما عشرة والآخر خمسة ، ولو قال : إن سبقتنى فلك على عشرة ، وإن سبقتك فلى عليك قفيز حنطة ، أو قال : إن سبقتنى فلك على عشرة ، ولى عليك قفيز لم يجز لما ذكرناه . فإن أدخلا بينهما محللا وهو ثالث لم يخرج شيئاً جاز ، وبهذا قال سعيد ابن المسيب ، والزهرى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وحكى أشهب عن مالك أنه قال فى المحلل لا أحبه . وعن جابر بن زيد أنه قيل له : إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا لا يرون بالدخيل بأساً ، قال : هم أعف من ذلك .

ولنا : ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «من أدخل فرساً بين فرسين، وهو لا يؤمن أن يسبق ، فليس بقمار . ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار » . رواه أبو داود ، فجعله قماراً إذا أمن أن يسبق ، لأنه لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم ، وإذا لم يأمن أن يسبق لم يكن قماراً ، لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو عن ذلك . ويشترط أن يكون فرس المحلل مكافئاً لفرسيهما ، أو بعيره مكافئاً لبعيريهما ، ورميه لرمييهما فإن لم يكن مكافئاً مثل أن يكون فرساهما جوادين ، وفرسه بطىء فهو قمار للخبر ، ولأنه مأمون سبقه فوجوده كعدمه ، وإن كان مكافئاً لهما جاز ، فإن جاءوا كلهم الغاية دفعة واحدة أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ، ولا شىء للمحلل ، لأنه لا سابق فيهم. وكذلك إن سبق المستبقان المحلل ، وإن سبق المحلل وحده أحرز السبقين بالاتفاق . وإن سبق أحد المستبقين وحده أحرز سبق نفسه ، وأخذ سبق صاحبه ، ولم يأخذ من المحلل شيئاً . وإن سبق أحد المستبقين والمحلل أحرز السابق مال نفسه ، ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين وسواء كان المستبقون اثنين أو أكثر ، حتى لو كانوا مائة وبينهم محلل لا سبق منه جاز . وكذلك لو كان المحلل جماعة جاز ، لأنه لا فرق بين الاثنين والجماعة . وهذا كله مذهب الشافعى .

٧٩١٩ (فصــــــل)

ويشترط فى المسابقة بالحيوان تحديد المسافة ، وأن يكون لابتداء عَدْوِهما وآخره غاية لايختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة أسبقهما ، ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما فى الغاية ، ولأن أحدهما قد يكون مقصراً فى أول عدوه ، سريعاً فى انتهائه . وقد يكون بضد ذلك ، فيحتاج إلى غاية تجمع حاليه ، ومن الخيل ماهو أصبر ، والقارح أصبر من غيره ، وقد روى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل ،وفضل

القرح فى الغاية » رواه أبو داود ، وسبق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع ، وذلك ستة أميال أو سبعة ، وبين التى لم تضمر من الثنية إلى مسجد بنى زريق ، وذلك ميل أو نحوه ، فإن استبقا بغير غاية لينظر أيهما يقف أولا لم يجز ، لأنه يؤدى إلى أن يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ، ويتعذر الإشهاد على السبق فيه . ويشترط فى المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة ، فإن أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أولا ؟ لم يجز ، هذا فى المسابقة بعوض ، لأنه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعد المسافة بينهما ، ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالها ويرتبهما ، وعند الغاية من يضبط السابق منهما ، لئلا يختلفا فى ذلك ، ويحصل السبق فى الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق ، فإن اختلفا فى طول العنق أو كان ذلك فى الإبل اعتبر السبق بالكتف ، لأن الاعتبار بالرأس متعذر . فإن طويل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه ، وفى الإبل ما يرفع رأسه ، وفيها ما يمد عنقه ، فربما سبق رأسه لمد عنقه لا لسبقه ، فلذلك اعتبرنا الكتف ، فإن سبق رأس قصير العنق فهو سابق ، لأن من ضرورة ذلك كونه سابقاً ، وإن سبق طويل العنق بأكثر مما بينهما فى طول العنق فقد سبق ، وإن كان بقدره لم يسبقه ، وإن كان أقل فالآخر السابق ، ونحو هذا كله قول الشافعى ، وقال الثورى : إذا سبق أحدهما بالإذن كان سابقاً ، ولا يصح لأن أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقاً بأذنه لذلك لا لسبقه ، وإن شرطا السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح وقال بعض أصحاب الشافعى : يصح ويتخاطان ذلك كما فى الرمى ، وليس بصحيح ، لأن هذا لا ينضبط ، ولا يقف الفرسان عند الغاية بحيث يعرف مساحة ما بينهما .

وقد روى الدارقطنى بإسناده عن على رضى الله عنه ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى : « قد جعلت لك هذه السُّبْقَة[(1)] ، بين الناس » ، فخرج على فدعا سُرَاقَةَ ابن مالك ، فقال : ياسراقة ، إنى قد جعلت إليك ماجعل النبى صلى الله عليه وسلم فى عُنُقِى من هذه السُّبْقَة فى عُنُقِك ، فإذا أتيت المِيطَانَ قال أبو عبد الرحمن : الميطان مرسلها من الغاية — فصُفَّ الخيل[(2)] ، ثم ناد هل من مُصلِحٍ لِلجَامٍ ، أو حَامِلٍ[(3)] لغُلاَمٍ ، أو طارح لِجُلٍّ فإذا لم يُجِبْكَ أَحَدٌ فكَبِّر ، ثلاثا ، ثم خَلِّها عند الثالثة ،فيسعد الله

---

(١) السبقة : بضم السين المهملة وسكون الموحدة بعدها قاف هوالشىء الذى يجعله المتسابقان بينهما يأخذه من سبق منهما قال فى القاموس ج ٣ ص ٢٥٢ « السبقة بالضم : الخطر يوضع بين أهل السباق جمعه أسباق (ف) .

(٢) المراد بالخيل خيل الحلبة (ف) .

(٣) فى النداء بهذا ما يفيد استحباب التأنى قبل إرسال خيل الحلبة وتنبيههم على إصلاح ما يحتاج إلى إصلاحه وجعل علامة على الإرسال من تكبير أو غيره وتأمير أمير يفعل ذلك (ف) .

بسَبَقِهِ من شاء من خَلْقهِ » وكان على يقعد على مُنْتَهى الغاية يخط[1] خطا ، ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط ، طرفيه بين إبهامى أرجلهما ، وتمر الخيل بين الرجلين ، ويقول لهما : إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه[2] أو أذن أو عذار فاجعلا السبقة له ، فإن شككتما فاجعلوا سبقهما نصفين[3] ، فإذا قرنتم ثنتين فاجعلا الغاية من غاية أصغر الثنتين ، ولا جلب ولا جنب[4] ولا شغار فى الإسلام . وهذا الأدب الذى ذكره فى هذا الحديث فى ابتداء الإرسال وانتهاء الغاية من أحسن ماقيل فى هذا ، وهو مروى عن أمير المؤمنين على رضى الله عنه فى قضية أمره بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفوضها إليه ، فينبغى أن تتبع ويعمل بها .

٧٩٢٠ (فصـــــــل)

ويشترط فى الرهان أن تكون الدابتان من جنس واحد ، فإن كانتا من جنسين كالفرس والبعير لم يجز ، لأن البعير لا يكاد يسبق الفرس ، فلا يحصل الغرض من هذه المسابقة . وإن كانتا من نوعين كالعربى والبرذون ، أو البختى والعرابى ففيه وجهان ·

أحدها : لا يصح ، ذكره أبو الخطاب ، لأن التفاوت بينهما فى الجرى معلوم بحكم العادة ، فأشبها الجنسين . والثانى : يصح ، ذكره القاضى . وهذا مذهب الشافعى ، لأنهما من جنس واحد ، وقد يسبق كل واحد منهما الآخر ، والضابط الجنس ، وقد وجد ، ويكفى فى المظنة احتمال الحكمة ولو على بعد .

فصول فى المناضلة

وهى المسابقة فى الرمى بالسهام ، والمناضلة : مصدر ناضَلْته نضالا ومناضلة ، وسمى الرمى نضالا . لأن السهم التام يسمى نضلا ، فالرمى به عمل بالنضل ، فسمى نضالا ومناضلة مثل : قاتلته قتالا ومقاتلة ، وجادلته جدالا ومجادلة ، ويشترط لصحته ثمانية شروط .

أحدها : أن يكون عدد الرشق معلوما ؛ والرِّشق بكسر الراء : عدد الرمى ، وأهل اللغة يقولون هو عبارة عما بين العشرين والثلاثين ، والرَّشق بفتح الراء : الرمى نفسه ، مصدر رشقت رشقاً ، أى رميت رمياً ، وإنما اشترط علمه لأنه لو كان مجهولا لأفضى إلى الخلاف ، لأن أحدهما يريد القطع ، والآخر يريد الزيادة ، فيختلفان .

---

(١) فيه مشروعية التحدى فى تبين الغاية التي جعل السباق إليها منعا للشقاق (ف) .

(٢) فيه أن السبق يحصل بمقدار يسير من الفرس ولو طرف أذن (ف) .

(٣) فيه جواز قسمة ما راهن عليه عند الشك فى السابق (ف)

(٤) سبق بيان ذلك لنا فى هامش صفحة ١٧٦ ج ٧(ف) .

الثانى : أن يكون عدد الإصابة معلوما ، فيقولان : الرشق عشرون ، والإصابة خمسة أو ستة أو مايتفقان عليه منها ، إلا أنه لايجوز اشتراط إصابة نادرة ، كإصابة جميع الرشق ، أو إصابة تسعة أعشاره ، ونحو هذا ، لأن الظاهر أن هذا لا يوجد فيفوت الغرض .

الثالث : استواؤهما فى عدد الرشق والإصابة وصفتها وسائر أحوال الرمى ، فإن جعلا رشق أحدهما عشرة والآخر عشرين ، أو شرطا أن يصيب أحدهما خمسة والآخر ثلاثة ، أو شرطا إصابة أحدهما خواسق ، والآخر خواصل ، أو شرطا أن يحط أحدهما من إصابته سهمين ، أو يحط سهمين من إصابته بسهم من إصابة صاحبه ، أو شرطا أن يرمى أحدهما من بعد ، والآخر من قرب ، أو أن يرمى أحدهما وبين أصابعه سهم ، والآخر بين أصابعه سهمان ، أو أن يرمى أحدهما وعلى رأسه شىء ، والآخر خال عن شاغل ، أو أن يحط عن أحدهما واحداً من خطئه . لا له ولا عليه ، وأشباه هذا مما تفوت به المساواة لم يصح ، لأن موضوعها على المساواة ، والغرض معرفة الحذق ، وزيادة أحدهما على الآخر فيه ومع التفاضل لا يحصل ، فإنه ربما أصاب أحدهما لكثرة رميه لا لحذقه ، فاعتبرت المساواة كالمسابقة على الحيوان .

الرابع : أن يصفا الإصابة ، فيقولان : خواصل ، وهو المصيب للغرض كيفما كان . قال الأزهرى : يقال : خصلت مناضلى خصلة وخصلا ، ويسمى ذلك القرع ، والقرطسة . يقال : قرطس إذا أصاب . أو حوابى ، وهو ما وقع بين يدى الغرض ثم وثب إليه . ومنه يقال : حبا الصبى . أو خواصر ، وهو ما وقع فى أحد جانبى الغرض . ومنه قيل : الخاصرة لأنها فى جانب الإنسان . أو خوارق ، وهو ماخرق الغرض ثم وقع بين يديه . أو خواسق ، وهو ماخرق الغرض وثبت فيه . أوموارق ، وهو ما أنفذ الغرض ووقع من ورائه . أو خوازم ، وهو ما خزم جانب الغرض . وإن شرطا الخواسق والحوابى معاً صح[1]

الخامس : قدر الغرض ، والغرض هو ما يقصد إصابته من قرطاس أو ورق أو جلد أو خشب أو قرع أو غيره ، ويسمى غرضاً لأنه يقصد ، ويسمى شارة وشنا . قال الأزهرى : مانصب فى الهدف فهو القرطاس ، وما نصب فى الهواء فهو الغرض ، ويجب أن يكون قدره معلوما بالمشاهدة ، أو بتقديره بشبر أو شبرين ، بحسب الاتفاق ، فإن الإصابة تختلف باختلاف سعته وضيقه .

السادس : معرفة المسافة ، إما بالمشاهدة أو بالذرعان، فيقول : مائة ذراع ، أومائتى ذراع ، لأن الإصابة تختلف بقربها وبعدها ، ومهما اتفقا عليه جاز ، إلا أن يجعلا مسافة بعيدة تتعذر الإصابة فى مثلها ، وهو مازاد على ثلاثمائة ذراع فلا يصح ، لأن الغرض يفوت بذلك ، وقد قيل إنه ما رمى إلى أربعمائة ذراع إلا عقبة بن عامر الجهنى رضى الله عنه .

(١) فى نسخ المغنى (أصح) والصواب (صح) كما فى الشرح الكبير ج ١١ ص ١٤١ (ف) .

السابع : تعيين الرماة ، فلا يصح مع الإبهام ، لأن الغرض معرفة حذق الرامى بعينه ، لا معرفة حذق رام فى الجملة ، ولو عقد اثنان نضالا على أربع مع كل واحد منهما ثلاثة لم يجز لذلك ، ولا يشترط تعيين القوس والسهام ، ولو عينها لم تتعين لأن القصد معرفة الحذق ، وهذا لا يختلف إلا بالرامى ، لا باختلاف القوس والسهام . وفى الرهان يعتبر تعيين الحيوان الذى يسابق به ، ولا يعتبر تعيين الراكب ، لأن الغرض معرفة عدو الفرس لا حذق الراكب ، وكل ما يعتبر تعيينه إذا تلف انفسخ العقد ، ولم يقم غيره مقامه ، لأن العقد تعلق بعينه فانفسخ بتلف العين ، ولأن الغرض معرفة حذق الرامى أوعدو الفرس ، وقد فاتت معرفة ذلك بموته ، ولا يعرف حذقه من غيره ومالا يتعين يجوز إبداله لعذر وغيره ، فإذا تلف قام غيره مقامه . فإن شرطا ألا يرمى بغير هذا القوس ولا بغير هذا السهم ، أو لا يركب غير هذا الراكب ، فهذه شروط فاسدة ، لانها تنافى مقتضى العقد ، أشبهت ما إذا شرط إصابته بإصابتين .

الثامن : أن تكون المسابقة فى الإصابة ، ولوقالا : السبق لأبعدنا رمياً لم يجز ، لأن الغرض من الرمى الإصابة لا بعد المسافة ، فإن المقصود من الرمى إما قتل العدو ، أو جرحه ، أو الصيد ، أو نحو ذلك ، وكل هذا إنما يحصل من الإصابة ، لا من الإبعاد .

٧٩٢١ (فصـــــل)

والمناضلة على ثلاثة أضرب .

أحدها : تسمى المبادرة ، وهو أن يقولا : من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فهو السابق ، فأيهما سبق إليها مع تساويهما فى الرشق فقد سبق ، فإذا رميا عشرة عشرة فأصاب أحدهما خمساً ولم يصب الآخر خمساً فالمصيب خمساً هو السابق ، لأنه قد سبق إلى خمسة ، وسواء أصاب الآخر أربعاً أو ما دونها أو لم يصب شيئاً ، ولا حاجة إلى إتمام الرشق ، لأن السبق قد حصل بسبقه إلى ما شرط السبق إليه ، وإن أصاب كل واحد منهما من العشر خمساً فلا سابق فيهما ، ولا يـكملان الرشق ، لأن جميع الإصابة المشروطة قد حصلت واستويا فيها ، فإن رمى أحدهما عشراً فأصاب خمساً ورمى الآخر تسعاً فأصاب أربعاً لم يحـكم بالسبق ولا بعدمه حتى يرمى العاشر ، فإن أخطأ به فقد سبق الأول ، وإن أصاب به فلا سابق فيهما ، وإن لم يـكن أصاب من التسعة إلا ثلاثاً فقد سبقه الأول ، ولا يحتاج إلى رمى العاشر ، لأن أكثر ما يحتمل أنه يصيب به . ولا يخرجه ذلك عن كونه مسبوقاً .

الضرب الثانى أن يقول : أينا فضل صاحبه بإصابة أو إصابتين أو ثلاث من عشرين رمية فقد سبق ، ويسمى مفاضلة ، ومحاطّة ، لأن ما تساويا فيه من الإصابة محطوط غير معتد به . ويلزم إكمال الرشق إذا كان فى إتمامه فائدة ، فإذا قالا : أينا فضل صاحبه بثلاث فهو سابق ، فرميا اثنتى عشرة رمية فأصابها أحدهما

وأخطأها الآخر كلها لم يلزم إتمام الرشق ، لأن أكثر ما يحتمل أن يصيب الآخر الثمانى الباقية ، ويخطئها الأول ، ولا يخرج الأول بهذا عن كونه سابقاً ، وإن كان الأول إنما أصاب من الاثنى عشر عشراً لزمهما أن يرميا الثالثة عشرة ، فإن أصاباها أو أخطآ أوأصابها الأول وحده فقد سبق ، ولا يحتاج إلى إتمام الرشق ، فإن أصابها الآخر وأخطأها الأول فعليهما أن يرميا الرابعة عشرة ، والحكم فيها وفيما بعدها كالحكم فى الثالثة عشرة ، وأنه متى أصاباها أو أخطآ أو أصابها الأول فقد سبق ، ولا يرميان ما بعدها ، وإن أصابها الآخر وحده رمياً ما بعدها ، وهكذا كل موضع كان فى إتمام الرشق فائدة لأحدهما لزم إتمامه ، وإن يئس من الفائدة لم يلزم إتمامه ، فإذا بقى من العدد ما يمكن أن يسبق أحدهما به صاحبه أو يسقط أحدهما به سبق صاحبه لزم الإتمام وإلا فلا ، فإذا كان السبق يحصل بثلاث إصابات من عشرين فرميا ثمانى عشرة فأخطآها أوأصاباها أو تساويا فى الإصابة فيها لم يلزم إتمام الرشق لأن أكثر ما يحتمل أن يصيب أحدهما هاتين الرميتين ويخطئهما الآخر ، ولا يحصل السبق بذلك . وكذلك إن فضل أحدهما الآخر بخمس إصابات فما زاد لم يلزم الإتمام ، لأن إصابة الآخر بالسهمين الباقيين لا يخرج الآخر عن كونه فاضلا بثلاث إصابات ، وإن لم يفضله إلا بأربع رميا السهم الآخر ، فإن أصابه المفضول وحده فعليهما رمى الآخر . فإن أصابه المفضول أيضاً سقط سبق الأول ، وإن أخطآ فى أحد السهمين أو أصاب الأول فى أحدهما فهو سابق .

٧٩٢٢ (فصـــل)

الثالث أن يقولا : أينا أصاب خمساً من عشرين فهو سابق ، فمتى أصاب أحدهما خمساً من العشرين . ولم يصبها الآخر فالأول سابق ، وإن أصاب كل واحد منهما خمساً ، أو لم يصب واحد منهما خمساً فلا سابق فيهما ، وهذه فى معنى المحاطة فى أنه يلزم إتمام الرشق ما كان في إتمامه فائدة ، فإذا خلا عن الفائدة لم يلزم إتمامه . ومتى أصاب كل واحد منهما خمساً لم يلزم إتمامه ، ولم يكن فيهما سابق ، فإن رميا ست عشرة رمية ولم يصب واحد منهما شيئاً لم يلزم إتمامه ، ولا سابق فيهما ، لأن أكثر ما يحتمل أن يصيب أحدهما الأربعة كلها . ولا يحصل السبق بذلك .

واختلف أصحابنا : فقال أبو الخطاب : لابد من معرفة الرمى ، هل هو مبادرة ، أو محاطة ، أومفاضلة . ، لأن غرض الرماة يختلف ، فمنهم من تكثر إصابته فى الابتداء دون الانتهاء ، ومنهم من هو بالعكس ، فوجب بيان ذلك ليعلم مادخل فيه ، وظاهر كلام القاضى أنه لا يحتاج إلى اشتراط ذلك ، لأن مقتضى النضال المبادرة ، وأن من بادر إلى الإصابة فهو السابق ، فإنه إذا شرط أن السبق لمن أصاب خمسة من عشرين فسبق إليها واحد فقد وجد الشرط . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

٧٩٢٣ (فصــل)

فإن شرطا إصابة موضع من الهدف على أن يسقط ماقرب من إصابة أحدهما مابعد من إصابة الآخر ففعل ثم فضل أحدهما الآخر بما شرطاه كان سابقاً ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي ، لأن هذا نوع من المحاطة ، فإذا أصاب أحدهما موضعاً بينه وبين الغرض شبر ، وأصاب الآخر موضعاً بينه وبين الغرض أقل من شبر أسقط الأول ،وإن أصاب الأول الغرض الثاني . فإن أصاب الثاني الدائرة التي في الغرض لم يسقط به الأول ، لأن الغرض كله موضع للإصابة ، فلا يفضل أحدهما صاحبه إذا أصاباه جميعاً إلا أن يشترطا ذلك، وإن شرطا أن يحسب كل واحد منهما خاسقه بإصابتين جاز ، لأن أحدهما لم يفضل صاحبه في شيء فقد استويا .

٧٩٢٤ (فصــل)

والسنة أن يكون لهما غرضان يرميان أحدهما ثم يمضيان إليه ، فيأخذان السهام يرميان الآخر ، لأن هذا كان فعل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما بين[1] الغرضين روضة من رياض الجنة » وقال إبراهيم التيمي: رأيت حذيفة يشتد بين الهدفين يقول: أنا بها ، أنا بها ، في قميص ، وعن ابن عمر مثل ذلك.

والهدف : ماينصب الغرض عليه ، إما تراب مجموع ، وإما حائط . ويروى كان عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يشتدون بين الأغراض يضحك بعضهم إلى بعض ، فإذا جاء الليل كانوا رهباناً ، فإن جعلوا غرضاً واحداً جاز ، لأن المقصود يحصل به ، وهو عادة أهل عصرنا .

ولا بد في المناضلة أن يبتدىء أحدهما بالرمي ، لأنهما لو رميا معاً أفضى إلى الاختلاف ، ولم يعرف المصيب منهما ، فإن كان المخرج أجنبياً قدم من يختاره منهما ، فإن لم يختر وتشاحا أقرع بينهما ، وأيهما كان أحق بالتقديم فبدره الآخر فرمى لم يعتد له بسهمه أصاب أو أخطأ ، وإذا بدأ أحدهما في وجه بدأ الآخر في الثاني تعديلا بينهما . وإن شرطا البداءة لأحدهما في كل الوجوه لم يصح، لأن موضوع المناضلة على المساواة ، وهذا تفاضل ، فإن فعل ذلك من غير شرط باتفاق منهما جاز ، لأن البداءة لا أثر لها في الإصابة ولا في تجويد الرمي . وإن شرطا أن يبدأ كل واحد منهما من وجهين متواليين جاز لتساويهما ، ويحتمل أن يكون اشتراط البداءة في كل موضع ذكرنا غير لازم ، ولا يؤثر في العقد ، لأنه لا أثر له في تجويد رمي ولا كثرة إصابة ، وكثير من الرماة يختار التأخر على البداية فيكون وجود هذا الشرط كعدمه ، فإذا رمى البادىء بسهم رمى الثاني بسهم كذلك حتى يقضيا رميهما ، لان إطلاق المناضلة يقتضي المراسلة ، ولأن ذلك أقرب إلى التساوي ، وأنجز للرمي ، لان أحدهما يصاح قوسه ويعدل

(١) أخرج صاحب سند الفردوس من طريق ابن أبي الدنيا بإسناده عن مكحول عن أبي هريرة رفعه « تعلموا الرمي فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة » وفي إسناده ضعف وانقطاع قاله الشوكاني في نيل الأوطار ج٧ ص٨٦ (ف)

سهمه حتى يرمى الآخر ، وإن رميا بسهمين سهمين فحسن ، وهو العادة بين الرماة فيما رأينا . وإن اشترطا أن يرمى أحدهما رشقاً ثم يرمى الآخر ، أو يرمى أحدهما عدداً ثم يرمى الآخر مثله جاز ، لأن هذا لا يؤثر فى مقصود المناضلة ، وإن خالف مقتضى الإطلاق كما يجوز أن يشترط فى البيع مالا يقتضيه الإطلاق من النقود والخيار والأجل لما كان غير مانع من المقصود .

٧٩٢٥ (فصـــــل)

وإن شرطا أن يرميا أرشاقاً كثيرة جاز ، لأنه إذا جاز على القليل جاز على الكثير ، ولا بد أن تكون معلومة ، ثم إن شرطا أن يرميا منها كل يوم قدراً اتفقا عليه جاز ، لأن الغرض فى هذا صحيح ، فإنهما أو أحدهما قد يضعف عن الرمى كله مع حذقه ، وإن أطلقا العقد جاز ، وحمل على التعجيل والحلول كسائر العقود ، فيرميان من أول النهار إلى آخره إلا أن يعرض عذر يمنع ، من مرض أو ريح أو تشوش السهام ، أو لحاجته إلى طعام أو شراب أو صلاة أو قضاء حاجة ، لأن هذه مستثناة بالعرف ، وكذلك المطر ، فإنه يرخى الوتر ، ويفسد الرشق . فإذا جاء الليل تركاه ، لأن العادة ترك الرمى بالليل ، فحمل العقد عليه مع الإطلاق ، إلا أن يشترطا الرمى ليلا ، فيأخذ أحدهما صاحبه بذلك . وإن كانت الليلة مقمرة منيرة اكتفى بذلك ، وإلا رميا فى ضوء شمعة أو مشعل . وإن عرض عارض يمنع الرمى كما ذكرنا ، أو كسر قوس أو قطع وتر ، أو انكسر سهم جاز إبداله ، فإن لم يمكن أخر الرمى حتى يزول العارض .

٧٩٢٦ (فصـــــل)

فإن أراد أحدهما التطويل والتشاغل عن الرمى بما لا حاجة إليه من مسح القوس والوتر ، ونحو ذلك ، إرادة التطويل على صاحبه لعله ينسى القصد الذى أصاب به أو يفتر منع من ذلك وطولب بالرمى ولا يدهش بالاستعجال بالكلية بحيث يمنع من تحرى الإصابة ويمنع كل واحد منهما من الكلام الذى يغيظ به صاحبه مثل أن يرتجز ويفتخر ويتبجح بالإصابة ويعنف صاحبه على الخطأ أو يظهر له أنه يعلمه ، وهكذا الحاضر معهما مثل الأمير والشاهدين وغيرهم يكره لهم مدح المصيب وزهزهته وتعنيف المخطىء وزجره لأن فيه كسر قلب أحدهما وغيظه .

٧٩٢٧ (فصـــــل)

وإذا تشاحا فى موضع الوقوف فإن كان ما طلبه أحدهما أولى مثل أن يكون فى أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحاً يؤذيه استقبالها ونحو ذلك والآخر يستدبرها قدم قول من طلب استدبارها لأنه العرف إلا أن يكون فى شرطهما استقبال ذلك فالشرط أملك كما قلنا فى الرمى ليلا وإن كان الموقفان سواء كان

ذلك إلى الذى له البداءة فيتبعه الآخر فإذا كان فى الوجه الثانى وقف حيث شاء ويتبعه الأول .

٧٩٣٠ (فصـــل)

ويجوز عقد النضال على جماعة لأنه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على أصحاب له ينتضلون فقال « أرموا وأنا مع ابن الأدرع[1] » فأمسك الآخرون وقالوا : كيف نرمى وأنت مع ابن الأدرع ؟ قال « أموروا وأنا معكم كلكم » رواه البخارى ولأنه إذا جاز أن يكونا اثنين جاز أن يكونوا جماعتين لأن المقصود معرفة الحذق وهذا يحصل فى الجماعتين فجاز كما فى سباق الخيل ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل المضمرة وسبق بين الخيل التى لم تضمر وعلى هذا يكون كل حزب بمنزلة واحدة فإن عقد النضال جماعة ليتناضلوا حزبين فذكر القاضى أنه يجوز وهو مذهب الشافعى ويحتمل أن لا يجوز لأن التعيين شرط وقبل التفاضل لم يتعين من فى كل واحد من الحزبين فعلى هذا إذا تفاضلوا عقدوا النضال بعده . وعلى قول القاضى : يجوز العقد قبل التفاضل ، ولا يجوز أن يقتسموا بالقرعة لأنها ربما وقعت على الحذاق فى أحد الحزبين وعلى الكوادن فى الآخر فيبطل مقصود النضال بل يكون لكل حزب رئيس فيختار أحدهما واحداً ثم يختار الآخر واحداً كذلك حتى يتفاضلوا جميعاً ولا يجوز أن يجعل الخيار إلى أحدهما فى الجميع ولا أن يختار جميع حزبه أولا لأنه يختار الحذاق كلهم فى حزبه ولا يجوز أن يجعل رئيس الحزبين واحداً لأنه يميل إلى حزبه فتلحقه التهمة ولا يجوز أن يختار كل واحد من الرئيسين أكثر من واحد لأنه أبعد من التساوى وإذا اختلفا فى المبتدىء بالخيار منهما أقرع بينهما ولو قال أحدهما أنا أختار أولا وأخرج السبق أو يخرجه أصحابى لم يجز لأن السبق إنما يستحق بالسبق لا فى مقابلة تفضل أحدهما بشىء .

٧٩٣١ (فصـــــل)

وإذا خرج أحد الزعيمين السبق من عنده فسبق حزبه لم يكن على حزبه شىء لأنه جعله على نفسه دونهم وإن شرطه عليهم فهو عليهم بالسوية ويكون للحزب الآخر بالسوية من أصاب منهم ومن لم يصب فى أحد الوجهين كما أنه على الحزب الآخر بالسوية ، وفى الوجه الآخر يقسم بينهم على قدر الإصابة وليس

---

(١) رواه البخارى فى ثلاثة مواضع : فى كتاب الجهاد باب التحريض على الرمى ج ٤ ص ٤٥ وفى كتاب الأنبياء باب قول الله تعالى : واذكر فى الكتاب إسماعيل ج ٤ ص ١٧٩ وفى مناقب قريش باب نسبة اليمن إلى إسماعيل ج ٤ ص ٢١٩ وليس فيها ذكر (ابن الأدرع) كما قال صاحب المغنى بل ورد بلفظ (وأنا مع بنى فلان). نعم . ورد (وأنا مع ابن الأدرع) فى رواية ابن حبان والبزار ، وورد (وأنا محجن بن الأدرع) فى رواية الطبرانى يراجع فتح البارى ج ٦ ص ٦٩ ، ٧٠ (ف) .

لمن لم يصب منهم شيء لأن استحقاقه بالإصابة فكان على قدرها واختص بمن وجدت منه بخلاف المسبوقين فإنه وجب عليهم لا لتزامهم له وقد استووا فى ذلك .

٧٩٣٢ (فصـــل)

ومتى كان النضال بين حزبين اشترط كون الرشق يمكن قسمه بينهم بغير كسر ويتساوون فيه فإن كانوا ثلاثة وجب أن يكون له ثلث ، وإن كانوا أربعة وجب أن يكون له ربع وكذلك ما زاد لأنه إذا لم يكن كذلك بقى سهم أو أكثر لا يمكن الجماعة الاشتراك فيه .

٧٩٣٣ (فصـــل)

وإذا كانوا حزبين فدخل معهم رجل لا يعرفونه فى أحد الحزبين وكان يحسن الرمى جاز وإن كان لا يحسنه بطل العقد فيه وأخرج من الحزب الآخر من جعل بإزائه لأن كل واحد يجعل فى مقابلته آخر أو يختار أحد الزعيمين واحداً ويختار الآخر آخر فى مقابلته وهل يبطل فى الباقين ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، فإن قلنا لا يبطل فلكل حزب الخيار لتبعيض الصفقة فى حقهم ، وإن بان رامياً لكنه قليل الإصابة فقال حزبه ظننا كثير الإصابة أو لم نعلم حاله أو بان كثير الإصابة فقال الحزب الآخر ظنناه قليل الإصابة لم يسمع ذلك منهم وكان كمن عرفوه لأن شرط دخوله أن يكون فى العقد من أهل الصنعة دون الحذق كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب فبان حاذقاً أو ناقصاً فيها لم يؤثر .

٧٩٣٤ (فصـــل)

ولا يجوز أن يقولوا نقرع فمن خرجت قرعته فهو السابق ولا إن من خرجت قرعته فالسبق عليه ولا أن يقولوا نرمى فأينا أصاب فالسبق على الآخر لأنه عوض فى عقد فلا يستحق بالقرعة ولا بالإصابة ، وإن شرطوا أن يكون فلان مقدم حزب وفلان مقدم الآخر ثم فلان ثانياً من الحزب الأول وفلان ثانياً من الحزب الثانى كان فاسداً . لأن تقديم كل واحد من الحزب يكون إلى زعيمه وليس للحزب الآخر مشاركته فى ذلك فإذا شرطوه كان فاسداً .

٧٩٣٥ (فصـــل)

وإذا تناضل اثنان وأخرج أحدهما السبق . فقال أجنبى : أنا شريكك فى الغنم والغرم إن نضلك فنصف السبق على وإن نضلته فنصفه لى لم يجز وكذلك لو كان المتناضلون ثلاثة فيهم محلل فقال رابع للمستبقين أنا شريككما فى الغنم والغرم كان باطلا . لأن الغنم والغرم إنما يكون من المناضل فأما من لا يرمى فلا يكون له غنم ولا غرم ، ولو شرطا فى النضال أنه إذا جلس المسبق كان عليه السبق لم يجز لأن السبق

على النضال وهذا الشرط يخالف مقتضى النضال فكان فاسداً .

٧٩٣٦ (فصــــل)

ولو فضل أحد المتناضلين صاحبه . فقال المفضول : اطرح فضلك وأعطيك ديناراً لم يجز . لأن المقصود معرفة الحذق وذلك يمنع منه وإن فسخا العقدوعقدا عقداً آخر جاز ، وإن لم يفسخاه ولكن رميا تمام الرشق فتمت الإصابة له مع ما أسقطه استحق السبق ورد الدينار إن كان أخذه .

٧٩٣٧ (فصــل)

إذا كان شرطهما خواصل وهى الإصابة المطلقة اعتد بها كيفما وجدت بشرط أن يصيب بنصل السهم فإن أصاب بعرضه أو بفُوقه نحو أن ينقلب السهم بين يدى الغرض فيصيب فوقه الغرض لم يعتد به لأن هذا من سيء الخطأ ، وإن انقطع السهم قطعتين فأصابت القطعة الأخرى لم يحتسب به . فإن كان الغرض جلداً خيط عليه شنبر كشنبر المنخل ، وجعلا له عرى وخيوطاً تعلق به فى العرى فأصاب الشنبر أو العرى نظرت فى شرطهما فإن شرطا إصابة الغرض اعتد له لأن ذلك من الغرض . فأما المعاليق وهى الخيوط فلا يعتد بإصابتها على كلا الشرطين لأنها ليست من الجلدة ولا من الغرض فأشبه إصابة الهدف .

٧٩٣٨ (فصــل)

وإن أطارت الريح الغرض فوقع السهم فى موضعه فإن كان شرطهما خواصل احتسب له[1] به لعلمنا أنه لو كان الغرض فى موضعه أصابه ، وإن كان شرطهما خواسق فقال القاضى ينظر فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض فثبت فى الهدف احتسب له به لأنه لو بقى مكانه لثبت فيه كثبوته فى الهدف ، وإن لم يثبت فيه مع التساوى لم يحتسب ، وإن كان الهدف أصلب فلم يثبت فيه أو كان رخواً لم يحتسب السهم له ولا عليه لأننا لا نعلم هل كان يثبت فى الغرض لو بقى مكانه أولا ؟ وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو الخطاب إن كان شرطهما خواسق لم يحتسب له بالسهم الذى وقع فى موضعه ولا عليه لأننا لا ندرى هل يثبت فى الغرض لو كان موجوداً أولا ؟ وإن وقع السهم فى غير موضع الغرض احتسب به على راميه لأنه خطأ ، ولو وقع فى الغرض فى الموضع الذى طار إليه حسب عليه أيضاً لا له إلا أن يكونا اتفقا على رميه فى الموضع الذى طار إليه ، وكذلك الحكم إذا ألقت الريح الغرض على وجهه .

٧٩٣٩ (فصــل)

وإذا رمى فأخطأ لعارض من كسر قوس أو قطع وتر أو حيوان اعترض بين يديه أو ريح شديدة ترد

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١١ ص ١٥١ (احتساب لغة به) والفقى ح ٨ ص ٦٧١ (احتسب لغه به) والصواب (احتسب له به) كما فى الشرح الكبير ج ١١ ص ١٥٦ (ف) .

السهم عرضاً لم يحسب عليه بذلك السهم لأن خطأه للعارض لا لسوء رميه قال القاضى ولو أصاب لم يحتسب له لأنه إذا لم يحتسب عليه لم يحتسب له ولأن الريح الشديدة كما يجوز أن تصرف الرمى الشديد فيخطىء يجوز أن تصرف السهم المخطىء عن خطئه فيقع مصيباً فتكون إصابته بالريح لا بحذق رميه ، فأما إن وقع السهم فى حائل بينه وبين الغرض فمرقه وأصاب الغرض حسب له لأن إصابته لسداد رميه ، ومروقه لقوته فهو أولى من غيره ، وإن كانت الريح لينة خفيفة ، لا ترد السهم عادة لم يمنع لأن الجو لا يخلو من ريح ولأن الريح اللينة لا تؤثر إلا فى الرمى الرخو الذى لا ينتفع به .

٧٩٤٠ (فصـــــــل)

وإن كان شرطهما خواسق والخاسق ما ثقب الغرض وثبت فيه فمتى أصاب الغرض بنصله وثبت فيه حسب له وإن خدشه ولم يثقبه لم يحتسب له وحسب به عليه ، وإن مرق منه احتسب له به لأن ذلك لقوة رميه فهو أبلغ من الخاسق وإن خرقه وهو أن يثقبه ويقع بين يديه ففيه وجهان .

أحدهما : يحتسب له لأنه ثقب ثقباً يصلح للخسق وإنما لم يثبت السهم لسبب آخر من سعة الثقب أو غيره . والثانى : لا يحتسب له لأن شرطهما الخواسق والخاسق ما ثبت وثبوته يكون بحذق الرامى وقصده برميه ما اتفقا عليه ، فإن كان امتناع السهم من الثبوت لمصادفته ما يمنع الثبوت من حصاة أوحجر أو عظم أو أرض غليظة ففيه الوجهان إلا أنه إذا لم يحتسب له لم يعد عليه لأن العارض منعه من الثبوت فأشبه ما لو منعه عارض من الإصابة ، وإن اختلفا فى وجود العارض نظرت فإن علم موضع الثقب باتفاقهما أو ببينة نظر فى الموضع فإن لم يكن فيه ما يمنع فالقول قول المنكر ، وإن كان فيه ما يمنع فالقول قول المدعى ولا يمين لأن الحال تشهد بصدق ما ادعاه ، وإن لم يعلما موضع الثقب إلا أنهما اتفقا على أنه خرق الغرض ولم يكن وراءه شىء يمنع فالقول قول المنكر بغير يمين أيضاً لأنه لا مانع ، وإن كان وراءه ما يمنع وادعى المصاب عليه أنه لم يكن السهم فى موضع وراءه ما يمنع فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الإصابة مع احتمال ما يقوله المصيب وإن أنكر أن يكون خرق أيضاً فالقول أيضاً قوله مع يمينه لما ذكرناه .

٧٩٤١ (فصـــــــل)

وإن شرطا خاسقاً فوقع السهم فى ثقب فى الغرض أو موضع بال فنقبه وثبت فى الهدف معلقاً فى الغرض نظرت فإن كان الهدف صلباً كصلابة الغرض فثبت فيه حسب له لأنه علم أن الغرض لو كان صحيحاً لثبت فيه وإن كان الهدف تراباً أهيل لم يحتسب له ولا عليه لأننا لا نعلم هل كان يثبت فى الغرض لو أصاب موضعاً منه قوياً أولا ؟ وإن صادف السهم فى ثقب فى الغرض قد ثبت فى الهدف مع قطعة من الغرض .

فقال الرامى : خسقت[1] ، وهذه الجلدة قطعها سهمى لشدة الرمية فأنكر صاحبه وقال : بل هى كانت مقطوعة ، فإن علم أن الغرض كان صحيحاً فالقول قول الرامى ، وإن اختلفا فذكر القاضى : أنها كالتى قبلها إن كان الهدف رخواً لم يعتد به وإن كان قوياً صلباً اعتد به ، وإن وقع سهمه فى سهم ثابت فى الغرض اعتد له به فإن كان شرطهما خواسق لم يحتسب له به ولا عليه لأننا لا نعلم يقيناً أنه لولا فوق السهم الثابت لخسق فإن أصاب السهم ثم سبح عنه لخسق احتسب له به .

٧٩٤٢ (فصـــل)

إذا قال رجل لآخر : ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم صح وكان جعالة لأنه بذل مالا له فى فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لأن النضال يكون بين اثنين أو جماعة على أن يرموا جميعاً ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقاً ، وإن قال : إن أصبت به فلك درهم ، وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لأنه قمار .

وإن قال : ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم صح لأنه جعل الجعل فى مقابلة الإصابة المعلومة فإن أكثر العشرة أقله ستة وليس ذلك بمجهول لأنه بالأقل يستحق الجعل . وإن قال : إن كان صوابك أكثر فلك بكل سهم أصبت به درهم صح . وكذلك إن قال : ارم عشرة ولك بكل سهم أصبت به منها درهم . أو قال : فلك بكل سهم زائد على النصف من المصيبات درهم لأن الجعل معلوم بتقديره بالإصابة فأشبه ما لو قال : استق لى من هذا البئر ولك بكل دلو تمرة . أو قال : من رد عبداً من عبيدى فله بكل عبد درهم . وإن قال : وإن كان خطؤك أكثر فعليك درهم أو نحو هذا لم يجز لأنه قمار . وإن قال : ارم عشرة فإن أخطأتها فعليك درهم أو نحو هذا لم يجز لأن الجعل يكون فى مقابلة عمل ولم يوجد من المقابل عمل يستحق به شيئاً . ولو قال الرامى لأجنبى : إن أخطأت فلك درهم لم يصح لذلك .

٧٩٤٣ (فصـــل)

وإذا عقدا النضال ولم يذكرا قوساً فظاهر كلام القاضى أنه يصح ويستويان فى القوس إما العربية وإما بالعجمية . وقال غيره لا يصح حتى يذكرا نوع القوس الذى يرميان عليه فى الابتداء لأن إطلاقه ربما أفضى إلى الاختلاف وقد أمكن التحرز عنه بالتعيين للنوع فيجب ذلك ، وإن اتفقا على أنهما يرميان بالنشاب فى الابتداء صح وينصرف إلى الرمى بالقوس الأعجمية . لأن سهامها هو المسمى بالنشاب وسهام العربية

(١) فى طبعة رشيد ج ١١ ص ١٥٤ والمقنع ج ٨ ص ٦٧٢ (خسفت) بالفاء والصواب (خسقت) بالقاف كما فى الشرح الكبير ج ١١ ص ١٥٨ ص ٦٧٥ (ف) .

يسمى نهلا ، فإن عين نوعاً من القسى لم يجز العدول عنها إلى غيرها لأن أحدهما قد يكون أحذق بالرمى بأحد النوعين دون الآخر . وإن عينا قوساً بعينها لم تتعين لأنها قد تنكسر ويحتاج إلى إبدالها ، لأن الحذق لا يختلف باختلاف عين القوس بخلاف النوع ، وإن تفاضلا على أن يرمى أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية أو أحدهما بقوس الزنبور والآخر بقوس الجرخ أو قوس الحسبان وهو قوس سهامه قصار يجعل فى مجرى مثل القصبة ثم يرمى بها ففيها وجهان :

أحدهما : يصح وهو قول القاضى ومذهب الشافعى لأنهما نوعا جنس فصحت المسابقة مع اختلافهما كالخيل والإبل .

والثانى : لا تصح المسابقة مع اختلافهما لأنهما يختلفان فى الإصابة فجرى مجرى المسابقة بين جنسين وكذلك الحكم فى المسابقة بين نوعى الخيل والإبل .

٧٩٤٤ (فصــــل)

وظاهر كلام أحمد إباحة الرمى بالقوس الفارسية ونص على جواز المسابقة بها ، وقال أبو بكر بن جعفر : يكره ، لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه رأى مع رجل قوساً فارسية فقال « ألقها فإنها ملعونة ولكن عليكم بالقسى العربية وبرماح القنا فيها يؤيد الله الدين وبها يمكن الله لكم فى الأرض » رواه الأثرم .

ولنا : انعقاد الإجماع على الرمى بها وإباحة حملها فإن ذلك جار فى أكثر الأعصار وهى التى يحصل الجهاد بها فى عصرنا وأكثر الأعصار المتقدمة . وأما الخبر : فيحتمل أنه لعنها لأن حملتها فى ذلك العصر العجم ولم يكونوا أسلموا بعد ومنع العرب من حملها لعدم معرفتهم بها ولهذا أمر برماح القنا ولو حمل إنسان رمحاً غيرها لم يكن مذموما ، وحكى أحمد أن قوماً استدلوا على القسى الفارسية بقول الله تعالى : « وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة »[1] يعنى أن هذا مما استطاعه من القوة فيدخل فى عموم الآية .

٧٩٤٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولا يجوز إذا أرسل الفرسان أن يجنب أحدهما إلى فرسه فرساً يحرضه على العدو ولا يصيح به وقت سباقه لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا جنب ولا جلب » ﴾

معنى الجنب . أن يجنب المسابق إلى فرسه فرساً لا راكب عليه يحرض الذى تحته على العدو ويحثه عليه هذا ظاهر كلام الخرقى . وقال القاضى معناه أن يجنب فرساً يتحول عند الغاية عليه لكونها أقل كلالا

(١) سورة الأنفال : آية ٦٠

وإعياء . قال ابن المنذر : كذا قيل ولا أحسب هذا يصح لأن الفرس التى يسابق عليها لا بد من تعيينها فإن كانت التى يتحول عنها فما حصل السبق بها وإن كانت التى يتحول إليها فما حصلت المسابقة بها فى جميع الحلبة ومن شرط السباق ذلك ولأن هذا متى احتاج إلى التحول والاشتغال به فربما سبق باشتغاله لا بسرعة غيره ولأن المقصود معرفة عدو الفرس فى الحلبة كلها فمتى كان إنما يركبه فى آخر الحلبة فما حصل المقصود . وأما الجلب : فهو أن يتبع الرجل فرسه بركض خلفه ويجلب عليه ويصيح وراءه يستحثه بذلك على العدو هكذا فسره مالك وقال قتادة الجلب والجنب فى الرهان ، وروى عن أبى عبيد كقول مالك وحكى عنه أن معنى الجلب أن يحشر الساعى أهل الماشية ليصدقهم قال فلا يفعل ليأتهم على مياههم فيصدقهم ، والتفسير الأول هو الصحيح لما روى عمران بن حصين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا جلب ولا جنب فى الرهان » رواه أبو داود وفى حديث على فى السباق وفى آخره « ولا[1] جلب ولا جنب ولا شغار فى الإسلام » ويروى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أجلب[2] على الخيل يوم الرهان فليس منا » .

---

(١) أخرجه الدارقطنى ج ٤ ص ٣٠٧ (٢) أخرجه ابن أبى عاصم والطبرانى كما فى تلخيص الحبير ج٤ ص ١٦٥

كتاب الأيمان

الأصل فى مشروعيتها وثبوت حكمها الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب : فقول الله سبحانه (لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان[1]) الآية وقال تعالى (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها[2]) وأمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالحلف فى ثلاثة مواضع فقال (ويستنبئونك أحق هو ؟ قل إى وربى إنه لحق وما أنتم بمعجزين[3]) وقال تعالى (قل بلى وربى لتأتينكم[4]) والثالث (قل بلى وربى لتبعثن[5]) وأما السنة : فقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنى والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليه . وكان أكثر قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومصرف القلوب ـ ومقلب القلوب[6] » ثبت هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى آى وأخبار سوى هذين كثير ، وأجمعت الأمة على مشروعية اليمين وثبوت أحكامها. ووضعها فى الأصل لتوكيد المحلوف عليه .

٧٩٤٦ (فصــــل)

وتصح من كل مكلف مختار قاصد إلى اليمين ، ولا تصح من غير مكلف كالصبى والمجنون والنائم لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث » ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلم يصح من غير مكلف ، أو غير مكلف ولا تنعقد يمين مكره . وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة : تنعقد لأنها يمين مكلف فانعقدت كيمين المختار .

ولنا ما روى أبو أمامة وواثلة بن الأسقع : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ليس على مقهور يمين[7] » ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كـكلمة الـكفر .

٧٩٤٧ (فصــــل)

وتصح اليمين من الـكافر وتلزمه الـكفارة بالحنث سواء حنث فى كفره أو بعد إسلامه وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر إذا حنث بعد إسلامه وقال الثورى وأصحاب الرأى لا ينعقد يمينه لأنه ليس بمكلف .

---

(١) سورة المائدة آية ٨٩ (٢) سورة النحل آية ٩١ (٣) سورة يونس آية ٥٣
(٤) سورة سبأ آية ٣ (٥) سورة التغابن آية ٧
(٦) أخرج الجماعة إلا مسلما عن ابن عمر قال «كان أكثر ما كان النبى صلى الله عليه وسلم يحلف لا ومقلب القلوب (ف). (٧) أخرجه الدار قطنى عن أبى أمامه (ف) .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه نذر فى الجاهلية أن يعتكف فى المسجد الحرام فأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالوفاء بنذره ولأنه من أهل القسم بدليل قوله تعالى (فيقسمان بالله)[1] ولا نسلم أنه غير مكلف ، وإنما تسقط عنه العبادات بإسلامه . لأن الإسلام يجب ما قبله فأما مايلزمه بنذره أو يمينه فينبغى أن يبقى حكمه فى حقه لأنه من جهته .

٧٩٤٨ (فصـــل)

ولا يجوز الحلف بغير الله وصفاته نحو : أن يحلف بأبيه أو الكعبة أوصحابى أوإمام قال الشافعى أخشى أن يكون معصيه . قال ابن عبد البر : وهذا أصل مجمع عليه وقيل يجوز ذلك لأن الله تعالى أقسم بمخلوقاته فقال (والصافات صفا)[2] (والمرسلات عرفا)[3] (والنازعات غرقا)[4] وقال النبى صلى الله عليه وسلم للأعرابى السائل عن الصلاة « أفلح[5] وأبيه ان صدق » وقال فى حديث أبى العشراء « وأبيك[6] لوطعنت فى فخذها لأجزأك » .

ولنا : ما روى عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أدركه وهو يحلف بأبيه فقال : إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت قال عمر فما حلفت بها بعد ذلك ذاكراً ولا آثراً » متفق عليه يعنى ولا حاكياً لها عن غيرى ، وعن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من حلف بغير الله فقد أشرك » قال الترمذى هـذا حديث حسن وروى عن النبى صلى عليه وسلم قال « من حلف[7] باللات والعزى فليقل لا إله إلا الله » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف بملة غير الإسلام كاذبا فهو كما قال » متفق عليه وفى لفظ « من حلف أنه برىء من الإسلام فإن كان قد كذب فهو كما قال ، وإن كان صادقا لم يرجع إلى الإسلام سالما » رواه أبوداود فأما قسم الله بمصنوعاته فإنما أقسم به دلالة على قدرته وعظمته ، ولله تعالى أن يقسم بما شاء من خلقه ولا وجه للقياس على إقسامه ، وقد قيل : إن فى إقسامه إضمار القسم برب هذه المخلوقات فقوله (والضحى) أى ورب الضحى .

---

(١) سورة المائدة من آية ١٠٦ ، ١٠٧ . (٢) سورة الصافات الآية الأولى .
(٣) سورة المرسلات الآية الأولى . (٤) سورة النازعات، الآية الأولى .
(٥) أخرجه مسلم عن طلحة بن عبيد الله ج ١ ص ٤١ (ف) .
(٦) أخرجه بدون (وأبيك) أبوداود ج ٢ ص ٩٢ والترمذى ج ١ ص ٢٨٠ والنسائى ٧ ص ٢٢٨ وابن ماجه ج ٢ ص ٢٨٥ وأحمد ج ٤ ص ٣٣٤ من رواية وكيع عن حماد بن سلمة ، وأخرجه بالقسم (وأبيك) من رواية عفان عن حماد بن سلمة .
(٧) أخرجه البخارى ج ٨ ص ١٦٥ ومسلم ج ٣ ص ١٢٦٨ (ف)

وأما قول النبي صلى الله عليه وسلم « أفلح وأبيه إن صدق » فقال ابن عبدالبر هذه اللفظة غير محفوظة من وجه صحيح فقد رواه مالك وغيره من الحفاظ فلم يقولوها فيه ، وحديث أبي العشراء قد قال أحمد لو كان يثبت ؟ يعنى أنه لم يثبت ولهذا لم يعمل به الفقهاء فى إباحة الذبح فى الفخذ ، ثم لو ثبت فالظاهر أن النهى بعده لأن عمر قد كان يحلف بها كما حلف بها النبي صلى الله عليه وسلم ثم نهى عن الحلف بها ، ولم يرد بعد النهى إباحة ولذلك قال عمر وهو يروى الحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم « فما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً » . ثم إن لم يكن الحلف بغير الله محرما فهو مكروه . فإن حلف فليستغفر الله تعالى أو ليذكر الله تعالى كما قال النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف باللات والعزى فليقل لا إله إلا الله » لأن الحلف بغير الله سيئة والحسنة تمحو السيئة وقد قال الله تعالى (إن الحسنات يذهبن السيئات)[1] وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إذا عملت سيئة[2] فأتبعها حسنة تمحها » ولأن من حلف بغير الله فقد عظم غير الله تعظيما يشبه تعظيم الرب تبارك وتعالى . ولهذا سمى شركا لكونه أشرك غير الله مع الله تعالى فى تعظيمه بالقسم به فيقول لا إله إلا الله توحيداً لله تعالى وبراءة من الشرك ، وقال الشافعى : من حلف بغير الله تعالى فليقل : أستغفر الله .

٧٩٤٩ (فصــــل)

ويكره الإفراط فى الحلف بالله تعالى لقوله الله تعالى (ولا تطع كل حلاف مهين)[3] وهذا ذم له يقتضى كراهة فعله (فإن لم يخرج إلى حد الإفراط فليس بمكروه إلا أن يقترن به ما يوجب كراهته . ومن الناس من قال : الأيمان كلها مكروهة لقول الله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم)[4] .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحلف كثيراً وقد كان يحلف فى الحديث الواحد أيماناً كثيرة ، وربما كرر اليمين الواحدة ثلاثاً فإنه قال فى خطبة الكسوف « والله يا أمة محمد[5] ما أحد أغير من أن الله يزنى عبده أو تزنى أمته يا أمة محمد والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيراً » ولقيته امرأة من الأنصار معها أولادها فقال « والذى[6] نفسى بيده إنكم لأحب الناس إلى ثلاث مرات»

---

(١) سورة هود آية ١١٤ .
(٢) أخرجه أحمد عن أبي ذر (ف) .
(٣) سورة ن آية ١٠ . (٤) سورة البقرة آية ٢٢٤ .
(٥) أخرجه مالك وأحمد والشيخان وأبو داود والنسائى عن عائشة (ف) .
(٦) أخرجه البخارى ج ٨ ص ١٦٤ عن أنس بن مالك باب كيف كانت يمين النبي صلى الله عليه وسلم (ف) .

وقال « والله لأغزون[1] قريشاً والله لأغزون قريشاً والله لأغزون قريشاً » ولو كان هذا مكروهاً لكان النبي صلى الله عليه وسلم أبعد الناس منه ، ولأن الحلف بالله تعظيم له وربما ضم إلى يمينه وصف الله تعالى بتعظيمه وتوحيده فيكون مثاباً على ذلك ، وقد روى « أن رجلا حلف على شيء فقال : والله الذى لا إله إلا هو مافعلت كذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما إنه قد[2] كذب ولكن قد غفر له بتوحيده » وأما الإفراط فى الحلف فإنما كره لأنه لايكاد يخلو من الكذب والله أعلم.

فأما قوله (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم[3]) فمعناه لاتجعلوا أيمانكم بالله مانعة لكم من البر والتقوى والإصلاح بين الناس وهو أن يحلف بالله أن لا يفعل براً ولاتقوى ولا يصلح بين الناس ثم يمتنع من فعله ليبر فى يمينه ولا يحنث فيها فنهوا عن المضى فيها .

قال أحمد وذكر حديث ابن عباس بإسناده فى قوله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم[3]) « الرجل يحلف أن لا يصل قرابته ، وقد جعل الله له مخرجاً فى التكفير فأمره أن لا يعتل بالله فليكفر وليبر » وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لأن يستلج[4] أحدكم فى يمينه آثم له عند الله من أن يؤدى الكفارة التى فرض الله عليه» متفق عليه وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » وقال « إنى والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليهما ، وإن كان النهى عاد إلى اليمين ، فالمنهى عنه الحلف على ترك البر والتقوى والإصلاح بين الناس لا على كل يمين فلا حجة فيها لهم إذاً .

٧٩٥٠ (فصــــل)

والأيمان تنقسم خمسة أقسام :

أحدها : واجب ، وهى التى ينجى بها إنساناً معصوماً من هلكة كما روى عن سويد بن حنظلة قال

---

(١) أخرجه ابن حبان عن ابن عباس وأبو داود عن عكرمة مرسلا ورواه الطبرانى فى الأوسط قال فى مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٨٢ ورجاله رجال الصحيح (ف) .

(٢) أخرج هذا الحديث أحمد عن عبد الله بن الزبير ج ٤ ص ٣ وأخطأ منتخب كنز العمال ج ٦ ص ٤٥٨ حيث قال عن الزبير والصواب عن ابنه عبد الله .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٤ .

(٤) فى طبعة رشيد والفقى (يستلج) ورواية الشيخين (يلج) يقال : لج يلج واستلج فى يمينه إذا ألح فى الاستمرار عليها وترك تكفيرها ورأى أنه صادق فيها ، وقيل : هو أن يحلف ويرى أن غيرها خير منها فيقيم على ترك الكفارة ، والرجوع إلى ما هو خير فذلك آثم له : أ أى أكثر إثما من أن يأتى الذى هو خير (ف) .

«خرجنا نريد النبي صلى الله عليه وسلم ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا وحلفت أنا إنه أخي فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : صدقت ، المسلم أخو المسلم» رواه أبوداود والنسائي . فهذا ومثله واجب لأن إنجاء المعصوم واجب وقد تعين في اليمين فيجب وكذلك إنجاء نفسه مثل أن تتوجه عليه أيمان القسامة في دعوى القتل عليه وهو برىء .

الثاني : مندوب وهو الحلف الذي تتعلق به مصلحة من إصلاح بين متخاصمين أو إزالة حقد من قلب مسلم عن الحالف أو غيره أو دفع شر فهذا مندوب لأن فعل هذه الأمور مندوب إليه واليمين مفضية إليه وإن حلف على فعل طاعة أو ترك معصية ففيه وجهان .

أحدهما : أنه مندوب إليه وهو قول بعض أصحابنا وأصحاب الشافعي لأن ذلك يدعوه إلى فعل الطاعات وترك المعاصي .

والثاني : ليس بمندوب إليه لأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يكونوا يفعلون ذلك في الأكثر الأغلب ولا حث النبي صلى الله عليه وسلم أحداً عليه ولا ندبه إليه ولو كان ذلك طاعة لم يخلوا به ولأن ذلك يجري مجرى النذر . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النذر وقال « إنه لا يأتي بخير وإنما يستخرج به من البخيل » متفق عليه .

الثالث : المباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه والحلف على الخبر بشيء هو صادق فيه أو يظن أنه فيه صادق فإن الله تعالى قال (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم[1]) ومن صور اللغو أن يحلف على شيء يظنه كما حلف عليه ويبين بخلافه فأما الحلف على الحقوق عند الحاكم ففيه وجهان .

أحدهما : أن تركه أولى من فعله فيكون مكروهاً ذكر ذلك أصحابنا وأصحاب الشافعي لما روى «أن عثمان والمقداد تحاكما إلى عمر في مال استقرضه المقداد فجعل عمر اليمين على المقداد فردها على عثمان فقال عمر لقد أنصفك فأخذ عثمان ما أعطاه المقداد ولم يحلف فقال خفت أن يوافيني قدر بلاء فيقال بيمين عثمان» .

والثاني : أنه مباح فعله كتركه لأن الله تعالى أمر نبيه بالحلف على الحق في ثلاثة مواضع . وروى محمد ابن كعب القرظي أن عمر قال على المنبر وفي يده عصا : يا أيها الناس لا تمنعكم اليمين من حقوقكم فو الذي نفسي بيده إن في يدي لعصا .

وروى عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة بإسناده عن الشعبي « أن عمر وأبيا تحاكما إلى زيد في نخل ادعاه أبي ، فتوجهت اليمين على عمر فقال زيد : إعف أمير المؤمنين . فقال عمر ولمَ يعفى أمير المؤمنين ؟ إن

(١) سورة البقرة آية ٢٢٥

عرفت شيئاً استحققته بيميني وإلا تركته والله الذى لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأبى فيه حق فلما خرجا وهب النخل لأبى ، فقيل له يا أمير المؤمنين : هلا كان هذا قبل اليمين ؟ فقال خفت أن لا أحلف فلا يحلف الناس على حقوقهم بعدى فيكون سنة » ولأنه حلف صدق على حق فأشبه الحلف عند غير الحاكم .

الرابع : المكروه وهو الحلف على فعل مكروه أو ترك مندوب قال الله تعالى : (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس)[1] .

وروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه « حلف لا ينفق على مسطح بعد الذى قال لعائشة ما قال ، وكان من جملة أهل الإفك الذين تكلموا فى عائشة رضى الله عنها فأنزل الله تعالى : (ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين فى سبيل الله وليعفوا وليصفحوا)[2] وقيل المراد بقوله (ولا يأتل) أى لا يمتنع ، ولأن اليمين على ذلك مانعة من فعل الطاعة أو حاملة على فعل المكروه فتكون مكروهة ، فإن قيل : لو كانت مكروهة لأنكر النبى صلى الله عليه وسلم على الأعرابى[3] الذى سأله عن الصلوات فقال : هل على غيرها ؟ فقال لا إلا أن تطوع . فقال : والذى بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها » ولم ينكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم بل قال « أفلح الرجل إن صدق » قلنا : لا يلزم هذا فإن اليمين على تركها لا تزيد على تركها ولو تركها لم ينكر عليه ويكفى فى ذلك بيان أن ما تركه تطوع ، وقد بينه له النبى صلى الله عليه وسلم بقوله « إلا أن تطوع » ولأن هذه اليمين إن تضمنت ترك المندوب فقد تناولت فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لا ينقص منه شيئاً ، وهذا فى الفضل يزيد على ما قابله من ترك التطوع فيترجح جانب الإثبات بها على تركها فيكون من قبيل المندوب فكيف ينكر ؟ ولأن فى الإقرار على هذه اليمين بيان حكم محتاج إليه . وهو بيان أن ترك التطوع غير مؤاخذ به فلو أنكر على الحالف لحصل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحوق الإثم بتركه فيفوت الغرض ، ومن قسم المكروه الحلف فى البيع والشراء فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الحلف منفق للسلعة ممحق للبركة » رواه ابن ماجه .

القسم الخامس : المحرم وهو الحلف الكاذب فان الله تعالى ذمه بقوله تعالى : (ويحلفون على الكذب وهم يعلمون)[4] ولأن الكذب حرام فإذا كان محلوفا عليه كان أشد فى التحريم وإن أبطل به حقاً أو اقتطع به مال معصوم كان أشد فإنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال[5] «من حلف يميناً فاجرة يقتطع بها

(١) سورة البقرة آية ٢٢٤ (٢) سورة النور آية ٢٢
(٣) أخرجه مسلم عن طلحة بن عبيد الله ج ١ ص ٤٢ (ف) . (٤) سورة المجادلة آية ٢٤
(٥) أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن عن الأشعث بن قيس وابن مسعود .

مال امرىء مسلم لقى الله وهو عليه غضبان » وأنزل الله عز وجل فى ذلك (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلا أولئك لا خلاق لهم فى الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم)[1] ومن هذا القسم الحلف على فعل معصية أو ترك واجب فإن المحلوف عليه حرام فكان الحلف حراماً لأنه وسيلة إليه والوسيلة تأخذ حكم المتوسل إليه .

٧٩٥١ (فصـــــــل)

ومتى كانت اليمين على فعل واجب أو ترك محرم كان حلها محرماً . لأن حلها بفعل المحرم وهو محرم ، وإن كانت على فعل مندوب أو ترك مكروه فحلها مكروه ، وإن كانت على فعل مباح فحلها مباح فإن قيل وكيف يكون حلها مباحاً وقد قال الله تعالى : (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها)[2] ؟ قلنا : هذا فى الأيمان فى العهود والمواثيق بدليل قوله تعالى : (وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها — إلى قوله — تتخذون أيمانكم دخلا بينكم أن تكون أمة هى أربى من أمة) والعهد يجب الوفاء به بغير يمين فمع اليمين أولى فإن الله تعالى قال : « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم »[3] وقال : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »[4] ولهذا نهى عن نقض اليمين والنهى يقتضى التحريم وذمهم عليه وضرب لهم مثل التى نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثاً . ولا خلاف فى أن الحل المختلف فيه لا يدخله شىء من هذا ، وإن كانت على فعل مكروه أو ترك مندوب فحلها مندوب إليه فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إنى[5] والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها » وإن كانت اليمين على فعل محرم أو ترك واجب فحلها واجب . لأن حلها بفعل الواجب وفعل الواجب واجب .

٧٩٥٢ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف أن يفعل شيئاً فلم يفعله أو لا يفعل شيئاً فعليه الكفارة ﴾

لا خلاف فى هذا عند فقهاء الأمصار . قال ابن عبد البر : اليمين التى فيها الكفارة بإجماع المسلمين هى التى على المستقبل من الأفعال . وذهبت طائفة إلى أن الحنث متى كان طاعة لم يوجب كفارة . وقال قوم : من حلف على فعل معصية فكفارتها تركها ، وقال سعيد بن جبير اللغو أن يحلف الرجل فيما لا ينبغى له

(١) سورة آل عمران آية ٧٧ (٢ و ٣) سورة النحل آية ٩١ (٤) سورة المائدة : الآية الأولى

(٥) أخرجه الشيخان وأبو دواد وابن ماجه عن أبى موسى (ف)

يعنى فلا كفارة عليه فى الحنث ، وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى عليه وسلم « لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا فى معصية الله تعالى ولا فى قطيعة رحم ، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليدعهـا وليأت الذى هو خير فإن تركها كفارة » رواه أبو داود . ولأن الكفارة إنما تجب لرفع الإثم ولا إثم فى الطاعة . ولأن اليمين كالنذر ولا نذر فى معصية الله تعالى .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه »[1] وقال : « إنى والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يمينى » أخرجه البخارى . وحديثهم لا يعارض حديثنا لأن حديثنا أصح منه وأثبت . ثم إنه يحتمل أن تركها كفارة لإثم الحلف والكفارة المختلف فيها كفارة المخالفة . وقولهم إن الحنث طاعة قلنا : فاليمين غير طاعة فتلزمه الكفارة للمخالفة ولتعظيم اسم الله تعالى إذا حلف به ولم يبر يمينه .

إذا ثبت هذا نظرنا فى يمينه فإن كانت على ترك شىء ففعله حنث ووجبت الكفارة ، وإن كانت على فعل شىء فلم يفعله ، وكانت يمينه مؤقتة بلفظه أو نيته أو قرينة حاله ففات الوقت حنث وكفر . فإن كانت مطلقة لم يحنث إلا بفوات وقت الإمكان . لأنه ما دام فى الوقت والفعل ممكن فيحتمل أن يفعل فلا يحنث ولهذا قال عمر للنبى صلى الله عليه وسلم[2] « ألم تخبرنا أنا نأتى البيت ونطوف به ؟ قال فأخبرتك أنك تأتيه العام ؟ قال : لا . قال : فإنك آتيه ومطوف به » وقد قال الله تعالى : « قل بلى وربى لتبعثن »[3] وهو حق ولم يأت بعد .

٧٩٥٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن فعله ناسياً فلا شىء عليه إذا كانت اليمين بغير الطلاق والعتاق ﴾

وجملة ذلك : أن من حلف أن لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً فلا كفارة عليه نقله عن أحمد الجماعة إلا فى الطلاق والعتاق فإنه يحنث ، هذا ظاهر المذهب . واختاره الخلال وصاحبه وهو قول أبى عبيد وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا يحنث فى الطلاق والعتاق أيضاً وهذا قول عطاء وعمرو بن دينار وابن أبى نجيح وإسحاق قالوا لا حنث على الناسى فى طلاق ولا غيره وهو ظاهر مذهب الشافعى لقوله تعالى : « وليس

---

(١) أخرجه أحمد مسلم والترمذى عن أبى هريرة (ف) .
(٢) أخرجه البخارى وأبو داود عن المسور بن مخرمة ومروان (ف)
(٣) سورة التغابن : آية ٧

عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم»[1] وقال النبي صلى الله عليه وسلم : «إن الله[2] تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وأما استكرهوا عليه »لأنه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون . ولأنه أحد طرفي اليمين المعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يحنث في الجميع وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة ، وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهري وقتادة وربيعة ومالك وأصحاب الرأي والقول الثاني للشافعي ، لأنه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله فلزمه الحنث كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق .

ولنا : على أن الكفارة لا تجب في اليمين المكفرة : ما تقدم ، ولأنها تجب لرفع الإثم ، ولا إثم على الناسي . وأما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد . كما لو قال : أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج .

٧٩٥٤ (فصــــل)

وإن فعله غير عالم بالمحلوف عليه كرجل حلف لا يكلم فلاناً فسلم عليه يحسبه أجنبياً أوحلف أنه لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فأعطاه قدر حقه ففارقه ظناً منه أنه قد بر فوجد ما أخذه رديئاً ، أو حلف لا يبيع لزيد ثوباً فوكل زيد من يدفعه إلى من يبيعه فدفعه إلى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي . لأنه غير قاصد للمخالفة أشبه الناسي .

٧٩٥٥ (فصــــل)

والمكره على الفعل ينقسم قسمين .

أحدهما : أن يلجأ إليه مثل من يحلف لا يدخل داراً فحمل فأدخلها أولا يخرج منها فأخرج محمولاً أو مدفوعاً بغير اختياره ولم يمكنه الامتناع . فهذا لا يحنث في قول أكثرهم . وبه قال أصحاب الرأي ، وقال مالك إن دخل مربوطاً لم يحنث وذلك لأنه لم يفعل الدخول والخروج فلم يحنث كما لو لم يوجد ذلك .
الثاني : أن يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه فقال أبو الخطاب : فيه روايتان كالناسي وللشافعي قولان وقال مالك وأبو حنيفة : يحنث لأن الكفارة لا تسقط بالشبهة فوجبت مع الإكراه والنسيان ككفارة الصيد .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه

---

(١) سورة الأحزاب : آية ٥

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه عن أبي ذر (ف)

نوع إكراه فلم يحنث به كما لو حمل ولم يمكنه الامتناع ولأن الفعل لا ينسب إليه فأشبه من لم يفعله ولا نسلم الكفارة فى الصيد بل إنما تجب على المكره والله أعلم .

٧٩٥٦ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف على شىء وهو يعلم أنه كاذب فلا كفارة عليه لأن الذى أتى به أعظم من أن تكون فيه الكفارة ﴾

هذا ظاهر المذهب نقله الجماعة عن أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم : ابن مسعود وسعيد بن المسيب والحسن ومالك والأوزاعى والثورى والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وأصحاب الرأى من أهل الكوفة وهذه اليمين تسمى يمين الغموس لأنها تغمس صاحبها فى الإثم قال ابن مسعود « كنا نعد من اليمين التى لا كفارة لها : اليمين الغموس » وعن سعيد بن المسيب قال : هى من الكبائر وهى أعظم من أن تكفر ، وروى عن أحمد أن فيها الكفارة ، وروى ذلك عن عطاء والزهرى والحكم والبتى وهو قول الشافعى لأنه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فلزمته الكفارة كالمستقبلة .

ولنا أنها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو أو يمين على ماض فأشبهت اللغو وبيان كونها غير منعقدة أنها لا توجب براً ولا يمكن فيها ولأنه قارنها ما ينافيها وهو الحنث فلم تنعقد كالنكاح الذى قارنه الرضاع ولأن الكفارة لا ترفع إثمها فلا تشرع فيها ودليل ذلك أنها كبيرة فإنه يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس » رواه البخارى . وروى فيه « خمس[1] من الكبائر لا كفارة لهن : الإشراك بالله ، والفرار من الزحف وبهت المؤمن ، وقتل المسلم بغير حق ، والحلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال امرىء مسلم » ولا يصح القياس على المستقبلة لأنها يمين منعقدة يمكن حلها والبر فيها وهذه غير منعقدة فلا حل لها ، وقول النبى صلى الله عليه وسلم « فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير » يدل على أن الكفارة إنما تجب بالحلف على فعل يفعله فيما يستقبله قال ابن المنذر .

٧٩٥٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ والكفارة إنما تلزم من حلف يريد عقد اليمين ﴾

وجملته : أن اليمين التى تمر على لسانه فى عرض حديثه من غير قصد إليها لا كفارة فيها فى قول أكثر أهل العلم لأنها من لغو اليمين . نقل عبد الله عن أبيه أنه قال : اللغو عندى أن يحلف على اليمين يرى أنها كذلك والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شىء ، وممن قال إن اللغو اليمين التى لا يعقد عليها قلبه : عمر وعائشة رضى الله عنهما وبه قال عطاء والقاسم وعكرمة والشعبى والشافعى . لما روى عن عطاء قال قالت عائشة إن

(١) أخرجه أحمد وابو الشيخ فى التوبيخ عن أبى هريرة (ف).

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يعنى اللغو فى اليمين « هو كلام الرجل فى بيته : لا والله وبلى والله » أخرجه أبو داود قال ورواه الزهرى وعبد الملك بن أبى سليمان ومالك بن مغول عن عطاء عن عائشة موقوفا . وروى الزهرى أن عروة حدثه عن عائشة قالت « أيمان اللغو ما كان فى المراء والهزل والمزاحة والحديث الذى لا يعقد عليه القلب ، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الأمر فى غضب أو غيره ليفعلن أو ليتركن فذلك عقد الأيمان التى فرض الله تعالى فيها الكفارة » ولأن اللغو فى كلام العرب الكلام غير المعقود عليه وهذا كذلك وممن قال لا كفارة فى هذا : ابن عباس وأبو هريرة وأبو مالك وزرارة بن أوفى والحسن والنخعى ومالك وهو قول من قال : إنه من لغو اليمين ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ووجه ذلك قول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين)[1] فجعل الكفارة لليمين التى يؤاخذ بها ونفى المؤاخذة باللغو فيلزم انتفاء الكفارة ، ولأن المؤاخذة يحتمل أن يكون معناها إيجاب الكفارة بدليل أنها تجب فى الأيمان التى لا مأثم فيها وإذا كانت المؤاخذة إيجاب الكفارة فقد نفاها فى اللغو فلا تجب . ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فى عصرهم فكان إجماعا ولأن قول عائشة فى تفسير اللغو وبيان الأيمان التى فيها الكفارة خرج منها تفسيراً لكلام الله تعالى وتفسير الصحابى مقبول .

٧٩٥٨ (مسألة)

قال (ومن حلف على شىء يظنه كما حلف فلم يكن فلا كفارة عليه لأنه من لغو اليمين) .

أكثر أهل العلم على أن هذه اليمين لا كفارة فيها . قاله ابن المنذر يروى هذا عن ابن عباس ، وأبى هريرة ، وأبى مالك ، وزرارة بن أوفى والحسن والنخعى ومالك وأبى حنيفة والثورى وممن قال هذا لغو اليمين مجاهد وسليمان بن يسار والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر أهل العلم على أن لغو اليمين لا كفارة فيه . وقال ابن عبد البر : أجمع المسلمون على هذا . وقد حكى عن النخعى فى اليمين على شىء يظنه حقاً فيتبين بخلافه أنه من لغو اليمين وفيه الكفارة وهو أحد قولى الشافعى ، وروى عن أحمد أن فيه الكفارة وليس من لغو اليمين لأن اليمين بالله تعالى وجدت مع المخالفة فأوجبت الكفارة كاليمين على مستقبل.

ولنا : قول الله تعالى «لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم[2] » وهذه منه ، ولأنها يمين غير منعقدة فلم تجب فيها كفارة كيمين الغموس ولأنه غير مقصود للمخالفة فأشبه ما لو حنث ناسياً . وفى الجملة لا كفارة فى يمين على ماض لأنها تنقسم ثلاثة أقسام : ما هو صادق فيه فلا كفارة فيه إجماعا ، وما تعمد الكذب فيه

(١ ، ٢) سورة المائدة آية ٩

فهو يمين الغموس لا كفارة فيها لأنها أعظم من أن تكون فيها كفارة ، وما يظنه حقاً فيتبين بخلافه فلا كفارة فيه لأنه من لغو اليمين ، فأما اليمين على المستقبل فما عقد عليه قلبه وقصد اليمين عليه ثم خالف فعليه الكفارة وما لم يعقد عليه قلبه ولم يقصد اليمين عليه وإنما جرت على لسانه فهو من لغو اليمين وكلام عائشة يدل على هذا فإنها قالت أيمان اللغو ما كان فى المراءاة والمزاحة والهزل والحديث الذى لا يعقد عليه القلب ، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الأمر فى غضب أو غيره ليفعلن أو ليتركن فذلك عقد الأيمان التى فرض الله فيها الكفارة ، وقال الثورى فى جامعه الأيمان أربعة يمينان يكفران ، وهو أن يقول الرجل والله لا أفعل فيفعل ، أو يقول : والله لأفعلن ثم لا يفعل . ويمينان لا يكفران وهو أن يقول :والله ما فعلت وقد فعل ، ويقول : والله لقد فعلت وما فعل .

٧٩٥٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ واليمين المكفرة أن يحلف بالله عز وجل أو باسم من أسمائه ﴾

أجمع أهل العلم على أن من حلف بالله عز وجل فقال : والله أو بالله أو تالله فحنث أن عليه الكفارة. قال ابن المنذر : وكان مالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى يقولون : من حلف باسم من أسماء الله تعالى فحنث أن عليه الكفارة ، ولا نعلم فى هذا خلافاً إذا كان من أسماء الله عز وجل التى لا يسمى بها سواه ، وأسماء الله تنقسم ثلاثة أقسام.

أحدها : مالا يسمى بها غيره ، نحو قوله : والله والرحمن ، والأول الذى ليس قبله شىء ، والآخر الذى ليس بعده شىء ، ورب العالمين ، ومالك يوم الدين ، ورب السموات والأرض ، والحى الذى لا يموت ، ونحو هذا . فالحلف بهذا يمين بكل حال .

والثانى ما يسمى به غير الله تعالى مجازاً ، وإطلاقه ينصرف إلى الله تعالى مثل : الخالق ، والرازق ، والرب ، والرحيم ، والقادر ، والقاهر ، والملك ، والجبار ، ونحوه . فهذا يسمى به غير الله مجازاً بدليل قول الله تعالى (وَتَخْلُقُونَ إِفْكاً[(١)] [وقوله] وَتَذَرُونَ أَحْسَنَ الْخَالِقِينَ[(٢)]) وقوله (ارْجِعْ إِلَى رَبِّكَ[(٣)]) (وَاذْكُرْنِي عِنْدَ رَبِّكَ[(٤)]) (فَأَنْسَاهُ الشَّيْطَانُ ذِكْرَ رَبِّهِ) وقال (فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ[(٥)]) وقال (بِالْمُؤْمِنِينَ رَءُوفٌ رَحِيمٌ[(٦)]) فهذا إن نوى به اسم الله تعالى أو أطلق كان يميناً لأنه بإطلاقه ينصروف إليه ، وإن نوى

---

(١) سورة العنكبوت آية ١٧ (٢) سورة الصافات آية ١٢٥
(٣) سورة يوسف آية ٥٠ (٤) سورة يوسف آية ٤٢
(٥) سورة النساء آية ٨ (٦) سورة التوبة آية ١٢٨

به غير الله تعالى لم يكن يميناً لأنه يستعمل فى غيره ، فينصرف بالنسبة إلى ما نواه ، وهذا مذهب الشافعى. وقال طلحة العاقولى : إذا قال : والرب ، والخالق ، والرازق ، كان يميناً على كل حال ، كالأول ، لأنها لا تستعمل مع التعريف بلام التعريف فى اسمه تعالى ، فأشبهت القسم الأول .

الثالث : مايسمى به الله تعالى وغيره ، ولا ينصرف إليه بإطلاقه كالحى ، والعالم ، والموجود ، والمؤمن ، والكريم ، والشاكر ، فهذا إن قصد به اليمين باسم الله تعالى كان يميناً ، وإن أطلق أو قصد غير الله تعالى لم يكن يميناً ، فيختلف هذا القسم والذى قبله فى حالة الإطلاق ، فنى الأول يكون يميناً ، وفى الثانى لا يكون يميناً ، وقال القاضى والشافعى : فى هـذا القسم لا يكون يميناً وإن قصد به اسم الله تعالى ، لأن اليمين إنما تنعقـــد لحرمة الاسم ، فمع الاشتراك لا تكون له حرمة ، والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين .

ولنا : أنه أقسم باسم الله تعالى قاصـداً به الحلف ، فكان يميناً مكفرة كالقسم الذى قبله . وقولهم : إن النية المجردة لا تنعقد بها اليمين نقول به ، وما انعقد بالنية المجردة إنما انعقد بالاسم المحتمل المراد به اسم الله تعالى ، فإن النية تصرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته[1] فيصير كالمصرح به كالكنايات وغيرها ، ولهذا لو نوى بالقسم الذى قبله غير الله تعالى لم يكن يميناً لنيته .

٧٩٦٠ (فصـــــــل)

والقسم بصفات الله تعالى كالقسم بأسمائه وصفاته تنقسم أيضاً ثلاثة أقسام .

أحدها : ما هو صفات لذات الله تعالى لا يحتمل غيرها ، كعزة الله تعالى ، وعظمته ، وجلاله ، وكبريائه ، وكلامه . فهذه تنعقد بها اليمين فى قولهم جميعاً . وبه يقول الشافعى وأصحاب الرأى ، لأن هذه من صفات ذاته ، لم يزل موصوفاً بها ، وقد ورد الأثر بالقسم ببعضها ، فروى أن النار تقول : « قَطِ قَطِ وعزتك» . رواه البخارى[2] ، والذى يخرج من النار يقول : « وعزتك[3] لا أسألك غيرها » وفى كتاب الله تعالى : (فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِين)[4] .

الثانى : ما هو صفة للذات[5] ، ويعبر به عن غيرها مجازاً ، كعلم الله وقدرته ، فهذه صفة للذات لم يزل موصوفا بها . وقد تستعمل فى المعلوم والمقدور اتساعاً كقولهم : اللهم اغفر لنا علمك فينا ، ويقال : اللهم

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : إلى ما يحتمله .

(٢) أخرجه البخارى عن أنس ج ٨ ص ١٦٨ ومسلم ج٤ ص ٢١٨٨ (ف) .

(٣) أخرجه البخارى عن أبى هريرة ج ٨ ص ١٦٧ (ف) .

(٤) سورة الزمر آية ٨٢ . (٥) فى المخطوطة ٣٩ : لذات الله عز وجل

قد أريتنا قدرتك ، فأرنا عفوك . ويقال : انظر إلى قدرة الله ، أى مقدوره ، فمتى أقسم بها كان يميناً بهذا قال الشافعى . وقال أبوحنيفة : إذا قال : وعلم الله لا يكون يميناً ، لانه يحتمل المعلوم .

ولنا : أن العلم من صفات الله تعالى ، فكانت اليمين به يميناً موجبة للكفارة كالعظمة والعزة والقدرة ، وينتقض ما ذكروه بالقدرة ، فإنهم قد سلموها ، وهى قرينتها ، فأما إن نوى القسم بالمعلوم والمقدور احتمل أن لا يكون يميناً ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأنه نوى بالاسم غير صفة الله مع احتمال اللفظ مانواه ، فأشبه ما لو نوى القسم بمحلوف فى الأسماء التى يسمى بها غير الله تعالى ، وقد روى عن أحمد أن ذلك يكون يميناً بكل حال ، ولا تقبل منه نية غير صفة الله تعالى ، وهو قول أبى حنيفة فى القدرة ، لأن ذلك موضوع للصفة ، فلا يقبل منه غير الصفة كالعظمة ، وقد ذكر طلحة العاقولى فى أسماء الله تعالى المعرّفة بلام التعريف كالخالق والرازق أنها تكون يميناً بكل حال ، لأنها لاتنصرف إلا إلى اسم الله كذا هذا .

الثالث : مالا ينصرف بإطلاقه إلى صفة الله تعالى ، لكن ينصرف بإضافته إلى الله سبحانه لفظاً أو نية ، كالعهد والميثاق والأمانة ونحوه . فهذا لا يكون يميناً مكفرة إلا بإضافته أو نيته ، وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى .

٧٩٦١ (فصـــل)

وإن قال : وحق ، الله فهى يمين مكفرة ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا كفارة لهـا ، لأن حق الله طاعته ومفروضاته ، وليست صفة له .

ولنـا : أن لله حقوقاً يستحقها ، لنفسه من البقاء والعظمة والجلال والعـزة ، وقد اقترن عرف الاستعمال بالحلف بهـذه الصفة ، فتنصرف إلى صفة الله تعالى ، كقوله وقدرة الله . وإن نوى بذلك القسم بمخلوق فالقول فيه كالقول فى الحلف بالعلم والقدرة إلا أن احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر .

٧٩٦٢ (فصـــل)

وإن قال لعمر الله فهى يمين موجبة للكفارة . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : إن قصد اليمين فهى يمين وإلا فلا وهو اختيار أبى بكر ، لأنها إنما تكون يميناً بتقدير خبر محذوف فكأنه قال : لعمر الله ما أقسم به فيكون مجازاً والمجاز لا ينصرف إليه الإطلاق .

ولنـا :أنه أقسم بصفة من صفات ذات الله فكان يميناً موجباً للكفارة كالحلف ببقاء الله تعالى ، فإن معنى ذلك الحلف ببقاء الله تعالى وحياته ، ويقال العُمْر والعَمْر واحد وقيـل معناه وحق الله . وقد

ثبت له عرف الشرع والاستعمال قال الله تعالى : « لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ »[1] .

وقال النابغة :

فلا لَعَمْرُ الذى قد زرته حِجَجًا ... وماأُريقَ على الأَنْصَابِ مِن جَسَدِ[2]

وقال آخر :

إذا رضيت كرام بنى قُشَيرٍ[3] ... لعمرُ اللهِ أعجبنى رضاها

وقال آخر :

ولكن لعمرُ اللهِ ما ظَلَّ مُسْلِماً ... كغُرّ الثنايا[4] واضحاتِ الملاغِمِ

وهذا فى الشعر والكلام كثير . وأما احتياجه إلى التقدير فلا يصح ، فإن اللفظ إذا اشتهر فى العرف صار من الأسماء العرفية يجب حمله عليه عند الإطلاق دون موضوعه الأصلى على ما عرف من سائر الأسماء العرفية ومتى احتاج اللفظ إلى التقدير وجب التقدير له ولم يجز اطراحه ولهذا يفهم مراد المتكلم به من غير اطلاع على نية قائله وقصده كما يفهم أن مراد المتكلم بهذا من المتقدمين القسم ويفهم من القسم بغير حرف القسم فى أشعارهم القسم فى مثل قوله :

« فقلت يمينُ اللهِ أبْرَحُ قاعداً[5] »

ويفهم من القسم الذى حذف فى جوابه حرف « لا » أنه مقدر مراد كهذا البيت ، ويفهم من قول الله تعالى : (واسْأَلِ القَرْيَةَ)[6] (وأُشْرِبُوا فِي قُلُوبِهِمُ العِجْلَ)[7] التقدير[8] فكذا ههنا ، وإن قال عمرك الله كما فى قوله :

---

(١) سورة الحجر آية ٧٢ (٢) البيت فى ديوان النابغة مع شرح البطليوسى ص ٢٥ ويروى .

(فلا لعمر الذى مسحت كعبته ... وما هريق على الأنصاب من جسد)

الحجج - فى رواية للمغنى جمع حجة وهى السنة ، ومسحت كعبته فى الرواية الأخرى معناها زرت بيت الله الحرام وطفت به ، هريق : صب ، الأنصاب : حجارة كانت فى الجاهلية يذبح عندها . والجسد : الزعفران ويراد به الدم وفى البيت قسم بالله ثم بالدماء المراقة (ف) .

(٣) هو قشير بن كعب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة (ف) .

(٤) الغر : جمع مفرده الأغر وهو الحسن والأبيض من كل شىء ، والثنايا : مقدم الأسنان ثنتان من فوق وثنتان من أسفل الملاغم : جمع ملغم وهو الفم والأنف والأحداق (ف) .

(٥) هو لامرىء القيس وعجزه كما فى ديوانه ص ٣٢ (ولو قطعوا رأسى لديك وأوصالى) ويمين خبر لمحذوف تقديره (قسمى) أو العكس ، و(أبرح) جواب القسم حذف منه (لا) النافية ، والأوصال جمع وصل وهى المفاصل(ف)

(٦) سورة يوسف آية ٨٢ . (٧) سورة البقرة آية ٩٣ .

(٨) التقدير (واسأل أهل القرية) وأشربوا فى قلوبهم حب العجل) (ف) .

أيها المُنْكِحُ الثُّرَيَّا سُهَيْلاً عَمْرَكَ الله ، كَيْفَ يَلتقِيانِ[1]

فقد قيل هو مثل قوله : نشدتك الله ، ولهذا ينصب اسم الله تعالى فيه . وإن قال : لعمرى أو لعمرك أو عمرك فليس بيمين فى قول أكثرهم ، وقال الحسن فى قوله لعمرى عليه الكفارة .

ولنا : أنه أقسم بحياة مخلوق فلم تلزمه كفارة كما لو قال وحياتى ، وذلك لأن هذا اللفظ يكون قسماً بحياة الذى أضيف إليه العمر ، فإن التقدير لعمرك قسمى أو ما أقسم به والعمر الحياة أو البقاء .

٧٩٦٣ (فصـــل)

وإن قال : وأيم الله ، أو وايمن الله ، فهى يمين موجبة للكفارة ، والخلاف فيه كالذى ذكرنا فى الفصل الذى قبله . وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يقسم به وانضم إليه عرف الاستعمال ، فوجب أن يصرف إليه واختلف فى اشتقاقه فقيل : هو جمع يمين ، وحذفت النون فيه فى البعض تخفيفاً لكثرة الاستعمال . وقيل : هو من اليمن ، فكأنه قال : ويمين الله لأفعلن ، وألفه ألف وصل .

٧٩٦٤ (فصـــل)

وحروف القسم ثلاثة : الباء وهى الأصل ، وتدخل على المظهر[2] والمضمر جميعاً ، والواو ، وهى بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر لذلك وهى أكثر استعمالا وبها جاءت أكثر الأقسام فى الكتاب والسنة ، وإنما كانت الباء الأصل لأنها الحرف الذى تصل به الأفعال القاصرة عن التعدى إلى مفعولاتها ، والتقدير فى القسم أقسم بالله كما قال تعالى (وأَقْسَمُوا بِاللهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ)[3] والتاء بدل من الواو وتختص باسم واحد من أسماء الله تعالى، وهو الله ، ولا تدخل على غيره فيقال : تالله ولو قال تالرحمن أو تالرحيم لم يكن قسما فإذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة فى موضعه كان قسما صحيحا لأنه موضوع له ، وقد جاء فى كتاب الله تعالى وكلام العرب قال الله تعالى (تَاللهِ لَتُسْأَلُنَّ عَمَّا كُنْتُمْ تَفْتَرُون)[4] (تَاللهِ لَقَدْ آثَرَكَ اللهُ عَلَيْنَا)[5] . (تَاللهِ تَفْتَؤُ تَذْكُرُ يُوسُفَ)[6] . (تَاللهِ لَقَدْ عَلِمْتُمْ[7] — وتاللهِ لأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُمْ)[8] .

قال الشاعر :

---

(١) قائله عمر بن أبى ربيعة وهو فى ديوانه ص ٥٠٢ ، وفى لسان العرب ج ٤ ص ٦٠٢ « وقول عمر بن أبى ربيعة (عمرك الله كيف يجتمعان) يريد سألت الله أن يطيل عمرك لأنه لم يرد القسم بذلك » (ف).

(٢) فى المخطوطة ١٨ على الظاهر فى الفقرة كلها . (٣) سورة الأنعام آية ١٠٩ (٤) سورة النحل آية ٥٦

(٥) سورة يوسف آية ٩٠ (٦) سورة يوسف ٥٨ (٧) سورة يوسف آية ٧٣ (٨) سورة الأنبياء آية ٥٧

تالله يبقى على الآيام ذو حيَدٍ بمُشْمَخِرٍّ به الضيان والآسُ[(١)]

فإن قال : ما أردت به القسم لم يقبل منه لأنه أتى باللفظ الصريح فى القسم واقترنت به قرينة دالة عليه وهو الجواب بجواب القسم ويحتمل أن يقبل منه فى قوله تالله لأقومن إذا قال أردت أن قيامى بمعونة الله وفضله لأنه فسر كلامه بما يحتمله ولا يقبل فى الحرفين الآخرين لعدم الاحتمال ويحتمل أن لا يقبل بحال لأنه أجاب بجواب القسم فيمنع صرفه إلى غيره .

٧٩٦٥ (فصـــل)

وإن أقسم بغير حرف القسم فقال الله لأقومن بالجر أو النصب كان يميناً ، وقال الشافعى لا يكون يميناً إلا أن ينوى لأن ذكر اسم الله تعالى بغـــير حرف القسم ليس بصريح فى القسم فلا ينصرف إليه إلا بالنية .

ولنا : أنه سائغ فى العربية وقد ورد به عرف الاستعمال فى الشرع فروى أن عبد الله بن مسعود أخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه قتل أبا جهل فقال : « الله إنك قتلته ؟ قال الله إنى قتلته » ذكره[(٢)] البخارى وقال لركانة بن عبد يزيد : « الله ما أردت إلا واحـــدة قال : الله[(٣)] ما أردت إلا واحدة » وقال امرؤ القيس :

* فقلت يمينُ اللهِ أبْرَحُ قاعداً *

وقال أيضاً : * فقالت يَمينُ اللهِ مَالَكَ حيــلَةٌ *

وقد اقترنت به قرينتان تدلان عليه . إحداهما : الجواب بجواب القسم ، والثانى النصب والجر فى اسم

---

(١) هكذا روى البيت أيضاً فى الخزانة لـكنه فى ديوان الهذليين شعر مالك بن خالد الخناعى قسم ٣ ص ٢ روى هكذا :

والخنس لن يعجز الأيام ذو حيد بمشمخر به الظيـان والآس)

والخنس : الوعول جمع وعل . والوعل : غنم الجبل: والحيد بفتح الحاء وسكون الياء كل نتوء فى القرن والجبل وغيرهما جمعه حيد بكسر ففتح المشمخر : الجبل العالى . الظيان : بالظاء المعجمـة : ياسمين البر والآس : ضرب من الرياحين ، ويلاحظ أن نسخ المغنى قالت (الضيان) بالضاد والصواب بالظاء(ف) .

(٢) لم أر هذه الرواية فى البخارى لـكن فى مسند أحمد عن ابن مسعود ج ٥ ص ٣١٦ حديث ٣٨٢٤ قال : آلله مرتين . وفى مجمع الزوائد ج ٦ ص ٧٩ من رواية الطبرانى مسنده عن ابن مسعود وفيها (. . فضربت عنقه ثم أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فقال : الله الذى لا إله إلاهو قلت . الله الذى لا إله إلا هو (ف)" .

(٣) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٥١١ فى حديث ركانة « أنه طلق امرأته البتة فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما أردت ؟ قال : واحدة قال : آلله قال : آلله قال : هو على ما أردت (ف)

الله تعالى فوجب أن تكون يميناً كما لو قال والله ،وإن قال الله لأفعلن بالرفع ونوى اليمين فهى يمين ، لكنه قد لحن ، فهو كما لو قال : والله بالرفع ، وإن لم ينو اليمين فقال ، أبو الخطاب : يكون يميناً ، لأن قرينة الجواب بجواب القسم كافية والعامى لا يعرف الإعراب فيأتى به إلا أن يكون من أهل العربية ، فإن عدوله عن إعراب القسم دليل على أنه لم يرده ، ويحتمل أن لا يكون قسما فى حق العامى ، لأنه ليس بقسم فى حق أهل العربية ، فلم يكن قسما فى غيرهم كما لو لم يجبه بجوانب القسم .

٧٩٦٦ (فصـــــل)

ويجانب القسم بأربعة أحرف : حرفان للنفى هما : ما ولا ، وحرفان للإثبات وهما : إن واللام المفتوحة وتقوم إن المكسورة مقام ما النافية مثل قوله « وليحْلِفُنّ إنْ أرَدْنا إلاَّ الحُسْنى »[1] وإن قال والله أفعل بغير حرف فالمحذوف ههنا لا وتكون يمينه على النفى لأن موضوعه فى العربية كذلك قال الله تعالى «تاللهِ تَفْتَؤُ تَذْكُرُ يُوسُفَ[2]» أى لا تفتؤ وقال الشاعر : * تالله يبقى على الأيام ذو حيد * وقال آخر : * فقلت يمين الله أبرح قاعداً * أى لا أبرح .

٧٩٦٧ (فصـــــل)

فإن قال : لاها لله ونوى اليمين فهو يمين ، لما روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنـه قال فى سلب قتول أبى قتادة[3] : لاها لله ، إذاً تعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صدق » وإن لم ينو اليمين فالظاهر أنه لا يكون يميناً ، لأنه لم يقترن به حرف ولا نية ، ولا فى جوابه حرف يدل على القسم ، وهذا مذهب الشافعى رضى الله عنه .

٧٩٦٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ أو بآية من القرآن ﴾

وجملته أن الحلف بالقرآن أو بآية منه أو بكلام الله يمين منعقدة تجب الكفارة بالحنث فيها ، وبهـذا قال ابن مسعود ، والحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد وعامة أهـل العلم وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليس بيمين ، ولا تجب به كفارة ، فنهم من زعم أنه مخلوق ، ومنهم من قال لا يعهد اليمين به .

ولنا : أن القرآن كلام الله وصفة من صفات ذاته ، فتنعقد اليمين به كما لو قال : وجلال الله وعظمته ،

---

(١) سورة التوبة آية ١٠٧ (٢) سورة يوسف آية ٨٥

(٣) أخرجه البخارى ج ٤ ص ١١٣ ولفظه فقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه لاها الله إذا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله صلى الله عليه وسلم يعطيك سلبه بلفظ (يعمد) بالياء لا بالتاء (ف)

وقولهم: هو مخلوق(١)، قلنا: هذا كلام المعتزلة وإنما الخلاف مع الفقهاء. وقد روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « القرآن كلام الله غير مخلوق » وقال ابن عباس في قوله تعالى: (قُرْآناً عَرَبِيًّا غَيْرَ ذِي عِوَجٍ(٢)) أي غير مخلوق وأما قولهم: لا يعهد اليمين به، فيلزمهم قولهم وكبرياء الله وعظمته وجلاله.

إذا ثبت هذا: فإن الحلف بآية منه كالحلف بجميعه، لأنها من كلام الله تعالى.

٧٩٦٩ (فصــــل)

وإن حلف بالمصحف انعقدت يمينه، وكان قتادة يحلف بالمصحف، ولم يكره ذلك إمامنا وإسحاق، لأن الحالف بالمصحف إنما قصد الحلف بالمكتوب فيه وهو القرآن، فإنه بين دفتي المصحف بإجماع المسلمين.

٧٩٧٠ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ أو تصدق بملكه أو بالحج ﴾

وجملته: أنه إذا أخرج النذر مخرج اليمين بأن يمنع نفسه أو غيره به شيئاً، أو يحث به على شيء، مثل أن يقول: إن كلمت زيداً فلله عليّ الحج أو صدقة مالي، أو صوم سنة، فهذا يمين، حكمه أنه مخير بين الوفاء بما حلف عليه فلا يلزمه شيء، وبين أن يحنث فيتخير بين فعل المنذور وبين كفارة يمين. ويسمى نذر اللجاج والغضب، ولا يتعين عليه الوفاء به، وإنما يلزم نذر التبرر، وسنذكره في بابه. وهذا قول عمر، وابن عباس، وابن عمر، وعائشة، وحفصة، وزينب بنت أبي سلمة، وبه قال عطاء، وطاوس، وعكرمة، والقاسم، والحسن، وجابر بن زيد، والنخعي، وقتادة، وعبد الله بن شريك، والشافعي، والعنبري، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال سعيد بن المسيب: لا شيء في الحلف بالحج، وعن الشعبي والحارث المكلي وحماد والحكم: لا شيء في الحلف بصدقة ماله، لأن الكفارة إنما تلزم بالحلف بالله تعالى لحرمة الاسم، وهذا ما حلف باسم الله، ولا يجب ما سماه، لأنه لم يخرجه مخرج القربة، وإنما التزمه على طريق العقوبة، فلم يلزمه. وقال أبو حنيفة ومالك: يلزمه الوفاء بنذره، لأنه نذر فيلزمه الوفاء به كنذر التبرر، وروى نحو ذلك عن الشعبي.

ولنا: ما روى عمران بن حصين قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « لا نذر في غضب وكفارته كفارة يمين ». رواه سعيد بن منصور، والجوزجاني في المترجم، وعن عائشة أن النبي صلى الله

---

(١) لم يثبت أبداً أن أبا حنيفة أو أحداً من أصحابه قال بخلق القرآن. انظر تفنيد ما أثير حول الإمام في ترجمته من كتاب (تنوير بصائر المقلدين) للشيخ مرعي بن يوسف المقدسي الحنبلي مخطوط بالأزهرية ودار الكتب المصرية. تحت الطبع من تحقيقنا بمكتبة القاهرة. (٢) سورة الزمر آية ٢٨

عليه وسلم قال : « من حلف بالمشى أو الهدى ، أو جعل ماله فى سبيل الله ، أو فى المساكين ، أو فى رتاج الكعبة ، فكفارته كفارة اليمين » . ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فى عصرهم ولأنه يمين فيدخل فى عموم قوله تعالى (وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ(١)) . ودليل أنه يمين أنه يسمى بذلك ، ويسمى قائله حالفاً ، وفارق نذر التبرر لكونه قصد به التقرب إلى الله تعالى والبر ، ولم يخرجه مخرج اليمين وههنا خرج مخرج اليمين ولم يقصد به قربة ولا براً فأشبه اليمين من وجه والنذر من وجه فخير بين الوفاء به وبين الكفارة .

وعن أحمد رواية ثانية أنه تتعين الكفارة ، ولا يجزئه الوفاء بنذره ، وهو قول لبعض أصحاب الشافعى ، لأنه يمين . والأول أولى ، لأنه إنما التزم فعل ما نذره ، فلا يلزمه أكثر منه كنذر التبرر ، وفارق اليمين بالله تعالى ، لأنه أقسم بالاسم المحترم ، فإذا خالف لزمته الكفارة تعظيما للاسم بخلاف هذا .

٧٩٧١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ أو بالعهد ﴾

وجملته أنه إذا حلف بالعهد ، أو قال وعهد الله ، وكفالته فذلك يمين يجب تكفيرها إذا حنث فيها . وبهذا قال الحسن ، وطاوس ، والشعبى ، والحارث العكلى ، وقتادة ، والحكم ، والأوزاعى ، ومالك « وحلفت عائشة رضى الله عنها بالعهد أن لا تكلم ابن الزبير فلما كلمته أعتقت أربعين رقبة ، وكانت إذا ذكرته تبكى وتقول : واعهداه » قال : أحمد العهد شديد فى عشرة مواضع من كتاب الله «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً(٢) » ويتقرب إلى الله تعالى إذا حلف بالعهد وحنث ما استطاع ، وعائشة اعتقت أربعين رقبة ثم تبكى حتى تبل خمارها وتقول : واعهداه . وقال عطاء ، وأبو عبيد ، وابن المنذر : لا يكون يميناً إلا أن ينوى . وقال الشافعى : لا يكون يميناً إلا أن ينوى اليمين بعهد الله الذى هو صفته . وقال أبو حنيفة : ليس بيمين ، ولعلهم ذهبوا إلى أن العهد من صفات الفعل ، فلا يكون الحلف به يميناً كما لو قال: وخلق الله وقد وافقنا أبو حنيفة فى أنه إذا قال على عهد الله وميثاقه لأفعلن ثم حنث أنه يلزمه الكفارة .

ولنا : أن عهد الله يحتمل كلامه الذى أمرنا به ونهانا كقوله تعالى«أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَابَنِى آدَمَ»(٣) وكلامه قديم صفة له ، ويحتمل أنه استحقاقه لما تعبدنا به ، وقد ثبت له عرف الاستعمال فيجب أن يكون يميناً بإطلاقه كما لو قال وكلام الله .

إذا ثبت هذا : فإنه إن قال على عهد الله وميثاقه لأفعلن أو قال وعهد الله وميثاقه لأفعلن فهو يمين ،

---

(١) سورة المائدة آية ٨٩ (٢) سورة الإسراء آية ٣٤ (٣) سورة يس آية ٦٠

وإن قال والعهد والميثاق لأفعلن ونوى عهد الله كان يميناً لأنه نوى الحلف بصفة من صفات الله تعالى ، وإن أطلق فقال القاضى فيه روايتان .

إحداهما : يكون يميناً لأن لام التعريف إن كانت للعهد يجب أن تنصرف إلى عهد الله لأنه الذى عهدت اليمين به ، وإن كانت للاستغراق دخل فيه ذلك .

والثانية : لا يكون يميناً لأنه يحتمل غير ماوجبت به الكفارة ولم يصرفه إلى ذلك بنيته فلا تجب الكفارة لأن الأصل عدمها .

٧٩٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ أو بالخروج من الإسلام ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى الحلف بالخروج من الإسلام ، مثل أن يقول : هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى إن فعل كذا ، أو هو برىء من الإسلام أو من رسول الله أو من القرآن إن فعل . أو يقول : هو يعبد الصليب أو يعبدك أو يعبد غير الله تعالى إن فعل ، أو نحو هذا . فعن أحمد عليه الكفارة إذا حنث ، يروى هذا عن عطاء ، وطاوس ، والحسن ، والشعبى ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق[1] ، وأصحاب الرأى . ويروى ذلك عن زيد بن ثابت رضى الله عنه .

والرواية الثانية : لا كفارة عليه ، وهو قول مالك ، والشافعى ، والليث ، وأبى ثور ، وابن المنذر ، لأنه لم يحلف باسم الله ولا صفته ، فلم تلزمه كفارة ، كما لو قال : عصيت الله تعالى فيما أمرنى . ويحتمل أن يحمل كلام أحمد فى الرواية الأولى على الندب دون الإيجاب ، لأنه قال فى رواية حنبل إذا قال : أكفر بالله أو أشرك بالله فأحب إلى أن يكفر كفارة يمين إذا حنث . ووجه الرواية الأولى ماروى عن الزهرى عن خارجة ابن زيد عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه سئل عن الرجل يقول : هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء من الإسلام فى اليمين يحلف بها فيحنث فى هذه الأشياء فقال . عليه كفارة يمين » . أخرجه أبو بكر ، ولأن البراءة من هذه الأشياء توجب الكفر بالله فكان الحلف يميناً كالحلف بالله تعالى .

والرواية الثانية أصح إن شاء الله تعالى ، فإن الوجوب من الشارع ولم يرد فى هذه اليمين نص ، ولا هى فى قياس المنصوص ، فإن الكفارة إنما وجبت فى الحلف باسم الله تعظيما لاسمه ، وإظهاراً لشرفه وعظمته ، ولا تتحقق التسوية .

٧٩٧٣ (فصل)

وإن قال : هو يستحل الخمر والزنا إن فعل ثم حنث ، أو قال : هو يستحل ترك الصلاة أو الصيام

(١) فى حلية العلماء للقفال : وبه قال داود .

أو الزكاة فهو كالحلف بالبراءة من الإسلام ، لأن استحلال ذلك يوجب الـكفر ، وإن قال : عصيت الله فيما أمرنى ، أوفى كل ما افترض على ، أو محوت المصحف ، أو أنا أسرق أو أقتل النفس التى حرم الله إن فعلت ، و حنث لم يلزم كفارة ، لأن هذا دون الشرك ، وإن قال : أخزاه الله أو أقطع يده أو لعنه الله إن فعل ثم حنث فلا كفارة عليه ، نص عليه أحمد ، وبهذا ، قال عطاء ، والثورى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى . وقال طاوس ، والليث : عليه كفارة ، وبه قال الأوزاعى إذا قال عليه لعنة الله .

ولنا : أن هذا لا يوجب الـكفر ، فأشبه مالو قال : محوت المصحف . وإن قال : لا يرانى الله فى موضع كذا إن فعلت وحنث . فقال القاضى : عليه كفارة ، وذكر أن أحمد نص عليه . والصحيح أن هذا لا كفار فيه لأن إيجابها فى هذا ومثله تحـكم بغير نص ولا قياس صحيح .

٧٩٧٤ (فصـــــــل)

ولا يجوز الحلف بالبراءة من الإسلام لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من قال إنى برىء من الإسلام فإن كان كاذبا فهو كما قال ، وإن كان صادقا لم يعد إلى الإسلام سالما » رواه أبو داود .

٧٩٧٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ أو بتحريم مملوكه أو شىء من ماله ﴾

وجملته : أنه إذا قال هذا حرام على إن فعلت وفعل أو قال ما أحل الله على حرام إن فعلت ثم فعل فهو مخير إن شاء ترك ماحرمه على نفسه وإن شاء كفر ، وإن قال هذا الطعام حرام على فهو كالحلف على تركه ، ويروى نحو هذا عن ابن مسعود والحسن وجابر بن زيد وقتادة وإسحاق وأهل العراق وقال سعيد ابن جبير فيمن قال الحلال على حرام يمين من الأيمان يـكفرها ، وقال الحسن هى يمين إلا أن ينوى طلاق امرأته وعن إبراهيم مثله وعنه إن نوى طلاقا وإلا فليس بشىء وعن الضحاك أن أبا بـكر وعمر وابن مسعود قالوا الحرام يمين وقال طاوس هو مانوى . وقال مالك والشافعى : ليس بيمين ولا شىء عليه ، لأنه قصد تغيير المشروع فلغا ما قصده كما لو قال هذه ربيبتى .

ولنـا : قول الله تعالى (يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ؟ — إلى قوله — قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَـكُمْ تَحِـلَّةَ أَيْمَـانِـكُمْ [(١)]) سمى تحريم ما أحل الله يمينا وفرض له تحلة وهى الـكفارة ، وقالت عائشة رضى الله عنها « كان النبى صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة أن أيتنا دخل عليها النبى صلى الله عليه وسلم فلتقل : إنى أجد منك ريح [(٢)] مغافير ، فدخل على

(١) سورة التحريم آية ١ ، ٢ (٢) جمع مغفور بضم الميم مادة حلوة تشبه الصمغ ينضحه شجر العرفط والعرفط شجر من العضاه (ف)

إحدانا فقالت له ذلك ، فقال : لا بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش ولن أعود له . فنزل « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؟ تبتغي مرضاة أزواجك » [١] متفق عليه . فان قيل : إنما نزلت الآية في تحريم مارية القبطية ، كذلك ، قال الحسن وقتادة ، قلنا : ما ذكرناه أصح فانه متفق عليه ، وقول عائشة صاحبة القصة الحاضرة للتنزيل المشاهدة للحال أولى ، والحسن وقتادة لو سمعا قول عائشة لم يعدلا به شيئاً ولم يصيرا إلى غيره ، فكيف يصار إلى قولهما ويترك قولها ؟ وقد روى عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه جعل تحريم الحلال يميناً » ولو ثبت أن الآية نزلت في تحريم مارية كان حجة لنا ، لأنها من الحلال الذى حرم ، وليست زوجة ، فوجوب الكفارة بتحريمها يقتضى وجوبه في كل حلال حرم بالقياس عليها لأنه حرم الحلال فأوجب الكفارة كتحريم الأمة والزوجة وما ذكروه يبطل بتحريمها ، وإذا قال هذه ربيبتي يقصد تحريمها فهو ظهار .

٧٩٧٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال (أو يقول : أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله) .

هذا قول عامة الفقهاء لا نعلم فيه خلافا ، وسواء نوى اليمين أو أطلق ، لأنه لو قال : بالله ولم يقل أقسم ولا أشهد ولم يذكر الفعل كان يميناً ، وإنما كان يميناً بتقدير الفعل قبله لأن الباء تتعلق بفعل مقدر على ماذكرناه فاذا أظهر الفعل ونطق بالمقدر كان أولى بثبوت حكمه ، وقد ثبت له عرف الاستعمال قال الله تعالى (فيقسمان بالله) [٢] وقال تعالى : « وأقسموا بالله » [٣] وقال : « فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين » [٤] ويقول الملاعن في لعانه : أشهد بالله إني لمن الصادقين وتقول المرأة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين وأنشد أعرابي عمر :

* أقسم بالله لتفعلنه * [٥]

وكذلك الحكم إن ذكر الفعل بلفظ الماضي فقال : أقسمت بالله ، أو شهدت بالله . قال عبد الله بن

---

(١) سورة التحريم آية ١، ٢ (٢) سورة المائدة آية ١٠٦.
(٣) سورة الأنعام آية ١٠٩ (٤) سورة النور آية ٦
(٥) قدم رجل من الأعراب على عمر ومعه صبية له وأهله (زوجته) فقال مخاطبه :
يا عمر الخير جزيت الجنة اكس بنياتي وأمهنه أقسمت بالله لتفعلنه
فقال عمر : فإن لم أفعل يكون ماذا ؟ قال : إذاً أبا حفص لأذهبنه
قال عمر : فاذا ذهبت يكون ماذا ؟ قال : يكون عن حالي لتسألنه
قال عمر : متى ؟ قال :

رواحة * أقسمت[١] بالله لتنزلنه * وإن أراد بقوله : أقسمت بالله الخبر عن قسم ماض ، أو بقوله أقسم بالله عن قسم يأتى به ، فلا كفارة عليه ، وإن ادعى إرادة ذلك قبل منه . وقال القاضى : لا يقبل فى الحكم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأنه خلاف الظاهر .

ولنا : أن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى فاذا علم من نفسه أنه نوى شيئاً أو أراده مع احتمال اللفظ إياه لم تلزمه كفارة ، وإن قال : شهدت بالله إنى آمنت بالله فليس بيمين ، وإن قال : أعزم بالله يقصد اليمين فهو يمين ، وإن أطلق فظاهر كلام الخرقى أنه يمين وهو قول ابن حامد ، وقال أبو بكر : ليس بيمين وهو قول الشافعى لأنه لم يثبت له عرف الشرع[٢] ولا الاستعمال وظاهره غير اليمين لأن معناه أقصد بالله لأفعلن . ووجه الأول أنه يحتمل اليمين وقد اقترن به مايدل عليه وهو جوابه بجواب القسم فيكون يميناً . فأما إن نوى بقوله غير اليمين لم يكن يميناً .

٨٩٧٧ (فصـــــــل)

وإن قال : أحلف بالله أو أولى بالله ، أو حلفت بالله ، أو آليت بالله ، أو ألية بالله ، أو حلفا بالله ، أو قسما بالله ، فهو يمين ، سواء نوى به اليمين أو أطلق لما ذكرناه فى أقسم بالله وحكمه حكمه فى تفصيله لأن الإيلاء والحلف والقسم واحد قال الله تعالى (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[٣]) وقال سعد بن معاذ أحلف بالله لقد جاءكم أسيد بغير الوجه الذى ذهب به . وقال الشاعر .

أولى برب الراقصات إلى منى ومطارح الأكوار[٤] حيث تبيت

= يوم تكون الأعطيات جنة والواقف المسئول بينهنه
إما إلى نار وإما إلى جنة

فقال لغلامه : ياغلام أعطه قميصى هذا لذلك اليوم لالشعره » .

من هامش كتاب التاج فى أخلاق الملوك ص ٨٦ والمراجع فى المزاح ص ٢٩ (ف)

(١) قاله عبد الله بن رواحة فى غزوة مؤتة بعد استشهاد زيد بن حارثة وجعفر بن أبى طالب عند ماوجد نفسه تتردد فقال يخاطبها :

أقسمت يانفسى لتنزلنه لتنزلن أو لتكرهنه
إن أجاب الناس وشدوا الرنة مالى أراك تكرهين الجنة

أجاب الناس : صاحوا — الرنة : صوت ترجيع يشبه البكاء (ف)

(٢) فى المخطوطة ١٨ : فى عرف الشرع (٣) سورة البقرة آية ٢٢٦

(٤) مطارح الأكوار : الأكوار جمع كور بالضم وهو رحل الناقة بأداته وهو كالسرج وآلته للفرس والمراد الأماكن التى تطرح فيها رحال النوق (ف)

وقال ابن دريد :

أَلِيَّـــةً بالْيَعْمَلاتِ تَرْتَمِي بها النَّجاءُ بَيْنَ أَجْوَازِ الفَلاَ[١]

وقال:

بل قَسَماً بالشُّمِّ يَعْرُبَ هَلْ لِمُقْسِمٍ من بعد هذا مُنْتَهَى[٢] ؟

٧٩٧٨ (فصـــــل)

وإن قال : أقسمت أو آليت أو حلفت أو شهدت لأفعلن ولم يذكر بالله ، فعن أحمـد روايتان : إحداهما : أنها يمين ، وسواء نوى اليمين أو أطلق ، وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس والنخعي والثوري وأبي حنيفة وأصحابه .

وعن أحمد إن نوى اليمين بالله كان يميناً وإلا فلا ، وهو قول مالك ، وإسحاق ، وابن المنذر ، لأنه يحتمل القسم بالله وبغيره ، فلم تكن يميناً حتى يصرفه بنيته إلى ما تجب به الكفارة . وقال الشافعي : ليس بيمين وإن نوى : وروى نحو ذلك عن عطاء ، والحسن ، والزهري ، وقتادة ، وأبي عبيد ، لأنها عريت عن اسم الله وصفته ، فلم تكن يميناً كما لو قال : أقسمت بالبيت .

ولنا أنه قد ثبت لها عرف الشرع والاستعمال ، فإن أبا بكر قال : أقسمت عليك يا رسول الله لتخبرني بما أصبت مما أخطأت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تقسم يا أبا بكر » رواه أبو داود . وقال العباس للنبي صلى الله عليه وسلم . « أقسمت عليك يا رسول الله لتبايعنه ، فبايعه النبي صلى الله عليه وسلم وقال : أبررت قسم عمي ولا هجرة » ، وفي كتاب الله تعالى : « إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ ــ إلى قوله ــ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّة »[٣] فسماها يميناً وسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم قسما وقالت عاتكة بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم :

---

(١) البيت في المقصورة ص ٣١

واليعملات جمع يعمله بفتح الياء والميم بينهما عين مهملة ساكنة وهي الناقة الصلبة الشديدة ــ النجاء : السرعة الأجواز جمع جوز ، وجوز كل شيء وسطه في الفلا جمع فلاة وهي الصحراء (ف)

(٢) البيت في المقصورة ص ٤٠

الشم : الطوال وقيـل : أشراف الناس ، ويعرب : قبيلة من العرب تنسب إلى يعرب بن يشجب بن قحطان . المقسم : الحالف ــ المنتهى : الغاية (ف)

(٣) سورة المنافقون آية ١ ، ٢

حلفت لئن عادوا لنصطلمنهم لجاءوا تردى حجرتيها المقانب[1]

وقالت عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل :

فآليت لا تنفك عينى حزينة عليك ولا ينفك جلدى أغبرا

وقولهم : يحتمل القسم بغير الله قلنا : إنما يحمل على القسم المشروع ولهذا لم يكن هذا مكروها ولو حمل على القسم بغير الله كان مكروها ، ولو كان مكروها لم يفعله أبو بكر بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم ولا أبر النبى صلى الله عليه وسلم قسم العباس حين أقسم عليه .

٧٩٧٩ (فصـــــل)

وإن قال أعزم أو عزمت لم يكن قسما نوى به القسم أو لم ينو لأنه لم يثبت لهذا اللفظ عرف فى شرع ولا استعمال ولا هو موضع للقسم ولا فيه دلالة عليه ، وكذلك لو قال استعين بالله أو أعتصم بالله أو أتوكل على الله أو علم الله أو عز الله أو تبارك الله ونحو هذا لم يكن يميناً نوى أو لم ينو لأنه ليس بموضوع للقسم لغة ولا ثبت له عرف فى شرع ولا استعمال فلم يجب به شىء كما لو قال : سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر .

٧٩٨٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ أو بأمانة الله ﴾

قال القاضى : لايختلف المذهب فى أن الحلف بأمانة الله يمين مكفرة ، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا تنعقد اليمين بها إلا أن ينوى الحلف بصفة الله تعالى لأن الأمانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق . قال الله تعالى : « إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمٰوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ »[2] وقال تعالى : « إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا »[3] يعنى الودائع والحقوق وقال النبى صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وإذا كان اللفظ محتملا لم يصرف إلى أحد محتملاته إلا بنية أو دليل صارف إليه .

---

(١) هكذا فى نسخ المغنى ، وقد روى بلفظ آخر فى لسان العرب ج ١٤ ص ١٢٨

حلفت لئن عدتم لنصطلمنكم بجأواء تروى حافتيه المقانب

أى بجيش عظيم تجتمع مقانبه من أطرافه ونواحيه .

ومعنى نصطلمنكم : لنستأصلنكم . والكتيبة الجأواء التى يعلوها لون السواد لكثرة الدروع ـ وفى ص ٣٢٨ من هذا الجزء نفسه قال : (تروى : تعدو) ـ وفى ج ١ ص ٦٩٠ قال (المقنب : جماعة الخيل والفرسان) (ف)

(٢) سورة الأحزاب آية ٧٢ (٣) سورة النساء آية ٥٨

ولنا : أن أمانة الله صفة له بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها إذا نوى ويجب حملها على ذلك عند الإطلاق لوجوه .

أحدها : أن حملها على غير ذلك صرف ليمين المسلم إلى المعصية أو المكروه لكونه قسما بمخلوق والظاهر من حال المسلم خلافه .

والثاني : أن القسم فى العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره ، وصفة الله تعالى أعظم حرمة وقدراً .

والثالث : أن ما ذكروه من الفرائض والودائع لم يعهد القسم بها ولا يستحسن ذلك لو صرح به فكذلك لا يقسم بما هو عبارة عنه .

الرابع : أن أمانة الله المضافة إليه هى صفته وغيرها يذكر غير مضاف إليه كما ذكر فى الآيات والخبر .

الخامس : أن اللفظ عام فى كل أمانة الله لأن اسم الجنس إذا أضيف إلى معرفة أفاد الاستغراق فيدخل فيه أمانة الله التى هى صفته فتنعقد اليمين بها موجبة للكفارة كما لو نواها .

٧٩٨١ (فصل)

فإن قال : والأمانة لا فعلت ونوى الحلف بأمانة الله فهو يمين مكفرة موجبة للكفارة وإن أطلق فعلى روايتين .

إحداهما : يكون يميناً لما ذكرنا من الوجوه والثانية : لا يكون يميناً لأنه لم يضفها إلى الله تعالى فيحتمل غير ذلك . قال أبو الخطاب : وكذلك إذا قال والعهد والميثاق والجبروت والعظمة والأمانات فإن نوى يمينا كان يمينا وإلا فلا ، وقد ذكرنا فى الأمانة روايتين فيخرج فى سائر ماذكروه وجهان قياساً عليها .

٧٩٨٢ (فصل)

ويكره الحلف بالأمانة لماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف بالأمانة فليس منا » رواه أبو داود وروى عن زياد بن حدير « أن رجلا حلف عنده بالأمانة فجعل يبكى بكاء شديداً فقال له الرجل : هل كان هذا يكره ؟ قال : نعم ، كان عمر ينهى عن الحلف بالأمانة أشد النهى » .

٧٩٨٣ (فصل)

ولا تنعقد اليمين بالحلف بمخلوق كالكعبة والأنبياء وسائر المخلوقات ولا تجب الكفارة بالحنث فيها هذا ظاهر كلام الخرقى ، وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال أصحابنا : الحلف برسول الله صلى الله عليه وسلم يمين موجبة للكفارة ، وروى عن أحمد أنه قال : إذا حلف بحق رسول الله صلى الله عليه وسلم فحنث فعليه الكفارة ، قال أصحابنا : لأنه أحد شرطى الشهادة ، فالحلف به موجب للكفارة كالحلف باسم الله تعالى . ووجه الأول : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت » . ولأنه

حلف بغير الله فلم يوجب الكفارة كسائر الأنبياء ولأنه مخلوق فلم تجب الكفارة بالحلف به كابراهيم عليه السلام ، ولأنه ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص ، ولا يصح قياس اسم غير الله على اسمه لعدم الشبه وانتفاء المماثلة وكلام أحمد فى هذا يحمل على الاستحباب دون الإيجاب .

٧٩٨٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف بهذه الأشياء كلها على شيء واحد فحنث فعليه كفارة واحدة ﴾

وجملته : أنه إذا حلف بجميع هذه الأشياء التى ذكرها الخرقى أومايقوم مقامها أو كرر اليمين على شيء واحد مثل أن قال : والله لأغزون قريشاً ، والله لأغزون قريشاً ، والله لأغزون قريشاً . فحنث فليس عليه إلا كفارة واحدة . روى نحو هذا عن ابن عمر . وبه قال الحسن ، وعروة ، وإسحاق ، وروى أيضاً عن عطاء ، وعكرمة ، والنخعى ، وحماد ، والأوزاعى ، وقال أبو عبيد فيمن قال : على عهد الله وميثاقه وكفالته ثم حنث فعليه ثلاث كفارات ، وقال أصحاب الرأى : عليه بكل يمين كفارة إلا أن يريد التأكيد والتفهيم ونحوه عن الثورى وأبى ثور ، وعن الشافعى قولان كالمذهبين ، وعن عمرو بن دينار إن كان فى مجلس واحد كقولنا ، وإن كان فى مجالس كقولهم . واحتجوا بأن أسباب الكفارات تكررت فتكرر الكفارات كالقتل لآدمى وصيد حرمى ، ولأن اليمين الثانية مثل الأولى فتقتضى ماتقتضيه .

ولنا : أنه حنث واحد أوجب جنساً واحداً من الكفارات فلم يجب به أكثر من كفارة كما لو قصد التأكيد والتفهيم ، وقولهم : إنها أسباب تكررت لا نسلمه ، فإن السبب الحنث وهو واحد ، وإن سلمنا فينتقض بما إذا تكرر الوطء فى رمضان فى أيام ، وبالحدود إذا تكررت أسبابها فإنها كفارات ، وبما إذا قصد التأكيد ، ولا يصح القياس على الصيد الحرمى ، لأن الكفارة بدل ، ولذلك تزداد بكبر الصيد وتتقدر بقدره فهى كدية القتل ، ولا على كفارة قتل الآدمى لأنها أجريت مجرى البدل أيضاً لحق الله تعالى ، لأنه لما أتلف آدمياً عابداً لله تعالى ناسب أن يوجد عبداً يقوم مقامه فى العبادة ، فلما عجز عن الإيجاد لزمه إعتاق رقبة ، لأن العتق إيجاد للعبد بتخليصه من رق العبودية وشغلها إلى فراغ البال للعبادة بالحرية التى حصلت بالإعتاق . ثم الفرق ظاهر وهو أن السبب ههنا تكرر بكماله وشروطه ، وفى محل النزاع لم يوجد ذلك ، لأن الحنث إما أن يكون هو السبب أو جزءاً منه أو شرطا له ، بدليل توقف الحكم على وجوده ، وأياما كان فلم يتكرر فلم يجز الإلحاق ثم ، وإن صح القياس فقياس كفارة اليمين على مثلها أولى من قياسها على النقل لبعد ما بينهما .

٧٩٨٥ (فصـل)

وإذا حلف يميناً واحدة على أجناس مختلفة فقال : والله لا أكلت ولا شربت ولا لبست فحنث فى

الجميع فكفارة واحدة ، لا أعلم فيه خلافا ، لأن اليمين واحدة والحنث واحد ، فإنه بفعل واحد من المحلوف عليه يحنث وتنحل اليمين . وإن حلف أيمانا على أجناس فقال : والله لا أكلت ولاشربت ، والله لالبست فحنث في واحدة منها فعليه كفارة ، فإن أخرجها ثم حنث في يمين أخرى لزمته كفارة أخرى ، لا نعلم في هذا أيضاً خلافا ، لأن الحنث في الثانية تجب به الكفارة بعد أن كفر عن الأولى ، فأشبه مالو وطىء في رمضان فكفر ، ثم وطىء مرة أخرى ، فإن حنث في الجميع قبل التكفير فعليه في كل يمين كفارة ، وهذا ظاهر كلام الخرقى . ورواه المروذى عن أحمد وهو قول أكثر أهل العلم .

وقال أبو بكر : تجزئه كفارة واحدة ورواها ابن منصور عن أحمد قال القاضي وهي الصحيحة وقال أبو بكر مانقله المروذى عن أحمد قول لأبي عبد الله ومذهبه أن كفارة واحدة تجزئه ، وهو قول إسحاق ، لأنها كفارات من جنس فتداخلت كالحدود من جنس ، وإن اختلفت محالها بأن يسرق من جماعة أو يزنى بنساء .

ولنا : أنهن أيمان لا يحنث في إحداهن بالحنث في الأخرى فلم تتكفر إحداهما بكفارة الأخرى ، كما لو كفر عن إحداهما قبل الحنث في الأخرى ، وكالأيمان المختلفة الكفارة ، وبهذا فارق الأيمان على شيء واحد ، فإنه متى حنث في إحداها كان حانثاً في الأخرى ، فإن كان الحنث واحداً كانت الكفارة واحدة ، وههنا تعدد الحنث فتعددت الكفارات . وفارق الحدود ، فإنها وجبت للزجر[1] وتندرىء بالشبهات بخلاف مسألتنا ، ولأن الحدود عقوبة بدنية ، فالموالاة بينها ربما أفضت إلى التلف فاجتزىء بأحدها وههنا الواجب إخراج مال يسير أو صيام ثلاثة أيام فلايلزم الضرر الكثير بالموالاة فيه ولايخشى منه التلف .

٧٩٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف على شيء واحد بيمينين مختلفي الكفارة لزمته في كل واحدة من اليمينين كفارتها ﴾

هذا مثل الحلف بالله ، وبالظهار ، وبعتق عبده . فإذا حنث فعليه كفارة يمين وكفارة ظهار ويعتق العبد . لأن تداخل الأحكام إنما يكون مع اتحاد الجنس كالحدود من جنس والكفارات ههنا أجناس وأسبابها مختلفة فلم تتداخل كحد الزناء والسرقة والقذف والشرب .

٨٩٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف بحق القرآن لزمته بكل آية كفارة يمين ﴾

نص على هذا أحمد وهو قول ابن مسعود والحسن . وعنه أن الواجب كفارة واحدة ، وهو قياس

(١) في المخطوطة ٣٩ : تجب للزجر .

المذهب ، ومذهب الشافعى ، وأبى عبيد ، لأن الحلف بصفات الله كلها وتكرر اليمين بالله سبحانه لا يوجب أكثر من كفارة واحدة ، فالحلف بصفة واحدة من صفاته أولى أن تجزئه كفارة واحدة .

ووجه الأول : ما روى مجاهد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آية كفارة يمين صبر ، فمن شاء بر ومن شاء فجر » رواه الأثرم . ولأن ابن مسعود قال : عليه بكل آية كفارة يمين ، ولم نعرف مخالفاً له فى الصحابة فكان إجماعاً ، قال أحمد : وما أعلم شيئاً يدفعه ، ويحتمل أن كلام أحمد فى كل آية كفارة على الاستحباب لمن قدر عليه ، فإنه قال عليه بكل آية كفارة ، فإن لم يمكنه فكفارة واحدة ، ورده إلى واحدة عند العجز دليل على أن ما زاد عليها غير واجب ، وكلام ابن مسعود أيضاً يحمل على الاختيار والاحتياط لكلام الله والمبالغة فى تعظيمه ، كما أن عائشة أعتقت أربعين رقبة حين حلفت بالعهد وليس ذلك بواجب ولا يجب أكثر من كفارة لقول الله تعالى (لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَـكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ)[1] وهذه يمين فتدخل فى عموم الأيمان المنعقدة ، ولأنها يمين واحدة فلم توجب كفارات كسائر الأيمان ، ولأن إيجاب كفارات بعدد الآيات يفضى إلى المنع من البر والتقوى والإصلاح بين الناس .لأن من علم أنه بحنثه تلزمه هذه الكفارات كلها ترك المحلوف عليه كائناً ما كان ، وقد يكون براً وتقوى وإصلاحاً فيمنعه منه ، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله(وَلاَ تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لأَيْمَانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ)[2] وإن قلنا بوجوب كفارات بعدد الآيات فلم يطق أجزأته كفارة واحدة نص عليه أحمد .

٧٩٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وعن أبى عبد الله فيمن حلف بنحر ولده روايتان . إحداهما : كفارة يمين والأخرى : يذبح كبشاً ﴾

واختلفت الرواية فيمن حلف بنحر ولده نحو أن يقول: إن فعلت كذا فلله على أن أذبح ولدى أو يقول ولدى نحير[3] إن فعلت كذا أو نذر ذبح ولده مطلقاً غير معلق بشرط فعن أحمد عليه كفارة يمين وهذا قياس المذهب لأن هذا نذر معصية أو نذر لجاج وكلاهما يوجب الكفارة وهو قول ابن عباس ، فإنه روى عنه أنه قال لامرأة نذرت أن تذبح ابنها « لا تنحرى ابنك وكفرى عن يمينك » .

والرواية الثانية : كفارته ذبح كبش ويطعمه للمساكين ، وهو قول أبى حنيفة ويروى ذلك عن ابن عباس أيضاً لأن نذر ذبح الولد جعل فى الشرع كنذر ذبح شاة بدليل أن الله تعالى أمر إبراهيم بذبح ولده وكان أمراً بذبح شاة وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه ، ودليل أنه أمر بذبح شاة أن الله تعالى لا يأمر

(١) سورة المائدة آية ٨٩ (٢) سورة البقرة آية ٢٢٤ (٣) نحير بزنة فعيل : منحور (ف) .

بالفحشاء ولا بالمعاصي وذبح الولد من كبائر المعاصي . قال الله تعالى (وَلاَ تَقْتُلُوا أَولاَدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلاَقٍ)[١] وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أكبر الكبائر أن تجعل لله نداً وهو خلقك . قيل ثم أى ؟ قال : أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك » .

وقال الشافعي : ليس هذا بشيء ولا يجب به شيء لأنه نذر معصية لا يجب الوفاء به ولا يجوز ولا تجب به كفارة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا نذر[٢] في معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم » ولقوله عليه السلام « ومن[٣] نذر أن يعصى الله فلا يعصه » .

ولنا : قوله عليه السلام :(لا نذر[٤] في معصية وكفارته كفارة يمين» ولأن النذر حكمه حكم اليمين بدليل قوله عليه السلام : « النذر[٥] حلفة وكفارته كفارة يمين » فيكون بمنزلة من حلف ليذبحن ولده وقولهم إن النذر لذبح[٦] الولد كناية عن ذبح كبش لا يصح لأن إبراهيم لو كان مأموراً بذبح كبش لم يكن الكبش فداء ولا كان مصدقاً للرؤيا قبل ذبح الكبش ، وإنما أمر بذبح ابنه ابتلاء ثم فدى بالكبش وهذا أمر اختص بإبراهيم عليه السلام لا يتعداه إلى غيره لحكمة علمها الله تعالى فيه ، ثم لو كان إبراهيم مأموراً بذبح كبش فقد ورد شرعنا بخلافه فإن نذر ذبح الابن ليس بقربة في شرعنا ولا مباح بل هو معصية فتكون كفارته ككفارة سائر نذور المعاصي .

٧٩٨٩ (فصـــــل)

وإن نذر ذبح نفسه أو أجنبي ففيه أيضاً عن أحمد روايتان ، وعن ابن عباس أيضاً فيه روايتان :

نقل ابن منصور عن أحمد فيمن نذر أن ينحر نفسه إذا حنث يذبح شاة ، وكذلك إن نذر ذبح أجنبي لأنه روى عن ابن عباس في الذي قال : أنا أنحر فلاناً ، فقال : عليه ذبح كبش ، ولأنه نذر ذبح آدمي فكان عليه ذبح كبش كنذر ذبح ابنه . والثانية : عليه كفارة يمين ، لأنه نذر معصية فكان موجبه كفارة لما ذكرنا فيما تقدم .

وروى الجوزجاني بإسناده عن الأوزاعي قال حدثني أبو عبيد قال : « جاء رجل إلى ابن عمر فقال :

---

(١) سورة الإسراء آية ٣١

(٢) أخرجه النسائي وابن ماجه عن عمران بن حصين (ف) .

(٣) أخرجه البخاري وأحمد وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة (ف) .

(٤) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة وأخرجه النسائي عن عمران بن حصين (ف).

(٥) ورد بلفظ (النذر يمين وكفارته كفارة يمين) أخرجه الطبراني عن عقبة بن عامر (ف) .

(٦) في المخطوطه ١٨ : إن نذر ذبح الولد .

إلى نذرت أن أنحر نفسى قال : فتجهمه ابن عمر وأنف منه ، ثم أتى ابن عباس فقال له : أهد مائة بدنة ، ثم أتى عبد الرحمن بن الحارث بن هشام فقال له : أرأيت لو نذرت أن لا تكلم أباك أو أخاك ؟ إنما هذه خطرة من خطرات الشيطان ، استغفر الله وتب إليه ، ثم رجع إلى ابن عباس فأخبره فقال : أصاب عبدالرحمن ورجع ابن عباس عن قوله » والصحيح فى هذا أنه نذر معصية حكمه حكم نذر سائر المعاصى لاغير .

٧٩٩٠ (فصـــــل)

قال أحمد فى امرأة نذرت نحر ولدها ولها ثلاثة أولاد تذبح عن كل واحـــد كبشا وتكفر يمينها وهذا على قوله إن كفارة نذر ذبح الولد ذبح كبش ، جعل عن كل واحد كبشاً ، لأن لفظ الواحد إذا أضيف اقتضى التعميم ، فكان عن كل واحد كبش فإن عنت بنذرها واحداً فإنما عليها كبش واحد ، بدليل أن إبراهيم عليه السلام لما أمر بذبح ابنه الواحد فدى[1] بكبش واحد ولم يفد غـير من أمر بذبحه من أولاده وكذا ههنا ، وعبد المطلب لما نذر ذبح ابن من بنيه إن بلغوا عشرة لم يفد منهم إلا واحداً ، وسواء نذرته[2] معيناً أو عنت واحداً غير معين فأما قول أحمد وتكفر يمينها فيحتمل أنه أراد أن ذبح الكباش كفارة يمينها ويحتمل أنه كان مع نذرها يمين وأما على الرواية الأخرى تجزئها كفارة يمين على ما سبق .

٧٩٩١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف بعتق ما يملك فحنث عتق عليه كل ما يملك من عبيده وإمائه ومكاتبيه ومدبريه وأمهات أولاده وشقص يملكه من مملوكه ﴾

معناه إذا قال : إن فعلت كذا فكل مملوك لى حر أو عتيق ، أو فكل ما أملك حر ، فإن هذا إذا حنث عتق مماليكه ، ولم تغن عنه كفارة . روى ذلك عن ابن عمر ، وابن عباس ، وبه قال ابن أبى ليـــلى ، والثورى ، ومالك ، والأوزاعى ، والليث ، والشافعى ، وإسحاق . وروى عن ابن عمر ، وأبى هريرة ، وعائشة ، وأبى سلمة ، وحفصة ، وزينب بنت أبى سلمة ، والحسن ، وأبى ثور : تجزئه كفارة يمين ، لأنها يمين ، فتدخل فى عموم قول الله تعالى : (فكفارته إطعام عشرة مساكين)[3] .

وروى عن أبى رافع قال « قالت مولاتى ليلى بنت العجماء : كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدى ، وهى يهودية وهى نصرانية إن لم تفرق بينك وبين امرأتك قال : فأتيت زينب بنت أم سلمة ، ثم أتيت حفصة إلى أن قال : ثم أتيت ابن عمر فجاء معى إليها فقام على الباب فسلم فقال : أمن حجارة أنت أم من حديد ؟ أفتتك زينب ، وأفتتك أم المؤمنين ، كفرى عن يمينك ، وخلى بين الرجل وامرأته » . رواه الأثرم والجوزجانى مطولا .

---

(١) فى المخطوطه ٣٩ : فداه. (٢) فى المخطوطه ١٨ : نذرت . (٣) سورة المائدة آية ٨٩

ولنا : أنه علق العتق على شرط وهو قابل للتعليق فيقع بوجود شرطه كالطلاق والآية مخصوصة بالطلاق والعتق فى معناه ، ولأن العتق ليس بيمين فى الحقيقة إنما هو تعليق على شرط فأشبه الطلاق فأما حديث أبى رافع قال أحمد قال فيه « كفرى يمينك وأعتقى جاريتك » وهذه زيادة يجب قبولها ويحتمل أنها لم يكن لها مملوك سواها .

٧٩٩٢ (فصــــل)

فأما إن قال : فإن فعلت فلله على أن أعتق عبدى أو أحرره أو نحو هذا لم يعتق بحنثه وكفر كفارة يمين على ما ذكرنا فى نذر اللجاج لأن هذا لم يعلق عتق العبد إنما حلف على تعليق العتق بشرط بخلاف الذى قبله .

٧٩٩٣ (فصــــل)

وإذا حنث عتق عليه عبيده وإماؤه ومدبروه وأمهات أولاده ومكاتبوه والأشقاص التى يملكها من العبيد والإماء وبهذا قال أبو ثور والمزنى وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى : لا يعتق الشقص إلا أن ينويه ولعله ذهب إلى أن الشقص لا يقع عليه اسم العبد ، وقال أبو حنيفة وصاحباه ، وإسحاق : لا يعتق المكاتب وهو قول الشافعى ، لأنه خارج عن ملك سيده وتصرفه ، فلم يدخل فى اسم مماليكه كالحر ، وقال الربيع : سماعى من الشافعى أنه يعتق .

ولنا : أنه مملوكه فيعتق كالمدبر ، ودليل كونه مملوكه قوله عليه السلام : « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » . وقوله لعائشة : « اشترى بريرة وأعتقيها » وكانت مكاتبة ولا يصح شراء غير المملوك ولا عتقه . ولأنه يصح إعتاقه بالإجماع وأحكامه أحكام العبيد ولأنه ممــــلوك فلابد له من مالك ولأنه يصح إعتاقه بالمباشرة ، فدخل فى العتق بالتعليق كسائر عبيده . وأما الشقص فإنه مملوك له قابل للتحرير ، فيدخل فى عموم لفظه .

٧٩٩٤ (فصــــل)

فإن قال : عبد فلان حر إن دخلت الدار ثم دخلها لم يعتق العبد بغير خلاف ، لأنه لا يعتق بإعتاقه ناجزاً فلأن لا يعتق بالتعليق أولى ، وهل تلزمه كفارة يمين ؟ فيه عن أحمد روايتان ذكرهما ابن أبى موسى إحداهما : عليه كفارة لأنه حلف بالعتق فيما لا يقع بالحنث فلزمته كفارة كما لو قال لله على أن أعتق فلاناً .

والثانية : لا كفارة عليه لأنه حلف بإخراج مال غيره فلم يلزمه شىء ، كما لو قال : مال فلان صدقة إن دخلت الدار ، ولأنه تعليق للعتق على صفة فلم تجب به كفارة كسائر التعليق . وأما إذا قال : لله على أن أعتق

عبداً فإنه نذر ، فأوجب الكفارة لكون النذر كاليمين ، وليس كذلك ههنا ، فإنه إنما علق العتق على صفة فوجود الصفة أثر فى جعل المعلق كالمنجز ولو نجز العتق لم يلزمه شىء فكذلك ههنا .

٧٩٩٥ (فصـــــــل)

فإن قال : إن فعلت كذا فمال فلان صدقة ، أو فعلى فلان حجة ، أو فمال فلان حرام عليه ، أو هو برىء من الإسلام وأشباه هذا فليس ذلك بيمين ، ولا تجب به كفارة ، ولا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، لأنه لم يرد الشرع فيه بكفارة ولا هو فى معنى ما ورد الشرع به [١] .

٧٩٩٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف فهو مخير فى الكفارة قبل الحنث وبعده . وسواء كانت الكفارة صوماً أو غيره إلا فى الظهار والحرام ، فعليه الكفارة قبل الحنث ﴾

الظهار والحرام شىء واحد ، وإنما عطف أحدهما على الآخر لاختلاف اللفظين ، ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه فى وجوب تقديم كفارته على الوطء . والأصل فيه قول الله تعالى : (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا[٢]) . فأما كفارة سائر الأيمان فإنها تجوز قبل الحنث وبعده صوما كانت أو غيره فى قول أكثر أهل العلم ، وبه قال مالك . وممن روى عنه جواز تقديم التكفير عمر بن الخطاب ، وابنه ، وابن عباس ، وسلمان الفارسى ، ومسلمة بن مخلد ، رضى الله عنهم . وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وربيعة ، والأوزاعى ، والثورى ، وابن المبارك ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو خيثمة ، وسليمان بن داود ، وقال أصحاب الرأى : لا تجزىء الكفارة قبل الحنث ، لأنه تكفير قبل وجود سببه ، فأشبه ما لو كفر قبل اليمين . ودليل ذلك أن سبب التكفير الحنث إذ هو هتك الاسم المعظم المحترم ولم يوجـد . وقال الشافعى كقولنا فى الإعتاق والإطعام والكسوة ، وكقولهم فى الصـــيام من أجل أنه عبادة بدنية ، فلم يجز فعله قبل وجوبه لغير مشقة كالصلاة .

ولنا : ما روى عبد الرحمن بن سمرة قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها ، فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير » . رواه أبو داود ، وفى لفظ : « وائت الذى هو خير » . رواه البخارى والأثرم ، وروى أبو هريرة وأبو الدرداء وعدى بن حاتم عن النبى صلى الله عليه وسلم نحو ذلك ، رواه الأثرم . وعن أبى موسى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنى إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا كفرت عن يمينى وأتيت الذى هو خير — أو أتيت

(١) فى المخطوطه ٣٩ : ماورد الشرع بالكفارة. (٢) سورة المجادلة آيه ٣

الذى هو خير وكفرت عن يمينى » . رواه البخارى ، ولأنه كفر بعد وجود السبب فأجزأ كما لو كفر بعد الجرح وقبل الزهوق ، والسبب هو اليمين ، بدليل قوله تعالى : (ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ[1]) وقوله سبحانه : (قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ[2]) وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « وكفرت عن يمينى — وكفر يمينك » وتسمية الكفارة كفارة اليمين وبهذا ينفصل عما ذكروه فإن الحنث شرط وليس بسبب وتعجيل حق المال بعد وجود سببه وقبل وجود شرطه جائز ، بدليل تعجيل الزكاة بعد وجود النصاب قبل الحول ، وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق ، قال ابن عبد البر : العجب من أصحاب أبى حنيفة ، أجازوا تقديم الزكاة من غير أن يرووا فيها مثل هذه الآثار الواردة فى تقديم الكفارة ، ويأبون تقديم الكفارة مع كثرة الرواية الواردة فيها . والحجة فى السنة ومن خالفها محجوج بها . فأما أصحاب الشافعى فهم محجوجون بالأحاديث مع أنهم قد احتجوا بها فى البعض وخالفوها فى البعض ، وفرقوا بين ما جمع بينه النص ، ولأن الصيام نوع تكفير فجاز قبل الحنث كالتكفير بالمال ، وقياس الكفارة على الكفارة أولى من قياسها على الصلاة المفروضة بأصل الوضع .

٧٩٩٧ (فصـــل)

فأما التكفير قبل اليمين فلا يجوز عند أحد من العلماء ، لأنه تقديم للحكم قبل سببه ، فلم يجز كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب ، وكفارة القتل قبل الجرح .

٧٩٩٨ (فصـــل)

والتكفير قبل الحنث وبعده سواء فى الفضيلة ، وقال ابن أبى موسى : بعده أفضل عند أحمد . وهو قول الشافعى ، ومالك ، والثورى . لما فيه من الخروج من الخلاف وحصول اليقين ببراءة الذمة .

ولنا أن الأحاديث الواردة فيه فيها التقديم مرة والتأخير أخرى ، وهذا دليل التسوية ، ولأنه تعجيل مال يجوز تعجيله قبل وجوبه ، فلم يكن التأخير أفضل كتعجيل الزكاة وكفارة القتل . وما ذكروه معارض بتعجيل النفع للفقراء ، والتبرع بما لم يجب عليه ، وعلى أن الخلاف المخالف للنصوص لا يوجب تفضيل المجمع عليه كترك الجمع بين الصلاتين .

٧٩٩٩ (فصـــل)

وإن كان الحنث فى اليمين محظوراً فعجل الكفارة قبله ففيه وجهان .

أحدهما : تجزئه لأنه عجل الكفارة بعد سببها فأجزأته كما لو كان الحنث مباحاً .

---

(١) سورة المائدة آية ٨٩ (٣) سورة التحريم آية ٢

والثانى : لا تجزئه . لأن التعجيل رخصة فلا يستباح بالمعصية كالقصر فى سفر المعصية ، والحديث لم يتناول المعصية ، فإنه قال : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر » وهذا لم ير غيرها خيراً منها ، ولأصحاب الشافعى فى هذا وجهان كما ذكرنا .

٨٠٠٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا حلف فقال : إن شاء الله تعالى فإن شاء فعل وإن شاء ترك ولا كفارة عليه إذا لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام ﴾ .

وجملة ذلك أن الحالف إذا قال : إن شاء الله مع يمينه فهذا يسمى استثناء ، فإن ابن عمر روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حلف فقال : إن شاء الله فقد استثنى» رواه أبو داود ، وأجمع العلماء على تسميته استثناء ، وأنه متى استثنى فى يمينه لم يحنث فيها ، والأصل فى ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » رواه الترمذى .

وروى أبو داود : (من حلف فاستثنى فإن شاء رجع ، وإن شاء ترك) . ولأنه متى قال : لأفعلن إن شاء الله فقد علمنا أنه متى شاء الله فعل ، ومتى لم يفعل لم يشأ الله ذلك ، فإن ماشاء الله كان ، وما لم يشأ لم يكن . إذا ثبت هذا : فإنه يشترط أن يكون الاستثناء متصلا باليمين بحيث لا يفصل بينهما كلام أجنبى ، ولا يسكت بينهما سكوتاً يمكنه الكلام فيه : فأما السكوت لانقطاع نفسه أو صوته أو عى أو عارض من عطشه أو شىء غيرها فلا يمنع صحة الاستثناء وثبوت حكمه ، وبهذا قال مالك ، والشافعى ، والثورى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، وإسحاق ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف فاستثنى » وهذا يقتضى كونه عقيبه ، ولأن الإستثناء من تمام الكلام ، فاعتبر اتصاله به كالشرط وجوابه ، وخبر المبتدأ ، والاستثناء بإلا ،ولأن الحالف إذا سكت ثبت حكم يمينه وانعقدت موجبة لحكمها ، وبعد ثبوته لا يمكن دفعه ولا تغييره ، قال أحمد : حديث النبى صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك » ، ولم يقل : فاستثن ، ولو جاز الاستثناء فى كل حال لم يحنث حانث به .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجوز الاستثناء إذا لم يطل الفصل بينهما قال فى رواية المروذى حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم .قال :« والله لأغزون قريشاً — ثم سكت ثم قال — إن شاء الله » إنما هو استثناء بالقرب ولم يخلط كلامه بغيره .

ونقل عنه اسماعيل بن سعيد مثل هذا ، وزاد قال : ولا أقول فيه بقول هؤلاء ، يعنى من لم ير ذلك

إلا متصلا ، ويحتمل كلام الخرقي هذا ، لأنه قال : إذا لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام ، ولم يشترط اتصال الكلام وعدم السكوت . وهذا قول الأوزاعي ، قال في رجل حلف لا أفعل كذا وكذا ثم سكت ساعة لا يتكلم ولا يحدث نفسه بالاستثناء ، فقال له إنسان : قل إن شاء الله ، فقال : إن شاء الله ، أيكفر يمينه ؟ قال : أراه قد استثنى . وقال قتادة : له أن يستثني قبل أن يقوم أو يتكلم ، ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى بعد سكوته ، إذ قال : « والله لأغزون قريشاً — ثم سكت ثم قال — إن شاء الله » ، واحتج به أحمد ، ورواه أبو داود ، وزاد قال الوليد بن مسلم : ثم لم يغزهم . ويشترط فيهذهالرواية أن لا يطيل الفصل بينهما ، ولا يتكلم بينهما بكلام أجنبي .

وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه قال : يصح الاستثناء ما دام في المجلس ، وحكى ذلك عن الحسن ، وعطاء ، وعن عطاء أنه قال : قدر حلب الناقة العزوزة[1] ، وعن ابن عباس أن له أن يستثني بعد حين ، وهو قول مجاهد ، وهذا القول لا يصح لما ذكرناه ، وتقديره بمجلس أو غيره لا يصح ، لأن التقديرات بابها التوقيف ، فلا يصار إليها بالتحكم .

٨٠٠١ (فصـــل)

ويشترط أن يستثني بلسانه ولا ينفعه الاستثناء بالقلب في قول عامة أهل العلم . منهم الحسن ، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة ، وابن المنذر . ولا نعلم لهم مخالفاً ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «من حلف فقال : إن شاء الله» والقول هو النطق ، ولأن اليمين لا تنعقد بالنية ، فكذلك الاستثناء ، وقد روى عن أحمد إن كان مظلوماً فاستثنى في نفسه رجوت أن يجوز إذا خاف على نفسه ، فهذا فيحق الخائف على نفسه ، لأن يمينه غير منعقدة ، أو لأنه بمنزلة المتأول وأما في حق غيره فلا .

٨٠٠٢ (فصـــل)

واشترط القاضي أن يقصد الاستثناء ، فلو أراد الجزم فسبق لسانه إلى الاستثناء من غير قصد أو كانت عادته جارية باستثناء فجرى لسانه على العادة من غير قصد لم يصح ، لأن اليمين لما لم ينعقد من غير قصد ، فكذلك الاستثناء ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر بعضهم أنه لا يصح الاستثناء حتى يقصده مع ابتداء يمينه ، فلو حلف غير قاصد للاستثناء ثم عرض له بعد فراغه من اليمين فاستثنى لم ينفعه ولا يصح ، لأن هذا

(١) في نسخ المغني (العزوزة) التاء في آخره لكن في لسان (العرب بدونها قال في ج٥ص ٣٧٧ (شاة عزوز وناقة عزوز : ضيقة الأحاليل لاتدر حتى تحلب بجهد) (ف) .

يخالف عموم الخبر ، فإنه قال : « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » ، ولأن لفظ الاستثناء يكون عقيب يمينه فكذلك نيته .

٨٠٠٣ (فصـــل)

يصح الاستثناء فى كل يمين مكفرة كاليمين بالله والظهار والنذر ، وقال ابن أبى موسى : من استثنى فى يمين تدخلها كفارة فله ثنياه(١) ، لأنها أيمان مكفرة فدخلها الاستثناء كاليمين بالله تعالى . فلو قال : أنت على كظهر أمى إن شاء الله تعالى ، أو أنت على حرام إن شاء الله ، أو إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمى إن شاء الله ، أو لله على أن أتصدق بمائةدرهم إن شاء الله ، لم يلزمه شىء ، لأنها أيمان ، فتدخل فى عموم قوله : « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » .

(فصـــل)

وإن قال والله لأشربن اليوم إلا أن يشاء الله ، أو : لا أشرب إلا أن يشاء الله لم يحنث بالشرب ولا بتركه ، لما ذكرنا فى الإثبات ، ولا فرق بين تقديم الاستثناء وتأخيره فى هذا كله ، فإذا قال : والله إن شاء الله لا أشرب اليوم ، أو لأشربن ، ففعل أو ترك لم يحنث ، لأن تقديم الشرط وتأخيره سواء . قال الله تعالى « إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ(٢) » .

٨٠٠٤ (فصـــل)

وإن قال : والله لأشربن اليوم إن شاء زيد فشاء زيد لزمه الشرب ، فإن تركه حتى مضى اليوم حنث ، وإن لم يشأ زيد لم يلزمه يمين ، فإن لم تعلم مشيئته لغيبة أو جنون أو موت انحلت اليمين ، لأنه لم يوجد الشرط ، وإن قال والله لا أشرب إلا أن يشاء زيد فقد منع نفسه الشرب إلا أن توجد مشيئة زيد ، فإن شاء فله الشرب ، وإن لم يشأ لم يشرب . وإن خفيت مشيئته لغيبة أو موت أو جنون لم يشرب ، وإن شرب حنث ، لأنه منع نفسه إلا أن توجد المشيئة ، فلم يكن له أن يشرب قبل وجودها . وإن قال : والله لأشربن إلا أن يشاء زيد ، فقد ألزم نفسه الشرب إلا أن يشاء زيد ألا يشرب ، لأن الاستثناء ضد المستثنى منه ، والمستثنى إيجاب لشربه بيمينه ، فإن شرب قبل مشيئة زيد برّ ، وإن قال زيد : قد شئت ألا يشرب انحلت اليمين ، لأنها معلقة بعدم مشيئته لترك الشرب ، ولم تتقدم فلم يوجد شرطها ، وإن قال : قد شئت أن يشرب ، أو ما شئت ألا يشرب لم تنحل اليمين ، لأن هذه المشيئة غير المستثناة ، فإن خفيت مشيئته لزمه الشرب ، لأنه علق وجوب الشرب بعدم المشيئة ، وهى معدومة بحكم الأصل ، وإن قال : والله لا أشرب اليوم إن

(١) فى المخطوطة ١٨ فله ما استثناه .

(٢) سورة النساء آية : ١٧٦

إن شاء زيد ، فقال زيد : قد شئت ألا تشرب فشرب حنث . وإن شرب قبل مشيئته لم يحنث ، لأن الامتناع من الشرب معلق بمشيئته ، ولم تثبت مشيئته ، فلم يثبت الامتناع بخلاف التى قبلها . وإن خفيت مشيئته فهى فى حكم المعدومة ، والمشيئة فى هذه المواضع أن يقول بلسانه .

٨٠٠٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا استثنى فى الطلاق والعتاق فأكثر الروايات عن أبى عبد الله رحمه الله أنه توقف عن الجواب وقد قطع فى موضع أنه لا ينفعه الاستثناء ﴾

يعنى إذا قال لزوجته : أنت طالق إن شاء الله ، أو لعبده أنت حر إن شاء الله ، فقد توقف أحمد فى الجواب لاختلاف الناس فيها ، وتعارض الأدلة ، وفى موضع قطع أنه لا ينفعه الاستثناء فيهما . قال فى رواية إسحاق بن منصور وحنبل : من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث وليس له استثناء فى الطلاق والعتاق . قال حنبل : لأنهما ليسا من الأيمان ، وبه قال مالك ، والأوزاعى ، والحسن ، وقتادة . وقال طاوس ، وحماد ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : يجوز الاستثناء فيهما ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من حلف فقال[1] إن شاء الله لم يحنث » ولأنه علق الطلاق والعتاق بشرط لم يتحقق وجوده ، فلم يقعا كما لو علقه بمشيئة زيد ولم تتحقق مشيئته .

ولنا : أنه أوقع الطلاق والعتاق فى محل قابل فوقع كما لو لم يستثن ، والحديث إنما تناول الأيمان ، وليس هذا بيمين ، إنما هو تعليق على شرط . قال ابن عبد البر : إنما ورد التوقيف بالاستثناء فى اليمين بالله تعالى ، وقول المتقدمين الأيمان بالطلاق والعتاق . إنما جاز على التقريب والاتساع ، ولا يمين فى الحقيقة ، وهذا طلاق وعتاق ، وقد ذكرنا هذه المسألة فى الطلاق بأبسط من هذا .

٨٠٠٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق لم تطلق إن تزوج بها ، وإن قال إن ملكت فلاناً فهو حر فملكه صار حراً ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى هاتين المسألتين ، فمنه لا يقع طلاق ولا عتق ، روى هذا عن ابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، وعروة ، وجابر بن زيد ، وسوار ، والقاضى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ورواه الترمذى عن على ، وجابر بن عبد الله ، وسعيد بن جبير ، وعلى بن الحسين ، وشريح ، وغير واحد من فقهاء التابعين . قال : وهو قول أكثر أهل العلم ، لما روى عمرو بن شعيب عن

(١) أخرجه الترمذى وابن ماجه عن ابن عمرو عن أبى هريرة (ف) .

أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لانذر لابن آدم فيما لايملك ، ولاعتق فيما لايملك ، ولاطلاق لابن آدم فيما لايملك » . قال الترمذى : وهذا حديث حسن ، وهو أحسن ماروى فى هذا الباب . وعن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لاطلاق ولاعتاق فيما لايملك ابن آدم وإن عينها[1] » رواه الدارقطنى . وروى أبو بكر فى الشافى عن الخلال عن الرمادى عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن على بن أبى طالب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لاطلاق قبل نكاح » ، قال أحمد : هذا عن النبى صلى الله عليه وسلم وعدة من الصحابة ، ولأن من لايقطع طلاقه وعتقه بالمباشرة لم تنعقد له صفة كالمجنون ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فى عصرهم فيكون إجماعاً .

والرواية الثانية : عن أحمد : أنه يصح فى العتق ولايصح فى الطلاق . قال فى رواية أبى طالب : إذا قال إن اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتراه عتق . وإن قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق فهذا غير الطلاق ، هذا حق لله تعالى ، والطلاق يمين ليس هو لله تعالى ولا فيه قربة إلى الله تعالى . قال أبو بكر فى كتاب الشافى : لا يختلف قول أبى عبد الله إن الطلاق إذا وقع قبل النكاح لايقع ، وأن العتاق يقع ، إلا ماروى محمد بن الحسن بن هارون فى العتق : أنه لايقع ، وما أراه إلا غلطاً ، كذلك سمعت الخلال يقول : فإن كان حفظ فهو قول آخر ، والفرق بينهما أن ناذر العتق يلزمه الوفاء به ، وأن ناذر الطلاق لايلزمه الوفاء به فكما افترقا فى النذر جاز أن يفترقا فى اليمين ، ولا أنه لو قال لأمته : أول ولد تلدينه فهو حر فإنه يصح وهو تعليق للحرية على الملك .

وعن أحمد رحمه الله مايدل على وقوع الطلاق والعتق ، وهو قول الثورى وأصحاب الرأى ، لأنه يصح تعليقه على الأخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين . وقال مالك : إن خص جنساً من الأجناس أو عبداً بعينه عتق إذاً ملكه ، وإن قال كل عبد أملكه فهو حر لم يصح .

والأول أصح إن شاء الله تعالى ، لأنه تعليق للطلاق والعتاق قبل الملك ، فأشبه مالو قال لأجنبية : إن دخلت الدار فانت طالق ، أو لأمة غيره : إن دخلت الدار فأنت حرة ، ثم تزوج الأجنبية وملك الأمة ودخلتا الدار فإن الطلاق لايقع ، ولاتعتق الأمة بغير خلاف نعلمه .

٨٠٠٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف ألا ينكح فلانة أو لااشتريت فلانة فنكحها نكاحاً فاسداً أو اشتراها شراء فاسداً لم يحنث ﴾ .

---

(١) أخرج الدارقطنى عن عائشة هذا بلفظ قريب مما فى المغنى ج ٤ ص ١٦ وأخرج عن ابن عباس (لاعتاق ولاطلاق فيما لايملك) وعن معاذ بلفظ (لاطلاق إلابعد نكاح وإن سميت المرأة بعينها) قال الدارقطني ج ٤ ص١٧ (وفيه يزيد بن عياض ضعيف) (ف) .

وبهذا قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة : إذا قال لعبده : إن زوجتك أو بعتك فأنت حر فزوجه تزويجاً فاسداً لم يعتق ، وإن باعه بيعاً فاسداً يملك به حنث ، لأن البيع الفاسد عنده يثبت به الملك إذا اتصل به القبض .

ولنا أن اسم البيع ينصرف إلى الصحيح، بدليل أن قول الله تعالى (وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ)[1] وأكثر ألفاظه في البيع إنما ينصرف إلى الصحيح فلا يحنث بما دونه كما في النكاح وكالصلاة وغيرهما ، وما ذكروه من ثبوت الملك به لانسلمه .

وقال ابن أبي موسى : لا يحنث بالنكاح الفاسد ، وهل يحنث بالبيع الفاسد ؟ على روايتين ، وقال أبوالخطاب : إن نكحها نكاحاً مختلفاً فيه مثل أن يتزوجها بلا ولي ولاشهود ، أو باع في وقت النداء فعلى وجهين . وقال ابن أبي موسى : إن تزوجها تزويجاً مختلفاً فيه أو ملك ملكاً مختلفاً فيه حنث فيهما جميعاً . ولنا أنه نكاح فاسد وبيع فاسد فلم يحنث بهما كالمتفق على فسادهما .

٨٠٠٨ (فصـــــل)

والماضي والمستقبل سواء في هذا ، وقال محمد بن الحسن : إذا حلف ماصليت[2] ولاتزوجت ولا بعت وكان قد فعله فاسداً حنث ، لأن الماضي لايقصد منه إلا الاسم ، والإسم يتناوله ، والمستقبل بخلافه ، فإنه يراد بالنكاح والبيع الملك وبالصلاة القربة .

ولنا : أن مايتناوله الاسم في المستقبل لايتناوله في الماضي كالإيجاب وكغير المسمى ، وما ذكروه لايصح ، لأن الاسم لايتناوله إلا الشرعي ولايحصل .

٨٠٠٩ (فصـــــل)

وإن حلف لايبيع فباع بيعاً فيه الخيار حنث ، وقال أبوحنيفة : لايحنث ، لأن الملك لا يثبت في مدة الخيار فأشبه البيع الفاسد .

ولنا : أنه بيع صحيح شرعي فيحنث به كالبيع اللازم ، وما ذكروه لايصح ، فإن بيع الخيار يثبت الملك به بعد انقضاء الخيار بالاتفاق ، وهو سبب له ، ولانسلم أن الملك لايثبت في مدة الخيار .

٨٠١٠ (فصـــــل)

وإن حلف لايبيع أو لا يزوج فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المتزوج والمشترى لم يحنث ، وبهذا قال أبوحنيفة ، والشافعي ، ولا نعلم فيه خلافاً ، لأن البيع والنكاح عقدان لا يتمان إلا بالقبول فلم يقع الاسم

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥ . (٢) المخطوطة ١٨ : لاصليت .

على الإيجاب بدونه ، فلم يحنث به ، وإن حلف لا يهب ولا يعير فأوجب ذلك ولم يقبل الآخر ، فقال القاضى : يحنث ، وهو قول أبى حنيفة ، وابن سريج ، لأن الهبة والعارية لا عوض فيهما فكان مسماهما الإيجاب والقبول شرط لنقل الملك وليس هو من السبب فيحنث بمجرد الإيجاب فيهما كالوصية .

وقال الشافعى : لا يحنث بمجرد الإيجاب ، لأنه عقد لا يتم إلا بالقبول فلم يحنث فيه بمجرد الإيجاب كالنكاح والبيع . فأما الوصية والهدية والصدقة فقال أبو الخطاب يحنث فيها بمجرد الإيجاب ، ولا أعلم قول الشافعى فيها ، إلا أن الظاهر أنه لا يخالف فى الوصية والهدية . لأن الاسم يقع عليهما بدون القبول ، ولهذا لما قال الله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ)[1] إنما أراد الإيجاب دون القبول ، ولأن الوصية صحيحة قبل موت الموصى، ولا قبول لها حينئذ .

٨٠١١ (فصـــــل)

وإن حلف لا يتزوج حنث بمجرد الإيجاب والقبول الصحيح ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأن ذلك يحصل به المسمى الشرعى فتناوله يمينه ، وإن حلف ليتزوجن بر بذلك ، سواء كانت له امرأة أو لم يكن ، وسواء تزوج نظيرتها أو دونها أو أعلى منها ، إلا أن يحتال على حل يمينه بتزويج لا يحصل[2] مقصودها ، مثل أن يواطىء امرأة على نكاح لا يغيظها به ، ليبر فى يمينه فلا يبر بهذا ، وقال أصحابنا : إذا حلف ليتزوجن على امرأته لا يبر حتى يتزوج نظيرتها ويدخل بها ، وهو قول مالك، لأنه قصد غيظ زوجته، ولا يحصل إلا بذلك .

ولنا : أنه تزوج تزويجاً صحيحاً فبر به كما لو تزوج نظيرتها ودخل بها ، وقولهم : إن الغيظ لا يحصل إلا بتزويج نظيرتها والدخول بها غير مسلم ، فإن الغيظ يحصل بمجرد الخطبة ، وإن حصل بما ذكروه زيادة فى الغيظ فلا تلزمه الزيادة على الغيظ الذى يحصل بما تناولته يمينه ، كما أنه لا يلزمه نكاح اثنتين ولا ثلاث ولا أعلى من نظيرتها ، والذى تناولته يمينه مجرد التزويج . ولذلك لو حلف لا يتزوج على امرأته حنث بهذا فكذلك يحصل البر به ، لأن المسمى واحد فما تناوله النفى تناوله فى الإثبات ، وإنما لا يبر إذا تزوج تزويجاً لا يحصل به الغيظ كما ذكرناه من الصورة ونظائرها ، لأن مبنى الأيمان على المقاصد والنيات ، ولم يحصل مقصوده ولأن التزويج ههنا يحصل حيلة على التخلص من يمينه بما لا يحصل مقصودها فلم تقبل منه حيلته ، وقد نص أحمد على هذا . فقال : إذا حلف ليتزوجن على امرأته فتزوج بعجوز أو زنجية لا يبر ، لأنه أراد أن يغمها ويغيرها ، وبهذا لا تغار ولا تغتم ، فعلله أحمد بما لا يغيظ بها الزوجة ، ولم يعتبر أن تكون نظيرتها ، لأن الغيظ لا يتوقف على ذلك : ولو قُدِّر أن تزوج العجوز يغيظها والزنجية لبر به ، وإنما ذكره أحمد لأن الغالب أنه لا يغيظها ، لأنها تعلم أنه إنما فعل ذلك حيلة لئلا يغيظها ويبر به .

---

(١) سورة البقرة اية ١٨٠ (٢) لفظ الشرح الكبير ج١١ ص٢٢٤ (بتزويج لا يحصل المقصود) وهو أوضح (ف)

٨٠١٢ (فصـــــل)

إذا حلف لا تسريت ، فوطيء جاريتـه حنث ذكره أبو الخطاب وقال القاضي : لا يحنث حتى يطـأ فينزل لخلا كان أو خصياً ، وقال أبو حنيفة : لا يحنث حتى يحصنها ويحجبها عن الناس،لأن التسرى مأخوذ من السر ، ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه كهذه .

ولنا : أن التسرى مأخوذ من السر وهو الوطء ، لأنه يكون في السر ، قال الله تعالى (وَلَـكِنْ لاَ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا[1]) وقال الشاعر :

فلن يطلبوا سرها للغنى ولن تسلموها لازهادها[2]

وقال آخر :

ألا زعمت بسباسة اليوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي[3]

ولأن كل حكم تعلق بالوطء لم يعتبر فيه الانزال ولا التحصين كسائر الأحكام .

٨٠١٣ (فصـــــل)

إذا حلف لا يهب له فأهدى إليه أو أعمره حنث ، لأن ذلك من أنواع الهبة وإن أعطاه من الصدقة الواجبة أو نذر أو كفارة لم يحنث ، لأن ذلك حق لله تعالى عليه يجب إخراجه ، فليس هو بهبة منه . وإن تصدق عليه تطوعاً فقال القاضي : يحنث ، وهو مذهب الشافعي . وقال أبو الخطاب : لا يحنث ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأنهما يختلفان اسما وحكماً ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « هو عليها صدقة ولنا هدية » ، وكانت الصدقة محرمة عليه ، والهدية حلال له ، وكان يقبل الهدية ولا يقبل الصـدقة ، ومع هذا الاختلاف لا يحنث في أحدهما بفعل الآخر .

ووجه الأول : أنه تبرع بعين في الحياة فحنث به كالهدية ، ولأن الصدقة تسمى هبة ، فلو تصدق بدرهم قيل وهب درهماً وتبرع بدرهم واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعاً من الهبة فيختص باسم دونهـا

(١) سورة البقرة آية ٢٣٥

(٢) البيت للأعشى وهو في ديوانه ص٧٥وفي لسان العرب ج ٣ ص ١٩٧ وهو يمدح به قوما لحسن مجاورتهم لجارة لهم يقول : إنهم لا يتزوجونها طمعا في مالها ، وكذلك لايتخلون عنها ولا يسلمونها إلى من يريد هتك عرضها لو كانت فقيرة زهدا فيها — ولفظ المغنى كما هنا وكما في ج ٧ ص١٤٨ (تطلبوا — تسلموها) بالتاء في أول الفعل لكن الرواية بالياء لا بالتاء أى (يطلبوا — يسلموها) (ف)

(٣) قائله امرؤ القيس وهو في ديوانه ص ١٨ وروى بلفظ (وألا يحسن اللهو) — بسباسة : امرأة عيرته بالكبر وهي بباء مفتوحه موحدة بعدها سين مهملة بعدها باء موحدة ، وقد نشرت هنا في الجزء السابع ص ١٤٨ (بسباسه) وهو خطأ (ف) .

كاختصاص الهدية والعمرى باسمين ، ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة ، وكذلك اختلاف الأحكام ، فإنه قد يثبت للنوع ما لا يثبت للجنس كما يثبت للآدمى من الأحكام ما لا يثبت لمطلق الحيوان ، فإن وصى له لم يحنث ، لأن الهبة تمليك فى الحياة ، والوصية إنما تملك بالقبول بعد الموت ، فإن أعاره لم يحنث لأن الهبة تمليك الأعيان وليس فى العارية تمليك عين ، ولأن المستعير لا يملك المنفعة وإنما يستبيحها . ولهذا يملك المعير الرجوع فيها ولا يملك المستعير إجارتها ولا إعارتها ، هذا قول القاضى ومذهب الشافعى ، وقال أبو الخطاب : يحنث ، لأن العارية هبة المنفعة ، والأول أصح ، وإن أضافه لم يحنث لأنه لم يملكه شيئاً وإنما أباحه . ولهذا لا يملك التصرف بغير الأكل . وإن باعه وحاباه لم يحنث ، لأنه معاوضة يملك الشفيع أخذ جميع المبيع ، ولو كان هبة أو بعضه هبة لم يملك أخذه كله .

وقال أبو الخطاب : يحنث فى أحد الوجهين ، لأنه يترك له بعض المبيع بغير ثمن أو وهبه بعض الثمن وإن وقف عليه فقال أبو الخطاب : يحنث ، لأنه تبرع له بعين فى الحياة ، ويحتمل أن لا يحنث لأن الوقف لا يملك فى رواية . وإن حلف لا يتصدق عليه فوهب له لم يحنث ، لأن الصدقة نوع من الهبة . ولا يحنث الحالف على نوع بفعل نوع آخر ، ولا يثبت للجنس حكم النوع ، ولهذا حرمت الصدقة على النبى صلى الله عليه وسلم ولم تحرم الهبة ولا الهدية . وإن حلف لا يهب له شيئاً فأسقط عنه ديناً لم يحنث إلا أن ينوى ، لأن الهبة تمليك عين وليس له إلا دين فى ذمته .

٨٠١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف أن لا يشترى فلانا أو لا يضربه فوكل فى الشراء والضرب حنث ﴾

وجملته : أن من حلف لا يفعل شيئاً فوكل من فعله حنث إلا أن ينوى مباشرته بنفسه . ونحو هذا قول مالك وأبى ثور . وقال الشافعى : لا يحنث إلا أن ينوى بيمينه أن لا يستنيب فى فعله أو يكون ممن لم تجر عادته بمباشرته ، لأن إطلاق إضافة الفعل يقتضى مباشرته ، بدليل أنه لو وكله فى البيع لم يجز للوكيل توكيل غيره . وإن حلف لا يبيع ولا يضرب فأمر من فعله ، فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث ، وإن كان ممن لا يتولاه كالسلطان ففيه قولان . وإن حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه فقيل : له فيه قولان . وقيل : يحنث قولا واحداً ، وقال أصحاب الرأى : إن حلف لا يبيع فوكل من باع لم يحنث ، وإن حلف لم يضرب ولا يتزوج فوكل من فعله حنث .

ولنا : أن الفعل يطلق على من وكل فيه وأمر به فيحنث به كما لو كان ممن لا يتولاه بنفسه ، وكما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ، أو لا يضرب فوكل من ضرب عند أبى حنيفة وقد قال الله تعالى :

(وَلا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ)[1] وقال (مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ)[2] وكان هذا متناولا للاستنابة فيه ، ولأن المحلوف عليه وجد من نائبه فحنث به كما لو حلف لايدخل داراً فأمر من حمله إليها ، وقولهم : إن إضافة الفعل إليه تقتضى المباشرة منه . ولا نسلم أنه إذا وكل فى فعل يمتنع على الوكيل التوكيل فيه ، ولئن سلمنا فلأن التوكيل يقصد به الأمانة والحذق ، والناس يختلفون فيهما فإذا عين واحداً لم تجز مخالفة تعيينه بخلاف اليمين ، فأما إن نوى بيمينه المباشرة للمحلوف عليه[3]. أو كان سبب يمينه يقتضيها أو قرينة حاله تخصّص بها . لأن إطلاقه يقيد بنيته أو بما دل عليها فأشبه مالو صرح به بلفظه ، وإن حلف ليشترين أو ليبيعن أو ليضربن فوكل من فعل ذلك بر لما ذكرنا فى طرف النفى ولذلك لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله المحلقين » تناول من حلق رأسه بأمره .

٨٠١٥ (فصــل)

وإن حلف ليطلقن زوجته أو لايطلقها فوكل من طلقها أو قال لها : طلقى نفسك . فطلقتها أو قال لها: إختارى أو أمرك بيدك فطلقت نفسها بر وحنث . والخلاف فيه على ماتقدم ، وإن قال : أنت طالق إن شئت أو إن قمت فشاءت أو قامت حنث بغير خلاف ، لأن الطلاق منه وإنما هى حققت شرطه .

٨٠١٦ (فصــل)

فإن حلف لايضرب امرأته فلطمها أو لكمها أو ضربها بعصا أو غيرها حنث بغير خلاف ، وإن عضها أوخنقها أو جز شعرها جزاً يؤلمها قاصداً للإضرار بها حنث . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : لايحنث لأن ذلك لايسمى ضرباً فلايحنث به كما لو شتمها شتماً آلمها . وقد نقل عن أحمد : مايدل على هذا ، فإن مهنا نقل عنه فيمن قال لامرأته : إن لم أضربك اليوم فأنت طالق فعضها أو قرصها أو أمسك شعرها فهو على مانوى من ذلك . قال القاضى : فظاهر هذا أنه لم يدخله فى إطلاق اسم الضرب .

ولنا : أن فى هذ العرف يستعمل لكف الأذى المؤلم للجسم فيدخل فيه كل ما اختلفنا فيه ولهذا يقال تضاربا إذا فعل كل واحد منهما هذا بصاحبه . وإن لم يكن معهما آلة وفارق الشتم فإنه لايؤلم الجسم وإنما يؤلم القلب .

٨٠١٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف بعتق أو طلاق أن لايفعل شيئاً ففعله ناسياً حنث ﴾

وبهذا قال مجاهد ، وسعيد بن جبير ، والزهرى . وقتادة ، وربيعة ، ومالك ، وأبو عبيد ، وأصحاب

---

(١) سورة البقرة آية ١٩٦ (٢) سورة الفتح آية ١٨ فى المخطوطه ١٨ : مباشرة المحلوف عليه

الرأى ، وهو المشهور عن الشافعى . وقال عطاء ، وعمرو بن دينار ، وابن أبى نجيح وإسحاق ، وابن المنذر: لايحنث وهو رواية عن أحمد : لأن الناسى لايكلف حال نسيانه فلا يلزمه الحنث كالحلف بالله تعالى .

ولنا : أن هذا يتعلق به حق آدمى فتعلق الحكم به مع النسيان كالإتلاف ولأنه حكم علق على شرط فيوجد بوجدان شرطه كالمنع من الصلاة بعد العصر وقد سبقت هذه المسألة .

٨٠١٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإذا حلف فتأول فى يمينه فله تأويله إذا كان مظلوماً ، وإن كان ظالماً لم ينفعه تأويله . لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « يمينك على مايصدقك به صاحبك ﴾

معنى التأويل : أن يقصد بكلامه محتملا يخالف ظاهره . نحو أن يحلف أنه أخى يقصد أخوة الإسلام أو المشابهة ، أو يعنى بالسقف والبناء السماء ، وبالبساط والفراش الأرض ، والأوتاد الجبال ، وباللباس الليل ، أويقول: ما رأيت فلاناً يعنى ماضربت رئته ، ولا ذكرته يريد ماقطعت ذكره ، أويقول : جوارى أحرار يعنى سفنه ، ونسائى طوالق يعنى نساء الأقارب منه ، أو يقول : ما كتبت فلاناً ولاعرفته ولاأعلمته ولا سألته حاجة ولا أكلت له دجاجة ولافروجة ولاشربت له ماء ولا فى بيتى فرش ولاحصير ولابارية[1] وينوى بالمكاتبة مكاتبة الرقيق ، وبالتعريف جعله عريفاً ، وبالأعلام جعله أعلم الشفة ، والحاجة شجرة صغيرة ، والدجاجة الكبة من الغزل ، والفروجة الدراعة ، والفرش صغار الإبل ، والحصير والحبس والبارية السكين التى يبرى بها أو يقول : ما لفلان عندى وديعة ولاشىء يعنى بما الذى ، أو يقول : ما فلان ههنا ويعنى موضعاً بعينه ، أو يقول: والله ما أكلت من هذا شيئاً ولاأخذت منه يعنى الباقى بعد أخذه وأكله . فهذا وأشباهه مما يسبق إلى فهم السامع خلافه إذا عناه بيمينه فهو تأويل . لأنه خلاف الظاهر ، ولايخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون مظلوماً مثل من يستحلفه ظالم على شىء لوصدقه لظلمه أو ظلم غيره أو نال مسلماً منه ضرر فهذا له تأويله . قال مهنا : سألت أحمد عن رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة . فماتت واحدة منهما فحلف بطلاق فاطمة ونوى التى ماتت قال : إن كان المستحلف له ظالماً فالنية نية صاحب الطلاق وإن كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذى استحلف ، وقد روى أبوداود بإسناده عن سويد بن حنظلة قال «خرجنا نريدرسول اللهصلى اللهعليه وسلم ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو لهفتحرج القوم أن يحلفوا فحلفت أنه أخى نخلى سبيله فأتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : أنت أبرهم وأصدقهم المسلم أخو المسلم » وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إن فى المعاريض لمندوحة عن الكذب » يعنى سعة المعاريض

---

(١) بارية : فارسى معرب وهو الحصير المنسوج من القصب ـ كما هو شائع (ف)

التي يوهم بها السامع غير ما عناه . قال محمد بن سيرين الكلام أوسع من أن يكذب ظريف يعنى لايحتاج أن يكذب لكثرة المعاريض ، وخص الظريف بذلك . يعنى به الكيس الفطن فإنه يفطن للتأويل . فلاحاجة به إلى الكذب.

الحال الثانى : أن يكون الحالف ظالماً كالذى يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا ينصرف يمينه إلى ظاهر اللفظ الذى عناه المستحلف . ولا ينفع الحالف تأويله وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً ، فإن أبا هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » رواه مسلم وأبوداود وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اليمين على نية المستحلف » رواه مسلم وقالت عائشة « اليمين على ما وقع للمحلوف له » ولأنه لو ساغ التأويل لبطل المعنى المبتغى باليمين . إذ مقصودها تخويف الحالف ليرتدع عن الجحود خوفاً من عاقبة اليمين الكاذبة فمتى ساغ التأويل له انتفى ذلك وصار التأويل وسيلة الى جحد الحقوق ولانعلم فى هذا خلافاً . قال ابراهيم فى رجل استحلفه السلطان بالطلاق على شىء فورى فى يمينه إلى شىء آخر أجزأ عنه ، وان كان ظالماً لم تجزىء عنه التورية .

الحال الثالث : لم يكن ظالماً ولا مظلوماً فظاهر كلام أحمد : أن له تأويله فروى أن مهنا : كان عنده هو والمروذى وجماعة فجاء رجل يطلب المروذى ولم يرد المروذى أن يكلمه فوضع مهنا أصبعه فى كفه وقال : ليس المروذى ههنا وما يصنع المروذى ههنا ؟ يريد ليس هو فى كفه ولم ينكر ذلك أبو عبد الله ، وروى أن مهنا قال له : إنى أريد الخروج يعنى السفر إلى بلده وأحب أن تسمعنى الجزء الفلانى فأسمعه إياه ثم رآه بعد ذلك فقال : ألم تقل إنك تريد الخروج ؟ فقال له مهنا قلت لك إنى أريد الخروج الآن ؟ فلم ينكر عليه ، وهذا مذهب الشافعى ولا نعلم فى هذا خلافا روى سعيد عن جرير عن المغيرة قال كان إذا طلب إنسان ابراهيم ولم يرد ابراهيم أن يلقاه خرجت إليه الخادم وقالت اطلبوه فى المسجد وقال له رجل إنى ذكرت رجلا بشىء فكيف لى أن أعتذر إليه ؟ قال قل له والله إن الله يعلم ماقلت من ذلك من شىء وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يمزح ولا يقول إلا حقاً ومزاحه أن يوهم السامع بكلامه غير ما عناه وهو التأويل وقال لعجوز « لا تدخل[1] الجنة عجوز » يعنى أن الله ينشئهن أبكاراً عربا أترابا .

وقال أنس « إن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله احملنى فقال رسول الله : إنا حاملوك على ولد الناقة . قال : وما أصنع بولد الناقة ؟ قال : وهل تلد الإبل إلا النوق ؟ » رواه أبو داود وقال لامرأة وقد ذكرت له زوجها « أهو الذى فى عينه بياض » فقالت يارسول الله إنه لصحيح العين ، وأراد النبى صلى الله عليه وسلم البياض الذى حول الحدق . وقال لرجل احتضنه من ورائه : « من يشترى

---

(١) أخرجه الترمذى فى الشمائل عن الحسن البصرى ص ٢٦٥ (ف)

هذا العبد ؟» فقال يارسول الله تجدنى إذا كاسداً قال : «لـكنك عند الله لست بكاسد »[1] وهذا كله من التأويل والمعاريض و قد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حقاً فقال « لا أقول إلا حقاً » وروى عن شريح أنه خرج من عند زياد وقد حضره الموت فقيل له كيف تركت الأمير ؟ قال تركته يأمر وينهى فلما مات قيل له كيف قلت ذلك؟ قال : تركته يأمر بالصبر وينهىعن البكاء والجزع ويروى عن شقيق أن رجلا خطب امرأة وتحته أخرى فقالوا : لانزوجك حتى تطلق امرأتك فقال : اشهدوا أنى قد طلقت ثلاثا فزوجوه فأقام على امرأته فقالوا قد طلقت ثلاثاً قال ألم تعلموا أنه كان لى ثلاث نسوة فطلقتهن ؟ قالوا بلى قال قد طلقت ثلاثاً فقالوا ما هذا أردنا فذكر ذلك شقيق لعثمان فجعلها نيته ، وروى عن الشعبي أنه كان فى مجلس فنظر إليه رجل ظن أنه طلب منه التعريف به والثناء عليه فقال الشعبي أن له بيتاً وشرفا فقيل للشعبي بعد ماذهب الرجل : تعرفه ؟ قال : لا ولـكنه نظر إلى . قيل : فـكيف أثنيت عليه ؟ قال : شرفه أذناه و بيته الذى يسكنه وروى أن رجلا أخذ على شراب فقيل له من أنت ؟ فقال :

أنا ابن الذى لا يَنْزِلُ الدهرَ قِدْرُه وإن نزلت يوماً فسوف تعود
ترى الناس أفْوَاجاً على باب داره فمنهم قِيَامٌ حولهـا وقُعُودُ

فظنوه شريفاً فخلوا سبيله فسألوا عنه فإذا هو ابن الباقلانى وأخذ الخوارج رافضيا فقالوا له تبرأ من عثمان وعلى فقال أنا من على ومن عثمان برىء فهذا وشبهه هو التأويل الذى لايعذر به الظالم ويسوغ لغيره مظلوماً كان أو غير مظلوم لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك فى المزاح من غير حاجة به إليه .

٨٠١٩ (فصـــــــل)

والمستحيل نوعان .

أحدهما : مستحيل عادة كصعود السماء والطيران وقطع المسافة البعيدة فى مدة قليلة فإذا حلف على فعله انعقدت يمينه ذكره القاضيوأبو الخطاب لأنه يتصور وجوده فإذا حلف عليه انعقدت يمينه ولزمته الـكفارة فى الحال لأنه مأيوس[2] من البر فيها فوجبت الـكفارة كما لو حلف ليطلقن امرأته فماتت .

والثانى : المستحيل عقلا كرد أمس وشرب الماء الذى فى الـكوز ولا ماء فيه فقال أبو الخطاب لاتنعقد يمينه ولا تجب بها كفارة وهو مذهب مالك لأنها يمين قارنها ما يحلها فلم تنعقد كيمين الغموس أو يمين على غير متصور فأشبهت يمين الغموس وهذا لأن اليمين إنما تنعقد على متصور أو متوهم التصور وليس ههنا واحد منهما .

---

(١) أخرجه أحمد والترمذى فى الشمائل عن أنس بن مالك (ف)

(٢) فى المخطوطه ١٨ : ميئوس .

وقال القاضي : تنعقد موجبة للكفارة في الحال وهذا قول أبي يوسف والشافعي لأنه حلف على فعل نفسه في المستقبل ولم يفعل كما لو حلف ليطلقن امرأته فماتت قبل طلاقها وبالقياس على المستحيل عادة ولا فرق بين أن يعلم استحالته أو لا يعلم مثل أن يحلف ليشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه فالحكم واحد فيمن علم أنه لا ماء فيه ومن لا يعلم ، وإن حلف ليقتلن فلاناً وهو ميت فهو كالمستحيل عادة لأنه يتصور أن يحييه الله فيقتله وتنعقد يمينه على قول أصحابنا ، وإن حلف لأقتلن الميت يعني في حال موته فهو مستحيل عقلا فيكون فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

٨٠٢٠ (فصـــل)

فإن قال والله ليفعلن فلان كذا أو لا يفعل أو حلف على حاضر فقال والله لتفعلن كذا فأحنثه ولم يفعل فالكفارة على الحالف كذلك قال ابن عمر وأهل المدينة وعطاء وقتادة والأوزاعي وأهل العراق والشافعي لأن الحالف هو الحانث فكانت الكفارة عليه كما لو كان هو الفاعل لما يحنثه ولأن سبب الكفارة إما اليمين وإما الحنث أو هما وأي ذلك قدر فهو موجود في الحالف وإن قال : أسألك بالله لتفعلن وأراد اليمين فهي كالتي قبلها ، وإن أراد الشفاعة إليه بالله فليس بيمين ولا كفارة على واحد منهما . وإن قال بالله لتفعلن فهي يمين لأنه أجاب بجواب القسم إلا أن ينوي مايصرفها ، وإن قال بالله أفعل فليست يمينا لأنه لم يجبها بجواب القسم ولذلك لا يصلح أن يقول والله أفعل ولا بالله أفعل وإنما صلح ذلك في التاء لأنها لا تختص بالقسم فيدل على أنه سؤال فلا تجب به كفارة .

٨٠٢١ (فصـــل)

وثبت «أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بإبرار المقسم» رواه البخاري وهذا والله أعلم على سبيل الندب لا على سبيل الإيجاب بدليل أن أبا بكر قال « أقسمت عليك يارسول الله صلى الله عليه وسلم لتخبرني بما أصبت مما أخطأت فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تقسم يا أبا بكر » ولم يخبره ولو وجب عليه إبراره لأخبره ويحتمل أن يجب عليه إبراره إذا لم يكن فيه ضرر ويكون امتناع النبي صلى الله عليه وسلم من إبرار أبي بكر لما علم من الضرر فيه ، وإن أجابه إلى صورة ما أقسم عليه دون معناه عند تعذر المعنى فحسن فإنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن العباس جاءه برجل ليبايعه على الهجرة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا هجرة بعد الفتح » وقال العباس : أقسمت عليك يارسول الله صلى الله عليه وسلم لتبايعنه فوضع النبي صلى الله عليه وسلم يده في يده وقال : « أبررت قسم عمي ولا هجرة » ، وأجابه إلى صورة المبايعة دون ماقصد بيمينه .

٨٠٢٢ (فصــــل)

ويستحب إجابة من سأل بالله ، لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من استعاذ بالله فأعيذوه ، ومن سألكم بالله فأعطوه ، ومن استجار بالله فأجيروه ، ومن أتى إليكم معروفا فكافئوه ، فإن لم تجدوا فادعوا له حتى تعلموا أن قد كافأتموه » .

وعن أبى ذر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ثلاثة يحبهم الله ، وثلاثة يبغضهم الله : أما الذين يحبهم الله فرجل[1] سأل قوما فسألهم بالله ، ولم يسألهم بقرابة بينه وبينهم ، فتخلف رجل بأعقابهم فأعطاه سراً لا يعلم بعطيته إلا الله عز وجل والذى أعطاه ، وقوم ساروا ليلتهم حتى اذا كان النوم أَحَبَّ إليهم مما يُعْدَلُ[2] به فوضعوا[3] رءوسهم ، فقام يتملقنى[4] ويتلو آياتى ، ورجل كان فى سرية فلقوا العدو فهُزِموا فأقبلَ بصدره حتى يُقْتَلَ أو يُفْتَحَ له . والثلاثة الذى يبغضهم الله الشيخ الزانى ، والفقيرُ المُخْتَال ، والغنى الظَّلُوم » . رواهما النسائى .

٨٠٢٣ (فصــــل)

اذا قال حلفت ولم يكن حلف فقال أحمد هى كذبة ، ليس عليه يمين ، وعنه عليه الكفارة ، لأنه أقر على نفسه ، والأول هو المذهب ، لأنه حكم فيما بينه وبين الله تعالى ، فإذا كذب فى الخبر به لم يلزمه حكمه ، كما لو قال : ماصليت وقد صلى . ولو قال : على يمين ونوى الخبر فهى كالتى قبلها ، وإن نوى القسم فقال أبو الخطاب : هى يمين وهو قول أصحاب الرأى ، وقال الشافعى : ليس بيمين لأنه لم يأت باسم الله تعالى المعظم ولا صفته فلم يكن يمينا كما لو قال حلفت ، وهذا أصح إن شاء الله ، فإن هذه ليست صيغة اليمين والقسم ، وإنما هى صيغة الخبر ، فلا يكون بها حالفا . وإن قدر ثبوت حكمها لزمه أقل ما يتناوله الاسم وهو يمين ما ، وليست كل يمين موجبة للكفارة فلا يلزمه شىء . ووجه الأول أنه كناية عن اليمين ، وقد نوى بها اليمين ، فتكون يمينا كالصريح .

---

(١) ظاهره أن السائل أحد الثلاثة الذين يحبهم الله وليس كذلك فلابد من تقدير مضاف أى معطى رجل ، كذلك لابد من تقدير مضاف فى قوله (وقوم) أى وعابد قوم (ف)

(٢) يعدل به : يساويه (ف)

(٣) رواية للنسائى ج ٥ ص٨٤ (فنزلوا فوضعوا رءوسهم) (ف)

(٤) يتملقنى : يزداد دعاء وتضرعاً بأحسن ما يكون . وهذا على حكاية كلام الله تعالى فى شان ذلك الرجل (ف) .

٨٠٢٤ (فصل)

وإذا حلف على ترك شيء أو حرمه لم يصر محرما ، وقال أبو حنيفة يصير محرما لقول الله تعالى : (لِمَ تُحَرِّمُ ما أحلَّ اللهُ لكَ) وقوله (قدْ فرضَ اللهُ لكُمْ تَحِلَّةَ أيمانِكُمْ)[1] ولأن الحنث يتضمن هتك حرمة الإسم المعظم فيكون حراما ولأنه إذا حرمه فقد حرم الحلال فيحرم كما لو حرم زوجته .

ولنا : أنه إذا أراد التكفير فله فعل المحلوف عليه وحل فعله مع كونه محرما تناقض وتضاد والعجب أن أبا حنيفة لا يجوز التكفير إلا بعد الحنث ، وقد فرض الله تعالى تحلة اليمين ، فعلى قوله يلزم كون المحرم مفروضاً أو من ضرورة المفروض ، لأنه لا يصل إلى التحلة إلا بفعل المحلوف عليه ، وهو عنده محرم ، وهذا غير جائز ، ولأنه لو كان محرماً لوجب تقديم الكفارة عليه كالظهار ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » فأمر بفعل المحلوف عليه ، ولو كان محرما لم يأمره به ، وسماه خيراً والمحرم ليس بخير . وأما الآية فإنما أراد بها قوله هو على حرام ، أومنع نفسه منه، وذلك يسمى تحريما ، قال الله تعالى : (يُحِلُّونه عَاماً ويُحَرِّمُونَهُ عَاما)[2] وقال : (وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللهُ)[3] ولم يثبت فيه التحريم حقيقة ولا شرعا .

(١) سورة التحريم آية ١ ، ٢ (٢) سورة التوبة آية ٣٧ (٣) سورة الأنعام آية ١٤٠

كتاب الكفارات

الأصل فى كفارة اليمين الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى : (لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ) (١) الآية ، وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » فى اخبار سوى هذا ، وأجمع المسلمون على مشروعية الكفارة فى اليمين بالله تعالى .

٨٠٢٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله (ومن وجبت عليه بالحنث كفارة يمين فهو مخير ، إن شاء أطعم عشرة مساكين مسلمين أحراراً كباراً كانوا أو صغاراً إذا أكلوا الطعام)

أجمع أهل العلم على أن الحانث فى يمينه بالخيار إن شاء أطعم ، وإن شاء كسا ، وإن شاء أعتق ، أى ذلك فعل أجزأه ، لأن الله تعالى عطف بعض هذه الخصال على بعض بحرف أو ، وهو للتخيير . قال ابن عباس : ما كان فى كتاب الله [أو] فهو مخير فيه وما كان [فمن لم يجد] فالأول ، الأول ، ذكره الإمام أحمد فى التفسير . والواجب فى الإطعام إطعام عشرة مساكين ، لنص الله تعالى على عددهم ، إلا أن لا يجد عشرة مساكين ، فيأتى ذكره إن شاء الله تعالى . ويعتبر فى المدفوع إليهم أربعة أوصاف .

أن يكونوا مساكين ، وهم الصنفان اللذان تدفع إليهم الزكاة المذكوران فى أول أصنافهم فى قوله تعالى (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ)(٢) والفقراء مساكين وزيادة، لكون الفقير أشد حاجة من المسكين على ما بيناه ، ولأن الفقر والمسكنة فى غير الزكاة شىء واحد ، لأنهما جميعاً اسم للحاجة إلى مالا بد منه فى الكفارة ، ولذلك لو وصى للفقراء أو وقف عليهم ، أو للمساكين لكان ذلك لهم جميعاً . وإنما جعلا صنفين فى الزكاة وفرق بينهما لأن الله تعالى ذكر الصنفين جميعاً باسمين ، فاحتيج إلى التفريق بينهما ، فأما فى غير الزكاة فكل واحد من الإسمين يعبر به عن الصنفين ، لأن جهة استحقاقهم واحدة ، وهى الحاجة إلى ما تتم به الكفاية . ولا يجوز صرفها إلى غيرهم ، سواء كان من أصناف الزكاة أو لم يكن ، لأن الله تعالى أمر بها للمساكين وخصهم بها فلا تدفع إلى غيرهم ، ولأن القدر المدفوع إلى كل واحد من الكفارة قدر يسير يراد به دفع حاجة يومه فى مؤنته ، وغيرهم من الأصناف لاتندفع حاجتهم بهذا لكثرة حاجتهم وإذا صرفوا ما يأخذونه فى حاجتهم صرفوه إلى غير ما شرع له .

(١) سورة المائدة آية ٨٩ (٢) سورة التوبة آية ٦٠

الثانى : أن يكونوا أحراراً فلا يجزىء دفعها إلى عبد ولا مكاتب ولا أم ولد وبهذا قال مالك، والشافعى واختار الشريف أبو جعفر جواز دفعها إلى مكاتب نفسه وغيره . وقال أبو الخطاب : يتخرج جواز دفعها[1] إليه بناء على جواز إعتاقه فى كفارته لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته أشبه المسكين .

ولنا : أن الله تعالى عده صنفاً فى الزكاة غير صنف المساكين ، ولا هو فى معنى المساكين ، لأن حاجته غير جنس حاجتهم ، فدل على أنه ليس بمسكين ، والكفارة إنما هى للمساكين ، بدليل الآية ، ولأن المسكين يدفع إليه لتتم كفايته ، والمكاتب إنما يأخذ لفكاك رقبته ، أما كفايته فإنها حاصلة بكسبه وماله فإن لم يكن له كسب ولا مال عجزه سيده ورجع إليه واستغنى بإنفاقه ، وخالف الزكاة فإنها تصرف إلى الغنى ، والكفارة بخلافها .

الثالث : أن يكونوا مسلمين ، فلا يجوز صرفها إلى كافر ذمياً كان أو حربياً ، وبذلك قال الحسن ، والنخعى ، والأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد وقال أبو ثور وأصحاب الرأى يجوز دفعها إلى الذمى لدخوله فى اسم المساكين ، فيدخل فى عموم الآية ، ولأنه مسكين من أهل دار الإسلام ، فأجزأ الدفع إليه من الكفارة كالمسلم ، وروى نحو هذا عن الشعبى ، وخرجه أبو الخطاب وجهاً فى المذهب بناء على جواز إعتاقه فى الكفارة . وقال الثورى : يعطيهم إن لم يجد غيرهم .

ولنا أنهم كفار فلم يجز إعطاؤهم كمستأمنى أهل الحرب ، والآية مخصوصة بهذا فنقيس .

الرابع : أن يكونوا قد أكلوا الطعام ، فإن كان طفلا لم يطعم لم يجز الدفع إليه فى ظاهر كلام الخرقى وقول القاضى ، وهو ظاهر قول مالك ، فإنه قال : يجوز الدفع إلى الفطيم ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . والرواية الثانية : يجوز دفعها إلى الصغير الذى لم يطعم ويقبض للصغير وليه وهو الذى ذكره أبو الخطاب فى المذهب ، وهو مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأى قال أبو الخطاب : وهو قول أكثر الفقهاء لأنه حر مسلم محتاج ، فأشبه الكبير ، ولأن أكله للكفارة ليس بشرط ، وهذا يصرف الكفارة إلى ما يحتاج إليه مما تتم به كفايته فأشبه الكبير .

ولنا : قوله تعالى[2] (فإطعامُ عشرة مساكين) . وهذا يقتضى له . فإذا لم تعتبر حقيقة أكله اعتبر إمكانه ومظنته ، ولا تتحقق مظنته فيمن لا يأكل ، ولأنه لو كان المقصود دفع حاجته لجاز دفع القيمة ولم يتعين الإطعام ، وهذا يقيد ما ذكروه ، فإذا اجتمعت هذه الأوصاف الأربعة فى واحد جاز الدفع إليه سواء كان صغيراً أو كبيراً ، محجوراً عليه أو غير محجور عليه ، إلا أن من لا حجر عليه يقبض لنفسه أو يقبض له وكيله ، والمحجور عليه كالصغير والمجنون يقبض له وليه .

---

(١) فى ١٨ يجوز دفعها إليه . (٢) سورة المائدة آية ٨٩

٨٠٢٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ لكل مسكين مد من حنطة أو دقيق ، أو رطلان خبزاً أو مدان تمراً أو شعيراً ﴾

أما مقدار ما يعطى كل مسكين وجنسه فقد ذكرناه فى باب الظهار ، ونص الخرقى على أنه يجزىء الدقيق والخبز ، ونص أحمد عليه أيضاً ، وروى عنه : لا يجزىء الخبز ، وهو قول مالك ، والشافعى وقال : لا يجزى دقيق ولا سويق ، لأنه خرج عن حالة الكمال والادخار ، ولا يجزىء فى الزكاة فلم يجزىء فى الكفارة كالقيمة .

ولنا : قول الله تعالى(١) (فكفارتهُ إطعامُ عشرةِ مساكينَ من أوسطِ ما تطعمونَ أهليكُمْ أو كسوتُهُمْ) . وهذا قد أطعمهم من أوسط ما يطعم أهله فوجب أن يجزئه روى الإمام أحمد فى كتاب التفسير بإسناده عن ابن عمر(٢) من أوسطِ ما تطعمونَ أهليكمْ) قال الخبز واللبن .

وفى رواية عنه قال (٣) (من أوسطِ ما تطعمونَ أهليكم) الخبز والتمر والخبز والزيت والخبز والسمن ، وقال أبو رزين(٤) (من أوسط ما تطعمونَ أهليكمْ) خبز وزيت وخل وقال الأسود بن يزيد : الخبز والتمر . وعن على: الخبز والتمر الخبز والسمن، الخبز واللحم . وعن ابن سيرين قال : كانوا يقولون أفضله الخبز واللحم ، وأوسطه الخبز والسمن . وأخسه الخبز والتمر ، وقال عبيدة : الخبز والزيت ، وسأل رجل شريحا ما أوسط طعام أهلى ؟ فقال شريح : إن الخبز والخل والزيت لطيب ، فقال له رجل : أفرأيت الخبز واللحم قال : أرفع طعام أهلك وطعام الناس ، وعن على ، والحسن ، والشعبى ، وقتادة ، ومالك ، وأبى ثور يغديهم(٥) و يعشيهم ، وهذا اتفاق على تفسير ما فى الآية بالخبز ، ولأنه أطعم المساكين من أوسط طعام أهله ، فأجزأه كما لو أعطاه حباً ويفارق الزكاة من وجهين .

(١ و٢ و٣ و٤) سورة المائدة آية ٨٩

(٥) فى المغنى طبعة رشيد ج ١١ ص ٢٥٤ وطبعة الفقى ج ٨ ص ٧٣٧ (أو يعشيهم) والصواب (ويعشيهم) بواو العطف فى أوله ورد فى أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٥٧ « روى عن على ومحمد بن كعب والقاسم وسالم والشعبى وابراهيم وقتادة يغديهم ويعشيهم وهو قول أصحابنا ومالك ابن أنس والثورى والأوزاعى — وقال الحسن البصرى : وجبة واحدة تجزىء — وفى تفسير القرطبى ج ٦ ص ٢٧٧ « روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه :لايجزىء إطعام العشرة وجبة واحدة يعنى غداء دون عشاء أو عشاء دون غداء حتى يغديهم ويعشيهم» مما نقلناه يتبين أن قول على ومن ذكر بعده هو الجمع بين الغداء والعشاء وعليه فالتعبير بـ (أو) ليس بصواب .

بقى أن نقول : إن الحسن البصرى روى عنه . أن وجبة واحدة تجزىء ، فلا يصح ضم قوله الى قول على رضى الله عنه لأنه يخالفه فى هذا (ف) .

أحدهما أن الواجب عليه عشر الحب ، وعشر الحب حب ، فاعتبر الواجب ، وههنا الواجب الإطعام والخبز أقرب إليه .

والثانى : أن دفع الزكاة يراد للاقتيات فى جميع العام ، فيحتاج إلى ادخاره ، فاعتبر أن يكون على صفة تمكن من إدخاره عاماً ، والكفارة تراد لدفع حاجة يومه ، ولهذا تقدرت بما الغالب أنه يكفيه ليومه ، والخبز أقرب إلى ذلك ، لأنه قد كفاه مؤنة طحنه وخبزه .

إذا تقرر هذا فإنه إن أعطى المسكين رطلى خبز بالعراقى أجزأه ، لأنه لا يكون من أقل من مد ، وقدر ذلك بالرطل الدمشقى الذى هو ستمائة درهم خمس أواق وسبع أوقية ، وإن طحن مداً وخبزه أجزأه . نص عليه أحمد . وكذلك إذا دفع دقيق المد إلى المسكين أجزأه . وإن دفع الدقيق من غير تقدير حنطته فقال أحمد : يجزئه بالوزن رطل وثلث ، ولا يجزئه إخراج مد دقيق بالكيل ، لأنه يروع[1] بالطحن فحصل فى مدقيق الحب أقل من مد الحب ، وإن زاد فى الدقيق عن مد بحيث يعلم أنه قدر مد حنطة جاز ، وقول الخرقى فى مد دقيق يحتمل أنه أراد إخراجه بالوزن كما ذكر أحمد ، ويحتمل أنه أراد مداً من الحنطة طحنة ثم أخرج دقيقه ، ويحتمل أنه أراد إخراج ما يعلم أن حبه مد لما ذكرنا ، ويجب أن يحمل قوله فى الدقيق والخبز على دقيق الحنطة وخبزها ، فإن أعطى من الشعير لم يجزئه إلا ضعف ذلك كما لا يجزىء من حبها إلا ضعف ما يجزىء من حب البر .

٨٠٢٧ (فصـــل)

والأفضل إخراج الحب ، لأن فيه خروجاً من الخلاف . قال أحمد : التمر أعجب إلى ، والدقيق ضعيف ، والتمر أحب إلى . ويحتمل أن يكون إخراج الخبز أفضل ، لأنه أنفع للمسكين ، وأقل كلفة ، وأقرب إلى حصول المقصود منه بغنيته ، والظاهر أن المسكين يأ كله ويستغنى به فى يومه ذلك ، والحب يعجز عن طحنه وعجنه ، فالظاهر أنه يحتاج إلى بيعه ثم يشترى بثمنه خبزاً ، فيتكلف حمل كلفة البيع والشراء ، وغبن البائع والمشترى له ، وتأخر حصول النفع به ، وربما لم يحصل له بثمنه من الخبز ما يكفيه ليومه ، فيفوت المقصود مع حصول الضرر .

٨٠٢٨ (فصـــل)

ويجب أن يكون المخرج فى الكفارة سالماً من العيب ، ولا يكون الحب مسوساً ولا متغيراً طعمه ،

(١) قوله (يروع بالطحن) الأولى أن يقول (يريع) فقد جاء فى لسان العرب ج ٨ ص ١٣٧ ، ١٣٨ (الريع النماء والزيادة ، راع الطعام وغيره يريع . . . قيل هى الزيادة فى الدقيق والخبز . . راع الطحين : زاد) والأقل من المد حبا يزيد حتى يصل إلى المد كيلا (ف) .

ولا فيه زوان[1] أو تراب يحتاج إلى تنقية ، وكذلك دقيقه وخبزه ، لأنه مخرج فى حق الله تعالى عما وجب فى الذمة ، فلم يجز أن يكون معيباً كالشاة فى الزكاة .

٨٠٢٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو أعطاهم مكان الطعام أضعاف قيمته ورقاً لم يجزه ﴾

وجملته : أنه لا يجزىء فى الكفارة إخراج قيمة الطعام ، ولا الكسوة فى قول إمامنا ، ومالك ، والشافعى ، وابن المنذر . وهو ظاهر قول من سمينا قولهم فى تفسير الآية فى المسألة التى قبلها ، وهو ظاهر من قول عمر بن الخطاب ، وابن عباس ، وعطاء ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، والنخعى . وأجازه الأوزاعى ، وأصحاب الرأى ، لأن المقصود دفع حاجة المسكين ، وهو يحصل بالقيمة .

ولنا : قول الله تعالى : « فَإِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ[2] » هذا ظاهر فى عين الطعام والكسوة ، فلا يحصل التكفير بغيره ، لأنه لم يؤد الواجب إذا لم يؤد ما أمره الله بأدائه ، ولأن الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ولو جازت القيمة لم ينحصر التخيير فى الثلاثة ، ولأنه لو أريدت القيمة لم يكن للتخيير معنى ، لأن قيمة الطعام إن ساوت قيمة الكسوة فهما شىء واحد ، فكيف يخير بينهما ؟ وإن زادت قيمة أحدهما على الآخر فكيف يخير بين شىء وبعضه ؟ ثم ينبغى أنه إذا أعطاه فى الكسوة ما يساوى إطعامه أن يجزئه ، وهو خلاف الآية . وكذلك لو غلت قيمة الطعام فصار نصف المد يساوى كسوة المسكين ينبغى أن يجزئه نصف المد ، وهو خلاف الآية ، ولأنه أحد ما يكفر به ، فتعين ما ورد به النص كالعتق ، أو[3] فلا تجزىء فيه القيمة كالعتق ، فعلى هذا لو أعطاهم أضعاف قيمة الطعام لا يجزئه ، لأنه لم يؤد الواجب فلا يخرج عن عهدته .

٨٠٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويعطى من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله ﴾

وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور . ولا نعلم فيه مخالفاً ، ولأن الكفارة حق مال يجب لله تعالى ، فجرى مجرى الزكاة فيمن يدفع إليه من أقاربه ، ومن لا يدفع إليه ، وقد سبق ذلك فى باب الزكاة .

---

(١) الزوان : ما ينبت غالباً بين الحنطة ، وحبه يشبه حبها إلا أنه أصغر ، وإذا أكل يجلب النوم (ف) .

(٢) سورة المائدة آية ٨٩

(٣) قوله (كالعتق أو فلا تجزىء فيه القيمة كالعتق) هكذا فى نسخ المغنى وهى عبارة مضطربة ولعل الأصل (كالعتق وهو لا تجزىء فيه القيمة (ف) .

٨٠٣١ (فصـــل)

وكل من يمنع الزكاة من الغنى والكافر والرقيق يمنع أخذ الكفارة ، وهل يمنع منها بنو هاشم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يمنعون منها ، لأنها صدقة واجبة ، فمنعوا منها لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « إنا لا تحل[1] لنا الصدقة » . وقياساً على الزكاة . والثانى : لا يمنعون ، لأنها لم تجب بأصل الشرع ، فأشبهت صدقة التطوع .

٨٠٣٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن لم يصب إلا مسكيناً واحداً ردد عليه فى كل يوم تتمة عشرة أيام ﴾

وجملته : أن المكفر لا يخلو من أن يجد المساكين بكمال عددهم أو لا يجدهم . فإن وجدهم لم يجزئه إطعام أقل من عشرة فى كفارة اليمين ، ولا أقل من ستين فى كفارة الظهار ، وكفارة الجماع فى رمضان ، وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور . وأجاز الأوزاعى دفعها إلى واحد . وقال أبو عبيد : إن خص بها أهل بيت شديدى الحاجة جاز ، بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المجامع فى رمضان حين أخبره بشدة حاجته وحاجة أهله : « أطعمه[2] عيالك » ، ولأنه دفع حق الله تعالى إلى من هو من أهل الإستحقاق فأجزأه كما لو دفع زكاته إلى واحد ، وقال أصحاب الرأى : يجوز أن يرددها على مسكين واحد فى عشرة أيام إن كانت كفارة يمين ، أو فى ستين إن كان الواجب إطعام ستين مسكيناً ، ولا يجوز دفعها إليه فى يوم واحد . وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد ، لأنه فى كل يوم قد أطعم مسكيناً ما يجب للمسكين ، فأجزأ كما لو أعطى غيره ، ولأنه لو أطعم هذا المسكين من كفارة أخرى أجزأه فكذلك إذا أطعمه من هذه الكفارة .

ولنا : قول الله تعالى : « فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ[3] » ومن أطعم واحداً فما أطعم عشرة ، فما امتثل الأمر ، فلا يجزئه ، ولأن الله تعالى جعل كفارته إطعام عشرة مساكين ، فإذا لم يطعم عشرة فما أتى بالكفارة . ولأن من لم يجز الدفع إليه فى اليوم الأول لم يجز فى اليوم الثانى مع اتفاق الحال كالولد . فأما الواقع على أهله فإنما أسقط الله تعالى الكفارة عنه لعجزه عنها ، فإنه لا خلاف فى أن الإنسان لا يأكل كفارة نفسه ، ولا يطعمها عائلته وقد أمر بذلك .

---

(١) أخرجه مسلم عن أبى هريرة (ف) .

(٢) أخرجه أحمد والستة إلا النسائى عن أبى هريرة ولفظه (أطعمه أهلك) (ف) .

(٣) سورة المائدة آية : ٨٩

الحال الثانى : العاجز عن عدد المساكين كلهم، فإنه يردد على الموجودين منهم فى كل يوم حتى تتم عشرة ، فإن لم يجد إلا واحداً ردد عليه تتمة عشرة أيام ، وإن وجد اثنين ردد عليهما خمسة أيام ، وعلى هذا . ونحو هذا قال الثورى ، وهو اختيار أكثر الأصحاب . وعند أحمد رواية أخرى : لا يجزئه إلا كال العدد ، وهو مذهب مالك ، والشافعى ، لما ذكرنا فى حال القدرة .

ولنا : أن ترديد الإطعام فى عشرة أيام فى معنى إطعام عشرة ، لأنه يدفع الحاجة فى عشرة أيام ، فأشبه ما لو أطعم فى كل يوم واحد ، والشىء بمعناه يقوم مقامه بصورته عند تعذرها ، ولهذا شرعت الأبدال لقيامها مقام المبدلات فى المعنى ، ولا يجزأ بها مع القدرة على المبدلات كذا ههنا .

٨٠٣٣ (فصـــل)

وإن أطعم كل يوم مسكينا حتى أكمل العشرة أجزأه بلا خلاف نعلمه ، لأن الواجب إطعام عشرة مساكين ، وقد أطعمهم . وإن دفعها إلى من يظنه مسكينا فبان غنيا ففى ذلك وجهان بناء على الروايتين فى دفع الزكاة إليه .

أحدهما : لا يجزئه ، وهو قول الشافعى ، وأبى يوسف ، وأبى ثور ، وابن المنذر . لأنه لم يطعم المساكين فلم يجزئه كما لو علم .

والثانى : يجزئه ، وهو قول أبى حنيفة ، ومحمد . لأنه دفعها إلى من يظنه مسكينا وظاهره المسكنة فأجزأه كما لو لم يعلم حاله . وهذا لأن الفقر يخفى وتشق معرفة حقيقته قال الله تعالى (لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ)[1] فوجب أن يكتفى بظهوره وظنه ، وكذلك لما سأل الرجلان النبى صلى الله عليه وسلم من الصدقة قال : « إن[2] شئتما أعطيتكما منها ، ولاحظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » . وإن بان كافراً أو عبداً لم يجزئه وجها واحداً كقولنا فى الزكاة ، لأن ذلك لا يكاد يخفى ، وليس هو فى مظنة الخفاء فإن كان الدافع الإمام فأخطأ فى الفقر لم يضمن ، وإن أخطأ فى الحرية والإسلام فهل يضمن ؟ على الوجهين بناء على خطئه فى الحد .

٨٠٣٤ (فصـــل)

إذا أطعم مسكينا فى يوم واحد من كفارتين ففيه وجهان .

---

(١) البقرة ٢٧٣

(٢) عن عبيد الله بن عدى بن الخيار أن رجلين أخبراه أنهما أتيا النبى صلى الله عليه وسلم يسألانه من الصدقة فقلب فيهما البصر ورآهما جلدين فقال : إن شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى (ف) .

أحدهما : يجزئه ، لأنه أطعم عن كل كفارة عشرة مساكين ، فأجزأه كما لو أطعمه فى يومين ، ولأن من جاز له أن يأخذ من اثنين جاز أن يأخذ من واحد كالقدر الذى يجوز له أخذه من الزكاة .

والثانى : لا يجزئه إلا عن واحد ، وهو قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف ، لأنه أعطى مسكينا فى يوم طعام اثنين فلم يجزئه إلا عن واحد ، كما لو كان فى كفارة واحدة . وإن أطعم اثنين من كفارتين فى يوم واحد جاز ، ولا نعلم فى جوازه خلافا ، وكذلك إن أطعم واحداً من كفارتين فى يومين جاز أيضاً بغير خلاف نعلمه . فلو كان على واحد عشر كفارات وعنده عشرة مساكين يطعمهم كل يوم كفارة يفرقها عليهم ، جاز ، لأنه أتى بما أمر به فخرج عن عهدته ، وبيان أنه أتى بما أمر [به] أنه أطعم عن كل كفارة عشرة مساكين من أوسط ما يطعم أهله ، والحكم فى الكسوة كالحكم فى الطعام على ما فصلناه .

٨٠٣٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن شاء كسا عشرة مساكين . للرجل ثوب يجزئه أن يصلى فيه ، والمرأة درع وخمار ﴾

لا خلاف فى أن الكسوة أحد أصناف كفارة اليمين لنص الله تعالى عليها فى كتابه بقوله تعالى : (أو كسوتهم) ولا تدخل فى كفارة اليمين ، ولا يجزئه أقل من كسوة عشرة ، لقول الله تعالى : (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) . وتتقدر الكسوة بما تجزىء الصلاة فيه ، فإن كان رجلا فثوب تجزئه الصلاة فيه ، وإن كانت امرأة فدرع وخمار . وبهذا قال مالك . وممن قال لا تجزئه السراويل الأوزاعى ، وأبو يوسف . وقال إبراهيم : ثوب جامع ، وقال الحسن : كل مسكين حلة : إزار ، ورداء : وقال ابن عمر ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، وعكرمة ، وأصحاب الرأى : يجزئه ثوب ثوب ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة . وحكى عن الحسن قال : تجزىء العمامة . وقال سعيد بن المسيب : عباءة وعمامة . وقال الشافعى : يجزىء أقل ما يقع عليه الإسم من سراويل ، أو إزار ، أو رداء ، أو مقنعة[1] ، أو عمامه . وفى القلنسوة وجهان . واحتجوا بأن ذلك يقع عليه اسم الكسوة ، فأجزأ كالذى تجوز الصلاة فيه .

ولنا أن الكسوة أحد أنواع الكفارة ، فلم يجز فيه ما يقع عليه الإسم كالإطعام والإعتاق ، ولأن التكفير عبادة تعتبر فيها الكسوة ، فلم يجز فيها أقل مما ذكرناه كالصلاة ، ولأنه مصروف إلى المساكين فى الكفارة فيتقدر كالإطعام ، ولأن اللابس مالا يستر عورته إنما يسمى عريانا لا مكتسيا وكذلك لابس السراويل وحده ، أو مئزرا يسمى عريانا ، فلا يجزئه لقول الله تعالى (أَوْ كِسْوَتُهُمْ)[2] .

(١) المقنعة : ما تغطى به المرأة رأسها (ف) .

(٢) المائدة ٨٩

إذا ثبت هذا فإنه إذا كسا امرأة أعطاها درعا وخمارا ، لأنه أقل ما يستر عورتها وتجزئها الصلاة فيه . وإن أعطاها ثوبا واسعاً يمكنها أن تستتر به بدنها ورأسها أجزأه ذلك ، وإن كسا الرجل أجزأه قميص أو ثوب يمكنه أن يستر عورته ، ويجعل على عاتقه منه شيئاً ، أو ثوبين يأتزر بأحدهما ويرتدى بالآخر . ولا يجزئه مئزر وحده ، ولا سروال وحده لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يصلى[1] أحدكم فى ثوب واحد ليس على عاتقه منه شىء » .

٨٠٣٦ (فصـــــل)

ويجوز أن يكسوهم من جميع أصناف الكسوة ، من القطن والكتان والصوف والشعر والوبر والخز والحرير ،لأن الله تعالى أمر بكسوتهم ولم يعين جنساً ، فأى جنس كساهم منه خرج به عن العهدة لوجود الكسوة المأمور بها . ويجوز أن يكسوهم لبيساً أو جديداً إلا أن يكون مما قد بلى وذهبت منفعته ، لأنه معيب فلا يجزىء كالحب المعيب والرقبة إذا بطلت منفعتها ، وسواء كان ما أعطاهم مصبوغاً أو غير مصبوغ ، أو خاما أو مقصوراً ،لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصود منها .

٨٠٣٧ (فصـــــل)

والذين تجزىء كسوتهم هم المساكين الذين يجزىء إطعامهم ، لأن الله تعالى قال : (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم) ، فينصرف الضمير إليهم ، وقد تقدم الكلام فى المساكين وأصنافهم .

٨٠٣٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإن شاء أعتق رقبة مؤمنة قد وصلت وصامت ، لأن الإيمان قول وعمل . وتكون سليمة ليس فيها نقص يضر بالعمل ﴾

وجملته : أن إعتاق الرقبة أحد خصال الكفارة بغير خلاف ، لنص الله تعالى عليه بقوله (وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ [2]) ويعتبر فى الرقبة ثلاثة أوصاف .

---

(١) رواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة (ف) .

(٢) كلمة مؤمنة سقطت من ٣٩،١٨ — وفى نسخ المغنى (أو تحرير رقبة مؤمنة) وليس فى القرآن هذا على الإطلاق وقول الشيخ حامد الفقى فى تعليقه على المغنى ج ٨ (٧٤٣) : (هذه آية كفارة القتل) خطأ فآية القتل لم ترد مقرونة بـ (أو) بل اقترنت بالفاء (فتحرير رقبة مؤمنة) ، وبالواو (وتحرير رقبة مؤمنة) ، وكلاهما فى سورة النساء الآية ٩٢ أما كفارة اليمين فقد وردت مقرونة بـ (أو) وبدون وصف مؤمنة) ونصها كما فى سورة المائدة الآية ٨٩ (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة) ، وكفارة =

أحدها : أن تكون مؤمنة فى ظاهر المذهب . وهو قول مالك ، والشافعى ، وأبى عبيد . وعن أحمد رواية أخرى أن الذمية تجزىء . وهو قول عطاء ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى ، لقول الله تعالى : (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ [1]) وهذا مطلق ، فتدخل فيه الكافرة .

ولنـا : أنه تحرير فى كفارة فلا تجزىء فيه الكافرة ككفارة القتل والجامع بينهما أن الإعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه وتكميل أحكامه وعبادته وجهاده ومعونة المسلم فناسب ذلك شرع إعتاقه فى الكفارة تحصيلا لهذه المصالح ، والحكم مقرون بها فى كفارة القتل المنصوص على الإيمان فيها ، فيعلل بها ويتعدى ذلك الحكم إلى كل تحرير فى كفارة ، فيختص بالمؤمنة لاختصاصها بهذه الحكمة . وأما المطلق الذى احتجوا به فإنه يحمل على المقيد فى كفارة القتل كما حمل مطلق قوله تعالى : (واسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ)[2] على المقيد فى قوله تعالى : [3] (وأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) وإن لم يحمل عليه من جهة اللغة حمل عليه من جهة القياس .

الثانى : أن تكون قد صلت وصامت . وهذا قول الشعبى ، ومالك ، وإسحاق ، قال القاضى: لايجزىء من له دون السبع ، لأنه لاتصح منه العبادات فى ظاهر كلام أحمد وظاهر كلام الخرقى : المعتبر الفعل دون السن ، فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام ويتحقق منه الإتيان به بنيته وأركانه فإنه يجزىء فى الكفارة وإن كان صغيراً وإن لم يوجدا منه لم يجزىء فى الكفارة وإن كان كبيراً . وقال أبو بكر وغيره من أصحابنا : يجوز إعتاق الطفل فى الكفارة . وهو قول الحسن ، وعطاء ، والزهرى ، والشافعى ، وابن المنذر . لأن المراد بالإيمان ههنا الإسلام ، بدليل إعتاق الفاسق . قال الثورى : المسلمون كلهم مؤمنون عندنا فى الأحكام ، ولاندرى ماهم عند الله ؟ ولهـذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى : (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً)[4] والصبى محكوم بإسلامه ، يرثه المسلمون ويرثهم ، ويدفن فى مقابر المسلمين ، ويغسل ويصلى عليه ، وإن سبى منفرداً عن أبويه أجزأ عتقه ، لأنه محكوم بإسلامه ، وكذلك إن سبى مع أحد أبويه ، ولو كان أحد أبوى الطفل مسلماً والآخر كافراً أجزأ إعتاقه ، لأنه محكوم بإسلامه . وقال القاضى فى موضع : يجزىء إعتاق الصغيرة فى جميع الكفارات إلا كفارة القتل فإنها على روايتين

وقال إبراهيم النخعى : ما كان فى القرآن من رقبة مؤمنة فلا يجزىء إلا ما صام وصلى ، وما كان

= الظهار وردت مقرونة بالفاء وبدون وصف (مؤمنة) كما فى سورة المجادلة الآية ٣ ونصها (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) (ف) .

(١) سورة المجادلة آية ٣ الأولى الاستشهاد بقوله تعالى (أو تحرير رقبة) فهى الواردة فى اليمين (ف) .

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٣) سورة الطلاق آية ٢ (٤) سورة النساء آية ٩٢

فى القرآن رقبة ليست بمؤمنة فالصبى يجزىء ، ونحو هذا قول الحسن ، ووجه قول الخرقى أن الواجب رقبة مؤمنة ، والإيمان قول وعمل ، فما لم تحصل الصلاة والصيام لم يحصل العمل .

وقال مجاهد وعطاء فى قوله : (فتحرير رقبة مؤمنة) . قال : قد صلت ، ونحو هذا قول الحسن ، وإبراهيم . وقال مكحول : إذا ولد المولود فهو نسمة ، فإذا تقلب ظهراً لبطن فهو رقبة ، فإذا صلى فهو مؤمنة ، ولأن الطفل لا تصح منه عبادة لفقد التكليف فلم يجزىء فى الكفارة كالمجنون ، ولأن الصبا نقص يستحق به النفقة على القريب أشبه الزمانة ، والقول الآخر أقرب إلى الصحة إن شاء الله لأن الإيمان الإسلام وهو حاصل فى حق الصغير ، ويدل على هذا « أن معاوية بن الحكم السلمى أتى النبى صلى الله عليه وسلم بجارية فقال لها : أين الله ؟ قالت . فى السماء ، قال : من أنا ؟ قالت : أنت رسول الله ، قال : أعتقها فإنها مؤمنة » رواه مسلم . وفى حديث عن أبى[1] هريرة . « أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم بجارية أعجمية فقال : يا رسول الله إن على رقبة ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أين الله ؟ فأشارت برأسها إلى السماء ، قال : من أنا ؟ فأشارت إلى رسول الله وإلى السماء — أى أنت رسول الله — قال : أعتقها » فحكم لها بالإيمان بهذا القول .

٨٠٣٩ (فصـــــل)

ولا يجزىء إعتاق الجنين فى قول أكثر أهل العلم . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى . وقال أبو ثور : يجزىء لأنه آدمى مملوك فصح إعتاقه عن الرقبة كالمولود .

ولنا : أنه لم تثبت له أحكام الدنيا بعد فإنه لا يملك بالإرث والوصية ، ولا يشترط لها كونه آدميا لكونه ثبت له ذلك وهو نطفة أو علقة ، وليس بآدمى فى تلك الحال .

الثالث : ألا يكون بها نقص يضر بالعمل ، وقد شرحنا ذلك فى الظهار . ويجزىء الصبى وإن كان عاجزاً عن العمل لأن ذلك ماض إلى زوال ، وصاحبه سائر إلى الكمال . ولا يجزىء المجنون لأن نقصه لا غاية لزواله معلومة فأشبه الزمن .

٨٠٤٠ (فصـــــل)

وإن أعتق غائباً تعلم حياته وتجىء أخباره صح وأجزأه عن الكفارة كالحاضر ، وإن شك فى حياته وانقطع خبره لم يحكم بالإجزاء فيه ، لأن الأصل شغل ذمته ولا تبرأ بالشك ، وهذا العبد مشكوك فيه

(١) أخرجه أحمد فى مسنده ج ١٥ ص ٣١ وأخرجه البزار والطبرانى فى الأوسط ورجاله موثقون كما فى مجمع الزوائد ج ١ ص ٢٤ (ف)

فى وجوده ، فشك فى إعتاقه ، فإن قيل الأصل حياته ، قلنا إلا أنه قد علم أن الموت لابد منه وقد وجدت دلالة عليه ، وهو انقطاع أخباره ، فإن تبين بعد هذا كونه حياً تبينا صحة عتقه وبراءة الذمة من الكفارة وإلا فلا .

٨٠٤١ (فصـــل)

وإن أعتق غيره عنه بغير أمره لم يقع عن المعتق عنه إذا كان حياً ، وولاؤه للمعتق ، ولا يجزىء عن كفارته وإن نوى ذلك . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وحكى عن مالك أنه إذا أعتق عن واجب على غيره بغير أمره صح ، لأنه قضى عنه واجباً فصح كما لو قضى عنه ديناً .

ولنا : أنه عبادة من شرطها النية فلم يصح أداؤها عمن وجبت عليه بغير أمره مع كونه من أهـل الأمر كالحج ، ولأنه أحد خصال الكفارة فلم يصح عن المكفر بغير أمره كالصيام ، وهكذا الخلاف فيما إذا كفر عنـه بإطعام أو كسوة ، ولا يجوز أن ينوب عنه فى الصيام بإذنه ولا بغـير إذنه لأنه عبادة بدنية فلا تدخلها النيابة . فأما إن أعتق عنه بأمره نظرت ، فإن جعل له عوضاً صح العتق عن المعتق عنه ، وله ولاؤه وأجزأ عن كفارته بغير خلاف علمناه . وبه يقول أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، وغيرهم . لأنه حصل العتق عنه بماله ، فأشبه مالو اشتراه ووكل البائع فى إعتاقه عنه وإن لم يشترط عوضاً ففيه روايتان .

إحداهما : يقع العتق عن المعتق عنه ويجزىء فى كفارته وهو قول مالك ، والشافعى ، لأنه أعتق بأمره فصح كما لو شرط عوضا .

والأخرى : لا يجزىء وولاؤه للمعتق وهو قول أبى حنيفة ، لأن العتق بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة ، ومن شرط الهبة القبض ولم يحصل ، فـلم يقع عن الموهوب له ، وفارق البيع ، فإنه لا يشـترط فيه القبض ، فإن كان المعتق عنه ميتاً نظرت فإن أوصى بالعتق صح لأنه بأمره وإن لم يوص به فأعتق عنه أجنبى لم يصح لأنه ليس بنائب عنه وإن أعتق عنه وارثه فإن لم يكن عليه واجب لم يصح العتق عنه ووقع عن المعتق . وإن كان عليه عتق واجب صح العتق عنه ، لأنه نائب له فى ماله وأداء واجباته ، فإن كانت عليه كفارة يمين فـكسا عنه أو أطعم عنه جاز ، وإن أعتق عنه جاز ، وإن أعتق عنه ففيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك ، لأنه غير متعين فجرى مجرى التطوع . والثانى: يجزىء ، لأن العتق يقع واجباً ، لأن الوجوب يتعين فيه بالفعل ، فأشبه المعين من العتق ، ولأنه أحد خصال كفارة اليمين فجاز أن يفعله عنه كالإطعام والكسوة ، ولو قال من عليه الكفارة : أطعم عن كفارتى أو اكسُ ففعل صح رواية واحدة[1] ، سواء ضمن له عوضاً أو لم يضمن له عوضاً .

(١) فى المخطوطة ١٨ : قولا واحداً .

٨٠٤٢ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ ولو اشتراها بشرط العتق فأعتقها فى الـكفارة عتقت ولم تجزئه عن الـكفارة ﴾ .

وهذا مذهب الشافعى ، وروى عن معقل بن يسار مايدل عليه ، وذلك لأنه إذا اشتراها بشرط العتق فالظاهر أن البائع نقصه من الثمن لأجل هذا الشرط ، فـكأنه أخذ عن العتق عوضاً فلم تجزئه عن الـكفارة . قال أحمد : إن كانت رقبة واجبة لم تجزئه لأنها ليست رقبة سليمة ، ولأن عتقها يستحق بسبب آخر وهو الشرط ، فلم تجزئه كما لو اشترى قريبه فنوى بشرائه العتق عن الـكفارة ، أو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ثم نوى عند دخوله أنه عن كفارته .

٨٠٤٣ (فصـــــل)

ولو قال له رجل : أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل لم يجزئه عن الـكفارة ، لأن الرقبة لم تقع خالصة عن الـكفارة ، وقال القاضى : العتق كله يقع عن باذل العوض ، وله ولاؤه ، وهذا فيه نظر . فإن المعتق لم يعتقه عن باذل العوض ولارضى بإعتاقه عنه ، ولا باذل العوض طلب ذلك . والصحيح أن إعتاقه من المعتق والولاء له ، وقد ذكر الخرقى أنه إذا قال : أعتقه والثمن علىّ فالثمن عليه والولاء للمعتق فإن رد العشرة على باذلها ليـكون العتق عن الـكفارة وحدها ، أو عزم على رد العشرة ، أو رد العشرة قبل العتق فأعتقه عن كفارته أجزأه .

٨٠٤٤ (فصـــــل)

وإذا اشترى عبداً ينوى إعتاقه عن كفارته فوجد به عيباً لايمنع من الإجزاء فى الـكفارة فأخذ أرشه ثم أعتق العبد عن كفارته أجزأه ، وكان الأرش له ، لأن العتق إنما وقع على العبد المعيب دون الأرش ، وإن أعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على العيب[1] فأخذ أرشه فهو له أيضاً ، كما لو أخذه قبل إعتاقه . وعنه أنه يصرف ذلك الأرش فى الرقاب ، لأنه أعتقه معتقداً أنه سليم ، فـكان بمنزلة العوض عن حق الله تعالى وكفارة الأرش مصروفة فى حق الله تعالى كما لو باعه كان الأرش للمشترى . وإن علم العيب ولم يأخذ أرشه حتى أعتقه كان الأرش للمعتق ، لأنه أعتقه معيباً عالماً بعيبه فلم يلزمه أرش كما لو باعه ولم يعلم عيبه .

٨٠٤٥ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وكذلك لو اشترى بعض من يعتق عليه إذا ملـكه ينوى بشرائه الـكفارة عتق ولم يجزئه ﴾

وبهذا قال مالك ، والشافعى ، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأى : يجزئه استحساناً ، لأنه يجزىء عن كفارة البائع فأجزأ عن كفارة المشترى كغيره .

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : ثم علم بالعيب .

ولنا : قوله تعالى : (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ [1]) والتحرير فعل العتق ، ولم يحصل العتق ههنا بتحرير منه ولا إعتاق ، فلم يكن ممتثلا للأمر ، ولأن عتقه مستحق بسبب آخر فلم يجزئه كما لو ورثه ينوى به العتق عن كفارته ، وكأم الولد ، ويخالف المشترى البائع من وجهين .

أحدهما : أن البائع يعتقه والمشترى لم يعتقه ، إنما يعتق بإعتاق الشرع ، وهذا من غير اختيار منه . والثانى : أن البائع لا يستحق عليه إعتاقه والمشترى بخلافه .

٨٠٤٦ (فصـــــل)

إذا ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً بقيمة باقيه ، ولم يجزئه عن كفارته فى قول أبى بكر الخلال وصاحبه ، وحكاه عن أحمد ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن عتق نصيب شريكه لم يحصل بإعتاقه ، إنما حصل بالسراية ، وهى غير فعله ، وإنما هى من آثار فعله ، فأشبه مالو اشترى من يعتق عليه ينوى به الكفارة ، يحقق هذا أنه لم يباشر بالإعتاق إلا نصيبه فسرى إلى غيره ، ولو خص نصيب غيره بالإعتاق لم يعتق منه شىء ، ولأنه إنما يملك إعتاق نصيبه لا نصيب غيره . وقال القاضى قال غيرهما من أصحابنا : يجزئه إذا نوى إعتاق جميعه عن كفارته ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه أعتق عبداً كامل الرق سليم الخلق غير مستحق العتق ناوياً به الكفارة فأجزأه كما لو كان الجميع ملكه ، والأول أصح إن شاء الله ، ولا نسلم أنه أعتق العبد كله ، وإنما أعتق نصفه ، وعتق الباقى عليه ، فأشبه شراء قريبه ، ولأن إعتاق باقيه مستحق بالسراية فهو كالقريب .

فعلى هذا هل يجزئه عتق نصفه الذى هو ملكه ويعتق نصفاً آخر فتكمل الكفارة ؟ ينبنى على ما إذا أعتق نصفى عبدين ، وسنذكره إن شاء الله . وإن نوى عتق نصيبه عن الكفارة ولم ينو ذلك فى نصيب شريكه لم يجزئه نصيب شريكه ، وفى نصيبه نفسه ماسنذكره إن شاء الله . ولو كان معسراً فأعتق نصيبه عن كفارته فكذلك ، فإن ملك باقيه فأعتقه عن الكفارة أجزأه ذلك ، وإن أراد صيام شهر وإطعام ثلاثين مسكيناً لم يجزئه كما لو أعتق نصف عبد فى كفارة اليمين وأطعم خمسة مساكين أو كساهم لم يجزئه .

٨٠٤٧ (فصـــــل)

وإن كان العبد كله له فأعتق جزءاً منه معيناً أو مشاعاً عتق جميعه ، وإن كان نوى به الكفارة أجزأ عنه ، لأن إعتاق بعض العبد إعتاق لجميعه ، وإن نوى إعتاق الجزء الذى باشره بالإعتاق عن الكفارة دون غيره لم يجزئه عتق غيره ، وهل يحتسب بما نوى به الكفارة ؟ على وجهين .

(١) سورة المجادلة رقم ٣ والأولى الاستشهاد بقوله (أو تحرير رقبة) لأنها نص فى اليمين كما أسلفنا (ف) .

٨٠٤٨ (فصـــــل)

وإن قال : إن ملكت فلاناً فهو حر . وقلنا : يصح هذا التعليق ، فاشتراه ينوى العتق عن كفارته عتق ولم يجزئه عن الكفارة ، ويخرج فيه من الخلاف مثل مافى شراء قريبه والله أعلم .

٨٠٤٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا تجزىء فى الكفارة أم ولد ﴾

هذا ظاهر المذهب ، وبه قال الأوزاعى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى ، وعن أحمد رواية أخرى ، أنها تجزىء ، ويروى ذلك عن الحسن ، وطاوس والنخعى ، وعثمان البتى لقول الله تعالى «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ»[1] ومعتقها قد حررها .

ولنا : أن عتقها يستحق بسبب آخر فلم تجزىء عنه كما لو اشترى قريبه أو عبدا بشرط العتق فأعتقه ، وكما لو قال لعبده أنت حر إن إدخلت الدار ثم نوى عتقه عن كفارته عند دخوله ، والآية مخصوصة بما ذكرناه فنقيس عليه ما اختلفنا فيه .

٨٠٥٠ (فصـــل)

ولد أم الولد الذى ولدته بعد كونها أم ولد حكمه حكمها فيما ذكرناه ، لأن حكمه حكمها فيما ذكرناه . لأن حكمها فى العتق بموت سيدها .

٨٠٥١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئاً ﴾

روى عن أحمد رحمه الله فى المكاتب ثلاث روايات

إحداهن : يجزىء مطلقاً اختاره أبو بكر ، وهو مذهب أبى ثور ، لأن المكاتب عبد يجوز بيعه ، فأجزأ عتقه كالمدبر ، ولأنه رقبة فدخل فى مطلق قوله سبحانه (فتحرير رقبة[2])

والثانية : لا يجزىء مطلقاً ، وهو قول مالك ، والشافعى ، وأبى عبيد ، لأن عتقه مستحق بسبب آخر ، ولهذا لا يملك إبطال كتابته فأشبه أم الولد .

والثالثة: إن أدى من كتابته شيئاً لم يجزئه وإلا أجزأه ، وبهذا قال الليث ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . قال القاضى : هو الصحيح ، لأنه إذا أدى شيئاً فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجزىء

(١و٢) المجادلة آية ٣

(١)و (٢)و الأولى الاستشهاد بقوله (أو تحرير رقبة) كما قلنا فى التعليق السابق (ف) .

كما لو أعتق بعض رقبة ، وإذا لم يؤد فقد أعتق رقبة كاملة مؤمنة سالمة الخلق تامة الملك لم يحصل عن شيء منها عوض فأجزأ عتقها كالمدبر ، ولو أعتق عبداً على مال فأخذه من العبد لم يجزىء عن كفارته فى قولهم جميعاً .

٨٠٥٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ويجزئه المدبر ﴾ .

وهذا قول طاوس ، والشافعى ، وأبى ثور ، وابن المنذر . وقال الأوزاعى ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى : لايجزىء ، لأن عتقه مستحق بسبب آخر ، فأشبه أم الولد ، ولأن بيعه عندهم غير جائز فأشبه أم الولد .

ولنا : قوله تعالى (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ[1]،[2]) ، وقد حرر رقبته ، ولأنه عبد كامل المنفعة يجوز بيعه ولم يحصل عن شيء منه عوض فجاز عتقه كالقن ، والدليل على جواز بيعه أن النبي صلى الله عليه وسلم « باع[3] مدبراً » ، وسنذكر حديثه فى بابه إن شاء الله ، ولأن التدبير إما أن يكون وصية أو عتقاً بصفة ، وأيا ما كان فلا يمنع التفكير بإعتاقه قبل وجود الصفة ، والصفة ههنا الموت ولم يوجد .

٨٠٥٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والخصى ﴾ .

لانعلم فى إجزاء الخصى خلافا ، سواء كان مقطوعاً أو مشلولا أو موجوءاً ، لأن ذلك نقص لايضر بالعمل ولايؤثر فيه ، بل ربما زادت بذلك قيمته فاندفع فيه ضرر شهوته فأجزأ كالفحل .

٨٠٥٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وولد الزنا ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن فضالة بن عبيد وأبى هريرة ، وبه قال ابن المسيب ، والحسن ، وطاوس ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وابن المنذر .

وروى عن عطاء ، والشعبى ، والنخعى ، والأوزاعى ، وحماد : أنه لايجزىء ، لأن أبا هريرة روى عن

---

(١) المجادلة آية ٣ (٢) الأولى الاستشهاد بقوله (أو تحرير رقبة) كما قلنا فى التعليق السابق(ف) .

(٣) روى جابر أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر فاحتاج فأخذه النبي صلى الله عليه وسلم فقال : من يشتريه منى ؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بن النحام رضى الله عنه بكذا وكذا فدفعه إليه » أخرجه البخارى ومسلم وأبوداود والنسائى والترمذى (ف) .

النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ولد الزنا[1] شر الثلاثة » ، قال أبو هريرة : « لأن أمتع بسوط فى سبيل الله أحب إلى منه » . رواه أبو داود .

ولنا : دخوله فى مطلق قوله تعالى (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ)[2] ، ولأنه مملوك مسلم كامل العمل لم يعتض عن شيء[3] منه ولا استحق عتقه بسبب آخر فأجزأ عتقه كولد الرشيدة[4] فأما الأحاديث الواردة فى ذمه فاختلف أهل العلم فى تفسيرها . فقال الطحاوى ولد الزنا هو الملازم للزنا ، كما يقال : ابن السبيل الملازم لها وولد الليل الذى لا يهاب السرقة ، وقال الخطابى عن بعض أهل العلم قال هو شر الثلاثة أصلا وعنصراً ونسباً لأنه خلق من ماء الزنا وهو خبيث ، وأنكر قوم هذا التفسير وقالوا ليس عليه من وزر والديه شيء ، وقد قال الله تعالى : [5] (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) وفى الجملة : هذا يرجع إلى أحكام الآخرة أما أحكام الدنيا فهو كغيره فى صحة إمامته وبيعه وعتقه وقبول شهادته ، فكذلك فى إجزاء عتقه عن الكفارة لأنه من أحكام الدنيا .

٨٠٥٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن لم يجد من هذه الثلاثة واحداً أجزأه صيام ثلاثة أيام متتابعة ﴾

يعنى إن لم يجد طعاماً ولا كسوة ولا عتقاً انتقل إلى صيام ثلاثة أيام لقول الله تعالى : « فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ »[6] وهذا لا خلاف فيه إلا فى اشتراط التتابع فى الصوم وظاهر المذهب اشتراطه كذلك قال إبراهيم النخعى والثورى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى وروى نحو ذلك عن على رضى الله عنه وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة .

---

(١) ولد الزنا شر الثلاثة أخرجه أحمد وأبو داود والبيهقى عن أبى هريره ولكن روى عبد الرزاق فى جامعه عن عائشة أنها كانت إذا قيل لها ولد الزنا شر الثلاثة عابت ذلك وقالت ما عليه من وزر أبويه قال الله تعالى: ولا تزر وازرة وزر أخرى ، وروى أيضا عبد الرزاق فى جامعه عن ميمون بن مهران أنه شهد ابن عمر صلى على ولد الزنا فقيل له : إن أبا هريرة لم يصل عليه وقال : هو شر الثلاثة فقال له ابن عمر : هو خير الثلاثة — ويروى عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولد الزنا شر الثلاثة إذا عمل بعمل أبويه رواه الطبرانى فى الكبير والأوسط وفيه محمد بن أبى ليلى وهو سيء الحفظ ومندل وثق وفيه ضعف أنظر مجمع الزوائد ج ٦ ص ٢٥٧ ومنتخب كنز العمال ج ٢ ص ٤٠١ (ف) .

(٢) سوره المجادلة آية ٣ (٣) على هامش ١٨ : ليس فى شيء منه عوض . ح . أى من نسخة أخرى .

(٤) (ولد الرشيدة) هكذا فى نسخ المغنى والصواب (ولد الرشده) ووهو ضد (ولد الزنية) (ف)

(٥) سورة الإسراء آية ١٥ (٦) سورة المائده آية ٨٩

وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنه يجوز تفريقها وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه لأن الأمر بالصوم مطلق ولا يجوز تقييده إلا بدليل ولأنه صام الأيام الثلاثة فلم يجب التتابع فيه كصيام المتمتع ثلاثة أيام في الحج ولنا : أن في قراءة أبي وعبدالله بن مسعود « فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيامٍ مُتَتَابِعَاتٍ[1] » كذلك ذكره الإمام أحمد في التفسير عن جماعة ، وهذا إن كان قرآناً فهو حجة ، لأنه كلام الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه ، وإن لم يكن قرآناً فهو رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم، إذ يحتمل أن يكونا سمعاه من النبي صلى الله عليه وسلم تفسيراً فظناه قرآناً ، فثبتت له رتبة الخبر ، ولا ينقص عن درجة تفسير النبي صلى الله عليه وسلم ، للآية . وعلى كلا التقديرين فهو حجة يصار إليه ، ولأنه صيام في كفارة فوجب فيه التتابع كـكفارة القتل والظهار ، والمطلق يحمل على المقيد على ما قررناه فيما مضى . فعلى هذا إن أفطرت المرأة لمرض أو حيض ، أو الرجل لمرض لم ينقطع التتابع ، وبهذا قال أبو ثور ، وإسحاق .

وقال أبو حنيفة : ينقطع فيهما ، لأن التتابع لم يوجد ، وفوات الشرط يبطل به المشروط ، وقال الشافعي : ينقطع في المرض في أحد القولين ، ولا ينقطع في الحيض .

ولنا : أنه عذر يبيح الفطر أشبه الحيض[2] في كفارة القتل .

٨٠٥٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو كان الحانث عبداً لم يكفّر بغير الصوم ﴾

لا خلاف في أن العبد يجزئه الصيام في الكفارة ، لأن ذلك فرض المعسر من الأحرار ، وهو أحسن حالا من العبد ، فإنه يملك في الجملة ، ولأن العبد داخل في قوله تعالى : « فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ[3] » . وإن أذن السيد لعبده في التكفير بالمال لم يلزمه ، لأنه ليس بمالك لما أذن له فيه ، وظاهر كلام الخرقي أنه لا يجزئه التكفير بغير الصيام . وقد قال غيره من أصحابنا فيما إذا أذن له سيده في التكفير بالمال روايتان .

إحداهما : يجوز تكفيره به . والأخرى : لا يجوز إلا بالصيام . وقد ذكرنا علل ذلك في الظهار والاختلاف فيه . وذكر القاضي أن أصل هذا عنده الروايتان في ملك العبد بالتمليك . إن قلنا يملك بالتمليك فملكه سيده وأذن له بالتكفير بالمال جاز ، لأنه مالك لما يكفر به ، وإن قلنا : لا يملك بالتمليك ففرضه الصيام ، لأنه لا يملك شيئاً يكفر به . وكذلك إن قلنا : يملك ولم يأذن له سيده بالتكفير في المال[4]

(١) سورة المائدة : آية ٨٩ (٢) في المخطوطة ٣٩ : فأشبه الحيض
(٣) سورة المائده : آية ٨٩ (٤) في المخطوطة ٣٩ : بالمال .

ففرضه الصيام ، وإن ملك ، لأنه محجور عليه ممنوع من التصرف فيما في يديه قال : وأصحابنا يحملون في العبد روايتين مطلقاً ، سواء قلنا يملك أو لا يملك . ثم على الرواية التي تجيز له التكفير بالمال له أن يطعم ، وهل له أن يعتق ؟ على روايتين .

إحداهما : ليس له ذلك ، لأن العتق يقتضي الولاء والولاية والإرث ، وليس ذلك للعبد ، ولكن يكفر بالإطعام ، وهذا رواية عن مالك ، وبه قال الشافعي على القول الذي يجيز له التكفير بالمال .

والثانية : له التكفير بالعتق ، لأن من صح تكفيره بالمال صح بالعتق كالحر ، ولأنه يملك العبد فصح تكفيره بإعتاقه كالحر ، وقولهم : إن العتق يقتضي الولاء والولاية لا نسلم ذلك في العتق في الكفارة على ما أسلفناه . وإن سلمنا فتخلف بعض الأحكام لا يمنع ثبوت المقتضي ، فإن الحكم يتخلف بتخلف سببه لا لتخلف أحكامه ، كما أنه يثبت لوجود سببه ، ولأن تخلف بعض الأحكام مع وجود المقتضي إنما يكون لمانع منعها ، ويجوز أن يختص المنع بها دون غيرها ، ولهذا السبب المقتضي لهذه الأحكام لا يمنع ثبوته تخلفها عنه في الرقيق ، على أن الولاء يثبت بإعتاق العبد ، لكن لا يرث به كما لو اختلف دينهما ، وهذا اختيار أبي بكر ، وفرع عليه إذا أذن له سيده فأعتق نفسه ففيه قولان .

أحدهما : يجزئه ، لأنه رقبة تجزيء عن غيره فأجزأت عن نفسه كغيره . والآخر : لا يجزئه . لأن الإذن له في الإعتاق ينصرف إلى إعتاق غيره ، وهذا التعليل يدل على أن سيده لو أذن له في إعتاق نفسه عن كفارته جاز . فأما إن أطلق الإذن في الإعتاق فليس له أن يعتق إلا أقل رقبة تجزيء عن الواجب ، وليس له إعتاق نفسه إذا كانت أفضل مما يجزيء ، وهذا من أبي بكر يقتضي أنه لا يعتبر في التكفير أن يملكه سيده ما يكفر به ، لأنه لا يملك نفسه بل متى أذن له في التكفير بالعتق أو الإطعام أجزأه ، لأنه لو اعتبر التمليك لما صح له أن يعتق نفسه ، لأنه لا يملكها ، ولأن التمليك لا يكون إلا في معين ، ولا يصح أن يأذن فيه مطلقاً .

٨٠٥٧ (فصـــــل)

وإذا أعتق العبد عبداً عن كفارته بإذن سيده وقلنا إن الإعتاق في الكفارة يثبت به الولاء لمعتقه ثبت ولاؤه للعبد الذي أعتقه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « إنما[1] الولاء للمعتق » ، ولا يرث ، لأنه ليس من أهل الميراث ، ولا يمتنع ثبوت الولاء مع انتفاء الإرث ، كما لو اختلف دينهما[2] أو قتل المعتق عتيقه ، فإنه لا يرثه مع ثبوت الولاء له عليه ، فإن عتق المعتق له ورث بالولاء لزوال المانع كما إذا كانا

---

(١) أخرجه البخاري والنسائي وأبو داود عن ابن عمر (ف)

(٢) في المخطوطة ١٨ : دنياهما .

مختلفى الدين ، فأسلم الكافر منهما ، ذكر هذا طلحة العاقولى . ومقتضى هذا أن سيد العبد لا يرث عتيقه فى حياة عبده ، كما لا يرث ولد عبده ، فإن أعتق عبده ثم مات ورث السيد مولى عبده ، لأنه مولى مولاه كما أنه لو أعتق العبد وله ولد عليه الولاء لمولى أمه يجر ولاءه ويرثه سيده إذا مات أبوه .

٨٠٥٨ (فصــــل)

وليس للسيد منع عبده من التكفير بالصيام ، سواء كان الحلف أو الحنث بإذنه أو بغير إذنه ، وسواء أضرّ به الصيام أو لم يضر به ، وقال الشافعىّ إن حنث بغير إذنه والصوم يضر به فله منعه ، لأن السيد لم يأذن له فيما ألزمه نفسه مما يتعلق به ضرر على السيد ، فكان له منعه وتحليله كما لو أحرم بالحج بغير إذنه .

ولنا : أنه صوم واجب لحق الله تعالى ، فلم يكن لسيده منعه منه كصيام رمضان وقضائه . ويفارق الحج ، لأن ضرره كثير لطول مدته وغيبته عن سيده ، وتفويت خدمته ، ولهذا ملك تحليل زوجته منه ، ولم يملك منعها صوم الكفارة . فأما صوم التطوع فإن كان فيه ضرر عليه فللسيد منعه منه ، لأنه يفوت حقه بما ليس بواجب عليه . وإن كان لا يضر به لم يكن لسيده منعه منه ، لأنه يعبد ربه بما لا مضرة فيه ، فأشبه ذكر الله تعالى وصلاة النافلة فى غير وقت خدمته . وللزوج منع زوجته منه فى كل حال ، لأنه يفوت حقه من الاستمتاع ويمنعه منه .

٧٠٥٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره ﴾

ظاهر هذا أن الاعتبار فى الكفارات بحالة الحنث ، لأنه وقت الوجوب وهو حينئذ عبد ، فوجب عليه الصوم فلا يجزئه غير ما وجب عليه ، وقال القاضى ، هذا فيه نظر ، فإن المنصوص أنه يكفر كفارة عبد ، لأنه إنما يكفر بما وجب عليه يوم حنث ، ومعناه أنه لا يلزمه التكفير بالمال ، فإن كفر به أجزأه ، وهذا منصوص عن الشافعى . ومن أصحابه من قال يقول الخرق ، وليس على الخرق حجة من كلام أحمد ، بل هو حجة له ، لقوله إنما يكفر ما وجب عليه ، وإنما للحصر ، تثبت المذكور وتنفى ما عداه ، ولم يجب عليه إلا الصوم ، فلا يكفر بغيره .

ووجه ذلك : أنه حكم تعلق بالعبد فى رقه ، فلم يتغير بحريته كالحد ، وهذا على القول الذى لم يجز فيه للعبد التكفير بالمال بإذن سيده ، فأما على القول الآخر فله التكفير ههنا بطريق الأولى ، لأنه إذا جاز له فى حال رقه التكفير بالمال ففى حال حريته أولى ، وإنما احتاج إلى إذن سيده فى حال رقه لأن المال لسيده ، أو لتعلق حقه بماله ، وبعد الحرية قد زال ذلك ، ولا حاجة إلى إذنه . وإن قلنا التكفير بأغلظ الأحوال لم

يكن له التكفير بغير المال إن كان موسراً ، وإن حلف عبد وحنث وهو حر فحكمه حكم الأحرار ، لأن الكفارة لا تجب قبل الحنث ، فما وجبت إلا وهو حر .

٨٠٦٠ (فصـــــل)

ومن نصفه حر فحكمه فى التكفير حكم الحر الكامل ، فإذا ملك بجزئه الحرّ مالاً يُكفِّرُ به لم يجز له الصيام ، وله التكفير بأحد الأمور الثلاثة ، وظاهر مذهب الشافعى : أن له التكفير بالإطعام والكسوة دون الإعتاق ، لأنه لا يثبت له الولاء ، ومنهم من قال لا يجزئه إلا الصيام ، لأنه منقوص بالرق أشبه القن .

ولنا : قول الله تعالى : «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ» (١) وهذا واجد ، لأنه يملك ملكا تاماً فأشبه الحر الكامل ، ولا نسلم أنه لا يثبت له الولاء ، ثم إن امتناع بعض أحكامه لا يمنع صحته كعتق المسلم رقيقه الكافر .

٨٠٦١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويكفر بالصوم من لم يفضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته مقدار ما يكفر به ﴾

وجملة ذلك : أن كفارة اليمين تجمع تخييراً وترتيباً فيتخير بين الخصال الثلاث ، فإن لم يجدها انتقل إلى صيام ثلاثة أيام ، ويعتبر ألا يجد فاضلا عن قوته وقوت عياله يومه وليلته قدراً يكفر به ، وهذا قول إسحاق . ونحوه قال أبو عبيد ، وابن المنذر . وقال الشافعى : من جاز له الأخذ من الزكاة لحاجته وفقره أجزأه الصيام ، لأنه فقير ، ولأن النخعى قال إذا كان مالكا لعشرين درهماً فله الصيام . وقال عطاء الخراسانى : لا يصوم من ملك عشرين درهماً ، ومن يملك دونها الصيام . وقال سعيد بن جبير : إذا لم يملك إلا ثلاثة دراهم كفر بها ، وقال الحسن : درهمين ، وهذان القولان نحو قولنا .

ووجه ذلك : أن الله تعالى اشترط للصيام ألا يجد ، بقوله تعالى : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ)(٢) ومن وجد ما يكفر به فاضلا عن قوته وقوت عياله فهو واجد ، فيلزمه التكفير بالمال لظاهر الآية ، ولأنه حق لا يزيد بزيادة المال ، فاعتبر فيه الفاضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته كصدقة الفطر .

٨٠٦٢ (فصـــل)

فلو ملك ما يكفر به وعليه دين مثله وهو مطالب به فلا كفارة عليه ، لأنه حق لآدمى والكفارة حق

(١ ، ٢) سورة المائدة آية ٨٩

لله تعالى ، فإذا كان مطالبا بالدين وجب تقديمه كزكاة الفطر ، فإن لم يكن مطالبا بالدين فكلام أحمد يقتضي روايتين .

إحداهما : تجب الكفارة ، لأنه لا يعتبر فيها قدر من المال ، فلم يسقط بالدين كزكاة الفطر .

والثانية : لا تجب ، لأنها حق لله تعالى يجب في المال ، فأسقطها الدين كزكاة المال ، وهذا أصح ، لأن لأن حق الآدمي أولى بالتقديم لشحه وحاجته إليه ، وفيه نفع للغريم وتفريغ ذمة المدين ، وحق الله تعالى مبني على المسامحة لكرمه وغناه ، ولأن الكفارة بالمال لها بدل ، ودين الآدمي لا بدل له ويفارق صدقة الفطر لكونها أجريت مجرى النفقة ، ولهذا يتحملها الإنسان عن غيره كالزوج عن امرأته وعائلته ورقيقه ، ولا بدل لها بخلاف الكفارة .

٨٠٦٣ (فصـــل)

فإن كان له مال غائب أو دين يرجو وفاءه لم يكفر بالصيام ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة يجزئه الصيام ، لأنه غير واجد ، فأجزأه الصيام عملا بقوله تعالى : (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وقياسا على المعسر ، والدليل على أنه غير واجد أن المتمتع لو عدم الهدى في موضعه انتقل إلى الصيام ، ولو عدم الماء في موضعه انتقل إلى التيمم ، ولو عدم المظاهر المال في موضعه انتقل إلى الصيام ، والانتقال في هذه المواضع مشروط بعدم الوجدان ، ولأنه غير متمكن من التكفير بالمال أشبه هذه الأصول .

ولنا : أنه حق مال يجب على وجه الطهرة ، فلم تمنع الغيبة وجوبه كالزكاة ، ولأنه غير مؤقت ، ولاضرر في تأخيره ، فلم يسقط بغيبته كالزكاة . وفارق الهدى ، فإن له وقتا يفوت بالتأخير ، والتيمم يفضي تأخيره إلى فوات الصلاة ، وتأخير كفارة الظهار يفضي إلى ترك الوطء ، وفيه ضرر بخلاف مسألتنا ، ولا نسلم عدم التمكن ، ولهذا صح بيع الغائب مع أن التمكن من التسليم شرط .

٨٠٦٤ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن له دار لاغنى له عن سكناها ، أو دابة يحتاج إلى ركوبها ، أو خادم يحتاج إلى خدمته ، أجزأه الصيام في الكفارة ﴾

وجملته : أن الكفارة إنما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية ، والسكنى من الحوائج الأصلية ، وكذلك الدابة التي يحتاج إلى ركوبها ، لكونه لا يطيق المشي فيما يحتاج إليه ، أو لم تجر عادته به ، وكذلك الخادم الذي يحتاج إلى خدمته لكونه ممن لا يخدم نفسه لمرض أو كبر ، أو لم تجر عادته به ، وهذه الثلاثة من الحوائج الأصلية لا تمنع التكفير بالصيام ، ولا الزكاة من الأخذ والكفارة[1] .

(١) في ١٨ : ولا الزكاة والكفارة من الأخذ . وهو أوضح .

وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : من ملك رقبة تجزىء في الكفارة لا يجزئه الصيام ، وإن كان محتاجا إليها لخدمته ، لأنه واجد لرقبة يعتقها فيلزمه لقوله تعالى : « أوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلاَثَةِ أيّامٍ »[1] فاشترط للصيام أن لا يجدها .

ولنا : أنها مستغرقة لحاجته الأصلية ، فلم تمنع جواز الإنتقال كالمسكن والمركوب والطعام الذى هو محتاج إليه ، وما ذكروه يبطل بالطعام المحتاج إليه . وبما إذا وجد الماء وهو محتاج إليه للعطش ، فإنه لايمنع الانتقال إلى التيمم ، ولأن وجدان ثمن الرقبة كوجدانها ، ولهذا لم يجز لمن وجد ثمنها الانتقال إلى الصيام ، ومع هذا لو وجد ثمنها الذى يحتاج إليه لم يمنعه الانتقال كذا ههنا .

إذا ثبت هذا : فإنه إن كان فى شىء من ذلك فضل عن حاجته مثل من له دار كبيرة تساوى أكثر من دار مثله ، ودابة فوق دابة مثله ، وخادم فوق خادم مثله يمكن أن يحصل به قدر ما يحتاج إليه ، وتفضل فضلة يكفر بها ، فإنه يباع منه الفاضل عن كفايته ، أو يباع الجميع ويبتاع له قدر ما يحتاج إليه ، ويكفر بالباقى ، وإن تعذر بيعه أو أمكن البيع ولم يمكن شراء ما يحتاج إليه ترك ذلك وكان له الانتقال إلى الصيام لأنه تعذر الجمع بين القيام بحاجته والتكفير بالمال ، فأشبه ما لو لم يكن فيه فضل .

٨٠٦٥ (فصـــل)

ومن له عقار يحتاج إلى أجرته لمؤنته وحوائجه الأصلية ، أو بضاعة يختل ربحها المحتاج إليه بالتكفير منها ، أو سائمة يحتاج إلى نمائها حاجة أصلية ، أو أثاث يحتاج إليه وأشباه هـذا ، فله التكفير بالصيام ، لأن ذلك مستغرق لحاجته الأصلية فأشبه المعدم .

٨٠٦٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويجزئه إن أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة ﴾

وجملته: أنه إذا أطعم بعض المساكين وكسا الباقين بحيث يستوفى العدد أجزأه فى قول إمامنا والثورى وأصحاب الرأى . وقال الشافعى : لا يجزئه لقول الله تعالى « فكفارته إطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أهْلِيكُمْ أوْ كِسْوَتُهُمْ »[2] فوجه الدلالة من وجهين .

أحدهما : أنه جعل الكفارة أحد هذه الخصال الثلاثة ، ولم يأت بواحد منها .

الثانى : أن اقتصاره على هذه الخصال الثلاث دليل على انحصار التفكير فيها ، وما ذكرتموه خصلة رابعة ، ولأنه نوع من التكفير فلم يجزئه تبعيضه كالعتق ، ولأنه لفق الكفارة من نوعين فأشبه مالو أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم .

(١و٢) المائدة آية ٨٩

ولنا : أنه أخرج من المنصوص عليه بعدد العدد الواجب فأجزأ كما لو أخرجه من جنس واحد ، ولأن كل واحد من النوعين يقوم مقام صاحبه في جميع العدد ، فقام مقامه في بعضه كالكفارتين ، وكالتيمم لما قام مقام الماء في البدن كله في الجنابة جاز في بعضه في طهارة الحدث فيما إذا كان بعض بدنه صحيحاً وبعضه جريحاً ، وفيما إذا وجد من الماء ما يكفي بعض بدنه ، ولأن معنى الطعام والكسوة متقارب ، إذ القصد منهما سد الخلة ، ودفع الحاجة ، وقد استويا في العدد واعتبار المسكنة في المدفوع إليه وتنوعهما من حيث كونهما في الإطعام سداً لجوعه ، وفي الكسوة ستراً لعورته [1] لا يمنع الإجزاء في الكفارة الملفقة منهما كما لو كان أحد الفقيرين محتاجا إلى ستر عورته والآخر إلى الاستدفاء ، ولأنه قد خرج عن عهدة الذين أطعمهم بالإطعام ، فيخرج عن عهدة الذين كساهم بالكسوة ، بدليل أنه لا يلزمه بالإنفاق أكثر من إطعام من بقي ولا كسوة أكثر ممن بقي ، وإذا خرج عن عهدة عشرة مساكين وجب أن يجزئه كما لو اتفق النوع .

وأما الآية فإنها تدل بمعناها على ما ذكرناه ، فإنها دات على أنه مخير في كل فقير بين أن يطعمه أو يكسوه ، وهذا يقتضي ماذكرناه ، ويصير كما يخير في الصيد الحرمي بين أن يفديه بالنظير أو يقوم النظير بدراهم فيشتري بها طعاماً يتصدق به ، أو يصوم عن كل مد يوماً ، فلو صام عن بعض الأمداد وأطعم بعضاً أجزأ ، كذلك ههنا ، وكذلك الدية لما كان مخيراً بين إخراج ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم لو أعطى البعض ذهباً والبعض دراهم جاز . وفارق ما إذا أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم ، لأن تنصيف العتق يخل بالآخر لما سنذكره بعد هذا .

٨٠٦٧ (فصـــل)

وإن أطعم المسكين بعض الطعام وكساه بعض الكسوة لم يجزئه ، لأنه ما أطعمه الطعام الواجب له ، ولا كساه الكسوة الواجبة ، فصار كمن لم يطعمه شيئاً ولم يكسه ، وإن أطعم بعض المساكين براً وبعضهم تمراً أو من جنس آخر أجزأ ، وقال الشافعي : لا يجزئه .

ولنا قوله تعالى « فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ »[2] ، وقد أطعمهم من جنس ما يجب عليه ، ولأنه لو كسا بعض المساكين قطناً وبعضهم كتاناً جاز مع اختلاف النوع كذلك الإطعام .

٨٠٦٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإن أعتق نصفي عبدين أو نصفي أمتين أو نصفي عبد وأمة أجزأ عنه ﴾

قال الشريف أبو جعفر : هذا قول أكثرهم ، يعني أكثر الفقهاء . وقال أبو بكر بن جعفر : لا يجزىء لأن المقصود من العتق تكميل الأحكام ، ولا يحصل من إعتاق نصفين ، واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة

(١) في المطبوعة : ستر العورة . ومافي ١٨ و٣٩ أوضح (٢) سوره المائدة آية ٨٩

أوجه فنهم من قال كقول الخرقي ، ومنهم من قال كقول أبي بكر ، ومنهم من قال : إن كان نصف الرقيق حراً أجزأ ، لأنه يحصل تكميل الأحكام ، وإن كان رقيقاً لم يجز ، لأنه لا يحصل .

ولنا : أن الأشقاص كالأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير . دليله الزكاة ، ونعنى به إذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعاً وجبت الزكاة ، كما لو ملك أربعين منفردة ، وكالهدايا والضحايا إذا اشتركوا فيها والأولى أنه لا يجزىء إعتاق نصفين إذا لم يكن الباقي بينهما حراً ، لأن إطلاق الرقبة إنما ينصرف إلى إعتاق الكاملة ، ولا يحصل من الشخصين ما يحصل من الرقبة الكاملة من تكميل الأحكام وتخليص الآدمى من ضرر الرق ونقصه ، فلا يثبت به من الأحكام ما يثبت بإعتاق رقبة كاملة ، ويمتنع قياس الشخصين على الرقبة الكاملة ، ولهذا لو أمر إنساناً بشراء رقبة أو بيعها أو بإهداء حيوان أو بالصدقة به لم يكن له أن بشقصه كذا ههنا .

٨٠٦٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإن أعتق نصف عبد وأطعم خمسة مساكين أو كساهم لم يجزئه ﴾

لا نعلم فى هذا خلافا . وذلك لأن مقصودها مختلف متباين ، إذ كان القصد من العتق تكميل الأحكام وتخليص المعتق من الرق ، والقصد من الإطعام والكسوة سد الخلة ، وإبقاء النفس بدفع المجاعة فى الطعام ، وستر العورة ورفع ضرر الحر والبرد فى الكسوة ، فلتقارب معناهما واتحاد مصرفهما جريا مجرى الجنس الواحد ، فكملت الكفارة من أحدهما بالآخر ، ولذلك سوى بين عددهما ، ولتباعد مقصد العتق منهما واختلاف مصرفهما ومباينتهما له لم يجريا مجرى الجنس الواحد ، فلم يكمل به واحد منهما ، ولذلك خالف عدده عددهما .

٨٠٧٠ (فصـــل)

ولو أطعم بعض المساكين أو كساهم أو أعتق نصف عبد ولم يكن له ما يتم به الكفارة فصام عن الباقى لم يجزئه . ولأنه بدل فى الكفارة فلم تكمل به كسائر الأبدال مع مبدلاتها ، ولأن الصوم من الطعام والكسوة أبعد من العتق . فإذا لم يجز تكميل أحد نوعى المبدل من الآخر فتكميله بالبدل أولى . فإن قيل : يبطل لهذا بالغسل والوضوء مع التيمم . قلنا التيمم لا يأتى ببعضه بدلا عن بعض الطهارة ، وإنما يأتى به بكماله ، وههنا لو أتى بالصيام جميعه أجزأه .

٨٠٧١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ومن دخل فى الصوم ثم أيسر لم يكن عليه الخروج من الصوم إلى العتق أو الإطعام إلا أن يشاء ﴾

في هذه المسألة فصلان :

٨٠٧٢ (أحـــدهما)

أنه إذا شرع في الصوم ثم قدر على العتق أو الإطعام أو الكسوة لم يلزمه الرجوع إليها . وروى ذلك عن الحسن ، وقتادة . وبه قال مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وروى عن النخعي والحكم : أنه يلزمه الرجوع إلى أحدها ، وبه قال الثوري ، وأصحاب الرأي . لأنه قدر على المبدل قبل إتمام البدل ، فلزمه الرجوع كالمتيمم إذا قدر على الماء قبل إتمام صلاته .

ولنا : أنه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل فلم يلزمه الرجوع إلى المبدل بعد الشروع فيه ، كما لو شرع المتمتع العاجز عن الهدى في صوم السبعة الأيام فإنه لا يخرج بلا خلاف .

والدليل على أن البدل لا يبطل : أن البدل الصوم وهو صحيح مع قدرته اتفاقا . وفارق التيمم ، فإنه يبطل بالقدرة على الماء بعد فراغه منه ، ولأن الرجوع إلى طهارة الماء لا مشقة فيه ليسره ، والكفارة يشق الجمع فيها بين خصلتين ، وإيجاب الرجوع يفضى إلى ذلك ، فإن قيل : ينتقض دليلكم بما إذا شرع المتمتع في صوم الثلاثة . قلنا : إذا قدر على الهدى في صوم الثلاثة تبينا أنه ليس بعادم له في وقته لأن وقت الهدى يوم النحر بخلاف مسألتنا .

٨٠٧٣ (الفصل الثاني)

أنه إن أحب الانتقال إلى الأعلى فله ذلك في قول أكثرهم ، ولا نعلم خلافاً إلا في العبد إذا حنث ثم عتق .

وقال أبو الخطاب : لا يجوز الانتقال في مسألتنا ، محتجاً بقول الخرقي إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق . قال : وهو ظاهر كلام أحمد ، لقوله في العبد : إنما يكفر ما وجب عليه .

ولنا أن العتق والإطعام الأصل ، فأجزأه التكفير به كما لو تكلف الفقير فاستدان وأعتق ، وأما العبد إذا عتق فيحتمل أنه يجوز له الانتقال كمسألتنا ، ويحمل كلام أحمد على أنه لا يلزمه الانتقال ويحتمل أنه يفرق بينه وبين الحر ، من حيث أن الحر كان يجزئه التكفير بالمال لو تكلفه ، والعبد لم يكن يجزئه إلا الصيام على رواية .

٨٠٧٤ (فصـــل)

ولو وجبت الكفارة على موسر فأعسر لم يجزئه الصيام . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور ، وأصحاب الرأي : يجزئه ، لأنه عاجز عن المبدل ، فجاز له العدول إلى البدل كما لو وجبت عليه الصلاة ومعه ماء فاندفق قبل الوضوء به .

ولنا أن الإطعام وجب عليه فى الكفارة ، فلم يسقط بالعجز عنه كالإطعام فى كفارة الظهار . وفارق الوضوء ، لأن الصلاة واجبة ، ولا بد من أدائها ، فاحتيج إلى الطهارة لها فى وقتها بخلاف الكفارة .

٨٠٧٥ (فصـــل)

والكفارة فى حق العبد والحر والرجل والمرأة والمسلم والكافر سواء ، لأن الله تعالى ذكر الكفارة بلفظ عام فى جميع المخاطبين ، فدخل الكل فى عمومه ، إلا أن الكافر لا يصح منه التكفير بالصيام ، لأنه عبادة ، وليس هو من أهلها ، ولا بالإعتاق ، لأن من شرطه الإيمان فى الرقبة ، ولا يجوز لكافر شراء مسلم إلا أن يتفق إسلامه فى يديه ، أو يرث مسلماً فيعتقه فيصح إعتاقه ، وإن لم يتفق ذلك فتكفيره بالإطعام أو الكسوة ، فإذا كفر به ثم أسلم لم يلزمه إعادة التكفير ، وإن أسلم قبل التكفير كفر بما يجب عليه فى تلك الحال من إعتاق أو إطعام أو كسوة أو صيام ، ويحتمل على قول الخرقى ألا يجزئه الصيام ، لأنه إنما يكفر بما وجب عليه حين الحنث ولم يكن الصيام مما وجب عليه .

باب جامع الأيمان

٨٠٧٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى : ﴿ ويرجع فى الأيمان إلى النية ﴾

وجملة ذلك أن مبنى اليمين على نية الحالف ، فإذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه إليه ، سواء كان ما نواه موافقاً لظاهر اللفظ أو مخالفاً له . فالموافق للظاهر أن ينوى باللفظ موضوعه الأصلى . مثل أن ينوى باللفظ العام العموم ، وبالمطلق الإطلاق ، وبسائر الألفاظ ما يتبادر إلى الأفهام منها والمخالف يتنوع أنواعاً .

أحدها : أن ينوى بالعام الخاص ، مثل أن يحلف لا يأكل لحماً ولا فاكهة ، ويريد لحماً بعينه ، وفاكهة بعينها . ومنها : أن يحلف على فعل شىء أو تركه مطلقاً ، وينوى فعله أو تركه فى وقت بعينه . مثل أن يحلف لا أتغدى ، يعنى اليوم . أو لا كلمت ، يعنى الساعة . ومنها أن ينوى بيمينه غير ما يفهمه السامع منه كما ذكرنا فى المعاريض فى مسألة إذا تأول فى يمينه فله تأويله ، ومنها : أن يريد بالخاص العام ، مثل أن يحلف لا شربت لفلان الماء من العطش ، ينوى قطع كل ماله فيه منة أو لا يأوى مع امرأته فى دار ، يريد جفاءها بترك اجتماعها معه فى جميع الدور . أو حلف لا يلبس ثوباً من غزلها ، يريد قطع مِنّتها به . فيتعلق يمينه بالانتفاع به أو بثمنه مما لها فيه منة عليه .

وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا عبرة بالنية والسبب فيما يخالف لفظه ، لأن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين ، واليمين لفظه ، فلو أحنثناه على ما سواه لأحنثناه على ما نوى لا على ما حلف ، ولأن النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها .

ولنا أنه نوى بكلامه ما يحتمله ويسوغ فى اللغة التعبير به عنه ، فينصرف يمينه إليه كالمعاريض . وبيان احتمال اللفظ أنه يسوغ فى كلام العرب التعبير بالخاص عن العام : قال الله تعالى[1] (مَا يَمْلِكُونَ مِنْ قِطْمِيرٍ[2] — وَلَا يُظْلَمُونَ فَتِيلًا[3] — فإذاً[4] لَا يُؤْتُونَ النَّاسَ نَقِيرًا)والقطمير : لفافة النواة ، والفتيل: مافى شقها ، والنقير : النقرة التى فى ظهرها ، ولم يرد ذلك بعينه ، بل نفى كل شىء . وقال الحطيئة[5] يهجو بنى العجلان :

* ولا يظلمون الناس حبة خردل *

---

(١) فى المخطوطة ١٨ : قول الله تعالى . (٢) سورة فاطر آية ١٣ (٣) سورة النساء آية ٤٩

(٤) فى نسخ المغنى (وإذا) والصواب (فإذا) بالفاء لا بالواو كما فى سورة النساء الآية ٤٩ (ف)

(٥) البيت ليس للحطيئة وإنما هو للنجاشى قيس بن عمرو وله قصة فقد استعدى تميم بن أبى بن مقبل عمر بن الخطاب على النجاشى فقال : يا أمير المؤمنين ، هجانى فأعدنى عليه قال : يانجاشى ما قلت ؟ قال : يا أمير المؤمنين ، قلت مالا أرى أن على فيه إثماً قلت :

قبيلته لا يغدرون بذمـة ولا يظلمون الناس حبة خردل

فقال عمر : ليتنى من هؤلاء .

قال تميم : فإنه قال :

ولا يردون الماء إلا عشية إذا صدر الوراد عن كل منهل

فقال عمر : ذلك أصفى للماء وأقل للزحام .

قال تميم فإنه قال :

تعاف الكلاب الضاريات لحومهم وتأكل من كعب بن عوف ونهشل

فقال عمر : كفى ضياعا من تأكل الكلاب لحمه .

قال تميم فإنه قال :

وما سمى العجلان إلا لقولهم خذ القعب واحلب أيها العبد واعجل

فقال عمر : كلنا عبد وسيد القوم خادمهم .

قال تميم فإنه قال :

إذا الله عادى أهل لؤم وذمة فعادى بنى عجلان رهط ابن مقبل

فقال عمر : دعا عليكم ولعله لا يجاب فإن الله لا يعادى مسلما .

فقال تميم فإنه قال :

ولم يرد الحبة بعينها ، إنما أراد لا يظلمونهم شيئاً . وقد يذكر العام ويراد به الخاص كقوله تعالى : (الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ)[1] يعنى : رجلا[2] واحداً : (إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ) ، يعنى أبا[3] سفيان وقال تعالى : (تُدَمِّرُ كُلَّ شَيْءٍ)[4] ، ولم يرد السماء والأرض ، ولا مساكنهم ، وإذا احتمله اللفظ وجب صرف اليمين إليه ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إنما لامرىء[5] ما نوى » ، ولأن كلام الشارع يحمل على مراده ، إذا ثبت ذلك بالدليل فكذلك كلام غيره ، وقولهم : إن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين . قلنا : وهذا كذلك ، فإنما انعقدت عليه اليمين على ما نواه ولفظه مصروف إليه وليست هذه نية مجردة بل لفظ منوى به ما يحتمله .

٨٠٧٧ (فصـــــــل)

ومن شرط انصراف اللفظ إلى ما نواه احتمال اللفظ له ، فإن نوى مالا يحتمله اللفظ مثل أن يحلف لا يأكل خبزاً يعنى به لا يدخل بيتاً ، فإن يمينه لا تنصرف إلى المنوى ، لأنها نية مجردة لا يحتملها اللفظ فأشبه مالو نوى ذلك بغير يمين

٨٠٧٨ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ فإن لم ينو شيئاً رجع إلى سبب اليمين وما هيجها ﴾

وجملته : أنه إذا عدمت النية نظرنا فى سبب اليمين وما أثارها ، لدلالته على النية فإذا حلف لا يأوى مع امرأته فى هذه الدار نظرنا ، فإن كان سبب يمينه غيظاً من جهة الدار ، لضرر لحقه منها ، أو منة عليه بها اختصت يمينه بها وإن كان لغيظ لحقه من المرأة يقتضى جفاءها ، ولا أثر للدار فيه ، تعلق ذلك بإيوائه معها فى كل دار ، وكذلك إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزلها ، فإن كان سببه المنة عليه منها فكيفما انتفع به أو بثمنه حنث

= أولئك أولاد الهجين وأسرة اللئـ ـيم ورهط العاجز المتذلل

فقال عمر : أما هذا فلا أعذرك عليه فحبسه وضربه .

انظر خزانة الأدب ج ١ ص ٢١٥ وزهر الآداب ج١ص٥٥ العمدة ج ١ ص ٥٢ ومجالس ثعلب ج ٢ص٣٦٣ والإصابة ج ١ ص١٨٨ وفى هذه نجد صدر البيت الأول (قبيلة) تصغير قبيلة أى بضم القاف وفتح الباء وتشديد الياء المكسورة (ف) (١) سوره آل عمران آية ١٧٣ (٢) واسم هذا الرجل (نعيم بن مسعود الأشجعى) كما قال مجاهد ومقاتل وعكرمة والكلبى فاللفظ عام ومعناه خاص كما فى تفسير القرطبى ج ٤ ص ٢٧٩ (ف)

(٣) (إن الناس قد جمعوا لكم فاخشوهم) يعنى بالناس هنا أبا سفيان وأصحابه كما قال البيضاوى ص٩٦(ف)

(٤) سورة الأحقاف آية ٢٥ (٥) أخرجه البخارى ومسلم عن عمر (ف)

وإن كان سبب يمينه خشونة غزلها ورداءته لم يتعد بيمينه لبسه والخلاف فى هذه المسألة كالخلاف فى التى قبلها ، قد دللنا على تعلق اليمين بما نواه ، والسبب دليل على النية ، فيتعلق اليمين به ، وقد ثبت أن كلام الشارع إذا كان خاصاً فى شىء لسبب عام تعدى إلى ما يوجد فيه السبب ، كتنصيصه على تحريم التفاضل فى أعيان ستة أثبت الحكم فى كل ما يوجد فيه معناها ، كذلك فى كلام الآدمى مثله ، فأما إن كان اللفظ عاماً والسبب خاصاً مثل من دعى إلى غداء فحلف لا يتغذى أو حلف لا يقعد ، فإن كانت له نية فيمينه على ما نوى ، وإن لم تكن له نية فكلام أحمد يقتضى روايتين .

إحداهما : أن اليمين محمولة على العموم ، لأن أحمد سئل عن رجل حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه فزال الظلم ، فقال النذر[1] يوفى به ، يعنى لا يدخله : ووجه ذلك أن لفظ الشارع إذا كان عاماً لسبب خاص وجب الأخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب ، وكذلك يمين الحالف ، وذكر القاضى فيمن حلف على زوجته أو عبده أن لا يخرج إلا بإذنه ، فعتق العبد وطلق الزوجة وخرجا بغير إذنه لا يحنث لأن قرينة الحال تنقل حكم الكلام إلى نفسها ، وإنما يملك منع الزوجة والعبد مع ولايته عليهما ، فكأنه قال : مادمتما فى ملكى ، ولأن السبب يدل على النية فى الخصوص ، كدلالته عليها فى العموم . ولو نوى الخصوص لاختصت يمينه به ، فكذلك إذا وجد مايدل عليها ، ولو حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه فعزل أو حلف أن لا يرى منكراً إلا رفعه إلى فلان القاضى فعزل ، ففيه وجهان بناء على ما تقدم .

أحدهما لا تنحل اليمين بعزله . قال القاضى : هذا قياس المذهب ، لأن اليمين إذا تعلقت بعين موصوفة تعلقت بالعين وإن تغيرت الصفة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى

والوجه الآخر : تنحل اليمين بعزله ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه لا يقال رفعه إليه إلا فى حال ولايته فعلى هذا إن رأى المنكر فى ولايته فأمكنه رفعه فلم يرفعه إليه حتى عزل لم يبر برفعه إليه حال كونه معزولا وهل يحنث بفعله؟ فيه وجهان

أحدهما : يحنث ، لأنه قد فات رفعه إليه فأشبه مالو مات .

والثانى : لا يحنث ، لأنه لم يتحقق فواته لاحتمال أن يلى فيرفعه إليه ، بخلاف ما إذا مات ، فإنه يحنث لأنه قد تحقق فواته ، وإذا مات قبل إمكان رفعه إليه حنث أيضاً ، لأنه قد فات . فأشبه مالو حلف ليضربن

(١) هكذا فى النسخ (والنذر) يراد به الحلف فقد قال صلى الله عليه وسلم (النذر) يمين وكفارته كفارة يمين أخرجه الطبرانى عن عقبة بن عامر (ف)

عبده فى غد فمات العبد اليوم ، ويحتمل ألا يحنث ، لأنه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه فأشبه المكره ، وإن قلنا : لا تنحل يمينه بعزله فرفعه إليه بعد عزله بر بذلك .

٨٠٧٩ (فصـــــل)

فإن اختلف السبب والنية ، مثل : أن امتنت عليه امرأته بغزلها فحلف أنه لا يلبس ثوباً من غزلها ، ينوى اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره قدمت النية على السبب وجهاً واحداً ، لأن النية وافقت مقتضى اللفظ وإن نوى بيمينه ثوباً واحداً فكذلك فى ظاهر كلام الخرقى ، وقال القاضى . يقدم السبب ، لأن اللفظ ظاهر فى العموم ، والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه ، لأن السبب هو الامتنان ، وظاهر حاله قطع النية ، فلا يلتفت إلى نيته المخالفة للظاهرين[1] ، والأول أصح ، لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد ، فإذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان وجوده كعدمه ، فلم يبق إلا لفظه بعمومه ، والنية تخصه على ما بيناه فيما مضى .

٨٠٨٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف لا يسكن داراً هو ساكنها خرج من وقته : فإن تخلف عن الخروج من وقته حنث ﴾

وجملة ذلك : أن ساكن الدار إذ حلف لا يسكنها فمتى أقام فيها بعد يمينه زمناً يمكنه فيه الخروج حنث ، لأن استدامة السكنى كابتدائها فى وقوع اسم السكنى عليها ، ألا تراه يقول : سكنت هذه الدار شهراً ، كما يقول : لبست هذا الثوب شهراً ؟ وبهذا قال الشافعى ، وإن أقام لنقل رحله وقماشه لم يحنث ، لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال ، فيحتاج أن ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلا . وحكى عن مالك أنه إن أقام دون اليوم والليلة لم يحنث ، لأن ذلك قليل يحتاج إليه فى الانتقال فلم يحنث به ، وعن زفر أنه قال : يحنث وإن انتقل فى الحال ، لأنه لا بد من أن يكون ساكناً عقيب يمينه ولو لحظة ، فيحنث بها . وليس بصحيح . فإن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يراد باليمين ، ولا يقع عليه ، وأما إذا أقام زمناً يمكنه الانتقال فيه فإنه يحنث ، لأنه فعل ما يقع عليه اسم السكنى فحنث به كموضع الاتفاق ، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل الدار فدخل إلى أول جزء منها حنث وإن كان قليلا ؟

٨٠٨١ (فصـــل)

وإن أقام لنقل متاعه وأهله لم يحنث ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : يحنث .

ولنا : أن الانتقال إنما يكون بالأهل والمال على ما سنذكره . ولا يمكنه التحرز من هذه الإقامة ، فلا

---

(١) على هامش المخطوطة ١٨ أى ظاهر اللفظ ، وظاهر السبب .

يقع اليمين عليها ، وعلى هذا إن خرج بنفسه وترك أهله وماله فى المسكن مع إمكان نقلهم عنه حنث .

وقال الشافعى : لايحنث إذا خرج بنية الانتقال ، لأنه إذا خرج بنية الانتقال فليس بساكن ، ولأنه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله .

ولنا : أن السكنى تكون بالأهل والمال ، ولهذا يقال: فلان ساكن بالبلد الفلانى وهو غائب عنه بنفسه ، وإذا نزل بلداً بأهله وماله يقال : سكنه ، ولو نزله بنفسه لايقال سكنه . وقولهم : إنه نوى السكنى بنفسه لايصح ، فإن من خرج إلى مكان لينقل أهله ولم ينو السكنى بنفسه فأشبه من خرج يشترى متاعاً ، وإن خرج عازماً على السكنى بنفسه منفرداً عن أهله الذى فى الدار لم يحنث ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . ذكره القاضى .

وحكى عن مالك : أنه اعتبر نقل عياله دون ماله . والأولى إن شاء الله أنه إذا انتقل بأهله فسكن فى موضع آخر فإنه لايحنث ، وإن بقى متاعه فى الدار ، لأن مسكنه حيث حل أهله به ، ونوى الإقامة به ، ولهذا لو حلف لايسكن داراً لم يكن ساكناً لها فنزلها بأهله ناوياً للسكنى بها حنث . وقال القاضى : إن نقل إليها ما يتأثث به ويستعمله فى منزله فهو ساكن ، وإن سكنها بنفسه .

٨٠٨٢ (فصـــل)

وإن أكره على المقام لم يحنث ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « عفى[1] لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وكذلك إن كان فى جوف الليل فى وقت لا يجد منزلا يتحول إليه ، أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لايمكنه فتحها ، أو خوف على نفسه أو أهله أو ماله ، فأقام فى طلب النقلة ، أو انتظاراً لزوال المانع منها ، أوخرج طالباً للنقلة فتعذرت عليه ، إما لكونه لم يجد مسكناً يتحول إليه . لتعذر الكراء أو غيره ، أو لم يجد بهائم ينتقل عليها ولا يمكنه النقلة بدونها ، فأقام ناوياً للنقلة متى قدر عليها لم يحنث وإن أقام أياماً وليالى ، لأن إقامته عن غير اختيار منه لعدم تمكينه من النقلة ، فإنه إذا لم يجد مسكناً لا يمكنه ترك أهله وإلقاء متاعه فى الطريق ، فلم يحنث به كالمقيم للإكراه .

وإن أقام فى هذا الوقت غير ناو للنقلة حنث ، ويكون نقله لما يحتاج إلى نقله على ماجرت به العادة ، فلو كان ذا متاع كثير فنقله قليلا قليلا على العادة بحيث لايترك النقل المعتاد لم يحنث وإن أقام أياماً ، ولايلزمه جمع دواب البلد لنقله . ولا النقل بالليل ، ولا وقت الاستراحة عند التعب ، ولا أوقات الصلوات ، لأن

---

(١) ورد (إن الله تجاوز لأمتى عن الخطأ الخ) أخرجه بن ماجه وابن حبان والدارقطنى والطبرانى والحاكم فى المستدرك عن ابن عباس وانظر تلخيص الحبير ج ٢ ص ٢٨١ (ف) .

العادة لم تجر بالنقل فيها ، ولو ذهب رحله أو أودعه أو أعاره وخرج لم يحنث ، لأن يده زالت عن المتاع ، فإن تردد إلى الدار لنقل المتاع أو عائداً لمريض أو زائراً لصديق لم يحنث . وقال القاضى : إن دخلها ومن رأيه الجلوس عنده حنث وإلا فلا .

ولنا : أن هذا ليس بسكنى ، ولذلك لو حلف ليسكنن داراً لم يبر بالجلوس فيها ، لأنه على هذا الوجه لايسمى ساكناً به بهذا العذر فلم يحنث به . كما لو لم ينو الجلوس . وإن كان له فى الدار امرأة أو عائلة فأرادهم على الخروج معه والانتقال عنها فأبوا ولم يمكنه إخراجهم فخرج وتركهم لم يحنث ، لأن هذا مما لا يمكنه فأشبه مالم يمكنه نقله من رحله .

٨٠٨٣ (فصــــل)

وإن حلف لايساكن فلاناً فالحكم فى الاستدامة على ماذكرنا فى الحلف على السكنى ، وإن انتقل أحدهما وبقى الآخر لم يحنث لزوال المساكنة ، وإن سكنا فى دار واحدة وكل واحد فى بيت ذى باب وغَلَق رجع إلى نيته بيمينه أو إلى سببها ، وما دلت عليه قرائن أحواله فى المحلوف على المساكنة فيه ، فإن عدم ذلك كله حنث وهذا قول مالك .

وقال الشافعى : إن كانت الدار صغيرة فهما متساكنان ، لأن الصغيرة مسكن واحد ، وإن كانت كبيرة إلا أن أحدهما فى البيت والآخر فى الصُّفَّة ، أو كانا فى صُفَّتَين أو بيتين ليس على أحدهما غلق دون صاحبه فهما متساكنان ، وإن كانا فى بيتين كل واحد منهما له غلق ، أو كانا فى خان ، فليسا متساكنين ، لأن كل واحد منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر ، فأشبها المتجاورين كل واحد منهما ينفرد بمسكنه .

ولنا : أنهما فى دار واحدة فكانا متساكنين كالصغيرة . وفارق المتجاورين فى الدارين ، فإنهما ليسا متساكنين ، ويمينه على نفى المساكنة لا على المجاورة ، ولو كانا فى دار واحدة حالة اليمين فخرج أحدهما منها وقسماها حجرتين . وفتحا لكل واحدة منهما بابا وبينهما حاجز ثم سكن كل واحد منهما فى حجرة لم يحنث ، لأنهما غير متساكنين ، وإن تشاغلا ببناء الحاجز بينهما وهما متساكنان حنث . لأنهما تساكنا قبل انفراد إحدى الدارين من الأخرى . وهذا قول الشافعى . ولا نعلم فيه خلافاً .

٨٠٨٤ (فصــــل)

فإن حلف : لاساكنت فلاناً فى هذه الدار : فقسماها حجرتين ، وبنيا بينهما حائطاً ، وفتح كل واحد منهما لنفسه باباً ، ثم سكنا فيهما لم يحنث ، لما ذكرنا فى التى قبلها . وهذا قول الشافعى ، وابن المنذر ، وأبى ثور ، وأصحاب الرأى . وقال مالك : لايعجبنى ذلك ، ويحتمله قياس المذهب ، لكونه عين الدار ، ولا ينحل

بتغيرها كما لو حلف لايدخلها فصارت نصاً . والأول أصح ، لأنه لم يساكنه فيها لسكون المساكنة في الدار لاتحصل مع كونهما دارين ، وفارق الدخول ، فإنه دخلها متغيرة .

٨٠٨٥ (فصــــل)

وإن حلف ليخرجن من هذه الدار اقتضت يمينه الخروج بنفسه وأهله كما لو حلف لا يسكنها ، وإن حلف ليخرجن من هذه البلدة تناولت يمينه الخروج بنفسه ، لأن الدار يخرج منها صاحبها في اليوم مرات عادة ، فظاهر حاله أنه لم يرد الخروج المعتاد . وإنما أراد الخروج الذى هو النقلة ، والخروج من البلد بخلاف ذلك ، وإذا خرج الحالف فهل له العود فيه ؟ عن أحمد روايتان .

إحداهما : لاشيء عليه في العود ولا يحنث به ، لأن يمينه على الخروج وقد خرج ، فانحلت يمينه لفعل ماحلف عليه ، فلم يحنث فيما بعد .

والثانية : يحنث بالعود ، لأن ظاهر حاله قصد هجران ما حلف على الرحيل منه ، ولا يحصل ذلك بالعود ، ويمكن حمل هذه الرواية على أن المحلوف عليه سبباً هيج يمينه أو دلت قرينة حاله على إرادته هجرانه ، أو نوى ذلك بيمينه ، فاقتضت يمينه دوام اجتنابها ، وإن لم يكن كذلك لم يحنث بالعود ، لأن اليمين تحمل عند عدم ذلك على مقتضى اللفظ ، ومقتضاه ههنا الخروج ، وقد فعله فانحلت يمينه . وكذلك الحكم إذا حلف على الرحيل منها ، إلا أنه إذا حلف على الرحيل من بلد لم يبر إلا بالرحيل بأهله .

٨٠٨٦ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف لا يدخل داراً فحمل فأدخلها ، ولم يمكنه الامتناع لم يحنث ﴾

نص عليه أحمد هذا في رواية أبي طالب وهو قول الشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا . وذلك لأن الفعل غير موجود منه ولا منسوب إليه ، وإن حمل بأمره فأدخلها حنث ، لأنه دخل مختاراً فأشبه مالو دخل راكباً ، وإن حمل بغير أمره ولكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع حنث أيضاً ، لأنه دخلها غير مكره فأشبه ما لو حمل بأمره وقال أبو الخطاب : في الحنث وجهان .

أحدهما : لا يحنث ، لأنه لم يفعل الدخول ولم يأمر به ، فأشبه مالو لم يمكنه الامتناع ، ومتى دخل باختياره حنث ، سواء كان ماشياً أو راكباً أو محمولا أو ألقى نفسه في ماء فجره إليها أو سبح فيه فدخلها ، وسواء دخلها من بابها أو تسور حائطها أو دخل من طاقة فيها ، أو نقب حائطاً ودخل من ظهرها أو غير ذلك .

٨٠٨٧ (فصــــل)

فإن أكره بالضرب ونحوه على دخولها فدخلها لم يحنث في أحد الوجهين ، وهو أحد قولى الشافعي ،

وفى الآخر يحنث، وهو قول أصحاب الرأى ، ونحوه قول النخعى ، لأنه فعل ماحلف على تركه ودخلها .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « عفى لأمتى[1] عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . لأنه دخلها مكرهاً فأشبه مالو حمل مكرهاً .

٨٠٨٨ (فصـــل)

وإن رقى فوق سطحها حنث ، وبهذا قال مالك ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، وقال الشافعى : لا يحنث ، ولأصحابه فيما إذا كان السطح محجّرا وجهان ، واحتجوا بأن السطح يقيها الحر والبرد ويحرزها فهو كحيطانها .

ولنا : أن سطح الدار منها ، وحكمه حكمها سواء ، فحنث بدخوله كالحجر ، أو كما لو دخل بين حيطانها . ودليل ذلك : أنه يصح الاعتكاف فى سطح المسجد ، ويمنع الجنب من اللبث فيه ولو حلف ليخرجن من الدار فصعد سطحها لم يبر . ولو حلف لا يخرج منها فصعد سطحها لم يحنث ، ولأنه داخل فى حدود الدار ، ومملوك لصاحبها ، ويملك بشرائها ، ويخرج من ملك صاحبها ببيعها ، والبائت عليه يقال بات فى داره . وبهذا يفارق ما وراء حائطها ، فإن كان فى اليمين قرينة لفظية أو حالية تقتضى اختصاص الإرادة بداخل الدار ، مثل أن يكون سطح الدار طريقاً ، وسبب يمينه يقتضى ترك وصلة أهل الدار لم يحنث بالمرور على سطحها ، وكذلك إن نوى بيمينه باطن الدار تقيدت يمينه بما نواه ، لأنه ليس للمرء إلا ما نواه .

٨٠٨٩ (فصـــل)

فإن تعلق بغصن شجرة فى الدار لم يحنث . وإن صعد حتى صار فى مقابلة سطحها بين حيطانها حنث . وإن لم ينزل بين حيطانها احتمل أن يحنث ، لأنه فى هوائها ، وهواؤها ملك لصاحبها ، فأشبه مالو قام على سطحها . واحتمل أن لا يحنث ، لأنه لا يسمى داخلا ، ولا هو على شىء من أجزائها . وكذلك إن كانت الشجرة فى غير الدار فتعلق بفرع مادّ على الدار فى مقابلة سطحها . فإن قام على حائط الدار احتمل وجهين .

أحدهما : أنه يحنث ، وهوقول أبى ثور ، وأصحاب الرأى . لأنه داخل فى حدها فأشبه القائم على سطحها

والثانى : لا يحنث ، لأنه لايسمى دخولا ، وإن قام فى طاق الباب فكذلك . لأنه بمنزلة حائطها . وقال القاضى : إذا قام على العتبة لم يحنث ، لأن الباب إذا غلق حصل خارجاً منها ولا يسمى داخلا فيها .

٨٠٩٠ (فصـــل)

وإن حلف ألا يضع قدمه فى الدار فدخلها راكباً أو ماشياً منقولا أو حافياً حنث ، كما لو حلف ألا يدخلها . وبهذا قال أصحاب الرأى . وقال أبو ثور : إن دخلها راكباً لم يحنث ، لأنه لم يضع قدمه فيها .

---

(١) سبق قريباً تخريجه (ف) .

ولنا : أنه قد دخل الدار فحنث كما لو دخلها ماشياً . ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها ، فإن قدمه موضوعة على الدابة فيها . فأشبه ما لو دخلها منتعلا . وعلى أن هذا فى العرف عبارة عن اجتناب الدخول فتحمل اليمين عليه . فإن قيل : هذا مجاز لا يحمل اليمين عليه . قلنا : المجاز إذا اشتهر صار من الأسماء العرفية ، فينصرف اللفظ بإطلاقه إليه كلفظ : الرواية ، والدابة ، وغيرهما .

٨٠٩١ (فصل)

وإن حلف لا يدخل هذه الدار من بابها فدخلها من غير الباب لم يحنث ، لأن يمينه لم تتناول غير الباب . ويتخرج أنه يحنث إذا أراد بيمينه اجتناب الدار ، ولم يكن للباب سبب هيج يمينه ، كما لو حلف لا يأوى مع زوجته فى دار فآوى معها فى غيرها . وإن حول بابها فى مكان آخر فدخل فيه حنث ، لأنه دخلها من بابها . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وإن حلف لا دخلت من باب هذه الدار فكذلك ، وإن جعل لها باب آخر مع بقاء الأول فدخل منه حنث ، لأنه دخل من باب الدار . وإن قلع الباب ونُصب فى دار أخرى وبقى الممر حنث بدخوله ولم يحنث بالدخول من الموضع الذى نصب فيه الباب ، لأن الدخول فى الممر لا من المصراع .

٨٠٩٢ (فصل)

فإن حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مملوكة له ، أو داراً يسكنها بأجرة أو عارية أو غصب حنث ، وبذلك قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الشافعى : لا يحنث إلا بدخول دار يملكها ، لأن الإضافة فى الحقيقة إلى المالك ، بدليل أنه لو قال : هذه الدار لفلان كان مقراً له بملكها . ولو قال : أردت أنه يسكنها لم يقبل .

ولنا : أن الدار تضاف إلى ساكنها كإضافتها إلى مالكها . قال الله تعالى : « لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ »(١) . أراد بيوت أزواجهن التى يَسْكُنَّها . وقال تعالى : « وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ »(٢) ولأن الإضافة للاختصاص ، وكذلك يضاف الرجل إلى أخيه بالأخوة ، وإلى أبيه بالبنوة ، وإلى ولده بالأبوة ، وإلى امرأته بالزوجية ، وساكن الدار مختص بها ، فكانت إضافتها إليه صحيحة ، وهى مستعملة فى العرف ، فوجب أن يحنث بدخولها كالمملوكة له . وقولهم : إن هذه الإضافة مجاز ممنوع ، بل هى حقيقة لما ذكرناه . ولو كانت مجازاً لكنه مشهور ، فيتناوله اللفظ كما لو حلف لا شربت من راوية فلان فإنه يحنث بالشرب من مزادته . وأما الإقرار فإنه لو قال : هذه دار زيد وفسر إقراره بسكناها احتمل أن نقول يقبل تفسيره .

---

(١) سورة الطلاق الآية الأولى (٢) سورة الأحزاب آية ٣٣

وإن سلمنا فإن قرينة الإقرار تصرفه إلى الملك ، وكذلك لو حلف لا دخلت مسكن زيد حنث بدخوله الدار التي يسكنها . ولو قال : هذا المسكن لزيد كان مقراً له بها . ولا خلاف فى هذه المسألة وهى نظيرة مسألتنا .

٨٠٩٣ (فصـــل)

ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة استأجرها فلان حنث ، وإن ركب دابة استعارها لم يحنث. ذكره أبو الخطاب ، وكذلك لو ركب دابة غصبها فلان . وفارق مسألة الدار ، فإنه لم يحنث فى الدار لكونه استعارها وغصبها وإنما حنث لسكناه بها ، فأضيفت الدار إليه لذلك . ولو غصبها أو استعارها من غير أن يسكنها لم تصح إضافتها إليه ، ولا يحنث الحالف ، فيكون كمستعير الدابة وغاصبها سواء .

٨٠٩٤ (فصـــل)

وإن حلف لا يدخل دار هذا العبد ، ولا يركب دابته ، ولا يلبس ثوبه ، فدخل داراً جعلت برسمه ، أو ركب دابة جعلت برسمه ، أو لبس ثوباً جعل برسمه حنث . وعند الشافعى لا يحنث ، لأنه لا يملك شيئاً ، والإضافة تقتضى الملك ، وقد قدمنا الكلام معه فى الفصل الذى قبل هذا . ويختص هـذا الفصل بأن الملكية لا تمكن ههنا . ولا تصح الإضافة بمعناها فتعين حمل الإضافة ههنا على إضافة الاختصاص دون الملك. وإن حلف لا يدخل دار زيد فدخل دار عبده حنث ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن دار العبد ملك لسيده . وإن حلف لا يلبس ثوب السيد ولا يركب دابته فلبس ثوب عبده وركب دابته حنث وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يحنث ، لأن العبد بهما خص .

ولنا : أنهما مملوكان للسيد ، فتناولتهما يمين الحالف كالدار . وما ذكروه يبطل بالدار .

٨٠٩٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف لايدخل داراً فأدخل يده أو رجله أو رأسه أو شيئاً منه حنث ، ولو حلف أن يدخل لم يبر حتى يدخل بجميعه . أما إذا حلف ليدخلن أو يفعل شيئاً لم يبر إلا بفعل جميعـــه ، والدخول إليها بجملته ﴾

لايختلف المذهب فى شيء من ذلك ، ولانعلم بين أهل العلم فيه اختلافا ، لأن اليمين تناولت فعل الجميع ، كما لو أمره الله تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهدة الأمر إلا بفعل الجميع ، ولأن اليمين على فعل شيء إخبار بفعله فى المستقبل ، مؤكد بالقسم والخبر بفعل شيء يقتضى فعله كله . فأما إن حلف لايدخل فأدخل بعضه ، ولايفعل شيئاً ففعل بعضه ففيه روايتان .

إحداهما : لايحنث ، وحكي عن مالك ، لأن اليمين يقتضي المنع من فعل المحلوف عليه ، فاقتضت المنع من فعل شيء منه كالنهي ، فنظير الحالف على الدخول قوله تعالى : (وَادْخُلُوا الْبَابَ سُجَّدًا)[1][وقوله] (ادْخُلُوا عَلَيْهِمُ الْبَابَ)[2] فلا يكون المأمور ممتثلا إلا بدخول جملته ، ونظير الحالف على ترك الدخول قوله سبحانه :[2] (لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ)[3] .

وقوله (لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ)[4] لايكون المنهي ممتثلا إلا بترك الدخول كله . فكذلك الحالف على ترك الدخول ، لا يبر إلا بتركه كله فمتى أدخل بعضه لم يكن تاركا لما حلف عليه، فكان مخالفاً كالمنهي عن الدخول .

ووجه الجمع بينهما أن الآمر والناهي بقصد الحمل على فعل الشيء أو المنع منه ، والحالف يقصد بيمينه ذلك ، فكانا سواء . يحققه أن الآمر بالفعل أو الحالف عليه يقصد فعل الجميع ، فلا يكون ممتثلا ولا باراً إلا بفعله كله ، والناهي والحالف على الترك يقصد ترك الجميع ، فلا يكون ممتثلا ولا باراً إلا بترك الجميع ، وفاعل البعض مافعل الجميع ولاترك الجميع ، فلا يكون ممتثلا للأمر ولا النهي ، ولا باراً بالحلف على الفعل ولا الترك .

والرواية الثانية : لايحنث إلا بأن يدخل كله ، قال أحمد في رواية صالح وحنبل فيمن حلف على امرأته لاتدخل بيت أخيها : لم تطلق حتى تدخل كلها ، ألا ترى أن عوف بن مالك قال : كلي أو بعضي ، لأن الكل لايكون بعضاً البعض لايكون كلا . وهذا اختيار أبي الخطاب ، ومذهب أبي حنيفة ، والشافعي وهكذا كل شيء حلف أن لا يفعله ففعل بعضه لايحنث حتى يفعل[5] كله ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج رأسه إلى عائشة وهو[6] معتكف فترجله وهي حائض ، والمعتكف ممنوع من الخروج من المسجد ، والحائض ممنوعة من اللبث فيه .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبي بن كعب :[7] «إني لا أخرج من المسجد حتى أعلمك

---

(١) سورة البقرة آية ٥٨ (٢) سورة المائدة آية ٢٣ (٣) سورة النور آية ٢٧ (٤) سورة الأحزاب آية ٥٣

(٥) في المخطوطة ١٨ حتى يفعله (٦) عن عائشة أنها كانت ترجل النبي صلى الله عليه وسلم وهي حائض وهو معتكف في المسجد وهي في حجرتها يناولها رأسه وكان لايدخل البيت إلا لحاجة الإنسان إذا كان معتكفا » أخرجه الشيخان (ف)

(٧) في مسند أحمد ج ٥ ص ١١٤ مسند أبي بن كعب رواية أبي هريرة عنه ونصه « عن أبي هريرة عن أبي بن كعب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا أعلمك سورة ما أنزل في التوراة ولا في الزبور ولا في الإنجيل ولا في القرآن مثلها ؟ قلت : بلى قال : فإني أرجو ألا أخرج من ذلك الباب حتى تعلمها ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقمت معه فأخذ بيدي فجعل يحدثني حتى بلغ قرب الباب قال : فذكرته فقلت : يا رسول الله السورة =

سورة ، فلما أخرج رجله من المسجد علمه إياها » ، ولأن يمينه تعلقت بالجميع فلم تنحل بالبعض كالإثبات .
وهذا الخلاف فى اليمين المطلقة ، فأما إن نوى الجميع أو البعض فيمينه على مانوى ، وكذلك إن اقترنت به قرينة تقتضى أحد الأمرين تعلقت يمينه به . فلو قال : والله لاشربت هذا النهر أو هذه البركة تعلقت يمينه ببعضه وجها واحدا ، لأن فعل الجميع ممتنع ، فلا ينصرف يمينه إليه . وكذلك لو قال : والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس ، أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين ، فإنما يحنث بالبعض . وبهذا قال أبو حنيفة ، وسلم أصحاب الشافعى فى اسم الجنس دون الجمع ، وإن علقه على اسم جنس مضاف كماء النهر حنث أيضاً بفعل البعض إذا كان مما لا يمكن شربه كله ، وهو قول أبى حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، والآخر لا يحنث لأن لفظه يقتضى جميعه فلم يتعلق ببعضه كماء الإداوة .

ولنا : أنه لا يمكن شرب جميعه فتعلقت اليمين ببعضه كما لو حلف لا يكلم الناس فكلم بعضهم وبهذا فارق ماء الإداوة ، وإن نوى بيمينه فعل الجميع أو كان فى لفظه ما يقتضى ذلك لم يحنث إلا بفعل الجميع ، وإن قال : والله لاصمت يوماً لم يحنث حتى يكمله ، وإن حلف لا صليت صلاة ولا أكلت أكلة لم يحنث حتى يكمل الصلاة والأكلة . وإن قال لامرأته : إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضة مستقبلة . وإن قال لامرأتيه : إن حضتما فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيضا كلتاهما . فهذا وأشباهه مما يدل على إرادته فعل الجميع فوجب تعلق تعلق اليمين به .

وقال أحمد فى رجل قال لامرأته : إذا صمت يوماً فأنت طالق إذا غابت الشمس من ذلك اليوم طلقت .
وقال القاضى : إذا حلف لا صليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة . ولو حلف لا يصلى ولا يصوم حنث فى الصلاة بتكبيرة الإحرام ، وفى الصيام بطلوع الفجر إذا نوى الصيام ، وبهذا قال الشافعى ، ووافق أبو حنيفة فى الصيام ، وقال فى الصلاة : لا يحنث حتى يسجد سجدة .

= التى قلت لى قال : كيف تقرأ إذا قمت تصلى؟ فقرأ بفاتحة الكتاب قال : هى هى وهى السبع المثانى والقرآن العظيم الذى أوتيت بعد » وفى موطأ مالك ج ١ ص ٧٩، ٨٠ مانصه (مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب أن أبا سعيد مولى عامر بن كريز أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى أبى بن كعب وهو يصلى فلما فرغ من صلاته لحقه فوضع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده على يده وهو يريد أن يخرج من باب المسجد فقال : إنى لأرجو ألا تخرج من المسجد حتى تعلم سورة ما أنزل الله فى التوراة ولا فى الإنجيل ولا فى القرآن مثلها قال أبى : فجعلت أبطىء فى المشى رجاء ذلك ثم قلت يارسول الله السورة التى وعدتنى ؟ قال : كيف تقرأ إذا افتتحت الصلاة ؟ قال : فقرأت الحمد لله رب العالمين حتى أتيت على آخرها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هى هذه السورة وهى السبع المثانى والقرآن العظيم الذى أوتيت ، وأخرجه البخارى ج ٦ ص ٢٠، ٢٣١ وأبوداود ج ١ ص ٣٣٦ والنسائى ج ٢ ص ٢٣٩ وابن ماجه ج٢ ص ٤١٧ وليس فيها (فلما أخرج رجله) (ف)

ولنا : أنه يسمى مصلياً بدخوله فى الصلاة فحنث به كما سجد سجدة(1) ولأنه شرع فيما حلف عليه أشبه الصيام يشرع فيه ، واختار أبو الخطاب أن لا يحنث حتى يصلى ركعة بسجدتيها ، ولا يحنث فى الصيام حتى يصوم يوماً كاملا ، لأن ما دون ذلك لا يكون بمفرده صوماً ولا صلاة . والأول أولى فإن كل جزء من ذلك صلاة وصيام لكن يشترط لصحته إتمامه وكذلك يقال لمن أفسد ذلك بطل صومه وصلاته .

٨٠٩٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف ألا يلبس ثوباً وهو لابسه نزعه من وقته فإن لم يفعل حنث ﴾

وجملة ذلك أن من حلف لا يلبس ثوباً هو لابسه فإن نزعه فى الحال وإلا حنث ، وكذلك إن حلف لا يركب دابة هو راكبها ، فإن نزل فى أول حالة الإمكان وإلا حنث ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى. وقال أبو ثور : لا يحنث باستدامته اللبس والركوب حتى يبتدئه ، لأنه لو حلف لا يتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث كذا ههنا .

ولنا : أن استدامة اللبس والركوب تسمى لبساً وركوباً ، ويسمى به لابساً وراكباً ، ولذلك يقال : لبست هذا الثوب شهراً ، وركبت دابتى يوماً ، فحنث باستدامته كما لو حلف لا يسكن فاستدام السكنى . وقد اعتبر الشرع هذا فى الإحرام حيث حرم لبس المخيط فأوجب الكفارة فى استدامته كما أوجبها فى ابتدائه وفارق التزويج فإنه لا يطلق على الاستدامة فلا يقال تزوجت شهراً ، وإنما يقال منذ شهر ، ولهذا لم تحرم استدامته فى الإحرام كابتدائه .

٨٠٩٧ (فصـــل)

فإن حلف لا يتزوج ولا يتطيب ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث فى قولهم جميعاً ، لأنه لا يطلق على مستديم هذه الأفعال اسم الفعل، فلا يقال تزوجت شهراً ، ولا تطهرت شهراً ، ولا تطيبت شهراً ، وإنما يقال : منذ شهر ، ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائها فى تحريمه فى الإحرام وإيجاب الكفارة فيه .

٨٠٩٨ (فصـــل)

وإن حلف لا يدخل داراً هو فيها فأقام فيها ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث ، لأن استدامة المقام فى ملك الغير كابتدائه فى التحريم . قال أحمد فى رجل حلف على امرأته لادخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعاً فيها قال : أخاف أن يكون قد حنث .

والثانى لا يحنث ذكره القاضى واختاره أبو الخطاب ، وهو قول أصحاب الرأى لأن الدخول لا يستعمل

(1) فى المخطوطة ٣٩ : كما إذا سجد سجدة .

فى الاستدامة، ولهذا يقال : دخلتها منذ شهر ولايقال دخلتها شهراً، فجرى مجرى التزويج ولأن الدخول الانفصال من خارج إلى داخل، فلا يوجد فى الإقامة، وللشافعىقولان كالوجهين، ويحتمل أنمن أحنثه إنما كان لأن ظاهر حال الحالف أنه يقصد هجران الدار ومباينتها، والإقامة فيها تخالفذلك فجرى مجرى الحالف على ترك السكنى به .

٨٠٩٩ (فصــــل)

فإن حلف لا يضاجع امرأته على فراش وهما متضاجعان فاستدام ذلك حنث ، لأن المضاجعة تقع على الاستدامة، ولهذا يقال : اضطجع على الفراش ليلة وإن كان هو مضطجعاً على الفراش وحده فاضطجعت عنده عليه نظرت ، فإن قام لوقته لم يحنث، وإن استدام حنث لما ذكرناه وإن حلف لا يصوم وهو صائم فأتم يومه فقال القاضى لا يحنث ويحتمل أن يحنث، لأن الصوم يقع على الاستدامة يقال : صام يوماً ولوشرع فى صوم يوم العيد فظن أنه من رمضان فبان أنه يوم العيد حرمت عليه استدامته ، وإن حلف لا يسافر وهو مسافر فأخذ فى العود أو أقام لم يحنث، وإن مضى فى سفره حنث لأن الاستدامة سفر ولهذا يقال : سافرت شهراً .

٨١٠٠ (فصــــل)

وإن حلف لا يلبس هذا الثوب وكان رداء فى حال حلفه فارتدى به أو ائتزر أو اعتم به أو جعله قميصاً أو سراويل أو قباء ولبسه حنث ، وكذلك إن كان قميصا فارتدى به أو سراويل فائتزر به حنث هذا هو الصحيح من مذهب الشافعى لأنه قد لبسه، وإن قال فى يمينه لا ألبسه وهو رداء فغيره عن كونه رداء ولبسه لم يحنث ، لأن اليمين وقعت على ترك لبسه رداء . وإن قال : والله لا لبست شيئاً فلبس قميصا أو عمامة أوقلنسوة أو درعا أو جَوْشناً[1] أو خفاً أو نعلا حنث، وقال أصحاب الشافعى فى الخف والنعل وجهان . أحدهما : لا يحنث[2] .

ولنا : أنه ملبوس حقيقة وعرفا فحنث به كالثياب ، وفى الحديث أن النجاشى أهدى إلى النبى صلى الله عليه وسلم[3] خفين فلبسهما . وقيل لابن عمر : إنك تلبس هذه النعال قال : إنى رأيت رسول

---

(١) الجوشن : الدرع كما فى القاموس ج ٤ ص ٢١١ ولعله نوع من الدروع حتى يسوغ عطفه على (الدروع) قبله (ف) . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : والثانى يحنث .

(٣) فى مسند أحمد ج ٥ ص ٣٥٢ عن بريدة أن النجاشى أهدى إلى النبى صلى الله عليه وسلم خفين أسودين ساذجين فلبسهما ثم توضأ ومسح عليهما (ف) .

الله صلى الله عليه وسلم يلبسهما[1] ، وإن ترك القلنسوة فى رجله أو أدخل يده فى الخف أو النعل لم يحنث ، لأن ذلك ليس بلبس لهما .

٨١٠١ (فصل)

وإن حلف ليلبسن امرأته حليا فألبسها خاتما من فضة أو مخنقة[2] من لؤلؤ أو جوهر وحده بر فى يمينه ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يبر لأنه ليس بحلى وحده .

ولنا : قول الله تعالى : (وَتَسْتَخْرِجُونَ[3] حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا)[4] وقال تعالى : (يُحَلَّوْنَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرَ مِنْ ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا)[5] وجاء فى الحديث عن عبد الله بن عمرو أنه قال : قال الله تعالى للبحر الشرقى ، إنى جاعل فيك الحلية والصيد الطيب ، ولأن الفضة حلى . إذا كانت سوارا أو خلخالا ، فكانت حليا إذا كانت خاتما كالذهب والجوهر ، واللؤلؤ حلى مع غيره ، فكان حليا وحده كالذهب ، وإن ألبسها عقيقا أو سبجا[6] لم يبر ، وقال الشافعى : إن كان من أهل السواد بر ، وفى غيرهم وجهان ، لأن هذا حلى فى عرفهم .

ولنا : أن هذا ليس بحلى فلا يبر به كالودع[7] وخرز الزجاج ، وما ذكروه يبطل بالودع ، وإن حلف لا يلبس حلياً فلبس دراهم أو دنانير فى مرسلة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحنث ، لأنه ليس بحلى إذا لم يلبسه فكذلك إذا لبسه .

---

(١) فى حديث رواه أحمد ج ٦ ص ٣٠٧ ، ج ٧ ص ١٨٣ ومالك فى موطئه ج ١ ص ٢٤٣ باب العمل فى الإهلال بالحج — وفيه أن عبيد بن جريج سأل ابن عمر عن أربع منها . « رأيتك تلبس النعال السبتية » . فقال ابن عمر : وأما النعال السبتية فإنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبس النعال التى ليس فيها شعر ويتوضأ فيها » .

والسبتية بكسر السين هى التى لا شعر فيها وهى مشتقة من السبت بفتح السين وهو القطع والحلق بمعناه وقيل لأنها سبتت بالدباغ أى لانت ، ولم يكن يلبس النعال المدبوغة فى الجاهلية إلا أهل السعة (ف) .

(٢) المخنقة : القلادة (ف) . (٣) فى نسخ المغنى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) ولا يوجد ذلك فى القرآن والموجود (وتستخرجون حلية تلبسونها) فى سورة فاطر آية ١٢ بدون ذكر (منه) ، (لتأ كلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها) فى سورة النحل آية ١٤ وفيها حذفت نون الفعل لعطف (وتستخرجوا) على الفعل المنصوب قبله (ف) .

(٤) سورة فاطر آية : ١٢ . (٥) سورة فاطر آية : ٣٣ .

(٦) السبج بوزن قمر : خرز أسود دخيل معرب وأصله سبه كما فى لسان العرب ج ٢ ص ٢٩٤ (ف) .

(٧) الودع : مناقيف تخرج من البحر (ف) .

والثانى : يحنث لأنه ذهب وفضة لبسه فكان حليا كالسوار والخاتم ، وإن لبس سيفاً محلى لم يحنث ، لأن السيف ليس بحلى وإن لبس منطقة محلاة ففيه وجهان :

أحدهما : لا يحنث ، لأن الحلية لما دونه فأشبه السيف المحلى .

والثانى : يحنث لأنها من حلى الرجال ، ولا يقصد بلبسها محلاة فى الغالب إلا التجمل بها ، وإن حلف لا يلبس خاتما فلبسه فى غير الخنصر من أصابعه حنث ، وقال الشافعى : لا يحنث ، لأن اليمين تقتضى لبسا معبسا(١) معتادا وليس هذا معتادا فأشبه ما لو أدخل القلنسوة فى رجله .

ولنا : أنه لابس لما حلف على ترك لبسه فأشبه مالو اتزر بالسراويل ، وأما إدخال القلنسوة فى رجله فهو عبث وسفه ، بخلاف هذا فإنه لا فرق بين الخنصر وغيرها إلا من حيث الاصطلاح على تخصيصه بالخنصر .

٨١٠٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف أن لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وبكر حنث إلا أن يكون أراد أن لا ينفرد أحدهما بالشراء ﴾

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعى لا يحنث وذكره أبو الخطاب احتمالا لأن كل جزء لم ينفرد أحدهما بشرائه فلم يحنث به كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد هو وغيره .

ولنا : أن زيداً مشتر لنصفه وهو طعام ، وقد أكله فيجب أن يحنث كما لو اشتراه زيد ثم خلطه بما اشتراه عمرو فأكل الجميع ، وأما الثوب فلا نسلم ، وإن سلمناه فالفرق بينهما أن نصف الثوب ليس بثوب ، ونصف الطعام طعام ، وقد أكله بعد أن اشتراه زيد ، وإن اشترى زيد نصفه مشاعا أو اشترى نصفه ثم اشترى الآخر باقيه فأكل منه حنث ، والخلاف فيه على ماتقدم ، ولو اشترى زيد نصفه معيناً ثم خلطه بالنصف الآخر فأكل الجميع أو أكثر من النصف حنث بغير خلاف ، لأنه أكل مما اشتراه زيد يقيناً ، وإن أكل نصفه أو أقل من نصفه ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث ، لأنه يستحيل فى العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهراً ظهوراً كثيراً .

والثانى : لا يحنث ، لأن الأصل عدم الحنث ، ولم يتيقن أكله مما اشتراه زيد ، وكل موضع لايحنث

(١) (معبسا) هذه الكلمة فى نسخ المغنى المطبوعة وهى ساقطة من الشرح الكبير ج ١١ ص ٢٤١ ولامعنى لها هنا فحذفها حسن (ف) .

فحكمه حكم من حلف لا يأكل تمرة فوقعت فى تمر فأكل منه واحدة على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وإن أكل طعام اشتراه زيد ثم باعه أو اشتراه لغيره حنث ، ويحتمل أن لا يحنث .

٨١٠٣ (فصــــــل)

وإن حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث ، وبه قال الشافعى . وإن حلف لا يلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها ففيه روايتان . إحداهما : يحنث كالتى قبلها . والثانية : لا يحنث وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، لأنه لم يلبس ثوباً كاملا من غزلها : وكذلك إن حلف لا يلبس ثوباً نسجه زيد ولا يأكل من قدر طبخها ولا يدخل دارا اشتراها ولا يلبس ثوبا خاطه زيد فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو خاطاه أو أكل من قدر طبخاها أو دخل داراً اشترياها ففى هذا كله من الخلاف والقول مثل ما فى المسألة الأولى ، وإن حلف أن لا يلبس ما خاطه زيد حنث بلبس ثوب خاطاه جميعاً لأنه ليس مما خاطه زيد بخلاف ما إذا قال ثوبا خاطه زيد ، وإن حلف أن لا يدخل داراً لزيد فدخل داراً له ولغيره خرج فيه وجهان ، والخلاف فيها على ما مضى .

٨١٠٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف لا يزورهما أو لا يكلمهما فزار أو كلم أحدهما حنث إلا أن يكون أراد ألا يجتمع بهما ﴾

يمكن أن تكون هذه المسألة مبنية على من حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه ، فإن هذا حالف على كلام شخصين وزيارتهما ، فتكليمه أحدهما وزيارته فعل لبعض ما حلف عليه ، وقد مضى الكلام فى هذا، ويمكن أن يقال : تقدير يمينه لا كلمت هذا ولا كلمت هذا ، لأن المعطوف يقدر له بعد حرف العطف فعل وعامل مثل العامل الذى قبل المعطوف عليه ، فيصير كقوله سبحانه (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ)[1] أى وحرمت عليكم بناتكم،فيصير كل واحد منهما محلوفاً عليه منفرداً،فيحنث به فإن قصد ألا يجتمع فعله بهما لم يحنث إلا بذلك ، لأنه قصد بيمينه ما يحتمله فانصرف إليه ، وإن قصد ترك كلام كل واحد منهما منفرداً حنث بفعله ، لأنه عقد يمينه على ترك ذلك ، وإن قال : والله لا كلمت زيداً ولا عمراً حنث بكلام كل واحد منهما بغير إشكال . فإن هذا يقتضى ترك كلام كل واحد منهما منفرداً : قال الله تعالى : (وَلاَ يَمْلِكُونَ لأَنفُسِهِمْ ضَرّاً وَلاَ نَفْعاً وَلاَ يَمْلِكُونَ مَوْتاً وَلاَ حَيَاةً وَلاَ نُشُوراً)[2] أى لا يملكون شيئاً من ذلك .

٨١٠٥ (فصــــــل)

فإن قال : أنت طالق إن كلمت زيداً وعمراً ، أو عبدى حر إن كلمت زيدا وعمراً لم يقع الطلاق ولا

---

(١) سورة النساء آية ٢٣ (٢) سورة الفرقان آية ٣

العتق إلا بتكليمهما [1] لأنه جعل تكليمهما معاً شرطاً لوقوع ذلك ، ولا يثبت المشروط إلا بوجود الشرط جميعه ، وكذلك لو قال لإمرأتيه : إن حضتما فأنتما طالقتان لم يقع الطلاق على واحدة منهما إلا بحيضهما جميعاً ، وتفارق اليمين بالله تعالى ، فإن مقتضاها المنع من فعل المحلوف عليه ، فتحصل المخالفة بفعل البعض وقد جمع بعض أصحابنا بينهما فى الحنث بفعل البعض لكون المقصود من الحلف كله على ترك شيء المنع من فعله فيستويان ، أما إذا قال : إذا حضتما فأنتما طالقان فليس ذلك بيمين لأنه لا يقصد بهذا منع من شيء ولا حث عليه إنما هو شرط مجرد وليس فيه معنى اليمين .

٨١٠٦ (فصـــل)

ومن حلف على فعل شيء فقال : والله لا آكل خبزاً ولحماً ، ولا زبداً وتمراً ، ولا أدخل هاتين الدارين ، ولا أعصى الله فى هذين البلدين ، ولا أمسك هاتين المرأتين ، ففعل بعض ما حلف عليه ، مثل أن أكل أحدهما ، أو دخل إحدى الدارين ، أو عصى الله فى أحد البلدين ، أو أمسك إحدى المرأتين ، فهل يحنث ؟ يخرج على روايتين . وإن قصد بيمينه أن لا يجمع بينهما أو المنع من كل واحد منهما فيمينه على ما نواه . وإن قال : والله لا آكل سمكا ، وأشرب لبناً بالفتح ، وهو من أهل العربية لم يحنث إلا بالجمع بينهما ، لأن الواو ههنا بمعنى مع ، ولذلك اقتضت الفتح . وإن عطف أحدهما على الآخر بتكرار — لا — اقتضى المنع من كل واحد منهما منفرداً ، وحنث بفعله

٨١٠٧ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف أن لا يلبس ثوباً فاشترى به أو بثمنه ثوباً فلبسه حنث إذا كان ممن امتن عليه بذلك الثوب ، وكذلك إن انتفع بثمنه ﴾

هذه المسألة فرع أصل تقدم ذكره فى أول الباب . وهو أن الأسباب معتبرة فى الأيمان ، فيتعدى الحكم بتعديلها ، فإذا امتن عليه بثوب فحلف أن لا يلبسه لتنقطع المنة به حنث بالانتفاع به فى غير اللبس من أخذ ثمنه ، لأنه نوع انتفاع به يلحق المنة به ، وإن لم يقصد قطع المنة ولا كان سبب يمينه يقتضى ذلك لم يحنث إلا بما تناولته يمينه وهو لبسه خاصة فلو أبدله بثوب غيره ثم لبسه أو انتفع به فى غير اللبس أو باعه وأخذ ثمنه لم يحنث ، لعدم تناول اليمين له لفظاً ونية وسبباً .

٨١٠٨ (فصـــل)

وإن فعل شيئاً عليه فيه لها مِنّة سوى الانتفاع بالثوب وبعوضه مثل أن سكن دارها أو أكل طعامها

[1] فى نسخ المغنى (بتكليمهما) ومصواب (بتـكليمهما) كما يدل التعليل المذكور (ف)

أو لبس ثوباً لها غير المحلوف عليه لم يحنث ، لأن المحلوف عليه الثوب فتعلقت يمينه به ، أو بما حصل به ، ولم يتعد إلى غيره لاختصاص اليمين والسبب به .

٨١٠٩ (فصـــل)

وإن امتنت عليه امرأته بثوب فحلف أن لا يلبسه قطعاً لمنتها فاشتراه غيره ثم كساه إياه أو اشتراه الحالف ولبسه على وجه لا منة لها فيه فهل يحنث ؟ على وجهين .

أحدهما : يحنث لمخالفته ليمينه ، ولأن لفظ الشارع إذا كان أعم من السبب وجب الأخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب ، كذا في اليمين ، ولأنه لو خاصمته امرأة له فقال : نسائي طوالق طلقن كلهن ، وإن كان سبب الطلاق واحدة كذا ههنا .

والثاني : لا يحنث ، لأن السبب اقتضى تقييد لفظه بما وجد فيه السبب فصار كالمنوى ، أو كما لو خصصه بقرينة لفظية .

٨١١٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف أن لا يأوى مع زوجته في دار فأوى معها في غيرها حنث إذا كان أراد بيمينه جفاء زوجته ولم يكن للدار سبب هيج يمينه ﴾

وهذه أيضاً من فروع اعتبار النية ، وذلك أنه متى قصد جفاءها بترك الأوى معها ولم يكن للدار أثر في يمينه كان ذكر الدار كعدمه ، وكأنه حلف ألا يأوى معها فإذا أوى معها في غيرها فقد أوى معها فحنث لمخالفته ما حلف على تركه وصار هذا بمنزلة سؤال الأعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقعت أهلي في نهار رمضان فقال « أعتق رقبة » لما كان ذكر أهله لا أثر له في إيجاب الكفارة حذفناه من السبب وصار السبب الوقاع سواء كان للأهل أو لغيرهم وإن كان للدار أثر في يمينه مثل أن كان يكره سكناها أو خوصم من أجلها أو امتن عليه بها لم يحنث إذا أوى معها في غيرها لأنه قصد بيمينه الجفاء في الدار بعينها فلم يخالف ما حلف عليه وإن عدم السبب والنية لم يحنث إلا بفعل ما تناوله لفظه وهو الأوى معها في تلك الدار بعينها لأنه يجب اتباع لفظة إذا لم تكن نية ولا سبب يصرف اللفظ عن مقتضاه أو يقتضي زيادة عليه ومعنى الأوى الدخول فمتى حلف لا يأوى معها فدخل معها الدار حنث قليلا كان لبثهما أو كثيراً قال الله تعالى مخبراً عن فتى موسى (إِذْ أَوَيْنَا إِلَى الصَّخْرَةِ)[1] قال أحمد : ما كان ذلك إلا ساعة أو

(١) سورة الكهف آية ٦٣ .

ما شاء الله يقال : أويت أنا[1] وأويت غيرى قال الله تعالى : (إِذْ أَوَى الْفِتْيَةُ إِلَى الْكَهْفِ)[2] وقال الله تعالى[3] (وَآوَيْنَاهُمَا إِلَى رَبْوَةٍ)[4] .

٨١١١ (فصـــــل)

وإن برها بهدية أو غيرها ، أو اجتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت لم يحنث ، سواء كان الدار سببا فى يمينه أو لم يكن ، لأنه قصد جفاءها بهذا النوع فلم يحنث بغيره . وإن حلف لا يأوى معها فى دار لسبب فزال السبب الموجب ليمينه مثل أن كان السبب امتنانها بها عليه ، فملك الدار أو صارت لغيرها فأوى معها فيها فهل يحنث ؟ على وجهين تقدم ذكرهما وتعليلهما .

٨١١٢ (فصـــــل)

فإن حلف ألا يدخل عليها فيما ليس ببيت فحكمه حكم المسألة التى قبلها ، إذا قصد جفاءها ولم يكن البيت سببا هيج يمينه حنث ، وإلا فلا . فإن دخل على جماعة هى فيهم يقصد الدخول عليها معهم حنث ، وكذلك إن لم يقصد شيئاً . وإن استثناها بقلبه ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحنث كما لو حلف ألا يسلم عليها فسلم على جماعة هى فيهم يقصد بقلبه السلام على غيرها فإنه لا يحنث . والثانى : يحنث لأن الدخول فعل لا يتميز ، فلا يصح تخصيصه بالقصد ، وقد وجد فى حق الكل على السواء وهى فيهم فحنث به كما لو لم يقصد استثناءها . وفارق السلام ، فإنه قول يصح تخصيصه بالقصد ، ولهذا يصح أن يقال : السلام عليكم إلا فلانا ، ولا يصح أن يقال : دخلت عليكم إلا فلانا ، ولأن السلام قول يتناول ما يتناوله الضمير فى عليكم ، والضمير عام يصح أن يراد به الخاص ، فصح أن يراد به من سواها ، والفعل لا يتأتى هذا فيه .

---

(١) فى مختار الصحاح ص ٣٤ « أوى إلى منزله يأوى كرمى يرمى (أويا) على فعول و (إواء) على فعال ومنه قوله تعالى (سآوى إلى جبل يعصمنى من الماء) ، و (آواه) غيره (إيواء) أنزله به و (أواه) أيضاً فعل وأفعل بمعنى واحد عن أبى زيد » . (ف)

(٢) سورة الكهف آية ١٠ . (٣) سورة المؤمنون آية ٥٠ . (٤) آويناهما : جعلنا مأوى عيسى وأمه ، والمأوى : المنزل — الربوة : الأرض المرتفعة . واختلف فى المراد بها والأقرب أن يراد مكان النخلة والنهر الذى أجراه الله لمريم والقرآن يفسر بعضه بعضاً قال تعالى « فأجاءها المخاض إلى جذع النخلة قالت يا ليتنى مت قبل هذا وكنت نسياً منسياً . فناداها من تحتها ألا تحزنى قد جعل ربك تحتك سريا وهزى إليك بجذع النخلة تساقط عليك رطباً جنياً فكلى واشربى وقرى عيناً » وقيل المراد بيت المقدس أو دمشق أو الرملة أو مصر (ف).

وإن دخل بيتاً لا يعلم أنها فيه فوجدها فيه فهو كالدخول عليها ناسياً ، فإن قلنا . لا يحنث بذلك فخرج حين علم بها لم يحنث ، وكذلك إن حلف لايدخل عليها فدخلت هى عليه فخرج فى الحال لم يحنث ، وإن أقام فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على من حلف لا يدخل داراً هو فيها فاستدام المقام بها ، فهل يحنث ؟ على وجهين .

٨١١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف أن يضرب عبده فى غد فمات الحالف من يومه فلا حنث عليه ، وإن مات العبد حنث ﴾ أما إذا مات الحالف من يومه فلا حنث عليه، لأن الحنث إنما يحصل بفوات المحلوف عليه فى وقته وهو الغد ، والحالف قد خرج عن أن يكون من أهل التكليف قبل الغد، فلايمكن حنثه[1] وكذلك إن جن الحالف فى يومه فلم يفق إلا بعد خروج الغد ، لأنه خرج عن كونه من أهل التكليف . وإن هرب العبد أو مرض العبد أو الحالف أو نحو ذلك فلم يقدر على ضربه فى الغد حنث . وإن لم يمت الحالف ففيه مسائل .

أحدها : أن يضرب العبد فى غد ، أى وقت كان منه ، فإنه يبر فى يمينه بلا خلاف .

الثانية : أمكنه ضربه فى غد فلم يضربه حتى مضى الغد وهما فى الحياة حنث أيضاً بلا خلاف .

الثالثة : مات العبد من يومه فإنه يحنث ، وهذا أحد قولى الشافعى . ويتخرج ألا يحنث، وهو قول أبى حنيفة ، ومالك . والقول الثانى للشافعى ، لأنه فقد ضربه بغير اختياره ، فلم يحنث كالمكره والناسى .

ولنا : أنه لم يفعل ما حلف عليه فى وقته من غير إكره ولا نسيان ، وهو من أهل الحنث فحنث كما لو أتلفه باختياره ، وكما لو حلف ليحُجّن العام فلم يقدر على الحج لمرض أو عدم النفقة . وفارق الإكراه والنسيان ، فإن الامتناع لمعنى فى الحالف ، وههنا الامتناع لمعنى فى المحل ، فأشبه ما لو ترك ضربه لصعوبته أو ترك الحالف الحج لصعوبة الطريق وبعدها عليه ، فأما إن كان تلف المحلوف عليه بفعله واختياره حنث وجهاً واحداً لأنه فوت الفعل على نفسه . قال القاضى : ويحنث الحالف ساعة موته لأن يمينه انعقدت من حين حلفه وقد تعذر عليه الفعل فى الحال كما لو لم يؤقت ويتخرج ألا يحنث قبل الغد لأن الحنث مخالفة ما عقد يمينه عليه فلا تحصل المخالفة إلا بترك الفعل فى وقته .

الرابعة : مات العبد فى غد قبل التمكن من ضربه فهو كما لو مات فى يومه .

الخامسة : مات العبد فى غد بعد التمكين من ضربه قبل ضربه ، فإنه يحنث وجهاً واحداً . وقال بعض أصحاب الشافعى : يحنث قولا واحداً . وقال بعضهم : فيه قولان .

---

(١) فى نسخ المغنى (حنه) وفى الشرح الكبير ج ١١ ص ٢٩١ (حث) وهو الصواب (ف)

ولنا : أنه يمكنه ضربه فى وقته فلم يضربه فحنث كما لو مضى الغد قبل ضربه .

السادسة : مات الحالف فى غد بعد التمكن من ضربه فلم يضربه حنث وجهاً واحداً لما ذكرنا .

السابعة : ضربه فى يومه ، فإنه لا يبر . وهذا قول أصحاب الشافعى . وقال القاضى وأصحاب أبى حنيفة : يبر ، لأن يمينه للحث على ضربه فإذا ضربه اليوم فقد فعل المحلوف عليه وزيادة ، فأشبه ما لو حلف ليقضينه حقه فى غد فقضاه اليوم . ولنا : أنه لم يفعل المحلوف عليه فى قته فلم يبر كما لو حلف ليصومن يوم الجمعة فصام يوم الخميس . وفارق قضاء الدين ، فإن المقصود تعجيله لا غير ، وفى قضاء اليوم زيادة فى التعجيل ، فلا يحنث فيها ، لأنه علم من قصده إرادة أن لا يتجاوز غداً بالقضاء ، فصار كالملفوظ به ، إذ كان مبنى الأيمان على النية ، ولا يصح قياس ماليس بمثله عليه ، وسائر المحلوفات لا تعلم منها إرادة التعجيل عن الوقت الذى وقته لها ، فامتنع الإلحاق وتعين التمسك باللفظ .

الثامنة : ضربه بعد موته لم يبر ، لأن اليمين تنصرف إلى ضربه حياً يتألم بالضرب ، وقد زال هذا بالموت .

التاسعة : ضربه ضرباً لا يؤلمه لم يبر لما ذكرناه .

العاشرة : خنقه أو نتف شعره أو عصر ساقه بحيث يؤلمه ، فإنه يبر ، لأنه يسمى ضرباً لما تقدم ذكرنا له .

الحادية عشر : جن العبد فضربه ، فإنه يبر ، لأنه حى يتألم بالضرب ، وإن لم يضربه حنث ، وإن حلف لا يضربه فى غد ففيه نحو من هذه المسائل ، ومتى فات ضربه بموته أو غيره لم يحنث ، لأنه لم يضربه.

٨١١٤ (فصــــل)

وإن قال : والله لأشربن ماء هذا الكوز غداً فاندفق اليوم ، أو لآكلن هذا الخبز غداً فتلف فهو على نحو مما ذكرنا فى العبد . قال صالح : سألت أبى عن الرجل يحلف أن يشرب هذا الماء فانصب قال : يحنث، وكذلك إن حلف أن يأكل هذا الرغيف فأكله كلب . قال : يحنث ، لأن هذا لا يقدر عليه .

٨١١٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف ألا يكلمه حيناً فكلمه قبل الستة أشهر حنث ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا حلف لا يكلمه حيناً ، فإن قيد ذلك بلفظه أو بنيته بزمن تقيد به ، وإن أطلقه انصرف إلى ستة أشهر . روى ذلك عن[1] ابن عباس ، وهو قول أصحاب الرأى . وقال مجاهد ، والحكم ، وحماد ، ومالك: هو سنة لقول الله تعالى « تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا »[2] أى كل عام . وقال

(١) قال ابن عباس : الحين ستة أشهر لأن النخلة مابين حملها إلى صرامها ستة أشهر (ف) (٢) سورة إبراهيم آية ٢٥

الشافعي ، وأبو ثور : لا قدر له ، ويبر بأدنى زمن ، لأن الحين اسم مبهم يقع على القليل والكثير . قال الله تعالى : (وَلَتَعْلَمُنَّ نَبَأَهُ بَعْدَ حِين)[(١)] قيل : أراد يوم القيامة . وقال : (هَلْ أَتَى عَلَى الإِنْسَانِ حِينٌ مِنَ الدَّهْرِ ؟)[(٢)] وقال : (فَذَرْهُمْ فِي غَمْرَتِهِمْ حَتَّى حِينٍ)[(٣)] وقال : (حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُون)[(٤)] ويقال : جئت منذ حين وإن كان أتاه من ساعة .

ولنا : أن الحين المطلق فى كلام الله أقله ستة أشهر . قال عكرمة ، وسعيد بن جبير ، وأبو عبيد ، فى قوله تعالى : (تؤتى أكلها كل حين) : إنه ستة أشهر ، فيحمل مطلق كلام الآدمى على مطلق كلام الله تعالى ، ولأنه قول ابن عباس ، ولا نعلم له مخالفاً فى الصحابة ، وما استشهدوا به من المطلق فى كلام الله تعالى فما ذكرناه أقله ، فيحمل عليه لأنه اليقين .

٨١١٦ (فصــــــل)

فإن حلف لا يكلمه حقباً فذلك ثمانون عاماً . وقال مالك : أربعون عاماً ، لأن ذلك يروى عن ابن عباس : وقال القاضى : وأصحاب الشافعى : هو أدنى زمان ، لأنه لم ينقل فيه عن أهل اللغة تقدير .

ولنا : ماروى عن ابن عباس أنه قال فى تفسير قوله تعالى : (لَابِثِينَ فِيهَا أَحْقَاباً)[(٥)] : الحقب ثمانون سنة ، وما ذكره القاضى وأصحاب الشافعى لا يصح ، لأن قول ابن عباس حجة ، ولأن ما ذكروه يفضى إلى حمل كلام الله تعالى : (لا بثين فيها أحقابا)[(٦)] وقول موسى (أَوْ أَمْضِيَ حُقُباً)[(٧)] إلى اللكنة ، لأنه أخرج ذلك مخرج التكثير ، فإذا صار معنى ذلك (لابثين فيها) ساعات أو لحظات ، أو أمضى لحظات أو ساعات ، صار مقتضى ذلك التقليل ، وهو ضد ما أراد الله تعالى بكلامه ، وضد المفهوم منه ولم يذكره أحد من المفسرين فيما نعلم ، فلا يجوز تفسير الحقب به .

٨١١٧ (فصــــــل)

فإذا حلف لا يكلمه زمنا أو وقتا أو دهراً أو عمراً أو مليا أو طويلاً أو بعيداً أو قريبا بر بالقليل والكثير فى قول أبى الخطاب ومذهب الشافعى ، لأن هذه الأسماء لاحد لها فى اللغة ، وتقع على القليل والكثير ، فوجب حمله على أقل ما يتناوله اسمه ، وقد يكون القرب بعيدا بالنسبة إلى ما هو أقرب منه ، وقريباً بالنسبة إلى ما هو أبعد منه ، ولا يجوز التحديد بالتحكم ، وإنما يصار إليه بالتوقيف ، ولا توقيف ههنا ، فيجب حمله على اليقين ، وهو أقل ما يتناوله الاسم .

---

(١) سورة ص آية ٨٨ (٢) سورة الإنسان آية ١ (٣) سورة المؤمنون آية ٥٤

(٤) سورة الروم آية ١٧ (٥) سورة إبراهيم آية ٢٥ (٦) سورة النبأ آية ٢٣ (٧) سورة الكهف آية ٦٠

وقال ابن أبي موسى : الزمان ثلاثة أشهر . وقال طلحة العاقولي : الحين والزمان والعمر واحد ، لأنهم لا يفرقون في العادة بينهما ، والناس يقصدون بذلك التبعيد ، فلو حمل على القليل حمل على خلاف قصد الحالف ، والدهر يحتمل أنه كالحين أيضاً لهذا المعنى . وقال في بعيد ومليء وطويل : هو أكثر من شهر ، وهذا قول أبي حنيفة ، لأن ذلك ضد القليل ، ولا يجوز حمله على ضده ، ولو حمل العمر على أربعين عاماً كان حسناً لقول الله تعالى مخبراً عن نبيه عليه السلام : فَقَدْ لَبِثْتُ فِيكُمْ عُمُراً مِنْ قَبْلِهِ) [1] وكان أربعين سنة ، فيجب حمل الكلام عليه ، ولأن العمر في الغالب لا يكون إلا مدة طويلة ، فلا يحمل على خلاف ذلك .

٨١١٨ (فصـــل)

فإن حلف لا يكلمه الدهر أو الأبد أو الزمان فذلك على الأبد ، لأن ذلك بالألف واللام ، وهي للاستغراق فتقتضي الدهر كله .

٨١١٩ (فصـــل)

فإن حلف على أيام فهي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع ، قال الله تعالى : « وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَعْدُودَاتٍ » [2] وهي أيام التشريق ، وإن حلف على أشهر فهي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع ، وإن حلف على شهور فاختار أبو الخطاب أنها ثلاثة لذلك . وقال غيره يتناول يمينه اثنى عشر شهراً لقول الله تعالى : (إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْراً[3]) ، ولأن الشهور جمع الكثرة ، وأقله عشرة ، فلا يحمل على ما يحمل عليه جمع القلة .

٨١٢٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا حلف أن يقضيه حقه في وقت فقضاه قبله لم يحنث إذا كان أراد بيمينه ألا يجاوز ذلك الوقت ﴾ .

وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد ، وأبو ثور . وقال الشافعي : يحنث إذا قضاه قبله ، لأنه ترك فعل ما حلف عليه مختاراً ، فحنث كما لو قضاه بعده .

ولنا : أن مقتضى هذه اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد ، فإذا قضاه قبله فقد قضى قبل خروج الغد وزاد خيراً ، ولأن مبنى الأيمان على النية ، ونية هذا بيمينه ترك[4] تعجيل القضاء قبل خروج الغد ، فتعلقت

---

(١) سورة يونس الآية ١٦ (٢) سورة البقرة الآية ٢٠٣ (٣) سورة التوبة الآية ٣٦

(٤) في نسخ المغنى (ونية هـذا بيمينه ترك تعجيل القضاء قبل خروج الغـد) والأنسب حذف كلمة (ترك) للمستقيم المعنى (ف)

يمينه بهذا المعنى كما لو صرح به . فإن لم تكن له نية رجع إلى سبب اليمين فإن كانت تقتضى التعجيل فهو كما لو نواه ، لأن السبب يدل على النية . وإن لم ينو ذلك ولا كان السبب يقتضيه فظاهر كلام الخرقى أنه لايبر إلا بقضائه فى الغد ، فلا يبر بقضائه قبله . وقال القاضى : يبر على كل حال ، لأن اليمين للحث على الفعل ، فمتى عجله فقد أتى بالمقصود فيه ، كما لو نوى ذلك .

والأول أصح إن شاء الله ، لأنه ترك فعل ماتناولته يمينه لفظاً ، ولم تصرفها عنه نية ولا سبب ، فحنث كما لو حلف ليصومن شعبان فصام رجباً . ويحتمل ما قاله القاضى فى القضاء خاصة ، لأن عرف هذه اليمين فى القضاء التعجيل ، فتصرف اليمين المطلقة إليه .

٨١٢١ (فصـــل)

فأما غير قضاء الحق كأ كل شيء أو شربه ، أو بيع شيء أو شرائه ، أوضرب عبد ونحوه ، فمتى عين وقته ولم ينو مايقتضى تعجيله ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر إلا بفعله فى وقته ، وذكر القاضى أنه يبر بتعجيله عن وقته وحكى ذلك عن أصحاب أبى حنيفة .

ولنا : أنه لم يفعل المحلوف عليه فى وقته من غير نية تصرف يمينه ، ولاسبب ، فيحنث كالصيام . ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه فى وقته لم يبر ، لأن اليمين فى الإثبات لايبر فيها إلا بفعل جميع المحلوف عليه ، فترك بعضه فى وقته كترك جميعه ، إلا أن ينوى ألا يجاوز ذلك الوقت أو يقتضى ذلك سببها .

٨١٢٢ (فصـــل)

ومن حلف لايبيع ثوبه بعشرة فباعه بها أو بأقل منها حنث ، وإن باعه بأ كثر منها لم يحنث . وقال الشافعى : لايحنث إذا باعه بأقل ، لأنه لم يتناوله يمينه .

ولنا : أن العرف فى هذا ألا يبيعه بها ولا بأقل منها ، بدليل أنه لو وكل فى بيعه إنساناً وأمره أن لايبيعه بعشرة لم يكن له بيعه بأقل منها ، ولأن هذا تنبيه على امتناعه عن بيعه بما دون العشرة ، والحكم يثبت بالنية كثبوته باللفظ ، فإن حلف لاشتريته بعشرة فاشتراه بأقل لم يحنث . وإن اشتراه بها أو بأ كثر منها حنث لمـا ذكرنا . ومقتضى مذهب الشافعى : ألا يحنث إذا اشتراه بأ كثر منها ، لأن يمينه لم تتناوله لفظاً .

ولنا : أنها تناولته عرفاً وتنبيهاً فـكان حانثاً كما لو حلف : ماله على حبه ، فإنه يحنث إذا كان له عليه أ كثر منها ، ويبرأ بيمينه مما زاد عليها كبراءته منها . قيل لأحمد : رجل إن حلف لا ينقص هذا الثوب عن كذا . قال : قد أخذته ، ولـكن هب لى كذا ؟ قال: هذا حيلة ، قيل له : فإن قال البائع: بعتك بكذا، وأهب لفلان شيئاً آخر ؟ قال : هذا كله ليس بشيء فـكرهه .

٨١٢٣ (فصـــل)

فإن حلف ليقضينه حقه فى غد فمات الحالف من يومه لم يحنث لما ذكرنا فيما إذا حلف ليضربن عبده فى غد فمات من يومه ، وإن مات المستحق فحكى عن القاضى أنه يحنث ، لأنه قد تعذر قضاؤه ، فأشبه مالو حلف ليضربن عبده غداً فمات العبد قبل اليوم .

وقال أبو الخطاب : إن قضى ورثته لم يحنث ، لأن قضاء ورثته يقوم مقام قضائه فى إبراء ذمته ، فكذلك فى البر فى يمينه ، خلاف ما إذا مات العبد ، فإنه لا يقوم ضرب غيره مقام ضربه .

وقال أصحاب الرأى ، وأبو ثور : تنحل اليمين بموت المستحق ، ولا يحنث . سواء قضى ورثته أو لم يقضهم ، لأنه تعذر عليه فعل ما حلف عليه بغير اختياره ، أشبه المكره .

وقد سبق الكلام على هذا فى مسألة من حلف ليضربن عبده غداً فمات العبد اليوم . وإن أبرأه المستحق من الحق فهل يحنث ؟ على وجهين ، بناء على المكره هل يحنث ؟ على روايتين . وإن قضاه عوضاً عن حقه لم يحنث عند ابن حامد ، لأنه قد قضى حقه . وقال القاضى : يحنث ، لأنه لم يقضه الحق الذى عليه بيمينه .

٨١٢٤ (فصـــل)

فإن حلف ليقضينه[1] عند رأس الهلال أو مع رأسه أو إلى رأس الهلال أو إلى استهلاله أو عند رأس الشهر أو مع رأسه فقضاه عند غروب الشمس من ليلة الشهر بر فى يمينه وإن أخر ذلك مع إمكانه حنث ، وإن شرع فى عده أو كيله أو وزنه فتأخر القضاء لكثرته لم يحنث لأنه لم يترك القضاء وكذلك إذا حلف ليأكلن هذا الطعام فى هذا الوقت فشرع فى أكله فيه فتأخر الفراغ لكثرته لم يحنث لأن أكله كله غير ممكن فى هذا الوقت اليسير فكانت يمينه على الشروع فيه فى ذلك الوقت أو على مقارنة فعله لذلك الوقت للعلم بالعجز عن غير ذلك ومذهب الشافعى فى هذا كله كما ذكرنا .

٨١٢٥ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف أن لا يشرب ماء هــذا الإناء فشرب بعضه حنث إلا أن يكون أراد أن لا يشربه كله ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا حلف ليفعلن شيئاً لم يبر إلا بفعل جميعه ، وإن حلف أن لا يفعله وأطلق ففعل بعضه ففيه روايتان تقدم ذكرهما . وإن نوى فعل جميعه أو كان فى يمينه ما يدل عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه

---

(١) فى نسخ المغنى (ليقضيه) والأنسب (ليقضينه) بنون التوكيد كما فى الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٠٤ (ف)

وإن نوى فعل البعض أو كان فى يمينه ما يدل عليه حنث بفعل البعض رواية واحدة فإن حلف لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه فهل يحنث بذلك ؟ فيه روايتان .

وإن حلف لا يشرب ماء دجلة أو ماء النهر حنث بشرب أدنى شيء منه لأن شرب جميعه ممتنع بغير يمينه فلاحاجة إلى توكيد المنع بيمينه فتنصرف يمينه إلى منع نفسه مما يمكن فعله وهو شرب البعض كما لو حلف لا شربت الماء وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال أصحاب الشافعى : إن حلف على الجنس كالناس والماء والخبز والتمر ونحوه حنث بفعل البعض وإن تناولت يمينه الجميع كالمسلمين والمشركين والمساكين لم يحنث بفعل البعض ، وإن تناولت اسم جنس يضاف كماء النهر وماء دجلة . ففيه وجهان . ولنا : أنه حلف على ما لا يمكنه فعل جميعه فتناولت يمينه بعضه منفرداً كاسم الجنس .

وإن حلف لا شربت من الفرات فشرب من مائه حنث سواء كرع فيه أو اغترف منه ثم شرب وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه لأن حقيقته ذلك الكرع فلم يحنث بغيره كما لو حلف لا شربت من هذا الإناء فصب منه فى غيره وشرب .

ولنا : أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات لأن الشرب يكون من مائها ومنها فى العرف فحملت اليمين عليه كما لو حلف لا شربت من هذه البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من هذه الشاة ويفارق الكوز فإن الشرب فى العرف منه لأنه آلة للشرب بخلاف النهر وما ذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة وقد سلموا أنه لو استقى من البئر أو احتلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة وشرب وأكل حنث فكذا فى مسألتنا .

٨١٢٦ (فصــــل)

وإن حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لأنه من ماء الفرات ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات[1] فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث لأن معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث كما لو حلف لا شربت من مائة وهــذا أحد الاحتمالين لأصحاب الشافعى .

والثانى : لا يحنث وهو قول أبى حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف فإن عنه رواية أنه يحنث وإنما قلنا : إنه

(١) هكذا فى نسخ المغنى ، لكن هذه الصورة هى عين الأولى فلا وجه لاختلاف حكمها . فالظاهر أن هنا زيادة والأصل (ولو حلف لا يشرب من الفرات) بحذف (ماء) الموجود فى الصورة الأولى ويمكن إدراك هذا من تعليل الوجه الأول (ف)

لا يحنث لأن ما أخذه النهر يضاف إلى ذلك النهر لا إلى الفرات ويزول بإضافته إليه عن إضافته إلى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات .

٨١٢٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولو قال والله لا فارقتك حتى أستوفي حقي منك فهرب منه لم يحنث ولو قال لا افترقنا فهرب منه حنث ﴾

أما إذا حلف لا فارقتك ففيه مسائل عشرة .

أحدها : أن يفارقه الحالف مختاراً فيحنث بلا خلاف سواء أبرأه من الحق أو فارقه والحق عليه لأنه فارقه قبل استيفاء حقه منه .

الثانية : فارقه مكرهاً فينظر فإن حمل مكرهاً حتى فرق بينهما لم يحنث وإن أكره بالضرب والتهديد لم يحنث وفي قول أبي بكر يحنث وفي الناسي تفصيل ما ذكرناه فيما مضى .

الثالثة : هرب منه الغريم بغير اختياره فلا يحنث وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وروى عن أحمد أنه يحنث لأن معنى يمينه ألا تحصل بينهما فرقة وقد حصلت .

ولنا : أنه حلف على فعل نفسه في الفرقة ولا فعل باختياره فلم يحنث كما لو حلف لا قمت فقام غيره .

الرابعة : أذن له الحالف في الفرقة ففارقه فمفهوم كلام الخرقي أنه يحنث . وقال الشافعي : لا يحنث . قال القاضي وهو قول الخرقي لأنه لم يفعل الفرقة التي حلف أنه لا يفعلها .

ولنا : أن معنى يمينه لألزمنك فإذا فارقه بإذنه فما لزمه ويفارق ما إذا هرب منه لأنه فر بغير اختياره وليس هذا قول الخرقي ولأن الخرقي قال فهرب منه فمفهومه أنه إذا فارقه بغير هرب أنه يحنث .

الخامسة : فارقه من غير إذن ولا هرب على وجه يمكنه ملازمته والمشي معه وإمساكه فلم يفعل فالحكم فيها كالتي قبلها .

السادسة : قضاه قدر حقه ففارقه ظناً منه أنه وفاه فخرج رديئاً أو بعضه فيخرج في الحنث روايتان . بناء على الناسي وللشافعي قولان كالروايتين. أحدهما : يحنث وهو قول مالك لأنه فارقه قبل استيفاء حقه مختاراً . والثاني لا يحنث وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي إذا وجدها زيوفا ، وإن وجد أكثرها نحاساً فإنه يحنث وإن وجدها مستحقة فأخذها صاحبها خرج أيضاً على الروايتين في الناسي لأنه ظان أنه مستوف حقه فأشبه ما لو وجدها رديئة . وقال أبو ثور وأصحاب الرأي : لا يحنث وإن علم بالحال ففارقه حنث لأنه لم يوفه حقه .

السابعة: فلسه الحاكم ففارقه نظرت فإن ألزمه الحاكم فهو كالمكره وإن لم يلزمه مفارقته لكنه فارقه لعلمه بوجوب مفارقته حنث لأنه فارقه من غير إكراه فحنث كما لو حلف لايصلي فوجبت عليه صلاة فصلاها.

الثامنة: أحاله الغريم بحقه ففارقه فإنه يحنث. وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة ومحمد لا يحنث لأنه قد برىء إليه منه.

ولنا: أنه ما استوفى حقه منه بدليل أنه لم يصل إليه شيء ولذلك يملك المطالبة به فحنث كما لو لم يحله فإن ظن أنه قد بر بذلك ففارقه فقال أبو الخطاب يخرج على الروايتين. والصحيح أنه يحنث لأن هذا جهل بحكم الشرع فيه فلا يسقط عنه الحنث كما لو جهل كون هذه اليمين موجبة للكفارة، فأما إن كانت يمينه لا فارقتك ولى قبلك حق فأحاله به ففارقه لم يحنث لأنه لم يبق له قبله حق، وإن أخذ به ضميناً أو كفيلا أو رهناً ففارقه حنث بلا إشكال لأنه يملك مطالبة الغريم.

التاسعة. قضاه عن حقه عوضاً عنه ثم فارقه. فقال ابن حامد: لايحنث وهو قول أبي حنيفة لأنه قد قضاه حقه وبرىء إليه منه بالقضاء وقال القاضي يحنث لأن يمينه على نفس الحق وهذا بدله، وإن كانت يمينه لافارقتك حتى تبرأ من حقي أولي قبلك حق لم يحنث وجهاً واحداً لأنه لم يبق له قبله حق وهذا مذهب الشافعي والأول أصح لأنه قد استوفى حقه.

العاشرة: وكل وكيلا يستوفي له حقه فإن فارقه قبل استيفاء الوكيل حنث لأنه فارقه قبل استيفاء حقه وإن استوفى الوكيل ثم فارقه لم يحنث لأن استيفاء وكيله استيفاؤه له يبرأ به غريمه ويصير في ضمان الموكل.

٨١٢٧ (فصـــل)

فأما إن قال لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك نظرت فإن فارقه المحلوف عليه مختاراً حنث وإن أكره على فراقه لم يحنث وإن فارقه الحالف مختاراً حنث إلا على ما ذكره القاضي في تأويل كلام الخرقي وهو مذهب الشافعي وسائر الفروع تأتي ههنا على نحو ماذكرناه.

٨١٢٨ (فصـــل)

وإن كانت يمينه لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه حنث لأن يمينه تقتضي ألا تحصل بينهما فرقة بوجه وقد حصلت الفرقة بهرب به وإن أكرها على الفرقة لم يحنث إلا على قول من لم ير الإكراه عذراً.

٨١٢٩ (فصـــل)

فإن حلف لافارقتك حتى أوفيك حقك فأبرأه الغريم منه فهل يحنث؟ على وجهين بناء على المكره وإن كان الحق عيناً فوهبها له الغريم فقبلها حنث لأنه ترك إيفاءها له باختياره وإن قبضها منه ثم وهبها إياه لم يحنث وإن كانت يمينه لافارقتك ولك قبلي حق لم يحنث إذا أبرأه أو وهب العين له.

٨١٣٠ (فصـــــل)

والفرقة في هذا كله ماعده الناس فراقا في العادة وقد ذكرنا الفرقة في البيع ، ومانواه بيمينه مما يحتمله لفظه فهو على مانواه والله أعلم.

٨١٣١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف على زوجته أن لاتخرج إلا بإذنه فذلك على كل مرة إلا أن يكون نوى مرة ﴾

وجملته أن من قال لزوجته إن خرجت إلا بإذني أو بغير إذني فأنت طالق ، أو قال إن خرجت إلا أن آذن لك أو حتى آذن لك أو إلى أن آذن لك فالحكم في هذه الألفاظ الخمسة أنها متى خرجت بغير إذنه طلقت وانحلت يمينه لأن حرف إن لا يقتضي تكراراً فإذا حنث مرة انحلت كما لو قال أنت طالق إن شئت وإن خرجت بإذنه لم يحنث لأن الشرط ما وجد وليس في هذا اختلاف ولا تنحل اليمين فمتى خرجت بعد هذا بغير إذنه طلقت .

وقال الشافعي تنحل فلا يحنث بخروجها بعد ذلك لأن اليمين تعلقت بخروج واحد بحرف لا يقتضي التكرار وإذا وجد بغير إذن حنث وإن وجد بإذن بر لأن البر يتعلق بما يتعلق به الحنث .

وقال أبو حنيفة في قوله إن خرجت إلا بإذني أو بغير إذني كقولنا لأن الخروج بإذنه في هذين الموضعين مستثنى من يمينه فلم يدخل فيها ولم يتعلق به بر ولا حنث وإن قال إن خرجت إلا أن آذن لك أو حتى آذن لك أو إلى أن آذن لك فمتى أذن لها انحلت يمينه ولم يحنث بعد ذلك بخروجها بغير إذنه لأنه جعل الإذن فيها غاية ليمينه وجعل الطلاق معلقاً على الخروج قبل إذنه فمتى أذن انتهت غاية يمينه وزال حكمها كما لو قال إن خرجت إلى أن تطلع الشمس أو إلا أن تطلع الشمس أو حتى تطلع الشمس فأنت طالق فخرجت بعد طلوعها ولأن حرف إلى وحتى للغاية لا للاستثناء .

ولنا : أنه علق الطلاق على شرط ، وقد وجد فيقع الطلاق كما لو لم تخرج بإذنه وقولهم قد بر غير صحيح لوجهين أحدهما : أن المأذون فيه مستثنى من يمينه غير داخل فيها فكيف يبر ألا ترى أنه لو قال لها إن كلمت رجلا إلا أخاك أو غير أخيك فأنت طالق فكلمت أخاها ثم كلمت رجلا آخر فإنها تطلق ولا تنحل يمينه بتكليمها أخاها ؟

والثاني : أن المحلوف عليه خروج موصوف بصفة ولا تنحل اليمين بوجود ما لم توجد فيه الصفة ولا يحنث به فلا يتعلق بما عداه بر ولا حنث كما لو قال : إن خرجت عريانة فأنت طالق أو إن خرجت راكبة فأنت طالق فخرجت مستترة ماشية لم يتعلق به بر ولا حنث ولأنه لو قال لها : إن كلمت رجلا فاسقاً أومن غير محارمك فأنت طالق لم يتعلق بتكليمها لغير من هو موصوف بتلك الصفة بر ولا حنث فكذلك في الأفعال وقولهم

تعلقت اليمين بخروج واحد قلنا إلا أنه خروج موصوف بصفة فلا تنحل اليمين بوجود غيره ولا يحنث به .

وأما قول أصحاب أبى حنيفة أن الألفاظ الثلاثة ليست من ألفاظ الاستثناء قلنا قوله إلا أن آذن لك من ألفاظ الاستثناء واللفظتان الأخريان فى معناه فى إخراج المأذون من يمينه فكان حكمهما كحكمه. هذا الكلام فيما إذا أطلق فإن نوى تعليق الطلاق على خروج واحد تعلقت يمينه به وقبل قوله فى الحكم لأنه فسر لفظه بما يحتمله احتمالا غير بعيد ، وإن أذن لها مرة واحدة ونوى الإذن فى كل مرة فهو على ما نوى ، وقد نقل عبدالله بن أحمد عن أبيه إذا حلف أن لا تخرج امرأته إلا بإذنه إذا أذن لها مرة فهو إذن لكل مرة وتكون يمينه على ما نوى ، وإن قال كلما خرجت فهو بإذنى أجزأه مرة واحدة ، وإن نوى بقوله إلى أن آذن لك أو حتى آذن لك الغاية وأن الخروج المحلوف عليه ما قبل الغاية دون ما بعدها قبل قوله وانحلت يمينه بالإذن لنيته فإن مبنى الإيمان على النية .

٨١٣٢ (فصـــــل)

وإن قال إن خرجت بغير إذنى فأنت طالق فأذن لها ثم نهاها فخرجت طلقت لأنها خرجت بغير إذنه وكذلك إن قال إلا بإذنى . وقال بعض أصحاب الشافعى لا يحنث لأنه قد أذن ولا يصح لأن نهيه قد أبطل إذنه فصارت خارجة بغير إذنه وكذلك لو أذن لوكيله فى بيع ثم نهاه عنه فباعه كان باطلا ، وإن قال إن خرجت بغير إذنى لغير عيادة مريض فأنت طالق فخرجت لعيادة مريض ثم تشاغلت بغيره أو قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذنى فأنت طالق فخرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحنث لأنها ما خرجت لغير عيادة مريض ولا إلى غير الحمام وهذا مذهب الشافعى .

الثانى : يحنث لأن قصده فى الغالب ألا تذهب إلى غير الحمام وعيادة المريض ، وقد ذهبت إلى غيرهما ولأن حكم الاستدامة حكم الإبتداء ولهذا لو حلف ألا يدخل داراً هو داخلها فأقام فيها حنث فى أحد الوجهين وإن قصدت بخروجها الحمام وغيره أو العيادة وغيرها حنث لأنها خرجت لغيرهما ، وإن قال إن خرجت لا لعيادة مريض فأنت طالق فخرجت لعيادة مريض وغيره لم يحنث لأن الخروج لعيادة المريض ، وإن قصدت معه غيره ، وإن قال إن خرجت بغير إذنى فأنت طالق ثم أذن لها ولم تعلم فخرجت ففيه وجهان .

أحدهما . تطلق وبه قال أبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن .

والثانى : لا يحنث وهو قول الشافعى وأبى يوسف لأنها خرجت بعد وجود الإذن من جهته فلم يحنث كما لو علمت به ولأنه لو عزل وكيله انعزل وإن لم يعلم بالعزل فكذلك تصير مأذوناً لها وإن لم تعلم ووجه الأول : أن الإذن إعلام ، وكذلك قيل فى قوله : « آذَنتُكُمْ عَلَى سَوَاء »[1] أى : أعلمتكم فاستويا فى

(١) سورة الأنبياء آية ١٠٩

العلم : « وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ »[1] أي : إعلام : « فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ »[2] . فاعلموا به واشتقاقه من الإذن يعني أوقعته في إذنك وأعلمتك به . ومع عدم العلم لا يكون إعلاماً ، فلايكون إذناً ولأن إذن الشارع في أوامره ونواهيه لا يثبت إلا بعد العلم بها كذلك إذن الآدمي وعلى هذا يعتبر وجود الإذن من جهته .

٨١٣٣ (فصـــــل)

فإن حلف عليها ألا تخرج من هذه الدار إلا بإذنه فصعدت سطحها أو خرجت إلى صحنها لم يحنث لأنها لم تخرج من الدار، وإن حلف لا تخرج من البيت فخرجت إلى الصحن أو إلى سطحه حنث وهذا مقتضى مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولو حلف على زوجته لا تخرج ثم حملها فأخرجها فإن أمكنها الإمتناع فلم تمتنع حنث ، وقال الشافعي لا يحنث لأنها لم تخرج إنما أخرجت .

ولنا : أنها خرجت مختارة فحنث كما لو أمرت من حملها ، والدليل على خروجها أن الخروج الإنفصال من داخل إلى خارج وقد وجد ذلك وما ذكره يبطل بما إذا أمرت من حملها فأما إن لم يمكنها الإمتناع فيحتمل أن لا يحنث وهو قول أصحاب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لأن الخروج لا ينسب إليها فأشبه ما لو حملها غير الحالف ويحتمل أن يحنث لأنه مختار لفعل ما حلف على تركه وإن حلف لا تخرجي إلا بإذن زيد فمات زيد ولم يأذن فخرجت حنث الحالف لأنه علقه على شرط ولم يوجد ولا يجوز فعل المشروط .

٨١٣٤ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف ألا يأكل هذا الرطب فأكله تمراً حنث وكذلك كل ماتولد من ذلك الرطب ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا حلف على شيء عينه بالإشارة مثل أن حلف لا يأكل هذا الرطب لم يخل من حالين أحدهما : أن يأكله رطباً فيحنث بلا خلاف بين الجميع لكونه فعل ما حلف على تركه صريحاً الثاني : أن تتغير صفته وذلك ينقسم خمسة أقسام .

٨١٣٥ (أحدها)

أن تستحيل أجزاؤه ويتغير اسمه مثل أن يحلف لا أكلت هذه البيضة فصارت فرخاً أو لا أكلت هذه الحنطة فصارت زرعاً فأكله فهذا لا يحنث لأنه زال واستحالت أجزاؤه وعلى قياسه إذا حلف لا شربت هذا الخمر فصارت خلا فشربه .

٨١٣٦ (القسم الثاني)

تغيرت صفته وزال اسمه مع بقاء أجزائه مثل أن يحلف لا آكل هذا الرطب فصار تمراً ولا أكلم

(١) سورة التوبة آية ٣ (٢) سورة البقرة آية ٢٧٩

هذا الصبي فصار شيخاً ولا آكل هذا الحمل فصار كبشاً أو لا آكل هذا الرطب فصار دبساً[١] أو خلا أو ناطفاً أو غيره من الحلواء ولا يأكل هذه الحنطة فصارت دقيقاً أو سويقاً[٢] أو خبزاً أو هريساً أو لا أكلت هذا العجين أو هذا الدقيق فصار خبزاً أو لا أكلت هذا اللبن فصار سمناً أو جبناً أو كشكا أو لا دخلت هذه الدار فصارت مسجداً أو حماماً أو فَضَاء ثم دخلها أو أكله حنث فى جميع ذلك وبه قال أبو حنيفة فيما إذا حلف لا كلمت هذا الصبي فصار شيخاً ولا أكلت هذا الحمل فصار كبشاً ولا دخلت هذه هذه الدار فدخلها بعد تغيرها ، وقال به أبو يوسف فى الحنطة إذا صارت دقيقاً وللشافعى فى الرطب إذا صار تمراً والصبي إذا صار شيخاً والحمل إذا صار كبشاً وجهان ، وقالوا فى سائر الصور لا يحنث لأن اسم المحلوف عليه وصورته زالت فلم يحنث كما لو حلف لا يأكل هذه البيضة فصارت فرخاً .

ولنا : أن عين المحلوف عليه باقية فحنث بها كما لو حلف لا أكلت هذا الحمل فأكل لحمه أو لا لبست هذا الغزل فصار ثوباً فلبسه أولا لبست هذا الرداء فلبسه بعد أن صار قميصاً أو سراويل ، وفارق البيضة إذا صارت فرخا لأن أجزاءها استحالت فصارت عينا أخرى ولم تبق عينها ولأنه لا اعتبار بالاسم مع التعيين كما لوحلف لا كلمت زيداً هذا فغير اسمه أو لا كلمت صاحب هذا الطيلسان فكلمه بعد بيعه . ولأنه متى اجتمع التعيين مع غيره مما يعرف به كان الحكم للتعيين كما لو اجتمع مع الإضافة

٨١٣٧ القسم الثالث

تبدلات الإضافة مثل أن حلف لا كلمت زوجة زيد هذه ولا عبده هذا ولا دخلت داره هذه فطلق الزوجة وباع العبد والدار فكلمهما ودخل الدار حنث . وبه قال مالك والشافعى ومحمد وزفر وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يحنث إلا فى الزوجة لأن الدار لاتوالى ولا تعادى ، وإنما الامتناع لأجل مالكها فتعلقت اليمين بها مع بقاء ملكه عليها وكذلك العبد فى الغالب .

ولنا : أنه إذا اجتمع فى اليمين التعيين وَالإضافة كان الحكم للتعيين كما لو قال والله لا كلمت زوجة فلان ولا صديقه وماذكروه لا يصح فى العبد لأنه يوالى ويعادى ويلزمه فى الدار إذا أطلق ولم يذكر مالكها فإنه يحنث بدخولها بعد بيع مالكها إياها .

---

(١) يراد بالدبس هنا : عسل التمر – وفى شرح منتهي الإرادات ج ٣ ص ٤٢٩ قال « أو دبسا أو ناطفا معمولين من التمر) (ف) .

(٢) السويق : « مافلى من الحنطة والشعير ونحوهما من الحبوب وهو مزبد ثم طحن بعد ذلك . » قاله كتاب شرح أسماء العقار طبع مكتبة المثنى ببغداد ص ٣٠ عقار رقم ٢٨٤ .

وفى هامش سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٤٥ « السويق هو أن تحمص الحنطة أو الشعير أو نحو ذلك ثم تطحن ثم يسافر بها وقد تمزج باللبن والعسل والسمن وتلت فإن لم يكن شيء من ذلك مزجت بالماء » (ف).

٨١٣٨ القسم الرابع

إذا تغيرت صفته بما يزيل اسمه ثم عادت كقفص انكسر ثم أعيد وقلم انكسر ثم بري وسفينة نقضت ثم أعيدت ودار هدمت ثم بنيت واسطوانة نقضت ثم أعيدت فإنه يحنث لأن أجزاءها واسمها موجود فأشبه مالو لم تتغير.

٨١٣٩ القسم الخامس

إذا تغيرت صفته بما لم يزل اسمه كلحم شوى أو طبخ وعبد بيع ورجل مرض فإنه يحنث به بلا خلاف نعلمه لأن الإسم الذي علق عليه اليمين لم يزل ولا زال التغيير فحنث به كما لو لم يتغير حاله.

٨١٤٠ (فصل)

وإن قال والله لا كلمت سعداً زوج هند أو سيد صبيح أو صديق عمرو أو مالك هذه الدار أو صاحب هذا الطيلسان أو لا كلمت هند امرأة سعد أو صبيحاً عبده أو عمراً صديقه فطلق الزوجة وباع العبد والدار والطيلسان وعادى عمرا وكلمهم حنث لأنه متى اجتمع الاسم والإضافة غلب الاسم بجريانه مجرى التعيين لتعريف المحل

٨١٤١ (فصل)

ومتى نوى بيمينه في هذه الأشياء مادام على تلك الصفة أو الإضافة أو لم يتغير فيمينه على مانواه لقوله عليه السلام «وإنما لا مرىء[1] ما نوى» والله أعلم.

٨١٤٢ ﴿مسألة﴾

قال ﴿ولو حلف ألا يأكل تمراً فأكل رطباً لم يحنث﴾

وجملة ذلك: أنه إذا لم يعين المحلوف عليه ولم ينو بيمينه ما يخالف ظاهر اللفظ ولا صرفه السبب عنه تعلقت يمينه بما تناوله الاسم الذي عليه يمينه ولم يتجاوزه فإذا حلف ألا يأكل تمراً لم يحنث إذا أكل رطباً ولا بسراً ولا بلحاً وإذا حلف لا يأكل رطباً لم يحنث إذا أكل تمراً ولا بسراً ولا بلحاً ولا سائر مالا يسمى رطباً وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً.

٨١٤٣ (فصل)

ولو حلف لا يأكل عنباً فأكل زبيباً أو دبساً[2] أو خلاً أو ناطفاً[3] أو لا يكلم شاباً فكلم شيخاً أو

---

(١) أخرجه الشيخان وغيرهما عن عمر (ف). (٢) يراد بالدبس هنا: ما عقد بالنار من عصير العنب (ف).

(٣) ورد في لسان العرب ج ٩ ص ٣٣٦ مانصه (الناطف: القبيط لأنه يتنطف قبل استضرابه أي يقطر قبل—

لايشترى جدياً فاشترى تيساً أو لا يضرب عبداً فضرب عتيقاً لم يحنث بغير خلاف لأن اليمين تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجرى مجرى قوله لا أكلت هذه التمرة فأكل غيرها .

٨١٤٤ (فصـــل)

فإن حلف لا يأكل رطباً فأكل مُنَصَّفاً وهو الذى بعضه بسر وبعضه تمر أو مُذَنِّباً وهو الذى بدأ فيه الإرطاب من ذَنَبِه وباقيه بُسْر أو حلف لا يأكل بسراً فأكل ذلك حنث . وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد والشافعى ، وقال أبو يوسف وبعض أصحاب الشافعى لا يحنث لأنه لايسمى رطباً ولا تمراً .

ولنا : أنه أكل رطباً وبسراً فحنث كما لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردتين وماذكروه لا يصح فإن القدر الذى أرطب رطب والباقى بسر ولو أنه حلف لا يأكل الرطب فأكل القدر الذى أرطب من النصف حنث ولو حلف لا يأكل البسر فأكل البسر الذى فى النصف حنث وإن أكل البسر من يمينه على الرطب وأكل الرطب من يمينه على البسر لم يحنث واحد منهما ، وإن حلف واحد ليأكلن رطباً وآخر ليأكلن بسراً فأكل الحالف على أكل الرطب ما فى المنصف من الرطبة وأكل الآخر باقيها برًّا جميعاً ، وإن حلف ليأكلن رطبة أو بسرة أو لا يأكل ذلك فأكل منصفاً لم يبر ولم يحنث لأنه ليس فيه رطبة ولا بسرة .

٨١٤٥ (فصـــل)

وإن حلف لا يأكل لبناً فأكل من لبن الأنعام أو الصيد أو لبن آدمية حنث لأن الاسم يتناوله حقيقة وعرفاً وسواء كان حليباً أو رائباً أو مائعاً أو مجمداً لأن الجميع لبن ولا يحنث بأكل الجبن والسمن والمصل[1] والاقِط[2] والـكِشْك[3] ونحوه فإن أكل زبداً لم يحنث نص عليه وقال القاضى يحتمل أن يقال فى الزبد إن ظهر فيه لبن حنث بأكله وإلا فلا كما قلنا فيمن حلف لا يأكل سمناً فأكل خَبِيصاً[4] فيه سمن وهـذا مذهب الشافعى ، وإن حلف لا يأكل زبداً فأكل سمناً أو لبناً لم يظهر فيه الزبد لم يحنث وإن كان الزبد ظاهراً فيه حنث وإن أكل جبناً لم يحنث وكذلك سائر ما يصنع من اللبن ، وإن حلف لا يأكل سمناً فأكل زبداً أو لبناً أو شيئاً مما يصنع من اللبن سوى السمن لم يحنث وإن أكل السمن منفرداً أوفى عصيدة

خثورته وجعل الجعدى الخمر ناطقا فقال :

وبات فريق يَنضَحُون كـأنما سُقُوا ناطِفاً من أذرِعَاتٍ مُفَلْفَلا (ف)

(١) المصل : ما يستخرج من اللبن من الماء . (ف) (٢) الإقط : لبن مجفف يابس مستحجر . (ف)

(٣) الـكشك : عند العامة طعام يتخذ من نقيع البرغل باللبن بعد اختماره (ف)

(٤) الخبيص : طعام يعمل من التمر والسمن (ف)

أو حلواء أو طبيخ فظهر فيه طعمه حنث ولذلك إذا حلف لا يأكل لبناً فأكل طبيخاً فيه لبن أولا يأكل خلا فأكل طبيخاً فيه خل يظهر طعمه فيه حنث وبهذا قال الشافعي وقال بعض أصحابه لا يحنث لأنه لم يفرده بالأكل ولا يصح لأنه أكل المحلوف عليه وأضاف إليه غيره فحنث كما لو أكله ثم أكل غيره .

٨١٤٦ (فصـــــل)

وإن حلف لا يأكل شعيراً فأكل حنطة فيها حبات شعير حنث لأنه أكل شعيراً فحنث كما لو حلف لا يأكل رطباً فأكل منصفاً ويحتمل أن لا يحنث لأنه يستهلك في الحنطة فأشبه السمن في الخبيص وإن نوى بيمنه ألا يأكل الشعير منفرداً أو كان سبب يمينه يقتضي ذلك أو يقتضي أكل شعير يظهر أثر أكله لم يحنث إلا بذلك لما قدمنا .

٨١٤٧ (فصـــل)

فإن حلف لا يأكل فاكهـة حنث بأكل كل ما يسمى فاكهة وهي كل ثمرة تخرج من الشجرة يتفكه بها من العنب والرطب والرمان والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ والمشمش والأترج والتوت والنبق والموز والجوز والجميز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو ثور لا يحنث بأكل ثمرة النخل والرمان لقول الله تعالى (فيهما فاكهة ونخل ورمان[١]) والمعطوف يغاير المعطوف عليه .

ولنا : أنهما ثمرة شجرة يتفكه بهما فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا ولأنهما في عرف الناس فاكهة ويسمى بائعهما فاكهانياً وموضع بيعهما دار الفاكهة والأصل في العرف الحقيقة والعطف اشرفهما وتخصيصهما كقوله تعالى : « مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ »[٢] وهما من الملائكة فأما يابس هذه الفواكه كالزبيب والتمر والتين والمشمش اليابس والأجّاص[٣] ونحوها فهو من الفاكهة لأنه ثمر شجرة يتفكه بها ويحتمل أنه ليس منها لأنه يدخر ومنه ما يقتات فأشبه الحبوب ، والزيتون ليس بفاكهة لأنه لا يتفكه بأكله وإنما المقصود زيته وما يؤكل منه يقصد به التأدم لا التفكه والبُطْم[٤] في معناه لأن المقصود زيته ويحتمل أنه فاكهة لأنه ثمر شجر يؤكل غضا ويابسا على جهته فأشبه التوت والبَلُّوط[٥] ليس بفاكهة لأنه لا يتفكه به وإنما يؤكل عند المجاعة أو التداوي وكذلك سائر ثمر شجر البر الذي لا يستطاب

(١) سورة الرحمن الآية ٦٨ . (٢) سورة البقرة الآية ٩٨ . (٣) الإجاص : الكمثرى (ف)

(٤) البطم : بوزن فلك وعنق . شجر كالفستق جرما له حب منرطح في عناقيد كالفلفل ويقال لثمره أيضاً بطم (ف)

(٥) البلوط : مثل تنور شجر كانوا يغتذون بثمره قديما بارد يابس ثقيل غليظ ممسك للبول ، وبلوط الأرض نبات ورقة كالهندباء مدر مفتح مضر للطحال أنظر القاموس ج ٢ ص ٣٦٥ (ف)

كالزُّعْرُورِ[١] الأحمر وثمر القَيقَبْ[٢] والعفص[٣] وحب الآسِ[٤] ونحوه وإن كان فيها ما يستطاب كحب الصَّنَوْبَرِ[٥] فهو فاكهة لأنه ثمرة شجرة يتفكه به .

٨١٤٨ (فصـــل)

فأما القِثَّاء والخِيارُ والقَرْعِ والبَاذِنجَانُ فهو من الخضر وليس بفاكهة وفي البطيخ وجهان .

أحدهما : هو من الفاكهة ذكره القاضي وهو قول الشافعي وأبي ثور لأنه ينضج ويحلو أشبه ثمر الشجر .

والثاني : ليس من الفاكهة لأنه ثمر بَقْلةٍ أشبه الخيار والقثاء ، وأما ما يكون في الأرض كالجَزَرِ واللِّفْتِ والفُجْل والقُلْقَاس والسوطل ونحوه فليس شيء من ذلك فاكهة لأنه لا يسمى بها ولا هو في معناها

٨١٤٩ (فصـــل)

وإن حلف لا يأكل أدما حنث بأكل كل ما جرت العادة بأكل الخبز به لأن هذا معنى التأدم وسواء في هذا ما يصطبغ كالطبيخ والمرق والخل والزيت والسمن والشيرج[٦] واللبن قال الله تعالى في الزيت[٧] (وَصِبْغٍ لِلآكِلِينْ) وقال عليه السلام : « نعم الأدام[٨] الخل . وقال : ائتدموا بالزيت وادهنوا به فإنه من شجرة مباركة » رواه ابن ماجه أو من الجامدات كالشواء والجبن والباقلاء والزيتون والبيض وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف مالا يصطبغ به فليس بأدم لأن كل واحد منهما يرفع إلى الفم منفرداً .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « سيد الإدام[٩] اللحم » وقال : « سيد إدامكم الملح » رواه ابن ماجه[١٠] لأنه يؤكل به الخبز عادة ، فكان أدما كالذي يصطبغ به ، ولأن كثيراً مما ذكرنا لا يؤكل

---

(١) الزعرور : شجر ثمره أحمر وله نوى مستدير يملأ أكثر جوفه فيكون لبه قليلا (ف) .

(٢) القيقب: شجر يقال له بالفارسية ازادارخت(ف) (٣) العفص : شجرة من البلوط تحمل سنة بلوطا وتحمل سنة عفصاً وهو دواء قابض مجفف يرد المواد المنصبة ويشد الأعضاء الرخوة الضعيفة وإذا نقع في الخل سود الشعر قاموس ج ٢ ص ٣٢٠ (ف)

(٤) الآس: شجر يعرف بالريحان (ف)

(٥) الصنوبر : شجر لا يزال مخضراً وهو رفيع الورق أو هو ثمر الأرز (ف)

(٦) الشيرج : دهن السمسم (ف) (٧) نعم الأدام الخل . أخرجه أحمد ومسلم عن جابر (ف)

(٨) سيد الأديم اللحم . أخرجه الطبراني في الأوسط والبيهقي عن بريدة (ف)

(٩) سورة المؤمنون آية ٢٠ (١٠) أخرجه ابن ماجه والحكيم عن أنس (ف)

فى العادة وحده ، إنما يعد للتأدم به وأكل الخبز به ، فكان أدما كالخل واللبن ، وقولهم : إنه يرفع إلى الفم وحده مفرداً عنه جوابان . أحدهما : أن منه ما يرفع مع الخبز كالملح ونحوه .

والثانى : أنهما يجتمعان فى الفم والمضغ والبلع الذى هو حقيقة الأكل فلا يضر افتراقهما قبله فأما التمر ففيه وجهان .

أحدهما : هو أدم لما روى يوسف عن عبدالله بن سلام قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال : هذه إدام هذه » رواه أبو داود وذكره الإمام أحمد :

والثانى : ليس بأدم لأنه لا يؤتدم به عادة إنما يؤكل قوتاً أو حلاوة وإن أكل الملح مع الخبز فهو إدام لما ذكرنا من الخبز ولأنه يؤكل به الخبز ولا يؤكل منفرداً عادة أشبه الجبن والزيتون .

٨١٥٠ (فصــــل)

فإن حلف لا يأكل طعاما فأكل ما يسمى طعاما من قوت وأدم وحلواء وتمر وجامد ومائع حنث قال الله تعالى (كُلُّ الطَّعَامِ كَانَ حِلاً لِبَنِى إِسْرَائِيلَ إِلاَّ مَا حَرَّمَ إِسْرَائِيلُ عَلَى نَفْسِهِ) وقال تعالى (وَيُطْعِمُونَ الطعام على حبه)[٢] يعنى على محبة الطعام لحاجتهم إليه وقيل على حب الله تعالى ، وقال الله تعالى «قُلْ لا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَو لَحْمَ خِنْزِيرٍ »[٣] وسمى النبى صلى الله عليه وسلم : « اللبن طعاما » وقال « إنما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم » وفى الماء وجهان .

أحدهما : هو طعام لقول الله تعالى : (إِنَّ اللهَ مُبْتَلِيكُم بِنَهَرٍ فَمَنْ شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّى وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فإنه مِنِّى)[٤] والطعام مايطعم ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم سمى اللبن طعاما وهو مشروب فكذلك الماء .

والثانى : ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاما ولا يفهم من إطلاق اسم الطعام ولهذا يعطف عليه فيقال : طعام وشراب ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « إنى لا أعلم ما يجزىء من الطعام والشراب إلا اللبن[٥] » رواه ابن ماجه ويقال : باب الأطعمة والأشربة ، ولأنه إن كان طعاما فى الحقيقة فليس بطعام فى العرف

---

(١) سورة آل عمران آية ٩٣ (٢) الإنسان آية ٨ (٣) سورة الأنعام آية ١٤٥ (٤) سورة البقرة آية ٢٤٩

(٥) مطلع الحديث كما رواه ابن ماجه بسنده عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أطعمه الله طعاما فليقل اللهم بارك لنا فيه وارزقنا خيراً منه ومن سقاه الله لبنا فليقل اللهم بارك لنا فيه وزدنا منه فانى لا أعلم ما يجزىء من الطعام والشراب إلا اللبن - سنن ابن ماجه ج١ ص ٣١٤ ، ٣١٥ (ف)

فلا يحنث بشربه لأن مبنى الأيمان على العرف لكون الحالف فى الغالب لا يريد بلفظه إلا مايعرفه فإن أكل دواء ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث لأنه يطعم حال الاختيار وهذا مذهب الشافعى .

والثانى : لا يحنث لأنه لا يدخل فى إطلاق اسم الطعام ولا يؤكل إلا عند الضرورة فإن أكل من نبات الأرض ما جرت العادة بأكله حنث ، وإن أكل مالا يجزئه عادة كورق الشجر ونشارة الخشب احتمل وجهين .

أحدهما : يحنث لأنه قد أكله فأشبه ما جرت العادة بأكله ، ولأنه روى عن عُتْبَةَ بن غَزْوَانَ أنه قال: « لقد رأيتنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سَابِعَ سبعةٍ مالنا طعامٌ إلا ورق الحُبْلَةِ حتى قَرِحَتْ أشداقنا »(١) .

الثانى : لا يحنث لأنه لا يتناوله اسم الطعام فى العرف .

٨١٥١ (فصـــــل)

فإن حلف لا يأكل قوتاً فأكل خبزاً أو تمراً أو زبيباً أو لحماً أو لبناً حنث لأن كل واحد من هذه يقتات فى بعض البلدان ويحتمل أن لا يحنث إلا بأكل ما يقتاته أهل بلده لأن يمينه تنصرف إلى القوت المتعارف عندهم فى بلدهم ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، وإن أكل سويقاً أو استف دقيقاً حنث لأنه لا يقتات كذلك ولهذا قال بعض اللصوص .

لا تَخْبِزاً خَبْزاً وبُسَّا بَسَّا   ولا تُطِيلاَ بمُقَامٍ حَبْسَا(٢)

---

(١) أخرجه مسلم ج ٤ ص ٢٢٧٩ « الحبلة : بضم الحاء وسكون الباء ثمر السمر وقيل هى ثمرة تشبه اللوبيا كما فى تيسير الوصول ج ٢ ص ١٣١ ولعل الثانى هو الأقرب لأنه ورد فى حديث سعد بن أبى وقاص فى مسلم ج ٤ ص ٢٢٧٨ « كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لنا طعام نأكله إلا ورق الحبلة وهذا السمر » والأصل فى المعطوف أن يغاير المعطوف عليه = قرحت أشداقنا : ظهرت فيها قروح وجراح من خشونة الورق الذى يؤكل وحرارته. (ف)

(٢) روى هذا البيت كما هنا مع اختلاف فى الشطر الثانى فقد روى (ولا تطيلا بمناخ حبسا) كما فى لسان العرب وروى الشطر الأول فى رواية أخرى كما ذكر اللسان هكذا (لاتخبزا خبزاونسانسا) ـ والنس معناه السير اللين والبس معناه السير الرقيق ، والخبز السوق الشديد بالضرب = وقيل البس أن تبل الدقيق ثم تأكله ، والخبز أن تخبز المليل . وقال ابن دريد معناه لا تبطئا فى الخبز وبسا الدقيق بالماء فكلاه وتناولاه ، وقال أبو زيد : البس بس السويق وهولته بالزيت أو بالماء فأمر صاحبيه بلت السويق وترك المقام على خبز الخبز ومراسه لأنهم كانوا فى سفر لامعرج لهم فحث صاحبه على عجالة يتبلغون بها ونهاهما عن إطالة المقام على عجن الدقيق وخبزه انظر اللسان ج ٥ ص ٣٤٤ ، ج ٦ ص ٢٨ (ف) .

وإن أكل حباً يقتات خبزه حنث لأنه يسمى قوتاً ولذلك روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يدخر قوت عياله لسنة[1] » وإنما يدخر الحب ويحتمل أن لا يحنث لأنه لا يقتات كذلك وإن أكل عنباً أو حِصْرِماً[2] أو خلا لم يحنث لأنه لم يصر قوتاً .

٨١٥٢ (فصـــــل)

فإن حلف لا يملك مالا حنث بملك كل ما يسمى مالاسواء كان من الأثمان أو غيرها من العقار والأثاث والحيوان وبهذا قال الشافعي ، وعن أحمد أنه إذا نذرالصدقة بجميع ماله إنما يتناول نَذْرُهُ الصامت من ماله ذكرها ابن أبي موسى لأن إطلاق المال ينصرف إليه .

وقال أبو حنيفة لا يحنث إلا إن ملك مالا زكويا استحسانا لأن الله تعالى قال : « وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ »[3] فلم يتناول إلا الزكوية .

ولنا:أن غير الزكوية أموال قال الله تعالى « أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ »[4] وهي مما يجوز ابتغاء النكاح بها، وقال أبو طلحة للنبي صلى الله عليه وسلم إن أحب أموالي إلى بيرحاء[5] يعني حديقة ، وقال عمر : أصبت مالا بأرض خيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه،وقال أبو قتادة اشتريت مخرفا[6] فكان أول مال تأثلته وفي الحديث«خير المال[7] سكة مأبورة أو مهرة مأمورة» ويقال:خير المال عين خرارة في أرض خوارة ولأنه

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث عمر بن الخطاب (ف) .

(٢) الحصرم بوزن السمسم هو أول العنب (ف) .

(٣) سورة الذاريات الآية ١٩ .

(٤) سورة النساء الآية ٢٢ .

(٥) بيرحاء : قال ابن الأثير في النهاية ج ١ ص ٧١ « هذه اللفظة كثيراً ما تختلف ألفاظ المحدثين فيها فيقولون بيرحاء بفتح الباء وكسرها وبفتح الراء وضمها والمد فيهما وبفتحهما والقصر فهي اسم مال وموضع بالمدينة والحديث كما رواه أنس قال : كان أبو طلحة أكثر الأنصار بالمدينة مالا من نخل كان أحب أمواله إليه بيرحاء وكانت مستقبلة المسجد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب ، قال أنس: فلما نزلت هذه الآية:لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون قام أبو طلحة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله : إن الله تبارك وتعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وإن أحب أموالي إلى بيرحاء وإنها صدقة أرجو برها وذخرها عند الله فضعها يارسول الله حيث أراك الله قال : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك مال رابح ، ذلك مال رابح أخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي مختصرا م وبيرحاء : اسم لحديقة نخل لأبي طلحة (ف) .

(٦) مخرف كمنبر : زنبيل صغير يخترف أطايب الرطب (ف) .

(٧) أخرجه أحمد والطبراني عن سويد بن هبيرة — ومعنى (سكة) طريق مصطفة من النخـل . مأبورة : ملقحة — وقيل السكة : سكة الحرث والمأبورة المصلحة له أي خير المال نتاج أو زرع — ومهرة مأمورة : كثيرة النسل والنتاج (ف) .

يسمى مالا لحنث به كالزكوى ، وأما قوله (وفى أموالهم حق)[1] فالحق ههنا غير الزكاة لأن هذه الآية مكية نزلت قبل فرض الزكاة فإن الزكاة إنما فرضت بالمدينه ثم لو كان الحق الزكاة فلا حجة فيها فإن الحق إذا كان فى بعض المال فهو فى المال كما أن من هو فى بيت من دار أو فى بلدة فهو فى الدار والبلدة قال الله عز وجل : (وَفِي السَّمَاءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُون)[2] ولا يلزم أن يكون فى كل أقطارها ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه فإن مادون النصاب مال ولا زكاة فيه فإن حلف لا مال له وله دين حنث ذكره أبو الخطاب ، وهو قول الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا يحنث لأنه لا ينتفع به .

ولنا أنه ينعقد عليه حول الزكاة ويصح إخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالإبراء والحوالة والمعاوضة عنه لمن هو فى ذمته والتوكيل فى استيفائه فيحنث به كالمودع ، وإن كان له مال مغصوب حنث لأنه باق على ملكه ، فإن كان له مال ضائع ففيه وجهان : أحدهما يحنث لأن الأصل بقاؤه على ملكه . والثانى : لا يحنث لأنه لا يعلم بقاؤه ، وإن ضاع على وجه قد يئس من عوده كالذى يسقط فى بحر لم يحنث لأن وجوده كعدمه ويحتمل أن لا يحنث فى كل موضع لا يقدر على أخذ ماله كالمجحود والمغصوب والذى على غير ملىء لأنه لا نفع فيه وحكمه حكم المعدوم فى جواز الأخذ من الزكاة وانتفاء وجوب أدائها عليه عنه وإن تزوج لم يحنث لأن ما يملكه ليس بمال وإن وجب له حق شفعة لم يحنث لأنه لم يثبت له الملك به وإن استأجر عقاراً أو غيره لم يحنث لأنه لا يسمى مالكا المال .

٨١٥٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف لا يأكل لحما فأكل الشحم أو المخ أو الدماغ لم يحنث إلا أن يكون أراد اجتناب الدسم فيحنث بأكل الشحم ﴾

وجملته : أن الحالف على ترك أكل اللحم لا يحنث بأكل ماليس بلحم من الشحم والمخ وهو الذى فى العظام والدماغ وهو الذى فى الرأس فى قِحْفِهِ[3] ولا الكَبِد والطحال والرئة والقلب والكَرِش والمُصْرَان والقَانِصَة[4] ونحوها وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة ومالك : يحنث بأكل هذا كله لأنه لحم حقيقة ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبه لحم الفخذ .

---

(١) سورة الزاريات الآية ١٩ .
(٢) سورة الذاريات الآية ٢٢ .
(٣) القحف : بكسر القاف وسكون الحاء العظم الذى فوق الدماغ أو ما انفلق من الجمجمة فانفصل (ف) .
(٤) القانصة : للطير كالمصارين لغيرها (ف) .

ولنا أنه لا يسمى لحماً وينفرد عنه باسمه وصفته، ولو أمر وكيله بشراء لحم فاشترى هذا لم يكن ممتثلاً لأمره ولا ينفذ الشراء للموكل فلم يحنث بأكله كالبقل ، وقد دل على أن الكبد والطحال ليستا بلحم قول النبي صلى الله عليه وسلم : « أحلت لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبد[1] والطحال » ولا نسلم أنه لحم حقيقة بل هو من الحيوان مع اللحم كالعظم والدم . فأما ان قصد اجتناب الدسم حنث بأكل الشحم لأن له دسماً وكذلك المخ وكل ما فيه دسم .

٨١٥٤ (فصـــــل)

ولا يحنث بأكل الألية وقال بعض أصحاب الشافعي : يحنث لأنها نابتة فى اللحم وتشبهه فى الصلابة وليس بصحيح لأنها لا تسمى لحماً ولا يقصد بها ما يقصد به وتخالفه فى اللون والذوب والطعم فلم يحنث بأكلها كشحم البطن ، فأما الشحم الذى على الظهر والجنب وفى تضاعيف اللحم فلا يحنث بأكله فى ظاهر كلام الخرقى فإنه قال اللحم لا يخلو من شحم يشير إلى ما يخالط اللحم مما تذيبه النار وهذا كذلك وهذا قول طلحة العاقولى وممن قال : هذا شحم أبو يوسف ومحمد وقال القاضى هو لحم يحنث بأكله ولا يحنث بأكله من حلف لا يأكل شحماً وهذا مذهب الشافعى لأنه لا يسمى شحماً ولا بائعه شحّاماً ولا يفرد عن اللحم مع الشحم ويسمى بائعه لحاماً ويسمى لحماً سميناً ، ولو وكل فى شراء لحم فاشتراه الوكيل لزمه ولو اشتراه الوكيل فى شراء الشحم لم يلزمه .

ولنا : قوله تعالى « ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم »[2] ولأنه يشبه الشحم فى صفته وذوبه ويسمى دهناً فكان شحماً كالذى فى البطن ولا نسلم أنه لا يسمى شحماً وأنه يسمى بمفرده لحماً وإنما يسمى اللحم الذى هو عليه لحماً سميناً ولا يسمى بائعه شحاماً لأنه لا يباع بمفرده إنما يباع تبعاً للحم وهو تابع له فى الوجود والبيع فلذلك سمى بائعه لحاما ولم يسم شحاماً لأنه سمى بما هو الأصل فيه دون التبع .

٨١٥٥ ﴿ فصـــل ﴾

وإن أكل المرق لم يحنث ذكره أبو الخطاب قال وقد روى عن أحمد أنه قال لا تعجبنى الأكل من المرق وهذا على طريق الورع وقال ابن أبى موسى والقاضى يحنث لأن المرق لا يخلو من أجزاء اللحم الذائبة وقد قيل : المرق أحد اللحمين .

ولنا أنه ليس بلحم حقيقة ولا يطلق عليه اسمه فلم يحنث به كالكبد ولا نسلم أن أجزاء اللحم فيه وإنما

(١) حديث (أحلت لنا ميتتان ودمان فأما الميتتان فالحوت والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال) أخرجه ابن ماجه والحاكم والبيهقى عن ابن عمر (ف) .

(٢) سورة الأنعام الآية ١٤٦ .

فيه ماء اللحم ودهنـــه وليس ذلك بلحم . وأما المثل فإنما أريد به المجاز كما فى نظائره من قولهم الدعاء أحد الصدقتين وقلة العيال أحد اليسارين وهذا دليل على أنها ليست بلحم لأنه جعلها غير اللحم الحقيقى .

٨١٥٦ ﴿ فصـــل ﴾

فإن أكل رأساً أو كارعاً فقد روى عن أحمد ما يدل على أنه لا يحنث لأنه روى عنه ما يدل على أن من حلف لا يشترى لحماً فاشترى رأساً أو كارعا لا يحنث إلا أن ينوى أن يشترى من الشاة شيئاً قال القاضى: لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناول الرءوس والكوارع ولو وكله فى شراء لحم فاشترى رأساً أو كارعاً لم يلزمه ويسمى بائع ذلك رأساً ولا يسمى لحاماً وقال أبو الخطاب يحنث بأكل لحم الخد لأنه لحم حقيقة ، وحكى عن أبى موسى أنه لا يحنث إلا أن ينويه باليمين ، وإن أكل اللسان احتمل وجهين . أحدهما : يحنث لأنه لحم حقيقة . والثانى : لا يحنث لأنه ينفرد عن اللحم باسمه وصفته فأشبه القلب .

٨١٥٧ ﴿مســـألة﴾

قال ﴿ فإن حلف ألا يأكل الشحم فأكل اللحم حنث ، لأن اللحم لا يخلو من شحم ﴾

ظاهر كلام الخرقى أن الشحم كل ما يذوب بالنار مما فى الحيوان فظاهر الآية والعرف يشهد لقوله وهذا ظاهر قول أبى الخطاب وطلحة وقال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن فعلى هذا لا يكاد لحم يخلو من شىء منه وإن قل فيحنث به . وقال القاضى : الشحم هو الذى يكون فى الجوف من شحم الكلى أو غيره ، وإن أكل من كل شىء من الشاة من لحمها الأحمر والأبيض والألية والكبد والطحال والقلب ، فقال شيخنا لا يحنث به ، ابن حامد لأن اسم الشحم لا يقع عليه وهو قول أبى حنيفة والشافعى وقد سبق الكلام فى أن شحم الظهر والجنب شحم فيحنث به وأما إن أكل لحماً أحمر وحـــده لا يظهر فيه شىء من الشحم فظاهر كلام الخرقى أنه يحنث لأنه لا يخلو من شحم وإن قل ويظهر فى الطبخ فإنه يبين على وجه المرق وإن قل ، وبهـــذا يفارق من حلف لا يأكل سمناً فأكل خبيصاً فيه سمن لا يظهر فيه طعمه ولا لونه فإن هذا قد يظهر الدهن فيه ، وقال غير الخرقى من أصحابنا لا يحنث وهو الصحيح لأنه لا يسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه والذى يظهر فى المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذى كان فيه .

٨١٥٨ (فصـــل)

ويحنث بالأكل من الألية فى ظاهر كلام الخرقى وموافقيه لأنها دهن يذوب بالنار ويباع مع الشحم ولا يباع مع اللحم . وعلى قول القاضى وموافقيه ليست شحماً ولا لحماً فلا يحنث به الحالف على تركها .

٨١٥٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا حلف ألا يأكل لحما ولم يرد لحما بعينه فأكل من لحم الأنعام أو الطيور أو السمك حنث ﴾

أما إذا أكل من لحم الأنعام أو الصيد أو الطائر فإنه يحنث فى قول عامة علماء الأمصار وأما السمك فظاهر المذهب أنه يحنث بأكله ، وبهذا قال قتادة ، والثورى ، ومالك وأبو يوسف وقال ابن أبى موسى فى الإرشاد لا يحنث به إلا أن ينويه وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى ثور لأنه لا ينصرف إليه إطلاق اسم اللحم ولو وكل وكيلا فى شراء اللحم فاشترى له سمكا لم يلزمه ويصح أن ينفى عنه الاسم فيقول : ما أكلت لحما وإنما أكلت سمكا فلم يتعلق به الحنث عند الإطلاق كما لو حلف لا قعدت تحت سقف فإنه لا يحنث بالقعود تحت السماء وقد سماها الله تعالى سقفاً محفوظاً لأنه مجاز كذا ههنا .

ولنا : قول الله تعالى « وهُوَ الّذى سَخَّرَ البَحْرَ لِتَأْكُلوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيًّا » (٢) وقال : « وَمِنْ كلّ تَأْكُلونَ لَحْماً طَرِيًّا » (٣) ولأنه من جسم حيوان ويسمى لحما فحنث بأكله كلحم الطائر وما ذكروه يبطل بلحم الطائر . وأما السما فإن الحالف ألا يقعد تحت سقف لا يمكنه التحرز من القعود تحتها فيعلم أنه لم يردها بيمينه ولأن التسمية ثم مجاز . وههنا هى حقيقة لكونه من جسم حيوان يصلح للأكل فكان الاسم فيه حقيقة كلحم الطائر حيث قال الله تعالى : « وَلَحْمِ طَيْرٍ مِمّا يَشْتَهُونَ » (٤) .

٨١٦٠ (فصــــل)

ويحنث بأكل اللحم المحرم كلحم الميتة والخنزير والمغصوب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى فى أحد الوجهين لا يحنث بأكل المحرم بأصله لأن يمينه تنصرف إلى ما يحل لا إلى ما يحرم فلم يحنث بما لا يحل كما لو حلف لا يبيع فباع بيعاً فاسداً . لم يحنث .

ولنا : أن هذه لحم حقيقة وعرفا فيحنث بأكله كالمغصوب وقد سماه الله تعالى لحما فقال : « وَلَحْمَ الخِنْزِيرِ » (٥) وما ذكروه يبطل بما إذا حلف لا يلبس ثوباً فلبس ثوب حرير وأما البيع الفاسد فلا يحنث به لأنه ليس ببيع فى الحقيقة :

٨١٦١ (فصــــل)

والأسما تنقسم إلى ستة أقسام .

---

(١) فى الأصل ونسخ المغنى (الله الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً) وليس ذلك فى القرآن والموجود فيه (وهو الذى سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا) وهى رقم ١٤ من سورة النحل (ف)

(٢) سورة النحل آية ١٤ (٣) سورة فاطر الآية ١٢ (٤) سورة الواقعة آية ٢١ .

(٥) سورة المائدة آية ٣

أحدها : ماله مسمى واحد كالرجل والمرأة والإنسان والحيوان فهذا تنصرف اليمين إلى مسماه بغير خلاف .

الثاني : ماله موضوع شرعي وموضوع لغوي كالوضوء والطهارة والصلاة والزكاة والصوم والحج والعمرة والبيع ونحو ذلك فهذا تنصرف اليمين عند الإطلاق إلى موضوعه الشرعي دون اللغوي لا نعلم فيه أيضاً خلافاً غير ما ذكرناه فيما تقدم .

الثالث : ماله موضوع حقيقي ومجاز لم يشتهر أكثر من الحقيقة كالأسد والبحر فيمين الحالف تنصرف عند الإطلاق إلى الحقيقة دون المجاز لأن كلام الشارع إذا ورد في مثل هذا حمل على حقيقته دون مجازه كذلك اليمين .

الرابع : الأسماء العرفية وهي مايشتهر مجازه حتى تصير الحقيقة مغمورة فيه فهذا على ضروب .

أحدها : ما يغلب على الحقيقة بحيث لا يعلمها أكثر الناس كالراوية هي في العرف اسم المزادة وفي الحقيقة اسم لما يستقى عليه من الحيوانات والظعينة في العرف المرأة وفي الحقيقة الناقة التي يظعن عليها والعذرة والغائط في العرف الفضلة المستقذرة وفي الحقيقة العذرة فناء الدار ولذلك قال علي عليه السلام لقوم مالكم لا تنظفون عذراتكم ؟ يريد أفنيتكم والغائط المكان المطمئن فهذا وأشباهه تنصرف يمين الحالف إلى المجاز دون الحقيقة لأنه الذي يريده بيمينه ويفهم من كلامه فأشبه الحقيقة في غيره .

الضرب الثاني : أن يخص عرف الاستعمال بعض الحقيقة بالاسم وهذا يتنوع أنواعاً فمنه مايشتهر التخصيص فيه كلفظ الدابة هو في الحقيقة اسم لكل ما يدب قال الله تعالى : « وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الأَرْضِ إلا على الله رزقها[1] » وقال : « إِنَّ شَرَّ الدَّوَابِّ عِنْدَ اللَّهِ الَّذِينَ كَفَرُوا »[2] . وفي العرف اسم للبغال والخيل والحمير لذلك لو وصى إنسان لرجل بدابة من دوابه كان له أحد هذه الثلاث فالظاهر أن يمين الحالف تنصرف إلى العرف دون الحقيقة عند الإطلاق كالذي قبله، ويحتمل أن تتناول يمينه الحقيقة بناء على قولهم فيما سنذكره وعلى قول من قال في الحالف على ترك أكل اللحم إن يمينه تتناول السمك ومن هذا النوع إذا حلف لايشم الريحان فإنه في العرف اسم مختص بالريحان الفارسي وهو في الحقيقة اسم لكل نبت أو زهر طيب الريح مثل الورد والبنفسج والنرجس .

وقال القاضي : لايحنث إلا بشم الريحان الفارسي . وهو مذهب الشافعي لأن الحالف لايريد بيمينه في الظاهر سواه ، وقال أبو الخطاب : يحنث بشم مايسمى في الحقيقة ريحاناً لأن الاسم يتناوله حقيقة ولا يحنث بشم الفاكهة وجها واحداً لأنها لاتسمى ريحاناً حقيقة ولا عرفاً ومن هذا لو حلف لايشم ورداً ولا بنفسجاً فشم دهن البنفسج وماء الورد فقال القاضي لايحنث ، وهو مذهب الشافعي لأنه لم يشم ورداً ولا بنفسجاً .

(١) سورة هود الآية ٦ (٢) سورة الأنفال الآية ٥٥

وقال أبو الخطاب : يحنث لأن الشم إنما هو للرائحة دون الذات ورائحة الورد والبنفسج موجودة فيهما وقال أبو حنيفة يحنث بشم دهن البنفسج لأنه يسمى بنفسجاً ولا يحنث بشم ماء الورد لأنه لا يسمى ورداً والأول الأقرب إلى الصحة إن شاء الله وإن شم الورد والبنفسج اليابس حنث وقال بعض أصحاب الشافعى لا يحنث كما لو حلف أن يأكل رطباً فأكل تمراً .

ولنا : أن حقيقته باقية فحنث به كما لو حلف لا يأكل لحماً فأكل قديداً وفارق ماذكروه فان التمر ليس رطباً وإن حلف لا يأكل شواء حنث بأكل اللحم المشوى دون غيره من البيض المشوى وما عداه وبه قال أصحاب الرأى وقال أبو يوسف وابن المنذر يحنث بأكل كل مايشوى لأنه شواء .

ولنا : أن هذا لا يسمى شواء فلم يحنث بأكله كالمطبوخ وقولهم هو شواء فى الحقيقة قلنا لـكنه لا يسمى شواء فى العرف والظاهر أنه إنما يريد المسمى شواء فى عرفهم ، وإن حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو حماماً فانه يحنث نص عليه أحمد ويحتمل أن لا يحنث وهو قول أكثر الفقهاء لأنه لا يسمى بيتاً فى العرف فأشبه ماقبله من الأنواع . والأول المذهب لأنهما بيتان حقيقة وقد سمى الله المساجد بيوتاً فقال « فِى بُيوتٍ أَذِنَ اللهُ أن تُرفَعَ »[1]. وقال : «إِنَّ أَوَّلَ بَيْتٍ وُضِعَ لِلنَّاسِ لَلذِى بِبَكَّةَ مُبَارَكاً»[2] وروى فى حديث « المسجد[3] بيت كل تقى » .

وروى فى خبر : « بئس البيت[4] الحمام » وإذا كان بيتاً فى الحقيقة ويسميه الشارع بيتاً حنث بدخوله كبيت الإنسان ولا يسلم أنه من الأنواع فإن هذا يسمى بيتاً فى العرف بخلاف الذى قبله وإن دخل بيتاً من شعر أو غيره حنث سواء كان الحالف حضرياً أو بدوياً فإن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفاً قال الله تعالى: (وَاللهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَناً وَجَعَلَ مِنْ جُلُودِ الأَنْعَامِ بُيُوتاً تَسْتَخِفُّونَهَا يَوْمَ ظَعْنِكُمْ)[5] فأما مالا يسمى فى العرف بيتاً كالخيمة فالأولى أن لا يحنث بدخوله من لا يسميه بيتاً لأن يمينه لاتنصرف إليه . فإن دخل دهليز دار أو صفتها لم يحنث وهو قول بعض أصحاب الشافعى وقال أبو حنيفة يحنث لأن جميع الدار بيت .

---

(١) سورة النور الآية ٣٦ (٢) سورة آل عمران آية ٩٦

(٣) أخرجه الطبرانى فى الكبير والأوسط والبزار عن أبى الدرداء وقال إسناده حسن وبقيته (وتكفل الله لمن كان المسجد بيته بالروح والرحمة والجواز على الصراط إلى رضوان الله إلى الجنة) (ف)

(٤) (بئس البيت الحمام بيت لا يستر وماء لا يطهر) أخرجه البيهقى عن عائشة وروى (بئس البيت الحمام ترفع فيه الأصوات وتكشف فيه العورات) أخرجه ابن عدى عن ابن عباس (ف)

(٥) سورة النحل آية ٨٠

ولنا : أنه لايسمى بيتاً ولهذا يقال مادخلت البيت إنما وقفت في الصحن ، وإن حلف لايركب فركب سفينة فقال أبو الخطاب يحنث لأنه ركوب قال الله تعالى : (ارْكَبُوا فِيهَا بِسْمِ اللهِ مَجْرِيهَا[1]) وقال : (فَإِذَا رَكِبُوا فِي الْفُلْكِ[2]) .

الضرب الثالث : أن يكون الاسم المحلوف عليه عاماً لكن أضاف إليه فعلا لم تجر العادة به إلا في بعضه أو اشتهر في البعض دون البعض مثل أن يحلف أن لا يأكل رأساً فإنه يحنث بأكل رأس كل حيوان من النعم والصيود والطيور والحيتان والجراد ذكره القاضي . وقال أبو الخطاب لا يحنث إلا بأكل رأس جرت العادة ببيعه للأكل منفرداً وقال الشافعي : لايحنث إلا بأكل رءوس بهيمة الأنعام دون غيرها إلا أن يكون في بلد تكثر فيه الصيود وتميز رءوسها فيحنث بأكلها . وقال أبوحنيفة : لايحنث بأكل رءوس الإبل لأن العادة لم تجر ببيعها مفردة وقال صاحباه لايحنث إلا بأكل رءوس الغنم لأنها التي تباع في الأسواق دون غيرها فيمينه تنصرف إليها .

ووجه الأول : أن هذه رءوس حقيقة وعرفا مأكولة فحنث بأكلها كما لو حلف لايأكل لحماً فأكل من لحم النعام والزرافة وما يندر وجوده وبيعه ومن ذلك إذا حلف لايأكل بيضاً حنث بأكل بيض كل حيوان سواء كثر وجوده كبيض الدجاج أو أقل وجوده كبيض النعام ، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي لايحنث بأكل بيض النعام وقال أبوثور لايحنث إلا بأكل بيض الدجاج وما يباع في السوق .

ولنا : أن هذا كله بيض حقيقة وعرفاً وهو مأكول فيحنث بأكله كبيض الدجاج ولأنه لو حلف لايشرب ماء فشرب ماء البحر أو ماء نجساً أو لايأكل خبزاً فأكل خبز الأرز أو الذرة في مكان لايعتاد أكله فيه حنث ، فأما إن أكل بيض السمك أو الجراد فقال القاضي يحنث لأنه بيض حيوان أشبه بيض النعام .

وقال أبو الخطاب : لايحنث إلا بأكل بيض يزايل بائضه في الحياة وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وأكثر العلماء وهو الصحيح لأن هذا لايفهم من إطلاق اسم البيض ولايذكر إلا مضافاً إلى بائضه ولايحنث إلا بأكل شيء يسمى بيضاً غير بيض الحيوان ولا بأكل شيء يسمى رأساً غير رءوس الحيوان لأن ذلك ليس برأس ولابيض في الحقيقة والله أعلم .

٨١٦٢ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإن حلف ألا يأكل سويقاً فشربه أولا يشربه فأكله حنث إلا أن تكون له نية) .

وجملته : أن من حلف لايأكل شيئاً فشربه أو لايشربه فأكله فقد نقل عن أحمد مايدل على روايتين.

---

(١) سورة هود الآية ٤١ (٢) سورة العنكبوت الآية ٦٥

إحداهما : يحنث لأن اليمين على ترك أكل شيء أو شربه يقصد بها فى العرف اجتناب ذلك الشيء فحملت اليمين إليه إلا أن ينوى ألا ترى أن قوله تعالى : « وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ[1] — و — إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً[2] » . لم يرد به الأكل على الخصوص ؟ ولو قال طبيب لمريض لاتأكل العسل لكان ناهياً له عن شربه .

والثانية: لايحنث وهذا مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، ولأن الأفعال أنواع كالأعيان ، ولو حلف على نوع من الأعيان لم يحنث بغيره وكذلك الأفعال . وقال القاضى : إنما الروايتان فيمن عين المحلوف عليه مثل من حلف لا أكلت هذا السويق فشربه أو لايشربه فأكله أما إذا أطلق فقال لا أكلت سويقاً فشربه لا يحنث رواية واحدة لا يختلف المذهب فيه وهذا مخالف لإطلاق الخرقى وليس للتعيين أثر الحنث وعدمه فإن الحنث فى اليمين إنما هو لتناوله ما حلف عليه وإجراء معنى الأكل والشرب على التناول العام فيهما وهذا لا فرق فيه بين التعيين وعدمه وعدم الحنث يتعلل بأنه لم يفعل الفعل الذى حلف على تركه وإنما فعل غيره وهذا فى المعين كهو فى المطلق فإذاكان فى المعين روايتان كانتا فى المطلق لعدم الفارق بينهما ولأن الرواية فى الحنث أخذت من كلام الخرقى وليس فيه تعيين ، ورواية عدم الحنث أخذت من رواية مهنا عن أحمد فيمن حلف لا يشرب هذا النبيذ فأكله لا يحنث لأنه لا يسمى شربا وهذا فى المعين فإن عديت كل رواية إلى محل الأخرى وجب أن يكون فى الجميع روايتان ، وإن قصرت كل رواية على محلها كان الأمر على خلاف ما قال القاضى وهو أن يحنث فى المطلق ولا يحنث فى المعين فأما إن حلف ليأكلن شيئاً فشربه أو ليشربنه فأكله فيخرج فيه وجهان بناء على الروايتين فى الحنث . إذا حلف على الترك ، ومتى تقيدت يمينه بنية أو سبب يدل عليها كانت يمينه على ما نواه ، أو دل عليه السبب لأن مبنى الأيمان على النية .

٨١٦٣ (فصــــل)

وإن حلف لا يشرب شيئاً فمصه ورمى به فقد روى عن أحمد فيمن حلف لا يشرب فمص قصب السكر لا يحنث وقال ابن أبى موسى إذا حلف لا يأكل ولا يشرب فمص قصب السكر لا يحنث وهذا قول أصحاب الرأى فإنهم قالوا : إذا حلف لا يشرب فمص حب رمان ورمى بالثفــــل لا يحنث ، لأن ذلك ليس بأكل ولا شرب ، ويجىء على قول الخرقى أنه يحنث لأنه قد تناوله ووصل إلى بطنه وحلقه فإنه يحنث على ما قلنا فيمن حلف لا يأكل شيئاً فشربه أو لا يشربه فأكله ، وإن حلف لا يأكل سكراً فتركه فى فيه حتى ذاب فابتلعه ، خرج على الروايتين ، وإن حلف لا يطعم شيئاً حنث بالأكل والشرب والمص ، لأن ذلك كله طعم ، قال الله تعالى فى النهر (وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ[3]) وإن حلف لايأكله أولا يشربه

---

(١) سورة النساء آية ٢ (٢) سورة النساء آية ١٠ (٣) سورة البقرة الآية ٢٤٩ .

فذاقه لم يحنث فى قولهم جميعاً ، لأنه ليس بأكل ولا شرب ، ولذلك لم يفطر به الصائم ، وإن حلف لايذوقه فأكله أو شربه أو مصه حنث لأنه ذوق وزيادة ، وإن مضغه ورمى به حنث لأنه قد ذاقه .

٨١٦٤ (فصـــل)

وإن حلف ليأكلن أكلة بالفتح لم يبر حتى يأكل ما يعده الناس أكلة وهى المرة من الأكل والا كْلَة بالضم اللقمة ومنه : « فليناوله[1] فى يده أكلة أو أكلتين » .

٨١٦٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ومن حلف بالطلاق ألا يأكل تمرة فوقعت فى تمر فأكل منه واحدة منع من وطء زوجته حتى يعلم أنها ليست التى وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله ﴾

وجملته : أن حالف هذه اليمين لا يخلو من أحوال ثلاثة :

أحدها : أن يتحقق أكل التمرة المحلوف عليها . فإما أن يعرفها بعينها أو بصفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذى وقعت فيه كله فهذا يحنث بلا خلاف بين أهل العلم ، وبه يقول الشافعى ، وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى ، لأنه أكل التمرة المحلوف عليها .

الثـانى : أن يتحقق أنه لم يأكلها إما بأن لا يأكل من التمر شيئاً أو أكل شيئاً يعلم أنه غيرها فلا يحنث أيضاً بلا خلاف ، ولا يلزمه اجتناب زوجته .

الثالث : أكل من التمر شيئاً إما واحدة أو أكثر إلى أن لايبقى منه إلا واحدة ولم يدر هل أكلها أم لا ؟ فهذه مسألة الخرقى فلا يتحقق حنثه ، لأن الباقية يحتمل أنها المحلوف عليها ، ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك ، وهذ قول الشافعى وأصحاب الرأى . فعلى هـذا يكون حكم الزوجية باقياً فى لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها إلا الوطء . فإن الخرقى قال : يمنع وطأها لأنه شاك فى حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية . وذكر أبو الخطاب : أنها باقية على الحل وهو مذهب الشافعى لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك كسائر أحكام النكاح ولأن النكاح باق حكماً فأثبت الحل كما لو شك هـل طلق أم لا ؟ وإن كانت يمينه ليأكلن هذه التمرة فلا يتحقق بره حتى يتحقق أنه أكلها .

٨١٦٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف أن يضربه عشرة أسواط فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر فى يمينه ﴾

---

(١) الحديث نصه (إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه قد كفاه علاجه ودخانه فليجلسه معه فإن لم يجلسه معه فليناوله أكلة أو أكلتين) أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه عن أبى هريرة (ف)

وبهـــذا قال مالك وأصحاب الرأى ، وقال ابن حامد : يبر لأن أحمد قال فى المريض عليه الحد يضرب بعثكال النخل فيسقط عنه الحد وبهذا قال الشافعى إذا علم أنها مسته كلها ، وإن علم أنها لم تمسه كلها لم يبر وإن شك لا يحنث فى الحكم لأن الله تعالى قال : « وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلاَ تَحْنَثْ »[1] وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى المريض الذى زنى « خذوا له[2] عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة » ولأنه ضربه بعشرة أسواط فبر فى يمينه كما لو فرق الضرب .

ولنا : أن معنى يمينه أن يضربه عشر ضربات ولم يضربه إلا ضربة واحدة فلم يبر كما لو حلف ليضربنه عشر مرات بسوط والدليل على هذا أنه لو ضربه عشر ضربات بسوط واحد بر فى يمينه بغير خلاف . ولو عاد العدد إلى السوط لم يبر بالضرب بسوط واحد كما لو حلف ليضربنه بعشرة أسواط ولأن السوط ههنا آلة أقيمت مقام المصدر فانتصب انتصابه فمعنى كلامه لأضربنه عشر ضربات بسوط وهذا هو المفهوم من يمينه والذى يقتضيه لغة فلا يبر بما يخالف ذلك وأما أيوب عليه السلام فإن الله تعالى أرخص له رفقاً بامرأته لبرها به وإحسانها إليه ليجمع له بين بره فى يمينه ورفقه بامرأته ولذلك امتن عليه بهذا وذكره فى جملة ما من عليه به من معافاته إياه من بلائه وإخراج الماء له فيختص هذا به كاختصاصه بما ذكر معه ولو كان هذا الحكم عاماً لكل واحد لما اختص أيوب بالمنة عليه . وكذلك المريض الذى يخاف تلفه أرخص له بذلك فى الحد دون غيره وإذا لم يتعد هذا الحكمُ فى الحد الذى ورد النص به فيه فَلأَن لا يتعداه إلى اليمين أولى ولو خص بالبر من له عذر يبيح العدول فى الحد إلى الضرب بالعثكال لكان له وجه . وأما تعديته إلى غيره فبعيدة جداً . ولو حلف أن يضربه بعشرة أسواط فجمعها فضربه بها بر لأنه قد فعل ما حلف عليـــه وإن حلف ليضربنه عشر مرات لم يبر بضربه بعشرة أسواط دفعة واحدة بغير خلاف . لأنه لم يفعل ما تناولته يمينه وإن حلف ليضربنه عشر ضربات فكذلك إلا وجهاً لأصحاب الشافعى . أنه يبر وليس بصحيح لأن هذه ضربة واحدة بأسواط ولهذا يصح أن يقال ما ضربته إلا ضربة واحدة ولو حلف لا يضربه أكثر من ضربة واحدة ففعل هذا لم يحنث فى يمينه .

٨١٦٧ (فصـــــل)

ولا يبر حتى يضربه ضرباً يؤلمه . وبهذا قال مالك وقال الشافعى يبر بما لا يؤلم لأنه يتناوله الاسم فوقع البر به كالمؤلم .

---

(١) سورة ص آية ٤٤ (٢) أخرجه أحمد وابن ماجه عن أبى أمامة بن سهل عن سعيد بن سعد بن عبادة أنظر سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٢١ (ف)

ولنسا : أن هذا يقصد به فى العرف التأليم فلا يبر بغيره . وكذلك كل موضع وجب الضرب فى الشرع فى حد أو تعزير كان من شرطه التأليم كذا هنا .

٨١٦٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو حلف ألا يكلمه فكتب إليه أو أرســـل إليه رسولا حنث إلا أن يكون أراد أن لا يشافهه ﴾

أكثر أصحابنا على هذا وهو مذهب مالك والشافعى ، وقد روى الأثرم وغيره عن أحمد : فى رجل حلف ألا يكلم رجلا فكتب إليه كتاباً قال وأى شىء كان سبب ذلك ؟ إنما ينظر إلى سبب يمينه . ولم حلف ؟ إن الكتاب قد يجرى مجرى الكلام والكتاب قد يكون بمنزلة الكلام فى بعض الحالات وهذا يدل على أنه لا يحنث بالكتاب إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضى هجرانه وترك صلته ، وإن لم يكن كذلك لم يحنث بكتاب ولا رسول لأن ذلك ليس بتكلم فى الحقيقة وهـــذا يصح نفيه فيقال ما كلمته وإنما كاتبته أو راسلته ، ولذلك قال الله تعالى : « تِلْكَ الرُّسُلُ فَضَّلْنَا بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ مِنْهُمْ مَنْ كَلَّمَ اللهُ »[1] وقال : « يَا مُوسَى إِنِّي اصْطَفَيْتُكَ عَلَى النَّاسِ بِرِسَالَاتِي وَبِكَلَامِي »[2] وقال : « وَكَلَّمَ اللهُ مُوسَى تَكْلِيماً »[3] . ولو كانت الرسالة تكليما لشارك موسى غيره من الرسل ولم يختص بكونه كليم الله ونجيه ، وقد قال أحمد : حين مات بشر الحافى لقد كان فيه أنس وما كلمته قط وقد كانت بينهما مراسلة ، وممن قال لا يحنث بهذا الثورى وأبو حنيفة وابن المنذر والشافعى فى الجديد واحتج أصحابنا بقوله تعالى : « وَمَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولاً فَيُوحِيَ »[4] فاستثنى الرسول من التكلم ، والأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه . ولأنه وضع لإفهام الآدميين أشبه الخطاب ، والصحيح أن هذا ليس بتكلم وهـذا الإستثناء من غير الجنس كما قال فى الآية الأخرى : « آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا »[5] والرمز ليس بتكلم لكن إن نوى ترك مواصلته أو كان سبب يمينه يقتضى هجرانه حنث لذلك ، ولذلك قال أحمـد : إن الكتاب يجرى مجرى الكلام وقد يكون بمنزلة الكلام فلم يجعله كلاماً إنما قال هو بمنزلته فى بعض الحالات إذا كان السبب يقتضى ذلك ، وإذا أطلق احتمل أن لا يحنث لأنه لم يكلمه . واحتمل أن يحنث لأن الغالب من الحالف هذه اليمين قصد ترك المواصلة فتعلق يمينه بما يراد الغالب كقولنا فى المسألة قبلها والله أعلم .

٨١٦٩ (فصـــل)

وإن أشار إليه ففيه وجهان : قال القاضى يحنث لأنه فى معنى المكاتبة والمراسلة فى الإفهام .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٥٣ (٢) سورة الأعراف آية ١٤٤ (٣) سورة النساء آية ١٦٤
(٤) سورة الشورى آية ٥١ (٥) سورة آل عمران آية ٤١

والثاني : لا يحنث ذكره أبو الخطاب لأنه ليس بكلام قال الله تعالى لمريم عليها السلام :(فَقُولِي إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنْسِيًّا — إلى قوله : فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ)[1] وقال في زكريا : (آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا ، إلى قوله : فَخَرَجَ عَلَىٰ قَوْمِهِ مِنَ الْمِحْرَابِ فَأَوْحَىٰ إِلَيْهِمْ أَنْ سَبِّحُوا بُكْرَةً وَعَشِيًّا)[2] ولأن الكلام حروف وأصوات ولا يوجد في الإشارة . ولأن الكلام شيء مسموع وتبطل به الصلاة قال النبي صلى الله عليه وسلم «إن[3] صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس » والإشارة بخلاف هذا فإن قيل فقد قال الله تعالى (آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا) قلنا هذا استثناء من غير الجنس بدليل ما ذكرنا وصحة نفيه عنه فيقال ما كلمه وإنما أشار إليه .

٨١٧٠ (فصـــل)

فإن كلم غير المحلوف عليه يقصد إسماع المحلوف عليه فقال أحمد ، يحنث لأنه قد أراد تكليمه وقد روينا عن أبي بكرة نفيع بن الحارث أنه كان قد حلف أن لا يكلم أخاه زيداً . فلما أراد زياد الحج جاء أبو بكرة إلى قصر زياد فدخل فأخذ بنياً لزياد صغيراً في حجره ثم قال : يابن أخي إن أباك يريد الحج ولعله يمر بالمدينة فيدخل على أم حبيبة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا النسب الذي ادعاه وهو يعلم أنه ليس بصحيح ، وأن هذا لا يحل له ثم قام فخرج وهذا يدل على أنه لم يعتقد ذلك تكليما له ووجه الأول أنه أسمعه كلامه قاصداً لإسماعه وإفهامه فأشبه ما لو خاطبه . وقال الشاعر[4] :

إياك أعني فاسمعي ياجارة

---

(١) سورة مريم آية ٢٦ ، ٢٨ (٢) سورة مريم آية ١٠ ، ١١

(٣) الحديث عن معاوية بن الحكم السلمي قال : بينا أنا أصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا عطس رجل من القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم فقلت : واثكل أماه ماشأنكم تنظرون إلى فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم فلما رأيتهم يصمتونني سكت فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فبأبي هو وأمي ما رأيت معلماً قبله ولا بعده أحسن تعليما منه فوالله ما كهرني ولا ضربني ولا شتمني . قال : إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ، إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن» أخرجه مسلم ج١ ص٣٨١ (ف)

(٤) أول من قال ذلك سهل بن مالك الفزاري قصد حارثة بن لام فلم يجده ووجد أخته فأكرمته وكانت جميلة فأنشد وهي تسمع كلامه :

يا أخت خير البدو والحضارة كيف ترين في فتى فزارة
أصبح يهوى حرة معطارة إياك أعني واسمعي يا جارة

وقيل إنها ردت عليه :

إني أقول يا فتى فزارة لا أبتغي الزوج ولا الدعارة

٨١٧١ (فصل)

فإن ناداه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث نص عليه أحمد : فإنه سئل عن رجل حلف أن لا يكلم فلاناً فناداه والمحلوف عليه لايسمع قال يحنث . لأنه قد أراد تكليمه وهذا لكون ذلك يسمى تكليماً يقال : كلمته فلم يسمع ، وإن كان ميتاً أو غائباً أو مغمى عليه أو أصم لايعلم بتكليمه إياه لم يحنث وبهذا قال الشافعي ، وحكى عن أبي بكر أنه يحنث بنداء الميت لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلمهم وناداهم وقال : « ما أنتم بأسمع[1] لما أقول منهم » .

ولنا : قوله تعالى: (وَمَا أَنتَ بِمُسْمِعٍ مَنْ فِي الْقُبُورِ) ولأنه قد بطلت حواسه وذهبت نفسه فكان أبعد من السماع من الغائب البعيد لبقاء الحواس فى حقه ، وإنما كان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كرامة له وأمراً اختص به فلا يقاس عليه غيره .

٨١٧٢ (فصل)

وإن سلم على المحلوف عليه حنث لأن السلام كلام تبطل الصلاة به ، وإن سلم على جماعة هو فيهم أو كلمهم فإن قصد المحلوف عليه مع الجماعة حنث لأنه كلمه ، وإن قصدهم دونه لم يحنث . قال القاضى : لايحنث رواية واحدة . وهو مذهب الشافعى لأن اللفظ العام يحتمل التخصيص . فإذا نواه به فهو على ما نواه ، وإن أطلق حنث . وبه قال الحسن وأبو عبيد ومالك وأبو حنيفة . لأنه مكلم لجميعهم لأن مقتضى اللفظ العموم فيحمل على مقتضاه عند الإطلاق وقال القاضى : فيه روايتان وللشافعي قولان :

أحدهما : لا يحنث لأن العام يصلح للخصوص فلا يحنث بالاحتمال والأول أولى لأن هذا الاحتمال مرجوح فيتعين العمل بالراجح كما احتمل اللفظ المجاز الذى ليس بمشتهر فإنه لا يمنع حمله على الحقيقة عند إطلاقه فإن لم يعلم أن المحلوف عليه فيهم ففيه روايتان .

إحداهما : لا يحنث لأنه لم يرده فأشبه ما لو استثناه .

والثانية : يحنث لأنه قد أرادهم بسلامه وهو منهم وهذا بمنزلة الناسى . وإن كان وحده فسلم عليه ولا يعرفه فقال أحمد . يحنث ويحتمل أن لا يحنث بناء على الناسى والجاهل .

ولا فراق أهل هذى الحارة فارحل إلى أهلك باستخارة

انظر مجمع الأمثال جـ ١ ص ٥٠ (ف) .

(١) أخرجه مسلم عن أنس بن مالك عن عمر جـ ٤ ص ٢٢٠٣ (ف) (٢) سورة فاطر آية ٢٢

٨١٧٣ (فصـــــل)

فإن حلف لا يكلمه ثم وصل يمينه بكلامه مثل أن قال فتحقق ذلك أو فاذهب فقال أصحابنا : يحنث وقال أصحاب أبى حنيفة لا يحنث بالقليل لأن هذا تمام الكلام الأول والذى يقضيه يمينه أن لا يكلمه كلاماً مستأنفاً واحتج أصحابنا بأن هذا القليل : كلام منه له حقيقة وقد وجد بعد يمينه فيحنث به كما لوفصله ولأن ما يحنث به إذا فصله يحنث به إذا وصله كالكثير وقولهم إن اليمين يقتضى خطابا مستأنفاً قلنا وهذا الخطاب مستأنف غير الأول بدليل أنه لو قطعه حنث به وقياس المذهب أنه لا يحنث . لأن قرينة صلته هذا الكلام بيمينه تدل على إرادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل فلا يحنث به كما لو وجدت النية حقيقة وإن نوى كلاماً غير هذا لم يحنث بهذا فى المذهبين .

٨١٧٤ (فصـــــل)

وإن صلى بالمحلوف عليه إماماً ثم سلم من الصلاة لم يحنث نص عليه أحمد : وبه قال أبو حنيفة وقال أصحاب الشافعى : يحنث لأنه شرع له أن ينوى السلام على الحاضرين .

ولنا أنه قول مشروع فى الصلاة فلم يحنث به كتكبيرها وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة فى السلام وإن ارتج عليه فى الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحنث لأن ذلك كلام الله وليس بكلام الآدميين .

٨١٧٥ (فصـــــل)

وإن حلف لا يتكلم فقرأ لم يحنث وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة إن قرأ فى الصلاة لم يحنث وإن قرأ خارجا منها حنث لأنه يتكلم بكلام الله ، وإن ذكر الله تعالى لم يحنث ومقتضى مذهب أبى حنيفة أنه يحنث لأنه كلام قال الله تعالى « وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى »(١) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « أفضل(٢) الكلام أربع سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر » وقال « كلمتان(٣) خفيفتان على اللسان ثقيلتان فى الميزان حبيبتان إلى الرحمن سبحان الله وبحمده وسبحان الله العظيم » .

ولنا : أن الكلام فى العرف لا يطلق إلا على كلام الآدميين ولهذا لما قال النبى صلى الله عليه وسلم : « إن(٤) الله يحدث من أمره ما يشاء ، وإنه قد أحدث أن لا تكلموا فى الصلاة » لم يتناول المختلف فيه

---

(١) سورة الفتح آية ٢٦

(٢) أخرجه أحمد عن رجل وليس فيه (اربع) كما فى الفتح الكبير ج١ ص٢١٢ (ف)

(٣) أخرجه أحمد والشيخان والترمذى وابن ماجه عن أبى هريرة (ف)

(٤) أخرجه أحمد والنسائى وأبو داود وابن حبان فى صحيحه عن ابن مسعود (ف)

وقال زيد[1] بن أرقم كنا نتكلم فى الصلاة حتى نزلت « وَقُومُوا لِلهِ قَانِتِين »[2] فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وقال الله تعالى « آيَتُكَ أَنْ لاَ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزاً وَاذْكُرْ رَبَّكَ كَثِيراً وَسَبِّحْ بِالْعَشِيِّ وَالإِبْكَارِ »[3] فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه . ولأن مالا يحنث به فى الصلاة لا يحنث به خارجا منها كالإشارة وما ذكروه يبطل بالقراءة والتسبيح فى الصلاة وذكر الله المشروع فيها وإن استأذن عليه إنسان فقال « ادْخُلُوهَا بِسَلاَمٍ آمِنِينَ »[4] يقصد القرآن لم يحنث وإلا حنث .

٨١٧٦ (فصــل)

وإن حلف لايتكلم ثلاث ليـال أو ثلاثة أيام لم يكن له أن يتكلم فى الأيام التى بين الليالى ولا فى الليالى التى بين الأيام إلا أن ينوى لأن الله تعالى قال : « آيَتُكَ أَنْ لاَ تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ إِلاَّ رَمْزاً »[5] وفى موضع آخر « ثَلاَثَ لَيَالٍ سَوِيًّا »[6] فكان كل واحد من اللفظين عبارة عن الزمانين جميعاً وقال الله تعالى : « وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلاَثِينَ لَيْلَةً وَأَتْمَمْنَاهَا بِعَشْرٍ »[7] فدخل فيه الليل والنهار .

٨١٧٧ (فصــل)

ومن حلف أن لايتكفل بمال فتكفل ببدن إنسان فقال أصحابنا يحنث لأن المـال يلزمه بكفالته إذا تعذر تسليم المكفول به والقياس أنه لايحنث لأنه لم يكفل بمال وإنما يلزمه المـال بتعذر إحضار المكفول به وأما قبل ذلك فلا يلزمه ولأن هذا لايسمى كفالة بالمـال ولا يصح[8] نفيها عنه فيقال ماتكفل بمال وإنما تكفل بالبدن وهذا مذهب أبى حنيفة والشافعى .

٨١٧٨ (فصــل)

وإن حلف لايستخدم عبداً فخدمه وهو ساكت لم يأمره ولم ينهه فقال القاضى إن كان عبده حنث وإن كان عبد غيره لم يحنث وهذا قول أبى حنيفة لأن عبده يخدمه عبادة بحكم استحقاقه ذلك عليه فيكون معنى يمينه لامنعتك خدمتى فإذا لم ينهه لم يمنعه فيحنث وعبد غيره بخلافه وقال أبو الخطاب يحنث فى الحالين

---

(١) حديث زيد بن أرقم قال : كنا نتكلم فى الصلاة يكلم الرجل منا صاحبه وهو إلى جنبه فى الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام » رواه الشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى وأحمد عن زيد (ف) (٢) سورة البقرة آية ٢٣٨ (٣) سورة آل عمران آية ٤١

(٤) سورة الحجر آية ٤٦ (٥) سورة آل عمران آية ٤١ (٦) سورة مريم آية ١٠

(٧) سورة الأعراف الآية ١٤٢

(٨) فى نسخ المغنى (ولا يصح) والصواب (ويصح) كما فى الشرح الكبير ج١١ ص ٣٠٠

لأن إقراره على الخدمة استخدام ولهذا يقال فلان يستخدم عبده إذا خدمه وإن لم يأمره ولأن ماحنث به في عبده حنث به في غيره كسائر الأشياء وقال الشافعي لا يحنث في الحالين لأنه حلف على فعل نفسه ولا يحنث بفعل غيره كسائر الأفعال .

٨١٧٩ (فصـــــل)

وإذا حلف رجل بالله لايفعل شيئاً فقال له آخر يميني في يمينك لم يلزمه شيء لأن يمين الأول ليست ظرفاً ليمين الثاني وإن نوى أنه يلزمني من اليمين مايلزمك لم يلزمه حكمها قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لأن اليمين بالله لاتنعقد بالكناية لأن تعلق الكفارة بها لحرمة اللفظ باسم الله المحترم أو صفة من صفاته ولا يوجد ذلك في الكناية وإن حلف بطلاق فقال آخر يميني في يمينك ينوى أنه يلزمني من اليمين مايلزمك انعقدت يمينه نص عليه أحمد وسئل عن رجل حلف بالطلاق لايكلم رجلا فقال رجل وأنا على مثل يمينك فقال عليه مثل ماقال الذى حلف لأن الكناية تدخل في الطلاق وكذلك يمين العتاق والظهار وإن لم ينو شيئا لم تنعقد يمينه لأن الكناية لا تعمل بغير نية وليس هذا بصريح وإن كان المقول له لم يحلف بعد وإنما أراد أنه يلزمه مايلزم الآخر من يمين يحلف بها فحلف المقول له لم تنعقد يمين القائل وإن كان في الطلاق والعتاق لأنه لابد أن يكون هناك ما يكنى عنه وليس ههنا ما يكنى عنه وذكر القاضي في موضع آخر فيمن قال أيمان البيعة تلزمني أنه إن عرفها ونوى جميع ما فيها انعقدت يمينه بجميع ما فيها وهذا خلاف ما قاله في هذه المسألة فيكون فيها وجهان .

٨١٨٠ (فصـــــل)

فإن قال أيمان البيعة تلزمني فقال أبو عبد الله بن بطة كنت عند أبي القاسم الخرقي وقد سأله رجل عن أيمان البيعة فقال لست أفتي فيها بشيء ولا رأيت أحداً من شيوخنا يفتي في هذه اليمين قال وكان أبي رحمه الله يعني أبا على يهاب الكلام فيها ثم قال أبو القاسم : إلا أن يلتزم الحالف بها جميع ما فيها من الأيمان فقال له السائل عرفها أو لم يعرفها ؟ فقال نعم وأيمان البيعة هي التي رتبها الحَجَّاجُ يستحلف بها عند البيعة والأمر المهم للسلطان وكانت البيعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين بالمصافحة فلما ولى الحجاج رتبها أيماناً تشتمل على اليمين بالله والطلاق والعتاق وصدقة المال فمن لم يعرفها لم تنعقد يمينه بشيء مما فيها لأن هذا ليس بصريح في القسم والكناية لا تصح إلا بالنية ومن لم يعرف شيئاً لا يصح أن ينويه وإن عرفها ولم ينو عقد اليمين بما فيها لم يصح أيضاً لما ذكرناه ومن عرفها ونوى اليمين بما فيها صح في الطلاق والعتاق لأن اليمين بها تنعقد بالكناية وما عدا ذلك من اليمين بالله وما عدا الطلاق والعتاق فقال القاضي

ههنا تنعقد يمينه أيضاً لأنها يمين فتنعقد بالكناية المنوية كيمين الطلاق والعتاق ، وقال فى موضع آخر لا تنعقد اليمين بالله بالكناية وهو مذهب الشافعى لأن الكفارة وجبت فيها من اسم الله العظيم المحترم ولا يوجد ذلك فى الكناية والله أعلم .

تم الجزء التاسع بحمد الله ويليه إن شاء الله الجزء العاشر . وأوله :

كتاب النذور

كتاب النـــذور

الأصل فى النذر الـكتاب والسنة والإجماع .

أما الـكتاب : فقول الله تعالى : (يُوفُونَ بالنَّذْرِ[1]) وقال (وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ[2]) .

وأما السنة: فروت عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » .

وعن عمران بن حصين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « خيركم قرنى ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يجىء قوم ينـذرون ولا يفون ، ويخونون ولا يؤتمنون ، ويشهدون ولا يُستشهدون ، ويظهر فيه السِّمن » رواهما البخارى .

وأجمع المسلمون على صحة النذر فى الجملة ، ولزوم الوفاء به .

٨١٨١ (فصـــــل)

ولا يستحب . لأن ابن عمر روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن النذر وأنه قال : « لا يأتى بخير ، وإنما يُستخرج به من البخيل » متفق عليه ، وهذا نهى كراهة لا نهى تحريم ، لأنه لو كان حراماً لما مدح الموفين به ، لأن ذنبهم فى ارتـكاب المحرم أشد من طاعتهم فى وفائه ، ولأن النذر لو كان مستحباً لفعله النبى صلى الله عليه وسلم وأفاضل أصحابه .

٨١٨٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومن نذر أن يطيع الله عز وجل ، لزمه الوفاء به ، ومن نذر أن يعصيه لم يعصه ، وكفّر كفارة يمين ﴾ .

ونذر الطاعة: الصلاة والصيام والحج والعمرة والعتق والصدقة والاعتكاف والجهاد وما فى هذه المعانى ، سواء نذره مطلقاً بأن يقول : لله علىَّ أن أفعل كذا وكذا ، أو علّقه بصفة مثل قـوله : إن شفانى الله من علتى ، أو شفى فلاناً ، أو سلم مالى الغائب ، أو ما كان فى هذا المعنى ، فأدرك ما أمل بلوغه من ذلك ، فعليه الوفاء به .

---

(١) سورة الإنسان آية ٧ . (٢) سورة الحج آية ٢٩ .

ونذر المعصية أن يقول: لله علىّ أن أشرب الخمر ، أو أقتل النفس المحرمة، وما أشبهه ، فلا يفعل ذلك ، ويكفِّر كفارة يمين .

وإذا قال : لله علىّ أن أركب دابتى ، أو أسكن دارى، أو ألبس أحسن ثيابى،وما أشبهه،لم يكن هذا نذر طاعة ولا معصية ، فإن لم يفعله كفَّر كفارة يمين ، لأن النذر كاليمين .

وإذا نذر أن يطلق زوجته ، استحب له أن لا يطلقها، ويكفِّر كفارة يمين .

وجملته : أن النذر سبعة أقسام :

أحدها : نذر اللجاج والغضب ، وهو الذى يخرجه مخرج اليمين ، للحث على فعل شىء أو المنع منه ، غير قاصد به للنذر ولا القربة ، فهذا حكمه حكم اليمين ، وقد ذكرناه فى باب الأيمان .

القسم الثانى : نذر طاعة وتبرر ، مثل الذى ذكر الخرق ، فهـــذا يلزم الوفاء به للآيتين والخبرين، وهو ثلاثة أنواع :

أحدها : التزام طاعة فى مقابلة نعمة استجلبها ، أو نقمة استدفعها ، كقوله : إن شفانى الله فلله علىّ صوم شهر ، فتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل فى الوجوب بالشرع ، كالصوم والصلاة والصدقة والحج ، فهذا يلزم الوفاء به بإجماع أهل العلم .

النوع الثانى : التزام طاعة من غير شرط ، كقوله ابتداء : لله علىّ صوم شهر ، فيلزمه الوفاء به فى قول أكثر أهل العلم ، وهو قول أهل العراق ، وظاهر مذهب الشافعى ، وقال بعض أصحابه:لا يلزم الوفاء به ، لأن أبا عمر غلام ثعلب قال : النذر عند العرب وعد بشرط ، ولأن ما التزمه الآدمى بعوض يلزمه بالعقد كالمبيع والمستأجر ، وما التزمه بغير عوض لا يلزمه بمجرد العقد كالهبة .

النوع الثالث : نذر طاعة لا أصل لها فى الوجوب ، كالاعتكاف وعيادة المريض فيلزم الوفاء به[(١)] لأن النذر فرع على المشروع ، فلا يجب به ما لا يجب له نظير بأصل الشرع .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه »[(٢)] وذمه الذين ينـــذرون

---

(١) هنا سقط فى نسخ المغنى المطبوعة وتكلمته فى الشرح الكبير ج ١١ ص ٣٤٣ والأصل هكذا (فيلزم الوفاء به عند عامة أهل العلم.وحكى عن أبى حنيفة أنه لا يلزمه الوفاء به لأن النذر فرع على المشروع الخ) فقوله : (لأن النذر فرع على المشروع) تعليل لقول أبى حنيفة أنه لا يلزمه الوفاء به [وهو الذى سقط] وليس تعليلا للقول بلزومه ، وبذكر قول أبى حنيفة يستقيم المعنى (ف) .

(٢) أخرجه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن عائشة بلفظ « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » (ف).

ولا يوفون ، وقول الله تعالى : ﴿ وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ الصَّالِحِينَ * فَلَمَّا آتَاهُمْ مِنْ فَضْلِهِ بَخِلُوا بِهِ وَتَوَلَّوْا وَهُمْ مُعْرِضُونَ * فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمْ إِلَى يَوْمِ يَلْقَوْنَهُ بِمَا أَخْلَفُوا اللهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُوا يَكْذِبُونَ ﴾(1) .

وقد صح أن عمر قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إني نذرت أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « أوف بنذرك »(2) ، ولأنه ألزمَ نفسه قُربة على وجه التبرر ، فتلزمه كموضع الإجماع ، وكما لو ألزم نفسه أضحية أو أوجب هدياً ،وكالاعتكاف وكالعمرة فإنهم قد سلموها وليست واجبة عندهم ، وما ذكروه يبطل بهذين الأصلين .

وما حكوه عن أبي عمر لا يصح ، فإن العرب تسمى الملتزَم نذراً وإن لم يكن بشرط . قال جميل :

فليت رجالاً فيك قد نذروا دمى وهموا بقتلى يابثين لقونى(3)

والجعالة وعد بشرط وليست بنذر .

القسم الثالث : النذر المبهم ، وهو أن يقول لله علىّ نذر ، فهذا تجب به الكفارة في قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة ، وبه قال الحسن وعطاء وطاوس والقاسم وسالم والشعبي والنخعي وعكرمة وسعيد بن جبير ومالك والثوري ومحمد بن الحسن ، ولا أعلم فيه مخالفاً إلا الشافعي قال : لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه ، لأن من النذر مالا كفارة فيه .

ولنا ما روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كفارة النذر إذا لم يسمّه كفارة اليمين » رواه الترمذي وقال : هذا حديث حسن صحيح غريب ، ولأنه نص ، وهذا قول من سمينا من الصحابة والتابعين، ولا نعرف لهم في عصرهم مخالفاً، فيكون إجماعاً .

القسم الرابع : نذر المعصية ، فلا يحل الوفاء به إجماعاً ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ولأن معصية الله لا تحل في حال ، ويجب على الناذر كفارة يمين . روى نحو هذا عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعمران بن حصين وسمرة بن جندب ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه . وروى عن أحمد ما يدل على أنه لا كفارة عليه ، فإنه قال فيمن نذر ليهدمنّ دار غيره لبنة لبنة ، لا كفارة عليه ، وهذا في معناه . وروى هذا عن مسروق والشعبي ، وهو مذهب مالك والشافعي ، لقول

---

(1) سورة التوبة : ٧٥ — ٧٧ .

(2) حديث عمر أنه قال : يارسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام فقال : أوف بنذرك — أخرجه الشيخان عن ابن عمر (ف) .

(3) البيت في الأغاني ج ٨ ص ٩٩ « وبثين مرخم بثينة وكان جميل يهواها هوى عذرياً » (ف) .

رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر فى معصية الله، ولا فيما لا يملك العبد» رواه مسلم ، وقال « ليس على الرجل نذر فيما لا يمـلك » متفق عليه ، وقال « لا نذر إلا ما ابتغى به وجه الله » رواه أبو داود ، وقال « من نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ولم يأمر بـكفارة .

ولما نذرت المرأة التى كانت مع الـكفار فنجت على ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنحرها قالت يارسول الله إنى نذرت إن أنجانى الله عليها أن أنحرها ؟ قال « بئس ماجزيتها ، لا نذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك العبد» رواه مسلم ، ولم يأمرها بـكفارة. وقال لأبى إسرائيل حين نذر أن يقوم فى الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتـكلم « مروه فليتـكلم وليجلس وليستظل وليتم صومه» رواه البخارى[1] ولم يأمره بـكفارة ، لأن النذر التزام الطاعة وهذا التزام معصية ، ولأنه نذر غير منعقد فلم يوجب شيئاً كاليمين غير المنعقدة . ووجه الأول : ماروت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا نذر فى معصية، وكفارته كفارة يمين » رواه الإمام أحمـــد فى مسنده وأبو داود فى سننه ، وقال الترمذى : هو حديث غريب .

وعن أبى هريرة وعمران بن حصين عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله . روى الجوزجانى بإسناده عن عمران بن حصين قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : النذر نذران : فمـا كان من نذر فى طاعة الله فذلك لله وفيه الوفاء ، وما كان من نذر فى معصية الله فـلا وفاء فيه ويكفره ما يكفّر اليمين » وهذا نص ، ولأن النذر يمين بدليل ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « النذر حلفة »[2] وقال النبى صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لمـا نذرت المشى إلى بيت الله الحرام فلم تطقه « تـكفّر يمينها » صحيح أخرجه أبو داود ، وفى رواية «ولتصم ثلاثة أيام »[3] قال أحمد : إليه اذهب .

وقال ابن عباس فى التى نذرت ذبح ابنها : كفّرى يمينك . ولو حلف على فعل معصية لزمته الـكفارة ، فـكذلك إذا نذرها .

---

(١) لفظ البخارى ج ٨ ص ١٧٨ عن ابن عباس قال : بينما النبى صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم فسأل عنه فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتـكلم ويصوم ،فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « مره فليتـكلم وليستظل وليقعد وليتم صومه » ومنه يتبين سقوط كلمة (ويصوم) من (المغنى) (ف) .

(٢) روى الطبرانى عن عقبة بن عامر « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » (ف) .

(٣) روايات أبى داود فى الجزء الثانى ص ٢٠٩ ، ٢١٠ وملخصها أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية غير مختمرة فسأل أخوها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره أنها لا تطيق ذلك فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بأن تختمر وتركب وقال : (ولتـكفر عن يمينها) وفى رواية (ولتصم ثلاثة أيام) وفى رواية (وتهدى هدياً) وفى رواية (ولتهد بدنة) (ف) .

فأما أحاديثهم فمعناها لاوفاء بالنذر فى معصية الله ، وهذا لا خلاف فيه ، وقد جاء مصرحاً به هكذا فى رواية مسلم . ويدل على هذا أيضاً أن فى سياق الحديث « ولا يمين فى قطيعة رحم »(١) يعنى لا يبرّ فيها . ولو لم يبين الكفارة فى أحاديثهم فقد بينها فى أحاديثنا ، فإن فعل ما نذره من المعصية فلا كفارة عليه ، كما لو حلف ليفعلنّ معصية ففعلها ، ويحتمل أن تلزمه الكفارة حتماً ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم عيّن فيه الكفارة ، ونهى عن فعل المعصية .

القسم الخامس : المباح كلبس الثوب ، وركوب الدابة ، وطلاق المرأة على وجه مباح ، فهذا يتخير الناذر فيه بين فعله فيبرّ بذلك ، لما روى أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إنى نذرت أن أضرب على رأسك بالدُّفِّ ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أوفِ بنذركِ »(٢) رواه أبو داود ، ولأنه لو حلف على فعل مباح برّ بفعله ، فكذلك إذا نذره ، لأن النذر كاليمين ، وإن شاء تركه وعليه كفارة يمين ، ويتخرج أن لا كفارة فيه ، فإن أصحابنا قالوا فيمن نذر أن يعتكف أو يصلى فى مسجد معين : كان له أن يصلى ويعتكف فى غيره ولا كفارة ، ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأته الصدقة بثلثه بلا كفارة ، وهذا مثله . وقال مالك والشافعى : لا ينعقد نذره ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا نذر إلا فيما ابتغى به وجه الله »(٣) .

وقد روى ابن عباس قال : « بينا النبى صلى الله عليه وسلم يخطب إذا هو برجل قائم ، فسأل عنه ، فقالوا أبو إسرائيل نذر أن يقوم فى الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : مُروه فليستظل وليجلس وليتكلم وليتم صومه » رواه البخارى .

وعن أنس قال : « نذرت امرأة أن تمشى إلى بيت الله الحرام ، فسئل نبى الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : إن الله لغنىٌّ عن مشيها ، مُروها فلتركب » قال الترمذى : هذا حديث صحيح ، ولم يأمر بكفارة .

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين اثنين ، فسأل عنه ، فقالوا : نذر أن يحج ماشياً ، فقال : إن الله لغنىٌّ عن تعذيب هذا نفسه ، مُروه فليركب » متفق عليه . ولم يأمره بكفارة ، ولأنه نذر غير موجب لفعل ما نذره ، فلم يوجب كفارة كنذر المستحيل .

ولنا : ما تقدم فى القسم الذى قبله .

فأما حديث التى نذرت المشى فقد أمر فيه بالكفارة فى حديث آخر ، وروى عقبة بن عامر « أن أخته

---

(١) أخرجه أبو داود عن عمران بن حصين (ف) .

(٢) فى النسخ (أوف) بنذرك والصواب (أوفى) بياء المخاطبة كما فى سنن أبى داود ج٢ ص٢١٣ (ف) .

(٣) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٠٤ عن عبد الله بن عمرو بن العاص (ف) .

نذرت أن تمشى إلى بيت الله الحرام ، فسئل رسولُ الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : « مُروها فلتركب ولتكفِّر عن يمينها » صحيح أخرجه أبو داود ، وهذه زيادة يجب الأخذ بها ، ويجوز أن يكون الراوى للحديث روى البعض وترك البعض ، أو يكون النبى صلى الله عليه وسلم ترك ذكر الكفارة فى بعض الحديث إحالة على ما علم من حديثه فى موضع آخر .

ومن هذا القسم إذا نذر فعل مكروه كطلاق امرأته، فإنه مكروه بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم «أبغض الحلال إلى الله الطلاق »[1] فالمستحب أن لا يفى ويكفِّر ، فإن وفى بنذره فلا كفارة عليه ،والخلاف فيه كالذى قبله .

القسم السادس : نذر الواجب كالصلاة المكتوبة ، فقال أصحابنا : لا ينعقد نذره ، وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن النذر التزام ولا يصح التزام ما هو لازم له ، ويحتمل أن ينعقد نذره موجباً كفارة يمين إن تركه ، كما لو حلف على فعله ، فإن النذر كاليمين ، وقد سماه النبى صلى الله عليه وسلم يميناً ، وكذلك لو نذر معصية أو مباحاً لم يلزمه ويكفِّر إذا لم يفعله .

القسم السابع : نذر المستحيل كصوم أمس ، فهذا لا ينعقد ولا يوجب شيئاً ، لأنه لا يتصور انعقاده ولا الوفاء به ، ولو حلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر أولى . وعقد الباب فى صحيح المذهب أن النذر كاليمين، وموجبه موجبها ، إلا فى لزوم الوفاء به إذا كان قربة وأمكنه فعله . ودليل هذا الأصل قول النبى صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لما نذرت المشى فلم تطقه « ولتكفِّر يمينها » وفى رواية « فلتصم ثلاثة أيام » قال أحمد : إليه أذهب .

وعن عقبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كفارة النذر كفارة اليمين » أخرجه مسلم .

وقول ابن عباس للتى نذرت ذبح ولدها : كفِّرى يمينكِ ، ولأنه قد ثبت أن حكمه حكم اليمين فى أحد أقسامه وهو نذر اللجاج ، فكذلك سائره فى سوى ما استثناه الشرع .

٨١٨٣ (فصـــل)

وإن نذر فعل طاعة وما ليس بطاعة ، لزمه فعل الطاعة كما فى خبر أبى إسرائيل ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمره بإتمام الصوم وترك ما سواه لكونه ليس بطاعة . وفى وجوب الكفارة لما تركه الاختلاف الذى ذكرنا . وقد روى عقبة بن عامر قال : نذرَت أختى أن تمشى إلى بيت الله الحرام حافية غير مختمرة ، فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « مُر أختك فلتركب ولتختمر ولتصم ثلاثة أيام » رواه الجوزجانى والترمذى . فإن كان المتروك خصالا كثيرة أجزأته كفارة واحدة ، لأنه نذر واحد فتكون

---

(١) أخرجه أبو داود وابن ماجة عن ابن عمر (ف) .

كفارته واحدة كاليمين الواحدة على أفعال ، ولهذا لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم أخت عقبة بن عامر فى ترك التحفى والاختمار بأكثر من كفارة .

٨١٨٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه أن يتصدق بثلثه ، كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبى لبابة حين قال : إن من توبتى يا رسول الله أن أنخلع من مالى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يجزئك الثلث ﴾ .

وجملة ذلك: أن من نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه ثلثه ، وبهذا قال الزهرى ومالك .

وروى الحسين بن إسحاق الخرقى عن أحمد قال : سألته عن رجل قال : جميع ما أملك فى المساكين صدقة ؟ قال : كفارته كفارة اليمين . قال : وسئل عن رجل قال : ما يرث عن فلان فهو للمساكين ، فذكروا أنه قال : يطعم عشرة مساكين .

وقال ربيعة : يتصدق منه بقدر الزكاة ، لأن المطلق محمول على معهود الشرع ، ولا يجب فى الشرع إلا قدر الزكاة .

وعن جابر بن زيد قال : إن كان كثيراً وهو ألفان تصدق بعشرة ، وإن كان متوسطاً وهو ألف تصدق بسبعة ، وإن كان قليلا وهو خمسمائة تصدق بخمسة . وقال أبو حنيفة : يتصدق بالمال الزكوى كله . وعنه فى غيره روايتان :

إحداهما : يتصدق به . والثانية : لا يلزمه منه شيء . وقال النخعى والبتى والشافعى : يتصدق بماله كله ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » ، ولأنه نذر طاعة فلزمه الوفاء به كنذر الصلاة والصيام .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم لأبى لبابة حين قال : إن من توبتى أن أنخلع من مالى صدقة إلى الله وإلى رسوله ، فقال : « يجزئك الثلث » .

وعن كعب بن مالك قال : قلت يا رسول الله إن من توبتى أن أنخلع من مالى صدقة إلى الله وإلى رسوله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أمسك عليك بعض مالك » متفق عليه . ولأبى داود : « يجزىء عنك الثلث » .

فإن قالوا : هذا ليس بنذر ، وإنما أراد الصدقة بجميعه ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاقتصار على ثلثه ، كما أمر سعداً حين أراد الوصية بجميع ماله بالاقتصار على الوصية بثلثه ، وليس هذا محل النزاع ، إنما النزاع فيمن نذر الصدقة بجميعه . قلنا عنه جوابان :

أحدهما : أن قوله « يجزى عنك الثلث » دليل على أنه أتى بلفظ يقتضى الإيجاب ، لأنها إنما تستعمل غالباً فى الواجبات ، ولو كان مخيراً بإرادة الصدقة لما لزمه شيء يجزىء عنه بعضه .

الثانى : أن منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يمنع أصحابه من القُرَب ، ونذر ما ليس بقربة لا يلزم الوفاء به . وما قاله أبو حنيفة فقد سبق الكلام عليه ، وما قاله ربيعة لا يصح ، فإن هـــذا ليس بزكاة ولا فى معناها ، فإن الصدقة وجبت لإغناء الفقراء ومواساتهم ، وهذه صدقة تبرع بها صاحبها تقرباً إلى الله تعالى . ثم إن المحمول على معهود الشرع المطلق ، وهذه صدقة معينة غير مطلقة ، ثم تبطل بما لو نذر صياماً ، فإنه لا يحمل على صوم رمضان وكذلك الصلاة . وما ذكره جابر بن زيد تحكم بغير دليل .

٨١٨٥ (فصـــــل)

وإذا نذر الصدقة بمعيّن من ماله أو بمقدّر كألف ، فروى عن أحمد أنه يجوز ثلثه ، لأنه مال نذر الصدقة به فأجزأه ثلثه كجميع المال . والصحيح فى المذهب لزوم الصدقة بجميعه ، لأنه منذور وهو قربة ، فيلزمه الوفاء به كسائر المنذورات .

ولعموم قوله تعالى : (يُوفُونَ بِالنَّذْرِ)(1) وإنما خولف هذا فى جميع المال للأثر فيه ، ولما فى الصدقة بجميع المال من الضرر اللاحق به ، اللهم إلا أن يكون المنذور هاهنا يستغرق جميع المال فيكون كنذر ذلك . ويحتمل أنه إن كان المنذور ثلث المـال فما دون لزمه وفاء نذره ، وإن زاد على الثلث لزمه الصدقة بقدر الثلث منه ، لأنه حكم يعتبر فيه الثلث فأشبه الوصية به .

٨١٨٦ (فصـــــل)

وإذا نذر الصدقة بقدر من المـال فأبرأ غريمه من قدره يقصد به وفاء النذر لم يجزئه . وإن كان الغريم من أهل الصدقة ، قال أحمد : لا يجزئه حتى يقبضه ، وذلك لأن الصدقة تقتضى التمليك ، وهـذا إسقاط ، فلم يجزئه كما فى الزكاة .

وقال أحمد : فيمن نذر أن يتصدق بمال وفى نفسه أنه ألف ، أجزأه أن يخرج ما شاء ، وذلك لأن اسم المال يقع على القليل ، وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم ، والنذر لا يلزم بالنية ، والقياس أن يلزمه ما نواه لأنه نوى بكلامه ما يحتمله ، فتعلق الحكم به كاليمين . وقد نص أحمد فيمن نوى صوماً أو صلاة وفى نفسه أكثر مما يتناوله لفظه أنه يلزمه ذلك ، وهذا كذلك ، والله أعلم .

---

(1) سورة الإنسان آية ٧ .

٨١٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ومن نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام ، كفّر كفارة يمين ، وأطعم لكل يوم مسكيناً ﴾ .

وجملته:أن من نذر طاعة لا يطيقها ، أو كان قادراً عليها فعجز عنها، فعليه كفارة يمين ، لما روى عقبة ابن عامر قال « نذرت أختى أن تمشى إلى بيت الله حافية،فأمرتنى أن أستفتى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاستفتيته فقال : لتمش ولتركب» متفق عليه. ولأبى داود «وتكفّر يمينها» وللترمذى «ولتصم ثلاثة أيام».
وعن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا نذر فى معصية الله، وكفارته كفارة يمين »[1] قال « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود وقال:وقفه من رواه عن ابن عباس .

وقال ابن عباس : من نذر نذراً لم يسمّه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً فى معصية فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً يطيقه فليف لله بما نذر ، فإذا كفّر وكان المنذور غير الصيام لم يلزمه شىء آخر ، وإن كان صياماً فعن أحمد روايتان :

إحداهما: يلزمه لكل يوم إطعام مسكين. قال القاضى : وهذا أصح، لأنه صوم وجد سبب إيجابه عيناً ، فإذا عجز عنه لزمه أن يطعم عن كل يوم مسكيناً كصيام رمضان ، ولأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود شرعاً ، ولو عجز عن الصوم المشروع أطعم عن كل يوم مسكيناً ، وكذلك إذا عجز عن الصوم المنذور .

والثانية : لا يلزمه شىء آخر من إطعام ولا غيره ، لقوله عليه السلام : « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » وهذا يقتضى أن تكون كفارة اليمين جميع كفارته ، ولأنه نذر عجز عن الوفاء به ، فكان الواجب فيه كفارة يمين كسائر النذور ، ولأن موجب النذر موجب اليمين ، إلا مع إمكان الوفاء به إذا كان قربة ، ولا يصح قياسه على صوم رمضان لوجهين :

أحدهما : أن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت ، فكذلك فى الحياة ، وهذا بخلافه ، ولأن صوم رمضان آكد ، بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه ، وعظم إثم من أفطر بغير عذر .

والثانى أن قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على المفروض بأصل الشرع ، ولأن هذا قد وجبت فيه كفارة فأجزأت عنه بخلاف المشروع .

وقولهم : إن المطلق من كلام الآدمى محمول على المعهود فى الشرع .

---

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن عائشة (ف).

قلنا : ليس هذا بمطلق ، وإنما هو منذور معين ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة فى العجز عنه كما فى العجز الواجب بأصل الشرع .

٨١٨٨ (فصـــــل)

وإن عجز لعارض يرجى زواله من مرض أو نحوه ، انتظر زواله ، ولا تلزمه كفارة ولا غيرها ، لأنه لم يفت الوقت ، فيشبه المريض فى شهر رمضان ، فإن استمر عجزه إلى أن صار غير مرجوّ الزوال صار إلى الكفارة والفدية على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، فإن كان العجز المرجوّ الزوال عن صوم معين فات وقته انتظر الإمكان ليقضيه ، وهل تلزمه لفوات الوقت كفارة ؟ على روايتين ؛ ذكرهما أبو الخطاب :

إحداهما : تجب الكفارة ، لأنه أخلّ بما نذره على وجهه فلزمته الكفارة ، كما لو نذر المشى إلى بيت الله الحرام فعجز ، ولأن النذر كاليمين ، ولو حلف ليصومنّ هذا الشهر فأفطره لعذر لزمته كفارة ، كذا هاهنا .

والثانية : لا تلزمه ، لأنه أتى بصيام أجزأه عنْ نذره ، من غير تفريط منه ، فلم تلزمه كفارة يمين ، كما لو صام ما عيّنه .

٨١٨٩ (فصـــــل)

وإن نذر غير الصيام فعجز عنه ، كالصلاة ونحوها ، فليس عليه إلا الكفارة ، لأن الشرع لم يجعل لذلك بدلا يصار إليه ، فوجبت الكفارة لمخالفته نذره فقط ، وإن عجز عنه لعارض فحكمه حكم الصيام سواء فيما فصلناه .

٨١٩٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ وإذا نذر صياماً ولم يذكر عدداً ولم ينوه ، فأقل ذلك صيام يوم ، وأقل الصلاة ركعتان ﴾ .

أما إذا نذر صياماً مطلقاً ، فأقل ذلك يقوم صيام يوم ، لا خلاف فيه ، لأنه ليس فى الشرع صوم مفرد أقل من يوم فيلزمه ، لأنه اليقين ، وأما الصلاة ففيها روايتان :

إحداهما : يجزئه ركعة ، نقلها إسماعيل بن سعيد ، ولأن أقل الصلاة ركعة ، فإن الوتر صلاة مشروعة وهى ركعة واحدة ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تطوع بركعة واحدة .

والثانية : لا يجزئه إلا ركعتان ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن أقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان ، فوجب حمل النذر عليه ، وأما الوتر : فهو نفل ، والنذر فرض ، فحمله على الفروض أولى ، ولأن الركعة لا تجزىء فى الفرض ، فلا تجزىء فى النفل كالسجدة. وللشافعى قولان كالروايتين ، فأما إن عيّن بنذره عدداً لزمه قلّ

أو كثر ، لأن النذر ثابت بقوله ، وكذلك عدده ، فإن نوى عدداً فهو كما لو سماه ، لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فلزمه حكمه كاليمين .

٨١٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام لم يجزئه إلا أن يمشي في حج أو عمرة ، فإن عجز عن المشي ركب وكفَّر كفارة يمين ﴾ .

وجملته : أن من نذر المشي إلى بيت الله الحرام لزمه الوفاء بنذره ، وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تُشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى »[1] ولا يجزئه المشي إلا في حج أو عمرة ، وبه يقول الشافعي ، ولا أعلم فيه خلافاً ، وذلك لأن المشي المعهود في الشرع هو المشي في حج أو عمرة ، فإذا أطلق الناذر حمل على المعهود الشرعي ، ويلزمه المشي فيه لنذره ، فإن عجز عن المشي ركب وعليه كفارة يمين .

وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه دم ، وهو قول للشافعي ، وأفتى به عطاء ، لما روى ابن عباس « أن أخت عقبة بن عامر نذرت المشي إلى بيت الله الحرام ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هدياً » رواه أبو داود وفيه ضعف ، ولأنه أخلَّ بواجب في الإحرام ، فلزمه هدي كتارك الإحرام من الميقات . وعن ابن عمر وابن الزبير قالا : يحج من قابل ويركب ما مشى ويمشي ما ركب . ونحوه قال ابن عباس وزاد فقال : ويهدي . وعن الحسن مثل الأقوال الثلاثة . وعن النخعي روايتان :

إحداهما : كقول ابن عمر .

والثانية : كقول ابن عباس ، وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة : عليه هدي ، سواء عجز عن المشي أو قدر عليه ، وأقل الهدي شاة ، وقال الشافعي : لا تلزمه مع العجز كفارة بحال ، إلا أن يكون النذر مشياً إلى بيت الله ، فهل يلزمه هدي ؟ فيه قولان . وأما غيره فلا يلزمه مع العجز شيء .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم حين قال لأخت عقبة بن عامر لما نذرت المشي إلى بيت الله « لتمش ولتركب ولتكفّر عن يمينها » وفي رواية « فلتصم ثلاثة أيام » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « كفارة

---

(١) أخرجه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي وابن ماجة عن أبي سعيد ؛ وأخرجوه عن الترمذي، وأخرجه أبو داود والنسائي كذلك عن أبي هريرة (ف) .

النذر كفارة اليمين »[1] ولأن المشى مما لا يوجبه الإحرام ، فلم يجب الدم بتركه ، كما لو نذر صلاة ركعتين فتركهما ، وحديث الهــدى ضعيف . وهذا حجة على الشافعى حيث أوجب الـكفارة عليها من غير ذكر العجز .

فإن قيل : فإن النبى صلى الله عليه وسلم أوجب الـكفارة عليها من غير ذكر العجز .

قلنا : يتعين حمله على حالة العجز ، لأن المشى قربة ، لأنه مشى إلى عبادة ، والمشى إلى العبادة أفضل . ولهذا روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يركب فى عيد ولا جنازة ، فلو كانت قادرة على المشى لأمرها به ولم يأمرها بالركوب والتـكفير ، ولأن المشى المقدور عليه لا يخلو من أن يـكون واجباً أو مباحاً . فإن كان واجباً لزم الوفاء به ، وإن كان مباحاً لم تجب الـكفارة بتركه عند الشافعى ، وقد أوجب الـكفارة هاهنا وترك ذكره فى الحديث ، إما لعلم النبى صلى الله عليه وسلم بحالها وعجزها ، وإما لأن الظاهر من حال المرأة العجز عن المشى إلى مكة ، أو يكون قد ذكر فى الخبر فترك الراوى ذكره .

وقول أصحاب أبى حنيفة : إنه أخل بواجب فى الحج .

قلنا : المشى لم يوجبه الإحرام ولا هو من مناسكه فلم يجب بتركه هدى ، كما لو نذر صلاة ركعتين فى الحج فلم يصلّهما ، فأما إن ترك المشى مع إمكانه فقد أساء وعليه كفارة أيضاً لتركه صفة النذر .

وقياس المذهب أن يلزمه استئناف الحج ماشياً لتركه صفة المنذور ، كما لو نذر صوماً متتابعاً فأتى به متفرقاً ، وإن عجز عن المشى بعد الحج كفّر وأجزأه ، وإن مشى بعض الطريق وركب بعضاً .

فعلى هذا القياس يحتمل أن يكون كقول ابن عمر ، وهو أن يحج فيمشى ما ركب ويركب ما مشى . ويحتمل أن لا يجزئه إلا حج يمشى فى جميعه ، لأن ظاهر النذر يقتضى هذا .

ووجه القول الأول : أنه لا يلزمه بترك المشى المقدور عليه أكثر من كفارة ، لأن المشى غير مقصود فى الحج ، ولا ورد الشرع باعتباره فى موضع ، فلم يلزم بتركه أكثر من كفارة ، كما لو نذر التحفى وشبهه ، وفارق التتابع فى الصيام ، فإنها صفة مقصودة فيه ، اعتبرها الشرع فى صيام الـكفارات : كفارة الظهار والجماع واليمين .

٨١٩٢ (فصــل)

فإن نذر الحج راكباً لزمه الحج كذلك ، لأن فيه إنفاقاً فى الحج ، فإن ترك الركوب فعليه كفارة .

---

(١) ورد « كفارة النذر إذا لم يسم كفارة يمين » أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى عن عقبة بن عامر ، وورد « لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين » أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة ورد « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » وقد خرجناه (ف) .

وقال أصحاب الشافعي : يلزمه دم لترفهه بترك الإنفاق . وقد تبينا أن الواجب بترك النذر الكفارة دون الهدى ، إلا أن هذا إذا مشى ولم يركب مع إمكانه لم يلزمه أكثر من كفارة ، لأن الركوب فى نفسه ليس بطاعة ولا قربة ، وكل موضع نذر المشى فيه أو الركوب فإنه يلزمه الإتيان بذلك من دويرة أهله ، إلا أن ينوى موضعاً بعينه فيلزمه من ذلك الموضع ، لأن النذر محمول على أصله فى الفرض ، والحج المفروض بأصل الشرع يجب كذلك ، ويحرم للمنذور من حيث يحرم للواجب . قال بعض الشافعية : يجب الإحرام من دويرة أهله ، لأن إتمام الحج كذلك .

ولنا : أن المطلق محمول على المعهود فى الشرع ، والإحرام الواجب إنما هو من الميقات ، ويلزمه المنذور من المشى أو الركوب فى الحج أو العمرة إلى أن يتحلل ؛ لأن ذلك انقضاء الحج والعمرة .

قال أحمد : يركب فى الحج إذا رمى ، وفى العمرة إذا سعى ، لأنه لو وطىء بعد ذلك لم يفسد حجاً ولا عمرة ، وهذا يدل على أنه إنما يلزمه فى الحج التحلل الأول

٨١٩٣ (فصل)

وإذا نذر المشى إلى بيت الله أو الركوب إليه ، ولم يُرد بذلك حقيقة المشى والركوب إنما أراد إتيانه لزمه إتيانه ، فى حج أو عمرة ، ولم يتعين عليه مشى ولا ركوب ، لأنه عنى ذلك بنذره وهو محتمل له فأشبه ما لو صرح به . ولو نذر أن يأتى بيت الله الحرام أو يذهب إليه لزمه إتيانه فى حج أو عمرة . وعن أبى حنيفة لا يلزمه شىء ، لأن مجرد إتيانه ليس بقربة ولا طاعة .

ولنا : أنه علق نذره بوصول البيت فلزمه، كما لو قال : لله علىّ المشى إلى الكعبة . إذا ثبت هذا فهو مخير فى المشى والركوب ، وكذلك إذا نذر أن يحج البيت أو يزوره ، لأن الحج يحصل بكل واحد من الأمرين فلم يتعين أحدهما . وإن قال : لله علىّ أن آتى البيت الحرام غير حاجّ ولا معتمر؛ لزمه الحج والعمرة وسقط شرطه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأن قوله : لله علىّ أن آتى البيت يقتضى حجاً أو عمرة ، وشرط سقوط ذلك يناقض نذره فسقط حكمه .

٨١٩٤ (فصل)

إذا نذر المشى إلى البلد الحرام ، أو بقعة منه كالصَّفَا والْمَرْوَةِ وأَبِي قُبَيْسٍ ، أو موضع فى الحرم ، لزمه الحج أو عمرة ، نص عليه أحمد ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه إلا أن ينذر المشى إلى الكعبة أو إلى مكة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن نذر المشى إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام كقولنا ، وفى باقى الصور كقول أبى حنيفة .

ولنا : أنه نذر المشى إلى موضع من الحرم أشبه النذر إلى مكة . فأما إن نذر المشى إلى غير الحرم كعرفة

ومواقيت الإحرام وغير ذلك لم يلزمه ذلك ويكون كنذر المباح . وكذلك إن نذر إتيان مسجد سوى المساجد الثلاثة لم يلزمه إتيانه ، وإن نذر الصلاة فيه لزمه الصلاة دون المشى ، ففى أى موضع صلى أجزأه ، لأن الصلاة لا تخص مكاناً دون مكان ، فلزمته الصلاة دون الموضع . ولا نعلم فى هذا خلافاً إلا عن الليث فإنه قال : لو نذر صلاة أو صياماً بموضع لزمه فعله فى ذلك الموضع ، ومن نذر المشى إلى مسجد مشى إليه .

قال الطحاوى : ولم يوافقه على ذلك أحد من الفقهاء ، وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لاتُشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى » متفق عليه ، ولو لزمه المشى إلى مسجد بعيد لشد الرحل إليه ، ولأن العبادة لا تختص بمكان دون مكان ، فلا يكون فعلها فيما نذر فعلها فيه قربة فلا تلزمه بنذره ، وفارق مالو نذر العبادة فى يوم بعينه لزمه فعلها فيه ، لأن الله تعالى عيّن لعبادته زمناً ووقتاً معيناً ، ولم يعيّن لها مكاناً وموضعاً ، والنذور مردودة إلى أصولها فى الشرع ، فتعينت بالزمان دون المكان .

٨١٩٥ (فصــــــل)

وإن نذر المشى إلى بيت الله تعالى ولم ينو به شيئاً ولم يعينه ، انصرف إلى بيت الله الحرام ، لأنه المخصوص بالقصد دون غيره ، وإطلاق بيت الله ينصرف إليه دون غيره فى العرف ، فينصرف إليه إطلاق النذر .

٨١٩٦ (فصــــــل)

وإن نذر المشى إلى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم أو المسجد الأقصى لزمه ذلك ، وبهذا قال مالك والأوزاعى وأبو عبيد وابن المنذر ، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : لا يبين لى وجوب المشى إليهما ، لأن البر بإتيان بيت الله فرض ، والبر بإتيان هذين نفل .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « لاتُشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى » ولأنه أحد المساجد الثلاثة ، فيلزم المشى إليه بالنذر كالمسجد الحرام ولا يلزم ما ذكره ، لأن كل قربة تجب بالنذر ، وإن لم يكن لها أصل فى الوجوب ، كعيادة المريض وشهود الجنائز .
ويلزمه بهذا النذر أن يصلى فى الموضع الذى أتاه ركعتين ، لأن القصد بالنذر القربة والطاعة ، وإنما تحصيل ذلك بالصلاة ، فتضمن ذلك نذره ، كما يلزم ناذر المشى إلى بيت الله الحرام أحد النسكين . ونذر الصلاة فى أحد المسجدين كنذر المشى إليه ، كما أن نذر أحد النسكين فى المسجد الحرام كنذر المشى إليه .

وقال أبو حنيفة : لا تتعين عليه الصلاة فى موضع بالنذر ، سواء كان فى المسجد الحرام أو غيره ، لأن مالا أصل له فى الشرع لايجب بالنذر، بدليل نذر الصلاة فى سائر المساجد .

ولنا : ماروى أن عمر قال « يارسول الله إنى نذرت أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك » متفق عليه . ولأن الصلاة فيها أفضل من غيرها ، بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم « صلاة فى مسجدى هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » متفق عليه .
وروى عنه صلى الله عليه وسلم « صلاة فى المسجد الحرام بمائة ألف صلاة(١) » وإذا كان فضيلة وقربة لزم بالنذر ، كما لو نذر طول القراءة ، وما ذكروه يبطل بالعمرة ، فإنها تلزم بنذرها وهى غير واجبة عندهم .

٨١٩٧ (فصـــــل)

وإذا نذر الصلاة فى المسجد الحرام لم تجزئه الصلاة فى غيره ، لأنه أفضل المساجد وخيرها ، وأكثرها ثواباً للمصلى فيها ، وإن نذر الصلاة فى المسجد الأقصى أجزأته الصلاة فى المسجد الحرام ، لما روى جابر « أن رجلا قام يوم الفتح فقال يارسول الله إنى نذرت إن فتح الله عليك أن أصلى فى بيت المقدس ركعتين ، قال : صلّ هاهنا ، ثم أعاد عليه ، فقال : صلّ هاهنا ، ثم أعاد عليه ، قال: صلّ هاهنا . ثم أعاد عليه ، فقال : شأنك »رواه أبو داود . ورواه الإمام أحمد ولفظه « والذى نفسى بيده لو صليت هاهنا لأجزأ عنك كل صلاة فى بيت المقدس » .

وإن نذر إتيان المسجد الأقصى والصلاة فيه ، أجزأته الصلاة فيه وفى مسجد المدينة لأنه أفضل ، وإن نذر ذلك فى مسجد المدينة لم يجزئه فعله فى المسجد الأقصى ، لأنه مفضول ، وقد سبق هذا فى باب الاعتــكاف .

٨١٩٨ (فصـــــل)

وإن أفسد الحج المنذور ماشياً وجب القضاء ماشياً ، لأن القضاء يكون على صفة الأداء ، وكذلك إن فاته الحج، لـكن إن فاته الحج سقط توابع الوقوف من المبيت بمزدلفة ومنى والرمى وتحلل بعمرة، ويمشى بالحج الفاسد ماشياً حتى يتحلل منه .

٨١٩٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا نذر عتق رقبة فهى التى تجزىء عن الواجب ، إلا أن يكون نوى رقبة بعينها ﴾ .

يعنى لا تجزئه إلا رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل، وهى التى تجزىء فى الـكفارة ،لأن النذر المطلق يحمل على المعهود فى الشرع ، والواجب بأصل الشرع كذلك ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . والوجه الآخر : يجزئه أى رقبة كانت ، صحيحة أو معيبة ، مسلمة أو كافرة ، لأن الاسم يتناول جميع ذلك .

---

(١) ورد «صلاة فى المسجد الحرام مائة ألف صلاة» أخرجه البيهقى عن جابر ؛ وورد « صلاة فى المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة فيما سواه» أخرجه أحمد وابن ماجة عن جابر (ف).

ولنا : أن المطلق يحمل على معهود الشرع ، وهو الواجب فى الـكفارة . وما ذكروه يبطل بنذر المشى إلى بيت الله الحرام ، فإنه لا يحمل على ما تناوله الاسم ، فأما إن نوى رقبة بعينها أجزأه عتقها أى رقبة كانت ، لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، وإن نوى مايقع عليه اسم الرقبة أجزأه مانواه لما ذكرناه أن المطلق يتقيد بالنية كما يتقيد بالقرينة اللفظية . قال أحمد فيمن نذر عتق عبد بعينه فمات قبل أن يعتقه : تلزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد ، لأن هذا شيء فاته على حديث عقبة بن عامر ، وإليه أذهب فى الفائت وما عجز عنه .

٨٢٠٠ (فصـــل)

وإذا نذر هدياً مطلقاً لم يجزئه إلا ما يجزىء فى الأضحية ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، لأن المطلق يحمل على معهود الشرع . وإن عين الهدى بلفظه أو نيته أجزأه ما عينه ، صغيراً كان أو كبيراً ، جليلا كان أو حقيراً ، لأن ذلك يسمى هدياً . قال النبى صلى الله عليه وسلم « من راح فى الساعة الخامسة فـكأنما أهدى بيضة[1] » وإنما صرفنا المطلق إلى معهود الشرع لأنه غلب على الاسم ، كما لو نذر أن يصلى لزمته صلاة شرعية دون اللغوية ، وإن قال: لله علىّ أن أهدى بدنة أو بقرة ، أو قال شاة ، لزمه أقل مايجزىء من ذلك الجنس الذى عيّنه ، فإن نذر بدنة أجزأه ثنية من الإبل أو ثنى ، فإن لم يجد من الإبل فبقرة ، فإن لم يجد فسبع من الغنم، لأن النذر محمول على معهود الشرع ، وقد تقرر فى الشرع أن البقرة تقوم مقام البدنة ، وكذلك سبع من الغنم ، فإن أراد إخراج البقرة أو الغنم مع القدرة على البدنة فقال القاضى : لا يجزئه ، وهو المنصوص عن الشافعى ، والذى يقتضيه مذهب الخرقى جواز ذلك ، لقوله : ومن وجب عليه بدنة فذبح سبعاً من الغنم أجزأه ، فإن نوى بنذره بدنة من الإبل ، لم يجزئه غيرها مع وجودها وجهاً واحداً ، لأنها وجبت بإيجابه ، بخلاف ما إذا أطلق ، فإنها انصرفت إلى الإبل بمعهود الشرع ، ومعهود الشرع فيها أن تقوم البقرة مقامها . فأما إن نواها من الإبل أو غيره ، فمقتضى المذهب أنه لا يقوم غيرها مقامها كسائر المنذورات ، وكذلك إن صرح بها فى نذره ، مثل أن يقول: لله علىّ أن أهدى ناقة ، ويحتمل أن تقوم البقرة مقامها عند عدمها ، لأنها تعينت هدياً شرعياً ، والهدى الشرعى له بدل .

---

(١) من حديث رواه أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح إلى الجمعة فـكأنما قرب بدنة، ومن راح فى الساعة الثانية فـكأنما قرب بقرة، ومن راح فى الساعة الثالثة فـكأنما قرب كبشاً أقرن، ومن راح فى الساعة الرابعة فـكأنما قرب دجاجة، ومن راح فى الساعة الخامسة فـكأنما قرب بيضة، فإذا خرج الإمام حضرت الملائـكة يستمعون الذكر » أخرجه الستة (ف).

٨٢٠١ (فصـــل)

ومن نذر هدياً لزمه إيصاله إلى مساكين الحرم ، لأن إطلاق الهدى يقتضى ذلك . قال الله تعالى (هدْياً بالِغَ الكَعْبَةِ)[١] فإن عيّن شيئاً بنذره مثل أن يقول : أهدى شاة أو ثوباً أو بُرًّا أو ذهباً ، فكان مما ينقل ، حمل إلى الحرم ففرّق فى مساكينه ، وإن كان مما لا ينقل، نحو أن يقول : لله علىّ أن أهدى دارى هذه أو أرضى أو شجرتى هذه ، بيعت وبعث بثمنها إلى الحرم ، لأنه لا يمكن إهداؤه بعينه ، فانصرف بذلك إلى بدله . وقد روى عن ابن عمر أن رجلا سأله فى امرأة نذرت أن تهدى داراً فقال : تبيعها وتتصدق بثمنها على مساكين الحرم . وكذلك لو كان المنذور مما ينقل لكن يشق نقله، كخشبة ثقيلة ، فإنه يبيعها ، لأنه أحظ للمساكين من نقلها . وإن كان مما لا كلفة فى نقله إلا أنه لا يمكن تفريقه بنفسه ويحتاج إلى البيع نظر إلى الحظ للمساكين فى بيعه فى بلده أو نقله ليباع ثَمّ ، وإن استوى الأمران بيع فى أى، موضع شاء .

٨٢٠٢ (فصـــل)

وإن نذر أن يهدى إلى غير مكة ، كالمدينة أو الثغور ، أو يذبح بها ، لزمه الذبح وإيصال ما أهداه إلى ذلك المكان ، وتفرقة الهدى ولحم الذبيحة على أهله، إلا أن يكون بذلك المكان ما لا يجوز النذر له ، ككنيسة أو صنم أو نحوه مما يعظمه الكفار أو غيرهم مما لا يجوز تعظيمه ، كشجرة أو قبر أو حجر أوعين ماء ونحو ذلك ، لما روى أبو داود قال « نذر رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ينحر إبلا بِبُوَانَةَ[٢] ، فأتى النبىّ صلى الله عليه وسلم، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : هل كان بها وثن من أوثان الجاهلية يعبد ؟ قالوا : لاَ ، قال: هل كان فيها عيد من أعيادهم ؟ قالوا : لاَ ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أوف بنذرك » ولأنه ضمن نذره نفع فقراء ذلك البلد بإيصال اللحم إليهم ، وهذه قربة فتلزمه ، كما لو نذر التصدق عليهم .

فإن كان بها شىء مما ذكرنا لم يجز النذر ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « هل كان بها وثن أو عيد من أعياد الجاهلية ؟ » وهذا يدل على أنه لو كان بها ذلك لمنعه من الوفاء بنذره ، ولأن فى هذا تعظيماً لغير ما عظم الله ، يشبه تعظيم الكفار للأصنام ، فحرم كتعظيم الأصنام ، ولذلك لعن النبى صلى الله عليه وسلم المتخذات[٣] على القبور المساجد والسرج وقال « لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد »[٤] يحذّر

(١) سورة المائدة آية ٩٥ . (٢) بوانة : بضم الباء وقيل بفتحها هضبة من وراء ينبع (ف)

(٣) أخرج أبو داود والترمذى والنسائى والحاكم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لعن الله زائرات القبور والمتخذين عليها المساجد والسرج» (ف) (٤) أخرجه النسائى عن أبى هريرة (ف)

مثل ما صنعوا . وعلى هذا نذر الشمع والزيت وأشباهه للأماكن التي فيها القبور لا يصح .

٨٢٠٣ (فصـــل)

وإن نذر الذبح بمكة فهو كنذر الهدي إليها، لأن مطلق النذر محمول على معهود الشرع، ومعهود الشرع في الذبح الواجب بها أن يفرق اللحم بها .

٨٢٠٤ (مســألة)

قال (وإذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان ، فقدم أول يوم من شهر رمضان ، أجزأه صيامه لرمضان ونذره)

ظاهر كلام الخرقي : أن نذر هذا منعقد ، لكن صيامه يجزىء عن النذر ورمضان ، وهو قول أبي يوسف ؛ وهو قياس قول ابن عباس وعكرمة ، لأنه نذر صوماً في وقت وقد صام فيه ، وقال القاضي : ظاهر كلام الخرقي أن النذر غير منعقد ، لأن نذره وافق زمناً يستحق صومه ، فلم ينعقد نذره كنذر صوم رمضان . قال : والصحيح عندي صحة النذر ، لأنه نذر طاعة يمكن الوفاء به غالباً فانعقد كما لو وافق شعبان. فعلى هذا يصوم رمضان ثم يقضي ويكفّر ، وهذا اختيار أبي بكر. ونقل جعفر بن محمد عن أحمد : أن عليه القضاء . وقول الخرقي أجزأه صيامه لرمضان ونذره ، دليل على أن نذره انعقد عنده ، لولا ذلك لما كان صومه عن نذره .

وقد نقل أبو الخطاب عن أحمد فيمن نذر أن يحج وعليه حجة مفروضة فأحرم عن النذر ، وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شيء آخر ، وهذا مثل قول الخرقي .

وروى عكرمة عن ابن عباس في رجل نذر أن يحج ولم يكن حج الفريضة ، قال : يجزىء لهما جميعاً . وعن عكرمة أنه سئل عن ذلك ، فقال عكرمة : يقضي حجته عن نذره وعن حجة الإسلام ، أرأيتم لو أن رجلا نذر أن يصلي أربع ركعات فصلى العصر ، أليس ذلك يجزئه من العصر والنذر ؟ قال: فذكرت قولي لابن عباس ، فقال : أصبت وأحسنت .

وقال ابن عمر وأنس وعروة : يبدأ بحجة الإسلام ثم يحج لنذره ، وفائدة انعقاد نذره لزوم الكفارة بتركه ، وأنه لو لم ينوه لنذره لزمه قضاؤه ، وعلى هذا لو وافق نذره بعض رمضان وبعض شهر آخر إما شعبان وإما شوال ، لزمه صوم ما خرج عن رمضان ويتمه من رمضان. ولو قال: لله عليّ صوم رمضان، فعلى قياس قول الخرقي يصح نذره ويجزئه صيامه عن الأمرين وتلزمه الكفارة إن أخلّ به ، وعلى قول القاضي: لا ينعقد نذره ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه لا يصح صومه عن النذر فأشبه الليل .

ولنا : أن النذر يمين ، فينعقد فى الواجب موجباً للكفارة كاليمين بالله تعالى .

٨٢٠٥ (فصـــل)

ونقل عن أحمد فيمن نذر أن يحج العام وعليه حجة الإسلام روايتان :

إحداهما : تجزئه حجة الإسلام عنها وعن نذره ، نقلها أبو طالب .

والثانية : ينعقد نذره موجباً لحجة غير حجة الإسلام ، يبدأ بحجة الإسلام ثم يقضى نذره ، نقلها ابن منصور ، لأنهما عبادتان تجبان بسببين مختلفين ؛ فلم يسقط إحداهما بالأخرى ، كما لو نذر حجتين . ووجه الأولى أنه نذر عبادة فى وقت معين وقد أتى بها فيه ، فأشبه ما لو قال لله علىّ أن أصوم رمضان .

٨٢٠٦ (فصـــل)

فإن قال : لله علىّ أن أصوم شهراً ، فنوى صيام شهر رمضان لنذره ورمضان لم يجزئه ، لأن شهر رمضان واجب بفرض الله تعالى ، ونذره يقتضى إيجاب شهر ، فيجب شهران بسببين ، ولا يجزىء أحدهما عن الآخر ، كما لو نذر صوم شهرين ، وكما لو نذر أن يصلى ركعتين ، لم تجزئه صلاة الفجر عن نذره وعن صلاة الفجر .

٨٢٠٧ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان ، فقدم يوم فطر أو أضحى ، لم يصمه ، وصام يوماً مكانه ، وكفّر كفارة يمين ﴾

وجملته : أن من نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فإن نذره صحيح . وهو قول أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : لا يصح نذره . لأنه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه فلم يصح ، كما لو قال : لله علىّ أن أصوم اليوم الذى قبل اليوم الذى يقدم فيه .

ولنا : أنه زمن صح فيه صوم التطوع ، فانعقد نذره لصومه ، كما لو أصبح صائماً تطوعاً قال : لله علىّ أن أصوم يومى . وقولهم : لا يمكن صومه لا يصح ، فإنه قد يعلم اليوم الذى يقدم فيه قبل قدومه فينوى صومه من الليل ، لأنه قد يجب عليه ما لا يمكنه ، كالصبى يبلغ فى أثناء يوم من رمضان ، أو الحائض تطهر فيه . ولا نسلم ما قاسوا عليه إذا ثبتت صحته ولا يخلو من أقسام خمسة :

أحدها : أن يعلم قدومه من الليل فينوى صومه ، ويكون يوماً يجوز فيه صوم النذر فيصح صومه ويجزئه ، لأنه وفى بنذره .

الثانى : أن يقدم يوم فطر أو أضحى ، فاختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة ، فعنه : لا يصومه ويقضى ويكفر ، نقله عن أحمد جماعة ، وهو قول أكثر أصحابنا ، ومذهب الحكم وحماد .

الرواية الثانية : يقضى ولا كفارة عليه ، وهو قول الحسن والأوزاعى وأبى عبيد وقتادة وأبى ثور وأحد قولى الشافعى ، فإنه فاته الصوم الواجب بالنذر فلزمه قضاؤه ، كما لو تركه نسياناً ، ولم تلزمه كفارة، لأن الشرع منعه من صومه ، فهو كالمُكره .

وعن أحمد رواية ثالثة : إن صامه صح صومه ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه وفى بما نذر ، فأشبه ما لو نذر معصية ففعلها ، ويتخرج أن يكفِّر من غير قضاء . لأنه وافق يوماً صومه حرام فكان موجبه الكفارة ، كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها . ويتخرج أن لا يلزمه شىء من كفارة ولا قضاء بناء على من نذر المعصية ، وهذا قول مالك والشافعى فى أحد قوليه بناء على نذر المعصية .

ووجه قول الخرقى : أن النذر ينعقد لأنه نذر نذراً يمكن الوفاء به غالباً فكان منعقداً ، كما لو وافق غير يوم العيد . ولا يجوز أن يصوم يوم العيد ، لأن الشرع حرم صومه ، فأشبه زمن الحيض . ولزمه القضاء ، لأنه نذر منعقد ، وقد فاته الصيام بالعذر ، ولزمته الكفارة لفواته ، كما لو فاته بمرض ، وإن وافق يوم حيض أو نفاس فهو كما لو وافق يوم فطر أو أضحى ، إلا أنه لا يصومه بغير خلاف فى المذهب ولا بين أهل العلم .

الثالث : أن يقدم فى يوم يصح صومه والناذر مفطر ، ففيه روايتان :

إحداها : يلزمه القضاء والكفارة ، لأنه نذر صوماً نذراً صحيحاً ولم يف به ، فلزمه القضاء والكفارة كسائر المنذورات ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه ترك المنذور لعذر .

والثانية : لا يلزمه شىء من قضاء ولا غيره ، وهو قول أبى يوسف وأصحاب الرأى وابن المنذر ، لأنه قدم فى زمن لا يصح صومه فيه ، فلم يلزمه شىء كما لو قدم ليلا .

الرابع : قدم والناذر صائم فلا يخلو من أن يكون تطوعاً أو فرضاً ، فإن كان تطوعاً فقال القاضى : يصوم بقيته ويعقده عن نذره ويجزئه ولا قضاء ولا كفارة ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه يمكن صوم يوم بعضه تطوع وبعضه واجب ، كما لو نذر فى أثناء التطوع إتمام صوم ذلك اليوم ، وإنما وجد سبب الوجوب فى بعضه . وذكر القاضى احتمالا آخر أنه يلزمه القضاء والكفارة ، لأنه صوم واجب فلم يصح بنية من النهار كقضاء رمضان . وذكر أبو الخطاب هذين الاحتمالين روايتين . وعند الشافعى عليه القضاء فقط ، كما لو قدم وهو مفطر ، ويتخرج لنا مثله . وأما إن كان الصوم واجباً فحكمه حكم المسألة التى قبل هذه وقد ذكرناه . وإن قدم وهو ممسك لم ينو الصيام ولم يفعل ما يفطره ، فحكمه حكم الصائم تطوعاً .

الخامس : أن يقدم ليلا فلا شىء عليه فى قولهم جميعاً ، لأنه لم يقدم فى اليوم ولا فى وقت يصح فيه الصيام .

٨٢٠٨ ﴿ فصـــــــل ﴾

وإن قال:لله عليّ صوم يوم العيد ، فهذا نذر معصية،على ناذره الـكفارة لا غير ، نقلها حنبل عن أحمد . وفيه رواية أخرى أن عايه القضاء مع الـكفارة كالمسألة المذكورة ، والأولى هى الصحيحة ، قاله القاضى ، لأن هذا نذر معصية فلم يوجب قضاء كسائر المعاصى ، وفارق المسألة التى قبلها ، لأنه لم يقصد بنذره المعصية ، وإنما وقع اتفاقاً ، وهاهنا تعمدها بالنذر فلم ينعقد نذره ، ويدخل فى قوله عليه السلام « لا نذر فى معصية » ويتخرج ألا يلزمه شىء بناء على نذر المعصية فيما تقدم ، وإن نذرت المرأة صوم يوم حيضها ونفاسها فعليها الـكفارة لا غير ، ولم أعلم عن أصحابنا فى هذا خلافاً .

٨٢٠٩ ﴿ مســــــألة ﴾

قال ﴿ وإن وافق قدومه يوماً من أيام التشريق ، صامه فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله. والرواية الأخرى لا يصومه ، ويصوم يوماً مكانه ، ويكفِّر كفارة يمين ﴾ .

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى صيام أيام التشريق عن الفرض ، وقد ذكرنا ذلك فى الصيام . فإن قلنا : يصومها عن الفرض صامها هاهنا وأجزأته ، وإن قلنا : لا يصومها ، فحكمه حكم من وافق يوم العيد وقد مضى .

٨٢١٠ (فصـــــــل)

وإن قال: لله عليّ صوم يوم يقدم فلان أبداً ، أو قال: لله عليّ صوم يوم كل خميس أبداً ، لزمه ذلك فى المستقبل . فأما اليوم الذى يقدم فيه فقد مضى بيان حكمه ، ولا يدخل فى نذره ذلك اليوم من شهر رمضان ، لأن رمضان لا يتصور انفكاكه عن دخول ذلك اليوم فيه ، ولا يمكنه صومه عن غير رمضان، لأنه لا يقبل ذلك ، ويجىء على قول الخرقى أن يدخل فى نذره ويجزئه صومه لرمضان ونذره ، وإن وافق يوم عيد ، أو يوماً من أيام التشريق ، أو يوم حيض ، ففيه من الاختلاف ما قد مضى . وإن وجب عليه صوم شهرين عن كفارة الظهار أو نحوه صامهما عن الـكفارة دون النذر ، لأنه متى نوى النذر فى ابتدائهما انقطع التتابع فلا يقدر على التـكفير،فحينئذ يقضى نذره ويكفّر ، لأنه ترك صوم النذر مع إمكانه لعذر ، ويفارق الأيام التى دخلت فى رمضان فإنها لم تدخل فى نذره لعدم انفكاكه عنها ، وهاهنا تنفك الأيام عن دخول الـكفارة فيها .

ولا فرق بين كون نذره قبل وجوب الـكفارة أو بعدها ، لأن الأيام التى فى رمضان لا يصح صومها عن نذره ، وأيام الـكفارة يصح صومها عن نذره ، وإذا نواها عن نذره انقطع التتابع وأجزأت عن المنذور . وإن فاتته أيام كثيرة لزمته كفارة واحدة عن الجميع ، فإذا كفّر ثم فاته شىء بعد ذلك لزمته

كفارة ثانية ، نص عليه أحمد ، فإنه قال فيمن نذر صيام أيام فرض ، فإن كان قد كفّر عن الأول ثم أفطر بعد ذلك كفّر كفارة أخرى ، وإن لم يكن كفّر عن الأول فكفارة واحدة ، ولا يكون مثل اليمين إذا حنث وكفّر سقطت عنه . ويتخرج أنه متى كفّر مرة لم تلزمه كفارة أخرى ، لأن النذر كاليمين ويشبه اليمين ، وإيجاب الكفارة فيه لذلك واليمين لا يوجب أكثر من كفارة ، فمتى كفّرها لم يجب بها أخرى ، كذلك النذر . فعلى هذا متى فاته شيء فكفّر عنه ثم فاته شيء آخر قضاه من غير كفارة ، لأن وجوب الكفارة الثانية لا نص فيه ولا إجماع ولا قياس ولا يمكن إيجابها بغير دليل .

٨٢١١ (فصـــل)

إذا نذر صوم سنة بعينها ، لم يدخل فى نذره رمضان ، لأنه لا يقبل غير صوم رمضان فأشبه الليل ، ولا يوما العيدين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صيامهما[1] ، ولا يصح صومهما عن النذر فأشبها رمضان . وعن أحمد فيمن نذر صوم شوال يقضى يوم الفطر ويكفّر . فعلى هذه الرواية يدخل فى نذره العيدان وأيام التشريق ، لأنها خمسة من جملة السنة ، والأول أصح ، وفى أيام التشريق روايتان . وإن نذر صوم سنة مطلقة ، فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أو لا ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يلزمه . لأن السنة المطلقة تنصرف إلى المتتابعة ، فعلى هذه الرواية حكمها حكم المعينة فى أنه لا يدخل فيها العيدان ولا رمضان ، وفى أيام التشريق روايتان ، فإن ابتدأها من أول الشهر أتم أحد عشر شهراً بالهلال إلا شهر شوال فإنه يتمه بالعدد لأنه لم يصم من أوله ، وإن ابتدأها من أثناء شهر أتم ذلك الشهر بالعدد والباقى بالهلال على ما ذكرنا .

والرواية الثانية . لا تلزمه متابعة وهو مذهب الشافعى ، لأن المتفرقة تسمى سنة ، فيتناولها نذره ، فيلزمه إثنا عشر شهراً بالأهلة إن شاء ، وإن شاء صامها بالعدد . وإن ابتدأ الشهر من أثنائه أتمه ثلاثين يوماً ، وإنما لزمه هاهنا اثنا عشر شهراً ، لأنه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان ولا الأيام التى لا يجوز صيامها ، فحمل نذره على ما ينعقد فيه النذر ، بخلاف ما إذا عيّن السنة ، وهذا كمن عيّن سلمة بالعقد فوجد بها عيباً لم يكن له إبدالها ، ولو وصفها ثم وجدها معيبة ملك إبدالها . ويتم شوال بالعدد ، لأنه لم يبدأه من أوله ، وإن صام ذى الحجة من أوله قضى أربعة أيام تامًا كان أو ناقصاً ، لأنه بدأه من أوله . وقيل إن كان ناقصاً قضى خمسة ليكمله ثلاثين ، لأنه لم يصم الشهر كله ، فأشبه شوال . وإن شرط التتابع صار حكمها حكم المعينة .

---

(١) عن أبى سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يصلح الصيام فى يومين : يوم الفطر ويوم النحر» أخرجه البخارى ومسلم وهذا لفظه(ف) .

٨٢١٢ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن نذر أن يصوم شهراً متتابعاً ولم يسمِّه فمرض في بعضه ، فإذا عوفي بنى وكفّر كفارة يمين ، وإن أحب أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه ، وكذلك المرأة إذا نذرت صيام شهر متتابع وحاضت فيه ﴾

وجملته : أن من نذر صياماً متتابعاً غير معين ثم أفطر فيه لم يخل من حالين :

أحدهما : أن يفطر لعذر من حيض أو مرض ونحوهما ، فهذا مخير بين أن يبتدىء الصوم ولا شيء عليه ، لأنه أتى بالمنذور على وجهه ، وبين أن يبنى على صيامه ويكفّر ، لأن الكفارة تلزم لتركه المنذور وإن كان عاجزاً ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أخت عقبة بن عامر بالكفارة لعجزها عن المشي ، ولأن النذر كاليمين . ولو حلف ليصومنّ متتابعاً ثم لم يأت به متتابعاً لزمته الكفارة . وإنما جوّز له البناء هاهنا لأن الفطر لعذر لايقطع التتابع حكماً ، بدليل أنه لو أفطر في صيام الشهرين المتتابعين من عذر كان له البناء ، فإن كان العذر يبيح الفطر كالسفر ، فهل يقطع التتابع ؟ ففيه وجهان :

أحدهما : يقطعه لأنه يفطر باختياره .

والثاني : لا يقطعه لأنه عذر في فطر رمضان فأشبه المرض .

الثاني : أن يفطر لغير عذر ، فهذا يلزمه استئناف الصيام ولا كفارة عليه ، لأنه ترك التتابع المنذور لغير عذر مع إمكان الإتيان به فلزمه فعله ، كما لو نذر صوماً معيناً فصام قبله ، وبهذا الفصل قال الشافعي إلا في الكفارة فإنه لا يوجبها في المنذور ، وقد ذكرنا دليل وجوبها .

٨٢١٣ (فصـل)

إذا صام شهراً من أول الهلال أجزأه ناقصاً كان أو تاماً ، لأن مابين الهلالين شهر ، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الشهر تسع وعشرون »[1] وإن بدأ من أثناء شهر لزمه شهر بالعدد ثلاثون يوماً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فإن غُمّ عليكم فأكملوا ثلاثين »[2] فإن صام شوال لزمه إكماله ثلاثين لأنه بدأ من أثنائه ، وإن كان ناقصاً قضى يومين ، وإن كان تامًّا أتم يوماً واحداً ، وإن صام ذا الحجة أفطر يوم الأضحى وأيام التشريق ولم ينقطع تتابعه ، كما لو أفطرت المرأة بحيض ، وعليه كفارة ، ويقضي أربعة أيام إن كان تامًّا ، وخمسة إن كان ناقصاً ، ويحتمل أن لا يلزمه إلا الأربعة وإن كان ناقصاً ، لأنه بدأه من أوله فيقضي المتروك منه لا غير . ولو صام شهراً من أول الهلال فمرض فيه أياماً معلومة ، أو حاضت المرأة فيه ثم طهرت قبل خروجه ، قضى ما أفطر منه بعدته إن كان الشهر تامًّا ،

---

(١) أخرجه مسلم عن ابن عمر (ف) (٢) أخرجه مسلم أيضاً عن ابن عمر (ف)

وإن كان ناقصاً فهل يلزمه الإتيان بيوم آخر ؟ على وجهين بناء على ماذكرنا في فطر العيد وأيام التشريق .

٨٢١٤ (فصـــــل)

ومن نذر صيام شهر فهو مخير بين أن يصوم شهراً بالهلال ، وهو أن يبتدئه من أوله فيجزئه ، وبين أن يصومه بالعدد ثلاثين يوماً . وهل يلزمه التتابع ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ، وهو قول أبي ثور ، لأن إطلاق الشهر يقتضي التتابع .

والثاني : لا يلزمه التتابع ، وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن ، لأن الشهر يقع على مابين الهلالين وعلى ثلاثين يوماً ، ولا خلاف أنه يجزئه ثلاثون يوماً ، فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوماً . فأما إن نذر صيام ثلاثين يوماً لم يلزمه التتابع فيها ، نص عليه أحمد .

وقد روى عن أحمد فيمن قال : لله عليّ صيام عشرة أيام يصومها متتابعة ، وهذا يدل على وجوب التتابع في الأيام المنذورة .وحمل بعض أصحابنا كلام أحمد على من شرط التتابع أو نواه ، لأن لفظ العشرة لا يقتضي تتابعاً ، والنذر لا يقتضيه مالم يكن في لفظه أو نيته .

وقال بعضهم : كلام أحمد على ظاهره، ويلزمه التتابع في نذر العشرة دون الثلاثين ، لأن الثلاثين شهر ، فلو أراد التتابع لقال شهراً ، فعدوله إلى العدد دليل على إرادة التفريق بخلاف العشرة . والصحيح أنه يلزمه التتابع . فإن عدم ما يدل على التفريق ليس بدليل على إرادة التتابع ، فإن الله تعالى قال في قضاء رمضان : (فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ)[1] ولم يذكر تفريقها ولا تتابعها ، ولم يجب التتابع فيها بالاتفاق .

وقال بعض أصحابنا : إن نذر اعتكاف أيام لزمه التتابع ، ولا يلزمه مثل ذلك في الصيام ، لأن الاعتكاف يتصل بعضه ببعض من غير فضل[2] ، والصوم يتخلله الليل فيفصل بعضه من بعض ، ولذلك لو نذر اعتكاف يومين متتابعين لدخل فيه الليل ، والصحيح التسوية ، لأن الواجب ما اقتضاه لفظه ، ولفظه لا يقتضي التتابع بدليل نذر الصوم ، وما ذكروه من العرف لا أثر له ، ومن قال يلزمه التتابع لزمته الليالي التي بين أيام الاعتكاف كما لو قال متتابعة .

٨٢١٥ (فصـــــل)

إذا نذر صيام أشهر متتابعة ، فابتدأها من أول شهر ، أجزأه صومها بالأهلة بلا خلاف ، وإن ابتدأها من أثناء شهر كمله بالعدد وباقي الأشهر بالأهلة ، وهذا قول مالك والشافعي وأحد الروايتين عن أبي حنيفة، والرواية الأخرى يكمل الجميع بالعدد ، وروى ذلك عن أحمد ، وقد تقدم توجيه الروايتين .

---

(١) سورة البقرة آية ١٨٤.

(٢) في طبعة رشيد ج ١١ ص ٣٦٧ ، والفقي ج ٩ ص ٢٨ (فصل) بالصاد المهملة والصواب (فضل) بالضاد المعجمة (ف)

٨٢١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن نذر أن يصوم شهراً بعينه فأفطر يوماً بغير عذر ، ابتدأ شهراً وكفّر كفارة يمين ﴾ :
وجملته : أنه إذا نذر صوم شهر معين فأفطر فى أثنائه لم يخل من حالين :

أحدها : أفطر لغير عذر ، ففيه روايتان :

إحداها : يقطع صومه ويلزمه استئنافه ، لأنه صوم يجب متتابعاً بالنذر ، فأبطله الفطر لغير عذر ، كما لو شرط التتابع ، وفارق رمضان ، فإن تتابعه بالشرع لا بالنذر ، وها هنا أوجبه على نفسه على صفة ثم فوّتها ، فأشبه مالو شرطه متتابعاً .

الثانية : لا يلزمه الاستئناف إلا أن يكون قد شرط التتابع ، وهذا قول الشافعى ، لأن وجوب التتابع ضرورة التعيين لا بالشرط ، فلم يبطله الفطر فى أثنائه كشهر رمضان ، ولأن الاستئناف يجعل الصوم فى الوقت الذى لم يعينه والوفاء بنذره فى غير وقته ، وتفويت يوم واحد لا يوجب تفويت غيره من الأيام ، فعلى هذا يكفّر عن فطره ويقضى يوماً مكانه بعد إتمام صومه ، وهذا أقيس إن شاء الله تعالى . وعلى الرواية الأولى يلزمه الاستئناف عقيب اليوم الذى أفطر فيه ولا يجوز تأخيره ، لأن باقى الشهر منذور ولا يجوز ترك الصوم فيه ، وتلزمه كفارة أيضاً لإخلاله بصوم هذا اليوم الذى أفطره .

الحال الثانى : أفطر لعذر ، فإنه يبنى على ما مضى من صيامه ويقضى ويكفّر ، هذا قياس المذهب . وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى أنه لا كفارة عليه ، وهذا مذهب مالك والشافعى وأبى عبيد ، لأن المنذور محمول على المشروع ، ولو أفطر رمضان لعذر لم يلزمه شىء .

ولنا : أنه فات ما نذره فلزمته كفارة ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة بن عامر «ولتكفر يمينها» وفارق رمضان ، فإنه لو أفطر لغير عذر لم تجب عليه كفارة إلا فى الجماع .

٨٢١٧ (فصل)

فإن جُنّ جميع الشهر المعين لم يلزمه قضاء ولا كفارة . وقال أبو ثور : يلزمه القضاء ، لأنه من أهل التكليف حالة نذره وقضائه فلزمه القضاء كالمغمى عليه .

ولنا : أنه ليس من أهل التكليف فى وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء ، كما لو كان فى شهر رمضان .
وإن حاضت المرأة جميع الزمن المعين فعليها القضاء ، وفى الكفارة وجهان . وقال الشافعى : لا كفارة عليها ، وفى القضاء وجهان :

أحدها : لا يلزمها النذر ، لأن زمن الحيض لا يمكن الصوم فيه ولا يدخل فى النذر كزمن رمضان .

ولنا : أن المنذور يحمل على المشروع ابتـداء . ولو حاضت فى شهر رمضان لزمها القضاء وكذلك المنذور .

٨٢١٨ (فصـل)

ولو قال : لله علىّ الحج فى عامى هذا فلم يحج لعذر أو غيره ، فعليه القضاء والكفارة ، ويحتمل ألا كفارة عليه إذا كان معذوراً . وقال الشافعى : إن تعذر عليه الحج لعدم أحد الشرائط السبعة ، أو منعه منه سلطان أو عدو فلا قضاء عليه ، وإن حدث به مرض أو أخطأ عدداً أو نسى أو توانى قضاه .

ولنا : أنه فاته الحج المنذور فلزمه قضاؤه كما لو مرض ، ولأن المنذور محمول على المشروع ابتداء ، ولو فاته المشروع لزمه قضاؤه ، كذلك المنذور .

٨٢١٩ (فصـل)

ولو نذر صوم شهر بعينه أو الحج فى عام بعينه ، وفعل ذلك قبله ، لم يجزئه . وقال أبو يوسف : يجزئه كما لو حلف ليقضينه حقه فى وقت فقضاه قبله .

ولنا : أن المنذور محمول على المشروع ، ولو صام قبل رمضان لم يجزئه ، فكذلك إذا صام المنذور قبله ، ولأنه لم يأت بالمنذور فى وقته فلم يجزئه ، كما لو لم يفعله أصلا .

٨٢٢٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ومن نذر أن يصوم فمات قبل أن يأتى به ، صام عنه ورثته من أقاربه ، وكذلك كل ما كان من نذر طاعة ﴾ .

يعنى من نذر حجاً أو صياماً أو صدقة أو عتقاً أو اعتكافاً أو صلاة أو غيره من الطاعات ومات قبل فعله ، فعله الولى عنه ، وعن أحمد فى الصلاة لا يصلى عن الميت لأنها لا بدل لها بحال ، وأما سائر الأعمال فيجوز أن ينوب الولى عنه فيها ، وليس بواجب عليه ، ولكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف ، وأفتى بذلك ابن عباس فى امرأة نذرت أن تمشى إلى قباء فماتت ولم تقضه أن تمشى ابنتها عنها .

وروى سعيد عن سفيان عن عبد الكريم بن أبى أمية أنه سأل ابن عباس عن نذر كان على أمه من اعتكاف ، قال : صم عنها واعتكف عنها ، وقال حدثنا أبو الأحوص عن إبراهيم بن مهاجر عن عامر ابن شعيب أن عائشة اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات .

وقال مالك : لا يمشى أحد عن أحد ، ولا يصلى ولا يصوم عنه ، وكذلك سائر أعمال البدن قياساً على الصلاة .

وقال الشافعي : يقضى عنه الحج ولا يقضى الصلاة قولا واحداً ، ولا يقضى الصوم فى أحد القولين ، وَيُطْعَمُ عنه لكل يوم مسكين ، لأن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من مات وعليه صيام شهر فليطعَم عنه مكان كل يوم مسكين » أخرجه ابن ماجة .

وقال أهل الظاهر : يجب القضاء على وليه بظاهر الأخبار الواردة فيه .

وجمهور أهل العلم على أن ذلك ليس بواجب على الولى ، إلا أن يكون حقاً فى المال ويكون للميت تركة ، وأمر النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا محمول على الندب والاستحباب بدليل قرائن فى الخبر ، منها أن النبى صلى الله عليه وسلم شبهه بالدَّين ، وقضاء الدَّين على الميت لا يجب على الوارث ما لم يخلف تركة يقضى بها .

ومنها أن السائل سأل النبى صلى الله عليه وسلم هل يفعل ذلك أم لا ؟

وجوابه يختلف باختلاف مقتضى سؤاله ، فإن كان مقتضاه السؤال عن الإباحة ، فالأمر فى جوابه يقتضى الإباحة ، وإن كان السؤال عن الإجزاء فأمره يقتضى الإجزاء ، كقولهم : أنصلّى فى مرابض الغنم ؟ قال « صلوا فى مرابض الغنم » وإن كان سؤالهم عن الوجوب ، فأمره يقتضى الوجوب ، كقولهم أنتوضأ من لحوم الإبل ؟ قال « توضئوا من لحوم الإبل » وسؤال السائل فى مسألتنا كان عن الإجزاء ، فأمرُ النبى صلى الله عليه وسلم بالفعل يقتضيه لا غير .

ولنا : على جواز الصيام عن الميت ما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » .

وعن ابن عباس قال « جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن أمى ماتت وعليها صوم شهر ، أفأصوم عنها ؟ قال : أرأيت لو كان على أمك دَين أكنت قاضية ؟ قال : نعم . قال : فدَين الله أحق أن يقضى » .

وفى رواية قال « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أمى ماتت وعليها صوم، أفأصوم عنها ؟ قال : أرأيتِ لو كان على أمكِ دَين فقضيتِه أكان يؤدى ذلك عنها ؟ ـ قالت : نعم ، قال : فصومى عن أمك » متفق عليهن .

وعن ابن عباس أن سعد بن عبادة الأنصارى استفتى النبيَّ صلى الله عليه وسلم فى نذر كان على أمه فتوفيت قبل أن تقضيه ، فأفتاه أن يقضيه ، فكانت سُنّةً بعد .

وعنه أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : إن أختى نذرت أن تحج وإنها ماتت ، فقال النبى

صلى الله عليه وسلم « لو كان عليها دَين أ كنت قاضية ؟ قال نعم قال : فاقض اللهَ فهو أحق بالقضاء » رواهما البخارى .

وهذا صريح فى الصوم والحج ومطلق فى النذر ، وما عدا المذكور فى الحديث يقاس عليه . وحديث ابن عمر فى الصوم الواجب بأصل الشرع ، ويتعين حمله عليه جمعاً بين الحديثين .ولو قدر التعارض لكانت أحاديثنا أصح وأ كثر وأولى بالتقديم .

إذا ثبت هذا فإن الأولى أن يقضى النذر عنه وارثُه ، فإن قضاه غيره أجزأه عنه ، كما لو قضى عنه دَينه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم شبهه بالدّين وقاسه عليه ، ولأن ما يقضيه الوارث إنما هو تبرع منه ، وغيره مثله فى التبرع ، وإن كان النذر فى مال تعلق بتركته .

٨٢٢١ (فصــــل)

ومن نذر أن يطوف على أربع ، فعليه طوافان ، قال ذلك ابن عباس ، لما روى معاوية بن خديج الكندى أنه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه أمه كبشة بنت معديكرب عمة الأشعث بن قيس ، فقالت : يا رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ إنى آليت أن أطوف بالبيت حبواً ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « طوفى على رجليكِ سَبْعَيْنِ ، سبعاً عن يديك ، وسبعاً عن رجليك » أخرجه الدارقطنى بإسناده .

وقال ابن عباس فى امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع ، قال : تطوف عن يديها سبعاً وعن رجليها سبعاً ، رواه سعيد . والقياس أن يلزمه طواف واحد على رجليه ولا يلزمه ذلك على يديه ، لأنه غير مشروع فيسقط ، كما أن أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تحج وتختمر .

وروى عكرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان فى سفر ، فحانت منه نظرة فإذا امرأة ناشرة شعرها فقال « مُروها فلتختمر »[1] ومرّ برجلين مقترنين فقال « أطلقا قرانكما »[2] وقد ذكرنا حديث أبى إسرائيل الذى نذر أن يصوم ويفعل أشياء ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالصوم وحده ، ونهاه عن سائر نذوره . وهل تلزمه كفارة ؟ يخرج فيه وجهان بناء على ما تقدم . وقياس المذهب لزوم الكفارة لإخلاله بصفة نذره وإن كان غير مشروع ، كما لو كان أصل النذر غير مشروع .

(١) أخرجه البزار عن ابن عباس (ف) .

(٢) أخرجه أحمد فى مسنده ج ١١ ص٧ حديث ٦٧١٤ (ف) .

وأما وجه الأول : فلأن من نذر الطواف على أربع فقد نذر الطواف على يديه ورجليه ، فأقيم الطواف الثانى مقام طوافه على يديه .

٨٢٢٢ (فصـــــل)

فإن نذر صوم الدهر لزمه ، ولم يدخل فى نذره رمضان ولا أيام العيد والتشريق ، فإن أفطر لعذر أوغيره لم يقضه ، لأن الزمن مستغرق بالصوم المنذور ، ولـكن تلزمه كفارة لتركه . وإن لزمه قضاء من رمضان أو كفارة قدّمه على النذر ، لأنه واجب بأصل الشرع ، فقدم على ما أوجبه على نفسه، كتقديم حجة الإسلام على المنذورة . فإذا لزمته كفارة لتركه صوم يوم أو أكثر وكانت كفارته الصيام احتمل أن لا يجب ، لأنه لا يمـكن التـكفير إلا بترك الصوم المنذور ، وتركه يوجب كفارة فيفضى ذلك إلى التسلسل وترك المنذور بالـكلية ، ويحتمل أن تجب الـكفارة ولا تجب بفعلها كفارة ، لأن ترك النذر لعذر لا يوجب كفارة فلا يفضى إلى التسلسل .

٨٢٢٣ (فصـــل)

وصيغة النذر أن يقول : لله علىّ أن أفعل كذا . وإن قال:علىّ نذر كذا لزمه أيضاً ، لأنه صرح بلفظ النذر . وإن قال : إن شفانى الله فعلىّ صوم شهر ، كان نذراً ، وإن قال لله علىّ المشى إلى بيت الله ، قال ابن عمر فى الرجل يقول:علىّ المشى إلى الـكعبة لله ، قال : هذا نذر فليمش . ونحوه عن القاسم بن محمد ويزيد ابن إبراهيم التيمى ومالك وجماعة من العلماء . واختلف فيه عن سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد ، فروى عنهما مثل قولهم . وروى عنهما فيمن قال : علىّ المشى إلى بيت الله فليس بشىء إلا أن يقول علىّ نذر مشى إلى بيت الله .

ولنا : أن لفظة علىّ للإيجاب على نفسه ، فإذا قال علىّ المشى إلى بيت الله فقد أوجبه على نفسه فلزمه ، كما لو قال : هو علىّ نذر ، والله أعلم .

كتاب القضاء

الأصل فى القضاء ومشروعيته الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى : (يَادَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللهِ)(١) وقول الله تعالى (وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ)(٢) وقوله (وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ)(٣) وقوله تعالى (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)(٤) .

وأما السنة : فما روى عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر » متفق عليه . فى آى وأخبار سوى ذلك كثيرة .

وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء والحكم بين الناس .

٨٢٢٤ (فصل)

والقضاء من فروض الكفايات ، لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه ، فكان واجباً عليهم كالجهاد والإمامة . قال أحمد : لابد للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟

وفيه فضل عظيم لمن قوى على القيام به وأداء الحق فيه ، ولذلك جعل الله فيه أجراً مع الخطأ ، وأسقط عنه حكم الخطأ ، ولأن فيه أمراً بالمعروف ، ونصرة المظلوم ، وأداء الحق إلى مستحقه ، ورداً للظالم عن ظلمه ، وإصلاحاً بين الناس ، وتخليصاً لبعضهم من بعض ، وذلك من أبواب القرب ، ولذلك تولاه النبى صلى الله عليه وسلم والأنبياء قبله ، فكانوا يحكمون لأممهم ، وبعث علياً إلى اليمن قاضياً ، وبعث أيضاً معاذاً قاضياً .

وقد روى عن ابن مسعود أنه قال : لأن أجلس قاضياً بين اثنين أحب إلىّ من عبادة سبعين سنة .

وعن عقبة بن عامر قال : جاء خصمان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « اقض بينهما » قلت : أنت أولى بذلك ، قال « وإن كان » قلت : علام أقضى ؟ قال « اقض ، فإن أصبت فلك عشرة أجور ، وإن أخطأت فلك أجر واحد »(٥) رواه سعيد فى سننه .

---

(١) سورة ص آية ٢٦ (٢) سورة المائدة آية ٤٩

(٣) سورة النور آية ٤٨ (٤) سورة النساء آية ٦٥

(٥) ورواه أيضاً ابن عدى وابن عساكر كما فى منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٤ (ف) .

٨٢٢٥ (فصـــل)

وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه ، ولذلك كان السلف رحمة الله عليهم يمتنعون منه أشد الامتناع ، ويخشون على أنفسهم خطره .

قال خاقان بن عبد الله : أريد أبو قلابة على قضاء البصرة ، فهرب إلى اليمامة ، فأريد على قضائها، فهرب إلى الشام ، فأريد على قضائها وقيل : ليس هاهنا غيرك . قال : فأنزلوا الأمر على ما قلتم ، فإنما مثلي مثل سابح وقع في البحر فسبح يومه فانطلق ، ثم سبح اليوم الثاني فمضى أيضاً ، فلما كان اليوم الثالث فترت يداه. وكان يقال : أعلم الناس بالقضاء أشدهم له كراهة .

ولعظم خطره قال النبي صلى الله عليه وسلم « من جُعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين » قال الترمذي : هذا حديث حسن وقيل في هذا الحديث إنه لم يخرج مخرج الذم للقضاء ، وإنما وصفه بالمشقة ، فكأن من وليه قد حمل على مشقة كمشقة الذبح .

٨٢٢٦ (فصـــل)

والناس في القضاء على ثلاثة أضرب : منهم من لا يجوز له الدخول فيه ، وهو من لا يحسنه ولم تجتمع فيه شروطه ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « القضاة ثلاثة »(1) ذكر منهم رجلا قضى بين الناس بجهل فهو في النار ، ولأن من لا يحسنه لا يقدر على العدل فيه فيأخذ الحق من مستحقه فيدفعه إلى غيره .

ومنهم من يجوز له ولا يجب عليه ، وهو من كان من أهل العدالة والاجتهاد ويوجد غيره مثله ، فله أن يلي القضاء بحكم حاله وصلاحيته ولا يجب عليه لأنه لم يتعين له ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه من السلامة ، ولما ورد فيه من التشديد والذم(2) ولأن طريقة السلف الامتناع منه والتوقي . وقد أراد عثمان رضي الله عنه تولية ابن عمر القضاء فأباه . وقال أبو عبد الله

---

(١) تمام الحديث « القضاة ثلاثة :اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار،ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار » أخرجه أصحاب السنن الأربعة والحاكم عن بريدة (ف) .

(٢) من الأحاديث التي تخوف من تولي القضاء ما رواه أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين » أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجة والحاكم ،ومارويته عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليأتين على القاضي العدل يوم القيامة ساعة يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في تمرة قط » أخرجه أحمد، وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :«ما من حكم يحكم بين الناس إلا حبس يوم القيامة وملك آخذ بقفاه حتى يقفه على جهنم ثم يرفع رأسه إلى الله عز وجل فإن قال الله ألقه ألقاه في مهوى فهوى أربعين خريفاً »أخرجه أحمد(ف)

ابن حامد : إن كان رجلا خاملا لا يرجع إليه فى الأحكام ولا يعرف فالأولى له توليه ليرجع إليه فى الأحكام ويقوم به الحق وينتفع به المسلمون ، وإن كان مشهوراً فى الناس بالعلم يرجع إليه فى تعليم العلم والفتوى ، فالأولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الأمن من الغرر ، ونحو هذا قال أصحاب الشافعى ، وقالوا أيضاً : إذا كان ذا حاجة وله فى القضاء رزق فالأولى له الاشتغال به فيكون أولى من سائر المكاسب لأنه قربة وطاعة.

وعلى كل حال فإنه يكره للإنسان طلبه والسعى فى تحصيله ، لأن أنساً روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء ، وُكل إلى نفسه ، ومن أُكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم لعبدالرحمن بن سمرة « يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وُكلت إليها ، وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها » متفق عليه .

الثالث : من يجب عليه ، وهو من يصلح للقضاء ولا يوجد سواه ، فهذا يتعين عليه ، لأنه فرض كفاية لا يقدر على القيام به غيره ، فيتعين عليه كغسل الميت وتكفينه .

وقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يتعين عليه ، فإنه سئل هل يأثم القاضى إذا لم يوجد غيره ؟ قال : لا يأثم ، فهذا يحتمل أنه يحمل على ظاهره فى أنه لا يجب عليه لما فيه من الخطر بنفسه ، فلا يلزمه الإضرار بنفسه لنفع غيره ، ولذلك امتنع أبو قلابة منه وقد قيل له ليس غيرك. ويحتمل أن يحمل على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره ، فإن أحمد قال : لا بد للناس من حاكم ، أتذهب حقوق الناس ؟

٨٢٢٧ (فصـــــل)

ويجوز للقاضى أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعى وأكثر أهل العلم . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقاً ، ورزق شريحاً فى كل شهر مائة درهم ، وبعث إلى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة ، نصفها لعمار ، ونصفها لابن مسعود وعثمان ، وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم . وكتب إلى معاذ بن جبل وأبى عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالا من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله .

وقال أبو الخطاب : يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة ، فأما مع عدمها فعلى وجهين . وقال أحمد : ما يعجبنى أن يأخذ على القضاء أجراً ، وإن كان فبقدر شغله مثل وَالِي اليتيم .

وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء .

وكان مسروق وعبدالرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً ، وقالا : لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين .

وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن متعيناً جاز له أخذ الرزق عليه ، وإن تعين لم يجز إلا مع الحاجة .

والصحيح : جواز أخذ الرزق عليه بكل حال ، لأن أبا بكر رضى الله عنه لما ولى الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين . ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيداً وشريحاً وابن مسعود ، وأمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاة ، ولأن بالناس حاجة إليه . ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق .

فأما الاستئجار عليه فلا يجوز. قال عمر رضى الله عنه: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأنه قربة يختص فاعله أن يكون في أهل القربة فأشبه الصلاة ، ولأنه لا يعمله الإنسان عن غيره وإنما يقع عن نفسه فأشبه الصلاة ، ولأنه عمل غير معلوم . فإن لم يكن للقاضي رزق فقال للخصمين لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً عليه جاز ، ويحتمل أن لا يجوز .

٨٢٢٨ (فصـــــل)

وإذا كان الإمام في بلد فعليه أن يبعث القضاة إلى الأمصار غير بلده ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم بعث علياً قاضياً إلى اليمن ، وبعث معاذ بن جبل إلى اليمن أيضاً وقال له « بِمَ تحكم؟ قال : بكتاب الله تعالى ، قال : فإن لم تجد؟ قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيي . قال : الحمد لله الذى وفق رسولَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسولَ الله صلى الله عليه وسلم »[1] وبعث عمرُ شريحاً على قضاء الكوفة ، وكعبَ بن سوار على قضاء البصرة ، وكتب إلى أبي عبيدة ومعاذ يأمرهما بتولية القضاء في الشام ، لأن أهل كل بلد يحتاجون إلى القاضي ولا يمكنهم المصير إلى بلد الإمام ، ومن أمكنه ذلك شق عليه ، فوجب إغناؤهم عنه .

٨٢٢٩ (فصـــــل)

وإذا أراد الإمام تولية قاض ، فإن كان له خبرة بالناس ويعرف من يصلح للقضاء ولاه ، وإن لم يعرف ذلك سأل أهل المعرفة بالناس واسترشدهم على من يصلح ، وإن ذكر له رجل لا يعرفه أحضره وسأله ، وإن عرف عدالته وإلا بحث عن عدالته فإذا عرفها ولاه ، ويكتب له عهداً يأمره فيه بتقوى الله ، والتثبت في القضاء ، ومشاورة أهل العلم ، وتصفح أحوال الشهود ، وتأمل الشهادات ، وتعاهد اليتامى وحفظ أموالهم وأموال الوقوف ، وغير ذلك مما يحتاج إلى مراعاته .

ثم إن كان البلد الذى ولاه قضاءه بعيداً لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام ، أحضر شاهدين عدلين ، وقرأ عليهما العهد ، أو أقرأه غيره بحضرته ، وأشهدهما على توليته ليمضيا معه إلى بلد ولايته فيقيما له الشهادة ، ويقول لهما اشهدا على أني قد وليته قضاء البلد الفلاني ، وتقدمت إليه بما اشتمل هذا العهد عليه.

---

(١) أخرجه أبو داود والترمذي عن معاذ (ف)

وإن كان البلد قريباً من بلد الإمام ، يستفيض إليه ما يجرى فى بلد الإمام ، مثل أن يكون بينهما خمسة أيام أو مادونها ، جاز أن يكتفى بالاستفاضة دون الشهادة ، لأن الولاية تثبت بالاستفاضة ، وبهذا قال الشافعى، إلا أن عنده فى ثبوت الولاية بالاستفاضة فى البلد القريب وجهين ، وقال أصحاب أبى حنيفة : تثبت باستفاضة ، ولم يفصلوا بين القريب والبعيد ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ولّى عليًا ومعاذاً قضاء اليمن وهو بعيد من غير شهادة ، وولى الولاة فى البلدان البعيدة وفوّض إليهم الولاية والقضاء ولم يشهد ، وكذلك خلفاؤه ، ولم ينقل منهم الإشهاد على تولية القضاء مع بعد بلدانهم .

ولنا : أن القضاء لا يثبت إلا بأحد الأمرين ، وقد تعذرت الاستفاضة فى البلد البعيد لعدم وصولها إليه فتعين الإشهاد ، ولا نسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يشهد على توليته ، فإن الظاهر أنه لم يبعث والياً إلا ومعه جماعة ، فالظاهر أنه أشهدهم ، وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله ، وقد قام دليله فتعين وجوده .

٨٢٣٠ (مسألة)

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى { ولا يولى قاض حتى يكون بالغًا ، عاقلا ، مسلماً ، حرًا ، عدلا ، عالمًا ، فقيهاً ، ورعاً } .

وجملته:أنه يشترط فى القاضى ثلاثة شروط: أحدها : الكمال ، وهو نوعان: كمال الأحكام وكمال الخلقة ، أما كمال الأحكام فيعتبر فى أربعة أشياء : أن يكون بالغاً ، عاقلا ، حراً ، ذكراً ، وحكى عن ابن جرير أنه لا تشترط الذكورية ، لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية . وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون قاضية فى غير الحدود ، لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة »(١) ولأن القاضى يحضره محافل الخصوم والرجال ، ويحتاج فيه إلى كمال الرأى وتمام العقل والفطنة ، والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأى ، ليست أهلا للحضور فى محافل الرجال ، ولا تقبل شهادتها ولو كان معها ألف امرأة مثلها ما لم يكن معهن رجل ، وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى(٢)) ولا تصلح للإمامة العظمى ولا لتولية البلدان ، ولهذا لم يول النبى صلى الله عليه وسلم ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا ، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً .

وأما كمال الخلقة فأن يكون متكلماً سميعاً بصيراً ، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته . والأصم لايسمع قول الخصمين . والأعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه ، والمقر من المقر له ،

(١) أخرجه أحمد والبخارى والترمذى والنسائى عن أبى بكرة بلفظ «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» (ف)
(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

والشاهد من المشهود له . وقال بعض أصحاب الشافعى : يجوز أن يكون أعمى لأن شعيباً كان أعمى ، ولهم فى الأخرس الذى تفهم إشارته وجهان .

ولنا : أن هذه الحواس تؤثر فى الشهادة ، فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع ، وهذا لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء ، والشاهد يشهد فى أشياء يسيرة يحتاج إليه فيها ، وربما أحاط بحقيقة علمها ، والقاضى ولايته عامة ويحكم فى قضايا الناس عامة ، فإذا لم يقبل منه الشهادة فالقضاء أولى . وما ذكروه عن شعيب فلا نسلم فيه ، فإنه لم يثبت أنه كان أعمى ، ولو ثبت فيه ذلك فلا يلزم ها هنا ، فإن شعيباً عليه السلام كان من آمن معه من الناس قليلا ، وربما لا يحتاجون إلى الحكم بينهم لقلتهم وتناصفهم فلا يكون حجة فى مسألتنا .

الشرط الثانى : العدالة ، فلا يجوز تولية فاسق . ولا من فيه نقص يمنع الشهادة . وسنذكر ذلك فى الشهادة إن شاء الله تعالى . وحكى عن الأصم أنه قال : يجوز أن يكون القاضى فاسقاً ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « سيكون بعدى أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها ، فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سُبْحة »[1] .

ولنا : قول الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا)[2] فأمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه، ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهداً ، فلئلا يكون قاضياً أولى. فأما الخبر فأخبر بوقوع كونهم أمراء لا بمشروعيته، والنزاع فى صحة توليته لا فى وجودها .

الشرط الثالث : أن يكون من أهل الاجتهاد ، وبهذا قال مالك والشافعى وبعض الحنفية . وقال بعضهم : يجوز أن يكون عامياً فيحكم بالتقليد ، لأن الغرض منه فصل الخصائم ، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز كما يحكم بقول المقومين .

ولنا : قول الله تعالى : (وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ)[3] ولم يقل بالتقليد . وقال : (لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ)[4] وقال : (فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ)[5] .

---

(١) أخرجه أحمد والبزار والطبرانى فى الأوسط عن شداد بن أوس وفيه راشد بن داود ضعفه الدارقطنى ووثقه ابن معين . اهـ مجمع الزوائد ج ١ ص ٣٢٥ ومعنى سبحة بضم السين وسكون الباء : نافلة . (ف)

(٢) سورة الحجرات آية ٦ (٣) سورة المائدة آية ٤٩ (٤) سورة النساء آية ١٠٥ (٥) سورة النساء آية ٥٩

وروى بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « القضاة ثلاثة : اثنان في النار وواحد في الجنة : رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار ، ورجل جار في الحكم فهو في النار » رواه ابن ماجة .

والعامي يقضي على جهل ، ولأن الحكم آكد من الفتيا ، لأنه فتيا وإلزام . ثم المفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً ، فالحكم أولى .

فإن قيل : فالمفتي يجوز أن يخبر بما سمع .

قلنا : نعم إلا أنه لا يكون مفتياً في تلك الحال ، وإنما هو مخبر فيحتاج أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهاد فيكون معمولا بخبره لا بفتياه ، ويخالف قول المقومين ، لأن ذلك لا يمكن الحاكم معرفته بنفسه بخلاف الحكم .

إذا ثبت هذا : فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والاختلاف ، والقياس ، ولسان العرب .

أما الكتاب : فيحتاج أن يعرف منه عشرة أشياء : الخاص ، والعام ، والمطلق ، والمقيد ، والمحكم ، والمتشابه ، والمجمل ، والمفسر ، والناسخ ، والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام وذلك نحو خمسمائة . ولا يلزمه معرفة سائر القرآن .

فأما السنة : فيحتاج إلى معرفة ما يتعلق منها بالأحكام دون سائر الأخبار من ذكر الجنة والنار والرقائق . ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب ويزيد معرفة التواتر ، والآحاد ، والمرسل ، والمتصل ، والمسند ، والمنقطع ، والصحيح ، والضعيف ، ويحتاج إلى معرفة ما أجمع عليه وما اختلف فيه ، ومعرفة القياس وشروطه وأنواعه ، وكيفية استنباطه الأحكام .

ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكرنا ليتعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة ، وقد نص أحمد على اشتراط ذلك للفتيا ، والحكم في معناه .

فإن قيل : هذه شروط لا تجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟

قلنا : ليس من شرطه أن يكون محيطاً بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها ، وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا ، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب خليفتا رسول الله صلى الله عليه وسلم ووزيراه وخير الناس بعده في حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة يسألان الناس فيخبران .

فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة، فقال مالك في كتاب الله شيء، ولا أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس، ثم قام فقال أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله صلى الله عليه في الجدة، فقام المغيرة بن شعبة فقال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس[1].

وسأل عمر عن إملاص المرأة، فأخبره المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة[2].

ولا يشترط معرفة المسائل التي فرّعها المجتهدون في كتبهم، فإن هذه فروع فرّعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد، فلا تكون شرطاً له وهو سابق عليها. وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهداً في كل المسائل، بل من عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها وإن جهل غيرها، كمن يعرف الفرائض وأصولها، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل.

وقيل: من يجيب في كل مسألة فهو مجنون. وإذا ترك العالم «لا أدري» أصيبت مقاتله.

وحكي أن مالكاً سئل عن أربعين مسألة فقال في ست وثلاثين منها: لا أدري، ولم يخرجه ذلك عن كونه مجتهداً. وإنما المعتبر أصول هذه الأمور، وهو مجموع مدون في فروع الفقه وأصوله، فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً، له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه والله أعلم.

٨٢٣١ (فصل)

ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً. وقيل: يشترط ذلك لعلم مايكتبه كاتبه ولا يتمكن من إخفائه عنه.

ولنا: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أمّيًا وهو سيد الحكام، وليس من ضرورة الحاكم الكتابة فلا تعتبر شروطها، وإن احتاج إلى ذلك جاز توليته لمن يعرفه، كما أنه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس، وليس من شرطه معرفة المساحة، ويحتاج إلى التقويم، وليس من شرط القضاء أن يكون عالماً بقيمة الأشياء، ولا معرفته بعيوب كل شيء.

٨٢٣٢ (فصل)

وينبغي أن يكون الحاكم قوياً من غير عنف، ليّناً من غير ضعف، لا يطمع القوي في باطله، ولا ييأس

(١) أخرجه مالك وأحمد والأربعة من حديث المغيرة ومحمد بن مسلمة وصححه ابن حبان والحاكم. الدراية ج ٢ ص ٢٩٧ (ف)

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن المغيرة بن شعبة. والإملاص فسره البخاري في الاعتصام بأن تضرب المرأة، في بطنها فتلقي جنينها (ف).

الضعيف من عدله ، ويكون حليماً متأنياً ، ذا فطنة وتيقظ ، لا يؤتى من غفلة ، ولا يخدع لغرة ، صحيح السمع والبصر ، عالماً بلغات أهل ولايته ، عفيفاً ورعاً نزهاً بعيداً عن الطمع ، صدوق اللهجة ، ذا رأى ومشورة ، لكلامه لين إذا قرب ، وهيبة إذا أوعد ، ووفاء إذا وعد ، ولا يكون جباراً ولا عسوفاً فيقطع ذا الحجة عن حجته . قال عليّ رضى الله عنه : لا ينبغى أن يكون القاضى قاضياً حتى تكون فيه خمس خصال : عفيف ، حليم ، عالم بما كان قبله ، يستشير ذوى الألباب ، لا يخاف فى الله لومة لائم .

وعن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه قال : ينبغى للقاضى أن تجتمع فيه سبع خلال ، إن فاتته واحدة كانت فيه وصمة : العقل ، والفقه ، والورع ، والنزاهة ، والصرامة ، والعلم بالسنن ، والحكم . ورواه سعيد وفيه : يكون فهماً ، حليماً ، عفيفاً ، صلباً ، سألاً عما لا يعلم ، وفى رواية : محتملا للأئمة ، ولا يكون ضعيفاً مهيناً ، لأن ذلك يبسط المتخاصمين إلى التهاتر والتشاتم بين يديه . قال عمر رضى الله عنه : لأعزلن فلاناً عن القضاء ولأستعملن رجلا إذا رآه الفاجر فرقه .

٨٢٣٣ (فصـــــل)

وله أن ينتهر الخصم إذا التوى ويصيح عليه ، وإن استحق التعزير عزره بما يرى من أدب أو حبس ، وإن افتات عليه بأن يقول : حكمت علىّ بغير الحق أو ارتشيت ، فله تأديبه ، وله أن يعفو . وإن بدأ المنكر باليمين قطعها عليه وقال : البينة على خصمك ، فإن عاد نهره ، فإن عاد عزره إن رأى ، وأمثال ذلك مما فيه إساءة الأدب ، فله مقابلة فاعله وله العفو .

٨٢٣٤ (فصـــــل)

وإن ولّى الإمام رجلا القضاء ، فإن كانت ولايته فى غير بلده فأراد السير إلى بلاد ولايته ، بحث عن قوم من أهل ذلك البلد ليسألهم عنه ، ويتعرف منه ما يحتاج إلى معرفته ، فإن لم يجد سأل فى طريقه ، فإن لم يجد سأل إذا دخل البلد عن أهله ومن به من العلماء والفضلاء وأهل العدالة والستر وسائر ما يحتاج إلى معرفته ، وإذا قرب من البلد بعث من يعلمهم بقدومه ليتلقوه ويجعل قدومه يوم الخميس إن أمكنه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا قدم من سفر قدم يوم الخميس . ثم يقصد الجامع فيصلى فيه ركعتين ، كما كان النبى صلى الله عليه وسلم يفعل إذا دخل المدينة ، ويسأل الله تعالى التوفيق والعصمة والمعونة ، وأن يجعل عمله صالحاً ، ويجعله لوجهه خالصاً ، ولا يجعل لأحد فيه شيئاً ، ويفوّض أمره إلى الله تعالى ويتوكل عليه ، ويأمر مناديه فينادى فى البلد أن فلاناً قدم عليكم قاضياً فاجتمعوا لقراءة عهده وقت كذا وكذا ، وينصرف إلى منزله الذى قد أعد له ، وينبغى أن يكون فى وسط البلد ليتساوى أهل المدينة فيه ولا يشق على بعضهم قصده ، فإذا اجتمعوا أمر بعهده فقرىء عليهم ليعلموا التولية ويأتوا إليه ، ويَعِد الناسَ يوماً يجلس فيه للقضاء ، ثم ينصرف إلى منزله .

وأول ما يبدأ فيه من أمر الحكم أن يبعث إلى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم ، وهو ما فيه وثائق الناس من المحاضر ، وهى نسخ ما ثبت عند الحاكم والسجلات نسخ ما حكم به وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم مودعة فى ديوان الحكم وكانت عنده بحكم الولاية . فإذا انتقلت الولاية إلى غيره كان عليه تسليمها إليه فتكون مودعة عنده فى ديوانه . ثم يخرج فى اليوم الذى وعد بالجلوس فيه إلى مجلسه على أكمل حالة وأعدلها ، خلياً من الغضب ، والجوع الشديد والعطش ، والفرح الشديد ، والحزن الكثير ، والهمّ العظيم ، والوجع المؤلم ، ومدافعة الأخبثين أو أحدهما ، والنعاس الذى يغمر القلب ، ليكون أجمع لقلبه وأحضر لذهنه ، وأبلغ فى تيقظه للصواب ، وفطنته لموضع الرأى . ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يقضى القاضى بين اثنين وهو غضبان »(١) ، فنص على الغضب ونبه على ما فى معناه من سائر ما ذكرناه . ويسلم على من يمر به من المسلمين فى طريقه ، ويذكر الله بقلبه ولسانه حتى يأتى مجلسه ، ويستحب أن يجعله فى موضع بارز للناس فسيح كالرحبة والفضاء الواسع أو الجامع ، ولا يكره القضاء فى المساجد ، فعل ذلك شريح والحسن والشعبى ومحارب بن دثار ويحيى بن يعمر وابن أبى ليلى وابن خلدة قاض لعمر بن عبد العزيز رضى الله عنه . وروى عن عمر وعثمان وعلىّ أنهم كانوا يقضون فى المسجد .

وقال مالك : القضاء فى المسجد من أمر الناس القديم ، وبه قال مالك وإسحاق وابن المنذر . وقال الشافعى : يكره ذلك إلا أن يتفق خصمان عنده فى المسجد ،لما روى أن عمر كتب إلى القاسم بن عبدالرحمن أن لا تقضى فى المسجد ، لأنه تأتيك الحائض والجنب ، ولأن الحاكم يأتيه الذمى والحائض والجنب وتكثر غاشيته ، ويجرى بينهم اللغط والتكاذب والتجاحد ، وربما أدى إلى السب وما لم تُبن له المساجد .

ولنا : إجماع الصحابة بما قد رويناه عنهم . وقال الشعبى : رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة يقضى بين الناس . وقال مالك : هو من أمر الناس القديم . ولأن القضاء قربة وطاعة وإنصاف بين الناس فلم يكره فى المسجد ، ولا نعلم صحة ما رووه عن عمر ، وقد روى عنه خلافه . وأما الحائض فإن عرضت لها حاجة إلى القضاء وكلت أو أتته فى منزله . والجنب يغتسل ويدخل ، والذمى يجوز دخوله بإذن مسلم .

وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يجلس فى مسجده مع حاجة الناس إليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم . وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضاً بالحقوق فى المسجد ، وربما رفعوا أصواتهم . فقد روى عن كعب(٢) بن مالك أنه قال: تقاضيت ابن أبى حدرد دَيناً فى المسجد حتى ارتفعت أصواتنا ، فخرج النبى صلى الله عليه وسلم فأشار إلىّ أن ضع من دَينك الشطر ، فقلت : نعم يا رسول الله ، قال : « فقم فاقضه » .

(١) أخرجه أحمد والبخارى وأبو داود وابن ماجة عن أبى بكرة (ف) .

(٢) أخرجه مسلم عن كعب ج ٣ ص ١١٩٢ وأخرجه البخارى وأبو داود والنسائى وابن ماجة (ف) .

وينبغى أن يكون جلوسه فى وسط البلد لئلا يبعد على قاصديه ، ولا يتخذ حاجباً يحجب الناس عن الوصول إليه ، لما روى القاسم بن مخيمرة عن أبى مريم صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من ولى من أمور الناس شيئاً واحتجب دون حاجتهم احتجب الله دون حاجته وفاقته وفقره » رواه الترمذى . ولأن حاجبه ربما قدّم المتأخر وأخّر المتقدم لغرض له ، وربما كسرهم بحجبهم والاستئذان لهم . ولا بأس باتخاذ حاجب فى غير مجلس القضاء ، ويبسط له شىء ، ولا يجلس على التراب ولا على حصير المسجد ، لأن ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم ، ويجعل جلوسه مستقبل القبلة لأن خير المجالس ما استقبل به القبلة . وهذه الآداب المذكورة فى هذا الفصل ليست شرطاً فى الحكم إلا الخلو من الغضب وما فى معناه ، فإن فى اشتراطه روايتين .

٨٢٣٥ ﴿ فصـــل ﴾

وإذا جلس الحاكم فى مجلسه فأول ما ينظر فيه أمر المحبوسين ، لأن الحبس عذاب ، وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه ، فينفذ إلى حبس القاضى الذى كان قبله ثقة يكتب اسم كل محبوس وفيم حبس ؟ ولمن حبس ؟ فيحمله إليه فيأمر منادياً ينادى فى البلد ثلاثة أيام : ألا إن القاضى فلان بن فلان ينظر فى أمر المحبوسين يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر ، فإذا حضر ذلك اليوم وحضر الناس ترك الرقاع التى فيها اسم المحبوسين بين يديه ومد يده إليها فما وقع فى يده منها نظر إلى اسم المحبوس وقال : من خصم فلان المحبوس ؟ فاذا قال خصمه : أنا ، بعث معه ثقة إلى الحبس فأخرج خصمه وحضر معه مجلس الحكم ويفعل ذلك فى قدر مايعلم أنه يقسع زمانه للنظر فيه فى ذلك المجلس ولا يخرج غيرهم ، فاذا حضر المحبوس وخصمه لم يسأل خصمه : لم حبسته ؟ لأن الظاهر أن الحاكم إنما حبسه بحق ، لكن يسأل المحبوس : بِمَ حبست ؟ ولا يخلو جوابه من خمسة أقسام :

أحدها : أن يقول : حبسنى بحق له حال أنا ملىء به ، فيقول له الحاكم : اقضه وإلا رددتك فى الحبس .

الثانى : أن يقول له: علىّ دَين أنا معسر به ، فيسأل خصمه فإن صدقه فَـلّسَهُ الحاكم وأطلقه . وإن كذبه نظر فى سبب الدّين ، فإن كان شيئاً حصل له به مال كقرض أو شراء لم يقبل قوله فى الإعسار إلا ببينة بأن ماله تلف أو نفد ، أو ببينة أنه معسر ، فيزول الأصل الذى ثبت ويكون القول قوله فيما يدعيه عليه من المال . وإن لم يثبت له أصل مال ولم تكن لخصمه بينة بذلك فالقول قول المحبوس مع يمينه أنه معسر ، لأن الأصل الإعسار ، وإن شهدت لخصمه بينة بأن له مالاً لم تقبل حتى تعين ذلك المال بما يتميز به ، فإن شهدت عليه البينة بدار معينة أو غيرها وصدقها فلا كلام ، وإن كذبها وقال ليس هذا لى وإنما هو فى يدى لغيرى لم يقبل

إلا أن يقرّ به إلى واحد بعينه . فإن كان الذى أقرّ له به حاضراً نظرت ، فإن كذبه فى إقراره سقط وقضى من المال دَينه ، وإن صدقه نظرت ، فإن كان له به بينة فهو أولى ، لأن له بينة وصاحب اليد يقر له به ، وإن لم تكن له بينة فذكر القاضى أنه لا يقبل قولهما ويقضى الدَّين منه ، لأن البينة شهدت لصاحب اليد بالملك فتضمنت شهادتها وجوب القضاء منه . فإذا لم تقبل شهادتها فى حق نفسه قبلت فيما تضمنته ، لأنه حق لغيره ولأنه متهم فى إقراره لغيره ، لأنه قد يفعل ذلك ليخلص ماله ويعود إليه فتلحقه تهمة فلم تبطل البينة بقوله . وفيه وجه آخر يثبت الإقرار وتسقط البينة لأنها تشهد بالملك لمن لا يدعيه وينكره .

الجواب الثالث : أن يقول : حبسنى لأن البينة شهدت علىّ لخصمى بحق ليبحث عن حال الشهود ، فهذا ينبنى على أصل ، وهو أن الحاكم هل له ذلك أو لا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك ، لأن الحبس عذاب فلا يتوجه عليه قبل ثبوت الحق عليه ، فعلى هذا لا يرده إلى الحبس إن صدقه خصمه فى هذا .

والثانى : يجوز حبسه، لأن المدعى قد أقام ما عليه ، وإنما بقى ما على الحاكم من البحث. ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، فعلى هذا الوجه يرده إلى الحبس حتى يكشف عن حال شهوده ، وإن كذبه خصمه وقال : بل قد عرف الحاكم عدالة شهودى وحكم عليه بالحق فالقول قوله ، لأن الظاهر أن حبسه بحق .

الجواب الرابع : يقول : حبسنى الحاكم بثمن كلب ، أو قيمة خمر أرقته لذمى ، لأنه كان يرى ذلك ، فإن صدقه خصمه فذكر القاضى أنه يطلقه، لأن غرم هذا ليس بواجب ، وفيه وجه آخر أن الحاكم ينفذ حكم الحاكم الأول لأنه ليس له نقض حكم غيره باجتهاده ، وفيه وجه آخر أنه يتوقف ويجتهد أن يصطلحا على شىء، لأنه لا يمكنه فعل أحد الأمرين المتقدمين . وللشافعى قولان كهذين الوجهين الأخيرين . وإن كذبه خصمه وقال : بل حبست بحق واجب غير هذا فالقول قوله ، لأن الظاهر حبسه بحق .

الجواب الخامس : أن يقول : حبست ظلماً ولا حق علىّ ، فينادى منادى الحاكم بذكر ما قاله ، فإن حضر رجل فقال : أنا خصمه فأنكره وكانت للمدعى بينة ، كلف الجواب على مامضى ، وإن لم تكن له بينة ، أو لم يظهر له خصم ، فالقول قوله مع يمينه أنه لا خصم له ، أو لا حق عليه ، ويخلى سبيله .

٨٢٣٦ ﴿ فصل ﴾

ثم ينظر فى أمر الأوصياء ، لأنهم يكونون ناظرين فى أموال اليتامى والمجانين وتفرقة الوصية بين المساكين فيقصدهم الحاكم بالنظر ، لأن المنظور عليه لا يمكنه المطالبة بحقه ، فإن الصغير والمجنون لا قول لهما ، والمساكين لا يتعين الأخذ منهم ، فإذا قدم إليه الوصى ، فإن كان الحاكم قبله نفذ وصيته لم يعزله ، لأن الحاكم ما نفذ

وصيته إلا وقد عرف أهليته فى الظاهر ولـكن يراعيه ، فان تغيرت حاله بفسق أو ضعف أضاف إليه أميناً قوياً يعينه ، وإن كان الأول مانفذ وصيته نظر فيه ، فإن كان أميناً قوياً أقره ، وإن كان أميناً ضعيفاً ضم إليه من يعينه ، وإن كان فاسقاً عزله وأقام غيره . وعلى قول الخرقى يضم إليه أمـين ينظر عليه ، وإن كان قد تصرف أوفرق الوصية وهو أهل للوصية نفذ تصرفه ، وإن كان ليس بأهل وكان أهل الوصية بالغين عاقلين معينين صح الدفع إليهم ، لأنهم قبضوا حقوقهم ، وإن كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين ففيه وجهان :

أحدهما : عليه الضمان ، ذكره القاضى وأصحاب الشافعى ، لأنه ليس له التصرف .

والثانى : لا ضمان عليه ، لأنه أوصله إلى أهله ، وكذلك إن فرق الوصية غير الموصى إليه بتفريقها فعلى وجهين .

٨٢٣٧ (فصـــل)

ثم ينظر فى أمناء الحاكم ، وهم من رد إليهم الحاكم النظر فى أمر الأطفال وتفرقة الوصايا التى لم يعين لها وصى ، فإن كانوا بحالهم أقرهم ، لأن الذى قبله ولاهم ، ومن تغير حاله منهم عزله إن فسق ، وإن ضعف ضم إليه أميناً.

٨٢٣٨ (فصـــل)

ثم ينظر فى أمر الضوال والاقطة التى تولى الحاكم حفظها ، فإن كانت مما يخاف تلفه كالحيوان ، أوفى حفظه مؤنة كالأموال الجافية ، باعها وحفظ ثمنها لأربابها ، وإن لم تـكن كذلك كالأثمان حفظها لأربابها ويكتب عليها لتعرف .

٨٢٣٩ (مســألة)

قال ﴿ ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان ﴾

لاخلاف بين أهل العلم فيما علمناه فى أن القاضى لا ينبغى له أن يقضى وهو غضبان ، كره ذلك شريح وعمر بن عبد العزيز وأبو حنيفة والشافعى . وكتب أبو بكرة إلى عبد الله بن أبى بكرة وهو قاض بسجستان : أن لا تحـكم بين اثنين وأنت غضبان ، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان » متفق عليه .

وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى : إياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس والتنـكر لهم عند الخصومة ، فإذا رأيت الخصم يتعمد الظلم فأوجع رأسه . ولأنه إذا غضب تغير عقله ولم يستوف رأيه وفـكره .

وفى معنى الغضب : كل ماشغل فكره من الجوع المفرط ، والعطش الشديد ، والوجع المزعج ، ومدافعة أحد الأخبثين ، وشدة النعاس ، والهمّ والغم والحزن والفرح ، فهذه كلها تمنع الحاكم ، لأنها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذى يتوصل به إلى إصابة الحق فى الغالب ، فهى فى معنى الغضب المنصوص عليه فتجرى مجراه . فإن حكم فى الغضب أو ما شاكله فحكى عن القاضى أنه لا ينفذ قضاؤه لأنه منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه . وقال فى المجرد : ينفذ قضاؤه ، وهو مذهب الشافعى ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم اختصم إليه الزبير ورجل من الأنصار فى شِرَاج[1] الحَرَّةِ ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم للزبير : اسْقِ ثم أرسِلِ الماء إلى جارك . فقالَ الأنصارى : أنْ كانَ[2] ابن عمَّتِكَ ؟ فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال للزبير : اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدْرَ[3] » متفق عليه . فحكم فى حال غضبه . وقيل : إنما يمنع الغضب الحاكم إذا كان قبل أن يتضح له الحكم فى المسألة ، فأما إن اتضح الحكم ثم عرض الغضب لم يمنعه ، لأن الحق قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر الغضب فيه .

٨٢٤٠ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ وإذا نزل به الأمر المشكل عليه مثله شاور فيه أهل العلم والأمانة ﴾ .

وجملته : أن الحاكم إذا حضرته قضية ، تبين له حكمها فى كتاب الله تعالى ، أو سنة رسوله ، أو إجماع ، أو قياس جلى ، حكم ولم يحتج إلى رأى غيره ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه إلى اليمن « بمَ تحكم ؟ قال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيى ، ولا آلو . قال : الحمد لله الذى وفق رسولَ رسولِ الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسولَ الله صلى الله عليه وسلم » .

فإن احتاج إلى الاجتهاد استحب له أن يشاور ، لقول الله تعالى (وشاورهم فِى الأمرِ)[4] قال الحسن « إن كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لغنيّاً عن مشاورتهم ، وإنما أراد أن يستن

---

(١) شراج الحرة : هى مسايل الماء ، واحدها شرجة ، والحرة هى الأرض الملبسة فيها حجارة سود (ف)

(٢) (أن) بفتح الهمزة وسكون النون : أى فعلت هذا لكونه ابن عمتك (ف)

(٣) الجدر بفتح الجيم وكسرها وهو الجدار ، والمراد بالجدر أصل الحائط . وقيل : أصول الشجر ، ومعنى يرجع إلى الجدر : يصير إليه (ف)

(٤) سورة آل عمران آية ١٥٩

بذلك الحكام بعده »[١] وقد شاور النبى صلى الله عليه وسلم أصحابه فى أسارى بدر[٢] ، وفى مصالحة الكفار يوم الخندق[٣] ، وفى لقاء الكفار يوم بدر .

وروى « ما كان أحد أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وسلم »[٤] .

وشاور أبو بكر الناس فى ميراث الجدة ، وعمر فى دية الجنين ، وشاور الصحابة فى حد الخمر .

وروى « أن عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عثمان وعلى وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف إذا نزل به الأمر شاورهم فيه » ولا مخالف فى استحباب ذلك .

قال أحمد : لما ولى سعد بن إبراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم يشاورهما .

وولى محارب بن دثار قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما .

ماأحسن هذا لو كان الحكام يفعلونه يشاورون وينتظرون ، ولأنه قد ينتبه بالمشاورة ويتذكر ما نسيه بالمذاكرة ، ولأن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة ، وقد ينتبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضى، فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه ؟ فقد روى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه جاءته الجدتان فورث أم الأم وأسقط أم الأب ، فقال له عبد الرحمن بن سهل : ياخليفة رسول الله لقد أسقطت التى لو ماتت ورثها ، وورثت التى لو ماتت لم يرثها ، فرجع أبو بكر فأشرك بينهما[٥] .

وروى عمر بن شبة عن الشعبى أن كعب بن سوار كان جالساً عند عمر ، فجاءته امرأة فقالت : ياأمير المؤمنين مارأيت رجلا قط أفضل من زوجى ، والله إنه ليبيت ليله قائماً ويظل نهاره صائماً فى اليوم الحار مايفطر ، فاستغفر لها وأثنى عليها وقال:مثلك أثنى الخير ، قال:واستحيت المرأة فقامت راجعة . فقال كعب: ياأمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ؟ قال : وما شكت ؟ قال : شكت زوجها أشد الشكاية . قال : أو ذاك أرادت ؟ قال : نعم . قال : ردُّوا علىّ المرأة ، فقال :لا بأس بالحق أن تقوليه،إن هذا زعم أنك جئت

---

(١) أخرجه البيهقى عن الحسن ، وأخرج البيهقى فى الشعب بسند حسن عن ابن عباس قال : لما نزلت (وشاورهم فى الأمر) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أما إن الله ورسوله لغنيان عنها ولكن جعلها الله رحمة لأمتى فمن استشار منهم لم يعدم رشداً ومن تركها لم يعدم غياً » ف

(٢) فأشار أبو بكر بأخذ الفداء منهم ،وأشار عمر بضرب أعناقهم كما هو مشهور (ف) .

(٣) استشار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فى أن يشاطر الحارث الغطفانى أهل المدينة فى تمرهم فأبيا . والقصة رواها البزار والطبرانى عن أبى هريرة (ف) .

(٤) أخرجه أحمد والشافعى عن أبى هريرة (ف)

(٥) أخرجه مالك فى الموطأ ج ١ ص ٣٣٥ وفيه « فقال له رجل من الأنصار :أما إنك تترك التى لوماتت وهو حى كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما »(ف)

تشكين زوجك أنه يجتنب فراشك ، قالت : أجل إني امرأة شابة وإني لأبتغي ما يبتغي النساء ، فأرسل إلى زوجها فجاء ، فقال لكعب : اقض بينهما ، قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضي بينهما ، قال : عزمت عليك لتقضين بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم . قال: فإني أرى كأنها عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة ، فقال عمر : والله ما رأيك الأول أعجب إليّ من الآخر ، اذهب فأنت قاض على البصرة .

إذا ثبت هذا : فإنه يشاور أهل العلم والأمانة . لأن من ليس كذلك فلا قول له في الحادثة ولا يسكن إلى قوله .

قال سفيان : وليكن أهل مشورتك أهل التقوى وأهل الأمانة ، ويشاور الموافقين والمخالفين ، ويسألهم عن حججهم ليبين له الحق .

٨٢٤١ (فصـــل)

والمشاورة هاهنا لاستخراج الأدلة ، ويعرف الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن يقلد غيره ويحكم بقول سواه ، سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه أو لم يظهر له شيء ، وسواء ضاق الوقت أو لم يضق ، وكذلك ليس للمفتي الفتيا بالتقليد ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأي من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه ، فهو ضرب من الاجتهاد ، ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد .

ولنا : أنه من أهل الاجتهاد فلم يجز له تقليد غيره كما لو كان مثله كالمجتهدين في القبلة ، وما ذكره ليس بصحيح ، فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ ، فإذا اعتقد أن ما قاله خطأ لم يجز له أن يعمل به ، وإن كان لم يَبِنْ له الحق فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد .

٨٢٤٢ (فصـل)

قال أصحابنا : يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب ، حتى إذا حدثت حادثة يفتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم ، ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها ، فإنه أسرع لاجتهاده ، وأقرب لصوابه ، فإن حكم باجتهاده فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده ، لأن فيه افتياتاً عليه ، إلا أن يحكم بما يخالف نصاً أو إجماعاً .

٨٢٤٣ (فصـل)

وينبغي له أن يحضر شهوده مجلسه ، ليستوفي بهم الحقوق ، وتثبت بهم الحجج والمحاضر فإن كان ممن

يحكم بعلمه فإن شاء أدناهم إليه ، وإن شاء باعدهم منه ، بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك ، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد فيحفظوا عليه إقراره ويشهدوا به .

٨٢٤٤ (فصــــل)

وإذا اتصلت به الحادثة واستنارت الحجة لأحد الخصمين ، حكم . وإن كان فيها لَبْسٌ أمرهما بالصلح ، فإن أبيا أخرهما إلى البيان ، فإن عجلها قبل البيان لم يصلح حكمه .

وممن رأى الإصلاح بين الخصمين : شريح وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة والشعبي والعنبرى ، وروى عن عمر أنه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن .

قال أبو عبيد : إنما يسعه الصلح فى الأمور المشكلة . أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين ، وتبين له موضع الظالم فليس له أن يحملهما على الصلح . ونحوه قول عطاء ، واستحسنه ابن المنذر . وروى عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة .

٨٢٤٥ (فصــــل)

وإذا حدثت حادثة نظر فى كتاب الله ، فإن وجدها وإلا نظر فى سنة رسوله ، فإن لم يجدها نظر فى القياس فألحقها بأشبه الأصول بها ، لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخى المغيرة بن شعبة عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرو والرجال مجهولون ، إلا أنه حديث مشهور فى كتب أهل العلم ، رواه سعيد بن منصور والإمام أحمد وغيرهما ، وتلقاه العلماء بالقبول ، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه . فروى سعيد أن عمر قال لشريح : أنظر ما يتبين لك فى كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً ، وما لا يتبين لك فى كتاب الله فاتبع فيه السنة ، وما لم يتبين لك فى السنة فاجتهد فيه رأيك . وعن ابن مسعود مثل ذلك .

٨٢٤٦ ﴿مســــألة﴾

قال ﴿ ولا يحكم الحاكم بعلمه ﴾

ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه فى حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبى عبيد ومحمد بن الحسن ، وهو أحد قولى الشافعى . وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك ، وهو قول أبى يوسف وأبى ثور والقول الثانى للشافعى واختيار المزنى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما قالت له هند : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى

وولدى قال « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] فحكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها .

وروى ابن عبد البر فى كتابه أن عروة ومجاهداً رويا أن رجلا من بنى مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبى سفيان بن حرب أنه ظلمه حداً فى موضع كذا وكذا ، وقال عمر : إنى لأعلم الناس بذلك ، وربما لعبت أنا وأنت فيه ونحن غلمان ، فأتنى بأبى سفيان ، فأتاه به ، فقال له عمر : يا أباسفيان انهض بنا إلى موضع كذا وكذا فنهضوا ، ونظر عمر فقال : يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من هاهنا فضعه هاهنا ، فقال: والله لا أفعل ، فقال : والله لتفعلن ، فقال : والله لا أفعل ، فعلاه بالدرة وقال : خذه لا أم لك فضعه هاهنا فإنك ما علمتُ قديم الظلم ، فأخذ أبو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر، ثم إن عمر استقبل القبلة فقال: اللهم لك الحمد حيث لم تمتنى حتى غلبت أباسفيان على رأيه وأذللته لى بالإسلام، قال: فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال : اللهم لك الحمد إذ لم تمتنى، حتى جعلت فى قلبى من الإسلام ما أذل به لعمر . قالوا : فحكم بعلمه ، ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين لأنهما يغلبان على الظن ، فما تحققه وقطع به كان أولى ، ولأنه يحكم بعلمه فى تعديل الشهود وجرحهم فكذلك فى ثبوت الحق قياساً عليه .

وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه ، لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به ، وما علمه فى ولايته حكم به ، لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه فى ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود فى ولايته .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلىّ ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه[2] » فدل على أنه إنما يقضى بما يسمع لابما يعلم . وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى قضية الحضرمى والكندى « شاهداك أو يمينه ، ليس لك منه إلا ذاك » .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما : أنت شاهدى ، فقال : إن شئتما شهدت ولم أحكم ، أو أحكم ولا أشهد .

وذكر ابن عبد البر فى كتابه عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على الصدقة ، فلاحاه رجل فى فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأعطاهم الأرش ثم قال : إنى خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم ، أرضيتم ؟ قالوا : نعم ، فصعد النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجة عن عائشة . (ف)

(٢) تتمة الحديث « فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هى قطعة من النار فليأخذها أو ليتركها » أخرجه مالك وأحمد والبخارى ومسلم وبقية الستة عن أم سلمة . (ف)

فخطب وذكر القصة وقال : أرضيتم ؟ قالوا : لا ، فهمّ بهم المهاجرون ، فنزل النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاهم ثم صعد فخطب الناس ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا نعم » وهذا يبين أنه لم يأخذ بعلمه .

وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال « لو رأيت حدًّا على رجل لم أحدّه حتى تقوم البينة » ولأن تجويز القضاء بعلمه يفضي إلى تهمته والحكم بما اشتهى ويحيله على علمه . فأما حديث أبي سفيان فلا حجة فيه ، لأنه فتيا لا حكم ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أفتى في حق أبي سفيان من غير حضوره ، ولو كان حكما عليه لم يحكم عليه في غيبته . وحديث عمر الذي رووه كان إنكاراً لمنكر رآه لا حكم بدليل أنه ما وجدت منهما دعوى وإنكار بشروطهما . ودليل ذلك ما رويناه عنه ، ثم لو كان حكماً كان معارضاً بما رويناه عنه . ويفارق الحكم بالشاهدين فإنه لا يفضي إلى تهمة بخلاف مسألتنا .

وأما الجرح والتعديل فإنه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف ، لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لتسلسل ، فإن المزكيين يحتاج إلى معرفة عدالتهما وجرحهما ، فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما إلى مزكيين ، ثم كل واحد منهما يحتاج إلى مزكيين فيتسلسل ، وما نحن فيه بخلافه .

٨٢٤٧ (فصـــــل)

ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والإقرار في مجلس حكمه إذا سمعه معه شاهدان ، فإن لم يسمعه معه أحد أو سمعه شاهد فنص أحمد على أنه يحكم به . وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان لأنه حكم بعلمه .

٨٢٤٨ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع إليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعاً ﴾ .

وجملة ذلك : أن الحاكم إذا رفعت إليه قضية قد قضى بها حاكم سواه ، فبان له خطؤه ، أو بان له خطأ نفسه نظرت ، فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنة أو إجماع نقض حكمه ، وبهذا قال الشافعي وزاد : إذا خالف نصاً جلياً نقضه ، وعن مالك وأبي حنيفة أنهما قالا : لا ينقض الحكم إلا إذا خالف الإجماع ثم ناقضا ذلك ، فقال مالك : إذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه ، وقال أبو حنيفة: إذا حكم ببيع متروك التسمية ، أو حكم بين العبيد بالقرعة نقض حكمه . وقال محمد بن الحسن : إذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه ، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة . واحتجوا على أنه لا ينقض ما لم يخالف الإجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه فيه كما لا نص فيه .

وحكي عن أبي ثور وداود أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه ، لأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي

موسى لا يمنعنك قضاء قضيته بالأمس ، ثم راجعت نفسك فيه اليوم ، فهديت لرشدك ، أن تراجع فيه الحق ، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادى فى الباطل ، ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه ، كما لو خالف الإجماع . وحكى عن مالك أنه وافقهما فى قضاء نفسه .

ولنا : على نقضه إذا خالف نصاً أو إجماعاً أنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه كما لو لم يخالف الإجماع . وبيان مخالفته للشرط أن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص بدليل خبر معاذ ، ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه ، كما لو خالف الإجماع ، أو كما لو حكم بشهادة كافرين . وما قالوه يبطل بما حكيناه عنهم .

فإن قيل : أليس إذا صلى بالاجتهاد إلى جهة ثم بان له الخطأ لم يُعد ؟

قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن استقبال القبلة يسقط حال العذر فى حال المسايفة والخوف من عدو أو سبع أو نحوه مع العلم ، ولا يجوز ترك الحق إلى غيره مع العلم بحال .

الثانى : أن الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة .

الثالث : أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة فيشق القضاء ، وهاهنا إذا بان له الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك .

وأما إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصاً ولا إجماعاً ، أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه لمخالفته ، لأن الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على ذلك ، فإن أبا بكر حكم فى مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه . وعلىٌّ خالف عمر فى اجتهاده فلم ينقض أحكامه . وخالفهما علىٌّ فلم ينقض أحكامهما . فإن أبا بكر سوّى بين الناس فى العطاء وأعطى العبيد ، وخالفه عمر ففاضل بين الناس ، وخالفهما علىٌّ فسوّى بين الناس وحرم العبيد ، ولم ينقض واحد منهم ما فعله مَن قبله . وجاء أهل نجران إلى على فقالوا يا أمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك ، فقال : ويحكم إن عمر كان رشيد الأمر وان أرد قضاء قضى به عمر . رواه سعيد .

وروى أن عمر حكم فى المشرّكة[1] بإسقاط الإخوة من الأبوين ، ثم شرك بينهم بعد وقال : تلك على

(١) المشركة : بضم الميم وتشديد الراء المفتوحة أى المشرك فيها بين الشقيق والإخوة لأم. فلو ماتت امرأة عن زوج وأم وإخوة لأم وأخ شقيق فلا شىء للشقيق عند أبى بكر وعلى رضى الله عنهما ، وقد قضى عمر أولا بهذا ، وكان زيد بن ثابت يقول : هبوا أباهم كان حماراً مازادهم الأب إلا قربا وأشرك بينهم فى الثلث. أخرجه البيهقى ج ٦ ص٢٥٥ بعد هذا وقعت واقعة جديدة فقضى فيها عمر برأى زيد بن ثابت . قال الحكم بن مسعود: وأتى عمر بن الخطاب =

ما قضينا وهذه على ما قضينا . وقضى فى الجد بقضايا مختلفة ولم يرد الأولى ، ولأنه يؤدى إلى نقض الحكم بمثله ، وهذا يؤدى إلى أن لا يثبت الحكم أصلا ، لأن الحاكم الثانى يخالف الذى قبله ، والثالث يخالف الثانى فلا يثبت حكم .

فإن قيل : فقد روى أن شريحاً حكم فى ابنى عَمّ أَحَدُهُمَا أخٌ لأمّ أن المال للأخ ، فرفع ذلك إلى علىّ رضى الله عنه ، فقال: عَلَىَّ بالعبْدِ ، فجىء به ، فقال : فى أى كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال : قال الله تعالى (وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ)[1] فقال له علىّ : قد قال الله تعالى (وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ)[2] ونقض حكمه .

قلنا : لم يثبت عندنا أن علياً نقض حكمه ، ولو ثبت فيحتمل أن يكون علىّ رضى الله عنه اعتقد أنه خالف نص الكتاب فى الآية التى ذكرها فنقض حكمه لذلك .

٨٢٤٩ (فصــــل)

إذا تغير اجتهاده قبل الحكم فإنه يحكم بما تغير اجتهاده إليه ، ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الأول ، لأنه إذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل ، وهذا كما قلنا فيمن تغير اجتهاده فى القبلة بعد ما صلى لا يعيد ، وإن كان قبل أن يصلى [صلى][3] إلى الجهة التى تغير اجتهاده إليها . ولذلك إذا بان فسق الشهود قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم ، ولو بان بعد الحكم لم ينقضه .

٨٢٥٠ (فصــــل)

وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله ، لأن الظاهر صحتها وصوابها ، وأنه لا يولى القضاء إلا من هو من أهل الولاية ، فإن تتبعها نظر فى الحاكم قبله ، فإن كان ممن يصلح للقضاء فما وافق من أحكامه الصواب أو لم يخالف كتاباً ولا سنة ولا إجماعاً لم يسغ نقضه ، وإن كان مخالفاً لأحد هذه الثلاثة وكان فى حق لله تعالى كالعتاق والطلاق نقضه ، لأن له النظر فى حقوق الله سبحانه ، وإن كان يتعلق بحق آدمى لم ينقضه

= رضى الله عنه فى امرأة تركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها فشرك بين الإخوة للأم وبين الإخوة للأم والأب جعل الثلث بينهم سواء ، فقال رجل : إنك لم تشرك بينهم عام كذا وكذا فقال : تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم » أخرجه عبد الرزاق والدارقطنى والبيهقى كما فى ص ٥٤ من إرشاد الرائض (ف)

(١) سورة الأنفال آية ٧٥

(٢) سورة النساء آية ١٢

(٣) هكذا فى النسخ المطبوعة طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٠٦ والفقى ص ٥٨ وفيهما سقطت كلمة (صلى) وهى فى الشرح الكبير ج ١١ ص ٤١٥ (ف)

إلا بمطالبة صاحبه ، لأن الحاكم لا يستوفى حقاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته ، فإن طلب صاحبه ذلك نقضه .

وإن كان القاضى قبله لا يصلح للقضاء نقضت قضاياه المخالفة للصواب كلها ، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ ، لأن حكمه غير صحيح ، وقضاؤه كَلاَ قَضَاءٍ ، لعدم شرط القضاء فيه . وليس فى نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، لأن الأول ليس باجتهاد . ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة فى نقضه ، فإن الحق وصل إلى مستحقه .

وقال أبو الخطاب : تنقض قضاياه كلها ، ما أخطأ فيه وما أصاب ، وهو مذهب الشافعى ؛ لأن وجود قضائه كعدمه ولا أعلم فيه فائدة ، فإن الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك ، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه ، والله أعلم .

٨٢٥١ (فصـــــل)

وحكم الحاكم لا يزيل الشىء عن صفته فى قول جمهور العلماء ، منهم مالك والأوزاعى والشافعى ، وأحمد وإسحاق وأبو ثور . وداود ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهراً وباطناً . فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته فقبلهما القاضى بظاهر عدالتهما ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحد الشاهدين نـكاحها بعد قضاء عدتها وهو عالم بتعمده الـكذب . ولو أن رجلا ادعى نـكاح امرأة وهو يعلم أنه كاذب وأقام شاهدى زور فحـكم الحاكم ، حلت له بذلك وصارت زوجته .

قال ابن المنذر : وتفرد أبو حنيفة فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين شهدا لها بطلاق زوجها وهما يعلمان كذبهما وتزويرهما ، فحكم الحاكم بطلاقها ، لحل لها أن تتزوج ، وحل لأحد الشاهدين نـكاحها . واحتج بما روى عن على رضى الله عنه ، أن رجلا ادعى على امرأة نـكاحها ، فرفعها إلى على رضى الله عنه ، فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية ، فقالت : والله ما تزوجنى يا أمير المؤمنين ، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له . فقال : شاهداك زوجاك . فدل على أن النـكاح ثبت بحـكمه ، ولأن اللعان ينفسخ به النـكاح ، وإن كان أحدهما كاذباً ، فالحـكم أولى .

ولنا : قول النبى صلّى الله عليه وسلم « إنما أنا بشر ، وإنـكم تختصمون إلىّ ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشىء من حق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار » متفق عليه ، وهذا يدخل فيه ما إذا ادعى أنه اشترى منه شيئاً فحكم له ، ولأنه حكم بشهادة زور ، فلا يحل له ما كان محرماً عليه كالمال المطلق .

وأما الخبر عن عليّ إن صح فلا حجة لهم فيه ، لأنه أضاف التزويج إلى الشاهدين لا إلى حكمه ، ولم يجبها إلى التزويج ، لأن فيه طعناً على الشهود . فأما اللعان فإنما حصلت الفرقة به ، لا بصدق الزوج . ولهذا لو قامت البينة به لم ينفسخ النكاح .

إذا ثبت هذا : فإذا شهد على امرأة بنكاح وحكم به الحاكم ولم تكن زوجته ، فإنها لا تحل له ويلزمها فى الظاهر ، وعليها أن تمتنع ما أمكنها ، فإن أكرهها عليه ، فالإثم عليه دونها ، وإن وطئها الرجل ، فقال أصحابنا وبعض الشافعية : عليه الحد لأنه وطئها وهو يعلم أنها أجنبية . وقيل : لاحد عليه لأنه وطء مختلف فى حله فيكون ذلك شبهة ، وليس لها أن تتزوج غيره . وقال أصحاب الشافعى : تحل لزوج ثان ، غير أنها ممنوعة منه فى الحكم . وقال القاضى : يصح النكاح .

ولنا : أن هذا يفضى إلى الجمع بين الوطء المرأة من اثنين ، أحدهما : يطؤها بحكم الظاهر ، والآخر بحكم الباطن . وهذا فساد ، فلا يشرع ، ولأنها منكوحة لهذا الذى قامت له البينة فى قول بعض الأئمة ، فلم يجز تزويجها لغيره ، كالمتزوجة بغير ولى : وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى مثل مذهب أبى حنيفة فى أن حكم الحاكم يزيل الفسوخ والعقود ، والأول هو المذهب .

٨٢٥٢ (فصـــــل)

وإذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم ، ففيه روايتان : إحداهما : أنه يلزمه أن يعديه ويستدعى خصمه ، سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم ، وسواء كان المستعدى ممن يعامل المستعدى عليه أو لا يعامله ، كالفقير يدعى على ذى ثروة وهيئة ، نص على هذا فى رواية الأثرم فى الرجل يستعدى على الحاكم أنه يحضره ويستحلفه . وهذا اختيار أبى بكر ومذهب أبى حنيفة والشافعى ، لأن فى تركه تضييعاً للحقوق وإقراراً للظلم ، فإنه قد ثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب أو يشترى منه شيئاً ، ولا يوفيه أو يودعه شيئاً ، أو يعيره إياه فلا يرده ولا تعلم بينهما معاملة ، فإذا لم يعد عليه سقط حقه ، وهذا أعظم ضرراً من حضور مجلس الحاكم فإنه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبىّ عند زيد ، وحضر هو وآخر عند شريح ، وحضر علىّ عند شريح ، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله .

والرواية الثانية : لا يستدعيه إلا أن يعلم بينهما معاملة ، ويتبين أن لما ادعاه أصلا . روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وهو مذهب مالك ، لأن فى اعدائه على كل أحد تبذيل أهل المروءات وإهانة لذوى الهيئات ، فإنه لا يشاء أحد أن يبذلهم عند الحاكم إلا فعل ، وربما فعل هذا من لاحق له ليفتدى المدعى عليه من حضوره وشر خصمه بطائفة من ماله . والأولى أولى ، لأن ضرر تضييع الحق أعظم من هذا . وللمستدعى عليه أن يوكل من يقوم مقامه إن كره الحضور . وإن كان المستدعى عليه امرأة

نظرت ، فإن كانت بَرْزَةً وهى التى تبرز لقضاء حوائجها ، فحكمها حكم الرجل ، وإن كانت مخدرة وهى التى لا تبرز لقضاء حوائجها أمرت بالتوكيل ، فإن توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أميناً معه شاهدان فيستحلفها بحضرتهما ، فإن أقرت شهدا عليها .

وذكر القاضى أن الحاكم يبعث من يقضى بينها وبين خصمها فى دارها ، وهو مذهب الشافعى ، لأن النبى قال « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها[1] » فبعث إليها ولم يستدعها ، وإذا حضروا عندها كان بينها وبينهم ستر تتكلم من ورائه ، فإن اعترفت للمدعى أنها خصمه حكم بينهما . وإن أنكرت ذلك جىء بشاهدين من ذوى رحمها يشهدان أنها المدعى عليها ، ثم يحكم بينهما ، فإن لم تكن له بينة التحفت بجلبابها وأخرجت من وراء الستر لموضع الحاجة ، وما ذكرناه أولى إن شاء الله ، لأنه أستر لها . وإذا كانت خفرة منعها الحياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها ، سيما مع جهلها بالحجة وقلة معرفتها بالشرع وحججه .

٨٢٥٣ (فصـــــــل)

ولا يخلو المستعدى عليه من أن يكون حاضراً أو غائباً ، فإن كان حاضراً فى البلد أو قريباً منه ، فإن شاء الحاكم بعث مع المستعدى عوناً يحضر المدعى عليه ، وإن شاء بعث معه قطعة من شمع أو طين مختوماً بخاتمه ، فإذا بعث معه ختماً فعاد فذكر أنه امتنع أو كسر الختم بعث إليه عيوناً ، فإن امتنع أنفذ صاحب المعونة فأحضره . فإذا حضر وشهد عليه شاهدان بالامتناع عزره إن رأى ذلك بحسب ما يراه تأديباً له ، إما بالكلام وكشف رأسه ، أو بالضرب . أو بالحبس فإن اختبأ بعث الحاكم من ينادى على بابه ثلاثاً أنه إن لم يحضر سُمِّرَ بابهُ وختم عليه ، ويجمع أماثل جيرانه ويشهدهم على إعذاره ، فإن لم يحضر وسأل المدعى أن يسمر عليه منزله ويختم عليه ، وتقرر عند الحاكم أن المنزل منزله سمره أو ختمه . فإن لم يحضر بعث الحاكم من ينادى على بابه بحضرة شاهدى عدل أنه إن لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيلا وحكم عليه ، فإن لم يحضر أقام عنه وكيلا وسمع البينة عليه وحكم عليه كما يحكم على الغائب ، وقضى حقه من ماله إن وجد له مالا . وهذا مذهب الشافعى وأبى يوسف وأهل البصرة . حكاه عنهم أحمد ، وإن لم يجد له مالا ولم تكن المدعى بينة فكان أحمد ينكر التهجم عليه ويشتد عليه حتى يظهر .

وقال الشافعى . إن علم له مكاناً أمر بالهجوم عليه فيبعث خصياناً أو غلماناً لم يبلغوا الحلم ، وثقات من النساء معهم ذوو عدل من الرجال فيدخل النساء والصبيان ، فإذا حصلوا فى صحن الدار دخل الرجال ، ويؤمر الخصيان بالتفتيش ، ويتفقد النساء النساء ، فإن ظفروا به أخذوه وأحضروه ، وإن استعدى على غائب

---

(١) من حديث طويل أخرجه الجماعة عن أبى هريرة وزيد بن خالد ، وانظر نيل الأوطار ج ٧ ص٨٦ (ف)

نظرت ، فإن كان الغائب فى غير ولاية القاضى لم يكن له أن يعدى عليه وله الحكم عليه على ما سنذكره إن شاء الله تعالى . وإن كان فى ولايته وله فى بلده خليفة ، فإن كانت له بينة ثبت الحق عنده وكتب به إلى خليفته ولم يحضره ، وإن لم تكن له بينة حاضرة نفذه إلى خصمه ليخاصمه عند خليفته ، وإن لم يكن له فيه خليفة وكان فيه من يصلح للقضاء أذن له فى الحكم بينهما ، وإن لم يكن فيه من يصلح للقضاء قيل له : حرر دعواك ، لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار وقيمة الكلب أو خمر الذمى فلا يكلفه الحضور لما لا يقضى عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فإنه لا مشقة فى حضوره ، فإذا تحررت بعث فأحضر خصمه ، بعدت المسافة أو قربت . وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو يوسف : إن كان يمكنه أن يحضر ويعود فيأوى إلى موضعه أحضره وإلا لم يحضره ويوجد من يحكم بينهما . وقيل : إن كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره وإلا فلا . ولنا : أنه لا بد من فصل الخصومة بين المتخاصمين. فإذا لم يمكن إلا بمشقة فعل ذلك ، كما لو امتنع من الحضور فإنه يؤدب ويعزر، ولأن إلحاق المشقة به أولى من إلحاقها بمن ينفذه الحاكم ليحكم بينهما ، وإن كانت امرأة برزة لم يشترط فى سفرها هذا محرم . نص عليه أحمد لأنه لحق آدمى ، وحق الآدمى مبنى على الشح والضيق .

٨٢٥٤ (فصـــــل)

وإن استعدى على الحاكم المعزول لم يعده حتى يعرف ما يدعيه فيسأله عنه صيانة للقاضى عن الامتهان ، فإن ذكر أنه يدعى عليه حقاً من دين أو غصب أعداه وحكم بينهما كغير القاضى ، وكذلك إن ادعى أنه أخذ منه رشوة على الحكم ، لأن أخذ الرشوة عليه لا يجوز فهى كالغصب ، وإن ادعى عليه الجور فى الحكم وكان للمدعى بينة أحضره وحكم بالبينة ، وإن لم يكن معه بينة ففيه وجهان :

أحدهما : لا يحضره ، لأن فى إحضاره وسؤاله امتهاناً له ، وأعداء القاضى كثير ، وإذا فعل هذا معه لم يؤمن ألا يدخل فى القضاء أحد خوفاً من عاقبته .

والثانى : يحضره لجواز أن يعترف ، فإن حضر واعترف حكم عليه ، وإن أنكر فالقول قوله من غير يمين ، لأن قول القاضى مقبول بعد العزل، كما يقبل فى ولايته، وإن ادعى عليه أنه قتل ابنه ظلماً فهل يستحضره من غير بينة فيه وجهان ، فإن أحضره فاعترف حكم عليه وإلا فالقول قوله . وإن ادعى أنه أخرج عيناً من يده بغير حق فالقول قول الحاكم من غير يمين ، ويقبل قوله للمحكوم له بها على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٨٢٥٥ (فصـــــل)

وإن ادعى على شاهدين أنهما شهدا عليه زوراً أحضرهما ، فإن اعترفا أغرمهما ، وإن أنكرا، والمدعى

بينة على إقرارهما بذلك ، فأقامها لزمهما ذلك . وإن أنكرا لم يستحلفا ، لأن إحلافهما يطرق عليهما الدعاوى فى الشهادة والامتهان ، وربما منع ذلك إقامة الشهادة ، وهذا قول الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً .

٨٢٥٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا شهد عنده من لا يعرفه سأل عنه . فإن عدله اثنان قبل شهادته ﴾

وجملته : أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدان ، فإن عرفهما عدلين حكم بشهادتهما . وإن عرفهما فاسقين لم يقبل قولهما ، وإن لم يعرفهما سأل عنهما ، لأن معرفة العدالة شرط فى قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد . وعن أحمد رواية أخرى : يحكم بشهادتهما إذا عرف إسلامهما بظاهر الحال إلا أن يقول الخصم : هما فاسقان . وهذا قول الحسن ، والمال والحد فى هذا سواء ، لأن الظاهر من المسلمين العدالة . ولهذا قال عمر رضى الله عنه « المسلمون عدول بعضهم على بعض » .

وروى « أن أعرابياً جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فشهد برؤية الهلال ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : أتشهد أن لا إله إلا الله ؟ فقال : نعم ، فقال : أتشهد أنى رسول الله ؟ قال : نعم ، فصام وأمر الناس بالصيام [(١)] » ولأن العدالة أمر خفى ، سببها الخوف من الله تعالى ، ودليل ذلك الإسلام ، فإذا وجد فليكتف به ما لم يقم على خلافه دليل . وقال أبو حنيفة فى الحدود والقصاص كالرواية الأولى ، وفى سائر الحقوق كالثانية ، لأن الحدود والقصاص مما يحتاط لها وتندرىء بالشبهات بخلاف غيرها .

ولنا : أن العدالة شرط فوجب العلم بها كالإسلام ، أو كما لو طعن الخصم فيهما ، فأما الأعرابى المسلم فإنه كان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله تعالى عليهم ، فإن من ترك دينه فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم إيثاراً لدين الإسلام وصحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثبتت عدالته .

وأما قول عمر ، فالمراد به أن الظاهر العدالة ، ولا يمنع ذلك فى وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة ، فقد روى عنه « أنه أتى بشاهدين ، فقال لهما عمر : لست أعرفكما ، ولا يضركما إن لم أعرفكما ، جيئا بمن يعرفكما ، فأتيا برجل ، فقال له عمر : تعرفهما ؟ فقال : نعم ، فقال عمر : صحبتهما فى السفر الذى تبين فيه جواهر الناس ؟ قال : لا ، قال : عاملتهما فى الدنانير والدراهم التى تقطع فيها الرحم ؟ قال : لا ، قال : كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا ، قال : يا ابن أخى لست تعرفهما ، جيئا بمن يعرفكما » وهذا بحث يدل على أنه لا يكتفى بدونه .

إذا ثبت هذا : فإن الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط : الإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، والعدالة ، فليس فيها

---

(١) أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن ابن عباس (ف)

ما يخفى ويحتاج إلى البحث إلا العدالة فيحتاج إلى البحث عنها لقـــول الله تعالى (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ)[1] ولا نعلم أنه مرضى حتى نعرفه أو نخبر عنـه فيأمر الحاكم بكتب أسمائهم وكناهم ونسبهم ، ويرفعون فيها بما يتميزون به عن غيرهم ، ويكتب صنائعهم ومعائشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عن جيرانهم وأهل سوقهم ومسجدهم ومحلتهم ونحلتهم ، فيكتب أسود أو أبيض أو أنزع أو أغم أو أشهل أو أكحل ، أقنى الأنف أو أفطس أو رقيق الشفتين أو غليظهما ، طويل أو قصير أو ربعة ، ونحو هذا ليتميز ، ولا يقع اسم على اسم ، ويكتب اسم المشهود له والمشهود عليه وقدر الحق ، ويكتب ذلك كله لأصحاب مسائله لكل واحد رقعة .

وإنما ذكرنا المشهود له لئلا يكون بينه وبين الشاهد قرابة تمنع الشهادة أو شركة. وذكرنا اسم المشهود عليه ليعرف لئلا تكون بينه وبين الشاهد عداوة . وذكرنا قدر الحق لأنه ربما كان ممن يرون قبوله فى اليسير دون الكثير فتطيب نفس المزكى به إذا كان يسيراً ولا تطيب إذا كان كثيراً .

وينبغى للقاضى : أن يخفى عن كل واحد من أصحاب مسائله ما يعطى الآخر من الرقاع لئلا يتواطئوا ، وإن شاء الحاكم عيّن لصاحب مسائله من يسأله ممن يعرفه من جوار الشاهد وأهل الخبرة به ، وإن شاء أطلق ولم يعيّن المسئول ، ويكون السؤال سراً لئلا يكون فيه هتك المسئول عنه ، وربما يخاف المسئول من الشاهد أو من المشهود له أو المشهود عليه أن يخبر بما عنده أو يستحى .

وينبغى أن يكون أصحاب مسائله غير معروفين له لئلا يُقصدوا بهدية أو رشوة ، وأن يكونوا أصحاب عفاف فى الطعمة والأنفس ، ذوى عقول وافرة ، أبرياء من الشحناء والبغض لئلا يطعنوا فى الشهود أو يسألوا عن الشاهد عدوه فيطعن فيه فيضيع حق المشهود له ، ولا يكونون من أهل الأهواء والعصبية ، يميلون إلى من وافقهم على من خالفهم ، ويكونون أمناء ثقات ، لأن هذا موضع أمانة . فإذا رجع أصحاب مسائله فأخبر اثنان بالعدالة قبل شهادته ، وإن أخبرا بالجرح رد شهادته وإن أخبر أحدهما بالعدالة والآخر بالجرح بعث آخرين ، فإن عادا فأخبرا بالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح ، لأن بينته لم تتم ، وإن أخبرا بالجرح ثبتَ وردّ الشهادة ، وإن أخبر أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل تمت البينتان ويقدم الجرح ، ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين ، ويقبل قول أصحاب المسائل ، وقيل لا يقبل إلا شهادة المسئولين ويكلف اثنين منهم أن يشهدوا بالتزكية والجرح عنده على شروط الشهادة فى اللفظ وغيره ولا تقبل من صاحب المسألة ، لأن ذلك شهادة على شهادة مع حضور شهود الأصل .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

ووجه القول الأول أن شهادة أصحاب المسائل شهادة استفاضة لا شهادة على شهادة ، فيكتفى بمن يشهد بها كسائر شهادات الاستفاضة ، ولأنه موضع حاجة فلا يلزم المزكى الحضور للتزكية ، وليس للحاكم إجباره عليها ، فصار كالمرض والغيبة فى سائر الشهادات ، ولأننا لو لم نكتف بشهادة أصحاب المسائل لتعذرت التزكية لأنه قد يتفق ألا يكون فى جيران الشاهد من يعرفه الحاكم فلا يقبل قوله فيفوت التعديل والجرح .

٨٢٥٧ (فصل)

قال القاضى : ولابد من معرفة إسلام الشاهد ، ويحصل ذلك بأحد أربعة أمور :

أحدها : إخباره عن نفسه أنه مسلم ، أو إتيانه بكلمة الإسلام وهى شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، لأنه لو لم يكن مسلماً صار مسلماً بذلك .

الثانى : اعتراف المشهود عليه بإسلامه ، لأن ذلك حق عليه .

الثالث : خبرة الحاكم ، لأننا اكتفينا بذلك فى عدالته فكذلك فى إسلامه .

الرابع : بينة تقوم به . ولابد من معرفة الحرية فى موضع تعتبر فيه ، ويكفى فى ذلك أحد أمور ثلاثة : بينة ، أو اعتراف المشهود عليه ، أو خبرة الحاكم ، ولا يكفى اعتراف الشاهد لأنه لا يملك أن يصير حراً فلا يملك الإقرار به بخلاف الإسلام .

٨٢٥٨ (فصل)

وإذا شهد عند الحاكم مجهول الحال ، فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان :

أحدهما : يلزم الحاكم الحكم بشهادته ، لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ، ولأنه إذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه فيؤخذ بإقراره كسائر أقاريره .

والثانى : لا يجوز الحكم بشهادته ، لأن فى الحكم بها تعديلا له ، فلا يثبت بقول واحد ، ولأن اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى ، ولهذا لو رضى الخصم بأن يحكم عليه بقول فاسق لم يجز الحكم به ، ولأنه لا يخلو إما أن يحكم عليه مع تعديله ، أو مع انتفائه . لا يجوز أن يقال مع تعديله ، لأن التعديل لا يثبت بقول الواحد ، ولا يجوز مع انتفاء تعديله ، لأن الحكم بشهادة غير العدل غير جائز بدليل شهادة من ظهر فسقه ، ومذهب الشافعى مثل هذا ، فإن قلنا بالأول فلا يثبت تعديله فى حق غير المشهود عليه ، لأنه لم توجد بينة التعديل ، وإنما حكم عليه لإقراره بوجود شروط الحكم ، وإقراره يثبت فى حقه دون غيره ، كما لو أقر بحق عليه وعلى غيره ثبت فى حقه دون غيره .

٨٢٥٩ ﴿ مســــألة ﴾

قال (وإن عدله اثنان وجرحه اثنان ، فالجراحة أولى) .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال مالك : ينظر أيهما أعدل ؟ اللذان جرحاه أو اللذان عدلاه ؟ فيؤخذ بقول أعدلهما .

ولنا : أن الجارح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه ، لأن التعديل يتضمن ترك الريب والمحارم ، والجارح مثبت لوجود ذلك ، والإثبات مقدم على النفى ، ولأن الجارح يقول : رأيته يفعل كذا ، والمعدل مستنده أنه لم يره يفعل . ويمكن صدقهما والجمع بين قوليهما بأن يراه الجارح يفعل المعصية ولا يراه المعدل فيكون مجروحاً .

٨٢٦٠ (فصــــل)

ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين ، وبهذا قال مالك والشافعى ومحمد بن الحسن وابن المنذر ، وروى عن أحمد يقبل ذلك من واحد ، وهو اختيار أبى بكر وقول أبى حنيفة ، لأنه خبر لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، فقُبل من واحد كالرواية .

ولنا : أنه إثبات صفة من يبنى الحاكم حكمه على صفته ، فاعتبر فيه العدد كالحضانة ، وفارق الرواية فإنها على المساهلة ، ولا نسلم أنها لا تفتقر إلى لفظ الشهادة . ويعتبر فى التعديل والجرح لفظ الشهادة ، فيقول فى التعديل : أشهد أنه عدل ويكفى هذا ، وإن لم يقل : عَلَيّ ولِى ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وبه يقول شريح وأهل العراق ومالك وبعض الشافعية ، وقال أكثرهم : لا يكفيه إلا أن يقول عدل : عَلَيّ وَلِيَ . واختلفوا فى تعليله ، فقال بعضهم: لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة، وقال بعضهم : لئلا يكون عدلا فى شىء دون شىء .

ولنا : قول الله تعالى (وأشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ)[1] فإذا شهدا أنه عدل ثبت ذلك بشهادتهما، فيدخل ذلك فى عموم الأمر ، لأنه إذا كان عدلا لزم أن يكون له وعليه وفى حق سائر الناس وفى كل شىء فلا يحتاج إلى ذكره ، ولا يصح ماذكروه ، فإن الإنسان لا يكون عدلا فى شىء دون شىء ، ولا فى حق شخص دون شخص ، فإنها لاتوصف بهذا ولاتنتفى أيضاً بقوله عدل علىّ ولى ، فإن من ثبتت عدالته لم تزل بقرابة ولا عداوة ، وإنما ترد شهادته للتهمة مع كونه عدلا . ثم إن هذا إذا كان معلوماً انتفاؤه بينهما لم يحتج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه ، كما لو شهد بالحق من عرف الحاكم عدالته لم يحتج إلى أن ينفى

(١) سورة الطلاق آية ٢

عن نفسه ذلك ، ولأن العداوة لاتمنع من شهادته له بالتزكية ، وإنما تمنع الشهادة عليه وهذا شاهد له بالتزكية والعدالة فلا حاجة به إلى نفى العداوة .

٨٢٦١ (فصـــــل)

ولا يكفى أن يقول لا أعلم منه إلا الخير ، وهذا مذهب الشافعى . وقال أبو يوسف : يكفى لأنه إذا كان من أهل الخبرة به ولا يعلم إلا الخير فهو عدل .

ولنا : أنه لم يصرح بالتعديل فلم يكن تعديلا ، كما لو قال : أعلم منه خيراً ، وماذكروه لا يصح ، لأن الجاهل بحال أهل الفسق لا يعلم منهم إلا الخير ، لأنه يعلم إسلامهم وهو خير ، ولا يعلم منهم غير ذلك وهم غير عدول .

٨٢٦٢ (فصـــــل)

قال أصحابنا : ولا يقبل التعديل إلا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة ، وهذا مذهب الشافعى لخبر عمر الذى قدمناه ، ولأن عادة الناس إظهار الصالحات وإسرار المعاصى ، فإذا لم يكن ذا خبرة باطنة ربما اغتر بحسن ظاهره وهو فاسق فى الباطن ، وهذا يحتمل أن يريدوا به أن الحاكم إذا علم أن المعدل لا خبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل ، كما فعل عمر رضى الله عنه . ويحتمل أنهم أرادوا أنه لا يجوز للمعدل الشهادة بالعدالة إلا أن تكون له خبرة باطنة . فأما الحاكم إذا شهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال ، فله أن يقبل الشهادة من غير كشف ، وإن استكشف الحال كما فعل عمر رضى الله عنه فلا بأس .

٨٢٦٣ (فصـــــل)

ولا يسمع الجرح إلا مفسراً ، ويعتبر فيه اللفظ ، فيقول : أشهد أنى رأيته يشرب الخمر ، أو يعامل بالربا ، أو يظلم الناس بأخذ أموالهم أو ضربهم ، أو سمعته يقذف ، أو يعلم ذلك باستفاضته فى الناس ، ولابد من ذكر السبب وتعيينه ، وبهذا قال الشافعى وسوار . وقال أبو حنيفة : يقبل الجرح المطلق ، وهو أن يشهد أنه فاسق أو أنه ليس بعدل . وعن أحمد مثله ، لأن التعديل يسمع مطلقاً فكذلك الجرح ، ولأن التصريح بالسبب يجعل الجارح فاسقاً ويوجب عليه الحد فى بعض الحالات ، وهو أن يشهد عليه بالزنا ، فيفضى الجرح إلى جرح الجارح وتبطيل شهادته ولا يتجرح بها المجروح .

ولنا : أن الناس يختلفون فى أسباب الجرح كاختلافهم فى شارب النبيذ ، فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح لئلا يجرحه بما لا يراه القاضى جرحاً ، ولأن الجرح ينقل عن الأصل ، فإن الأصل فى المسلمين العدالة والجرح ينقل عنها فلا بد أن يعرف الناقل لئلا يعتقد نقله بما لا يراه الحاكم ناقلا .

وقولهم : إنه يفضى إلى جرح الجارح وإيجاب الحد عليه .

قلنا : ليس كذلك ، لأنه يمكنه التعريض من غير تصريح .

فإن قيل : فنى بيان السبب هتك المجروح .

قلنا : لابد من هتكه ، فإن الشهادة عليه بالفسق هتك له ، ولكن جاز ذلك للحاجة الداعية إليه ، كما جازت الشهادة عليه به لإقامة الحد عليه ، بل هاهنا أولى ، فإن فيه دفع الظلم عن المشهود عليه وهو حق آدمى فكان أولى بالجواز ، ولأن هتك عرضه بسببه ، لأنه تعرض للشهادة مع ارتكابه مايوجب جرحه ، فكان هو الهاتك لنفسه ، إذ كان فعله هو المحوج للناس إلى جرحه ، فإن صرح الجارح بقذفه بالزنا فعليه الحد إن لم يأت بتمام أربعة شهداء ، وبهذا قال أبوحنيفة . وقال الشافعى:لاحد عليه إذا كان بلفظ الشهادة،لأنه لم يقصد إدخال المعرة عليه .

ولنا : قول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً) (١) الآية ، ولأن أبا بكرة ورفيقيه شهدوا على المغيرة بالزنا ولم يكمل زياد شهادته فجلدهم عمر حد القذف بمحضر الصحابة فلم ينكره منكر فكان إجماعاً . ويبطل ماذكروه بما إذا شهدوا عليه لإقامة الحد عليه .

٨٣٦٤ (فصـــــل)

وإذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فردّ شهادتهما لفسقهما ، بطلت شهادتهما ، لأن الشهادة إذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية .

٨٣٦٥ (فصـــــل)

ولايقبل الجرح والتعديل من النساء . وقال أبوحنيفة:يقبل ، لأنه لايعتبر فيه لفظ الشهادة ، فأشبه الرواية وإخبار الديات .

ولنا : أنها شهادة فيما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فى غالب الأحوال ، فأشبه الشهادة فى القصاص ، وماذكروه غير مسلَّم .

٨٣٦٦ (فصـــــل)

ولايقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء ، فلو قال المشهود عليه : هذان فاسقان أو عدوّان لى أو آباء للمشهود له لم يقبل قوله ، لأنه متهم فى قوله ويشهد بما يجر إليه نفعاً فأشبه الشهادة لنفسه ، ولوقبلنا

---

(١) سورة النور آية ٤

قوله لم يشأ أحد أن يبطل شهادة من شهد عليه إلا أبطلها ، فتضيع الحقوق وتذهب حكمة شرع البينة .

٨٢٦٧ (فصــــــل)

ولا تقبل شهادة المتوسمين ، وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند حاكم لا يعرفهما لم تقبل شهادتهما .
وقال مالك : يقبلهما إذا رأى فيهما سيما الخير ، لأنه لاسبيل إلى معرفة عدالتهما ، ففي التوقف عن قبولها تضييع الحقوق ، فوجب الرجوع فيهما إلى السيماء الجميلة .

ولنا : أن عدالتهما مجهولة ، فلم يجز الحكم بشهادتهما كشاهدي الحضر . وما ذكروه معارض بأن قبول شهادتهما يفضي إلى أن يقضي بشهادتهما بدفع الحق إلى غير مستحقه .

٨٢٦٨ (فصــــــل)

قال أحمد : ينبغي للقاضي أن يسأل عن شهوده كل قليل ، لأن الرجل ينتقل من حال إلى حال ، وهل هذا مستحب أو واجب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : مستحب ، لأن الأصل بقاء ما كان فلا يزول حتى يثبت الجرح .

والثاني : يجب البحث كلما مضت مدة يتغير الحال فيها ، لأن العيب يحدث ، وذلك على ما يراه الحاكم. ولأصحاب الشافعي وجهان مثل هذين .

٨٢٦٩ (فصــــــل)

وليس للحاكم أن يرتب شهوداً لا يقبل غيرهم ، لأن الله تعالى قال (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ)(١) ولأن فيه إضراراً بالناس ، لأن كثيراً من الوقائع التي يحتاج إلى البينة فيها تقع عند غير المرتبين ، فمتى ادعى إنسان شهادة غير المرتبين وجب على الحاكم سماع بينته والنظر في عدالة شاهديه ، ولا يجوز ردهم بكونهم من غير المرتبين ، لأن ذلك يخالف الكتاب والسنة والإجماع ، لكن له أن يرتب شهوداً يشهدهم الناس فيستغنون بإشهادهم عن تعديلهم ويستغني الحاكم عن الكشف عن أحوالهم ، فيكون فيه تخفيف من وجه ويكونون أيضاً يزكون من عرفوا عدالته من غيرهم إذا شهد .

٨٢٧٠ (فصــــــل)

ولا بأس أن يعظ الشاهدين . كما روى عن شريح أنه كان يقول للشاهدين إذا حضرا : ياهذان ألا تريان ؟ إني لم أدعكما ولست أمنعكما أن ترجعا ، وإنما يقضي على هذا أنتما، وأنا متق بكما فاتقيا. وفي لفظ: وإني بكما أقضي اليوم ، وبكما أتقي يوم القيامة .

وروى أبو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة ، فجاء رجل فادعى على رجل

(١) سورة الطلاق آية ٢

حقاً فأنكره ، فأحضر المدعي شاهدين فشهدا له ، فقال المشهود عليه : والذي به تقوم السماء والأرض لقد كذبا عليّ في الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئاً فاستوى جالساً وقال : سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن الطير لتخفق بأجنحتها وترمي ما في حواصلها من هول يوم القيامة وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار[1] » فإن صدقتما فاثبتا ، وإن كذبتما فغطيا رءوسكما وانصرفا ، فغطيا رءوسهما وانصرفا .

٨٢٧١ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويكون كاتبه عدلا وكذلك قاسمه ﴾

وجملته : أنه يستحب للحاكم أن يتخذ كاتباً ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استكتب زيد بن ثابت وغيره ولأن الحاكم تكثر أشغاله ونظره فلا يمكنه أن يتولى الكتابة بنفسه ، وإن أمكنه تولى الكتابة بنفسه جاز والاستنابة فيه أولى . ولا يجوز أن يستنيب في ذلك إلا عدلا ، لأن الكتابة موضع أمانة .

ويستحب أن يكون فقيهاً ليعرف مواقع الألفاظ التي تتعلق بها الأحكام ، ويفرق بين الجائز والواجب. وينبغي أن يكون وافر العقل وَرِعاً نَزِهاً لئلا يستمال بالطمع ، ويكون مسلماً ، لأن الله تعالى قال (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِنْ دُونِكُمْ لاَ يَأْلُونَكُمْ خَبَالاً)[2] .

ويروى أن أبا موسى قدم على عمر رضي الله عنه ومعه كاتب نصراني ، فأحضر أبو موسى شيئاً من مكتوباته عند عمر فاستحسنه وقال : قل لكاتبك يجيء فيقرأ كتابه ، قال : إنه لا يدخل المسجد ، قال : ولِمَ ؟ قال : إنه نصراني ، فانتهره عمر وقال : لا تأمنوهم وقد خونهم الله تعالى ، ولا تقربوهم وقد أبعدهم الله تعالى ، ولا تعزوهم وقد أذلهم الله تعالى . ولأن الإسلام من شروط العدالة ، والعدالة شرط.

وقال أصحاب الشافعي : في اشتراط عدالته وإسلامه وجهان :

أحدهما : تشترط لما ذكرنا .

والثاني : لا تشترط لأن ما يكتبه لا بد من وقوف القاضي عليه فتؤمن الخيانة فيه .

ويستحب أن يكون جيد الخط ، لأنه أكمل ، وأن يكون حراً ليخرج من الخلاف ، وإن كان عبداً جاز ، لأن شهادة العبد جائزة ، ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ، ولا بد من كونه حاسباً لأنه عمله وبه يقسم ، فهو كالخط للكاتب والفقه للحاكم

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط كما في الترغيب والترهيب ج ٣ ص ٢٢٢ ولفظه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الطير لتضرب بمناقيرها وتحرك أذنابها من هول يوم القيامة، وما يتكلم به شاهد الزور ، ولا تفارق قدماه الأرض حتى يقذف به في النار » (ف) .

(٢) سورة آل عمران آية ١١٨

ويستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه ليشاهد ما يكتبه، ويشافهه بما يملى عليه، وإن قعد ناحية جاز لأن المقصود يحصل، فإن ما يكتبه يعرض على الحاكم فيستبرئه.

٨٢٧٢ (فصـــــــل)

وإذا ترافع إلى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه، فقال المقر له للحاكم: أشهد لى على إقراره شاهدين، لزمه ذلك، لأن الحاكم لا يحكم بعلمه فربما جحد المقر فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه، ولو كان يحكم بعلمه احتمل أن ينسى، فإن الإنسان عرضة النسيان فلا يمكنه الحكم بإقراره، وإن ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه أو بيمين المدعى بعد النكول فسأله المدعى أن يشهد على نفسه لزمه، لأنه لا حجة للمدعى سوى الإشهاد، وإن ثبتت عنده بينة فسأله الإشهاد ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه، لأن بالحق بينة، فلا يجب جعل بينة أخرى.

والثانى: يجب لأن فى الإشهاد فائدة جديدة وهى إثبات تعديل بينته وإلزام خصمه، وإن حلف المنكر وسأل الحاكم الإشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له فى سقوط المطالبة مرة أخرى. وفى جميع ذلك إذا سأله أن يكتب له محضراً بما جرى ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه ذلك، لأنه وثيقة له، فهو كالإشهاد، لأن الشاهدين ربما نسيا الشهادة أو نسيا الخصمين، فلا يذكرهما إلا ذوى خطيهما.

والثانى: لا يلزمه، لأن الإشهاد يكفيه، والأول أصح، لأن الشهود تكثر عليهما الشهادات ويطول عليهم الأمد، فالظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحققاً يحصل به أداؤها، فلا يتقيد إلا بالكتاب.

فإن اختار أن يكتب له محضراً فصفته:

حضر القاضى فلان بن فلان الفلانى قاضى عبد الله لإمام فلان على كذا وكذا، وإن كان خليفة القاضى قال: خليفة القاضى فلان بن فلان الفلانى عبد الله قاضى الإمام، بمجلس حكمه وقضائه، فإن كان يعرف المدعى والمدعى عليه بأسمائهما وأنسابهما قال: فلان بن فلان الفلانى، وأحضر معه فلان بن فلان الفلانى، ويرفع فى نسبهما حتى يتميز. ويستحب ذكر حليتهما، وإن أخلّ به جاز، لأن ذكر نسبهما إذا رفع فيه أغنى عن ذكر الحلية. وإن كان الحاكم لا يعرف الخصمين قال: مدع ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى، وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى، ويرفع فى نسبهما، ويذكر حليتهما، لأن الاعتماد عليها فربما استعار النسب ويقول اغم أو انزع، ويذكر صفة العينين والأنف والفم والحاجبين واللون والطول والقصر، ما ادعى عليه كذا وكذا فأقر له، ولا يحتاج أن يقول بمجلس حكمه لأن الإقرار يصح فى غير مجلس الحكم.

وإن كتب أنه شهد على إقراره شاهدان كان أوكد . ويكتب الحاكم على رأس المحضر: الحمد لله رب العالمين أو ما أحب من ذلك .

فأما إن أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بينة قال : فادعى عليه كذا وكذا فأنكر ، فسأل الحاكم المدعى ألك بينة فأحضرها ، وسأل الحاكم سماعها ففعل ، وسأله أن يكتب له محضراً بما جرى فأجابه إليه ، وذلك فى وقت كذا ، ويحتاج هاهنا أن يذكر بمجلس حكمه وقضائه بخلاف الإقرار ، لأن البينة لا تسمع إلا فى مجلس الحكم ، والإقرار بخلافه .

ويكتب الحاكم فى آخر المحضر : شهدا عندى بذلك ، فإن كان مع المدعى كتاب فيه خط الشاهد كتب تحت خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما: شهد عندى بذلك، ويكتب علامته فى رأس المحضر ، وإن اقتصر على ذلك دون المحضر جاز .

فأما إن لم تكن المدعى بينة فاستحلف المنكر ، ثم سأل المنكر الحاكم محضراً لئلا يحلف فى ذلك ثانياً كتب له مثل ما تقدم ، إلا أنه يقول : فأنكر فسأل الحاكم المدعى ألك بينة فلم تكن له بينة ، فقال : لك يمينه، فسأله أن يستحلفه فاستحلفه فى مجلس حكمه وقضائه فى وقت كذا وكذا ، ولابد من ذكر تحليفه ، لأن الاستحلاف لايكون إلا فى مجلس الحكم ويعلم فى أوله خاصة ، وإن نكل المدعى عليه عن اليمين قال : فعرض اليمين على المدعى عليه فنكل عنها ، فسأل خصمه الحاكم أن يقضى عليه بالحق فقضى عليه فى وقت كذا ويعلم فى آخره ، ويذكر أن ذلك فى مجلس حكمه وقضائه ، فهذه صفة المحضر .

فأما إن سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بما ثبت فى المحضر لزمه أن يحكم له به وينفذه فيقول : حكمت له به ، ألزمته الحق ، أنفذت الحكم به . فإن طلبه أن يشهد له على حكمه لزمه ذلك لتحصل له الوثيقة به . فإن طالبه أن يسجل له به وهو أن يكتب فى المحضر ويشهد على إنفاذه سجل له . وفى وجوب ذلك الوجهان المذكوران فى المحضر . وهذه صورة السجل :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أشهد عليه القاضى فلان بن فلان الفلانى ، قاضى عبد الله الإمام ، على كذا وكذا ، فى مجلس حكمه وقضائه فى موضع كذا وكذا ، فى وقت كذا وكذا ، أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ونسبهما ، وقد عرفهما بما ساغ له به قبول شهادتهما عنده بما فى كتاب نسخه ، وينسخ الكتاب إن كان معه أو المحضر فى أى حكم كان ، فإذا فرغ منه قال بعد ذلك: فحكم به فأنفذه وأمضاه بعد أن سأله فلان بن فلان أن يحكم له به . ولا يحتاج أن يذكر أنه بمحضر المدعى عليه ، لأن القضاء على الغائب جائز ، فإن أراد أن يذكره احتياطاً قال : بعد أن حضره من ساغ له الدعوى عليه ، ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين :

إحداهما : تكون فى يد صاحب الحق .

والأخرى : تكون فى ديوان الحكم . فإن هلكت إحداهما نابت الأخرى عنها ، ويختم الذى فى ديوان الحكم ، ويكتب على طيه : سجل فلان بن فلان ، أو محضر فلان بن فلان ، أو وثيقة فلان بن فلان . فإن كثر ما عنده جمع ما يجتمع فى كل يوم أو أسبوع أو شهر على قدر كثرتها وقلتها ، وشدها أضبارة ويكتب عليها أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ، ثم يضم ما يجتمع فى السنة ويدعها ناحية ويكتب عليها كتب سنة كذا ، حتى إذا حضر من يطلب شيئاً منها سام[1] عن السنة فيخرج كتب تلك السنة ويسهل ، وينبغى أن يتولى جمعها وشدها بنفسه لئلا يزور عليه ، فإن تولى ذلك ثقة من ثقاته جاز .

٨٢٧٣ (فصـــل)

وينبغى أن يجعل من بيت المال شىء برسم الكاغد الذى يكتب فيه المحاضر والسجلات ، لأنه من المصالح ، فإنه يحفظ به الوثائق ، ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ، ويرجع بالدرك على من رجع عليه ، فإن أعوز ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ، ويقول لصاحب الحق إن شئت جئت بكاغد أكتب لك فيه فإنه حجة لك ولست أكرهك عليه .

٨٢٧٤ (فصـــل)

وإذا ارتفع إليـــه خصمان ، فذكر أحدهما أن حجته فى ديوان الحكم ، فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه وفيها حكمه ، فإن ذكر ذلك حكم به ، وإن لم يذكره لم يحكم به ، نص عليه أحمد فى الشهادة ، قاله بعض أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ومحمد بن الحسن . وعن أحمد رضى الله عنه أنه يحكم به ، وبه قال ابن أبى ليلى . وهذا الذى رأيته عن أحمد فى الشهادة ، لأنه إذا كان فى قمطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون إلا صحيحاً .

ووجه الأولى أنه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز إنفاذه إلا ببينة كحكم غيره ، ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى ختمه والخط يشبه الخط .

فإن قيل : فلو وجد فى دفتر أبيه حقاً على إنسان جاز له أن يدعيه ويحلف عليه .

قلنا : هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الإجماع على أنه لو وجد بخط أبيه شهادة لم يجز له أن يحكم بها ولا يشهد بها ، ولو وجد حكم أبيه مكتوباً بخطه لم يجز له إنفاذه ، ولأنه يمكنه الرجوع فيما حكم به عليه إلى نفسه ، لأنه فعل نفسه فروعى ذلك . وأما ما كتبه أبوه فلا يمكنه الرجوع فيما حكم به إلى نفسه فيكفى فيه الظن .

(١) فى نسخ المغنى (سام) ولعلها (سأل) . (ف)

٨٢٧٥ (فصـــل)

فإن ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لى بهذا الحق على خصمى ، فذكر الحاكم حكمه ، أمضاه وألزم خصمه ما حكم به عليه ، وليس هذا حكما بالعلم إنما هو إمضاء لحكمه السابق ، وإن لم يذكره القاضى ، فشهد عنده شاهدان على حكمه لزمه قبولها وإمضاء القضاء ، وبه قال ابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن . قال القاضى : هذا قياس قول أحمد لأنه قال : يرجع الإمام إلى قول اثنين فصاعداً من المأمومين .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى : لا يقبل ، لأنه يمكنه الرجوع إلى الإحاطة والعلم ، فلا يرجع إلى الظن كالشاهد إذا نسى شهادته فشهد عنده شاهدان أنه شهد لم يكن له أن يشهد .

ولنا : أنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل ، فكذلك إذا شهدا عنده بحكم نفسه ، ولأنهما شهدا بحكم حاكم ، وما ذكروه لا يصح ، لأن ذكر ما نسيه ليس إليه، ويخالف الشاهد، لأن الحاكم يمضى ما حكم به إذا ثبت عنده ، والشاهد لا يقدر على إمضاء شهادته وإنما يمضيها الحاكم .

٨٢٧٦ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يقبل هدية من لم يكن يهدى إليه قبل ولايته ﴾ :

وذلك لأن الهدية يقصد بها فى الغالب استمالة قلبه ليعتنى به فى الحكم فتشبه الرشوة . قال مسروق : إذا قبل القاضى الهدية أكل السحت ، وإذا قبل الرشوة بلغت به الكفر .

وقد روى أبو حميد الساعدى قال : « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن الأُتْبِيَّةِ على الصدقة ، فقال : هذا لكم وهذا أُهدى إلىّ، فقام النبى صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال العامل نبعثه فيجىء فيقول هذا لكم وهذا أُهدى إلىّ، ألا جلس فى بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ والذى نفس محمد بيده لا نبعث أحداً منكم فيأخذ شيئاً إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته ، إن كان بعيراً له رُغَاء، أو بقرة لها خُوَارٌ، أو شاة تَيْعَر [1] فرفع يديه حتى رأيت عفرة [2] أبطيه ، فقال : اللهم هل بلغت ثلاثاً ؟ » متفق عليه

ولأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها ليتوسل بها إلى ميل الحاكم معه على خصمه ، فلم يجز قبولها منه كالرشوة ، فأما إن كان يهدى إليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية ، لأنها لم تكن من أجل الولاية لوجود سببها قبل الولاية بدليل وجودها قبلها .

(١) الرغاء : صوت البعير — الخوار : صوت البقرة — تيعر : تصيح . (ف)

(٢) عفرة : بضم العين وفتحها والأشهر الضم : وهى البياض الذى ليس بناصع بل فيه شىء كلون الأرض قالوا : وهو مأخوذ من عفر الأرض وهو وجهها ، وعفر وزن قمر . (ف)

قال القاضي : ويستحب له التنزه عنها ، وإن أحس أنه يقدمها بين يدى خصومه أو فعلها حال الحكومة حرم أخذها في هذه الحال لأنها كالرشوة ، وهذا كله مذهب الشافعي. وروى عن أبي حنيفة وأصحابه أن قبول الهدية مكروه غير محرم ، وفيما ذكرنا دلالة على التحريم .

٨٢٧٧ (فصـــــل)

فأما الرشوة في الحكم ، ورشوة العامل ، فحرام بلا خلاف . قال الله تعالى (أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ)[1] قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره : هو الرشوة . وقال : إذا قبل القاضي الرشوة بلغت به إلى الكفر.

وروى عبد الله بن عمر قال « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي » قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح. ورواه أبو هريرة وزاد «في الحكم» ورواه أبو بكر في زاد المسافر وزاد «والرائش» وهو السفير بينهما . ولأن المرتشي إنما يرتشي ليحكم بغير الحق أو ليوقف الحكم عنه وذلك من أعظم الظلم .

قال مسروق : سألت ابن مسعود عن السحت أهو الرشوة في الحكم ؟ قال لا . (وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ — والظَّالِمُونَ — وَالْفَاسِقُونَ)[2] ولكن السحت أن يستعينك الرجل على مظلمة فيهدى لك فلا تقبل .

وقال قتادة : قال كعب : الرشوة تسفه الحليم ، وتعمى عين الحكيم .

فأما الراشي فإن رشاه ليحكم له بباطل ، أو يدفع عنه حقاً فهو ملعون ، وإن رشاه ليدفع ظلمه ويجزيه على واجبه ، فقد قال عطاء وجابر بن زيد والحسن : لا بأس أن يصانع عن نفسه . قال جابر بن زيد : ما رأينا في زمن زياد أنفع لنا من الرشا ، ولأنه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره ، فإن ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها ، فعليه ردها إلى أربابها ، لأنه أخذها بغير حق فأشبه المأخوذ بعقد فاسد . ويحتمل أن يجعلها في بيت المال، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر ابن اللتبية بردها على أربابها ، وقد قال أحمد : إذا أهدى البطريق لصاحب الجيش عيناً أو فضة لم تكن له دون سائر الجيش . قال أبو بكر : يكونون فيه سواء .

٨٢٧٨ (فصـــــل)

ولا ينبغي للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه ، لما روى أبو الأسود المالكي عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما عدل وال اتجر في رعيته أبداً »[3] ولأنه يعرف فيحابى فيكون كالهدية ، ولأن ذلك يشغله عن النظر في أمور الناس .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٢ . (٢) سورة المائدة ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٧ .

(٣) أخرجه الحاكم في الكنى كما في الفتح الكبير ج ٣ ص ٩٦ . (ف)

وقد روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه لما بويع أخذ الذراع وقصد السوق ، فقالوا يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يسعك أن تشتغل عن أمور المسلمين « قال : فإنى لا أدع عيالى يضيعون » قالوا : فنحن نفرض لك ما يكفيك ، ففرضوا له كل يوم درهمين .

فإن باع واشترى صح البيع ، لأن البيع تم بشروطه وأركانه ، وإن احتاج إلى مباشرته ولم يكن له من يكفيه جاز ذلك ولم يكره ، لأن أبا بكر رضى الله عنه قصد السوق ليتجر فيه حتى فرضوا له ما يكفيه ، ولأن القيام بعياله فرض عين فلا يتركه لوهم مضرة . وأما إذا استغنى عن مباشرته ووجد من يكفيه ذلك كره له لما ذكرناه من المعنيين . وينبغى أن يوكل فى ذلك من لا يعرف أنه وكيله لئلا يحابى ،وهذامذهب الشافعى .

وحكى عن أبى حنيفة أنه قال : لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف لما ذكرنامن قضية أبى بكر رضى الله عنه .

ولنا : ما ذكرناه .

وروى عن شريح أنه قال : شرط عَلَىّ عمر حين ولانى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ولا أرتشى ولا أقضى وأنا غضبان .

وقضية أبى بكر حجة لنا : فإن الصحابة أنكروا عليه فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع ، فلما أغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا لهم قبل قولهم وترك التجارة ، فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها .

٨٢٧٩ (فصــــــل)

ويجوز للحاكم حضور الولائم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحضرها ويأمر بحضورها ، وقال« من لم يجب فقد عصى الله ورسوله »[١] فإن كثرت وازدحمت تركها كلها ولم يجب أحداً ، لأن ذلك يشغله عن الحكم الذى قد تعين عليه ، لكنه يعتذر إليهم ويسألهم التحليل ، ولا يجيب بعضاً دون بعض ، لأن فى ذلك كسراً لقلب من لم يجبه ، إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض ، مثل أن يكون فى إحداها منكر أو تكون فى مكان بعيد ، أو يشتغل بها زمناً طويلا ، والأخرى بخلاف ذلك فله الإجابة إليها دون الأولى ، لأن عذره ظاهر فى التخلف عن الأولى .

٨٢٨٠ (فصــــــل)

وله عيادة المرضى ، وشهود الجنائز ، وإتيان مقدم الغائب ، وزيارة إخوانه والصالحين من الناس ، لأنه قربة وطاعة ، وإن كثر ذلك فليس له الاشتغال به عن الحكم ، لأن هذا تبرع فلايشتغل بهعن الفرض .

(١) « من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله » أخرجه مسلم عن أبى هريرة . (ف)

وله حضور البعض دون البعض ، لأن هذا يفعله لنفع نفسه لتحصيل الأجر والقربة له ، والولائم يراعى فيها حق الداعي فينكسر قلب من لم يجبه إذا أجاب غيره .

٨٢٨١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ويعدل بين الخصمين في الدخول عليه ، والمجلس ، والخطاب ﴾ .

وجملته : أن على القاضي العدل بين الخصمين في كل شيء من المجلس ، والخطاب ، واللحظ ، واللفظ ، والدخول عليه ، والإنصات إليهما ، والاستماع منهما ، وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

وقد روى عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة بإسناده عن أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من بلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه وإشارته ومقعده ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفعه على الآخر [١] » وفي رواية « فليسوِّ بينهم في النظر والمجلس والإشارة » .

وكتب عمر رضي الله عنه إلى أبيّ « سوِّ بين الناس في مجلسك وعدلك ، حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ، ولا يطمع شريف في حيفك » .

وقال سعيد : ثنا هشيم ثنا سيار ثنا الشعبي قال : كان بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأُبيِّ بن كعب بدار في شيء ، فجعلا بينهما زيد بن ثابت ، فأتياه في منزله ، فقال له عمر : أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم [٢] ، فوسع له زيد عن صدر فراشه فقال هاهنا يا أمير المؤمنين ، فقال له عمر : جُرْتَ في أول القضاء ، ولكن أجلسُ مع خصمي ، فجلسا بين يديه ، فادعى أبيّ وأنكر عمر ، فقال زيد لأبيّ : أعف أمير المؤمنين من اليمين وما كنت لأسألها لأحد غيره ، فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عُرْضِ [٣] المسلمين عنده سواء .

---

(١) أخرجه أبو يعلى والدارقطني والطبراني في الكبير عن أم سلمة. قال الشوكاني ج ٨ ص ٢٧٥ «وفي إسناده عبادة بن كثير وهو ضعيف » (ف)

(٢) هذا أصله مثل زعمته العرب على ألسن البهائم قالوا : إن الأرنب التقطت تمرة فاختلسها الثعلب وأكلها، فانطلقا يختصمان إلى الضب، فقالت الأرنب : يا أبا الحسل . قال : سميعاً دعوت . قالت : أتيناك لنختصم إليك، قال: عادلا حكمتما . قالت : فاخرج إلينا، قال : في بيته يؤتى الحكم . قالت : إني وجدت تمرة ، قال : حلوة فكليها . قالت : فاختلسها الثعلب. قال : لنفسه بغى الخير، قالت : فلطمته، قال : بحقك أخذت، قالت : فلطمني، قال: حر انتصر قالت : فاقض بيننا . قال : قد قضيت . فذهبت أقواله كلها مثلا اهـ من الوسيط ص ١٧ (ف)

(٣) عرض المسلمين: عامة المسلمين(ف)

ورواه عمر بن شبة وفيه : فلما أتيا باب زيد خرج فقال السلام عليك يا أمير المؤمنين لو أرسلت إلىّ لأتيتك ، قال : فى بيته يؤتى الحكم ، فلما دخلا عليه قال هاهنا يا أمير المؤمنين ، قال بل أجلس مع خصمى ، فادعى أبىّ وأنكر عمر ، ولم تكن لأبىّ بينة ، فقال زيد : أعف أمير المؤمنين من اليمين ، فقال عمر : تالله إن زلت ظالماً ، السلام عليك يا أمير المؤمنين، ها هنا يا أمير المؤمنين، أعف أمير المؤمنين[1]، ولِمَ يعفى أمير المؤمنين ؟ إن كان لى حق استحققته بيمينى وإلا تركته ، والله الذى لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأبىّ فيها حق ، ثم أقسم عمر لايصيب زيد وجه القضاء حتى يكون عمر وغيره من الناس عنده سواء . فلما خرجا وهب النخل لأبىّ ، فقيل له يا أمير المؤمنين فهلا كان هذا قبل أن تحلف ؟ قال : خفت أن أترك اليمين فتصير سنة فلايحلف الناس على حقوقهم .

وقال إبراهيم : جاء رجل إلى شريح وعنده السرى بن وقاص ، فقال الرجل لشريح : أعدنى على هذا الجالس عندك ، فقال شريح للسرى : قم فاجلس مع خصمك ، قال : إنى أسمعك من مكانى ، قال : لا ، قم فاجلس مع خصمك ، فأبى أن يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه .

وفى رواية قال : إن مجلسك يريبه ، وإنى لا أدع النصرة وأنا عليها قادر ، ولما تحاكم علىّ رضى الله عنه واليهودى إلى شريح قال علىّ : إن خصمى لو كان مسلماً لجلست معه بين يديك . ولأن الحاكم إذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه وربما لم تقم حجته فأدى ذلك إلى ظلمه . وإن أذن أحد الخصمين للحاكم فى رفع الخصم الآخر عليه فى المجلس جاز ، لأن الحق له ولاينكسر قلبه إذا كان هو الذى رفعه .

والسنة أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى ، لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن يجلس الخصمان بين يدى الحاكم » رواه أبوداود .

وقال على رضى الله عنه : لو أن خصمى مسلم لجلست معه بين يديك .

ولأن ذلك أمكن للحاكم فى العدل بينهما ، والإقبال عليهما ، والنظر فى خصومتهما .

وإن كان الخصمان ذميين سوّى بينهما أيضاً لاستوائهما فى دينهما .

وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً جاز رفع المسلم عليه ، لما روى إبراهيم التيمى قال : وجد علىّ كرم الله وجهه درعه مع يهودى ، فقال درعى سقطت وقت كذا ، فقال اليهودى : درعى وفى يدى بينى وبينك قاضى المسلمين ، فارتفعا إلى شريح ، فلما رآه شريح قام من مجلسه وأجلسه فى موضعه وجلس مع اليهودى بين

(١) يردد عمر العبارات التى صدرت من زيد وقد بعد بها عن المساواة بينه وبين خصمه (ف)

يديه ، فقال عليٌّ : إن خصمي لو كان مسلماً لجلست معه بين يديك ، ولكني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاتساووهم في المجالس » ذكره أبو نعيم في الحلية .

ولا ينبغي أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه ، إما أن يضيفهما معاً أو يدعهما .

وقد روى عن علي كرم الله وجهه أنه نزل به رجل فقال له إنك خصم [(١)] ؟ قال : نعم ، قال : تحوّل عنا فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لاتضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه » ولأن ذلك يوهم الخصم ميل الحاكم إلى من أضافه .

ولا يلقن أحدهما حجته ولا مافيه ضرر على خصمه ، مثل أن يريد أحدهما الإقرار فيلقنه الإنكار ، أو اليمين فيلقنه النكول ، أو النكول فيجرئه على اليمين ، أو يحس من الشاهد بالتوقف فيجسره على الشهادة أو يكون مقدماً على الشهادة فيوقفه عنها ، أو يقول لأحدهما وحده تكلم ، ونحو هذا مما فيه إضرار بخصمه ، لأن عليه العدل بينهما .

فإن قيل : فقد لقن النبي صلى الله عليه وسلم السارق فقال « ماإخالك سرقت » [(٢)] . وقال عمر لزياد : أرجو أن لايفضح الله على يديك رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

قلنا : لايرد هذا الإلزام ها هنا ، فإن هذا في حقوق الله وحدوده ، ولا خصم المقر ولا للمشهود عليه ، فليس في تلقينه حيف على أحد الخصمين ولاترك للعدل في أحد الجانبين ، والذي قلنا في المختلفين في حق من حقوق الآدميين .

ولا ينبغي أن يعنت الشاهد ، ولايداخله في كلامه ، ويعنفه في ألفاظه .

٨٢٨٢ (فصـــل)

وإذا حضر القاضي خصوم كثيرة قدم الأول فالأول . وينبغي أن يبعث من يكتب من جاء الأول فالأول فيقدمه . قال ابن المنذر : الأحسن أن يتخذ خيطاً ممدوداً طرفه إلى مجلس الحاكم والطرف الآخر إلى مجلس الخصوم ، فكل من جاء كتب اسمه في رقعة وثقبها وأدخلها في الخيط مما يلي مجلس الخصوم حتى يأتي على آخرهم ، فإذا جلس القاضي مد يده إلى الطرف الذي يليه فأخذ الرقعة التي تليه ثم التي بعدها كذلك حتى

---

(١) عن الحسن قال : جاء رجل فنزل على علي فأضافه ، فقال : إني أريد أن أخاصم ، قال له علي : تحول عن منزلي فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم ، وفي لفظ أن ننزل الخصم إلا ومعه خصمه . أخرجه ابن راهويه وأبوالقاسم بن الخراج في أماليه والبيهقي كما في منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٥ (ف)

(٢) روى الدارقطني عن أبي هريرة أن رسول الله صلي الله عليه وسلم أتي بسارق قد سرق شملة فقـــال : أسرقت ما إخاله سرق . . ج ٣ ص ١٠٣(ف)

يأتي على آخرها ، فإن بقي منها شيء وزال الوقت الذي يقضي فيه عرف الطرف الذي يليه حين يجلس فيتناول في المجلس الثاني الرقاع كفعله بالأمس . والاعتبار بسبق المدعي ، لأن الحق له . ومتى قدم رجلا لسبقه فحكم بينه وبين خصمه فقال لي دعوى أخرى لم يسمع منه ، لأنه قد قدمه بسبقه في خصومه فلا يقدمه بأخرى ، ويقول له اجلس حتى إذا لم يبق أحد من الحاضرين نظرت في دعواك الأخرى إن أمكن ، فإذا فرغ الكل فقال الأخير بعد فصل خصومته : لي دعوى أخرى لم يسمع منه حتى يسمع دعوى الأول الثانية ثم يسمع دعواه .

وإن ادعى المدعى عليه على المدعي حكم بينهما ، لأننا إنما نعتبر الأول فالأول في الدعوى لا في المدعى عليه . وإذا تقدم الثاني فادعى على المدعي الأول أو المدعى عليه الأول حكم بينهما .

وإن حضر اثنان أو جماعة دفعة واحدة أقرع بينهم فقدم من خرجت له القرعة لتساوي حقوقهم . وإن كثر عددهم كتب أسماءهم في رقاع وتركها بين يديه ومد يده فأخذ رقعة رقعة ، واحدة بعد أخرى ويقدم صاحبها حسب ما يتفق .

٨٢٨٣ (فصــــل)

فإن حضر مسافرون ومقيمون ، فكان المسافرون قليلا بحيث لا يضر تقديمهم على المقيمين قدّمهم ، لأنهم على جناح السفر ويشتغلون بما يصلح للرحيل ، وقد خفف الله عنهم الصوم وشطر الصلاة تخفيفاً عنهم ، وفي تأخيرهم ضرر بهم ، فإن شاء أفرد لهم يوماً يفرغ من حوائجهم فيه ، وإن شاء قدمهم من غير إفراد يوم لهم . فإن كانوا كثيراً بحيث يضر تقديمهم فهم والمقيمون سواء ، لأن تقديمهم مع القلة إنما كان لدفع الضرر المختص بهم ، فإذا آل دفع الضرر عنهم إلى الضرر بغيرهم تساووا . ولا خلاف في أكثر هذه الآداب ، وأنها ليست شرطاً في صحة القضاء ، فلو قدم المسبوق أو قدم الحاضرين أو نحوه كان قضاؤه صحيحاً .

٨٢٨٤ (فصــــل)

وإذا تقدم إليه خصمان ، فإن شاء قال : من المدعي منكما ؟ لأنهما حضرا لذلك ، وإن شاء سكت ويقول القائم على رأسه من المدعي منكما ؟ إن سكتا جميعاً ، ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما تكلم ، لأن في إفراده بذلك تفضيلا له وتركا للإنصاف .

قال عمر بن قيس : شهدت شريحاً إذا جلس إليه الخصمان ورجل قائم على رأسه يقول : أيكما المدعي فليتكلم ؟ وإن ذهب الآخر يشغب غمزه حتى يفرغ المدعي ثم يقول : تكلم ، فإن بدأ أحدهما فادعى فقال خصمه أنا المدعي لم يلتفت الحاكم إليه ، وقال أجب عن دعواه ثم ادّع بعد ما شئت ، فإن ادعيا معاً

فقياس المذهب أن يقرع بينهما وهو قياس قول الشافعي ، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر وقد تعذر الجمع بينهما فيقرع بينهما ، كالمرأتين إذا زُفّتا في ليلة واحدة . واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً . وقيل يرجيء أمرهما حتى يتبين المدعي منهما . وما ذكرناه أولى ، لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في القضيتين معاً وإرجاء أمرهما إضرار بهما . وفيما ذكرنا دفع الضرر بحسب الإمكان ، وله نظير في مواضع من الشرع فكان أولى .

٨٢٨٥ (فصـــل)

ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة ، إلا في الوصية والإقرار ، لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه ، فإن اعترف به لزمه ، ولا يمكنه أن تلزمه مجهولة ، ويفارق الإقرار ، فإن الحق عليه فلا يسقط بتركه إثباته ، وإنما صحت الدعوى في الوصية مجهولة لأنها تصح مجهولة ، فإنه لو وصى له بشيء أو سهم صح فلا يمكنه أن يدعيها إلا مجهولة كا ثبت ، وكذلك الإقرار لما صح أن يقر بمجهول صح لخصمه أن يدعي عليه أنه أقر له بمجهول .

إذا ثبت هذا فإن كان المدعى أثماناً فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء : الجنس ، والنوع ، والقدر ، فيقول عشرة دنانير بصرية ، وإن اختلفت بالصحاح والمكسرة قال صحاح أو قال مكسرة ، وإن كانت الدعوى في غير الأثمان وكانت عيناً تنضبط بالصفات كالحبوب والثياب والحيوان احتاج أن يذكر الصفات التي تشترط في السلم ، وإن ذكر القيمة كان آكد ، إلا أن الصفة تغني فيه كا تغني في العقد .

وإن كانت جواهر ونحوها مما لا ينضبط بالصفة فلا بد من ذكر قيمتها لأنها لا تنضبط إلا بها ، وإن كان المدعى تالفاً وهو مما له مثل كالمكيل والموزون ادعى مثله وضبطه بصفته .

وإن كان مما لا مثل له كالنبات والحيوان ادعى قيمته لأنها تجب بتلفه ، وإن كان التالف شيئاً محلى بفضة أو بذهب قوّمه بغير جنس حليته ، وإن كان محلى بذهب وفضة قوّمه بما شاء منهما لأنه موضع حاجة ، وإن كان للمدعى عقاراً فلا بد من بيان موضعه وحدوده فيدعي أن هذه الدار بحدودها وحقوقها لي وأنها في يده ظلماً وأنا أطالبه بردها عليّ .

وإن ادعى عليه أن هذه الدار لي وأنه يمنعني منها صحت الدعوى وإن لم يقل إنها في يده ، لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تكن في يده ، وإن ادعى جراحة لها أرش معلوم كالموضحة من الحر ، جاز أن يدعي الجراحة ولا يذكر أرشها لأنه معلوم ، وإن كانت من عبدٍ أو كانت من حر لا مقدر فيها فلا بد من ذكر أرشها .

وإن ادعى على أبيه دَيناً لم تسمع الدعوى حتى يدعي أن أباه مات وترك في يده مالا ، لأن الولد لا يلزمه

قضاء دَين والده مالم يكن كذلك ، ويحتاج أن يذكر تركة أبيه ويحررها ويذكر قدرها كما يصنع فى قدر الدَّين . هكذا ذكره القاضى . والصحيح أنه يحتاج إلى ذكر ثلاثة أشياء : تحرير دَينه ، وموت أبيه ، وأنه وصل إليه من تركة أبيه ما فيه وفاء لدَينه . وإن قال ما فيه وفاء لبعض دَينه احتاج أن يذكر ذلك القدر ، والقول قول المدعى عليه فى نفى تركة الأب مع يمينه ، وإن أنكر موت أبيه فالقول قوله مع يمينه ، ويكفيه أن يحلف على نفى العلم ، لأنه على نفى فعل الغير وقد يموت ولا يعلم به ابنه ، ويكفيه أن يحلف أن ما وصل إليه من تركة أبيه ما فيه وفاء حقه ولا شىء منه ، ولا يلزمه أن يحلف أن أباه لم يخلف شيئاً ، لأنه قد يخلف تركة فلا تصل إليه فلا يلزمه الإيفاء منه ، فإن لم يحسن المدعى تحرير الدعوى فهل للحاكم أن يلقنه تحريرها ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يجوز ، لأنه لا ضرر على صاحبه فى ذلك .

والثانى : لا يجوز لأن فيه إعانة أحد الخصمين فى حكومته .

٨٢٨٦ (فصـــــــل)

إذا حرر المدعى دعواه ، فللحاكم أن يسأل خصمه الجواب قبل أن يطلب منه المدعى ذلك ، لأن شاهد الحال يدل عليه لأن إحضاره والدعوى[١] إنما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه فقد أغنى ذلك عن سؤاله فيقول لخصمه ما تقول فيما يدعيه ؟ فإن أقر لزمه ، وليس للحاكم أن يحكم عليه إلا بمسألة المقر له ، لأن الحكم عليه حق له فلا يستوفيه إلا بمسألة مستحقه ، هكذا ذكر أصحابنا .

ويحتمل أن يجوز له الحكم عليه قبل مسألة المدعى ، لأن الحال تدل على إرادته ذلك فاكتفى بها كما اكتفى بها فى مسألة المدعى عليه الجواب ، ولأن كثيراً من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك فيترك مطالبته به لجهله فيضيع حقه ، فعلى هذا يجوز له الحكم قبل مسألته .

وعلى القول الأول إن سأله الخصم فقال : احكم لى حكم عليه ، والحكم أن يقول قد ألزمتك ذلك ، أو قضيت عليك له ، أو يقول : اخرج له منه ، فمتى قال له أحد هذه الثلاثة كان حكماً بالحق ، وإن أنكر فقال لا حق لك قبلى ، فهذا موضع البينة . قال الحاكم ألك بينة ؟ لما روى « أن رجلين اختصما إلى النبى صلى الله عليه وسلم حضرمى وكندى ، فقال الحضرمى :يا رسول الله إن هذا غلبنى على أرض لى[٢] ، فقال

(١) أى : وتحرير الدعوى (ف)

(٢) انظر مسلم فى صحيحه ج ١ ص ١٢٣ عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى : يارسول الله إن هذا قد غلبنى على أرض لى كانت لأبى فقال=

الـكندى : هى أرضى وفى يدى وليس له فيها حق ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه » وهو حديث حسن صحيح .

وإن كان المدعى عارفاً بأنه موضع البينة ، فالحاكم مخير بين أن يقول : ألك بينة ؟ وبين أن يسكت، فإذا قال له ألك بينة ؟ وذكر أن له بينة حاضرة لم يقل له الحاكم أحضرها ، لأن ذلك حق له فله أن يفعل ما يرى ، وإذا أحضرها لم يسألها الحاكم عما عندها حتى يسأله المدعى ذلك ، لأنه حق له فلا يسأله ولا يتصرف فيه من غير إذنه ، فإذا سأله المدعى سؤالها قال : من كانت عنده شهادة فليذكرها إن شاء ، ولا يقول لها أشهدا لأنه أمر .

وكان شريح يقول للشاهدين: ما أنا دعوتـكما ولا أنهاكما أن ترجعا، ومايقضى على هذا المسلم غيركما ، وإنى بكما أقضى اليوم، وبكما أتقى يوم القيامة .

وإن رأى الحاكم عليهما ما يوجب رد شهادتهما ردها كما روى عن شريح أنه شهد عنده شاهد وعليه قَبَاء مخروط الـكُمَّين[١] ، فقال له شريح أتحسن أن تَوَضَّأ ؟ قال : نعم ، قال : فاحْسرْ عن ذراعيك[٢] ، فذهب يَحْسِرُ عنهما فلم يستطع ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك .

وإن أدّيا الشهادة على غير وجهها ، مثل أن يقولا بلغنا أن عليـــه ألفاً ، أو سمعنا ذلك ردت شهادتهما .

وشهد رجل عند شريح فقال : أشهد أنه اتـكأ عليه بمرفقه حتى مات ، فقال شريح : أتشهد أنه قتله ؟ قال : أشهد أنه اتـكأ عليه بمرفقه حتى مات ، قال : أتشهد أنه قتله ؟ قال: أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات ، قال : قم لا شهادة لك .

وإن كانت شهادة صحيحة ، وعرف الحاكم عدالتهم قال للمشهود عليه قد شهدا عليك ، فإن كان عندك ما يقدح فى شهادتهما فبينه عندى ، فإن سأل الإنظار أنظره اليومين والثلاثة ، فإن لم يجرح حكم عليه،لأن الحق قد وضح على وجه لا إشكال فيه . وإن ارتاب بشهادتهم فرّقهم فسأل كل واحد عن شهادته وصفتها، فيقول: كنت أول من شهد أو كتبت أو لم تـكتب وفى أى مكان شهدت ؟ وفى أى شهر ؟ وأى

= الـكندى : هى أرضى فى يدى أزرعها ليس له فيها حق ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينه؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه : قال : يارسول الله إن الرجل فاجر لايبالى على ماحلف عليه وليس يتورع من شىء، فقال : ليس لك منه إلا ذلك . فانطلق ليحلف ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر : أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض . (ف)

(١) مخروط الـكمين : ضيق الـكمين (ف) (٢) احسر عن ذراعيك : اكشفهما (ف)

يوم ؟ وهل كنت وحدك أو معك غيرك ؟ فإن اختلفوا سقطت شهادتهم ، وإن اتفقوا بحث عن عدالتهم . ويقال أول من فعل هذا دانيال ، ويقال فعله سليمان وهو صغير .

وروى عن على رضى الله عنه أن سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم ، فأتت زوجته عليًّا ، فدعا الستة فسألهم عنه فأنكروا ، ففرقهم وأقام كل واحد عند سارية ووكل به من يحفظه ، ودعا واحداً منهم فسأله فأنكر ، فقال : الله أكبر ، فظن الباقون أنه قد اعترف ، فدعاهم فاعترفوا ، فقال للأول : قد شهدوا عليك وأنا قاتلك ، فاعترف ، فقتلهم .

وإن لم يعرف عدالتهما بحث عنها ، فإن لم تثبت عدالتهما قال للمدعى : زدنى شهوداً ، وإن لم تكن له بينة عرفه الحاكم أن لك يمينه وليس للحاكم أن يستحلفه قبل مسألة المدعى ، لأن اليمين حق له فلم يجز استيفاؤها من غير مطالبة مستحقها كنفس الحق ، فإن استحلفه من غير مسألة أو بادر المنكر فحلف لم يعتد بيمينه ، لأنه أتى بها فى غير وقتها . وإذا سألها المدعى أعادها له ، لأن الأولى لم تكن يمينه .

وإن أمسك المدعى عن إحلاف المدعى عليه ثم أراد إحلافه بالدعوى المتقدمة جاز ، لأنه لم يسقط حقه منها وإنما أخرها .

وإن قال : أبرأتك من هذه اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى، وله أن يستأنف الدعوى ،لأن حقه لا يسقط بالإبراء من اليمين . فإن استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله أن يحلفه ، لأن هذه الدعوى غير الدعوى التى أبرأه فيها من اليمين ، فإن حلف سقطت الدعوى ولم يكن للمدعى أن يحلفه يميناً أخرى ، لا فى هذا المجلس ولا فى غيره .

وإن كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحد جاز وسقطت دعواهم باليمين لأنها حقهم ، ولأنه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة .

قال القاضى : ويحتمل أن لا يصح حتى يحلف لكل واحد يميناً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن اليمين حجة فى حق الواحد ، فإذا رضى بها اثنان صارت الحجة فى حق كل واحد منهما ناقصة ، والحجة الناقصة لا تكمل برضى الخصم ، كما لو رضى أن يحكم عليه بشاهد واحد . والصحيح الأول ، لأن الحق لهما ، فإذا رضيا به جاز ، ولا يلزم من رضاهما بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين ، كما أن الحقوق إذا قامت بها بينة واحدة لا يكون لكل حق بعض البينة . فأما إن حلفه لجميعهم يميناً واحدة بغير رضاهم لم تصح يمينه بلا خلاف نعلمه .

وقد حكى الاصطخرى أن اسماعيل بن إسحاق القاضى حلف رجلا بحق لرجلين يميناً واحدة ، فخطأه أهل عصره .

وإن قال المدعى : لى بينة غائبة،قال له الحاكم لك يمينه فإن شئت فاستحلفه ، وإن شئت أخرته إلى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولاملازمته حتى تحضر البينة ، نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك »(١) فإن أحلفه ثم حضرت بينته حكم بها ولم تكن مزيلة للحق ، لأن اليمين إنما يصار إليها عند عدم البينة ، فإذا وجدت البينة بطلت اليمين وتبين كذبها . وإن قال لى بينة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتى لم يملك ذلك . وقال أبو يوسف : يستحلفه وإن نكل قضى عليه ، لأن فى الاستحلاف فائدة وهو أنه ربما نكل فقضى عليه فأغنى عن البينة .

ولنا : قوله عليه السلام « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وأو للتخيير بين شيئين ، فلايكون له الجمع بينهما ، ولأنه أمكن فصل الخصومة بالبينة فلم يشرع غيرها مع إرادة المدعى إقامتها وحضورها ، كما لو لم يطلب يمينه ، ولأن اليمين بدل ، فلم يجب الجمع بينها وبين مبدلها كسائر الأبدال مع مبدلاتها .

وإن قال المدعى : لاأريد إقامتها ، وإنما أريد يمينه اكتفى بها استحلف لأن البينة حقه ، فإذا رضى بإسقاطها وترك إقامتها فله ذلك كنفس الحق ، فإن حلف المدعى عليه ثم أراد المدعى إقامة بينته فهل يملك ذلك ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : له ذلك ، لأن البينة لاتبطل بالاستحلاف كما لو كانت غائبة .

والثانى : ليس له ذلك ، لأنه قد أسقط حقه من إقامتها . ولأن تجويز إقامتها يفتح باب الحيلة ، لأنه يقول لاأريد إقامتها ليحلف خصمه ثم يقيمها . فإن كان له شاهد واحد فى الأموال عرفه الحاكم أن له أن يحلف مع شاهده ويستحق ، فإن قال : لاأحلف أنا وأرضى بيمينه استحلف له ، فإذا حلف سقط الحق عنه فإن عاد المدعى بعدها فقال : أنا أحلف مع شاهدى لم يستحلف ولم يسمع منه . ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى ، لأن اليمين فعله وهو قادر عليها فأمكنه أن يسقطها بخلاف البينة ، وإن عاد قبل أن يحلف المدعى عليه فبذل اليمين فقال القاضى : ليس له ذلك فى هذا المجلس وكل موضع قلنا يستحلف المدعى عليه ، فإن الحاكم يقول له إن حلفت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك ثلاثاً ، فان حلف وإلا حكم عليه بنكوله إذا سأله المدعى ذلك ، فإن سكت عن جواب الدعوى فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب ولا يجعله بذلك ناكلا . ذكره القاضى فى المجرد .

---

(١) عن الأشعث بن قيس قال : كان بينى وبين رجل خصومة فى بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : «شاهداك أو يمينه فقلت : إنه إذن يحلف ولا يبالى، فقال : من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخارى ومسلم (ف)

وقال أبو الخطاب : يقول له الحاكم : إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وحكمت عليك ، ويكرر ذلك عليه فإن أجاب وإلا جعله ناكلا وحكم عليه ، لأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه ، فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين .

٨٢٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإذا حكم على رجل فى عمل غيره فكتب بإنفاذ القضاء عليه إلى قاضى ذلك البلد ، قبل كتابه ، وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق) .

ثم الأصل فى كتاب القاضى إلى القاضى والأمير إلى الأمير الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (إِنِّى أُلْقِىَ إِلَىَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ * إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ * أَلَّا تَعْلُوا عَلَىَّ وَأْتُونِى مُسْلِمِينَ)(١) .

وأما السنة ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم كتب إلى كسرى وقيصر والنجاشى وملوك الأطراف ، وكان يكتب إلى ولاته ويكتب لعماله وسعاته ، وكان فى كتابه إلى قيصر « بسم الله الرحمن الرحيم ، من محمد رسول الله إلى قيصر عظيم الروم ، أما بعد ، فأسلم تسلم ، واسلم يؤتك الله أجراً عظيما ، فإن توليت فإن عليك إثم الأريسيين ، ويأهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم »(٢) .

وروى الضَّحَّاكُ بن سُفْيَان قال : كتب إلىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أَشْيَمَ الضِّبَابِىّ من دية زوجها(٣) .

وأجمعت الأمة على كتاب القاضى إلى القاضى ، ولأن الحاجة إلى قبوله داعية ، فإن من له حق فى بلد غير بلده ولا يمكنه إتيانه والمطالبة به إلا بكتاب القاضى فوجب قبوله .

---

(١) سورة النمل الآيات ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١

(٢) نص كتابه إلى قيصر كما فى صحيح البخارى عن ابن عباس « بسم الله الرحمن الرحيم من محمد عبد الله ورسوله إلى هرقل عظيم الروم ، سلام على من اتبع الهدى ، أما بعد فإنى أدعوك بدعاية الإسلام . أسلم تسلم يؤتك الله أجرك مرتين ، فإن توليت فإن عليك إثم اليريسيين و (يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئا ولا يتخذ بعضنا بعضا أربابا من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون)

دعاية الإسلام : مصدر بمعنى اسم الفاعل أى بداعية الإسلام التى لا يصح بدونها وهى الشهادتان

اليريسيين : يعنى الفلاحين والمراد أهل مملكته

كلمة سواء : يستوى فى الدعوة إليها القرآن والإنجيل والتوراة (ف)

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه ، ورواه مالك وزاد من رواية ابن شهاب عن عمر . قال ابن شهاب وكان قتل أشيم خطأ ، موطأ مالك ج ٢ ص ١٩٠ (ف)

وإذا ثبت هذا فإن كتاب القاضى يقبل فى الأموال وما يقصد به المال ولا يقبل فى الحدود كحق الله تعالى ، وهل يقبل فيما عدا هذا ؟ على وجهين ، وبهذا قال أصحاب الرأى ، وقال أصحاب الشافعى : يقبل فى كل حق لآدمى من الجراح وغيرها ، وهل يقبل فى الحدود التى لله تعالى ؟ على قولين ، وتمام الكلام فى هذا الفصل يذكر فى الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى ، والكتاب على ضربين :

أحدهما : أن يكتب بما حكم به ، وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيغيب قبل إيفائه ، أو يدعى حقاً على غائب ويقيم به بينة ، ويسأل الحاكم الحكم عليه فيحكم عليه ، ويسأله أن يكتب له كتاباً يحمله إلى قاضى البلد الذى فيه الغائب ، فيكتب له إليه ، أو تقوم البينة على حاضر فيهرب قبل الحكم عليه ، فيسأل صاحب الحق الحاكم الحكم عليه ، وأن يكتب له كتاباً بحكمه . ففى هذه الصور الثلاث يلزم الحاكم إجابته إلى الكتابة ، ويلزم المكتوب إليه قبوله ، سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة ، حتى لو كانا فى جانبى بلد أو مجلس لزمه قبوله وإمضاؤه ، سواء كان حكماً على حاضر أو غائب ، لا نعلم فى هذا خلافاً ، لأن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حاكم .

الضرب الثانى : أن يكتب بعلمه بشهادة شاهدين عنده بحق لفلان ، مثل أن تقوم البينة عنده بحق لرجل على آخر ولم يحكم به ، فيسأله صاحب الحق أن يكتب له كتاباً بما حصل عنده ، فإنه يكتب له أيضاً . قال القاضى : ويكون فى كتابه : شهد عندى فلان وفلان بكذا وكذا ، ليكون المكتوب إليه هو الذى يقضى به ، ولا يكتب ثبت عندى ، لأن قوله ثبت عندى حكم بشهادتهما ، فهذا لا يقبله المكتوب إليه إلا فى المسافة البعيدة التى هى مسافة القصر ، ولا يقبله فيما دونها ، لأنه نقل شهادة فاعتبر فيه ما يعتبر فى الشهادة على الشهادة ، ونحو هذا قول الشافعى .

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز أن يقبله فى بلده وحكى عن أبى حنيفة مثل هذا . وقال بعض المتأخرين من أصحابه : الذى يقتضيه مذهبه أنه لا يجوز ذلك فى الشهادة على الشهادة. واحتج من أجازه بأنه كتاب الحاكم بما ثبت عنده ، فجاز قبوله مع القرب ككتابه بحكمه .

ولنا : أن ذلك نقل الشهادة إلى المكتوب إليه ، فلم يجز مع القرب كالشهادة على الشهادة ، ويفارق كتابه بالحكم ، فإن ذلك ليس بنقل وإنما هو خبر ، وكل موضع يلزمه قبول الكتاب فإنه يأخذ المحكوم عليه بالحق الذى حكم عليه به ، فيبعث إليه فيستدعيه ، فإن اعترف بالحق أمره بأدائه وألزمه إياه ، وإن قال: لست المسمى فى هذا الكتاب فالقول قوله مع يمينه إلا أن يقيم المدعى بينة أنه المسمى فى الكتاب . وإن اعترف أن هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته إلا أن الحق ليس هو عليه ، إنما هو على آخر يشاركه فى الاسم والنسب والصفة ، فالقول قول المدعى فى نفى ذلك ، لأن الظاهر عدم المشارك فى هذا كله . فإن أقام

المدعى عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له فى هذا كله أحضره الحاكم وسأله عن الحق ، فإن اعترف به ألزمه به وتخلص الأول ، وإن أنكره وقف الحكم وكتب إلى الحاكم الكاتب يعلمه الحال وما وقع من الإشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بما يتميز به المشهود عليه منهما .

وإن ادعى المسمى أنه كان فى البلد من يشاركه فى الاسم والصفة وقد مات نظرنا ، فإن كان موته قبل وقوع المعاملة التى وقع الحكم بها ، أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه أو المحكوم له لم يقع إشكال وكان وجوده كعدمه ، وإن كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة وكان ممن أمكن أن تجرى بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الإشكال كما لو كان حياً ، لجواز أن يكون الحق على الذى مات .

٨٢٨٨ (فصل)

وإذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو إقرار بدَين جاز ، وحكم به المكتوب إليه ، وأخذ المحكوم عليه به . وإن كان ذلك عيناً كعقار محدود أو عين مشهودة لا تشتبه بغيرها ، كعبد معروف مشهور ، أو دابة كذلك حكم به المكتوب إليه أيضاً وألزم تسليمه إلى المحكوم له به . وإن كان عيناً لا تتميز إلا بالصفة كعبد غير مشهود أو غيره من الأعيان التى لا تتميز إلا بالوصف ففيه وجهان :

أحدهما : لا يقبل كتابه ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأن الوصف لا يكفى بدليل أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والتحلية ، كذلك المشهود به .

والثانى : يجوز ، لأنه ثبت فى الذمة بالعقد على هذه الصفة ، فأشبه الدَين ، ويخالف المشهود له فإنه لا حاجة إلى ذلك فيه ، فإن الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه . ولأن المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية ، فكذلك المشهود به .

فعلى هذا الوجه : ينفذ العين مختومة ، وإن كان عبد أو أمة ختم فى عنقه وبعثه إلى القاضى الكاتب ليشهد الشاهدان على عينه ، فإن شهدا عليه دفع إلى المشهود له به ، وإن لم يشهدا على عينه ، أو قال المشهود به غير هذا وجب على آخذه رده إلى صاحبه ، ويكون حكمه حكم المغصوب فى ضمانه وضمان نقصه ومنفعته فيلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه إلى أن يصل إلى صاحبه ، لأنه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق .

٨٢٨٩ (فصل)

ومن استوفى الحق من المحكوم عليه فقال للحاكم عليه اكتب لى محضراً بما جرى لئلا يلقانى خصمى فى موضع آخر فيطالبنى به مرة أخرى ، ففيه وجهان :

أحدهما : تلزمه إجابته ليخلص من المحذور الذى يخافه .

والثانى : لاتلزمه لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به ، فأما استئناف ابتداء فيكفيه فيه الإشهاد فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق ، لأن الحق ثبت عليه بالشهادة ، والأول أصح ، لأنه قد حكم عليه بهذا الحق ويخاف الضرر بدون المحضر ، فأشبه ماحكم به ابتداء ، وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذى ثبت به الحق لم يلزمه دفعه إليه ، لأنه ملكه فلا يجب عليه دفعه إلى غيره ، وكذلك كل من له كتاب بدين فاستوفاه ، أو عقار فباعه لا يلزمه دفع الكتاب لأنه ملكه ، ولأنه يجوز أن يخرج ماقبضه مستحقاً فيعود إلى ماله .

٨٢٩٠ (فصـــــل)

ويقبل الكتاب من قاضى مصر إلى قاضى مصر ، وإلى قاضى قرية . ومن قاضى قرية إلى قاضى قرية، وقاضى مصر . ومن القاضى إلى خليفته ، ومن خليفته إليه ،لأنه كتاب من قاض إلى قاض، فأشبه مالو استويا . ويجوز أن يكتب إلى قاض معين ، وإلى من وصله كتابى من قضاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله ، وبهذا قال أبو ثور واستحسنه أبو يوسف . وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يكتب إلى غير معين .

ولنا : أنه كتاب حاكم من ولايته وصل إلى حاكم فلزمه قبوله ، كما لو كان الكاتب إليه بعينه .

٨٢٩١ (فصـــل)

وصفة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

سبب هذا الكتاب أطال الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ،أنه ثبت عندى فى مجلس حكمى وقضائى الذى أتولاه بمكان كذا ، وإن كان نائباً قال الذى أنوب فيه من القاضى فلان ، بمحضر من خصمين مدع ومدعى عليه ، جاز استماع الدعوى منهما ، وقبول البينة من أحدهما على الآخر بشهادة فلان وفلان ، وهما من الشهود المعدلين عندى ، عرفتهما وقبلت شهادتهما بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلانى بعينه واسمه ونسبه . فإن كان فى إثبات أسر أسير قال : وإن الفرنج خذلهم الله أسروه بمكان كذا فى وقت كذا وأخذوه إلى مكان كذا وهو مقيم تحت حوطتهم أبادهم الله ، وأنه رجل فقير من فقراء المسلمين ليس له شىء من الدنيا، ولا يقدر على فكاك نفسه ولا على شىء منه ، وأنه مستحق للصدقة على مايقتضيه كتاب المحضر المشار إليه المتصل أوله بآخر كتابى هذا المؤرخ بكذا .

وإن كان فى إثبات دين كتب : وأنه استحق فى ذمة فلان بن فلان الفلانى ، ويرفع فى نسبه ويصفه بما يتميز به من الدين كذا وكذا ديناً عليه حالا وحقاً واجباً لازماً ، وأنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه .

وإن كان فى إثبات عين كتب : وأنه مالك لما فى يدى فلان من الشيء الفلانى ، ويصفه صفة يتميز بها ، مستحق لأخذه وتسليمه على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابى هـذا المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران إنهما بما شهدا به عالمان وله محققان ، وإنهما لا يعلمان خلاف ما شهدا به إلى حين أقاما الشهادة عندى ، فأمضيت ما ثبت عندى من ذلك وحكمت بموجبه بسؤال من جازت مسألته ، وسألنى من جاز سؤاله وسوغت الشريعة المطهرة إجابته المكاتبة بذلك إلى القضاة والحكام فأجبته إلى ماتمسه لجوازه له شرعاً ، وتقدمت بهذا الكتاب فكتب ، وبإلصاق المحضر المشار إليه فألصق ، فمن وقف عليه منهم وتأمل ما ذكرته وتصفح ما سطرته واعتمد فى إنفاذه والعمل بموجب ما يوجبه الشرع المطهر أحرز من الأجر أجزله ، وكتب من مجلس الحكم المحروس من مكان كذا فى وقت كذا .

ولا يشترط أن يذكر القاضى اسمه فى العنوان ولا ذكر اسم المكتوب إليه فى باطنه ،وبهذاقال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إذا لم يذكر اسمه فلا يقبل ، لأن الكتاب ليس إليه ، ولا يكفى ذكر اسمه فى العنوان دون باطنه ، لأن ذلك لم يقع على وجه المخاطبة .

ولنا : أن المعول فيه على شهادة الشاهدين على القاضى الكاتب بالحكم ، وذلك لا يقدح فيها ولو ضاع الكتاب أو امتحى سمعت شهادتهما وحكم بها .

٨٢٩٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة عدلين يقولان: قرأه علينا ، أو قرىء عليه بحضرتنا ، فقال اشهدا علىّ أنه كتابى إلى فلان ﴾ .

وجملته : أنه يشترط لقبول كتاب القاضى شروط ثلاثة :

أحدها : أن يشهد به شاهدان عدلان ، ولا يكفى معرفة المكتوب إليه خط الكاتب وختمه ، ولا يجوز له قبوله بذلك فى قول أئمة الفتوى . وحكى عن الحسن وسوار والعنبرى أنهم قالوا : إذا كان يعرف خطه وختمه قبله ، وهو قول أبى ثور والاصطخرى . ويتخرج لنا مثله بناء على قوله فى الوصية إذا وجدت بخطه لأن ذلك تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين .

ولنا : أن ما أمكن إثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر كإثبات العقود ، ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ، ويمكن الرجوع إلى الشهادة فلم يعول على الخط ، كالشاهد لا يعوّل فى الشهادة على الخط ، وفى هذا انفصال عما ذكروه .

إذا ثبت هذا : فإن القاضى إذا كتب الكتاب دعا رجلين يخرجان إلى البلد الذى فيه القاضى المكتوب إليه ، فيقرأ عليهما الكتاب أو يقرؤه غيره عليهما،والأحوط أن ينظرا معه فيما يقرؤه،فإن لم ينظرا جاز لأنه .

لا يستقرأ إلا ثقة ، فإذا قرىء عليهما قال اشهدا على أن هذا كتابى إلى فلان ، وإن قال : اشهدا علىّ بما فيـه كان أولى ، وإن اقتصر على قوله : هذا كتابى إلى فلان ، فظاهر كلام الخرقى أنه لا يجزىء ، لأنه يحملهما الشهادة فاعتبر فيه أن يقول : اشهدا علىّ كالشهادة على الشهادة .

وقال القاضى : يجزىء ، وهو مذهب الشافعى ، ثم إن كان ما فى الـكتاب قليلا اعتمد على حفظه ، وإن كثر فلم يقدرا على حفظه كتب كل واحد منهما مضمونه وقابل بها لتـكون معه يذكر بها ما يشهد به ويقبضان الـكتاب قبل أن يغيبا لئلا يدفع إليهما غيره ، فإذا وصل الـكتاب معهما إليه قرأه الحاكم أو غيره عليهما ، فإذا سمعاه قالا نشهد أن هذا كتاب فلان القاضى إليك أشهدنا على نفسه بما فيه ، لأنه قد يكون كتابه غير الذى أشهدهما عليه .

قال أبو الخطاب : ولا يقبل إلا أن يقولا : نشهد أن هذا كتاب فلان ، لأنها أداء شهادة فلابد فيها من لفظ الشهادة . ويجب أن يقولا : من عمله ، لأن الـكتاب لا يقبل إلا إذا وصل من مجلس عمله ، وسواء وصل الكتاب مختوماً أو غير مختوم ، مقبولا أو غير مقبول ، لأن الاعتماد على شهادتهما لا على الخط والختم . فإن امتحى الكتاب وكانا يحفظان ما فيه جاز لهما أن يشهدا بذلك ، وإن لم يحفظا ما فيه لم تمكنهما الشهادة .

وقال أبو حنيفة وأبو ثور : لا يقبل الـكتاب حتى يشهد شاهدان على ختم القاضى .

ولنا : أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب[1] كتاباً إلى قيصر ولم يختمه ، فقيل له إنه لا يقرأ كتاباً غير مختوم فاتخذ الخاتم . واقتصاره على الـكتاب دون الختم دليل على أن الختم ليس بشرط فى القبول ، وإنما فعله النبى صلى الله عليه وسلم ليقرءوا كتابه ، ولأنهما شهدا بما فى الـكتاب وعرفا ما فيه فوجب قبوله كالو وصل مختوماً وشهدا بالختم .

إذا ثبت هذا : فإنه إنما يعتبر ضبطهما لمعنى الـكتاب وما يتعلق به الحكم .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم شهدوا على صحيفة ، وبعضهم ينظر فيها وبعضهم لا ينظر ، قال : إذا حفظ فليشهد ، قيل كيف يحفظ وهو كلام كثير ؟ قال : يحفظ ما كان عليه الـكلام والوضع . قلت يحفظ المعنى ؟ قال : نعم ، قيل له : والحدود والثمن وأشباه ذلك ؟ قال : نعم . ولو أدرج الـكتاب وختمه وقال هـذا كتابى اشهدا علىّ بما فيه ، أو قد أشهدتـكما على نفسى بما فيه لم يصح هذا التحمل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى .

---

(١) فى صحيح البخارى عن أنس بن مالك قال : ولما أراد النبى صلى الله عليه وسلم أن يكتب إلى الروم قالوا إنهم لا يقرءون كتاباً إلا مختوماً فاتخذ النبى صلى الله عليه وسلم خاتماً من فضة كأنى أنظر إلى وبيصه ، ونقشه محمد رسول الله » أنظر البخارى ج ٩ ص٨٣ ، ٨٤ . الوبيص : البريق . (ف)

وقال أبو يوسف : إذا ختمه بختمه وعنوانه جاز أن يتحملا الشهادة عليه مدرجاً ، فإذا وصل الكتاب شهدا عنده أنه كتاب فلان، ويتخرج لنا مثل هذا، لأنهما شهدا بما فى الكتاب فجاز وإن لم يعلما تفصيله ، كما لو شهدا لرجل بما فى هذا الكيس من الدراهم جازت الشهادة وإن لم يعرفا قدرها .

ولنا : أنهما شهدا بمجهول لا يعلمانه فلم تصح شهادتهما، كما لو شهدا أن لفلان على فلان مالاً . وفارق ما ذكره ، فإن تعيينه الدراهم التى فى الكيس أغنى عن معرفة قدرها ، وهاهنا الشهادة على ما فى الكتاب دون الكتاب وهما لا يعرفانه .

الشرط الثانى : أن يكتبه القاضى من موضع ولايته وحكمه ، فإن كتبه من غير ولايته لم يسغ قبوله ، لأنه لا يسوغ له فى غير ولايته حكم ، فهو فيه كالعامى .

الشرط الثالث : أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه فى موضع ولايته، فإن وصله فى غيره لم يكن له قبوله حتى يصير إلى موضع ولايته . ولو ترافع إليه خصمان فى غير موضع ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته إلا أن يتراضيا به ، فيكون حكمه حكم غير القاضى إذا تراضيا به . وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا ، ولو ترافع إليه خصمان وهو فى موضع ولايته من غير أهل ولايته كان له الحكم بينهما ، لأن الاعتبار بموضعهما ، إلا أن يأذن الإمام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ، ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان ، فيكون الأمر على ما أذن فيه ومنع منه ، لأن الولاية بتوليته فيكون الحكم على وفقها .

٨٢٩٣ ﴿ فصـــل ﴾

فى تغيير حال القاضى

ولا يخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب إليه أو حالهما معاً، فإن تغيرت حال الكاتب بموت أو عزل بعد أن كتب الكتاب وأشهد على نفسه لم يقدح فى كتابه ، وكان على من وصله الكتاب قبوله والعمل به ، سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة: لا يعمل به فى الحالين .

وقال أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده لم يعمل به ، وإن مات بعد خروجه من يده عمل به ، لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة ، لأنه ينقل شهادة شاهدى الأصل ، فإذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدى الفرع قبل أداء شهادتهما .

ولنا : أن المعوّل فى الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان ، فيجب أن يقبل كتابه كما لو لم يمت ، ولأن كتابه إن كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وإن كان فيما ثبت

عنده بشهادة فهو أصل ، واللذان شهدا عليه فرع ، ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل ، وماذكروه حجة عليهم ، لأن الحاكم قد أشهد على نفسه ، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه وهما حيان وهما شاهدا الفرع ، وليس موته مانعاً من شهادتهما ، فلا يمنع قبولها كموت شاهدى الأصل .

وإن تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابته لم يجز الحكم به ، لأن حكمه بعد فسقه لا يصح ، فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ، ولأن بقاء عدالة شاهدى الأصل شرط فى صحة الحكم بشاهدى الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم ، لأنه بمنزلة شاهدى الأصل . فإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير كما لو حكم بشىء ثم بان فسقه فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه ، كذا هاهنا .

وأما إن تغيرت حال المكتوب إليه بأى حال كان من موت أو عزل أو فسق ، فلمن وصل إليه الكتاب ممن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به ، وبه قال الحسن ، حكى عنه أن قاضى الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضى البصرة كتاباً فوصل وقد عزل وولى الحسن فعمل به .

وبهذا قال الشافعى ، وقال أبوحنيفة : لا يعمل به ، لأن كتاب القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب إليه ، وإذا شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره .

ولنا : أن المعول على شهادة الشاهدين بحكم الأول أو ثبوت الشهادة عنده ، وقد شهدا عند الثانى فوجب أن يقبل كالأول .

وقولهم : إنه شهادة عند الذى مات ليس بصحيح ، فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع ، ولو كان فرعاً لم يقبل وحده ، وإنما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه وقد أدّيا الشهادة عند المتجدد ، ولو ضاع الكتاب فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب إليه قبل ، فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب . وقياس ما ذكرناه أن الشاهدين لو حملا الكتاب إلى غير المكتوب إليه فى حال حياته ، وشهدا عنده عمل به لما بيناه ، وإن كان المكتوب إليه خليفة للكاتب ، فمات الكاتب أو عزل انعزل المكتوب إليه ، لأنه نائب عنه فينعزل بعزله وموته ، كوكلائه . وقال بعض أصحاب الشافعى : لا ينعزل خليفته ، كما لا ينعزل القاضى الأصلى بموت الإمام ولا عزله .

ولنا ماذكرناه ، ويفارق الإمام ، لأن الإمام يعقد القضاء والإمارة للمسلمين ، فلم يبطل ما عقده لغيره ، كما لو مات الولى فى النكاح لم يبطل النكاح ، ولهذا ليس للإمام أن يعزل القاضى من غير تغير حاله ، ولا ينعزل إذا عزله بخلاف نائب الحاكم فإنه تنعقد ولايته لنفسه نائباً عنه فملك عزله ، ولأن القاضى لو انعزل بموت الإمام لدخل الضرر على المسلمين ، لأنه يفضى إلى عزل القضاة فى جميع بلاد المسلمين وتتعطل الأحكام ، وإذا ثبت أنه لا ينعزل فليس له قبول الكتاب لأنه حينئذ ليس بقاض .

٨٢٩٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا تقبل الترجمة عن أعجمى تحاكم إليه إذا لم يعرف لسانه إلا من عدلين يعرفان لسانه ﴾ .

وجملته : أنه إذا تحاكم إلى القاضى العربى أعجميان لايعرف لسانهما ، أو أعجمى وعربى ، فلابد من مترجم عنهما . ولا تقبل الترجمة إلا من اثنين عدلين .

وبهذا قال الشافعى . وعن أحمد رواية أخرى أنها تقبل من واحد ، وهو اختيار أبى بكر عبد العزيز وابن المنذر وقول أبى حنيفة . وقال ابن المنذر فى حديث زيد بن ثابت(1) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب يهود ، قال : فكنت أكتب له إذا كتب إليهم ، وأقرأ له إذا كتبوا ، ولأنه مما لا يفتقر إلى لفظ الشهادة فأجزأ فيه الواحد كأخبار الديانات .

ولنا : أنه نقل ما خفى على الحاكم إليه فيما يتعلق بالمتخاصمين فوجب فيه العدد كالشهادة ، ويفارق أخبار الديانات فإنها لاتتعلق بالمتخاصمين . ولا نسلم أنه لايعتبر فيه لفظ الشهادة ، ولأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه ، فإذا ترجم له كان كنقل الإقرار إليه من غير مجلسه ، ولا يقبل ذلك إلا من شاهدين ، كذا هاهنا ، فعلى هذه الرواية : تكون الترجمة شهادة تفتقر إلى العدد والعدالة ، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر فى الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ، ولم يكف إلا شاهدان ذكران . وإن كان مما لا يتعلق بها كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم تعتبر الحرية فيه ، وإن كان فى حد زنا خرج فى الترجمة فيه وجهان :

أحدهما : لا يكفى فيه أقل من أربعة رجال أحرار عدول .

والثانى : يكفى فيه اثنان ، بناء على الروايتين فى الشهادة على الإقرار به ، ويعتبر فيه لفظ الشهادة ، لأنه شهادة ، وإن قلنا : يكفى فيه واحد فلابد من عدالته ، ولا تقبل من كافر ولا فاسق ، وتقبل من العبد لأنه من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تقبل من العبد لأنه ليس من أهل الشهادة .

ولنا : أنه خبر يكفى فيه قول الواحد فيقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الديانات ، ولا نسلم أن هذا شهادة ، ولا أن العبد ليس من أهل الشهادة ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة كالرواية ، وعلى هذا الأصل ينبغى أن تقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة .

---

(1) فى البخارى ج ٩ ص ٩٤ « عن زيد بن ثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب اليهود حتى كتبت للنبى صلى الله عليه وسلم كتبه وأقرأته كتبهم إذا كتبوا إليه » ، وأخرجه أيضاً أبو داود والترمذى . (ف)

٨٢٩٥ (فصــــل)

والحـكم فى التعريف والرسالة والجرح والتعديل كالحـكم فى الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها . ذكره الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ، وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى .

٨٢٩٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا عزل فقال : كنت حكمت فى ولايتى لفلان على فلان بحق قبل قوله وأمضى ذلك الحق ﴾.

وبهذا قال إسحاق : قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا يقبل قوله ، وقول القاضى فى فروع هذه المسألة يقتضى أن لا يقبل قوله هاهنا . وهو قول أكثر الفقهاء ، لأن من لا يملك الحكم لا يملك الإقرار به ، كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه ، ثم اختلفوا ، فقال الأوزاعى وابن أبى ليلى : هو بمنزلة الشاهد إذا كان معه شاهد آخر قبل . وقال أصحاب الرأى : لا يقبل إلا شاهدان سواه يشهدان بذلك . وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل .

ولنا : أنه لو كتب إلى غيره ثم عزل ووصل الـكتاب بعد عزله لزم المـكتوب إليه قبول كتابه بعد عزل كاتبه ، فـكذلك هاهنا ، ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم ، فيجب قبوله كحال ولايته.

٨٢٩٧ (فصــــل)

فأما إن قال فى ولايته : كنت حكمت لفلان بكذا ، قُبل قوله سواء قال : قضيت عليه بشاهدين عدلين، أو قال سمعت بينته وعرفت عدالتهم ، أو قال : قضيت عليه بنكوله ، أو قال : أقر عندى فلان لفلان بحق فحـكمت به ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو يوسف . وحكى عن محمد بن الحسن : أنه لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل ، لأنه فيه إخباراً بحق على غيره فلم يقبل قول واحد كالشهادة .

ولنا : أنه يملك الحـكم فملك الإقرار به ، كالزوج إذا أخبر بالطلاق، والسيد إذا أخبر بالعتق ، ولأنه لو أخبر أنه رأى كذا وكذا فحـكم به قُبل ، كذا هاهنا ، وفارق الشهادة ، فإن الشاهد لا يملك إثبات ما أخبر به . فأما إن قال : حكمت بعلمى أو بالنـكول ، أو بشاهد يمين فى الأموال فإنه يقبل أيضاً . وقال الشافعى : لا يقبل قوله فى القضاء بالنـكول ، وينبنى قوله : حكمت عليه بعلمى على القولين فى جـــواز القضاء بعلمه ، لأنه لا يملك الحـكم بذلك ، فلا يملك الإقرار به .

ولنـا : أنه أخبر بحـكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه ، فوجب قبوله كالصور التى تقدمت ، ولأنه حاكم أخبر بحـكمه فى ولايته فوجب قبوله كالذى سلمه ، ولأن الحاكم إذا حـكم فى مسألة يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه ولزم غيره إمضاؤه والعمل به ، فصار بمنزلة الحـكم بالبينة العادلة ، ولا نسلم ما ذكره . وإن قال : حكمت لفلان على فلان بكذا ، ولم يضف حكمه إلى بينة ولا غيرها ، وجب قبوله ،

وهو ظاهر مسألة الخرقى ، فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد وجب قبوله وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

٨٢٩٨ (فصـــــل)

وإذا أخبر القاضى بحكمه فى غير موضع ولايته ، فظاهر كلام الخرقى أن قوله مقبول وخبره نافذ ، لأنه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية ، فلأن يقبل مع بقائها فى غير موضع ولايته أولى . وقال القاضى : لا يقبل قوله . وقال : لو اجتمع قاضيان فى غير ولايتهما كقاضى دمشق وقاضى مصر اجتمعا فى بيت المقدس ، فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به ، أو شهادة ثبتت عنده لم يقبل أحدهما قول صاحبه ، ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله لأنه خبر من ليس بقاض فى موضعه . وإن كانا جميعاً فى عمل أحدهما كأنهما اجتمعا جميعاً فى دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبره به قاضى مصر ، لأنه يخبره به فى غير عمله . وهل يعمل قاضى مصر بما أخبره به قاضى دمشق إذا رجع إلى مصر ؟ فيه وجهان : بناء على القاضى : هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ، لأن قاضى دمشق أخبره به فى عمله . ومذهب الشافعى فى هذا كقول القاضى هاهنا.

٨٢٩٩ (فصـــل)

إذا ولّى الإمام قاضياً ثم مات لم ينعزل ، لأن الخلفاء رضى الله عنهم ولّوْا حكاماً فى زمنهم فلم ينعزلوا بموتهم ، ولأن فى عزله بموت الإمام ضرراً على المسلمين ، فإن البلدان تتعطل من الحكام وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الإمام الثانى حاكماً ، وفيه ضرر عظيم ، وكذلك لا ينعزل القاضى إذا عزل الإمام لما ذكرنا . فأما إن عزله الإمام الذى ولاه أو غيره ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينعزل ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه عقده لمصلحة للمسلمين فلم يملك عزله مع سداد حاله ، كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخه .

والثانى : له عزله ، لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لأعزلن أبا مريم وأولينّ رجلا إذا رآه الفاجر فَرَقه ، فعزله عن قضاء البصرة ، وولى كعب بن سوار مكانه ، وولى علىٌّ رضى الله عنه أبا الأسود ثم عزله ، فقال : لِمَ عزلتنى وما خنت ولا جنيت ؟ فقال : إنى رأيتك يعلو كلامك على الخصمين ، ولأنه يملك عزل أمرائه وولاته على البلدان ، فكذلك قضاته .

وقد كان عمر رضى الله عنه يولى ويعزل ، فعزل شرحبيل بن حسنة عن ولايته فى الشام ، وولى

معاوية ، فقال له شرحبيل : أمن جبن عزلتني أو خيانة ؟ قال : من كلٍّ لا ، ولكن أردت رجلا أقوى من رجل . وعزل خالد بن الوليد وولى أبا عبيدة . وقد كان يولى بعض الولاة الحكم مع الإمارة ، فولى أبا موسى البصرة قضاءها وإمرتها ، ثم كان يعزلهم هو ، ومن لم يعزله عزله عثمان بعده إلا القليل منهم ، فعزلُ القاضى أولى ، ويفارق عزله بموت من ولاه أو عزله، لأن فيه ضرراً وهاهنا لا ضرر فيه، لأنه لا يعزل قاضياً حتى يولى آخر مكانه ، ولهذا لا ينعزل الوالى بموت الإمام وينعزل بعزله ، وقد ذكر أبو الخطاب فى عزله بالموت أيضاً وجهين ، والأولى إن شاء الله تعالى ما ذكرناه .

فأما إن تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من القضاء ، أو اختل فيه بعض شروطه فإنه ينعزل بذلك ويتعين على الإمام عزله وجهاً واحداً .

٨٣٠٠ ﴿ فصــــل ﴾

وللإمام تولية القضاء فى بلده وغيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ولى عمر بن الخطاب القضاء ، وولى علياً ومعاذاً . وقال عثمان بن عفان لابن عمر : إن أباك قد كان يقضى وهو خير منك ، قال : إن أبى قد كان يقضى وإن أشكل عليه شىء سأل عنه رسولَ الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث[1] . رواه عمر بن شبة فى كتاب قضاة البصرة .

وروى سعيد[2] فى سننه عن عمرو بن العاص قال «جاء خصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لى : يا عمرو اقض بينهما ، قلت : أنت أولى بذلك منى يارسول الله ، قال : إن أصبت القضاء بينهما فلك

---

(١) روى نافع عن ابن عمر قال لعثمان : لا أقضى بين رجلين ، قال : فإن أباك كان يقضى، فقال : إن أبى لو اشكل عليه شىء سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولو أشكل على رسول الله صلى الله عليه وسلم شىء سأل جبريل عليه السلام وإنى لا أجد من أسأله، وسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من عاذ بالله فقد عاذ بعظيم، وسمعته يقول: من عاذ بالله فأعيذوه ، وإنى أعوذ بالله أن تجعلنى قاضياً فأعفاه وقال : لا تخبر أحداً — ذكره رزين — وهو فى جامع الأصول. وفى الترمذى ج ١ ص ٢٤٨ «عن عبد الله بن موهب أن عثمان قال لابن عمر : اذهب فاقض بين الناس قال : أو تعافينى يا أمير المؤمنين، قال : وما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضى؟ قال : إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من كان قاضياً فقضى بالعدل فبالحرى أن ينقلب منه كفافا فما أرجو بعد ذلك» الحرى أن ينقلب منه : أهل لذلك وحقيق به . (ف)

(٢) وأخرجه أيضاً أحمد والطبرانى عن عمرو (ف) .

عشر حسنات ، وإن أخطأت فلك حسنة» وعن عقبة بن عامر مثله(١) ، ولأن الإمام يشتغل بأشياء كثيرة من مصالح المسلمين فلا يتفرغ للقضاء بينهم ، فإذا ولى قاضياً استحب أن يجعل له أن يستخلف لأنه قد يحتاج إلى ذلك ، فإذا أذن له فى الاستخلاف جاز له بلا خلاف نعلمه ، وإن نهاه عنه لم يكن له أن يستخلف ، لأن ولايته بإذنه فلم يكن له ما نهاه عنه كالوكيل ، وإن أطلق فله الاستخلاف ، ويحتمل أن لا يكون له ذلك ، لأنه يتصرف بالإذن ، فلم يكن له ما لم يأذن فيه كالوكيل . ولأصحاب الشافعى فى هذا وجهان .

ووجه الأول:أن الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين، فإذا فعله بنفسه أو بغيره جاز ، كما لوأذن له، ويفارق التوكيل ، لأن الإمام يولى القضاء للمسلمين لا لنفسه بخلاف التوكيل ، فإن استخلف فى موضع ليس له الاستخلاف فحكمه حكم من لم يول .

٨٣٠١ (فصـــــل)

ويجوز أن يولى قاضياً عموم النظر فى خصوص العمل ، فيقلده النظر فى جميع الأحكام فى بلد بعينه ، فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير سكانه . ويجوز أن يقلده خصوص النظر فى عموم العمل فيقول : جعلت إليك الحكم فى المداينات خاصة فى جميع ولايتى ، ويجوز أن يجعل حكمه فى قدر من المال نحو أن يقول: احكم فى المائة فما دونها ، فلا ينفذ حكمه فى أكثر منها .ويجوز أن يوليه عموم النظر فى عموم العمل ، وخصوص النظر فى خصوص العمل .

ويجوز أن يولى قاضيين وثلاثة فى بلد واحد ، يجعل لكل واحد عملا ، فيولى أحدهم عقود الأنكحة، والآخر الحكم فى المداينات ، وآخر النظر فى العقار ، ويجوز أن يولى كل واحد منهم عموم النظر فى ناحية من نواحى البلد ، فإن قلد قاضيين أو أكثر عملا واحداً فى مكان واحد ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز . اختاره أبو الخطاب، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، لأنه يؤدى إلى إيقاف الحكم والخصومات ، لأنهما يختلفان فى الاجتهاد ويرى أحدهما مالا يرى الآخر .

والآخر: يجوز ذلك،وهو قول أصحاب أبى حنيفة. وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأنه يجوز أن يستخلف فى البلدة التى هو فيها ، فيكون فيها قاضيان ، فجاز أن يكون فيهـا قاضيان أصليان ، ولأن الغرض فصل

---

(١) عن عقبة بن عامر قال : «كنت عند النبى صلى الله عليه وسلم يوماً فجاءه خصمان فقال لى : اقض بينهما فقلت : بأبى أنت وأمى يارسول الله أنت أولى،قال : اقض بينهما . قلت : على ماذا يارسول الله ؟ قال : اجتهد فإن أصبت فلك عشر حسنات ، وإن أخطأت فلك حسنة » أخرجه ابن عدى وابن عساكر كما فى منتخب كنز العمال ج ٢ ص ١٩٤ . (ف)

الخصومات وإيصال الحق إلى مستحقه ، وهذا يحصل، فأشبه القاضي ، ولأنه يجوز للقاضي أن يستخلف خليفتين في موضع واحد ، فالإمام أولى ، لأن توليته أقوى .

وقولهم : يفضي إلى إيقاف الحكومات غير صحيح ، فإن كل حاكم يحكم باجتهاده بين المتخاصمين إليه ، وليس للآخر الاعتراض عليه ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده .

٨٣٠٢ (فصـــــل)

وإذا قال الإمام : من نظر في الحكم من فلان وفلان فقد وليته ، لم تنعقد الولاية لمن نظر ، لأنه علقها على شرط ولم يعين بالولاية أحداً منهم ، ويحتمل أن تنعقد الولاية لمن نظر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد، فإن قتل فأميركم جعفر، فإن قتل فأميركم عبد الله بن رواحة[1] » فعلق ولاية الإمارة على شرط فكذلك ولاية الحكم ، وإن قال : وليت فلاناً وفلاناً فأيهما نظر فهو خليفتي ، انعقدت الولاية لمن نظر منهم : لأنه عقد الولاية لهما جميعاً .

٨٣٠٣ (فصـــــل)

ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه ، وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً ، لأن الله تعالى قال (فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ[2]) والحق لا يتعين في مذهب، وقد يظهر له الحق في غير ذلك المذهب . فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط ، وفي فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

٨٣٠٤ (فصـــــل)

وإن فوّض الإمام إلى إنسان تولية القضاء جاز ، لأنه يجوز أن يتولى ذلك، فجاز له التوكيل فيه كالبيع ، وإن فوضّ إليه اختيار قاض جاز ، ولا يجوز له اختيار نفسه ولا والده ولا ولده ، كما لو وكله في الصدقة بمال لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى هذين ، ويحتمل أنه يجوز له اختيارهما إذا كانا صالحين للولاية ، لأنهما يدخلان في عموم من أذن له في الاختيار منه مع أهليتهما فأشبها الأجانب .

٨٣٠٥ (فصـــــل)

وليس للحاكم أن يحكم لنفسه كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه إلى بعض خلفائه أو بعض رعيته ، فإن عمر حاكم أُبَيّاً إلى زيد ، وحاكم رجل عراقياً إلى شريح، وحاكم عليٌّ اليهوديّ إلى شريح ، وحاكم عثمان طلحة إلى جبير بن مطعم .

(١) أخرجه البخاري عن ابن عمر . (ف) (٢) سورة ص آية ٢٦ .

فإن عرضت حكومة لوالديه أو ولده أو من لا تقبل شهادته له ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم له لم ينفذ حكمه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، لأنه لا تقبل شهادته له ، فلم ينفذ حكمه له كنفسه .

والثاني : ينفذ حكمه ، اختاره أبو بكر ، وهو قول أبي يوسف وابن المنذر وأبي ثور ، لأنه حكم لغيره أشبه الأجانب .

وعلى القول الأول متى عرضت لهؤلاء حكومة حكم بينهم الإمام أو حاكم آخر أو بعض خلفائه ، فإن كانت الخصومة بين والديه أو ولديه أو والده وولده لم يجز له الحكم بينهما على أحد الوجهين ، لأنه لا تقبل شهادته لأحدهما على الآخر ، فلم يجز الحكم بينهما كما لو كان خصمه أجنبياً .

وفي الآخر : يجوز ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنهما سواء عنده ، فارتفعت تهمة الميل فأشبها الأجنبيين .

٨٣٠٦ (فصـــل)

وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضياه ، وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما ، جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما ، وبهذا قال أبو حنيفة . وللشافعي قولان : أحدهما : لا يلزمهما حكمه إلا بتراضيهما ، لأن حكمه إنما يلزم بالرضا به ، ولا يكون الرضا إلا بعد المعرفة بحكمه .

ولنا : ما روى أبو شُرَيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له « إن الله هو الحَكَمُ ، فِلمَ تكنى أبا الحَكَمِ ؟ » قال : إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ورضي علىّ الفريقان . قال : ما أحسن هذا ، فمن أكبر ولدك ؟ قال : شُرَيحٌ . قال : فأنت أبو شريح » أخرجه النسائي .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهمافهو ملعون[(١)] » ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ، ولأن عمر وأُبَيّاً تحاكما إلى زيد ، وحاكم عمرُ أعرابيّاً إلى شريح قبل أن يوليه ، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ، ولم يكونوا قضاة .

فإن قيل : فعمر وعثمان كانا إمامين ، فإذا ردّا الحكم إلى رجل صار قاضياً .

قلنا : لم ينقل عنهما إلا الرضا بتحكيمه خاصة ، وبهذا لا يصير قاضياً ، وما ذكروه يبطل بما إذا رضى

---

(١) قال الحافظ في التلخيص الحبير ج ٤ ص ١٨٥« حديث : من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل فعليه لعنة الله . ابن الجوزي في التحقيق . قال : ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد فذكره وتعقبه صاحب التنقيح فقال : هي نسخة باطلة كما صرح هو به في الموضوعات وبالغ في الحط على الخطيب لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق » . ١ هـ (ف)

بتصرف وكيله فإنه يلزمه قبل المعرفة به . إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : للحاكم نقضه إذا خالف رأيه ، لأن هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف في حقه .

ولنا : أن هذا حكم صحيح لازم فلم يجز فسخه لمخالفته رأيه كحكم من له ولاية ، وما ذكروه غير صحيح ، فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفاً ؟ ولو كان كذلك لملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ، ولا نسلم الوقوف في العقود .

إذا ثبت هذا فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم ، لأنه لا يثبت إلا برضاه ، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف ، وإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لأن الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع .

والثاني : ليس له ذلك ، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع فبطل المقصود به .

٨٣٠٧ (فصـــل)

قال القاضي : وينفذ حكم من حكّماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء : النكاح ، واللعان ، والقذف ، والقصاص ، لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه . وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه ، لأنهُ حاكم نافذ الأحكام ، فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام .

٨٣٠٨ (مســـألة)

قال : (ويحكم على الغائب إذا صح الحق عليه) .

وجملته : أن من ادعى حقاً على غائب في بلد آخر ، وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه ، فعلى الحاكم إجابته إذا كملت الشرائط ، وبهذا قال شبرمة ومالك والأوزاعي والليث وسوار وأبو عبيد وإسحاق وابن المنذر ، فكان شريح لا يرى القضاء على الغائب . وعن أحمد : مثله . وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه .

وروي ذلك عن القاسم والشعبي إلا أن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه . واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعلي : « إذا تقاضى إليك رجلان

فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فإنك تدرى بما تقضى »[1] ، قال الترمذى : هذا[حديث][2] حسن صحيح . ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده فلم يجز كما لو كان الآخر فى البلد ، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه .

ولنا : أن هنداً قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى ؟ قال : « خذى ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف » متفق عليه . فقضى لها ولم يكن حاضراً ، ولأن هذا له بينة مسموعة عادلة ، فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً ، وقد وافقنا أبو حنيفة فى سماع البينة ، ولأن ما تأخر عن سؤال المدعى إذا كان حاضراً يقدم عليه إذا كان غائباً كسماع البينة .

وأما حديثهم فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما ، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ، ويفارق الحاضر الغائب ، فإن البينة لا تسمع على حاضر إلا بحضرته والغائب بخلافه ، وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال : إذا جاءت امرأة فادّعت أن لها زوجاً غائباً وله مال فى يد رجل وتحتاج إلى النفقة فاعترف لها بذلك فإن الحاكم يقضى عليه بالنفقة . ولو ادعى رجل على حاضر أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة وأقام بينة بذلك ، حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة . ولو مات المدعى عليه فحضر بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعى بينة بذلك حكم له بما ادعاه .

إذ ثبت هذا، فإنه إن قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره. فإن خرج الشهود لم يحكم عليه، وإن استنظر الحاكم أجّله ثلاثاً، فإن جرحهم وإلا حكم عليه ، وإن ادّعى القضاء أو الإبراء فكانت له بينة برىء ، وإلا حلف المدعى وحكم له . وإن قدم بعد الحكم فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم ، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقاً لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم ، لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدح فيه . وإن طلب التأجيل أجل ثلاثاً ، فإن جرحهم وإلا نفذ الحكم ، وإن ادّعى القضاء أو الإبراء فكانت له به بينة وإلا حلف الآخر ونفذ الحكم.

٨٣٠٩ (فصـــل)

لا يقضى على الغائب إلا فى حقوق الآدميين ، فأما فى الحدود التى لله تعالى فلا يقضى بها عليه ، لأن مبناها على المساهلة والإسقاط . فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع .

٨٣٩٠ (فصـــل)

وإذا قامت البينة على غائب أو غير مكلف كالصبي والمجنون لم يستحلف المدعى مع بينته فى أشهر

---

(١) لفظ الترمذى ج ١ ص ٢٤٩ وبشرح ابن العربى ج ٦ ص ٧٣ « فسوف تدرى كيف تقضى » (ف) .

(٢) لفظ الترمذى هذا «حديث حسن» وليس فيه «صحيح» كما فى المغنى. راجع الصفحة التى ذكرناها منه (ف)

الروايتين ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه [1] » ولأنها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضر .

والرواية الثانية : يستحلف معها ، وهو قول الشافعي ، لأنه يجوز أن يكون استوفى ما قامت به البينة ، أو ملكه العين التي قامت بها البينة . ولو كان حاضراً فادعى ذلك لوجبت اليمين ، فإذا تعذر ذلك منه لغيبته أو عدم تكليفه يجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ، ولأن الحاكم مأمور بالاحتياط في حق الصبي والمجنون والغائب ، لأن كل واحد منهم لا يعبر عن نفسه ، وهذا من الاحتياط .

٨٣١١ (فصـــل)

ظاهر كلام الخرقي : أنه إذا قضى على الغائب بعين سلمت إلى المدعي ، وإن قضى عليه بدَين ووجد له مال وُفي منه ، فإنه قال في رواية حرب في رجل أقام بينة أن له سهماً من ضيعة في أيدي قوم فتواروا عنه : يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع إلى هذا حقه ، لأنه يثبت حقه بالبينة فيسلم إليه كما لو كان خصمه حاضراً. ويحتمل أن لا يدفع إليه شيء حتى يقيم كفيلا أنه متى حضر خصمه وأبطل دعواه فعليه ضمان ما أخذه لئلا يأخذ المدعي ما حكم له به ثم يأتي خصمه فيبطل حجته ، أو يقيم بينة بالقضاء والإبراء ، أو يملك العين التي قامت بها البينة بعد ذهاب المدعي وغيبته أو موته فيضيع مال المدعى عليه . وظاهر كلام أحمد الأول . فإنه قال في رجل عنده دابة مسروقة فقال : هي عندي وديعة إذا أقيمت البينة أنها له تدفع إلى الذي أقام البينة حتى يجيء صاحب الوديعة فيثبت .

٨٣١٢ (فصـــل)

فأما الحاضر في البلد أو قريب منه إذا لم يمتنع من الحضور فلا يقضى عليه قبل حضوره في قول أكثر أهل العلم . وقال أصحاب الشافعي في وجه لهم : إنه يقضى عليه في غيبته ، لأنه غائب أشبه الغائب عن البلد .

ولنا : أنه أمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحاكم ، ويفارق الغائب البعيد ، فإنه لا يمكن سؤاله ، فإن امتنع من الحضور أو توارى فظاهر كلام أحمد : جواز القضاء عليه لما

---

(١) أخرجه الترمذي عن ابن عمرو ج ١ ص ٢٥١ قال الترمذي : هذا حديث في إسناده مقال. ومحمد بن عبيدالله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره .(ف)

ذكرنا عنه فى رواية حرب . وروى عنه أبو طالب فى رجل وجد غلامه عنـد رجل فأقام البينة أنه غلامه فقال الذى عنده الغلام : أودعنى هذا رجل ، فقال أحمد : أهل المدينة يقضون على الغائب يقولون إنه لهذا الذى أقام البينة ، وهو مذهب حسن، وأهل البصرة يقضون على غائب يسمونه الإعذار ، وهو إذا ادعى على رجل ألفاً وأقام البينة فاختفى المدعى عليه يرسل إلى بابه فينـادى الرسول ثلاثاً ، فإن جاء وإلا قد أعذروا إليه ، فهذا يقوى قول أهل المدينة ، وهو معنى حسن .

وقد ذكر الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب أنه يقضى على الغائب الممتنع ، وهو قول الشافعى ، لأنه تعذر حضوره وسؤاله ، فجاز القضاء عليه كالغائب البعيد ، بل هذا أولى ، لأن البعيد معذور وهـذا لاعذر له . وقد ذكرنا فيما تقدم شيئاً من هذا .

كتاب القسمة

الأصل في القسمة قول الله تعالى : (وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ) [١] وقوله تعالى : (وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى)[٢] الآية . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »[٣] وقسم النبي صلى الله عليه وسلم خيبر على ثمانية عشر سهماً ، وكان يقسم الغنائم .

وأجمعت الأمة عَلَى جواز القسمة ، ولأن بالناس حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف عَلَى إيثاره ، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الأيدي .

٨٣١٣ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أتاه شريكان في ربع أو نحوه فسألاه أن يقسمه بينهما قسمه وأثبت في القضية بذلك أن قسمه إياه بينهما كان عن إقرارهما لا عن بينة شهدت لهما بملكهما ﴾ .

إذا ثبت هذا فإن الشريكين في أي شيء كان ربعاً أو غيره ، والربع هو العقار من الدور ونحوها ، إذا طلبا من الحاكم أن يقسمه بينهما أجابهما إليه ، وإن لم يثبت عنه ملكهما ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : إن كان عقاراً نسبوه إلى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة ، لأن الميراث باق عَلَى حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطاً للميت ، وأما ماعدا العقار يقسمه ، وإن كان ميراثاً لأنه يبور ويهلك وقسمته تحفظه ، وكذا العقار الذي لا ينسب إلى الميراث . وظاهر قول الشافعي أنه لا يقسم عقاراً كان أو غيره ما لم يثبت ملكها ، لأن قسمه بقولهم لو رفع بعد ذلك إلى حاكم آخر يستسهله [٤]أن يجعله حكماً لهم ولعله يكون لغيرهم .

ولنا : أن اليد تدل عَلَى الملك ولا منازع لهم ، فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ، ويجوز شراؤه منهم واتّهابه واستئجاره . وما ذكره الشافعي يندفع إذا ثبت في القضية أني قسمته بينهم بإقرارهم لا عن بينة شهدت لهم بملكهم وكل ذي حجة عَلَى حجته . وما ذكره أبو حنيفة لا يصح ، لأن الظاهر ملكهم ولا حق للميت فيه إلا أن يظهر عليه دَين وما ظهر والأصل عدمه . ولهذا اكتفينا به في غير العقار وفيما لم ينسبوه إلى الميراث .

---

(١) سورة القمر آية ٢٨ (٢) سورة النساء آية ٨ (٣) أخرجه البخاري عن جابر (ف)

(٤) في المغني (يستسهله) وفي الشرح الكبير ج ١١ ص ٤٨٩ (سهلي) ولعل الأنسب (يسهل له) (ف)

٨٣١٤ (فصـــــــل)

وتجوز قسمة المكيلات والموزونات من المطعومات وغيرها ، لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها يدل عَلَى جواز قسمة ما لا يختلف بطريق التنبيه . وسواء فى ذلك الحبوب والثمار والنورة والأشنان والحديد والرصاص ونحوها من الجامدات ، والعصير والخل واللبن والعسل والسمن والدبس والزيت والرب ونحوها من المائعات ، وسواء قلنا إن القسمة بيع أو إفراز حق ، لأن بيعه جائز وإفرازه جائز، فإن كان فيها أنواع كحنطة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمها كل نوع عَلَى حدته أجبر الممتنع ، وإن طلب قسمها أعياناً بالقيمة لم يجبر الممتنع ، لأن هذا بيع نوع بنوع آخر فليس بقسمة فلم يجبر عليه كغير الشريك ، فإن تراضيا عليه جاز . وكان بيعاً يعتبر فيه التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه وسائر شروط البيع .

٨٣١٥ (فصـــــــل)

فإن كان بينهما ثياب ، أو حيوان ، أو أوانى ، أو خشب ، أو عمد ، أو أحجار ، فاتفقا عَلَى قسمتها جاز . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم الغنائم يوم بدر ، ويوم حنين ، ويوم خيبر ، وهى تشتمل عَلَى أجناس من المال . وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو عَلَى قسمتها أعياناً بالقيمة ، وإن طلب أحدهما قسمة كل نوع عَلَى حدته وطلب الآخر قسمته أعياناً بالقيمة ، قدم قول من طلب قسمة كل نوع عَلَى حدته إذا أمكن . وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان مما لا يمكن قسمته إلا بأخذ عوض عنهُ من غير جنسهِ أو قطع ثوب فى قطعه نقص أو كسر إناء أو رد عوض لم يجبر الممتنع ، وإن أمكن قسمة كل نوع عَلَى حدتهِ من غير ضرر ولا رد عوض ، فقال القاضى : يجبر الممتنع . وهو ظاهر مذهب الشافعى وهو قول أبى الخطاب لا أعرف فى هذا عن إمامنا رواية ، ويحتمل أن لا يجبر الممتنع . وهو قول ابن خيران من أصحاب الشافعى. لأن هذا إنما يقسم أعياناً بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليهِ ، كما لا يجبر عَلَى قسمة الدور بأن يأخذ هذا داراً وهذا داراً وكالجنسين المختلفين .

ووجهُ الأول : أن الجنس الواحد كالدار الواحدة ، وليس اختلاف الجنس الواحد فى القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة . فإن أرض القرية تختلف ، سيما إذا كانت ذات أشجار مختلفة، وأراض متنوعة ،والدار ذات بيوت واسعة وضيقة وحديثة وقديمة،ثم هذا الاختلاف لم يمنع الإجبار عَلَى القسمة كذلك الجنس الواحد . وفارق الدور،فإنهُ أمكن قسمة كل دار على حدتها ،وهاهنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو إناء على حدتهِ . وإن كانت الثياب أنواعاً كالحرير والقطن والكتان ،فهى كالأجناس ، وكذلك سائر الأموال والحيوان كغيره من الأموال ، ويقسم النوع الواحد منـــهُ ، وبهِ قال الشافعى

وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق قسمة إجبار لأنهُ تختلف منافعه ويقصد منه العقل والدين والفطنة ، وذلك لا يقع فيه التعديل .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد[1] الذين أعتقهم الأنصارى فى مرضه ثلاثة أجزاء ، ولأنه نوع حيوان يدخله التقويم فجازت قسمته كسائر الحيوان ، وما ذكره غير صحيح ، لأن القيمة تجمع ذلك وتعدله كسائر الأشياء المختلفة .

٨٣١٦ (فصـــــل)

والقسمة إفراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعاً ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : هى بيع ، وحكى عن أبى عبد الله بن بطة ، لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر ، وهذا حقيقة البيع .

ولنا : أنها لا تفتقر إلى لفظ التمليك ، ولا تجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإجبار ، وتلزم بإخراج القرعة ، ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر ، والبيع لا يجـوز فيه شىء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها ، فلم تكن بيعاً كسائر العقود .

وفائدة الخلاف أنها إذا لم تكن بيعاً جازت قسمة الثمار خرصاً ، والمكيل وزناً ، والموزون كيلا ، والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض فى البيع ، ولا يحنث إذا حلف لا يبيع بها ، وإذا كان العقار أو نصفه وقفاً جازت القسمة .

وإن قلنا : هى بيع : انعكست هذه الأحكام . هذا إذا خلت من الرد ، فإن كان فيها رد عوض فهى بيع ، لأن صاحب الرد يبذل المال عوضاً عما حصل له من مال شريكه ، وهذا هو البيع ، فإن فعلا ذلك فى وقف لم يجز ، لأن بيعه غير جائز ، وإن كان بعضه وقفاً وبعضه طلقاً والرد من صاحب الطلق لم يجز ، لأنه يشترى بعض الوقف . فإن كان من أهل الوقف جاز ، لأنهم يشترون بعض الطلق ، وذلك جائز .

٨٣١٧ (فصـــل)

وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعاً ، ولا تقبل إذا كان بأجرة . وبهذا قال الأصطخرى . وقال أبو حنيفة : تقبل وإن كان بأجرة ، لأنه لا يلحقه تهمة فقبل قوله كالمرضعة . وقال الشافعى : لا تقبل ، لأنه شهد على فعل نفسه الذى يوجب تعديله فلم تقبل كشهادة القاضى المعزول على حكمه .

---

(١) يشير إلى حديث رواه عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً » أخرجه الجماعة إلا البخارى (ف) .

ولنا : أنه شهد بما لا نفع له فيه فقبل كالأجنبي ، وإذا كان بأجرة لم يقبل لأنه متهم لكونه يوجب الأجرة لنفسه وهذا نفع فتكون شهادته لنفسه . وقول الشافعى إنه يوجب تعديله ممنوع ، ولا نسلم لهم ما ذكروه فى الحكم .

٨٣١٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته فامتنع ، أجبره الحاكم على ذلك ، إذا أثبت عنده ملكهما ، وكان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوماً ﴾ .

أما إذا طلب أحدهما القسمة فامتنع الآخر لم يخل من حالين :

أحدهما : يجبر الممتنع على القسمة وذلك إذا اجتمع ثلاثة شروط :

أحدها : أن يثبت عند الحاكم ملكهما ببينة ، لأن فى الإجبار على القسمة حكماً على الممتنع منهما ، فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضى ، فإنه لا يحكم على أحدهما إنما يقسم بقولهما ورضاهما .

الشرط الثانى : أن لا يكون فيها ضرر ، فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » رواه ابن ماجة ، ورواه مالك فى موطئه مرسلا ، وفى لفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار » .

الشرط الثالث : أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها ، فإن لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع ، لأنها تصير بيعاً والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين . ومثال ذلك : أرض قيمتها مائة فيها شجرة وبئر[1] تساوى مائتين . فإذا جعلت الأرض سهما كانت الثلث ، فيحتاج أن يجعل معها خمسين يردها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة . ليكونا نصفين متساويين ، فهذه فيها بيع . ألا ترى أن آخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن الذى أخذه والبيع لا يجبر عليه لقول الله تعالى : (إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ)[2] ؟ فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع منهما على القسمة ، لأنها تتضمن إزالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما ، لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويتمكن من إحداث الغراس والبناء والزرع والساقية والإجارة والعارية ، ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك ، فوجب أن يجبر الآخر عليه لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » .

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٩٣ (أو بئر) وكذلك فى طبعة الفقي ج ٩ ص ١١٦ والصواب (وبئر) بالواو كما فى الشرح الكبير ج ١١ ص ٥٠٢ (ف) .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

إذا ثبت هذا : فقد اختلفوا فى الضرر المانع من القسمة ، فنى قول الخرقى[1] هو مالا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به ، ولو أمكن أن ينتفع به فى شىء غير الدار ولا يمكن أن ينتفع به داراً لم يجبر على القسمة أيضاً لأنه ضرر يجرى مجرى الإتلاف .

وعن أحمد رواية أخرى : أن المانع هو أن تنقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة ، سواء انتفعوا به مقسوماً أو لم ينتفعوا .

وقال القاضى : هذا ظاهر كلام أحمد ، لأنه قال فى رواية الميمونى : إذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لا يقسم ، فإن كان فيه نقصان من ثمنه بيع وأعطوا الثمن فاعتبر نقصان الثمن ، وهذا ظاهر كلام الشافعى ، لأن نقص قيمته ضرر والضرر منفى شرعاً . وقال مالك : يجبر الممتنع وإن استضر قياساً على مالا ضرر فيه ، ولا يصح لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ولأن فى قسمته ضرراً فلم يجبر عليه كقسمة الجوهرة بكسرها ولأن فى قسمته إضاعة للمال . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعته[2] . ولا يصح القياس على مالا ضرر فيه لما بينهما من الفرق . فإن كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر كرجلين بينهما دار لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها ، فإذا قسماها استضر صاحب الثلث لكونه لا يحصل له ما يكون داراً ، ولا يستضر الآخر لأنه يبقى له ما يصير داراً مفردة فطلب صاحب الثلثين القسمة لم يجبر الآخر عليها . ذكره أبو الخطاب ، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل . قال : كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها ، وهذا قول ابن أبى ليلى وأبى ثور .

وقال القاضى : يجبر الآخر عليها ، وهو قول الشافعى وأهل العراق ، لأنه طلب إفراد نصيبه الذى لا يستضر بتمييزه فوجبت إجابته إليه كما لو كانا لا يستضران بالقسمة .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنها قسمة يستضر بها صاحبه فلم يجبر عليها كما لو استضرا معاً ، ولأن فيه إضاعة المال . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعته . وإذا حرم عليه إضاعته ماله فإضاعته مال غيره أولى .

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١١ ص ٤٩٤ والمغنى ج ٩ ص ١١٦ (وهو) والصواب (هو) بدون الواو كما فى الشرح الكبير ص ٤٩٠ (ف) .

(٢) روى المغيرة بن شعبة عن النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله تعالى حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعا وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال وإضاعة المال » أخرجه الشيخان (ف) .

وقد روى عمرو(١) بن جميع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تعصبة(٢) على أهل الميراث إلا ماحصل القسم » قال أبو عبيدة : هو أن يخلف شيئاً إذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم أو عليهم جميعاً ، ولأننا اتفقنا على أن الضرر مانع من القسمة ، وأن الضرر فى حق أحدهما مانع ولا يجوز أن يكون المـانع هو ضرر الطالب لأنه مرضى به من جهته فلا يجوز كونه مانعاً ، كما لو تراضيا عليها مع ضررهما أو ضرر أحدهما فتعين الضرر المانع فى جهة المطلوب ، ولأنه ضرر غير مرضى به من جهة صاحبه فمنع القسمة كما لو استضرا معاً ، وإن طلب القسمة المستضر بها كصاحب الثلث فى المسألة المفروضة أجبر الآخر عليها . هذا مذهب أبى حنيفة ومالك . لأنه طلب دفع ضرر الشركة عنه بأمر لا ضرر على صاحبه فيـه ، فأجبر عليه كما لا ضرر فيه .

يحققه : أن ضرر الطالب مرضى به من جهته فسقط حكمه ، والآخر لا ضرر عليه فصار كما لاضرر فيه .

وذكر أصحابنا أن المذهب أنه لا يجبر الممتنع على القسم ، لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ، ولأن طلب القسمة من المستضر سفه فلا تجب إجابته إلى السفه .

قال الشريف : متى كان أحدهما يستضر لم تجب القسمة .

وقال أبو حنيفة : متى كان أحدهما ينتفع بها وجبت .

وقال الشافعى : إن انتفع بها الطالب وجبت ، وإن استضر بها الطالب فعلى وجهين .

وقال مالك : تجب على كل حال ، ولو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها ، لـكل واحد منهما ربعها ، فإذا قسمت استضر كل واحد منهما ولا يستضر صاحب النصف ، فطالب صاحب النصف القسمة وجبت إجابته ، لأنه يمـكن قسمتها نصفين ، فيصير حقهما لهما داراً وله النصف فلا يستضر أحد منهما . ويحتمل أن لا تجب عليهما الإجابة ، لأن كل واحد منهما يستضر بإفراز نصيبه ، وإن طلبا المقاسمة فامتنع صاحب النصف أجبر ، لأنه لا ضرر على واحد منهم . وإن طلبا إفراز نصيب كل واحد

---

(١) هـكذا فى المغنى ، عمرو بن جميع ،روى عن الأعمش وغيره،ويكنى أبا المنذر،وهو كوفى وكان على قضاء حلوان.قال الذهبى فى الميزان ج ٣ ص ٢٥١ « كذبه ابن معين .وقال الدارقطنى وجماعة : متروك . وقال ابن‌عدى: كان يتهم بالوضع . وقال البخارى : منـكر الحديث » (ف) .

(٢) فى نسخ المغنى « لاتعصبة على أهل الميراث إلا ما حصـل القسم » وهو تحريف والصواب « لا تعضية على أهل ميراث إلا فيما حمل القسم » وقد رواه أبو عبيد فى الغريب والبيهقى عن أبى بكر بن محمـــد بن عمرو بن حزم مرسلا.والتعضية : التفريق . ومعنى الحـديث لا يفرق ولا يقسم ميراث على أهله إلا إذا كان يحتمل القسمة،فإذا لم يحتمل وكان فى قسمه ضرر على الورثة لم يجز قسمه كالجوهرة والطيلسان والحمام . يراجع النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ١٠٦ ومنتخب كنز العمال ج ٤ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ ولسان العرب ج ١٥ ص ٦٨ (ف) .

منهما ، أو طلب أحدهما إفراز نصيبه ، لم تجب القسمة على قياس المذهب لأنه إضرار بالطالب وسفه ، وعلى الوجه الذى ذكرناه تجب القسمة ، لأن المطلوب منه لا ضرر عليه .

الحال الثانى : الذى لا يجبر أحدهما على القسمة ، وهى ما إذا عدم أحد الشروط الثلاثة فلا تجوز القسمة إلا برضاهما ، وتسمى قسمة التراضى ، وهى جائزة مع اختلال الشروط كلها لأنها بمنزلة البيع والمناقلة وبيع ذلك جائز .

٨٣١٩ (فصـــــل)

إذا كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها ، فإذا طلبا قسمها نظرت ، فإن طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما ولا ضرر فى ذلك أجبر الآخر عليه ، لأن البناء فى الأرض يجرى مجرى الغرس فيتبعها فى البيع والشفعة ، ثم لو طلب قسمة أرض فيها غراس أجبر شريكه عليه . كذلك البناء ، وإن طلب أحدهما جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر ويقرع بينهما ، لم يجبر عليه الآخر لثلاثة معان :

أحدها : أن العلو يتبع[1] للسفل ، ولهذا إذا بيعا تثبت الشفعة فيهما ، وإذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت فيه الشفعة ، وإذا كان تبعاً له لم يجعل المتبوع سهماً والتبع سهماً فيصير التبع أصلا .

الثانى : أن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقتين ، لأن كل واحد منهما يسكن منفرداً ولو كان بينهما داران لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيباً كذا هاهنا .

الثالث : أن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها ، فإذا جعل السفل نصيباً انفرد صاحبه بالهواء ، وليست هذه قسمة عادلة ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : يقسمه الحاكم ، يجعل ذراعاً من السفل بذراعين من العلو ، وقال أبو يوسف : ذراع بذراع . وقال محمد : يقسمها بالقيمة . واحتجوا بأنها دار واحدة ، فإذا قسمها على ما يراه جاز كالتى لا علو لها .

ولنا : ما ذكرناه من المعانى الثلاثة ، وفيها رد ما ذكروه ، وما يذكرونه من كيفية القسمة تحكم وبعضه يرد بعضاً ، وإن طلب أحدهما قسمة العلو وحده أو السفل وحده لم يجب إليه ؛ لأن القسمة تراد للتمييز ، ومع بقاء الإساعة[2] فى أحدهما لا يحصل التمييز . وإن طلب قسمة السفل منفرداً أو العلو منفرداً لم يجب إليه ، لأنه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفل الآخر فيستضر كل واحد منهما ولا يتميز الحقان .

---

(١) هكذا فى المغنى ولعل الأنسب « أن العلو تبع للسفل » (ف) .

(٢) فى طبعة الشيخ رشيد ج ١١ ص ٤٩٨ والفق ٩ : ١١٩ (الإساعة) بالسين المهملة والصواب (الإشاعة) بالشين المعجمة كما فى الشرح الكبير ٤٩٧/١١ (ف) .

٨٣٢٠ (فصــــل)

وإذا كان بينهما دار أو خان كبير ، فطلب أحدهما قسمة ذلك ولا ضرر فى قسمته ، أجبر الممتنع على القسمة ، وتفرد بعض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن ، وإن كان بينهما داران أو خانان أو أكثر فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه فى إحدى الدارين أو أحد الخانين ويجعل الباقى نصيباً لم يجبر الممتنع ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربتا أو تفرقتا ، لأنه أنفع وأعدل .

وقال مالك : إن كانتا متجاورتين أجبر الممتنع من ذلك عليه ، لأن المتجاورتين تتقارب منفعتهما بخلاف المتباعدتين . وقال أبو حنيفة : إن كانت إحداهما أحجزة الأخرى أجبر الممتنع وإلا فلا ، لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة .

ولنا : أنه نقل حقه من عين إلى عين أخرى فلم يجبر عليه ، كالمتفرقين على ملك ، وكما لو لم تكن حجة بها مع أبى حنيفة [1] ، وكما لو كانتا داراً ودكاناً مع أبى يوسف ومحمد . والحكم فى الدكاكين كالحكم فى الدور ، وكما لو كانت لها عضائد صغار لا يمكن قسمة كل واحدة منهما منفردة لم يجبر الممتنع من قسمها عليها .

٨٣٢١ (فصــــل)

فإن كانت بينهما أرض واحدة يمكن قسمتها ، ويتحقق فيها الشروط التى ذكرناها أجبر الممتنع على قسمها ، سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء ، فإن كان فيها نخل وكرم وشجر مختلف وبناء فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدتها ، وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة . فقال أبو الخطاب : تقسم كل عين على حدتها ، وكذلك كل مقسوم إذا أمكنت التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه كان أولى ، ونحو هذا قال أصحاب الشافعى ، فإنهم قالوا : إذا أمكنت التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه بأن يكون الجيد فى مقدمها والردىء فى مؤخرها ، فإذا قسمناها صار لكل واحد من الجيد والردىء مثل ما للآخر وجبت القسمة وأجبر الممتنع عليها ، وإن تمكن القسمة هكذا ، بأن تكون العمارة أو الشجر والجيد لا تمكن قسمته وحده ، وأمكن التعديل بالقيمة ، عدلت بالقيمة ، وأجبر الممتنع من القسمة عليها .

وقال الشافعى فى أحد القولين : لا يجبر الممتنع من القسمة عليها . وقالوا : إذا كانت الأرض ثلاثين جريباً قيمة عشرة أجربة منها كقيمة عشر لم يجبر الممتنع من القسمة عليها لتعذر التساوى فى الزرع ،

---

(١) هكذا فى المغنى وفى الشرح الكبير ج ١١ ص ٥٠٨ « كما لو لم تكن حجزتها عند أبى حنيفة » (ف) .

ولأنه لو كان حقلان متجاوران لم يجبر الممتنع من القسمة إذا لم تمكن إلا بأن يجعل كل واحد منهما سهماً كذا هاهنا .

ولنا : أنه مكان واحد أمكنت قسمته وتعديله من غير رد عوض ولا ضرر ، فوجبت قسمته كالدور ، ولأن ما ذكروه يفضى إلى منع وجوب القسمة فى البساتين كلها والدور ، فإنه لا يمكن تساوى الشجر وبناء الدور ومساكنها إلا بالقيمة ، ولأنه مكان لو بيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع فوجبت قسمته ، كما لو أمكنت التسوية بالزرع .

وأما إذا كان بستانان لكل واحد منهما طريق ، أو حقلان ، أو داران ، أو دكانان متجاوران أو متباعدان ، فطلب أحد الشريكين قسمته بجعل كل واحد بينهما لم يجبر الآخر على هذا ، سواء كانا متساويين أو مختلفين ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى ، لأنهما شيئان متميزان ، لو بيع أحدهما لم تجب الشفعة فيه لمالك الآخر ، بخلاف البستان الواحد والأرض الواحدة وإن عظمت ، فإنه إذا بيع بعضها وجبت الشفعة لمالك البعض الباقى ، والشفعة كالقسمة ، لأن كل واحد منهما يراد لإزالة ضرر الشركة ونقصان التصرف ، فما لا تجب قسمته لا تجب الشفعة فيه ، فكذلك ما لا شفعة فيه لا تجب قسمته ، وعكس هذا ما تجب قسمته تجب فيه الشفعة ، وما تجب الشفعة فيه تجب قسمته ، ولأنه لو بدا الصلاح فى بعض البستان كان صلاحاً لباقيه ، وإن كان كبيراً ولم يكن صلاحاً لما جاوزه وإن كان صغيراً .

٨٣٢٢ (فصل)

وإذا كان فى الأرض زرع ، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع أجبر الممتنع ، لأن الزرع فى الأرض كالقماش فى الدار فلم يمنع القسمة كالقماش ، وسواء خرج الزرع أو كان بذراً لم يخرج ، فإذا قسماها بقى الزرع بينهما مشتركا ، كما لو باعا الأرض لغيرهما . وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفرداً لم يجبر الآخر عليه ، لأن القسمة لابد فيها من تعديل المقسوم ، وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن ، لأنه يشترط بقاؤه فى الأرض المشتركة ، وإن طلب قسمتها مع الزرع وكان قد خرج جاز وأجبر الممتنع عليه ، سواء كان قصيلا[1] أو اشتد الحب فيه ، لأن الزرع كالشجر فى الأرض ، والقسمة إفراز حق وليست بيعاً .

وإن قلنا : هى بيع لم يجبر إذا اشتد الحب ، لأنه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض . ويحتمل الجواز ، لأن السنابل هاهنا دخلت تبعاً للأرض ، فليست المقصود ، فأشبه بيع النخلة المثمرة بمثلها .

وقال الشافعى : لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع ، لأن الزرع مودع فى الأرض للنقل عنها فلم تجب قسمته معها كالقماش فيها .

---

(١) القصيل : الشعير ، يجذ أخضر لعلف الدواب (ف) .

ولنا : أنه نابت فيها للنماء والنفع فأشبه الغراس وفارق القماش ، فإنه غير متصل بالدار ولا ضرر عليه في نقله ، وإن كان الزرع بذراً في الأرض فقال أصحابنا : لا تجوز قسمته لجهالته وكونه لا يمـكن إفرازه ، وهذا مذهب الشافعي . ويحتمل الجواز ، لأنه يدخل تبعاً للأرض فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان : وكذلك لو اشترى أرضاً فيها زرع فاشترطوا ملـكه بالشرط وإن كان بذراً مجهولا .

٨٣٢٣ (فصـــــل)

إذا كانت بينهما أرض قيمتها مائة ، في أحد جانبيها بئر قيمتها مائة ، وفي الآخر شجرة قيمتها مائة ، عدلت بالقيمة ، وجعلت البئر مع نصف الأرض نصيباً ، والشجرة مع النصف الآخر نصيباً . فإن كانت بين ثلاثة أو أكثر نظرت في الأرض ، فإن كانت قيمتها مائة أو أقل لم تجب القسمة ، لأنها إذا كانت أقل لم يمكن التعديل إلا بقسمة البئر والشجرة وذلك مما لا تجب قسمته ، وإن كانت قيمتها مائة فجعلناها سهماً ، والبئر سهماً ، والشجرة سهماً ، لم يحصل مع البئر والشجرة شيء من الأرض ، فيصير هذا كقسمة الشجر وحده ، وقسمة ذلك وحده ليست قسمة إجبار .

وإن كانت الأرض كبيرة القيمة بحيث يأخذ بعض الشركاء سهامهم منها ويبقى منها شيء مع البئر والشجرة وجبت القسمة .

ومثاله: أن تـكون قيمة الأرض مائتين وخمسين ، فيجعلها مائة وخمسين سهماً، ويضم إلى البئر ما قيمته خمسون ، وإلى الشجرة مثل ذلك ، فتصير ثلاثة سهام متساوية ، وفي كل سهم جزء من أجزاء الأرض ، فتجب القسمة حينئذ .

وكذلك لو كانوا أربعة ، وقيمة الأرض أربعمائة ، وجبت القسمة ، لأننا نجعل ثلاثمائة منها سهمين ومائة مع البئر والشجرة سهمين ، فتعدلت السهام .

ولو كانت الأرض لاثنين ، فأراد قسمة البئر والشجرة دون الأرض ، لم تـكن قسمة إجبار ، وهـكذا الأرض ذات الشجر إذا اقتسما الشجر دون الأرض لم تـكن قسمة إجبار ، ولو اقتسماها بشجرها كانت قسمة إجبار ، لأن الشجر يدخل تبعاً للأرض ، فيصير الجميع كالشيء الواحد ، ولهذا تجب فيه الشفعة إذا بيع شيء من الأرض بشجره ، وإذا قسم ذلك دون الأرض صار أصلا في القسمة ليس بتابع لشيء واحد ، فيصير كأعيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة إذا بيع مفرداً . وكل قسمة غير واجبة إذا تراضيا بها فهي بيع حكمها حـكم البيع .

٨٣٢٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا قسم طرحت السهام فيصير لـكل واحد ما وقع سهمه عليه إلا أن يتراضيا فيـكون لـكل واحد ما رضي به ﴾ .

وجملته : أن القسمة على ضربين : قسمة إجبار ، وقسمة تراضى ، وقد ذكرنا أن قسمة الإجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد ، ولا تخلو من أربعة أقسام :

أحدها : أن تكون السهام متساوية ، وقيمة أجزاء المقسوم متساوية .

الثانى : أن تكون السهام متساوية ، وقيمة الأجزاء مختلفة .

الثالث : أن تكون السهام مختلفة ، وقيمة الأجزاء متساوية .

الرابع : أن تكون السهام مختلفة ، والقيمة مختلفة .

فأما الأول : فمثل أرض بين ستة لكل واحد منهم سدسها ، وقيمة أجزاء الأرض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحة ستة أجزاء متساوية ، لأنه يلزم من تعديلها بالمساحة تعديلها بالقيمة لتساوى أجزائها فى القيمة ثم يقرع بينهم ، وكيفما أقرع بينهم جاز فى ظاهر كلام أحمد ، فإنه قال فى رواية أبى داود :إن شاء رقاعاً وإن شاء خواتيم ، يطرح ذلك فى حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : اخرج خاتماً على هذا السهم ، فمن خرج خاتمه فهو له . وعلى هذا لو أقرع بالحصا أو غيره جاز . واختار أصحابنا فى القرعة أن يكتب رقاعاً متساوية بعدد السهام، وهو هاهنا مخير بين أن يخرج الأسماء على السهام وبين إخراج السهام على الأسماء ، فإن أخرج الأسماء على السهام كتب فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء ، وتترك فى بنادق طين أو شمع متساوية القدر والوزن، ويترك فى حجر من لم يحضر القسمة ، ويقال له اخرج بندقة على هذا السهم ، فإذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه فى البندقة ، ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الأخير ، فيتعين لمن بقى ، وإن اختار إخراج السهام على الأسماء كتب فى الرقاع أسماء السهام ، فيكتب فى رقعة الأول مما يلى جهة كذا ، وفى أخرى الثانى حتى يكتب الستة ، ثم يخرج الرقعة على واحد بعينه فيكون له السهم الذى فى الرقعة ، ويفعل ذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقى . وذكر أبو بكر أن البنادق تجعل طيناً وتطرح فى ماء ويعين واحد ، فأى البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهى له ، وكذلك الثانى والثالث وما بعده . فإن خرج اثنان أعيد الإقراع ، والأول أولى وأسهل .

القسم الثانى : أن تكون السهام متفقة والقيمة مختلفة ، فإن الأرض تعدل بالقيمة وتجعل ستة أسهم متساوية القيمة ، ويفعل فى إخراج السهام مثل الذى قبله سواء لا فرق بينهما إلا أن التعديل تم بالسهام وهاهنا بالقيمة .

القسم الثالث : أن تكون القيمة متساوية والسهام مختلفة ، مثل أرض بين ثلاثة لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، وأجزاؤها متساوية القيمة فإنها تجعل سهاماً بقدر أقلها وهو السدس ، فتجعل ستة أسهم وتعدل بالأجزاء ، ويكتب ثلاث رقاع بأسمائهم ، ويخرج رقعة على السهم الأول ، فإن خرجت لصاحب

السدس أخذه ، ثم يخرج أخرى على الثانى ، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثانى والثالث ، وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصف بغير قرعة . وإن خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثانى والثالث والرابع ، وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث . وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأول وتخرج الثانية على الرابع ، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذه والذى يليه ، وكان السادس لصاحب السدس فإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس . وإن خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الأول والثانى ثم يخرج الثانية على الثالث . فإن خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الآخر السادس . وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ صاحب النصف مابقى .

وقيل : تكتب ستة رقاع باسم صاحب النصف ثلاث ، وباسم صاحب الثلث اثنان ، وباسم صاحب السدس واحدة ، وهذا لافائدة فيه ، فإن المقصود خروج اسم صاحب النصف ، وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فأغنى ، ولايصح أن يكتب رقاعاً بأسماء السهام ويخرجها على أسماء الملاك ، لأنه إذا أخرج واحدة فيها السهم الثانى لصاحب السدس ، ثم أخرج أخرى لصاحب النصف أو الثلث فيهما السهم الأول احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقاً فيتضرر بذلك .

القسم الرابع : إذا اختلفت السهام والقيمة ، فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ، ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام كما ذكرنا فى القسم الثالث سواء ، لافصل بينهما إلا أن التعديل هاهنا بالقيم وفى التى قبلها بالمساحة .

وأما الضرب الثانى ، وهى قسمة التراضى التى فيها رد ولا يمكن تعديل السهام إلا أن يجعل مع بعضها عوض ، فهذه لا إجبار فيها لأنها معاوضة ولايجبر على المعاوضة ، وكذلك سائر مالاتجب قسمته ، كالدارين تجعل كل واحدة منهما سهماً وما يدخل الضرر عليهما بقسمته وأشباه هذا وقد ذكرنا منه صوراً فيما تقدم .

إذا ثبت هذا ، فإن قسمة الإجبار تلزم بإخراج القرعة ، لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه ، فيلزم بإخراجها كلزوم حكم الحاكم ، وأما قسمة التراضى ففيها وجهان :

أحدهما : يلزمه أيضاً كقسمة الإجبار ، لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه .

الثانى : لاتلزم ، لأنها بيع ، والبيع يلزم بالتراضى لابالقرعة ، وإنما القرعة هاهنا لتعريف البائع من المشترى، فأما إن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما واحداً من السهمين بغير قرعة فإنه يجوز ، لأن الحق لهما ولايخرج عنهما ، وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ويلزم هاهنا بالتراضى وتفرقهما كما يلزم البيع .

٨٣٢٥ ﴿ فصـــــل ﴾

ويجوز للشريكين أن يقتسما بأنفسهما ، وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما ، فإن نصب الحاكم قاسماً لهما فمن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة ليوصل إلى كل ذى حق حقه. وهذا قول الشافعى، إلا أنه يشترط كونه حراً، وإن نصبا قاسماً بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم فى العدالة والمعرفة، فهو كقاسم الحاكم فى لزوم قسمته بالقرعة . وإن كان كافراً أو فاسقاً أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها ، ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع إلى لزوم القسمة .

ويجزىء قاسم واحد فيما لا يحتاج إلى تقويم، فإن احتاج القسم إلى التقويم احتاج إلى قاسمين ، لأنه يحتاج إلى أن يكون المقوم اثنين، ولا يكفى فى التقويم واحد، فمتى نصبا قاسماً أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته، وإن اختل فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما، لأن وجوده وعدمه واحد وإن قسما بأنفسهما وأقرعا لم تلزمه القسمة إلا بتراضيهما بعد القرعة، لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه .

٨٣٢٦ (فصـــــل)

وعلى الإمام أن يرزق القاسم من بيت المال ، لأن هذا من المصالح . وقد روى أن علياً رضى الله عنه اتخذ قاسماً وجعل له رزقاً من بيت المال ، فإن لم يرزقه الإمام قال الحاكم للمتقاسمين ادفعا إلى القاسم أجرة ليقسم بينكما . فإن استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز . وإن استأجروه جميعاً إجارة واحدة ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المقسوم . وبهذا قال الشافعى. وقال أبو حنيفة : يكون عليهم على عدد رءوسهم ، لأن عمله فى نصيب أحدهما كعمله فى نصيب الآخر ، سواء تساوت سهامهم أو اختلفت ، فكان الأجر بينهم سواء .

ولنا : أن أجر القسمة يتعلق بالملك ، فكان بينهم على قدر الأملاك كنفقة العبد ، وماذكروه لا يصح، لأن العمل فى أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزوناً كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل ؟ وكذلك الوزن والزرع . وعلى أنه يبطل بالحافظ، فإن حفظ القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال .

٨٣٢٧ (فصـــــل)

وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعى . وقال أبو حنيفة : هى على الطالب للقسمة لأنها حق له .

ولنا : أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء وهم فيها سواء ، فكانت الأجرة عليهما كما لو تراضوا عليها .

٨٣٢٨ (فصـــل)

وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطاً فى القسمة ، وأنه أعطى دون حقه نظرت ، فإن كانت قسمته تلزم بالقرعة ولا نقف على تراضيهما ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببينة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين نقضت القسمة وأعيدت ، وإن لم تكن بينة وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه أحلف له . وإنما قدمنا قول المدعى عليه لأن الظاهر صحة القسمة وأداء الأمانة فيها . وإن كانت مما لا تلزم إلا بالتراضى ، كالذى قسماه بأنفسهما ونحوه ، لم تسمع دعوى من ادعى الغلط هكذا قال أصحابنا ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه قد رضى بذلك ورضاه بالزيادة فى نصيب شريكه تلزمه . والصحيح عندى أن هذه كالتى قبلها ، وأنه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة ، لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة ، فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطاً فى كيله أو وزنه .

وقولهم : إن حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح ، فإنه إنما يسقط مع علمه . أما إذا ظن أنه أعطى حقه فرضى بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه ، كالثمن والمسلم فيه ، فإنه لو قبض المسلم فيه بناء على أنه عشرة مكاييل راضياً بذلك ثم ثبت أنه ثمانية ، أو ادعى المسلم إليه أنه غلط فأعطاه اثنى عشر وثبت ذلك ببينة لم يسقط حق واحد منهما بالرضى ولا يمنع سماع دعواه وبينته ، ولأن المدعى عليه فى مسألتنا لو أقر بالغلط لنقضت القسمة . ولو سقط حق المدعى بالرضى لما نقضت القسمة بإقراره ، كما لو وهبه الزائد .

وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع داراً على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة أو أحد عشر أن البيع باطل فى أحد الوجهين . وفى الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه ، والبيع إنما يلزم بالتراضى . فلو كان التراضى يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشترى من النقص ، والله أعلم .

ولأن من رضى بشىء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه ، كما لو اقتسما شيئاً وتراضيا به ثم بان نصيب أحدهما مستحقاً .

فإن قيل : فلم لا تعطى المظلوم حقه فى هاتين المسألتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط فى الثمن أو المسلم فيه ؟

قلنا : لأن الغلط هاهنا فى نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها وهو تعديل السهام فتبطل لفوات شرطها ، وفى المسلم والثمن الغلط فى القبض دون العقد ، فإن العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط فى قبض عوضه فى صحته بخلاف مسألتنا .

٨٣٢٩ (فصـــــل)

إذا اقتسم الشريكان شيئاً ، فبان بعضه مستحقاً نظرت ، فإن كان معيناً في نصيب أحدهما بطلت القسمة ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقه ، كما لو وجد عيباً فيما أخذه .

ولنا : أنها قسمة لم تعدل فيهـا السهام فـكانت باطلة ، كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال . وأما إذا بان نصيب أحدهما معيباً فيحتمل أن تمنع المسألة ونقول ببطلان القسمة لعدم التعديل بالقيمة، ويحتمل أن يفرق بينهما ، فإن العيب لا يمكن التحرز منه فلم يؤثر في البطلان كالبيع ، وإن كان المستحق في نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة ، لأن ما يبقى لـكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه ، ولأن القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر ، وقد أفرز كل واحد منهما حقه إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر ، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو وضوئه أو نحو هذا فتبطل القسمة ، لأن هذا يمنع التعديل . وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت لما ذكرناه . وإن كان المستحق مشاعاً في نصيبهما بطلت القسمة، لأن الثالث شريكهما ، وقد اقتسما من غير حضوره ولا إذنه ، فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقتسما دونه[1] وإن كانا يعلمان المستحق حال القسمة أو أحدهما فالحـكم فيها كما لو لم يعلما[2] على ما ذكرنا من التفصيل فيه ، والله أعلم .

٨٣٣٠ (فصـــــل)

وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة ، فله فسخ القسمة أو الرجوع بأرش العيب ، لأنه نقص في نصيبه فملك ذلك كالمشـــتري ، ويحتمل أن تبطل القسمة ، لأن التعديل فيهـا شرط ولم يوجد بخلاف البيع .

٨٣٣١ (فصـــــل)

وإذا اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما داراً وبنى فيها ، أو اقتسما أرضين فبنى أحدهما في نصيبه أو غرس ثم استحق نصيبه ونقض بناؤه وقلع غرسه ، فإنه يرجع على شريكه بنصف البنـاء والغرس . ذكره

---

(١) زاد الشرح الـكبير ج ١١ ص ٥١٤ عقب قوله فاقتسما دونه [وفيه وجه آخر أنها لا تبطل لأنه يأخذ من كل واحد منهما مثل ما يأخذ من الآخر ويصـير مع كل واحد قدر حقه فأشبه ما لو كان للمستحق معيناً في نصـيبهما على السواء](ف)

(٢) في المغني طبعة رشيد ج ١١ ص ٥١٠ وطبعة الفقي ج ٩ ص ١٢٨ (كما لو لم يعلمـان) والصواب (كما لو لم يعلما) بحذف نون الفعل المجزوم حيث وقع بعد (لم) الجازمة (ف)

الشريف أبو جعفر ، وَحكاه أبو الخطاب عن القاضي . وقال أبو يوسف وَمحمدبن الحسن : ليس له الرجوع عليه بشيء ، لأنه بنى وغرس باختيار نفسه فلم يرجع بنقص ذلك على غيره ، كما لو بنى في ملك نفسه .

ولنا : أن هذه القسمة بمنزلة البيع ، فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار على أن تكون كل واحدة منهما نصيباً وإنما يقسمان كذلك بالتراضي فتكون جارية مجرى البيع ، ولو باعه الدار جميعها ثم بانت مستحقة رجع عليه بالبناء كله . فإذا باعه نصفها رجع عليه بنصفه ، وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع وهي قسمة التراضي الذي فيه رد عوض ومالا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك . فأما قسمة الإجبار إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقاً بعد البناء والغرس فيه فنقض البناء وقلع الغرس ، فإن قلنا : القسمة بيع فالحكم فيها كذلك ، وإن قلنا : ليست بيعاً لم يرجع ، لأن شريكه لم يغره ولم ينقل إليه من جهته بيع ، وإنما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه . هذا الذي يقتضيه قول أصحابنا .

٨٣٣٢ (فصـــل)

وإذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دَين لا وفاء له إلا مما اقتسموه لم تبطل القسمة ، لأن تعلق الدَّين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها ، لأنه تعلق بها بغير رضاهم ، فأشبه تعلق دَين الجناية برقبة الجاني ، ويفارق الرهن ، لأن الحق يتعلق به برضا مالكه واختياره ، فعلى هذا يقال للورثة إن شئتم وفيتم الدَّين والقسمة بحالها ، وإن شئتم نقضت القسمة وبيعت التركة في الدَّين ، فإن أجاب أحدهم وامتنع الآخر بيع نصيب الممتنع وحده وبقي نصيب المجيب بحاله .

وإن كان ثَمَّ وصية بجزء من المقسوم ، فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقًا على ما مر من التفصيل فيه ، لأنه يستحق أخذه . وإن كانت الوصية بمـال غير معين ، مثل أن يوصي بمائة دينار فحكمها حكم الدَّين على ما بينا .

٨٣٣٣ (فصـــل)

وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة ، إما في الأجزاء ، بأن يجعل لأحدهما بعض الدار يسكنها ، أو بعض الحقل يزرعه ، ويسكن الآخر ويزرع في الباقي ، أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ويسكن الآخر ويزرع سنة أخرى ، لم يجبر الممتنع منهما ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : يجبر لأن في الامتناع منه ضرراً فينتفي بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ووافقنا أبو حنيفة في العبيد خاصة على أنه لا يجبر على المهايأة .

ولنا : أن المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع ، ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل ، فلا يجوز

تأخيره بغير رضاه كالدَّين ، وكما فى العبيد عند أبى حنيفة ، وبخلاف قسمة الأصل ،فإنه إفراز النصيبين وتمييز أحد الحقيّن .

إذا ثبت هذا فإنهما إذا اتفقا على المهايأة جاز ، لأن الحق لهما فجاز فيه ما تراضيا عليه كقسمة التراضى ولا يلزم ، بل متى رجع أحدهما عنها انقضت المهايأة ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانتقضت المهايأة . ووافق أبو حنيفة وأصحابه فى انتقاضها بطلب القسمة . وقال مالك : تلزم المهايأة ، لأنه يجبر عليها عنده فلزمت كقسمة الأصل .

ولنا : أنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير إجارة فلم يلزم ، كما لو أعاره شيئاً ليعيره شيئاً آخر إذا احتاج إليه ، وفارق القسمة ، فإنها إفراز حق على ما ذكرناه .

٨٣٣٤ (فصل)

قال أحمد فى قوم اقتسموا داراً وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة : قسمت الدار بينهم على قدر الأذرع ، يعنى أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها ، وهذا محمول على أن زيادة أحدهما فى الأذرع كزيادة ملكه فيها ، مثل أن يكون لأحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعاً وللآخر ثلاثة أخماس فيحصل له ستون فإن الثمن يقسم بينهما أخماساً على قدر ملكهما فى الدار . فإن كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها مثل دار بينهما نصفين[1] فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعاً وأخذ الآخر من رديئها ستين ذراعاً فلا ينبغى أن يقسم الثمن على قدر الأذرع ، بل يقسم بينهما نصفين،لأن الستين هاهنا معدولة بالأربعين ، فكذلك يعدل بها فى الثمن والله أعلم .

وقال أحمد فى قوم اقتسموا داراً كانت أربعة سطوح يجرى عليها الماء ، فلما اقتسموا أراد أحدهم منع جريان ماء الآخر عليه ، وقال هذا شيء قد صار لى — قال : إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء فله ذلك ، فإن لم يشترط فليس له منعه ، ووجهه أنهم اقتسموا الدار وأطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها ، وكما لو اشتراها بحقوقها ، ومن حقها جريان مائها فى ماء كان يجرى إليه معتاداً له وهو على سطح المانع ، فلهذا استحقه حالة الإطلاق ، فإن تشارطا على رده فالشرط أملك ، والمؤمنون على شروطهم .

وقال أبو الخطاب : إذا اقتسما داراً فحصل الطريق فى نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه[2] وإلا بطلت القسمة ، وذلك لأن القسمة تقتضى التعديل ، والنصيب الذى لا طريق له لا قيمة له إلا

(١) فى نسخ المغنى (مثل دار بينهما نصفين) وفى الشرح الكبير ج ١١ ص ٥١٧ (مثل دار تكون بينهما نصفين) وهوالصواب عربية .(ف)
(٢) أى جاز وإلا بطلت القسمة (ف)

قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ، ولأن من شرط الإجبار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به ، وهذا لا ينتفع به آخذه . فإن كان قد أخذه راضياً به عالماً بأنه لا طريق له جاز ، لأن قسمة التراضى بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز ، وقياس المسألة التى قبل هذه أن الطريق تبقى بحالها فى نصيب الآخر ما لم يشترط صرفها عنه كمجرى الماء ، والله أعلم .

٨٣٣٥ (فصـــل)

قال : وللأب والوصى قسمة مال الصغير مع شريكه ، لأن القسمة إما إفراز حق أو بيع ، وكلاهما جائز لهما ، ولأن فى القسمة مصلحة للصبى فجازت كالشراء له ، ويجوز لهما قسمة التراضى من غير زيادة فى العوض ، لأن فيه دفعاً لضرر الشركة ، فأشبه ما لو باعه لضرر الحاجة إلى قضاء الدَّين أو الحاجة إلى النفقة .

٨٣٣٦ (فصـــل)

ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو من فوّض الإمام إليه ذلك . فإن كان من ولّاه ليس بعدل ، فهل تصح ولايته ؟ على وجهين .

ويلزم الإمام أن يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه لهم .

والألفاظ التى تنعقد بها الولاية تنقسم إلى صريح وكناية .

فالصريحة : سبعة ألفاظ وهى : قد وليتك الحكم ، وقلدتك ، واستنبتك ، واستخلفتك ، ورددت إليك الحكم ، وفوّضت إليك ، وجعلت إليك ، فإذا وجد أحد هذه الألفاظ من المولِى وجوابها من المولَى بالقبول انعقدت الولاية .

وأما الكناية : فهى أربعة ألفاظ : قد اعتمدت عليك ، وعوّلت عليك ، ووكلت إليك ، واستندت إليك .

فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة نحو قوله : فاحكم فيما وكلت إليك ، وانظر فيما أسندت إليك ، وتول ما عوّلت فيه عليك .

وإذا صحت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر فى عشرة أشياء :

فصل الخصومات بين المتنازعين ، واستيفاء الحق ممن ثبت عليه ، ودفعه إلى مستحقه ، والنظر فى أموال اليتامى والمجانين ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس ، والنظر فى الوقوف فى عمله فى حفظ أصولها وإجراء فروعها على ما شرط الواقف ، وتزويج الأيامى اللاتى لا أولياء لهن ، وإقامة الحدود ، والنظر فى مصالح المسلمين فى عمله ، بكف الأذى عن طرقات المسلمين وأفنيتهم ، وتصفح حال شهوده وأمنائه ،

والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم ، والإمامة فى صلاة الجمعة والعيد ، وفى جبـــاية الخراج وأخذ الصدقة وجهان .

٨٣٣٧ (فصــــل)

قال : ويوصى الوكلاء والأعيان على بابه بتقوى الله تعالى ، والرفق بالخصوم ، وقلة الطمع . ويجتهد أن يكونوا شيوخاً أو كهولا من أهل الدين والصيانة والعفة .

٨٣٣٨ (فصــــل)

قال ابن المنذر : يكره للقاضى أن يفتى فى الأحكام . كان شريح يقول : أنا أقضى ولا أفتى . وأما الفتيا فى الطهارة وسائر ما لا يحكم فى مثله فلا بأس بالفتيا فيه .

باب الحضانة

كفالة الطفل وحضانته واجبة ، لأنه يهلك بتركه ، فيجب حفظه من الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك .

٨٣٣٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وأحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه ﴾ .

إذا افترق الزوجان ولهما ولد طفل أو معتوه ، فأمه أولى الناس بكفالته ، إذا كملت الشرائط فيها ، ذكراً كان أو أنثى .

هذا قول يحيى الأنصارى والزهرى والثورى ومالك والشافعى وأبى ثور وإسحاق وأصحاب الرأى ، ولا نعلم أحداً خالفهم ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص « أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابنى هـــذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنتِ أحق به ما لم تنكحى » رواه أبو داود .

ويروى « أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه حكم على عمر بن الخطاب رضى الله عنه بعاصم لأمه أم عاصم وقال : ريحها وشمها ولطفها خير له منك » رواه سعيد فى سننه .

ولأنها أشفق عليه وأقرب ، ولا يشاركها فى القرب إلا الأب . وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى من امرأة أبيه .

٨٣٤٠ (فصــــل)

فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقـــدان الشروط انتقل إلى من يليها فى الاستحقاق ، لأنها صارت كالمعدومة .

٨٣٤١ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وأولى الناس بعد الأم أمها ، ثم أمهاتها ، الأقرب فالأقرب ، ثم الأب ﴾ .

يقدّمن على سائر الأقارب من النساء والرجال ، لأنهن نساء ولادتهن متحققة ، فهن فى معنى الأم .
وعن أحمد رواية أخرى أن أم الأب مقدمة على أم الأم ، لأنها تدلى بعصبة . فعلى هذه الرواية يكون الأب أولى بالتقديم ، لأنهن يدلين به ، فيكون الأب بعد الأم ، ثم أمهاته وإن علون ، ثم أبو الأب ، ثم أمهاته ، ثم جد الأب ، ثم أمهاته ، وإن لم يكنّ وارثات ، لأنهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف أم أبى الأم .

٨٣٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم الأخت للأبوين ، ثم الأخت للأب ، ثم الأخت للأم ، ثم الخالة ، ثم العمة فى الصحيح عنه ﴾ .

إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علون انتقلت إلى الأخوات ، وقدّمن على سائر القرابات من الخالات والعمات وغيرهن ، لأنهن شاركن فى النسب فقدّمن فى الميراث .

وأولى الأخوات من كانت لأبوين لقوة قرابتها ، ثم من كانت لأب ، ثم من كانت لأم . نص عليه أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعى . وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب ، وهو قول المزنى وابن شريح ، لأنها أدلت بالأم فقدمت على المدلية بالأب ، كأم الأم مع أم الأب . وقال ابن شريح : تقدم الخالة على الأخت من الأب كذلك . ولأبى حنيفة فيه روايتان .

ولنا : أن الأخت للأب أقوى فى الميراث فقدّمت كالأخت من الأبوين . ودليل قوتها أنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها ، وتكون عصبة مع البنات ، وتقاسم الجد . وماذكروه من الأدلة لايلزم ، لأن الأخت تدلى بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد ، ولهما تعصيب فكانت أولى .

وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن الأخت من الأم والخالة أحق من الأب ، فتكون الأخت من الأبوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات .

وجه هذه الرواية : أن هؤلاء نساء يدلين بالأم فكنّ أولى من الأب كالجدات .

والرواية الأولى هى المشهورة فى المذهب .

فإن اجتمع أخ وأخت قدمت الأخت فى الحضانة لأنها امرأة من أهل الحضانة فقدّمت على من فى درجتها من الرجال ، كتقديم الأم على الأب ، وأم الأب على أبى الأب ، لأنها تلى الحضانه بنفسها والرجل لا يليها بنفسه . فإذا انقرض الإخوة والأخوات صارت الحضانة للخالات ، وتقدم على العمة ، لأنها

تدلى بالأم ، وبعدهن العمات فى الصحيح عنه ، لأنهن أخوات الأب ، فتقدم العمة من الأبوين ، ثم العمة من الأب ، ثم العمة من الأم كالأخوات ، ويقدّمن على الأعمام ، لأنهن نساء من أهل الحضانة فيقدّمن على من فى درجتهن من الرجال كتقديم الأم على الأب ، والجدة على الجد ، والأخت على الأخ .

٨٣٤٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال الخرقى : ﴿ وخالة الأب أحق من خالة الأم ﴾ .

قد ذكرنا أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات ، انتقلت الحضانة إلى الخالات ، ويقدّمن على العمات لما ذكرنا . نص عليه أحمد .

ويحتمل كلام الخرقى تقديم العمات ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، فدل على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم . ولأنهن يدلين بعصبه فقدّمن كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم .

وقال القاضى : مراد الخرقى بقوله خالة الأب ، أى الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم ، لتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم ، لأن الخالات أخوات الأم ، فيجرين فى الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الأخوات المفترقات ، وكذلك الحكم فى العمات المفترقات .

فإذا قلنا بتقديم الخالات ، فإذا انقرضن فبعدهن العمات . وإن قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن ، فإذا عدمن انتقلت إلى خالات الأب على قول الخرقى ، وعلى القول الآخر إلى خالات الأم ، وهل تقدم خالات الأب على عماته ؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا فى الخالات والعمات ، وأما عمات الأم فلا حضانة لهن ، لأنهن يدلين بأب الأم وهو رجل من ذوى الأرحام ولا حضانة له ولا لمن يدلى به ، وفيه وجه أن لهم حضانة سوف نذكره إن شاء الله تعالى .

٨٣٤٤ (فصـــل)

وللرجال من العصبات مدخل فى الحضانة ، وأولاهم الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ، ثم الأخ من الأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، على ترتيب الميراث ، ثم العمومة ، ثم بنوهم كذلك . ثم عمومة الأب ثم بنوهم ، وهذا قول الشافعى . وقال بعض أصحابه : لا حضانة لغير الأب والأجداد ، لأنهم لامعرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم ، فلم تكن لهم حضانة كالأجانب .

ولنا : أن علياً وجعفراً اختصما فى حضانة بنت حمزة فلم ينكر عليهما النبى صلى الله عليه وسلم ادعاء الحضانة ، ولأن لهم ولاية وتعصيباً بالقرابة ، فثبتت لهم الحضانة كالأب والجد . وفارق الأجانب فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ، ولأنهم تساووا فى عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر .

والعصبات لهم قرابة يمتازون بها، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد، ويقومون مقام الأب فى التخيير للصبى بينه وبين الأم أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ، ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعاً على مانذكره .

٨٣٤٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ إلا أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها ، فإذا بلغت سبعاً لم تسلم إليه ، لأنه ليس محرماً لها ﴾ .

٨٣٤٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ فإن امتنعت الأم من حضانتها مع استحقاقها ، انتقلت إلى أمها فى أظهر الوجهين . والوجه الآخر تنتقل إلى الأب ، لأن أمهاتها فرع عليها فى الاستحقاق ، فإذا أسقطت حقها سقطت فروعها ﴾ .

ولنا : أن الأب أبعد ، فلا تنتقل الحضانة إليه مع وجود أقرب منه ، كما لا ينتقل إلى الأخت. وكونهن فروعاً لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها ، كما لو سقط حقها لكونها ليست من أهل الحضانة أو لتزوجها . وهكذا الحكم فى الأب إذا سقط حقه هل يسقط حق أمهاته ؟ على وجهين . فإن كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الأخت من الأبوين حقها ، لم يسقط حق الأخت من الأب وجهاً واحداً ، لأن استحقاقها من غير جهتها وليست فرعاً عليها .

٨٣٤٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ فإن عدم هؤلاء كلهم . فهل للرجال من ذوى الأرحام حضانة ؟ على وجهين ﴾:

أحدهما : لهم حضانة ، لأن لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم ، فأشبهوا البعيد من العصبات .

والثانى : لا حق لهم فى الحضانة ، وينتقل الأمر إلى الحاكم ، لأنهم ليسوا ممن يحضن بنفسه ، ولا لهم ولاية لعدم تعصيبهم ، فأشبهوا الأجانب ، فعلى الوجه الأول يكون أبو الأم وأمهاته أحق من الخال لأنه يسقط فى الميراث ، وفى تقديمهم على الأخ من الأم وجهان :

أحدهما : يقدم الأخ لأنه يرث الفرض ، ويسقط ذوى الأرحام كلهم ، فيقدم عليهم فى الحضانة.

والثانى : أبو الأم وأمهاته أولى منه ، لأن أبا الأم يدلى إليها بالأبوة ، والأخ يدلى بالبنوة ، والأب يقدم فى الولاية على الابن ، فقدم فى الحضانة لأنها ولاية .

٨٣٤٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولا حضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ﴾ .

لا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه : لأنه لايقدر عليها : وهو يحتاج إلى من يكفله ، فكيف يكفل

غيره ؟ ولا لفاسق ، لأنه لا يوثق به فى أداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للولد فى حضانته ، لأنه ينشأ على طريقته . ولا لرقيق . وبهذا قال عطاء والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وقال مالك فى حر له ولد حر من أمَة : الأم أحق به إلا أن تباع فينتقل فيكون الأب أحق به لأنها أم مشفقة أشبهت الحرة .

ولنا : أنها لا تملك منافعها التى تحصل الكفالة بها ، لكونها مملوكة لسيدها ، فلم تكن لها حضانة ، كما لو بيعت ونقلت . ولا تثبت لكافر على مسلم . وبهذا قال مالك والشافعى وسوار والعنبرى . وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى : تثبت لما روى عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سيار « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتى وهى فطيم أو شبهه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اقعد ناحية ، وقال لها : اقعدى ناحية ، وقال : ادعواها ، فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها ، فمالت لأبيها ، فأخذها » رواه أبو داود .

ولنا : أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم ، كولاية النكاح والمال ، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى لأن ضرره أكثر . فإنه يجتهد فى إخراجه عن دينه ، ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتربيته له وهذا أعظم الضرر . والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه .

فأما الحديث فقد روى على غير هذا الوجه ، ولا يثبته أهل النقل ، وفى إسناده مقال ، قاله ابن المنذر . ويحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم علم أنها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصاً فى حقه .

٨٣٤٩ (فصـــل)

فأما مَن بعضه حُر ، فإن لم تكن بينه وبين سيده مهايأة فهو كالقن ، لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وإن كان بينهما مهايأة فقياس قول أحمد أن له الحضانة فى أيامه ، لأنه قال : كل ما يجزىء فعليه النصف من كل شيء ، وهذا اختيار أبى بكر ، وعند الشافعى لا حضانة له لأنه كالقن عنده وهو أصل قد تقدم .

٨٣٥٠ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ ولا حضانة لامرأة مزوجة لأجنبى من الطفل ﴾

إذا تزوجت الأم سقطت حضانتها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم ، قضى به شريح ، وهو قول مالك والشافعى وأصحاب الرأى . وعن الحسن أنها لا تسقط بالتزويج ، ونقل مهنا عن أحمد : إذا تزوجت الأم وابنها صغير أُخذ منها . قيل له : فالجارية مثل الصبى ؟ قال : لا الجارية تكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يُزِل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وأزالها عن الغلام .

ووجه ذلك : ما روى أن عليًا وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة ، فقال على : بنت عمى ، وقال زيد : بنت أخى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد وحمزة ، وقال جعفر : بنت عمى وعند خالتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخالة أم » وسلمها إلى جعفر . رواه أبو داود بنحوه . فجعل لها الحضانة وهى مزوجة . والأولى هى الصحيحة . قال ابن أبى موسى : وعليها العمل ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « أنتِ أحق به ما لم تنكحى » ولأنها تشتغل عن الحضانة بحقوق الزوج ، فكان الأب أحظ له . ولأن منافعها مملوكة لغيرها فأشبهت الأَمَة .

فأما بنتها فإنما قضى بها لخالتها لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لا يساويه فى الاستحقاق إلا علىّ ، وقد رجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة . وعلى هذا متى كانت المرأة مزوجة برجل من أهل الحضانة كالجدة المزوجة للجد لم تسقط حضانتها ، لأنه يشاركها فى الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم إذا كانت زوجة الأب . ولو تنازع العمان فى الحضانة وأحدهما متزوج للأم أو للخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة ، وكذلك كل عصبتين تساوتا وأحدهما متزوج بمن هى من أهل الحضانة قدم بذلك .

٨٣٥١ (فصــــل)

وظاهر هذا أن التزويج بالأجنبى يسقط الحضانة . وهو ظاهر قول الخرقى : وإن عرى عن الدخول ، وهو قول الشافعى ، ويحتمل أن لا يسقط إلا بالدخول ، وهو قول مالك . لأن به يشتغل عن الحضانة ، والأول أولى لقول النبى صلى الله عليه وسلم « أنتِ أحق به ما لم تنكحى » وقد وجد النكاح ، ولأن بالعقد تملك منافعها ، ويستحق زوجها منعها من حضانته ، فزال حقها كما لو دخل بها .

٨٣٥٢ (فصــــل)

إذا عدمت الأم ، أو تزوجت ، أو لم تكن من أهل الحضانة ، فأم الأب أولى من الخالة إذا اجتمعتا . وبه قال أبو حنيفة والشافعى فى الجديد . وحكى عن مالك وعن أحمد : أن الأخت والخالة أحق من الأب . وقد ذكرناه ، فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب ، وهو قديم قولى الشافعى . لأنها تدلى بأم وأم الأب تدلى به ، فقدم من يدلى بالأم كتقديم أم الأم على أم الأب ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قضى ببنت حمزة لخالتها وقال : « الخالة أم ».

ولنا : أن أم الأب جدة وارثة ، فقدمت على الخالة كأم الأم . ولأن لها ولادة فأشبهت أم الأم ، فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً فى الجملة ، وليس النزاع فيه ، إنما النزاع فى الترجيح عند الاجتماع .

وقولهم : تدلى بأم .

قلنا : لكن لاولادة لها ، فيقدم عليها من له ولادة ، كتقديم أم الأم على الخالة . فعلى هذا : متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن ليس من عمودى النسب بكل حال ، وإن علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة .

٨٣٥٣ (فصـــل)

وإن اجتمعت أم أم وأم أب ، فأم الأم أولى وإن علت درجتها ، لأن لها ولادة ، وهي تدلى بالأم التي تقدم على الأب ، فوجب تقديمها عليها كتقديم الأم على الأب . وعن أحمد أن أم الأب أحق ، وهو قياس قول الخرقي ، لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم ، وخالة الأب أخت أمه وخالة الأم أخت أمها ، فإذا قدم أخت أم الأب دل على تقديمها ، وذلك لأنها تدلى بعصبة مع مساواتها للأخرى في الولادة ، فوجب تقديمها كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم . وإنما قدمت الأم على الأب لأنها أنثى تلى الحضانة بنفسها ، فكذلك أمه فإنها أنثى تلى بنفسها ، فقدمت لما ذكرنا .

٨٣٥٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ومتى زالت الموانع منهم ، مثل أن عتق الرقيق ، وأسلم الكافر ، وعدل الفاسق ، وعقل المجنون ، عاد حقهم من الحضانة ﴾ .

لأن سببها قائم ، وإنما امتنعت لمانع ، فإذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق اللازم ، كالزوجة إذا طلقت فإنه يعود حقها من الحضانة ، كذلك هذا . وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ، إلا أن أبا حنيفة والمزني قالا : إن كان رجعياً لم يعد حقها ، لأن الزوجية قائمة ، فأشبه ما لو كانت في صلب النكاح .

ولنا : أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن .

قولهم : هي زوجة .

قلنا : إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل فأشبهت البائن . ويخرج لنا مثل قولهما لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج .

٨٣٥٥ (فصـــل)

ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه ، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه ، وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه . فإن كان رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ولا يقطع بره لهما . فأما الجارية فليس لها الانفراد ، ولأبيها منعها منه ، لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها . فإن لم يكن لها أب قام أولياؤها مقامه .

٨٣٥٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه فالأب أحق ، وعنه الأم أحق ، فإن اختل شرط منها فالمقيم منهما أحق ﴾ .

وجملة ذلك : أن أحد الأبوين إذا أراد السفر لحاجة ثم يعود ، والآخر مقيم ، فالمقيم أولى بالحضانة ، لأن فى المسافرة بالولد إضراراً به ، وإن كان منتقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفاً، أو البلد الذى ينتقل إليه مخوفاً ، فالمقيم أحق به ، لأن فى السفر به خطراً . ولو اختار الولد السفر فى هذه الحال لم يُجب إليه لأن فيه تغريراً به ، وإن كان البلد الذى ينتقل إليه آمناً وطريقه آمن فالأب أحق به ، سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، فإن كان بين البلدين قرب بحيث يراه الأب كل يوم ويرونه فتكون الأم على حضانتها . وقال القاضى : إذا كان السفر دون مسافة القصر فهو فى حكم الإقامة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى ، لأن ذلك فى حكم الإقامة فى غير هذا الحكم فكذلك فى هذا ، ولأن مراعاة الأب له ممكنة . والمنصوص عن أحمد ما ذكرناه .

قال شيخنا : وهو أولى، لأن البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله ، فأشبه مسافة القصر . وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعى . وعن أحمد رواية أخرى: أن الأم أحق ، لأنها أتم شفقة أشبه ما لو لم يسافر واحد منهما . وقال أصحاب الرأى: إن انتقل الأب فالأم أحق به . ولذلك إن انتقلت الأم إلى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق ، وإن انتقلت إلى غيره فالأب أحق. وحكى عن أبى حنيفة إن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق ، وإن انتقلت إلى بلد آخر فهى أحق ، لأن فى البلد يمكن تعليمه وتخريجه .

ولنا : أنه اختلاف مسكن الأبوين فكان الأب أحق ، كما لو انتقلت من بلد إلى قرية ، أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح . وما ذكروه لا يصح ، لأن الأب فى العادة هو الذى يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه ، فإذا لم يكن فى بلده ضاع ، فأشبه مالو كان فى قرية ، وإن انتقلا جميعاً إلى بلد واحد فالأم باقية على حضانتها ، وكذلك إن أخذه الأب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الأم حضانتها . وغـير الأم ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها . وغير الأب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة .

٨٣٥٧ (فصـــل)

وإذا بلغ الغلام سبع سنين خيّر بين أبويه ، فكان مع من اختار منهما ، إذا لم يكن معتوهاً ، وتنازعا فيه ، فمن اختاره منهما فهو أولى به ، قضى بذلك عمر وعلىّ وشريح، وهو مذهب الشافعى . وقال أبوحنيفة

ومالك :لا يخيّر. قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فالأب أحق به . وقال مالك : الأم أحق به حتى يثغر. وأما التخيير: فلا يصح ، فإن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه ، وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكن من شهواته فيؤدى إلى إفساده، ولأنه دون البلوغ فلم يخيّر كمن دون السبع .

ولنا : ما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خيّر غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد والشافعي .

وفي لفظ عن أبي هريرة قال : «جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت . فأخذ بيد أمه فانطلقت به » رواه أبو داود .

ولأنه إجماع الصحابة ، فروى عن عمر « أنه خيَّر غلاماً بين أبيه وأمه » رواه سعيد .

وروى عن عمارة الجرمي أنه قال : خيّرني عليّ بين عمي وأمي وكنت ابن سبع أو ثمان . وروى نحو ذلك عن أبي هريرة .

وهذه قصص في مظنة الشهرة ولم تنكر فكانت إجماعاً . ولأن التقديم في الحضانة لحق الولد فيقدم من هو أشفق لأن حظ الولد عنده أكبر . واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذ لم يكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده ، فمال إلى أحد الأبوين ، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك . وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشارع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قدّمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته ، ولأنها أعرف بذلك وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره .

٨٣٥٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن اختار أباه كان عنده ليلا ونهاراً ، وإن اختار أمه كان عندها ليلا وعند أبيه نهاراً ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه ﴾ .

إذا اختار الغلام أباه كان عنده ليلا ونهاراً ، ولا يمنع من زيارة أمه ، لأن منعه ذلك إغراء بالعقوق وقطيعة الرحم ، وإن مرض كانت الأم أحق بتمريضه في بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره ، فكانت الأم أحق به كالصغير ، وإن اختار الأم كان عندها ليلا ويأخذه الأب نهاراً ليسلمه في مكتب أو في صناعة ، لأن القصد حظ الغلام ، وحظه فيما ذكرنا .

٨٣٥٩ (فصـــل)

وإن مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ، سواء كان ذكراً

أو أنثى ، لأن المرض يمنع المريض من المشى إلى ولده ، فمشىُ ولده إليه أولى ، فأما فى حال الصحة فإن الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى ، والأم تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة ، وستر الجارية أولى ، لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية .

٨٣٦٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن عاد فاختار الآخر نقل إليه ، فإن عاد فاختار الأول رد إليه ﴾ .

هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار إليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه ، فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه فى المأكول والمشروب . وقد يشتهى المقام عند أحدهما فى وقت ، وعند الآخر فى وقت ، وقد يشتهى التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما .

٨٣٦١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن لم يختر أحدهما أقرع بينهما ﴾ .

لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته ، فيقدم أحدهما بالقرعة ، فإذا قدم بها ثم اختار الآخر نقل إليه ، لأننا قدمنا اختياره الثانى على الأول ، فعلى القرعة التى هى بدل أولى .

٨٣٦٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا استوى اثنان فى الحضانة كالأختين قدم أحدهما بالقرعة لما ذكرنا ﴾.

٨٣٦٣ (فصـــل)

فإن كان الأب معدوماً ، أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ، فيخير الإمام بينه وبين أمه ، لأن علياً رضى الله عنه خير عمارة الجرمى بين أمه وعمه ، ولأنه عصبة فأشبه الأب ، وكذلك إن كانت الأم معدومة أو من غير أهل الحضانة فحضنته الجدة خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقـوم مقامه من العصبات . فإن كان الأبوان معدومين ، أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته أو عمته أوخالته قامت مقام أمه فىالتخيير بينها وبين عصباته للمعنى المذكور فى الأبوين . فإن كان الأبوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما ، فقال القاضى : لا حضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ، ونفقته فى بيت المال ، ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين .

٨٣٦٤ (فصـــل)

وإنما يخير الغلام بشرطين :

أحدهما : أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة . فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم وتعين الآخر .

والثاني : أن لا يكون الغلام معتوهاً ، فإن كان معتوهاً كان عند الأم ولم يخير ، لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه . ولو خير الصبي فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الأم وبطل اختياره ، لأنه إنما خير حين استقل بنفسه ، فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى لأنها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حال طفوليته .

٨٣٦٥ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وإذا بلغت الجارية سبع سنين كانت عند أبيها ، ولا تمنع الأم زيارتها وتمريضها . وقال الشافعي : تخير كما يخير الغلام ﴾ .

لأن كل سن خيّر فيه الغلام خيّرت فيه الجارية كالبلوغ ، وقال أبو حنيفة : الأم أحق بها حتى تتزوج أو تحيض . وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية أن الأم أحق بها حتى تحيض . وقال مالك : الأم أحق بها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج ، لأنه لا حكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها ، فكانت أحق بها كما قبل السبع .

ولنا : أن الغرض بالحضانة الحظ ، والحظ للجارية بعد السبع في السكون عند أبيها ، لأنها تحتاج إلى حفظ ، والأب أحق بذلك ، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولأنها إذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وهي بنت سبع . وإنما تخطب الجارية من أبيها ، لأنه وليها والمالك لتزويجها ، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث ، فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها ، لأن الشرع لم يرد به فيها ، ولا يصح قياسها على الغلام ، لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه ، ولا على سن البلوغ ، لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها وتوكيلها وإقرارها وإجبارها بخلاف مسألتنا . ولا يصح قياس ما قبل السبع على ما بعدها لما ذكرنا في دليلنا ، والله أعلم .

٨٣٦٦ (فصل)

وإذا كانت الجارية عند الأم أو عند الأب فإنها تكون عنده ليلا ونهاراً ، فإن تأديبها وتخريجها في جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ، ولا حاجة بها إلى الإخراج منه ، ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر ، من غير أن يخلو الزوج بأمها ، ولا يطيل ولا ينبسط ، لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر . وإن مرضت فالأم أحق بتمريضها في بيتها .

آخر الباب ، والحمد لله رب العالمين .

كتاب الشهادات

والأصل فى الشهادات الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والعبرة .

أما الكتاب: فقول الله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[١]) وقال تعالى (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ[٢]) (وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ[٣]) .

وأما السنة : فما روى وائل بن حجر قال : « جاء رجل من حضرموت ، ورجل من كندة إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمى : يا رسول الله إن هذا غلبنى على أرض لى . فقال الكندى :هى أرضى وفى يدى فليس له فيها حق ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينة ؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه . قال يارسول الله ، الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه وليس يتورع من شىء . قال : ليس لك منه إلا ذلك . قال : فانطلق الرجل ليحلف له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر أن حلف على ماله ليأكله ظلماً ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح .

وروى محمد بن عبد الله العزرمى[٤] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » قال الترمذى : هذا حديث فى إسناده مقال ، والعزرمى يضعف فى الحديث من قبل حفظه ، ضعفه ابن المبارك وغيره ، إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا.قال الترمذى: والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، ولأن الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها ، قال شريح : القضاء جمر فنحه عنك بعودين ، يعنى الشاهدين ، وإنما الخصم داء ، والشهود شفاء ، فأفرغ الشفاء على الداء .

٨٣٦٧ (فصـــل)

وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية ، لقول الله تعالى (وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)[٥]

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٢) سورة الطلاق آية ٢ (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) فى نسخ المغنى (محمد بن عبد الله العزرمى) والصواب كما فى الترمذى ج ١ ص ٢٥١ (محمد بن عبيد الله العرزمى) فأبوه (عبيد الله) لا (عبد الله) ، ولقبه (العرزمى) بتقديم الراء على الزاى وله ترجمة فى خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ص ٣٥٠ (ف)

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

وقال تعالى: (وَلاَ تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ، وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ)[١] وإنما خص القلب بالإثم لأنه موضع العلم بها ، ولأن الشهادة أمانة ، فلزم أداؤها كسائر الأمانات .

إذا ثبت هذا : فإن دعى إلى تحمل شهادة فى نكاح أو دَين أو غيره لزمته الإجابة ، وإن كانت عنده شهادة فدعى إلى أدائها لزمه ذلك ، فإن قام بالفرض فى التحمل أو الأداء اثنان سقط عن الجميع ، وإن امتنع الكل أثموا . وإنما يأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضرر فى التحمل أو الأداء ، أو كان ممن لا تقبل شهادته ، أو يحتاج الى التبذل فى التزكية ونحوها ، لم يلزمه ، لقول الله تعالى (وَلاَ يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ)[٢] وقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره . واذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه ، لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه . وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يأثم ، لأنه قدتعين بدعائه ، ولأنه منهى عن الامتناع بقوله (ولا يأب الشهداء اذا ما دُعوا).

والثانى : لا يأثم ، لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين فى حقه كما لو لم يُدع إليها ، فأما قول الله تعالى (وَلاَ يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ)[٣] فقد قرىء بالفتح والرفع ، فمن رفع فهو خبر معناه النهى، ويحتمل معنيين:

أحدهما : أن يكون الكاتب[٤] فاعلا أى لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بأن لا يجيب ، أو يكتب مالم يستكتب ، أو يشهد مالم يستشهد به .

والثانى : أن يكون يضار[٥] فعل مالم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً ، أى لا يضر الكاتب والشهيد بأن يقطعهما عن شغلهما بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما .

واشتقاق الشهادة من المشاهدة ، لأن الشاهد يخبر عما يشاهده ، وقيل : لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه ، وتسمى بينة ، لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه .

٨٣٦٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا يقبل فى الزنا إلا أربعة رجال عدول أحرار مسلمين ﴾ .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣

(٣،٢) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) فيكون الأصل (لا يضارر) بكسر الراء الأولى فأدغمت الراء فى الراء والمعنى على هذا نهى الكاتب والشهيد أن يضرا أحد المتعاملين بعدم الإجابة أو بالتحريف والتغيير ونحو ذلك (ف)

(٥) فيكون الأصل (لا يضارر) بفتح الراء الاولى فأدغمت الراء فى الراء ، والمعنى على هذا نهى المتعاملين أن يضرا الكاتب أو الشهيد بدعوتهما إلى ذلك وهما مشغولان بهم لهما فيكلفان تركه (ف)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل فى الزنا أقل من أربعة شهود . وقـد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (لَوْلاَ جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء ، فَإِذْ لَمْ يأْتُوا بالشُّهَدَاء فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ) [١] فى آى سواها .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أربعة وإلا حد فى ظهرك[٢] » فى أخبار سوى هذا.

وأجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهراً وباطناً ، وسواء كان المشهود عليه مسلماً أو ذمياً ، وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحراراً ، فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وشذ أبو ثور . فقال : تقبل فيه شهادة العبيد .

وحكى عن عطاء وحماد أنهما قالا : تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين ، لأنه نقص واحـد من عدد الرجال ، فقام مقامه امرأتان كالأموال .

ولنا : ظاهر الآية ، وأن العبد مختلف فى شهادته فى المال فـكان ذلك شبهة فى الحد ، لأنه بالشبهات يندرىء ، ولا يصلح قياس هذا على الأموال لخفة حكمها وشدة الحاجة إلى إثباتها لـكثرة وقوعها والاحتياط فى حفظها ، ولهذا زيد فى عدد شهود الزنا على شهود المال .

٨٣٦٩ (فصـــــل)

وفى الإقرار بالزنا روايتان : ذكرهما أبو بكر . وللشافعى فيه قولان :

أحدهما : يثبت بشاهدين قياساً على سائر الأقارير .

والثانى : لا يثبت إلا بأربعة لأنه موجب لحد الزنا أشبه فعله .

٨٣٧٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ولا يقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين ﴾

وهذا القسم نوعان :

أحدهما : العقوبات وهى الحدود والقصاص ، فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين ، إلا ماروى عن عطاء وحماد أنهما قالا : يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة فى الأموال .

ولنا : أن هذا مما يحتاط لدرئه وإسقاطه ، ولهذا يندرىء بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى إثباته . وفى شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى[٣]) وأنه لا تقبل شهادتهن وإن كثرن مالم يكن معهن رجل، فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه. ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق، وبهذا الذى ذكرنا : قال سعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وحماد والزهرى وربيعة ومالك

(١) سورة النور آية ١٣ (٢) ورد بلفظ « البينة وإلاحد فى ظهرك » أخرجه أبو داود ج ١ ص ٥٢٢ وابن ماجة ج ١ ص ٦٣٧ والنسائى والحاكم فى قصة لعان (ف) (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ماخلا الزنا ، إلا الحسن فإنه قال : الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا ، لأنه يتعلق به إتلاف النفس فأشبه الزنا.

ولنا : أنه أحد نوعي القصاص فأشبه القصاص في الطرف ، وما ذكره من الوصف لا أثر له ، فإن الزنا الموجب للحد لا يثبت إلا بأربعة ، ولأن حد الزنا حق لله تعالى يقبل الرجوع عن الإقرار به . ويعتبر في شهداء هذا النوع من الحرية والذكورية والإسلام والعدالة مايعتبر في شهداء الزنا على ماسنذكره .

الثاني : ما ليس بعقوبة كالنكاح ، والرجعة ، والطلاق ، والعتاق ، والإيلاء ، والظهار ، والنسب ، والتوكيل ، والوصية إليه ، والولاء ، والكتابة ، وأشباه هذا ، فقال القاضي : المعول عليه في المذهب أن هذا لايثبت إلا بشاهدين ذكرين ، ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال .

وقد نص أحمد في رواية الجماعة على أنه لاتجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق .

وقد نقل عن أحمد في الوكالة إن كانت بمطالبة دَين ، يعني تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين ، فأما غير ذلك فلا . ووجه ذلك : أن الوكالة في اقتضاء الدَّين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة .

قال القاضي : فيخرج من هذا أن النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لاتقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة ، وما عداه يخرج على روايتين .

وقال أبو الخطاب : يخرج في النكاح والعتاق أيضاً روايتان :

إحداهما : لاتقبل فيه إلا شهادة رجلين ، وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق .

والثانية : تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين . روى ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وروى ذلك في النكاح عن عطاء ، واحتجوا بأنه لايسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال .

ولنا : أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص ، وما ذكروه لا يصح ، فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح وإن تصور بأن تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح .

٨٣٧١ (فصـــــل)

وقد نقل من أحمد رضي الله عنه في الإعسار مايدل على أنه لايثبت إلا بثلاثة لحديث قَبِيصةَ بن المُخارِقِ

« حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة[1] » قال أحمد : هكذا جاء الحديث ، فظاهر هذا أنه أخذ به . وروى عنه أنه لا يقبل قوله إنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل ، فظاهر هذا أنه يقبل فى الوصية شهادة رجل واحد .

وقال فى الرجل يوصى ولا يحضره إلا النساء ، قال : أجيز شهادة النساء ، فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال .

قال القاضى : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين ، وحديث قبيصة فى حل المسألة لا فى الإعسار.

٨٣٧٢ (فصـــل)

ولا يثبت شىء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعى ، لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلئلا يثبت بشهادة واحد ويمين أولى . قال أحمد ومالك فى الشاهد واليمين : وإنما يكون ذلك فى الأموال خاصة لا يقع فى حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل .

وقد قال الخرقى : إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ، ونص عليه أحمد . وقال فى شريكين فى عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين عدلين ، فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً ، فيخرج مثل هذا فى الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون فى الجميع روايتان . ماخلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه ، فإنها لا تثبت بشاهد ويمين قولا واحداً .

قال القاضى : المعمول عليه فى جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت إلا بشاهدين ، وهو قول الشافعى .

وروى الدارقطنى بإسناده عن أبى سلمة عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « استشرت جبريل فى القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علىّ فى الأموال لا تعد ذلك »[2].

وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم فى الأموال » وتفسير الراوى أولى من تفسير غيره . رواه الإمام أحمد وغيره بإسنادهم .

---

(١) نص الحديث عن أبى بشر قبيصة بن المخارق رضى الله عنه قال : تحملت حمالة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال : أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ثم قال : يا قبيصة ، إن المسألة لاتحل إلا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال : سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوى الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش أو قال : سداداً من عيش فما سواهن من المسألة يا قبيصة سحت يأكلها صاحبها سحتاً » رواه مسلم وأبو داود والنسائى (ف)

(٢) قال الشوكانى فى نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٨٤ « إسناده ضعيف » . (ف)

٨٣٧٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ولا يقبل فى الأموال أقل من رجل وامرأتين ، ورجل عدل مع يمين الطالب ﴾

وجملة ذلك : أن المال كالقرض والغصب والديون كلها ، وما يقصد به المال كالبيع والوقف والإجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له ، والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص ، كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج ، تثبت بشهادة رجل وامرأتين . وقال أبو بكر : لا تثبت الجناية فى البدن بشهادة رجل وامرأتين لأنها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص ، والأول أصح لأن موجبها المال فأشبهت البيع ، وفارق ما يوجب القصاص ، لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء ، وكذلك ما يوجبه . والمال يثبت بشهادة النساء ، وكذلك ما يوجبه . ولا خلاف فى أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، وقد نص الله تعالى على ذلك فى كتابه بقوله سبحانه (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ ـ إلى قوله ـ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[1]) وأجمع أهل العلم على القول به . وقد ذكرنا خبر أبى هريرة وابن عباس فيه .

٨٣٧٤ (فصـــــــل)

وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين . روى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم ، وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبة وأبى سلمة بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبى ليلى وأبى الزناد والشافعى . وقال الشعبى والنخعى وأصحاب الرأى والأوزاعى : لا يقضى بشاهد ويمين . وقال محمد بن الحسن : من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه ، لأن الله تعالى قال (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ[2]) فمن زاد فى ذلك فقد زاد فى النص ، والزيادة فى النص نسخ ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه ، كما حصر البينة فى جانب المدعى .

ولنا : ما روى سهيل عن أبيه عن أبى هريرة قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد » رواه سعيد بن منصور فى سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد . قال الترمذى: هذا حديث حسن غريب . وفى الباب[3] عن على وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائى: إسناد حديث ابن عباس

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٣) هكذا بالأصل

فى اليمين مع الشاهد إسناد جيد ، ولأن اليمين تشرع فى حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ، ولذلك شرعت فى حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفى حق المنكر لقوة جنبته ، فإن الأصل براءة ذمته والمدعى هاهنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين فى حقه ولا حجة لهم فى الآية لأنها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع فى هذا .

وقولهم : إن الزيادة فى النص نسخ ، غير صحيح ، لأن النسخ الرفع والإزالة ، والزيادة فى الشىء تقرير له لا رفع ، والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ، ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً ، وكذلك إذا انفصلت عنه ، ولأن الآية واردة فى التحمل دون الأداء ، ولهذا قال (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى)[1] والنزاع فى الأداء وحديثهم ضعيف ، وليس هو للحصر ، بدليل أن اليمين تشرع فى حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها ، وفى حق الأمناء لظهور جنايتهم ، وفى حق الملاعن ، وفى القسامة . وتشرع فى حق البائع والمشترى إذا اختلفا فى الثمن والسلعة قائمة . وقول محمد فى نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الذين قضوا به ، وقد قال الله تعالى : (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً)[2] والقضاء بما قضى به محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

٨٣٧٥ (فصل)

قال القاضى : يجوز أن يحلف على مالا تسوغ الشهادة عليه ، مثل أن يجد بخطه ديناً له على إنسان ، وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ولم يذكره ، أو يجد فى رزمانج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ، ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به . ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه ولم يـ ز له أن يشهد به ، وبهذا قال الشافعى . والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين :

أحدهما : أن الشهادة لغيره ، فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ، ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه ، لأن الحق إنما هو للحالف ، فلا يزور أحد عليه .

الثانى : أن ما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٢) سورة النساء آية ٦٥ .

٨٣٧٦ (فصـــل)

وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين ، فلا فرق بين كون المدعى مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، رجلا أو امرأة ، نص عليه أحمد ، لأن من شرعت فى حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينة .

٨٣٧٧ (فصـــل)

قال أحمد : مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد ، فإن أبى أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعى ، ويروى عن أحمد ، فإن أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

٨٣٧٨ (فصـــل)

ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى ، وبه قال الشافعى . وقال مالك : يقبل ذلك فى الأموال ، لأنهما فى الأموال أقيمتا مقام الرجل لحلف معهما كما يحلف مع الرجل .

ولنا : أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل ، كما لو شهد أربع نسوة . وما ذكروه يبطل بهذه الصورة ، فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ، ولقبل فى غير الأموال شهادة رجل وامرأتين ، ولأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل ، واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل .

٨٣٧٩ (فصـــل)

إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من حرزه ، وأقام بذلك شاهداً،وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان ، وجب له المال المشهود به إن كان باقياً ، أو قيمته إن كان تالفاً ، ولا يجب القطع ، لأن هذه حجة فى المال دون القطع ، وإن ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده لم يثبت قصاص ولا دية .

والفرق بين المسألتين أن السرقة توجب القطع والغرم معاً ، فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر . والقتل العمد موجبه القصاص عيناً فى إحدى الروايتين ، والدية بدل عنه ولا يجب البدل ما لم يوجد المبدل .

وفى الرواية الأخرى الواجب أحدهما لا بعينه ، فلا يجوز أن يتعين أحدهما إلا بالاختيار أو التعذر ولم يوجد واحد منهما .

وقال ابن أبى موسى : لا يجب المال فى السرقة أيضاً إلا بشاهدين ، لأنها شهادة على فعل يوجب الحد والمال ، فإذا بطلت فى إحدهما بطلت فى الأخرى . والأول أولى لما ذكرناه .

وإن ادعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ ، وأقام

بذلك شاهداً وامرأتين ، أو شاهداً وحلف معه ، ثبت قتل الثانى لأنه خطأ موجبه المال ، ولم يثبت قتل الأول لأنه عمد موجبه القصاص ، فهما كالجنايتين المفترقتين ، وعلى قول أبى بكر لا يثبت شىء منهما ، لأن الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين ، سواء كان موجبها المال أو غيره .

ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا ، فحلف بالطلاق والعتاق ما سرق منه ولا غصبه ، فأقام المدعى شاهداً وامرأتين شهـدا بالسرقة والغصب ، أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب ، لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ، ولم يثبت طلاق ولا عتاق ، لأن هذه البينة حجة فى المال دون الطلاق والعتاق . وظاهر مذهب الشافعى فى هذا الفصل كمذهبنا ، إلا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا .

٨٣٨٠ (فصـــل)

ولو ادعى جارية فى يد رجل أنها أم ولده ، وأن ابنها ابنه منها ولد فى ملكه ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين ، أو حلف مع شاهده حكم له بالجارية ، لأن أم الولد مملوكة له ، ولهذا يملك وطأها وإجارتها وتزويجها ، ويثبت لها حكم الاستيلاد بإقراره ، لأن إقراره ينفذ فى ملكه ، والملك يثبت بالشاهد والمرأتين، والشاهد واليمين ، ولا يحكم له بالولد ، لأنه يدعى نسبه ، والنسب لا يثبت بذلك ، ويدعى حريته أيضاً . فعلى هذا يقر الولد فى يد المنكر مملوكا له ، وهـذا أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر : يأخذها وولدها ويكون ابنه ، لأن من ثبتت له العين ثبت له نماؤها ، والولد نماؤها ، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولى الشافعى .

ولنا : أنه لم يدع الولد ملكا وإنما يدعى حريته ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه .

٨٣٨١ (فصـــل)

وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته فأنكرت ، ثبت ذلك بشاهد وامرأتين ، أو يمين المدعى ، لأنه يدعى المال الذى خالعت به ، وإن ادعت ذلك المرأة لم يثبت إلا بشهادة رجلين ، لأنها لا تقصـد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ، ولا يثبت ذلك إلا بهذه البينة .

٨٣٨٢ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل ﴾

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى قبول شهادة النساء المنفردات فى الجملة .

قال القاضى : والذى تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء : الولادة ، والاستهلال ، والرضاع ، والعيوب تحت الثياب ، كالرتق ، والقرن ، والبكارة ، والثيابة ، والبرص ، وانقضاء العدة . وعن أبى حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع ، لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال ، فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح .

ولنا : ما روى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فأتت أَمَةٌ سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ، فأعرض عنى ، ثم أتيته فقلت: يا رسول الله إنها كاذبة قال : كيف وقد زعمت ذلك » (١) متفق عليه . ولأنها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة ، وتخالف العقد فإنه ليس بعورة .

وحكى عن أبى حنيفة أيضاً أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل فى الاستهلال ، لأنه يكون بعد الولادة ، وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم ، لأنه يكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال ، فأشبه الولادة نفسها .

وقد روى عن على رحمه الله أنه أجاز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال . رواه الإمام أحمد وسعيد ابن منصور ، إلا أنه من حديث جابر الجعفى . وأجازه شريح والحسن والحارث العكلى وحماد .

٨٣٨٣ (فصــــل)

إذ ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة . وقال طاوس : تجوز شهادة المرأة فى الرضاع وإن كانت سوداء . وعن أحمد رواية أخرى : لا تقبل فيه إلا امرأتان ، وهو قول الحكم وابن أبى ليلى وابن شبرمة ، وإليه ذهب مالك والثورى ، لأن كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال ، ولأن الرجال أكمل منهن عقلا ، ولا يقبل منهم إلا اثنان . وقال عثمان البتى : يكفى ثلاث ، لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل . وقال أبو حنيفة : تقبل شهادة المرأة الواحدة فى ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبى وقتادة والشافعى وأبو ثور : لا يقبل فيه إلا أربع ، لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « شهادة امرأتين بشهادة رجل » (٢) .

---

(١) الحديث رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى والنسائى ولم يروه مسلم ، فلا يصح قول ابن قدامة متفق عليه . قال الحافظ فى الدراية ج ٤ ص ٦ « وهم من ذكر هذا الحديث فى المتفق »

واسم أم يحيى غنية بفتح الغين وكسر النون وتشديد الياء وقيل زينب (ف)

(٢) هو بعض حديث أخرجه البخارى ج ١ ص ٨٣ ومسلم ج ١ ص ٨٦ ، ٨٧ ولفظه « عن عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإنى رأيتكن أكثر أهل=

ولنا : ما روى عقبة بن الحارث قال : « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمَةٌ سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فجئت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك ، فأعرض عنى ، ثم ذكرت له ذلك ، فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه .

وروى حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة . ذكره الفقهاء فى كتبهم ، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يجزئُ فى الرضاع شهادة امرأة واحدة» ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات . وما ذكره الشافعى من اشتراط الحرية غير مسلم . وقول النبي صلى الله عليه وسلم « شهادة امرأتين بشهادة رجل فى الموضع الذى تشهد فيه مع الرجل » .

٨٣٨٤ (فصـــــل)

فإن شهد الرجل بذلك ، فقال أبو الخطاب : تقبل شهادته وحده ، لأنه أكمل من المرأة ، فإذا اكتفى بها وحدها فلأن يكتفى به أولى، ولأن ما قُبل فيه قول المرأة الواحدة قُبل فيه قول الرجل كالرواية .

٨٣٨٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد ، لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك ﴾ .

وجملته : أن أداء الشهادة من فروض الكفايات ، فإن تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفى فيها سواه لزمه القيام بها ، وإن قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها إذا قبلها الحاكم ، فإن كان تحملها جماعة فأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات . ودليل وجوبها قول الله تعالى : (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ)(١) ، وقوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا)(٢) ، وفى الآية الأخرى : (كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى)(٣) ، ولأن الشهادة أمانة فلزمه أداؤها عند طلبه كالوديعة ، ولقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ

= النار،فقالت امرأة منهن جزلة : ومالنا يارسول الله أكثر أهل النار قال : تكثرن اللعن وتكفرن العشير ، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذى لب منكن ، قالت : يا رسول الله وما نقصان العقل والدين ؟ قال : أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالى ما تصلى وتفطر فى رمضان فهذا نقصان الدين » . (ف)

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣ (٢) سورة النساء آية ١٣٥

(٣) سورة المائدة آية ٨

يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا)[١] ، فإن عجز عن إقامتها أو تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى : (وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ، وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ)[٢] .

٨٣٨٦ (فصـــل)

ومن له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة ، لأنه أداء فرض ، فإن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضاً ، وإن لم تسكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذه ، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية . فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين . وإن تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك أيضاً ، واحتمل أن لا يجوز لئلا يأخذ العوض عن أداء فرض عين . وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز أخذ الأجرة لمن تعينت عليه ، وهل يجوز لغيره ؟ على وجهين .

٨٣٨٧ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وما أدركه من الفعل نظراً ، أو سمعه تيقناً وإن لم ير المشهود عليه شهد به ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشهادة لاتجوز إلا بما علمه بدليل قوله تعالى : (إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ)[٣] وقوله تعالى : (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً)[٤] وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لأن العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر ، ولأن مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر والسمع .

وروى عن ابن عباس أنه قال : « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة ، قال : هل ترى الشمس ؟ قال : نعم ، قال : على مثلها فاشهد أو دع » رواه الخلال فى الجامع[٥] بإسناده .

إذا ثبت هذا : فإن مدرك العلم الذى تقع به الشهادة اثنان : الرؤية والسماع ، وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة إليها فى الشهادة فى الأغلب . فأما ما يقع بالرؤية فالأفعال كالغصب والإتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الأفعال . وكذلك الصفات المرئية كالعيوب فى المبيع ونحوها ، فهذا لا تتحمل الشهادة فيه إلا بالرؤية ، لأنه تمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك . وأما السماع فنوعان :

(١) سورة النساء آية ٥٨ (٢) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٣) سورة الزخرف آية ٨٦ (٤) سورة الإسراء آية ٣٦

(٥) أخرجه أيضاً العقيلى والحاكم وأبو نعيم فى الحلية وابن عدى والبيهقى من حديث طاوس عن ابن عباس وصححه الحاكم وتعقبه الذهبى فى مختصره فقال : بل هو حديث واه فإن محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه غير واحد (ف)

أحدهما : من المشهود عليه مثل العقود كالبيع والإجارة وغيرهما من الأقوال فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين . ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما . وبهذا قال ابن عباس والزهرى وربيعة والليث وشريح وعطاء وابن أبى ليلى ومالك .

وذهب أبو حنيفة والشافعى إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه . لأن الأصوات تشتبه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط .

ولنا : أنه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كما لو رآه ، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور . وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسماع يقيناً . وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ، ولهذا قبلت رواية الأعمى ، ورواية من روى عن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير محارمهن .

وأما النوع الثانى : فسنذكره إن شاء الله تعالى فى المسألة التى تلى هذا .

٨٣٨٨ (فصـــــل)

إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً . وإن لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته ، وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه ، نص عليه أحمد ، قال مهنا : سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هـذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له ، فقال : إذا قال أشهدُ أنَّ لهذا عَلَى هَذَا وهما شَاهِدَانِ جميعاً فلا بأس ، وإن كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه .

٨٣٨٩ (فصـــــل)

والمرأة كالرجل فى أنه إذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز أن يشهد عليها من غيبتها . وإن لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها . قال أحمد فى رواية الجماعة : لا تشهد إلا لمن تعرف وعلى من تعرف ، ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها . وإن كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد وإلا فلا يشهد . فأما إن لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها . ويجوز أن يشهد على عينها إذا عرف عينها ونظر إلى وجهها .

قال أحمد : ولا يشهد على امرأة حتى ينظر إلى وجهها ، وهذا محمول على الشهادة على من يتيقن معرفتها ، فأما من تيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقيناً فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها على ما قدمناه فى المسألة قبلها . فإن لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه . فقد روى عن أحمد أنه قال : لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها ، وقال : لا يجوز للرجل أن يقول للرجل أنا أشهد أن هذه فلانة ويشهد على

شهادته . وهذا صريح فى المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره . وقال القاضى : يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة . وظاهر قوله المنع منه .

وقال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا بإذن زوجها ، وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها ليشهد عليها إلا بإذن زوجها ، لما روى عمرو بن العاص قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستأذن على النساء إلا بإذن أزواجهن » رواه أحمد فى مسنده ، فأما الشهادة عليها فى غير بيتها فجائزة . لأن إقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح ، فجاز أن يشهد عليها به .

٨٣٩٠ (فصـــــل)

وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر أنه شهد به ، فهل يجوز له أن يشهد بذلك ؟ فيه روايتان :

إحداهما : لا يجوز أن يشهد بها . قال أحمد فى رواية حرب : فيمن يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة ، قال : لا يشهد إلا بما يعلم . وقال فى رواية غيره : يشهد إذا عرف خطه ، وكيف تكون الشهادة إلا هكذا ؟ وقال فى موضع آخر : إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخاً عنده موضوعا تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ . وقال أيضاً : إذا كان ردىء الحفظ فيشهد ويكتبها عنده ، وهذه رواية ثالثة : وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه فى حرزه ، ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضى فى إحدى الروايتين : إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه ، ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك .

٨٣٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته فى قلبه شهد به ، كالشهادة على النسب والولادة ﴾ .

هـذا النوع الثانى من السماع ، وهو ما يعلمه بالاستفاضة . وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بها فى النسب والولادة . قال ابن المنذر : أما النسب فلا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به ، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه . وقال : قال الله تعالى : (يَعْرِفُونَهُ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَاءَهُمْ(١)) .

واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة ، فقال أصحابنا : هو تسعة أشياء : النكاح ، والملك المطلق ، والوقف ، ومصرفه ، والموت ، والعتق ، والولاء ، والولاية ، والعزل . وبهذا قال أبوسعيد الأصطخرى وبعض أصحاب الشافعى . وقال بعضهم : لا تجوز فى الوقف والولاء والعتق

(١) سورة البقرة آية ١٤٦ .

والزوجية . لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع ، فإنها شهادة بعقد فأشبه سائر العقود . وقال أبو حنيفة : لا تقبل إلا في النـكاح والموت . ولا تقبل في الملك المطلق ، لأنها شهادة بمال أشبه الدَّين . وقال صاحباه : يقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس .

ولنا : أن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها ، فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب . قال مالك : ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بالسماع . وقال مالك : السماع في الأحباس والولاء جائز . وقال أحمد في رواية المروذي : أشهد أن دار بختان لبختان . وإن لم يشهدك . وقيل له : تشهد أن فلانة امرأة فلان ولم تشهد النـكاح ؟ فقال : نعم إذا كان مستفيضاً ، فأشهد أقول إن فاطمة ابنة رسول الله صلى الله عليه وسـلم ، وإن خديجة وعائشة زوجاه ، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة .

فإن قيل: يمـكنه العلم في هذه الأشياء بمشاهدة السبب .

قلنا : وجود السبب لا يفيد العـلم بكونه سبباً يقيناً ، فإنه يجوز أن يشتري ما ليس بملك البائع ، ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه وإن تصور ذلك فهو نادر ، وقول أصحاب الشافعي : تمـكن الشهادة في الوقف باللفظ لا يصح ، لأن الشهادة ليست بالعقود هاهنا . وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد ، فهو بمنزلة الملك . وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد . وكذلك الحرية والولاء . وهذه جميعها لا يمـكن القطع بها كما لا يمـكن القطع بالملك ، لأنها مترتبة على الملك ، فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء . قال مالك : ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليـه وسلم إلا على السماع .

إذا ثبت هـذا : فـكلام أحمد والخرقي : يقتضي أن لا يشهد بالاستفاضة حتى تـكثر به الأخبار ، ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ، لقول الخرقي : فيما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته في القلب ، يعني حصل العلم به . وذكر القاضي في المجرد أنه يكفي أن يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه إلى خبرهما ، لأن الحقوق تثبت بقول اثنين ، وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي . والقول الأول : هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة ، فإنها مأخوذة من فيض الماء لـكثرته ، ولأنه لو اكتفى فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة ، وإنما اكتفى بمجرد السماع .

٨٣٩٢ (فصـــــل)

فإن كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف المـلاك بالسكنى والإعارة والإجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع ، فقال أبو عبد الله بن حامد : يجوز أن يشهد له بملـكها ، وهو قول

أبى حنيفة والاصطخرى من أصحاب الشافعى . قال القاضى : ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده من الملك واليد والتصرف ، لأن اليد ليست منحصرة فى الملك قد تكون بإجارة وإعارة وغصب ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

ووجه الأول أن اليد دليل الملك ، واستمرارها من غير منازع يقويها ، فجرت مجرى الاستفاضة فجاز أن يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها عن غصب أو إجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعاً كما لو شاهد سبب اليد ، فإن احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا هاهنا .

فإن قيل : فإذا بقى الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم .

قلنا : الظن يسمى علماً . قال الله تعالى : (فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ)[1] ولا سبيل إلى العلم اليقينى هاهنا فجازت بالظن .

٨٣٩٣ (فصـــل)

وإذا سمع رجلا يقول لصبى : هذا ابنى جاز أن يشهد به لأنه مقر بنسبه ، وإن سمع الصبى يقول هذا أبى والرجل يسمعه فسكت ، جاز أن يشهد أيضاً . لأن سكوت الأب إقرار له ، والإقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به . وإنما أقيم السكوت هاهنا مقام الإقرار ، لأن الإقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى . ولأن النسب يغلب فيه الإثبات ، ألا ترى أنه يلحق بالإمكان فى النكاح ؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر ، لأن السكوت ليس بإقرار حقيقى وإنما أقيم مقامه ، فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد فى العقار بالاستمرار .

٨٣٩٤ (فصـــل)

وإذا شهد عدلان أن فلاناً مات وخلف من الورثة فلاناً وفلاناً . لا نعلم له وارثاً غيرهما ،قبلت شهادتهما، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعى والعنبرى . وقال ابن أبى ليلى : لا تقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواهما .

ولنا : أن هذا مما لا يمكن علمه ، فيكتفى فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر. قال أبو الخطاب : سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة ، لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه ، بخلاف أهل الخبرة الباطنة ، فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر

(١) سورة الممتحنة آية ١٠

لم يخف عليهم ، وهذا قول الشافعى . فأما إن قالا : لا نعلم له وارثاً بهذه البلدة أو بأرض كذا وكذا لم تقبل، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة: يقضى به كما لو قالا : لا نعلم له وارثاً ، وذكر ذلك مذهباً لأحمد أيضاً .

ولنا: أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث، لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له فى تلك الأرض ، ويعلمان له وارثاً فى غيرها فلم تقبل شهادتهما ، كما لو قالا : لا نعلم له وارثاً فى هذا البيت .

٨٣٩٥ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ من لم يكن من الرجال والنساء عاقلا مسلماً بالغاً عدلا ، لم تجز شهادته ﴾ .

وجملته : أن يعتبر فى الشاهد سبعة شروط :

أحدها : أن يكون عاقلا ، ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل إجماعاً ، قاله ابن المنذر . وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية ، وذلك لأنه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ، ولأنه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه .

الثانى : أن يكون مسلماً . ونذكر هذا فيما بعد إن شاء الله تعالى .

الثالث: أن يكون بالغاً ، فلا تقبل شهادة صبى لم يبلغ بحال . يروى هذا عن ابن عباس ، وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبى ليلى والأوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن شهادتهم تقبل فى الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التى تجارحوا عليها ، وهذا قول مالك ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ، فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لأنه يحتمل أن يلقنوا .

قال ابن الزبير : إن أخذوا عند مصاب ذلك فبالحرى أن يعقلوا ويحفظوا .

وعن الزهرى أن شهادتهم جائزة ، ويستحلف أولياء المشجوج ، وذكره عن مروان .

وروى عن أحمد رواية ثالثة أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر . قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم فى غير الحدود والقصاص كالعبيد .

وروى عن علىّ رضى الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعى . قال إبراهيم : كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم . قال المغيرة : وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قال : كنا عند علىّ فجاءه خمسة غلمة فقالوا إنا كنا ستة غلمة نتغاط[1]

(١) يقال : تغاط الرجلان فى الماء أى غمس كل واحد صاحبه فيه(ف).

فغرق منا غلام ، فشهد الثلاثة على الإثنين أنهما غرقاه ، وشهد الإثنان على الثلاثة أنهم غرقوه ، فجعل على الإثنين ثلاثة أخماس الدية ، وجعل على الثلاثة خمسيها . وقضى بنحو هذا مسروق . والمذهب أن شهادتهم لاتقبل فى شيء لقول الله تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ[١]) وقال (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ[٢]) وقال (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[٣]) والصبى ممن لا يرضى . وقال (وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ[٤]) فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم ، والصبى لايأثم ، فيدل على أنه ليس بشاهد ، ولأن الصبى لايخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلاتحصل الثقة بقوله ، ولأن من لايقبل قوله على نفسه فى الإقرار لاتقبل شهادته على غيره كالمجنون .

يحقق هذا أن الإقرار أوسع ، لأنه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولاتصح الشهادة منهم ، ولأن من لاتقبل شهادته فى المال لاتقبل فى الجراح كالفاسق ، ومن لاتقبل شهادته على من ليس بمثله لاتقبل على مثله كالمجنون .

الشرط الرابع : العدالة ، لقول الله تعالى : (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ)[٥] ولا تقبل شهادة الفاسق لذلك ، ولقول الله تعالى : (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا[٦]) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق، والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا محدود فى الإسلام ، ولا ذى غمر على أخيه[٧] » رواه أبو عبيد . وكان أبو عبيد لايراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس ، بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره . قال الله تعالى: (إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ[٨]) الآية .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ (٢) سورة الطلاق آية ٢ (٣) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٤) سورة البقرة آية ٢٨٣ (٥) سورة الطلاق آية ٢ (٦) سورة الحجرات آية ٦

(٧) عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله ﷺ : «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت» — والقانع الذى ينفق عليه أهل البيت . رواه أحمد وأبو داود — وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة ولا ذى غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع بأهل البيت لهم ولا ظنين فى ولاء ولا قرابة قال الفزارى — أحد رواة الحديث — القانع : التابع » ج ٢ ص ٤٨ من سنن الترمذى ، قال أبو داود : الغمر : الشحناء . ومثله فى الدارقطنى ج ٢ ص ٥٢٩ (ف) .

(٨) سورة الأحزاب آية ٧٢

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لا يؤسر رجل بغير العدول ، ولأن دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره .

إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان :

أحدهما : من حيث الأفعال فلا نعلم خلافاً فى رد شهادته .

والثانى : من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً ، وبه قال مالك وشريك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال شريك : أربعة لا تجوز شهادتهم : (رافضى) يزعم أن له إماماً مفترضة طاعته (وخارجى) يزعم أن الدنيا دار حرب (وقدَرى) يزعم أن المشيئة إليه (ومرجىء) ورد شهادة يعقوب وقال : ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الإيمان ؟

وقال أبو حامد من أصحاب الشافعى : المختلفون على ثلاثة أضرب :

ضرب اختلفوا فى الفروع ، فهؤلاء لا يفسقون بذلك ولا تُرد شهادتهم ، وقد اختلف الصحابة فى الفروع ومن بعدهم من التابعين .

الثانى : من نفسقه ولا نكفره ، وهو من سب القرابة كالخوارج ، أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك .

الثالث : من نكفره ، وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة .

وذكر القاضى أبو يعلى : مثل هذا سواء . قال : وقال أحمد : ما تعجبنى شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعلنة .

وظاهر قول الشافعى وابن أبى ليلى والثورى وأبى حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء .

وأجاز سوار شهادة ناس من بنى العنبر ممن يرى الاعتزال . قال الشافعى : إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية[1] ، وهم أصحاب أبى الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه .

ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام ، أشبه الاختلاف فى الفروع ،

---

(١) الخطابية : أتباع أبى الخطاب محمد بن أبى زينب مولى لبنى أسد ، قالوا إن ولد الحسين وشيعتهم أبناء الله وأحباؤه ويستحلون شهادة الزور لمن وافقهم فى دينهم على من خالفهم فى الأموال والدماء والفروج ويقولون إن دماءهم وأموالهم ونساءهم لهم حلال حيث كانوا مخالفين لهم ، وقد خرج أبو الخطاب على والى الكوفة أيام أبى جعفر المنصور فبعث عسكراً إليه فأسروه وأمر بصلبه فى كناسة الكوفة فقتله عيسى بن موسى . انظر رسالة الحور العين ص ١٦٦ والتبصير فى الدين ص ٧٤ (ف) .

ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً أنه الحق ، ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الأفعال .

قال أبو الخطاب : ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذى يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به ، وقد روى عن أحمد جواز الرواية عن القدرى إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة .

ولنا : أنه أحد نوعى الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته للآية وللمعنى .

الشرط الخامس : أن يكون متيقظاً حافظاً لما يشهد به ، فإن كان مغفلا أو معروفاً بكثرة الغلط لم تقبل شهادته .

الشرط السادس : أن يكون ذا مروءة

الشرط السابع : انتفاء الموانع .

وسنشرح هذه الشروط فى مواضعها إن شاء الله تعالى .

٨٣٩٦ (فصــــل)

ظاهر كلام الخرقى أن شهادة البدوى على من هو من أهل القرية ، وشهادة أهل القرية على البدوى صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط ، وهو قول ابن سيرين وأبى حنيفة والشافعى وأبى ثور ، واختاره أبو الخطاب .

وقال الإمام أحمد : أخشى أن لا تقبل شهادة البدوى على صاحب القرية ، فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته ، وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبى عبيد . وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح ، وكقول الباقين فى الجراح احتياطاً للدماء . واحتج أصحابنا بما روى أبو داود فى سننه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لا تجوز شهادة بدوى على صاحب قرية[١] » ولأنه متهم حيث عدل عن أن يشهد قروياً وأشهد بدوياً . قال أبو عبيد : ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى والجفاء فى الدين .

ولنا : أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى، ويحمل الحديث

---

(١) أخرجه أبو داود فى سننه ج ٢ ص ٢٧٥ وكذلك ابن ماجة ج ٢ ص ٦٦ قال الخطابى: إنما لا تقبل شهادة البدوى لجهالتهم بأحكام الشرع وبكيفية تحمل الشهادة وأدائها بغير زيادة ونقصان — وهذا التعليل غير سليم لأن الجهالة إن كانت هى العلة لم يكن للتخصيص فى قوله (على صاحب قرية) فائدة (ف).

على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ، ونخصه بهذا لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته .

٨٣٩٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ والعدل من لم تظهر منه ريبة ، وهذا قول ابراهيم النخعى وإسحاق ﴾ .

وجملته : أن العدل هو الذى تعتدل أحواله فى دينه وأفعاله . قال القاضى : يكون ذلك فى الدين والمروءة والأحكام . أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة ، فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف ، فيقاس عليه كل مرتكب كبيرة ، ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ)(١) قيل : اللمم صغار الذنوب ، ولأن التحرز منها غير ممكن . جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال(٢) :

إن تغفر اللهم تغفر جما وأى عبد لك لا ألما ؟

أى لم يلم ، فإن لا مع الماضى بمنزلة لم مع المستقبل .

وقيل : اللمم أن يلم بالذنب ثم لا يعود فيه . والكبائر كل معصية فيها حد ، والإشراك بالله ، وقتل النفس التى حرم الله ، وشهادة الزور ، وعقوق الوالدين .

وروى أبو بكرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ الإشراك بالله ، وقتل النفس التى حرم الله ، وعقوق الوالدين ـ وكان متكئاً فجلس فقال : ألا وقول الزور ، وقول الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت » متفق عليه .

---

(١) سورة النجم آية ٣٢ .

(٢) أخرج هذا الحديث الحاكم والترمذى عن ابن عباس ج ٢ ص ٢٢٤ ، ج ١٢ ص ١٧٣ بشرح ابن العربى قال الترمذى عقبه عند قوله تعالى (إلا اللمم) بسورة النجم : « هذا حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من حديث زكريا بن إسحاق وقال المناوى فى فيض القدير ج ٣ ص ٢٩ « وهذا بيت لأمية بن أبى الصلت تمثل به المصطفى صلى الله عليه وسلم والمحرم عليه إنشاء الشعر لا إنشاده ومعناه إن تغفر ذنوب عبادك فقد غفرت ذنوباً كثيرة فإن جميع عبادك خطاءون » .

وفى خزانة الأدب للبغدادى ج ٢ ص ٢٥٦ قال : إن هذا البيت لأمية بن أبى الصلت قاله عند موته وقد أخذه أبو خراش وضمه إلى بيت آخر وكان يقولها وهو يسعى بين الصفا والمروة . وقد تمثل به النبى صلى الله عليه وسلم وصار من جملة الأحاديث » اهـ (ف) .

قال أحمد : ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ، ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله. وإذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لا يكون عدلا ، ولا يكون ابنه عدلا إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذه من طريق المسلمين . ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه .

وقال عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تجوز شهادة خائن ، ولا خائنة ، ولا مجلود في حد ، ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ، ولا القاطع لأهل البيت ، ولا مجرّب عليه شهادة زور ، ولا ضنين في ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو داود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا زان ولا زانية ، ولا ذي غمر على أخيه[1] » .

وأما الصغائر ، فإن كان مصراً عليها ردت شهادته ، وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه .

وأما المروءة فاجتناب الأمور الدنيئة المزرية به ، وذلك نوعان : أحدهما : من الأفعال كالأكل في السوق ، يعني به الذي ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ، ولا يعني به أكل الشيء اليسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه ، أو يمد رجليه في مجمع الناس، أو يتمسخر بما يضحك الناس به، أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرهما بحضرة الناس بالخطاب الفاحش ، أو يحدّث الناس بمباضعته أهله ، ونحو هذا من الأفعال الدنيئة . ففاعل هذا لا تقبل شهادته ، لأن هذا سخف ودناءة ، فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله . قال أحمد في رجل شتم بهيمة : قال الصالحون : لا تقبل شهادته حتى يتوب .

وقد روى أبو مسعود البدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى : إذا لم تستحِ فاصنع ما شئت[2] » يعني من لم يستحِ صنع ما شاء ، ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ، ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

وقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي صلى الله عليه وسلم وصفته فقال : والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ، ولم يكن يومئذ ذا دين ، ولأن الكذب دناءة ، والمروءة تمنع من

---

(١) هذا الحديث هو الذي رواه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٥ أما الذي قبله فرواه الترمذي ج ٢ ص ٤٨ وفيه (ولا ظنين) بالظاء لا بالضاد ومعناه متهم. والظنين في ولاء هو الذي ينتمي إلى غير مواليه لا تقبل شهادته للتهمة كما في نهاية ابن الأثير ج ٣ ص ٥٧ (ف).

(٢) أخرجه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجة (ف) .

الدناءة ، وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت فى العدالة كالدين ، ومن فعل شيئاً من هذا مختفياً به لم يمنع من قبول شهادته ، لأن مروءته لاتسقط به . وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلا لم ترد شهادته ، لأن صغير المعاصى لايمنع الشهادة إذا قلّ فهذا أولى ، ولأن المروءة لاتختل بقليل هذا مالم يكن عادته .

النوع الثانى : فى الصناعات الدنيئة ، كالكسّاح[1] والكناس لاتقبل شهادتهما ، لما روى سعيد فى سننه «أن رجلا أتى ابن عمر فقال له : إنى رجل كناس ، قال أى شىء تكنس ؟ الزبل ؟ قال : لا قال فالعذرة ؟ قال : نعم . قال : منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت ؟ قال : نعم . قال : الأجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه » وعن ابن عباس مثله فى الكساح ، ولأن هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات فأشبه الذى قبله .

فأما الزبال والقرّاد[2] والحجام ونحوهم ففيه وجهان :

أحدهما : لاتقبل شهادتهم لأنه دناءة يجتنبه أهل المروءات فهو كالذى قبله .

والثانى : تقبل لأن بالناس إليه حاجة . فعلى هذا الوجه إنما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة فى وقتها ويصليها ، فإن صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهاً واحداً .

وأما الحائك والحارس والدباغ فهى أعلى من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة . وذكرها أبو الخطاب فى جملة مافيه وجهان .

وأما سائر الصناعات التى لادناءة فيها فلا ترد الشهادة بها ، إلا من كان منهم يحلف كاذباً ، أو يعد ويخلف ، وغلب هذا عليه ، فإن شهادته تردّ . وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها ، أو لا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ، ومن كانت صناعته محرمة ، كصانع المزامير والطنابير فلا شهادة له . ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا ، كالصائغ والصيرفى ولم يتوقّ ذلك ، ردت شهادته .

٨٣٩٨ (فصـــــــل فى اللعب)

كل لعب فيه قمار فهو محرم ، أى لعب كان ، وهو من الميسر الذى أمر الله تعالى باجتنابه . ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته ، وما خلا من القمار وهو اللعب الذى لاعوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما ، فمنه ماهو محرم ، ومنه ماهو مباح . فأما المحرم فاللعب بالنرد ، وهذا قول أبى حنيفة وأكثر أصحاب الشافعى. وقال بعضهم : هو مكروه غير محرم .

---

(١) الكساح : الذى ينظف الحشوش . الكناس : الذى يكنس الأسواق وغيرها (ف).

(٢) الزبال : الذى يجمع الزبل . القراد : الذى يربى القرود (ف) .

ولنا : ماروى أبو موسى قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من لعب بالنردشير فقدعصى الله ورسوله » .

وروى بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه » رواهما أبو داود .

وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم .

إذا ثبت هذا : فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قاراً أو غير قار ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي . قال مالك : من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائلة ، لأن الله تعالى قال (فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلاَّ الضَّلاَلُ ؟)[1] وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال .

٨٣٩٩ (فصـــــل)

فأما الشطرنج ، فهو كالنرد في التحريم ، إلا أن النرد آكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه، لكن هذا في معناه ، فيثبت فيه حكمه قياساً عليه .

وذكر القاضي أبو حسين : ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالماً وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالكا ، وهو قول أبي حنيفة. وذهب الشافعي إلى إباحته ، وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى المنصوص عليه فتبقى على الإباحة ، ويفارق الشطرنج النرد من وجهين :

أحدهما : أن في الشطرنج تدبير الحرب ، فأشبه اللعب بالحراب ، والرمي بالنشاب ، والمسابقة بالخيل .

والثاني : أن المعوّل في النرد على مايخرجه الكعبتان فأشبه الأزلام ، والمعوّل في الشطرنج على حذقه وتدبيره ، فأشبه المسابقة بالسهام .

ولنا : قول الله تعالى(إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ)[2] قال عليّ رضي الله عنه : الشطرنج من الميسر .

ومر عليّ رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال : ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون؟ قال أحمد : أصح ما في الشطرنج قول عليّ رضي الله عنه .

وروى واثلة بن الأسقع رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله عز وجل ينظر

---

(١) يونس آية ٣٢ (٢) المائدة آية ٩٠

في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » رواه أبو بكر بإسناده ، ولأنه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبه اللعب بالنرد .

وقولهم : لا نص فيها ، قد ذكرنا فيها نصاً ، وهى أيضاً فى معنى النرد المنصوص على تحريمه .

وقولهم : إن فيها تدبير الحرب .

قلنا : لا يقصد هذا منها ، وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب أو القمار .

وقولهم : إن المعوّل فيها على تدبيره ، فهو أبلغ فى اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة .

إذا ثبت هذا : فقال أحمد : النرد أشد من الشطرنج ، وإنما قال ذلك لورود النص فى النرد والإجماع على تحريمها بخلاف الشطرنج . وإذا ثبت تحريمها فقال القاضى : هو كالنرد فى رد الشهادة به ، وهذا قول مالك وأبى حنيفة لأنه محرم مثله .

وقال أبو بكر : إن فعله من يعتقد تحريمه . فهو كالنرد فى حقه ، وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة فى أوقاتها ، أو يخرجه إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات ، أو يلعب بها على الطريق ، أو يفعل فى لعبه ما يستخف به من أجله ، ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعى ، وذلك لأنه مختلف فيه فأشبه سائر المختلف فيه .

٨٤٠٠ (فصــــل)

واللاعب بالحمام يطيرها لا شهادة له ، وهذا قول أصحاب الرأى . وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام ، وذلك لأنه سفه ودناءة وقلة مروءة ، ويتضمن أذى الجيران بطيره وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة .

وقد رأى النبى صلى الله عليه وسلم رجلا يتبع حماماً فقال : « شيطان يتبع شيطانة »(١) .

وإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب ، أو للأنس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترد شهادته . وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فشكا إليه الوحشة فقال : « اتخذ زوجاً من حمام(٢) » .

---

(١) أخرجه أبو داود عن أبى هريرة ج ٢ ص ٥٨٢ (ف) .

(٢) أخرجه الخطيب فى التاريخ عن ابن عباس وفيه محمد بن زياد كذاب ، وأخرج ابن السنى عن معاذ أن عليا شكا إلى النبى صلى الله عليه وسلم الوحشة فأمره أن يتخذ زوج حمام ويذكر الله تعالى عند هديره كما فى فيض القدير ج ١ ص ١١٢ (ف) .

٨٤٠١ (فصــــل)

فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الأقدام ، فمباحة لا دناءة فيها ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعية ذلك فى باب المسابقة ، وكذلك ما فى معناه من الثقاف واللعب بالحراب . وقد لعب الحبشة بالحراب بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقامت عائشة خلفه تنظر إليهم وتستتر به حتى ملت . ولأن فى هذا تعلماً للحرب فإنه من آلاته ، فأشبه المسابقة بالخيل والمناضلة وسائر اللعب ، إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فالأصل إباحته . فما كان منه فيه دناءة يترفع عنه ذوو المروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ، وما كان منه لا دناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال .

٨٤٠٢ (فصــــل فى الملاهى)

وهى على ثلاثة أضرب :

(محرم) وهو ضرب الأوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها ، فمن أدام استماعها ردت شهادته ، لأنه يروى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا ظهرت فى أمتى خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء[1] » فذكر منها إظهار المعازف والملاهى .

وقال سعيد : ثنا فرج بن فضالة عن على بن يزيد عن القاسم عن أبى أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله بعثنى رحمة للعالمين وأمرنى بمحق المعازف والمزامير ، لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام[2] » يعنى الضاربات .

وروى نافع قال : « سمع ابن عمر مزماراً قال : فوضع أصبعيه فى أذنيه ونأى عن الطريق وقال لى : يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال : فقلت : لا ، قال : فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبى صلى الله

---

(١) أخرجه الترمذى ج ٢ ص٣٣ عن على بن أبى طالب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا فعلت أمتى خمس عشرة خصلة حل بها البلاء ، فقيل: وما هن يا رسول الله ؟ قال : إذا كان المغنم دولا، والأمانة مغنما، والزكاة مغرما، وأطاع الرجل زوجته وعق أمه، وبر صديقه وجفا أباه، وارتفعت الأصوات فى المساجد، وكان زعيم القوم أرذلهم، وأكرم الرجل مخافة شره، وشربت الخمور، ولبس الحرير، واتخذت القينات والمعازف، ولعن آخر هذه الأمة أولها فليرتقبوا عند ذلك ريحاً حمراء أو خسفاً ومسخاً » قال الترمذى هذا حديث غريب لا نعرفه من حديث على بن أبى طالب إلا من هذا الوجه، ولا نعلم أحداً رواه عن يحى بن سعيد الأنصارى — أحد رجال سنده — غير الفرج بن فضالة، والفرج ابن فضالة قد تكلم فيه بعض أهل الحديث وضعفه من قبل حفظه وقد رواه عنه وكيع وغير واحد من الأئمة . (ف)

(٢) أخرج هذا الحديث الإمام أحمد فى مسنده ج ٥ ص ٢٥٧ وهو أطول مما هنا وفيه فرج بن فضالة الحمصى وقد سبق الكلام عنه فى الحديث السابق .(ف)

عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا » . رواه الخلال في جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود في سننه وقال : حديث منكر .[(١)]

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمار ، وقالوا لو كان حراماً لمنع النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر من سماعه ، ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ، ولأنكر على الزامر بها .

قلنا : أما الأول فلا يصح ، لأن المحرم استماعها دون سماعها،والاستماع غير السماع ، ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ، ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه ، وقال الله تعالى : (وإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْـهُ)[(٢)] ولم يقل سدوا آذانهم . والمستمع هو الذي يقصد السماع ، ولم يوجد هذا من ابن عمر ، وإنما وجد منه السماع ، ولأن بالنبي صلى الله عليه وسلم حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه ، لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه ، فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه ، فأبيح للحاجة .

وأما الإنكار ، فلعله كان في أول الهجرة حين لم يكن الإنكار واجباً ، أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفار وقلة أهل الإسلام .

فإن قيل : فهذا الخبر ضعيف ، فإن أبا داود رواه وقال : هو حديث منكر .

قلنا : قد رواه الخلال بإسناده من طريقين ، فلعل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين .

(وضرب مباح) وهو الدف ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم . وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح ، لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فإن كان في وليمة سكت ، وإن كان في غيرها عمد بالدرة .

ولنا : ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم «أن امرأة جاءته فقالت : إني نذرت إن رجعتَ من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أوفِ بنذركِ » رواه أبو داود . ولو كان مكروهاً لم يأمرها به وإن كان منذوراً .

وروت الربيع بنت معوذ قالت « دخل عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيحة بَنَى بِي ، فجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر إلى أن قالت إحداهن : وفينا نبي يعلم ما في غد ، فقال : دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين » متفق عليه .

---

(١) أنظر سنن أبي داود ج ٢ ص ٥٧٩ (ف) . (٢) سورة القصص آية ٥٥ .

وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال ، لأنه إنما كان يضرب به النساء و المخنثون المتشبهون بهن ، فنى ضرب الرجال به تشبه بالنساء ، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم المتشبهين من الرجال بالنساء .

فأما الضرب بالقضيب فمكروه إذا انضم إليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص ، وإن خلا عن ذلك كله لم يكره ، لأنه ليس بآلة ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهى. ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا .

٨٤٠٣ (فصـــــل)

واختلف أصحابنا فى الغناء ، فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته ، قال أبو بكر عبد العزيز : والغناء والنوح معنى واحد مباح ، ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن . وكان الخلال يحمل الكراهة من أحمد على الأفعال المذمومة لا على القول بعينه .

وروى عن أحمد أنه سمع عند ابنه صالح قوّالا فلم ينكر عليه . وقال له صالح : يا أبه أليس كنت تكره هذا ؟ فقال : إنه قيل لى إنهم يستعملون المنكر .

وممن ذهب إلى إباحته من غير كراهة سعد بن إبراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبرى ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كانت عندى جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال : مزمور الشيطان فى بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دعهما فإنها أيام عيد » متفق عليه .

وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : الغناء زاد الراكب ، واختار القاضى أنه مكروه غير محرم ، وهو قول الشافعى ، قال : هو من اللهو المكروه . وقال أحمد : الغناء ينبت النفاق فى القلب لا يعجبنى .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه ، قال أحمد فيمن مات وخلف ولداً يتيما وجارية مغنية : فاحتاج الصبى إلى بيعها: تباع ساذجة . قيل له : إنها تساوى مغنية ثلاثين ألفاً وتساوى ساذجة عشرين ديناراً ، قال: لا تباع إلا على أنها ساذجة .

واحتجوا على تحريمه بما روى عن ابن الحنفية فى قوله تعالى : (وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ)[1] قال : الغناء .

وقال ابن عباس وابن مسعود فى قوله : (وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ)[2] قال : هو الغناء .

وعن أبى أمامة « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن ، وأكل

(١) سورة الحج آية ٣٠ . (٢) سورة لقمان آية ٦ .

أثمانهن حرام » أخرجه الترمذى وقال : لا نعرفه إلا من حديث على بن يزيد ، وقال : تكلم فيه أهل العلم .

وروى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الغناء ينبت النفاق فى القلب »(١) والصحيح أنه من قول ابن مسعود .

وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتى له ، أو اتخذ غلاماً أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له ، لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مرءوة ، ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصرّ متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى .

وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء ، وإنما يترنم لنفسه ولا يغنى الناس ، أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له ، انبنى هذا على الخلاف فيه ، فمن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال : إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصغائر ، وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أنه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع . ومن كان يغشى بيوت الغناء ، أو يغشاه المغنون للسماع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته فى قولهم جميعاً ، لأنه سفه ودناءة ، وإن كان مستتراً به فهو كالمغنى لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه .

٨٤٠٤ (فصل)

وأما الحداء وهو الإنشاد الذى تساق به الإبل ، فمباح لا بأس به فى فعله واستماعه ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر ، وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال ، وكان أنجشة مع النساء ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لابن رواحة : حرك بالقوم ، فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فأعنقت(٢) الإبل ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لأنجشة : « رويدك(٣) رفقاً بالقوارير(٤) » يعنى النساء .

---

(١) أخرجه أبو داود فى سننه ج ٢ ص ٥٧٩ .(ف) .

(٢) أعنقت الإبل : سارت سيراً فسيحاً سريعاً (ف) .

(٣) رويدك : منصوب على الصفة لمصدر محذوف أى سق سوقاً رويداً ومعناه الأمر بالرفق بهن (ف) .

(٤) المراد بالقوارير النساء لضعف عزائمهن تشبيها بقارورة الزجاج لضعفها وإسراع الانكسار إليها . وقد أمره النبى صلى الله عليه وسلم بالرفق فى السير لأن الإبل إذا سمعت الحداء أسرعت فى المشى فأزعجت الراكب وأتعبته فنهاه عن ذلك لأن النساء يضعفن عن شدة الحركة ويخاف ضررهن وسقوطهن . والحديث أخرجه أحمد والبخارى ومسلم والنسائى عن أنس (ف).

وكذلك نشيد الأعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الإنشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء . وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره .

والغِناء من الصوت ممدود مكسور ، والغنى من المال مقصور ، والحُداء مضموم ممدود كالدعاء والرغاء ، ويجوز الكسر كالنداء والهجاء والغذاء .

٨٤٠٥ (فصل)

والشعر كالكلام ، حسنه كحسنه ، وقبيحه كقبيحه . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن من[1] الشعر لحكما » وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فيهجو من هجا رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ، وأنشده كعب بن زهير قصيدة * بانت سعاد فقلبي اليوم متبول[2] * في المسجد .

وقال له عمه العباس يارسول الله إني أريد أن أمتدحكَ ، فقال : قل لا يفضض الله فاك فأنشده :

من قبلها طبت في الظِّلَالِ وفي مُسْتَوْدَعٍ حيث يُخْصَفُ الْوَرَقُ[3]

وقال عمرو بن الشريد[4] : أردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أمعك من شعر أمية ؟ قلت :

---

(١) أخرجه أحمد وأبو داود عن ابن عباس ، وأخرجه البخاري عن أبيّ بن كعب .(ف)

(٢) كعب بن زهير قيل إنه هجا النبي صلى الله عليه وسلم فخشي أن يقتله الرسول صلى الله عليه وسلم بعد فتح مكة فمشى هائماً في الأرض على وجهه ثم قدم المدينة مستخفياً ثم دخل المسجد ووضع يده في يد النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله إن كعب بن زهير قد جاء ليستأمن منك تائباً مسلماً فهل أنت قابل منه إن أنا جئتك به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم . قال : أنا يا رسول الله كعب بن زهير . ثم أنشد قصيدته :

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول متيم إثرها لم يفد مكبول

ومعنى متبول : أسقمه الحب وأضناه — متيم : ذليل مستعبد . لم يفد : لم يخلص من الأسر بفدية — مكبول : مقيد (ف)

(٣) أخرج الطبراني بسنده عن خريم بن أوس قال: كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال له العباس بن عبد المطلب رحمه الله : يارسول الله إني أريد أن أمدحك، فقال له صلى الله عليه وسلم : هات لا يفضض الله فاك فأنشأ يقول :

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق

أنظر المواهب اللدنية ج ٣ ص ٨٣ ومجمع الزوائد ج ٨ ص ٢١٧ وفيه مجهولون . من قبلها : من قبل الولادة ، والظلال : ظلال الجنة ، والمستودع : المكان الذي كان به آدم وحواء في الجنة (ف).

(٤) هكذا في المغني — وهنا سقط — لأن عمرو بن الشريد تابعي كما في الخلاصة ص ٢٩٠ والصواب كما في صحيح مسلم ج ٤ ص ١٧٦٧ « عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال : ردفت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوماً فقال :هل معك من شعر أمية بن أبي الصلت شيئاً ؟قلت : نعم .قال : هيه . ثم أنشدته بيتاً فقال : هيه حتى أنشدته مائة بيت » و (هيه) قيل أصلها (إيه) وهي كلمة للاستزادة من الحديث المعهود (ف) .

نعم ، فأنشدته بيتاً ، فقال « هيه » فأنشدته بيتاً ، فقال « هيه » حتى أنشدته مائة قافية .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين[1] :

أنا النبيُّ لا كَذِب أنا ابن عبد المُطّلِب

وقد اختلف في هذا ، فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ،وقيل : بل هو شعر ولـكنه بيت واحـد قصير فهو كالنثر .

ويروى أن أبا الدرداء قيل له مامن أهل بيت في الأنصار إلا وقد قال الشعر ، قال وأنا قد قلت :

يُريدُ المرءُ أن يُعْطَى مُنَاه وَيَأبَى اللهُ إلاّ ما أرَادا

يَقُولُ المَرْءُ فائدتي ومَالِي وَتَقْوَى الله أفضَلُ ما استفادا

وليس في إباحة الشعر خلاف ، وقد قاله الصحابة والعلماء ، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به في التفسير وتعرف معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم ، ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب . ويقال : الشعر ديوان العرب .

فإن قيل: فقد قال الله تعالى (والشُّعَرَاء يَتَّبِعُهُمُ الْغَاوُونَ [2]) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لأن يَمْتَلِئ جَوْفُ أحَدِكُمْ قَيْحًا حتى يَرِيَهُ خَيْرٌ له من أن يَمْتَلِئ شِعْراً » رواه أبو داود وأبو عبيد[3] ، وقال :معنى يريه : يأكل جوفه ، يقال : وراه يريه . قال الشاعر :

وَرَاهُنَّ رَبِّي مِثْلَ ماقَدْ وَرَيْنَنِي وأحْمَى على أكْبَادِهِنَّ المَـكَاوِيا[4]

قلنا : أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب ، بدليل وصفه لهم بقوله : (ألَمْ تَرَ أنَّهُمْ فِي كُلِّ وَادٍ يَهِيمُونَ . وأنَّهُمْ يَقُولُونَ مَالاَ يَفْعَلُونَ)[5] ثم استثنى المؤمنين فقال (إلاّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَذَكَرُوا اللهَ كَثيراً)[6] ولأن الغالب على الشعراء قلة الدين والـكذب، وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء ، سيما من كان في ابتداء الإسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي صلى الله عليه وسلم ويعيب الإسلام ويمدح

---

(١) أخرجه البخاري عن البراء بن عازب (ف) .

(٢) سورة الشعراء آية ٢٢٤ .

(٣) ورواه أيضاً مسلم ج ٤ ص ١٧٦٩ (ف) .

(٤) قائله عبد بن الحسحاس يذكر النساء كما في لسان العرب ج ١٥ ص ٣٨٧ دعا عليهن بما يفسد جوفهن ويحرق أكبادهن . (ف)

(٥) سورة الشعراء آية ٢٢٥ ، ٢٢٦ (٦) سورة الشعراء آية ٢٢٧

الكفار ، فوقع القدم على الأغلب ، واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة . فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة .

وأما الخبر ، فقال أبو عبيد : معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه . وقيل : المراد به ما كان هجاء وفحشاً ، فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والقدح فى أعراضهم ، أو التشبب بامرأة بعينها والإفراط فى وصفها ، فذكر أصحابنا أنه محرم ، وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح ، وأما على راويه فلا يصح ، فإن المغازى تروى فيها قصائد الكفار الذين هجوا بها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكر ذلك أحد .

وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن فى الشعر الذى تقاولت به الشعراء[1] فى يوم بدر وأحد وغيرهما ، إلا قصيدة أمية بن أبى الصلت الحائية[2] ، وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم فى التشبيب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير .

---

(١) فى صحيح مسلم ج٤ص ١٩٣٥ عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اهجوا قريشاً فإنه أشد عليها من رشق بالنبل فأرسل إلى ابن رواحة فقال : اهجهم . فهجاهم فلم يرض فأرسل إلى كعب بن مالك ثم أرسل إلى حسان بن ثابت فلما دخل عليه قال حسان : قد آن لكم أن ترسلوا إلى هذا الأسد الضارب بذنبه ثم أدلع لسانه فجعل يحركه فقال والذى بعثك بالحق لأفرينهم بلسانى فرى الأديم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعجل فإن أبا بكر أعلم قريش بأنسابها وإن لى فيهم نسباً حتى يلخص لك نسبى فأتاه حسان ، ثم رجع فقال : يارسول الله قد لخص لى نسبك والذى بعثك بالحق لأسلنك منهم كما تسل الشعرة من العجين . قالت عائشة : فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لحسان « إن روح القدس لا يزال يؤيدك ما نافحت عن الله ورسوله » وقالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : هجاهم حسان فشفى واشتفى .

رشق : بفتح الراء وسكون الشين أى رمى — آن لكم : حان لكم — الضارب بذنبه : شبه نفسه بالأسد ولسانه بذنبه يضرب جنبيه كما فعل حسان بلسانه حين أدلعه أى أخرجه عن الشفتين — وحركه — لأفرينهم فرى الأديم : لأمزقن عرضهم تمزيق الجلد ، فشفى المؤمنين واشتفى بما ناله من أعراض الكافرين .

وعن عمار بن ياسر قال : لما هجانا المشركون شكونا ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قولوا لهم كما يقولون لكم . رواه أحمد والبزار بنحوه والطبرانى ورجاله ثقات . (ف) .

(٢) قصيدة أمية بن أبى الصلت الحائية أولها :

ألا بكيت على الكرا م بنى الكرام أولى الممادح

أنظر سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٣٢ (ف) .

وقد سمع النبى صلى الله عليه وسلم قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ، ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر .

وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم ، فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها ذكر أمه ، فقال النعمان دعوه فإنه لم يقل بأساً إنما قال(١).

وَعَمْرَةُ مِنْ سَرَوَاتِ النسا ء تَنفَحُ بالمِسْكِ أرْدَانُها

وكان عمران بن طلحة فى مجلس ، فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله ، فقال : دعوه فإن قائل هذا الشعر كان زوجها .

فأما الشاعر ، فمتى كان يهجو المسلمين ، أو يمدح بالكذب ،أو يقذف مسلماً أو مسلمة فإن شهادته ترد، وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره . وقد قيل : أعظم الناس ذنباً رجل يهاجى رجلا فيهجو القبيلة بأسرها . وقد روينا أن أبا دلامة شهد عند قاض أظنه ابن أبى ليلى فخاف أن يرد شهادته ، فقال :

إنِ النّاسُ غَطَّوْنِى تَغطّيْتُ عنهم وإن بَحَثُوا عَنّى فَفِيهِمْ مَبَاحِثُ

فقال القاضى : ومن يبحثك يا أبا دلامة ، وغرم المال من عنده ، ولم يظهر أنه رد شهادته .

٨٤٠٦ (فصـــــل)
فى قراءة القرآن بالألحان

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به ، وإن حسن صوته فهو أفضل ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « زينوا أصواتكم بالقرآن » وروى « زينوا القرآن بأصواتكم(٢) » « وقال : لقد أوتى أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود » .

---

(١) البيت فى لسان العرب ج ٤ ص ٦٠٦ وفى الإصابة ج٤ ص ٣٦٦ وفى الأغانى ج ١٦ ص ٣٣ ومعناه إن عمرة من النساء ذوات المجد والشرف طيبة الذكر وعاطرة السمعة. والخطيم والد قيس بالخاء المعجمة كما فى الأغانى ج ٣ ص ١ وقد سمى بذلك لضربة كانت خطمت أنفه . ومن هـذا يتبين خطأ نسخ المغنى حيث ذكرته (الحطيم) بالحاء المهملة (ف) .

(٢) حديث «زينوا القرآن بأصواتكم» أخرجه أحمد وأبوداود والنسائى وابن ماجة وابن حبان والحاكم من حديث البراء بن عازب قال الحافظ :وعلقه البخارى بالجزم ولابن حبان عن أبى هريرة وللبزار عن عبد الرحمن بن عوف وللحاكم من طريق أخرى عن البراء « زينوا أصواتكم بالقرآن »وهى فى الطبرانى من حديث ابن عباس — ورجح هذه الرواية الخطابى وفيه نظر لما رواه الدارمى والحاكم بلفظ « زينوا القرآن بأصواتكم فإن الصوت الحسن يزيد القرآن حسناً » فهذه الزيادة تؤيد معنى الرواية الأولى (ف) .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي موسى « لقد مررتُ بك البارحة وأنت تقرأ ، ولقد أوتيتَ مزماراً من مزامير آل داود . فقال أبو موسى : لو أعلم أنك تستمع لحبرته لك تحبيراً » [١].

وروى[٢] « أن عائشة رضى الله عنها أبطأت على النبي صلى الله عليه وسلم ليلة[٣] فقال : أين كنتِ يا عائشة ؟ فقالت: يا رسول الله كنت[٤] أستمع قراءة رجل فى المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته[٥]، فقام النبي صلى الله عليه وسلم فاستمع قراءته ثم قال : هذا سالم مولى أبي حذيفة ، الحمد لله الذى جعل فى أمتى مثل هذا » .

وقال صالح : قلت لأبى « زينوا القرآن بأصواتكم » ما معناه ؟ قال : أن يحسنه . وقيل له : ما معنى « من لم يتغن بالقرآن » قال : يرفع صوته به ، وهكذا قال الشافعى . وقال الليث : يتحزن به ، ويتخشع به ، ويتباكى به . وقال ابن عيينه وعمرو بن الحارث ووكيع : يستغنى به .

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه ، فإن لم يفرط فى التمطيط والمد وإشباع الحركات فلا بأس به ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد قرأ ورجع ورفع صوته . قال الراوى : لولا أن يجتمع الناس علىّ لحكيت لكم قراءته .

وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن[٦] » وقال : « ما أذن الله لشيء كإذنه لنبى حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجهر به [٧] » ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر :

فى سماع يأذن الشيخ له

---

(١) فى صحيح مسلم ج١ ص٥٤٦ عن أبى موسى قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو رأيتنى وأنا أستمع لقراءتك البارحة، لقد أوتيت مزماراً من مزامير آل داود » وجاء فى تيسير الوصول ج ٣ ص ٢٥١ عقبه : أخرجه الشيخان والترمذى وزاد فى رواية البرقانى عن مسلم « لو علمت والله يا رسول الله أنك تستمع لقراءتى لحبرته لك تحبيراً » التحبير : التحسين . أقول : رواه الطبرانى أيضاً كما فى مجمع الزوائد ج ٩ ص ٣٦٠ (ف) .

(٢) الحديث رواه ابن ماجة فى سننه ج ١ ص ٤٠٣ (ف) .

(٣) زاد ابن ماجة « بعد العشاء » (ف)

(٤) لفظ ابن ماجة « كنت أستمع قراءة رجل من أصحابك لم أسمع مثل قراءته وصوته من أحد » (ف) .

(٥) لفظ ابن ماجة « قالت : فقام وقمت معه حتى استمع له ثم التفت إلى فقال» . (ف)

(٦) أخرجه البخارى وأحمد من حديث أبى هريرة وأحمد وأبو داود وابن ماجة والحاكم وابن حبان من حديث سعد بن أبى وقاص (ف)

(٧) أخرجه البخارى ومسلم واللفظ له وأبو داود والنسائى عن أبى هريرة .

وقال القاضى : هو مكروه على كل حال ، ونحوه قول أبى عبيد ، وقال : معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أى يستغنى به . قال الشاعر[1] :

وكنت امرءاً زَمَنًا بالعراقْ عفيف المنـاخ كثير التَّغَنْ

قال : ولو كان من الغناء بالصوت لـكان من لم يغن بالقرآن ليس من النبى صلى الله عليه وسلم . وروى نحو هذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضى أحمد بن محمد البرتى : هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم : يتغنى بالقرآن : يجهر به ، وقيل : يحسن صوته به .

والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به ، لأنه لو كان مكروهاً لم يفعله النبى صلى الله عليه وسلم . ولا يصح حمله[2] على التغنى فى حديث « ما أذن الله لشىء كإذنه لنبى يتغنى بالقرآن » على الاستغناء ، لأن معنى أذن استمع ، وإنما تسمع القراءة ، ثم قال : يجهر به ، والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء . فأما إن أفرط فى المد والتمطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والـكسرة ياء كره ذلك . ومن أصحابنا من يحرمه لأنه يغير القرآن ، ويخرج الـكلمات عن وضعها ، ويجعل الحركات حروفاً .

وقد روينا عن أبى عبد الله أن رجلا سأله عن ذلك فقال له : ما اسمك ؟ قال : محمد ، قال : أيسرك أن يقال لك ياموحامد ؟ قال : لا. فقال : لا يعجبنى أن يتعلم الرجل الألحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبى موسى ، فقال له رجل : فيـكلمون ، فقال : لا كل ذا .

واتفق العلماء على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين . وروى بريدة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقرءوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن[3] » .

---

(١) الشاعر هو الأعشى والبيت فى لسان العرب ج ١٥ ص ١٣٦ وفى ديوانه ص ٢٥ ونصه فيهما :

وكنت أمرأ زمناً بالعراق عفيف المناخ طويل التغن

المناخ : محل الإقامة — التغن : هو التغنى أى الاستغناء وفى نسخ المغنى وفى الشرح الـكبير ٥٦/١٢ (كثير التغنى) والمروى ما أثبتناه (ف)

(٢) لعل الأوضح (ولا يصح حمل التغنى) ليستقيم الـكلام (ف) .

(٣) أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن بريدة . قال فى مجمع الزوائد : فيه اسماعيل بن سيف وهو ضعيف ج٧ص١٧٠ وفى فيض القدير ج ٢ ص ٦٢ «الحزن بالتحريك ترقيق الصوت والتخشع والتباكى . نزل بالحزن : أى نزل ناعياً على الـكافرين شناعة صفتهم .. ونيط بذلك الإنذار والوعيد بعذاب عظيم ... قال الغزالى : وجه اختيار الحزن مع القراءة أن يتأمل ما فيه من التهديد والوعيد والوثائق والعهود ثم يتأمل القارىء ما فيـه تقصيره من أوامره وزواجره فيحزن لذلك لامحالة فيبكى ويخشع فإن لم يحضره حزن فليبك على فقد الحزن فإن ذلك من أعظم المصائب» انتهى ملخصاً (ف) .

وقال المروذى : سمعت أبا عبد الله قال لرجل:لو قرأت ، وجعل أبو عبد الله ربما تغرغرت عينه . وقال زهير بن حرب : كنا عند يحيى القطان ، فجاء محمد بن سعيد الترمذى ، فقال له يحيى : اقرأ ، فقرأ ، فغشى على يحيى حتى حمل فأدخل . وقال محمد بن صالح العدوى : قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشى عليه حتى فاته خمس صلوات .

٨٤٠٧ (فصــــل)

ولا تقبل شهادة الطفيلى ، وهو الذى يأتى طعام الناس من غير دعوة ، وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأنه يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال[1] « من أتى إلى طعام لم يُدع إليه دخل سارقاً وخرج معيراً » ولأنه يأكل محرماً ، ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة ، فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصغائر .

٨٤٠٨ (فصــــل)

ومن سأل من غير أن تحل له المسألة ، فأكثر ، ردت شهادته ، لأنه فعل محرماً ، وأكل سحتاً ، وأتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل أصابته جائحة[2] فاجتاحت ماله ، فحلت له المسألة حتى يصيب قِوَاماً[3] من عيش ، أو سِدَاداً[4] من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجا[5] من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسالة حتى يصيب قِوَاماً من عيش ، أو سِدَاداً من عيش ، ورجل تحمل حَمَالة[6] ، فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، فما سوى ذلك من المسألة فهو سحت يأكله صاحبه[7] سحتاً يوم القيامة » رواه مسلم .

وأما السائل ممن تباح له المسألة فلا ترد شهادته بذلك ، إلا أن يكون أكثر عمره سائلا ، أو يكثر

---

(١) أخرجه أبوداود عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مغيراً» قال أبو داود ج٢ ص ٣٠٦ فيه (أبان بن طارق مجهول) ويلاحظ أنه ذكر فى المغنى وفى الشرح الكبير ج١٢ ص٥٧ (معيراً) بالعين المهملة والصواب (مغيراً) بالغين المعجمة أى ناهباً (ف).

(٢) جائحة : آفة تصيب الإنسان فى ماله (ف)

(٣) قواماً : بفتح القاف وكسرها أفصح هو ما يقوم به حال الإنسان من مال وغيره (ف) .

(٤) سداداً : بكسر السين المهملة ما يسد حاجة المحتاج ويكفيه (ف) .

(٥) الحجا : العقل (ف)

(٦) حمالة : بفتح الحاء المهملة : الدية يتحملها قوم من قوم ، وقيل : ما يتحمله المصلح بين فئتين فى ماله ليرتفع بينهم القتال والنزاع (ف)

(٧) السحت : الحرام — وحديث قبيصة فى مسلم ج١ ص ٧٢٢ وفيه اختلاف يسير فى اللفظ (ف)

ذلك منه فينبغى أن ترد شهادته ، لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة . ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته ، لأنه فعل جائز لا دناءة فيه ، وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لأنه مصرّ على الحرام .

٨٤٠٩ (فصــــل)

ومن فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه معتقداً إباحته لم ترد شهادته ، كالتزوج بغير ولى أو بغير شهود ، وآكل متروك التسمية ، وشارب يسير النبيذ ، نص عليه أحمد فى شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته ، وبهذا قال الشافعى . وقال مالك : ترد شهادته ، لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه ، فأشبه المتفق على تحريمه .

ولنا : أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يختلفون فى الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ، ولأنه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذى يوافقه عليه الحاكم ، وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به إذا تكرر . وقال أصحاب الشافعى : لا ترد شهادته به ، لأنه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله .

ولنا : أنه فعل يحرم على فاعله ، ويأثم به ، فأشبه المجمع على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله . وقد روى عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته ، وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور ، فأما من يعتقد أنه على التراخى ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا ، ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً [1] » وقال عمر : لقد هممت أن أنظر فى الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ، ثم قال : ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين .

٨٤١٠ ﴿ مســــألة ﴾

وقال ﴿ وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب فى الوصية فى السفر إذا لم يكن غيرهم ﴾ .

وجملته أنه إذا شهد بوصية المسافر الذى مات فى سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما إذا لم يوجد غيرهما ، ويستحلفان بعد العصر ما خانا ولا كتما ولا اشتريا به ثمناً ولو كان ذا قربى ، ولا نكتم شهادة الله إنا إذاً لمن الآثمين .

---

(١) عن على رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ملك زاداً وراحلة تبلغه إلى بيت الله ولم يحج فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً وذلك أن الله يقول فى كتابه (لله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) قال الترمذى ج ١ ص ١٥٥ « هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه وفى إسناده مقال » (ف).

قال ابن المنذر : وبهذا قال أكابر الماضين ، يعنى الآية التى فى سورة المائدة ، وممن قاله شريح والنخعى والأوزاعى ويحيى بن حمزة ، وقضى بذلك ابن مسعود وأبو موسى رضى الله عنهما .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى : لا تقبل ، لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل فى الوصية ، كالفاسق لا تقبل شهادته ، فالكافر أولى . واختلفوا فى تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال : المراد بقوله (من غيركم) أى من غير عشيرتكم ، ومنهم من قال : الشهادة فى الآية اليمين .

ولنا : قول الله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ)[1] الآية . وهذا نص الكتاب .

وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعدى بن زيد[2] فمات السهمى بأرض ليس بها مسلم ، فلما قدما بتركته فقدوا جَامَ[3] فضة مُخَوَّصاً بالذهب ، فأحلفهما رسولُ الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعَدِى ، فقام رجلان من أولياء السهمى فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وإن الجام لصاحبهم ، فنزلت فيهم (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ)[4] الآية .

وعن الشعبى « أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا[5] ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته ، فأشهد رجلين من أهل الكتاب ، فقدما الكوفة فأتيا الأشعرى فأخبراه وقدما بتركته ووصيته ، فقال الأشعرى : هذا أمر لم يكن بعد الذى كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأحلفهما بعد العصر[6]

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) فى نسخ المغنى والشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٦ (عدى بن زيد) لكن رواه البخارى فى كتاب الوصايا ج ٤ ص ١٦ وأبو داود ج ٢ ص ٢٧٦ والترمذى ج ٢ ص١٧٨ (عدى بن بداء) بالباء الموحدة بعدها دال مهملة مشددة ثم ألف بعدها همزة — وهذا هو الصواب (ف).

(٣) الجام : كأس وإناء ، مخوصاً : عليه صفائح من ذهب كخوص النخل (ف).

(٤) سورة المائدة آية ١٠٦

(٥) فى أبى داود ج ٢ ص ٢٧٦ (بدقوقاء) ممدوداً — ودقوقاء بلد بين بغداد وإربل (ف) :

(٦) فى أبى داود (بالله ما خانا) (ف) .

ماخانا ولا كذبا ولا بدّلا ولا كتما ولا غيّرا ، وأنها لوصية الرجل وتركته ، فأمضى شهادتهما » . رواها أبو داود فى سننه .

وروى الخلال حديث أبى موسى بإسناده ، وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح ، لأن الآية نزلت فى قضية عدى وتميم بلا خلاف بين المفسرين ، وقد فسرها بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبى وسليمان التيمى وغيرهم ، ودلت عليه الأحاديث التى رويناها ، ولأنه لوصح ما ذكروه لم تجب الأيمان ، لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم ، وحملها على التحمل لا يصح ، لأنه أمر بإحلافهم ولا أيمان فى التحمل ، وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ)(١) الآية ، ولأنه عطفها على ذوى العدل من المؤمنين وهما شاهدان .

وروى أبو عبيد فى الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك فى زمن عثمان . قال أحمد : أهل المدينة ليس عندهم حديث أبى موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت فى الكتاب والسنة ، فتعين المصير إليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه .

٨٤١١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا تجوز شهادتهم فى غير ذلك ﴾ .

مذهب أبى عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل فى شىء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا ، رواه عنه نحو من عشرين نفساً ، وممن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبى ليلى والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو ثور ، ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل ، وخطأه الخلال فى نقله هذا ، وكذلك صاحبه أبو بكر قال : هذا غلط لا شك فيه ، وقال ابن حامد : بل المسألة على روايتين ، وقال أبو حفص البرمكى : تقبل شهادة السبى بعضهم لبعض فى النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه ، والمذهب الأول ، والظاهر غلط من روى خلاف ذلك ، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ، ثم اختلفوا فمنهم من قال : الكفر كله ملة واحدة ، فتقبل شهادة اليهودى على النصرانى ، والنصرانى على اليهودى ، هذا قول حماد وسوار والثورى والبتى وأبى حنيفة وأصحابه ، وعن قتادة والحكم وأبى عبيد وإسحاق : تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ، ولا تقبل شهادة يهودى على نصرانى ، ولا نصرانى على يهودى ، وروى عن الزهرى والشعبى كقولنا وكقولهم ، واحتجوا بما روى عن جابر « أن النبى

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض » رواه ابن ماجة ، ولأن بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

ولنا : قول الله تعالى (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ[١]) ، وقال تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[٢]) ، والكافر ليس بذي عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ، ولأنه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربي ، والخبر يرويه مجالد وهو ضعيف ، وإن ثبت فيحتمل أنه أراد اليمين فإنها تسمى شهادة ، قال الله تعالى في اللعان (فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ[٣]) .

وأما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة ، وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين ، وجازت لموضع الحاجة ، فإن غير أهل دينهم لا يلي عليهم ، والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فإنها ممكنة من المسلمين ، وقد روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم .

٨٤١٢ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ولا تقبل شهادة خصم ولا جار إلى نفسه ولا دافع عنها ﴾ .

أما الخصم فهو نوعان :

أحدهما : كل من خاصم في حق لا تقبل شهادته فيه ، كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ، ولا الوصي فيما هو وصي فيه ، ولا الشريك فيما هو شريك فيه ، ولا المضارب بمال أو حق المضاربة ، ولو غصب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها ، وكذلك ما أشبه هذا لأنه خصم فيه ، فلم تقبل شهادته به كالمالك .

والثاني : العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي ، ويريد بالعداوة هاهنا العداوة الدنيوية ، مثل أن يشهد المقذوف على القاذف ، والمقطوع عليه الطريق على القاطع ، والمقتول وليه على القاتل ، والمجروح على الجارح ، والزوج يشهد على امرأته بالزنا ، فلا تقبل شهادته لأنه يقر على نفسه بعداوته لها لإفسادها فراشه .

فأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر ، أو المحق من أهل السنة يشهد على مبتدع ، فلا ترد شهادته لأن العدالة بالدين ، والدين يمنعه من ارتكاب محظور دينه . وقال أبو حنيفة : لا تمنع العداوة الشهادة ، لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة .

(١) سورة الطلاق آية ٢ . (٢) سورة البقرة آية ٢٨٢ . (٣) سورة النور آية ٦ .

ولنا : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا زان ولا زانية ، ولا ذى غمر على أخيه» رواه أبوداود . الغمر : الحقد ، ولأن العداوة تورث التهمة ، فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة ، وتخالف الصداقة ، فإن فى شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه ، وبيع آخرته بدنيا غيره ، وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفى من عدوه فافترقا .

فإن قيل : فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟

قلنا : العداوة هاهنا دينية ، والدين لا يقتضى شهادة الزور ، ولا أن يترك دينه بموجب دينه .

٨٤١٣ (فصل)

فإن شهد على رجل بحق ، فقذفه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك ، لأننا لو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من إبطال شهادة الشاهد بأن يقذفه .

ويفارق مالو طرأ الفسق بعد أداء الشهادة وقبل الحكم ، فإن رد الشهادة فيه لا يفضى إلى ذلك بل إلى عكسه ، ولأن طريان الفسق يورث تهمة فى حال أداء الشهادة ، لأن العادة إسراره ، فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حالة أدائها ، وها هنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه . وأما المحاكمة فى الأموال فليست بعدوة تمنع الشهادة فى غير ما حاكم فيه .

وأما قوله : ولا جارّ إلى نفسه ، فإن الجار إلى نفسه هو الذى ينتفع بشهادته ويجر إليه بها نفعاً ، كشهادة الغرماء للمفلس بدَين أو عين ، وشهادتهم للميت بدَين أو مال ، فإنه لو ثبت للمفلس أو الميت دَين أو مال تعلقت حقوقهم به .

ويفارق مالو شهد الغرماء لحى لا حجر عليه بمال ، فإن شهادتهم تقبل ، لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته .

فإن قيل : إذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة ، فإذا شهد له بمال ملكوا مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفعاً .

قلنا : لم تثبت المطالبة بشهادتهم ، إنما تثبت بيساره وإقراره لدعواه الحق الذى شهدوا به ، ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال ، لأنه قد يسرى الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ، ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ، ولا شهادة السيد لعبده المأذون له فى التجارة ولا لمكاتبه . قال القاضى : ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره ، وقال : نص عليه أحمد .

فإن قيل : فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه ، مع أنه إذا مات ورثه ، فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعاً ؟

قلنا : لا حق له فى ماله حين الشهادة ، وإنما يحتمل أن يتجدد له حق ، وهذا لا يمنع قبول الشهادة ، كما لو شهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها ، أو لغريم له بمال يحتمل أن يوفيه منه ، أو يفلس فيتعلق حقه به ، وإنما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة .

فإن قيل : فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق فى الحال ؟ فإن قلتم : قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق ، فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه ، بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث . قلنا : إنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح ، لأنه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء ، فيكون شاهداً لنفسه موجباً له بها حقاً ابتداء ، بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بمال ، فإنه إنما يجب للمشهود له، ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل ، فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه .

فإن قيل : فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله .

قلنا : إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء ، إنما تجب للقتيل أو لورثته ، ثم يستوفى الغريم منها ، فأشبهت الشهادة له بالمال .

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود ، أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم ، فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما ، لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية ، واحتمل أن لا تقبل ، لأنه يخاف أن يوسرا قبل الحلول فيحملا ، وكذلك الخلاف فى البعيد الذى لا يحمل لبعده ، فإنه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ، ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ، ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفعته ، لأنه يوفر الحق على نفسه ، ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم بإسقاط دَينه أو استيفائه ، ولا بعض من أوصى له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته ، إما لضيق الثلث عنهما ، أو لكون الوصيتين بعين ، فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه ، لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه .

وقد قال الزهرى : مضت السنة فى الإسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ، والظنين المتهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم ولا ظنين . وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفاً .

٨٤١٤ (فصـــل)

وإن شهد الشريك لشريكه فى غـير ما هو شريك فيه ، أو الوكيل لموكله فى غير ما هو وكيل فيه ، أوالعدو لعدوه ، أو الوارث لموروثه بمـال ، أو بالجرح بعد الاندمال ، أو شهد أحد الشفيعين بعدأن أسقط شفعته علىالآخر بإسقاط شفعته ، أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته ، أو كانت إحدى الوصيتين لا تزاحم الأخرى، ونحو ذلك مما لا تهمة فيه ، قُبلت ، لأنالمقتضى لقبول الشهادة متحقق ، والمانع منتف ، فوجب قبولها عملا بالمقتضى .

٨٤١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا تقبل شهادة من يعرف بـكثرة الغلط والغفلة ﴾

وجملته : أنه يعتبر فى الشاهد أن يـكون موثوقـاً بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ، ولذلك اعتبرنا العدالة ، ومن يـكثر غلطه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يـكون من غلطاته ، فربما شهد على غير من استشهد عليه ، أو لغير من شهد له ، أو بغير ما استشهد به ، وإذا كان مغفلا فربمـــا استزله الخصم بغير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ، ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة ، لأن أحداً لا يسلم من ذلك ، فلو منع ذلك الشهادة لا نسد بابها ، فاعتـبرنا الـكثرة فى المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصى فى الإخلال بالعدالة .

٨٤١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وتجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت ﴾ .

روى هذا عن على وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبى والزهرى ومالك وابن أبى ليلى وإسحاق وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة والشافعى : لا تقبل شهادته . وروى ذلك عن النخعى وأبى هاشم ، واختلف عن الحسن وإياس وابن أبى ليلى ، وأجاز الشافعى شهادته بالاستفاضة والترجمة ، وإذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ، ولم يجزها فى غير ذلك ، لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجـوز على الأقوال كالصبى ، ولأن الأصـوات تشتبه فلا يحصل اليقين ، فلم يجز أن يشهد بها كالخط .

ولنا : قوله تعالى (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِـكُمْ)[1] وسائر الآيات فى الشهادة ، ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير ، وفارق الصبى ، فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ،

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

ولأن السمع أحد الحواس التى يحصل بها اليقين ، وقد يكون المشهود عليه مَن ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقيناً ، فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين فى بعض الأحوال .

قال قتادة : للسمع قيافة كقيافة البصر ، ولهذا قال أصحاب الشافعى : تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة، ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدالتهما ، فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر .

ولا خلاف فى قبول روايته ، وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها ، وصحة قبوله النكاح ، وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وفارق الأفعال ، فإن مدركها الرؤية وهى غير ممكنة من الأعمى ، والأقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ، ويفارق الخط ، فإنه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجز أن يشهد بما كتب فيه ، إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً ، فإن جوز أن يكون صوت غيره لم يجز أن يشهد به ، كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه .

٨٤١٧ (فصــــل)

فإن تحمل الشهادة على فعل ثم عمى جاز أن يشهد به إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أصلا لأنه لا يجوز أن يكون حاكما .

ولنا : ما تقدم ، ولأن العمى فقد حاسة لا تخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم ، ويفارق الحكم فإنه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ، ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما ، فإن لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا فى أول المسألة .

وإن شهد عند الحاكم ثم عمى قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها ، وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم بها لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق .

ولنا : أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة لا يورث تهمة فى حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت ، وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة .

٨٤١٨ (فصــــل)

ولا تجوز شهادة الأخرس بحال، نص عليه أحمد رضى الله عنه فقال: لا تجوز شهادة الأخرس،قيل له: وإن

كتبها ؟ قال : لا أدرى . وهذا قول أصحاب الرأى . وقال مالك والشافعى وابن المنذر : تقبل إذا فهمت إشارته ، لأنها تقوم مقام نطقه فى أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وإيلائه فكذلك فى شهادته ، واستدل ابن المنذر بأن النبى صلى الله عليه وسلم « أشار وهو جالس فى الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا [1] » .

ولنا ، أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كإشارة الناطق ، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ، ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة ، وإنما اكتفى بإشارته فى أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة هاهنا ، ولهذا لم يجز أن يكون حاكما ، ولأن الحاكم لا يمضى حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر حكمه ، والشهد لا يشهد برؤية خطه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى .

وما استدل به ابن المنذر لا يصح ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته فى الصلاة ، ولو شهد الناطق بالإيماء والإشارة لم يصح إجماعاً ، فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام .

٨٤١٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال: ﴿ ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وإن سفل ، ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا ﴾ .

ظاهر المذهب : أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وإن سفل ، وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات . ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا ، وسواء فى ذلك الآباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما ، وبه قال شريح والحسن والشعبى والنخعى ومالك والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأى .

وروى عن أحمد رحمه الله رواية ثانية : تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له ، لأن مال الابن فى حكم مال الأب له أن يتملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجرُّ بها لنفسه نفعاً . قال النبى صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك [2] » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن أولادكم من أطيب كسبكم ، فكلوا من أموالهم » [3] ولا يوجد هذا فى شهادة الابن لأبيه .

---

(١) أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة ولفظ مسلم ج١ ص٣٠٩ «عن عائشة قالت : اشتكى رسول الله صلى الله عليه وسلم،فدخل عليه ناس من أصحابه يعودونه فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً فصلوا بصلاته قياماً، فأشار إليهم أن اجلسوا فجلسوا . فلما انصرف قال : إنما جعل الإمام ليؤتم به،فإذا ركع فاركعوا،وإذا رفع فارفعوا، وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً »(ف)

(٢) أخرجه ابن ماجة عن جابر . (ف)

(٣) أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجة عن عائشة . (ف)

وعنه رواية ثالثة : تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فى مالا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه ، لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة فى حقه. وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة .

وروى ذلك عن شريح ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ، ولأنه عدل تقبل شهادته فى غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبى .

ولنا : ما روى الزهرى عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا ذى غمر على أخيه ، ولا ظنين فى قرابة ولا ولاء » والظنين المتهم ، والأب يتهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ، ولأن بينهما بعضية ، فكأنه يشهد لنفسه ، ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة منى يريبنى ما رابها [1] » ولأنه متهم فى الشهادة لولده كتهمة العدو فى الشهادة على عدوه ، والخبر أخص من الآيات فتخص به .

٨٤٢٠ (فصـــــل)

فأما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل ، نص عليه أحمد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، ولم أجد عن أحمد فى الجامع فيه خلافاً ، وذلك لقول الله تعالى (كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ [2]) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ، ولأنها إنما ردت للتهمة فى إيصال النفع ، ولا تهمة فى شهادته عليه ، فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبى بل أولى ، فإن شهادته لنفسه لما ردت للتهمة فى إيصال النفع إلى نفسه كان إقراره عليه مقبولا . وحكى القاضى فى المجرد رواية أخرى : أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه ، لأن شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق .

وقال بعض الشافعية : لا تقبل شهادة الإبن على أبيه فى قصاص ولا حد قذف ، لأنه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك . والمذهب الأول لما ذكرنا ، ولأنه يتهم له ولا يتهم عليه ، فشهادته عليه أبلغ فى الصدق كإقراره على نفسه .

٨٤٢١ (فصـــــل)

وإن شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لها قبلت شهادتهما ، لأنه حق أمهما لا يزداد به ،

(١) أخرجه البخارى ومسلم والترمذى وأبو داود عن المسور بن مخرمة عندما أشيع رغبة على فى الزواج من بنت أبى جهل فاشتكت فاطمة لأبيها . والحديث فى تيسير الوصول ج ٤ ص ٢٣٧ (ف)

(٢) سورة النساء آية ١٣٥ .

وسـواء كان المشهود عليـه أباهما أو أجنبيًا . وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه .

٨٤٢٢ (فصــــــل)

وتجوز شهادة الرجل لأبيه من الرضاعة وأبيـه منها وسائر أقاربه منها ، لأنه لا نسب بينهما يوجب الإنفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه فى ماله بخلاف قرابة النسب .

٨٤٢٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ﴾

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة . لأن مال العبد لسيده ، فشهادته له شهادة لنفسه ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع[(1)] » ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ، ولا لأمته بطلاق ، لأن فى طلاق أمته تخليصها له ، وإباحة بضعها له ، وفى نـكاح العبد نفع له ، ونفع مال الإنسان نفع له . ولا تقبل شهادة العبد لسيده ، لأنه يتبسط فى مال سيده وينتفع به ، ويتصرف فيه ، وتجب نفقته منه ، ولا يقطع بسرقته ، فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه .

٨٤٢٤ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولا الزوج لامرأته ، ولا المرأة لزوجها ﴾

وبهذا قال الشافعى والنخعى ومالك وإسحاق وأبو حنيفة ، وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح والحسن والشافعى وأبو ثور ، لأنه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالإجارة ، وعن أحمد رواية أخرى : كقولهم ؛ وقال الثورى وابن أبى ليلى : تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لاتهمة فى حقه ، ولا تقبل شهادتها له ، لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمـال فهى متهمة لذلك .

ولنا : أن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب ، وينبسط فى ماله عادة ، فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ، ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ، ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها ، فـكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه ، فلم تقبل كشهادته لنفسه .

ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى (وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ)[(2)]

---

(١) أخرجه البخارى فى كتاب الشرب ج ٣ ص ١٥١ ومسلم ج٣ ص ١١٧٣ وأبو داود ج ٢ ص ٢٤٠ والترمذى ج ١ ص ٢٣٥ والنسائى ج ٧ ص ٢٩٧ وابن ماجة ج ٢ ص ٢٣ (ف) .

(٢) سورة الأحزاب آية ٣٣ .

وقال (لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ)(١) فأضاف البيوت إليهن تارة، وإلى النبي صلى الله عليه وسلم أخرى، وقال (لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ)(٢) .

وقال عمر للذى قال له إن غلامى سرق مرآة امرأتى : لاقطع عليه ، عبدكم سرق مالكم . ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها .

٨٤٢٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وشهادة الأخ لأخيه جائزة ﴾

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة . روى هذا عن ابن الزبير ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبى والنخعى والثورى ومالك والشافعى وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وحكى عن ابن المنذر عن الثورى أنه لا تقبل شهادة كل ذى رحم محرم . وعن مالك أنه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعاً إليه فى صلته وبره لأنه متهم فى حقه . وقال ابن المنذر : قال مالك : لا تجوز شهادة الأخ لأخيه فى النسب وتجوز فى الحقوق .

ولنا : عموم الآيات ، ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبى ، ولا يصح القياس على الوالد والولد ، لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الأخ .

٨٤٢٦ (فصـــل)

وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز ، فإن شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه كان تنبيهاً على شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى .

٨٤٢٧ (فصـــل)

وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه فى قول عامة العلماء ، إلا مالكا قال : لا تقبل شهادة الصديق الملاطف ، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً بها ، فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه .

ولنا : عموم أدلة الشهادة ، وما قاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الحجر ، وإن كان ربما قضاه دَينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى هاهنا بين الصديقين . فأما العداوة فسببها محظور ، وفى الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالفت الصداقة .

٨٤٢٨ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ وتجوز شهادة العبد فى كل شىء إلا فى الحدود ، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء ﴾ .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥٣ (٢) سورة الطلاق آية ١

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

أحدها : فى قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص ، فالمذهب أنها مقبولة . روى ذلك عن على وأنس رضى الله عنهما . قال أنس : ماعلمت أن أحداً رد شهادة العبد ، وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتى وأبو ثور وداود وابن المنذر؛ وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو عبيد : لاتقبل شهادته ، لأنه غير ذى مروءة ، ولأنها مبنية على الـكمال لاتتبعض ، فلم يدخل فيها العبد كالميراث ؛ وقال الشعبى والنخعى والحـكم : تقبل فى الشىء اليسير .

ولنا: عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها ، فإنه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية. وروى عقبة بن الحارث قال: « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتـكما ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه . وفى رواية أبى داود فقلت يا رسول الله إنها لـكاذبة ، قال « وما يدريك وقد قالت ما قالت، دعها عنك » .

ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر . ولا نسلم أنه غير ذى مروءة ، فإنه كالحر ينقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له ، وقد يكون منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأتقياء .

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال : أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب[1] وكان منهم زياد بن أبى زياد[2] مولى ابن عباس من العلماء الزهاد ، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه. ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء الثقات . وكثير من العلماء الموالى كانوا عبيداً أو أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية ، والحرية لا تغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ، ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ، ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ، فإن الميراث خلافة للموروث فى ماله وحقوقه ، والعبد لا تمـكنه الخلافة ، لأن ما يصير إليه يملـكه سيده فلا يمـكن أن يخلف فيـه ، ولأن الميراث يقتضى التمليك والعبد لا يملك . ومبنى الشهادة على العدالة التى هى مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك، فوجب أن تقبل شهادته .

---

(١) هو عبد العزيز بن صهيب البنانى مولاهم البصرى ثقة مات سنة ثلاثين ومائة . (ف)

(٢) هو زياد بن أبى زياد ميسرة المخزومى مولاهم المدنى عن مولاه عبد الله بن عياش بن عباس ، وهو ثقة عابد مات سنة خمس وثلاثـين ومائة راجع الخلاصة ص ١٢٤ ، ٢٠٩ والتقريب ج ١ ص ٢٦٧ ، ٤٣٩ ومما نقلناه يتبين مافى المغنى من سقط فى قوله(مولى ابن عباس) والصواب (مولى ابن عياش بن عباس) ويتبين أيضاً مافى الشرح الـكبير ج ١٢ ص ٦٦ من سقط فى قـــوله (وكان منهم زياد بن أبى عياش) والصواب (زياد بن أبى زياد مولى عبد الله عياش بن عباس). (ف) .

الفصل الثانى : أن شهادته لا تقبل فى الحد ، وفى القصاص احتمالان :

أحدهما : تقبل شهادته فيه ، لأنه حق آدمى لا يصح الرجوع عن الإقرار به فأشبه الأموال .

والثانى : لا تقبل لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد . وذكر الشريف وأبو الخطاب فى العقوبات كلها من الحدود والقصاص روايتين :

إحداهما : تقبل لما ذكرنا ، ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر .

والثانية : لا تقبل ، وهو ظاهر المذهب ، لأن الاختلاف فى قبول شهادته فى الأموال نقص وشبهة ، فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ، ولأنه ناقص الحال فلم تقبل شهادته فى الحد والقصاص كالمرأة .

الفصل الثالث : شهادة الأمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء . لأن النساء لا تقبل شهادتهن فى الحدود والقصاص ، وإنما تقبل فى المال أو سببه ، والأمة كالحرة فيما عداهما فساوتهن فى الشهادة ، وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث .

٨٤٢٩ (فصـــــل)

وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا لأن الرق فيهم ، وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « لا تجوز شهادة المكاتب » ، وبه قال عطاء والشعبى والنخعى .

ولنا : ماذكرناه فى العبد . وإذا ثبت الحكم فى القن ففى هؤلاء أولى لأنهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم .

٨٤٣٠ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وشهادة ولد الزنا جائزة فى الزنا وغيره ﴾ .

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء والحسن والشعبى والزهرى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال مالك والليث : لا تجوز شهادته فى الزنا وحده لأنه متهم ، فإن العادة فيمن فعل قبيحاً أنه يحب أن يكون له نظراء . وحكى عن عثمان أنه قال : ودت الزانية أن النساء كلهن زنين .

ولنا : عموم الآيات وأنه عدل مقبول الشهادة فى غير الزنا فقُبل فى الزنا كغيره ، ومن قبلت شهادته فى القتل قبلت فى الزنا كولد الرشدة .

قال ابن المنذر : وما احتجوا به غلط من وجوه :

أحدها : أن ولد الزنا لم يفعل فعلا قبيحاً يحب أن يكون له نظراء فيه .

والثانى : أنى لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه ، وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتاً عنه ، وغير جائز أن يطلق عثمان كلاماً بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره .

الثالث : أن الزاني لو تاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح ، فإذا قبلت شهادته مع ما ذكروه فغيره أولى ، فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما لزمه ، وما يتعدى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه ، مع أن ولده لا يلزمه شيء من وزره لقول الله تعالى (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى[1]) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً .

٨٤٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا تاب القاذف قبلت شهادته ﴾

وجملته : أن القاذف إن كان زوجاً فحقق قذفه ببينة أو لعان ، أو كان أجنبياً فحققه بالبينة أو بإقرار المقذوف ، لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة ، وإن لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ[2]) فإن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا. وروى ذلك عن عمر وأبي الدرداء وابن عباس ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبد الله بن عتبة وجعفر بن أبي ثابت وأبو الزناد ومالك والشافعي والبتي وإسحاق وأبو عبيد وابن المنذر ، وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة . وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأي : لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب . وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب ، فالخلاف معه في فصلين :

أحدهما : أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه ، وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد .

والثاني : أنه إذا تاب قبلت شهادته وإن جلد. وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى : (وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً[3]) وروى ابن ماجة بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الإسلام[4] » واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق .

---

(١) سورة الإسراء آية ١٥ (٢) سورة النور آية ٤ (٣) سورة النور آية ٤

(٤) وأخرج الترمذي أيضاً ج ٢ ص ٤٨ بسنده عن عائشة قلت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة،ولا ذي غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع بأهل البيت لهم،ولا ظنين في ولاء ولا قرابة» قال الفزاري — أحد رواة الحديث — القانع التابع ا ه .

لا تجوز شهادة صاحب غمر لأخيه يعني صاحب عداوة، والحديث مطعون فيه كما في الترمذي وكما في حاشية السندي على ابن ماجة ج ٢ ص ٦٥ (ف)

ولنا فى الفصل الأول : إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فإنه يروى عن عمر رضى الله عنه أنه كان يقول لأبى بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة : تب أقبل شهادتك ، ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً . قال سعيد بن المسيب : شهد على المغيرة ثلاثة رجال : أبو بَكرَةَ ونافع بن الحارث وشِبْلُ بنُ مَعْبَد ، ونكل زياد ، فجلد عمر الثلاثة وقال لهم: توبوا تقبل شهادتكم ، فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما، وأبى أبو بَكرَةَ فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ، ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا . يحققه أن الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التى حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته ، فهذا أولى .

وأما الآية فهى حجة لنا ، فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى :(إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا[1]) والاستثناء من النفى إثبات فيكون تقديره : (إلاّ الَّذِينَ تَابُوا[2]) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين .

فإن قالوا : إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التى تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد .

قلنا : بل يعود إليه أيضاً ، لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهى للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا مامنع منه مانع ، ولهذا لما قال النبى صلى الله عليه وسلم «لا يَؤُمَّنَّ الرجلُ الرجلَ فى بيته، ولا يجلسْ على تَكرِمَتِهِ إلا بإذنه[3]»عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ، ولأن الاستثناء يغاير ما قبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط ، فإنه لو قال : امرأته طالق وعبده حر إن لم يقم عاد الشرط إليهما كذا الاستثناء ، بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى، لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم . والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة ، فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل ، وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف[4] . قال ابن عبد البر : لم يرفعه مَنْ رِوايَتُهُ حُجَّةٌ ، وقد روى من غير طريقه ، ولم تذكر فيه

---

(١) و (٢) سورة النور آية ٥ .

(٣) أخرجه مسلم عن أبى مسعود عقبة بن عمرو ونصه ج ١ ص٤٦٥ قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله، فإن كانوا فى القراءة سواء فأعلمهم بالسنة،فإن كانوا فى السنة سواء فأقدمهم هجرة،فإن كانوا فى الهجرة سواء فأقدمهم سلماً (أى إسلاماً) ولا يؤمن الرجل الرجل فى سلطانه، ولا يقعد فى بيته على تكرمته إلا بإذنه » قال الأشج — أحد رواة الحديث — (مكان سلماً) : سناً . ومفاد الحديث أن صاحب البيت والمجلس وإمام المسجد أحق من غيره لأنه موضع سلطته . والتكرمة : مايختص به صاحب المنزل من فراش أو وسادة أو سرير ونحوه . (ف) .

(٤) قال فى الزوائد : فى إسناده حجاج بن أرطأة مدلس وقد رواه بالعنعنة . (ف) .

هذه الزيادة ، فدل ذلك على أنها من غلطه ، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود فى غير القذف بعد توبته ، ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تائب سوى هذا .

وأما الفصل الثانى : فدليلنا فيه الآية ، فإنه رتب على رمى المحصنات ثلاثة أشياء : إيجاب الجلد ، ورد الشهادة ، والفسق ، فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمى الذى لم يمكنه تحقيقه كالجلد ، ولأن الرمى هو المعصية ، والذنب الذى يستحق به العقوبة ، وتثبت به المعصيةُ الموجِبةُ لردِّ الشهادةِ ، والحدُّ كَفَّارَةٌ وَتَطْهِيرٌ فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعاً به ، وتخلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر .

وقولهم : إنما يتحقق بالجلد لا يصح ، لأن الجلد حكم القذف الذى تعذر تحقيقه ، فلا يستوفى قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده ؟ هذا باطل .

٨٤٣٢ (فصـــــل)

والقاذف فى الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب ، والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته . وحكى عن الشافعى أن شهادته لا ترد .

ولنا : أن عمر لم يقبل شهادة أبى بكر : وقال له تب أقبل شهادتك . وروايته مقبولة ، ولا نعلم خلافاً فى قبول رواية أبى بكرة مع رد عمر شهادته

٨٤٣٣ ﴿ مســـــألة ﴾

قال: ﴿ وتوبته أن يكذب نفسه ﴾

ظاهر كلام أحمد والخرقى أن توبة القاذف إكذاب نفسه ، فيقول : كذبت فيما قلت ، وهذا منصوص الشافعى واختيار الاصطخرى من أصحابه ، قال ابن عبد البر : وممن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى قوله تعالى : (إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ[1]) قال : توبته إكذاب نفسه ، ولأن عرض المقذوف تلوث بقذفه ، فإكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة به .

وذكر القاضى أن القذف إن كان سبًّا فالتوبة منه إكذاب نفسه ، وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول : القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى، قال: وهو المذهب لأنه قد يكون صادقاً فلا يؤمر بالكذب ، والخبر محمول على الإقرار بالبطلان لأنه نوع إكذاب .

---

(١) سورة النور آية ٥

والأولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والإقرار ببطلان ما قاله وتحريمه وأنه لا يعود إلى مثله . وإن لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة أو سب ، لأنه قد يكون كاذباً فى الشهادة صادقاً فى السب .

ووجه الأول أن الله تعالى سمى القاذف كاذباً إذا لم يأت بأربعة شهداء على الإطلاق بقوله سبحانه : (وَلَوْلاَ جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء ، فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ[1]) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى أنه كاذب فى حكم الله وإن كان فى نفس الأمر صادقاً .

٨٤٣٤ (فصـــل)

وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته ، بدليل قوله تعالى (وَالَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَمَنْ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلاَّ اللهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ * أُولَئِكَ جَزَاؤُهُمْ مَغْفِرَةٌ مِنْ رَبِّهِمْ[2]) الآية . وقال (وَمَنْ يَعْمَلْ سُوءاً أَوْ يَظْلِمْ نَفْسَهُ ثُمَّ يَسْتَغْفِرِ اللهَ يَجِدِ اللهَ غَفُوراً رَحِيماً[3]) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقال عمر رضى الله عنه « بقية عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه ما فات ، ويحيى فيه ما أمات ، ويبدل الله سيئاته حسنات[4] » .

والتوبة على ضربين : باطنة وحكمية .

فأما الباطنة : فهى ما بينه وبين ربه تعالى ، فإن كانت المعصية لا توجب حقاً عليه فى الحكم ، كقبلة أجنبية أو الخلوة بها ، وشرب مسكر ، أو كذب ، فالتوبة منه الندم والعزم على أن لا يعود . وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الندم توبة[5] » وقيل : التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء : الندم بالقلب ، والاستغفار باللسان ، وإضمار أن لا يعود ، ومجانبة خلطاء السوء .

وإن كانت توجب عليه حقاً لله تعالى أو لآدمى ، كمنع الزكاة ، والغصب ، فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه ، بأن يؤدى الزكاة ، ويرد المغصوب أو مثله إن كان مثلياً وإلا قيمته . وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه .

فإن كان عليه فيها حق فى البدن ، فإن كان حقاً لآدمى كالقصاص وحد القذف اشترط فى التوبة

---

(١) سورة النور آية ١٣ (٢) سورة آل عمران آية ١٣٥ ، ١٣٦ (٣) سورة النساء آية ١١٠

(٤) فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٨ (بقية عمر المرء) وفى المغنى هنا (المؤمن) بدل (المرء) (ف) .

(٥) الندم توبة أخرجه أحمد وابن ماجة والحاكم عن ابن مسعود (ف) .

التمكين من نفسه وبذلها للمستحق ، وإن كان حقاً لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته أيضاً بالندم والعزم على ترك العود ، ولا يشترط الإقرار به . فإن كان ذلك لم يشتهر عنه ، فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى ، فإنه من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد[1] » فإن الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبى صلى الله عليه وسلم ذلك .

وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضى أن الأولى الإقرار به ليقام عليه الحد ، لأنه إذا كان مشهوراً فلا فائدة فى ترك إقامة الحد عليه . والصحيح أن ترك الإقرار أولى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار ، فعرض لماعز[2] وللمقر[3] عنده بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه بإقراره ، وكره الإقرار حتى إنه قيل لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رماداً ، ولم يرد الأمر بالإقرار ولا الحث عليه فى كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس ، إنما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الإقرار ، وقال لهزال وكان هو الذى أمر ماعزاً بالإقرار « يا هزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك »[4] .

وقال أصحاب الشافعى : توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد ، وليس بصحيح لما ذكرنا ، ولأن التوبة توجد حقيقتها بدون الإقرار ، وهى تجب ما قبلها كما ورد فى الأخبار مع مادلت عليه الآيات فى مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الإصرار .

وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها ، والرجوع عنها ، واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها .

---

(١) أخرجه مالك عن زيد بن أسلم مرسلا ج ٢ ص ١٦٩ وأخرجه الحاكم عن ابن عمر (ف)

(٢) عن ابن عباس قال : لما أتى ماعز بن مالك النبى صلى الله عليه وسلم قال له : لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت ؟ قال : لا يارسول الله. قال : أفنكتها لا يكنى ؟ قال : نعم ، فعند ذلك أمر برجمه . رواه أحمد والبخارى وأبو داود (ف)

(٣) عن أبى أمية المخزومى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بلص فاعترف اعترافاً ولم يوجد معه المتاع ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم :ما إخالك سرقت ؟ قال : بلى . مرتين أو ثلاثاً. قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:اقطعوه ثم جيئوا به . قال : فقطعوه ثم جاءوا به ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل : أستغفر الله وأتوب إليه ، فقال : أستغفر الله وأتوب إليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم تب عليه . رواه أحمد وأبو داود (ف)

(٤) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٤٤٦ وأحمد ج ٥ ص ٢١٧ والحاكم عن نعيم بن هزال فى قصة ماعز بعد أن وطىء جارية هزال فطلب منه أن يعرض أمره على الرسول صلى الله عليه وسلم خدعة منه، فلما ذهب ماعز ورجم قال الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك لهزال (ف)

٨٤٣٥ (فصـــل)

ظاهر كلام أحمد والخرقى أنه لا يعتبر فى ثبوت أحـكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولايته فى النـكاح إصلاح العمل ، وهو أحد القولين للشافعى ، وفى القول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ، ولم يكمل عدد الشهود ، فإنه يكفى مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح ، وما عداه فلا تـكفى التوبة حتى تمضى عليه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها صلاحه . وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد ، لأن الله تعالى قال (إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا)[١] وهذا نص فإنه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح ، ولأن عمر رضى الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة .

ولنا : قوله عليه السلام « التوبة تجبّ ما قبلها » وقوله « التائب من الذنب كمن لا ذنب له[٢] » ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فـكذلك الأحكام ، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب كلها فما دونه أولى .

فأما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ، ودليل ذلك : قول عمر لأبى بكرة « تب أقبل شهادتك » ولم يعتبر أمراً آخر ، ولأن من كان غاصباً فرد ما فى يديه ، أو مانعاً للزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الإصلاح ، وعلم نزوعه عن معصيته بأداء ما عليه ، ولولم يُرِد التوبة ما أدى ما فى يديه ، ولأن تقييده بالسَّنَة تحـكم لم يرد الشرع به ، والتقدير إنما يثبت بالتوقيف ، وما ورد عن عمر فى حق صبيغ[٣] إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران ، فيحتمل أنه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسألتنا .

وقد ذكر القاضى أن التائب من البدعة يعتبر له مضى سنة لحديث صبيغ رواه أحمد فى الورع قال : ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ، ويوالى من كان يعاديه من أهل السنة . والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تـكون التوبة بفعل يشبه الإكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن إكراه . وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية : تب أقبل شهادتك .

---

(١) سورة النور آية ٥

(٢) « التائب من الذنب كمن لاذنب له » أخرجه ابن ماجة عن ابن مسعود ،وأخرجه الطبرانى وأبو نعيم فى الحلية عن أبى سعيد (ف) .

(٣) كان صبيغ بن عسل يسأل عن المتشابه فضربه عمر بعراجين النخل حتى دمى رأسه فقـــال : حسبك يا أمير المؤمنين قد ذهب الذى كنت أجده فى رأسى، فنفاه إلى البصرة حتى صلح حاله . (ف)

قال مالك : لا أعرف هذا ، قال الشافعى : وكيف لا يعرفه وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالتوبة ، وقاله عمر لأبى بكرة ؟

٨٤٣٦ ﴿مســـألة﴾

قال: (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل ، وردت عليه لم تقبل منه فى حال عدالته) .

وجملته : أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق فرد شهادته لفسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها . وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور والمزنى وداود : تقبل . قال ابن المنذر : والنظر يدل على هذا لأنها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه .

ولنا : أنه متهم فى أدائها لأنه يعيّر بردها ، ولحقته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به ، وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار ، فتلحقه التّهمة فى أنه قصد إظهار العدالة وإعادة الشهادة لتقبل ، فيزول ماحصل بردها ، ولأن الفسق يخفى فيحتاج فى معرفته إلى بحث واجتهاد ، فعند ذلك نقول : شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد ، لأن ذلك يؤدى إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد . وفارق ما إذا ردت شهادة كافر لكفره ، أو صبى لصغره ، أو عبد لرقه ، ثم أسلم الكافر ، وبلغ الصبى ، وعتق العبد ، وأعادوا تلك الشهادة ، فإنها لا ترد ، لأنها لم تردّ أولا بالاجتهاد ، وإنما ردت باليقين ، ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتّهم فى أنه فعلهما لتقبل شهادته . والكافر لا يرى كفره عاراً ، ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه .

وقد روى عن النخعى والزهرى وقتادة وأبى الزناد ومالك أنها ترد أيضاً فى حق من أسلم وبلغ . وعن أحمد رواية أخرى كذلك ، لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً . وقد ذكرنا مايقتضى فرقاً بينهما فيفرقان ، وروى عن أحمد فى العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان ، وقد ذكرنا أن الأولى أن شهادته تقبل . لأن العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق .

٨٤٣٧ (فصـــــــل)

وإن شهد السيد لمكاتبه ، فردّت شهادته ، أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال ، فردّت شهادته ، ثم عتق المكاتب ، وبرأ الجرح ، وأعادوا تلك الشهادة ففى قبولها وجهان :

أحدهما : تقبل ؛ لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصِّبا بالبلوغ ، ولأن ردها بسبب لا عار فيه ، فلا يتّهم فى قصد نفى العار بإعادتها بخلاف الفسق .

والثانى : لا تقبل ؛ لأنه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده . والأول أشبه بالصحة ، فإن الأصل قبول شهادة العدل ما لم يمنع منه مانع . ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من

الفرق . ويخرج على هذا كل شهادة مردودة ، إما للتهمة أو لعدم الأهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الأهلية ، فهل تقبل ؟ على وجهين .

٨٤٣٨ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ وإن كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت منه ﴾ .

وذلك لأن التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الإسلام ، لأنه لا تهمة في ذلك ، وإنما يعتبر ذلك في الأداء ، فإذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه ، وهكذا الصبي والكافر إذا شهد بعد الإسلام والبلوغ قبلت . وكذلك الرواية ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن[١] ، والحسين[٢] ، وابن عباس[٣] ، والنعمان ابن بشير[٤] ، وابن الزبير[٥] ، وابن جعفر[٦] ، والشهادة في معنى الرواية ، ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة .

---

(١) الحسن هو ابن علي بن أبي طالب وابن فاطمة بنت النبي صلى الله عليه وسلم، ولد في نصف شهر رمضان سنة ثلاث من الهجرة ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث حفظها عنه وقد روى له في السنن الأربعة، مات مسموماً سنة تسع وأربعين أو خمسين (ف) .

(٢) الحسين بن علي بن أبي طالب شقيق الحسن ، ولد في رواية في شعبان سنة أربع . قال جعفر بن محمد: لم يكن بين الحمل بالحسين بعد ولادة الحسن إلا طهر واحد ، وقد روى أحاديث أخرجها له أصحاب السنن . استشهد بكربلاء يوم عاشوراء سنة إحدى وستين (ف) .

(٣) عبد الله بن عباس ، وعبد الله ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم،وقد ولد قبل الهجرة بثلاث سنين دعا له النبي صلى الله عليه وسلم فقال : اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل، وهو من المكثرين في الرواية الذين رووا فوق الألف . مات بالطائف سنة ثمان وستين وصلى عليه محمد بن الحنفية (ف)

(٤) النعمان بن بشير الأنصاري الخزرجي أول مولود للأنصار بعد الهجرة، له مائة وأربعة وعشرون حديثاً، اتفق البخاري ومسلم على خمسة، وانفرد البخاري بحديث،وانفرد مسلم بأربعة. قتل بالشام يوم راهط سنة ٦٤ كما في الخلاصة ٤٠٢ (ف)

(٥) عبد الله بن الزبير بن العوام أول مولود للمسلمين بعد الهجرة وحفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو صغير . اتفق البخاري ومسلم على حديث ، وانفرد البخاري بستة ، وانفرد مسلم بحديثين . قتل بمكة سنة ثلاث وسبعين (ف)

(٦) عبد الله بن جعفر أول من ولد بأرض الحبشة من المسلمين . قال ابن حبان: كان يقال له قطب السخاء، كان له عند موت النبي صلى الله عليه وسلم عشر سنين،وأمه أسماء بنت عميس الخثعمية أخت ميمونة بنت الحارث أم المؤمنين لأمها، وقد تزوجت أمه بعد وفاة أبيه أبا بكر الصديق ثم علياً. مات سنة ثمانين عام الجحاف وهو سيل كان ببطن مكة جحف الحاج وذهب بالإبل وعليها الحمولة (ف)

٨٤٣٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه ما لا تجوزُ شهادتُه معه لم يحكم بها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشاهدين إذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تقبل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا أو كفرا لم يحكم بشهادتهما ، وبهذا قال أبو يوسف والشافعى . وقال أبو ثور والمزنى : يحكم بها لأن بقاء أهلية الشهادة ليس شرطاً فى الحكم بدليل ما لو ماتا ، ولأن فسقهما تجدد بعد أداء الشهادة فأشبه ما لو تجدد بعد الحكم بها . ووجه ذلك من طريقين :

أحدهما : أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها إلى حين الحكم ، لأن الشروط لابد من وجودها فى المشروط ، وإذ فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم .

والثانى : أن ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لأن العادة أن الإنسان يُسِرُّ الفسق ويظهر العدالة ، والزنديق يُسِرُّ كُفْرَه ويظهر إسلامه ، فلا نأمن كونه كافراً أو فاسقاً حين أداء الشهادة ، فلم يجز الحكم بها مع الشك فيها . فأما إن حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم يُنْقَضْ ، لأن الحكم وُقع صحيحاً لاستمرار شرطه إلى انتهائه ، ولأنه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض بالشك ، كما لو رجع عن الشهادة ، وكما لو صلى بالتيمم ثم وجد الماء ، لكن إن كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حداً لله تعالى لم يجز استيفاؤه بالشبهات لأنه يدرأ وهذا شبهة فيه ، فأشبه ما لو رجع عن الإقرار به قبل استيفائه ، وإن كان مالاً استوفى ، لأن الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بأمر ظاهر الصحة فلايبطل بأمر محتمل ، ولذلك لم يبطل رجوعه عن إقراره . وإن كان حد قذف أو قصاصاً احتمل وجهين :

أحدهما : يستوفى ، وهذا قول أبى حنيفة ، لأنه حق آدمى مطالب به أشبه المال .

والثانى : لا يستوفى ، وهو قول محمد ، لأنه عقوبة على البدن تدرأ بالشبهات أشبه الحد . وللشافعى وجهان كهذين ، وأما ما حدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر فى حد ولاحق ، لأن الحق استوفى بما ظاهره الصحة وسوّغ الشرع استيفاءه ، فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كما لو لم يظهر شىء .

٨٤٤٠ (فصـــل)

فأما إن أدّيا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم الحاكم بشهادتهما ، سواء ثبتت عدالتهما فى حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً أو غيره ، وكذلك إن جنوا أو أغمى عليهم ، وبهذا قال الشافعى ، لأن الموت لا يؤثر فى شهادته ولا يدل على الكذب فيها ، ولا يحتمل أن يكون موجوداً حال أداء الشهادة ، والجنون والإغماء فى معناه بخلاف الفسق والكفر .

٨٤٤١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة فى كل شىء ، إلا فى الحدود إذا كان الشاهد الأول ميتاً أو غائباً ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة :

أحدها : فى جوازها .

والثانى : فى موضعها .

والثالث : فى شرطها .

أما الأول: فإن الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى . قال أبو عبيد : أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة فى الأموال ، ولأن الحاجة داعية إليها ، فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده ، وفى ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة ، فوجب أن تقبل كشهادة الأصل .

الفصل الثانى : أنها تقبل فى الأموال وما يقصد به المال بإجماع كما ذكر أبو عبيد ، ولا تقبل فى حد ، وهذا قول النخعى والشعبى وأبى حنيفة وأصحابه . وقال مالك والشافعى فى قول وأبو ثور : تقبل فى الحدود وكل حق ، لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل ، فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال .

ولنا : أن الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار ، والشهادة على الشهادة فيها شبهة ، فإنها يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والـكذب فى شهود الفرع مع احتمال ذلك فى شهود الأصل ، وهذا احتمال زائد لا يوجد فى شهادة الأصل وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل ، فوجب أن لا تقبل فيما يندرىء بالشبهات ، ولأنها إنما تقبل للحاجة ولا حاجة إليها فى الحد ، لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ، ولأنه لا نص فيها ، ولا يصح قياسها على الأموال لما بينهما من الفرق فى الحاجة والتساهل فيها . ولا يصح قياسها على شهادة الأصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها .

وظاهر كلام أحمد أنها لا تقبل فى القصاص أيضاً ولا حد القذف ، لأنه قال : إنما تجوز فى الحقوق أما الدماء والحد فلا ، وهذا قول أبى حنيفة .

وقال مالك والشافعى وأبو ثور : تقبل ، وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله : فى كل شىء إلا فى الحدود ، لأنه حق آدمى لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ولا يستحب ستره فأشبه الأموال . وذكر أصحابنا هـذا رواية عن أحمد ، لأن ابن منصور نقل أن سفيان قال : شهادة رجل مكان رجل فى الطلاق جائزة . قال

أحمد : ما أحسن ما قال ؟ فجعله أصحابنا رواية فى القصاص ، وليس هـذا برواية ، فإن الطلاق لا يشبه القصاص . والمذهب أنها لاتقبل فيه ، لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبنى على الإسقاط فأشبهت الحدود . فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين ، فنص أحمد على قبولها فى الطلاق والحقوق ، فيدل على قبولها فى جميع هذه الحقوق وهو قول الخرقى .

وقال ابن حامد : لا تقبل فى النكاح . ونحوه قول أبى بكر . فعلى قولهما لا تقبل إلا فى المال وما يقصد به المال ، وهو قول أبى عبيد ، لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين فأشبه حد القذف . ووجه الأول : أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال ، وبهذا فارق الحدود .

الفصل الثالث فى شروطها : ولها ثلاثة شروط :

أحدها : أن تتعذر شهادة الأصل لموت ، أو غيبة ، أو مرض ، أو حبس ، أو خوف من سلطان أو غيره ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى . وحكى عن أبى يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروى عن الشعبى أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل ، لأنهما إذا كانا حيين رجى حضورهما فكانا كالحاضرين . وعن أحمد مثل هذا إلا أن القاضى تأوّله على الموت وما فى معناه من الغيبة البعيدة ونحوها . ويمكن تأويل قول الشعبى على هذا فيزول هذا الخلاف .

ولنا : على اشتراط تعذر شهادة شاهد الأصل أنه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدى الأصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدى الفرع وكان أحوط للشهادة ، فإن سماعه منهما معلوم ، وصدق شاهدى الفرع مظنون ، والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن ، ولأن شهادة الأصل تثبت نفس الحق ، وهذه إنما تثبت الشهادة عليه ، ولأن فى شهادة الفرع ضعفاً لأنه يتطرق إليها احتمالان : احتمال غلط شاهدى الأصل ، واحتمال غلط شاهدى الفرع ، فيكون ذلك وهناً فيها ، ولذلك لم تنتهض لإثبات الحدود والقصاص ، فينبغى أن لا تثبت إلا عند عدم شاهدى الأصل كسائر الأبدال ، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لأنه خفف فيها ، ولهذا لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ ، والحاجة داعية إليها فى حق عموم الناس بخلاف مسألتنا .

ولنا : على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه تعذرت شهادة الأصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهدى الأصل ، ويخالف الحاضرين فإن سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك .

إذا ثبت هذا ، فذكر القاضى أن الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه ، وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعى ، لأن الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر ، وقد قال الله تعالى (وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا

شَهِيدٌ)[1] وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع .

وقال أبو الخطاب : تعتبر مسافة القصر ، وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله ، لأن ما دون ذلك في حكم الحاضر في الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ، ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم ، فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبدل ، فلم يجز العمل به كالمتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة ، ولأن حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع ، فإذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق .

الشرط الثاني : أن يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها في كل واحد من شهود الأصل والفرع على الوجه الذي ذكرناه ، لأن الحكم ينبني على الشهادتين جميعاً ، فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما . ولا خلاف في هذا نعلمه . فإن عدل شهود الفرع شهود الأصل فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه ، وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك ، فإن علم عدالتهما حكم ، وإن لم يعرفها بحث عنها ، وبهذا قال الشافعي .

وقال الثوري وأبو يوسف : إن لم يعدل شاهدا الفرع شاهدى الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما ، لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وليس بصحيح . لأنه يجوز أن لا يعرفا ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ، ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركاها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما ، ولابد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة في الجميع إلى انقضاء الحكم لما ذكرنا في شاهد الأصل قبل هذا ، وإن مات شهود الأصل والفرع لم يمنع الحكم ، وكذلك لو مات شهود الأصل قبل أداء الفروع شهادتهم لم يمنع من أدائها والحكم بها ، لأن موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً ، وكذلك إن جنوا ، لأن جنونهم بمنزلة موتهم .

الشرط الثالث : أن يعيِّنا شاهدى الأصل ويسمياهما ، وقال ابن جرير : إذا قالا ذكرين حرين عدلين جاز ، وإن لم يسميا ، لأن الغرض معرفة الصفات دون العين ، وليس بصحيح ، لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ، ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود ، فإذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك .

الشرط الرابع : أن يسترعيه شاهد الأصل الشهادة ، فيقول : اشهد على شهادتي أني أشهد أن لفلان

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢ .

على فلان كذا ، أو أقر عندى بكذا ، أو سمع شاهداً يسترعى آخر شهادة يشهده عليها ، فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء ، ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بعينه ، وهو قول أبى حنيفة . قال أحمد : لا تكون شهادة إلا أن يشهدك ، فأما إذا سمعته يتحدث فإنما ذلك حديث . وبما ذكرناه قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد . فأما إن سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزيه إلى سبب ، نحو أن يقول أشهد أن لفلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب : فيه روايتان .

وذكر القاضى أن له الشهادة به ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الإشكال ، فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه .

والرواية الأخرى : لا يجوز أن يشهد على شهادته ، وهو قول أبى حنيفة وأبى عبيد ، لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه ، ومن نصر الأول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه ، لأنه لا يشهد مثل شهادته وإنما يشهد على شهادته ، فأما إن قال أشهد أنى أشهد على فلان بكذا ، فالأشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته ، وهذا قول أبى يوسف ، لأن معنى ذلك أشهد على شهادتى.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز إلا أن يقول: اشهد على شهادتى أنى أشهد ، لأنه إذا قال اشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه . وما عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فإذا سمعه يقول : أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته ، لأنه لم يسترعه الشهادة ، فيحتمل أن يكون وعده بها . وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازاً ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « العِدَة دَين[1] » ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به .

فإن قيل : فلو سمع رجلا يقول لفلان علىّ ألف درهم جاز أن يشهد بذلك ، فكذا هذا .

قلنا : الفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الإقرار .

الثانى : أن الإقرار أوسع فى لزومه من الشهادة بدليل صحته فى المجهول ، وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ، ولأن الإقرار قول الإنسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها . ولهذا لا تسمع الشهادة فى حق المقر ولا يحكم بها . ولو قال شاهد الأصل : أنا أشهد أن لفلان على فلان ألفاً فاشهد به أنت عليه ، لم يجز أن يشهد على شهادته ، لأنه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ، ولا هو شاهد بالحق ، لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد بسببه .

---

(١) «العدة دين » أخرجه الطبرانى فى الأوسط عن على وعن ابن مسعود (ف).

٨٤٤٢ ﴿ فصـــــل ﴾

فأما كيفيه الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة ، فإنه يقول : أشهد أن فلان بن فلان . وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته ، أشهدني أنه يشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ، كذا وكذا ، أو أن فلاناً أقر عندي بكذا ، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها . وإن سمعه يشهد غيره قال : أشهد أن فلان بن فلان أشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان ، كذا وكذا . وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال : أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا . وإن كان نسب الحق إلى سببه قال : أشهد أن فلان بن فلان قال : أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا ، من جهه كذا وكذا ، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا في الأداء .

٨٤٤٣ (فصـــــل)

واختلفت الرواية في شرط خامس ، وهو الذكورية في شهود الفرع . فمن أحمد : أنها شرط ، فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال ، سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أولا . وهذا قول مالك والثوري والشافعي ، لأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الأصـل دون الحق ، وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال . فأشبه القصاص والحد .

والثانية : للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الأصـل . قال حرب : قيل لأحمد : فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال : نعم يعني إذا كان معهما رجل .

وذكر الأوزاعي قال : سمعت نمير بن أوس يجيز شهادة المرأة على المرأة . ووجهه : أن المقصود بشهادة الفروع ، إثبات الحق الذي يشهد به شهود الأصل فقبلت فيه شهادتهن ، كالبيع . ويفارق الحد والقصاص ، فإنه ليس القصد من الشهادة به إثبات مال بحال ، فأما شهود الأصل فيـدخل النساء فيه ، فيجوز أن يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال في قول أكثر أهل العلم . وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى ، لأن في الشهادة على الشهادة ضعفاً لما ذكرنا من قبل ، فلا مدخل للنساء فيها ، لأنها تزداد بشهادتهن ضعفاً .

ولنا : أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل فهي تثبت بشهادتهم ، وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهي تثبت بشهادتهم ، ولأن النساء شهدن بالمال ، أو مايقصد به المال فيثبت بشهادتهن ، كما لو أدينها عند الحاكم . وما ذكر للرواية الأخرى لا أصل له .

٨٤٤٤ (فصـــــل)

ويجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدى الأصل شاهد فرع ، فيشهد شاهدا فرع على شاهدى أصل . قال

القاضى : لا يختلف كلام أحمد فى هذا ،وهو قول شريح والشعبى والحسن وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى، وإسحاق والبتى والعنبرى ونمير بن أوس . وقال إسحاق : لم يزل أهل العلم على هذا، حتى جاءهؤلاء .وقال أحمد : وشاهد على شاهد يجوز ، لم يزل الناس على ذا : شريح فمن دونه ، إلا أن أبا حنيفة أنكره . وذهب أبو عبد الله بن بطة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع . وهـذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى . لأن شاهدى الفرع يثبتان شهادة شاهدى الأصـل ، فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين ، كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد .

ولنا : أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت ، كما لو شهدا بنفس الحق ، ولأن شاهدى الفرع بدل من شهود الأصل ، فيكفى فى عددها ما يكفى فى شهادة الأصل ، ولأن هذا إجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ، ولأن شاهدى الفرع لا ينقلان عن شاهدى الأصل حقًا عليهما ، فوجب أن يقبل فيه قول واحد ، كأخبار الديانات ، فإنهم إنما ينقلون الشهادة وليست حقًا عليهم . ولهذا لو أنكراها لم يعد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما . وهذا الجواب عما ذكروه .

فإذا ثبت هذا : فمن اعتبر لـكل شاهد أصل شاهدى فرع، أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدى الأصل . وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى · قال الشافعى :ورأيت كثيراً من الحـكام والمفتين يجيزه، وخرجه على قولين :

أحدهما : جوازه .

والآخر :لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع .واختاره المزنى ، لأن من يثبت به أحد طرفى الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر ، كما لو شهد أصل مع شاهد ، ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر .

ولنـا : أنهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل ، كما لو شهدا بإقرارين بحقين أو بإقرار اثنين ،وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعاً ، لأنه يؤدى إلى أن يكون بدل أصلا فى شهادة ، بحق وذلك لا يجوز ، ولأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهم ظرفاً لشهادة الآخر ، فعلى قول الشافعى أن يثبت الحق بشهادة رجل و امرأتين ، وجب أن يكون شهود الفرع ستة ، وإن كان حق يثبت بأربع نسوة ، فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية ، وإن كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال :

أحدها : لا مدخل لشهادة الفرع فى إثباته .

والثانى : يجوز ، ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر ، فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة .

والثالث: يكفي ثمانية.

والرابع: يكونون أربعة يشهدون على كل واحد.

والخامس: يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل، وهذا إثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد.

٨٤٤٥ (فصــــل)

وإن شهد بالحق شاهدا أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز، وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل، وإن شهد شاهد أصل، ثم شهد هو وآخر فرعاً على شاهد أصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئاً، وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد.

٨٤٤٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال: ﴿ ويشهد على من سمعه يقر بحق، وإن لم يقل للشاهد اشهد عليّ ﴾.

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة. فالمذهب ما ذكره الخرقي، وبه قال الشعبي والشافعي.

وعن أحمد رواية ثانية: لا يشهد حتى يقول له المقر: اشهد عليّ، كما أنه لا يجوز أن يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها، ويقول له: اشهد على شهادتي.

وعنه رواية ثالثة: إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد، وإذا سمعه يقر بدين يشهد، لأن المقر بالدَّين معترف أنه عليه، والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون اقترض منه ثم وفاه.

وعنه رواية رابعة: إذا سمع شيئاً فدعى إلى الشهادة، فهو بالخيار إن شاء شهد، وإن شاء لم يشهد. قال: ولكن يجب عليه إذا أشهد أن يشهد إذا دعي (وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا)(١) قال: إذا أشهدوا.

وقال ابن أبي موسى: إذا سمع رجل يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد عليّ بذلك وسمع الشاهد، فله أن يشهد عليه فيقول: أشهد أني حضرت إقرار فلان بكذا، ولا يقول: أشهد على إقراره، وإن سمعه يقول: اقترضت من فلان أو قبضت من فلان، لم يجز أن يشهد به.. والصحيح: الأول، لأن الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز أن يشهد به، كما يجوز أن يشهد بما رآه من الأفعال. وذكر القاضي أن في الأفعال روايتين:

إحداهما: لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه: اشهد، وهذا إن أراد به العموم في جميع الأفعال فلا يصح، لأن ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليها بالكلية، فإن الغاصب لا يقول لأحد اشهد عليّ أني أغصب، ولا السارق، ولا الزاني، ولا القاتل وأشباه هؤلاء. وقد شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة بالزنا، فلم يقل عمر: هل أشهدكم أو لا؟ ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا من غيرهم، ولا قاله الذين شهدوا

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

على قدامة بشرب الخمر ، ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة . وإن أراد به الأفعال التى تكون بالتراضى ، كالقرض والقبض فيه وفى الرهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز .

٨٤٤٧ (فصـــــل)

ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين شرطا عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئاً . كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك شرطهما ، لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه . وذلك قد حصل له سواء أشهده أو سمعه ، وكذلك يشهدان على العقود بحضورها ، وعلى الجنايات بمشاهدتهـا ، ولا يحتاجان إلى إشهاد . وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثورى والشافعى .

٨٤٤٨ (فصـــــل)

والحقوق على ضربين :

أحدهما : حق لآدمى معين ، كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات ، كالقصاص وحد القذف ، والوقف على آدمى معين ، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى ، لأن الشهادة فيه حق لآدمى ، فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ، ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها .

الضرب الثانى : ما كان حقاً لآدمى غير معين ، كالوقف على الفقراء والمساكين ، أو جميع المسلمين ، أو على مسجد ، أو سقاية ، أو مقبرة مسبلة ، أو الوصية لشىء من ذلك ونحو هذا ، أو ما كان حقاً لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة به إلى تقدم الدعوى ، لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطالب به ، ولذلك شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة ، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم ، ولذلك لم يعتبر فى ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك مالا يتعلق به حق أحد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار ، أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى ، ولو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود بعتقه أو لم يصدقهما ، وبهذا قال الشافعى ، وبه قال أبو حنيفة فى الأمة ، وقال فى العبد لا يثبت مالم يصدق العبد به ويدعيه ، لأن العتق حقه فأشبه سائر حقوقه .

ولنا : أنها شهادة بعتق فلا تفتقر إلى تقدم الدعوى كعتق الأمة ، ويخالف سائر الحقوق ، لأنه حق لله تعالى ، ولهذا لا يفتقر إلى قبول المعتق . ودليل ذلك الأمة ، وما ذكروه يبطل بعتق الأمة .

فإن قيل : الأمة يتعلق بإعتاقها تحريم الوطء .

قلنا : هذا لا أثر له ، فإن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة به إلا بعد الدعوى .

٨٤٤٩ (فصـــــل)

ومن كانت عنده شهادة لآدمى لم يخل إما أن يكون عالماً بها أو غير عالم ، فإن كان عالماً بها لم يجز للشاهد أداؤها حتى يسأله ذلك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « خير الناس قرنى، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم، ثم يأتى قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخارى .

ولأن أداءها حق للمشهود له ، فلا يستوفى إلا برضاه كسائر حقوقه ، وإن كان المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد أداؤها قبل طلبها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ : الذى يأتى بشهادته قبل أن يُسألها » رواه مسلم وأبو داود ومالك . وقال مالك : هو الذى يأتى بشهادته ولا يعلم بها الذى هى له . وهذا الحديث وإن كان مطلقاً فإنه يتعين حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديثين ، ولأنه إذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على أنه لا يريد إقامتها بخلاف العـــالم بها ، وهذا مذهب الشافعى .

٨٤٥٠ (فصـــــل)

ويعتبر لفظ الشهادة فى أدائها ، فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه . ولو قال : أعلم أو أحق وأتيقن أو أعرف لم يعتد به ، لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة ، فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها ، ولأن فيها معنى لا يحصل فى غيرها من اللفظات ، بدليل أنها تستعمل فى اليمين ، فيقال : أشهد بالله ، ولهذا تستعمل فى اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها ، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافاً .

٨٤٥١ (مســـألة)

قال:﴿ وتجوز شهادة المستخفى إذا كان عدلا ﴾

المستخفى هو الذى يخفى نفسه عن المشهود عليه ليسمع إقراره ولا يعلم به ، مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سراً ، فيختبىء شاهدان فى موضع لا يعلم بهما ليسمعا إقراره به ثم يشهدا به ، فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة . وبهذا قال عمرو بن حريث ، وقال : كذلك يفعل بالخائن والفاجر . وروى مثل ذلك عن شريح ، وهو قول الشافعى . وروى عن أحمـد رواية أخرى لا تسمع شهادته ، وهو اختيار أبى بكر وابن أبى موسى. وروى ذلك عن شريح والشعبى لأن الله تعالى قال : (وَلاَ تَجَسَّسُوا[1]) وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :« من حدّث بحديث ثم التفت فهى أمانة [2] » يعنى أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره ، وقال مالك : إن كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبلا عليه ، وإن لم يكن كذلك قُبلت .

ولنا : أنهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بهما .

---

(١) سورة الحجرات آية ١٢

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى عن جابر بلفظ « إذا حدث الرجل بحديث ثم التفت فهو أمانة » (ف)

كتاب الاقضية

٨٤٥٢ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتى درهم فأقر أحدهما بمائة درهم دَيناً على أبيه لأجنبى ، دفع إلى المقر له نصف ما فى يده من إرثه عن أبيه ، إلا أن يكون المقر عدلا فيشاء الغريم أن يحلف مع شهادة الإبن ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الإبنين ﴾ .

هذه المسألة فى الإقرار من بعض الورثة ، وقد ذكرناها فى باب الإقرار ، وأنه إنما يلزم المقر من الدَّين بقدر ميراثه منه ، وميراثه هاهنا النصف ، فيكون عليه نصف الدَّين وهو نصف المائة ، ونصفها الباقى يشهد به على أخيه . فإن كان عدلا فشاء الغريمُ حلف مع شهادته واستحق الباقى ، لأنه لا تهمة فى حق الابن المقر ، فإنه لا يجر إلى نفسه بهذه الشهادة نفعاً ولا يدفع بها ضراً ، وإن شهد أجنبى مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعى بما شهدا به له إذا كانا عدلين وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ، ولا يكتفى بلفظ الإقرار فى الشهادة لما ذكرنا من قبل .

وإن كان الإقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل أن يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدَّين ويشهدان به فإن شهادتهما تقبل ويثبت باقى الدَّين فى حق المنكر . وبهذا كله قال الحسن والشعبى والشافعى وابن المنذر . وقال حماد وأصحاب الرأى : المقر به كله فى نصيب المقر ، وهو قول الشعبى . وعلى هذا ينبغى أن لا تقبل شهادة المقر بالدَّين لأنه يجر بشهادته نفعاً إلى نفسه ، وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه ، والإقرار بوصية تخرج من الثلث كالإقرار بالدَّين فيما ذكرناه .

٨٤٥٣ ﴿ فصل ﴾

ولو ثبت لرجل على رجل دَين ببينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدَين أو وصية فى قول عامة أهل العلم ، إلا ابن أبى ليلى قال : لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك ، فيحتمل أنه منع من ذلك لئلا يواطئ من يشهد له بدَين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه .

ولنا : أنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره ، وذلك لأنه لا يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضراً ، بل يضر نفسه بها لكون المشهود له يزاحمه فى الاستيفاء وينقص ما يأخذه ، فهو أقرب إلى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد فى الأجنبى فلم يمنع قبول شهادته .

٨٤٥٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدَّين ما يستغرق ميراثه فأبى الوارثان أن

يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق ، فإن حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدَّين فدفع إلى الغريم ﴾ .

وجملته : أن الرجل إذا مات مفلساً وادعى ورثته دَيناً له على رجل فأنكر ، فأقاموا شاهداً عدلا وحلفوا معه ، حكم بالدَّين الميت ، ثم تقضى منه ديونه ، ثم تنفذ وصاياه من الثلث إلا أن يجيز الورثة . فإن أبى الورثة أن يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت . وبهذا قال إسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد . وقال في القديم : للغريم أن يحلف ويستحق . وهذا قول مالك ، لأن حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت المال قدّم حقه على الورثة وكانت له اليمين كالوارث .

ولنا : أن الدَّين للورثة دون الغريم ، فلم يكن له أن يحلف عليه ، كما لو لم يستغرق الدَّين ميراثه . والدليل على أنه للوارث أنه يكتفي بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفى بها ، ولأن حق الغريم في ذمة الميت والدَّين للميت ، ولهذا يشهد الشاهد بأن الدَّين للميت ، والذي يحلف معه إنما يحلف على هذا ، ولا يجوز للغريم أن يحلف لي في ذمة المدعى عليه دَيناً بالاتفاق ، فلم يجز أن يحلف على دَين غيره الذي لا فعل له فيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل اليمين للمالك ، ولا يلزم على هذا الوكيل ، لأنه يحلف على فعل نفسه ، ولأن الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدَّين لرجع الدَّين إلى الورثة ، ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع إليهم . وهكذا لو وصى الميت لإنسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن الموصى له أن يحلف لما ذكرناه .

٨٤٥٥ (فصـــل)

فإن حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدَّين إلا قدر حصته . وهكذا إذا ادعى الورثة وصية لأبيهم أو دَيناً وأقاموا شاهداً لم يثبت جميعه إلا بأيمان جميعهم ، وإن حلف بعضهم ثبت من الدَّين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقي الورثة ، لأنه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ، ولا يجوز أن يستحقوا بيمين غيرهم ويقضى من دَين أبيه بقدر ما ثبت له ، فإن كان في الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه ، لأنه لا يمكن أن يحلف على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة .

وإن كان فيهم أخرس مفهوم الإشارة حلف وأعطى حصته ، وإن لم تفهم إشارته وقف حقه أيضاً . فإن مات أو مات الصبي والمعتوه قام ورثتهم مقامهم في اليمين والاستحقاق ، فإن طلب أولياؤهما في حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون ويعقل الأخرس الإشارة أو بإقامة كفيل لم يجابوا إلى ذلك ، لأن الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق .

٨٤٥٦ (فصـــل)

وتركة الميت يثبت الملك فيها لورثته ، وسواء كان عليه دَين أو لم يكن . نص عليه أحمد فيمن أفلس

ثم مات قال : قد انتقل المبيع إلى الورثة وحصل ملـكه لهم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن كان الدَّين يستغرق التركة منع نقلها إلى الورثة ، فإن كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شيء منها .

وقال أبو سعيد الأصطخري : يمنع بقدره . وقد أومأ أحمد إلى مثل هذا ، فإنه قال في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دَين فقال أحد البنين : أنا أعطي ودعوا لي الربع ، فقال أحمد : هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا الدَّين . وهذا يدل على أنها لم تنتقل إليهم عنده لأنه يمنع الوارث من إمساك الربع بدفع قيمته ، لأن الدَّين لم يثبت في ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة . والمذهب الأول .

ولهذا قلنا : إن الغريم لا يحلف على دَين الميت ، وذلك لأن الدَّين محله الذمة ، وإنما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدَّين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ، ولهذا لا يلزم الغرماء نفقة العبيد ، ولا يكون نماء التركة لهم . ولأنه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تـكون لأحد . لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء لأنها لو انتقلت إليهم لزمهم نفقة الحيوان ، وكان نماؤها لهم غير محسوب من دَينهم . ولا يجوز أن تبقى للميت ، لأنه لم يبق أهلا الملك ، ولا يجوز أن لا تـكون لأحد لأنها مال مملوك فلا بد من مالك ، ولأنها لو بقيت بغير مالك لأبيحت لمن يتملـكها كسائر المباحات ، فثبت أنها انتقلت إلى الورثة .

فعلى هذا : إذا نمت التركة ، مثل أن غلت الدار ، وأثمرت النخيل ، ونتجت الماشية ، فهو للوارث ينفرد به ، لا يتعلق به حق الغرماء ، لأنه نماء ملـكه ، فأشبه كسب الجاني . ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء كنماء الرهن . ومن اختار الأول قال : تعلق الحق بالرهن آكد ، لأنه ثبت باختيار المالك ورضاه ، ولهذا منع التصرف فيه ، وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فـكان أشبه بالجاني .

وعلى الرواية الأخرى : يكون نماء التركة حكمه حكم التركة وما يحتاج إليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الأولى تصرفهم صحيح ، فإن قضوا الدَّين وإلا نقضت تصرفاتهم ، كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يقض دَين الجناية . وعلى الرواية الأخرى تصرفاتهم فاسدة ، لأنهم تصرفوا فيما لم يملـكوه .

٨٤٥٧ (فصـــــــل)

إذا خلف ثلاثة بنين وأبوين ، فادعى البنون أن أباهم وقف داره عليهم في صحته ، وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وقفاً عليهم وسقط حق الأبوين ، وإن لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دَين ولا له وصية حلف الأبوان وكان نصيبهما طلقاً لهما ونصيب البنين وقفاً عليهم بإقرارهم ، لأنه ينفذ بإقرارهم ، وإن كان على الميت دَين أو وصى بشيء ، قضى دَينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين

كان وقفاً عليهم بإقرارهم ، وإن حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفاً عليه والباقى يقضى منه الدَّين ، وما فضل يكون ميراثاً ، فما حصل للابنين منه كان وقفاً عليهما ، ولا يرث الحالف شيئاً ، لأنه يعترف أنه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه .

وإن حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتباً على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركا ، فإن كان مرتباً ، فإذا انقرض الأولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثانى بغير يمين ، لأنه قد ثبت كونه وقفاً بالشاهدين ويمين الأولاد ، فلم يحتج من انتقل إليه إلى بينة ، كما لو ثبت بشاهدين ، وكالمال الموروث ، وكذلك إذا انقرض الأولاد ورجع إلى المساكين لم يحتاجوا فى ثبوته لهم إلى يمين لما ذكرناه .

وإن انقرض أحد الأولاد انتقل نصيبه منه إلى إخوته أو إلى من شرط الواقف انتقاله إليه بغير يمين لما ذكرنا . فإن امتنع البطن الأول من اليمين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفاً عليهم بإقرارهم ، فإذا انقرضوا كان ذلك وقفاً على حسب ما أقروا به . فإن كان إقرارهم أنه وقف عليهم ثم على أولادهم فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وقفاً لنا فلهم ذلك ، لأنهم ينقلون الوقف من الواقف فلهم إثباته كالبطن الأول ، فأما إن حلف أحد البنين ونكل أخواه ثم مات الحالف نظرت ، فإن مات بعد موت إخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجهاً واحداً ، وإن مات فى حياة إخوته ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : ينصرف إلى إخوته ، لأنه لا يثبت للبطن الثانى شىء مع بقاء أحد من البطن الأول .

والثانى : ينتقل إلى أولاده ، لأن أخويه أسقطا حقهما بنكولهما فصارا كالمعدمين .

والثالث : يصرف إلى أقرب عصبة الواقف ، لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين ولا إلى البطن الثانى لما ذكرنا ، فيصرف إلى أقرب عصبة الواقف إلى أن يموت الأخوان ثم يعود إلى البطن الثانى . والأول : أصح ، لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما وإنما امتنعا من إقامة الحجة عليه ، ولذلك لو اعترف لهما الأبوان ثبت الوقف من غير يمين ، وهاهنا قد حصل الاعتراف من البطن الثانى فوجب أن ينصرف إليهما لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له .

فإن قيل : فإذا كان البطن الثانى صغاراً فما حصل الاعتراف منهم .

قلنا : قد حصل الاعتراف من الحالف الذى ثبتت الحجة بيمينه ، وبالبينة التى ثبت بها الوقف ، وبها يستحق البطن الثانى ، فاكتفى بذلك فى انتقاله إلى الأخوين ، كما يكتفى به فى انتقاله إلى البطن الثانى بعد انقراض الأخوين . ويدل على صحة هذا أننا اكتفينا بالبينة فى أصل الوقف وفى كيفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه ، فيجب أن يكتفى به فيه .

فأما إن كان شرط الواقف أن من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه ، انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً ، لأنه لا منازع لهم فيه ، وإن مات من غير ولد انتقل إلى أخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران .

الحال الثانى : إذا كان الوقف مشتركا ، وهو أن يدّعوا أن أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ماتناسلوا فقد شرك بين البطون . ففى هذه الحال إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ، ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة . وإن كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم ، فإن كان كبيراً حلف واستحق ، وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة ، لأنه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وإن كان صغيراً أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم فى الوقف ، أو كان أحد البنين صغيراً وقف نصيبه من الوقف عليه ، ولا يسلم إلى وليه حتى يبلغ فيحلف أو يمتنع ، لأنه يتلقى الوقف من غير واسطة .

فإن قيل : فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك فيكتفى باعترافهم ، كما لو كان فى أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فإنه يسلم إلى وليه ؟

قلنا : الفرق بينهما أن الدار التى فى أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب[1] على أحد منهم فيها يمين ، وهذه يتنازعهم فيها الأبوان وأصحاب الديون والوصايا ، وإنما يأخذونها بأيمانهم ، فإذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا بيمينه كما لا يستحق واحد منهم إلا باليمين . ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بعد بطن ، فإنه لا يشاركهم أحد من البطن الثانى ، فإذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه فحلف كان له ، وإن امتنع نظرت ، فإن كان موجوداً حين الدعوى أو قبل حلفهم كان نصيبه ميراثاً ، كما لو كان بالغاً فامتنع من اليمين ، فإن حدث بعد أيمانهم وثبوت الوقف نماء كان له نصيبه أيضاً ، لأن الوقف ثبت فى جميع الدار بأيمان البنين ، فلا يبطل بامتناع من حدث إلا أنه إن أقر أنها ليست وقفاً وكذب البنين فى ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثاً حكمه حكم نماء الميراث ، وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له .

وقال القاضى : إن امتنع من اليمين رد نصيبه إلى الأولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها ، لأنه لا يجوز أن يستحق شيئاً بغير يمينه ، ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيمانهم ، فتعين رد نصيبه إليهم .

ولنا : أنه إن كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين يثبت الوقف ، فلم يجز أن يثبت

(١) لعل الأنسب أن يقول (ولا يجب على أحد منهم فيها يمين) . (ف)

الوقف فى نصيبه بغير يمينه كالبالغ ، وإن كان حادثاً بعد ثبوت الوقف بأيمانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم فى إقرارهم ، فلم يجز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بمال ، ولأنهم يقرون بأنهم لا يستحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف ، فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك .

وإن مات الصغير قبل بلوغه قام وارثه مقامه فيما ذكرنا . وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضاً نصيبه مما كان لعمه الميت ، وكان الحكم فيه كالحكم فى نصيبه الأصلى .

وقال القاضى : إن بلغ فامتنع من اليمين فالربع موقوف إلى حين موت الثالث ، ويقسم بين البالغين وورثة الميت ، لأنه كان بين الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة لأنهما مستحقا الوقف .

٨٤٥٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ومن ادعى دعوى وذكر أن بينته بالبعد منه ، فحلف المدعى عليه ، ثم أحضر المدعى بينته ، حكم بها ، ولم تكن اليمين مزيلة للحق ﴾ .

وجملته : أن المدعى إذا ذكر أن بينته بعيدة منه ، أو لا يمكنه إحضارها ، أو لا يريد إقامتها ، فطلب اليمين من المدعى عليه أحلف له ، فإذا حلف ثم أحضر المدعى بينة حكم له ، وبهذا قال شريح والشعبى ومالك والثورى والليث والشافعى وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحاق . وحكى عن ابن أبى ليلى وداود أن بينته لا تسمع ،لأن اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة للمدعى، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعى .

ولنا : قول عمر رضى الله عنه « البينة الصادقة أحب إلىّ من اليمين الفاجرة » وظاهر هذه البينة الصدق ، ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة فتكون أولى ، ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين . وما ذكروه لا يصح ، لأن البينة الأصل واليمين بدل عنها . ولهذا لا تشرع إلا عند تعذرها . والبدل يبطل بالقدرة على المبدل ، كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ، ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل . ويدل على الفرق بينهما أنهما حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ، ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها .

٨٤٥٩ (فصل)

فإن طلب المدعى حبس المدعى عليه ، أو إقامة كفيل به إلى أن تحضر بينته البعيدة ، لم يقبل منه ، ولم يكن له ملازمة خصمه ، نص عليه أحمد ، لأنه لم يثبت له قِبله حق يحبس به ، ولا يقيم به كفيلا، ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصوماً لم يتوجه عليه حق ، ولأنه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق .

وإن كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها ، لأن ذلك من ضرورة إقامتها ، فإنه لو لم يتمكن

من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن إقامتها إلا بحضرته ، ولأنه لما تمكن من إحضاره مجلس الحاكم ليقيم البينة عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البينة . وتفارق البينة البعيدة أو من لا يمكن حضورها ، فإن إلزامه الإقامة إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه .

٨٤٦٠ (فصــل)

ولو أقام المدعى شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ، ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضى بها لما ذكرنا فى التى قبلها ، وإن قال المدعى : لى بينة حاضرة وأريد إحلاف المدعى عليه ثم أقيم البينة عليه ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، ويستحلف خصمه ، لأنه يملك استحلافه إذا كانت بينته بعيدة ، فكذلك إذا كانت قريبة ، ولأنه لو قال : لا أريد إقامة بينتى القريبة ملك استحلافه ، فكذلك إذا أراد إقامتها .

الثانى : لا يملك استحلافه ، لأن فى البينة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ، ولأن البينة أصل واليمين بدل ، فلا يجمع بين البدل والأصل كالتيمم مع الماء ، وفارق البعيدة فإنها فى الحال كالمعدومة للعجز عنها ، وكذلك التى لا يريد إقامتها ، لأنه قد تكون عليه مشقة فى إحضارها ، أو عليها فى الحضور مشقة فيسقط ذلك للمشقة بخلاف التى يريد إقامتها .

٨٤٦١ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ واليمين التى يبرأ بها المطلوب هى اليمين بالله ، وإن كان الحالف كافراً ﴾ .

وجملته : أن اليمين المشروعة فى الحقوق التى يبرأ بها المطلوب هى اليمين بالله فى قول عامة أهل العلم ، إلا أن مالكا أحب أن يحلف بالله الذى لا إله إلا هو ، وإن استحلف حاكم بالله أجزأ . قال ابن المنذر : هذا أحب إلىّ لأن ابن عباس روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استحلف رجلا فقال له : قل : والله الذى لا إله إلا هو ماله عندك شيء[1] » رواه أبو داود . وفى حديث عمر حين حلف لأبىّ قال: « والله الذى لا إله إلا هو إن النخل لنخلى وما لأبىّ فيها شيء » .

وقال الشافعى : إن كان المدعى قصاصاً أو عتاقاً أو حدًّا أو مالاً يبلغ نصاباً غلظت اليمين ، فيحلف بالله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وقال فى القسامة : عالم خائنة الأعين وما تخفى الصدور . وهذا اختيار أبى الخطاب . وذكر القاضى أن هذا فى أيمان القسامة خاصة وليس بشرط .

---

(١) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٢٨٠ عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: — يعنى لرجل حلفه — احلف بالله الذى لا إله إلا هو ماله عندك شيء يعنى للمدعى .(ف)

وَلنا : قول الله تعالى : « تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلاَةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لاَ نَشْتَرِي بِهِ ثَمَناً »(١) وَقال تعالى : « فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا »(٢) وَقال تعالى فى اللعان : « فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ »(٣) وَقال تعالى : « وَأَقْسَمُوا بِاللهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ »(٤) قال بعض أهل التفسير : من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين .

وَاستحلف النبى صلى الله عليه وسلم ركانة بن عبد يزيد(٥) فى الطلاق ، فقال : « آلله ما أردت إلا واحدة » وفى حديث الحضرمى والكندى : « أن النبى صلى الله عليه وَسلم قال : ألك بينة ؟ قال : لا ولكن أحلفه ، والله ما يعلم أنها أرضى غصبنيها »(٦) رواه أبو داود .

وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه .ولأن فى الله كفاية ، فوجب أن يكتفى باسمه فى اليمين كالموضع الذى سلموه .

فأما حديث ابن عباس وعمر فإنه يدل على جواز الاستحلاف كذلك ، وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده ، وما ذكره الباقون فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه .

إذا ثبت هذا فإن اليمين فى حق المسلم وَالكافر جميعاً بالله تعالى ، لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى : « فَيُقْسِمَانِ بِاللهِ »(٧) ولقول النبى صلى الله عليه وسلم « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت(٨) »

٨٤٦٢ (فصل)

وتشرع اليمين فى حق كل مدعى عليه ، سواء كان مسلماً أو كافراً ، عدلا أو فاسقاً ، إمرأة أو رجلا ، لقول النبى صلى الله عليه وَسلم « اليمينُ عَلَى المدَّعَى عليه(٩) »

وروى شقيق عن الأشعث بن قيس قال : « قال كان بينى وبين رجل من اليهود أرض ، فجحدنى ،

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦
(٢) سورة المائدة آية ١٠٧
(٣) سورة النور آية ٦
(٤) سورة النور آية ٥٣
(٥) أخرجه أبو داود ج ١ ص ٥١١ (ف) .
(٦) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٢٨٠ « قال : لا ، ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضى اغتصبنيها أبوه» (ف).
(٧) سورة المائدة آية ١٠٦
(٨) أخرجه البخارى ومسلم عن ابن عمر ، ومطلع الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت » (ف) .
(٩) أخرجه الترمذى عن ابن عمرو (ف) .

فقدمته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك بينة ؟ قلت : لا ، قال لليهودى : احلف . قلت : إذاً يحلف فيذهب بمالى ، فأنزل الله عز وجل : (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا)(١) إلى آخر الآية ». رواه البخارى وأبو داود وابن ماجة . وفى حديث الحضرمى « قلت : إنه رجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه . قال : ليس لك منه إلا ذلك ».

٨٤٦٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ إلا أنه إن كان يهوديًّا قيل له : قل : والله الذى أنزل التوراة على موسى . وإن كان نصرانيًّا قيل له : قل : والله الذى أنزل الإنجيل على عيسى . وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها ﴾

ظاهر كلام الخرقى رحمه الله أن اليمين لا تغلظ إلا فى حق أهل الذمة ، ولا تغلظ فى حق المسلمين ، ونحو هذا قال أبو بكر .

ووجه تغليظها فى حقهم ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى لليهود « نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى ما تجدون فى التوراة على من زنى ؟(٢) » رواه أبو داود . وكذلك قال الخرقى : تغلظ بالمكان ، فيحلف فى المواضع التى يعظمها ويتوقى الكذب فيها ، ولم يذكر التغليظ بالزمان .

وقال أبو الخطاب : إن رأى التغليظ فى اليمين فى اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك . قال : وقد أومأ إليه أحمد فى رواية الميمونى، وذكر التغليظ فى حق المجوسى . قال: فيقال له: قل: والله الذى خلقنى ورزقنى. وإن كان وثنيًّا حلفه بالله وحده . وكذلك إن كان لا يعبد الله ، لأنه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت(٣) » ولأن هذا إن لم يكن يعتقد هذه يميناً فإنه يزداد بها إثماً وعقوبة ، وربما عجلت عقوبته ، فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره . وهذا كله ليس بشرط فى اليمين ، وإنما للحاكم فعله إذا رأى .

وممن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده : مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وإبراهيم بن كعب بن سور ومالك والثورى وأبو عبيد .

---

(١) سورة آل عمران آية ٧٧

(٢) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٨١ (أنشدكم بالله) والمعنى أسألكم وأقسم عليكم بالله (ف) .

(٣) مر تخريجه قريباً (ف) .

وممن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم : أبو حنيفة وصاحباه . وقال مالك والشافعي: تغلظ ، ثم اختلفا . فقال مالك : يحلف في المدينة على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويحلف قائماً ، ولا يحلف قائماً إلا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ، ولا يحلف عند المنبر إلا على ما يقطع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم .

وقال الشافعي : يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة ، وفي المدينة عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر ، وعند الصخرة في بيت المقدس ، وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر ، ولا تغلظ في المال إلا في نصاب فصاعداً ، وتغلظ في الطلاق والعتاق والحد والقصاص . وهذا اختيار أبي الخطاب . وقال ابن جرير : تغلظ في القليل والكثير ، واحتجوا بقول الله تعالى : (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله)[1] قيل : أراد بعد العصر .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حلف على منبري هذا بيمين آثمة فليتبوأ مقعده من النار[2] » فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين .

وروى مالك ، قال : اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم ، فقال زيد : أحلف له مكاني ، فقال مروان : لا والله إلا عند مقاطع الحقوق . قال : فجعل زيد يحلف إن حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب .

ولنا : قول الله تعالى (فَآخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلَيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتِهِمَا)[3] ولم يذكر مكاناً ولا زمناً ولا زيادة في اللفظ .

واستحلف النبي صلى الله عليه وسلم ركانة[4] في الطلاق فقال « آلله ما أردت إلا واحدة ؟ » قال : الله ما أردت إلا واحدة . ولم يغلظ يمينه بزمن . ولا مكان ولا زيادة لفظ . وسائر ما ذكرنا في التي قبلها .

وحلف عمر لأبي حين تحاكما إلى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد . وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ؟ وفيما ذكروه تقييد لمطلق هذه النصوص ، ومخالفة الإجماع ، فإن ما ذكرناعن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر ، وهو في محل الشهرة فكان إجماعاً .

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) أخرجه ابن ماجة عن جابر بن عبد الله ولفظه ج ٢ ص ٧٧٩ باب اليمين عند مقاطع الحقوق : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف بيمين آثمة عند منبري هذا فليتبوأ مقعده من النار ولو على سواك أخضر » قال السندي في حاشيته ج ٢ ص ٥٣ « لعل التقييد بالأخضر بناء على أنه يستبعد الاختصام بين العاقلين في مثله » (ف) .

(٣) سورة المائدة آية ١٠٧

(٤) سبق تخريجه قريباً (ف) .

وقوله تعالى: (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ)[١] إنما كان فى حق أهل الكتاب فى الوصية فى السفر[٢] ، وهى قضية خولف فيها القياس فى مواضع منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ، ومنها استحلاف الشاهدين ، ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الإثم وهم لا يعملون بها أصلا فكيف يحتجون بها ؟

ولما ذكر أيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها . والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خولف فيه القياس وترك العمل به .

وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر ، إنما فيه تغليظ اليمين على الحالف عنده ، ولا يلزم من هذا الاستحلاف عنده . وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان فى قضية خالفه زيد فيها . وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهم وأفرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان ، فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة ؟ وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفته فعل النبى صلى الله عليه وسلم وإطلاق كتاب الله تعالى ، وهذا مالا يجوز .

وإنما ذكر الخرقى التغليظ بالمكان واللفظ فى حق الذمى لاستحلاف النبى صلى الله عليه وسلم اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى »[٣] ولقول الله تعالى فى حق الكتابيين (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ[٤]) ولأنه روى عن كعب بن سور فى نصرانى قال : اذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل فى حجره والتوراة على رأسه . وقال الشعبى فى نصرانى : اذهب به إلى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله . وقال ابن المنذر : لا أعلم حجة توجب أن يستحلف فى مكان بعينه ولا بيمين غير الذى يستحلف بها المسلمون .

وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم فى أن التغليظ بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب ، إلا أن ابن الصباغ ذكر أن فى وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعى ، وخالفه ابن العاص . فقال : لا خلاف بين أهل العلم فى أن القاضى حيث استحلف المدعى عليه فى عمله وبلد قضائه جاز ، وإنما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحساناً .

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

(٢) فى نسخة الشيخ رشيد ج ١٢ ص ١١٦ والفقى ج ٩ ص ٢٢٩ (وإنما كان فى حق أهل الكتاب ..) والصواب كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ١٤٧ (إنما كان فى حق أهل الكتاب) بدون (واو) قبل (إنما) لأنها وما بعدها خبر (قوله تعالى) (ف) .

(٣) مر تخريجه قريباً (ف) . (٤) سورة المائدة آية ١٠٦ .

٨٤٦٤ (فصـــل)

قال ابن المنذر : ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف . وقال الشافعي : رأيتهم يؤكدون بالمصحف ، ورأيت ابن مازن ؛ وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف . قال أصحابه : فيغلظ عليه بإحضار المصحف لأنه يشتمل على كلام الله تعالى وأسمائه ، وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند إليها ، ولا يترك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره .

٨٤٦٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ ويحلف الرجل فيما عليه على البت ، ويحلف الوارث على دَين الميت على العلم ﴾ .

معنى البت : القطع ، أي يحلف بالله ما له عليّ شيء . وجملة الأمر أن الأيمان كلها على البت والقطع إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال الشعبي والنخعي : كلها على العـــلم . وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد . وذكر أحمد حديث الشيباني عن القاسم بن عبدالرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا تضطروا الناس في أيمانهم أن يحلفوا على مالا يعلمون » ولأنه لا يكلف ما لا علم له به . وقال ابن أبي ليلى : كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه .

ولنا : حديث ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم استحلف رجلا فقال له : قل : والله الذي لا إله إلا هو ماله عليك حق[1] » وروى الأشعث بن قيس « أن رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في أرض من اليمن ، فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده ، قال : هل لك بينة ؟ قال : لا ولـكن أحلفه والله العظيم ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه ، فتهيأ الـكندي لليمين » رواه أبو داود ولم ينـكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم . وما ذكروه لا يصح ، لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره ، فافترقا في اليمين كما افترقت الشهادة ، فإنها تـكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود ، وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأنساب ، وعلى نفي العلم فيما لا تمـكن الإحاطة بانتفائه ، كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان ، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير .

إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عليه على البت نفياً كان أو إثباتاً ، وأما ما يتعلق بفعل غيره ، فإن كان إثباتاً مثل أن يدعي أنه أقرض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع . وإن

(١) أخرجه أبو داود وقد ذكرنا لفظه قريباً (ف) .

كان على نفى العلم مثل أن يدعى عليه دَين أو غصب أو جناية[1] أو فإنه يحلف على نفى العلم لا غير ، وإن حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم ، كما فى الشاهد إذا شهد بعدد الورثة وقال :ليس له وارث غيرهم سمع ذلك . وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه أن عبده جنى أو استدان فأنكر ذلك فيمينه على نفى العلم لأنها يمين على نفى فعل الغير ، فأشبهت يمين الوارث على نفى الموروث .

٨٤٦٦ (فصـــل)

قال ابن أبى موسى : اختلف قول أحمد : فيمن باع سلعة وظهر المشترى على عيب بها . وأنكره البائع ، هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين . ولو أبق عند المشترى فادعى على البائع أنه أبق عنده فأنكر هل يلزمه أن يحلف أنه لم يأبق قط أو على نفي علمه ؟ على روايتين ، إلا أن يكون ولده فيحلف أنه لم يأبق قط ، ووجه كون اليمين على علمه أنها على نفى فعل الغير ، فأشبه ما لو ادعى عليه أن عبده جنى ، ووجه الأخرى أنه إذا ادعى عليه أنه باعه معيباً يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان إثباتاً .

٨٤٦٧ (فصـــل)

ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له أبيح له الحلف ولا شيء عليه من إثم ولا غيره ، لأن الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً . وقد أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق فى ثلاثة مواضع من كتابه .

وحلف عمر لأبىّ على نخيل ثم وهبه له ، وقال : خفت إن لم أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة . وقال حنبل : بُلِيَ أبو عبد الله بنحو هذا ، جاء إليه ابن عمه فقال :لى قبلك حق من ميراث أبى وأطالبك بالقاضى وأحلفك ، فقيل لأبى عبد الله ما ترى ؟ قال احلف له إذا لم يكن له قبلى حق وأنا غير شاك فى ذلك حلفت له ، وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف وأنا من أنا ، وعزم أبو عبد الله على اليمين ؛ فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة . واختلف فى الأولى ، فقال قوم : الحلف أولى من افتداء يمينه لأن عمر حلف ؛ ولأن فى الحلف فائدتين :

أحدهما : حفظ ماله عن الضياع ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن إضاعته .

والثانية : تخليص أخيه الظالم من ظلمه وأكل المال بغير حقه ، وهذا من نصيحته ونصرته بكفه عن ظلمه .

---

(١) فى نسخة الشيخ رشيد ج ١٢ ص ١١٩ والفقى ج ٩ ص ٢٣١ (أو فإنه يحلف) والصواب حذف (أو) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ١٤١ (ف) .

وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم على رجل أن يحلف ويأخذ حقه . وقال أصحابنا : الأفضل افتداء يمينه ، فإن عثمان افتدى يمينه وقال : خفت أن تصادف قدراً فيقال : حلف فعوقب ، أو هذا شؤم يمينه .

وروى الخلال بإسناده أن حذيفة عرف جملا سرق له ، فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين ، فصارت اليمين على حذيفة ، فقال : لك عشرة دراهم فأبى ، فقال : لك عشرون فأبى ، فقال : لك ثلاثون فأبى ، فقال : لك أربعون فأبى، فقال حذيفة: أتراني أترك جملي ؟ فحلف بالله أنه له ما باع ولا وهب . ولأن في اليمين عند الحاكم تبذلاً ولا يأمن أن يصادف قدَراً فينسب إلى الكذب وأنه عوقب بحلفه كاذباً ، وفي ذهاب ماله له أجر ، وليس هذا تضييعاً للمال ، فإن أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويغرمه له في الآخرة .

وأما عمر : فإنه خاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم ، فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف ، وهذا أولى والله تعالى أعلم .

٨٤٦٨ (فصـــل)

فأما الحلف الكاذب ليقتطع به مال أخيه ففيه إثم كبير . وقد قيل : إنه من الكبائر ، لأن الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ لاَ خَلاَقَ لَهُمْ فِي الآخِرَةِ وَلاَ يُكَلِّمُهُمُ اللهُ وَلاَ يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلاَ يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ)[1] قال الأشعث بن قيس : نزلت هذه الآية كان لي بئر في أرض ابن عم لي فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « بينتك أو يمينه » قلت إذاً يحلف عليها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخاري .

وروى ابن مسعود قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث الكندي « لئن حلف على ماله ليأ كله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » وهو حديث حسن صحيح . وقد روي في حديث أن يمين الغموس[2] تذر الديار بلاقع . ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والأخبار .

---

(١) سورة آل عمران . آية ٧٧

(٢) في منتخب كنز العمال ج ٦ ص ٤٥٩ قال ما نصه « اليمين الغموس تدع الديار بلاقع » أخرجه أبو الحسن خيثمة بن سليمان بن حيدرة الاطرابلسي في جزئه عن واثلة ـ« اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع وتعقم الرحم وتقل العدد » أخرجه عبد الرزاق عن معمر بلاغا » (ف) .

٨٤٦٩ (فصـــــل)

ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له علي ، وبهذا قال المزنى . وقال أبو ثور : له ذلك ، لأن الله تعالى قال (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ)[1] ولأنه لا يستحق مطالبته به فى الحال ولا يجب عليه أداؤه إليه . ولنا أن الدين فى ذمته ، وهو حق له عليه ، ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به .

٨٤٧٠ (فصـــــل)

ويمين الحالف على حسب جوابه ، فإذا ادعى عليه أنه غصبه أو استودعه وديعة أو اقترض منه نظرنا فى جواب المدعى عليه ، فإن قال : ما غصبتك ولا استودعتنى ولا أقرضتنى ، كلف أن يحلف على ذلك ، فإن قال مالك علي حق أو لا تستحق علي شيئاً ، أو لا تستحق علي ما ادعيته ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ، ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض ، لأنه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه ، فلو كلف جحد ذلك كان كاذباً ، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه ، فإذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب .

ولو ادعى أننى ابتعت منك الدار التى فى يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا فى جوابه ، فإن أجاب بأنك لا تستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه أن يحلف أنه ما ابتاعها ، لأنه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه ، وإن أجاب بأنك لم تبتعها منى حلف على ذلك .

قال أحمد فى رجل ادعى على رجل أنه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعتنى ؟ قال : إذ حلف مالك عندى شىء ولا لك فى يدى شىء فهو يأتى على ذلك ، وهذا يدل على أنه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب ، وأنه متى حلف مالك قبلى حق برىء بذلك ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

٨٤٧١ (فصـــــل)

ولا تدخل اليمين النيابة ، ولا يحلف أحد عن غيره . فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً لم يحلف عنه ، ووقف الأمر حتى يبلغ الصبى ويعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً أو ادعاه الوصى أو الأمين له فأنكر المدعى عليه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل قضى عليه . ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعى لم يحلف الولى عنهما ، ولكن تقف اليمين ، ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه ، وإن ادعى على العبد دعوى نظرت فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والقذف فالخصومة معه دون سيده .

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠

فإن قلنا : إن اليمين تشرع في هذا، أحلف العبد دون سيده ، وإن نكل لم يحلف غيره ، وإن كان مما لا يقبل قول العبد فيه كإتلاف مال أو جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ، ولا يحلف العبد فيها بحال .

٨٤٧٢ (فصـــــل)

وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها ، وقال لي بينة أقيمها ، أو حساب أستثبته لأحلف على ما أتيقن ، فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل ، وإن لم يحلف جعل ناكلا . وقيل: لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة . وإن قال : ما أريد أن أحلف ، أو سكت فلم يذكر شيئاً ، نظرنا في المدعى ، فإن كان مالا أو المقصود منه المال قضى عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعى ، نص عليه أحمد فقال : أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعي عليه وإلا دفع إليه حقه ، وبهذا قال أبو حنيفة . واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعى إن ردها حلف المدعى ، وحكم له بما ادعاه . قال : وقد صوّبه أحمد فقال : ما هو ببعيد يحلف ويستحق ، وقال : هو قول أهل المدينة .

روى ذلك عن عليّ رضي الله عنه ، وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك في المال خاصة ، وقاله الشافعي في جميع الدعاوى ، لما روى عن نافع عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق » رواه الدارقطني . ولأنه إذا نكل ظهر صدق المدعى وقوى جانبه فتشرع اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله ، وكالمدعى إذا شهد له شاهد واحد ، ولأن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على مالا يتحققه ، أوللخوف من عاقبة اليمين ، أوترفعاً عنها مع علمه بصدقه في إنكاره . ولا يتعين بنكوله صدق المدعى،فلا يجوز الحكم له من غير دليل . فإذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ماهو أقوى منها كما في موضع الوفاق . وقال ابن أبي ليلى : لا أدعه حتى يقر أو يحلف .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على جانب المدَّعى عليه » فحصرها في جانب المدَّعى عليه . وقوله « البينة على المدعِي واليمين على المدَّعى عليه » فجعل جنس اليمين في جنبة المدَّعى عليه ، كما جعل جنس البينة في جنبة المدعى .

وقال أحمد : قدم ابن عمر إلى عثمان في عبد له فقال له : احلف أنك ما بعته وبه عيب علمته ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعى ، ولأنها بينة في المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الإمام في دفتره دَيناً له على إنسان فطالبه به فأنكره ، وطلب منه اليمين فأنكره ، فإنه لاخلاف أن اليمين لا ترد . وقد ذكر أصحاب الشافعي في هذا أنه يقضى بالنكول في أحد الوجهين وفي الآخر يحبس المدَّعى عليه حتى يقر أو يحلف ، وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى إليه

بتفريق ثلثه وأنكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم ، والخبر لا تعرف صحته . ومخالفة ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه ، فإنه لم يرد اليمين على المدعى ولا ردها عثمان .

فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم : إن حلفت وإلا قضيت عليك ثلاثاً ،فإن حلف وإلا قضى عليه . وعلى القول الآخر يقول له : لك رد اليمين على المدعى ، فإن ردها حلف وقضى له ، وإن نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، فإن قال لي بينة أقيمها أو حساب استثبته لا أحلف على ما أتيقنه أخرت الحكومة . وإن قال : ما أريد أن أحلف سقط حقه من اليمين ، فلو بذلها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى أن يعود في مجلس آخر .

فإن قيل : فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعتم سماعها هاهنا ؟

قلنا : اليمين في حق المدعى عليه هي الأصل ، فمتى قدر عليها أو بذلها وجب قبولها والمصير إليها كالمبدلات مع إبدالها ، وأما يمين المدعى فهي بدل ، فإذا امتنع منها لم ينتقل الحق إلى غيره ، فإذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها ، وأما إذا حلف وقضى له فعاد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه ، وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع ، لأن الحكم قد تم فلا ينقض كما لو قامت به بينة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول ، نص عليه أحمد في القصاص .

ونقل عنه في رجل ادعى على رجل أنه قذفه ، فقال : استحلفوه ، فإن قال : لا أحلف أقيم عليه . قال أبو بكر : هذا قول قديم ، والمذهب أنه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول . ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في الطرف ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس . وعن أحمد مثله . والأول هو المذهب،لأن هذا أحد نوعي القصاص فأشبه النوع الآخر . فعلى هذا ما يصنع به فيه وجهان :

أحدهما : يخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجة ، وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر .

والثاني : يحبس حتى يقر أو يحلف ، وأصل الوجهين المرأة إذا نكلت عن اللعان .

٨٤٧٣ (فصل)

وإذا حلف فقال : إن شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين ، لأن الاستثناء يزيل حكم اليمين . وكذلك إن وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم ، وإن حلف قبل أن يستحلفه الحاكم أعيدت عليه ولم يعتدّ بما حلف قبل الاستحلاف ، وكذلك إن استحلفه الحاكم قبل أن يسأله المدعى استحلافه لم يعتدّ بها .

٨٤٧٤ (فصل)

ولو ادعى على رجل دَيناً أو حقاً فقال : قد أبرأتني منه أو استوفيته مني ، فالقول قول من ينكر

الإبراء والاستيفاء مع يمينه ، ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوماً ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه ، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه . وإن ادعى استيفاءه أو البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه .

٨٤٧٥ (فصـــل)

والحقوق على ضربين :

أحدهما : ما هو حق لآدمي .

والثاني : ما هو حق لله تعالى .

فحق الآدمي ينقسم قسمين :

أحدهما : ما هو مال أو المقصود منه المال ، فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم ، فإذا لم تـكن للمدعي بينة حلف المدعَى عليه وبرئ . وقد ثبت هذا في قصة الحضرمي والـكندي اللذين اختلفا في الأرض ، وعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولـكن اليمين على المدعى عليه » .

القسم الثاني : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين ، كالقصاص ، وحد القذف ، والنـكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والعتق ، والنسب ، والاستيلاد ، والولاء ، والرق ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين . قال أحمد : لم أسمع من مضى جوّزوا الأيمان إلا في الأموال والعروض خاصة ، وهذا قول مالك ، ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال : لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الإيلاء ، ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء والنسب ، لأن هذه الأشياء لا يدخلها البدل ، وإنما تعرض اليمين فيما يدخله البدل ، فإن المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم ، ولأن هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود .

والرواية الثانية : يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف . وقال الخرقي : إذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك ، فالقول قولها مع يمينها ، وإذا اختلف في مضي الأربعة أشهر فالقول قوله مع يمينه ، فيخرج من هذا أنه يستحلف في كل حق لآدمي ، وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لو يعطَى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولـكن اليمين على المدعَى عليه » أخرجه مسلم ، وهذا عام في كل مدعى عليه ، وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الأحاديث ، ولأنها دعوى صحيحة في حق لآدمي ، فجاز أن يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال .

الضرب الثاني : حقوق الله تعالى ، وهي نوعان :

أحدها : الحدود ، فلا تشرع فيها يمين ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، لأنه لو أقر ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلى من غير يمين ، فلأن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى ، ولأنه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن إقراره ، وللشهود بترك الشهادة والستر عليه . قال النبى صلى الله عليه وسلم لهزال فى قصة ماعز « يا هزال لو سترته بثوبك لـكان خيراً لك »[1] فلا تشرع فيه يمين بحال .

النوع الثانى : الحقوق المالية كدعوى الساعى الزكاة على رب المال ، وأن الحول قد تم وكمل النصاب ، فقال أحمد : القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم . وقال الشافعى وأبو يوسف ومحمد : يستحلف لأنها دعوى مسموعة أشبه حق الآدمى .

ولنا : أنه حق لله تعالى أشبه الحد ، ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة . ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر صدقة أو غيرها فالقول قوله فى نفى ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى فى هذا ولا فى حد لله تعالى ، لأنه لا حق للمدعى فيه ولا ولاية له عليه ، فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقًّا لغيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه ، فإن تضمنت دعواه حقاً له مثل أن يدّعى سرقة ماله ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعى عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه ، سمعت دعواه ، ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمى دون حق الله تعالى .

٨٤٧٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنى بها فى هذا البيت ، وشهد الآخران أنه زنى بها فى البيت الآخر ، فالأربعة قذفة وعليهم الحد ﴾ .

وجملته : أن من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الأربعة على فعل واحد ، فإن لم يجتمعوا لم تـكمل الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد ، فإذا شهد اثنان أنه زنى بها فى هذا البيت واثنان أنه زنى بها فى بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنًا واحد ، لأن الزنا فى هذا البيت غير الزنا فى الآخر ، فلم تـكمل شهادتهم ويحدّون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعى فى أحد قوليه ، وقال أبو بكر : تـكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه . واستبعده أبو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لأنه يخالف الأصول والإجماع ، والحد يدرأ بالشبهات فـكيف يجب بها ؟

وقال النخعى وأصحاب الرأى وأبو ثور والشافعى فى قول : لا حدّ على الشهود لأنهم كملوا أربعة ، ولا على المشهود عليه لأنهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به .

ولنا : أنهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد ، كما لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة واثنان أنه زنى بغيرها .

(١) سبق تخريجه قريباً (ف) .

ولأنه لا يخلو من أن تكون شهادتهم بزنا واحد أو باثنين ، فإن كانت بفعل واحد مثل أن يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فى الموضعين ،فاثنان منهم كاذبان يقيناً ، واثنان منهم لو خلوا عن المعارضة لشهادتهم لكانا قذفة فمع التعارض أولى ، وإن كانت شهادتهم بفعلين كانوا قذفة كما لو عينوا فى شهادتهم أنه زنى مرة أخرى ، وما ذكروه يبطل بالأصل الذى ذكرناه .

٨٤٧٧ (فصـــــل)

وكذلك كل شهادة عَلَى فعلين ، مثل أن يشهد اثنان أنه زنى بامرأة وآخران أنه زنى بأخرى، أو يشهدان أنه زنى بها فى يوم ، وآخران أنه زنى بها فى آخر ، أو يشهدان أنه زنى بها ليلا ، وآخران أنه زنى بها نهاراً ، أو يشهدان أنه زنى بها فى غدوة ، ويشهد آخران أنه زنى بها عشياً ، وأشباه هذا ، فإنهم قذفة فى هذه المواضع وعليهم الحد لما ذكرناه . فإن شهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية بيت ، وشهد آخران أنه زنى بها فى زاوية منه أخرى وكانتا متباعدتين ، فالحكم فيه كما ذكرنا . وقال أبو حنيفة : تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استحساناً ، وهو قول أبى بكر .

ولنا : أنهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته إليهما فأشبها البيتين. وأما إن كانتا متقاربتين تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه منهما كملت الشهادة لإمكان صدقهم فى نسبته إلى الزاويتين جميعاً .

٨٤٧٨ (فصـــــل)

ومتى كانت الشهادة عَلَى فعل ، فاختلف الشاهدان فى زمنه أو مكانه أو صفة له تدل عَلَى تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما ، مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً يوم السبت ، ويشهد الآخر أنه غصبه ديناراً يوم الجمعة ، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق ، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر ،أو يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر أنه غصبه ثوباً ، فلا تكمل الشهادة ، لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان . وهكذا إن اختلفا فى زمن القتل أو مكانه أو صفته ، أو فى شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة ، لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذى شهد به الآخر ، فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد ، فلم يقبل ،إلا عَلَى قول أبى بكر ، فإن هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به إذا اختلفا فى الزمان والمكان ، فأما إن اختلفا فى صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض ، وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود ، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة ، وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ، ذكره ابن حامد . وقال أبو بكر :تكمل ، والأول أصح ، لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد عَلَى ما قدمناه .

* وإن اختلفا في صفة المشهود به اختلافاً يوجب تغيرهما ، مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار ، فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل ، لأنه لا يمكن إيجابهما جميعاً ، لأنه يكون إيجاباً بالحق عليه بشهادة واحد ، ولا إيجاب أحدهما بعينه ، لأن الآخر لم يشهد به ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان أو الصفة ثبتا جميعاً ، لأن كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق ، وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما ، إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتتعارض البينتان ، لعلمنا أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما هي، بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه ، فإنهما جميعاً يثبتان إن ادَّعَاهُمَا ، وإن لم يدّع إلا إحداهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدّعه .

وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيساً أسود ، وشهد آخران أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض ، أو شهد اثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة ، وشهد آخران أنه سرقه عشياً ، فقال القاضي : يتعارضان ، وهو مذهب الشافعي ، كما لو كان المشهود به قتلا . والصحيح أن هذا لا تعارض فيه ، لأنه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض وأسود ، فتشهد كل بينة بأحدهما ، ويمكن أن يسرق كيساً غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشياً ، ومع إمكان الجمع لا تعارض .

فعلى هذا : إن ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الأولى، وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب ، فإن المشهود به وإن كانا فعلين لكنهما في محل واحد ، فلا يجب أكثر من ضمانه ، وإن لم يدّع المشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له، ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه ، وإن شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم ، وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر ، أو شهد أحدهما في مكان ، وشهد آخر بسرقة في مكان آخر، أو شهد أحدهما بغصب كيس أبيض ، وشهد آخر بغصب كيس أسود ، فادّعاهما المشهود له ، فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به ، لأنه مال قد شهد له به شاهد ، وإن لم يدّع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ، ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه .

٨٤٧٩ (فصـــــل)

فأما الشهادة عَلَى الإقرار ، مثل أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا، أو أن له في ذمته كذا ، ويشهد آخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وقال زفر : لا تكمل شهادتهما لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة ، فأشبه الشهادة عَلَى الفعل .

ولنا : أن المقرّ بِهِ واحد ، وقد شهد اثنان بالإقرار به فكملت شهادتهما ، كما لو كان الإقرار بهما واحداً.

وفارق الشهادة عَلَى الفعل ، فإن الشهادة فيها عَلَى فعلين مختلفين ، فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندى أنه قتله فى يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة ، فإن شهادتهما لا تقبل هاهنا .

ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة فى حق كل واحد ، والعادة جارية بطلب الشهود فى أماكنهم لا فى جمعهم إلى المشهود له فيمضى إليهم فى أوقات متفرقة وأماكن مختلفة فيشهدهم على إقراره ، وإن كان الإقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما : أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الخميس ، وقال الآخر : أشهد أنه أقر عندى أنه قتله يوم الجمعة ، أو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعربية، وقال الآخر: أشهد أنه أقر عندى أنه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة، لأن الذى شهد به أحدهما غير الذى شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة ، كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير ، وشهد الآخر أنه أقر أنه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة ، وعَلَى قول أبى بكر تكمل الشهادة فى القتل والقذف . لأن القذف بالعربية أو العجمية ، والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضى، فلا يعتبر فى الشهادة ولم يؤثر، والأول أصح .

٨٤٨٠ (فصـــل)

فإن شهد أحدهما أنه باع أمس ، وشهد الآخر أنه باع اليوم ، أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس ، وشهد الآخر أنه طلقها اليوم ، فقال أصحابنا : تكمل الشهادة . وقال الشافعى : لا تكمل . لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد ، أشبه ما لو شهد بالغصب فى وقتين .

ووجه قول أصحابنا : أن المشهود به شىء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً ، فاختلافهما فى الوقت ليس باختلاف فيه ، فلم يؤثر ، كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية .

٨٤٨١ (فصـــل)

وكذلك الحكم فى كل شهادة على قول ، فالحكم فيه كالحكم فى البيع إلا النكاح فإنه كالفعل الواحد . فإذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس ، وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة فى قولهم جميعاً . لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم ، فلم يشهد بكل واحد من العقدين إلا شاهد واحد فلم يثبت ، كما لو كانت الشهادة عَلَى فعل . وكذلك القذف فإنه لا تكمل الشهادة إلا أن يشهد على قذف واحد .

٨٤٨٢ (فصـــل)

فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد ، وشهد الآخر أنه أقر بغصبه منه كملت الشهادة وحكم بها . لأنه يجوز أن يكون الغصب الذى أقر به هو الذى شهد الشاهد به ، فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة ، كما لو

شهدا فى وقتين على إقراره بالغصب . وقال القاضى : لا تـكمل الشهادة ولا يحكم بها ، وهو قول الشافعى ، لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد . وهذا يبطل بالشهادة عَلَى إقرارين. فإنه يجوز أن يكون ماأقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر إذا كانا فى وقتين مختلفين. ولأنه إذاأمكن جعل الشهادة عَلَى واحد لم تحمل على اثنين كالإقرارين ، وكما لو شهد بالغصب اثنان وشهد على الإقرار به اثنان . وإن شهد أحدهما أنه غصب هـذا العبد من زيد ، أو أنه أقر بغصبه منـه ، وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تـكمل شهادتهما ، لأنهما لم يشهدا على شىء واحد . وإن شهد أنه أخذه من يديه ألزمه الحاكم رده إلى يديه ، لأن اليد دليل الملك فترد إلى يده لتـكون دلالتها ثابتة له .

قال مهنا : سألت أبا عبدالله عن رجل ادعى داراً فى يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما أن هذه الدار لفلان ، وقال الآخر أشهد أن هذه الدار دار فلان ، قال : شهادتهما جائزة .

٨٤٨٣ (فصـــل)

ومن شهد بالنـكاح فلا بد من ذكر شروطه ، لأن الناس يختلفون فى شروطه ، فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد أن النـكاح صحيح وهو فاسد ، وإن شهد بعقد سواه كالبيع والإجارة . فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين :

أحداهما : يشترط ذكرها ، لأن الناس يختلفون فى شروطه ، فاشتراط ذكرها كالنكاح .

والثانيـة : لا يشترط ذكر شروطه ، لأنه لا يشترط ذكرها فى الدعوى ، فـكذلك فى الشهادة به بخلاف النـكاح .

وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من ثديها ، أو من لبن حلب منه ، وعدد الرضعات ، لأن الناس يختلفون فى عدد الرضعات وفى الرضاع المحرم . وإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ، ولا بد من ذكر أن ذلك كان فى الحولين .

وإن شهد بالقتل فلابد من وصف القتل ، فيقول : جرحه فقتله ، أو ضربه بكذا فقتله ، ولو قال : ضربه فمات لم يحـكم بذلك لجواز أن يكون مات بغير هذا . وقد روى عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال : أشهد أنه اتـكأ عليه بمرفقه فمات ، فقال له شريح : فمات منه أوفقتله ؟ فأعاد القول الأول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل : فقتله ولا فمات منه ، فقال له شريح : قم فلا شهادة لك . رواه سعيد .

ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزانى والمزنى بها ، ومكان الزنا وصفته ، لأن اسم الزنا يطلق على مالا يوجب الحد . وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا ، فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال ، واعتبر ذكر المرأة لئلا تـكون ممن تحل له ، أو له فى وطئها شبهة ، وذكر المـكان لئلا تـكون الشهادة منهم على فعلين .

ومن أصحابنا من قال : لا يحتاج إلى ذكر المزنى بهـا ولا ذكر المكان ، لأنه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان .

وإن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصاب من الحرز ، وذكر المسروق منه وصفة السرقة .

وإن شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف .

وإن شهد بمال احتاج إلى تحريره بمثل ما ذكرنا فى الدعوى .

وإن ترك الشاهد ذكر شىء يحتاج إلى ذكره . سأله الحاكم عنه ، كما سأل شريح الشاهد الذى شهد عنده أنه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات .

وإن حرر المدعى دعواه ، أوحرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها ، وقال الآخر : أشهد بمثل ذلك ، أو قال حين حرر المدعى دعواه أشهد بذلك أو بهذا أجزأه .

٨٤٨٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ولو جاء أربعة متفرقون ، والحاكم جالس فى مجلس حكمه ، لم يقم قبل شهادتهم ، وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد ﴾ .

هذه المسألة قد ذكرناها فى كتاب الحدود بما أغنى عن إعادتها هنا .

٨٤٨٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالا : عمدنا ، اقتص منهما ، وإن قالا : أخطأنا ، غرما الدية أو أرش الجرح ﴾ .

وجملة الأمر : أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يرجعوا قبل الحكم بها ، فلا يجوز الحكم بها فى قول عامة أهل العلم . وحكى عن أبى ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال : يحكم بها ، لأن الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها ، كما لو رجعا بعد الحكم ، وهذا فاسد . لأن الشهادة شرط الحكم ، فإذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ، ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما . فلم يجز الحكم بها ، كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ، ولأنه زال ظنه فى أن ما شهد به حق ، فلم يجز له الحكم به ، كما لو تغير اجتهاده ، وفارق ما بعد الحكم فإنه تم بشرطه . ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده .

الحال الثانى : أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء ، فينظر ، فإن كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجز استيفاؤه ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ورجوعهما من أعظم الشبهات ، ولأن المحكوم

به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل إلى جبرها ، فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم . وفارق المال ، فإنه يمكن جبره بإلزام الشاهدين عوضه . والحد والقصاص لا ينجبر بإيجاب مثله على الشاهدين ، لأن ذلك ليس بجبر ، ولا يحصل لمن وجب له منه عوض ، وإنما شرع للزجر والتشفى والانتقام لا للجبر .

فإن قيل : فقد قلتم : إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفى فى أحد الوجهين .

قلنا : الرجوع أعظم فى الشبهة من طريان الفسق ، لأنهما يقران أن شهادتهما زور ، وأنهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما . وهذا الذى طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذباً ، ولا أنه كان فاسقاً حين أدى الشهادة ، ولا حين الحكم بها ، ولهذا لو فسق بعد الإستيفاء لم يلزمه شىء ، والراجعان تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا . وإن كان المشهود به مالاً استوفى ولم ينقض حكمه فى قول أهل الفتيا من علماء الأمصار . وحكى عن سعيد بن المسيب والأوزاعى أنهما قالا : ينقض الحكم وإن استوفى الحق ؛ لأن الحق ثبت بشهادتهما ، فإذا رجعا زال ما ثبت به الحكم ، فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين .

ولنا : أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما ، كما لو ادعياه لأنفسهما . يحققهذا أنحق الإنسان لا يزول إلا ببينة أو إقرار ، ورجوعهما ليس بشهادة ، ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ، ولا هو إقرار من صاحب الحق . وفارق ما إذا تبين أنهما كانا كافرين ، لأننا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول . وفى مسألتنا لم يتبين ذلك لجواز أن يكونا عدلين صادقين فى شهادتهما ، وإنما كذبا فى رجوعهما . ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى فإنها تدرأ بالشبهات .

الحال الثالث : أن يرجعا بعد الاستيفاء ، فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شىء ، سواء كان المشهود به مالاً أو عقوبة ، لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ، ويرجع به على الشاهدين ، ثم ينظر ، فإن كان المشهود به إتلافاً فى مثله القصاص ، كالقتل والجرح ، نظرنا فى رجوعهما ، فإن قالا : عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع ، فعليهما القصاص ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى والشافعى وأبو عبيد .

وقال أصحاب الرأى : لا قود عليهما ، لأنهما لم يباشرا الإتلاف ، فأشبها حافر البئر وناصب السكين إذا تلف بهما شىء .

ولنا : أن علياً رضى الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ، ثم عادا فقالا : أخطأنا ليس هذا هو السارق ، فقال علىٌّ : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، ولا مخالف له فى الصحابة فيكون إجماعاً ، ولأنهما تسببا إلى قتله أو قطعه بما يفضى إليه غالباً ، فلزمهما القصاص كالمكره . وفارق الحفر ونصب السكين ، فإنه لا يفضى إلى القتل غالباً .

وقد ذكرنا هذه المسألة فى القصاص .

فأما إن قالا : عمدنا الشهادة عليه ولا نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك ، وجبت الدية فى أموالهما مغلظة ، لأنه شبه عمد ، ولم تحمله العاقلة ، لأنه ثبت باعترافهما ، والعاقلة لا تحمل اعترافاً ، وإن قال أحدهما : عمدت قتله ، وقال الآخر : أخطأت ، فعلى العامد نصف دية مغلظة ، وعلى الآخر نصف دية مخففة ، ولا قصاص فى الصحيح من المذهب لأنه قتل عمد وخطأ[1] .

وإن قال كل واحد منهما : عمدت وأخطأ صاحبى ، احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه ، واحتمل وجوب الدية ، لأن كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئاً ، وهذا لا يوجب القصاص ، والإنسان إنما يؤاخذ بإقراره لا بإقرار غيره ، فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة . وإن قال أحدهما : عمدنا جميعاً ، وقال الآخر : عمدت وأخطأ صاحبى ، فعلى الأول القصاص ، وفى الثانى وجهان كالتى قبلها .

وإن قالا جميعاً : أخطأنا ، فعليهما الدية مخففة فى أموالهما ، لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف ، وإن قال أحدهما : عمدنا معاً ، وقال الآخر : أخطأنا معاً ، فعلى الأول القصاص ، وعلى الثانى نصف دية مخففة ، لأن كلاً منهما يؤاخذ بحكم إقراره ، وإن قال كل واحد منهما : عمدت ولا أدرى ما فعل صاحبى ؟ فعليهما القصاص ، لإقرار كل واحد منهما بالعمد ، ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص ، لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص ، وإنما يؤاخذ الإنسان بإقراره لا بإقرار صاحبه .

وإن قال أحدهما : عمدت ولا أدرى ما قصد صاحبى ، سئل صاحبه ، فإذا قال : عمدت ولا أدرى ما قصد صاحبى ، فهى كالتى قبلها ، وإن قال : عمدنا ، فعليه القصاص ، وفى الأول وجهان . وإن قال : أخطأت ، أو أخطأنا ، فلا قصاص على واحد منهما . وإن جهل حال الآخر بأن يجن أو يموت أو لا يقدر عليه ، فلا قصاص على المقر ، وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

٨٤٨٦ (فصـــل)

وإن رجع أحد الشاهدين وحده ، فالحكم فيه كالحكم فى رجوعهما فى أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم ، وفى أنه لا يستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها ، لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما . وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم إقراره وحده ، فإن أقر بما يوجب القصاص وجب عليه ، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها ، وإن أقر بالخطأ وجب عليه

(١) هو ما يسمى شبه العمد ، وعمد الخطأ ، وخطأ العمد كما مر ، لأنه عمد الفعل وأخطأ فى القتل — وهذه الفقرة التى وردت فى المغنى ذكرت فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ١١٨ دون قوله (لأنه قتل عمد وخطأ) (ف) .

نصيبه من الدية المخففة . وإن كان الشهود أكثر من اثنين فى الحقوق المالية أو القصاص ونحوه ، فما ثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء ، لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء، لأن ما بقى من البينة كاف فى إثبات الحكم واستيفائه ، وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه ، أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك . وفى ذلك اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

٨٤٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإن كانت شهادتهما بمال غرماه ، ولم يرجع به على المحكوم له به ، سواء كان المال قائماً أو تالفاً ﴾ .

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به ، فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والأوزاعى ، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى ، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأصحاب الرأى ، وهو قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد : لا يرجع عليهما بشىء إلا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته ، لأنه لم يوجد منهما إتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا كما لو ردت شهادتهما .

ولنا : أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق ، حالا بينه وبينه فلزمهما الضمان ، كما لو شهدا بعتقه ، ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما للرجوع عنها ، فأشبه ما لو شهدا بحريته ، ولأنهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدى القصاص .

يحقق هذا أنه إذا ألزمهما القصاص الذى يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى .

وقولهم : إنهما ما أتلفا المال ، يبطل بما إذا شهدا بعتقه ، فإن الرق فى الحقيقة لا يزول بشهادة الزور ، وإنما حالا بين سيده وبينه ، وفى موضع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما ، كشاهدى القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين .

٨٤٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإن كان المحكوم به عبداً أو أمة غرما قيمته ﴾

أما إذا شهدا بالعبد أو الأمة لغير مالكه ، فالحكم فى ذلك كالحكم فى الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، لأنها من جملة المال. وإن شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم، فيه فإن المخالف فى التى قبلها هو الشافعى ، وقد وافق هاهنا ، وهو حجة عليه فيما خالف فيه ، فإن إخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحريته كإخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكه ، فإذا لزمه الضمان ثَمّ لزمه هاهنا وغرما القيمة ، لأن العبيد من المتقومات لا من ذوات الأمثال .

٨٤٨٩ (فصـــــل)

وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول ، فالواجب عليهما نصف المسمى ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي في أحد قوليه : يجب مهر المثل لأنهما أتلفا عليه البضع ، فلزمهما عوضه وهو مهر المثل ، وفي القول الآخر ازمهما نصف مهر المثل ، لأنه إنما ملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو إسلامها أو قتلها نفسها ، فإنها لا تضمن شيئاً ، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً . وإنما وجب عليهما نصف المسمى لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه ، فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره .

وقوله : إنه ملك نصف البضع غير صحيح ، فإن البضع لا يجوز تمليك نصفه ولأن العقد ورد على جميعه ، والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته ونماؤه لها . وتملك طلبه إذا لم تقبضه ، وإنما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلا ضمان عليهما ، وبه قال أبو حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى:عليهما ضمان المسمى في الصداق ، لأنهما فوتا عليه نكاحاً وجب عليه به عوض، فكان عليهما ضمان ما وجب به ، كما لو شهدا بذلك قبل الدخول .

وقال الشافعي : يلزمهما له مهر المثل ، لأنهما أتلفا البضع عليه ، وقد سبق الكلام معه في هذا ، ولا يصح القياس على ماقبل الدخول ، لأنهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط ، وهاهنا قد تقرر المهر كله بالدخول ، فلم يقررا عليه شيئاً ولم يخرجا من ملكه متقوماً ، فأشبه مالو أخرجاه من ملكه بقتلها، أو أخرجته هي بردتها.

٨٤٩٠ (فصـــــل)

وإن شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت. فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يغرما شيئاً ، لأنهما لم يفوتا عليهما شيئاً ، وإن دخل بها وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه ووصل إليها فلا شيء عليهما ، لأنها أخذت عوض مافوتاه عليها ، وإن كان دونه فعليهما ما بينهما ، وإن لم يصل إليها فعليهما ضمان مهر مثلها ، لأنه عوض ما فوتاه عليها .

٨٤٩١ (فصـــــل)

وإن شهدا بكتابة عبده ثم رجعا نظرت ، فإن عجز ورد في الرق فلا شيء عليهما ، فإن أدى وعتق

فعليهما ضمان جميعه ، لأنهما فوتاه عليه بشهادتهما . ويحتمل أن يلزمهما ما بين قيمته وما قبضه من كتابته ، والأول أولى ، لأن ماقبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه ، وإن أراد تغريمهما بشهادتهما . ويحتمل أن يلزمهما قبل انكشاف الحال ، فينبغي أن يغرمهما ما بين قيمته سليما ومكاتبا . وإن شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا ، فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها ، وإن عتقت بموته رجع الورثة بما بقي من قيمتها .

٨٤٩٢ (فصـــل)

وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع ، وجب أن يوزع بينهم على عددهم ، قلوا أو كثروا . قال أحمد في رواية إسحاق بن منصور : إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد أتلف مالا فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة. فإن كانوا اثنين فعليه النصف ، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث. وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر ، وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعاً ، وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ليس بزائد. فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال : عمدنا قتله فعليه القصاص ، وإن قال : أخطأنا فعليه ربع الدية ، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو نصف الدية .

وإن شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ، ثم رجع واحد ، فعليه القصاص أو سدس الدية ، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية . وبهذا قال أبو عبيد .

وقال أبو حنيفة : إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما ، لأن بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون ، وإن رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية ، وإن رجع أربعة فعليهم نصف الدية ، وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها ، وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها . ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كمذهب أبي حنيفة .

واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو إسحاق : لا قصاص عليه ، لأن بينة القصاص قائمة ، وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين ، وقال ابن الحداد : عليه القصاص ، وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائداً ، فإن دم المشهود عليه بالزنا غير محقون ، وهذا دمه محقون ، وإنما أبيح دمه لولي القصاص وحده ، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين :

أحدهما : يضمن الثلث .

والثاني : لا شيء عليه .

ولنا : أن الإتلاف حصل بشهادتهم ، فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص ، كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ، ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته ، فأشبه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ، ولأنه أحد من حصل الإتلاف بشهادته فلزمه من الضمان

بقسطه كما لو رجع الجميع . ولأن ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنهُ إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة .

وقولهم : إن دمه غير محقون غير صحيح ، فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بحقن ولا عدمه . وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص ، كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلماً وأن الشهود شهدوا بالزور . والتفريق بين القصاص والرجم بكون دم القاتل غير محقون لا يصح ، لأنه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ، ولأن كل واحد مؤاخذ بإقراره ولا يعتبر قول شريكه ، ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما . وقال الآخر : أخطأنا ، وجب القصاص على المقر بالعمد .

٨٤٩٣ (فصـــل)

وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ، ثم رجعوا عن الشهادة ، توزع الضمان عليهم ، على الرجل نصفه ، وعلى كل امرأة ربعه . وإن رجع أحـــدهم وحده فعليه من الضمان حصته . وإن كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا ، فعلى الرجل السدس ، وعلى كل امرأة نصف السدس ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، لأن كل امرأتين كرجل ، فالعشر كخمسة رجال. ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، لأن الرجل نصف البينة ، بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن ، فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً ، فإن رجع بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع . وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء . وقد مضى الكلام معهم في هذا .

٨٤٩٤ (فصـــل)

وإذا شهد أربعة بأربعمائة ، فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة ، وآخر عن مائتين ، والثالث عن ثلاثمائة ، والرابع عن أربعمائة ، فعلى كل واحد مما رجع عنه بقسطه . فعلى الأول : خمسة وعشرون ، وعلى الثاني : خمسون ، وعلى الثالث : خمسة وسبعون ، وعلى الرابع : مائة ، لأن كل واحد منهم مقر بأنه فوّت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه . ويقتضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعمائة أكثر من خمسين خمسين ، لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة ،لأن المائتين التي رجعا عنهما قد بقي بها شاهدان .

٨٤٩٥ (فصـــل)

وإذا شهد أربعة بالزنا ، واثنان بالإحصان فرجم ، ثم رجعوا عن الشهادة ، فالضمان على جميعهم . وقال

أبو حنيفة : لا ضمان على شهود الإحصان ، لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل ، وإنما يثبت ذلك بشهادة الزنا . ولأصحاب الشافعى وجهان كالمذهبين .

ولنا : أن قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع ، كما لو شهدوا جميعهم بالزنا . وفى كيفية الضمان وجهان :

أحدهما : يوزع عليهم على عدد رءوسهم كشهود الزنا ، لأن القتل حصل من جميعهم .

والثانى : على شهود الزنا النصف ، وعلى شهود الإحصان النصف ، لأنهم حزبان ، فلكل حزب نصف .

فإن شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالإحصان ثم رجعوا .

فعلى الوجه الأول : على شاهدى الإحصان الثلثان وعلى الآخرين الثلث ، لأن على شاهدى الإحصان الثلث لشهادتهما به ، والثلث لشهادتهما بالزنا ، وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده .

وعلى الوجه الثانى : على شهود الإحصان ثلاثة أرباع الدية ، لأن عليهما النصف لشهادتهما بالإحصان ، ونصف الباقى لشهادتهما بالزنا . ويحتمل أن لا يجب على شاهدى الإحصان إلا النصف ، لأن كل واحد منهما جنى جنايتين ، وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة ، فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم لا على عدد جناياتهم ، كما لو قتل اثنان واحداً ، جرحه أحدهما جرحاً والآخر جرحين .

٨٤٩٦ (فصـــل)

وإذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم ، وقيمة العبد مائتان ، فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا ، رجع السيد على الشاهدين بمائة ، لأنها تمام القيمة . وكذلك لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان ، غرما للزوج مائة ، لأنهما فوّتاها بشهادتهما المرجوع عنها .

٨٤٩٧ (فصـــل)

وإذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه ، وشهد آخران بدخوله بها ، ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها ، فعلى شهود النكاح الضمان ، لأنهم ألزموه المسمى ، ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف ، لأنهما قرراه ، وشاهدا النكاح أوجباه ، فقسم بين الأربعة أرباعاً . وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شىء ، لأنهما لم يفوّتا عليه شيئاً يدعيه ، ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجباً .

٨٤٩٨ (فصــــل)

وإن شهد شاهدا فرع على شاهدى أصل ، فحكم الحاكم بشهادتهما ، ثم رجع شاهدا الفرع ، فعليهما الضمان . لا أعلم بينهم فى ذلك خلافاً . وإن رجع شاهدا الأصل وحدهما ، لزمهما الضمان أيضاً ، وبه قال الشافعى ومحمد بن الحسن . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لا ضمان عليهما ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن الحكم تعلق بشهادة شاهدى الفرع ، بدليل أنهما جعلا شهادة شاهدى الأصل شهادة ، فلم يلزم شاهدى الأصل ضمان لعدم تعلق الحكم بشهادتهما .

ولنا : أن الحق ثبت بشهادة شاهــــدى الأصل ، بدليل اعتبار عدالتهما ، فإذا رجعا ضمنا كشاهدى الفرع .

٨٤٩٩ (فصـــــل)

وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ، فرجع الشاهد ، غرم جميع المال ، نص عليه أحمد فى رواية جماعة . وقال مالك والشافعى : يلزمه النصف ، لأنه أحد حجتى الدعوى ، فكان عليه النصف ، كما لو كانا شاهدين .

ولنا : أن الشاهد حجة الدعوى ، فكان الضمان عليه كالشاهدين . يحققه أن اليمين قول الخصم ، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم ، فجرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم ، وبهذا ينفصل عما ذكروه . ولو سلمنا أنها حجة ، لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ، ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر . قال أبو الخطاب : ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف المحكوم به إذا قلنا : ترد اليمين على المدعى .

٨٥٠٠ (فصـــل)

وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا : عمدنا ووجب عليهم القصاص لم يعزروا ، لأن القصاص يغنى عن تعزيرهم ، وإن كان فى مال عزروا وغرموا ، لأنهم جنوا جناية كبيرة وارتكبوا جريمة عظيمة وهى شهادة الزور . ويحتمل أن لا يعزروا ، لأن رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير ، ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفاً منه فلا يشرع . وإن قالوا : أخطأنا لم يعزروا ، لأن الله تعالى قال : (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَـٰكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)[1] هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق فى الخطأ ، وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم .

٨٥٠١ ﴿ مســـألة ﴾

قال :﴿ وإذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ، ثم بان أنهما كافران أو فاسقان ، كانت دية اليد فى بيت المال ﴾ .

---

(١) سورة الأحزاب آية ٥

وجملته : أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين فى قطع أو قتل وأنفذ ذلك ، ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما ، فلا ضمان على الشاهدين ، لأنهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به ، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فإنهما اعترفا بكذبهما . ويجب الضمان على الحاكم أو الإمام الذى تولى ذلك ، لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لأنه مخطىء وتجب الدية وفى محلها روايتان :

إحداهما : فى بيت المال ، لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم ، وخطأ الوكيل فى حق موكله عليه ، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته ، فإيجاب ضمان ما يخطىء فيه على عاقلته إجحاف بهم ، فاقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله فى بيت المال ، ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل .

والرواية الثانية : هى على عاقلته مخففة مؤجلة . لما روى أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء [1] ، فأرسل إليها ، فأجهضت ذا بطنها ، فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة ، فقال بعضهم : لا شىء عليك ، إنما أنت مؤدب ، وقال على : عليك الدية ، فقال عمر : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك يعنى قريشاً لأنهم عاقلة عمر ، ولو كانت فى بيت المال لم يقسمها على قومه ، ولأنه من خطئه فتحمله عاقلته كخطئه فى غير الحكومة . وللشافعى قولان كالروايتين .

فإذا قلنا : إن الدية على عاقلته لم تحمل إلا الثلث فصاعداً ولا تحمل الكفارة ، لأن العاقلة لا تحمل الكفارة فى محل الوفاق كذا هنا وتكون الكفارة فى ماله .

وإذا قلنا : إنه فى بيت المال ، فينبغى أن يكون فيه القليل والكثير ، لأن جعله فى بيت المال لعلة أنه نائب عنهم ، وخطأ النائب على مستنيبه ، وهذا يدخل فيما يكثر خطؤه ، فجعل الضمان فى ماله يجحف به وإن قل لكثرة تكرره ، وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه . قال أصحابنا :

---

(١) هذه القصة أخرجها عبد الرزاق والبيهقى عن الحسن قال : أرسل عمر بن الخطاب إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فأنكر ذلك فأرسل إليها فقيل لها أجيبى عمر فقالت : ياويلها ما لها ولعمر ، فبينا هى فى الطريق فزعت فضربها الطلق فدخلت داراً فألقت ولدها فصاح الصبى صيحتين ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شىء إنما أنت وال ومؤدب وصمت على، فأقبل على على فقال : ماتقول ؟ قال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ، أرى أن ديته عليك فإنك أنت أفزعتها وألقت ولدها فى سبيلك فأمر علياً أن يقسم عقله على قريش يعنى يأخذ عقله من قريش لأنه أخطأ ه منتخب كنز العمال ج ٦ ص ١٤٩ (ف) .

وإن كان الولى استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم ، لأن الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه ، والولى يدعى أنه حقه .

فإن قيل : فإذا كان الولى استوفى حقه فينبغى أن يكون الضمان عليه ، كما لو حكم له بمال فقبضهُ ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفى دون الحاكم كذا ها هنا .

قلنا : ثَمّ حصل فى يد المستوفى مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن أتلف ، وهاهنا لم يحصل فى يده شيء ، وإنما أتلف شيئاً بخطأ الإمام وتسليطه عليه فافترقا .

٨٥٠٢ (فصـــل)

وإن شهد بالزنا أربعة ، فزكاهم اثنان ، فرجم المشهود عليه ، ثم بان أن الشهود فسقة أو عبيـد أو بعضهم ، فلا ضمان على الشهود ، لأنهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقيناً ، والضمان على المزكين. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال القاضى : الضمان على الحاكم ، لأنه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على المزكين ، لأن شهادتهما شرط وليست الموجبة . وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل : الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا .

ولنا : أن المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله ، فلزمهما الضمان كشهود الزنا إذا رجعوا ، ولا ضمان على الحاكم ، لأنه أمكن إحالة الضمان على الشهود فأشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة . وقوله : إن شهادتهم شرط لا يصح ، لأن من أصلنا أن شهود الإحصان يلزمهم الضمان وإن لم يشهدوا بالسبب . وقد نص عليه أحمد .

وقول أبى الخطاب لا يصح ، لأن شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين ، فإنه تبين كذبهم ، وأنهم شهدوا بالزور ، وأما إن تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم ، لأن التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث ، فيلزمه الضمان ، كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم .

٨٥٠٣ - (فصـــل)

ولو جلد الإمام إنسانا بشهادة شهود ، ثم بان أنهم فسقه أو كفرة أو عبيد ، فعلى الإمام ضمان ما حصل من أثر الضرب ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه .

ولنا : أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام فكانت مضمونة عليه ، كما لو قطعه أو قتله .

٨٥٠٤ (فصـــل)

ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ، ثم بان أنهما فاسقان أو كافران ، فإن الإمام ينقض حكمه ويرد

المال إن كان قائماً ، وعوضه إن كان تالفاً ، فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره ، فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على المشهود له . وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ، ويغرم الشهود المال . وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ، ولا يغرم الشهود المال وكذلك الحاكم إذا شهد . واختلف أصحاب الشافعى فيه أيضاً . ولا خلاف بين الجميع فى أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين ، وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين ، فنقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين ، فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردها ، وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا[1]) وأمر بإشهاد العدول وقال (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ[2]) واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ[3]) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة ، كما يجب نقضه لفوات الإسلام ، ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه . فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق فى العقوبات .

إذا ثبت هذا : فإن أبا حنيفة قال : لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده ، ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق ، ولكن يسأل عن الشاهدين ، ولا تسمع على الفسق شهادة،لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد ، فلا تسمع فيه الدعوى والبينة .

ولنا : أنه معنى يتعلق الحكم به ، فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية . وقوله : لا يتعلق به حق أحد ، ممنوع ، فإن المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه فى منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده ، وتبرئته من أخذ ماله أوعقوبته بغير حق ، فوجب أن تسمع فيه الدعوى والبينة ، كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدّعه لنفسه ، ولأنه إذا لم تسمع البينة الفسق أدى إلى ظلم المشهود عليه ، لأنه يمكن أن لا يعرف فسق الشاهدين إلا شهود المشهود عليه ، فإذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً له ، فأما إن قامت البينة أنه حكم بشهادة والِدَين أو ولَدين أو عدوّين ، نظر فى الحاكم الذى حكم بشهادتهما ، فإن كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه ، لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصاً ولا إجماعاً ، وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه ، لأن الحاكم به يعتقد بطلانه . والفرق بين المال والإتلاف أن المال إن كان باقياً وجب رده إلى صاحبه ، لأن كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه على آخذه ، لأنه أخذه بغير إذن صاحبه ولا استحقاق لأخذه ، أما الإتلاف فإنه لم يحصل به فى يد المتلف شيء يرده ولم يمكن تضمينه ، لأنه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسليطه عليه وهو لا يقر بعدوانه بل يقول : استوفيت حقى ، ولم يثبت خلاف دعواه ، ولم يمكن تضمين الشهود ، لأنهم يقولون : شهدنا بما علمنا ، وأخبرنا

(١) سورة الحجرات آية ٦ (٢) سورة الطلاق آية ٢ (٣) سوره البقرة آية ٢٨٢

بما رأينا ، وسمعنا ، ولم نكتم شهادة الله تعالى التى لزمنا أداؤها ، ولم يثبت كذبهم ، فوجب إحالة الضمان على الحاكم ، لأنه حكم من غير وجود شرط الحكم ، ومكن من إتلاف المعصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان التفريط منه ، فوجب إحالة الضمان عليه .

٨٥٠٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال :﴿ وإذا ادعى العبد أن سيده أعتقه ، حلف مع شاهده وصار حراً ﴾

روى عن أحمد فى هذا روايتان :

إحداهما : أن العتق ثبت بشاهد ويمين ، وهو اختيار أبى بكر ، لأنه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ، ولأنه إتلاف للمال فيقبل فيه شاهد ويمين كالإتلاف بالفعل . وإفضاؤه إلى تكميل الأحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين ، بدليل أن الولادة تثبت بشهادة النساء وينبنى عليها النسب الذى لا يثبت بشهادتهن .

والرواية الثانية : لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين ، لأنها ليست بمال ولا المقصود منها المال ، ويطلع عليها الرجال فى غالب الأحوال ، فأشبهت الحدود والقصاص ، والله أعلم .

٨٥٠٦ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ ومن شهد بشهادة زور ، أدب وأقيم للناس فى المواضع التى يشتهر أنه شاهد زور ، إذا تحقق تعمده لذلك ﴾ .

وجملة ذلك : أن شهادة الزور من أكبر الكبائر ، قد نهى الله عنها فى كتابه مع نهيه عن الأوثان ، فقال تعالى (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) (١) وقد روى عن خريم (٢) بن فاتك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عدلت شهادة الزور الإشراك بالله » ثلاث مرات ، ثم تلا قوله تعالى (فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ) (٣) رواه أبو داود ، وروى هذا عن ابن مسعود من قوله .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ : قلنا بلى يا رسول الله ،

(١) سورة الحج آية ٣٠

(٢) خريم بن فاتك : بضم الخاء المعجمة بعدها راء مهملة مفتوحة بعدها ياء ساكنة وميم ؛ صحابى وحديثه فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٧٤ ونصه عنه : « صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح فلما انصرف قام قائماً فقال : عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله ثلاث مرار ثم قرأ : فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ، حنفاء لله غير مشركين به » (ف)

(٣) سورة الحج آية ٣٠ .

قال : الإشراك بالله وعقوق الوالدين ، وكان متكئاً فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور . فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت » متفق عليه .

وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار »[1] .

فمتى ثبت عند الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمداً عزره وشهره فى قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعى وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وعبد الملك بن يعلى قاضى البصرة . وقال أبو حنيفة : لا يعزر ولا يشهر ، لأنه قول منكر وزور فلا يعزر به كالظهار . وروى عنه الطحاوى أنه يشهر ، وأنكره المتأخرون .

ولنا : أنه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله ، كالسب والقذف ، ويخالف الظهار من وجهين :

أحدهما : أنه يختص بضرره .

والثانى : أنه أوجب كفارة شاقة هى أشد من التعزير ، ولأنه قول عمر رضى الله عنه ولم نعرف له فى الصحابة مخالفاً .

وإذا ثبت هذا : فإن تأديبه غير مقدور ، وإنما هو مفوض إلى رأى الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلده ، وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه فعل ذلك ، ولا يزيد فى جلده على عشر جلدات . وقال الشافعى : لا يزيد على تسع وثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود . وقال ابن أبى ليلى : يجلد خمسة وسبعين سوطاً ، وهو أحد قولى أبى يوسف . وقال الأوزاعى فى شاهدى الطلاق : يجلدان مائة مائة ويغرمان الصداق .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا فى حد من حدود الله تعالى » متفق عليه .

وقال القاسم وسالم : يخفق سبع خفقات .

وقال شريح : يجلد أسواطاً .

فأما شهرته بين الناس فإنه يوقف فى سوق إن كان من أهل السوق ، أو قبيلته إن كان من أهل

---

(١) شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يوجب الله له النار . أخرجه أبو نعيم فى الحلية والحاكم عن ابن عمر وابن ماجة ج ٢ ص ٦٧ (ف).

القبائل ، أو فى مسجده إن كان من أهل المساجد ، ويقول الموكل به إن الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه . وهذا مذهب الشافعى .

وأتى الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه ، وعنده القاسم وسالم فقالا : سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال : هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ، ففعل ذلك به .

ولا يسخم وجهه ، ولا يركب ، ولا يكلف أن ينادى على نفسه .

وقد روى عن عمر رضى الله عنه : « أنه يجلد أربعين جلدة ، ويسخم وجهه ، ويطال حبسه » رواه الإمام أحمد .

وقال سوار : يلبب ويدار به على حلق المسجد فيقول : من رآنى فَلاَ يَشْهَدْ بِزُورٍ .

وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضى البصرة أنه أمر بحلق نصف رءوسهم ، وتسخيم وجوههم ، ويطاف بهم فى الأسواق والذى شهدوا له معهم .

ولنا : أن هذا مُثلة ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المثلة . وما روى عن عمر فقد روى عنه خلافه ، وأنه حبسه يوماً وخلى سبيله .

وفى الجملة ليس فى هذا تقدير شرعى ، فما فعل الحاكم مما يراه ما لم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ، ولا يفعل به شىء من ذلك حتى يحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك ، إما بإقراره ، أو يشهد على رجل بفعل فى الشام فى وقت ويعلم أن المشهود عليه فى ذلك الوقت فى العراق ، أو يشهد بقتل رجل وهو حى ، أو أن هذه البهيمة فى يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها أقل من ذلك ، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئاً فى وقت وقد مات قبل ذلك الوقت ، أو لم يولد إلا بعده ، وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمده لذلك .

فأما تعارض البينتين ، أو ظهور فسقه أو غلطه فى شهادته فلا يؤدب به ، لأن الفسق لا يمنع الصدق ، والتعارض لا يعلم به كذب إحدى البينتين بعينها ، والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه ، وقد قال الله تعالى (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ)[1] وقال النبى صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[2] .

(١) سورة الأحزاب آية ٥ .
(٢) سبق تخريجه (ف)

٨٥٠٧ (فصـــــــل)

ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور ، تبين أن الحكم كان باطلا ولزم نقضه ، لأنا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به . فإن كان المحكوم به مالاً رد إلى صاحبه ، وإن كان إتلافاً فعلى الشاهدين ضمانه ، لأنهما سبب إتلافه ، إلا أن يثبت ذلك بإقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له ، فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما ، وقد بينا حكم ذلك .

٨٥٠٨ (فصـــــــل)

فإذا تاب شاهد الزور ، وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته ، وتبين صدقه فيها وعدالته ، قبلت شهادته ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور . وقال مالك : لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

ولنا : أنه تائب من ذنبه فقُبلت توبته كسائر التائبين .

وقوله : لا يؤمن منه ذلك .

قلنا : مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة ، بدليل سائر التائبين ، فإنه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها ، وشهادتهم مقبولة والله أعلم .

٨٥٠٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال: ﴿ وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم ، فزاد فيها أو نقص ، قُبلت منه ما لم يحكم بشهادته ﴾ .

وهذا مثل أن يشهد بمائة ثم يقول : هي مائة وخمسون ، أو يقول : بل هي تسعون ، فإنه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً ، وبهذا قال أبو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب المحاربي وإسحاق . وقال الزهري : لا تقبل شهادته الأولى ولا الآخرة ، لأن كل واحدة منهما ترد الأخرى وتعارضها ، ولأن الأولى مرجوع عنها ، والثانية غير موثوق بها ، لأنها من مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن ، أن يكون في الغلط كالأولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قوليه ، لأنه أدى الشهادة وهو غير متهم ، فلم يقبل رجوعه عنها ، كما لو اتصل بها الحكم .

ولنا : أن شهادته الآخرة من عدل غير متهم لم يرجع عنها، فوجب الحكم بها : كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الأولى ، لأنها قد بطلت برجوعه عنها ، ولا يجوز الحكم بها ، لأنها شرط الحكم ، فيعتبر استمرارها إلى انقضائه . ويفارق رجوعه بعد الحكم ، لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه ، فلا ينقض بعد تمامه .

٨٥١٠ (فصـــــل)

وإن شهد بألف ثم قال قبل الحـكم : قضاه منه خمسمائة ، فسدت شهادته . ذكره أبو الخطاب فقال : إذا شهد أن عليه ألفاً ثم قال أحدهما : قضاه منه خمسمائة ، بطلت شهادته ، وذلك أنه شهد بأن الألف جميعه عليه وإذا قضاه خمسمائة لم تـكن الألف كله عليه ، فيـكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته ، وفارق هذا مالو شهد بألف ثم قال : بل بخمسمائة ، لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وإقرار بغلط نفسه ، وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع ، والمنصوص عن أحمد أن شهادته تقبل بخمسمائة ، فإنه قال : إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحـكم : قضاه منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة ، فصحح شهادته فى نصف الألف الباقى وأبطلها فى النصف الذى ذكر أنه قضاه ، لأن ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به ، فأشبه مالو قال : أشهد بألف بل بخمسمائة .

قال أحمد : ولو جاء بعد هذا المجلس فقال : أشهد أنه قضاه منه خمسمائة ، لم يقبل منه ، لأنه قد أمضى الشهادة ، فهذا يحتمل أنه أراد به أنه إذا جاء بعد الحـكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه ، لأن الألف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ، ولا تقبل شهادته بالقضاء ، لأنه لا يثبت بشاهد واحد . فأما إن شهد أنه أقرضه ألفاً ثم قال : قضاه منه خمسمائة ، قُبلت شهادته فى باقى الألف وجهاً واحداً ، لأنه لا تناقض فى كلامه ولا اختلاف .

٨٥١١ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا شهد شاهد بألف ، وآخر بخمسمائة ، حكم لمدّعى الألف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الأخرى إن أحب ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشىء ، وشهد الآخر ببعضه ، صحت الشهادة ، وثبت ما اتفقا عليه وحكم به ، وهذا قول شريح ومالك والشافعى وابن أبى ليلى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق وأبى عبيـد . وحكى عن الشعبى أنه شهد عنده رجلان ، شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة ، وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين ، فقال : قد اختلفتما قوما . وحكى عن أبى حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة ، لأن الإقرار بالألف غير الإقرار بالألفين ، فلم يشهد بكل إقرار إلا واحد .

ولنا : أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحـكم به ، كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه ، وما ذكره من أن كل إقرار إنما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهـد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهـد الآخر أنه أقر بألف عشيًا ، فإن الشهادة تـكمل ، مع أن كل إقرار إنما يشهد به واحد ، فأما ما انفرد به أحدهما فإن للمدعى

أن يحلف معه ويستحق ، وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين ، وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الأسباب والصفات . فأما إن اختلفت ، مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض ، وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ، ويشهد شاهد بألف بيض ، وآخر بخمسمائة سود ، أو يشهد شاهد بألف دينار ، والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ، ويحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به .

٨٥١٢ (فصل)

فإن شهد له شاهدان بألف ، وشاهدان بخمسمائة ، ولم تختلف الأسباب والصفات ، دخلت الخمسمائة فى الألف ، ووجب له بالشهادتين مائة . وإن اختلفت الأسباب والصفات وجب له الألف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما فى الآخر لأنهما مختلفان .

٨٥١٣ (فصل)

وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف ، وشهد آخر أنه باعه إياه بخمسمائة ، لم تكمل البينة لاختلافهما فى صفة البيع ، وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه . وإن شهد له بكل عقد شاهدان ، ثبت البيعان . وإن أضافا البيع إلى وقت واحد ، مثل أن يشهد أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف ، وشهد الآخر أنه باعه مع الزوال بخمسمائة ، تعارضت البينتان وسقطتا ، لأنه لا يمكن اجتماعهما ، وكل بينة تكذب الأخرى . وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد ، كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان ، لأن التعارض إنما يكون بين البينتين الكاملتين .

٨٥١٤ (فصل)

وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان ، وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ، ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان ، وله أن يحلف مع الآخر على درهم ، لأنهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم ، فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة . وإن شهد شاهدان أن قيمته درهمان ، وشاهدان أن قيمته ثلاثة ، ثبت له درهمان ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : له ثلاثة ، لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ بهما ، كما يؤخذ بالزيادة فى الأخبار ، وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فإنه يجب له ألفان . قال القاضى : ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الألف وخمسمائة .

ولنا : أن من شهد أن قيمته درهمان ينفى أن تكون قيمته ثلاثة ، فقد تعارضت البينتان فى الدرهم ، وتخالف الزيادة فى الأخبار ، فإن من يروى الناقص لا ينفى الزيادة ، وكذلك من شهد بألف لا ينفى أن عليه ألفاً آخر .

فإن قيل : فلِمَ قلتم إنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا ، وإن شهد واحد لم تتعارضا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها .

قلنا : لأن الشاهدين حجة وبينة ، فإذا كانت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما ، وأما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده ، وإنما يصير حجة مع اليمين ، فإذا حلف مع أحدهما كانت الحجة بيمينه ، ولم يعارضها ما ليس بحجة ، كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد .

٨٥١٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن ادّعى شهادة عدل فأنكر أن تكون عنده ، ثم شهد بها بعد ذلك وقال : كنت أُنسيتها ، قبلت منه ﴾ .

وجملة ذلك : أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ، ثم شهد بها وقال : كنت أنسيتها، قبلت ولم ترد شهادته ، وبهذا قال الثورى والشافعى وإسحاق ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها ، وإذا كان ناسياً لها فلا شهادة عنده فلا نكذبه مع إمكان صدقه . ولا يشبه هذا إذا ما قال : لا بينة لى ثم أتى ببينة حيث لا تسمع ، فإن ذلك إقرار منه على نفسه بعدم البينة ، والإنسان يؤاخذ بإقراره ، وقول الشاهد لا شهادة عندى ليس بإقرار ، فإن الشهادة ليست له إنما هى حق عليه فيكون منكراً لها، فإذا اعترف بها كان إقراراً بعد الإنكار وهو مسموع بخلاف الإنكار بعد الإنكار ، ولأن الناسى للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق فى إنكاره ، فإذا ذكرها صارت عنده ، فلا تنافى بين القولين ، وصار هذا كمن أنكر أن يكون عنده شهادة قبل أن يستشهد ثم استشهد بعد ذلك ، فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة فإنه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسيانها .

٨٥١٦ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ومن شهد بشهادة يجرّ إلى نفسه بعضها ، بطلت شهادته فى الكل﴾.

وجملته : أن من شهد بشهادة له بعضها ، مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة ، أو يشهد على زيد بدار له ولعمرو ، فإن شهادته تبطل فى الكل . وقال الشافعى : فيها قولان :

أحدهما : كقولنا .

والثانى : تصح شهادته لغيره لأنه أجنبى فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك .

ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا فى عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم ، فادعى أنهم قبضوها منهُ ، فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً ، فأقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض فإن شهادتهما تقبل عليه ويشاركهما فيما أخذا من المال .

ولنا : أنها شهادة رد بعضها للتهمة فترد جميعها ، كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ، ولو شهد بدَين لأبيه وأجنبي ، أو شهد بشهادة ترد فى بعض ما شهد به بطلت كلها .

٨٥١٧ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا مات رجل وخلف ابناً وألف درهم ، فادّعى رجل على الميت ألف درهم وصدّقه الأب ، وادّعى آخر مثل ذلك وصدّقه الابن ، فإن كان فى مجلس واحد كان الألف بينهما ، وإن كان فى مجلسين كان الألف للأول ولا شيء للثانى ﴾ .

وجملته : أن الميت إذا خلف وارثاً وتركة ، فأقر الوارث لرجل بدَين على الميت يستغرق ميراثه ، فقد أقر بتعلق دَينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها ، فإذا أقر بعد ذلك لآخر نظرت ، فإن كان فى المجلس صح الإقرار واشتركا فى التركة ، لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض ، فما يعتبر القبض فيه وإمكان الفسخ فى البيع ولحوق الزيادة فى العقد فكذلك فى الإقرار ، وإن كان فى مجلس آخر لم يقبل إقراره ، لأنه يقر بحق على غيره فإنه يقر بما يقتضى مشاركة الأول فى التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ، ولا يقبل إقرار الإنسان على غيره ، وقال الشافعى : يقبل إقراره ويشتركان فيها ، لأن الوارث يقوم مقام الموروث ، ولو أقر الموروث لهما لقبل فكذلك الوارث ، ولأن منعه من الإقرار يفضى إلى اسقاط حق الغرماء ، فإنه قد لا يتفق حضورهم فى مجلس واحد فيبطل حقه بغيبته ، ولأن من قبل إقراره أولا قبل إقراره ثانياً إذا لم يتغير حاله كالموروث .

ولنا : أنه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلقاً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل ، كإقرار الراهن بجناية عبده المرهون أو الجانى ، وأما الموروث فإن أقر فى صحته صح ، لأن الدَّين لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته ، وإن أقر فى مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك ، وإن أقر فى مرضه لغريم يستغرق دَينه تركته ثم أقر لآخر فى مجلس آخر صح وشارك الأول . والفرق بينه وبين الوارث أن إقراره الأول لم يمنعه التصرف فى ماله ولا أن يتعلق به دَين آخر بأن يستدينَ دَيناً آخر ، فلم يمنع ذلك تعلق الدَّين بتركته بالإقرار ، بخلاف الوارث ، فإنه لا يملك أن يعلق بالتركة دَيناً آخر بفعله ، فلا يملكه بقوله ، ولا يملك التصرف فى التركة ما لم يلتزم قضاء الدَّين .

٨٥١٨ (فصـــــل)

وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ، ثم أقر به لغيره ، فهو للأول ولا شيء للثانى فيه ، سواء كان فى مجلس أو مجلسين ، لأنه باعترافه للأول ثبت له الملك فيه ، فصار إقراره للثانى إقراراً له بملك غيره فلم يقبل ، وتلزم المقر غرامته للثانى ، لأنه فوّته عليه بإقراره به لغيره ، فأشبه ما لو غصبه منه فدفعه إلى غيره .

٨٥١٩ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ومن ادّعى دعوى على مريض ، فأومأ برأسه : أى نعم ، لم يحكم بها حتى يقول بلسانه ﴾ .

وجملته : أن إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه ، وسواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه ، وبهذا قال الثورى ، وقال الشافعى : يقبل إقراره بإشارته إذا كان عاجزاً عن الكلام ، لأنه إقرار بالإشارة من عاجز عن الكلام فأشبه إقرار الأخرس .

ولنا : أنه غير مأيوس من نطقه ، فلم تقم إشارته مقام نطقه كالصحيح . وبهذا فارق الأخرس ، فإنه مأيوس من نطقه ، ولهذا لو ارتج عليه فى الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الأخرس. والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيضها مع إمكانه فى العدة ، ولأن عجزه عن النطق غير متحقق ؛ فإنه يحتمل أن يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لا لعجزه . وإن صار إلى حال يتحقق الإياس من نطقه لم يوثق بإشارته لأن المرض الذى أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه ، فيجوز أن يكون أثر فى عقله أو فى سمعه فلم يدر ما قيل له بخلاف الأخرس . ولأن الأخرس قد تكررت إشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومماثلة النطق، وهذا لم تتكرر إشارته ، فلعله لم يرد الإقرار إنما أراد الإنكار أو إسكات من يسأله ، ومع هذه الفروق لا يصح القياس .

٨٥٢٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن ادعى دعوى وقال : لا بينة لى ، ثم أتى بعد ذلك ببينة ، لم تقبل لأنه مكذب لبينته ﴾ .

وبهذا قال محمد بن الحسن . وقال أبو يوسف وابن المنذر : تقبل ، وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأنه يجوز أن ينسى ، أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم ، فلا يثبت بذلك أنه أكذب بينته . وقال بعض أصحاب الشافعى : وإن كان الإشهاد أمراً تولاه بنفسه لم تسمع بينته ، لأنه أكذبها . وإن كان وكيله أشهد على المدعى عليه ، أو شهد من غير علمه ، أو من غير أن يشهدهم سمعت بينته ، لأنه معذور فى نفيه إياها ، وهذا القول حسن .

ولنا : أنه أكذب بينته بإقراره أنه لا يشهد له أحد ، فإذا شهد له إنسان كان تكذيباً له ، ويفارق الشاهد إذا قال : لا شهادة عندى ثم قال : كنت نسيتها ، لأن ذلك إقرار لغيره بعد الإنكار ، وهاهنا هو مقر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه . والحكم فيما إذا قال : كل بينة لى زور كالحكم فيما إذا قال: لا بينة لى على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

٨٥٢١ (فصـــل)

وإن قال : ما أعلم لى بينة، ثم أتى بينة سمعت ، لأنه يجوز أن تكون له بينة لم يعلمها ثم علمها . قال أبو الخطاب : ولو قال : ما أعلم لى بينة ، فقال شاهدان : نحن نشهد لك سمعت بينته .

٨٥٢٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا شهد الوصى على من هو موصى عليهم قبلت شهادته ، وإن شهد لهم لم يقبل إذا كانوا فى حجره ﴾ .

أما شهادته عليهم فمقبولة لا نعلم فيه خلافاً ، فإنه لا يتهم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعاً ، ولا يدفع عنهم بها ضرراً ، وأما شهادته لهم إذا كانوا فى حجره فغير مقبولة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم الشعبى والثورى ومالك والشافعى والأوزاعى وأبو حنيفة وابن أبى ليلى . وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره ، لأنه أجنبى منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية .

ولنا : أنه شهد بشىء هو خصم فيه ، فإنه الذى يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته ، كما لو شهد بمال نفسه ، ولأنه يأخذ من مالهم عند الحاجة فيكون متهماً فى الشهادة به . فأما قوله : إذا كانوا فى حجره ، فإنه يعنى أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذى منع قبولها . والحكم فى أمين الحاكم يشهد للأيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم فى الوصى سواء .

٨٥٢٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا شهد من يُخنق فى الأحيان قبلت شهادته فى إفاقته ﴾ .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وممن حفظنا عنه ذلك مالك والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور . ولا أحسبه إلا مذهب أهل الكوفة ، وذلك لأن الاعتبار فى الشهادة بحال أدائها ، وهو فى وقت الأداء من أهل التحصيل والعقل الثابت فقبلت شهادته كالصبى إذا كبر ؛ ولأنه عدل غير متهم فقبلت شهادته كالصحيح . وزوال عقله فى غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذى ينام ، والمريض الذى يغمى عليه فى بعض الأحيان .

٨٥٢٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وتقبل شهادة الطبيب فى الموضحة إذا لم يقدر على طبيبين ، وكذلك البيطار فى داء الدابة ﴾ .

وجملته : أنه إذا اختلف فى الشجة هل هى موضحة أولا ؟ أو فيما كان أكثر منها كالهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة ؟ أو أصغر منها كالباضعة والمتلاحمة والسمحاق ، أو فى الجائفة وغيرها من الجراح التى لا يعرفها

إلا الأطباء ؟ أو اختلفا فى داء يختص بمعرفته الأطباء ، أو فى داء الدابة ؟ فظاهر كلام الخرقى : أنه إذا قدر على طبيبين أو بيطارين لا يجزىء واحد . لأنه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق، فإن لم يقدر على اثنين أجزأ واحد ، لأنه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به . لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجتزىء فيه بشهادة واحد ، بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة، فقبول قول الرجل الواحد أولى .

٨٥٢٥ (فصـــــــل)

قال أحمد رحمه الله : إذا قال : اشهَدْ على مائةِ درهم ومائةِ درهم ، فشهد على مائةٍ دون مائة كره إلا أن يقول: أشهدونى[1] على مائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان، وقال أحمد : إذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين ، فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لى على مائة لم يشهد إلا بألف . قال القاضى: وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد . قال الله تعالى (ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا)[2] ولأنه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد عليه ، لساغ للقاضى أن يقضى ببعض ما شهد به الشاهد .

وقال أبو الخطاب : عندى يجوز أن يشهد بذلك ، لأن من شهد بألف فقد شهد بمائة ، فإذا شهد بمائة لم يكن كاذباً فى شهادته ، فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى ، والأول أصح لما ذكره القاضى ، ولأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التى شهدت بأصله ، فيؤدى إلى إيجابها عليه مرتين .

٨٥٢٦ ﴿ فصـــــــل ﴾

قال أحمد : إذا شهد بألف درهم ومائة دينار ، فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره . قال القاضى : لأنه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك ، جاز أن تحمل الشهادة عليه ، والله أعلم .

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ١٦١ والفقى ج ٩ ص ٢٧١ « اشهدوا لى » والصـــواب (أشهدونى) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٠ وفيه تكررت مائة ثلاث مرات بدلا من ثنتين هنا (ف)

(٢) سورة المائدة آية ١٠٨ .

كتاب الدعاوى والبينات

الدعوى فى اللغة : إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً ملكا أو استحقاقاً أو صفقة أو نحو ذلك .

وهى فى الشرع : إضافته إلى نفسه استحقاق شىء فى يد غيره أو فى ذمته .

والمدَّعَى عليه من يضاف إليه استحقاق شىء عليه . وقال ابن عقيل : الدعوى الطلب . قال الله تعالى : (وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ)(١) وقيل: المدَّعِى :من يلتمس بقوله أخذ شىء من يد غيره ، أو إثبات حق فى ذمته. والمدَّعَى عليه : من ينكر ذلك .

وقيل : المدَّعِى : من إذا ترك لم يسكت ، والمدَّعَى عليه : من إذا ترك سكت . وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدَّعى عليه بأن يختلفا فى العقد ، فيدعى كل واحد منهما أن الثمن غير الذى ذكره صاحبه .

والأصل فى الدعوى قول النبى صلى الله عليه وسلم «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدَّعى عليه » رواه مسلم(٢) وفى حديث « البينة على المدَّعِى ، واليمين على المدَّعَى عليه »(٣) ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف .

٨٥٢٧ ﴿ مسألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله: ﴿ومن ادعى زوجية امرأة فأنكرته ولم تكن له بينة فرّق بينهما ولم يحلف﴾.

وجملته : أن النكاح لا يستحلف فيه ،رواية واحدة، ذكره القاضى. وهو قول أبى حنيفة ، ويتخرج أن يستحلف فى كل حق لآدمى ، وهو قول الشافعى وابن المنذر ، ونحوه قول أبى يوسف ومحمد ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدَّعى عليه » ولأنه حق لآدمى فيستحلف فيه كالمال ، ثم اختلفوا ، فقال أبو يوسف ومحمد : يستحلف فى النكاح ، فإن نكل ألزم النكاح . وقال الشافعى : إن نكل ردت اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح .

ولنا : أن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد . يحقق هذا أن الأبضاع مما يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به وبيمين المدعى كالحدود، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية ، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين ، أو للجهل بحقيقة الحال ، أو للحياء من الحلف والتبذل فى مجلس الحاكم . ومع

---

(١) سورة يس آية٥٧

(٢) ورواه أيضاً البخارى فى التفسير ج ٦ ص ٤٣ وابن ماجة ج ٢ ص ٥٢ عن ابن عباس والنسائى كذلك ج ٨ ص٢٤٨ (ف) .

(٣) أخرجه الترمذى ج ١ ص ٢٥١ وفيه مقال (ف)

هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له . ويمين المدعى إنما هى قول نفسه لا ينبغى أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم وإثم كبير ، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه .

وأما الحديث فإنما تناول الأموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه ، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود ، فالنكاح فى معناه ، بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخلو من شهود ، لكون الشهادة شرطاً فى انعقاده ، أو من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة ، والحدود بخلاف ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها . وإن قلنا : إنها تحلف على الاحتمال الآخر فنكلت ، لم يقض بالنكول ، وتحبس فى أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف ، وفى الآخر يخلى سبيلها ، وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر إن كان المدعى محقاً ، أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلا .

٨٥٢٨ (فصل)

وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتاج إلى ذكر شرائط النكاح ، فيقول : تزوجتها بولى مرشد وشاهدى عدل ورضاها إن كانت ممن يعتبر رضاها . وهذا منصوص الشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يحتاج إلى ذكر شرائطه ، لأنه نوع ملك فأشبه ملك العبد ، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول : وليست معتدة ولا مرتدة؟

ولنا : أن الناس اختلفوا فى شرائط النكاح ، فمنهم من يشترط الولى والشهود ، ومنهم من لا يشترط ، ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها فى تزويجها ، ومنهم من لا يشترطه . وقد يدعى نكاحاً يعتقده صحيحاً والحاكم لا يرى صحته ، ولا ينبغى أن يحكم بصحته مع جهله بها ، ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط وتقوم البينة بها . وتفارق المال ، فإن أسبابه تنحصر ، وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه ، والعقود تكثر شروطها . ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطاً سبعة ، وربما لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها . والأموال مما يتساهل فيها ، ولذلك افترقا فى اشتراط الولى والشهود فى عقوده فافترقا فى الدعوى .

وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والأصل عدمها ، ولا تختلف به الأغراض . فإن كانت المرأة أمة والزوج حراً ، فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج إلى ذكر عدم الطول وخوف العنت ، لأنهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما إن ادعى استدامة الزوجية ولم يدّع العقد ، لم يحتج إلى ذكر الشروط فى أحد الوجهين ، لأنه يثبت بالاستفاضة . ولو اشترط ذكر الشروط لا شترطت الشهادة به ، ولا يلزم ذلك فى شهادة الاستفاضة . وفى الثانى يحتاج إلى ذكر الشروط لأنه دعوى نكاح فأشبه دعوى العقد .

٨٥٢٩ (فصـــــل)

وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها ، وذكرت معه حقا من حقوق النكاح كالصداق والنفقة

ونحوها ، سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه ، لأنها تدعى حقًا لها تضيفه إلى سببه فتسمع دعواها ، كما لو ادّعت ملكا أضافته إلى الشراء . وإن أفردت دعوى النكاح فقال القاضى : تسمع دعواها أيضاً ، لأنه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع ، وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه ، لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقًا لغيرها . فإن قلنا بالأول سئل الزوج ، فإن أنكر ولم تكن بينة فالقول قوله من غير يمين ، لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها ، فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى . ويحتمل أن يستحلف ، لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين . وإن قامت البينة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها . فأما إباحتها له فتنبنى على باطن الأمر ، فإن علم أنها زوجته حلت له ، لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق ، وإن علم أنها ليست امرأته ، إما لعدم العقد أو لبينونتها منه ، لم تحل له . وهل يمكّن منها فى الظاهر ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يمكّن منها ، لأن الحاكم قد حكم بالزوجية .

والثانى : لا يمكّن منها لإقراره على نفسه بتحريمها عليه ، فيقبل قوله فى حق نفسه دون ما عليه ، كما لو تزوج امرأة ثم قال : هى أختى من الرضاعة . فإذا ثبت هذا فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد . ومذهب الشافعى قريب مما ذكرنا فى هذا الفصل .

٨٥٣٠ (فصــــــل)

فأما سائر العقود غير النكاح ، كالبيع والإجارة والصلح وغيرها ، فلا يفتقر إلى الكشف . وذكر الشروط فى أصح الوجهين لأنها لا يحتاط لها ولا تفتقر إلى الولى والشهود فلم تفتقر إلى الكشف كدعوى العين ، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها ، لأنها مبيع فأشبهت الجارية . وكذلك إذا كان المدعى عيناً أو دَيناً لم يحتج إلى ذكر السبب ، لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر ، وربما خفى على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ، ويكفيه أن يقول : أستحق هذه العين التى فى يده ، أو أستحق كذا كذا فى ذمته . ويقول فى البيع : إنى اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم ، أو بعتها منه بذلك ، ولا يحتاج أن يقول : وهى ملكه ، أو وهى ملكى ونحن[1] جائز الأمر وتفرقنا عن تراض .

وذكر أبو الخطاب فى العقود وجهاً آخر ، أنه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح . وذكر أصحاب الشافعى هذين الوجهين ووجهاً ثالثاً ، أنه إن كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع ، لأنه

(١) هكذا فى نسخ المغنى والمراد (ونحن جائز تصرفنا) يعنى ممن لهم حق التصرف ، ويملكون أمر أنفسهم ولا حجر عليهم (ف).

عقد يستباح به الوطء فأشبه النكاح ، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك ، والأول أولى ، لأنها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين ، وما لزم ذكره فى الدعوى فلم يذكره سأله الحاكم عنه ، لتصير الدعوى معلومة ، فيمكن الحاكم الحكم بها . وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن إعادته هاهنا .

٨٥٣١ (مسألة)

قال ﴿ ومن ادعى دابة فى يد رجل فأنكر ، وأقام كل واحد منهما بينة ، حكم بها للمدعى ببينته ، ولم يلتفت إلى بينة المدعَى عليه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمرنا بسماع بينة المدعِى ويمين المدعَى عليه ، وسواء شهدت بينة المدعَى عليه أنها له أو قالت ولدت فى ملكه عليه ﴾ .

وجملة ذلك : أن من ادعى شيئاً فى يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة ، فإن بينة المدعِى تسمى بينة الخارج وبينة المدعَى عليه تسمى بينة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا ، فالمشهور عنه تقديم بينة المدعِى ولا تسمع بينة المدعَى عليه بحال ، وهذا قول إسحاق . وعنه رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك ، وقالت نتجت فى ملكه ، أو اشتراها ، أو نسجها ، أو كانت بينته أقدم تاريخاً قدّمت وإلا قدمت بينة المدعى ، وهو قول أبى حنيفة وأبى ثور فى النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه . فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته ، لأنها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده اليد ، وقد روى جابر بن عبد الله « أن النبى صلى الله عليه وسلم اختصم[1] إليه رجلان فى دابة أو بعير ، فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده » .

وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة ، أن بينة المدعَى عليه تقدّم بكل حال ، وهو قول شريح والشعبى والنخعى والحكم والشافعى وأبى عبيد ، وقال : هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى عن طاوس ، وأنكر القاضى كون هذا رواية عن أحمد وقال : لا تقبل بينة الداخل إذا لم تفد إلا ما أفادته يده رواية واحدة ، واحتج من ذهب إلى هذا القول بأن جنبة المدعَى عليه أقوى ، لأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعِى ، فإذا تعارضت البينتان وجب إبقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما . وحديث جابر يدل على هذا ، فإنه إنما قدمت بينته ليده .

---

(١) أخرجه البيهقى والدارقطنى من حديث جابر ولفظه ج ٤ ص ٢٠٩ « عن جابر أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فى ناقة فقال كل واحد منهما : نتجت هذه الناقة عندى وأقام بينة ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده » وفى سنده يزيد بن نعيم . قال ابن القطان : لا يعرف حاله . وقال الحافظ فى التلخيص : إسناده ضعيف (ف) .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم «البينة على المدَّعي ،واليمين على المدَّعَى عليه» فجعل جنس البينة في جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعَى عليه بينة ، ولأن بينة المدعي أكثر فائدة، فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل . ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن ، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف ، فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعي كما تقدم على اليد ، كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الأصل لم تكن لهما مزية عليهما .

٨٥٣٢ (فصــــل)

وأي البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها . وقال الشافعي في أحد قوليه : يستحلف صاحب اليد ، لأن البينتين سقطتا بتعارضهما ، فصارا كمن لا بينة لهما ، فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة .

ولنا : أن إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة ، كما لو تعارض خبران خاص وعام ، أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ، ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط ، وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة .

٨٥٣٣ (فصــــل)

فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت ، فإن كانت البينة للمدعي وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب ، وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار ، منهم الزهري وأبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى : يستحلف الرجل مع بينته . قال شريح لرجل : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي « بينتك أو يمينه ، ليس لك إلا ذلك » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه » ولأن البينة إحدى حجتي الدعوى فيكتفى بهـا كاليمين .

قال أصحابنا : ولا فرق بين الحاضر والغائب ، والحي والميت ، والصغير والكبير ، والمجنون والمكلف .

وقال الشافعي : إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له ، لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء ، فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لتزول الشبهة ، وهذا حسن ، فإن قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لا ينفي احتمال القضاء والإبراء ، بدليل أن المدعَى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته ؛فإن كان حاضراً مكلفاًفسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة ، وإن كان غائباً أو ممن لا قول له نفى احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه . وإن لم تكن للمدعي

بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها ، لأنا إن قلنا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع انفرادها أولى ، وإن قلنا بتقديم بينة المدعَى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين ، لأنها أقوى من اليمين ، فإذا اكتفى باليمين فيما هو أقوى منها أولى . ويحتمل أن تشرع اليمين أيضاً لأن البينة هاهنا يحتمل أن تكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف ، وذلك لا يغنى عن اليمين فكذلك ما قام مقامه .

٨٥٣٤ (فصل)

وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه ، وأنه أودعها للداخل ، أو أعاره إياها ، أو آجرها منه ، ولم يكن لواحد منهما بينة ، فالقول قول المنكر مع يمينه ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإن كان لكل واحد منهما بينة ، فبينة الخارج مقدمة ، وهذا قول الشافعى .

وقال القاضى : بينة الداخل مقدمة ، لأنه هو الخارج فى المعنى ، لأنه ثبت أن المدعى صاحب اليد ، وأن يد الداخل نائبة عنه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى » ولأن اليمين فى حق المدعَى عليه ، فتكون البينة للمدعى كما لو لم يدّع الإيداع . يحققه أن دعواه الإيداع زيادة فى حجته ، وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطلة لبينته . وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها ، وأقاما بينتين ، فهى للخارج ، ويقتضى قول القاضى أنها للداخل ، والأولى ما ذكرناه .

٨٥٣٥ (فصل)

فإن كان فى يد رجل جلد شاة مسلوخة ، ورأسها وسواقطها وباقيها فى يد آخر ، فادعاها كل واحد منهما كلها ، ولا بينة لواحد منهما ، فلكل واحد منهما ما فى يده مع يمينه ، وإن أقاما بينتين ، وقلنا : تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما ما فى يد صاحبه ، وإن قلنا : تقدم بينة الداخل ، فلكل واحد منهما ما فى يده من غير يمين .

٨٥٣٦ (فصل)

فإن كان فى يد كل واحد منهما شاة ، فادعى كل واحد منهما أن الشاة التى فى يد صاحبه له ، ولا بينة لهما ، حلف كل واحد منهما لصاحبه ، وكانت الشاة التى فى يده له . وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التى فى يد صاحبه ولا تعارض بينهما . وإن كان كل واحد منهما قال : هذه الشاة التى فى يدك لى من نتاج شاتى هذه ، فالتعارض فى النتاج لا فى الملك ، إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى ، والحكم على ما تقدم . وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لى دون صاحبى ، وأقاما بينتين تعارضتا ،

وانبنى ذلك على القول فى بينة الداخل والخارج ، فمن قدّم بينة الخارج جعل لـكل واحد منهما ما فى يد الآخر ، ومن قدّم بينة الداخل ، أو قدمها إذا شهدت بالنتاج ، جعل لـكل واحد منهما ما فى يده .

٨٥٣٧ (فصـــــــل)

وإذا ادعى زيد شاة فى يد عمرو ، وأقام بها بينة ، فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد ، وأقام بها بينة . فإن قلنا : بينة الخارج مقدّمة لم تسمع بينة عمرو ، لأن بينة زيد مقدمة عليها ، وإن قلنا : بينة الداخل مقدمة نظرنا فى الحـكم كيف وقع ، فإن كان حكم بها لزيد لأن عمراً لا بينة له ردت إلى عمرو ، لأنه قد قامت له بينة واليد كانت له ، وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه ، لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه ، وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحـكم أيضاً ، لأن الفاسق إذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل ، وإن لم يعلم الحـكم كيف كان لم ينقض ، لأن حكم الحاكم الأصل جريانه على العدل والإنصاف والصحة فلا ينقض بالاحتمال . فإن جاء ثالث فادعاها وأقام بها بينة ، فبينته وبينة زيد متعارضتان ، ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينته ، لأنها قد شهدت مرة وهما سواء فى الشهادة حال التنازع ، فلم يحتج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ، ووقف الحـكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فإنها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا هاهنا .

٨٥٣٨ (فصـــــــل)

وإذا كان فى يد رجل شاة ، فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة ، وادعى الذى هى فى يده أنها فى يده منذ سنتين وأقام بذلك بينة ، فهى للمدعى بغير خلاف ، لأن بينته تشهد له بالملك ، وبينة الداخل تشهد باليد خاصة ، فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما ، بأن تـكون اليد على غير ملك ، فـكانت بينة الملك أولى . فإن شهدت بينة بأنها ملـكه منذ سنتين ، فقد تعارض ترجيحان ، تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل ، وكون الأخرى بينة الخارج ، ففيه روايتان :

إحداهما : تقدم بينة الخارج ، وهو قول أبى يوسف ومحمد وأبى ثور ، ويقتضيه عموم كلام الخرقى ، لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى » ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد ، فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد ، أشبهت الصورة التى قبلها .

والثانية : تقدم بينة الداخل ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، لأنها تضمنت زيادة ، فإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملـكها منذ سنة ، وشهدت بينة الخارج أنه يملـكها منذ سنتين ، قدمت بينة الخارج إلا على الرواية التى تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان ، بناء على الروايتين فى التى قبلها . وظاهر مذهب الشافعى تقديم بينة الداخل على كل حال ، وقال بعضهم فيها قولان .

وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة ، وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين ، وأقام كل واحد منهما بينة ، قدمت بينة الداخل . ذكره القاضي ، وهو قول أبي ثور . فإن اتفق تاريخ السنين إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج ، أو بشراء ، أو غنيمة ، أو إرث ، أو هبة من مالك ، أو قطيعة من الإمام ، أو سبب من أسباب الملك ، ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما . وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضى له بها ، لأن بينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفي على البينة الأخرى ، فقدمت عليها كتقديم بينة الجرح على بينة التعديل .

٨٥٣٩ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ولو كانت الدابة في أيديهما ، فأقام أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر البينة أنها له نتجت في ملكه ، سقطت البينتان ، وكانا كمن لا بينة لهما ، وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به ﴾ .

وجملته : أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما ، فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تكن لهما بينة ، حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين ، لا نعلم في هذا خلافاً ، لأن يد كل واحد منهما على نصفها ، والقول قول صاحب اليد مع يمينه . وإن نكلا جميعاً عن اليمين ، فهي بينهما أيضاً ، لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله . وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها ، لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد صاحبه إما بنكوله وإما بيمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه . وإن كانت لإحداهما بينة دون الآخر حكم له بها ، لا نعلم في هذا خلافاً .

وإن أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البينتان وقسمت العين بينهما نصفين ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى رضي الله عنه « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعير ، فأقام كل واحد منهما شاهدين ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبعير بينهما نصفين[1] » رواه أبو داود . ولأن كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج عن نصفها ، فتقدم بينة

(١) أخرجه أبو داود في سننه ج ٢ ص ٢٧٩ عن أبي موسى الأشعري ولفظه « أن رجلين ادعيا بعيراً على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين » وقبل هذا الحديث وفي ص ٢٧٨ روى أبو داود عن أبي موسى أيضاً حديثاً نصه « أن رجلين ادعيا بعيراً أو دابة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، ليست لواحد منهما بينة ، فجعله النبي صلى الله عليه سلم بينهما » وهذا الحديث أخرجه النسائي ج ٨ ص ٢٤٨ وابن ماجة ج ٢ ص ٥٤ ويشبه أن يكون هذا البعير أو الدابة كان في أيديهما معا أو في يد غيرهما حتى لا يترجح أحد الجانبين باليد . قاله السندي في تعليقه على ابن ماجة . بقي أن نقول هل هذه الرواية =

كل واحد منهما فيما فى يده عند من يقدم بينة الداخل ، وفيما فى يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين .

وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته حلف أنها لا حق للآخر فيها ، وكانت العين له ، كما لو كانت فى يد غيرهما ، والأول أصح للخبر والمعنى واختلفت الرواية ، هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به ، أو يكون له من غير يمين ؟

فروى أنه يحلف ، وهذا ذكره الخرقى ، لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطها كالخبرين إذا تعارضا وتساويا ، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينه لهما ، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به ، وهذا أحد قولى الشافعى ، بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته ، وكل واحد منهما داخل فى نصفها فيحكم له به ببينته ، ويحلف معها فى أحد القولين .

والرواية الأخرى : أن العين تقسم بينهما من غير يمين ، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وهو أصح للخبر والمعنى الذى ذكرناه ، ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين ، لأن كل بينة راجحة فى نصف العين على كل واحد من القولين . وقد ذكرنا أن البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين .

فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن العين لهذا ، وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر نتجت فى ملكه ، فقد ذكرنا فى الترجيح بهذا روايتين :

إحداهما : لا يرجح به ، وهو اختيار الخرقى ، لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن ، فوجب تساويهما فى الحكم .

والثانية : تقدم ببينة النتاج وما فى معناه ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب ، والأخرى خفى عليها ذلك ، فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف ، فتقدم الأولى عليها كتقدم بينة الجرح على التعديل ، وهذا قول القاضى فيما إذا كانت العين فى يد غيرهما :

٨٥٤٠ (فصل)

فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة ، وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين ، فظاهر كلام الخرقى

= والرواية التى قبلها فى قصة واحدة أو فى قصتين ، إن كان فى قصتين فالأمر واضح ، وإن كان فى قصة واحدة قلنا إن الشهادات لما تعارضت تساقطت فصارا كمن لا بينة له . انظر تمام ذلك فى معالم السنن للخطابى وتهذيب ابن قيم الجوزية ج ٥ ص ٢٣٢ وسنن الدارقطنى ج ٤ ص ٢١٠ (ف) .

التسوية بينهما ، وهو أحد قولى الشافعى . وقال القاضى : قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخاً ، وهو قول أبى حنيفة ، والقول الثانى للشافعى ، لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى فيثبت الملك فيه ، ولهذا له المطالبة بالنماء فى ذلك الزمان ، وتعارضت البينتان فى الملك فى الحال فسقطتا ، وبقى ملك السابق تجب استدامته ، وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته . ووجه قول الخرقى أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح ، لجواز أن يعلم به دون الأول ، ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقاً ، فإذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوى .

وقولهم : إنه يثبت الملك فى الزمن الماضى من غير معارضة .

قلنا : إنما يثبت تبعاً لثبوته فى الحال ، ولو انفرد بأن يدعى الملك فى الماضى لم تسمع دعواه ولا بينته ، فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ، ذكره القاضى . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت ، وهو قول أبى يوسف ومحمد .

ولنا : أنه ليس فى إحداهما ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك ولا غيره ، فوجب استواؤهما ، كما لو أطلقتا أو استوى تاريخهما .

٨٥٤١ (فصـــل)

ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . ويتخرج أن ترجح بذلك مأخوذاً من قول الخرقى ، ويتبع الأعمى أوثقهما فى نفسه . وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ، لأنها خبر ، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن به أقوى . وقال الأوزاعى : يقسم على عدد الشهود ، فإذا شهد لأحدهما شاهدان وللآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً ، لأن الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها .

ولنا : أن الشهادة مقدرة بالشرع ، فلا تختلف بالزيادة كالدية ، وتخالف الخبر ، فإنه مجتهد فى قبول خبر الواحد دون العدد ، فرجح بالزيادة . والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين ، فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن . ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن ، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين ؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال ، لأن كل واحدة من البينتين حجة فى المال ، فإذا اجتمعتا تعارضتا ، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه . ففيه وجهان :

أحدهما : يتعارضان ، لأن كل واحد منهما حجة بمفرده ، فأشبها الرجلين مع الرجل والمرأتين .

والثانى : يقدم الشاهدان ، لأنهما حجة متفق عليها ، والشاهد واليمين مختلف فيهما ، ولأن اليمين قوله لنفسه ، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين ، فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر ، وهذا الوجه أصح إن شاء الله . وللشافعى قولان كالوجهين .

٨٥٤٢ (فصـــل)

وإذا كان فى أيديهما دار ، فادعاها أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، ولا بينة لهما ، فهى بينهما نصفين . نص عليه أحمد . وعلى مدعى النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر ، لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعى الكل ثلاثة أرباعها، لأن النصف له لا منازع فيه ، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه .

ولنا : أن يد مدعى النصف على ما يدعيه ، فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى . فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه ، فقد تعارضت بينتاها ، فالنصف لمدعى الكل ، والنصف الآخر ينبنى على الخلاف فى أى البينتين تقدم . وظاهر المذهب تقديم بينة المدعى ، فتكون الدار كلها لمدعى الكل ، وهو قول أبى حنيفة وصاحبيه . فان كانت الدار فى يد ثالث لا يدعيها ،فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ، ويقرع بينهما فى النصف الآخر ، فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما .

وإن قلنا : تستعمل البينتان أقرع بينهما ، وقدم من تقع له القرعة فى أحد الوجهين .

والثانى : يقسم النصف المختلف فيه بينهما ، فيصير لمدعى الكل ثلاثة أرباعها .

٨٥٤٣ (فصـــل)

فإن كانت الدار فى يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها ، وادعى الآخر ثلثها ، وادعى الآخر سدسها،فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم،وليس هاهنا اختلاف ولا تجاحد، فإن ادعى كل واحد منهم أن باقى الدار وديعة أو عارية معى ، وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضى له به ، لأن بينته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة ، حلف كل واحد منهم وأقر فى يده ثلثها .

٨٥٤٤ (فصـــل)

فإن ادعى أحدهم جميعها ، وادعى الآخر نصفها ، والآخر ثلثها ، فإن لم تكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثا ، وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به ، لأن يد كل واحد منهم على ثلثها . وإن كانت لأحدهم بينة نظرت ، فإن كانت لمدعى الجميع فهى له ، وإن كانت لمدعى النصف أخذه والباقى بين الآخرين نصفين ، لمدعى الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ، ويحلف الآخر على الربع

الذى يأخذه جميعه . فإن كانت البينة لمدعى الثلث أخذه والباقى بين الآخرين ، لمدعى الـكل السدس بغير يمين ، ويحلف على السدس الآخر ، ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه .

وإن كانت لـكل واحد بما يدعيه بينة .

فإن قلنا : تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثاً ، لأن يد كل واحد منهم على الثلث .

وإن قلنا : تقدم بينة الخارج ، فينبغى أن تسقط بينة صاحب الثلث لأنها داخلة ، ولمدعى النصف السدس ، لأن بينته خارجة فيه ، ولمدعى الـكل خمسة أسداس ، لأن له السدس بغير بينة لـكونه لا منازع له فيه فإن أحداً لا يدعيه ، وله الثلثان لـكون بينته خارجة عنهما .

وقيل : بل لمدعى الثلث السدس ، لأن بينة مدعى الـكل ومدعى النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقى لمن هو فى يده ، ولا شىء لمدعى النصف لعدم ذلك فيه ، وسواء كان لمدعى الثلث بينة أو لم تـكن .

وإن كانت العين فى يد غيرهم واعترف أنه لا يملـكها ولا بينة لهم ، فالنصف لمدعى الـكل ، لأنه ليس منهم من يدعيه ، ويقرع بينهم فى النصف الباقى ، فإن خرجت القرعة لصاحب الـكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه ، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين فى السدس ، فمن قرع صاحبه حلف وأخذه .

وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه ، فالنصف لمدعى الـكل لما ذكرنا ، والسدس الزائد يتنازعه مدعى الـكل ومدعى النصف والثلث يدعيه الثلاثة ، وقد تعارضت البينات فيه . فإن قلنا : تسقط البينات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه ، فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحـكم فيه كما لو لم تـكن لهم بينة . وهذا قول أبى عبيد وقول الشافعى إذ كان بالعراق .

وعلى الرواية التى تقول إذا تعارضت البينات قسمت العين بين المتداعين ، فلمدعى الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ، ولمدعى النصف نصف السدس وثلث الثلث ، ولمدعى الثلث ثلثه وهو التسع ، فتخرج المسألة من ستة وثلاثين سهماً ، لمدعى الـكل النصف ثمانية عشر سهماً ، ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهماً ، ولصاحب النصف سبعة ، ولمدعى الثلث أربعة وهو التسع . وهذا قياس قول قتادة والحارث العـكلى وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة ، وهو قول للشافعى . وقال أبو ثور : يأخذ مدعى الـكل النصف ويوقف الباقى حتى يتبين . ويروى هذا عن مالك ، وهو قول للشافعى .

وقال ابن أبى ليلى وقوم من أهل العراق : تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض ، لصاحب الـكل ستة ، ولصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهمان ، فتصح من أحد عشر سهماً .

وسئل سهل بن عبد الله بن أبى أوس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بأيديهم ولا بينة لهم ، وحلف كل

واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه،فأجابفيهم بشعر يقول :

نظرت أبا يعقوب في الحِسَب التي ... طَرَتْ[1] فأقامت منهم كُلٌّ قاعد
فللمدّعي الثلثين ثُلثٌ وللذى ... أستلاطَ[2] جميعَ المال عندالتحاشد
من المالِ نصفٌ غيرُ ما سينوبُه ... وحصته من نصف ذا المالِ زائد
وللمُدّعى نصفاً من المالِ رُبعُهُ ... ويؤخذنصفُ السُّدْسِ من كلِّ واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول ، فكأن المسألة عالت من ستة إلى ثلاثةعشر ، وذلك أنه أخذ مخرج الكسور وهي ستة فجملها لمدعى الكل ، وثلثاها أربعة لمدعى الثلثين ، ونصفها ثلاثة لمدعى النصف صارت ثلاثة عشر .

٨٥٤٥ (فصـــــل)

فإن كانت الدار في أيدى أربعة ، فادعى أحدهم جميعها ، والثاني ثلثيها ، والثالث نصفها ،والرابع ثلثها ، ولا بينة لهم ، حلف كل واحد وله ربعها ، لأنها في يده ، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه . وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً ، لأننا إن قلنا : تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه ، وإن قلنا : تقدم بينة الخارج فإن الرجلين إذا ادّعيا عيناً في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا ، وأقر الشيء في يد من هو في يده . وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعى الكل ، لأن أحداً لا ينازعه فيه ويقرع بينهم في الباقي ، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل ، أو لمدعى الثلثين أخذه ، وإن وقعت لمدعى النصف أخذه وأقرع بين الباقين في الباقي ، وإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي . وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق ، إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا:لمدعى الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعى الثلثين في السدس الزائد عن النصف ، ثم يقرع بينهما وبين مدعى النصف في السدس الزائد عن الثلث ، ثم يقرع بين الأربعة في الثلث الباقي ويكون الإقراع في ثلاثة مواضع ، وعلى الرواية الأخرى الثلث لمدعى الكل ، ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعى الثلثين ، ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعى النصف أثلاثاً ، ثم يقسم الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً .

وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ، ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة ، وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان ، وربع الثلث الباقي ثلاثة ، فيحصل له عشرون

---

(١) طرت : أتت (ف) .
(٢) استلاط المال : ادعاه (ف) .

سهماً وهى خمسة أتساع الدار . ولمدعى الثلثين ثمانية أسهم ، تسعان وهى مثل مالمدعى الكل بعد الثلث الذى انفرد به ، ولمدعى النصف خمسة أسهم ، تسع وربع تسع ، ولمدعى الثلث ثلاثة نصف السدس .

وعلى قول من قسمها على العول هى من خمسة عشر ، لصاحب الكل ستة ، ولصاحب الثلثين أربعة ، ولصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث سهمان . وعلى قول أبى ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقى حتى يتبين .

٨٥٤٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال: ﴿ ولو كانت الدابة فى يد غيرهما . واعترف أنه لا يملكها ، وأنها لأحدهما لا يعرفه عيناً قرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه ﴾

وجملته : أن الرجلين إذا تداعيا عيناً فى يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما ، فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف نعلمه ، وإن اعترف أنه لا يملكها وقال : لا أعرف صاحبها ، أو قال : هى لأحدكما لا أعرفه عيناً أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه ، لما روى أبو هريرة « أن رجلين تداعيا عيناً لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبى صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها »[1] رواه أبو داود . ولأنهما تساويا فى الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد، والقرعة تميز عند التساوى ، كما لو أعتق عبيداً لا مال له غيرهم فى مرض موته ، وأما إن كانت لأحدهما بينة حكم بها بغير خلاف نعلمه . وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب :

إحداهما : تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين ، كما لو لم تكن بينة ، وهذا الذى ذكره القاضى وهو ظاهر كلام الخرقى ، لأنه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما بينة أو لم تكن . وروى هذا عن ابن عمر وابن الزبير ، وبه قال إسحاق وأبو عبيد ، وهو رواية عن مالك وقديم قولى الشافعى ، وذلك لما روى ابن المسيب[2] « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمر وجاء كل منهما بشهود

---

(١) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٢٧٩ « عن أبى هريرة أن رجلين اختصما فى متاع إلى النبى صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما بينة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : استهما على اليمين ، ماكان ، أحبا ذلك أو كرها » .

وأخرجه ابن ماجة عن أبى هريرة ج ٢ ص ٥٤ ولفظه « عن أبى هريرة أنه ذكر أن رجلين ادعيا دابة ولم يكن بينهما بينة فأمرهما النبى صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين » (ف) .

(٢) أخرج عبد الرزاق فى الجامع عن ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الشهود إذا استووا أقرع بين الخصمين » أنظر منتخب كنز العمال ج ٢ ص ٢٠٧ وقد ذكر المغنى رواية الشافعى وذكرها الشرح الكبير ج ١٢ ص ١٩٦ بلفظ (فى امرأة) بدلا من (فى أمر) (ف) .

عدول على عِدّةٍ واحدة ، فأسهم النبي صلى الله عليه وسلم بينهما » رواه الشافعى فى مسنده . ولأن البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين .

والرواية الثانية : تستعمل البينتان ، وفى كيفية استعمالها روايتان :

إحداهما : تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلى وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة وقول للشافعى ، لما روى أبو موسى « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعير ، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم به بينهما نصفين »[1] ولأنهما تساويا فى دعواه فيتساويان فى قسمته .

والرواية الثانية : تقدم إحداهما بالقرعة ، وهو قول الشافعى ، وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين ، وهو قول أبى ثور ، لأنه اشتبه الأمر ، فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم فى قضيته .

ولنا : الخبران وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين ، بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما .

إذا ثبت هذا فإننا إذا قلنا : إن البينتين تسقطان أقرع بينهما ، فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة .

وإن قلنا : يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين ، وهذا قول الشافعى ، لأن البينة تغنى عن اليمين . وقال أبو الخطاب : عليه اليمين مع البينة ترجيحاً لها . وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى فى هذا الحكم . وإنما يظهر الفرق بينهما فى شىء آخر سنذكره إن شاء الله تعالى .

٨٥٤٧ (فصــــل)

فإن أنكرهما من العين فى يده وكانت لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بينة فإن قلنا تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة ، أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك . وإن قلنا : تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت فى يده ، كما لو لم تكن لهما بينة ، وإن أقر بها بعد ذلك لهما أو لأحدهما قبل إقراره وإن أقر بها فى الابتداء لأحدهما صار المقر له صاحب اليد ، لأن من هى فى يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وإن أقر لهما جميعاً فاليد لكل واحد منهما فى الجزء الذى أقر له به لذلك .

٨٥٤٨ (فصــــل)

وإن تداعيا عيناً فى يد غيرهما ، فقال : هى لأحدكما لا أعرفه عيناً ، أو قال : لا أعرف صاحبها أهو

---

(١) سبق الكلام عن هذا الحديث وكلام المحدثين فيه قريباً (ف) .

أحدكما أو غيركما ، أو قال : أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عيناً ، فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أنى صاحبها، أو أنى الذى أودعتكها ، أو طلبت يمينه ، لزمه أن يحلف له ، لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ، ومن لزمه الحق مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ، ويحلف على ما ادعاه من نفى العلم . وإن صدقاه فلا يمين عليه ، وإن صدقه أحدهما حلف للآخر . وإن أقر بها لواحد منهما أو غيرهما صار المقر له صاحب اليد . فإن قال غير المقر له : احلف لى أن العين ليست ملكى ، أو أنى لست الذى أودعتكها ، لزمه اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها ، وإن اعترف بها لهما كان الحكم فيها كما لو كانت فى أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما فى النصف المحكوم به لصاحبه ، وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه فى النصف المحكوم له به .

٨٥٤٩ (فصـــل)

وإذا كان فى يد رجل دار فادعاها نفسان ، قال أحدهما : آجرتكها ، وقال الآخر : هى دارى أعرتكها ، أو قال : هى دارى ورثتها من أبى ، أو قال : هى دارى ولم يذكر شيئاً آخر ، فأنكرهما صاحب اليد وقال : هى دارى ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى ، إلا على الرواية التى تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب ، فإن بينة من ادعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب . وإن أقام أحدهما بينة أنه غصبها منه ، وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهى للمغصوب منه ، ولا تعارض بينهما ، لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره ، وإقرار الغاصب باطل ، وهذا مذهب الشافعى ، فتدفع إلى المغصوب منه ، ولا يغرم للمقر له شيئاً لأنه ما حال بينه وبينها ، وإنما حالت البينة بينهما . ولو أقر بها لأحدهما ، أو أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من أقر له بها أولا ، ولزمه غرامتها للآخر لأنه حال بينه وبينها بإقراره الأول .

٨٥٥٠ (فصـــل)

نقل ابن منصور عن أحمد فى رجل أخذ من رجلين ثوبين ، أحدهما بعشرة والآخر بعشرين ، ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ، فادعى أحدهما ثوباً من هذين الثوبين ، يعنى وادعاه الآخر ، يقرع بينهما ، فأيهما أصابته القرعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عيناً فى يد غيرهما .

٨٥٥١ (فصـــل)

إذا تداعيا عيناً ، فقال كل واحد منهما : هذه العين لى اشتريتها من زيد بمائة ونقدته إياها ، ولا بينة لواحد منهما ، فإن انكرهما زيد حلف وكانت العين له ، وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف للآخر ،

وإن أقر لـكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لـكل واحد منهما على نصفها . وإن قال : لا أعلم لمن هى منـكما أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها . وإن حلف البائع أنها له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه ، ثم إن أقر بها للآخر لزمته غرامتها له .

وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة نظرنا ، فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين ، مثل أن يدعى أحدهما أنه اشتراها فى المحرم ، وادعى الآخر أنه اشتراها فى صفر ، وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه ، فهى للأول ، لأنه ثبت أنه باعها للأول ، فزال ملـكه عنها ، فيـكون بيعه فى صفر باطلا ، لـكونه باع ما لا يملـكه ويطالب برد الثمن . وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ، تعارضتا لتعذر الجمع ، فينظر فى العين ، فإن كانت فى يد أحدهما انبنى ذلك على الخلاف فى بينة الداخل والخارج ، فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هى فى يده ، ومن قدم بينة الخارج جعلها للخارج . وإن كانت فى يد البائع وقلنا : تسقط البينتان ، رجع إلى البائع ، فإن أنـكرهما حلف لهما وكانت له ، وإن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر . وإن أقر لهما فهى بينهما ويحلف لـكل واحد منهما على نصفها ، كما لو لم تـكن لهما بينة .

وإن قلنا : لا تسقط البينتان ، لم يلتفت إلى إنـكاره ولا اعترافه ، وهذا قول القاضى وأكثر أصحاب الشافعى ، لأنه قد ثبت زوال ملـكه وأن يده لا حكم لها فلا حكم لقوله . فمن قال : يقرع بينهما أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة فهى له مع يمينه ، وهذا قول القاضى لم يذكر شيئاً سوى هذا . ومن قال : تقسم بينهما قسمت ، وهذا ذكره أبو الخطاب .

وقد نص عليه أحمد فى رواية الـكوسج فى رجل أقام البينة أنه اشترى سلعة بمائة ، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها بمائتين ، فـكل واحد منهما يستحق النصف من السلعة بنصف الثمن ، فيـكونان شريكين .

وحمل القاضى هذه الرواية على أن العين فى أيديهما ، أو على أن البائع أقر لهما جميعاً . وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبى الخطاب .

فعلى هذا : إن كان المبيع مما لا يدخل فى ضمان المشترى إلا بقبضه فلـكل واحد منهما الخيار ، لأن الصفقة تبعضت عليه ، فإن اختارا الإمساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن ، وإن اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن . وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر ، إلا أن يكون الحاكم قد حكم له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعى فى كل مبيع .

٨٥٥٢ (فصـــــل)

فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهى ملكه ، وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهى ملكه ، وأقام كل واحد منهما بدعواه بينة ، فهذه تشبه التى قبلها فى المعنى ، فإن كانت فى يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين فى تقديم بينة الداخل والخارج ، وإن كانت فى يديهما قسمت بينهما ، لأن بينة كل واحد منهما داخلة فى أحد النصفين خارجة فى النصف الآخر ، وإن كانت فى يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاها لنفسه .

فإن قلنا : تسقط البينتان حلف وكانت له ، وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له .

وإن قلنا : تقدم إحداهما بالقرعة فهى لمن تخرج له القرعة مع يمينه .

وإن قلنا : تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها . وإن كان المبيع مما يدخل فى ضمان المشترى بنفس العقد ، أو كان المشترى مقراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشىء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع . وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار فى الفسخ والإمضاء ، فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر ، لأن البائع اثنان بخلاف التى قبلها .

٨٥٥٣ (فصـــل)

ولو كان فى يد رجل دار ، فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة ، فالحكم فى هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أننى اشتريتها منه ، على ما مضى من التفصيل فيه . وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو إحداهما تعارضتا ، وإن قدم تاريخ إحداهما فهل ترجح بذلك على وجهين . فأما إن شهدت البينة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما ، لزمه دفعها إلى الذى أقر له بها أولا ، ويغرم قيمتها للآخر .

٨٥٥٤ (فصـــل)

فإن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها منى بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما ، مثل أن يقول كل واحد منهما : اشتراها منى مع الزوال يوم كذا ليوم واحد ، فهما متعارضتان . فإن قلنا : تسقطان رجع إلى قول المدعى عليه ، فإن أنكرهما حلف لهما وبرئ ، وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر ، وإن أقر لهما معاً فعليه لكل واحد منهما الثمن ، لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه . وإن قال : اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن ، وله أن يحلفه

على البـاقى . وإن قلنا : يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للآخر ويبرأ . وإن قلنا : تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لـكل واحد منهما على البـاقى ، فإن كان التاريخان مختلفين ، أو كانتا مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ، ثبت العقدان ولزمه الثمنان ، لأنه يمـكن أن يشتريها من أحـدهما ثم يملـكها الآخر فيشتريها منه ، وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما .

فإن قيل : فلِم قلتم إنه إذا كان البائع واحداً والمشترى إثنان ، فأقام أحدهما بينة أنه اشتراها فى المحرم ، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها فى صفر ، يكون الشراء الثانى باطلا ؟

قلنا : لأنه إذا ثبت الملك للأول لم يبطله بأن يبيعه الثانى ثانياً . وفى مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملـكه ، لأنه لا يجوز أن يشترى ثانياً ملك نفسه ، ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له ، فافترقا.

فإن قيل : فإذا كانت البينتان مطلقتين ، أو إحـداهما مطلقة ، احتمل أن يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان . والأصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشتغل بالشك .

قلنا : إنه متى أمـكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثَمّ شك ، وإنمـا يبقى الوهم ، والوهم لا تبطل به البينة ، لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلا ، لأنه ما من بينة إلا ويحتمل أن تـكون كاذبة ، أو غير عادلة ، أو متهمة ، أو معارضة ، ولم يلتفت إلى هذا الوهم ، كذا هاهنا .

٨٥٥٥ (فصـــل)

وإذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه ، وشهد آخران لآخر أن هذا الغلام ابن هـذا الميت لا نعلم له وارثاً سواه ، فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ، ويكون الإرث بينهما ، لأنه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلمه الأخرى .

٨٥٥٦ (فصـــل)

وإذا ادعى رجل عبداً فى يد آخر أنه اشتراه منه ، وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بينة لهما ، فأنـكرهما ، حلف لهما والعبد له . وإن أقر لأحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر ، وإن أقام أحدهما بينة بما ادعاه ثبت ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى ، لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع ، لأن بيع الحر لا يصح ، وإن سبق البيـع لم يصح العتق ، لأنه أعتق عبد غيره .

فإن قيل : يحتمل أنه عاد إلى ملـكه فأعتقه .

قلنا : قد ثبت الملك للمشترى فلا يبطله عتق البائع .

وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة ، تعارضتا ، لأنه لا ترجيح

لإحداها على الأخرى . فإن كان فى يد المشترى انبنى ذلك على الخلاف فى تقديم بينة الداخل والخارج ، فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشترى ، وإن قدمنا بينة الخارج قدم العتق ، لأنه خارج وإن كان فى يد البائع ، وقلنا : إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما ، ويرجع إلى السيد ، فإن أنكرهما حلف لهما ، وإن أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد ، لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه لم يلزمه شيء ، فلا فائدة فى إحلافه ، ويحلف البائع للمشترى . وإن أقر للمشترى ثبت الملك ولم يحلف العبد ، لأنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة فى إحلافه .

وإن قلنا : يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعترافه ، لأن ملكه قد زال .

فإن قلنا : ترجح إحدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما ، فمن خرجت قرعته قدمناه . قال أبو بكر : هذا قياس قول أبى عبد الله . فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة فى أحد الوجهين .

وإن قلنا : يقسم ، قسمنا العبد ، فجعلنا نصفه مبيعاً ونصفه حراً ويسرى العتق إلى جميعه إن كان البائع موسراً ، لأن البينة قامت عليه بأنه أعتقه مختاراً ، وقد ثبت العتق فى نصفه بشهادتهما .

٨٥٥٧ (فصـــــل)

إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قُبل إقرارها ، لأنها أقرت على نفسها وهى غير متهمة ، فإنها لو أرادت ابتداء النكاح لم تمنع منه . وإن ادعاها اثنان فأقرت لأحدهما لم يقبل منها ، لأن الآخر يدعى ملك نصفها وهى معترفة أن ذلك قد ملك عليها ، فصار إقرارها بحق غيرها ، ولأنها متهمة ، فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر .

فإن قيل : فلو تداعيا عيناً فى يد ثالث فأقر لأحدهما قبل .

قلنا : لا يثبت الملك بإقراره فى العين ، وإنما يجعله كصاحب اليد فيحلف، والنكاح لا يستحق باليمين، فلم ينفع الإقرار به هاهنا ، فإن كان لأحد المتداعيين بينة حكم له بها ، لأن البينة حجة فى النكاح وغيره ، وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ، ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها فى بيته وبده ، لأن اليد لا تثبت على حرة ، ولا سبيل إلى القسمة هاهنا ولا إلى القرعة ، لأنه لابد مع القرعة من اليمين ، ولا مدخل لها فى النكاح .

٨٥٥٨ (فصـــــل)

إذا قال السيد لعبده: إن قتلت فأنت حر ، ثم مات ، فادعى العبد أنه قُتل ، وأنكر الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، لأن الأصل عدم القتل ، فإن أقام بينه بدعواه عتق ، وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد فى أحد الوجهين ، لأنها تشهد بزيادة وهى القتل .

والثانى : تتعارضان ، لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى ، فيبقى على الرق .

وإن قال : إن متُّ فى رمضان فعبدى سالم حر ، وإن متُّ فى شوال فعبدى غانم حر ، ثم مات فادعى كل واحد منهما موته فى الشهر الذى يعتق بموته فيه ، وأنكرهما الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، وإن أقروا لأحدهما عتق بإقرارهم . وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : تقــدم بينة سالم ، لأن معها زيادة علم ، فإنها أثبتت ما يجوز أن يخفى على البينة الأخرى ، وهو موته فى رمضان .

والثانى : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق ، لأنهما سقطا فصارا كمن لا بينه لها .

والثالث : يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة ، وإن قال : إن برئت من مرضى هذا فسالم حر ، وإن مت منه فغانم حر ، فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ، لأنه لا يخلو من أن يكون برىء أو لم يبرأ ، فيعتق أحدهما على كل حال ، ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة ، كما لو أعتق أحدهما فأشكل علينا . ويحتمل أن يقدم قول غانم لأن الأصل عدم البرء ، وإن أقام كل واحـد منهما بينة بموجب عتقه ، فقال أصحابنا : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى وتثبت زيادة تنفيها الأخرى ، ولا يصح هذا القول ، لأن التعارض أثره فى إسقاط البينتين ، ولو لم يكونا أصلا لعتق أحدهما ، فكذلك إذا سقطتا . وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده ، كما لو قال : إن كان هذا الطائر غراباً فسالم حر ، وإن لم يكن غراباً فغانم حر ، ولم يعلم حاله ، ولكن يحتمل وجهين :

أحدهما : أن يقرع بينهما كما فى مسألة الطائر ، لأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة فى رواية .

والثانى : تقدم بينة سالم ، لأنها شهدت بزيادة وهى البرء . وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة .

٨٥٥٩ (فصـل)

وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه فى مرض موته ، وادعى عبده الآخر غانم أنه أعتقه فى مرض موته ، وكل واحد منهما ثلث ماله ، فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة ، فلا تعارض بينهما ، لأن ما شهدت به كل بينة لا ينفى ما شهدت به الأخرى ، ولا تكذب إحداهما الأخرى ، فيثبت إعتاقه لها . ثم ينظر ، فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثانى ، إلا أن يجيز الورثة ، لأن المريض إذا

تبرع بتبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالأول ، وإن اتفق تاريخهما أو أطلقتا أو إحداهما فهما سواء لأنه لامزية لإحداهما على الأخرى فيستويان ويقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، إلا أن يجيز الورثة ، لأنه لا يخلو إما أن يكون أعتقهما معاً فيقرع بينهما ، كافعل النبي صلى الله عليه وسلم في العبيد[1] الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال غيرهم ، أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسألة الطائر . وقيل : يعتق من كل واحد نصفه ، وهو قول للشافعي، لأنه أقرب إلى التعديل بينهما ، فإن في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق ، وفي القسمة لايخلو المستحق للعتق من حرية ، ولا المستحق للرق من رق ، ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت به بينتان والأول المذهب ، لأنه لايخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما . والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما .

وقولهم : إن في القرعة احتمال إرقاق نصف الحر .

قلنا : وفي القسمة إرقاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق يقيناً وهو أعظم ضرراً .

وإن كانت قيمة أحدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الأول أو الذي خرجت قرعته الثلث عتق ورق الآخر . وإن كان هو الناقص عن الثلث عتق وعتق من الآخر تمام الثلث .

وإن كان لأحدهما بينة ولا بينة للآخر ، أو بينته فاسقة ، عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر .

وإن كان لكل واحد منهما بينة عادلة إلا أن إحداهما تشهد أنه أعتق سالماً في مرضه ، والأخرى تشهد بأنه وصى بعتق غانم ، وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على إجازة الورثة ، لأن التبرع يقدم على الوصية . وإن كان سالم أقل من الثلث عتق من غانم تمام الثلث وإن شهدت إحداهما أنه وصى بعتق سالم ،

---

(١) في صحيح مسلم كتاب الأيمان باب من أعتق شركا له في عبد ج ٣ ص ١٢٨٨ عن عمران بن حصين: « أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم ثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديداً ».

جزأهم : قسمهم .

أقرع بينهم : هيأهم للقرعة على العتق .

أرق أربعة : أبقى حكم الرق عليهم .

قال له قولا شديداً : قال في شأنه قولا شديداً كراهية لفعله وتغليظاً عليه ، وقد جاء في رواية لأحمد « لو علمنا ما صلينا عليه » — وسر ذلك أن الله لم يأذن للمريض بأن يتصرف إلا في الثلث فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفاً لحكم الله ومشابهاً لمن وهب غير ماله (ف) .

وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم، فهما سواء ويقرع بينهما، سواء اتفق تاريخهما أو اختلف ، لأن الوصية يستوى فيها المتقدم والمتأخر . وقال أبو بكر وابن أبي موسى : يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة ، لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً، ولا كذلك هاهنا ، فيجب أن تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لاثنين بمال . والأول قياس المذهب ، لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق في مرض الموت ، وقد ثبت في الإعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت، ولأن المعنى المقتضى لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات فيثبت، فأما إن صرح فقال إذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر ، أو كان في لفظه ما يقتضيه ، أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضـــــاه .

٨٥٦٠ (فصـــــــل)

فإن خلف المريض ابنين لا وارث له سواهما ، فشهدا أنه أعتق سالماً في مرض موته ، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانماً في مرض موته ، وكل واحد ثلث ماله ، ولم يطعن الإبنان في شهادتهما ، وكانت البينتان عادلتين ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا أجنبيين سواء ، لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين . فإن طعن الإثنان في شهادة الأجنبيين وقالا : ما أعتق غانماً في مرض موته ، وكل واحد ثلث ماله ، إنما أعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية . لأنها بينة عادلة مثبتة والأخرى نافية . وقول المثبت يقدم على قول النافي ، ويكون حكم ما شهدت به حكم ما إذا لم يطعن الورثة في شهادتهما في أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ، ويرق إذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره . وأما الذي شهد به الإبنان فيعتق كله لإقرارهما بإعتاقه وحده واستحقاقه للحرية ، وهذا قول القاضي .

وقيل: يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقي ، لأن العبد الذي شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة ، وكالذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث البـاقي وهو ثلثا غانم ، والأول أصح ، لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت ، وحال الموت في قول الإبنين لم يعتق سالم إنما عتق بالشهادة بعد الموت، فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده ، فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته .

فإن كان الإبنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية ، ثبت العتق لسالم ولم يزاحم من شهد له الإبنان لفسقهما ، لأن شهادة الفاسق كعدمها ، فلا يقبل قولهما في إسقاط حق ثبت ببينة عادلة . وقد أقر الإبنان بعتق غانم فينظر ، فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كله كما قلنا في التي قبلها ، وإن تأخر تاريخ عتقه، أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء ، لأن الإبنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء ، فإذا كانا فاسقين أولى

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي : يعتق نصفه في الأحوال كلها ، لأنه استحق العتق بإقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة ، فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه ، وهذا لا يصح ، فإنه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة ، لأنه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء . ولو كانت بينتة عادلة فمع فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة الأجنبية فقالت : ما أعتق غانماً إنما أعتق سالماً ، عتق العبدان . وقيل : يعتق من سالم ثلثاه ، والأول أولى .

٨٥٦١ (فصـــــل)

فإن شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعتق سالم ، وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم ، وقيمتهما سواء ، أو كانت قيمة غانم أكثر ، قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم ، لأنهما لايجران إلى أنفسهما نفعاً ويدفعان عنها ضرراً .

فإن قيل : فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم .

قلنا : وهما يسقطان ولاء سالم ، وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث . وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل مالو شهدا بعتق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولهما ولاؤه . ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الإرث لهما . وتقبل شهادة المرأة لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه ، فإن كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما إقرارهما لغانم ، فيعتق سالم بالبينة العادلة ، ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية بإعتاقه وحده .

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي : أنه إنما يعتق ثلثاه ، لأنه لما أعتق سالم بشهادة الأجنبيين صار كالمغصوب ، فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة .

ولنا : أن الوارثة[1] تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت ، فصار كالمغصوب بعد الموت . ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله ، فكذلك الشهادة بعتقه . وقد ذكر القاضي : فيما إذا شهدت بينة عادلة بإعتاق سالم في مرضه ، ووارثة[2] فاسقة بإعتاق غانم في مرضه ، وأنه لم يعتق سالماً ، أن غانماً يعتق كله ، وهذا مثله .

فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم ، فالوارثة[3] متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته ، فترد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ، ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه ، وهو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة . وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن

(١) ، (٢) ، (٣) في المغني طبعة رشيد ج ١٢ ص ١٩٩ وطبعة الفقي ج ٩ ص ٢٩٩ والشرح الكبير ج١٢ص ٢١٦ (الوارثة) والأنسب (الورثة) (ف) .

شهدت بالوصية بعتق غانم ، وهي بينة عادلة ، ثبتت الوصيتان، سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة ،فيمتقا[1] إن خرجا من الثلث ، وإن لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما ، فيعتق من خرجت له القرعة ، ويعتق تمام الثلث من الآخر ، سواء تقدمت إحدى الوصيتين على الأخرى أو استوتا ، لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء .

٨٥٦٢ (فصـــــل)

ولو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله ، وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله ، وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله ، صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر ، سواء كانت البينتان من الورثة أو لم تكن ، لأنه لا تهمة في حقهم . وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئاً ، لأنه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهي إحدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو . وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها ، فقال القاضي : لا تصح الشهادة ، وهذا مذهب الشافعي لأنهما لم يعينا المشهود عليه ، ويصير كما لو قالا : نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفاً . وأن لأحد هذين على هذا ألفاً ، ويكون الثلث بين الجميع أثلاثاً .

وقال أبو بكر : قياس قول أبي عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما ، فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته . وهذا قول ابن أبي موسى . وإذا صح الرجوع عن إحداهما بغير تعيين ، صحت الشهادة به كذلك . ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول ، وتصح الشهادة فيها بالمجهول ، فجازت في الرجوع من غير تعيين المرجوع عن وصيته .

٨٥٦٣ (فصـــــل)

وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله ، وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله ، انبنى هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أولا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يعارضهما ، فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما ، لأن الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين .

والثاني : لا يعارضهما لأن الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين ، فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث ،

---

(١) في المغني لرشيد رضا ج ١٢ ص ١٩٩ وللمغني ج ٩ ص ٢٠٠ (فيعتقا) والصواب (فيعتقان) وقد سقطت هذه الكلمة من الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢١٧ (ف) .

وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة ، فأما إن شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه ، فلا تعارض بينهما، ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو ، والفرق بين المسألتين أن فى الأولى تقابلت البينتان فقدمنا أقواهما . وفى الثانية لم يتقابلا ، وإنما يثبت الرجوع ، وهو يثبت بالشاهد واليمين ، لأن المقصود به المال ، وهذا مذهب الشافعى ، والله أعلم .

٨٥٦٤ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال: ﴿ولو كان فى يده دار فادعاها رجل ، فأقر بها لغيره ، فإن كان المقر له بها حاضراً جعل الخصم فيها ، وإن كان غائباً وكانت للمدعى بينة حكم بها للمدعى ببينته ، وكان الغائب على خصومته متى حضر﴾ .

وجملته : أن الإنسان إذا ادعى داراً فى يد غيره ، فقال الذى هى فى يده : ليست لى إنما هى لفلان . وكان المقر له بها حاضراً ، سئل عن ذلك ، فإن صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد ، لأن من هى فى يده اعترف أن يده نائبة عن يده ، وإقرار الإنسان بما فى يده إقرار صحيح ، فيصير خصما للمدعى . فإن كانت للمدعى بينة حكم له بها ، وإن لم تكن له بينة فالقول قول المدعَى عليه مع يمينه . وإن قال المدعى : احلفوا لى المقر الذى كانت العين فى يده أنه لا يعلم أنها لى فعليه اليمين . لأنه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم ، كما لو قال : هذه العين لزيد ، ثم قال : هى لعمرو ، فإنها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمرو . ومن لزمه الغرم مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ، فإن رد المقر له الإقرار وقال : ليست لى وإنما هى للمدعى حكم له بها . وإن لم يقل : هى للمدعى ولكن قال : ليست لى ، فإن كانت المدعى بينة حكم له بها ؛ وإن لم تكن له بينة ففيه وجهان :

أحدهما : تدفع إلى المدعى ، لأنه يدعيها ولا منازع له فيها ؛ ولأن من هى فى يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعى ، فمع عدم ادعائه لها أولى .

والثانى : لا تدفع إليه ، لأنه لم يثبت لها مستحق ، لأن المدعى لا يد له ولا بينة ، وصاحب اليد معترف أنها ليست له ، فيأخذها الإمام فيحفظها لصاحبها . وهذا الوجه الثانى ذكره القاضى ، والأول أولى لما ذكرنا من دليله . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ووجه ثالث أن المدعى يحلف أنها له وتسلم إليه ، ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين إذا نكل المدعى عليه ، وإن قال المقر له : هى لثالث ، انتقلت الخصومة إليه وصار بمنزلة صاحب اليد ، لأنه أقر له بها مَنِ الْيَدُ له حُكْماً . وأما إن أقر بها المدعَى عليه لمجهول ، قيل له : ليس هذا بجواب . فإن أقررت بها لمعروف وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك ، فإن أصر قضى عليه بالنكول ، وإن أقر بها لغائب أو لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه . فإن لم تكن

للمدعى بينة لم يقض له بها ، لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ، ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفاً فتكون الخصومة معه .

فإن قال المدعى: أحلفوا لى المدعَى عليه أحلفناه لما تقدم، وإن أقر بها للمدعى لم تسلم إليه ؛ لأنه اعترف أنها لغيره ، ويلزمه أن يغرم له قيمتها ، لأنه فوّتها عليه بإقراره بها لغيره . وإن كان مع المدعى بينة سمعها الحاكم وقضى بها ، وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدح فى بينة المدعى ، وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعى . وإن أقام بينة أنها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج .

فإن قلنا : تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين . وإن كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها ، لأن البينة للغائب ، والغائب لم يدعها هو ولا وكيله ، وإنما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة ، وهو زوال التهمة عن الحاضر ، وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لى.

ويتخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل ، وإن للمودع الخصمة فى الوديعة إذا غصبت ، ولأنها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعى إذا لم تعارضها بينة أخرى . فإن ادعى من هى فى يده أنها معه بإجارة أو عارية ، وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين :

أحدهما : أن ثبوت الإجارة والعارية يترتب على الملك للمؤجر بهذه البينة فلا تثبت الإجارة المترتبة عليها.

والثانى : أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل ، ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق ، فإنه يقضى بها وجهاً واحداً . ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه ، لأنه أقر بأنه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن إقراره . والحكم فى غير المكلف كالحكم فى الغائب على ما ذكرنا .

٨٥٦٥ (فصـــــل)

وإذا طلب المدعى أن يكتب له محضراً بما جرى لزمته إجابته ، فيكتب له محضراً : حضر القاضى فلان ابن فلان الفلانى ، قاضى عبد الله الإمام فلان بن فلان الفلانى ، أو خليفة القاضى فلان بن فلان إن كان نائباً ، فلان بن فلان الفلانى ، وأحضر معه فلان بن فلان الفلانى ، فادعى داراً فى يديه ، ويعينها ويذكر حدودها وصفتها ، فاعترف بها المدعَى عليه لفلان بن فلان الفلانى ، وهو حينئذ غائب عن بلد القاضى ، فأقام المدعى بينة وهى فلان بن فلان الفلانى ، وفلان بن فلان الفلانى ، فشهدا عنده للمدعى بما ادعاه ، وعرف الحاكم

عدالتهما بما يسوغ معه قبول شهادتهما، أو شهد عنده بعدالتهما فلان وفلان فقبل شهادتهما ، فقضى بها على الغائب ، جعل كل ذى حجة على حجته .

فإن كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد : وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعى عن دعواه .

وإن أقام عند حضوره بينة زاد : وأقام بينة وكانت بينة المدعى مقدمة على بينته ، لأنها بينة خارج .

٨٥٦٦ (فصــــــل)

وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخاً له غائباً ، ولا وارث له سواهما ، وترك داراً فى يد هذا الرجل ، فأنكر صاحب اليد ، فأقام المدعى بينة بما ادعاه ، ثبتت الدار للميت ، وانتزعت الدار من يد المنكر ، ودفع نصفها إلى المدعى ، وجعل النصف الآخر فى يد أمين للغائب يكريه له . وكذلك إن كان المدعى مما ينقل ويحول ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه ، لأن الغائب لم يدعه هو ولا كيله فلم ينزع من يد من هو فى يده ، كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بينه وبين أجنبى ، فإنه يسلم إلى المدعى نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب ، كذا هاهنا .

ولنا : أنها تركة ميت ثبتت ببينة ، فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمنقول ، وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً ، ولأن فيما قاله ضرراً ، لأنه قد يتعذر على الغائب إقامة البينة وقد يموت الشاهدان أو يغيبان[1] أو تزول عنهما عدالتهما ، ويعزل الحاكم فيضيع حقه ، فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمنقول . ويفارق الشريك الأجنبى إجمالا وتفصيلا .

أما الإجمال : فإن المنقول ينتزع نصيب شريكه فى الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الأجنبى

وأما التفصيل : فإن البينة ثبت بها الحق للميت ، بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ، ولأن الأخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقى . فأما إن كان ديناً فى ذمة إنسان ، فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يقبضه كما يقبض العين .

والثانى : لا يقبضه ، لأنه إذا كان فى ذمة من هو عليه ، كان أحوط من أن يكون أمانة فى يد الأمين ، لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه . والأول أولى ، لأنه فى الذمة أيضاً يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة .

إذا ثبت هذا : فإننا إذا دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين ، لأننا دفعناه بقول

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٠٥ والمغنى ج ٩ ص ٣٠٤ (يغيبا) والصواب (يغيبان)(ف) .

الشهود ، والمطالبة بالضمين طعن عليهم . قال أصحابنا : سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا. ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما فى نفى وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة ، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه ولا يكتفى به ، وهذا قول الشافعى . فعلى هذا تكون الدار موقوفة ، ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التى كان يطوفها ، ويأمر مناديا ينادى إن فلانا مات ، فإن كان له وارث فليأت ، فإذا غلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفع إلى الحاضر نصيبه . وهل يطلب منه ضمينا ؟ يحتمل وجهين .

وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ، ولكن لم يقولا ولا نعلم له وارثا سواه . فإن كان مع الإبن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملا ، وعلى هذا التخريج يعطى اليقين ، فإن كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز أن يكون له أربع نسوة ، وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئا ، وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز أن يكون له ثلاث جدات ، ولا تعطى العصبة شيئا.

فإن كان الوارث أخا لم يعط شيئا ، لجواز أن يكون للميت وارث يحجبه . وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلا ، والمرأة ربع الثمن عائلا ، والزوج الربع عائلا ، لأنه اليقين ، فإن المسألة قد تعول مع وجود الزوج ، مثل أن يخلف أبوين وابنين وزوجا ، فإذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه ، وكمل لذوى الفروض فروضهم .

٨٥٦٧ (فصـــــل)

وإذا اختلف فى دار فى يد أحدهما ، فأقام المدعى بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر ، فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها ؟ على وجهين :

أحدهما : تسمع ويحكم بها ، لأنها تثبت الملك فى الماضى ، وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله .

والثانى : لا تسمع . قال القاضى : هو الصحيح ، لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدّع المدعى الملك فى الحال ، فلا تسمع بينة على ما لم يدّعه ، لكن إن انضم إلى شهادتهما بيان سبب يد الثانى وتعريف تعديها فقالا : نشهد أنها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه ، أو سرقها ، أوضلت منه فالتقطها هذا ، ونحو ذلك ، سمعت وقضى بها ، لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك . ولا تنافى بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد ، لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد . فإذا ثبت أن سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا ، فوجب القضاء باستدامة الملك السابق . وإن أقر المدعى عليه أنها كانت ملكا للمدعى أمس أو فيما مضى ، سمع إقراره ، وحكم به فى الصحيح ، لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه ، فيصير هو المدعى فيحتاج إلى البينة ، ويفارق البينة من وجهين :

أحدهما : أنه أقوى من البينة لكونه شهادة من الإنسان على نفسه ، ويزول به النزاع ، بخلاف البينة ، ولهذا يسمع فى المجهول ، ويقضى به بخلاف البينة .

والثانى : أن البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه ، والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال ، والإقرار يسمع ابتداء . وإن شهدت البينة أنها كانت فى يده أمس فنى سماعها وجهان ، وإن أقر المدعى عليه بذلك ، فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا .

٨٥٦٨ (فصـــــل)

وإن ادعى أمَة أنها له ، وأقام بينة فشهدت أنها ابنة أمَته ؛ أو ادعى ثمرة فشهدت له البينة أنها ثمرة شجرته ، لم يحكم له بها ، لجواز أن تكون ولدتها قبل تملكها ، وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها ، وإن قالت البينة : ولدتها فى ملكه ، أو أثمرتها فى ملكه ، حكم له بها ، لأنها شهدت أنها نماء ملكه ، ونماء ملكه ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه .

فإن قيل : فقد قلتم لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح ، وهذه شهادة بملك سابق .

قلنا : الفرق بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع للملك فى الأصل ، فإثبات ملكه فى الزمن الماضى على وجه التبع ، وجرى مجرى مالو قال : ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك ، فإن ملكه يثبت فى الزمن الماضى تبعاً للحال ، ويكون له النماء فيما مضى ، ولأن البينة هاهنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها ، أو وجودها فى ملكه ، فقويت بذلك . ولهذا لو شهدت بالسبب فى الزمن الماضى فقالت : أقرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك ، وإن لم يذكره فمع ذكره أولى .

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه ، وهذا الدقيق من حنطته ، وأن هذا الطائر من بيضته ، حكم له به وإن لم يضفه إلى ملكه ، لأن الغزل عين القطن ، وإنما تغيرت صفته ، والدقيق أجزاء الحنطة تفرقت ، والطير هو أجزاء البيضة استحال ، وكأن البينة قالت : هذا غزله ودقيقه وطيره ، وليس كذلك الولد والثمرة ، فإنهما غير الأم والشجرة . ولو شهد أن هـذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولا : باضها فى ملكه ، لأن البيضة غير الطير ، وإنما هى من نمائه ، فهى كالولد . ومذهب الشافعى فى هذ الفصل كله كما ذكرنا .

٨٥٦٩ (فصـــــل)

وإذا كانت فى يد زيد دار فادعاها عمرو ، وأقام بينة أنه اشتراها من خالد بثمن مسمى نقده إياه ، أو أن خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد أن خالداً باعه إياها أو وهبها له وهو يملكها ، أو يشهد أنها دار عمرو اشتراها من خالد ، أو يشهد أنه باعها أو وهبها له وسلمها إليه . وإنما لم تسمع البينة بمجرد الشراء

والهبة ، لأن الإنسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به ، فإن انضم إلى ذلك الشهادة للبائع بالملك ، أو شهدوا للمشترى بالملك ، أو شهدوا بالتسليم ، فقد شهدوا بتقدم اليد أو بالملك للمدعى أو لمن باعه ، فالظاهر أنه ملكه ، لأن اليد تدل على الملك ، وهذا مذهب الشافعي ، وإنما قبلناها وهي شهادة بملك ماض لأنها شهدت بالملك مع السبب ، والظاهر استمراره ، بخلاف ما إذا لم يذكر السبب .

٨٥٧٠ (فصـــــل)

وإذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه ، فادعى أنه مملوكه قبلت دعواه ، ولم يحل بينه وبينه ، لأن اليد دليل الملك ، والصبي ما لم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع ، إلا أن يعرف أن سبب يده غير الملك ، مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه ، لأن اللقيط محكوم بحريته ، وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض ، فيحكم برقه . فإذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه ، لأنه محكوم برقه قبل دعواه . وإن لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره ، فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه ، لأن اليد دليل الملك . فإن ادعى أجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد ، لأن النسب مقدم على الولاء في الميراث . فإن أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه ، لأنه يجوز أن يكون ولده وهو مملوك بأن يتزوج بأمة أو يسبي الصغير ثم يسلم أبوه ، إلا أن يكون الأب عربياً فلا يسترق ولده في رواية ، وهو قول الشافعي القديم . وإن أقام بينة أنه ابن حرة فهو حر ، لأن ولد الحرة لا يكون إلا حراً .

وإن كان الصبي مميزاً يعبر عن نفسه ، فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه ، إلا أننا إن رأيناه في يده وهما يتنازعان ففيه وجهان :

أحدهما : لا يثبت ملكه عليه ، لأنه معرب عن نفسه ويدعى الحرية ، أشبه البالغ .

والثاني : يثبت ملكه عليه ، لأنه صغير ادعى رقه وهو في يده فأشبه الطفل .

فأما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا ببينة ، وإن لم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لأنها الأصل . وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، إلا أن أصحاب الرأي قالوا : متى أقام إنسان بينة أنه ولده ثبت النسب والحرية ، لأن ظهور الحرية في ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد ، لا سيما إذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بأمة ، فلا ينفي احتمال الرق . وهذا القول هو الصواب إن شاء الله .

٨٥٧١ (فصـــــل)

وإن ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما ، فالقول قوله مع يمينه . وإن اعترف لهما بالرق ثبت

رقه . فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون بينهما نصفين ، لأن يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب .

ولنا : أنه إنما حكم برقه باعترافه ، فكان مملوكا لمن اعترف له ، كما لو لم تكن يده عليه . ويخالف الثوب والطفل ، فإن الملك حصل فيهما باليد ، وقد تساويا فيه ، وهاهنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصاً به ، فإن أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مضى من التفصيل فيه .

فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر ، وإن اعترف أحدهما فهو لمن اعترف له ، وإن أقر لهما معاً فهو بينهما ، لأن البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين .

فإن قلنا بالقرعة أو القسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى إنكاره ، وإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه ، لأن رقه ثابت بالبينة فلم تبق له يد على نفسه ، كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث ، وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه ، واعترف أنها ليست له ، ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح بإقراره .

٨٥٧٢ (فصـــــل)

ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها ، لم يقبل منه ، ولا يخلى بينها وبينه . ولو ادعى رقها قُبل منه إذا كانت طفلة لا تعبّر عن نفسها ، لأن اليد دليل الملك . وأما المدعي للنكاح فهو مقر بحريتها أو بأنها غير مملوكة له ، واليد لا تثبت على الحر ، فإذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قُبل إقرارها .

٨٥٧٣ (فصـــــل)

ولو ادعى ملك عين وأقام به بينة ، وادعى آخر أنه باعها منه ، أو وهبها إياه ، أو وقفها عليه ، أو ادعت امرأته أنه أصدقها إياها أو أعتقها ، وأقام بذلك بينة ، قضى له بها بغير خلاف نعلمه ، لأن بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الأخرى ، والبينة الأخرى شهدت بالأصل ، فيمكن أنه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الأخرى .

ولو مات رجل وترك داراً فادعى ابنه أنه خلفها ميراثاً ، وادعت امرأته أنه أصدقها إياها ، وأقاما بذلك بينتين ، حكم بها للمرأة ، ولأنها تدعي أمراً زائداً خفي على بينة الإبن ، وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه ، بأنه باع ملكه ، أو ما في يده ، أو لم تشهد بذلك ، وسواء شهدت بالبيع والقبض ، أو لم تذكر القبض ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال يد البائع إلا أن تشهد البينة بأنه باع ملكه أو ما في يده ، لأن البيع المطلق ليس بحجة ، لأنه قد يبيع ما لا يملك .

ولنا : أن بينة البائع أثبتت الملك له ، فإذا أقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه فى إزالة ملكه عنها إلى المشترى ، فوجب القضاء له بها .

ولو ادعى إنسان داراً فى يد رجل أنها لى منذ سنة وأقام بهذا بينة ، فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعى الشراء ، وليس فى شهادة البينة الأولى أنه تملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين ، لأنه لا تنافى بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة ، فإن المالك منذ سنتين يستمر ملكه فى السنة الثانية . فإن قالت بينة الشراء : هو مالكها ، ثبت الملك بغير خلاف ، وإن لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

٨٥٧٤ (فصـــــل)

ولو ادعى رجل ملك دار فى يد آخر ، وادعى صاحب اليد أنها فى يده منذ سنتين ، وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، فهى لمدعى الملك بلا خلاف نعلمه، لأنه لا تنافى بين الدعوتين ولا البينتين ، لأنها قد تكون ملكا له وهى فى يد الآخر .

وإن ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين ، وأقام بهذا بينة ، فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين ، فالبينة كاذبة ، والدابة لمن هى فى يده .

٨٥٧٥ (فصـــــل)

وإذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف ، وشهد أحدهما أنه قضاه ، ثبت الإقرار ، فإن حلف مع شاهده على القضاء ثبت ، وإلا حلف المقر له أنه لم يقضه ويثبت له الألف . وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه قضاه ألفاً ، تثبت عليه الألف ، لأن شاهد القضاء لم يشهد بألف عليه ، وإنما تضمنت شهادته أنها كانت عليه ، والشهادة لا تقبل إلا صريحة بخلاف المسألة الأولى ، فإن البينة أثبتت الألف بشهادتها الصريحة بها .

ولو ادعى أنه أقرضه ألفاً فقال : لا يستحق علىّ شيئاً ، فأقام بينة بالقرض ، وأقام المدّعى عليه بينة أنه قضاه ألفاً ولم يعرف التاريخ ، برىء بالقضاء ، لأنه لم يثبت عليه إلا ألف واحد ، ولا يكون القضاء إلا لما عليه ، فلهذا جعل القضاء للألف الثابتة . وإن قال : ما أقرضتنى ، ثم أقام بينة بالقضاء ، لم تقبل بينته فى أنه قضاه للقرض، لأنه بإنكاره القرض تعين صرفها إلى قضاء غيره ، ولو لم ينكر القرض إلا أن بينة القضاء كانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يجز صرفها إلى قضاء القرض ، لأنه لا يقضى القرض قبل وجوده .

٨٥٧٦ ﴿ مســــــألة ﴾

قال: ﴿ ولو مات رجل وخلف ولدين :مسلماً وكافراً ، فادعى المسلم أن أباه مات مسلماً ، وادعى الكافر إن أباه مات كافراً ، فالقول قول الكافر مع يمينـه ، لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافراً مدعياً لإسلامه وإن لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته ، كان الميراث بينهما نصفين لتساوى أيديهما ﴾

وجملته : أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه ،وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم ، والآخر كافر ،فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه ، فالميراث للكافر ، لأن دعوى المسلم لاتخلو من أن يدعى كون الميت مسلماً أصلياًفيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتداً . وهذا خلاف الظاهر ، فإن المرتد لا يقر على ردته فى دار الإسلام ، أو يقول : إن أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ماقاله أخوه مدّع زواله وانتقاله ، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله . وهـذا معنى قول الخرق : إن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً مدّعياً لإسلامه .

وذكر ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما فى الدعوى سواء ، فالميراث بينهما نصفين ، كما لو تنازع اثنان عيناً فى أيديهما . ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبى حنيفة ، لأن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها ، ويثبت للميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام فى الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين فى تغسيله والصلاة عليه ودفنه فى مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك فى ميراثه، ولأن الإسلام[1] يعلو ولا يعلى عليه. ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم ردته ، ولم ينته إلى الإمام خبره، وظهور الإسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه .

وقال القاضى : قياس المذهب أنا ننظر ، فإن كانت التركة فى أيديهما قسمت بينهما نصفين ، وإن لم تكن فى أيديهما أقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه حلف واستحق ، كما قلنا فيما إذا تداعيا عيناً . ويقتضى كلامه أنها إذا كانت فى يد أحدهما فهى له مع يمينه ، وهذا لا يصلح ، لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة

---

(١) ورد هذا فى حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه الدارقطنى والبيهق والضياء المقدسى عن عائذ بن عمرو للمزنى وعلقه البخارى، ورواه الطبرانى فى الصغير من حديث عمر .أنظر فيض القدير ج ٣ ص ١٧٩ وتلخيص الحبير ج ٤ ص ١٢٦(ف) .

تركة هذا الميت ، وأنه إنما يستحقها بالميراث فلاحكم ليده . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا ، وهذا قول الشافعى .

ولنا : ماذكرناه من الدليل على ظهور كفره ، وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث إليه ، وأما ظهور حكم الإسلام فى الصلاة عليه ، فلأن الصلاة لاضرر فيها على أحد ، وكذلك تغسيله ودفنه ، وأما قوله: إن الإسلام يعلو ولايعلى ، فإنما يعلو إذا ثبت،والنزاع فى ثبوته ، وهذا فيما إذا لم يثبت . فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه ، وهذا قول الشافعى وأبى ثور وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا فى التى قبلها .

ولنا : أن الأصل بقاء ما كان عليه ، وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع . فأما إن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء فى الدعوى لتساوى أيديهما ودعاويهما ، فإن المسلم والكافر فى الدعوى سواء ، ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان فى أيديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما . ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم .

٨٥٧٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإن أقام المسلم بينة أنه مات مسلماً، وأقام الكافر بينة أنه مات كافراً، أسقطت البينتان وكان كمن لابينة لهما . وإن قال شاهدان : نعرفه كان كافراً ، وقال شاهدان : نعرفه كان مسلماً ، فالميراث للمسلم ، لأن الإسلام يطرأ على الكفر إذا لم يؤرخ شهود معرفتهم ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا خلف الميت ولدين مسلماً وكافراً ، فادعى المسلم أنه مات مسلماً وأقام بذلك بينة، وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه ، فهما متعارضتان . وإن عرف أصل دينه نظرنا فى لفظ الشهادة ، فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما متعارضتان ، وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الإسلام وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعى انتقاله عن دينه ، لأن المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذى تعرفه ، لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذى عرفاه ، والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها ، كما لو شهدا بأن هذا العبد كان ملكا لفلان إلى أن مات ، وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع .

فأما إن قال شاهدان : نعرفه قبل موته قد كان مسلماً،وقال شاهدان: نعرفه كان كافراً، نظرنا فى تاريخهما، فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما ، لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ماشهدت به الآخرة، وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم، لأن المسلم لايقر على الكفر فى دار

الإسلام ، وقد يسلم الكافر فيقر . وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت فى شهادتهما ، فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان ، وإن تم تكن عَلَى اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعاضتان . وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه . وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقى : تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينة لهما . وقد ذكرنا روايتين آخرتين :

إحداهما : يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ

والثانية : تقسم بينهما ، ونحو هذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : تقدم بينة الإسلام على كل حال . وقد مضى الكلام معه . وقول الخرقى فيما إذا قال شاهدان : نعرفه كان مسلماً ، وقال شاهدان : نعرفه كان كافراً ، محمول على من لم يعرف أصل دينه ، أو علم أن أصل دينه الكفر ، أما من كان مسلماً فى الأصل فينبغى أن تقدم بينة الكفر ، لأن بينة الإسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه فى الأصل .

٨٥٧٨ (فصـــــل)

وإن خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلفا فى دينه حال الموت ، فالحكم فيها كالتى قبلها ، وهكذا سائر الأقارب ، إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الأقارب ويختلفون فى دينه ، فإن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه ، لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت أنه كان كافراً وأن الإبنين يدّعيان إسلامه ، فيكون القول قول الأبوين ، وإن كانا مسلمين فالقول قولها فى إسلامه ، لأن كفره ينبنى على أنه كان مسلماً فارتد ، أو أن أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

٨٥٧٩ (فصـــــل)

ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها ، وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت ، فادعت أنها أسلمت قبل موته ، فأنكرها الورثة ، فالقول قول الورثة ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة فأنكرتهم ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدم ما ادعوه عليها . وإن ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم ، فالقول قولها . وإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها ، فالقول قولهم . وإن اختلفوا فى انقضاء عدتها ، فالقول قولها فى أنها لم تنقض ، لأن الأصل بقاؤها ، ولا نعلم فى هذا كله خلافاً ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور .

ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على أن أحدهما كان مسلماً حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم فى حياة أبيه وجحده أخوه فالميراث للمتفق عليه ، لأن الأصل بقاء الكفر إلى أن يعلم زواله ، وعلى أخيه اليمين ، ويكون على نفى العلم ، لأنها على نفى فعل أخيه ، إلا أن يكون ثبت أنه كان مسلماً قبل القسمة ، فإن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له . وإن كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلفا فى

حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها . وإن لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً ، فادعى عليه أنه كان كذلك فأنكر ، فالقول قوله والميراث بينهما ، لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ما سواهما .

٨٥٨٠ (فصـــل)

وإن أسلم أحد الإبنين فى غرة شعبان ، وأسلم الآخر فى غرة رمضان ، واختلفا فى موت أبيهما ، فقال الأول منهما : مات فى شعبان فورثته وحدى . وقال الآخر : مات فى رمضان ، فالميراث بينهما ، لأن الأصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها . فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان :

أحدهما : يتعارضان .

والثانى : تقدم بينة موته فى شعبان ، لأن معها زيادة علم ، لأنها بينت موته فى شعبان، ويجوز أن يخفى ذلك على البينة الأخرى .

٨٥٨١ (فصـــل)

وإن اختلفا فى دار ، فادعى أحدهما أن هذه دارى ورثتها من أبى ، وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه ، وليس أحدهما أخاً للآخر ، وكانت فى يد أحدهما ، فهى للذى هى فى يده ، سواء كان مسلماً أو كافراً . وإن كانت فى أيديهما فهى بينهما . وإن كان لكل واحد منهما بينة وهى فى أيديهما تعارضتا ، وكان الحكم فيها على ما قدمنا فى مثلها .

٨٥٨٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها : ماتت قبل ابنها فورثناها ، ثم مات ابنى فورثته . وقال أخوها : مات ابنها فورثته ، ثم ماتت فورثناها ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وكان ميراث الإبن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ﴾ .

وجملته : أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً ، واختلف الأحياء من ورثتهم فى أسبقهم بالموت ، كامرأة وابنها ماتا ، فقال الزوج : ماتت المرأة أولا فصار ميراثها كله لى، ولابنى، ثم مات ابنى فصار ميراثه لى. وقال أخوها : مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ، ثم ماتت فكان ميراثها بينى وبينك نصفين ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه ، لأن سبب استحقاق الحى من موروثه موجود ، وإنما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده ، وهذا أمر مشكوك فيه ، فلا نزول عن اليقين بالشك ، فيكون ميراث الإبن لأبيه لا مشارك له فيه ، وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين ، وهذا مذهب الشافعى .

فإن قيل : فقد أعطيتم الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى إلا الربع .

قلنا : بل هو مدّع له كله ، ربعه بميراثه منها ، وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه . قال أبو بكر :وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه إلا ببينة تقوم للأخ ، وهذا تعليل لقول الخرقى فى هذه المسألة . وذكر قولا آخر أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين قال : وهذا اختيارى أن كل رجلين ادعيا ما لا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين ، وهذا لا يدرى ما أراد به ، إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقى وليس بقول آخر ، وإن أراد أن مالها ومال الإبن بينهما نصفين لم يصح ، لأنه يفضى إلى إعطاء الأخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقيناً ، لأنه لا يدعى من مال الإبن أكثر من سدسه ، ولا يمكن أن يستحق أكثر منه . وإن أراد أن ثلث مال الإبن يضم إلى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح ، لأن نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما فى نصفه . ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما خفى ، كما لو تنازع رجلان داراً فى أيديهما ، فادعاها أحدهما كلها ، وادعى الآخر نصفها ، فإنها تقسم بينهما نصفين ، وتكون اليمين على مدعى النصف . إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك أن الدار فى أيديهما فكل واحد منهما فى يده نصفها ، فمدعى النصف يدعيه وهى فى يده فقبل قوله فيه مع يمينه . وفى مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين ، فلا يد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما ، وإنما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما . وإن أرادا أن يضم سدس مال الإبن إلى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه ، لأنهما تساويا فى دعواه فيقسم بينهما ، كما لو تنازعا دابة فى أيديهما ، وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به .

والذى يقتضيه قول أصحابنا فى الغرقى والهدمى أن يكون سدس ميراث الإبن للأخ وباقى الميراثين للزوج ، لأننا نقدر أن المرأة ماتت أولا ، فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الإبن فورث الزوج كل ما فى يده ، فصار ميراثها كله لزوجها . ثم نقدر أن الإبن مات أولا فورثه أبواه لأمه الثلث ، ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين ، لكل واحد منهما السدس ، فلم يرث الأخ إلا سدس مال الإبن كما ذكرنا . ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثهما على الجهل به . والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبى بكر فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيراً وأن الآخر مات قبله ، فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها ، وإن أقاما بينتين تعارضتا ، وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما ، أو يقتسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على الروايات الثلاث ، والله أعلم .

٨٥٨٣ (فصـــــل)

ولو كان فى يد رجل دار فادعت امرأته أنه أصدقها إياها ، أو أنها اشترتها منه فأنكرها ، فالقول

قوله مع يمينه ، لأن القول قول المنكر مع يمينه . وإن أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة ، لأنها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج . وإن مات الرجل وخلف ابناً فادعى الإبن أنه خلف الدار ميراثاً ، وادعت المرأة أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين ، قدمت بينة المرأة لذلك ، فإن لم تكن بينة فالقول قول الإبن مع يمينه لا نعلم فى هذا خلافاً .

٨٥٨٤ (فصـــــل)

وإذا ادعى رجل أنه اكترى بيتاً من دار لرجل شهراً بعشرة ، فادعى الرجل أنه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ، ولا بينة لواحد منهما ، فقد اختلفا فى صفة العقد فى قدر المكترى فيتحالفان ، وقد مضى حكم التحالف فى البيع .

وذكر أبو الخطاب فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هـذا بعشرة ، وقال المشترى : بـل هـو والعبد الآخر بعشرة ، فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفاً ، لأن المشترى يدعى بيعاً فى العبد الزائد ينكره البائع ، والقول قول المنكر ، وهذا مثله . فعلى هذا يكون القول قول المكرى مع يمينه إذا عدمت البينة . وإن أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له ، وإن كان مع كل واحد بينة تعارضتا ، سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو إحداهما مؤرخة والأخرى مطلقة ، لأن العقد على البيت مفرداً وعلى الدار كلها فى زمن واحد محال .

فإن قلنا : تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة .

وإن قلنا : يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة ، وهذا قول القاضى وظاهر مذهب الشافعى . وعلى قول أبى الخطاب تقدم بينة المكترى لأنها تشهد بزيادة ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى .

فإن قيل : فهلا أوجبتم الأجرتين معاً على المكترى كما قلتم فيما إذا قامت البينة أنه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران ؟

قلنا : ثَمَّ يجوز أن يكون المهران مستقرين ، بأن يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعها ثم يتزوجها يوم الجمعة ، وأما الأجرة فلا تستقر إلا بمضى الزمان ، فإذا عقد عقداً قبل مضى المدة لم يجز أن تجب الأجرتان .

٨٥٨٥ ﴿ مسـألة ﴾

قال : ﴿ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبى ألفاً ، وشهد آخران على رجل آخر أنه أخذ من الصبى ألفاً ، كان على ولىّ الصبى أن يطالب أحدهما بالألف ، إلا أن تكون كل بينة لم تشهد بالألف الذى شهدت به الأخرى فيأخذ الولى الألفين ﴾ .

أما إذا كانت كل بينة شهدت بألف غير معين ، فإن الولى يطالب بالألفين جميعاً ، لأن كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أداؤها ، وعلى الولى أن يطالب بها ، كما لو أقر كل واحد منهما بألف ، وأما إن كان المشهود به ألفاً معيناً ، فشهدت بينة أن هذا الرجل هو الآخذ لها لم يجب إلا ألف واحد ، وللولى مطالبة أيهما شاء ، لأنه قد ثبت أن كل واحد منهما أخذ الألف ، فإن كان لم يرده فقد استقر فى ذمته ، وإن كان رده إلى الصبى لم تبرأ ذمته برده إليه ، لأنه ليس له قبض صحيح ، فإن غرمه الذى لم يرده لم يرجع على أحد ، لأنه استقر عليه ، وإن غرمه الراد له ، رجع على الذى لم يرده ، فإن غرمه أحدهما فادعى أن الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه ، فالقول قول الآخر مع يمينه ، لأن الأصل عدم استقراره عليه .

٨٥٨٦ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب ، فذكر كل واحد منهما أنه أخو صاحبه ، جعلناهما أخوين ، وإن كانا سبياً فادّعيا ذلك بعد أن أعتقا ، فيراث كل واحد منهما لمعتقه إذا لم يصدقهما ، إلا أن تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين ، فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من أخيه ﴾ .

وجملته: أن أهل الحرب إذا دخلوا إلينا مسلمين أو غير مسلمين ، فأقر بعضهم بنسب بعض ، ثبت نسبهم كما يثبت نسب أهل دار الإسلام من المسلمين وأهل الذمة بإقرارهم ، ولأنه إقرار لا ضرر على أحد فيه فقبل كإقرارهم بالحقوق المالية ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وإن كانوا سبياً فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضاً ، سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ، ويسمى الواحد من هؤلاء حميلا ، أى محمولا ، كما يقال للمقتول : قتيل ، وللمجروح: جريح، لأنه حمل من دار الكفر . وقيل : سمى حميلا لأنه حمل نسبه على غيره وإن شهد بنسبه الكفار لم تقبل ، وعن أحمد رواية أخرى أن شهادتهم فى ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به فى الغالب ، فأشبه شهادة أهل الذمة على الوصية فى السفر إذا لم يكن غيرهم، والمذهب الأول ، لأننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى ، وإنما لم يقبل إقرارهم لما فى ذلك من الضرر على السيد بتفويت إرثه بالولاء على تقدير العتق ، وإن صدقهما معتقهما قبل ، لأن الحق له ، وإن لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض ، وميراث كل واحد منهما لمعتقه ، وهذا قول الشافعى فيما إذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم ، وإن أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يقبل .

والثانى : يقبل ، لأنه يملك أن يستولد فملك الإقرار به .

والثالث : إن أمكن أن يستولد بعد عتقه قُبل ، لأنه يملك الاستيلاد بعد عتقه ، وإلا لم يقبل لأنه لا يملك

قبل عتقه ، أو يستولد قبل عتقه . ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين أن إقراره يقبل فيما يقبل فيه الإقرار من الأحرار الأصليين ، وبه قال أبو حنيفة ، لأنه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ، ووافقه المقر له فيه فقبل ، كما لو أقر من له أخ بنسب ابن ، وبهذا الأصل يبطل ما ذكروه .

ولنا : ما روى الشعبي[1] « أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بينة » رواه سعيد . وقال أيضاً : حدثنا سفيان عن ابن جدعان عن سعيد بن المسيب قال : كتب عمر بن الخطاب أن لا تورث حميلا إلا ببينة ، ولأن إقراره يتضمن إسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل ، كما لو أقر أنه مولى لغيره ، فإن غيره شريكه في ولائه . وفارق الإقرار من الحر الذي له أخ ، لأن الولاء نتيجة الملك فجرى مجراه ، ولأن الولاء ثبت عن عوض والإخوة بخلافه . ألا ترى أنه لو قال لغيره : اعتق عبدك عني وعلي ثمنه صح ولم يثبت له إلا الولاء ؟ وإذا ثبت أنه بعوض كان أقوى من النسب . وإنما قدمنا النسب في الميراث لقربه لا لقوته كما نقدم ذوي الفروض على العصبة مع قربهم .

٨٥٨٧ (فصـــل)

وإذا كانا مختلفي الدين لم يثبت النسب بإقرارهما وإن لم يتوارثا ، لأنه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فيرث . ولذلك لو أقرا بالنسب في حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق ، وإن والد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر أنه ابن عمه احتمل أن يقبل إقراره ، لأنه لا ولاء عليه ، فيقبل إقراره لوجود المقتضي لقبوله وانتفاء المعارض . واحتمل أن لا يقبل ، لأنه يرثه المسلمون ، ولأنه إذا لم يقبل إقرار الأصول فالفروع أولى .

فإن قلنا : يقبل إقرارهما فأقر أحدهما لأبي الآخر أنه عمه ، لم يثبت الإقرار بالنسبة إلى أنه ابن أخيه ، لأنه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق له ، وهل يثبت بالنسبة إلى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الأخ ، فلا تفضي صحة الإقرار إلى إسقاط الولاء ، والأولى أنه لا يثبت ، لأنه لم يثبت بالنسبة إلى أحد الطرفين فلم يثبت في الآخر .

---

(١) في سنن الدارمي ج ٢ ص ٢٧٩ « عن الشعبي قال : كتب عمر بن الخطاب إلى شريح الا يورث الحميل إلا ببينة وإن جاءت به في خرقها » وفيه « عن إبراهيم قال : لم يكن أبو بكر وعمر وعثمان يورثون الحميل » .

وفي منتخب كنز العمال ج ٤ ص ٢٢٨ ذكر كتاب عمر إلى شريح وعزاه إلى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي في السنن قال : وضعفه (ف) .

٨٥٨٨ ﴿ مســــــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كان الزوجان فى البيت ، فافترقا ، أو ماتا ، فادعى كل واحد منهما ما فى البيت أنه له أو ورثته ، حكم بما كان يصلح للرجال للرجل ، وما كان يصلح للنساء للمرأة ، وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين ﴾ .

وجملة ذلك : أن الزوجين إذا اختلفا فى متاع البيت أو فى بعضه ، فقال كل واحد منهما : جميعه لى ، أو قال كل واحد منهما : هذه العين لى ، وكانت لأحدهما بينة ، ثبت له بلا خلاف ، وإن لم يكن لواحد منهما بينة ، فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والأقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك ، القول فيه قول الرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها ، وما يصلح لهما كالفارش والأوانى فهو بينهما ، وسواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم ، وسواء اختلفا فى حال الزوجية أو بعد البينونة ، وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر .

قال أحمد فى رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان فى الرجل يطلق زوجته ، أو يموت فتدعى المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء ، وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما ، وإن كان المتاع على يدى غيرهما فمن أقام البينة دفع إليه ، وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع ، وقال فى رواية مهنا : وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك ، وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى .

وقال القاضى : هذا إنما هو فيما إذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم ، أما ما كان فى يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه ، وإن كان فى أيديهما قسم بينهما نصفين ، سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما ، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، إلا أنهما قالا : ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه ، وإذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول الباقى منهما ، لأن اليد المشاهدة أقوى من اليــــد الحكمية ، بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار فى الإبرة والمقص كانت للخياط .

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها ، وقال مالك : ما صلح لكل واحد منهما فهو له ، وما صلح لهما كان للرجل ، سواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم ، لأن البيت للرجل ويده أقوى عليه لأن عليه السكنى .

وقال الشافعى وزفر والبتى : كل ما فى البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه .

وروى نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ، لأنهما تساويا فى ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة ، فلم يقدم أحدهما على صاحبه ، كالذى يصلح لهما أو كما لو كان فى يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك .

ولنا : أن أيديهما جميعاً على متاع البيت ، بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبى كان القول قولهما ، وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفاً فيجب أن يقدم ، كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها ، أو قميصاً أحدهما لابسه والآخر آخذ بكمه ، أو جداراً متصلا بداريهما معقوداً ببناء أحدهما أو له عليه أزَجٌ [1] .

ولنا على أبى حنيفة والقاضى : أنهما تنازعا فيما فى أيديهما ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه ، أشبه ما إذا كان فى اليد الحكمية . فأما ما كان يصلح لهما فإنه فى أيديهما ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه . أشبه ما إذا كان فى أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على أنه ليس للنافى أن وارث الميت قائم مقامه ، أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلا ، فأما إذا لم يكن لهما يد حكمية ، بل تنازع رجل وامرأة فى عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحية ذلك له ، بل إن كانت فى أيديهما فهى بينهما ، وإن كانت فى يد أحدهما فهى له ، وإن كانت فى يد غيرهما اقترعا عليها ، فمن خرجت له القرعة فهى له واليمين على من حكمنا بها له فى كل المواضع ، لأنه ليس لهما يد حكمية فأشبها سائر المختلفين .

٨٥٨٩ (فصـــــل)

وإذا كان فى الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها ، حكم بآلة كل صناعة لصاحبها فآلة العطارين للعطار ، وآلة النجارين للنجار . وإن لم يكونا فى دكان واحد لكن اختلفا فى عين ، لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف فيها له كما ذكرنا فى الزوجين ، ويكون ذلك كتنازع الأجنبيين .

٨٥٩٠ (فصـــــل)

وإذا اختلف المكرى والمكترى فى شىء فى الدار نظرت ، فإن كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأوانى والكتب فهو للمكترى ، لأن العادة أن الإنسان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه ، وإن كان فى شىء مما يتبع فى البيع كالأبواب المنصوبة ، والخوابى المدفونة ، والرفوف المسمرة ، والسلاليم المستمرة ، والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتانى فهو للمكرى ، لأنه من توابع الدار ، فأشبه الشجرة المغروسة فيها . وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد : إذا اختلفا فى الرفوف فهى لصاحب الدار ،

(١) قوله (أو له عليه أزج) أى لأحدهما عليه أزج ، والأزج بفتح الهمزة والزاى . قال ابن البناء : هو القبو وقال الجوهرى : ضرب من الأبنية ١ هـ من كتاب شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٥١٩ .

وفى القاموس ج ١ ص ١٨٤ أزجه تأزيجاً : بناه وطوله وعليه فالأزج : بناء مطول .(ف)

فظاهر هذا العموم فى الرفوف كلها . وقال القاضى : كلام أحمد محمول على المسمرة ، فأما غير المسمرة فهى بينهما إذا تحالفا ، لأنها لا تتبع فى البيع فأشبهت القماش ، وهذا ظاهر يشهد للمكترى ، وللمكرى ظاهر يعارض هذا وهو أن المكرى يترك الرفوف فى الدار ولا ينقلها عنها ، فإذا تعارض الظاهران من الجانبين استويا ، وهذا مذهب الشافعى .

فعلى هذا إذا تحالفا كانت بينهما ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهى لمن حلف .

وذكر القاضى فى موضع آخر وأبو الخطاب أنه إن كان للرف شكل منصوب فى الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه ، وإن لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما ، لأنه إذا كان له شكل منصوب فى الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها . والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر .

وكذلك إن اختلفا فى مصراع باب مقلوع ، فالحكم فيه كما ذكرنا ، لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه ، فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقانى من الرحا ، والمفتاح مع السكرة . ووجه ظاهر كلام أحمد فى أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال أن العادة جارية بترك الرفوف فى الدار ولم تجر بنقل المكترى لها معه ، فكانت لصاحب الدار كالذى له شكل منصوب ، ولأنها إذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار ، فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقانى من الرحا إذا كان السفلانى منصوباً ومفتاح السكرة المسمرة .

٨٥٩١ (فصـــل)

وإذا كان الخياط فى دار غيره فاختلفا فى الإبرة والمقص فهى للخياط ، لأن تصرفه فيهما أكثر والظاهر معه ، لأن الإنسان إذا دعا خياطاً ليخيط له فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه ، وإن اختلفا فى القميص فهو لصاحب الدار ، إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه فى دار غيره ، وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها .

وإن اختلف صاحب الدار والنجار فى القدوم والمنشار وآلة النجارة فهى للنجار . وإن اختلفا فى الخشبة المنجورة والأبواب والرفوف المنشورة فهى لصاحب الدار .

وإن اختلف النجاد ورب الدار فى قوس الندف فهو للنجاد . وإن اختلفا فى الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار .

وإن اختلف رب الدار والسقا فى القربة فهى للسقا . وإن اختلفا فى الخابية والجرار فهى لصاحب الدار لما ذكرنا .

٨٥٩٢ (فصـــل)

وإذا تنازع رجلان دابة ، أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها ، فالراكب أولى بها ، لأن تصرفه فيها

أقوى ويده آكد وهو المستوفى لمنفعتها . وإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر آخذ بزمامها فهى لصاحب الحمل لذلك . وإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكب عليها فهى للراكب ، لأنه أقوى تصرفاً . وإن اختلفا فى الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب ، لأن يده على الدابة والحمل معاً . فأشبه مالو اختلف الساكن وصاحب الدار فى قماش فيها . وإن تنازع صاحب الدابة والراكب فى السرج فهو لصاحب الدابة ، لأن السرج فى العادة يكون لصاحب الفرس .

وإن تنازع اثنان فى ثياب على عبد لأحدهما فهى لصاحب العبد ، لأن يد العبد عليها . وإن تنازع صاحب الثياب والآخر فى العبد اللابس لها فهما سواء ، لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب. ومذهب الشافعى فى هذا الفصل والذى قبله كما ذكرنا .

٨٥٩٣ (فصل)

فإن اختلف صاحب أرض ونهر فى حائط بينهما فهو لهما، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب النهر لأنه لنفعه . وقال أبو يوسف ومحمد : هو لصاحب الأرض لأنه متصل بأرضه .

ولنا : أنه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما ، كما لو تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف الذى بينهما أو حائط بين داريهما. وما ذكروه من الترجيحين متقابل فيستويان . وإن تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف الذى بينهما فهو بينهما لذلك . وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فإنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذى يحصل له دون النصف الآخر ، لأن ما يحصل له لا يفيده الحلف عليه شيئاً فلا يستحلف عليه ، كالمدعى لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه

٨٥٩٤ (فصل)

وإن تنازعا عمامة طرفها فى يد أحدهما وباقيها فى يد الآخر ، أو قميصاً كمه فى يد أحدهما وباقيه مع الآخر فهما سواء فيها ، لأن يد الممسك بالطرف عليها ، بدليل أنه لو كان باقيها على الأرض فنازعه فيها غيره كانت له ، وإذا كانت فى أيديهما تساويا فيها . ولو كانت دار فيها أربعة أبيات وفى أحد أبياتها ساكن وفى الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها ، كان لكل واحد ما هو ساكن فيه ،لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ، ولا يشاركه الخارج منه الساكن فيه فى ثبوت اليد عليه . ولو تنازعا الساحة التى يتطرق منها إلى البيوت فهى بينهما نصفين لاشتراكهما فى ثبوت اليد عليها ، فأشبهت العمامة فيما ذكرنا .

٨٥٩٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه ، لما روى عن

النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذي ﴾ .

وجملته : أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم ، فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه وإن كان قدر حقه ، لأنه لا يجوز أن يملك عليه عيناً من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه ، لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين ، فإن أتلفها أو تلفت فصارت دَيناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصا في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي . وإن كان مانعاً له لأمر يبيح المنع كالتأجيل والإعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف ، وإن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً أو عوضه إن كان تالفاً ولا يحصل التقاص هاهنا ، لأن الدَّين الذي له لا يستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها . وإن كان مانعاً له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الأخذ أيضاً بغيره ، لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه ، فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله . وإن لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به ، أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا ، فالمشهور في المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقه ، وهو إحدى الروايتين عن مالك .

قال ابن عقيل : وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجهاً في المذهب أخذاً من حديث هند حين قال لها النبي صلى الله عليه وسلم « خذي ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف » وقال أبو الخطاب : ويتخرج لنا جواز الأخذ ، فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره ، وإن كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه ، مأخوذ من حديث هند ، ومن قول أحمد في المرتهن : يركب ويحلب بقدر ما ينفق ، والمرأة تأخذ مؤنتها ، وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا .

وقال الشافعي : إن لم يقدر على استخلاص حقه بعينه فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه ، وإن كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان . والمشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دَين فله أن يأخذ بقدر حقه ، وان كان عليه دَين لم يجز لأنهما يتحاصان في ماله إذا أفلس .

وقال أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عيناً أو ورقاً أو من جنس حقه ، وإن كان المال عرضاً لم يجز ، لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضاء من المتعاوضين . قال الله تعالى (إلاّ أنْ تَكونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنكم[1]) .

واحتج من أجاز الأخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي ، فقال : خذي ما يكفيكِ

---

(١) سورة النساء آية ٢٩ .

وولدكِ بالمعروف » متفق عليه ، وإذا جاز لهـا أن تأخذ من ماله ما يـكفيها بغير إذنه جاز للرجل الذى له الحق على الرجل .

ولنا :قول النبى صلى الله عليه وسلم « أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » رواه الترمذى وقال حديث حسن . ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فيدخل فى عموم الخبر .

وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه[1] » ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض ، وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضا صاحبه ، فإن التعيين إليه . ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول : اقضنى حقى من هذا الـكيس دون هذا ؟ ولأن كل مالا يجوز له تملـكه إذا لم يـكن له دَين ، لا يجوز له أخذه إذا كان له دَين كما لو كان باذلاً له .

وأما حديث هند فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه فى كل وقت . وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة فى المحاكمة فى كل وقت والمخاصمـة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدَّين . وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة ، فـكأن الحق صار معلوماً يعلم قيام مقتضيه ، وبينهما فرقان آخران :

أحدهما : أن للمرأة من التبسط فى ماله بحكم العادة ما يؤثر فى إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الأجنبى .

الثانى : أن النفقة تراد لإحياء النفس وإبقاء المهجة ، وهذا مما لا يصبر عنه . ولا سبيل إلى تركه ، فجاز أخذ ماتندفع به هذه الحاجة بخلاف الدَّين حتى نقول : لو صارت النفقة ماضية لم يـكن لها أخذها ، ولو وجب لها عليه دَين آخر لم يكن لها أخذه .

فعلى هذا إن أخذ شيئاً لزمه رده إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً وجب مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان متقوّماً . فإن كان من جنس دَينه تقاصا وتساقطا فى قياس المذهب ، وإن كان من غير جنسه لزمه غرمه .

ومن جوّز من أصحابنا الأخذ فإنه قال : إن وجد من جنس حقه جاز له الأخذ منه بقدر حقه من غير زيادة ، وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه ، وإن لم يجد إلا من غير جنس حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملـكه ، لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه ، وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ، ويحتمل أن يجوز له ذلك كما قالوا : الرهن ينفق عليه إذا كان مركوباً أو محلوباً يركب ويحلب

(١) أخرجه الدارقطنى عن أنس ، وأخرجه الدارقطنى وأحمد عن أبى حرة الرقاشى عن عمه كما فى الدارقطنى ج ٣ ص ٢٥ ، ٢٦ ومسند أحمد ج ٥ ص ٧٢ (ف)

بقدر النفقة وهي من غير الجنس . واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من جوّز له هذا ، ومنهم من قال يواطئ رجلا يدعي عليه عند الحاكم دَيناً فيقر له بذلك الشيء الذي أخذه فيمتنع مَن عليه الدعوى من قضاء الدَّين ليبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه إليه .

٨٥٩٦ (فصـــــل)

إذا ادعى إنسان على إنسان حقاً ، وأقام به شاهدين ، فلم يعرف الحاكم عدالتهما ، فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده ، أجيب إلى ذلك ، لأن الظاهر من المسلمين العدالة ، ولأن الذي على الغريم قد أتى به ، وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود . وإن أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت إلا بشاهدين لم يحبس المدعَى عليه ، لأن البينة ما تمت والحبس عذاب ، فلا يتوجه عليه دون تمام البينة ، وإن كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين ففيه وجهان :

أحدهما : يحبس له ، لأن الشاهد الواحد حجة في المال ، وإنما اليمين مقوية له .

والثاني : لا يحبس وهو الصحيح ، لأنه إن حبس ليقيم شاهداً آخر يتم به البينة فهو كالحقوق التي لا تثبت إلا بشاهدين . وإن حبس ليحلف معه فلا حاجة إليه ، فإن الحلف ممكن في الحال ، فإن حلف ثبت حقه وإلا لم يجب شيء . ويحتمل أن يقال : إن كان المدعي باذلاً لليمين والتوقف لأجل إثبات عدالة الشاهد حبس لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه قال القاضي : وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم ، وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقال للمشهود له : إن جئت بشاهد آخر إلى ثلاث وإلا أطلقناه .

٨٥٩٦ (فصـــــل)

وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه ، وأقام شاهدين ولم يعدلا ، فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود ، فعلى الحاكم ذلك ، ويؤجره من ثقة ، وينفق عليه من كسبه ، ويحبس الباقي ، فإن عدل الشاهدان سلم إليه الباقي من كسبه ، وإن فسقا رد إلى سيده ، وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ، ولأننا لو لم نحل بينهما أفضى إلى أن تكون أمَة فيطأها . وإن أقام شاهداً واحداً وسأل أن يحال بينهما ففيه وجهان .

وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها ، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما ، لأن البينة لم تتم ، وهذا مما لا يثبت إلا بشاهدين ، فلا يثبت بشاهد واحد ، والله أعلم .

كتاب العتق (١)

العتق فى اللغة : الخلوص ، ومنه عتاق الخيل ، وعتاق الطير ، أى خالصها . وسمى البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدى الجبابرة .

---

(١) أبواب العتق والتدبير والمكاتبة والاستيلاد وما تناولته من أحكام تظهر بوضوح جمال موقف الإسلام من الأرقاء ومدى تشوفه إلى حريتهم وتكشف زيف اتهام الإسلام بأنه يهدر كرامة الإنسان وحريته بإباحته للاسترقاق وفى الحق أن هذا الاتهام يعوزه النظرة الشاملة للظروف التى لابست إباحته. والقاضى العادل النزيه لايدلى بحكمه إلا بعد دراسة شاملة للقضية وما لابسها ليكون حكمه صائباً ، فالقتل وهو جريمة قد ينتفى عنه وصف الإجرام حين يكون دفاعاً حتمياً عن النفس .

وفى موضوع الرق ينبغى أن نذكر أن الإسلام لم يكن أول من شرعه فقد كان مشروعاً فى معظم دول العالم تقره قوانينها ودياناتها .

فى اليونان شاع نظام الرق وأقره إفلاطون وأرسطو .

والقانون الرومانى أباح أن يسترق الدائن مدينه إذا لم يف بدينه كما أباح استرقاق الأسرى والتلهى بقتلهم وتعذيبهم .

كذلك رضى الفرس هذا النظام ، وكانوا يتغاضون عن هفوة الرقيق الأولى لكنهم أباحوا فى المرة الثانية تعذيبه بل قتله .

والإسرائيليون أباحوا استرقاق أهل المدن المفتوحة من النساء والأطفال،أما الرجال فليس لهم عندهم إلا القتل ما لم يتم صلح معهم، ففى سفر التثنية الإصحاح ٢٠ الآية ١٠ — ١٥ « حين تقرب من مدينة لكى تحاربها استدعها إلى الصلح فإن أجابتك إلى الصلح وفتحت لك فكل الشعب الموجود فيها يكون لك للتسخير ويستعبد لك وإن لم تسالمك بل عملت معك حرباً فحاصرها وإذا دفعها الرب إلهك إلى يدك فاضرب جميع ذكورها بحد السيف ، وأما النساء والأطفال والبهائم وكل ما فى المدينة كل غنيمتها فتغتنمها لنفسك وتأكل غنيمة أعدائك التى أعطاك الرب إلهك » .

والبراهمة كانوا يعاملون للنبوذين (طبقة السودرا) معاملة الخدم والرقيق وكانوا يعاملون الأرقاء بقسوة ، وإن كانوا ـ يا للعجب ـ يعاملون الحيوانات برحمة .

والمسيحيون أقروا الرق وأوصوا بالأرقاء خيراً كما أوصوهم بطاعة أسيادهم . جاء فى رسالة بولس إلى أهل كولوسى الإصحاح الثالث ٢٢ أيها العبيد أطيعوا فى كل شىء سادتكم حسب الجسد لا بخدمة العين كمن يرضى الناس بل ببساطة القلب خائفين الرب .

وفى الإصحاح الرابع ١ أيها السادة قدموا للعبيد العدل والمساواة عالمين أن لكم أنتم أيضاً سيداً فى السموات=

وهو فى الشرع : تحرير الرقبة وتخليصها من الرق ، يقال : عتق العبد وأعتقته أنا ، وهو عتيق ومعتق .

= ومثل هذا جاء فى رسالته إلى أهل أفسس الإصحاح السادس ٥ — ٩.

وفى رسالته الأولى إلى تيموثاوس الإصحاح السادس ١ ، ٢ .

وفى رسالته إلى تيطس الإصحاح الثانى ٩ .

وفى رسالة بطرس الأولى الإصحاح الثانى ١٨ .

هكذا كان الرق موجوداً قبل الإسلام فى الدول المجاورة ومعترفاً به فى الديانات المختلفة ، وكذلك كان فى بلاد العرب ، وفى العصر الذى بزغ فيه فجر الاسلام والذى سبقه كان الرق عماد الحياة الاقتصادية وقوام الحياة الاجتماعية ، فإقرار الإسلام له آنئذ كان تحت تأثير هذه الظروف ، وجرياً على مبدأ (المعاملة بالمثل) ، ومع هذا نلاحظ أنه قلل الروافد ، ووسع المنافذ ، ليتلاشى أمره وينتهى بالتدريج .

ولكى ندرك هذا ينبغى أن نتعرف أسباب الرق التى ارتضاها الإسلام وأسبابه التى شاعت فى غيره .

لقد كان من أسباب الرق انتماء الشعب إلى جماعة معينة كما هو حال المنبوذين مع البراهمة وكان من أسبابه الخطف، والحرب، وارتكاب بعض الجرائم ، والعجز عن سداد الدين وسلطة الوالد على ولده فله أن يبيعه ، وسلطة الإنسان على نفسه فله أن يبيعها وتناسل الرقيق .

فجاء الإسلام فألغاها جميعاً عدا رق الحرب ورق الوراثة.

وفى رق الوراثة استثنى أولاد الإماء من سيدهن إذا اعترف بهم، وفى رق الحرب اشترط أن تكون الحرب شرعية أى أعلنها الإمام لسبب مشروع متبعاً فيها تعاليم الإسلام وبشرط أن يختار الاسترقاق إذ يجوز له أن يطلق الأسير دون مقابل أو بفدية أو ببدل من أسرى المسلمين .

والحكمة ما ذكر القرآن المن والفداء دون الرق قال تعالى (فإذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى إذا أثخنتموهم فشدوا الوثاق فإما مناً بعد وإما فداء حتى تضع الحرب أوزارها) سورة محمد آية ٤ .

إلى جانب هذا أكثر الإسلام منافذ العتق حيث جعله كفارة للظهار ولليمين وللقتل والفطر رمضان ، وجعل من أسبابه التلفظ به صراحة ولو من غير قصد ، والمكاتبة والتدبير والاستيلاد ، وإيذاء العبد إيذاء بليغاً — عند أحمد — كذلك جعل سهما من أسهم الزكاة يصرف فى تحرير الرقاب ، ولم يكتف بهذا بل رغب فى العتق بأساليب متنوعة ، ففى القرآن يقول تعالى (فلا اقتحم العقبة.وما أدراك ما العقبة.فك رقبة) وعن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أيما رجل أعتق امرءاً مسلماً استنقذ الله تعالى بكل عضو منه عضواً من النار » زاد فى رواية أخرى «حتى فرجه بفرجه» أخرجه الشيخان والترمذى.ومع بقاء الرق يدعو الإسلام إلى حسن معاملة الرقيق .

عن أبى ذر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يطعم وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم من العمل ما يغلبهم فإن كلفتموهم ما يغلبهم فأعينوهم» أخرجه البخارى ومسلم. =

والأصل فيه الكتاب ، والسنة، والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ [(١)]) وقال تعالى (فَكُّ رَقَبَةٍ [(٢)]) .

وأما السنة فما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق رقبة

= وعن ابن عمر قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله كم أعفو عن الخادم؟ فصمت صلى الله عليه وسلم ثم سأله فقال : يارسول الله كم أعفو عن الخادم ؟ فقال : أعف عنه فى كل يوم سبعين مرة » .

وعنه أيضاً قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من لطم مملوكا له أو ضربه فكفارته أن يعتقه» أخرجهما أبو داود .

وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العبيد : إن أحسنوا فاقبلوا وإن أساءوا فاعفوا ، وإن غلبوكم فبيعوا » أخرجه البزار .

وعن عمار بن ياسر رضى الله عنه قال : قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من ضرب مملوكه ظلماً أقيد منه يوم القيامة » رواه الطبرانى ورواته ثقات .

وعن أبى هريرة قال: قال أبو القاسم نبي التوبة : « من قذف مملوكه بريئاً مما قال أقيم عليه الحد يوم القيامة إلا أن يكون كما قال » .

وعنه أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يقولن أحدكم عبدى وأمتى ، ولا يقول المملوك : ربى وربتى ، وليقل المالك : فتاى وفتاتى ، وليقل المملوك : سيدى وسيدتى فإنكم المملوكون والرب هو الله عز وجل » أخرجهما الشيخان.وعن عمرو بن حريث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما خففت على خادمك من عمله كان لك أجراً فى موازينك » أخرجه أبو يعلى وابن حبان .

وعن على رضى الله عنه قال : « كان آخر كلام النبى صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة ، اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم » أخرجه أبو داود وابن ماجة .

ومن حسن المعاملة للأرقاء أن الإسلام سمح لهم بإقامة أسرة وأباح لهم الزواج والطلاق رعاية لطبيعتهم وتقديراً لظروفهم .

كذلك جعل أمان العبد فى الحرب كأمان الحر؛ عن عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «المسلمون تتكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم» أخرجه أبو داود وابن ماجة .

بعد هذا الذى قدمناه مؤيداً بأدلته من الكتاب والسنة يتبين تمام حكمة الإسلام فى موقفه من الرق ، وعظيم فضله فى حسن معاملة الأرقاء وسعيه الحثيث فى تخليصهم من الرق بالعتق . (ف)

(١) سورة النساء آية ٩٢ .
(٢) سورة البلد آية ١٣ .

مؤمنة أعتق الله بكل إرْبٍ[1] منها إرْباً منه من النار حتى إنه ليُعْتِقُ اليدَ باليد ، والرِّجْلَ بالرِّجْلِ ، والفرج بالفرج » متفق عليه . فى أخبار كثيرة سوى هذا .

وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به .

٨٥٩٨ (فصـــل)

والعتق من أفضل القُرَب إلى الله تعالى ، لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء فى رمضان والأيمان ، وجعله النبى صلى الله عليه وسلم فكاكا لمعتقه من النار ، ولأن فيه تخليصاً للآدمى المعصوم من ضرر الرق ، وملك نفسه ومنافعه ، وتكميل أحكامه ، وتمكنه من التصرف فى نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره . وإعتاق الرجل أفضل من إعتاق المرأة ، لما روى كَعْبُ بنُ مُرَّةَ البهزى[2] قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أيما رجلٍ أعتق رجلا مسلماً كان فَكَاكَهُ من النَّارِ ، يُجْزَى بكل عظم من عظامه عظماً من عظامه ، وأيما رجلٍ مُسْلِم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فَكَاكَهُ من النار يُجْزَى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه ، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار، تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها » .

والمستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق ، فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع ، أو كَلاًّ على الناس ويحتاج إلى المسألة فلا يستحب عتقه ، وإن كان ممن يخاف عليه للضى إلى دار الحرب والرجوع عن دين الإسلام ، أو يخاف عليه الفساد ، كعبد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق ، أو جارية يخاف منها الزنا والفساد ، كره إعتاقه . وإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرماً ، لأن التوسل إلى الحرام حرام ، وإن أعتقه صح لأنه إعتاق صدر من أهله فى محله فصح كإعتاق غيره .

٨٥٩٩ (فصـــل)

ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاد ، ونذكر ذلك فى مواضعه إن شاء الله تعالى ، ولا يحصل بالنية المجردة ، لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الإزالة . وألفاظه تنقسم إلى صريح وكناية .

---

(١) إرب بكسر الهمزة وسكون الراء : العضو . (ف)

(٢) ويقـــال مرة بن كعب البهزى السلمى بضم السين . قال ابن السكن: الأكثر يقولون : كعب بن مرة ، وقد رواه بالشك (كعب بن مرة أو مرة بن كعب) أبو داود فى باب أى الرقاب أفضل ج ٢ ص ٣٥٥ وكذلك أحمد فى مسنده ج ٤ ص ٢٣٥ ولفظ (للنفى) هو الوارد فى مسند أحمد . (ف)

فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منهما ، نحو أنت حر . أو محرر ، أو عتيق ، أو معتق ، أو أعتقتك ، لأن هذين اللفظين وردا فى الكتاب والسنة ، وهما يستعملان فى العتق عرفاً ، فكانا صريحين فيه . فمتى أتى بشيء من هذه الألفاظ حصل به العتق ، وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً .

قال أحمد فى رجل لقى امرأة فى الطريق فقال : تنحى يا حرة ، فإذا هى جاريته ، قال : قد عتقت عليه . وقال فى رجل قال لخدم قيام فى وليمة : مروا أنتم أحرار ، وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها ، قال : هذا عندى تعتق أم ولده ، ويحتمل أن لا تعتق فى هذين الموضعين ، لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق فلم تعتق بها كما لو قال : عبدى حر ، يريد أنه عفيف كريم الأخلاق ، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده ، فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال : أنت طالق يحسبها التى ناداها فإنها لا تطلق على رواية ، فكذا هاهنا .

فأما إن قصد غير العتق ، كالرجل يقول : عبدى هذا حر ، يريد عفته وكرم أخلاقه ، أو يقول لعبده : ما أنت إلا حر ، أى إنك لا تطيعنى ولا ترى لى عليك حقا ولا طاعة ، فلا يعتق فى ظاهر المذهب .

قال حنبل : سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه : أنت حر وهو يعاتبه ؟ فقال : إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً نحو هذا ، رجوت أن لا يعتق ، وأنا أهاب المسألة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف إليه ، كما لو نوى بكناية العتق العتق، وبهذا قال الثورى وابن المنذر . قال : وإن طلب استحلافه حلف . وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة الحرة تمدح بهذا ، فيقال : امرأة حرة يعنون عفيفة ، وتمدح المملوكة به أيضاً . ويقال للحيي الكريم الأخلاق : حر ، قالت سبيعة ترثى عبد المطلب شعراً :

ولا تَسْأَمَا أَنْ تَبْكِيَا كُلَّ لَيْلَةٍ وَيَوْمٍ على حُرٍّ كَرِيمِ الشَّمَائِلِ

وأما الكناية فنحو قوله : لا سبيل لى عليك ، ولا سلطان لى عليك ، وأنت سائبة ، واذهب حيث شئت ، وقد خليتك . فهذا إن نوى به العتق عتق ، لأنه يحتمله ، وإن لم ينوه به لم يعتق ، لأنه يحتمل غيره ، ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال .

وذكر القاضى وأبو الخطاب فى قوله : لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك روايتين :

إحداهما : أنه صريح .

والثانية : أنه كناية ، وهو الصحيح لما ذكرناه .

فأما إن قال : لا رقّ لى عليك ولا ملك لى عليك وأنت لله ، فقال القاضى : هو صريح ، نص عليه أحمد . وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ، ولا خلاف فى المذهب أنه يعتق به إذا نوى . وممن قال يعتق بقوله

أنت لله إذا نوى : الشعبي والمسيب بن رافع وحماد والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يعتق به ، لأن مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله ، وهذا لا يقتضي العتق .

ولنا : أنه يحتمل أنه حر لله ، أو عتيق لله ، أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله ، فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات ، وما ذكروه لا يصح ، لأن احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات ، فإنها تحتمل العتق وغيره ، ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه . وما يحتمل أمرين انصرف إلى أحدهما بالنية ، وهذا شأن الكنايات . وما ذكروه من الاحتمال يدل على أن هذا ليس بصريح وإنما هو كناية . وقوله : لا ملك لي عليك ، ولا رق لي عليك ، خبر عن انتفاء ملكه ورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق ، فلم يكن صريحاً فيه ، كقوله : ما أنت عبدي ولا مملوكي ، وقوله لامرأته : ما أنتِ امرأتي ولا زوجتي .

٨٦٠٠ (فصـــــل)

وإن قال لأمته : أنتِ طالق ، ينوي العتق به ، ففيه روايتان :

إحداهما : لا تعتق به ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن الطلاق لفظ وضع لإزالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الإجارة ، ولأن ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل بالطلاق كسائر الأملاك .

والرواية الثانية : هو كناية تعتق به الأَمة إذ نوى العتق ، وهو قول مالك والشافعي ، لأن الرق أحد الملكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالآخر ، أو فيكون اللفظ الموضوع لإزالة أحدهما كناية في إزالة الآخر ، كالحرية في إزالة النكاح ، ولأن فيه معنى الإطلاق ، فإذا نوى به إطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله ، فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق .

٨٦٠١ (فصـــــل)

فإن قال لأكبر منه ؛ أو لمن لا يولد لمثله : هذا ابني ، مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة : هذا ابني ، لم يعتق ولم يثبت نسبه. وقال أبو حنيفة : يعتق ، وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا ، لأنه اعترف بما تثبت به حريته ، فأشبه ما لو أقر بها .

ولنا : أنه قول يتحقق كذبه فيه . فلم تثبت به الحرية ، كما لو قال لطفل : هـذا أبي ، أو لطفلة : هذه أمي . قال ابن المنذر : هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد إليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ، ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل : هذا أبي ، ولأنه لو قال لزوجته وهي أسن منه هذه ابنتي ، أو قال لها وهو أسن منها : هذه أمي لم تطلق ، كذا هذا .

٨٦٠٢ (فصـــــل)

فإن قال لأمته : أنتِ حرام علىّ ، ينوى به العتق عتقت . وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى لا تعتق ، كقوله لها : أنتِ طالق . والصحيح أنها تعتق به ، لأنه يحتمل أنتِ حرام علىّ لكونكِ حرة ، فتعتق به ، كقوله : لا سبيل لى عليكِ .

٨٦٠٣ (فصـــــل)

ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه فى المال ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، سواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً ، ولا نعلم فى هذا خلافاً إلا عن أبى حنيفة ومن وافقه فى أن عتق الحربى لا يصح ، لأنه لا ملك له على التمام ، بدليل إباحة أخذ الجزية منه ، وانتفاء عصمته فى نفسه وماله .

ولنا : أنه يصح طلاقه فصح إعتاقه كالذمى ، ولأنه مالك بالغ عاقل رشيد ، فصح إعتاقه كالذمى . وقولهم : لا ملك له ، لا يصح . فإنهم قد قالوا إنهم يملكون أموال المسلمين بالقهر ، فلأن يثبت الملك لهم فى غير ذلك أولى .

٨٦٠٤ (فصـــــل)

ولا يصح من غير جائز التصرف ، فلا يصح عتق الصبى والمجنون . قال ابن المنذر : هذا قول عامة أهل العلم . وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبى والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ »(١) ولأنه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالهبة . ولا يصح عتق السفيه المحجور عليه ، وهو قول القاسم بن محمد . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يصح عتقه قياساً على طلاقه وتدبيره .

ولنا : أنه محجور عليه فى ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبى ، ولأنه تصرف فى المال فى حياته فأشبه بيعه وهبته ، ويفارق الطلاق ، لأن الحجر عليه فى ماله والطلاق ليس بتصرف فيه . ويفارق التدبير ، لأنه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت . ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة . وعتق السكران مبنى على طلاقه ، وفيه من الخلاف ما فيه . ولا يصح عتق المكره كما لا يصح طلاقه ، ولا بيعه ولا شىء من تصرفاته .

٨٦٠٥ (فصـــــل)

ولا يصح العتق من غير المالك ، فلو أعتق عبيد ولده الصغير ، أو يتيمه الذى فى حجره لم يصح ، وبهذا

---

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجة وابن حبان والحاكم عن عائشة . (ف)

قال الشافعي وابن المنذر . وقال مالك : يصح عتق عبد ولده الصغير ، لقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك[1] » ولأن له عليه ولاية ، وله فيه حق ، فصح إعتاقه كماله .

ولنا : أنه عتق من غير مالك فلم يصح ، كإعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر : لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده دل أنه لا حق له في سائره .

وقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » لم يرد به حقيقة الملك ، وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك ، وإمكان الأخذ من مالك ، وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ، ولهذا لا ينفذ إعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه . وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع إعتاق عبده ، ولأنه إنما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ، ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها . وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التضييع والتفريط بإعتاق رقيقه والتبرع بماله .

ولو قال رجل لعبد آخر : أنت حر من مالي فليس بشيء ، فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه . وبهذا قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء . ولو بلغ رجلا أن رجلا قال لعبده : أنت حر من مالي ، فقال : قد رضيت فليس بشيء ، وبهذا قال الثوري وإسحاق .

٨٦٠٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معاً ، أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ، ففعل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حراً وولاؤه بينهم أثلاثاً) .

وجملته : أن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً ، إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعتقه معاً ، أو يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد ، أو يوكلوا واحداً فيعتقه ، أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه ، فإنه يصير حراً ، وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إنما الولاء لمن أعتق[2] » وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه ، وهذا لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، فأما إن أعتقه سادته الثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون ، أو كان المعتقان الأولان معسرين والثالث موسراً ، فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله ولاؤه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن المنذر فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين :

أحدهما : أنه باطل ، لأنه لا يمكن أن يعتق نصفه منفرداً ، إذ لا يمكن أن يكون إنسان نصفه حر

(١) أخرجه ابن ماجة عن جابر ، والطبراني عن سمرة وابن مسعود . (ف)
(٢) أخرجه البخاري عن ابن عمر .(ف)

ونصفه عبد ، كما لا يمـكن أن يكون نصف المرأة طالقاً ونصفها زوجة ، ولا سبيل إلى إعتاق جميعه فبطل كله .

والثانى : يعتق كله وتـكون قيمة نصيب الذى لم يعتق فى ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه . وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ، ويردهما قول النبى صلى الله عليـه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد فـكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة العـدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه .

وإذا ثبت : أنه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه فباقى العبد على الرق ، وإذا أعتقه مالـكه عتق بإعتاقه وكان لـكل واحد منهم ولاء ما أعتق ، لأن الولاء لمن أعتق . ويفارق العتق الطلاق ، لـكون المرأة لا يمـكن الاشتراك فيها ولا ورود النـكاح على بعضها ولا تـكون إلا لواحد ، فنظيره إذا كان العبد لواحد فأعتق جزءاً منه، فإنه يعتق جميعه.

٨٦٠٧ (فصـــل)

وإذا قال كل واحد من الشركاء للعبد : إذا دخلت الدار فنصيبى منك حر ، فدخل عتق عليهم جميعاً ، سواء قالوا ذلك دفعة واحدة أو فى دفعات متفرقة ، لأن العتق فى أنصبائهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليقه .

٨٦٠٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله ، وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه ﴾.

وجملته : أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه ، لا نعلم خلافاً فيه ، لما فيه من الأثر ، ولأنه جائز التصرف أعتق ملـكه الذى لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه ، كما لو أعتق جميع العبد المملوك له . وإذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة أنصباء شركائه والولاء له ، وهذا قول مالك وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى والشافعى وأبى يوسف ومحمد وإسحاق .

وقال البتى : لا يعتق إلا حصة المعتق ، ونصيب الباقين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى ابن التَّلِب[1] عن أبيه « أن رجلا أعتق شقصاً له فى مملوك فلم يضمنه النبى صلى الله عليه وسلم » ذكره أحمد ورواه ، ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به فـكذلك العتق ، إلا أن تـكون جارية نفيسة يغالى فيها فيـكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذى أدخله على شريكه .

(١) ابن التلب اسمه (ملقام) بكسر أوله وسكون اللام ،و (التلب) بفتح التاء وكسر اللام وتشديد البـــاء ، التميمى العنبرى ، مستور كما فى التقريب ج ٢ ص ٢٧٣ والحديث أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٥٠ . (ف)

وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا حصة المعتق ، ولشريكه الخيار فى ثلاثة أشياء إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن شريكه ، فيعتق حينئذ .

ولنا : الحديث الذى رويناه وهو حديث صحيح متفق عليه . ورواه مالك فى موطئه عن نافع عن ابن عمر ، فأثبت النبى صلى الله عليه وسلم العتق فى جميعه ، وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره .

وروى قتادة عن أبى المليح عن أبيه « أن رجلا من قومه أعتق شقصاً له من مملوك ، فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل خلاصه عليه فى ماله وقال : ليس لله شريك[1] » قال أبو عبد الله : الصحيح أنه عن أبى المليح عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسل وليس فيه عن أبيه . هذا معنى كلامه. وقول البتى شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعول عليه . وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الأحاديث . وقياس العتق على البيع لا يصح ، فإن البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له ، والعتق يسرى ، فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ، ولو أعتق نصفه عتق كله .

وإذا ثبت هذا : فإن ولاءه يكون له ، لأنه عتق بإعتاقه من ماله ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف فى هذا عند من يرى عتقه عليه .

٨٦٠٩ (فصـــــــل)

ولا فرق فى هـــذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين ، أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ، ذكره القاضى ، وهو قول الشافعى .

وقال أبو الخطاب : فى الكافر وجه أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسرى إلى باقيه ولا يقوم عليه ، لأنه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً .

ولنا : عموم الخبر ، ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر ، كالرد بالعيب ، والغرض هاهنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء . ولو قدر أن هاهنا تمليكا لكان تقديراً فى أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه ، فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور

---

(١) أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٤٨ وانظر مختصره للمنذرى ومعالم السنن للخطابى ج ٥ ص ٣٩٥ فقد جاء ما نصه « وأخرجه النسائى وابن ماجة ، وقال النسائى : أرسله سعيد بن أبى عروبة وهشام بن عبد الله وساقه عنهما مرسلا . وقال: هشام وسعيد أثبت من همام — وهو الراوى عن قتادة — فى قتادة، وحديثهما أولى بالصواب..

وأبو المليح اسمه عامر ويقال عمير ويقــال زيد وهو ثقة محتج به فى الصحيحين وأبوه: أبو أسامة بن عمير، هذلى بصرى له صحبة ، ولا نعلم أن أحداً روى عنه غير ابنه أبى المليح .

بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالعدم . وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم .

٨٦١٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال : « فإن أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لأنه قد صار حراً بعتق الأول له » .

يعنى أن العتق يسرى إلى جميعه باللفظ لا بدفع القيمة ، فيعتق كله حين لفظ بالعتق ، ويصير حراً ، وتستقر القيمة عليه ، فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعى فى قول له ، واختاره المزنى . وقال الزهرى وعمرو بن دينار ومالك والشافعى فى قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ، ويكون قبل ذلك ملكا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق ، وهذا مقتضى قول أبى حنيفة ، واحتجوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم « قوّم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد [1] » وفى لفظ رواه أبو داود « فإن كان موسراً يقوّم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق [2] » فجعله عتيقاً بعد دفع القيمة ، ولأن العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالأداء كالمكاتب . وللشافعى قول ثالث أن العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبينا أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه ، وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق ، لأن فيه احتياطاً لهما جميعاً .

ولنا : حديث ابن عمر روى بألفاظ مختلفة تجتمع فى الدلالة على الحرية باللفظ ، فنها [3] لفظ رواه أيوب عن نافع عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق شركا له فى عبد فكان له ما يبلغ ثمنه

---

(١) أخرج البخارى ج ٣ ص ١٨٩ ومسلم ج ٣ ص ١٢٨٦ عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » والحديث أخرجه أيضاً أبو داود ج ٢ ص ١٣٤٩ والنسائى ج ٧ ص ٣١٩ وابن ماجة ج ٢ ص ١٠٧ ، ١٠٨ . (ف)

(٢) أنظر سنن أبى داود ج ٢ ص ٢٥٠ ومختصره ج ٥ ص ٤٠٦ وقد ورد فى صحيح مسلم ج ٣ ص ١٢٨٧ ولفظه « من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوم عليه فى ماله قيمة عدل ، لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه فى ماله إن كان موسراً » الوكس : البخس والنقص — الشطط : الجور والمراد لا نقص ولا زيادة .

(٣) فى نسخ المغنى (فمنهما) والصواب (فمنها) . (ف)

بقيمة العدل فهو عتيق » رواه البخارى وأبو داود[١] والنسائى . وفى لفظ رواه ابن أبى مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وفى رواية ابن أبى ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذى يعتق ما يبلغ ثمنه فهو يعتق كله » .

وروى أبو داود بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً فى مملوك فهو حر من ماله[٢] » .

وهذه نصوص فى محل النزاع ، فإنه جعله حراً وعتيقاً بإعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ، ولأنه عتق بالسراية فكانت حاصلة عقيب لفظه كما لو أعتق جزءاً من عبيده ، ولأن القيمة معتبرة وقت الإعتاق ، ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الإعتاق ، وعند الشافعى لا ينفذ بالإعتاق أيضاً ، فدل على أن العتق حصل فيه بالإعتاق الأول .

فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه ، فإن الواو لاتقتضى ترتيباً ، وأما العطف بثم فى اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب ، فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على ما يفعلون)[٣] .

وأما العوض فإنما وجب عن المتلف بالإعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الإعتاق ، وعدم اعتبار التراضى فيه ، ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة .

فإذا ثبت هذا فإن الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء ، وولاؤه كله للمعتق الأول وعليه القيمة ، لأنه قد صار حراً بإعتاقه . وعند مالك يكون ولاؤه بينهم أثلاثاً ولا شىء على المعتق الأول من القيمة . ولو أن للمعتق الأول لم يؤد القيمة حتى أفلس ، عتق العبد وكانت القيمة فى ذمته دَيناً يزاحم بها الشريكان عندنا ، وعند مالك لايعتق منه إلا ماعتق، ولو كان المعتق جارية حاملا فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها ، لأنه حينئذ حررها . وعند مالك يقوّم ولدها أيضاً . ولو تلف العبد قبل أداء القيمة مات حراً والقيمة على المعتق ، لأنه فوّت عليه رقه . وعند مالك لاشىء على المعتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته ، فهو فى جميع أحكامه عبد .

---

(١) أخرجة البخارى ج ٣ ص ١٨٩ والنسائى ج ٧ ص ٣١٩ ؛ أما أبو داود فلم يروه بهذا اللفظ بل رواه بألفاظ خرجناها قريباً .(ف)

(٢) لفظ أبى داود ج ٢ ص ٣٤٩ « من أعتق شقيصاً فى مملوكه فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه » . (ف)

(٣) سورة يونس آية ٤٦ .

٨٦١١ (فصـــل)

والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق، لأنه حين الإتلاف، وهو أحد أقوال الشافعي. وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الأقوال كلها، فإن اختلفا في قدرها رجع إلى قول المقومين، فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمناً تختلف فيه القيم ولم تكن بينة، فالقول قول المعتق، لأنه ينكر الزيادة والأصل براءة ذمته منها، وهذا أحد قولي الشافعي. وإن اختلف في صناعة في العبد توجب زيادة القيمة، فالقول قول المعتق لذلك، إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه، فالقول قول الشريك، لأننا علمنا صدقه. وإن مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان:

أحدهما: القول قول المعتق. لأن الأصل براءة ذمته.

والثاني: القول قول الشريك، لأن الأصل بقاء ما كان وعدم الحدوث. وإن اختلفا في عيب ينقص القيمة كسرقة أو إباق، فالقول قول الشريك، لأن الأصل السلامة، فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب. وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه، فالقول قول المعتق، لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه، ويحتمل أن يكون القول قول الشريك، لأن الأصل براءته من العيب حين الإعتاق.

٨٦١٢ (فصـــل)

والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوته يومه وليلته، وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة والمسكن وسائر مالا بد له منه يدفعه إلى شريكه، ذكره أبو بكر في التنبيه. وإن وجد بعض مابقي بالقيمة قوِّم عليه قدر ما يملكه منه، ذكره أحمد في رواية ابن منصور، وهو قول مالك. وقال أحمد: لا تباع فيه دار ولا رباع، ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال: وقال مالك والشافعي: يباع عليه سوار بيته وما له بالٌ من كسوته، ويقضى عليه في ذلك مايقضى عليه في سائر الدعاوى، والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعتق لأنه حال الوجوب، فإن أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه، وإن أعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه، لأنه وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدَين الإتلاف. نص على هذا أحمد.

٨٦١٣ (فصـــل)

إذا قال أحد الشريكين لشريكه: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك، فأعتق نصيبه عتقا معاً ولم يلزم المعتق شيء، وقيل: يعتق كله على المعتق، لأن إعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه، فيلزم أن يكون سابقاً عليه، والأول أولى، لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله عليه، كما لو وكله في إعتاق نصيبه مع نصيبه فأعتقهما معاً.

وإن قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر، فقال أصحابنا: إذا أعتق نصيبه سرى وعتق كله عليه

وقوّم عليه ، ولا يقع إعتاق شريكه ، لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ، ويحتمل أن يعتق عليهما جميعاً ، لأن عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك ، فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودها فى حال واحد . وقد يرجح وقوع عتق الشريك ، لأنه تصرف منه فى ملكه ، والسراية تقع فى غير الملك على خلاف الأصل ، فكان نفوذ عتق الشريك أولى ، ولأن سراية العتق على خلاف الأصل لكونها إتلافاً لملك المعصوم بغير رضاه ، وإلزاماً للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره ، وإنما يثبت لمصلحة تكميل العتق ، فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك كان أولى .

وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل إعتاقك نصيبك ، وقعا معاً إذا أعتق نصيبه ، وهذا مقتضى قول أبى بكر والقاضى ، ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع إعتاق شريكه لأنه أعتق فى زمن ماض . ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح إعتاقه ، لأنه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته ، فيمتنع إعتاق نصيب هذا ، ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضى إلى الدور فيمتنع الجميع ، وقد مضى الكلام فى هذا فى مسائل الطلاق ، والله تعالى أعلم .

٨٦١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وإن أعتقه الأول وهو معسر، وأعتقه الثانى وهو موسر ، عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه ، وكان ثلث ولائه للمعتق الأول ، وثلثاه للمعتق الثانى ﴾ .

ظاهر المذهب أن المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه ، بل يبقى على الرق ، فإذا أعتق الثانى نصيبه وهو موسر ، عتق عليه جميع ما بقى منه نصيبه بالمباشرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية ، وصار له ثلثا ولائه ، وللأول ثلثه ، وهذا قول إسحاق وأبى عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير ، وهو قول مالك والشافعى على الوجه الذى بيناه من قولهما فيما مضى .

وروى عن عروة أنه اشترى عبداً أعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر .

وروى عن أحمد أن المعسر إذا أعتق نصيبه استسعى العبد فى قيمة حصة الباقين حتى يؤديها فيعتق ، وهو قول ابن شبرمة وابن أبى ليلى والأوزاعى وأبى يوسف ومحمد ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً له فى مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ، ورواه أبو داود .

وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة : فإذا استسعى فى نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لأنه هو ألجأه إلى هذا وكلفه إياه ، وعن أبى يوسف ومحمد أنهما قالا : يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك فى ذمته ، لأن العتق لا يتبعض ، فإذا وجد فى البعض سرى إلى جميعه كالطلاق ، ويلزم المعتق

القيمة ، لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجبت قيمته فى ذمته كما لو أتلفه بقتله . وقال أبو حنيفة : لا يسرى العتق وإنما يستحق به إعتاق النصيب الباقى ، فيتخير شريكه بين إعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما ، وبين أن يستسعى العبد فى قيمة نصيبه ، فإذا أداه إليه عتق والولاء بينهما .

ولنا : حديث ابن عمر ، وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ، ولأن الاستسعاء إعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ، ولأن فى الاستسعاء إضرار بالشريك والعبد . أما الشريك فإنا نحيله على سعاية لعله لا يحصل منها شىء أصلا ، وإن حصل فربما يكون يسيراً متفرقاً ويفوت عليه ملكه ، وأما العبد : فإنا نجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره ، وهذا ضرر فى حقهما ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

قال سليمان بن حرب : أليس إنما ألزم المعتق ثمن ما بقى من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر ، فإذا أمره بالسعى وإعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأى ضرر أعظم من هذا ؟

فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم : ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله : ليس فى الاستسعاء[1] ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم ، حديث أبى هريرة يرويه ابن أبى عروة[2] ، وأما شعبة وهشام الدستوائى فلم يذكراه ، وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية . قال أبو داود : وهمام أيضاً لا يقوله . قال المروذى : وضعف أبو عبد الله حديث سعيد . وقال ابن المنذر : لا يصح حديث الاستسعاء ، وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة ، وفرق بين الكلام الذى هو من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول قتادة . قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : إن لم يكن له مال استسعى .

قال ابن عبد البر : حديث أبى هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة فى قتادة ، فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث إذا خالفهم غيرهم . فأما قول أبى حنيفة ، وقول صاحبيه الأخير : فلا شىء معهم يحتجون به من حديث قوى ولا ضعيف ، بل هو مجرد رأى وتحكم يخالف الحديثين جميعاً .

---

(١) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٥٠ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٣٤٢ وفى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٥٦ لكنه فى تهذيب سنن أبى داود لابن قيم ج ٥ ص ٣٩٦ « قال الإمام أحمد : ليس فى الاستسعاء [حديث] « يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم » وبذكر (حديث) يتضح المراد. (ف)

(٢) هكذا فى المغنى طبعة رشيد والفقى لكنه فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٥٦ وتهذيب ابن قيم (ابن أبى عروبة) وهو الصواب فقوله (ابن أبي عروة) تحريف — والمراد (سعيد بن أبى عروبة) كما فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٤٩. (ف)

قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ، ولا حديث أبي هريرة على وجهه ، وكل قول يخالف السنة فمردود على قائله ، والله المستعان .

٨٦١٥ (فصـــل)

إذا قلنا بالسعاية احتمل ألا يعتق كله ، وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يستسعى في أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار ، فإن مات وفي يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ، ولا يرجع العبد على أحد ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق إذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله ، مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية ، لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب . وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة : يرجع العبد على المعتق إذا أيسر ، لأنه كلفه السعاية بإعتاقه .

ولنا : أنه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ، ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه .

٨٦١٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال: ﴿ ولو كان المعتق الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقاً لمن لم يعتق ، فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الأول والمعتق الثاني بالولاء إذا لم يكن له وارث أحق منهما ﴾ .

إنما كان كذلك لأن المعسر لا يعتق إلا نصيبه ، والأول والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً للثالث ، فاذا خلف العبد مالاً فثلثه للذي لم يعتق ، لأنه مالك لثلثه وثلثاه ميراث ، لأنه ملكهما بجزئه الحر ، فإن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه ، لأنه أحق من المعتق ، وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء ، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين ، وهذا القول فيما إذا لم يكن مالكُ ثلثه قاسَمَ العبدَ في حياته كَسْبَهُ ولم يُهايِئْهُ ، فأما إن قاسمه أو هايأه فلا حق له في تركته لأنها حصلت بالجزء الحر ، فتكون جميعها ميراثاً لورثته دون مالك ثلثه إذ لا حق له في الجزء الحر ، فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به .

٨٦١٧ (فصـــل)

ومن قال بالسعاية ، فإنه يستسعى حين أعتقه الأول ، فإذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حريته ، هل حصلت بإعتاق الأول أولا ؟ فمن جعله حراً لم يصحح عتق الثاني ، لأنه عتق بإعتاق الأول ، ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثاني ، لأنه أعتق جزءاً مملوكا له من عبد ، وإذا مات قبل أداء سعايته فقد مات وثلثه رقيق ، فيكون حكمه في الميراث حكم ما ذكرنا في القول الآخر :

٨٦١٨ (فصـــــــل)

وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه ، فإن نفقته فى حياته وفطرته وإكسابه بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق ، وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه فى أيامه له وعليه ، وفى أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه ، فأما الإكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية فذكر القاضى أنها تدخل فى المهايأة لأنها من إكسابه فأشبهت المعتادة . وذكر غيره من أصحابنا وجهاً آخر أنها لا تدخل فى المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لأن المهايأة معاوضة فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه فى يوم سيده بنصيب سيده فى يومه ، فلا تتناول المعاوضة المجهول وما لا يغلب على الظن وجوده ، فأما الميراث فلا يدخل فى المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئاً ، لأنه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ، ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

٨٦١٩ (فصـل)

ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه بإجماع أهل العلم ، وإن أعتق بعضه عتق كله فى قول جمهور العلماء ، وروى ذلك عن عمر وابنه رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والأوزاعى والثورى والشافعى . قال ابن عبد البر : عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا : يعتق كله إذا أعتق نصفه . وقال طاوس يعتق فى عتقه ويرق فى رقه . وقال حماد وأبو حنيفة : يعتق منه ما أعتق ويسعى فى باقيه . وخالف أبا حنيفة أصحابُه فلم يروا عليه سعاية . وروى عن مالك فى رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات ، فقال : أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لأنه تصرف فى بعضه ، فلم يسر إلى باقيه كالبيع .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوّم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد[1] » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصاً له فى مملوك فهو حر من ماله[2] » ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمى فزال عن جميعه كالطلاق ، ويفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا ينبنى على التغليب والسراية .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيراً كنصفه وثلثه ، أو صغيراً كعشره وعشر عشره ، ولا نعلم فى هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً . وإن أعتق جزءاً معيناً كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعى وإسحاق . وقال أصحاب الرأى : إن أعتق رأسه

(١) ، (٢) سبق تخريجهما قريباً .(ف)

أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله ، لأن حياته لا تبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونه لم يعتق ، لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق بإعتاقه كشعره أو سنه .

ولنا : أنه أعتق عضواً من أعضائه فيعتق جميعه كرأسه . فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق . وقال قتادة والليث فى الرجل يعتق ظفر عبده : يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه .

ولنا : أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق ، وقد ذكر ذلك فى الطلاق وما ذكر فى الطلاق فالعتاق مثله ، والله أعلم .

٨٦٢٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كان العبد بين[١] شريكين ، فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه ، فإن كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه ، فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً ، أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً ﴾ .

أما إذا كان الشريكان معسرين ، فليس فى دعوى أحدهما على صاحبه إعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ، ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق ، لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسرى إلى غيره ، فلم يكن فى دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه بإعتاق نصيبه ، فإن لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما فى الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته ، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ، لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل ، فإن حلف معهما عتق كله ، وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حراً على الرواية التى تقول : إن العتق يحصل بشاهد ويمين ، وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شىء ، لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه ، وإن كان أحدهما عدلا دون الآخر ، فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حراً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً .

٨٦٢١ (فصل)

ومن قال بالاستسعاء ، فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده ، فيخرج العبد كله ويستسعى فى قيمته ، لاعتراف كل واحد منهما بذلك فى نصيبه .

٨٦٢٢ (فصل)

وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه ، عتق عليه ، ولم يسر إلى النصف الذى كان له ، لأن عتقه حصل

---

(١) فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٥٥ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٣٤٥ (إذا كان العبدين شريكين) وهو تحريف والصواب (إذا كان العبد بين شريكين) (ف)

باعترافه بحريته بإعتاق شريكه ، ولا يثبت له عليه ولاء ، لأنه لا يدعى إعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره ، وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلماً ، فهو كمخلص الأسير من أيدى الكفار .

وقال أبو الخطاب : يسرى لأنه شراء حصل به الإعتاق ، فأشبه شراء بعض ولده . وإن أكذب نفسه فى شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه ، لأنه رجوع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل ، كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه . وهل يثبت له الولاء عليه إن أعتقه ؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ، ويحتمل أن يثبت ، لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه .

وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً لا ولاء عليه لواحد منهما . فإن أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه فى شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه ؟ على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر فى شهادته ، بطل البيعان ، ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه ، لأن أحداً لا ينازعه فيه ، وكل واحد منهما يصدق الآخر فى استحقاق الولاء ، ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه ، لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما ، وأنه بينهما إما بالعتق الأول ، وإما بالثانى ، لأنهما إن كانا صادقين فى شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذى أعتقه أولا ، وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه ، وإن كان أحدهما صادقاً والآخر كاذباً فلا ولاء للصادق منهما ، لأنه لم يعتق النصف الذى كان له أولا ولا صح عتقه فى الذى اشتراه ، لأنه كان حراً قبل شرائه ، والولاء كله للكاذب ، لأنه أعتق النصف الذى كان له ثم اشترى النصف الذى لشريكه فأعتقه ، وكل واحد منهما يساوى صاحبه فى الاحتمال فيقسم بينهما .

٨٦٢٣ (فصــل)

وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه ، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق ، وبهذا قال الأوزاعى ومالك والشافعى وابن المنذر ، وهو قياس قول أبى حنيفة ، ولا يثبت للمشترى ولاء على العبد ، لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه .

ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما ، أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر وعتق العبد ، أو ادعى عبد أن سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد فى هذه المواضع كلها ، لأن أحداً لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق ينكره . فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له

الولاء ، لأنه لا مستحق له سواه وإنما لم يثبت له لإنكاره له ، فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له ، وأما الموسران إذا أعتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وَحده ، أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر ، فإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما . وإن ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وَحده ، أو أنه السابق بالعتق تحالفا وكان الولاء بينهما نصفين .

٨٦٢٤ ﴿ مسـألة ﴾

قال: ﴿ وإن كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حراً باعتراف كل واحد منهما بحريته ، وصار مدعياً على شريكه نصف قيمته ، فإن لم تـكن بينة فيمين كل واحد منهما لشريكه ﴾ .

وجملة ذلك : أن الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه ، فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه ، شاهد على شريكه بحرية نصفـه الآخر ، لأنه يقول لشريكه : أعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ، ولزمك لى قيمة نصيبي ، فصار العبد حراً لاعترافهما بحريته ، وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه ، فإن كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وإن لم تـكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا . فإن نـكل أحدهما قضى عليه ، وإن نـكلا جميعاً تساقط حقاهما لتماثلهما ، ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين ، والمسلمين والـكافرين ، لتساوى العدل والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى ، بخلاف التي قبلها .

٨٦٢٥ (فصـــل)

وإن كان أحد الشريكين موسراً ، والآخر معسراً ، عتق نصيب المعسر وحده ، لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً بإعتاق شريكه الموسر الذي يسرى عتقه ، ولم يعتق نصيب الموسر ، لأنه يدعى أن المعسر الذي لا يسرى عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ، ولا تقبل شهادة المعسر عليه ، لأنه يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً ، لـكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته . فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة سـواء حلف الموسر وبرىء من القيمة والعتق جميعاً ، ولا ولاء للمعسر في نصيبه ، لأنه لا يدعيه ، ولا للموسر لذلك أيضاً . وإن عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له ، وإن أقر الموسر بإعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً ، وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء . وإن كان للعبد بينة أجنبية تشهد بإعتاق الموسر ، وكانت عدلين ، ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه ، وإن كانت رجلا واحداً حلف العبد معه ، ويثبت العتق في إحدى الروايتين ، والأخرى لا يثبت العتق ، وللمعسر أن يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه ، سواء حلف العبد أو لم يحلف ، لأن الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين .

٨٦٢٦ (فصـــل)

وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه ، وأنكر الآخر ، وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعى وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه ، وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسرى لأنه لا يعترف أنه المعتق له ، وإنما عتق باعترافه بحريته لا بإعتاقه له ، ولا ولاء له عليه لإنكاره له . قال القاضي وولاؤه موقوف . وإن كان المدعى عدلا لم تقبل شهادته لأنه يدعى نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعاً ، ومن شهد بشهادة يجر إليه بها نفعاً بطلت شهادته كلها ، وأما إن كان المدعى عليه معسراً ، فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء ، وإن كان المدعى عدلا حلف العبد مع شهادته ، وصار نصفه حراً . وقال حماد : إن كان المشهود عليه موسراً سعى له ، وإن كان معسراً سعى لهما . وقال أبو حنيفة : إن كان معسراً سعى العبد وولاؤه بينهما ، وإن كان موسراً فولاء نصفه موقوف ، فإن اعترف أنه أعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال .

٨٦٢٧ (فصـــل)

إذا قال أحد الشريكين : إن كان هذا الطائر غراباً فنصيبي حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فنصيبي حر ، وطار ولم يعلما حاله ، فإن كانا موسرين عتق العبد كله ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا ؛ وإن كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما ، لأنه لم يتعين الحنث فيه . فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه ، لأننا علمنا حرية نصفه ولم يسر إلى النصف الآخر . وإن اشترى العبد أجنبي عتق نصفه ، لأن نصفه حر يقيناً لم يملك جميعه .

٨٦٢٨ (مسألة)

قال : (وإذا مات رجل وخلف ابنين وعبدين لا يملك غيرهما ، وهما متساويان فى القيمة ، فقال أحد الإبنين أبى أعتق هذا . وقال الآخر : أبى أعتق أحدهما لا أدرى من منهما ، أقرع بينهما ، فإن وقعت القرعة على الذى اعترف الإبن بعتقه عتق ثلثاه إن لم يجز الإبنان عتقه كاملا وكان الآخر عبداً . وإن وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه ، وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الآخر ، ولأخيه نصفه وسدس العبد الذى اعترف أن أباه أعتقه ، فصار ثلث كل واحد من العبدين حراً) .

هذه المسألة محمولة على أن العتق كان فى مرض الموت أو بالوصية ، لأنه لو أعتقه فى صحته لعتق كله ولم يقف على إجازة الورثة ، فأما إذا اعترفا أنه أعتق أحدهما فى مرضه ، فلا يخلو من أربعة أحوال :

إما أن يعينا العتق فى أحدهما فيعتق منه ثلثاه ، لأن ذلك ثلث جميع ماله ، إلا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق .

الثانى : أن يعين كل واحد منهما العتق فى واحد غير الذى عينه أخوه ، فيعتق من كل واحد منهما ثلثه

لأن كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله فى عتق حقه من الذى عينه وهو ثلثا النصف الذى له وذلك هو الثلث ، ولأنه يعترف بحرية ثلثية فيقبل قوله فى حقه منهما وهو الثلث ، ويبقى الرق فى ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذى ينكر عتقه .

والحال الثالث : أن يقول أحدهما : أبى أعتق هذا ، ويقول الآخر : أبى أعتق أحدهما لاأدرى من منهما — وهى مسألة الكتاب — فتقوم القرعة مقام تعيين الذى لم يعين ، فإن وقعت على الذى عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولهما ، وإن وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذى عينه ونصف العبد الذى ينكر عتقه ، فيصير ثلث كل واحد من العبدين حراً .

الحال الرابع : أن يقولا : أعتق أحدهما ولا ندرى من منهما ، فإنه يقرع بين العبدين ، فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه ، إن لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً .

٨٦٢٩ (فصــــل)

فإن رجع الإبن الذى جهل عين المعتق فقال : قد عرفته قبل القرعة ، فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وإن كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم ، وإن خالفها عتق من الذى عينه ثلثه بتعيينه ، فإن عين الذى عينه أخوه عتق ثلثاه ، وإن عين الآخر عتق منه ثلثه ، وهل يبطل العتق فى الذى عتق بالقرعة ؟ على وجهين .

٨٦٣٠ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كان لرجل نصف عبد ، ولآخر ثلثه ، ولآخر سدسه ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران ، عتق عليهما ، وضمنا حق شريكهما فيه نصفين ، وكان ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لصاحب النصف ثلثاه ، ولصاحب السدس ثلثه ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا كان مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون ، سرى عتقهم إلى باقى العبد ، ويكون الضمان بينهم على عـدد رءوسهم يتساوون فى ضمانه وولائه ، وبهـذا قال الشافعى ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملاكهم ، وهـو قول مالك فى إحدى الروايتين عنـه ، لأن السراية حصلت بإعتاق ملكيهما ، وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة .

ولنـا : أن عتق النصيب إتلاف لرق الباقى ، وقد اشتركا فيه فيتساويان فى الضمان ، كما لو جرح أحـدهما جرحاً والآخر جرحين فمات منهما ، أو ألقى أحدهما جزءاً من النجاسة فى مائع ، وألقى الآخر جزأين . ويفارق الشفعة فإنها تثبت لإزالة الضرر عن نصيب الذى لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ،

ولأن الضمان هاهنا لدفع الضرر منهما ، وفى الشفعة لدفع الضرر عنهما ، والضرر منهما يستويان فى إدخاله عَلَى الشريك ، وفى الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا .

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثاً ، لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين ، فنصف الثلث سدس إذا ضممناه إلى النصف الذى لأحدهما صار ثلثين ، وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً ، وعَلَى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعاً ، لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، ولصاحب السدس ربعه والضمان بينهما كذلك .

فأما قوله : فأعتقاه معاً، فلأنه شرط فى الحكم الذى ذكرناه اجتماعهما فى العتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر ، بأن يتلفظا به معاً ، أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهما معاً ، أو يوكلا وكيلا فيعتقهما ، أو يعلقا عتقه عَلَى شرط فيوجد ، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكيه جميعاً ، وكان الضمان عليه والولاء له كله . وقوله : وهما موسران ، شرط آخر ، فإن سراية العتق يشترط لها اليسار ، فإن كان أحدهما موسراً وحده قوّم عليه جميع نصيب من لم يعتق ، لأن المعسر لا يسرى عتقه فيكون الضمان عَلَى الموسر خاصة ، فإن كان أحدهما يجد بعض ما يخصه قوّم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر ، مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوّم عليه ، ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعاً ، لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف ، لأنه لو كان أحدهما معسراً قوّم الجميع على الآخر ، فإذا كان موسراً ببعضه قوّم الباقى على صاحب النصف لأنه موسر .

٨٦٣١ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كانت الأمَة بين شريكين ، فأصابها أحدهما وأحبلها أدّب ، ولم يبلغ به الحد ، وضمن نصف قيمتها لشريكه ، وصارت أم ولد له ، وولده حر وإن كان معسراً كان فى ذمته نصف مهر مثلها ، وإن لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها ، وهى على ملكهما ﴾ .

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى تحريم وطء الجارية المشتركة، لأن الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح، ولم يحله الله تعالى فى غير ملك ولا نكاح، بدليل قوله تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ . فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ[1]) وأكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حداً ، لأن له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دارئة للحد ، وأوجبه أبو ثور ، لأنه وطء محرم لأجل كونه فى ملك غيره ، فأشبه مالو لم يكن له فيها ملك .

ولنا : أنه وطء صادف ملكه ، فلم يوجب به حد كوطء زوجته الحائض ، ويفارق ما لا ملك له فيها ،

---

(١) سورة المؤمنون آيات ٥ ـ ٧

فإنه لا شبهة له فيها ، ولهذا لو سرق عيناً له نصفها لم يقطع ، ولو لم يكن له فيها ملك قطع ، ولا خلاف فى أنه يعزر لما ذكرناه فى حجة أبى ثور .

ثم لا يخلو من حالين :

إما أن لا تحمل منه فهى باقية على ملكهما ، وعليه نصف مهر مثلها ، لأنه وطء سقط فيه الحد للشبهة فأوجب مهر المثل ، كما لو وطئها يظنها امرأته ، وسواء كانت مطاوعة أو مكرهة لما ذكرنا ، ولأن وطء جارية غيره يوجب المهر وإن طاوعت ، لأن المهر لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أذنت[1] فى قطع عضو من أعضائها ، ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها .

الحال الثانى : أن يحبلها وتضع ما يتبين فيه بعض خلق الإنسان ، فإنها تصير بذلك أم ولد للواطىء ، كما لو كانت خالصة له ، وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالإعتاق ، وسواء كان الواطىء موسراً أو معسراً ، لأن الإيلاد أقوى من الإعتاق ، ويلزمه نصف قيمتها ، لأنه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرجه بالإعتاق أو الإتلاف ، فإن كان موسراً أداه ، وإن كان معسراً فهو فى ذمته كما لو أتلفها ، والولد حر يلحق نسبه بوالده لأنه من وطء فى محل له فيه ملك ، فأشبه ما لو وطئ زوجته .

وقال القاضى : الصحيح عندى أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه إذا كان معسراً بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قناً باقياً فى ملك الشريك ، لأن الإحبال كالعتق ، ويجرى مجراه فى التقويم والسراية ، فاعتبر فى سرايته اليسار كالعتق ، وهذا قول أبى الخطاب أيضاً ومذهب الشافعى .

فعلى هذا إذا ولدت احتمل أن يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد ، واحتمل أن يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لأن نصف أمه أم ولد ونصفها قن لغير الواطىء ، فكان نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً ، كولد المعتق بعضها ، وبهذا يتبين أنه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن .

ووجه قول الخرقى : أن بعضها أم ولد ، فكان جميعها أم ولد ، كما لو كان الواطىء موسراً ويفارق الإعتاق ، فإن الاستيلاد أقوى ، ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبى والمجنون ، والإعتاق بخلافه .

٨٦٣٢ (فصل)

قال أبو الخطاب : وهل تلزمه قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على وجهين :

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٦٦ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٣٥٣ (كما لو أذنت فى قطع عضو من أعضائها) والصواب (كما لو وديت) أى كما يستحق سيدها الدية لو قطع عضو من أعضائها . (ف)

أحدهما : لا يلزمه ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لأنه لم يذكرهما ، لأن الأمَة صارت مملوكة له ، فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ، ولأن الولد خلق حراً فلم يقوّم عليه ولده الحر .

والوجه الثانى : يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها ، لأن الوطء صادف ملك غيره ، وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر ، فيكون الوطء سبب الملك ، ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه ، فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه ، فيكون فى ملك غيره فيوجب مهرالمثل ، وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك ، فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور . وقال القاضى : إن وضعت الولد بعد التقويم فلا شىء على الواطىء ، لأنها وضعته فى ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ، ولا حق للشريك فيها ولا فى ولدها ، وإن وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين ، ذكرهما أبو بكر واختار أنه تلزمه قيمته .

٨٦٣٣ (فصـــل)

ولا فرق بين أن يكون له فى الأمَة ملك كثير أو يسير ، وقد ذكر الخرقى فيما إذا وطىء جارية من المغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبلها ، وإن كان إنما له فيها سهم يسير من كثير من ألف سهم .

٨٦٣٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر ، عتق عليه كله ، وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه ، وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا مقدار ما ملك ، وإن ملك بعضه بالميراث لم يعتق منه إلا مقدار ما ملك ، موسراً كان أو معسراً ﴾ .

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، لما روى سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه أبو داود وابن ماجة والترمذى .

وروى ضمرة[1] عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » .

وسئل أحمد عن ضمرة فقال : ثقة إلا أنه روى حديثين ليس لها أصل . أحدها : هذا الحديث . وروى عن إبراهيم عن الأسود عن عمر أنه قال « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم .

فأما إن ملك سهماً ممن يعتق عليه ، مثل أن يملك سهماً من ولده فإنه يعتق عليه مثل ما ملك منه،

---

(١) حديث ضمرة أخرجه ابن ماجة ج ٢ ص ١٠٧ (ف) .

سواء ملكه منه بعوض أو بغير عوض كالهبة والاغتنام والوصية ، وسواء ملكه باختياره كالذى ذكرناه أو بغير اختياره كالميراث ، لأن كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالإعتاق بالقول . ثم ينظر ، فإن كان معسراً لم يسر العتق واستقر فى ذلك الجزء ورق الباقى ، لأنه لو أعتقه بقوله لم يسر إعتاقه مع تصريحه بالعتق وقصده إياه ، فهاهنا أولى ، وإن كان موسراً وكان الملك باختياره كالملك بغير الميراث سرى إلى باقيه ، فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه ، لأنه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف . وقال قوم : لا يعتق عليه إلا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره ، لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه ، فلم يسر كما لو ملكه بالميراث ، وفارق ما أعتقه لأنه فعله باختياره قاصداً إليه .

ولنا : أنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً إليه فسرى ولزمه الضمان ، كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث ، فإنه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولأن من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنساناً فسرى جرحه ، ولأن مباشرته لما يسرى وتسببه إليه فى لزوم حكم السراية واحد ، بدليل استواء الحافر والدافع فى ضمان الواقع ، فأما إن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقى ، سواء كان موسراً أو معسراً ، لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه ، وإنما حصل بغير اختياره ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو يوسف . وعن أحمد ما يدل على أنه يسرى إلى نصيب شريكه إذا كان موسراً ، لأنه أعتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه ، كما لو وصى له به فقبله ؛ والمذهب الأول لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبى . وفارق ما تسبب إليه .

٨٦٣٥ (فصـــل)

وإن ورث الصبى والمجنون جـزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه ، لأنه إذا لم يسر فى حق المكلف ففى حقهما أولى ، وإن وهب لهما أو وصى لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله ، لأنه نفع لهما بإعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق بهما ، وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ وفيه وجهان :

أحدهما : لا يقوم ولا يسرى العتق إليه ، لأنه يدخل فى ملكه بغير اختياره ، فأشبه ما لو ورثه .

والثانى : يقوم عليه ، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله ، فأشبه الوكيل ، فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته .

وإذا قلنا : ليس له أن يقبله فقبله احتمل أن لا يصح القبول ، لأنه فعل ما لم يأذن الشرع فيه ، أشبه ما لو باع ماله بغبن ، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه ، لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه .

٨٦٣٦ (فصـــل)

وإذا باع عبداً لذى رحمه وأجنبى صفقةواحدة ، عتق كله إذا كان ذو الرحم موسراً[1] ، وضمن لشريكه قيمة حقه منه . وقال القاضى:لايضمن لشريكه شيئاً ، لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه ، فصار كأنه أذن له فى إعتاق نصيبه .

ولنا : أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره ، فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره ، كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لايصح قبوله إلا بقبول شريكه .

٨٦٣٧ (فصـــل)

وإذا كانت أمَة مزوجة ، ولها ابن موسر ، فاشتراها هو وزوجها وهى حامل منه ، صفقة واحدة ، عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوّم عليه،وعتق الحمل عليهما معاً،لأنه ابن الزوج وأخ الإبن ، ولا يجب لأحدهما على الآخر شىء منه ، لأنه عتق عليهما فى حال واحدة ، ولو كانت المسألة بحالها فوهبت لهما أو أوصى لهما بها فقبلاها فى حالة واحدة فكذلك ، وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا . فإن قبل الإبن أولا عتقت عليه الأم وحملها حصته من الأم بالملك ، وتبعها حصته من الحمل ، وسرى العتق إلى الباقى من الأم والولد وعليه قيمة باقيهما للزوج ، وإن قبل الزوج أولا عتق عليه الحمل كله ، نصيبه بالملك وباقيه بالسراية وقوّم عليه ، ثم إذا قبل الإبن عتقت عليه الأم كلها ويتقاصان ، ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ، ومن قال فى الوصية إن الملك لايثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة .

٨٦٣٨ (فصـــــل)

وإذا كان لرجل نصف عبدين متساوين فى القيمة لايملك غيرهما ، فأعتق أحدهما فى صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه ، لأنه موسر بالنصف الذى له من العبد الآخر ، فإن أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق ، لأن وجوب القيمة فى ذمته لايمنع صحة عتقه ولم يسر لأنه معسر ، وإن أعتق الأول فى مرض موته لم يسر ، لأنه إنما ينفذ عتقه فى ثلث ماله ، وثلث ماله هو الثلث من العبد الذى أعتق نصفه ، فإذا أعتق الثانى وقف على إجازة الورثة ، وإن أعتق الأول فى صحته وأعتق الثانى فى مرضه لم ينفذ عتق الثانى ، لأن عليه دَيناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا أن يجيز الورثة .

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٢٧٠ والفقى ٩ / ٣٥٦ (معسراً) والصـــواب (موسراً) كما فى الشرح الكبير ١٢ / ٢٤٥ (ف)

٨٦٣٩ (فصـــــــل)

إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركا له فى عبد ، فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة ، غرما قيمة العبد جميعه .

وقال بعض أصحاب الشافعى : تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه ، لأنهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه ، فلم تلزمهما غرامة ماسواه .

ولنا : أنهما فوّتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه ، فلزمهما ضمانه ، كما لو فوّتاه بفعلهما ، وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما .

٨٦٤٠ (فصـــــل)

وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عبـد فى مرض موته وهو ثلث ماله ، فحـكم حا كم بشهادتهما وعتق العبد ، ثم شهد آخران بعتق آخر هو ثلث ماله ، ثم رجع الأولان عن الشهادة ، نظرنا فى تاريخ شهادتهما ، فإن كانت سابقة ولم تـكذب الورثة رجوعهما عتق الأول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً ، ويحتمل أن يلزمهما شراء الثانى وإعتاقه ، لأنهما منعـا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها ، وإن صدقوهما فى رجوعهما كذبوهما فى شهادتهما عتق الثانى ، ورجعوا عليهما بقيمة الأول ، لأنهما فوّتا رقه عليهم بشهادتهم المرجوع عنها ، وإن كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الأخرى بطل عتق المحكوم له بعتقه ، لأننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعتاقه ، ولم يغرم الشاهدان شيئاً ، لأنهما مافوّتا شيئاً .

وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما ، فإن خرجت على الثانى عتق وبطل عتق الأول ولاشىء على الشاهدين ، لأن الأول باق على الرق ، وإن خرجت قرعة الأول عتق ونظرنا فى الورثة ، فإن كذبوا الشاهدين الأولين فى شهادتهما عتق الثانى ، ورجعوا على الشاهدين بقيمة الأول ، لأنهما فوّتا رقه بغير حق ، فإن كذبوهما فى رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشىء ، لأنهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه .

٨٦٤١ ﴿ مســـــــألة ﴾

قال ﴿ وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم فى مرض موته،أو دبرهم،أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ، ولم يخرج من ثلثه إلا واحد لتساوى قيمتهم ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه ﴾ .

وجملة ذلك : أن العتق فى مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجز من عتق الذى أعتق ستة مملوكين فى مرضه إلا ثلثهم ، ولأنه تبرع بمال أشبه الهبة ، فإن أعتق أكثر من الثلث لم يجز إلا الثلث . فإن أعتق عبيداً فى مرضه واحداً بعد واحد بدىء بالأول

فالأول حتى يستوفى الثلث . وإن وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة . ومسألة الخرقى فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم .

وأما إن دبرهم استوى المقدم والمؤخر منهم ، لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت ، والشرط إذا وجد ثبت المشروط به فى وقت واحد ، وكذلك الوصى بعتقه يستوى هو والتدبير ، لأن الجميع عتق بعد الموت ، فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساويين فى القيمة هم جميع ماله دفعة واحدة ، أو دبرهم ، أو وصى بعتقهم ، أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم ، ولم يجز الورثة أكثر من الثلث ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحباه ، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعى وإسحاق وداود وابن جرير .

قال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى فى باقيه . وروى نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبى والنخعى وقتادة وحماد ، لأنهم تساووا فى سبب الاستحقاق فيتساوون فى الاستحقاق ، كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله ، أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل . وأنكر أصحاب أبى حنيفة القرعة وقالوا : هى من القمار وحكم الجاهلية، ولعلهم يردون الخبر الوارد فى هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول . وذكر الحديث لحماد فقال : هذا قول الشيخ — يعنى إبليس — فقال له محمد بن ذكوان : وضع القلم عن ثلاثة ، أحدهم المجنون حتى يفيق — يعنى أنه مجنون[1] — فقال له حماد : ما دعاك إلى هذا ؟ فقال محمد : وأنت فما دعاك إلى هذا ؟ وهذا قليل فى جواب حماد ، وكان حريًّا أن يستتاب عن هذا ، فإن تاب وإلا ضربت عنقه .

ولنا : ما روى عمران بن الحصين أن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين فى مرضه لا مال له غيرهم ، فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ستة أجزاء ، فأعتق اثنين وأرق أربعة . وهذا نص فى محل النزاع وحجة لنا فى الأمرين المختلف فيهما ، وهما جمع الحرية واستعمال القرعة ، وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم[2] وأبو داود وسائر أصحاب السنن . ورواه عن عمران بن الحصين[3] وابن سيرين[4] وأبو المهلب[5]

---

(١) فى الشرح الكبير ١٢ / ٢٩٦ (إنك مجنون) بكاف الخطاب (ف)

(٢) أخرجه مسلم فى كتاب الأيمان والنذور ج ٣ ص ١٢٨٨ وأبو داود فى العتق ج ٢ ص ٣٥٣ والترمذى فى الأحكام ج ١ ص ٢٥٥ والنسائى فى الجنائز باب الصلاة على من يحيف فى وصيته ج ٢ ص ٦٤ وابن ماجة فى الأحكام ج ٢ ص ٥٩ (ف) . (٣) أخرجها النسائى (ف) . (٤) أخرجها أبو داود (ف) .

(٥) أخرجها مسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجة . واسم أبى المهلب عبد الرحمن بن عمرو الجرمى وقيل : معاوية بن عمرو (ف) .

ثلاثة أثمة . ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبى قلابة[1] عن أبى زيد الأنصارى عن النبى صلى الله عليه وسلم .

قال أحمد : أبو زيد الأنصارى رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، وروى نحوه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم . ولأنه حق فى تفريقه ضرر ، فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجبار إذا طلبها أحد الشريكين . ونظيره من القسمة مالو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر فى قسمتها ، فطلب أحدهما القسمة ، فإنه يجعل كل بيت سهماً ويقرع بينهم بثلاثة أسهم ، لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان .

وقولهم : إن الخبر يخالف قياس الأصول نمنع ذلك ، بل هو موافق له لما ذكرناه ، وقياسهم فاسد ، لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه ، والوصية لا ضرر فى تفريقها بخلاف مسألتنا .

وإن سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم واجب الاتباع ، سواء وافق القياس أو خالفه ، لأنه قول المعصوم الذى جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين ، وأمرنا باتباعه وطاعته ، وحذّر العقاب فى مخالفة أمره ، وجعل الفوز فى طاعته ، والضلال فى معصيته .

وتطرق الخطأ إلى القائس فى قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والأئمة بعدهم فى روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة ، فأوجبوا الوضوء بالنبيذ فى السفر دون الحضر ، ونقضوا الوضوء بالقهقهة فى الصلاة دون خارجها .

وقولهم فى مسألتنا فى مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم ، والضرر فى مذهبهم أعظم ، وذلك لأن الإجماع منعقد على أن صاحب الثلث فى الوصية وما فى معناها لا يحصل له شىء حتى يحصل للورثة مثلاه .

وفى مسألتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد فى الثلثين ، فلا يحصل للورثة شىء فى الحال أصلا، ويحيلونهم على السعاية ، وربما لا يحصل منها شىء أصلا ، وربما لا يحصل منها فى الشهر إلا درهم أو درهمان ، فيكون هذا فى حكم من لم يحصل له شىء وفيه ضرر على العبيد ، لأنهم يجبرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم ، وربما كان المجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البغاء ، أو عبداً فيسرق أو يقطع الطريق ، وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى ذكرناه فى حق الذى فعل هذا قال : « لو شهدته لم[2] يدفن فى مقابر المسلمين » .

---

(١) وأبو قلابة اسمه عبد الله بن زيد الجرمى ، وحديثه هذا رواه أيضاً أبو داود (ف) .

(٢) أخرجها أبو داود ولفظه « لو شهدته قبل أن يدفن فى مقابر المسلمين » (ف) .

قال ابن عبد البر : فى قول الـكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة ، وأشار إلى ما ذكرناه .

وأما إنـكارهم للقرعة ، فقد جاءت فى الـكتاب والسنة والإجماع .

قال تعالى : (وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ[١] أَيُّهُم يَكْفُلُ مَرْيَمَ)[٢] وقال تعالى : (فَسَاهَمَ[٣] فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ)[٤]

وأما السنة : فقال أحمد فى القرعة خمس سنن : أقرع[٥] بين نسائه ، وأقرع[٦] فى ستة مملوكين ، وقال لرجلين « استهما »[٧] وقال « مثل القائم عَلَى حدود[٨] الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا عَلَى سفينة » وقال « لو يعلم الناس[٩] مافى النداء والصف الأول لاستهموا عليه » .

---

(١) قال ابن عباس : وذلك أن أم مريم لفتها فى ثوب ووضعتها فى بيت المقدس عند الأحبار فأراد كل منهم أن يقوم بكفالتها لأنها بنت إمامهم عمران وأخيراً اتفقوا على القرعة لمن خرجت له أخذها ، فأحضروا أقلامهم التى كانوا يكتبون بها التوراة تبركاً بها ووضعوها فى جراب وأمروا غلاماً بسحب قلم منها يكون صاحبه هو الذى يكفلها فخرج قلم زكريا . (ف)

(٢) سورة آل عمران آية ٤٤

(٣) ساهم : عمل قرعة مع أهل السفينة بالسهام — المدحضين : يقال : دحضت رجله : زلقت ، أدحضه غيره إذا أزلقه . والمراد هنا من المزحزحين عن مكان السلامة وهو السفينة إلى الوقوع فى الماء لخروجه بالقرعة . (ف) .

(٤) سورة الصافات آية ١٤١

(٥) عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه . أخرجه الشيخان (ف) .

(٦) مر حديثهم قريباً وقد خرجناه (ف) .

(٧) عن أبى هريرة «أن رجلين اختصما فى متاع إلى النبى صلى الله عليه وسلم ليس لواحد منهما بينة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : استهما على اليمين . . » أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٩ (ف)

(٨) « مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فى البحر فأصاب بعضهم أعلاها وأصاب بعضهم أسفلها فكان الذين فى أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقال الذين فى أعلاها لا ندعكم تصعدون فتؤذنا فقالوا : لو أنا أصبنا فى نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً » أخرجه أحمد والترمذى والبخارى عن النعمان بن بشير (ف)

(٩) « لو يعلم الناس ما فى النداء والصف الأول ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه لاستهموا » أخرجه مالك وأحمد والبخارى ومسلم والنسائى عن أبى هريرة . (ف)

وفى حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضى الله عنه فوجدنا إلى جنبه قتيلا ، فقلنا : لحمزة ثوب وللأنصارى ثوب،فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر ،فأقرعنا عليهما ثم كفّنّا كل واحد(١) فى الثوب الذى طار له .

وتشاح الناس يوم القادسية فى الأذان ، فأقرع بينهم سعد .

وأجمع العلماء على استعمالها فى القسمة ، ولا أعلم بينهم خلافاً فى أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أرادالسفر بإحداهن ، وإذا أراد البداية بالقسمة بينهن وبين الأولياء إذا تساووا وَتشاحوا فيمن يتولى التزويج ، أو من يتولى استيفاء القصاص وأشباه هذا .

٨٦٤٢ (فصـــل فى كيفية القرعة)

قال أحمد : قال سعيد بن جبير : يقرع بينهم بالخواتيم ، أقرع بين اثنين فى ثوب ، فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال : يخرجون بالخواتيم ثم تدفع إلى رجل فيخرج منها واحداً . قال أحمد : بأى شىء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به ، سواء كان رقاعاً أو خواتيم .

قال أصحابنا المتأخرون : الأولى أن يقطع رقاعا صغاراً متساوية(٢)ثم تلقى فى حجر رجل لم يحضر أو أو يغطى عليها بثوب ثم يقال له : أدخل يدك فأخرج بندقة فينفضها وَيعلم ما فيها ، وهذا قول الشافعى .

وفى كيفية القرعة والعتق ست مسائل :

أحدها : أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلاثة أو ستة أو تسعة ، وَقيمتهم متساوية ، ولا مال له غيرهم ، فيخرجون ثلاثة أجزاء ، جزءاً للحرية ، وجزأين للرق وتكتب ثلاث رقاع ، فى واحدة حرية ، وفى اثنين رق يترك(٣) فى ثلاثة بنادق ، وتغطى بثوب ويقال لرجل لم يحضر : أخرج على اسم هذا الجزء ، فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق

---

(١) فى مجمع الزوائد ج ٣ ص ٢٤ « عن ابن عباس قال : قتل حمزة يوم أحد وقتل معه رجل من الأنصار فجاءت صفية بنت عبد المطلب بثوبين لتكفن فيهما حمزة فلم يكن للأنصارى كفن، فأسهم النبى صلى الله عليه وسلم بين الثوبين ثم كفن كل واحد منهما فى ثوب » رواه الطبرانى فى الأوسط وفيه عثمان الجزرى الشاهد لم أجد من ترجمه وبقية رجاله ثقات . ا هـ (ف)

(٢) هنا فى نسخ المغنى سقط قبل قوله (ثم تلقى) وتمامه فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٩٩ « ثم تجعل فى بنادق شمع أو غيره متساوية القدر والوزن » (ف) .

(٣) فى نسخ المغنى [يترك والصواب كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٩٩ (وتترك) (ف)

الجزءان الآخران وإن خرجت قرعة رق ، رق وأخرجت أخرى على جزء آخر، فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث ، وإن خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لأن الحرية تعينت فيهم . وإن شئت كتبت اسم كل جزء فى رقعة ثم أخرجت رقعة على الحرية ، فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المُسَمَّوْنَ فيها ورق الباقون ، وإن خرجت رقعة على الرق ، رق المُسَمَّوْنَ فيها ، ثم تخرج أخرى على الرق ، فيرق المُسَمَّوْنَ فيها ويعتق الجزء الثالث ، وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المُسَمَّوْنَ فيها دون الثالث .

المسألة الثانية : أن تمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة ، كستة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف ، وقيمة اثنين ألفان ، وقيمة اثنين ألف[1]، فيجعل الإثنين الأوسطين جزءاً ، ويجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزء ، والآخران جزءاً ، فيكونون ثلاثة أجزاء متساوية فى العدد والقيمة على ما قدمناه فى المسألة الأولى ، قيل لأحمد : لم يستووا فى القيمة ؟ قال : يقوّمون بالثمن .

المسألة الثالثة : يكونون متساوين فى العدد مختلفين فى القيمة ، ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ، ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً ، كستة أعبد قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف ، وقيمة ثلاثة ألف ، فإنهم يعدلون بالقيمة دون العدد ، نص عليه أحمد . وقال : إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوّم ، لأنه لا يجوز أن يقع العتق فى أكثر من الثلث ولا أقل، وفى قسمتهم بالعدد تكرار القرعة وتبعيض المعتق حتى يكمل الثلث ، فكان التعديل بالقيمة أولى .

بيان ذلك أننا لو جعلنا الذى قيمته ألف آخر[2] فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما ، فإذا خرجت على القليل القيمة عتق وأعتق من الذى قيمته ألف تمام الثلث .

وإن وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث ، عتقاً ، ثم أعيدت لتكميل الثلث، فإذا وقعت عَلَى واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعيض والتكرار ، وَلأن قسمتهم بين المشتركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء . فعلى هذا يجعل الذى قيمته ألف جزءاً ، والإثنين اللذين قيمتهما[3] ألف جزءاً ، والثلاثة الباقين جزءاً ، ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا .

المسألة الرابعة[4] : أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد ، كسبعة قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف وقيمة أربعة ألف ، فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا .

(١) قوله (وقيمة اثنين ألف) كررت (ألف) فى طبعة رشيد ١٢/٢٧٨ والفقى ٩/٣٦٢ والصواب (ألف) دون تكرار كما فى الشرح الكبير ١٢/٣٠٠ ونصه (وقيمة اثنين ألف) .

(٢) فى طبعة رشيد ١٢/٢٧٨ ، ٢٧٩ والفقى ٩/٣٦٣ (لو جعلنا الذى قيمته ألف آخر) والصواب (لو جعلنا [مع] الذى قيمته ألف آخر) كما فى الشرح الكبير ١٢/٣٠٠ (ف)

(٣) فى طبعة رشيد ١٢/٢٧٩ والفقى ٩/٣٦٣ (قيمتها) والصواب (قيمتهما) كما فى الشرح الكبير ١٢/٣٠١

(٤) سقطت المسألة الرابعة من الشرح الكبير ١٢/٣٠١

المسألة الخامسة : أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة ، كستة أعبد ، قيمة اثنين ألف ، وقيمة اثنين سبعمائة ، وقيمة اثنين خمسمائة ، فهاهنا نجزؤهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة ، فيجعل كل اثنين جزءاً ، ويضم كل واحد ممن قيمتهما قليلة إلى واحد ممن قيمتهما كثيرة ، ويجعل المتوسطين جزءاً ويقرع بينهم ، فإن وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ورق باقيه والباقون ، وإن وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة .

المسألة السادسة : لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة ، كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف ، واثنان ألف ، واثنان ثلاثة آلاف ، احتمل أن يجزئهم ثلاثة أجزاء فيجعل أحدهم[1] أكثرهم قيمة جزءاً ، ويضم[2] إلى الثاني كثير القيمة أقل الباقين قيمة ويجعلهما جزءاً ، ويقرع[3] بينهم بسهم حرية وسهمي[4] رق ، لأن هذا أقرب إلى ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ، ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم . واحتمل أن لا يجزئهم بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث ، فيكتب خمس رقاع بأسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية ، فمن خرج اسمه فيها عتق ، ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث .

وإن كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكتب ثمانية رقاع بأسمائهم ، ثم يخرج على الحرية رقعة بعد أخرى حتى يستوفى الثلث .

والثاني : أن يجزئهم أربعة أجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ، فمن خرج له سهم الحرية عتق ، ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية أعيدت بينهما ، فمن خرج له سهم الحرية كمل الثلث منه .

والثالث : أن يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة ، وثلاثة ، واثنان ، ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ، فإن خرج سهم الحرية للاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين ، وإن خرجت لثلاثة ، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق. ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب . وروى عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين إن كانا قيمته ، وإلا أقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ، ثم يقرع بين الذي بقي والذي تصيبه القرعة ينظر ما بقي من قيمته من الثلث فيعتق حصته ، فإن كان جميع ماله عبدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حال .

---

(١) في الشرح الكبير (فيجعل أكثرهم قيمة جزءاً) أنظر١٢/٣٠٢ . (ف)
(٢) في الشرح الكبير نفس الصفحة السابقة (ويضم إلى الثاني أقل الباقين قيمة) (ف)
(٣) زاد الشرح الكبير قبل قوله (ويقرع) زاد (والباقين جزءاً) وهو الصواب . (ف)
(٤) في الشرح للكبير ٣٠٢/١٢ (بسهمي حرية وسهم رق) وهو خطأ .(ف)

٨٦٤٣ (فصــــل)

وإن كان للمعتق مال غير العبد مِثلا قيمة العبيد أو أكثر ، عتق العبيد كلهم لخروجهم من الثلث ، وإن كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله ، فإذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم ، وإن كانا ثلثى المال عتق نصفهم ، وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أتساعهم ، وطريقه أن تضرب قيمة العبد فى ثلاثة ثم تنسب إليه مبلغ التركة ، فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها . فإذا كان قيمة العبد ألفاً وباقى التركة ألف[1] ضربت قيمة العبد فى ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب إليها الألفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم. وإن كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب إليها التركة كلها تكن أربعة أتساعها ، وإن كان قيمتهم أربعة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن اثنى عشر ألفاً ونسبت إليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها ، فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم .

٨٦٤٤ (فصــــل)

وإن كان على الميت دَين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء ، وإن كان يحيط ببعضها قدّم الدَّين ، لأن العتق وصية ، وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الدَّين قبل الوصية ، ولأن قضاء الدَّين واجب وهذا تبرع ، وتقديم الواجب متعين . وإن كان الدَّين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتبت رقعتان : رقعة للدَّين ورقعة للتركة ، وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين ، فمن خرجت عليه رقعة الدَّين بيع فيه وكان الباقى من جميع[2] التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم . وإن كان الدَّين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع : رقعة للدَّين واثنتان للتركة ، وإن كان بقدر ربعهم كتب أربع رقاع : رقعة للدَّين وثلاثة للتركة ، ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة ، وإن كتب رقعة للدَّين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة جاز ، وقيل لا يجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدَّين ، والأول أصح ، لأنه إنما يمنع من العتق قبل قضاء الدَّين إذا لم يكن له وفاء ، فأما إذا كان له وفاء لم يمنع منه ، بدليل ما لو كان العتق فى أقل من ثلث الباقى بعد وفاء الدَّين ، فإنه لا يمنع من العتق قبل وفائه .

٨٦٤٥ (فصــــل)

وإذا أعتق فى مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم ، أو واحداً منهم غير معين ، فمات أحدهم ،

---

(١) فى طبعة رشيد ٢٨١/١٢ والمغنى ٣٦٥/١٢ (وباقى التركة ألف) وفى الشرح الكبير ٣٠٣/١٢ (وباقى التركة ألفان وهو الصواب) .(ف)

(٢) (من) ساقطة من الشرح الكبير ٣٠٣/١٢ (ف)

أقرعنا بين الميت والأحياء ، فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الإعتاق ، سواء مات فى حياة سيده أو بعده قبل القرعة ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : إن مات قبل موت سيده أقرعنا بين الحيين ، لأنهما جميع التركة ، ولهذا لا يعتق إلا ثلثهما ، ولا يعتبر الميت ، لأنه ليس بمحسوب من التركة ، ولأنه لو أعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثهما .

ولنا : أن الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم ، كما لو مات بعد سيده ، ولأن المقصود تكميل الأحكام وحصول ثواب العتق ، ويحصل هذا فى الميت ، فوجب أن يدخل فى القرعة كما لو مات بعد سيده ، فأما إن وقعت القرعة على الحى نظرنا فى الحى ، فإن كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له ، لم نحسبه من التركة ، لأنه لم يصل إلى الوارث ، فتكون التركة الحيين ، فيخرج ثلثهما ممن وقعت عليه القرعة ، وتعتبر قيمته حين الإعتاق ، لأنه حين إتلافه ، وتعتبر قيمة التركة بأقل الأمرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث ، لأن الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة ، والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به ، فأشبه الشارد والآبق ، وإنما يحسب عليه ما حصل فى يده ، ولا يحسب الميت من التركة ، لأنه ما وصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة . وإن كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة ، لأنه وصل إليهم وجعلناه كالحى فى تقويمه معهم ، والحكم بإعتاقه إن وقعت عليه القرعة ، أو من الثانين إن وقعت القرعة على غيره ، وتحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ، ونحو هذا قال الشافعى .

٨٦٤٦ (فصل)

وإن دبر الثلاثة ، أو وصى بعتقهم فمات أحدهم فى حياته ، بطل تدبيره والوصية فيه ، وأقرع بين الحيين وأعتق من أحدهما ثلثهما ، لأن الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه ، لكونه مات قبل الوقت الذى يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق ، بخلاف التى قبلها ، فإن العتق حصل من حين الإعتاق ، وإنما القرعة تبينه وتكشفه ، ولهذا يحكم بعتقه من حين الإعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الأحرار فى سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الأحياء ؛ لأنه قد حصل العتق من حين موت السيد .

٨٦٤٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو قال لهم فى مرض موته : أحدكم حر ، أو كلكم حر ومات ، فكذلك ﴾ .

أما إذا قال لهم : كلكم حر ، فهى المسألة التى تقدمت وشرحناها . وأما إذا قال : أحدكم حر ، فإنه يقرع بينهم فيخرج أحدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقون ، وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن إذا كان

يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث . ولو كان المعتق حياً ولم ينوِ واحداً بعينه لم يكن له التعيين وأعتق أحدهم بالقرعة . وإن قال : أردت واحداً منهم بعينه قُبل منه وتعينت الحرية فيه . وقال أبو حنيفة والشافعي : له تعيين أحدهم فيعتق من عينه وإن لم يكن نواه حالة القول ، ويطالب المعتق بالتعيين فإذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه ، لأن له تعيين العتق ابتداء ، فإذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق .

ولنا : أن مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ، كما لو أعتق الجميع فى مرضه ولم يخرجوا من الثلث ، وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه . والطلاق كمسألتنا . فأما إن مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف ، وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة ، وقد نص الشافعى على هذا إذا قالوا : لا ندرى أيهم أعتق ، وقال أبو حنيفة : لهم التعيين ، لأنهم يقومون مقام موروثهم . وقد سبق الكلام فى المعتق .

٨٦٤٨ (فصل)

ولو أعتق إحدى إمائه ثم وطىء إحداهن لم يتعين الرق فيها ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : يتعين الرق فيها ، لأن الحرية عنده تتعين بتعيينه ، ووطؤه دليل على تعيينه ، وقد سبق الكلام على هذا الأصل ، ولأن المعتقة واحدة فلم تتعين بالوطء ، كما لو أعتق واحدة ثم نسيها .

٨٦٤٩ (فصل)

وإذا أعتق واحداً بعينه ونسيه ، فقياس قول أحمد أن يعتق أحدهم بالقرعة ، وهذا قول الليث . وقال الشافعى: يقف الأمر حتى يذكر، فإن مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب: يعتقون كلهم.

وقال مالك : إن أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة ، عتق منهم بقدر ثلثهم ، وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم ، وعلى هذا فيقرع بينهم ، فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل .

وقال أصحاب الرأى : إن قال الشهود : نشهد أن فلاناً أعتق أحد عبيده ولم يسمّ ، عتق ثلث كل واحد منهم وسعى فى باقيه ، أو ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة ، وإن قالوا : نشهد أن فلاناً أعتق بعض عبيده ونسيناه ، فشهادتهم باطلة . ونحو هذا قول الشعبى والأوزاعى ، ولم يذكرا ما ذكره أصحاب الرأى فى الشهادة .

ولنا : أن مستحق العتق غير مبين ، فأشبه ما لو أعتق جميعهم فى مرض موته ، فإن أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق : ذكرت أن المعتق غيره ففيه وجهان :

أحدهما : يرد الأول إلى الرق ويعتق الذى عينه ، لأنه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع .

والثانى : يعتقان معاً ، وهو قول الليث ، ومقتضى قول ابن حامد ، لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار ، ولأن قول المعتق: ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقراراً عليه بحرية من ذكره وإقراراً على غيره فقبل إقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله ، فيعتق من عينه ويرق غيره ، فإذا قال : أعتقت هذا ، عتق ورق الباقون . وإن قال : أعتقت هذا لا بل هذا ، عتقا جميعاً ، لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ، ثم أقر بعتق الثانى فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الأول ، فكذلك الحكم فى إقرار الوارث .

٨٦٥٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا ملك نصف عبد ، فدبره أو أعتقه فى مرض موته ، فعتق بموته ، وكان ثلث ماله يفى بقيمة النصف الذى لشريكه ، أعطى وكان كله حراً فى إحدى الروايتين ، والأخرى لا يعتق إلا حصته وإن حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه ﴾ .

وجملته : أنه إذا ملك شقصاً من عبد فأعتقه فى مرض موته ، أو دبره ، أو وصى بعتقه ، ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك ، لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم ، إلا قولا شاذاً ، أو قول من يرى السعاية ، وذلك أنه ليس له من ماله إلا الثلث الذى استغرقته قيمة الشقص ، فيبقى معسراً بمنزلة من أعتق فى صحته شقصاً وهو معسر ، فأما إن كان ثلث ماله يفى بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان :

إحداهما : يسرى إلى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ، ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه ، لأن ثلث المال للمعتق والملك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والإعتاق وغيره ، فجرى مجرى مال الصحيح ، فيسرى عتقه كسراية عتق الصحيح الموسر .

والرواية الثانية : لا يعتق إلا حصته ، لأنه بموته يزول ملكه إلى ورثته ، فلا يبقى شىء يقضى منه الشريك ، وبهذا قال الأوزاعى ، لأن الميت لا يضار .

وقال القاضى : ما أعتقه فى مرض موته سرى ، وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر ، وقال : الرواية فى سراية العتق حال الحياة أصح ، والرواية فى وقوفه فى التدبير أصح ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن العتق فى الحياة ينفذ فى حال ملك المعتق ، وصحة تصرفه ، وتصرفه فى ثلثه كتصرف الصحيح فى جميع ماله . وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به فى حال يزول ملك المعتق وتصرفاته والله أعلم .

٨٦٥١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وكذلك الحكم إذا دبر بعضه وهو مالك لكله ﴾ .

وجملته : أنه إذا دبر بعض عبده ، وهو أن يقول : إذا مت فنصف عبدى حر ، ثم مات ، فإن كان

النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر ، لأنه لو دبره كله لم يعتق منه إلا ثلثه ، فإذا لم يدبر إلا ثلثه كان أولى ، وإن كان العبد كله يخرج من الثلث ، فنى تكميل الحرية روايتان :

إحداهما : تكمل، وهو قول أكثر الفقهاء ،لأن أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالإعتاق فى السراية وهو أحد قولى الشافعى ، لأنه إعتاق لبعض عبده ، فعتق جميعه كما لو أعتقه فى حياته .

والرواية الثانية : لا يكمل العتق فيه ، لأنه لا يمنع جواز البيع ، فلا يسرى كتعليقه بالصفة .

٨٦٥٢ (فصــــل)

فأما إن أعتق بعض عبده فى مرضه فهو كعتق جميعه إن خرج من الثلث عتق جميعه ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، لأن الإعتاق فى المرض كالإعتاق فى الصحة ، إلا فى اعتباره من الثلث ، وتصرف المريض فى ثلثه فى حق الأجنبى كتصرف الصحيح فى جميع ماله ، كما لو أعتق شركا له فى عبد ، وثلثه يحتمل جميعه ، وعنه لا يعتق منه إلا ما عتق .

٨٦٥٣ (فصــــل)

وإذا دبر أحد الشريكين حصته ، صح ولم يلزمه فى الحال لشريكه شىء ، وهذا قول الشافعى ، فإذا مات عتق الجزء الذى دبره إذا خرج من ثلث ماله ، وفى سرايته إلى نصيب الشريك ما ذكرنا فى المسألة وقبلها. وقال مالك : إذا دبر نصيبه تقاوماه ، فإن صار للمــــدبر صار مدبراً كله ، وإن صار للآخر صار رقيقا كله .

وقال الليث : يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه، ويصير العبد كله مدبراً ، فإن لم يكن له مال سعى العبد فى قيمة نصيب الشريك ، فإذا أداها صار مدبراً كله . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن المدبر للشريك قيمة حقه ، موسراً كان أو معسراً ، ويصير المدبر له .

وقال أبو حنيفة : الشريك بالخيار ، إن شاء دبر ، وإن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن صاحبه إن كان موسراً .

ولنا : أنه تعليق للعتق على صفة ، فصح فى نصيبه ، كما لو علقه بموت شريكه .

٨٦٥٤ ﴿ مســــألة ﴾

قال ﴿ ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم فأعتقناهم ثم ظهر عليه دَين يستغرقهم بعناهم فى دَينه ﴾ .

وجملته : أن المريض إذا أعتق عبيده فى المرض ، أو دبرهم ، أو وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دَين وهم يخرجون من ثلثه فى الظاهر فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه دَين يستغرق التركة ، تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون فى الدَّين ، ويكون عتقهم وصية ، والدَّين مقدم على الوصية ، ولهذا قال على رضى الله عنه :

إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى[1] أن الدَّين قبل الوصية ، ولأن الدَّين مقدم على الميراث بالاتفاق، ولهذا تباع التركة فى قضاء الدَّين وقد قال الله تعالى (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ)[2] والميراث مقدم على الوصية فى الثلثين . فما تقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية ، وبهذا قال الشافعى . ورد ابن أبى ليلى عبداً أعتقه سيده عند الموت وعليه دَين . قال أحمد : أحسن ابن أبى ليلى .

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية فى الذى يعتق عبده فى مرضه وعليه دَين : أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقى . وقال قتادة ، وأبو حنيفة ، وإسحاق : يسعى العبد فى قيمته .

ولنا : أنه تبرع فى مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث ، فقدّم عليه الدَّين كالهبة ، ولأنه يعتبر من الثلث فقدّم عليه الدَّين كالوصية ، وخفاء الدَّين لا يمنع ثبوت حكمه ، ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فعلى هذا تبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدَينه فلم ينفذ عتقه ، كما لو أعتق ملك غيره ، فإن قال الورثة: نحن نقضى الدَّين ونمضى العتق ففيه وجهان :

أحدهما : لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق ، لأن الدَّين كان مانعاً منه ، فيكون باطلا ، ولا يصح بزوال المانع بعده .

والثانى : ينفذ العتق ، لأن المانع منه إنما هو الدَّين ، فإذا سقط وجب نفوذه ، كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثى التركة ، نفذ العتق فى الجميع. ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . وقالوا : إن أصل الوجهين إذا تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دَين وقضى الدَّين هل ينفذ ؟ فيه وجهان .

٨٦٥٥ (فصـــــــل)

فإن أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم ، فأقرع الورثة ، فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ، ثم ظهر عليه دَين يستغرق نصفهم ، ففيه وجهان :

أحدهما : تبطل القرعة، لأن الدَّين شريك فى الإقراع ، فإذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة ، كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث .

الثانى : يصح الإقراع ، لأنه لا يمكن إمضاء القسمة وإفراد حصة الدَّين من كل واحد من النصيبين،

---

(١) قال على رضى الله عنه « إنكم تقرءون هذه الآية (من بعد وصية توصون بها أو دين) وإن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية » أخرجه الترمذى فى الفرائض والوصايا ج ٢ ص ١١، ١٦ وأخرجه ابن ماجة فى الوصايا ج ٢ ص ١٥٩ ، ١٦٠ وفى سنده الحارث الأعور وقد تكلم بعض أهل العلم فيه لكنه تقوى بأن العمل عليه عند عامة أهل العلم كما فى الترمذى (ف) .

(٢) سورة النساء آية ١١ .

لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدَّين ، فيقال للورثة : اقضوا ثلثي الدَّين وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا ، إما من العبيد وإما من غيرهم ، ويجب رد نصف العبد الذى عتق ، فإذا كان الذى أعتق عبدين أقرعنا بينهما ، فإذا خرجت القرعة على أحدهما ، فكان بقدر سدس التركة عتق وبيع الآخر فى الدَّين ، وإن كان أكثر عتق منه بقدر السدس ، وإن كان أقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

٨٦٥٦ ﴿ مسألة ﴾

﴿ ولو أعتقهم وهم ثلاثة ، فأعتقنا منهم واحداً لعجز ثلثه عن أكثر منه ، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم ﴾ .

وجملته : أنه إذا أعتق ثلاثة فى مرضه لم يعرف له مال غيرهم ، أو دبرهم ، أو وصى بعتقهم ، لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم ، فإذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبينا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم ، أو من حين موته إن كان دبرهم ، لأن التدبير وتصرف المريض فى ثلث ماله جائز نافذ ، وقد بان أنهم ثلث ماله . وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً ، فلا يمنع كون العتق واقعاً . فعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم . وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير إذن كان ذلك باطلا . وإن كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الأحرار . فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر عليه واجب ، وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم ، لأنهما ثلث جميع المال فيقرع بين الإثنين اللذين أوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر إن كانا متساويين فى القيمة ، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم ، وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم ، وكلما ظهر له مال عتق من العبدين اللذين رقا بقدر ثلثه .

٨٦٥٧ (فصـــل)

وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه ، وجب على الوصى إعتاقه ، فإن أوصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه ، فإن امتنعوا أجبرهم السلطان ، فإن أصروا على الامتناع أعتقه السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم ، لأن هذا حق لله تعالى وللعبد ، ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه ، كالزكاة والديون ، فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق ، وما اكتسبه فى حياة الموصى فهو للموصى يكون من جملة تركته إن بقى بعده ، لأنه كسب عبده القن ، وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث . وقال القاضى :هو للعبد ، لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه ، فكان له ككسب المكاتب . وقال بعض أصحاب الشافعى : فيه قولان مبنيان على القولين فى كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا : أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه ،وكالمعلق عتقه بصفة ، وفارق المكاتب ،

فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده . ويبطل ما ذكروه بأم الولد ، فان عتقها قد استقر سببه فى حياة سيدها وكسبها له والموصى به لا نسلمه ، وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك ، وإنما وقف على شرط هو القبول ، فإذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب ، وفى الوصية بالعتق ما وجد السبب ، وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقاً عليه . ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه ، وهاهنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه . وإن مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ، ولا أعلم قول من خالفنا فيه .

٨٦٥٨ (فصــل)

فإن علق عتق عبده على شرط فى صحته ، فوجد فى مرضه ، اعتبر خروجه من الثلث ، قاله أبو بكر . قال : وقد نص أحمد على مثل هذا فى الطلاق . وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر ، أنه يعتق من رأس المال، وهو مذهب الشافعى ، لأنه لا يتهم فيه فأشبه العتق فى صحته .

ولنا : أنه عتق فى حال تعلق حق الورثة بثلثى ماله ، فاعتبر من الثلث كالمنجز .

وقولهم : لا يتهم فيه .

قلنا : وكذلك العتق المنجز لا يتهم فيه ، فإن الإنسان لا يتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه ، وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة ، وهذا حاصل هاهنا . ولو قال : إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر ، فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحداً .

٨٦٥٩ (فصــــل)

وإذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده ، روى هذا عن ابن مسعود وأبى أيوب وأنس بن مالك ، وبه قال قتادة والحكم والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن حماد والبتى وداود بن أبى هند وحميد . وقال الحسن وعطاء والشعبى والنخعى ومالك وأهل المدينة : يتبعه ماله ، لما روى نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أعتق[1] عبداً وله مال فالمال للعبد » رواه الإمام أحمد بإسناده وغيره .

وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا أعتق عبداً لم يعرض لماله .

ولنا : ما روى الأثرم بإسناده ، عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير : يا عمير إنى أريد أن أعتقك عتقاً هنيئاً فأخبرنى بمالك ، فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أيما[2] رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره

---

(١) أخرجه أيضاً أبو داود ج ٢ ص ٣٥٣ ولفظه : عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق عبداً وله مال فمال العبد له إلا أن يشترطه السيد » وأخرجه أيضاً ابن ماجة ج ٢ ص ١٠٨ (ف) .

(٢) أخرجه أيضاً ابن ماجة ج ٢ ص ١٠٩ (ف) .

بماله فماله لسيده » ولأن العبد وماله كانا جميعاً للسيد ، فأزال ملكه عن أحدهما فبقى ملكه فى الآخر ، كما لو باعه ، وقد دل على هذا حديث النبى صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه[1] المبتاع » .

فأما حديث ابن عمر فقال أحمد : يرويه عبدالله بن أبى جعفر من أهل مصر وهو ضعيف فى الحديث ، كان صاحب فقه ، فأما فى الحديث فليس هو فيه بالقوى . وقال أبو الوليد : هذا الحديث خطأ . وأما فعل ابن عمر فإنه تفضل منه على معتقه . قيل للامام أحمد : كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال : أى لعمرى على التفضل ، قيل له : فكأنه عندك للسيد ؟ فقال : نعم للسيد مثل البيع سواء .

٨٦٦٠ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لعبده : أنت حر فى وقت سماه ، لم يعتق حتى يأتى ذلك الوقت ﴾

وجملة ذلك : أن السيد إذا علق عتق عبده أو أمته على مجىء وقت ، مثل قوله أنت حر فى رأس الحول لم يعتق حتى يأتى رأس الحول . وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة ، وبهذا قال الأوزاعى والشافعى وابن المنذر، قال أحمد : إذا قال لغلامه : أنت حر إلى أن يقدم فلان ومجىء[2] فلان واحد. وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر ، إنما يريد إذا جاء رأس السنة ، أو جاء رأس الهلال منه ، وإذا قال : أنت طالق إذا جاء الهلال ، إنما تطلق إذا جاء رأس الهلال .وقال إسحاق كما قال أحمد . وحكى عن مالك أنه إذا قال لعبده أنت حر فى رأس الحول ، عتق فى الحال . والذى حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها ، لأنه لا يملكها ملكا تاماً ولا يهبها[3] ولا يلحقها بسببه رق : وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال ، وقد روى عن أحمد أنه لا يطؤها ، لأن ملكه غير تام عليها . والأول أصح لما روى عن أبى ذر أنه قال لعبده أنت عتيق إلى رأس الحول ، فلولا أن العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته ، ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها ، كما لو قال . إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر ، واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلاد ، ولا يلزم المكاتبة ، لأنها اشترت نفسها من سيدها بعوض ، وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسألتنا .

---

(١) أخرجه البخارى فى كتاب الشرب عن ابن عمر ج ٣ ص ١٥١ ومسلم ج ٣ ص ١١٧٣ وأبو داود ج ٢ ص ٢٤٠ والترمذى ج ١ ص ٢٣٥ والنسائى ج ٧ ص ٢٩٧ وابن ماجة ج ٢ ص ٢٣ (ف)

(٢) نص الشرح الكبير ١٢/٢٦٧ (ويجىء فلان) بدل (ومجىء فلان) (ف)

(٣) نص الشرح الكبير ١٢/٢٦٧ (ولا يهبها ولا يبيعها) وليس فيه (ولا يلحقها بسببه رق) . (ف)

٨٦٦١ (فصـــل)

وإذا جاء الوقت وهو فى ملـكه عتق بغير خلاف نعلمه ، وإن خرج عن ملـكه ببيع أو ميراث أو هبـة لم يعتق ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال النخعى وابن أبى ليلى : إذا قال لعبده : إن فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعاً صحيحاً ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع . قال ابن أبى ليلى : إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلاناً ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كلمه حنث ، وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق[1] ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم » ولأنه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه ، كما لو لم يكن له مال متقدم .

٨٦٦٢ (فصـــل)

وإذا قال لعبده : إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر ، ولم ينو وقتـاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب ، وإن باعه قبل ذلك صح بيعه ولم ينفسخ فى قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : ليس له بيعه ، فإن باعه فسخ البيع .

ولنا : أنه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم ينفسخ ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر وباعه قبل دخولها .

٨٦٦٣ (فصـــل)

وإذا قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ، فباعه ثم اشتراه ، ودخل الدار ، عتق ، وبهـذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : فيها قولان :

أحدهما : لا يعتق ، لأن ملـكه فيه متأخر عن عقد الصفة ، فلم يقع العتق فيه ، كما لو عقد الصفة فى حال زوال ملـكه عنـه .

ولنـا : أنه علق الصفة فى ملـكه ، وتحقق الشرط فى ملـكه فوجب أن يحنث كما لو لم يزل ملـكه عنه ، وفارق ما إذا علقها فى حال زوال ملـكه وتحقق الشرط فى ملـكه ، لأنه لو نجز العتق لم يقع ، فإذا علقـه

---

(١) عن مسور بن مخرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «لا طلاق قبل نـكاح، ولا عتق قبل ملك» أخرجه ابن ماجة، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك» قال الترمذى ج ١ ص ٢٢٢ « حـديث حسن وهو أحسن شيء روى فى هذا الباب وهو قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم »

وعن حكيم بن حزام « قال قلت يا رسول الله يأتينى الرجل فيسألنى عن البيع ليس عندى ما أبيعه منه ثم أبتاعه من السوق ، فقال : لا تبع ما ليس عندك » أخرجه أصحاب السنن (ف) .

كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسألتنا . فأما إن دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن أحمد أنه لا يعتق.

وذكر عنه رواية أخرى أنه يعتق . وروى عنه فى الطلاق أنه يقع ، لأن التعليق والشرط وجدا فى ملكه فأشبه ما لو لم يتخللها دخول .

ووجه الأول أن العتق معلق على شرط لا يقتضى التكرار ، فإذا وجد مرة انحلت اليمين ، وقد وجد الدخول فى ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك . ويفارق العتاق الطلاق من حيث أن النكاح الثانى ينبنى على النكاح الأول ، بدليل أن طلاقه فى النكاح الأول يحسب عليه فى النكاح الثانى ، وينقص به عدد طلاقه ، والملك باليمين بخلافه .

٨٦٦٤ (فصـــــل)

وإذا قال لعبد له مقيد : هو حر إن حل قيده ، ثم قال : هو حر إن لم يكن فى قيده عشرة أرطال ، فشهد شاهدان عند الحاكم أن وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال ، عتق العبد بحل قيده ، وتبينا أنه ما عتق بالشرط الذى حكم الحاكم بعتقه به . وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يلزمهما ضمانها ، لأن شهادتهما الكاذبة سبب عتقه وإتلافه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولأن عتقه حصل بحكم الحاكم المبنى على الشهادة الكاذبة ، فأشبه الحكم بالشهادة التى يرجعان عنها ، وهذا قول أبى حنيفة .

والثانى : لا ضمان عليها[1] وهو قول أبى يوسف ومحمد ، لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبنى على شهادتهما، وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به ، فوجب أن لا يضمنا كما لو لم يحكم الحاكم .

٨٦٦٥ (فصـــــل)

وإن قال لعبده ، أنت حر متى شئت ، لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فمتى شاء عتق ، سواء كان على الفور أو التراخى . وإن قال : أنت حر إن شئت ، فكذلك . ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس ، لأن ذلك بمنزلة التخيير . ولو قال لامرأته : اختارى نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور ، فإن تراخى ذلك بطل خيارها ، كذا تعليقه بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل على التراخى ، وإن قال : أنت حر كيف شئت ،

---

(١) فى نسخ المغنى (لا ضمان عليها) طبعة رشيد ١٢ / ٢٩٤ والفقى ٩/٣٧٧ والصواب (لا ضمان عليهما) كما فى الشرح الكبير ٢٧٤/١٢ (ف) .

احتمل أن يعتق فى الحال ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن كيف لا تقتضى شرطاً ولا وقتاً ولا مكاناً ، فلا تقتضى توقيف العتق . وإنما هى صفة للحال فتقتضى وقوع الحرية على أى حال شاء ، ويحتمل أن لا يعتق حتى يشاء ، وهو قول أبى يوسف ومحمد ، لأن المشيئة تقتضى الخيار ، فتقتضى أن لا يعتق قبل اختياره ، كما لو قال : أنت حر متى شئت ، لأن كيف تعطى ما تعطى متى وأى ، فحكمها حكمهما .

وقد ذكر أبو الخطاب فى الطلاق أنه إذا قال لزوجته : أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت ، لم تطلق حتى تشاء ، فيجيء ها هنا مثله .

٨٦٦٦ (فصـــــل)

وتعليق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : تعليقه على صفة محضة ، كقوله إن أديت إلىّ ألفاً فأنت حر ، فهذه صفة لازمة لا سبيل إلى إبطالها ، لأنه ألزمها نفسه طوعاً فلم يملك إبطالها ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر . ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك ، ولو أبرأه السيد من الألف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط ، لأنه لا حق له فى ذمته يبرئه منه ، وإنما هو تعليق على شرط محض . وإن مات السيد انفسخت الصفة ، لأن ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه فى ملك غيره . وإن زال ملكه ببيع أو هبة زالت الصفة ، فإن عاد إلى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل . ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتج إلى تجديد إعتاق من جهة السيد ، لأنه إزالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعليق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق . وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده ، لأنه لم يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده ، إلا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التى أداها ، فإذا كمل أداؤها عتق وما فضل فى يده لسيده وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها فى أحد الوجهين ، لأنها أمة قن ، فأشبه مالو قال : إن دخلتِ الدار فأنتِ حرة ، ولا تجب عليها قيمة نفسها ، لأنه عتق من السيد بصفة فأشبه مالو باشر عتقها . ولا يعتق حتى يؤدى الألف بكمالها .

وذكر القاضى أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها ، كما لو قال : أنت حر إن أكلت رغيفاً فأكل بعضه ، وهذا لا يصح لوجوه :

أحدها : أن أداء الألف شرط العتق ، وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الأحكام وتنتفى بانتفائها ، بدليل سائر شروط الأحكام .

الثانى : أنه إذا علقه على وصف ذى عدد ، فالعدد وصف فى الشرط . ومتى علق الحكم على شرط ذى وصف لا يثبت مالم توجد الصفة ، كما لو قال لعبده : إن خرجت عارياً فأنت حر ، فخرج لابساً لا يعتق ، فكذلك العدد .

الثالث : أنه متى كان فى اللفظ مايدل على الكل لم يحنث بفعل البعض ، وكذلك لو حلف لاصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ، ولو حلف لاصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوماً . ولو قال لامرأته : إن حضتِ حيضة فأنتِ طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة . وقد ذكر القاضى هذه المسائل ونظائرها ، وذكر الألف هاهنا يدل على إرادته أداء الألف كاملة .

الرابع : أننا لانسلم هذا الأصل الذى ادعاه ،وأنه إذا قال له : أنت حر إن أكلت رغيفاً لم يعتق بأكل بعضه ، وإنما إذا حلف لايفعل شيئاً ففعل بعضه حنث فى رواية فى موضع يحتمل إرادة البعض ويتناوله اللفظ ، كمن حلف لايصلى فشرع فى الصلاة ، أو لايصوم فشرع فى الصوم ، أولا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ، ونحو هذا ، لأن الشارع فى الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذى شرع فيه ، والقدر الذى شربه من الإناء هو ماء الإناء ، وقرينة حاله تقتضى المنع من الكل ، فتقتضى الامتناع من الكل ، ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل ، فحنث لذلك .

ولو حلف على فعل شىء لم يبرأ إلا بفعل الجميع . وفى مسألتنا تعليق الحرية على أداء الألف يقتضى وجود أدائها ، فلايثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها ، كمن حلف ليؤدينّ ألفاً لم يبرأ حتى يؤديها .

الخامس : أن موضوع الشرط فى الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لايثبت المشروط بدون شرطه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من قال لاإله[1] إلاالله دخل الجنة » فلو قال بعضها مقتصراً عليه لم يستحق إلا العقوبة . وقال « من أحيا[2] أرضاً ميتة فهى له » فلو شرع فى الإحياء لم تكن له . ولو قال فى المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فهو سابق ، فسبق إلى أربع لم يكن سابقاً . ولو قال : من رد ضالتى فله دينار فشرع فى ردها لم يستحق شيئاً . فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل . وإنما الذى جاء عن أحمد فى الأيمان فيمن حلف لايفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث ، لأن اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهى ، والنهى عن فعل شىء يقتضى المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط ، والله أعلم .

القسم الثانى : صفة جمعت معاوضة وصفة ، والمغلب فيها حكم المعاوضة وهى الكتابة الصحيحة ، فهى مساوية للصفة المحضة فى العتق بوجودها ، وأنه لايجب عليه قيمة نفسه ، وأن الولاء لسيده ، وتخالفها فى أنه لو أبرأه السيد من المال برىء منه وعتق ، لأن ذمته مشغولة به فبرىء منه بإبرائه كثمن المبيع ، ولاينفسخ

(١) من قال « لا إله إلاالله مخلصاً دخل الجنة » أخرجه البزار عن أبى سعيد (ف) .
(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى عن سعيد بن زيد (ف) .

بموت السيد ولا بيع المكاتب ولاهبته ، لأنه عقد معاوضة لازم أشبه البيع ، وما كسبه قبل الأداء فهو له ، ومافضل فى يده بعد الأداء فهو له ، وولد المكاتبة الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها .

القسم الثالث : صفة فيها معاوضة ، والمغلب فيها حكم الصفة ، وهى الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول ، أو نجم واحد ، أو مع إخلال شرط من شروط الكتابة ، فتساوى الصفة المحضة والكتابة فى أنه لايعتق بالأداء ، لأنه عتق معلق على شرط ، ولاتلزمه قيمة نفسه ، ولايبطل بجنون المكاتب ولاالحجر عليه ، لأن الحجر للرق لايمنع صحة كتابته ، فلايقتضى حدوثه إبطالها . وإن أدى حال جنونه عتق ، لأن الصفة وجدت .

وقال أبو بكر : لا يعتق بذلك ، ويفارقهما فى أن للسيد فسخها ورفعها ، لأنها فاسدة ، والفاسد يشرع رفعه وإزالته ، ويفارق الكتابة الصحيحة فى أنها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه ، لأنه عقد جائز من جهته ، فبطل بهذه الأمور كالوكالة والمضاربة . وقد قال أحمد : إذا وسوس فهو بمنزلة الموت ، وهذا قول القاضى . وقال أبو بكر : لا تبطل بشىء من ذلك ، لأنه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة . وتفارق الصفة المحضة فى أن كسب العبد قبل الأداء له ، وما فضل فى يده بعد الأداء فهو له دون سيده ، ويتبع المكاتبة ولدها حملا لها على الكتابة الصحيحة فى أحد الوجهين فيهما ، وفى الآخر لا يستحق كسبه ولا يتبع المكاتبة ولدها ، لأن العتق حصل بالصفة لا بالكتابة . وأما الكتابة بمحرم كالخمر والخنزير فقال القاضى : هى كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيها بالأداء . وقال أبو بكر : لا يعتق فيها بالأداء ، وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية الميمونى إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة . وينبغى أن يقال : إن علّق العتق على أداء المحرم عتق به كما لو علق العتق على السرقة وشرب الخمر . وإن قال : كاتبتك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبى بكر ، والله أعلم .

٨٦٦٧ (فصـــل)

وإذا قال لعبده : أنت حر وعليك ألف ، عتق ولا شىء عليه ، لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الألف ، هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا . ونقل جعفر بن محمد قال : سمعت أبا عبد الله قيل له : إذا قال : أنت حر وعليك ألف درهم ؟ قال : جيد ، قيل له : فإن لم يرض العبد ؟ قال : لا يعتق إنما قاله له على أن يؤدى إليه ألف درهم فإن لم يؤد فلا شىء . وإن قال : أنت حر على ألف ، فكذلك فى إحدى الروايتين لأن (على) ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبه قوله وعليك ألف .

والثانية : إن قبل العبد عتق ولزمته الألف ، وإن لم يقبل لم يعتق ، وهذا قول مالك والشافعى

وأبى حنيفة ، لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله ، كما لو قال : أنت حر بألف ، وهذه الرواية أصح ، لأن (على) تستعمل للشرط والعوض . قال الله تعالى (قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْدًا)(١) وقال تعالى (فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا)(٢) ولو قال فى النكاح : زوجتك ابنتى فلانة على صداق خمسمائة درهم ، فقال الآخر : قبلت ، صح النكاح وثبت الصداق . وقال الفقهاء : إذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها ، كان ذلك جائزاً ، فأما إذا قال : أعتقتك على أن تخدمنى سنة فقبل ، ففيها روايتان كالتى قبلها ، وقيل : إن لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة . فعلى هذا إذا قبل العبدعتق فى الحال ولزمته خدمته سنة، فإن مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة مابقى من الخدمة بهذا . وقال الشافعى وقال أبو حنيفة : تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيقسط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقى من قيمته .

ولنا : أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ ، فإذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع إلى قيمته كالخلع فى النكاح والصلح فى دم العمد . وإن قال : أنت حر على أن تعطينى ألفاً ، فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل ، فإذا قبل عتق ولزمه الألف . وإن قال : أنت حر بألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه ألف .

٨٦٦٨ (فصـــل)

وإذا علق عتق أمته بصفة وهى حامل ، تبعها ولدها فى ذلك ، لأنه كعضو من أعضائها ، فإن وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق ، لأنه تابع فى الصفة ، فأشبه ما لو كان فى الصفة ، فأشبه ما لو كان فى البطن . وإن كانت حائلا حين التعليق ثم وجدت الصفة وهى حامل عتقت هى وحملها ، لأن العتق وجد فيها وهى حامل فتبعهاولدها كالمنجز . وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد ، لأن الصفة لم تتعلق به لا فى حال التعلق ولا فى حال العتق .وفيه وجه آخر أنه يتبعها فى العتق قياساً على ولدالمدبرة . وإن بطلت الصفة ببيع أو موت لم يعتق الولد ، لأنه إنما يتبعها فى العتق لا فى الصفة ، فإذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فإنه تبعها فى التدبير ، فإذا بطل فيها بقى فيه .

٨٦٦٩ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا أسلمت أم ولد النصرانى منع من غشيانها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها ، فإن أسلم حلت له ، وإذا مات عتقت ﴾ .

هذه المسألة يؤخر شرحها إلى باب عتق أمهات الأولاد ، فإنه أليق بها.

---

(١) سورة الكهف آية ٦٦ (٢) سورة الكهف آية ٩٤

٨٦٧٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لأمته : أول ولد تلدينه فهو حر ، فولدت اثنين أقرع بينهما ، فمن أصابته القرعة فهو حر إذا أشكل أولهما خروجاً ﴾ .

إنما كان كذلك لأن أحدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه ، فوجب إخراجه بالقرعة ، كما لو قال لعبيده : أحدكم حر . وقد سبق القول فى هذه المسألة ، فأما إن علم أولهما خروجاً فهو الحر وحده ، وهذا قول مالك والثورى وأبى هاشم والشافعى وابن المنذر ، وقال الحسن والشعبى وقتادة : إذا ولدت ولدين فى بطن فهما حران .

ولنا : أنه إنما أعتق الأول ، والذى خرج أولا هو أول المولودين فاختص العتق به كما لو ولدتهما فى بطنين .

٨٦٧١ (فصـل)

فإن ولدت الأول ميتاً والثانى حياً ، فذكر الشريف أنه يعتق الحى منهما ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى : لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، لأن شرط العتق إنما وجد فى الميت وليس بمحل للعتق فانحلت اليمين به ، وإنما قلنا : إن شرط العتق إنما وجد فيه لأنه أول ولد ، بدليل أنه لو قال لأمته : إذا ولدتِ ولداً فأنتِ حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت .

ووجه الأول أن العتق يستحيل فى الميت فتعلقت اليمين بالحى ، كما لو قال : إن ضربت فلاناً فعبدى حر فضربه حياً عتق ، وإن ضربه ميتاً لم يعتق ، ولأنه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو أن يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه ، فكأنه قال : أول ولد تلدينه حيًّا فهـو حر .

٨٦٧٢ (فصـل)

وإن قال لأمته : كل ولد تلدينه فهو حر ، عتق كل ولد ولدته فى قول جمهور العلماء ، منهم مالك والشافعى والأوزاعى والليث والثورى . قال ابن المنذر : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، فإن باع الأمة ثم ولدت لم يعتق ولدها ، لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه .

٨٦٧٣ (فصـل)

فإن قال : أول غلام أملكه فهو حر ، انبنى ذلك على العتق قبل الملك ، وفيه روايتان ، فإن قلنا : يصح عتق أول من يملكه ، فإن ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة فى قياس قول أحمد ، فإنه قال فى رواية مهنا : إذا قال : أول من يطلع من عبيدى فهو حر ، فطلع اثنان أو جميعهم فإنه يقرع بينهم ، ويحتمل أن

يعتقا جميعاً ، لأن الأولية وجدت فيهما جميعاً فتثبت الحرية فيهما ، كما لو قال فى المسابقة : من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا فى العشرة : وقال النخعى : يعتق أيهما شاء . وقال أبو حنيفة : لا يعتق واحد منهما ، لأنه لا أول فيهما ، لأن كل واحد منهما مساوٍ للآخر ، ومن شرط الأولية سبق الأول .

ولنا : أن هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالواحد ، وليس من شرط الأول أن يأتى بعده ثان ، بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً ، وإذا كانت الصفة موجودة فيهما فإما أن يعتقا جميعاً أو يعتق أحدهما وتعينه القرعة على ما ذكرنا من قبل ، وكذلك الحكم فيما إذا قال : أول ولد تلدينه فهو حر ، فولدت اثنين وخرجا جميعاً معاً ، فالحكم فيهما كذلك .

٨٦٧٤ (فصـــــل)

وإن قال : آخر عبد أملكه فهو حر ، فملك عبيداً لم يحكم بعتق واحد منهم حتى يموت ، لأنه ما دام حياً فهو يحتمل أن يملك عبداً يكون هو الآخر ، فإذا مات عتق آخرهم وتبينا أنه كان حراً حين ملكه فيكون إكسابه له ، وإن كانت أمة كان أولادها أحراراً من حين ولدتهم ، لأنهم أولاد حرة ، وإن كان وطئها فعليه مهرها ، لأنه وطىء حرة أجنبية ، ولا يحل له أن يطأها حين ملكها حتى يملك بعدها غيرها ، لأنه ما لم يملك بعدها غيرها فهى آخر فى الحال ، وإنما يزول ذلك بملك غيرها ، فوجب أن يحرم الوطء ، وإن ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات ، فالحكم فى عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين فى المسألة التى قبلها .

٨٦٧٥ ﴿ مســـألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال العبد لرجل : اشترنى من سيدى بهذا المال فأعتقنى ، ففعل ، فقد صار حراً ، وعلى المشترى أن يؤدى إلى البائع مثل الذى اشتراه به ، وولاؤه للذى اشتراه ، إلا أن يكون قال له : بعنى بهذا المال فيكون الشراء والعتق باطلا ، ويكون السيد قد أخذ ماله ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا دفع إلى أجنبى مالاً وقال : اشترنى من سيدى بهذا المال فأعتقنى ، ففعل ، لم يخل من أن يشتريه بعين المال أو فى ذمته ثم ينقد المال ، فإن اشتراه فى ذمته فأعتقه فالشراء صحيح والعتق جائز ، لأنه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له ، وعلى المشترى أداء الثمن الذى اشتراه به ، لأنه لزمه الثمن بالبيع ، والذى دفعه إلى السيد كان ملكا له لا يحتسب له به من الثمن ، فيبقى الثمن واجباً عليه يلزمه أداؤه ، وكان العتق من ماله والولاء له ، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر ، وأما إن اشتراه بعين المال فالشراء باطل والعتق غير واقع ، لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه ، فلم يصح الشراء ولم يقع العتق ، لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ، ويكون السيد قد أخذ ماله ، لأن ما فى يد العبد محكوم به لسيده .

وعلى الرواية التي تقول : إن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود ، يصح البيع والعتق ، ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ، ونحو هذا قال النخعي وإسحاق ، فإنهما قالا : الشراء والعتق جائزان ، ويرد المشترى مثل الثمن من غير تفريق .

وقال الحسن : البيع والعتق باطلان ، وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً ، وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين ، فكان أولى إن شاء الله تعالى .

٨٦٧٦ (فصـــــل)

ولو كان العبد بين شريكين ، فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه ، عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً ، ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد ، لأن ما في يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما ، إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن كان العوض مستحقاً إذ لم يقع العتق على عينها ، وإنما سمى خمسين ثم دفعها إليه ، وأن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ، ويسرى العتق إلى نصيب شريكه ، فيرجع بقيمته ويكون الولاء للمعتق .

٨٦٧٧ (فصـــــل)

ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه ، فقال الوكيل : نصيبي حر ، عتق وسرى إلى نصيب شريكه ، ويكون الولاء له ، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه والولاء للموكل ، وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف إلى نصيبه ، لأنه لا يحتاج إلى نية ، ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ذلك ، واحتمل أن ينصرف إلى نصيب شريكه ، لأنه أمره بالإعتاق فانصرف إلى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف إليهما ، لأنهما تساويا فانصرف إليهما ، وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحتمل أن لا يضمن ، لأن الوكيل إن أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه لم يضمنه ، لأنه مأذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن ، كمن أذن له في إتلاف شيء فإنه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية ، وإذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان ، لأنه مباشر لسبب الإتلاف ، فلم يجب له ضمان ما تلف به ، كما لو قال له أجنبي : أعتق عبدك فأعتقه ، والله أعلم .

كتاب التدبير

ومعنى التدبير : تعليق عتق عبده بموته ، والوفاة دبر الحياة ، يقال : دابر الرجل يدابر مدابرة ، إذا مات ، فسمى العتق بعد الموت تدبيراً ، لأنه إعتاق فى دبر الحياة . والأصل فيه السنة والإجماع .

أما السنة فما روى جابر أن رجلا أعتق مملوكا له عن دُبُر منه ، فاحتاج ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من يشتريه منى ؟ » فباعه من نُعَيمْ بنِ عبدِ الله بثمانِمائةِ درهم ، فدفعها إليه وقال « أنت أحْوَجُ منه[1] » متفق عليه .

وأما الإجماع ، فقال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات . والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دَين إن كان عليه ، وإنفاذ وصاياه إن كان وصى ، وكان السيد بالغاً جائز الأمر أن الحرية تجب له أو لها .

٨٦٧٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا قال لعبده أو أمته : أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، أو أنت حر بعد موتى فقد صار مدبراً ﴾ .

---

(١) هذا الحديث رواه البخارى فى البيوع ج ٣ ص ٩١ ، ١٠٩ والاستقراض ومن باع مال المفلس ص١٥٦ ومن رد أمر السفيه ص ١٥٩ وبيع المدبر ص ١٩٢ ورواه فى كفارة الأيمان ج ٨ ص ١٨١ ، ١٨٢ ورواه فى الإكراه ج ٩ ص ٢٧ وفى الأحكام ج ٩ ص ٩١

كذلك رواه مسلم فى الزكاة باب الابتداء فى النفقة بالنفس ج ٢ ص ٦٩٢ ، ٦٩٣ كتاب الأيمان ج ٣ ص ١٢٨٩ وأبو داود فى العتق ج ٢ ص ٣٥٢ والترمذى فى البيوع ج ١ ص ٢٣٠ والنسائى فى الزكاة ج ٥ ص ٧٠ وفى البيوع ج ٧ ص ٣٠٤ وفى القضاء ج ٨ ص ٢٤٦ وفى ابن ماجة فى العتق ج ٢ ص ١٠٤

واسم الرجل كما فى مسلم وأبى داود والنسائى (أبو مذكور) من بنى عذرة أنصارى واسم الغلام (يعقوب) عبد قبطى.

واسم المشترى (نعيم بن عبد الله) العدوى.

وثمنه (ثمانمائة درهم) على الصحيح وفى رواية لأبى داود سبعمائة أو تسعمائة وليس فى رواياته لفظ « أنت أحوج منه» والوارد « أبدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شىء فلأهلك » كما فى مسلم ، ونحوه فى كتب السنة الأخرى.

وقد باعه النبى صلى الله عليه وسلم فى حياة الذى دبره كما تفيده الروايات عدا رواية الترمذى ففيها أنه باعه بعد وفاته .

وسبب بيعه كما تفيده الروايات أن الرجل كان مديناً محتاجاً فهو أحق بثمنه . (ف)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت ، فقال : أنت حر ، أو محرر ، أو عتيق ، أو معتق بعد موتى ، صار مدبراً بلا خلاف نعلمه ، وأما إن قال : أنت مدبر ، أو قد دبرتك ، فإنه يصير مدبراً بنفس اللفظ من غير افتقار إلى نية ، وهذا منصوص الشافعى .

وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر أنه ليس بصريح فى التدبير ، ويفتقر إلى النية ، لأنهما لفظان لم يكثر استعمالها فافتقرا إلى النية كالكنايات .

ولنا : أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر إلى النية كالبيع ، ويفارق الكنايات ، فإنها غير موضوعة له ، ويشاركها فيه غيرها ، فافتقرت إلى النية للتعيين ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع .

٨٦٧٩ (فصـــل)

ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال فى قول أكثر أهل العلم . يروى ذلك عن على وابن عمر ، وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وروى عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال ، لأنه عتق ، فينفذ من رأس المال كالعتق فى الصحة وعتق أم الولد .

ولنـا : أنه تبرع بعد الموت ، فكان من الثلث كالوصية ، ويفارق العتق فى الصحة ، فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ فى الجميع كالهبة المنجزة .

وقد نقل حنبل عن أحمد أنه يعتق من رأس المال وليس[1] عليها عمل . قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة .

٨٦٨٠ (فصـــل)

وإن اجتمع العتق فى المرض والتدبير قدم العتق ، لأنه أسبق ، وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا ، لأنهما جميعاً عتق بعد الموت ، ويحتمل أن يقدم التدبير ، لأن الحرية تقع فيه عند الموت ، والوصية تقف على الإعتاق بعده .

٨٦٨١ (فصـــل)

ويجوز التدبير مطلقاً ومقيداً .

فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر ، كقوله : أنت حر بعد موتى .

والمقيد ضربان :

---

(١) أى لا يعمل بهذه الرواية ولا يفتى بها (ف).

أحدهما : خاص ، نحو أن يقول : إن مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو فى بلدى هذا أو عامى هذا فأنت حر ، فهذا جائز على ما قال ، إن مات على الصفة التى شرطها عتق العبد ، وإلا لم يعتق .

وقال مهنا : سألت أحمد عمن قال لعبده : أنت حر مدبر اليوم ؟ قال : يكون مدبراً ذلك اليوم ، فإن مات ذلك اليوم صار حراً، يعنى إذا مات المولى .

الضرب الثانى : أن يعلق التدبير على صفة ، مثل أن يقول : إن دخلت الدار ، أو إن قدم زيد ، أو إن شفى الله مريضى ، فأنت حر مدبر ، أو فأنت حر بعد موتى ، فهذا لا يصير مدبراً فى الحال ، لأنه علق التدبير على شرط ، وإذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده . وإن لم يوجد الشرط فى حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق ، لأن إطلاق الشرط فى حياة السيد يقتضى وجوده فى الحياة ، بدليل مالو لم علق عليه عتقاً منجزاً . فقال : إذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ، وكما لو قال لوكيله : بع عبدى ، فمات الموكل قبل بيعه بطلت وكالته .

ولأن المدبر من علق عتقه بالموت ، وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير .

وإن قال : إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر ، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين :

إحداهما : لا يعتق ، وهو قياس المنصوص عنه فى قوله أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر ، فإنه قال : لا يعتق ،لأنه علق العتق بصفة توجد فى ملك غيره ، فلم يعتق كما لو قال : إن دخلت الدار بعد بيعى إياك فأنت حر ، ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كالمنجز .

والثانية : يعتق ، وهو الذى ذكره القاضى ، وهومذهب الشافعى ، لأنه صرح بذلك فحمل عليه ، كما لو وصى بإعتاقه ، وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها . ويفارق التصرف بعد البيع ، فإن الله تعالى جعل الإنسان التصرف بعد موته فى ثلثه بخلاف ما بعد البيع . والأول أصح إن شاء الله تعالى. ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة ، لأن الملك لا يستقر للورثة فيه ، ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسألتنا .

وقولهم : حصل له التصرف فى ثلثه .

قلنا : إنما يتصرف فيه تصرفاً يثبت عقيب موته ، ويمنع انتقاله إلى الوارث . وإن ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر ، وقد قيل : يكون مراعى ، فإذا قبل الموصى له تبينا أن الملك كان له من حين الموت ، وإن لم يقبل تبينا أنه كان للوارث.

فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث التصرف فيه كيف شاء،ومن صحح هذا الشرط احتمل

أن يمنع الوارث من التصرف فى رقبته ، لأنه يستحق العتق ، فأشبه الموصى بعتقه ، واحتمل أن لا يمنعه ، لأنه عاق عتقه على صفة غير الموت ، فلم يمنع من التصرف فيه ، كما لو قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ، فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث ، لأن الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط ، كما لو كان الوارث هو الذى عاق عتقه .

٨٦٨٢ (فصـــل)

فإن قال : أنت حر بعد موتى بشهر ، أوقال : بيوم ،فقال أحمد فى رواية مهنا : لايعتق ولا تصح هذه الصفة . وقال أيضاً : سألت أحمد عن رجل قال لعبده : أنت حر بعد موتى بشهر بألف درهم ، فقال : هـذا كله لايكون شيئاً بعد موته ، وهذا اختيار أبى بكر . وذكر القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى فيها رواية أخرى أنه يعتق إذا وجدت الصفتان الموت ومضى المدة المذكورة ، وبهذا قال الثورى وأبو يوسف وإسحاق ، ووجه الروايتين ماتقدم .

وقال أصحاب الرأى : لا يعتق حتى يعتقه الوارث . وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملكا للوارث وكسبه له ، كأم الولد والمدبر فى حياة السيد ، وإن كان أمة فولدت قبـل وجود الصفة فولدها يتبعها فى التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هى .

٨٦٨٣ (فصـــل)

إذا قال لعبـده : إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتى ، فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً ، وإن قرأبعضه لم يصر مدبراً . وإن قال : إذا قرأت قرآناً فأنت حر بعـد موتى . فقرأ بعض القرآن صار مدبراً ، لأنه فى الأولى عرفه بالألف واللام المقتضية للاستغراق فعاد إلى جميعه . وهاهنا نـكّره فاقتضى بعضه .

فإن قيل : فقد قال الله تعالى : (فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ[1]) وقال : (وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مَسْتُورًا[2]) ولم يرد جميعه .

قلنا : قضية اللفظ تتناول جميعه ، لأن الألف واللام للاستغراق ، وإنما حمل على بعضه بدليل، فلا يحمل على البعض فى غيرذلك الموضع بغير دليل ، ولأن قرينة الحال تقتضى قراءة جميعه ، لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه فى قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية ، والظـاهر أنه لايجازى بهـذا الأمر الـكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق . أما قراءته آية أو آيتين فلا .

---

(١) سورة النحل آية ٩٨ (٢) سورة الإسراء آية ٤٥

٨٦٨٤ (فصـــل)

فإن قال لعبده : إن شئت فأنت حر بعد موتى ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو أى وقت شئت فأنت حر بعد موتى فهو تدبير بصفة ، فتى شاء فى حياة سيده صار مدبراً يعتق بموت سيده ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى ، فدخلها فى حياته . وإن مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة ، كما لو مات فى المسألة الأخرى قبل دخول الدار . وإن قال متى شئت بعد موتى فأنت حر ، أوأى وقت شئت بعدموتى فأنت حر ، فهذا تعليق للعتق على صفة بعد الموت ، وقد ذكرنا أنه لايصح ، وأن قول القاضى صحته . فعلى قوله يكون ذلك على التراخى ، فتى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده ، لأنه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به ، فإن فى كسبه قبل القبول وجهين :

أحدهما : أنه يكون للموصى له ، لأننا تبينا أنه ملكه من حين الموت ، وهاهنا لايثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لأنه عتق معلق على شرط ، فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً . وذكر القاضى فى قوله : إذا شئت أو إن شئت فأنت حر بعد موتى أنه على الفور ، فإن شاء فى المجلس صار مدبراً ، وإن تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصر مدبراً بالمشيئة بعده ، بناء على قوله : اختارى نفسك ، فإن الاختيار يقف على المجلس وهذا فى معناه . وإن قال : إن شئت بعد موتى ، أو إذا شئت بعد موتى فأنت حر ، كان على الفور أيضاً ، فتى شاء عقيب موت سيده ، أو فى المجلس صار حراً . وإن تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية . وقد ذكر فى الطلاق أنه إذا قال : أنتِ طالق إن شئتِ وشاء أبوكِ ، فشاءا معاً، وقع الطلاق ، سواء شاءا على الفور أو التراخى ، أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخى ، وهذا مثله ، فيخرج فى كل مسألة مثل ما ذكر فى الأخرى .

٨٦٨٥ (فصـــل)

إذا قال لعبده : إذا مت فأنت حر أو لا ؟ أو قال : فأنت حر ؟ أو لست بحر ؟ لم يصر مدبراً ، لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق ، فأشبه ما لو قال لزوجته : أنتِ طالق أولا ؟ وقد ذكرنا ذلك فى الطلاق .

٨٦٨٦ (فصـــل)

وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه ، موسراً كان أو معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسرى تدبيره إذا كان موسراً ، ويقوم عليه نصيب شريكه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه استحق العتق بموت سيده ، فسرى ذلك فيه كالاستيلاد . وللشافعى قولان كالمذهبين .

ولنا : أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ، ويفارق الاستيلاد ، فإنه آكد ، ولهذا يعتق من جميع المال ، ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها ولا يجوز بيعها ، والمدبر بخلاف ذلك ، فعلى هذا إذا مات المدبر عتق نصيبه إن خرج من الثلث ، وهل يسرى إلى نصيب شريكه إن كان موسراً ؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقى فى غير هذا الموضع ، وإن أعتق الشريك نصيبه قبل موت المدبر وهو موسر عتق وسرى إلى نصيب المدبر .

وذكر القاضى وأبو الخطاب فيها وجهين . وللشافعى فيها قولان :

أحدهما : كقولنا .

والثانى : لا يسرى عتقه ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المدبر قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر إبطاله .

ولنا : قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شِرْكاً له فى عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد قُوِّمَ عليه قيمةَ العَدْلِ وأُعْطِىَ شُرَكاؤُهُ حِصَصَهُم ، وإلا فقد عَتَقَ منه ما عَتَقَ[1] » ولأنه إذا سرى إلى إبطال الملك الذى هو آكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكروه لا أصل له ، ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة .

٨٦٨٧ (فصـــــل)

وإن دبر كل واحد منهما نصيبه ، فمات أحدهما عتق نصيبه وبقى نصيب الآخر على التدبير إن لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه ، وإن كان بقى به فهل يسرى العتق إليه ؟ على روايتين ، وإن قال كل واحد منهما إذا متنا فأنت حر ، فقال أبو بكر : قال أحمد : إذا مات أحدهما فنصيبه حر . وظاهر هذا أن أحمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر ، فإنه قابل الجملة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض بالبعض ، كقوله ركب الناس دوابهم ، ولبسوا ثيابهم ، وأخذوا رماحهم ، يريد لبس كل إنسان ثوبه ، وركب دابته ، وأخذ رمحه . وكذلك إن قال : أعتقوا عبيدهم ، لأن معناه أعتق كل واحد عبده .

وقال القاضى : هذا تعليق للحرية بموتهما جميعاً ، وإنما قال أحمد : يعتق نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ، ولا يصح هذا ، لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ، ولأننا قد أبطلنا هذا القول بما ذكرنا من قبل . ومقتضى قول القاضى أن لا يعتق شىء منه قبل موتهما جميعاً .

---

(١) أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن ابن عمر (ف).

وإن قال كل واحد منهما : أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتاً ، انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت . وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك ، فإن قلنا : بجواز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً ، وإن قلنا : لا يصح ذلك ، عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير ، وفى سرايته إلى باقيه إن كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان .

وإن قال كل واحد منهما : إذا مت قبل شريكى فنصيبى له ، فإذا مات فهو حر ، وإن مت بعده فنصيبى حر ، فقد وصى كل واحد منهما للآخر ، فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر ، فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له إن قلنا : لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت ، وإن قلنا : يصح ، عتق عليهما ، وولاؤه بينهما .

٨٦٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وله بيعه فى الدَّين ﴾ .

ظاهر كلام الخرقى أنه لا يباع فى الدَّين ، وقد أومأ إليه أحمد . وقال مالك : لا يباع إلا فى دَين يغلب رقبة العبد ، فإذا كان العبد يساوى ألفاً ، فكان عليه خمسمائة لم يبع العبد . وروى عن أحمد أنه قال : أنا أرى بيع المدبر فى الدَّين ، وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت أن أبيعه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد باع المدبر لما علم أن صاحبه لا يملك شيئاً غيره ، باعه النبى صلى الله عليه وسلم لما علم حاجته ، وهذا قول إسحاق وأبى أيوب وأبى خيثمة وقالا : إن باعه من غير حاجة أجزناه . ونقل جماعة عن أحمد جواز بيع المدبر مطلقاً فى الدَّين وغيره مع الحاجة وعدمها . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه ، قال : له أن يبيعه محتاجاً كان إلى ذلك أو غير محتاج ، وهذا هو الصحيح .

وروى مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعى . وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وابن سيرين والزهرى والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى ومالك ، لأن ابن عمر رضى الله عنهما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يباع[1] المدبر ولا يشترى » ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد .

ولنا : ما روى جابر رضى الله عنه « أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج ، فقال رسول الله صلى الله

---

(١) فى سنن الدارقطنى ج ٤ ص ١٣٨ عن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث » قال الدارقطنى : لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله (ف) .

عليه وسلم : من يشتريه منى ؟ فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم ، فدفعها إليه وقال : أنت أحوج منه» متفق عليه . قال جابر : عبد قبطى مات عام أول فى أمارة ابن الزبير .

وقال أبو إسحاق الجوزجانى : صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق ، والخبر إذا ثبت استغنى به عن غيره من رأى الناس ، ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ، ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع فى الحياة كالوصية . قال أحمد : هم يقولون من قال : غلامى حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر ، وإن قال : غداً فله بيعه اليوم ، وإن قال : إذا مت ، قال: لا يبيعه فالموت أكثر من الأجل ، ليس هذا قياساً ، إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجىء الموت وهم يقولون فيمن قال : إن مت من مرضى هذا فعبدى حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشىء ، وإن قال إن مت فهو حر لا يباع ، هذا متناقض ، إنما أصله الوصية من الثلث ، فله أن يغير وصيته مادام حياً ، فأما خبرهم فلم يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم ، إنما هو من قول ابن عمر . وقال الطحاوى : هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب . أما أم الولد فإن عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ، ولا يمكن إبطاله بحال ، والتدبير بخلافه ووجه قول الخرقى أن النبى صلى الله عليه وسلم إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة .

٨٦٨٩ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ ولا تباع المدبرة فى الدّين إلا فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى الأمة كالعبد ﴾ .

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير إمامنا رحمه الله ، وإنما احتاط فى رواية المنع من بيعها ، لأن فيه إباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف فى بيعها وحلها ، فكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه . والظاهر أن هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات ، فإنه إنما قال : لا يعجبنى بيعها ، والصحيح جواز بيعها ، فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ، ولأن المدبرة فى معنى المدبر، فما ثبت فيه ثبت فيها .

٨٦٩٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ فإن اشتراه بعد ذلك رجع فى التدبير ﴾ .

وجملة ذلك : أن السيد إذا دبر عبده ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، عاد تدبيره ، لأنه علق عتقه بصفة ، فإذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة ، كما لو قال : أنت حر إن دخلت الدار ، ثم باعه ، ثم اشتراه . وذكر القاضى أن

هذا مبنى على أن التدبير تعليق بصفة . وفيه رواية أخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود ، لأنه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه . ومذهب الشافعى مثل هذا ، إلا أن عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان ، والصحيح ماقال الخرقى ، لأن التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه ، بل هو جامع للأمرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه .

٨٦٩١ ﴿ مســـــألة ﴾

قال ﴿ ولو دبره ثم قال : قد رجعت فى تدبيرى ، أو قد أبطلته ، لم يبطل ، لأنه علق العتق بصفة فى إحدى الروايتين ، والأخرى يبطل التدبير ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى بطلان التدبير بالرجوع فيه قولا ، فالصحيح أنه لا يبطل ، لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل ، كما لو قال لعبده . إن دخلت الدار فأنت حر ، والثانية يبطل ، لأنه جعل له نفسه بعد موته ، فكان ذلك وصية ، فجاز الرجوع فيه بالقول ، كما لو وصى له بعبد آخر ، وهذا قول الشافعى القديم .

وقوله الجديد كالرواية الأولى ، وهو الصحيح ، لأنه تعليق للعتق بصفة ، ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه ، لأنه لا يملك نفسه ، وإنما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ، ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختياره ، وتتنجز عقيب الموت كتنجيزها عقيب سائر الشروط ، ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأمرين ، فثبت فيه حكم التعليق فى امتناع الرجوع ويجتمعان فى حصول العتق بالموت .

٨٦٩٢ (فصـــــل)

إذا قال السيد لمدبره : إذا أديت إلى ورثتى كذا فأنت حر ، فهو رجوع عن التدبير ، وينبنى على الروايتين ، إن قلنا : له الرجوع بالقول فظاهره أنه بطل التدبير ها هنا . وإن قلنا : ليس له الرجوع ، لم يؤثر القول شيئاً ، وإن دبره كله ثم رجع فى نصفه صح إذا قلنا : له الرجوع فى جميعه ، لأنه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع فى تدبير نصفه ، وإن غيَّر التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً صار مقيداً إن قلنا بصحة الرجوع فى التدبير وإلا فلا ، وإن كان مقيداً فأطلقه صح على كل حال ، لأنه زيادة فلا يمنع منها . وإذا دبر الأخرس وكانت إشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه إن قلنا بصحة الرجوع فى التدبير ، لأن إشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق فى أحكامه . وإن دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه بإشارته المعلومة أو كتابته ، وإن لم تفهم إشارته فلا عبرة بها لأنه لا يعلم رجوعه .

٨٦٩٣ (فصـــــل)

وإذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره ، لأنه تعليق للعتق بصفة ، فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من

تركة سيده قيمته فتكون رهناً مكانه ، لأن عتقه بسبب من جهة سيده ، فأشبه ما لو باشره بالعتق ناجزاً .

٨٦٩٤ (فصـــــل)

وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره ، لأن ملك سيده باق عليه ، ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع إن كان مقدوراً عليه ، فإن سباه المسلمون لم يملكوه ، لأنه مملوك لمعصوم ، ويرد إلى سيده إن علم به قبل قسمه ويستتاب ، فإن تاب وإلا قتل . وإن لم يعلم به حتى قسم لم يرد إلى سيده فى إحدى الروايتين .

والأخرى : إن اختار سيده أخذه بالثمن الذى حسب به على آخذه أخذه ، وإن لم يختر أخذه بطل تدبيره ، ومتى عاد إلى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره ، وإن لم يعد إلى سيده بطل تدبيره ، كما لو بيع وكان رقيقاً لمن هو فى يده . وإن مات سيده قبل سبيه عتق ، فإن سبى بعد هذا لم يرد إلى ورثة سيده ، لأن ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب ، ولكن يستتاب ، فإن تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين وإن لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه ، لأنه لا يجوز إقراره على كفره . وقال القاضى : لا يجوز استرقاقه إذا أسلم ، وهو قول الشافعى ، لأن فى استرقاقه إبطال ولاء المسلم الذى أعتقه .

ولنا : أن هذا لا يمنع قتله وإذهاب نفسه وولائه ، فلأن لا يمنع تملكه أولى ، ولأن المملوك الذى لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين إذا لم يعرف مالكه بعينه ، ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكه ، والملك آكد من الولاء ، فلأن يثبت مع الولاء وحده أولى .

فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ، ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه . وعلى قول القاضى ومذهب الشافعى لا يملكونه . فإن كان سيده ذمياً جاز استرقاقه فى قول القاضى . ولأصحاب الشافعى فى استرقاقه وجهان :

أحدهما : يجوز ، وهذا حجة عليهم ، لأن عصمة مال الذمى كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه ، سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل القسمة .

وقال القاضى : الفرق بينهما أن سيده هاهنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف المسلم .

قلنا : إنما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده ، وأما إذا ارتد مدبره

فإن عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه ، وهو والمسلم فى ذلك سواء ، فإذا جاز إبطال ولاء أحدهما جاز فى الآخر مثله .

٨٦٩٥ (فصـــــل)

فإن ارتد سيد المدبر ، فذكر القاضى أن المذهب أنه يكون موقوفاً ، فإن عاد إلى الإسلام فالتدبير باق بحاله ، لأنا تبينا أن ملكه لم يزل ، وإن قتل أو مات على ردته لم يعتق المدبر ، لأنا تبينا أن ملكه زال بردته .

وقال أبو بكر : قياس قول أبى عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة ، فإن عاد إلى الإسلام استأنف التدبير. وقال الشافعى : التدبير باق ويعتق بموت سيده ، لأن تدبيره سبق ردته فهو كبيعه وهبته قبل ارتداده .وهذا ينبنى على القول فى مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال بردته ؟ وقد ذكر فى باب المرتد . فأما إن دبر فى حال ردته فتدبيره مراعى ، فإن عاد إلى الإسلام تبينا أن تدبيره وقع صحيحاً ، وإن قتل أو مات على ردته تبينا أنه وقع باطلا ولم يعتق المدبّر .

وقال ابن أبى موسى : تدبيره باطل ، وهذا قول أبى بكر ، لأن الملك عنده يزول بالردة ، وإذا أسلم رد إليه تملكا مستأنفاً .

٨٦٩٦ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها ﴾ .

وجملته : أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين :

أحدهما : أن يكون موجوداً حال تدبيرها ، ويعـلم ذلك بأن تأتى به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير ، فهذا يدخل معها فى التدبير بلا خلاف نعلمه ، لأنه بمنزلة عضو من أعضائها ، فإن بطل التدبير فى الأم لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل فى الولد ، لأنه ثبت فيه أصلا .

الحال الثانى : أن تحمل به بعد التدبير ، فهذا يتبع أمه فى التدبير ، ويكون حكمه كحكمها فى العتق بموت سيدها فى قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبى والنخعى وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والثورى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى .

وذكر القاضى : أن حنبلا نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد إذا لم يشرط المولى . قال : فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها ، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء ، وللشافعى قولان كالمذهبين :

أحدهما : لا يتبعها ، وهو اختيار المزنى ، لأن عتقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده ، فأشبهت من

علق عتقها بدخول الدار . قال جابر بن زيد : إنمـا هو بمنزلة الحائط تصـدقت به إذا مت فإن ثمرته لك ما عشت ، ولأن التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها .

ولنا : ما روى عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا : ولد المدبرة[1] بمنزلتها ، ولم نعرف لهم من الصحابة مخالفاً ، فكان إجماعاً ، ولأن الأم استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كأم الولد ، ويفارق التعليق بصفة فى الحياة والوصية من جهة أن التدبير آكد من كل واحد منهما ، لأنه اجتمع فيه الأمران وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ، وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه . فعلى هذا إن بطل التدبير فى الأم لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل فى ولدها ، ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير . فإن لم يتسع الثلث لهما جميعاً أقرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق إن احتمله الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث . وإن فضل من الثلث بعد عتقه شىء كمل من الآخر ، كما لو دبر عبداً وأمة معاً . وأما الولد الذى وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافاً فى أنه لا يتبعها ، لأنه لا يتبع فى العتق المنجز ، ولا فى حكم الاستيلاد ، ولا فى الكتابة ، فلأن لا يتبع فى التدبير أولى . قال الميمونى : قلت لأحمد : ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها ؟ قال : لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك ، إنما يتبعها ما كان بعد ما دبرت .

وقال حنبل : سمعت عمى يقول فى الرجل يدبر الجارية ولها ولد ؟ قال : ولدها معها ، وجعل أبو الخطاب هذه رواية فى أن ولدها قبل التدبير يتبعها ، وهـذا بعيد ، والظاهر أن أحمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها ، وإنما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به فى غير هـذه الرواية ، فإن ولدها الموجود لا يتبعها فى عتق ، ولا كتابة ، ولا استيلاد ، ولا بيع ، ولا هبة ، ولا رهن ، ولا شىء من الأسباب الناقلة للملك فى الرقبة .

٨٦٩٧ (فصـــــل)

فإن علق عتق أمته بصفة نظرنا ، فإن كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه ، لأنه كعضو من أعضائها ، وإن كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك . وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة ، لم يتبعها فى الصفة ولم يعتق بوجودها : وفيه وجه آخر : أنه يعتق بها ويتبع أمه فى ذلك . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، ووجه اتباعه إياها أنها استحقت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة .

ولنا : أنه يملكها ملكا كاملا ، ويباح له التصرف فى رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف،فلم يعتق

---

(١) روى عبد الرازق فى (مصنفه) أخبرنا معمر عن سعيد بن عبد الرحمن الجحى عن يزيد بن عبد الله بن قسيط عن ابن عمر قال « ولد المدبر بمنزلته » وأخرج عن الزهرى وابن المسيب نحوه (ف)

ولدها بعتقها كالموصى بعتقها أو الموكل فيه ، وتفارق المدبرة ، فإن التدبير آكد لما ذكرنا . ولهذا اختلف في جواز بيعها والتصرف فيها .

٨٦٩٨ (فصل)

فأما ولد المدبرة ، فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافاً . وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهري والأوزاعي والليث . وذلك لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية ، وإن تسرى بإذن سيده فولد له أولاد ، فروى عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير .

وروى ذلك عن مالك، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأن إباحة التسري تنبني على ثبوت الملك ، وولد الحر من أمَته يتبعه في الحرية دونها ، كذلك ولد المدبر من أمَته يتبعه دونها ، ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمَته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من أمَته .

٨٦٩٩ (فصل)

وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع ، لم يتبعها ولدها ، لأن الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ، ففي الرجوع أولى ، وإن رجع في تدبيره وحده جاز ، لأنه إذا جاز الرجوع في الأم المباشرة بالتدبير ، ففي غيرها أولى ، وإن رجع في تدبيرها جاز . كما لو دبرها وابنها المنفصل . وإن دبرها حاملا ثم رجع في تدبيرها حال حملها ، لم يتبعها الولد في الرجوع ، لأن التدبير إعتاق ، والإعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه . وهذا كما لو ولد له توأمان فأقر بأحدهما لزمه جميعاً ، وإن نفى أحدهما لم ينتف الآخر ، وإن رجع فيهما جميعاً جاز ، وإن رجع في أحدهما دون الآخر جاز ، وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز ، لأنه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه ، فجواز أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ، ولأنه تعليق للعتق بصفة ، فجاز في أحدهما دون الآخر ، كالتعليق بدخول الدار ، وإن دبر أمته ثم قال : إن دخلتِ الدار فقد رجعت في تدبيري لم يصح ، لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة . وإن قال : كلما ولدتِ ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك .

٨٧٠٠ (فصل)

وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها ، فقالت : ولدتهم بعد تدبيري فعتقوا معي ، وقال الورثة : بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا . فالقول قول الورثة مع أيمانهم ، لأن الأصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم ، فإذا لم تكن بينة ، فالقول قول من يوافق قوله الأصل .

٨٧٠١ (فصل)

وكسب المدبر في حياة سيده لسيده ، وله أخذه منه ، لأن التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعتق ،

أو بالتعليق له على صفة ، أو بالاستيلاد ، وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر ، فإن اختلف هو وورثة سيده فيما فى يده بعد عتقه . فقال : كسبته بعد حريتى ، وقالوا : بل قبل ذلك . فالقول قوله ، لأنه فى يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فإنه كان رقيقاً لهم ، فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ، قدمت بينة الورثة عند من يقدم بينة الخارج ، وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل ، وإن أقر المدبر أن ذلك كان فى يده فى حياة سيده ثم تجدد ملك عليه بعد موته . فالقول قول الوارث ، لأن الأصل معهم ، فإن أقام المدبر بينة بدعواه قبلت ، وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة ، لأن بينة المدبر تشهد بزيادة . وإن لم يقر المدبر بأنه كان فى يده فى حياة سيده فأقام الورثة بينة به ، فهل تسمع بينتهم ؟ على وجهين .

٨٧٠٢ ﴿ مسألة ﴾

قال :﴿ وله إصابة مدبرته ﴾ .

يعنى له وطؤها . روى عن ابن عمر أنه دبر أمتين وكان يطؤها ، وممن رأى ذلك ابن عباس وسعيد ابن المسيب وعطاء والثورى والنخعى ومالك والأوزاعى والليث والشافعى . قال أحمد : لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهرى . وحكى عن الأوزاعى أنه كان يقول : إن كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده ، وإن كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها .

ولنا: أنها مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها : لقول الله تعالى : (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ [1]) وكأم الولد .

٨٧٠٣ (فصل)

وابنة المدبرة كأمها فى حل وطئها إن لم يكن وطىء أمها . وعنه ليس له وطؤها ، لأن حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبة .

ولنا : أن ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكأمها ، واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتبة فألحقت بأمها ، وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها ، وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها . وكلام أحمد محمول على أنه وطىء أمها فحرمت عليه لذلك .

٨٧٠٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين ، أو شاهد ويمين العبد ﴾ .

وجملته : أن العبد إذا ادعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحة ، لأنه يدعى استحقاق العتق . ويحتمل أن لا تصح الدعوى ، لأن السيد إذا أنكر التدبير كان بمنزلة إنكار الوصية ، وإنكار الوصية رجوع

(١) سورة المؤمنون آية ٦ .

عنها في أحد الوجهين ، فيكون إنكار التدبير رجوعاً عنه ، والرجوع عنه يبطله في أحد الوجهين فتبطل الدعوى . والصحيح أن الدعوى صحيحة ، لأن الصحيح أن الرجوع عن التدبير لا يبطله ، ولو أبطله فما ثبت كون الإنكار رجوعاً ، ولو ثبت ذلك فلا يتعين الإنكار جواباً للدعوى ، فإنه يجوز أن يكون جوابها إقراراً .

فإذا ثبت هذا ، فإن السيد إن أقر فلا كلام ، وإن أنكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ، لأن الأصل عدمه ، وإن كانت للعبد بينة حكم بها ، ويقبل فيه شاهدان عدلان بلا خلاف ، وإن لم يكن له إلا شاهد واحد ، وقال : أنا أحلف معه ، أو شاهد وامرأتان ففيه روايتان :

إحداهما : لا يحكم به ، وهو مذهب الشافعي ، لأن الثابت به الحرية ، وكال الأحكام ، وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال ، فأشبه النكاح والطلاق .

والثانية : يثبت بذلك ، لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبه البيع ، وهذا أجود ، لأن البينة إنما تراد لإثبات الحكم على المشهود عليه ، وهي في حقه إزالة ملكه عن ماله ، فثبت بهذا ، وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ، ولأن العتق مما يتشوف إليه ويبنى على التغليب والسراية، فينبغي أن يسهل طريق إثباته. وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد ، إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف ، لأنهم لا يملكون الرجوع ، وأيمانهم على نفي العلم ، لأن الخلاف في فعل موروثهم ، وأيمانهم على نفي فعله ، وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ، ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه ، وكذلك إن أقر ، لأن إعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل .

٨٧٠٥ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دَين في ذمة موسر أو معسر ، عتق من المدبر ثلثه ، وكلما اقتضى من دَينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء ، عتق من المدبر مقدار ثلثه ، كذلك من يعتق الثلث حتى كله ﴾ .

وجملة ذلك : أن السيد إذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفي بثلثي ماله إلا أنه غائب ، أو دَين في ذمة إنسان لم يعتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدَّين ، فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها ، فلا يجوز أن يحصل على جميعها ، ولكنه يتنجز عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين ، لأن ثلثه حر على كل حال ، لأن أسوأ الأحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء ، فيكون

العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواه . وكلما اقتضى من الدَّين شيء ، أو حضر من الغائب شيء ، عتق من المدبر قدر ثلثه .

فإذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثانى ، فإذا قدمت مائة أخرى عتق ثلثه الباقى وإن بقى له دَين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه ، لأن الحاصل من المال يخرج المدبر كله من ثلثه ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، ولهم وجه آخر لايعتق منه شيء حتى يستوفى من الدَّين شيء ، أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه ، لأن الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم ، فلا يجوز أن يحصل على شيء ما لم يحصل لهم مثلاه ، فإن تلف الغائب ويئس من استيفاء الدَّين عتق ثلثه حينئذ وملكوا ثلثيه ، لأن العبد صار جميع التركة ، وهذا لا يصح ، لأن ثلث العبد خارج من الثلث يقيناً ، وإنما الشك فى الزيادة عليه . وما خرج من الثلث يقيناً يجب أن يكون يقيناً حراً ، لأن التدبير صحيح ، ولاخلاف فى أنه ينفذ فى الثلث ، ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضى له وعدم الفائدة فى وقفه لا معنى له . وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختص بهم لا يوجب أن لا يحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه . ألا ترى أنه لو أبرأ غريمه من دَينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء ؟

ولو كان الدَّين مؤجلا فأبرأه منه برىء من ثلثه فى الحال ، وتأخر استيفاء الثلثين إلى الأجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه فى الحال وتأخر الباقى إلى الميسرة ، ولأن تأخير عتق الثلث لافائدة للورثة فيه ، ويفوت نفعه للمدبر ، فينبغى أن لا يثبت .

فإذا ثبت هذا فإن العبد إذا عتق كله بقدوم الغائب ، أو استيفاء الدَّين ، تبينا أنه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له ، لأنه إنما عتق بالتدبير ، ووجود الشرط الذى علق عليه السيد حريته وهو الموت ، وإنما وقفناه للشك فى خروجه من الثلث ، فإذا زال الشك تبينا أنه كان حاصلا قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبينا أنه كان ثلثاه رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وإن تلف بعض المال رق من المدبر مازاد على قدر ثلث الحاصل من المال .

٨٧٠٦ (فصـــــل)

وإن كان المدبر عبدين وله دَين ، يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله ، أقرعنا بينهما ، فيعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الآخر موقوفاً ، فإذا استوفى من الدَّين شيء كمل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه ، ومافضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً ، أو مقدار الثلث منهما . وإن

تعذر استيفاء الدّين لم يرد العتق على قدر ثلثهما. وإن خرج الذى وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه .

٨٧٠٧ (فصـــــل)

وإذا دبر عبـداً قيمته مائة وله مائة دَيناً ، عتق ثلثه ، ورق ثلثه ، ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقي . وإذا كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدّين .

٨٧٠٨ (فصـــــل)

وإن دبر عبده وقيمته مائة ، وله ابنان ، وله مائتان دَيناً على أحدهما ، عتق من المدبر ثلثاه ، لأن حصة الذى عليـه الدّين منه كالمستوفى ، ويسقط عن الذى عليه الدّين منه نصفه ، لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخـر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه . وإن كانت المائتان دَيناً على الإبنين بالسوية عتق المدبر كله ، لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه ، وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته .

٨٧٠٩ (فصـــــل)

فإن دبر عبداً قيمته مائة ، وخلف ابنين ومائتى درهم دَيناً له على أحدهما ، ووصى لرجـل بثلث ماله ، عتق من المدبر ثلثه ، وسقط عن الغريم مائة ، وكان للوصى له سدس العبـد وللإبنين ثلثه ، ويبقى سدس العبد موقوفاً ، لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم ، وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصى نصفين ، فحصة المدبر منه ثلثه يعتق فى الحال ويبقى له السدس موقوفاً ، فـكلما اقتضى من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ، ويكون المستوفى بين الإبنين والوصى أثلاثاً ، فإذا استوفيت كلها حصل للإبن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه ، وكل فى المدبر عتق نصفه ، وحصل للوصى سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه ، وإن كان الدّين على أجنبي لم يعتق من المدبر إلا سدسه ، لأن الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصى الآخر ، وللوصى سدسه ، ولـكل ابن سدسه ، ويبقى ثلثه موقوفاً ، فـكلما اقتضى من الدّين شيء عتق من المدبر قدر سدسه ، وكان المستوفى بين الإبنين والوصى أسداساً ، للوصى سدسه ولهما خمسة أسداسه ، فيحصل لـكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ، ويحصل للوصى سدس المائتين وسدس العبد ، وهو قدر حقه ، ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه .

٨٧١٠ ﴿ مســـألة ﴾

قال: ﴿ وإذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزاً إذا كان له عشر سنين فصاعداً وكان يعرف التدبير . وما قلته فى الرجل فالمرأة مثله إذا كان لها تسع سنين فصاعداً ﴾ .

وجملته : أن تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة، وهذا إحدى الروايتين عن مالك ،وأحد قولي الشافعي . قال بعض أصحابه : هو أصح قوليه .

وروى ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وأبو حنيفة : لايصح تدبيره كالمجنون ، وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي ، لأنه لا يصح إعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون .

ولنا : ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن أبي بكر بن محمد أن غلاماً من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان بأرض يقال لها بِئْرُ جُشَمَ(١) قوّمت بثلاثين ألفاً ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجاز الوصية . قال يحيى بن سعيد : وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة .

وروى أن قوماً سألوا عمر رضى الله عنه عن غلام من غسان يافع وَصَّى لبنت عمه ، فأجاز عمر وصيته، ولم نعرف له مخالفاً ، ولأن صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين ، لأنه ما دام باقياً لايلزمه ، فإذا مات كان ذلك صلة وأجراً ، فصح كوصية المحجور عليه لسفه ، ويخالف العتق ، لأن فيه تفويت ماله عليه في حياته ووقت حاجته . فأما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي صلى الله عليه وسلم : « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع(٢) » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر رضى الله عنه واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضى الله عنها : إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة. ويروى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعاً، ولأنه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك .

---

(١) في موطأ مالك ج ٢ ص ١٣١ « عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن هاهنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا إلا ابنة عم له. قال عمر بن الخطاب : فليوص لها ، قال : فأوصى لها بمال يقال له : بئر جشم . قال عمرو بن سليم : فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم » وفيه أيضاً « عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له : إن فلاناً يموت أفيوص ؟ قال : فليوص . قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر : وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنة. قال : فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم »

يفاع : بزنة سحاب أي مرتفع (ف)

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن ابن عمرو (ف)

٨٧١١ (فصـــــل)

ويصح منه الرجوع إن قلنا بصحة الرجوع من المـكلف ، لأن من صحت وصيته صح رجوعه كالمـكلف ، وإن أراد بيع المدبر قام وليه فى بيعه مقامه ، وإن أذن له وليه فى بيعه فباعه صح منه .

٨٧١٢ (فصـــل)

ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ووصيته لمـا ذكرنا فى الصبى ، ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره ، لأنه لا يصح شىء من تصرفاته ، وإن كان يجن يوماً ويفيق يوماً صح تدبيره فى إفاقته .

٨٧١٣ (فصـــل)

ويصح تدبير الـكافر ذمياً كان أو حربياً فى دار الإسلام ودار الحرب ، لأن له مـالـكا صحيحاً ، فصح تصرفه فيه كالمسلم .

فإن قيل : لو كان مـلـكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره .

قلنا : هذا لا ينافى الملك ، بدليل أنه يملك فى النـكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ، ومن عليه الدَّين إذا امتنع من قضائه أُخذ من ماله بقـدر ما عليه بغير اختياره ، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا ، فإن أسـلم مدبر الـكافر أُمر بإزالة ملـكه عنه وأُجبر عليه ، لئلا يبقى الـكافر مالـكا لمسلم كغير المدبر ، ويحتمل أن يترك فى يد عدل وينفق عليه من كسبه ، فإن لم يـكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، بناء على أن بيع المدبر غير جائز ، ولأن فى بيعه إبطال سبب العتق وإزالة غرضيته ، فـكان إبقاؤه أصلح فتعين كأم الولد ، فإن قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره ، وإن قلنا يترك فى يد عدل فإنه يستنيب من يتولى استعماله واستـكسابه ، وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده ، وإن لم يف بنفقته فالباقى على سيده ، وإن اتفق هو وسيده على المخارجة جاز ، وينفق على نفسه مما فضل من كسبه ، فإذا مات سيده عتق إن خرج من الثلث ، وإلا عتق منه بقدر الثلث ، وبيع الباقى على الورثة إن كانوا كفاراً . وإن أسلموا بعد الموت تُرك ، وإن رجـع سيده فى تدبيره وقلنا بصحة الرجوع بيع عليه ، وإن كان المدبر كستأمن وأراد أن يرجع به إلى دار الحرب ولم يـكن أسلم لم يمنع من ذلك ، وإن كان قد أسلم منع منه ، لأننا نحول بينه وبينه فى دار الإسـلام ، فأولى أن يمنع من التمـكن به فى دار الحرب .

٨٧١٤ ﴿ مسألة ﴾

قال :﴿ وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره ﴾.

إنما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعنيين :

أحدهما : أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم ، فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير ، كمنع الميراث بقتل الموروث ، ولأن العتق فائدة تحصل بالموت ، فتنتفي بالقتل كالإرث والوصية .

والثاني : أن التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ، ولا يلزم على هذا عتق أم الولد لكونه آكد ، فإنها صارت بالإستيلاد بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ، ولذلك لم يجز بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره ، والإرث نوع من النقل ، فلو لم تعتق بموت سيدها لانتقل الملك فيها إلى الوارث ، ولا سبيل إليه بخلاف المدبر ، ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبعضية التى حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها ، وهذا آكد من القول ، ولهذا انعقد استيلاد المجنون ولم ينفذ إعتاقه ولا تدبيره ، وسرى حكم استيلاد المعسر إلى نصيب شريكه بخلاف الإعتاق ، وعتقت من رأس المال ، والتدبير لا ينفذ إلا فى الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها وإن كان سيدها مفلساً ، بخلاف المدبر . ولا يلزم من الحكم فى موضع تأكد الحكم فيما دونه ، كما لم يلزم إلحاقه به فى هذه المواضع التى افترقا فيها .

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ ، كما لا فرق بين ذلك فى حرمان الإرث وإبطال وصية القاتل .

٨٧١٥ (فصل)

فأما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره ، لكن إن كانت جناية موجبة للمال أو موجبة للقصاص فعفا الولى إلى مال تعلق المال برقبته ، فمن جوّز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع فى الجناية وبين فدائه ، فإن سلمه فى الجناية فبيع فيها بطل تدبيره ، وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره ، وإن اختار فداءه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله ، ومن لم يجز بيعه عيّن فداءه على سيده كأم الولد ، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه فى النفس بطل تدبيره ، وإن اقتص منه فى الطرف فهو مدبر بحاله .

وإذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال، سواء كانت موجبة للمال أو القصاص، لأن صفة العتق وجدت فيه ، فأشبه ما لو باشره به . فإن كان الواجب قصاصاً استوفى ، سواء كانت جنايته على عبد أو حر ، لأن القصاص قد استقر وجوبه عليه فى حال رقه ، فلا يسقط بحدوث الحرية فيه وإن كان الواجب عليه مالا فى رقبته فدى بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، وإن جنى على المدبر فأرش الجناية لسيده . فإن كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه .

فإن قيل : فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف إذا جنى عليه ؟

قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن كل واحد من الوقف والرهن لازم ، فتعلق الحق ببدله ، والتدبير غير لازم، لأنه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله .

الثانى : أن الحق فى التدبير المدبر ، فبطل حقه بفوات مستحقه ، والبدل لا يقوم مقامه فى الاستحقاق. والحق فى الوقف للموقوف عليه ، وفى الرهن للمرتهن وهو باق ، فيثبت حقه فى بدل محل حقه .

الثالث : أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده ، فإذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له ، فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف ، فإن الحق ثابت فيهما فقام بدلها مقامهما . وبين الرهن والمدبر فرق رابع ، وهو أن الواجب القيمة ، ولا يمكن وجود التدبير فيها ، ولا قيامها مقام المدبر فيه . وإن أخذ عبداً مكانه فليس هو البدل ، إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن ، فإن القيمة يجوز أن تكون رهناً .

فإن قيل : فهذا يلزم عليه الموقوف ، فإنه إذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وقفاً مكانه .

قلنا : قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة ، وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

٨٧١٦ (فصـــل)

وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه ، جاز ، نص عليه أحمد . وهذا قول ابن مسعود وأبى هريرة والحسن . ولفظ حديث أبى هريرة عن مجاهد قال : دبرت امرأة من قريش خادماً لها ، ثم أرادت أن تكاتبه ، قال : فكنت الرسول إلى أبى هريرة ، فقال : كاتبيه ، فإن أدّى كتابته فذاك ، وإن حدث بك حدث عتق . قال : وأراه قال : على ما كان عليه له .

ولأن التدبير إن كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة كالذى علق عتقه بدخول الدار ، وإن كان وصية لم يمنعها ، كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ، ولأن التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب .

وذكر القاضى : أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا : هو وصية ، كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه ، وهذا يخالف ظاهر كلام أحمد ، وهو غير صحيح فى نفسه ، ويفارق التدبير الوصية بهلرجل ، لأن مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منها جميعاً العتق ، فإذا اجتمعا كان آكد لحصوله ، فإنه إذا فات عتقه

من أحدهما حصل بالآخر ، وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ، ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان، لأن الكتابة تراد للعتق ، والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ، ولا يجتمعان .

إذا ثبت هذا : فإنه إن أدى فى حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن خرج من الثلث وبطلت الكتابة ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقى ، فإن أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقى الكتابة إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقى من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقى .

كتاب المكاتب

الكتابة : إعتاق السيد عبده على مال فى ذمته يؤدى مؤجلا ، سميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه . وقيل : سميت كتابة من الكتب وهو الضم ، لأن المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ، ومنه سمى الخرز كتاباً ، لأنه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخرزه . وقال الحريرى :

وَكَاتِبِين وَمَا خَطَّتْ أَنَامِلُهُمْ ... حَرْفاً وَلَا قَرَأُوا مَا خُطَّ فِى الْكُتُبِ

وقال ذو الرمة فى ذلك المعنى :

وَفْرَاءَ غَرْفِيَّةٍ أَثْأَى خَوَارِزَهَا ... مُشَلْشَلٌ ضَيَّعَتْهُ بَيْنَهَا الكُتَبُ[1]

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها . وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض . والمكاتب

---

(١) هذا البيت لذى الرمة وقبله

ما بال عينك منها الماء ينسكب ... كأنه من كلى مفرية سرب

ويليه بيت المغنى ونصه كما فى ديوانه :

وفراء غرفية أثأى خوارزها ... مشلشل ضيعته بينها الكتب

وقد حرف فى المغنى والشرح الكبير طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٣٨ والفق ج ٩ ص ٤١١ ففيها نشر (عرفتة) والصواب (غرفية) ، (أنأى) والصواب (أثأى) ، (صنعته) والصواب (ضيعتة)

ومعنى (كلى) بضم الكاف وفتح اللام مقصور : جليدة مستديرة مشدودة العروة قد خرزت مع الأديم تحت عروة المزادة

المفرية : بفتح الميم وسكون الفاء وكسر الراء بعدها ياء مشددة : للمزادة، السرب : بفتح السين والراء : الماء الذى يخرج من عيون خرز القربة الجديدة،وفراء : وافرة الجلد تامة لم ينقص من أديمها شىء

غرفية : بفتح الغين وسكون الراء وفتح الفاء بعدها ياء مشددة للنسب ؛ أى مزادة مدبوغة بالغرف وهو مايدبغ به الجلود من شجر معروف فى البادية

أثأى : جمع الخرزتين فصارتا واحدة فيفسد كل خرزة باتساع خرمها

الخوارز : جمع خارزة

مشلشل : نعت لسرب أى متصل القطار

الكتب : الخرز وزناً ومعنى واحدها (كتبة) مثل غرفة وغرف. أنظر الأمالى ٢/٢٤٧ وسمط اللآلى ٨٦٩ ولسان العرب ١/٧٠٠ ، ٥/٢٨٨ ، ٩/٢٦٦ ، ١١/٣٦٣ ، ١٤/١٠٦ ، ١٥/١٥٣ ، ٢٣٠ (ف) .

يضم بعض نجومه إلى بعض ، والنجوم هاهنا الأوقات المختلفة ، لأن العرب كانت لا تعرف الحساب ، وإنما تعرف الأوقات بطلوع النجوم ، كما قال بعضهم :

إِذَا سُهَيْلٌ أَوَّلَ اللَّيْلِ طَلَعْ ... فَابْنُ اللَّبُونِ الحِقُّ والحِقُّ جَذَعْ (١)

فسميت الأوقات نجوماً .

والأصل في الكتابة : الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً)(٢) .

وأما السنة ، فما روى سعيد عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إِذَا كَانَ لإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ فَمَلَكَ مَا يُؤَدِّي فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »(٣) .

وروى سهل بن حنيف « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعان غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله »(٤) في أحاديث كثيرة سواها .

وأجمعت الأمة على مشروعية الكتابة .

٨٧١٧ (فصل)

إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له إجابته إذا علم فيه خيراً ، ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب ، وهو قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده إليها فعليه إجابته ، وهو قول عطاء والضحاك وعمرو بن دينار وداود . وقال إسحاق : أخشى أن يأثم إن لم يفعل ، ولا يجبر عليه ، ووجه ذلك قول الله تعالى (فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً)(٥) وظاهر الأمر الوجوب .

---

(١) البيت في لسان العرب ج ١١ ص ٣٥٠

إذا سهيل مطلع الشمس طلع ... فابن اللبون الحق والحق جذع

قال : «يقال إنه يطلع عند نتاج الإبل فإذا حالت السنة تحولت أسنان الإبل » وفيه ج ١٠ ص ٥٤ (إذا سهيل مغرب الشمس طلع) (ف)

(٢) سورة النور آية ٣٣ .

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والحاكم والبيهقي عن أم سلمة (ف)

(٤) « من أعان مجاهداً في سبيل الله أو غارماً في عسرته أو مكاتباً في رقبته أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله » أخرجه أحمد والحاكم عن سهل بن حنيف (ف)

(٥) سورة النور آية ٣٣ .

وروى أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لأنس بن مالك ، فسأله أن يكاتبه فأبى ، فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك ، فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً)(١) فكاتبه(٢) أنس .

ولنا : أنه إعتاق بعوض فلم يجب كالاستسعاء ، والآية محمولة على الندب . وقول عمر رضي الله عنه يخالف فعل أنس ، ولا خلاف بينهم فى أن من لا خير فيه لا تجب إجابته .

قال أحمد : الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة . ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما وعبارتهم فى ذلك مختلفة .

قال ابن عباس : غنى وإعطاء للمال .

وقال مجاهد : غنى وأداء .

وقال النخعى : صدق ووفاء .

وقال عمرو بن دينار : مال وصلاح .

وقال الشافعى : قوة على الكسب وأمانة .

وهل تكره كتابة من لا كسب له أو لا ؟

قال القاضى : ظاهر كلام أحمد كراهيته . وكان ابن عمر رضي الله عنه يكرهه ، وهو قول مسروق والأوزاعى . وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره ، ولم يكرهه الشافعى وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم ، لأن جويرية(٣) بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الأنصارى ، فأتت النبى صلى الله

---

(١) سورة النور آية ٣٣ .

(٢) أخرجه البخارى عن موسى بن أنس (ف)

(٣) عن عائشة رضى الله عنها قالت : وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق فى سهم ثابت بن قيس بن شماس أو ابن عم له فكاتبت على نفسها ، وكانت امرأة ملاحة تأخذها العين قالت عائشة رضى الله عنها : فجاءت تسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابتها، فلما قامت على الباب فرأيتها كرهت مكانها وعرفت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سيرى منها مثل الذى رأيت فقالت: يا رسول الله أنا جويرية بنت الحارث وأنا كان من أمرى ما لا يخفى عليك وإنى وقعت فى سهم ثابت بن قيس بن شماس وإنى كاتبت على نفسى فجئت أسألك فى كتابتى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهل لك إلى ما هو خير منه ؟ قالت : وما هو : يا رسول الله ؟ قال أؤدى عنك كتابتك وأتزوجك، قالت : قد فعلت . قالت : فتسامع الناس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تزوج جويرية فأرسلوا — يعنى — ما فى أيديهم من السبى فأعتقوهم وقالوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فما رأينا امرأة كانت =

عليه وسلم تستعينه فى كتابتها فأدى عنها كتابتها وتزوجها . واحتج ابن المنذر بأن بريرة كانت ولا حرفة لها ، ولم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ووجه الأول ما ذكرنا فى عتقه .

وينبغى أن ينظر فى المكاتب ، فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الإنفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته . وإن كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته ، لحصول النفع بالحرية من غير ضرر .

فأما جويرية فإنها كانت ذات أهل ومال ، وكانت ابنة سيد قومه ، فإذا عتقت رجعت إلى أهلها ، فأخلف الله لها خيراً من أهلها ، فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصارت إحدى أمهات المؤمنين ، وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها ، وقالوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم ير امرأة أعظم بركة على قومها منها .

وأما بريرة فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك ، وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه ، وإنما الخلاف فى كراهته .

وقال مسروق : إذا سأل العبد مولاه المكاتبة ، فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه ، وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه إلا طاقته .

٨٧١٨ (فصـــــل)

ولا تصح الكتابة إلا ممن يصح تصرفه ، فأما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ، ولا مكاتبة سيدهما لهما . وأما الصبى المميز فإن كاتب عبده بإذن وليه صح ، ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بإذن وليه ، ولأن هذا عقد إعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال . فأما إن لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال ، وإن كان المميز سيده صح ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : لا يصح فيهما جميعاً بحال ، لأنه ليس بمكلف فأشبه المجنون .

ولنا : أنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه ، فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف . ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ)[1] والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف

= أعظم بركة على قومها منها ، أعتق فى سببها مائة أهل بيت من بنى المصطلق » أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٤٧ ملاحة : بضم الميم وتشديد اللام : بالغة الحسن والجمال والبهجة . (ف)

(١) سورة النساء آية ٦

إليه ، ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا ؟ وهل يغبن فى بيعه وشرائه أو لا ؟ وإيجاب السيد لعبده المميز إذن له فى قبولها .

إذا ثبت هذا : فإن كان السيد المكاتب طفلا أو مجنوناً ، فلا حكم لتصرفه ولا قوله . وإن كاتب المكاف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة ، لأنه لا حكم لقولهما ، ولكن إن قال : إن أدّيتما إلىّ فأنتما حران ، فأدّيا ، عتق بالصفة لا بالكتابة ، وما فى أيديهما لسيدهما ، وإن لم يقل ذلك لم يعتقا . ذكره أبو بكر . وقال القاضى : يعتقان ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق هاهنا بالصفة المحضة ، كما لو قال : إن أديت إلىّ فأنت حر .

ولنا : أنه ليس بصفة صريحاً ولا معنى ، وإنما هو عقد باطل ، فأشبه البيع الباطل .

٨٧١٩ (فصـــــل)

وإذا كاتب الذمى عبده المسلم صح ، لأنه عقد معاوضة أو عتق بصفة ، وكلاهما يصح منه . وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر فى العقد ، فإن كان موافقاً للشرع أمضاه ، سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده . وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمراً أو خنزيراً أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل :

أحدها : أن يكونا قد تقابضا حال الكفر ، فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل ، لأن ما تم فى حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق ، سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده .

الثانية : تقابضا بعد الإسلام ثم ترافعا إلى الحاكم ، فإنه يعتق أيضاً ، لأن هذه كتابة فاسدة ، ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة فى الإسلام على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

الثالثة : ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه ، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها ، لأنها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ، ولا فرق بين إسلامهما أو إسلام أحدهما فيما ذكرناه ، لأن التغليب لحكم الإسلام . وقال أبو حنيفة : إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدى قيمة الخمر ، لأن الكتابة كالنكاح . ولو أمهرها خمراً ثم أسلما بطل الخمر ولم يبطل النكاح .

ولنا : أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً ، فإذا أسلما قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ، ويفارق النكاح ، فإنه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحاً ، وإن أسلم مكاتب الذمى لم تنفسخ الكتابة ، لأنها وقعت صحيحة ، ولا يجبر على إزالة ملكه ، لأنه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه ، فإن عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ . وإن اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة ، لأن الشراء

باطل ولم يثبت له به ملك . وإن أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته ، لأنه يلزمه إزالة ملكه عنه،والكتابة لا تزيل الملك ، فإن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .وقال القاضي : له كتابته ، لأنه يخرج بها عن تصرف سيده فيه ، فإن عجز عاد رقيقاً قناً وأجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ .

٨٧٢٠ (فصل)

وإن كاتب الحربي عبده صحت كتابته ، سواء كان في دار الحرب أو دار الإسلام ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصح ، لأن ملكه ناقص . وحكي عن مالك أنه لا يملك بدليل أن للمسلم تملكه عليه . ولنا : قول الله تعالى (وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ)[1] وهذه الإضافة إليهم تقتضي صحة أملاكهم ، فتقتضي صحة تصرفاتهم ، فإذا ثبت هذا فإذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين إلينا لم يتعرض الحاكم لهما ، وإن ترافعا إليه نظر بينهما ، فإن كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها ، وإن كانت فاسدة بين لهما فسادها ، وإن جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة ، لأن العبد إن قهر سيده ملكه ، فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده ، وإن قهره السيد على إبطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت ، لأن دار الكفر دار قهر وإباحة .

ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه ، وإن دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر في دار الإسلام لم تبطل الكتابة ، وكانا على ما كانا عليه قبله ، لأن دار الإسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر إلا بالحق . وإن دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع إلى دار الحرب لم يمنعا . وإن أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر ، لأنه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه ، وإنما له في ذمته حق ، ومن له في ذمة غيره حق لا يملك إجباره على السفر معه لأجله ، ويقال للسيد : إن أردت الإقامة في دار الإسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم إن كانت مدتها طويلة ، وإن أردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل ، فإذا أدى نجوم الكتابة عتق ، ثم هو مخير إن أحب أن يقيم في دار الإسلام عقد على نفسه الذمة ، وإن أحب الرجوع لم يمنع ، وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد إلى سيده ، والأمان له باق ، لأنه من مال سيده ، وسيده عقد الأمان لنفسه وماله ، فإذا انتقض الأمان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله .

وإن كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل إلينا بطلت الكتابة ، فإن ملكه زال عنه بقهره على نفسه ، فأشبه ما لو قهره على غيره من ماله ، وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم ، وإن جاءنا بإذن سيده فالكتابة

---

(١) سورة الأحزاب آية ٢٧

بحالها ، لأنه لم يقهر سيده ، فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ثم سبى المسلمون سيده وقتل انتقلت الـكتابة إلى ورثته ، كما لو مات حتف أنفه ، وإن منّ عليه الإمام أو فاداه أو هرب فالـكتابة بحالها ، وإن استرقه الإمام فالـمكاتب موقوف إن عتق سيده فالـكتابة بحالها ، وإن مات أو قتل فالمـكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته ، يعتق بأدائه إليهم وولاؤه لهم ، وإن عجز فهو رقيق لهم ، وإن أراد المـكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه ، وكان المال المقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ، ويعتق المـكاتب بالأداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء .

وقال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين ، وقال القاضى : يكون موقوفاً ، فإن عتق سيده فهو له ، وإن مات على رقه فهو للمسلمين ، وإن كان استرقاق سيده بعد عتق المـكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضى : يكون ولاؤه موقوفاً فإن عتق السيد كان الولاء له ، وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء ، لأنه رقيق لا يورث ، فيبطل الولاء لعدم مستحقه ، وينبغى أن يكون للمسلمين ، لأن مال من لا وارث له للمسلمين ، فـكذلك الولاء والله أعلم .

٨٧٢١ (فصـــــل)

وإن كاتب المرتد عبده ، فعلى قول أبى بكر الـكتابة باطلة ، لأن ملـكه زال بردته ، وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ، إن أسلم تبينا أنها كانت صحيحة ، وإن قتل أو مات على ردته بطلت ، وإن أدى فى ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفاً . فإن أسلم سيده تبينا صحة الدفع إليه وعتقه ، وإن قتل أو مات على ردته فهو باطل والعبد رقيق . وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع إليه ، ويؤدى إلى الحاكم ويعتق بالأداء ، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا . وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته ، لأنه يصح بيعه ، فإذا أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته .

٨٧٢٢ (فصـــــل)

وكتابة المريض صحيحة ، فإن كان مرض الموت المخوف اعتبر من ثلثه ، لأنه بيع ماله بماله ، فجرى مجرى الهبة . وكذلك يثبت الولاء على المـكاتب لـكونه معتقاً ، فإن خرج من الثلث كانت الـكتابة لازمة ، وإن لم يخرج من الثلث لزمت الـكتابة فى قدر الثلث ، وسائره موقوف على إجازة الورثة ، إن أجازت جازت ، وإن ردتها بطلت ، وهذا قول الشافعى ، وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل : تجوز الـكتابة من رأس المال ، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

٨٧٢٣ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فأديت الـكتابة فقد صار العبد حراً وولاؤه لمـكاتبه ﴾

فى هذه المسألة ثلاثة فصول .

أحدها : أن ظاهر هذا الكلام أن الكتابة لا تصح حالة ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة ، وهو ظاهر المذهب ، وبه قال الشافعى . وقال مالك وأبو حنيفة : تجوز حالّة ، لأنه عقد على عين ، فإذا كان عوضه فى الذمة جاز أن يكون حالاّ كالبيع .

ولنا : أنه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ، ولم ينقل عن واحد منهم أنه عقدها حالّة ،ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ، ولأن الكتابة عقد معاوضة يعجز عن أداء عوضها فى الحال ، فكان من شرطه التأجيل كالسلم على أبى حنيفة ، ولأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض ، فإذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح ، كما لو أسلم فى شىء لا يوجد عند محله . ويفارق البيع . لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض ، لأن المشترى يملك المبيع والعبد لا يملك شيئاً ، وما فى يده لسيده . وفى التنجيم حكمتان .

إحداهما : يرجع إلى المكاتب وهى التخفيف عليه ، لأن الأداء مفرقاً أسهل ، ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم .

والأخرى : للسيد وهى أن مدة الكتابة تطول غالباً ، فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا فى آخر المدة ، فإذا عجزه عاد إلى الرق وفاتت منافعه فى مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له ، وإذا كانت منجمة نجوماً فعجز عن النجم الأول فمدته يسيرة ، وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه .

إذا ثبت هذا : فأقله نجمان فصاعداً ، وهذا مذهب الشافعى .

ونقل عن أحمد أنه قال : من الناس من يقول : نجم واحد ، ومنهم من يقول : نجمان، ونجمان أحب إلىّ، وهذا يحتمل أن يكون معناه أنى أذهب إلى أنه لا يجوز إلا نجمان ، ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد .

قال ابن أبى موسى : هذا على طريق الاختيار ، وإن جعل المال كله فى نجم واحد جاز ، لأنه عقد يشترط فيه التأجيل ، فجاز أن يكون إلى أجل واحد كالسلم ، ولأن اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد .

ووجه الأول : ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : « الكتابة[(1)] على نجمين » والإيتاء [(2)] من الثانى . وهذا يقتضى أن هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة ، لأن أكثر من نجمين يجوز بالإجماع .

وروى عن عثمان رضى الله عنه :أنه غضب على عبد له فقال : لأعاقبنك ولأكاتبنك على نجمين[(3)] ، ولو كان يجوز أقل من هذا لعاقبه به فى الظاهر .

وفى حديث بريرة : أنها أتت عائشة رضى الله عنها فقالت : ياأم المؤمنين إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى[(4)] ، ولأن الكتابة مشتقة من الضم وهو ضم نجم إلى نجم ، فدل ذلك على افتقارها إلى نجمين ، والأول أقيس . ولا بد أن تكون النجوم معلومة ، ويعلم فى كل نجم قدر مايؤديه . ولا يشترط تساوى النجوم ولا قدر المؤدى فى كل نجم ، فإذا قال : كاتبتك على ألف إلى عشر سنين تؤدى عند انقضاء كل سنة مائة ، أو قال : تؤدى منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة ، أو قال : تؤدى فى آخر العام الأول مائة ، وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة ، فكل هذا جائز . وإن قال : تؤدى فى كل

---

(١) فى تلخيص الحبير ج ٤ ص ٢١٧ مانصه « حديث على الكتابة على نجمين ، قال ابن أبى شيبة نا عباد بن العوام عن حجاج عن حصين الحارثى عن على : قال : إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد إلى الرق » — اشتهر عن الصحابة ومن بعدهم قولا وفعلا الكتابة على نجمين رواه البيهقى من فعل عثمان وابن عمر . . . اهـ (ف)

(٢) قوله (الإيتاء من الثانى) يعنى إذا كاتبه على نجمين وأراد أن يخفف عنه امتثالا لقول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) خفف عنه من القسط الثانى فى تفسير ابن كثير ج ٣ ص ٢٨٨ « عن سعيد بن جبير قال : كان ابن عمر إذا كاتب مكاتباً لم يضع عنه شيئاً من أول نجومه مخافة أن يعجز فترجع إليه صدقته ولكنه إذا كان فى آخر مكاتبته وضع عنه ما أحب (ف)

(٣) أخرجه البيهقى من طريق مسلم بن أبى مريم عن رجل (ف)

(٤) أخرجه البخارى ومسلم ولفظه ج ٢ ص ١١٤٢ (عن عائشة قالت : دخلت على بريرة فقالت : إن أهلى كاتبونى على تسع أواق فى تسع سنين فى كل سنة أوقية فأعينينى. فقلت لها إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة وأعتقك ويكون الولاء لى فعلت، فذكرت ذلك لأهلها فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فأتتنى فذكرت ذلك، قالت : فانتهرتها فقالت : لا ها الله إذاً . قالت فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألنى فأخبرته فقال : اشتريها وأعتقيها واشترطى لهم الولاء فإن الولاء لمن أعتق ففعلت، قالت: ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال : أما بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشروط الله أوثق، ما بال رجال منكم يقولون أعتق فلاناً والولاء لى إنما الولاء لمن أعتق » ـ لا ها الله : أى لا والله ، وإذا حرف جواب بشرط مقدر كما قال ابن حجر فى مثله بفتح البارى ج ٨ ص ٢٩ وقد أشرنا اليه هنا ج ٩ ص ٢٣٣ — ما بال : ما شأن ـ وكتاب الله أوصى بطاعة رسوله وقد قال صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » (ف)

عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة : وظاهر قول القاضى وأصحاب الشافعى أنه لا يصح لأنه لم يتبين وقت الأداء من العام .

ولنا : أن بريرة قالت: كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية ، ولأن الأجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها ، فإن كان بحرف إلى تعلق بأولها كقوله : إلى شهر رمضان ، وإن كان بحرف فى كان إلى آخرها ، لأنه جعل جميعها وقتاً لأدائها فإذا أدى فى آخرها كان مؤدياً لها فى وقتها ، فلم يتعين عليه الأداء قبله كتأدية الصلاة فى آخر وقتها . فإن قال : يؤديها فى عشر سنين ، أو إلى عشر سنين لم يجز ، لأنه نجم واحد ، ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازه . وإن قال : يؤدى بعضها فى نصف المدة وباقيها فى آخرها لم يجز ، لأن البعض مجهول يقع على القليل والكثير .

الفصل الثانى : أنه إذا كاتبه على أنجم مدة معلومة صحت الكتابة وعتق بأدائها ، سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو ، وسواء قال : إذا أديت إلىّ فأنت حر ، أو لم يقل ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعى : لا يعتق حتى يقول : إذا أديت إلىّ فأنت حر ، وينوى بالكتابة الحرية ، ويحتمل فى مذهبنا مثل ذلك ، لأن لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ، ويحتمل العتق بالأداء ، فلابد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق .

ولنا : أن الحرية موجب عقد الكتابة ، فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ، ولأن الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير ، وما ذكروه من استعمال الكتابة فى المخارجة إن ثبت فليس بمشهور ، فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ الصريحة . على أن اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير فى معاشه أو غير ذلك ، وهو صريح فى الحرية فهاهنا أولى .

الفصل الثالث : أنه لا يعتق قبل أداء جميع الكتابة ، قال أحمد فى عبد بين رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه ؟ قال : لا يعتق إلا نصف المائة .

وقد روى عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهرى أنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، رواه عنهم الأثرم ، وبه قال القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثورى وابن شبرمة ومالك والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أم سلمة .

وروى سعيد بإسناده عن أبى قلابة قال : كن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار .

وبإسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار ، فرده ابن عمر فى الرق .

وذكر أبو بكر والقاضى وأبو الخطاب أنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ربعها عتق ، لأنه يجب[1] رده إليه ، فلا يرد إلى الرق بعجزه عنه ؛ لأنه عجز عن أداء حق هو له لاحق للسيدفلامعنى لتعجيزه فيما يجب رده إليه .

وقال على رضى الله عنه : يعتق منه بقدر ما أدى ، لما روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أصاب المكاتب حدّاً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ، ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقى دية عبد »[2] رواه الترمذى وقال : حديث حسن .

وروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما : أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه . وروى ذلك عن النخعى .

وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم ، وقضى به شريح .

وقال الحسن فى المكاتب : إذا عجز استسعى بعد العجز سنتين .

ولنا : ما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق[3] » .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » رواه أبو داود[4] .

ولأنه عوض عن المكاتب ، فلا يعتق قبل أدائه ، كالقدر المتفق عليه ، ولأنه لو أعتق بعضه لسرى إلى باقيه ، كما لو باشره بالعتق ، فإن العتق لا يتبعض فى الملك .

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين ، فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر ، فأدى إلى المقر أو ما أشبهها من الصور جمعاً بين الأخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ، ولأن قول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب[5] منه » دليل على اعتبار

---

(١) سيأتى أنه يرد إليه الربع امتثالا لأمر الله (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) (ف)

(٢) هـذا الحديث رواه الترمذى ج ١ ص ٢٣٨ فى كتاب البيوع باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ولفظه « عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه. وقال النبى صلى الله عليه وسلم : يؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقى دية عبد» ونحوه فى أبى داود ج ٢ ص ٥٠٠ والنسائى ج ٨ ص ٤٦ ومسند أحمد ج ٣ ص ٢٩٠ حديث رقم ١٩٤٤ (ف)

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجة عن عبد الله بن عمرو (ف)

(٤) أخرجه أبو داود ٣٤٦/٢ (ف)

(٥) سبق تخريجه (ف)

جميع ما يؤدى . ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع ، وإن جاز رد بعضه إليه ، كما لو قال : إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر ولله علىّ ، رد ربعها إليك ، فإنه لا يعتق قبل أداء جميعها وإن وجب عليه رد بعضها .

٨٧٢٤ (فصـــــل)

وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه ، لأنه مال يثبت فى الذمة مؤجلا فى معاوضة ، فجاز ذلك فيه كعقد السلم ، فإن كان من الأثمان وكان فى البلد نقد واحد جاز إطلاقه ، لأنه ينصرف بالإطلاق إليه ، فجاز ذلك فيه كالبيع ، وإن كان فيه نقود أحدها أغلب فى الاستعمال جاز الإطلاق أيضاً ، وانصرف إليه عند الإطلاق ، كما لو انفرد . وإن كانت مختلفة متساوية فى الاستعمال وجب بيانه بجنسه . وما يتميز به من غيره من النقود وإن كان من غير الأثمان وجب وصفه بما يوصف به فى السلم . ومالا يصح فى السلم فيه لا يجوز أن يكون عوضاً فى الكتابة ، لأنه عقد معاوضة يثبت عوضه فى الذمة ، فلم يجز بعوض مجهول كالسلم ، فإن كاتبه على عبد مطلق لم يصح ، ذكره أبو بكر . وهو قول الشافعى ، وذكر القاضى فيه وجهين : أحدهما لا يجوز ، والآخر يجوز ، وهو قول أبى حنيفة ومالك ، لأن العتق ممنى لا يلحقه الفسخ ، فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضاً فيه كالعقل .

ولنا : أن مالا يجوز أن يكون عوضاً فى البيع والإجارة لا يجوز أن يكون عوضاً فى الكتابة كالثوب المطلق ، ويفارق العقل ، لأنه بدل عن متلف مقدر فى الشرع ، وها هنا عوض فى عقد، فأشبه البيع ، ولأن الحيوان الواجب فى العقل ليس بحيوان مطلق . بل هو مقيد بجنسه وسنه ، فلم يصح الإلحاق به ، ولأن الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه ، وإنما الخلاف فى العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا فى موضع علمناه .

إذا ثبت هذا : فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً ، وهو السندى ، ويكون وسطاً من السندين فى قيمته ، كقولنا فى الصداق.

ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ، ولا على ثوب ، ولا دار ، ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ، ولا عمامة من عمائمه . ولا غير ذلك من المجهولات . وإن وصف ذلك بأوصاف المُسْلَمِ صح .

وممن أجاز الكتابة على العبيد : الحسن وسعيد بن جبير والنخعى والزهرى وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أبى برزة وحفصة رضى الله عنهما .

٨٧٢٥ (فصـــــل)

وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة ، لأنها أحد العوضين فى الإجارة ، فجاز أن تكون عوضاً

في الـكتابة كالأثمان . ويشترط العلم بها كما يشترط في الإجارة . فإن كاتبه على خـدمة شهر ودينار صح ، ولا يحتاج إلى ذكر الشهر ، وكونه عقيب العقد ، لأن إطلاقه يقتضي ذلك . وإن عين الشهر لوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكاتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً ، كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب في المحرم . وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ، ويشترطون ذكـر ذلك ولا يجوزون إطلاقه ، بناء على قولهم في الإجارة ، وقد سبق ذكر الخلاف فيه في باب الإجارة .

ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا ، لأن الأجل شرط في عقد الـكتابة ، فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه ، وإن جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وقال القاضي : لا يصح ، لأنه يكون نجماً واحداً وهذا لا يصح . لأن الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار ، وإنما يوجد جزء منها يسير مقارباً له ، وسائرها فيما سواه ، ولأن الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ، ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد، فيكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت حالّة لأن المنع من الحلول في غيرها لأجل العجز عنه في الحال ، وهذا غير موجود في الخدمة ، فجازت حالة .

وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد ، بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز . وإن كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم تجز في أوله ، لأنه يكون حالا ومن شرطه التأجيل .

٨٧٢٦ (فصـــــل)

وإن كاتبه على خدمة مفردة في مدة واحدة ، مثل أن كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة ، فحـكمه حكم الـكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه . ويحتمل أن يكون كالـكتابة على أنجم ، لأن الخدمة تستوفى في أوقات متفرقة بخلاف المال ، فإن جعله على شهر بعد شهر ، كأن كاتبه في أول المحرم على خدمة فيه وفي رجب صح لأنه على نجمين . وإن كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثياب عينها ، أو بناء حائط وصفه ، صح أيضاً إذا كاتبه على نجمين . وإن قال : كاتبتك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح في قول الجميع . وإن قال : على أن تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضاً : وعند الشافعي : لا يصح .

ولنا : أنه كاتبه على نجمين فصح كالتي قبلها .

٨٧٢٧ (فصـــل)

وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده ، إلا أن يشترطه المـكاتب . وإن كانت له سرية أو ولد فهو لسيده،

وبهذا قال الثورى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى. وقال الحسن وعطاء والنخعى وسليمان ابن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبى ليلى فى المكاتب : ماله له . ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعى وعمرو بن دينار ومالك فى الولد ، واحتج لهم بما روى عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه ، والكتابة بيع ، ولأنه باعه نفسه ، فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ، ولأنه هو وماله كانا لسيده ، فإذا وقع العقد على أحدهما بقى الآخر على ما كان عليه ، كما لو باعه لأجنبى وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .

٨٧٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وولاؤه لمكاتبه ﴾

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم فى أن ولاء المكاتب لسيده إذا أدى إليه ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذلك لأن الكتابة إنعام وإعتاق له ، لأن كسبه كان لسيده بحكم ملكه إياه ، فرضى به عوضاً عنه ، وأعتق رقبته عوضاً عن منفعته المستحقة له بحكم الأصل ، فكان معتقاً له منعماً عليه ، فاستحق ولاءه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق[1] » .

وفى حديث[2] بريرة أنها قالت : كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية . فقالت عائشة إن شاء أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لى فعلت ، فرجعت بريرة إلى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم . وهذا يدل على أن ثبوت الولاء على المكاتب لسيده كان متقرراً عندهم والله أعلم .

٨٧٢٩ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ويعطى مما كوتب عليه الربع ، لقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) ﴾ .

الكلام فى الإيتاء فى خمسة فصول : وجوبه ، وقدره ، وجنسه ، ووقت جوازه ، ووقت وجوبه .

أما الأول : فإنه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه . روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال الشافعى وإسحاق . وقال بريدة والحسن والنخعى والثورى ومالك وأبو حنيفة : ليس بواجب ، لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإيتاء كسائر عقود المعاوضات .

ولنا : قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب .

---

(١) ، (٢) مر الحديثان قريباً نقلا عن صحيح مسلم . (ف)

قال على رضى الله عنه فى تفسيرها : ضعوا عنهم ربع مال الـكتابة .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً .

وتخالف الـكتابة سائر العقود ، فإن القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ، ولأن الـكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة ، فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً .

فإن قيل : المراد بالإيتاء إعطاؤه سهماً من الصدقة ، أو الندب إلى التصدق عليه وليس ذلك بواجب ، بدليل أن العقد يوجب العوض عليه ، فـكيف يقتضى إسقاط شىء منه ؟

قلنا : أما الأول فإن علياً وابن عباس رضى الله عنهما فسراه بما ذكرناه ، وهما أعلم بتأويل القرآن . وحمل الأمر على الندب يخالف مقتضى الأمر ، فلا يصار إليه إلا بدليل .

وقولهم : إن العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه .

قلنا : إنما يجب للرفق به عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى ، كما تجب الزكاة مواساة من النعم التى أنعم الله تعالى بها على عبده ، ولأن العبد ولى جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه ، كما أمر النبى صلى الله عليه وسلم بإطعامه من الطعام الذى ولى حره ودخانه[1] . واختص هذا بالوجوب ، لأن فيه معونة على العتق وإعانة لمن يحق على الله تعالى عونه ، فإن أبا هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة حق على الله تعالى عونهم : المجاهد فى سبيل الله ، والمـكاتب الذى يريد الأداء ، والناكح الذى يريد العفاف » أخرجه الترمذى وقال : حديث حسن .

الفصل الثانى : فى قدره ، وهو الربع ، ذكره الخرقى وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه ، وقال قتادة : العشر . وقال الشافعى وابن المنذر : يجزىء ما يقع عليه الاسم ، وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذى آتاكم) و (من) للتبعيض والقليل بعض فيـكتفى به .

وقال ابن عباس : ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً ، ولأنه قد ثبت أن المـكاتب لا يعتق حتى يؤدى جميع الـكتابة بما ذكرنا من الأخبار . ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الـكتابة ، ولا يجب عليه أداء مال يجب رده إليه .

---

(١) فى سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٢٨ عن أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صنع لأحدكم خادمه طعاماً ثم جاءه به وقد ولى حره ودخانه فليقعده معه ليأكل ، فإن كان الطعام مشفوهاً فليضع فى يده منه أكلة أو أكلتين » مشفوهاً : قليلا . (ف)

وروى عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفاً ، فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة[1] .

ولنا : ماروى أبو بكر بإسناده عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) فقال « ربع الكتابة » وروى موقوفاً عَلَى علىّ ، ولأنه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ، ولأن حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانته على تحصيل العتق ، وهذا لا يحصل باليسير الذى هو أقل ما يقع عليه الاسم ، فلم يجز أن يكون هو الواجب . وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وإن ورد غير مقدر ، فإن السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة .

الفصل الثالث : فى جنسه ، إن قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه جاز ، لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه ، وإن وضع عنه مما وجب عليه جاز ، لأن الصحابة رضى الله عنهم فسروا الإيتاء بذلك ، ولأنه أبلغ فى النفع وأعون على حصول العتق ، فيكون أفضل من الإيتاء ، وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه . وإن أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز . ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله ، وهو ظاهر كلام الشافعى ، لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه .

ولنا : أنه لا فرق فى المعنى بين الإيتاء منه وبين الإيتاء من غيره إذا كان من جنسه ، فوجب أن يتساويا فى الإجزاء ، وغير المنصوص إذا كان فى معناه ألحق به ، وكذلك جاز الحط ، وليس هو بإيتاء لما كان فى معناه . وإن آتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير أو عروضاً لم يلزمه قبوله ، لأنه لم يؤته منه ولا من جنسه ، ويحتمل الجواز ، لأن الرفق به يحصل به .

الفصل الرابع : فى وقت جوازه ، وهو من حين العقد ، لقول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج إليه من حين العقد ، وكلما عجله كان أفضل ، لأنه يكون أنفع كالزكاة .

الفصل الخامس : فى وقت وجوبه وهو حين العتق ، لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذى آتاه ، وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ .

قال على رضى الله عنه : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثانى . فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دَين فى تركته ، لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه . وإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا فى التركة بقدر حقوقهم ، ويقدّم ذلك على الوصايا ، لأنه دَين ، وقد قضى النبى صلى الله عليه وسلم أن الدَّين قبل الوصية ، والله الموفق .

٨٧٣٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإن عجلت الكتابة قبل محلها ، لزم السيد الأخذ ، وعتق من وقته فى إحدى الروايتين عن

(١) أخرجه مالك فى الموطأ بهذا ، وأخرجه البيهقى من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر (ف) .

أبى عبد الله رحمه الله . والرواية الأخرى : إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً ﴾ .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : فيما إذا عجل المكاتب الكتابة قبل محلها ، فالمنصوص عن أحمد أنه يلزم قبولها ويعتق المكاتب . وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى أنه لا يلزم قبول المال إلا عند نجومه ، لأن بقاء المكاتب فى هذه المدة فى ملكه حق له ولم يرض بزواله ، فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله ، والصحيح فى المذهب الأول ، وهو مذهب الشافعى ، إلا أن القاضى قال : أطلق أحمد والخرقى هذا القول ، وهو مقيد بما لا ضرر فى قبضه قبل محله ، كالذى لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ، ولا يحتاج إلى مؤنة فى حفظه ، ولا يدفعه فى حال خوف يخاف ذهابه .

فإن اختل أحد هذه الأمور لم يلزم قبضه ، مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ ، أو يخاف تلفه كالحيوان ، فإنه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده .

وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه ، لأنه ينقص إلى حين الحلول .

وإن كان مما يحتاج إلى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً ، لأنه يحتاج فى إبقائه إلى وقت المحل إلى موته فيتضرر بها ، ولو كان غير هذا إلا أن البلد مخوف يخاف نهبه لم يلزمه أخذه ، لأن فى أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه ، وكذلك لو سلمه إليه فى طريق مخوف ، أو موضع يتضرر بقبضه فيه ، لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله .

قال القاضى : والمذهب عندى أن فى قبضه تفصيلا على حسب ما ذكرناه فى السلم ، ولأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضى بالتزامه ، وأما مالا ضرر فى قبضه فإذا عجله لزم السيد أخذه ، وذكر أبو بكر أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل ، اعتماداً على إطلاق أحمد القول فى ذلك ، وهو ظاهر إطلاق الخرقى ، لما روى الأثرم بإسناده عن أبى بكر بن حزم أن رجلا أتى عمر رضى الله عنه فقال : يا أمير المؤمنين إنى كاتبت على كذا وكذا ، وإنى أيسرت بالمال فأتيته به ، فزعم أنه لا يأخذها إلا نجوماً ، فقال عمر رضى الله عنه : يايرفأ خذ هذا المال فاجعله فى بيت المال وأد إليه نجوماً فى كل عام ، وقد عتق[1] هذا ، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال ، وعن عثمان بنحو هذا .

---

(١) أخرجه أيضاً البيهقى كما فى منتخب كنز العمال ج ٤ ص ٨٤ ، ٨٥ وجاء فى موطأ مالك ج ٢ ص ١٥٤ « سمع مالك ربيعة بن عبد الرحمن وغيره يذكرون ان مكاتباً كان للفرافصة بن عمير الحنفى وأنه عرض عليه أن يدفع إليه جميع ما عليه من كتابته فأبى الفرافصة فأتى المكاتب مروان بن الحكم وهو أمير المدينة فذكر ذلك له فدعا مروان الفرافصة فقال له ذلك فأبى فأمر مروان بذلك المال أن يقبض من المكاتب فيوضع فى بيت المال وقال=

ورواه سعيد بن منصور فى سننه عن عمر وعثمان جميعاً قال : حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد ابن سيرين أن عثمان قضى بذلك ، ولأن الأجل حق لمن عليه الدّين ، فإذا قدمه فقد رضى بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق .

فإن قيل : إذا علق عتق عبده على فعل فى وقت ففعله فى غيره لم يعتق ، فكذلك إذا قال : إذا أدّيت إلىّ ألفاً فى رمضان فأداه فى شعبان لم يعتق .

قلنا : تلك صفة مجردة لا يعتق إلا بوجودها ، والكتابة معاوضة يبرأ فيها بأداء العوض فافترقا ، وكذلك لو أبرأه من العوض فى المكاتبة عتق ، ولو أبرأه من المال فى الصفة المجردة لم يعتق ، والأولى إن شاء الله ما قاله القاضى فى أن ما كان فى قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله ، لما ذكره من الضرر الذى لم يقتضه العقد ، وخبر عمر رضى الله عنه لا دلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ، ولأن أصحابنا قالوا : لو لقيه فى بلد آخر فدفع إليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله ، لما عليه من الضرر فيه ، وإن لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه ، كذا هاهنا ، وكلام أحمد رحمه الله محمول على ما إذا لم يكن فى قبضه ضرر ، وكذلك قول الخرقى وأبى بكر .

٨٧٣١ (فصل)

إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه ، فقال السيد : هذا حرام أو غصب لا أقبله منك ، سئل العبد عن ذلك ، فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله ، لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له ، وإن أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته ، لأن له حقًّا فى أن لا يقتضى دَينه من حرام ، ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به ، وإن لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه ، فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً ، وإن حلف قيل للسيد : إما أن تقبضه وإما أن تبرئه ليعتق ، فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق ، ثم ينظر ، فإن ادعى أنه حرام مطلقاً لم يمنع منه ، لأنه لا يقر به لأحد ، وإنما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه إن ادعاه ، لأن قوله وإن لم يقبل فى حق

للمكاتب : إذهب فقد عتقت . فلما رأى ذلك الفرافصة قبض المال . وفى سنن الدارقطنى ج ٤ ص١٢٢ عن سعيد بن أبى سعيد المقبرى أنه حدثه عن أبيه قال : اشترتنى امرأة من بنى ليث بسوق ذى المجاز بسبعمائة درهم ثم قدمت فكاتبتنى على أربعين ألف درهم فأديت إليها عامة المال ثم حملت ما بقى إليها فقلت : هذا مالك فاقبضيه ، قالت لا والله حتى آخذه منك شهراً بشهر وسنة بسنة ، فخرجت به إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فذكرت ذلك له فقال عمر بن الخطاب : ارفعه إلى بيت المال ثم بعث إليها فقال : هذا مالك فى بيت المال وقد عتق أبو سعيد فإن شئت فخذى شهراً بشهر أو سنة بسنة . قال : فأرسلت فأخذته اهـ وفى إسناده عبد الله بن عبد العزيز الليثى ضعيف (ف) .

المكاتب ، فإنه يقبل فى حق نفسه ، كما لو قال رجل لعبد فى يد غيره : هذا حر ، وأنكر ذلك مَن العبدُ فى يده لم يقبل قوله عليه ، فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حريته . وإن أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه ، لأنه لم يبق له عليه حق ، وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم فى قبضه عنه ويعتق العبد كما رويناه عن عمر وعثمان فى قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه .

٨٧٣٢ (فصـــــل)

وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره ، فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض . وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض . وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره . وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذى كاتبه عليه لزمه أخذه ، لأنه زاده خيراً ، وإن كان لا ينفق فى بعض البلدان التى ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله ، لأن عليه فيه ضرراً .

الفصل الثانى : إذا ملك ما يؤدى فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدى . روى ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضى الله عنهم ، فإنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، وهو قول أهل العلم . وعن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أنه إذا ملك ما يؤدى عتق ، لما روى سعيد قال : حدثنا سفيان عن الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدى فلتحتجب منه » ورواه أبو داود وابن ماجة والترمذى وقال : حديث حسن صحيح .

فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ، ولأنه مالك لوفاء مال الكتابة أشبه ما لو أداه .

فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء . فمتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه ، وإن هلك ما فى يديه قبل الأداء صار دَيناً فى ذمته وقد صار حراً .

ووجه الرواية الأولى : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم — وقوله — أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد . وفى رواية « من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق أو قال : إلا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذى وقال : هذا حديث حسن غريب .

ولأنه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه ، كما لو قال : إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر . فعلى هذه

الرواية إن أدى عتق وإن لم يؤد لم يعتق . فإن امتنع من الأداء فقال أبو بكر : يؤديه الإمام منه، ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ ، وهو قول أبي حنيفة .

ويحتمل كلام الخرقي أنه إذا لم يؤد عجزه السيد إن أحب ، فإنه قال : إذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب وعاد عبداً غير مكاتب ، ونحوه قال الشافعي ، فإنه قال : إن شاء عجز نفسه وامتنع من الأداء ، ووجهه أن العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الأداء كسائر العقود الجائزة . ووجه الأول أنه يثبت للعقد استحقاق الحرية بملك ما يؤدى فلم يملك إبطالها كما لو أدى ، فإن تلف المال قبل أدائه جاز بعجزه[1] واسترقاقه وجهاً واحداً .

٨٧٣٣ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وإذا أدى بعض كتابته ومات وفي يده وفاء وفضل فهو لسيده في إحدى الروايتين ، والأخرى لسيده بقية كتابته ، والباقي لورثته ﴾ .

يحتمل أن هذه المسألة مبنية على ما قبلها ، فإذا قلنا : إنه لا يعتق بملك ما يؤدى فقد مات رقيقاً ، فانفسخت الكتابة بموته وكان ما في يده لسيده ، وإن قلنا : إنه عتق بملك ما يؤدى فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته ، لأنه دَين له عليه والباقي لورثته .

قال القاضي : الأصح أنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبداً ، وما في يده لسيده ، رواه الأثرم بإسناده عن عمر وزيد والزهري ، وبه قال إبراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي ، لما ذكرناه في التي قبلها ، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة ، فوجب أن تنفسخ كما لو لم يكن له مال ، ولأنه عتق عاق بشرط مطلق فينقطع بالموت ، كما لو قال : إذا أدّيت إليَّ ألفاً فأنت حر .

والرواية الثانية : يعتق ويموت حراً ولسيده بقية كتابته وما فضل لورثته . روى ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية ، وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة قال : يكون حراً في آخر جزء من حياته ، وهذا قول القاضي .

ووجه هذه الرواية ما قدمنا في التي قبلها ، ولأنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ، فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ، ولأن العبد أحد من تمت به كتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والأولى أولى . وتفارق الكتابة البيع ، لأن كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ، ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه ،

---

(١) في المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٦٣ والفقي ج ٩ ص ٤٣٠ (جاز بعجزه واسترقاقه) ويبدو أن الأصل (جاز تعجيزه واسترقاقه) (ف) .

والمكاتب هو المعقود عليه ، والعقد يتعلق بعينه ، فإذا تلف قبل تمام الأداء انفسخ العقد ، كما لو تلف المبيع قبل قبضه ، ولأنه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجوده بعد موته .

٨٧٣٤ (فصـــل)

وإذا مات ولم يخلف وفاء ، فلا خلاف فى المذهب أن الكتابة تنفسخ بموته ، ويموت عبداً ، وما فى يده لسيده ، وهو قول أهل الفتوى من أئمة الأمصار ، إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبى بكر والقاضى ومن وافقهما ، فإنه يموت حراً فى مقتضى قولهم .

وقال مالك : إن كان له ولد حر انفسخت الكتابة ، وإن كان له مملوك فى كتابته أجبر على دفع المال كله ، إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والأداء .

وقد روى عن على رضى الله عنه أنه يعتق منه بقدر ما أدى ، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إذا أصاب[1] المكاتب حدًّا أو ميراثًا ، ورث بقدر ما أدى ، ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى » .

وعن عمر وعلىٍّ والنخعى : إذا أدى الشطر فلا رق عليه .

وقال ابن مسعود : إذا أدّى قدر قيمته فهو غريم . وقد ذكرنا الجواب عن هذه الأقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن إعادته إن شاء الله تعالى .

٨٧٣٥ (فصـــل)

ولا تنفسخ الكتابة بالجنون ، لأنها عقد لازم ، فلم تنفسخ بالجنون كالرهن ، وفارق الموت ، لأن العقد على العين ، والموت يفوت العين بخلاف الجنون ، ولأن القصد من الكتابة العتق ، والموت ينافيه . ولهذا لا يصح عتق الميت ، والجنون لا ينافيه ، بدليل صحة عتق المجنون .

فعلى هذا إن أدى إليه المال عتق ، لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذى كان عليه ، وله أخذ المال من يده ، فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد . وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله ، فإن وجد له مالاً سلمه فى الكتابة وعتق ، وإن لم يجد له مالاً جعل له أن يعجزه ويلزمه الإنفاق عليه ، لأنه عاد قنًّا . ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك مالاً بقى بمال الكتابة أبطل فسخ السيد ، لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به ، فبطل حكمه ، كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد ، إلا أنه يرد على السيد ما أنفقه من حين الفسخ ،لأنه لم يكن مستحقاً عليه فى الباطن.

---

(١) سبق قريباً تخريجه (ف) .

وإن أفاق فأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة ، بطل أيضاً فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفقه ، لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته ، فكان متطوعاً بذلك فلم يرجع به .

وينبغى أن يستحلف السيد الحاكم أنه ما استوفى مال الكتابة . وهذا قول أصحاب الشافعى ، ولم يذكره أصحابنا وهو حسن ، لأنه استوفاه ، والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه ، فيقوم الحاكم مقامه فى استحلافه عليه .

٨٧٣٦ (فصــــــل)

وقتل المكاتب كموته فى انفساخ الكتابة على ما أسلفناه من الخلاف ، سواء كان القاتل السيد أو الأجنبى ، ولا قصاص على قاتله الحر ، لأن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم . فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما فى يده إلى سيده ، ولم يجب عليه شىء ، لأنه لو وجب لوجب له .

فإن قيل : فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركة المقتول .

قلنا : هاهنا لا يرجع إليه مال المكاتب ميراثاً ، بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة ، وإنما يمنع القاتل الميراث خاصة . ألا ترى أن من له دَين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دَينه ، وفى رواية : وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت .

وإن كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا : إن الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك . وإن قلنا : لا تنفسخ بموته ، فله القيمة على سيده تصرف إلى ورثته ، كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه فى حياته . فإن كان الوفاء يحصل بإيجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت ، كما لو خلف وفاء ، لأن دية المقتول كتركته فى قضاء ديونه منها وانصرافها إلى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى . ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يخلف وارثاً أو لا يخلف وارثاً . وذكر القاضى أنه إذا لم يخلف وارثاً سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال .

ولنا : أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه ، لأن صرفه إلى سيده بطريق الإرث ، والقاتل لا ميراث له . وإن كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة لسيده إلا فى الموضع الذى لا تنفسخ الكتابة فإنها تجب لورثته ، والله أعلم .

٨٧٣٧ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ وإذا مات السيد كان العبد على كتابته ، وما أدى فبين ورثة سيده مقسوماً كالميراث ﴾ .

وجملة ذلك : أن الكتابة لاتنفسخ بموت السيد ، لانعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، وذلك لأنه عقد لازم من جهته لاسبيل إلى فسخه ، فلم ينفسخ بموته كالبيع والإجارة .

إذا ثبت هذا فإن المكاتب يؤدى نجومه أو مابقى منها إلى ورثته ، لأنه دين لموروثهم ويكون مقسوماً

بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه . فإن كان له أولاد ذكور وأناث فللذكر مثل حظ الأنثيين ، ولا يعتق حتى يؤدى إلى كل ذى حق حقه ، فإن أدى إلى بعضهم دون بعض لم يعتق ، كما لو كان بين شركاء فأدى إلى بعضهم فإن كان بعضهم غائباً وكان له وكيل دفع نصيبه إلى وكيله ، وإن لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم وعتق ، وإن كان مولياً عليه دفع نصيبه إلى وليه إما أبيه[1] ، أو وصيه ، أو الحاكم ، أو أمينه . فإن كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع إليهما معاً .

وإن كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ، ولا تصح الوصية إلى غيره ليقبض له ، لأن الرشيد ولى نفسه . وإن كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد . وإن أذن بعضهم له فى الأداء إلى الآخر وكان الذى أذن له فى ذلك رشيداً فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ، فإن كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه ، وإن كان موسراً عتق عليه كله وقوّم عليه باقيه ، كما لو كان بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه . وهذا ظاهر كلام الخرقى ، وهو أحد قولى الشافعى .

وقال القاضى : لا يسرى عتقه وإن كان موسراً . وهو القول الثانى للشافعى .

وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة ، لأنه أدى بعض مال الكتابة فأشبه ما لو أداه إلى السيد . وإن أبرأه من مال الكتابة برىء منه وعتق . وإن أبرأه بعضهم عتق نصيبه . وكذلك إن أعتق نصيبه منه عتق . والخلاف فى هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى إلى بعضهم بإذن الآخر .

ولنا : على أنه يعتق نصيب من أبرأه من حقه عليه ، أو استوفى نصيبه بإذن شركائه أنه أبرأه من جميع ماله عليه ، فوجب أن يلحقه العتق ، كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة . وفارق ما إذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة ، لأنه ما أبرأه من جميع حقه .

ولنا : على سراية عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذى يجوز إعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه ، فوجب أن يسرى عتقه ، كما لو كان قناً ، ولأنه عتق حصل بفعله واختياره ، فسرى كمحل الوفاق .

فإن قيل : فى السراية ضرر بالشركاء لأنه قد يعجز فيرد إلى الرق .

قلنا : إذا كان العتق فى محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذى لا كتابة فيه ، فلأن يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى .

---

(١) قوله (الى وليه إما ابنه) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٦٨ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٤٣٠ لكن فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٢٧ (الى وليه إما أبيه) وهو الصواب (ف)

٨٧٣٨ ﴿ مسـألة ﴾

قال (وولاؤه لسيده ، وإن عجز فهو عبد لسائر الورثة) .

أما إذا عجز ورد فى الرق فإنه يكون عبداً لجميع الورثة ، كما لو لم يكن مكاتباً ، لأنه من مال موروثهم ، فكان بينهم كسائر المال . وأما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقى : يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض . وهذا قول أكثر الفقهاء ، وهو اختيار أبى بكر ، ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله وإسحاق . وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال : اختلف الناس فى المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته ، قال بعض الناس : الولاء للرجال والنساء ، وقال بعض الناس : لا ولاء للنساء ، لأن هذا إنما هو دَين على المكاتب ، ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن ، ولكلّ وجه ، والذى أراه ويغلب علىّ أنهن يرثن ، وذلك لأن المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقاً ، وهذا قول طاوس والزهرى ، وذلك لأن المكاتب انتقل إلى الورثة بموت المكاتب ، فكان ولاؤه لهم ، كما لو انتقل إلى المشترى ، ولأنه يؤدى إلى الورثة فكان ولاؤه لهم ، كما لو أدى إلى المشترى . ووجه الأول أن السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له ، كما لو أدى إليه ، ولأن الورثة إنما ينتقل إليهم ما بقى للسيد ، وإنما بقى للسيد دَين فى ذمة المكاتب . والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه فى المبيع باختياره ، فلم يبق له فيه حق من وجه . والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويبنى على ما فعله موروثه ولا ينتقل إليه شىء أمكن بقاؤه لموروثه ، والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه .

٨٧٣٩ (فصـل)

فإن أعتقه الورثة صح عتقهم ، لأنه ملك لهم فصح عتقهم له ، ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه ، وهم يقومون مقام موروثهم ، ويكون ولاؤه لهم لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما[1] الولاء لمن أعتق » وإن أعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قوّم عليه نصيب شركائه و كان ولاؤه له . وإن لم يسر عتقه لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ما أعتقه للخبر ، ولأنه منعم عليه بالعتق ، فكان الولاء له كغير المكاتب .

وقال القاضى : إن أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد ، وإن أعتق بعضهم لم يسر عتقه ، ثم ينظر ، فإن أدى إلى الباقين عتق كله وكان ولاؤه للسيد ، وإن عجز فردوه إلى الرق كان ولاء نصيب المعتق له ، لأنه لولا إعتاقه لعاد سهمه رقيقاً كسهام سائر الورثة ، فلما أعتقه كان هو المنعم عليه ، فكان الولاء له دونهم . فأما إن أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما إذا أدى إليهم ، لأن

---

(١) سبق تخريجه (ف)

الإبراء جرى مجرى استيفاء ماعليه ، ويحتمل أن يكون الولاء لهم ، لأنهم أنعموا عليه بما عتق به ، فأشبه مالو أعتقوه . وإن أبرأه بعضهم من نصيبه كان فى ولائه ماذكرناه من الخلاف ، والله أعلم .

٨٧٤٠ (فصـــل)

إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه ، صح بيعهم وهبتهم ، لأنهم يقومون مقام المكاتب ، والمكاتب يملك بيعه وهبته ، فكذلك ورثته ، ويكون عند المشترى والموهوب له مبقى على كتابته ، فإن عجز فعجزه عاد رقيقاً له ، وإن أدى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدى إليه على الرواية التى تقول إن ولاءه للورثة إذا أدى إليهم . وأما على الرواية الأخرى فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته ، لأن ذلك يقتضى إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذى كاتبه وليس ذلك للورثة . ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد إن عتق بالكتابة ، لأن السيد عقدها فعتق بها ، فكان ولاؤه له ، ويفارق ماباعه السيد ، لأن السيد ببيعه أبطل حق نفسه ، وله ذلك بخلاف الورثة ، فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم .

٨٧٤١ (فصـــل)

وإن وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح ، فإن سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه إن كان محجوراً عليه برىء منه وعتق ، وولاؤه لسيده الذى كاتبه ، لأنه المنعم عليه ، وإن أبرأه من المال عتق أيضاً لأنه برىء من مال الكتابة ، فأشبه مالو أدى . وإن أعتقه لم يعتق ، لأنه لا يملك رقبته ولا وصى له بها ، وإنما وصى له بالمال الذى عليه ، وإن عجز ورد فى الرق عاد عبداً للورثة ، وما قبضه الموصى له من المال فهو له ، لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر فى تعجيزه إلى الورثة ، لأن الحق ثابت لهم بتعجيزه ويصير العبد لهم ، فكانت الخيرة فى ذلك إليهم .

وأما الموصى له فإن حقه ووصيته تبطل بتعجيزه ، فلم يكن له فى ذلك حق .

وإن وصى بمال الكتابة للمساكين . ووصى إلى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح .

ومتى سلم المال إلى الوصى برىء وعتق . وإن أبرأه منه لم يبرأ ، لأن الحق لغيره . وإن دفعه المكاتب إلى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق ، لأن التعيين إلى الوصى دونه . وإن وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين القضاء منه ، كما لو وصى به عطية له . وإن كان إنما أوصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة والوصى بقضاء الدّين ويدفعه إليهم بحضرته ، لأن المال للورثة ، ولهم أن يقضوا الدّين منه ومن غيره والوصى فى قضاء الدّين حق فيه ، لأن لهم منعهم من التصرف فى التركة قبل قضاء الدين .

٨٧٤٢ (فصـــل)

إذا مات رجل وخلف ابنين وعبداً ، فادعى العبد أن سيده كاتبه فصدقاه ثبتت الكتابة ، لأن الحق

لها . وإن أنكراه وكانت له بينة بدعواه ثبتت الكتابة وعتق بالأداء إليهما ، وإن عجز فلهما رده إلى الرق ، وإن لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ ، وإن عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقى نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقاً ، وإن لم تكن له بينة فالقول قولهما مع أيمانهما ، لأن الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة ، وتكون أيمانهم على نفى العلم فيحلفان بالله أنهما لا يعلمان أن أباهما كاتبه ، لأنها يمين على نفى فعل الغير ، فإن حلفا ثبت رقه ، وإن نكلا قضى عليهما أو ردت اليمين عليه على قول من قضى بردها ، فيحلف العبد وتثبت الكتابة .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قضى برق نصفه وكتابة نصفه ، وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة فى نصفه وعليه البينة فى نصفه الآخر ، فإن لم تكن له بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قناً . فإن شهد المقر على أخيه قبلت شهادته ، لأنه لا يجر بها إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً . فإن كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة فى جميعه . وإن لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين . وإن لم يكن عدلا أو لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ، ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه ، لأنها على نفسه وعلى مالك نصفه ، فإن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته .

ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة معاومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز ، وإن طلب ذلك أحدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام أحمد أنه يجبر عليها ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن المنافع مشتركة بينهما ، فإذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالأعيان ، ويحتمل أن لا يجبر ، وهو قول الشافعى ، لأن المهايأة تأخير حقه الحال ، لأن المنافع فى هذا اليوم مشتركة بينهما ، فلا تجب الإجابة إليه كتأخير دَينه الحال . فإن اقتسما الكسب مهايأة أو مناصفة فلم يف بأداء نجومه فللمقر رده فى الرق ، وما فى يده له خاصة ، لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب.

وإن اختلف المنكر والمقر فيما فى يد المكاتب فقال المنكر : هذا كان فى يده قبل دعوى الكتابة وكسبه فى حياة أبينا ، وأنكر ذلك المقر ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن المنكر يدعى كسبه فى وقت الأصل عدمه فيه ، ولأنه لو اختلف هو والمكاتب فى ذلك كان القول قول المكاتب ، فكذلك من يقوم مقامه . وإن أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه ، لأنه لم يباشر العتق ولم يتسبب إليه ، وإنما كان السبب من أبيه ، وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ، ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً ، لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض ، فقد حصل أداء مال الكتابة إليهما جميعاً ، فعتق كله بذلك ، وولاء هذا النصف للمقر ، لأن أخاه لا يدعيه ، وهذا المقر يدعى أنه كله قدعتق بالكتابة ، وهذا الولاء الذى على هذا النصف نصيبي من الولاء .

وقال أصحاب الشافعي في ذلك وجهان :

أحدهما كقولنا .

والثاني : الولاء بين الإثنين ، لأنه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث ، والصحيح ما قلناه لما ذكرناه ، ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الإبنين به ، كما لو ادعى أحدهما دَيناً لأبيه على إنسان وأنكره الآخر ، فإن المدعي يأخذ نصيبه من الدَّين ويختص به دون أخيه ، وإن كان يرثه عن الأب . وكذلك لو ادّعياه معاً ، وأقاما به شاهداً واحداً . فحلف أحدهما مع الشاهد ، وأبى الآخر ، فإن أعتق أحدهما حصته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً ، وهذا قول الخرقي ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شِرْكاً له من عبد[1] وكان له ما يبلغُ قيمةَ العبد قُوِّمَ عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم » ولأنه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك ، فسرى إلى باقيه كغير المكاتب .

وقال أبو بكر والقاضي : لا تعتق إلا حصته ، لأنه إن كان المعتق المقر فهو منفذ ، وإن كان المنكر لم يصر إلى نصيب المقر ، لأنه مكاتب لغيره ، وفي سراية المعتق إليه إبطال سبب الولاء عليه ، فلم يجز ذلك .

٨٧٤٣ ﴿ مسألة ﴾

قال:﴿ ولا يمنع المكاتب من السفر ﴾ .

وجملته : أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والحسن بن صالح وأبي حنيفة ، ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره ، لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله ، لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في وقته عند عجزه ، فمنع منه كالغريم الذي يحل عليه الدّين قبل مدة سفره، واختلف قول الشافعي فقال في موضع : له السفر ، وفي قول: ليس له السفر ، فقال بعض أصحابه : فيها قولان ، وقال بعضهم : ليست على قولين إنما هي على اختلاف حالين، فالموضع الذي قال له السفر إذا كان قصيراً ، لأنه في حكم الحاضر ، والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه .

ولنا : أن المكاتب في يد نفسه ، وإنما للسيد عليه دَين ، فأشبه الحر المدين ، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بالحرم الغريم .

٨٧٤٤ (فصل)

فإن شرط عليه في الكتابة أن لا يسافر فقال القاضي : الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة ، لأنه ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ، وَلأنه

---

(١) سبق تخريجه (ف)

غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه ، كما لو أقرضه رجل قرضاً بشرط أن لا يسافر . وقال أبو الخطاب : يصح الشرط وله منعه من السفر ، وهو قول مالك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المسلمون على شروطهم[1]» ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم ، كما لو شرط نقداً معلوماً .

وبيان فائدته أنه لا يأمن إباقه ، وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذى عليه ، ويفارق القرض ، فإنه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه ، فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة ، فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه ، وفيه حفظ عبده وماله ، فلا يمنع من تحصيله ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى وأولى . فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه ، وإن لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيزه ورده إلى الرق ، لأنه لم يف بما شرطه عليه ، أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة ، واحتمل أن لا يملك ذلك ، لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه ، فلم يملك تعجيزه ، كما لو لم يشترط عليه .

٨٧٤٥ (فصـــــل)

وإن شرط فى كتابته أن لا يسأل ، فقال أحمد : قال جابر بن عبد الله : هم على شروطهم ، إن رأيته يسأل تنهاه ، فإن قال : لا أعود لم يرده عن كتابته فى مرة ، فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم ، وأنه إن خالف مرة لم يعجزه ، وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه .

قال أبو بكر : إذا رآه يسأل مرة فى مرة عجزه ، كما إذا حل نجم فى نجم عجزه ، فاعتبر المخالفة فى مرتين كحلول نجمين ، وإنما صح الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » ولأن له فى هذا فائدة وغرضاً صحيحاً ، وهو أن لا يكون كَلاً على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم .

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط ، لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهماً من الصدقة بقوله تعالى (وَفِى الرِّقَابِ)[2] وهم المكاتبون ، فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له .

٨٧٤٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده ﴾

وهذ قول الحسن ومالك ، والليث ، وابن أبى ليلى ، وأبى حنيفـــة ، والشافعى وأبى يوسف ، وقال الحسن بن صالح : له ذلك ، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

---

(١) أخرجه أبو داود والحاكم عن أبى هريرة (ف)

(٢) سورة التوبة آية ٦٠

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر[1] » ولأن على السيد فيه ضرراً ، لأنه ربما عجز فيرجع إليه ناقص القيمة ، ويحتاج أن يؤدى المهر والنفقة من كسبه ، فيعجز عن تأدية نجومه ، فيمنع من ذلك كالتبرع به .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا تزوج لم يصح تزويجه . وقال الثورى : نكاحه موقوف إن أدى تبينا أنه كان صحيحاً ، وإن عجز فنكاحه باطل .

ولنا : الخبر ، ولأنه تصرف منع منه للضرر ، فلم يصح كالهبة ، وما ذكر لا أصل له .

فإذا ثبت هذا : فإنه يفرق بينهما ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدى من كسبه ، لأنه بمنزلة جنايته . وإن أتت بولد لحقه نسبه ، لأنه من وطء فى نكاح فاسد ، فإن كانت المرأة حرة فهو حر ، وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها . فأما إن أذن له سيده فى النكاح ، صح منه فى قولهم جميعاً ، فإن الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ، ولأن المنع من نكاحه لحق سيده ، فإذا أذن له زال المانع ، ولأنه لو أذن لعبده القن فى النكاح صح منه ، فالمكاتب أولى .

٨٧٤٧ (فصـــــل)

وليس له التسرى بغير إذن سيده ، لأن ملكه غير تام ، وقال الزهرى : لا ينبغى لأهله أن يمنعوه من التسرى .

ولنا : أن ملكه ناقص ، وعلى السيد فيه ضرر ، فيمنع منه كالتزويج . وبيان الضرر فيه أنه ربما أحبلها والحبل عيب فى بنات آدم وربما تلفت ، وربما ولدت فصارت أم ولد فيمتنع عليه بيعها فى أداء كتابتها ، وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة ، فإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى . فأما إن أذن له سيده فى التسرى جاز له .

وقال الشافعى : لا يجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده فى أحد القولين ، لأنه أمر يضربه وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز وإن أذن فيه سيده ، ولأنه ناقص الملك ، فلم يجز له التسرى كوطء الجارية المشتركة .

---

(١) أخرج ابن ماجة بسنده عن ابن عمر ج ١ ص ٦٠٤ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا تزوج العبد بغير إذن سيده كان عاهراً » وأخرج عنه أيضاً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان » (ف)

ولنا : أنه لو أذن لعبده القن فى التسرى جاز ، فالمكاتب أولى ، ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز بإذنه[1] كالتزويج .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا تسرى بإذن سيده أو غير إذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ، ولا مهر عليه ، لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب على الإنسان شىء لنفسه . وإن حبلت فالنسب لاحق به ، لأن الحد إذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكا له ، لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه ، لأن ملكه غير تام وليس له بيعه ، لأنه ولده ويكون موقوفاً على كتابته . فإن أدى عتق وعتق الولد ، لأنه ملك لأبيه الحر ، وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للسيد .

فأما الأمة فإن ولدت قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها ، نص عليه أحمد ، لأن ولدها له حرمة الحرية ، ولا يجوز بيعه ، ويعتق بعتق أبيه ، فكذلك أمه ، فعلى هذا لا يجوز بيعها ، وتكون موقوفة على المكاتب إن عتق فهى أم ولده ، وإن رق رقت .

وقال القاضى فى موضع : لا تصير أم ولد بحال وله بيعها ، لأنها حملت بمملوك فى ملك غير تام . وللشافعى قولان كهذين الوجهين . وإن وضعته بعد عتقه لأقل من ستة أشهر تبينا أنها حملت به فى حال رقه ، فالحكم على ما مضى ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر حكمنا أنها حملته حراً ، لأننا لم نتيقن وجوده فى حال الرق وتكون أم ولد لأنها علقت بحر فى ملكه . وللشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا .

٨٧٤٨ (فصــــــــل)

وليس للمكاتب أن يزوج عبيده وإماءه بغير إذن سيده ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر . وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر ، لأنه عقد على منفعة فملكه كالإجارة ، وهو الذى قاله أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

وحكى عن القاضى : أنه قال فى الخصال : له تزويج الأمة دون العبد ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ، ولأنه عقد ذمة على منافعها فأشبه إجارتها .

ولنا : أن على السيد فيه ضرراً ، لأنه إن زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته ، وإن زوج الأمة ملك الزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها ، وربما امتنع بيعها بالكلية ، وليس ذلك من جهات المكاتب ، فربما عجزه ذلك عن أداء نجومه ، وإن عجز عاد رقيقاً للسيد

---

(١) « فجاز تأديبه كالتزويج » هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٧٩ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٤٤١ والصواب « فجاز بإذنه كالتزويج » كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٧٢ (ف) .

مع ماتعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص، لم يجز ذلك له كإعتاقهم . وفارق إجارة الدار فإنها من جهات المكاسب عادة . فعلى هذا إن وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم إليه باعهم ، فإن العبد متى طلب التزويج خيّر سيده بين بيعه وتزويجه ، وإن أذن له السيد فى ذلك جاز ، لأن الحق له والمنع من أجله فجاز بإذنه .

٨٧٤٩ (فصـــــــل)

وليس له إعتاق رقيقه إلا بإذن سيده ، وبهذا قال الحسن والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو حنيفة ، لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لايحصل له به مال فأشبه الهبة . فإن أعتق لم يصح إعتاقه ، ويتخرج أن يصح ويقف على إذن سيده .

وقال أبو بكر : هو موقوف على آخر أمر المكاتب ، فإن أدى عتق معتقه ، وإن لم يؤدى رق . قال القاضى : هذا قياس المذهب ، كقولنا فى ذوى الأرحام إنهم موقوفون .

ولنا : أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلا كالهبة ، ولأنه تصرف تصرفاً منع منه لحق سيده ، فكان باطلا كسائر ما يمنع منه ، ولا يصح قياسه على ذوى أرحامه ، لأن عتق ذوى أرحامه ليس بتصرف منه . وإنما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم ، والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به ، فإذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ . والمعتق إنما يعتق بالإعتاق الذى كان باطلا فلا تتيقن صحته إذا كمل الملك ، لأن كمال الملك فى الثانى لا يوجب كونه كاملا حين الإعتاق ، وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه .

فأما إن أذن فيه سيده صح ، وقال الشافعى فى أحد القولين : لا يصح ، لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى ، أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ، ولأن العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله ، ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك إعتاق ما فى يده ولا هبته فلم يصح إذنه[1] فيه .

ولنا : أن الحق لا يخرج عنهما ، فإذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن . وما ذكروه يبطل بالنكاح ، فإنه لا يملك ولا يملكه السيد عليه ، وإذا أذن له فيه جاز . وأما الولاء فإنه يكون موقوفاً ، فإن عتق المكاتب كان له وإلا فهو لسيده كما يرق مماليكه من ذوى أرحامه . هذا قول القاضى . وقال القاضى أبو بكر : يكون لسيده ، لأن إعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كالنائب له .

---

(١) (فلم يصح لأنه فيـــه) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٣٨١ وطبعة الفقى ج ٩ ص ٤٤٣ والصواب (فلم يصح إذنه فيه) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٢٧٥ (ف).

٨٧٥٠ (فصـــــل)

والمكاتب محجور عليه فى ماله فليس له استهلاكه ولا هبته ، وبهذا قال الحسن ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه مخالفاً ، لأن حق سيده لم ينقطع عنه ، لأنه قد يعجز فيعود إليه ، ولأن القصد من الكتابة تحصيل العتق بالأداء ، وهبة ماله تفوت ذلك . وإن أذن فيه سيده جاز . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، لأنه يفوت المقصود بالكتابة . وعن الشافعى فيه كالمذهبين .

ولنا : أن الحق لا يخرج عنهما ، فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن . فأما الهبة بالثواب فلا تصح . وقال الشافعى فى أحد قوليه : تصح لأن فيها معاوضة .

ولنا : أن الاختلاف فى تقدير الثواب يوجب الغرر فيها ، ولأن عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة ، وإن أذن فيها السيد جازت ، وإن وهب لسيده جاز ، لأن قبوله الهبة إذن فيها ، وكذلك إن وهب لابن سيده الصغير .

٨٧٥١ (فصـــــل)

ولا يحابى فى البيع ، ولا يزيد فى الثمن الذى اشترى به ، ولا يعير دابة ، ولا يهدى هدية . وأجاز ذلك أصحاب الرأى ، ويحتمل جواز إعارة دابته وهدية المأكول ودعائه إليه ، لأن ذلك يجوز للمأذون له ولا ينحط المكاتب عن درجته . ووجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجز كالهبة ، ولا يوصى بماله ولا يحط عن المشترى شيئاً ، ولا يقرض ، ولا يضمن ، ولا يتكفل بأحد ، وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى ، لأن ذلك تبرع بماله ، فمنع منه كالهبة .

٨٧٥٢ (فصـــــل)

وليس له أن يحج إن احتاج إلى إنفاق ماله فيه . ونقل الميمونى عن أحمد للمكاتب أن يحج من المال الذى جمعه إذا لم يأت نجمه ، وهذا محمول على أنه يحج بإذن سيده ، أما بغير إذنه فلا يجوز ، لأنه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كالعتق .

فأما إن أمكنه الحج من غير إنفاق ماله كالذى يتبرع له إنسان بإحجاجه ، أو يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه ، لأن هذا يجرى مجرى تركه للكسب ، وليس ذلك مما يمنع منه .

٨٧٥٣ (فصـــــل)

وليس للمكاتب أن يكاتب إلا بإذن سيده ، وهذا قول الحسن والشافعى ، لأن الكتابة نوع إعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز ، ولأنه لا يملك الإعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له فى التجارة . واختار

القاضي : جواز الكتابة ، وهو الذي ذكره أبو الخطاب في رءوس المسائل ، وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري والأوزاعي ، لأنه نوع معاوضة فأشبه البيع .

وقال أبو بكر : هو موقوف كقوله في العتق المنجز ، فإن أذن فيها السيد صحت ، وقال الشافعي: فيها قولان . وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم .

فإذا كاتب عبده فعجزا جميعاً صارا رقيقين للسيد ، وإن أدى المكاتب الأول ثم أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه . وإن أدى الأول وعجز الثاني صار رقيقاً للأول . وإن عجز الأول وأدى الثاني فولاؤه للسيد الأول . وإن أدى الثاني قبل عتق الأول عتق ، قال أبو بكر : وولاؤه للسيد ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن المعتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب . ولأن الميراث لا يقف كذلك سببه .

وقال القاضي : هو موقوف إن أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد ، وهذا أحد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأن العبد ليس بملك له ، ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه .

وقولهم : لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث، فليس كذلك ، فإن النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين ، وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل ، وهو ما يجره موالي الأب من مولى الأم ، فجاز أن يكون موقوفاً ، والنسب والميراث بخلاف ذلك . فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا : الولاء للسيد ورثه . وإن قلنا : هو موقوف فميراثه أيضاً موقوف .

٨٧٥٤ (فصــــــل)

وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلعة بإضعاف قيمتها ، وهذا مذهب الشافعي . لأن فيه تغريراً بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به .

قال القاضي : ويتخرج الجواز بناء على المضارب أن له البيع نسيئة في إحدى الروايتين : فيخرج هاهنا مثله ، وسواء أخذ بالثمن ضميناً أو رهناً أو لم يأخذ ، لأن الغرر لم يزل ، فإن الرهن يحتمل أن يتلف ، ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ، ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين ، لأن الوثيقة قد حصلت به ، والعوارض نادرة على خلاف الأصل .

فإن باع بأكثر مما يساوي حالاً وجعل الزيادة مؤجلة جاز ، لأن الزيادة ربح . وإن اشترى نسيئة جاز ، لأنه لا غرر فيه ، ولا يجوز أن يدفع به رهناً ، لأن الرهن أمانة ، وقد يتلف أو يجحده الغريم ، وليس له

أن يدفع ماله سلماً ، لأنه فى معنى البيع نسيئة ، وله أن يستسلف فى ذمته ، لأنه فى معنى الشراء نسيئة . وليس له أن يقرض ، لأنه تبرع بالمال وفيه خطر به ، وله أن يقترض لأنه ينتفع بالمال . وليس له أن يدفع ماله مضاربة ، لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به . وله أن يأخذ المال قراضاً ، لأنه من أنواع الكسب . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على ما ذكرنا .

٨٧٥٥ (فصــــل)

وللمكاتب أن يبيع ويشترى بإجماع من أهل العلم ، لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ، ولا يحصل إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الأداء إلا بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب ، فإنه قد جاء فى بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق فى التجارة[1] .

وله أن يأخذ ويعطى فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه . وله أن ينفق مما فى يده من المال على نفسه فى مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف مما لا غناء له عنه وعلى رقيقه والحيوان الذى له . وله تأديب عبيده وتعزيرهم إذا فعلوا ما يستحقون ذلك ، لأنه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم . ولا يملك إقامة الحد عليهم ، لأن هذا موضع ولاية وليس هو من أهلها .

وله المطالبة بالشفعة والأخذبها لأنه نوع شراء ، فإن كان المشترى للشقص سيده فله أخذه منه، لأن له أن يشترى منه ، وإن اشترى المكاتب شقصاً لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة ، لأنه مع سيده فى باب البيع والشراء كالأجنبى ، وإن وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه ، وإن أنكره السيد كان عليه اليمين . وإن أذن السيد لمكاتبه فى البيع بالمحاباة صح منه ، وكان لسيده الأخذ بالشفعة ، لأن بيعه بالمحاباة مع إذن سيده فيه صحيح . ويصح إقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدّين ، لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك شيئاً فله الإقرار به .

٨٧٥٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين ﴾ .

وجملته : أن الربا يجرى بين العبد وبين سيده ، فلم يجز أن يبيعه درهما بدرهمين كالأجنبيين . وقال ابن أبى موسى : لاربا بينهما ، لأنه عبد فى الأظهر من قوله ، ولا ربا بين العبد وسيده ، ولهذا جاز أن يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته . وله وطء مكاتبته إذا شرط ، ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد ، ووجه قول الخرقى : أن السيد مع مكاتبه فى باب المعاملة كالأجنبى ، بدليل أن لكل واحد منهما الشفعة

---

(١) ورد فى سنن سعيد بن منصور « تسعة أعشار الرزق فى التجارة .. » عن نعيم بن عبد الرحمن الأزدى ويحيى بن جابر الطائى مرسلا(ف) ؛

على صاحبه ، ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما فى يد صاحبه ، وإنما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضيه أن يعجزه فيعود إليه ، وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه . فعلى هـذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنبيين ، ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الأجانب .

٨٧٥٧ (فصـــــل)

فإن كان لـكل واحد منهما على صاحبه دين ، مثل أن كان للسيد على المـكاتب دَين من الـكتابة أو غيرها ، وللمـكاتب على سيده دَين وكانا نقداً من جنس واحد ، حالين أو مؤجلين أجلا واحداً ، تقاصا وتساقطا ، لأنهما إذا تساقطا بين الأجانب فمع السيد ومكاتبه أولى: وإن كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبى موسى : لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلهما قصاصاً بهما جاز بخلاف الحرين .

وقال القاضى : لا يجوز هذا ، لأنه بيع دَين بدَين ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الدَّين بالدَّين[1] ، ولأنه لا يجوز بين الأجنبيين ، فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات . وفارق العبد القن فإنه باق فى تصرف سيده ، وما فى يده ملك خالص لسيده له أخذه والتصرف فيه ، فعلى هذا لا يجوز مع التراضى به وعلى قول أبى موسى يجوز إذا تراضيا بذلك وتبايعا . ولا يثبت التقابض قبـل تراضيهما به ، لأنه بيع .

فأما إن كان عرضين أو عرضاً ونقداً لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال ، سواء كان القرض من جنس حقه أو غير جنسه . وإن تراضيا بذلك لم يجز أيضاً ، لأنه بيع دَين بدَين ، وإن قبض أحدهما من الآخر حقه ، ثم دفعه إلى الآخر عوضاً عن ماله فى ذمته جاز إذا لم يكن الثابت فى الذمة عن سلم ، فإن ثبت عن سلم ، يجز أخذ عوضه قبل قبضه .

وفى الجملة أن حكم المـكاتب مع سيده فى هذا حـكم الأجانب ، إلا على قول ابن أبى موسى الذى ذكرناه ، والله أعلم .

٨٧٥٨ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وليس للرجل أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط ﴾ .

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : فى وطئها بغير شرط وهو حرام فى قول أكثر أهل العلم ، منهـم سعيد بن المسيب والحسن

(١) عن ابن عمر أن «النبى صـلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الـكالئ بالـكالئ» أخرجه الحاكم والبيهقى والدارقطنى وروى البيهقى عن نافع قال : « هو بيع الدين بالدين» (ف).

والزهرى ومالك والليث والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى . وقيل: له وطؤها فى الوقت الذى لا يشغلها الوطء عن السعى عما هى فيه ، لأنها ملك يمينه فتدخل فى عموم قوله تعالى : (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ [(١)]) .

ولنا : أن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها ، وملك عوض منفعة بضعها فيما إذا وطئت بشبهة ، فأزال حل وطئها كالبيع ، والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ، ولأن الملك هاهنا ضعيف لأنه قد زال عن منافعها جملة ، ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها ، وتفارق أم الولد ، فإن ملكه باق عليها وإنما يزول بموته ، فأشبهت المدبرة والموصى بها : وإنما امتنع البيع لأنها استحقت العتق بموته استحقاقاً لازماً لا يمكن زواله .

الفصل الثانى : إذا شرط وطأها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وقال سائر من ذكرنا : ليس له وطؤها ، لأنه لا يملكه مع إطلاق العقد فلم يملكه بالشرط ، كما لو زوجها أو أعتقها .

وقال الشافعى : إذا شرط ذلك فى عقد الكتابة فسد ، لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً ، وقال مالك : لا يفسد العقد به ، لأنه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم [(٢)] » ولأنها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها .

يحقق هذا أن منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضى لحل وطئها إنما كان لحقها ، فإذا شرطه عليها جاز كالخدمة ، ولأنه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة ، وفارق البيع لأنه يزيل ملكه عنها .

٨٧٥٩ (فصــــل)

فإن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر ، لأنه وطء يملكه ويباح له ، فأشبه وطأها قبل

---

(١) سورة المؤمنون آية ٦

(٢) ورد « المسلمون علـى شروطهم » أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٢٧٣ والحاكم عن أبى هريرة وضعفه ابن حزم وعبد الحق وحسنه الترمذى ، وأخرجه الترمذى عن عمرو بن عوف المزنى ج ٢ ص ٢٥٣ قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح . وأخرجه الطبرانى عن رافع بن خديج بلفظ « المسلمون عند شروطهم فيما أحــل » وأخرجه الحاكم عن أنس وعن عائشة بلفظ « المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك »

قال الحافظ فى تلخيص الحبــير ج ٣ ص ٢٣ « الذى وقع فى جميع الروايات « المسلمون » بدل «المؤمنون» (ف) .

كتابتها . وإن وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التعزير ، لأنه وطء محرم ولا حد عليه فى قول عامة الفقهاء ، لا نعلم فيه خلافاً إلا عن الحسن والزهرى فإنهما قالا : عليه الحد ، لأنه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع .

ولنا : أنها مملوكته فلم يجب الحد بوطئها كأمته المستأجرة والمرهونة ، وتخالف البيع ، فإنه يزيل الملك ، والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم »(١) وعليه مهرها لها ، لأنه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها ، فكان عليه عوضها كمنافع بدنها .

٨٧٦٠ (فصـــل)

وإن أولدها صارت أم ولد له ، سواء وطئها بشرط أو بغير شرط ، لأنه أحبلها بحر فى ملكه ، فكانت أم ولده كغير المكاتبة ، والولد حر لأنه ولده من مملوكته ، ويلحقه نسبه لذلك ، ولأنه من وطء سقط فيه الحد للشبهة ، فأشبه ولد المغرور ، ولا تلزمه قيمته ، لأنها وضعته فى ملكه .

٨٧٦١ (فصـــل)

وليس له وطء بنتها ، لأنها تابعة لأمها موقوفة معها ، فلم يبح وطؤها كأمها ، ولا يباح ذلك بالشرط ، لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ، ولم يكن وطؤها مباحاً حال العقد بشرطه ، فإن وطئها فلا حد عليه لأنها ملكه ، ويأثم ويعزر لأنه وطىء فرجاً محرماً ولها مهر عليه ، حكمه حكم كسبها يكون لأمها تستعين به فى كتابتها ، لأن ذلك سبب حريتها ، وإن أحبلها صارت أم ولد له والولد حر ، لأنه أحبلها بحر فى ملكه ، ويلحقه نسبه ، ولا تجب عليه قيمتها لأن أمها لا تملكها ، ولا قيمة ولدها لأنها وضعته فى ملكه .

٨٧٦٢ (فصـــل)

وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبة اتفاقاً ، فإن فعل أثم وعزر ، ولا حد عليه لشبهة الملك ، لأنه يملك مالكها ، وعليه مهرها لسيدها ، وولده منها حر يلحقه نسبه ، لأن الحد سقط لشبهة الملك ، وتصير أم ولد له ، وعليه قيمتها لسيدها ، لأنه أخرجها بوطئه عن ملكه ، وكان عليه قيمتها لسيده ، ولا تجب عليه قيمة الولد لأنها وضعته فى ملكه ، ويحتمل أن تلزمه قيمته ، لأنه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكاً لسيدها فأشبه ولد المغرور .

٨٧٦٣ (فصـــل)

ولا يملك إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج ، لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها

---

(١) سبق تخريجه قريباً (ف)

ونفع بضعها ومن عوضه ، وليس لواحدة منهما التزوج بغير إذن ، لأن عليه ضرراً في ذلك ، فإنه يثبت للزوج حقاً فيها ، فربما عجزت وعادت إليه على وجه لا يملك وطأها ، فإن تراضيا بذلك جاز ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، وهو وليها وولي ابنتها وجاريتها جميعاً ، لأن الملك له ، فأشبه الجارية القن ، والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا في مهرهن إذا وطئهن السيد .

٨٧٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإن وطئها ولم يشترط أدِّب ولم يبلغ به حد الزاني ، وكان عليه مهر مثلها ﴾ .

وجملة الأمر : أن السيد إذا وطىء مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا أنه لا حد عليه ، لكن إن كانا عالمين بالتحريم عزرا ، وإن كانا جاهلين عزرا[1] ، وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ، ولا يخرج بالوطء عن الكتابة . وقال الليث : إن طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قناً .

ولنا : أنه عقد لازم فلم ينفسخ بالمطاوعة على الوطء كالإجارة والبيع بعد لزومه ، فأما المهر فإنه يجب لها أكرهها أو طاوعته ، وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي . وقال قتادة : يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ، ونقله المزني عن الشافعي ، لأن المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية . ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين ، وأنكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا : لا يعرف . وقال مالك : لا شيء عليه لأنها ملكه .

ولنا : أنه عوض منفعتها ، فوجب لها كعوض بدنها ، ولأن المكاتبة في يد نفسها ومنافعها لها ، ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها ، وإنما وجب في حال المطاوعة ، لأن الحد يسقط عنه لشبهة الملك ، فوجب لها المهر ، كما لو وطىء امرأة بشبهة عقد مطاوعة ، فإن تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الأول فللثاني مهر أيضاً ، لأن الأداء قطع حكم الوطء الأول ، وإذا لم يكن أدى عن الأول لم يجب إلا مهر واحد ، لأن هذا عن وطء الشبهة ، فلم يكن إلا مهراً واحداً كالوطء في النكاح الفاسد .

٨٧٦٥ (فصـــــل)

وإذا وجب لها المهر ، فإن كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة ، وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضاً ، وإن كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله .

---

(١) في طبعة رشيـــد للمغني ج ١٢ ص ٣٩١ والشرح الكبير نفس الصفحة وطبعة الفقي ج ٩ ص ٤٥١ « وإن كانا جاهلين عزراً وإن كان أحدهما عالمـــاً والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل » وأرى أنه وقع تحريف هنا والصواب «وإن كانا جاهلين عذرا — بالدال لا بالزاي — وإن كان أحدهما عالمـا والآخر جاهـــلا عزر — بالزاي — العالم ، وعذر — بالدال — الجاهل» (ف) .

٨٧٦٦ ﴿ مســـــألة ﴾

قال :﴿ فإن علقت منه فهى مخيرة بين العجز وتكون أم ولد ، وبين المضى على كتابتها ، فإن أدت عتقت ، وإن عجزت عتقت بموته ، وإن مات قبل عجزها انعتقت لأنها من أمهات الأولاد ، ويسقط عنها ما بقى من كتابتها وما فى يدها لورثة سيدها ﴾ .

وجملته : أن السيد إذا استولد مكاتبته فالولد حر ، لأنه من مملوكته ونسبه لا حق به ، ولا تجب قيمته لذلك ، وتصير أم ولد له لذلك ، ولا تبطل كتابتها لأنه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهرى ومالك والثورى والليث والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ، وقال الحكم : تبطل كتابتها ، لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير .

ولنا : أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ، ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعليق بصفة ، وما ذكروه يبطل بالتعليق بالصفة ، وتفارق الكتابة التدبير من وجوه :

أحدها : أن حكم التدبير والإستيلاد واحد ، وهو العتق عقيب الموت ، والاستيلاد أقوى لأنه يعتبر من رأس المال ، ولا سبيل إلى إبطاله بحال ، فاستغنى به عن التدبير ، والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها ، ويملك بها منافعها وكسبها ، وتخرج عن تصرف سيدها ، وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها .

الثانى : أن الكتابة أقوى من التدبير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا ببيع المكاتب ولا هبته .

الثالث : أن التدبير تبرع ، والكتابة عقد معاوضة لازم .

فإذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضى الحرية ، فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به ، كما لو انفرد ، لأن انضمام أحدهما إلى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه ، فإن أدت عتقت بالكتابة ، وما فضل من كسبها فهو لها ، لأن المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه ، وإن عجزت وردت فى الرق بطل حكم الكتابة وبقى لها حكم الاستيلاد منفرداً ، كما لو لم تكن مكاتبة ، وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته ، وما فى يدها لورثة سيدها .

وإذا مات سيدها قبل عجزها انعتقت لأنها أم ولد ، وتسقط الكتابة ، لأن الحرية حصلت فسقط العوض المبذول فى تحصيلها ، كما لو باشرها سيدها بالعتق ، وما فى يدها لورثة سيدها فى قول الخرقى وأبى الخطاب ، لأنها عتقت بحكم الاستيلاد وبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبة .

وقال القاضى فى المجرد وابن عقيل فى كتابه : ما فضل فى يدها لها ، وهو قول الشافعى ، لأن المعتق إذا

وقع فى الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من نجوم الكتابة ، ولأن ملكها كان ثابتاً على ما فى يدها ، ولم يحدث إلا ما يزيل حق سيدها عنها ، فيقتضى زوال حقه عما فى يدها ، وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك فى نفسها ، وهذا أصح والله أعلم .

٨٧٦٧ (فصــل)

وإن أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها ، وما فى يدها لها فى قول القاضى ومن وافقه ، فأما على قول الخرقى ومن وافقه فقياسه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد ، ويحتمل أن يكون لها على قولهم أيضاً ، لأن السيد أعتقها برضاه فيكون رضا منه بإعطائها مالها بخلاف العتق بالاستيلاد ، فإنه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء . فمتى كان له غرض فى أخذ ماله إما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته ، وإما لغرض له فى بعض أعيان ماله أعتقه وأخذ ماله ، وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع .

٨٧٦٨ (فصــل)

وإن أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها ، فله حكمها فى العتق بكل واحد من السببين ، أيهما سبق عتق به كالأم سواء ، لأنه تابع لها ، فيثبت له ما يثبت لها . وإن ماتت المكاتبة بقى للولد سبب الاستيلاد وحده . وإن اختلفا فى ولدها فقالت : ولدته بعد كتابتى أو بعد ولادتى ، وقال السيد: بل قبله ، فقال أبو بكر : القول قول السيد مع يمينه .

وهذا قول الشافعى ، لأن الأصل كون الأمَة وولدها رقيقاً ، لسيدهما التصرف فيهما ، وهى تدعى ما يمنع التصرف. وإن زوج مكاتبه أمَته ثم باعها منه واختلفا فى ولدها فقال السيد : هو لى لأنها ولدته قبل بيعها لك، وقال المكاتب : بل بعده ، فالقول قول المكاتب ، لأنهما اختلفا فى ملكه ويد المكاتب عليه ، فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الأموال . ويفارق ولد المكاتبة لأنها لا تدعى ملكه .

٨٧٦٩ (فصــل)

إذا كانت الأمَة بين شريكين ، فكاتباها ، ثم وطئها أحدهما أدّب فوق أدب الواطىء لمكاتبته الخالصة له ، لأن الوطء هاهنا حرم من وجهين : الشركة والكتابة ، فهو آكد وإثمه أعظم وأدبه أكثر ، وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً ، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر ، فإذا حل نجمها سلمته إليهما . وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان فى يدها بقدره دفعته إلى الذى لم يطأها واحتسبت على الواطىء بالمهر ، وإن لم يكن فى يدها شىء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطىء نصفه وسلمته

إلى الآخر ، وإن لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة ، فالحكم فيه كما لو كان من جنسها. وإن لم يتفقا قبضته ودفعته مما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره . وإن عجزت فسخا الكتابة وكان فى يدها بقدر المهر أخذه الذى لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطىء .

وإن لم يكن فى يدها شىء كان للذى لم يطأ أن يرجع على الواطىء بنصفه ، لأنه وطىء جارية مشتركة بينهما . فإن حبلت منه صارت أم ولد له ، وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً إلا أنه إن كان موسراً أداه فى الحال ، وإن كان معسراً فهو فى ذمته ، هذا ظاهر كلام الخرقى ، ذكر مثل هذا فى باب العتق .

فعلى هذ تصير أم ولد للواطىء ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقى من كتابتها ، وتعتبر قيمتها بما تساوى مكاتبته مبقاة على ما بقى عليها من كتابتها .

واختار القاضى أنه إن كان معسراً لم يسر الإحبال، لأنه بمنزلة الإعتاق بالقول يعتبر اليسار فى سرايته ، ونصيب الواطىء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ، ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة فإن أدت إليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد ، وإن عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها قن لا يقوم على الوارث ، وإن كان موسراً لأنه ليس بمعتق .

وإن مات الواطىء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقى مكاتباً ، وإن كان الواطىء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم لاستيلاد ونصفها الآخر موقوف. فإن أدت إليهما عتقت كلها وولاؤها لهما ، وإن عجزت وفسخا الكتابة قوّمناها حينئذ على الواطىء ،فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها أم ولد له ، فإن مات عتقت عليه وكان ولاؤها له . وهذا مذهب الشافعى . وله قول آخر : أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة فى نصف الشريك وتصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتباً للواطىء . فإن أدت نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقى لأنه ملكه وعتق جميعها ، وإن عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولد له خاصة ، فإذا مات عتقت كلها .

ولنا : أن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك ، كما لو كان الشريك موسراً . يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطىء ونسبه لاحق به ،فيجب أن يثبت ذلك لجميعها . ويفارق الإعتاق ، فإنه أضعف على ما بينا من قبل .

ولنا : على أن الكتابة لاتبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه ، كما لو استولدها وهى فى ملكه ، وكما لو لم تحبل منه. فأما الولد فإنه حر لأنه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ، ولا يلزمه قيمته ، لأنها وضعته فى ملكه .

وروى عن أحمد فى هذا روايتان :

إحداهما : لا تجب قيمته لأن نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق ، وفى تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه .

والثانية : عليه نصف قيمته ، لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه ، فقد تلف رقه عليه ، فكان عليه نصف قيمته ، وقال القاضى : هذه الرواية أصح على المذهب . وذكر هاتين الروايتين أبو بكر واختار أنها إن وضعته بعد التقويم فلا شىء على الواطىء ، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته . فإن ادعى الواطىء الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد ، وكان حكم ولدها حكمها ، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به ، كما لو كان قبل الاستبراء ، لأنا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء .

٨٧٧٠ (فصـــــل)

وإن وطئاها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها ، فإن كانت فى الحالين على صفة واحدة فهما سواء فى الواجب عليهما ، وإن كانت بكراً حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب . فإن كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين ، وإن كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا فى المقاصة ، فإن أدت إليهما عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين ، وإن عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشىء ، لأنها قبضتهما وهى مستحقة لذلك ، فإن كانا فى يدها اقتسماها ، وإن تلفا أو بعضهما فلا شىء لهما ، لأن السيد لا يثبت له دَين على مملوكه . وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منهما بقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة . وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه . وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الأكثر على الآخر بنصف الزيادة التى أداها . وإن أفضاها[1] أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها ، لأن الإفضاء فى الحرة يوجب ثلث ديتها ، فوجب فى الأمَة ثلث قيمتها مع المهر .

٨٧٧١ (فصـــــل)

ويحتمل أن يلزمه فى الإفضاء قدر نقصها ، وقال القاضى : تلزمه قيمتها ، وهو مذهب الشافعى . والخلاف فى ذلك فرع على الواجب فى إفضاء الحرة وقد ذكرناه . فإن فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر

---

(١) الإفضاء : خرق الحاجز بين مسلك البول ومسلك الذكر فى المرأة بحيث يصبح المسلكان واحداً (ف)

بنصف قيمة الإفضاء ، على الخلاف الذى ذكرناه ، وإن ادعى كل واحد منهما على الآخر أنه الذى أفضاها أو وطئها حلف كل واحد منهما وبرىء ، وإن نكل أحدهما قضى عليه ، وإن كان الخلاف فى ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه . وإن ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى .

٨٧٧٢ (فصــــل)

فإن أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما ، فعلى قول الخرقى تصير أم ولد له وولده حر لاحق النسب به . والخلاف فى ذلك كالخلاف فيما إذا انفرد بإيلادها سواء .

وأما الثانى : فعلى قول الخرقى قد وطىء أم ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير أم ولد له ، لأنها مملوكة غيره ، فأشبه ما لو باعها ثم أولدها وعليه مهرها لها ، لأن الكتابة لم تبطل والولد حر لأنه من وطء شبهة ، وعليه قيمته للأول ، لأنه فوّت رقه عليه ، فكان من سبيله أن يكون رقيقاً له ، حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة . وقد ذكرنا فى وجوب نصف قيمة الأول خلافاً .

فإن قلنا : بوجوبها تقاصا بما لكل واحد منهما على صاحبه فى القدر الذى تساويا فيه ، ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة ، لأنها أول حال أمكن التقويم فيها . وذكر القاضى فى هذه المسألة أربعة أحوال :

أحدها : أن يكونا موسرين ، فالحكم على ما ذكرنا ، إلا أنه جعل المهر الواجب على الثانى للأول . وهذا مذهب الشافعى . ولا يصح . لأن الكتابة لا تبطل بالاستيلاد ، ومهر المكاتبة لها دون سيدها ، ولأن سيدها لو وطئها لوجب عليه المهر لها ، فلأن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها .

الثانى : أن يكون الأول موسراً والثانى معسراً ، فيكون كالحال الذى قبله سواء . قال القاضى : إلا أن ولده يكون مملوكاً لإعساره بقيمته وهذا غير صحيح ، لأن الولد لا يرق لإعسار والده ، بدليل ولد المغرور من أمة والوطء بشبهة . وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بالإعسار واليسار ، وإنما يعتبر اليسار فى سراية العتق ، وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لأجل الشبهة فى الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه ، والصحيح أنه حر وتجب قيمته فى ذمة أبيه .

الحال الثالث : أن يكونا معسرين ، فإنها تصير أم ولد لهما جميعاً نصفها أم ولد للأول ، ونصفها أم ولد للثانى ، قال : وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه . وفى ولد كل واحد منهما وجهان :

أحدهما : أن يكون كله حراً وفى ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه .

والثانى : نصفه حر وباقيه عبد لشريكه ، إلا أن نصف ولد الأول عبد قن ، لأنه تابع للنصف الباق من الأم ، وأما النصف الباق من ولد الثانى فحكمه حكم أمه ، لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للأول ، فكان نصفه الرقيق تابعاً لها فى ذلك . ولعل القاضى أراد ما إذا عجزت وفسخت الكتابة . فأما إذا كانت باقية على الكتابة فإن لها المهر كاملا على كل واحد منهما . وإذا حكم برق نصف ولدها وجب أن يكون له حكمها فى الكتابة ، لأن ولد المكاتبة يكون تابعاً لها .

الحال الرابع : أن يكون الأول معسراً والثانى موسراً ، فحكمه حكم الثالث سواء ، إلا أن ولد الثانى حر ، لأن الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر ، فسرى إلى جميعه ، وعليه نصف قيمته لشريكه ، ولم تقوّم عليه الأم لأن نصفها أم ولد للأول . ولو صح هذا لوجب أن لا يقوّم عليه نصف الولد ، لأن حكمه حكم أمه فى هذا ، فإذا منع حكم الاستيلاد السراية فى الأم منعه فيما هو تابع لها . ومذهب الشافعى فى هذه المسألة قريب مما ذكر القاضى .

٨٧٧٣ (فصل)

وإن اختلفا فى السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق ، فعلى قولنا : لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية ، لأنه يقول : صارت أم ولد لى بإحبالى إياها ، ووجب لشريكى علىّ نصف قيمتها ، ولى عليه قيمة ولده ، لأنه يقول : أولدتها بعد أن صارت أم ولد لى . وهل يكون مقراً له بنصف قيمة ولده ؟ على وجهين ، سبق ذكرهما . فعلى هذا إن استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ، ولا يمين لواحد منهما على صاحبه ، لأنه يقول : لى عليك مثل مالك علىّ والجنس واحد فتساقطا . وإن زاد ما يقر به فلا شىء عليه ، لأن خصمه يكذبه فى إقراره ، وإن زاد مايدعيه فله اليمين على صاحبه فى الزيادة ، ويثبت الأَمَة حكم العتق فى نصيب كل واحد منهما بموته لإقراره بذلك ، ولا يقبل قوله على شريكه فى إعتاق نصيبه .

وقال أبو بكر : فى الأمة قولان :

أحدهما : يقرع بينهما ، فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له .

والثانى : تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما . قال : وبالأول أقول .

وأما القاضى فاختار أنهما كانا موسرين فكل واحد منهما يدعى المهر على صاحبه ويقر له بنصفه ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شىء منها بموت الأول ، لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر . وأما إذا مات الآخر عتقت ، لأن سيدها قد مات يقيناً . وإن كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بأن نصفها أم ولده ويصدقه الآخر ، لأن الاستيلاد لا يسرى مع الإعسار ، وكل واحد منهما

يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدقه فيتقاصان إن تساويا . وإن فضل أحدهما صاحبه نظرت ، فإن كان كل منهما يدّعى الفضل تحالفا وسقط ، وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به ، وفى الولد وجهان :

أحدهما : يكون حراً ، فيكون كل واحد منهما يدّعى على الآخر نصف قيمة الولد .

والوجه الثانى : نصفه حر ، فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه ، فيكون الولدان بينهما من غير يمين . وعلى الوجه الأول يتقاصان إن تساوت قيمة الولدين ، ولا يمين فى الموضعين ، فأيهما مات عتق نصيبه وولاؤه له . وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، فالموسر يقر المعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ، ويدعى عليه جميع المهر وقيمة الولد . والمعسر يقر للموسر بنصف للمهر ونصف قيمة الولد ، فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية ، لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ، ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ، ويدفع المعسر إلى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ، ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة ، لأنه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ، ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذى ادعاه المعسر عليه .

فأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه ، وباقيها يتنازعانه ، فإن مات الموسر أولا عتق نصيبه وولاؤه لورثته ، فإذا مات المعسر عتق باقيها ، وإن مات المعسر أولا لم يعتق منها شيء . فإذا مات الموسر عتق جميعها ، ويجيء على قول أبى بكر أن يقرع بينهما فى النصف المختلف فيه .

٨٧٧٤ (فصـــــل)

فإن وطئاها معاً فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، مثل أن تأتى به بعد استبرائها منهما ، أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما ، أو قبل مضى ستة أشهر منذ وطئها كل واحد منهما ، فإن الولد منفى عنهما وهو مملوك لهما ، حكمه حكم أمه فى العتق بأدائها ، وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قُبل منه ، لأن دعوى الاستبراء فى الأمَة كاللعان فى الحرة .

القسم الثانى : أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بعينه ، من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف فى ذلك . وأما الذى لم تحبل من وطئه فإن كان الأول فعليه المهر لها ، وإن كان هو الثانى فقد وطيء أم ولد غيره . فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً . وإن كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذى استولدها ، وقد وجب للثانى على الأول نصف قيمتها ، وفى قيمة نصف الولد روايتان ، فإن كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل الحقين ، وإن كان المهر لها

رجع بحقه على الذى أحبلها . وأما القاضى فقال فى هذا القسم : الحكم فى الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل والتطويل .

وأما الثانى : فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا ، فإن وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للأول فعليه مهر مثلها ، فإن كان فسخ الكتابة فى حق نفسه لعجزها فالمهر له ، لأنها أم ولده ، وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين . وإن وطئها بعد زوال الكتابة فى حقه ، وقبل الحكم بأنها أم ولد الأول سقط عنه نصف مهرها ، لأن نصفها قن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ الكتابة ، أو له إن كان فسخ . وإن كان الأول معسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران . والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم . فأما إن كان الولد من الثانى فالحكم فى وطء الأول كالحكم فيه إذا وطىء منفرداً فلم يحبلها .

وأما الثانى : فإن كان موسراً قوّم عليه نصيب شريكه عند العجز ، فان فسخا الكتابة قوّمناها عليه وصارت أم ولد له . وإن رضى الثانى بالمقام على الكتابة قوّمنا عليه نصيب الأول ، وصارت كلها أم ولد له ونصفها مكاتب ، ويرجع الأول على الثانى بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ، ويرجع الثانى على الأول بنصف المهر فيتقاصان به إن كان باقياً عليهما . وإن كان الثانى معسراً فالحكم فيه كما لو ولدت من الأول وكان معسراً لا فضل بين المسألتين .

القسم الثالث : أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما ، فإنه يرى القافة معهما فيلحق بمن ألحقوه به منهما ، فمن ألحق به فحكمه حكم مالو عرف أنه منه بغير قافة .

٨٧٧٥ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا كاتب نصف عبد فأدى ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حراً بالكتابة إن كان الذى كاتبه معسراً ، وإن كان موسراً، عتق عليه كله ، وصار نصف قيمته على الذى كاتبه لشريكه ﴾

وجملته:أن الرجل إذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه ، سواء كان باقيه حراً أو مملوكا لغيره ، وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن . هذا ظاهر كلام الخرقى وأبى بكر وقول الحكم وابن أبى ليلى، وحكى ذلك عن الحسن البصرى والحسن بن صالح ومالك والعنبرى ، وكره الثورى وحماد كتابته بغير إذن شريكه .

وقال الثورى : إن فعل رددته إلا أن يكون نقده فيضمن لشريكه نصف مافى يده . وقال أبو حنيفة : تصح بإذن الشريك ولا تصح بغير إذنه ، وهذا أحد قولى الشافعى ، إلا أن أبا حنيفة قال : إذنه فيما مضى

فى ذلك يقتضى الإذن فى تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ، ولا يرجع الآذن بشىء منه . وقال أبو يوسف ومحمد : يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعى فى أحد قوليه : إن كان باقيه حراً صحت كتابته ، وإن كان باقيه مملوكا لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك أم لم يإذن ، لأن كتابته تقتضى إطلاقه فى رد الكسب والمسافرة وملك نصفه يمنع ذلك ، ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولأنه إذا أدى عتق جميعه فيؤدى إلى أن يؤدى نصف كتابته ويعتق جميعه .

ولنا : أنه عقد معاوضة على الصفة فصح كبيعه ، ولأنه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ، ولأنه ينفذ إعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل ، وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعى ، أو أذن فيه الشريك عند الباقين .

وقولهم : إنه يقتضى المسافرة والكسب وأخذ الصدقة .

قلنا : أما المسافرة فليست من المقتضيات الأصلية ، فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد . وأما الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه ، وأخذه الصدقة بجزئه بالمكاتبة . ولا يستحق الشريك شيئاً منه لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ، ولا حق للشريك فيه ، فكذلك فيما حصل به ، كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر . وأما الكسب فإن هايأه مالك نصفه فكسب فى نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً ، وإن لم يهايئه فكسب بجملته شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقى ، لأنه كسبه بجزئه المملوك فيه ، فأشبه مالو كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه

وقولهم : إنه يفضى إلى أن يؤدى بعض الكتابة فيعتق جميعه

قلنا : يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال ، فإنه يؤدى عوض البعض ويعتق الجميع . على أننا نقول : لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة ، فإن جميع الكتابة هو الذى كاتبه عليه مالك نصفه ، ولم يبق منها شىء فلا يعتق حتى يؤدى جميعها ، ولأنه لا يعتق الجميع بالأداء وإنما يعتق الجزء المكاتب لا غير ، وباقيه إن كان المكاتب معسراً لم يعتق وإن كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه ، فإذا جاز جميعه بإعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجرى مجرى العتق .

إذا ثبت هذا فإنه إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذى كاتبه ، لأن الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع . وليس للعبد أن يؤدى إلى مكاتبه شيئاً حتى يؤدى إلى شريكه مثله ، سواء أذن الشريك فى كتابته أو لم يأذن ، لأنه إنما أذن فى كتابة نصيبه ، وذلك يقتضى أن يكون نصيبه باقياً له ولا يقتضى أن يكون معروفاً فى الكتابة . هذا إذا كان الكسب بجميعه . فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق ، لأن

الـكتابة الصحيحة تقتضى العتق ببراءته من العوض ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له ، وإن أدى إليهما جميعاً عتق كله ، لأن نصفه يعتق بالأداء ، فإذا عتق سرى إلى سائره وإن كان الذى كاتبه موسراً،لأن عتقه يسبب من جهته فلزمته قيمته كالو باشره بالعتق ، أو كما لو عاق عتق نصيبه على صفة فعتق بها ، ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق .

فأما إن ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب ، مثل أن هايأه سيده فـكسب شيئاً فى نوبته ، أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره ، فلا حق لسيده فيه ، وله أداء جميعه فى كتابته ، لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الـكتابة ، فأشبه النصف الباقى بعد إعطاء الشريك حقه .

فلو كان ثلثه حراً ، وثلثه مكاتباً ، وثلثه رقيقاً ، فورث بجزئه الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله فى كتابته لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاًمنه ، فلا يستحق مالـكه منه شيئاً. وإذا أدى جميع كتابته عتق ، فإذا كان الذى كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه ، كما إذا واجهه بالعتق ، إلا على الرواية التى نقول فيها بالاستسعاء ، فإنه يستسعى فى نصيب الذى لم يـكاتب ، وإن كان موسراً سرى إلى باقيه .

٨٧٧٦ (فصـــــل)

وإذا كان العبد كله ملـكا لرجل فـكاتب بعضه جاز ، قاله أبو بكر، لأنها معاوضة فصحت فى بعضه كالبيع ، فإذا أدى جميع كتابته عتق كله ،لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فإلى ملـكه أولى . ويجب أن يؤدى إلى سيده مثلى كتابته ،لأن نصف ما يكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ، ونصفه يؤدى فى الـكتابة ، إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع فى الـكتابة فيصح . وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالـكتابة وباقيه بالسراية .

٨٧٧٧ (فصـــل)

وإذا كان العبد لرجلين فـكاتباه معاً جاز ، سواء تساويا فى العوض أو اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلفا،وسواء كان فى عقد واحد أو عقدين ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعى : لا يجوز أن يتفاضلا فى المال مع التساوى فى الملك ، ولأن التساوى فى المال منع التفاضل فى الملك ، لأن ذلك يؤدى إلى أن ينتفع أحدهما بمـال الآخر ، لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قـدر ملـكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك .

ولنا : أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة ،فجاز أن يختلفا فى العوض كالبيع ، وما ذكروه لا يلزم ، لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز ، وليس ذلك من مقتضيات العقد ، وإنما يكون عند زواله فلا يضر ، ولأنه إنما يؤدى إليهما على التساوى ، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على

قدر الملكين ، لم يكن أحدهما منتفعاً إلا بما يقابل ملكه ، وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل .

فإن قيل : فالتساوى فى الملك يقتضى التساوى فى أدائه إليهما ، ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر ، فيعتق نصيبه ويسرى إلى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته .

قلنا : يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ، ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة فى نجمين فى كل نجم خمسون ، ويكاتب الآخر على مائتين فى نجمين ، فى النجم الأول خمسون ، وفى الثانى مائة وخمسون، ويكون وقتهما واحداً[1] ، فيؤدى إلى كل واحد منهما حقه. على أن أصحابنا قالوا : لا يسرى العتق إلى نصيب الآخر ما دام مكاتباً . فعلى هذا القول لا يفضى إلى ما ذكروه ، على أنه وإن قدّر إفضاؤه إليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة ، فإنه لا يخلّ بمقصود الكتابة وهو العتق بها ، ويمكن وجود سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلى قيمته ، فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقى المال وحصل له ولاء العبد ، ولا ضرر فى هذا .

ثم لو كان فيه ضرر لكن قد رضى به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه ، والضرر المرضى به من جهة المضرور لا عبرة به ، كما لو باشره بالعتق ، أو أبرأه من مال الكتابة ، فإنه يعتق عليه ويسرى عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز ، فهذا أولى بالجواز ، ولا يجوز أن يختلفا فى التنجيم ولا فى أن يكون لأحدهما فى النجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخر فى أحد الوجهين ، لأنه لا يجوز أن يؤدى إليهما إلا على السواء ، ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الآخر واختلافهما فى ميقات النجوم ، وقدر المؤدى فيهما يفضى إلى ذلك .

والثانى : يجوز لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ، ويعطى من قلّ نجمه أكثر من الواجب له ، ويمكن أن يأذن له أحدهما فى الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ، ويمكن أن ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه . وإذا أمكن إفضاء العقد إلى مقصوده فلا نبطله باحتمال عدم الإفضاء إليه .

٨٧٧٨ (فصــــل)

وليس المكاتب أن يؤدى إلى أحدهما أكثر من الآخر ، ولا يقدم أحدهما على الآخر . ذكره القاضى . وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، ولا أعلم فيه خلافاً لأنهما سواء فيه فيستويان فى كسبه ، وحقهما متعلق

(١) (واحد) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤١٠ والفقى ج ٩ ص ٤٦٥ والصواب (واحداً) بالنصب خبر (يكون) (ف)

بما فى يده تعلقاً واحداً ، فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ، ولأنه ربما عجز فيعود إلى الرق ويتساويان فى كسبه ، فيرجع أحدهما على الآخر بما فى يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة .

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض ، وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن أذن فى القبض ، وإن أذن فيه ففيه وجهان ، ذكرهما أبو بكر :

أحدهما: يصح ، لأن المنع لحقه فجاز باذنه ، كما لو أذن المرتهن للراهن فى التصرف فيه ، أو أذن البائع للمشترى فى قبض المبيع قبل توفية ثمنه ، أو أذنا للمكاتب فى التبرع ، ولأنهما لو أذنا له فى الصدقة بشيء صح قبض المتصدق عليه له كذلك هاهنا .

والثانى : لا يجوز ، وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى واختيار المزنى ، لأن ما فى يد المكاتب ملك له ، فلا ينفذ إذن غيره فيه وإنما حق سيده فى ذمته ، الأول أصح إن شاء الله تعالى ، لأن الحق لهم لا يخرج عنهم ، فاذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع .

وقولهم : إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه ، لأن كونه ملكاً له يقتضى جواز تصرفه فيه على حسب اختياره ، وإنما المنع لتعلق حق سيده به ، فإذا أذن زال المانع ، فصح التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ، ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل .

فعلى هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ، ويسرى العتق إلى باقيه وعليه قيمة حصة شريكه لأن عتقق بسببه ، هذا قول الخرقى ، ويضمنه فى الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقى عليه من كتابته، وولاؤه كله له ، وما فى يده من المال الذى لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه ، والباقى بين العبد وبين سيده الذى عتق عليه ، لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية ، فحصة ما عتق بالكتابة للعبد، وحصة ما عتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقى كله للعبد ، لأن الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء .

وقال أبو بكر والقاضى : لا يسرى العتق فى الحال ، وإنما يسرى عند عجزه ، فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة ، فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما وولاؤه لهما ، وما بقى فى يده من كسبه فهو له ، وإن عجز وفسخت كتابته قوّم على الذى أدى إليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة فى نصفه ، وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ، ولسيده الذى لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه مثل ما أخذ شريكه من مال الكتابة ، وله نصف ما يبقى والباقى لورثة العبد ، فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذى أدى إليه بالولاء .

وإن قلنا : لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب ، لأنه

لم يستوف عوضه ، ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير إذنه سواء ، وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب إليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً .

وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ، ويستوفى الذى لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقى بينهما .

قال أحمد فى رواية ابن منصور فى عبد بين رجلين كاتباه فأدى إلى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه ؟ قال أحمد : كلما كسب العبد فى كتابته فهو بينهما ، ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما ، قال ابن منصور : قال اسحاق بن راهويه كما قال .

٨٧٧٩ (فصــــــل)

وإن عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والإمضاء ، فإن فسخا جميعاً أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه ، وإن فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قناً ونصفه مكاتباً ، وقال القاضى : تنفسخ الكتابة فى جميعه ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الكتابة لو بقيت فى نصفه لعاد ملك الذى فسخ الكتابة إليه ناقصاً .

ولنا : أنها كتابة فى ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر ، كما لو انفرد بكتابته ، ولأنهما عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع ، وما حصل من النقص لا يمنع ، لأنه إنما حصل ضمناً لتصرف الشريك فى نصيبه فلم يمنع كإعتاق الشريك ، ولأن من أصلنا أنه تصح مكاتبة أحدهما نصيبه ، فإذا لم يمنع العقد فى ابتدائه فلأن[1] يبطل فى دوامه أولى ، ولأن ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره ولأن فى فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده ، وليس دفع الضرر عن الشريك الذى فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذى لم يفسخ ، بل دفع الضرر عن الذى لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة :

أحدها : أن ضرر الذى فسخ حصل ضمناً ابقاء عقد شريكه فى ملك نفسه ، وضرر شريكه يزول[2] عقده وفسخ تصرفه فى ملكه .

والثانى : أن ضرر الذى فسخ لم يعتبره الشرع فى موضع ولا أصل لما ذكروه من الحكم ، ولا يعرف

(١) (فلأن يبطل فى دوامه) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤١٤ والفقى ج ٩ ص ٤٦٧ لكن فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٦٢ (فلأن لا يبطله فى دوامه) وهذا هو الصواب (ف)

(٢) (يزول عقده) هكذا فى المغنى طبعة رشيد ١٢ / ٤١٤ والفقى ٩ / ٤٩٧ لكن فى الشرح الكبير ١٢ / ٤٦٢ (يزول بزوال عقده) وهو الصواب (ف)

له نظير ، فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التي وقع الإجماع على اطراحها ، وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقوده من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى .

الثالث : أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين ، وضرر الفاسخ لا يتعداه ، ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه ، ولا يجوز إحداث الفسخ من غير دليل راجح .

٨٧٨٠ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولا ، ثم زكاه إن كان نصاباً ﴾ .

وجملته : أن المكاتب لا زكاة عليه بلا خلاف نعلمه ، فإذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ ، فيبتدىء حول الزكاة من يوم عتق ، فإذا تم الحول وجبت الزكاة إن كان نصاباً ، وإن لم يكن نصاباً فلا شيء فيه ، ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوي يبلغ نصاباً ، فإنه يستقبل به حولا من حين أسلم ، لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة ، وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده .

٨٧٨١ ﴿ مسـألة ﴾

قال ﴿ وإذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب ، وعاد عبداً غير مكاتب ﴾ .

وجملته : أن الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف نعلمه ، وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم ، لأنه إنما ثبت في العقد مؤجلا ، وإذا حل النجم فللسيد مطالبته بما حل من نجومه ، لأنه دَين له حلّ ، فأشبه دَينه على الأجنبي ، وله الصبر عليه وتأخيره به سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً عنه ، لأنه حق له سمح بتأخيره أشبه دَينه على الأجنبي . فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتابة لا تنفسخ ما داما ثابتين على العقد الأول ، فإن أجّله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك ، لأن الدّين الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض ، وإن حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختار السيد فسخ كتابته ورده إلى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستنابة[1] ، فعل ذلك ابن عمر ، وهو قول شريح والنخعي وأبي حنيفة والشافعي . وقال ابن أبي ليلى : لا يكون عجزه إلا عند قاض ، وحكى نحو هذا عن مالك ، وقال الحسن : إذا عجز استؤنى بعد العجز سنتين وقال الأوزاعي : شهرين ونحو ذلك .

---

(١) في المغني طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤١٦ والفقي ج ٩ ص ٤٦٩ (ولا تلزمه الاستنابة) وفي الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٣٦ (ولا يلزمه الاستيناء به) والصواب (ولا يلزمه الاستئناء به) و (الاستئناء) مصدر (استأنى) يقال : استأنى الرجل به : ترفق به وتأنى عليه ولم يعجله (ف)

ولنا : ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاماً له على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فرده إلى الرق ، وبإسناده عن عطية العوفى عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال : إنى قد طفت العراق والحجاز فردنى فى الرق فرده .

وروى عنه أنه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً ، فقال له : أنا عاجز ، فقال له : امح كتابتك ، فقال : امح أنت .

وروى سعيد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق »[1] .

ولأنه عقد عجز عن عوضه فملك مستحقه فسخه كالسلم إذا تعذر المسلم فيه ، ولأنه فسخ عقد مجمع عليه فلم يفتقر إلى الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد .

فإن قيل : فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟

قلنا : هى لازمة من جهة الطرفين ، ولا يملك العبد فسخها بحال ، وإنما له أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب ، وإنما كان له ذلك لوجهين :

أحدهما : أن الكتابة تتضمن إعتاقاً بصفة ، ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك إبطالها ، ويلزم وقوع العتق بالصفة ، ولا يلزم العبد الإتيان بالصفة ولا يجبر عليها .

الثانى : أن الكتابة لحظ العبد دون سيده ، وكان العقد لازماً لمن ألزم نفسه حظ غيره ، وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً ، أو كفل له ، أو رهن عنده رهناً .

٨٧٨٢ (فصــــل)

فأما إن حل نجم واحد فعجز عن أدائه ، فظاهر كلام الخرقى أنه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائهما ، وهى إحدى الروايتين عن أحمد ، قال القاضى : وهو ظاهر كلام أصحابنا . وروى ذلك عن على رضى الله عنه ، وهو قول الحكم وابن أبى ليلى وأبى يوسف والحسن بن صالح .

وقال ابن أبى موسى : وروى عن أحمد أنه لا يعود رقيقاً حتى يقول : قد عجزت ، وقيل عنه : إذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقى .

والرواية الثانية : أنه إذا عجز عن نجم واحـــــد فلسيده فسخ الكتابة ، وهو قول الحارث العكلى وأبى حنيفة والشافعى ، لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذى كاتبه عليه ويدفع إليه

(١) أخرجه بنحوه أحمد وأبو داود وابن ماجة والحاكم عن عبد الله بن عمرو (ف)

المال فى نجومه ، فإذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا ، ولأنه عجز عن أداء النجم فى وقته لجاز فسخ كتابته كالنجم الأخير .

ولنا : ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال « لا يرد[1] المكاتب فى الرق حتى يتوالى عليه نجمان » ولأن ما بين النجمين محل لأداء الأول ، فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثانى .

٨٧٨٣ (فصـــــل)

وإذا حل النجم وماله حاضر عنده طولب بأدائه ، ولم يجز الفسخ قبل الطلب ، كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب . فإن طلب منه فذكر أنه غائب عن المجلس فى ناحية من نواحى البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن إحضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتى به إذا طلب الإمهال ، لأن هذا يسير لا ضرر فيه ، وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الإمهال ليبيعه بجنس مال الكتابة فطلب الإمهال ليبيعه بجنس مال الكتابة أمهل ، وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الإمهال ، وهذا قول الشافعى .

وقال أبو حنيفة . إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤنى يومين وثلاثة لا أزيده على ذلك ، لأن الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها فى حد الكثرة ، وهذا كله قريب بعضه من بعض .

فأما إذا كان قادراً على الأداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه وقال : قد عجزت ، فقال الشريف أبو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين : يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله : إذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب ، فعلق جواز الفسخ على عدم الأداء ، وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو بكر بن جعفر : ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض ، وهو قول أبى حنيفة ومالك والأوزاعى ،وقد ذكرنا هذا[2] فيما تقدم . فأما إن كان قادراً على أداء المال كله ففيه رواية أخرى أنه يصير حراً بملك ما يؤدى وقد سبق ذكرها .

---

(١) أخرج ابن أبى شيبة بسنده عن على قال : إذا تتابع على المكاتب نجمان رد فلم يؤد نجومه رد إلى الرق » (ف)

(٢) مر فى كتاب البيع وقد صرح بهذا الشرح الكبير ١٢ / ٤٣٨ ونص كلامه « وقال أبو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبى حنيفة ومالك والأوزاعى وقد ذكر ذلك فى كتاب البيع وفيه رواية أخرى أنه إذا قدر على أداء المال كله أنه يصير حراً بملك ما يؤدى وقد ذكرناها » (ف)

٨٧٨٤ (فصـــــل)

وإذا حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ . وإن كان سافر بإذنه لم يكن له أن يفسخ ، لأنه أذن فى السفر المانع من الأداء ، ولكن يرفع أمره إلى الحاكم [ويثبت عنده[1] حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم إلى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده ، فإن كان عاجزاً عن أداء المال كتب بذلك إلى الحاكم الكاتب[2]] ليجعل للسيد فسخ الكتابة . وإن كان قادراً على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذى فيه السيد ليؤدى مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك ، فإن فعله فى أول حال الإمكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ ، وإن أخره عن حال الإمكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ .

فإن وكل السيد فى بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع إليه ، فإن امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ . وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد وكالته . وإن لم يثبت ذلك لم يلزم للمكاتب الدفع إليه ، وكان له عذر يمنع جواز الفسخ ، لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال ، وسواء صدقه فى أنه وكيل أو كذبه .

وإن كتب حاكم البلد الذى فيه السيد إلى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك ، لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه ، فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد ، فإن اختار القبض جرى مجرى الوكيل ، ومتى قبض منه المال عتق .

٨٧٨٥ (فصـــــل)

قال : وإذا دفع العوض فى الكتابة فبان مستحقاً تبين أنه لم يعتق ، وكان هذا الدفع كعدمه ، لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له : إن أديت الآن وإلا فسخت كتابتك . وإن كان قد مات بعد الأداء فقد مات عبداً ، فإن بان معيباً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت ، فإن كان قد رضى بذلك وأمسكها استقر العتق .

فإن قيل : كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد ؟ فإن ما يقابل العيب لم يقبضه ، فأشبه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة .

---

(١) ما بين الحاصرين ساقط من الشرح الكبير ٤٣٨/١٢ (ف)

(٢) قوله (الكاتب) هـ ـ كذا فى المغنى طبعة رشيد ١٢ / ٤١٩ والمتن ج ٩ ص ٤٧١ ويبدو أنها محرفة والأصل (المكاتب) (ف)

قلنا : إمساكه المعيب راضياً به رضاً منه بإسقاط حقه ، فجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته . وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك . قال أبو بكر : وقياس قول أحمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرش ، لأن العتق إتلاف واستهلاك ، فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ، ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع .

وقال القاضي : يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع ، لأن العتق إنما استقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع ، وإن اختار إمساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع ، ولأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك . وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه ، كما لو بان العوض مستحقاً ، وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ، ولو قال السيد لعبده : إن أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك ، لأن معناه إن أعطيته[1] ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه .

٨٧٨٦ (فصل)

وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك ، لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء ، ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه ، لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

٨٧٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا ﴾ .

وجملته : أن ما يأخذه من نجوم كتابته كمال استفادَهُ بكسب أو غيره فيملِكُهُ بأخذه ويستقبل به حولا ، لأنه لا يملك ما في يد مكاتبه ، ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدَّين الذي على المكاتب ، لأن ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي .

٨٧٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته ؛ فإن عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته إن كانت أقل من جنايته أو يسلمه ﴾

---

(١) قوله (إن أعطيته) هكذا في المغني طبعة رشيد ١٢ / ٤٢١ والفقي ٩/٤٧٢ لكن في الشرح الكبير ١٢ / ٣٦٧ (إن أعطيتنيه) وهو الأولى (ف)

وجملة ذلك : أن المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ، ويؤدى من المال الذى فى يده ، وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والأوزاعى ومالك والحسن بن صالح والشافعى وأبو ثور . وقال عطاء والنخعى وعمرو بن دينار : جنايته على سيده . قال عطاء : ويرجع سيده بها عليه . وقال الزهرى : إذا قتل رجلا خطأ كانت كتابته وولاؤه لولى المقتول إلا أن يفديه سيده .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يجنى[1] جان إلا على نفسه » ولأنها جناية عبد فلم تجب فى ذمة سيده كالقن .

إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة ، سواء حل عليه نجم أو لم يحل ، وهذا المنصوص عليه عن أحمد والمعمول به فى المذهب . وذكر أبو بكر قولا آخر أن السيد يشارك ولى الجناية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته ، لأنهما دينان فيتحاصان كسائر الديون .

ولنا : أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ، ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما ، فوجب أن يقدم هاهنا .

يحققه أن أرش جنايته مقدم على ملك السيد فى عبده، فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى ، لأن الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر ، فإذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى ، لأن أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التى ليست مستقرة .

إذا ثبت هذا فإنه يفدى نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها ، وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته، لأنه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذى تعلق به الأرش . فإن بدأ بدفع المال إلى ولى الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية وإلا باع الحاكم منه بما بقى من أرش الجناية وباقيه باق على كتابته . وإن اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشتركاً بين السيد وبين المشترى . فإن أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق إلى باقيه إن كان المكاتب موسراً ويقوم عليه، وإن كان معسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق . وإن لم يكن فى يده مال ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته . وإن بدأ بدفع المال إلى سيده نظرنا ، فإن كان ولى الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه ، وكان النظر فيه إلى الحاكم ، فلا يصح دفعه إلى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه إلى ولى الجناية ، فإن وفى وإلا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل . وإن لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه إلى سيده ، لأنه يقضى حقاً عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه . ثم إن كان ما دفعه إليه جميع مال الكتابة عتق ويكون

---

(١) أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجة عن عمرو بن الأحوص من خطبته يوم الحج الأكبر (ف)

الأرش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجناية. وإن أعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك ، لأنه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كما لو قتله ، وإن عجز ففسخ السيد كتابته فداه أيضاً بما ذكرنا . وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعني روايتين :

إحداهما : يفديه بأقل الأمرين .

والثانية : يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت .

٨٧٨٩ (فصل)

وإذا جنى المكاتب جنايات تعلقت برقبته ، واستوى الأول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الأول على الثاني ، لأنها تعلقت بمحل واحد ، وكذا إن كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهي سواء ، ويتعلق جميعها بالرقبة . فإن كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين ، وإن عفا إلى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال ، فإن أبرأه بعضهم استوفى الباقون ، لأن حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد ، فإذا اجتمعوا تزاحموا ، فإذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقون كما لو انفردوا كما في الوصايا ، وإن أدى وعتق فالضمان عليه ، وإن أعتقه سيده فالضمان عليه ، وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الأمرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ، ولأنه لو عجزه الغرماء وعاد قناً بيع وتحاصوا في ثمنه ، كذلك هاهنا . فأما إن عجزه سيده فعاد قناً خير بين فدائه وتسليمه ، فإن اختار فداءه ففيه روايتان :

إحداهما : يفديه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله .

والثانية : يلزمه أرش الجنايات كلها بالغة ما بلغت ، لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته ، فقد فوت تلك الزيادة باختيار إمساكه فكان عليه جميع الأرش ، ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله ، لأن المحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ولم يجب أكثر من قيمته والمحل باق ، وهاهنا يمكن تسليمه وبيعه .

وإن أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عتقه ففيه روايتان :

إحداهما : يفدي نفسه بأقل الأمرين .

والثاني : بأرش الجنايات بالغة ما بلغت ، لأن محل الأرش قائم غير تالف ، ويمكن تعجيز نفسه في كل جناية يباع فيها فأشبه ما لو عجزه سيده .

٨٧٩٠ (فصـــل)

وإن جنى المـكاتب على سيده فيما دون النفس فالسـيد خصمه فيها ، فإن كانت موجبة للقصاص وجب كما تجب على عبده القن ، لأن القصاص يجب المزجر فيحتاج إليه العبد فى حق سيده ، وإن عفا على مال أو كانت موجبة للمال ابتداء وجب له ، لأن المـكاتب مع سيده كالأجنبى ، يصح أن يبايعه ويثبت له فى ذمته المال والحقوق ، كـذلك الجناية ، ويفدى نفسه بأقل الأمرين فى إحدى الروايتين ، والأخرى يفديها بأرش الجناية بالغة ما بلغت .

فإن وفى مافى يده بما عليه فلسيده مطالبته به وأخذه ، وإن لم يف به فلسيده تعجيزه ، فإذا عجزه وفسخ الـكتابة سقط عنه مال الـكتابة وأرش الجناية ، لأنه عاد عبداً قناً ، ولا يثبت للسيد على عبده القن مال ، وإن أعتقه سيده ولا مال فى يده سقط الأرش ، لأنه كان متعلقاً برقبته وقد أتلفها فسقط ، وإن كان فى يده مال لم يسقط ، لأن الحق كان متعلقاً بالذمة وما فى يده من المال ، فإذا تلفت الرقبة بقى الحق متعلقاً بالمـال فاستوفى منه كما لو عتق بالأداء ، وهل يجب أقل الأمرين أو أرش الجناية كله ؟ على وجهين . ويستحق السيد مطالبته بأرش الجناية قبل أداء مال الـكتابة لما ذكرنا من قبل فى حق الأجنبى . وإن اختار تأخير الأرش والبداية بقبض مال الـكتابة جاز . ويعتق إذا قبض مال الـكتابة كله . وقال أبو بكر لا : يعتق بالأداء قبل أرش الجناية لوجوب تقديمه على مال الـكتابة .

ولنا : أن الحقين جميعاً للسيد ، فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، ولأنه لو بدأ بأداء الـكتابة قبل أرش الجناية فى حق الأجنبى عتق ، ففى حق السيد أولى ، ولأن أرش الجناية لا يلزم أداؤه قبل اندمال الجرح ، فيمكن تقدم وجوب الأداء عليه ·

فإذا ثبت هذا ، فإنه إذا أدى عتق ويلزمه أرش الجناية ، سواء كان فى يده مال أو لم يكن ، لأن عتقه بسبب من جهته ، فلم يسقط ما عليه ، بخلاف ما إذا أعتقه سيده فإنه أتلف محل حقه ، وهاهنا بخلافه . وهل يلزمه أقل الأمرين أو جميع الأرش ؟ على وجهين .

وإن كانت جنايته على نفس سيده ، فلورثته القصاص فى العمد أو العفو على مال ، وفى الخطأ المـال ، وفيما يفدى به نفسه روايتان . وحكم الورثة مع المـكاتب حكم سيده معه ، لأن الـكتابة انتقلت إليهم والعبد لو عاد قناً لـكان لهم ، وإن جنى على موروث سيده ، فورثه سيده فالحـكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ما مضى .

٨٧٩١ (فصـــل)

وإن اجتمع على المـكاتب أرش جناية وثمن مبيع ، أو عوض قرض ، أو غيرهما من الديون مع مال

الكتابة وفى يده مال يفى بها ، فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالحر . وإن لم يف بها ما فى يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر ، وإن كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز ، لأن تعجيله تبرع فلم يجز بغير إذن سيده كالهبة ، وإن كان بإذن سيده جاز كالهبة .

وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة إذنه . وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى الحاكم ، وإنما يحجر عليه بسؤالهم . فإن حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح ، لأن الحق لهم ولا يستوفى بغير إذنهم ، وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك ؛ لأن حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله . فإذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضى : عندى أنه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوى بينهما ، ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة ، لأن أرش الجناية محل الرقبة ، فإذا لم يحصل مما فى يده استوفى من رقبته ، وهذا مذهب الشافعى ، واتفق أصحابنا والشافعى على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة على ما مضى بيانه .

٨٧٩٢ (فصـــل)

وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص ، فللمجنى عليه الخيار بين القصاص والمال ، فإن اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو إتلاف مال تعلق أرشها برقبته ، وللمكاتب فداؤه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لأنه بمنزلة شرائه ، وليس له فداؤه بأكثر من قيمته ، كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده . فإن كان الأرش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه ، لأنه تبرع بالزيادة ، وإن زاد الأرش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه بأقل الأمرين ؟ على روايتين .

٨٧٩٣ (فصـــل)

فإن ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوى رحمه المحرم ، أو ولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق أرشها برقبته ، وللمكاتب فداؤه بغير إذن سيده كما يفدى غيره من عبيده .

وقال القاضى فى المجرد : ليس له فداؤه بغير إذنه ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه إتلاف لماله ، فإن ذوى رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم ، فلم يجز له إخراج ماله فى مقابلتهم ، ولأن شراءهم كالتبرع ، ويفارق العبد الأجنبى ، فإنه ينتفع به وله صرفه فى كتابته ، فكان له فداؤه وشراؤه كسائر الأموال . لكن إن كان لهذا الجانى كسب فدى منه ، وإن لم يكن له كسب بيع فى الجناية إن استغرقت قيمته ، وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها ، وما بقى للمكاتب .

ولنا : أنه عبد له جنى فملك فداءه كسائر عبيده ، ولا نسلم أنه لا يملك شراءه .

وقولهم : لا يتصرف فيه .

قلنا : إلا أن كسبه له، وإن عجزه المكاتب صار رقيقاًمعه لسيده ، وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع به المكاتب . وإذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه ، وفارق التبرع ، فإنه يفوت المال على السيد .

فإن قيل : بل فيه مضرة ، وهو منعه من أداء الكتابة ، فإنه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه فى الكتابة عجز عنها .

قلنا : هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه ، بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه ، أو امتنع من الأداء مع قدرته عليه، فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء، فكذلك لا يمنع مما هو فى معناه ولا مما يفضى إليه، ولأن غاية الضرر فى هذا المنع من إتمام الكتابة ، وليس إتمامها واجباً عليه ، فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين :

أحدهما : أن هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له .

والثانى : أن فيه نفعاً للمكاتب بإعتاق ولده وذوى رحمه ونفعهم بالإعتاق على تقدير الأداء ، فإذا لم يمنع مما يساويه فى المضرة من غير نفع فيه ، فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لإحدى الجهتين أولى . وولد المكاتبة يدخل فى كتابتها ، والحكم فى جنايته كالحكم فى ولد المكاتب سواء .

٨٧٩٤ (فصـــــــل)

وإن جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم ، لأنه لا يجب للسيد على عبده مال ، وإن كان موجبها قصاصاً فقال أبو بكر : ليس له القصاص ، لأنه إتلاف لماله باختياره ، وهذا الذى ذكره أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

وقال القاضى : له القصاص ، لأنه من مصلحة ملكه ؛ فإنه لو لم يستوفه أفضى إلى إقدام بعضهم على بعض ، وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه فى أرش الجناية ، لأن الأرش لا يثبت له فى رقبة عبده . فإن كان الجانى من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك .

وقال أصحاب الشافعى : يجوز بيعه فى أحد الوجهين ، لأنه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه .

ولنا : أنه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبى ، وما ذكروه ينتقض بالرهن إذا جنى على راهنه .

٨٧٩٥ (فصـــــــل)

وإن جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدراً لما ذكرنا .

وإن كان موجبها القصاص ، فله أن يقتص إن كان فيما دون النفس ، لأن العبد يقتص منه لسيده ،

وإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال . فإن كان الجانى أباه لم يقتص منه ، لأن الوالد لا يقتل بولده ، وإن جنى المكاتب عليه لم يقتص منه ، لأن السيد لا يقتص منه لعبده .

وقال القاضي : فيه وجه آخر أنه يقتص منه ، لأن حكم الأب معه حكم الأحرار ، بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه ، وجعلت حريته موقوفة على حريته . قال : ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مالكه سوى هذا الموضع .

٨٧٩٦ (فصل)

وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان :

أحدها : أن كسبه له ، وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه .

والثانى : أن المكاتبة تستحق المهر فى النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل العضو .

والثالث : أن السيد يأخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتبة ، فلا يجوز أن يستحق عنه عوضاً آخر ، ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون الجانى سيده فلا قصاص عليه لمعنيين :

أحدهما : أنه حر ، والمكاتب عبد .

والثانى : أنه مالكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ، ولكن يجب الأرش ولا يجب إلا باندمال الجرح على ما ذكرنا فى الجنايات ، ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه .

فإذا ثبت هذا : فإنه إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة ، وكان الحكم فيه كما لو قتله، وإن اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده ، فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا ، وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ، ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه . وإن اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز ، لأنه بيع دين بدين ، فإن قبض أحدهما حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضاً عن حقه جاز ، وإن رضى المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة .

الحال الثانية : إذا كان الجانى أجنبياً حراً فلا قصاص أيضاً ، لأن الحر لا يقتل بالعبد ، ولكن ينظر ، إن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجانى قيمته لسيده ، وإن اندمل الجرح فعليه أرشه له ، فإن أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح إلى نفسه وجبت ديته ، لأن اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته ، فإن كان الجانى السيد أو غيره من الورثة لم يرث منه شيئاً ، لأن القاتل لا يرث ،

ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ، ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجانى قيمته ، ويكون لورثته أيضاً .

الحال الثالث : إذا كان الجانى عبداً أو مكاتباً ، فإن كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس ، انفسخت الكتابة ، وسيده مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجانى ، ، وإن كانت فيما دون النفس ، مثل أن يقطع يده أو رجله فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه ، كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته ، والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه . وإن عفا على مال ثبت له ، وإن عفا مطلقاً أو إلى غير مال انبنى ذلك على الروايتين فى موجب العمد إن قلنا:موجبه القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال ، وليس للسيد مطالبته باشتراط مال ، لأن ذلك تكسب ولا يملك السيد إجباره على الكسب . وإن قلنا : الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح ، لأنه لما سقط القصاص تعين المال ولا يصح عفوه عن المال ، لأنه لا يملك التبرع به بغير إذن سيده وإن صالح على بعض الأرش فحكمه حكم العفو إلى غير مال .

٨٧٩٧ (فصـــــل)

وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنايات ، ولم يكن ملك ما يؤدى فى كتابته ، انفسخت كتابته وسقط أرش الجنايات ، لأنها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفى دَينه مما كان فى يده ، فإن لم يف بها سقط الباقى .

قال أحمد : ليس على سيده قضاء دَينه هذا كان يسعى لنفسه ، وإن كان قد ملك ما يؤدى فى كتابته انبنى ذلك على الروايتين فى عتق المكاتب بملك ما يؤديه ، وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدّين على ما ذكرنا فى الحال الأول ، وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبى الزناد ويحيى الأنصارى وربيعة والأوزاعى وأبى حنيفة والشافعى .

والرواية الثانية : أنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً ، فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه .

وروى نحو هذا : عن شريح والنخعى والشعبى والحكم وحماد وابن أبى ليلى والثورى والحسن بن صالح لأنه دَين له حال فيضرب به كسائر الديون ، ويجىء على قول من قال : إن الدّين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة ، ، لأنه قد صار حالا ، والمذهب الأول الذى نقله الجماعة عن أحمد .

وقد روى سعيد فى سننه : حدثنا هشيم أنا منصور وسعيد عن قتادة قال : ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح فى المكاتب إذا مات وعليه دَين وبقية من مكاتبته ، فقلت : إن شريحاً قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء؟ فقال سعيد : أخطأ شريح ، ، قضى زيد بالدّين قبل المكاتبة .

٨٧٩٨ ﴿ مسألة ﴾

قال: ﴿ وإذا كاتبه ثم دبره ، فإذا أدى صار حراً ، وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير إن حمل الثلث ما بقى من كتابته ، وإلا عتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقى ﴾ .

وجملة ذلك: أن تدبير المكاتب صحيح لا نعلم فيه خلافاً، لأنه تعليق عتق بصفة وهو يملك إعتاقه، وإن كان وصية فهو وصية بإعتاقه وهو يملكه ، فعند هذا إن أدى عتق بالأداء ، لأنه سبب للعتق ، ويبطل التدبير لغنى عنه وما فى يده له . وإن عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب ، فإذا مات السيد عتق إن خرج من الثلث وما فى يده لسيده . وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث .

وإن مات السيد قبل أدائه وعجزه عتق بالتدبير إن حمله الثلث ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق ، لأن مال الكتابة عوض عنه ، فإذا عتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة ، لأنه لم تبق الكتابة إلا فى نصفه ، فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك ، وهو على الكتابة فيما بقى وما فى يده له ، وهذا مذهب الشافعى رضى الله عنه .

وقال أصحابنا : إذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما فى يده لسيده ، كما لو بطلت الكتابة بعجزه ، لأنه عبد عتق بالتدبير فكان ما فى يده لسيده كغير المكاتب ، والصحيح الأول إن شاء الله تعالى ، لأنه مكاتب برىء من مال الكتابة فعتق بذلك وكان ما فى يده له كما لو أبرأه سيده . يحققه أن ملكه كان ثابتاً على ما فى يده ولم يحدث ما يزيله ، وإنما الحادث مزيل لملك سيده عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالأداء .

٨٧٩٩ (فصل)

إذا قال السيد لمكاتبه : متى عجزت بعد موتى فأنت حر ، فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت ، وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى .

فإن قلنا : لا يصح ، فلا كلام .

وإن قلنا : يصح ، فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة . فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق ، لأنه لم يجب عليه شىء يعجز عنه ، وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤديه لم يصح قوله ، لأنه ليس بعاجز. وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق ، وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم المال وعجزه ، فإذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان ما فى يده له إن لم تكن كتابته فسخت ،

لأن العجز لا تنفسخ به الكتابة ، وإنما يثبت به استحقاق الفسخ ، والحرية تحصل بأول وجوده ، فتكون الحرية قد حصلت له فى حال كتابته ، فيكون ما فى يده له كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة . ومقتضى قول بعض أصحابنا أن تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيده .

٨٨٠٠ (فصـــــــل)

وإذا كاتب عبداً فى صحته ثم أعتقه فى مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة ، فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق ، مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون ، فإنا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهى تخرج من الثلث . ولو كان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ، ويعتبر الباقى من مال الكتابة دون ما أدى منها ، وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهى قيمة ما أتلف بالإعتاق ، ومال الكتابة ما استقر عليه ، فإن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من أدائه ، فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به . وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه ، لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه ، وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه . وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث ، مثل أن يكون ماله سوى المكاتب قيمته مائة ، فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال كتابته إلى ماله ونعمل بحسابه ، فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة ، فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه . ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فبقى ثلثه بخمسين فأداها أن يقول : قد زاد مال الميت ، لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت ، فينبغى أن يزيد ما عتق منه ، لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والإرث عنه ، ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه ، لأن ربعه يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت .

فعلى هذا إذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مائة وخمسين ، وقيمة العبد مائة ، وللميت مائة أخرى ، عتق من العبد ثلثاه ، وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة ، فقد زاد لهم ثلث الخمسين ، فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه ، فصار العتق ثابتاً فى ثلثه ونصف تسعه ، وحصل للورثة المائة وثمانية أتساع الخمسين وهو مثلا ما عتق منه .

فإن قيل : لم أعتقتم بعضه وقد بقى عليه بعض مال الكتابة ، وقد قلتم : إن المكاتب لا يعتق منه شىء حتى يؤدى جميع مال الكتابة ؟

قلنا : إنما أعتقنا بعضه هاهنا بإعتاق سيده لا بالكتابة . ولما كان العتق فى مرض موته نفذ فى ثلث

ماله وبقى باقيه لحق الورثة ، وللوضع الذى لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة إذا كان عتقه بها ، لأنه إذا بقى عليه شيء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضة فلم تثبت الحرية فى العوض .

٨٨٠١ (فصـــــل)

وإن وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة ، وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته ، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه فى مرضه أو أبرأه ، إلا أنه يحتاج هاهنا إلى إيقاع العتق لأنه أوصى به ، وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقى الكتابة ، فان أداه عتق جميعه ، وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقى .

وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه فى الحال ، كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دَين فى ذمة موسر أو معسر أنه يعتق ثلثه فى الحال ، وإن لم يحصل للورثة فى الحال شيء ، ولأن حق الورثة متحقق الحصول ، فإنه إن أدى وإلا عاد الباقى قنًا .

وذكر القاضى فيه وجهاً آخر أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه ، لئلا يتنجز للوصية ماعتق منه ويتأخر حق الوارث ، وكذلك لو كان له مال غائب أو دَين حاضر لم تتنجز وصيته من الحاضر ، والأول أصح لما ذكرناه ، وأما الحاضر والغائب فإنه إن كان أوصى له بالحاضر أخذ ثلثه فى الحال، ووقف الباقى على قدوم الغائب فقد حصل للموصى له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شيء فى الحال ، فهو كمسألتنا ، ولم يكمل له جميع وَصيته ، لأن الغائب غير موثوق بحصوله ، فإنه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه . فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فإنها تقف على أداء مال المكتابة .

٨٨٠٢ ﴿ مســـــألة ﴾

قال: ﴿ وإذا ادّعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد ، حلف مع شاهده وصار حراً ﴾ .

وهذا قول الشافعى رضى الله عنه ، لأن النزاع بينهما فى أداء المال ، والمال يُقبل فيه الشاهد واليمين .

فإن قيل : القصد بهذه الشهادة العتق وهو مالا يثبت بشاهد ويمين .

قلنا : بل يثبت بشاهد ويمين فى رواية . وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة هاهنا إنما هى بأداء المال ، والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين ، كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ، ويترتب عليها ثبوت النسب الذى لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد .

٨٨٠٣ (فصـــــل)

فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد ، فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر . وإن قال العبد : لى شاهد

غائب أنظر ثلاثاً ، فإن جاء به وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته ، وإن جاء بشاهد فجرح فقال : لى شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا .

٨٨٠٤ (فصــــل)

وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره ، وإن أقر بذلك فى مرض موته قُبل ، لأنه إقرار لغير وارث ، وإقرار المريض لغير وارثه مقبول . وإذا قال : استوفيت كتابتى كلها عتق العبد . وإن قال : استوفيتها كلها إن شاء الله تعالى ، وإن شاء زيد ، عتق ولم يؤثر الاستثناء ، لأن هذا الاستثناء لا مدخل له فى الإقرار .

قال أحمد فى رواية أبى طالب : إذا قال له : علىّ ألف إن شاء الله كان مقراً بها . ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط ، والذى يتعلق بالشرط إنما هو المستقبل ، وأما الماضى فلا يمكن تعليقه ، لأنه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط ، وإنما يدل الشرط فيه على الشك فيه ، فكأنه قال : استوفيت كتابتى وأنا أشك فيه ، فيلغو الشك ويثبت الإقرار . وإن قال : استوفيت آخر كتابتى وقال : إنما أردت أنى استوفيت النجم الآخر دون ما قبله ، وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل ، فالقول قول السيد لأنه أعرف بمراده .

٨٨٠٥ (فصــــل)

إذا أبرأه السيد من مال الكتابة برىء وعتق ، لأن ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه ، وإن أبرأه من بعضه برىء منه ، وكان على الكتابة فيما بقى ، لأن الإبراء كالأداء . وإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم ، أو على دراهم فأبرأه من دنانير ، لم تصح البراءة ، لأنه أبرأه مما لا يجب له عليه إلا أن يريد بقدر ذلك مما لى عليك ، فإن اختلفا فقال المكاتب : إنما أردت من قيمة ذلك ، وقال السيد : بل ظننت أن لى عليك النقد الذى أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لأنه اعترف بنيته ، وإن مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع أيمانهم أنهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك ، وإن مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا .

٨٨٠٦ ﴿ مســــألة ﴾

قال: ﴿ ولا يكفر المكاتب بغير الصوم ﴾ .

وجملته : أن المكاتب إذا لزمته كفارة ظهار ، أو جماع فى نهار رمضان ، أو قتل ، أو كفارة يمين ، لم يكن له التكفير بالمال ، لأنه عبد ولأنه فى حكم المعسر ، بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته وكفارة العبد ولذو المعسر الصيام . وإن أذن له سيده فى التكفير بالمال جاز ، لأنه بمنزلة التبرع ،

ويجوز له التبرع بإذن سيده ، ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ، ولا يلزمه التكفير بالمال إذا أذن فيه السيد ، لأن عليه ضرراً فيه لما يفضى إليه من تفويت حريته ، كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده .

وقال القاضى : المكاتب كالعبد القن فى التكفير ، ومتى أذن له سيده فى التكفير بالمال انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده ، فإن قلنا : لا يملك لم يصح تكفيره بعتق ولا إطعام ولا كسوة ، سواء ملكه سيده أو لم يملكه ، وسواء أذن فيه أو لم يأذن ، لأنه يكفر بما ليس بمملوك له فلم يصح ، وإن قلنا : يملك بالتمليك ، صح تكفيره بالطعام إذا أذن فيه ، وإن أذن له فى التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما فى تكفير العبد . والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه فى المكاتب ، لأنه يملك المال بغير خلاف ، وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به ، فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع .

٨٨٠٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : (وولد المكاتبة الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها) .

وجملته : أنه يصح مكاتبة الأمَة كما تصح مكاتبة العبد ، لا خلاف بين أهل العلم فيه ، وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ، ولأنها داخلة فى عموم قوله (وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْراً)[1] ولأنها يمكنها التكسب والأداء فهى كالعبد ، وإذا أتت المكاتبة بولد من غير سيدها إما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتقها ، فإن عتقت بالأداء أو الإبراء عتق ، وإن فسخت كتابتها وعادت إلى الرق عاد رقيقاً .

وهذا قول شريح ومالك وأبى حنيفة والثورى وإسحاق ، وسواء فى هذا ما كان حملا حال الكتابة وما حدث بعدها . وقال أبو ثور وابن المنذر : هو عبد قن لا يتبع أمه . وللشافعى قولان كالمذهبين ، واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد ، فلا تسرى إلى الولد كالتعليق بالصفة .

ولنا : أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز إبطاله ، فسرى إلى الولد كالاستيلاد ، ويفارق التعليق بالصفة ، فإن السيد يملك إبطاله بالبيع .

إذا ثبت هذا فالكلام فى الولد فى فصول أربعة :

فى قيمته إذا تلف ، وفى كسبه ، وفى نفقته ، وفى عتقه .

أما قيمته إذا تلف ، فقال أبو بكر : هو لأمه تستعين بها على كتابتها ، لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ، ولأنه بمنزلة جزء منها ، ولو جنى على جزء منها كان أرشه لها كذلك

(١) سورة النور آية ٣٣ .

ولدها ، وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه ، لأن الحق لا يخرج عنهما ، ولأن ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها .

يحققه أنه إذا تبعها صار حكمه حكمها . ولا يثبت ملك السيد فى منافعه ولا فى أرش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها .

وقال الشافعى فى أحد قوليه: تكون القيمة لسيدها، لأنها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها ، والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها ، فإن العقد باق بعد قتله . فنظير هذا إتلاف بعض أعضائها . والحكم فى إتلاف بعض أعضائها كالحكم فى إتلافه .

وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغى أيضاً أن يكون لأمه ، لأن ولدها جزء منها تابع لها ، فأشبه بقية أجزائها، ولأن أداءها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له ، فينبغى أن يصرف فيه بمنزلة صرفه إليه ، إذ فى عجزها رقه وفوات كسبه عليه .

وأما نفقته فعلى أمه ، لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها .

وأما عتقه فإنه يعتق بأدائها أو إبرائها ، ويرق بعجزها ، لأنه تابع لها .

وإن ماتت المكاتبة على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقاً قناً ، إلا أن تخلف وفاء فيكون على الروايتين .

وإن أعتقها سيدها لم يعتق ولدها ، لأنه إنما تبعها فى حكم الكتابة وهو العتق بالأداء ، وما حصل الأداء وإنما حصل عتقها بأمر لا يتبعها فيه ، فأشبه ما لو لم تكن مكاتبة .

ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولدها رقيقاً .

ومقتضى قولنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالأداء ، لأن العقد لم يوجد ما يبطله ، وإنما سقط الأداء عنها لحصول الحرية بدونه ، فإذا لم يكن لها ولد يتبعها فى الكتابة ولا فى يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ، ولم يكن فى بقائه فائدة ، فانتفى لانتفاء فائدته ، وفى مسألتنا فى بقائه فائدة لإفضائه إلى عتق ولدها فينبغى أن يبقى .

ويحتمل أن يعتق بإعتاقها ، لأنه جرى مجرى إبرائها من مال الكتابة . والحكم فيما إذا أعتقت باستيلاد أو تدبير أو تعليق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها ، لأنها عتقت بغير الكتابة. وإن أعتق السيد الولد دونها صح عتقه . نص عليه أحمد فى رواية مهنا ، لأنه مملوك فصح عتقه كأمه ، ولأنه لو أعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مماليكه .

وقال القاضي : وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه ، لأن فيه ضرراً بأمه بتفويت كسبه عليها ، لأنها كانت تستعين به في كتابتها . ولعل أحمد نفذ عتقه تغليباً للعتق ، والصحيح أنه يعتق ، وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه :

أحدها : أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته ، فأما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في إعتاقه ، لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به ، فكان ينبغي أن لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد .

الثاني : أن النفع بكسبها ليس بواجب لها ، بدليل أنه لا يملك إجباره على الكسب ، فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها .

الثالث : أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلا ، ثم هو ملغى بعتق المفلس والرهن وسراية العتق إلى ملك الشريك، فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم ، فهذا أولى .

٨٨٠٨ (فصــــل)

فأما ولد ولدها فإن حكمه حكم أمه ، لأن ولد المكاتب لا يتبعه ، وأما ولد بنتها فهو كبنتها ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا تسرى الكتابة إليه ، لأن السراية إنما تكون مع الاتصال ، وهذا ولد منفصل فلا تسرى إليه ، بدليل أن ولد أم الولد قبل أن يستولدها لا يسرى إليه الاستيلاد ، وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته .

ولنا : أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً ، فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما يثبت حكم أمها ، ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها ، لأن عليه إتباعها لأنها موجودة في ولدها ، ولأن البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسرى إلى ولدها كالمكاتبة . وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لأمها في الكتابة ، فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى .

٨٨٠٩ ﴿ مســــألة ﴾

قال : ﴿ ويجوز بيع المكاتب ﴾ .

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر ، وهو قديم قولي الشافعي، قال : ولا وجه لقول من قال :

لا يجوز[١] . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز بيعه ، وهو قول مالك وأصحاب الرأى والجديد من قولى الشافعى ، لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعه[٢] وعتقه .

وقال الزهرى وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ولا يجوز إذا لم يرض ، وحكى ذلك عن أبى يوسف ، لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ، ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه ، كذلك بيعه .

ولنا : ما روى عروة عن عائشة أنها قالت : « جاءت بريرة إلىّ فقالت : يا عائشة إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة — ونفست[٣] — فيها : ارجعى إلى أهلك إن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً[٤] فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا : إن شاءت أن تحتسب[٥] عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا ، فذكرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا يمنعك ذلك منها ، ابتاعى واعتقى إنما الولاء لمن أعتق . فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال[٦] ناس يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله[٧] ، من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرطه أوثق[٨] وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه .

---

(١) فى طبعة رشيد للمغنى ج ١٢ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ (ولا وجه لقول من مكاتب قال لا يجوز) ومثله فى طبعة الفقى ج ٩ ص ٤٩٠ والصواب (ولا وجه لقول من قال لا يجوز) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٠٦ (ف)

(٢) فى طبعة الفقى ٩ / ٤٩٠ ورشيد ١٢ / ٤٤٥ (كبيعه) وفى الشرح الكبير ١٢ / ٤٠٦ ، ٤٠٧ (كبيعه لأجنبى) (ف)

(٣) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٤٥ والشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٠٧ وطبعة الفقى للمغنى ج ٩ ص ٤٩١ (ونقست) بالقاف والصواب بالفاء كما فى صحيح البخارى ج ٣ ص ١٩٨ باب المكاتب = ونفست : بكسر الفاء معناها رغبت كما فى إرشاد السارى للقسطلانى ج ٤ ص ٢٢٩ (ف)

(٤) رواية البخارى ٣ / ١٩٩ (ارجعى إلى أهلك فإن أحبوا أن أقضى عنك كتابتك ويكون ولاؤك لى فعلت) (ف)

(٥) أى تطلب حساب أجرها عند الله (ف)

(٦) ما بال : ما حال (ف)

(٧) ليست فى كتاب الله : أى ليست فى حكم الله الذى كتبه على عباده وشرعه لهم . (ف)

(٨) أحق وأوثق : أفعل التفضيل ليس على بابه ، والمراد هو الحق وهو القوى وما سواه واه ضعيف (ف)

قال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي صلى الله عليه وسلم وهي مكاتبة ولم ينكر ذلك ، ففي ذلك أبين البيان أن بيعه جائز، ولا أعلم خبراً يعارضه ، ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلا على عجزها. وتأوله له الشافعي على أنها كانت قد عجزت،وكان بيعها فسخاً لكتابتها،وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة،وليس في الخبر مايدل عليه ، بل قولها أعينيني على كتابتي ، دلالة على بقائها على الكتابة، ولأنها أخبرتها أن نجومها في كل عام أوقية ، فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين ، أو بمضي عام عند الآخرين . والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها ، ولا يصح قياسه على أم الولد ، لأن سبب حريتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال ، فأشبه الوقف ، والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا .

قال ابن أبي موسى : وهل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما عليه ؟ على روايتين . ولأن المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة . والدليل على أنه مملوك قول النبي صلى الله عليه وسلم « المكاتب[1] عبد ما بقي عليه درهم» وأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه ، بدليل قوله عليه السلام « إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه[2] » فيدل على أنها لا تحتجب قبل ذلك .

وقد روينا في هذا عن نبهان مولى أم سلمة أنه قال : قالت لي أم سلمة : يانبهان هل عندك ما تؤدي ؟ قلت : نعم ، فأخرجت الحجاب بيني وبينها ، وروت هذا الحديث . قال : فقلت : لا والله ما عندي ما أؤدي ولا أنا بمؤد ، وإنما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكها ، ولأنه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ، ويرجع عند العجز إلى كونه قناً ولو صار حراً ما عاد إلى الرق ، ويفارق إعتاقه ، لأنه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد ، وإنما هو إسقاط الملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع مالكه بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسألتنا .

٨٨١٠ (فصـــل)

وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه ، لأنه في معنى بيعه ، وقد روي عن أحمد أنه منع هبته ، لأن الشرع إنما ورد ببيعه والصحيح جوازها ، لأن ما كان في معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه .

٨٨١١ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب ، فإذا أدى صار حراً وولاؤه لمشتريه ، فإن لم يبين البائع للمشتري أنه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه سالما ومكاتباً ﴾ .

ز (١ ، ٢) سبق تخريجهما (ف)

وجملة ذلك : أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز إبطالها ولا نعلم فى هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤدياً ما يجب عليه من نجومه فى أوقاتها غير جائز ، وذلك لأنها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كإجارته ونكاحه ، ويبقى على كتابته عند المشترى وعلى نجومه ، كما لو كان عند البائع مبقى على ما بقى عليه من كتابته ، ويؤدى إلى المشترى كما كان يؤدى إلى البائع ، فإن عجز فهو عبد لمشتريه ، لأنه صار سيده ، وإن أدى عتق وولاؤه لمشتريه، لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى المشترى ، فصار المشترى هو المعتق ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم لعائشة « ابتاعى واعتقى فإنما الولاء لمن أعتق » ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه .

وإذا لم يعلم المشترى كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الأرش ، لأن الكتابة عيب لكون المشترى لا يقدر على التصرف فيه ، ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء إن كانت أمَة ، وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك ، كمشترى الأمَة المزوجة أو المعيبة ، فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن ، وبين إمساكه وأخذ الأرش ، وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقيقاً قناً ، فيقال : كم قيمته مكاتباً ، وكم قيمته لو كان غير مكاتب ؟ فإذا قيل : قيمته مكاتباً مائة ، وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثمن مائة وعشرون ، فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته ، فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التى نقصت بالكتابة من قيمته على ما قرر فى البيع .

٨٨١٢ (فصـــل)

فأما بيع الدَّين الذى على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور ، وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك : يصح ، لأن السيد يملكها فى ذمة المكاتب، فجاز بيعها كسائر أمواله .

ولنا : أنه دَين غير مستقر فلم يجز بيعه كدَين السلم ، ودليل عدم الاستقرار أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب،ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه ولا إلزامه بتحصيله ، فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ، ولأنه غير مقبوض . وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض ، فإن باعه فالبيع باطل ، وليس للمشترى مطالبة المكاتب بتسليمه إليه ، وله الرجوع بالثمن على البائع إن كان دفعه إليه . فإن سلم المكاتب إلى المشترى نجومه ففيه وجهان :

أحدهما : يعتق ، لأن البيع تضمن الإذن فى القبض ، فأشبه قبض الوكيل .

والثانى : لا يعتق ، لأنه لم يستنبه فى القبض ، وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد ، فكان القبض أيضاً فاسداً ، ولم يعتق بخلاف وكيله فإنه استنابه ، ولو صرح بالإذن فليس بمستنيب له فى القبض ، وإنما أذنه بحكم المعاوضة ، فلا فرق بين التصريح وعدمه .

فإن قلنا : يعتق بالأداء ، برىء المكاتب من مال الكتابة ، ويرجع السيد على المشترى بما قبضه ، لأنه كالنائب عنه . فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ، ورجع ذو الفضل بفضله ٠

وإن قلنا : لا يعتق بذلك ، فمال الكتابة باق على المكاتب ، ويرجع المكاتب على المشترى بما دفعه إليه ، ويرجع المشترى على البائع .

فإن سلمه المشترى إلى البائع لم يصح التسليم ، لأنه قبضه بغير إذن المكاتب،فأشبه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه . فإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر .

وإن باعه ما أخذه بما له فى ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه السيد باقياً ، وإن كان قد تلف ووجبت قيمته وكانت من جنس مال الكتابه تقاصا . وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز .

٨٨١٣ (فصـــل)

وإذا كانت المكاتبة ذات ولد يتبعهما فى الكتابة فباعهما معاً صح ، لأنهما ملكه ، ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشترى كما كانا عند البائع سواء ، وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين :

أحدهما : أنه لا يجوز التفريق بين الأم وولدها فى البيع إلا بعد البلوغ فى إحدى الروايتين .

والثانى : أن الولد تابع لأمه ، ولها كسبه وعليها نفقته ، فصار فى معنى مملوكها ، فلم يجز التفريق بينه وبينها . ويحتمل أن يجوز ذلك إذا كان بالغاً ، لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ، ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه ، لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ، ويعتق بعتقها كما لو بيع والله أعلم .

٨٨١٤ (فصـــــل)

وإن وصى بالمكاتب لرجل ، فقال أبو بكر : قال أحمد : الوصية به جائزة ، لأنه يرى بيعه ، وكذلك هبته ، ويقوم من انتقل إليه مقام مكاتبه فى الأداء إليه ، وإن عجز عاد إليه رقيقاً له قنًّا ، وإن عتق فالولاء له كما ذكرنا فى المشترى سواء ، فإن عجز فى حياة الموصى لم تبطل الوصية ، لأن رقه لاينافى الوصية ، وإن أدى وعتق فى حياة الموصى بطلت الوصية ، ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته ، فإن قال : إن عجز ورق فهو لك بعد موتى صحت الوصية إذا عجز فى حياة الموصى ، وإن عجز بعد موته لم يستحقه ، لأن الشرط بطل بموته كما لو قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فلم يدخلها حتى مات سيده ، وإن قال : إن عجزت بعد موتى فهو لك ، فهذا تعليق للوصية على صفة توجد بعد الموت ، وقد ذكرنا فى صحتها وجهين.

٨٨١٥ (فصـــل)

وإن وصى بكتابته لرجل صحت الوصية ، لأنها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه فى الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريته ، وللموصى له أن يستوفى المال عند حلوله وله أن يبرىء منه ، فإذا استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيده ، لأنه المنعم عليه . وإن عجز المكاتب فأراد الوارث تعجيزه وأراد الموصى له إنظاره ، فالقول قول الوارث ، لأن حق الموصى له فى المال مادام العقد قائماً ، وحق الوارث متعلق به إذا عجزه برده فى الرق ، وليس للموصى له إبطال حق الوارث من تعجيزه .

وإن أراد الوارث إنظاره وأراد الموصى له تعجيزه لم يكن له ، لأن الحق فى التعجيز والفسخ للوارث ، ولا حق للموصى له فى ذلك ولا بيع ، لأن حقه يسقط به ، ومتى عجز عاد عبداً للورثة ، وإن وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح ، لأنها وصية بصفة ، فإن عجل شيئاً فهو للموصى له ، وإن لم يعجل شيئاً حتى حلت نجومه بطلت الوصية .

٨٨١٦ (فصـــل)

وإن وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر صحت الوصيتان ، فإن أدى إلى صاحب المال أو أبرأه منه عتق . قال أصحابنا : وتبطل وصية صاحب الرقبة ، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له ، لأنه أقامه مقام نفسه فى استحقاق الرقبة ، ولو لم يوص بها لكان الولاء له ، فإذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ، ولأنه لو وصى له بالمكاتب مطلقاً لكان الولاء له ، فكذلك إذا وصى برقبته ، لأن الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال ، وإن عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقاً له وبطلت الوصية بالمال . وإن كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئاً فهو له . وإن اختلفا فى فسخ الكتابة عند العجز قدم قول صاحب الرقبة ، لأنه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم .

وقياس هذه المسألة أنه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح ، لأن الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر .

٨٨١٧ (فصـــل)

وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما فى ذمة المكاتب لم تصح الوصية ، لأنه لا شىء فى ذمته ، وإن قال : وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح ، لأن الكتابة الفاسدة يؤدى فيها المال كما يؤدى فى الصحيحة . وإن وصى برقبة المكاتب صح ، لأن الوصية برقبة المكاتب تصح فى الكتابة الصحيحة ، ففى الفاسدة أولى .

٨٨١٨ (فصـل)

وتصح الوصية لمكاتبه ، لأنه مع سيده فى المعاملة كالأجنبى ، ولذلك جاز أن يدفع إليه زكاته . فإن قال : ضعوا عن مكاتبى بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ما شاءوا ، قليلا كان أو كثيراً ، من أول نجومه أو من

آخرها . وإن قال : ضعوا عنه نجماً من نجومه ، فلهم أن يضعوا أى نجم شاءوا ، كما لو قال : ضعوا أى نجم شئتم ، وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة ، لأن اللفظ يتناول واحداً منها غير معين . وإن قال : ضعوا عنه أى نجم شاء ، كان ذلك إلى مشيئته ، فيلزمهم وضع النجم الذى يختار وضعه ، لأن سيده جعل المشيئة له.

وإن قال : ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها مالا ، لأنه أكبرها قدراً .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر نجومه ، لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها ، لأن أكثر الشيء يزيد على نصفه ، فإذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة ، وإن كانت ستة وضعوا أربعة ، ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالا ، بمنزلة قوله أكبر نجومه . فإن كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الأول .

وإن قال : ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه ، مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والأجل ، وعددها منفرد ، فيتعين وضع أوسطها عدداً ، فإذا كانت خمسة فالأوسط الثالث ، وإن كانت سبعة فالأوسط الرابع ، وإن كان عددها مزدوجاً وهى مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة ، فأوسطها المائتان ، فتعين الوصية فيه ، لأنه أوسطها . وإن كانت متساوية القدر مختلفة الأجل ، مثل أن يكون اثنان منها إلى شهر وواحد إلى شهرين وواحد إلى ثلاثة أشهر ، تعينت الوصية فيما هو إلى شهرين لأنها أوسطها .

وإن اتفقت هذه المعانى الثلاثة فى واحد تعينت الوصية فيه . وإن كان لها أوسط فى القدر وأوسط فى الأجل وأوسط فى العدد يخالف بعضها بعضاً ، فذلك إلى اختيار الورثة ، فلهم وضع ما شاءوا منها . وإن اختلف الورثة والمكاتب فيما أراد الموصى منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد الموصى، ثم التعيين إليهم . ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة أحدهما . ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد ، فإن كان شفعاً كأربعة وستة فأوسطه اثنان ، وهكذا القول فيما إذا وصى بأوسط نجومه .

وإن قال : ضعوا عنه ما خف ، أو قال : ما يثقل أو ما يكثر ، كان ذلك إلى تقدير الورثة ، لأن كل شيء يخف إلى جنب ما هو أخف منه ، كما قال أصحابنا فيما إذا وصى بمال عظيم أو كثير أو ثقيل أو خفيف .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر ما عليه ، وضع عنه النصف وأدنى زيادة .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة .

وإن قال : ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها ، فيصح فى الكتابة ويبطل فى الزيادة لعدم محلها .

وإن قال : ضعوا عنه ما شاء ، فشاء وضع كل ما عليه وضع ما عليه ، لأن وصيته تتناوله .

وإن قال : ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل ، لأن من للتبعيض فلا تتناول الجميع . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنحو ما ذكرناه .

٨٨١٩ ﴿ مســـــألة ﴾

قال : ﴿ وإذا اشترى المكاتب أباه أو ذا رحمه من المحرم عليه نكاحه ، لم يعتقوا حتى يؤدى وهم في ملكه ، فإن عجز فهم عبيد لسيده ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : أنه يصح أن يشترى من ذوى أرحامه من يعتق عليه بغير إذن سيده . وهذا قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأى .

وقال الشافعي : لا يصح ، لأنه تصرف يؤدى إلى إتلاف ماله ، لأنه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه في مقابلة مالا يجوز له التصرف فيه،فأشبه الهبة ، فإن أذن له سيده فيه، فمنهم من قال : يجوز قولا واحداً، وهو قول مالك ، لأن المنع لحق سيده فجاز بإذنه ، ومنهم من قال : فيه قولان .

ولنا : أنه اشترى مملوكا لاضرر فى شرائه ، فصح كالأجنبي ، وبيانه أنه يأخذ كسبهم ، وان عجزصاروا رقيقاً لسيده ، ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبي ، ويفارق الهبة لأنها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولا السيد ، ولأنه تحقق السبب وهو صدور التصرف من أهله فى محله ولم يتحقق المانع ، لأن ماذكروه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه .

الفصل الثاني : أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه لهم ، لأنه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق ، فلا يقع بالشراء الذى أقيم مقامه ، ولا يجوز له بيعهم ولاهبتهم ولا إخراجهم عن ملكه . وقال أصحاب الرأى : له بيع من عدا المولودين والوالدين ، لأنهم ليست قرابتهم قرابة حرية[1] ولا تعصيبية ، فأشبهوا الأجانب .

ولنا : أنه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ، ولأنه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كوالديه ، ولأنهم نزلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كيده ، فإذا أدى وهم فى ملكه عتقوا لأنه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم ، فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيدهم ، لأنهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه ، فيكونون بمنزلة مالو اشتراهم بعد عتقه . وإن عجز ورد فى الرق صاروا عبيداً للسيد ، لأنهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الأجانب .

---

(١) فى المغنى طبعـــة رشيد ١٢ / ٤٥٥ والفقى ٩ / ٤٩٨ (قرابة حرية ولا تعصيبية) لكن فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٨٠ (قرابة جزئية ولا بعضية) وهو الصواب . (ف)

٨٨٢٠ (فصل)

وكسبهم للمكاتب ، لأنهم مماليكه ، ونفقتهم عليه بحكم الملك لابحكم القرابة . وإن أعتقهم السيد لم يعتقوا ، لأنه لايملكهم فلا يملك التصرف فيهم . وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم ، وإن أعتقهم بإذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده . وإن أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز ، لأن كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته . وعلى ما اخترناه يعتقون ، لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بأدائه .

يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ، ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لايزول إلا بالأداء أو مايقوم مقامه ، فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب ، وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى ، وإن مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقاً . وقال أبو يوسف ومحمد : يسعون في الكتابة على نجومها ، وكذلك أم ولده ، وقال أبو حنيفة في الولد خاصة : إن جاء بالكتابة حالّة قبلت منه وعتق .

ولنا : أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالأجنبي ، وإن خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ماتقدم .

٨٨٢١ (فصل)

وإن وهب له بعض ذوي رحمه فله قبوله ، وإن وصى له به فله قبول الوصية ، لأنه إذا ملك شراءه مع مافيه من بذل ماله ، فلأن يجوز بغير عوض أولى ، وإذا ملكه فحكمه حكم ما لو اشتراه .

٨٨٢٢ (فصل)

ويجوز أن يشترى المكاتب امرأته ، والمكاتبة زوجها ، لأن ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الأجانب ، وينفسخ النكاح بذلك ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاينفسخ ، لأن المكاتب لايملك بدليل أنه لايجوز له التسرى ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه ، فأشبه العبد القن .

ولنا : أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ، ويجرى الربا بينه وبينه ، وإنما منع من التسرى لتعلق حق سيده بما في يده ، كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ، ولم يعتق عليه ذوو رحمه لذلك . فإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبي منه .

٨٨٢٣ (فصل)

وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبة برضاها ، ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاينفسخ النكاح ، لأنها لاترثه ، وإنما تملك نصيبها من الدَّين الذى

عليه ، بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدّين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث . فإن عجز وعاد رقيقاً انفسخ النكاح حينئذ لأنها ملكت نفسها منه .

ولنا : أن المكاتب مملوك لسيده لايعتق بموته ، فوجب أن ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه ، ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك ، فانفسخ نكاحها يتجدد ذلك فيه كالعبد القن . وأما كون الولاء للميت فلأن السبب وجد منه فنسب العتق إليه وثبت الولاء له .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث نصيبها منه ، لأنها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل فى باقيه ، لأنه لايتجزأ . وكذلك لو اشترت زوجها أو جزءاً منه أو ورثت شيئاً من العبد القن بطل نكاحها . وإن كانت لا ترث أباها لمانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله . والحكم فى سائر الورثة من النساء كالحكم فى البنت . وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها أو ورث شيئاً منها انفسخ نكاحه لذلك ، والله أعلم .

٨٨٢٤ ﴿ مســـألة ﴾

قال:﴿ وإذا كان العبد لثلاثة ، فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعونى نفسى بها فأجابوه ، فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتاباً أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ ، فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين ، ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شىء ﴾ .

اعترض على الخرقى فى هذه المسألة ، حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما فى يده ، مع أنه قد ذكر فى باب العتق إذا قال العبد لرجل : اشترنى من سيدى بهذا المال وأعتقنى ، فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ، ويكون السيد قد أخذ ماله . وقد أجاب القاضى عن هذا الإشكال بوجوه منها :

أن يكون مكاتباً ، وقوله بيعونى من نفسى بهذه أى أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عنى ما بقى من كتابتى ، ولهذا ذكرها فى باب المكاتب .

الثانى : أن يكون المال فى يد العبد لأجنبى قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه إياها .

الثالث : أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر .

الرابع : أن يكون رضى سادته ببيعه نفسه بما فى يده ، وفعلهم ذلك معه إعتاق منهم له مشروطاً بتأدية ذلك إليهم ، فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الأداء ، كما لو قال : بعتك نفسك بخدمتى سنة فإن منافعه مملوكة لسيده ، وقد صح هذا فيها فكان هاهنا ، وهذا الوجه أظهرها إن شاء الله تعالى ، لأنه لا يحتاج إلى تأويل . ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل .

وإذا تعذر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق ، لأن البيع يخرجه من ملكهم ، ولا يثبت

عليه ملك آخر ، إلا أنه هاهنا لا يعتق إلا بالقبض ، لأنا جعلناه عتقاً مشروطاً بالقبض ، وبهذا قال الخرقى فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ، ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض . ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فكانا عدلين قبلت شهادتهما ، لأنهما عدلان شهدا للعبد بأداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالأجنبيين ، ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه ، لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد ، والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب أن يكون بينهم ، ولأن ما فى يد العبد لهم والذى أخذاه كان فى يده ، فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية ، وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ، ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به ، كما لو أقر بشىء لغيرهما لهما فيه نفع ، فإن إقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما .

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض ، لأنهما يدفعان بها عن أنفسهما مغرماً ، ومن شهد شهادة جر إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته فى الكل ، وإنما يقبل ذلك فى الإقرار ، لأن العدالة غير معتبرة فيه ، والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة .

فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض وله مطالبته بنصيبه ، أو مشاركة صاحبه فيما أخذ ، فإن شاركهما أخذ منهما ثلثى مائة ورجع على العبد بتمام المائة ، ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشىء ، لأنه إن أخذ من العبد فهو يقول : ظلمنى وأخذ منى مرتين ، وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان : ظلمنا وأخذ منا مالا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه ، وإن كانا غير عدلين فكذلك سواء . قلنا : إن شهادة العدلين مقبولة أولا ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته ، وإنما يؤاخذ بإقراره ، فإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق إذا حلف ، إلا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما ، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعاً .

٨٨٢٥ (فصـــــل)

وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة ، فادّعى دفعها إليهما وصدقاه عتق ، فإن أنكر أو لم تكن بينة[1] فالقول قولهما مع أيمانهما . وإن أقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر فعلى قول الخرقى تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلا ، فيحلف العبد مع شهادته ويصير حراً ، ويرجع المنكر

(١) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٦٠ والفقى ج ٩ ص ٥٠٢ (أو لم تكن بينة) والصواب (ولم تكن بينة) بالواو لا (أو) كما فى الشرح الكبير ٤٦٩/١٢ (ف)

على الشاهد فيشاركه فيما أخذه . وأما القياس فيقتضى أن لا تسمع شهادة شريكه عليه ، لأنه يدفع بشهادته عن نفسه مغرماً . والقول قول سيده مع يمينه ، فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون ، لأن ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما .

فإن قيل : فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟

قلنا : إنما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ، ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به ، وإذا أقر بمقصور لزمه حكم إقراره ، ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه .

فإن قيل : لو كان عليه دَين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه ، فلم يرجع هاهنا ؟

قلنا : إن كان الدَّين ثابتاً بسبب واحد فما قبض أحدهما منه يرجع الآخر عليه كمسألتنا . وعلى أن هذا يفارق الدَّين لكون الدَّين لا يتعلق بما في يد الغريم إنما يتعلق بذمته فحسب ، والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب ولا يدفع شيئاً منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر ثابتاً فيه .

إذا ثبت هذا فإنه إن رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء ، لأنه إنما قبض حقه ، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين ، وعلى العبد بخمسة وعشرين ، ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذ منه لما ذكرنا من قبل .

وإن عجز العبد عن أداء ما يرجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ، ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسرى الحرية فيه ، لأن الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه ، وأن هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذى استرقه ظالم باسترقاقه ، والمنكر يدعى رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لأنه يزعم أنى ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي إن قبض شيئاً فقد استحق نصفه بغير إذنى فلا يعتق شيء منه بهذا القبض ، وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين ، لأن السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً ، وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعى رضى الله عنه .

٨٨٣٦ (فصــــل)

فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه ويأخذ الباقى وأنكر المدعى عليه حلف وبرىء . وإذا قال : إنما دفعت إلىّ حقى وإلى شريكى حقه ولا بينة للعبد ، فالقول قول المدَّعى عليه فى أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه ، ولا نزاع بين العبد وبين الآخر ، لأنه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه ، فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين ، وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً ، لأنه

لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع ، فاذا أنكره لزمته اليمين . فإن شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين :

أحدهما : أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً . وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعى .

والثانى : أنه يدفع عن نفسه مغرماً ، فإن عجز العبد فلغير القابض أن يسترق نصفه ويقوّم عليه نصيب شريكه ، لأن العبد معترف برقه غير مدّع لحرية هذا النصيب بخلاف التى قبلها ، ويحتمل أن لا تقوم أيضاً ، لأن القابض يدعى حرية جميعه والمنكر يدعى ما يوجب رق جميعه ، فانهما يقولان : ماقبضه قبضه بغير حق ، ولا يعتق حتى يسلم إلى مثل ما سلم إليه ، فإذا كان أحدهما يدّعى رق جميعه والآخر يدّعى حرية جميعه ، فما اتفقا على حرية البعض دون البعض .

٨٨٢٧ (فصـــل)

وإن اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذى ادعاه المكاتب وقال : قد دفعت إلى شريكى نصفها ، فأنكر الشريك ، فالقول قوله مع يمينه ، وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه ، وللمرجوع عليه أن يحلفه ، فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك ، لأنه اعترف بقبض المائة كلها ، ويعتق المكاتب لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ، ولا يرجع الشريك عليه بشىء ، لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه ، وإنما يزعم أن شريكه ظلمه ولا يرجع على غير ظالمه ، فإن رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين ، لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته ، وللعبد الرجوع على القابض بها ،سواء صدقه فى دفعها إلى المنكر أو كذبه ، لأنه وإن دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبر فكان مفرطاً ويعتق العبد بأدائها ، فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها ، فإن تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض فى الخمسين التى قبضها عوضاً عن نصيبه ، ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً، إلا أن يكون العبد يصدقه فى دفع الخمسين إلى شريكه ولا يقوم ، لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر .

وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك ، فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على القول فى تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الأداء إن قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه ، وإن قلنا : ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه ، لأنه قادر على الأداء .

فإن قيل : فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه إذا استرق نصف العبد ؟

قلنا : لأنه لو رجع عليه بها كان قابضاً جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها فى نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها ، كما لو كانت غائبة فى بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم .

٨٨٢٨ ﴿ مسألة ﴾

قال:﴿ وإذا قال السيد : كاتبتك على ألفين ، وقال العبد : على ألف ، فالقول قول السيد مع يمينه ﴾ .

قال القاضي : هـــذا المذهب نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الـكوسج ، وهو قول الثورى والأوزاعى وإسحاق . وقال أبو بكر : اتفق أحمد والشافعى على أنهما يتحالفان ويترادان ، وهو قول أبى يوسف ومحمد ، لأنهما اختلفا فى عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تـكن بينة كالمتبايعين . وحكى عن أحمد رضى الله عنه رواية ثالثة أن القول قول المـكاتب ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه منكر للألف الزائد والقول قول المنكر ، ولأنه مدعى عليه فيدخل فى عموم قوله عليــه السلام « ولـكن اليمين على المدعى عليه » .

ولنا : أنه اختلاف فى الكتابة ، فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا فى أصلها ، ويفارق البيع من وجهين :

أحدهما : أن الأصل فى البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه ، والأصل فى المكاتب وكسبه أنه لسيده ، فالقول قوله فيه .

والثانى : أن التحالف فى البيع مفيد ولا فائدة فى التحالف فى الكتابة ، فإن الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده . وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده ، وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه ، فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته ، وإنما قدمنا قول المنكر فى سائر المواضع ، لأن الأصل معه والأصل هاهنا مع السيد ، لأن الأصل ملكه العبد وكسبه .

فإذا ثبت هذا : فمتى حلف السيد ثبتت الـكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها ، وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده ، مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعى المـكاتب أن أحدهما عن الـكتابة والآخر وديعة ، ويقول السيد هما جميعاً مال الـكتابة . ومن قال بالتحالف قال : اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه . وإن كان التحالف بعد العتق فى مثل الصور التى ذكرناها لم ترتفع الحرية ، لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا اعادة الرق بعد رفعه ، ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه ، فإن كان من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله .

٨٨٢٩ (فصـــــل)

وإن اختلفا فى أداء النجوم، فقال المـكاتب : أديت وعتقت ، وأنـكر السيد ، فالقول قول السيد مع يمينه ، لأنه منـكر والقول قول المنـكر . وإن اختلفا فى إبرائه من مال الـكتابة أو شىء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك .

٨٨٣٠ (فصـــل)

وإن كاتب عبدين واستوفى من أحدهما ولم يدر من أيهما استوفى ، فقياس المذهب أن يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، كما لو أعتق عبداً من عبيده وأنسيه ، فإن ادعى الآخر عليه أنه أدى فعليه اليمين أنه ما أدى إليه ، فإن نكل عتق الآخر ، فإن مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة . فإن ادعى الآخر عليهم أنه المؤدى فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون أنه أدى ، لأنها يمين على نفى فعل الغير .

فإن أقام أحد العبدين بينة أنه أدى عتق ، سواء كان قبل القرعة أو بعدها فى حياة السيد أو بعد موته ، فإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر ، وإن كان بعدها فكذلك ، لأن القرعة ليست عتقاً وإنما هى معينة للعتق والبينة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة ، فتبين بقاء الرق فى الذى ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه ، ولأن من لم يؤد لا يصير مؤدياً بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذى هو العتق . ويتخرج على قول أبى بكر وابن حامد أن يعتقا على ما ذكرناه فى الطلاق ، وكذلك الحكم فيما اذا ذكر السيد المؤدى منهما .

ومتى ادعى الآخر أنه أدى فله اليمين على المدعى عليه ، سواء كان السيد أو ورثته ، إلا أنه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت ، وإن كانت على ورثته فاليمين على نفى العلم ، إلا أن يدعى الأداء إليهم فتكون أيمانهم على البت أيضاً ، وعلى كل واحد من الورثة يمين ، لأن كل واحد منهم يدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى .

٨٨٣١ (فصـــل)

إذا كان للمكاتب أولاد من معتقه[1] آخر غير سيده ، فقال سيده : قد أدى إلىّ وعتق ، فانجز ولاء ولده إلىّ ، فأنكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حياً ، فقد صار حراً بهذا القول ، فإنه إقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده إليه ، وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم ، لأن الأصل الرق وبقاء ولائهم له ، فيحلف ويبقى ولاؤهم له .

٨٨٣٢ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا أعتق الأمَة أو كاتبها وشرط ما فى بطنها أو أعتق ما فى بطنها دونها فله شرطه ﴾ .

روى نحو هذا القول عن ابن عمر وأبى هريرة والنخعى وإسحاق وابن المنذر . وقال ابن سيرين : له ما استثنى ، وقال عطاء والشعبى : إذا استثنى ما فى بطنها فله استثناؤه .

---

(١) فى طبعة رشيد ج ١٢ ص ٤٦٧ والمغنى ج ٩ ص ٥٠٧ (من معتقة آخر) ولعله صواب (من معتقة آخر) (ف)

وقال مالك والشافعي : لا يصح استثناء الجنين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثُّنْيا[(١)] إلا أن تعلم ، ولأنه لا يصح استثناؤه في البيع فلا يصح في العتق كبعض أعضائها .

ولنا قول ابن عمر وأبي هريرة ولم نعلم لهما مخالفاً في الصحابة ، قال أحمد : أذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا أذهب إليه في البيع .

وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون على شروطهم[(٢)] » وهذا قد شرط ما في بطن معتقته فكان له بمقتضى الخبر ، ولأنه يصح إقراره بالعتق فصح استثناؤه .

وأما خبرهم فنقول به والحمل معلوم فيصح استثناؤه بمقتضى الحديث ، ويفارق البيع فإنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا ؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ، ويكفي العلم بوجوده وقد علم ذلك ، ولذلك صح إفراد الحمل بالعتق ولم يصح إفراده بالبيع ، ولأن استثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله ، وها هنا إذا بطل استثناؤه لم يبطل العتق في الأمة ويسرى الإعتاق إليه ، فكيف يصح إعتاقه مع تضاد الحكم فيهما ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها ، لأن العضو لا يتصور انفراده بالرق والحرية دون الحمل .

وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة ، فإذا عتق بعضها سرى إلى المستثنى ، والولد حيوان منفرد لو أعتقه لم تسر الحرية إلى أمه ، ويصح انفراده بالحرية عن أمه فيما إذا أعتقه دونها ، وفي ولد المغرور بحرية أمه ، وفيما إذا وطيء بشبهة ، وفي ولد أم الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك في بعض الأعضاء ، ولأن الولد يرث ويورث ويوصى به وله ، وإذا قتل كان بدله موروثاً ولا تختص به أمه وتجب الكفارة بقتله والدية في مقابلته ، فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما إن أعتق ما في بطنها دونها فلا أعلم خلافاً فيه .

قال إسحاق بن منصور : سئل سفيان عن رجل قال : ما في بطنك حر قال : هو حر والأم مملوكة ، لأن ولدها منها وليست هي من ولدها . قال أحمد وإسحاق : جيد .

وقال مهنا : سألت أحمد رضي الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت : فقد حبلت ، فقال لها مولاها :

---

(١) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٦٧ والفقي ٩ / ٥٠٧ (نهى عن الثنياء) بهمزة ممدودة والوارد بألف مقصورة (الثنيا) بدون همزة بعد الألف — والحديث أخرجه مسلم عن جابر بلفظ « نهى عن بيع الثنيا » زاد الترمذي والنسائي وابن حبان في صحيحه « إلا أن تعلم » قال الحافظ في تلخيص الحبير ج ٣ ص ٥ « ووهم ابن الجوزي فذكر في جامع المسانيد أنه متفق عليه من حديث جابر ولم يذكر البخاري في كتابه (الثنيا) » (ف)

(٢) الحديث سبق قريباً تخريجه . (ف)

ما فى بطنك حر ولم تكن حاملا . قال : لا تعتق ، فأعدت عليه القول مرة أخرى ، فقال : لا يكون شىء إنما أراد ما فى بطنها فلم يكن شىء .

قال المروذى : وسئل أبو عبد الله عن رجل أعتق عبداً له واستثنى منه خدمته شهراً فقال : جائز .

٨٨٣٣ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته ﴾ .

وجملته : أنه إذا كاتبه على ألف فى نجمين إلى سنة ، ثم قال : عجل لى خمسمائة منه حتى أضع عنك الباقى ، أو حتى أبرئك من الباقى ، أو قال : صالحنى منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك ، وبه يقول طاوس والزهرى والنخعى وأبو حنيفة ، وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبى .

وقال الشافعى : لا يجوز ، لأن هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية ، وهو أن يزيد فى الدّين لأجل الأجل ، وهذا أيضاً هبة ، ولأن هذا لا يجوز بين الأجانب ، والربا يجرى بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالأجانب .

ولنا : أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دَين صحيح ، بدليل أنه لا يجبر على أدائه ، وله أن يمتنع من أدائه ، ولا تصح الكفالة به ، وما يؤديه إلى سيده كسب عبده . وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق ، وأوجب فيه التأجيل مبالغة فى تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب ، فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ فى حصول العتق وأخف على العبد ، ويحصل من السيد إسقاط بعض ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته ، ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويفارق الأجانب من حيث أن هذا عبده فهو أشبه بعبده القن .

وقولهم : إن الربا يجرى بينهما فنمنعه على ما ذكر ابن أبى موسى وإن سلمناه ، فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه ، وهذا يخالف ربا الجاهلية ، فإنه إسقاط لبعض الدّين ، وربا الجاهلية زيادة فى الدّين ، وربا الجاهلية يفضى إلى نفاد مال الدين وتحمله من الدّين مايعجز عن وفائه فيحبس من أجله [ويؤسر به](١) وهذا يفضى إلى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا .

٨٨٣٤ (فصل)

فإن اتفقا على الزيادة فى الأجل والدّين ، مثل أن يكاتبه على ألف فى نجمين إلى سنة ، يؤدى فى نصفها خمسمائة وفى آخرها الباقى ، فيجعلانها إلى سنتين بألف ومائتين فى كل سنة ستمائة ، أو مثل أن يحل عليه

---

(١) هذه العبارة لا توجد فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٣٦٤ ولا داعى لها (ف) .

نجم فيقول أخرنى به إلى كذ وأزيدك كذا فيحتمل أنه لا يجوز ، لأن الدَّين المؤجل إلى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره ، وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التى فى مقابلته ، ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة فى الدَّين للزيادة فى الأجل .

ويفارق المسألة الأولى من هذين إلى الوجهين .

فإن قيل : فكما أن الأجل لا يتأخر كذلك لا يتعجل ولا يصير الدَّين المؤجل حالا فلِمَ جاز فى المسألة الأولى ؟

قلنا : إنما جاز فى المسألة الأولى بالتعجيل فعلاً ، فإنه إذا دفع إليه الدَّين المؤجل قبل محله جاز ، وجاز للسيد إسقاط باقى حقه عليه. وفى هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسألة الأولى وهو ممتنع من وجه آخر ، لأن فى ضمن الكتابة : إنك متى أديت إلىّ كذا فأنت حر ، فإذا أدى إليه ذلك فينبغى أن يعتق .

فإن قيل : فإذا غير الأجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الأولى وجعلاها كتابة ثانية .

قلنا : لم يجر بينهما فسخ ، وإنما قصدا تغيير العوض والأجل على وجه لا يصح ، فيبطل التغيير ويبقى العقد بحاله ، ويحتمل أن يصح ذلك كما فى المسألة الأولى . فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فإن له الرجوع ، وكذلك فى المسألة الأولى لو قال : أعجل لك مال الكتابة وتسقط عنى منه كذا ؟ فقال : نعم ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدَّين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم ، وإنما له أن يؤديه قبل محله ، ولمن له الدَّين ترك قبضه فى محله وذلك إلى اختياره ، فإذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك .

٨٨٣٥ (فصل)

فإن صالح المكاتب سيده عما فى ذمته بغير جنسه ، مثل أن يصالحه عن النقود بحنطة أو شعير جاز ، إلا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل ، لأنه يكون بيع دَين بدَين . وإن صالحه عن الدراهم بدنانير ، أو عن الحنطة بشعير لم يجر التصرف قبل القبض ، لأن هذا بيع فى الحقيقة فيشترط له القبض فى المجلس. وقال القاضى : يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقاً ، لأن هذا دَين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ، ولأنه دَين غير مستقر فهو كدَين السلم . وقال ابن أبى موسى : لا يجرى الربا بين المكاتب وسيده ، فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيده ، والأولى ماذكرناه ، ويفارق دَين الكتابة دَين السلم . فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا فى هذه المسألة فمفارقته لدَين السلم أعظم ، والله أعلم .

٨٨٣٦ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا كان العبد بين اثنين فكاتب أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر ،

فقد صار العبد كله حراً ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته ﴾ .

قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير إذن شريكه ، ويبقى سائره غير مكاتب ، فإذا فعل هذا فأعتق الذى لم يكاتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق إلى باقيه فصار كله حراً ، ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ، ويكون المرجوع بقيمته مكاتباً يبقى على ما بقى من كتابته ، لأن الرجوع عليه بقيمة ما أتلف ، وإنما أتلف مكاتباً . وإن كان المعتق معسراً لم يسر العتق على ما مضى فى باب العتق . وقال أبو بكر والقاضى : لا يسرى العتق فى الحال لكن ينظر . فإن أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه سرى العتق وقوّم عليه حينئذ ، لأن سراية العتق فى الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذى انعقد سببه ونقله عن المكاتب إلى غيره .

وقال ابن أبى ليلى : عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع فى الكتابة ، فإن أداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب ، وإن عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له .

وأما مذهب الشافعى فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان ، فإذا كاتبه بإذن شريكه ثم أعتق الذى لم يكاتب فهل يسرى فى الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوّم عليه قيمة عدل[1] » وهذا داخل فى عمومه ، ولأنه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه ، فسرى إلى باقيه كما لو كان قناً ، ولأن مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً ، فإنه لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه ، فوجب أن يثبت .

وقولهم : إنه يفضى إلى إبطال الولاء .

قلنا : إذا كان العتق يؤثر فى إبطال الملك الثابت المستقر الذى الولاء من بعض آثاره ، فلأن يؤثر فى نقل الولاء بمفرده أولى ، ولأنه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم إليه ، فإذا انقل ولاءهم الثابت بإعتاق غيرهم ، فلأن ينقل ولاء لم يثبت بعد بإعتاق من عليه الولاء أولى ، ولأنه نقل الولاء ثمّ عمن لم يغرم له عوضاً ، فلأن ينقله بالعوض أولى ، فانتقال الولاء فى موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن الولاء ثمّ ثابت ، وهاهنا بعرض الثبوت .

والثانى : أن النقل حصل ثمّ بإعتاق غيره ، وهاهنا بإعتاقه .

---

(١) سبق تخريجه (ف) .

والثالث : أنه انتقل ثَمَّ بغير عوض ، وهاهنا بعوض .

٨٨٣٧ (فصـــــل)

وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه ، وكان نصيبه حراً وباقيه على الـكتابة ، فإن أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما ، وإن عجز عاد الجزء المـكاتب رقيقاً قناً إلا على الرواية التى تقول : يستسعى العبد ، فإنه يستسعى عند عجزه فى قيمة باقيه ، ولا يستسعى فى حال الـكتابة ، لأن الـكتابة سعاية فيما اتفقا عليه ، فاستغنى بها عن السعاية فيما يحتاج إلى التقويم ، فإذا عجز وفسخت الـكتابة بطلت ورجع إلى السعاية فى القيمة والله أعلم .

٨٨٣٨ (فصـــــل)

ونقل عن أحمد رضى الله عنه : أنه سئل عن عبد بين شريكين فـكاتباه على ألف درهم ، فأدى إليهما تسعمائة ؛ لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ، ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ، ثم إن أحدهما أعتق نصيبه ؟

قال : إن كان للمعتق مال أدى إلى شريكه نصف قيمة العبد لا يحاسبه بها أحد ، لأنه عبد ما بقى عليه درهم ، ولأنه قد يجوز أن يعجزه فيعود إلى الرق أو يموت فيكون عنده مال فهو بينهما . ونقل عنه حنبل أنه يعتق إلا نصف المائة على هذا ، ويكون الولاء على قدر ما أعتق . فالرواية الأولى توافق قول الخرقى ، فإنه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغى أن تجب نصف قيمته على الصفة التى عتق عليها ، وهو كونه مكاتباً قد أدى كتابته إلا مائة منها وهى عشرها ، وأما رواية حنبل ؛ فيحتمل أن تكون على ما قال أبو بكر والقاضى : فى أنه لا يسرى العتق إلى الجزء المـكاتب لغيره . وقد نصرنا الرواية الأولى بما ذكرناه ، والله أعلم .

٨٨٣٩ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وإذا عجز المـكاتب ورد فى الرق وكان قد تصدق عليه بشىء فهو لسيده ﴾ .

وجملته : أن المكاتب إذا عجز وفى يده مال ورد فى الرق فهو لسيده ، سواء كان من كسبه أو من صدقة تطوع أو وصية . وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان :

إحداهما : هو لسيده ، وهو قول أبى حنيفة ، وقال عطاء : يجعله فى السبيل أحب إلىّ ، وإن أمسكه فلا بأس .

الرواية الثانية : يؤخذ ما بقى فى يده فيجعل فى المـكاتبين ، نقلها حنبل ، وهو قول شريح والنخعى والثورى ، واختار أبو بكر والقاضى : أنه يرد إلى أربابه ، وهو قول إسحاق ، لأنه إنما دفع إليه ليصرف فى العتق ، فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازى والغارم وابن السبيل .

ولنا : أن ابن عمر رد مكاتباً فى الرق فأمسك ما أخذه منه ، ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين ، وأما الغازى فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه ، وأما الغارم فإن غرم لإصلاح ذات البين فهو كالغازى يأخذ لحاجتنا ، وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كمسألتنا لا يرده .

٨٨٤٠ (فصــل)

وأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال ، لأن المكاتب صرفه فى الجهة التى أخذه لها ، وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً ، فلم يزل ملكه عنه ، كما لو عتق المكاتب . ويفارق مافى يد المكاتب ، لأن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا . والخلاف فى ابتداء ثبوته وما تلف فى يد المكاتب لم يرجع عليه به ، سواء عجز أو أدى ، لأن ماله تلف فى يده ، فأشبه ما لو تلف ما فى يد سائر أصناف الصدقة . وإن اشترى به عرضاً وعجز والعوض فى يده ، ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه ، لأن العرض عوضه وقائم مقامه ، فأشبه ما لو أعطى الغازى من الصدقة ما اشترى به فرساً وسلاحاً ثم فضل ذلك عن حاجته .

٨٨٤١ (فصــــــل)

وموت المكاتب قبل الأداء كعجزه فيما ذكرنا ، لأن سيده يأخذ ما فى يده قبل حصول مقصود الكتابة . وإن أدى وبقى فى يده شىء فحكمه فى رده أو أخذه لنفسه حكم سيده فى ذلك عند عجزه ، لأن مالم يؤده فى كتابته بقى بعد زوالها ، وإن كان قد استدان ما أداه فى الكتابة وبقى عنده من الصدقة بقدر ما يقضى به دَينه لم يلزمه رده ، لأنه محتاج إليه بسبب الكتابة ، فأشبه ما يحتاج إليه فى أدائها .

٨٨٤٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الأول وبطل شراء الآخر ﴾ .

لا خلاف فى أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد ، والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا ، فإذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه ، لأن التصرف صدر من أهله فى محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لسيدين ، فإذا عاد الثانى فاشترى الذى اشتراه لم يصح ، لأنه سيده ومالكه ، وليس للمملوك أن يملك مالكه ، لأنه يفضى إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه : أنا سيدك ولى عليك مال الكتابة تؤديه إلىّ ، فإن عجزت فلى فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيقاً لى ، وهذا تناقض . وإذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها فى النكاح فهاهنا أولى ، ولأنه لو صح هذا لتقاص الدَّينان إذا تساويا وعتقا جميعاً .

فإذا ثبت هذا فشراء الأول صحيح والمبيع هاهنا باق على كتابته ، فإن أدى عتق وولاؤه موقوف ،

فإن أدى سيده كتابته كان له ، لأنه عتق بأدائه إليه ، فإن عجز فولاؤه لسيده ، لأن العبد لا يثبت له ولاء . ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه . هـذا مقتضى قول القاضي . ومقتضى قول أبي بكر : أن الولاء لسيده ، لأن المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ، وكذلك فيما إذا أعتق بإذن سيده أو كاتب عبده فأدى كتابته ، وهذا نظيره ، ويحتمل أن يفرق بينهما لكون المعتق ثَمّ بإذن السيد فيحصل الإنعام منه بإذنه فيه ، وهاهنا لا يفتقر إلى إذنه فلا نعمة له عليه ، فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجزه سيده ، والله أعلم .

٨٨٤٣ (فصـــــل)

وإن لم يعلم السابق منهما ، فقال أبو بكر : يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما إلى كتابته ، لأن كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين ، وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج الوليان فأشكل الأول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان . وعلى قول أبي بكر : لا حاجة إلى الفسخ ، لأن النكاح إنما احتيج إلى فسخه من أجل المرأة فإنها منكوحة نكاحاً صحيحاً لواحد منهما يقيناً فلا يزول إلا بفسخ ، وفي مسألتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر إلى فسخ .

٨٨٤٤ (فصـــــل)

وإذا كاتب عبيداً له صفقة واحدة بعوض واحد ، مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بألف ، صح في قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح وإسحاق ، وهو المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه ، وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر لا يصح ، لأن العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة،وعوض كل منهم مجهول فلم يصح ، كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد .

ولنا : أن جملة العوض معلومة ، وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد . وعلى قول من قال : إن العوض يكون بينهم على السواء ، فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث ، وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة .

إذا ثبت هذا ، فإن كل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف ، ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد ، لأنه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم ، فإذا أداه عتق ، هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق . وقال أبو بكر عبد العزيز : يتوجه لأبي عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رءوسهم فيتساوون فيه ، لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء .

ولنا : أن هذا عوض فتقسط على المعوض ، كما لو اشترى شقصاً وسيفاً ، وكما لو اشترى عبيداً فرد

واحداً منهم بعيب ، أو أتلف أحدهم ورد الآخر ، ويخالف الإقرار فإنه ليس بعوض . إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق ؛ وهذا قول الشافعي .

وقال ابن أبي موسى : لا يعتق واحد منهم حتى يؤدى جميع الكتابة ، وحكى ذلك عن أبي بكر ، وهو قول مالك ، وحكى عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون ، واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين ، ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً .

وقال أبو حنيفة : إن لم يقل لهم السيد إن أديتم[1] عتقتم ، فأيهم أدى حصته عتق ، وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء . وإن قال لهم : إن أديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدى الكتابة كلها ، ويكون بعضهم حميلا عن بعض ، ويأخذ أيهم شاء بالمال ، وأيهم أداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بحصتهما .

ولنا : أنه عقد معاوضة مع ثلاثة ، فاعتبر كل واحد منهم بأداء حصته ، كما لو اشتروا عبداً ، وكما لو لم يقل لهم : إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة ، فإن قوله ذلك لا يؤثر ، لأن استحقاق العتق بأداء العوض لا بهذا القول ، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول ، ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ، ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة ، فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ، ولا يصح القياس على كتابة الواحد ، لأن ما قدره في مقابلة عتقه ، وهاهنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا .

إذا ثبت هذا ، فإنه إن شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقين فالشرط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبو الخطاب : في الشرط رواية أخرى أنه صحيح ، وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة . وقال الشافعي رضي الله عنه : العقد والشرط فاسدان ، لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه ، لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط ، فإذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد . وقال مالك وأبو حنيفة : العقد والشرط صحيحان ، لأنه مقتضى العقد عندهما .

ولنا : أن مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال : إن أديت إلىّ ألفاً فأنت حر ، ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه . ومال الكتابة لا يلزم المكاتب ، فلا يلزم الضامن ، ولأن الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ، ولأنه لا يملك

(١) في طبعة رشيد ٤٧٧/١٢ والمغني ٥١٦/٩ (إن أديتهم) والصواب (إن أديتم) كما سيأتي في كلام الشارح نفسه (ف) .

الضمان عن حر ولا عمن ليس معه فى الـكتابة ، فـكذلك من معه ، وأما العقد فصحيح ، لأن الـكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة ، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى .

٨٨٤٥ (فصـــــل)

إذا مات بعض المـكاتبين سقط قدر حصته ، نص عليه أحمد رضى الله عنه فى رواية حنبل، وكذلك إن أعتق بعضهم . وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً لم ينفذ عتقه ، لأنه يضر بالباقين ، وإن لم يكن مكتسباً نفذ عتقه لعـدم الضرر فيه ، وهذا مبنى على أنه لا يعتق واحداً منهم حتى يؤدى جميع مال الـكتابة وقد مضى الكلام فيه .

٨٨٤٦ (فصـــــل)

فإن أدى أحد المـكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبـل أداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح ، لأن هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده . وإن كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه ، وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه . وإن علم السيد بذلك ورضى بقبضه عن الآخر صح ، لأن قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الإذن فيه ، فجاز كما لو أذن فيه تصريحاً . وإن كان الأداء بعد أن عتق صح ، سواء علم السيد أو لم يعلم . فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا . فإن كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به ، وإن أداه محتسباً بالرجوع عليه وكان الأداء بإذن المؤدى عنه فهو فرض[1] يلزمه أداؤه كما لو اقترضه منه . وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه ، لأنه تبرع عليه بأداء مالا يلزمه ، كما لو تصدق عنه صدقة تطوع ، وبهذا فارق سائر الديون . وإن كان بإذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الـكتابة كسائر الديون . وإذا عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون ، وهذا كله مذهب الشافعى .

٨٨٤٧ (فصـــل)

ولا يصح ضمانة الحر لمال الـكتابة وذكر القاضى فيه روايتين :

إحداهما : يصح ضمانه لأنه عوض فى معاوضة فصح ضمانه كثمن المبيع .

ولنا : ما ذكرناه من قبل ، ولا يصح قياسه على الثمن ، لأنه لازم وهذا غير لازم .

٨٨٤٨ (فصـــــل)

وإذا أدوا ما عليهم أو بعضه ثم اختلفوا ، فقال من كثرت قيمته : أدى كل واحد منا بقدر ما عليه فلا فضل لأحدنا على صاحبه ، وقال من قلت قيمته : أدينا على السواء فلى الفضل عليك أو يكون وديعة لى عند

---

(١) فى طبعة رشيد ١٢ / ٤٧٩ والفقى ٩ / ٥١٨ (فرض) بالفـــاء والصواب (قرض) بالقاف كما فى الشرح الـكبير ١٢/٤٤٨(ف) .

سيدنا ، فالقول قول الأول،لأن الظاهر أن من عليه ، دين لا يؤدى أكثر منه ، فرجحت دعواه بذلك . فإن كان المؤدى أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة ، فالقول قول من يدعى التساوى ، لأنهم اشتركوا في أدائه ، فكانت أيديهم عليهم[1] ، فاستووا فيه ، كما لو كان في أيديهم مال فاختلفوا فيه .

٨٨٤٩ (فصـــل)

وإن جنى بعضهم لجنايته عليه دون صاحبه ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه . وقال مالك رضي الله عنه : يؤدون كلهم أرشه ، فإن عجزوا رقوا .

ولنا قول الله تعالى (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى[2]) وقول النبي صلى الله عليه وسلم «لَا يَجْنِي جَانٍ إلَّا عَلَى نَفْسِهِ[3] » ولأنه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ها هنا ، لأن مالا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالقصاص ، وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بحصته فهو كالمنفرد بعقده .

٨٨٥٠ ﴿ مسألة ﴾

قال : (وإذا شرط في كتابته أن يوالى من شاء ، فالولاء لمن أعتق ، والشرط باطل) .

أما الشرط : فباطل لا نعلم في بطلانه خلافاً ، وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : كانت في بريرة ثلاث قَضِيَّاتٍ : أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « اشتريها واعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق »[4] متفق عليه .

وفي الحديث الآخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اشتريها واشترطي لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد ، فما بال ناس يشترطون

---

(١) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٠ والفقي ٩ / ٥١٨ (عليهم) والصواب (عليه) كما في الشرح الكبير ونصه ١٢ / ٤٤٩ (لأن أيديهم على المال فيتساوون فيه) (ف) .

(٢) سورة الاسراء آية ١٥

(٣) أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة عن عمرو بن الأحوص (ف)

(٤) لفظ الحديث كما في صحيح مسلم ج ٢ ص ١١٤٣ « عن عائشة قالت : كان في بريرة ثلاث قضيات : أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اشتريها وأعتقيها . فإن الولاء لمن أعتق . قالت : وعتقت . فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها . قالت : وكان الناس يتصدقون عليها وتهدى لنا ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال :هو عليها صدقة وهو لكم هدية فكلوه»(ف).

شروطا ليست فى كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه .

ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى[1] عن بيع الولاء وهبته وقال : « إنما الولاء لمن أعتق » ولأنه لحمة كلحمة النسب ، فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ، ولأنه حكم المعتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق ، كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ، ولا حكم البيع لغير العاقل[2] . وسواء شرط أن يوالى من شاء أو شرطه لبائعه أو لرجل آخر بعينه ، ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط ، نص عليه أحمد رضى الله عنه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : يفسد به ، كما لو شرط عوضاً مجهولا . ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

ولنا : حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بشرائها مع هذا الشرط وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه ، وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف ، وهذا الشرط زائد ، فإذا حذفناه بقى العقد صحيحاً بحاله .

فإن قيل : المراد بقول النبى صلى الله عليه وسلم « اشترطى لهم الولاء » أى عليهم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على ، كقول الله تعالى : (وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا)[3] أى فعليها .

قلنا : هذا لا يصح لوجوه ثلاثة .

أحدها : أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال .

والثانى : أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبى صلى الله عليه وسلم بشرط لا يقبلونه ؟

والثالث : أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط ، لأنه مقتضى العتق وحكمه .

والرابع : أن فى بعض الألفاظ « لا يمنعك[4] هذا الشرط منها ابتاعى واعتقى » وإنما أمرها النبى صلى الله عليه وسلم بالشرط تعريفاً لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق .

---

(١) نهى عن بيع الولاء وهبته أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجة عن ابن عمر (ف) .

(٢) فى طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٠ والمغنى ٩/٥١٩ (العاقل) والصواب (العاقد) كما فى الشرح الكبير ج ١٢ ص ٤٥٠ (ف) .

(٣) سورة الإسراء آية ٧

(٤) لفظ مسلم ج ٢ ص ١١٤٢ «لا يمنعك ذلك منها ابتاعى وأعتقى» (ف) .

٨٨٥١ (فصــل)

وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم في مواريثهم ، فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء ، منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإسحاق . وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئاً من ميراثه ولا يصح ، لأنه يخالف كتاب الله عز وجل ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، بقول النبي صلى الله عليه وسلم . قال سعيد حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه ، فلما مات المكاتب تخاصم ورثته إلى شريح ، فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته ، فقال الرجل : ما يغني عني شرطي منذ عشرين سنة ، فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله .

٨٨٥٢ (فصــل)

وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز ، وبه قال عطاء وابن شبرمة ، وقال مالك والزهري : لا يصح ، لأنه ينافي مقتضى العقد ، أشبه مالو شرط ميراثه .

ولنا : أنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم : إنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ، ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه ما لو شرطها قبل العتق ، ولأنه شرط نفعاً معلوماً أشبه ما لو شرط عوضاً معلوماً . ولا نسلم أنه ينافي مقتضى العقد ، فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه

٨٨٥٣ (فصــل)

وإذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف ، وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح في قياس المذهب ، ويعتق عند أدائه ، لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح ، فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر دَيناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به .

٨٨٥٤ ﴿ مســألة ﴾

قال ﴿ وإذا أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه إلى سيده فأحب أخذه أخذه بما اشتراه فهو على كتابته ، وإن لم يحب أخذه فهو على ملك مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء وولاؤه لمن يؤدي إليه ﴾ .

وجملته : أن الكفار إذا أسروا مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها . فإن أخذ في الغنائم فعلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء ، وكان على كتابته كمن لم يؤسر . وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين ، أو اشتراه رجل من المغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن

سيده أحق به بالثمن الذى ابتاعه به ، وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال ، فيخرج فى المشترى مثل ذلك ، وعلى كل تقدير فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقى من كتابته ، وإن تركه فهو فى يد مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته ، فيعتق بالأداء فى الموضعين ، وولاؤه لمن يؤدى إليه كما لو اشتراه من سيده .

وقال أبو حنيفه والشافعى رضى الله عنهما : لا يثبت عليه ملك الكفار ، ويرد إلى سيده بكل حال . ووافق أبو حنيفة والشافعى فى المكاتب والمدبر خاصة ، لأنهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما ، فأشبها أم الولد. وقد تقدم الكلام فى الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوماً لا يستحق صاحبه أخذه بغير شىء ، وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفى أن المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغنى عن إعادته ها هنا .

٨٨٥٥ (فصـــــل)

وهل يحتسب علية بالمدة التى كان فيها مع الكفار ؟ على وجهين :

أحدهما : لا يحتسب عليه بها ، لأن الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب فى هذه المدة ، فإذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه ، كما لو حبسه سيده . فعلى هذا ينبنى على ما مضى من المدة قبل الأسر وتبقى مدة الأسر كأنها لم توجد .

والثانى : يحتسب عليه بها،لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده ، فاحتسب عليه بها كما لو مرض،ولأنه مدين مضت مدة من أجل دَينه فى حبسه،فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء ، وفارق ما إذا حبسه سيده بما سنذكره إن شاء الله تعالى . فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته ، وإن حل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه فلسيده تعجيزه ورده إلى الرق . وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك ، لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال فى وقته ، فأشبه ما لو كان حاضراً . يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر إحضاره وأداؤه فى مدة قريبة لكان لسيده الفسخ ، فالمال ها هنا إما معدوم وإما غائب يتعذر أداؤه ، وفى كلتا الحالتين يجوز الفسخ .

الثانى : ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم ، لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث أله مال أم لا ؟ وليس كذلك إذا كان حاضراً فإنه يطالبه ، فإن أدّى وإلا فقد عجز نفسه . فإن فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خاص المكاتب فادعى أن له مالاً فى وقت الفسخ بفى بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ، ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه أداؤه لأنه إذا كان متعذر الأداء كان وجوده كعدمه .

٨٨٥٦ (فصـــــل)

وإن حبسه سيده مدة فقد أساء ، ولا يحتسب عليه بمدته فى أحد الوجوه .

والثانى : يحتسب عليه بمدته ، لأن مال الكتابة دين مؤجل ، فيحتسب بمدة الحبس من الأجل كسائر الديون المؤجلة . فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله فى المدة التى حبسه فيها ، والأول أصح ، لأن على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته ، فإذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفى الواجب له ، ولأن حبسه يفضى إلى إبطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده إلى الرق ، ولأن عجزه عن أداء نجومه فى محلها بسبب من سيده ، فلم يستحق به فسخ العقد ، كما لو منع البائع المشترى من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع . ولو منعت المرأة زوجها من الإنفاق عليها لم يستحق فسخ العقد ، كذا هاهنا .

الوجه الثالث : أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به من تخليته مثل تلك المدة أو أجر مثلها ، لأنه قد وجد سببها فكان للمكاتب أنفعهما .

٨٨٥٧ (فصـــــل)

وإذا أوصى بأن يكاتب عبده صحت الوصية ، لأن الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمى ، فإذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه ، لأنه تبرع من جهته ، فإنه بيع ماله بماله ، فإن خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ، ذكره القاضى ، لأنه نماء ماله وفائدته ، ولأن الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة ، ثم ينظر ، فإن عين مال الكتابة كاتبوه عليه ، سواء كان أقل من قيمته أو مثلها أو أكثر ، فإن لم يعينه كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به ، والعرف أن يكاتب العبد بأكثر من قيمته لكونه دينا مؤجلا ، ويجب رد ربعه إليه ويعتبر فى ذلك رضى العبد ، لأن الكتابة لا تلزمه ولا يجوز إجباره عليها ، بخلاف ما لو وصى بعتقه فإنه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه ، فإن رد الوصية بطلت ، فإن عاد فطالبها لم تلزمه إجابته إليها ، لأن وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال ، وإن لم يكن ردها وجبت إجابته إليها ، وإذا أدى عتق وكان ولاؤه للموصى بكتابته كما لو وصى بعتقه . فإن عجز فللوارث رده فى الرق .

وإن لم يخرج من الثلث فإنه يكاتب منه ما خرج من الثلث

وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لا تخرج من الثلث تحاصوا فى الثلث ، وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ما له فى الوصية . ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التى تقدم العتق ، لأن الكتابة مقصودها العتق وتفضى إليه ، ويحتمل أن لا تقدم بحال ، لأن العتق تغليب وسراية ليس هو للكتابة ، وإفضاؤها إلى العتق لا يوجب تقديمها ، كما لو وصى لرجل بابنه فإنه لا يقدم مع أن القصد بوصيته العتق ويفضى إليه .

٨٨٥٨ (فصـــــل)

فإن قال : كاتبوا أحد رقيق ، فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم فى أحد الوجهين ، وفى الآخر يكاتبون واحداً منهم بالقرعة،وإن قال : أحد عبيدى فـكذلك ، إلا أنه ليس لهم مكاتبة أمَة ولا خنثى مشكل ، لأنه لا يعلم كون الخنثى عبداً أو أمَة ، وإن قال : أحد إمائى ، فليس لهم مكاتبة عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلا فلهم مكاتبته إذا قال : كاتبوا أحد عبيدى ، وإن كان أنثى فلهم مكاتبته إذا قال : كاتبوا أحد إمائى ، لأن هذا عيب فيه والعيب لا يمنع الـكتابة والله أعلم .

٨٨٥٩ (فصـــــل)

والـكتابة الفاسدة أن يكاتبه على عوض مجهول ، أو عوض حال أو محرم كالخمر والخنزير ، فأما إن شرط فى الـكتابة شرطاً فاسداً فالمنصوص أنه لا يفسدها لـكن يلغو الشرط وتبقى الـكتابة صحيحة ، ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وهذا مذهب الشافعى .

وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله ما يدل على أن الـكتابة على العوض المحرم باطلة لا يعتق بالأداء فيها ، وهو اختيار أبى بكر ، فإنه قد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه قال : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تـكن الـكتابة محرمة ، فحـكم بالعتق بالأداء إلا فى المحرمة .

واختار القاضى أنه يعتق بالأداء كسائر الـكتابات الفاسدة ، ويمكن حمل كلام القاضى على ما إذا جعل السيد الأداء شرطاً للعتق فقال : إذا أديت إلىّ فأنت حر ، فأدى اليه فإنه يعتق بالصفة المجردة لا بالـكتابة ، ويثبت فى هذه الـكتابة حكم الصفة فى العتق بوجودها لا بحكم الـكتابة ، وأما غيرها من الـكتابة الفاسدة فإنها تساوى الصحيحة فى أربعة أحكام :

أحدها : أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه ، سواء صرح بالصفة فقال : إن أديت إلىّ فأنت حر أو لم يقل ، لأن معنى الـكتابة يقتضى هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالـكتابة الصحيحة .

الثانى : أنه إذا عتق بالأداء لم تلزمه قيمة نفسه ، ولم يرجع على سيده بما أعطاه . ذكره أبو بكر ، وهو ظاهر كلام أحمد رضى الله عنه ، وقال الشافعى رضى الله عنه : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه ، فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد، ويأخذ ذو الفضل فضله،لأنه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد.

ولنا : أنه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالأداء فلم يجب التراجع فيها ، كما لو كان العقد صحيحاً ، ولأن ما أخذه السيد فهو من كسب عبده الذى لم يملك كسبه ، فلم يجب عليه رده ، والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر .

وأما البيع الفاسد فإنه إن كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه ، وإن كان بينه وبين غيره فإنه أخذ مالا يستحقه ودفع إلى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة وفى مسألتنا بخلافه .

الثالث : أن المكاتب يملك التصرف فى كسبه ، لأن عقد الكتابة تضمن الإذن فى ذلك ، وله أخذ الصدقات والزكوات ، لأنه مكاتب يعتق بالأداء فملك ذلك كما فى الكتابة الصحيحة .

الرابع : أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة ، فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال : إنه يعتق فى الكتابة الصحيحة بأداء حصته ، لأن معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر ، ومن قال : لا يعتق فى الصحيحة إلا أن يؤدى الجميع فهاهنا أولى . وتفارق الصحيحة فى ثلاثة أحكام:

أحدها : أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها ورفعها ، سواء كان ثم صفة أو لم تكن ، وهذا قول أصحاب الشافعى رضى الله عنه ، لأن الفاسد لا يلزم حكمه ، والصفة هاهنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها ، لأن المعاوضة هى المقصودة،فلما أبطل المعاوضة التى هى الأصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة، ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بأن يسلم له العوض المسمى ، فإذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الكتابة الصحيحة ، فإن العوض سلم له فكان العقد لازماً له .

الثانى : أن السيد إذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك ، لأن المال غير ثابت فى العقد بخلاف الكتابة الصحيحة ، وجرى هذا مجرى الصفة المجردة فى قوله : إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر .

الثالث : أنه لا يلزم السيد أن يؤدى إليه شيئاً من الكتابة ، لأن العتق هاهنا بالصفة المجردة ، فأشبه مالو قال : إذا أديت إلىّ ألفاً فأنت حر . واختلف فى أحكام أربعة :

أحدها : فى بطلان الكتابة بموت السيد ، فذهب القاضى وأصحابه إلى بطلانها ، وهو قول الشافعى رضى الله عنه ، لأنه عقد جائز من الطرفين لا يؤول إلى اللزوم فيبطل بالموت كالوكالة ، ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت ، فكذلك هذه الكتابة . وقال أبو بكر : لا تبطل بالموت ويعتق بالأداء إلى الوارث ، وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، لأنه مكاتب يعتق بالأداء إلى السيد فيعتق بالأداء إلى الوارث ، كما فى الكتابة الصحيحة ، ولأن الفاسدة كالصحيحة فى باب العتق بالأداء ، وفى أن الولد يتبعه فكذلك فى هذا .

والثانى : فى بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لسفه . والخلاف فيه كالخلاف فى بطلانها بموته،والأولى أنها لا تبطل هاهنا ، لأن الصفة المجردة لا تبطل بذلك ، والمغلب فى هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا

تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده بعد ذلك عتق ، وعلى قول من أبطلها لا يعتق .

الثالث : أن ما في يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الأداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه ، لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها ، فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة ، وقال أبو الخطاب : ذلك لسيده في الموضعين ، لأن كسب العبد لسيده بحكم الأصل ، والعقد هاهنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته ، فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ، ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة ، وهي لا تثبت الملك له في كسبه فكذا هاهنا ، وفارقت الكتابة الصحيحة ، فإنها تثبت الملك في العوض فأثبتته في المعوض .

الرابع : هل يتبع المكاتبة ولدها ؟ قال أبو الخطاب فيه وجهان :

أحدهما : يتبعها لأنها كتابة يعتق فيها بالأداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة .

والثاني : لا يتبعها وهو أقيس وأصح لما ذكرنا في الذي قبله ، ولأن الأصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص ، وما وجد واحد منهما ، ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم ، فيبقى على الأصل ، والله أعلم .

كتاب عتق أمهات الأولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه . ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الإماء ، لقول الله تعالى (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ)(١) .

وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبي صلى الله عليه وسلم ، وهي أم إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم التي قال فيها « أعتقها(٢) ولدها » .

وكانت هاجر أم إسماعيل عليه السلام سرية إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام .

وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد ، أوصى لكل واحدة منهن بأربعمائة .

وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ؛ ولكثير من الصحابة .

وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد .

وروى أن الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الأولاد فرغب الناس فيهن ، وروى عن سالم بن عبد الله قال : كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها، وكانت امرأته ترصده ، فخلا البيت فوقع عليها فندرت(٣) به امرأته وقالت : أفعلتها(٤) ؟ قال ما فعلت ، قالت : فاقرأ إذاً ، فقال :

شهدتُ بأن وعدَ الله حق ... وأن النار مثوى الكافرينا
وأن العرش فوق الماء طافٍ ... وفوق العرش ربُّ العالمينا
وتحمله ملائكة شدادٌ ... ملائكة الإله مُسَوَّمينا

قالت أما إذ قرأت(٥) فاذهب إذاً . فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره قال : فلقد رأيته يضحك حتى

(١) سورة المؤمنون الآية ٥ ، ٦

(٢) أخرجه ابن ماجة والدارقطني عن ابن عباس . (ف)

(٣) في طبعة رشيد ١٢ / ٤٨٨ والشرح الكبير وطبعة المنق ٩ / ٥٢٨ (فندرت به امرأته) بالدال المهملة والصواب بالذال المعجمة . و (نذرت) بكسر الذال معناها علمت . (ف)

(٤) في طبعة رشيد ١٢/٤٨٨ والمنق ٩/٥٢٨ (أفعلها) والصواب (أفعلتها ؟) كما في الشرح الكبير ١٢/ ٤٨٨ . (ف)

(٥) هذه الواقعة ذكرها ابن عبد البر في الاستيعاب ج ٣ ص ٩٠١ وذكرها جمع الجواهر ص٢٨ وشرح =

تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأ كرره عليه فيضحك .

٨٨٦٠ (فصـــل)

فإذا وطىء الرجل أمته فأتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه ، وصارت له بذلك أم ولد، وإن أتت بولد تام لأقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، بدليل ماروى الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر فأتي بها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهمّ برجمها ، فقال له علي رضي الله عنه ليس لك ذلك إن الله يقول (وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً)[1] فقد يكون في البطن ستة أشهر، والرضاع أربعة وعشرون شهراً ، فذلك تمام ماقال الله تعالى[2] (ثَلاثُونَ شَهْراً) فخلا عنها عمر ، وروى عن ابن عباس أنه قال ذلك لعثمان .

ومن اعترف بوطء أمته فأتت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه ، لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال « حصنوا هذه الولائد ، فلا يطأ رجل وليدته ثم ينكر ولدها إلا ألزمته إياه » رواه سعيد

وعن ابن عمر قال : قال عمر « أيما رجل غشي أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده» رواه سعيد أيضاً

ولأن أمته صارت فراشاً بالوطء فلحقه ولدها كالمرأة . ولقوله صلى الله عليه وسلم « الولد[3] للفراش» .

فإن نفاه سيدها لم ينتف عنه إلا أن يدعي أنه استبرأها وأتت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفي عنه بذلك .

وهل يحلف على ذلك ؟ على وجهين . وقد روى عن الحسن قال : إذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك .

وعن الشعبي أنه كان يقول : ينتفي من ولده إذا كان من أمته متى شاء .

ولنا : قول عمر ، وأنه ولد على فراشه ، فلم يكن له نفيه كولده من زوجته ، فإن أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لا نعلم فيه خلافاً .

قال إبراهيم : إذا أقر بولده فليس له أن ينتفي منه ، فإن انتفى منه ضرب الحد وألحق به الولد .

وقال شريح : الرجل أقر بولده لاسبيل لك أن تنتفي منـه ، وكذلك إن هنىء به فسكت أو أمن على الدعاء ، لأنه دليل على الرضا به ، فقام مقام الإقرار به .

وإن كان يطأ جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك ، لما روى أبو سعيد أنه قال :يارسول

= العقائد الطحاوية ص٢١٦ طبعة القاهرة وص ٢٤٩ طبعة دمشق ولوامع الأنوار البهية ج ١ ص١٩٢ والأذكياء ص ١٦ غير أنه ذكر أبياتاً أخرى.وقد قال ابن عبد البر «رويناه من وجوه صحاح» لكن الذهبي بذل جهده ولم يذكر لها سنداً واحداً غير منقطع، وألفاظها مختلفة . (ف)

(١ ، ٢) سورة الأحقاف الآية ١٥

(٣) أخرجه الشيخان وأبو داود والنسائي وابن ماجة عن عائشة . (ف)

الله إنا نصيب النساء ونحب[1] الأثمان ، أفنعزل عنهن ؟ فقال « إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها » .

وعن جابر قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « إن لى جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل ، فقال : اعزل عنها إن شئت ، فإنه سيأتيها ماقدر لها . قال : فلبث الرجل ثم أتاه فقال : إن الجارية قد حملت ، فقال : قد أخبرتك أنه سيأتيها ماقدر لها » رواه أبو داود .

وعن أبى سعيد أنه قال : كنت أعزل عن جاريتى فولدت أحب الخلق إلىّ ، يعنى ابنه .

وعن ابن عمر أن عمر قال : مابال رجال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن ، لاتأتينى وليدة يعترف سيدها أنه أتاها إلا ألحقت به ولدها ، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا [2] .

ولأنها بالوطء صارت فراشاً . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » .

ولما تنازع عَبْدُ بنُ زَمْعَةَ وَسَعْدٌ فى ابن وَلِيدَةِ زَمْعَةَ ، فقال عبد : هو أخى وابن وَلِيدَةِ أبى وُلد على فراشه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر[3] » متفق عليه .

---

(١) فى صحيح البخارى ج ٣ ص ١٠٩ « أخبر أبو سعيد الخدرى أنه بينما هو جالس عند النبى صلى الله عليه وسلم قال [رجل] يا رسول الله إنا نصيب سبياً فنحب الأثمان فكيف ترى فى العزل ؟ فقال : أو أنكم تفعلون ذلك لا عليكم أن لا تفعلوا ذلكم فإنها ليست نسمة كتب الله أن تخرج إلا هى خارجة » اهـ من باب بيع الرقيق . قال القسطلانى ج ٤ ص ١١٠ « إنا نصيب سبياً : أى نجامع الإماء المسبيات ، فنحب الأثمان : أى فنعزل الذكر عن الفرج وقت الإنزال حتى لا ننزل فيه دفعاً لحصول الولد المانع من البيع » . (ف)

(٢) رواه الشافعى . (ف)

(٣) أخرجه الشيخان ولفظ مسلم ج ٢ ص ١٠٨٠ « عن عائشة أنها قالت : اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة فى غلام فقال سعد : هذا . يا رسول الله ! ابن أخى ، عتبه بن أبى وقاص . عهد إلى أنه ابنه أنظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخى ، يا رسول الله ! ولد على فراش أبى . من وليدته فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال « هو لك يا عبد . الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبى منه يا سودة بنت زمعة » اهـ

قوله « الولد للفراش » معناها إذا كان للرجل زوجة أو مملوكة صارت فراشاً له ، فلو أتت بولد لمدة الإمكان منه لحقه الولد وصار ولداً يجرى بينهما التوارث وغيره من أحكام الولادة سواء كان موافقاً له فى الشبه أم مخالفاً ومدة إمكان كونه منه ستة أشهر من حين إمكان اجتماعهما .

وقوله « للعاهر الحجر » العاهر : الزانى . له الحجر : أى له الخيبة ولا حق له فى الولد .

ولأنه قد يسبق من الماء مالا يحس به فيخلق منه الولد .

وقد روى عن ابن عمر وزيد بن ثابت مايدل على أن الولد لايلحق به مع العزل . فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن فتى من أهل المدينة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يعزل عن جارية له ، فجاءت بحمل،فشق عليه وقال اللهم لاتلحق بآل عمر من ليس منهم فإن آل عمر ليس بهم خفاء ، فولدت ولداً أسود ، فقال : ممن هو ؟ فقالت : من راعي الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه ، وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها الحد وقال : إنما كنت استطيب نفسك ولا أريدك ، وفى رواية قال : ممن حملت ؟ قالت منك فقال كذبت وما وصل إليك منى مايكون منه الحمل وما أطؤك إلا أنى استطيب نفسك .

وقال الثورى وأبو حنيفة : لاتصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك ولنا ماذكرناه . وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها .

٨٨٦١ (فصـــــل)

وإن اعترف بوطء أمته فى الدبر أو دون الفرج ، فقد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه يلحقه ولدها وتصير فراشاً بهذا ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى رضى الله عنه ، ولأنه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج .

والصحيح فى هذا إن شاء الله تعالى أنها لاتصير بهذا فراشاً ، لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو فى معنى المنصوص ، ولا يثبت الحكم إلا بدليل ، ولا ينتقل عن الأصل إلا بناقل عنه . إذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته إذا حملت به فى ملكه فالولد حر الأصل لاولاء عليه ، وتصير به الأمة أم ولد .

٨٨٦٢ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وأحكام أمهات الأولاد أحكام الإماء فى جميع أمورهن إلا أنهن لا يبعن ﴾ .

وجملة ذلك : أن الأمة إذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد ، وحكمها حكم الإماء فى حل وطئها لسيدها ، واستخدامها ، وملك كسبها ، وتزويجها ، وإجارتها ، وعتقها ، وتكليفها وحدها ، وعورتها ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكى عن مالك أنه لا يملك إجارتها وتزويجها ، لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها وإجارتها كالحرة .

ولنا : أنها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها وإجارتها كالمدبرة ، ولأنها مملوكة تعتق بموت سيدها ، فأشبهت المدبرة . وإنما منع بيعها لأنها استحقت أن تعتق بموته ، وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والإجارة . ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها . إذا ثبت هذا فإنها تخالف الأمة القن فى أنها

تعتق بموت سيدها من رأس المال ، ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ، ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ، ولا تورث لأنها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها . روى هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء .

وروى عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن ، وإليه ذهب داود . قال سعيد : حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال : بعها كما تبيع شاتك أو بعيرك ، قال:وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال : خطب عَلِيٌّ الناس فقال شاورني عمر في أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن ، فقضى به عمر حياته وعثمان حياته ، فلما وليت رأيت أن أرقهن . قال عبيدة : فرأى عمر وعلي في الجماعة أحب إلينا من رأى علي وحده .

وقد روى صالح بن أحمد قال : قلت لأبي إلى أى شيء تذهب في بيع أمهات الأولاد ؟ قال:أكرهه . وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه . وقال في رواية إسحاق بن منصور : لا يعجبني بيعهن ، قال أبو الخطاب : فظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة ، فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد رضي الله عنه . والصحيح أن هذا ليس رواية مخالفة لقوله إنهن لا يبعن ، لأن السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ، ومتى كان التحريم والمنع مصرحاً به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ، ولا يجعل ذلك اختلافاً .

ولمن أجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قال : « بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ، فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فانتهينا » رواه أبو داود . وما كان جائزاً في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ، ولأن نسخ الأحكام إنما يجوز في عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن النص إنما ينسخ بنص مثله . وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به ، فإن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يتركون أقوالهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يتركونها بأقوالهم . وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ، ولو بلغه لم يعده إلى غيره ، ولأنها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ، ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من أبيه في نكاح أو غيره ، ولأن الأصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا إجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه . ولأن ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر أسبابه .

وروى عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه ، وقال سعيد : حدثنا سفيان حدثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها في دَينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له ، فقال : إن كان ولا بد فاجعلوها في نصيب أولادها .

ولنا : ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما أمة ولدت[1] من سيدها فهى حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أعتقها ولدها » رواهما ابن ماجة .

وذكر الشريف أبو جعفر فى مسائله عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد[2] ولا يُبَعْنَ وَلا يُرْهَنَّ ولا يرثن ، ويستمتع بها سيدها ما بدا له ، فإن مات فهى حرة . وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم بدليل قول على كرم الله وجهه : كان رأيى ورأى عمر أن لاتباع أمهات الأولاد، وقوله: فقضى به عمر حياته وعثمان حياته، وقول عبيدة : رأى على كرم الله وجهه وعمر فى الجماعة أحب إلينا من رأيه وحده .

وروى عكرمة عن ابن عباس : قال عمر رضى الله عنه : ما من رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ثم يموت إلا أعتقها ولدها إذا ولدت وإن كان سقطاً .

فإن قيل : فكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة على وابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهما ؟

قلنا : قد روى عنهم الرجوع عن المخالفة ، فقد روى عبيدة قال : بعث إلىّ علىٌّ كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون فإنى أبغض الاختلاف . وابن عباس قال : ولد أم الولد بمنزلتها ، وهو الراوى لحديث عتقهن عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن عمر ، فيدل على موافقته لهم .

ثم قد ثبت الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ ، فإن الأمة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته . ولو جاز ذلك فى بعض العصر لجاز فى جميعه ، ورأى الموافق فى زمن الاتفاق خير من رأيه فى الخلاف بعده ، فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره .

---

(١) عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما أمة ولدت من سيدها فإنها حرة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته » أخرجه ابن ماجة والحاكم والدارقطنى ولفظ المغنى،رواه أحمد عن ابن عباس ورواه الدارقطنى ج ٤ ص ١٣١ . (ف)

(٢) فى سنن الدارقطنى ج ٤ ص ١٣٤ « عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الأولاد وقال : لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حياً فإذا مات فهى حرة » .

ومنه يؤخذ أن المغنى أسقط كلمة [وقال] قبل (لا يبعن) وكذلك يؤخذ أن كلمة (ولا يرهن) محرفة صوابها (ولا يوهبن) . (ف)

فإن قيل : فلو كان الاتفاق فى بعض العصر إجماعاً حرمت مخالفته ، فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا تجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام ؟

قلنا : الإجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون ، وهذا من المظنون ، فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ، ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة ، كذا هاهنا .

فأما قول جابر : بعنا أمهات الأولاد فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ، فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا علم أبى بكر ، فيكون ذلك واقعاً من فعلهم على انفرادهم ، فلا يكون فيه حجة ، ويتعين حمل الأمر على هذا ، لأنه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتهما . ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتهما ويحرمون ما أحلا من هذا ؟ ولأنه لو كان ذلك واقعاً بعلمهما لاحتج به علىّ حين رأى بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شىء من هذا ، فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذاً حجة ، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد فى النكاح لا فى الملك .

٨٨٦٣ (فصـــل)

ومن أجاز بيع أم الولد ، فعلى قوله إن لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وإن كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقى من ميراثه ، وإن لم يبق شىء فلا شىء له . وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة ، إلا على قول من قال : إنه إذا ورث سهماً ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كسائر رقيقه .

٨٨٦٤ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا أصاب الأمة وهى فى ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملا عتق الجنين وكان له بيعها ﴾ .

وجملته : أنه إذا تزوج أمة غيره فأولدها أو أحبلها ثم ملكها بشراء أو غيره لم تصر أم ولد له بذلك سواء ملكها حاملا فولدت فى ملكه أو ملكها بعد ولادتها ، وبهذا قال الشافعى رضى الله عنه ، لأنها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد ، كما لو زنى بها ثم اشتراها ، ولأن الأصل الرق . وإنما خولف هذا الأصل فيما إذا حملت منه فى ملكه بقول الصحابة رضى الله عنهم ، ففيما عداه يبقى على الأصل .

ونقل القاضى ابن أبى موسى عن أحمد رضى الله عنه أنها تصير أم ولد فى الحالين ، وهو قول الحسن وأبى حنيفة ، لأنها أم ولده وهو مالك لها ، فثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت فى ملكه ، ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما إذا ملكها بعد ولادتها ، إنما نقل عنه التوقف عنها فى رواية مهنا فقال : لا أقول فيها شيئاً وصرح فى رواية جماعة سواه بجواز بيعها فقال : لا أرى بأساً أن يبيعها ، إنما الحسن وحده قال : إنه أم ولد وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون : لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، فإن عبيدة السلمانى يقول : نبيعها ، وشريح وإبراهيم وعامر والشعبى .

وأما إذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد رضى الله عنه أنها تصير أم ولد ، وهو مذهب مالك رضى الله عنه ، لأنها ولدت منه فى ملكه ، فأشبه ما لو أحبلها فى ملكه ، وقد صرح أحمد رضى الله عنه فى رواية إسحاق بن منصور أنها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا . وروى عنه ابنه صالح قال : سألت أبى عن الرجل ينكح الأمة فتلد منه ثم يبتاعها، قال : لا تكون أم ولد له ، قلت : فإن استبرأها وهى حامل منه ، قال : إذا كان الوطء يزيد فى الولد وكان يطؤها بعد ما اشتراها وهى حامل منه كانت أم ولد له . قال ابن حامد : إن وطئها فى ابتداء حملها أو توسطه كانت بذلك أم ولد له ، لأن الماء يزيد فى سمع الولد وبصره .

وقال القاضى : إن ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولد له ، وإن وطئها حال حملها نظرنا ، فإن كان بعد أن كمل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر به أم ولد ، وإن كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد ، لأن عمر رضى الله عنه قال : أبعد ما اختلطت[1] دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن ؟ فعلل بالمخالطة ، والمخالطة هاهنا حاصلة ، لأن الماء يزيد فى الولد ، ولأن لحرية البعض أثراً فى تحرير الجميع ، بدليل ما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد .

وقال أبو الخطاب : إن وطئها بعد الشراء فهى أم ولد . وكلام الخرقى يقتضى أنها لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه فى ملكه ، وهو الذى نص عليه أحمد رضى الله عنه فى رواية إسحاق بن منصور فقال :

---

(١) أخرج عبد الرازق فى رواية له عن عمر بن ذر قال : «حدثنى محمد بن عبيد الله الثقفى أن أبانا اشترى جارية بأربعة آلاف قد أسقطت لرجل سقطا، فسمع عمر بن الخطاب بذلك، فأرسل إليه وكان صديقاً له فلامه لوماً عديداً وقال : والله إن كنت لأنزهك عن هذا أو مثل هذا، قال : وأقبل على الرجل ضرباً بالدرة وقال : الآن حين اختلطت لحومكم ولحومهن ودماؤكم ودماؤهن تبيعونهن تأكلون أثمانهن قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها. اردها، قال : فرددتها وأدركت من مالى ثلاثة آلاف درهم » تلخيص الحبير ج ٣ ص ٢٣٤ . (ف)

لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا ، لأنها لم تعلق منه بحر ، فلم يثبت لها حكم الاستيلاد ، كما لو زنى بها ثم اشتراها .

يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده ، فلأن لا يفيدها الحرية أولى . ويفارق هذا ما إذا حملت منه في ملكه ، فإن الولد حر فيتحرر بتحريره . وما ذكروه من زيادة الولد بالوطء غير متيقن ، فإن هذا الولد يحتمل أنه زاد ، ويحتمل أنه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ، ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة ، بدليل ما لو ملكها وهي حامل من زنا منه أو من غيره فوطئها لم تصر أم ولد ؛ وإن زاد الولد به ، ولأن حكم الاستيلاد إنما يثبت بالإجماع في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه ، وليس فيه نص ولا إجماع ، فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ، ولأن الأصل الرق فيبقى على ما كان عليه .

٨٨٦٥ (فصـــل)

قال أحمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها ، فإن الولد لا يلحق بالمشترى ولا يبيعه ، ولكن يعتقه ، لأنه قد شرك فيه ، لأن الماء يزيد في الولد .

وقد روى عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه مر بامرأة مُجِحّ[1] على باب فُسْطَاط فقال : لعله يريد أن يلم[2] بها ؟ . قالوا : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه في قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له ؟ أم كيف يستخدمه[3] وهو لا يحل له ؟ » رواه أبو داود ، يعني إن استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له ، لأنه ليس بولده ، فإن اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له ، لأنه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد .

٨٨٦٦ (فصـــل)

وإذا وطىء الرجل جارية ولده ، فإن كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته ، والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء . وإن وطئها قبل تملكها فقد فعل محرماً، لأن الله تعالى قال : (وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ . إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ. فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ)[4] وهذه ليست زوجاً له ولا ملك يمينه .

---

(١) الحديث رواه أبو داود ج ١ ص ٤٩٧ « مجح » : بضم الميم وكسر الجيم بعدها حاء مهملة مشددة : حامل قاربت الولادة، وقد ذكرت محج بتقديم الحاء على الجيم خطأ هنا في ج ٨ ص ١٥٢ (ف)

(٢) يلم بها : يطؤها . (ف)

(٣) في رواية أبي داود الطيالسي (وكيف يسترقه وهو لا يحل له) . (ف) (٤) سورة المؤمنون الآية ٥ – ٧

فإن قيل : فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » فأضاف مال الإبن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق ، فدل على أنه ملكه .

قلنا : لم يرد النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الملك ، بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك ، وأضاف إليه ماله فى حالة إضافته إلى الولد ، ولا يكون الشيء مملوكا لمالكين حقيقة فى حال واحدة ، وقد يثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إمائه ، والتصرف فى ماله ، وصحة بيعه وهبته وعتقه ، ولأن الولد لو مات لم يرث منه أبوه إلا ما قدر له ، ولو كان ماله لاختص به ولو مات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ، ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولاجهاد بيسار ابنه ، فعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله فى بعض الأحكام .

إذا ثبت هذا فإنه لاحد على الأب للشبهة ، لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد ، فإن الحدود تدرأ بالشبهات ولكن يعزر ، لأنه وطيء جارية لايملكها وطئاً محرماً ، فكان عليه التعزير كوطء الجارية المشتركة . وفيه وجه آخر لا يعزر عليه ، لأن مال ولده كماله ، ولا يصح ، لأن ماله مباح له غير ملوم عليه ، وهذا الوطء هو عَادٍ فيه مَلُومٌ عليه ، وإن علقت منه فالولد حر لأنه من وطء درىء فيه الحد لشبهة الملك ، وكان حراً كولد الجارية المشتركة ، ولا تلزمه قيمته ، لأن الجارية تصير ملكاله بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهى ملك له ، وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنتقل إلى ملكه ، فيحل له وطؤها بعد ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، وقال فى الآخر : لا تصير أم ولد له ولا يملكها ، لأنه استولدها فى غير ملكه فأشبه الأجنبى ، ولأن ثبوت أحكام الاستيلاد إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد مملوكته ، وهذه ليست مملوكة له ولا فى معنى مملوكته ، فإنها محرمة عليه ، فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ، ولأن الأصل الرق فيبقى على الأصل ، ولأن الوطء المحرم لا ينبغى أن يكون سبباً للملك الذى هو نعمة وكرامة ، لأنه يفضى إلى تعاطى المحرمات .

ولنا : أنها علقت منه بحر لأجل الملك ، فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة ، وفارق وطء الأجنبى فى هذا . إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها .

وقال أبو حنيفة : لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها ، لأنه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبه ما لو قتلها ، وإنما لم يلزمه مهرها لأنه إذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع فى ضمانها ، فلم يضمنه ثانياً ، كما لو قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها ، فإنه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد .

وقال الشافعى : يلزمه مهرها لأنه وطيء جارية غيره وطئاً محرماً فلزمه مهرها كالأجنبى ، وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد ، كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه إذا استولد الجارية المشتركة .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت[1] ومالك لأبيك » ولأنه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكته ، ولأنه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لأمر لا يختص ببعضها ، فأشبه استيلاد مملوكته .

٨٨٦٧ (فصـــل)

فإن كان الولد قد وطىء جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها ، فقد روى عن أحمد رضى الله عنه فيمن وقع على جارية ابنه إن كان الأب قابضاً لها ولم يكن الإبن وطئها فهى أم ولده وليس للإبن فيها شيء .

قال القاضي : فظاهر هذا أن الإبن إن كان قد وطئها لم تصر أم ولد للأب باستيلادها ، لأنها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطء ابنه لها ، ولا تحل له بحال ، فأشبه وطء الأجنبي ، فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته . فأما ولدها فيعتق على أخيه لأنه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاد من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه، فإنها تصير أم ولد له مع كونها محرمة عليه على التأبيد فكذلك هاهنا ، وذلك لأنه وطء يدرأ فيه الحد بشبهة الملك ، فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الإبن .

٨٨٦٨ (فصـل)

وإن وطىء الإبن جارية أبيه أو أمه فهو زان يلزمه الحد إذا كان عالماً بالتحريم ، ولا تصير أم ولد له ، ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده ، لأنه ابن ابنه إذا قلنا إن ولده من الزنا يعتق على أبيه ، وتحرم الجارية على الأب على التأبيد ، ولا تجب بسبب قيمتها على الإبن ، لأنه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع ، فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرماً ولا حد عليه ، لأنه وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له ، لأنه استولد مملوكته ، فأشبه ما لو وطىء أمته المرهونة .

٨٨٦٩ (فصـل)

وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرماً ولا حد عليه ، لأنها مملوكته ويعزر ، قال أحمد رضى الله عنه : يجلد ولا يرجم ، يعنى أنه يعزر بالجلد ، لأنه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصناً ، فإن أولدها صارت أم ولده ، لأنه استولد مملوكته ، وتعتق بموته ، وولده حر ، وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه .

٨٨٧٠ (فصـل)

ولو ملك رجل أمه من الرضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها ، فإن وطئها فلا حد عليه فى أصح

---

(١) أخرجه ابن ماجة عن جابر . (ف)

الروايتين ، لأنها مملوكته ويعزر ، فإن ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده . وكذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها ، أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ، ويلحقه نسب ولده ، وتصير أم ولد له تعتق بموته لما ذكرنا ، وكذلك لو وطىء أمته المرهونة أو وطىء رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها ، صارت له بذلك أم ولد ، وخرجت من الرهن والمضاربة ، وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهناً أو توفية[1] عن دَين الرهن ، وتنفسخ المضاربة فيها . وإن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة ، والله أعلم .

٨٨٧١ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا علقت منه بحر في ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الإنسان كانت له بذلك أم ولد ﴾ .

ذكر الخرقي لمصيرها أم ولد شروطاً ثلاثة :

أحدها : أن تعلق منه بحر ، فأما إن علقت منه بمملوك ، ويتصور ذلك في الملك في موضعين :

أحدهما : في العبد إذا ملكه سيده وقلنا إنه يملك ، فإنه إذا وطىء أمته واستولدها فولده مملوك ، ولا تصير الأمة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك ، وسواء أذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن له .

والثاني : إذا استولد المكاتب أمته فإن ولده مملوك له ، وأما الأمة : فإنه لا تثبت لها أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال ، لأن المكاتب ليس بحر ، وولده منها ليس بحر ، فأولى أن لا تتحرر هي ، ومتى عجز المكاتب وعاد إلى الرق ، أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كأمة العبد القن ، وهل يملك المكاتب بيعها والتصرف فيها ؟ فيه اختلاف ، ذكر القاضي في موضع : أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال ، وهذا أحد قولي الشافعي ، لأنها علقت بمملوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من أحكام الاستيلاد كأمة العبد القن ، وظاهر المذهب أنها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل الملك فيها ، فإن عتق صارت له أم ولد تعتق بموته ، فيثبت لها من حرمة الاستيلاد ما يثبت لولدها من حرمة الحرية ، وقد نص أحمد رضي الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقي يحتمل الوجهين جميعاً .

الشرط الثاني : أن تعلق منه في ملكه ، سواء كان من وطء مباح أم محرم مثل الوطء في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الإحرام أو الظهار أو غيره ، فأما إن علقت منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد ،

(١) (أو توفية عن دين الرهن) هكذا في نسخ المغني وفي الشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٠٠ (أو يوفيه عن دين الرهن) .

سواء علقت منه بمملوك ، مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا ، أو علقت بحر ، مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة ، وتزوجها على أنها حرة فاستولدها ، أو اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة ، فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد في هذه المواضع بحال . وفيه وجه آخر أنه إن ملكها بعد ذلك صارت أم ولد ، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسألة التي قبل هذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط هاهنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ، وأما انتفاؤه عند انتفائها فيذكر في مسائل مفردة لها .

الشرط الثالث : أن تضع ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان من رأس أو يد أو رجل أو تخطيط ، سواء وضعته حياً أو ميتاً ، وسواء أسقطته أو كان تاماً ، قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطاً ، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال : أعتقها ولدها وإن كان ولدها سقطا . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله أم الولد إذا أسقطت لا تعتق ؟ فقال إذا تبين فيه يد أو رجل أو شيء من خلقه فقد عتقت ، وهذا قول الحسن والشافعي . وقال الشعبي : إذا تلبث في الخلق الرابع فكان مخلقاً انقضت به عدة الحرة وأعتقت به الأمة ولا أعلم في هذا خلافاً بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد ، فأما إن ألقت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من أحكام الولادة ، لأن ذلك ليس بولد .

وروى يوسف بن موسى أن أبا عبد الله قيل له ، ما تقول في الأمة إذا ألقت مضغة أو علقة ؟ قال : تعتق ، وهذا قول إبراهيم النخعي ، وإن وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي ، فشهد ثقات من القوابل أن فيها صورة خفية تعلقت بها الأحكام ، لأنهن اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن ، وإن لم يشهدن بذلك لكن علم أنه مبتدأ خلق آدمي إما بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان :

إحداهما : لا تصير به الأمة أم ولد ، ولا تنقضي به عدة الحرة ، ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ولا الكفارة ، وهذا ظاهر كلام الخرقي والشافعي ، وظاهر ما نقله الأثرم عن أحمد رضى الله عنه وظاهر كلام الحسن والشعبي وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه خلق الإنسان ، لأنه[1] لم يبن فيه شيء من خلق الآدمي أشبه النطفة والعلقة .

والثانية : تتعلق به الأحكام الأربعة ، لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه إذا تبين ، وخرج أبو عبد الله ابن حامد رواية ثالثة ، وهو أن الأمة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ، لأنه روى عن أحمد رضى الله عنه في الأمة إذا وضعت فسته القوابل فعلمن أنه لحم ولم يتبين لحمه تحتاط في العدة بأخرى ويحتاط بعتق الأمة . وظاهر هـــذا أنه حكم بعتق الأمة ولم يحكم بانقضاء العدة ، لأن عتق الأمة يحصل بالحرية

---

(١) (لأنه لم يبين فيه شيء من خلق الآدمي أشبه النطفة والعلقة) هكذا في نسخ المغني وأمل الأصل (لأنه [إذا] لم يبين الخ) فسقطت (إذا) .

فاحتيط بتحصيلها ، والعدة يتعلق بها تحريم التزوج وحرمة الفرج ، فاحتيط بإبقائها . وقال بعض الشافعية بالعكس لا تجب العدة ولا تصير الأمة أم ولد ، لأن الأصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح ، لأن العدة كانت ثابتة والأصل بقاؤها على ما كانت عليه ، والأصل فى الآدمى الحرية فتغلب ما يفضى إليها والله أعلم .

٨٨٧٢ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ فإذا مات فقد صارت حرة وإن لم يملك غيرها ﴾ .

يعنى أن أم الولد تعتق من رأس المال وإن لم يملك سواها ، وهذا قول كل من رأى عتقهن ، لا نعلم بينهم فيه خلافاً ، وسواء ولدت فى الصحة أو المرض ، لأنه حاصل بالتذاذه وشهوته ، وما يتلفه فى لذاته وشهوته يستوى فيه حال الصحة والمرض كالذى يأكله ويلبسه ، ولأن عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوى فيه المرض والصحة ، كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم فى هذا خلافاً بين من رأى عتقهن .

قال سعيد : حدثنا سفوان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال : أَدْرَكَ ابنَ عُمَرَ رَجُلاَنِ فقالا : إنا تركنا هذا الرجل ، يبيع أمهات الأولاد ، يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر : أتعرفان أبا حفص ؟ فإنه قضى فى أمهات الأولاد أن لا يُبَعْنَ ولا يُوهَبْنَ يَسْتَمْتِعُ بها صَاحِبُهَا ، فإذا مات فَهِيَ حُرَّةٌ .

وقال : حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضى الله عنه : ما من رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ويموت إلا أعتقها إذا ولدت وإن كان سقطاً .

٨٨٧٣ (فصل)

ولا فرق بين المسلمة والكافرة ، والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر فى هذا فى قول أئمة أهل الفتوى من أهل الأمصار ، لأن ما يتعلق به العتق يستوى فيه المسلم والكافر ، والعفيف والفاجر ، كالتدبير والكتابة ، ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ، ولحمها بلحمه ، فإذا استويا فى النسب استويا فى حكمه .

وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن أبى عطية الهمدانى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال فى أم الولد إن أسلمت وأحصنت وعفت أعتقت ، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت ، وقال : حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام ، فكتب فى ذلك إلى عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه ، وكتب عمر بيعوها ليبيعها أحد من أهل دينها . وإذا كان مبنى عتق أمهات الأولاد على قول عمر رضى الله عنه ، وقد قال هذا القول ، فينبغى أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة ، لانتفاء الدليل الذى ثبت به عتقهن والله أعلم .

٨٨٧ ﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره ، كان له حكمها في العتق بموت سيدها ﴾ .

وجملته : أن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها من زوج أو غيره ، فحكم ولدها حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ، ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ، ويمتنع فيه ما يمتنع فيها .

قال أحمد رضي الله عنه : قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما : ولدها بمنزلتها ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد، إلا أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال : هم عبيد ، فيحتمل أنه أراد أنه لا يثبت لهم حكم أمهم ، لأن الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة . ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة ، لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية ، فيتبعها في سببه إذا كان متأكداً كولد المكاتبة والمدبرة ، بل ولد أم الولد أولى ، لأن سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل إلى إبطاله بحال ، فإن ماتت أم الولد قبل سيدها [لم تبطل[1] حكم الاستيلاد في الولد ، وتعتق بموت سيدها ، لأن السبب لم يبطل ، وإنما تثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلا] وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه ، وأما ولد المكاتبة إذا ماتت فإنه يعود رقيقاً ، لأن العقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه ، وقد ذكرنا في هذا خلافاً فيما تقدم .

وإن أعتق السيد أم الولد أو المدبرة لم يعتق ولدها ، لأنها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ، ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده ، وكذلك إن أعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه ، وإن أعتق المكاتبة فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق : المكاتبة إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها ، وأم الولد والمدبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد . فظاهر هذا أن ولد المكاتبة يتبعها في العتق بإعتاق سيدها ، لأنه في حكم مالها يستحق كسبه ، فيتبعها إذا أعتقها كمالها ، ولأن إعتاقها يمنع أداءها بسبب من السيد ، فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة .

---

(١) في نسخ المغني (لم تبطل حكم الاستيلاد في لولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما تثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلا) هكذا في النسخ والصواب (لم يبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما لم تثبت الحرية فيها لأنها لم تبق محلا) كما في الشرح الكبير ج ١٢ ص ٥٠٦ ومنه يتبين ما في المغني من تحريف ، فقول المغني (لم تبطل حكم..) صوابه (لم يبطل) وقوله (تثبت الحرية) صوابه (لم تثبت الحرية) وقوله (لم يبق محلا) صوابه لم تبق (محلا) . (ف)

٨٨٧٥ (فصل)

فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها ، والمكاتبة قبل كتابتها ، فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها ، وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب فى أمه ، ولهذا لا يتبعها فى العتق المنجز ، ففى السبب أولى ، وذكر أبو الخطاب فى ولد المدبرة قبل التدبير روايتين ، فيخرج هاهنا مثله ، وهو بعيد ، لأن الولد المنفصل لا يتبعها فى عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع فى التدبير ؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله .

٨٨٧٦ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإذا أسلمت أم ولد النصرانى منع من وطئها والتلذذ بها ، وأجبر على نفقتها ، فإذا أسلم حلت له ، وإن مات قبل ذلك عتقت) .

وجملة ذلك : أن الكافر يصح منه الاستيلاد لأمته كما يصح منه عتقها ، وإذا استولد الذمى أمته ثم أسلمت لم تعتق فى الحال ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : تعتق إذ لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالأمة القن . وعن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أنها تستسعى ، فإن أدت عتقت ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن فيه جمعاً بين الحقين ، حقها فى أن لا يبقى ملك الكافر عليها ، وحقه فى حصول عوض ملكه ، فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد .

ولنا : أنه إسلام طرأ على ملك لم يوجب عتقاً ولا سعاية كالعبد القن ، وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها وبقاؤها ضرر ، فإن فى عتقها مجاناً إضراراً بالمالك بإزالة ملكه بغير عوض ، وفى الاستسعاء إلزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه ، لأن فيه إحالة على سعاية لا تدرى هل يحصل منها شيء أو لا ؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون يسيراً فى أوقات متفرقة ، وجوده قريب من عدمه ، والحق أن يبقى الملك على ما كان عليه ، ويمنع من وطئها والتلذذ بها كى لا يطأها ويبتذلها وهو مشرك ، ويحال بينه وبينها ، ويمنع الخلوة بها لئلا يفضى إلى الوطء المحرم ، ويجبر على نفقتها على التمام لأنها مملوكته ، ومنعه من وطئها بغير معصية منها ، فأشبهت الحائض والمريضة ، وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وإن احتاجت إلى آجر أو أجر مسكن فعلى سيدها .

وذكر القاضى أن نفقتها فى كسبها ، وما فضل من كسبها فهو لسيدها ، وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ، ونحو هذا مذهب الشافعى .

والصحيح أن نفقتها على سيدها ، وكسبها له يصنع به ما شاء ، وعليه نفقتها على التمام ، سواء كان لها

كسب أو لم يكن ، لأنها مملوكة له ، ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها ، فأشبهت أمته القن ، أو ما قبل إسلامها ، ولأن الملك سبب لهذين الحكمين ، والحادث منهما لا يصلح مانعاً ، لأن الاستيلاد لا يمنع منهما بدليل ما قبل إسلامها ، والإسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لا يمنع ، لأنه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه ، ولأنه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضياعها ، ولأنه يملك فاضل كسبها ، فيلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكه .

٨٨٧٧ ﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا عتقت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها من شئ فهو لورثة سيدها ﴾ .

إنما كان كذلك لأن أم الولد أمة ، وكسبها لسيدها ، وسائر ما في يدها له ، فإذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها إلى ورثته كسائر ماله ، وكما في يد المدبرة ، وتخالف المكاتبة ، فإن كسبها في حياة سيدها لها ، فإذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق .

٨٨٧٨ ﴿ مســـألة ﴾

قال (ولو أوصى لها بما في يدها كان لها إذا احتمله الثلث) .

وجملته : أن الوصية لأم الولد تصح ، فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاد ، وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي .

وقد روى الإمام أحمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن أن عمر بن الخطاب أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ، ولأن أم الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها ، لأن عتقها يتنجز بموته فلا تقع الوصية لها إلا في حال حريتها ، وأما قوله : إذا احتمله الثلث ، فلأن الوصية كلها لا تلزم إلا في الثلث فما دون ، وهذا منها ، وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة ، فإن أجازوه جاز وإلا رد إلى الورثة ولا تعتبر قيمة أم الولد من الثلث ، لأنها تعتق من رأس المال ، فلا تحتسب من الثلث كقضاء الديون وأداء الواجبات .

٨٨٧٩ ﴿ فصـــل ﴾

وإن أوصى لمدبره أو مدبرته صحت الوصية أيضاً ، إلا أنه تعتبر قيمته وما أوصى له به من الثلث ، لأن التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية . فإن خرجا من الثلث عتق ، وكان ما أوصى به له وصحت الوصية لأنها وقعت في حال حريته ، وأشبهت الوصية لأم ولده ، وإن لم يخرجا من الثلث اعتبرت قيمته من الثلث

فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال ، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية له ، وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف مازاد على إجازة الورثة .

٨٨٨٠ (مسألة)

قال (وإذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة) .

إنما كان كذلك لأن الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذى كان يطؤها ، فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها فى حياته ، وإنما سمى الخرقى هذا عدة لأن الاستبراء أشبه العدة فى كونه يمنع النكاح ، وتحصل به معرفة براءتها من الحمل وقد ذكرنا هذه المسألة فى العدد والخلاف فيها على مامضى .

٨٨٨١ (مسألة)

قال (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها) .

وجملته : أن أم الولد إذا جنت تعلق أرش جنايتها برقبتها ، وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها . وبهذا قال الشافعى . وحكى أبو بكر عبد العزيز قولا آخر أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة مابلغت ، لأنه لم يسلمها فى الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة مابلغت كالقن . وقال أبو ثور وأهل الظاهر : ليس عليه فداؤها وتكون جنايتها فى ذمتها تتبع بها إذا عتقت ، لأنه لايملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة .

ولنا : أنها مملوكة له كسبها لم يسلمها ، فلزمه أرش جنايتها كالقن لاتلزمه زيادة على قيمتها ، لأنه لم يمتنع من تسليمها ، وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلا للبيع ولا لنقل الملك فيها ، وفارقت القن إذا لم يسلمها ، فإنه إن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايد أكثر من قيمتها ، فإذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الأرش بكماله ، وفى مسألتنا لايحتمل ذلك فيها ، فإن بيعها غير جائز ، فلم يكن عليه أكثر من قيمتها .

٨٨٨٢ (فصل)

وإذا ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها ، لأنه لم يتعلق بذمته شيء ، وإنما تعلق برقبتها ، فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه ، وإن نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء ، لأنه لو تلف جميعها لسقط الفداء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وإن زادت قيمتها زاد فداؤها ، لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالرقيق القن . وينبغى أن تحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد ، لأن ذلك نقصها ، فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها فى حال فدائها ، وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد ، فيجب أن ينقص فداؤها ، وأن يكون مقدار قيمتها فى حال كونها أم ولد ، والحكم فى المدبرة كالحكم فى أم

الولد ، إلا أنها يجوز بيعها فى رواية ، فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها ، وإن امتنع منه فهل يفديها بأقل الأمرين أو يلزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ ؟ يخرج على روايتين .

٨٨٨٣ (فصـــل)

وإن كسبت بعد جنايتها شيئاً فهو لسيدها ، لأن الملك ثابت له دون المجنى عليه ، وإن ولدت فهو لسيدها أيضاً لأنه منفصل عنها فأشبه الكسب . وإن فداها فى حال حملها فعليه قيمتها حاملا ، لأن الولد متصل بها فأشبه سمنها ، وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها لأنه أتلف حق غيره ، فأشبه مالو أتلف الرهن . وإن نقصها فعليه نقصها ، لأنه لما ضمن العين ضمن أجزاءها ، والله أعلم .

٨٨٨٤ (مســألة)

قال : (فإن عادت فجنت فداها كما وصفت) .

وجملته : أن أم الولد إذا جنت جنايات لم تخل من أن تكون الجنايات كلها قبل فداء شيء منها أو بعده فإن كانت قبل الفداء تعلق أرش الجميع برقبتها ، ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها أو أرش جميعها ، وعليه الأقل منهما ، ويشترك المجنى عليهم فى الواجب لهم ، فإن وفى بها وإلا تحاصوا فيه بقدر أروش جناياتهم ، وإن كان الثانى بعد فدائها من الأولى فعليه فداؤها من التى بعدها كما فدى الأولى .

وقال أبو الخطاب عن أحمد رضى الله عنه رواية ثانية : إذا فدأها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك ، لأنها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها .

وقال الشافعى رضى الله عنه فى أحد قوليه : لا يضمنها ثانياً ، ويشارك الثانى الأول فيما أخذه كما لو كانت الجنايات قبل فدائها .

ولنا : أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالأولى ، ولأن ما أخذه الأول عوض جنايته أخذه بحق فلم يجز أن يشاركه غيره فيه كأرش جناية الحر أو الرقيق القن ، وفارق ما قبل الفداء ، لأن أرش الجنايات تعلق برقبتها فى وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد .

٨٨٨٥ (فصـــل)

فإن أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين إذا كانت كلها قبل الفداء ، وإن كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها والله أعلم .

٨٨٨٦ ﴿ مســألة ﴾

قال : ﴿ ووصية الرجل لأم ولده وإليها جائزة ﴾ .

أما الوصية لها فقد ذكرناها ، وأما الوصية إليها فجائزة ، لأنها فى حال نفوذ الوصية حرة ، فأشبهت

زوجته أو غيرها من النساء ، ويعتبر لصحة الوصية إليها ما يعتبر في غيرها من العدالة والعقل وسائر الشروط ، وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم ، أو وصى إليها بتفريق ثلثه أو قضاء دَينه أو إمضاء وصيته أو غير ذلك .

٨٨٨٧ ﴿ مســـألة ﴾

قال : ﴿ وله تزويجها وإن كرهت ﴾ .

وجملته : أن للرجل تزويج أم ولده ، أحبت ذلك أم كرهت . وبهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه ، وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزني . وقال في القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها ، لأنها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة . وقال في الثالث : ليس له تزويجها وإن رضيت ، لأن ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة . وهل يزوجها الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف . وقد رُوي عن أحمد رضي الله عنه أنه قيل له : إن مالكاً لا يرى تزويجها ، فقال وما نصنع بمالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان : إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها .

ولنا : أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن ، وفارقت المكاتبة فإنه لا يملك ذلك منها . والقول الثالث : فاسد لذلك ، ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه ، وقولهم : يزوجها الحاكم لا يصح ، فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها .

إذا ثبت هذا فإنه إذا زوجها فالمهر له ، لأنه بمنزلة كسبها ، وكسبها له ، وإذا عتقت بموته فإن كان زوجها عبداً فلها الخيار ، لأنها عتقت تحت عبد ، وإن كان حراً فلا خيار لها .

٨٨٨٨ ﴿ مسألة ﴾

قال : (ولا حدّ على من قذفها) .

هذا قول أكثر أهل العلم . وقد روي عن أحمد رضي الله عنه أنه عليه الحد ، لأن ذلك يروى عن ابن عمر ، ولأن قذفها قذف لولدها الحر ، وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحرة ، والأول أصح ، لأنها أمة حكمها حكم الإماء في أكثر أحكامها ، ففي الحد أولى ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، ويحتاط لإسقاطها ، ولأنها أمة تعتق بالموت أشبهت المدبرة ، وتفارق الحرة فإنها كاملة .

٨٨٨٩ (فصـــل)

ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة ، وإن كان القاتل لها رقيقاً وجب القصاص عليه

لأنها أكل منه ، وإن جنت على عبد أو أمة جناية فيها القصاص لزمها القصاص ، لأنها أمة ، أحكامها أحكام الإماء ، واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة .

٨٨٩٠ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإن صلت مكشوفة الرأس كره لها ذلك وأجزأها) .

إنما كره لها كشف رأسها في صلاتها لأنها قد أخذت شبهاً من الحرائر لامتناع بيعها ، وقد سئل أحمد رضي الله عنه عن أم الولد كيف تصلي : قال . تغطي رأسها وقدميها لأنها لا تباع ، وكان الحسن يحب للأمة إذا عهدها سيدها — يعني وطئها — أن لا تصلي إلا مجتمعة ، وإن صلت مكشوفة الرأس أجزأها لأنها أمة حكمها حكم الإماء . قال إبراهيم : تصلي أم الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة ، وقد روى عن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أن عورتها عورة الحرة ، وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة والصحيح،أن حكمها حكم الإماء ، وإنما خالفتهن في إستحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها ، وهذا لا يوجب تغير الحكم في عورتها كالمدبرة ، ولأن الأصل بقاء حكمها في إباحة كشف رأسها ولم يوجد ما ينقل عنه من نص ولا ما في معناه ، فيبقى الحكم على ما كان عليه .

٨٨٩١ ﴿ مسألة ﴾

قال (وإذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها) .

وجملته : أن أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت ، لأنها لا يمكن نقل الملك فيها ، وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها ، وعليها قيمة نفسها إن لم يجب القصاص عليها ، وهذا قول أبي يوسف ، وقال الشافعي : عليها الدية ، لأنها تصير حرة ، ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحر دية .

ولنا : أنها جناية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها ، كما لو جنت على أجنبي ، ولأن اعتبار الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل ما لو جنى على عبد فأعتقه سيده وهي في حال الجناية أمة ؛ فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية ، فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيره ، ولأنها ناقصة بالرق أشبهت القن ، وتفارق الحر فإنه جنى وهو كامل ، وإنما تعلق موجب الجناية بها ، لأنها فوتت رقها بقتلها لسيدها ، فأشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه ، وأما إن قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها ، وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها ، لأنه لو وجب لوجب لولدها ، ولا يجب للولد على أمه قصاص ، وقد توقف أحمد رضي الله عنه عن هذه

المسألة فى رواية مهنا ، وقال : دعنا من هذه المسائل ، وقياس مذهبه ما ذكرناه . وإن كان لها منه ولد وله أولاد من غيرها لم يجب القصاص أيضاً ، لأن حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ، وقد نقل مهنا عن أحمد رضى الله عنه : أنه يقتلها أولاده من غيرها .

وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه ، والصحيح أنه لا قصاص عليها ، ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها ، كما لو عفا بعض مستحقى القصاص عن حقه منه ، والله أعلم ، والحمد لله وحده ، وصلى الله على محمد

ختام

الحمد لله حمداً يوافى نعمه ، ويكافىء مزيده ، الحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات ، اللهم لا أحصى ثناء عليك ، أنت كما أثنيت على نفسك ، يا ربى لك الحمد كما ينبغى لجلال وجهك وعظيم سلطانك .

اللهم صلِّ على محمد وعلى أهل بيته ، وعلى أزواجه وذريته ، كما صليت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد ، وبارك على محمد وعلى أهل بيته ، وعلى أزواجه وذريته ، كما باركت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد[1] .

أما بعد :

فقد تم — بتوفيق الله وعونه — طبع كتاب المغنى لابن قدامة ، فى ثوب قشيب وصورة جذابة ، وجزى الله خيراً الحاج على يوسف سليمان صاحب مكتبة القاهرة ، على اهتمامه بنشر هذا الكتاب الجامع ، وعلى ما نشره وينشره فى العالم الإسلامى من كتب نافعة ، تمده بزاد مبارك ، وتصل حاضره بماضيه ، وتعرفه فضل الإسلام ومزاياه .

ولقد عشت مع المغنى فى أجزائه الخمسة الأخيرة ، ويشهد الله أنى سهرت الليالى والأيام فى تحقيق نصوصه وتخريج أحاديثه ، والتعليق عليه .

وقد كنت أود لو أن زميلى فى الأجزاء التى اشتركنا فى تحقيقها أنفق من وقته أكثر مما أنفق ، وحافظ على تعليقاتى ، واعتنى بالتصحيح المطبعى ليخرج الكتاب على صورة أكمل وأجمل ، ولكن ما كل ما يتمنى المرء يدركه ، فقد وقعت فيه بعض أخطاء مطبعية يمكن للقارىء بفطنته أن يدركها ، وأخطاء أخرى ينبغى تداركها .

وللإنصاف نقول : إنه لم يطبع كتاب المغنى — قبل — إلا ومعه جدول لتصحيح الأخطاء ، والعصمة لله وحده ، فهو سبحانه الذى يتنزه عن الخطأ والسهو والنسيان .

ولا يجوز على الرغم من هذا — أن نجحد أن الكتاب على صورته ، قدّم أعظم خدمة للعالم الإسلامى ، ولرجال الفقه والقانون ، ولعلماء الإسلام على اختلاف مذاهبهم ، فهو يعد موسوعة فقهية ، ومرجعاً موثوقاً به ، وهو يغنى عن كثير من الكتب ، ولا يغنى الكثير عنه .

ولقد أكرمنى الله بأن وفقنى فى تحقيق الأجزاء الخمسة الأخيرة بما يسر الانتفاع بها ، وساعدنى على ذلك هذه العزلة ، التى اضطررت فيها إلى مباشرة الأمور الأحياء ، فلبثت فى المنزل ـ مضطراً ـ أقلب النظر فى مكتبتى العامرة ، وأقتنص منها الدرر الفاخرة ، متمثلا قول الشاعر :

---

(١) أخرجه أحمد والطحاوى بسند صحيح . (ف)

لنا جلساء لا نمل حديثهم ألباء مأمونون غيباً ومشهداً
يفيدوننا من علمهم علم مامضى وعقلا وتأديباً ورأياً مسدداً
فلا فتنة نخشى ولا سوء عشرة ولا نتقى منهم لساناً ولا يداً
إذا قلت أموات فلست بكاذب وإن قلت أحياء فلست مفنداً

وختاماً نسأل الله تعالى أن يوفقنا على الدوام ، لخدمة شريعة الإسلام ، وأن يتولانا برعايته ، ويشملنا بعنايته ،

كما نسأله أن ينصر الإسلام والمسلمين ، ويخذل أعداء الدين ، إنه سميع مجيب الدعاء .

الأحد ١٤ محرم سنة ١٣٩٠ هـ
٢٢ مارس سنة ١٩٧٠ م

محمود عبد الوهاب مبروك فايد
١٣ شارع جمال حدائق شبرا مصر

(تنبيه) نوجه نظر القارىء إلى أن « باب الحضانة » المنشور فى هذا الجزء من ص ١١٧ إلى ص١٢٧ نقل من كتاب الشرح الكبير ، طبع كما طبع فى الطبعات السابقة لزيادة الاستفادة .